

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000939-01

2023년도 인권상황실태조사
연구용역보고서

사회권에 대한 개인구제절차 강화 방안 연구

— 사회권규약 선택의정서 가입 및 인권위 조사대상
확대를 중심으로 —

2023

발 간 등 록 번 호

11-1620000-000939-01

2023년도 인권상황실태조사
연구용역보고서

사회권에 대한 개인구제절차 강화 방안 연구

— 사회권규약 선택의정서 가입 및 인권위 조사대상
확대를 중심으로 —

2023

이 보고서는 연구용역수행기관의 결과물로서,
국가인권위원회의 입장과 다를 수 있습니다.

사회권에 대한 개인구제절차 강화 방안 연구

2023년도 국가인권위원회 인권상황실태조사
연구용역보고서를 제출합니다

2023. 12. 19.

연구수행기관 : 한국입법정책학회

연구책임자 : 한상희 (건국대학교)

공동연구자 : 김종서 (배재대학교)

임재홍 (방송통신대학교)

박영아 (공익인권법재단 공감)

연구보조원 : 백승덕 (더나은헌신)

요 약 문

이 연구는 경제적·문화적·사회적 권리(이하 “사회권”)의 실질적, 실효적 보장을 위한 장치를 마련함을 목적으로 한다. 주로 사회권의 법적 실현을 지향하면서 사회권에 대한 사법심사의 가능성과 국가인권위원회에 의한 사회권침해구제체제의 구축, 그리고 UN사회권위원회의 개인진정절차를 마련한 사회권규약선택의정서 가입문제 등을 중심으로 사회권이 구체적이고 실천가능한 권리로서 정착될 수 있는 방안을 마련하고자 한 것이다. 이를 위하여 이 연구에서는 사회권의 법적 성격 및 사법심사에 관한 법리적 분석과 함께 UN사회권위원회를 중심으로 한 개인진정절차에서의 결정들, 그리고 사회권규약 선택의정서의 해석과 그 가입사례들을 살펴보는 한편, 우리나라에서 사회권보장을 향한 법적 상태의 문제를 조망하고 그것을 해결하기 위한 법정책적인 과제들을 제시하고자 한다.

먼저 제2장에서는 사회권 보장의 현황과 문제점을 진단하였다. 이를 위해 선결문제로서 사회권 규약상 당사국의 의무를 짚어본 후 우리나라에서 이러한 의무가 얼마나 충실하게 이행되고 있는지를 통해 사회권 보장의 실태와 문제점을 정리해 보았고, 보충적으로 기후변화가 사회권에 대해 가지는 함의를 보론으로 제시하였다.

국가는 사회권규약에 따라 그에 명기된 의무를 부담하는 외에도 규약의 해석을 통하여 도출되는 의무로 마스트리히트 지침에서 분명하게 제시된 존중, 보호 및 실현의 의무를 부담한다. 한편 사회권위원회는 일반논평을 통하여 적어도 각 권리의 최소 필요수준을 충족시킬 것을 보장하기 위한 최소핵심 의무가 모든 당사국에게 부과되고 있다는 견해를 채택했다. 이는 권리의 최소한의 본질적 수준이 부인되고 있는 대단히 심각한 상황을 타개하기 위한 것이며, 특히 “우선사항(priority)”이라는 표현을 통하여 국가의 가용 자원이 어떻게 배분되어야만 하는지에 대한 일종의 원칙을 제시하고 있다. 또한 사회권위원회는 규약상 권리에 관한 당사국의 소위 “의도적인 역행적 조치”를 금지한다. 이에 당사국은 불가피하게 역행적 조치를 취할 경우에는 규약에 규정된 권리의 전체성에 비추어, 또한 최대 가용자원의 완전한 사용의 맥락에서 충분히 정당화되어야 한다.

이러한 사회권규약에 비추어볼 때 우리나라의 사회권 보장 실태는 상당한 문제를 가진다. 이 연구는 사회권위원회의 제4차 최종견해와 헌법재판소의 결정례에 대한 분석을 통하여 대한민국의 헌법과 법률, 정책과 프로그램 및 예산의 모든 영역이 사회권위원회가 요구하는 기

준에 턱없이 못 미치고 있을 뿐만 아니라 그러한 문제점을 개선하려는 정부의 의지 역시 부재함이 생생히 드러났음을 강조했다. 특히 사회권에 관한 한 저촉규범으로서의 헌법을 제대로 실천하지 못하고 있는 헌법재판소의 책임이 상당히 크다는 점을 제시하였다. 헌법재판소는 사회권의 구체적 공권성을 일부 인정하면서도 그 규범력을 최소한의 수준에 한정시키고 있을 뿐이다. 특히 헌법재판소가 말하는 과소보호금지의 원칙은 사회권에 대한 헌법판단의 실질을 형식적 합리성 판단으로 축소하고 있는 것에 불과하다.

3장에서는 사회권규약 선택의정서 가입의 의미와 쟁점을 검토한다. 먼저 사회권규약 선택의정서의 성립되는 과정을 개관하였다. 이 과정에서 사회권위원회는 일반논평을 통하여 규약상의 모든 권리에 대한 사법심사가 가능하다는 입장을 만장일치로 확인하였다. 우리나라에서도 이러한 입장을 채택하는 입법이 시급하게 이루어져야 하고 그 이전이라도 법원이나 헌법재판소는 이런 추세를 적극적으로 수용하여야 할 것이다.

이어 선택의정서가 제시하는 개인진정절차, 조사절차 및 국가간진정절차 등 주요 절차들을 소개하였다. 개인진정절차에 관해서는 적용 대상과 범위, 진정 주체, 본안 전 요건이라 할 허용가능성 문제(국내구제절차 경유, 시간적 관할 문제, 중복제소 금지와 내용 및 형식상의 요건들), 임시조치와 우호적 합의 등을 소개하고 본안심사와 관련된 몇 가지 쟁점과 구제방안 등을 정리하였다. 나머지 두 절차는 opt-in방식을 취하고 있어 상세한 설명은 생략하였다. 조사절차에 대해서는 그 특징과 주요한 요건들과 진행절차를 소개한 반면, 정치적 합의 때문에 어떤 조약이든 단 한번도 현실화된 적이 없는 국가간절차는 개념만 제시하였다.

3장 후반부에서는 선택의정서에 따른 개인진정 사례 연구를 진행하였다. 2013년 선택의정서가 발효된 이후 사회권위원회에 접수된 개인진정은 모두 311건이며, 이 중 104건이 처리되었고, 207건이 계류 중이다. 아직 그 성과를 평가하는 것은 시기상조인 듯이 보인다. 하지만, 발효후 11년간의 처리건수는 자유권규약의 경우(96건)보다 더 많다. 반면 본안판단이 이루어진 것은 13건에 불과하여 61건의 자유권진정에 훨씬 못 미친다. 하지만 불속행처리된 65건 중 진정 목적의 달성으로 진정이 취하되거나 위원회의 직권으로 불속행 경우가 28건에 이르며 이는 본안판단에 비견할 만한 것이어서 긍정적으로 평가된다. 또한 선택의정서가 발효된지 그리 오래되지 않았음에도 개인진정제도의 취지에 걸맞게 규약상 모든 권리에 대하여 개인진정이 제기되어 선택의정서의 취지가 최소한 개인진정의 신청단계에서 잘 구현되고 있음을 보여준다. 이어서 주요 결정사례를 쟁점별로 소개한 후에, 본안판단 사례15건을 정리 소개하고 부록에서 결정 원본 중 법리부분을 전체 번역하여 수록하였다.

3장의 마지막 부분에서는 선택의정서 가입 비준과 관련된 문제를 다루었다. 먼저 일반적인 고려사항은 다음과 같다. 첫째, 사회권규약 선택의정서에 대한 여러가지 오해와 우려들을 불식시키기 위하여 일정한 반박논리를 제시하였다. 둘째, 적극적으로 선택의정서를 비준할 경우 얻을 수 있는 장점들을 소개하였다. 셋째, 선택의정서 비준에 참고가 될 수 있도록 시민사회의 활약이 돋보였던 우루과이의 사례와 가장 많은 진정건수를 기록하고 있는 스페인의 사례를 살펴보았다. 넷째, 진정 통계와 후속조치에 대한 검토를 통하여 선택의정서 비준의 긍정적 효과를 확인하였다.

이어 우리나라의 선택의정서 비준시 예상되는 문제점과 해결방안을 정리, 제시하였다. 그를 비준할 경우 사회권규약이 요구하는 당사국의 의무 실현을 위하여 국가인권위원회의 진정 대상 확대 등 사회권과 관련된 법률, 정책, 프로그램 등의 대규모 개선이 수반되어야 하지만, 정치세력간의 협력이 실종되고 극단적인 대립만 계속되는 현재의 정치상황은 그 전망을 매우 어둡게 하고 있다. 정권의 성격과 관계없이 사회권 개선을 향한 진정성있는 정부의 의지를 찾기 어렵고, 사회적 취약계층의 목소리가 제대로 대변되지 못하는 정치과정이 사회권 실현의 장애 요소로 작용하며, 사회권의 실현을 적극적으로 요구할 주체의 형성과 조직 자체가 쉽지 않은 삼중고가 현재 대한민국의 사회권이 처한 상황이다. 그러나 역설적으로 상황이 이렇기 때문에 이 상황을 돌파하기 위해서라도 선택의정서의 비준은 절실하다.

이를 위해 전사회적인 목소리가 필요하다. 사회권은 워낙 폭넓은 영역에 걸쳐 있는 권리이기 때문에 특정 주체가 이를 주도할 수는 없고, 다양한 주체들의 연대와 통합이 필수적이며, 이를 위해서는 무엇보다도 사회권규약 선택의정서의 비준 필요성에 대한 홍보와 이를 통한 광범위한 공감대 형성이 필수적이다. 현재로서 이런 역할을 기대할 수 있는 국가기관은 국가인권위원회가 유일하다. 국가인권위원회가 중심이 되어 시민사회의 폭넓은 지원과 연대를 이끌어내어야 한다. 현재 시민사회의 역량을 고려한다면 시민사회의 의지와 역량을 모아낼 수 있는 기회의 제공, 즉 그러한 논의가 이루어질 플랫폼 또는 광장이 절실하며, 이를 마련하는 일이 국가인권위원회가 할 수 있는 중요하면서도 가장 시급한 역할일 것이다.

제4장에서는 국가인권위원회의 권한과 관련하여 사회권 침해 구제절차의 도입문제를 검토하였다. 「국가인권위원회법」상 진정제도는 자유권과 차별행위에 대한 경우만 작동한다. 국가인권위원회의 출범 당시부터 사회권 침해의 경우는 제외되었고 이로 인해 사회권 구제절차에 공백이 발생했다.

사회권에 대한 사법적 구제절차는 많은 시간이 소요되고 절차도 복잡하다. 또한 사법부는 사회권에 소극적이다. 국가인권위원회는 전통적 사법기관만으로는 인권침해에 대한 구제가 어렵다는 것을 인식하고 그를 보완 내지는 대체하는 수단으로 만들어진 것이다. 사회권의 경우에 이런 절차를 마련하기 위해 사회권규약 선택의정서 가입 그리고/또는 「국가인권위원회법」의 개정을 통한 사회권 진정절차의 도입 등을 고려해 볼 수 있다.

사회권 침해에 대해서 비사법적 구제절차인 진정제도를 두고 있는 국가로서 보스니아 헤르체고비나 공화국, 필리핀, 나이지리아, 멕시코를 들 수 있다. 특히 보스니아 헤르체고비나 공화국의 경우 사회권 침해에 대해서 효율적인 사법적 구제절차와 비사법적 구제절차를 모두 운영하고 있다.

유럽 전역의 41개 국가인권기구로 구성되어 있는 유럽국가인권기구네트워크는 인권 문제를 해결하기 위한 협력과 연대의 플랫폼을 제공하고 유럽 수준에서 국가인권기구의 공통된 목소리를 제공하고 있다. 유럽국가인권기구네트워크는 경제, 사회, 문화적 권리 워킹그룹을 통해 빈곤, 주택, 사회보장 등 다양한 문제에 대한 공동 작업을 촉진하고 있다. 41개 국가인권기구의 협업을 통해 만들어질 사회권보장시스템은 우리에게도 좋은 참조의 대상이 될 수 있다.

많은 국가의 국가인권기구는 사회권 보장을 위해 다양한 노력을 하고 있다. 통상 사회권에 대한 현황조사, 연구, 정책 제시 등은 일반적으로 인정되고 있다. 비록 사회권 침해에 대해서 개인진정이나 직권조사를 법률적으로 인정하는 경우는 많지 않지만, 그럼에도 다수의 국가인권기구들은 사회권의 보장을 위해서 적극적인 역할을 하기 위해 노력하고 있다. 특히 2023년에 사회권규약 선택의정서에 가입한 독일의 국가인권위원회는 이를 계기로 피해를 입은 사람들, 시민사회, 법조계를 위한 “유엔 경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회에 대한 개별 진정”이라는 안내서를 발간했다. 이 자료는 우리나라가 사회권규약 선택의정서 가입 시 참고할 가치가 있다.

중요한 것은 이러한 사례를 적극적으로 참조하여 우리도 실천적으로 이용가능하고 침해에 대한 구제를 제공하기에 적합하고 효과적인 사회권 침해 구제절차를 제도화하는 것이다. 이를 위해 「국가인권위원회법」을 개정하여, 모든 사회권 침해를 대상으로 하거나 아니면 적어도 사회권 중에서 중요하고 핵심적인 것을 정하여 우선적으로 대상이 되도록 하여야 한다. 나아가 향후 사회권규약 선택의정서 가입을 염두에 두고 ‘그 이행 관련 업무’를 국가인권위원회가 담당할 수 있도록 하는 「국가인권위원회법」의 개정도 필요하다. 국제인권규약 가입 이후 이행 관련 업무는 독립성을 보장받고 있는 국가인권위원회가 수행하는 것이 적절하기 때

문이다.

5장에서는 사회권에 관한 전통적인 논쟁점이었던 사법심사의 가능성에 대한 분석과 그 심사의 기준에 대하여 천착하였다. 실제 사법심사 가능성의 문제는 이미 사회권위원회의 논평과 선택의정서 발효 등을 통해 실천적으로 정리된 것이기는 하지만, 여전히 우리 사회에서는 사회권과 복지정책을 혼용함으로써 사회권의 의미를 희석시키는 경우가 적지 않다. 이에 자유권·사회권의 이분론, 사법한계론 내지는 자제론, 사회권 집행의 한계라는 항목을 따라 소극설을 비판하였다. 아울러 남아공이나 인도, 남미 제국 등의 사례를 들어 사회권에 대한 사법심사의 가능성을 실증하는 한편 법원이나 헌법재판소가 사회권판단을 하는 유형들을 분석하였다. 즉 국가의 사회권보호조치가 위법/위헌이라는 판단에 더하여 적극적인 의무이행명령 내지는 의무화명령을 하는 경우 정기적으로 법원 등에 사회권보장에 관한 보호를 하도록 명령하는 경우등을 예시하였다.

이어 사회권에 관한 사법심사를 하는 경우 그 심사의 기준과 관련하여 사회권위원회가 일반논평에서 제시하고 있는 최소핵심 의무(Minimum Core Test)와 남아공 등에서 초기에 사용하였던 합리성 심사(Rationality Test), 그리고 최근 많은 주목을 받고 있는 상당성 심사(Reasonableness Test) 등을 그 배경과 적용사례 등을 중심으로 분석하였다. 실제 이러한 논쟁들은 사회권 자체가 전면적이고 체계적, 물질적 실천의 노력을 필요로 하고 법원 등은 이러한 정보에 접근할 능력이 부족하다는 점, 그리고 장기적이고 종합적인 계획 속에서 실천되어야 한다는 점 등의 특성을 가짐에서 비롯한다. 남아공이 초기에 합리성 심사의 방식을 채택하면서 소극적 태도를 보였던 이유도 이런 점을 감안한 것이었다. 하지만 최근에는 절망에 빠진 사람들이 그 전부는 아니더라도 상당한 수는 지금 현재 그런 상태로부터 벗어날 수 있도록 하여야 한다는 요청이 심사기준을 보다 강화하는 방식으로 변경하도록 하였다. 당대의 재정경제적 한계를 고려하면서 정부에게 그 조치의 결여점이 정당함을 입증하게 하는 형태로 심사의 기준을 바꾸었다. 이에 5장은 주로 최소핵심 의무와 상당성 심사를 세밀히 살피면서 저촉규범으로서의 헌법을 적용하는 사법절차가 아니라 인권보장규범으로서의 헌법을 실천하여야 하는 국가인권위원회의 경우에는 이런 논쟁의 경계에서 보다 적극적인 심사기준을 채택할 필요가 있음을 지적하였다.

아울러 5장은 사회권의 내용에 따라 구체적인 최소핵심기준을 검토하였다. 주거권, 건강권, 그리고 사회복지권을 중심으로 개별적 사회권에서의 심사기준을 제시해보았다. 우선 사회권 규약 등 국제인권법과 헌법, 법률 및 사회권 위원회의 일반논평 등에 따른 각각의 권리와 및

그에 상응하는 국가의 의무의 내용을 정리해보았다. 권리의 내용을 이루는 특징적 요소들은 각각 다르며, 이는 심사기준에도 반영될 필요가 있다. 예를 들어 주거권의 경우 사회권 위원회가 별도 논평을 채택한 점에서도 알 수 있듯이 특히 강제퇴거로부터의 보호가 중요한 축을 이루고 있음에 주목할 필요가 있다. 건강권의 경우 의료에 한정되지 않고 사람이 건강한 삶을 살 수 있는 조건을 촉진하는, 식량과 영양, 주거, 안전하고 마실 수 있는 물에 대한 접근과 적절한 위생, 안전하고 건강한 노동조건, 그리고 건강한 환경 등 다양한 사회·경제적 요소들을 포괄하는 점에 유의할 필요가 있다. 사회보장권 보장과 관련 사회권 위원회는 9가지 주된 사회보장영역 또는 사회적 위험(보건의료, 상병, 노령, 실업, 산업재해, 아동과 가족지원, 모성, 장애 및 유족과 고아)에 대응하는 사회보장제도의 마련을 필수적 요소로 명시하고 있다. 사회권 침해 심사기준으로서의 최소핵심 의무 위반여부와 관련, 국제기준으로서의 최소핵심 의무가 국제법상 전세계적으로 적용되는 절대적 최저기준으로서의 기능을 한다면, 헌법, 「국민기초생활 보장법」, 「주거기본법」 및 그에 따른 최저주거기준, 「장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률」 등 국내법에 따른 최저기준은 국내법에 따른 절대적 최저기준으로서의 역할을 한다고 볼 수 있음을 제시하였다. 다만 국내법상 최저기준은 점진적으로라도 완전하게 실현해야 하는 사회권규약상 주거권 등의 내용에 미치지 못하는 점, 그리고 그러한 최저기준조차 엄격한 구속력을 갖지 못하는 점도 아울러 지적하였다.

하지만 우리 헌법재판소나 법원은 이런 심사기준에는 턱없이 모자라는 척도를 사용한다. 정부가 책정한 최저생계비에 미치지 못하는 생활보호법상 생계보호기준을 합헌이라 한 헌법재판소나 압류되어 처분하지 못하는 자동차의 소유를 이유로 한 기초생활보장급여 거부처분의 위법성을 부인한 서울행정법원의 경우는 모두 최소핵심 의무에 상응하는 최저생활보장이 문제된 사안임에도 사회권적 기본권 침해여부가 문제된다는 이유 또는 수익적 행정처분이라는 이유로 구체적 심사기준 제시 없이 전적으로 입법부와 행정부의 판단을 따르는 매우 소극적 태도를 취하였다. 이는 인간다운 최저생활 보장에 관한 기본권 침해여부의 구체적 심사기준을 제시한 독일연방헌법재판소의 결정과도 대비된다. 반면 진전된 점도 없지 않아, 지적장애를 이유로 한 전동휠체어 지원 거부처분이 문제된 사안에서 수익적 행정처분에 해당함에도 기본권 보장과 밀접한 정도를 고려하여 엄격한 비례원칙을 적용한 서울행정법원은 사회권을 재판규범으로서 어떻게 재구성하고 정립할 것인지의 방향을 제시하고 있다는 점에서 의미가 크다.

결론적으로 사회권 관련 국가의무인 점진적 실현의무를 통제하는 상위의 법명제가 “사회권의 완전한 실현”이라는 점, 그리고 완전한 실현은 최소한의 핵심의무의 현재 수준에서의 이

행을 전제로 한다는 점이 사회권 침해여부 심사기준의 핵심적 요소이며, 사회권에 관한 사법 심사는 이 점에 초점을 맞추어야 함을 제시하고, 특히 최소핵심 의무반과 차별, 취약한 집단 에 대한 배려의 부재 등에 대해서 엄격한 심사기준을 적용할 필요가 있음을 강조하였다.

마지막 장은 국가인권위원회의 역할과 기능확장을 위한 정책제언으로 정리하였다. 무엇보다 선결적인 것은 국가인권위원회법의 개정과 사회권규약 선택의정서 가입이다. 자유권만을 규정한 국가인권위원회법은 헌법상의 모든 기본권 혹은 최소한 자유권적 기본권과 사회권적 기본권을 모두 아우르는 형태로 국가인권위원회의 권한 사항으로 규정할 필요가 있다. 그리고 이에 맞추어 국가인권위원회의 조직도 확대 개편되어야 할 것이다.

법개정 이전이라도 영미법계의 사법심사 사례들을 감안하면서 자유권 규정들을 적극적으로 사회권의 영역으로 확장해석하는 조치도 수반되어야 한다. 사회권과 자유권의 결합은 인권의 기본적 속성에 부응하는 해석일 뿐 아니라, 국가인권위원회는 사법판단을 하는 기관이 아니라 인권증진 및 보호의 권고를 하는 기관만큼 보다 전향적인 영역확장이 요청되는 것이다. 아울러 국가인권위원회의 사회권 판단은 기존의 절차를 벗어나 시민사회와 같이 할 필요가 있다. 정책적인 고려가 강할 뿐 아니라 일상속으로 파고드는 사회권의 성격에 맞추어 개방적인 결정절차가 요청되기 때문이다.

사회권규약 선택의정서에의 가입은 또 다른 필수사항이다. 국제인권법체제의 국내적 수용이라는 점뿐 아니라 사회권이 행정관료의 재량영역이라는 편견을 극복하고 진정한 인권 내지는 기본권으로 자리잡게 하기 위함이다. 더불어 우리나라는 별다른 유보 없이 사회권규약에 가입한 만큼, 선택의정서 가입은 또다른 국가의무일 수도 있다. 물론 이런 가입으로 인해 국내법체계에 대한 충격이 있을 수 있다는 점은 다른 많은 국가들에서 나왔던 부정설의 요지이기도 하지만, 사회권규약의 요구사항 자체가 그러한 충격을 해소하고 국내법제를 정비할 것이라는 점을 감안한다면, 그 부정성은 사회권규약에의 가입조치를 부정하는 것에 불과하다. 물론 사회권에 관한 정부의 의식 자체가 미흡한 상황에서는 선택의정서 가입의 과정은 시민사회와 같이 하여야 한다. 국가인권위원회는 이런 시민사회의 목소리가 집결될 수 있도록 그 운동의 중심에 자리하여야 할 것이다. 아울러 가입에 따른 법체계의 정비 작업에 있어서도 국가인권위원회의 적극적이고 능동적인 조치가 요청된다.

정책제언의 마지막은 이런 제도적 조치 이전이라도 국가인권위원회가 사회권의 실천을 위하여 반드시 하여야 할 사항들을 다룬다. 특히 사회권 심사의 기준과 관련하여서는 국가인권위원회가 앞장서서 최소핵심 의무의 틀을 구축, 시행하고, 경우에 따라서는 자유권의 경우와 마찬가지로 사회권의 경우에도 비례성 심사 특히 과잉금지원칙을 적극적으로 적용할 것을 제

언하였다. 아울러 사회권의 종합적, 계획적 성격을 감안하여 단순 권고가 아닌, 보고와 감시, 평가를 전제로 한 권고방식을 도입할 필요도 강조하였다.

중요한 것은 사회권은 자유권 이상으로 정치적인 권리라는 점이다. 사회권의 실효적 보장을 위해 국가인권위원회는 시민사회와 보다 많은 대화와 협력을 도모하여야 한다는 말이다. 국가인권위원회가 중심이 되어 사회권의 요청들을 시민사회의 공유하고 그에 확산시키며 그 목소리들을 모아나가야 한다. 그것이 국가인권위원회의 존재이유이다.

목 차

제1장 서론	1
I. 연구목적 및 필요성	1
II. 선행연구 및 관련연구 분석	4
제2장 사회권 보장의 현황과 문제점	8
I. 사회권 규약상 국가(당사국)의 의무	8
1. 개관	8
2. 제2조 제1항의 의무	10
3. 제2조 제2항 및 제3조의 의무	12
4. 존중, 보호, 실현의 의무	14
5. 기타 중요 개념	16
6. 소결	20
II. 우리나라에서의 사회권 보장의 실태와 문제점 정리	21
1. 사회권 보장의 실태: 사회권위원회의 제4차 최종견해를 중심으로	21
2. 사회권과 헌법재판소	25
3. 소결	29
[보론] 기후변화와 사회권	30
1. 기후변화와 인권	30
2. 사회권 규약과 기후변화	34
3. 기후변화에 대한 인권적 접근	37
4. 소결	41
제3장 유엔 사회권규약 선택의정서 가입의 의미와 쟁점	42
I. 사회권규약 선택의정서 개관	42
1. 사회권규약 선택의정서 기초 및 채택의 과정	42

2. 선택의정서 채택을 둘러싼 주요 논쟁	45
3. 사회권규약 선택의정서 채택과 발효 및 그 전망	57
II. 사회권규약 선택의정서의 주요 절차	59
1. 개인진정절차	59
2. 국가간 진정(제10조)	77
3. 조사절차(제11조)	77
4. 일반조항	81
5. 기타 선택의정서의 독특한 특징들 (내용설명 생략)	82
III. 선택의정서에 따른 개인진정 사례	83
1. 개인진정의 기본적 통계	83
2. 본안전 결정 사례: 허용가능성 관련(불수리)	86
3. 본안판단 사례	89
IV. 사회권규약 선택의정서 가입과 관련된 주요 쟁점	110
1. 사회권규약 선택의정서에 대한 몇 가지 오해들	110
2. 선택의정서가 가져다 줄 장점들	114
3. 선택의정서 가입 관련 사례	118
4. 선택의정서 도입의 효과: 진정 통계와 후속조치 검토	125
V. 우리나라의 선택의정서 비준 시 예상되는 문제점 및 해결방안	128
1. 선택의정서 비준시 예상되는 문제들	128
2. 선택의정서 비준의 전망	130
3. 선택의정서 비준을 위한 접근방법	132
4. 선택의정서 가입·비준을 위한 국내 준비사항 및 전략	133
5. 소결	141
제4장 국가인권기구 사회권 침해 구제절차 도입	143
I. 「국가인권위원회법」상 사회권보장과 진정제도	143
1. 현황	143

2. 사회권 보장과 진정제도의 부재	147
II. 외국의 국가인권기구(네트워크)와 사회권 보장	151
1. 사회권 침해에 대한 진정 등 제도 도입 사례	151
2. 사회권 보장과 국가인권기구네트워크의 활동 사례	164
3. 사회권 보호와 증진 관련 국가인권기구의 역할 사례	166
III. 사회권 개인진정제도 도입을 위한 「국가인권위원회법」 개정	174
1. 사회권과 국가인권기구: 국제적 시각	174
2. 사회권과 국가인권기구: 국내적 시각	176
3. 사회권을 포함하는 조사 대상의 확대	177
IV. 사회권규약 선택의정서 가입과 「국가인권위원회법」 개정	181
제5장 사회권 침해 여부에 대한 심사기준	184
I. 사회권과 사법심사 가능성의 문제	184
1. 사법심사의 가능 여부 논의들	184
2. 정리: 사법심사의 필요성	193
II. 사회권에 대한 사법적 심사와 그 사례들	195
1. 사회권과 사법적 심사	195
2. 사회권에 대한 사법심사기준	205
III. 사회권규약상 권리의 실질적 보장을 위한 심사기준 모색	213
1. 일반론	213
2. 상당성 심사와 최소핵심 의무: 사회권의 심사기준으로서의 적격성	214
3. 개별적 사회권에서의 심사기준 정리	227
4. 사회보장권	239
5. 재판규범으로서의 사회보장권	244
6. 결론	249
제6장 결론: 정책방향 및 제언	251

I. 정책제언	251
1. 국가인권위원회의 사회권관련 권한 확대	251
2. 사회권규약 선택의정서에의 가입	253
3. 사회권의 적극적 해석	256
4. 정책권고로서의 사회권 권고	260
5. 국제협력 강화	262
II. 정리	262
참고문헌	265
[부록 1] 사회권규약 일반논평에 나타난 핵심의무 정리	272
[부록 2] 본안판단 사례(부분 번역)	278
[부록 3] 다차원적 현상으로서의 빈곤: 현행 법률 및 정책 프레임워크	350
[부록 4] 유엔 경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회에 대한 개인진정	368

표 및 그림

표 1 경제사회문화적 권리에 대한 기후변화의 영향	33
표 2 사회권규약 선택의정서 서명 및 비준 현황	59
표 3 진정절차와의 차이점	78
표 4 개인진정 불속행 처리의 사유별 통계	84
표 5 개인진정사건에서 제기된 사회권규약상의 권리	86
표 6 국내적 수준의 핵심옹호활동	121
표 7 지역/소지역 수준의 핵심옹호활동	121
표 8 국제적 수준의 핵심옹호활동	122
표 9 사회권위원회 후속보고서 순서	126
표 10 사회권위원회 판정 결과 요약	126
표 11 사회권 진정 처리 현황	152

표 12 진정 관련 통계	161
표 13 사회권에 대한 판결 양상	197
표 14 건강권의 주요 내용	233
표 15 건강권에 대한 국가 의무	234
표 16 사회보장권의 내용	240
표 17 사회보장제도 접근성의 성격	241
표 18 1994년 헌법소원청구인과 대도시 2인 가구 1인당 최저생계비 비교	245

<그림 차례>

그림 1 국내 옹호활동 이정표	118
그림 2 ENNHRI 홈페이지	165

제1장 서론

I. 연구목적 및 필요성

이 연구는 경제적·문화적·사회적 권리(이하 “사회권”)의 실질적, 실효적 보장을 위한 제도적 장치를 마련함을 목적으로 한다.

통상 사회권은 20세기의 권리로 규정한다. Karel Vasak의 소위 제2세대 인권론은 이를 대변한다. 하지만, 역사적인 맥락에서 보자면 그것은 이미 18세기 프랑스 혁명의 과정에서부터 잉태되었다. 당시 수평과 특히 상퀼로드 운동은 경제적 평등을 외치며 그에 대한 권리가 보편적인 것으로 받아들여져야 한다고 주장하였다. 노동자, 농민, 도시빈민 등의 계급이 형성되면서부터 경제적 필요에 대한 충족을 요구할 권리가 요구되어 왔던 것이다.¹⁾ 하지만 그러한 사회권이 국가법 차원에서 “권리”로서 인정받은 것은 그리 오래되지 않았으며, 바로 이런 한계가 오늘날 우리나라에서의 사회권의 현실을 대변한다.

실제 사회권은 그 성립의 초기부터 재산권이나 계약의 자유 혹은 개인주의적 권리관에 대한 비판 및 도전의 형태로 제기되었다는 점에서부터 문제를 안고 있었다. 자본주의적 시장경제—이는 법적으로는 사유재산제와 계약자유 원칙, 그리고 과실책임 원칙으로 표현된다—를 기반으로 하는 기존의 사회구조 및 국가관을 교정하고 그 발상을 전환하는 과정에서 그리고 그 결과로서 사회권이 등장한 것이다. 사회권의 핵심영역에 자리하는 사회보장의 경우 필연적으로 그 수행에 필요한 재원을 확보하기 위하여 국가 과세권이 강화되어야 하며 특히 누진과세라든지 법인세, 고액소득부가세, 부유세, 상속세 등의 재분배정책이 수반되어야 한다.²⁾ 그 대당점에는 사회의 기득권 집단들이 자리하고 있다. 따라서 그 사회권의 존재에 대한 반발과 그 실천에 대한 저항이 적지 않았다. 오늘날 사회권에 가해지고 있는 수많은 소극적 법리들—특히 권리이분론, 입법방침설, 사법심사불가론 등—은 이런 반발과 저항에 기반한다.

하지만 개인주의적 자유주의의 출발이 되는 인간의 자율성—보다 정확히는 개인의 자율성—이라는 것 자체가 사회적으로 구성되는 것이다. 그것은 사회적인 매개를 통해 형성된다. 헌법재판소가 강제저축 프로그램으로서의 국민연금제도를 “상호부조의 원리에 입각한 사회연대성에 기초하여 고소득계층에서 저소득층으로, 근로 세대에서 노년 세대로, 현재 세대에서 미래 세대로 국민간의 소득재분배 기능을 함으로써 오히려 위 사회적 시장경제질서에 부합하는 제도”³⁾라 규정한 것은 이런 발상의 전환으로서의 사회권의 위상을 잘 보여준다. 고립된 개인으로서의 자율성이라는 법리에 더하여 의존적 인간들 사이의 연대성이라는 또 다른 가치를 추가함으로써 사회권의 존재의의를 분명하게 드러내고 있는 것이다.

특히 사회권을 자유권과 대비되는 권리영역으로 규정하고 그 사법적 실현의 가능성을 축소하였던 이원

1) 정정훈, 한국 2세대 인권운동의 형성과 전개 : 1993년부터 2012년까지의 시기를 중심으로, 중앙대 박사학위 청구논문, 2020, 182면.

2) 竹内章郎·吉崎祥司, 社會權: 人權を實現するもの, 大月書店, 2017, 16-19面.

3) 헌법재판소 2001. 2. 22. 99헌마365. 아울러 헌법재판소 2000. 6. 29. 99헌마289도 참고.. 이 사건에서 헌법재판소는 사회보험과 사보험의 차이를 설명하면서 등가성의 원칙에 기반한 사보험의 원칙에 비하여 사회보험의 경우는 사회연대의 원칙에 입각하고 있다고 하였다.

적 인권담론은 오늘날 국제인권법의 발전과 함께 상당히 극복되었다. 특히 UN사회권규약위원회(이하 “사회권위원회”)의 일반논평 제3호는 사회권의 사법심사가능성(Justiciability)과 그 심사기준으로서의 최소핵심 의무(Minimum Core Obligation)를 선언하면서 사회권의 실효적 보장의 가능성을 확장하고 있다. 하지만 그럼에도 우리의 경우 사법부 특히 헌법재판소를 비롯한 우리 법체계는 이 점에 상당히 소극적인 태도를 가지고 있다. 물론 사회권에 관한 헌법소원 등 사법심사의 기회는 적지 않게 마련하고 있어 사회권의 사법심사가능성을 확장하는 경향을 보이는 것은 사실이다. 그러나 그 심사기준을 지나치게 축소하여 입법자의 입법형성권을 강조하면서 사법자제로 일관한다는 점에서 문제를 야기한다. 사회권의 법적 성격에 대한 나름의 전향적인 태도변화에도 불구하고 그 실효적 보장에서는 헌법이나 인권법적 판단보다는 정책적 판단을 앞세우며 스스로 적극적인 심판자로 나서기를 꺼려한다는 것이다.

여기에 나름 사회권의 보장기구로 기능할 수 있는 국가인권위원회 또한 한계에 봉착해 있다. 국가인권위원회법은 국가인권위원회의 물적 관할을 헌법 제10조에서 제23조로만 한정함으로써 자유권만에 대하여 나름의 권한을 행사할 수 있도록 하고 있기 때문이다. 물론, 그러한 한계에도 불구하고 국가인권위원회는 그동안 자유권의 경로에 기대어 인간으로서의 존엄을 유지할 수 있는 물적 토대에 대한 권리를 선언하고자 노력한 바 적지 않으며, 이 점에서 우리 국가영역에서의 사회권의 새로운 위상을 정립하는 데 중요한 역할을 하고 있기는 하다. 하지만, 법제가 부과하는 기능상의 한계는 넘어설 수 없어 사회권의 실천에 있어 국가인권위원회의 역할은 잉여적인 것에 한정될 수 밖에 없는 것이 현실이다.

실제 사회권은 헌법재판소가 판시하듯 입법자의 정책적 고려 내지는 입법형성의 대상으로만 한정해서는 아니되는, 확고한 인권의 영역에 자리한다. 사회권규약 제2조 제1항 1이 말하듯, 그 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 각 당사국은 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취하여야 할 의무가 부여되어 있다. 그리고 이러한 의무는 궁극적으로는 인간의 생존 혹은 인간다운 생활에 필요한 최소한의 필요수준을 제공하여야 할 의무와 연결된다는 점에서 인간의 존엄을 보장하는 국가의무의 핵심을 구성한다. 그리고 바로 이 점에서 사회권은 “모든 인권과 기본적 자유의 보편성, 불가분성, 상호 의존성 및 상호관련성”속에서 이해되어야 하며, 적어도 그 최소한의 보장만큼은 법적으로 강제될 수 있도록 하여야 한다는 당위가 나오게 된다.

이 연구는 이러한 선이해를 바탕으로 사회권이 실효적으로 보장될 수 있도록 하는 법제적 장치를 마련하고자 한다. 이를 위하여 다음과 같은 연구과제들을 설정한다.

첫째, 사회권 보장의 국제인권법적 경로를 마련하기 위한 법제개선 방안을 마련한다. 이미 사회권위원회는 2008년 사회권규약 선택의정서를 채택하여 사회권규약의 규범성을 강화하는 절차를 마련하였다.(2013. 5. 5. 발효) 즉, 사회권에 관한 개인진정제도를 설치함으로써 사회권을 소구(訴求)가능한 권리로 고양하는 한편, 각 당사국에 대하여 그 비준을 강력히 권고한 바 있다.

이 연구는 개인진정제도를 골자로 하는 선택의정서에 우리나라도 가입하여야 한다는 판단하에 그 경우 발생할 수 있는 국내법상의 문제들을 발굴하고 그 해결책을 강구하고자 한다. 실제 정부는 사회권규약과 국내법의 충돌가능성을 내세우며 선택의정서 가입을 주저하고 있다. 하지만, 그 충돌가능성의 대부분은 우리 법원 및 헌법재판소의 소극적, 사법자제적 태도가 차지하고 있는 바, 이는 그동안 헌법학계나 인권법학계의 숭한 비판의 대상이 되어 온 만큼 조속히 교정되어야 할 사항이지 그것을 이유로 선택의정서 가입을 미룰 사항은 아니다. 특히 우리 헌법재판소는 “객관적으로 필요한 최소한의 조치”(헌재 1997. 5.

29. 94헌마33)나 “인간적 생존의 최소한을 확보하는 데 있어서 필요한 최소한의 재화”(2003. 5. 15. 2002헌마90) 등의 요소들을 심사기준으로 삼고 있는데 이것이 선택의정서가 제시하고 있는 최소핵심의 무 등과 어떤 간극이 있다고 해서 그것을 이유로 선택의정서 가입을 주저할 이유는 없어 보인다. 그러한 간극은 주로 자원 동원의 우선순위와 연결되는 것인 만큼 법정책적으로 조정될 수 있는 것이기에 충분히 선택의정서 가입의 장벽을 제거할 수 있기 때문이다.

이에 이 연구는 선택의정서 가입에 따르는 법적 장애 사유들이 어떤 것이 있으며 그것을 극복하기 위하여는 어떠한 법적개선노력이 필요한지, 그리고 선택의정서에 가입함으로써 어떠한 효과를 거둘 수 있는지를 천착함으로써 사회권의 실효적 보장이라는 당대적 과제의 해결에 한 걸음 나아가는 계기를 마련하고자 한다.

둘째, 사회권위원회는 선택의정서의 가입을 촉구하는 동시에 각 당사국으로 하여금 국가인권기구에 관한 법제를 개선하여 국내적인 사회권구제절차를 정비할 것을 권고한 바 있다.(2009년 제3차 최종견해, 2017년 제4차 최종견해) 이 연구는 이러한 권고의 국내법적 타당성을 검토하면서 국가인권위원회법을 비롯한 제반의 국내법에서 사회권의 실효적 보장에 장애가 되는 요인들을 추출하고 그 극복의 방안을 모색하고자 한다. 물론 여기서 국가인권위원회의 관할 내에 사회권을 포함시키는 한편, 사회권 침해에 대한 국가인권위원회의 조사권을 제도화하는 방안도 고려될 것이다.

실제 사회권의 경우 개별 구체적인 생활관계에 대한 고려가 큰 비중을 차지한다는 점에서 국제적인 권리구제절차보다는 국내적인 절차가 더욱 효과적이게 된다. 하지만, 권력분립의 틀에 충실한 우리 헌법체계를 고려할 때 법원이나 헌법재판소가 그 기능을 주도하는 것은 사회권의 형성적 기능에 부합하지 아닐 경우 적지 않게 된다. 오히려 국가인권위원회와 같은 초과기관 즉, 3권으로부터 독립된 지위에 있는 국가기관이 사회권 구제 기능을 담당하게 함으로써 침해의 위법성 판단과 함께 구제의 효과성을 동시에 도모할 수 있는 기회를 마련하는 것이 보다 합리적일 수 있게 된다. 그리고 이렇게 될 때 사회권규약 및 대한민국 헌법에 명시된 사회적 기본권을 개인의 주관적 권리로서 자리매김하는 계기가 되는 동시에 국내에서 사회권으로 표상되는 인간으로서의 품위를 유지하는 삶의 공간이 급진적으로 확장될 수 있는 토대를 형성할 수 있게 될 것이다.

셋째, 사회권 침해 여부를 판단하기 위한 심사의 기준을 마련하는 것은 이상의 연구목적에 이행함에 필수적인 것이 된다. 이에 이 연구는 선택의정서 등에서 사회권의 심사기준으로 제시한 최소핵심 의무의 내용을 살펴보고 그것에 대비되는 심사기준으로서의 합리성(Rationality) 기준과의 차이, 또 우리 헌법재판소가 제시한 각종의 심사기준들을 비교분석하고자 한다. 그리고 그 분석의 결과를 바탕으로 우리 법원이나 헌법재판소의 사법적 판단의 기준으로서의 사회권 심사기준과 국가인권위원회의 권고결정을 위한 사회권 심사기준을 차별화할 수 있는지의 여부를 염두에 두면서 최소핵심 의무의 구체적 내용을 일종의 가이드라인 수준에서 정리해 보고자 한다. 물론 이를 위해서는 총론적인 수준에서의 정리와 함께 개별적인 사회권 영역에 적용되는 심사기준을 특정하는 노력은 필수적이다. 이 연구는 오늘날 우리 사회에 주된 의제로 등장하는 몇 개의 사회권영역-주거권, 사회보장, 건강권 등-을 선별하여 그에 상응하는 심사기준을 정리해 보고자 한다.

넷째, 이 연구는 의당 그 분석의 결과로 다양한 법적 및 정책의 개선방안을 제시하게 될 것이다.

II. 선행연구 및 관련연구 분석

우리나라에서 사회권에 관한 연구는 그리 활발한 편이 아니었다. 헌법학의 영역에서는 자유권/사회권이분법에 포함되어 형식적·법리적 분석에 한정되었다. 국제인권체제에서 이런 획일적 이분법이 상당부분 극복되었으며, 이에 유엔 사회권규약위원회의 활동이 무엇보다 큰 역할을 해 왔다.⁴⁾ 하지만 국내에서의 사회권 논의는 이런 국제인권법적 흐름에서 자못 벗어나 있었다. 특히 사회권을 법(권리)영역이 아니라 정책(복지)영역으로 이관하는 경향이 적지 않았다. 이 과정에서 개별 구체적인 사회권 및 그 침해구제에 관한 연구는 더욱 희소하였다.

실제 우리 헌법은 사회권을 폭넓게 받아 들이고 있다.⁵⁾ 헌법상 사회권으로 분류 되는 교육을 받을 권리(헌법 제31조), 근로의 권리 및 근로3권(헌법 제32조, 제33조), 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조), 환경권 및 주거권(헌법 제35조), 모성보호 및 건강권을 포함하는 혼인과 가족생활의 보장(헌법 제36조) 등은 다른 국가의 입법례에 비해 비교적 빠른 시기에 헌법화되었음에도 불구하고 법현실에 있어서는 장식적 규범의 수준을 벗어나지 못 하였다. 여전히 헌법학계의 논의는 바이마르공화국에서의 국법학적 전통에서 벗어나지 못하여 그것이 입법방침에 불과한 것인지, 아니면 공권이지만 구체성이 떨어져 입법자의 결단을 기다려서 행사되어야 하는 불완전한 권리일 따름이라는 공허한 공방만 난무하였다. 혹은 사회국가원리라는 추상적인 국가이념에 터잡은 독일의 이론을 제대로 여과하지 못한 채 사회권 규정이 구체적으로 열거되어 있는 우리의 헌법해석에 그대로 치환하는 상황도 없지 않았다. 가뜩이나 헌법상의 사회국가원리가 국가의 재정·경제정책에 밀려 국가정책과정에서 별다른 주목도 받지 못하고 있는 상황에서 독일식의 헌법해석이 결과론적으로는 국가 복지행정의 자의적 헌법해석의 발판으로 전락할 수도 있음을 간과하고 있는 것이다.

헌법재판소 역시 이러한 구분론에서 자유롭지 못하고 있다. “근로자의 노동3권의 행사가 형사처벌의 대상이 되지 않는다는 단순한 자유권적 보장이 아니라 국가의 적극적인 보호 욕성을 받아야 한다는 사회권적 보장을 의미한다”⁶⁾라는 실시에서부터 시작하여, “현대국가가 근대의 시민적, 자유권적 관점에서의 최소한의 정부를 지양하고, 복지적, 사회권적 관점에서 적극적인 정부를 지향하고 있”⁷⁾다는 결정, 나아가 “헌법 제34조 제1항이 보장하는 인간다운 생활권은 자유권적 기본권이 아닌 사회권적 기본권의 일종으로서, 헌법적 권리로서는 인간의 존엄에 상응하는 ‘최소한의 물질적인 생활’의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리”라고 규정하는 등의 결정 양태는 전형적인 예에 해당한다.

그리고 이러한 구분론의 핵심은 사회권의 권리성에 대한 소극적 판단을 뒷받침함에 있다. 즉, 전자에 비하여 후자의 사회권은 국가의 정책에 의하여 규정되는, 따라서 그에 대한 판단은 소극적으로 이루어져야 한다는 사법자제의 논리를 펼치기 위한 전제로서 이러한 이분법이 이루어지고 있는 것이다. “인간다운 생활을 할 권리는 사회권적 기본권의 일종으로서 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의

4) 이에 대하여는 이주영, “사회권의 재판규범성 - 자유권/사회권 이분론을 넘어 -,” 노동법연구 제46호, 2019, 141면 이하 참조.

5) 제헌헌법에서 사회권 규정의 기반을 이루었던 삼균주의와 그에 따른 사회권의 구성에 대해서는 강진연, “민주공화국 정신과 사회권의 역사적 구성,” 현상과인식 2022 여름호 제46권 2호, 2022 참조.

6) 헌법재판소 1990. 1. 15. 89헌가103, 변정수 재판관의 반대의견 중에서

7) 헌법재판소 1995. 5. 25. 92헌마214

유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하는데, 이러한 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다”⁸⁾라는 판시는 그 대표적인 사례가 된다. ‘인간다운 생활을 할 권리는 사회권이다’라는 명제와 ‘사회권은 법률을 통하여 구체화될 때 비로소 인정된다’라는 명제를 단순 결합시킴으로써 그에 대한 사법적(혹은 헌법적) 판단을 회피하고 있는 것이다. 이런 사법자제로 인하여 헌법재판소는 사회권 그 자체에 대한 판단보다는 국가의무 또는 평등의 원칙 수준에서 접근하는 경향을 보일 수밖에 없었다. 아울러 입법형성권 혹은 입법재량의 개념을 중심으로 사회권을 판단함으로써 사회권에 관한 심사의 기준도 제대로 형성하지 못하였다. 헌법재판소가 가장 실질적인 사법심사권을 가지고 있음에도 불구하고 사회권에 관한 한 권리침해에 대한 중독적인 구제기관으로서의 역할을 제대로 하지 못하였던 것이다.⁹⁾

이러한 현실에 대해 최근 법학계와 인권법학계 일각에서 신랄한 비판이 가해지고 있다. 1998년 정인섭이 국제인권법학회에서 사회권규약 선택의정서안을 소개¹⁰⁾한 이래 사회권의 사법적 집행의 가능성에 대한 논의가 나름 활기를 띠게 되었다. 특히 1997년부터 시작된 외환위기(소위 IMF사태)와 그와 함께 본격적으로 우리 사회를 압박해 왔던 신자유주의는 사회경제적 약자에 대한 보호의 필요성을 강화하였고, 이 당시 최초의 실질적 정권교체를 가져왔던 김대중 정부는 참여적 복지의 개념을 도입하면서 사회권에 대한 새로운 조망의 필요성을 제기하였다. 여기에 가장 큰 기여를 하였던 것은 1993년에 설립된 인권단체인 인권운동사랑방이었다. 이 단체는 1999년 『인간답게 살 권리 - IMF 이후 사회권 실태 보고서』¹¹⁾라는 종합보고서를 발간하면서 우리나라에서 사회권이 강단에서의 권리가 아니라 현실에서 구체적으로 실천되어야 하는 살아있는 권리임을 선언하였다. 사회권의 대척점에 신자유주의로 촉발된 기득권세력을 두고, 사회권의 성격과 집행가능성에 대한 본격적인 논의를 촉발하는 한편, 빈곤, 노동, 주거, 건강, 교육, 소수자, 문화, 과학기술, 환경 등 세부 분야별로 드러나는 사회권의 현실을 조망하였다. 경우에 따라 사회권은 사회변혁에 기여하는 한 수단으로 파악하면서, 1986년 유엔 총회가 의결한 ‘발전권선언’((Declaration on the Right to Development)을 원용하는 글¹²⁾도 같이 실려 있었다.

이어 2003년 같은 단체가 출간한 『사회권규약 해설서』¹³⁾는 사회권 논의의 또 다른 지평을 열었다. 이 책은 인권운동가들과 국제인권기구 등에 의하여 보편적이고 실질적인 권리로 수용되고 있는 사회권에 대한 개설서로 사회권의 ‘권리성’을 밝히는 데 중점을 두어 다양한 분야의 권리내역들을 설명하고자 하였다. 특히 1986년 ‘사회권규약 이행에 관한 림버그원칙’, 1989년부터 발표된 사회권규약 ‘일반논평’, 1997년 ‘사회권침해에 관한 마스트리히트 가이드라인’ 등 다양한 부속문서들을 소개함으로써 사회권의 규범적 성격을 제대로 규명하고 그 이행을 촉구하는 역할을 수행하였다.

하지만 이 시기의 사회권은 주로 ‘운동’의 차원에서 접근되었다. 현실에서의 인권침해 양상을 조사하고

8) 헌법재판소 2004. 10. 28. 2002헌마328

9) 이런 점은 법원 역시 다를 바 없다. 실제 한 연구에 의하면 그동안 우리 법원이 판결에서 사회권규약을 인용한 경우는 총 13건에 불과하며 그것도 1990년대 이후에서야 그러하였다고 한다. 특히 대법원이 그리 한 경우는 1건, 서울 고등법원이 2건에 머물러 있음은 우리 사법체계에서 국제인권법이 제대로 인식되지 못하고 있다는 점에 더하여 사회권의 사법심사가능성에 대한 소극적 경향이 팽배해 있음을 잘 보여준다. 이해영, 법원의 국제인권조약 적용 현황과 과제, 사법정책연구원 연구총서 2020-1, 2020, 271면.

10) 정인섭, “경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약의 실천제도,” 국제인권법, 제2권, 1998. 113-147면.

11) 인권운동사랑방 사회권위원회 편, 『인간답게 살 권리 - IMF 이후 사회권 실태 보고서』, 사람생각, 1999

12) 위의 책, 67면

13) 인권운동사랑방 사회권위원회 편, 『사회권규약 해설서1-사회권의역사와성격』, 재단법인인권재단 사람, 2003

드러내며 그것을 구체·치유할 수 있는 국가적, 사회적 대안을 마련하는 것에 집중되어 있었던 것이다.¹⁴⁾ 그러다보니 사회권의 규범적 성격 혹은 사법심사나 그에 준하는 절차에 의한 사회권침해구제에 대한 분석은 사회권 자체에 대한 관심보다는 늦을 수밖에 없었다. 그나마 헌법재판소가 1994년생계보호기준사건¹⁵⁾에서 입법과 행정의 준칙으로서의 사회권과 사법심사 특히 헌법재판의 준거로서의 사회권에 다른 의미를 부여하면서 이에 대한 논평의 형식으로 사회권에 관한 연구¹⁶⁾가 진행되었던 것이 고작이었다. 그러다가 김대중 정부 후반기에 접어들면서 사회부조나 사회보장 등의 체계를 한정적, 선택적 수혜의 개념에서 보편적 수혜 내지는 보편적(법률적) 권리의 개념으로 변화시킴으로써 사회권에 대한 주의가 환기되기 시작하였다. 인권의 보편성에 복지의 보편성 개념이 결합하면서, 운동의 차원에서 요구되었던 사회권을 구체적 권리로서의 사법적 실현을 위한 준거규범으로 정립하여야 한다는 인식이 높아졌던 것이다. 주로 사회권의 법적 성격을 중심으로 그것이 1970, 80년대에 피상적으로 제기되었던 공권론의 차원이 아니라 사법적 심사의 가능성을 내포한 구체적 권리로서 재규정하고자 하는 노력이 이루어졌던 것이다.¹⁷⁾ 특히 그에 소극적인 사법자제론으로 일관하고 있는 헌법재판소의 결정들을 비판하면서 사회권 그 자체로서 헌법적 집행이 가능할 수 있는 이론의 구축에 주력하였다.¹⁸⁾ 하지만 이들의 연구는 대부분 사회권의 법적 성격에 대한 설명에 이어 헌법재판소의 결정을 소개하고 그 한계를 지적하는 수준에 그치고 있다.¹⁹⁾ 특히 21세기 접어들면서 본격화되는 국제인권법체제에서의 사회권논의들, 무엇보다 개인진정절차를 중심으로 하는 사회권규약 선택의정서에 대한 논의는 거의 없었다.

14) 정정훈, 위의 글, 215면. 국가인권위원회가 설치될 당시 그 관할영역에 사회권이 편입되지 못한 이유의 한 단면도 이런 경향에 있었을 것이다. 특히 김대중 정부의 인권정책 내지는 복지정책의 기초가 그 실체보다는 “대중참여”라는 절차적 측면에 놓여 있었던 점도 그 한 원인이 될 수 있을 것이다.

15) 헌법재판소 1997. 5. 29. 94헌마33

16) 김문현, “생존권적 기본권에 관한 헌법규정의 규범성: 헌법재판소 1997. 5. 29 선고, 94헌마 33과 관련하여”, 법학논집 제2권 제2호, 이화여대 법학연구소, 1998. 그 외 김백유, “사회적 기본권의 구체적 보장”, 한성대 논문집 제25집(2001. 12); 김일환, “사회적기본권의 법적 성격과 보호범위에 관한 고찰”, 헌법학연구 제4집 제3호, 한국헌법학회(1998. 10); 한병호, “사회적 기본권 50년”, 헌법학연구 제4집 제1호, 한국헌법학회(1998. 6) 등 참조.

17) 이와 관련한 박사학위논문은 최규환, “사회적 기본권의 사법심사가가능성”, 고려대 대학원박사논문, 2014; 최춘규, “사회적 기본권 실현을 위한 사회정책과 입법에 관한 연구”, 서강대 대학원박사논문, 2013; 김종보, “기본권의 객관적 규범성에 관한 연구: 사회적 기본권의 법적 성격을 중심으로”, 부산대 대학원 박사논문, 2009 등 참조.

18) 예컨대, 김해원, “급부권적 기본권의 심사구조: 행정 사법 권력에 의한 입법부작위를 중심으로”, 헌법재판연구 제4권 제2호, 2017; 전학선, “헌법재판소 판례에 나타난 사회적 기본권과 비례의 원칙”, 세계헌법연구 제23권 제2호, 2017; 홍석한, “사회적 기본권의 법적 성격과 입법재량에 대한 고찰: 미국과의 비교를 겸하여”, 미국헌법연구제28권 1호, 2017; 헌법재판소 헌법재판연구원, 사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 검토, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016; 이준일, “사회적 기본권에 관한헌법재판소의 심사기준”, 헌법재판연구 제2권 제2호, 2015; 정영훈, 사회보장에 대한 헌법상 권리의 침해 여부에 관한 심사기준, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2015; 한수웅, “사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권: 사회적 기본권의 개념과 법적 성격을 중심으로”, 헌법학연구 제18권 제4호, 2012; 정극원, “헌법재판에서의 사회적 기본권의 심사 기준과 그 적용”, 세계헌법연구 제17권 제2호, 2011. 8; 한상희, “사회권과 사법심사: 여전히 ‘생성중인 권리’의 복권을 위하여”, 공법연구 제39집 제1호, 2010; 정철, “사회적 기본권 실현의 헌법적 한계”, 입법학연구 제5집, 2008; 박찬운, “사회권의 성격과 사법구제 가능성:헌법재판에서의 사법구제 가능성을 중심으로”, 법학논총 제25집 제3호, 2008; 김기영, “사회적 기본권의 법적 성격에 관한 반추: 진보적 이해를 위한 몇 가지 시각”, 법학논총 제15집 제1호, 2008; 정태호, “원리모텔에 의한 사회적 기본권 침해여부의 판단기준 및 심사구조”, 헌법학연구 제13권 제3호, 2007; 김규하, “사회적법치국에서의 기본권”, 토지공법연구 제26집, 2005; 공정원, “법을 통한 사회권 보장의 한계에 대한 연구: 인권 개념을 중심으로”, 사회복지연구 제5권, 2004; 이준일, “사회적 기본권”, 헌법학연구 제10권 제1호, 2004.; 차용준, “사회복지와 사회적 기본권에 관한 연구”, 사회과학논총 제18집, 2002; 홍성방, “헌법재판소결정례에 나타난 사회적 기본권”, 서강법학연구 제4권, 2002; 이경주, “사회적 기본권과 민주주의: 사회보장수급권을 중심으로”, 민주법학 통권 21호, 2002

19) 그럼에도 사회권에 대한 사법적 심사기준을 구체적으로 확립하고 이를 통해 사회권의 내용을 명확히 한 경우는 거의 없다. 그나마 정명훈의 위의 글은 이를 본격적으로 다룬다는 점에서 의미를 부여할 수 있다. 또 이준일의 경우 사회적 기본권에도 자유권적 기본권에 적용되는 과잉금지의 원칙(헌법 제37조제2항)이 타당할 수 있다는 주장을 하여 눈길을 끈다. 이는 다시 논의할 것이다.

실제 2005년을 전후하여 국가인권위원회는 사회권규약 선택의정서에의 가입에 대한 의견서를 채택한 바 있다. 그럼에도 이의 국내법적 의미를 천착하여야 할 헌법학계는 별다른 관심을 보이지 않았다. 그나마 일부의 학자나 법률가에 의하여 소개와 가입요구의 취지를 밝힌 몇 편의 글²⁰⁾만 존재한다.

하지만 사회권규약 선택의정서가 효력을 발하고 난 이후 최근에 들어서면서는 사회권의 실천에 관한 다양한 논의들이 이루어져 왔다.²¹⁾ 주로 사회권을 사회권규약과의 관련 속에서 재해석하면서, 유엔 사회권위원회의 심사기준을 비롯한 외국의 다양한 심사결과들을 원용하면서 우리 법제에서도 사회권이 유효한 저촉규범 즉, 국가작용의 타당성과 합법성을 판단하는 유의미한 준거규범으로 작용할 수 있음을 천착해 온 것이다. 사회권의 국제(법)적 보장, 사회권의 심사기준에 관한 연구, 외국의 사회권 보장 체제에 관한 연구 등이 간헐적으로 이루어지고 있는 셈이다. 다만 실천이론의 수준에서 사회권의 침해구제절차 도입의 문제, 선택의정서 가입의 문제, 그리고 개별 구체적인 사회권 심사기준의 마련 등에 관한 연구는 그렇게 유효하게 발견되지 않는다.

이하에서는 이러한 점들에 주목하면서 사회권규약 및 사회권의 유효한 실천을 위한 방안을 마련함을 주된 연구목적으로 삼아 우리나라에서의 사회권보장의 실태 및 그에 대한 사법체계의 한계를 살펴보고, 최근 그 가입이 요구되고 있는 사회권규약 선택의정서의 내용을 소개하면서 가입, 비준의 전략을 마련해 본다. 아울러 우리나라에서의 인권체제 특히 인권레짐의 한계를 분석하면서 이를 극복하기 위한 입법적, 법해석적 대안을 모색해 보고, 사회권에 대한 사법심사의 가능성을 마련하기 위한 심사의 기준 등을 제시해 보기로 한다.

20) 예컨대 박찬운, "사회권규약선택의정서의 내용과 의미에 관한 소고", 인권과 정의 Vol.392, 2009년 4월, 125-139; 황필규, "유엔사회권규약 선택의정서의 의의와 비준 필요성", 유엔 경제적·사회적·문화적 권리 규약 선택의정서 비준 토론회 발표문, 2013년 4월 16일

21) 채형복, "리스본조약상 유럽사회권기둥의 법적 의미", 법학연구, 제22권 제3호, 2019, 461-491; 전하은, 허세미, 양옥경, "국가인권위원회 각하 결정례 분석 : 국민의사회권보호를 중심으로," 사회복지법제연구, 제13권 제2호, 2022, 353-382; 홍선기, "사회권에 대한 유럽인권법원의 대응방안 연구," 사회법연구, Vol. 39, 2019, 1-43; 이주영, "사회권의 재판규범성 -자유권·사회권이분론을 넘어-", 노동법연구, 제46호, 2019, 223-257; 김효권, "사회권위반 여부에 대한 판단 기준으로서 최소핵심 의무 -헌법재판소 결정례 비판을 포함하여-", 국제법학회논총, 제66권 제1호, 2021, 37-70; 박상준, "유럽사회권기둥(The European Pillar of Social Rights, EPSR)의 의미와 한계," 유럽연구, 제41권 제2호, 2023, 75-95; 이주영, "사회권과 실질적 평등," 비판과 대안을 위한 사회복지학회 학술대회 발표논문집. 2023. 6. 135-145; 이준일, "사회권의 복권을 위한 구상," 헌법학연구, 제25권 제3호, 2019, 189-213; 박찬운, "사회권의 사법구제가능성 강화를 위한 사법부의 역할," 법학논총, 제35권 제4호, 2018; 이주영, "사회권규약의 발전과 국내적 함의," 국제법학회논총, 제61권 제2호, 2016, 125-157; 박찬운, "이 시대가 요구하는 헌법재판소의 인권철학:사회권의 사법심사강화를 위한 전제," 법과 사회, 제52호, 2016; 김효권, "사회권위반 여부에 대한 판단 기준으로서 최소핵심 의무 -헌법재판소 결정례 비판을 포함하여-", 국제법학회논총, 제66권 제1호, 2021, 37-71 등 참조.

제2장 사회권 보장의 현황과 문제점

I. 사회권 규약상 국가(당사국)의 의무

1. 개관

사회권을 보장한다는 것은 헌법과 국제인권규범이 정한 경제사회문화적 권리가 존중되고 보호되며 실현될 수 있도록 하는데 필요한 조치를 이행할 국가의 의무가 이행된다는 말과 다르지 않다. 결국 어떤 나라에서 사회권이 어느 정도로 보장되고 있는가 하는 것은 달리 말하자면 해당 국가가 이들 권리를 보장하기 위하여 헌법과 국제법이 부과하고 있는 국가의 의무를 얼마나 충실히 이행하고 있는가에 달려 있다는 의미이다. 아다라 사회권 보장의 현황을 파악하기 위해서는 먼저 헌법과 국제법이 각 국가에 부과하는 사회권과 관련된 의무의 내용이 무엇인지를 밝히는 것이 선결문제로 요구된다. 대한민국헌법이 국가에게 일반적으로 요구하는 의무는 제10조 후문에서 규정되고 있다. 즉 “국가는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.” 기본권의 확인의무와 보장의무로 요약되는 이 의무는 매우 추상적인 것이어서 이로부터 도출해낼 수 있는 의미는 매우 제한적이다. 이 점에서 사회권규약은 헌법보다는 좀 더 구체적인 의무의 윤곽을 제시하고 있다. 사회권규약이 당사국에게 부과하는 의무는 경제사회문화적 권리에 관한 일반적 의무와 사회권규약 제2부의 제2조와 제3조에서 규정하고 있는 구체적 의무, 그리고 개별 권리 규정에서 부과하는 개별적 의무로 나뉘볼 수 있다.

먼저 일반적 의무는 ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리 위반에 관한 마스트리히트 가이드라인’에서 정한 세 가지 의무, 즉 존중, 보호 및 실현의 의무를 가리킨다. 존중(respect)의 의무는 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유하는 데 국가가 저해하는 행위를 하지 말아야 한다는 것이다. 즉 국가가 자의적인 강제 퇴거에 관여했을 경우, 그것은 주거권을 침해한 것이다. 보호(protect)의 의무는 제3자에 의한 인권침해를 국가가 막는 것이다. 즉 사기업이 기본적 노동 기준을 준수하도록 보장하지 못한다면 그것은 노동권 및 공정하고 유리한 노동조건에 대한 권리의 침해에 상당한다. 실현(fulfill)의 의무는 국가가 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 완전히 실현하기 위해 적절한 입법·행정·예산·사법 조치 및 기타 조치를 취하도록 요구한다. 즉 국가가 필요한 사람에게 필수적인 기초 의료를 제공하지 않는다면, 그것은 인권 침해에 상당한다.²²⁾

한편 규약 제2조와 제3조에서 규정한 구체적 의무는 다음 세 가지이다.

22) 마스트리히트 가이드라인, 단락 6. 이 가이드라인은 United Nations, *Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions*, 2005(국가인권위원회, 경제적, 사회적 및 문화적 권리: 국가인권기구를 위한 안내서, 2007)에 수록되어 있음.

- 특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, 개별적으로 또한 특히 경제적, 기술적인 국제지원과 국제협력을 통하여, 자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것(제2조 제1항)
- 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사부록회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것(제2조 제2항)
- 이 규약에 규정된 모든 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유함에 있어서 남녀에게 동등한 권리를 확보할 것(제3조)

제2조 1항에서 정한 당사국의 의무는 규약상 권리의 점진적 달성을 위하여 입법조치 등 적절한 수단에 의하여 자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 의무이다. 반면 제2조 제2항에서 밝힌 당사국의 의무는 규약상의 권리를 어떤 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 의무이다. 한편 제3조의 여성과 남성의 동등한 권리 확보 의무는 제2조 제2항의 차별금지의무 중 성을 기준으로 한 차별금지와 중복되는 것이어서 이하에서 별도로 언급하지는 않는다.²³⁾ 사회권규약과 관련된 각종 절차에서 사회권위원회에 주어진 임무는 당사국이 이러한 의무를 규약이 정한 방식으로, 규약이 원하는 수준까지 이행했는지 여부를 판단하는 것이다. 이 점은 선택의정서가 정하는 개인진정절차는 물론 사회권규약 자체에서 정하는 국가보고에 대한 심사절차에서도 마찬가지다. 그러므로 사회권규약과 관련된 각종 구체절차에서 사회권위원회의 판단을 위해서는 규약이 당사국에게 부과하는 의무의 내용이 무엇인지가 밝혀져야 한다.

그런데 이와 같은 일반적 의무인 존중, 보호 및 실현의 의무와 규약 제2조 및 제3조의 구체적 의무는 중첩적인, 또는 상호 포섭적인 관계에 있는 것으로 보이기도 한다. 즉 규약 제2조와 3조에서 규정한 구체적 의무들은 존중, 보호 및 실현의 의무의 일부 내용으로 포섭되는 관계에 있는 것으로 볼 여지도 있다.²⁴⁾

그러나 주거권 이외의 권리에 대해서도 이런 세분이 적용될 수 있을지는 의문이고, 사회권위원회의 일반논평에서도 그런 태도를 보이고 있지는 않다. 따라서 이하에서는 먼저 규약 제2조 및 제3조에서 규정하는 의무들의 의미를 그 문구의 해석을 통하여 정리하고, 마스트리히트 가이드라인에서 제시된 존중, 보호 및 실현의 의무의 의미를 밝힌 다음, 마지막으로 사회권 보장에 관한 당사국의 의무와 관련하여 거론된 중요개념인 최소핵심 의무와 역행조치 금지에 대하여 살펴보는 순서로 진행하기로 한다.

23) 이처럼 제3조는 제2조 제2항의 차별금지의무와 중복되는 것이지만, 규약 채택 당시 남성과 여성간의 평등의 원칙은 유엔헌장에 소중히 간직되어 있음에도 그 완전한 적용을 방해하는 편견이 여전히 다수 존재하기 때문에 지속적으로 강조되어야 한다는 의미에서 만장일치로 채택되었다. UN General Assembly, Draft international covenants on human rights. Report of the 3rd Committee, A/5365, 17 December 1962, <<https://digitallibrary.un.org/record/846752>>, para. 85.

24) 예컨대, 유엔인간정주계획은 주거권과 관련하여 당사국의 의무를 매우 세밀하게 분류한 모형을 발표했는데, 이 모형은 일단 존중의 의무에 ‘모든 형태의 차별 금지’를, 보호의 의무에는 ‘모든 집단의 평등권 보장’을, 실현의 의무에는 ‘모든 필수적 서비스와 기반시설 제공’ 등을 포함시키고 있다. 국가인권위원회, 경제적, 사회적 및 문화적 권리: 국가인권기구를 위한 안내서, 32쪽.

2. 제2조 제1항의 의무

1) “특히 입법적 조치의 채택을 포함한 적절한 수단에 의하여... 조치를 취할 것을 약속한다”

제2조 1항은 당사국에게 모든 사람이 규약상의 모든 권리를 완전히 향유하게 하기 위하여 즉시 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 많은 경우에, 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 강제할 수 있으려면, 입법의 채택은 불가피할 것이다.²⁵⁾ 그러나 법률만으로는 규약 상 의무를 충분한 이행할 수 없고, 정부는 모두에게 이러한 권리를 보장하기 위하여 행정적, 사법적, 정책적, 경제적, 사회적, 및 교육적 조치 그리고 모든 기타 필요한 조치를 취해야 한다. 법이 비록 중요하기는 하지만, 법만으로는 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 광범위한 향유를 보장하기에는 충분하지 않다.²⁶⁾

제2조 1항에 따라, 당사국들은 입법적 조치를 취할 의무가 부과되어 있는데 특히, 현행 법률이 규약상 부과된 의무와 명백하게 양립하지 않는 경우에 그러하다. 예를 들어 법률이 명백하게 차별적이거나, 규약에 포함되어 있는 어떤 권리의 향유를 방해하는 명시적인 효력을 가지거나, 특히 국가의 소극적 의무와 관련하여 권리의 침해를 허용하고 있는 경우에 그러하다. 실례를 들자면, 정부가 폭력을 행사하여 주거를 이전시키는 것을 법이 허용하거나, 적정절차 없는 강제철거를 법이 허용하는 경우 이러한 법은 국내입법을 통하여 규약과 일치하도록 수정이 요구되어 진다.

2) “권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여”

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약상의 점진적 실현이라는 용어의 사용은 경제적, 사회적 및 문화적 권리가 일정한 경제개발수준에 도달한 경우에만 실현될 수 있다는 의미로 종종 그릇되게 사용된다. 이러한 해석은 동 조항이 의미하는 법률적 해석이나 의도가 아니다. 동 조항은 국가의 부의 규모와 상관없이 모든 당사국에게 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 실현을 위하여 가능한 조속히 행동할 의무를 부과하고 있다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 효과적이고 공평한 자원의 즉각적인 이용을 요구하고 있다.

당사국의 의무의 성격에 관한 경제적, 사회적 및 문화적 권리위원회의 일반논평 3에 따르면, 관련 권리의 완전한 실현은 점진적으로 달성될 수 있으나, 해당 목적을 위한 조치는 당사국들이 비준한 이후 합리적으로 짧은 시간 내에 취해져야만 한다. 그러므로 국가가 조치를 취하지 않는 경우에는 규약 위반이 된다. 또한 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 보호의 의무는 규약 상에 규정된 권리를 보장하기 위해서 국가가 법적으로 합치하며, 충분히 점진적인 정책을 개발할 것을 요구하고 있다. 경제적, 사회적 및

25) “필요한 조치에 대한 확고한 법적 근거가 없는 경우에는 차별에 대한 효과적인 대응이 어려울 수 있다.” 일반논평 제3호, 단락 3.

26) 사회권위원회는 해당 조치에 사용되는 수단으로 특정한 정부 형태 또는 경제 체제를 요건으로 하거나 배제하고 있지 않으며, 단지 민주적이고 또한 그에 따라 모든 인권이 존중되기만 한다면 된다고 보고, 따라서 규약 상 인정되고 있는 권리는 매우 다양한 정치경제 체제 내에서 실현될 수 있다는 점을 확인하고 있다. 일반논평 제3호, 단락 8.

문화적 권리의 특별한 측면을 모니터링하고 평가하기 위한 수단으로서 지표의 사용은 점차적으로 규약의 이행을 위한 하나의 “수단”으로 수용되고 있는 것으로 보인다.

3) “가용자원이 허용하는 최대한도까지”

“가용자원”이라는 용어는 한 국가내의 자원과 국제협력과 원조를 통해 국제공동체로부터 얻을 수 있는 경제적, 기술적 자원을 모두 포함한다. 이러한 용어는 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 실현을 위해 이용될 수 있는 공적비용과 기타의 모든 자원을 포함한다.

점진적 실현 조항처럼 “가용자원”의 기준은 종종 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 향유를 못하게 하거나, 위반을 정당화하는데 사용되곤 한다. 그러나 림버그 원칙에서 인정하고 있듯이, 이러한 기준은 경제발전의 수준에 관계없이, 당사국은 모든 이에게 최소한의 생존권을 보장할 의무가 있음을 부여하고 있으며, 결코 후진국을 위한 미이행의 수단으로 의도된 것은 아니다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리 위반에 관한 마스트리히트 지침에 따르면, “림버그원칙 25항 ~ 28항과 경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회의 법리에서 확인했듯이, 경제적, 사회적 및 문화적 권리 이행과 관련된 국가의 최소의무가 자원의 부족 때문에 경감되지는 않는다.”라고 언급하고 있다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리의 완전한 실현을 위하여 “가용자원이 허용하는 최대한도까지”라는 요건은 예산과 세출에 대한 정부의 결정에 영향을 준다. 예를 들어, 공적 자금의 지출과 관련하여, 국가는 재량적 자금지원에 있어 우선적으로 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약상의 의무를 충족하도록 요구되어 진다. 또한 국가가 부과될 세금의 수준을 결정함에 있어, 국가는 모든 이에게 필수서비스를 제공하고 생존요건의 충족을 보장할 수 있는 충분한 세입의 조달을 보장해야 한다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관련된 공적지출의 삭감이나 프로그램 감소에 대한 명백한 정당성이 없는 경우, 국가는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약상의 의무를 위반한 것으로 간주될 수 있다고 하였다. 그러나 동 위원회는 “가용자원이 허용하는 최대한도까지”라는 해석과 관련하여, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약상의 규범을 보장하기 위하여 공적지출이 전체 지출의 어느 정도를 차지해야 충분한 지를 명확히 결정하는 것은 불가능하다고 언급하였다. 하지만 공적 지출의 삭감에 대한 합리적인 정당성이 없는 경우에 국가는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약을 위반한 것으로 해석될 수 있다고 하였다. 덧붙여 동 위원회는 적극적인 국가의 개입이 요구되는 상세한 사항들에 대하여 언급하고 있다.

4) “국제적 지원과 국제적 협력을 통하여”

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2조상의 국가의 의무는 “개별적으로 그리고 국제적 지원과 협력을 통하여” 이행되어야만 한다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 많은 국가

들이 단독으로 행동해서는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약상의 의무를 충족시킬 수 없다는 것과 국제적 지원이 필요하다는 것을 인정하고 있다. 동 조항은 두 가지 측면을 가지고 있다. 즉, 지원 받을 의무와 제공의 의무이다.

일반적으로 개발 또는 변화의 과정에 있는 국가들은 짧은 시간 내에 혹은 즉각적으로 자국의 국민들을 위한 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 완전한 실현을 보장하여 줄 자원을 가지고 있지 않다. 이러한 이유로 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 즉각적인 완전한 이행을 요구하고 있지는 않으나 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 점진적으로 실현할 것을 요구한다. 그러나 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 필요한 경우 국가가 그들의 점진적 실현 계획을 이루기 위하여 외부의 지원을 받아들일 것을 요구한다. 외부의 지원은 가용자원의 일부분으로 간주되어야만 한다. 국가는 경제적, 사회적 및 문화적 권리와 관련하여 의무를 충족할 수 없고, 외부의 지원이 가능한 경우 고립주의적 입장이나 자급자족적 태도를 채택해서는 안 된다.

지원을 제공할 수 있는 적절한 수단을 가진 국가는 자국내의 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 보장할 의무를 재정적으로 충족하지 못하는 국가에게 지원을 제공할 의무가 있다. 국제적 지원과 협력에 관한 요소에는 작위, 부작위의 두 가지 경우가 있다. 지원을 제공할 수 있는 국가가 부적절한 행위를 하거나 혹은 어떠한 행동도 취하지 않은 경우 당해 국가는 자신의 작위와 부작위에 대해 책임져야만 한다.

3. 제2조 제2항 및 제3조의 의무

사회권위원회의 중요한 과업 중 하나는 경제사회문화적 권리와 관련된 점진적인 의무의 폭넓은 맥락 내에서 차별금지를 확보할 국가의 즉각적 의무들을 분석하는 일일 것이다. 차별금지를 보장할 의무는 사회권규약의 모든 조항들과 결합해서뿐만 아니라 그 자체로도 국제법에 따른 즉각적 의무이다. 즉 사회권위원회는, 사회권을 이행하고 각 권리의 최저필수수준을 충족하기 위한 조치를 취할 즉각적 의무를 넘어서 사회권위원회는 국가들이 이들 조치가 차별금지의 토대 위에서 취해지고 취약집단에 우선순위가 부여 되도록 보장할 즉각적 의무를 가진다고 결정했다.²⁷⁾ 나아가 일정한 집단에 대한 역사적이고 구조적인 차별을 구제하고 사실상 및 법률상으로 평등을 확보하기 위한 특별한 (적극적) 조치를 취하는 것은 차별적으로 보지 않고 오히려 그것은 국가의 추가적 의무로 본다.²⁸⁾ 예컨대 사회권위원회는 국가들이 '실질적 또는 사실상의 차별을 야기하거나 영속화하는 조건들과 태도들을 예방, 축소 및 제거하기 위하여 필요한 조치를 즉각 채택'해야 한다고 지적해왔다.

어떤 개인에게 하나 또는 그 이상의 금지사유에 해당하는 특징이 있는지 결정할 때, 반대할만한 정당한 근거가 존재하지 않는 한, 당사자 스스로가 밝힌 정체성에 따라야 한다.²⁹⁾ 사회권위원회는 사회권규

27) 사회권위원회, 일반논평 제20호, 2009, 단락 7.

28) 사회권위원회, 일반논평 제20호, 2009, 단락 9.

29) 사회권위원회, 일반논평 제20호, 2009, 단락 16.

약 제2(2)조에 포함된 비망라적 목록에 근거한 8가지 명시적인 차별사유를 열거해 왔다. 이들은 ‘인종과 피부색’, 성, 언어, 종교, 정치적 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산 및 출생이 포함된다. 일반논평 제20호에서 절정에 이른 여러 일반논평들을 통해서 사회권위원회는 11가지의 추가적이고 묵시적 또는 유사한 차별사유를 정교화했고 이에겐 장애, 연령, 국적, 혼인 및 가족의 지위, 성적 지향 및 젠더 정체성, 건강상태, 거주지 및 경제적 사회적 상태가 포함된다.³⁰⁾ 그러나 사회권위원회는 제2(2)조에 열거되지 않은 사유 등 어떤 다른 차등화 사유들이 차별을 구성하는지를 결정하기 위한 일관된 기준들을 정교화하지는 못했다.³¹⁾

법률과 정책 또는 그 효과를 통한 차별이 있는 경우 사회권위원회는 ‘차등화의 정당화가 합리적이고 객관적’인지 여부를 심사할 필요가 있다. 이를 수행하기 위해 조치가 정당하고 사회권규약의 모든 목표 및 목적들과 합치하며 사회의 일반적 복지를 촉진하려는 노력의 일환이라는 점을 입증할 책임은 국가에게 있다.³²⁾ 나아가 국가에 의한 조치 또는 부작위의 목적과 권리보유자에 대한 그 영향 사이에는 비례관계가 있어야 한다.³³⁾ 중요한 것은, 국가가 가용자원을 모두 이용하여 차별의 제거를 우선시하기 위하여 모든 노력을 다했음을 입증할 수 없는 한, 위원회는 국가가 가용자원의 부족을 객관적이고 합리적인 정당화로 주장할 수 없다³⁴⁾는 점을 강조해 왔다는 것이다.³⁵⁾

차별사유를 평가할 때 실제적이고 상호교차적인 접근이 채택되도록 보장하는 것에 더하여 사회권위원회는 사회경제적 지위를 차별금지 및 평등의 의무 위반을 인정하기 위한 하나의 사유로 탐색하고 정교화하기 시작했다. 일반논평 제20호에서 위원회는 빈곤과 사회경제적 배제가 차별 및 불평등의 사유에 해당할 수 있다고 명시적으로 밝히면서 중요한 조치를 취했다.³⁶⁾ 사회권의 성격 때문에 빈곤의 문제는 거의 모든 사회권침해 경험의 근저에 놓여 있고, 바로 그 때문에 사회권위원회는 빈곤을 차별의 잠재적 사유로 계속 구체화하는 데 있어 특별한 역할을 하고 있다.³⁷⁾ 극빈에 관한 유엔 특별보고관의 최근 보고서는 범죄화와, 빈곤을 근거로 한 사람들의 차별을 분석했는데, 이 보고서는 빈곤과 관련된 고정관념과 낙인이 가난한 사람들을 처벌하고 차별하는 정책으로 이어졌다는 점을 시사하였다.³⁸⁾ 나아가 국가는 공공장소에서의 행위를 공공안전의 이름으로 규율하는 등 가난한 사람들을 비례성 없이 처벌하는 법률을 점점 더 많이 제정하고 있다.³⁹⁾

30) 사회권위원회, 일반논평 제20호, 2009, 단락 15.

31) Malcolm Langford, Bruce Porter, Rebecca Brown, Julieta Rossi (eds.), *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary* (Pretoria University Law Press, 2016), 258.

32) Langford 외, *A Commentary*, 258.

33) 사회권위원회, 일반논평 제20호, 2009, 단락 13.

34) 사회권위원회, 일반논평 제20호, 2009, 단락 13.

35) Langford 외, *A Commentary*, 258.

36) 사회권위원회, 일반논평 제20호, 2009, 단락 35.

37) Langford 외, *A Commentary*, 258.

38) M. Sepulveda, *Report by UN Special Rapporteur on Extreme Poverty to UN General Assembly*, 66th Session, U.N. Doc A/66/265 (2011).

39) M. Sepulveda, 위의 보고서, 단락 26.

사회권위원회가 빈곤에 근거한 차별을 차별의 독자적 근거일 뿐만 아니라 그것이 인종, 성/젠더 및 장애 등 정체성 기반의 차별 형태와 관련된다는 점을 인지하는 것이 중요할 것이다. 이들 세 집단 중 어느 것에 속하든 그것이 빈곤하게 살아갈, 따라서 경제사회문화적 권리 침해를 경험할 가능성을 크게 증가시키기 때문이다.⁴⁰⁾ 마지막으로 위원회는 경제사회문화적 권리에 대한 비례성없는 독특한 침해에 직면해 있는, (여러 집단 중 특히) 노인, 아동, 이주민과 선주민의 사회보장, 교육, 물 및 보건과 관련된 문제들의 탐사라는 중요한 과업을 시작했고 이는 계속되어야 한다.⁴¹⁾

사회적으로 그리고 역사적으로 차별받은 집단—장애인, 인종집단 및 여성—에게는, 차별금지의 소극적이고 즉각적인 의무와, 사실상 평등을 보장하는 데 필요한 사회권의 적극적이고 점진적인 의무 사이에 명확한 경계선이 존재할 수는 없다. 일단 어떤 집단이 불리한 사회경제적 맥락에 처하게 되면 실제적 권리에 참여하고 접근하는 데 대한 현실적 장애물을 제거하는 것만으로는 사회권의 실현을 보장하기에는 충분하지 않을 것이다. 나아가 상당한 편의를 확보하기 위하여 적극적 조치를 취하지 않는 것 자체가 차별이라고 여겨진다. 그러므로 선택의정서하에서, 대체로 점진적 성격을 가지는 사회권의 맥락에서는, 실제적 평등을 확보하는 것과 관련된 즉각적 의무가 사회권의 점진적 의무들과 어떻게 상호작용하는지를 명확히 하는 것이 사회권위원회가 해야 할 일이다. 마지막으로, 차별을 만들어냈을 수도 있는 기저의 고정관념을 포함하여 차별경험의 맥락과 구체적 성격을 포착하는 것은 다양한 집단에 대한 차별의 구체적 성격과 영향을 교정하는 구제수단을 확보하는데 핵심적이다. 이러한 동학은 상호교차적인 정체성 지위에서 유래하는 다층적 형태의 차별을 경험하는 개인들의 맥락에서는 더욱 도전적 문제가 될 것이다. 사회권침해를 경험하는 사람들에게 효과적인 구제를 제공할 뿐만 아니라 당사국의 사회권 의무를 심화하고 명확히 할 기회를 제공하고 평등권과 관련된 주장을 하도록 하기 위해서 위원회는 상호교차적 정체성, 젠더 기타 고정관념과 체계적 침해와 관련된 주장들에 더 폭넓게 진지한 관심을 기울여야 한다.

4. 존중, 보호, 실현의 의무⁴²⁾

1) 존중의 의무

경제적, 사회적 및 문화적 권리를 존중해야 할 존중의 의무는 국가들이 개인의 완전성을 침해하는 어떠한 관행적, 정책적, 법률적 조치를 이행, 지원 혹은 묵인하는 것을 금지하도록 요구하고 있으며, 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 충족시키는데 가장 적절하다고 인정된 방법으로 가용자원을 사용할 자유를 침해하는 것을 금지하도록 요구한다.

이러한 의무는 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 향유에 대한 자의적인 간섭으로부터 국민을 보호해

40) 대부분의 통계에 따르면 여성은 전 세계 빈곤인구의 70%를 구성하고, 나아가 전체 인구의 10%인 장애인, 빈곤하게 사는 사람들 중에는 20%에 달한다고 한다. Langford 외, *A Commentary*, 259쪽 주 38.

41) 사회권위원회, 일반논평 제6호, 1995; 사회권위원회, 일반논평 제11호, 1999; 사회권위원회, 일반논평 제13호, 1999; 사회권위원회, 일반논평 제14호, 2000.

42) 이 부분은 국가인권위원회, 경제적, 사회적 및 문화적 권리: 국가인권기구를 위한 안내서, 25-31쪽에 의거하였음.

준다. 예를 들어, 주거에 대한 자의적인 강제되거는 존중의 의무를 위반하는 것이다. 존중의 의무는 다음과 관련이 있다.

- 모든 형태의 차별로부터 자유로울 권리
- 관련 법률과 정책에 영향을 줄 수 있는 시민의 권리를 포함한 참여권
- 특히, 지역사회에 기반을 둔 민간단체(NGO)를 조직하고, 회합하며, 연대할 권리
- 특히 자원의 배분과 접근에 있어서 평등한 대우에 관한 권리
- 국가의 자의적인 간섭 없이 이미 획득한 권리를 자유롭게 향유할 권리
- 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관련된 교육, 의료, 기타 서비스의 접근으로부터 자의적으로 배제되지 않을 권리

2) 보호의 의무

경제적, 사회적 및 문화적 권리를 보호하기 위한 보호의 의무는 개인 또는 비국가행위자에 의하여 다른 개인의 권리가 침해되는 것을 국가 또는 국가의 위임기관이 방지할 것을 요구한다. 제3자가 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 침해하는 경우에, 정부당국은 또 다른 침해를 배제하기 위한 행위를 하여야 하며, 침해의 희생자에 대한 법적 구제조치의 접근을 보장해야만 한다. 또한 국가는 인종적, 또는 기타 형태의 차별, 괴롭힘, 서비스의 철회 또는 기타의 위협으로부터 개인을 보호하기 위한 효과적인 조치를 제정해야 한다.

또한 사적 행위자들은 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 침해할 수 있으며 그러한 침해에 대한 책임이 있다. 더 이상 인권법은 단순한 공법의 문제가 아니며 사적 영역 역시 포함하고 있는 것이다. 사적 행위자들은 인권을 준수할 의무가 있으며, 국가는 일반적으로 국가와 관련되지 아니한 제3자에 의한 침해로부터 개인의 권리보호를 보장해야 할 상호적 의무를 보유한다.

유사하게, 국가가 침해를 조장되거나 혹은 부주의의 결과로, 개인의 권리를 침해할 수 있는 고용주, 기업, 토지소유자, 교사, 의사, 여타 시민들은 점차적으로 전통적인 한계를 벗어나 국가책임의 개념으로서 책임질 의무를 지니게 되었다. 예를 들면, 식량권에 관한 일반논평 12에서 경제적, 사회적 및 문화적 권리위원회는 “보호의 의무는 기업 또는 개인이 개인으로부터 적절한 식량에 대한 접근성을 박탈하지 않도록 보장하기 위하여 국가가 조치를 취할 것을 요구한다.”라고 말하고 있다.⁴³⁾

3) 실현의 의무

43) 사회권위원회, 일반논평 제12호, 단락 15.

경제적, 사회적 및 문화적 권리를 이행할 실현의 의무는 여타의 조치가 사회권을 실현하는 데에 성공적이지 못한 경우 국가에 의한 적극적인 조치를 요구한다. 이러한 의무는 공적 지출, 행정적 경제규칙, 기본적인 서비스와 기본제반시설의 제공, 세금, 및 기타의 재분배적 경제조치와 같은 문제를 수반할 수 있다.

식량권에 관한 일반논평 12와 교육권에 관한 일반논평 13에서 경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회는 “실현의 의무는 축진의 의무와 제공의 의무를 포함한다.”라고 언급하였다.⁴⁴⁾ 축진이란 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 완전한 향유를 가능하게 하는 적극적인 계획을 포함하고 있다. 제공은 개인 또는 집단이 그들의 통제 밖의 이유로 그들이 이용할 수 있는 수단을 통하여 스스로 권리를 실현하는 것이 불가능한 경우에 국가의 직접적 혹은 간접적 서비스의 제공을 포함한다. 도달 가능한 최고 수준의 건강에 대한 권리에 관한 일반논평 14에서 경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회는 세계보건기구 및 기타 기구의 업무에 있어 건강 증진의 절대적 중요성을 인정하여, 실현의 의무는 증진의 의무를 포함하고 있다고 언급하였다.⁴⁵⁾

또한 동 위원회는 특정 경제적, 사회적 및 문화적 권리와 관련하여 실현의 의무에 관한 예를 제시하고 있다. 일반 논평 12에서 위원회는 “실현(축진)의 의무는 국가가 사람들의 자원 접근성 및 자원 이용을 강화하고, 식량안보를 포함한 생계 보장 수단을 강화하기 위한 행동을 적극적으로 취하여야 한다는 것을 의미한다.”라고 언급하였다.⁴⁶⁾ 또한 일반 논평 13에서는 “실현(축진)할 의무는 국가로 하여금 개인과 공동체가 교육에 대한 권리를 향유할 수 있도록 하고 이를 지원하기 위한 적극적인 조치를 취하도록 요구한다.”⁴⁷⁾ 또한 동시에 “교육에 대한 권리를 실현(제공)할 그 자신들의 의무”를 준수할 것을 요구한다.⁴⁸⁾

궁극적으로, 실현의 의무는 개인적 노력만으로는 보장되지 않는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 모든 권한에 완전하게 접근할 수 있는 기회들을 관할의 범위 내에서 개인에게 보장하는데 필요한 정부의 적극적 조치를 포함한다.

5. 기타 중요 개념

1) 최소핵심 의무

사회권위원회는 각국 법원의 판례와 학자들의 견해를 근거로, 일반논평 제3호에서 경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회는 적어도 각 권리의 최소 필요수준을 충족시킬 것을 보장하기 위한 최소핵심 의무가

44) 사회권위원회, 일반논평 제12호, 단락 15; 일반논평 제13호, 단락 46.

45) 사회권위원회, 일반논평 제14호, 단락 33.

46) 단락 15.

47) 단락 47.

48) 위와 같음.

모든 당사국에게 부과되고 있다는 견해를 가지고 있다고 하는 최소핵심의무 개념을 도입했다.⁴⁹⁾ 이것은 권리의 최소한의 본질적 수준이 부인되고 있는 대단히 심각한 상황을 타개하기 위한 것이었다.⁵⁰⁾ 동 규약이 이러한 최소핵심 의무를 부과하는 것은 아니라는 방향으로 해석한다면 이는 본 규약의 존재 이유 대부분을 박탈하는 것과 다름없다.⁵¹⁾

위원회는 특히 “우선사항(priority)”이라는 표현을 통하여 국가의 가용 자원이 어떻게 배분되어야만 하는지에 대한 일종의 원칙을 제시하고 있다. 이는 사회적 불평등으로 말미암아 당해 자원에 대한 접근성을 상실할 수 있는 취약계층 혹은 소외계층이 생존에 필요한 최소한의 의식주를 충족하지 못하는 상황을 우려한 것이다. 다시 말해, 위원회는 사회권의 점진적 실현이라는 목적을 달성하기 위하여 당사국의 절대적 재량을 인정하는 대신, 가용 자원의 사용 및 분배에 관한 우선순위를 규정하고 그러한 우선순위를 설정하는 기준으로서 최소핵심의무를 제시하고 있는 것이다.⁵²⁾ 이러한 원칙은 광범위한 지지를 받았다고 한다.⁵³⁾

그러나 이러한 최소핵심의무를 규약상 당사국 의무 이행 여부의 판단 기준으로 삼는 것에 대해서는 비판이 없지 않았다.⁵⁴⁾ 무엇보다도 최소핵심의무가 자원의 가용성과 관련된 것인지 그와는 무관한 하나의 절대적 기준인지가 분명치 않다는 것이다. 이는 사실 사회권위원회가 자초한 것이라고 할 수 있다. 즉 동 개념을 최초로 제시한 일반논평 제3호에서는 최소핵심의무의 위반여부가 “국가 내 자원 제약을 고려”하여 판단되는 것이라 명시했지만, 일반논평 제14호(2000)에서는 “당사국은 어떠한 상황에서도” 그러한 의무의 불이행을 정당화할 수 없다고 명시하여 자원 제약과는 별도의 기준임을 시사했던 것이다. 그러나 사회권위원회는 2007년에 성명을 통하여 최소핵심의무를 최대가용자원과 연결시킨 초기의 입장을 재확인하였고, 이로써 문제는 해결되었다고 할 수 있다.⁵⁵⁾ 또 다른 비판은 최소핵심의무라는 개념이 가지는 추상성의 문제인데,⁵⁶⁾ 이 의무에 대한 가장 유용한 통찰을 그 이론의 원천이 있는 각국 법원들에서 찾을 수 있고,⁵⁷⁾ 또한 사회권위원회가 일반논평을 통하여 각 권리의 최소핵심의무를 점점 더 명시적으로 규정

49) 사회권위원회, 일반논평 제3호, 단락 10.

50) Langford 외, *A Commentary*, 233

51) 사회권위원회, 일반논평 제3호, 단락 10.

52) 김효권, “사회권 위반 여부에 대한 판단 기준으로서 최소핵심의무-헌법재판소 결정례 비판을 포함하여-”, 국제법학회는 총 제66권 제1호(통권 제160호), 2021, 46-47.

53) 사회권 실현에 관한 특별보고관은 물론 유엔인권위원회나 미주인권위원회 등도 최소핵심의무를 긍정하고 있고, 마스트리히트 가이드라인에서도 확인되고 있다고 한다. 국가인권위원회, 경제적, 사회적 및 문화적 권리: 국가인권기구를 위한 안내서, 33-34쪽.

54) 김효권, 앞의 글, 47-51

55) CESCR, Statement: An evaluation of the obligation to take steps to the ‘maximum of available resources’ under an Optional Protocol UN Doc. E/C.12/2007/1 (2007): Langford 외, *A Commentary*, 235쪽에서 재인용.

56) 최소핵심의무는 어떠한 사회권이 인간의 생존과 직결되는가를 기준으로 ‘핵심적 필요(core needs)’와 ‘비핵심적 필요(non-core needs)’를 구분하는데, 이런 2단계 접근방식은 사회권을 보장하는 과정에서 과연 무엇이 생존과 직결되어 있는지를 구분하기 어렵고, 핵심의무로 간주되지 않는 사회권의 보장을 저해하는 역효과를 야기할 수 있으며, 핵심적 필요와 비핵심적 필요는 실제 현실에서 그 경계가 모호할뿐더러, 양자는 상호 간 밀접한 연관성을 가진다는 비판이 있다. 김효권, 앞의 글, 47-48 및 51.

57) 이 견해는 독일 연방헌법재판소, 남아공 헌법재판소, 콜롬비아 헌법재판소의 결정례들을 대표적인 사례로 인용한다.

하고 있기 때문에,⁵⁸⁾ 추상성 문제는 상당히 해소되었다고 볼 여지도 있다(일반논평들에서 정하고 있는 권리별 핵심 의무는 이 절 마지막에 첨부함).

그러므로 최소핵심 의무는 맥락에 따라 이해되어야 할 것이다. 한 나라의 자원이 최소핵심이 이행 가능한지를 결정하는 요인일 수 있지만, 이에 대해서는 그 나라가 입증책임을 진다. 그 대신 최소필수수준은 자원이 허용함에 따라 상향되는 것으로 볼 수도 있다.⁵⁹⁾ 따라서 위원회는 발전된 국가에 대해서는 개발도상국에서와 같은 정말 최소한이 아니라, 더욱 정교화된 형태의 사회보장(단순한 ‘의제’가 아니라 사회적 지원 기획)과 적절한 생활수준을 제공할 안전망을 기대하기도 했다.⁶⁰⁾

최소핵심 의무는 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 실현 과정의 마지막이 아닌 최초의 단계로 간주되어야만 한다. 이러한 원칙이 최소 주의적 접근(minimalist approach)을 포함하고 있는 것으로 간주되어서는 안 된다. 특히 최소핵심 의무가 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 최소핵심만이 사법심사가 가능하다는 것을 의미하는 것으로 사용되어서는 안 된다.⁶¹⁾

사회권위원회의 법리에서 혼란을 가져오는 이유 중 하나는 최소핵심 의무라는 표제 하에 조치계획을 채택할 의무 또는 비차별을 확보할 의무 등 일부 ‘즉각적 의무들’을 점진적으로 묶거나 혼합하는 것이었다. 최소핵심을 광의로 이해하거나 모든 국가에 적용할 수 있는 명확한 최소기준들을 확인하고자 하는 바람에서 나온 결과들이겠지만, 어떤 즉각적 의무는 포함되고 존중의 의무 또는 보호의 의무 등 어떤 것은 포함되지 않는 등 상당히 자의적으로 여겨질 수도 있기 때문이다. 그러나 그것은 달리 보자면 (1) 개인의 생존 또는 기본적 존엄성을 위하여 필요한 최소본질적 자원이라는 개념과 (2) 가장 예외적인 상황에서만 손상될 수 있는, 일정한 결정적 조치를 할 고양된 의무라는 또 다른 개념을 하나로 통합하려는 시도로도 볼 수 있다. 그리고 이러한 통합은 비법률가인 활동가들에게는 한 영역의 핵심 의무가 강조점 형태로 표시된 것으로서 큰 도움이 될 수도 있다.⁶²⁾

2) 역행적 조치의 회피

경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 당사국들에 의한 소위 “의도적인 역행적 조치(deliberately retrogressive measures)”를 금지해 왔다. “역행적 조치”란 직접적으로 혹은 간접적으로 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에서 인정된 권리에 대

Langford 외, *A Commentary*, 236-239쪽.

58) 2000년에 발표된 ‘도달 가능한 최고 수준의 건강에 대한 권리’에 관한 일반논평 제14호 이후로는 일반논평에 ‘핵심 의무’가 표제어로 등장하고 있다.

59) 기근의 대처가 한 나라에서 최소핵심 의무를 나타낼 수 있지만, 다른 나라에서는 만성적인 영양부족의 제거가 핵심일 수도 있다. 어떤 나라에서는 비바람에 직접 노출되는 것이 핵심 위반인 반면 다른 나라에서는 구조적으로 건전한 편의시설의 부재가 그에 해당할 수 있다. Langford 외, *A Commentary*, 235.

60) 그러나 아직은 위원회의 이러한 판단이 최소핵심 의무에 대한 맥락화된 판단을 근거로 한 것인지 권리의 점진적 실현 실패를 근거로 한 것인지는 명확하지 않다고 한다. Langford 외, *A Commentary*, 235-236.

61) 국가인권위원회, 경제적, 사회적 및 문화적 권리: 국가인권기구를 위한 안내서, 34.

62) Langford 외, *A Commentary*, 239.

하여 취해진 후퇴적 조치로서, 그러한 조치들은 “경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제 규약에 규정되어 있는 권리의 전체성에 비추어, 또한 최대 가용자원의 완전한 사용의 맥락에서 충분히 정당화될 필요가 있다.”⁶³⁾ 국가가 그 최소핵심 의무를 실질적으로 이행한 후에는 그 권리의 나머지 부분을 점진적으로 실현할 의무를 지게 된다는 점에서, 역행적 조치의 금지는 최소핵심 의무와 연결되어 있는 것이기도 하다.⁶⁴⁾ 따라서 이들 역행적 조치는 위원회에 의해 엄격한 심사로 검토된다.⁶⁵⁾ 이 점은 일반논평 제3호에서부터 언급되었지만,⁶⁶⁾ 제13호 이후로는 더욱 구체적으로 표현되고 있다.

“의도적으로 역행적인 조치가 취해진 경우, 당사국은 이러한 조치가 모든 대안을 최대한 신중하게 고려한 후 도입된 것이며, 규약에 규정된 권리 전체에 비추어, 그리고 가용자원의 최대치의 완전한 이용이라는 맥락에서 그러한 조치가 온당히 정당한 것임을 입증할 의무가 있다.”⁶⁷⁾

경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회는 위원회의 비판을 의도적 조치에 한정하고 있다. 의도적 조치의 금지는 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 향유 수준을 감소시키는 조치로 한정되는 것이 아니라 오히려 취해진 조치의 결과로 인하여 후퇴되었는지의 여부와 상관없이 그러한 의도로 취해진 조치의 금지를 의미하는 것이다. 따라서 의도하지 않게 인권의 향유를 감소시킨 조치는 그 자체로 의도적인 역행적 조치라고 할 수 없다. 그러므로 이러한 조치 자체가 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 위반에 해당되는 것은 아니다. 그러나 이러한 조치로 인하여 후퇴가 명백한 경우, 국가는 이러한 조치를 정정할 수 있는 즉각적인 조치를 취할 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약상의 일반적 의무가 부여되어 있다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 점진적으로 실현해야 할 의무는 작위 혹은 부작위로 인하여 현재의 권리의 향유 수준보다 더 낮은 수준으로의 후퇴가 없어야만 한다는 것을 의미한다.⁶⁸⁾

한편 위원회는 한 성명에서 또한 역행조치 금지 원칙의 자원 측면에 관하여 논평했다. 위원회에 따르면 검토되어야 할 핵심 요인들은 한 나라의 발전 수준, 주장된 침해의 심각성, 특히 그것이 규약의 ‘최소 핵심내용’을 침해하는지 여부, 그리고 그 나라의 현재 경제 상황과 그것이 경기침체를 경험하고 있는지 여부, 당사국의 제한된 자원에 대한 다른 심각한 요구의 존재, 당사국이 저비용 옵션들을 확인하려고 노

63) 사회권위원회, 일반논평 제3호, 단락 9.

64) Manisuli Ssenyonjo, *Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Second Edition (Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016), 107쪽.

65) Langford 외, *A Commentary*, 240.

66) “의도적으로 역행하는 조치에 대해서는 가장 신중한 고려가 요구되며, 규약에 규정되어 있는 권리의 전체성에 비추어, 또 최대 가용자원의 완전한 사용의 맥락에서 충분히 정당화될 필요가 있다.” 일반논평 제3호, 단락 9.

67) 일반논평 제13호, 단락 45(교육권); 일반논평 제14호, 단락 32(건강권); 일반논평 제15호, 단락 19(물에 대한 권리); 일반논평 제17호, 단락 27(자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작성으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이득을 얻을 모든 사람의 권리); 일반논평 제18호, 단락 21(노동권); 일반논평 제19호, 단락 42(사회보장권); 일반논평 제21호, 단락 46(문화생활에 참여할 모든 사람의 권리); 일반논평 제22호, 단락 38(성 및 생식건강에 대한 권리); 일반논평 제23호, 단락 52(공정하고 유리한 근로조건에 대한 권리); 일반논평 제25호, 단락 24(과학과 경제적, 사회적 및 문화적 권리) 등.

68) 국가인권위원회, 경제적, 사회적 및 문화적 권리: 국가인권기구를 위한 안내서, 41쪽.

력했는지 여부 그리고 당사국이 국제적 협력과 지원을 구했는지 아니면 충분한 이유없이 자원의 제공들을 거부했는지 여부 등이다.⁶⁹⁾

따라서 의도적인 역진조치가 자동적으로 규약에 불합치하는 것은 아니지만 그것은 특히 엄격한 형태의 심사 또는 높은 수준의 정당화를 끌어들이는 것은 명확하다. 최근 위원회는 경제위기에 따른 긴축조치 증가를 다루면서 당사국들에게 위원장 서한을 보냈는데, 이 서한에서 위원장은 ‘긴축조치를 채택할 결정은 항상 어렵고 복잡’하며, ‘이들 긴축조치가 경기침체에 취해질 때에는 특히 그렇다’는 점을 인정하면서도, 다음과 같은 원칙을 분명하게 강조했다.⁷⁰⁾

“어떤 의도된 정책변화나 조정도 다음의 요건들을 충족해야 한다. 첫째, 정책은 위기 기간만을 대상으로 하는 잠정조치여야 한다. 둘째, 정책은 어떤 다른 정책의 채택이나 부작위도 경제사회문화적 권리에 더 해로울 것이라는 의미에서 필요하고 또 비례적이어야 한다. 셋째, 정책은 차별적이지는 안 되며 위기 시대에 증가할 수 있는 불평등을 완화하기 위한 사회적 이전을 지지하기 위하여, 그리고 불리한 지위에 있고 주변화된 개인들과 집단들의 권리들이 비례성없는 영향을 받지 않도록 보장하기 위하여 조세조치를 포함하여 모든 가능한 조치를 포괄해야 한다. 넷째, 정책은 권리의 최저핵심내용 또는 국제노동기구가 개진한 바와 같이 사회적보호의 밑바닥을 확인하고 이 핵심내용의 보호를 항상 보장해야 한다. 마지막으로 국제적 협력은 경제적 사회적 문화적 권리의 점진적인 보편적 실현을 위한 근본적 의무라는 점을 강조하고 싶다.”

6. 소결

사회권규약은 경제적 사회적 문화적 권리를 중요한 인권으로서 보장하는 한편, 이러한 권리에 상응하는 당사국의 의무를 규정하고 있다. 당사국의 의무는 규약이 직접 규정하고 있는 것도 있고 규약의 취지나 규정으로부터 사회권위원회 등이 해석을 통하여 도출해낸 의무도 있다. 그 내용은 다음과 같다.

(1) 규약 제2조 1항은 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 개별적으로 그리고 국제적 지원과 협력을 통하여 가용자원이 허용하는 최대한도까지 특히 입법적 조치의 채택을 포함한 적절한 수단에 의하여 조치를 취할 당사국의 의무를 명시한다.

69) CESCR, “Statement: An evaluation of the obligation to take steps to the ‘maximum of available resources’ under an Optional Protocol”, UN Doc. E/C.12/2007/1 (2007), <https://digitallibrary.un.org/record/607726/files/E_C.12_2007_1-EN.pdf?ln=en>.

70) Letter dated 16 May 2012 addressed by the Chairperson of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights to States Parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/lettercescrtosp16.05.12.pdf>>.

(2) 규약 제2조 제2항은 “이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할” 의무를 당사국에게 부과한다. 제3조는 “모든 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유함에 있어서 남녀에게 동등한 권리를 확보할” 의무를 특별히 강조하고 있다.

(3) 규약상의 권리에 대하여 당사국은 존중, 보호 및 실현의 의무를 부담한다. 존중의 의무는 국가들이 개인의 완전성을 침해하는 어떠한 관행적, 정책적, 법률적 조치를 이행, 지원 혹은 묵인하는 것을 금지하도록 요구하고, 보호의 의무는 개인 또는 비국가행위자에 의하여 다른 개인의 권리가 침해되는 것을 국가 또는 국가의 위임기관이 방지할 것을 요구하며, 실현의 의무는 여타의 조치가 사회권을 실현하는 데에 성공적이지 못한 경우 국가에 의한 적극적인 조치를 요구한다.

(4) 사회권위원회는 일반논평 제3호에서 적어도 각 권리의 최소 필요수준을 충족시킬 것을 보장하기 위한 최소핵심 의무가 모든 당사국에게 부과되고 있다는 견해를 채택했다. 이는 권리의 최소한의 본질적 수준이 부인되고 있는 대단히 심각한 상황을 타개하기 위한 것이며, 특히 “우선사항(priority)”이라는 표현을 통하여 국가의 가용 자원이 어떻게 배분되어야만 하는지에 대한 일종의 원칙을 제시하고 있다.

(5) 사회권위원회는 규약상 권리에 관한 당사국의 소위 “의도적인 역행적 조치(deliberately retrogressive measures)”, 즉 “직접적으로 혹은 간접적으로 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에서 인정된 권리에 대하여 취해진 후퇴적 조치”를 금지한다. 따라서 당사국은 역행적 조치를 취하지 않을 의무를 부담하며, 불가피하게 그런 조치를 취할 경우에는 규약에 규정된 권리의 전체성에 비추어, 또한 최대 가용자원의 완전한 사용의 맥락에서 충분히 정당화되어야 한다.

II. 우리나라에서의 사회권 보장의 실태와 문제점 정리

1. 사회권 보장의 실태: 사회권위원회의 제4차 최종견해를 중심으로

대한민국헌법 제30조에서 제37조 제1항까지의 권리들이 대체로 사회권규약에서 보장하는 경제사회문화적 권리의 범주에 속한다고 볼 수 있다. 이들 권리의 구체적 보장을 위하여 여러 법률들이 제정되어 있지만, 한국의 경제 수준과 비교할 때 사회권의 보장 수준은 참담하다고 해야 할 지경이다.⁷¹⁾ 이 점은 2017년 사회권위원회가 채택한 제4차 최종견해에서 날낱이 열거되고 있다. 사회권위원회의 최종견해는

71) 일례로 우리 사회의 빈곤율은 2014년 현재 13.3%로, 그 중 아동은 7.0%, 노인은 47.2%에 이르고 있다. 비슷한 시기의 다른 경제선진국에 비하여 현저하게 높은 비율을 차지한다. 아울러 청년실업률은 2016년 1월 9.5%, 2월 12.5%, 3월 11.8%, 4월 10.9% 등 10% 이상의 높은 비율을 보이고 있다. 이로 인하여 청년층은 직업활동을 비정규직이라는 질적으로 낮은 고용환경에서 시작하기 십상이다. 남기철, “한국의 사회복지 지표와 사회권 현실,” 복지동향, 2016. 8. 24-25면

당사국 정부와의 협의를 거쳐서 발표되는 것이므로 이 견해에서 드러나는 사회권 보장의 수준은 사회권 위원회가 당사국 정부의 입장을 고려하여 충분히 긍정적으로 묘사한 것이라고 볼 수 있다. 말하자면 최종견해에서 언급된 수준이 대한민국 사회권의 최고 수준이다. 아무리 좋게 평가해도 이 정도라는 말이니. 이보다 더 정확하게—정부가 부인할 수 없을 정도로—우리의 사회권 실태를 보여주는 지표는 없을 것이다.

2017년 사회권위원회는 대한민국의 제4차 정부보고서(2016.5)에 대하여 채택한 제4차 최종견해를 발표하였다.⁷²⁾ 이 최종견해에서 사회권규약위원회는 30개의 구체적 분야에 대해 총 71개에 달하는 우려와 권고사항을 제시했다. 주요 권고사항을 살펴보면, ① 한국기업에 의한 인권침해, 특히 해외진출 한국기업의 인권침해 문제에 법적 의무를 수립할 것, ② 포괄적인 차별금지법 제정, ③ 하청노동자, 파견노동자, 특수고용노동자 등 비정규직 고용의 남용을 억제하기 위한 효과적인 조치를 취할 것, ④ 성별임금격차를 축소하기 위한 구체적 조치를 이행할 것, ⑤ 이주노동자의 노동 및 사회보장 권리를 보호할 것, ⑥ 파업권 보장을 위한 합법파업의 요건 완화 및 필수서비스의 범위를 엄격히 제한할 것, ⑦ 결사의 자유와 단결권에 관한 ILO 협약 제87호 및 제98호를 비준할 것, ⑧ 부양의무자 기준을 폐지할 것, ⑨ 노인학대 및 아동학대 방지를 위한 대책을 마련할 것, ⑩ 자살 예방 노력을 강화할 것, ⑪ 노숙인 문제에 대한 장기적인 해결책을 포함하는 주택정책의 마련 등이 포함되어 있다.

특히 위 권고사항 중에 기업과 인권, 차별금지법, 노조할 권리에 대한 권고는 동 최종견해의 채택 후 18개월 이내에 이행에 관한 정보를 제공할 것을 우리 정부에 요청함으로써 그 시급성을 특별히 강조했다. 이에 대해서 정부는 2019년 4월 24일 후속조치에 관한 보고를 제출하였다.⁷³⁾

최종견해를 통한 사회권위원회의 이 같은 견해와 권고는, 대한민국의 헌법과 법률, 정책과 프로그램 및 예산의 모든 영역이 사회권위원회가 요구하는 기준에 턱없이 못 미치고 있을 뿐만 아니라 그러한 문제점을 개선하려는 정부의 의지 역시 부재함을 생생하게 보여준다. 최종견해의 심각성을 인지한 국가인권위원회는 2017년 11월 20일 시민사회단체와 일부 국회의원과 공동으로 <UN 사회권위원회 4차 최종견해 평가 및 이행방안 토론회>를 개최하였다.⁷⁴⁾ 특히 위 권고사항 중에 기업과 인권, 차별금지법, 노조할 권

72) 정부보고서 및 사회권위원회의 최종견해는 다음 문헌에 수록되어 있다. 국가인권위원회, 유엔 사회권규약위원회 제4차 대한민국 심의 최종견해 자료집 (2018), <<https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=17&boardNo=7603189& menuLevel=3&menuNo=115>>, 검색일:2023.8.25.

73) “State Party report on Follow-up to Concluding Observations”, E/C.12/KOR/CO/4/Add.1, 2019. 4. 24., <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FKOR%2FCO%2F4%2FAdd.1&Lang=en>, 검색일: 2023.8.25. 이 후속조치 보고서에서 정부는, 기업과 인권 주제와 관련해서는 2018년의 제3차 NAP에 관련 내용을 포함시키고 ‘인권경영지침’ 개발을 준비중이며 산업발전법 개정과 가슴기살균제 피해구제에 관한 특별법 제정 등 일부 입법을 완료하였으며, 공기업과 관련해서는 공공기관경영평가의 일환으로 인권영향 평가를 도입했다고 밝혔다. 차별금지법과 평등권 실현을 위한 입법 개선과 관련해서는 NAP와 국가인권위원회직제개편을 통한 기능회복, 남녀간의 동일가치노동 동일임금 원칙 실현을 위한 남녀고용평등 및 일가정양립지원에 관한 법률 개정과 장애인차별금지법 등 개정 시도 등을 언급했다. 마지막으로 노동문제와 관련해서는 복수노조가 노동자의 힘을 약화시키는데 악용될 위험과 관련하여 공정대표의무제도가 있음을 강조하고, 노조할 권리 보장과 관련해서는 노동조합법, 공무원노동법 및 교원노동법을 언급했고 부당노동행위에 대한 엄중한 조사가 이루어진다는 점을 강조하고 마지막으로 ILO 조약 비준과 관련해서는 비준을 준비하는 작업으로서 관련 노동관계법 개정이 진행 중임을 밝혔다.

74) 국가인권위원회/유엔사회권심의대응NGO모임 외, UN 사회권위원회 4차 최종견해 평가 및 이행방안 토론회, 2017.11.20.

리에 대한 권고는 동 최종견해의 채택 후 18개월 이내에 이행에 관한 정보를 제공할 것을 우리 정부에 요청함으로써 그 시급성을 특별히 강조했다. 이에 대해서 정부는 2019년 4월 24일 후속조치에 관한 보고를 제출하였다.⁷⁵⁾ 그러나 그 이후 최종견해의 이행을 위한 가시적인 성과는 보이지 않았다. 특히 최종견해의 이행을 위한 조치사항을 포함하여 2022년 10월에 제출해야 했던 제5차 정부보고서는 1년 이상 미루어졌고, 2023년 초 국가인권위원회 주최로 <유엔 사회권규약위원회 제4차 최종견해 이행점검 및 향후 과제 토론회>가 열리고 나서도 8개월 이상이 지난 2023년 12월 1일에야 제5차 정부보고서가 사회권규약위원회에 제출되었다.⁷⁶⁾

더욱 충격적인 것은 2009년 사회권위원회의 제3차 최종견해에서 제시된 주요 우려와 권고가 30개 정도였던 것과 비교하면 제4차 최종견해에서는 그 두 배가 넘는 70여 개가 제시되고 있다는 점이다. 이는 8년 사이에 대한민국의 사회권 현실이 급격하게 후퇴했음을 생생히 보여주는 것으로, 이는 제4차 정부보고서에 대한 국가인권위원회의 의견서에서 이미 예고되었던 바이기도 하다.⁷⁷⁾ 이 의견서에서 국가인권위원회는 정부보고서에 대한 총평을 다음과 같은 소제목으로 적시한 바 있다.⁷⁸⁾

1. 사회권규약 실현의 장애 및 어려움에 대한 기술 부족
2. 법·제도 시행결과 및 효과에 대한 정보 부족
3. 사회권규약위원회의 제3차 최종견해에 대한 기술 미흡
4. 국가보고서 작성지침에 따른 기술 부족 및 전체적인 조망의 어려움

이러한 총평을 한 마디로 요약하자면 사회권의 실현과 관련하여 대한민국의 상황이 어떤지는 물론, 그

75) “State Party report on Follow-up to Concluding Observations”, E/C.12/KOR/CO/4/Add.1, 2019. 4. 24., <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FKOR%2FCO%2F4%2FAdd.1&Lang=en>, 검색일: 2023.8.25. 이 후속조치 보고서에서 정부는, 기업과 인권 주제와 관련해서는 2018년의 제3차 NAP에 관련 내용을 포함시키고 ‘인권경영지침’ 개발을 준비중이며 산업발전법 개정과 가습기살균제 피해구제에 관한 특별법 제정 등 일부 입법을 완료하였으며, 공기업과 관련해서는 공공기관경영평가의 일환으로 인권영향 평가를 도입했다고 밝혔다. 차별금지법과 평등권 실현을 위한 입법 개선과 관련해서는 NAP와 국가인권위원회직제개편을 통한 기회회복, 남녀간의 동일가치노동 동일임금 원칙 실현을 위한 남녀고용평등 및 일가정양립지원에 관한 법률 개정과 장애인차별금지법 등 개정 시도 등을 언급했다. 마지막으로 노동문제와 관련해서는 복수노조가 노동자의 힘을 약화시키는데 악용될 위험과 관련하여 공정대표의무제도가 있음을 강조하고, 노조할 권리 보장과 관련해서는 노동조합법, 공무원노동법 및 교원노동법을 언급했고 부당노동행위에 대한 엄중한 조사가 이루어진다는 점을 강조하고 마지막으로 ILO 조약 비준과 관련해서는 비준을 준비하는 작업으로서 관련 노동관계법 개정이 진행 중임을 밝혔다.

76) 한편 2022년 수립되어야 할 제4차 국가인권정책기본계획(2023-2027)은 국가인권위원회가 100대 과제까지 선정하여 대통령에게 그 수립을 권고했음에도 불구하고(2022.8.3.) 무려 1년이나 지난 2023년 8월에야 겨우 법무부의 초안이 나온 상태이다. 법무부, 제4차 국가인권정책기본계획 추진과제(초안), 2023.8.29. 하지만 이 초안조차도 국가인권위원회 위원장이 1년만에 다시 촉구 성명서(2023.8.3.)를 발표한 후에야 나온 것인데다가, 이 초안에 대한 공청회에서는 국가인권위원회가 제안한 100대 과제의 상당수가 포함되지 않았을 뿐만 아니라 제시된 추진과제만으로는 국가인권정책의 기본방향이 무엇인지 알 수 없다는 등의 비판이 제기되었다.

77) 국가인권위원회, “2015. 5. 26.자 결정 [유엔 「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약」 제4차 국가보고서에 대한 의견표명]”, 국가인권위원회 국제인권결정례집, 48-66쪽.

78) 국가인권위원회 국제인권결정례집, 49-50쪽.

원인은 무엇이고 어떤 변화가 있었으며 그 변화의 효과는 어땠는지에 관하여 제대로 된 정보조차 제대로 수집, 제공하지 못했다는 것이다. 말하자면 정부는, 얼마 되지도 않는 성과에 대한 나열식 홍보에만 치중했을 뿐 인권 현실과 그런 현실을 가져온 요인들을 모르거나 외면하거나 은폐하기만 했다는 것이다. 더욱이 더욱 문제인 것은 이토록 심각한 제4차 최종전해에 직면해서도 상황을 타개하기 위한 진지하고 조율된 노력을 기울이지는커녕 6년 동안이나 아무런 진전도 없이 외면과 방치, 은폐와 지연에만 급급한 태도가 지속되고 있다는 것이다.

실제 한국사회에서 복지가 보편적인 사회보장체제로 본격 전환되는 것은 김대중정부에서부터이다. 하지만 이 당시 닥친 외환위기와 그 극복수단으로서의 IMF체제는 이런 변화를 무력하게 만들다시피 하였다. 명예퇴직, 구조조정, 각자도생 등 선풍론 신자유주의식의 경쟁적 시장체제가 급격하게 등장하면서 사회경제적 약자의 고통만 부가하는 식으로 그 위기관리가 이루어졌다. 이 과정에서 가정-가구를 중심으로 구성되었던 생활체계-가구주의 종신고용에 의한 경제적 안정성이 무너지고 구조조정, 비정규직, 파견노동의 확대에 의한 고용의 불안정성, 주거비의 급격한 상승으로 인한 주거불안, 가처분소득의 축소로 인한 생활불안, 공적 의료체제의 약화로 인한 건강권보장의 문제점 등 문자 그대로 새로운 사회적 위험이 급속도로 제기되면서 우리 사회의 불안을 가중시켰다.

하지만 이에 대한 국가의 대응은 너무도 문제적이었다. 복지국가의 틀을 제대로 구축하여 사람들의 삶과 생활을 제대로 보장하여야 함에도 성장을 중심으로 하는 경제정책에만 집착한 채 이를 소홀히 한 것이다. 우리의 경우 제헌헌법에서부터 강력하게 보장하고자 하였던 복지국가-“생활의 균등”-의 이상이 제도적 뒷받침으로 이어지지 못한 채 방치되어 왔다. 그러다 김대중정부에서 그것이 비로소 나름의 정책적 수단을 확보하고자 하였으나, 신자유주의적 세계체제의 압박에 견디지 못하고 별다른 진전을 보이지 못하였다. 기초생활보장제도라든가 국민연금제도 등이 보편적 권리로서 정립되어 갔지만 그럼에도 그것이 “인간다운 생활”을 보장하는 수준에까지는 이르지 못하고 결국 노인빈곤율의 가파른 상승을 보이고 있는 현실은 그의 대표단수격의 사례이다.

이 과정에서 사회권에 관한 논의 또한 그 실체를 구비하기 어려웠다. 사회권은 한편으로는 국가의 자원확보를, 다른 한편으로는 국가의 적극적인 보장의무를 명령하는 것이나, 국가의 기능을 최소화하고 모든 것을 시장의 원리로 환원시키고자 하는 신자유주의의 정책관은 그 이면에 자리한 대기업이나 재벌 등의 경제권력에 의하여 확대재생산되고 이들이 지배하거나 영향을 미치는 사회의 기득권 집단들은 권리로서의 사회권이 아니라 국가적 시혜로서의 복지라는 개념에만 집착하여 그 폭을 최소화하고자 하였다. 사회권을 인권의 문제가 아니라 정책으로 문제로 치환하고 국가의무의 주변영역에 자리하게 한 것, 또는 사회권의 문제로 처리되어야 할 사회보장의 장치들이 민영화(privatization)라는 명제 아래 민간부문에 사영화되어 버린 것은 이런 추세에 단면들이다. 실제 이 과정에서 우리나라의 GDP 대비 사회지출비 규모는 OECD국가들의 평균치의 절반 수준에 머물러 있게 되는 현실이 나타나게 된다.⁷⁹⁾ 여전히 공공성과

79) 이 점에 대하여 남기철은 이렇게 말한다. “서구의 선진국은 이미 충분히 복지를 실현할만한 선진국형 발달을 이루었지만, 우리나라는 아직 선진복지국가로서 성숙되지 않은 초기 역사를 가지고 있는데 복지비 비율을 동일한 기준에서 비교하는 것은 곤란하다는 주장이다. 이를 감안하여 1인당 GDP 1만 불의 시점과 2만 불의 시점을 각기 상정해서 비교해보아

연대성에 앞서 성장의 논리, 시장의 논리가 팽배해 있으며 이런 사고들이 우리 사회에서 인권으로서의 사회권의 논의를 제약하고 있는 것이다.

2. 사회권과 헌법재판소

1) 헌법재판에서의 사회권

우리 헌법은 바이마르 공화국 헌법(1919)의 예에 따라 1948년의 제헌 당시부터 권리장전에 사회권에 관한 규정⁸⁰⁾을 포함시켰고, 현행 헌법에 이르기까지 이런 헌법들은 계속 유지해 왔다.⁸¹⁾ 여기에 독일 헌법학의 영향을 받은 헌법해석론은 명문의 규정이 없음에도 사회국가원리를 주요한 헌법원리로 수용함으로써 사회권에 대한 이중적인 규범들을 형성해 왔다.

하지만 그렇다고 해서 규범론적으로 사회권이 제대로 구현되거나 실천되었던 것은 아니다. 오히려 사회권에 관한 헌법논의들은 주로 사회권과 자유권의 구별론에 입각한 (법적) 성격론으로 점철되었다. 즉, 1920년대 독일국법학의 예에 따라 사회권을 프로그램규정(입법방침)으로 보아 그 법규범적 구속력을 부인할 것인지,⁸²⁾ 아니면 그 구속력을 인정하여 공권으로 파악하되 구체적인 효력여하를 입법자가 형성하

도 우리나라의 사회지출비가 적다는 점은 동일하게 확인되고 있다. 그 차이가 적지 않은 수준이라는 점도 나타난다.” 위의 글, 32면.

80) 균등한 교육을 받을 권리(제16조), 근로의 권리(제17조), 근로3권(제18조), 생활보호(제19조), 혼인·건강권(제20조)뿐 아니라 국민생활의 기본적 수요 충족과 국민경제의 균형발전을 도모하는 경제질서(제84조) 등은 이런 범주에 속한다. 아울러 국민생활의 균등한 향상을 국가목표로 삼고 있는 헌법전문 역시 이를 뒷받침한다. 이는 남조선과도입법의원이 1947. 9. 5. 통과시켰으나 제2차 미소공동위원회 와해 이후 미군정이 승인하지 않음으로써 효력을 발휘하지 못하였던 조선임시약헌에서도 이미 규정된 바 있다. 이 임시약헌에 의하면 모든 국민은 생활균등권(제4조)을 가지며 이에 는 계획경제, 생활필수품에 대한 통제관리, 농민중심의 토지재분배, 최저임금제 확립, 종업원대표의 경영참여, 가족급여제 확립, 중요 공장내 보건·위생·교육·오락시설의 정비, 실업보험·폐질보험·기타 사회보험제의 실시 등의 조치가 포함된다. 또 제5조에서는 문화 및 후생의 균등권을 규정하여 의무교육제 실시 및 직업교육확충, 유능자 특별교육 및 교육비 국고부담, 주요문화기관 및 오학기관의 공영, 체육시설이나 의료기관의 적정분포와 공영, 조산원·탁아소·고아원·양로원의 공영, 소년·부녀의 야간노동 및 유해위험공작의 금지 등이 포함된다. 국사편찬위원회, “헌정사자료DB,” in: http://112.220.123.18:8080/item/cons/level.do?levelId=cons_001_0030_0020_0030_0010 이러한 규정들은 조소앙의 3균주의에 터잡은 것이기는 하지만, 이 임시약헌안에 대한 제2독회에서 논의된 것처럼 당장 실현하기 위한 규정이 아니라 일종의 국가목표조항으로서의 성격을 가진 것이기도 하였다. 실제 영국만 실시하고 있는 실업보험을 갖 건국하는 나라에서 어떻게 구현할 수 있을 것인가라는 원세훈 의원의 반대론에 제안자였던 서상일 의원은 “금방 될 것은 하나도 없다고 봅니다 約憲은 즉 建國理念을 反應시키는 것입니다 卽 그 나라는 맨들겠다는데 人民의 權利 義務에 있는 것이여요 時期尙무란 말 마시고 速히 해주시기 바랍니다.”라고 답하고 있다. 위 DB 참조.

81) 사회권의 보장방식은 입법례에 따라 다르다. 예컨대, 영미국가의 경우 사회권에 대한 별 다른 규정을 두지 않은 채 자유권 특히 생명권으로부터 인간다운 생명에 대한 권리를 도출하거나 적법절차(due process of law)의 원리를 규정하고 이로부터 각종의 사회보장의 국가의무를 도출한다. 독일의 경우에는 헌법에서 사회국가(Sozialstaat) 원리를 구성하고 이에 대한 사회적 급부나 서비스에 참여할 권리를 중심으로 규율한다. 우리의 경우에는 남아프리카공화국처럼 사회권 규정을 별도로 두고 있다. 물론 사회국가원리는 독일헌법학을 수용한 헌법 해석에 의하여 명문 규정이 없음에도 우리의 헌법원리로 받아들여지고 있다.

82) 한수용, “사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권 -사회적 기본권의 개념과 법적 성격을 중심으로-”, 헌법학연구 제 18권 제4호, 2012, 51면 이하. 그는 헌법상의 사회적 기본권조항은 사회국가원리를 구체적으로 표현한 것인 만큼 이를 주관적 공권의 의미로 해석하기는 곤란하다고 한다. 하지만 현행 헌법에서의 조문형식은 “권리를 가진다”라는 식으로 “권리”임을 분명히 하고 있을 뿐 아니라, 국가목적규정 내지는 국가의무규정은 별도로 “노력할 의무를 진다” 등의 방식으로 규정

거나 결정하여야 하는 것으로 볼 것인지 등의 논의(소위 추상적 공권설 및 구체적 공권설)에 집중되어 왔다. 혹은 사회권은 아직 완결되지 못한 권리 내지는 형성중인 권리이며 입법자는 그 형성의 의무를 부담한다는 주장⁸³⁾도 의미있게 진행되었다.⁸⁴⁾

헌법재판소는 이에 대하여 이원적인 판단을 내리고 있다. 사회권의 보호영역을 "인간의 존엄에 상응하는 생활에 필요한 '최소한의 물질적인 생활'의 유지에 필요한 급부"에 대하여는 구체적인 권리로서 개인을 이를 국가에 대하여 요구할 수 있는 것으로 보면서, "동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적인 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다"고 단정하였다.⁸⁵⁾ 물론 '최소한의 물질적 생활'의 의미와 그 수준을 어떻게 볼 것인가에 대해서는 또 다른 판단이 필요하겠지만, 우리 헌법상 사회권 규정의 핵심 요소는 바로 이 점에 맞추어져야 한다는 점은 변함 없이 유지되어 왔다.

아울러 헌법재판소는 이런 판단의 이유로, "적극적·형성적 활동을 하는 입법자나 행정부"에 대한 헌법 명령의 수준과, "헌법재판에 의한 사법적 통제기능을 하는 헌법재판소"에 대한 헌법 명령의 수준은 다를 것을 들고 있다. 전자에 대해서는 사회권 관련 헌법규정은 "국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침, 즉 행위규범으로서 작용"한다고 보았다. 반면, 헌법재판에 있어서는 "입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용"한다고 보았다.⁸⁶⁾

사회적 기본권(헌법 제31조 내지 제36조)이 국가에게 그의 이행을 어느 정도 강제할 수 있는 의무를 부과하기 위해서는, 국가의 다른 과제보다도 사회적 기본권이 규정하는 과제를 우선적으로 실현하여야 한다는 우위관계가 전제가 되어야 하는데, 사회적 기본권에 규정된 국가의 의무가 그렇지 못한 국가의 의무에 대하여 입법과정이나 정책결정과정에서, 무엇보다도 예산책정과정에서 반드시 우선적 이행을 요구할 수가 없다. (...) 국가는 사회적 기본권에 의하여 제시된 국가의 의무와 과제를 언제나 국가의 현실적인 재정·경제능력의 범위 내에서 다른 국가과제와의 조화와 우선순위결정을 통하여 이행할 수밖에 없다. 그러므로 사회적 기본권은 입법과정이나 정책결정과정에서 사회적 기본권에 규정된 국가목표의 무조건적인 최우선적 배려가 아니라 단지 적절한고려를 요청하는 것이다. 이러한 의미에서 사회적 기본권은, 국가의 모든 의사결정과정에서 사회적 기본

하여 양자를 구분하고 있음에 주목할 필요가 있다. 그리고 그동안 헌법현실 또한 우리 헌법으로부터 양자 모두를 도출해 왔음도 유의미하다.

83) 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2009, 643-7면. 이 주장은 실질적으로는 구체적 권리설과 다름 없는 것이나, 사회권규약상의 점진적 실현의무와 연결한다면 사회권에 관한 가장 통찰력있는 이론이 될 수도 있었다.

84) 그 외 Alexy의 원칙모델 및 최적화모델에 따라 설명하는 경우(이준일, "사회적 기본권," 헌법학연구 제10권 제1호, 2004, 449-483면 등)도 있다.

85) 헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 93헌가14. 사회권의 성격에 대한 선도결정이라 할 수 있는 이 판단은 추후 대부분의 사회권관련 결정에 영향을 미치고 있다.

86) 헌법재판소, 1997. 5. 29. 선고 94헌마33

권이 담고 있는 국가목표를 고려하여야 할 국가의 의무를 의미한다.⁸⁷⁾

헌법재판소의 이러한 입장은 사회권에 대한 사법적 심사의 한계를 분명하게 보여준다. 사회권의 내용을 단계화하여 ①최소한의 물질적 생활의 유지라는 의미에서의 생물학적 최저생존수준과 ②인간이 정상적인 사회생활을 할 수 있을 정도의 인간다운 최저생계수준, 그리고 ③이상적인 생활을 위한 생활수준으로 나누어, 최저생존수준을 위하여 보장되는 사회권에 대해서만 구체적 공권으로 파악하고 국가가 이를 충족하지 못하는 경우 그것은 헌법위반으로 위헌이라 판단할 수 있다는 것이다. 한 마디로 자유권-사회권의 이원론적 구분론에 입각하여 후자의 경우에는 헌법은 저촉규범으로서의 의미만 가지는 만큼, 구체적인 형성이나 실현을 위한 국가의무에 대해서는 헌법재판소를 비롯한 사법기관은 그 판단을 자제하거나 혹은 판단의 영역 바깥에 두어야 한다고 보는 것이다. 즉, 객관적으로 확정가능한 생물학적 최저생존수준의 경우는 사법심사의 영역에서 판단가능한 반면,⁸⁸⁾ 나머지 최저생계수준이나 이상적 생활수준에 대한 판단은 헌법이라는 법규범적 판단이 아니라, 입법을 비롯한 정책의 영역에서 형성되고 또 조정되어야 하는 것이라고 보는 것이다.

아울러 이와 같은 판단은 헌법재판소가 사회권에 관하여 취하고 있는 "최소보장의 원칙"을 구성한다. 사회권은 자유권의 경우와는 달리 과잉금지의 원칙이 적용되지 않으며,⁸⁹⁾ 오로지 보장의 존재 여부와 보장의 충분성 정도만이 문제가 된다고 보기 때문이다.⁹⁰⁾ 헌법재판소가 위 결정에서 "국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 인간다운 생활을 할 권리를 보장한 헌법에 위반된다."⁹¹⁾고 함으로써 이런 원칙이 사회권에 관한 위헌여부판단으로 기준으로 되어 있음을 선언한 것이다. 그리고 그 입법재량의 한계로서의 "최소한의 조치"란 객관적인 것이라기 보다는 상대적인 것으로 이해된다. 인간다운 생활이란 "추상적이고 상대적인 개념"으로 "그 나라의 문화의 발달, 역사적·사회적·경제적 여건에 따라 어느 정도는 달라질 수 있는 것"이며 따라서, "최저한의 조치" 역시 "국민의 사회의식의 변화, 사회·경제적 상황의 변화에 따라 가변적인 것"일 수밖에 없다고 한다. 그래서 의료급여수준을 구체적으로 결정하기 위해서는 "국민 전체의 소득수준과 생활수준, 국가의 재정규모와 정책, 국민 각 계층의 상충하는 것까지 이

87) 헌법재판소 2002. 12. 18. 2002헌마52

88) 이 수준에 대해 국가 특히 입법자가 아무런 행위를 하지 아니하고 있는 경우에는 입법부작위 헌법소원을 제기할 수 있다 또한 입법이 있음에도 불구하고 그 입법이 불충분하거나 그 충족의무에 역행하는 경우에는 위헌법률심판이나 법률헌법소원을 제기할 수 있게 되는 것이다.

89) 가장 큰 이유는 사회권에서의 국가는 "형성"을 하는 자일 따름이지 이미 완성된 형태의 자유권을 "침해"하는 자가 아니라는 것이다. 헌법 제37조제2항이 요구하는 과잉금지의 원칙은 기본권 "침해"의 목적과 수단, 정도 및 법익비교를 중심으로 구성된다. 반면 사회권의 경우에는 국가의 급부나 서비스의 정도만이 문제될 뿐 수단의 선택이나 그 정도의 결정은 입법형성권에 해당한다고 본다. 또 그 경우 법익의 비교도 현실적으로 곤란하다.

90) 반면 이준일, "사회적 기본권에 관한 헌법재판소의 심사기준," 헌법재판연구, 제2권 제2호, 2015, 85-110면은 과잉금지의 원칙 자체를 보호법익의 성격(소극적/적극적)에 따라 '과잉금지(Übermaßverbot)원칙'과 '과소금지(Untermaßverbot)원칙'으로 나누어 사회적 기본권의 경우에도 헌법 제37조제2항은 적용되어야 한다고 주장한다. 상당한 설득력이 있는 학설이다.

91) 헌법재판소, 1997. 5. 29. 선고 94헌마33

해관계 등“ 다양하고도 복잡한 요소들을 함께 고려하여야 한다고 보았다.⁹²⁾

국가가 '인간다운 생활을 할 권리'를 국민에게 보장하기 위하여 국가의 보호를 필요로 하는 국민들에게 한정된 가용자원을 분배하는 이른바 사회보장권에 관한 입법을 할 경우에는 국가의 재정 부담능력, 전체적인 사회보장수준과 국민감정 등 사회정책적인 고려, 제도의 장기적인 지속을 전제로 하는 데서 오는 제도의 비탄력성과 같은 사회보장제도의 특성 등 여러 가지 요소를 감안하여야 하기 때문에 입법자에게 광범위한 입법재량이 부여되지 않을 수 없고, 따라서 헌법상의 사회보장권은 그에 관한 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성된다고 보아야 할 것이다.⁹³⁾

하지만 위의 인용에서 말하듯 헌법재판소의 사회권에 대한 인식은 추상적 공권의 수준을 벗어나지 못한다. 사회권의 핵심에 해당하는 최저생존수준에 대해서는 그 자체 청구권은 인정하겠지만, 그 실체를 결정하는 것은 광범위한 입법재량에 해당하는 것이라고 보는 이중적인 판단은 결과적으로 사회권의 규범적 성격-구속력- 자체를 제거해 버리는 것이 되고 만다. 환언하자면, 최저생존수준에 대해서는 사법심사가 가능하나, 그조차도 국회가 입법을 아예 하지 않거나 하더라도 그 내용이 현저하게 불합리한 때에만 위헌이라 판단할 수 있다면, 사실상 사회권에는 별다른 규범력을 인정하지 않은 것과 마찬가지로의 상태가 되고 말기 때문이다. 과거 남아프리카공화국 헌법재판소가 취하고 있었던 합리성 심사(rationality text) 수준의 사법자제에 머물러 있는 것이다.

실제 헌법재판소는 사회권에 관한 헌법사건, 특히 인간다운 생활을 할 권리에 관한 헌법사건 중 위헌이나 그에 준하는 결정을 한 경우는 없다고 해도 과언은 아니다. 그나마 있는 위헌성 결정도 형사범죄자 등에 대한 제재적 성격의 지급배제조항⁹⁴⁾이나 입법위임에서의 하자(포괄입법위임 금지 위반)⁹⁵⁾, 수급자의 자격제한규정⁹⁶⁾ 등 형식적인 사항에 한정된다.⁹⁷⁾

요컨대, 헌법재판소는 사회권에 관한 한 저촉규범으로서의 헌법의 역할을 제대로 이행하지 못하고 있다. 헌법재판소가 외형상으로는 구체적 공권으로서의 성격을 일부 인정하는 듯한 입장을 취하고 있더라도 그 규범력을 최소한의 수준에 한정시키고, 있을 뿐이다. 헌법재판소가 말하는 과소보호금지의 원칙은 사회권에 대한 헌법판단의 실질을 형식적 합리성 판단으로 축소하고 있는 것에 불과하다. 결국 헌법재판소는 사회권 침해에 대한 구제장치로서의 기능을 전혀 하지 못하고 있는 것이다.

92) 헌법재판소 2009. 9. 24. 2007헌마1092.

93) 헌법재판소 1995. 7. 21. 93헌가14

94) 헌법재판소 2002. 7. 18. 2000헌바57; 2003. 12. 28. 2002헌바1; 2007. 3. 29. 2005헌바33; 2010. 7. 29. 2008헌가15 등

95) 헌법재판소 2005. 10. 27. 2004헌가20; 2005. 12. 22. 2004헌가24 등

96) 헌법재판소 2020. 12. 23. 217헌가22; 2013. 10. 24. 2011헌마724; 2018. 6. 28. 2016헌가14 등

97) 그 외 산재보험의 적용대상에 통상의 출퇴근 중 발생한 재해도 포함되어야 한다는 취지의 헌법불합치결정도 있다. 헌법재판소 2010. 9. 29. 2014헌바254. 하지만 이 또한 형식적 사항에 관한 것이다.

3. 소결

한국에서 사회권 보장의 실태는 사회권위원회의 제4차 최종견해에서 명징하게 드러난다. 특히 제4차 최종견해는 8년 전의 제3차 최종견해에 비하여 사회권의 상당한, 아니 심각한 후퇴를 보여준다. 제4차 최종견해에서 위원회는 11가지의 주요 권고를 발하고 있는데, 이 가운데 10개는 개별 사회권의 열악한 상황을 웅변한다(ILO협약이 비준되어 관련 권고는 제외함). 이러한 열악한 상황에도 불구하고 저촉규범으로서의 헌법의 역할을 충실히 이행해야 할 헌법재판소가 사회권에 관한 한, 권리 침해에 대한 구제장치로서의 기능을 전혀 하지 못하고 있다는 점은 상황을 더욱 악화시킨다.

[보론] 기후변화와 사회권

1. 기후변화와 인권

유엔기후변화협약(United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC) 제2조는 기후변화를 다음과 같이 정의하고 있다.

기후변화는 전 지구 대기의 조성을 변화시키는 인간의 활동이 직접적 또는 간접적으로 원인이 되어 일어나고, 충분한 기간 동안 관측된 자연적인 기후변동성에 추가하여 일어나는 기후의 변화를 의미한다.

기후변화협약은 온실 가스에 의해 벌어지는 지구 온난화를 줄이기 위한 국제 협약으로서, 1992년 6월 브라질의 리우데자네이루에서 체결되었고 이산화탄소를 비롯하여 각종 온실 가스의 방출을 제한하고 지구 온난화를 막는 데 주요 목적이 있다. 인류가 환경 문제에 관심을 기울이기 시작한 것은 1970년대부터이지만,⁹⁸⁾ 지구 온난화 등 기후 변화가 지구의, 또는 최소한 인류의 절멸을 가져올 수도 있는 전 지구적 재앙이 될 거라는 점을 공식화한 것은 그로부터 20년이 지난 후 체결된 기후변화협약에서였다. 오늘날 기후변화가 환경 파괴, 그리고 이로 인한 인류의 존재에 대한 위협이 되고 있음은 주지의 사실이지만, 이것이 구체적으로 인권에 어떤 영향을 미칠 것인지, 특히 인간의 생명과 안전이라는 시민적 정치적 권리 외에 경제사회문화적 권리에는 어떤 영향을 미칠 것인지에 대해서는 그다지 큰 관심을 얻고 있지는 못한 것 같다. 이러한 상황이 지속되던 중 2015년 유엔기후변화협약의 제21차 당사국 총회에서 파리협정이 채택된 것은 큰 전환점이 될 것으로 기대되었다.⁹⁹⁾ 그 이전까지 인권체제는 기후정의의 상태들에 대응할 충분한 준비가 되어 있지 않았고, 기후 관련 도전들이 이미 기존의 부정의 상태를 악화시킬 것이기에 더욱 더 문제였다. 이를 돌파하기 위하여 기후변화 및 기후관련 활동들에 의해 영향을 받는 권리보유자들

98) 1972년 인간환경에 관한 유엔선언(스톡홀름 선언)은 처음으로 인권과 환경을 하나의 특정한 규정에 결합시켰다. 즉 스톡홀름 선언의 원칙 1은 “존엄과 복지의 삶을 허용하는 양질의 환경 속에, 자유, 평등 및 적절한 생활조건에 대한 근본적 권리”가 있다고 선언하고 있다. “Declaration of the United Nations Conference on Human Environment”, Report of the United Nations Congrence on the Human Environment, Stockholm, 5-16 June 1972, <http://undocs.org/en/A/CONF.48/14/Rev.1>.

99) 파리협정은 2020년 만료되는 교토의정서(Kyoto Protocol)를 대체하여 향후 기후변화 대응을 위한 국제규범으로서 기능하게 된다. 교토의정서 체제는 ‘공동의 그러나 차별화된 책임(Common But Differentiated Responsibility, 이하 CBDR) 원칙’을 현실 세계에서 제대로 구현되지 못했기 때문에 실패했다고 평가하기도 한다. 즉 교토의정서는 선진국과 개발도상국을 구분하여 선진국에 온실가스 저감의무를 부여하고 있으나, 그 실현에 실패하였고 개발도상국의 참여를 위한 유인책도 충분히 제공하지 못하였다고 한다. 이에 반하여 파리협정은 완전하지는 않지만 교토의정서의 부족한 면을 일부 보완한 것으로 평가되며, 기후변화에 보다 효과적으로 대응할 수 있을 것으로 기대되고 있다고 한다. 강준하, “CBDR원칙과 파리협정”, *홍익법학* 제17권 제1호(2016), 138쪽.

을 적절히 보호하기 위하여 인권이 어떻게 더 진화할 수 있는지에 관한 다양한 논의가 이루어졌고 이러한 논의들은 파리 당사국 총회 준비과정에서도 관찰되었다.

2014년 말까지, 특히 인권이사회의 특별절차 과업담당자, 안전한 식수에 대한 인권에 관한 특별보고관, 극빈과 인권에 관한 특별보고관 그리고 선주민의 권리에 관한 특별보고관들이 유엔기후변화협약의 당사국들에게 새로운 협정에 인권을 포함하라고 촉구하는 서한을 보냈다.¹⁰⁰⁾ 2015년 초에 18개국 모임이 기후변화에 대한 인권 함의를 강조하고 기후 관련 행동에서 권리 기준을 준수하겠다고 약속하는 ‘기후행동에서 인권을 위한 제네바 서약’을 발족시켰다.¹⁰¹⁾ 파리 협상이 진행되는 동안 학자들의 인권과 환경 연구를 위한 지구네트워크(Global Network for the Study of Human Rights and the Environment)는 ‘인권과 기후변화에 관한 선언 초안’을 채택했다. 이 선언의 첫 번째 원칙은 “인권과 기후정의에 대한 심오한 기여는 상호의존적이고 불가분적이다”라고 선언한다.¹⁰²⁾ 또한 협상과정에서 비정부기구들의 유권자 동맹이 각국에게 기후협정에서 인권을 제도화하도록 설득했다. 이 동맹은 특히 여성과 젠더 비정부기구, 청년 비정부기구뿐만 아니라 선주민단체도 포함했다. 2015년 12월 12일에 채택된 파리협정은 그 서문에서 각 당사국의 의무를 다음과 같이 인정한다. 즉 당사국은

(...) 기후변화에 대응하는 행동을 할 때 양성평등, 여성의 역량 강화 및 세대 간 형평뿐만 아니라, 인권, 건강에 대한 권리, 선주민·지역공동체·이주민·아동·장애인·취약계층의 권리 및 발전권에 관한 각자의 의무를 존중하고 촉진하며 고려하여야 함을 인정해야 한다.¹⁰³⁾

이 전문 규정은 기후변화 기후 관련 행동, 인권과 세대간 정의 사이의 밀접한 연결을 강조한다.¹⁰⁴⁾ 그러나 파리협정이 채택된 이후에도 눈에 띄는 기후변화 대응은 찾아보기 어려웠다. 지구 온난화 속도가 늦춰졌다거나 기후변화에 대한 제대로 된 대응이 이루어지고 있다는 보고는 찾아보기 어려웠다. 오히려 각국이 정치경제적 이해관계에 따라 기후변화 문제를 외면하는 사이에 문제는 더욱 심각해졌다. 급기야

100) ‘A New Climate Agreement Must Include Human Rights Protections For All’, *OHCHR 2014*, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/SP/SP_To_UNFCCC.pdf.

101) “The Geneva Pledge for Human Rights in Climate Action”, 2015, <https://carbonmarketwatch.org/wp-content/uploads/2015/02/The-Geneva-Pledge-13FEB2015.pdf>.

102) ‘Draft Declaration on Human Rights and Climate Change’, available at: <http://gnhre.org/wp-content/uploads/2015/11/GNHRE-draft-declaration1.pdf>. 장은주는 Henry Shue를 인용하며 “그것이 우선 확보되지 않으면 다른 그 밖의 권리들도 행사될 수 없는 그와 같은 권리를 ‘기본적 권리’(basic rights)라고 부르는데, 사회권과 자유권은 모두 이미 형식적으로 그런 기본적인 권리라고 할 수 있다”고 한다. Henry Shue, *Basic Rights, Subsistence, Affluence, and U.S Foreign Policy*, Princeton University Press, 1980, p.18f; 장은주, “사회권과 민주공화국의 이념,” *입법학연구* 제5집, 2009, 7면.

103) 2015년 유엔기후변화협약 제21차 당사국 대회에서 채택된 파리협정 원문과 번역본은 다음을 참조하라. https://world.moleg.go.kr/web/wli/lgs/InfoReadPage.do?1=1&searchPageRowCnt=10&A=A&AST_SEQ=309&searchType=all&CTS_SEQ=44466&ETC=8.

104) 원래 비정부기구 동맹은 이 구절을 파리협정의 목적을 규정한 제2조에 포함시키기를 원했다고 한다. Andrea Schapper, “Climate justice and human rights”, *International Relations* (32.3), <https://www.storre.stir.ac.uk/bitstream/1893/27619/1/Climate%20Justice%20and%20Human%20Rights_accepted%20version.pdf>, 2쪽, 주 10.

2018년 8월 20일 스웨덴의 그레타 툰베리라는 고등학생이 의회 앞에서 “기후를 위한 학교 파업”이란 팻말을 들고 기후 변화에 관한 더 강력한 행동을 요구하면서 매주 금요일 기후파업을 계속하겠다고 밝힌 시위를 하기에 이르렀고 이 소식이 전 세계로 전해지면서 비로소 이 문제는 전 인류의 관심사로 부각되었다.¹⁰⁵⁾ 하지만 많은 과학자들은 기후변화가 초래하는 재앙적 사태를 돌이키기에는 이미 임계점을 넘어섰다고 보고 있다.¹⁰⁶⁾

그러나 기후변화는 비단 환경의 파괴, 인간의 생명과 안전에 대한 위협을 제기할 뿐 아니라 사회권 규약이 보장하는 여러 경제 사회 문화적 권리들에도 매우 부정적인 영향을 미친다는 점이 분명해지고 있고, 각 국가의 미온적 태도에도 불구하고 유엔 등 국제기구의 관심은 꾸준히 증가하고 있다.

대표적인 예로, 유엔인권최고대표사무소는 2015년 프랑스 파리에서 개최된 유엔기후변화협약 제21차 당사국 총회에 “인권과 기후변화의 이해(Understanding Human Rights and Climate Change)”라는 문건을 제출하였다.¹⁰⁷⁾ 이 문서의 서두에서 인권최고대표는 UNFCCC가 기후변화와 관련된 모든 협상 등 결정과정에서 반드시 고려해야 할 10개 항목을 핵심메시지(Key Messages)라는 이름으로 다음과 같이 제시하고 있다.

- 01 기후변화를 감경하고 그것이 인권에 미치는 부정적인 영향을 방지하라
- 02 모든 사람들이 기후변화에 적응하는데 필요한 능력을 갖도록 보장하라
- 03 기후변화에 의해 야기되는 인권 해악에 대한 책무성과 효과적인 구제를 보장하라.
- 04 인권에 기반한 지속가능한 발전을 위하여 가용자원을 최대한 동원하라.
- 05 국제적 협력
- 06 기후행동에서 형평성을 보장하라
- 07 모든 사람이 과학과 그 응용의 혜택을 향유하도록 보장하라
- 08 기업의 해악으로부터 인권을 보호하라
- 09 평등과 차별금지를 보장하라
- 10 의미있고 정보에 입각한 참여를 보장하라

그런데 위의 10개 항목 중 4개 항목에는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 언급이 포함되어 있

105) 툰베리는 2018년 12월에 열린 유엔기후변화대회에서 연설을 했고 2019년에는 탄소집약적인 비행을 피하기 위하여 영국의 플리머드에서 미국 뉴욕까지 무탄소요트를 타고 이동하여 유엔 기후행동정상회의에 참석, 기후위기에 대한 정상들의 무관심과 무위에 대해서 “감히 당신들이 어떻게”라며 꾸짖기도 했다.

106) 한겨레, “인류 멸망까지 임계점, 기후위기 5가지는 이미 놓쳤다”, 2022.9.13.자.

107) OHCHR, “Understanding Human Rights and Climate Change”, 2015, <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/COP21.pdf>>.

다. 그리고 사회권에 대한 기후변화의 영향은 이 문서의 제2부에 더욱 구체적으로 제시되고 있다. 위 문서는 “어떤 인권이 기후변화에 의해 가장 크게 영향을 받는가?”란 제목의 제2부에서 모두 11가지의 항목을 열거하고 있다. 생명권, 자기결정권, 발전권, 식량권, 물 및 위생에 대한 권리, 건강권, 주거권, 교육권, 의미있는 정보에 입각한 참여권, 기후변화에 의해 가장 큰 영향을 받는 사람들의 권리, 그리고 미래 세대의 권리가 그것이다. 마지막 두 항목은 특정한 권리를 대상으로 하는 것이 아니므로 이를 제외하면 모두 9종의 권리가 언급된 셈인데, 자기결정권을 제외하더라도 발전권, 식량권, 물 및 위생에 대한 권리, 건강권, 주거권, 교육권 등 6개 항목이 사회권규약이 보장하는 권리들이다. 이 문서에서 경제사회문화적 권리에 대한 기후변화의 영향은 다음과 같이 제시되고 있다.

발전권 ¹⁰⁸⁾	<p>기후변화는 각 민족의 발전권 향유에 대한 존립 위협을 제기한다. 세계은행 총재나 IPCC, AR5 등은 당장 기후변화에 대응하지 않으면 수백만 명의 사람들이 번영에서 소외되어 수십 년 발전이 헛수고로 돌아갈 위험이 있고, 지속가능한 발전과 형평 및 빈곤 퇴치를 위해서도 기후변화의 효과 제한은 반드시 필요하다고 강조한다. 반면 일치된 대응을 한다면 감축, 적응 및 기타 사회적 목표 추구를 할 수 있는 기회가 있다는 점도 강조한다.</p>
식량권 ¹⁰⁹⁾	<p>기후변화는 식량안전을 저해하고, 따라서 식량권의 실현을 위태롭게 한다. 지구기온이 평균 2도 상승하면 1억에서 4억 명의 사람들이 기아의 위험에 처하고 매년 영양실조로 300만 명 이상이 추가적으로 사망할 것이라고 한다. 더욱이 취약한 상태에 있는 개인, 집단 및 민족들이 더 큰 위험에 처하게 된다, 발전도상국의 여성노동자의 약 2/3, 아프리카 국가에서는 90% 이상이 농업에 종사하는데, 식량과 소득의 유일한 원천인 수확손실 위험은 수많은 농촌지역 여성들에게 심각한 피해를 끼칠 것이다. 세계식량농업기구는 식량인권 실현에 대한 기후변화의 해로운 영향에 대처해야만, 기아로 고통받는 8억 명 이상의 사람들과 다양한 형태의 영양부족을 겪고 있는 20억 명의 사람들의 식량에 대한 권리가 실현될 수 있다고 한다.</p>
물 및 위생에 대한 권리 ¹¹⁰⁾	<p>기후변화는 대부분의 건조한 준열대지역에서 재생가능한 지표수와 지하수원을 감소시켜서 물에 대한 경쟁을 치열하게 만들 것이다. 나아가 기후변화는 도시지역의 물부족 위험을 증대시키고 농촌지역은 물의 이용과 공급에 큰 어려움을 겪게 될 것이다. 지구평균기온이 2도 상승하면 10억-20억 명의 사람들이 더 이상 충분한 물을 가질 수 없게 될 것이라고 한다. 특히 물에 대한 접근의 어려움은 취약한 상태에 있는 사람들, 특히 멀리서 물을 퍼오는 일을 맡고 있는 데다가 물과 위생에 대한 특별한 필요를 가짐 있는 발전도상국의 여성들에게 더욱 악영향을 미칠 것이다.</p>

108) OHCHR, “Understanding Human Rights and Climate Change”, 15쪽.

건강권 ¹¹¹⁾	기후변화는 높은 영양부족비율에 의해 건강위험이 증가하고 악화되도록 할 것이고 매개체감염질환의 증가와 호흡기질환의 악화를 가져올 것이다. 특히 소득이 낮은 발전도상국에서 나쁜 건강상태의 증가로 이어질 것이다.
주거권 ¹¹²⁾	기후변화는 주거권에도 여러 가지 방식으로 영향을 미친다. 극단적 기상이변은 가옥을 파괴하여 수많은 사람들을 강제이동하게 만들고 가뭄, 침식과 홍수는 점차 거주가능한 영토를 줄여서 사람들을 이동 또는 이주하게 만들 것이다. 해수면 상승은 저지대에 있는 가옥들을 직접 위협할 것이고 지구 평균온도가 안정화된다고 하더라도 그 위협은 수 세기 동안 지속될 것이다.
교육권 ¹¹³⁾	계속되는 가뭄의 영향으로 농사를 지을 수 없게 되면 일부 아동들은 교육비를 부담할 수 없고 가족의 소득원으로 그들의 노동이 필요해짐에 따라 학교를 떠나게 된다. 기후영향은 모든 아동의 교육적 필요를 충족시켜 줄 기존의 발전에 대한 어려움을 더욱 악화시킨다.

이들 각 권리 항목에 대한 인권최고대표 사무소의 언급들은 기후변화가 사회권에 대하여 어떤 영향을, 얼마나 크게 미치는지를 분명하게 보여준다. 아울러 이 문서에서 주목해야 할 부분 중 하나는 기후변화 자체에 의해서 사회권 등 인권 침해가 야기될 수 있지만, 기후변화에 대처하기 위한 행동이 인권 침해를 야기할 수도 있다는 점을 일관되게 강조하고 있다는 점이다.

2. 사회권 규약과 기후변화

1) 기후변화에 대한 사회권 규약의 태도

사회권규약은 안전하고 건강한 환경에 대한 구체적 권리를 언급하고 있지는 않지만, “환경과, 생명권, 건강권, 식량권, 물에 대한 권리 및 주거권 등 광범위한 인권의 실현 사이에 본질적 연결”이 있다는 점을 인정하고 있다.¹¹⁴⁾ 사회권위원회는 일반논평을 통하여 적절한 식량에 대한 권리는 “적절한 경제, 환경, 사회 정책”의 채택을 요구한다는 점¹¹⁵⁾과 건강권이 “사람들이 건강한 생활을 영위할 수 있는 조건을 촉

109) OHCHR, “Understanding Human Rights and Climate Change”, 16-17쪽.

110) 위의 문서, 17-18쪽.

111) 위의 문서, 18-19쪽.

112) 위의 문서, 19쪽.

113) 위의 문서, 19-20쪽.

114) OHCHR, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights*, A/HRC/10/61, 15 January 2009, 단락 18, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/498811532.pdf>.

진하고 식량과 영양, 주거, 안전하고 먹을 수 있는 물에 대한 접근과 적절한 위생, 안전하고 건강한 노동 조건과 건강한 환경 등 건강의 기저에 있는 결정요인들에 확장되는 광범위한 사회경제적 요인들을 포괄한다”¹¹⁶⁾는 점을 명확히 했다.

인구증가, 환경 손상, 열악한 물 관리, 빈곤과 불평등 등 물에 대한 긴장(water stress)을 유발하는 기타 원인들과 마찬가지로 기후변화도 수자원에 대한 기존의 긴장을 악화시키고 현재 전 세계적으로 약 11억명의 사람들이 안전한 식수에 접근할 수 없고 이는 사망과 질병의 주요 원인이 되고 있는데, 기후변화는 이런 문제를 더 심각하게 만들 것¹¹⁷⁾이라는 점도 주목해야 한다.

적절한 주거권은 “안전하고 평화롭고 존엄하게 어딘가에서 살 권리”로 사회권위원회가 정의하고 있고 이 권리의 핵심요소는 거주안정성, 강제퇴거로부터의 보호, 서비스·물자·시설·인프라의 이용가능성, 가격적합성, 거주가능성, 접근가능성, 위치 및 문화적 적합성 등이다.¹¹⁸⁾

그러나 유감스럽게도 현재까지 “만족스러운 환경에 대한 권리”를 보호한 것은 아프리카인권위원회가 유일하다.¹¹⁹⁾

2) 기후변화가 인권, 특히 사회권에 미치는 영향

기후변화 관련 효과는 인권에 다양하게 영향을 줄 수 있다. 폭염, 홍수, 폭풍과 가뭄 등 극단적인 기상 이변은 우선 생명과 기타 인권에 즉각적인 위협을 야기하기 때문에 직접적인 성격을 가지는 반면, 건강 체계에 대한 스트레스를 증가시키는 등 인권에 대한 간접적이고 점진적인 영향을 미치기도 할 것이다.¹²⁰⁾ 예컨대 식량 및 물에 대한 권리 역시 기후변화가 그 비용을 인상시키는 한편으로 그 공급과 안전성을 저하시킴에 따라 악영향을 받을 것이다. 나아가 적절한 주거권은 기후변화에 의해 심각한 위협을 받는다. 해수면 상승, 해안지역의 범람은 물론 위험지역의 증가는 거주가능성에 악영향을 주고 상당한 국내적 이동과 재배치를 야기하는데, 이는 피난처 수요를 매우 증대시킬 뿐만 아니라 영향받는 사람들과의 적절한 협의 등 법적 또는 기타의 적절한 형태의 지원도 없이 이루어지는 강제퇴거로부터 사람들을 보호할 필요성을 증가시킨다.¹²¹⁾

115) 사회권위원회, 일반논평 제12호, 1999, 단락 4.

116) 사회권위원회, 일반논평 제14호, 2000, 단락 4.

117) OHCHR, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights*, 단락 29.

118) 사회권위원회, 일반논평 제4호, 1991, 단락 7-8.

119) 아프리카위원회에 따르면 “일반적인 만족스런 환경에 대한 권리는 국가가 오염과 생태 파괴를 방지하고 보존을 촉진하며 생태적으로 지속가능한 발전과 자연자원 이용을 확보하기 위하여 상당한 조치를 취할 것”을 요구하면서 정부에 명확한 의무를 부과한다. *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v Nigeria*, African Commission on Human and Peoples' Rights, Communication No. 155/96, 2001, 단락 52, <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/155-96.html>.

120) OHCHR, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights*, 단락 18.

121) Orellana, Marcos A., Miloon Kothari & Shivani Chaudhry, *Climate Change in the Work of the Committee on Econo*

기후변화는 또한 선주민의 문화에 대한 권리에도 부정적인 영향을 미치는데 기후에 민감한 선주민의 생활방식은 이누이트족의 사냥기회 손실이나 목축, 삼림 또는 해안공동체의 전통적인 토지 손실 등 지구온난화에 의하여 영향을 받게 된다.¹²²⁾

3) 기후변화 대응전략이 인권에 미치는 부정적 영향

이미 지적했듯이 기후변화가 인권의 실현에 대해서 위협을 제기하는 것은 분명하지만, 기후변화에 대한 해법을 찾는 것 역시 인권을 위협할 수 있다. 기후변화를 다루기 위한 대응전략은 감축(Mitigation)형과 적응(Adaptation)형으로 나누어진다. 감축형은, 수력발전을 위한 댐건설, 재삼림화 또는 기타 토지이용변화 등 온실가스의 방출수준을 저감시키고 대기의 온실가스 포화도를 안정화함으로써 지구온난화의 정도를 극소화하는 것을 목표로 하는 것이고, 적응형은 바이오연료로의 전환이나 농경지 이용의 식량에서 연료용으로의 전환 등 기후변화 위험과 영향들에 대처하고 그에 적응할 사회 및 생태계의 능력을 강화하는 것을 목표로 하는 것이다.¹²³⁾ 그런데 이들 두 유형의 전략은 모두 인권에 나쁜 영향을 미칠 수 있다. 예를 들면 감축형에 속하는 댐 건설의 목적으로 지방공동체를 그들이 점하고 있는 토지에서 재배치하거나 이주시키는 정부조치는 그런 공동체들에게 나쁜 영향을 미칠 수 있기에, 이런 전략은 관련 정보에 대한 접근, 사전 협의, 자유롭고 정보에 입각한 동의, 보상 또는 적절한 대체편의시설 및 사법에의 접근 등의 사결정과정에서 그들이 효과적 참여를 요구한다.¹²⁴⁾ 또한 재삼림화는 선주민들과 삼림거주자들의 권리에 대한 개입을 수반하고 토지가 식량생산을 위하여 이용되지 않도록 할 수도 있다. 한편 적응형에 속하는 바이오연료로의 전환이나 농경지를 식량용에서 연료용으로 전환하는 것은 이미 발생한 사례들이 보여주듯이 식량가격을 인상시켜 전세계적으로 기아의 곤경을 더욱 악화시킬 가능성이 크다.

게다가 가용자원을 최대한 이용하여 인권의 점진적 실현을 위한 조치를 취할 당사국의 의무에도 기후변화는 심각한 영향을 미친다. “기후변화는 국가가 이용할 수 있는 자원에 추가적인 부담을 지우기 때문에, 사회권이 악화될 가능성이 크며”,¹²⁵⁾ 당사국들은 종종 기후변화와 관련된 환경 파괴를 규약상 법적 의무 불이행의 이유로 원용하곤 한다는 것이다.¹²⁶⁾

더욱 심각한 문제는, 기후변화의 악영향에 의해 주된 타격을 받는 사람들이 여성, 아동, 노인 장애인, 선주민, 국내이주민(IDPs), 난민과 이주민 등 이미 취약한 지위에 있는 사람들이라는 것이다.¹²⁷⁾ 예컨대

mic, Social and Cultural Rights, Geneva, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2010, 5쪽, www.ciel.org/Publications/CESCR_CC_03May10.pdf.

122) Ariranga G. Pillay, “Economic, Social and Cultural Rights and Climate Change”, Oliver C. Ruppel, Christian Roschmann, Katharina Ruppel-Schlichting eds., *Climate Change: International Law and Global Governance* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH, 2013), 243-260, 246, https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783845242781_243.pdf?download_full_pdf=1.

123) OHCHR, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Relationship between Climate Change and Human Rights*, 2009(이하 2009 보고서), 단락 12.

124) Ariranga G. Pillay, 앞의 글, 247쪽.

125) OHCHR, 2009 보고서, 단락 75.

126) Ariranga G. Pillay, 앞의 글, 247.

파키스탄의 파괴적인 홍수로 이주된 사람의 약 85%는 여성과 아이들이며, 50만명 이상의 임신여성들이 이미 전 세계에서 최고의 사망률을 가진 나라에서 건강상태를 극적으로 악화시킨 홍수에 의해 영향을 받았다고 한다.¹²⁸⁾ 나아가 2007년의 141개국 기상 관련 재해에 대한 연구는 자연재해로 인한 사망에서 젠더 차이가 여성의 경제적 사회적 권리와 직접적으로 연결된다는 결정적 증거를 제공했다.¹²⁹⁾ 실제로 하나의 재해에서 여성과 아이들이 사망할 가능성은 남성들의 14배에 이른다고 한다.¹³⁰⁾

3. 기후변화에 대한 인권적 접근

1) 인권적 접근의 의의

기후변화는 생태적 경제적 정치적 도전이지만 기후변화의 인권적 관점을 기후변화논의의 중심으로 가져가서, 기후변화 관련 영향들을 국가와 경제뿐만 아니라 자신의 생명과 존엄이 걸려 있는 개인들과 집단들이 느끼도록 할 필요가 있다. 나아가 그런 개인과 집단들은 서로 다른 영향을 받기 때문에, 정책대응도 그런 차이를 반영하고 가장 큰 영향을 받는 사람들을 대상으로 해야 한다.¹³¹⁾ 기후변화의 악영향을 방지하고 그에 대응하는 데 있어서 인권적 접근을 채택하는 것은 수동적인 피해자가 아니라 변화의 적극적 담지자로 인식되어야 할 개인들과 집단들에게 권능을 부여하는데 이바지 한다.¹³²⁾

기후변화에 대한 권리기반 접근은 본질적으로 국제인권조약과 선언들의 규범, 기준 및 원칙들을 기후변화전략에 통합하는 것이다.¹³³⁾ 사회권위원회의 빈곤에 관한 성명에 따르면 이들 규범, 기준 및 원칙들은 “시민적, 문화적, 경제적, 정치적 및 사회적 권리와 발전의 권리의 전 범위”로 구성되며, 기후변화를 다루는 것을 목표로 한 정책과 제도에 대한 정보를 제공하고 그 틀을 형성하며 기후변화에 영향을 받는 사람들에게 권원 또는 권리를 부여함으로써 그들에게 권능을 부여한다.¹³⁴⁾

위원회가 빈곤과 관련하여 언급한 것은 기후변화에도 동등하게 적용된다는 점에 주목해야 한다. 그 결과 기후변화(빈곤)의 영향으로부터의 자유는 자선적인 토대에서 제공되는 상품이나 서비스가 아니라 법적 권원 또는 권리이며, 기후변화(빈곤)에 맞서싸우는 것은 자선이나 복지가 아니라 법적 의무가 된

127) OHCHR, 2009 보고서, 단락 42.

128) Ariranga G. Pillay, 앞의 글, 247-248쪽.

129) Neumayer, Eric & Thomas Plümper, “The Gendered Nature of Natural Disasters: The Impact of Catastrophic Events on the Gender Gap in Life Expectancy, 1981-2002”, *Annals of the American Association of Geographers* 97 (3), 2007, 551-566, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=874965, 4쪽 이하.

130) UN-Women, *Facts and Figures: Economic Empowerment*, 2013, <https://unwomen.org/en/what-we-do/economic-empowerment/facts-and-figures.>, (2012).

131) Ariranga G. Pillay, 앞의 글, 249.

132) OHCHR, 2009 보고서, 단락 95.

133) OHCHR, *Applying a Human Rights-Based Approach to Climate Change Negotiations, Policies and Measures*, 2010, <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ClimateChange/InfoNoteHRBA.pdf>.

134) Ariranga G. Pillay, 앞의 글, 249.

다.¹³⁵⁾

이러한 법적 권원 또는 권리는 주요한 의무담당자인 국가에게 그러한 권원들을 존중하고 보호하며 실현하고, 그 관할권 내에서 작동하는 모든 사람들이 같은 일을 하도록 보장하기 위한 구체적 조치를 취할 법적 의무를 발생시킨다.¹³⁶⁾ 이 점에 관하여 위원회는 “권리와 의무는 책무성을 요구한다”는 점과 국제인권법은 “책무성의 장치들이 접근가능하고 투명하며 효과적이어야 할 것”을 요구한다는 점을 강조해 왔다.¹³⁷⁾ 책무성은 국가와 국제기구, 국가인권기구, 시민사회단체 및 사적 부문 등 비국가행위자 등 모든 의무부담자들이 “국제인권법과 관련된 자신의 행위에 대하여 책임을 질 것”을 요구한다.¹³⁸⁾

나아가 특별히 불리한 지위에 있고 주변화된 개인들이나 집단들로서 당사국에 의해 확인된 사람들의 조건을 반영할 수 있도록 세분화된 적절한 지표들은 위원회가 기후변화에 대응하는 데에서 당사국이 달성한 성취를 감시하고 필요한 구제조치를 권고할 수 있도록 할 것이다. 이 점에 관하여 선택의정서는 규약상 권리 침해 주장과 관련하여 국제적 수준에서 개인 및 집단의 진정을 제공한다. 그리하여 선택의정서는 사회권위원회가 모든 인권의 보편성 불가분성, 상호의존성 및 상호관련성을 재확인할 뿐만 아니라 경제적 사회적 문화적 권리의 사법심사가능성과 모든 규약상 권리와 기후변화 영역에서 그 자신의 판례를 개발할 기회를 제공한다.¹³⁹⁾

기후변화에 대한 인권적 관점은 국제인권법의 본질적 요소들인 평등과 차별금지의 원칙에도 근거를 두고 있다. 기후변화에 대한 인권적 접근 역시 기후변화에 의해 또는 기후변화에 대응하기 위하여 취해진 조치에 의해 그 권리가 영향을 받는, 취약한 개인과 집단을 포함한 모든 사람들이 기후변화를 다루기 위한 정책조치의 정식화, 이행 및 감시 등 “관련된 의사결정과정에 참여할 것”을 요구한다.¹⁴⁰⁾ 예컨대 영향받는 사람들과의 적절하고 의미있는 협의는 위험지역에서 그들을 재배치하는 결정 이전에 이루어져야 한다.¹⁴¹⁾

2) 사회권위원회의 활동

사회권위원회는, 앞서 언급한 일반논평들(제4호, 제12호, 제14호 및 제15호)과 빈곤에 관한 성명, 오스트레일리아의 정례보고서와 관련한 2009년의 최종견해 이외에도 여러 작업을 통하여 기후변화와 관련한 활동을 수행해 왔다.

135) Ariranga G. Pillay, 앞의 글, 249.

136) Ariranga G. Pillay, 앞의 글, 249.

137) CESCR, *Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 2001, E/C.12/2001/10, 단락 14, https://digitallibrary.un.org/record/442869/files/A_CONF.191_BP_7-EN.pdf?ln=en.

138) CESCR, *Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 2001, 단락 14.

139) Ariranga G. Pillay, 앞의 글, 250-251.

140) OHCHR, *Human Rights and Poverty Reduction - A Conceptual Framework*, 2004, 18쪽, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyReductionen.pdf>.

141) OHCHR, 2009 보고서, 단락 79.

주거권과 관련한 일반논평 제7호에서 사회권위원회는, 기후변화의 결과 사람들의 이주에 관하여 규약 당사국은 강제퇴거를 피하기 위하여 적절한 안전관을 제공하고 입법적 조치 또는 기타의 적절한 조치를 취해야 한다는 점을 강조했다. 특히 “여성, 아동, 청년, 노인, 선주민, 민족적 기타 소수집단, 그밖에 취약한 개인과 집단들은 모두 강제퇴거 관행으로부터 비례성 없이 고통받기 때문에” 더욱 그렇다고 했다.¹⁴²⁾

또한 2008년 5월에 채택된 세계식량위기에 관한 성명에서 사회권위원회는 당사국에게, 유엔기후변화협약 제2조에 의해 요구되듯이, 적절한 식량에 대한 권리와 기아로부터의 자유에 부정적 영향을 미치지 않고 지속가능한 농업을 촉진하는 지구적 기후변화 대응 전략을 이행...함으로써, 국내적 및 국제적 수준에서 식량위기의 구조적 원인들을 해결할 것을 촉구한바 있다.¹⁴³⁾

그밖에도 사회권위원회는 도달가능한 최고 수준의 건강권에 관한 일반논평 제14호에서 선주민들과 관련하여 취해진 보호조치와 관련하여 부상하는 국제법과 관행으로서 유엔기후변화협약 전문과 제3조를 인용했다. 또한 물에 대한 권리에 관한 일반논평 제15호에서도 위원회는 물에 대한 권리와 관련된 당사국의 일정한 의무를 언급하면서, 물의 이용가능성과 자연-생태계의 분수령에 나쁜 영향을 주는 행동들로서 사막화, 토양염분증가, 삼림벌채 및 종다양성의 손실과 함께 기후변화를 언급하고 있다.¹⁴⁴⁾ 또한 지속가능한 발전과 빈곤 근절의 맥락에서 녹색경제에 관한 리우+20 회의의 맥락에서 2012년 5월에 발표한 성명에서 사회권위원회는 본질적으로 녹색경제를 경제사회문화적 권리와 밀접하게 연결되어 있는 지속가능한 발전의 더 넓은 개념에 통합할 필요를 강조했다.¹⁴⁵⁾

최근의 “과학과 경제적, 사회적 및 문화적 권리”에 관한 일반논평 제25호(2020)에서도 사회권위원회는 과학기술과 관련한 국제협력이 필요한 이유의 하나로 기후변화를 들고 있다.¹⁴⁶⁾ 그러나 무엇보다도 눈에 띄는 것은 가장 최근에 발표된 “토지와 경제적 사회적 문화적 권리”에 관한 일반논평 제26호(2022)이다. 이 논평에서 사회권위원회는 기후변화라는 용어를 20회 가까이 사용하여 기후변화의 영향과 그에 대한 대응들의 의미와 한계를 매우 상세하게 언급하고 있을 뿐 아니라 토지 관련 맥락에서 규약상 권리의 실행에 관한 구체적 쟁점들의 하나로 ‘기후변화’를 독립 주제어로 명시하고 3개 단락에 걸쳐서 깊은 우려와 의미 있는 권고를 표명하고 있다. 그 내용은 다음과 같다.

“D. 기후변화

56. 이용자 권리에 영향을 주는, 토지에 대한 접근에 미치는 기후변화의 영향은 여러 나라에서

142) 사회권위원회, 일반논평 제7호, 1997, 단락 10.

143) CESCR, *The World Food Crisis - Statement*, 2008, E/C.12/2008/1, 단락 13, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/cescr40/E.C.12.2008.1AEV.doc>.

144) 사회권위원회, 일반논평 제15호, 2002, 단락 28.

145) CESCR, *Statement in the Context of the Rio+20 Conference on the Green Economy in the Context of Sustainable Development and Poverty Eradication*, 2012, E/C.12/2012/1, 단락 6, http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.2012.1_en.doc.

146) 사회권위원회, 일반논평 제25호, 2020, 단락 81.

심각하다. 해안지역에서는 해수면 상승이 주거, 농경 및 어업에의 접근에 악영향을 미친다. 기후 변화는 또한 토지 손상과 사막화의 원인이 되기도 한다. 기온 상승, 강수 형태의 변화와 가뭄과 홍수 등 점점 더 빈번해지는 극단적 기상이변들은 토지에 대한 접근에 점점 더 큰 영향을 미치고 있다.¹⁴⁷⁾ 국가들은 국제적 수준에서 협력해야 하고 (온실가스) 방출을 감축할 의무와 파리협정의 이행이라는 맥락에서 했던 각국의 약속들을 이행해야 한다. 국가들은 또한 위원회가 과거에 강조했듯이 인권법에 따르더라도 이들 의무를 가진다.¹⁴⁸⁾ 나아가 국가들은, 특히 농민이나 선주민 등 취약한 상태에 있는 인구의 토지와 영토에 악영향을 줄 때에는 대규모 재삼림화 또는 기존 삼림의 보호를 통한 탄소격리(carbon sequestration) 등 다양한 형태의 토지수탈을 야기하는 기후변화 감축 정책들의 채택을 피해야 한다. 감축 정책들은 화석연료의 생산과 이용을 단계적으로 중단함으로써 방출의 절대적 감축으로 이어져야 한다.

57. 국가들은 국내 수준에서, 기후변화에 의해 일어나는 모든 형태의 토지 이용 변화를 고려하는 기후변화 적응 정책들을 고안하고, 영향을 받는 모든 사람들을 등록하며, 특히 불리한 지위에 있는 집단에 대한 기후변화의 영향에 대처하는데 가용자원을 최대한 이용할 의무가 있다.

58. 기후변화는 기후변화에 가장 적은 기여를 했을 것 같은 나라들을 포함하여 모든 나라들에 영향을 미친다. 따라서 역사적으로 기후변화에 가장 큰 기여를 해 왔던 나라들과 현재 기후변화에 주로 기여하는 나라들은, 토지와 관련된 적응 조치를 지지하고 재정지원을 하는 등의 방법을 통하여, 기후변화에 의해 가장 크게 영향을 받지만 그 영향에 대처할 능력은 가장 작은 나라들을 지원해야 한다. 기후변화 감축 및 적응 조치를 위한 협력 장치는 어떤 프로젝트도 인권과 환경에 부정적인 영향을 주지 않도록 보증하고 그런 기획에 의해 영향받는 사람들에게 정보에 대한 접근과 의미있는 협의를 보증하기 위하여, 강력한 일련의 환경적 및 사회적 안전판을 제공하고 또 이행해야 한다. 그 장치들은 또한 선주민들의 자유로운, 정보에 입각한 사전 동의를 존중하는 것이어야 한다.¹⁴⁹⁾

3) 기후변화와 국가 기타 행위자들의 법적 의무

규약상 당사국의 법적 의무들은 기후변화 또는 기후변화에 대응하기 위해 취해진 조치들에 의해 특별히 영향을 받는 취약한 개인이나 집단들, 즉 여성, 아동, 노인, 장애인, 선주민, 국내이주민, 난민과 이주민들에게 효과적인 보호를 제공할 수 있다.¹⁵⁰⁾

핵심 의무가 모든 당사국들에게 국내적 책임을 발생시킨다면, 그 의무들은 발전국가들과 국제기구들에게는 국제적 책임을 발생시킨다. 그 결과 모든 규약상 권리에 상응하는 핵심 의무들은 기후변화에 대처할

147) Intergovernmental Panel on Climate Change, “Climate Change and Land: summary for Policymakers” (2019) 참고.

148) International Human Rights Instruments, “Statement on human rights and climate change”, HRI/2019/1, 14 May 2020, <<https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=HRI/2019/1&Lang=E>> 참고..

149) 일관성을 확보하기 위하여 안전장치들은 녹색기후기금(the Green Climate Fund)의 관행, 그리고 유엔기후변화협약 교토의정서에 따라 수립된 ‘환경 및 사회적 적응 기금(the Environmental and Social Policy of the Adaptation Fund)’에 포함된 안전장치들과 일치해야 한다.

150) Ariranga G. Pillay, 앞의 글, 254-255.

전략을 포함하여 모든 국내적, 국제적 발전전략들이 존중해야 할 국제적인 최저기준을 확립하고 있다.¹⁵¹⁾

발전국가들과 국제기구들은 발전도상국이 그 모든 핵심의무를 이행하여 이러한 국제적 최저기준을 충족할 수 있도록 지원해야 한다. 나아가 이 점에서 발전국가들은 인권과 관련된 발전기획을 지지하고, 그들의 공적개발원조 기여가 국민총소득의 0.7%에 이르도록 보장해야 한다.

4. 소결

유엔 사회포럼에서 기후변화와 인권의 관계를 주제로 한 기초연설을 했던 험프리스는 인권의 실현과 기후변화에 대한 대처는 상호 강화하는 두 개의 목표들이며, 그 중 하나를 할 수 있기 위해서는 국가들은 둘 다 해야 한다고 역설한 바 있다.¹⁵²⁾ 그런데 국가별 정기보고서의 검토를 통해 인권 감시를 위한 전문지식과 필요한 자료를 자유롭게 이용할 수 있는 사회권위원회가 역할을 할 수 있는 것은 바로 이 지점이라는 지적¹⁵³⁾은 주목할 만하다. 앞서 보았듯이 이미 인권을 제대로 보호받지 못해 왔던 취약계층의 사람들이야말로 기후변화에 의한 최대의 피해자가 될 것이고 지구온난화의 원인을 가장 적게 제공한 가장 저발전된 나라들과 작은 섬나라에 사는 사람들이 오히려 기후변화로 인한 최악의 영향을 받을 것이 분명하다는 점에서, 선택의정서의 개인진정절차, 국가간진정절차 및 조사절차는 바로 그 피해자들의 능동적 움직임을 통해 기후변화 위기의 시기에 사회권의 존중, 보호, 실현을 위한 사회권위원회의 역할을 전면화시킬 수 있는 좋은 기회가 될 것이다.

151) CESCR, *Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 2001, 단락 17.

152) Humphreys, Stephen, "Climate Change and Human Rights: Crisis and Utopia", keynote speech presented at the UN Social Forum 2010, 4-6 October 2010, 5쪽, <http://www2.ohchr.org/english/issues/poverty/docs/sforum/presentations2010/Humphreys.doc>.

153) Ariranga G. Pillay, 앞의 글, 257.

제3장 유엔 사회권규약 선택의정서 가입의 의미와 쟁점

I. 사회권규약 선택의정서 개관

1. 사회권규약 선택의정서 기초 및 채택의 과정¹⁵⁴⁾

1947년 국제인권장전의 기초 책임을 맡은 유엔 인권위원회는 1947년에 인권장전은 선언, 협약 및 이행조치로 구성되는 것으로 결정했고, 그 첫 번째가 바로 세계인권선언이었다. 1948년 12월 10일 채택된 세계인권선언은 모든 범위의 인권과 기본적 자유를 하나의 통합된 문서에 포함시켰다. 이제 인권위원회는 이들 권리를 법적으로 구속력이 있는 국제인권규약의 형태로 만드는 데 관심을 기울였고, 여기서 위원들 간에 분열이 나타났다. 1950년 유엔총회로부터 규약이 둘로 나누어져야 할지에 관하여 정책적 결정이 요구되었다. 규약의 이분화를 지지한 사람들은 권리와 의무의 성격의 차이와 입법적 적용과 법집행의 점을 강조했다. 유엔총회는 이러한 견해를 거부하고 경제적 사회적 문화적 권리를 포함하는 단일한 규약이 기초되어야 한다고 결정했다. 두 범주의 권리를 둘러싸고 점점 더 날카로운 선이 그어졌고 서구와 소비에트권 국가들은 각각 그 분기의 어느 한쪽에 줄을 서면서, 문제는 점점 더 냉전 정치와 복잡하게 얽혀 들어갔다.

결국, 기초과정의 무한정 연기에 직면한 유엔총회는 1952년에, 1950년의 결정을 뒤집고 2개의 규약을 기초하기로 했다. 사회권규약의 경우 권리의 완전한 실현의 점진적 성격과 현실 세계의 가용자원 제한을 강조한 반면 자유권규약은 그런 언급이 없었고, 이는 자유권규약의 규범들만이 독립적 감시와 사법적 집행을 할 수 있다는 관념을 강화했다. 이에 따라 자유권규약은 국가가 진정을 접수하고 국가의 정기보고서를 통해 조약규범의 점진적 이행을 감시할 독립전문가로 구성된 국제기구를 창설한 반면, 사회권규약은 그런 감독을 정치적 기구인 경제사회이사회에 위임했고, 개인진정 심사를 위한 선택의정서는 자유권규약에만 채택되었다.

이 결정의 영향은 매우 컸다. 1978년 업무를 시작한 인권위원회는 진정절차를 통해 심사한 구체적이고 맥락화된 인권침해상황들을 배경으로 자유권규약상의 권리들에 관한 포괄적인 법리를 개발하기 시작했던 반면, 경제사회이사회는 1985년이 되어서야 독립전문가기구인 사회권위원회를 창설하여 이사회의 감독임무를 인계받도록 했지만, 그 때도 위원회는 국가의 정기보고서에서 보고된 일반적 상황의 심사를 했을

154) 이하의 내용은 Tara J. Melish, "Introductory Note to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *International Legal Materials(ILM)*, Vol. 48, No. 2 (2009), 256-261쪽에 의거하였음.

뿐 권리들의 개별적 차원을 다루지는 못했다.

그 결과 1990년 초 사회권위원회는 개인별 진정장치를 수립할 목적으로 선택의정서를 공식적으로 요구하기 시작했고, 1992년에는 선택의정서를 위한 제안 초안을 준비하여 1993년 비엔나 세계인권대회에 그 문제에 관한 선언과 분석논문을 제출했다. 비엔나 대회는 모든 인권은 보편적이고 불가분적이며 상호 의존적이고 상호 관련되어 있으며, 동일한 토대 위에서 동일하게 강조되어 다루어져야 함을 선언하고, 유엔 인권위원회가 사회권위원회와 협력하여 선택의정서들을 계속 검토하도록 요구함으로써 이에 화답했다.

1994년 12월, 사회권위원회는 인권위원회에 “진정의 심사를 제공하는 선택의정서 초안”이라는 제목이 붙은 보고서를 제출했고, 1996년에는 자문을 거쳐서 개정초안을 제출했다. 1997년에 정부, 정부 간 기구 및 비정부단체들에 논평을 위해 개정초안을 보냈던 인권위원회는 2001년에 사회권규약선택의정서 초안 문제의 검토를 위해 독립전문가 하템 코트레인(Hatem Kotrane) 씨를 임명했다. 2002년과 2003년에 독립전문가가 제출한 두 편의 보고서에 따라 인권위원회는 “사회권규약선택의정서의 정교화에 관한 여러 선택지들을 고려할 목적으로” 무제한실무단(Open-ended Working Group)을 수립하기로 결정했다. 포르투갈의 카타리나 드 알바커크(Catarina de Albuquerque)가 의장을 맡은 실무단은 2004년부터 2008년까지 10일 회기의 모임을 다섯 차례 개최했다.

실무단의 2004년 첫 회의는 어떤 결정이 내려지지 않은 채 종료되었으나, 의장에게는 2006년에 있을 제3회기에서의 논의를 촉진할 목적으로 선택의정서의 요소들을 포함하는 보고서를 준비하라는 명령이 내려졌다. “요소 문서”(elements paper)는 논란이 되는 주요 쟁점들 각각에 대한 대안들을 제시하고 있다. 이 중 네 가지 점은 특별히 강조할 만하다. 첫째는 선택의정서가 다른 모든 유엔조약들처럼 주제관할권(subject matter jurisdiction)에 대한 “포괄적 접근”을 채택해야 하는지 아니면 유럽사회헌장처럼, 국가들이 진정절차의 대상으로 인정하는 규범들을 특정해서 선택하는 “선택적 접근(à-la-carte approach)”을 채택해야 하는지를 둘러싸고 무제한실무단 내에서 광범위한 불일치를 다루었다. 두 번째 불일치 역시 물적 관할 ratione materiae jurisdiction와 관련된 것으로 규약의 1,2 부 또는 3부에 있는 규범들의 침해를 인정할 위원회의 권한의 범위를 다루었다. 세 번째 다루어진 쟁점은 위원회의 인적 관할(ratione personae jurisdiction)과 법적 자격, 즉 진정절차가 개인 또는 개인의 집단(대부분의 유엔조약처럼), 집단 진정(개정된 유럽사회헌장과 ILO 진정절차처럼)에 한정되어야 하는지 아니면 두 종류의 진정을 모두 허용해야 하는가를 다루었다. 그리고 넷째, 규약 제2조에 따른 국가의무의 엄밀한 정의를 둘러싸고, 그리고 구체적으로 개인진정절차에서 “점진적 실현”과 “가용자원”의 개념이 어떻게 해석되어야 하는지를 둘러싸고 불일치가 지속되었다. 이들 문제는 2008년 마지막 회기까지도 계속해서 심각하게 다루어졌지만 궁극적으로 각 쟁점은 지역 체계나 전문 체계에서 채택된 것보다는 다른 유엔조약들에서 채택된 접근법에 따르는 방식으로 해소되었다.

제5차 회기의 마지막 날인 2008년 4월 4일 금요일, 실무단은 사회권규약 선택의정서 초안을 인권이사회에 심의를 위하여 제출하는데 합의하여 그 보고서를 잠정적으로 채택했다. 2008년 6월 인권이사회는

합의에 의하여 초안문언을 승인했고 그것은 2008년 12월 10일 유엔총회에서 채택되었고, 서명을 받기 위해 공개되었다. 이로써 자유권규약과 사회권규약은 같은 해에 채택되었음에도 자유권규약에만 선택의 정서가 부가됨으로써 생겨났던 둘 사이의 ‘간극’이 메워지게 되었다.¹⁵⁵⁾

이에 따라 채택된 문언은 대부분의 점에서 자유권규약 선택의정서와 유사하지만, 몇 가지 중요한 특징들을 추가하고 있는데, 그 중 많은 것은 여성차별철폐협약 선택의정서(OP-CEDAW)와 장애인권리협약 선택의정서(OP-CRPD)로부터 유래한 것이다(예: 임시조치, 장애인을 위한 포맷으로 각종 문서 전파, 우호적 합의를 위한 조정기능 등).

특히 선택의정서는 자유권규약 선택의정서에는 포함되어 있지 않은 두 가지 추가적 특징을 포함하고 있다. 하나는 OP-CEDAW와 OP-CRPD에 따라 현장방문을 포함한 조사절차를 창설하고 있다. 그러나 이 절차는 OP-CEDAW와 OP-CRPD와는 달리 opt-out가 아니라 opt-in 방식이다.¹⁵⁶⁾ 둘째, 위원회는 유엔전문기관, 기금 및 프로그램에 기술적 지원 요구를 보낼 권한을 가질 뿐만 아니라 선택의정서는 규약에 포함된 권리의 “고양된 이행”을 위하여 당사국에 전문가와 기술적 지원을 제공하기 위한 신탁기금 수립을 명령하고 있다. 그런 지원이 규약을 비준함으로써 당사국이 지는 의무에 반하지 않는다고 하고 있다. 즉 위원회가 명시하듯이 ‘가용자원’은 조치를 취할 의무의 중요한 한정요인이지만 그것이 의무의 즉각성을 변경시키지도 않고 자원 제약이 무위(inaction)를 정당화할 수도 없다.

그럼에도 두 가지 특징들은 선택의정서를 다른 모든 유엔조약과 구분짓는다. 첫째, ‘진정인이 명확한 불이익을 당했음을 보여주지 못하는’ 경우 위원회가 재량적으로 진정 심사를 거부할 수 있도록 허용하는 관할 규정이다. 유럽인권협약 제14호 의정서¹⁵⁷⁾를 떠올리게 하는 이 규정은 “하찮은 진정들”이 너무 많이 제기되어 정기보고서 검토와 같은 위원회의 본질적 기능을 저해할 것이라는 우려에 상응하는 것이다. 허용규정이나 기타 의정서가 공유하는 다른 규칙들의 엄격함을 고려할 때 다른 어떤 유엔조약기구도 그런 현상을 겪은 적이 없다는 빈번한 반론에도 불구하고 그런 우려 주장이 우세했다. 인권위원회도 다른

155) 유엔 인권최고대표 나바네템(나비) 필레이(Navanethem(Navi) Pillay)는 사회권규약 선택의정서는 “국제적 체계상의 인권보호에서 역사적인 간극을 채우는 ... 두드러지게 중요한 것”이라고 말하면서 환영했다. Statement by the High Commissioner for Human Rights, Ms. Navanethem Pillay, *Official Records*, 65th Plenary meeting, U.N. Doc. A/63/PV.66, Wednesday 10 December 2008, 3pm.

156) opt-in은 당사국의 명시적 동의가 있는 경우에만 어떤 규범이 적용되는 데 반하여, opt-out은 당사국이 명시적으로 거부 의사를 밝히지 않는 한 그 규범이 적용되는 방식을 말한다. 예컨대 opt-out 방식을 채택하고 있는 여성차별철폐협약 선택의정서 제10조는 “1. 각 당사국은 제8조 및 제9조에 규정된 위원회의 권한을 인정하지 아니한다고 이 의정서의 서명·비준 또는 가입시 선언할 수 있다.”고 규정하는 반면, 국가 간 진정에서 opt-in 방식을 채택한 사회권규약 선택의정서 제10조는 “...이 조에 의거한 통보는 자국과 관련하여 위원회의 권한을 인정하는 선언을 한 당사국에 의해서 제출될 경우에만 접수되고 심리될 수 있다. 그러한 선언을 하지 않은 당사국과 관련된 통보는 위원회에 의해 접수되지 아니한다.”라고 규정하고 있다.

157) “제34조에 의한 개별적 제소로서 협약 또는 의정서의 규정과 양립할 수 없는 경우, 근거가 없는 것이 명백한 경우, 또는 제소권의 남용이라고 판단되는 경우 재판소는 심리 부적격을 선언하여야 한다.”고 규정하고 있던 유럽인권협약 제35조 제3항을 다음과 같이 수정한 선택의정서이다. “재판소는 다음 각호에 해당한다고 판단되는 경우 심리 부적격을 선언하여야 한다. a. 제34조에 의한 개별적 제소로서 협약 또는 의정서의 규정과 양립할 수 없는 경우, 근거가 없는 것이 명백한 경우, 또는 제소권의 남용이라고 판단되는 경우 b. 제소인이 상당한 불이익을 겪지 않았다고 판단되는 경우. 단, 협약과 선택의정서에서 정의된 인권에 대한 존중이 제소의 검토를 요구하거나 국내법원이 적절하게 심사를 하지 않았던 이 점을 근거로 재판이 거부된 사례는 없었던 경우에는 그렇지 않다.” <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/library_collection_p14_ets194e_eng>.

인권기구들과 마찬가지로 보호되는 권리의 향유에 대한 영향의 정도를 주장된 침해에 대한 국가책임을 결정하는 데 관련 요소로 인정했지만, 그것은 진정허용의 문제가 아니라 본안단계(비례성심사의 행사)에서만 그렇게 했다.

또 다른 중요한 차이는 사회적 권리와 관련된 국가의무의 성격에 관한 계속되는 오해에 비추어 선택의 정서는 “조치를 취할” 행위 기반 의무가 개인진정절차에서 어떻게 해석되어야 하는지에 관한 직접적인 지침을 위원회에 제공하고 있다. 그것은 위원회가 “규약에서 정한 권리들의 이행을 위하여 당사국이 광범위한 가능한 정책 조치들을 채택할 수 있다”는 점을 염두에 두고, “당사국에 의해 취해진 조치들의 상당성(reasonableness)을 고려해야 한다”고 규정하고 있다. 이런 해석은 국가들의 “광범위한 판단여지”에 대한 직접 언급을 포함하자는 지속적인 제안들과 그러한 여지가 항상 “광범위하지는” 않으며 사건별로 결정되어야 한다고 주장하는 제안들 사이의 타협으로 포함되었다.

2. 선택의정서 채택을 둘러싼 주요 논쟁

1) 4가지 사법심사가가능성 논쟁¹⁵⁸⁾

선택의정서의 채택 혹은 그에의 가입·비준에 대해서는 크게 네 가지의 반대론이 흔히 제기되었다. 이들은 대체로 사회권에 대한 사법심사의 가능성에 관한 논의들과 유사한 축을 따라 구성된다. 사회권에 관한 사법적 심판은 전통적으로 의문시되어 왔는데, 그 근거는 권리가 너무 모호하고 적극적인 행위를 요구하며 민주적 부당성, 제도적 무능 및 약간이라도 혜택을 얻기 위한 소송인들의 많은 노력에 대한 우려를 제기한다는 것이다.

(1) 부정확하고 적극적인 규범들¹⁵⁹⁾

전통적으로 사회권은 성격상 모호하다는 결함이 있고 적극적인 행위에 한정되며, 따라서 그 권리에는 사법심사에 필요한 특징들이 박탈되고 있다는 것이다. 이들 주장은 사회권규약과 관련한 진정이 인권위원회에 제기되도록 하자는 프랑스의 제안을 많은 대표들이 거부했을 때 특히 강력히 주장되었던 것 같다. 이 모호성에 기반한 반대론은 권리 규정의 명확성 요청이 충족되지 않음을 거론하는 수준에 그치는 것이 아니라 바로 그를 이유로 한 사회권의 프로그램적 성격을 강조했다. 사회권규정이 가지는 모호성은 곧장 그 집행자의 재량여지를 의미하는 것이고 따라서 그것은 권리규정이란기 보다는 국가정책의 바람직한 방향과 목표를 제시하는 입법방침에 불과하게 된다는 것이다.

또, 사회권은 적극적인 따라서 심사불가능한 행위에 국한된다는 사상은 역으로 그 대당점에 위치지워

158) 이 부분은 따로 표기하지 않는 한 Malcolm Langford, “Closing the Gap”, 9-18쪽에 의거하고 있다. 이론적, 제도적 수준에서의 사회권에 대한 사법심사의 가능성, 자유권과의 관계 등은 제5장 제II절에서 다시 논의한다.

159) Malcolm Langford, 앞의 글, 9-13쪽.

지는 시민적, 정치적 권리의 특유성을 가공하는 주장으로 이어지기도 한다. 예컨대, 시민적 정치적 권리를 말할 때 사람들은 정부행위에 대한 제약에 관하여 이야기하지, 그런 행위를 위한 처방에 관하여 이야기하지는 않으며, 정부에게 최소한이지만 충분한 생활수준을 보장해야 한다고 말하기보다는 공정한 재판 없이 사람을 투옥시켜서는 안 된다고 말하는 것이 훨씬 쉽다는 것이다.¹⁶⁰⁾

좀 더 미묘한 형태의 반대는 두 종류의 권리를 엄격하게 구분하는 선은 없다고 하더라도, 자유권규약과 사회권규약의 상이한 명문의 문구를 무시할 수는 없다고 주장하는 사람들로부터 나왔다. 이에 따라 실무단의 일부 국가들은 사회권들이 시민적 정치적 권리보다 ‘덜 절대적’이라는 데 주목했다.

이런 관점에 내포된 문제는 법적 문언에 비합법성의 추정을 투사하는 것 같다는 것이다. 사회권위원회는 대신 자유권규약과의 차이를 인정하면서도 이 규정의 어법에 대해 상당히 직설적으로 접근했다.¹⁶¹⁾ 즉 위원회의 표현에 따르면, “관련된 권리의 완전한 실현은 점진적으로 달성될 수도 있지만, 그 목표를 향한 조치는 취해져야 한다... 그런 조치는 신중하고, 구체적이며 대상이 정해진 것이어야 한다.”¹⁶²⁾

한편 국가 행위로부터의 사법적 보호는 일반적으로 한 사람에게 개별적으로 나쁜 영향을 미치는 조치들에 국한되며, 모든 시민들에게 동일하게 반향을 가지는 일반적 정치적 조치들은 사법심사의 대상이 아니라는 주장도 있다.¹⁶³⁾ 이런 주장이 불합리한 것은 아니지만 많은 국가정책들이 그 적합성이나 상당성에 대하여 심사를 받고 있는 점증하는 사법적 관행들을 무시하고 있다. 미국의 각주 법원들은 교육권을 포함하는 주 헌법에 비추어 교육의 질과 재정정책이 부적합하다는 판결을 내려왔고, 남아공화국헌법재판소는 상당성 기준을 이용하고 있는 반면 콜롬비아 헌법재판소는 수많은 헌법적 권리들의 체계적이고 광범위한 침해 때문에 ‘위헌적 상황’이 있었는지 여부를 분석한다. 유럽 사회권위원회도 두 가지 유럽사회헌장에서 의무들이 즉각적임에도 불구하고 유사한 기준을 채택했다.¹⁶⁴⁾ 특히 남아프리카에서 나온 이러한 기준들이 선택의정서 제8조 4항에서 최종적인 상당성 테스트 채택을 틀지우는 데 도움을 주었다고 한다.

(2) 정당성¹⁶⁵⁾

인권 재판 분야에서 가장 끈질긴 주장은 아마도 그런 사법심사가 정당성이 없다는 것이었이라 할 수 있다. 시민적 정치적 권리의 재판은 많은 민주국가에서 ‘흔한 일’이고, 지역 수준에서도 상당히 발달히

160) Malcolm Langford, 앞의 글, 10쪽. 이는 세이무어 루빈의 이야기를 인용한 것이다.

161) Malcolm Langford, 앞의 글, 11쪽.

162) 사회권위원회, 일반논평 제3호, 단락 2.

163) Christian Tomuschat: "An Optional Protocol for the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", in Klaus Dicke, Stephan Hobe, Karl-Ulrich Meyn, Anne Peters, Eibe Riedel, Hans-Joachim Schlitz and Christian Tietje (eds): *Weltinnenrecht: Liber amicorum Jost Delbrück* (Berlin: Duncker and Humblot, 2005), 815, 828; Malcolm Langford, 앞의 글, 12쪽에서 재인용.

164) Malcolm Langford, 앞의 글, 12-13쪽.

165) Malcolm Langford, 앞의 글, 13-15쪽.

이루어져 왔다. 하지만, 특정한 조건하에서는 그것이 부적절하다는 견해를 굳건히 고수하는 이들도 있다. 예컨대 제레미 월드런은 입법의 타당성에 대하여 권리에 기반한 사법심사를 하는 것은 민주적 사회에서는 부적합하다고 말한다. 거기서 문제로 제기되는 것은 입법제도가 오작동하였다는 것이 아니라, 그 권리에 대해 사회구성원들이 의견을 일치를 보이지 않는다는 것이 문제일 경우가 많기 때문이다.¹⁶⁶⁾ 즉, 사회적 합의가 이루어지지 않는 권리에 대해서는 사법심사가 아니라 입법정책적 해결이 우선되어야 한다고 보는 것이다. 또, 사회적 권리 재판에 대해서 적대적이기만 한 다른 논평가들은 지출과 정책적 우선순위의 사법적 결정은 국가 수준에서 법원과 집행부와 입법부 사이의 권력분립의 원칙에 대한 구체적 위협이라는 가정에 의거하고 있다.¹⁶⁷⁾

사회권에 대한 사법심사의 가능성을 지지하는 사람들은 그것이 전통적인 의회민주주의를 지지하고(유권자들이 정치과정에 실제로 참여하기 위하여 충분히 교육받고 적절한 영양을 섭취하는 것을 보장하는 것), 또 다수결주의의 약점 때문에 정치로부터 규칙적으로 체계적으로 배제되는 개별 집단들에게 정치적 공간을 제공함으로써 의회민주주의를 보완할 수 있다고 주장한다. 법적 대응은 사법관들이 심사 역할을 하는 것이지 정책결정 역할을 하는 것이 아니라는 것이다. 독일 연방헌법재판소가 인정했듯이 모든 정부부처 사이의 경계들이 어느 정도 흐려지는 것은 불가피하지만 말이다.

이 주제에 관한 논쟁은 실무단 초기 회의에서 심각하게 이루어졌다. 진정절차가 민주적 과정과 정치적 경제적 및 예산 우선순위와 관련하여 국가적 정책결정에 부당하게 개입할 수 있다거나, 사회권이 사법심사가 가능한지 여부가 아니라 국제인권위원회가 이들 권리에 관하여 재판을 할 적절한 기구인지 또는 그들의 해석이 국내 수준에서 재판에 맡겨져야 하는지가 문제라는 반대가 있었다. 반면에 국가는 그 의무를 이행할 수단에 관하여 결정할 때 재량의 여지를 늘 향유하며 위원회는 국가정기보고서절차하의 일반논평과 권고들에서 균형잡힌 접근을 보여왔다는 반박도 있었다. 또 국제적 심사를 하는 것의 중요성을 강조하고 인권은 단순히 국내적 문제가 아니라 국제조약감시기구의 권고들이 국내적으로 합의를 갖고 있다 하더라도 그것이 부당한 간섭을 구성하지는 않는다고 강조되기도 했다.¹⁶⁸⁾

자원 배분 등의 문제를 다룰 때 어떤 기준이 이용되어야 하는지에 관한 문제를 제기한 국가도 많았다. 2차 회기에서 이 문제가 상세히 다뤄졌다. 가나 대표는 학교시설의 유지 지원을 위해서 또는 학생 수 증가를 목표로 한 국가전략의 일부로서 도입된 비용은 위원회에 의해 규약 제13조 위반으로 해석될 수도 있다고 우려를 표명했다. 이에 대해 그러한 조치가 역행적이 아니라는 것을 정당화할 입증책임은 국가가 부담한다고 사회권위원회의 한 위원이 지적했다.

3차 회기가 되면 초점은 점점 더 의정서의 가능한 해석으로 옮겨갔고 정당성에 관한 폭넓은 논쟁으로부터 멀어졌다. 폴란드 같은 국가들이 계속해서 정당성 문제를 제기했지만, 영국, 캐나다 및 노르웨이 같

166) Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, Vol. 115 (2006), 1346, 1406.

167) E.W. Vierdag, "The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 9 (1978), 69쪽.

168) Malcolm Langford, 앞의 글, 14쪽.

은 나라들은 그들의 우려를 선택의정서에 기준이 삽입되도록 하자는 구체적 제안과 결부시키기 시작했다.

(3) 제도적 권능¹⁶⁹⁾

사회권 재판에 대한 세 번째 반대는 그것이 사회적 문제를 다루기 위한 제도적으로 유능한 장이 아니라는 것이다. 법률전문가인 재판관들은 사회권을 실현함에 필수적인 전문지식과 정보가 없고 이는 사법적 형식은 경합하는 정책고려와 그들의 결정으로부터 나올 다중심적 결과들을 해결하기 어렵게 만든다. 이러한 도전에 대해서는 재판은 전통적으로 입법부가 이용할 수 없었던 정보를 공적 영역으로 가져오는 데서 역할을 하고, 전문가의 전문지식 수준을 증가시키고 추가적 정보의 제공을 확보하기 위해 이용할 수 있는 방법들이 있다는 문헌이나 법리상의 반론이 나왔다. 다중심적 결과들에 대해서는 이것은 상사 및 조세법 등 재판 일반의 특징이라는 지적이 나왔고, 일부 법원들은 이 문제를 침해에 대한 좀 더 명확한 기준과 융통성 있는 구제의 이용으로 해결했다.¹⁷⁰⁾

이 문제는 총토론에서는 별로 눈에 띄지는 않았다. 한 국가가 제네바에 자리잡은 조약감시기구가 지역적 맥락에 대한 완전하고 적절한 이해를 얻기는 어려울 것이라고 지적하자, 이에 대해 충분한 정보를 제공하는 것은 국가에 맡겨진 일이라는 반박이 있었다. 역설적으로 이 문제에 관한 토론이 충분치 못했기 때문에, 캐나다 같은 회의적 국가들은 위원회가 수령할 수 있는 정보의 양을 제한할 규정을 의정서에 넣자는 활동을 벌였다.

문제는 법적 관점에서 사회적 문제를 다룰 위원회의 무능력이 아니라 오히려 이에 종사할 위원회 위원들 모두의 능력이다. 이런 점을 고려하여, 인권위원회를 따라야 하고 국가들이 현직 정치인이나 주재 외교관을 임명하기를 더 어렵게 만들 내부행동강령을 채택해야 한다는 주장도 있다.¹⁷¹⁾

그럼에도 제기되는 하나의 법적 다중심성 문제는 또 하나의 국제진정절차가 추가되면 충돌하는 결정들, 국제법을 더욱 과편화하는 결과가 될 것인가 하는 것이다. 이런 우려에 대해 ILO 대표는 ILO 협약들과 사회권규약 사이에 실무상 불일치는 없었다고 지적했고, UNESCO와 ILO 모두 여러 기관들 사이에서 오래동안 지속되어 온 협력의 관행을 언급했다.¹⁷²⁾

(4) 실용적 혜택¹⁷³⁾

흥미로운 측면 중 하나는 논쟁이 이론적 우려에서 실천적 혜택으로 옮겨가면서 극적으로 주장들이 변화한다는 것이다. 사법심사가가능성 반대자들은 재판기구의 권한을 경시하는데, 그들은 이전에는 이 권력을

169) Malcolm Langford, 앞의 글, 15-16쪽.

170) Malcolm Langford, 앞의 글, 15쪽.

171) Malcolm Langford, 앞의 글, 16쪽.

172) Malcolm Langford, 앞의 글, 16쪽.

173) Malcolm Langford, 앞의 글, 16-18쪽.

민주주의에 대한 위협이라고 했다. 지지자들에게도 역전이 일어날 수 있다.

선택의정서의 잠재적 혜택은 실무단 개회시의 중요한 토론 주제였다. 국가들은 광범위한 혜택을 언급했는데 주목할 만한 것은 혜택 중 압도적인 것은 규약상 권리의 실현에 대한 기여에서 ‘간접적’이라고 부르는 것이었다. 즉 선택의정서는 다른 필요한 활동을 고무할 것이라는 것이다.¹⁷⁴⁾

진정장치는 당사국들로 하여금 더 효과적인 현지구제를 확보하도록 조장할 것이고, 국제적 법리의 발전을 촉진하여 이는 다시 경제적 사회적 문화적 권리에 관한 국내 법리의 발전을 촉진하게 될 것이며, 국제적 책무성을 강화할 것이고, 재판부로 하여금 구체적인 사건을 연구하고 그림으로써 더욱 간결한 법리를 만들어낼 수 있게 할 것이다.¹⁷⁵⁾

그 결과 가치에 대한 반대주장들 역시 나왔다. 유엔의 과도하게 늘어난 자원에 비추어 추가적 인권절차의 비용에 대한 우려가 표명되었고 위원회가 기존의 기능을 수행할 능력에 부정적 영향을 미칠 수도 있다는 주장도 있었다. 기존의 다른 절차에서 사회권 존중을 개선하거나 국내장치강화를 개선할 것을 국제적으로 강조하는 것 등 다른 노력들이 더 결실이 있을 것이라는 제안도 나왔다. 어떤 국가는 인권을 가장 존중하는 나라들에 대해 진정들이 주로 제기될 것이라고도 했다.

가장 지속적인 비판은 선택의정서가 ‘인권조약에 의한 장치의 만연’이라는 근원적인 우려와 함께 하는 중복(duplication)을 낳을 것이라는 주장이다. 그러나 실무단에서 ILO와 UNESCO의 대표자들은 그런 장치의 강력한 상보성(complementarity)을 지적했다. 사회권규약 선택의정서를 기초하는 과정동안 가장 전문화된 기관들의 입장이 중대하게 바뀐 것이었다. 예컨대 ILO 대표자는 ILO 틀내에는 개인진정장치가 없는 데, 많은 발전도상국에서 대다수 노동자들, 특히 공식 경제에 있는 노동자들이 조직되지 않았음을 고려할 때 그런 장치는 특히 중요하다고 말했다. 또 다른 국가는 기존의 어떤 장치들도 규정들을 포괄적으로 다루지 못했고, 주제나 지리적 범위 또는 진정을 제기할 수 있는 자격을 가진 개인의 집단에 의해서 제한된다고 주장했다.

선택의정서의 혜택에 관한 논쟁은 실무단 내에서 문언에 대한 집중토론이 진행되면서 약화되어갔다. 그러나 있을 법한 혜택의 문제는 비준을 둘러싼 국내의 논의를 지배할 것으로 추정된다. 부가가치에 대해 적절하게 생각하지도 않은 채 확산의 길을 계속 따라가지 않도록 하기 위한, 일정한 형태의 평가를 위한 기본틀은 무엇인가? 라는 질문을 던지는 것은 여전히 중요하다. 비준국의 숫자를 하나의 지침으로 들 수 있다고 하면서도, 적어도 단기간에 이 척도를 이용하는 것에 대해서는 경고하는 이도 있고, 국가들이 비준을 시작할 때 발달할 수 있는 잠재적 이웃효과를 조사하고 비준은 상이한 지역들에서 핵심국가들에 달려 있다고 제안하는 학자도 있다. 또한 선택의정서가 새로운 재판공간을 개발시킨다는 측면에서 기존의 장치를 보완하는지, 그리고 너무 높은 방해물이 놓여져 있는데도 피해자들이 실제로 효과적으로 접

174) Malcolm Langford, 앞의 글, 17쪽.

175) *Report of the open-ended working group to consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights on its first session*, U.N. Doc, Geneva, U.N. Doc E/CN.4/2004/44 (2004), 23 February– 5 March 2004, para. 23; Malcolm Langford, 앞의 글, 10쪽에서 재인용.

근하여 절차를 이용할 수 있을 것인지를 장차 조사하자는 제안도 있다.

이런 목록에다가 선택의정서가 더욱 효과적인 현지의 구제 개발에 기여할 것인지가 추가될 수 있다. 유럽에서는 이것이 유럽인권협약의 핵심 기여 중 하나였다고 주장할 수 있지만, 권한이 더 적은 유럽사회헌장위원회의 경우에, 증거는 나타나는 중이다. 일부 국가는 정책과 관행을 변경한 반면 일부 국가는 부분적으로는 절차의 허약함 때문에 그렇지 못하지만 말이다. 또한 특정한 결정들의 실제 영향을 조사할 수도 있다. 물론 이를 위해서는 소송의 그늘에서 발생할 수 있는 다양한 영향들을 조사하는데 적합한 방법론과 다른 선택지들에 비추어 본 직간접적 혜택들에 대한 평가가 필요하다.

(5) 소결

앞서 보았듯이 사회권은 자유권과는 달리 권리가 너무 모호하고 적극적인 행위를 요구하며 민주적 부당성, 제도적 무능 및 약간이라도 혜택을 얻기 위한 소송인들의 많은 노력에 대한 우려를 제기한다는 등의 이유로 사법심사에 적합하지 않다는 것이 전통적인 논의였다. 그리고 바로 그런 논의는, 사회권규약이 자유권규약과 동시에 채택 발효되었음에도 불구하고 권리구제를 위한 절차를 담은 선택의정서의 채택은 자유권규약 선택의정서보다 무려 37년이나 뒤처지게 된 핵심적인 이유였다. 특히 대한민국에서는 여전히 그러한 입장이 법원과 헌법재판소 등의 사법기관은 물론 헌법학계에도 상당히 만연해 있는 것이 사실이다.

그러나 사회권규약 선택의정서 채택과정에서 치열하게 토론이 이루어졌던 해당 쟁점에 대해서 많은 논란이 있긴 했지만 결국 만장일치로 사회권 역시도 사법심사에 적합한 권리임이 확인되었고, 그 결과 선택의정서는 채택되었다. 더구나 대다수 국가의 국내법 체계 상 사법기관 및 기타 기관에서 즉시 적용할 수 있는 규정으로 제3조, 제7조 (a)(i), 제8조, 제10조 3항, 제13조 2항 (a), 3항, 4항, 제15조 3항을 언급했던 사회권위원회의 일반논평 제3호(1990)¹⁷⁶보다 훨씬 더 진전된 입장, 즉 규약상의 모든 권리에 대한 사법심사가 가능하다는 입장이 선택의정서 기초과정에서 확인되고 만장일치로 수용되었다.

그러므로 사회권 규약상의 권리들, 즉 경제 사회 문화적 권리들이 이런저런 이유로 사법심사에 적합하지 않다는 논리는 이제 더 이상 설 자리가 없음이 국제적으로 공식화되었다고 해야 한다. 따라서 우리나라에서도 이러한 입장을 채택하는 입법이 시급하게 이루어져야 하고 그런 입법이 이루어지기 전이라도 법원이나 헌법재판소는 이와 같은 국제사회의 확립된 입장을 사회권 관련 소송에서 적극적으로 수용하여야 할 것이다. 선택의정서의 채택 및 발효는 사회권에 대한 사법심사의 거부는 더 이상 용납될 수 없다는 현대 국제사회의 준엄한 명령임을 명심해야 할 것이다.

2) 문언과 핵심적인 해석적 쟁점

176) 사회권위원회, 일반논평 제3호, 단락5. 이는 일반논평 제9호(1998), 단락 10에서 재차 확인되었다.

(1) 절차의 범위¹⁷⁷⁾

선택의정서 제2조가 어떤 진정이 가능한지를 규정하고 있는데, 이는 여성차별철폐협약 선택의정서나 자유권규약 제1선택의정서의 문언과 일치하지만, 그렇게 된 것은 세 영역에서의 지난한 협상이 있고 나서였다.

첫째, 처음에 나온 초안들에는 경제사회이사회 자문지위를 가진 국제비정부단체들의 진정 제출을 허용하는 집단적 진정 절차를 포함하고 있었고, 당사국은 일정한 국가조직이 이에 대응하여 집단적 진정을 제공할 권리를 가진다고 선언할 수 있도록 했다. 이런 제약적 접근은 특히 아프리카와 아메리카의 많은 나라들의 격렬한 반대에 부딪혔고, 개정초안은 “적절한 전문지식과 이해관계”를 가진 모든 비정부단체들이 “적절한 경우” 진정을 제기할 수 있도록 허용했다. 그러나 이는 충분한 수의 국가들로부터 동의를 얻지 못했고 의장은 비공식협상을 계획했던 것 같다. 의장은 명확한 지지가 없었기 때문에 해당 부분의 삭제는 정당하며 집단적 진정절차는 유럽의 지역적 맥락에는 매우 낮은 것이고 어쨌든 “개인들의 집단”은 진정을 제기할 수 있다고 보고했다.¹⁷⁸⁾

둘째, 제2조에서 정한 진정의 범위는 기초과정동안 일괄하여 다루어졌다. 2004년 최초로 실무단이 업무를 개시한 후부터 다양한 참가자들이 선택의정서라는 목적을 위하여 규약상 권리와 의무를 쪼개어 분석할 것을 제안했다. 소위 “선택적(à la carte)” 접근은 당사국들이 규약 제3부에 있는 선택된 권리 중에서 opt-in 또는 opt-out할 수 있도록 하는 것이었다. 어떤 참가자들은 심사가능한 국가의무를 차별금지와 젠더평등 보장규정인 제2(2)조 및 제3조로 제한할 것을 제안했다. 아프리카 국가들은 오로지 사회권위원회가 발전시킨 “존중”과 “보호”의 의무만 포함시킬 것을 지지했다. 이들 의무는 국가들이 권리에 간섭하지 않고 사적 행위자들이 그러한 행동을 하지 않도록 보장할 것을 요구하는데, 이런 접근은 외관상 자원 집약적인 실현의무를 회피할 것이다.¹⁷⁹⁾

시간이 흐르면서 점점 더 늘어나는 다수 국가들이 포괄적 접근을 선호하기 시작했고 2008년 4월 마지막 실무단 회의에서 그렇게 해결되었다. 이 접근은 광범위한 규약상 의무와 권리들이 다양한 국내 및 지역 관할권에서 재판되었다는 것을 보여주는 많은 언급들을 고려할 때 부분적으로는 “증거에 입각한” 것이었다. 또한 “선택적” 접근은 권리와 의무의 위계를 낳을 수 있다는 우려도 있었다. 자유권규약 선택의정서가 어떠한 그런 융통성도 허용하지 않았기 때문에, (선택적 접근을 허용하게 된다면) 권리의 불가분성 주장은 공허하게 들릴 것이다. 그 결정은 비준 여부와 관련하여 일부 국가들에 일정한 영향을 미칠 것이다. 그러나 이후 비준을 위해서 선택의정서의 문언을 평가할 때, 최종문언이 타협의 산물이라는 것을 기억하는 것은 중요하다. 선택의정서 전반에 걸친 회의적 국가들의 다른 우려들을 충족시키기 위하여 일련의 상쇄요소들이 발전됨에 따라서 최종 기초회의들에서는 서틀록 외교와 비공식 회의들이 대세가 되었다.¹⁸⁰⁾

177) Malcolm Langford, 앞의 글, 19-21쪽.

178) Malcolm Langford, 앞의 글, 19쪽.

179) Malcolm Langford, 앞의 글, 19-20쪽.

다투어진 마지막 쟁점은 자기결정권(the right to self-determination)이었다. 포함시켜야 한다는 비정부단체 청원에도 불구하고 실무단의 문언에서는 체계적으로 배제되었다. 초안이 실무단에서 이사회에 제출된 후에, 파키스탄이 그 권리를 포함시킬 것을 제안했다. 그것이 선주민 또는 소수자 집단에 의한 분리독립을 지지할 수도 있다는 관습적인 우려를 고려할 때, 그러한 조치는 일부 국가들에게는 비준을 어렵게 만들 수도 있었기 때문에 그 의도에 관하여 여러 가지 억측이 만연했다. 2008년 6월, 타협이 이루어졌고 절차는 규약상 “모든” 경제적 사회적 문화적 권리들을 포함하게 되었다. 이 문언은 자기결정권의 사회경제적 차원들을 절차의 범위 내로 가져온다고 믿어도 될 것 같다. 추정컨대 그것은 어떤 분리독립의 권리 등 시민적 정치적 차원들은 배제할 것 같다. 따라서 사회권위원회가 가까운 장래에 직면하게 될 핵심 결정들 중 하나는 제1조를 직접적 근거로 하여 일정한 사회권(ESCR) 진정을 받아들일지 여부이다. 인권위원회가 민족의 권리는 “개인들” 또는 “개인들의 집단들”에 한정되어 있는 절차에 따라 재판할 수는 없다고 인정한 점을 고려하면 그 가능성은 다소 희박하다. 이 결정은 2008년 11월 3차 위원회에서 영국에 의해 언급되고 지지되었다.¹⁸¹⁾

그리 관심을 받지 못한 문언의 한 측면은 진정을 “당사국의 관할권” 하에 있는 개인들과 개인들의 집단들에 한정하는 것이다. 이는 사회권규약의 실제 문언에서는 찾을 수 없는 제한이다. 개인진정절차는 물론 특히 조사절차나 국가 간 절차에 따라 역외 주장들이 어느 정도까지 다루어질 수 있을지도 논란거리다.¹⁸²⁾

(2) 허용가능성¹⁸³⁾

국제인권체계 내에서 사회권규약 선택의정서의 허용가능성 기준들은 엄격함(stringency)의 측면에서 분수령을 이룬다. 그 내용은 대체로 국제인권조약들의 선택의정서들의 최근 유형과 비슷하지만, 수많은 새로운 특징들이 있기 때문이다. (제3조의 허용가능성 기준들)

제3(1)의 국내구제절차 경유 요건은 두 가지 점에서 요구된다. “가능한 모든” 절차를 경유해야 하고 그 적용이 “부당하게 지연되지” 않아야 한다. 사회권 실현을 위해서는 다양한 선택지들이 있을 수 있다는 것을 근거로 영국은 실무단에서 ‘가능한’ 절차는 ‘사법적, 행정적 및 기타 구제절차’를 포함하는 것으로 구체화되어야 한다고 제안했다. 이런 조어법은 채택되지는 않았지만 영국은 총회에서 문언 속에 그 점이 암시되어 있다고 시사하면서 그 점을 강조했다. 사회권위원회가 그 실마리를 취할지는 알 수 없다. 만프레드 노왁은 자유권규약 선택의정서의 맥락에서 ‘이용가능한’ 구제들의 의미를 이렇게 요약하고 있다:

180) Malcolm Langford, 앞의 글, 20쪽.

181) Malcolm Langford, 앞의 글, 20쪽.

182) Malcolm Langford, 앞의 글, 21쪽.

183) Malcolm Langford, 앞의 글, 21-24쪽.

규약 제2(3)(b)조에서 표현된 사법적 구제의 주요한 중요성을 고려할 때, “모든 이용가능한 국내 구제절차”라는 용어는 무엇보다도 사법적 구제를 언급하는 것이다. 또한 구제의 효과성은 주장된 침해의 성격에 달려 있다. 달리 말하면 주장된 위반이 특히 심각할 경우라면 (...) 순전히 행정적이고 징계적인 구제들은 적합하고 효과적이라고 여겨질 수 없다. (...) 그렇지만 진정인이, 사건의 상황에 비추어 효과가 없거나 성공의 상당한 전망이 없어 보이는 기타 구제뿐만 아니라 순전한 시혜나 사면 청원, 의회 청원, 후견적(supervisory) 진정, ombudsman이나 교정부처의 신청을 이용해야 한다고 할 수는 없다.¹⁸⁴⁾

언뜻 보기에 이 진술은 영국의 입장을 지지하는 것처럼 보일 수 있고, 사회권위원회도 여러 일반논평들에서 국가들이 규약상 의무에 부합하게 행동하도록 보장하기 위한 사법적 구제의 중요성을 언급했지만, 노박이 열거하고 제외한 정치적 선택지들을 모두 거치라고 진정인에게 기대해야 할 것인지는 의문이다. 선택의정서의 핵심은 준사법적 구제를 제공한다는 것이고, 그런 쟁점은 구제 단계에서는 적절할 수 있다. 재판관들은 정부가 인권을 실현하는데 선의의 부족이나 무능력을 보여줄 경우 더 엄격한 구제를 부과하는 경향이 있으므로, 진정인이 이전에 “정치적 구제”를 얻으려고 시도했다는 증거가 있다면 사회권위원회가 더 강력한 구제권고를 선호하는 쪽으로 기울어지게 할 수도 있다.

더욱 중요한 것은 다른 세 가지의 기초과정의 결정들이었을 것이다. 첫째, 실무단은 국내구제절차 경유 원칙에 대해 흔히 볼 수 있는 그 밖의 예외를 삭제해 버렸다. 여성차별철폐협약 선택의정서, 장애인권리 협약, 그리고 고문방지협약의 절차들에 따르면, 진정인에게 “효과적인 구제를 제공할 가능성이 없는” 구제절차를 경유할 것을 기대할 수는 없다. 이 조항은 사회권규약 선택의정서 초안에서는 삭제되었는데, 이는 그런 예외를 포함하지 않은 자유권규약에 기준을 맞춘 것이었다. 진정인들이 더욱 사변적인 국내구제절차에 대한 기회를 취해야 할 것으로 기대된다면 그 영향은 심각할 수 있다. 일부 관할권에서 사회권에 대한 국내의 구체적 보호의 정도는 제한적이기 때문에, 진정인들이 얼마나 많이 문턱을 넘어서기 위한 시도를 해야 하는지에 관한 의문이 제기될 수 있다.

진정인들이 그들의 헌법적인 시민적 정치적 권리로부터 사회적 권리 및 의무의 함의를 요구하는 사건들을 제기하려고 시도해야 하는가? 그런 접근은 남아시아 국가들에서 채택되었지만 아일랜드 등 다른 관할권에서는 거부되었다. 그러나 사회권위원회가 인권위원회의 법리에 의존한다고 하더라도, 그 영향은 그리 크지 않을지도 모른다. 후자는 국내구제절차 경유를 상당히 효과적인 것으로 해석해 왔기 때문이다. 실제로 그것을 삭제하는 결정은 여러 국가들과 유엔 인권최고대표사무소로부터 인권위원회의 법리에 대한 언급이 나온 뒤에 이루어진 것이었다.

둘째, 선택의정서는 진정인이 시한 내에 제출할 수 없었다는 것을 증명할 수 없는 한 국내구제절차 경유 후 1년이라는 시간 제한을 포함하고 있다는 점에서 국제인권영역에서 중요한(seminal) 것이다. 유럽

184) Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (2nd Revised Edition, Kehl: N.P. Engel Publisher, 2005) 886-887; Malcolm Langford, 앞의 글, 21-22쪽에서 재인용..

인권재판소의 6개월 기한보다 길지만 이러한 근거로 많은 진정들이 배제될 수 있다. 그 원칙의 적용과 관련하여 유럽인권재판소는 이렇게 접근해 왔다.

시간은 진정인이 진정을 하는 행위 또는 결정을 알게 된 날부터 진행하기 시작한다. 국내구제절차가 완료된 경우에는 이것은 대체로 최종적 국내 판결이 선고된 공판일이지만, 국내구제절차를 이용할 수 없었던 경우에는 6개월의 기간은 규약 위반이라고 주장되는 행위 일시로부터 진행된다.¹⁸⁵⁾

유럽재판소처럼 사회권위원회도 “계속되는 침해”는 그러한 원칙의 예외가 됨을 허용할 것이다. 실제로 “계속되는 침해” 규칙은 한 국가에 대해 절차의 발효 이전에 발생한 사실들로부터 유래하는 사건들의 배제에 대한 일반적으로 공인된 예외이기도 하다. 그런 경우 적극적 의무와 관련된 사건들은 본질적인 “사실들”(행위의 기여)이 계속되고 있기 때문에 더 잘 보호되는 경향이 있다. 그러나 소극적 의무에 엄격히 한정되는 사건들(예컨대 강제추방에 대한 원상복구 또는 배상)이나 일부 역진적 행위들은 그 규칙에 저촉될 가능성이 더 클 수 있다.

역설적으로 이런 문턱에 걸려넘어질 위험이 가장 클 수 있는 것이 바로 국내구제절차가 없는 국가의 피해자들일 수 있다. 피해자와 그 대리인들은 예컨대 국내최고법원에 사건을 가져간 후에야 국제법적인 선택지들을 더 인식할 수 있을 것 같다. 따라서 절차가 효과적이고 또 이용되어야 하다면 선택의정서와 관련한 의식 제고가 중요할 것이다.

세 번째 제약이 되는 특징은 나중에 포함된 제4조였다. 이는 법정 허용가능성 기준을 부정적 지향의 재량으로 보충한다. 사회권위원회는 진정이 일반적 중요성을 가지는 심각한 문제를 제기한다고 여기지 않는 한, 진정인이 명백한 불이익을 당했다는 것을 보이지 못하는 진정을 고려하기를 거절할 권한을 가진다. 이 규정은 캐나다, 영국 및 폴란드와 일부 비정부단체에 의해, 위원회가 일부가 우려하듯 사소하거나 자격 없는 사건들의 홍수가 될 수도 있다는 점을 통제할 안전판으로 지지한 것이었다.

(3) 임시조치¹⁸⁶⁾

임시조치와 관련하여 당시에 논쟁이 되었던 것은 그 절차가 이제 더 최근에 기초된 국제진정절차들의 문언으로 격상되었다는 것이다. 선택의정서도 예외가 아니며 제5조는 잠재적으로 경제적 및 사회적 권리들의 많은 영역들에서 중요하다. 이에는 생계수단의 파괴, 강제추방, 갑작스러운 역진적 조치 또는 진정인들을 홈리스, 극빈 및 질병에의 노출 등 그 권리의 심각한 부정에 노출시킬 수 있는, 즉각적인 합리적 행위의 기여를 포함한다.

185) Clare Ovey and Robin White: *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights* (4th ed., Oxford, Oxford University Press), 487; Malcolm Langford, 앞의 글, 23쪽에서 재인용.

186) Malcolm Langford, 앞의 글, 24쪽.

최초 초안은 여성차별철폐협약 및 장애인권리협약 선택의정서 문언과 유사했지만 영국은 그런 조치들이 예외적 상황에 명확히 한정되어야 한다고 제안했다. 또 다른 국가들은 사회권위원회가 가용자원을 고려할 것을 명확히 요구하였고 그 중 폴란드는 먼저 진정이 허용불가능하다고 선언될 것을 요구했다. 추가적으로 노르웨이의 제안도 있었는데 이는 그런 요구들의 자발적 성격을 유념해야 한다는 구절을 포함하자는 것이었다. 그런 요구는 고문방지위원회에 제기된 과거의 진정에서 배태된 것인데, 그 사건에서 노르웨이에게 추방 중단을 요구하는 임시조치는 법적으로 구속력이 있다고 위원회가 말했던 것이다.

노르웨이의 제안은 거의 지지를 얻지 못했다. 그에 대응하여 발언한 국가들의 절반은 임시조치가 법적으로 구속력이 있다는 점을 확인했으며 다른 절반은 선택의정서는 준사법적 조치이고 그 결정들은 법적으로 구속력이 있는 것은 아니라는 점을 지적했다. 이런 의견상 모순된 견해들은 본질적으로 그 절차의 상이한 측면들, 즉 재판과 법적 효과를 지적하고 있다. 인권위원회는 그 견해가 “권위 있는 결단을 표현” 하지만 “위원회가 언급한 견해들이 사법적 결정의 일부 중요한 특징들을 보여준다”고 하더라도 그 위원회는 “그 자체로 사법적 기구는 아니”라고 언급함으로써 이 분기를 확인하려고 시도했다. 비공식 협상 후에 이루어진 타협은 영국의 제안이 채택되고 임시조치는 단지 예외적 상황에서만 명령될 수 있게 되었다.

(4) 본안 및 구제에 대한 평가¹⁸⁷⁾

2007년 12월의 개정 초안은 위원회가 법정조언자(amicus curiae)의 개입을 받아들이는 것을 명시적으로 허용했다. 2008년 추가개정안에서는 이 문구가 포함되지 않았지만, 당사자가 제출한 서면에 한정하자는 캐나다의 제안도 포함되지 않았다. 따라서 선택의정서의 최종문언이 사회권위원회의 법정조언자 브리핑 절차를 마련하도록 허용하는 것인지는 논란의 대상이다. 실천적 문제는 법정조언자들이 당사자가 제출한 핵심 문서에 접근하기 어렵다는 것이다. 양자 간 투자중재에서 흔히 있는 문제이고 이는 인권옹호자들이 강력하게 비판해 온 것이었다. 사회권위원회가 허용가능성과 본안 기준을 동시에 검토한다면, 법정조언자의 개입 가능성은 더욱 제한될 것이다.

서면 제출 제한이 구두변론을 배제하는 것인가? 즉 서면제출 규정은 위원회가 구두변론을 개최하거나 인권위원회가 한 해석을 수용할 수 없도록 하는 것이 아닌가 하는 것이다. 그러나 구두변론을 명시적으로 금지하는 것은 아무것도 없으며 위원회의 결정이 구두변론과 논쟁에 의지하지는 않더라도 구두변론은 위원회가 사건을 더 잘 이해하는 데 도움을 줄 수 있고, 유럽사회권위원회는 상당한 중요성을 갖는 사건에서 구두변론을 선택적으로 이용해 왔다.

제8조를 둘러싼 논쟁의 대부분은 위원회가 진정을 평가할 때 어떻게 지도되어야 하는가에 대한 것이었다. 사법심사가능성 논쟁이 가장 공명을 가졌던 것도 여기에서였다. 일부 국가의 핵심적 우려는 위원회가 일정한 정책선택을 지시하거나 비현실적인 요구를 당사국의 제한된 자원에 대해 요구할지 모른다는 것이

187) Malcolm Langford, 앞의 글, 25-27쪽.

었다. 위원회가 당사국들에게 정책선택 결정에 있어서 “광범위한 판단여지”를 부여해야 한다거나 당사국이 “부당하게” 행동한 경우에만 위반을 선언하자거나 “상당성”이나 규약에서 나오는 문구인 “적절성” 등 기준을 이용하자는 등 여러 제안들이 이루어졌다. 또 어떤 제안들은 국가의 가용자원을 참고하자거나 대규모의 침해에 대해서만 재판을 하자는 것도 있었다.

흥미로운 측면은 위원회 자신의 일반논평들이나 실무들이 무시되는 경우가 많았다는 것이다. 조치가 제2(1)조에 따라 “적절한지” 여부를 결정할 때 위원회는 취해진 조치가 그 상황에서 가장 적절한지 여부를 평가하는 것은 여전히 위원회의 권한으로 보유하지만 일종의 “재량 여지” 이론을 채택해 왔기 때문이다. 그런 이론을 거부한 인권위원회보다 이것은 더 느슨한 것이다. 위원회는 또한 행동계획, 심사입법이나 감시 등의 개발과 이행 등 취해질 것으로 위원회가 기대하는 광범위한 조치들의 유형의 개요를 제시해 왔다.

기초과정에서 이런 위원회 이론들에 직면했을 때 일부 국가들이 보인 반응은 법적 확실성을 요구한다는 것이었다. 조금은 예외적인 움직임이었지만, 위원회는 장래의 재판에서 그런 지침을 제공하자는 요구에 동의했고, 그런 맥락에서 위원회가 준수여부를 측정할 방법을 대체로 제시하는 성명을 발표했다. 과거의 기준(특히 최소핵심 및 역진 조치에 관한)들을 반복했지만 처음으로 “상당한”이라는 형용사를 도입하였는데, 이는 실무단 자체에서 이루어진 이 개념에 대한 토론에 영향을 받았을 가능성이 크다.

그 결과 의장에 의해 이루어진 타협은 상당성 기준을 포함하고 정책선택에서 국가재량을 언급하는 것이었다. 상당성은 최종 실무단 보고서에서 타협을 지지하는 국가로 오스트레일리아, 방글라데시, 벨기에, 그리스, 일본, 노르웨이, 영국 및 미국을 열거함으로써 실무단 내에서 다양한 지지를 자극할 수 있었다.

구제와 관련해서 별도의 규정은 없지만 제9조는 위원회가 견해와 함께 권고를 할 수 있음을 언급한다. 당사국은 6개월내에 서면으로 의견을 제출해야 하며, 추가적인 요청은 국가정기보고절차를 통해 이루어질 수 있다.

유일하게 추가된 진정 후 절차는 제14조이다. 특히 아프리카집단 등 발전도상국들은 선택의정서 지지의 전제로 개발협력과 원조의 국제적 의무 승인을 요구했다. 그 타협의 결과가 바로 제14조였다. 당사국의 동의를 얻어 위원회는 다양한 유엔 기구들에게 기술적 조언 또는 지원의 필요성을 보여주는 위원회의 견해 또는 권고들을 송부할 수 있다. 또한 위원회는 이들 기구를 통해 당사국이 진보를 성취하도록 “지원하는 데 기여할 수 있는 국제적 조치의 바람직함”을 제기할 수도 있다. 이것은 잠재적으로 국제기구들에게 일정한 행동을 중단하라고 권고하는 것을 포함할 수도 있을 것이다. 셋째, 유엔신탁기금이 “당사국에게 전문가와 기술적 지원을 제공할 목적으로” 설립되어야 한다. 이 조항의 기초를 하면서 일부 발전국가들은 기금이 “기존의 기금과 중복”될 것이고 “규약상 권리의 비준수가 국제적 지원 부족에 의해 정당화될 수도 있다는 잘못된 신호를 보낼 것”이라는 점을 근거로, 기금에 대한 우려를 표명했다. 그리하여 제14조 4항은 그 규정이 규약에 따른 의무를 실현할 각 당사국의 의무에 저촉되지 않는다”고 규정하고 있다.

(5) 조사절차 및 국가 간 절차¹⁸⁸⁾

진정절차에 대해서 선택의정서는 두 개의 다른 장치를 포함하고 있는데, 국가 간 진정절차는 제10조에, 조사절차는 제11조에 규정되어 있다. 국가보고절차를 통해 드러나지 않았던, 추적이 어렵고 체계적인 수많은 침해들을 고려할 때 이 절차는 사회권위원회가 더 훌륭하고 집중된 권고를 할 수 있도록 해야 한다.

조사절차를 포함시키는 것에 대하여 의견대립이 있었다. 이집트, 나이지리아와 앙골라 등 아프리카 국가들은 가장 목소리 높여 반대했다. 핵심적인 우려는 조사절차가 특별보고관의 업무와 중복될 것이라는 점, 수령되는 정보는 익명일 것이라는 점과 심대하고 체계적인 침해를 결정하는데 이용될 기준의 선택 문제였다. 다른 국가들은 지지하거나 명확한 입장을 취하지 않았는데 많은 나라들은 후자에 속한 듯 했다. 최초 초안은 비준과 동시에 의무적인 조사절차를 포함하고 있었지만, 이집트 등은 국가 간 절차에도 opt-in 장치가 있음을 지적했는데, 의장의 대응은 opt-in을 opt-out으로 변형하는 것이었다. 압력이 계속되자 의장은 opt-in 절차를 포함하는 최종안을 산출했다.

3. 사회권규약 선택의정서 채택과 발효 및 그 전망

사회권규약 선택의정서는 2008. 12. 10. 유엔 제63차 총회에서 채택되었고, 2009. 09. 24.부터 서명을 받기 시작하였다. 서명 개시 당일에 유럽 10, 중남미 5, 아프리카 4, 오세아니아 1 등 20개국이 서명에 참여했고, 현재까지 서명국은 모두 51개국이다.¹⁸⁹⁾

그러나 서명만으로 선택의정서가 서명국을 구속하는 효력은 발생하지 않으므로, 각 국가를 선택의정서의 구속을 받는 국가, 즉 당사국으로 하기 위해서는 각 국가의 비준(ratification) 또는 가입(accession)이 필요하며,¹⁹⁰⁾ 10번째 국가의 비준이 있고 나서 3개월 후에 선택의정서는 효력을 발생한다.

이후 현재까지 선택의정서의 비준 또는 가입을 마친 국가는 28개국이며, 가장 최근에 가입한 나라는 세르비아이다(2023.9.22.). 대륙별로 보면 유럽이 14개국으로 가장 많고 중남미가 8개국, 아프리카 4개국 그리고 아시아가 2개국이다.

이와는 달리 서명도 비준도 하지 않고 무반응으로 일관하고 있는 국가는 대한민국을 비롯해 무려 148

188) Malcolm Langford, 앞의 글, 27쪽.

189) 첫 번째 비준국가는 에콰도르(2010.6.11.)였고 이어서 몽골(2010.7.1.), 스페인(2010.9.23.), 엘살바도르(2011.9.20.), 아르헨티나(2011.10.24.), 볼리비아(2012.1.13.), 보스니아/헤르체고비나(2012.1.18.), 슬로바키아(2012.3.7.), 포르투갈(2013.1.28.), 우루과이(2013.2.5.) 등의 비준이 이어졌다. 그리고 10번째 비준국가인 우루과이의 비준일로부터 3개월이 지난 2013.5.5. 선택의정서는 드디어 발효되었다.

190) 비준은 한 국가가 어떤 조약에 구속되는 데 대한 동의를 표시하는 국제적 행위이다. 반면 가입은 한 국가가 다른 국가들에 의해 이미 협상되고 체결된 조약의 당사국이 될 청약이나 기회를 받아들이는 행위이다. 가입은 비준과 동일한 법적 효과를 갖는다. 대개 가입은 조약이 발효되고 난 이후에 행해지지만, 유엔 사무총장은 일부 협약에 대해서 효력 발생 전에 가입을 받기도 했다. <<https://ask.un.org/faq/14594>>, 검색일: 2023.8.1.

개국에 이른다. 특히 아시아의 경우 참여가 가장 저조하다.

<표 2> 사회권규약 선택의정서 서명 및 비준 현황

비준/가입국 (28)	가봉, 니제르, 독일, 룩셈부르크, 몬테니그로, 몰디브, 몽골, 베네수엘라, 벨기에, 보스니아/헤르체고비나, 볼리비아, 산마리노, 세르비아, 스페인, 슬로바키아, 아르메니아, 아르헨티나, 에콰도르, 엘살바도르, 온두라스, 우루과이, 이탈리아, 중앙아프리카공화국, 카보 베르데, 코스타리카, 포르투갈, 프랑스, 핀란드
서명국 (24)	가나, 과테말라, 기니아-비소, 네덜란드, 마다가스카르, 말리, 베냉, 부르키나파소, 사이프러스, 세네갈, 솔로몬군도, 슬로베니아, 아일랜드, 아제르바이잔, 앙골라, 우크라이나, 전유고마케도니아공화국, 칠레, 카자흐스탄, 콩고, 콩고민주공화국, 토고, 티모르-레스테, 파라과이 (24)
무반응국 (148)	(148) 대한민국 외.

선택의정서에 가입, 비준할 것인가의 여부에 관한 논쟁은 여러 나라들에서 현재형으로 진행되고 있다. 선택의정서를 비준할지의 여부에 관하여 결정이 내려진 경우도 있고, 여전히 논쟁 중이거나 결정이 연기된 나라들도 있다. 사법심사가가능성과 같은 실제적 우려가 크기도 하지만 주권이나 절차적 문제가 쟁점인 경우도 있다. 어떤 나라들에서는 그것이 관료주의에서 정치적 줄서기로 이어질 수 있다. 외교나 아동 업무를 담당하는 부처보다는 재정이나 노동을 담당하는 부처가 더 회의적인 경우가 많다. 예컨대 폴란드는 협상과정에 노동부 대표를 보내기도 했다. 하지만 스페인이나 우루과이가 그러했듯이 그 결정들은 상당 부분 비준을 위한 정부 안팎의 다양한 행위자들에 의한 캠페인에 달리게 될 것이다.¹⁹¹⁾

독일의 경우 실무단 운영기간 동안 영향력에 부침을 겪으면서 극적인 변화를 겪었다. 2005년 3명의 부처 책임자들이 선택의정서에 관한 국가의 입장을 ‘온건한 긍정’에서 ‘대체로 부정’ 쪽으로 바꾸기 위해 조직되었다. 다른 부처들, 의회 위원회와 비정부단체들의 일치된 대응이 그 번복을 이끌어냈다—이들 책임자들의 입장 변화가 이를 촉진하기도 했다. 포르투갈 같은 나라들에서는 이전의 사회권에 관한 지역조약들의 비준에서 이러한 부처 간 분열이 교정되었던 것 같다. 포르투갈은 사회권에 관한 유럽위원회에 제기된 첫 번째 사건에서의 패소를 국제적 미덕으로 바꾸어놓았다—흔히 아동노동에 관한 위원회의 판단들이 구체적이고 효과적인 변화를 어떻게 이끌어냈는지를 이야기하곤 한다.¹⁹²⁾

191) Malcolm Langford, “Closing the Gap – An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, vol. 27, no. 1, 2009, p.28.

이하에서는 선택의정서의 주요 내용을 살펴 보면서 그 가입여부와 관련한 논의지점들을 분석해 보기로 한다.

II. 사회권규약 선택의정서의 주요 절차

1. 개인진정절차

1) 주제 관할권: 적용의 대상과 범위

(1) 적용 대상 권리

선택의정서는 제2조에서 개인진정절차의 적용대상 및 주체를 “규약에 명시된 경제적, 사회적, 문화적 권리에 대한 동 당사국의 침해의 피해자임을 주장하는 개인이나 일단의 개인들”이라고 명시하여 그것이 적용되는 권리를 사회권규약에 명시된 모든 권리임을 분명히 하고 있다. 따라서 여기에는 사회권규약 제2조에서 규정한 평등과 차별금지도 포함된다.

사회권위원회는 규약의 규정들과 이들 권리의 범위를 일반논평을 통해 해석한다. 일반논평은 위원회가 규약상 실제적 권리의 범위를 명확히 하고, 이들 권리 및 이들 권리를 존중하고 보호하며 실현하기 위하여 요구되는 법률, 정책 및 프로그램들의 유형과 관련하여 국가의 의무를 정의할 수 있도록 한다. 현재 사회권위원회가 개발한 일반논평은 26개이며, 이들 논평은 사회권과 국가의 의무의 내용에 대한 위원회의 분석을 설명함으로써 진정을 위한 자원을 제공한다.¹⁹³⁾

(2) 적용 대상 국가(제1조)

선택의정서 당사국이 되는 규약 당사국이 선택의정서 규정들이 제공하는 진정을 접수하고 심사할 사회권위원회의 권한을 인정함

위원회는 규약당사국이지만 선택의정서 당사국이 아닌 국가와 관련된 진정은 수리하지 않음.

192) *ibid.*

193) International Network for Economic, Social and Cultural Rights(ESCR-Net)/International Women's Rights Action Watch(IWRAW)-Asia Pacific, *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights: A Resource Guide to Advancing Women's Economic, Social and Cultural Rights Using the Optional Protocol and Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Optional Protocol and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, April 2013(이하 *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*라고만 표기함), 61쪽. 사회권위원회의 일반논평 국역본은 국가인권위원회 역, 유엔 인권조약기구 일반논평 및 일반권고 : 사회권 규약위원회 일반논평, 2020 참조.

2) 진정의 주체(제2조)

선택의정서 제2조는 몇 가지 가능성을 제공하면서, 다음과 같은 다양한 주체에 의한 진정을 허용하고 있다.¹⁹⁴⁾

- 규약 위반의 피해자라고 주장하는 개인들
- 규약 위반의 피해자라고 주장하는 개인들의 집단들
- 그런 개인들 또는 개인들의 집단들의 동의를 얻어서 그들을 대신하여 행동하는 기타 제3자들
- 피해 주장자(개인들 또는 개인들의 집단들)의 동의는 없지만 그들을 대신하여 진정을 제기할 이유를 정당화할 수 있는 기타의 사람들

(1) 개인 또는 개인들의 집단: by ... individuals or groups of individuals

개인과 개인들의 집단을 모두 포함하는 것은 국제조약기구체계하에서 새로운 것은 아니며, 인권위원회 절차나 인종차별철폐협약과 여성차별철폐협약 선택의정서 등은 명시적으로 개인들의 집단의 당사자적격을 규정하고 있다. 이 체계는 가능한 한 간명할 것을 의도하므로, 선택의정서에 따른 진정을 제기하기 위하여 진정인이 변호사이거나 법정 대리인을 가질 필요는 없다.¹⁹⁵⁾

(2) 제3자

개인들 또는 개인들의 집단을 대신하여(on behalf of) 제3자가 진정을 제기할 수도 있다.

피해자를 대신하여 행동하는 제3자의 적격을 인정하는 근거는 미주인권체계나 아프리카인권체계에서도 발견할 수 있다. 이 두 체계는 모두 정부기관을 포함하여 일반 시민, 개인의 집단, 비정부단체 등 다양한 범주의 청원자들에게 피해자를 대신하여 청원을 제기할 수 있도록 하고 있다.¹⁹⁶⁾ 진정으로 공개되면 위험이 커질 수 있는 폭력 피해 여성, 주소를 정할 수 없거나 신원을 제공할 수 없는 홈리스들, 사건으로 공개될 경우 안전이 위태로워질 수 있는 여성인권옹호자들 등 이러한 제3자 진정을 인정해야 할 이유는 여러 가지이다.

선택의정서가 정한 일반규칙에 따르면, 개인들은 제3자가 자신을 대신하여 행동할 정당성을 가지도록 하기 위하여 서면동의를 제공했어야 한다. 그러나 일정한 경우에는, 그것을 제출하는 개인 또는 집단이

194) Langford 외, *A Commentary*, 45-46쪽.

195) 그렇지만 진정의 법적 및 절차적 복잡성을 고려하면 변호사 기타 훈련된 옹호자의 지원은 권장할 만하다. 또한 법적 조언은 사실 제시의 설득력 측면에서, 그리고 사실들이 경제적 사회적 문화적 권리 침해를 어떻게 보여주는지의 측면에서 제출물의 질을 개선할 수도 있다. *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 62-63쪽.

196) 아프리카인권헌장 제56조 1항; 미주인권협약 제44조.

피해자를 대신하여 행동하는 것을 정당화할 수 있는 경우에는 제3자가 피해자의 동의 없이도 사건을 제기할 수 있다. 제2조에서 일반적 동의요건에 대한 예외를 인정하는 것은 개별 피해자들의 동의가 획득하기 어렵거나 불가능할 수도 있는 상황을 포괄하려는 목적을 가지고 있다. 자신을 위한 진정의 제기에 동의할 경우 신체적 부상이나 경제적 손실을 포함한 보복의 위협에 직면하는 피해자, 사망하거나 투옥되거나 구금된 여성들, 퇴거 후 소재를 결정할 수 없는 피해자들이나 피해자의 동의를 요구하는 것이 불합리하거나 비현실적인 상황들과 관련한 진정이 포함될 수 있다. 이런 경우 진정인은 왜 피해자의 동의를 얻을 수 없었는지와 왜 진정인이 피해자를 대신하여 진정을 제기할 권한이 있는지를 설명해야 한다. 그밖에도 성격상 집단적 이해관계와 관련되어서 영향을 받은 모든 사람들의 동의를 획득하는 것이 비현실적인 상황들이 있다. 즉 규약에 의해 보호되는 권리들은 집단적 차원을 가지고 있어서 집단과 공동체 자체에 영향을 미치는 경우가 흔한데, 이처럼 침해가 광범위하거나 집단적인 상황에서는 많은 수의 피해자들의 동의를 얻는 것은 비현실적일 것이고, 그렇다고 동의를 해준 개별 소수의 개별 피해자들을 대신하여 제출된 진정이 침해의 체계적 또는 집단적 성격을 적절하게 반영하지 못할 수도 있기 때문이다.¹⁹⁷⁾

(3) 피해자(victims)

또 다른 중요한 쟁점은 피해자의 신원이다. 유엔인권위원회의 법리에 따르면 피해자 기준을 충족하기 위해서는 주장되는 권리 침해가 특정 시기에 특정 개인들과 관련되어야 한다는 것이 확립되었다. 피해자는 가상의 인물일 수 없으며 피해자이기 위해서는 개인 또는 개인들의 집단은 권리를 침해했다고 주장되는 법률 또는 관행에 의하여 실제로 그리고 개인적으로 영향을 받았어야 한다. 그러므로 선택의정서에 따르면, 비정부단체가 구체적 피해자를 확정하지 않은 채 정책에 대해 비판하는 추상적 법적 주장들은 허용되지 않는다. 그러나 확인된 개인들의 집단은 진정을 제기할 수 있다.¹⁹⁸⁾

(4) 당사국의 관할권 하에 있는 개인 또는 개인들의 집단

제2조는 당사국의 관할 하에 있는(under the jurisdiction of a State Party) 개인들이나 개인들의 집단에 의해 또는 그들을 대신하여 진정이 제기될 수 있다고 규정하고 있다. 피해자들이 사회권위원회에 진정을 제기하기 전에 당사국의 영역(territory) 내에 있어야 하는 것은 아니지만, 침해가 발생했을 당시에 당사국의 “관할권” 하에 있었어야 한다.

관할권과 영역은 서로 대체가능한 개념이 아니다. 한 국가의 관할권은 그 영역의 범위에 국한되지 않는다. 당사국의 책임의 범위를 분석할 때 고려되어야 하는 것이 침해가 발생한 장소가 아니라 규약에서 규정한 권리 침해와 관련하여 개인과 국가 사이의 관계인 이유가 그것이다. 이 두 개념을 구분하지 못하면 인권의 효과성과 보편성은 제약된다. 이 점과 관련하여 사회권위원회는 관할권은 “당사국이 지리적,

197) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 63-64쪽; Langford 외, *A Commentary*, 47-48쪽.

198) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 64쪽.

기능적 또는 인적 관할권을 갖는 모든 영역”을 포함한다고 밝혀 왔다. 이는 자신의 국가가 아닌 국가에서 거주하는 이주민과 비국적자들의 권리 침해가 주장되는 사건들에서 특히 중요하다.

나아가 국가들은 자신의 영역 내에서, 그리고 자신이 모든 사람들에 대하여 그들의 자유권이나 이주민 지위와 관계없이 실효적인 통제권을 행사하는 영역에서, 국제인권법을 존중하고 이행할 법적 책임을 진다. 따라서 관할권은 개인의 국적과는 독립된 개념이며, 침해의 피해자라고 진정하는 개인이 관련 당사국의 국적자일 필요는 없으며 이주민이나 난민도 그들의 권리가 자신이 일하거나 거주하는 나라에서 국가 또는 사적 행위자들에 의해 침해되는 경우에는 진정을 제기할 수 있다.

(5) 역외 의무(Extraterritorial Obligations)

일정한 상황에서 국가들은 그 영역 바깥에서 저질러진 작위 및 부작위에 대해 국제인권법하에서 책임을 지게 될 수 있다는 주장이 제기되곤 하는데, 이를 역외의무라 부른다. 특히 ‘역외의무에 관한 마스트리히트 원칙’¹⁹⁹⁾은 핵심적 시민사회단체들과 학자들에 의해 개시되었다. 역외의무는 한 국가에서 이행되는 정책들은 다른 국가에 살고 있는 사람들에게 부정적인 인권적 함의를 가질 수 있다는 이해를 근거로 한다. 국가나 그 대리인 또는 기업들이 다른 국가에서 그 외국에 있는 사람들의 인권에 영향을 미치는 활동들에 종사할 때에는 언제나, 원 소속 국가가 해외의 시민들과 기업이 인권을 존중하도록 확보할 의무를 진다.

그러나 선택의정서에 따르면, 한 국가의 영역 밖에서 발생하는 침해가 법률상(de jure) 그 국가의 관할권 하에서 발생한다는 것을 확정하려면 그 입증책임은 그렇게 주장하는 사람이 지게 될 것임을 진정인들은 유념해야 한다.²⁰⁰⁾ 요컨대 선택의정서에 포함된 이러한 제한은 사회권규약에는 포함되어 있지 않고, 현재 국제인권법에서 작동 중인 경향과 모순되는 부적절한 실체적 요건을 부과하고 있는 것이라고 평가할 수 있다.²⁰¹⁾

3) 본안 전 요건: 허용가능성(Admissibility)(제3조 및 제4조)

(1) 국내구제절차 경유 요건(제3조 1.)

① 국내구제절차 경유 요건의 목적과 고려사항 및 예외

국내구제절차 경유를 요구하는 것은, 국제기구에 소송을 제기하기 전에 국내법체계를 이용하여 침해를 구제할 기회를 국가에게 제공하기 위한 것이다. 이는 선택의정서와 국제적 장치 일반이 갖는 보충적 성격의 본질적 측면이다. 그런 점에서 국내절차 경유 요건은 규약상 승인된 권리들의 완전한 실효성을 보

199) Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, 2013, <https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-uk_web.pdf>

200) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 64-65쪽.

201) Langford 외, *A Commentary*, 51쪽.

장할 수단으로서 국내적 구제를 제공할 국가의 의무와 뗄 수 없이 연결되어 있다.

그러나 이런 요건에 대해서는, 개별 사건의 사실관계, 그리고 구제가 작동하는 일반적인 법적, 정치적 및 사회경제적 맥락과 관련된 사실들을 근거로 하여 예외들이 인정되며, 특히 사건이 국내법원체제에서 부당하게 지연될 때 그렇다.

이 점에 비추어 보면 선택의정서에 따른 국내구제절차 경유요건 적용에 필연적으로 영향을 미치게 될, 규약상 경제적 사회적 문화적 권리 침해에 특유한 요인들이 고려되어야 한다. 이러한 요인들로는 경제적 사회적 문화적 권리와 관련된 많은 침해의 체계적 또는 집단적 성격, 많은 국내 체제에서 경제적 사회적 문화적 권리에 대한 승인이나 사법적 구제의 부재, 그리고 침해에 대한 준사법적 구제의 적합성과 효과성에 관한 기준들을 명확히 할 필요성 등을 들 수 있다.

② 어떤 구제절차를 거쳐야 하는가?

선택의정서가 정한 국내구제절차 경유 규칙은 다른 국제인권조약 및 지역인권조약과 유사하며, 해석상 약간의 차이가 있을 수는 있지만, 인권법리는 진정인에게 구제절차 경유를 요구하기 위해서는 그 절차는 다음의 요건을 갖추어야 한다는 점을 명확히 하고 있다.²⁰²⁾

- 실천적으로 이용가능한 절차: 이론적으로 법률상 구제절차를 이용할 수 있다는 것으로는 충분하지 않고 실제로 이용할 수 있는 것이어야 하며 그 사건에 적용될 수 있는 절차여야 한다. 따라서 구제의 이용가능성은 사건의 구체적 상황에서 법률상 및 사실상 피해자의 접근가능성에 달려 있다.²⁰³⁾
- 구제를 제공하기에 적합한 절차: 사건의 특정한 상황에서 겪게 된 침해에 대한 구제를 제공하기에 적합한 절차여야 한다. 구제의 적합성은 침해의 성격, 성공했을 때 얻을 수 있는 구제의 유형, 그리고 사건의 특정한 상황에서 피해자가 추구한 목적 등에 달려 있다.²⁰⁴⁾ 반면 구제절차의 주제가 순전히 형식적인 점이나 법률상의 오류들에 관한 것이거나²⁰⁵⁾ 진정인이 주장하는 권리 침해에 대한 구제 제공의 가능성이 없는 추상적 절차는 경유해야 할 구제절차에 속하지 않는다.²⁰⁶⁾

202) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 66-67쪽.

203) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 66쪽. 취약집단의 구제절차 이용가능성은 무료 법률구조의 결여, 법원이나 행정재판소의 위치, 절차 비용, 문맹 등 주변화된 집단에 대한 구조적 불평등의 영향 등 경제적 장벽들로 인해 환상에 불과하다는 점이 고려되어야 한다. 예를 들면 농아자에게 법원이 임명한 통역사를 제공하지 않는 것, 문맹인 여성에게 청원을 제출할 수 있도록 지원을 제공하지 않는 것, 가정폭력 피해 여성에게 심리 기간 및 그 이후에 안전한 체류장소 제공을 하지 않는 것, 농촌지역 여성들에게 관련 법정에 갈 수 있는 교통수단을 제공하지 않는 것 등은 법률상 구제가 인정되더라도 사법에 대한 접근을 불가능하게 하는 것으로 볼 수 있다. 아울러 차별적인 증거법칙이나 이주민, 장애 여성, 소수인종이나 민족 출신의 여성에 대한 기존의 법적 보호 적용을 법원이나 경찰이 거부하는 광범위한 관행 등 차별과 구조적인 억압 및 특권의 경험들 역시 고려되어야 한다.

204) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 67쪽.

205) *I.D.G. v. Spain*(2015), Communication no. 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, 단락 9.3, <https://digitallibrary.un.org/record/833420/files/E_C.12_55_D_2_2014-EN.pdf?ln=en>.

206) *Flores v. Ecuador*(2017), Communication No. 14/2016, E/C.12/62/D/14/2016, 단락 9.10, <http://www.bayefsky.com/pdf/ecuador_t5_cescr_014_2016.pdf>.

- 인정되는 목적을 위하여 효과적인 절차: 구제의 성격과 구제 및 사건의 사실 사이의 관계에 달려 있다. 구제가 효과적이기 위해서는 그것이 고안된 결과를 산출할 수 있는 것이어야 하고 성공의 상당한 전망 또는 효과적 결과를 가져올 상당한 가능성을 제공해야 한다. 효과적 구제의 핵심 요소들로는 집행가능성, 결정기구의 독립성과 법적 기준에의 의존, 피해자에게 제공되는 적법절차보호의 적합성 및 신속성을 들 수 있다. 부당하게 지연되는 구제에 대한 예외를 정한 제3(1)조는 효과성의 한 측면으로서 신속성 또는 시의적절성의 특별한 중요성을 강조한 것이다. 그러나 선택의정서는 국내구제절차가 비효과적일 때를 경유원칙의 명시적 예외로 인정하지 않았다는 점에서 여성차별철폐협약 선택의정서보다는 더 제한적인 접근을 취했다.²⁰⁷⁾

③ 입증책임

선택의정서 제3조 1항이 접근 불가능하거나 비효과적인 구제절차에 대하여 명시적으로 예외를 두고 있지는 않다. 그러나 예외규정을 두지 않은 것이 곧 피해주장자가 효과적이지도 않은 구제절차까지도 모두 경유해야 함을 의미하는 것은 아니다.²⁰⁸⁾ 그러나 국가가 국내구제절차 미경유를 근거로 허용가능성을 다투는 경우에는, 구제가 실제로 이용가능했고, 신청인의 진정에 관하여 구제를 제공할 수 있는 것이었으며, 상당한 성공의 전망을 제공하는 것이었고 사건의 특정한 상황에서 효과적이었을 것임을 증명할 책임은 국가가 진다. 즉 입증책임이 국가로 이전한다.²⁰⁹⁾ 효과성에 관하여 국가가 제공하는 정보는 상세하고 사건의 구체적 상황과 관련된 것이어야 한다. 국가가 그런 증거를 개진한다면 국가가 확인한 구제절차들이 경유되었다는 점 또는 규칙에 대한 예외가 적용된다는 점을 입증할 책임은 다시 진정인에게로 이전된다.²¹⁰⁾

(2) 시간적 요건

① 국내구제절차 소진 후 1년 이내(제3조 2(a))

선택의정서 제3조는, 시간 제한을 존중할 수 없거나 국내구제절차가 부당하게 지연되지 않는 한 진정은, 이용가능한 국내절차를 모두 거친 후에 1년 이내에 제출되어야 한다는 점을 확립하고 있다. 이러한 제소기간 제한의 출발점을 계산할 때에도 앞서 언급한 절차의 성격, 즉 접근가능하고 효과적인 절차여야 한다는 점이 관련된다. 그러나 법원체계의 지연 때문에 국내 구제절차가 비효과적이라는 단순한 인식만으로는 국내 구제절차 경유 의무가 면제되지 않는다.²¹¹⁾

207) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 67쪽.

208) Langford 외, *A Commentary*, 53쪽.

209) *I.D.G. v. Spain*(2015), 단락 9.4-9.5.

210) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 67쪽.

211) *A.M.B. v. Ecuador*(2016), *Communication No. 3/2014*, E/C.12/58/D/3/2014, 단락 7.6, <http://www.bayefsky.com/pdf/ecuador_t5_cescr_003_2014.pdf>.

이러한 기간 제한은 여성차별철폐협약이나 고문방지협약, 장애인권리협약에는 없는 것으로 선택의정서의 개인진정을 제약하는 요인이 될 수 있고,²¹²⁾ 진정인은 최종적 국내절차의 최종판단을 받은 지 1년이 지나지 않도록 유념해야 할 것이다. 뒤에서 보듯이 국내구제절차가 없는 경우 이런 기간 제한의 기산점은 침해 행위가 있었던 시점부터 진행된다는 유럽인권재판소의 태도에 따른다면, 이런 문턱에 걸려 넘어질 위험이 가장 클 수 있는 것이 바로 국내구제절차가 없는 국가의 피해자들일 수 있다.²¹³⁾

② 시간적 관할권: 선택의정서 발효 시점 관련 요건과 예외(제3조 2(b))

사회권위원회는, 침해 사실들이 선택의정서가 발효된 날 이전에 발생하여 그 날 이후에도 계속된 것이 아닌 한, 관련 당사국에 대해서 선택의정서가 발효된 이후에 발생하는 침해만을 심사할 것이다. 일반원칙의 문제로서 조약이 당사국에 대해 집행가능하게 된 날 이후에 발생하는 작위 또는 부작위만이 사회권위원회에 의해 심사될 수 있다. 그러나 그 침해가 그 날 이후에도 계속되거나 그 국가의 조약 비준 이전에 비롯된 침해의 효과가 그 후에도 계속된다면, 국가는 계속되는 침해에 대하여 책임을 지게 될 수 있다. 계속 침해 개념은 수용 선언의 효력 발생("결정적 기일") 이전에 비롯되었지만 그 날 이후에 법적 효과를 낳은 사건들에까지 관할권을 확장한다.²¹⁴⁾ 또한 국내법원이나 재판소들이 당사국에 대해 선택의정서가 발효된 날 이후에 규약상 권리 침해를 구제할 실질적 기회를 가지는 경우에는 진정은 시간적 관할에 따라 다르더라도 허용될 수 있을 것이다.²¹⁵⁾

(3) 중복제소 금지(제3조 2(c))

침해가 이미 위원회 또는 다른 국제절차에 의해 심사된 것이 아니어야 한다. 이러한 요건은 국제적 절차에서 공통적인 것이기도 하다.²¹⁶⁾ 절차 중복의 금지 이면에 있는 논거는 동일한 인권 침해 주장에 대하여 회원국들을 두 번 비난하지 않도록 하는 것이다. 이와 관련하여 사회권위원회는 다음과 같은 경우에는 진정이 허용되지 않을 것이라고 판시함으로써, 자유권위원회와 유사한 접근을 채택했다.

다른 국제적 조사 또는 화해 절차에 의해 검토된 경우로서, 그 절차에 의한 검토가 (i) 동일한 문

212) 이런 제한은 다른 보편적 체계의 조약에서는 볼 수 없는 것이지만, 미주인권협약 제46조 1항(b)(6개월), 유럽인권협약 제35조 1항(6개월), 그리고 아프리카인권헌장 제56조 6항(국내구제절차 소진 후 상당 기간) 등 지역인권체계에서는 규정되고 있다. Langford 외, *A Commentary*, 54쪽.

213) 그나마 다행인 것은 원래 의장보고관이 제안한 기간제한은 6개월이었는데, 6개월은 지나치게 짧은 기간이어서 부적절하다는 여러 국가대표들과 비정부단체들의 주장이 반영되어 논의 끝에 1년으로 연장되었다는 것이다. Langford 외, *A Commentary*, 54쪽.

214) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 68쪽.

215) *I.D.G. v. Spain*(2015), 단락 9.3; *Calero v. Ecuador, Communication No.10/2015*, E/C.12/63/D/10/2015, 단락 9.4-9.5, <http://www.bayefsky.com/pdf/ecuador_t5_cescr_010_2015.pdf>.

216) 자유권규약 선택의정서 제5조 2항(a); 고문방지협약 제22조 5항(a); 여성차별철폐협약 선택의정서 제4조 2항(a); 장애인권리협약 선택의정서 제2조(c); 강요된 실종자 보호협약 제31조 2항(c); 이주노동자보호협약 제77조 3항(a) 등. Langford 외, *A Commentary*, 56쪽.

제와 관련된 경우, 즉 동일한 당사자, 동일한 사건 및 동일한 실체적 권리와 관련된 경우, 그리고 (ii) 순전히 허용가능성의 형식적 기준의 검토를 넘어서서 본안에 대한 충분한 고려를 포함한 경우.²¹⁷⁾

이는 다시 두 종류로 나누어진다. 하나는 동일 기구에 의한 심사이며, 다른 하나는 다른 국제기구에 의하여 심사 중이거나 결정된 사건의 경우이다. 전자에 대해서는 몇 가지 중요한 예외가 있음에 유의해야 한다. 첫째, 사회권위원회가 이전에 개인진정에서 제기되었던 것과 동일하거나 유사한 사실들과 관련된 사건을 조사절차에 따라 심사하는 데에는 아무런 제약이 없다. 그러나 반대는 성립하지 않는다. 즉 어떤 사건이 선택의정서나 다른 조약에 따른 조사 또는 개인진정의 대상이었던 경우에는, 사회권위원회는 개별진정절차에 따른 심사를 수리할 수 없다. 둘째, 사회권위원회의 최종견해에서 이루어진 구체적 사실에 대한 논의는 그 기구에 의한 '이전의 심사'에 해당하지 않는다. 이는 미주위원회가 콜롬비아가 관련된 사건에서 채택한 입장이었다.²¹⁸⁾

다음으로 동일한 문제가 다른 국제절차에 따라 심사된 경우에는 진정이 허용될 수 없다고 선언될 것이다. 동일한 문제인지를 결정하기 위해 위원회는 주장의 근거가 되는 사실들과 문제되는 권리의 내용 양자 모두를 고려해야 할 것이다. 그 결과 사실이 상당히 변했다고 인정하는 경우 또는 다른 국제절차에 따라 제기된 주장들이 다른 권리나 의무와 관련되었다고 인정하는 경우에는 사실이 동일하다 하더라도 위원회는 진정이 허용된다고 결정할 수 있다. 인권위원회의 판단에 따르면 동일 문제라는 개념은 동일한 개인과 관련된 동일한 주장을 포함하는 것으로 이해되어야 한다.²¹⁹⁾

고려해야 할 또 다른 핵심 요소는 다른 절차의 성격이다. 이 요소는 (1) 구체적 개인이나 집단에 관한 진정을 평가하지 않고, (2) 피해자와 당사국 양자 모두에게 주장을 제출하도록 요구하지 않으며, (3) 그 결정과 관련하여 국가를 겨냥한 의견을 발표하지 않고, (4) 피해자에 대한 구제를 명령하지 않는 절차를 제외하는 방식으로 분석되어야 한다. 예컨대 이미 여성 대상 폭력에 관한 특별보고관에게 송부된 사건에 관하여 선택의정서에 따른 진정을 제기하는 것은 허용되는데, 그것은 특별보고관의 보고절차는 다른 '국제적 조사 또는 합의의 절차'가 아니기 때문이다.²²⁰⁾

(4) 내용상 요건

① 명백하게 근거가 없거나 충분한 증거를 갖추지 못한 경우(제3조 2(e))

허용가능성을 위한 또 다른 기술적 요건은 사회권위원회가 사건의 심사과정에서 권리침해에 대한 필요

217) *Merino Sierra v. Spain*(2016), communication No. 4/2014, E/C.12/59/D/4/2014, 단락 6.4, <http://www.bayefsky.com/pdf/spain_t5_cescr_004_2014.pdf>.

218) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 68쪽.

219) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 69쪽.

220) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 69쪽.

한 확인을 하는데 도움이 될 충분한 정보의 제공이다. 진정은 충분한 증거를 갖춘 것이어야 하고, 이는 주장하는 침해가 언제, 어디서, 어떻게 발생했는지에 대한 구체적 내용을 포함하고 있어야 함을 의미한다. 피해자의 권리 침해에 관한 구체적 사항들이 제공되어야 한다. 이것은 국가에게 신뢰할 만한 규약상 권리 침해 주장에 대응할 공정한 기회를 제공하기 위해서나, 위원회에게 규약에 관한 진정을 평가하기 위한 사실적 토대를 가질 수 있도록 하기 위해서나 중요하다. 이런 맥락에서 위원회는 신중하게 자신의 역할을 국내사법당국의 역할과 명확히 구분하려고 했다. 각 개별 사건에서 적용가능한 법률을 해석하는 것뿐만 아니라 사실과 증거를 평가하는 것은 국내법원의 책임이다. 위원회는 국내법원에 의한 증거 평가나 국내법 해석이 “명백히 자의적이거나 정의의 부정이나 마찬가지로”여서 규약상 권리 침해에 해당할 때에만 개입할 것이다.²²¹⁾ “건강배려체계가 여성의 요구를 다루지 못하고 있다”는 등 일반적 상황에 관하여 폭넓은 주장을 하거나 단순히 전 세계의 통계를 제시하는 것(예컨대 여성들 중 문맹율, 건강배려 접근이 결여된 비율 등)만으로는 충분하지 않다. 일반적 상황에 관한 사실들은 피해자의 구체적 침해를 맥락화하는데는 도움이 되지만 진정인은 진정을 개시하는 개인 또는 개인들의 집단의 실제 경험을 상세히 묘사해야 한다.

진정의 예비적 심사에서 이 요건이 충족되지 못하면 사회권위원회는 더 이상 본안에 관하여 진정을 심사할 필요가 없다. 그러나 사회권위원회는 항상 진정인에게 의사규칙 제2조에서 상세하게 열거된 진정에 관한 추가적 정보를 요구할 수 있기 때문에, 이 규칙의 적용은 제한적이어야 한다. 이와 관련하여 위원회는 진정인이 사회보장권과 관련하여 명시적으로 주장하지 않은 젠더 차별을 충분히 근거가 있다고 인정하기도 했다.²²²⁾ 그런 점에서 규약 조항의 위반이 있을 수 있는 경우 진정인이 해당 규정을 인용하지 않은 경우에도, 진정의 신청취지를 넘어서는 것이 아닌 한 사회권위원회는 이를 검토할 권한이 있다는 입장을 취하고 있다.²²³⁾

진정의 입증에 관한 핵심 쟁점은 증거이다. 경제적 사회적 문화적 권리와 관련된 진정은 흔하게는 정책결정과 때로는 자원할당을 둘러싼 복잡한 결정들과 관련되기 때문에, 지표(indicators), 인권예산 및 세분화된 자료의 사용을 증거원천으로서 통합함으로써 진정에서 제기된 주장들을 뒷받침하도록 하는 것이 중요할 수 있다. 또한 정기적 심사동안 어떤 것이든 다른 국제인권기구에 대한 국가의 이전 보고서들은 물론 관련된 경우 지역기구들에 의한 사실인정들은 핵심적인 정보원이 될 수 있다. 뿐만 아니라 선택의 정서 제8조 3항은 사회권위원회가 잠재적으로는 법정조언자를 포함하여 제3자로부터 증거를 입수할 수 있도록 허용하고 있다. 그러므로 다음과 같은 진정은 “명백히 근거가 없는” 것으로 여겨질 것이다.

221) *Medina v. Ecuador*(2018), communication No. 7/2015, E/C.12/63/D/7/2015, 단락 8.10, <http://www.bayefsky.com/docx/ecuador_t5_cescr_007_2015.docx>.

222) Sandra Liebenberg, “Between Sovereignty and Accountability: The Emerging Jurisprudence of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights Under the Optional Protocol”, *HUMAN RIGHTS QUARTERLY* 42 (2020) 48-84, 63쪽.

223) *Calero v. Ecuador*, 단락 9.10.

진정이 사회권규약에 의해 보장되지 않는 권리의 침해를 주장하는 경우

진정이 사회권규약에 대한 잘못된 해석에 의거하는 경우

진정이 당사국의 작위 또는 부작위가 사회권규약에 따른 그 의무에 합치함을 의심의 여지없이 보여주는 사실들을 주장하는 경우

② 오로지 대중매체가 배포한 보도에만 근거를 둔 경우²²⁴⁾

선택의정서 제3조 2항(e)는 진정이 오로지 대중매체가 배포한 보도에만 근거를 둔 경우에는 허용되지 않는다고 규정한다. 실제로 그것이 추가된 것은 불필요한 것이었다. 왜냐하면 대중매체가 배포한 보도에만 근거를 둔 증거만 제공하는 진정 제기는 앞서 언급한 ‘명백히 근거가 없는’ 또는 ‘충분히 입증되지 못한’ 진정의 범주에 해당할 수 있기 때문이다. 사실이 그렇기 때문에, 권리를 침해당했다고 주장하는 피해자 또는 피해자의 집단에 의해 제출된 진정으로서, 정의상, 그들 자신이 주장되는 침해를 당했을 때 그들의 고충이 대중매체 보도만을 근거로 하는 경우를 상상하기는 어렵다. 그러므로 이 규정이 추가된 목적은 피해자나 피해자 집단을 대신하여, 그들의 동의 없이 제출되는 진정이 최소한의 입증 기준에 부합하도록 보장하기 위함인 것 같다. 그런 구체적 추가가 필요하지 않다고 하더라도, 주장되는 침해가 충분한 증거를 갖추어야 한다는 요건은 국제기구에 제출되는 모든 것들이, 특히 피해를 주장하는 사람들을 대신하여 제기되는 경우에는, 최소한 정도의 신뢰성은 갖추어야 함을 의미한다는 점은 강조되어야 한다.

③ 기타 요건들

규약 규정과 합치하지 않을 경우(제3조 2(d))와 권리 남용일 경우(제3조 2항(f)) 역시 진정이 허용되지 않는 사유로 규정되어 있는데, 이들 사유는 이미 다른 조약들의 진정절차에서 확립된 요건들이다.

규약 규정과 합치하지 않는 진정이라는 허용불가능 요소는 자유권규약 선택의정서 제3조, 고문방지협약 제22조 2항, 여성차별철폐협약 선택의정서 제4조 2항(b), 장애인권리협약 선택의정서 제2조 (b) 및 강요된 실종자보호협약 제31.2조 (b)에 규정되어 있다. 권리남용에 해당하는 진정에 대해서는 자유권규약 선택의정서 제3조, 고문방지협약 제22조 2항, 여성차별철폐협약 선택의정서 제4조 2항(d), 장애인권리협약 선택의정서 제2조 (b) 및 강요된 실종자보호협약 제30조 2항 (b)에 규정되어 있다.

(5) 형식 요건: 기명 및 서면 요건(제3조 2(g))²²⁵⁾

진정은 유엔 공용어 중 하나로 작성되어 제출될 수 있다. 구두, 녹취 또는 녹화된 진정은 허용되지 않는다. 그러나 이것이 결코 진정이 문제의 권리침해를 뒷받침하고/거나 입증하기 위하여 다양한 포맷의

224) Langford 외, *A Commentary*, 58쪽.

225) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 70쪽.

자료와 정보를 수반할 수 없다는 것을 뜻하지는 않는다.

뿐만 아니라 익명의 진정은 기존 진정절차에서는 허용될 수 없다. 많은 단체들이 이 요건은 폭력피해 여성 등 가장 취약한 집단이 진정을 제기하는 것을 더욱 어렵게 만든다고 주장하듯이, 논쟁이 대상이 되어 왔다. 그러나 여성차별철폐협약 선택의정서가 채택될 때도 유사한 고려가 이루어졌지만 그 요건은 유지되었다.

진정은 익명으로 제기할 수 없지만 진정인(피해자 또는 피해자를 대신하여 행동하는 법정대리인)은 심사과정에서 그리고 위원회의 최종결정에서 신원정보는 비밀로 할 것을 요구할 수 있다.

통상 위원회는 요구가 있으면 공간되는 문서에 피해주장자의 성명을 공개하지 않는데 동의할 것이다. 이것은 인권위원회, 고문방지위원회 및 여성차별철폐 위원회와 지역인권기구 등 개인진정을 취급하는 다른 인권조약기구들의 확립된 관행이다. 피해자 및/또는 진정인의 이름은 이니셜이나 가명으로 대체될 수 있다.

또한 위원회는 진정을 제기하는 개인이 위협에 처할 수 있는 일정한 상황—예컨대 피해자가 보복의 위협에 직면할 때—에서는 국가에게 피해자의 이름을 누설하지 않는데 동의할 수도 있는데, 이 조치는 진정인과 그 가족의 신체적 및 정신적 안전성을 보장할 것이다.

따라서 익명진정의 배제가 반드시 당사국으로부터 진정인 신원의 보호를 배제하는 것은 아니다.

비밀성 이면의 논리는 피해자의 안전이다. 그러나 진정인들은 국제인권체계의 실무에 따르면 지금까지 피해자의 익명성을 절차의 모든 단계에서 적용하는 사례는 거의 없다는 점을 유의해야 한다. 어느 지점에서, 구제가 요구되면, 피해자의 성명 공개는 위원회의 권고를 이행하기 위하여 필요할 수 있다. 이 문제에 관한 국제적 관행이 없다는 점을 고려하면 좀 더 명확해질 필요가 있다. 그러나 피해자 및/또는 그 법정대리인이 비밀성을 요구하면 인적 정보는 공개되지 않아야 함은 명확하다.

(6) 명백한 불이익을 제기하지 않는 진정의 심사거부 및 예외(제4조)

선택의정서 제4조는 “진정인이 명백한 불이익을 당했음을 나타내지 않는 진정의 경우, 위원회는 그것이 일반적 중요성을 갖는 중대한 문제를 제기한다고 판단되지 않는 한, 필요하다면 그것에 대한 심리를 거부할 수 있다.”고 규정하여 위원회의 직권에 의한 심사거부를 규정하고 있다. 선택의정서 제4조는 선택의정서에 추가된 논쟁적인 부분이며, 유엔조약기구체계내에서도 독특한 것이다.²²⁶⁾ 이 규정과 관련하여 강조되어야 할 것은, 그런 사건을 허용불가능하다고 선언하는 것은 위원회의 재량에 맡겨져 있다는 것, 즉 따라서 그것은 의무적인 것이 아니라 선택적이라는 점이다. 그래서 위원회는 본안 심리 절차에 앞서서 고려되어야 하는 허용가능성 기준들에 제4조를 포함시키지 않았다. 또한 그 규정은 진정인이 ‘명백한 불이익’을 당하지 않았더라도 진정이 일반적 중요성을 갖는 심각한 문제를 제기한다는 것을 위원회의 사

226) Langford 외, *A Commentary*, 58쪽.

건 허용을 정당화하는 추가적 근거로 포함하고 있는 것이기도 하다.²²⁷⁾

또한 진정이 최초의 허용가능성 국면에서 침해 자체를 넘어서서 어떤 특정한 “명확한 불이익” 또는 “일반적 중요성을 가지는 문제”를 제시하도록 요구되어서는 안 된다. 진정인은 이미 주장된 대우가 규약 위반에 해당하고 따라서 남용이 저질서졌다는 것을 증명하는 증거를 보여주었다는 점을 입증할 부담을 지고 있다. 위원회는 제4조에 따른 재량권의 행사가 어떤 상황에서 필요한지, 그런 상황에서 그것을 행사할 지 여부를 결정해야 할 것이다. 그러면 위원회가 제4조를 원용할 필요가 있다고 인정하는 사건들에서 당사자의 자료를 심리하여 주장된 피해가 ‘명백한 불이익’에 해당하는지와 그 사건이 일반적 중요성을 가지는 심각한 문제를 제기하는지 여부를 평가하는 것이 위원회의 과업이 될 것이다.²²⁸⁾

4) 임시조치(제5조)

긴급한 관심을 요하는 특별한 상황에서 사회권위원회는 국가가 규약이 정한 모든 권리와 관련하여 피해자에 대한 회복할 수 없는 해악(irreparable harm)을 방지하기 위하여 보호조치를 취할 것을 요구할 수 있다.

임시조치 요구는 진정이 접수된 후 그리고 본안에 관한 결정이 내려지기 전에는 언제든지 피해자, 진정제기인, 또는 기타 관련 당사자의 요청을 근거로, 또는 제시된 사실들이 그런 조치의 필요성을 보여주는 경우에는 사회권위원회 자체의 직권으로, 발해될 수 있다.

국내구제절차 경유는 임시조치를 부여할 위원회의 재량 행사의 요건이 아닌데, 이는 다른 국제재판기구들의 관행을 따르고 있다.

진정이 계류 중인 동안 피해를 주장하는 사람들에게 회복할 수 없는 손해가 발생한다면 진정절차의 목적은 좌절될 것이기 때문에, 임시조치의 제공은 규약에 의해 보호되는 권리침해를 구제하는 수단으로서 선택의정서의 효과성을 위하여 필수적이다.

임시조치 명령을 따르기를 당사국이 거부하는 것은 국가의 국제적 의무 위반에 해당한다. 이 점에 관하여 인권위원회는 임시조치 준수의 거부를 규약위반으로 규정했다: “당사국이 규약 위반을 주장하는 진정에 대한 위원회의 심사를 방해하거나 좌절시키거나 위원회의 심사를 무력화하고 그 견해의 표명을 무가치하고 헛된 것으로 만들기 위하여 행동하는 경우, 당사국은 선택의정서에 따른 그 의무를 심각하게 위반하는 것이다.”²²⁹⁾ 제5조에 따른 임시조치에 대한 요구의 준수는 선택의정서의 목적 달성의 한 측면

227) Langford 외, *A Commentary*, 59쪽.

228) Langford 외, *A Commentary*, 61쪽.

229) HRC, *Maksudov v. Kyrgyzstan* (1461/2006); *Rakhimov v. Kyrgyzstan*(1462/2006); *Tashbaev v. Kyrgyzstan*(1476/2006); *Primatov v. Kyrgyzstan*(1477/2006) 2008.7.16., CCPR/C/93/D/1461,1462,1476&1477/2006, 단락 10.2-10.3, <<https://www.refworld.org/cases,HRC,4a93a0cd2.html>>. 또한 HRC, *The Obligations of State Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, 자유권위원회, 일반논평 33, 2008.11.5., 단락 19, <<https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ccpr.c.gc.33.pdf>>; 임시조치 또는 잠정조치를 이행하지 못하는 것은 선택의정서에 따라 설립된 개인진정절차를 성실하게 존중할 의무와 양립할 수 없다.

으로 여겨져야 하고 위원회는 임시조치 이행 거부를 당사국의 의무 위반으로 규정해야 한다.

미주체계에서 임시조치의 사용은 필수적 의약품에 대한 접근을 구하는 HIV/AIDS 보건자들의 건강권을 보호하는데 있어서, 또는 성폭력의 피해자였던 유랑 여성들을 보호하기 위하여 중요한 것이었다.

경제적 사회적 문화적 권리 침해에 대한 임시조치의 요구와 부과를 요청하는 상황들은 잠재적인 생명권 침해 수준까지 고조될 필요는 없으며, 회복할 수 없는 해악의 위협이 있다는 점에 주목해야 한다. 예컨대 학교를 1년이나 2년 또는 그 이상(진정이 접수, 심사, 결정되는데 걸리는 잠재적 시간) 결석하게 될 위협은 회복할 수 없는 해악으로 여겨질 수 있다.

또 하나 명심해야 할 것은 이러한 임시조치가 허용가능성에 관한 결정 또는 진정 본안에 관한 결정을 시사하지는 않는다는 것이다.

5) 진정의 전달과 당사국의 입장 제출(제6조)

사회권위원회가 진정이 허용되지 않는다고 결론내리는 경우 위원회는 그 결정과 이유를 가능한 한 빨리 진정인과 관련 국가에게 전달해야 한다. 위원회의 결정은 변경할 수 없지만, 위원회가 허용불가능의 이유가 더 이상 적용되지 않는다는 것을 보여주는 정보를 포함하는 서면 요구가 진정인에 의해 또는 진정인을 대신하여 제출되어 이를 접수한 경우에는 위원회에 의해 검토될 수 있다.

6) 우호적 합의(제7조)

제7조는 우호적 합의 절차를 수립하고 있다. 이것은 보편적 체계의 진정절차와 관련되는 한 하나의 혁신이다.²³⁰⁾ 우호적 합의는 양 당사자가 일정한 의무 이행을 약속함으로써 위원회의 진정 심사를 종결하기로 합의하는 조정절차로 구성된다. 물론 이 합의는 사회권규약에 따른 의무와 합치하는 것이어야 한다.

우호적 합의 제도의 성공은 당사국의 선의의 행동을 확보하면서 피해자의 권리를 보호할 가능성에 달려 있다. 우호적 합의절차는 종종 청원자들과 피해자들이 침해를 구제하기 위한 조건들의 결정에서 더욱 참여적인 역할과 발언권을 갖도록 한다. 따라서 국가는 그것이 동의하는 조치를 이행할 의지가 더 클 수 있다. 협상은 또한 잠재적으로 양당사자 모두 더 포괄적이고 창조적이며 완전한 해결책을 탐색하도록 할 수 있을 것이다.²³¹⁾

우호적 합의라는 선택지를 이용할 것인지 여부를 결정하는데 있어서 해야 할 가장 중요한 고려는 진정의 목표이다. 특정한 쟁점에 관한 전략적 소송 전략의 일부로서 또는 선택의정서에 따라 일반적으로 법리를 개선하기 위하여 진정이 선택의정서에 따라 제기된 경우라면, 우호적 합의에 동의하는 것은 이러한

230) Langford 외, *A Commentary*, 65쪽. 그러나 미주인권협약 제48조 및 제49조와 유럽인권협약 제38조 및 제39조에서는 이러한 절차를 인정하고 있다.

231) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 75쪽.

목표를 저해할 것이다. 우호적 합의절차에서 국가에 의한 어떤 합의나 침해 인정도 사회권위원회의 확립된 법의 일부가 되지 않는다. 합의는 그 주제에 관한 장래의 진정에 의해 인용될 수도 없다.

우호적 합의의 이행에 관한 위원회의 감시는, 특히 우호적 합의가 규약의 목적과 합치하도록 하고 그 제도가 사건을 무한정 지연시킬 목적으로 이용되지 않도록 보장하는데 있어서, 필수적이다. 우호적 합의의 조건들은 위원회의 심사와 승인을 받아야 하고 그 이행을 감시하기 위하여 후속이행절차를 따라야 한다. 나아가 당사국이 우호적 합의의 조건들을 준수하지 못하면 진정인은 다시 진정을 제출하지 않고 사회권위원회의 심사 마지막 지점부터 다시 진정을 부활시킬 능력을 가져야 한다. 또한 옹호자들은 우호적 합의절차의 이용이 진정인을 국가에 의한 부당한 압력이나 협박에 노출되지 않도록 보장할 필요가 있다.²³²⁾

7) 진정 심사(제8조)

① 진정이 허용될 수 있다고 여겨지면, 사회권위원회는 관련 국가가 사회권규약에 따른 그 의무를 이행했는지 여부를 결정하기 위하여 사실 조사를 진행할 것이다.

허용가능성과 진정의 본안 분석은 하나 또는 두 단계로 이루어질 수 있다. 위원회가 효율성과 효과성이라는 이유로, 허용가능성 분석을 본안 분석과 분리할 필요가 없다고 느끼는 경우에는 두 단계가 병합될 수 있다. 그러나 허용가능성 심사를 본안으로부터 분리하는 것이 적절한 사건에서 제3자, 유엔 기관 또는 국제조직으로부터의 관련 정보가 입수될 수 있는 가장 좋은 방법이다. 허용가능성에 관한 사전 결정 없이 위원회의 견해가 공표될 때까지 절차가 비공개로 유지된다는 점을 고려하면 이들 조직은 본안에 관한 위원회의 견해가 공표되기 전까지는 그들이 관련된 전문지식 또는 견해를 가지고 있는 중요한 공공 정책 또는 체계적 문제들을 제기하는 진정이 위원회에 의해 심사되리라는 것을 알 방법이 없을 것이다.

진정이 심사된 후에는 사회권위원회는 그 청원을 당사국에게 송부하고, 당사국은 문제와, 혹시라도 당사국이 제공했을 수도 있는 구제를 명확히 하는 서면 설명 또는 선언을 6개월 내에 제출할 것이다(제6조).

그러면 위원회는 본안에 관한 조사를 계속하여 관련 국가가 규약에 따른 그 의무를 이행했는지를 결정하기 위하여 진정에 포함된 사실과 주장, 그리고 당사국에 의해 제출된 사실들과 주장들을 분석할 것이다.

조사는 양 당사자의 설명과 선언, 그리고 다른 원천으로부터 서면자료에 근거하여 이루어질 것이다. 선택의정서 제8조 3항은 인종차별철폐위원회, 고문방지위원회 및 여성차별철폐위원회가 사무총장을 통하여 유엔 기구나 전문기관으로부터 추가적인 정보를 획득할 수 있도록 하는 각 위원회 절차규칙의 규정을 모델로 한 것이었다. 그러나 선택의정서는 또한 더 나아가 다른 유엔전문기관, 기금, 프로그램 및 제도 그

232) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 75-76쪽.

리고 지역인권체계를 포함하는 다른 국제조직과 이해관계 있는 제3자 등 유엔 체계내의 것을 넘어서는 가능한 원천들을 확인하고 있다(제8조). 또한 사회권위원회는 예컨대 진정에서 제기된 여성의 경제적 사회적 문화적 권리와 관련하여 해당 국가에 대한 여성차별철폐위원회의 결론적 견해 또는 일반권고들이나, 특히 지역인권체계에 의해 발간된 보고서들에 의거할 수도 있다.

양측에서 제공하는 모든 정보에 대한 심사를 근거로, 위원회는 침해가 발생했는지에 관한 “견해와 권고”를 채택하고, 침해가 발생했다면 구제를 제공하기 위하여 취해져야 하는 조치들을 확인할 것이다. 이들 “견해와 권고”는 진정제기자와 당사국에게 송부될 것이고, 위원회 연례보고서에 공표되며 웹사이트에 등재될 것이다. 자유권규약, 인종차별철폐협약 및 고문방지협약에 대한 비교할 만한 절차에 따른 결정들과 마찬가지로 사회권위원회의 결정도 정기적으로 유엔인권최고대표사무소 웹사이트에 게시된다.

사회권위원회는 본안심사를 함에 있어서 진정에 포함된 작위 또는 부작위가 가용자원을 최대한 이용하여 여성의 경제적 사회적 문화적 권리를 점진적으로 실현하기 위하여 비차별을 근거로 한 조치를 국가가 취하지 못했음을 보여주는지 뿐만 아니라, 최소핵심 의무를 충족하는지를 살펴볼 것이다. 이러한 평가를 하기 위하여 선택의정서는 주로 남아프리카의 판례로부터 유래된 심사기준, 즉 국가 작위 또는 부작위의 상당성(reasonableness)기준을 통합했다.

② 상당한 조치들

사회권규약 선택의정서는 사회권위원회에 규약위반이 발생했는지를 결정하기 위한 심사기준을 제공하고 있다는 점에서 다른 유사 절차들과 다르다. 사회권위원회는 규약 제2조 1항에 따른 의무와 관련하여 국가에 의해 취해진 조치들의 상당성을 심사해야 하는 반면, 당사국이 규약에 의해 보호되는 권리들을 실행하기 위한 다양한 조치들을 채택할 수 있다는 점을 유념해야 한다. 제8조 4항은 선택의정서 제2조 1항의 독특한 조어법—실현의 점진적 차원의 인정, 자원의 이용가능성과 적극적 조치를 채택할 필요성의 연결—이 효과적인 재판과 구제를 거부할 근거로 이용되어서는 안됨을 명확히 하고 있다.²³³⁾

선택의정서 기초과정에서 수년간의 논의결과인 상당성 심사를 명시한 제8조 4항은 어렵게 얻은 합의의 반영이다. 그것은 사회권침해가 당사국이 적극적 조치를 채택하지 못한 것과 연결되는 사건들에서, 사법에 대한 접근은, 광범위한 자료들로부터 나오는 신뢰할만한 증거를 기초로 하여, 그리고 위원회의 판단 역할을 국가의 정책 설계나 이행 역할과 명확히 구분하는 것을 기초로 하여, 규약상 권리를 실현하기 위하여 당사국에 의해 취해진 조치들에 대한 강력한 심사기준을 요구한다는 점을 확인하고 있다.²³⁴⁾

선택의정서의 문언 채택과정에서 제8조 제4항에 ‘재량의 여지(margin of discretion)’ 또는 ‘판단여지(margin of appreciation)’라는 문구가 논란 끝에 삭제되었다는²³⁵⁾ 부분은 상당성 심사의 내용에 관하여

233) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 73쪽.

234) Langford 외, *A Commentary*, 173-174쪽.

235) 인권이사회에 선택의정서 초안 제출을 위한 마지막 문구 정리 단계에서 그런 문구를 다시 삽입하지 않으면 제출을 지지할 수 없다는 반대 국가들(캐나다와 미국 등)의 마지막 시도가 있었고, 선택의정서 안의 인권이사회 제출을 위해서는

매우 중대한 시사점을 준다. 가장 중요한 점은 제8조 4항의 문구가 확실히 재판과 통치의 역할의 경계를 흐리는 것에 관한 많은 국가들의 우려를 확실하게 불식시켰다는 점이다. 즉 제8조 4항은 위원회의 재판적 역할과 국가의 정책결정 역할을 명확하게 구분한다. 국가가 가용자원과 기타 제약이라는 맥락에 따라 상당히 행동했는지 여부를 결정하기 위하여 위원회에게 부여된 역할, 즉 권리 주장에 대하여 판단하고 권리를 침해했다고 주장되는 정책과 프로그램을 심사할 역할은, 정책과 프로그램을 설계하고 이행하는 것에 관한 정부의 역할과 혼동되어서는 안 된다. 그러나 국가의 정당한 정책선택에 대한 존중이 규약에 따른 권리의 이행과 관련하여 국가가 상당하다고 주장하는 것에 대한 존중을 수반하지는 않는다.²³⁶⁾ 그것은 위원회에 유보된 재판 역할의 포기일 것이기 때문이다.²³⁷⁾

여기서 위원회가 해야 하는 상당성 평가는 인권판단의 문제이지 사회정책평가의 문제가 아니다. 그것은 특정한 상황에 그 맥락에 따라 인권을 해석하고 적용하는 것이다. 권리 진정인의 권리 주장과 실제 경험한 현실은 국가가 밝힐 정책결정과 예산 현실만큼이나 상당성이 평가되어야 할 맥락의 중요한 부분이다. 현안이 되어 있는 존엄성 문제는 권리 진정인에 의해 활기를 띠 것이고 이것이 위원회의 상당성 평가에서 핵심이 되어야 한다. 국가의 편에서는 위원회에 정책이 채택되고 결정이 이루어진 광범위한 맥락에 관한 정보를 제공할 책임을 지게 된다. 국가는 경합하는 요구에 대한, 능력의 제약에 대한, 또는 권리진정인이 경험하지 못하는 정책관심들에 대한 증거가 객관적이고 신뢰할 만한 증거의 형태로 위원회에 제출되도록 보장해야 한다.²³⁸⁾

제8조 4항은 위원회가 국가의 적절한 기능인 정책의 설계와 이행 역할을 맡아서는 안 되지만, 위원회의 적절한 기능인 상당성 기준을 근거로 무엇이 규약에 합치하는지를 결정하는 역할이 국가에 부여되어서도 안 된다는 점을 인정한다. 당사국은 위원회 앞에서 무엇이 상당한 정책이고 예산배정에 해당하는지에 대한 자신의 견해를 주창할 기회를 갖고, 진정인은 대안적 견해로 그에 대응할 기회를 갖게 된다. 위원회의 역할은 어느 한 쪽도 다른 쪽보다 더 존중하지 않으면서, 독립적이고 중립적으로 그 문제를 판단하는 것이다.²³⁹⁾

선택의정서 하에서 내려진 최초의 결정인 *I.D.G. v. Spain* 사건²⁴⁰⁾에서 위원회는 규약상 권리에 대한

문구 조정이 불가피했다. 이 과정에서 남아공 헌법재판소의 *Grootboom* 판결에 대한 평가를 바탕으로 한 비정부단체 연합의 제안이 있었고, 이에 따라 제8조 4항에, 취해진 조치의 상당성을 심사할 때, '위원회는 당사국이 규약에서 정해진 권리들의 이행을 위하여 가능한 광범위한 정책조치들을 채택할 수 있다는 점을 유념해야 한다'는 문구가 삽입되었다. Langford 외, *A Commentary*, 184-187쪽.

236) 상당성 심사는 정부에게 그 사회경제적 권리의무를 충족하기 위하여 적절한 정책들을 고안하고 정식화할 여지를 제공한다. 여성의 경제적 사회적 문화적 권리의 수용할만한 이행은 광범위한 잠재적 정책선택을 포함할 수 있고 정책결정은 민주국가에서 법원의 역할이 아니다. 그러므로 제8조 4항에 따라 국가는 여성의 경제적 사회적 문화적 권리를 실현하기 위하여, 국내적 맥락에서 가장 적합한 법률, 정책 및 프로그램을 개발하고 이행할 책임을 보유한다. 그러나 상당성 기준이 위원회에게 규약 제2조 1항의 준수 문제에 관한 당사국의 결정을 존중할 것을 지시하는 것이 아님을 분명히 아는 것이 중요하다. *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 73쪽.

237) Langford 외, *A Commentary*, 187쪽.

238) Langford 외, *A Commentary*, 188쪽.

239) Langford 외, *A Commentary*, 189쪽.

240) Communication No. 2/2014(2015.6.19.).

효과적 구제에 대한 접근을 보장하는 것은 즉각적 효과를 갖는 의무임을 강조했다. 특히 일반논평 제3호와 제9호를 근거로 위원회는, ‘위원회가 일반논평 제9호에서 지적했듯이 권리를 보호하기 위한 구제가 없다면 권리는 있을 수 없기 때문에’ 국가는 규약상 권리를 ‘특히 입법조치의 채택 등 모든 적절한 조치에 의하여’ 실현해야 한다는 제2조 1항의 요구에는 효과적인 사법적 구제에 대한 접근을 보장하기 위한 입법조치를 채택할 즉각적 의무가 포함된다고 실시했다.

이들 다양한 영역에서의 위원회의 판례에 따르면 자원제약 기타 능력 제한의 맥락에서조차도 제8조 4항이 명하는 상당성 심사는 당사국에게 ‘권리의 실현을 촉진할 수 있는’, 대상이 명확하고(targeted) 일관된 전략을 개발할 것을 요구한다.²⁴¹⁾

8) 구제

국제법상 구제는 인권침해를 당한 사람들에게 대한 원상회복, 배상, 재활, 만족 및 재발방지의 보장을 통하여 피해자들에게 시정(redress)을 제공하는 것을 목표로 한다.

진정인은 위원회가 채택하는 구제의 명확성과 창의성에서 핵심역할을 할 수 있다.

선택의정서에 따라 진정을 위한 전략을 설계할 때 진정인은 그들이 소송으로부터 얻기를 기대하는 것이 무엇인지 그리고 사회권위원회가 무슨 말을 하고 국가에 대해 무엇을 하도록 명령하기를 원하는지를 염두에 두어야 한다. 개인들과 여성 집단은 일반적으로 침해를 낳는 맥락과 상황, 그리고 그 상황을 구제하고 장래에 유사한 해악이 발생하지 않도록 방지하기 위하여 요구되는 조치들을 분석하기에 더 좋은 지위에 있다. 위원회를 교육하는 것(진정 내에서)은 위원회가 그 권고에서 구제를 공익 또는 구조적 요소와 통합하도록 촉진하기 위하여 핵심적일 것이다. 이러한 구제에는 다음과 같은 것들이 포함된다.

- 사회권위원회가 발한 견해와 권고들의 이행을 감시하고, 여성의 경제적 사회적 문화적 권리 침해에 대한 조기경보를 제공하고 침해를 교정하기 위한 지시, 지침 또는 정책들을 개발하는 것.
- 실제적인 평등의 기준을 이용하여 사회권규약 규정들과 합치하지 않는 법률, 정책 및 관행들에 대한 일반적 심사와 수정을 승인하는 것.
- 적절한 경우 새로운 법률을 제정하는 것
- 여성과 남성 사이의 불균형뿐만 아니라 여성들 사이, 예컨대 장애여성, 소수인종 또는 소수민족 여성 이주여성, 선주민여성, 노령여성 등 사이의 불균형을 조명하는, 경제적 사회적 문화적 권리에 관한 세분화된 자료를 포함하는 국가보고를 장려하는 것
- 진행 중인 침해를 중단시키기 위한 구체적 조치를 취하는 것과 장래 유사한 침해가 반복되는 것을 예방하는 것. 이들은 관계당국의 역량 형성과 예산 할당 등 광범위한 쟁점들을 다루는 법적 및 행정적 조치들을 포함할 수 있다.

241) Langford 외, *A Commentary*, 199

- 관련된 이행기관 종사자와 기타 정부 종업원들에 대한, 실체적 평등의 관점에서 이루어지는, 여성의 경제적 사회적 문화적 권리에 관한 훈련 프로그램을 촉진하는 것.
- 여성들을 지원하기 위한 접근가능하고 부담 가능한 프로그램 또는 제도들을 수립하는 것(예: 법률구조, 피난처, 성인교육프로그램, 농촌건강클리닉 등).
- 실체적 평등의 관점에서 조사방법의 효과성을 개선하는 것, 그리고 그 과정에 피해자의 관여를 개선하는 것.
- 규약 준수를 보증하기 위한 공공시설에 대한 정기적 검사의 이행(예: 여성교도소, 여성이주민이 수용되는 구금센터, 공사의 건강센터)
- 국가인권위원회 및/또는 여성인권위원회를 창설하는 것.
- 공사의 행위자들에 의한 차별을 비난하고 제재하기 위한 조치를 취하는 것.
- 잠정적 특별조치를 채택하는 것
- 공사의 행위자에 의한 여성인권침해 주장의 효율적이고 신속한 접수 및 처리를 위한 장치 또는 통로의 실행.
- 피해자들이 사법체계에 접근하는 것에 대한 법적 기타의 지원을 보증하는 것
- 위원회의 권고를 이행할 행동계획을 개발하고 그 계획을 실행할 시민사회단체와의 관계를 강화하는 것
- 사회권위원회의 권고를 이행하기 위하여 취해진 조치에 관하여 사회권위원회에 정부가 피드백을 제공할 시간범위의 설정
- 평등을 촉진하는 여성 비정부단체에 대한 자금지원
- 젠더 감사 및 젠더 및 인권 예산 분석
- 평등에 관한 젠더 기반 지표들의 개발

9) 위원회 견해에 대한 후속조치(제9조)

선택의정서 제9조는 진정에 관한 위원회의 견해와 권고를 발할 위원회의 권한을 수립하고 국가에 대해 후속조치절차의 기본적 틀을 창설하고 있다.

진정을 심사한 후 위원회가 당사국이 진정에서 주장된 침해가 저질렀다고 인정하는 경우 위원회는 그 견해를 권고와 함께 관련 당사자들에게 송부한다.

후속 조치로서 당사국은 위원회가 권고를 발표한 후 6개월 이내에, 위원회의 견해에 비추어 취해진 모든 조치에 관한 정보를 포함하는 서면 답변을 6개월 내에 위원회에 제출해야 한다.

위원회는 관련 당사국에게 규약 제16조 및 제17조에 따른 차기 정기보고서에 위원회의 견해와 권고에

대응하여 당사국이 취했던 모든 조치에 관한 상세한 정보를 제출하도록 요구할 수 있다.

선택의정서는 다른 조약기구들의 기존 관행을 근거로 형성되었음에도, 그 문언에 후속절차가 명시적으로 포함된 최초의 조약선택의정서이다.

2. 국가간 진정(제10조)

국가간 진정절차는 국가로 하여금 다른 국가가 저지른 규약 위반 주장에 관한 진정을 위원회에 제출할 수 있도록 하고 있다. 양국은 모두 선택의정서 당사국이어야 하고, 이 진정을 제기하기 위해서는 양국 모두 이 절차를 채택했어야(opted-in) 한다. 국가는 먼저 그 문제를 해당 당사국에게 알려야 하고 또한 위원회에도 통지할 수 있다. 그 문제가 6개월 내에 관련 양 당사국이 만족하도록 해결되지 않으면 어느 국가든 문제를 위원회에 이첩할 수 있다.

지금까지 이 절차는, 당사국들이 다른 당사국에 의한 조약위반 주장에 관하여 관련조약기구에 진정을 제기하도록 허용하는 규정을 포함하는 4개의 인권조약 중 어떤 것에 의해서도 이용된 적이 없다. 아마도 그 이유는 이런 유형의 절차가 갖는 정치적 함의 때문일 것이다.

3. 조사절차(제11조)

1) 개념과 의의

(1) 위원회가 당사국에 의한, 규약상 권리에 대한 심각하거나 grave) 체계적인(systematic) 침해에 관한 신뢰할 수 있는 정보를 입수했을 때 위원회 재량으로 실시할 수 있는 절차

(2) 의의

개인진정에서는 할 수 없는 침해의 구조적 원인 등 광범위한 쟁점들을 다룰 수 있게 됨으로써 진정절차를 보완함.

당사국 관할내에서 일어나는 광범위한 사회권 침해에 대한 대규모의 조사를 개시 수행할 수 있음

실무상 제약, 보복의 두려움, 자원 부족 기타 진정 본안과 무관한 이유들로 인하여 개인이나 집단이 진정을 제기할 수 없는 상황을 예상한 것임

심각한 인권침해에 대하여 다음 국가보고서 제출 때를 기다리지 않고 개입할 수 있지만, 반드시 개인 진정보다 더 시의적절하지는 않음

(3) 진정절차와의 차이점²⁴²⁾

구분	조사절차	개인진정절차
공식적 진정인/피해자	불필요	필요
익명 청원	가능	불가능
타인을 위한 조사	가능	불가능
국내구제절차 소진	불필요	필수
임시조치	불가	가능
opt-in	필요	불필요
타 기관의 사례	없음	많음

2) 요건

(1) 심각하거나 체계적인 침해 grave or systematic violation)

① 심각한 침해

심각한 침해는 침해의 심각성을 가리킨다. 여성에 대하여 그 생명, 신체 및 정신적 완전성 및 안정에 대한 권리의 침해와 연결된 차별은 하나의 예이다.

‘심각한’은 권리가 침해되는 정도, 침해되는 권리의 성격, 침해에 의해 영향을 받는 피해자의 수와 상태, 다른 권리에 대한 영향 등 침해의 즉각적인 그리고 장기적인 결과, 그리고 이들 요인들의 결합 등을 가리키는 것일 수 있다. 피해자의 수가 결정적이지는 않지만, 피해의 다발성은 그 침해가 심각하다는 것을 나타낼 것이다. 상당수의 피해자들에게 영향을 미치는 단일 사건기반의 침해도 ‘심각한’ 것으로 여겨질 수 있다. 적용의 높은 문턱을 적용하는 근거는 한 개인이나 개인들의 작은 집단에 대하여 저질러지는 단일한 침해는 조사절차를 정당화하지 못할 것임을 보여준다. 그럼에도 불구하고 단일한 높은 수준의 침해가 인구의 일부를 위협할 의도로, 그리고 처벌받지 않은 채 자행되는 경우처럼, 그런 침해가 조사절차를 정당화할 수 있는 상황들도 있을 수 있다.²⁴³⁾

심각한 침해가 단일행위일 수도 있고, 위원회는 단일한 “심각한” 침해에 대한 조사가 특정한 상황—예컨대 여성의 성기절단이나 일정한 직업을 갖기 위하여 국가에 의하여 강요되는 처녀성실험 등을 제거하기 위한 조치를 국가가 취하지 못하는 것—의 사실들을 근거로 할 때 적절하다고 결정할 수 있다.

② 체계적 침해

242) *Claiming Women’s Economic, Social and Cultural Rights*, 76쪽의 내용을 도표로 작성한 것임.

243) Langford 외, *A Commentary*, 120-121쪽.

체계적이란 용어는 침해의 규모 또는 유행도 또는 침해를 지시하는 정책이나 계획의 존재를 가리킨다. 즉 선택의정서 제11조가 말하는 ‘체계적 침해’는 대규모 또는 넓은 규모로 반복적으로 발생하거나, 국가의 작위 또는 부작위에 의하여 공인되거나 관용되는 침해를 의미하는 것으로 이해해야 한다.²⁴⁴⁾

심각한 수준에 이르지 않는 침해라도 어떤 패턴이 있다면 또는 학대가 어떤 계획이나 정책에 수반되어 자행된다면 조사 대상이 될 수 있다. 국가의 직접적 의도가 없는 침해라도 성격상 체계적일 수 있다. 예컨대, 농촌지역의 인구통제정책이 결과적으로 원주민 여성 집단의 동의 없는 대규모 불임수술로 이어지는 경우가 그렇다(미주인권재판소의 Mamerita Mestanza 사건).²⁴⁵⁾

제11조 2항 기초과정에서 나온 어떤 문구도 ‘체계적’이라는 용어가 공식적 또는 비공식적 국가정책이나 계획의 존재를 암시한다는 점을 시사하거나 침해를 자행하거나 허용하려는 국가의 의도의 증거를 요구하지는 않는다. 그러나 여성차별철폐협약 선택의정서와 고문방지협약 제20조의 조사절차에 따른 관행은 이러한 해석을 확인해 준다. ‘심각한’ 침해 개념과 마찬가지로, ‘체계적’ 침해 개념도 추상적으로 확인될 수 있는 일정한 양적 및 질적 요소들을 포괄하지만, ‘체계적’이란 용어의 해석은 사실의존적이어서, 이들 요소를 전체적으로 맥락적으로 평가하는 것을 요구한다.²⁴⁶⁾

(2) 신뢰할 수 있는 정보(reliable information)

“신뢰할 수 있는”이란 용어는 위원회가 그 정보가 그럴듯하고 믿을 수 있다(plausible and credible)고 인정한다는 의미이다. 신뢰성의 기준을 평가함에 있어서 위원회는 제출된 정보의 구체성, 확증을 위한 증거 유무, 다른 소스에서 나오는 정보와 일치하는지 여부, 정보원이 사실발견 및 보도에 믿을만한 기록을 갖고 있는지 여부, 정기보고제도의 국가별보고서의 맥락과 상황, 다른 유엔기구나 전문가, 지역인권기구, 비정부단체, 여성단체, 기관, 난민과 국제적 실향민과 함께 일하는 단체 등으로부터 나오는 정보 등을 조사할 수 있다. 그런 정보의 원천이나 그것이 접수되는 형식과 관련한 제한은 없다.

조사절차는 침해의 패턴을 입증하기에 더 나은 지위에 있을 비정부단체에 의해 개시되는 경우가 가장 흔하다. 그럼에도 사회권위원회에 정보를 제공하고 제공된 정보에 따르면 조사는 정당하다고 제안하는 개인의 행위가 금지되는 것은 아니다.

3) 진행절차

조사를 촉발할 목적으로 위원회에 제출되는 정보는 그 정보가 이 목적을 위하여 제출되었음을 명시적으로 기술해야 한다. 개인, 시민사회, 지방, 국내 및 국제 인권조직 등 어떤 정보원으로부터도 정보는 수

244) Langford 외, *A Commentary*, 121쪽.

245) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 77쪽.

246) Langford 외, *A Commentary*, 122쪽.

령될 수 있다. 나아가 국가보고과정에서 나오는 정보는 형식과 실질에서 제20조의 조사가 정당하다고 위원회에 제안하기에 충분하다.

사회권위원회가 규약에 정해진 권리의 심각하거나 체계적인 침해와 관련된 정보를 수령하면, 위원회는 그것을 조사하여 그 정보가 신뢰할 만한 것인지와 심각하거나 체계적인 권리침해를 보여주는 것인지 여부를 결정한다. 조사를 진행하기 위하여 필요한 경우 위원회는 동일한 정보원으로부터 또는 다른 정보원으로부터 추가적 정보 요청도 할 수 있다.

전체 절차는 비공개이며, 관련 국가의 상담과 협력 속에서 수행된다.

조사절차를 따르기로 동의한 당사국에 의한 체계적인 경제적 사회적 문화적 권리 침해에 관한 정보를 수령한 후에, 사회권위원회는 당사국이 관련 정보에 관한 답변이나 정보를 제출함으로써 협력해 줄 것을 요청한다.

이런 정보를 근거로 위원회는 비공개 조사를 수행하여 긴급보고서를 제출할지 여부를 결정한다.

4) 국가 방문

조사절차는 당사국 영역 방문을 포함할 수 있고, 방문의 일부로서 청문을 행할 수도 있다. 당사국의 동의는 방문 및 방문시에 벌어질 청문에 필수조건이다. 고문방지조약이나 여성차별철폐협약 절차에서도 방문을 예정하고 있다.

당사국 방문은 국가, 피해자, 기타 관련 조직과의 공개적인 건설적 대화를 열고 상황을 더 상세하게 조사하기 위한 조사의 핵심요소이다. 대부분의 유엔조약기구, 유엔특별보고관 및 지역인권기구들은 조사대상국의 인권상황에 대한 현지조사를 할 능력을 갖춘 권한 있는 기구를 제공한다.

5) 구제²⁴⁷⁾

조사절차에 따르면 위원회는 체계적 권리 침해에 책임이 있는 불법적 행위의 유형—때로는 구조적이거나 제도적으로 승인된 작위 또는 부작위—을 취급 분석한다. 포괄적 분석은, 위원회에게 불법적 행위의 맥락과 상황에 대응할 조치, 구제 및 배상에 관하여 폭넓게 생각할 기회를 제공한다.

그 논리구조를 고려하면 조사절차에서의 구제는 진정절차의 구제보다 더 공익지향적일 것으로 예상된다. 위원회는 여성들의 삶을 틀지우는 구조적 불평등을 시정하기 위하여 노력해야 한다.

진정절차에서 진정인들은 구제를 둘러싸고 전략화할 수 있는 반면, 조사절차에서는 여성단체나 비정부단체가 구체적 구제를 요구할 여지는 적다.

247) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 80쪽.

개인들과 비정부단체들은 국가방문을 위원회에 정보를 제공할 기회로 이용하거나, 다른 유엔기구 또는 정기보고의 그림자보고서 제출을 통해 상황을 고발할 수 있다.

조사절차는 비공개이지만 인권침해의 체계적 유형에 영향을 줄 수 있고, 넓은 사회부문에 영향을 미치는 공공정책의 내용, 지향 또는 이행에 도전할 수 있고, 민주적 제도의 질을 개선할 법적 구조적 개혁을 촉진할 수 있다.

6) 역외 의무²⁴⁸⁾

조사절차는 개인진정절차에 비하여 역외의무 위반에 대한 불만의 표현을 위한 더 큰 가능성으로 여겨질 수 있다. 개인진정은 당사국의 “관할 하”라는 제약을 도입하고 있는 반면 조사절차의 개시에 관한 문언은 그런 표현을 포함하지 않고 있기 때문이다.

일정한 기능이 다른 국가나 비국가행위자에 의해 수행되고 있는 경우에도 국가는 자신의 성실한 주의를 다할 그 의무를 위임할 수는 없다. 궁극적으로 영역국뿐만 아니라 그 영역에 대한 관할권 또는 실효적 통제권을 행사하는 국가도 이 성실한 주의 의무가 이행되도록 보장할 책임이 있다.

7) 후속조치(제12조)

(1) 조사사실과 위원회 논평 및 권고를 고지받은 후 6개월 후 위원회는 당사국에게 조사에 대응하여 당사국이 취한 조치가 있다면 그것에 대하여 알려달라고 요청할 수 있다. 추가적 조치에 관하여 계속 알려줄 것을 요청할 수도 있다.

(2) 위원회는 관련 당사국에게 차기 정기보고서에 권고를 이행하기 위하여 당사국이 취할 모든 조치의 상세한 내용을 포함시켜줄 것을 요구할 수 있다.

4. 일반조항

1) 보호조치(제13조)

당사국은 그 관할하에 있는 개인들이 이 선택의정서에 따라 위원회에 진정을 제기한 결과로 어떤 형태의 불리한 대우나 위협을 받지 않도록 보증하기 위하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다.

248) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 80쪽.

2) 국제적 지원과 협력(제14조)

(1) 위원회는 적절하다고 인정하는 경우 당사국의 동의를 얻어 기술적 조언이나 원조의 필요성을 보이는 진정이나 조사와 관련한 위원회의 견해나 권고를, 이들 견해나 권고에 관한 당사국의 진술과 제안과 함께, 유엔전문기관, 기금 및 프로그램 기타 권한 있는 기구들에 송부해야 한다.

(2) 위원회는 당사국의 동의를 얻어 선택의정서에 따라 심의된 진정으로부터 나오는 문제를, 각 그 권한분야 내에서 당사국이 규약상 인정된 권리의 이행에 있어서 진보를 성취하는 것을 돕는데 기여할 가능성이 있는 국제적 조치의 조언가능성에 관하여 결정하는데 도움을 줄 수 있는 그런 기구들에게 알릴 수 있다.

(3) 관련 당사국의 동의를 얻어, 당사국에, 규약에 포함된 권리들의 고양된 이행을 위하여, 전문가 및 기술지원을 제공하고 그에 따라 이 선택의정서의 맥락에서 경제적 사회적 문화적 권리의 영역에서 국가역량을 증진하는데 기여할 목적으로, 총회의 관련절차에 따라, 유엔의 재정 규칙들에 따라 운영될 신탁기금이 설치되어야 한다.

3) 연례보고(제15조)

위원회는 이 선택의정서에 따른 활동의 요약을 그 연례보고서에 포함시켜야 한다.

5. 기타 선택의정서의 독특한 특징들 (내용설명 생략)

- 허용가능성에 대한 새로운 기준들(제3.2.a.)
- 명확한 불이익 또는 일반적 중요성이 있는 심각한 문제 조항(제4조)
- 우호적 합의 규정(제7조)
- 위원회가 다른 국제기구나 지역기구 및 잠재적으로는 제3자로부터 나오는 서면자료를 조회할 수 있다는 명시적 허용(제8.3조)
- 진정을 심의하기 위한 심사기준: 당사국이 취한 조치의 상당성(제8.4)
- 진정절차를 국제적 지원 및 협력 장치와 연결될 수 있도록 한 규정(제14조)
- 당사국에 규약상 권리의 고양된 이행을 위한 전문가 및 기술지원을 제공할 목적의 신탁기금의 설립(제14조)

III. 선택의정서에 따른 개인진정 사례

1. 개인진정의 기본적 통계²⁴⁹⁾

1) 접수 및 처리²⁵⁰⁾

이런 논란 끝에 발효된 선택의정서는 지금까지 유의미한 성과를 거두고 있다. 2023년 8월 21일 현재, 사회권위원회가 처리한 개인진정은 모두 104건이며, 이 가운데 본안판단이 이루어진 것은 13건이고 그 중 규약위반이 인정된 사건은 모두 10건이다.²⁵¹⁾ 그밖에 본안기각 3건, 허용불가로 각하 26건, 취하 등으로 불속행결정 65건이다. 이를 국가별로 보면 스페인이 94건으로 압도적으로 많고 에콰도르가 4건이며, 그 밖에 아르헨티나, 벨기에, 이탈리아, 룩셈부르크, 포르투갈, 프랑스가 각 1건씩이다. 제기연도별로는 2018년에 64건으로 가장 많으며 2019년에 13건이었으나 이 두 해를 제외한 나머지 해에는 2013년-2021년까지 연간 1-8건 정도에 그치고 있다.

한편 사회권위원회에 계류되어 있는 진정은 2023년 5월 31일 현재 기준으로 207건이며, 스페인이 152건으로 압도적으로 많고 다음이 이탈리아로 41건이며, 포르투갈 4건, 아르헨티나 3건, 핀란드와 프랑스 각 2건이며, 그밖에 벨기에, 핀란드, 우루과이, 베네수엘라가 각 1건이다.²⁵²⁾

위의 처리 통계와 계류 중 통계를 합쳐보면 2013년 선택의정서가 발효된 이후 사회권위원회에 접수된 개인진정은 모두 311건이며, 이 중 104건이 처리되었고, 207건이 계류 중이다. 이는 연평균 30건 정도의 개인진정이 제출되고 있음을 의미한다. 이 정도의 성과가 긍정적인지 여부에 대하여 평가하는 것은 현재로서는 시기상조인 듯이 보이지만, 이 제도의 성과를 예측하기 위해서 자유권규약 선택의정서에 따른 개인진정과 비교해볼 필요는 있을 것이다.

1976년에 발효된 자유권규약 선택의정서에 따른 개인진정의 경우 계류 중인 사건에 대한 통계가 제공되지 않고 있어 불가피하게 처리건수 통계를 이용하여 비교해 보기로 한다. 즉 기간을 동일하게 설정하여 같은 기간에 얼마 정도의 사건이 처리되었는지를 살펴본다.

249) 이하의 통계는 유엔인권최고대표사무소에서 제공하는 데이터베이스에 의거하여 작성한 것이다. <<https://juris.ohchr.org/AdvancedSearch>>, 검색일: 2023.8.23. 이 데이터베이스의 의문점 하나는 본안에서 인용된 하나의 진정이 이 데이터베이스에서는 검색되지 않는다는 것이다. 2019년에 제기된 Aicha Naser v. Spain(2022) 사건인데, 위원회의 견해 자체는 <<https://gi-escr.org/files/108/UN-Committee-of-Economic-Social-and-Cultural-Rights/194/AichaNaservSpain.pdf>>에서 찾을 수 있다. 데이터베이스 오류로 보인다.

250) 2023년 12월 16일 기준으로는 후속조치 건을 제외하고 사회권위원회가 처리한 진정은 112건이고, 본안판단 15건(인용 12, 기각 3), 허용불가 27건 및 불속행 70건이지만, 통계분석은 자료 파악이 가능한 2023년 8월까지만 이루어졌다.

251) 본안판단이 이루어진 사건 중 통계 분석이 끝난 후 처리된 진정 1건과 데이터베이스 오류로 누락된 진정 1건도 통계분석에서는 빠졌지만 이 보고서 본문 및 부록에 수록하였다(본안판단 사건 14와 15).

252) 사회권위원회에 계류중인 개인진정 통계는 유엔인권최고대표사무소의 다음 자료에 의거한 것이다. <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/cescr/CESCR-PendingCases-31May2023.xlsx>>, 검색일: 2023.8.23.

표 4 개인진정 불속행 처리의 사유별 통계

유형	건수
단순 취하	4
취하/중단요청(목적달성)	28
연락 두절	14
의견미제출	18
미상	1
계	65

위의 표는 개인진정에 대해 불속행 처리한 사건들을 그 사유별로 정리한 것이다. 사회권규약 선택의정서에 따른 개인진정이 운영된지 이제 11년째이므로(2013-2023), 자유권규약 선택의정서에 따른 개인진정의 경우도 초기 11년간, 즉 1976-1986의 통계를 비교해 보면, 사회권규약 선택의정서의 개인진정 처리건수가 104건인데 비하여, 자유권규약 선택의정서의 개인진정 처리건수는 96건으로 전자가 더 많다. 반면 처리된 것 중 본안심사까지 나아간 것은 사회권이 13건에 그치는데 반하여, 자유권은 61건에 달한다. 이에 반하여 사회권의 경우 불허사건은 26건이고 불속행사건(Discontinuance decision)이 65건인데 비하여 자유권의 경우 불허사건은 35건이지만 불속행사건은 1건도 없다. 사회권 진정 중 불속행사건의 경우에도 그 구체적 사유는 진정인의 취하, 사회권 침해 조치의 무효화, 진정인과의 계속된 연락 두절 등을 주된 이유로 하고 있다.

위의 표에서 단순취하는 개인적 사유 또는 구체적 사유를 알 수 없는 진정인의 취하로 불속행처리된 경우이며, 연락두절은 반복된 접촉에도 불구하고 진정인 또는 피해자와 연락이 되지 않는 경우이고, 의견미제출은 당사국의 견해 표명이 있는 후 계속되는 요청에도 불구하고 진정인이 어떤 의견 표명도 하지 않는 경우이다. 미상은 웹사이트에 첨부결정서가 누락되어 구체적 사유를 확인할 수 없었던 경우이다. 취하/중단요청은 진정을 제기한 목적이 상당 부분 달성되어 진정인 등 당사자가 진정을 취하하거나 위원회의 판단으로 더 이상 심사를 진행할 필요가 없다고 판단한 경우이다. 이런 경우는 전부 주거권 관련 진정과 관련된 것인데, 진정인에게 사회적 주택이 배정되었다거나 퇴거된 진정인에게 대체주거가 제공되었다거나 당사국의 지원으로 새로운 임대차 계약을 체결했다거나 하는 경우들이다. 즉 이런 경우는 사회권 위원회가 본안판단을 내리지는 않았지만 사실상 진정의 목적을 전부 또는 상당 부분 달성한 것으로 보아야 하므로 이를 불허사건과 동일하게 취급할 수는 없다. 이러한 사실에 비추어보면 사회권 진정의 경우 자유권 진정에 비하여 결코 그 수가 적지 않을 뿐 아니라 본안판단 건수는 적지만 본안판단에 비견할만한 사유의 불속행사건이 상당히 많다는 점에서 경제적 사회적 문화적 권리의 보호에 매우 긍정적인 역할을 할 것으로 예상된다.

한편 자유권 개인진정의 경우 선택의정서 발효 후 48년이 지난 현재까지 내려진 불속행결정을 모두 합쳐도 195건에 불과한데(일부는 진정인과 당사국 사이에 일정한 합의가 이루어진 경우이다), 사회권 개인진정에서는 초기 10년 남짓한 짧은 기간 동안인데도 목적달성으로 인한 불속행결정이 28건에 달하고 있어, 개인진정이 경제적 사회적 문화적 권리의 존중과 보호 및 실현에 직간접적으로 큰 기여를 할 수 있음을 시사한다.

2) 침해된 권리별 통계

한편 현재까지 제기되어 처리되거나 계류 중인 개인진정에서 각 개인이나 개인들의 집단이 침해당했다고 주장하는 규약상의 권리는 주로 어떤 것이었는지도 주의깊게 볼 필요가 있다. 그리고 개인진정의 권리별 분류는 여러 나라에서 선택의정서의 비준에 일정한 영향을 미칠 것이다. 인권친화적 국가의 경우에는 진정을 통하여 사회권위원회가 제시하는 견해 및 권고에 따라 그 나라에서 문제되는 특정 권리 실현과 관련한 국내 제도의 미비점을 시정할 수 있는 기회를 갖게 된다는 점에서 비준에 긍정적 영향을 미칠 것이다. 반대로 인권의 보호와 신장을 정부 정책의 방향에 대한 걸림돌로 인식하는 국가의 경우에는 선택의정서의 개인진정이 다양한 권리 구제에 효과적이면 효과적일수록 비준하기를 꺼리는 경향으로 나타날 수도 있다. 결국 이 문제는 얼마나 많은 국가들이 최대한 짧은 기간 내에 선택의정서를 비준할 것인가에 따라 그 전망도 달라질 수밖에 없을 것이지만, 현재로서는 어느 쪽으로도 예측하기는 시기상조일 것이다.

현재까지 제기되어 사회권위원회가 처리한 104건의 개인진정에서 침해되었다고 주장된 규약상의 권리를 보면 다음과 같다.

<표 5> 개인진정사건에서 제기된 사회권규약상의 권리

사회권 규약의 규정(권리)		건수(중복 포함)		
조항	권리	처리	계류 중	계
2	평등, 비차별	6	2	8
3	남녀평등	2	1	3
4	권리 제한	1	0	1
5	규약을 이유로 한 권리 제한의 불허	0	0	0
6	근로의 권리	1	5	6
7	근로조건에 관한 권리	10	6	16
8	노동3권	1	1	2

사회권 규약의 규정(권리)		건수(중복 포함)		
조항	권리	처리	계류 중	계
9	사회보장권	9	1	10
10	혼인, 출산, 어린이 및 연소자 보호	2	2	4
11	식량, 의복, 주거 및 적절한 생활수준에 대한 권리	76	202	278
12	건강권	3	14	17
13	교육권	1	2	3
14	무상의무교육 계획 채택	0	0	0
15	문화생활 및 과학 진보의 혜택에 대한 권리	2	2	4
계		114	238	352

이 표는 선택의정서의 취지가 최소한 개인진정의 신청단계에서 잘 구현되고 있음을 보여준다. 앞서 보았듯이 선택의정서의 기초 과정에서 가장 논란이 되었던 쟁점 중의 하나가 어떤 권리를 진정 대상으로 할 것인가였다. 일부 권리에 한정하자든가, 당사국이 선택하도록 하자든가 하는 여러 가지 이견이 있었지만 결국 규약에서 보호하는 모든 권리를 그 대상으로 한다는 데 의견이 모아졌고 이러한 내용이 실무단에서도 유엔총회에서도 표결을 거치지 않은 채 합의로 채택되었음은 앞서 살펴본 바 있다. 그런데 참으로 공교롭게도 선택의정서가 발효된 지 불과 10년 남짓밖에 되지 않았음에도 사회권규약이 선언한 모든 경제적 사회적 문화적 권리, 즉 규약 제2조에서 제15조에서 정한 모든 권리들과 관련된 개인진정이 빠짐 없이 제기된 것이다. 비록 특정 권리(제11조의 주거권)에 가장 많은 진정이 집중되어 있지만, 다른 여러 권리들의 보호에 대한 사람들의 갈구는 참으로 간절하다는 것, 이러한 갈구를 충족시키기에 국내적 장치가 매우 미비하다는 것, 그리고 국제사회는 물론 당사국들이 이러한 경제적 사회적 문화적 권리 실현의 요청을 더 이상 무시할 수도 없고 무시해서도 안 된다는 것을 이 표를 통해서 생생하게 느낄 수 있다. 아마 이 점은 비준을 앞두고 있는 모든 나라에서 진지하게 고려해야 할 대목일 것이다.

2. 본안전 결정 사례: 허용가능성 관련(불수리)

위원회는 스페인에 대해 선택의정서의 효력이 발생된 후에도 계속된, 수형자에 대한 감액된 비기여장 애급여의 지급을 규약 제3(2)(b)의 목적상 계속적 침해로 취급했다.²⁵³⁾

위원회는 규약 위반에 해당할 수 있는 사실이 “단순히 그 효과나 결과들이 시간적으로 확장된다는 이

253) *Rodriguez v. Spain*(2016).

유만으로 계속적 성격을 갖지는 않는다”는 점을 분명히 했다.²⁵⁴⁾ 그러나 국내법원이나 재판소가 당사국에 대해 선택의정서가 발효된 날 이후에 규약상 권리의 침해를 구제할 실제적 기회를 가지는 경우에는 진정이 잠정적으로(ratio temporis) 허용될 수 있을 것이다.²⁵⁵⁾ 위원회의 잠정적 관할권에 속하는 “사실들”에 해당하기 위해서는, 관련된 국내적 법절차들이 순전히 형식적인 점이나 법률의 오류에 대한 고려²⁵⁶⁾ 또는 진정인들이 주장하는 침해에 대한 배상을 제공할 가능성이 없는 추상적 절차²⁵⁷⁾와는 반대되는 의미에서 침해라고 주장되는 것을 구제할 수 있어야 한다.

다른 국제 및 지역의 인권진정장치의 관행에 맞추어서 위원회는, 어떤 구제절차가 경유되었어야 하는지를 명확히 제시하고 왜 관련된 구제들이 “적절하고 효과적”인지를 보여줄 책임은, 처음에 국내구제절차 경유 미비를 근거로 한 허용불가능성을 제기하는 당사국에게 있다.²⁵⁸⁾ 나아가 위원회는 규칙의 목적상 국내구제절차는 “처음에 주장된 침해를 야기한 사건과 직접 관계가 있는 피해주장자 또는 그 대리인이 추구할 수 있는 통상적이든 비상시든 국내법질서내에서 이용할 수 있고, 일견, 합리적으로 생각하면 규약위반이라고 주장되는 것을 구제하기에 효과적이라고 여겨질 수 있는 모든 구제절차”임을 명확히 했다.²⁵⁹⁾ 이런 정의는 진정인이나 그 대리인이 진정을 준비하고 국내구제절차 경유의 증거를 제공하기에 충분할 만큼 국내법원의 종국결정을 잘 알고 있을 때에는, 1년 시한을 계산하기 위한 기산점으로서 적절하다.²⁶⁰⁾ 그러나 국내구제절차 경유 의무는 관련 구제절차가 효과적인 경우에만 적용된다고 하더라도, 단순히 국내구제절차가 예컨대 법원체계의 지연 때문에 비효과적이라는 인식만으로는 진정인이 국내구제절차 경유 의무를 면할 수 없다.²⁶¹⁾

위원회는 에콰도르 사회보장계획상 급여를 받을 권리와 관련하여 적법절차 및 적시의 정보접근의 부재에 관한 진정인의 진정은 교육상 권리의 침해와 관련되어 있지 않다는 당사국의 주장을 거부했다. 위원회에 따르면 절차적 불규칙성과 효과적인 사법적 구제의 부재는 규약 제9조에 따른 사회보장을 받을 권리의 침해와 “밀접하게 연결”되어 있고 그로부터 “분리할 수 없는” 것이었다.²⁶²⁾ 이 결정은 절차적 보증은 규약이 보호하는 경제적 사회적 문화적 권리의 불가결한 요소임을 명백히 확립하고 있다. 따라서 진정이 당사국에 의한 규약상 권리 보호에 있어 심각한 절차적 불규칙성을 주장할 때 그 진정은 규약과 양립할 수 있을 것이다.²⁶³⁾

254) *Merino Sierra v. Spain*(2016); *Flores v. Ecuador*(2017).

255) *I.D.G. v. Spain*(2015), 단락 9.3; *Calero v. Ecuador*, 단락 9.4-9.5.

256) *I.D.G. v. Spain*(2015).

257) *Flores v. Ecuador*

258) *I.D.G. v. Spain*(2015).

259) *Medina v. Ecuador*(2018)

260) *Rodriguez v. Spain*(2016), Communication no. 1/2013, E/C.12/57/D/1/2013, <https://digitallibrary.un.org/record/833421/files/E_C.12_57_D_1_2013-EN.pdf?ln=en>.

261) *A.M.B. v. Ecuador*(2016)

262) *Calero v. Ecuador*(2018)

263) Sandra Liebenberg, “Between Sovereignty and Accountability: The Emerging Jurisprudence of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights Under the Optional Protocol”, *HUMAN RIGHTS QUARTERLY* 42

규약 제3(2)(e)에 포함된 허용가능성 기준들—근거를 잘 갖추고 적절한 증거를 갖출 것—은, 당사국에게 규약상 권리의 침해에 대한 믿을 수 있는 주장들에 대응할 공정한 기회를 제공하기 위해서, 그리고 위원회가 선택의정서에 의한 진정을 평가하기 위한 충분한 사실적 근거를 가질 수 있도록 하기 위한 것으로 중요하다.²⁶⁴⁾ 이런 맥락에서 위원회는 매우 신중하게 자신의 역할을 국내사법당국의 역할과 명확히 경계지으려고 시도했고, 그 결과 위원회는 자신의 역할이 국내법의 적용을 포함하여 특정한 진정에서 묘사된 사건들이 규약상 경제적 사회적 문화적 권리에 대한 당사국의 침해를 드러내는지 여부를 분석하는 데에만 한정된다고 판단했다.²⁶⁵⁾ 각 개별 사건에서 사실과 증거를 평가하는 것뿐만 아니라 적용가능한 국내법을 해석하는 것은 국내법원의 책임이다. 위원회는 국내법원에 의한 증거의 평가나 국내법의 해석이 “명백히 자의적이거나 정의의 부정에 상당하는 것”이어서 규약상의 권리 침해에 이를 때에만 개입할 것이다.²⁶⁶⁾ 진정제기자들은 위원회에 “이들 상황 중의 하나가 적용된다는 것을 보여줄 충분한 정보와 서류증거”를 제공할 일차적 책임을 진다.²⁶⁷⁾ 즉 진정인들이 그저 국내법원이 적용가능한 사실이나 국내법을 잘못 해석했다는 주장에만 의거하는 것으로 충분하지 않다. 그들은 관련된 사실들에 대한 국내법의 해석이나 적용이 규약이 부과하는 의무 위반에 이른다는 점을 증명해야 한다.²⁶⁸⁾ *Calero v. Ecuador*에서 당사국은 진정이, 국내의 행정 및 사법적 결정을 번복할 것을 구하면서 위원회가 ‘제4심급’으로 행동하도록 요구하고 있는 것이라는 점에서 진정은 명백히 근거가 없다고 주장했지만, 진정인이 국내당국에 의한 증거평가나 국내법해석을 문제 삼지는 않았고, 오히려 사회보장기관이나 국내법원들에 의한 관련법률 및 그 해석이 규약 제9조에서 정한 그의 사회보장권 침해에 해당한다는 것이었다는 근거로, 위원회는 당사국의 주장을 받아들이지 않았다.²⁶⁹⁾

나아가 위원회는 진정인이 규약 제2(2)에 따른 사회보장권과 관련하여 성차별 주장을 명시적으로 제기하지는 않았지만 그 주장은 충분한 증거를 갖추었다고 인정했다.²⁷⁰⁾ 진정인의 사회보장권과 관련하여 성차별에 명시적으로 의거하지 않았던 것은 국내구제절차 경우 원칙에 따라 어려움을 제기할 수도 있었지만, 당사국이 이런 근거로 반대하지는 않았기 때문에 이 점은 고려되지 않았다.²⁷¹⁾

제3(2)(c)의 기결(res judicata) 또는 계류 중(litispence) 요건과 관련하여 위원회는 인권위원회와 유사한 접근을 채택했다. 즉 다른 국제적 조사나 합의 절차에 의하여 심사된 경우, 그 절차에 의한 심사가 (1) 동일한 문제, 즉 동일한 당사자, 동일한 사건 및 동일한 실체적 권리와 관련되었고, (2) 순전히 형

(2020), 60쪽.

264) *Coelho v. Portugal* (2017), communication No. 21/2017, E/C.12/61/D/21/2017, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2F61%2FD%2F21%2F2017&Lang=en>.

265) *Rodriguez v. Spain; Medina v. Ecuador*.

266) *Medina v. Ecuador*

267) *Medina v. Ecuador*

268) *Medina v. Ecuador*

269) *Calero v. Ecuador*

270) *Calero v. Ecuador*

271) *Calero v. Ecuador*

식적인 허용가능성 기준들의 심사를 넘어서 본안에 대한 충분한 고려를 포함한 것이었다면, 그런 진정은 허용될 수 없을 것이다.²⁷²⁾

선택의정서 제4조에 대한 위원회의 해석은 이 규정이 선택의정서에 따른 진정심사에 대한 절차적 장애가 될 것이라는 우려를 덜어주어야 한다.²⁷³⁾ 위원회는 이 규정은 “자구 및 체계적 해석”에 따르면 선택의정서에 따른 진정의 허용가능성 요건을 구성하지는 않는다고 판시해 왔다. 대신 그 조항은 위원회에게 “그 기능들을 가장 잘 수행하는 것에 자원을 집중하기 위하여 필요한 경우에는 최소 수준의 심각성을 충족하지 못하는 진정을 심사하지 않을 재량적 권한”을 부여한다.²⁷⁴⁾ 이러한 재량을 행사하는 데 있어서는 위원회의 기존 법리, 사건의 상황, 주장되는 침해, 그리고 피해자라고 주장하는 사람의 개인적 상황에 대한 침해의 잠재적 효과들 등 많은 요소들이 고려되어야 할 것이다.²⁷⁵⁾

3. 본안판단 사례²⁷⁶⁾

1) *I.D.G. v. Spain* (2015)

- 사건번호: 2/2014
- 진정인: 1965년 6월 28일 생 스페인 국적의 여성인 I.D.G.
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2014. 1. 28.
- 견해채택일: 2015. 6. 17.
- 주제: 사법절차의 통지 미전달에 따른 퇴거
- 절차적 쟁점: 시간적 관할, 구제절차 경유.
- 실체적 쟁점: 주거권에 영향을 미치는 모기지집행절차의 적절한 통지 유무
- 관련 조항: 규약 제11조 및 제2조 제1항.

- **의의:** 기록적 실업률과 모기지지급불능에서 비롯된 압류와 퇴거의 홍수를 낳았던 2007-2008 스페

²⁷²⁾ *Merino Sierra v. Spain*(2016)

²⁷³⁾ Sandra Liebenberg, 앞의 글, 63쪽.

²⁷⁴⁾ *Djazia and Bellili v. Spain*(2017), Communication No. 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015, <https://digitallibrary.un.org/record/3994251/files/E_C.12_61_D_5_2015-EN.pdf?ln=en>.

²⁷⁵⁾ *Djazia and Bellili v. Spain*(2017). 이 점에 관하여 위원회는 유럽인권재판소의 법리를 인용했다고 한다. Sandra Liebenberg, 64쪽 주 86.

²⁷⁶⁾ 본안 판단이 이루어진 15건의 결정 전문은 부록 참조. 단, 부록에서는 진정인과 당사국의 주장을 정리한 부분은 생략했음.

인의 재정위기에서 발생한 사건으로 본안에 관한 최초의 실체적 판단이 이루어진 사례. 규약상 권리 보호에서 절차적 보장이 할 수 있는 역할을 예시하고 절차적 기준에 의존하는 것이 어떻게 재판기구가 국가의 실체적 정책선택을 불필요하게 침해하지 않으면서 경제적 사회적 문화적 권리를 보호하는데 도움을 줄 수 있는지를 보여준다.

- **사실관계:** 진정인은 모기지론계약을 맺고 거주해 왔으나 모기지 상황을 몇 차례 빠뜨렸는데, 대출기관은 바로 모기지집행절차 개시를 법원에 신청했다. 법원은 소송 제기 사실을 진정인에게 통지하려 했으나 4회 인편 연락에 실패한 후 공시송달을 실시하고 강제집행절차를 허용하였고, 진정인의 집에 대한 경매 명령 통지를 받고 나서야 진정인은 그 사실을 알게 되었다. 그 결과 그녀는 규약 제9조의 주거권에 근거하여 이 절차에 대한 법적 방어를 시작할 수도 없었다.
- **결론: 인용.** 부적절한 고지가 진정인의 주거권 침해에 해당하며, 이러한 침해는 사후에 당사국에 의해 구제되지 못했다.
- **권고:** 진정인과 관련해서는, 당사국이 위원회의 일반논평 4호 및 7호를 고려하여, 그 재산의 경매가 적법절차에 의한 보호와 과정 없이 진행되지 않도록 보증할 것과 법적 비용 보전을 권고하였다. 마지막으로 유사한 침해가 장래에 반복되지 않도록 보장할 목적으로, 위원회는 스페인에게 국내 모기지집행법을 일반논평 7호에 제시된 견해 및 위원회의 견해들에서 강조된 절차적 원칙들과 부합하도록, 적절한 입법적 또는 행정적 조치를 채택할 것을 권고했다.

2) *Lopez Rodriguez v. Spain* (2016)

- 사건번호: 1/2013
- 진정인: 성인인 스페인 국적자 Miguel Ángel López Rodríguez
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2013. 11. 6.
- 견해채택일: 2016. 3. 4.
- 주제: 교도소내 부양비용을 수형자가 종래 받아오던 비기여성 장애급여에서 공제한 조치가 사회보장권 및 평등권 침해인지 여부
- 절차적 쟁점: 제소기간 도과 여부, 시간적 관할권 유무
- 실체적 쟁점: 사회보장권 및 차별 없이 이 권리에 접근할 권리
- 관련 조항: 규약 제2조 및 제9조

- **의의:** 개인의 사회보장급여 감액 및 이와 함께 제기된 그러한 감액에 관련된 차별 주장들에 적용할 수 있는 심사모델을 개발할 기회를 위원회가 가진 사건. 사회보장권에 직접적으로 근거를 둔 진정한 주장의 요소와 관련하여 위원회가 적용한 상당성 기준은 비례성 분석 요소를 구체화하고 있다. 이 심사모델은 문제된 조치의 목적과 관련하여 규약상 권리의 향유에 비례성 없는 영향을 미치는 작위 또는 부작위에 대해 국가에 책임을 물으려고 하는 것이다. 그러나 위원회가 이 사건에서 채택한 접근은 규약상 권리에 대한 비례성 없는 영향에 대한 설득력 있는 증거 제출의 입증부담을 직접 진정한에게 부과하였다. 게다가 위원회는 사회보장자원을 보전하려는 정당한 목적을 달성하기 위하여 당사국이 이용할 수 있는 덜 제한적인 조치가 있었는지에 대한 엄격한 조사를 수행하지 않았다. 이 점에서 *Djazia and Bellili v. Spain* 사건과는 대조적이다.
- **사실관계:** 안달루시아 지역정부의 평등 및 사회복지부가 투옥 후 장애가 있는 수형자에게 비기여성 장애급여의 현금액을 감액하였다. 감액의 법적 근거는 당국이 수형자들에게 지불될 급여를 계산할 때 그들이 받는 “복지성격...의 자산과 권원들”을 고려하도록 요구하는 일반사회보장법의 규정이었다. 사전구제절차에서 법원은 수형자의 유지비용이 그들의 소득 및 세입의 일부로 여겨질 수 있고 따라서 그들의 비기여성 사회보장급여에서 공제될 수 있다고 확인했다. 진정한은 그러한 장애급여 감액은 첫째, 진정한은 당사국의 당국이 수형자들과 그 가족구성원들이 그들이 투옥되기 전에 획득한 사회보장급여자격을 유지하도록 보장해야 한다는 점에서 그러한 감액은 규약 제9조에 있는 사회보장권의 침해에 해당하며, 둘째, 감액은 제9조와 결합하여 독해할 경우 규약 제2(2)조를 위반한 차별적 대우를 구성한다고 주장했다. 즉 진정한은 자신이 유사한 처지에 있는 세 집단과 비교하여 불리한 대우를 받았다고 주장했다. 즉, (1) 감옥에서 유지비를 지불할 필요가 없는, 자유를 빼앗긴 다른 사람들, (2) 비기여성 장애급여가 감액되지 않는, 다른 자율공동체에서 생활하는 수형자들, (3) 일시적으로 공적 자금으로 운영되는 시설에 수용되거나 병원, 피난처, 공동부엌이나 마약회복센터 등 공공 서비스를 이용하면서 그곳에서 사회보장체계에 따라 지급되는 급여에 대한 어떤 감액도 없이 무료 급식을 제공받는 자유로운 사람들이 비교집단으로 제시되었다.
- **결론: 기각.** 원래의 급여가 포괄하도록 되어 있던 필수재—숙식—가 교도소에 의해 직접 무료로 제공되기 때문에 감액되었고, 이는 법률에 근거를 둔 것이며, 그 감액은 규약과 합치하는 목적, 즉 개인 권리의 실현을 위하여 필요한 공공자원의 보호를 달성하기 위한 상당한 수단이다. 또한 현금으로 지급되던 비기여성급여의 일부를 교도소에서 제공된 부양으로 대체한 것이 진정한에게 심각한 부정적 효과를 가졌다는 어떤 증거도 없으므로 진정한의 비기여성급여의 감액이 그 자체로 규약 제9조 위반이라고 할 수 없다. 비기여성급여 감액이 다른 집단과의 비교에서 차별적인가에 관해서는, 자율 교도소 수형자들의 경우 어떠한 차이가 있는지가 입증되지 못했고, 비기여성급여를 받지 않는 다른 수형자들은 적절한 비교대상이 아니며, 유죄판결 없이 치료나 식사 제공을 받는 사람들은 상황은 유사하지만 동일한 대우 제공 의무는 없으므로, 비기여성감액은 규약 제2조의 차별금지의무 위반에도 해당되지 않는다.

3) *Djazia and Bellili v. Spain* (2017)

- 사건번호: 5/2015
- 진정인: 1959년생 스페인 국적의 남성 Mohamed Ben Djazia와 1984년생 알제리 국적의 여성 Naouel Bellili (2010년 및 2012년생 스페인 국적의 아이들)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2015. 2. 20.
- 견해채택일: 2017. 6. 20.
- 주제: 임대인이 제기한 사법절차의 결과로 이루어진 임차인의 퇴거
- 절차적 쟁점: 진정제기권의 남용, 주장의 충분한 입증 실패, 명백한 불이익의 미제시
- 실체적 쟁점: 규약상 권리의 완전한 실현을 달성하기 위한 조치, 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 제1항, 의정서 제3조 (e)(f), 제4조

- **의의:** 이 사건은 규약 제11조에 따라 보호되는 적절한 주거권의 맥락에서 자신의 집에서 사람이 추방되는 것과 관련한 많은 중요한 원칙들을 확립했다. 이는 또한 이런 맥락에서 위원회가 적용하게 될 심사기준과 입증책임에 대한 통찰을 제공하기도 한다.
- **사실관계:** Djazia 사건은 스페인의 재정위기가 적절한 주거권에 미친 영향을 다루었다. 진정인들은 그들과 미성년인 두 아이들이 임대계약 만료에 따른 임대인의 신청으로 임대주거에서 퇴거당했다고 주장하였다. 그들은 퇴거의 효과에 대한 적절한 평가도 없이, 특히 대체 주거에 대한 접근도 못한 채, 마드리드 법원의 명령에 의하여 사적임대주거에서 퇴거당했다. 법원은 몇 차례 퇴거시점을 연기하기도 했으나 결국 강제퇴거되었고, 적절한 대체주택이 없었던 진정인과 아이들(1살,3살)은 10일간 단기쉼터에 머무르다가 4일동안 차량에서 자야했다. 시당국은 Bellili와 아이들에게는 여성센터에, Djazia 씨에게는 홈리스 쉼터에 숙소가 제공될 수 있다고 제안했다. 한편 2013년에 마드리드주택청은 2,935채의 주택과 기타 재산을 사기업에 2억 1백만 달러에 매각한 바 있다. 위원회는 두 군데의 제3자, 즉 사회권네트워크와 적절한 주거에 관한 유엔특별보고관의 서류제출을 허가했다. 이들 문서는 스페인에서 홈리스의 구조적 원인과 임대인 등 사적당사자에 의한 퇴거에 대응한 당사국의 의무에 대한 중대한 통찰을 제공하였다.
- **결론: 인용.** 국가는 정당화책임을 다하는데 실패했다. 우선 당국은 진정인이 공공당국이 세운 사회적 주택 접근에 대한 상당한 조건이나 기준을 충족하지 못했다는 것을 증명하지 못했다. 위원회는 당사국이 진정인의 지위에 있는 사람들의 긴급한 주거수요에 대응한 충분한 긴급성을 보여주지 못했다고 결론지었다. 위원회가 특히 우려한 것은 마드리드 주택연구소가 그 공공주택채권의 일부를 투자회사

들에 매각했고 그로 인하여 특히 요구가 높을 때 공공주택 이용가능성을 줄여버렸다는 것이었다. 이는 역행적 조치를 구성하며, 이에 관한 위원회의 기존 이론에 따라 그 정당화를 위한 엄격책임을 요구하는 것이었다. 이에 따라 위원회는 당사국이 독립적으로나, 규약 제2(1) 및 10(1)조와 함께 독해할 경우이나 모두 제11(1)에 따른 진정한의 권리를 침해했다고 인정했다. 가족을 홈리스상황으로 몰아넣는 퇴거의 심각한 영향에 더하여 제10조의 침해도 구성된다. 이는 가족에게 제시된 유일한 선택지가 가족을 분산시키는 것, 즉 벨리니 부인과 아이들은 여성 피난처에, 단자씨는 홈리스 피난처에 가는 것이었다는 사실을 근거로 한다. 이는 제10(1)에 따라 “가족에게 가능한 가장 폭넓은 보호”를 부여할 국가의 의무와 합치하지 않는다.

- **권고:** 진정한과 관련하여 위원회는 당사국이 그들의 현재상황을 평가할 것과, 진정성 있는 상담을 거친 후에 “그들에게 공공주택 또는 위원회의 견해에서 제시된 기준을 고려하여 그들에게 적절한 주거를 향유할 수 있도록 할 기타 모든 조치를 부여”할 것과 침해에 대한 재정적 보상 지급, 법적 비용 보전을 권고했다. 그리고 침해의 구조적 원인들을 시정할 것을 목적으로 하는 많은 일반 권고들도 이루어졌다. 이들 권고에는 임차인 퇴거에 대한 법적 기본틀의 수정, 특히 퇴거의 효과와 그 규약 합치성을 심사할 법적 의무를 법관에게 부과하는 것이 포함되었다. 또한 위원회는 저소득계층 사람들을 위한 포괄적이고 측정가능하며 시한이 정해진 주택계획의 채택을 권고했다.

4) *Calero v. Ecuador* (2018)

- 사건번호: 10/2015
- 진정한: 1952년생 에쿠아도르 국적의 여성인 Marcia Cecilia Trujillo Calero
- 당사국: 에쿠아도르
- 진정제기일: 2015. 7. 17.
- 견해채택일: 2018. 3. 26.
- 주제: 특별조기퇴직연금 거부
- 절차적 쟁점: 시간적 관할권, 물적 관할권, 주장의 충분한 입증 실패
- 실체적 쟁점: 사회보장권, 규약상 권리의 차별없는 행사, 모든 규약상 권리를 평등하게 향유할 남성과 여성의 권리
- 관련 조항: 규약 제2조 (2), 제3조 및 제9조, 의정서 제3조 (2)(b), (d), (e)

- **의의:** 위원회가 규약 제9조의 사회보장권에 의해 당사국에 부과되는 의무는 물론 많은 더 넓은 이론적 문제들, 즉 최소핵심 의무에 적용할 수 있는 심사모델, 사회보장계획의 자격을 종료시키는 입법적 제재들에 적용할 수 있는 비례성 조사의 성격, 그리고 간접적인 성차별과 관련된 입증책임의 작동

등 문제들을 정교화할 기회를 제공했다고 평가되는 사례. 특히 진정인의 상황은 가사, 아동양육 및 기타 여성이 수행하는 가정책무들의 성 특화된 부담 때문에 사회보장기획에 단절 없이 기여하는 데 심대한 어려움을 겪는 전세계 많은 여성들의 경험의 전형을 보여준다.

- **사실관계:** 에콰도르 사회보장청의 종업원으로서 기여금을 내는 최초의 기간 후에 칼레로씨는 가정에서 무급 가사노동을 수행하는 동안 매월 지불을 하는 자발적 기여계획에 가입했다. 그녀는 연속되는 8개월(1989.8-1990.3)간 자발적 계획에 기여금 납부를 중단했고, 그 후 다시 기여금 납부를 재개하여 사회보장청에 35회의 자발적 기여금을 납부했다. 그 후 그녀는 새로운 고용관계를 체결한 후 종업원 계획에 재가입했다. 2001년 11월, 건강이 좋지 않았던 진정인은 직장에서 사직했고 연구소에 에콰도르 사회보장청의 정관 제121조에 의한 특별감액퇴직연금을 신청했다. 이 선택지는 연구소 관리가 행사하라고 권고한 것인데 300개월을 초과해서 기여금을 납부했고 45세를 넘은 가입자가 이용할 수 있다. 그러나 그녀의 특별퇴직연금신청은 연구소 급여위원회에 의해 거부되었다. 급여위원회는 진정인의 자발적 제휴가, 가입된 사람이 연속 6개월의 기여금을 납부하지 못하는 경우 자발적 제휴가 종료된다고 규정한 정관 제158조에 따라 1989년 8월에 종료되었다고 결정했다. 본질적으로 연구소는 그녀가 10년 이상 전에 기여금 납부를 중단함에 따라 자발적 제휴계획의 자격을 소급적으로 종료시킨 것이었다. 그녀가 그 후에 자발적 계획에 납부한 65회 기여금은 무효라고 판단되었고 그 결과 그녀의 누적기여금납부횟수는 조기퇴직 자격을 위해 요구되는 300개월이 아니라 238개월만 인정되었다. 진정인은 자신의 퇴직 요구 거부에 대하여 여러 국내법적 구제절차를 밟았고, 국내절차는 2014년 7월 17일 특별보호구제 신청에 대한 헌법재판소의 거부로 종결되었다.
- **결론: 인용.** 위원회에 따르면 이 진정이 제기한 주요한 법적 문제는 연구소가 그녀의 자발적 제휴가 1989년 8월에 종료되었음을 적시에 통지하지 못했고 그녀의 기여금을 계속 수령했기 때문에, 진정인의 특별퇴직요구 거부가 규약 제9조 위반에 해당하는가였다. 이는 다시 다음 3가지 문제와 연결되는 것이었다. 첫째, 연속 6개월 기여금을 납부하지 못한 가입자를 자발적 제휴에서 종료시키는 정관으로 정해진 제재가 비례적인가? 둘째, 당사국에서 진정인을 포괄할 수 있는 굳건한 비기여 계획의 부재가 적절한 것이었는가? 셋째, 진정인에게 부과된 자발적 제휴의 조건들은 규약 제9조와 결합하여 제2(2)조 위반의 젠더를 근거로 한 차별대우를 구성하는 것이었는가? 주요한 법적 문제에 대한 위원회의 답은 긍정이었다. 진정인의 자발적 제휴가 종료되었음을 적시에 알리지 못했고, 그녀의 기여금을 계속 수령함으로써 특별퇴직의 자격이 있다는 상당한 기대를 만들어낸 것이어서 결국 당사국은 규약 제9조에 따른 진정인의 사회보장권을 침해했다. 세 가지 연결 문제에 대해서는 1) 자발적 제휴 종결의 입법적 제재는 상당성과 비례성이 없었고, 2) 다른 대안적 비기여 계획에 접근할 수 있는 방법을 제공하지 못한 것은 사회보장권 침해를 악화시켰으며, 3) 진정인은 사회보장권의 향유에 있어서 성차별의 피해자이기도 했다고 판시했다.
- **권고:** 진정인에 대해서는 기여금을 고려한 연금급여 또는 이에 상응하는 대체급여 제공, 권리 침해에 대한 재정적 배상 지급과 법률비용의 보전을 권고했고, 일반권고로는 사회보장 정보 요구권 보자

을 위한 조치의무, 기여금의 유효성과 제휴지위 변화에 관한 정보 제공 보장 의무, 비례적인 벌칙 보장을 위한 입법조치 의무, 적절한 행정사법적 구제 제공, 무급가사노동 종사자들의 사회보장 기여를 어렵게 kasem는 요인 제거 조치 등, 포괄적이고 완전한 비기여급여계획 정식화 등을 권고했음.

5) *S.C. and G.P. v. Italy* (2019)²⁷⁷⁾

- 사건번호: 22/2017
- 진정인: 1969년 이탈리아 국적의 여성 S.C. 와 1978년 이탈리아 국적의 남성 G.P.
- 당사국: 이탈리아
- 진정제기일: 2017. 3. 20.
- 전해채택일: 2019. 3. 7.
- 주제: 체외 수정 규제
- 절차적 쟁점: 시간적 관할권, 국내구제절차 경유, 피해자의 지위
- 실체적 쟁점: 성적 건강 및 재생산 건강에 대한 권리와 충분한 정보에 입각한 동의
- 관련 조항: 규약 제3조, 제10조, 제12조 및 제15조, 의정서 제3조 (2) (b), (d), (e)

- **의의:** 여성의 자궁에 태아를 이식하는 데 대한 동의를 철회하지 못하도록 한 것이 건강권 침해를 구성한다고 판시한 사건.
- **사실관계:** 진정인들은 의학적 이유로 체외수정을 받았다. 검사결과 이롭 배아는 감염된 것이었고 비 감염 배아는 착상가능성이 낮은 품질로 평가되었는데, 병원측은 진정인의 이식 거부 의사에도 불구하고 이식동의 철회를 인정하지 않았다. 진정인들은 S.C.가 자신의 의지에 반하여 배아를 자신의 자궁에 이식하는 것을 받아들여야 했고 이식을 받은 후 유산을 했다. 또한 진정인들은 자신의 배아를 과학적 연구에 사용되도록 기부하고자 했으나 이 역시 금지당했다. 진정인들은 당사국이 사회권규약 제2(1)조와 결합되어 10, 12(1)(2)의 (c)와 (d), 15(1)(b), (2)와 (3)에 따른 자신의 권리를 침해했다고 주장했다.
- **결론: 일부 인용**(제12조 위반 주장은 인용, 제15조 위반 주장은 기각). 위원회는 그 자체로나, 제3조와 결합되어서나 제12조 위반을 인정했다. 첫째, 비자발적, 강압적이거나 강요된 의학적 개입을 규정하는 법률과 정책은 건강권을 존중할 국가의 책임을 위반하는 것이고, 나아가 여성에게 자신의 자궁에 배아를 이식하도록 강요하는 것은 강요된 의학적 개입을 구성하는 것인데, 이 사건의 상황에

277) Communication No. 22/2017, E/C.12/65/D/22/2017, <https://digitallibrary.un.org/record/3994154/files/E_C.12_65_D_22_2017-EN.pdf?ln=en>.

서 위원회에 제시된 사실들은 규약 제12조에 규정된 S.C.의 건강권 침해를 구성한다. 둘째, 진정한 의효한 동의없이 그녀의 자궁에 배아를 이식한 것은 도달가능한 최고 수준의 건강에 대한 그녀의 권리와 건강권의 향유에 있어서 젠더평등에 대한 그녀의 권리에 대한 침해를 구성하며 규약 제12조를 따로 독해할 경우이나 제3조와 결합해서 독해할 경우에 모두 규약 제12조 위반에 이른다.

- **권고:** 진정한과 관련해서는 당사국이 특히 다음과 같은 효과적인 구제를 제공할 의무가 있다는 것이 권고되었다. (1) 진정한들이 의학적 치료에 대한 동의를 철회할 권리가 존중된다는 믿음을 가지고 체외수정 치료에 접근할 권리를 가능하게 할 적절한 조건을 수립할 것, (2) 진정한이 원치 않는 어떤 의학적 개입으로부터도 보호되고, 자신의 신체에 관한 자유로운 결정을 할 권리가 존중되도록 보장할 것, (3) 진정한에게 그녀가 겪은 신체적, 정신적 및 도덕적 손해에 대하여 적절한 배상을 지급할 것, (4) 진정한절차에서 상당하게 발생한 법적 비용을 진정한에게 보전할 것.
- 당사국에 대한 일반권고로서는 (1) 자신의 몸에 영향을 미칠 의학적 개입에 관하여 자유로운 결정을 내릴 모든 여성의 권리를 보장하고, 특히 태아의 자궁 이식에 대한 자신의 동의를 철회할 권리를 보장하기 위한 적절한 입법적 및/또는 행정적 조치를 취할 의무, (2) 일반적으로 이용할 수 있는 모든 재생산 치료에 대한 접근을 보장하고 모든 사람에게 출산을 위하여 태아를 이식하는데 대한 동의를 철회할 수 있도록 하며, 이들 치료법에 대한 모든 접근 제한은 규약 제4조에 규정된 기준들을 준수하도록 보장하기 위한 적절한 입법적 및/또는 행정적 조치를 채택할 의무가 있다는 것이 제시되었다.

6) Josefa Hernández Cortés and Ricardo Rodríguez Bermúdez v. Spain(2022)²⁷⁸⁾

- 사건번호: 26/2018
- 진정한: 1977년 및 1969년생 스페인국적자들인 Josefa Hernández Cortés와 Ricardo Rodríguez Bermúdez의 진정(2008년 및 2013년생인 미성년여아들).
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2018. 3. 7.
- 견해채택일: 2022. 10. 10.
- 주제: 법적 권원 없이 점거한 주거지로부터 가족의 퇴거
- 절차적 쟁점: 국내구제절차 미경유
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 (1), 의정서 제2조 및 제5조

278) Communication No. 26/2018, E/C.12/72/D/26/2018, <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G23/046/40/PDF/G2304640.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G23/046/40/PDF/G2304640.pdf?OpenElement)>.

- **의의:** 사회적 주택을 배정받지 못한 두 여아를 둔 부부가 소유자 동의 없이 점유하고 있던 주택에서 강제퇴거명령을 받은 것에 대하여 주거권 침해를 구성한다고 판시한 사건. 본안판단과 별개로 소송 허용요건과 관련해서 법적 권원 없이 재산을 점유하는 사람이 사회적 주택 신청을 할 수 없도록 하는 것은, 그 자체로 규약 위반에 해당하는 주택접근방해를 구성한다고 판시하고, 이를 정당화하기 위해서는 당사국이 이런 구제절차(사회적 주택 신청)가 현재 상황에서 효과적이라는 점을 보여줘야 한다고 판시했다.
- **사실관계:** 2008년 이래 사회적 주택 신청을 해왔지만 성공하지 못했던 진정인들은 2010-2014년 아파트를 임대했지만 실업으로 인해 2014년 이후 차임을 지급하지 못했고 어쩔 수 없이 은행 소유의 비어있던 아파트로 이주하게 되었다. 소유주인 은행은 수사법원에 불법재산 점거와 관련한 소청을 제기했고, 소송에서 진정인들은 적절한 차임을 내고 아파트에 살 수 있도록 해 달라고 은행에 요청했다. 아울러 딸 중의 한 명은 특별지원을 요구하는 문제를 갖고 있다고 주장했다. 2015년 진정인은 다시 사회적 주택 신청을 했고 그의 신청은 대기자 명단에 올라갔다. 법원은 불법적인 가옥 점거에 대하여 유죄를 인정하고 3개월동안 1일당 3유로씩의 벌금형을 선고했다. 벌금납부를 못하면 2일치 당 1일씩 투옥으로 대체되었다. 또한 법원은 진정인과 가족에게 가옥을 비울 것을 명했고 사회보장과에 그 사실을 통지하도록 했고, 진정인들은 항소했다. 항소법원은 진정인의 궁핍한 상태를 이유로 불법점거에 대한 경범죄에 대해 무죄를 선고했지만, 그들이 법적 권원 없이 가옥을 점거하고 있으므로 무죄판단이 가옥을 비울 의무까지 면제해 주지는 못한다고 했다. 법원은 진정인들에게 퇴거를 명령했고 진정인은 다시 사회적 주택 신청을 했으나 불법 점거를 하고 있다는 이유로 신청은 거부되었다. 이후 진정인들은 사회권위원회에 진정을 제기했고, 사회권위원회는 진정 접수 후 당사국에게 심리가 이루어지는 동안 퇴거를 중단하거나 대체주택을 제공하는 등 임시조치를 할 것을 요구했다. 법원은 이런 위원회의 요구가 적절치 않다고 판단했으나 다른 이유, 즉 진정인가족의 사회경제적 상황과 관련된 이유로 계속 퇴거명령은 중단되었다.
- **결론: 인용.** 국가가 퇴거명령을 중단시켜서 진정인들이 점거한 주거지에 머무를 수 있도록 했지만, 그들의 계속된 점거는 퇴거명령의 반복된 중단에 따른 것이었고 거주안정성을 보장할 요건과는 합치되지 않는 것이다. 소유자의 동의 없이 주거지를 점거하고 있는 사람은 사회적 주택을 신청할 수 없도록 한 법률은 곤궁에 빠진 사람들의 이미 궁핍한 상태를 영속화할 수 있으므로 이러한 요건의 적용은 적절한 주거권의 본질과 양립할 수 없다. 이 모든 이유로 위원회는 이 사건에서 국가가 규약 제11조 (1)를 위반했다고 판단한다.
- **권고:** 진정인들에 대해서는, 진정인들의 궁핍상태와 대기자목록에서의 우선순위 수준을 재평가할 것, 침해에 대한 배상을 제공할 것과 법적 비용을 보전할 것을 권고하고, 당사국에 대해서는 퇴거명령에 대한 이의제기 등 규버적들을 확보하고, 불법점거자의 사회적 주택 신청을 자동적으로 배제하는 관행을 종식시킬 조치, 대체주택 획득을 할 수 없는 사람들과 관련된 퇴거 집행과 관련된 적절한 보장을 위한 조치, 저소득층 사람들에 대해 적절한 주거권을 보장하기 위한 포괄적 계획의 개발과 이행을 권

고했다.

7) Maribel Viviana López Albán v. Spain(2019)²⁷⁹⁾

- 사건번호: 37/2018
- 진정인: 1979년 에쿠아도르생인 스페인국적자 Maribel Viviana López Albán (미성년 스페인국적의 여섯 자녀 중 다섯명을 대신하여)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2018. 6. 20.
- 견해채택일: 2019. 10. 11.
- 주제: 가정에서 진정인의 퇴거
- 절차적 쟁점: 물적 관할의 허용가능성
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조, 의정서 제2조, 제5조

- **의의:** 퇴거가 명령되고 집행되는 절차들은 그 영향을 받는 사람들에게 적절한 법적 구제를 보증해야 한다는, 규약과 합치하는 방식으로 이루어져야 한다는 원칙이 법적 권원 없는 주택 점거에도 적용됨을 명시적으로 밝힌 사건.
- **사실관계:** 재산소유자가 아닌 사람으로부터 아파트를 임대했다고 주장하는 진정인이 궁핍한 상황 때문에 법적 소유자의 동의없이 아파트를 점거하고 있던 중 소유자의 제소로 불법점유에 대한 유죄판결을 받았지만 궁핍한 상황을 이유로 한 부분적 면책을 받았다. 이에 더하여 점거하고 있던 재산을 비우라는 명령을 받았다. 진정인은 사회적 주택 신청을 했지만, 법적 권원 없이 주거지를 점거하고 있지 않아야 한다는 신청인 자격을 충족하지 못했다는 이유로 그 신청은 거부되었다. 위원회의 임시조치 요구가 있었지만 진정인은 아이들과 함께 퇴거당했다. 퇴거 후 사회복지과에서 제공하는 쉼터의 공유숙소에서 체류하다가 다른 쉼터로 옮겨서 체류했다. 하지만, 이 두 번째 쉼터에서는 가족구성원들이 성별로 분리되었다.
- **결론: 인용.** 당국에 의한 비례성 평가 없이 이루어진 진정인과 그 아이들의 퇴거는 적절한 주거권에 대한 침해를 구성했다고 판단한다. 더욱이 위원회는 진정인의 궁핍한 상황을 고려하지 않고 오로지 그녀가 재산을 법적 권원 없이 점거하고 있었다는 점만을 근거로 하여 공공주택 신청을 거부한 것은 그 자체로 진정인의 적절한 주거권 침해에 해당한다고 판단한다. 또한 위원회는 당사국이 임시조치

279) Communication No. 37/2018, E/C.12/66/D/37/2018, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/333/41/PDF/G1933341.pdf>>.

에 관한 선택의정서 제5조도 위반했다고 인정한다.

- **권고:** 진정인들에 대해서는, 진정인들의 궁핍상태와 대기자목록에서의 우선순위 수준을 재평가할 것, 침해에 대한 배상을 제공할 것과 법적 비용을 보전할 것을 권고하였다. 또 당사국에 대해서는, 재산이 법적 권원 없이 점거되는 경우를 포함한 모든 경우에 사법당국이 퇴거조치가 추구하는 목적과 퇴거되는 사람들에 대한 그 결과들의 비례성 분석을 행하도록 하는 요건을 구체화하는, 사람들의 가정에서의 퇴거를 규율하는 법적 기본들을 확립할 것, 퇴거명령을 받는 사람들이 목적과 결과의 비례성 평가를 받을 수 있도록 이의를 제기하거나 항소를 할 수 있도록 보장할 것, 궁핍한 상황에 처할 위험에 있는 사람들을 배제할 수 있는 불합리한 조건들을 제거함으로써 모든 사람들이 사회주택 비축분에 동등하게 접근할 수 있도록 보장하기 위하여 필요한 조치들을 채택할 것, 대체주택 획득을 할 수 없는 사람들과 관련된 퇴거 집행과 관련된 적절한 보장을 위한 조치, 저소득층 사람들에 대해 적절한 주거권을 보장하기 위한 포괄적 계획의 개발과 이행, 그리고 위원회가 발하는 임시조치 요구를 이행하기 위한 절차를 수립하고 그 절차의 완전성을 확보하기 위하여 모든 관계당국에게 그런 요구들을 존중할 필요성을 통지할 것을 권고했다.

8) Soraya Moreno Romero v. Spain(2018)²⁸⁰⁾

- 사건번호: 48/2018
- 진정인: 1987년생 스페인 국적의 여성 Soraya Moreno Romero (2008, 2014, 2018년생 미성년 아이들)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2015. 7. 17.
- 견해채택일: 2018. 3. 26.
- 주제: 진정인의 가옥에서의 퇴거
- 절차적 쟁점: 구제절차 경유
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 (1), 의정서 제3조 (1)

- **의의:** 불법점거에 대한 형사유죄판결을 근거로 한 퇴거가 이루어진 사건에서, 퇴거당한 진정인에게 사회복지과가 대체주거 제공을 위한 몇가지 제안을 했으나 진정인이 이를 거절한 경우, 당사국이 가

280) Communication No. 48/2018, E/C.12/69/D/48/2018, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/085/07/PDF/G2108507.pdf>>.

용자원을 최대한 이용하여 주거권 보장을 위한 모든 조치를 취할 규약상 의무를 완수했다고 인정하여 주거권 침해를 부인한 사례.

- **사실관계:** 2015년부터 가옥 무단점거를 시작한 진정인은 형사재판에서 유죄판결(벌금형)을 받고 퇴거명령을 받았지만, 몇 차례 연기된 끝에 2019년 5월 퇴거당함. 퇴거 전에 사회복지과는 세 가지의 임시주택 옵션을 제공했으나 진정인은 모두 거절했다. 퇴거후에도 사회복지과는 쉼터 또는 게스트 하우스에 2주간 숙소 제공을 제안했지만 진정인은 거절하고 지인들과 함께 지냄.
- **결론: 기각.** 퇴거에는 정당한 이유가 있었고, 법원이 퇴거명령을 할 때 퇴거의 목적과 결과의 비례성 검토를 했으며, 그 결과 몇 차례 연기 끝에 퇴거가 집행되었다는 점, 사회복지과가 여러 가지 임시주택 제공을 제안했음에도 진정인이 임시주택이라는 이유로 거절했다는 점, 임시숙소 제안이 인간의 존엄성에 합치하지 않는다거나 안전하지 못하다는 등 수용할 수 없는 것이라는 것을 보여주는 증거가 없음을 고려할 때, 그리고 달리 당사국이 진정인의 권리를 보호하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 필요한 조치를 취하지 못했다는 것을 보여주는 다른 어떤 요소도 없기 때문에 진정인의 퇴거는 규약 제11조에 따른 적절한 주거의 권리 침해에 해당하지 않는다.

9) Rosario Gómez-Limón Pardo v. Spain(2020)²⁸¹⁾

- 사건번호: 52/2018
- 진정인: 1947년생 스페인 시민인 Rosario Gómez-Limón Pardo
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2018. 8. 30.
- 견해채택일: 2020. 3. 5.
- 주제: 진정인의 가정에서의 퇴거
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조, 의정서 제5조

- **의의:** 50년 이상 장기 거주해 온 진정인들에 대한 계약종료를 이유로 한 퇴거명령이 진정인의 여러 차례에 걸친 퇴거중단신청에도 불구하고 퇴거의 목적과 그 결과 사이의 비례성 분석을 행하지 않은 채 이루어졌다는 이유로 적절한 주거권 침해를 구성한다고 인정하면서, 동시에 법원이 위원회의 임시조치 요구에도 불구하고 퇴거중단신청을 거절한 것이 임시조치에 관한 선택의정서 위반이라고 인정한 사례.

281) Communication No. 52/2018, E/C.12/67/D/52/2018, <https://digitallibrary.un.org/record/3993973/files/E_C.12_67_D_52_2018-EN.pdf?ln=en>.

- **사실관계:** 1947년생으로 1963년부터 자신의 부모들이 임대한 주택에서 평생을 살아왔고 부모 사망 후에도 차임을 지불해 왔던 진정인은 2012년 암 진단을 받았고 2015년 41%의 장애 확인을 받은 상태인데, 2012년 가옥 소유자가 바뀌면서 퇴거를 요구하며 소송을 제기했고 법원은 계약종료를 확인하고 퇴거를 명령했다. 항소와 상고 모두 기각되었고 그 후 진정인은 남편과 별거에 들어갔으며 법원의 승인을 받았다. 한편 법원은 퇴거명령을 한 차례 연기했고, 진정인은 사회적 주택을 신청했고 재정지원도 신청했으나 100유로의 식량바우처만 받을 수 있었다. 법원은 더 이상의 퇴거 연기를 허용하지 않았고 한 자선단체가 임시숙소를 제안했고, 시에서는 밤에는 머무를 수 있지만 낮에는 머무를 수 없는 공유숙소나 저녁 8시 이후에는 출입할 수 없는 노인임시숙소를 제안했지만, 진정인은 적절한 주거가 아니라며 거절했고, 법원은 위원회의 임시조치 요구 주장에 대해서는 당사국에 적절한 통지가 이루어지지 않았다고 이를 받아들이지 않은 채 퇴거의 집행이 이루어졌다. 1차 퇴거집행 시도가 100여명 주민들의 항의로 실패한 후 다시 집행을 시도하였고 진정인은 퇴거되었다.
- **결론: 인용(주거권 침해 및 임시조치 규정 위반).** 법원이 퇴거중단신청을 거부하면서 퇴거의 목적과 그 결과 사이의 비례성 분석을 행하지 않았고 당사국의 법률은 퇴거명령에 대한 이의제기 등 장치를 제공하지 않았으며, 진정인이 그런 기회를 가질 수도 없었으므로, 그런 비례성 평가의 부재는 당사국이 규약 제2조 (1)와 함께 독해할 때 제11조에 따른 진정인의 주거권을 침해한 것이라고 인정한다. 또한 위원회의 임시조치 요구에도 불구하고 진정인은 진정성 있는 협의를 거쳐 적절한 대체주택을 제공받지도 못한 채 퇴거되었는데, 당사국은 임시조치 요구를 존중하지 않은 이유에 대한 설명을 하지 않았기 때문에 위원회는 이 사건에서 당사국은 선택의정서 제5조를 위반했다고 인정한다.
- **권고:** 진정인에게 적절한 대체주택의 측면에서 진정인의 요구를 검토하기 위하여 진정인과 진정성 있는 협의를 시작해야 하고, 필요한 경우에는 진정인에게 그런 주택을 제공해야 하며, 진정을 진행하면서 발생한 비용에 상당하는 법적 비용을 보전해주어야 한다고 권고했고, 당사국에 대해서는 규범적 틀을 정립하여 퇴거명령의 대상자들이 독립적인 기관에 그 결정에 이의를 제기하여 조치의 비례성을 검토할 수 있도록 보장할 의무, (b) 위원회가 발한 임시조치 요구를 이행하기 위한 장치를 수립하고 모든 관련 당국에게 절차의 완전성을 확보하기 위하여 그런 요구들을 존중할 필요성을 알릴 의무를 진다고 권고함.

10) Fátima El Ayoubi and Mohamed El Azouan Azouz v. Spain(2021)²⁸²⁾

- 사건번호: 54/2018
- 진정인: 1983년생 모로코 시민권자인 여성 Fátima El Ayoubi와 1972년생 스페인 시민권자인 남성 Mohamed El Azouan Azouz(2013년생 어린 아들)

282) Communication No. 54/2018, E/C.12/69/D/54/2018, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/069/58/PDF/G2106958.pdf>>.

- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2018. 9. 17.
- 견해채택일: 2021. 2. 19.
- 주제: 불법점거로 인한 퇴거
- 절차적 쟁점: 국내구제절차 미경유
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 제1항, 의정서 제3조 제1항

- **의의:** 불법점거자의 사회적 주택 신청을 자동적으로 배제하는 관행 또는 법률은 적절한 주거권과 양립할 수 없음을 확인하고 퇴거에 정당한 사유가 인정되는 경우에도 퇴거의 목적과 그 결과의 비례성 분석을 행하지 않은 퇴거명령은 적절한 주거권 침해임을 분명히 한 사례.
- **사실관계:** 실업상태인 남편과 건강문제가 있는 아이를 돌보는데 전념하는 아내인 진정인들은 궁핍한 경제적 상황 때문에 은행 소유의 버려진 아파트를 점거했다. 은행의 제소로 법원은 집을 비우라는 판결을 선고했고 은행은 판결의 집행을 신청했으며 법원은 2017년 12월부터 2020년 8월까지 4차례에 걸쳐 퇴거집행일이 정해졌다가 집행이 되지 않는 상황이 반복되었다. 이 과정에서 진정인들은 취약한 경제상황과 아들의 건강문제, 대체주택이 없다는 점을 보여주었고 당국의 사회복지과도 그런 보고서를 제출했지만 법원은 그러한 주장들을 다루지 않았다.
- **결론: 인용.** 퇴거에는 정당한 사유가 있었으나 법원은 퇴거의 목적과 그 결과의 비례성 분석을 행하지 않았다. 당사국의 법률 역시 그런 비례성 분석을 요구할 수 있는 사법적 장치를 제공하지 못하였다. 그런 평가의 부재가 제2조 (1)와 함께 독해할 경우 규약 제11조 (1)에 따른 진정인의 주거권에 대한 당사국의 침해를 구성한다고 인정한다.
- **권고:** 진정인에 관한 권고로서, 진정인들의 궁핍상태와 사회적 주택 신청기간을 고려하여 대기자목록에서의 우선순위수준을 재평가할 것, 침해에 대한 재정적 보상을 제공할 것과 법적 비용을 보전할 것을, 당사국에 대해서는 퇴거의 목적과 결과 사이의 비례성 분석을 요구할 수 있는 규범적 틀을 확보할 의무, 불법점거자의 사회적 주택 신청을 자동적으로 배제하는 관행을 종식시킬 조치 의무, 대체주택 없이 퇴거가 이루어지는 경우 절차적 보장을 위한 조치 의무 저소득층 사람들에게 적절한 주거권을 보충하기 위한 포괄적 계획을 개발하고 이행할 의무를 이행하기위한 조치를 권고했다.

11) Lorne Joseph Walters v. Belgium(2021)²⁸³⁾

283) Communication No. 61/2018, E/C.12/70/D/61/2018, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/342/97/PDF/G2134297.pdf>>.

- 사건번호: 61/2018
- 진정인: 1945년생 벨기에 시민권자인 남성 Lorne Joseph Walters
- 당사국: 벨기에
- 진정제기일: 2018. 10. 5.
- 견해채택일: 2021. 11. 23.
- 주제: 주택소유자가 제기한 사법절차에 따른 임차인의 퇴거
- 절차적 쟁점: 구제절차 경유, 진정제기권 남용
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 제12항, 의정서 제3조 제1항 및 제2항 f

- **의의:** 일정한 보상과 사전통지라는 안전장치를 갖춘 이유없는 임대차계약 종료라는 법적 장치의 추상적 일반적 정당성은 인정하면서도 그러한 장치가 제한된 소득을 가진 노인 등 취약계층에게 적용될 때에는 비례성을 잃고 부정적인 영향을 미칠 수 있기 때문에 그 적용에 있어서는 그 영향에 대한 적절한 감시장치와 유연한 적용을 보장할 장치를 확보할 이중적 의무가 당사국에 있다고 인정하는 한편, 대체주거는 한 곳에서 장기간 거주해온 노인들의 사회적 네트워크의 유지라는 구체적 요구에 부합하는 것이어야 한다고 밝힌 사례.
- **사실관계:** 아파트를 임차해 25년 동안 살고 있던 1945년생 진정인은 2017년 8월 임대인으로부터 6개월치 차임에 상당하는 배상금 지급으로 6개월 후 계약을 종료할 것이라는 통지를 받았고, 계약 종료는 법원에서 승인되었고, 진정인의 병원행으로 인해 연기되었던 퇴거집행은 2018년 10월 17일에 이루어졌다. 나중에 그 아파트는 더 비싼 가격으로 임대되었다. 퇴거후 진정인은 지인들과 함께 머무르고 있으며 사회주택을 신청했고 당국으로부터 제안받은 임시지원주택 또는 노인주택은 자신의 요구에 적합하지 않다는 이유로 거부했다.
- **결론: 일부 인용.** 주거권 침해는 인정, 그러나 임시조치의무 위반 주장은 기각. 이 사건에 적용된 법률은 이유없는 계약종료를 허용하면서도 적절한 보상과 사전통지라는 안전장치를 두고 있어 추상적이고 일반적인 측면에서는, 규약 및 적절한 주거권과 합치하지만, 수도지역의 차임인상이라는 구체적 맥락과 지역사회와의 네트워크 유지라는 노인들의 구체적 요구를 고려할 때는 저소득층 노인들에게 비례성을 잃고 부정적인 영향을 미칠 수 있고 이러한 영향은 구체적 시장상황과 규제들의 융통성 없는 적용이 결합됨으로써 야기될 수 있는 것임에도 당사국이 비례성 잃은 영향을 피하기 위한 적절한 감시장치의 수립과 이를 보장할 장치와 유연성을 확보할 이중의 의무를 충분히 이행하지 못했다. 그리고 진정인에게 제안된 대체주거는 노인들의 요구에는 부적합한 것이었다. 따라서 진정인 사건에 대한 임대차에 관한 법적 틀의 엄격한 적용과 퇴거절차는 규약 제11조만으로는, 규약 제2조 (2)과 결합하여 독해할 때에나 진정인의 적절한 주거권에 대한 당사국의 침해를 구성한다고 인정한다. 그

러나 당사국이 진정인에게 당시에 그리고 선의로, 그것이 적절한 대체주거라고 생각했던 것을 제공했기 때문에 선택의정서 규정 위반은 없었다.

- **권고:** 진정인에 관한 권고로서는 진정인에게 사회적 주택을 배정하거나 적절한 주거에서 살수 있도록 할 다른 어떤 수단을 제공할 목적으로 진정인의 궁핍상태를 재평가할 것, 진정인이 겪은 침해에 대하여 배상할 것, 진정 제기로 발생한 법적 비용을 보전할 것을 권고했고, 당사국에 대한 일반권고로서는 노인 등 불리한 지위에 있는 집단의 적절한 주거권에 대하여 비례성을 상실한 영향을 미치는 것을 피하기 위하여, 이유없이 임대차를 종료시킬 수 있도록 하는 현행법을 재검토하고 그런 법률을 정기적으로 평가할 것, 열악한 사회경제적 상황에 있는 노인들과 같이 불리한 지위에 있는 집단이 그 집에서 퇴거될 경우 그들의 특별한 요구에 부합하고 그들에게 그 연령과 상황에 맞는 안정성과 안전성을 제공하는 대체주거에 접근할 수 있도록 보장할 것을 제시했다.

12) Hakima El Goumari and Ahmed Tidli v. Spain(2021)²⁸⁴⁾

- 사건번호: 85/2018
- 진정인: 모로코 국적자로 25년 이상 스페인에서 거주해 온 1981년생 Hakima El Goumari와 1971년생 Ahmed Tidli (모로코 국적인 2002, 2006, 2008, 2014년생 아이들)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2018. 5. 12.
- 견해채택일: 2021. 2. 18
- 주제: 가정에서 진정인의 퇴거
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 (1), 의정서 제3조 (1)

- **의의:** 차임 미납으로 임대차계약이 종료되었다는 법원 판결에 따른 퇴거로서 정당한 사유가 인정되는 퇴거의 경우에도 법원의 퇴거명령이 퇴거의 정당한 목적과 퇴거로 인하여 퇴거되는 사람들에게 발생하는 영향(결과) 사이의 비례성분석이 없이 이루어졌고, 이를 바로잡을 사법적 장치도 부재한 경우 비례성 평가의 부재 자체가 주거권 침해를 구성한다고 보고, 아울러 퇴거 이후에 제공된 대체 주거들이 진정인들의 존엄에 부합하는 것이어야 함을 분명히 한 사례.
- **사실관계:** 진정인들은 법인과 임대차약정을 체결하고 거주해 왔으나 차임미납으로 법원으로부터 임대차약정 종료와 가옥을 비우라는 명령을 받았다. 2회에 걸친 퇴거중단 신청과 사회복지과

284) Communication No. 85/2018, E/C.12/69/D/85/2018, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/064/78/PDF/G2106478.pdf>>.

의 같은 취지의 보고에도 불구하고 법원은 퇴거중단을 결정하지도 비례성 평가를 하지도 않았고 마침내 4개월 후 퇴거되었고 그 직후 사회권위원회에 진정을 제기하였다. 퇴거 후 당국은 10일 동안 호스텔 숙박을 제공하고 이후 쉼터에서 6개월 이상 체류했으며 다시 호스텔로 돌아와 1개월 체류 후 다른 호스텔에 2개월간 머물렀다. 이 기간 중 진정인들 중 아내는 임신 7개월만에 유산을 하고 말았다. 쉼터를 떠나 후 제안된 대체주거 해법은 너무 열악하여 진정인들은 새로 집을 임차하였지만, 이 역시 구두약정에 의한 임차여서 조건은 매우 열악한 상황이었다.

- **결론: 인용.** 퇴거가 적절한 주거권에 영향을 미칠 것이라는 진정인들의 주장과 사회복지과의 보고에도 불구하고 법원은 퇴거의 정당한 목적과 퇴거되는 사람들에 대한 그 결과들의 비례성 분석을 행하지 않았고, 특히 미성년 아이들의 취약성 평가도 이루어지지 않았다. 법률도 그런 기회를 제공할 사법적 장치를 제공하지 못했다. 따라서 이런 비례성 평가의 부재는 제2조 (1)와 함께 독해할 경우 규약 제11조 (1)에 따른 진정인의 주거권에 대한 당사국의 침해를 구성한다. 한편 퇴거 이후에 당사국에 의해 제공된 주거대안들(호스텔들과 단기간 쉼터들)은 먼 통학거리, 계속되는 퇴거 위협, 열악한 위생상태 등으로 미루어보아, 그런 스트레스와 불확실성이 진정인의 유산을 초래한 점에 비추어보아, 진정인과 아이들의 존엄에 부합하는 것으로 인정할 수 없다. 아울러 진정인들의 현 주거지 역시 8인가족이 방 1개에 머무르는 초과밀 상태여서 적절한 주거라고 볼 수도 없다. 이런 점들에 비추어보면 당사국은 진정인의 사건의 특별한 상황을 고려하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했다는 점을 입증하지 못했고, 임시주거와 진정인들과 가족이 처했던 상황들뿐만 아니라 그들이 현재 거주하는 주택이 규약 제11조에 따른 적절한 주거권을 침해한 것에 해당한다고 인정한다.
- **권고:** 진정인들에 관해서는 진정인들에게 공공주택을 제공하거나 그들이 적절한 주거에 살 수 있도록 할 다른 어떤 조치를 취할 목적으로, 그들의 궁핍상태와 대기자목록상 우선순위의 수준을 재평가할 것, 진정인들과 아이들에게 그들이 겪은 침해에 대한 재정적 보상을 제공할 것, 진정 제기로 발생한 법적 비용을 보전할 것을 권고하고, 당사국에 대해서는 퇴거명령 대상자들이 퇴거조치가 추구하는 목적과 퇴거되는 사람들에 대한 그 결과들의 비례성 분석을 행하도록 요구할 수 있도록 하는 법적 기본틀을 확립할 것, 대체주택 획득을 할 수 없는 사람들과 관련된 퇴거 집행과 관련된 적절한 보장을 위한 조치, 적절한 주거대안을 즉각 제공할 수 없어 임시숙소를 제공하는 경우에, 임시숙소가 품위와 안정성의 기준을 충족해야 한다는 점을 확실히 하기 위한 모든 필요한 조치를 취할 것, 특히 가족, 노인, 아동 및/또는 기타 취약한 상태에 있는 사람들의 경우, 그것에 사는 사람들이 상당한 안정성을 향유하도록 보장할 것, 저소득층 사람들에 대해 적절한 주거권을 보장하기 위한 포괄적 계획을 개발하고 이행할 것을 권고했다.

13) Fatima El Mourabit Ouazizi and Mohamed Boudfan v. Spain(2022)²⁸⁵⁾

- 사건번호: 133/2019
- 진정인: 1996년생 스페인국적 여성인 Fatima El Mourabit Ouazizi와 1995년생 모로코 국적 남성인 Mohamed Boudfan (2016년 및 2018년생 미성년 아이들)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2019. 5. 2.
- 견해채택일: 2022. 10. 10.
- 주제: 법적 권원 없는 점거를 이유로 한 퇴거
- 절차적 쟁점: 국내구제절차 미경유, 불충분한 입증
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 제1항, 의정서 제2조, 제5조

- **의의:** 당사국이 주거권 실현을 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 필요한 조치를 했다는 점을 인정하는 한편, 진정인이 당사국이 제공한 대체주택 방안 등을 모두 거부한 것이 충분한 근거를 갖지 못했고, 진정인들에게 성실성이 결여되었다고 하여 진정을 기각한 사건.
- **사실관계:** 진정인들은 함께 살던 사람들과의 문제 때문에 사회주택청이 소유하는 빈 주택을 점거하였다(2014). 불법점거에 대한 형사재판에서 유죄판결이 선고되었고 퇴거명령이 내려졌다. 항소는 기각되었고 퇴거일이 정해졌지만 퇴거집행은 5회 연기되었고, 위원회의 임시조치 요구에 따라 퇴거는 집행되지 않고 있다. 점거한지 3년이 지나서 진정인들은 가옥소유자에게 상황을 정상화해 달라고 신청했지만 권한없는 가옥점거에 대한 유죄판결이 내려졌기에 정상화 조건이 아니라는 이유로 신청은 기각되었다.
- **결론: 기각.** 첫째, 당사국은 공공주택 개발 촉진, 저비용주택 건설을 위한 재정지원 모기지 납부금 미납에 따른 퇴거에 모라토리움 부과 등 다양한 조치를 취해 왔고 정당한 퇴거의 경우 긴급필요를 다루기 위한 조치들을 취하고 있으며 나아가 대체주거를 평가하고 제공하는 작업을 수행할 목적으로, 퇴거 전에 법원과 사회복지기관들이 협력하도록 보증할 절차를 이행하고 있는 등 적절한 주거권 보장을 위한 조치를 취하고 있다. 둘째, 또한 진정인들에게 당사국은 다양한 임시주택 제안을 했는데, 그 중 일부에 대해서는 진정인들이 거부의 이유를 분명하게 제시하지 못했다. 셋째, 진정인들은 형사절차가 종결되기 전까지는 대체주거를 위한 도움을 요청한 적이 없는데, 그 이유도 설명하지 못했고, 먼저 사회적 주택에 접근하기 위한 도움을 행정당국에 구하기 위하여, 다음으로 퇴거될 수 있다는 점을 고려하여 다른 주거대안을 찾기 위하여, 기본적 조치를 취했다는 점을 증명하지 못했다. 이처럼 진정인들의 성실성 결여를 고려할 때, 진정인들이 처한 상황이 당사국의 탓으로 돌려질 수

285) Communication No. 133/2019, E/C.12/72/D/133/2019, <https://digitallibrary.un.org/record/4012794/files/E_2022_23--E_C.12_2022_3-EN.pdf>.

있다고 볼 수는 없고, 따라서 진정에서 제기된 사실들이 규약 제11조 (1)의 위반을 구성하지 않는다.

(14) *Aicha Naser v. Spain*(2022)²⁸⁶⁾

- 사건번호: 127/2019
- 진정인: Aicha Naser
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2019.3. 18.
- 견해채택일: 2022. 2. 28.
- 주제: 임대 만료로 인한 퇴거
- 절차적 쟁점: 국내 구제절차 경유.
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 1항, 의정서 제2조 및 제5조

- **의의:** 국가가 제공하는 최저생계소득 외에는 소득이 없고 글을 읽고 쓸 수 없어 고용시장 진입도 불가능한 데다가 미성년의 두 아이를 돌보고 있는 진정인에 대하여 대체주택의 제공 없이 이루어진 임대차계약 만료를 이유로 한 강제퇴거가 규약 제11조 1항 위반에 해당한다고 보았지만, 제공된 임시 긴급주택이 인간의 존엄성 기준에 합치되지 않는다는 등의 증명은 없어 선택의정서 제5조 위반은 아니라고 한 사례.
- **사실관계:** 주택을 임대하여 미성년인 조카 2명과 함께 살고 있던 진정인이, 임대하여 살고 있던 주택에 대한 모기지가 집행절차에 들어가면서 법원으로부터 임대차계약 종료 판단을 받은 데 이어 5개월 후에는 계약기간 만료를 이유로 퇴거명령을 받았다. 퇴거명령은 몇 차례 중단되었지만 결국 진정인과 아이들은 퇴거당했고 퇴거 후에 대체주택도 없었던 이들은 살고 있던 주거지를 짐거했다. 임대주택에서 살기 전부터 퇴거명령을 받고 난 후까지 여러 번 사회복지과에 사회적 주택 등 지원을 신청한 바 있었지만 배정을 받진 못했다. 당사국은 퇴거 후 두 가지 대체주택 제안을 했지만 진정인은 둘 다 거절했다.
- **결론: 일부 인용.** 법원은 진정인의 주장에도 불구하고 퇴거의 정당한 목적과 그 결과들을 형량함으로써 퇴거의 비례성을 심리하지 않았다. 즉 진정인의 요구와 그 점에 관한 서류 제출이 있었음에도 불구하고 법원은 결코 그런 조치가 진정인과 그 가족에게 미치는 영향을 평가하지 않았다. 또한 진정인에 대한 퇴거명령이 여러 번 중단되었지만, 이 중단은 오로지 소유자가 그것에 동의했기 때문이

286) Communication No. 127/2019, E/C.12/71/D/127/2019, <<https://gi-escr.org/files/108/UN-Committee-of-Economic-Social-and-Cultural-Rights/194/AichaNaservSpain.pdf>>.

지 진정인의 퇴거중단요청을 법원이 받아들여서 이루어진 것이 아니었다. 더욱이 당사국의 법률은, 진정인에게 퇴거명령에 불복하기 위한, 그래서 다른 사법기관에게 퇴거의 비례성이나 퇴거가 수행될 조건들을 분석할 기회를 제공했을 다른 어떤 사법적 장치도 제공하지 못했다. 그런 평가를 행하지 않은 채 퇴거명령을 내린 것은 제2조 1항과 함께 독해할 경우 규약 제11조 1항에 따른 진정인과 진정인이 돌보는 미성년자들의 주거권에 대한 당사국의 침해를 구성한다. 그러나 시가 제공한 쉼터의 긴급임시주택이 적절한 대안으로서의 요건을 갖추지 못한 것이었다는 점은 충분한 입증이 없었으므로 선택의정서 제5조에 규정된 임시조치 의무 위반은 인정되지 않는다.

- 권고: 진정인과 가족에 대해서는 별도의 재정적 보상은 필요하지 않다고 보고 (a) 적합한 대체주택에 관하여 그 가족의 요구를 조사하기 위하여 진정인과 진정성있는 협의를 시작하고 필요한 경우에는 진정인에게 그런 주택을 제공해야 하고, (b) 진정인에게 이 진정을 제기하면서 발생한 것에 상당하는 법적 비용을 보전할 것을 권고했다. 당사국에 대해서는 퇴거명령 대상자들이 퇴거조치가 추구하는 목적과 퇴거되는 사람들에 대한 그 결과들의 비례성 분석을 행하도록 요구할 수 있도록 하는 법적 기본틀을 확립할 것, 대체주택 획득을 할 수 없는 사람들과 관련된 퇴거는 오로지 관련된 사람들과의 진정성 있는 협의를 거친 후에만, 그리고 특히 가족, 노인, 아동 기타 취약한 상황에 있는 사람들과 관련되는 경우에 일단 당사국이 퇴거되는 사람들이 대체주택을 가질 수 있도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 필수적 조치를 취한 다음에만, 집행되도록 보장하기 위해 필요한 조치를 취할 것, 그리고 자치공동체와 협력하여 그리고 가용자원을 최대한 이용하여, 일반논평 제4호에 맞추어 저소득층 사람들에게 적절한 주거권을 보증하기 위한 포괄적 계획을 개발하고 이행할 것을 권고했다.

(15) *Yaureli Carolina Infante Díaz v. Spain* (2023)²⁸⁷⁾

- 사건번호: 134/2019
- 진정인: 베네수엘라 국적의 Yaureli Carolina Infante Díaz
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2019. 5. 5.
- 견해채택일: 2023. 2. 27.
- 주제: 법적 권원 없는 점거로 인한 퇴거
- 절차적 쟁점: 주장에 대한 충분한 입증 실패
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권

287) communication No. 134/2019, E/C.12/73/D/134/2019, <<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1Xt9%2fAm48919J%2bLiF0hYPfJ6WT7muwMT0d8qUpdqEaX0C1PHHKpTz69uuhoPA8sEiY%2fidOiAAgC%2fKb4Ubrg3HPmLY03gXWR4MD1BPCFoQ5z5DIAC35XezoavASRhQIkeyLyNr61k%2f2aEz1umhCVivY%3d>>.

• 관련 조항: 규약 제11조 1항

- **의의:** 구두계약에 의하여 주택을 임대해서 살아오던 중 임대인이 그 주택의 소유자가 아니며 따라서 자신이 그 주택을 불법점거하고 있음을 알게 된 미등록 이주민인 베네수엘라 국적의 진정인과 그 아들이 대체주택이 제공되지 않은 상태에서 퇴거를 명령한 것에 대하여, 국민 또는 다른 규약상 권리 침해의 위험에 처할 수 있는 미등록 이주민을 포함하여 누구에게나 사회적 주택 재고에 접근할 수 있도록 하도록 보장하는 법적 기본권이 갖추어져야 한다는 등의 이유로 규약 제11조 1항 위반에 해당한다고 인정한 사례.
- **사실관계:** 베네수엘라 국적자인 진정인은 미등록 이주민으로서 구두로 임대차계약을 체결하여 아들과 함께 살고 있었지만 후에 그 임대인이 소유자가 아니며 따라서 자신들은 타인의 가옥을 불법점거하고 있다는 사실을 알게 되었고, 이후 법원의 퇴거명령을 받게 되었다. 퇴거의 집행은 여러차례 연기되다가 최종적으로 완전히 중단되었다. 진정인은 대체주택의 제공도 없이 자신과 자신의 아들에게 내려진 이러한 퇴거명령은 적절한 주거권을 보장한 규약 제11조 위반이라고 주장하였다. 특히 진정인은 자신이 미등록 이주민이기 때문에 사회적 주택을 얻게 될 가능성이 없었다고 주장하는데, 당사국은 이에 대해서는 반박하지 않고, 단지 진정인과 그 아들은 무상교육과 법률서비스 및 건강서비스와 식량, 가족 치료와 무상학교급식 등 지원을 받고 있고 불법점거는 규약에 의해 보호되지 않으며 공공주택 접근을 보장하기 위한 행정절차가 마련되어 있다고 하면서 규약 제11조 위반이 아니라고 주장한다.
- **결론: 인용.** 위원회는 미등록 이주민의 경우를 포함하여 강제퇴거는 일응 규약과 양립할 수 없다는 기존 법리를 강조하고, 당사국의 영역에 불법적으로 체재하는 것이 그 자체로 진정인과 아들을 공공주택서비스에서 배제하기 위한 기준이 되어서는 안 된다고 판단하였다. 또한 진정인과 그 아들의 필요가 특히 건강, 교육, 식량 및 사법 서비스를 통하여 공적 자원에 의하여 충족되고 있다는 당사국의 주장과는 달리 일반논평 제4호(1991)에 비추어볼 때, 이는 진정인과 그 아들의 구체적 상태에 대한 적절한 대응에 해당하지 않는다고 판단하였다. 위원회는 규약에 포함된 권리들과 충돌하지 않는 한 당사국이 사유재산권 등 그 법체계내에서 확립된 모든 권리에 대한 보호를 보장하는데 정당한 이익이 있음을 인정하지만, 이 사건에서 진정인의 사회경제적 취약성은 당사국이 보호하고자 하는 법적 권리에 대한 해악보다 더 심각하다고 판단하였다. 따라서 어떤 주택대안도 제공되지 않은 채 진정인과 그 막내아들에 대하여 이루어진 퇴거명령은 규약 제11조 1항에 대한 적절한 주거권 침해에 해당한다.
- **권고: 인용.** 진정인 및 그 아들과 관련해서는 (a) 침해에 대한 재정적 보상을 제공하고, (b) 그들에게 대체주택을 제공하기 위하여 그들의 필요 수준을 평가함으로써 진정인과 그 아들에게 효과적인 구제를 제공할 것을 권고했고, 당사국에 대해서는 그 법률과 법률의 집행이 규약에 따라 확립된 의

무와 합치하도록 보장할 것과, 특히 불법적으로 가옥을 점거하고 있어 퇴거명령을 받을 수 있고, 이에 따라 법적 기본권이, 극빈 또는 다른 규약상 권리 침해에 처해질 위험에 놓일 수 있는 미등록 이주민을 포함하여 누구에게나 사회적 주택 재고에 접근할 수 있도록 하도록 하게끔 보장할 것을 권고했다.

IV. 사회권규약 선택의정서 가입과 관련된 주요 쟁점

1. 사회권규약 선택의정서에 대한 몇 가지 오해들

1) 사회권은 사법심사에 적합하지 않다는 의문에 대한 반박

앞서 보았듯이 사회권 규약상의 권리들, 즉 경제 사회 문화적 권리들이 이런저런 이유로 사법심사에 적합하지 않다는 논리는 이제 더 이상 설 자리가 없음이 국제적으로 공식화되었고, 선택의정서의 기초과정과 만장일치에 의한 채택과정은 이를 명징하게 보여주었다. 유엔 회원국들로 구성된 실무단은 5년 이상에 걸쳐 논의한 결과 선택의정서는 유엔 인권이사회와 유엔총회에서 만장일치로 채택되었다는 점은 모든 국가들이 유엔이 법적 행동을 통하여 경제적 사회적 문화적 권리를 보호하도록 할 수 있게 하려는 의지를 갖고 있었음을 보여주었다고 해야 할 것이다.²⁸⁸⁾ 심지어 선택의정서는 일찌기 사회권위원회가 사법심사 가능한 권리에 관하여 취했던 입장²⁸⁹⁾보다 훨씬 더 진전된 것이었다는 사실은 이 문제에 대해서는 이제 더 이상 논의의 여지가 없음을 확실히 한 것이라고 보아야 한다.²⁹⁰⁾

따라서 우리나라에서도 이러한 입장을 채택하는 입법이 시급하게 이루어져야 하고 그런 입법이 이루어지기 전이라도 법원이나 헌법재판소는 이와 같은 국제사회의 확립된 입장을 사회권 관련 소송에서 적극적으로 수용하여야 할 것이다. 선택의정서의 채택 및 발효는 사회권에 대한 사법심사의 거부는 더 이상 용납될 수 없다는 현대 국제사회의 준엄한 명령임을 명심해야 할 것이다.

288) NGO Coalition for the OP-ICESCR, *A Toolkit for Action - Booklet 3: Why Should States Ratify the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights? and NGO Coalition for the OP-ICESCR, A Toolkit for Action - Booklet 4: Tools to Lobby Your Country and Advocate for the Ratification and Implementation of the Optional Protocol*, <<https://www.escr-net.org/resources/toolkit-action-op-icescr>>. 5쪽.

289) 사회권위원회는 일반논평 제3호(1990)에서 사회권규약 중 적어도 제3조, 제7조 (a)(i), 제8조, 제10조 3항, 제13조 2항 (a), 3항, 4항, 제15조 3항은 대다수 국가의 국내법 체계 상 사법기관 및 기타 기관에서 즉시 적용할 수 있는 규정이라고 한 바 있다. 일반논평 제3호, 단락5. 이는 일반논평 제9호(1998), 단락 10에서 재차 확인되었다.

290) 국가인권위원회는 경제적·사회적·문화적 권리에 대한 차별은 평등권에 대한 침해로서 심사의 전형적인 주제가 되고, 둘째, 경제적·사회적·문화적 권리 중에는 시민적·정치적 권리와 같이 국가나 기타 실체에 대한 방어권으로서 성격을 지니기 때문에 심사에 적합한 경우가 많으며, 권리의 의미적 모호성이나 구조적 불명확성으로 인한 심사가 곤란한 경우는 경제적·사회적·문화적 권리에만 국한된 문제가 아니며, 시민·정치적 권리에서도 나타난다고 하면서, 따라서 경제적·사회적·문화적 권리 역시 justiciability가 인정된다고 본다. 국가인권위원회, 2005.1.7.자 결정, “「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 선택의정서」 성안을 위한 제2차 실무회의 관련 외교통상부의 의견요청에 대한 의견”, 국가인권위원회 국제인권 결정례집(2022.6), 19쪽.

2) 사회권은 너무 모호해서 사례기반 진정절차에 적용될 수 없다?

이런 선입견은 사회권의 성격, 내용 및 범위와 국가의 의무를 정교하게 만드는 다양한 방법들에 의해 극복되어 왔다. 사회권위원회, 유엔특별보고관, 전문가, 학자 및 비정부단체들의 작업은 물론 국내 및 지역의 판례는 모두 이러한 단언을 반박하고, 사회권규약으로부터 나오는 의무들을 명확히 하는데 중요한 기여를 해 왔다. 사회권위원회의 일반논평은, 기존의 법리와 정기보고절차의 결과와 함께, 사회권의 내용과 범위뿐만 아니라 이들 권리를 존중하고 보호하며 실현할 각국의 의무에 대한 상세한 설명을 제공해 왔다. 많은 나라들에서 통상적으로 국내법원들이 사회권에 대한 부당한 간섭이나 거부에 대하여 구제를 명령한다. 그들은 점점 더 법리와 판결들을 통해서 이들 권리의 범위, 성격과 확장에 관한 더 개선된 이해에 기여할 자신들의 능력을 실증해 왔고, 그들은 사회권의 점진적 실현에 이바지하고 있다.²⁹¹⁾

물론 한국의 법원이나 헌법재판소는 적어도 사회권에 대해서는 이런 역할을 포기해 왔다고 할 수 있을 정도로 소극적이었음을 부인할 수 없다. 그러나 언제까지 사법기관의 그런 소극성을 방치할 것인가? 사회양극화의 심화와 그 정치적 해결의 어려움이 깊어갈수록 사법기관들에 대한 국민들의 권리 보호 요구는 점점 커질 것인데, 이를 언제까지 외면할 수는 없을 것이다. 어쩌면 지금까지 그런 외면을 계속해 온 결과가 오늘날 사법부에 대한 극도의 불신으로 이어져왔음을 감안하면, 사법부는 스스로의 생존을 위해 서라도 더욱 적극적인 태도를 보여야 할 것이고, 그러한 태도의 함양에 선택의정서는 큰 도움을 줄 것이다.

3) 사회권은 공공정책과 자원할당과 관련되어 있고 이들은 민주적으로 구성되는 입법부와 집행부라는 정책결정기구들에 맡겨져야 하고, 이러한 역할이 사법기관이나 조약기구에 맡겨질 수는 없다는 의문에 대한 반박

선택의정서 제8조 4항은 사회권위원회의 역할이, 법원의 역할과 마찬가지로, 어떤 경우에도 사회권을 이행하기 위한 법률, 프로그램 및 정책을 설계할 정부의 역할을 찬탈하지 않는다는 점을 분명히 하고 있다. 즉 가능한 광범위한 조치들 중 규약에 부합하는 구체적 수단이나 정책의 선택은 국가에 유보되어 있다. 국가의 의무 준수를 심사함에 있어서 법원은 다른 더 바람직하거나 유리한 조치가 채택될 수 있었는지를 묻는 것이 아니라, 국가가 근본적 권리들을 보장하기 위한 그 의무를 이행했는지 여부를 평가할 것이다.²⁹²⁾ 정부로 하여금 인권의무에 책임지도록 하는 것은 민주주의를 잠식하는 것이 아니라 증진하는 것이다. 소송은, 정부로 하여금 선거를 실시할 때뿐만 아니라 선거들 사이의 기간에도 정책의 구체적 측면들에 관하여 시민들에게 책임을 질 것을 요구함으로써, 참여민주주의를 촉진한다.²⁹³⁾

사회권위원회는 이미 유엔 경제사회이사회가 수립한 정기보고절차를 통해 당사국의 사회권규약 이행을

291) A Toolkit for Action Booklet 3, 6쪽.

292) A Toolkit for Action Booklet 3, 7쪽.

293) A Toolkit for Action Booklet 3, 7쪽.

심사할 권한을 가지고 있다는 점에 주목해야 한다.²⁹⁴⁾

한편 자원할당 결정들은 그 인권에 대한 중요한 함의들 때문에, 국내적으로나 국제적으로 인권심사에서 제외되었던 적이 없었다. 그 결정들이 인권의 향유에 영향을 주는 만큼 그것은 인권기준의 준수에 대한 심사를 받아야 한다. 경제적 사회적 문화적 권리를 부정당하는 일정 집단들은 일반적으로 사회의 가장 취약하고 불리한 지위에 있는 계층들이다. 그런데 사회의 모든 구성원들의 수요를 고려하지 않고 고안되고 이행되며, 특히 취약한 집단을 배제해버리는 정책 및 프로그램들이 오로지 자원 및 정책결정과 관련된다는 이유만으로 인권심사에서 면제되는 일은 없어야 한다.

4) 사회권을 위한 진정절차는 국가에 대한 실행불가능한 재정적 부담을 내포하고 있다?

그렇듯해 보이는 주장이지만 선택의정서는 절차규범이며 어떤 새로운 실체적 의무도 도입하지 않고 있음에 유의해야 한다. 국가들은 이미 사회권규약의 당사국이 됨으로써 모든 실체적 의무를 수용했다. 그러므로 그 제도는 당사국들에게 추가적인 의무를 요구하는 것이 아니라 오히려 그들이 사회권규약의 당사국이 될 때 했던 약속을 보장하기 위한 하나의 제도를 제공하고 있다.

그럼에도 불구하고 사회권규약이 국가들에게 자원과 관련된 불합리한 의무를 부과하지는 않음을 명확히 하는 것이 중요하다. 사회권규약에 따른 국가 의무는 가용자원에 따르며, 이들 의무 중 많은 것들은 거액의 재정적 자원을 요구하지도 않는다.

사회권규약은 당사국에게 세 가지 상이한 유형의 의무를 부과한다. 존중, 보호 및 실현의 의무. 존중하고 보호할 의무에 따라 국가들은 사회권의 향유에 간섭하는 것을 자제해야 하고 국가기관이나 제3자에 의한 이들 권리의 침해를 방지해야 한다. 두 경우 모두 그 비용은 감시와 법 집행 비용에 한정된다. 그런 경우 사회권의 실현은 중대한 자원할당 문제를 포함하지 않는다.²⁹⁵⁾

권리를 실현할 의무는 상당한 양의 공적 자원의 이용을 요구할 수도 있다. 그러나 사회권규약에 따른 국가의무는 가용자원에 따르고, 경제적 사회적 문화적 권리가 진짜 자원부족 때문에 실현되지 못하는 경우에는 규약 위반으로 보지 않는다. 사회권위원회는 단지 정부가 그 권한내에 있는 조치를 상당히 이행하지 못한 경우 또는 경제적 사회적 문화적 권리에 대한 기존의 접근을 저해하는 행동을 불필요하게 했을 경우에 침해 발생을 인정할 수 있을 뿐이다.²⁹⁶⁾ 외부심사는 책무성 목적을 위하여, 그리고 인권침해에 대한 구제를 받을 권리를 보장하기 위하여 필수적이다. 선택의정서의 비준은 인민들에게 그들의 정부가 경제적 사회적 문화적 권리를 실현하기 위하여 그 권한 내에서 상당한 조치를 취하고 있음을 실증하라고 요구할 중요한 도구를 제공할 것이다.²⁹⁷⁾

294) A Toolkit for Action Booklet 3, 8쪽.

295) A Toolkit for Action Booklet 3, 9쪽.

296) A Toolkit for Action Booklet 3, 9쪽.

297) A Toolkit for Action Booklet 3, 9쪽.

뿐만 아니라 선택의정서는 일정한 상황에서 사회권위원회가 특정 국가에서 진정한 사회권이 자원부족 때문에 실현되지 못한다는 것을 예정하고 그런 경우에 대해서는 국제적인 협력과 지원을 통하여 자원을 창출하기 위한 절차를 수립하고 심지어 기금 설치까지 규정하고 있다.²⁹⁸⁾

5) 사법적 구제는 사회권을 실현하는 데는 효과적이지 않다?

때로 사법적 또는 준사법적 구제들만으로는 경제적 사회적 문화적 권리의 완전한 실현을 위하여 필요한 체계적 변화를 달성할 수 없다는 주장도 제기된다. 사법적 또는 준사법적 기관들은 구체적인 인권침해사건들을 들여다보기 때문에, 그들의 구제는 나라 전체의 상황을 교정하거나 변화시킬 그들의 능력의 측면에서는 제한되는 경우가 있을 수 있다.

그러나 시민사회의 행동 및 미디어 인식과 결합할 때 그런 기관들의 결정은 주어진 상황의 변화를 촉발하고 진정한과 유사한 상황에 있는 다른 피해자들을 위하여 선례를 수립할 수 있다. 다양한 맥락에서 무엇이 합리적인 조치에 해당하는지에 관한 사회권위원회의 결정은 의사결정 및 프로그램 설계를 위한 하나의 기준을 설정할 것이고, 그것은 많은 다른 영역에서 정부, 법원 및 의사결정자들에게 무엇이 인권 준수에 해당하는지에 관한 지침을 제공할 것이다. 소송은 또한 입법적 변화를 자극할 수 있고 전체 사회 내에서 인권원칙들의 배포와 이해에서 유용한 교육적 및 변혁적 역할을 할 수도 있을 것이다.²⁹⁹⁾

6) 선택의정서는 새로운 사회권을 창설하고 국가에 대해 그에 상응하는 새로운 의무를 창설한다?

때때로 선택의정서가 사회권규약 당사국에게 새로운 의무를 창설한다는 오해가 있다. 앞서 언급했듯이 선택의정서는 하나의 절차적 의정서이지 실제적 의정서가 아니며, 이는 그것이 새로운 사회권과 그에 상응하는 국가의 의무를 추가하지는 않는다는 의미이다. 그것은 사회권규약에 따라 이미 존재하고 있는 권리와 상응하는 의무에 대한 새로운 진정절차를 창설하고 있을 뿐이다. 선택의정서에 의해 창설된 절차는 예컨대 자유권규약 제1 선택의정서, 고문방지협약, 인종차별철폐협약 또는 여성차별철폐협약 선택의정서에 따른 절차들과 다르지 않다.³⁰⁰⁾

7) 선택의정서는 다른 진정절차와 경합하거나 충돌한다?

선택의정서가 다른 진정절차에 따른 다른 기구, 예컨대 인권위원회, 여성차별철폐위원회, 국제노동기구 및 유엔교육과학문화기구 등에 의해 수행되는 작업과 중복된다거나 다른 진정제도와 충돌을 야기한다는 주장도 있다. 그러나 선택의정서 기초과정에서 이러한 주장은 기각되었다. 특히 ILO와 UNESCO의 대표

298) A Toolkit for Action Booklet 3, 9-10쪽.

299) A Toolkit for Action Booklet 3, 10쪽.

300) A Toolkit for Action Booklet 3, 10쪽.

자들은 그런 장치의 강력한 상보성(complementarity)을 강조하면서 선택의정서의 개인진정절차를 특히 중요하다고 강조하기까지 했다.³⁰¹⁾

나아가 선택의정서는 제3조에 따라 사회권위원회가 다른 국제적 조사 또는 합의절차에 따라 심사되었거나 심사되고 있는 사건을 심사하지 못하도록 하는 규정을 포함함으로써 이들 다른 제도들 간의 잠재적인 업무 중복을 방지하고 있다. 더욱이 사회권위원회는 선택의정서 제8조 3항에 따라서 적절한 경우에는, 유엔 기구, 전문기관, 기금, 프로그램 및 제도와 기타 지역인권체계를 포함하는 국제조직들의 자료를 참조할 권한이 있다.³⁰²⁾

오히려 선택의정서는 다른 국제적 및 지역적 제도들을 보충한다. 개인진정절차를 통해 제한된 수의 승인된 시민사회단체에게의 집단진정절차만 인정하는 유럽사회헌장을 보충하고, 노동조합을 결성 가입할 노동자들의 권리와 교육을 받을 권리 침해에 대해서만 개인진정을 허용하는 미주인권체계를 보충한다.³⁰³⁾

2. 선택의정서가 가져다 줄 장점들

1) 선택의정서는 사회권규약 침해를 구제하기 위한 국제적 장치를 제공한다.

선택의정서는 개인진정절차, 조사절차 및 국가간진정절차라는 세 가지 새로운 장치를 도입하고 있다. 각 장치는 사회권위원회에 사회권을 실현할 당사국의 의무를 강제할 새로운 사명을 부여한다.

개인진정을 촉진함으로써 선택의정서는 전 세계 각국에서, 특히 국내 수준에서 정의에 접근하거나 그것을 성취할 수 없었던 개인들에게 사회권의 이행을 증대시킬 잠재력을 가지고 있다. 조사절차를 통하여 사회권위원회는 중대하거나 체계적인 침해가 조사될 수 있도록 함으로써 개인이나 집단이 보복의 두려움 등의 이유로 개인진정제도를 이용할 수 없는 경우에 진정절차를 강화하고 있다. 또한 이 절차는 심각하거나 체계적인 성격의 침해에 더 시의적절한 대응을 가능하게 해 준다. 국가간 진정절차는 거의 이용되지 않는 않지만, 한 당사국이 다른 당사국에 대하여 사회권규약상의 의무를 지키도록 보장하기 위하여 진정을 제기하는 절차이다.

선택의정서도 다른 유엔의 진정제도와 마찬가지로 그 결정을 강제할 장치를 갖고 있지는 않다. 그러나 이 장치에 따라서 내려지는 결정들은 구체적 침해에 대한 더 큰 국제적 가시성과 심사를 낳을 수 있다. 선택의정서에 따른 결정을 이행하지 못하면 국제적인 동료심사장치(보편정례보고와 인권이사회)의 가동을 가져올 수 있고, 이들 결정은 침해를 종식시키는 데 필요한 개혁에 대한 시민사회의 옹호를 강화할 수 있다.³⁰⁴⁾

301) Malcolm Langford, 앞의 글, 16-18쪽.

302) A Toolkit for Action Booklet 3, 11쪽.

303) A Toolkit for Action Booklet 3, 11쪽.

2) 선택의정서는 사회권규약 당사국의 의무를 명확히 하는데 도움을 준다.

국제적인 관례의 개발을 통해 선택의정서는 사회권규약에 포함된 권리들의 의미와 범위에 대한 더 깊은 이해, 무엇이 이들 권리 침해에 해당하는지와 그에 상응하는 당사국의 의무는 무엇인지를 정의하는데 기여할 것이다.

국제인권조약에 의해 설립된 8개 위원회 중 7개가 진정장치를 갖고 있다. 이들 위원회 가운데 일부는 풍부한 관례를 개발했고 이들 사례를 통하여 각 위원회가 감시하는 권리의 범위를 명확히 하고 당사국에게 그 약속을 더 잘 존중할 동기부여를 할 수 있었다.

실제로 추상적 원칙에서 구체적 사례로의 이행은 사회권에 내용을 부여하는데 도움이 된다. 예컨대 “가용자원의 최대한” 기준이나 “상당성” 기준 등 사회권규약과 선택의정서의 내용을 구체적인 사실상황에 적용함으로써 선택의정서는 일반적인 사회권규약의 규정들을 구체적이고 감지할 수 있으며 성취할 수 있는 규범으로 변형시키는 것을 도울 것이다. 나아가 사회권위원회는 구체적 권리 침해에 초점을 맞추므로써 구체적 사례를 분석하고 당사국에게 실제 상황에서 사회권규약상 의무에 관한 지침을 제공할 수 있을 것이다.³⁰⁵⁾ 이처럼 법적 명확성은 규약의 이행과 준수를 개선할 것이다.³⁰⁶⁾ 기존의 정기보고체계도 사회권규약상 의무를 명확히 이해하는데 도움이 되지만, 이런 정기적 평가들은 일화되고 정형화할 위험이 있는 반면, 개인 진정은 사회적 권리가 무엇을 수반하는지와 무엇이 당사국이 국제법적 의무를 이행하기 위한 선의의 노력에 해당하는지를 더 명확하게 이해하도록 다가가는 과정의 중요한 부분일 수 있고, 특히 개인진정장치는 감독기구와 각 당사국 사이의 대화에 대한 중요한 보완수단이기도 하다.³⁰⁷⁾

3) 선택의정서는 당사국이 사회권규약상의 권리들을 실행하는 것을 지원한다.

선택의정서에 따라 채택된 결정들을 통하여 발전된 당사국의 의무의 명확화는 당사국이 사회권규약에 있는 모든 경제적 사회적 문화적 권리의 완전한 실현을 향하여 조치를 취하도록 지원 장려함으로써 당사국이 사회권의 이행을 더 잘 할 수 있도록 도울 것이다.

진정 및 조사절차를 통하여 당사국은 국내수준에서 사회권 개념을 발전시키고, 이들 권리에 대한 이해와 의식을 제고하며, 기존의 법률상 불평등을 구제하고, 모든 경제적 사회적 문화적 권리의 실현을 향한 새로운 정책을 개진할 더 깊은 기회를 제공받을 것이다. 선택의정서는 국내법 및 정책의 점진적 변화를 통해 사회권규약에 구현된 모든 사회권의 효과적 이행을 독려할 것이다. 그러면 이러한 변화는 다시 모든 수준의 사회에서 경제적 사회적 문화적 권리에 대한 증대된 인식을 촉발하고 가장 주변화된 사람들을 포함한 모든 사람이 정의에 접근할 수 있도록 도울 것이다.³⁰⁸⁾

304) A Toolkit for Action Booklet 3, 1쪽.

305) A Toolkit for Action Booklet 3, 1쪽.

306) Beth A. Simmons, "Should States Ratify - Process and Consequences of the Optional Protocol to the ICESCR," *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter*, vol. 27, no. 1, 2009, pp. 64-81: 65.

307) Beth A. Simmons, 위의 글, 67-68쪽.

4) 선택의정서는 각국이 사회권의 집행을 위한 국내장치를 강화할 동기를 제공한다.

선택의정서 제3조는 진정이 위원회에 의해 심리될 수 있으려면 이용가능한 모든 국내구제절차를 거칠 것을 요구하고 있다. 그 목적은 진정이 국제기구에 제기되기 전에 국내법체계를 통하여 침해를 구제할 기회를 국가에게 제공하자는 것이다.³⁰⁹⁾

5) 선택의정서는 사회권과 관련된 국내 판례에도 기여한다.

교육, 식량, 건강, 주거 및 사회보장권 등 경제적 사회적 문화적 권리를 심의할 때 국내법원들은 선택의정서에 따라 위원회에 의해 개발된 판례를 근거로 삼을 수 있고 사회권규약을 직접 적용하거나 기존의 국내법을 해석하는 데 더 나은 지위에 있게 될 것이다.

사회권위원회가 선택의정서에 따라 내린 결정들은 사회권의 재판에 관한 사례연구를 제공할 것이다. 사회권 침해의 개념과 그 권리들이 어떻게 인정되고 해석되며 구제되어야 하는지가 진정 및 조사절차를 통하여 조약기구에 의해 점차 명확해질 것이다.

그런 서면자료는 사회권규약상 권리를 보호하기 위한 국내법이나 절차의 제정, 집행 및 해석에 영향을 미치고 정부행위를 어떻게 감시할 것인가에 관하여 국내법원에 지침을 제공하는데 필수적인 것이 될 것이다.³¹⁰⁾

6) 선택의정서는 빈곤과 맞싸울 새로운 통로를 제공한다.

선택의정서는 빈곤을 다루는 데 핵심적인 도구가 될 것이다. 전세계 거의 모든 나라에서 빈곤은 중요한 도전으로 남아 있다. 빈곤의 많은 측면들은 피할 수 있고 사회권침해에 의해 야기되거나 유지된다. 그러므로 사회권의 완전한 실현은 이러한 도전을 극복하는 데 있어 필수적이다. 그러나 사람들이 경제적 사회적 문화적 권리를 실현하지 못하는 데 대해 정부에게 책임을 물을 수 없는 한 빈곤은 효과적으로 감소되지 못할 것이다.³¹¹⁾

바로 이런 점에서 선택의정서는 빈곤과 맞서 싸우기 위한 새로운 통로를 열어젖힌다. 사회권위원회는 특정 개인이나 집단에게 영향을 미치는 상황들을 연구할 수 있을 뿐만 아니라 경제적 사회적 문화적 권리의 체계적 침해를 구제하고, 빈곤 또는 정부의 빈곤 퇴치 실패가 경제적 사회적 문화적 권리 침해의 결과인 상황들을 확인할 수 있다. 그 결과 이는 책무성의 수준을 증대시키고 경제적 사회적 문화적 권리

308) A Toolkit for Action Booklet 3, 1쪽. 시몬스는 자유권규약 선택의정서의 개인진정사례에 대한 분석을 통하여 개인진정장치의 이용가능성이 권리 실현에 긍정적으로 작용한다는 점을 보여주고 있다. Beth A. Simmons, 앞의 글, 특히 72-77쪽.

309) A Toolkit for Action Booklet 3, 3쪽.

310) A Toolkit for Action Booklet 3, 3쪽.

311) A Toolkit for Action Booklet 3, 3-4쪽.

의 국내적 보호를 강화할 유인을 만들어낼 것이다.³¹²⁾

7) 선택의정서는 모든 인권의 보편성, 불가분성, 상호관련성 및 상호의존성을 강화한다.

1993년 제2차 세계인권대회에서 채택된 비엔나선언은 시민적, 문화적, 경제적, 정치적 및 사회적 권리의 보편성, 상호의존성, 불가분성 및 상호관련성을 명백히 확인했다. 모든 인권의 상호의존성과 불가분성은 국제법적 보호의 측면에서 경제적 사회적 문화적 권리와 시민적 정치적 권리의 동등한 취급을 요구한다. 시민적 정치적 권리는 1966년에 선택의정서를 채택했고 여기에는 현재 113개국이 당사국이다. 사회권규약 선택의정서를 비준하거나 이에 가입한 나라들의 수가 이와 비교할 만하게 된다면 모든 인권의 보편성, 상호의존성, 불가분성 및 상호관련성을 강화할 것이다. 선택의정서를 비준하는 국가들은 자국민민들에게 혜택을 줄 뿐만 아니라 다른 나라와 민족들에게 모든 권리의 불가분성에 관한 신호를 보내게 될 것이다.³¹³⁾

나아가 선택의정서의 비준은 다른 국가들에게도 그 비준을 고무한다는 점도 기억해 둘 필요가 있다. 즉 국제인권조약의 비준은 어느 정도 전염성이 있다. 특히 국가들은 이웃의 동료국가들이 비준을 할 때 선택의정서를 비준하는 경향이 있다고 한다.³¹⁴⁾

8) 선택의정서는 사회권에 대한 공공의 인식을 증진한다.

선택의정서에 따른 진정과 조사, 사회권위원회의 견해의 공표는 국내적으로나 세계적으로나 사회권규약에 간직된 인권기준에 대한 공중의 인식을 촉진하는데 기여할 것이다. 이는 기존의 진정절차에 따라 제출되는 진정에서도 그랬고, 특히 자유권규약 제1선택의정서에 따른 진정에서 특히 그랬다.³¹⁵⁾

9) 선택의정서는 개인과 시민사회에 권능을 준다.

진정절차는 개인들과 시민사회에 권능을 부여하는 중요한 도구를 구성한다. 그것은 사람들의 삶과 경험을 통하여 법의 해석을 돕는 방법이다. 이 장치는 개인들이 자기 권리의 특정한 침해를 확인할 수 있게 하고 그럼으로써 그것을 시정하기 위한 방법과 수단을 정하는데 도움을 준다. 경제적 사회적 문화적 권리를 해석하고 실제경험의 렌즈를 통하여 구체적 시정을 제공함으로써 사회권위원회는 또한 시민사회에 경제적 사회적 문화적 권리를 이행하기 위한 법률, 정책 또는 프로그램을 변화시킬 국내적 옹호캠페인을 위한 수단을 제공한다. 선택의정서를 비준하는 국가는 이 비준을 그 인민에게 권능을 부여할 자발성의 지표로 내세울 수 있을 것이다.³¹⁶⁾

312) A Toolkit for Action Booklet 3, 4쪽.

313) A Toolkit for Action Booklet 3, 4-5쪽.

314) Beth A. Simmons, 앞의 글, 77-80쪽.

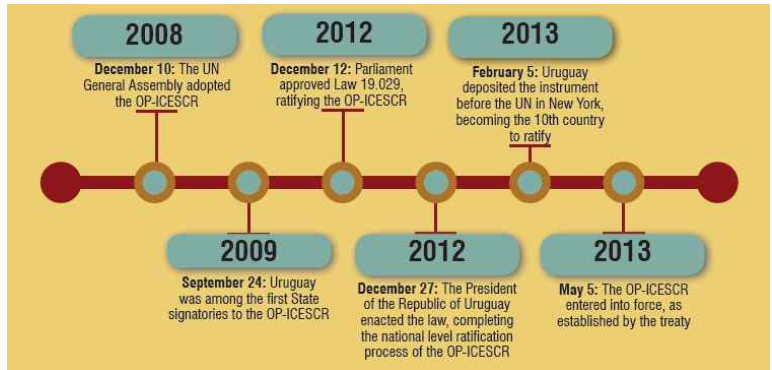
315) A Toolkit for Action Booklet 3, 5쪽.

316) A Toolkit for Action Booklet 3, 5쪽.

3. 선택의정서 가입 관련 사례

1) 우루과이 사례³¹⁷⁾

우루과이는 2013년에 10번째로 사회권규약 선택의정서를 비준한 국가이다. 우루과이의 비준으로 선택의정서는 효력 발생요건을 충족했고 그로부터 3개월이 지난 2013년 5월 5일 효력을 발생했다. 그런 점에서 우루과이의 비준은 선택의정서의 시행에서 매우 중요한 계기를 제공했다. 그러나 우루과이의 기여는 훨씬 더 이전부터 진행된 것이고, 그러한 기여는 시민사회의 적극적이고 능동적인 활동에 크게 힘입은 것이었다. 이처럼 시민사회의 주도로 선택의정서 비준이 이루어진 우루과이의 사례는 선택의정서 비준이 눈앞의 과제로 다가와있는 한국의 입장에서도 눈여겨 봐야 할 사례이다. 우루과이에서 이루어진 선택의정서의 개발과 비준 과정은 아래 그림과 같이 나타낼 수 있다.



<그림 1> 국내 옹호활동 이정표

우루과이에서 선택의정서와 관련된 시민사회의 활동은 크게 3단계에 걸쳐 진행되었다. 첫 번째는 선택의정서 개발 과정에 대한 시민사회의 개입 단계이고, 두 번째는 선택의정서 채택 후 서명을 촉구하는 활동 단계이며, 세 번째는 선택의정서 서명 이후 비준까지의 단계이다. 물론 우루과이 시민사회의 활동은 선택의정서 비준으로 끝난 것이 아니라 그 비준으로 새로 시작하고 있다고 봐야 할 것이다. 즉 선택의정서 비준 이후 사회권의 보호와 신장을 위하여 선택의정서의 권리구제절차를 일반 대중에게 홍보하고 구제절차의 이용을 고무하며 이를 통하여 국내적인 제도 정비를 촉구하는 등 활동을 이어가고 있다. 단계별로 살펴보기로 하자.

(1) 1단계: 선택의정서 개발을 향한 국내 동원과정 시작

우루과이에서는 2000년대 초부터 선택의정서를 지지하는 매우 적극적인 시민사회의 옹호가 있었는데,

317) NGO Coalition for the OP-ICESCR, "Access to Justice for Economic, Social and Cultural Rights. A Case Study: Ratifying the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights in Uruguay", 2013.

국제사면위원회 우루과이 지부(AIU)가 선택의정서의 중요성에 관한 의식을 제고하기 위한 노력을 주도했고 그 뒤로 우루과이 정부에 대해 이 국제규범의 개발을 옹호하기 위하여 다른 단체들—인권, 민주주의와 발전을 위한 미주플랫폼 우루과이지부(PIDHDD-UY)를 포함함—과 힘을 결합했다. 이들이 전개한 핵심적 옹호행동은 다음과 같은 것들이었다.

- 외교관계부에 대한 진정과 서한
- 선택의정서의 중요성 설명을 위한 당국과의 만남
- 의회에서 인권 심의 임무를 맡고 있는 주제별위원회에 대한 개입활동

이 때 시민사회의 목표는 우루과이 정부가 일정한 권리에 대한 진정만을 심사하는 제도보다는 규약에 포함된 모든 인권을 다루는 진정제도를 포함하는 강력한 조약을 지지하도록 확실히 하는 것이었다. 선택의정서의 범위에 관한 격렬하고 오래 걸린 협상에서 ‘선택의정서를 위한 비정부단체연맹’[The NGO Coalition for the Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (OP-ICESCR)]³¹⁸⁾은 시민사회의 옹호를 확대하고, 국가대표 및 유엔 관리들과의 만남을 촉진하며, 국제공동체에 의해 조직된 입장을 지지하는데 도움이 된 선언과 문서들을 만들어내고, 모든 규약상 권리들을 포괄하는 선택의정서를 지지하는 데 있어서 주도적인 역할을 했고, 궁극적으로 성공을 거두었다.

그리고 이러한 옹호활동은, 2008년 12월 10일, 세계인권선언 60주년 기념행사 동안, 유엔총회가 표결 없이 만장일치로 선택의정서를 채택하는 성과로 이어졌다.

(2) 2단계: 선택의정서에 대한 국가들의 광범위한 서명 확보를 위한 행동하기

선택의정서 채택 후 시민사회는 우루과이가 선택의정서에 서명하는 최초 국가들 중 하나가 되도록 하기 위하여 정부를 고무하기 위한 행동을 했다. 이 단계에서 시민사회가 펼친 핵심옹호행동은 다음과 같은 것이었다.

3

- 국내적 수준: 국내단체들은, 어떻게 그리고 어떤 공간에서 정부관리들과 함께 선택의정서를 홍보할 것인가에 관하여 전략을 세웠음.
- 지역적 수준: 2009년 메르코수르(MERCOSUR)³¹⁹⁾ 인권에 관한 고위당국자회의동안 시민사회 활동가들은 국가들, 특히 우루과이에게, 2009년 9월 서명과 비준을 위해 선택의정서가 개방되는 즉시 그것에 서명하도록 요구했다.

318) 사회권네트워크(ESCR-Net)에 의해 조율된 기구로서, 선택의정서 지지를 위한 국제적 비정부단체 캠페인을 주도했고, 개인과 집단이 경제적 사회적 문화적 권리 침해에 대한 사법접근권을 가질 수 있도록 보장하기 위하여, 선택의정서의 비준과 이행을 위한 국내적 노력을 지지하는 활동을 계속하고 있다.

319) MERCOSUR는 지역내 정부간단체로서, 회원정부는 아르헨티나, 브라질, 파라과이, 우루과이 및 베네수엘라(이상 정회원)과 볼리비아, 칠레, 페루, 콜롬비아, 에콰도르 및 수리남(준회원)이다.

이러한 옹호활동의 결과, 우루과이는 2009년 9월 유엔 공식 행사동안 다른 29개국과 함께 서명을 함으로써, 선택의정서의 첫 번째 서명국가군에 포함되었다.

(3) 3단계: 선택의정서의 효력 발생을 위한 전략적인 시민사회계획 개발하기

일단 서명을 위해 개방된 후에는 국제조약들은 일반적으로 그 규정들의 실제 효력 발생을 위하여 일정 수 이상의 국가들이 완전한 '비준'(즉 그 규범에 의해 구속되는데 공식적으로 동의하는 것)을 하도록 요구한다. 선택의정서는 발효를 위하여 10개국의 비준을 요구했다. 우루과이에서는 비준과정, 상호연결되고 맥락에 맞는 다양한 방식의 시민사회행동의 지지를 받았다. 이는 국제조약들에 관한 국내 관련 절차의 확인 그리고 국내, 지역 및 국제적 수준에서의 옹호를 포괄하는 것이었다. 조약의 비준을 위한 일반적인 전략적 접근들이 우루과이의 경험의 구체적 맥락에서 어떻게 구체화되었는지는 아래에서 보는 바와 같다.³²⁰⁾

① 국제조약들의 비준을 위한 국내절차의 확인

옹호활동을 계획하기 전에 당신의 나라에서 확립된 과정이 어떤 것인지를 확인하는 것이 중요하다. 이는 시민사회로 하여금 관련된 이해관계자들을 확인하고 적절한 옹호전략을 고안할 수 있도록 한다. 이러한 확인을 위한 핵심적 옹호활동 단계들은 다음과 같다.

- 시민사회 협력자들을 확인하여, 노력들을 주도하고 당국 기타 이해관계당사자들을 위한 참고지점이 될 하나의 동맹 또는 전국단체를 구성하라.
- 국제조약의 비준을 위한 헌법 및 기타 법률상의 지침을 포함하는, 국내과정의 지도를 그리라.
- 관리들, 부서들, 정부부처들, 기타 비준을 위하여 그 승인이 필요한 당국 등 핵심적 의사결정행위자들을 파악하라.
- 매스컴, 학술단체, 법률단체 등 쟁점에 대한 공중 교육과 의식제고를 지지할 기타 핵심행위자들을 파악하라.

이러한 핵심옹호활동들이 우루과이에서는 구체적으로 다음과 같이 펼쳐졌다. 이 단계의 캠페인활동 동안 AIU, PIDHDD-UY와 the Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR) 등을 포함하는 전국합동단체가 구성되어, 선택의정서를 위한 비정부단체 동맹과 제휴하였다. 우루과이 법률에 따르면 일반적으로 조약비준안을 비준법의 기초를 하도록 의회에 보내기 위해서는 장관 13명의 서명이 필요하다. 대안절차(우루과이 헌법 제85(7)조 및 제168(25)조에 따른)는 조약 주제와 관련된 장관의 서명 모음을 포함하는데, 이는 의회 제출을 위하여 요구하는 서명 수가 더 적다. 시민사회의 옹호활동에 따라 집행부 내에서 절차를 주도할 책임이 있는 기관인 외무부는 대안절차를 이용하여 의회에 조약을 제출하는 데

320) A Toolkit for Action Booklet 3에서는 더 많은 옹호활동 아이디어를 발견할 수 있다.

동의했다.

② 국내, 지역 및 국제적 수준에서의 옹호

국내 관련 절차의 확인과 더불어 3단계의 중요한 활동은 바로 선택의정서에 대한 적극적 옹호활동이다. 일반적으로 이러한 옹호활동이 국내, 지역 및 국제적 수준에서 어떻게 전개되고, 우루과이에서는 실제로 어떻게 펼쳐졌는지를 정리해 보면 다음과 같다.

<표 6> 국내적 수준의 핵심옹호활동

<p>핵심옹호활동</p>	<p>외교부를 대상으로 꾸준한 옹호활동을 전개하라: 관련 정보를 제공하고 설명 및 옹호 회의를 주선하며, 비준 지위에 관한 정보를 요구함으로써 절차를 추적하라.</p> <p>입법부를 대상으로 행동을 취하라: 특정주제위원회의 위원들 또는 조약의 쟁점과 관련된 기타 의회 영역들의 의원들을 포함하여 모든 정당 출신의 입법자들과 만남을 주선하고, 정보자료를 제공하며, 계속해서 입법과정을 감시하라.</p> <p>사법부의 역할을 지지하라: 조약에 관한 정보를 사법부와 공유하라, 그리고 — 장기적으로는 비준 후에도 — 새로운 규범에 관한 사법적 역량형성을 지지하는 것을 고려하라.</p> <p>공동체를 동원하여 의식을 제고하라. 시민사회와 워크숍, 당국자 및 전문가들과 함께 하는 원탁 회의 및 공개행사, 그 과정 동안 전략들을 조율하고 정보를 공유하기 위한 시민사회 대표자들과 유엔 간의 토론, 보도자료 및 정보자료의 배포를 통하여.</p> <p>캠페인활동, 전략적 소송 및 훈련에 관한 경험을 공유하라.</p> <p>정부당국자와 시민사회 일반에게 정돈된 메시지에 합의하고 비준과정 전체를 통하여 모든 동맹들 사이의 유연한 소통을 확보하기 위하여, 캠페인활동에 대한 국내지지자들과 국제적 조정간의 연결을 만들고 유지하라.</p>
<p>우루과이의 사례</p>	<p>국내캠페인활동 동안 2012년 6월에 핵심적인 공개행사가 개최되었는데, 이는 선택의정서에 관한 의식을 제고하고 토론을 권장하는 한편 그 비준을 향한 적극적 입장을 형성할 목적으로, 시민사회, 의회, 행정부와 사법부 대표자들을 모은 것이었다.</p> <p>공개행사와 함께, 비정부단체 동맹과 그 국내 회원들(전국조정단체)은 시민사회 협력자들과 함께 역량을 형성하고 전략화하기 위한 워크숍을 진행했다. 이들 행사 뒤에는 전국조정단체는 국가인권제도 및 인권최고대표사무소의 대표자들과의 모임 등 다른 옹호 모임들을 촉진했다.</p>

<표 7> 지역/소지역 수준의 핵심옹호활동

<p>핵심옹호활동</p>	<p>당신의 나라가 당사국인 관련 지역장치를 확인하라, 아울러 서류제출, 회의, 연대요구 및 의식제고를 통해 핵심이해관계자들과 함께 하는 옹호활동의 기회도 확인하라.</p> <p>지역적 공간을 이용하라. 비준을 위한 전술을 교환하고, 정보를 공유하며, 연대의 메시지를 요구하고 당국 앞에서 집단적으로 옹호활동을 하기 위하여, 시민사회단체들과 연결하는 것이 목적이다.</p>
<p>우루과이의 사례</p>	<p>시민사회단체는 메르코수르 인권에 관한 고위당국자회의를, 노력들을 조율하여 라틴아메리카 지역 전역에 걸쳐 더 넓게 선택의정서 비준을 위한 옹호활동을 벌이기 위한 핵심공간으로 확인하였다.</p> <p>예컨대 2011년 12월 몬테비데오에서 개최된 메르수코르 고위회담 동안 비정단체 동맹과 AIU는</p>

	<p>비준 결여에 관심을 모으고 합동 기자회견을 열어 선택의정서 비준을 지지하는 저명한 국제법률가 및 전문가들의 선언을 제시함으로써, 선택의정서 지지활동을 전개했다.</p> <p>이에 대응하여 우루과이는 메르수코르 회의에서 주재국으로서의 역량에 의거하여, 가까운 장래에 우루과이가 비준하겠다는 약속을 재천명했고 다른 메르수코르 회원들에게도 자국에서 비준과정을 동의할 것으로 촉구했다.</p> <p>이러한 지역 모임동안 비정부단체 동맹은 또한 선택의정서의 친구단체—선택의정서를 위한 유엔 무기한실무단에서 주도적 역할을 했던 국가들의 단체—에 활력을 불어넣는데 참여하게끔 할 목적으로, 우루과이와 아르헨티나 등 많은 나라들과 대화를 재개했다.</p>
--	---

<표 8> 국제적 수준의 핵심옹호활동

<p>핵심옹호활동</p>	<p>유엔 기구에 대한 옹호활동에 종사하라 그리고 국가조약이행 심사과정동안 국가에게 선택의정서를 포함하여 관련 조약들을 비준하라는 명확한 권고에 대한 요구를 담고 있는 시민사회의 반박보고서를 제출하라</p> <p>선택의정서의 비준이 국가별 권고나 일반보고서에서 핵심지점으로 포함되도록 요구하기 위하여, 특별보고관과 실무단 등 유엔특별절차임무담당자에 대한 옹호활동을 시작하라</p>
<p>우루과이의 사례</p>	<p>2010년 9월, PIDHDD-UY가 조율하는 시민사회단체들이 사회권위원회에 우루과이의 선택의정서 비준 지연을 비판하고 즉각적 행위를 요구하는 반박보고서를 제출했다.</p> <p>2010년 11월, 사회권규약 이행과 관련하여 우루과이정부는 사회권위원회의 심사를 받았다. 그 국가보고서를 제출하기 전에 국가 대리인은 선택의정서 비준에 대한 약속을 표현했다.</p> <p>2010년 12월, 사회권위원회는 국가보고서에 대하여 우루과이정부에 대한 결론적 견해를 발표했는데, 여기에는 우루과이 정부가 선택의정서를 즉각 비준하라는 권고가 포함되어 있었다.</p> <p>2010년 12월 22일 외무부에 의해 개최된 기자회견에서 우루과이 정부는 권고를 수용했고 공개적으로 선택의정서를 비준하겠다는 약속을 되풀이했다.</p> <p>2012년 2월, 비정부단체 동맹과 국내 회원들은, 한 시민사회 회합에 참여하여 ‘우루과이에서 음용수와 위생의 인권에 관한 유엔특별보고관’이 선택의정서 비준의 중요성을 다시 말했다는 것을 간청하던, 유엔특별보고관의 방문 상태를 활용했다. 자신의 임무를 마치자마자 특별보고관은 우루과이정부에 대한 자신의 권고에 선택의정서의 비준을 포함시켰다.</p>

③ 옹호행동의 성과

이러한 옹호행동은 우루과이의 선택의정서 비준이라는 성과로 이어졌다. 우루과이에서 선택의정서는 다음과 같은 과정을 거쳐 비준되었다.

2012.12.12.: 선택의정서를 비준하는 법률19.029를 의회가 승인

2012.12.27.: 우루과이공화국 대통령이 법률을 제정하여, 선택의정서의 국내수준 비준과정을 완료함.

2013.2.5.: 우루과이는 뉴욕의 유엔본부에 그 문서를 기탁했고, 이로써 10번째 비준국이 되었으며, 이는 선택의정서의 공식적 발효를 촉발했다.

그리고 조약에서 규정한 대로, 우루과이의 비준이 있는지 3개월 후인 2013년 5월 5일 사회권규약 선택의정서는 마침내 효력을 발생하였다.

(4) 선택의정서 비준 후 강화된 사법예의 접근

선택의정서가 비준된 이후 우루과이 사람들은 이제 그들이 국내 수준에서 효과적인 구제를 얻을 수 없게 되었을 때 사회권위원회에 사회권규약 위반에 관하여 진정을 제기할 수 있는 선택지를 가지게 되었다. 이렇게 강화된 사법예의 접근을 넘어서, 비준은 우루과이가 국내적 수준에서 경제적 사회적 문화적 권리와 관련한 그 의무에 대한 이해를 심화하고 실제로 이들 권리의 향유를 감시하고 강화하기 위한 분명한 조치를 취할 구속력 있는 약속을 보여준다. 그러므로 비준 이후 단계는 시민사회 옹호활동가들에게 선택의정서에 관한 의식을 제고하고, 진정장치의 건설적 이용을 보장하며, 국내 수준에서 경제적 사회적 문화적 권리의 향유를 향한 적극적인 국가 조치들을 촉진하여, 모든 사람에게 경제적 사회적 문화적 권리의 실현을 가져오기 위하여 계속된 행동을 할 중요한 기회를 제공한다.

2) 스페인 사례

스페인은 유엔의 9대 인권조약의 가입 비준에 매우 적극적이다. 현재 스페인은 이주노동자권리협약을 제외한 모든 인권조약과 그 선택의정서들의 당사국이다. 심각한 이민자 문제를 겪고 있는 유럽 각국이 모두 이 조약의 비준을 하지 않고 있다는 점을 고려하면, 스페인의 인권조약 참여는 놀라울 정도로 적극적이라고 할 수 있다. 뿐만 아니라 가입 조약에서 규정한 개인진정절차 역시 모두 비준한 상태이고, 조사절차의 경우에도 사회권규약 선택의정서에 따른 조사절차를 제외하고는 고문방지협약, 강제실종협약, 여성차별철폐협약 선택의정서, 아동권리협약 선택의정서 그리고 장애인권리협약 선택의정서에 따른 조사절차를 모두 비준하였다. 심지어 강제실종협약의 경우에는 그 조약에 따른 국가간진정까지도 비준하고 있다.

그러나 인권조약에 대한 스페인의 이러한 태도는 유럽의 여러 나라들과 비교하여 두드러진 것은 아니다. 일찍부터 유럽인권협약체계가 발전한 유럽, 특히 서유럽에서는 유럽인권협약에 비하여 상대적으로 구속력이 약하다고 할 수 있는 유엔의 인권조약체계를 받아들이지 않을 이유가 없기 때문일 것이다.³²¹⁾

그러나 다른 한편으로 선택의정서가 발효된 이후 개인진정절차가 개시되면서 나타난 모습은 스페인의 특이성을 여실히 보여준다. 앞서 보았듯이 스페인은 에콰도르와 몽골에 이어 선택의정서를 세 번째로 비

321) 유럽인권협약에 따라 설치된 유럽인권재판소는 인권 문제에 관한 한 각국 국내최고법원의 상급심 기능을 하기 때문에, 유럽인권협약은 그 당사국을 직접적으로 구속하고 당사국 법원 판결의 유지 또는 번복까지 가능하므로, 집행력까지 확보한다고 보아야 한다.

준한 나라였기에, 이 점만으로도 스페인의 인권조약 또는 이 선택의정서에 대한 적극성을 읽을 수 있다. 그러나 더욱 눈에 띄는 것은 현재까지 선택의정서에 따라 제기된 개인진정의 절대다수가 스페인을 상대로 한 것이라는 사실이다. 즉 현재까지 사회권위원회가 처리한 개인진정 104건 중 94건, 현재 사회권위원회에서 심사 중인 진정 207건 중 152건이 스페인에 대한 것으로, 접수된 전체 진정 311건 중 스페인을 상대로 제기된 것이 79%가 넘는 246건에 이르고 있는 것이다. 그 다음으로 개인진정이 많이 제기된 나라가 42건(처리 1, 심사 중 41)인 이탈리아인데, 스페인과는 비교가 되지 않는다. 스페인을 상대로 한 개인진정의 경우 2017년까지 제기된 것은 16건 정도인데 반하여 2018년부터 제기된 것이 200건이 훨씬 넘어 이 때부터 개인진정이 집중된 것으로 보인다. 또한 스페인에서 제기된 개인진정의 압도적 다수가 적절한 주거권을 보장한 규약 제11조의 권리 침해를 주장하고 있어,³²²⁾ 주거 문제와 관련된 특별한 사회변화가 스페인을 개인진정의, 나아가 선택의정서의 중심에 서도록 한 것이 아닌가 추측할 수 있다.

스페인 헌법 제47조는 사회경제정책의 지도적 원칙들 중 하나가 품위있고 적절한 주거에 대한 스페인 시민들의 권리라고 규정하고 있지만, 이 지도원칙이 강력한 보호를 받지 못하고 있다고 한다. 스페인에서 주거에 관해서는 자치공동체들이 배타적 관할권을 갖는 반면 국가는 경제활동에 대한 일반적 기획의 기초와 조율, 신용에 관한 규율의 기초에 대해서 권능을 보유한다. 이에 따라 2008년 이후 자치공동체들은 주거권을 발전시키기 위한 지역법률들을 제정하려고 시도했지만, 이들 법률에 대하여 중앙정부가 헌법재판소에 소송을 제기했고 거의 모든 지역법률들이 효력이 정지된 채 종국결정까지 몇 년씩 기다려야 했다. 그것은 국내법상 주거권을 적절하게 보호하기 위한 강력한 도구가 없기 때문인데, 그 결과 법률가들은 유럽 수준 또는 국제적 수준에서 기존의 법적 규범과 도구들을 이용할 수밖에 없었다. 그러나 유럽평의회와 관련하여 1996년 개정된 유럽사회헌장과 집단진정체계를 제공하는 1995년 추가의정서를 스페인이 완전히 비준한 것은 서유럽국가들로서는 매우 늦은 2022년 11월 2일에 와서였고,³²³⁾ 그나마도 잠정적 비준(2021.5.17.) 후에 시민사회단체와 학술연구자들의 완전비준 요구가 계속된 덕분이었다.³²⁴⁾ 그러므로 사회권규약 선택의정서에 따른 개인진정은 주거권 침해를 당한 시민들이 의지할 수 있는 가장 의미 있는 장치였을 것으로 보인다.

스페인이 사회권규약 선택의정서의 조기 비준(2010)에 나설 수밖에 없었던 것은 이런 강력한 시민사회의 요구가 있었기 때문일 것이다. 특히 이 당시는 2007-2008년 스페인의 재정위기가 발생하고 그 여파로 주거상황이 극도로 악화되었던 시기다. 스페인은 1999년 유로화를 도입한 이후 저금리정책으로 일관하였다. 이에 해외자금이 스페인의 부동산 시장으로 유입되어 주택투자가 급증하고 주택가격 역시 급등하였다. 아울러 지역의 저축은행들이 모기지 대출 확대에 집중하면서 주택관련 대출이 2000년 기준 4.2배(2007년 현재)나 증가하였다. 하지만, 2008년 부동산 버블이 꺼지면서 주택가격이 급락하였고, 모기지

322) 현재 사회권위원회에서 심사 중인 스페인 대상 개인진정 152건 중 단 1건을 제외한 모든 진정이 주거권 침해를 주장한 것이다.

323) https://www.garrigues.com/en_GB/new/spain-ratifies-additional-protocol-european-social-charter-providing-system-collective, 검색일: 2023.8.23.

324) <https://www.abusivelending.org/page/state-housing-rights-spain>, 검색일: 2023.8.23.

대출에 집중하던 금융기관의 부실채권이 급증하게 되면서 전반적인 경제불안 상태에 들어섰다. 스페인에서 주거권 문제가 사회적 의제로 설정되고 관련 시민단체의 운동이 급격히 확장되게 된 것인 이런 사회. 경제적인 환경에 기인한 바 크다. 주택가격하락으로 인한 모기지의 지급불능상태는 그 집에 대한 소유권의 박탈을 초래하였고 이 과정에서 강제퇴거 등의 주거권 침해의 문제가 급증하였던 것이다.³²⁵⁾

스페인의 선택의정서 가입은 이런 경제불안에 촉발된 시민사회의 압박에 힘입은 바 크다고 할 수 있다. 유엔 사회권규약 선택의정서가 비준된 후 주거권 침해를 주장하는 스페인 대상 개인진정이 집중적으로 제기된 데 불을 붙인 것은, 보편적정례인권검토(UPR)에서 스페인에서 주거권이 발전되지 못한 데 대하여 사회권위원회가 발한 엄중한 권고(2012), 그리고 동일한 문제점을 지적한 시민사회단체의 대체보고서(2018)였을 것으로 보인다.³²⁶⁾

4. 선택의정서 도입의 효과: 진정 통계와 후속조치 검토

2023년 8월 21일 현재, 사회권위원회가 처리한 개인진정 104건 가운데 본안판단이 이루어진 것은 13건이며 그 중 규약위반이 인정된 사건은 모두 10건이다.³²⁷⁾ 사회권위원회는 10건의 개인 진정을 인용하는 결정을 하면서 그 견해와 권고를 채택했고, 위원회의 권고는 진정인과 관련된 권고와 일반권고로 나누어지며, 이러한 위원회의 견해와 권고에 대해서 당사국은 6개월 이내에 관련 조치 등에 관하여 설명 또는 의견을 제출하는 후속조치를 하도록 되어 있다. 당사국의 후속조치에 대해 진정인도 논평을 제출할 수 있고, 이러한 양당사자의 의견을 검토하여 사회권위원회는 후속조치와 관련된 절차를 종결할 것인지, 추가적인 조치나 설명을 요구할 것인지를 결정하게 된다. 현재까지 사회권위원회는 후속조치에 대하여 판단한 후 4건의 보고서를 채택하였으나(2019-2022년 매년 1건), 이들 네 보고서에서 다루고 있는 진정은 모두 6건이다.³²⁸⁾

325) 기획재정부, 스페인 재정 위기 주요요인 및 향후전망, 2012. 4. 25. in: <https://eiec.kdi.re.kr/policy/materialView.do?num=120503>(2023. 12. 5. 열람) 참조. 사회권위원회의 2015년 개인진정결정(I.D.G. v. Spain)은 그 대표적인 사례이다.

326) 2018년 이후 스페인 대상 개인진정이 200건 이상인 점은 이를 잘 보여준다.

327) 그밖에 본안기가 3건, 허용불가로 각하 26건, 취하 등으로 불속행결정 65건이다. 이를 국가별로 보면 스페인이 94건으로 압도적으로 많고 에콰도르가 4건이며, 그 밖에 아르헨티나, 벨기에, 이탈리아, 룩셈부르크, 포르투갈, 프랑스가 각 1건씩이다. 연도별로는 2018년에 64건으로 가장 많으며 2019년에 13건이었으나 이 두 해를 제외한 나머지 해에는 2013년-2021년까지 연간 1-8건 정도에 그치고 있다. 한편 사회권위원회에 계류되어 있는 진정은 2023년 5월 31일 현재 기준으로 207건이며, 스페인이 152건으로 압도적으로 많고 다음이 이탈리아로 41건이며, 포르투갈 4건, 아르헨티나 3건, 핀란드와 프랑스 각 2건이며, 그밖에 벨기에, 핀란드, 우루과이, 베네수엘라가 각 1건이다.

328) 2019년 11월 29일 채택된 첫 후속보고서(E/C.12/66/3)는 *I.D.G. v. Spain* (E/C.12/55/D/2/2014)와 *Mohamed Ben Djazia and Naouel Bellili v. Spain* (E/C.12/61/D/5/2015)를 다루었고, 2020년 11월 3일 채택된 두 번째 후속보고서(E/C.12/68/3)는 *I.D.G. v. Spain* (E/C.12/55/D/2/2014), *Trujillo Calero v. Ecuador* (E/C.12/63/D/10/2015)와 *S.C. and G.P. v. Italy* (E/C.12/65/D/22/2017) 진정에 대한 후속조치를 다루었고, 2021년 11월 15일 채택된 세 번째 후속보고서(E/C.12/70/3)는 *Mohamed Ben Djazia and Naouel Bellili v. Spain* (E/C.12/61/D/5/2015), *López Albán et al. v. Spain* (E/C.12/66/D/37/2018)와 *S.C. and G.P. v. Italy* (E/C.12/65/D/22/2017)를 다룬 것이며, 2022년 11월 11일의 네 번째 보고서(E/C.12/72/3)는 *El Ayoubi et al. v. Spain* (E/C.12/69/D/54/2018)을 다루었다. 이 중 *I.D.G. v. Spain*, *Mohamed Ben Djazia and Naouel Bellili v. Spain*, *S.C. and G.P. v. Italy* 진정의 경우 각 두 건의 후속보고서가 채택되었으나, 이

사회권위원회가 채택하는 후속보고서는 다음과 같은 순서로 구성되어 있다.

- 사건명(번호)
- 견해 채택일
- 최초 진정의 내용(사실관계)
- 위반된 규정
- 진정인과 관련된 위원회의 권고
- 위원회의 일반 권고
- (이전의 결정: 후속보고가 첫 번째가 아닌 경우)
- 당사국의 제출사항
- 진정인의 논평
- 제3자 의견
- (당사국의 추가 제출)
- 위원회의 결정

이들 후속보고서에 담긴 사회권위원회의 판정 결과를 요약하면 다음과 같다.

순번	사 건 명	채 택 일	결 론	제3자의견
1	I.D.G. v. Spain	2019.11.29.	90일 내에 추가 정보 제출 요청(진정인 관련 권고 중 일부)	
2	Mohamed Ben Djazia and Naouel Bellili v. Spain	2019.11.29.	90일 내에 추가 정보 제출 요청(진정인 관련 권고 일부 및 일반권고 중 일부)	○
3	I.D.G. v. Spain (2차)	2020.11.03.	후속조치 종결	
4	Trujillo Calero v. Ecuador	2020.11.03.	90일 내에 추가 정보 제출 요청(일반권고 전체와 진정인 관련 권고 중 일부)	
5	S.C. and G.P. v. Italy	2020.11.03.	90일 내에 추가 정보 제출 요청(일반권고 및 진정인 관련 권고 중 일부와 특정 조치)	
6	S.C. and G.P. v. Italy (2차)	2021.11.15.	180일 내에 추가정보 요청 및 권고와 관련된 진전이 있을 때 정기적으로 알려줄 것을 요청(권고 전체)	

중 *I.D.G. v. Spain*만 후속조치가 종결되었고, 나머지 두 진정은 추가정보 제출이 요구되었다.

순번	사 건 명	채 택 일	결 론	제3자의견
7	Ben Djazia et al. v. Spain (2차)	2021.11.15.	90일 내에 추가정보 요청 및 권고와 관련된 진전이 있을 때 정기적으로 알려줄 것을 요청(일반권고 전체와 진정인 관련 권고 중 일부)	○
8	López Albán et al. v. Spain	2021.11.15.	90일 내에 추가정보 요청 및 권고와 관련된 진전이 있을 때 정기적으로 알려줄 것을 요청(일반권고 및 진정인 관련 권고 전체)	○
9	El Ayoubi et al. v. Spain	2022.11.11.	180일 내에 추가정보 요청 및 권고와 관련된 진전이 있을 때 정기적으로 알려줄 것을 요청(권고 전체)	

위의 표는 후속보고서의 내용을 거칠게 요약한 것이지만, 앞서 언급한 진정 통계와 후속보고서에 대한 이 정도의 요약만으로도 선택의정서의 효과와 관련하여 몇 가지 특징은 읽어낼 수 있다.

첫째, 연도별로, 국가별로 상당한 차이를 보이고 있긴 하지만, 진정이 상당히 적극적으로 이용될 수 있음을 보여주고 있다. 현재까지 처리된 진정이 104건이고 계류 중인 진정이 207건이므로, 2013년 이후 2023년까지 총 311건의 진정이 접수되었음을 알 수 있고, 이는 연평균 약 30건에 달한다. 특히 스페인과 이탈리아의 경우 매우 많은 진정이 제기되고 있어, 개인진정제도에 대한 적절한 홍보와 시민단체의 적절한 대응전략이 결합한다면 상당한 성과를 거둘 수도 있을 것으로 예상할 수 있다.

둘째, 일반권고와 진정인 관련 권고 중 일부는 만족스럽게 이행되었음을 알 수 있다. 1번 후속보고의 경우 일반권고의 이행은 첫 후속보고에서 이미 만족스럽게 이루어진 것을 알 수 있으며 같은 진정에 대한 두 번째 후속보고(3번)에서는 권고가 대체로 만족스럽게 이행되어 후속조치를 종결하기도 했다.

셋째, 일반권고와 진정인 관련 권고 전체를 무시한 사례는 거의 없었다. 8번의 경우 일반권고와 진정인 관련 권고와 관련하여 입법, 예산상 조치 등 일부 진전된 조치가 있었음을 인정했지만 그 내용이 만족할 만한 수준에는 이르지 못했다는 취지였고, 9번의 경우에도 예산상의 조치나 입법조치 등에 대해서는 환영의 의사를 표시했으나, 추가 조치 등에 관한 상세한 정보가 부족하다는 것이었으며, 권고 전체가 일절 이행되지 않았던 것은 아니었다.

넷째, 진정과 관련된 권고 및 후속보고가 이루어진 나라가 3개국에 불과하지만, 어떤 경우든 사회권위원회의 견해와 권고에 대하여 상당히 신중하고 존중하는 태도를 보이고 있다는 점이다. 이 점은 사회권위원회의 견해와 권고에 대하여 각 당사국이 제출하는 답변에서 잘 나타난다. 즉 해당 국가들은 위원회의 권고를 무시하거나 부정하는 것이 아니라 최대한 존중하면서 부분적으로라도 이를 이행하려는 태도를 보이고 있으며, 이는 거의 모든 후속보고서에서 확인된다.

다섯째, 후속보고와 관련하여 시민단체 등 제3자의 관여가 적지 않게 나타난다는 점이다. 위의 9건의 사례 중 3건에서 정부가 제출한 자료와 관련하여 제3자의 의견이 제출되고 있다. 이는 해당 주제에 관한

상당한 국내/지역/국제 사회의 관심을 끌고 있음을 상징적으로 보여주는 것이라 평가할 수 있다. 진정 자체가 처음부터 시민사회단체와의 연계 속에서 전략적으로 이루어지는 경우도 있겠지만, 그렇지 않은 경우에도 위원회의 견해와 권고가 공표되고 나면 시민사회의 큰 관심을 끌게 될 것으로 전망할 수 있을 것이다. 더구나 제3자 의견을 제출한 주체도 다양하여 ESCR-Net은 물론 Ombudsman, Civil Society Monitoring Group for the Implementation of the Committee's Views 등이 의견을 제출하고 있다.

V. 우리나라의 선택의정서 비준 시 예상되는 문제점 및 해결방안

1. 선택의정서 비준시 예상되는 문제들

선택의정서를 비준한다는 것은 최소한 개인진정절차를 수용한다는 것이다. 조사절차와 국가간진정절차는 당사국이 가입 여부를 선택할 수 있다. 즉 사회권규약이 정하고 있는 모든 경제사회문화적 권리의 침해에 대하여 당사국의 의무 위반 여부를 개인 또는 개인의 집단이 사회권위원회에 제소할 수 있는 절차는 비준과 동시에 전면적으로 대한민국에 효력을 발생하는 부분이다. 따라서 조사절차나 국가간진정절차의 선택 여하와 관계없이 개인진정절차와 관련된 상황을 점검하는 것은 필수적인데, 대체로 세 가지 정도의 문제가 예상된다.

첫째, 사회권규약 제2조 및 제3조에 따르면 가용자원을 최대한 이용하여 사회권의 점진적 실현을 추구하면서 동시에 최소한의 핵심적 부분은 즉각적으로 보호하고, 이들 권리를 어떤 차별도 없이 행사하도록 보장할 의무가 당사국에 있으므로, 당사국은 이를 위한 입법조치를 비롯한 모든 조치를 취해야 한다. 이를 위해서는 사회권과 관련된 법률, 정책, 프로그램 등의 대규모 개선과 더불어 관련 기관 및 그 종사자들의 인권존중의식 제고가 수반되어야 한다.³²⁹⁾ 국가의 정책 추진에 있어서 사회권과 관련된 인권영향평가의 전면화 등이 시급히 요청될 것이다.

그러나 제4차 최종견해에 따를 때 법률, 정책, 프로그램의 개선 요구는 거의 혁명적인 수준이라고 보아야 하지만, 입법의 측면에서만 보더라도 그 가능성은 매우 희박하다고 할 수밖에 없다. 사회권규약의 실효성 있는 보장을 확보하기 위한 입법을 위해서는 여러 정치세력 간의 협력이 필수적인데 현재 국회에서 여야가 보이고 있는 극단적인 대립은 그런 협력을 기대하기 힘들게 하기 때문이다. 뿐만 아니라 입법은 별론으로 하더라도 사회권 실현을 위한 정책과 프로그램의 개발, 실행을 위해서는 정부의 적극적인 행재

329) 국가인권위원회도 이 점을 개인진정제도의 도입에서 발생할 수 있는 문제점의 하나로 보고 있지만, 동시에 국제적 차원의 개인진정제도 도입이 경제적·사회적·문화적 권리의 국내 실현에 직접·간접적으로 기여할 수 있다고 보고 있다. 국가인권위원회, 2005.1.7.자 결정, 19-20쪽.

정적 뒷받침이 필수적인데, 이를 위한 예산이 확보되지 못하고 오히려 삭감되는 등의 상황은 문제를 더욱 어렵게 만들고 있다.

둘째, 이와 같이 충분한 입법이 이루어지지 않는다 하더라도, 헌법에 따라 체결·공포된 조약에 대해 국내법적 효력을 인정하는 헌법 제6조에 따라 사법기관이 사회권규약 등 국제조약을 국내 사회권 재판에 적극적으로 적용하기만 한다면 사회권의 존중, 보호, 실현은 여전히 가능하다. 적어도 사회권규약의 경우에는 대한민국정부는 어떤 유보도 없이 이를 비준하였기 때문이다.

그러나 주지하다시피 사회권을 추상적 권리에 불과한 것으로 보는 법원이나 구체적 권리성을 인정하는 듯 하면서도 충족 의무를 동반하는 사회권 사안의 경우 그 보장을 입법부나 행정부의 폭넓은 재량영역으로 두면서 실질적 심사를 사실상 방기하고 있는 점³³⁰⁾은 비준이 되더라도 그 실효성을 의심케 하는 대목이다. 사회적 취약계층이 사회권과 관련한 정치적 의사결정 과정에서 제대로 대변되도록 하는 것이 가장 이상적이나, 그것이 되지 않았을 때, 사법부는 입법부와 행정부 또는 국가를 상대로 사회적 약자인 개인들이 자신의 사회권 침해로 주장하고 구제받을 수 있는 유효한 통로가 될 수 있어야 하고,³³¹⁾ 이때 사법기관은 특정 정책을 선택하는 것이 아니라, 심사 대상이 되는 국가행위가 사회권 이행 의무에 부합하는지 여부를 심의하고 판단함으로써 이후 입법 및 행정작용에 있어서의 논의를 촉진한다는 점에서 그 고유한 역할이 있을 것이다.³³²⁾ 그러나 구체적인 법률의 규정 없이는 사회권 실현을 위하여 할 수 있는 일은 아무것도 없다는 사법기관들의 태도는 입법 불비 상황에서 부딪히게 될 또 하나의 장벽이 된다.

셋째, 최종견해에서 사회권위원회도 지적하듯이 당사국에 의한 사회권 침해가 진정대상에서 제외되어 있는 국가인권위원회법의 개정도 불가피할 것이다. 주지하듯이 국가인권위원회법은 ‘인권’을 “대한민국 헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리”를 말한다고 하여 시민적 정치적 권리는 물론 경제적 사회적 문화적 권리도 포함하는 것으로 규정하면서도(제2조 제1호), 국가인권위원회의 조사대상 중 침해진정의 대상을 “대한민국헌법 제10조부터 제22조까지의 규정에서 보장된 인권을 침해당”한 경우, 즉 자유권 침해에 한정하고 있기 때문이다. 이처럼 대표적인 국가인권기구인 국가인권위원회가 사회권규약상 국가의 의무 불이행에 대해 할 수 있는 일이 아무것도 없다면 그것은 존재이유를 잃어버릴 것이다. 따라서 당사국에 의한 사회권 침해 역시 침해진정의 대상으로 당연히 포함되어야 할 것이고, 이를 위한 국가인권위원회법의 개정은 물론 해당 진정의 조사와 처리를 위한 국가인권위원회의 조직과 기능의 대폭적인 확대 개편이 불가피할 것이다.

330) 이주영, “사회권규약의 발전과 국내적 함의”, 국제법학회총 제61권 제2호(2016), 148쪽.

331) 한상희, “사회권과 사법심사: 여전히 ‘생성중인 권리’의 복원을 위하여”, 공법연구 제39집 제1호 (2010.10), 107쪽.

332) 이주영, 앞의 글, 150-151쪽. 이러한 법원의 역할은 선택의정서에서 개인진정을 심사하는 사회권위원회에 기대하고 있는 역할과 유사하다. 즉 권리 주장에 대하여 판단하고 권리를 침해했다고 주장되는 정책과 프로그램을 심사할 역할은, 정책과 프로그램을 설계하고 이행하는 것에 관한 정부의 역할과 혼동되어서는 안 되며, 이 점은 선택의정서 제8조 4항이 명확히 하고 있는 점이기도 하다. Langford 외, *A Commentary*, 187쪽.

2. 선택의정서 비준의 전망

앞서 언급한 대한민국 정부에 대한 사회권위원회의 제4차 최종견해 및 권고에서 사회권위원회는 사회권규약 선택의정서의 비준을 장려했다.³³³⁾ 그러나 최종견해에서 적시된 사회권의 열악한 상황에 비추어 보면 선택의정서 비준에 대하여 정부는 매우 소극적인 태도를 보이지 않을까 우려된다. 앞서 언급한 주요 권고사항 11개 항목 중 ILO 3개 협약(29, 87, 98호) 비준이 2021년에 이루어진 것과 의료급여를 제외한 부분에서 부양의무자기준의 폐지를 제외하고는 어느 것 하나 달성되었거나 가까운 시일 내에 달성될 전망이 있어 보이는 것이 없기 때문이다.

그러나 우리는 이미 사회권위원회가 한국 정부보고서에 대한 제3차 최종견해(2009)에서 한국 내에 “사회권규약의 효과적인 이행을 저해하는 중요한 요소나 어려움이 없음”을 분명히 밝혔다는 점에 유념해야 한다. 이는 사회권규약위원회가 정부보고서를 심사하고 최종견해를 작성할 때, 1997년 외환위기 등 한국 사회가 겪었던 주요한 사회경제적 위기상황이 한국정부의 규약 하 의무이행능력에 영향을 미쳤음을 고려했지만, 더 이상 그런 사유가 규약의 불충분한 이행을 정당화할 사유는 되지 못한다는 점을 분명히 한 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 이 점은 곧바로 2008년에 채택된 경제·사회·문화적 권리규약 선택의정서에 “서명 및 비준을 고려하도록 장려”한다는 권고로 연결되었다. 그리고 이러한 권고는 2017년 제4차 최종견해에서는 선택 의정서를 “비준하는 것을 장려”한다는 더 강력한 권고로 발전하였다. 이제는 비준을 고려하는 것이 아니라 비준하라는 권고이다.³³⁴⁾

이 권고에 대해 정부는 최근에 제출된 제5차 정부보고서에서 다음과 같이 답한 바 있다.

“권고 69와 관련하여 정부는 2023년 9월에 선택의정서의 절차에 따라서 위원회에 제기된 여러 개인진정사건들을 분석하기 위한 연구를 개시했다. 나아가 정부는 그 연구의 결과를 근거로 하여 선택의정서의 비준 가능성을 검토할 것이다.”³³⁵⁾

이런 정부의 태도는 선택의정서가 채택되고 아직 발효되지 않은 시점에 나온 것이었다면—예컨대 2009년 제3차 최종견해에 대한 대응이었다면—적절하다고 볼 수도 있었을 것이지만, 발효된 지 10년이 넘었고 제기된 개인진정이 300건이 넘고 처리된 것만 해도 100건을 훌쩍 넘긴 현 상황에서 취하기에는 적절하지 않다고 해야 할 것이다. 더구나 위의 내용은 연구 개시 사실을 언급했을 뿐 그 주체와 방식 및 종

333) 사회권규약위원회의 대한민국 제4차 보고서에 대한 최종견해, 단락 69, 위의 자료집, 제351쪽(영문은 327-328쪽).

334) “선택의정서의 의의에 비추어, 그리고 이를 비준하지 못할 그 어떠한 법적인 걸림돌이 없는 상황에서 정부가 이를 비준하지 못할 이유는 전혀 없다고 봐야 한다.” 황필규, 앞의 글, 38쪽.

335) Fifth Periodic Report of the Republic of Korea on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2023. 12. 1, 단락 124, <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/DownloadDraft.aspx?key=Rj0SgP6wQqOlcgUKpRd1UkHgITkDMDByY23NEhPMYzZSpOeFMYdDr9kEstS/aqSVf+AbM8IHQqQeqwiLRht7g=>>.

료 시점에 대해서는 아무것도 제시하는 바가 없어서 비준 의향이 있는지조차 의심할 수밖에 없을 것이다. 게다가 이런 정부의 입장은 그간 정부가 밝혀온 입장에도 배치된다. 2013년의 제2기 UPR 권고사항 2는 “사회권규약 선택의정서(OP-ICESCR)를 비준할 것(스페인); ‘사회권규약 선택의정서’ 서명 및 비준을 고려할 것 (팔레스타인)”이었는데, 이에 대해 정부는 “현재 국내적으로 비준 필요성과 비준에 따른 영향 등에 관하여 검토 중”이라는 정부 입장을 내놓았다.³³⁶⁾ 그러나 그때부터 10년이 지난 지금까지 정부는 사회권규약 선택의정서 비준에 관한 검토 결과를 내놓기는커녕 이제 연구를 시작한다고 하고 있기 때문이다. 독일의 사례에 비추어볼 때 정부의 이러한 태도는 선택의정서 비준을 미루기 위한 핑계가 될 가능성이 높아 보인다.³³⁷⁾

이런 우울한 전망을 내놓게 되는 것은, 다음 몇 가지 요인 때문이다. 첫째, 현 정부는 물론 역대 어떤 정부에서도 사회권의 열악한 상황을 개선하고자 하는 진정성 있는 의지를 찾기가 어렵기 때문이다. 예컨대 사회권위원회가 제2차 최종 견해에서 규약 실현의 장애 요소로 지적하고 있는 내용 중 외환위기 극복과 관련된 것을 제외한 나머지 요소들은 지금도 여전히 맹위를 떨치고 있다. 정도의 차이는 있을지언정 역대 어떤 정부도 포기한 적이 없는 ‘경제우선주의’적 접근과 이주노동자와 여성 등 특정 집단을 주변화 시켜온 전통적·문화적 편견, 그리고 국가보안법을 통해 강제되고 있는 ‘요새 심리(fortress mentality)’의 만연은 20여년의 세월을 무색케할 정도로 여전히 한국사회를 지배하고 있고, 이를 극복하려는 진정성 있는 정부의 의지와 노력은 과거에나 지금이나 확인하기 어렵다. 둘째, 사회적 취약계층의 목소리가 제대로 대변되지 못하는 정치과정의 문제 역시 사회권 실현의 장애 요소로 작용하여, 빈곤 및 사회적 양극화의 심화, 혹은 해소의 실패를 낳는다.³³⁸⁾ 유난히 자유를 강조하고 구조적 차별에 둔감해 보이는 현 정부에서 사회권 상황이 매우 어려워진 것을 부정할 수는 없지만, 권위주의 정부가 아닌 정부 하에서도 사회적 취약계층의 목소리가 제대로 대변된 적은 없었다고 하는 것이 솔직할 것이다.³³⁹⁾ 셋째, 협약의 보호대상 즉 권리의 주체가 명확하게 설정되는 여성차별철폐협약이나 장애인권리협약의 선택의정서와는 달리 사회권

336) 국가인권위원회, 제2기 UPR 권고사항 이행을 위한 자료집, 2014, 43쪽. 이러한 정부의 태도에 대해서는 “최소한의 상황 파악도 되지 않은 채 ‘검토’ 앞에 수식어만 붙여 놓는 것”이어서 우려된다는 비판이 제기된 바 있다. 황필규, “유엔사회권규약 선택의정서의 발효와 한국정부의 과제”, 월간 복지동향 176호(참여연대, 2013.6), 36-37쪽.

337) 독일의 6차 정부보고서(2017)에 대한 시민사회의 반박보고서는 독일 연방정부가 “규약의 광범위한 영향을 고려할 때 그 비준가능성 검토 과정은 복잡한 과업이며 아직 완료되지 않았”고, “비준이 엄격한 심사를 거치는 중”이라고 여러 해 동안 밝혀왔지만 아직도 검토과정을 끝내지 못했다고 비판하고 있다. 선택의정서가 채택된 이후 연방정부의 모든 인권보고서(2010, 2012, 2014, 2016)와 그 부속인권행동계획(2010-2012, 2012-2014, 2014-2016, 2016-2018)에서는 거의 동일한 어법으로 된 개별 언급들이 발견된다고 꼬집기도 했다. 그래서 반박보고서는 사회권위원회가 당사국에게 선택의정서를 시의적절한 방식으로 비준하도록 촉구해 달라고 권고했다. 더구나 당시 독일의 연립정부 협정은 선택의정서 비준을 목표로 한다고 명시하고 있었는데도 말이다. Forum Menschenrechte, Implementation of ICESCR in Germany: Parallel Report of Forum Menschenrechte (Berlin, August 2018), <https://www.forum-menschenrechte.de/wp-content/uploads/2017/10/INT_CESCR_CSS_DEU_32154_E_final.pdf>. 단락 3-4. 즉 독일에서도 정부는 2023년 비준하기 전까지는 특별한 이유를 제시하지 않은 채 비준 여부를 연구중이라는 말만 반복했던 것 같다.

338) 이주영, 위의 글, 149쪽. 권위주의 정부하에서는 사회권을 불온한 것으로 간주하여 그러한 욕구의 분출을 통제하였고, 민주화 이후에는 선별적으로 복지제도를 확대하는 소극적 태도를 취해 왔다고 설명하기도 한다. 노대명, “미완의 민주주의와 사회권의 위기”, 기억과 전망 제22권(2010), 83-84쪽.

339) 국제인권조약과 관련하여 특이한 점 하나는 우리나라가 비준한 8대조약 가운데 소위 진보정권에서 비준된 것은 하나도 없다는 것이다. 유일하게 노무현 정부에서만 본협약이 아닌 선택의정서 3개(여성차별철폐협약 선택의정서와 아동권리협약 제1선택의정서 및 제2선택의정서)가 비준되었을 뿐이다.

규약의 경우 그 권리주체들이 너무 포괄적(모든 사람)이라는 점도 비준 국면에서는 부정적인 요인으로 작용한다. 특히 정부 스스로 비준에 대한 강한 의지가 없는 상황에서 비준을 성공시키기 위해서는, 규약상 권리 침해에 대한 구제를 선택의정서에 의지해야 할 개인과 집단이 강력한 동맹을 형성하여 정부에 그 비준을 강력하게 요구해야 하기 때문이다. 이런 방식의 비준 요구 또는 압박이 크게 성공을 거둔 경우가 앞에서 살펴 본 우루과이 사례이다. 그런데 주체가 명확히 설정되는 여성차별철폐협약이나 장애인 권리협약의 선택의정서 비준에는 그 주체들의 목소리가 정부와 국회에 지속적으로 그리고 효과적으로 전달되었다고 볼 수 있다. 그러나 사회권규약의 경우 각각의 권리별로 주체들이 매우 다양하기 때문에 지속적이고 집중적으로 사회권규약 실현을 위한 절차적 장치에 대한 주장과 요구를 정부와 국회에 하는 것이 쉽지 않다는 것이다. 여기에는 사회권실현동맹과 같은 강력하고 폭넓은 네트워크가 필요하지만 권리나 권리주체별로 매우 파편화되어 있는 시민사회의 현상을 생각하면 결코 쉽지 않은 일이다.

이런 요인들을 고려하면, 솔직히 말해서 현재로서는 선택의정서가 비준될 전망은 거의 없다고 볼 수 있다. 그러나 역설적으로 상황이 이렇기 때문에 이 상황을 돌파하기 위해서라도 선택의정서의 비준은 절실하다.³⁴⁰⁾ 당장의 정부 정책의 변화를 이끌어내는 어렵더라도 선택의정서 비준을 끊임없이 압박하고 강제함으로써 장래의 인권 상황 개선을 위한 교두보는 마련해야 할 것이기 때문이다.

3. 선택의정서 비준을 위한 접근방법

그런데 역대 정부가 국제인권조약의 가입·비준과 관련해서 취해온 접근방식은 인권조약이 국내의 입법이나 제도 또는 상황에 미치는 영향을 최소화하기 위하여 먼저 국내법을 정비하는 것이었다. 가깝게는 2021년 문재인 정부가 ILO 핵심협약 중 3개(29, 87, 98호)를 비준하기까지는 협약과 저촉되는 법 개정 작업에만 4년의 세월을 보냈던 예를 들 수 있다. 그러나 현재 대한민국의 상황은 이런 방식을 고집할 만큼 한가하지 않다. 불평등은 점점 더 깊어져 사회양극화가 더욱 심화하고 있고, 사회적 약자들의 삶은 한 치 앞을 내다볼 수 없을 정도로 척박해졌으며, 혐오와 차별이 만연한 데다 점점 더 깊어지는 극도의 위기상황이 현재 우리나라가 처한 조건이라 할 수 있다. 게다가 대화와 타협을 통한 입법과 정책 결정이라는 정치의 기본적 과정은 실종되어 주요 정치세력 간에도 적대와 힘 대결만이 난무하고 있는 상황이다. 말하자면 사회권규약이 지향하는 평등하고 차별 없는 사회, 경제적 사회적 문화적 권리를 모든 사람이 어떤 차별도 받지 않고 동등하게 향유할 수 있는 사회를 향해 가고자 하는 사회적 합의나 정치적 사회적 조건이 국내에는 부재하며 이런 상황을 돌파하기 위한 구심점이 될 새로운 정치세력도 보이지 않는 것이 냉정한 현실이다. 이런 조건에서는 차라리 선택의정서의 선(先)비준을 통해 개인진정제도를 활성화함으로써 사회권위원회 등 국제기구의 권고에 따라 국내의 입법, 정책 및 프로그램을 정비하고 사법기관의 태도를 변화시켜 나가는 것이 더 바람직해 보이기도 한다.³⁴¹⁾ 즉 선택의정서 비준의 전망을 어둡게 하는

340) 같은 취지로 황필규, 앞의 글, 38쪽.

341) 국가인권위원회도 ‘국제적 차원의 심사를 고려하여 규약상 권리들의 국내 준수 및 이행을 촉진하게 될 것’을 개인통보

요인들 때문에 선택의정서 비준이 더 절실히 요구되기도 한다.

예컨대 사회권을 실행가능한 구체적 권리로 인정하지 않는 사법기관의 인식이 스스로 변화하기를 기대하기는 어려운 일이기에 외부 충격은 이를 돌파하기 위한 유용한 해법일 수 있다. 선택의정서가 규정하는 개인진정 등 구체절차들은 사전 국내절차 경유가 가장 중요한 허용요건이므로 선택의정서가 비준된다면 국내 사법기관들은 자신이 내린 판단이 국제기구의 결정에 의해 부인되는 꼴을 당하지 않기 위해서라도 사회권 보장에 적극적 자세를 보일 것이다. 더구나 선택의정서는 새로운 권리와 의무를 창설하는 것이 아니라 이미 30여년 전에 어던 유보도 없이 비준했던 사회권규약에 포함되어 있는 권리들을 이행하고 실현할 절차의 확장을 의미할 뿐이어서 정치세력들간의 합의가 상대적으로 쉬운 부분이기도 하다는 점 역시 정부가 더욱 적극적으로 그 비준에 나서야 할 이유이다. 더구나 이런 절차적 개선은 오랫동안 소외되어 왔던 사회적 취약계층에 대한 시민들의 관심과 인식을 제고하여 사회통합을 강화하는 소중한 수단이 될 수도 있으므로, 정부가 강력한 의지를 갖고 추진한다면 야당은 물론 시민사회로부터도 전폭적인 지지와 협력을 끌어낼 수도 있다는 장점이 있다.

물론 이런 입법, 정책 및 프로그램의 준비를 국제기구에 의존하는 것은 주권국가로서 부끄러운 일일 수 있지만, 주권국가이면서 동시에 인권국가이기 위하여 불가피하게 겪어야 할 도정일 수도 있을 것이다. 즉 사회권규약은 이미 국내법적 효력을 가진 지 오래되었다는 점, 선택의정서는 보다 적극적으로 국가주권의 정의로운 운영을 위한 외부의 제도적 장치이자 방향을 제시하는 역할로 이해해야 할 것이다.³⁴²⁾

4. 선택의정서 가입·비준을 위한 국내 준비사항 및 전략

1) 선택의정서 비준을 위한 동력

대한민국에 대한 제4차 최종견해 및 권고에서 사회권위원회는 사회권규약 선택의정서의 비준을 장려하고 있으나,³⁴³⁾ 앞서 보았듯이 선택의정서 비준에 대하여 정부는 매우 소극적인 태도로 일관할 것이 예상된다. 이런 상황이라면 선택의정서 비준을 정부에 기대할 수는 없고 오히려 정부를 압박하고 강제함으로써 선택의정서 비준으로 장래의 인권 상황 개선을 위한 교두보를 마련할 임무는 적어도 현재로서는, 시민사회가 떠맡을 수밖에 없을 것이다. 그러나 정부 여당과 언론의 매우 부정적인 태도에 직면한 시민사회단체들에게도 그러한 동력을 기대하기는 어려운 상황이다. 그렇다고 국회 과반 의석을 보유하고서도 사회권위원회는 물론 자유권위원회도 권고한 차별금지법 제정조차 사회적 합의의 문제라면서 미루어 온 야당에 기대를 걸기도 어렵다. 정부 여당은 의지가 없고, 시민사회는 동력을 상실했으며, 야당은 회피적

제도의 도입이 가져올 효과의 하나로 들고 있다. 국가인권위원회, 2005.1.7.자 결정, 19쪽.

342) 이런 의견은 장애인권리협약 선택의정서 도입이 국가주권에 대한 과도한 제약이라는 주장에 대한 적절한 반론으로 제기된 바 있다. 이호선, 이동석, “UN장애인권리협약 선택의정서 비준 필요성 및 과제”, 한국장애학, 제5권 제2호(2020), 120쪽.

343) 사회권규약위원회의 대한민국 제4차 보고서에 대한 최종견해, 단락 69, 위의 자료집, 제351쪽(영문은 327-328쪽).

태도로 보이고 있는 이 상황은 그야말로 진퇴양난이고 사면초가다.

이와 같은 제반 조건을 감안할 때 선택의정서 비준을 강하게 주장하고 이를 압박해 나갈 수 있는 유일한 국가기관은 국가인권위원회이다. 10여 년 전 대폭 축소된 조직과 인력은 여전히 회복되지 못했고 최근 내부적으로 심각한 어려움을 겪고 있기도 하지만, 각종 인권조약의 선택의정서 채택에 강한 의지를 표명해 왔던³⁴⁴⁾ 국가인권위원회가 사회권규약 선택의정서 비준에도 상당한 역할을 해야 할 것이다. 유엔이 선택의정서 문안을 기초하는 과정에 참여했던 외교부에 대하여 비준에 대한 긍정적 의견을 표명했던 국가인권위원회는 결자해지의 심정으로 그 비준이 성사되도록 최선을 다하는 모습을 보여야 할 것이다.³⁴⁵⁾ 자유권규약 제2선택의정서 가입 권고처럼 국가인권위원회 전원위원회의 결정으로 비준 권고를 할 수 있다면 최선일 것이지만, 그것이 어렵다면 국가인권위원장 단독으로도 그 직을 걸고 선택의정서 비준 촉구에 나서야 하지 않을까 싶다. 그것이 현재의 국가인권위원회가 그 존재이유를 더욱 분명히 할 좋은 기회라 생각된다. 시민사회단체 역시 여러 가지 사정으로 스스로 정부에게 비준을 강제할 동력을 갖고 있지는 못하지만 국가인권위원회가 이런 작업에 나서도록 압박하는 일에 대해서만은 최선을 다해야 할 것이다.

다행스럽게도 국가인권위원회나 시민사회단체의 활약에 힘입어 선택의정서의 비준절차가 시작된다고 할 때, 가장 먼저 제기될 문제는 비준의 범위에 관한 것이 될 가능성이 높다. 즉 선택의정서의 개인진정 절차의 대상이 되는 권리를 어디까지 인정할 것인가 하는 것이다.

선택의정서의 도입 취지나 과정에 비추어보면 당연히 사회권규약 제3부(제6조-제15조)가 보호하는 모든 권리가 대상이 되어야 할 것이다. 인권의 보편성, 불가분성, 상호의존성과 상호관련성을 고려할 때 특정 권리들에만 한정하는 것은 선택의정서의 기본취지와 맞지 않기 때문이다. 특히 한국은 1990년 사회권규약을 비준할 때 어떤 유보도 설정하지 않았기 때문에 더욱 그러하다. 예컨대 노동조합 결성권과 관련해서는 자유권규약 비준시에는 결사의 자유를 규정한 제22조를 유보했지만 사회권규약 제8조는 유보 없이 비준하였다. 이런 점들에 비추어볼 때 선택의정서의 비준에 있어 특정 권리만을 진정대상으로 삼겠다는 식의 접근은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 실제로 2008년 선택의정서가 채택된 이후 이를 비준한 27개국 가운데 일정한 권리는 개인진정 대상에서 제외한다는 유보의사를 표명한 국가는 거의 없다.³⁴⁶⁾ 유일한 예외는 아르헨티나인데, 아르헨티나는 영국 및 북아일랜드와 영토 분쟁이 있는 점을 고려하여 선택의정서의 진정체계가 주권분쟁과 관련되는 맥락에서는 인민의 자결권에는 적용되지 않는다는 선언을 하였고, 영국과 북아일랜드는 아르헨티나의 이러한 입장을 인정할 수 없다는 선언을 한 바 있다. 그러나 이를 일부 규약상 권리를 진정대상에서 제외하는 유보의 의사표시와 동일한 맥락에 있는 것으로 보기는 어렵다.³⁴⁷⁾

344) 고문방지협약 선택의정서 비준 권고 의견표명(2006), 장애인권리협약 비준 및 동협약 선택의정서 가입 권고(2007), 사형폐지 위한 자유권규약 제2선택의정서 가입 권고(2018) 등.

345) 국가인권위원회, 2005.1.7.자 결정, “「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 선택의정서」 성안을 위한 제2차 실무회의 관련 외교통상부의 의견요청에 대한 의견”.

346) 선택의정서의 비준 및 유보 등 현황은 <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&clang=_en#EndDec> 참조.

그러나 우리나라는 1990년 사회권규약을 비준할 때, 자유권규약과는 달리 어떤 유보의 의사도 표명하지 않았다. 이는 사회권규약상의 모든 권리를 존중, 보호, 실현하겠다는 국가 차원의 약속을 전 세계에 천명한 것이었다. 그런데 그러한 약속을 더욱 구체적으로 가시화할 선택의정서의 비준을 위하여 규약이 정한 권리 중 일부에 대해서만 구체절차인 개인진정절차를 수용하고 나머지 권리에 대해서는 계속 ‘권리 구체절차 없는 권리’로 남겨두겠다는 것은 ‘구체절차 없는 권리는 권리가 아니’라는 일반논평 제9호에도 명백히 반하는 것으로, 사실상 사회권규약 탈퇴 선언이나 마찬가지다. 또한 이미 선택의정서 기초단계에서 개인진정의 대상에 모든 권리를 포함하는 안이 만장일치로 채택되었을 때 특정한 권리에 대해서만 개인진정절차를 유보하는 것은 허용되지 않음을 선언한 것이라고 보아야 한다. 2005년 국가인권위원회가 외교통상부에 보낸 의견서에서 비준을 위하여 적용범위의 제한도 고려할 수 있다는 단서를 붙이기도 했지만,³⁴⁸⁾ 그 단서는 아직 선택의정서의 문안이 확정되지 않은 단계에서 할 수 있는 주장이었을 뿐, 이미 그 문구가 확정되어 효력발생이 이루어진 상황에서는 더 이상 고려할 필요도 없고 고려할 수도 없는 사항이다.

2) 예상되는 비준 반대 논리와 그에 대한 대응

(1) 국내구제절차로 해결할 수 있다.

선택의정서 비준으로 개인진정이라는 국제적 권리구제절차를 굳이 밟지 않더라도 국내 권리구제절차만으로 해결할 수 있다는 입장이 있을 수 있다. 따라서 굳이 선택의정서 비준이 필요하지 않다는 것이다.

그러나 차별을 막기 위한 단행법률이 마련되어 있는 등 비교적 제도가 정비된 것으로 평가할 수 있는 장애인의 권리와 관련해서 보더라도, 장애인차별금지법이나 법적 소송을 통한 구체절차는 실효성이 낮아서 국제적 수준에 도달했다고 평가하기는 어렵다는 것이 관련 전문가들의 공통적 의견이다.³⁴⁹⁾ 이에 따르면 국내 권리구제절차만으로는 장애인의 권리를 충분히 구제하기에 한계가 있기 때문에 개인진정제도가 필요한 것이다. 그러니 포괄적인 차별금지법이 마련되어 있지 않은 상황에서 사회권 침해를 막고 그 실현을 하는데 국내구제절차로 충분하다는 것은 억지에 가깝다고 할 수 있다. 앞서 보았듯이 법원이나 헌법재판소는 사회권에 관한 한 사법심사를 사실상 포기해 왔다는 점을 고려하면 더더욱 그렇다.

이와 유사한 것으로 개인진정절차가 인권의 과잉사법화를 가져온다는 입장이 있다. 즉 사회권 문제에 대하여 소송과 유사한 개인진정절차는 답이 아니며, 사회권에 대해서는 사법심사가 가능하지 않고 개인

347) 한편 당사국의 선택에 맡겨져 있는 조사절차 및 국가간진정 절차까지 수용하겠다는 적극적 의사를 밝힌 국가는 벨기에, 엘살바도르, 핀란드, 산마리노와 포르투갈 5개국이다.

348) 국가인권위원회는 2005.1.7.자 결정에서 “원칙적으로 「경제적·사회적·문화적권리규약」이 보장하는 모든 권리에 대한 침해가 개인통보의 대상으로 되는 것이 바람직하다”는 입장을 밝히면서, 선택의정서의 성안 및 비준을 용이하도록 하기 위한 목적을 위하여 그 범위를 제한하는 방안도 검토할 수 있다고 하였다. 단, 그 경우에도 사회권위원회가 일반논평 제3호에서 즉각적 실현대상 권리로 명시한 것들은 어떠한 경우에도 개인통보의 대상에 포함되어야 한다고 강조했다. 국가인권위원회, 2005.1.7.자 결정, “「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 선택의정서」 성안을 위한 제2차 실무회의 관련 외교통상부의 의견요청에 대한 의견”, 국가인권위원회 국제인권결정례집(2022.6), 20쪽.

349) 이호선, 이동석, “UN장애인권리협약 선택의정서 비준 필요성 및 과제”, 한국장애학, 제5권 제2호, 2020.12.31., 119쪽.

의 진정은 정부가 현실적 문제로부터 관심과 자원을 돌리게 만들 것이라는 것이다.³⁵⁰⁾

이와 관련하여 유념해야 할 기본적 전제는 선택의정서는 심각한 경제적 필요와 사회적 불평등을 다룰 프로그램에 대한 정책 보완물이지 대체물이 아니라는 것이다. 따라서 이를 과잉사법화의 사례로 보는 것 자체가 잘못이다. 이에 대해서는 두 가지 차원의 답변이 가능하다. 하나는 개인진정절차를 일종의 사법절차로 이해하고 대응하는 방식이고, 다른 하나는 개인진정절차는 사법절차와는 구분된다는 방식이다. 먼저 개인진정절차가 일종의 사법절차라는 전제에 설 경우에도 이런 주장은 타당하지 않다(여기서는 불필요한 사법심사 가부 논의는 생략한다). 선택의정서는 지역의 입법적 결정을 국제적 법정의 결정으로 대체하지 않는다. (사회권위원회에 의한) 외부적 집행이 이들 권리의 위상과 수용가능성을 저해하지도 않는다. “소송”(진정)이 다른 접근을 밀어내지도 않을 것이다. 왜냐하면 선택의정서에서 그려진 진정의 과정은 현지의 경제사회적 문제에 대한 현지의 접근을 대체하기 위해서가 아니라 그것을 보충하기 위하여 고안된 것이기 때문이다. 이렇게 본다면 선택의정서가 미처듯이 날뛰는 과잉사법화를 보여준다는 생각은 의정서에 대한 왜곡된 그림이다.³⁵¹⁾

한편 선택의정서는 엄격한 의미에서 사법적 또는 소송적 장치가 아니라는 접근도 가능하다.³⁵²⁾ 사회권위원회가 접수하고 심리하는 것은 고소(charges)가 아니라 진정(communications)이며, 위원회가 당사국에게 할 수 있는 것은 임시조치의 ‘요구’(request)이지 금지명령(injunction)이 아니다. 진정은 당사국에게 비공개로 전달되며 논의는 “비공개회의”(closed meetings)에서 이루어진다. 당사국은 방어 반론(defense brief)이 아니라 “명확한”(clarifying) 성명서로 대응하며, 그 발상은 진정을 평화적으로 해결하는 것, 우호적 합의에 도달할 것을 목적으로 하는 것이지, 가해자의 유죄를 인정하거나 처벌하는 것이 아니다. 위원회는 그 ‘견해’와 권고를 전달함으로써 논의를 마무리하지 판결(verdict)을 내리지 않으며, 당사국에게 벌금이나 구금이 선고되지도 않는다. 위원회의 견해와 권고에 대해 당사국이 지는 의무의 정도는 “위원회의 견해를 적절하게 고려하는 것”이고, 6개월 이내에 서면답변을 제출하는 것뿐이다.³⁵³⁾ 이에 과연 과도한 법실증주의이고 과잉된 사법화인가?

(2) 다른 협약의 진정절차를 이용하면 된다.

국내 선택의정서가 비준된 다른 협약의 개인진정을 활용하면 되므로 굳이 사회권규약 선택의정서까지 비준할 필요성이 있는가 하는 입장이 있다. 현재 우리나라가 비준한 인권조약 선택의정서로는 자유권규약 제1선택의정서, 여성차별철폐협약 선택의정서, 아동권리협약 제1,2선택의정서와 지난해에 비준된 장애

350) Laurence R Helfer: "Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash against Human Rights Regimes" 102 *Columbia Law Review* 1832 (2002).

351) Beth A. Simmons, 앞의 글, 71쪽.

352) 70쪽. 일부 법학자들은 개인진정권을 준사법적 제도를 좀 더 ‘법원처럼’ 만드려는 핵심적 요소라고 정의해왔다. Laurence R. Helfer and Anne-Marie Slaughter: "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", (1997) 107(2) *Yale Law Journal* 107 273. 꼭 그럴 필요는 없지만 사회권규약 선택의정서는 이런 사법화의 함정에 빠지는 것을 피하기 위하여 고안된 것이다.

353) Beth A. Simmons, 앞의 글, 70-71쪽.

인권리협약 선택의정서가 있는데, 사회권 침해에 대해서는 여성·아동·장애인 권리 협약의 선택의정서에 규정된 개인진정절차를 이용하면 된다는 것이다. 그러나 여성·아동·장애인에 대한 차별은 자유권규약 선택의정서에 의해서도 개인진정절차의 대상이 되지만 실제로 그것에 의해서는 이들의 권리가 보장되기 어려웠기에 이들 각각의 선택의정서가 별도로 제정되었다는 점, 각 영역의 권리에 관한 전문성이 요구된다는 점 등을 고려하면 사회권을 전문적으로, 그리고 포괄적으로 다루는 사회권규약 선택의정서의 비준의 필요성을 부정할 수 없다. 단적으로 장애인이 아닌 성인 남성의 사회권 침해는 어떤 진정절차에 호소할 수 있을 것인가?

(3) 현재의 규약상 보고체계만으로도 충분하다.

사회권규약 제4부에 따른 보고체계로 사회권 침해 문제를 충분히 다룰 수 있기 때문에 이런 보고체계 이외에 별도의 개인진정절차가 필요하지는 않다는 주장도 있을 수 있다. 보고체계가 사회권규약상 의무를 명확히 이해하는 데 도움이 되고, 정부보고서가 늦어지거나 충분히 자기비판적이지 않을 때에는 반박 보고서가 도움을 주기도 하는 것은 분명한 사실이다. 그러나 이런 정기적 평가들은 의례화되고 정형화할 위험이 있다. 이에 반하여 개인진정절차는 사회경제적 권리가 무엇을 수반하는지와 무엇이 당사국이 국제법적 의무를 이행하기 위한 선의의 노력에 해당하는지를 더 명확하게 이해하도록 할 수 있다. 특히 개인진정장치는 감독기구와 각 당사국 사이의 대화에 대한 중요한 보완수단이다. 또한 개인진정절차에는 보고체계로 대체할 수 없는 몇 가지 고유한 장점이 있다. 첫째, 개인진정은 권리에 대한 논의가 ‘추상적 원칙’에서 ‘구체적 사건’들로 이동하도록 요구하고, 둘째, 개인진정장치는 살아있는 개인의 삶과 경험을 통하여 법률을 해석하는데 도움을 주는 방법이며, 셋째, 개인진정은 국내구제절차 경유를 요건으로 하고 있기 때문에, 시민진정을 다루기 위한 국내제도의 개발과 이용을 고무할 수 있고, 개인들과 집단들로 하여금 자신의 국가, 자신의 권리, 그리고 양자 간의 상호작용에 관하여 훨씬 더 충분한 정보를 가지도록 하는 등 그 개인역량을 강화할 수 있게 한다.³⁵⁴⁾

(4) 사회권의 경우 국가의 의무 위반 기준이 구체적이지 않다

이는 2009년 장애인권리협약 선택의정서 비준 관련 사항을 논의했던 국회외교통상통일위원회에서 정부가 밝힌 입장이기도 하다. 그러나 사회권위원회가 발표한 27개에 이르는 일반논평들이나 각 당사국의 정기보고서 평가를 통해 밝힌 최종견해와 권고들은 정부의 보고서 기재내용이나 국내 여러 사법기관들에서 사회권을 다루면서 언급한 사항들에 비하여 결코 구체성이 떨어진다고 보기는 어렵다. 부록에 정리했듯이 사회권규약상 대부분 권리들에 대하여 일반논평이 제시되었고, 이들 논평에서는 각 권리와 관련한 최소핵심 의무 등을 명시적으로 제기하고 있는데, 이들은 사회권규약 위반 여부를 판단하기 위한 상당한 근거로 제공하는 것이다. 게다가 주거권에 관해서는 상세한 두 차례의 일반논평(제4호 및 제7호)이 발표되었을 뿐 아니라 본안판단에 이른 진정만도 10건을 넘어서고 있는 만큼 기준이 구체적이지 않아서 비

354) Beth A. Simmons, 앞의 글, 69쪽. 이호선, 이동석, 앞의 글, 118-119쪽도 같은 취지이다.

준을 할 수 없다는 것은 별반 설득력이 없다.

(5) 국내적 여건이 성숙될 때까지는 비준이 어렵다

2009년 국회에서 과거 장애인권리협약 선택의정서 비준과 관련하여 정부는 ‘장애인차별금지법이 단계적으로 시행되어 장애 관련 제도·조치가 정착하는데 시간이 소요되므로 국내적 여건이 성숙되면 비준이 가능’하다는 입장을 보인바 있다.³⁵⁵⁾ 또한 지난 12월 1일 사회권위원회에 제출된 제5차 정부보고서에서 개인진정제도 등 선택의정서에 대한 분석을 2023년 9월에 시작했고 그 결과를 토대로 비준 여부를 결정할 예정이라는 것 역시 비슷한 맥락이라고 볼 수 있다.

통상 국내적 여건의 성숙을 인권 조약 비준 거부의 사유로 삼는 것은 주로 국내법과의 충돌을 이유로 한 것이다. 그런데 장애인권리협약 선택의정서에 대해서도 그랬지만 사회권규약 선택의정서에 대해서도 정부가 예상하는 충돌 가능성은 규약 자체에 따른 문제이고 선택의정서 비준에 의해 추가로 발생하는 문제는 아니다. 따라서 선택의정서 비준으로 인해 새롭게 발생하는 국내법과의 충돌가능성은 없는 것으로 보아야 할 것이다. 단지 선택의정서를 비준하여 개인진정을 한다고 해도 국내 구제절차를 모두 거쳐야 하므로 인권침해를 구제할 국내 권리구제제도의 개선이 필요할 뿐이다.³⁵⁶⁾ 선택의정서에 따른 개인진정절차가 국내 사전구제절차 경유를 조건으로 하므로 국내 권리구제제도의 정비는 개인진정의 필요성 자체를 감소시키거나 사회권위원회에 의한 진정 인용 가능성을 낮추는 효과가 있다는 점에서 바람직하지만, 그것이 선택의정서 비준의 장애 요소로 작용하지는 않는다. 만약 이런 권리구제제도의 미비 상황을 비준 거부의 사유로 삼게된다면, 사회권 전반을 다룬 단행법률도 없고 달리 포괄적 차별금지법도 제정되어 있지 않은 상황임을 고려할 때 사회권규약 선택의정서의 비준은 기약없는 것이 되고 말 것이다.

(6) 국가주권에 대한 과도한 제약이다

개인진정제도가 국가 주권에 대한 과도한 제약에 해당한다는 입장이 있다. 그러나 이러한 입장에 대해서는 이미 사회권규약 선택의정서 기초과정에서 충분한 논의가 이루어졌고, 이런 우려를 불식할 수 있는 내용이 선택의정서 문언에 포함되었다.

국가주권이 제약될 것이라는 우려는, 사회권을 재판하는 국내절차의 완전성에 관한 불안 때문에 비롯되는 것이다. 그러나 선택의정서에 따르면 개인진정의 심리는 국내 구제절차를 모두 경유했다는 것이 확인된 후에만 가능하고, 진정인은 “명백한 불이익”을 겪었다는 사실을 보여야 하며, 우호적 해결 가능성을 인정하여 사회권위원회의 역할이 보충적인 것으로 설정되어 있다는 점을 고려하면 이런 우려는 상당 부분 불식된다. 더욱이 선택의정서 제8조 4항은 국제적 수준의 사회권 판단에 있어서 상당성 심사를 명시함으로써(다른 선택의정서에서는 볼 수 없는 것이다) 위원회의 권한을 일정하게 제약하고 있다. 따라서

355) 이호선, 이동석, 앞의 글, 112쪽.

356) 이호선, 이동석, 앞의 글, 122쪽.

사회권위원회는 다른 사법 또는 준사법 기관들과 마찬가지로 사회권 실현을 제고하기 위하여 취해진 조치의 상당성만을 심사할 수 있을 뿐, 사회권을 실현하기 위하여 다양한 조치를 취할 수 있는 당사국의 선택을 존중해야 한다. 즉 사회권위원회는 당사국에 대하여 사회권 실현을 제고하기 위하여 어떤 조치를 취할지, 어떤 거시경제정책을 채택할지를 지시할 권한은 없다. 따라서 국가주권 제약에 대한 우려를 이유로 한 비준 거부 논리는 선택의정서가 담고 있는 내용과는 동떨어진 것이라는 비판을 피할 수 없다.³⁵⁷⁾

3) 국내법 또는 국내 사법기관과의 충돌 문제

(1) 사회권규약 선택의정서 가입·비준에 직접적으로 충돌되는 국내법이 있는가?

사회권규약 선택의정서는 새로운 권리나 그에 상응하는 의무를 창설하는 것이 아니다. 1990년에 대한민국이 사회권규약을 유보 없이 비준하였을 때, 규약상의 모든 권리에 대한 존중·보호 및 실현 의무는 발생한 것이고, 이에 대한 정기적인 보고서 제출과 그에 대한 평가로서 사회권위원회의 심사를 통한 최종 견해와 권고를 받아들이기로 국제사회에 공식적이고도 공개적으로 약속한 것이다.

따라서 보통 비준 반대론자들이 예상하는 여러 충돌 가능성은 국내법과는 다른 내용의 권리를 정한 조약 자체와 관련하여 제기되는 문제일 뿐 선택의정서 비준에 의해 추가로 발생하는 문제는 아니다.³⁵⁸⁾ 이런 충돌이 있을 경우 각국은 비준을 할 때 특정 조항에 대하여 유보의사를 표명함으로써 해결하는 경우가 많지만, 대한민국은 자유권규약과 그 선택의정서, 그리고 사회권규약을 동시에 비준하면서, 자유권규약에 대해서만 4개 조항을 유보했을 뿐 사회권규약에 대해서는 어떤 유보의사도 표명하지 않았다. 우리 정부가 4개조항을 유보했던 자유권규약의 경우에도 결사의 자유에 관한 제22조를 제외하고는 모두 유보를 철회했음에 비추어보면, 설사 자유권규약에 대해서처럼 사회권규약에 대해서도 일부 조항에 대하여 유보의사를 표명했다 하더라도, 30년 이상을 지난 지금 시점에서 국내법과 사회권규약의 충돌을 이야기하는 것은 타당하지 않다. 그러므로 국내법과의 충돌을 내세우면서 선택의정서 비준에 반대하는 것은 불합리할 뿐만 아니라 부당하기까지 하다.

(2) 가입·비준을 위해서는 국내법 정비가 선결되어야 하는가?

선택의정서의 가입 비준이 국내법과 충돌하지는 않지만, 선택의정서에 정한 핵심적 구체절차인 개인진정을 제기하기 위해서는 국내구제절차를 모두 경유해야 하므로, 국내구제절차의 개선은 필요하다. 어떻게 보면 국내 권리구제제도의 정비는 개인진정의 필요성이나 인용가능성을 낮추는 데 기여할 수 있다.

현재 국내법상 차별을 금지하고 차별에 대한 구제제도를 단행법률로 마련하고 있는 것은 장애인차별금

357) F. Viljoen and N. Orago, "An argument for South Africa's accession to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the light of its importance and implications", *Potchefstroom Electronic Law Journal(PELJ)*, Vol. 17 No. 6 (2014), 2583-2584쪽.

358) 이호선/이동석은 장애인권리협약 선택의정서 비준과 관련하여 마찬가지로 설명하고 있다. 이호선, 이동석, 앞의 글, 122쪽.

지법이므로, 최소한 그 정도 수준의 구체제도 개선은 필요할 것이다. 물론 장애인차별금지법상의 권리구제와 관련해서도 국가인권위원회 권고의 강제력은 사인 간에는 여전히 부족하다는 점, 인권위원회의 인권적 관점에서의 판단이 부족한 점, 시정권고가 되더라도 미이행 시 시정명령이 거의 집행되지 않는다는 점, 징벌적 손해배상제도가 도입되지 않아 실제적인 권리구제가 어려운 점 등 개선이 필요한 점이 언급되고 있지만,³⁵⁹⁾ 사회권 일반에 대해서는 그 정도 수준의 권리구제제도만 마련되더라도 현재 수준보다는 상당한 진전이라고 할 수 있을 것이다.

한편 사회권 침해가 특히 문제되는 것은 외국인이나 여성, 아동, 노인 등 사회취약계층이므로 이들의 사법접근성을 높이는 것 또한 시급히 개선이 요구되는 부분이다. 사회취약계층을 포함하여 누구나 평등하게 양질의 법적 구제를 받을 수 있도록 소송구조제도나 소송비용에 관한 규칙 등의 개선이 필요하다.³⁶⁰⁾

그러나 이와 같은 국내 권리구제제도 개선이 사회권규약 선택의정서 비준의 선결조건이라고 보기는 어렵다. 현재 사회권 침해 또는 사회권 규약 위반을 이유로 한 사법적 권리구제 수단이 제대로 갖춰져 있지 않다는 것이 개인진정제도를 포함한 선택의정서 비준의 법적 걸림돌로 작용하지는 않기 때문이다. 즉 선택의정서 비준을 국내 권리구제제도 개선의 기회로 삼는 것은 필요하고 또 바람직하지만, 국내 권리구제제도 미비를 비준 거부 또는 지연의 근거로 내세울 수는 없다. 물론 사법적으로 구제되지 못한 사회권 침해에 대하여 선택의정서에 따른 개인진정이 제기되고 사회권위원회가 이 진정을 인용한 경우 국내 구제제도의 문제점이 국제적으로 공개되는 부끄러운 사태에 직면하게 되긴 하지만, 그것이 개인진정절차의 도입을 가로막을 사유가 될 수는 없다.

(3) 유엔 사회권위원회와 국내 법원의 심사기준 격차가 야기할 수 있는 문제가 무엇이고 이것이 가입 비준을 미루는 타당한 이유가 될 수 있는가?

이 보고서에 수록된 15건의 개인진정사례에 비추어볼 때 유엔 사회권위원회는 직접적 근거 조약인 사회권규약은 물론 규약이 정한 권리의 의미와 그에 따른 당사국의 의미를 명확히 하기 위하여 위원회 스스로 발표해 왔던 일반논평들에 의거하여 진정의 인용 여부, 즉 규약 위반 여부를 판단하고 있다. 이런 점들은 사회권규약조차 거의 재판규범으로 원용하지 않고 있는 국내 법원이나 헌법재판소와는 명백히 구분되는 부분이다. 앞서 보았듯이 헌법재판소는 사회보장과 관련된 사건들에서 가용자원을 최대한 이용한 권리의 점진적 실현 의무와 관련하여 권리 실현을 위한 정책의 선택뿐만 아니라 그 정책의 헌법 합치성 여부에 이르기까지 국가 당국에 광범위한 재량을 인정해 왔다. 과소보호금지의무를 내세우면서도 과소보호 해당 여부에 대한 판단은 입법 또는 행정 재량으로 보는 입장을 견지해 오고 있다. 나아가 법원은 사회권 관련 재판에서 사회권규약 등 국제인권규범을 재판규범으로 거의 원용조차 하지 않는다.

359) 이호선, 이동석, 앞의 글, 122쪽.

360) 이호선, 이동석, 앞의 글, 123쪽.

이처럼 사회권위원회와 국내 사법기관 간에는 사회권 침해 여부를 판단하는 심사기준에서 현격한 차이가 나타나고 있다. 현재는 사회권 침해를 다룰 수 있는 접근 가능한 국제적 구제제도가 없으므로 사회권 침해의 피해자들이 국내 사법기관의 이런 입장들이 얼마나 소극적인 것인지를 제대로 알 수 없지만, 선택의정서 비준으로 개인진정이 허용되면 국내에서 구제받지 못한 인권 피해자들이 사회권위원회의 문을 두드리는 일이 늘어날 것이고 자유권규약 선택의정서에 따른 개인진정 사례가 보여주듯이 조약위원회로부터 국내 기관과는 판이하게 다른 판단을 받는 일이 생겨나게 될 것이다. 이런 일이 반복되면 그렇지 않아도 낮은 사법기관에 대한 시민들의 신뢰는 더욱 떨어지게 될 것이다. 분쟁해결의 대부분을 사법기관에 의존하는 현대사회에서 이와 같은 신뢰의 추락은 사회의 기반 자체를 극도로 취약하게 만드는 위험한 결과로 이어질 것이다.

그러나 이러한 사법신뢰 추락의 원인은 선택의정서 비준에 있지 않다. 그 책임은 국제인권규범을 외면하는 소극적이고 협소한 법해석으로 일관해 온 사법기관과 그런 사태를 묵도하면서도 이를 시정하기 위한 제도 개선을 게을리 해 온 입법 및 집행 기관에게 있는 것이다. 따라서 국내 사법기관과 국제인권기구 사이의 심사기준 차이는 선택의정서 비준을 거부하거나 지연시킬 이유가 될 수 없다.

5. 소결

선택의정서를 비준할 경우 사회권규약이 요구하는 당사국의 의무 실현을 위하여 국가인권위원회의 진정 대상 확대 등 사회권과 관련된 법률, 정책, 프로그램 등의 대규모 개선이 수반되어야 하지만, 정치세력간의 협력이 실종되고 극단적인 대립만 계속되는 현재의 정치상황은 그 전망을 매우 어둡게 하고 있다. 이러한 입법이 불가능할 경우 적극적인 해석과 적용을 통한 사법기관의 역할이 중요하나 사회권을 구체적 권리로 인정하지 않거나 국가의 광범위한 재량영역으로 보는 시각이 사법기관을 지배하고 있다. 더욱이 정부는 사회권위원회의 계속된 권고에도 불구하고 선택의정서 비준에 대하여 매우 소극적인 입장으로 일관해 왔고, 국내 여건의 미성숙과 그 영향에 대한 연구 필요성 등을 내세우며 계속 비준을 미룰 가능성이 높다. 정권의 성격과 관계없이 사회권을 개선하고자 하는 진정성있는 정부의 의지를 찾고, 사회적 취약계층의 목소리가 제대로 대변되지 못하는 정치과정이 사회권 실현의 장애 요소로 작용하며, 사회권의 실현을 적극적으로 요구할 주체의 형성과 조직 자체가 쉽지 않은 삼중고가 현재 대한민국의 사회권이 처한 상황이다.

그러나 역설적으로 상황이 이렇기 때문에 이 상황을 돌파하기 위해서라도 선택의정서의 비준은 절실하다. 즉 선택의정서 비준의 전망을 어둡게 하는 요인들 때문에 선택의정서 비준이 더 절실히 요구되며, 사회권을 실행가능한 구체적 권리로 인정하지 않는 사법기관의 인식이 스스로 변화하기를 기대하기는 어려운 일이기 때문에 외부 충격이야말로 이를 돌파하기 위한 유용한 해법일 수 있다.

누가 이를 주도할 것인가? 사회권은 워낙 폭넓은 영역에 걸쳐 있는 권리이기 때문에 특정 주체가 이를

주도할 수는 없고, 다양한 주체들의 연대와 통합이 필수적이다. 이를 위해서는 무엇보다도 사회권규약 선택의정서의 비준 필요성에 대한 홍보와 이를 통한 광범위한 공감대 형성이 필수적이다. 현재로서 이런 역할을 기대할 수 있는 국가기관은 국가인권위원회가 유일해 보인다. 물론 선택의정서 비준이라는 과업을 국가인권위원회 단독으로 성사시키기를 기대할 수는 없고, 이에 시민사회의 폭넓은 지원과 연대가 수반되어야 한다. 바람직하게는 시민사회가 강력한 비준 촉구 운동을 벌이고 국가인권위원회가 이에 응답하는 방식을 생각할 수 있지만 현재 시민사회의 역량이 거기까지는 이르지 못하는 것으로 보인다. 따라서 시민사회가 일정 수준의 동력을 확보할 수 있기까지는 시민사회의 의지와 역량을 모아낼 수 있는 기회의 제공, 즉 그러한 논의가 이루어질 플랫폼 또는 광장이 필요하며, 이를 마련하는 일이 국가인권위원회가 할 수 있는 중요한 역할일 것이다.

1990년대 이후 시민사회는 상당히 개별화 분화되었지만 이 사안에 대해서만큼은 각 단체의 이해관계를 떠나 일치된 모습을 보일 필요가 있고, 이를 위해 다양한 시민사회단체(경우에 따라서는 정치세력까지)를 포괄하는 전국적인 상설네트워크의 조직이 필요할 것이다. 아울러 교수, 연구자 등 학문공동체와 법률가들의 역할도 중요하다. 시민사회, 학문공동체와 법률가들의 동원과 조직, 연대를 위한 장을 국가인권위원회가 제공할 수 있다면 최상일 것이다. 국가인권위원회가 제공한 장에서 시민사회의 광범위한 네트워크가 조직되고 폭넓은 연대를 이루어내면, 이제 이를 바탕으로 국가인권위원회는 가장 좋게는 비준을 권고하는 전원위원회의 결정을 내리거나, 그것이 어렵다면 국가인권위원장의 비준 촉구 성명을 발표함으로써 전면에 나설 수 있을 것이다. 그리고 이러한 국가인권위원회의 행동은 다시 시민사회의 강력하고 폭넓은 지지와 연대로 이어져 정부가 선택의정서 비준에 나서지 않을 수 없도록 만드는 것, 이런 과정들을 거쳐서 비로소 열악한 인권상황을 돌파하고 선택의정서의 비준을 성사시킬 수 있을 것이다.

제4장 국가인권기구 사회권 침해 구제절차 도입

- 사회권보장을 위한 「국가인권위원회법」의 개정필요성 -

I. 「국가인권위원회법」상 사회권보장과 진정제도

1. 현황

1) 「국가인권위원회법」상 진정제도

(1) 인권침해와 차별행위에 대한 진정

「국가인권위원회법」에서 진정은 인권침해를 조사하기 위한 가장 중요한 경로이고, 이렇게 ‘진정’의 접수로 조사대상이 된 경우를 ‘진정사건’이라고도 한다. 「국가인권위원회법」은 제30조 내지 제50조에 걸쳐 진정 사건의 처리 절차 등에 관하여 상세히 규정하고 있다.

국가인권위원회는 인권침해와 차별행위에 대해서 개인의 진정 제기를 허용하고 있다. 국가인권위원회는 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무 수행과 관련하여 인권을 침해당한 경우 이를 조사하고 구제한다. 또한 법인·단체 또는 사인에 의한 평등권 침해의 차별행위를 당한 경우에도 이를 조사·구제한다.

「국가인권위원회법」

제30조(위원회의 조사대상) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 인권침해나 차별행위를 당한 사람(이하 “피해자”라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다. <개정 2011. 5. 19., 2012. 3. 21.>

1. 국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2제1항에 따른 공직유관단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판은 제외한다)과 관련하여 「대한민국헌법」 제10조부터 제22조까지의 규정에서 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우
2. 법인, 단체 또는 사인(私人)으로부터 차별행위를 당한 경우

제2조(정의)

3. “평등권 침해의 차별행위”란 합리적인 이유 없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신 지역(출생지, 등록기준지, 성년이 되기 전의 주된 거주지 등을 말한다), 출신 국가, 출신 민족, 용모 등 신체 조건, 기혼·미혼·별거·이혼·사별·재혼·사실혼 등 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족 형태 또는 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과(前科), 성적(性的) 지향, 학력, 병력(病歷) 등을 이유로 한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 현존하는 차별을 없애기 위하여 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)을 잠정적으로 우대하는 행위와 이를 내용으로 하는 법령의 제정·개정 및 정책의 수립·집행은 평등권 침해의 차별행위(이하 “차별행위”라 한다)로 보지 아니한다.

가. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금 외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

나. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

다. 교육시설이나 직업훈련기관에서의 교육·훈련이나 그 이용과 관련하여 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

라. 성희롱[업무, 고용, 그 밖의 관계에서 공공기관(국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2제1항에 따른 공직유관단체를 말한다)의 종사자, 사용자 또는 근로자가 그 직위를 이용하여 또는 업무 등과 관련하여 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니한다는 이유로 고용상의 불이익을 주는 것을 말한다] 행위

진정의 대상이 되는 것은 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 「헌법」 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우이다.

「헌법」 제10조 내지 제22조

제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

② 사회적 특수계급의 제도는 인정되지 아니하며, 어떠한 형태로도 이를 창설할 수 없다.

③ 훈장등의 영전은 이를 받은 자에게만 효력이 있고, 어떠한 특권도 이에 따르지 아니한다.

제12조 ① 모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포·구속·압수·수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.

② 모든 국민은 고문을 받지 아니하며, 형사상 자기에게 불리한 진술을 강요당하지 아니한다.

③ 체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다. 다만, 현행범인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는

증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다.

④누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 즉시 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다. 다만, 형사피고인이 스스로 변호인을 구할 수 없을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 국가가 변호인을 붙인다.

⑤누구든지 체포 또는 구속의 이유와 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지받지 아니하고는 체포 또는 구속을 당하지 아니한다. 체포 또는 구속을 당한 자의 가족등 법률이 정하는 자에게는 그 이유와 일시·장소가 지체없이 통지되어야 한다.

⑥누구든지 체포 또는 구속을 당한 때에는 적부의 심사를 법원에 청구할 권리를 가진다.

⑦피고인의 자백이 고문·폭행·협박·구속의 부당한 장기화 또는 기망 기타의 방법에 의하여 자의로 진술된 것이 아니라고 인정될 때 또는 정식재판에 있어서 피고인의 자백이 그에게 불리한 유일한 증거일 때에는 이를 유죄의 증거로 삼거나 이를 이유로 처벌할 수 없다.

제13조 ①모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.

②모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다.

③모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다.

제14조 모든 국민은 거주·이전의 자유를 가진다.

제15조 모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다.

제16조 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니한다. 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

제17조 모든 국민은 사생활의 비밀과 자유를 침해받지 아니한다.

제18조 모든 국민은 통신의 비밀을 침해받지 아니한다.

제19조 모든 국민은 양심의 자유를 가진다.

제20조 ①모든 국민은 종교의 자유를 가진다.

②국교는 인정되지 아니하며, 종교와 정치는 분리된다.

제21조 ①모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.

②언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.

③통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.

④언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

제22조 ①모든 국민은 학문과 예술의 자유를 가진다.

②저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.

「헌법」 제10조부터 제22조까지는 사회권 조항이 없다.

(2) 인권침해와 차별행위에 대한 직권 조사

국가인권위원회는 진정이 없는 경우에도 인권침해나 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 직권으로 조사할 수 있다.

「국가인권위원회법」

제30조(위원회의 조사대상) ①-② 생략

③ 위원회는 제1항의 진정이 없는 경우에도 인권침해나 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 직권으로 조사할 수 있다.

④ 제1항에 따른 진정의 절차와 방법에 관하여 필요한 사항은 위원회 규칙으로 정한다.

(3) 장애인차별과 연령차별에 대해 조사와 구제

국가인권위원회는 아울러 「장애인차별금지법」, 「고령자고용법」에 따라 장애인차별과 연령차별에 대해 조사와 구제를 한다.

「장애인차별금지법」

제38조(진정) 이 법에서 금지하는 차별행위로 인하여 피해를 입은 사람(이하 “피해자”라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 국가인권위원회(이하 “위원회”라 한다)에 그 내용을 진정할 수 있다.

제39조(직권조사) 위원회는 제38조의 진정이 없는 경우에도 이 법에서 금지하는 차별행위가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다.

「고령자고용법」

제4조의6(진정과 권고의 통보) ① 제4조의4의 연령차별 금지의 위반으로 연령차별을 당한 사람(이하 “피해자”라 한다)은 「국가인권위원회법」 제30조에 따라 국가인권위원회에 그 내용을 진정할 수 있다.

② 국가인권위원회는 제1항에 따른 진정을 조사한 결과 연령차별이 있다고 판단하여 피진정인, 그 소속 기관·단체 또는 감독기관의 장에게 구제조치 등을 권고할 경우 그 권고내용을 고용노동부장관에게도 통보하여야 한다.

제4조의7(시정명령) ① 고용노동부장관은 제4조의6제2항에 따라 국가인권위원회로부터 구제조치 등의 권고를 받은 사업주가 정당한 사유 없이 권고를 이행하지 아니하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여 그 피해의 정도가 심각하다고 인정되면 피해자의 신청에 의하거나 직권으로 시정명령을 할 수 있다. <개정 2010. 6. 4.>

1. 피해자가 다수인인 연령차별행위에 대한 권고 불이행
2. 반복적 연령차별행위에 대한 권고 불이행
3. 피해자에게 불이익을 주기 위한 고의적 권고 불이행
4. 그 밖에 피해의 내용과 규모 등을 고려하여 시정명령이 필요하다고 고용노동부령으로 정하는 경우

② 제1항의 시정명령에는 다음 각 호의 사항을 포함하여야 한다.

1. 연령차별행위의 중지
2. 피해의 원상회복
3. 연령차별행위의 재발방지를 위한 조치
4. 그 밖에 연령차별시정을 위하여 필요하다고 고용노동부령으로 정한 조치

③ 피해자의 신청에 따라 제1항에 따른 시정명령을 할 경우 그 신청을 받은 날부터 3개월 이내에 하여야 한다.

④ 고용노동부장관은 제1항에 따라 시정명령을 할 때에는 다음 각 호의 사항을 명시한 서면을 해당 사업주와 피해자에게 각각 내주어야 한다.

1. 시정명령의 이유
 2. 시정명령의 내용
 3. 시정기한
 4. 시정명령에 대한 불복 절차
- ⑤ 제1항에 따른 시정명령의 절차나 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제4조의8(시정명령 이행상황의 제출요구 등) ① 고용노동부장관은 연명차별행위를 한 사업주에게 제4조의 7에 따른 시정명령의 이행상황을 제출할 것을 요구할 수 있다.
 ② 피해자는 연명차별행위를 한 사업주가 시정명령을 이행하지 아니하면 고용노동부장관에게 신고할 수 있다.

2) 「국가인권위원회법」상 진정제도의 운영

우리나라 국가인권위원회는 「국가인권위원회법」을 보면, 종합적인 인권진담기구, 독립기구, 준국제기구, 준사법기구의 지위를 갖는다. 여기서 준사법기관 인권침해와 차별행위에 대한 조사와 구제조치의 권한을 갖는다는 의미이다.³⁶¹⁾

「국가인권위원회법」에서 규정하고 있는 인권침해 및 차별행위에 대한 진정(제30조)의 구제 방법으로 ① 구제조치 및 제도개선의 권고(제44조 제1항), ② 합의의 권고(제40조), ③ 고발 및 징계권고(제45조), ④ 수사의뢰(제34조 제1항), ⑤ 피해자를 위한 법률구조요청(제47조), ⑥ 긴급구제조치의 권고(제48조), ⑦ 조정(제42조) 등이 있다.

2. 사회적 보장과 진정제도의 부재

사회권 보장이라는 점에서 우리나라 사법적 구제절차와 비사법적 구제절차에는 다음과 같은 문제가 있다.

1) 사법적 구제절차의 문제점

(1) 시간과 절차의 복잡성

법적 분쟁을 해결하기 위해 국가가 마련한 전형적인 절차인 민사소송, 형사소송, 행정구제, 헌법재판 등의 사법적 구제절차이다. 그러나 사법적 권리구제는 시간과 비용이 많이 소요되고, 수사기관이 정치편향적일 수 있으며, 현행법의 법리적 한계를 벗어나지 못한다는 점에서 그 한계가 지적된다. 그 외에도 권리침해의 사회적, 정치적 조건을 개선하는 조치를 취할 수 없고, 대립하는 이해관계를 지양하는 생산적인 결론을 도출할 수 없다는 문제를 안고 있다.³⁶²⁾

361) 임재홍·권혜령·류은숙·염형국, 인권법, 한국방송통신대학교출판문화원, 2020, 102-104쪽.

362) 홍성수, 국가인권위원회 조사·구제기능에 대한 평가와 과제 : 출범 이후 10년간의 통계를 중심으로, 전북대학교 법학연

(2) 사회권에 소극적인 사법부

우리나라에서 사회권에 관한 사법심사는 가능하다. 우리 「헌법」은 제34조 인간다운 생활을 할 권리를 비롯한 사회적 기본권을 다수의 조문에서 명시하고 있고, 헌법재판소는 이들 권리의 침해 여부를 일련의 결정례를 통하여 심리한 바 있다.³⁶³⁾

문제는 사법부의 사법심사가능성이 아니라 사법심사의 내용에 있다. 다수의 선행연구나 법원의 판결을 보면, 헌법재판소나 법원은 사회권의 사법심사에서 매우 소극적 태도를 견지하고 있고, 이것이 비판의 대상이 되고 있다.³⁶⁴⁾

2) 「국가인권위원회법」상의 문제점 - 사회권 개인진정의 배제

이러한 사법적 권리구제의 한계를 보완하기 위하여 ‘비사법적 권리구제’의 방법이 필요하다. 국제사회가 각국에 국가인권기구를 설립하도록 권고한 이유 중 하나도 바로 비사법적 권리구제의 필요성 때문이었다. 즉, 인권의 조사·구제기능은 사법적 권리구제의 한계를 보완하는 추가적이고 보충적인 인권 보장 메커니즘이라고 할 수 있다.³⁶⁵⁾

국가인권위원회는 전통적 사법기관만으로는 인권보장이 어렵다는 것을 인식하고 그 보완적 수단으로 만들어진 것이다. 사법기관을 중심으로 하는 전통적 국가기관은 「헌법」이라는 실정법을 그 활동의 유일한 기초로 두고 있지만 국가인권위원회는 「헌법」뿐만 아니라 국제인권규범을 활동의 기초로 삼고 있다. 따라서 국가인권위원회는 전통적인 국가기관의 헌법해석과 다른 견해를 제시할 수 있고, 다른 결론을 제시해야만 하는 경우가 있다. 이렇게 함으로써 국가인권위원회는 헌법해석의 범위를 확장해 국가의 인권 보장 의무를 완성한다. 국가인권위원회를 설립한 입법자의 의도는 바로 이런 인권기구를 설치함으로써 사법기구를 중심으로 하는 인권보장기구의 한계를 극복해 국가의 인권보장기능을 보완하고자 한 것이다.³⁶⁶⁾

국가인권위원회의 설립 취지에 비추어 보면, 국가인권위원회가 모든 권리를 대상으로 인권 관련 업무를 처리할 수 있어야 한다. 우리 「국가인권위원회법」은 범구조상 모든 인권을 대상으로 인권의 보호 및 향상을 목적으로 하고 있다. 동법 제1조를 보아도 그렇다. 제19조에서도 “인권침해행위에 대한 조사와 구제 및 차별행위에 대한 조사와 구제”는 위원회의 업무로 되어 있다.

구소, 법학연구 34, 2011, 81쪽.

363) 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14; 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33; 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216; 헌재 2003. 5. 15. 2002헌마90; 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328. 우리 「헌법」상 일반적으로 사회권으로 분류되는 조항은 다음과 같다. 제31조(교육을 받을 권리), 제32조(근로의 권리), 제34조(인간다운 생활을 할 권리), 제35조 제3항(주거권), 제36조 제2항(모성보호), 제36조 제3항(보건권)

364) 김효권, 사회권 위반 여부에 대한 판단 기준으로서 최소핵심 의무 - 헌법재판소 결정례 비판을 포함하여-, 대한국제법학회, 국제법학회논문총 66(1), 2021.; 박찬운, “사회권의 사법구제가능성 강화를 위한 사법부의 역할”, 법학논총 제35권 제4호 2018.; 이주영, “사회권의 재판규범성”. 노동법연구 제46호 2019.

365) 홍성수, 앞의 논문, 81쪽.

366) 박찬운, 국가인권위원회의 조사구제 분야 개선방안에 관한 소고, 한양대학교 법학연구소 법학논총 40(2), 2023, 47쪽.

「국가인권위원회법」

제1조(목적) 이 법은 국가인권위원회를 설립하여 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 실현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다.

제19조(업무) 위원회는 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함한다)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명
2. 인권침해행위에 대한 조사와 구제
3. 차별행위에 대한 조사와 구제
4. 인권상황에 대한 실태 조사
5. 인권에 관한 교육 및 홍보
6. 인권침해의 유형, 판단 기준 및 그 예방 조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고
7. 국제인권조약 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명
8. 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력
9. 인권과 관련된 국제기구 및 외국 인권기구와의 교류·협력
10. 그 밖에 인권의 보장과 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 사항

이러한 구조에도 불구하고 진정 관련해서 위원회의 조사 대상에서는 “「대한민국헌법」 제10조부터 제22조까지의 규정에서 보장된 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우”로 한정하여 사회권을 배제시켜 버렸다.³⁶⁷⁾

「국가인권위원회법」이 제정된 시점부터 인권침해에 대한 진정의 대상은 「국가인권위원회법」 제2조의 ‘인권’이 아니라, 그 일부로 축소되어 있었다. 이를 두고 인권단체와 정부 사이에 갈등도 있었다. 인권단체는 조사대상을 「국가인권위원회법」 제2조의 인권을 침해하는 모든 사항으로 확대할 것을 주장했다. 반면 정부는 그 제한을 요구했다. 이러한 논란의 와중에서 「헌법」 제10조 내지 제22조로 제한 것은 타협의 결과이다.³⁶⁸⁾

이러한 이중적 구조는 ① 자유권과 사회권 간의 차별을 전제로 한 것이다.³⁶⁹⁾ 더불어 ② 가용자원의 배분의 결정권을 의식한 것일 수도 있다.³⁷⁰⁾ 결론적으로 사회권에 대한 진정의 필요성에도 불구하고, 국가인권위원회에 대한 사회권 침해를 이유로 한 진정은 불가능해 보인다.

367) 사회권의 배제뿐만 아니라 <자유권규약>에서 보장하고 있는 재판받을 권리와 형사피고인의 무죄추정의 권리(규약 제14조), 노동자의 단결권(규약 제22조) 인권위의 조사 대상이 되지 못하고 있는 문제가 있다. 박찬운, 위의 논문, 54쪽.

368) 백운조, “대한민국 국가인권위원회법의 입법과정에 관한 연구”, 인하대학교 박사학위 논문, 2002.8, 166쪽 이하.

369) 자유권과 사회권을 구별하고 각각 별개로 규율하는 것은 나름 근거가 있다. 이른바 사법심사가능성에 대한 쟁점이다.

370) 경제적·사회적·문화적 권리 실현에 있어서 차별문제(discrimination) 등은 개인청원의 대상이 될 수 있으나 국가가 적극적인 역할을 해야하는 부분(obligation of fulfillment)에 대해서까지 개인청원제도가 도입될 경우에는 자원배분 및 정책결정이라는 개별국가의 고유권한이 침해되는 우려가 있음. 국가인권위원회, 2005. 1. 7.자 결정 [「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 선택의정서」 성안을 위한 제2차 실무회의의 관련 외교통상부의 의견요청에 대한 의견], 국가인권위원회, 국제인권결정례집, 2022, 10-11쪽.

3) 사회권 구제절차의 공백

앞서 본 것처럼 사회권 보장에서 사법적 구제절차는 무력한 수단이 되어 버렸다. 또한 「국가인권위원회법」상 사회권은 진정대상에서 배제되어 버렸다. 이로 인해 사회권 구제절차에 공백이 발생했다. 이를 해결하는 방안으로는 사회권규약 선택의정서 가입 그리고/또는 「국가인권위원회법」의 개정을 통한 사회권 진정절차의 도입 등이 있다.

유엔 사회권위원회는 정부에 대해 사회권규약 선택의정서의 가입을 권고한 바 있다. 그런데 그 전제는 사회권 침해에 대한 국내구제절차로서 사회권 진정의 허용이다.³⁷¹⁾ 유엔사회권규약 선택의정서가 개인의 권리구제까지 나아가는 실질적인 의미를 가지기 위해서는 개인진정에 대한 국내적 구제절차의 마련이 시급하다.³⁷²⁾

사회권에 대해서 국내적 진정절차와 국제적 진정절차를 인정할 수 있다. 양자를 모두 인정할 수도 있고 아니면 이중 일부를 선택적으로 허용할 수도 있다. 중요한 것은 이를 통해 사회권 구제절차의 공백을 메꿀 수 있다는 점이다.

유엔 제63차 총회(2008년 12월 10일)에서 사회권규약 선택의정서를 채택하고, 2013년 5월 5일에 발효되었다. 이를 통해 유엔사회권위원회에 개인이 사회권 침해를 이유로 진정을 할 수 있게 되었다. 따라서 10년 정도 운영의 경험이 있다.³⁷³⁾ 그리고 10년 남짓한 짧은 기간인데도 목적달성으로 인한 불속행결정이 28건(전체 65건 중 43%)에 달하고 있어 개인진정이 경제적 사회적 문화적 권리의 존중과 보호 및 실현에 직·간접적으로 기여하고 있다.

국가인권위원회는 개인진정 제도 도입시 다음과 같은 효과를 기대하고 있다.

- B규약 선택의정서에 의한 개인청원제도와 유사한 제도의 도입을 통해 비엔나 선언의 모든 인권의 보편성(universality), 불가분성(indivisibility), 상호의존성(interdependence), 상호연관성(interrelativeness)의 재확인
- 피해자 구제기능과 함께 경제적·사회적·문화적 권리의 중요성에 대한 관심 제고 및 국가의 이행 촉진, 권리·의무관계의 명확화 등의 장점
- 시민적·정치적 권리와 경제적·사회적·문화적 권리간의 역사적 부조화를 시정하는 계기
- 개인청원제도는 국내적 수준의 메카니즘에 대한 보충적인 역할을 수행하는바, 국제적 수준의 청원제도는 각 국가들의 법체계를 개선하는 효과를 가져 옴.
- 개인청원제도는 추가적인 법적 구제장치로서의 역할을 담당하며 규약 당사국들이 규약상 의무이행을 지원할 수 있다.³⁷⁴⁾

371) 박찬운, 앞의 논문, 56쪽.

372) 황필규, 유엔사회권규약 선택의정서의 발효와 한국 정부의 과제, 2013.06.15. <http://www.peoplepower21.org/Welfare/1053882>

373) 본 보고서 제3장 IV. 선택의정서에 따른 개인진정 사례 참조

374) 국가인권위원회, “2005. 1. 7.자 결정 [「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 선택의정서」 성안을 위한 제 2차 실무회의의 관련 외교통상부의 의견요청에 대한 의견]”, 국가인권위원회, 국제인권결정례집, 2022, 14쪽.

그런데 이러한 효과는 국가인권위원회에 구제절차를 두는 경우에도 유사한 효과를 기대할 수 있다.

II. 외국의 국가인권기구(네트워크)와 사회권 보장

많은 국가의 국가인권기구는 사회권 보장을 위해 다양한 노력을 하고 있다. 통상 사회권에 대한 현황 조사, 연구, 정책 제시 등은 일반적으로 인정되고 있다. 반면 사회권 침해에 대해서 개인진정이나 직권조사를 법률적으로 인정하는 경우는 많지 않다. 그럼에도 불구하고 다수의 국가인권기구들은 사회권의 보장을 위해서 적극적인 역할을 하기 위해 노력하고 있다.

여기서는 세 가지 유형에 대해서 살펴보고자 한다. 첫째, 사회권 침해에 대해서 비사법적 구제절차인 진정제도를 두고 있는 국가인권기구의 사례를 보는 것이다. 이에 해당하는 국가로서 보스니아 헤르체고비나 공화국, 필리핀, 나이지리아, 멕시코를 들 수 있다. 둘째, 개별 국가의 국가인권기구가 아닌 국가인권기구네트워크가 사회권 보장을 위한 정책적 노력을 하는 경우이다. 이에 해당하는 사례로 유럽국가인권기구네트워크를 들 수 있다. 셋째, 비사법적 구제절차인 진정제도를 두고 있지는 않지만, 현황조사, 연구, 정책 제시 등을 통해 사회권 보장을 위해 노력하는 국가인권기구의 사례이다. 이에 해당하는 국가로서 독일, 남아프리카공화국, 피지, 우간다, 필리핀, 캐나다, 호주, 인도, 북아일랜드를 들 수 있다.

1. 사회권 침해에 대한 진정 등 제도 도입 사례

1) 보스니아 헤르체고비나 공화국³⁷⁵⁾(The Republic of Bosnia and Herzegovina)

(1) 보스니아 헤르체고비나 공화국의 진정제도 개요

보스니아 헤르체고비나 공화국(이하 '보스니아'로 약칭)의 인권보장은 헌법과 인권협정에 근거한다. 협정 당사국들은 "인권 및 기본적 자유의 보호를 위한 유럽 협약과 그 의정서 및 이 부속서의 부록에 있는 기타 국제 협약에 규정된 권리와 자유를 포함하여 관할권 내의 모든 사람에게 국제적으로 인정된 최고 수준의 인권과 기본적 자유를 보장"(인권협정 제1조)하고 있다.

그리고 이러한 인권보장을 위한 국가인권기구로서 보스니아 인권위원회를 설치하고 있다(헌법 제2조 제1항). 인권위원회는 음부즈만 사무소와 인권재판소의 두 부분으로 구성된다(인권협정 제2조 제1항).

음부즈만 사무소와 인권재판소는 인권침해나 차별행위에 대한 진정서를 접수하고 처리한다(인권협정 제2조 제2항). 진정인이 인권재판소를 지정한 경우를 제외하고 진정은 일반적으로 음부즈만 사무국이 접

375) 보스니아 헤르체고비나는 보스니아 헤르체고비나 연방과 스프스카 공화국(이하 "협정 당사국")이라는 두 단체로 구성된다. 보스니아 헤르체고비나 헌법 제1조 제3항

수한다(인권협정 제5조 제1항).

옴부즈맨은 조사가 끝난 후 즉시 조사결과와 결론을 발표해야 한다. 인권을 침해한 것으로 확인된 당사자는 지정된 기간 내에 결론을 어떻게 준수할 것인지 서면으로 설명해야 한다(인권협정 제5조 제4항). 옴부즈맨은 또한 정부의 권한 있는 기관이나 공무원에게 언제든지 특별한 보고서를 제출할 수 있다. 이러한 보고를 받은 자는 옴부즈맨이 제시한 결론에 대한 구체적인 답변을 포함하여 옴부즈맨이 정하는 기한 내에 회신하여야 한다(인권협정 제5조 제6항).

인권재판소 관할권 내에 있는 진정이 접수된 경우, 옴부즈맨은 어느 단계에서나 그 진정을 인권재판소³⁷⁶⁾에 회부할 수 있다(인권협정 제5조 제5항). 또한 옴부즈맨은 개인이나 단체가 자신의 결론과 권고를 따르지 않는 경우에도 인권재판소에 회부할 수 있다(인권협정 제5조 제7항).

(2) 사회권 진정 처리 현황

보스니아 헤르체고비나 인권 옴부즈맨의 경제, 사회 및 문화적 권리 보호부(Department for the Protection of Economic, Social and Cultural Rights of the Institution of Ombudsman for Human Rights of Bosnia and Herzegovina)는 사회권 관련 국제 협약 등 위반 사항이나 문제가 발견되는 경우 진정 사항을 접수하고, 더불어 직권으로 조사할 수도 있다.³⁷⁷⁾

2022년 연례보고서에 의하면, 사회권 진정 처리 현황은 다음과 같다.

권리 침해	진정 건수
고용	251
연금	127
공공서비스(utility service)	107
사회보장	63
건강보험	59
교육	47
생태 환경(ecology and environmental protection)	18
공공수입(public revenues)	4
합계	676

출처: BOSNA I HERCEGOVINA, 2022 Annual Report on results of the activities of the Institution of Human Rights Ombudsman of BOSNA I HERCEGOVINA, 2023, 71쪽.

376) 인권재판소는 사법기구로서 1996년 3월부터 2003년 12월 31일까지 활동했다.

377) <https://www.ombudsmen.gov.ba/Default.aspx?id=17&lang=EN>

2022년 기간 중에 자유권 관련 진정이 857건 새로이 제기되고, 이월된 진정이 466건³⁷⁸⁾이었던 것에 비하면 사회권 진정도 상당히 많다는 것을 알 수 있다. 이는 2018년의 경우 진정 중 4분의 1 정도만이 사회권과 관련된 것에 비하면 비율이 높아지고 있음을 알 수 있다.³⁷⁹⁾

(3) 헌법(Constitution of Bosnia and Herzegovina)

제2조: 인권과 기본적 자유³⁸⁰⁾

378) BOSNA I HERCEGOVINA, 위 보고서, 71쪽.

379) <https://ennhri.org/esr-in-europe/#1570531566049-1cec5d64-e31d>

380) Constitution of Bosnia and Herzegovina

Article II: Human Rights and Fundamental Freedoms

1. Human Rights. Bosnia and Herzegovina and both Entities shall ensure the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms. To that end, there shall be a Human Rights Commission for Bosnia and Herzegovina as provided for in Annex 6 to the General Framework Agreement.
2. International Standards. The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law.
3. Enumeration of Rights. All persons within the territory of Bosnia and Herzegovina shall enjoy the human rights and fundamental freedoms referred to in paragraph 2 above; these include:
 - (a) The right to life.
 - (b) The right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.
 - (c) The right not to be held in slavery or servitude or to perform forced or compulsory labor.
 - (d) The rights to liberty and security of person.
 - (e) The right to a fair hearing in civil and criminal matters, and other rights relating to criminal proceedings.
 - (f) The right to private and family life, home, and correspondence.
 - (g) Freedom of thought, conscience, and religion.
 - (h) Freedom of expression.
 - (i) Freedom of peaceful assembly and freedom of association with others.
 - (j) The right to marry and to found a family.
 - (k) The right to property.
 - (l) The right to education.
 - (m) The right to liberty of movement and residence.
4. Non-Discrimination. The enjoyment of the rights and freedoms provided for in this Article or in the international agreements listed in Annex I to this Constitution shall be secured to all persons in Bosnia and Herzegovina without discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.
5. Refugees and Displaced Persons. All refugees and displaced persons have the right freely to return to their homes of origin. They have the right, in accordance with Annex 7 to the General Framework Agreement, to have restored to them property of which they were deprived in the course of hostilities since 1991 and to be compensated for any such property that cannot be restored to them. Any commitments or statements relating to such property made under duress are null and void.
6. Implementation. Bosnia and Herzegovina, and all courts, agencies, governmental organs, and instrumentalities operated by or within the Entities, shall apply and conform to the human rights and fundamental freedoms referred to in paragraph 2 above.
7. International Agreements. Bosnia and Herzegovina shall remain or become party to the international agreements listed in Annex I to this Constitution.
8. Cooperation. All competent authorities in Bosnia and Herzegovina shall cooperate with and provide unrestricted access to: any international human rights monitoring mechanisms established for Bosnia and Herzegovina; the supervisory bodies established by any of the international agreements listed in Annex I to this Constitution; the International Tribunal for the Former Yugoslavia (and in particular shall comply with orders issued pursuant to Article 29 of the Statute of the Tribunal); and any other organization authorized by the United Nations Security Council with a mandate concerning human rights or humanitarian law.

1. 인권. 보스니아 헤르체고비나와 양 협정 당사국은 국제적으로 인정된 최고 수준의 인권과 기본적 자유를 보장해야 한다. 이를 위해 일반기본협정 부속서 6에 규정된 대로 보스니아 헤르체고비나 인권위원회(Human Rights Commission for Bosnia and Herzegovina)를 설치한다.
2. 국제 표준. 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 유럽 협약과 그 의정서에 명시된 권리와 자유는 보스니아 헤르체고비나에 직접 적용된다. 이는 다른 모든 법률보다 우선한다.
3. 권리의 목록. 보스니아 헤르체고비나 영토 내의 모든 사람은 위의 2항에 언급된 인권과 기본적 자유를 누린다. 여기에는 다음이 포함된다:
 - (a) 생명권.
 - (b) 고문이나 비인도적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 않을 권리.
 - (c) 노예 상태나 노역 상태에 놓이지 않을 권리, 강제 노동을 수행하지 않을 권리.
 - (d) 신체의 자유와 안전에 대한 권리.
 - (e) 민사 및 형사 문제에서 공정한 심리를 받을 권리와 형사 소송과 관련된 기타 권리.
 - (f) 개인 및 가족 생활, 주택 및 서신에 대한 권리.
 - (g) 사상, 양심, 종교의 자유.
 - (h) 표현의 자유.
 - (i) 평화로운 집회의 자유와 타인과의 결사의 자유.
 - (j) 결혼하고 가족을 꾸릴 권리.
 - (k) 재산에 대한 권리.
 - (l) 교육을 받을 권리.
 - (m) 이동 및 거주에 대한 자유에 대한 권리.
4. 차별 금지. 이 조항 또는 이 헌법의 부속서 I에 나열된 국제 협정에 규정된 권리와 자유는 보스니아 헤르체고비나의 모든 사람에게 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 국가적 또는 사회적 출신, 소수 민족과의 연관성, 재산, 출생 또는 기타 지위 등 어떠한 이유로든 차별 없이 보장된다.
5. 난민 및 실향민. 모든 난민과 실향민은 자유롭게 고향으로 돌아갈 권리가 있다. 그들은 일반기본협정 부속서 7에 따라 1991년 이후 적대행위로 인해 빼앗긴 재산을 회복하고 회복할 수 없는 재산에 대해 보상받을 권리를 갖는다. 강박에 의해 이루어진 재산과 관련된 모든 약속이나 진술은 무효이다.
6. 구현. 보스니아 헤르체고비나와 협정 당사국에 의해 또는 협정 당사국 내에서 운영되는 모든 법원, 기관, 정부 기관 및 대행 기관은 위의 2항에 언급된 인권과 기본적 자유를 적용하고 준수해야 한다.
7. 국제협정. 보스니아 헤르체고비나는 이 헌법의 부속서 I에 나열된 국제 협정에 잔류하거나 당사국이 된다.
8. 협력. 보스니아 헤르체고비나의 모든 관할 당국은 다음 사항에 협력하고 제한 없는 접근을 제공해야 한다. 보스니아 헤르체고비나를 위해 설립된 모든 국제 인권 모니터링 메커니즘; 본 헌법의 부속서 I에 나열된 국제 협정에 따라 설립된 감독 기관; 구유고슬라비아 국제재판소(특히 재판소 규정 제29조에 따라 발부된 명령을 준수해야 함); 유엔 안전보장이사회가 인권이나 인도주의법에 관한 권한을 위임한 기타 조직.

(4) 인권협정(Agreement on Human Rights)

제1조: 기본권과 자유³⁸¹⁾

381) Agreement on Human Rights

Chapter One: Respect for Human Rights

Article I: Fundamental Rights and Freedoms

The Parties shall secure to all persons within their jurisdiction the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including the rights and freedoms provided in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols and the other international agreements

협정 당사국들은 인권 및 기본적 자유의 보호를 위한 유럽 협약과 그 의정서 및 이 부속서의 부록에 있는 기타 국제 협약에 규정된 권리와 자유를 포함하여 관할권 내의 모든 사람에게 국제적으로 인정된 최고 수준의 인권과 기본적 자유를 보장해야 한다. 여기에는 다음이 포함된다.

- (1) 생명권.
- (2) 고문이나 비인도적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 않을 권리.
- (3) 노예 상태나 노역 상태에 놓이지 않을 권리, 강제 노동을 수행하지 않을 권리.
- (4) 신체의 자유와 안전에 대한 권리.
- (5) 민사 및 형사 문제에서 공정한 심리를 받을 권리와 형사 소송과 관련된 기타 권리.
- (6) 개인 및 가족 생활, 주택 및 서신에 대한 권리.
- (7) 사상, 양심, 종교의 자유.
- (8) 표현의 자유.
- (9) 평화로운 집회의 자유와 타인과의 결사의 자유.
- (10) 결혼하고 가정을 꾸릴 권리.
- (11) 재산에 대한 권리.
- (12) 교육을 받을 권리.
- (13) 이동 및 거주에 대한 자유에 대한 권리.
- (14) 이 조항이나 이 헌법의 부속서에 나열된 국제 협정에 규정된 권리와 자유는 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 국가적, 국가적, 국가적, 정치적 이유, 또는 사회적 출신, 소수 민족과의 연관성, 재산, 출생 또는 기타 지위와 차별 없이 보장된다.

제2조: 위원회 설립³⁸²⁾

listed in the Appendix to this Annex. These include:

- (1) The right to life.
- (2) The right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.
- (3) The right not to be held in slavery or servitude or to perform forced or compulsory labor.
- (4) The rights to liberty and security of person.
- (5) The right to a fair hearing in civil and criminal matters, and other rights relating to criminal proceedings.
- (6) The right to private and family life, home, and correspondence.
- (7) Freedom of thought, conscience and religion.
- (8) Freedom of expression.
- (9) Freedom of peaceful assembly and freedom of association with others.
- (10) The right to marry and to found a family.
- (11) The right to property.
- (12) The right to education.
- (13) The right to liberty of movement and residence.
- (14) The enjoyment of the rights and freedoms provided for in this Article or in the international agreements listed in the Annex to this Constitution secured without discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

382) Article II: Establishment of the Commission

1. To assist in honoring their obligations under this Agreement, the Parties hereby establish a Commission on Human Rights (the "Commission"). The Commission shall consist of two parts: the Office of the Ombudsman and the Human Rights Chamber.
2. The Office of the Ombudsman and the Human Rights Chamber shall consider, as subsequently described: (a) alleged or apparent violations of human rights as provided in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Protocols thereto, or (b) alleged or apparent discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status arising in the enjoyment of any of the rights and freedoms provided for in

1. 본 협약에 따른 의무 이행을 지원하기 위해 당사자는 이에 따라 인권위원회("위원회")(a Commission on Human Rights)를 설립한다. 위원회는 옴부즈만 사무소(the Office of the Ombudsman)와 인권재판소(the Human Rights Chamber)의 두 부분으로 구성된다.
2. 옴부즈만 사무소와 인권재판소는 다음을 고려해야 한다. (a) 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 유럽 협약과 그 의정서에 규정된 인권침해 혐의 또는 명백한 위반, 또는 (b) 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 견해, 국가적 또는 사회적 출신, 소수 민족과의 연관성, 재산, 출생 또는 권리를 향유하는데 발생하는 기타 지위 등을 근거로 차별이 있다고 주장하거나 명백한 차별이 이 부속서의 부록에 나열된 국제 협정에 규정된 권리와 자유에 대한 위반이 당사국, 주, 지방자치단체의 공무원 또는 기관에 따라 행동하는 개인을 포함하여 당사국에 의해 저질러졌다고 주장되거나 행해진 것으로 보이는 경우
3. 협정 당사국들은 모든 사람이 이 부속서 및 해당 기관의 절차에 따라 인권침해 주장에 관한 진정서를 위원회 및 기타 인권 기관에 제출할 수 있는 권리를 인정한다. 당사자들은 그러한 주장을 제출하려고 하거나 제출한 사람에 대해 어떠한 징벌적 조치도 취해서는 안 된다.

제5조: 옴부즈만의 관할권³⁸³⁾

1. 위원회가 접수한 인권침해 주장은 진정인이 인권재판소를 지정한 경우를 제외하고 일반적으로 옴부즈만 사무국으로 전달된다.
2. 옴부즈만은 직권으로 또는 당사자의 위반행위의 피해자임을 주장하거나 제2조 제2항의 범위 내에서 사망 또는 실종, 인권침해의 주장 또는 명백한 피해자임을 대리하는 당사자 또는 개인의 주장에 따라 조사할 수 있다. 당사자는 이 권리의 효과적인 행사를 방해하지 않을 것을 약속한다.

the international agreements listed in the Appendix to this Annex, where such violation is alleged or appears to have been committed by the Parties, including by any official or organ of the Parties, Cantons, Municipalities, or any individual acting under the authority of such official or organ.

3. The Parties recognize the right of all persons to submit to the Commission and to other human rights bodies applications concerning alleged violations of human rights, in accordance with the procedures of this Annex and such bodies. The Parties shall not undertake any punitive action directed against persons who intend to submit, or have submitted, such allegations.

383) Article V: Jurisdiction of the Ombudsman

1. Allegations of violations of human rights received by the Commission shall generally be directed to the Office of the Ombudsman, except where an applicant specifies the Chamber.
2. The Ombudsman may investigate, either on his or her own initiative or in response to an allegation by any Party or person, non-governmental organization, or group of individuals claiming to be the victim of a violation by any Party or acting on behalf of alleged victims who are deceased or missing, alleged or apparent violations of human rights within the scope of paragraph 2 of Article II. The Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.
3. The Ombudsman shall determine which allegations warrant investigation and in what priority, giving particular priority to allegations of especially severe or systematic violations and those founded on alleged discrimination on prohibited grounds.
4. The Ombudsman shall issue findings and conclusions promptly after concluding an investigation. A Party identified as violating human rights shall, within a specified period, explain in writing how it will comply with the conclusions.
5. Where an allegation is received which is within the jurisdiction of the Human Rights Chamber, the Ombudsman may refer the allegation to the Chamber at any stage.
6. The Ombudsman may also present special reports at any time to any competent government organ or official. Those receiving such reports shall reply within a time limit specified by the Ombudsman, including specific responses to any conclusions offered by the Ombudsman.
7. The Ombudsman shall publish a report, which, in the event that a person or entity does not comply with his or her conclusions and recommendations, will be forwarded to the High Representative described in Annex 10 to the General Framework Agreement while such office exists, as well as referred for further action to the Presidency of the appropriate Party. The Ombudsman may also initiate proceedings before the Human Rights Chamber based on such Report. The Ombudsman may also intervene in any proceedings before the Chamber.

3. 옴부즈맨은 특히 심각하거나 조직적인 위반 혐의와 금지된 근거에 따른 차별 주장에 근거한 혐의에 특히 우선순위를 부여하여 조사가 필요한 혐의와 우선 순위를 결정해야 한다.
4. 옴부즈맨은 조사가 끝난 후 즉시 조사결과와 결론을 발표해야 한다. 인권을 침해한 것으로 확인된 당사자는 지정된 기간 내에 결론을 어떻게 준수할 것인지 서면으로 설명해야 한다.
5. 인권재판소 관할권 내에 있는 진정이 접수된 경우, 옴부즈맨은 어느 단계에서나 그 진정을 인권재판소에 회부할 수 있다.
6. 옴부즈맨은 또한 정부의 권한 있는 기관이나 공무원에게 언제든지 특별한 보고서를 제출할 수 있다. 이러한 보고를 받은 자는 옴부즈맨이 제시한 결론에 대한 구체적인 답변을 포함하여 옴부즈맨이 정하는 기한 내에 회신하여야 한다.
7. 옴부즈맨은 개인이나 단체가 자신의 결론과 권고를 따르지 않는 경우, 그 직이 존재하는 동안 기본협정 부속서 10에서 설명한 고위대표에게 전달되고, 추가 조치를 위해 해당 당사자의 대통령에게 전달되는 보고서를 발간하여야 한다. 옴부즈맨은 또한 이러한 보고서에 근거하여 인권재판소에 회부할 수 있다. 옴부즈맨은 인권재판소의 절차 개시 전에 개입할 수 있다.

제6조: 권한³⁸⁴⁾

1. 옴부즈맨은 사법 및 행정 파일뿐만 아니라 기밀 문서를 포함한 모든 공식 문서에 접근하고 조사할 수 있으며, 정부 공무원을 포함한 모든 사람에게 관련 정보, 문서 및 파일을 제공하여 협조를 요구할 수 있다. 옴부즈맨은 행정 청문회 및 기타 기관의 회의에 참석할 수 있으며, 자유를 박탈당한 사람이 감금되어 있거나 일하는 장소에 출입하여 조사할 수 있다.
2. 옴부즈맨과 직원은 인권재판소의 명령에 따라 요구되는 경우를 제외하고 획득한 모든 기밀 정보의 비밀을 유지해야 하며 모든 문서와 파일을 해당 규칙에 따라 처리해야 한다.

제7조: 인권재판소³⁸⁵⁾

1. 인권재판소는 14명의 위원으로 구성된다.
2. 이 협정이 발효된 후 90일 이내에 보스니아 헤르체고비나 연방은 4명의 위원을 임명하고 스프스카 공화국은 2명의 위원을 임명한다. 유럽평의회 각료위원회는 결의안(93)6에 따라 당사자들과 협의한 후 보스니아

384) Article VI: Powers

1. The Ombudsman shall have access to and may examine all official documents, including classified ones, as well as judicial and administrative files, and can require any person, including a government official, to cooperate by providing relevant information, documents and files. The Ombudsman may attend administrative hearings and meetings of other organs and may enter and inspect any place where persons deprived of their liberty are confined or work.
2. The Ombudsman and staff are required to maintain the confidentiality of all confidential information obtained, except where required by order of the Chamber, and shall treat all documents and files in accordance with applicable rules.

385) Article VII: Human Rights Chamber

1. The Human Rights Chamber shall be composed of fourteen members.
2. Within 90 days after this Agreement enters into force, the Federation of Bosnia and Herzegovina shall appoint four members and the Republika Srpska shall appoint two members. The Committee of Ministers of the Council of Europe, pursuant to its resolution (93)6, after consultation with the Parties, shall appoint the remaining members, who shall not be citizens of Bosnia and Herzegovina or any neighboring state, and shall designate one such member as the President of the Chamber.
3. All members of the Chamber shall possess the qualifications required for appointment to high judicial office or be jurists of recognized competence. The members of the Chamber shall be appointed for a term of five years and may be reappointed.
4. Members appointed after the transfer described in Article XIV below shall be appointed by the Presidency of Bosnia and Herzegovina.

헤르체고비나 또는 인접 국가의 시민이 아닌 나머지 구성원을 임명해야 하며, 위원 중 한 명을 위원장으로 임명한다.

3. 인권재판소의 모든 구성원은 고등법원에 임명되기 위해 필요한 자격을 보유하거나 인정된 능력을 갖춘 법학 자이어야 한다. 인권재판소 위원은 5년 임기로 임명되며 재임될 수 있다.
4. 아래 제14조에 기술된 이적 이후 임명된 회원은 보스니아 헤르체고비나 대통령이 임명한다.

제8조: 인권재판소의 관할권³⁸⁶⁾

1. 인권재판소는 신청자를 대신하여 옴부즈맨으로부터 의뢰를 받거나, 당사국에 의한 위반의 피해자라고 주장되거나 당사국을 대신하여 행동하는 당사자, 개인, 비정부 조직 또는 개인 그룹으로부터 직접 접수해야 한다. 사망하거나 실종된 것으로 추정되는 피해자는 제2조 2항의 범위 내에서 인권 침해 혐의 또는 명백한 침해에 관한 해결 또는 결정 신청을 받아야 한다.
2. 인권재판소는 어떤 신청을 수락하고 어떤 순위로 우선 처리할지 결정해야 한다. 이를 위해 인권재판소는 다음 기준을 고려해야 한다.
 - (a) 효과적인 구제책이 있는지 여부, 그리고 신청자가 구제책을 모두 사용했으며 최종 결정이 내려진 날로부터 6개월 이내에 위원회에 신청서를 제출했음을 입증해야 한다.
 - (b) 인권재판소는 이미 심의했거나 이미 다른 절차나 국제 조사 또는 해결에 제출된 문제와 실질적으로 동일한 신청을 처리해서는 안 된다.
 - (c) 인권재판소는 또한 본 협정과 양립할 수 없거나 명백히 근거가 없거나 진정권(petition)의 남용으로 간주되는 모든 신청을 각하해야 한다.
 - (d) 신청이 신청의 판결이나 사건의 결정을 담당하는 다른 국제인권기구 또는 일반기본협정(General Framework Agreement)의 부속서(Annex)에 의해 설립된 다른 위원회에 현재 계류 중인 사안에 관한 신

386) Article VIII: Jurisdiction of the Chamber

1. The Chamber shall receive by referral from the Ombudsman on behalf of an applicant, or directly from any Party or person, non-governmental organization, or group of individuals claiming to be the victim of a violation by any Party or acting on behalf of alleged victims who are deceased or missing, for resolution or decision applications concerning alleged or apparent violations of human rights within the scope of paragraph 2 of Article II.
2. The Chamber shall decide which applications to accept and in what priority to address them. In so doing, the Chamber shall take into account the following criteria:
 - (a) Whether effective remedies exist, and the applicant has demonstrated that they have been exhausted and that the application has been filed with the Commission within six months from such date on which the final decision was taken.
 - (b) The Chamber shall not address any application which is substantially the same as a matter which has already been examined by the Chamber or has already been submitted to another procedure or international investigation or settlement.
 - (c) The Chamber shall also dismiss any application which it considers incompatible with this Agreement, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of petition.
 - (d) The Chamber may reject or defer further consideration if the application concerns a matter currently pending before any other international human rights body responsible for the adjudication of applications or the decision of cases, or any other Commission established by the Annexes to the General Framework Agreement.
 - (e) In principle, the Chamber shall endeavor to accept and to give particular priority to allegations of especially severe or systematic violations and those founded on alleged discrimination on prohibited grounds.
 - (f) Applications which entail requests for provisional measures shall be reviewed as a matter of priority in order to determine (1) whether they should be accepted and, if so (2) whether high priority for the scheduling of proceedings on the provisional measures request is warranted.
2. The Chamber may decide at any point in its proceedings to suspend consideration of, reject or strike out, an application on the ground that (a) the applicant does not intend to pursue his application; (b) the matter has been resolved; or (c) for any other reason established by the Chamber, it is no longer justified to continue the examination of the application; provided that such result is consistent with the objective of respect for human rights.

청인 경우 인권재판소는 추가 고려를 거부하거나 연기할 수 있다.

- (e) 원칙적으로 인권재판소는 특히 심각하거나 조직적인 위반 혐의(allegations of especially severe or systematic violations)와 금지된 근거에 따른 차별에 근거한 혐의(violations founded on alleged discrimination on prohibited grounds)를 받아들이고 특별한 우선순위를 부여하도록 노력해야 한다.
 - (f) 임시 조치(provisional measures) 요청이 수반되는 신청은 (1) 수락되어야 하는지 여부, 그리고 그렇다면 (2) 임시 조치 요청에 대한 절차 일정에 대한 높은 우선순위가 보장되는지 여부를 결정하기 위해 우선순위로 검토되어야 합니다.
2. 인권재판소는 절차의 어느 시점에서든 (a) 신청자가 자신의 신청을 계속할 의사가 없다는 점, (b) 문제가 이미 해결되었다는 점, 또는 (c) 재판소가 정한 기타 사유로 인해 신청서 심사를 계속하는 것이 더 이상 정당하지 않다는 점을 이유로 심의를 중단, 거부, 취소하기로 결정할 수 있다. 단, 그러한 결과는 인권 존중의 목적에 부합해야 한다.

제9조: 우호적인 해결³⁸⁷⁾

- 1. 사건이 시작될 때나 진행 중 어느 단계에서나 인권재판소는 본 계약에 언급된 권리와 자유에 대한 존중을 바탕으로 문제의 우호적 해결을 촉진하려고 시도할 수 있다.
- 2. 인권재판소가 그러한 결의안을 실행하는 데 성공하면 보고서를 발행하고 이를 일반기본협정의 부속서 10에 기술된 고위 대표, OSCE 및 유럽평의회 사무총장에게 전달해야 한다. 그러한 보고서에는 사실과 도달한 해결 방법에 대한 간략한 설명이 포함되어야 한다. 그러나 특정 사건의 결의안 보고는 인권 보호를 위해 필요한 경우 또는 유럽평의회와 관련 당사자의 합의에 따라 전체 또는 일부가 기밀로 유지될 수 있다.

2) 필리핀 인권위원회(Commission on Human Rights)

(1) 사회권 진정 개관

필리핀 인권위원회는 시민적 및 정치적 권리와 관련된 모든 형태의 인권침해를 직권으로 또는 당사자의 진정에 따라 조사할 수 있는 권한을 갖는다(헌법 제18조).

이러한 헌법 조항과 헌법에 따른 행정명령 제163호 제3조 제2항과 관련하여 인권위원회는 운영 지침과 절차 규칙을 채택할 권한을 부여받고 있다. 인권위원회는 “인권침해 및 남용에 대한 조사 및 모니터링, 지원 제공에 관한 지침 및 절차”(GUIDELINES AND PROCEDURES IN THE INVESTIGATION AND MONITORING OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS AND ABUSES, AND THE PROVISION OF CHR ASSISTANCE)를 만들었다. 여기서 인권침해와 이에 대한 진정에 대해서 자세히 규율하고 있다.

먼저 조사의 대상으로는 “시민적, 정치적 권리와 관련된 모든 형태의 인권 침해 및 남용”이며, “직권으

387) Article IX: Friendly Settlement

- 1. At the outset of a case or at any stage during the proceedings, the Chamber may attempt to facilitate an amicable resolution of the matter on the basis of respect for the rights and freedoms referred to in this Agreement.
- 2. If the Chamber succeeds in effecting such a resolution it shall publish a Report and forward it to the High Representative described in Annex 10 to the General Framework Agreement while such office exists, the OSCE and the Secretary General of the Council of Europe. Such a Report shall include a brief statement of the facts and the resolution reached. The report of a resolution in a given case may, however, be confidential in whole or in part where necessary for the protection of human rights or with the agreement of the Chamber and the parties concerned.

로 또는 당사자의 진정”에 따라 조사할 수 있다(Rule 2 Section 1). 여기에 더해 인권위원회는 국가인권 기구로서의 역할에 맞춰 모든 경제적, 사회적, 문화적 권리 침해 및 남용, 특히 소외되고 불이익을 당하고 취약한 사람들의 권리침해에 대해서 조사하고 모니터링해야 한다(Rule 2 Section 2).

경제적, 사회적, 문화적 권리 침해 또는 상황에 대한 조사 및 모니터링의 목적은 다음과 같다. ① 민간 단체 및 개인을 포함하여 국가 또는 비국가 행위자가 침해한 권리를 결정한다. ② 특정 집단이나 공동체, 사회 부문의 경제적, 사회적, 문화적 권리 상황을 평가한다. ③ 해당 문제에 대한 정부의 기본 의무를 결정한다. ④ 정부의 국제 인권 기준 준수 수준을 결정한다. ⑤ 국가 또는 그 일부 국민의 경제적, 사회적, 문화적 권리를 완전히 해결하는 데 필요한 적절한 입법, 행정, 사법, 정책 및 프로그램 조치를 정부에 권장하고 조언한다(Rule 3 Section 3).

인권위원회는 직권으로 또는 개인이나 집단의 진정에 따라 경제적, 사회적 및 문화적 권리 상황에 대한 조사 및 모니터링을 수행한다(Rule 5 Section 1). 조사 및 모니터링 과정에서 인권위원회는 (a) 위반에 기여한 요소를 식별하고, (b) 국가가 경제적, 사회적, 문화적 권리를 실현하기 위해 노력하는 제도와 과정을 조사하고, (c) 국내법, 정책, 규칙 및 규정, 행정적 발행 및 절차, 현재 관행을 포괄적으로 검토하여 이것이 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제 규약 및 기타 관련 국제인권문서 조항에 따른 필리핀의 의무와 일치하는지 여부를 결정한다. 또한 (d) 경제적, 사회적, 문화적 권리 침해 사건 및 문제에 관한 모든 조사 보고서를 통합하고 분석하고, (e) 국민의 경제적, 사회적, 문화적 권리 향유 수준을 평가한다. 인권위원회는 (f) 어떤 특정 조약 의무가 위반되었는지, 어디서 위반이 발생했는지 결정하기 위해 인권 기준을 적용하고, (g) 경제적, 사회적 및 문화적 권리와 관련된 문제/사건의 의사결정 및 판결에 관련 당국에 개입 및/또는 조정한다(Rule 5 Section 2).

(2) 법적 근거: 1987년 헌법(제13장 제18조)³⁸⁸⁾

제18조 인권위원회는 다음과 같은 권한과 기능을 갖는다:³⁸⁹⁾

388) 국가인권위원회, 세계주요 국가인권기구 현황집, 2005, 110-111쪽.

389) CONSTITUTION OF THE PHILIPPINES
ARTICLE XIII HUMAN RIGHTS

Sec. 18 The Commission on Human Rights shall have the following powers and functions:

- (1) Investigate, on its own or on complaint by any party, all forms of human rights violations involving civil and political rights;
- (2) Adopt its operational guidelines and rules of procedure, and cite contempt for violations thereof in accordance with the Rules of Court;
- (3) Provide appropriate legal measures for the protection of human rights of all persons within the Philippines, as well as Filipinos residing abroad, and provide for preventive measure and legal aid services to the underprivileged whose human rights have been violated or need protection.
- (4) Exercise visitorial powers over jails, prisons, or detention facilities;
- (5) Establish a continuing program of research, education, and information to enhance respect for the primacy of human rights;
- (6) recommend to the Congress effective measures to promote human rights and to provide for compensation to victims of violations of human rights, or their families;
- (7) Monitor the Philippine Government's compliance with international treaty on human rights;
- (8) Grant immunity from prosecution to any person whose testimony or whose possession of documents or other evidence is necessary or convenient to determine the truth in any investigation conducted by it or under its

- ① 시민적 및 정치적 권리와 관련된 모든 형태의 인권침해를 직권으로 또는 당사자의 진정에 따라 조사한다;
- ② 운영 지침 및 절차 규칙을 채택하고, 법원 규칙에 따라 그 위반에 대한 모독을 인용한다;
- ③ 해외에 거주하는 필리핀인뿐만 아니라 필리핀 내 모든 사람의 인권 보호를 위해 적절한 법적 조치를 제공하고, 인권이 침해되었거나 보호가 필요한 소외 계층에 대한 예방 조치 및 법률 지원 서비스를 제공한다.
- ④ 감옥, 교도소 또는 구금 시설에 대한 방문 권한을 행사한다;
- ⑤ 인권의 우선성에 대한 존중을 강화하기 위해 지속적인 연구, 교육 및 정보 프로그램을 수립한다;
- ⑥ 인권을 증진하고 인권 침해 피해자 또는 그 가족에게 보상을 제공하기 위한 효과적인 조치를 의회에 권고한다;
- ⑦ 필리핀 정부의 인권에 관한 국제 조약 준수 여부를 모니터링한다;
- ⑧ 위원회가 수행하거나 그 권한에 따라 수행한 조사에서 진실을 규명하는 데 필요하거나 편리한 증언을 하거나 문서 또는 기타 증거를 소지한 사람에게 기소에 대한 면책을 부여할 수 있다;
- ⑨ 기능 수행에 있어 부서, 국, 사무소 또는 기관의 지원을 요청할 수 있다;
- ⑩ 법률에 따라 임원과 직원을 임명한다.
- ⑪ 법률에서 규정하는 기타 의무 및 기능 수행

(3) 진정 관련 통계

2003년 진정건수		2004년 1~9월 진정건수	
1. 시민적 권리	1,545	1. 시민적 권리	812
2. 경제적 권리	17	2. 경제적 권리	8
3. 사회적 권리	60	3. 사회적 권리	38
4. 아동의 권리	143	4. 정치적 권리	10
5. 기타	130	5. 기타	125
총계	1,855	총계	1,001

출처: 국가인권위원회, 세계주요 국가인권기구 현황집, 2005, 15쪽.

3) 나이지리아 국가인권위원회(National Human Rights Commission)

(1) 사회권 진정 개관

나이지리아 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제5조에 따라 인권 침해로 의심되는 모든 사례를 모니터링 및 조사할 수 있고, 기소 및 기타 조치를 권고할 수 있다.

(2) 법적 근거: 1995년 국가인권위원회법(National Human Rights Commission Act 1995)³⁹⁰⁾

5. 위원회는 다음 업무를 수행한다.³⁹¹⁾

authority;

(9) Request the assistance of any department, bureau, office, or agency in the performance of its functions;

(10) Appoint its officers and employees in accordance with law; and

(11) Perform such other duties and functions as may be provided by law

390) <https://www.nigeriarights.gov.ng/files/nhract.pdf>

391) National Human Rights Commission Act 1995

- (a) 나이지리아 연방공화국 헌법, 아프리카 헌장, 유엔 헌장, 세계인권선언 및 나이지리아가 서명한 기타 인권 관련 국제 조약에 의해 보장된 인권 보호와 관련된 모든 문제를 처리한다;
- (b) 나이지리아에서 인권 침해로 의심되는 모든 사례를 모니터링 및 조사하고, 각 상황에서 적절하다고 판단되는 기소 및 기타 조치를 위해 연방 정부에 적절한 권고를 내린다;
- (c) 인권 침해 피해자를 지원하고 피해자를 대신하여 적절한 구제 및 구제를 모색한다;
- (d) 인권과 관련된 모든 문제에 대한 연구를 수행하고 연방 정부가 인권 보장에 관한 적절한 정책을 수립할 수 있도록 지원한다;
- (e) 나이지리아의 인권 보호 현황에 대한 보고서를 정기적으로 발행한다;
- (f) 대중 계몽을 위해 인권 문제에 관한 지역 및 국제 세미나, 워크숍, 컨퍼런스를 조직한다;
- (g) 인권 증진 및 보호를 증진하기 위해 인권 관련 지역 및 국제기구와 연락하고 협력한다;
- (h) 인권 증진 및 보호와 관련된 모든 국제 활동에 참여;
- (i) 도서관을 유지하고, 데이터를 수집하며, 인권 전반에 관한 정보와 자료를 배포한다.
- (j) 법에 따라 이러한 기능을 수행하기 위해 필요하거나 편리한 기타 모든 기능을 수행한다.

(3) 사회권 진정의 권한 및 기능³⁹²⁾

① 비시민 및 난민을 포함한 모든 사람이 진정 가능, 대리진정, 단체진정 가능

② 시민적, 정치적 권리 외에도 경제적 사회적 문화적 권리 관련 사항 다룸

③ 중재, 조정 등 분쟁해결방식 활용

④ 각하 사유

- 법률이 정하는 권한 이외의 영역
- 법률에 근거 없는 사건
- 소문이나 풍문을 바탕으로 한 사건

5. The Commission shall –

- (a) deal with all matters relating to the protection of human rights as guaranteed by the Constitution of the Federal Republic of Nigeria, the African Charter, the United Nations Charter and the Universal Declaration on Human Rights and other international treaties on human rights to which Nigeria is a signatory;
- (b) monitor and investigate all alleged cases of human rights violation in Nigeria and make appropriate recommendations to the Federal Government for the prosecution and such other actions as it may deem expedient in each circumstance;
- (c) assist victims of human rights violations and seek appropriate redress and remedies on their behalf;
- (d) undertake studies on all matters relating to human rights and assist the Federal Government in the formulation of appropriate policies on the guarantee of human rights;
- (e) publish regularly reports on the state of human rights protection in Nigeria;
- (f) organise local and international seminars, workshops and conferences on human rights issues for public enlightenment;
- (g) liaise and cooperate with local and international organisations on human rights for the purpose of advancing the promotion and protection of human rights;
- (h) participate in all international activities relating to the promotion and protection of human rights;
- (i) maintain a library, collect data and disseminate information and materials on human rights generally; and
- (j) carry out all such other functions as are necessary or expedient for the performance of these functions under the Act.

392) 국가인권위원회, 세계주요 국가인권기구 현황집, 2005, 69쪽.

- 욕설을 사용하거나, 모욕적이거나 비난하는 방식으로 언어를 표현한 경우

4) 멕시코 국가인권위원회

(1) 사회권 진정 개관

멕시코 국가인권위원회는 국가인권위원회법 제3조와 제6조에 따라 인권 침해 혐의와 관련된 진정을 접수하고 조사할 수 있는 권한을 갖고 있다.

(2) 법적 근거: 국가인권위원회법³⁹³⁾

제3조 - 국가인권위원회는 연방사법부를 제외하고 연방당국과 공무원에 의한 인권침해 혐의와 관련된 진정을 청취할 수 있는 관할권을 전국적으로 갖는다.

제6조 - 국가위원회는 다음과 같은 권한을 갖는다:³⁹⁴⁾

I.- 인권 침해 혐의에 대한 진정 사항을 접수한다.

II.- 다음과 같은 경우 당사자의 요청에 따라 또는 직권으로 인권 침해 혐의를 조사한다.

a) 연방 행정 당국의 행위 또는 누락으로 인해;

b) 개인이나 다른 사회적 행위자가 공무원이나 당국의 허용 또는 동의를 받아 불법 행위를 저지르거나, 또는 공무원이나 당국이 해당 불법 행위와 관련하여 합법적으로 자신에게 부여된 권한 행사를 부당하게 거부하는 경우, 특히 개인의 신체적 안전에 영향을 미치는 행위의 경우;

XIII.- 인권 분야에서 멕시코가 서명하고 비준한 국제 조약, 협약 및 협정을 국내 영토 내에서 준수하도록 촉진하기 위해 관할 기관과 협력하여 프로그램을 수립하고 조치를 제안한다;

(3) 사회권 진정의 권한 및 기능³⁹⁵⁾

- 멕시코인의 시민적 권리 및 경제적, 사회적, 문화적 권리, 그리고 환경권 보호

- 시민의 시각에서 정부 감시

- 진정 및 직권에 의한 인권침해 조사

- 진정 당사자간 조정 (conciliation)

393) LEY DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Artículos 3o.- La Comisión Nacional de Derechos Humanos tendrá competencia en todo el territorio nacional, para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos cuando éstas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación.

394) Artículos 6o.- La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:

I.- Recibir quejas de presuntas violaciones a derechos humanos;

II.- Conocer e investigar a petición de parte, o de oficio, presuntas violaciones de derechos humanos en los siguientes casos:

a) Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal;

b) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas;

XIII.- Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de derechos humanos;

395) 국가인권위원회, 세계주요 국가인권기구 현황집, 2005, 89쪽.

2. 사회권 보장과 국가인권기구네트워크의 활동 사례

1) 유럽국가인권기구네트워크

유럽국가인권기구네트워크(European Network of National Human Rights Institutions, 이하 ENNHRI 로 약칭)는 유럽 전역의 41개 국가인권기구(NHRI)로 구성되어 있다. 국가인권기구는 정부로부터 독립된 지위를 가지며, 인권을 증진하고 보호하기 위한 권한을 갖고 있다. 이 네트워크는 인권 문제를 해결하기 위한 협력과 연대의 플랫폼을 제공하고 유럽 수준에서 국가인권기구의 공통된 목소리를 제공한다.³⁹⁶⁾

2) 경제 및 사회적 권리 실현을 위한 국가인권기구의 역할

국가인권기구는 국가와 시민사회 사이의 가교로서 개인이 경제적, 사회적 권리를 주장하고 정책 결정에 참여하도록 장려할 수 있는 좋은 위치에 있다. ENNHRI는 경제, 사회, 문화적 권리 워킹그룹을 통해 빈곤, 주택, 사회보장 등 다양한 문제에 대한 공동 작업을 촉진하고 있다.³⁹⁷⁾

ENNHRI는 2019 연례 컨퍼런스에서 인권에 기반한 정책 접근 방식이 어떻게 경제 및 사회적 권리를 누리고 경제 및 사회적 결속력을 향상시키는 데 도움이 될 수 있는지를 탐구했다. 이 컨퍼런스는 빈곤, 주거권, 노동권, 공정성, 경제·사회적 권리 증진에 초점을 두었다. 2019 국가인권기구 아카데미는 국가인권기구의 경제·사회적 권리 이행에 관한 모범 사례를 공유하고 역량을 강화하는 데 중점을 두었다.

ENNHRI는 경제적, 사회적 권리와 관련된 다양한 문제에 대해 유럽 국가인권기구의 역량을 구축하기 위한 일련의 웹세미나를 시작했다. 주제는 빈곤 감소 및 측정에 대한 인권 기반 접근 방식(HUMAN RIGHTS-BASED APPROACH TO POVERTY REDUCTION AND MEASUREMENT)이었다.

유럽에서 ENNHRI가 경제·사회적 권리에 대해서 중점을 두는 것은 두 가지 맥락이 있기 때문으로 보인다. 하나는 사회권 보장을 위한 법적 정책적 프레임워크가 잘 되어 있는 점³⁹⁸⁾, 그리고 다른 하나는

396) https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2019-12/ennhri-european-network-of-national-human-rights-institutions_en.pdf

397) <https://ennhri.org/our-work/topics/economic-and-social-rights/>

398) 사회권 보장을 위한 법적 정책적 프레임워크는 다음과 같다. 유엔차원에서 <경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약>(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR), 사회권규약 선택의정서(Optional Protocol to the ICESCR), 지속 가능한 개발 목표(Sustainable Development Goals, SDGs)를 두고 있다. 이에 더해 유럽 단위에서는 일련의 국제규범을 가지고 있다. (1) 유럽사회헌장(European Social Charter, ESC): 유럽사회헌장(1961년, 1996년 개정)은 일상의 필수적인 필요와 취약 계층 보호에 중점을 두고 사회적, 경제적 기본권을 보장하는 유럽평의회 조약이다. (2) 유럽 인권 협약(European Convention on Human Rights, ECHR): 유럽인권협약(1950)은 유럽평의회 조약으로, 유럽평의회 회원국 모든 사람의 인권과 기본적 자유를 보장하는 조약이다. 세계인권선언(1948년)에 근거를 두고 있지만, ECHR은 법적 구속력이 있는 문서이다. ECHR은 유럽인권재판소를 설립했다. 당사국의 인권 침해 피해자는 누구나 유럽인권재판소에 소송을 제기할 수 있다. (3) 유럽연합 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union): 유럽연합 기본권 헌장(2000)은 유럽연합 시민과 거주자의 다양한 시민적, 정치적, 경제적, 사회적 권리를 보장하는 법적 구속력이 있는 유럽연합 문서이다. 헌장의 내용은 유럽연합 회원국 및 유럽연합 기관이 유럽연합 법률을 이행할 때 적용된다. 헌장은 유럽사법재판소에서 적용된다. (4) 유럽 사회권규약(European Pillar of Social Rights): 유럽 사회권규약(2017)은 공정하고 잘 작동하는 노동 시장과 복지 시스템을 지원하기 위한 20가지 핵심 원칙과 권리를 명시하고 있다. 주로 유로지역을 위해 고안되었지만 유로 지역에 가입하고자 하는 모든 EU 회원국에 적용된다.

민주주의와 법치에 대한 위협, 대량 감시, 디지털화, 기후 변화와 같은 상황으로 경제적, 사회적 불평등의 증가와 함께 취약 계층이 경제적, 사회적 권리와 관련된 재화와 서비스에 접근하는 데 있어 빈곤과 차별에 직면하고 있는 점이다.

이를 배경으로 ENNHRI는 모니터링 및 연구(Monitoring & Research), 보고(Reporting), 정부자문(Advising State Actors), 인식제고(Raising Awareness), 진정 및 소송(Complaints Handling & Litigation), 연결 확보(Building Bridges)와 같은 그룹으로 나누어 회원국 국가인권기구를 참여시켜 역할 분담을 통하여 사회적 전반에 대한 현황조사, 연구 등의 업무를 해내고 있다.



<그림 2> 출처: <https://ennhri.org/esr-in-europe/#1570530780837-cdd8523b-7926>

3) 빈곤 감소 및 측정에 대한 인권 기반 접근법 적용하기

ENNHRI는 위와 같은 작업을 통해 “빈곤 감소 및 측정에 대한 인권 기반 접근법 적용하기: 국가인권기구를 위한 가이드”를 출간했다.³⁹⁹⁾ 주요 내용은 부록에 첨부한다.

이외에도 상당히 많은 주제에 대한 연구들이 진행 중에 있다.⁴⁰⁰⁾

4) 인권기구간 협력작업의 필요성

399) European Network of National Human Rights Institutions(ENNHRI), Applying a Human Rights-Based Approach to Poverty Reduction and Measurement, A Guide for National Human Rights Institutions, 2019.

400) 자세한 것은 <https://ennhri.org/esr-in-europe/#1570531604563-74367e69-9e9f> 참조

ENNHRI가 회원국 국가인권기구와 네트워크를 구축하여 벌이는 사회권 증진을 위한 공동작업은 다른 지역에서 찾아보기 힘들다. 그래서 이러한 성과를 공유할 수 있는 채널을 만들 수 있다면 좋지 않을까 한다. ENNHRI는 유럽의 41개 국가인권기구로 구성되어 있다. 회원은 투표 회원(Voting Members), 투표권이 없는 회원(Non-Voting Members), 준회원(Associate Members)으로 구성되어 있는데⁴⁰¹⁾, 이외에도 유럽의 국가가 참여할 수 있는 특별초대회원과 같은 제도를 만들 수 있으면 어떨까 한다.

3. 사회권 보호와 증진 관련 국가인권기구의 역할 사례

1) 독일

(1) 독일인권위원회(Deutsches Institut für Menschenrechte) 소개

독일의 경우 국가인권기구로서 독일인권위원회(Deutsches Institut für Menschenrechte, DIMR, 영어 표현으로 The German Institute for Human Rights)가 있다. 독일인권위원회는 「독일인권위원회의 법적 지위 및 임무에 관한 법률」(Gesetz über die Rechtsstellung und Aufgaben des Deutschen Instituts für Menschenrechte, DIMRG, 2015년 7월 10일 제정)에 근거하여 설립되었다.

주요 업무는 국내외 인권상황을 대중에게 알리고 인권침해 예방과 인권 증진 및 보호에 기여하는 것이다(동법 제2조 제1항). 이 임무에는 특히 ① 국내외 인권 상황의 공표, 주제별 도서관의 설치 및 운영, ② 학문적 연구 및 출판, ③ 정책 조언, ④ 독일에서의 인권교육 활동, ⑤ 인권 관련 단체와 소통 및 국내외 협력 촉진, ⑥ 전체주의 독재 정권, 전쟁 및 전후 사건이 인권에 미치는 영향에 대한 분석과 같은 사항이 포함되어야 한다(동조 제2항).

독일인권위원회는 주요 국제협약의 이행기관의 지위에 있다.

독일은 <장애인의 권리에 관한 국제협약>과 그 부속 의정서를 비준하였고, 이에 따라 장애인의 권리를 준수할 것을 약속하였다. <장애인의 권리에 관한 국제협약> 제33조 제2항은 서명국이 자국 내에서 이 협약의 이행을 감시하는 독립적인 기관의 설립을 요청하고 있다. 이에 독일인권위원회는 <장애인의 권리에 관한 국제협약> 모니터링 기관을 설치하였다.⁴⁰²⁾ 이것은 「독일인권위원회의 법적 지위 및 임무에 관한 법률」은 근거를 두고 있다(동법 제2조 제4항). 또한 독일국가인권위원회는 독일 내 유엔아동권리협약(UN-CRC)의 이행을 비판적으로 모니터링하는 임무를 맡고 있다. 이를 위해 UN 아동권리협약 모니터링 기구를 설치하고 있다.

독일국가인권위원회는 인권 문제에 대한 학제 간 연구를 수행하고 독일의 인권 상황을 관찰하여 매년 독일 연방하원에 보고한다(동조 제5항). 그리고 국내 및 국제 법원과 국제 인권 기구를 위한 진술서 초

401) <https://ennhri.org/our-members/>

402) <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/das-institut/abteilungen/monitoring-stelle-un-behindertenrechtskonvention>

안을 작성한다.⁴⁰³⁾

독일국가인권위원회는 유엔, 유럽평의회 및 유럽연합의 인권기구와 긴밀히 협력한다. 특히 세계국가인권기구연합(Global Alliance of National Human Rights Institutions) 및 유럽국가인권기구네트워크(European Network of National Human Rights Institutions)의 회원이기도 하다.

독일국가인권위원회는 인권 문제에 대해 공개적으로 접근가능한 특별 도서관을 운영하고, 인권 증진을 위한 홍보 활동을 수행한다.

(2) 독일인권위원회와 장애인협약의 이행

독일은 <장애인의 권리에 관한 국제협약>과 그 부속 의정서를 비준하였고, 이에 따라 장애인의 권리를 준수할 것을 약속하였다. <장애인의 권리에 관한 국제협약> 제33조 제2항은 서명국이 자국 내에서 이 협약의 이행을 감시하는 독립적인 기관의 설립을 요청하고 있다. 이에 독일인권위원회는 <장애인의 권리에 관한 국제협약> 모니터링 기관을 설치하였다.

독립 모니터링 기관의 임무는 UN 장애인 권리 협약(제33조 2항)에서 직접 파생되었다. 이 기관의 임무는 독일에서 UN 장애인 권리 협약의 이행을 촉진하고 그들의 권리를 보호하고 모니터링하는 것이다. 이 기구는 유엔 협약의 이행을 검토하는 유일한 기관이다.⁴⁰⁴⁾

독일국가인권기구(GIHR)는 2009년부터 독립적인 모니터링 기능을 수행하고 있다. 이러한 역할은 독일 「국가인권기구의 법적 지위와 임무에 관한 법률」(2015년 7월 16일 제정, 2016년 1월 1일 발효)에 근거가 있다.⁴⁰⁵⁾

모니터링 기관은 독일에서 장애를 가진 사람들의 삶의 상황과 유엔 장애인권리협약의 이행과 관련된 위해 연구를 수행한다.

또한 모니터링 기관은 장애인 협회 및 장애인 단체와의 정기적인 회의 및 연방 및 주 차원의 장애인 대표자와 같은 행사를 개최한다. 중요한 정보는 또한 보고서와 개인의 입력을 통해 모니터링 기관에 제공된다.

기관은 가능한 범위 내에서 연방 및 주 정치인, 부처 및 당국 직원, 법원 및 비정부 기관 및 협회에서 UN 장애인 권리 협약에 관한 모든 문제와 관련하여 조언한다. UN-BRK (UN-Behindertenrechtskonvention) 모니터링 기관은 정치적, 행정적 또는 사법적 결정에 대한 의견과 권고안을 제시하고 필요한 경우 유엔 협약 준수를 촉구한다.

403) https://de.wikipedia.org/wiki/Deutsches_Institut_f%C3%BCr_Menschenrechte

404) <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/das-institut/abteilungen/monitoring-stelle-un-behindertenrechtskonvention>

405) 독일 「국가인권기구의 법적 지위와 임무에 관한 법률」(Gesetz über die Rechtsstellung und Aufgaben des Deutschen Instituts für Menschenrechte) 제2조 제4항 (4) 독립적인 기구로서 독일인권기구는 2006년 12월 13일 가입한 장애인의 권리에 관한 국제협약 제33조 2항에 따른 임무를 수행한다.

모니터링 기관은 유엔 장애인권리협약의 중요한 주제에 관한 행사를 조직하고 있으며, 언론과 홍보 활동을 통해 장애인의 권리에 대한 정보를 제공하고 있다.

또한 관심있는 사람들에게 UN 장애인 권리 협약의 주제에 대한 정보를 웹 사이트와 독일 인권 연구소의 도서관에서 제공한다.⁴⁰⁶⁾

(3) 독일인권위원회와 아동권리협약의 이행

2015년에는 독일에서 유엔아동권리협약(CRC)의 이행에 대한 독립적인 모니터링 의무를 부여받았다.⁴⁰⁷⁾ 유엔 아동권리위원회는 1992년 이래 유엔 아동권리협약에 대한 중앙감시기구의 부재를 거듭 비판해 왔으며, 2014년 독일에 감시기구를 창설할 것을 권고했다. 독일연방 가족·노인·여성·청소년부는 이 권고에 따라 독일의 독립적인 국가인권기관인 독일인권기구에 모니터링을 위임했다. 2015년 8월, 유엔아동권리협약 모니터링 센터(Monitoring Centre for the UN Convention on the Rights of the Child)는 연방 정부의 아동청소년계획(Children and Youth Plan)의 자금을 지원받는 프로젝트 활동을 시작했다. 그리고 모니터링 기구는 2023년부터 인권기구의 정규 업무로 자리 잡았다.

모니터링 업무는 다음과 같다.

- 아동 권리를 더 널리 알리는 데 기여한다. 필요한 경우 어린이 및 청소년과 협력하는 사람들과 기관에 UN 협약을 준수하도록 상기시킨다.
- 유엔아동권리협약의 해석과 아동 친화적인 이행에 관해 연방, 주, 지방 정치인, 사법부, 법조계, 시민 사회에 조언한다.
- 다른 나라의 국가인권기구와 의견을 교환하고 독일의 아동권리 이행에 관해 UN 아동권리위원회에 알린다.
- 시민사회, 정부기관, 연구기관과 긴밀히 협력한다.

(4) 사회권규약 선택의정서 가입과 국가인권기구의 역할

독일의 경우 시민권 협약에 대한 개인의 진정은 1993년부터 가능했지만, 사회권 협약에 대한 개인의 진정은 2023년부터 가능하게 되었다. 그 이유는 국제적 수준의 법적 집행 가능성(사법적 심사가능성)과 관련하여 독일은 지금까지 두 가지 법 영역을 불평등하게 다루어 왔기 때문이다.

독일은 사회권규약에 대한 개인의 진정절차를 만들기 위해 국제적 수준에서 캠페인을 벌였으나 사회권규약 선택의정서가 비준되기까지는 거의 10년이 걸렸다. 2023년 4월 20일 연방 정부는 사회권규약 선택

406) <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/das-institut/abteilungen/monitoring-stelle-un-behindertenrechtskonvention/ueber-die-monitoring-stelle>

407) <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/das-institut/abteilungen/monitoring-stelle-un-kinderrechtskonvention> 방문 2023.9.24.

의정서를 비준했다. 2023년 7월 20일부터 개인과 시민사회 행위자는 경제적, 사회적, 문화적 권리 침해 를 독립 전문가 국제단체인 유엔 사회권위원회에 제출할 수 있게 되었다.

독일 국가인권위원회는 사회권규약 선택의정서 비준과 개인진정의 제기가 가능하게 됨에 따라 피해를 입은 사람들, 시민사회, 법조계를 위한 “유엔 경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회에 대한 개별 진정” 이라는 안내서를 발간했다.⁴⁰⁸⁾ 이 자료는 우리나라가 사회권규약 선택의정서 가입을 하는 경우에도 참고 할 만하다. 주요 내용은 부록에 첨부한다.

2) 남아프리카공화국의 경제적, 사회적 및 문화적 권리와 법원 : 사법적 감시자로서 국가인권기구

Government of the Republic of South Africa and others v Grootboom and others 2000 (11) BCLR 1169(CC) 사건과 관련된 판결에서 남아프리카공화국 헌법재판소는 남아프리카공화국 헌법에 따라 경제적, 사회적 및 문화적 권리와 관련하여 광범위하게 영향을 미치는 결정을 내렸다. 강제 추방된 Irene Grootboom과 그 밖의 900명의 사람들은 Wallacedene라고 불리는 이주자정착촌(informal squatter settlement)내에서 아주 열악한 상태로 살고 있었다. 그들은 “New Rust”라고 불리는 공한지(vacant land)로 이주하기로 결정하고, 여기에 정착하였다. 이들은 이 토지에 저가 주택(low cost housing)을 짓고 살고 있었다. 1999년 5월 치안판사의 명령(magistrates' court order)에 따라 New Rust의 거주자들은 강제적으로 퇴거당했으며, 그들의 집은 철거되고 불에 탔으며, 그들의 소유물은 파괴되었다. 이들은 Wallacedene 경기장에 설치한 임시구조물로 피신하였다. 이들은 대법원에 긴급 청원(urgent application)을 하였으며, 이에 대법원은 국가에게 이들을 위한 주거지를 제공하도록 명령하였고, 국가는 이러한 대법원의 명령에 대하여 헌법재판소에 항소하였다.

남아프리카공화국 인권위원회(South African Human Commission)와 웨스턴 케이프 대학의 사회법 센터(Community Law Centre of the University of Western Cape)는 이러한 소송의 참가를 신청하였고 헌법재판소는 이를 인정하였다. 이 기관들은 헌법 재판소에 구두 심리 및 서면 답변서를 제출하였다. 헌법재판소는 남아프리카 인권위원회 및 사회법센터가 해당 사건과 관련된 어렵고도 민감한 문제에 대해 상세하고, 유익하며, 창조적인 접근을 하였다고 평가하였다.

헌법재판소는 국가에게 지원이 반드시 필요한 사람에게 제공될 수 있는 조치를 개발하고, 이행하며, 이를 위해 기금을 조성하고, 감독할 헌법상의 의무가 있으며, 이를 충족시키기 위한 조치를 취하도록 명령하였다.

또한 헌법재판소는 헌법은 남아프리카공화국 인권위원회에게 공화국내의 인권의 준수 여부를 감시하고 평가할 의무를 부과하고 있다고 언급하면서 국가가 동 사건의 판결에 따라 헌법상의 의무를 준수하고 있는 지에 관하여 감시하고 보고하라는 판결을 내렸다.⁴⁰⁹⁾

408) Deutschen Instituts für Menschenrechte, Individualbeschwerden beim UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – Eine Handreichung für Betroffene, Zivilgesellschaft und Anwaltschaft, Juli 2023, https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Information/Information_Individualbeschwerden_WSK-Ausschuss.pdf

3) 피지인권위원회의 위임사항

피지(Fiji)인권위원회는 1999년에 인권위원회법에 의해 설립된 법률상 기구이다. 피지인권위원회의 기능은 헌법과 1999년 인권위원회법에 개괄되어 있으며, 다음의 내용을 포함하고 있다.

- 국제협약과 여타 국제문서에 기원을 둔 권리장전(Bill of Rights)의 성격과 내용, 그리고, 인권 증진을 위한 자유권위원회, 인종차별철폐위원회, 유엔총회 여타 기관들의 책임에 대해서 국민에게 교육
- 정부에게 권리장전 규정의 법적 효과에 대한 문제에 관하여 대법원의 견해를 부탁하라는 권고를 포함하여, 인권의 준수에 영향을 미치는 사항에 대한 권고

피지의 헌법적 성격의 권리장전은 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 다루는 조항들을 포함하고 있다. 이러한 조항들 중에는 노동권, 경제적 지위를 포함한 여러 가지 근거로 인한 차별로부터 자유로운 권리 그리고 교육권을 포함하고 있다. 헌법은 의회에게 소외계층이 교육과 훈련, 토지와 주택, 상업 및 공무원에 종사할 수 있는 기회에 대한 평등한 접근을 달성할 수 있는 계획의 개발을 요구하고 있다

피지의 인권법은 인권위원회가 파리원칙을 준수해야하는 중요성을 인식하고 있다.⁴¹⁰⁾

4) 우간다 인권위원회

우간다인권위원회는 인권을 보호하고 증진하기 위해 설립된 법적 기구이다. 위원회의 기능은 국가의 헌법과 1997년 인권위원회법 No.4에 개괄되어 있으며, 다음의 기능을 포함한다.

- 인권에 대한 존중을 증진하기 위해, 지속적인 연구, 교육, 정보 계획 수립
- 인권침해 희생자와 그 가족에 대한 보상 등 인권증진을 위한 효과적인 조치를 의회에 권고
- 우간다의 시민들에게 자신의 시민적 책임의 인식, 자유로운 인간으로서 권리와 의무를 이해시키기 위한 계획을 수립, 이행, 감독

우간다 헌법은 문화권, 청결하고 위생적인 환경을 보장받을 권리, 일할 권리 등의 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 다루는 조항을 포함하고 있으며, 인권위원회에게 이러한 권리들을 증진하고 보호할 수 있는 계획과 활동을 개발할 것을 요구한다.⁴¹¹⁾

5) 필리핀의 조사 모니터링

1987년 필리핀 헌법은 필리핀 인권위원회가 "시민적, 정치적 권리와 관련된 모든 형태의 인권 침해를 조사"하고 "필리핀 정부가 인권에 관한 국제 조약 의무를 준수하는지 감시"하는 기능을 수행한다고 명시

409) 국가인권위원회, 경제적, 사회적 및 문화적 권리-국가인권기구를 위한 안내서- (Professional Training Series No. 12), 2007, 39쪽.

410) 국가인권위원회, 앞의 책, 46쪽.

411) 국가인권위원회, 앞의 책, 53쪽.

되어 있다. 1994년 1월 5일의 대법원 판결에 따르면 필리핀 인권위원회는 시민적 및 정치적 권리 침해에 대해서만 조사할 수 있다고 판결했다.⁴¹²⁾ 이 결정으로 인권위원회는 관할권의 틀과 한계 내에서 경제적, 사회적, 문화적 권리를 포함할 수 있는 다른 방법을 모색하게 되었다.

경제, 사회 및 문화적 권리의 침해 혐의와 관련하여 위원회에 접수된 많은 진정 사항으로 인해 위원회는 정부의 국제 조약 의무 준수 여부를 모니터링해야 한다는 헌법 규정에 따라 경제, 사회 및 문화적 권리에 대한 "조사 모니터링" 시스템을 개발했다. 필리핀은 1974년에 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제 규약을 비준했기 때문에 이 조약에 따른 의무가 위원회의 헌법상 임무에 포함되었다. 위원회는 필리핀 사회의 16개 취약 부문의 요구를 해결하기 위한 행정, 프로그램 및 입법 조치를 식별하는 필리핀 인권 계획의 개발을 통해 조사 모니터링 기능을 구현하려고 시도했다. 위원회는 또한 강제 퇴거와 이로 인한 인권 침해를 모니터링하는 데 상당한 중점을 두었다.⁴¹³⁾

6) 캐나다 온타리오 주 인권위원회

캐나다 온타리오 주 인권위원회는 레스토랑에서 아이에게 젖을 먹이면서 식사를 하려고 했으나 거부당하고, 건물을 떠날 것을 명령 받았다고 주장하는 여성으로부터 진정을 접수했다. 위원회는 이 진정을 재판소에 이첩하였고, 재판소는 진정인의 손을 들어주었다.

진정의 합의결과, 2000년 10월 위원회는 Infant Feeding Action Coalition Canada와 Toronto Health Unit과 파트너십을 맺고 주 전체적인 캠페인을 벌여 세계모유먹이기 주간(World Breastfeeding Week)을 기념하였다. 이 캠페인은 공공장소에서 아이에게 젖을 먹일 여성의 권리를 증진시키면서, 주 전체의 교통수단에 광고를 붙이기도 하였다.

광고 캠페인은 여성이 서비스에서 차별을 받거나, 임신 중 고용차별을 받고, 모유먹이는 데 차별을 받지 않도록 보호하기 위한 위원회 업무의 일부였다. 캠페인은 건강과 모유의 사회적 혜택을 반복적으로 홍보해왔던 UNICEF와 WHO와 같은 국제기구들의 업무를 강조하였다.

위원회는 임신으로 인한 차별에 관한 정책을 수정하여 여성이 공공장소와 직장에서 모유를 먹일 권리를 포함시켰다. 비록 이 진정이 경제적, 사회적 및 문화적 권리보다 차별을 다루었지만, 이는 진정처리가 정책개발, 인식고취, 그리고 공공교육과 같은 국가인권기구의 여타 기능에 어떻게 영향을 미칠 수 있는지를 보여주는 예이다.⁴¹⁴⁾

412) Brigido R. Simon, Jr., Carlos Quimpo, Carlito Abelardo, and Generoso Ocampo, petitioners vs. Commission on Human Rights, Roque Ferma, and Others as John Does, respondents (G.R. No. 100150).

413) "경제, 사회, 문화적 권리와 함께 우리의 길을 찾다: 필리핀 인권위원회"(필리핀 인권위원회 메르시 V. 콘트라라스 위원장의 발표 내용), 경제, 사회, 문화적 권리의 증진 및 보호에 있어 국가인권위원회의 역할(캐나다 인권재단과 필리핀 인권위원회, 1999), 참고. United Nations, economic, social and cultural rights: Handbook for national human rights institutions (Professional Training Series No. 12), 2005, 47쪽.

414) 국가인권위원회, 앞의 책, 74쪽.

7) 호주 인권 및 평등기회위원회

호주 인권 및 평등기회위원회는 체계적인 권리, 특히, 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 침해에 대한 공개조사관행을 잘 발전시켜 보유하고 있다. 이들 조사는 위원회가 1986년 설립된 직후 시작되었다. 조사는 이 항에서 논의된 다양한 요소를 채택하고 있다.

첫 번째 공개조사는 노숙 아동의 권리에 관한 것이었다. 1989년 우리의 노숙 아동 보고서 : 노숙아동의 전국적 조사 보고에서, 위원회는 중앙정부 및 주 정부기관, 그리고 민간분야, 지역사회 단체들에게 일련의 세부적인 권고안을 제시하였다. 위원회는 “아동과 젊은이들이 심각한 방임이나 학대 때문에 집을 떠나거나 떠나야 하는 경우에, 연방정부는 아동권 선언에서 요구되는 대로 아동을 보호하고 성장시키는 조건으로 이들의 연령과 상관없이 지원해야 할 의무를 완수해야 한다.”고 권고하였다. 이 보고서는 지역 사회의 노숙 아동이 인권문제라고 인식하게 하였고, 국민이 아동들의 요구를 해결하기 위하여 효율적인 조치를 취하리라는 기대를 높여주었다. 이로 인하여 정책이 변화되었고, 아동권리에 관한 공공지출이 증가되었다.⁴¹⁵⁾

위원회는 인권, 정신질병, 오지의 원주민 지역사회에 안전하고 믿을 수 있는 식수 접근, 오지의 원주민 지역사회를 위한 보건서비스 접근, 인종주의자 폭동, 시골 및 오지의 학교교육, 그리고 임신한 여성의 고용 등을 포함한 많은 공개조사를 실시해오고 있다. 이러한 조사는 동 권리의 조직적인 침해를 조사하는 이 접근법이 유용성이 있다는 것을 보여주는 좋은 예이다.⁴¹⁶⁾

8) 남아프리카 인권위원회

남아프리카 인권위원회는 1993년 임시헌법과 1994년 인권위원회법에 의거하여 1995년에 설립되었다. 헌법 제184(3)조는 “주거, 보건, 식량, 식수, 사회보장, 교육, 그리고 환경에 관한... 권리의 실현을 위해 국가기관이 취한 조치”에 대하여 국가기관의 보고를 요청할 의무를 인권위원회에 부여하였다. 이 의무는 위원회가 받는 정보가 보고서의 토대가 되어야 한다는 점을 제시한다.

1997-98년 경제적 및 사회적 권리 보고서의 제6권을 준비하면서⁴¹⁷⁾, 위원회는 연구소기관들과 파트너십을 맺었는데, 이들 연구기관은 위원회에게 전문적 지식을 제공하고 경제권 및 사회권을 대중화하려는 위원회의 활동을 지원하였다. 위원회는 정보에 입각한 지원을 확립하기 위해 직원과 관련 정부부처를 포함한 다른 파트너들을 위한 훈련워크숍을 마련하였다. 질문지나 약정(protocols)을 초안한 후 헌법에 규정된 각 권리와 관련된 부처에 배포하였다. 정보분석은 연구기관 중 한 곳에 위탁되었다. 덧붙여, 사회권 및 경제권의 이행에 대한 국민의 인식 조사를 저명한 연구기관에 위탁하였다. 질문 및 응답과정에서, 위원회는 훈련에 시간을 투자하는 것의 중요성을 인식하게 되었고, 모든 참가 정부 부처에게 정보를 제

415) 보고서 특징의 간단한 분석을 위해서는, Paul Hunt, Reclaiming Social Rights : International and Comparative Perspective (Aldershot, Dartmouth Publishing Company, 1996), pp.190-105 참조.

416) 국가인권위원회, 앞의 책, 77쪽.

417) 남아프리카 인권위원회의 1997-98 경제권 및 사회권 보고서, 위원회 홈페이지 www.sahrc.org.za 참조.

공하여 그 정보가 주목받고 그림으로써 당초 목적을 쉽사리 달성하도록 할 수 있다는 것을 알게 되었다. 또한, 이것이 지속적인 절차로 자리 잡아야 한다는 것도 알게 되었다.

남아프리카에서는 사회권 및 경제권 측면에서 위원회가 특히 중요성을 지니고 있기 때문에, 위원회는 South African National NGO Coalition(SANGOCO)와 연합하여 9개 지방에서 빈곤에 대한 국가공청회를 실시하였다. 공청회는 중요한 기여를 하였다. 인권문화를 위한 사회권 및 경제권의 중요성을 강조하였으며 일반인들이 자신이 겪은 빈곤과의 싸움을 토로할 기회를 제공하고, 다른 이들과 의견을 공유할 수 있는 대화의 장을 마련해 주었다. 이들의 참여는 이들 자신 및 이들의 경험을 듣고 알게 된 모든 이들의 욕구에 부응하는 적절한 정책 기본 틀을 개발할 수 있는 토대가 되었다.⁴¹⁸⁾

9) 인도 인권위원회의 건강권 증진

지속적인 산모빈혈, 유아사망, 모성사망, 질병사망이 인간개발 인식에 반하는 것임을 인식하여, 인도인권위원회는 유니세프 및 여성아동개발부(Department of Women and Child Development)와 협조하여 2일간 인권과 건강에 관한 국내 워크숍을 개최하고, 이 워크숍에서 특히 산모빈혈에 관하여 다루기로 결정하였다.

2000년 4월에 개최된 이 워크숍은 저명한 과학자, 정책입안가, 공무원, 법률전문가, 사회활동가, 정보방송부 장관, 보건 및 가족복지부 장관, 여성아동개발부 장관을 한 자리에 모았다.

인권위원회 위원장은 기초연설에서 국가의 보건상태를 개선시키기 위해서는 가능한 조기에 적절한 보건정책 및 이행에 관한 명문화된 권고안이 필요하다고 강조하였다. 위원회가 산모빈혈방지에 개입하게 된 이유를 설명하면서, 의장은 건강권은 매우 중요한 인권이라고 말하였다. 인도 헌법 제21조에 보장된 생명권은 존엄을 존중받는 삶으로 해석하게 되어있다. 그로 인해 인간 존엄의 모든 측면이 동등하게 신성하고, 각 측면이 인권으로 성립하였다.

Amartya Sen이 주장한 인도사회에 고통을 주는 “세 가지 비자유(three unfreedoms)”를 인용하면서, 의장은 더 나은 사회를 실현시키기 위하여 보살핌의 증진이 절대적으로 필요하다고 이야기하였다. 그 분야에 존재하는 결함들에 유감을 표하면서, 의장은 사회 모든 분야가 합심하여 이 문제에 대한 해답을 제공해야 한다고 말했다. 그 분야에서 위원회의 역할은 모든 정책 입안가, 의사결정자, 이행자를 함께 모으는 것이었다. 건강을 유지할 권리는 헌법에 보호되어 있으며, 이를 지지하는 것은 모든 국민의 의무였다. 의장은 언론에게 이 문제에 대한 인식을 제고시킬 것을 요청하였다. 안전한 모성과 건강한 아동이 더 밝은 국가의 미래를 조성할 것이라 의장은 강조하였다.⁴¹⁹⁾

418) 국가인권위원회, 앞의 책, 80쪽.

419) 국가인권위원회, 앞의 책, 110쪽.

Ⅲ. 사회권 개인진정제도 도입을 위한 「국가인권위원회법」 개정

1. 사회권과 국가인권기구: 국제적 시각

1) 사회권위원회 일반논평 10

사회권위원회의 일반논평 10(경제적, 사회적 및 문화적 권리 보호에 있어서 국가인권기구들의 역할, 1998년 채택)에서 다음과 같은 조항을 두고 있다.

1. 사회권규약 제2조 1항은 각 당사국에게 ‘모든 적절한 수단을 사용하여... 본 [규약상의] 권리를 점진적으로 완전하게 실현하기 위하여... 조치를 취할’ 의무를 부과하고 있다. 본 위원회는 이러한 중요 조치를 취할 수 있는 수단의 하나는 인권 증진 및 보호를 위한 국가 기구의 활동이라는데 주목한다. 최근 몇 년간 이러한 국가 기구가 크게 늘었고 이러한 추세는 유엔총회 및 인권위원회가 강력하게 권장해 온 바이다. 유엔 인권고등판무관실은 국가 기구와 관련하여 각국을 지원하고 장려하기 위한 주요 프로그램을 수립하였다.

일반논평 10은 국가인권기구가 취할 수 있거나, 어떤 경우에는 이미 취한 바 있는 활동의 실례로서 다음과 같은 유형을 제시하고 있다.

3. 본 위원회는 국가 기구가 모든 인권의 불가분성과 상호의존성을 증진하고 보장하는 데 잠재적으로 결정적인 역할을 수행할 것으로 생각한다. 불행히도 이러한 역할이 국가기구에 부여되지 않거나, 무시되거나 낮은 우선순위가 주어지는 경우가 빈번하였다. 따라서 이러한 기구의 관련된 모든 활동에 있어서 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 주의를 기울이는 것이 필수적이다. 다음 목록은 이러한 권리와 관련해 국가 기구가 취할 수 있거나, 어떤 경우에는 이미 취한 바 있는 활동의 유형의 실례이다.

- (a) 국민 전체 및 공공 서비스, 사법부, 민간 영역 및 노동 운동 등의 특정집단에서 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 인식 및 이해를 증진시키기 위하여 고안된 교육 및 정보 프로그램 증진
- (b) 법안 및 기타 제안을 비롯한 현행 법률, 행정행위가 “경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약” 상의 요건에 일치하도록 확보하기 위한 세밀한 검토
- (c) 공공기관이나 기타 유관 기구의 요청에 의한 경우를 포함하여 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 기술적 조언 제공 또는 조사 수행
- (d) 규약 상 의무의 실현을 측정할 수 있는 국가 차원의 기준 확인
- (e) 전 국가 내에서 또는 특별히 취약한 지역사회에서 특정한 경제적, 사회적 및 문화적 권리가

실현되고 있는 정도를 확인하기 위한 연구 및 조사 수행

- (f) 동 규약 상 인정된 특정 권리에 대한 이행 감시 및 이에 관한 보고서를 공공 기관과 시민 사회에 제출
- (g) 국가 내에서 적용될 수 있는 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 위반을 주장하는 진정조사의 검토

사회권위원회는 “당사국에게 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 적절한 고려가 국가인권기구에 부여된 권한에 포함되도록 할 것을 요구하며, 그러한 권한에 대한 자세한 내용과 기구의 주요 관련 활동 사항을 본 위원회에 제출하는 보고서에 포함할 것을 요청”하고 있다.⁴²⁰⁾

2) 유엔 인권고등판무관

2005년 유엔 인권고등판무관실에서 사회권 관련 국가인권기구를 위한 안내서⁴²¹⁾를 발간했다. 여기서 ① 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 위반의 처리, ② 경제적, 사회적 및 문화적 권리 모니터링, ③ 경제적, 사회적 및 문화적 권리증진을 국가인권기구의 역할로서 강조하고 있다.

또한 “왜 경제적, 사회적 및 문화적 권리 침해를 다루어야 하는가?”라는 질문을 던지고 있다. 그러면서 상당 수 국가들의 국가인권기구가 처한 상황을 설득력 있게 표현하고 있다.

먼저 법원의 중요성과 한계에 대한 지적이다.

“법원은 인권보호를 위한 기본적 메커니즘이다. ... 하지만, 법원이 인권을 보호하는 데는 한계가 있다. ... 일반적으로 법원은 조사권이 없거나, 제한적으로 가지고 있고, 자신들에게 이첩되는 사건만 다룰 수 있으며, 독립적인 연구능력이 없고, 제한된 범위 내에서만 구제를 제공할 수 있다. 따라서, 국가인권기구는 법원의 역할을 보완할 수 있고, 불 처벌을 제거하고, 침해를 막는 데 중요한 역할을 할 수 있다”.⁴²²⁾

다음으로 국가인권기구가 사회권 침해 행위에 개입해야 할 이유에 대한 지적이다.

“국가인권기구는 인권침해를 다루는 데 있어서 법원의 역할을 보완하는 뚜렷한 역할을 한다. 국가인권기구는 진정뿐만 아니라 직권으로 행동을 취할 수도 있다. 또한, 인권침해로 인한 개인희생자

420) 국제인권정책이사회(International Council on Human Rights Policy)는 국가인권기구의 활동과 합법성에 관한 2000년 3월 보고서에서, “국가인권기구는 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 다루어야 한다”고 권고하였으며, 이들 기구들은 동 권리가 배제된 분야를 파악하고, 동 권리를 다루기 위한 정책적 제안을 개발할 것을 제안하였다. 2000년 7월, 영연방 국가인권기구 회의(Commonwealth Conference on National Human Rights Institutions)는 다음과 같이 권고하였다. “국가인권기구는 관련법령과 헌법이 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 사법심사의 대상으로 인정하는 것과 관계없이 모든 이용 가능한 수단을 이용하여 동 권리의 증진과 관련된 문제들을 다루어야 한다”(국가인권위원회, 2007).

421) United Nations, economic, social and cultural rights: Handbook for national human rights institutions (Professional Training Series No. 12), 2005.; 번역본으로 다음을 참조. 국가인권위원회, 경제적, 사회적 및 문화적 권리-국가인권기구를 위한 안내서- (Professional Training Series No. 12), 2007.

422) 국가인권위원회, 앞의 책, 64쪽.

의 특별한 상황뿐만 아니라 더 광범위하게 조직적인 침해의 원인과 결과까지 다루기 위하여 혁신적이고 폭넓은 구제방법을 권고하여 과거의 침해를 바로잡을 뿐 아니라 추가적 침해를 방지할 수 있다. 더군다나, 국가인권기구는 인권에 특별히 초점을 맞추고, 대부분의 법원이 인권분야에서 가지지 않고 가질 수도 없는 전문성을 개발한다. 국가인권기구의 보완적 역할은 대부분의 법원들이 전통적으로 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 침해에 관하여 효과적인 보호나 구제를 해오지 못했기 때문에 특히나 중요하다”.⁴²³⁾

개입의 필요성에도 불구하고 국가인권기구가 처한 현실에 대한 이해를 통해 어떠한 노력이 필요한지 보여주고 있다.

“비정부기구와 달리 국가인권기구는 해당 기관을 설립한 법률의 적용을 받으므로 설립 법률의 제약을 받는다. 때로 법률은 권리 침해 사건을 처리할 수 있는 관할권을 인정하지 않는다. 때로는 시민적 및 정치적 권리와 같이 특정 권리 또는 특정 권리 집단으로 관할권을 제한한다. 그러나 대부분의 국가인권기구는 권한을 해석하고 이행할 때 어느 정도 재량권을 가지며, 대부분 경제적, 사회적, 문화적 권리를 어떤 식으로든 다루고 있다. … 일부 기관은 경제, 사회, 문화적 권리를 조사 권한에 구체적으로 포함시키기 위해 법률 개정을 추진하기도 했다. 이러한 방식으로 국가인권기구는 인권을 총체적으로 다루겠다는 의지를 보여 왔다”.⁴²⁴⁾

2. 사회권과 국가인권기구: 국내적 시각

국가인권위원회는 2005년 1월 7일자 [「경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 선택의정서」 성안을 위한 제2차 실무회의 관련 외교통상부의 의견요청에 대한 의견]에서 다음과 같은 의견을 제시하였다.⁴²⁵⁾

1. 생략

2. 국가인권위원회는 유엔인권위원회 실무그룹 제2차 회의 의제에 관한 동 위원회의 의견을 다음과 같이 제시한다.

(1) “「경제적·사회적·문화적권리규약」상 권리의 justiciability 인정 여부”에 대하여, 본 위원회는 원칙적으로 「경제적·사회적·문화적권리규약」상의 권리는 다음과 같은 이유에서 justiciability가 인정된다고 본다.

첫째, 경제적·사회적·문화적 권리에 대한 차별은 평등권에 대한 침해로서 심사의 전형적인 주제가 되며,

둘째, 경제적·사회적·문화적 권리 중에는 시민적·정치적 권리와 같이 국가나 기타 실체에 대한 방어권으로서 성격을 지니기 때문에 심사에 적합한 경우가 많으며,

셋째, 경제적·사회적·문화적 권리 중에는 사법기관이 국가급부의무를 그에 상응하는 권리에 측면에서 심사한

423) 국가인권위원회, 앞의 책, 64쪽.

424) United Nations, 앞의 책, 46쪽.

425) 국가인권위원회, 2022, 18-20쪽.

우리나라의 사법관행이 존재하며(“1994년 생계보호기준의 헌법상 행복추구권과 인간다운 생활을 할 권리의 침해여부”에 대한 헌법소원사건, 94헌마33),

넷째, 권리의 의미적 모호성이나 구조적 불명확성으로 인한 심사가 곤란한 경우는 경제적·사회적·문화적 권리에만 국한된 문제가 아니며, 시민·제적 권리에서도 나타난다. 따라서 경제적·사회적·문화적 권리 역시 justiciability가 인정된다고 본다.

(2) “개인통보제도 도입시 효과 및 문제점”에 대하여,

개인통보제도의 도입이 가져올 효과로서는, 첫째, 「경제적·사회적·문화적권리규약」이 보장하는 권리의 침해자에 대한 국제적 구제절차의 확보를 통해 인권의 보편성, 불가분성, 상호의존성, 상호연관성을 확보하게 되며, 둘째, 동 규약의 당사국들이 국제적 차원의 심사를 고려하여 동 규약상의 권리들의 국내 준수 및 이행을 촉진하게 될 것이며, 셋째, 국제적 이행절차에 있어서 「시민적 및 정치적권리에 관한 국제규약」과 비교하여 상대적으로 미약한 「경제적·사회적·문화적권리규약」의 불균등성을 개선하게 될 것이다. 특히 본 위원회는 국제적 차원의 개인통보제도 도입이 경제적·사회적·문화적 권리의 국내 실현에 직접·간접적으로 기여할 수 있음을 주목하고 있다.

개인통보제도의 도입에서 발생할 수 있는 문제점으로서는, 첫째, 경제적·사회적·문화적 권리와 직접·간접적으로 관계된 국가정책과 법제도가 광범위하게 국제심사의 대상이 됨으로써 당사국과의 갈등이 발생할 가능성이 있으며, 둘째, 개인통보의 심사후 당사국의 규약위반 판정시 그 판정의 국내적 이행을 위해서 과도한 국가적 비용이 발생할 가능성도 있으며, 셋째, 개인통보에 대한 심사에 있어서 각 당사국의 상이한 경제적·사회적·문화적 차이를 고려하면서 국제심사의 일관성·통일성을 유지하기가 용이하지 않을 것으로 본다.

(3) 개인통보제도 도입시 그 대상이 될 수 있는 「경제적·사회적·문화적권리규약」상의 권리의 범위에 대하여, 본 위원회는 원칙적으로 「경제적·사회적·문화적권리규약」이 보장하는 모든 권리에 대한 침해가 개인통보의 대상으로 되는 것이 바람직하다고 보면서, 선택의정서의 성안 및 비준을 용이하도록 하기 위한 목적을 위하여 그 범위를 제한하는 방안도 검토될 수 있다고 본다.

그러나, 본 위원회는 ‘경제적·사회적·문화적권리위원회’가 일반논평 3에서 즉각적인 실현대상권리로 적시한 제3조의 남녀평등권, 제7조 (a)호 (i)의 동일노동 동일 임금, 제8조의 노동조합 결성 및 가입의 권리와 파업의 권리, 제10조 (3)항의 특별보호에 관한 아동의 권리, 제13조 2항 (a)호의 무상 초등교육의 권리, 제13조 3항의 사립학교 선택의 자유, 제13조 4항의 학교설립의 자유, 제15조 3항의 과학연구와 창작활동의 자유 등은 어떠한 경우에도 개인통보의 대상에 포함되어야 한다고 본다.

(4) 개인통보권의 주체(개인 외 단체의 포함 여부)와 개인 통보업무의 처리기관에 대하여, 본 위원회는 개인 외에 단체에도 통보권을 부여함이 적정하다고 본다. 또한 본 위원회는 새로운 개인통보접수기관에 대한 국제공동체의 합의가 성립하지 않는 한 「경제적·사회적·문화적권리규약」의 이행감시를 수행하여온 ‘경제적·사회적·문화적권리위원회’가 동 규약상의 통보를 허용·심사할 적절한 기관이라고 본다.

3. 사회권을 포함하는 조사 대상의 확대

1) 국제진정절차와 유사한 국내진정절차

국가인권위원회에 구제절차를 두는 경우 그 구체적인 구제절차와 방식, 내용을 어떻게 설계할 것인지 검토할 필요가 있다. 이러한 검토가 필요한 것은 향후 사회권규약 선택의정서의 가입과 함께 국제기구(사회권위원회)에 진정하는 것을 염두에 둘 필요가 있기 때문이다.

국가인권위원회의 진정절차를 사회권규약의 진정절차와 유사하게 함으로써 국내 구제절차를 통해서 문제를 해결하고 굳이 국제적 구제절차를 이용할 필요가 없도록 하는 것이다. 이는 국내 구제절차를 최대한 인권보장적 관점에서 설계해야 한다는 의미이기도 하다.

이와 관련하여 사회권규약 선택의정서의 개인진정절차 관련 적용 대상과 범위를 정한 제2조를 가능한 범위에서 그대로 적용시켜 사용하는 방법이 있다.

사회권규약 선택의정서에서 이행 감독 방법으로 고려된 것이 (1) 개인진정(individual Communications), (2) 조사절차(Inquiry procedure), (3) 국가 간 진정(Inter-State communications)이다. 이중 국가인권기구의 국내 보호절차로 채택할 수 있는 것이 개인진정과 조사절차이다. 개인진정에서는 사회권규약 선택의정서 상의 적용대상 및 주체 및 직권에 의한 조사절차는 그대로 적용해도 좋을 듯하다.

2) 인권보장에 충실한 국내구제절차

인권의 법이론에 따르면 소청인에게 적어도 다음과 같은 구제절차를 마련해 주어야 한다.⁴²⁶⁾

(1) 실천적으로 이용가능한 절차

이론적으로 법률상 구제절차를 이용할 수 있다는 것으로는 충분하지 않고, 실제로 이용할 수 있어야 하며, 그 사건에 적용될 수 있는 절차여야 한다. 따라서 구제의 이용가능성은 사건의 구체적 상황에서 법률상 및 사실상 피해자의 접근가능성에 달려 있다.⁴²⁷⁾

(2) 구제를 제공하기에 적합한 절차

사건의 특정한 상황에서 겪게 된 침해에 대한 구제를 제공하기에 적합한 절차여야 한다. 구제의 적합성은 침해의 성격, 성공했을 때 얻을 수 있는 구제의 유형, 그리고 사건의 특정한 상황에서 피해자가 추구한 목적 등에 달려 있다.⁴²⁸⁾

(3) 인정되는 목적을 위하여 효과적인 절차

구제가 효과적이기 위해서는 그것이 고안된 결과를 산출할 수 있어야 하고 성공의 상당한 전망 또는 효과적 결과를 가져올 상당한 가능성을 제공해야 한다. 효과적 구제의 핵심 요소들로는 집행가능성, 결정기구의 독립성과 법적 기준에의 의존, 피해자에게 제공되는 적법절차 보호의 적합성 및 신속성을 들 수 있다. 부당하게 지연되는 구제에 대한 예외를 정한 제3(1)조는 효과성의 한 측면으로서 신속성 또는 시의적절성의 특별한 중요성을 강조한 것이다.⁴²⁹⁾

426) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 66-67쪽.

427) 취약집단의 구제절차 이용가능성에 대해서는 다양한 요인들에 대한 검토가 필요하다. *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 66쪽.

428) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 67쪽.

3) 「국가인권위원회법」의 개정 방향

(1) 사회권 전반에 대한 진정의 허용

사회권에 대한 진정을 가능하도록 하기 위해서는 무엇보다 「국가인권위원회법」 제30조 제1항의 개정이 필요하다. 즉 국가인권위원회의 조사대상을 「헌법」 제10조 내지 제22조에 한정시키고 있는 조사대상을 확장할 필요가 있다.⁴³⁰⁾

확장하는 방법으로는 두 가지를 생각해 볼 수 있다. 하나는 조사대상이 되는 인권침해를 「국가인권위원회법」 제2조의 인권에 대한 침해로 보는 방안이다. 이 방안은 「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 침해하는 경우 모두 인권위의 조사대상으로 삼는 것이다.

이것은 종래 “ 「대한민국헌법」 제10조부터 제22조까지의 규정에서 보장된”이라는 한정을 삭제하여 「국가인권위원회법」에서 정의하는 “인권” 즉, “ 「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리”의 침해가 있는 경우 개인이 진정을 제기할 수 있도록 해주는 것이다. 이 경우 자유권뿐만 아니라 당연히 사회권도 진정의 대상이 된다.

「국가인권위원회법」

제30조(위원회의 조사대상) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 인권침해나 차별행위를 당한 사람(이하 “피해자”라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다.

1. 국가기관, 지방자치단체, 「초·중등교육법」 제2조, 「고등교육법」 제2조와 그 밖의 다른 법률에 따라 설치된 각급 학교, 「공직자윤리법」 제3조의2제1항에 따른 공직유관단체 또는 구금·보호시설의 업무 수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판은 제외한다)과 관련하여 인권을 침해당하거나 차별행위를 당한 경우

「국가인권위원회법」 제30조 제1항의 개정시 고민할 필요가 있는 것이 ‘인권침해’의 개념 정의에 대한 것이다. 「국가인권위원회법」은 인권침해의 한 유형인 차별행위에 대해서는 제2조 제3호에서 정의를 하고 있다. 반면 ‘인권침해’ 개념은 여러 조항⁴³¹⁾에서 사용되고 있지만 정작 정의를 하고 있지는 않다. 물론

429) *Claiming Women's Economic, Social and Cultural Rights*, 67쪽.

430) 「헌법」 제10조 내지 제22조 이외의 인권(기본권) 침해라도 국가인권위원회의 조사 대상이 될 수 있다는 해석론적 입장이 있었다. 이것은 「헌법」 제10조의 행복추구권과 제11조의 평등권은 일종의 포괄적 혹은 일반적 기본권이므로 이를 활용하면 「헌법」 제22조 이후의 기본권도 조사대상으로 삼을 수 있다는 것이다. 조사 대상을 「헌법」 제10조 내지 제22조라고 규정한 것을 일종의 예시로 해석하자는 주장이다. 그러나 이렇게 해석하면 「국가인권위원회법」이 「헌법」 제10조 내지 제22조라고 열거적 의미의 표현을 사용한 것은 전혀 무용한 것이 되어 버릴 수 있다. 국가인권위원회, 국가인권위원회법 해설집, 2020, 355-356쪽; 박찬운, 국가인권위원회의 조사구제 분야 개선방안에 관한 소고, 한양대학교 법학연구소 법학논총 40(2), 2023, 56쪽에서 재인용. 국가인권위원회의 주요 조사대상으로서 국가기관 등에 의한 인권침해에서의 인권은 「헌법」 제10조 내지 제22조 사이의 자유권이며, 설사 이것을 넘는 인권침해행위에 대해서 조사를 한다고 해도, 위의 기본권 보장에 실질적으로 관련되는 한도 내에서 부수적으로 보장되는 것으로 이해하는 것이 타당하다. 한상희, 국가인권위원회법 제30조의 해석론- 시민권으로서의 인권과 민주적 기본질서 -, 『헌법학연구』 제8권 제4호, 103쪽.

431) 「국가인권위원회법」 제2조 제7호, 제19조 제2호와 제6호, 제26조 제5항, 제30조 제1항과 제3항, 제36조 제4항, 제39조

혼란이 발생하지 않는다면 문제가 없겠지만 실제로는 혼란의 발생 여지가 있다.⁴³²⁾ 따라서 정의가 필요하다.

「국가인권위원회법」

제20조(정의)

1. “인권”이란 「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말하며, “인권침해”란 이 “인권”을 침해하는 행위를 말한다.

사회권을 진정 대상으로 하는 경우 국가인권위원회의 업무량 과다를 예상할 수 있다. 인적, 재정적 지원에 대한 대비가 필요하다. 아니면 부담을 경감하기 위한 다른 수단의 선택이 필요하다.

(2) 사회권 일부에 대한 진정의 허용

다른 하나는 사회권 중에서 우선적으로 중요하고 핵심적인 것을 정하여 개인진정을 허용하는 방안이다. 예를 들면, ‘경제적·사회적·문화적권리위원회’가 일반논평 3에서 즉각적인 실현대상권리로 적시한 제3조의 남녀평등권, 제7조 (a)호 (i)의 동일노동 동일 임금, 제8조의 노동조합 결성 및 가입의 권리와 파업의 권리, 제10조 (3)항의 특별보호에 관한 아동의 권리, 제13조 2항 (a)호의 무상 초등교육의 권리, 제13조 3항의 사립학교 선택의 자유, 제13조 4항의 학교설립의 자유, 제15조 3항의 과학연구와 창작활동의 자유 등을 우선 대상으로 하고, 향후 단계적으로 진정 대상의 범위를 넓히는 방법이다.

4) 유사 사례

사회권 전반에 대해 진정을 인정하는 경우 보스니아나 나이지리아의 인권침해 개념을 원용하여 진정 대상을 정하는 방법을 생각해 볼 수 있다.

보스니아의 경우 “인권 및 기본적 자유의 보호를 위한 유럽 협약과 그 의정서 및 이 부속서의 부록에 있는 기타 국제 협약에 규정된 권리와 자유”를 인권 개념에 포함시키고 있다(인권협정 제1조). 따라서 인권침해에 대한 진정 역시 폭넓게 인정된다.

보스니아의 경우 인권침해가 있는 경우 비사법적 진정절차와 사법적 권리구제절차를 선택하여 제기할 수 있는 제도적 형태를 취함으로써 인권보장을 충실히 하고 있다. 앞서도 보았듯이 비사법적 진정절차는 ombudsman에 제기할 수 있다. 그리고 사법적 권리구제절차는 인권재판소에 제소할 수 있다. ombudsman도 진정을 처리하는 단계에서 필요하면 인권재판소에 제소할 수 있다.

제1항, 제42조 제1항과 제4항, 제44조 제1항, 제45조 제2항, 제48조 제1항, 제50조의3 제1항, 제50조의7 제1항 등

432) 박찬운, 앞의 논문, 51-53쪽.

나이지리아도 “나이지리아 연방공화국 헌법, 아프리카 헌장, 유엔 헌장, 세계인권선언 및 나이지리아가 서명한 기타 인권 관련 국제 조약에 의해 보장된 인권”으로 인권개념을 정함으로써 인권침해의 범위를 최대한 넓히고 있다(나이지리아 국가인권위원회법 제5조). 따라서 인권침해에 대해 진정을 모두 허용함에 따라 국가에 의한 인권보장의 범위도 확장되게 된다.

IV. 사회권규약 선택의정서 가입과 「국가인권위원회법」 개정

「국가인권위원회법」에 따르면, 국가인권위원회는 국제인권규약이나 선택의정서의 가입과 관련 “국제인권조약 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명”(동법 제19조 제7호)과 같은 업무를 수행한다. 동 조항에 의하면 “연구와 권고 또는 의견의 표명”과 관련해서만 국가인권위원회의 권한이 인정된다. 따라서 가입 이후 이행과 관련해서 발생하는 업무와 그 처리 권한과 관련한 규율이 없다. 물론 “조약 기타 국제협정”에 관한 업무는 외교부의 업무이다(「정부조직법」 제30조 제1항). 또한 인권옹호는 법무부의 업무이다(「정부조직법」 제32조 제1항). 따라서 인권규약 가입 이후 국가인권위원회가 수행하는 것이 타당한 ‘이행 관련 업무’에 대해서는 법률로 규율하는 것이 좋다.

독일은 2009년에 <장애인권리협약>과 그 부속 의정서를 비준하였고, 이에 따라 장애인의 권리를 준수할 것을 약속하였다. <장애인권리협약> 제33조 제2항은 서명국이 자국 내에서 이 협약의 이행을 감시하는 독립적인 기관의 설립을 요청하고 있다.

<장애인권리협약>

제33조 국내이행과 모니터링

1. 당사국은 이 협약의 이행과 관련된 사안들을 위해 당사국의 조직체계에 따라 정부 내에 하나 또는 그 이상의 전담부서를 지명하고, 다양한 부문에서 다양한 수준으로 관련 활동을 용이하게 하기 위해서 정부 내에 조정기구를 설립 혹은 지명하는 것을 충분히 고려해야 한다.
2. 당사국은 자국의 법적·행정적 체계에 따라 본 협약의 이행을 증진·보호·감독하기 위해 당사국내에 하나 또는 그 이상의 독립적인 기구를 포함한 체제를 유지, 강화, 지명 혹은 설치해야 한다. 그러한 기구를 설치 또는 지명할 때, 당사국은 인권의 보호와 증진을 위한 국가기구의 지위 및 역할에 관한 원칙들을 고려해야 한다.
3. 시민사회, 특히 장애인과 이들을 대표하는 단체들은 모니터링 과정에 충분히 포함되고 참여 되어야 한다.

독일국가인권기구(GIHR)는 2009년부터 독립적인 모니터링 기능을 수행하고 있다. 이러한 역할은 독

일 「국가인권기구의 법적 지위와 임무에 관한 법률」(2015년 7월 16일 제정, 2016년 1월 1일 발효)에 근거가 있다.

독일 「국가인권기구의 법적 지위와 임무에 관한 법률」(Gesetz über die Rechtsstellung und Aufgaben des Deutschen Instituts für Menschenrechte)

제2조 제4항

(4) 독립적인 기구로서 독일인권기구는 2006년 12월 13일 가입한 장애인의 권리에 관한 국제협약 제33조 2항에 따른 임무를 수행한다.

2015년에는 독일에서 유엔아동권리협약(CRC)의 이행에 대한 독립적인 모니터링 의무를 부여받았다.⁴³³⁾ 유엔 아동권리위원회는 1992년 이래 유엔 아동권리협약에 대한 중앙감시기구의 부재를 거듭 비판해 왔으며, 2014년 독일에 감시기구를 창설할 것을 권고했다. 독일연방 가족·노인·여성·청소년부는 이 권고에 따라 독일의 독립적인 국가인권기관인 독일인권기구에 모니터링을 위임했다. 2015년 8월, 유엔아동권리협약 모니터링 센터(Monitoring Centre for the UN Convention on the Rights of the Child)는 연방 정부의 아동청소년계획(Children and Youth Plan)의 자금을 지원받는 프로젝트 활동을 시작했다. 그리고 모니터링 기구는 2023년부터 인권기구의 정규 업무로 자리 잡았다.

모니터링 업무는 다음과 같다.

- 아동 권리를 더 널리 알리는 데 기여한다. 필요한 경우 어린이 및 청소년과 협력하는 사람들과 기관에 UN 협약을 준수하도록 상기시킨다.
- UN CRC의 해석과 아동 친화적인 이행에 관해 연방, 주, 지방 정치인, 사법부, 법조계, 시민 사회에 조언한다.
- 다른 나라의 국가인권기구와 의견을 교환하고 독일의 아동권리 이행에 관해 UN 아동권리위원회에 알린다.
- 시민사회, 정부기관, 연구기관과 긴밀히 협력한다.

독일정부가 유엔아동권리협약 모니터링 센터를 독일국가인권기구(GIHR)에 두도록 한 것은 인권기구의 역할에도 부합하지만, 무엇보다도 「국가인권기구의 법적 지위와 임무에 관한 법률」 제2조 제4항이 있었기 때문에 가능했으리라 본다. 이런 점에서 우리나라의 경우에도 유사한 법률 조항을 두는 것은 의미가 있을 것이다.

433) <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/das-institut/abteilungen/monitoring-stelle-un-kinderrechtskonvention> 방문 2023.9.24.

「국가인권위원회법」

제19조(업무) 위원회는 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함한다)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명
2. 인권침해행위에 대한 조사와 구제
3. 차별행위에 대한 조사와 구제
4. 인권상황에 대한 실태 조사
5. 인권에 관한 교육 및 홍보
6. 인권침해의 유형, 판단 기준 및 그 예방 조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고
7. 국제인권조약 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명
8. 국제인권조약 가입에 따른 인권규약 이행의 감시 및 인권 옹호 업무
9. 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력
10. 인권과 관련된 국제기구 및 외국 인권기구와의 교류·협력
11. 그 밖에 인권의 보장과 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 사항

제5장 사회권 침해 여부에 대한 심사기준

I. 사회권과 사법심사 가능성의 문제

1. 사법심사의 가능 여부 논의들

사회권의 구체적 실현에 대하여 “광범위한 재량”의 권한을 가진 입법부 또는 행정부가 한 행위-작위 또는 부작위-에 대하여 사법부가 그 위법성을 심사할 수 있는가? 사회권에 대한 사법심사의 가능성(judiciability)은 두 가지의 측면에 대한 가능성을 말한다. 그 하나는 사회권과 관련한 국가(지방자치단체 및 공공단체를 포함)의 조치가 사회권의 최대보장이라는 상위법의 명령에 위반하여 그 조치가 무효 내지는 실효되는 것인가의 판단이며, 또 다른 하나는 사회권의 침해를 주장하며 그 권리를 회복하여 구제해 줄 것을 요구하는 개인의 청구에 법원이 응답하는 것을 말한다. 전자는 사회권의 객관적 측면에 중점을 두어 국법질서의 정합성을 추구하는 작용인 반면, 후자는 사회권을 주관적 공권으로 파악하면서 국가의 보호의무 위반을 이유로 개인의 법적 지위를 교정, 정상화하는 작용이다.⁴³⁴⁾

물론 이러한 사법심사는 사회권을 재판의 준거로 규정할 때 비로소 가능하다. 100년전 바이마르공화국에서의 논의처럼 사회권을 단순한 프로그램규정 또는 입법방침 정도로만 이해할 경우에는 이미 그것에는 재판준거로서의 성격이 부정되어 있는 만큼 사회권의 실천과정에 법원이 개입할 여지는 거의 없어진다. 특히 Roosevelt대통령이 1941년 미의회에서 낭독한 “네 가지 자유에 관한 일반교서”에서 '결핍으로부터의 자유(freedom from want)'가 선언되고 1944년 1월의 열 한 번째 교서에서 “궁핍한 인간은 자유로운 인간이 아니다”라고 선언하였지만 국제인권법의 역사는 사회권을 자유권으로부터 분리시키고, 전자에 대한 법적 구속력의 박탈이라는 이분법적 규율체제로 나아가고자 하는 시도로부터 출발하였다. Steiner & Alston⁴³⁵⁾이 잘 지적하듯, 미국을 비롯한 서구국가들은 자유권은 강제가능하며 즉시 실현가능한 구체적 권리인 반면, 사회권은 당해 국가의 가용한 자원을 고려하면서 점진적으로 실현되어야 할 하나의 프로그램적 성격의 것이라는 주장을 펼쳤다. 양자의 통합과 일원화된 집행기구를 주장하는 사회주의진영 혹은 신생독립국가들의 요청을 뿌리치고 두 개의 상호 독립된 인권협약이 만들어지게 된 것도 이 때문이다. 그리고 이때부터 사회권에 대하여는 사법부가 개입하는 것은 법리적으로나 법정정책적으로도 타당하지 않

434) 이에 관하여는 박찬운, “사회권의 성격과 사법구제 가능성,” 법학논총 제25집 제3호, 2008, 31면 이하. 박찬운은 이 문제를 사회권에 대한 존중의무와 보호-충족의무를 나누어 이 각각의 이행에 있어 사회권의 사법심사가능성이 어떻게 구획되는지를 분석하고 있다. 이런 논의는 헌법재판소에서 사회권 또한 자유권적 성격과 사회권적 성격 내지는 청구권적 성격이 혼재되어 있으며, 전자를 침해할 경우 즉 존중의무를 위반할 경우 헌법재판소는 나름 적극적으로 개입하여 판단하고 있다. ↓

435) H. J. Steiner, and P. Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford: Clarendon Press, 2008, pp.269-278 참조.

다는 담론이 서구사회를 중심으로 확산되어 오늘에 이른다.

반면 사회권규약이 정하는 바와 같이 그에 일정한 상위법적 구속력을 인정하게 된다면 결론은 전혀 달라진다. 그리고 이런 변화가 바로 사회권의 성격에 관한 지난한 논쟁의 결과이다. 앞서에서도 이와 관련한 논의는 부분적으로 하였지만, 이하에서는 그를 정리하여 사회권의 성격 특히 그것의 사법심사의 가능성 문제와 사법심사의 전략에 관한 정리를 해 보고자 한다. 전자의 논의를 위해서는 사법심사를 부정하는 입장을 권리이분론, 사법한계론, 집행한계론 등으로 나누어서 살펴보고, 후자를 위해서는 사법심사를 하게 될 경우 그 판단의 준거 내지는 기준을 정리해 볼 것이다.

1) 사법심사의 가능성에 대한 부정설

(1) 자유권·사회권 이분론

사회권에 대해서는 사법심사가 허용되지 않는다고 보는 이 부정적 입장은 크게 세 가지의 관점에 터 잡고 있다. 그 첫째는 사회권과 자유권은 본질적인 차이를 가지며 이로 인하여 사회권은 사법적 판단에 적합하지 않게 된다고 본다. 즉, 사회권은 적극적인 국가행위를 전제로 하여 국가가 일정한 배려나 급부 혹은 보장을 할 때에 비로소 실현될 수 있는 것이라고 본다. 반면 자유권은 국가의 부작위를 전제로 하는 것인 만큼 즉시 실행이 가능할 뿐 아니라 어떠한 국가행위가 자유권의 침해에 해당하는지 아닌지의 판단 또한 명확한 만큼 재판을 통하여 그 이행을 강제할 수 있는 것이라고 본다. 즉, 사회권은 정책판단의 대상인 반면 자유권은 법판단의 대상이며 나아가 사회권은 국가가 구체적으로 어떠한 이행의무를 지고 있는지 특정되어 있지 않으며 당해 국가의 현재상태 나아가 그 권리의 주장자가 처한 현재의 상황, 여건 그리고 그를 위한 각종의 자원배분의 문제 등이 종합적으로 고려될 때에야 비로소 그 의무의 내용이 정해질 수 있는 것이라고 한다.⁴³⁶⁾

요컨대, 이런 식의 구분론에 의하자면 자유권은 사법적 심사가 가능하며 사회권은 그렇지 않다는 결론으로 정리된다. 그래서 사회권은 비록 그것이 침해되었다고 해도 이에 대해 사법적 구제를 받는 것은 어려워, 존중, 보호, 충족, 증진이라고 하는 국가의 의무 중 충족과 증진의 의무는 입법 행정부의 역할이 크지만 사법의 역할은 본래 한정적일 수밖에 없다. 다만 객관법으로서의 사회권에 대해서는 법원이 그 체계적 정합성여부는 판단할 수 있다는 주장도 없지 않다. 즉 권리구제의 측면이 아니라 객관적 법질서로서의 사회권질서 혹은 사회권보장이라는 국법질서에의 합치여부를 중심으로 판단하여 사회권적 보장을 명하는 상위법의 위반 여부를 법원이 판단하는 것은 가능할 수 있다는 주장이 그것이다.⁴³⁷⁾

(2) 사법의 한계론⁴³⁸⁾

436) 이러한 분리론의 발전과 경과에 대하여는 정경수, “법적 권리로서 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 확립,” 법학연구 제 54권 제3호, 2013, 133-162 참조.

437) 阿部 浩己, 「國際人權의 地平」, 現代人文社, 2002, 160面.

사회권에 대한 사법심사의 불가능성을 주장하는 입장이 취하는 둘째의 논거는 사법심사가 이루어지는 체제 자체의 한계에 착안한다. 여기에는 세 가지의 한계가 있다: 정당성의 한계, 능력의 한계, 그리고 집행의 한계.

우선 정당성의 한계는 사회권 실현의 제1차적 의무를 가지는 입법부와는 달리 사법기관의 경우에는 민주적 정당성이 결여되어 있음을 지적한다. 입법부는 선거등에 의하여 구성되고 또 선거구민에게 직접 책임을 진다. 행정부 역시 국민에 의하여 직접 선출되는 대통령을 수장으로 하거나 혹은 민주적 정당성을 가진 의회의 선출에 의해 간접적으로 민주적 정당성을 가지는 내각을 정점으로 한다. 하지만 법원의 경우에는 독자적인 민주적·정치적 정당성을 가지고 있지 못 하고 있다. 여기서 자원의 분배 내지는 재분배의 문제가 중요한 핵심이슈가 되는 사회권의 실현은 원칙적으로 정책문제에 해당함을 고려한다면, 그러한 정책에 대한 제1차적인 책임을 지는 입법부 또는 행정부가 그 집행의 기능을 담당하여야 할 것이지, 이런 정책문제에 대하여 사법관으로 구성되는 법원이 심사하여 판단하기에 적절하지 않아야 하는 결론이 나온다. 즉, 정치적으로 결정되고 또 정치적으로 책임을 져야 하는 정책문제 특히 자원을 어떻게 배분하는가의 문제는 민주적인 과정을 통해 이루어져야 하는 것이며, 그러한 과정은 입법부 또는 행정부가 가장 적합한 형태로 갖추고 있다고 보는 것이다. 요컨대 민주적 정당성을 갖추지 못한 사법부가 정책문제를 이리저리 재단하는 것은 그 자체 비민주적이라고 본다.

능력의 한계는 보다 기술적인 관점에서 이 문제를 다룬다. 이에는 우선 당사자성의 한계가 있다. 사법심사는 소송의 절차를 취하게 되는데, 당사자주의적인 소송구조가 일반적인 상홍에서는 사회권의 주장은 항상 개별적이고 구체적인 사건 속에서만 이해되고 또 심리·심판될 수밖에 없다는 한계를 가지게 된다. 즉, 사회권의 문제는 전국가적 자원배분의 문제와 직결되는 등 체계적이고 종합적·포괄적으로 실시되어야 함에도 불구하고 개별적·구체적으로 이루어지는 사법심사의 방식으로는 이러한 요청을 충족시키기 어렵다는 것이다. 또한 설령 그 사법심사가 이루어진다 하더라도 어떤 하나의 사건에서 발견되는 정의 또는 형평성이 반드시 전체적인 정의나 형평성을 의미하는 것은 아니며 경우에 따라서는 전체적인 맥락을 간과한 채 개별적·구체적 정의만을 추구하다보면 국가재정의 파산이나 자원배분체제의 왜곡 등 심각한 문제를 야기할 수도 있게 된다.⁴³⁹⁾

또, 정보의 한계는 사법심사의 효율성을 현저히 축소시키는 한계를 이룬다. 대체로 사법부의 구성원들은 법전문가일 따름이지 경제나 사회복지 등의 전문가가 아니다. 즉 사법부의 구성원들에게는 사회권의 구체화에 필요한 정보나 그 분석을 위한 전문적 지식이 부족하며 따라서 입법부나 행정부에서 내려진 정책결정(그것이 적극적 결정이든 소극적 결정이든)을 합리적으로 분석하고 평가할 능력이 부족하다는 것이다. 그리고 이러한 능력부족은 사법부로 하여금 사회권에 대한 평가기관으로서의 위상을 거부하게 만든다.

438) 이에 대하여는 E. C. Christiansen, "Adjudication Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court," Columbia Human Rights Law Review, Vol. 38, No. 2, 2007. 인용은 <http://ssrn.com/abstract=999700>, (2010. 9. 7. 확인) III. A. c.에서 함.

439) 이는 후술하듯 남아프리카공화국에서 사회권에 대한 사법심사를 함에 있어 국제적 기준인 최소핵심심사를 마다하고 합리심사로 일관하였던 가장 큰 이유가 된다.

(3) 집행의 한계

이는 권력분립의 틀에서 파생되는 사법심사의 한계가 된다. 즉, 설령 사법부가 사회권에 대하여 판단할 수 있고 또 그에 기하여 판단에 임하였다 하더라도 사법부가 입법부 또는 행정부에 대해 그 판단을 강제할 유효한 방법이 없다는 것이다. 즉, 사법부가 기존의 사회권보장수준에 대한 위법성의 판단이 나더라도 그것을 교정하기 위한 대안의 마련에는 사법부가 적절하지 않다. 권력분립의 원칙에 의할 경우 사법부가 행정부나 입법부에 일정한 작위를 명령할 수는 없으며 따라서 그 위법상태의 교정에 대해 사법부가 주체적으로 할 수 있는 일이 극도로 제한된다.⁴⁴⁰⁾ 뿐만 아니라 어떠한 작위를 명령하더라도 사회권의 성격상 일회적인 행위로 위법성을 제거할 수 있는 것이 아니라 지속적이고 장기적인 이행이 담보되어야 하는데 사법부는 이러한 지속적인 감시와 통제를 위한 자원도 능력도 갖추지 못 하고 있다.⁴⁴¹⁾

결국 민주적·정치적 정당성도 전문적 정보와 판단능력도 갖추지 못한 사법부는 사회권에 대한 적절한 판단을 내릴 수 없으며 설령 그것이 가능하다 하더라도 개별이익과 전체이익의 상충가능성이 항존할 수 밖에 없는 절차와 구조로 인하여 그것이 바람직하지도 않으며 나아가 이런 판단을 강제하고 집행할 수 있는 유효한 수단조차도 존재하지 않는 것이 현실이라고 보는 것이다.

2) 비판

(1) 이분법의 문제

하지만, 이러한 부정설은 오늘날 그 의미를 점점 상실해가고 있다. 1993년의 비엔나 인권선언 및 행동강령은 자유권과 사회권의 구별 자체가 무의미함을 공식적으로 선언한 대표적인 예이다.

모든 인권은 보편성, 불가분성, 상호의존성과 상호관련성을 갖는다. 국제사회는 인권을 전세계적으로 공정하고 평등한 방식으로, 대등하게, 또 동일한 비중을 두고 다루어야 한다. (.....) 정치적, 경제적, 문화적 체계를 떠나서 모든 인권과 기본적 자유를 신장하고 보호하는 것은 국가의 의무이다.⁴⁴²⁾

뿐만 아니라 사회권규약위원회의 일반논평 9(1998)에서도 사회권규약의 다수 규정은 “즉각적 이행이 가능”하며 “사회권을 그 정의에 따라, 법원의 힘이 닿지 않는 곳에 두려는 이런 엄격한 분류의 채택은 자의적이며, 두 인권규약들이 서로 불가분의 관계이며 상호의존적이라는 원칙에서 어긋나는 것이다. 이는

440) 이에 대하여는 R. Gargarella, P. Domingo, and T. Roux, "Rights and Social Transformation: Concluding Reflections," in: Gargarella, R., P. Domingo, and T. Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Hampshire: Ashgate Publishing Ltd., 2006 참조.

441) S. Freedman, 조효제 역, *인권의 대전환*, 교양인, 2009, 231-2면.

442) Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF. 157/23, 12 July 1993, para.5.

또한 사회 내에 가장 취약하고 혜택을 받지 못 하고 있는 집단들의 권리를 보호하는데 있어 법원의 역할을 현저하게 축소시키고 있을 따름이다”⁴⁴³⁾라고 선언한 바 있다. 요컨대 세계인권체제하에서는 더 이상 사회권과 자유권의 구분은 무의미한 상태가 되었다.

실제 I. Berlin의 소극적 자유와 적극적 자유의 구분도 서로 중첩적인 것으로 구성된다. 예컨대 고문을 받지 아니할 권리가 국가에 의한 고문금지라는 명령 하나만 보면 소극적 자유에 해당하겠지만, 국가로 하여금 국민 모두에게 고문은 비인간적 행위로서 인간의 존엄을 파괴하는 인권침해행위를 교육시키고 이를 전 생활영역에서 방지하기 위한 교육과 홍보, 나아가 비인도적 형벌을 금지시키는 한편 공무원 모두에게 그 금지명령을 준수하게끔 실천하는 데에까지 나가게 되면 이는 소극적인 수준을 넘어 적극적인 어떤 것이 되고 만다. Birlin이 말하는 자유의지의 실현조건으로서의 고문금지가 구성되는 것이다. 한마디로 “모든 인권은 일련의 적극적, 소극적 의무들을 포함한다.”⁴⁴⁴⁾

실제 사회권의 실천을 위한 마스트리트 원칙은 자유권과 사회권 구분없이 모든 인권에 대하여 국가는 존중(respect), 보호(protect), 및 충족(fulfil)의 의무를 진다고 선언한 바 있다. 이런 국가의무선언은 각 별한 의미를 가진다. 첫째, 그것은 인권에 대한 기존의 이분법적 접근이 안고 있는 오류 및 한계를 극복하고 자유권은 존중의 의무가, 사회권은 충족의 의무가 중심이라는 지나친 단순화의 논리를 배제한 것이라는 의미를 부여할 수 있다. 둘째 이 원칙으로 인하여 자유권뿐 아니라 사회권에 대해서도 그 위반에 대한 판정-사법심사와 사법적 권리구제-이 가능하게끔 되었다고 볼 수도 있다.⁴⁴⁵⁾

이는 우리 헌법 제10조에 의해 재확인된다. 이에 의하면 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”고 하여 자유권·사회권의 이원적 구분을 명기하지 않고 있을 뿐

443) General Comment, 9(1998), para.10. 필리핀의 경우에는 헌법에서 별도의 법률유보를 하지 않는 한 사회권조차도 직접 효력을 가져서 별다른 국가행위를 거치지 않고서도 사법심사가 가능하다고 한다. 그리고 이에는 건강권(1987년 헌법 제2조), 노동의 보호, 노동3권 등(제8조), 교육을 받을 권리(제14조), 가족구성권(제15조) 등이 포함된다고 한다. D. A. Desierto, "Justiciability of Socio-Economic Rights: Comparative Powers, Roles, and Practices in the Philippines and South Africa," *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, vol.11 No.1, 2009, pp.134-140.

444) International Commission of Jurists, 박찬운 등 역, 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 사법집행: 사법심사가능성 비교연구, 14면. 사실 사회권에 관한 마스트리트 원칙(Maarstricht Guidelines)에서는 국가의 작위에 의한 사회권 침해의 경우(para. 14)와 부작위에 의한 침해의 경우(para. 15)를 나누어 설명하고 있다.

전자의 경우는 ■ 현재 향유하고 있는 사회권에 대한 입법적 근거를 제거하거나 정지하는 행위, ■ 입법적 조치나 혹은 차별정책에 의해 특정 개인이나 그룹의 사회권을 부인하는 행위, ■ 사회권의 향유와 조화할 수 없는 행위나 조치를 취하는 제3자를 지원하는 행위, ■ 사회권의 최하위계층의 권리향상을 도모하지 않는 상황에서 기존의 사회권의 향유와 명백히 배치되는 입법 혹은 정책의 채택 행위, ■ 현재 보장되는 사회권의 수준을 의도적으로 후퇴시키는 행위, ■ 사회권 규약에서 허용하는 한도 혹은 가용 자원 등의 한계로 인한 경우가 아닌 상황에서 사회권의 점진적 달성을 방해하거나 정지하는 행위, ■ 특정 분야의 사회권 향유가 어렵게 되고 또한 최소한의 향유를 보장하는 적절한 조치를 취하지 않으면서 특정 분야의 공공지출을 삭감하는 행위 등이 해당한다.

반면, 후자의 경우에는 사회권 규약에 의해 요구되는 적절한 조치를 취하지 않은 경우, ■ 사회권 규약에 명백히 반하는 법률을 개정하거나 폐지하지 않은 경우, ■ 사회권 규약을 이행하기 위해 만들어진 법률이나 정책을 집행하지 못한 경우 개인이나 특정 그룹이 사회권을 침해하는 것을 규제하지 못한 경우, ■ 사회권 규약의 완전한 실현을 위해 가용자원을 제대로 사용하지 못하는 경우, ■ 사회권의 준수 여부를 제대로 감독하지 못한 경우, ■ 사회권 규약에 의해 즉시 이행할 의무가 어떤 장애물에 의해 이행되지 못할 때 그 장애물을 즉시 제거하지 않는 경우, ■ 사회권 규약에 의해 즉시 이행할 의무가 있는 권리에 대해 지체 없이 이행하지 않는 경우, ■ 일반적으로 인정되는 국제적 최소기준의 결과를 충족하지 못하는 경우, ■ 사회권과 관련하여 국가 혹은 국제기구간 협정에 따라 발생한 국제법적 의무를 방기하는 경우 등이 해당한다. 자세한 것은 박찬운, 위의 글, 27-28면.

445) 정경수, 위의 글, 143면

아니라, 모든 기본권 즉 헌법 제10조에서부터 제37조 제1항에 이르는 모든 기본권을 ‘최대한’ 실현하고 보장하여야 할 국가의무를 부과하고 있다. 아울러 헌법 전문에서는 “정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고”라는 선언을 함으로써 국가적 보호, 실천의 의무 대상이 되는 기본권을 모든 기본권으로 확산시키고 있다.

일부에서는 사회권의 내용들이 애매하고 불확실하여 입법부나 행정부에 의한 구체화작업이 선행되어야 비로소 집행가능한 것이 된다고 하면서, 이 때문에 사회권의 사법심사가능성은 소극적일 수밖에 없다는 주장을 펴기도 한다.⁴⁴⁶⁾ 소위 권리내용의 불명확성이라는 항변이 여기에 해당하는 것으로 법관의 입장에서 사회권의 내용을 특정할 수 없는 만큼 다른 의사과정을 통하여 이 문제를 다루어야 한다고 주장한다.⁴⁴⁷⁾ 하지만, 이 또한 법발전 내지는 법형성의 단계의 문제일 따름이다. 법언어의 불명확성은 자유권이든 사회권이든 관계없이 법일반에 항시 나타나는 현상이며 오히려 중요한 것은 그것의 해석과 적용의 관행들이 어떻게 집적되며 또 이에 대한 법공동체의 합의-의미공유-가 어떻게 형성되는가의 문제이다.⁴⁴⁸⁾ 실제 적법절차라든지 평등, 행복추구권, 사생활의 자유 등의 개념들은 주거권이나 건강권에 못지않게 다양하고도 중첩적인 의미를 가진다. 뿐만 아니라 그 의미의 확정도 사실관계뿐 아니라 규범내적 정합성의 틀 속에서도 가능하다. 실제 사회권위원회의 일반논평들에서 제기하는 제반의 최소핵심기준들은 보조적인 가치판단이나 평가의 도움을 받아 ‘법적’으로 결정된 것들이다. 절대적 기본권이라고 일컬어지는 변호인의 도움을 받을 권리조차도 수많은 해석과 적용례 그리고 입법형성에 의하여 그 내용이 결정된다.⁴⁴⁹⁾

(2) 사법능력의 문제

그 외 나머지 부정론의 논거들은 대부분 사법본질적인 문제라기보다는 제도설계의 문제로 환원된다.

446) 더불어 자원배분의 문제도 마찬가지로 유의미하지 않다. 사회권의 경우 그 실현을 위해 상당한 자원이 배분되어야 하는 것은 사실이나, 자유권의 경우에도 자원배분이 수반되지 않으면 실현될 수 없는 경우가 대부분이다. 예컨대 인신의 자유를 보장하기 위해서는 그에 상응하는 형사사법체계를 구축하여야 하며, 재판받을 권리의 실현을 위해서는 법원과 법관의 증설이 필요하며, 표현의 자유 또한 다양한 표현능력을 함양하기 위한 교육제도의 확보를 비롯하여 언론매체의 설치, 방송통신망의 구축 등 수많은 투자가 필요하게 된다.

447) 이 불명확성의 주장을 두고 M. Scheinin은 그것이 사법심사의 불가능성에 대한 이유가 아니라 경제, 사회, 문화적 권리가 저발전된 것임을 반영하는 것이라고 본다. 사회권에 관한 선례나 해석, 지침, 등이 제대로 구성되지 못함으로써 야기되는 불명확성일 따름인 것이지 그것을 이유로 사법심사의 가능성을 배제할 이유는 없다는 취지인 것이다. Martin Scheinin, "Economic and Social Rights as Legal Rights", in Asbjørn Eide, Cararina Krause and Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp.30-31.

448) 위의 글, 20면. 실제 J. W. Nickel, 조국 역, *인권의 좌표*, 명인문화사, 2010, 195-198면은 교육을 받을 권리와 적정절차에 대한 권리를 헌법에 명문화해 놓고도 입법자가 그 구체화법률을 제정하지 아니한 경우를 대비시키면서 이때의 법관의 역할은 서로 달리 볼 이유가 전혀 없음을 논증함으로써 사회권과 자유권의 구분론 자체를 부정한다. 사회권의 모호성에 대한 비판으로는 이성환, “사회권의 법적 성격”, *법학논총* 제22권 제2호, 2010, 152면 이하 참조.

449) 이에 대하여는 한상희, 변호인의 도움을 받을 권리: 비교법제적 분석, *일감법학*, 2010 참조. 실제 사회권의 애매성·불명확성은 그것이 사법자제의 이유가 되기 보다는 오히려 사법자제로 인하여 사회권의 의미내용을 보다 구체화하고자 하는 법학계·법률계의 노력이 누락된 탓이 크다. 이에 ICJ는 Bangalore Declaration and Plan of Action, 1995에서 사회권의 법적 의미를 보다 구체화할 필요성을 선언하고 있다. *ibid.*, para. 18(2)(위의 박찬웅 역, 위의 글, 21면 참조). 참고로 이 선언에서는 “독립된 사법부는 사회권의 효과적인 실행을 위해 필수불가결하다”고 단언하고 있다. para.14

당사자성의 한계는 집단소송제도의 도입여부와 직결되며 경우에 따라서는 우리 헌법재판소법이 취하고 있는 헌법소원과 같이 구체적 소송에 대한 결정의 효력을 추상적·일반적인 것으로 규정하거나 혹은 입법 촉구결정과 같이 사법심사의 과정에서 입법의 방향을 정하는 방식, 경우에 따라서는 일정한 보고를 받고 법원이 그에 대한 평가를 하는 과정에서 개별구체성과 일반추상성을 결합하는 방식 등으로 해결가능하다. 구체적 규범통제와 추상적 규범통제의 결합방식을 통해 얼마든지 처리가능하다는 것이다.⁴⁵⁰⁾ 그래서 헌법재판, 법률소원, 입법부작위소원 등의 경우 개별적 사건을 계기로 사법심사가 촉발되나 그 판단효과는 당해 법률 혹은 입법부작위 차제에 대하여 미치게 하면 당사자성의 문제는 극복될 수 있는 것이다.

정보의 문제 또한 절차법적 문제로 환원될 수 있다. 여기서는 처분권주의 내지는 당사자주의의 틀에 따라 청구인(혹은 원고)과 피청구인(혹은 피고)간의 대립당사자주의적 체제의 문제만으로 처리할 것이 아니라, 양자간의 협력적, 공화적 방식의 절차를 마련하는 것으로 그 문제의 상당부분을 극복할 수 있게 된다. 예컨대, 직권주의적 절차를 취하고 있는 우리 헌법재판소법의 현 체제상 현재의 증거제출명령 등의 제도를 활용하거나 혹은 공개변론, 참고인제도 등을 통해 결정을 위한 자료·자원을 확보하는 한편 전문가의 분석·평가능력을 활용하는 체제로써 처리될 수 있는 것이다. 경우에 따라서는 그러한 정보의 집적, 분석, 평가를 위한 당사자간 협력체계를 마련하거나 혹은 전문가 지원체계라든가 민간의 사법참여의 절차들—주로 amicus curiae형식의 의견제출, 참여방식—을 확보함으로써 법원 또한 얼마든지 정책결정의 과정을 감당할 수 있게 된다. 뿐만 아니라 오늘날의 정보지식사회의 구조하에서는 대부분의 사회권판단에 대한 전문성의 흠결은 얼마든지 보완 가능하다.

문제는 사안을 분석·평가하는 전문성의 문제가 아니라는 점에 있다. 무엇을 어떻게 분석하고 어떻게 평가하는가는 자료와 전문지식을 어떻게 동원하는가에 달려 있을 뿐 그 자체 중요한 본질적 장애사유는 되지 않는다. 오히려 더 중요한 것은 이렇게 판단되는 다양한 평가들중 어느 것을 선택하고 어느 것을 버릴 것인가라는 가치판단 혹은 정책선택의 문제인 것이며 이 점에서 사법의 능력은 그 업무를 담당하기에 충분하다. 문제는 정책의 실질에 대한 판단이 아니라, 자원의 배분원리를 구성하는 가치와 규범의 선택에 대한 판단이다. 헌법이 인권을 규정하는 방식은 기본적으로 다양한 헌법가치 중에서 인권이라는 가치를 최우선적인 것으로 선택하는 형태로 이루어진다. 사법심사는 이런 가치의 서열관계 속에서 특정가치의 우월성과 또 다른 가치의 종속성을 구별하는 일련의 절차인 것이다.

그러나 바로 이 부분에서 우리 헌법재판소는 한결같이 사법자제로 일관한다. 예컨대, 1994년 현재 대도시 2인가구 1인당 최저생계비가 월 190,000원임에도 매월 99,700원 정도의 생활비를 지급하는 것이 헌법이 정한 “인간다운 생활을 할 권리”에 위배되는가의 여부는 법규정의 명확성이나 정보의 한계 또는 입법재량 내지는 입법형성의 권리 등 모든 헌법원리들을 동원하더라도 어렵지 않게 판단가능하다. 하지만 그럼에도 헌법재판소는 이 사건에서조차 입법부나 행정부에 “광범위한 재량”을 부여하면서 스스로의

450) 이는 일종의 외부효과(Externality)의 문제인 바, 그 극복의 방안은 개방적 구조로써 처리하는 것이 최적이라 할 수 있다. 후술하는 바와 같이 추상적 규범통제에 적합한 형태의 소송구조를 도입할 필요는 있다. 즉, 공익적 입장에서 소송에 참여할 수 있도록 보조참가제도등을 확대하는 등 개방적 소송구조를 취하든지 혹은 시민배심과 같은 심의적 변론구조를 확보하는 등의 장치가 필요하다는 것이다.

직무를 방치해 버린다.⁴⁵¹⁾ 더구나 2002년도 최저생계비를 책정하면서 장애인가구와 비장애인가구를 구분하지 않은 채 동일한 기준을 적용한 것이 위헌인지 아닌지 여부조차도 회피하여 버렸다.⁴⁵²⁾ 분명한 것인 여기서도 사법부의 법판단이 내려질 수 있는 여지가 없지 않다는 점이다. 실제 사회권의 법리에서 요구되는 사법적 판단의 대상은 상호 경쟁하는 정책대안들 중에 어느 하나를 선택하는 것이 아니라, 어떻게든 선택된 정책대안이 사회권의 최소핵심(소위 minimum core standard) 혹은 본질적인 부분을 침해하고 있는지, 또는 그 수단과 목적-결과간에 법적 합리성이 결여되어 있는 것은 아닌지의 여부이다.⁴⁵³⁾ 어떠한 정책대안으로 인하여 법체계가 견디기 어려운 사회권의 누락, 결여 혹은 침해가 존재하게 되는지의 여부는 보다 순수한 의미에서의 법판단이며 이는 사법부의 본래적 기능에 해당하는 것이다.⁴⁵⁴⁾

(3) 집행의 문제

집행의 문제 또한 법제도의 문제에 한정될 수 있다. 후술하는 인도나 남아프리카공화국의 예에서 보듯, 법원이 입법부나 행정부에 대하여 일정한 작위의무를 명하고 그 이행을 보고받으며 감시하는 체제를 구축하는 것으로 이 문제를 처리할 수 있다는 것이다. 즉, 사회권위반의 국가행위(입법·집행, 처분 등)를 위법한 것으로 선언하고 그에 따라 일정한 국가행위에 대한 의무화선언(의무화결정)을 하거나 혹은 일정한 작위의무를 선언(의무이행결정)하는 것과 그 후속조치로서 입법부나 행정부에 대하여 보고하고 이 보고결과를 모니터하는 방식으로 장래의 국가행위에 대한 감시·감독의 체제를 구축하는 등의 방법이 존재하기 때문이다. 물론 이는 입법 혹은 헌법개정의 작업⁴⁵⁵⁾이 필요할 수도 있을 것이나 어찌 되었든 그것은 사법본질적인 문제가 아니라 제도적 수준에서의 구조화작업의 문제라는 점은 변함 없다.

실제 권력분립의 문제는 사법소극주의를 이끄는 가장 강력한 이론적 장치가 되어 있으나, 이 또한 자의적이라는 비판을 면하기 어렵다.⁴⁵⁶⁾ 실제 권력분립의 체제하에서도 입법부와 행정부는 그것이 의원내

451) 헌법재판소 1997. 5. 29. 94헌마33

452) 2004. 10. 25. 2002헌마328

453) 이에 남아프리카공화국의 헌법재판소도 합리성의 판단에 대한 확고한 기준선을 그어둔다. 그에 의하면 “보다 바람직하거나 보다 우호적인 조치들이 채택가능하였는가 혹은 공적 자금이 보다 잘 이용될 수 있었는가”가 아니라 “국가가 취한 입법조치 혹은 기타의 조치들이 상당한 것인가(reasonable)”가 판단의 기준이 되어야 한다고 하면서, 이때 합리적이라는 판단은 그 계획(programme)이 구성(conception)에서뿐 아니라 집행에 있어서도 합리적이어야 한다고 하였다. 아울러 부적절한 자원배분, 관료들의 비효율성이나 무능력, 인프라의 부족은 비합리적이라는 판단 요인이 된다고 하였다. *Government of Republic of South Africa v. Irene Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (CC). 이 사건은 사유지에서 무단주거하던 청구인이 강제퇴거조치를 당하게 되자 주거권(헌법제26조, 국가는 점진적 실현의무를 짐) 및 아동의 주거권(헌법 제28조, 국가는 즉각적 실현의 의미를 짐) 침해를 이유로 청구한 것이다. 이 점은 후술한다.

454) 이 점과 관련하여 인도의 대법원이 응급의료시설을 제대로 구비하지 아니한 국가에 대하여 사회권위반을 선언하면서 “이러한 편익을 제공하기 위하여 재정적 자원이 필요하다는 것은 사실이다. 그러나 이와 동시에 국가가 국민들에게 적절한 의료조치를 제공해야 한다는 헌법적 의무 역시 경시될 수 없다”고 단언하고 기소된 가난한 자에 대한 무료법률구조를 제공하여야 할 국가의 헌법적 의무를 재정적 제약을 이유로 기피할 수 없다는 종래의 판결을 인용하면서 “인간의 생명을 보호하기 위하여 의료 원조를 제공하는 국가의 헌법적 의무의 수행”도 마찬가지여야 한다고 판단하였다. *Supreme Court of India, Pashim Banga Khet Samity v. State of West Bengal, Case No. 169, May 6, 1996, para.16: ICJ, 전계역서, 109면에서 전제*

455) 남아프리카공화국 헌법 제172(1)(b)조 헌법재판소에 “정당하고 형평적인(just and equitable)” 모든 명령을 내릴 수 있는 권한을 부여하고 있음을 참조할 만하다.

각제든 대통령제든 불문하고 하나같이 상호 긴밀한 협력/견제체제를 이룬다. 권력간의 경계에 해당하는 부분은 명확한 장벽이 구성되어 있는 것이 아니라 모호한 회색지대가 존재하면서 서로 편의적으로 넘나들 수 있도록 하고 있다. 입법위임이나 인사청문회, 국정감사·조사, 예결산과정에서의 협력관계 등 다양한 부분에서 상호 중첩되는 기능들을 수행하고 있는 것이다. 관련하여 이미 헌법재판소도 헌법상 권력분립의 원칙이란 기계적인 분할체계가 아니라 “권력 상호간의 견제와 균형을 통한 국가권력의 통제를 의미”한다고 보았다.⁴⁵⁷⁾ 법원에 의한 권력통제기제로서의 사회권에 대한 사법심사는 그 자체 “권력분립에 반하는 것이 아니라 구력분립의 원칙을 실현하는 것으로 볼 수 있다”는 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 정작 이들과 사법부의 관계에 대하여서만 철저한 권력분립을 요구하는 것은 이론적으로도 타당성이 결여되어 있을 뿐 아니라 현실적으로도 그리 바람직하지는 않다.⁴⁵⁸⁾

아래의 남아프리카공화국 헌법재판소의 판단은 이 점에서 경청할 만하다.

사회-경제적 권리를 포함시키는 것은 법원이 예산의 문제에 대하여 직접적인 의미를 가지는 명령을 할 수도 있게 함을 의미한다는 지적은 사실이다. 하지만, 법원이 평등이라든가 표현의 자유, 혹은 공정한 재판을 받을 권리 등과 같은 시민적, 정치적 권리를 집행할 때에조차도 법원이 내리 명령은 그런 의미를 가지게 되기도 한다. (...) 우리의 견해로는 사회-경제적 권리를 권리장전에 포함시킴으로써 권리장전에 의하여 법원이 일상적으로 부여받게 되는 과업과는 전혀 다른 과업을 법원이 수행하여 결국에는 권력분립의 원칙을 침해한다는 주장은 받아들일 수 없다.⁴⁵⁹⁾

결국 사회권을 자유권과 구분하여 논의하는 것은 사법의 본질에도 부합하지 않으며 세계적인 추세에도 적절한 것이 아니다. 양자의 통합적인 인식을 가로막고 사회권에 대한 사법심사를 가로막는 대부분의 장벽들은 제도설계의 문제로 환원되며 그것도 우리나라의 경우 상당부분 헌법재판제도로써 극복가능한 것이기도 하다.⁴⁶⁰⁾ 설령 현행법제로 인하여 어려움이 있다 하더라도 그 법제의 개정을 통하여 그것을 치유

456) 남아프리카공화국의 헌법재판소도 사회권에 대한 사법심사는 권력분립의 원칙에 반하는 것이라는 주장에 대하여 “법원이 평등, 표현의 자유, 공정한 재판을 받을 권리와 같은 자유권을 강제함에 있어서도 법원의 명령은 늘 권력분립의 원칙과의 관련성이 있었다”고 하여 자유권의 경우에도 사회권과 마찬가지로 문제가 발생함을 지적하였다. 그리고 이로부터 “사회·경제적 권리를 권리목록에 포함시킨다고 하여 법원에 부여된 직무가 권력분립의 원칙에 위배된다고 말할 수 없다”고 단언한다. Constitutional Court of South Africa, Case CCT 23/96, Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, Sep. 6, 1996, para.77: ICJ, 전계역서, 108면에서 전제

457) 헌법재판소 2008. 1. 10. 2007헌마1468

458) 이러한 논지로 권력분립론의 수정을 도모하는 입장을 협동모델(co-operative model)이라고 한다. 즉, 각 국가기관들 상호간의 ‘헌법적 대화’를 통해 지속적인 상호작용관계를 유지하면서 권력의 집중을 방지하고 보다 탄력적인 국가구성을 도모하는 것이다. Liebenberg, S., South Africa's Evolving Jurisprudence on Socio-Economic Rights, "Socio-Economic Rights Project, CLC, UWC, 2002, p.4 참조. 또한 권력분립론에 의한 사회권의 사법심사가능성을 부정하는 입장의 오류를 밝힌 것으로는 Gargarella, R., P. Domingo, and T. Roux, "Rights and Social Transformation: Concluding Reflections," in: Gargarella, R., P. Domingo, and T. Roux, op.cit., pp. 참조.

459) Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa 1996 (4) SA 744: 1996 (10) BCLR 1253 (CC), para. 77

460) 실제 우리 헌법재판소도 사회권에 관하여 가능한 한 폭넓게 판단하고 있다. 예컨대, 헌재 1995. 7. 21. 93헌가14(국가유공자에 대한 사회보상); 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33(생계보호기준); 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216; 헌재 2003. 5. 15.

할 일이지 이를 빌미로 사회권을 형해화시키는 우를 범해서는 아니 될 것이다. 만에 하나 그러한 변화가 헌법적으로 문제된다면 이는 헌법개정 문제로 치환하여야 할 것이다.

2. 정리: 사법심사의 필요성

정책판단이 실체를 구성할 수밖에 없는 사회권을 굳이 사법심사의 영역으로 끌어들이어야 하는 현실적인 이유는 무엇인가? 그 답은 간단하다. 대표의 보완 내지는 대표강화를 위한 방편이기 때문이다. 역사가 보여주듯, 사회권은 사회·경제적 약자의 권리이다. 사회권의 실현으로 인해 수혜받는 당사자들은 사회적·경제적 소수자이며 이들은 대부분 정치과정 및 정책과정에서 소외되는 계층이다. 이들은 일반적인 정치체계에서 대의제민주주의라는 틀로서는 쉽사리 대의되지 못하고 대표되기 어려운 계층에 해당한다. 사회권 실현의 실질적 요건을 구성하는 자원의 배분, 재분배의 과정에서 참여하거나 그 대표자를 파견할 수 없거나 상당한 어려움에 봉착하고 있는 집단의 구성원이 사회권의 주체로 등장하는 것이다. 법원은 이런 대의제의 한계를 극복하는 가장 유효하고 가시적인(visible) 절차를 마련한다. 선거나 정당, 여론 등 다른 정치과정과는 달리 사법과정은 이들이 유효하게 자신의 목소리로써 자신의 권리를 주장할 수 있게 하는 것이다.

아울러 구체적인 사건성을 바탕으로 하는 사법의 본질과 일반추상적 집행을 모토로 하는 입법 및 행정의 과정이 대비되는 점도 사회권에 대한 사법심사의 필요성을 야기한다. 대체로 사회권에 관한 국가행위는 일반적·추상적 수준에서 이루어진다. 생계기준이나 최저생계비, 최저임금 표준의료수가 등의 결정 등은 그 대표적인 예이다. 하지만, 인간다운 생활의 문제라든가 그 권리에 대한 침해의 양상은 개인적·구체적 수준에서 경험된다. 사회적 연대성의 원칙에 따라 생활상의 원조를 필요로 하고 또 그에 상응하는 원조의 내용과 방법은 개별적이고 구체적으로 결정되어야 한다는 것이다. 문제는 이 양자의 간극이다. 상당히 많은 경우에 집단적 의사결정의 결과로 개인이 인간다운 생활의 권리를 제대로 구현하지 못하는 상황이 벌어지게 되는 것이다. 물론 이렇게 사회권의 침해를 받은 '개인'은 그 구제를 모색하기 위해서는 집단적 결정의 방식(입법 등 정치적 결정) 혹은 행정적 결정의 방식(행정기관에의 호소 및 일정한 행정작용의 유도)을 취할 수도 있다. 하지만, 이는 다수결의 과정을 거쳐야 하는 정치체제의 특성상 자신의 주장에 동조하는 사람들로써 다수자집단을 형성하여야만 가능하게 된다. 입법청원을 하거나 진정을 하거나 어쨌든 의원의 다수를 확보하여야 하며 행정권력의 담지자를 설득 혹은 압박할 수 있어야 한다. 문제는 사회권이 침해되었다고 주장하는 개인의 입장에서는 이런 능력을 확보하는 것은 그리 쉬운 일이 아닐 뿐더러, 스스로 유의미한 대표를 파견할 정도의 정치적 다수에 속하지 아니한 개인이 그러한 결정을 위한 절차 자체에 접근할 수 있을지 조차 확실하지 않는 경우가 대부분이 된다.

2002헌마90(국가유공자에 대한 사회보상); 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328(사회부조); 2015. 6. 25. 2014헌바269(산재보험수급권); 2003. 12. 18. 2002헌바1(의료보험수급권); 2010. 7. 29. 2005헌바15(퇴직급여수급권); 2002. 12. 29. 2002헌마52(사회서비스) 등이 그것이다.

반면 소송의 방식은 적당한 법리의 구성작업만으로도 얼마든지 자신의 문제에 대한 심층적 심리와 판단을 구할 수 있게 된다. 개인의 이니티어티브로써 얼마든지 일정한 심판, 판단의 절차를 개시할 수 있다는 말이다. “사법부는 정치기관의 결정에 의해 심각하게 영향을 받거나 잉여화된 사람들로부터 불관을 접수하는 것이 그들의 주된 기능이기에 때문에 법관은 특히 [공적 토론을 추동하는 결정적인 엔진으로서의] 과업에 잘 어울린다.”라고 하는 R. Gargarella⁴⁶¹⁾의 판단은 사법부가 ‘개인’의 권리구제수단으로서는 가장 효율적이고 가치적인 기관이라는 점을 잘 대변한다.

아울러 이러한 사법적 절차는 경우에 따라 사회적 이슈로 전환되어 공론화의 과정에 편입될 수도 있다는 장점을 가진다. 사법절차가 가지는 몇 가지 특성은 이런 사회권의 구체절차로서의 사법절차의 장점을 구성한다. 공개재판의 원칙을 선언하고 있는 헌법 제109조는 당사자주의의 절차를 취하고 있는 재판구조와 함께 가장 적절한 사회적 아젠다를 구성하는 틀을 이룬다. 즉, 사법절차는 언론 등을 통해 사회적 주의를 집중시키며 사회적 이슈를 공적인 관심사로 고양시키기에 가장 손쉬운 수단이 될 뿐 아니라, 심리의 공개를 통해 당해 사회권이슈에 대한 다양한 논점과 근거, 주장과 반론 등을 종합적으로 대중들에게 제공할 수 있다는 장점을 가진다. 사회권의 문제를 사회적 의제로 설정하는 아젠다 세팅의 가장 유효한 공간을 사법부가 제공하고 있는 것이다.⁴⁶²⁾

이 점은 다시 사법절차가 가지는 절차적 공정성의 기제에 의하여 더욱 강화된다. 소수자인 사회적 약자가 사법절차속에서는 피고인 행정부 혹은 입법부와 대등한 입장에서 주장과 반박을 하며 증거와 정보를 획득, 공개할 수 있게 되는 것이다. 물론 이에에는 그에 상응하는 입증책임의 법리 및 증거개시제도 등과 같은 법제정비가 필요하지만, 그런 변화가 없다 하더라도 일반적인 절차나 과정을 통해서만 알 수 없었던 자료·증거들이나 혹은 국가측의 반론, 주장들을 접할 수 있는 기회가 유효하게 확보된다.

또한 사회권에 관하여 합리성·효율성에 관한 정책선택이 아니라 법적합성여부에 관한 결정의 절차로 기능하는 사법절차는 승자독식의 구조로 인하여 더욱 그 결정의 효과를 강화시키게 된다. 즉 승소자는 자신의 주장에 대한 법적 정당성의 확보가 용이하며, 나아가 가장 확실한 형태의 권리구제를 받게 된다. 즉, 소송대상이었던 처분등 국가작용의 근거가 되는 법령, 정책, 예산 등에 대한 위법성선언이 이루어져 그 침해의 원인 자체가 소멸하거나, 혹은 이를 바탕으로 입법개선 혹은 행정개선의 작업이 이루어질 수 있기도 하다.⁴⁶³⁾

적어도 사법절차는 사회권의 실현을 위한 최선의 과정은 되지 않을지는 모르나, 사회적 약자인 개인들

461) Roberto Gargarella, 2006, p.28

462) 이 점에서 헌법재판소에서 이루어지는 공개변론은 사법부의 민주성 부족이라는 비판을 극복하기 위해서라도 반드시 필요한 절차 중의 하나이다. 사실 이러한 사법의 특성은 시민사회에서 공익법운동의 일환으로 동원되기도 한다. 1950-70년대에 미국에서 활발하게 진행되었던 것처럼, 일정한 사회변화를 야기하기 위한 수단이나 과정의 하나로 혹은 그것을 공론화하기 위한 전략의 하나로 소송이라는 방식을 사용하는 것이다. 다만, 최저생계비기준 사건에서 보듯, 경우에 따라서는 그 사법절차의 결과로 패소하게 되는 경우에는 일정기간 동안 그러한 공론화의 가능성이 폐쇄되는 역효과를 야기할 수도 있다.

463) 경우에 따라서는 이렇게 고양된 사회적 주의를 바탕으로 소송에서는 패하더라도 그에 상응하는 입법개선을 확보할 수도 있다. 예를 들어 노동조합의 경우 제3자개입금지를 규정한 법규정에 대한 위헌주장은 헌법재판소에 의해 기각되었지만, 향후 국회가 이 조항을 삭제하는 입법개선을 이루기도 하였다.

이 입법부와 행정부 또는 국가를 상대로 자신의 사회권을 주장할 수 있는 가장 유효한 방법 중의 하나가 되기도 한다. 물론 그것만으로는 별다른 사회변화 혹은 법제발전을 도모할 수 없을지는 모르나, 적어도 이를 계기로 새로운 법단계로 나아갈 수 있는 사회적(경우에 따라서는 정치적) 터전을 확보할 수 있다.⁴⁶⁴⁾

II. 사회권에 대한 사법적 심사와 그 사례들

1. 사회권과 사법적 심사⁴⁶⁵⁾

사회권에 대한 사법적 심사⁴⁶⁶⁾의 가능성은 이론적 제안에만 그치지 않는다. 실제 사회적 안전망이 채 구비되지 못한 개발도상국들에서는 입법이나 행정의 과정에서 배려되지 못한 사회적 약자들에 대한 구제 방식으로 사법부가 적극적인 법판단을 행하는 경우가 적지 않다. UN의 사회권위원회를 비롯하여 그동안 국제적인 인권기준으로 등장하였던 사회권의 법적 구속력의 문제가 구체적인 사건에 대한 사법판단을 통해 다시금 그 법적 의미를 현실적 구속력이라는 수준으로 재구성되고 있는 것이다.

이하에서는 이러한 예들을 중심으로 사회권에 대한 사법적 심사가 어떻게 이루어지고 있으며 그 심사의 기준과 사법판단의 내용을 살펴 볼 것이다. 최근 집중적으로 나타나고 있는 사회권에 대한 사법판단은, 우선 ①사회권을 직접적으로 인정하면서 그에 구속력있는 판단을 내리는지 아니면 자유권 등 다른 기본권으로부터 사회권적 의미를 가지는 결정을 이끌어내는지에 따라 강한 심사와 약한 심사로 구분되며, ②심사의 기준과 관련하여 최소핵심(minimum core)심사와 같은 객관적 기준을 사용하여 보다 일반적인 법판단을 이끌어내고자 하는지 아니면 합리성(rationality)심사 등의 방법으로 구체적이고 형평적인 결정을 지향하는지, 그리고 ③심사의 결과로 입법부나 행정부의 행위가 위법함을 확인하는 수준에 그치는지 아니면 일정한 의무의 존재를 선언하거나 혹은 일정한 행위를 명령하는 방식으로 결정에 이르는지

464) 이와 관련하여 Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, ch.4는 인권 특히 사회권을 헌법의 차원으로 명문화 혹은 제도화하더라도 그것의 사법심사과정을 통해서만 사회정의의 개선에 별 도움이 되지 않았다고 주장한다. 하지만, 이 분석은 몇 개의 사회권관련 판결을 통해 소득분배의 편향성 개선여부(특히 GINI계수의 변화여부)를 측정하는 방식을 사용하는 무리를 범하고 있어 그 분석의 결과를 신뢰하기 어렵다. 환언하자면 GINI계수의 경우 그에 영향을 미치는 요인들이 너무도 많으며 사법작용-그중에서도 사회권과 관련한 사법작용-이 이에 미치는 영향의 강도를 다른 변수들의 영향강도와 구분하고 후자를 통제하는 가운데 사법결정과 GINI계수의 변화와의 관계를 규명하여야 했었으나, Hirschl의 분석은 이런 변수통제를 아예 하지조차 않음으로써 그 주장의 근거를 스스로 상실해 버리고 말았다.

465) 이 항은 한상희, “사회권과 사법심사: 여전히 ‘생성중인 권리’의 복권을 위하여”, *공법연구* 제39집 제1호, 2010, 107-119면을 중심으로 수정, 편집한 것이다.

466) 여기서 사법심사 혹은 사법적 심사라 함은 오직 법원이나 헌법재판소에 의한 심사만을 의미하지는 않는다. 이 글은 어떠한 조치나 입법의 규범적 타당성에 관한 판단을 바탕으로 그 조치나 입법의 효력을 부정하는 수준에 이르는 판단 즉 무가치성의 판단 전체를 지칭하고자 한다. 즉 법원이나 헌법재판소뿐 아니라 국가인권위원회나 국제 인권기구들에 의한 판단 또한 그 규범적 정합성과 타당성에 관한 판단을 중심으로 이루어지는 만큼 이를 총괄하여 사법심사 혹은 사법적 심사라 규정하고자 한다.

등의 구분이 이루어진다.

1) 약한 심사 v. 강한 심사

(1) 자유권을 매개로 한 사법심사

약한 심사의 방식은 헌법에서 별도의 사회권 규정을 두지 않거나(미국 등) 혹은 사회권과 관련한 규정이 있어도 그것을 권리의 방식이 아니라 국가의무 또는 헌법상의 국가이념의 형태로 규정하고 있는 경우에 이루어진다. 여기서는 사회권이라는 권리목록을 별도로 인정하기보다는 다른 기본권—특히 생명권—으로부터 파생되거나 그에 내포되는 권리로서 사회권을 선언한다.

인도는 이런 약한 심사가 이루어지는 대표적인 경우로서 인도의 헌법은 자유권에 관한 사항들은 헌법의 명문규정으로 권리화하고 있지만, 사회권과 관련한 사항들은 권리가 아니라 국가의무조항으로 변형시켜 규정하고 있다.⁴⁶⁷⁾ 즉, 인도 헌법에 의하면 국가로부터 사회적 배려를 받을 국민의 지위는 권리가 아니라 국가의무의 이행으로 인하여 얻게 되는 일종의 반사적 이익 내지는 하나의 특권(privilege)에 지나지 않는다. 그러나 그럼에도 불구하고 인도의 대법원은 사회권에 관한 청구에 대하여 법의 부재를 이유로 그 판단을 회피하지 않는다. 오히려 헌법상의 생명권규정(제21조)⁴⁶⁸⁾을 원용함으로써 사회권에 관한 법리를 구성한다. 즉, 헌법에서 기본권으로 보장되는 생명권은 인간으로서 존엄한 삶을 살아갈 권리를 의미하는 것이고 따라서 여기에는 존엄(dignity), 생활조건(living condition), 건강(health) 등의 내용이 포함된다고 보는 것이다.

그 대표적인 사건이 *Shantistar Builders v. Naryan Khimalal Totome & Others*⁴⁶⁹⁾이다. 여기서 인도 대법원은 헌법에서 보장하고 있는 생명권은 인간으로서의 존엄성이 확보된 삶을 살아갈 권리를 의미한다고 보면서 이에 적절한 영양과 의복에 대한 권리와 주거지(shelter)에 대한 접근권 등이 포함된다고 선언하였다. 즉, 이 판결에 의하면 합리적인 수준에서의 주거는 인간발전과 ‘생명권’의 충족을 위해 필수 불가결한 것이 되는 것이다.

*Chameli Singh & Others v. State of Up & Anr*⁴⁷⁰⁾ 역시 위의 판결과 유사한 사안을 다루고 있는 것으로 주거지(shelter)에 대한 권리는 생명권의 핵심적 요소라고 단언하고 있다. 즉, 인간의 품위를 유지할 수 있는 수준의 주거를 확보하지 못하게 되는 것은, 평등권, 경제적 정의, 주거에 대한 기본권, 인간

467) 인도 헌법 Part IV가 이에 해당하는 것으로, 사회질서 및 안정을 도모함으로써 인민의 복지를 증진시켜야 할 의무(제38조), 평등의 실현의무(제39조), 기본적인 생활조건을 충족시켜야 할 의무(제43조), 노동자들의 경영참여를 촉진하여야 할 의무(제43A조) 등을 정하고 있다. 특기할 만한 것은 이 Part IV에서 정하는 사항에 대하여는 법원에 제소할 수 없도록 하고 있어(제37조 “The provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court”) 이에 관한 사법적 심사는 헌법적으로 배제된다

468) 원문은 다음과 같다: **21. Protection of life and personal liberty.**—No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law.

469) 1 SCC 520(1990). 이 사건은 노숙자들을 강제퇴거시킨 시청과 그 권한의 위임을 받은 업체를 상대로 주거권을 주장하면서 제기되었다.

470) 2 SCC 549(1996)

으로서의 존엄과 생명권 그 자체 등 헌법이 구현하고자 하는 모든 목표들을 좌절시켜 버리는 것과 마찬가지로 하겠다. 이에 인도 대법원은 “어떤 조직된 사회에서도 인간(human being)으로 살아갈 권리는 인간의 동물적인 욕구를 충족시키는 것만으로 보장되는 것이 아니다. 그 사람이 자신을 개발할 수 있는 모든 편의(facilities)를 확보하고 자신의 성장을 가로막는 제약들로부터 자유로울 때에만 그것이 보장된다. 모든 인권은 이런 목표를 달성하기 위하여 고안되었다.”고 보는 것이다. 이 판결은 d에 더하여 생명권의 내포로서 식량에 대한 권리, 물에 대한 권리, 건전한 환경에 대한 권리, 교육권, 의료처치(medical care)에 대한 권리 등도 포함시키고 있다. Olga Tellis v. Bombay Municipal Corporation⁴⁷¹⁾ 사건은 생계(livelihood)에 대한 권리도 생명권에 포함되는 것이라고 선언하면서 도시개발을 빌미로 직업을 구하기 위해 대도시 주변의 포장도로에서 노숙하는 자들을 강제퇴거시키는 것은 생명권을 침해하는 것이라고 하였다.⁴⁷²⁾

미국 연방대법원의 Pottinger v. City of Miami⁴⁷³⁾ 사건도 이와 유사한 맥락에 선다. 마이애미 시 당국이 도시계획의 실시를 위해 경찰을 동원하여 노숙자들을 강제퇴거시키는 것 자체는 별다른 판단을 하지 않았지만, 경찰이 이 노숙자들을 체포하고 그들의 물건을 파괴하는 것은 잔인하고도 이례적인 형벌에 해당할 뿐 아니라, 이러한 단속과정에서 적법절차에 대한 권리 및 프라이버시권을 침해하는 한편 자유롭게 여행할 수 있는 권리가 내포되어 있는 평등보호조항을 위배하여 그 강제퇴거행위는 위법하다고 판단하였다.

ICJ의 보고서는 이런 형태의 판결양상들을 다음의 표와 같이 정리한다.⁴⁷⁴⁾

발동된 자유권	보호되는 사회권
생명권	건강·식량·물·교육권
고문/굴욕적인 처우로부터의 자유	건강·주거권
사생활·가족생활에 대한 권리	건강·주거권
재산권	사회보장·주거권, 토착민의 조상대대의 토지에 대한 집단적 권리
아동에 대한 보호	건강·식량·교육권
거주·이전의 자유	주거권, 토착민의 조상대대의 토지에 대한 집단적 권리

471) 3 SCC 545(1985)

472) 이 판결은 방글라데시 대법원에 의해 인용되어 ASK and Ors v. Government of Bangladesh and Ors, 19BLD (1999)의 주된 내용을 이룬다. 이 판결 또한 생계의 권리가 생명권에 의해 보호된다고 보았다.

473) 810 F.Supp. 1551(1992)

474) ICJ, 전계역서, 89면. 실제 이런 식의 간접적 인정은 사회권규정을 별도로 두고 있지 않는 유럽인권협약을 인해 유럽인권재판소가 주로 취하는 심사방식이 된다. 자세한 것은 ICJ, 전계역서, 제4장 참조.

결사의 자유	노동조합 결성 및 가입권, 집단교섭권
강제·강요 노동으로부터의 자유	노동권/공정한 노동조건에 대한 권리

사회권을 직접 인용하면서 이를 권리목록에 포함시키는 강한 심사의 예는 굳이 들 필요는 없을 것이다. 다만, 아르헨티나의 Viceconte, Mariela Cecilia v. Argentina Ministry of Health and Social Welfare, Poder Judicial de la Nación⁴⁷⁵⁾ 사건은 강한 심사임에도 불구하고 상당히 특이한 법리를 취한다. 이 사건은 유행성출혈열을 위한 백신(Candid-1)을 생산하던 사기업이 수익성이 없다는 이유로 생산중단하기로 하자 이에 반발하여 원고인 M. Viceconte가 정부가 이 백신을 계속 생산할 것을 청구한 것으로, 대법원은 아르헨티나 정부에 대하여 출혈열로 고통받고 있는 350만의 사람들에게 대한 보호수단을 강구하도록 조치할 것을 결정하였다. 여기서 아르헨티나 대법원은 이 건강권을 자국의 헌법에서 도출하지 않고 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제협약(ICESCR) 제12조 (2)(c)에서 도출하였다. 국제인권법으로부터 직접 사회권을 도출하고 있는 것이다.⁴⁷⁶⁾

(2) 한국형 다니엘 브레이크 사건의 사례

사회권과 자유권의 불가분성으로 인해 사회권 침해가 문제되는 사안은 많은 경우 자유권 침해로도 심사할 수 있다.⁴⁷⁷⁾ 따라서 국가인권위원회법을 개정하지 않더라도 국가인권위원회가 자유권을 매개로 간접적으로 일정한 범위의 사회권 침해 사안에 대한 조사 및 구제를 할 수 있다는 해석이 가능하다. 그러나 그러기 위해서는 주거권, 교육권, 사회보장권, 건강권과 노동권 등을 보장할 국가의 의무와 해당 의무를 이행하기 위한 제도, 그리고 자유권과의 관계에 대한 충분한 이해 등이 전제가 되어야 한다. 특히 국가인권위원회는 그동안 사회권 침해에 대한 심사 및 구제를 할 수 없다는 전제가 강하게 지배해왔기 때문에 자유권 침해로 진정된 경우라 하더라도 사회권 침해와 관련되어 있는 경우 오히려 소극적으로 심사하는 태도를 보이는 경향이 있었고, 관련 결정례 또한 축적되어 있지 않은 것도 사실이다.

사회권과 자유권이 밀접하게 관련된 사안으로 국가인권위원회에 진정된 사건 중 기초생활수급자가 국민연금공단의 잘못된 근로능력평가로 조건부 수급자⁴⁷⁸⁾로 선정되어 본인의 의사와 건강상태와 무관하게 취업전선에 뛰어들 수밖에 없게 된 결과 지병 악화로 사망한 사건(일명 ‘나, 다니엘 블레이크 사건’)을

475) Case No. 31.777/96, 1998

476) 물론 이런 국제법의 원용은 당해 헌법체계에서 국제법의 지위를 어떻게 정하는가에 따라 달라질 수도 있다. 예컨대 변형주의를 취하는 경우에는 별도의 이행법이 존재하지 않는 한 이런 식의 직접 원용은 불가능할 것이다. 다만 우리나라의 경우 수용주의를 취하는 만큼 법원의 사회권판단은 직접 이러한 국제조약들을 근거로 이루어질 수도 있다.

477) 유럽인권협약은 사회권 관련 명시적 규정이 없지만, 유럽인권재판소는 생명권(제2조), 재판청구권(제6조), 사생활 및 가족생활의 자유(제8조), 집회 및 결사의 자유(제11조) 등을 통해 사회권을 간접적으로 보장해왔다(홍선기, (2019). 사회권에 대한 유럽인권법원의 대응방안 연구. 사회법연구, 39, 1-43.)

478) 국민기초생활보장법 제9조 제5항에 따라 보장기관은 근로능력이 있는 수급자에게 “자활에 필요한 사업에 참가할 것을 조건으로 하여” 생계급여를 실시할 수 있다. 이처럼 조건이 부과되는 수급자를 일반적으로 “조건부 수급자”라고 부른다.

들 수 있다. 피해자는 2005년경 흥복부대동맥류 진단을 받아 2차례의 인공혈관 교체수술로 근로능력을 상실한 상태였으나, 보장기관이 직접 실시해온 근로능력평가가 2012년 말 국민연금공단에 위탁된 이후 2013년 받은 첫 번째 근로능력평가에서 갑자기 ‘근로능력 있음’ 판정을 받았다. 그러나 그 근거에 대한 설명을 전혀 듣지 못한 채 추정소득부과⁴⁷⁹)로 기초생활보장급여의 60%가 삭감되었고, 고용센터에서 실시하는 취업성공패키지사업(취업지원사업)에 참여하라는 조건을 부과 받았다. 피해자는 원래 광역버스 운전기사로 일했었기 때문에 사무직은 생각하기 어려웠고, 육체노동 중 그나마 감당할 수 있는 일은 경비직이라고 생각했다. 또한 출퇴근도 체력적으로 힘들어 집 근처 일자리를 구했으나, 고용센터에서 소개한 경비 일자리는 3교대밖에 없었고, 집근처도 아니었다. 이에 피해자는 결국 2014년 초 집 근처 대규모 아파트단지 지하주차장 청소부로 취직하였다. 주간 근무였고, 청소차를 운행하는 일이었기 때문에 감당할 수 있다고 생각했던 것이다. 그러나 피해자는 취직한지 3개월 만에 고열로 쓰러졌고, 3개월 후 인공혈관 주변 감염으로 사망하였다.

유족인 배우자는 피해자의 사망 후 국가인권위원회에 잘못된 근로능력평가, 평가 이유를 제시받지 못함으로 인한 실질적 불복기회의 박탈, 조건부과를 통한 근로강요와 그로 인한 사망으로 인간다운 생활을 할 권리, 행복추구권과 생명권이 침해되었다는 취지의 진정을 제기했다. 이에 대해 국가인권위원회는 약 1년에 걸친 조사 끝에 서면심사로 이루어진 근로능력평가가 피해자의 상황을 고려하지 못한 점은 인정되나, 평가규정을 위반한 잘못된 업무처리를 하였다고 보기 어렵다는 이유로 진정을 기각하였다. 그런데 피해자 유족이 이후 제기한 국가배상청구소송에서 법원은 오히려 근로능력평가의 위법상과 과실을 인정하여 국가배상을 명령하였다(수원지방법원 2019. 12. 20. 선고 2017가단531037 판결, 수원지방법원 2019. 10. 29. 선고 2020나51686 판결). 인권침해 여부는 반드시 법의 테두리 내에서 판단할 것이 아님에도 불구하고 국가인권위원회는 법의 테두리를 벗어나지 못함은 물론, 오히려 법원보다 협소한 기준을 적용한 것이다. 이처럼 소극적 판단에 머무르게 된 데 인간다운 생활을 할 권리를 실현하기 위한 법제도의 운영과정에서 발생한 인권침해라는 점이 적지 않게 작용한 것으로 보인다.

2) 사법적 집행의 가능성: 특히 적극적 조치에 대한 사법판단의 예

사회권에 관한 사법적 심사에 있어 사법부가 내릴 수 있는 판단은 크게 사후적·교정적 판단과 사전적·형성적 판단으로 대별할 수 있다. 전자 즉 사후적·교정적 판단은 어떠한 입법행위 또는 행정작용이 있고 난 연후에 사후적으로 그 행위의 위법성 여부를 판단하는 것이다. 물론 이에선 부작위-입법부작위 및 행정부작위-에 대한 사후적 평가도 포함된다. 이런 영역에서의 사법판단은 그 행위의 무효화선언(위헌법률판결, 처분의 취소판결 혹은 부작위위법확인 등)을 비롯하여 그 행위를 무가치한 것으로 선언하고 그 행위자를 처벌하는 방법, 보상·배상이나 원상회복·장애제거 등의 방법으로 위법한 현존재를 제거하는

479) 당시 보건복지부 지침에 근거를 둔, 근로능력 있는 수급자에게 일정한 소득이 있다고 추정하여 수급자격 여부와 급여액을 산정하는 기준이 되는 소득인정액에 산입하는 실무관행을 지칭한다. 현재 예전과 같은 방식으로 추정소득 부과를 하지 않으나, 국민기초생활보장법 시행령 제5조 제3항은 일정한 경우 “개별가구의 생활실태 등을 조사하여 확인한 소득”을 소득인정액에 산입할 수 있도록 근거를 마련하고 있다.

것, 나아가 경우에 따라서는 일정한 잠정상태를 존속/제거하기 위한 유지처분을 내리는 것 등의 방법으로 이루어진다. 하지만, 이러한 방식들은 자유권의 경우와 큰 차이가 없다는 점에서 이하에서는 그 설명을 생략한다.

사전적·형성적 판단의 경우는 위의 경우와 전혀 다른 국면에서 펼쳐진다. 그것은 어떤 방식으로 이루어지는가의 문제보다는 과연 그것이 가능한가의 문제가 선행되기 때문이다. 즉, 사법부는 국가의 (진정·부진정) 부작위에 대한 위법판단에 그치지 않고 입법부나 행정부로 하여금 향후 일정한 적극적 조치를 할 것을 명령하거나 기존의 상태에 대한 개선명령을 내릴 수 있을 것인가? 실제 인도나 남아프리카공화국을 비롯하여 미국, 아르헨티나 등 분석의 대상이 되는 거의 대부분의 국가에서는 정도의 차이는 있으나 이 점에 대하여는 긍정적인 입장을 보인다. 즉, 사법부가 입법부나 행정부에 대하여 일정한 작위명령을 하는(일종의 의무화판결 내지는 의무이행판결) 형성적 기능을 수행하고 있는 것이다.

대체로 이렇게 사법부가 형성적인 개입을 하는 경우 그 방법으로는 ①입법부 또는 행정부가 취하여야 할 행동을 특정하여 명령하는 방식, ②특정한 가이드라인을 제시하고 이에 따라 입법부 또는 행정부가 구체적인 집행내용을 결정하도록 문제를 회부하는 방식, ③입법부 또는 행정부에 대하여 향후의 계획 또는 그 계획의 집행여하를 법원 또는 법원이 지정하는 제3의 기관에 보고하게 하고 이를 심사, 평가하는 방식 등이 있다. 이하에서는 이를 순차적으로 살펴보기로 한다.

(1) 구체적인 행위·처분의 명령

이 방식의 사법판단은 아르헨티나 대법원이 판결한 *Defensoria de Menores NRO3 v. Poder Ejecutivo Municipal*⁴⁸⁰⁾ 사건이 대표적이다. 납과 수은으로 오염된 하천으로부터 아동과 청소년들의 건강권을 보호하고 깨끗한 물에 대한 권리를 보장하기 위해 원고측이 제기한 유지처분청구소송에 대하여 아르헨티나 대법원은 원고의 청구를 인용하면서 다음의 사항들을 주정부에 대하여 명령하였다: ①주정부는 해당지역의 가정에 대하여 그 구성원 1인당 100리터의 마실 수 있는 물을 공급하고, ②안전한 상태로 그 물을 저장할 수 있는 수단을 제공할 것, ③이 명령은 48시간 이내에 집행되어야 하며, 지하오염원을 밝혀내어 처리할 때까지 지속되어야 할 것, ④물은 모든 아동과 그 가족들에게 공급되어야 하며 그들이 그 지역의 유효한 거주자인지의 여부는 불문할 것 등이 그것이다. 실제 이는 유지명령의 형태로 임시조치가 취해진 것이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 사법부가 행정부에 대하여 실질적인 작위명령을 내린 것에 다름아니다.

이런 방식은 인도의 대법원도 마찬가지로 즐겨이 사용한다. *Bandhua Mukti Morcha v. Union of India and Ors*⁴⁸¹⁾ 사건에서 대법원은 국가가 최저임금법, 채무상환(강제)노동(폐지)법 등을 제정하고서도 그것의 집행을 지체하고 있는 것은 위법하다고 판단하면서, 정부는 ①기업에 고용된 모든 아동들에게 기업들로 하여금 의무교육을 제공하게 하거나 혹은 정부가 기업들과 더불어 의무교육을 실시할 것, ②기업에

480) Agreement 5, Superior Justice Court, Newquen, 2 March 1999

481) AIR 1984 SC 802

고용된 아동들에게 정기적인 건강검진을 실시할 것, ③이 아동들에게 영양이 있는 음식의 제공 등을 위한 단계들을 진전시켜 나갈 것 등을 명령하였다.

전술한 Olga Telis 사건 또한 적극적 의무이행판결을 내린다. 여기서 대법원은 도시개발을 이유로 노숙자들을 강제퇴거시키는 것은 합법이라 판단하였다. 하지만, 이 판단과 더불어 대법원은 ①1976년 인구조사카드를 가진 거주자에 대하여는 거주공간에 제공되어야 하며, ②20년 이상 된 슬럼의 경우에는 공공 목적을 위해 그 토지가 필요한 경우에만 퇴거시킬 수 있되, 이 경우에 대체거주지를 마련해 주어야 하며, ③재정착에 최우선적 고려가 주어져야 하며 ④몬순기에는 퇴거시켜서는 아니 된다는 명령을 부가시켜서 판결에 임하고 있다.

이런 방식은 방글라데시도 마찬가지로서 전술한 ASK and Ors v. Government of Bangladesh and Ors 은 재개발을 위해 슬럼을 철거하는 경우에도, ①정부는 슬럼거주자들의 재정착을 위한 기본지침 또는 pirot project 수립해야 하며 ②재개발계획은 거주인들이 대체 주거지를 확보할 수 있는 능력에 따라서 단계적으로 집행되어야 하며 ③철거 이전에 합리적인 시간을 부여하여야 하며, ④안전을 위해 철도나 도로 측면에 형성된 슬럼은 철거되어야 하나 그 거주자들은 지침에 따라 다른 곳에 재정착할 수 있게끔 하여야 한다고 판시하고 있다.⁴⁸²⁾

비록 영미법체계에서 일반적으로 나타나는 양상이기는 하나, 이런 방법을 통해 사법부는 입법부나 행정부에 대하여 일정한 작위를 명령하면서 사회권보장을 보다 실질적으로 이루어내는 성과를 보인다. 물론 이를 위해서는 의당 사회권의 보장수준은 최소핵심심사기준의 예에서 보듯 객관적으로 확정할 수 있어야 하며 이는 결국 사실판단이 아니라 법판단으로 개념화되어야 한다. 다만 우리 법제의 경우 엄격한 권력분립의 틀에 따라 이렇게 법원이 정부에 의무이행명령을 부과하는 것은 허용될 수 없도록 한다. 하지만, 국가인권위원회는 이런 방식의 권고를 사용하는 것은 아무런 무리가 없다. 자유권과는 달리 사회권의 경우 그 침해구제는 구체적인 대안이 마련될 때에만 가능한 경우가 대부분인 만큼 국가인권위원회는 이런 방식의 구제권고결정을 적극 활용하여야 할 것이다.

(2) 위법성시정을 위한 계획의 수립 또는 집행의 유보

이에 반하여 남아프리카공화국에서는 단순한 의무화결정 내지는 의무존재확인 수준에 머문다.⁴⁸³⁾ 어떠한 국가적 조치에 대하여 위법하거나 위헌적-인권침해적-이라는 이유로 그것을 무효화 내지는 무력화시키는 결정을 하는 경우가 이에 해당한다. 혹은 일종의 프로그램적 목표를 설정하고 그러한 상태로 나아가기 위하여 적절한 조치를 할 것을 명령하면서 그 조치의 내용은 국가에 일임하는 경우도 이에 포함된다.

482) 이런 식의 적극적 판결은 미국에서도 없지 않다. 학교에서의 인종통합판결로 유명한 Brown v. Board of Education II(1955)는 인종통합교육의 방법으로 스쿨버스를 운행할 것을 명한다.

483) 헌법에서 행정부나 입법부에 대한 이행명령권을 법원에 부여하고 있음에도 불구하고 남아프리카공화국에서 이런 식의 소극적인 태도를 보이는 이유는 권력분립론에 충실하다기 보다는 오히려 남아프리카공화국이 가용할 수 있는 자원의 한계에서 연유하는 것으로 보인다.

전술한 Grootboom사건은 그 대표적인 예이다. 헌법재판소는 정부가 추진하고 있는 주택개발프로그램이 그 대상지역에 거주하던 사람들이 적절한 주거에 접근할 수 있도록 한 헌법상의 권리를 제대로 보장하지 못한 것이라고 보고 이를 위법 선언하였다. 주택을 절박하게 필요로 하는 사람들에게 단기적이고 일시적인 구제조치를 제공하지 못하였기 때문에 헌법상의 합리성의 요청을 위반한 것이라고 본 것이다. 하지만 헌법재판소는 별다른 이행명령을 내리지 않은 채 이러한 점-단기적이고 일시적인 구제조치-을 고려하여 주택프로그램을 재정립, 시행할 것을 촉구하는 수준에 머문다.

TAC사건은 이보다는 조금 더 개입하는 편이다. 국가가 HIV감염예방약물을 시술할 수 있는 병원을 제한한 조치는 간단하고 저렴하게 생명을 구할 수도 있는 의료에의 접근권이 박탈당한 것이라고 하면서, 국가는 ①공공병원과 보건소 등에서 Nevirapine의 사용을 금지한 제한조치를 지체 없이 제거하고 그 약물의 사용을 허용하고 촉진하도록 하며 ②HIV 양성임신부에 대한 검사와 상담을 위한 포괄적 정책이 제대로 이행되지 아니한 상태를 교정하는 조치를 취할 것을 명령한다. 건강권에 대한 장애상태를 제거하기 위한 적절한 수단의 선택을 헌법재판소가 하지 않고 정부에 일임한 것이다.

캐나다의 연방대법원이 내린 Eldridge v. British Columbia⁴⁸⁴⁾결정 또한 마찬가지다. 이 사건에서 연방대법원은 의료보험의 대상에서 청각장애인이 진료를 받을 때 수화통역인의 도움을 받는 경우를 제외하여 그 수화통역인을 사용하는 비용에 대한 의료보험비를 지급하지 않게 한 것은 건강권을 침해한 것이라고 판단하였다. 더불어 연방대법원은 이 의료보험체계에 대하여 어떠한 이행을 명하는 유지명령을 내리지 않고 정부로 하여금 그 위헌성을 교정할 수 있는 정책수단을 선택, 집행할 것을 촉구하는 수준에서 판결을 종료하였다.

인도의 경우에도 유사한 사건들이 있다. 그중에서도 Abmedabad Municipal Corporation v. Nawab Khan Gulab Khan⁴⁸⁵⁾사건은 도시의 혼잡지역에서 도로에 노숙하는 자들을 퇴거시키는 것은 합헌이라고 판단하면서도 이에 부가하여 수입과 기회, 지위에 있어서의 불평등을 최소화하기 위한 사회·경제적 정의를 확립하는 것은 국가의 의무임을 분명하게 선언하였다. 대법원은 국가는 사회·경제적 정의를 현실화하여 유의미하고 결실 있는 형태로 실현하여 모든 사람들이 인간으로서의 존엄과 지위의 평등 그리고 끊임 없이 자신의 우수성을 향상시킴으로써 삶을 살아갈 가치 있는 것으로 만들 수 있도록 해야 할 의무를 가진다고 선언하였다. 나아가 대법원은 이러한 의무를 이행하기 위하여 국가는 사람들의 생활을 정착시키고 그들에게 주거지를 제공함으로써 그들의 생명권을 유의미한 것으로 만들기 위해 노력하고 국가의 부와 자원을 분배함으로써 이들에게 적절한 시설과 기회를 마련하여야 할 헌법상의 의무를 가진다고 판시하였다. 요컨대 도시개발에서 어쩔 수 없이 주거권을 침해당하는 사람들에게 국가는 적절한 주거제공조치를 취하여야 할 의무가 있음을 선언하고 있는 것이다.

MC Mehra v. State of Orissa⁴⁸⁶⁾은 건강권에 관한 것이다. 대법원은 하수를 방치함으로써 하천오염

484) 3 SCR 624, 1997 CanLII 327 (SCC)

485) 11 SCC 123 (1997)

486) AIR 1992 On 225

이 야기되고 이로 인해 수인성 전염병이 창궐하도록 한 것은 위법하다고 판단하고, 이러한 위법성을 제거하기 위하여 국가에 대하여 수질오염을 예방하고 통제하며 인간의 소비에 공급되는 물의 완전성을 유지할 수 있는 필요한 단계조치를 취할 것을 명령하는 판결을 내렸다.

이런 판결의 경우에는 앞의 경우와는 달리 어떠한 부작위 혹은 방치행위가 위법함을 선언하면서 그러한 위법성을 제거하기 위한 국가의무를 포괄적으로 제시하고 그 이행을 촉구하지만, 구체적인 정책대안의 선택은 정부에 일임하는 방식을 취한다. 즉, 국가행위의 구체적인 목표는 법원이 판단, 제시하면서 그에 이르는 수단의 선택은 정부의 재량권에 일임하는 것이다. 물론 여기서 법원이 제시하는 ‘구체적인 목표’의 구체성은 사건마다 달라진다. TAC사건의 경우에는 정부가 추구하여야 할 목표-정책의 결과를 분명하고도 보다 상세하게 제시하고 있는 반면, Eldridge사건의 경우에는 막연하게 위법성을 제거하기 위한 일정한 조치를 취할 것을 명하는 수준에 머문다. 환언하자면 이런 의무화판결은 앞서 설명한 의무이행판결과 질적으로 구분되는 것이라기보다는 법원이 관련된 정책과정에 어느 정도로 개입하는가라는 양의 차이에 지나지 않는다고도 할 수 있다. 즉 목표의 구체화수준, 그리고 중간목표의 제시여부, 나아가 수단의 선택범위의 지정여부 등에 따라서 이 양자의 구획이 이루어질 따름이라는 것이다.

이런 방식은 헌법재판소가 헌법불합치결정을 내리면서 입법촉구나 입법개선명령을 하는 경우에 유사하다. 입법개선의 방향은 주문이 아니라 결정의 이유에서 적절한 수준에서 제시한다. 다만 위법함을 선언 하더라도 그 효력의 유지와 관련해서는 경우가 나뉠 수 있다. 즉, 위법하지만 현재 수준의 조치라도 존재 하여야 할 필요가 있는 경우와 위법하므로 당장 그 조치의 존재 또는 위법상태 자체를 제거해야 할 필요가 있는 경우로 나누어서 전자의 경우에는 잠정적인 효력을 인정하여 계속 그 조치를 시행하되 정한 기일까지 입법개선을 하라는 방식의 결정을 내리고, 후자의 경우는 무효화조치와 더불어 입법개선명령을 하는 경우다. 물론 헌법재판의 경우에는 후자가 원칙이다.⁴⁸⁷⁾ 하지만 사회권 침해의 경우에 그 침해의 사유가 사회권보장조치의 부재가 아니라 조치가 존재하지만 최소핵심기준의 수준에까지 이르지 못하고 있다고 판단되거나 상당성이 부족하다는 판단이 가능할 때에는 잠정효력을 인정하는 것이 바람직하다.

(3) 보고와 감시

권력분립의 원칙은 경우에 따라 법원의 이행명령 혹은 의무화판결을 무력화시킬 수도 있다. ‘명령’적 성격의 판결-대체로 유지처분의 형식을 띤다-이 내려지더라도 일회성으로 종결되는 사법판단의 성격상 그 명령 이후의 이행과정에 대하여 어떠한 강제장치를 확보하기 어렵기 때문이다. 이에 대하여 법원이 스스로 의무화명령이나 이행판결의 이행여부에 대한 감시자 내지는 감독자가 되어 그것을 담보하는 경우도 있다. 전술한 아르헨티나의 Viceconte사건은 가장 대표적인 예이다. 이 사건에 법원은 주기적으로 청문절차를 열어 보건부장관으로 하여금 법원에 출석하여 백신생산이 진척되는 정도를 보고하도록 명령하였다. 나아가 국가옴부즈만(National Public Ombudsman)으로 하여금 정부가 취하는 개선과정에 관한 정보를 수집하고 감독(supervise)하도록 하였다.⁴⁸⁸⁾ 일회성의 사법판단이 가지는 한계를 보고와 감시의 체

487) 헌법재판소, 1999. 10. 21. 96헌마61

계를 통해 극복하고 자신이 내린 판결의 실효성을 담보하고 있는 것이다.⁴⁸⁹⁾

이런 양상은 인도의 경우에도 비슷하게 나타난다. Bandhua사건에서 고용된 아동들에게 교육과 건강검진 실시, 음식제공 등의 의무를 이행할 것을 명한 대법원은 당해 행정기관으로 하여금 주기적으로 법원에 의무의 이행상황 및 노동조건의 개선 조치에 대하여 보고하도록 강제하였다. 이런 보고는 현재까지 진행 중이라고 알려져 있다.

미국의 CFE v. State of N.Y사건은 법원이 기존의 기구를 이용하는 것이 아니라 스스로 일정한 장치를 마련하여 이를 통해 감시와 감독의 역할을 수행하도록 하였다는 점에서 상당히 특이하고도 강력한 통제방식을 취한 예가 된다. 이 사건에서 항소법원(Court of Appeals)은 1993년에 시작되어 13년에 걸친 기나긴 변론과정을 거쳐 뉴욕주가 교육재정을 충분히 제공하지 못 하여 교육을 받을 권리를 침해하였다고 판단하였다. 법원은 2004. 7. 30.까지 적절한 예산배정조치를 취하도록 명령하였으나 정부가 이를 제대로 이행하지 않았다. 이에 법원은 3명의 심사관(referee)을 선임하여 Panel을 구성, 기본적인 교육권을 실현하기 위해 필요한 적정예산을 산정하여 법원에 보고할 것을 명했다. 법원은 이 패널의 보고를 바탕으로 주정부에 대하여 학교운영비로 55억 달러, 교육기금으로 92억달러를 마련할 것을 명령하였고 이 금액은 항소법원에서 다소 조정된 후 2006. 4. 1. 주의회의 예산법으로 통과되었다.⁴⁹⁰⁾ 한 NGO의 청구를 바탕으로 법원이 심급을 바꾸어가며 주정부와 주의회를 통제하고 이 과정에서 교육권을 실현할 수 있는 물적 여건을 현실적으로 확보해 나간 것이다.

이러한 방식도 법제개선을 전제로 우리 법원이나 헌법재판소가 고려할 수 있는 것이기는 하나, 무엇보다 사회권보장기구로서의 국가인권위원회가 가장 염두에 두어야 할 체제가 될 것이다. 현행 국가인권위원회법은 국가인권위원회가 그 업무를 대통령과 국회에 보고할 것을 요구하고 있지만(제29조), 역으로 국가인권위원회의 권고가 제대로 이행되고 있는지를 보고받을 수 있는 기회는 존재하지 않는다. 권고를 받은 기관이 국가인권위원회에 그 결과를 통지하여야 할 의무만 지고 있을 뿐이다.(제45조 제4항) 문제는 일회적 조치로도 처리될 수 있는 자유권이 아니라 지속적이고 체계적인 보장이 필요한 사회권의 경우이다. 적어도 사회권의 경우에 관한 한 국가인권위원회가 지속적이고 주기적으로 그 권고의 이행여부에

488) 이는 보기나름으로는 UN인권이사회의 특별절차 특히 특별보고관(Special Rapporteurs)제도와 유사한 방식이라 할 수 있다. 제3자 내지는 제3의 기관으로 하여금 이행여부 및 그 과정을 모니터링하고 그 결과를 법원에 보고하게끔 한 후 이에 대하여 법원이 평가하는 과정은 UN의 그것과 크게 다르지 않다. 이에 관한 간단한 설명으로는 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, "Special Procedures of the Human Rights Council," <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/index.htm#code> (2023. 12. 5. 열람) 참조.

489) 실제 이 판결은 세 가지 점에서 진보를 야기하였다는 평가를 받는다: ①청구인이었던 시민단체와 옴부즈만 등이 법원을 통하여 정책수립과 집행의 과정에 참여할 수 있게 하여 종국적으로는 시민과 국가간의 대화의 통로를 마련하였다는 점, ②지방법원의 차원에서도 사회권을 심사할 수 있게 하여 사회권의 실효성을 강화하였다는 점 ③법원이 자원 및 재정의 배분과 집행에 관여할 필요가 있음을 보이는 한편, 이를 통해 정부와 법원 간의 대화 즉, 정치적 판단과 법적 판단의 조화가 가능성을 열어 두었다는 점(이는 소위 「헌법적 대화」를 의미한다) Sh. Verma, *Judiciability of Economic Social and Cultural Rights Relevant Case Law*, The International Council on Human Rights Policy, Geneva, 15 March 2005, p. 67.

490) 최종적으로는 2006. 11. 최소한 20억달러의 교육예산을 배정하는 것으로 결정이 났다. 자세한 경과는 Campaign for Fiscal Equity (Equity Atas로 개칭함) 홈페이지 특히 이 소송과 관련한 자료들을 제시하고 있는 <http://www.cfequity.org/static.php?page=historyoflawsuit&category=resources> (2023. 12. 5. 열람) 참조.

대하여 감시하고 평가할 필요가 있다.⁴⁹¹⁾

2. 사회권에 대한 사법심사기준

비교법제적으로 사회권을 법원에서 사법심사의 대상으로 삼고자 할 때 그 타당성-헌법합치성-을 판단하는 기준은 세 가지 정도로 압축된다: 최소핵심 의무, 합리성 심사, 상당성 심사. 이하에서는 이를 정리한다.

1) 최소핵심 의무(Minimum Core Test)

최소핵심 의무는 사회권의 내용을 실현하기 위한 기본적인 최소의무를 의미한다. 이는 점진적 실현(progressive realization)의 개념과 결합하여 사회권 보장 체제의 핵심개념으로 자리한다. 이 의무는 P. Alston의 주도하에 사회권논평 제3호의 지향점 즉, 사회권규약의 이행을 확보하고자 하는 노력의 일환으로 구성된 것으로 알려져 있다. 특히 사회권규약 제2조 제1항에서 말하는 권리의 “점진적 실현”과 “가용 자원이 허용하는 최대한도”의 의미를 분명히 함으로써 사회권규약이 당사국에 부과하는 의무의 실체를 드러내기 위한 목적으로 형성된 개념이다.

요컨대, 이 의무는 사회권이 일반적인 선언 내지는 프로그램적 규정으로서의 성격을 떨쳐버리고 그 자체 실질적인 권리로서의 실질을 가지는 것으로 구성하기 위한 원칙을 담아낸 것이다. 그리고 이런 원칙에 따라 국가는 사회권에 상응하는 일정한 국가적 의무를 지게 되며 이는 조약에 의하여 부과되는 규범적, 법적 의무임을 확인할 수 있도록 하였다. 국가가 사회권규약에서 요구하는 필요최소한도의 수준을 충족하지 못할 경우 그것이 조약의 위반으로 간주될 수 있는 무가치판단의 기준 내지는 근거로 설정된 것이다.⁴⁹²⁾ 즉, 이와 같은 기본적인 최소한도를 충족하지 못한 국가는 자신이 처분할 수 있는 모든 자원들(all resources)을 활용하기 위한 모든 노력(every effort)을 경주하였음을 입증함으로써만 사회권규약 위반의 책임을 면할 수 있다.⁴⁹³⁾ 이때 “노력”에는 입법적, 행정적, 재정적, 사법적, 기타 필요한 모든 조치들을 다 포함한다.⁴⁹⁴⁾ 그리고 이 점에서 최소핵심 의무와 점진적 실현의 접점이 이루어지며, 이 점에서

491) 국가인권위원회가 아니더라도, 만일 현재 국가인권위원회와 법무부가 공동으로 제출한 인권정책기본법안이 입법될 경우 그에 의해 설치되는 국가인권위원회(국무총리 소속)에 이러한 보고와 감독의 기능을 부여하는 것도 고려할 수 있을 것이다.

492) 이런 맥락에서 일반논평 제3호는 사회권의 사법적 심사가능성의 문제와 최소핵심 의무를 중심으로 기술되고 있다.

493) 실제 UN CESCR 2000, para. 47에서는 최소핵심 의무는 절대적인 기준으로 위반이 허용되지 않는 것으로 규정되었으나, 2008년 사회권위원회는 그 입장을 바꾸어 일반논평 제19호에서 핵심의무로부터의 위반은 가용한 자원의 부족으로 정당화될 수 있으며, 다만, 이 경우 국가는 그 최소핵심 의무를 실천하기 위하여 가능한 자원의 최대한을 동원하여 모든 노력을 경주하였음을 입증할 것이 요구되었다.(UN CESCR 2008, para. 48) 그리고 이런 유보적 태도가 결국에는 상당성 심사의 기준이 등장하는 기반을 이루었다. 예컨대, 대안에 대한 포괄적 검토, 직간접적인 차별을 내포하는지의 여부, 그 조치의 잠정적 성격, 사회적으로 혜택을 받지 못하고 한계선상에 내몰린 사람들(the disadvantaged and marginalized)에 대한 불균형적인 노력으로부터의 보호 등을 국가행위를 정당화할 수 있는 상당한 이유의 판단요소로 삽입하였다.(UN CESCR 2008, paras. 38, 42)

최소핵심 의무는 자원의존적인 개념이라 할 수 있다. 환원하자면 최소핵심 의무는 고정된 개념에서 유연한 개념으로 변이된 것이다.⁴⁹⁵⁾

일반논평 제3호에 의하면 최소핵심 의무는 다음과 같은 성격과 의미를 가진다.

(전략) 위원회는 적어도 각 권리의 최소필요수준의 충족을 보장하기 위한 최소핵심 의무가 모든 당사국에게 부여되고 있다는 견해를 가지고 있다. 따라서, 예컨대 상당수의 개인이 필수적 식량, 필수적 기초의료, 기본적 주거, 혹은 가장 기초적 형태의 교육을 박탈당하고 있는 당사국은 일견 규약에 따른 의무 이행에 실패한 것이다. 만약 동 규약이 그러한 최소핵심 의무를 부과하는 것이 아니라고 해석되는 경우, 규약의 존재이유(reason d'être)는 대부분 상실될 것이다. 같은 이유로, 당사국이 최소핵심 의무를 위반 하였는지 여부에 대한 판단은 당해 국가 내 자원 제약을 고려해야만 한다. 제2조 제1항은 각 당사국으로 하여금 가용 자원이 허용하는 최대한도 내에서 필요한 조치를 취할 것을 의무로서 부여하고 있다. 어떠한 당사국이 최소핵심 의무 이행의 실패를 가용자원 부족의 탓으로 돌리기 위해서는, 우선 사항으로서, 그러한 최소의무를 충족하기 위하여 국가가 가진 모든 자원을 이용하기 위한 모든 노력이 이루어졌음을 입증해야만 한다.⁴⁹⁶⁾

요컨대, 사회권위원회는 “1) 어떠한 상황에서도 보장되어야만 하는 사회적 기본권에 대한 최소한의 기준을 설정하고, 2) 그 이행을 당사국의 우선사항으로 규정하는 동시에, 3) 과연 어떠한 의무가 최소핵심 의무에 해당하는지를 구체적으로 유형화하는 방식을 통하여 동 개념을 발전시켜왔다.”⁴⁹⁷⁾ 그리고 이러한 권리의 최소필요수준(minimum essential levels)은 문제되는 사회권 각각에 대하여 사회권위원회가 발표하는 별도의 논평들을 통해서 정리한다. 예컨대, 사회권위원회의 일반논평 제7호는 주거권 중 강제퇴거에 관한 사항을 정하고 있는데, 그 절차적인 보장수준에 대해 다음의 사항을 요구하고 있다.

(a) 퇴거 대상자들과의 진정성 있는 협의 기회,

494) perehudoff, p.4.

495) Young, 2008, p.131.

496) General Comment No.3, para.10. ... Committee is of the view that a minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its raison d'être. By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps "to the maximum of its available resources". In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resource

497) 김효권, “사회권 위반 여부에 대한 판단 기준으로서 최소핵심 의무* -헌법재판소 결정례 비판을 포함하여-,” 국제법학회논총, 제66권 제1호, 2021, 46면

- (b) 예정된퇴거일 이전에 모든 퇴거 대상자들에게 적절하고 합리적인 통지,
- (c) 제시된 퇴거에 관한 정보, 그리고 해당되는 경우 토지나 주거가 어떤 대안적 용도로 이용될 지에 대한정보를 모든 퇴거 대상자들에게 합리적 기간 내에 제공,
- (d) 특히 집단들이 관련된 경우정부 관리, 혹은 정부 대표들의 퇴거 현장파견,
- (e) 모든 퇴거 집행자의 신원 제시,
- (f) 퇴거 당사자들의 동의 없이는 악천후 시, 혹은 야간에 퇴거 감행의 금지,
- (g) 법적 구제의 제공,
- (h) 법원에 구제신청을 하기 위해 법률 구조가 필요한 사람에게 가능한 경우 이를 제공.

특히 일반논평은 국가의 가용자원을 배분함에 있어서 우선사항(priority)을 특정함으로써 가용자원을 최대한 동원하여야 할 국가의무 중에서 그 가용자원의 특정기준을 제시하기도 한다. 예컨대, 의료시설 및 의료서비스의 분배, 수도자원의 분배 등 사회적 불평등으로 인하여 생존필수자원에 접근할 수 있는 능력이 박탈당하거나 제한되는 취약계층 내지는 소외계층에게 그 생존에 필요한 최소수준의 의식주를 충족하는데에 최우선적인 자원배분의 의무를 부과하고 있기도 한다.⁴⁹⁸⁾

이러한 최소핵심 의무에 입각한 심사는 단지 인권기구뿐 아니라 당사국의 국내 사법기관에서도 원용되기도 한다. 사회권위원회가 제시하는 각각의 의무 기준들이 나름의 객관성을 담보하고 있는 만큼 사법적 심사기준으로 삼기에 명확하기 때문이다.

예컨대, 컬럼비아 헌법재판소가 내린 한 건강권관련 판결⁴⁹⁹⁾은 건강권의 핵심내용에 기반한 판단이라 할 수 있다. 이 판결은 HIV/AIDS 바이러스검사·항체검사라든가 암치료, 기타 적절한 치료가 컬럼비아 자 국내에서 불가능할 경우 국가의 배려에 의해 해외에서 치료를 받을 수 있도록 하는 것 등은 건강권의 핵심적인 내용을 이루는 것이며 따라서 이는 즉시 집행되어야 한다고 선언하였다. 건강권에 관한 일반논평 제14호에서 첫째, 취약계층 및 소외계층을 위하여 차별없는 의료시설, 의료자원 및 서비스에 대한 접근성을 보장할 의무를 부과하고 이러한 의무는 어떠한 상황에서도(under any circumstances whatsoever) 이행되어야 한다고 선언하고 있음에 정확하게 일치하는 판단이다.

마찬가지로 인도의 경우 Paschim Banga Khet Mazdoor Samity & Others v. State of West Bengal and Anor⁵⁰⁰⁾사건에서 대법원은 사고를 당한 피해자가 응급의료조치를 받을 권리는 생명권에서 파생되는 건강권의 핵심요소라 하면서 6개에 이르는 국가병원이 시설부족 등을 이유로 청구인에 대한 응급의료조치를 하지 않은 것은 건강권의 핵심적인 내용을 침해한 것으로 국가는 그 손해에 대하여 배상하여야

498) 김효권, 앞의 글, 46면. 이러한 가용자원의 동원여부에 대한 입증책임은 당사국이 지게 된다. 일종의 입증책임의 전환이 일어나고 있는 것이다. 그리고 그만큼 사회권규약의 국내적 집행 가능성이 높아지는 셈이다.

499) CC Decision T-760, 2008

500) AIR SC 2426, 2429(1996)

할 책임이 있다고 판단하였다. 또한 People's union for Civil Liberties v. Union of India & Others⁵⁰¹⁾ 사건에서는 국가에 곡물의 재고가 누적되어 있음에도 불구하고 가뭄으로 인한 기아자가 나타나도록 방치한 것은 생명권에서 파생되는 식량권을 침해한 것이라고 판단하고 노인이나 미망인, 장애를 가진 성인 등 스스로를 부양할 능력이 없는 사람은 무료로 식량을 받을 권리를 가진다고 하였다. 여기서 대법원은 특히 초등학교에서의 300칼로리 이상, 12그램 이상의 단백질이 포함된 무상점심급식을 200일 이상 실시하는 것 등은 식량권의 최소핵심에 해당하는 것이라고 선언하였다. 역시 일반논평 제14호의 “기아 방지를 위하여 모든 이에게 최소한의 필수 식량에 대한 접근성을 보장할 의무”를 이행하는 수준의 판단이다.

물론 사회권규약에 소극적인 미국이긴 하지만, 비슷한 유형의 판단을 내리기도 한다. 세금감시를 주로 하는 한 NGO가 뉴욕주를 상대로 학교교육에 배정된 주예산이 적다는 이유로 교육권이 침해되었다고 제소한 Campaign fo Fiscal Equity v. State of N.Y⁵⁰²⁾ 사건에서 연방항소법원은 기본적인 문자해독, 계산, 구술능력 등은 투표하고 배심원으로 봉사하기 위한 가장 기본적인 시민적 능력인 만큼 그러한 능력을 교육받을 권리는 교육권에 있어 헌법적 최소한 내지는 최저선(floor)에 해당한다고 판단하고 주 의회는 그를 위한 예산을 배정할 것을 명령하였다.⁵⁰³⁾

2) 합리성 심사(Rationality test)

하지만 이러한 최소핵심 의무에 기반한 심사기준은 나름의 한계를 가진다. 가용자원의 최대한 동원이 이루어졌음을 당사국이 입증한 경우 당사국은 그 의무위반의 책임을 져야하는지에 대한 명확한 판단기준이 없다는 점은 그 대표적인 경우이다. 건강권의 경우 일반논평 제14호는 어떠한 상황에서도(under any circumstances whatsoever) 건강권은 보장되어야 할 것을 정하고 있기 때문이다. 더구나 그 “가용” “자원” “최대한” 동원이라는 각 요건요소마다 나름의 해석의 편차가 발생할 여지도 없지 않다. 사회권위원회는 각각의 권리마다 최소핵심 의무를 정하기는 하지만, 그 또한 객관성보다는 당사국이 처한 상황적 한계가 더 강하게 작용하기 때문이다.

또, 최소핵심이라는 개념은 목적론적 해석—이는 원칙적으로 정책판단의 대상이다—이 필수적이지만, 바로 그 때문에 무엇을 위한 최소핵심인지의 논의도 먼저 해결되어야 한다. 인간의 생물학적 생존을 위한 최소핵심—이는 우리 헌법재판소도 같은 입장이다—이라는 본질적 접근법의 경우 교육권이나 문화권 등의 권리들에 대한 설명점을 약화시킬 우려가 있기 때문이다. 아울러 필연적으로 권력분립의 문제도 함께 검토될 필요가 있다. 자칫 입법부나 행정부에 대한 과도한 의무이행명령으로 확산될 가능성이 있어 헌법 전체적인 틀이 흔들릴 수도 있기 때문이다.

이에 반하여 합리성심사는 구체적인 사건을 중심으로 형평적 판단으로써 사회권에 대한 심사를 대신한

501) Writ Petition (Civil) No. 196 of 2001

502) 100 N.Y.2d 893(2003)

503) 최종적으로는 학교운영지원경비로 47억불에서 56.3억불, 그리고 기금으로 92억불을 책정할 것을 명하였다. 이 과정에 대한 개략적인 소개로는 http://www.escri-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=400701 (2010. 9. 6 열람) 참조.

다. 남아프리카공화국은 사회권위원회의 권고에도 불구하고 최소핵심심사를 취하지 않고 합리성심사로 나아간 대표적인 경우이다.⁵⁰⁴⁾

실제 남아프리카공화국의 사회권심사기준은 약간의 변곡을 보인다. 초기에는 Soobramoney v. Minister of Health⁵⁰⁵⁾ 사건을 필두로 합리성심사(rationality test)로 시작하였다가, Government of Republic of South Africa v. Irene Grootboom and Others⁵⁰⁶⁾ 사건을 계기로 점차 그 심사기준을 강화하여 상당성심사(reasonableness test)로 바꾼다. 우선 합리성 심사는 법원이 사회권 실현에 필요한 물질적 조건에 대한 판단을 자제하는 것을 그 요체로 한다. 즉, 사회권실현의 중심 주체는 입법부 또는 행정부로 상정하고 그들의 판단이 비합리적이어서 자의적(arbitrary)이거나 일관성을 상실(capricious)하여 비합리적인 경우를 제외하고는 가급적 존중하는 방향으로 사법판단을 이끌어내고자 하는 것이다. 계속하여 신장투석을 받아야 하는 환자이나 국립병원의 재정과 시설이 열악하여 무료투석치료를 받지 못한 Soobramoney 사건은 그 대표적인 사례이다. 여기서 Soobramoney는 남아공 헌법 제11조(생명권) 및 제27조제3항(응급치료를 받을 권리)를 이유로 무상의 응급치료를 받을 권리가 침해되었다고 주장하였다. 하지만 헌법재판소는 같은 조 제1항(의료서비스 및 충분한 식량, 물 등에 대한 보편적 접근권)과 제2항(가용자원 한도내에서 점진적 실현을 위한 국가의무)이 제3항의 권리보다 우선하여 적용되어야 한다고 보았다. 투석치료에 대한 청구인의 권리는 한정된 자원이나 재정에 의하여 제한될 수 있으며, 이 한정된 자원이나 재정을 최대한 많은 환자가 최대한의 의료혜택을 누리기 위하여 어떻게 분배되어야 하는가는 사법부가 아니라 입법부와 행정부의 소관이라고 보았다. 의료예산의 배정과 그 집행에 관한 행정부의 결정이 합리적인 수준에 머물러 있는 한 그에 법원이 개입하는 것은 지양하여야 한다고 본 것이다.

이러한 선택은 보건관련 예산을 획정하는 과정에서 정치적 수준에서 그리고 어떤 우선순위가 취해져야 할 것인가에 관한 기능적인 수준에서 이루어지는 고난도의 결정을 포함한다. 법원은 이러한 문제를 다루는 책임을 지고 있는 정치기관과 의료당국에 의하여 그들의 선의(good faith)에 따른 합리적인 결정에 개입하는 것을 서두르지 않을 것이다.(will be slow)

요컨대, 헌법재판소는 권한있는 기관이 합리적인 근거에서 결정을 내렸다고 한다면 법원은 그에 대한 개입을 자제하여야 한다고 보았다. 일종의 사법자제(judicial self-restraint)라는 역할을 채택한 것이다. 그래서 어떠한 결정이 그것이 추구하는 목적과 합리적인 연관(rational basis)을 가진다면, 또 그것이 자의적이거나 일관성을 상실한 것이 아니라고 한다면 법원을 그 결정을 받아들여야 하는 것이다. 이 과정에서 청구인은 이러한 행정부의 조치가 비합리적이라는 것을 입증해야 할 책임을 지게 된다. 입증책임은 어떠한 조치를 취한 정부가 아니라, 그러한 조치에 이의를 제기하는 청구인이 부담하여야 하는 것이다.

504) 남아공의 사회권판결의 동향에 대해서는 강승식, 전제논문 참조

505) KwaZulu-Natal 1998 (1) SA 765 (CC)

506) 2001 (1) SA 46 (CC)

3) 합리성심사에서 상당성 심사(reasonableness test)⁵⁰⁷⁾로

이러한 사법자제(judicial self-restraint)방식은 Grootboom 사건에서 중대한 변화를 맞게 된다. 체육시설에 모여든 주거취약자들을 대체주거지를 마련하지 않은 채 철거, 주민을 추방한 조치는 그 주민의 주거권을 침해한 것이라고 판단한 이 사건에서 헌법재판소는 최소핵심사무와 관련한 유엔 사회권위원회의 권고에 따르지 않는 이유를 실시하면서 그 대안을 나름으로 모색한다. 우선 헌법재판소는 남아프리카공화국의 현재 상황을 고려할 때 최소핵심심사기준은 채택하기 어렵다고 선언하였다. 헌법재판소는 그 이유로 사회권위원회의 최소핵심심사기준의 내용이 분명하지 않으며 그에 관한 정보가 부족하기 때문이라고 하면서 다음과 같이 정리하였다.

첫째, 주거권의 점진적 실현을 위한 최소한의 기준은 그에 대한 물적 요구를 특정할 수 없는 상황에서 판별되기 어렵고, 최소핵심사무 이행 여부를 판단하기 위해서는 최소한의 생활 수준이 무엇인지가 계량적으로 그리고 선결적으로 특정되어야만 하는데 그런 물적 요구는 개인의 경제수입, 취업 여부, 거주환경 등에 따라 가변적이고 다양하므로 그 절대적 수치를 특정하기가 어렵다. 둘째, 장기간에 걸친 국가보고서 제도를 통하여 여러 정보를 취득하고 있는 사회권위원회와 달리 재판소는 무엇이 최소한의 필요 수준인지를 특정하기 위하여 비교가능한 어떤 정보도 가지고 있지 않다. 셋째, 최소핵심사무가 일반적 보편적으로 정의되어야만 하는지, 혹은 각각의 사건에서 문제되는 특정 개인집단의 상황을 고려하여 상대적으로 결정되어야만 하는지가 명확하지 않다. 이런 문제를 해결할 수 있는 명확한 기준이 부재하는 상황에서 주거권 보장을 위한 최소핵심사무가 무엇인지 특정하는 것은 불가능한 것이다.⁵⁰⁸⁾

Grootboom 판결에 따르면 상당성 심사의 핵심 내용은 다음과 같다.⁵⁰⁹⁾ 첫째, 법원은 오로지 관련 입법 및 정책의 상당성 여부만을 심사한다. 이는 사회권 실현을 위한 조치를 채택해야 할 일차적 의무와 권한이 입법부와 행정부에게 있음을 인정하는 것이다. 둘째, 상당성 여부를 판단하는 구체적 요소는 합리적 조치를 취해야 할 필요성, 사회권의 점진적 실현이라는 목적의 달성, 그리고 국가의 가용 자원이며, 이 가운데 가장 중요한 요소는 자원의 가용성이다. 예컨대, 상기 요소를 고려하지 않은 상황에서 단순한 통계적 진전이 있었다는 이유만으로 관련 정책이 상당하다고 볼 수 없으며, 가용 자원의 한도를 초과하는 정책을 기대할 수는 없다고 판시하였다.⁵¹⁰⁾ 남아공 헌법재판소는 최소핵심사무의 실체적 내용 혹은 규범성을 부정한 것이 아니라, 그러한 규범을 실제 적용하기 위하여 요구되는 절차적 난관을 지적하고 있는 것이다.⁵¹¹⁾

507) 보통 reasonableness test를 ‘합리성 심사’라고 부르고 있으나, 이렇게 부를 경우 rationality test와 구분이 어려워진다. 그래서인지 reasonableness test를 (강화된) 합리성 심사라고 부르는 이들은 rationality test는 따로 번역하지 않고 그대로 사용하고 있다. 김효권, 앞의 글, 54쪽 주 67; 김희정, 앞의 글, 176쪽. 이 글에서는 rationality test를 ‘합리성 심사’, reasonableness test를 ‘상당성 심사’라고 부르기로 한다.

508) 김효권, 56-57쪽.

509) 김효권, 57-58

510) *Grootboom* 판결, 단락 39-44.

511) 김효권, 59.

이런 판단은 현재의 남아프리카공화국의 경제능력 등 제반상황을 고려할 때 이렇게 전면적이고 객관적인 판단기준을 적용할 경우 그 사회권의 실현이 현실적으로 불가능하게 될 것이라는 판단을 선행한 것으로 보인다. 하지만, 그렇다고 해서 헌법재판소가 이들의 기본적 권리를 방기하지는 않았다. 헌법재판소는 정부가 재개발처분을 하고자 할 때 주거를 절실하게 필요로 하는 사람들을 합리적으로 고려하여야 할 필요가 있다고 하면서 그 합리성의 여부는 사례별(case-by-case)로 판단하여야 한다고 하였다. 그 결과, 헌법재판소는 현상으로서의 퇴거처분은 주거권을 침해한 것이지만, 그렇다고 해서 그 시정을 즉각적으로 이행할 의무가 있는 것은 아니며, 오히려 정부는 가용한 자원의 범위 내에서 점진적으로 이를 개선하여야 할 의무를 가진다고 보았다. 그리고 이러한 논거를 바탕으로 견딜 수 없는 생활환경 또는 위기상황으로 인해 적절한 주거에 대한 접근의 권리를 실현하여야 할 절박한 필요를 가지는 사람들에게 주거지를 마련해 주는 것을 포함하여 정부는 포괄적인 프로그램을 수립, 집행할 것을 명령하기에 이른다. 상당성 심사는 여기서 이루어진다.

상당성 여부를 심사하는 법원은 다른 보다 바람직하거나 보다 선호되는 조치들이 취해질 수도 있었는가 혹은 공공재정이 보다 잘 지출될 수 있었는가의 문제를 탐구하고자 하지는 않는다. 문제는 이미 채택된 조치가 상당성(reasonable)이 있는가의 여부이어야 한다. 국가는 그의 의무를 이행하기 위하여 취할 수 있는 조치들의 범위는 광범위하다는 것을 인정할 필요가 있다. 그 조치들 중에 많은 것들이 상당성의 요건을 충족한다. 어떠한 조치가 그러한 요건을 충족하였음이 소명된다면 그것으로 충분하다.

요컨대 국가는 사회권을 점진적으로 실현하고 그를 가로막는 장애들을 줄여나가야 할 의무에 부합하는 상당한 정책을 수행할 것을 요구하며, 그 정책의 선택과 결정은 입법부나 행정부의 몫이지 법원의 것은 아니라고 본 것이다. 그리고 그들의 결정은 많은 것들이 상당성을 갖추고 있다고 보았다. 이렇게 선언된 상당성 심사는 세 가지의 판단과정을 거치게 된다.

첫째, 어떠한 프로그램이 상당성을 갖추기 위해서는, 정부의 다양한 영역(국가, 지방, 지방)에 각각의 직무와 책임이 할당되어야 하며 (주택관련)법률에 의해 생성된 각각의 법적 의무를 수행하는 데 필요한 재정 및 인적 자원이 마련되어야 한다. 둘째, 입법조치가 요청되는 경우가 많지만 그렇다고 입법만으로는 충분하지 않다. 법령상의 개념과 집행은 합리적인 정책과 프로그램으로 보완되어야 한다. 이는 조정되고(coordinated) 일관되며 포괄적이어야 하며 그 정책과 프로그램은 권리 실현을 촉진할 수 있어야 한다. 셋째, 그 조치가 상당성을 갖기 위해서는 정책이 다루고자 하는 상황의 사회적, 경제적, 역사적 맥락과 배경을 고려해야 한다. 또한 프로그램은 유연해야 하며 단기, 중기, 장기적으로 (주거) 수요를 완화할 수 있어야 하며 사회의 중요한 부분을 배제해서도 아니된다.

여기서 주의하여야 할 사항은 이러한 조치들이 실현하고자 하는 권리를 부정하는 수준에 이르러서는 아니 된다는 점이다. 특히 권리실현이 급박하게 요구되고 있으며 현재 위협에 처해있는 사람들을 도외시

하여서는 아니된다. 즉, 어떠한 조치가 통계적으로 보다 많은 권리 실현에 기여하고 있다는 사실만으로 그 조치가 정당화되는 것은 아니다. 모든 사람이 보호받고 관심의 대상이 되도록 하는 것이 헌법의 명령이라면, 가장 절망적으로 권리실현을 필요로 하는 사람을 보호하지 못하게 되는 경우 그 헌법명령은 준수되지 못한 것이 된다. 즉 상당성을 상실한 것이다. 한마디로 절망에 빠진 사람들(desperate people) 모두가 즉각적으로 필요한 것을 갖지 못하게 될 필요는 없지만 그들중 상당수는 구제받을 수 있도록 하여야 한다는 것이다.

Minister of Health v. Treatment Action Campaign⁵¹²⁾은 이런 상당성 심사기준을 재차 적용한 사례이다. 여기서는 HIV가 출산과정에서 모체로부터 태아로 이전하는 것을 방지하는 Nevirapine이라는 약의 시술을 그 임상실험을 하는 특정병원에만 한정하는 것은 산모 및 신생아의 건강권(생명권)을 침해한 것이라고 판단하였다. 헌법재판소는 헌법 제27조제2항의 국가의무를 제1항의 보편적 의료서비스접근권과 결합하여 해석하면서, 정부에게 임상실험병원 외에도 Nevirapine의 시술을 가능케 하도록 지체 없는 조치를 취할 것을 명령하였다.

물론 이런 시술을 받을 권리가 건강권의 핵심내용이라는 판단은 하지 않는다. 오히려 헌법재판소는 최소핵심기준에 의한 심사를 배제하면서 만일 그 심사기준을 취할 경우 당연히 “핵심”적인 서비스를 즉각적으로 모든 사람에게 제공하여야 한다는 결론에 이르게 되나 그것은 남아프리카공화국의 현실정상 도저히 불가능한 만큼 이러한 판단을 하지 않는다고 하였다. 헌법재판소는 여기서 사법부는 무엇이 최소핵심기준인지를 결정하는데 필요한 광범위한 사실상 및 정치적인 조사를 하기에 적합한 제도가 아니라고 설시하고 있는 것이다.⁵¹³⁾

헌법재판소는 그 대안으로 상당성 심사에 이른다. 이 사건에서 시술과 관련한 정부의 조치는 너무 경직되어 그 시약개발정책 자체를 위헌적인 것으로 만든다고 보면서, 의학적으로 임신부를 상담하고 검진한 결과 적절한 조치가 가능하다고 판단되는 경우에까지 시술을 거부하도록 만드는 것은 상당성이 결여된다고 하였다. 나아가 현재의 HIV 감염 상태를 감안할 때 그리고 이를 예방하고 상담, 치료하며 대중들과 소통하여야 하는 포괄적인 국가계획의 필요성을 감안할 때 그러한 시약의 존재는 모든 이에게 알려져야 하며, 이 점에서 투명성, 정보제공, 소통은 상당성 심사의 부가적인 요건이 된다고 보았다.

2004. 3. 선고된 Khosa 사건⁵¹⁴⁾은 이런 상당성 심사에 비례성 원칙을 부가한 사례이다. 영주권을 가진 모잠비크인에게 영주권취득후 5년간 사회보장급여를 거부한 조치에 대하여 헌법재판소는 사회보장제도의 목적, 급여배제조치가 당사자에게 미치는 영향, 그리고 이러한 목적의 달성에 있어 국적요건의 중대성이라는 세 가지 사항을 고려하였다.⁵¹⁵⁾ 여기서 정부는 5년간의 배제조치는 잠정적인 것이라고 주장

512) (No.2) 2002(5) SA 721 (CC)

513) 하지만 남아프리카공화국에서도 고등법원등을 중심으로 물에 대한 권리에 대해 최소핵심기준에 의한 심사를 하는 등 점차 객관적 기준으로 이행하는 추세에 있다 한다.

514) Khosa and Others v. the Minister of Social Development and Others (case CCT 12/03) and Mahlaule and Others v. The inister of Social Development and Others (case CCT 13/03)

515) 물론 차별여부에 대한 판단도 더불어 하였다.

하였지만 이 5년동안 급여거부를 하여야 하는 이유에 대해서는 제대로 설명하지 못하였다. 헌법재판소는 이런 조치는 적법하게 영주권을 취득하여 생활하고 있는 사람과 일시적 또는 불법적으로 이주하여 거주하고 있는 사람을 똑같이 취급하는 것이라고 하면서 이들을 구분하는 것이 공정한 것일 수 있다고 보았다. 하지만 국적자와 영주권자 사이의 차별은 불공정하다고 보았다. 이런 배제조치가 그들의 생활에 결정적인 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 비국적자인 영주권자에게 사회보장혜택을 거부하는 것은 비례성을 상실한 것일 뿐 아니라 그 사람들의 존엄성에 심각한 영향을 미칠 수 있다고 본 것이다. 나아가 이러한 급여거부처분으로 인하여 입게 되는 생활과 존엄성의 손상 정도는 정부가 그것을 거부하여야 할 이유로 제시한 가치를 상회한다고 하였다. 그리고 바로 이 점에서 정부의 배제조치는 상당성을 결여하였다고 판단하였다.

Ⅲ. 사회권규약상 권리의 실질적 보장을 위한 심사기준 모색

1. 일반론

사적자치를 기본이념으로 하는 민사법 중심의 근대법체계 하에서 권리 침해는 국가가 일정한 선을 침범하는 것으로 관념되어 왔다. 그러나 이러한 근대법체계는 산업혁명으로 인한 사회적, 경제적 관계의 해체와 대규모 빈곤층 형성의 결과를 책임지지 못했다.⁵¹⁶⁾ 자신의 소유임을 주장하며 다른 사람이 넘어오지 못하도록 선을 그을 수 있는 자산이 없는 사람이 어떻게 권리를 보장받을 수 있는지의 문제가 산업화 직후부터 대두된 것이다. 부의 정당한 재분배를 위한 투쟁을 거쳐 현대사회로 넘어오면서 국가의 역할에 대한 이해 역시 달라졌다.⁵¹⁷⁾ 현재 국가가 인권을 존중할 의무와 더불어 인권을 보호 및 실현할 의무가 있다는 점은 널리 받아들여지고 있다.

인간다운 생활을 할 권리를 규정한 헌법 제34조는 “사회국가원리를 헌법적으로 수용”한 것으로, 이때 “사회국가란 한마디로, 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 실질적 조건을 마련해줄 의무가 있는 국가”라는 헌법재판소의 판시 역시 같은 맥락에서 이해할 수 있다.⁵¹⁸⁾

516) EWALD, F., & Johnson, T. S. (2020). *The Birth of Solidarity: The History of the French Welfare State* (M. Cooper, Ed.). Duke University Press

517) Restakis, J. (2010). *Humanizing the economy: co-operatives in the age of capital*. Gabriola, B.C., New Society Publishers; Fredman, & 조효제. (2009). *인권의 대전환 / 샌드라 프레드먼 지음 ; 조효제 옮김*; Restakis, J. (2010). *Humanizing the economy: co-operatives in the age of capital*. Gabriola, B.C., New Society Publishers.

518) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33; 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52 등

권리를 존중할 의무이건, 보호하거나 실현할 의무이건, 국가의 작위 또는 부작위가 권리침해에 해당하는지 여부는 기본적으로 권리의 내용과 해당 권리를 존중, 보호 및 실현할 국가의 구체적 의무의 내용을 기준으로 판단하게 된다. 이 때 작위의무는 경우에 따라 행정력을 비롯한 자원을 전제로 하므로 자원의 제약을 받을 수 있고, 이러한 자원의 제약은 의무위반 여부 판단에도 영향을 미칠 수 있다. 다만 이 경우에도 부작위가 자원의 제약으로 정당화되는지에 대해 국가에 입증책임이 있다고 볼 것이다.

사회권 보장을 위한 의무라고 해서 모두 자원의 제약을 받거나 그 미이행이 자원의 제약으로 정당화되는 것은 아니다. 국가가 각 권리의 현황 점검 및 증진과 실현을 위한 전략과 계획의 수립 및 이행 등 사회권의 완전한 실현을 목표로 하는 조치를 취하지 않거나, 사회권을 차별 없이 행사할 수 있도록 보장하지 않거나, 최소핵심 의무를 이행하지 않는 경우 사회권 침해에 해당한다. 한편, 가용자원의 부족이 입증되는 경우에도 당사국은 해당 권리가 가장 광범위하게 향유될 수 있도록 노력할 의무가 있다.⁵¹⁹⁾ 또한 경기침체 등 여하한 이유로 발생한 엄중한 자원 제약의 상황에서도 사회 취약계층은 보호되어야 한다. 다시 말해서, 코로나19와 같은 사회적 위기가 닥쳤을 때 가장 취약한 집단의 권리가 우선적으로 보장되어야 한다.⁵²⁰⁾

한편, 사회권 침해 여부에 대한 심사는 판단주체에 따라 개입의 범위, 즉 심사의 정도가 달라질 수 있다. 예를 들어 국가인권위원회는 행정부에 속하여 사법부와 달리 권력분립의 원칙에 따른 고려가 문제되지 않으며, 기관력, 기속력 등 정형화된 효력이 있는 법원의 판결과 달리 권고를 함에 있어 일정한 주문 형식에 구애받지 않고 결정전은 물론, 결정 후에도 주무부처와의 지속적 소통과 조율이 가능하므로 사법부보다 적극적 심사기준을 적용하여 권리침해 여부에 대한 판단에서 나아가 권리를 최대한 보장하기 위한 정책적 방안과 방향의 제시까지 할 수 있다.⁵²¹⁾

이하에서는 유엔 사회권규약에 따른 권리의 구체적 내용에서 도출되는 국가의 의무와 의무위반여부를 판단하는 심사기준을 구체적으로 기술해보고자 한다.

2. 상당성 심사와 최소핵심 의무: 사회권의 심사기준으로서의 적격성

1) 상당성 심사

(1) 근거와 의의

519) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), 14 December 1990, E/1991/2, para.11

520) 위의 글, para.12

521) 사회권 보장에 있어서 국가인권위원회의 역할에 관하여 사회권 위원회의 일반논평10 참조(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 10: The role of national human rights institutions in the protection of economic, social and cultural rights, 10 December 1998, E/C.12/1998/25)

Grootboom 판결에서 제시된 상당성 심사의 원칙은 이례적으로 선택의정서 제8조 4항에 본안 판단의 방법 또는 기준으로 명시되었다. 선택의정서 기초과정에서 수년간의 논의결과인 상당성 심사를 명시한 제8조 4항은 어렵게 얻은 합의를 반영한다. 그것은 사회권침해가 당사국이 적극적 조치를 채택하지 못한 것과 연결되는 사건들에서, 사법에 대한 접근은, 광범위한 자료들로부터 나오는 신뢰할만한 증거를 기초로 하여, 그리고 위원회의 판단역할을 국가의 정책 설계나 이행 역할과 명확히 구분하는 것을 기초로 하여, 규약상 권리를 실현하기 위하여 당사국에 의해 취해진 조치들에 대한 강력한 심사기준을 요구한다는 점을 확인하고 있다.⁵²²⁾ 선택의정서 제8조는 개인진정에 대한 사회권위원회의 심사절차를 규정하면서 그 제4항에서는 다음과 같이 선언하고 있다.

이 의정서에 의거한 통보를 심사할 때, 위원회는 당사국이 규약 제2부에 따라 취한 조치의 합리성(reasonableness)을 검토한다. 그럴 경우, 위원회는 당사국이 규약에 명시된 권리의 이행을 위해 다양한 정책조치를 채택할 수도 있다는 점에 유의한다.

이런 규정은 사회권심사에 있어 일반권고 등에서 요구한 최소핵심 의무를 부정하는 것이 아니라, 오히려 그러한 최소핵심 의무에 기반하여 각 국가별로 그 자원 등의 상황을 고려하면서 보다 유연하고 응답적인(responsive) 기준점들을 바탕으로 사회권실현 노력들을 평가할 수 있도록 한 것이다.⁵²³⁾

선택의정서의 문언 채택과정에서 제8조 제4항에 ‘재량의 여지(margin of discretion)’ 또는 ‘판단여지(margin of appreciation)’라는 문구가 논란 끝에 삭제되었다는⁵²⁴⁾ 부분은 상당성 심사의 내용에 관하여 매우 중대한 시사점을 준다. 가장 중요한 점은 제8조 4항의 문구가 확실히 재판과 통치의 역할의 경계를 흐리는 것에 관한 많은 국가들의 우려를 확실하게 불식시켰다는 점이다. 즉 제8조 4항은 위원회의 재판적 역할과 국가의 정책결정 역할을 명확하게 구분한다. 국가가 가용자원과 기타 제약이라는 맥락에 따라 상당하게 행동했는지 여부를 결정하기 위하여 위원회에 부여된 역할, 즉 권리 주장에 대하여 판단하고 권리를 침해했다고 주장되는 정책과 프로그램을 심사할 역할은, 정책과 프로그램을 설계하고 이행하는 것에 관한 정부의 역할과 혼동되어서는 안 된다. 그러나 국가의 정당한 정책선택에 대한 존중이 규약에 따른 권리의 이행과 관련하여 국가가 상당하다고 주장하는 것에 대한 존중을 수반하지는 않는다. 그것은 위원회에 유보된 재판 역할의 포기일 것이기 때문이다.⁵²⁵⁾

522) Langford 외, 173-174.

523) 이 점에서 L. Forman은 남아공의 사법부의 판결례를 통해, 상당성 심사기준은 그것이 가장 사회적 혜택으로부터 배제되어 있고, 한계선상에 있는, 그리고 빈곤한 사람들의 기본적인 요구에 법원에 초점을 맞추게끔 요구한다는 점에서 최소핵심과 비슷한 작용을 한다고 보았다. Forman, 2015: 557

524) 인권이사회에 선택의정서 초안 제출을 위한 마지막 문구 정리 단계에서 그런 문구를 다시 삽입하지 않으면 제출을 지지할 수 없다는 반대 국가들(캐나다와 미국 등)의 마지막 시도가 있었고, 선택의정서 안의 인권이사회 제출을 위해서는 문구 조정이 불가피했다. 이 과정에서 남아공 헌법재판소의 *Grootboom* 판결에 대한 평가를 바탕으로 한 비정부단체 연합의 제안이 있었고, 이에 따라 제8조 4항에, 취해진 조치의 상당성을 심사할 때, ‘위원회는 당사국이 규약에서 정해진 권리들의 이행을 위하여 가능한 광범위한 정책조치들을 채택할 수 있다는 점을 유념해야 한다’는 문구가 삽입되었다. Langford 외, 위의 책, 184-187.

여기서 중요한 사항은 위원회가 해야 하는 상당성 평가는 인권판단의 문제이지 사회정책평가의 문제가 아니라는 점이다. 그것은 특정한 상황에 그 맥락에 따라 인권을 해석하고 적용하는 것이다. 권리 진정한 권리의 주장과 실제 경험한 현실은 국가가 밝힐 정책결과와 예산 현실만큼이나 상당성이 평가되어야 할 맥락의 중요한 부분이다. 현안이 되어 있는 존엄성 문제는 권리 진정한 것에 의해 활기를 띠 것이고 이것이 위원회의 상당성 평가에서 핵심이 되어야 한다. 국가의 편에서는 위원회에 정책이 채택되고 결정이 이루어진 광범위한 맥락에 관한 정보를 제공할 책임을 지게 된다. 국가는 경험하는 요구에 대한, 능력의 제약에 대한, 또는 권리진정인이 경험하지 못하는 정책관심들에 대한 증거가 객관적이고 신뢰할 만한 증거의 형태로 위원회에 제출되도록 보장해야 한다.⁵²⁶⁾

제8조 4항은 위원회가 국가의 적절한 기능인 정책의 설계와 이행 역할을 맡아서는 안 되지만, 위원회의 적절한 기능인 상당성 기준을 근거로 무엇이 규약에 합치하는지를 결정하는 역할이 국가에 부여되어서도 안 된다는 점을 인정한다. 당사국은 위원회 앞에서 무엇이 상당한 정책이고 예산배정에 해당하는지에 대한 자신의 견해를 주창할 기회를 갖고, 진정한 대안적 견해로 그에 대응할 기회를 갖게 된다. 위원회의 역할은 어느 한 쪽도 다른 쪽보다 더 존중하지 않으면서, 독립적이고 중립적으로 그 문제를 판단하는 것이다.⁵²⁷⁾

선택의정서 하에서 내려진 최초의 결정인 *I.D.G. v. Spain* 사건⁵²⁸⁾에서 위원회는 규약상 권리에 대한 효과적 구제에 대한 접근을 보장하는 것은 즉각적 효과를 갖는 의무임을 강조했다. 특히 일반논평 제3호와 제9호를 근거로 위원회는, ‘위원회가 일반논평 제9호에서 지적했듯이 권리를 보호하기 위한 구제가 없다면 권리는 있을 수 없기 때문에’ 국가는 규약상 권리를 ‘특히 입법조치의 채택 등 모든 적절한 조치에 의하여’ 실현해야 한다는 제2조 1항의 요구에는 효과적인 사법적 구제에 대한 접근을 보장하기 위한 입법조치를 채택할 즉각적 의무가 포함된다고 실시했다.

이들 다양한 영역에서의 위원회의 관례에 따르면 자원제약 기타 능력 제한의 맥락에서조차도 제8조 4항이 명하는 상당성 심사는 당사국에게 ‘권리의 실현을 촉진할 수 있는’, 대상이 명확하고(targeted) 일관된 전략을 개발할 것을 요구한다.⁵²⁹⁾

하지만 이러한 상당성심사는 많은 비판의 대상이 되기도 하였다. 우선 그것은 어렵게 형성되어온 최소 핵심기준 즉 확립된 최소한의 노력의무 및 최소한의 결과형성의무—를 위태롭게 만들 뿐 아니라, 상당성이라는 명분으로 사회권실현의무를 사용한 자원의 종속변수로 퇴행시킬 우려도 있다는 것이다.⁵³⁰⁾

525) Langford 외, 위의 책, 187

526) Langford 외, 위의 책, 188

527) Langford 외, 위의 책, 189

528) Communication No. 2/2014(2015.6.19.).

529) Langford 외, 위의 책, 199

530) McFraw 2011; Forman 2015) 특히 가용자원의 문제는 국가의 행위를 가장 많이 요청하는 국민국의 경우 매우 심각한 결과를 야기하게 된다. 뿐만 아니라 상당성 심사는 자원의 여하에만 신경을 쓸 뿐, 사회권실현의 경과나 현실적인 권리향 유상태의 형성 등에는 상대적으로 무관심하게 만든다. 그래서 남아공 헌법재판소의 경우에는 도시 가구 중 10만 가구가 여전히 기본적인 수도물 공급을 받지 못하고 있는 상황임에도 국가의 수도물공급정책이 상당한 것이라고 판단하는 경우도

하지만 그러한 비판에도 불구하고 상당성 심사는 국가의 노력을 이끌어 내고 그 정책에 대한 책무성((accountability)을 확보하는 좋은 기준을 마련한다. 그것은 심사기준을 세계적인 보편성이 아니라, 한 국가내에서의 정책 우선성(policy priority)이라는 현실에 대한 국가의 책임을 개념화하는 것이기 때문이다. 환언하자면 점진적 실현의 의무에 부응하는 조치(a measure of compliance with the obligation of the progressive realisation)가 있었는지를 중심으로 판단하고자 하는 것이다. 그리고 바로 이 점에서 상당성 심사는 최소핵심 의무와 합리성 심사의 두 심사기준의 절충적 방식이라는 수준을 넘어선다. 그것은 사회권보장을 향한 국가행위의 타당성 판단에 있어 심사의 기본적인 출발점을 최소핵심 의무에 맞출 수 있기 때문이다.

우리 헌법상 중요한 문제는 제26조에 따라 부여된 권리를 실현하기 위하여 국가가 취한 조치가 합리적인지 여부이다. 국가가 취한 조치가 합리적인지 판단하기 위하여 최소핵심 의무의 내용이 고려될 수 있는 가능하고 적절한 사례가 있을 수 있다. 그러나, 설령 그것이 적절한 것이라 할지라도, 최소핵심 의무를 판단하기 위하여 충분한 정보가 법원에 제공되지 않는 이상 이는 불가능한 것이다. 본 사건의 경우, 우리는 우리 헌법의 맥락에서 무엇이 최소핵심 의무를 구성하는지를 판단할 수 있는 충분한 정보를 가지고 있지 않다.

위의 Grootboom 사건 판결 인용부분은 이 점을 분명히 하고 있다. 국가의 행위가 최소핵심 의무에 부합하는 것인지의 여부는 그 타당성의 판단에 선결적인 논점을 이룬다. 다만, 남아공 헌법재판소의 입장에서는 그러한 최소핵심 의무의 내용을 판단할 수 있는 정보를 충분히 확보하기 않았기에(어쩌면 이것이 사법의 기능적 한계일 수 있다) 그에 기반한 최종판단을 내릴 수 없었을 뿐이다. 문제는 이러한 최소핵심 의무의 내용과 이행 여부 그리고 그것이 제대로 이행될 수 없었다고 한다면 그 타당한 이유의 입증 책임은 국가-정부-에 있다는 점이다. 그리고 바로 이 점에서 사회권의 실현에 있어서의 가용한 자원의 최대 동원에 의한 점진적 실현이라는 부가적 조건이다.

(2) 상당성 심사의 판단 요소들

상당성 심사는 사회권의 실현을 위하여 국가는 가용한 모든 자원을 동원하여 모든 노력을 경주할 것을 요구한다. 국내에서 사회권이 처한 특수한 상황을 최소핵심 의무의 이행에 도달하지 못함을 정당화할 수 있는 요소로 고려하고 있는 것이다. 여기에는 재정적인 제약상황이나 서로 경합하는 이해관계들 혹은 국가가 선택한 정책 등의 요소와 함께 사회권 실현을 요구하는 당사자(집단)들의 요구나 그들이 처해있는 고유한 상황 또는 이해관계의 성격들도 더불어 고려하여야 한다.⁵³¹⁾

이 점을 유엔 사회권 위원회는 2007년 사회권규약 선택의정서에 따라 “가용한 자원의 최대한”에 관한

나타나게 된다. Mazibuko 사건; perehudoff, p.6

531) Porter 2016: 217

단계적 조치를 취할 의무의 이행여부에 대한 평가를 위하여 무엇보다 다음과 같은 척도들을 이용할 것이라고 선언하였다.

- (a) 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 충족을 향하여 신중하고도 구체적이고 대상이 설정되어 있는(deliberate, concrete and targeted) 조치들이 취해진 정도
- (b) 회원국이 이러한 재량을 비차별적이고 자의적이지 않은 방법으로 행사하였는지의 여부
- (c) 가용한 자원을 배정할 것인지의 여부에 관한 회원국의 결정이 국제인권기준에 부합한 것인지
- (d) 여러 가지의 정책 대안들이 존재하는 경우에 회원국이 규약상의 권리를 가장 덜 제한하는 대안을 선택하였는지의 여부
- (e) 그 단계들이 취해지는 시간적인 틀
- (f) 그 단계를 취하면서 사회적으로 혜택받지 못하고 한계선상에 처해진 개인들이나 집단들의 위태로운 상황들을 고려에 넣었는지, 그리고 그 단계들이 비차별적인지, 심각한 상황이나 위험상황들에 우선권을 부여했는지의 여부⁵³²⁾

이를 종합해 보면 상당성 심사에는 4개의 판단요소가 존재한다: 신중하고도 목표가 설정된 조치, 비차별성은 회원국들이 한정된 자원 아래 합리적으로 자신의 의무를 이행하였는지의 여부를 심사하는 기준이 될 것이며, 저비용의 대안 및 국제협력은 역진적 조치의 상당성 여부를 판단하는 기준이 된다.⁵³³⁾

(1) 신중하고 대상이 설정된 조치

이 중 첫 번째 요소 즉, 신중하고도 목표가 설정된 조치는 가용한 자원의 최대한 동원을 전제로 하며 이에는 적절한 재정적 조치가 가장 중심적인 판단대상으로 포섭된다. 하지만 요건을 측정하는 기준은 그리 마땅하지는 않다. 국가별로, 상황별로, 그리고 요청되는 권능별로 다른 판단이 가능하기 때문이다. 가장 손쉽게 사용할 수 있는 측정도구는 그 국가의 국내총생산(GDP) 대비 해당 사회권(혹은 권능)의 실현을 위해 사용한 재정의 비율이다. 예컨대, 아프리카국가들에 대하여 세계보건기구는 Abuja선언(2001)을 통해 보건영역에 GDP의 15%를 할당할 것을 권고하였다.⁵³⁴⁾

532) UN CESCR 2007, para. 8. 또, para. 10에서는 회원국이 역진적인 조치를 취하게 될 경우 다음과 같은 사항들을 고려하여 그 타당성여부를 판단할 것을 요구하고 있다. (1) 그 회원국의 발전수준, (2)그 역진의 심각성. 특히 규약의 최소핵심내용의 향유에 관련된 것인지의 여부, (3) 회원국의 현재의 경제상황. 특히 회원국이 경제불황을 겪고 있는지의 여부, (4) 회원국의 자원 한계에 관한 여타의 심각한 주장들; 예컨대, 최근의 천재지변으로 인한 것이라든가, 최근의 국내적, 국제적 무장분쟁으로 인한 경우 등, (5) 회원국이 저비용의 대안들을 찾고자 노력하였는지의 여부, (6) 회원국이 규약상의 규정들을 이행할 목적으로 국제사회에 자원에 대한 협력과 도움을 요청하였는지 혹은 국제사회의 제안을 충분한 이유도 없이 거절하였는지의 여부.

533) perehudoff, p.8. 이에 의하면 사회권위원회가 제시한 최소핵심기준은 어떠한 국가적 조치를 이끌어내는 적극적 평가기준이라기 보다는 역진조치의 타당성여부를 판단하는 소극적 평가기준이라고 볼 수도 있겠으나 그러한 인식은 잘못된 것이라고 한다. 2007년의 기준제시 이후에도 사회권위원회는 계속해서 최소핵심 의무를 강조해 왔으며, 비차별성 역시 실질적 평등을 그 개념요소로 하고 있기 때문이다. 또한 신중하고 구체적이며 목표가 설정된 조치를 취할 의무는 그때 그때 즉각적인 법적 의무를 이행하는 조치로서 핵심의무 안에서의 우선순위를 부여한 것으로 보아야 하기 때문이기도 하다. 한마디로 상당성 기준과 최소핵심기준은 상호 보완적이고 유연한 심사기준을 이루고 있는 것이다.

하지만, 이런 요건이 충족되기는 쉽지 않다. 국가에 따라 아예 가용자원 자체가 부족한 경우도 있고, 경우에 따라서는 군비 등 다른 국가영역에 자원을 편중시키는 경우도 있기 때문이다. 전자의 경우에는 필연적으로 국제적 협력과 지원을 요청하는 행위가 요청된다. 후자의 경우에는 군비 등에 소요되는 재정 부분 대비 사회권(권능) 부문 재정의 비율을 구하여 그 불균형성을 교정하도록 할 필요가 있다.

(2) 저비용의 대안들

저비용의 대안들(low-cost alternatives)을 추구하여야 할 의무는 사회권의 실현을 위한 국가조치의 상당성을 판단하는 또 다른 요소가 된다. 이 또한 권위적인 해석지침이 존재하지 않는 것은 사실이지만, 그럼에도 몇 가지 사항들을 생각해 볼 수 있다. 즉, 우선순위의 설정, 가격(비용)통제, 강제시행이 그것이다.

이 중 우선순위를 설정하는 방안은 가장 효율적이고 가장 저비용의 대책이 된다. 그러나 이런 방식은제로섬 게임의 틀을 구성하게 되는 만큼, 그 순위에서 밀려난 부문 또는 사회집단, 영역의 피해가 발생하게 된다. 따라서 이런 방안을 강구할 때에는 반드시 그 절차와 과정이 투명, 공정해야 하며 선별기준이 객관적이어야 한다.

가격통제는 해당 사회권과 관련된 재화(예컨대 의약품, 거주용 주택 등)나 서비스의 가격 자체를 통제함으로써 부담 가능한 조치가 이루어질 수 있도록 하는 것이다. 최고가격제는 그 대표적인 사례가 된다. 강제시행은 주로 의약품 등 지적 재산권의 보호를 받는 재화나 서비스가 사회권 실현에 필연적인 자원이 되는 경우에 이루어질 수 있다. 이는 가격통제의 수단이거나 혹은 긴급한 상황에서 임시의 구제를 위한 수단으로 동원될 수도 있다.

(3) 국제협력의 요청

한 국가가 스스로 사회권 실현을 위한 가용자원을 충분히 확보하지 못하고 있을 때, 차선의 대안이 국제적인 협력과 지원을 요청하는 것이다. 이 또한 개념적 완결성을 갖지 못한 요건이나 상당성 심사의 판단에서 반드시 고려되어야 할 사항인 것은 분명하다. 의약품의 경우 가장 두드러진 경우로서 Mathew Okwanda v. Minister of Health and Medical Service and Others(2013) 사건에서 케냐 최고재판소는 중증 당뇨병에 걸린 68세의 수형자에 국내적인 의료조치로써 그 치유가 불가능한 경우 외국의 도움을 구할 의무가 정부에 있다고 판단하였다. 직접적인 자원(재화 또는 서비스)의 지원을 요청할 의무를 선언한 것이다.

하지만 국제적인 협력과 지원을 구할 의무는 이러한 경제적 측면에 한정되지 않는다. 정보의 교환, 교환/상환프로그램의 마련, 공동구매/협상 등 다양한 방식의 협력이나 지원을 모색할 수도 있다.

2) 최소핵심 의무의 채택

534) WHO 2011a

(1) 최소핵심 의무의 문제점과 그 대안으로서의 상당성 심사?

앞서 본 최소핵심 의무 개념에 대한 비판에도 불구하고, 김희정은 ‘최소핵심 의무’와 ‘강화된 합리성 심사’, 즉 상당성 심사는 각각의 법리가 가지는 약점을 보완하면서도 양립할 수 있고, 현행 헌법의 해석으로 충분히 적용될 수 있다는 주장을 펼친다.⁵³⁵⁾ 그는 주거권과 관련한 최소핵심 의무는 주거권에 관련한 욕구가 어떻게 충족되어야 하는지의 방식을 정하는 것이 아니라 보편적인 관점에서 생존을 위한 주거 조건이 무엇인지를 밝히는 것이라고 한다.⁵³⁶⁾ 주거권의 핵심 의무는 단순히 지붕과 벽으로 이루어진 구조물에 그치는 것이 아니라 채광, 난방, 에너지, 물의 공급, 상 하수도 설치가 고려되어 판단되어야 할 것이지만, 이러한 사실적 조건들을 고려하는 것이 사법부의 능력 밖에 있다고 생각되지 않는다는 것이다.⁵³⁷⁾

그러나 최소핵심 의무가 유일한 기준이 되는 경우 단지 ‘권리 형해화를 면할 정도의 최소한의 급부’만을 요구하는 정도로 사회적 기본권이 격하될 위험이 있다는 점⁵³⁸⁾과 사회권 실현을 위해 최소핵심 의무만 기준이 된다면 국가기관 간의 헌법적 대화의 단절을 유발할 수 있다는 점에서, 주거의 핵심적이고 최소한의 기준을 상회하는 주거권 실현을 위해서는 ‘강화된 합리성 심사’가 병행될 필요가 있다고 그는 주장한다.⁵³⁹⁾ 즉, ‘강화된 합리성 심사’는 비례성 심사만큼은 아니지만 수단과 목적의 관계를 검토하고, 정부 정책으로 영향을 받는 사람들에게 가해지는 충격이 중대한 만큼 실질적인 정당성을 요구하는 것으로 정리할 수 있다. 특히 수단의 합리성을 인정하기 위해서는 이 수단으로 인해 권리가 부인되는 정도와 범위를 고려해야 하고, ‘수단으로 인해 통계적인 진전이 있었다 하더라도 가장 절박한 자들의 요구에 부응하지 못했다면 정책에 실패가 있었다’고 판단해야 한다.⁵⁴⁰⁾

이런 주장에 대하여 김효권은 매우 비판적이다. 첫째, 최소핵심 의무는 애초에 위헌심사를 포함한 국내 법원의 심사 기준을 목적으로 제시된 개념이 아니고, 둘째, 최소핵심 의무가 *Grootboom* 사건에서 심리된 것은 국제법에 친화적인 남아공 헌법의 특수성에 따른 것인데 반하여, 우리 법원은 최고법인 헌법을 해석하는 과정에서 국제법과의 합치 여부를 판단할 의무를 가지지 않으며, 셋째, 최소핵심 의무 개념이 사회권의 실현과 보장을 위한 최선책이 될 수 있는지에 관한 논란, 특히 최소 필요수준을 특정하기 어렵다는 추상성의 문제는 최소핵심 의무가 국내 법원의 심사 기준으로 도입·적용되는 과정에서 일종의 난관으로 작용할 것이라는 이유에서이다.⁵⁴¹⁾

535) 김희정, “적절한 주거권(적절한 주거에 관한 권리) —강화된 합리성 심사와 최소핵심 의무를 중심으로—”, 헌법학연구, 제 25권 제1호 (2019), 161-195.

536) 여기서 그는 최소핵심 사항에 대한 요구는 인간 존엄의 필연적 결과로 정당화되었고 필수적 최소, 즉 ‘생존 장비 (survival kit)’로 설명하는 박찬운의 주장을 원용한다. 박찬운 역, 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 사법집행: 사법심사가 능성 비교연구, International Commission of Jurists, *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights—Comparative Experiences of Justiciability—*, 국가인권위원회, 2009, 29쪽.

537) 김희정, 187

538) 한상희, “사회권과 사법심사—여전히 “생성중인 권리”의 복권을 위하여—” 공법연구 제39집 제1호(2010), 113-114면.

539) 김희정, 188

540) 김희정, 188. 이 부분은 남아공 헌법재판소의 *Grootboom* 판결의 판시, 즉 “If the measures, though statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test.”를 인용한 것이다. *Grootboom* 판결, 단락 44.

이처럼 최소핵심의무 기준의 채택 여부를 둘러싸고 상당한 의견 대립이 있으므로, 과연 이 기준을 개인진정절차에서 주요한 심사기준 또는 판단기준으로 채택하는 것이 적절한지를 쉽게 단정할 수는 없다. 따라서 이 문제를 좀 더 깊이 있게 살펴보기 위해서 실제 개인진정절차에서 사회권위원회가 어떤 태도를 취하고 있는지도 검토해볼 필요가 있다.

(2) 개인진정에 관한 사회권위원회 결정에서 최소핵심의무

선택의정서 도입 이후 사회권위원회가 심사한 개인진정사건 중 본안판단에 이른 것은 모두 13건이었다. 그런데 이들 결정에서 사회권위원회가 최소핵심의무를 규약 위반 여부 판단의 심사기준으로 채택했는지는 분명하지 않다.

우선 13건의 결정 중 최소핵심의무(minimum core obligation) 또는 최소필수수준(minimum essential level) 등이 언급된 것은 단 2건이다. 우선 사회권위원회에 제기된 최초의 진정사건으로서 사회보장권 침해 여부가 쟁점이었던 *López Rodríguez v. Spain*⁵⁴²⁾에서는 최소필수수준이라는 용어가 명시적으로 사용되었다. 역시 사회보장권 침해 여부가 쟁점이었던 *Calero v. Ecuador* 사건⁵⁴³⁾에서는 최소핵심의무라는 용어와 최소필수수준이라는 용어가 모두 사용되었다. 공교롭게도 이 기준이 언급된 두 사건 모두 사회보장권과 관련된 것이었다.

먼저 *López Rodríguez v. Spain* 사건에서 사회권위원회는 최저필수수준의 보장이 당사국의 규약상의 의무를 분명히 하고 있다.

위원회는 사회보장권의 실현이 당사국에게 상당한 재정적 영향을 미치지만 당사국은 적어도 규약에서 언급된 이 권리의 **최저필수수준**의 만족을 보장할 의무를 진다는 점을 상기한다. 무엇보다도 당사국은 모든 개인들과 가족에게 **최저필수수준**의 급여를 제공하여 그들로 하여금 적어도 필수적인 보건, 기본적 쉼터와 주거, 물과 위생, 음식 그리고 가장 기본적인 형태의 교육을 획득할 수 있도록 할 사회보장계획에 대한 접근을 보장해야 한다.⁵⁴⁴⁾

비급여는 그러한 조치가 법률에 의해 규정되고 상당하고 비례적이며 최소한 **최저수준의 급여**를 보장하는 경우가 아닌 한, 원칙적으로 수혜자의 자유박탈의 결과로서 철회, 감액 또는 중단될 수 없다.⁵⁴⁵⁾(이상 강조는 인용자의 것)

이 사건에서 위원회는 이 사건에서 문제된 수형자의 장애급여 감액 조치는, 원래의 급여가 포괄하도록

541) 김효권, 앞의 글, 65-66쪽.

542) Communication No. 1/2013(2016.3.4.).

543) Communication No. 10/2015(2018.3.26.).

544) *López Rodríguez v. Spain*, 단락 10.3.

545) *López Rodríguez v. Spain*, 단락 11.3.

되어 있던 필수재—숙식—가 교도소에 의해 직접 무료로 제공되었기 때문에, 법률에 의해 규정되고 상당히 비례적이었고, 규약과 합치하는 목적, 즉 개인 권리의 실현을 위하여 필요한 공공자원의 보호를 달성하기 위한 상당한 수단이라고 인정했다. 오로지 공적 기금으로부터만 충당되고 수혜자의 사전 기여에 의존하지 않는 비기여급여라는 특정한 경우에, 당사국은 규약에서 인정된 권리들의 완전한 실현을 보장하고 무엇보다도 사회보장체계가 모든 개인과 가족들에게 최저필수수준의 급여를 제공하도록 보장할 목적으로 세수를 가장 적절하게 이용할 일정한 재량권을 가진다는 등의 이유로 사회보장권 침해가 아니라고 판단했다.⁵⁴⁶⁾

이런 판단 내용에 비추어보면 적어도 이 사건에서는 최소핵심수준의 보장 여부가 사회보장권 침해 여부에 대한 판단기준으로 채택되었다고 볼 수 있을 것이다.

Calero v. Ecuador 사건에서도 위원회는 최저필수수준을 언급한다.

사회보장권은 국가에 대해 중대한 재정적 영향을 미치지만 후자(국가)는 최소한 이 권리의 **최저 필수수준**의 충족을 보장할 의무를 진다. 무엇보다도 국가는 어떤 종류의 차별도 없이 **최저필수수준**의 급여를 제공하는 사회보장계획에 대한 접근을 보장해야 한다.⁵⁴⁷⁾

나아가 이 사건에서 사회권위원회는 최소핵심 의무도 언급한다.

규약에 수립된 사회보장권과 관련한 국가의 **핵심 의무(core obligations)**에 따라 국가들은 국내법에 규정된 퇴직연령에 도달할 때 기여금의 자격기간을 완수하지 못했거나 달리 노령보험 기반의 연금이나 기타 사회보장급여 또는 지원을 받을 자격이 없고 다른 어떤 소득원도 없는 노인들에 대하여 비기여노령급여, 사회서비스 및 기타 지원을 제공해야 한다. 비기여계획은 또한 여성이 남성보다 빈곤하게 생활할 가능성이 크고 종종 여성들은 아동의 양육에 대해 유일하게 책임을 지고 있으며, 어떤 기여형 연금도 받지 못하는 경우가 더 많다는 사실을 고려해야 한다.⁵⁴⁸⁾

당사국이 적어도 그 **최소핵심 의무**를 완수하지 못한 것을 이용가능한 자원의 결여 탓으로 돌릴 수 있기 위해서는, 당사국은 우선순위의 문제로서 이들 **최소 의무(minimum obligations)**를 충족하기 위한 노력에 있어서 그들이 처분할 수 있는 모든 자원을 이용하여 모든 노력을 다했음을 입증해야 한다.⁵⁴⁹⁾

546) *López Rodríguez v. Spain*, 단락 13.1–13.4.

547) *Calero v. Ecuador*, 단락 11.2.

548) *Calero v. Ecuador*, 단락 14.2.

549) *Calero v. Ecuador*, 단락 14.3.

그런데 여기서 사회권위원회는 분명히 최소핵심 의무를 가용자원과 연결시키고 있어서, 앞서 본 바와 같은 최소핵심 의무의 본질이 무엇인지에 대한 혼란은 어느 정도 불식되었다고 볼 여지도 있다. 그럼에도 한 가지 지적해야 할 것은 사회보장권과 관련된 위의 두 사건을 제외하고는 나머지 진정사건들에서 사회권위원회가 최소핵심 의무를 더 이상 적극적으로 명시하지는 않는다는 점이다. 사실 사회권위원회가 최소핵심 의무를 가장 강력하게 언급했던 것은 건강권과 관련된 일반논평 제14호(550)와 물에 관한 일반논평 제15호(551)에서 였으나, 재생산건강권과 관련된 *S.C. and G.P. v. Italy* 사건(552)에서도 최소핵심 의무는 언급되지 않았다는 점에서 그렇다.(553)

어쩌면 선택의정서 제8조 4항이 남아공 헌법재판소의 판결에서 제시된 상당성 심사를 명시적으로 채택함으로써, 최소핵심 의무 기준이 상당성 심사의 개념범주에 포섭된 것일 수도 있을 것 같다. 특히 사회권위원회에 접수되는 개인진정의 가장 큰 부분을 차지하고 있는 주거권 관련 진정 본안판단(모두 10건이다)에서 최소핵심 의무에 대한 언급이 전혀 이루어지지 않고 있는 점에 비추어보면 더욱 그런 생각이 든다.(554)

물론 사회권위원회의 주거권 관련 판단내용들을 보면, 상당성 심사라는 이름 하에서 실질적으로 최소핵심 의무에 대한 판단이 시도되었다고 볼 여지가 없는 것은 아니다.(555) 대부분의 주거권 관련 진정이 대체주택 제공 없이 이루어지는 강제퇴거에 관한 것인데, 강제퇴거와 관련된 사건들에서 공통적으로 강조하고 있는 사항들을 보면 그것을 최소핵심 의무에 해당하는 내용을 언급하는 것이라고 볼 수도 있기 때문이다.(556) 예컨대 다음과 같은 내용들은 대표적이다.

- 강제퇴거는 원칙적으로 규약 위반이며 오로지 예외적인 상황에서만 정당화될 수 있다.
- 강제퇴거가 정당화될 수 있는 경우에도 관련 당국은 퇴거가 규약 전문에 포함된 인간존엄의 원칙 등 규약과 양립할 수 있는 법률에 따라서, 그리고 상당성과 비례성의 일반원칙들에 따라서 집행되도록 보장해야 한다.

550) CESCR General Comment No.14, paras.43-44.

551) CESCR General Comment No.15, para.37.

552) Communication No. 22/2017(2019.3.7.).

553) 특히 이 사건이 제기되기 전인 2016년에 ‘성 및 생식건강에 대한 권리’에 관한 일반논평 제22호가 이미 발표되었고, 여기에는 핵심 의무가 명시되었음(단락 49)을 고려하면, 더욱 의아한 부분이다.

554) *I.D.G. v. Spain* (2015); *Djazia and Bellili v. Spain* (2017); *Josefa Hernández Cortés and Ricardo Rodríguez Bermúdez v. Spain* (2022); *Maribel Viviana López Albán v. Spain*(2019); *Soraya Moreno Romero v. Spain*(2018); *Rosario Gómez-Limón Pardo v. Spain*(2020); *Fátima El Ayoubi and Mohamed El Azouan Azouz v. Spain*(2021); *Lorne Joseph Walters v. Belgium*(2021); *Hakima El Goumari and Ahmed Tidli v. Spain*(2021); *Fatima El Mourabit Ouazizi and Mohamed Boudfan v. Spain*(2022) 이상 10건이 모두 주거권 관련 진정이다.

555) 적절한 주거권에 대해서는 일반논평에서 최소핵심 의무라는 용어를 사용하지는 않았지만 사실 주거권과 관련해서는 최고핵심 의무를 거론할 필요가 없을 정도로 사회권위원회의 법리가 상당히 구체적인 수준까지 발전되어 있다.

556) 김희정의 경우 적절한 주거권과 관련하여 최소핵심 의무와 강화된 합리성 심사(이 글에서는 상당성 심사)를 결합하는 것이 필요하다고 주장하고 있는데, 이런 맥락에서 주장하는 것이 아닐까 싶다.

- 퇴거가 개인들을 흠리스상태로 만들어서는 안 되며, 영향을 받는 사람들이 대체주거를 획득할 재산이 없는 경우 당사국은 가능한 경우 적절한 대체주거, 재정착지 또는 상황에 따라 생산적 토지에 대한 접근을 이용할 수 있도록 보장하기 위하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다.
- 당사국은 체계적 차별을 받는 여성, 아동, 노인, 장애인 기타 취약한 개인이나 집단들과 관련된 퇴거에 특별한 관심을 기울여야 한다.

또 한 가지 생각해 볼 점은, 최소핵심 의무 기준 채택을 포기하고 상당성 심사로 나아갔던 남아공 헌법 재판소의 *Grootboom* 판결이 선고되던 시점 이후에 결코 간과하기 어려운 많은 변화가 있었다는 것이다. 즉 위 판결이 선고되던 2000년까지는 최고핵심 의무에 관한 사회권위원회의 입장이 명확히 정리되지 못했을 뿐 아니라 개별 권리의 최고핵심 의무가 모두 제시되지도 않아서 재판규범으로 삼기에는 충분한 근거가 축적되지 못한 상태였다.⁵⁵⁷⁾ 반면, 2000년 이후에는 거의 모든 사회권규약상 권리들에 대한 최고핵심 의무가 일반논평의 형태로 제시되었고(그 내용은 부록 참조)⁵⁵⁸⁾ 그 의미도 가용자원의 최대한 이용이라는 틀과 연결되는 것으로 정리가 되었기 때문에⁵⁵⁹⁾ 최고핵심 의무를 개인진정에 대한 판단기준으로 삼는 데 대한 장애물은 상당히 사라졌다고 평가할 수도 있을 것이다.⁵⁶⁰⁾

이런 점을 고려해보면, 현재까지 개인진정절차에서 최고핵심 의무가 사회보장권과 관련해서만 중요한 심사기준으로 작동한 것은 아직 다양한 권리에 대한 본안판단이 충분히 진전되지 않았기 때문이지, 최고핵심 의무의 문제점 때문에 사회권위원회가 그것을 개인진정의 인용 여부 판단기준으로 받아들이기를 거부하거나 포기했다고 보기는 어려울 것 같다. 그리고 상당히 법리 개발이 진전되어 있는 적절한 주거권과 관련된 강제퇴거에 개인진정이 집중되었다는 점도 최고핵심 의무가 중요한 심사기준으로 자리잡기 어렵게 만든 요인이 되었을 것으로 보인다, 그러므로 앞으로 사회권위원회가 다양한 개인진정에 대하여 본안판단을 할 기회가 늘어나게 되면, 최고핵심 의무를 주요한 판단기준으로 삼을 가능성도 적지 않아 보인다. 이런 점에서 최고핵심 의무를 상당성 심사와 연결시켜 생각하는 것은 여전히 고려해 볼 필요가 있을 것 같다.

557) 주거권과 관련된 일반논평 제4호(1991)과 제7호(1997)를 제외하면, 2000년까지 최고핵심 의무와 관련된 일반논평은 제11조 적절한 식량에 대한 권리(제12호, 1999), 제13조 교육에 대한 권리(제13호, 1999), 제12조 도달 가능한 최고 수준의 건강에 대한 권리(제14호, 2000) 정도밖에 없었다.

558) 현재까지 사회권위원회가 최소핵심 의무를 밝힌 권리로는 앞서 본 제12-14호 외에, 제11조 및 제12조 물에 대한 권리(제15호, 2002), 제3조 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유함에 있어 남녀의 동등한 권리(제16호, 2005), 제15조 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이득을 얻을 모든 사람의 권리(제17호, 2005), 제6조 노동에 대한 권리(제18호, 2005), 제9조 사회보장에 대한 권리(제19호, 2007), 제12조 성 및 생식건강에 대한 권리(제22호, 2016), 제7조 공정하고 유리한 근로조건에 대한 권리(제23호, 2016), 제15조 과학과 경제적, 사회적 및 문화적 권리(제25호, 2020), 제11조 등 여러 조항과 관련된 토지와 경제사회문화적 권리(제26호, 2022) 등이 있다. 규약 제3부에 규정된 권리 중 주거권을 제외한 모든 권리에 대하여 최소핵심 의무가 제시된 셈이다.

559) 주 16의 성명서 참조.

560) 사회권위원회에서도 당사국의 의무에 충족하는 정부 조치의 적당성(adequacy)과 적절성(appropriateness)을 심사하는 기준으로 합리성(reasonableness), 비합리성(unreasonableness), 효과성(effectiveness), 적당성(adequacy) 등의 개념이 선택의정서 초안의 작성과정에서 경합 적으로 제시되었다고 한다. 정경수, 위의 글, 153면.

3) 정리

최소핵심심사기준을 취하는 인도나 합리성심사기준을 취하는 남아프리카공화국이나 모두가 다 사회권에 대한 사법적 심사의 가능성을 폭넓게 열어두고 있는 국가이나 그 심사기준은 상당한 차이를 보인다. 실제 최소핵심심사기준은 ①권력분립의 문제와 더불어, ②권리의 구성요소들간이 우선순위를 정하는 것은 자원배분의 왜곡을 야기할 가능성을 안고 있으며, ③사실에 집중하는 합리성판단에 비해 법리에 충실한 최소핵심심사는 향후의 사법판단에 있어 재량의 여지를 확보하지 못하는 문제를 안게 되며, ④남소(濫訴)의 가능성 또한 존재한다. 그리고 ⑤여러 사회권들이 얽혀 있거나 복수의 당사자가 관련되는 등 복합적인 결정을 내리기에는 법원의 자원과 능력이 부족하다는 한계로 인하여 자원이 부족한 국가에서는 선불리 취하기 어려운 심사기준이기도 하다. 더구나 최소핵심에 해당하는 것은 즉각적으로 실행하여야 할 국가의무까지 부가되는 상황에서는 더욱 주의하지 않을 수 없게 된다. 자칫하면 자원배분의 비효율성으로 확산될 수 있기 때문이다.

그러나 그렇다고 해서 합리성심사모델이 보다 우월하거나 수월한 것만은 아니다. 이에 의할 경우 판결의 기속력이 당해 사건에만 한정됨으로써 사회권소송의 의미를 상당히 약화시켜 버리고 만다. 즉, 기관력을 사실상 희석시켜버림으로써 소송의 경제 내지는 제도의 개혁이라는 일반적 효과를 거두어내기가 곤란하게 되는 것이다. 뿐만 아니라 지나치게 입법재량권 내지 입법형성의 자유를 강조함으로써 구속력있는 법규범으로서의 사회권의 실체를 지워버릴 가능성도 매우 크다. 아울러 사회권 내지는 사회정책을 중심으로 그 입법과 집행권을 가지는 의회와 정부를 통제하여야 할 법원의 역할 또한 방기되어 버리는 결과를 야기하게 된다.

반면 상당성 심사는 나름의 의미를 가질 수 있다. 사실 합리성 심사에 비하여 상당성 심사가 가지는 최대의 장점은 입증책임의 전환이다. 상당성 심사는 입증책임을 입법자 혹은 정부에 전가함으로써 합리성 심사의 한계를 극복할 수 있는 가능성을 열어두기 때문이다. 즉, 합리성심사는 정부의 정책이 합리적이라는 사실을 추정하고 사회권 침해를 주장하는 당사자에게 관련 정책이 비합리적이라는 사실을 입증해야 할 책임을 부담하도록 하는 반면, 상당성 심사는 삼권분립에 따라 행정부의 집행과 결정을 사법부가 존중해야 한다는 원칙에도 불구하고 정부 정책이 상위 규범인 헌법의 관점에 비추어 정당화될 수 있는지를 법관이 스스로 판단하도록 한다. 그러므로 상당성 심사 기준을 적용하는 경우, 사회권의 사법구제 가능성은 합리성 심사에 비하여 높아진다고 할 것이다.⁵⁶¹⁾

하지만 그럼에도 상당성 심사는 여전히 법원의 소극성을 전제로 한다는 점에서 사회권침해의 주장에 대한 실효력 있는 구제장치로 법원이 기능하기 어렵게 만든다. 반면에 최소핵심 의무에 따른 심사기준은 보다 객관적이고 명확한 기준으로써 의회나 정부의 권력을 통제할 수 있다는 점에서 상당한 장점을 가진다. 실제 전술한 바와 같이 최소핵심 의무에 따른 심사기준이 가지는 한계는 분명 존재한다. 하지만 그 대부분은 사법절차의 성격과 내용을 어떻게 구성하는가에 달려 있다. 인도와 같이 영미식의 법체계를 취하

561) 김효권, 57.

는 나라에서 변론주의와 형평법적 판단의 가능성—즉, 법관의 판결재량권의 확대—을 통하여 자유권 규정만으로 사회권에 대한 진취적인 판단을 이끌어내고 이를 바탕으로 정부권력을 통제하는 것은 이를 잘 보여준다. 문제는 사회권의 성격이나 최소핵심임무의 경직성이 아니라 이를 바탕으로 규범적 타당성과 구속성을 사회권의 내용으로 구성해 넣을 수 있는 제도의 여하인 것이다.

부연하자면 최소핵심심사기준이 가지는 문제점들은 대부분 변론과정 내지는 결정의 과정에서 걸러질 수 있다. 사법절차를 단순히 두 당사자간의 적대적 경쟁(antagonistic structure)의 체제—대립당사자주의와 승자독식의 구조에 의한—로만 볼 것이 아니라, 사회권의 실현을 위한 경합적 변론(agonistic dialectic)의 장으로 구성할 필요가 있다는 것이다. 사법적 심사는 권리구제라는 기능과 더불어 정부의 정책·입법에 대해 개인이 구체적인 사건을 통해 도전하고 이에 대한 판단을 함으로써 정부에 대한 견제와 통제가능성을 확보하는 제도라고 한다면 사회권의 실효적 실현을 위한 개인과 정부간의 통합적 의사결정의 과정으로 바라볼 수도 있기 때문이다. 그리고 이런 사법심사의 체제를 염두에 두고 법원 판결의 지속력이 보다 확장될 수 있는 객관적 심사기준—최소핵심심사—를 취하는 것이 바람직하다. 다만, 전술한 ②와 ⑤의 한계가 문제로 될수 있는 만큼 그것을 극복하여 최소핵심심사의 방법 또는 기관력의 확장을 통한 제도개선—특히 제도의 합법성, 적법성을 고양시키는 틀을 마련할 필요가 있다.

하지만 헌법재판소는 이런 당위적 요청으로부터 너무 멀리 뒤떨어져 있다. 사회권 위반 여부를 판단하는 기준으로 헌법재판소가 언급하고 있는 “최소한도의 내용” 혹은 “최소한도의 조치”⁵⁶²⁾는 그 ‘외견상’ 일반논평에서 다루어지고 있는 최소핵심임무를 상기시킨다. 그러나 우리 헌법재판소는 사회권 실현을 위한 입법부와 사법부의 조치가 “헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여” 그 위반이 인정된다고 판시하는바, 이는 다름 아닌 ‘명백성 통제’이다. 명백성 통제는 관련 입법 혹은 정책의 합헌성을 사실상 추정한다는 점에서 합리성 심사에 가깝다 할 수 있다. 또한, 국제법적 관점에서, 명백성 통제는 사회권규약 선택의정서 채택과정에서 일부 국가가 제안하였던 ‘불합리성 심사(unreasonableness test)’⁵⁶³⁾와 유사하다.⁵⁶⁴⁾

그러나 이런 헌법재판소의 논리는 여러 가지 문제를 안고 있다. 첫째, 일반논평이 언급하는 최소핵심임무와 명백성 통제는 그 본질상 사회권 침해의 판단 기준으로서 양립하기 어렵다. 최소핵심임무를 충족하지 못하는 상황에서 유일한 면책사유는 국가 자원의 가용성이며, 이 판단에서 삼권분립에 따른 입법부·행정부의 재량은 어떠한 고려요소로 작용할 수 없는 것이다. 이와 달리, 헌법재판소가 명백성 통제를 적용하는 이유는 입법부와 행정부의 재량을 최대한 존중하기 위함으로 보인다.⁵⁶⁵⁾ 둘째, 그렇다면 헌법

562) 헌법재판소는, 사회권을 실현해야 할 국가의 책무는 입법부와 행정부에 대하여 행위규범으로서 작용하는바, 이는 “가능한 범위 안에서 최대한으로” 모든 국민이 인간의 존엄성에 부합하는 생활을 누릴 수 있는 조치를 취할 의무를 의미한다고 언급하였다. 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328.

563) 불합리성 심사 기준은 합리성 심사와 유사하게 국가가 채택한 조치의 합리성을 추정하고, 사회권 침해를 주장하는 당사자에게 해당 조치가 불합리하다는 사실을 입증할 책임을 부여한다는 것으로 선택의정서 기초과정에서 제안되기도 했으나 해당 제안은 사회권 침해에 따른 개인진정제도를 규정하고 있는 선택의정서의 목적에 맞지 않다는 이유로 수용되지 않았던 것이다. 이 과정에 대해서는 Langford 외, 앞의 책, 180-181쪽.

564) 김효권, 61.

565) 김효권, 62.

재판소가 언급하고 있는 “최소한도”의 내용 혹은 조치는 최소핵심의무와 문언상·외견상 유사할 뿐, 양자는 동일한 개념이 아니며, 결국 헌법재판소는 한편으로 어떠한 경우에도 침해될 수 없는 권리의 최저선을 절대적·객관적으로 제시하면서도, 실제 위헌 여부를 판단하는 기준으로 명백성 통제라는 유연하고 상대적인 기준을 제시하는 모순을 범하고 있다 할 것이다.⁵⁶⁶⁾ 셋째, 어떠한 해석을 취하더라도, 과연 무엇이 “최소한도”를 구성하는지에 관한 추상성의 문제는 여전히 남아있다. 이에 관한 구체적 심리와 검토가 부재하는 상황에서 최소한도의 내용 혹은 조치를 기준으로 위헌여부를 판단한다는 것은 일견 비논리적이다. 즉 남아공 헌재는 마지노선을 정할 수 없으니 이를 심사 기준에서 제외한다는 것인데 반하여, 한국 헌법재판소는 입법부·행정부에 의하여 그 구체적 내용이 결정되는 마지노선을 위헌심사의 판단기준으로 삼겠다는 이해할 수 없는 논리를 펼치고 있는 것이다.⁵⁶⁷⁾

그리고 바로 이 점에서 사법적 엄격성이나 권력분립적 불간섭의 원칙 바깥에 자리하는 국가인권위원회의 역할은 새로이 조명할 필요가 있다. 국가인권위원회는 소속없는 국가기관인 동시에 그 권리구제의 권한 또한 권고라는 비구속적 의견표명의 수준에 머물러 있기 때문에 최소핵심의무와 관련한 법원/헌법재판소의 고민을 같이 껴안고 갈 필요가 없다. 오히려 그 자유로운 지위와 비구속적 권한을 바탕으로 우리 헌법 및 인권법체계에서 사회권의 의미와 성격, 그 구체적인 발현태에 대한 명확한 기준을 설정하고 이를 바탕으로 무엇이 사회권인지를 제대로 선언해 내는 역할을 국가인권위원회가 감당할 필요가 있다는 것이다. 그리고 이러한 역할을 수행하기 위하여 국가인권위원회의 진정, 조사, 구제의 절차를 보다 참여적이고 협의중심적으로 바꾸어나갈 필요가 있다. 즉, 사회권에 관한 한 폭넓은 변론의 절차 내지는 집단적 숙의의 절차를 마련하여 판정이 아니라 합의의 결과를 모색해 나갈 필요가 있다는 것이다.⁵⁶⁸⁾

3. 개별적 사회권에서의 심사기준 정리

1) 주거권⁵⁶⁹⁾

(1) 주거권의 내용

통상 주거권(Housing Right; The right to Adequate Housing)이라 함은, '모든 사람이 적절한 주거를

566) 김효권, 62-63.

567) 김효권, 63-64. 사회권에 관한 헌법재판소 결정의 문제점과 그 개선방안을 소개하는 글로는 전상현, “위헌심사를 통한 사회적 기본권의 실현 방안,” 헌법학연구, 제29권 제3호, 2023, 237-271면; 정태호, “원리모델에 의한 사회적 기본권 침해여부의 판단기준 및 심사구조”, 헌법학연구 제13권 제3호, (2007), 527-568면; 김복기, “사회보장과 헌법재판: 주요결정을 통해 본 의의와 과제”, 헌법재판연구 제9권 제2호, (2022), 67-90면 등 참조

568) 아르헨티나의 1994년 헌법은 이 집단적인 유지처분(collective amparo action)을 도입하여 구체적인 사건에 관한 소송의 결과가 동일성을 가지는 집단 전체에 그 효력을 미치는 한편 그것이 법으로서의 구속력을 가지도록 하였고, 이를 통해 Viceconte판결을 이루어낼 수 있었다고 한다. Sh. Verma, op.cit., p.65f. 참조.

569) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant), 13 December 1991, E/1992/23

향유할 권리'를 의미한다. 일반적으로 '인간의 존엄성에 적합한 주택조건을 향유할 권리'로도 이해되며 객관적으로는 '주거에 관한 국민생활최저선의 확보'를 의미하기도 한다. 여기서 “적절한(adequate)”란 물리적, 공간적 개념에 그치는 것이 아니라, 인간의 존엄과 가치에 부합하는 공간 혹은 “인간생활의 핵심으로서 사회적, 경제적, 문화적, 환경적 배경에 있어서도 적절해야 함”⁵⁷⁰⁾을 가리킨다. 이에 현행 주거기본법(2015년 제정) 제2조는 주거권을 “관계 법령 및 조례로 정하는 바에 따라 물리적·사회적 위험으로부터 벗어나 쾌적하고 안정적인 주거 환경에서 인간다운 주거생활을 할 권리”로 규정하고 있다.

사회권 규약도 이와 크게 다르지 않다. 사회권 규약 제11조 제1항에 따르면 당사국은 모든 사람이 적당한 식량, 의복 및 주택을 포함하여 자기 자신과 가정을 위한 적당한 생활수준을 누릴 권리를 가지는 것을 인정한다. 그러므로 주거권은 “자기 자신과 가정을 위한 적당한 생활수준을 누릴 권리”에 포함된다. 이 때 주거권은 안전하고, 평화롭고 존엄한 곳에서 살 수 있는 권리를 말한다. 주거권은 소득과 경제적 자원에 대한 접근성과 무관하게 모든 사람에게 보장되어야 한다.⁵⁷¹⁾

사회권 규약 「일반논평 4」⁵⁷²⁾은 주거의 적절성이 실제로 무엇을 의미하는지에 대한 유권해석을 내리고 있다. 주거의 적절성을 보장한다는 것은 다음에 해당하는 사항들을 충족시킬 수 있어야 함을 의미한다.

- i) 점유의 법적 안정성(Legal security of tenure): 이는 점유형태와 상관없이 점유에 대한 법적 안정성을 보장 받아야 하며, 상응하는 조치가 즉각적으로 시행되어야 한다.
- ii) 서비스, 물, 시설, 하부구조에 대한 이용가능성(Availability of services, materials, facilities and infrastructure): 주거생활의 안정성 확보에 필요한 편익시설, 제반 자원 등에 대한 지속적인 접근성을 확보할 수 있어야 한다.
- iii) 주거비용의 적정성(Affordability): 주거 관련 비용이 다른 기초수요의 충족을 제한할 정도로 소득수준의 적정수준을 넘어서는 안 된다.
- iv) 물리적 거주적합성(Habitability): 적절한 공간규모가 있어야 하며, 건강위해요소로부터 안전을 보장받을 수 있어야 한다.
- v) 접근의 편리성(Accessibility): 토지에 대한 접근성을 포함하여 모든 사람들에게 지속가능한 주거접근성을 보장하며, 사회적 약자의 주거접근성에 우선순위를 두어야 한다.
- vi) 주거입지의 적합성(Location): 생활편익시설에 근접하고 있어야 하며, 건강 부적합 지역의 주

570) 문준혁, “주거권 보장에 대한 사회보장법적 검토: 「주거기본법」을 중심으로,” 사회보장법연구, 제5권 제1호, 2016, 34-35면

571) 헌법재판소 역시 주거권을 같은 맥락에서 정의하고 있다. 헌법재판소는 택지를 인간의 존엄과 가치를 가진 개인이 “그의 행복을 추구할 권리와 쾌적한 주거생활을 할 권리를 실현할 장소”이자 “인간으로서의 존엄성과 행복추구권을 실현하는데 있어서의 근본요소”라는 점을 강조하고 있다. 헌법재판소 1999.4.29. 94헌바37. 나아가 “국민의 주거생활 안정과 주거수준의 향상을 도모할 의무는 국가에게 있고, 특히 무주택자의 주거안정을 위한 임대주택 건설 의무 또한 국가에게 있다.”고 하였다. 헌법재판소 2008.10.30. 2005헌마222

572) The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 4 on the right to adequate housing (“일반논평 제4호”라 함), E/1992/23

거입지를 지양해야 한다.

- vii) 주택의 문화적 적절성(Cultural adequacy): 현대 시설을 갖추면서 주택의 다양성과 문화적 정체성을 확보해야 한다.

아울러 적당한 주거에 대한 권리는 (1) 강제퇴거, 괴롭힘과 다른 위협에 대한 법적 보호를 보장하는 일정한 정도의 사용권의 안정성 (2) 자연자원과 공동의 자원, 안전한 식수, 요리, 난방과 조명을 위한 에너지, 위생과 세탁 시설, 식량을 저장할 수 있는 시설, 쓰레기 처리, 배수와 응급 서비스의 지속가능한 가용성 (3) 소득수준에 부합하는 주거비용 (4) 적절한 공간과 추위, 습기, 비, 바람이나 기타 건강에 대한 위협, 구조적 위험, 그리고 질병 매개체로부터 보호하는 거주 적합성을 갖추어야 하고, (5) 노인, 아동, 지체장애인, 시한부 환자, HIV 감염인, 정신질환자, 자연재해 피해자, 재해가 빈발하는 지역 거주자 등 취약한 집단의 주거권에 대한 접근성의 보장되어야 하며, (6) 위치가 일자리, 보건서비스, 학교, 보육 시설 등의 사회서비스를 이용할 수 있고, 건강을 위협하는 오염원의 인근이나 오염된 장소가 아닌 곳이어야 하며 (7) 주거의 구조, 자재와 관련 정책은 문화적 정체성과 주거 다양성의 표출을 허용하는 것이어야 한다.

또한 이런 주거권을 보장하기 위하여 필요한 권리들도 더불어 보장되어야 한다. 특히 표현의 자유, (임차인이나 지역공동체 기반 집단 등) 결사의 자유, 공적 의사결정에 참여할 권리의 완전한 향유 역시 적당한 주거에 대한 권리가 사회의 모든 집단에 의해 실현되고 유지되기 위해 필수불가결하다. 사생활, 가족, 주거 또는 통신에 대한 자의적 또는 불법적 간섭을 받지 않을 권리 역시 적당한 주거에 대한 권리의 중요한 일면에 해당한다. 헌법 제16조 역시 모든 국민은 주거의 자유를 침해받지 아니하며, 주거에 대한 압수나 수색을 할 때에는 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다고 규정한다.

(2) 국가의 의무

① 강제퇴거로부터의 보호⁵⁷³⁾

주거권 보장의 가장 소극적 형태는 강제퇴거로부터의 보호이다. 유엔 사회권 위원회는 강제퇴거는 일견 사회권규약의 요건에 부합하지 않으며 가장 예외적 상황에서만 국제법의 관련 원칙에 따라 정당화될 수 있다고 본다. 국가는 강제퇴거를 삼가야 하며 강제퇴거를 실행하는 국가 행위자 또는 제3자가 법을 준수하도록 보장할 의무가 있다. 이 의무는 가용한 자원에 대한 고려에 의해 규정되지 않는다.

강제퇴거를 규제하는 법률은 효과적 보호의 체계를 갖추는 데 필수적 토대가 된다. 이러한 법률은 주

573) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 7: The right to adequate housing (Art.11.1): forced evictions, 20 May 1997, E/1998/22

택과 토지 점유자에게 가능한 최대한으로 사용권의 안정성을 제공하고, 사회권규약에 부합하며, 퇴거를 집행할 수 있는 요건을 엄격하게 통제하도록 고안되어 있어야 한다. 당사국은 법률적 또는 기타 조치들이 사인에 의해 이루어지는 적절한 보호장치 없는 강제퇴거를 방지하고 적절한 경우 처벌하기에 충분한 것이 되도록 보장해야 한다.

임차료의 고질적 연체 또는 임차물에 대한 정당한 이유 없는 손괴의 경우처럼 강제퇴거가 정당화되는 경우가 있다. 그러나 이 경우에도 강제퇴거는 사회권규약을 비롯한 국제인권법에 부합하는 법률이 규정하는 방식과 합리성과 비례성의 일반원칙에 따라 이루어져야 하며 강제퇴거의 영향을 받는 모든 이들은 법적 구제에 대한 접근이 열려 있어야 한다.

당사국은 강제퇴거를 집행하기 전에, 특히 큰 규모의 집단에 대한 것인 경우에 더더욱, 강제력 행사의 지양 또는 적어도 최소화를 위해 영향을 받는 이들과 협의하여 모든 가능한 대안들을 탐색하도록 보장해야 한다. 영향을 받는 개인들은 재산에 대한 충분한 보상을 받을 권리가 보장되어야 한다.

강제퇴거를 집행하는 경우 적법절차 원칙을 준수해야 한다. 절차적 보호는 (a) 영향을 받는 이들과의 진정성 있는 협의 (b) 충분하고 합리적 사전 통지 (c) 계획된 퇴거에 대한 정보와 대상 토지 또는 주거의 예정된 활용목적에 대한 정보의 합리적 기간 안의 제공 (d) 특히 집단적 강제퇴거의 경우 정부 관료 또는 그 대리인의 퇴거현장 참관 (e) 퇴거를 집행하는 모든 이들의 충분한 식별 (f) 야간 및 악천후 시 영향을 받는 이들의 동의 없는 퇴거집행 금지 (g) 법적 수제수단의 제공 (h) 법원에 구제를 청구하고자 하는 사람에 대해 법률구조의 제공을 말한다.

강제퇴거는 개인이 주거를 잃거나 다른 인권침해에 취약한 상태에 놓이는 결과를 초래해서는 안 된다. 강제퇴거의 영향을 받는 이들이 스스로 주거를 마련할 수 없는 경우 국가는 가용 자원의 최대한도 내에서 적절한 주거, 재정착 또는 생산적 토지를 이용할 수 있도록 보장하여야 한다.

(3) 최소핵심의무 이행

최소핵심의무는 점진적 실현이 정당화되지 않고 즉각적으로 이행해야 하는 의무를 말한다. 유엔 사회권위원회의 일반논평3에 따르면 “상당한 수의 개인들이 필수적 식량, 필수적 일차의료, 기본적 안식처와 주거, 또는 가장 기본적 형태의 교육으로부터 배제된 경우, 국가는 일견 규약에 따른 의무이행에 실패한 것”이다. 아프리카 인권 헌장에 따른 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 이행을 위한 원칙과 지침에 따르면 “기본적 안식처”(basic shelter)란 개인이 악천후로부터 보호를 받기 위해 필요한 최소한의 기본적 주거이다. 이처럼 최소핵심의무로서의 “기본적 피난처 또는 주거”는 점진적 달성해야 하는 “적당한 주거”에 미치지 못하지만, 절대적 기준으로서의 기능이 있다.

한편, 최소핵심의무가 국제인권법상 전세계적으로 적용되는 절대적 최저기준으로서의 기능을 한다면, 헌법, 「국민기초생활보장법」, 「주거급여법」과 「주거기본법」 및 그에 의한 「최저주거기준」, 「장애인·고령

자 등 주거약자 지원에 관한 법률(주거약자법)」등 국내법령에 따른 주거기준은 국내법에 따른 절대적 최저기준으로서의 역할을 한다고 볼 수 있다. 그러므로 최소핵심 의무 위반으로 국제인권법에 따른 주거권 실현의무 위반이 성립하는 것과 마찬가지로, 위 법령에 따른 최저기준 위반은 국내 헌법과 법령에 따른 주거권 실현의무 위반에 해당한다고 볼 수 있다.

다만 이 현행법령은 사회권규약상의 주거권에 미치지 못하는 점이 적지 않다. 우선 주거기본법시행령은 최저주거기준은 ①가구구성별 최소 주거면적 및 용도별 방의 개수, ②전용부엌·화장실 등 필수적인 설비의 기준, ③안전성·쾌적성 등을 고려한 주택의 구조·성능 및 환경기준이 포함되어야 하며, 사회적·경제적인 여건의 변화에 따라 그 적정성이 유지되어야 한다(동 시행령 제 12조)는 조건으로 국토교통부장관에 입법위임을 하였다. 이에 따른 현행 최저주거기준(국토교통부 공고 제2011-490호)은 필수적인 설비와 구조·성능 및 환경 요소로 구분하여 정하고 있다. 전자에는 "상수도 또는 수질이 양호한 지하수 이용시설 및 하수도 시설이 완비된 전용입식부엌, 전용수세식화장실 및 목욕시설"이 해당한다. 후자의 구조·성능 및 환경과 관련하여서는 ①영구건물로서 구조강도가 확보되고 주요 구조부는 내열·내화·방열·방습에 양호한 재질일 것, ②적절한 방음·환기·채광·난방설비를 갖추는 것, ③소음·진동·악취·대기오염 등 환경요소가 법정기준에 적합할 것, ④해일·홍수·산사태·절벽붕괴 등 자연재해로 인한 위험이 현저한 곳에 위치하지 않을 것, ⑤안전한 전기시설 및 화재시 피난시설을 갖추는 것"을 요구하고 있다. 이에 부가하여 가구구성별 최소 주거면적 및 용도별 방의 개수는 별표(국토교통부 공고 제2011-490호)에서 정하였다.

하지만 이런 최저주거기준은 엄격한 구속력을 갖지 못하고 있다. 기본적으로 최저주거기준 미달가구를 해소하기 위한 주택공급이나 주택개량자금 지원은 국가 및 지방자치단체의 재량에 일임되어 있으며(제 18조 제1항), 국가 및 지방자치단체는 단순히 그 최저주거기준 미달가구 축소를 위해 노력해야 할 의무만 지고 있을 뿐이다.(제19조 제2항). 물론, 최저주거기준 미달 가구의 수는 해마다 줄고 있다. 2006년 전체 가구의 16.6%인 268만 5천 가구가 최저주거기준 미달이었으나, 2020년에는 4.6%인 92만 1천가구로 그 수와 비율이 줄어들었다.⁵⁷⁴⁾ 하지만 이러한 최저주거기준의 충족을 요구할 권리는 보장되지 않고 있다. 주거권을 인권이나 헌법상의 기본권 수준에서 인식하기 보다는 사회복지 내지는 주택정책의 수준에서 다루고 있는 관행이 문제인 것이다.⁵⁷⁵⁾ 더불어 외국인의 경우 이 법령들이 적용될 수 있는 여지 또한 불투명하다. 주거권의 차원이 아니라 주거개선노력의무의 차원에서 국가와 지방자치단체를 중심으로 구성되어 있기 때문이다. 또 주거약자의 경우도 사회권규약 일반논평 제4호에 해당하는 주거약자 모두를 포괄하는 것이 아니라, 고령자, 장애인 및 국가유공자 등에만 한정되어 규율한다.

무엇보다 결정적인 것은 강제퇴거에 관한 일반논평 제7호의 사항은 국내법적으로 유효한 집행 및 통제의 장치가 결여되어 있다는 점이다. 오히려 강제퇴거금지의 문제는 주거권이라는 인권의 차원이 아니라 재산권의 하위개념 수준으로 간주되고 있는 것이 현실이기도 하다. 현행 법제상 주거권에 관한 핵심

574) 국토교통부, 『주거실태조사』 통계정보보고서, 2020. 6, in: https://kostat.go.kr/board.es?mid=a10409070000&bid=12030&tag=&act=view&list_no=422671&ref_bid= (2023. 12. 5. 열람), 78면

575) 이에 대한 비판적 검토로는, 장은혜, “주거권의 법적 쟁점과 보장법제에 관한 연구,” 아주법학, 제8권 제1호, 2014 참조.

적인 사항은 법령에서 어느 정도 규정되어 사회권규약 상의 주거권을 실현하기 위한 일정 정도의 보완 및 확장만 이루어지면 될 것이나, 강제퇴거에 관하여는 일반논평 제7호의 사항들이 기본적인 심사기준으로 적용되어야 할 것이다.

2) 건강권⁵⁷⁶⁾

(1) 건강권의 내용

건강권에 관한 규정은 세계인권선언에서 찾아볼 수 있다. 세계인권선언 제25조 제1항은 “모든 사람은 식량, 의복, 주택과 의료 및 필요한 사회적 지원을 포함하여 자신과 가족의 건강과 안녕에 적합한 생활수준을 누릴 권리를 갖는다”라고 하여 건강권의 틀을 마련하고 있다. 또 사회권규약 제12조 제1항은 ‘모든 사람은 도달 가능한 최고 수준의 육체적 및 정신적 건강을 향유할 권리’를 가진다고 선언하고 제2항은 “전염병, 풍토병, 직업병 및 기타 질병의 예방, 치료 및 통제”와 ‘질병 발생시 모든 사람에게 의료와 간호를 확보할 여건의 조성’을 위해 필요한 조치를 협약 당사국이 취할 것을 의무지우고 있다.

여기서 사회권규약 제12조가 말하는 “도달 가능한 최고 수준의 육체적 및 정신적 건강”은 의료에 대한 권리로 한정되지 않는다. 건강에 대한 권리는 사람이 건강한 삶을 살 수 있는 조건을 촉진하는, 식량과 영양, 주거, 안전하고 마실 수 있는 물에 대한 접근과 적절한 위생, 안전하고 건강한 노동조건, 그리고 건강한 환경 등 다양한 사회·경제적 요소들을 포괄한다.

세계보건기구(WHO)는 그 헌장에서 건강권을 규정한다. 이 헌장은 “건강이라는 것은 완전한 육체적, 정신적 및 사회적 복리의 상태를 뜻하고, 단순히 질병 또는 병약이 존재하지 않는 것이 아니다”라고 정의하면서, “도달 가능한 최고 수준의 건강을 누리는 것은 모든 인간이 인종·종교, 정치적 신념, 경제적·사회적 조건 등에 따른 구별 없이 가지는 기본적 권리”라고 선언 하고 있다.

우리의 경우 현행 헌법은 건강권 자체를 명시하지 않지만 헌법 제35조 제1항으로 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가짐을 규정한다. 이때 건강권은 보건권이라 지칭되면서 국민이 자신의 건강을 유지하며 생활하고, 자신의 건강보호를 위해 국가에 대하여 적극적인 배려와 급부를 요구할 수 있는 권리로 이해된다. 아울러 국가는 소극적으로 국민의 건강을 침해해서는 아니되며 적극적으로는 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할 의무를 부담한다고 본다.⁵⁷⁷⁾

건강권은 자유와 권리를 내포한다. 자유는 성 그리고 재생산에 대한 권리를 포함하여, 자신의 건강과 육체를 통제할 권리, 고문, 비동의 치료와 실험침범으로부터 자유로울 권리를 포함한다. 권리는 사람들에게 도달 가능한 최고 수준의 건강을 향유할 수 있는 동등한 기회를 제공하는 건강보호제도에 대한 권리

576) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000, E/C.12/2000/4

577) 헌법재판소, 2010. 7. 29. 2008헌가19 등

를 포함한다.

“도달 가능한 최고 수준의 건강”의 개념은 개인의 생물학적 그리고 사회·경제적 사전조건과 국가의 가용한 자원을 모두 고려한다. 유전적 인자, 개인의 취약성, 건강에 안 좋거나 위험한 생활방식은 개인의 건강에 중요한 영향을 미칠 수 있다. 따라서 건강권은 도달가능한 최고수준의 건강의 실현을 위해 필요한 다양한 시설, 재화, 서비스와 조건의 향유에 대한 권리로 이해되어야 한다.

건강권은 가용성, 접근성, 수용성과 질의 보장을 내용으로 한다.

가용성	제 기능을 하는 공공 보건 및 의료 시설, 재화와 서비스, 그리고 사업들이 당사국 내에 충분한 양으로 확보되어 있어야 함을 의미	
접근성	보건 시설, 재화와 서비스는 당사국의 관할권 안에 있는 모두에게 차별 없이 접근가능하여야 함을 의미	
	비차별	보건 시설, 재화와 서비스는 금지된 사유(인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 견해, 국가적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 육체적 또는 정신적 장애, 건강상태(HIV/AIDS 포함), 성적 지향 그리고 시민적, 정치적, 사회적 기타 지위)를 근거로 한 차별 없이 모두에게 접근 가능하여야 함(578)
	물리적 접근성	보건 시설, 재화 그리고 서비스는 특히 소수민족, 선주민, 여성, 아동, 청소년, 노인, 장애인과 HIV감염인처럼 취약하거나 소외된 집단 등 모든 인구 집단들이 안전하게 물리적으로 접근할 수 있는 범위 내에 있어야 함. 접근성은 또한 안전하고 마실 수 있는 물과 적절한 위생시설과 같이 건강을 결정하는 기저인자들이 농촌지역을 포함하여, 안전하게 물리적으로 접근 가능한 범위 내에 있어야 함을 의미함. 나아가 장애인의 적절한 건물 접근성을 포함함
	경제적 접근성 (적정한 비용)	보건 시설, 재화와 서비스는 모두에게 과도하지 않은 비용으로 제공되어야 함. 가난한 가정에 대해 부유한 가정에 비해 비례적이지 않은 의료비용을 부담시키는 것은 형평에 위배됨
	정보에 대한 접근성	접근성은 건강문제와 관련된 정보와 발상을 구하고, 받고 나눌 수 있는 권리를 포함함. 다만 정보에 대한 접근성은 개인적 의료정보에 대한 비밀유지에 관한 권리를 저해해서는 안 됨
수용성	모든 보건 시설, 재화와 서비스는 의료윤리를 존중하고 문화적으로 적절한 것, 즉 개인, 소수자, 집단과 공동체의 문화를 존중하고, 성과 인생주기에 따른 요구에 민감하며, 나아가 비밀유지를 존중하고 당사자의 건강상태를 향상시키도록 설계되어야 함	

578) 국민건강보험법령은 지역가입대상 외국인에 대해 3개월이상 체류등의 요건을 갖추고 특정체류자격이 있는 경우에 한해 임의가입대상으로 하였다가, 2019년 법을 개정하여 특정체류자격, 6개월이상 체류 등의 가입요건을 갖춘 경우 가입을 의무화하였다. 그런데 영주자격자 및 결혼이민자를 제외한 외국인 지역가입자는 소득·재산이 그에 미치지 못하더라도 전년도 평균보험료가 보험료 하한으로 적용된다. 한편 직장가입대상 외국인의 경우(국민건강보험법 제109조 제2항) 사업주는 해당 외국인근로자를 재직중 당연히 건강보험에 가입자로 신고하여야 할 법적 의무를 진다. 또는 해당 외국인근로자는 그 근로관계가 지속되는 한 임의로 탈퇴할 수 없다. 노인장기요양 보험의 경우에는 '외국인근로자의 고용 등에 관한 법률'에 따른 외국인근로자 등은 가입제의 신청이 가능하다(노인장기요양보험법 제7조 제4항 및 같은 법 시행령 제3조의 2).

아울러, 보건 시설, 재화와 서비스는 과학적 및 의학적으로 적절하고 질이 양호하여야 한다. 이는 고속 련 의료 종사자, 과학적으로 승인되고 유효기간이 만료되지 않은 의약품과 병원장비, 안전하고 마실 수 있는 물, 그리고 적절한 위생을 포함한다.

(2) 국가의 의무

① 건강권을 존중, 보호 및 실현할 국가의 의무

<p>존중: 국가에 의한 침해 금지</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 예방, 치료 및 완화를 위한 보건서비스에 대한, 수형자와 수감자, 소수자, 비호신청자와 비정규 이민자를 포함한 모든 사람의 평등한 접근을 거부 또는 제한하지 않을 것 - 여성의 건강상태와 필요와 관련 차별적 조치를 강요하지 않을 것 - 전통적 예방, 치료 관행 및 의약을 금지 또는 저지하지 않을 것 - 안전하지 못한 의약품의 판매하지 않을 것 - 정신질환의 치료 또는 감염병의 예방과 통제를 위한 예외적인 경우를 제외하고 강제적 의료 행위를 하지 말 것. 강제적 의료행위가 허용되는 예외적인 경우라 하더라도 구체적이며 제한적 조건을 따르도록 하고 정신질환자의 보호 및 정신건강의료의 증진을 위한 원칙을 포함한 관련 국제기준과 최선의 실무관행을 존중할 것 - 피임도구 등 성과 재생산 건강을 유지하기 위한 수단에 대한 접근을 제한하지 않을 것 - 건강 관련 정보를 검열, 비공개, 또는 의도적으로 왜곡하지 않을 것 - 건강 관련 사안에 대한 사람들의 참여를 제한하지 않을 것 - 국가시설로부터 나온 산업폐기물로 공기, 물 및 토지를 불법적으로 오염시키지 않을 것 - 건강에 해로운 물질이 유출되는 핵무기 또는 생화학 무기를 사용 또는 실험하지 않을 것 - 제재수단으로서 건강서비스에 대한 접근을 제한하지 않을 것
<p>보호: 제3자에 의한 침해로부터의 보호</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 제3자가 제공하는 보건 및 의료서비스에 대한 평등한 접근을 보장하는 입법 또는 기타 조치 - 의료부문의 민영화가 보건시설, 재화 및 서비스의 가용성, 접근성, 수용성과 질을 위협하지 않도록 보장 - 제3자에 의한 의료장비와 의약품의 판매에 대한 통제 - 의사와 기타 전문적 의료종사자들이 교육, 숙련도와 윤리강령 준수의 적절한 수준을 갖추도록 보장 - 해로운 사회적 또는 전통적 관습이 산전산후 모성보호와 가족계획을 침해하지 않도록 보장 - 여성이 여성할례와 같은 전통관습에 따른 조치를 당하지 않도록 보장 - 성 기반 폭력 표출을 고려하여 사회의 취약하고 소외된 집단, 특히 여성, 아동, 청소년과 노인들을 보호하기 위한 조치 - 제3자가 건강 관련 정보와 서비스에 대한 접근을 제한하지 않도록 보장
<p>실현: 국가에 의한 권리 실현</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 가급적 입법을 통해 국가 정책 및 법제도에 건강권에 대한 인정을 충분히 담을 것 - 건강권 실현을 위한 구체적 계획이 있는 국가건강정책 채택 - 주요 감염병에 대한 예방접종을 포함한 의료서비스 제공의 보장

	<ul style="list-style-type: none"> - 영양가 있는 양식과 마실 수 있는 물, 기본적 위생과 적절한 주거 및 생활환경 등 건강의 기저인자들에 대한 동등한 접근의 보장 - 공공 보건 기반시설들이 특히 농촌지역에서 성과 재생산 건강서비스 제공하도록 할 것 - 의사 기타 의료종사자의 적절한 훈련의 보장 - 충분한 수의 병원, 치료소 기타 보건 관련 시설을 제공할 것 - 전국적으로 고른 분포를 고려한 상담과 정신보건서비스를 제공하는 시설의 증진 및 지원 - 모두가 비용을 감당할 수 있는 공공, 민간 또는 복합적 건강보험제도의 제공 - 특히 HIV/AIDS, 성 및 재생산 건강, 전통적 의료행위, 가정폭력, 알코올 중독과 흡연이나 마약 기타 해로운 물질에 관한 정보의 제공을 위한 캠페인, 보건교육 및 의학연구의 증진 - 환경 및 직업 관련 건강 위해와 역학적 데이터에 의해 드러난 기타 위협에 대응하는 조치 - 휘발유에 함유된 납과 같은 중금속에 의한 오염을 포함하여 공기, 물과 토지의 오염을 줄이기 위한 국가적 정책이 채택 - 산업재해와 산업안전과 건강서비스에 관한 일관성 있는 국가정책의 형성, 시행과 정기적 검토 - 개인 또는 공동체들이 건강권을 향유할 수 있도록 적극적 조치를 취할 것 - (i) 연구와 정보제공 등 긍정적 건강결과를 증진하는 요소에 대한 인식의 제고 (ii) 보건서비스가 문화적으로 적당하고 보건 종사자들이 취약하거나 소외된 집단의 특수한 필요를 인지하여 대응할 수 있게 훈련되도록 보장 (iii) 건강한 생활방식과 영양, 해로운 전통관습과 서비스의 이용가능성에 관한 적절한 정보의 확산에 관한 의무의 이행 (iv) 사람들이 충분한 정보를 가지고 건강에 관한 결정을 할 수 있도록 지원하는 등 주민들의 건강을 형성, 유지 및 회복하기 위한 조치를 취할 것
--	--

② 국제적 의무

당사국은 국내뿐만 아니라, 국제적으로도, 특히 경제적인 그리고 기술 관련 지원 및 협력을 통해 건강권을 비롯한 규약상 권리의 완전한 실현을 위한 조치를 취할 의무가 있다.⁵⁷⁹⁾ 국제적 의무는 타국에서의 건강권 향유에 대한 존중, 그리고 유엔헌장 및 관련 국제법에 따라 법적 또는 정책적 수단으로 제3자에게 영향력을 행사할 수 있는 경우 해당 제3자가 건강권을 침해하지 않도록 방지, 가용한 자원에 따라 필수적 복건 시설, 재화 및 서비스에 대한 접근성 지원 및 필요한 경우 원조의 제공, 다른 국제협약을 체결함에 있어 건강권에 부정적 영향을 미치지 않도록 보장하는 것을 포함한다. 또한 국제통화기금, 세계은행과 지역적 개발은행 등 국제금융기관의 회원인 당사국은 대출정책, 신용계약과 해당 기관의 국제적 조치에 영향을 미침에 있어 건강권 보호에 주의하여야 한다. 당사국은 가용자원의 최대한도까지 난민과 국내 실향민에 대한 지원을 포함하여 재난구조 및 인도적 지원에 협력을 제공하여야 하며, 국제 의료원조, 안전한 식수, 식량, 의약 용품, 재정적 원조와 같은 자원의 배분 및 관리에 있어 가장 취약하거나 소외된 집단에 우선순위를 부여하여야 한다. 각 국은 또한 국경을 넘어 감염되는 질병에 대해 공동으로 대응하

579) 일UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), 14 December 1990, E/1991/23

여야 한다. 경제적으로 개발된 국가들은 이와 관련 개발도상국들을 지원할 특별한 의무와 이해가 있다. 아울러 타국의 적절한 의약품 및 의료장비 공급을 제한하는 금수조치나 유사한 조치를 삼가야 한다.

(3) 최소핵심 의무

알마-아타 선언 및 인구와 개발에 관한 국제회의 행동계획에 근거하여 건강권 실현과 관련 다음과 같은 최소핵심 의무가 도출된다.

5. 특히 취약하거나 소외된 집단에 대해, 보건 시설, 재화 및 서비스에 대한 접근에 관한 권리의 비차별적 보장
6. 모두에게 기아로부터의 자유를 보장하기 위해 영양이 적절하고 안전한 최소한의 필수 식량에 대한 접근의 보장
7. 기본적 안식처, 주거, 위생 그리고 안전하고 마실 수 있는 물의 적절한 공급의 보장
8. 세계보건기구 필수 의약품 행동계획에 따른 필수 의약품의 공급
9. 모든 보건 시설, 재화와 서비스의 공평한 분배
10. 역학적 증거에 기반하며 전체 인구의 건강문제에 대응하는 국가공공보건전략과 행동계획의 채택. 전략과 행동계획은 참여적이고 투명한 절차에 기반하여 입안되고 정기적으로 점검되어야 하며, 건강권 지표와 벤치마크와 같이 진전을 밀착해서 점검할 수 있는 방법을 포함하여야 한다. 전략과 행동계획 입안절차와 그 내용은 취약하거나 소외된 집단을 특별히 고려해야 한다.

(4) 상대적으로 우선적 순위가 있는 의무

사회권규약위원회 일반논평14는 최소핵심 의무 외에 상대적으로 우선적 순위가 있는 의무로서 다음과 같은 것을 열거한다.

- (a) 재생산, 모성(산전산후)과 아동 의료서비스의 보장
- (b) 공동체에서 주로 발생하는 감염병에 대한 예방접종
- (c) 유행병과 풍토병의 방지, 치료와 통제에 대한 조치
- (d) 공동체의 주된 건강문제의 예방과 통제 등과 관련된 정보에 대한 접근성과 교육의 제공
- (e) 의료 종사자에 대한 건강과 인권에 대한 교육을 포함한 적절한 교육훈련의 제공

3) 의무위반

(1) 일반사항

사회권규약 제12조에 따른 의무 위반여부를 판단함에 있어 국가가 의무를 이행할 의사가 없는지, 아니면 의사는 있지만 이행에 필요한 자원이 없는지를 구분할 필요가 있다.⁵⁸⁰⁾ 건강권의 실현을 위해 가용한 최대 자원을 활용할 의사가 없는 국가는 사회권규약 제12조 위반에 해당한다. 자원의 제약으로 인해 완전한 의무이행이 불가능한 경우에도, 국가는 상기 의무를 우선적으로 이행할 목적으로 가용한 자원을 모두 활용하기 위해 모든 노력을 다했음을 정당화할 부담이 있으며, 최소핵심 의무 위반은 어떠한 경우에도 정당화될 수 없다. 특히 역진적 조치는 건강권 관련 최소핵심 의무에 위배된다.

(2) 건강권을 존중할 의무에 대한 위반의 예시

유엔사회권규약 위원회 일반논평14는 건강권을 존중할 의무에 대한 위반의 예시로 법적 또는 사실적 차별의 결과 특정 개인 또는 집단에 대한 보건의료시설, 재화 및 서비스로부터의 배제, 건강보호 또는 치료에 필수적 정보의 고의적 비공개 또는 왜곡, 건강권의 내용을 이루는 요소들의 향유를 방해하는 법 또는 정책의 채택, 타국, 국제기구 또는 다국적 기업과 같은 다른 조직과의 양자간 또는 다자간 협약 체결 시 건강권에 대한 법적 의무에 대한 비고려 등을 들고 있다.

직장건강보험에 가입되지 않은 장기체류 외국인에 대해 지역건강보험 가입을 강제하면서 실제 소득·재산과 무관하게 평균보험료 이상을 납부하도록 하는 현행 건강보험 관련 법령⁵⁸¹⁾은 국적을 이유로 한 차별에 해당하고, 특히 저소득 외국인에 대해 더욱 큰 부담을 지운다는 점에서 건강권을 존중할 의무에 대한 위반에 해당한다고 볼 수 있다.

(3) 건강권을 보호할 의무에 대한 위반의 예시

개인, 집단 또는 기업들의 행위에 의한 건강권 침해를 방지하기 위한 규제의 부재, 소비자와 노동자를 건강을 저해하는 사용자 및 의약품 또는 식품 제조자 등의 관행으로부터 보호하지 않는 것, 담배, 마약 등의 해로운 물질의 생산, 판매 및 소비의 근절을 촉진하지 않는 것, 여성을 폭력으로부터 보호하고 가해자를 처벌하지 않는 것, 해로운 전통적 의료 또는 문화적 관행의 근절을 촉진하지 않는 것, 채굴 또는 제조 산업에 의한 수질, 대기 및 토양 오염을 방지하기 위한 법률을 제정하거나 집행하지 않는 것은 건강권을 보호할 국가의 의무에 대한 위반에 해당한다.

(4) 건강권을 실현할 의무에 대한 위반의 예시

국가가 모두의 건강권을 보장하기 위해 설계된 국가 보건 정책을 채택하거나 이행하지 않거나, 공적

580) 일반논평 제14호 para 47

581) 국민건강보험법 제109조, 「장기체류 재외국민 및 외국인에 대한 건강보험 적용 기준」

자원의 불충분한 지출 또는 잘못된 배분으로 특히 취약하거나 소외된 개인 또는 집단을 비롯한 개인 또는 집단들이 건강권을 누리지 못하게 되거나, 건강권 인자 또는 벤치마크들을 확인하지 않는 등 건강권 실현 정도를 점검하지 않거나, 보건시설, 재화 및 서비스의 불공정한 분배를 줄이기 위한 조치를 취하지 않거나, 건강에 대한 성인지적 접근을 채택하지 않거나, 영아 및 산모의 사망률을 낮추지 못하는 경우 건강권 실현할 의무의 위반에 해당한다. 이 중 국가 보건 정책의 채택 및 이행 등은 즉각적으로 실현해야 하는 의무로, 건강권을 실현할 의무라고 해서 반드시 점진적 이행대상이 아님을 확인할 수 있다.

(5) 소결

위에서 본 바와 같이 건강권 보장의 중요한 요소는 경제적 접근성이다. 이와 관련 국민기초생활보장법상 의료급여에 대한 부양의무자기준의 고수는 건강권을 실현할 의무에 대한 명백한 위반에 해당한다고 볼 수 있다. 동거하지 않는 가족의 소득·재산을 기준으로 기초생활보장급여의 수급자격을 따지는 부양의무자기준은 오래 전부터 기초생활보장 사각지대의 주범으로 지목되어 왔다.⁵⁸²⁾ 이에 부양의무자기준은 의료급여와 주거급여에 대해 폐지되고, 생계급여에 대해서는 크게 완화되었으나, 의료급여만은 종전과 거의 같은 형태로 고수되고 있다. 실제 부담능력을 고려하지 않은 제도 시행의 결과 저소득층은 건강보험료를 내지 못해 체납보험료가 쌓이고 체납처분으로 통장 압류 등 추가적 불이익에 노출되는 한편, 본인부담금에 대한 부담 또는 보험료 체납에 따른 급여 중지로 인해 의료서비스에 대한 접근성까지 제한되는 이중, 삼중의 고통을 받는 상황에 놓이게 되었다.⁵⁸³⁾

이는 경제적 접근성을 보장할 의무에 위배될 뿐만 아니라, 건강권을 보장함에 있어 특히 취약하거나 소외된 개인 또는 집단을 우선적으로 고려해야 하는 의무에도 위반된다고 볼 수 있다.

4) 국내적 이행

(1) 국가보건전략과 기본법

사회권위원회의 일반논평14는 국가의 건강권 보장 의무 이행을 위한 조치로서 모두가 건강권을 누릴 수 있도록 보장하는, 그 목적을 규정하는 인권원칙에 기반한 국가전략의 채택과 건강권 인자 및 벤치마크에 대응하는 정책의 수립을 강조한다. 국가보건전략은 명시된 목적을 달성하기 위한 자원과 그 자원을 활용하는 가장 효율적 방법을 확인하여야 하며, 국가보건전략을 수립하고 이행함에 있어 비차별의 원칙과 주민 참여원칙을 존중하여야 한다. 국가보건전략과 이행계획은 또한 책무성, 투명성과 사법부 독립성

582) 보건복지부, 제2차 기초생활보장종합계획, 2019. 8.

583) 국민권익위원회, 저소득 취약계층의 복지 사각지대 방지를 위한 건강보험료 체납 빈발민원 해소방안, 2023. 11. 국민권익위는 그 해소방안으로 저소득 취약계층의 의료보장 서비스 사각지대 해소(의무부양자기준 폐지), 임금채권 '포괄적 압류 처분' 업무관행 개선, 건강보험 체납자의 '체납제한' 근거규정 폐지 등 입법개선, 체납보험료의 분할납부 48회 이내로 완화, 지역가입자에 대한 일정기간 체납처분 유예 근거규정마련, 지역가입자의 연대납부 면제대상 확대 등을 제시하였다.

의 원칙에 기반하여야 한다. 사회권위원회는 또한 국가보건전략을 운영하기 위한 기본법의 입법을 권고한다. 기본법은 국가보건전략과 이행계획의 이행을 점검하는 체계, 달성해야 하는 목표와 그 기간, 건강권 벤치마크를 달성할 수 있는 방법, 보건전문가, 계획하는 민간부문과 국제기구를 포함한 시민사회와의 협력, 국가보건전략과 이행계획 이행의 주무기관, 그리고 권리구제절차를 포함하여야 한다.

(2) 건강권 인자와 벤치마크

건강권 인자는 차별금지사유 별 분할 집계를 요한다. 건강권의 비차별적 보장여부를 확인하기 위함이다.

(3) 권리구제

건강권을 침해당한 모든 개인 또는 집단은 국가적 또는 국제적 차원의 효과적인 사법적 또는 기타 구제를 접근할 수 있어야 한다. 이러한 침해의 모든 피해자는 배상, 보상, 만족 또는 재발방지 보장을 포함하는 적절한 구제를 받을 수 있어야 한다.

4. 사회보장권⁵⁸⁴⁾

1) 사회보장권의 내용

사회권규약 제9조에 따르면 당사국은 모든 사람이 사회보험을 포함한 사회보장에 대한 권리를 가지는 것을 인정한다. 헌법 제34조 제2항은 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 국가의 의무를, 제3항은 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력할 의무를, 제4항은 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를, 제5항은 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받음을 규정한다. 국제노동기구의 여러 사회보장협약과 권고들은 대표적인 사회적 위험에 대한 사회보장(노령, 상병, 실업, 산업재해, 장애, 유족 급여, 아동과 가족 지원, 모성보호, 보건의료)에 대한 권리의 구체적 기준을 제시하고 있다. 사회권위원회의 일반논평 제19호에 따르면 사회보장권의 실현은 다음을 필수적으로 요한다.

(1) 사회보장제도의 마련

584) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 19: The right to social security (Art. 9 of the Covenant), 4 February 2008, E/C.12/GC/19

사회보장권 실현의 필수적 요소 중 하나는 9가지 주된 사회보장영역 또는 사회적 위험에 대응하는 사회보장제도의 마련이다. 사회보장제도는 법으로 확립되어야 하며 공공 당국은 사회보장제도의 효과적 운영 및 감독의 책임이 있다. 사회보장제도는 현 세대와 미래 세대의 권리가 실현됨을 보장하기 위해 지속 가능한 것이어야 한다.

보건	모두에게 보건의료 서비스에 대한 적절한 접근의 보장
상병	상병으로 인해 일을 할 수 없는 경우 소득상실 기간에 대응하는 현금의 지원. 상병 기간이 장기화되는 경우 장애 수당 수급자격 부여
노령	당사국은 직업의 성격, 특히 위험한 직업과 노인의 근로능력을 고려한 국가적 상황에 맞는 은퇴연령을 설정하여야 함. 당사국은 고용자원의 범위 내에서 은퇴연령에 도달한 노인이 보험에 기반한 노령연금 등의 사회보장급여나 지원을 받을 수 있는 기여 기간을 채우지 못하거나 기타 자격이 없고 다른 소득원이 없는 경우 기여에 기반하지 않은 노령급여, 사회서비스 기타 지원을 제공하여야 함
실업	실업급여는 적절한 기간 동안 지급되는 것이어야 하며 기간의 경과 후 사회보장제도는 사회부조 등 실직 노동자를 위한 적절한 보호를 제공하여야 함. 사회보장제도는 나아가 시간제, 임시, 계절, 자영, 그리고 비공식 경제부문에서 비전형적 근로형태에 종사하는 노동자를 포괄하여야 함
산업재해	사회보장제도는 부상 또는 병적 상태로 인한 비용과 소득상실, 그리고 가장의 사망으로 인해 배우자와 자녀들이 상실한 부양비를 포괄하는 것이어야 함. 적절한 급여는 의료서비스에 대한 접근과 수입의 안정성을 보장하기 위한 현금급여 형태로 제공되어야 함. 급여를 받을 자격은 고용의 기간, 보험기간 또는 기여금의 납입을 조건으로 하여서는 안 됨
아동과 가족 지원	현금급여와 사회서비스를 포함한 가족 및 아동 급여는 금지된 사유로 인한 차별 없이 가족들에 제공되어야 하며 통상 식량, 의복, 주거, 식수와 위생, 그리고 다른 권리를 포함함
모성	비정형 일에 종사하는 경우를 포함한 모든 여성에게 유급 산전후 휴가가 보장되어야 하며 급여는 적절한 기간에 대해 제공되어야 함. 여성과 아동에 대해 산전, 출산과 산후 보건의료서비스와 필요한 경우 입원서비스를 포함한 적절한 의료혜택이 제공되어야 함
장애	장애 또는 장애와 관련된 요인으로 인해 소득 상실 또는 감축을 겪거나 고용기회를 거부당하거나 영구적 장애가 있는 사람에 대해 적절한 소득지원이 제공되어야 함. 이러한 지원은 존엄한 방식으로 제공되어야 하며 특별히 필요한 지원과 장애와 흔히 수반되는 다른 비용을 반영한 것이어야 함. 지원은 가족구성원과 그 외 비공식적으로 돌봄을 제공하는 사람들을 포괄하는 것이어야 함
유족과 고아	당사국은 사회보장을 적용받거나 연금에 대한 권리가 있었던 가장이 사망하는 경우 유족 및 고아들을 위한 급여를 보장하여야 함

(2) 적절성

사회보장급여의 수준 및 기간은 누구나 사회권규약 제10조, 제11조 및 제12조에 따른 가족의 보호 및

지원, 그리고 적당한 생활수준 및 보건의료서비스에 대한 적당한 접근에 관한 권리를 실현할 수 있도록 적당한 것이어야 한다. 소득상실에 대비하는 급여를 제공하는 기여형 사회보장제도의 경우 소득, 기여와 해당 급여간 합리적 연관성이 있어야 한다.

(3) 접근성

적용대상	사회보장제도는 가장 취약하고 소외된 집단을 포함한 모든 사람들을 사회권규약 제2조 제2항에 따라 금지되는 차별 없이 포괄하는 것이어야 함. 사각지대를 방지하기 위해 비기여형 제도를 설정할 필요가 있음
자격	급여 수급자격은 합리적이고, 비례적이며 투명하여야 함. 급여의 취소, 감축 또는 증지는 법률로 정하는 바에 따라 제한적이며, 합리적 근거가 있어야 하고 적법절차 원칙의 적용을 받아야 함
감당할 수 있는 비용	기여금을 요건으로 하는 사회보장제도의 경우 기여금은 사전에 정해야 함. 기여금을 납부하기 위한 직접적 및 간접적 비용은 모두가 감당할 수 있는 것이어야 하며 규약의 다른 권리의 실현을 위태롭게 하지 말아야 함
참여와 정보	사회보장제도의 수급권자는 사회보장제도의 운영에 대한 참여권이 보장되어야 함. 제도는 국법으로 규정되어야 하며 개인 및 단체가 명료하고 투명한 방식으로 사회보장수급권에 관한 정보를 구하고, 받고, 전할 권리를 보장하여야 함
물리적 접근성	급여는 제때 제공되어야 하며 수급권자는 급여와 정보를 받거나 기여금을 납부하기 위해 사회보장서비스에 물리적으로 접근할 수 있어야 함. 이와 관련 장애인, 이주민, 그리고 외지거나 재난이 자주 발생하거나 무력분쟁을 겪는 지역에 거주하는 사람들이 사회보장서비스에 접근할 수 있도록 특히 고려해야 함

(4) 비차별과 평등

당사국은 모든 사람이 사회보장권을 차별없이 향유할 수 있도록 보장하여야 한다. 국가는 사회보장권을 행사하는 데 통상 어려움을 겪는 개인과 집단에 특별히 관심을 기울여야 한다. 여기서 사회보장권 행사에 어려움을 겪는 개인과 집단은 여성, 실업자, 충분한 사회보장의 보호를 받지 못하는 노동자, 비공식 부문에서 일하는 노동자, 상병중인 노동자, 장애인, 노인, 피부양자, 가사노동자, 재택근무자, 소수자집단, 난민, 난민신청자, 국내실향민, 귀환자, 비국적자, 수형자와 수감자 등을 말한다.

(5) 성평등

남성과 여성에 동일한 퇴직연령 적용, 여성과 남성에게 대한 육아휴직 보장, 기여형 사회보장제도에 있어서 육아기간의 기여기간 산입 등 여성이 똑같은 기여를 하지 못하는 원인에 대한 고려, 비기여형 사회보장제도에 있어 여성의 빈곤율이 더 높고 많은 경우 단독으로 육아를 하는 점이 고려되어야 한다.

(6) 사회보장의 적절한 보호를 받지 못하는 노동자(시간제, 비정규, 자영 및 재택)

당사국은 가용자원의 최대한도까지 시간제 노동자, 비정규노동자, 자영업자와 재택 노동자 등 사회보장제도에 의한 충분한 보호를 받지 못하는 노동자들이 사회보장제도에 포괄될 수 있도록 조치를 취하여야 한다. 취업활동에 근거를 둔 사회보장제도의 경우 정규직에 상응하는 조건을 누릴 수 있도록 맞추어야 한다. 산업재해를 제외하고, 이러한 조건은 노동시간, 기여금 또는 소득에 비례하거나 기타 적절한 방법의 의거 결정되는 것을 수 있다. 취업에 근거한 제도가 이러한 노동자들을 충분히 포괄하지 못하는 경우 국가는 보완적 조치를 강구할 필요가 있다.

(7) 비공식 경제부문

당사국은 가용자원의 최대한도까지 비공식 경제부문에서 일하는 노동자들이 사회보장제도에 포괄될 수 있도록 조치를 취하여야 한다. 비공식 경제부문은 국제노동회의(International Labour Conference)에 의해 “노동자 또는 경제단위에 의한, 법 또는 관행상 공식적 규율을 받지 않거나 충분히 받지 못하는 모든 경제적 활동”으로 정의된다. 이 의무는 특히 사회보장제도가 공식적 고용관계, 사업단위 또는 등록된 거주지에 근거하는 경우 중요하다. 고려될 수 있는 조치는 지역공동체에 기반한 보험 등 비공식적 사회보장제도에 대한 접근을 막는 장애물의 제거, 사회적 위험에 대한 최소한의 보장과 점진적 확대, 마이크로 보험과 마이크로 신용 관련 제도 등 비공식 경제부문에서 발달된 사회보장제도에 대한 존중을 포함한다.

(8) 선주민과 소수자

당사국은 선주민과 민족이나 언어적 소수자들이 비합리적 자격요건 또는 정보에 대한 적절한 접근성의 부재로 직접적 또는 간접적으로 사회보장제도로부터 배제되지 않도록 특별히 주의해야 한다.

(9) 비국적자(이주노동자, 난민, 난민신청자와 무국적자 포함)

사회권규약 제2조 제2항은 국적에 따른 차별을 금지한다. 이주노동자가 사회보험제도에 기여한 경우 기여에 따른 급여를 받거나 떠날 때 기여분을 회수할 수 있어야 한다. 비국적자는 소득지원을 위한 비기여형 제도, 감당할 수 있는 비용의 보건의료와 가족지원에 접근할 수 있어야 한다. 자격을 갖추기 위한 기간을 포함한 모든 제한은 비례적이며 합리적이어야 한다. 국적과 체류 및 이민지위와 무관하게, 모든 사람은 일차 의료와 응급 의료에 대한 권리가 있다.

(10) 국내 실향민과 국내 이주자

국내실향민은 사회보험에 대한 권리의 향유에 있어 차별을 겪어서는 안 되며, 국가는 필요하면 거주지

요건을 면제하고 이주지에서 급여와 서비스를 제공받을 수 있도록 하는 등 제도에 대한 동등한 접근을 보장하기 위해 적극적 조치를 취하여야 한다. 국내 이주자는 거주지에서 사회보장에 접근할 수 있어야 하며 사회보장제도는 등록되지 않은 곳으로 이주하는 개인들의 사회보장에 대한 접근을 제한해서는 안 된다.

2) 국가의 의무

(1) 일반적 의무

차별금지, 여성과 남성에 대한 동등한 권리의 보장, 제11조 제1항과 제12조의 완전한 실현을 향한 계획적이고, 구체적이며 사회보장권의 완전한 실현에 초점을 맞춘 조치를 취할 의무는 즉각적으로 이행하여야 한다. 사회보장권은 국가의 법제도와 정책에서 적절한 우선순위가 부여되어야 하며 국가는 사회보장권의 완전한 실현을 위한 국가 전략을 수립하여 적절한 재정적 및 기타 자원을 할당하여야 한다. 역진적 조치에 대해서는 사회권규약을 위반한다는 강한 추정이 적용된다.

(2) 존중할 의무

국가는 적절한 사회보장에 대한 동등한 접근을 배제하거나 제한하는 조치, 자조 또는 사회보장을 위한 관습적 또는 전통적 안배에 대한 자의적이거나 불합리한 간섭, 사회보장을 제공하기 위해 개인 또는 법인이 설립한 기관에 대한 자의적이거나 불합리한 간섭을 삼가야 한다.

(3) 보호할 의무

기여형 또는 비기여형 사회보장제도가 제3자에 의해 운영되는 경우에도 국가는 여전히 사회보장제도를 관장하고 사적 행위자들이 동등하고 적당하며 적절한 비용으로 이용가능한 사회보장에 손상을 가하지 않도록 보장할 의무가 있다.

(4) 실현할 의무

국가는 사회보장제도의 시행을 포함하여 사회보장권의 완전한 실현을 위해 필요한 조치를 취할 의무가 있다. 당사국은 스스로 충분한 기여금을 납부하지 못하는 개인 또는 집단을 위해 비기여형 제도 또는 사회부조제도를 마련하여야 한다. 또한 사회보장제도가 비상상황, 예를 들어 자연재해, 무장분쟁과 흉작에 적절하게 대응할 수 있도록 특별히 주의를 기울여야 한다. 재정 또는 기여금으로 사회보장을 위한 재원 마련이 어려운 경우에도 사회보장제도는 취약하거나 소외된 집단들을 포괄하여야 한다. 사회보장을 이용

할 수 없는 이들을 즉각적으로 포괄하기 위해 저비용 또는 대안적 제도를 마련하는 것도 하나의 방법이다. 다만 목표가 되어야 하는 것은 이들을 정규 사회보장제도에 편입시키는 것이다. 비공식 경제부문에 속하거나 그 외 사유로 사회보장에 대한 접근에서 배제된 이들을 점진적으로 포괄하기 위해 정책과 법제를 채택할 수 있다.

5. 재판규범으로서의 사회보장권

1) 최저핵심기준 위반과 헌법재판

위에서 본 바와 같이 국가의 의무는 권리의 내용에 의해 결정되고, 국가가 부담하는 의무의 내용은 사회권 침해 여부의 심사기준이 된다. 다만 사법기관이 국가에 의한 사회권 침해 여부를 판단할 때 권력분립의 원칙 또는 정책적 결정이 아닌 개별 쟁송에 대한 판단을 하는 기능과 역할에 따른 고려가 개입될 여지가 있다. 다만 입법부와 행정부에 일정한 입법재량 및 행정재량이 인정된다고 하더라도 헌법 등 상위법령에 의한 백지위임이 있는 것은 아님은 분명하고, 이때 재량의 한계를 규명하는 것은 바로 사법부의 역할이라고 할 수 있다.

이와 관련 헌법재판소는 “인간다운 생활을 규정한 헌법 규정이 입법부나 행정부에 대하여는 국민소득, 국가의 재정능력과 정책 등을 고려하여 가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 누릴 수 있도록 하여야 한다는 행위의 지침 즉 행위규범으로서 작용하지만, 헌법재판에 있어서는 다른 국가기관 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용하는 것”이라고 전제한 후, “국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다”고 판시한 바 있다.⁵⁸⁵⁾

해당 결정의 청구인들은 부부로서, 구 생활보호법에 따른 1994년 생계보호기준이 최저생계비에 미치지 못하다는 이유로 헌법소원심판을 청구하였는데, 헌법재판소는 위 기준을 적용하여 심판청구를 기각했다. 그런데 결정문에 제시된, 청구인들이 실제로 받은 지원과 1994년 대도시 2인 가구 1인당 최저생계비를 비교하면 다음과 같다.

585) 헌법재판소 1997. 5. 29. 선고 94헌마33 결정

생계보호	월 65000	1994년 대도시 2인 가구 1인당 최저생계비	
월동대책비	연 61000		월 5100
노령수당	월 15000		월 190000
버스승차권	월 3600		
서울특별시 상하수도 감면	월 2500		
텔레비전 수신료 면제	월 2500		
전화사용료 면제	월 6000		
총	월 99700	총	월 190000

위 표에서 보는 바와 같이 1994년 생계보호기준에 따른 급여에 다른 지원금을 합산한다 하더라도 정부가 책정한 최저생계비에도 미치지 못하는 명백하다. 그런데 헌법재판소는 “인간다운 생활을 보장하기 위한 객관적 내용의 최소한을 보장하고 있는지의 여부는 생활보호법에 의한 생계보호급여만을 가지고 판단하여서는 아니되고 그 외의 법령에 의거하여 국가가 생계보호를 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면등을 총괄한 수준을 가지고 판단하여야 한다”고 하면서도, 위와 같은 격차의 발생이 어떻게 정당화되는지에 대한 설시 없이 위 수치들을 나열하면서 “이 사건 생계보호기준이 청구인들의 인간다운 생활을 보장하기 위하여 국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도의 보장에도 이르지 못하였다거나 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈하였다고는 보기 어렵고, 따라서 비록 위와 같은 생계보호의 수준이 일반 최저생계비에 못미친다고 하더라도 그 사실만으로 곧 그것이 헌법에 위반된다거나 청구인들의 행복추구권이나 인간다운 생활을 할 권리를 침해한 것이라고는 볼 수 없다”고 판시하였다.

위 판시에서 “국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도”는 무엇을 기준으로 판단했는지는 언급이 없으나 보건복지부가 정한 “일반 최저생계비”와 다른 것임을 전제로 하고 있다. 그러나 국가 스스로가 최저생계비를 산정한 상황에서 해당 최저생계비가 “국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도”가 아니라는 이유에 대한 설명은 필요하다고 본다. 이처럼 “국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도”에 대한 정의의 부재는 해당 결정에서 논리적 공백에 해당한다고 볼 수 있다.

한편, 헌법재판소는 보건복지부가 1998년까지 최저생계비수준을 완전히 보장할 수 있도록 사회복지장기발전계획을 수립·시행하고 있는 점을 언급하고 있기는 하다. 사회복지장기발전계획은 점진적 실현을 위한 계획이라는 점에서 경우에 따라 합헌결정의 근거가 될 수 있다고 생각한다. 다만 최저기준에 관한 것이므로 즉각 실현되지 않고 점진적으로 실현할 수밖에 없는 자원의 제약에 대한 엄격한 입증은 요한다고 할 것이다. 그리고 해당 결정에서 헌법재판소가 점진적 실현을 위한 계획을 어느 정도 고려했는지 알 수 없으며, 결정이 1997년에 선고된 것임에도 1997년까지의 계획이행 상황에 관한 언급도 없다.

결국 헌법재판소는 최소핵심 의무 위반이 문제된 사안에서 위헌이라는 판단을 거의 불가능하게 하는 때

우 소극적 판단기준을 채용했다고 볼 수 있다. 헌법재판소가 말하는 “국가가 실현해야 할 객관적 내용의 최소한도”가 사회권위원회가 말하는 “최소핵심 의무”와 같은 개념인지 알 수 없으나, 최소핵심 의무를 전세계적으로 적용되는 절대적 기준이라고 본다면 각국의 상황에 따라 책정되는 최저생계비와 다른 보장수준을 내용으로 하는 것일 수는 있다. 그러나 국제인권기준은 전세계적 최저기준을 제시하는 것이고, 각국에서 정하는 최저기준은 해당 국가의 상황에 따라 정해지는 최소핵심 의무의 기준이 된다고 본다면, 그러한 국내적 최저기준에 미치지 못하는 보장이 기본권 침해에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 적어도 일견 침해에 해당한다고 보고 비례의 원칙을 적용하여 그렇게 할 수밖에 없는 점에 대한 국가의 엄격한 입증을 요구하여야 한다고 본다.

(2) 독일연방헌법재판소의 경우

이와 관련 독일 연방헌법재판소의 결정의 판시가 참고가 될 수도 있다. 독일 연방헌법재판소는 실업부조급여⁵⁸⁶⁾ 보장수준의 합헌성이 문제된 사안에서 “기본법 제20조 제1항의 사회국가원리와 결부된 기본법 제1조 제1항에 따른 인간다운 최저생활의 보장에 대한 기본권을 부조가 필요한 모든 사람에게 육체적 생존과 사회적, 문화적 그리고 정치적 생활에 대한 최소한이 참여에 필수적인 물질적 전제조건을 보장한다.”고 전제한 후 “청구권의 범위를 확인하기 위해 입법자는 신뢰할 수 있는 수치와 논리적 계산방법을 근거로 하여 현실에 맞게 그리고 검증 가능하도록 투명하고 적절한 방법으로 생존에 필요한 모든 비용을 측정해야 한다. 따라서 연방헌법재판소는 입법자가 인간다운 생활을 보장하겠다는 목표를 기본법 제20조 제1항과 결부된 제1조 제1항에 걸맞은 방식으로 포착하고 규정했는지, 형성재량의 범위 안에서 최저생활의 측정에 근본적으로 유용한 산정방법을 채택했는지, 필요한 사실관계를 실질적으로 완전하고 적절하게 조사하는지 그리고 마침내 산정의 모든 단계에서 검증 가능한 수치를 가지고 채택된 산정방법과 그 구조원칙 안에서 정당화가 가능한 범위에서 움직였는지 확인한다”는 심사기준을 제시하고 문제된 급여의 경우 위와 같은 사항이 지켜지지 않았다는 이유로 위헌결정을 한 바 있다.⁵⁸⁷⁾

또한 실업부조 수급권자가 자활을 위한 협력의무를 이행하지 않는 경우 급여를 삭감하는 제재조치의 위헌성이 문제된 사안에서 독일 연방헌법재판소는 입법자는 스스로 생존을 보장하지 못하는 사람들에게 급여를 제공함에 있어 결핍을 극복하기 위해 적극적으로 협력할 의무를 부과하고, 비례적인 의무를 비례적인 제재로 강제하는 방법을 채택할 수 있으나, 다만 생존을 위한 급여를 삭감하는 것은 특별한 부담을 지우는 것으로서 엄격한 비례의 원칙이 적용되며 사회국가를 형성함에 있어 부여되는 재량은 제한되고, 이와 같은 규정의 효과에 대한 예측은 충분히 신뢰 가능한 것이어야 하며, 규정이 시행된 지 오래되어 입법자가 실증된 예측을 할 수 있는 경우 그럴듯한 추정을 근거로 하는 것은 충분하지 않고, 또한 당사자는 자신의 행동으로 생존을 위한 급여의 삭감을 피할 수 있는 가능성, 즉 기대가능한 방법으로 삭감된

586) 독일 사회법전 제II권에 따른 구직자를 위한 공공부조를 말한다. 국민기초생활보장법상 근로능력자에 대한 기초생활보장급여에 상응한다.

587) BVerfG, 09.02.2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09

급여를 다시 회복할 수 있는 조건을 조성하는 것이 본인의 책임 하에 놓여야 한다고 전제한 후 기간이 고정된 30% 이상의 급여 삭감은 기본법과 합치되지 않는다고 판단하였다.⁵⁸⁸⁾

한편, 급여의 적정성이 문제된 경우가 아니더라도, 급여의 제공을 거부하는 행정청의 행위의 위법성과 관련 유사한 쟁점이 있다. 급여를 제공하는 행위는 이른바 수익적 행정행위로서, 법원은 급여 제공여부 결정은 행정청의 재량이 존재함을 전제로 재량권 일탈·남용했는지 기준으로 위법성을 판단하기 때문이다. 예를 들어 업장 침수로 폐업한 후 소득원을 상실한 상태에서 주거급여를 신청하였으나 벌금 때문에 압류당한 자동차를 처분하지 못해 신청이 거부된 사안에서 서울행정법원은 “원고의 생활실태 등의 상황이 자동차고시 제3조 제10호에서 정한 생활보장위원회의 심의대상에 포함된다고 볼 여지가 없는 것은 아니지만, 위와 같은 사정만으로 피고가 처분으로 달성하려는 공익과 그로써 원고가 입게 되는 불이익의 내용과 정도를 전혀 비교형량하지 않은 채 이 사건 처분을 함으로써 이 사건 처분에 재량권 불행사로서 그 자체로 재량권 일탈·남용에 해당하는 위법사유가 있다고 보기 어렵다”고 판시한 바 있다.⁵⁸⁹⁾ 즉, 위헌법재판소 결정과 마찬가지로 행정부에 폭넓은 재량이 인정됨을 전제로 위법하지 않다고 판단을 한 것이다. 그러나 수익적 행정행위라고 해서 재량권의 범위가 모두 같다고 볼 수 없고, 특히 최저생활을 보장하기 위한 급여의 경우에는 재량권은 그 자체로 영(0)으로 수렴되거나 재량권을 인정한다 하더라도 엄격한 비례원칙이 적용된다고 보아야 한다.

이와 관련 최근 판례 중 수익적 행정처분이라 하더라도 기본권 보장과 밀접한 정도를 고려하여 엄격한 비례원칙을 적용한 서울행정법원 2021. 12. 3. 선고 2021구합999 판결에 주목할 필요가 있다. 전동휠체어 지원 신청을 한 기초생활수급자에 대해 의료급여사업안내에 따르면 지적장애 등록이 된 경우 전동휠체어를 스스로 작동하는 데 문제가 없다는 담당의사의 소견이 있어야 한다는 이유로 행정청이 거부처분을 한 사안이었는데, 서울행정법원은 “이미 관련 법률이 제정되어 있고 그에 따른 보호의 정도나 범위가 법률과 하위 법령의 해석에 따라 정해지는 경우에는, 법률의 위헌심사 척도인 과소보호금지 원칙을 만연히 적용하여 그 행정입법의 위헌·위법성 여부를 단순하게 판단할 것은 아니고, 그 행정입법형성의 재량의 폭이 다소 넓다는 점을 전제로 하더라도, 상위 법령의 문언·체계·취지에 따라 인정되는 권리의 내용 및 해당 기본권 내지 권리의 보장이 미비할 경우 결국 인간의 존엄과 가치의 침해 내지 인간다운 생활을 할 권리의 침해로 밀접하게 연결되는지 여부 등의 사정을 두루 고려하여 관련되는 기본권 내지 권리의 보호범위와 그 침해 여부 등을 종합적으로 판단함이 타당하다. 다시 말해, 권리를 보호하려는 상위 법령의 목적과 내용에 비례하여 국가재정 등을 원인으로 한 권리 제한에 충분하고 합리적인 이유가 인정되는지 여부를 중심으로 하위 법령에 의한 권리 침해 여부를 판단하여야 한다. 따라서 각 개인의 개별적 사정에 대한 고려 없이 헌법과 상위법령의 해석에서 도출되는 구체적 권리의 내용을, 단순하고 추상적인 국가재정 내지 예산상의 사유만을 들어 일률적·전면적으로 부정하는 것은 비례원칙에 위반될 소지가 크다.”고 실시하는 한편, “거동 자체가 어려운 중증 장애인인 동시에 생활에 필요한 최소한의 물질적인

588) BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 05. November 2019 – 1 BvL 7/16 –, Rn. 1–225

589) 서울행정법원 2021. 4. 30. 선고 2019구합85102

생활에 위협을 받는 사람에 대하여는 훨씬 더 강한 정도로 특별한 보호조치가 그에 비례하여 이루어져야 한다. 이처럼 장애인의 이동권과 관련하여 보조기기를 청구할 권리는, 노령연금 등 사회연금이나 금전적 형태로 생활을 보조하는 생활보장적 급여와는 그 결을 달리하는 것으로서, 인간 존엄 유지의 최소한의 중핵을 이루는 근본적 권리에 해당한다. 이는 실질적으로 자유권적 성격을 가지는 것이거나, 이러한 인간 존엄의 가치와 불가분의 관계에 있다고 봄이 타당하다. 이것은 단순한 편익의 제공과는 차원을 달리하는 문제이다. 이 사건 준용규정들 및 서식은 위와 같은 장애인 중에서도, 장애의 정도가 더 중하여 전동휠체어조차 혼자 조작할 수 없는 장애인을 차별적으로 취급함으로써, 해당 장애인의 인간의 존엄과 가치 유지의 기본적 전제 자체 및 인간다운 생활을 할 권리에 중대한 제한을 초래하고 있다. 따라서 이 사건 준용규정들 및 서식에 대하여는 상대적으로 엄격한 심사척도가 적용되어야 한다.”고 판시하였다.

입법부가 형성재량을 행사한 경우에 행정부의 형성재량이 입법부와 같을 수 없음을 전제로, 입법부가 사회권을 보장하기 위해 형성재량을 행사한 상위법령의 문언·체계·취지에 따라, 그리고 해당 입법의 인간의 존엄과 인간다운 생활을 할 권리와 밀접하게 관련되어 있는지 등을 고려하여 행정입법의 위헌·위법성을 심사하고, ‘인간 존엄 유지의 최소한의 중핵’에 해당하는 권리에 대한 제한은 엄격한 심사를 적용하도록 한 점에서 의미가 크다고 볼 수 있다.

2) 평등권 침해

사회보장의 기본원리는 보편주의이다. 그리고 이 보편주의의 핵심에는 평등의 원칙이 자리한다. 사회권에 관한 사법심사의 가능성에 대한 논란에도 불구하고 사회권의 영역에서 불합리한 차별이 발생할 경우 법원이나 헌법재판소가 이를 평등권의 관점에서 심사하는 것은 당연한 일이다. 특히 헌법재판소는 사회보장권과 관련 평등권 침해가 문제된 사안에서 최저기준 위반의 경우 보다 적극적 판단을 하는 것을 확인할 수 있다. 즉 헌법재판소는 “활동지원급여와 장기요양급여는 급여량 편차가 크고, 사회활동 지원 여부 등에 있어 큰 차이가 있다. 그럼에도 불구하고 65세 미만의 장애인 가운데 일정한 노인성 질병이 있는 사람의 경우 일률적으로 활동지원급여 신청자격을 제한한 데에 합리적 이유가 있다고 보기 어려우므로 심판대상조항은 평등원칙에 위반된다”면서 65세 미만의 일정한 노인성 질병이 있는 사람의 장애인 활동지원급여 신청자격을 제한하는 ‘장애인활동 지원에 관한 법률’ 제5조 제2호 본문 중 ‘노인장기요양보험법 제2조 제1호에 따른 노인 등’ 가운데 ‘65세 미만의 자로서 치매·뇌혈관성질환 등 대통령령으로 정하는 노인성 질병을 가진 자’에 관한 부분에 대해 헌법불합치결정을 한 바 있다.⁵⁹⁰⁾

마찬가지로 독립유공자의 손자녀에 대한 보상금을 1인에게만 한정하고 그것도 연장자를 우선하여 지급대상으로 삼는 독립유공자예우에관한법률은 위헌이므로 입법개선할 것을 촉구하였다.⁵⁹¹⁾ 또한 헌법재판소는 또한 외국거주 외국인유족의 퇴직공제금 수급자격을 제한한 구 건설근로자의 고용개선 등에 관한 법률 제14조 제2항의 해당 부분에 대해서 합리적 이유 없이 ‘외국거주 외국인유족’을 ‘대한민국 국민인

590) 헌법재판소 2020. 12. 23. 선고 2017헌가22, 2019헌가8(병합) 사건

591) 헌법재판소 2013. 10. 24. 2011헌마724

유족' 및 '국내거주 외국인 유족'과 차별하는 것이므로 평등원칙에 위반된다고 판시하며 위헌결정을 한 바 있다⁵⁹²⁾.

6. 결론

자유권이라고 해서 모두 국가의 부작위만을 요구하는 것은 아니고(예를 들어 출생등록제도, 선거제도 등의 마련 및 운영은 상당한 재정적, 행정적 자원을 요함), 사회권이라고 해서 모두 국가의 작위에 의해서만 실현되는 것은 아니다. 또한 국가의 작위가 필요하다고 해서 모두 자원의 제약을 받는 것도 아니므로, 사회권 침해가 문제된다고 하여 일률적으로 입법 또는 행정부의 폭넓은 재량을 인정하는 것은 사회권 침해에 대한 권리구제를 지레 포기하는 것과 같다. 자유권과 마찬가지로, 사회권 역시 보장받지 못하는 상황의 구체적 맥락을 살펴서, 사회권규약, 사회권위원회의 일반논평, 국제노동기구의 협약과 권고 등에 제시된 구체적 기준을 적용하여 침해여부를 판단하고 그를 구제하기 위한 구체적 개별적 수단을 모색하는 것은 물론 이러한 개별적 침해행위와 구제판단을 통해 일반적인 법제도 개선으로 나아갈 필요가 있다.

전술한 바와 같이 이미 사회권의 존중의무에 대한 사법심사의 가능성에 대한 논란은 정리되었다 할 수 있다.⁵⁹³⁾ 다만, 국가의 적극적 개입을 청구 하는 권리로서의 사회권을 사법부가 심사하고 그 결과를 바탕으로 입법부나 행정부에 대하여 일정한 의무의 이행을 명하거나 혹은 의무의 존재를 선언하는 것은 사법자제라는 논리로 회피하는 경향을 보이지만, 외국의 사례들이나 사회권위원회의 판단 등을 감안할 때 그런 사법심사가 더 이상 이례적이라든가 혹은 어떤 특수한 법제에 한정된 특수한 예외에 해당하는 것이라고 할 수는 없다. 정도의 차이는 있을지나 현재의 수준에서는 이미 세계적인 추세로 이행되고 있다. 여기서 우리 법제는 영미법계의 그것과는 다르기 때문에 구분할 필요가 있다는 주장은 큰 의미 없다⁵⁹⁴⁾. 오히려 중요한 것은 그러한 기본권실현의 의지이다.

헌법학계에서는 사회권에 관한 국가의무는 국가의 가용자원을 최대한으로 활용 할 수 있는 범위내에서 점진적으로 실현하는 것을 우선하여 이해하는 경향을 보인다. 하지만, 이런 점진적 실현의 의무를 통제하는 상위의 법명제는 "사회권의 완전한 실현"(with a view to achieving progressively the full

592) 헌법재판소 2023. 3. 23. 선고 2020헌바471

593) 그러다 보니 많은 사건들이 평등권침해의 문제로 환원되어 버리거나 청구인적격이 결여된 것으로 각하되어 버리고 있다. 예컨대, 장애인들이 이동권을 주장하며 저상버스를 도입 운행할 것을 청구한 사건에서 "사회적 기본권 은, 국가의 모든 의사결정과과정에서 사회적 기본권이 담고 있는 국가목표를 고려하여야 할 국가 의 의무를 의미한다"고 하여 그 공권으로서의 성격 자체를 희석시켜 버린 판결은 이의 대표적인 예에 해당한다. 헌법재판소 2002.12.18. 선고 2002헌가52

594) 사회권의 법적 실현에 있어 또 다른 장애로 작용하는 것이 권력분립론이다. 이 논거는 비교적 단순하다. 즉, 법원은 행정청 혹은 행정청에 대한 감독기관이 아니며, 따라서 행정소송법의 해석상 행정처분에 대한 변경은 불가능하며 처분에 대한 제1차 적 판단권은 행정기관이 가지기 때문이라고 한다. 그리고 대법원 역시 이와 유사한 관 점에서 법원이 행정부나 입법부에 대하여 일정한 명령을 하는 것은 바람직하지 않다고 판단한다.(대판 1990. 10. 23, 90누5467; 대판 1995. 3. 10, 94누14018 등) 그리고 이 주장은 곧장 사법자제의 출발점이 되어 버린다.

realization of the rights)이다. 이 완전한 실현은 최소한의 핵심의무의 현재 수준에서의 이행을 전제로 한다. 각 사회권들이 가지는 본질적인 부분들은 그것이 존중이나 보호의 영역에 존재하건 아니면 촉진이나 충족의 영역에 해당하건 현재 이 시점에서 최대한 그리고 즉각적으로 실현되어야 하는 것이다. 만약 그렇지 못한 경우에는 그 한도 내에서 그것은 위헌적인(즉, 사회권침해적인) 상황이 발생하게 되는 것이다.

사회권에 관한 사법심사는 이 점에 초점을 맞추어야 한다. 특히 최소핵심 의무반과 차별, 취약한 집단에 대한 배려의 부재 등에 대해서는 엄격한 심사기준을 적용할 필요가 있다. OECD국가들 중에서 사회적 안전망 혹은 사회복지수준이 여전히 최하위의 수준에 머물러 있는 우리의 경우, 이런 사회적 부정의를 야기하고 있는 입법부와 행정부를 통제하기 위해서라도 사회권에 대한 사법부의 적극적 개입이 절실하게 요청된다. 사법자제론의 기반이 되는 권력분립론 자체가 권력 상호간의 권력 견제와 이를 바탕으로 하는 권력균형에 있다는 헌법재판소의 기능적 권력분립론의 취지에 부합하는 것일 터이다.

제6장 결론: 정책방향 및 제언

I. 정책제언

이상의 논의를 바탕으로 우리나라의 사회권 정책 및 국가인권위원회의 정책방향에 대한 제언을 하자면 다음과 같다.

1. 국가인권위원회의 사회권관련 권한 확대

1) 국가인권위원회법의 개정필요성

사회권 영역에 대한 국가인권위원회의 역할과 기능은 아무리 강조해도 모자람이 없다. 과거 개발독재의 권위주의체제에서 입법의 형식화, 행정의 비대화라는 이상과정이 증폭되면서 헌법상의 사회국가원리나 제헌헌법 이래 보장되어 왔던 사회권규정들은 아무런 의미를 갖지 못하였다. 오히려 국가의 사회권보장의무를 행정이나 관료권력의 확장을 위한 수단으로 삼아 시민사회영역에 대한 국가개입의 근거로 전용하기도 하였다. 오늘날 사회권에 대한 국가의 상대적 홀대는 이런 역사적 질곡으로부터 야기한다.

국가인권위원회는 이와 같은 잘못된 행정관행 또는 입법자의 한계를 찾아내고 분석하며 그것을 국민들의 인권 내지는 기본권으로 실천하기에 가장 적합하고도 그리 의무지워진 최적의 기구이다. 이를 위해 국가인권위원회법을 개정할 필요가 있다. 국가인권위원회의 사물관할을 정하는 국가인권위원회법 제30조 제1항의 “대한민국헌법 제10조부터 제22조까지의 규정에서 보장된 인권”을 “대한민국헌법에서 보장된 인권”으로 개정함으로써 그 조사대상을 모든 인권 영역으로 확장하여야 한다는 것이다. 만일 이렇게 하는 것이 청구권적 기본권이나 참정권적 기본권까지 포섭함으로써 지나치게 광범위하다는 비판⁵⁹⁵⁾이 나올 수 있다면 “대한민국헌법 제10조부터 제22조까지와 제31조부터 제36조까지의 규정에서 보장된 인권”로 하여 사회권적 기본권을 포함하는 것으로 하면 된다.

국가인권위원회법이 이렇게 개정될 경우 국가인권위원회의 조직 또한 6개 소위 체제에서 7개 내지는 8개 소위⁵⁹⁶⁾로 확장되어야 한다. 뿐만 아니라 현재 4국으로 되어 있는 사무처에 가칭 “사회권보호국”을 별도 설치하거나 침해조사국을 확장하여 사회권관련 업무도 겸하도록 하여야 한다. 다만 자유권을 중심

595) 이 비판은 큰 의미가 없는 것이, 참정권이나 청구권은 국가내적 권력인 동시에 인권을 보장하기 위한 보조적 권리로서의 성격이 강하다. 아울러 참정권의 경우 주권의 논리가 아직도 타당한 만큼 반드시 모든 사람에게 보장되어야 하는 것은 아니다. 또 청구권은 의당 자유권규약 등에서 보장되어 있는 것이 대부분이며 경우에 따라서는 상호주의의 적용도 인정되는 만큼 이런 기본권들을 조사대상으로 넣는다고 해서 국가인권위원회의 권한에 큰 영향을 미치지 않을 것으로 보인다.

596) 2개 소위를 신설할 경우 노동권관련 소위가 그 하나를 구성하는 것이 필요할 듯 하다.

으로 진행되었던 침해조사국에 이질적인 사회권구제업무를 추가하는 방안은 업무의 효율성이나 동일업무를 동일조직이 편입하여야 한다는 조직원리에 부합하지 않을 듯 하다.

2) 국가인권위원회법 개정과 무관한 업무확장

사회권의 실천을 위하여 무엇보다 중요한 것은 국가인권위원회법의 개정에서 실무적으로 국가인권위원회의 조사 및 권고대상을 확장하는 일이다. 즉, 기존의 자유권규정을 보다 적극적이고 능동적, 확장적으로 해석하여 복지 내지는 수혜적 행정(혹은 입법)영역에 대하여도 국가인권위원회가 언제든지 개입할 수 있는 여지를 확보하는 일이 그것이다.

전술한 바와 같이 사회권은 반드시 독자적인 근거조항을 필요로 하지 않는다. 영미법계가 그러하듯 자유권규정으로부터 사회권 및 그에 대한 국가의 보장의무를 얼마든지 추출할 수 있기 때문이다. 생명권으로부터 인간다운 생활을 할 권리나 건강권 등을, 주거의 자유로부터 주거권을 도출하고 그에 상응하는 권고를 할 수 있는 여지가 충분하다는 것이다. 따라서 현행법의 수준에서 비록 사회권이 국가인권위원회의 권한사항이 아니라 하더라도 국가인권위원회의 해석을 통해 그에 관한 조사와 판단은 얼마든지 할 수 있다. 물론 이렇게 하기 위해서는 그에 상응하는 조직과 자원이 존재하여야 한다. 현재와 같은 인력이나 6개 소위 및 4국체제의 사무처 조직으로는 역부족일 가능성이 없지 않다. 하지만, 그럼에도 국가인권위원회에 의한 사회권 보호의 필요성이 적지 않은 현재의 상황에서 입법의 미비나 자원의 부족을 이유로 이를 해태할 수는 없다. 전면적인 업무확대까지는 아니더라도 전술한 것과 같은 입법개선이 이루어지기까지라도, 가능한 한 자유권규정을 통해 사회권을 보호하는 업무수행방식을 점진적으로 확장할 필요는 있다. 그리고 이런 부분적 확장을 도모한다면 가장 우선적으로 처리할 일은 생명권(헌법 제10조, 제12조)을 “인간다운 생명”의 권리로 해석하면서 사회보장수급권을 중심으로 하는 인간다운 생활을 할 권리의 확장에 주력하는 것이다.

3) 업무방식의 확장

사회권의 실효적 집행을 위해 국가인권위원회법의 개정은 절실하지만, 그렇지 않다 하더라도 국가인권위원회가 주체적, 능동적으로 사회권의 문제를 공론의 장에 이슈화하고 시민사회의 의사로 수렴시키는 작업을 수행할 필요가 있다. 모든 인권 의제들이 그러했듯, 사회권의 문제도 시민사회의 요구가 선행될 때 그 실효적 집행을 기반을 확보할 수 있게 된다. 이를 위하여 국가인권위원회는 가능한 한 폭넓은 교육과 홍보의 절차로 나아가야 한다. 시민사회와 함께 하는 세미나나 토론회, 캠페인 등을 통해 시민사회단체들의 목소리를 이끌어내고 이를 바탕으로 시민사회는 사회권정책이 국가영역의 중심에 자리하도록 압박하도록 하는 전사회적인 협업의 노력이 필요하다는 것이다. 무엇보다 사회권과 관련된 진정이 있을 때, 업무사항이 아니라는 이유로 그냥 각하하거나 기각할 것이 아니라, 공청회나 토론회 등을 개최하여 그 진정이 가지는 인권적 의미를 규명하고 이를 해결하기 위한 사회적 합의의 과정이 어떠해야 하는지를

정리함으로써 일정한 사회적 공론화의 과정을 구성해내는 작업을 할 필요가 있다. 이는 특히 다른 인권 영역과는 달리 사회권의 경우에는 국가자원의 상대적인 배분이 중요한 실천요소가 되는 만큼 그 배분— 및 이를 근거하는 입법—을 둘러싼 시민정치가 활발하게 이루어질 수 있도록 하는 국가인권위원회의 노력은 무엇보다 중요하기 때문이다.

2. 사회권규약 선택의정서에의 가입

1) 선택의정서 가입의 필요성

사회권규약 선택의정서의 시대적 의미는 결코 적지 않다. 그것은 모든 권리가 보편성, 불가분성, 상호 의존성, 상호관련성을 가진다는 점을 재확인시키고 있다. 아울러 개인에 대하여 국제적인 구제가 가능한 구체적인 권리로 사회권의 지위를 다시금 정립한다. 나아가 그것은 사회권규약에 규정한 제반의 권리와 국가의무를 개별·구체적인 방식으로 명확히 확정하는 한편, 사회권에 대한 국내법리의 발전을 촉진하게 된다.⁵⁹⁷⁾

사회권규약 선택의정서에의 가입은 무엇보다 우선하여 완수하여야 할, 현시대 인권체제의 대표적 과제이다. 그동안 우리 국가영역에서 사회권은 국민의 인권 내지 기본권이라는 측면보다는 국가 특히 행정관료들이 주도하는 국가적 의무 내지는 시혜라는 의식이 지배하고 있었다. 개발독재라든가 성장중심의 국가운영원리들이 시장으로부터 소위 자본의 유출에 해당하는 복지행정 혹은 그 전제로서의 자원의 재분배에 대해 소극적인 태도를 취하게 만들어 왔고, 사회권 등의 주장으로 시민들이 스스로 권리주체로 등장하는 것 또한 불온시 되거나 소극적으로 인식되어 왔다. 이런 과정에서 시민의 주체화를 바탕으로 하는 사회권의 논의들은 그 설 자리를 잃고 있었다. 사회권과 관련한 시민운동들이 대부분 국회를 향하거나 청원과 같은 형식으로 진행되어 온 것은 이 때문이다. 인권구제의 최후의 보루라고 할 법원이나 헌법재판소는 물론 국가인권위원회조차 시민들이 사회권의 주체가 되어 자기 목소리를 내는 것을 받아들이기 꺼려하거나 혹은 그럴 수 없었던 것이 현실이었다.

선택의정서에의 가입은 이런 답답함에 물꼬를 여는 셈이 된다. 시민들의 권리구제의 가능성을 확장하는 것은 그 당연한 목표이다. 하지만 이에 그치지 않는다. 사회권에 소극적인 우리 입법부 및 행정부 앞에서 위축될 수밖에 없었던 시민들이 스스로 사회권의 주체로서 나설 수 있는 길을 열게 되는 것은 더욱 중요한 의미를 가진다. 아울러 인권의 세계화 국면 앞에서 사회권에 관한 국제인권규범들을 보다 적극적으로 수용할 수 있는 기회가 마련된다. 우리의 인권논의가 보다 풍부해질 뿐 아니라, 그것으로서 입법과 행정을 인권친화적으로 이끌어낼 수 있는 중대한 계기를 마련하게 되는 것이다.

597) 황필규, 앞의 글, 85면

2) 선택의정서 가입의 전략

이에, 사회권규약 선택의정서 가입은 가능한 한 조속히 완료할 필요가 있다. 이를 위하여 몇 가지 고려할 사항이 있다.

첫째, 선택의정서에 가입할 때 별도의 유보를 할 필요는 없다. 국가인권위원회는 지난 2005. 1. 7. 자 결정에서 선택의정서 가입을 용이하게 하기 위하여 가입범위를 제한할 수도 있음을 언급하였으나, 이는 결코 바람직하지 않다. 아르헨티나와 같은 극도의 예외가 있기는 했으나, 이미 가입한 27개국 모두 유보 없이 가입하였을 뿐 아니라, 우리의 경우에도 사회권규약 자체에 아무런 유보없이 전면가입한 만큼 가입 범위제한의 명분도 필요성도 없다.

둘째, 물론 개인진정절차를 요체로 하는 선택의정서에 가입할 경우 우리 정부와 법제는 외국인 인권의 문제를 포함하여 수많은 법령들을 개정하고 또 행정관행들을 상당부분 고쳐나가야 한다. 하지만 이러한 의무의 존재는 현재상태의 정상성에 부가되는 추가의 부담을 지우는 것이 아니다. 오히려 그것은 이미 우리 국가가 부담하고 이행하여야 함에도 그동안 간과하거나 무시해 왔던 잘못된 인권체제 자체를 고치고 교정하는 일이다. 사회권규약에서 보장하고 있는 제반의 국가의무는 이미 그에 가입한 우리나라 및 정부가 이행하여야 하는 국법상의 의무이기도 하기 때문이다. 물론 사회권규약은 점진적으로 가용자원의 범위내에서 이러한 의무를 이행할 것을 요구하며 그 중심에는 광범한 국가재량이 존재하고 있는 것은 사실이다. 하지만, 우리 국가의 경우 이미 세계경제개발기구(OECD)의 중심세력을 이루고 있는 경제대국이며 국가재정 또한 비약적인 확장을 거듭하고 있는, 발전된 선진국가이다. 더 이상 경제능력을 이유로 사회권보장의 의무를 해태할 상황은 아닌 것이다. 문제는 재정의 절대적인 크기가 아니라 재정 세목간의 분배의 여하이다. 사회권의 보장을 위한 자원이 절대적으로 부족한 상황이 아니라, 사회권의 최대한의 보장을 위한 자원배분에 전력을 다하지 않는, 의도된 부집행의 상황인 것이다. 선택의정서 가입 역시 사회권을 향한 적극적인 재정정책으로써 그로 인하여 파생될 수 있는 세부적인 문제들을 극복하여야 하는 상황인 것이지, 그러한 자원의 상대적 배분, 즉 사회복지정책에 대하여 상대적으로 소극적인 재정정책을 빌미로 그 가입에 부정적인 태도를 취할 상황은 아니라는 것이다.

셋째, 선택의정서 가입을 주도하는 기관은 두말 할 것도 없이 국가인권위원회여야 한다. 정부조직법상으로는 법무부가 인권행정 주무기관이지만, 그동안 우리 정부가 선택의정서 가입에 소극적인 태도를 취해 왔으며 이런 상황에서 법무부의 인권행정능력이나 자원, 의지를 감안할 때 오히려 가입반대의 의견으로 돌아설 가능성이 많기 때문이다.⁵⁹⁸⁾ 국가인권위원회는 그 의견의 형태로 지속적으로 선택의정서 가입의 필요성을 강조하고 정부로 하여금 조속히 가입절차를 진행할 것을 촉구하여야 한다.

넷째, 선택의정서 가입은 시민사회의 요구와 압박이 있음으로써 가능하다. 사회권은 워낙 폭넓은 영역에 걸쳐 있는 권리이기 때문에 다양한 주체들의 연대와 통합이 필수적이며 특히 선택의정서 가입의 경우

598) 독일의 경우에서처럼 정부 특히 법무부는 국내 여건의 미성숙과 그 영향에 대한 연구 필요성 등을 내세우며 계속 비준을 미룰 가능성이 높다. 바로 이 때문에 국가인권위원회가 지속적인 활동을 통해 선택의정서 가입에 관한 문제를 사회적 이슈로 공론화할 필요가 있다.

는 더욱더 그러하다. 가입을 위한 동력을 모으기 위해서뿐 아니라 이러한 논의와 연대의 과정을 통해 선택의정서에 보다 친숙해지고 그 절차를 국내적으로 활용할 수 있는 기회를 확장하게 되기 때문이다. 그리고 이러한 시민운동으로서의 가입촉구를 이끌어내기 위해서는 국가인권위원회의 주도적인 역할이 필요하다. 시민사회가 가입을 위한 일정 수준의 동력을 확보할 수 있기까지는 시민사회의 의지와 역량을 모아낼 수 있는 기회의 제공, 즉 그러한 논의가 이루어질 플랫폼 또는 광장이 필요하며, 이를 마련하는 일이 국가인권위원회가 할 수 있는 중요한 역할일 것이다. 국가인권위원회 내에 전문가자문기구를 구성하여(국가인권위원회법 제15조) 인권관련 활동가, 교수, 연구자, 법률가 등을 조직하는 한편, 다양한 인권·시민사회단체의 네트워크가 구성될 수 있도록 할 필요가 있다. 뿐만 아니라 다양한 정책토론회나 세미나, 공청회 등을 개최하여 선택의정서 가입에 대한 사회적 공론장을 마련할 필요도 있다.

3) 가입에 따른 법체계 정비

사회권규약 선택의정서에의 가입에 따른 제반의 법체계 개선작업을 서두를 필요가 있다.⁵⁹⁹⁾ 무엇보다 헌법재판소나 법원과 같은 구체적 권리구제장치들에서 사회권규약상의 국가의무를 보다 적극적이고 실효적으로 해석하여 입법이나 행정의 주체로 하여금 보다 실효적으로 사회권을 보장하도록 이끌어낼 필요가 있다. 통상 사회권에 대한 사법심사가 사법자체로 일관하면서 입법자나 행정관료들에게 무한정한 재량권을 허용하고 그 결과 생존의 위협에 처한 개개인들의 구체적인 상황이 국가영역에서 소외되어 버리고 마는 현상을 최소화시켜야 한다. 이를 위하여 사회권위원회의 일반논평에서 제시된 사회권의 구체적인 핵심들(소위 최소핵심)을 우리의 상황에 맞게 재해석, 재가공하여 실효성있는 지침으로 개편하여야 한다. 또한 이런 최소핵심을 바탕으로 사회권관련 사법심사를 위한 심사기준들을 보다 구체적으로 작성하여 사법관료들의 지침으로 삼도록 하여야 한다.

실제 선택의정서 가입에 따른 국내법 정비의 작업 필요성은 그리 많지 않으며, 또 그 중요성도 그리 크지 않다. 실제 법무부에서도 2005년 자유권규약상의 “개인통보제도”(개인진정제도)와 관련하여 두 가지의 점을 지적한다. 첫째 일반적 이행법률을 제정하는 것은 “문제가 된 법률이나 제도를 그대로 두고 일반적인 이행법률을 만드는 것은 무의미한 일이다”라고 한다. 또한 그런 법의 제정이 “자칫 국내 법원의 권위손상과 함께 UN인권이사회의 우월성과 무오류성을 인정하는 것으로 인식될 위험성이 매우 높아진다”⁶⁰⁰⁾ 아울러 그 이행을 위해서는 소송법상의 재심절차를 개정하여 확정력을 확보하는 방법과 국가배상법을 개정하여 국가배상의 절차를 열어두는 방법을 제기하고 있다.

하지만 사회권의 경우에는 이런 국내법충돌문제는 크게 일어나지 않는다. 비록 법원의 확정판결이 있

599) UN인권이사회는 이미 회원국들에게 이사회의 결정을 국내에서 이행할 수 있도록 하는 취지의 이행법률을 제정할 것을 권고하였다. 물론 그 구체적인 내용은 각국의 입법자에게 일임하고 있다. UN Doc, A/49/40 (vol. 1) para 463.

600) 법무부, 국제인권규약상 개인통보의 국내구제방안 연구:시민적,정치적 권리에 관한 국제규약을 중심으로 2005.3., 32면. 하지만 이런 반대론은 어불성설이다. 전자의 반대론에 대해서는 이행법률에서 국회와 정부에 국내법에 대한 입법개선 의무를 부과하고 그 집행을 위한 절차와 기구를 두면 되며, 후자의 경우는 역으로 현대 국제인권체제와는 정반대로 인권에 관한 한 국내법의 절대우위 및 국내법원의 무오류를 전제로 한다. 아직도 지난 권위주의체제의 법제가 잔존하고 있는 현실을 감안한다면, 이런 반대론은 지나치게 법률관료적인 것이라 하지 않을 수 없다.

다 하더라도 사회권위원회의 결정은 이런 확정판결의 무효화보다는 진정인의 현 상태 개선을 염두에 두고 이루어지는 만큼 정부 차원의 추가 조치나 혹은 입법개선의 작업으로 그 권고를 이행함에 부족함이 없다. 아울러 손해배상책임 역시 자유권의 경우와는 달리 별도의 결정을 하지 않고 있는 만큼 국가배상법이나 특별배상법을 입법할 이유도 없다.

다만 전술한 바와 같이 사회권관련 법률들이 대부분 내국인 또는 국내거주자를 중심으로 입법되어 있는 경우가 적지 않은 만큼 이 점을 개선하기 위한 일련의 작업은 거칠 필요가 있다. 즉, 사회권의 주체로서의 ‘사람’을 어느 범주로 포섭하여야 할 것인지를 각 법률별로 정비하는 작업이 있어야 한다. 특히 외국인의 경우 정주외국인과 비정주외국인으로 구분되고 전자는 다시 영주권자와 비영주권자로 나뉠 수 있다. 또 외국인 등록을 필한 외국인과 그렇지 아니한 미등록외국인으로 구분되기도 한다. 또 체류자격의 유무에 따라 다른 취급도 가능할 수 있다. 더구나 이런 법령정비작업은 정부의 출입국 및 이민정책과의 연관 속에서 이루어져야 한다. 따라서 보다 많은 논의가 필요하고, 국가인권위원회는 지체없이 이 논의의 틀을 마련할 필요가 있다.⁶⁰¹⁾

3. 사회권의 적극적 해석

1) 사법권의 적극적 개입의 필요성

사회권은 이미 주관적 공권으로 그 침해행위는 사법심사의 대상이 될 수 있다는 점은 더 이상 논란의 대상이 되지 않는다. 헌법재판소는 이미 사회권의 영역에 있어서조차 최소핵심심사 내지는 본질성심사에 근접한 심사를 하고 있음은 전술하였다. 오로지 사법심사를 하는 과정에서 광범위한 입법형성권을 인정하면서 법원이나 헌법재판소가 사법자제로 나아가야 할 것인지, 아니면 보다 적극적으로 사법심사에 나아가 그 조치의 효력 여하를 사법적으로 판단할 것인지의 선택만 남았다고 하여도 과언은 아니다.

하지만 분명한 것은 사회권규약이나 그의 일반논평 등에서 사회권의 최소핵심들은 정책판단의 대상이 아니라 법적 판단의 대상으로 이전되었다. 최소핵심으로 규정된 사안들은 입법자가 자유롭게 형성할 수 있는 대상이 아니라, 나름의 일정한 범위내에서 최적의 것을 선택하여야 하는 재량의 영역이 되어 버린 것이다. 그리고 바로 이 부분에서 재량행위에 대한 사법판단의 법리가 그대로 적용될 필요가 있다. 즉, 입법자의 재량결정이 재량권의 한계를 일탈하는지의 여부를 따지면서 그 타당성 여하를 판단하여야 하는 것이다.

2) 최소핵심기준: 과잉금지의 원칙 적용

601) 아울러 선택의정서 가입과 관련하여 그 업무를 전담할 국가기구의 지정도 필요하다. 행정적인 집행기관은 법무부가 될 것이나, 개인진정 자체가 입법부나 행정부를 중심으로 하는 국가를 대상으로 이루어지는 것인만큼 이런 기관들로부터 독립적인 국가인권위원회가 총괄적인 업무담당기관으로 지정되는 것이 바람직하다.

이와 관련하여 최소핵심기준은 사회권의 본질에 해당하는 부분인 만큼 그 불충족에 대한 심사의 기준은 헌법 제37조 제2항에서 정하는 과잉금지의 원칙을 적용하여도 될 것이다. 자유권에 대한 침해와 마찬가지로 최소핵심기준 안의 사회권은 이미 형성되어 있어야 하는 국민의 기본적 지위나 상태에 해당하는 만큼 그 기준을 충족하지 못하였다는 말은, 그 ‘기성의’ 사회권을 침해한 것이나 다름 없다. 따라서 자유권침해의 경우와 마찬가지로 과잉금지의 원칙에 따른 심사를 실시한다고 해서 법리적으로나 사법기술적으로 문제될 것은 없어 보인다.

이런 경우 심사의 대상은 사회권보장에서 미흡한 부분—부작위 또는 불완전 이행조치—이다. 혹은 강제퇴거나 역진조치의 경우에는 그 조치 자체가 심사의 대상이 될 수도 있다. 그래서 목적의 정당성 판단은 부작위 또는 이행의 불완전 부분을 통해 달성하고자 하는 목적을 중심으로 판단하고 나머지 수단 적합성이나 침해최소성, 법익균형성은 자유권에 대한 과잉금지원칙의 적용례와 같이 하면 된다. 그 심사의 강도는 표현의 자유에 대한 제한의 경우와 같이 엄격할 정도에 이를 필요는 없다. 하지만, 사회권 침해라고 해서 무조건 완화된 심사강도를 적용하는 것은 바람직하지 않다. 오히려 중간단계의 심사강도를 설정하여 침해의 최소성이나 법익균형성 등은 입법자 또는 정부가 증명하게 하는 것도 고려할 만 하다.

3) 상당성 심사의 경우

최소핵심기준을 상회하거나 그 외의 사회권관련 영역에 대하여는 입법자의 형성의 자유가 상당부분 인정된다. 하지만, 그렇다고 해서 그 부분에 대한 사법심사를 아예 아무런 조치도 하지 않거나 누가 보더라도 현저히 부당한 조치를 한 경우에만 사법심사권을 발동하는 것 또한 기본권의 최대보장이라는 헌법이념에 부합하지 않는다. 요컨대, 상당성 심사는 이 부분에서 나름의 의미를 가진다.

강제보험인 국민연금에서 보험료 산정기준과 관련한 헌법재판소의 결정례⁶⁰²⁾는 이 점에서 좋은 사례가 된다. 청구인은 국민기초생활보장법에 따른 보험료의 산정기준이 되는 표준소득월액의 하한을 정하지 않은 바람에 기초생활이 곤란한 저소득자의 경우 불이익을 받게 되는 경우가 생겨나므로 자신의 권리를 침해하였다고 주장한다. 이에 대하여 헌법재판소는 기초생활보호대상자의 경우 연금보험료 납부예외를 신청할 수 있음을 이유로 별다른 판단 없이 청구인의 주장을 기각하였다. 하지만, 이런 경우에도 헌법재판소는 심판대상 조항이 청구인의 생활에 어떠한 영향을 미치는지를 판단하고 일정한 구제의 조치로 나아갈 필요가 있다. 이런 경우에 표준소득월액의 하한을 설정하지 아니한 입법조치가 법적, 재정경제적, 사회적으로 정당한 것인지, 현재의 가용자원을 감안할 때 그러한 조치가 불가피한 것이었는지, 입법자는 청구인의 권리를 침해하지 않기 위해서 사회통념적으로 요구되는 조치나 정책들을 제대로 강구하였는지 등을 입법자가 입증하도록 하고, 그에 대한 사법적 판단으로써 결정에 이르면 될 것이다.

4) 국가인권위원회의 경우

602) 헌법재판소 2007. 8. 30 2004헌바88

(1) 국가인권위원회의 특수성

이런 논의는 국가인권위원회의 경우에는 타당하지 않다. 법원이나 헌법재판소의 경우 기능적 권력분립론을 적용한다 하더라도 기본적으로 입법자 또는 행정부와는 별개의 존재이기 때문에 그에 따른 한계는 분명 존재한다. 하지만, 국가인권위원회는 소속없는 국가기관으로 3권을 아우르는 지위에 있는 만큼 굳이 권력분립의 틀에 얽매일 필요가 없다. 또한 그 권한도 구속력있는 명령이 아니라 비구속적인 권고에 그치기 때문에 그나마의 기관분립의 제한조차도 무의미해진다. 하지만 무엇보다 중요한 특성은 그 결정의 틀이다.

어떠한 국가작용의 위법 여부를 판단하는 법원이나 헌법재판소의 사법심사와는 달리, 국가인권위원회는 국가기관에 대한 권고결정을 주된 임무로 한다. 즉, 사법권에서의 심사는 인권침해여부가 문제대상이지만, 국가인권위원회의 경우에는 인권침해 판단은 권고를 하기 위한 요건에 불과하다. 국가인권위원회법 제44조제1항은 “위원회가 진정을 조사한 결과 인권침해나 차별행위가 일어났다고 판단할 때에는 (...) 권고할 수 있다.”라고 규정하여 국가인권위원회의 핵심적인 권한으로 권고권을 규정하고 있을 따름이다. 더구나 이 구제조치는 조사대상 인권침해나 차별행위의 중지, 원상회복, 손해배상, 그 밖에 필요한 구제조치, 동일하거나 유사한 인권침해 또는 차별행위의 재발을 방지하기 위하여 필요한 조치 등에 한정된다.(제42조 제1항) 어떠한 입법이나 조치의 규범적 타당성의 선언 내지는 그 효력의 부정이 아니라, 인권침해라는 현실의 개선을 위한 권고에 그치고 있는 것이다. 한마디로 인권은 사법권에서와 같이 저촉규범으로 존재하는 것이 아니라, 권고를 함에 필요한 요건규정 내지는 수권규정에 불과한 것이다.

따라서 국가인권위원회의 인권침해 여부 판단은 권고를 위한 전제에 불과한 만큼 그 판단의 심사기준을 헌법재판소나 법원처럼 엄격히 할 이유가 없다. 사법권의 결정이 가지는 기판력이 존재하지 않기 때문에 권력분립이나 사법권의 한계론 혹은 입법의 합헌성 추정이나 행정작용에 대한 공정력과 같은 이론적 경계에도 얽매일 필요도 없다. 그렇다면 “인권의 보호와 향상”(국가인권위원회법 제3조 제1항)이라는 국가인권위원회의 존재목적에 부합하게 인권 우선적인 판단으로 나아가겠다고 해서 이론적, 법원리적, 제도적 장애에 부딪힐 가능성도 없다.

사정이 이러하다면 오히려 심사기준을 엄격히 하여 보다 폭넓게 권고로 나아가는 것이 타당하다. 즉, 사회권과 관련한 진정이 제기된 경우 그 사건이 사회권의 실현에 부정적이거나 장애상황임을 인정한다면 그것으로 인권침해로 판단하여야 한다는 것이다. 실제 국가인권위원회가 숙고하여야 하는 것은 인권침해의 여부에 대한 엄중한(rigid) 심사가 아니라 그러한 상황을 개선하기 위한 제반의 조치들을 강구하고 이를 바탕으로 실효성 있는 권고를 하는 일이다.

(2) 국가인권위원회의 사회권관련 심사기준

대체로 사회권관련 심사기준은 최소핵심기준과 상당성심사로 분류된다. 전자는 국가가 필수적으로 보장하여야 하는 기본적인 의무이며 이를 제대로 충족하지 못한 것을 정당화하기 위해서는 예외적인 상황

에서 국가가 동원할 수 있는 모든 자원을 이용하여 모든 노력을 다하였음을 입증하여야 한다.⁶⁰³⁾ 반면 상당성심사에서는 사회권보장을 위한 적절한 조치나 노력이 이루어졌음을 국가가 입증하여야 한다. 하지만 양자의 가장 큰 차이는 최소핵심기준에 의한 심사는 비례성 심사(proportionality test)와 마찬가지로 목적달성을 위하여 선택가능한 수단과 수단 사이의 비교에 입각한 것인 반면, 상당성 심사는 목적과 수단의 관계를 중심으로 구성된 것이라는 점이다. 전자는 수단과 수단의 비례성을 판단하는 것이고 후자는 목적과 수단 사이의 상당성(reasonability)에 관한 판단이다.⁶⁰⁴⁾ 여기서 후자는 국가인권위원회가 굳이 추구할 바는 아니라고 생각된다. 우리나라의 경제수준이나 민주화와 법치주의의 수준이 다양한 대안들을 모색하지 못할 상황이 아닌 만큼, 대안의 한계를 전제로 하는 상당성 심사는 그리 적당하지 않기 때문이다. 더구나 국가인권위원회의 권고가 가지는 특성이 사법결정과는 전혀 다른 모습을 하고 있는 만큼 상당성 심사와 같은 소극적인 심사기준을 채택해야 할 필연적 이유도 없다. 오히려 심사기준의 문제를 최소핵심기준 v. 상당성 심사의 이분법적 틀로 가져가기 보다는, 우리 헌법이 채택하고 있는 법치주의의 틀에 맞게 비례성심사(이는 헌법 제37조 제2항에 의한 과잉금지의 원칙으로 이어진다)를 중심으로 하되 그 심사의 강도는 최소핵심기준의 영역에 해당할 경우 엄격한 과잉금지원칙을, 그 외의 영역일 경우 완화된 과잉금지원칙을 적용하는 방식으로 판단하는 것이 바람직하다.⁶⁰⁵⁾

물론 자유권에 대한 과잉금지의 원칙으로부터 약간의 수정을 요하기는 한다. 자유권의 경우 심사의 대상은 원칙적으로 자유권을 제한하는 국가의 작위(예외적으로 작위와 유사한 효과를 가지는 부작위도 포함된다)를 중심으로 하지만, 사회권의 경우에는 진정한의 인간으로서의 존엄과 가치를 갖춘 생활을 보장하지 못하는 국가의 부작위가 주된 심사대상이 되어야 한다. 즉 국가의 충족의무의 불이행이 주된 대상이 될 것이다. 예컨대, 강제퇴거의 경우 강제퇴거라는 그 작위보다는 그러한 강제퇴거로 나아가면서도 대체주거지를 마련하지 않았거나 재정착지 또는 생산적 토지에의 접근을 보장하지 아니함이 주된 심사의 대상이 되어야 한다는 것이다. 그리고 이러한 심사의 대상이 최소핵심기준을 위반하는 것이라면 그에 대한 국가인권위원회의 인권침해여부 판단의 기준은 엄격하게 적용되어야 한다. 즉, 그 정당성의 입증책임은 피진정인이 지게 되며 보다 덜 침해적인 수단이 강구되고(침해의 최소성), 공익과 침해되는 사회권간의 이익균형이 이루어져야 한다.(법익의 균형성)

아울러 이런 심사과정에서 제출되는 국가측의 항변이나 진정을 탄핵하기 위한 피진정기관의 주장들은 상당부분 권고의 내용을 결정하는 요소로 반영하도록 하는 것이 바람직하다. 앞서 언급한 한국형 나다니

603) Calero v. Ecuador, para. 13.

604) 이는 브라질 연방대법원이 대학교 입시에서의 적극적 우대조치를 합헌이라고 판단하면서 그 판단의 기준을 실시하면서 설명한 것이다. ADPF 186 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.186) in: https://www.icj.org/escr_litigation/adpf-186-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-n-186/ (2023. 12. 5. 열람)

605) 이런 이원적 심사강도는 헌법재판소가 취하고 있다. 즉 개인의 핵심적 자유영역에 속하는 경우 엄격한 심사기준을 적용하고 사회적 연관성이 클수록 완화된 심사기준을 채택한다. 헌법재판소 2002. 10. 31. 99헌바76등; 2005. 2. 24. 2001헌바71 등 참조. 사회권의 경우 전반적으로 사회적 연관성이 크다고 할 수는 있겠지만, 최저핵심기준의 경우는 사회권임에도 개인의 핵심적 생존영역에 속하는 것인 만큼 전자처럼 엄격한 심사를 할 필요가 있다. 유사한 의견으로는 이준일, 앞의 글 참조

엘 블레이크 사건의 경우에도 ①근로능력상실에 관한 근로능력평가가 피해자의 상황을 고려하지 못함으로써 생활의 어려움이 발생한 점과 ②이렇게 하지 않을 수 없게 만든 평가규정을 판단함에 이런 과정이 적용될 수 있다. 실제 인권침해는 ①이라는 사실 자체로 발생한 것이고(즉, 인간다운 생활을 할 권리의 실질적 침해), ②의 경우는 그러한 인권침해가 재발하지 않도록 국가인권위원회가 개선을 권고하여야 할 대상인 사실이다. 사회권에서 인권침해의 양상은 자유권과 달리 인식되어야 한다. 자유권의 경우 누군가의 행위로 인하여 침해가 일어난다는 구성을 취하지만 사회권의 경우에는 인간답게 살 권리가 지금 여기서 침해되고 있음을 전제로 그것을 치유하기 위한 방법은 무엇인가라는 틀로 모색되어야 한다. 전자는 현실의 복원이 주된 형식이지만 후자는 현실의 극복 내지는 개선이 주된 형식이다. 국가인권위원회의 사회권 판단은 이런 인식틀에 충실할 필요가 있다. 즉, 진정인의 현재 상태가 사회권의 규율에 위반되는가의 여부를 먼저 판단하여야 한다는 것이다. 그리고 이런 판단은 기본적으로 국가인권위원회의 능동적인 조사와 적극적인 심사로 이루어져야 한다.

따라서 국가인권위원회의 사회권 판단을 위해 자유권과 다른 어떤 특별한 심사기준을 요구할 이유가 없다. 국가인권위원회는 진정인이 주장하는 사실관계가 인권으로서의 사회권의 보호영역 내에 포함되는가, 그리고 포함될 경우 그 사실관계가 사회권의 요청에 반하는가, 반한다면 어느 정도로 괴리가 발생했는가 정도만 판단하면 된다. 여기서 최소핵심기준은 그에 해당할 경우 사회권이라는 인권침해가 발생하였음을 인식할 수 있는 가장 분명한 증거가 된다. 즉 최소핵심기준에 반하는 사실관계의 경우 그 자체로서 사회권 침해라는 판단을 할 수 있다. 그래서 엄격한 심사기준이 적용되고 입증책임은 피진정인에 귀속되는 방식을 사용하면 된다. 반면 최소핵심기준 외의 영역에서는 사회권의 보호영역을 특정하고 그것과 사실관계의 합치여부에 대한 조사와 판정을 할 필요가 있다.

가동자원의 최대한 동원이나 점진적 실현 등은 이런 사회권침해 판단에 따른 권고결정에서 고려될 사항이다. 최소핵심기준의 위반에 의한 사회권침해의 경우에는 무조건적인 현실개선권고가 이루어져야 할 것이며, 그 외의 경우에는 정도별, 상황별, 단계별 권고들을 할 수 있을 것이다. 예컨대, 최소핵심기준 위반의 경우 피진정인측의 항변이 나름 타당하여 현실적으로 지금 당장 실현할 수 없는 것이라면 기각결정을 내릴 것이 아니라 추상적이고 일반적인 현실 개선의 권고를 하거나 그러한 개선을 위하여 노력할 것을 권고하면 된다. 이 부분은 법적 판단이라기 보다는 정책 판단의 성격이 강하기 때문에 그 침해의 정도와 개선가능성의 여하에 따른 권고가 이루어지면 되는 것이다.

4. 정책권고로서의 사회권 권고

1) 사회권 권고절차의 개방

전술한 바와 같이 국가인권위원회가 사회권을 심의하게 될 경우 그 성격은 인권침해여부에 대한 종국 판단보다는 사회권보장을 위한 정책선택의 측면을 띠게 된다. 진정인의 현상태를 개선하거나 치유하기

위하여 새로운 상태를 만들어내어야 하기 때문이다. 그리고 이 새로운 상태는 인권이나 법판단과 함께 정책적인 판단 또한 긴요하게 된다. 국가인권위원회의 권고결정과정은 이 점에서 인권가치나 인권규범과 함께 다양한 정책가치들을 검토하고 숙의할 수 있는 시스템으로 구성되어야 하게 된다. 그 권고결정과정 이 경합적(agonistic) 숙의의 절차로 충당되어야 한다는 것이다.

실제 사법판단의 과정조차도 그 절차를 개방하고 보다 많은 시민들이 참여할 수 있도록 하는 것은 오늘날 무엇보다 중요하게 그리고 절실하게 요청되는 것이기도 하다. 하물며 다양한 인권적 가치의 실현 내지는 충족을 도모하는 국가인권위원회의 경우 그러한 권고결정과정을 개방하고 다양한 입장과 견해들이 수렴될 수 있도록 하는 것은 더욱 그러하다. 특히 정책적 판단이 개입하여야 하는 사회권의 경우에는 국가인권위원회의 정치적 정당성, 정책적 전문기술성 등의 문제를 극복함에 있어 최우선의 대안이 되기도 한다. 이를 위하여 권고결정과정에 공개변론형태의 절차라든가 세미나, 공청회, 청문회 등의 절차를 마련하는 한편, 피진정인과 진정인이 사법절차에서처럼 상호 대립적인 경쟁의 관계에 함몰되는 것이 아니라 상반되는 입장이 상호 보완되고 보충되어 하나의 선택이나 결정으로 이어질 수 있도록 하는 절차도 필요하다. 즉, 현재 국가인권위원회법상의 조정제도(제42조)는 이를 위한 간이절차 중의 하나로 적극 활용될 필요가 있다.

하지만 무엇보다 절실한 제도는 시민배심제도(citizen's jury)이다. 즉 일반인들로 구성되는 시민배심원 앞에서 진정인과 피진정인뿐 아니라 그들을 위한 옹호자 및 활동가, 그 분야의 전문가 등이 참고인 혹은 증인의 형태로 사건과 논점에 관하여 변론하며 경우에 따라서는 서로 공격과 방어의 수순을 넘어 상호 토론의 형태로 의견을 수렴하는 과정으로까지 나아갈 수 있도록 한다. 그리고 이런 과정을 거쳐 도출되는 결과를 바탕으로 국가인권위원회의 소위원회 또는 전원위원회가 종국적인 결정을 하도록 하는 절차가 요망되는 것이다.⁶⁰⁶⁾

2) 권고 이행의 감시체제 도입

사회권과 관련한 권고는 기본적으로 의무화 내지는 의무이행권고이다. 아울러 일회적인 교정이나 조치와 함께 지속적이고 계속반복되는 조치를 권고하는 경우도 적지 않게 된다. 그 때문에 국가인권위원회는 자신이 한 권고에 대한 지속적으로 그 실효성을 확인하는 절차를 확보할 필요가 있게 된다. 즉, 국가인권위원회가 입법부 또는 행정부에 대하여 사회권에 관련한 권고를 한 경우 필요하다면 일정한 기간동안 피진정인 또는 권고대상기관으로부터 그 권고의 이행 여부, 이행의 내용과 정도 등에 대한 보고를 받고 이를 평가하는 체제는 도입할 필요가 있다. 물론 이는 국가인권위원회법의 개정을 거쳐야 하는 것이지만,

606) 이에 관하여는 D. Beetham, *Democracy: a beginner's guide*, Oxford: Oxford University Press, 2005, pp.140-2 참조. 시민배심제도가 기존의 배심제도와 다른 부분은 전문가들의 참여가 변론의 형식을 취하되 이들의 논의는 대립당사자주의의 틀보다는 전문적 판단을 위한 상호 협의 및 숙려(deliberation)의 틀에서 이루어진다는 것이며, 결정과정에서는 시민배심원의 평의결과에 대하여 법관(여기서는 국가인권위원회의 소위 또는 전원위)은 반드시 구속되지는 않는다는 점이다. Gargarella, R., P. Domingo, and T. Roux, "Rights and Social Transformation: Concluding Reflections," in: Gargarella, R., P. Domingo, and T. Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Hampshire: Ashgate Publishing Ltd., 2006, pp.27-29; 특히 이 심의민주주의의 법정에서의 실현가능성을 강조하고 있는 S. Freedman, 조효제 역, *인권의 대전환*, 교양인, 2009, 353-361면 참조

군이 국가인권위원회의 전속적 권한으로 할 필요는 없다. 예컨대 인권정책기본법이 제정된다면 그에 따라 국무총리 소속으로 설치되는 국가인권정책위원회에 그런 보고를 하도록 일임하는 방법도 있으며 경우에 따라서는 국가인권위원회가 설치하는 별도의 (전문가 및 시민) 패널에 그 절차를 위탁하는 방식으로 진행할 수도 있다.⁶⁰⁷⁾

5. 국제협력 강화

다섯째, 사회권 실현을 위한 국제사회 특히 국제인권레짐과의 긴밀한 협업작업도 필요하다. 스페인이나 우루과이 등 이미 사회권규약 선택의정서에 가입한 국가들로부터 그 경험을 공유하는 작업은 물론, 우리의 인권정치경험이나 그 결과들을 다른 국가들과 공유하며 협력하는 작업을 계속함으로써 사회권을 중심으로 하는 인권체제에 우리 사회와 국가인권위원회가 중심적인 역할을 할 수 있도록 할 필요가 있다.

II. 정리

이 연구는 실천이나 보장의 대상으로서의 사회권을 정리해 보고자 하였다. 아직은 복지나 시혜의 담론으로부터 완전히 벗어나지 못한 예외적 권리로서의 사회권을 인권체제 혹은 헌법체제의 중심에 자리하는 국법상의 권리로서 재규정하고 이를 통해 각각의 개인이 구체적인 실존상황 속에서 자신의 삶을 도모할 수 있는 힘을 구성해 보고자 한 것이다. 그래서 헌법의 해석론-헌법재판소의 결정례-과 함께 국가인권위원회의 권한 및 기능 확장의 제안뿐 아니라 사회권규약상의 권리와 절차들, 그리고 사회권규약선택의 정서에서 보장하고 있는 개인진정절차를 우리 법의 영역으로 포섭할 수 있는 가능성을 탐색해 보았다.

우리 법제는 1919년 임시정부의 수립 및 이에 따른 임시헌장에서부터 1948년 제정된 헌법을 경유하여 현행 헌법에 이르기까지 균등한 국민생활이라는 지향은 계속 유지되어 왔다. 특히 제헌헌법에서 최고조에 달했던 삼균주의는 계획경제의 틀뿐만 아니라 노동자의 이익균점권, 보통교육체제, 각종의 사회권 보장 등에 이르기까지 헌법 전반에서 관철되고 있었다. 비록 당시 국가경제의 빈약함으로 인하여 이런 사회권들이 바이마르공화국의 예에 따라 입법방침이나 프로그램규정으로서의 의미가 우선하게 되지 않을 수 없었지만, 기본적으로 사회권의 보장은 가장 중요한 헌법 가치 중의 하나로 등장하였다. 하지만, 군사

607) 실제 법원이나 헌법재판소가 사회권에 관한 통제권을 강화하게 된다면 이들의 판결/결정으로 입법부나 행정부의 사회권 관련 이행여부를 보고하게 하는 방식도 생각할 수 있다. 이때 그 보고 및 평가의 업무를 법원이 직접 할 수도 있겠지만, 그보다는 국가인권위원회(혹은 특별조사관)로 하여금 그 역할을 담당하게 하는 것—즉 국가인권위가 보고를 받고 분석, 평가한 다음 그 결과를 법원에 보고—이 바람직해 보인다. 물론 이런 제도개선은 각종소송법, 헌법재판소법, 국가인권위원회법 등의 개정으로 가능하다.

정부가 들어서면서 시장경제질서를 공식적으로 헌법체제에 도입하고 사유재산제와 사적 자치의 법원리가 법체계 전반을 관통하게 되면서 이런 초기의 국가이념은 사회권의 권리화라는 세계적인 추세로부터 멀어져 갔다.

특히 군사정권에 팽배하였던 반공이데올로기와 개발독재식의 성장이데올로기가 체제 원리로 등장하게 되면서 사회권은 1920년대 독일 국법학시대 이전으로 퇴행하는 모습까지 보였다. 자유권과 사회권의 이분법적 구분, 사회권과 프로그램규정의 혼용, 자유권이론의 맥락에서 사회권의 재구성 및 유추, 지나치게 확장/경직된 권력분립론과 그에 입각한 사법자제론 등 사회권의 독자적인 실현을 소극적으로 바라보는 법리가 거의 일반화되다시피 하였다. 여기에 권위주의 체제에서 강제되었던 관료주의와 탈정치화의 틀은 사회권의 대부분 영역을 복지행정이라는 관료의 지배영역으로 편입시켜 버렸고, 이에 대한 시민들의 참여는 철저하게 배제하는 방식으로 규율되었다. 오늘 날 우리의 복지체제가 경제규모에 비하여 그리 충분하지 못하고 구성되는 것은 이러한 역사적인 배경 및 행정관행에 연유하는 바 적지 않다.

하지만 이 부분에서 가장 먼저 폐기해 나가야 할 것은 자유권-사회권의 이원적 구분론이며, 이 구분론에 바탕하여 자유권은 자연권으로써 국가를 초월하는 권리인 반면 사회권은 국가의 실정법에 의하여 형성되는 권리인 만큼 전자와 달리 후자는 국가-정확히는 행정관료-의 전권에 속한다는 잘못된 관념들이 만들어지고 있는 현실이다. 무엇보다 현대국가에서 인권은 반드시 자연권으로 관념될 필요는 없다. 마치 재산권이나 경제질서가 국가외부로부터 주어진 것이 아니라 국가에 의하여 형성되고 유지되는 인위적인 것으로 받아들여지듯, 인권 또한 국가에 의하여 인정되고 헌법으로써 보장되는 것으로 규정하더라도 큰 무리가 발생하지 않는다. 국가나 헌법 그 자체가 인간의 존엄과 가치를 최우선적인 최고의 가치로 포섭하고 있는 한 말이다.

인권은 전국가적인 자연권에서, 국가에 의하여 보장되는 권리로 변하고, 인권의 주체는 사회적 속성이 제거된 ‘인간 일반’으로 관념되는 추상적인 인간에서, 개개의 사람들이 사회의 한복판에 놓여진 구체적인 상황 속에서 포착되는 인간으로 변하였다. 인권의 중심 또한 ‘국가로부터의 자유’에서 ‘국가에 의한 자유’를 포함하는 것으로 변하고 있다.⁶⁰⁸⁾

위의 인용은 실존주의적 관점 내지는 법실증주의적 관점에서의 인권관을 말하고 있지만, 실제 국가영역에서 현실화되는 인권의 요청은 저런 명제를 핵심으로 담아둘 필요가 있다. 현실사회에서의 인권은 관념이 아니라 실천이며 주장이 아니라 실효적인 보장으로 이어져야 하기 때문이다.

물론 사회권의 이행에 있어 법적 측면은 그 작은 부분중의 하나에 불과하다. 굳이 자유권과 사회권의 이분법 주장을 언급하지 않더라도 사회권이 추구하는 기본적인 지향이 자유권의 그것과는 나뉠 차이가 있다. 하지만 그럼에도 사회권의 법적 측면은 사회권의 최소한 내지는 출발점(floor)을 이룬다는 점에서

608) 高橋和之, 經濟活動の自由および社會權, 人權研究 2, 有斐閣, 2022, 129面

상당한 의미를 가진다. 비록 그것이 권리의 형식으로는 국가의무의 형식으로는 일단 한번 규정되기만 하면 그것은 사회권을 주장할 수 있는 제도적 기회를 마련하기 때문이다.

바로 이 점에서 다른 인권과 마찬가지로 사회권은 인간의 권리이지만 동시에 국가에 의하여 보장되어야 하는 인권이다. 사회권의 실천에 있어 국가영역의 개입과 협조가 필수적이라는 말이지만, 동시에 이 말은 사회권의 실천은 철저하게 시민사회의 정치화에 달려 있다는 의미도 내포한다. 사회권은 사법의 영역보다는 정치의 영역에 더욱 적합하기 때문이다. 그리고 이 정치를 구성하기 위해 시민사회는 보다 많은 사회권 의제들을 공유하고 확산시킬 필요가 있다. 국가인권위원회는 의당 그 중심에 자리하여야 한다. 그것이 국가인권위원회의 존재이유이기 때문이다.

참고문헌

국내문헌

- 강승식, 2010. 「南아프리카共和國 憲法上 社會權 保障에 관한 研究」, 『법학연구』 51(2).
- 강준하, 2016. 「CBDR원칙과 파리협정」, 『홍익법학』 17(1).
- 공정원, 2004. 「법을 통한 사회권 보장의 한계에 대한 연구: 인권 개념을 중심으로」, 『사회복지연구』 5.
- 국가인권위원회, 2005. 『세계주요 국가인권기구 현황집』 .
- 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 2005. 『국가인권위원회법 해설집』 .
- 국가인권위원회, 2007. 『경제적, 사회적 및 문화적 권리: 국가인권기구를 위한 안내서』 .
- 국가인권위원회, 2009. 『경제적, 사회적 및 문화적 권리의 사법집행: 사법심사가가능성 비교연구, International Commission of Jurists, Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights-Comparative Experiences of Justiciability-』 .
- 국가인권위원회, 2018. 『유엔 사회권규약위원회 제4차 대한민국 심의 최종견해 자료집』 .
- 국가인권위원회, 2020. 『국가인권위원회법 해설집』 .
- 국가인권위원회, 2022. 『국가인권위원회 국제인권결정례집』 .
- 김규하, 2005. 「사회적법치국에서의 기본권」, 『토지공법연구』 26.
- 김기영, 2008. 「사회적 기본권의 법적 성격에 관한 반추: 진보적 이해를 위한 몇 가지 시각」, 『법학논총』 15(1).
- 김문현, 1998. 「생존권적 기본권에 관한 헌법규정의 규범성: 헌법재판소 1997. 5. 29 선고, 94헌마 33과 관련하여」, 『법학논집』 2(2).
- 김백유, 2001. 「사회적 기본권의 구체적 보장」, 『한성대 논문집』 25.
- 김일환, 1998. 「사회적기본권의 법적 성격과 보호범위에 관한 고찰」, 『헌법학연구』 4(3).
- 김종보, 2009. 「기본권의 객관적 규범성에 관한 연구: 사회적 기본권의 법적 성격을 중심으로」, 부산대 대학원 박사논문.
- 김해원, 2017. 「급부권적 기본권의 심사구조: 행정 사법 권력에 의한 입법부작위를 중심으로」, 『헌법재판연구』 4(2).

- 김효권, 2021. 「사회권 위반 여부에 대한 판단 기준으로서 최소핵심의무 -헌법재판소 결정례 비판을 포함하여-」, 『국제법학회논총』, 66(1).
- 김희정, 2019. 「적절한 주거권(적절한 주거에 관한 권리) -강화된 합리성 심사와 최소핵심의무를 중심으로-」, 『헌법학연구』, 25(1).
- 노대명, 2010. 「미완의 민주주의와 사회권의 위기」, 『기억과 전망』 22.
- 박상준, 2023. 「유럽사회권기둥(The European Pillar of Social Rights, EPSR)의 의미와 한계」, 『유럽연구』 41(2).
- 박우경, 2022. 『사회보장사건의 법원을 통한 구제절차 현황과 개선방안』, 사법정책연구원.
- 박찬운, 2008. 「사회권의 성격과 사법구제 가능성:헌법재판에서의 사법구제 가능성을 중심으로」, 『법학논총』 25(3).
- 박찬운, 2009. 「사회권규약선택의정서의 내용과 의미에 관한 소고」, 『인권과 정의』 392.
- 박찬운, 2012. 『인권법의 신동향』, 한울.
- 박찬운, 2016. 「이 시대가 요구하는 헌법재판소의 인권철학: 사회권의 사법심사강화를 위한 전제」, 『법과 사회』 (52).
- 박찬운, 2018. 「사회권의 사법구제가능성 강화를 위한 사법부의 역할」, 『법학논총』 35(4).
- 박찬운, 2023. 「국가인권위원회의 조사구제 분야 개선방안에 관한 소고」, 『법학논총』 40(2).
- 백운조, 2002. 「대한민국 국가인권위원회법의 입법과정에 관한 연구」, 인하대학교 박사학위 논문.
- 법무부, 1998. 「외국의 국내인권기구 법제」, 『법무자료』 222.
- 법무부, 2005. 『국제인권규약상 개인통보의 국내구제방안 연구: 시민적,정치적 권리에 관한 국제규약을 중심으로』.
- 샌드라 프레드먼, 2009. 『인권의 대전환: 인권 공화국을 위한 법과 국가의 역할』.
- 신영전, 2011. 「사회권으로서의 건강권 : 지표개발 및 적용가능성을 중심으로」, 『비판사회정책』 32.
- 신영전, 2017. 「사회권을 어떻게 실효화할 것인가? : 건강권을 중심으로」, 『월간 복지동향』 224.
- 윤영미, 2017. 「국가인권위원회 진정제도의 현황과 개선방안」, 『안암법학』 52.
- 이경주, 2002. 「사회적 기본권과 민주주의: 사회보장수급권을 중심으로」, 『민주법학』 (21), 2002.
- 이성환, 2010. 「사회권의 법적 성격」, 『법학논총』 22(2).
- 이주영, 2016. 「사회권규약의 발전과 국내적 함의」, 『국제법학회논총』 61(2).
- 이주영, 2019. 「사회권의 재판규범성 -자유권·사회권이분론을 넘어-」, 『노동법연구』 (46).

- 이주영, 2023. 「사회권과 실질적 평등」, 『비판과 대안을 위한 사회복지학회 학술대회 발표논문집』.
- 이준일, 2004. 「사회적 기본권」, 『헌법학연구』 10(1).
- 이준일, 2015. 「사회적 기본권에 관한 헌법재판소의 심사기준」, 『헌법재판연구』 2(2).
- 이준일, 2019. 「사회권의 복권을 위한 구상」, 『헌법학연구』 25(3).
- 차용준, 2002. 「사회복지와 사회적 기본권에 관한 연구」, 『사회과학논총』 18.
- 이혜영, 2020. 「법원의 국제인권조약 적용 현황과 과제」, 『사법정책연구원 연구총서』 2020-1.
- 이호선, 이동석, 2020. 「UN장애인권리협약 선택의정서 비준 필요성 및 과제」, 『한국장애학』 5(2).
- 인권운동사랑방 사회권위원회 편, 1999. 『인간답게 살 권리 - IMF 이후 사회권 실태 보고서』, 사람
생각.
- 인권운동사랑방 사회권위원회 편, 2003. 『사회권규약 해설서1-사회권의역사와성격』, 재단법인인권재
단 사람.
- 임재홍, 1999. 「국가인권기구의 쟁점과 대안」, 『민주법학』 (15).
- 임재홍, 1999. 「국가인권기구 설립의 원칙」, 『민주법학』 (15).
- 임재홍, 2009. 「한국사회에서 국가인권위원회의 의미와 발전방향」, 『인권이론과 실천』 (5).
- 임재홍·권혜령·류은숙·염형국, 2020. 『인권법』, 한국방송통신대학교출판문화원.
- 전하은, 허세미, 양옥경, 2022. 「국가인권위원회 각하 결정례 분석 : 국민의사회권보호를 중심으로」, 『사회복지법제연구』 13(2),
- 전학선, 2017. 「헌법재판소 판례에 나타난 사회적 기본권과 비례의 원칙」, 『세계헌법연구』 23(2).
- 정극원, 2011. 「헌법재판에서의 사회적 기본권의 심사기준과 그 적용」, 『세계헌법연구』 17(2).
- 정영훈, 2015. 『사회보장에 대한 헌법상 권리의 침해 여부에 관한 심사기준』, 헌법재판소 헌법재판연
구원.
- 정인섭, 1998. 「경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약의 실천제도」, 『국제인권법』 2.
- 정철, 2008. 「사회적 기본권 실현의 헌법적 한계」, 『입법학연구』 제5집.
- 정태호, 2007. 「원리모델에 의한 사회적 기본권 침해여부의 판단기준 및 심사구조」, 『헌법학연구』
13(3).
- 조백기, 2012. 「국가인권위원회의 개혁방향」, 『서강법률논총』 1(2).
- 채형복, 2019. 「리스본조약상 유럽사회권기둥의 법적 의미」, 『법학연구』 22(3).
- 최규환, 2014. 「사회적 기본권의 사법심사가능성」, 고려대 대학원박사논문.

- 최석현, 2004. 「한국의 사회민주화: 국가인권위원회 설립 과정 분석을 통한 고찰」, 『사회발전연구』 10.
- 최준규, 2013. 「사회적 기본권 실현을 위한 사회정책과 입법에 관한 연구」, 서강대 대학원박사논문.
- 한병호, 1998. 「사회적 기본권 50년」, 『헌법학연구』 4(1).
- 한상희, 2010. 「사회권과 사법심사: 여전히 '생성중인 권리'의 복권을 위하여」, 『공법연구』 39(1), 2010.
- 한상희, 2002. 「국가인권위원회법 제30조의 해석론- 시민권으로서의 인권과 민주적 기본질서 -」, 『헌법학연구』 8(4).
- 한수웅, 2012. 「사회복지의 헌법적 기초로서 사회적 기본권: 사회적 기본권의 개념과 법적 성격을 중심으로」, 『헌법학연구』 18(4).
- 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016. 『사회적 기본권 침해 여부의 심사기준에 관한 검토』 .
- 홍석한, 2017. 「사회적 기본권의 법적 성격과 입법재량에 대한 고찰: 미국과의 비교를 곁하여」, 『미국헌법연구』 28(1).
- 홍선기, 2019. 「사회권에 대한 유럽인권법원의 대응방안 연구」, 『사회법연구』 39.
- 홍성방, 2002. 「헌법재판소결정례에 나타난 사회적 기본권」, 『서강법학연구』 4.
- 홍성수, 2011. 「국가인권위원회 조사·구제기능에 대한 평가와 과제 : 출범 이후 10년간의 통계를 중심으로」, 『법학연구』 34.
- 황필규, 2013. 「유엔사회권규약 선택의정서의 의의와 비준 필요성」, 『유엔 경제·사회·문화권리 규약 선택의정서 비준 토론회 발표문』 .
- 황필규, 2013. 「유엔사회권규약 선택의정서의 발효와 한국정부의 과제」, 『월간 복지동향』 (176).

국외문헌

- Berlin, Isaiah, 1969. "Two Concepts of Liberty," Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press.
- Centre for Human Rights, 1995. *National Human Rights Institutions: A Handbook on the Establishment and Strengthening of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*.
- Christiansen, E. C., 2007. "Adjudication Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the

- South African Constitutional Court," *Columbia Human Rights Law Review* 38(2).
- Desierto, D. A., 2009. "Justiciability of Socio–Economic Rights: Comparative Powers, Roles, and Practices in the Philippines and South Africa," *Asian–Pacific Law & Policy Journal* 11(1).
- EWALD, F., & Johnson, T. S., 2020. *The Birth of Solidarity: The History of the French Welfare State*, M. Cooper, Ed., Duke University Press.
- Formman, L., 2015. "Can Minimum Core Obligations Survive a Reasonableness Standard of Review under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?", *Ottawa Law Review* 47(2).
- Gargarella, R., P. Domingo, and T. Roux, 2006. "Rights and Social Transformation: Concluding Reflections", Gargarella, R., P. Domingo, and T. Roux, *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?*, Ashgate Publishing Ltd..
- Hathaway, Oona, 2002. "Do Human Rights Treaties Make a Difference?", *Yale Law Journal* 111(8).
- Helfer, Laurence R., 2002. "Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash against Human Rights Regimes", *Columbia Law Review* 102(7).
- Helfer, Laurence R. and Anne–Marie Slaughter, 1997. "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", *Yale Law Journal* 107(2).
- International Network for Economic, Social and Cultural Rights(ESCR–Net)/International Women’s Rights Action Watch(IWRAW)–Asia Pacific, 2013. *Claiming Women’s Economic, Social and Cultural Rights: A Resource Guide to Advancing Women’s Economic, Social and Cultural Rights Using the Optional Protocol and Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and the Optional Protocol and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*.
- International NGO Coalition for the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 2008. *A Toolkit for Action Booklet 3: Why Should States Ratify the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights?*.
- Langford, Malcolm, 2009. "Closing the Gap – An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Nordisk*

Tidsskrift for Menneskerettigheter 27(1).

- Langford, Malcolm, Bruce Porter, Rebecca Brown, Julieta Rossi (eds.), 2016. *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Commentary*, Pretoria University Law Press.
- Liebenberg, S., 2002. South Africa's evolving jurisprudence on socio-economic rights : an effective tool in challenging poverty, *Law, Democracy & Development* 6(2).
- Liebenberg, Sandra, 2020. "Between Sovereignty and Accountability: The Emerging Jurisprudence of the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights Under the Optional Protocol", *Human Rights Quarterly* 42.
- McGraw, G. S., 2011. "Defining and Defending the Right to Water and Its Minimum Core: Legal Construction and the Role of National Jurisprudence," *Loyola University Chicago International Law Review* 8(2).
- Melish, Tara J., 2009. "Introductory Note to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *International Legal Materials(ILM)* 48(2).
- Neumayer, Eric & Thomas Plümper, 2007. "The Gendered Nature of Natural Disasters: The Impact of Catastrophic Events on the Gender Gap in Life Expectancy, 1981–2002", *Annals of the American Association of Geographers* 97(3).
- Orellana, Marcos A., Miloon Kothari & Shivani Chaudhry, 2010. *Climate Change in the Work of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Friedrich–Ebert–Stiftung.
- Perehudoff Katrina and Lisa Forman, 2019. "What Constitutes 'Reasonable' State Action on Core Obligations? Considering a Right to Health Framework to Provide Essential Medicines," *Journal of Human Rights Practice* 11.
- Pillay, Ariranga G., 2013. "Economic, Social and Cultural Rights and Climate Change", Oliver C. Ruppel, Christian Roschmann, Katharina Ruppel–Schlichting eds., *Climate Change: International Law and Global Governance*, Nomos Verlagsgesellschaft mbH.
- Restakis, John and David, Adams, 2012. *Humanizing the Economy: Co-operatives in the Age of Capital*. Post Hypnotic Press.
- Scheinin, Martin, 2001. "Economic and Social Rights as Legal Rights", in Asbjørn Eide, Cararina Krause and Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers.
- Simmons, Beth A., 2009. "Should States Ratify – Process and Consequences of the Optional

Protocol to the ICESCR", *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* 27(1).

Ssenyonjo, Manisuli, 2016. *Economic, Social and Cultural Rights in International Law, Second Edition*, Hart Publishing.

Steiner, H. J., and P. Alston, 2008. *International Human Rights in Context*, Clarendon Press.

United Nations, 2005. *Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions*.

Verma, Sh., 2005. *Justiciability of Economic Social and Cultural Rights Relevant Case Law*, The International Council on Human Rights Policy.

Vierdag, E.W., 1978. "The legal nature of the rights granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Netherlands Yearbook of International Law* 9.

Viljoen, F. and N. Orago, 2014. "An argument for South Africa's accession to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the light of its importance and implications", *Potchefstroom Electronic Law Journal(PELJ)*, 17(6).

Waldron, Jeremy, 2006. "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal* 115.

阿部 浩己, 『国際人権の地平』, 現代人文社, 2002.

高橋和之, 『経済活動の自由および社会権』, 人権研究 2, 有斐閣, 2022.

[부록 1] 사회권규약 일반논평에 나타난 핵심의무 정리

일반논평 제3호(1990): 당사국 의무의 본질(제2조 1항)⁶⁰⁹

10. 위원회는 적어도 각 권리의 최소 필요수준을 충족시킬 것을 보장하기 위한 최소핵심 의무가 모든 당사국에게 부과되고 있다는 견해를 가지고 있다. ... 당사국의 최소핵심 의무 이행여부를 판단하기 위해서는 해당 국가 내 자원 제약을 고려해야 한다. 규약 제2조 1항은 “자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도 까지” 필요한 조치를 취해야 하는 의무를 모든 당사국에 부여한다. 당사국이 가용 자원의 부족으로 최소 핵심 의무를 이행하지 못했다고 주장하기 위해서는 해당 국가가 우선적으로 이러한 최소핵심 의무를 이행하기 위해 스스로 처분할 수 있는 자원을 활용하는 데 모든 노력을 다했다는 것을 증명해야 한다.
11. 그러나 위원회는 가용자원이 명백히 부족하다 하더라도 당사국은 직면하고 있는 상황에 맞추어 해당 권리의 가능한 최대한의 향유를 보장하기 위해 노력할 의무가 있다는 것을 강조하고자 한다. 또한 자원 제약을 이유로 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 실현, 또는 특히 권리가 실현되지 못하는 정도를 감독하고, 권리 실현 증진을 위한 전략과 프로그램을 고안할 의무는 어떠한 방식으로든 없어지지 아니한다. 위원회는 이미 이러한 사안을 일반논평 1(1989)에서 다루었다.

일반논평 12호 (1999): 적절한 식량에 대한 권리(제11조)⁶¹⁰

8. 위원회는 적절한 식량에 대한 권리의 핵심 내용이 다음을 내포한다고 간주한다.
- 개인의 식이적 필요를 충족시키기에 충분한 양과 질을 갖추고 있고, 해로운 물질이 없으며, 해당 문화 내에서 용인될 수 있는 식량이 이용 가능한 상태
 - 이러한 식량이 지속가능하고 여타 인권의 향유를 방해하지 않는 방식으로 접근가능한 상태
15. 적절한 식량에 대한 권리는 다른 모든 인권과 같이 세 가지 종류 또는 단계의 의무를 당사국에 부과하는데, 즉 존중의 의무, 보호의 의무, 실현의 의무이다. 실현의 의무는 다시 촉진의 의무와 제공의 의무로 구성된다.1) 적절한 식량에 대한 현재의 접근성을 존중할 의무는 당사국이 이러한 접근성을 방해하는 결과를 가져오는 어떠한 조치도 취하지 않을 것을 요구한다. 보호의 의무는 기업 또는 개인들이, 적절한 식량에 대한 개인의 접근성을 박탈하지 않도록 보장하기 위하여 국가가 조치를 취할 것을 요구한다. 실현(촉진)의 의무는 국가가 사람들의 자원 접근성 및 자원 이용을 강화하고, 식량안보를 포함한 생계 보장 수단을 강화하기 위한 행동을 적극적으로 취하여야 한다는 것을 의미한다. 마지막으로, 개인 또는 집단이 그들의 통제를 넘어서는 이유로 인해 그들이 쓸 수 있는 수단을 통하여 적절한 식량권을 향유할 수 없는 경우에, 각국은 그 권리를 직접적으로 실현(제공)할 의무를 진다. 이 의무는 자연재해 또는 다른 재난의 피해자에 대해서도 적용된다.
17. 규약의 위반은 국가가 기아로부터 자유롭기 위해 적어도 필요한 최소 수준조차 충족시키지 못한 경우에 발생한다. 어떠한 작위 또는 부작위가 식량권의 위반에 해당하는지를 결정함에 있어 당사국이 이행의 능력이 없는 것인지의 의지가 없는 것인지를 구별하는 것이 중요하다. 당사국은 스스로 식량에 접근하지 못하는 사람들을 위하여 그러한 접근성을 제공하는 것이 자원의 제약 때문에 불가능하다고 주장하기 위해서는 그러한 최소한의 의무를 우선적으로 충족시키기 위하여 이용할 수 있는 모든 자원을 이용하기 위한 최대한의 노력을 기울였음을 증명하여야 한다.

일반논평 13호 (1999): 교육에 대한 권리 (제13조)⁶¹¹

57. 위원회는 일반논평 3호에서 당사국이 “가장 기초적인 교육 형태”를 포함하여 규약에 선언된 모든 권리가 “적어도 최소한의 필수적인 수준으로 충족되도록 보장할 최소 핵심 의무”가 있음을 확인하였다. 제13조의 문맥에서 보면 이 핵심 의무는 다음의 의무를 포함한다. 공립 교육기관 및 공공 프로그램에의 비차별적인 접근권을 보장할 의무, 제13조 1항에 규정된 목표에 교육이 부합하도록 보장할 의무, 제13조 2항 (a)에 따라 모든 사람에게 초등교육을 제공할 의무, 중등교육, 고등교육 및 기본교육을 위한 계획을 포함하는 국가 교육전략을 채택하고 시행할 의무, 그리고 “최소한의 교육 기준”(제13조 3항과 4항)이 준수되는 것을 조건으로 국가 또는 제3자의 간섭 없이 교육을 자유롭게 선택하는 것을 보장할 의무가 그것이다.

609) CESCR, General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), 14 December 1990, E/1991/23, available at: <https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>.

610) CESCR, General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant), 12 May 1999, available at: <https://www.refworld.org/docid/4538838c11.html>.

일반논평 14호 (2000): 도달 가능한 최고 수준의 건강에 대한 권리(제12조)⁶¹²⁾

핵심 의무

43. 일반논평 3에서, 위원회는 당사국이 규약에 명시된 모든 권리를, 필수적 1차 보건의료를 포함하여, 적어도 최소한의 필수적인 수준으로 충족하도록 보장할 핵심 의무가 있음을 확인하고 있다. '국제인구개발회의(ICPD) 행동계획'28)과 같은 보다 최근의 문서와 연계하여 읽을 때, '알마아타 선언'은 제12조로부터 발생하는 핵심 의무에 대한 권위 있는 지침을 제공한다. 이에 따라, 위원회는 이러한 핵심 의무에는 최소한 다음의 의무가 포함된다는 견해이다.
- (a) 보건 시설, 물품 및 서비스에 대한 비차별적인 접근을 보장할 의무, 특히 취약집단이나 소외된 집단을 위해 그러하다.
 - (b) 모든 사람이 기아로부터 해방될 수 있도록 보장하기 위하여, 영양적으로 적절하고 안전한 최소한의 필수적 식량에 대한 접근을 보장할 의무
 - (c) 기본적인 거소, 주거 및 위생시설에 대한 접근 및 안전하고 마실 수 있는 물의 적절한 공급을 보장할 의무
 - (d) '필수의약품에 관한 세계보건기구 행동계획'에 정의된 대로의 필수약품을 제공할 의무
 - (e) 모든 보건 시설, 물품 및 서비스의 공평한 분배를 보장할 의무
 - (f) 인구 전체의 보건 문제를 다루는 국가 공중보건 전략 및 행동계획을 유행병에 관한 증거를 기초로 채택하고 실행할 의무. 이러한 전략 및 행동계획은 참여적이고 투명한 과정을 바탕으로 입안하고 정기적으로 검토하여야 한다. 여기에는 건강권 지표 및 기준점과 같은 방법을 포함시켜 진전사항을 면밀히 모니터링할 수 있도록 한다. 전략 및 행동계획의 내용뿐만 아니라 입안 과정이 모든 취약집단 및 소외된 집단에 특별한 주의를 기울여야 한다.
44. 위원회는 다음의 의무가 마찬가지로 우선적인 의무임을 또한 확인한다.
- (a) 생식, 모성(산전 및 산후) 및 아동의 보건의료를 보장할 의무
 - (b) 지역사회 내에서 발생하는 주요 전염병에 대한 예방접종을 제공할 의무
 - (c) 유행병 및 풍토병을 예방, 치료 및 억제하기 위한 조치를 취할 의무
 - (d) 지역사회 내 주요한 건강 문제에 관하여, 그 예방 및 통제 방법을 포함해서, 교육 및 정보에 대한 접근성을 제공할 의무
 - (e) 보건 종사자를 위해, 건강 및 인권에 관한 교육을 포함한 적절한 훈련을 제공할 의무

일반논평 15호 (2002): 물에 대한 권리⁶¹³⁾

핵심 의무

37. 일반논평 3(1990)에서, 위원회는 규약에 선언된 각 권리가 적어도 최소한의 핵심적인 수준이 충족되도록 해야 할 당사국의 핵심의무가 있음을 확인하였다. 위원회의 견해로는, 물에 대한 권리와 관련하여 즉각적인 효력을 갖는, 적어도 다음과 같은 핵심 의무를 확인할 수 있다.
- (a) 최소한의 필수적인 양의 물, 즉 질병을 예방하기 위해 개인과 가정에서 쓸 충분하고 안전한 물에 대한 접근을 확보하는 것.
 - (b) 물과, 물 관련 시설과 서비스에 대한 접근을 차별적이지 않게, 특히 혜택 받지 못했거나 소외된 집단에게 보장할 것.
 - (c) 충분하고, 안전한 물을 정기적으로 공급하는 물 관련 시설 또는 서비스에 대한 물리적 접근을 보장하고, 엄청난 대기 시간을 피하기 위해 충분한 숫자의 물 유출구를 마련하며, 가정과의 거리가 합리적일 것.
 - (d) 물에 물리적으로 접근해야 할 때 개인 안전이 위협받지 않을 것을 보장할 것.
 - (e) 모든 이용가능한 물 관련 시설과 서비스의 평등한 분배를 보장할 것.
 - (f) 전 인구를 대상으로 하는 국가 수자원 전략과 행동계획을 채택하고 이행할 것. 그 전략과 행동계획은 참여적이고 투명한 절차에 기반하여 수립되고 정기적으로 검토해야 하며, 물에 대한 권리의 지표와 기준점 등 진척 정도를 밀접하게 모니터링할 수 있는 방법을 포함해야 하며, 전략과 행동계획은 그 내용 뿐만 아니라 수립의 과정도 모든 혜택 받지 못하거나 소외된 집단에 대해 특별한 주의를 기울여야 한다.
 - (g) 물에 대한 권리의 실현 또는 실현하지 못한 범위를 모니터링할 것.
 - (h) 취약하고 소외된 집단을 보호하기 위해, 그들을 위한 상대적으로 적은 비용의 물 프로그램을 채택할 것.
 - (i) 수인성 질병을 예방, 치료, 통제하는 조치를 특히 적절한 위생에 대한 접근을 보장하면서 취하도록 할 것.

611) CESCR, General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant), 8 December 1999, E/C.12/1999/10, available at: <https://www.refworld.org/docid/4538838c22.html>.

612) CCESCR, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12 of the Covenant), 11 August 2000, E/C.12/2000/4, available at: <https://www.refworld.org/docid/4538838d0.html>. 최초로 '핵심 의무'를 표제어로 사용한 일반논평.

613) CESCR, General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant), 20 January 2003, E/C.12/2002/11, available at: <https://www.refworld.org/docid/4538838d11.html>.

일반논평 17호 (2005): 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이득을 얻을 모든 사람의 권리⁶¹⁴⁾

핵심 의무

39. 위원회는 일반논평 3호(1990)에서 당사국들이 규약에 선언된 각 권리의 최저 필수적 수준의 이행을 보장할 핵심 의무가 있음을 확인한 바 있다. 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호에 관한 기타 인권 문서와 국제협정에 따라, 위원회는 규약 제15조 1항(c)가 최소한 다음의 핵심 의무를 수반한다고 보며, 이는 즉각적으로 효력이 발생한다.
- (가) 저작자의 정신적, 물질적 이익을 효과적으로 보호할 것을 보장하는 입법적 및 기타 필요한 조치를 취하는 것;
 - (나) 자기의 과학적, 문학적 및 예술적 창작품의 창작자로 인정받을 저작자의 권리 및 이러한 저작물에 대한 왜곡, 훼손이나 기타 변경, 또는 이러한 저작물과 관련하여 저작자의 명예와 명성에 손상을 입히는 기타 폄하하는 행위에 이의를 제기할 저작자의 권리를 보호하는 것;
 - (다) 저작자의 과학적, 문학적 또는 예술적 저작물로부터 생기는 기본적인 물질적 이익을 존중하고 보호하는 것으로서, 이는 저작자가 적절한 생활수준을 영위하기 위하여 필요한 것임;
 - (라) 저작자의 정신적, 물질적 이익이 침해된 경우, 보상을 구하고 획득할 수 있도록 하는 행정적, 사법적 또는 기타 적절한 구제에 대한 평등한 접근을, 특히 혜택 받지 못하고 소외된 집단에 속하는 저작자에 대하여, 보장하는 것;
 - (마) 저작자의 정신적, 물질적 이익의 효과적인 보호와 당사국의 의무 사이에, 즉 식량, 건강 및 교육에 관한 권리, 뿐만 아니라 문화생활에 참여할 권리, 과학의 진보 및 응용으로부터의 이익을 향유할 권리, 또는 규약이 인정한 기타 모든 권리와 관련해서 지고 있는 의무 사이에, 적절한 균형을 맞추는 것.

일반논평 18호 (2005): 노동에 대한 권리⁶¹⁵⁾

핵심 의무

31. 위원회는 일반논평 3호(1990년)에서 당사국이 규약에서 다루어진 각 권리를 최소한의 필수적인 수준으로 충족하도록 보장할 핵심 의무가 있음을 확인하였다. 제6조와 관련하여, “핵심 의무”는 비차별과 동등한 고용 보호를 보장할 의무를 포함한다. 고용 분야에서의 차별은 인생의 모든 단계, 기초 교육으로부터 퇴직에 이르기까지에 영향을 미치는 광범위한 위반들을 포함하며, 개인과 집단의 노동 상황에 상당한 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이러한 핵심 의무는 적어도 다음의 요건을 포함한다.
- (a) 고용 접근권의 보장, 특히 혜택 받지 못하고 소외된 개인과 집단에게 보장해서 그들이 존엄한 삶을 영위할 수 있도록 하는 것;
 - (b) 공공 및 민간 부문에서 혜택 받지 못하고 소외된 개인과 집단에 대해 차별과 불평등한 대우를 초래하는, 또는 이러한 개인과 집단의 보호를 위한 제도를 약화시키는 효과를 갖는 모든 조치의 방지;
 - (c) 사용자 단체와 근로자 단체를 포함하는 참여적이고 투명한 절차를 토대로 하여, 모든 근로자의 관심사를 기초로 삼고 이에 대응하는 국가고용전략과 행동계획의 채택 및 이행. 그러한 고용전략과 행동계획은 혜택 받지 못하고 소외된 개인과 집단을 특히 그 대상으로 하여야 하며, 노동권과 관련해서 진전을 측정하고 정기적으로 검토할 수 있는 지표와 기준을 포함하여야 한다.

일반논평 19호(2007): 사회보장에 대한 권리(규약 제9조)⁶¹⁶⁾

5. 핵심 의무

59. 당사국은 규약에 천명된 각각의 권리³⁴⁾가 적어도 필수적인 최소한의 수준으로나마 충족될 수 있도록 보장해야 할 핵심적인 의무를 진다. 이를 위해 당사국에게는 다음의 사항들이 요구된다.
- (a) 모든 개인과 가족에게 필수적인 최소한의 수준의 혜택을 제공하는 사회보장제도의 이용을 보장함으로써, 그들에게 적어도 필수적인 보건의료,³⁵⁾ 기본적인 주거와 주택, 용수와 위생, 식품, 그리고 가장 기초적인 형태의 교육 등을 받을 수 있도록 해야 한다. 만약 특정 당사국이 최대한의 가용자원을 활용하여도 모든 위험 및 만일의 사태에 대응하여 상

614) CESCR, General Comment No. 17: The Right of Everyone to Benefit from the Protection of the Moral and Material Interests Resulting from any Scientific, Literary or Artistic Production of Which He or She is the Author (Art. 15, Para. 1 (c) of the Covenant), 12 January 2006, E/C.12/GC/17, available at: <https://www.refworld.org/docid/441543594.html>.

615) CESCR, General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant), 6 February 2006, E/C.12/GC/18, available at: <https://www.refworld.org/docid/4415453b4.html>.

기한 최소한의 수준을 제공할 수 없을 경우, 위원회는 해당 당사국이 광범위한 자문과정을 거쳐 사회적 위험과 만일의 사태에 대비해서 핵심적인 집단을 선정할 것을 권고한다.

- (b) 비기여식 사회보장체계나 제도를 이용할 권리를, 특히 혜택 받지 못하고 소외된 개인과 집단에게 보장할 것.36)
- (c) 현존하는 사회보장제도를 존중하고 해당 제도를 불합리한 간섭으로부터 보호할 것.37)
- (d) 국가사회보장전략 및 시행계획을 채택하고 시행할 것.38)
- (e) 사회보장제도 시행에 있어 목표를 분명히 한 조치, 특히 혜택 받지 못하거나 소외된 개인과 집단을 보호하는 조치를 취할 것.39)
- (f) 사회보장권의 실현 정도를 모니터할 것.40)

일반논평 21호 (2009): 문화생활에 참여할 모든 사람의 권리 (제15조 1항 (a)호)⁶¹⁷⁾

C. 핵심적 의무

55. 일반논평 3호(1990)에서, 위원회는 규약에 명시된 권리들 각각이 적어도 최소한의 필수수준만큼은 충족되도록 보장할 최소한의 핵심적 의무가 당사국에 있다고 강조했다. 그러므로 위원회는 규약 및 인권과 문화다양성 보호를 다루는 다른 국제문서들에 따라, 규약 제15조 1항 (a)호가 적어도 사람들이 자신이 선택한 문화에 개별적으로, 또는 다른 사람들과 공동으로, 또는 공동체나 집단 내에서 참여할 수 있는 환경을 조성하고 발전시킬 의무를 수반한다고 판단하며, 이는 즉각적 효력을 발휘해서 적용되는 다음과 같은 핵심적 의무를 포함한다.

- (a) 모든 사람이 문화생활에 참여할 권리의 향유에 있어서 비차별과 성평등을 보장하기 위해 입법조치 및 여타의 필요한 조치를 취할 것;
- (b) 하나 또는 그 이상의 공동체와 자신을 동일시하거나 또는 동일시하지 않을 모든 사람의 권리와 자신의 선택을 변경할 권리를 존중할 것.
- (c) 모든 사람이 그들 자신의 문화적 관행을 견지할 권리를 존중하고 보호할 것, 동시에 다른 한편으로는 특히 사상, 신념, 종교의 자유, 의견과 표현의 자유, 자신이 선택한 언어를 사용할 권리, 결사와 평화적 집회의 자유, 교육시설을 선택하고 설립할 자유 등에 대한 존중을 수반하는 인권을 존중할 것;
- (d) 자신의 문화 또는 타문화에 차별 없이 그리고 어떠한 종류의 한계도 개의치 않고 접근할 권리를 저해하거나 제한하는 모든 장벽 또는 장애물을 제거할 것;
- (e) 소수집단과 원주민, 또는 여타의 공동체에 속하는 사람들에게 그들에게 영향을 미치는 법률과 정책의 입안 및 시행에 참여하는 것을 허용하고 권장할 것. 특히, 당사국은 그들의 문화적 자원, 특히 그들의 생활방식 및 문화적 표현과 연관된 것들에 대한 보존이 위협에 처했을 때, 자유의사와 고지에 입각한 사전 동의를 그들로부터 얻어야 한다.

일반논평 22호 (2016): 성 및 생식건강에 대한 권리⁶¹⁸⁾

C. 핵심 의무

49. 당사국은 적어도 최소한의 필수적인 수준으로 성 및 생식건강권을 충족시킬 것을 보장할 핵심 의무를 진다. 이를 위해 당사국은 당대의 인권문서와 관례³⁸⁾뿐만 아니라 유엔의 기구들, 특히 세계보건기구와 국제연합인구기금³⁹⁾ 등이 수립한 최신의 국제 지침과 절차 규정⁴⁰⁾에 대한 안내에 따라야 한다. 핵심 의무는 적어도 다음을 포함한다.

- (a) 개인이나 특정 집단이 성 및 생식건강 시설, 서비스, 물품, 정보에 접근하는 것을 범죄화, 방해, 혹은 약화시키는 법률, 정책, 관행을 폐지 혹은 제거할 것.
- (b) 성 및 생식건강에 대한 국가전략 및 실행계획을 적절한 예산 배정과 함께 채택하여 시행하되, 이는 참여를 통한 투명한 절차에 의해 기획하고, 주기적으로 평가하고 모니터링하며, 차별을 금지하는 사유 별로 구분할 것.
- (c) 감당할만한 비용의, 수용 가능한, 양질의 성 및 생식건강 서비스, 물품, 시설에 대한 보편적이고 공평한 접근, 특히 여성 및 혜택 받지 못하고 소외된 집단의 이용을 보장할 것.
- (d) 해로운 관행과 젠더기반 폭력을 금하는 법률을 제정, 시행하고, 여기에 여성 성기 절제, 아동 결혼과 강제 결혼, 부부 강간을 포함한 가정폭력과 성폭력 등을 포함하고, 개인의 성 및 생식과 관련된 필요와 행동과 관련하여, 강제나 차별, 폭력에 대한 공포 없이, 사생활과 기밀성을 보장하며, 자유롭고 정보에 기반한, 책임 있는 의사결정을 할 수 있도록 보

616) CESCR, General Comment No. 19: The right to social security (Art. 9 of the Covenant), 4 February 2008, E/C.12/GC/19, available at: <https://www.refworld.org/docid/47b17b5b39c.html>.

617) CESCR, General comment no. 21, Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1a of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 21 December 2009, E/C.12/GC/21, available at: <https://www.refworld.org/docid/4ed35bae2.html>.

장할 것.

- (e) 안전하지 않은 낙태를 방지하고, 필요한 이들에게 낙태 후 의료와 상담을 제공하기 위한 조치를 취할 것.
- (f) 모든 개인과 집단이 성 및 생식건강에 관해 비차별적이고 비편향적이며 증거에 기반한, 또한 어린이와 사춘기 청소년의 발달 중인 역량을 고려한, 포괄적인 교육과 정보에 접근할 수 있도록 보장할 것.
- (g) 성 및 생식건강에 필수적인 의약품, 장비, 기술을 세계보건기구 필수 의약품 모델 리스트40)에 기재된 것들을 포함해서 제공할 것.
- (h) 성 및 생식건강권 침해에 대해 행정적, 사법적 수단을 포함한, 효과적이고 투명한 구제와 보상이 가능하도록 보장할 것.

일반논평 23호 (2016): 공정하고 유리한 근로조건에 대한 권리 (제7조)⁶¹⁹⁾

C. 핵심 의무

65. 당사국은 적어도 필요 최소한의 공정하고 유리한 근로조건에 대한 권리의 충족을 보장해야 할 핵심 의무를 진다. 특히 이 의무는 당사국에 대해 다음을 요구한다.
- (a) 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생, 장애, 연령, 성적 지향, 성 정체성, 간성인 신분, 건강, 국적 또는 기타 모든 신분분에 의한 어떠한 종류의 차별도 받지 않고 권리를 행사할 수 있도록 법에 의해 보장할 것.
 - (b) 직장에서의 성차별을, 보수에 관한 차별을 포함해서, 근절하기 위한 종합적 제도를 마련할 것.
 - (c) 법률로써, 그리고 근로자와 고용주, 그들을 대표하는 단체와 기타 관련 협력자들과의 협의를 통해, 차별적이지 않고 훼손될 수 없는 최저임금을, 관련 경제적 요소를 고려하고 생활비 지수와 연계해 확정하여, 근로자와 그 가족에게 품위 있는 생활을 보장할 수 있도록 구축할 것.
 - (d) 직업상 안전과 보건에 대한 종합적인 국가 정책을 채택하고 시행할 것.
 - (e) 직장 내 괴롭힘에 대해 성적 괴롭힘을 포함해서 법률로써 정의, 금지하고, 적절한 진정 절차 및 기제를 보장하며, 성적 괴롭힘에 대한 형사적 제재를 수립할 것.
 - (f) 휴식, 여가, 근로시간의 합리적인 제한, 유급휴가 및 공휴일 등에 대한 최저한의 기준을 도입하고 집행할 것.

일반논평 25호 (2020): 과학과 경제적, 사회적 및 문화적 권리(제15조 (1)항 (b)호, (2)항, (3)항, (4)항)⁶²⁰⁾

D. 핵심 의무

51. 당사국은 핵심 의무를 우선적으로 이행해야 한다. 이러한 핵심 의무를 이행하지 못한다면, 당사국은 핵심 의무를 수행하기 위해 규약에 명시된 권리를 전체적으로 고려하면서, 그리고 가용 자원을 개별적으로나 국제지원과 협력을 통해서 최대한 활용한 상태에서 모든 합당한 노력을 기울였음을 증명해야 한다.
52. 과학의 진보와 그 응용에 참여하고 이익을 향유할 권리와 관련된 핵심 의무사항으로 당사국은 다음을 이행해야 한다. 개인이나 특정 집단이 과학, 과학지식 및 응용과 관련된 시설, 서비스, 물품, 정보에 접근하는 것을 부당하게 제한하는 법률과 정책, 관행을 제거한다.
- 과학과 기술 부문에서 여성과 소녀의 참여를 저해하는 법률, 정책, 관행, 편견이나 고정관념을 파악하고 철폐한다. 규약 제4조와 양립이 안 되는 과학연구 수행의 자유에 대한 제약을 제거한다.
- 이 권리에 대해 권리침해 시 법적 구제를 포함한 참여적 국가기본법을 제정하고, 이 권리를 실현하기 위해 과학의 보존과 발전, 보급에 대한 전략을 포함한 참여적 국가전략이나 행동계획을 채택하여 이행한다.
- 과학 지식에 대한 이해와 응용에 필요한 기본 교육과 기술에 대해 사람들이 접근할 수 있도록 보장하고, 공립 및 사립학교의 과학교육이 이용 가능한 최고의 과학지식을 존중하도록 보장한다.
- 건강권과 여타 경제적, 사회적, 문화적 권리의 향유에 매우 중요한 과학 진보의 응용에 대한 접근을 보장한다.
- 공적 자원의 배분에 있어 건강, 식량, 그리고 경제적, 사회적 및 문화적 권리와 관련된 다른 기본적 필요에 있어서의 과학의 발전과 전체 인구의 안녕을 위해, 특히 취약하고 소외된 집단과 관련해서, 가장 필요한 분야에서의 연구에 우선순위를 두도록 보장한다.

618) CESCR, General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 2 May 2016, E/C.12/GC/22 [https://digitallibrary.un.org/record/832961/files/E_C.12_GC_22-EN.pdf].

619) CESCR, General comment No. 23 (2016) on the right to just and favourable conditions of work (article 7 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 7 April 2016, E/C.12/GC/23, available at: <https://www.refworld.org/docid/5550a0b14.html>.

정부의 정책과 프로그램을 최선의 이용 가능한, 그리고 일반적으로 수용된 과학적 근거와 맞추도록 하기 위한 메커니즘을 채택한다.

보건전문가가 과학의 진보로 얻게 된 첨단기술과 의학을 사용하고 적용하는데 있어서 적절한 훈련을 받도록 보장한다.

정확한 과학정보를 홍보하며 과학과 과학연구에 대한 시민의 이해와 존중을 저해하는 허위 정보, 비방, 의도적인 오보를 삼간다.

거짓되고, 호도하는, 사이버과학에 근거한 관행의 해로운 결과로부터, 특히 다른 경제적, 사회적, 문화적 권리가 위태롭게 되는 경우에, 사람들을 보호할 수 있는 메커니즘을 채택한다.

과학 분야에서 국제 교류와 협력의 발전을 도모하되, 사람과 물품, 지식의 이동에 대해 규약 제4조에 따라 정당화될 수 있는 이상의 제약을 부과하지 않는다.

620) General comment No. 25 (2020) on science and economic, social and cultural rights (article 15 (1) (b), (2), (3) and (4) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), 30 April 2020, E/C.12/GC/25 [https://digitallibrary.un.org/record/3899847/files/E_C.12_GC_25-ES.pdf].

[부록 2] 본안판단 사례(부분 번역)⁶²¹⁾

(1) *I.D.G. v. Spain* (2015)⁶²²⁾

<진정의 경과>

- 사건번호: 2/2014
- 진정인: 1965년 6월 28일 생 스페인 국적의 여성인 I.D.G.
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2014. 1. 28.
- 견해채택일: 2015. 6. 17.
- 주제: 사법절차의 통지 미전달에 따른 퇴거
- 절차적 쟁점: 시간적 관할, 구제절차 경유.
- 실제적 쟁점: 주거권에 영향을 미치는 모기지집행절차의 적절한 통지 유무
- 위반된 조항: 규약 제11조 및 제2조 제1항.

<의의>

- 기록적 실업률과 모기지 지급불능에서 비롯된 압류와 퇴거의 홍수를 낳았던 2007-2008 스페인의 재정위기에서 발생한 사건으로 본안에 관한 최초의 실제적 판단이 이루어진 사례. 규약상 권리 보호에서 절차적 보장의 역할을 예시하고 절차적 기준에 의존하는 것이 어떻게 재판기구가 국가의 실제적 정책선택을 불필요하게 침해하지 않으면서 경제적 사회적 문화적 권리를 보호하는 데 도움을 줄 수 있는지를 보여준다.

<진정 취지>

- 3.2 진정인은 자신의 사건이 2007년부터 그녀가 위원회에 진정을 제기했던 시점까지 40만 명 이상의 퇴거와 압류가 있었던 당사국의 심각한 사회적 위기 상황에서 발생했음을 지적하고 있다.
- 3.3 진정인은 규약에 따라 자신이 향유하는 권리는 법원이 통지가 효과적으로 전달되도록 보장해야 한다는 것을 의미한다고 주장한다. 그러나 그녀의 경우, 법원은 그녀의 집에 인편을 통해 통지를 전달하려는 몇 차례의 시도가 실패한 후에 민사소송 법상 확립된 다른 통지 전달 형식이나 방법을 사용하지 않은 채 바로 게시판에 게시하도록 진행했다. 법원의 부주의의 결과 그녀는 임대기관이 제기한 모기지 집행 절차나 그 절차를 인정하는 판결을 통지받지 못했고, 경매명령 이전에 다른 어떤 연락도 받지 못했다. 진정인은 실제로 그녀에게 통지를 못 한 것은 그녀가 그 소송에 대한 법적 대응을 준비하지 못하게 했고 법원에서 자신의 주거권을 보호하지 못하게 했다고 주장한다. 왜냐하면 그녀는 법원이 그녀 집에 대한 경매를 명령했을 때 비로소 절차의 존재를 알게 되었기 때문이다. 효과적이고 시의적절한 사법적 보호가 없었던 결과 진정인은 자신이 현재 취약함, 불확실성과 불안의 지위에 있고, 그녀의 건강에 심각한 영향을 미친 상황에 처해 있다고 주장한다.
- 3.4 진정인에 따르면 당사국 법원에 대한 효과적 접근의 결여는 그녀가 법원에서 그 계약조건의 불공정한 성격 또는 예컨대 그녀가 지급해야 하는 이자를 임대기관이 계산한 방식에 대해 이의를 제기할 수 없게 만들었다.
- 3.5 진정인은 모기지 집행 절차를 규율하는 법률은, 사람들이 자신의 가정에 대한 적절한 법적 방어를 제기할 권리를 적절히 보호하지 못한다고 주장한다. 이들 절차에 의해 영향을 받는 사람들은 많은 경우에 집을 빼앗기거나 퇴거당할 때까지 그들 자신의 채권자들이 소송을 제기했다는 것을 알지 못한다. 나아가 당사국의 절차법은 이런 종류의 사건들에서 법원이, 예컨대 계약조건이 불공정한 경우에 그 중독결정이 완전히 효과가 있도록 보장하기 위한 신중한 조치를 하지 못하도록 한다. 이 점에 관하여 진정인은 규약 제2조 1항을 언급하면서 당사국이 규약 제11조 1항에 따라 주거권의 완전한 실현을 달성하고 그 권리를 보장하기 위한 적절한 입법적 조치를 취하지 않았다고 주장한다.
- 3.6 이에 대한 보상으로서 진정인은, 그녀의 주거권을 효과적으로 보장하여 그녀가 통상 법원에서 그 권리를 방어할 수 있도록 하기 위하여 최초의 통지 시점까지 사법적 모기지 집행 절차를 되돌릴 것을 위원회가 당사국에게 요구하라고 요청한다. 그렇지 않으면 대안으로 진정인은 비물질적 손해에 대한 배상으로 25만 유로의 지급을 구한다. 또한 진정인은 당사국이 규약에

* 결정 원문의 내용 중 양 당사자 및 제3자의 주장 부분과 결정문에 나오는 각주는 모두 생략했음.

622) Communication no. 2/2014, E/C.12/55/D/2/2014, <https://digitallibrary.un.org/record/833420/files/E_C.12_55_D_2_2014-EN.pdf?ln=en>.

서 정해진 권리를 보장하기 위하여 적절한 입법조치를 채택할 것을 요구하고 있다.

<허용가능성 판단>

- 9.2 선택의정서 제8조 제1항에 따라 당사자들이 제출한 이용 가능한 서증들에 비추어볼 때 위원회는 동일한 문제가 다른 국제적 조사나 합의 절차에 따라 검토된 적도 없고 검토되고 있지도 않다는 데 주목한다. 따라서 위원회는 진정의 허용가능성에 대한 선택의정서 제3조 2항(c)에 따른 장애물은 없다고 인정한다.
- 9.3 선택의정서 제3조 2항(b)에 따라 위원회는 관련 당사국에 대해 선택의정서가 발효되기 전에 발생한 규약 위반 주장에 대해서는 주장된 위반이 선택의정서 발효 이후에도 계속되는 것이 아닌 한 심리하지 않을 수 있다. 이 사건의 경우 위원회는 진정인이 주장하는 위반을 야기한 일부 사실들이 당사국에 대해 선택의정서가 발효된 2013년 5월 5일 이전에 발생했다는 점에 주목한다. 그러나 진정인의 헌법소원을 부인하는 헌법재판소 판결은 2013년 10월 16일에 선고되었다. 상소의 주제가 순전히 형식적인 점이나 법률상의 오류들에 관한 것이 아니라 이 진정에 포함된 신청취지와 관련된 진정인의 근본적 권리에 대한 있을 수 있는 침해에 대한 심리였기 때문에, 그 절차는 헌법재판소가 이 사건과 관련하여 진정인의 근본적 권리 침해 주장을 심리할 기회였다. 이는 진정인의 권리 침해 가능성이 그 당시에 존재했음을 의미한다. 그러므로 위원회는 위원회에 이 진정을 심리할 시간적 관할권이 있다고 판단한다.
- 9.4 위원회는 당사국이 선택의정서 제3조1항에 따라 국내구제절차 경유에 관하여 이의를 제기하지 않았다는 데 주목한다. 당사국은 위원회에 진정인이 나중에, 대부 약정의 잠재적으로 불공정한 규정들이 검토되는 동안 압류절차를 중단할 수 있도록 하는, 민사소송법 제695조 제3항에 따라 법원에 문서를 제출했다고 통지했지만, 당사국은 위원회에 국내구제절차를 경유하지 않았다는 이유로 진정이 허용될 수 없다고 요구한 적은 없다.
- 9.5 위원회는 당사국이 이를 근거로 하여 허용불가능성을 주장한다면, 당사국은 처음부터 명확히 그렇게 말하면서, 어떤 구제 절차가 소진되어야 했는지를 말하고 이 사건에서는 경유되지 않았던 그런 절차들이 적절하고 효과적인 것임을 증명했어야 한다고 판단한다. 따라서 위원회가 이해하기로는, 진정인의 주장에 관하여 국내구제절차는 2013년 5월 5일의 헌법재판소 판결로 모두 경유되었다.
- 9.6 진정인은 선택의정서 제3조2항(a)에서 정해진 시간제한 내에 속하는 2014년 1월 28일 위원회에 진정을 제기했다.
- 9.7 위원회는 이 사건의 진정이 선택의정서 제3조, 특히 제3조2항(e)에 따른 허용가능성 요건들을 충족한다고 인정한다. 그것은 모기지집행절차—그 절차에서 적절한 방어를 차단했던 절차—에 대한 어찌면 부적절했을 통지 때문에 진정인의 주거권 침해의 발생가능성을 제기하는 진정이다. 그러므로 위원회는 이 진정은 본안 심리를 위하여 충분한 근거를 갖추었다고 인정한다.

<본안 판단>

◆ 사실과 쟁점

- 10.2 진정인은 그녀가 통상적 거주지에 대한 모기지 상황을 몇 번 빠뜨린 후에 2012년에 대출기관이 모기지 집행절차를 취했지만 그녀는 적절한 통지를 받지 못했고 따라서 그 절차를 자신의 집의 경매가 명령되고 난 이후에야 알게 되었다고 주장한다. 따라서 그녀는 실제로 효과적이고 시의적절한 보호에 접근하지 못했고 그 때문에 그 절차에 대한 사법적 대응을 제기하여 법원에서 자신의 주거권을 보호하지 못하게 되었으며, 그 결과 그녀는 취약함, 불확실성 및 우려의 상태에 있다고 믿고 있다.
- 10.3 당사국은 재고 동의를 하면서 가족의 다른 집을 언급했는데 이는 문제의 주택이 그녀의 통상적 주거지가 아니었다는 뜻이라고 주장한다. 법원은 법률에 따라 진정인 자신이 모기지론계약서에 기재한 주소로 모기지집행신청을 받아들인 결정을 통지했으며, 몇 차례의 인편 통지시도가 실패한 후에 비로소 공시송달에 의한 통지를 명령했고, 공시송달은 효과적인 사법적 보호를 받을 권리 요건을 충족한다고 주장한다. 나아가 당사국은 2012년 9월 28일 통지가 전달되려고 할 때 진정인이 의도적으로 신청 통지와 법원의 신청 인정결정 통지 수령을 거부했다고 주장한다. 마지막으로 당사국은 위원회에 진정인이 통상적인 이의제기를 하여 집행을 중단시키고 그에 따라 그 집에 계속 살고 있기 때문에 퇴거도 없었고 모기지재산의 집행이나 경매도 없었으며, 따라서 그녀의 권리가 침해되지는 않았다고 진술했다.
- 10.4 이 진정에서 언급된 모기지 재산의 성격에 관하여 위원회는 진정인이 모기지집행절차에서 다른 가족거주지를 언급한 것은 가족구성원의 집을 말한 것이며, 자신은 문제의 집에 살고 있고 다른 거주지를 소유하고 있지도 않다는 진정인의 설명들에 주목한다. 당사국이 다루지 않은 진정인 제출의 서증들은 그녀의 주장을 지지한다. 위원회에 제출된 어떤 서증도 문제의 재산이 진정인의 통상주거지가 아니라거나 진정인이 다른 집을 소유하고 있다는 것을 보여주는 것은 없다. 따라서 파일에 포함된 서증과 당사자들이 제공한 정보에 비추어 위원회는 문제의 가옥이 진정인의 통상적 주거장소라고 본다.

- 10.5 대출기관의 신청과 이를 받아들이는 법원의 결정 통지를 전달하기 위한 시도가 이루어졌던 2012년 9월 28일에 진정인의 부재에 관해서, 위원회는 진정인이 제출한 마드리드 법원의 전달기록 사본이나 다른 어떤 문서도 그 통상의 주거장소에 있었는데도 의도적으로 법원이 명령한 통지를 수령하기를 거부했다는 것을 보여주는 것은 없다고 판단한다.
- **10.6 법적 쟁점:** 사건과 관련한 사실에 대한 위원회의 결론에 비추어볼 때 이 진정에 의해 제기되는 주된 법적 문제는 진정인에 따를 때 신청에 대한 통지를 적절하게 받지 못했고 따라서 규약상 권리를 방어할 수 없었다는 모기지집행절차의 결과 규약 제11조 1단락에 규정된 진정인의 주거권이 당사국에 의해 침해되었는지 여부이다. 이 문제에 답하기 위하여 위원회는 먼저 주거권의 일정한 중요요소, 특히 그 권리의 법적 보호와 관련된 요소들을 상기한 후에 사건의 사실을 심리하도록 한다.

◆ 주거권과 그 권리의 법적 보호

- 11.1 주거권은 모든 경제사회문화적 권리의 향유에 핵심적인 근본적 권리이고 시민권규약에 정해진 권리 등 다른 인권과 불가분하게 연결되어 있다. 주거권은 소득이나 경제적 자원에 대한 접근에 관계없이 모든 사람들에게 보장되어야 하고 당사국은 이 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 한다. 적절한 주거권의 많은 구성요소들은 그 권리의 효과적 향유를 보장하기 위한 국내적인 법적 구제의 제공과 밀접한 관계가 있다.
- 11.2 또한 위원회는 모든 사람들이 강제퇴거, 괴롭힘 기타의 위협으로부터의 법적 보호를 보장하는 일정 정도의 거주안정성 (security of tenure)을 보유해야 하며, 강제퇴거 사태는 일용 사회권규약의 요구들과 양립할 수 없고 단지 가장 예외적인 상황에서만, 그리고 국제법의 관련 원칙들에 따라서만 정당화될 수 있다는 점을 상기한다. 위원회는 당사국이 강제퇴거의 맥락에서 절차들, 또는 거주안정성에 영향을 주고 아마도 퇴거로 이어질 수도 있을 그런 절차들이, 무엇보다도 영향받는 사람들과의 협의를 위한 진정한 기회 그리고 예정된 퇴거일 전에 모든 관련된 사람들에 대한 상당한 통지를 보장할 절차적 보호를 사용하도록 보장해야 한다고 판단한다.
- 11.3 추가적으로 위원회는 규약 제2조가 즉각적 효과를 가지는 다양한 의무들을 부과한다는 점을 상기한다. 그러므로 규약 제2조 제1단락에 따라 당사국은 “특히 입법조치의 채택을 포함하여 모든 적절한 수단에 의하여” 규약에 규정된 권리의 향유를 보장하기 위한 조치를 취해야 한다. 위원회가 일반논평 제9호에서 언급했듯이 권리를 보호할 구제가 없는 권리가 있을 수 없기 때문에, 이 요건은 규약에서 인정된 권리의 보호를 위한 효과적인 사법적 구제에 대한 접근을 보장하는 조치의 채택을 포함한다.
- 11.4 그러므로 규약 제2조 제1단락에 내포된 의무에 의하여, 당사국은 예컨대 자신의 적절한 주거권이 강제퇴거나 모기지집행에 의해 영향을 받을지도 모르는 사람들이 효과적이고 적절한 사법적 구제에 접근할 수 있도록 보장해야 한다.

◆ 주거권에 영향을 미칠지도 모르는 모기지집행절차에서 적절한 통지

- 12.1 위원회는 일반논평 제7호에 따라서 적절한 절차적 보호와 적법절차는 모든 인권의 본질적 측면들이지만 강제퇴거 등 문제와의 관계에서 특히 타당하다(relevant)는 점, 그리고 절차적 보호는 퇴거 예정일 이전에 모든 관련된 사람들에 대한 당사국의 적절하고 상당한 통지와 그 방어를 위한 법적 지원의 제공을 포함한다는 점을 상기한다. 위원회의 견해로는 그런 보호는 주거권에 심각하게 영향을 줄 수 있는 모기지압류절차 등 다른 유사한 상황에서도 똑같이 적용할 수 있고 또 적절하다.
- 12.2 위원회는 앞서 언급한 의무의 이행에서 당국은 행정절차나 사법절차에서 가장 중요한 행위와 명령의 통지를 전달하는 것이 관련되는 사람들이 자신의 권리를 방어하기 위한 절차에 참여할 기회를 가질 수 있도록 적절하고 효과적으로 행해지게끔 보장하기 위한 모든 합리적 조치를 취해야 하고 모든 노력을 다해야 한다고 판단한다.
- 12.3 공시송달에 의한 통지는 효과적인 사법적 보호를 받을 권리와 부합하는 사법적 통지 전달의 적절한 수단일 수 있다. 그러나 위원회는 적절한 주거권 등 사법적 감시를 요구하는 인권의 침해와 관련될 수 있는 사건에서, 특히 어떤 절차를 가동시키는 행위에 적용될 때 그것을 사용하는 것은 최후의 수단이어야 한다고 판단한다. 그 사용은 엄격히, 인편 통지 전달의 모든 수단을 다 쓰고 난 상황에 한정되어야 하고, 영향을 받는 사람이 절차의 개시를 완전히 인지하고 그 절차의 당사자가 될 수 있도록 충분히 공개되고 오랜 기간에 걸친 통지를 보장해야 한다.
- 12.4 따라서 그 절차에서 자신의 권리를 방어하지 못하도록 할 정도로 불충분한 모기지집행신청통지는 주거권 침해를 보여주는 것이고 따라서 위원회는 이제 이 사건에서 이루어진 통지가 부적절했는지 아닌지를 논의할 것이다.

◆ 사건의 분석

- 13.1 진정을 심리할 때 위원회의 임무는 국내 사법 또는 행정 절차들이 국내법에 따라서 진행되었는지 여부를 확인하는 것이 아니다. 위원회의 임무는 단지 진정의 사실들이 규약에 포함된 경제사회문화적 권리에 대한 당사국의 침해를 구성하는지 여부

를 판단하는 것이다. 위원회는 각각의 특정 사건들에서, 그리고 국내법의 적용에 있어서 사실과 증거를 평가하는 것은 1차적으로 당사국 법원의 일이고, 그런 평가나 적용이 명백히 자의적이거나 규약에서 인정된 권리 침해에 내포하는 정의의 부인에 이른다는 점이 입증될 수 있는 경우에만 이런 측면들이 적절하다고 판단한다.

- 13.2 절차로부터 나온 서증들에 따르면 2012년 6월 21일 법원은 진정인의 주거지에 대한 모기지를 집행하는 절차에 대한 신청을 인정했다. 그러나 진정인은 자신의 집을 경매한다는 명령 통지를 받은 2013년 4월 4일에서야 비로소 이 절차를 알게 되었고, 그 결과 집행절차 동안 자신을 방어할 수 없었다. 2012년 9월과 10월 그 신청을 인정하는 법원의 결정을 전달하려는 4번의 시도가 있었지만 진정인이 집—통지목적으로 진정인이 제시했던 주소—에 없어서 전달되지 못했다. 전달담당자는 그 건물에 진정인의 이름이 적힌 편지함이 있음을 확인했고, 적어도 두 번은 경비원이 그 건물에 있었다는 점을 확인했다. 이들 사실은 법원 기록에 기재되어 있었고 따라서 법원에도 이 사실은 알려졌어야 한다. 2012년 10월 30일, 신청을 인정하는 결정의 통지 절차를 완료하기 위하여 법원은 법원 게시판에 통지를 공고하기로 결정했지만 이는 적시에 진정인에게 도달되지 못했다.
- 13.3 이 사건에서 위원회는 진정인에게 그녀의 집에 대한 모기지집행절차를 인정하는 결정을 인편으로 통지하기 위한 법원의 반복된 노력들을 인정한다. 그러나 위원회는 법원이 인편으로 통지를 전하기 위하여 모든 이용 가능한 수단을 다 썼다는 점을 증명하지 못했다고 판단한다—예컨대 당사국은 법원이 왜 진정인에게 편지함에 쪽지나 조연을 남기는 등 수단이나 경비원이나 가장 가까운 이웃에게 쪽지를 남기는 등 기타 민사소송법에서 규정하는 어떤 통지방법에 의해 통지하지 않았는지를 설명하지 못한다. 당사국은, 한번은 진정인이 통지 수령을 회피하기 위하여 숨었다는 주장에 대해서도 어떤 확고한 근거를 제시하지 못했다. 따라서 위원회는 게시판 공지에 의한 통지가 민사소송법에 따라 진행되었다는 점이 인정된다고 하더라도 압류신청과 관련한 그런 통지는 앞의 단락들에서 언급된 바와 같이 주거권에 적용할 수 있는 규약의 기준들에 따를 때 적절한 것이어야 한다는 사실은 변함없고, 그런 기준들은 이 사건에서는 충족되지 못했다고, 즉 통지는 부적절했다고 판단한다.
- 13.4 통지절차에서 그런 비정상성(irregularity)은, 예컨대 진정인이 자신의 권리와 이익을 방어할 다른 적절한 절차적 장치를 가지고 있었기 때문에 그것이 자기 집의 완전한 향유를 방어할 권리에 미치는 영향이 크지 않다면 주거권 침해를 의미하지 않을 수도 있다. 그리고 당사국이—실제 근거는 없지만—어떤 경우에도 압류에서 채무자의 방어권은 법적으로 매우 제한되어 있고 실제로도 채무자들은 모기지론의 회복에 대한 제약없는 이의제기를 할 수 있는 통상적 절차에 접근할 수 있기 때문에 진정인이 집행절차에 참여할 기회를 상실한다고 해도 어떤 심각한 결과를 가지지는 않는다고 주장할 때, 실제로 그것이 당사국의 입장인 것처럼 보인다. 당사국은 또한 진정인이 민사소송법 제695조 제3단락에 따라 모기지계약의 일부 조항들의 유효성에 이의를 제기하는 신청을 제기했고 유럽사법재판소의 최근 판결의 결과로 집행절차와 경매를 중단시키는 결과까지 얻어냈던 것처럼, 그런 통상적 구제책들은 모기지재산의 집행절차와 경매를 중단시키게 할 수도 있다는 주장도 하고 있다.
- 13.5 진정인이 제기하는 부적절한 통지 문제의 특성을 고려할 때, 위원회는 이 진정의 맥락에서 주택일 수도 있는 모기지재산에 대한 모기지집행절차와 있을 수 있는 그 경매를 규율하는 당사국의 국내규칙들이 일반적으로 주거권과 합치하는지 여부를 심리할 필요는 없다. 따라서 이 사건에서 위원회의 판단은 진정인에 대한 부적절한 통지—이미 확정되었다—가 주거권 침해를 포함하는 등 그녀의 방어권에 중대하게 영향을 미쳤는지 아닌지에 한정될 것이다.
- 13.6 중대한 시기에 시행되고 있던 민사소송법에 따르면 모기지집행절차에서 채무자는 모기지 보증이나 의무가 소멸되었다는 등 매우 제한된 사유로만 경매에 반대할 수 있다. 이 절차에서 그들은 예컨대 불공정한 조건을 문제삼을 수는 없다. 다른 한편 통상의 절차는 채무자에게 대출에 대한 광범위한 이의제기를 자유롭게 할 수 있도록 허용한다. 그러면 채무자는 언제라도 자신의 권리를 방어하기 위한 통상적 절차에 접근할 수 있기 때문에 집행절차에 참여하지 못하는 것이 특히 심각하지는 않을 수 있다고 주장될 수도 있다. 그러나 그 주장이 유지되려면, 통상의 절차가 집행절차와 그 재산의 경매중단을 허용하는 것이어야 한다. 그렇지 않다면 그 사람은 자신의 집이 팔리는 것을 멈출 수 없고 단지 나중의 단계에서—가능하다고 가정하더라도—배상이나 그 재산의 원상회복을 구하는 것밖에 할 수 없을 것이므로 통상적 절차를 통한 방어는 주거권을 보장하기에는 충분치 않을 것이기 때문이다. 위원회는 진정인에 대한 부적절한 통지가 법원이 공시송달을 한 2012년 10월 30일에 일어났다는 데 주목한다. 당사국이 언급한 유럽사법재판소의 판결은 그 부적절한 통지가 있는지 몇 개월 후인 2013년 3월 14일자 No. C-415/11, *Mohamed Aziz v. Catalunya*에 분명히, 그 판결에 실시되었듯이 그 순간까지 통상적인 절차들은 집행절차를 중단시킬 수 없었음이 분명하다. 따라서 진정인은 집행절차 동안 자신을 방어하고 경매를 중단시킬 가능성을 박탈당했고, 부적절한 통지가 현실화되었을 때 통상절차조차도 집행절차를 중단시킬 가능성이 없어서 이는 잠재적으로 적절한 대안으로 여겨질 수 없었다.
- 13.7 그러므로 위원회는 부적절한 통지는 그 당시 주거권 침해에 해당하는 것이었고, 진정인은 헌법재판소에서 추구했던 경매를 명하는 결정의 재고도 헌법소원(amparo)도 모두 거부당했기 때문에, 후에 당사국에 의해서 구제되지도 않았다고 판단한다.

<결론 및 권고>

- 14. 제공된 모든 정보를 고려하여 위원회는 위원회에 제시된 사실들은, 진정인이 절차의 개시에 관하여 통지받도록 보장하기 위하여 법원이 모기지집행을 위한 대출기관의 신청을 진정인에게 적절히 통지하기 위한 모든 상당한 조치를 취하지 못했다는 점, 그리고 그 결과 법원이 진정인으로 하여금 자신의 주거권을 법원에서 적절하게 방어하지 못하게 했다는 점을 보여준다고 판단한다.
- 15. 선택의정서 제9조 1항에 따라 위원회는 당사국이 진정인에게 효과적인 구제를 제공할 그 의무를 이행하지 못함으로써 당사국은 규약 제2조 1항과 함께 독해할 때 규약 제11조 1항에 따른 진정인의 권리를 침해했다고 판단한다. 이 진정에서 제시된 견해에 비추어 위원회는 당사국에 다음 사항을 권고한다.

◆ 진정인에 관한 권고

- 16. 당사국은 진정인에게 효과적인 구제를 제공할 의무, 특히 다음의 의무를 진다. (a) 규약의 규정들에 따라 그리고 위원회의 일반논평 제4호 및 제7호를 고려하여, 진정인이 적절한 절차적 보호와 적법절차를 누리지 않는 한 진정인 재산의 경매가 진행되지 않도록 보장할 의무. 그리고 (b) 이 진정을 제기하면서 발생한 법적 비용을 진정인에게 보전할 의무.

◆ 일반권고

- 17. 위원회는 원칙적으로, 개인진정의 맥락에서 권고되는 구제들은 재발방지 보장을 포함할 수 있다고 판단하고 당사국은 장래에 유사한 침해를 방지할 의무가 있음을 상기한다. 유럽사법재판소의 2013년 3월 14일 판결의 결과 Royal Decree-Law No. 27/2012와 Act No. 1/2013 등 당사국이 진행한 조치들에 주목하면서 위원회는 당사국이 법률과 그 집행이 규약에 의해 수립된 의무들에 합치하도록 보장해야 한다고 판단한다. 특히 당사국은 다음의 의무를 진다.
 - (a) 대출상환 미납을 이유로 모기지집행절차에 직면한 사람들에게 법적 구제에 대한 접근가능성을 보장할 의무
 - (b) 모기지집행절차에서 공시송달에 의한 통지가 인편 통지 전달의 모든 수단을 다하고 난 상황에 엄격히 한정되도록 보장하고, 영향을 받는 사람이 절차의 개시를 완전히 인지하고 참여할 수 있을 정도로 충분한 공개와 오랜 기간의 게시를 보장하는 적절한 입법적 또는 행정적 조치를 채택할 의무.
 - (c) 모기지집행절차와 절차규칙들이 적절한 요건과 규약에 따라서 그리고 위원회의 일반논평 제7호를 고려하여 주거지의 경매나 퇴거를 진행하기에 앞서 따라야 할 절차를 포함하도록 보장할 적절한 입법적 조치를 채택할 의무.
- 18. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 잠정적 절차규칙 제18조 1항에 따라 당사국은 위원회에 6개월의 기간 내에, 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면 답변을 제출해야 한다. 당사국은 또한 위원회의 견해를 접근 가능한 형식으로 공표하여 인구의 모든 부문들에 접근하도록 널리 배포해야 한다.

(2) *Lopez Rodriguez v. Spain* (2016)⁶²³

<진정의 경과>

- 사건번호: 1/2013
- 진정인: 성인인 스페인 국적자 Miguel Ángel López Rodríguez
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2013. 11. 6.
- 견해채택일: 2016. 3. 4.
- 주제: 교도소내 부양비용을 수행자가 종래 받아오던 비기여성 장애급여에서 공제한 조치가 사회보장권 및 평등권 침해인지 여부
- 절차적 쟁점: 제소기간 도과 여부, 시간적 관할권 유무
- 실체적 쟁점: 사회보장권 및 차별 없이 이 권리에 접근할 권리
- 관련 조항: 규약 제2조 및 제9조

623) Communication no. 1/2013, E/C.12/57/D/1/2013, <https://digitallibrary.un.org/record/833421/files/E_C.12_57_D_1_2013-EN.pdf?ln=en>.

<의의>

- 개인의 사회보장급여 감액 및 이와 함께 제기된 그러한 감액에 관련된 차별 주장들에 적용할 수 있는 심사모델을 개발할 기회를 위원회가 가진 사건.

<진정 취지>

- 3.1 진정인은 자신이 제기한 사실들—안달루시아지역정부의 평등 및 사회보장부가 진정인이 자유를 박탈당했던 감옥에서의 부양비용을 부담하는(cover) 데 필요하다는 이유로 진정인의 비기여 장애급여를 감액한 것—이 규약 제2조 및 제9조에 따른 권리들의 침해에 해당한다고 주장한다.
- 3.2 진정인은 지역정부가 취한 행동이 다음과 같은 사람들—자기 자신의 재정적 수단을 가진 수형자들, 다른 급여를 받는 수형자들, 둘 중 어느 경우도 아니지만 교도소에서 자신의 부양비용을 지불하지 않는 수형자들 등 다른 수형자들, 비기여성 장애 급여를 삭감당하지 않는 다른 자율공동체에 거주하는 수형자들(사법절차에서 입증되었듯이 적어도 하나의 자율공동체는 분명히 교도소에서의 부양비가 복지적 성격의 것이 아니라는 점을 인정하고 태도를 바꾸어 급여의 액수를 결정하기 위한 상이한 기준을 적용했다), 그리고 사회보장체계에 따른 급여의 감축 없이 무료 식사를 제공받는 병원, 쉼터 및 공동체부엌 등 다른 공공서비스를 이용하는 자유로운 사람들—과 비교하여 불평등한 대우를 구성하는 한, 당사국은 자신의 사회보장권과 이 권리를 차별없이 평등의 조건 속에서 행사할 권리를 침해했다고 주장한다.
- 3.3 진정인은 당국이 자유를 박탈당한 사람들이 그 모든 근본적 권리를 향유해야 한다고 규정하고 있는 스페인 헌법 또는 수형자들과 그 가족구성원들이 교소도에 수감되기 전에 획득한 사회보장급여를 받을 권리를 유지하도록 보장하기 위하여 조치가 취해져야 한다고 규정하고 있는 일반교도소법 제3조를 고려하지 않았다고 주장한다.
- 3.4 진정인은 자신이 모든 국내구제절차를 경유했다고 주장한다. 그의 권리 침해를 구성하는 사건들은 선택의정서 발효 전에 발생했지만, 그 침해는 위원회에 진정이 제기되었던 때에도 계속되고 있었다고 주장한다.

<허용가능성 판단>

- 1.2 2013년 12월 6일 위원회는 진정의 허용가능성은 본안과 별도로 심리되어야 한다고 결정함.
- 동일한 문제가 다른 국제적 조사나 합의절차에 따라 검토된 적이 없으므로 선택의정서 제3조 2항에 따른 장애는 없고, 헌법재판소의 최종결정이 진정인이나 그 대리인에게 통지된 날(2012년 11월 6일)의 다음날부터 선택의정서 제3조2항(a)의 진정기한이 기산되므로 이 사건 진정이 이루어진 2013년 11월 6일은 진정기한 내에 이루어진 것으로 보아야 하며, 진정인의 비기여 장애급여를 감액하는 국내법원의 모든 결정들은 스페인에서 선택의정서가 발효된 2013년 5월 5일 이전에 내려진 것이지만, 진정인은 지금까지도 계속해서 감액된 급여를 받고 있으므로 선택의정서 제3조2항(b)도 이 진정을 심리하는 것을 방해하지 않는다. 따라서 위원회는 이 진정이 규약 제2조 및 제9조와 관련된 쟁점을 제기하는 한 허용할 수 있다고 판단한다.

<본안 판단>

◆ 사실과 쟁점

- 9.2 진정인은 안달루시아지역정부의 평등 및 사회보장부가 진정인이 자유를 박탈당했던 감옥에서의 부양비용을 부담하는 데 필요하다는 이유로 진정인의 비기여 장애급여를 감액했다는 점에서 당사국이 자신의 사회보장권을 침해했다고 주장한다. 진정인은 자유를 빼앗긴 사람들도 모든 권리를 누려야 하고 따라서 당국은 수형자들과 그 가족들이 감옥에 들어가기 전에 획득한 사회보장급여를 받을 권리를 유지하도록 보장하기 위한 조치를 취해야 한다고 주장한다. 또한 진정인은 그의 급여를 감액하는 결정은 다음의 사람들과 비교하여 차별적 대우를 구성한다고도 주장한다. (a) 자유를 박탈당했지만 감옥에서 부양비용을 지불하지 않아도 되는 다른 사람들, (b) 비기여장애급여가 감액되지 않는 다른 자율공동체에서 살아가는 수형자들, (c) 공적 재원에 의한 시설들에 일시적으로 수용되는 자유로운 사람들이나 사회보장체계에 따라 주어지는 혜택의 감액없이 무료식사를 제공받는 병원, 쉼터, 공동부엌이나 마약재활센터 등 공공서비스를 이용하는 자유로운 사람들.
- 9.3 당사국은 진정인의 비기여장애급여가 법률, 특히 일반사회보장법 제144조 이하의 규정에 따라 감액되었다고 주장한다. 또한 당사국은 문제의 급여가 비기여성이고 수혜자의 필요를 근거로 주어지는 것이고 이전의 기여를 근거로 주어지는 것이 아니기 때문에 그 감액은 정당했다고 주장한다. 당사국에 따르면 자유를 빼앗긴 모든 사람들이 그들의 개인적인 재산상태와 관계없이 무료부양을 받을 권리를 가지기 때문에 수혜자의 필요가 이미 충족되었다면 공적 재원을 보호하기 위하여 비급여기여에서 부양비를 공제하는 것이 논리적이다. 나아가 당사국은 감액은 진정인과 동일한 상황에 있는 모든 사람들에게 동등한 기초 위에서 적용되기 때문에 차별은 없다고 주장한다. 그리고 급여가 비기여성이기 때문에 적절한 비교 대상은 진정인과 동일한

감옥이나 다른 감옥에서 형기를 복역하고 있는 동일 유형 급여의 수혜자들이다. 그러나 당사국에 따르면 진정한 스페인법원에서나 위원회에서 자신이 그런 사람들과 조급이라도 차등적으로 대우를 받았는지를 증명하지 못했다. 더욱이 당사국에 따르면 진정한 또한 병원, 고아원, 탁아소나 군사시설 등 공적 자원에 의해 운영되는 시설들에 있는 사람들과 비교했을 때 받는 어떤 차별대우도 증명하지 못했다. 당사국은 차이가 있다 하더라도 그런 시설의 점유자들은 그 성격상 범죄를 저지른 후 자유를 박탈당한 사람과 객관적으로 동일한 개인적 상황에 있지 않기 때문에 그런 비교 자체가 무효라고 주장한다.

- 9.4 위원회는 어느 당사자도 지역사회보장부가 진정한에게 매월 301.55유로의 비기여장애급여를 지급했다는 사실, 진정한이 2003년 3월 세빌교도소에 수감되었다는 것, 그리고 2006년 3월 26일 지역 사회보장부가 그 금액 계산을 위하여 교도소에 있는 동안 진정한의 부양비용을 부담하는 데 소요된 연간 2062.25유로에 상당하는 금액이 그의 수입 또는 소득의 일부로 여겨져야 한다는 근거로 그의 급여를 매월 147.71유로로 감액했다는 사실에 대해서는 다툼이 없다.
- **9.5 법적 쟁점:** 관련 사실과 진정한과 당사국이 했던 주장들을 근거로 한 위원회의 결론에 비추어 보아 이 진정은 두 가지 별개의 그러나 관련된 문제들을 제기한다. (a) 진정한의 비기여장애급여에서 교도소에서의 부양비용에 상당하는 금액만큼을 감액한 것이 그 자체로 규약 제9조에 따른 사회보장권의 직접적 침해를 구성하는지 여부, (b) 이 감액이 차별적 대우를 표현하고 따라서 제9조와 함께 독해할 때 규약 제2조 침해를 의미하는지 여부. 이들 문제에 답하기 위하여 위원회는 각 문제를 따로 따로 분석하기 전에, 사회보장권, 특히 장애인 및 자유를 박탈당한 사람들의 비기여급여의 일정한 요소들을 상기함으로써 시작하기로 한다.

◆ **사회보장권과 차별 없이 비기여급여에 접근할 권리**

- 10.1 위원회는 규약상 권리를 완전히 실현할 능력을 박탈하는 상황에 직면하게 될 때, 사회보장권이 모든 사람들에게 인간의 존엄성을 보장하는 데 있어 핵심적 중요성을 가진다는 점을 상기한다. 이 권리는 사회적 배제를 방지하고 사회적 통합(inclusion)을 촉진하는데 있어서 중요한 역할을 한다. 사회보장권은 현금에 의한 것이든 현물에 의한 것이든 사회복지급여에 차별없이 접근하고 유지할 권리를 포함한다.
- 10.2 현금이든 현물이든 급여는 모든 사람이 가족의 보호와 지원, 적절한 생활수준과 보전에 대한 적절한 접근에 대한 권리를 실현할 수 있도록 하기 위하여 그 금액과 지속기간에서 적절한 것이어야 한다. 당사국은 또한 급여의 수준과 그것이 제공되는 형식에 나쁜 영향이 미치지 않도록 하기 위하여, 규약 전문에 포함된 인간존엄성의 원칙과 차별금지의 원칙을 완전히 존중해야 한다.
- 10.3 위원회는 사회보장권의 실현이 당사국에게 상당한 재정적 영향을 미치지만 당사국은 적어도 규약에서 언급된 이 권리의 최저필수수준의 만족을 보장할 의무를 진다는 점을 상기한다. 무엇보다도 당사국은 모든 개인들과 가족에게 최저필수수준의 급여를 제공하여 그들로 하여금 적어도 필수적인 보건, 기본적 쉼터와 주거, 물과 위생, 음식 그리고 가장 기본적인 형태의 교육을 획득할 수 있도록 할 사회보장계획에 대한 접근을 보장해야 한다.
- 10.4 또한 당사국은 개인이나 집단이 합리적으로 생각했을 때 그들이 통제할 수 없는 것으로 여겨지는 이유로 그 권리를 스스로 실현할 수 없을 때, 당사국이 처분할 수 있는 수단을 가진 기존 사회보장체계 내에서 사회보장권을 제공할 의무를 진다. 이 목적을 위하여 당사국은 자기 자신의 보호를 위하여 충분한 기여를 할 수 없는 개인과 집단에게 지원을 제공하기 위한 비기여 계획 또는 다른 사회지원조치를 수립해야 한다.
- 10.5 장애나 장애 관련 요인들로 인하여 일시적으로 소득이 상실 또는 감소되었거나 고용기회를 거부당했거나 영구적 장애를 가지게 된 장애인들의 경우에, 사회보장 및 소득유지계획은 특별한 중요성을 가지는 것이므로 그런 사람들이 적절한 생활수준을 누리며 독립적으로 생활하며 공동체에 존엄한 방식으로 포괄될 수 있도록 하는 것이어야 한다. 제공되는 지원은 가족구성원과 그밖에 장애인의 돌봄을 책임지는 개인들을 포괄해야 한다.
- 10.6 위원회는 또한 규약이 법률상으로는나 사실상으로는나 직접적이건 간접적이건 사회보장권의 동등한 향유나 행사를 무효화하거나 손상시키는 의도 또는 효과를 갖는 어떤 차별도 금지한다는 점을 상기한다. 규약 제2조 제1단락에 따르면 당사국은 가용 자원을 최대한 이용하는 범위내에서 모든 사람의 사회보장의 권리를 차별없이 완전히 실현하기 위하여 효과적인 조치를 취하고 필요할 때 정기적으로 그것을 수정해야 한다.

◆ **사회보장과 교도소에서 자유를 박탈당한 사람들**

- 11.1 교도소에서 자유를 박탈당한 사람들은 자유의 현실적 박탈 그 자체에 내재한 제한을 제외하고는 규약에서 정해진 경제사회문화적 권리를 차별없이 향유한다. 위원회는, 모든 사람이 사회보장권을 갖지만 당사국은 수형자나 피구금자들처럼 이 권리를 행사하는데 전통적으로 어려움에 직면해 온 개인들과 집단들에 특별한 관심을 기울여야 한다는 점을 상기한다.

- 11.2 또한 위원회는 사회보장권은 사회적 위험과 우발적 사고로부터의 적절한 보호를 동등하게 누릴 권리뿐만 아니라 공적으로 획득된 것이건 사적으로 획득된 것이건 기존의 사회보장범위의 자의적이고 불합리한 축소를 당하지 않을 권리를 포함한다는 점을 상기한다. 급여를 받을 자격조건들은 합리적이고 비례적이며 투명해야 한다. 급여의 철회, 감축 또는 중단은 합리적인 근거에 의해서만 그리고 국내법에 규정된 경우에만 국한되어야 한다.
- 11.3 위의 내용에 비추어 비기여급여는 그러한 조치가 법률에 의해 규정되고 상당하고 비례적이며 최소한 최저수준의 급여를 보장하는 경우가 아닌 한, 원칙적으로 수혜자의 자유박탈의 결과로서 철회, 감액 또는 중단될 수 없다. 조치의 상당성과 비례성은 사안별로, 수혜자의 개인적 상황을 고려하여 평가되어야 한다. 따라서 자유를 박탈당한 사람들의 경우 비기여급여의 금액 삭감은 그것이 법률에 의해 규정되고 교도소에서 자유를 박탈당한 사람들에게 제공되는 서비스에 의해 동일한 수준의 돌봄이 제공된다면 규약에 합치할 수 있다.

◆ 사안의 분석

- 12. 위원회는 진정을 심리함에 있어 그 임무가 진정에서 묘사된 사실들이 규약에 규정된 경제사회문화적권리에 대한 당사국의 침해 여부를 보여주는지 여부를 평가하는데 한정된다는 점을 상기한다. 위원회는 각각의 구체적 사건에서 사실과 증거 및 관련 법률의 적용을 평가하는 것은 우선적으로 당사국 법원의 일이며, 위원회는 증거 평가와 국내법 적용이 명백히 자의적이거나 규약에서 인정된 권리 침해를 포괄하는 정의의 부인에 이르는지 여부에 관해서만 그 견해를 표현해야 한다고 판단한다.

◆ 사회보장권 침해 주장의 분석

- 13.1 위원회는 먼저 진정한 비기여장애급여에서 교도소에서의 부양비를 공제하여 매월 301.55유로에서 147.71유로로 감액한 것이 그 자체로 규약 제9조 위반을 구성하는지 여부를 판단할 것이다. 위원회는 이 급여가 공공재정으로부터 지급되는 비기여급여이기 때문에 그것이 역시 공공재원으로 부터 지급되는 국가급여와 동시에 수령될 경우에는 하나의 급여는 다른 급여에서 공제되어야 하며, 진정한 급여에서 감액은 법률에 따라서 집행되었다는 당사국의 주장에 주목한다.
- 13.2 일찍이 지적되었듯이 비기여급여금액의 감축은 그 조치가 법률에 의해 규정되고 상당하며 비례적인 경우라면 규약에 정한 의무와 양립할 수 있다. 진정한 경우에 일반사회보장법 제144조 이하에 따라 그의 비기여장애급여는 원래의 급여가 포괄하도록 되어 있던 필수재—숙식—가 교도소에 의해 직접 무료로 제공되기 때문에 감액되었고, 따라서 그 감액은 스페인 최고법원의 해석에 따르면 위에서 언급한 조항들에 그 근거를 두고 있는 것으로 여겨진다. 그러므로 그 감액은 법률에 근거를 두고 있다.
- 13.3 더욱이 그 감액은 규약과 합치하는 목적, 즉 개인 권리의 실현을 위하여 필요한 공공자원의 보호를 달성하기 위한 상당한 수단이다. 오로지 공적 기금으로부터만 충당되고 수혜자의 사전 기여에 의존하지 않는 비기여급여라는 특정한 경우에, 당사국은 규약에서 인정된 권리들의 완전한 실현을 보장하고 무엇보다도 사회보장체계가 모든 개인과 가족들에게 최저필수수준의 급여를 제공하도록 보장할 목적으로 세수를 가장 적절하게 이용할 일정한 재량권을 가진다. 그러므로 위원회는 국가자원의 더욱 효과적인 배분을 목적으로, 비기여급여의 금액을 결정하는 근거가 되는 수혜자의 필요에서의 변화가 있는 경우 비기여급여의 감액을 고려하는 것은 합리적이라고 인정한다. 이 경우에 진정한 필요는 그의 교도소 내 부양이 당사국에 의해 제공된다는 사실 때문에 변경되었다.
- 13.4 마지막으로 위원회는 문제의 조치가 취해진 이래 진정한이 계속해서 147.71유로의 비기여급여와 구금되어 있던 교도소에서의 부양비를 받았다는 점에 주목한다. 따라서 당사국은 자유상태에 있었을 때 진정한에게 지급되고 있던 현금급여를 현물 지원으로, 즉 그가 자유를 박탈당한 동안에는 부양으로 대체했다. 이 점에 관하여 위원회는 당사국이 현금급여를 다른 형태의 지원으로 대체할 절대적 재량권을 가지지는 않는다고 판단한다. 일정한 상황에서는, 교체 그 자체 또는 현금급여가 감액되는 액수는, 그런 조치가 그 사람에 대하여 비례성 없는 영향을 미치는 경우라면 사회보장권침해에 해당할 수도 있다. 그런 조치가 규약상 의무와 합치할 수 있는지는 사안별로 평가되어야 한다. 이 특정한 사건의 경우 현금으로 지급되던 비기여급여의 일부를 교도소에서 제공된 부양으로 대체한 것이 진정한에게 심각한 부정적 효과를 가졌다는 어떤 증거도 없다. 사실 진정한은 문제의 조치가 비기여급여가 포괄하고자 했던 자신이나 가족의 기본적 필요의 충족을 손상시켰다는 점에서 비례성이 없었다거나 또는 이 조치가 특히 그의 장애 때문에 그에게 영향을 미친다는 것을 보여주는 어떤 정보나 서류도 제출하지 않았다. 따라서 이 사건의 특별한 상황에서 위원회는 진정한의 주장과 그에 의해 제공된 정보를 근거로 해서 위원회가 진정한의 비기여급여의 감액이 그 자체로 규약 제9조 위반에 해당한다고 결론지을 수는 없다.

◆ 차별 주장과 사회보장권 향유에 대한 분석

- 14.1 위원회는 이제 진정한의 비기여급여의 금액이 그의 사회보장권과 관련하여 차별적 대우를 구성하는지를 심리할 것이다. 위원회는 차등적 대우의 기준이 합리적이고 객관적이며 그 목적이 규약상 정당한 목적을 달성하기 위한 것이라면, 차등적 대우의 모든 경우가 차별에 해당하지는 않는다는 점을 상기한다. 위원회는 진정한이 장애인이라는 점과 그 역시 자유를 박탈당하고 있다는 점, 그리고 그렇기 때문에 그가 인구 일반보다 더 큰 차별위험에 처해 있다는 점에 주목한다. 이는 진정한에 대한 있을 수 있는 차별 문제를 고려함에 있어서 더 엄격한 심사가 요구된다는 것을 의미한다.
- 14.2 위원회는 진정한이 비기여급여가 감액되지 않은 교도소 수감자들과 차등적으로 대우받았다는 주장을 분석하는 것에서 출발할 것이다. 이 점에 관하여 위원회는 진정한이 제안한 비교는 넓은 의미에서 심사중인 쟁점과 관련하여 진정한과 동일한 상황에 있는 사람들을 언급하고 있기 때문에 적절하다고 인정한다. 법원결정이나 진정한이 제공한 서증들이 자유를 박탈당한 사람들에 대한 비기여급여의 금액 계산을 위한 기준에 관한 일반사회보장법 제144조 이하 규정의 해석 적용과 관련하여 모순된 사법적 결정들이 있었을 수 있는 기간을 언급하는 것 같다는 것은 사실이다. 그러나 진정한은 예컨대 법규칙이나 그 적용을 원용함으로써 다른 자율공동체의 교도소에서 자유를 박탈당한 사람들의 비기여급여가 계산되는 방식에서 실제 어떤 차이가 있는지를 증명하지 못했다. 나아가 2010년 9월 29일 최고법원판결은 그 점에 관한 법률의 해석이 2000년 12월 20일 판결과 2008년 7월 15일 판결에 의해 통일되었고, 이로써 부양비가 수형자의 급여에서 공제되도록 인정되었음을 확실히 밝혔다. 진정한은 최고법원 판결 이후에도 차등적 대우가 다양한 자율공동체 내에서 실제로 발생했다는 점을 보여주지도 못했다. 사실이 이러하므로 위원회는 주어진 사건에서 다른 자율공동체들 사이에서 있었다고 주장되는 불평등한 대우가 규약 위반에 해당하는지 여부를 조사할 필요가 있다고 인정하지 않는다. 그러므로 위원회는 지역 사회보장부의 진정한 급여 삭감 결정이 다른 자율공동체에 위치한 교도소에 있는 자유를 박탈당한 사람들과 비교하여 불평등한 대우에 이르렀다는 증거는 없다고 결론내린다.
- 14.3 위원회는 이제 진정한이 비기여급여를 받지 않고 또 교도소의 부양이 무료로 제공되는 자유를 박탈당한 사람들과 달리 대우받았다는 진정한의 주장을 검토하겠다. 진정한의 견해로는 그가 자신의 부양비를 지불하고 있고 다른 수형자들은 그럴 필요가 없다는 점에서 차별이 있다.
- 14.4 위원회는 이 점에 관하여 진정한이 부적절한 비교로 그를 이끄는 잘못된 가정에서 출발하고 있다고 판단한다. 진정한은 비기여현금급여가 그의 재산에 포함되어야 하는 그 자신의 소득이며 따라서 그의 부양비를 상쇄하기 위하여 그의 소득을 감액하는 것은 그의 부양비를 “지급하는 것”(paying)에 해당한다고 가정하고 있다. 그러나 이는 사실이 아니다. 왜냐하면 그의 현금급여는 비기여성이고, 따라서 그것은 기여성 급여의 경우처럼 진정한이 납부한 기여금 총액으로부터 나오는 소득이 아니기 때문이다. 오히려 그 급여는 그가 다른 소득이나 급여로는 충족할 수 없었던 필요를 가진 한 사람으로서 그에게 지급되었다. 그러므로 최초의 급여액은 진정한이 그런 필요를 충족할 수 있도록 하는 다른 소득이나 급여를 받고 있는 한 감액될 수 있다. 이런 이유로 진정한이 교도소에서 자신의 부양비를 지급해야 하는 반면 다른 수형자들은 그럴 필요가 없다는 것은 사실이 아니다. 왜냐하면 그의 경우 그의 부양에 상응하는 금액이 그의 비기여급여액을 계산하는데 있어서 세수 또는 소득으로서 고려되고 있기 때문이다. 진정한의 상황은 비기여급여를 받지 않는 자유를 박탈당한 사람들과는 다르다. 그러므로 위원회는 진정한이 말하는 차등 주장은 규약 제2조 및 제9조 위반에 해당하지 않는다고 판단한다.
- 14.5 마지막으로 위원회는 그의 대우가 비기여성 사회보장급여의 감축 없이, 병원, 쉼터, 마약회복센터 등 무료로 급식과 때로는 숙박이 제공되는 공공제정에 의한 시설을 이용하는 자유로운 사람들의 대우와 비교할 때 차별적이라는 진정한의 주장을 심리할 것이다. 위원회는 진정한이 그런 차등적 대우가 실제로 발생하는지를 보여주는 어떤 정보나 서증도 제공하지 못했으며, 설사 이 점에 관한 진정한의 주장이 맞다고 하더라도 그에 대한 어떤 차별도 없었을 것이라고 판단한다.
- 14.6 실제로 진정한의 상황과 비기여급여를 수령하면서 병원 등 공공서비스시설에서 무료숙식을 받는 자유로운 사람들의 상황 사이에는 상당한 유사성이 있다. 두 경우 모두 관련된 사람들이 비기여현금급여를 받고 국가로부터 다른 현물급여를 받으며, 따라서 국가가 두 경우를 같은 방식으로 대우해야 한다—두 개인들의 현금급여를 모두 건드리지 않거나 둘 다를 비례적으로 감액하든가—고 결론내릴 수도 있을 것이다. 그러나 위원회는 이런 유사성에도 불구하고 또한 두 상황들 사이에는 국가가 차별을 범하지 않고 어떻게 양자를 다르게 대우할 수 있는지를 설명할 상당한 차이도 있다고 판단한다. 위원회는 형사유죄판결의 결과로 자유를 박탈당한 사람의 상황은 진정한에 의해 언급된 다른 사람들(병원에서 치료를 받고 있는 환자나 쉼터에서 식사 서비스 제공받는 사람 등)의 상황과는 적어도 두 가지 점에서 다르다고 판단한다.
- 14.7 우선 유죄판결을 받은 사람은 법원에 의해 부과된 수개월 또는 수년의 정해진 기간동안의 형기를 복역하기 위하여 자유를 박탈당한다. 그러므로 그런 사람들은 특별한 법적 지위를 가지며 나아가 그들의 부양비를 해결하고 최초의 비기여급여에 의해 포괄될 것이었던 필요의 전부 또는 일부가 이미 교도소내에서 제공되는 부양에 의해 적절하게 포섭되는지를 결정하는 것 뿐만 아니라 그러한 부양이 얼마나 오랫동안 제공될 것인지를 결정하기는 비교적 쉽다. 대조적으로 진정한이 언급한 병원이나

치료센터 등 공공서비스를 이용하는 자유로운 사람들의 상황은 다르다. 왜냐하면 이들은 범죄를 저질러서 자유를 박탈당한 사람들과는 달리 원칙적으로 그들은 이들 서비스를 이용할 수 있고 그들의 기본적 권리 보호를 얻기 위해 자발적으로 이들 시설에 머무르기로 동의하고, 또 예측할 수는 없지만 흔하게는 단기간동안 그렇게 하기 때문이다. 그런 경우에는 급여의 금액이 비기여급여가 포괄하려고 했던 필요의 충족을 방해하지 않도록 보정할 수 있을지는 훨씬 더 불확실하다. 더욱이 제공되는 서비스의 불확정성과 일시적 성격을 고려할 때 그런 금액은 수혜자가 그의 부양이 제공되고 있던 병원이나 치료센터를 떠난 후에 발생할 가능성이 높다.

- 14.8 두 번째로는 그런 시설의 이용자들이 숙식을 제공받는다 하더라도 이것은 추가적인, 별개의 서비스가 아니라 그들이 처한 취약한 상황에 대처할 수 있도록 하기 위하여 국가에 의해, 대개는 일시적으로, 제공되는, 그리고 건강이나 식량에 대한 권리 등 기본적 권리의 보호를 보장하기 위하여 필요한 서비스의 본질적이고 불가분의 부분으로 여겨져야 한다.
- 14.9 그러므로 위원회는 진정인의 상황과 비교의 대상이 되는 자유로운 사람들의 상황 사이에는 유사성이 있다고 인정한다. 그럼에도 불구하고 위에서 언급한 상당한 차이에 비추어 볼 때 당사국이 자유를 박탈당한 비기여급여 수령자와 동일한 급여수령자이면서 병원, 치료센터 또는 쉼터에 있는 자유로운 사람들에게 동일한 대우를 제공할 의무는 없다. 따라서 진정인의 차이 주장은 그것이 사실이라 하더라도 규약 제2조 및 제9조 위반이 될 차별적 대우를 구성하지는 않는다.

<결론>

- 15. 사실과 법률에 대한 앞서의 고려를 근거로 하여 위원회는 진정인의 비기여 현금장애급여의 금액이 규약 제2조 및 제9조 위반에 해당하지 않는다고 판단한다.

(3) *Djazia and Bellili v. Spain* (2017)⁶²⁴)

<진정의 경과>

- 사건번호: 5/2015
- 진정인: 1959년생 스페인 국적의 남성 Mohamed Ben Djazia와 1984년생 알제리 국적의 여성 Naouel Bellili (2010년 및 2012년생 스페인 국적의 아이들)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2015. 2. 20.
- 견해채택일: 2017. 6. 20.
- 주제: 임대인이 제기한 사법절차의 결과로 이루어진 임차인의 퇴거
- 절차적 쟁점: 진정제기권의 남용, 주장의 충분한 입증 실패, 명백한 불이익의 미제시
- 실체적 쟁점: 규약상 권리의 완전한 실현을 달성하기 위한 조치, 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 제1항, 의정서 제3조 (e)(f), 제4조

<의의>

- 이 사건은 규약 제11조에 따라 보호되는 적절한 주거권의 맥락에서 자신의 집에서 사람이 추방되는 것과 관련한 많은 중요한 원칙들을 확립했다. 이는 또한 이런 맥락에서 위원회가 적용하게 될 심사기준과 입증책임에 대한 통찰을 제공하기도 한다.

<진정 취지>

- 3.1 진정인들은 그들이 대체주거를 갖고 있지 못하고 퇴거조치가 특별한 보호를 받을 권리가 있는 자신의 아이들에게 나쁜 영향을 미친다는 사실에도 불구하고 자신들이 제37호 법원의 명령에 의해 퇴거되었기 때문에, 당사국이 규약 제11조 1항에 따라 보장된 자신들의 권리를 침해했다고 주장한다. 이 조치의 결과 진정인들과 아이들은 불확실성, 극도의 불안정성과 취약함에 직면했다.
- 3.2 스페인 법률이 임대계약만으로 발생하는 퇴거와 관련한 사법절차라는 맥락에서 주거권을 적절히 보장하지 않고 있기 때문에, 진정인들의 퇴거라는 결론을 내린 사법절차들은 사법적 보장을 준수하지 않았다. 법원은 임차인에 대한 강제퇴거의 영향이나 각 사건의 특별한 상황을 평가하지 않는다. 제37호 법원은 진정인들에게 대체주택이 없다는 점이나 퇴거명령이 미성년의 두 아이들에게 미칠 영향을 고려하지 않았다.

624) Communication No. 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015, <https://digitallibrary.un.org/record/3994251/files/E_C.12_61_D_5_2015-EN.pdf?ln=en>.

- 3.3 벤 자지아씨가 10년이 넘도록 마드리드주택청에 사회적 주택을 신청했지만 성공하지 못했다는 사실이 보여주듯이, 소득이 매우 낮거나 전혀 소득이 없는 계층에게 구제조치는 적절한 주거권을 보호하기에는 불충분하다. 마드리드주택청, 사회복지부와 마드리드시 평의회와 가족 및 사회복지기관은 가족 상태를 통지받았음에도 불구하고, 진정인들이 즉각 퇴거에 직면하게 되었을 때 대체주택없이 방치되지 않도록 하기 위한 어떤 조치도 취하지 않았다.

<허용가능성에 관한 위원회의 판단>

- 11.3 당사국은 진정인이 강제퇴거된 것이 아니라 사인과의 임대계약 만료로 퇴거된 것이고 그들의 상황이 당국의 지속적인 관심을 받았기 때문에 진정인의 주장이 명백히 근거가 없는 것이라고 주장한다. 그럼에도 위원회는 제공된 사실들이 규약 위반이 있었는지 여부와 진정인이 허용가능성의 목적을 위한 주장의 근거를 충분히 갖추었다고 평가할 수 있도록 한다고 판단한다.
- 11.4 당사국은 이 진정은 위원회를 오도할 의도로 진정인의 상황에 관한 불완전하거나 왜곡된 정보를 포함하고 있기 때문에 권리남용으로 허용될 수 없다고 주장한다. 그러나 위원회는 직업 및 대체주거 탐색에 있어서 사회복지과의 행동과 진정인의 태도 등 사실에 관한 당사국과 진정인의 주장이 불일치한다는 사실만으로는 진정을 제출할 권리의 남용을 구성한다고 볼 수 없다고 판단한다.
- 11.5 또한 당사국은 진정인이 명확한 불이익을 겪었음을 보여주지 못하기 때문에 진정은 허용될 수 없다고 주장한다. 선택의 정서 제4조에 따르면, 진정이 진정인이 명백한 불이익을 당했다는 점을 보여주지 못하는 경우, 진정이 일반적 중요성을 가지는 심각한 문제를 제기한다고 위원회가 판단하는 경우가 아닌 한, 위원회는 필요하다면, 진정의 심리를 거절할 수 있다. 문언에 따른 체계적 해석을 한다면 이 규정은 선택의정서에 따른 진정에 대한 허용가능성 요건을 만들어내는 것이 아니라, 오히려 위원회가 자신의 기능을 가장 잘 수행하는데 자원을 집중하기 위하여 필요한 경우에는 최소수준의 심각성을 충족하지 못하는 소청은 심리하지 않을 재량권을 위원회에게 부여하는 것이라는 결론에 이른다. 이러한 해석은 선택의정서 개발 과정에서 확인되었다. 위원회가 그 재량권을 행사함에 있어서는 무엇보다도 규약상 다양한 권리에 관한 그 법리와 피해주장자가 사안의 상황, 특히 침해된다고 주장되는 권리의 성격을 토대로 했을 때 명확한 불이익을 당하고 있는지 여부, 주장되는 침해의 심각성과 피해주장자의 개인적 상황에 대한 침해의 잠재적 영향을 고려해야 한다. 이들 고려와 진정에서 제기된 사실들에 비추어볼 때 위원회는 선택의정서 제4조에 따라 진정에 대한 심리를 거절하는 것이 필요하다고는 판단하지 않는다.
- 11.6 위외노회는 이 진정은 선택의정서 제2조와 제3조의 허용가능성 요건들을 모두 충족하며, 따라서 진정은 허용가능하다고 선언하고 본안에 대한 심리로 나아간다.

<본안 판단>

◆ 사실과 쟁점

- 12.2 진정인들은 그들이 대체주택도 없다는 사실과 따라서 퇴거명령의 결과, 특히 미성년 아이들에 대한 결과에 대한 고려를 하지 않은 채 법원의 명령에 의하여 임대주택으로부터 퇴거된 점을 고려할 때 당사국이 자신들의 적절한 주거권을 침해했다고 주장한다. 그들은 사법절차가, 필요한 사법적 보장을 제공하지 않았고 당국이 가족에게 공공주택을 제공하지도 않았다고 주장하며, 나아가 마드리드 공동체는 심각한 경제위기의 한 가운데서 그 공공주택 비축분의 일부를 사적 투자기금에 매각하기 까지 했다고 주장한다.
- 12.3 당사국은 진정인들은 개인(임대인)의 발의로 퇴거에 직면한 것이고, 사법부는 단지 중재자로서 개입했을 뿐이며, 법원에서의 절차들은 모든 사법적 보장을 준수했다고 주장한다. 추가적으로 당사국은 공동체 사회복지과와 마드리드시평의회가 가용 자원이 허용하는 범위에서 급여와 기타 재정적 지원 및 퇴거 이후 10일간 임시쉼터 등 다양한 방법으로 진정인을 지원했고 가족의 재정적 상황의 개선을 방해한 것은 상당 부분 진정인 Djazia씨의 태도 때문이었다고 주장한다.
- 12.4 당사자들간에 다툼이 없는 사실은 진정인과 아이들이 마드리드의 임대방에서 살았고 그것은 그들의 주요 주거지였으며, Djazia씨를 상대로 법원에 임대인이 제기한 법적 절차는 2013년 10월 3일 진정인들과 아이들의 퇴거로 종결되었으며, 퇴거되었을 때 Djazia씨가 여러 기간동안 실업급여와 최저소득급여를 받았지만 진정인들은 대체주거가 없었거나 다른 임대숙소를 구할 충분한 소득을 갖지 못했고, Djazia씨는 마드리드 주택청에 1999년부터 2011년 사이에 여러차례 공공주택을 신청했지만 성공하지 못했으며 2012년과 2013년에 마드리드 주택청은 마드리드공동체의 다른 기관들과 마찬가지로 2935채의 집을 사적 회사/투자기금에 매각했다는 것이다.
- 12.5 SMAUR 단기쉼터에 머무른 후 진정인의 상황에 관하여 위원회는 SAMUR가 진정인에게 필요한 경우 Bellili씨와 아이들에게는 여성쉼터에, Djazia씨는 홈리스쉼터에 숙소를 제공할 수 있다고 알렸다는 당사국의 주장을 위원회는 주목한다. 그러나

진정인들은 그들이 단기숙터를 떠나라는 요구를 받았을 때 어떤 품위있는 대체주거도 제공받지 못했다고 주장한다. 위원회는 이와 관련하여 양 당사자가 제출한 자료는 단지 2013년 8월에 테투안 사회복지센터가 Djazia 씨에게 가족이 되거되고 대체주거가 없는 경우에는 아이들을 위하여 보호조치가 취해질 것이라는 점을 알렸을 뿐임을 보여준다. 또한 위원회는 당사국이 단기숙터에 10일간 머무른 후에 진정인과 아이들이 지인이 몇 주간 숙소를 제공할 때까지는 4일 동안 가족 차량에서 자야 했다는 주장에 대해 반박하지 않는다는 점에 주목한다.

- 12.6 나아가 위원회는 2015년 4월 24일 마드리드 사회복지센터의 보고서에 포함된 정보, 즉 센터가 Djazia씨를 위하여 개입했고 이에 따라 나중에 그가 기본적 필요를 감당하기 위한 일시적인 재정적 지원을 2012년과 2013년에 받았다는 정보를 진정인들이 반박하지 않는다는 점에도 주목한다.
- **12.7 법적 쟁점:** 관련된 사실과 당사자들이 제출한 주장들에 관한 위원회의 결정에 비추어볼 때 이 진정에 의해 제기되는 근본적 쟁점은 계약 만료를 근거로 한 법원의 명령에 의한 임대주택으로부터의 진정인 퇴거와 당국이 대체주거를 제공하지 못한 것이, 진정인들이 홈리스로 방치되었다는 사실을 고려할 때, 규약 제11조 1항에 따른 적절한 주거권 침해를 구성하는지 여부이다. 이 핵심 쟁점을 심리함에 있어서 위원회는 먼저 진정이 규약이 적용되지 않는 개인들 사이의 분쟁을 다루고 있다는 당사국의 주장을 다룰 것이다. 그 다음에 위원회는 주거권의 일정한 관련 측면들, 특히 임대주택에 사는 사람들과 이 권리의 법적 보장장치와 관련된 측면들을 상기함으로써 시작할 것이다.

◆ 주거권과 거주자의 법적 안정성

- 13.1 주거의 인권은 모든 경제사회문화적 권리에 핵심적인 근본적 권리이고 시민권규약에서 규정된 권리 등 다른 인권과 불가분하게 연결되어 있다. 주거권은 소득이나 경제적 자원에 대한 접근과 관계없이 모든 사람들에게 보장되어야 하고 당사국은 이 권리의 완전한 실현을 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 필요한 모든 조치를 취해야 한다.
- 13.2 모든 사람은 강제 퇴거, 괴롭힘 기타 위협으로부터의 법적 보호를 보장하는 일정한 거주안정성을 보유해야 한다. 이 보장은 또한 공적이건 사적이건 임대주택에서 사는 사람들에게도 적용되며 그런 사람들은 임대가 종료되는 때에도 주거권을 향유해야 한다.
- 13.3 강제퇴거는 일용 규약의 요구와 양립할 수 없으며 오로지 가장 예외적인 상황에서만 그리고 국제법의 관련 원칙들에 따를 때에만 정당화될 수 있다. 위원회는 그 일반논평 제7호에서 강제퇴거의 정의를 언급하고 그 정의는 집단적이거나 대규모의 퇴거 또는 당사국의 당국에 의하여 직접 추진된 퇴거에만 한정되지 않음을 강조한다. 강제퇴거로부터의 보호는 또한 임대주택에 사는 사람들에게도 적용된다.
- 13.4 퇴거가 정당화되는 때에는, 관련 당국은 퇴거가 전문에 포함된 인간존엄의 원칙 등 규약과 양립할 수 있는 법률에 따라서, 그리고 상당성과 비례성의 일반원칙들에 따라서 집행되도록 보장해야 한다. 강제퇴거와 관련된 절차들 또는 거주안정성에 영향을 미치고 잠재적으로 퇴거로 이어질 수 있는 절차들은 특히 관련된 사람들과의 진정성있는 협의의 기회를 포함하는 절차적 보호를 유지하면서 집행되어야 한다. 위원회는 효과적인 구제 없이는 어떤 권리도 있을 수 없음을 상기하고 따라서 규약 제2조 1항에 포함된 의무에 따라서 당사국은 주거권이 강제퇴거의 결과 또는 차입과 관련한 임대관계 종료의 결과 영향을 받을 수 있는 사람들이 효과적이고 적절한 사법적 구제에 접근할 수 있도록 보장해야 한다는 점을 상기한다.

◆ 임차인을 보호할 국가의 의무

- 14.1 당사국이 주장하는 것처럼 임대계약의 종료에 따른 퇴거는 사인들(임대인과 임차인)간의 분쟁이며 거기에서 퇴거는 직접 당국에 의해 개시되지는 않는다. 그러나 이런 유형의 분쟁은 당사국의 법질서에 의해 규율되고 있으며, 어떤 경우에도 당사국은 임차인의 주거권 등 규약상의 권리가 존중되도록 보장할 궁극적 책임을 진다. 따라서 임대계약의 종료로 인한 분쟁이 두 개인들 사이의 일이라 하더라도 당사국은 특히 퇴거가 규약 제11조 1항을 침해하지 않도록 보증할 의무를 진다.
- 14.2 당사국은 규약상의 권리를 존중하고 따라서 그 권리에 대한 침해를 삼갈 의무를 질 뿐만 아니라 이들 권리의 향유에 있어서 개인들의 직간접적인 개입을 방지하기 위한 조치를 취함으로써 그 권리들을 보호할 의무도 진다. 당사국이 규약상 권리를 보호하기 위한 적절한 조치를 취하지 못하면 그 권리를 침해하는 행동이 1차적으로 개인이나 사적 기관에 의해 집행될 때에도 당사국은 책임을 진다. 따라서 규약이 주로 국가와 개인 사이의 권리와 의무를 규정하고 있지만 규약 규정의 범위는 개인들 간의 관계로 확장된다. 그러므로 개인들 사이의 임대계약과 관련된 퇴거도 규약상 권리와 관련될 수 있다. 따라서 진정이 오로지 개인들 간의 분쟁을 다루고 있어서 규약의 범위에 포함되지 않는다는 당사국의 주장은 유지될 수 없다.

◆ 퇴거되는 사람들에 대한 주거권과 공공주택에 접근할 권리

- 15.1 일정한 상황에서 임대숙소에 사는 사람들의 퇴거는 그 퇴거가 법률에 의해 규정되고 최후의 수단으로 집행되며, 예컨대 정당한 이유없이 지속적으로 차임을 지급하지 않거나 임대재산을 손상하는 경우처럼 문제의 조치가 적절하게 정당화된다는 점을 확인하기 위하여 관련된 사람들이 효과적인 사법적 구제에 사전에 접근할 수 있었던 한 규약과 양립할 수도 있다. 나아가 당국과 관련된 사람들 사이에 진정성 있는 사전협의의 실제 기회가 있어야 하고, 이용가능한 덜 제한적인 대체수단이나 조치가 없어야 하며, 관련된 사람들이 규약이나 인권 침해를 구성하는 상황에 머무르거나 노출되지 않아야 한다.
- 15.2 특히 퇴거가 개인들을 홈리스상태로 만들어서는 안 된다. 영향을 받는 사람들이 대체주거를 획득할 재산이 없는 경우 당사국은 가능한 경우 적절한 대체주거, 재정착지 또는 상황에 따라 생산적 토지에 대한 접근을 이용할 수 있도록 보장하기 위하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 당사국은 체계적 차별을 받는 여성, 아동, 노인, 장애인 기타 취약한 개인이나 집단들과 관련된 퇴거에 특별한 관심을 기울여야 한다. 당사국은 퇴거가 당국에 의하여 개시되던 임대인 등 개인에 의해서 개시되던 관계없이, 퇴거의 결과로 홈리스가 되는 사람들에게 대체주택을 제공하기 위하여 상당한 조치를 취할 의무를 진다.
- 15.3 퇴거되는 사람들에게 필요로 하는 대체주택을 제공할 의무는 규약 제2조 1항에 따라 당사국이 이 권리를 지지하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 필요한 조치를 취해야 함을 의미한다. 당사국은 이 목적을 달성하기 위하여 적정가격의 주택을 구할 수 없는 사람들에 대한 주택보조금을 수립하는 등 다양한 정책을 선택할 수 있다. 그러나 채택되는 모든 조치들은 신중하고 구체적이며 가능한 한 이 권리를 최대한 신속하고 효율적으로 실현할 수 있는 간단한(straightforward) 것이어야 한다. 퇴거의 경우 대체주택에 관한 정책들은 관련된 사람들의 요구와 상황의 긴급성에 상응하는 것이어야 하고 사람의 존엄성을 존중하는 것이어야 한다. 나아가 당사국은 제도적 결함과 주택부족의 구조적 원인들을 해소하기 위하여 일관되고 조율된 조치들을 취해야 한다.
- 15.4 인권은 불가분적이고 상호존적이다. 따라서 주거권과 관련한 국가의 의무는 다른 모든 인권의무와 함께, 특히 주거권의 맥락에서는 가족에게 가능한 가장 넓은 보호를 제공할 의무(규약 제10조 1항)와 함께 해석되어야 한다. 가용자원을 최대한 이용하여 퇴거되는 사람들에게 그들이 필요로 하는 대체주거를 제공할 당사국의 의무는 특히 그 사람들이 부양 아동의 돌봄과 교육을 책임지는 사람들일 때에는 가족단위의 보호를 포함한다.
- 15.5 한 사람이 국가의 대체주거 제공이나 보장 없이 자신의 집에서 퇴거당하는 사태에서 당사국은 그 사건의 특별한 상황을 고려했고 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했음에도 불구하고 관련된 사람의 주거권을 지지할 수 없었다는 점을 입증해야 한다. 당사국이 제공한 정보는 위원회가 선택의정서 제8조 4항에 따라 취해진 조치의 상당성을 심리할 수 있도록 하는 것이어야 한다.

◆ 법원에서의 사법절차

- 16.1 위원회는 진정인의 임대주택으로부터의 퇴거가 그들의 적절한 주거권 침해를 구성하는지 여부를 심리할 것이다. 위원회는 임대인이 Djazia씨에게 2012년 3월 15일과 7월 12일에 계약을 종결하고 갱신하지 않을 자신의 계획을 도시임대법 제9조 및 제10조와 민법 제1569조 1항에 따라 통지했고, 임대는 2012년 8월 31일에 종료되었으며, 그럼에도 불구하고 진정인들은 숙소를 떠나기를 거부했다는 점을 인정한다. 임대인의 소청에 대응하여 법원은 2013년 5월 30일에 계약기간 만료를 이유로 민사소송법 제440조 4항 및 제549조 3항에 따라 진정인들의 퇴거를 명령하였다. 그러므로 진정인들의 퇴거는 법률에 따라 집행된 것이었다.
- 16.2 위원회는 진정인들이 임대인에 의해 임대를 갱신하지 않겠다는 그의 의도를 충분히 사전에 통지받았음에도 불구하고 임대주택을 떠나기를 거부했다는 점, 그리고 임대는 2012년 8월 31일에 종료되었음을 인정한다. 나아가 2012년 6월부터 시작하여 진정인들은 임대인에게 월별 차임을 지급할 수 없었다. 임대인의 행동이 상당성이나 필요성이 없었다는 것을 보여주는 어떤 정보도 없기 때문에 위원회는 진정인들의 퇴거에는 정당한 이유가 있었고 따라서 정당화될 수 있다고 판단한다.
- 16.3 위원회는 절차 진행 중 사법적 보장들이 준수되지 않았고, 법률구조 요구가 권한 있는 당국에 의해 부인되었다는 진정인들의 주장을 인정한다. 또한 위원회는 법원이 규약에 따라 적용될 수 있는 모든 적법절차보장들을 준수했다는 당사국의 주장 역시 인정한다. 위원회는 Djazia씨가 법률구조를 받지 못했고 절차 전체를 통해 공익변론을 받았으며 그의 변호인이 다양한 사법적 신청을 제출하였다는 점, Djazia씨가 그의 임대종료와 퇴거를 충분히 사전에 통지받았다는 점, 그리고 퇴거가 적시에, 법원공무원, 경찰과 당사자 대리인들의 입장에서 이루어졌다는 점을 인정한다.
- 16.4 또한 위원회는 법원이 이 조치가 진정인들, 특히 미성년 아이들에게 미칠 가능한 결과를 고려하지 않고 퇴거를 명령했고, 법률이 사법적 퇴거절차에서 피고들이 퇴거의 결과를 설명하기 위하여 반대하거나 이의를 제기할 기회를 제공하지 않으며 그들의 유일한 선택은 그들이 차임을 전액 또는 일부 지급했다고 주장하는 것밖에 없다는 진정인들의 주장을 인정한다. 이 점에 관하여 위원회는 2013년 5월 30일과 7월 2일 및 22일의 결정들에 의하여 법원이 민사소송법 제440조 4항과 제549조 3항 및

제556조 1항에 따라 진정인들의 퇴거를 명령하고 뒤에 다시 이를 확인했다는 점을 인정한다. 이들 규정과 동법 제444조 1항에 따라 절차 진행 중에 피고는 오로지 차임의 지급과 관련한 주장만 할 수 있거나 미납된 금액 전액을 지불할 의도가 있다는 형식적 진술을 하고 이에 따라 퇴거절차를 중단할 수 있을 뿐이다. 나아가 위원회는 퇴거절차에서 법관이 퇴거가 규약과 양립할 수 있는지를 심사할 수 있도록 할 구체적 법률이 없음에도 불구하고 2013년 5월 30일 법원이 사회문제부와 마드리드시평의회의 가족 및 사회복지청이 Djazia씨를 곤궁상황으로부터 보호하기 위하여 그 권한의 범위 내에 속하는 조치를 채택해야 하며, 특히 20일 내에 법원에 미성년 아동들에게 품위있고 적절한 주거의 권리를 보장하기 위하여 취해진 구체적 조치들에 대하여 통지해야 한다고 실시했다는 점을 주목한다. 동일한 요구가 2013년 7월 2일에도 되풀이되었다. 나아가 법원은 Djazia씨의 요구에 대응하여 퇴거를 수 차례 연기했다.

- 16.5 위원회는 법원이 진정인들, 특히 미성년아동들이 홈리스로 방치되지 않도록 또는 다른 인권침해 위험에 노출되지 않도록 보장하기 위하여 법원이 채택한 조치들에 주목하고 따라서 법률이 그렇게 하라는 요구를 하지 않았음에도 불구하고 실제로 법원이 퇴거의 잠재적 효과를 중시했다고 인정한다. 당사국에서 주거권은 헌법소원의 구제를 통해 직접 보호될 수 있는 근본적 권리가 아니다. 나아가 퇴거심리에서 법관이 법률에 의해 관련된 사람에게 대체주거가 이용될 수 있을 때까지 퇴거를 연기해야 하는 것도 아니다. 사실 법률은 법관이 이런 권리를 가진거나 법관이 사회복지과 등 다른 기관들에게 퇴거된 사람들이 홈리스가 되지 않도록 방지할 조율된 조치를 취하라고 명령할 수 있다는 점을 명확하고 명시적으로 규정하지 않고 있다. 이런 맥락에서 법원은, 진정인들이 대체주거가 없고 사적 시장에서 숙소를 마련할 충분한 수입도 없으며, 마드리드 사회복지과가 법원의 요구에 시의적절하게 대응했다는 기록도 없다는 사실에도 불구하고, 2013년 10월 3일 진정인들과 아이들의 퇴거를 명령했다.
- 16.6 그 결과 단기숙터에 머무른 후 진정인들과 아이들은 4일 동안 가족 차량에서 잤다. 그 결과 위원회는 대체주거 이용이 보장되지 않았는데도 진정인들을 퇴거한 것은 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 그리고 진정인들의 개인적 상황을 고려하여 모든 상당한 조치를 취했음에도 불구하고 주거권을 지지할 수는 없었다는 점을 설득력있게 입증하는 사실이 없다면, 적절한 주거권 침해에 해당할 것이라고 인정한다. 이 사건에서 당사국은 겨우 1살과 3살인 진정인들의 미성년아동들이 영향을 받았기 때문에 그 결과를 정당화할 한층 더 큰 의무를 진다. 위원회는 당사국의 설명의 상당성을 평가해 보겠다.

◆ **대체주택에 대한 접근 결여에 관하여 당사국이 제공한 정당화**

- 17.1 위원회는 당사국이 진정인의 가족이 공공주택을 필요로 했다는 점을 반박하지 않고 단지 마드리드 사회복지과가 진정인들에게 가용자원을 최대한 이용하여 주거에 관한 것을 포함하여 진정인에게 지원을 제공했고 가족의 재정상황의 개선을 방해한 것은 상당 정도 Djazia씨였다고 주장할 뿐이라는 데 주목한다.
- 17.2 위원회는 당사국이 그 사회복지사업의 자원을 합리화할 목적으로 사회복지를 수령하기 위하여 신청인들이 충족해야 할 기준 또는 조건들을 설정할 수 있다고 판단한다. 그러나 이들 조건은 어떤 낙인찍기도 방지할 뿐만 아니라 대체주거를 필요로 하는 사람의 단순한 행태가 그의 신청 거부를 정당화하는데 이용되는 일이 없도록 합리적이고 매우 신중하게 설계되어야 한다. 나아가 조건들은 신청인에게 투명하고 시의적절하며 완전한 방식으로 전달되어야 한다. 나아가 주택의 부족이 높은 실업이나 체계적 유형의 사회적 배제의 결과인 경우가 많고 가용자원을 최대한 이용하여 적절하고 시의적절하며 조율된 대응을 통해 이를 해소하는 것은 당국의 책임이라는 점이 고려되어야 한다.
- 17.3 이 사건에서 당사국은 Djazia씨가 공공주택 신청을 위한 기준이나 조건을 충족하지 못했다고 주장하는 것이 아니라 오히려 고용과 대체주거 탐색과 관련한 그의 행태 문제와 다른 사회적 급여를 위한 기준이나 조건들을 충족하는 문제를 제기한다. 그러므로 당사국은 진정인들이 그들에게 사회적 주택을 얻기 위해서 의무적이라고 알려졌던 일부 조건들을 충족하지 못했음을 증명하지 못했다. 반대로 위원회는 진정인이 그의 아이들이 출생했을 때부터 적어도 서너 번 마드리드주택청에 사회적 주택을 신청했고, 2013년 6월 4일에 그는 마드리드 주택청에 2013년 5월 30일자 법원의 판결을 첨부하여 그의 요구를 되풀이했다는 점을 주목한다. 퇴거가 임박했음에 비추어 Djazia씨는 마드리드공동체와 시평의회의 사회복지과에, 마드리드 주택청과 시 주택 및 토지회사가 그에게 대체주택을 제공하도록 지시할 것을 요구했다.
- 17.4 또한 당사국은 매년 마드리드주택청이 공공주택에 대한 평균 8000개의 요구를 받아서 마드리드에서 평균 260주택을 할당한다고 주장한다. 당사국은 진정인들이 공공주택을 받기 위한 기준을 충족한다고 하더라도 제한된 가용자원 때문에 퇴거가 임박해 있던 2012년 또는 2013년에는 그들에게 공공주택이 수여되지 않는 못했다는 점을 시사하고 있는 듯하다.
- 17.5 진정인에게 유리하게 채택된 조치들에 주목하면서 위원회는 당사국의 주장이 당사국이 긴급성의 문제로서 진정인처럼 극심한 곤궁 상황에 있는 사람들의 주거권을 실현하기 위하여 모든 가용자원을 이용하여 모든 가능한 노력을 기울였음을 증명하기에는 충분하지 않다고 판단한다. 예컨대 당사국은 주거권, 특히 취약한 상황에 있는 사람들을 위한 주거권을 점진적으로 실

현할 목적으로 당국에 의해 이행되어야 할 일반적 정책이나 비상계획을 향하여 그 자원을 투입하고 있었기 때문에 진정인들에게 사회적 주택을 부정하는 것이 필요했다는 점을 설명하지 못했다. 더욱이 당사국은 위원회에 매년 마드리드에서 이용할 수 있는 공공주택단위의 수가 수요보다 상당히 더 적다는 사실에도 불구하고 마드리드 주택청 등 마드리드의 지역 당국이 공공주택 비축분의 일부를 투자회사에 매각했고 그럼으로써 공공주택의 이용가능성을 축소한 이유를 설명하지 못했다. 또한 당사국은 이러한 조치가 어떻게 적절하게 정당화되는지 그리고 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 보장하기 위하여 가장 적합한 것이었다고 설명하지도 못했다. 예컨대 2013년에 마드리드주택청은 2935채의 주택과 기타 재산을 사기업에 2억 1백만 달러에 매각했고 그 조치를 예산균형의 필요에 의한 것이라고 정당화했다.

- 17.6 위원회는 당사국이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 보장할 목적으로 세수를 가장 적절하게 사용할 일정한 정도의 재량을 가지며, 일정한 상황에서는 당사국이 의도적으로 역진적 조치를 취할 수도 있다는 점을 인정한다. 그러나 그런 경우 당사국은 그 결정이 가능한 가장 완전한 고려에 근거를 둔 것이고 규약상 모든 권리의 측면에서 정당화되며 모든 가용자원이 이용되었다는 점을 입증해야 한다. 심각한 경제적 및 재정적 위기의 시대에는, 정책에 영향을 미치는 모든 예산상의 변경과 조정은 일시적이고 필요해야 하며 비례적이고 비차별적이어야 한다. 이 사건에서 당사국은 엄밀히 말해서 사회적 주택에 대한 수요가 경제위기 때문에 더 컸던 시대에 사회적 주택의 양적 감소를 가져왔던, 앞서 단락에서 묘사된 역진적 조치를 채택하는 것이 왜 필요했는지를 설득력있게 설명하지 못했다.
- 17.7 마지막으로 위원회는 SAMUR가 진정인들에게 그들이 단기쉼터에서 최대한 체류기간에 도달했던 시점까지 숙소를 찾지 못한다면 Bellili와 아이들에게는 여성센터에, Djazia 씨에게는 홈리스 쉼터에 숙소가 제공될 수 있으며, 마드리드 공동체의 사회복지과와 시평의회가 진정인들에게 유사한 대안을 제공한다는 점을 통지했다는 당사국의 주장에 대한 심리를 계속한다. 진정인들이 이 제안을 받아들였다면 가족은 이산되었을 것이고 이는 사회의 근본으로서 가족에 대하여 규약 제10조 1항에 따라 가능한 최대의 가장 넓은 보호를 부여할 국가의 의무에 위반하는 것이었으리라. 이 점에서 당사국은 위원회에 진정인이 다른 어떤 선택지도 이용할 수 없었던 이유를 설명하지 못했다.
- 17.8 이와 같은 이유로 위원회는 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 모든 필요한 조치를 취했음에도 불구하고 대체주거를 진정인에게 제공할 수 없었다는 점을 증명하기 위하여 상당한 주장을 제출하지 않았다고 결론내린다.

<결론 및 권고>

- 18. 제공된 모든 정보와 이 사건의 특별한 상황을 고려할 때 위원회는 당사국 측에서 가용자원을 최대한 이용하여 취해진 모든 조치에 관한 상당한 주장이 없으므로 마드리드 지역당국을 포함한 당사국의 당국 전체에 의한 대체주거 보장 없이 진정인을 퇴거시킨 것은 적절한 주거권 침해를 구성했다고 판단한다.
- 19. 위원회는 당사국이 규약 제11조 1항을 독자적으로 독해할 때나 규약 제2조 1항과 제10조 1항과 함께 독해할 때나 모두 진정인의 권리를 침해했다고 판단한다. 이 진정에 포함된 견해에 비추어 위원회는 당사국에 다음과 같은 권고를 한다.

◆ 진정인들과 관련한 권고

- 20. 당사국은 진정인들에게 효과적인 구제를 제공할 의무, 특히 다음과 같은 의무를 진다. (a) 진정인들이 적절한 숙소를 갖지 못하는 경우에는 그들의 현재 상황을 평가하고 그들과 진정성있는 협의를 한 후에 그들에게 공공주택 또는(을 제공하거나) 그들이 이 견해에서 확립된 기준들을 고려하여 적절한 숙소를 향유할 수 있도록 할 모든 다른 수단을 부여할 의무, (b) 진정인들에게 그들이 겪은 침해에 대한 재정적 보상을 지급할 의무, (c) 진정의 제기과정에서 발생한 것에 상당하는 법적 비용을 진정인들에게 보전할 의무.

◆ 일반권고

- 21. 위원회는 개인진정의 맥락에서 권고되는 구제들이 재발방지 보증을 포함할 수 있다고 판단하고, 당사국이 장래에 유사한 침해를 방지할 의무가 있다는 점을 상기한다. 위원회는 당사국이 그 법률과 법률의 집행이 규약에 따라 확립된 의무와 합치하도록 보장해야 한다고 판단한다. 특히 당사국은 다음과 같은 의무를 진다.
 - (a) 임차인의 퇴거와 관련된 사법절차에서 피고들이 법관이 퇴거의 결과와 그 규약합치성을 심리할 수 있도록 이의를 제기하거나 항소를 할 수 있도록 보장하기 위한 입법적 및/또는 행정적 조치를 취할 의무
 - (b) 퇴거되는 사람이 적절한 숙소 없이 방치되는 결과를 낳을 수도 있는, 법원 결정과 사회복지과의 행동 사이의 조율 부재를 해소하기 위하여 필요한 조치를 채택할 의무

- (c) 대체주거를 구할 재산을 갖고 있지 못한 사람들과 관련된 퇴거는 오로지 관련된 사람들과의 진정성 있는 협의를 거친 후에만, 그리고 특히 가족, 노인, 아동 및/또는 기타 취약한 상황에 있는 사람들과 관련된 경우에는 국가가 퇴거된 사람이 대체주거를 가질 수 있도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 필수적 조치를 취한 다음에만, 집행되도록 보장하기 위하여 필요한 조치를 취할 의무
- (d) 자율공동체들과 협력하고 가용자원을 최대한 이용하여 일반노동 제4호에 맞추어 저소득층 사람들에게 적절한 주거권을 보장하기 위한 포괄적 계획을 개발하고 이행할 의무. 이 계획은 이들 개인의 주거권을 상당하고 측정가능한 방식으로 보장하기 위하여 필요한 자원, 지표, 시간축 및 평가기준을 제공하는 것이어야 한다.

- 22. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 임시절차규칙 제18조 1항에 따라서 당사국은 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면답변을 6개월 내에 위원회에 제출해야 한다. 또한 당사국은 위원회의 견해를 공표하고 그 견해가 인구의 모든 부문에 도달할 수 있도록 접근가능한 형식으로 널리 배포해야 한다.

(4) *Calero v. Ecuador* (2018)⁶²⁵)

<진정의 경과>

- 사건번호: 10/2015
- 진정인: 1952년생 에쿠아도르 국적의 여성인 Marcia Cecilia Trujillo Calero
- 당사국: 에쿠아도르
- 진정제기일: 2015. 7. 17.
- 견해채택일: 2018. 3. 26.
- 주제: 특별조기퇴직연금 거부
- 절차적 쟁점: 시간적 관할권, 물적 관할권, 주장의 충분한 입증 실패
- 실체적 쟁점: 사회보장권, 규약상 권리의 차별없는 행사, 모든 규약상 권리를 평등하게 향유할 남성과 여성의 권리
- 관련 조항: 규약 제2조 2항, 제3조 및 제9조, 의정서 제3조 2항(b), (d), (e)

<의의>

- 이 진정은 위원회가 규약 제9조의 사회보장권에 의해 당사국에 부과되는 의무는 물론 많은 더 넓은 이론적 문제들을 정교화할 기회를 제공했다. 이런 문제들에는 최소핵심 의무에 적용할 수 있는 심사모델, 사회보장계획의 자격을 종료시키는 입법적 제재들에 적용할 수 있는 비례성 조사의 성격, 그리고 간접적인 성차별과 관련된 입증책임의 작동이 포함된다.

<진정 취지>

- 3.1 진정인은 당사국이 규약 제9조가 보장한 자신의 사회보장권을 침해했다고 주장한다.
- 3.2 진정인은 모든 사람이 사회적 기여의 자격에 관한 정보와 적법절차를 보증하는 행정절차에 관한 정보에 접근할 수 있어야 한다고 생각한다. 에쿠아도르 사회보장청은 1989년에 진정인에게 그가 납입해왔던 자발적 기여들은 연속 8개월간의 기여금 체납으로 인하여 무효가 되었다는 점을 고지하지 않았다. 더욱이 사회복지청은 5년이 넘는 기간 동안 추가적인 65회의 기여금을 계속 수령했다. 사회복지청 관리들은, 2003년이 되어서야 비로소 진정인의 자발적 기여가 무효라고 결정했다. 그러나 진정인은 특별퇴직 요구에 대한 거부통지를 받았던 2007년 5월에서야 처음으로 이 결정을 알게 되었다. 나아가 이는 행정절차들이 효율적이지도, 신속하지도 효과적이지도 않았다는 점을 보여준다.
- 3.3 진정인은 자신이 노령이 되면 그녀가 29년이 넘는 기간 동안 305회에 걸쳐 납입한 결과 연금을 수령하게 될 것이라는 합리적인 기대를 갖고 있었다고 주장한다. 그 기간 동안 진정인은 퇴직연금을 받기 위하여 자신이 충족해야 했던 요건들에 관하여 어떤 분명한 정보도 받지 못했다.
- 3.4 진정인은 규약 제2조 2항을 언급하면서 사회보장권은 젠더를 이유로 한 차별없이 보장되어야 한다고 지적한다. 진정인은 자신이 대부분의 일생을 무급가사노동에 헌신한 여성 세대의 일부이고, 사회보장권에 접근하는데 있어 남성들보다 더 큰 장애에 직면했다고 주장한다.
- 3.5 진정인은 가정에서 청소와 돌봄활동에 종사하는 여성들은 고용관계를 갖고 있지 않아 일반적으로 자발적인 제휴 체제를

625) Communication No. 10/2015, E/C.12/63/D/10/2015, <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/340/07/PDF/G1834007.pdf?>](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/340/07/PDF/G1834007.pdf?).

이용했다고 설명한다. 그러나 그 체제는, 자발적 제휴자들은 제휴자 몫과 사용자 몫의 기여금을 모두 납부해야 했고, 최소한 3년의 사전 기여금이 있어야 했으며, 연속 6개월간 기여금 납부를 못하면 자발적 제휴 지위를 상실하는 등 여러 요건들로 인해 전문가에 맞춰진 것이었기 때문에 무급 여성가사노동자들에게는 심각한 제약을 갖고 있었다. 나아가 무급 여성 가사노동자들은 봉급을 받지 못하더라도 기여금은 납부해야 했고, 이는 그들을 일반적으로 고정된 소득을 가지는 다른 전문가들에 비하여 불리한 지위에 놓이게 했다. 진정인의 경우 에쿠아도르 사회복지청은 그녀가 연속 6개월간 납부를 할 수 없었다는 이유로 5년 이상의 기여금을 무효화했다. 진정인은 이런 규제는 무급가사노동에 종사하는 여성들을 차별하여 규약을 위반한 것이라고 생각한다.

- 3.6 진정인은 당사국이 사회보장에 기여할 수 없는 사람들을 위하여 비기여성 연금계획을 운영하지 않고 있고, 그 결과 노인들을 완전히 무보호상태로 방치하고 있다는 점을 지적한다. 진정인은 자신이 이혼했고 실업상태이며 가난하게 살고 있고 심각한 건강문제를 갖고 있다고 주장한다. 14년이 넘는 기간 동안 진정인의 지속적인 요구에도 불구하고, 그는 아무런 연금도 받지 못하고 있다.

<위원회의 허용가능성 판단>

- 9.2 위원회는 에쿠아도르 옴부즈맨 사무소 등 국가인권기구가 자신의 규약상 권리가 침해되었다고 여기는 사람 또는 사람들의 집단을 대리하는 것이 선택의정서와 양립할 수 있다고 본다.
- 9.3 당사국은, 주장된 침해를 야기한 사실들이 선택의정서가 에쿠아도르에서 발효된 날인 2013년 5월 5일 이전에 발생했고, 그 날 이후 계속되지는 않았기 때문에 위원회는 시간적 관할 권한이 없다고 주장한다. 진정인은 일부 사실들이 2013년 5월 5일 이전에 발생했지만 오늘날까지 지속적인 효과를 가진다고 주장한다.
- 9.4 선택의정서 제3조 2항(b)에 따라서, 진정 대상인 사실들이 당사국에 대한 선택의정서 발효일 전에 발생했을 때에는 “그런 사실들이 그 날 이후에도 계속된 경우가 아닌 한” 위원회는 진정이 허용불가능하다고 선언해야 한다. 위원회가 지적했듯이 규약 위반에 해당할 수 있는 사실은, 그 효과나 결과가 시간이 흐르면서 지속되고 있다는 이유만으로는, 지속적인 성격을 갖지 않는다. 현재 사건에서 위원회는 진정인의 사회보장권을 침해했다는 행동이 지역 제1위원회가 그녀의 특별퇴직 요구를 거절했던 2003년 6월 20일에 발생했다는 점에 주목한다. 진정인이 계속해서 그 결정의 피해를 보고 있지만, 이 상황이 이 행위를 즉각적인 것으로 정의하는 것을 변경시키지는 않는다.
- 9.5 그러나 행정절차와 관련된 헌법소원과 특별보호구제는 국내 사법재판소와 헌법재판소에 의해 2014년 4월 17일과 7월 17일에 각각 결정되었다. 이 점에서 위원회는 국가당국의 사법적 또는 행정적 결정들 역시, 그것이 침해를 야기한 최초의 사건, 작위 또는 부작위와 직접적으로 관련되는 절차의 결과인 때에, 그리고 그것이 당시에 적용가능한 법률에 따라 주장된 침해에 대한 구제를 얻을 수 있도록 허용하는 것이라면, 선택의정서 제3조 2항(b)에 따라 “사실”의 일부로 여겨진다는 점을 상기한다. 당사국은 그런 결정들은 그 본성상 그 자체로 진정인의 권리를 침해하는 작위를 구성하지는 않는다고 주장한다. 그러나 위원회는 헌법소원과 특별보호구제는 국내사법재판소와 헌법재판소에게 진정인의 사회보장권 침해 주장의 본안을 검토하여 아마도 구제를 제공할 기회를 제공했다고 생각한다. 그러므로 위원회는 위원회가 현재의 진정을 심리할 시간적 관할 권한이 있다고 생각한다.
- 9.6 당사국은 진정인의 주장들이 규약상 권리 침해와 관련되는 것이 아니라 적법절차의 권리 및 정보권과 관련되며, 따라서 위원회는 그 주장들을 심리할 물적 관할권이 없다고 주장한다. 위원회는 행정 절차 및 사법절차에서 적절한 통지의 결여 및 지연, 그리고 연금을 획득하는 방법에 관한 시의적절하고 적합한 정보의 부재에 관한 진정인의 주장이 사회보장권의 구성요소와 관련된 것으로 제시되고 있음에 주목한다.
- 9.7 위원회는 규약상 권리를 보호하기 위한 효과적인 사법적 구제를 보장하는 것이 당사국의 임무이기 때문에 적절한 사법적 보호의 부재는 규약에서 인정된 권리의 침해를 포함할 수 있다는 점, 즉 권리 보호를 위한 구제 없이는 권리도 있을 수 없다는 점을 상기한다. 또한 위원회는 사람들에게 권리에 접근할 방법에 관한 적절한 정보를 제공하지 못하는 것이 그 권리의 침해를 포함할 수 있다고 본다. 그러므로 위원회는 적법절차와 정보에 대한 시의적절한 접근에 관한 진정인의 주장이 규약 제9조에 따른 사회보장권 침해 진정과 밀접하게 연결되어 있고 그것으로부터 분리할 수 없다고 생각한다. 위원회는 위원회가 진정의 이 부분을 심리할 물적 관할권이 있다고 결론내린다.
- 9.8 당사국은 나아가 진정은 진정인의 권리 침해를 보여주는 어떤 정보도 제공하지 않는다는 점에서 명백히 근거가 없는 것이어서 허용될 수 없다는 주장을 제출한다. 당사국은 진정이 그 사건과 관련한 행정적 및 사법적 결정들을 반복할 것을 구하는데 위원회는 제4심 관할로서 행동할 수는 없다고 덧붙인다.
- 9.9 위원회는 진정을 심리함에 있어서 그 임무가 국내법의 적용 등 진정에서 묘사된 사실들이 당사국에 의한, 규약에서 규정

된 경제사회문화적 권리 침해를 드러내는지 여부를 평가하는 것에 국한되고, 각각의 구체적 사건에서 사실과 증거를 평가하고 관련 법률을 해석하는 것은 1차적으로 당사국의 법원들이 할 일이라는 점을 상기한다. 위원회는 그런 평가나 해석이 명백하게 자의적이거나 정의의 부인에 해당하고 규약에서 인정된 권리 침해를 포함하는 경우에만 증거의 평가나 그 사건에서 적용된 국내법의 해석에 관하여 위원회의 견해를 표명하도록 요구받는다. 위원회는 현재의 진정에서 이루어진 소청이 당사국의 당국에 의한 증거평가나 법률 해석 자체를 문제삼고 있는 것이 아니라 진정인의 사건에서 당국의 행위들이 그녀의 사회보장권 침해를 구성하는지와 관련되어 있다고 본다. 나아가 위원회는 진정에서 제기된 사실들이 규약침해가 있었는지 여부를 평가할 수 있도록 하고, 진정인이 허용가능성의 목적상 규약 제9조 위반이라는 주장의 근거를 충분히 제시했다고 생각한다.

- 9.10 위원회에 제출된 서증이 대심절차에서 확립된 사실들—그에 관해서 각각의 당사자가 각자의 의견과 논평을 제시할 기회를 가지며, 명확하게 인용되지는 않았지만 규약 규정의 있을 수 있는 침해를 드러내는 사실들—을 드러내는 때에는, 위원회는 진정에서 이루어진 주장을 넘어서는 것이 아니라면, 당사자가 일깨우지 않은 규정의 있을 수 있는 침해도 검토할 권한이 있다. 따라서 위원회는 현재의 사건에서 제시된 사실과 사건 파일에 포함된 정보는 또한 규약 제2조 2항에 따른 문제도 제기한다고 본다.
- 9.11 위원회는 이 사건에서 당사국이 국내절차 경유의 실패를 이유로 소청의 허용가능성을 다투지는 않았으며, 진정이 선택의 정서에 규정된 다른 허용가능 요건을 충족한다는 점에 주목하며, 따라서 진정은 허용가능하다고 선언하고 그 본안 심리로 들어가기로 한다.

<본안 판단>

◆ 사실과 쟁점

- 10.2 진정인은 에쿠아도르 사회보장청의 부주의 때문에 자신이 실제로 29년의 기간에 걸쳐 305회의 기여를 했음에도 불구하고 특별연금을 박탈당했고, 사회보장청이 진정인은 법률에 의해 요구되는 300회 이상이 아니라 238회만 기여금을 납입했다고 결론내린 후 자신의 특별퇴직요구가 거부되었기 때문에 당사국은 자신의 사회보장권을 침해했다고 주장한다. 그러나 그녀는 당국이 사회보장청이 1989년 8월에서 1995년 2월 사이에 그녀에 의하여 이루어진 기여들이 유효하지 않다는 점을 그녀에게 시의적절한 방식으로 알리지 못했다는 사실을 고려하지 않았다고 생각하고, 사회보장이 그녀의 기여금이 무효라고 판정한 것은 2003에 와서였으며, 그녀는 2007년 5월까지 그 결정을 알지도 못했다고 주장한다. 나아가 그녀의 퇴직요구와 관련한 행정 및 사법 절차들은 약 14년간 지속되었고 2003년 6월 20일 그녀의 퇴직요구를 거부하는 제1지역 위원회의 결정은 2007년 5월까지 그녀에게 전달되지 않았다. 나아가 진정인은 사회보장청의 결정들이 실제로 젠더를 근거로 한 차별적 대우를 구성하고, 또한 그녀는 당사국이 비기여금계회를 이행하지 않았기 때문에 최소 노령연금도 받을 수 없었다고 주장한다.
- 10.3 당사국은 행정 및 사법 당국이 진정인의 권리를 침해할 의도를 가지고 행동한 것은 아니며, 진정인의 특별퇴직요구를 거절한 에쿠아도르 사회보장청의 결정은 가입자들이 특별퇴직 자격을 갖기 위해서 충족해야 할 기준들을 명확히 규정하고 있던 당시 시행중이던 법률의 엄격한 적용에 따라 이루어진 것이었으며, 진정인은 단 238회—300회가 아니라—만 기여금을 사회보장체계에 납부했기 때문에 모든 기준들을 충족하지는 못했다고 주장한다. 나아가 진정인이 주부였고 자발적 제후계획에 등록되어 있었다는 사실이 젠더를 근거로 한 차별적 대우를 구성하지는 않는다.
- 10.4 어느 쪽 당사자도 진정인이 1972년 9월부터 1981년 10월까지 피용자로서 에쿠아도르 사회보장청에 기여했고, 1981년 11월부터 1995년 2월까지의 자발적 제후계획에 기여했다는 것, 또는 1995년 3월과 2001년 11월 사이에 그녀는 다시 피용자로서 가입계획에 기여했다는 사실을 반박하지 않는다. 1990년 4월 26일 진정인이 1989년 8월부터 1990년 3월까지 수개월치 자발적 기여금을 납입했고, 그러므로 그녀가 연속 8개월간 어떤 자발적 기여금도 납입하지 않았으며, 그 후 진정인이 그녀의 제후와 기여가 무효라는 통지를 받지 못한 채 1995년 2월까지 사회보장청에 계속해서 매월 자발적 기여금(65회)을 납입했으며, 그녀는 사회보장청에 퇴직요구를 제출한 후에야 비로소 통지를 받았다는 사실에 대한 어떤 반박도 없다.
- 10.5 나아가 위원회는 당사국이 2001년에 진정인이 특별감액퇴직계획에 따라 퇴직할 수 있는지 여부에 관하여 여러차례 에쿠아도르 사회보장청 관리들과 상담했고 그 때마다 관리들은 그녀에게 구두로 그녀가 300회 이상 월별 기여금을 납입했고 45살이 넘는 요건들을 충족했기 때문에 가능하다고 알려주었지만, 그녀는 퇴직할 수 있기 위해서는 직업에서 사직해야 하고 실제로 사직했다는 진정인의 주장을 반박하지 않는다는 점을 인정한다. 나아가 당사국은 진정인이 심각한 재정적 상황에 있다거나 그녀가 심각한 건강상 문제가 있다고 논쟁하지도 않는다.
- 10.6 관련 사실과 당사자가 한 주장들에 관한 위원회의 결론에 비추어볼 때 진정은 하나의 중심적 문제를 제기한다. 에쿠아도르 사회보장청이 그녀에게 그녀의 자발적 제후가 1989년 8월에 종료되었고 그 후에 1995년 2월까지 그녀가 한 기여는 무효라는 것을 시의적절한 방식으로 그녀에게 알리지 못했을 뿐만 아니라 그녀의 기여금을 계속해서 수령했기 때문에, 진정인의

특별퇴직 요구에 대한 거부가 규약 제9조에 따른 사회보장권 침해를 구성하는지 여부. 이 기본적인 법적 문제는 3가지 다른 문제들, 즉 (a) 연속 6개월간의 기여금 미납시에 자발적 제휴계획의 구성원자격을 종료시키는 제재가 비례적인지 여부, (b) 당사국에서 진정인을 포괄할 수 있는 포괄적 비기여계획의 부재가 사건과 관련되는지 여부, 그리고 (c) 진정인에게 부과된 자발적 제휴의 조건들이 젠더를 근거로 한 차별적 대우를 구성하여 규약 제9조와 함께 독해할 경우 제2조 위반에 해당하는지 여부라는 문제들과 연결되어 있다. 이들 문제에 답하기 위해 위원회는 진정에 의해 제기된 중심적 문제를 분석하는 것으로 이동하기 전에, 특히 무급 여성가사노동자의 퇴직급여에 대한 접근권과 관련하여 사회보장권의 일정한 요소들을 상기할 것이다.

◆ **사회보장 및 퇴직연금에 대한 권리**

- 11.1 위원회는 사회보장권이 인간의 존엄성 보장에서 중심적인 중요성을 가진다는 점을 상기한다.
- 11.2 사회보장권은 국가에 대해 중대한 재정적 영향을 미치지만 후자(국가)는 최소한 이 권리의 최저필수수준의 충족을 보장할 의무를 진다. 무엇보다도 국가는 어떤 종류의 차별도 없이 최저필수수준의 급여를 제공하는 사회보장계획에 대한 접근을 보장해야 한다.
- 11.3 위원회는 규약 제9조가 암묵적으로 노령급여에 대한 권리를 인정하고 있음을 상기한다. 국가는 노인들의 경제사회문화적 권리를 신장하고 보호하는 데 특별한 관심을 기울일 의무가 있는데, 그 목적을 위하여 국가는 일반적인 의무적 노령보험 체제를 수립하기 위한 적절한 조치를 취해야 한다.

◆ **퇴직연금에 대한 접근을 보장할 당사국의 의무**

- 12.1 당사국은, 무엇보다도 퇴직연금체계가 효율적이고 지속가능하며 모든 사람이 접근할 수 있는 것이 되도록 보장할 목적으로, 모든 사람이 사회보장권을 향유하도록 보장하기 위해 필요하다고 국가가 생각하는 조치들을 채택함에 있어서 일정한 재량의 여지를 가진다. 그러므로 국가는 신청인들이 사회보장계획의 자격을 얻기 위해서 또는 퇴직연금이나 기타 혜택을 받기 위하여 충족해야 하는 요건이나 조건들을, 그 조건들이 합리적이고 비례적이며 투명하다면, 수립해야 한다. 이들 조건은 퇴직연금에 대한 접근이 예측가능하도록 보장하기 위하여 시의적절하고 충분한 방식으로 공중에게 전달되어야 한다. 이들 요건이나 조건의 미충족이 공적으로 운영되던 사적으로 운영되던 사회보장체계에 대한 제휴의 종료라는 벌칙을 포함할 때, 그러한 벌칙이 합리적이고 비례적이라는 것을 입증할 책임은 당사국에 있다.
- 12.2 국내법과 규정들이 혜택의 범위, 자격조건과 수준을 특정해야 한다. 몇몇 당사국의 법체계에서는 모든 사람이 법을 알고 있다는 가정이 있지만, 국가는 퇴직연금이나 미래퇴직연금 등 사회보장권에 관한 정보를 요구하고 구하며 수령할(request, seek and receive) 모든 제휴자들의 권리를 보장해야 하고 공적이건 사적이건 사회보장체계를 관리하는 책임이 있는 기관들이 제휴자들에게 무엇보다도 그들의 기여의 유효성과 제휴자 지위에 대한 모든 변화들에 관한 시의적절하고 적합한 정보를 제공하도록 보장하기 위하여 필요한 조치를 취해야 한다.
- 12.3 사회보장계획이 기여금을 요구한다면 그러한 기여금은 사전에 명시되어야 하며, 기여금 납입과 연관된 직간접적 비용과 수수료는 모든 사람이 감당할 수 있는 것이어야 하고 다른 규약상 권리들의 실현을 위축시키지 않는 것이어야 한다.

◆ **무급 여성 가사노동자의 사회보장권과 차별없이 퇴직연금을 받을 권리**

- 13.1 모든 사람은 사회보장권을 가지지만, 국가는 여성 등 전통적으로 이 권리를 행사하는데 어려움에 직면하는 개인들과 집단들에 특별한 관심을 기울여야 한다.
- 13.2 위원회는 규약이 법률상으로는 사실상으로는 사회보장권의 동등한 향유나 행사를 무력화하거나 손상시킬 의도나 효과를 가지는 모든 차별을 금지한다는 점을 상기한다. 간접차별은 표면적 가치로는 중립적으로 보이지만 금지된 차별사유에 의해 구분되어 규약상 권리들의 행사에 대하여 비례성 없는 영향을 미치는 법률, 정책 또는 관행을 가리킨다.
- 13.3 그러므로 국가는 어떤 차별도 없이 사회보장에 대한 모든 사람들의 권리를 완전히 실현하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 효과적인 조치를 취하고 필요한 경우 그것을 정기적으로 교정해야 한다. 국가는 또한 실제로 남녀가 평등의 토대 위에서 경제사회문화적 권리를 향유하고 그 결과 그들의 공공정책과 입법은 실제로 여성이 경험하는 경제사회문화적 불평등을 고려해야 한다. 그러므로 국가는 때로는 차별을 영속화하는 조건들을 약화시키거나 억제하기 위하여 여성들에 유리한 조치를 취해야 한다.
- 13.4 국가는 사회보장계획이 법률상 또는 사실상 여성들을 차별하지 않도록 보장하기 위하여 사회보장계획에 대한 접근 제한을 재고해야 한다. 특히 국가는 고정관념과 기타 구조적 원인들의 지속 때문에 여성들이 남성들보다 무급노동에 훨씬 더 많은 시간을 소비해야 한다는 점을 유념해야 한다. 국가는 여성으로 하여금 사회보장계획에 동등하게 기여할 수 없도록 만드는, 급

여를 기여와 연결시키는 요인들을 제거하거나 예컨대 특히 여성들이 아이를 양육하거나 성인부양가족을 돌보는데 소비한 기간들을 고려함으로써 계획들이 급여공식의 설계에서 그런 요소들을 고려하도록 보장하기 위한 조치를 취해야 한다.

◆ 비기여 노령수당에 대한 접근

- 14.1 규약 제9조에 따르면 당사국은 자신의 보호를 위하여 충분한 기여를 할 수 없는 개인들이나 집단들에게 지원을 제공하기 위하여 비기여계획 또는 기타 사회적 지원 조치를 수립할 의무가 있다.
- 14.2 규약에 수립된 사회보장권과 관련한 국가의 핵심의무에 따라 국가들은 국내법에 규정된 퇴직연령에 도달할 때 기여금의 자격기간을 완수하지 못했거나 달리 노령보험 기반의 연금이나 기타 사회보장급여 또는 지원을 받을 자격이 없고 다른 어떤 소득원도 없는 노인들에 대하여 비기여노령급여, 사회서비스 및 기타 지원을 제공해야 한다. 비기여계획은 또한 여성이 남성보다 빈곤하게 생활할 가능성이 크고 종종 여성들은 아동의 양육에 대해 유일하게 책임을 지고 있으며, 어떤 기여형 연금도 받지 못하는 경우가 더 많다는 사실을 고려해야 한다.
- 14.3 당사국이 적어도 그 최소핵심의를 완수하지 못한 것을 이용가능한 자원의 결여 탓으로 돌릴 수 있기 위해서는, 당사국은 우선순위의 문제로서 이들 최소의무를 충족하기 위한 노력에 있어서 그들이 처분할 수 있는 모든 자원을 이용하여 모든 노력을 다했음을 입증해야 한다.

◆ 진정인의 진정 분석

- 15.1 당사국은 제1지역위원회와 에쿠아도르 사회보장청의 국내상소부가 진정인이 238회 기여금만 납입했고 따라서 300회 기여요건을 충족하지 못했다는 이유로 그녀의 특별퇴직요구를 거절했기 때문에 진정인의 사회보장권이 침해된 것은 아니라고 주장한다. 당사국은 진정인이 그녀가 통상의 퇴직연금을 받을 수 있도록 할 잔여 횟수의 기여를 할 수 있다고 덧붙이고 있다.
- 15.2 또한 당사국은 이전 단락에서 언급된 결정들이 이번에는 진정인의 자발적 제휴가 1989년 8월 이후로 종료되었다고 선언하고 에쿠아도르 사회보장청의 정관 제158조에 따라 그날부터 1995년 2월까지 선언된 복무기간의 실효를 명령했던 2012년 9월 13일 제1지역위원회의 결정에 근거를 두고 있었고, 이 결정은 2003년 3월 6일 국가항소부에 의해 지지되었으며, 진정인은 사법적으로 후자의 결정에 대하여 이의를 제기하지 않았다고 주장한다. 당사국은 그녀가 국가항소부의 두 번째 결정을 통지받았던 2007년 6월 21일에 그 결정을 알게되었다는 점을 고려할 때 진정인이 후자의 결정에 이의를 제기하기 위하여 이용할 수 있었던 효과적인 구제와 관련하여 충분한 상세내용을 제공하지 못했다.

◆ 적절하고 시의적절한 정보의 결여와 정당한 기대의 무시

- 16.1 위원회는 1990년 4월에 진정인이 에쿠아도르 사회보장청에 1989년 8월부터 1990년 3월까지의 기간에 대한 미지급 월별기여금을 소급해서 지급했다는 점, 그리고 그에 따라 그녀가 1995년 2월까지 추가적으로 65회의 월별 자발적 기여금을 납입했다는 점에 주목한다. 당사자가 제출한 이용가능한 정보에 따르면 사회보장청은 진정인에게 그녀가 퇴직요구를 제출한 후에, 그리고 그녀의 자발적 제휴가 종료되었다고 주장하는 때보다는 10년이 넘게 지난 후에 그녀의 기여금이 무효라는 사실을 통지했다. 당사국은 위원회에 왜 사회보장청이 그토록 오랜 기간 동안 진정인의 월별 자발적 기여금을 계속 수령했는지, 그리고 그녀의 제휴가 종료되었고 그녀의 기여가 퇴직기여의 횟수를 결정하는데 그녀의 기여가 고려되지 않을 것이라는 사실을 왜 즉각 통지받지 못했는지 설명하지 못했다.
- 16.2 당사국에 따르면 진정인은 그녀가 예컨대 피보험자가 6개월 연속 기여금 납입을 못하면 자발적(제휴) 지속은 자동적으로 종료된다고 명확히 규정한 에쿠아도르 사회보장청의 정관 제158조 등 당시에 시행중이던 법률을 알고 있었다고 여겨져야 하기 때문에 그녀는 이 상황을 예측할 수 있었을 것이라고 한다. 그러므로 진정인은 상황을 알고 있었고 그녀가 특별퇴직의 자격이 없다는 것을 예측할 수 있었다고 한다. 그러나 위원회는 2001년에 사회보장청 관리들이 구두로 진정인에게 그녀가 특별퇴직의 요건들을 모두 충족했다고 확인해 주었음에 주목한다. 위원회는 이들 사실은, 사회보장청이 1990년과 1995년 사이에 자발적 기여금을 수령한 것과 진정인에게 그들 기여의 무효에 관하여 적당하고 시의적절한 정보를 제공하지 못한 것과 함께, 합리적으로 생각했을 때 진정인의 마음에 그녀가 특별퇴직 요건을 충족했다는 정당한 기대를 만들어낼 수 있었으리라고 본다.
- 16.3 위원회는 에쿠아도르 사회보장청이 그녀의 자발적 기여의 무효를 적당하고 시의적절한 방식으로 진정인에게 통지하지 못했을 뿐만 아니라 그 기구가 진정인의 마음에 만들어내었던 정당한 기대를 무시하기도 했다고 판단한다. 이 상황은 그것이 진정인의 생애계획과 퇴직연금을 통한 효과적인 권리 향유에 중대한 영향을 미치지 않았다면 사회보장청 침해를 포함하지 않을 수도 있다. 그러나 이 사건의 경우 문제의 정보는 진정인의 기여의 상당한 부분과 관련된 것이었고 그녀가 그것에 관심을 갖

게 된 것은 퇴직요구를 제출한 이후에 와서였으며, 그 때에는 그녀가 노인이 되어 심각한 경제적 상황에서 건강 문제를 경험 하면서 노동시장에 접근하는데 어려움에 직면한 때였다. 그런 상황에서 진정인이 자신에게 부당한 곤경을 야기하지 않고서 무 효로 선언되었던 기여를 보충할 수 있게 할 조치를 취하는 것은 실제로 매우 어려웠다. 그 상황은 14년 동안이나 지속되어 진 정인을 특히 취약한 상황에 처하게 했던 행정절차 및 사법절차에서의 지연에 의하여 악화되었다.

- 16.4 에쿠아도르 사회보장청이 그녀의 자발적 제휴가 6개월 연속해서 기여금 납입을 하지 않았기 때문에 종료되었다는 것을 그녀에게 명확하게 통지하지 않았을 뿐 아니라 그녀로부터 5년이 넘도록 기여금을 계속수령함으로써 진정인에게 합리적으로 그녀가 특별퇴직연금을 받기 위해서 요구되는 기여를 하고 있다고 믿게끔 만들기까지 했기 때문에, 위의 고려들은 진정인의 사회보장권이 침해되었음을 보여준다. 더욱이 사회보장청 관리들은 그녀에게 구두로 그녀가 연금을 위한 법적 요건을 갖추었다고 통지했고 그에 따라 그녀는 직장에서 사직을 했고 연금을 신청했던 것이다. 달리 말하자면 그녀는 자발적 제휴계획에 그 5년의 기여를 한 지 몇 년 후에 그리고 그녀의 노동능력이 상당히 감소되었을 때에 그 신청을 제출했다. 진정인은 직장에서 사직하고 퇴직연금을 신청한 후에야 비로소, 자신이 납입한 그 5년 이상의 기여금이 유효하지 않고 그 결과 그녀가 요구되는 300회 기여에 도달하지 못했기 때문에 그녀는 특별퇴직의 자격이 없게 되었다는 것을 통지받았다. 그리고 이는 그녀가 추가 기여금 납입을 위하여 노동시장에 재진입하기가 매우 어려웠을 때였다. 이런 상황은 특별기여퇴직연금을 받게 될 것이라는 진 정인의 정당한 기대를 좌절시켰다. 엄격하게 말하자면 그런 기대는 특별퇴직에 대한 접근을 규율하는 기존의 법적 규정들에 근거한 것이 아니었을지 모르지만 그럼에도 그 기대들은 스스로 진정인이 선의로 자신이 특별기여퇴직연금의 요건을 갖추고 있다고 믿게끔 이끌었던 당사국 당국의 행위에 근거를 둔 것이었기 때문에 그 기대는 충족되어야 하는 정당한 기대였다는 것은 사실이다. 이러한 사실 등은 진정인의 사회보장권 침해를 구성한다.

◆ **자발적 제휴 종료의 비례성 결여**

- 17.1 또한 위원회는 에쿠아도르 사회보장청이 피보험자가 6개월 연속해서 기여금 납입을 못하면 자발적 제휴는 종료된다고 규정하고 있는 에쿠아도르 사회보장청 정관 제158조에 따라 진정인의 자발적 제휴가 1989년 8월에 종료되었고, 따라서 미납 된 기여금을 고려하여 1990년 4월에 소급적으로 이루어진 납입과 1995년 2월까지 이루어진 이후의 모든 납입은 무효라고 결 정했다고 본다. 그 진술에서 당사국은 사회보장청의 결정과 사실 발생 당시에 자발적 제휴에 적용될 수 있는 법률을 언급하고 있지만 그 별칙이 어떤 점에서 합리적이고 비례적인지를 설명하지 못한다. 그 별칙의 목적이 사회보장체계의 자원을 보호하는 것—유효하고 정당한 목적이다—이라고 가정하더라도 당사국은 그것이 이 목적을 달성하기 위한 유일한 방법이라는 점을 증명 하지 못했다. 이 점에서 당사국은 기여연금계산에서 기여가 이루어지지 못한 달들(months)을 제외하는 등 진정인의 연금접근 권에 심각하게 영향을 미치지 않는 어떤 대안적 조치도 없었다는 점을 보여주지 못했다. 위원회는 비정규적이라도 금전수입이 있는 독립노동자가 6개월 연속해서 기여금 납입을 할 수 없었다는 이유로 탈퇴당하는 것은 부적합하고 비례성없는 것일 수 있 다고 본다. 더 강력한 이유는, 그런 별칙은 당시에 무급가사노동자였던 진정인에게 비례성을 잃은 것이었다는 점이다.
- 17.2 앞서 언급한 점을 고려할 때 위원회는 당사국이 진정인의 사회보장권을 침해했다고 결론내린다.

◆ **포괄적인 비기여 연금기회 결여의 영향**

- 18. 위에서 언급한 상황은 그 자체로 진정인의 사회보장권 침해를 시사하지만, 이는 당사국이 기여급여를 얻을 수 없는 사람 들을 포괄하는 포괄적인 비기여 노령연금계획을 갖고 있지 않다는 점을 고려하면 당사국의 당국이 그녀에게 노령기에 적절한 생활수준을 보장할 대안적 조치를 제공하지 못했다는 사실에 의하여 악화되고 있다. 그 결과 진정인은 그녀의 정당한 기대를 무시당하여 기여성 연금에 대한 접근을 거부당했던 반면 당사국은 그녀에게 대안으로 어떤 형태의 비기여연금도 제공하지 못 했다.

◆ **사회보장의 측면에서 여성에 대한 차별**

- 19.1 진정인의 사회보장권 침해는 그녀가 인생의 일부를 무급가사노동에 바쳤던 여성이라는 사실과 무관하지 않다. 따라서 위 원회는 그녀가 젠더를 이유로 한 차별적 대우를 받았다는 그녀의 주장을 분석할 것이다.
- 19.2 위원회는 규약이 법률상오로지 사실상오로지 직접적이건 간접적이건 사회보장권의 동등한 향유 또는 행사를 무화하거나 손상시킬 의도나 효과를 가지는 어떤 차별도 금지한다는 점을 상기한다. 위원회는 진정인이 심각한 경제적 상태에 있고 건강 문제를 갖고 있는 노인이고 젠더와 연령 차별의 교차가 그녀를 특히 일반적 사람들과 비교하여 차별에 취약하도록 만든다는 점에 주목한다. 이는 있을 수 있는 차별 문제를 고려할 때 특히 특별하거나 엄격한 심사가 요구된다는 걸 의미한다.
- 19.3 위원회는 그녀가 생활의 대부분을 무급가사노동에 바쳤고 자신의 사회보장권에 접근하는데 있어서 남성들보다 더 큰 장

에 직면했던 여성 세대의 일부라는 취지의 진정한 주장에 주목한다. 그녀는 가정을 돌보는 데 책임을 지는 여성들이 일반적으로 자발적 제휴 체제를 이용했고, 그럼에도 불구하고 이 체제가 대개는 남성인 독립노동자와 전문가를 위해 의도된 것임을 고려하면, 무급가사노동자에게 심각한 제약을 가하는 것이었다고 주장한다. 다른 요건들 가운데서도 무급 여성 가사노동자들은 봉급을 받지 못하고 따라서 대부분 고정된 소득이 있는 그런 사람들과 비교할 때 불리한 지위에 처하게 만드는 것임에도 불구하고 전문가 등 독립노동자들과 동일한 근거로 기여를 해야 했다. 그녀의 경우 그녀가 6개월 연속해서 기여금 납입을 할 수 없었기 때문에 에쿠아도르 사회보장청은 5년 넘는 기여를 무효화했고 실제로 그녀를 퇴직연금 없는 상태로 방치해 버렸다.

- 19.4 위원회는 하나의 진정에서, 중립적 방식으로 규정되었지만 사실상 분명히 남성보다 더 높은 비율의 여성들에게 영향을 줄 수 있는 법규정의 존재를 보여주는 관련 정보가 제시될 때, 그런 상황이 젠더를 이유로 한 간접차별에 해당하지 않는다는 점을 입증하는 것은 국가의 부담이라고 본다. 당사국에 관한 공개적으로 이용할 수 있는 정보에 따르면 노동시장 바깥에 있는 노동연령의 사람들 가운데 전적으로 무급가사돌봄노동에 종사하는 사람들은 거의 전부 여성이다.
- 19.5 이 사건에서 당사국은 그 주장에서 자발적 기여체제는 젠더와 관계없이, 그리고 수행되는 노동의 유형과도 관계없이, 자발성을 토대로 모든 사람에게 개방되어 있어서 모든 사람이 동일한 사회서비스와 혜택을 위한 자격이 있다고 주장하면서, 주로 사건 당시에 적용할 수 있었던 법률의 젠더중립성에 초점을 맞추고 있다. 그러나 당사국은 무급가사노동에 종사하는 여성들의 경우에, 사건 당시에 시행되던 법률에 의해 정해진 바와 같이 자발적 제휴를 위한 자격요건 또는 지속된 제휴를 위한 조건들의 상당성과 비례성에 관한 충분한 상세사항을 제공하지 못했다. 당사국은 자발적 제휴의 요건들과 조건들이 간접차별을 구성하지 않는다는 점을 증명하지 못했다. 위원회는 앞의 단락에서 그 결론을 언급하고 이런 별칙은 소득을 받는 사람들에게는 문제가 있는 정도의 것인 반면 진정한 경우처럼 무급가사노동에 종사하기 때문에 아무런 개인적 월소득이 없고 심지어 비정기적 소득도 없는 여성들에게는 대단히 파괴적일 수 있다는 견해를 갖고 있다.
- 19.6 따라서 앞서 언급한 고려들에 비추어 그리고 진정한 차별주장을 반박하는 당사국의 충분한 설명이 부재한 상태에서, 위원회는 진정한 제휴와 기여가 무효라고 결정된 근거가 되었던, 무급여성가사노동자로서 진정한에게 부과된 자발적 제휴의 조건들은 차별적 대우를 구성했다고 판단한다.

<결론 및 권고>

- 20. 제공된 모든 정보와 사건의 특별한 상황에 비추어 위원회는 진정한의 특별퇴직요구를 거절한 에쿠아도르 사회보장청의 결정은 규약 제9조 위반을 구성하고, 진정한의 제휴와 기여가 무효라고 결정된 근거가 되었던 무급가사노동자로서 진정한에게 부과된 자발적 제휴의 조건들은 그녀의 사회보장권과 관련하여 차별적 대우를 구성한다고 판단한다.
- 21. 선택의정서 제9조 1항에 따라 행동하면서 위원회는 당사국이 규약 제9조 및 규약 제9조와 함께 독해할 때 제2조 2항 및 제3조에 따른 진정한의 권리를 침해했다는 의견이다. 이 진정에 포함된 견해에 비추어 위원회는 당사국에 다음 사항을 권고한다.

◆ 진정한과 관련한 권고

- 22. 당사국은 진정한에게 다음에 의한 경우를 포함하는 효과적인 구제를 제공할 의무가 있다. (a) 진정한에게 그녀가 에쿠아도르 사회보장청에 대해서 납부한 기여금을 고려하여 그녀가 연금권의 일부로서 받을 자격이 있는 급여를 제공하거나 대안적으로 이 견해에서 확립된 기준들을 염두에 두면서 그녀에게 적절하고 품위있는 수준의 생활을 하도록 할 수 있는 그에 상응하는 다른 사회보장급여를 제공하는 것, (b) 진정한에게 그녀가 사회보장권을 거부당한 기간 동안 겪었던 침해와 그러한 침해와 직접 관련된 기타 해악들에 대한 적절한 배상을 지급하는 것, 그리고 (c) 이 진정의 처리과정에서 발생한 것에 상응하는 법적 비용을 진정한에게 보전하는 것.

◆ 일반 권고

- 23. 위원회는 개인진정의 맥락에서 권고되는 구제들이 재발방지 보장을 포함할 수 있다고 판단하고 당사국이 장래에 유사한 침해를 방지할 의무가 있음을 상기한다. 위원회는 당사국이 그 법률과 법률의 집행이 규약에서 정해진 의무와 합치하도록 보장해야 한다고 판단한다. 특히 2015년 4월 20일 ‘노동정의와 가장에서 노동의 인정에 관한 조직법’에 의해 도입된 사회보장개혁을 침해하지 않으면서 당사국은 다음과 같은 의무를 진다.
 - (a) 모든 제휴자들에게, 퇴직연금이나 장래퇴직연금 등 자신의 사회보장권에 관한 정보를 요구하고 구하며 수령할 권리를 보장할 적절한 입법적 및/또는 행정적 조치를 채택할 의무
 - (b) 에쿠아도르 사회보장청이나 제휴자의 기여금과 퇴직연금 등 사회보장체계 운영을 책임지는 기타의 다른 기관들이 제휴자/

수혜자들에게 무엇보다도 그들의 기여금의 유효성과 제휴지위에 대한 변화에 관한 시의적절하고 적합한 정보를 제공하도록 보장하는데 필요한 조치를 취할 의무.

- (c) 에쿠아도르 사회보장청이나 기타 사회보장체계 운영을 책임지고 있는 다른 기관들의 제휴자들에게 부과되는 벌칙들이 비례적이고 퇴직연금 획득에 실제로 장애가 되지 않도록 보장하기 위하여 입법적 성격의 조치 등 필요한 조치를 취할 의무
- (d) 에쿠아도르 사회보장청 또는 사회보장체계 운영에 책임을 지는 기타 기관들의 제휴자들에게 사회보장권 침해에 대한 적합하고 시의적절한 행정적 및 사법적 구제를 제공할 의무
- (e) 무급가사노동에 종사하는 여성들이 사회보장계획에 기여할수 없도록 하는 요인들을 제거하기 위한 조치 등 실제로 남녀가 평등의 토대 위에서 사회보장권을 향유하도록 보장할 적절한 특별 입법 및/또는 행정조치를 취할 의무
- (f) 위에서 위원회가 제시한 견해에 비추어 상당한 기간 내에, 가용자원을 최대한 이용하여 포괄적이고 완전한 비기여금여계획을 정식화할 의무.

- 24. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 임시절차규칙 제18조 1항에 따라서 당사국은 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면답변을 6개월 내에 위원회에 제출해야 한다. 또한 당사국은 위원회의 견해를 공표하고 그 견해가 인구의 모든 부문에 도달할 수 있도록 접근가능한 형식으로 널리 배포해야 한다.

(5) *S.C. and G.P. v. Italy* (2019)⁶²⁶⁾

<진정의 경과>

- 사건번호: 22/2017
- 진정인: 1969년 이탈리아 국적의 여성 S.C. 와 1978년 이탈리아 국적의 남성 G.P.
- 당사국: 이탈리아
- 진정제기일: 2017. 3. 20.
- 견해채택일: 2019. 3. 7.
- 주제: 체외 수정 규제
- 절차적 쟁점: 시간적 관할권, 국내구제절차 경유, 피해자의 지위
- 실체적 쟁점: 성적 건강 및 재생산 건강에 대한 권리와 충분한 정보에 입각한 동의
- 관련 조항: 규약 제3조, 제10조, 제12조 및 제15조, 의정서 제3조 2항 (b), (d), (e)

<의의>

- 여성의 자궁에 배아를 이식하는 데 대한 동의를 철회하지 못하도록 한 것이 건강권 침해를 구성한다고 판시한 사건.

<진정 취지>

- 3.1 진정인들은 당사국이 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 향유할 규약 제15조 1항(b)가 보장하는 자신들의 권리를 침해했다고 주장한다. 배아에 관한 연구를 금지함으로써, 법률 40/2004는 과학적 진보에 개입하여 다양한 질병의 치료를 위한 연구를 둔화시켰고, 이는 과학적 진보와 그 응용의 혜택을 누릴 자신들의 권리를 침해한 것이라고 진정인은 주장한다.
- 3.2 또한 진정인들은 이러한 금지는 과학적 연구에 참여할 권리도 침해했다고 주장한다. 이에 관하여 진정인들은 법률 40/2004는 유전질환에 감염된 배아의 기증을 통해 과학적 연구에 그들이 참여하지 못하게 했다고 주장한다. 배아연구 금지의 누적적 효과와 수태전 유전진단 금지의 위헌성은 유전질환에 의해 감염된 배아들은 이식이 이루어질 수 없어, 과학적 연구를 위해 이용될 수 없고, 처분될 수도 없는 상황을 만들어냈다. 당사국에서는 배아의 파괴를 통하여 해외에서 생성된 줄기세포라인들을 이용하는 과학적 연구는 합법적인데, 이는 모순적 상황을 만들어낸다. 진정인들은 배아연구의 효과성은 이용가능한 배아의 성격과 분량 양자에 달려있다고 주장한다. 배아연구의 금지는 그것이 과학적이지 않은 배아 관념을 근거로 한 것이어서 자의적이다. 과학적 연구에 따르면 배아는 수정 후 10-12일 사이에 형성되는데 반하여, 이탈리아 법률에서는 배아는 수정일 부터 존재한다고 여겨지고 있다. 진정인들은 인간배아는 줄기세포 생산을 위하여 널리 이용되고 있고, 줄기세포는 당뇨병, 알츠하이머병, 파킨슨병, 암가 심장질환 등 생명을 위협하는 질병들에 관한 과학적 연구에 필수적이라고 설명한다. 줄기세포연구의 거대한 잠재력은 아직 완전히 실현되지 못한 상태이다. 진정인들은 *Parrillo v. Italy*사건에서 유럽인권재판소가 배아의 운

626) Communication No. 22/2017, E/C.12/65/D/22/2017, <https://digitallibrary.un.org/record/3994154/files/E_C.12_65_D_22_2017-EN.pdf?ln=en>.

명에 관한 선택권을 행사할 신청인의 능력은 그의 개인적 삶의 은밀한 한 측면과 관련되고 자기결정권과 관련되어 있다고 인정했다. 즉 법률 40/2004의 적용은 신청인의 사생활권에 대한 간섭을 야기하는 것으로 여겨졌다. 나아가 스페인어 및 프랑스어판 세계인권선언은 과학적 진보와 그 혜택에 “참여”(“participar” or “participer” (take part))할 권리를 보장한다. 규약에서 문언은 다소 다르지만, 진정인들은 세계인권선언에 비추어, 그리고 규약 제15조 2항과 제15조 3항의 조항들을 고려하여 전체론적으로 해석되어야 한다고 주장한다. 이런 점을 고려해서 진정인들은 규약이 과학적 연구에 참여할 모든 사람의 권리를 보호한다고 주장한다..

- 3.3 또한 진정인들은 법률 40/2004는 이 연구의 결과가 둔화되는 것을 자신들이 겪도록 하기 때문에 과학적 진보의 혜택을 향유할 자신들의 권리도 침해한다고 생각한다. S.C.는 무증상의 유전성 다발성 골연골종의 보균자이고 진정인들이 생산한 배아의 9/10는 이 유전질환에 감염되었거나 시험될 수 없는 것이었다. 유전성 다발성 골연골종의 치료법이 발견되지 않는 한, 그들이 아이를 가질 기회는 희박하다. S.C.에게는 또한 그 질병에 감염된 가족 구성원들이 있다. 그럼에도 불구하고 진정인들은 감염된 배아를 과학적 연구에 기증함으로써 과학적 연구에 기여하는 것이 금지되고 있다.
- 3.4 나아가 진정인들은 규약 제15조 2항에 따른 자신들의 권리도 침해되었다고 주장한다. 이에 관하여 그들은 법률 40/2004가 당사국이 과학을 발전시키고 과학적 발전을 전파할 의무를 이행하지 못하도록 하고 있다고 주장한다. 인간배아연구의 금지는 과학자들이 줄기세포에 관한 연구의 잠재력을 실현시키는 것을 더 어렵게 만들고 과학공동체와 사회 일반에 과학적 지식과 응용례를 전파하는 것을 방해한다. 진정인들은 *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica* 사건에서 미주인권법원이 과학적 진보의 혜택을 향유할 권리는 사생활권과 가족을 창립할 재생산 자유의 권리를 행사하기 위하여 필요한 의학기술에 접근하는 것을 포함한다고 판결했다는 점을 지적한다.
- 3.5 진정인들은 당사국이 정당한 목적도 없이 배아연구를 차단하기 때문에 규약 제15조 3항 역시 당사국에 의해 위반되었다고 주장한다. 연구의 자유가 절대적인 것은 아니지만, 진정인들은 그 자유는 오로지 다른 권리들을 보호하기 위해서만 제한될 수 있고, 현재의 사건에서 관련된 배아들은 결코 성장할 수 없을 것이고 영원히 냉동상태로 방치될 것이기 때문에 보호되어야 할 충돌하는 권리도 없다고 주장한다.
- 3.6 법률 40/2004는 적절한 신체적 및 정신적 건강을 보장할 수 없기 때문에 당사국은 규약 제12조, 특히 제12조 1항과 12조 2항(c)와 (d)에 따라 보장된 건강권을 침해했다. 첫째, 법률 40/2004는 자의적이며 연구 금지는 이용가능한 배아와 이용불가능한 배아를 구분하지 않기 때문에 합리적이거나 정당하지 않은 제한을 도입하고 있는 것이다. 법률 40/2004는 헌법재판소의 계속되는 결정들이 있는 후 수년에 걸쳐 점점 더 비논리적인 것이 되었고 그 결과 병원과 의사들이 적용가능한 법률을 명확히 이해할 수 없게 되었으며 이는 다시 재생산권에 관한 정보에 접근할 진정인들의 권리를 침해하는 결과로 이어졌다. *S.H. and others v. Austria* 사건에서 유럽인권재판소는 인공재생산치료는 계약국들이 끊임없이 그 입법을 재검토해야 하는 영역이라고 판시했다. 이탈리아는 이 문제에 관한 그 법률을 개발하고 적용시키지 못했다. 이는 또한 이탈리아 헌법재판소의 2016년 3월 22일 판결에서도 지적되었다.
- 3.7 둘째, 그 법률은 배아들이 이식될 수 없도록 하는 유전질환에 의해 감염된 경우에도 배아에 관한 과학적 연구를 금지한다. 셋째, 그 법률은 유전성 다발성 골연골종, 기타 이식가능한 유전질환과 줄기세포에 관한 과학적 연구를 저해한다. 진정인들은 그 결과 유전성 다발성 골연골종의 치료법이 발견되지 않는한 그들은 재차 임신을 시도할 수도 없기 때문에 그들의 건강권이 침해되고 있다고 지적한다.
- 3.8 넷째, 그 법률은 배아의 자궁이식에 대한 동의가 수정 이후에 철회될 수 있는지를 명시하지 않는다. 이에 관하여 진정인들은 S.C.가 자신의 의지에 반하여 배아가 자궁에 이식되는 것을 감내해야 하고 자신의 동의를 철회할 기회를 갖지 못할 때 그의 건강권이 침해된다고 생각한다. 당사국이 우려하는 것이, 동의 철회가 과학적 연구를 위한 배아생산의 금지를 제약하는데 이용될 수 있다는 것이라면, 한 사람이 배아를 기증할 수 있는 빈도나 기증될 수 있는 배아의 총수를 제한하는 등 덜 제한적인 방법들이 있다. 배아의 이식은 유산으로 이어졌고, 이는 장기적인 신체적 및 심리적 부작용을 야기한다. 진정인들은 도달가능한 최고수준의 건강의 권리에 관한 사회권위원회의 일반논평 제14호에 따르면, 모든 사람의 건강권을 존중할 의무는 국가가 “모든 사람들을 위한 동등한 접근을 부인 또는 제한”하는 것을 삼갈 것을 요구한다. 그리고 이는 “강제적인 의학적 치료를 적용하는 것”과 의도적으로 “피임약 기타 성적 및 재생산 건강을 유지하는 수단에 대한 접근을 제한하는 것”을 삼가는 것을 포함한다. 진정인들은 이식에 대한 동의가 수정 후에 철회될 수 있는지 여부에 관한 이러한 불확실성은 다시 임신을 시도하지 못하게 만들었고 그 결과 그들의 건강권 특히 재생산건강권을 침해했다.
- 3.9 마지막으로 적용가능한 법률은 전술한 단락 3.3과 3.4에서 언급한 이유로, 규약 제12조 2항(c)와 (d)가 명령하는 “전염병, 풍토병, 직업병 기타 질병의 예방, 치료 및 통제”를 위한 조치와, “질병 발생시 모든 의료서비스와 의학적 관심에 보장되어야 할 조건들의 창출”을 위하여 필요한 조치를 취할 의무를 위반하고 있다.

- 3.10 진정인들은 이탈리아가 하나의 가족으로서 진정인들은 물론 유사한 상황에 있거나 있게 될 이탈리아의 다른 부부들에게도 가능한 가장 폭넓은 보호와 지원을 제공하지 못했기 때문에 규약 제10조도 위반했다고 주장한다. 진정인들은 건강한 아이를 임신하기 위하여 체외수정치료를 시도할 의향을 갖고 있지만, 이는 수태전 유전검사에서 새로 생성된 배아가 생존가능하다는 것이 확인된 경우에만 가능하다. 법률 40/2004가 이식동이가 수정 후 철회될 수 있는지에 관하여 침묵하고 있고, 헌법재판소가 그 문제에 관하여 판단을 한 적이 없기 때문에, 진정인들은 다시 임신을 시도하지 못하게 된다. 나아가 진정인들은 한 여성이 객관적인 기준을 근거로 “성공 가능성이 낮을” 것으로 보이는 배아의 자궁 이식을 거부할 수 없다면, 그리고 그녀가 유산의 높은 위험을 부담하기를 원하지 않는다면, 그러면 그녀는 자기가 가질 아이의 수, 태울 및 시기를 자유롭게 결정할 수도 없다고 주장한다. 체외수정 후의 배아이식에 대한 동의철회 문제에 관한 당사국의 계속되는 침묵은 S.C.는 물론 유사한 상황에 있는 모든 여성의, 가족을 창립할지 여부와 시기 및 방법을 선택할 권리를 침해하는 것이다.
- 3.11 배상에 관하여, 진정인들은 당사국에게 법률 40/2004를 당사국이 약속했던 모든 국제인권규약들과, 이탈리아 헌법재판소, 유럽인권재판소와 사회권위원회의 모든 관련 결정들을 고려하는 새로운 법률로 대체하는 등 재발방지를 보장하기 위한 조치를 취할 것을 요구한다. 대안으로서 진정인들은 법률 40/2004의 일부 규정들을 재발방지를 보장하도록 개정해야 한다는 것도 고려한다. 제13조와 제14.1조는 체외수정 후 14일까지 또는 배아들이 유전질환에 의해 감염되었거나 달리 자궁에 이식할 수 없는 경우에는 배반포(blastocysts) 및 배아에 관한 연구 및 실험을 허용하는, 배아에 대한 정의규정을 포함해야 한다. 제6조는 배아의 자궁이식에 대한 동의를 철회될 수 있다는 것을 명시해야 한다. 마지막으로 진정인들은 신체적, 심리적 및 도덕적 고통에 대한 배상과 법률비용의 보전을 요구한다.

<위원회의 허용가능성 판단>

- 6.2 위원회는 당사국이 진정의 허용가능성에 관하여 이의를 제기하지 않았음을 인정한다. 그럼에도 불구하고 위원회는 그 점에 관하여 다양한 요소들을 명확히 할 필요가 있다고 생각한다.
- 6.3 위원회는 진정인들이 재생산지원센터 및 당사국을 상대로 플로렌스법원에 민사소송을 제기했고, 이 법원은 사안을 헌법재판소에 이송했다. 헌법재판소는 그 문제에 관하여 2016년 3월 22일 선고를 했다. 위원회는 헌법재판소의 결정에는 불복할 수 없다는 점을 인정한다. 위원회는 진정인들이 선택의정서 제3조 1항에 따라 국내구제절차를 경유했다고 결론내린다.
- 6.4 선택의정서는 당사국에서 2015년 2월 20일에 시행되었다. 선택의정서 제3조 2항(b)에 따라서 위원회는 진정의 대상인 사실이 관련 당사국에 대해 선택의정서의 효력 발생 이전에 발생했을 때에는 그러한 사실들이 그 날 이후 계속된 것이 아닌 한 진정을 허용되지 않는다고 선언해야 한다. 다른 인권조약들은 유사한 시간적 관할 규정을 두고 있고, 다양한 해석을 산출했다. 그러므로 위원회는 이러한 허용가능성 조건의 의미를 명확히 하는 것이 유용하다고 생각한다.
- 6.5 위원회는 진정이 선택의정서 제3조 2항(b)에 규정된 허용가능성 기준을 충족하는지 여부를 결정하기 위하여 규약 위반에 해당한다고 주장하는 사실들과 그러한 사실로부터 도출되는 결과 또는 효과들을 구분하는 것이 필요하다는 점에 주목한다. 위원회가 지적했듯이 규약 위반을 구성할 수 있는 행위는 그 효과나 결과가 시간적으로 연장된다는 이유만으로는 지속적 성격을 갖는 것이 아니다. 그러므로 규약 위반을 구성하는 사실들이 관련 당사국에 대해 선택의정서의 발효 전에 발생한 때에는 그 효과나 효과가 발효 이후에도 소멸되지 않았다는 사실만으로는 시간적 관할상 진정이 허용가능하다고 선언하기에 충분한 근거는 아니다. 주장되는 침해는 야기한 행위들과 그것의 계속되는 결과 또는 효과를 구분하지 않는다면, 선택의정서에서 규정된 시간적 관할이라는 허용가능성 기준들은 개인진정을 심리할 위원회의 권한과 관련하여 사실상 상관없는 것이 될 것이다.
- 6.6 선택의정서 제3조 2항(b)의 목적상 사실들은 당사국의 책임으로 돌릴 수 있고 주장되는 규약 위반을 야기했을 수 있는 일련의 사건들, 작위 또는 부작위들이다. 위원회가 과거의 견해들에서 지적해 왔듯이 국내기관들의 사법적 또는 행정적 결정들 역시 그것들이 당시에 시행 중인 법률에 따라 위반을 야기한 최초의 사건, 작위 또는 부작위와 직접 관련된 절차의 결과일 때에는 사실의 일부로 여겨질 수 있다. 이들 절차가 관련 당사국에 대해 선택의정서가 발효된 이후에 발생하는 때에는 제3조 2항(b)에 규정된 허용가능성 요건이 진정이 허용가능하다고 인정될 수 없게 하지는 않는다. 실제로 피해자가 이들 구제를 행사하는 경우 국내기관은 문제의 침해를 종식시키고 회복을 제공할 기회를 제공받았다.
- 6.7 위원회는 진정인들에 의해 제기된 모든 주장들이 두 가지 사실들, 즉 첫째, 진정인들의 배아가 그녀의 동의없이 S.C.의 자궁에 이식된 것, 그리고 둘째, 병원이 배아들이 과학적 연구 목적으로 이용되도록 기증될 수 있도록 배아를 넘겨주기를 거부한 것과 관련되어 있다는 점에 주목한다.
- 6.8 배아를 그녀의 자궁에 이식한 것에 대한 S.C.의 동의 철회를 받아들이지 않음에 관하여 진정인이 그 이식과 그녀가 겪은 유산의 결과를 계속 겪고 있다는 사실이 그 자체로 이 이식이 그 즉각적인(instantaneous) 성격을 상실하도록 만들지는 않는다. 그러나 위원회는 2016년 3월 22일 결정에서 헌법재판소가 S.C.의 의사에 반하여 그녀의 자궁에 대한 배아 이식과

관련한 진정인의 민사소송을 합헌성의 문제를 통하여 다루었다는 데 주목한다. 위의 단락에서 소환된 규칙에 따라서 위원회는 헌법재판소의 결정이 2015년 2월 20일 선택의정서가 발효된 후에 선고되었다는 점에 주목한다. 그 결과 S.C.가 명확하게 병원의 의사들에게 자신의 동의를 철회한다고 표현했던 바람에도 불구하고 그녀의 자궁에 배아를 이식한 결과와 관련된 주장들은 시간적 관할의 점에서 허용할 수 있다.

- 6.9 병원이 배아를 넘겨주기를 거부한 것에 관하여 위원회는 병원이 아직도 이들 배아를 보유하고 있고 진정인들은 아직도 그 배아들을 과학적 연구를 위하여 기증할 의도를 가지고 있다는 점에 주목한다. 배아를 넘겨주기를 거부한 것은 언제든지 포기될 수 있고 따라서 그렇게 하기를 거부하는 것은 지속적인 성격을 가진다. 그러므로 이 점에 관한 모든 주장들은 위원회의 시간적 관할권의 범위 내에 속한다고 여겨져야 한다.
- 6.10 그러므로 위원회는 진정인들의 주장이 선택의정서 제3조 2항(b)에 따라 허용될 수 없다고 여겨질 수는 없다고 생각한다.
- 6.11 위원회는 진정인들이 매우 다른 법적 근거로 두 가지 상이한 주장들을 제기한다는 점에 주목한다. 첫 번째 주장은 여성이 자신의 의사에 반하여 자신의 자궁에 착상가능성이 낮은 배아가 이식되도록 강제되었기 때문에 그들의 건강권이 침해되었고, 그 결과 그녀가 유산을 겪게 되었다는 것이다. 그들은 또한 이식에 대한 동의가 수정 후에 철회될 수 있는지 여부에 관하여 법률이 만든 불확실성이 그들로 하여금 체외수정절차를 통하여 재차 임신을 하려는 시도를 하지 못하게 하고 따라서 그들의 건강권과 가족을 구성할 권리를 침해한다고도 주장한다. 이 주장과 관련하여 위원회는 진정인들이 선택의정서 제3조 2항(e)에 따라, 규약에 규정된 권리 침해의 희생자일 수 있다는 점을 충분히 입증했다고 판단한다.
- 6.12 진정인들의 두 번째 주장은 그들의 배아 9개가 과학적 연구에 넘겨지는 것에 관한 금지와 관련되어 있다. 그들은 이 금지가 과학적 진보의 혜택을 향유할 자신들의 권리를 침해하고 규약 제15조에 따른 연구의 자유와 제12조 2항(c)와 (d)에 따른 건강권을 제약한다고 주장한다.
- 6.13 위원회는 이 두 번째 주장은 허용될 수 없다고 판단하는데 진정인들이 그들이 배아를 과학적 연구에 기증할 수 없게 금지된 결과로 규약에 규정된 자신들의 권리 침해의 피해자라고 주장할 수 있다는 점을 충분히 입증하지 못했기 때문이다. 그 이유는 다음 단락에 포함되어 있다.
- 6.14 선택의정서 제2조는 진정의 제기를 위한 제소권을 규약상 권리의 침해의 현실적 또는 잠재적 피해자에 한정하고 있다. 위원회는 진정을 추상적으로 검토할 수는 없다. 위원회는 당사국의 작위 또는 부작위가 진정인에게 영향을 미친 경우가 아닌 한 그런 작위 또는 부작위가 규약과 양립할 수 있는지 여부를 평가할 수 없다. 선택의정서는 피해자로 여겨질 수 있다고 주장할 수 있는 사람들 외의 사람들이 위원회에 추상적으로 당사국의 어떤 법률이나 정책이 규약과 양립가능한지를 분석하도록 요구하는 것을 허용하게 될 민중소송(*actio popularis*)을 규정하지 않고 있다. 문제되는 권리 침해의 현실적 또는 잠재적 피해자로서의 지위를 입증할 부담은 진정인들에게 있다. 이 요건을 충족하지 못하면 진정은 허용될 수 없다고 여겨지게 된다.
- 6.15 위원회는 진정들이 모든 경우에 국제인권법 훈련을 받은 변호인들이나 법률가들에 의해 대리되는 진정인들에 의해 제기될 수는 없다는 점을 이해하고 있다. 그러므로 허용가능성 요건들은 유연한 방식으로 해석되어야 하고 위원회에 진정을 제기하는데 장애물을 만드는 것을 피하기 위하여 불필요한 기술적 요건을 부과하는 결과를 초래하지 않아야 한다. 그러나 위원회가 진정의 본안에 들어가기 위해서는 적어도 일응은, 진정인들이 규약에 규정된 권리 침해의 현실적 또는 잠재적 피해자일 수도 있다는 점을 보여주는 사실과 주장이 제시될 필요는 있다.
- 6.16 위원회는 법률 40/2004가 그들이 과학에 배아를 기증하지 못하게 함으로써 무증상 보균자인 S.C.의 질병인 유전적 다중 골연골종(*hereditary multiple osteochondromas*)에 관한 연구를 “늦추기” 때문에 규약 제12조 2항(c)와 (d) 및 제15조에 따른 권리를 침해한다는 진정인들의 주장에 주목한다. 또한 진정인들은 가족 구성원 중 일부가 이 질병을 앓고 있고 이들 배아에 관하여 연구가 진행되면 혜택을 받을 수도 있다고 주장한다. 따라서 진정인들의 주장은 이들 특정 배아들의 기증은 이 질병에 대한 완치나 더 나은 치료를 허용하게 될 유전적 다중 골연골종 연구에 명확한 영향을 주거나, S.C.와 같은 무증상 보균자에 의한 유전적 전염을 피할 수 있도록 할 것이기 때문에, 그들에게 직접적인 혜택을 줄 것이라는 것이다. 진정인들이 이들 특정 배아의 기증과 그들에게 개인적으로 혜택이 될 그 질병에 대한 더 나은 치료법의 개발 또는 그 유전적 전염가능성의 감소 사이에 개연성 있는 또는 적어도 상당한 연결이 있다는 충분한 증거를 제공했다면, 그들의 주장은 허용될 수 있었을 것이다. 그러나 청원은 이 연결의 존재를 증명하지 못한다. 배아나 줄기세포에 관한 연구가 의학이나 알츠하이머 병 등 일정한 질병의 치료법 진전을 위해 가져올 수 있는 가능성을 보여주는 데 있어서 제출된 자료는 매우 상세하였다. 그러나 청원이 이들 구체적 배아의 기증이 유전성 다중 골연골종과 관련하여 진정인들에게 어떤 구체적 혜택을 만들어낼 것이라는 어떤 최소수준의 증거도 제공하지 못한다. 심지어 배아들이 이들 질병에 관한 연구에서 이용될 것인지조차도 전혀 분명하지 않다. 따라서 진정인들을 위한 혜택에 관한 주장은 사변적인 것에 머물고 있다. 그 결과 위원회는 이 첫 번째 논변은 과학적 연구에 대한 배아기증의 금지와 관련된 주장을 충분히 입증하기에 충분하지 않다고 결론내린다.

- 6.17 진정인들이 자신들의 주장을 뒷받침하기 위하여 제안한 두 번째 논변은 사실 과학적 연구가 그들에게 직접적 혜택을 줄 유의미한 가능성이 없다고 하더라도 그들은 과학적 연구 일반에 배아를 기증하고 싶다는 것을 인정하는 것이다. 따라서 그들은 법률 40/2004에 의해 부과된, 그들의 배아기증가능성에 관한 제약은 그들이 규약의 일부라고 여기는 과학적 연구에 참여할 권리를 침해하는 것이라고 주장한다. 위원회가 이 사안에 관하여 규약이 모든 사람이 과학적 연구에 참여할 권리를 구체화하고 있는지 여부와 그 정도를 분석할 필요는 없다. 어쨌든 그들이 진정으로 과학적 노력에 참여할 의향이 있다는 점을 보여 줄 입증책임은 진정인들에게 있다. 그러나 진정인들은 단순히 다른 사람들이 과학적 연구를 수행할 수 있도록 그들이 자신들의 배아를 과학에 기증하고 싶다고 주장할 뿐이므로, 이 주장을 진정인들은 증명하지 못했다. 청원은 배아에 관한 연구의 성격과 과학에 대한 있을 수 있는 영향에 관하여 상세히 설명하고 있고 과학에 참여할 규약상 권리의 존재를 방어하기 위한 법적 주장을 개발하고 있다. 그러나 진정인들은 배아의 기증이 실제로 과학적 연구에 대한 참여형태라는 점을 어떤 유의미한 방식으로 증명하지는 못하고 있다. 위원회는 이 두 번째 논변 역시 진정인들의 배아 기증 금지가 그들의 규약상 권리를 침해했다는 그 주장들을 충분히 입증하지 못하고 있다고 결론내린다.
- 6.18 배아기증에 관한 금지와 관련된 진정인들의 세 번째 논변은 법률 40/2004에 의하여 부과된 제약이 “과학적 연구를 위하여 불가결한 자유를 존중”할 당사국의 의무를 위반하고 따라서 규약 제15조 3항을 위반하는 것이기 때문에 연구의 자유가 침해되었다는 것이다. 그러나 진정인들은 그들이 스스로 어떤 과학적 연구를 수행할 의도가 있다고 주장한 적은 없고, 또 실제로 그들이 연구의 자유 침해의 피해자일 수 있다고 주장하고 있지도 않다. 그 점에 관하여 진정인들은 그들의 의도는 위원회가 추상적으로 법률 40/2004에 의해 규정된 제한들이 규약에 합치하는지 여부를 평가하라는 것이었고 그것은 선택의정서에 따른 위원회의 권한을 넘어서는 것이기 때문에, 진정인들은 피해자 또는 잠재적 피해자의 지위를 가지고 있지 않다.
- 6.19 위에서 언급한 이유들에 따라 위원회는 진정인들이 배아기증의 금지와 관련한 그들 주장과 관련된 첫 번째 두 논변을 충분히 입증하지 못했다고 결론내린다. 또한 위원회는 진정인들이 배아기증 금지에 관한 그들의 세 번째 논변과 관련된 진정에서 주장을 펼치기 위하여 요구될 피해자의 지위를 갖지도 못한다고 판단한다. 따라서 위원회는, 배아기증의 금지가 규약 제15조에 따른 진정인들의 권리를 침해했다는 주장과 관련하여, 선택의정서 제2조와 제3조 2항(e)에 따라 진정은 허용될 수 없다고 선언한다.
- 6.20 위원회는 진정의 나머지 부분은 선택의정서에 규정된 허용가능성 요건을 충족하고 따라서 규약 제10조 및 제12조에 따른 나머지 주장들은 허용될 수 있다고 선언하고 본안 심리로 들어가기로 한다.

<위원회의 본안 판단>

◆ 사실과 쟁점

- 7.1 위원회는 위원회에 제공된 모든 정보를 고려하여 선택의정서 제8조의 규정에 따라 이 진정을 심리하였다.
- 7.2 진정인들은 그들이 두 가지의 체외수정 순환을 시작했다고 주장한다. 첫 번째는 유전성 다중 골연골증에 감염된 3개의 배아에 대한 것이었고, 따라서 그것은 S.C.의 자궁에 이식되지 않았고, 10개의 배아에 대한 두 번째는 그중 하나만이 유전성 다중골연골증에 감염되지 않은 것으로 결정되었지만 “평균적 품질”, 즉 착상이 될 가능성이 낮은 것으로 평가되었다. S.C.는 “평균적 품질”의 배아가 자신의 자궁에 이식되는 것을 거절했지만 그녀는 자궁에 배아가 이식되는 것을 취소할 수 없다는 통지를 받았고 이렇게 되는 것을 거부할 경우 소송을 당할 것이라는 위협을 받았다. 제소 위협 때문에 S.C.는 배아 이식이 되는 것을 동의하도록 강요받는다고 느꼈지만 그 뒤에 그녀는 유산을 하게 되었다. 다른 아홉 개의 배아들은 저온보존되었다(cryopreserved). 위원회는 당사국이 제시된 사실들에 관한 진정인의 설명에 이의를 제기하지 않는다는 점에 주목한다.
- 7.3 진정인들은 S.C.의 의사에 반하여 그녀의 자궁에 배아를 이식하는 것은 도달 가능한 최고수준의 건강에 대한 권리 침해라고 주장한다. 그들은 나아가 여성이 배아이식에 대한 자신의 동의를 철회할 권리에 관한 현재의 규정들의 명확성 결여 때문에 생겨난 불확실성은 그들이 체외수정절차를 통하여 다시 임신을 시도할 수 없게 만들기 때문에 규약 제10조와 제12조에 따른 그들의 권리를 침해한다고 주장한다.
- 7.4 관련된 사실과 진정인들에 의해 제시된 주장들에 관한 위원회의 결론에 비추어볼 때 진정은 두 가지 중심적인 문제를 제기한다. 즉 S.C.의 자궁에 그녀의 동의없이 배아를 이식하는 것이 그녀의 건강권 침해인지 여부와 배아이식에 대한 동의가 수정 후 철회될 수 있는지에 관한 법률에 의해 만들어진 불확실성이 규약 제12조에 따른 도달가능한 최고수준의 건강에 대한 진정인들의 권리와 제10조에 따른 가족의 보호에 대한 권리 침해를 구성하는지 여부가 그것이다. 이들 기본적인 법적 문제들은 두 가지 다른 문제들, 즉 (a) 도달가능한 최고수준의 건강권의 범위와 그것의 젠더평등과의 관계, (b) 규약 제12조에 대한 허용되는 제한은 무엇인가 라는 문제들에 대한 사전 조사를 필요로 한다.

◆ **재생산 건강 접근권과 젠더**

- 8.1 위원회는 “성적 건강 및 재생산 건강에 대한 권리 역시 다른 인권과 불가분적이고 상호의존적이다. 그것은 생명권, 개인의 자유와 안전, 고문 기타 잔인하고 비인간적이거나 모욕적인 대우로부터의 자유 등 개인의 신체적 및 정신적 완전성과 그 자율성을 핵심으로 하는 시민적 정치적 권리와 밀접하게 연결되어 있다.”는 점을 상기한다. 또한 위원회는 “성적 건강 및 재생산 건강에 대한 권리는 일련의 자유와 권리를 수반한다. 그 자유는 개인의 신체와 성적 및 재생산 건강과 관련된 문제에 관하여 폭력, 강압과 차별 없이 자유롭고 책임있는 결정과 선택을 할 권리를 포함한다.”는 점도 상기한다. 이에 더하여 “국가가 법률, 정책 또는 행동을 통하여 성적 건강 및 재생산 건강에 대한 권리를 저해할 때에는 존중할 의무의 침해가 발생한다. 그러한 침해는 자신의 신체와 이 점에 관하여 자유롭고 정보에 입각한 책임있는 결정을 내릴 능력을 통제할 개인의 자유에 대한 국가의 간섭을 포함한다 ... 강제 불임이나 의무적 HIV/AIDS, 처녀성 검사 또는 임신 검사 등 비자발적인, 강압적이거나 강요된 의료 개입을 규정하는 법률과 정책들 역시 존중할 의무를 침해한다.”
- 8.2 위원회는 실제로 진정인들이 S.C.의 재생산 건강 및 신체적 완전성에 대한 권리와 관련된 진정인들의 구체적 주장들을 별도로 검토하는 것이 필요하다고 본다. 그 점에 관하여 위원회는 다음과 같은 점을 상기한다. “일생동안 여성들이 겪는 체계적 차별과 폭력의 경험은 성적 건강 및 재생산 건강에 대한 권리에서 젠더평등의 개념에 대한 포괄적 이해를 요구한다. 규약 제2조 2항에서 보장된 바와 같이 성별을 근거로 한 차별금지와 제3조에 보장된 여성의 평등은 직접차별뿐만 아니라 간접차별의 제거도 요구하며 형식적 평등뿐만 아니라 실질적 평등에 대한 보장을 요구한다. 외관상 중립적인 법률, 정책 및 관행들이 이미 존재하고 있는 젠더불평등과 여성 차별을 영속화할 수 있다. 실질적 평등은 법률, 정책과 관행이 성적 건강 및 재생산 건강에 대한 권리를 행사함에 있어서 여성들이 경험하는 내재적 불리함을 유지하는 것이 아니라 오히려 경감시킬 것을 요구한다.”
- 8.3 위원회는 규약 제3조에 따른 당사국의 의무의 일부로서 “외관상 젠더중립적인 법률, 정책과 프로그램의 효과를 고려하고 그것들이 평등의 토대 위에서 그들의 인권을 향유할 남성과 여성의 능력에 부정적 영향을 가져올 수 있는지 여부를 심의하는 것은 당사국의 의무이다”라는 점을 상기한다.

<확득가능한 최고수준의 건강권에 대한 허용되는 제한들>

- 9. 규약 제12조는 절대적이지 않으며 규약 제4조에 의해 허용되는 그런 제한을 받을 수 있다. 위원회는 규약의 제한 규정인 제4조가 주로 당사국에 의한 제한의 부과를 허용하기 위해서가 아니라 개인의 권리 보호를 위한 의도를 가지고 있다는 점을 상기한다. 따라서 규약상 권리의 향유에 대한 제한을 부과하는 당사국은 규약 제4조에서 확인된 각 요소들과 관련하여 그런 심각한 조치들을 정당화할 책임을 진다. 그런 제약들은 국제인권기준 등 법률에 따라야 하고 규약에 의해 보호되는 권리의 본성과 양립할 수 있어야 하며 추구되는 정당한 목적을 위한 것이어야 하고, 민주사회에서 일반적 복지의 촉진을 위하여 엄격히 필요한 것이어야 한다.

◆ **동의 부재와 건강권 침해**

- 10.1 위원회는 진정인들이 규약 제12조에 따라 제기한 첫 번째 주장, 즉 S.C.가 자신의 의사에 반하여 자신의 자궁에 배아가 이식되도록 강요당했을 때 그녀의 건강권이 침해되었다는 주장에 주목한다. 위원회는 이 이식이 유산으로 이어졌고 그녀는 이를 정신적 외상이라고 여겨왔다. 위원회는 건강권은 개인이 받을 수도 있는 어떤 의학적 치료에 관해서도 자유롭고 정보에 입각한 결정을 내릴 권리를 포함한다는 점을 상기한다. 따라서 비자발적, 강압적이거나 강요된 의학적 개입을 규정하는 법률과 정책은 건강권을 존중할 국가의 책임을 위반하는 것이다. 나아가 위원회는 여성에게 자신의 자궁에 배아를 이식하도록 강요하는 것은 강요된 의학적 개입을 구성한다고 본다. 위원회는 이 사건의 상황에서 위원회에 제시된 사실들은 규약 제12조에 규정된 S.C.의 건강권 침해를 구성한다고 결론내린다.
- 10.2 위원회는 진정에서 제기된 관련 정보가 일응 여성들에게 비례성 없는 영향을 미치는 법률은 침해되었다고 주장되고 있는 권리의 향유에 대한 남성과 여성의 동등한 권리를 보장할 당사국의 의무를 위반하는 것이라는 점을 보여주는 경우에는, 당사국이 규약 제3조에 따른 의무를 완수했다는 것을 입증하는 것은 당사국의 책임이라고 본다.
- 10.3 위원회는 규약 제3조에 의해 보장되는 남녀 사이의 평등의 요건은 법률, 정책과 관행이 성적 건강 및 재생산 건강에 대한 권리를 행사함에 있어서 여성들이 경험하는 내재적 불이익을 유지하는 것이 아니라 경감할 것을 요구한다는 점, 그리고 외관상 중립적인 법률들도 이미 존재하는 젠더불평등과 여성에 대한 차별을 영속화할 수도 있다는 점을 상기한다. 위원회는 법률 40/2004는 진정인의 사건에서 해석되었듯이 치료를 받는 여성들이 자신의 동의를 철회할 권리를 제약하여 체외수정처치를 받는 모든 여성들에게 강요된 의학적 개입 또는 심지어 임신의 가능성을 낳는다는 점에 주목한다. 위원회는 법률의 문면상 자신의 동의를 철회할 권리에 대한 이러한 제약은 양 성 모두에 영향을 미친다고 하더라도 여성들에게 극도로 높은 부담을 부과

한다고 판단한다. 위원회는 여성에 대한 있을 수 있는 결과들이 건강과 신체적 완전성에 대한 여성들의 권리에 대한 직접적 침해를 구성한다는 점에 주목한다. 위원회는 S.C.의 유효한 동의없이 그녀의 자궁에 배아를 이식한 것은 도달가능한 최고 수준의 건강에 대한 그녀의 권리와 건강권의 향유에 있어서 젠더평등에 대한 그녀의 권리에 대한 침해를 구성하며 규약 제12조를 따로 독해할 경우이나 제3조와 결합해서 독해할 경우에 모두 규약 제12조 위반에 이른다라고 결론내린다.

◆ 동의 철회에 관한 법적 불확실성과 건강권 침해

- 11.1 위원회는 규약 제12조에 따라 진정인이 제기한 두 번째 주장, 즉 이식 동의를 수정 후에 철회될 수 있는지에 관한 법률이 만든 불확실성이 진정인들로 하여금 다시 임신을 시도할 수 없게 만들어서 그들의 건강권을 침해한다는 주장에 주목한다. 진정인들이 경험한 바와 같이 S.C.는 수정 후에 자신의 동의를 철회할 수 없었고 진정인들은 그들이 체외수정을 다시 시도할 경우 유사한 상황을 겪을지도 모른다는 두려움을 가질 이유가 있다. 따라서 위원회는 진정인들이 체외수정치료에 접근하지 못하게 됨을 인정한다. 위원회는 이는 법률 40/2004가 당사국에서 다른 경우에는 이용할 수 있는 건강치료에 대한 접근을 금지하기 때문에 진정인의 건강권에 대한 제약을 부과한 결과라고 판단한다.
- 11.2 Restrictions to rights protected under the Covenant must comply with the limitations provided in article 4 of the Covenant. The Committee recalls that, according to article 4, restrictions must be “compatible with the nature of these rights”. The Committee has found that the prohibition on withdrawing one’s consent to the transfer of an embryo constitutes a violation of the right to health, as it can lead to forced medical interventions or even forced pregnancies. This prohibition touches upon the very substance of the right to health and goes beyond the kind of restriction that would be justified under article 4 of the Covenant. This prohibition, or at least the ambiguity concerning the existence of this prohibition, is at the origin of the author’s inability to access in vitro fertilization treatments. Consequently, the Committee finds that the restriction is not compatible with the nature of the right to health and that the facts presented before it disclose a violation of article 12 of the Covenant in respect of both authors.
- 11.3 체외수정치료에 대한 진정인들의 접근에 대한 제약이 규약 제12조에 따른 진정인들의 권리를 침해한 것이라고 인정하였기에 위원회는 규약 제10조에 따른 진정인의 주장을 검토할 필요는 없다고 판단한다.
- 11.4 마지막으로 위원회는 진정인들이 그들의 청원에서 제기한 대부분의 문제들이 체외수정 및 배아와 줄기세포에 관한 가능한 연구와 관련된 당사국 규정의 모호성과 아마도 비밀관성과 연결되어 있다는 점에 주목한다. 이들 모호성은 부분적으로는 2004년에 통과된 법률 40/2004가 헌법재판소의 몇 차례결정들에 의하여 이루어진 중요하지만 점진적인 수정들에 따른 것이었다는 사실에 기인한다. 그밖에 위원회는 이것이 사회의 견해들이 상당히 진전되었던 분야이고 과학과 기술이 끊임없이 발전되는 상태에 있다는 점을 알고 있다. 이러한 이유로, 그리고 다른 인권기구들에 의하여 강조되는 바와 같이, 국가는 그 규정들이 자신의 인권 의무 그리고 사회의 진화와 과학적 진보와 조화될 수 있도록 하기 위하여 정기적으로 그것을 최신화해야 한다. 당사국에서는 이것이 훨씬 더 긴급하다고 보인다.

<결론 및 권고>

- 12.1 제공된 정보와 사건의 특수한 상황에 비추어 위원회는 자신의 자궁에 배아를 이식하는 것에 대한 S.C.의 동의 철회의 금지와 재산산권에 대한 두 진정인의 접근을 모두 제약한 것은 두 진정인 모두와 관련하여 규약 제12조 위반을 구성하고 S.C.의 측면에서는 규약 제3조와 결합하여 독해할 때 제12조 위반을 구성한다고 판단한다.
- 12.2 선택의정서 제9조 1항에 따라 행동하면서 위원회는 당사국이 규약 제12조를 위반했고 제3조와 결합하여 독해할 때에도 제12조를 위반했다는 견해를 갖고 있다. 이 진전에 포함된 견해들에 비추어 위원회는 당사국에 다음 사항들을 권고한다.

◆ 진정인과 관련한 권고

- 13. 당사국은 진정인들에게 특히 다음과 같은 방법에 의한 것을 포함하여 효과적인 구제를 제공할 의무를 진다. (a) 의학적 치료에 대한 그들의 동의를 철회할 권리가 존중될 것이라고 믿고 체외수정에 대하여 접근할 진정인들의 권리를 가능하게 할 적절한 조건을 확립하는 것, (b) S.C.가 어떠한 원치 않는 의학적 개입으로부터도 보호되고 자신의 신체에 관한 자유로운 결정을 할 권리가 존중되도록 보장하는 것, 그리고 (c) S.C.에게 그녀가 겪은 신체적, 정신적 및 도덕적 손해에 대한 적절한 보상을 지급하는 것, 그리고 (d) 이 진정을 제기하는 과정에서 발생한 것에 상당하는 법적 비용을 진정인에게 보전하는 것.

◆ 일반 권고

- 14. 위원회는 개인진정의 맥락에서 권고되는 구제가 재발방지보장을 포함할 수 있다고 판단하고 당사국은 장래에 유사한 침해를 방지할 의무가 있다는 점을 상기한다. 위원회는 당사국이 그 법률과 법률의 집행이 규약에 규정된 의무와 합치하도록 보장해야 한다고 판단한다. 특히 당사국은 다음과 같은 의무를 진다.
 - (a) 여성들이 자신의 신체에 영향을 미치는 의학적 개입과 관련하여 자유로운 선택을 할 권리를 보장하고, 특히 자신의 자궁에 배아를 이식하는 것에 대한 동의를 철회할 권리를 보장하기 위한 적절한 입법적 및/또는 행정적 조치를 채택할 의무
 - (b) 일반적으로 이용할 수 있는 모든 재생산치료에 대한 접근을 보장하고 이러한 치료에 대한 접근에 대한 어떤 제약들도 규약 제4조에 규정된 기준들에 합치하도록 보증함으로써 모든 사람에게 출산을 위한 배아이식에 대한 동의를 철회할 수 있도록 하기 위한 적절한 입법적 및/또는 행정적 조치들을 채택할 의무
- 15. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 임시절차규칙 제18조 1항에 따라서 당사국은 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면답변을 6개월 내에 위원회에 제출해야 한다. 또한 당사국은 위원회의 견해를 공표하고 그 견해가 인구의 모든 부문에 도달할 수 있도록 접근가능한 형식으로 널리 배포해야 한다.

(6) *Josefa Hernández Cortés and Ricardo Rodríguez Bermúdez v. Spain*(2022)⁶²⁷⁾

<진정의 경과>

- 사건번호: 26/2018
- 진정인: 1977년 및 1969년생 스페인국적자들인 Josefa Hernández Cortés와 Ricardo Rodríguez Bermúdez의 진정(2008년 및 2013년생인 미성년여아들).
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2018. 3. 7.
- 견해채택일: 2022. 10. 10.
- 주제: 법적 권원 없이 점거한 주거지로부터 가족의 퇴거
- 절차적 쟁점: 국내구제절차 미경유
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 1항, 의정서 제2조 및 제5조

<의의>

- 사회적 주택을 배정받지 못한 두 여아를 둔 부부가 소유자 동의 없이 점유하고 있던 주택에서 강제퇴거명령을 받은 것에 대하여 주거권 침해를 구성한다고 판시한 사건. 본안판단과 별개로 소송허용요건과 관련하여 법적 권원 없이 재산을 점유하는 사람이 사회적 주택 신청을 할 수 없도록 하는 것은, 그 자체로 규약 위반에 해당하는 주택접근방해를 구성한다고 판시하고, 이를 정당화하기 위해서는 당사국이 이런 구제절차(사회적 주택 신청)가 현재 상황에서 효과적이라는 점을 보여줘야 한다고 판시했다.

<진정 취지>

- 3.1 진정인들은 사법당국이 그들에게 대체주택을 제공하지 않은 채 퇴거를 명령했기 때문에 당사국이 규약 제11조에 따른 자신들의 적절한 주거권을 침해했다고 주장한다. 그들은 자신들이 마드리드 공동체로부터 최저소득급여를 받고 있고 진정인이 파트타임 직업을 갖고 있지만, 이 소득은 가족을 부양하고 사적 시장에서 주택을 임대하기에는 불충분하다고 주장한다.
- 3.2 진정인들은 당사국의 사법당국이 그들의 상황을 알고 있었고 지역고등법원이 그들이 궁핍하고 취약한 상태에 있었다는 점을 알고 있었음에도 불구하고 당국은 그들의 상황이나 퇴거가 그들의 권리에 미치는 영향을 고려하지 않았다고 주장한다. 더욱이 당사국의 법률은 법관이 퇴거명령이 진정인의 상황에 있는 사람들에게 미칠 수 있는 영향을 평가하는 것을 허용하지 않고 있다.
- 3.3 또한 진정인들은 그들이 대체주택없이 퇴거당하면 적절한 주거권이 침해될 수 있다고 주장한다. 진정인들은 그들이 특별히 취약한 상황에 처해 있음에도 그들이 마드리드 공동체에 제출한 모든 사회주택신청이 거부되었다고 지적한다. 더욱이 2017년 11월 2일 진정인의 사회주택신청은 지역고등법원이 그녀의 궁핍상태를 이유로 형사책임을 면제했다는 사실에도 불구하고

627) Communication No. 26/2018, E/C.12/72/D/26/2018, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G23/046/40/PDF/G2304640.pdf?OpenElement>>.

그가 법적 권원없이 아파트를 점거하고 있었다는 이유로 거부되었다.

<위원회의 허용가능성 판단>

- 6.2 위원회는 선택의정서 제3조 1항이 이용가능한 모든 국내절차가 경유되었음을 확인하지 않는 한 진정을 심리할 수 없도록 하고 있음을 상기한다. 당사국은 진정인들이 그 현재 주거지를 점거한 후에 사회주택신청을 완료하기 위하여 마드리드공동체가 요구한 서류를 제출하지 않았기 때문에 모든 국내 구제절차를 경유하지 않았다고 주장한다. 위원회는 선택의정서 제3조 1항의 목적상 “이용가능한 국내 구제절차”란 주장된 침해에 최초로 야기한 사건들과 직접 관련하여 진정인이 이용할 수 있는 모든 구제절차로서, 합리적으로 생각했을 때 주장된 규약 위반의 구제에 일응 효과적이라고 여겨지는 구제절차를 말한다고 본다. 위원회는 현재의 진정에서 제기된 주된 신청취지가 진정인들이 어떤 대체주택도 없고 당국은 그들의 요구에도 불구하고 아무런 조치도 취하지 않았기 때문에 진정인의 퇴거는 규약 위반이라는 것임에 주목한다. 그러므로 경유되어야 할 구제절차는 무엇보다도 퇴거를 방지 또는 연기하는 것 또는 법원에게 대체주택의 부재를 알리는 것을 목표로 한 구제절차 등 퇴거와 직접 관련된 구제절차이다. 이 점과 관련하여 위원회는 진정인들이 진정을 제기했을 당시에 가옥을 비우라고 명령하는 유죄판결에 항소했고 그럼으로써 이 경로를 다 거쳤으며 퇴거명령의 중단을 요구했지만 이 요구는 그 거주지를 소유하는 법인이 그 요구를 제출할 때까지 거부되었으므로, 진정인들은 퇴거를 방지하거나 연기하는 것을 목표로 한 모든 이용가능한 절차를 거쳤다는 점에 주목한다. 마드리드 공동체에 제출된 사회주택신청에 관해서 위원회는 당사국에 따르면 법적 권원 없이 가옥을 점거하고 있는 진정인과 같은 사람들은 이 기구에 사회주택을 신청할 수 없다는 점에 주목한다. 위원회는 이전의 진정을 심리하면서 이러한 요건은 그 자체로 규약 위반인, 주거에 대한 접근방해를 구성한다고 인정했다는 점을 상기한다. 그러므로 위원회는 당사국이 이 구제절차가 현재의 사건의 상황에서 효과적이었으리라는 점을 충분히 증명하지 못했다고 본다. 따라서 위원회는 진정인들이 이 주장과 관련하여 이용가능한 모든 국내구제절차를 경유했고, 그들의 진정은 선택의정서 제3조 1항에 따라 허용될 수 있다고 본다.
- 6.3 위원회는 진정인들이 임시숙소 제안을 거절했기 때문에 진정인들은 자신의 주장들을 충분히 증명하지 못했고, 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 가능한 모든 조치를 취했다는 당사국의 주장에 주목한다. 위원회는 진정인들이 2008년 이래 불운하게도 사회적 주택을 신청했지만 그 신청들은 모두 거부되었다는 점에 주목한다. 그러므로 위원회는 진정인들의 주장은 충분히 입증되었다고 판단하며 진정은 선택의정서 제3조 1항에 따라 허용될 수 있다고 선언한다.
- 6.4 위원회는 진정의 나머지 부분은 선택의정서 제2조와 제3조에 따른 기타 허용가능성 요건들을 충족한다고 보고 따라서 진정은 허용될 수 있다고 선언하며 본안 심리를 진행하기로 한다.

<위원회의 본안 판단>

◆ 사실과 법적 쟁점

- 7.2 위원회는 계속해서 어떤 사실들이 입증된 것으로 볼 수 있는지를 결정하도록 한다. 진정인들은 2008년 이래 주택신청을 해 오고 있다. 마드리드 공동체에 대한 그들의 신청은 그들이 법적 권원 없이 한 주거지를 점거하고 있다는 이유로 거부되었던 반면 주택재고분이 한정되어 있는 마드리드 시평의회에 대한 신청은 여전히 대기자목록에 올라 있다. 그때 이래로 퇴거는 여러 가지 이유로 중단되어 왔다.
- 7.3 진정인들은 마드리드공동체가 그들에게 제공을 거부했기 때문에 대체주거가 없는 상태에서 이루어진 그들의 퇴거는 규약 제11조 1항에 따른 그들의 적절한 주거권 침해에 해당한다고 주장한다. 당사국은 국가가 가용자원을 최대한 이용하여 그 가족에게 지원을 제공했다고 주장한다.
- 7.4 위원회가 관련성이 있다고 생각하는 사실들과 당사자들이 제출한 주장들에 비추어볼 때, 진정에 의해 제기되는 문제는 진정인과 그 딸들에게 발해졌으나 뒤에는 중단된 퇴거명령이 규약 제11조 1항에 규정된 적절한 주거권 침해를 구성하는지 여부이다. 이 문제에 답하기 위하여 위원회는 강제퇴거로부터의 보호에 관한 그 법리를 상기함으로써 시작한다. 그 다음에 위원회는 진정인의 퇴거의 구체적 경우를 검토하고 진정에서 제기된 쟁점들을 다루겠다.

◆ 강제퇴거로부터의 보호

- 8.1 적절한 주거에 대한 인권은 모든 경제사회문화적 권리의 향유에 핵심적인 근본적 권리이고 시민권규약에 정해진 권리 등 다른 인권과 불가분하게 연결되어 있다. 주거권은 소득이나 경제적 자원에 대한 접근에 관계없이 모든 사람들에게 보장되어야 하고 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 한다.
- 8.2 강제퇴거는 일응 규약과 양립할 수 없고 단지 가장 예외적인 상황에서만 정당화될 수 있다. 관계당국은 퇴거가 규약과 양

립할 수 있는 법률에 따라서 그리고 퇴거의 정당한 목적과 그것이 퇴거당하는 사람에게 미치는 결과를 형량함으로써 상당성과 비례성의 일반원칙에 따라서 이루어지도록 보장해야 한다. 이 의무는 규약 제11조와 결합하여 독해할 때 규약 제2조 1항에 따른 당사국의 의무에 대한 해석으로부터 도출되며, 규약상 권리의 향유에 대한 제한들이 허용되는 조건들을 규정하고 있는 제4조의 요건들에 따른 것이다.

- 8.3 따라서 퇴거가 정당화될 수 있기 위해서는 많은 요건들을 충족해야 한다. 첫째, 제한은 법률에 의해 정해져야 한다. 둘째, 그것은 민중사회에서 일반적 복지를 증진하는 것이어야 한다. 셋째, 그것은 인용된 정당한 목적에 적합한 것이어야 한다. 넷째, 그 제한은, 합리적으로 생각할 때 제한의 목적에 기여할 것으로 기대되는 하나 이상의 조치가 있다면 가장 덜 제한적인 조치가 선택되어야 한다는 의미에서, 필요한 것이어야 한다. 마지막으로 일반적 복지를 촉진하는 제한의 이익이 제한되는 권리의 향유에 미치는 영향보다 큰 것이어야 한다. 진정인의 규약상 권리에 대한 영향이 심각하면 할수록 그러한 제한을 위하여 동원되는 근거들에 대해 더 엄격한 심사가 이루어져야 한다. 적합한 대체주거의 이용가능성, 점유자 및 그 부양가족들의 개인적 상황들, 그리고 그들이 적합한 해결책을 찾는데 당국과 협력했는지 여부 등이 그런 분석에서 핵심적 요인들이다. 이는 필연적으로 가정으로서 또는 필수적 소득을 제공하기 위하여 주택을 필요로 하는 개인들에게 속하는 재산과 은행 기타 기관에 속하는 재산을 구분하는 것을 수반한다. 그러므로 당사국이 임대계약이 종료된 사람은 퇴거명령이 집행되어야 할 상황과 관계없이 즉각적으로 퇴거되어야 한다고 규정하고 있다면 당사국은 적절한 주거권의 침해를 범하고 있는 것이 될 것이다. 그 조치의 비례성에 대한 평가는 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관에 의해 수행되어야 한다. 이 기관은 퇴거가 위에서 언급한 규약 제4조에 의해 요구되는 비례성 심사의 요소들과 관련된 것을 포함하여 규약에 합치하는지 여부를 분석해야 한다. 퇴거가 당시의 구체적 순간에 불합리한 조치라고 인정하는 것이 반드시 점거자들에 대하여 퇴거명령이 발해질 수 없다는 의미는 아니다. 그러나 상당성과 비례성 원칙은 퇴거되는 사람들을 곤궁하거나 규약에 포함된 다른 권리가 침해되는 상태에 처하게 하는 것을 피하기 위하여 퇴거명령을 중단 또는 연기하는 것이 필요하도록 만들 수도 있다. 또한 퇴거명령은 퇴거의 결과를 완화하기 위하여 점거자들을 돕기 위하여 행정당국이 개입할 의무 등 다른 요인들에 의존할 수도 있다.
- 8.4 이에 더하여 당국과 관계인들 간에 진정성 있는 사전 협의의 현실적 기회가 있어야 하고, 덜 힘든 이용가능한 대안적 수단이나 조치가 없어야 하며, 관계인들은 규약상 권리나 기타 인권의 침해에 해당하는 상황에 머무르거나 노출되어서는 안된다.

◆ **필요한 경우 사람들에게 대체주택을 제공할 국가의 의무**

- 9.1 퇴거가 개인들이 홈리스가 되거나 추가적인 인권침해에 취약해지는 결과를 낳아서는 안 된다. 영향을 받는 사람들이 스스로를 부양할 수 없는 경우에 당사국은 적절한 대체주거, 재정착이나 경우에 따라서는 생산적 토지에 대한 접근이 이용가능하도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 당사국은 퇴거가 당국에 의해 개시되던 재산소유자 등 사적 기관에 의해 개시되던 관계없이, 퇴거의 결과 홈리스로 남겨지는 사람들에게 대체주거를 제공하기 위하여 상당한 조치를 취할 의무가 있다. 당사국의 대체주거 제공이나 보장을 받지 못한 채 한 사람이 자신의 집에서 퇴거되는 경우 당사국은 그 사건의 특수한 상황을 고려했다는 것과, 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했음에도 불구하고 관계인의 주거권을 지지할 수 없었다는 것을 입증해야 한다. 당사국에 의해 제공되는 정보는 위원회가 선택의정서 제8조 4항에 따라서 취해진 조치의 상당성을 심리할 수 있도록 하는 것이어야 한다.
- 9.2 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람들에게 대체주거를 제공할 의무는 규약 제2조 1항에 따라 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리를 지지하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 함을 시사한다. 당사국은 이 목적을 달성하기 위하여 다양한 정책을 선택할 수 있다. 그러나 채택된 모든 조치는 이 권리를 가능한 한 신속하고 효율적으로 실현하도록 가능한 한 신중하고, 구체적이며 가능한 한 명확하게 대상이 정해진(targeted) 것이어야 한다. 퇴거의 경우 대체주거에 관한 정책들은 관계된 사람들의 필요상태와 상황의 긴급성에 상응하는 것이어야 하고 개인의 존엄을 존중하는 것이어야 한다.
- 9.3 대체주거는 적절해야(adequate) 한다. 적절성은 부분적으로는 사회적, 경제적, 문화적, 풍토적(climatic), 생태적 및 기타 요인들에 의해 결정되지만 위원회는 그럼에도 불구하고 어떤 특정한 맥락에서도 이러한 목적을 위하여 고려되어야 할 권리의 일정한 측면들을 확인할 수는 있다고 믿는다. 그런 요인들로는 거주권의 법적 안정성, 서비스, 물자, 시설 및 인프라의 이용가능성, 가격적합성(affordability), 거주적합성(habitability), 접근가능성, 사회적 시설(교육, 고용기회, 보건서비스)에 대한 접근을 허용하는 위치, 그리고 문화적 정체성과 다양성의 표현들이 존중될 수 있도록 하는 문화적 적절성이 포함된다.
- 9.4 일정한 상황에서는 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 모든 노력을 다했음에도 불구하고 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람에게 영구적인 대체주거지를 제공할 수 없었음을 입증할 수도 있다. 그런 상황에서는 적절한 대체주거의 모든 요건을 충족하지 못하는 임시숙소도 이용될 수 있다. 그러나 당사국은 임시숙소가 퇴거되는 사람들의 인간의 존엄을 보호하고,

모든 안전 및 안정성(safety and security) 요건을 충족하며, 영구적인 해법이 되는 것이 아니라 적절한 주거 획득을 향하여 가는 한 단계가 되도록 보증하기 위하여 노력해야 한다. 또한 당사국은 가족구성원들이 헤어지지 않을 권리와 상당 수준의 프라이버시를 향유할 권리도 고려해야 한다.

◆ 퇴거명령의 조약 합치성

- 10.1 위원회는 진정인들을 퇴거시키는 명령이 적절한 주거권을 침해한 것인지 여부를 심리할 것이다. 진정인들은 적법절차보장이 존중되지 않았다는 주장을 하지 않았고, 위원회에 제출된 어떤 정보도 그 절차가 자의적이었다고 시사하는 것은 없다.
- 10.2 위원회는 다른 사람의 재산의 점거는 사유재산권을 침해하기 때문에 규약이 그런 점거를 정당화하기 위해 이용될 수는 없다는 당사국의 주장에 주목한다. 위원회는 규약에 포함된 권리들과 충돌하지 않는 한 당사국이 그 법체계내에서 확립된 모든 권리에 대한 보호를 보장하는데 상당한 이익이 있음을 인정한다. 법원에서 진정인이 자신이 점거하고 있는 재산에 대한 법적 권원을 갖고 있지 않다는 것이 확정되었으므로 위원회는 진정인의 퇴거에는 상당한 이유가 있었다고 인정한다.
- 10.3 위원회는 진정인들이 그들의 사회경제적 상황 때문에 퇴거가 중단되어야 한다고 되풀이해서 요구했음에 주목한다. 위원회는 과거 5년에 걸쳐 여러번에 걸쳐 법원이 인도적 이유로 퇴거를 중단시켰고, 법원은 사회적 보호 영역에서 당사국이 채택한 입법조치에 따라서 퇴거를 중단시켜 왔음에 주목한다. 또한 위원회는 당사국이 공공자원을 통한 진정인의 권리 충족을 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 필요한 조치를 취해왔다는 당사국의 주장에도 주목한다. 이들 조치에는 진정인들과 그 딸들에게 적절한 생활수준을 제공하고 식량, 의복 및 적절한 주거에 대한 그들의 요구를 충족시키기 위하여 진정인들에게 법적으로 정해진 월 834유로의 최저소득지원을 할당하는 것이 포함된다. 공개적으로 이용할 수 있는 정보에 따르면 최저소득지원은 모든 시민이 존엄하게 살 수 있도록 보장할 의도를 가지고 있다는 데 위원회는 주목한다. 그 가족은 또한 2016년부터 사회복지자에 의해 지원을 받아왔다. 그러므로 위원회는 발해진 퇴거명령에도 불구하고 당사국 당국은 진정인들의 사회경제적 상황과 퇴거가 그들의 주거권에 미치는 영향을 고려하고, 퇴거되는 사람들이 궁핍한 상황이나 규약에 포함된 다른 권리를 침해당하는 상황에 처하는 것을 피하기 위하여 퇴거를 연기하는 결정을 내리는 등 상당성과 비례성 검토를 수행했다는 점을 인정한다.
- 10.4 그러나 위원회는 적절한 주거권을 보장할 당사국의 의무의 이행은 두 가지 유형의 실체적 의무에 근거를 두고 있음을 상기한다. 한편으로는 당사국은 필요한 경우 대안적 해법을 제공하지 않은 채 그들을 퇴거시킴으로써 또는 어떤 다른 수단에 의하여 개인이나 가족들에게서 그들의 주택을 박탈할 수는 없고, 위에서 언급한 엄격한 조건들이 존중되어야 한다. 앞서 보여졌듯이 당사국은 위원회의 임시조치에 따라 퇴거를 중단하는데 동의하였으므로 이 의무를 위반하지는 않았다. 다른 한편으로 당사국은 적절한 주거권의 실현을 보장하기 위하여 적절한 조치를 취할 적극적 의무를 진다. 위원회의 일반논평 제4호(1991)에서 확립된 기준들에 따라서 주거권은 평화롭고 안정적이며 존엄한 가정에서 살 권리로 정의되며, 거주안정성, 서비스 이용가능성, 가격적합성, 거주적합성, 접근가능성, 적절한 위치 및 문화적 적합성을 포함한다. 현재의 사건에서 당사국은 위에서 묘사된 기준들에 따라 진정인들의 주거권을 보장하기 위하여 적절한 조치를 취했다는 점을 입증하지 못했다. 이와 관련하여 위원회는 두 명의 미성년 딸들을 가진 한 가족인 진정인들은 “궁핍상태”(state of necessity)에 있고—2016년 법원에 의해 인정되었다—, 수년에 걸쳐 그들의 어려운 상황을 국가당국에게 알리려고 상당한 노력을 해 왔다는 점에 주목한다. 국가가 퇴거명령을 중단시켜서 진정인들이 점거한 주거지에 머무를 수 있도록 했지만, 그들의 계속된 점거는 퇴거명령의 반복된 중단에 따른 것이었고 거주안정성을 보장할 요건과는 합치되지 않는 것이다.
- 10.5 이런 상황은 소유자의 동의 없이 주거지를 점거하고 있는 사람은 사회적 주택을 신청할 수 없도록 한 52/2016호 법령 제19조 1항(d)에 규정된 요건에 의해 악화되었다. 위원회는 이전의 유사한 진정에서 이러한 요건은 곤궁에 빠진 사람들의 이미 궁핍한 상태를 영속화할 수 있다고 이미 판단했음을 상기한다. 위원회는 이러한 요건의 적용은 적절한 주거권의 본질과 양립할 수 없다고 인정했다. 진정인들은 지방고등법원이 인정했듯이 궁핍상태에 있었지만 사회적 주택을 신청할 어떤 가능성으로부터도 배제되었기 때문에 법적 권원 없이 그 주거지를 점거했다. 위원회는 국가에게 이 규정이 규약과 합치하도록 하기 위해 그것을 개정하라고 한 이전의 권고를 되풀이한다.
- 10.6 이 모든 이유로 위원회는 이 사건에서 국가가 규약 제11조 1항을 위반했다고 판단한다.

<결론 및 권고>

- 11. 위원회는 선택의정서 제9조 1항에 따라 행동하면서, 당사국이 규약 제11조 1항에 따른 진정인의 권리를 침해했다고 인정한다. 이 진정에 포함된 견해에 비추어 위원회는 당사국에 다음 사항을 권고한다.

◆ **진정인들과 그 딸들에 관한 권고**

- 12. 당사국은 진정인과 딸들에게 효과적인 구제를 제공할 의무가 있다, 특히 다음과 같은 의무. (a) 그들이 현재 적절한 숙소를 갖고 있지 못한 경우에는, 당사국은, 이 견해에서 제시된 기준들을 엄두에 두고 그들에게 공공주택을 제공하거나 그들이 적절한 주거에 살 수 있도록 할 다른 어떤 조치를 취할 목적으로, 그들이 신청했던 날부터 시작하여 주거신청이 마드리드 공동체의 파일에 등록되어 있던 시간의 길이를 고려하여, 그들의 궁핍상태와 대기자목록에서의 우선순위수준을 재평가해야 한다. (b) 진정인들과 아이들에게 그들이 겪은 침해에 대한 재정적 보상을 제공해야 하고, (c) 진정인들에게 국내 및 국제 수준 모두에서 이 진정을 제기하는데 든 것에 상당하는 법적 비용을 보전하여야 한다.

◆ **일반권고.**

- 13. 위원회는 개인진정의 맥락에서 권고되는 구제들이 재발방지보증을 포함할 수 있다고 판단하고 당사국이 장래에 유사한 침해를 방지할 의무가 있음을 상기한다. 당사국은 그 법률과 법률의 집행이 규약에서 정한 의무에 합치하도록 보증해야 한다. 특히 당사국은 다음과 같은 의무를 가진다.
 - (a) 재산을 법적 권원 없이 점거하고 있는 사람들을 포함하여, 퇴거명령이 발해지는 대상이 되면서 그 결과 극빈(destitution)이나 규약상 권리의 침해의 위험에 처할 수 있는 사람들에게, 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관이 규약 제4조의 조건에 따라 규약에 정해진 권리를 제한하기 위한 기준들에 비추어 조치의 비례성을 검토할 수 있도록 하기 위하여, 이들 기관에 그 결정에 대한 이의를 제기할 수 있도록 할 규범적 틀을 확보할 의무.
 - (b) 극빈의 위험에 처한 사람들을 배제할 수도 있는 불합리한 조건을 제거함으로써, 궁핍상태에 있기 때문에 재산을 법적 권원 없이 점거하게 된 모든 사람들이, 사회적 주택 재고분에 동등하게 접근할 수 있도록 하기 위하여, 그런 사람들을 주택신청자 목록에서 자동적으로 배제하는 관행에 중지부를 찍기 위하여 필요한 조치들을 채택할 의무.
 - (c) 대체주거를 획득할 재산이 없는 사람들과 관련된 퇴거는, 오로지 관련된 사람들과의 진정성 있는 협의를 거친 후에만, 그리고 특히 가족, 노인, 아동 기타 취약한 상황에 있는 사람들과 관련되는 경우에 일단 국가가 퇴거되는 사람들이 대체주거를 가질 수 있도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 필수적 조치를 취한 다음에만, 집행되도록 보장하기 위해 필요한 조치를 취할 의무.
 - (d) 차지공동체와 협력하여 그리고 가용자원을 최대한 이용하여, 일반논평 제4호에 맞추어 저소득층 사람들에게 적절한 주거권을 보장하기 위한 포괄적 계획을 개발하고 이행할 의무. 이 계획은 이들 개인의 주거권을 상당하고 측정가능한 방식으로 보장하기 위하여 필요한 자원, 지표, 시간들 및 평가기준들을 제공하는 것이어야 한다.
- 14. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 잠정적 절차규칙 제18조 1항에 따라 당사국은 위원회에 6개월의 기간 내에, 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면 답변을 제출해야 한다. 당사국은 또한 위원회의 견해를 접근 가능한 형식으로 공표하여 인구의 모든 부문들에 접근하도록 널리 배포해야 한다.

(7) *Maribel Viviana López Albán v. Spain* (2019)⁶²⁸

<진정의 경과>

- 사건번호: 37/2018
- 진정인: 1979년 에쿠아도르생인 스페인국적자 Maribel Viviana López Albán (미성년 스페인국적의 여섯 자녀 중 다섯명을 대신하여)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2018. 6. 20.
- 견해채택일: 2019. 10. 11.
- 주제: 가정에서 진정인의 퇴거
- 절차적 쟁점: 물적 관할의 허용가능성
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조, 의정서 제2조, 제5조

628) Communication No. 37/2018, E/C.12/66/D/37/2018, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/333/41/PDF/G1933341.pdf?OpenElement>>.

<의의>

- 퇴거가 명령되고 집행되는 절차들은 그 영향을 받는 사람들에게 적절한 법적 구제를 보증해야 한다는, 규약과 합치하는 방식으로 이루어져야 한다는 원칙이 법적 권원 없는 주택 점거에도 적용됨을 명시적으로 밝힌 사건.

<진정 취지>

- 3. 최초의 진정에서 진정인은 아이들과 함께 자신을 퇴거한 것은 자신이 적절한 대체주택이 없었다는 사실에 비추어 규약 제 11조 위반을 구성한다고 주장했다. 진정인은 자신의 총소득이 사회적 통합을 위한 최저소득지원의 형태로 수령한 월 735.90 유로였기 때문에, 자신의 소득으로는 대체주택 비용을 감당할 수 없었다고 설명했다. 덧붙여서 그녀는 공공당국이 그녀의 즉각 퇴거가 예상되었음에도 불구하고 대체주택을 제공하지 못했다고 주장했다.

<위원회의 허용가능성 판단>

- 6.2 위원회는 현재의 사건이 규약에 대한 유권적 해석을 제공하는 위원회의 일반논평 제4호와 제7호에서 사용된 그 용어의 의미에 포함되는 퇴거와 관련되는 것이 아니며, 따라서 이 진정은 위원회의 권한 밖에 있는 것이라는 당사국의 주장에 주목한다. 위원회는 일반논평 제7호 제11단락에서 확립된 바와 같이 지속적인 차임 미납이나 임대재산에 대한 합리적 이유없는 손상 등의 경우처럼 퇴거가 정당화되는 경우에도 관계당국에게는 퇴거가 규약과 양립할 수 있는 법률에 의해 정당화되는 방식으로 집행되고 영향받는 사람들이 모든 법적 자원과 구제절차를 이용할 수 있도록 보장할 의무가 있다는 점을 상기한다. 이들 고려는 또한 법적 권원 없는 점거에도 적용되는데 이런 유형의 점거는 궁극적으로 일정한 사람들에게는 일종의 가정을 구성하게 될 수 있고 따라서 주거권의 보호범위내에 포함되기 때문이다. 따라서 법적 권원의 부재가 퇴거를 정당화할 수는 있지만, 그럼에도 불구하고 퇴거가 명령되고 퇴거가 집행되는 결과를 낳는 절차들은 영향받는 사람들에 대한 적절한 법적 구제절차를 보장하는 규약과 합치하는 방식으로 수행되어야 한다. 위원회는 당사국에 의해 언급되었듯이 일반논평 제7호 3단락이 강제퇴거의 금지는 법률에 따라, 그리고 국제인권규약들의 규정에 합치하여 강제로 집행되는 퇴거에는 적용되지 않는다고 진술하고 있다는 점에 주목한다. 위원회는 진정인이 자신의 퇴거가 국내법 위반을 구성한다고 주장하지는 않는다는 점에 주목한다. 오히려 그녀의 주장은 퇴거가 규약의 규정들에 합치하여, 위에서 인용된 일반논평 제7호의 단락의 후반부에 따라서 집행되지 않았다는 것이다. 그러므로 위원회는 진정이 선택의정서 제2조에 따라 규약에 정해진 권리의 있을 수 있는 침해를 언급해야 한다는 요건을 충족한다고 판단한다.

<위원회의 본안 판단>

◆ 사실과 쟁점

- 7.2 진정인은 자신이 2013년 3월에 재산소유자가 아닌 것으로 판명된 사람으로부터 아파트를 임대했다고 주장한다. 그러나 위원회는 진정인이 이 주장을 입증할 증거를 제공하지 않고 있는데, 국내사법당국은 이 주장을 심리하여 기각하였음에 주목한다. 이 결정이 자의적이었거나 그 자체로 규약상 권리 침해를 구성한다는 주장이 없으므로 위원회는 이런 사실확정을 재평가하지는 않을 것이며 그것들은 이 평가의 목적상 충분히 입증되었다고 판단한다. 진정인과 아이들은 그들의 궁핍한 상황 때문에 법적 소유자의 동의없이 아파트를 점거하고 있었다는 점은 입증되었다. 진정인은 불법 전유라는 경범죄로 유죄판결을 받았지만 그녀의 궁핍한 상황을 이유로 한 부분적 면책을 받았으며, 점거하고 있던 재산을 비우라는 명령을 받았다. 진정인이 아파트에 살고 있던 동안 그녀는 공공주택 신청을 제출했지만 법적 권원 없이 주거지를 점거하고 있지 않아야 한다는 신청인 자격을 충족하지 못했다는 이유로 그 신청은 거부되었다. 6월 25일 진정인은 아이들과 함께 퇴거당했다.
- 7.3 퇴거 후 사회복지과는 진정인과 그의 가족에게 쉼터에 있는 일시적인 공유 숙소를 제공했다. 가족들은 이 쉼터에서 2018년 10월까지 체류했고 그 다음에는 같은 해 10월부터 11월까지 다른 쉼터에서 체류했다. 진정인은 두 번째 쉼터에서 가족 구성원들이 성별로 분리되었다고 주장하고 있고 이들 쉼터에서의 체류의 영향에 대한 주장을 하고 있다. 그러나 그 영향들은 서증에 의해 뒷받침되지 못했고 국내당국에 보고되지도 않았으며 따라서 입증된 사실의 비중을 부여받을 수 없다.
- 7.4 진정인은 자신과 아이들이 대체숙소를 갖지 못했다는 사실을 고려하지 않은 채, 그리고 퇴거명령의 결과에 대한 고려도 없이 퇴거되었기 때문에, 자신의 퇴거가 자신과 아이들의 적절한 주거권 침해라고 주장한다. 그녀는 당국이 가족에게 공공주택을 배정하지 않았으면서도 그들이 법적 권원 없이 주거지를 점거하고 있다는 것을 근거로 자신들의 신청도 거부했다고 주장한다. 그녀는 이런 요건이 자신들 같은 사람들을 악순환에 처하게 만드는 것이어서, 그 자체로 주거권 침해를 구성한다고 주장한다. 또한 진정인은 그녀의 퇴거가 선택의정서 제5조 위반을 구성한다고도 주장한다. 당사국은 진정인이 불법점거로 유죄가 인정되었기 때문에 퇴거는 가장 적절한 조치였다고 주장한다. 당사국은 또한 진정인이 사회적 주택을 신청했고 현재 대기자목록

에 올라있으며, 쉽터에 제공된 대체숙소는 시의 가용자원이 허락하는 가능한 최선의 대체주택이었다고 주장한다.

- 7.5 관련 사실들과 당사자가 제출한 주장들에 대한 위원회의 결정에 비추어 볼 때, 진정에 의해 제기되는 문제는 다음과 같다. 첫째, 진정인과 그 아이들을 법적 권원 없이 아파트를 점거하고 있다는 이유로 거주지에서 퇴거시킨 것과 이후 쉽터로 이전시킨 것이 규약 제11조 1항에 규정된 적절한 주거권 침해를 구성하는지 여부, 둘째, 진정인의 첫 번째 주택신청을 그가 법적 권원 없이 주거지를 점거하고 있다는 이유로 거부한 것이 동일한 권리의 침해를 구성하는지 여부, 그리고 마지막으로 국가가 위원회의 임시조치 요구에도 불구하고 진정인을 퇴거시켰으므로 이 사건에서 선택의정서 제5조 위반이 있었는지 여부. 이들 문제에 답하기 위하여 위원회는 먼저 강제퇴거로부터의 보호에 관한 그 법리를 상기할 것이다. 그 다음에 위원회는 진정인의 퇴거의 구체적 사건을 검토하고 진정에서 제기된 쟁점들을 다룰 것이다.

◆ 강제퇴거로부터의 보호

- 8.1 적절한 주거에 대한 인권은 모든 경제사회문화적 권리의 향유에 핵심적인 근본적 권리이고 시민권규약에 정해진 권리 등 다른 인권과 불가분하게 연결되어 있다. 주거권은 소득이나 경제적 자원에 대한 접근에 관계없이 모든 사람들에게 보장되어야 하고 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 한다.
- 8.2 강제퇴거는 일용 규약과 양립할 수 없고 단지 가장 예외적인 상황에서만 정당화될 수 있다. 관계당국은 퇴거가 규약과 양립할 수 있는 법률에 따라서 그리고 퇴거의 정당한 목적과 그것이 퇴거당하는 사람에게 미치는 결과 사이의 상당성과 비례성의 일반원칙에 따라서 이루어지도록 보장해야 한다.
- 8.3 퇴거가 정당화될 수 있기 위해서는 법률에 의해서 그리고 최후의 수단으로서 집행되어야 하고, 관련된 사람들은 예컨대 점유의 법적 권원이 없는 경우처럼 문제의 조치가 적절하게 정당화되는지를 확인하기 위하여 효과적인 사법적 구제절차에 사전적으로 접근할 수 있어야 한다. 추가적으로, 당국과 관련된 사람들 사이에 진정성 있고 효과적인 사전 협의의 현실적 기회가 있어야 하고, 주거권에 덜 해로운 이용가능한 대안 수단이나 조치가 없어야 하며, 관련된 사람들이 규약상 권리나 기타 인권 침해를 구성하는 상황에 남겨지거나 노출되지 않아야 한다.

◆ 필요한 사람들에게 대체주택을 제공할 국가의 의무

- 9.1 퇴거가 개인들이 홈리스가 되거나 추가적인 인권침해에 취약해지는 결과를 낳아서는 안 된다. 영향을 받는 사람들이 스스로를 부양할 수 없는 경우에 당사국은 적절한 대체주거, 재정착이나 경우에 따라서는 생산적 토지에 대한 접근이 이용가능하도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 당사국은 퇴거가 당국에 의해 개시되건 재산소유자 등 사적 기관에 의해 개시되건 관계없이, 퇴거의 결과 홈리스로 남겨지는 사람들에게 대체주거를 제공하기 위하여 상당한 조치를 취할 의무가 있다. 당사국의 대체주거 제공이나 보장을 받지 못한 채 한 사람이 자신의 집에서 퇴거되는 경우 당사국은 그 사건의 특수한 상황을 고려했다는 것과, 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했음에도 불구하고 관계인의 주거권을 지지할 수 없었다는 것을 입증해야 한다. 당사국에 의해 제공되는 정보는 위원회가 선택의정서 제8조 4항에 따라, 취해진 조치의 상당성을 심리할 수 있도록 하는 것이어야 한다.
- 9.2 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람들에게 대체주거를 제공할 의무는 규약 제2조 1항에 따라 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리를 지지하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 함을 시사한다. 당사국은 이 목적을 달성하기 위하여 다양한 정책을 선택할 수 있다. 그러나 채택된 모든 조치는 이 권리를 가능한 한 신속하고 효율적으로 실현하도록 가능한 한 신중하고, 구체적이며 가능한 한 명확하게 대상이 정해진(targeted) 것이어야 한다. 퇴거의 경우 대체주거에 관한 정책들은 관계된 사람들의 필요와 상황의 긴급성에 상응하는 것이어야 하고 개인의 존엄을 존중하는 것이어야 한다. 나아가 당사국은 제도적 결함과 주택 부족의 구조적 원인을 해결하기 위하여 일관되고 조율된 조치들을 취해야 한다.
- 9.3 대체주거는 적절해야(adequate) 한다. 적절성은 부분적으로는 사회적, 경제적, 문화적, 풍토적(climatic), 생태적 및 기타 요인들에 의해 결정되지만 위원회는 그럼에도 불구하고 어떤 특정한 맥락에서도 이러한 목적을 위하여 고려되어야 할 권리의 일정한 측면들을 확인할 수는 있다고 믿는다. 그런 요인들로는 거주권의 법적 안정성, 서비스, 물자, 시설 및 인프라의 이용가능성, 가격적합성(affordability), 거주적합성(habitability), 접근가능성, 사회적 시설(교육, 고용기회, 보건서비스)에 대한 접근을 허용하는 위치, 그리고 문화적 정체성과 다양성의 표현들이 존중될 수 있도록 하는 문화적 적절성이 포함된다. 또한 당사국은 가족구성원들이 분리되지 않을 권리를 고려해야 한다.
- 9.4 일정한 상황에서는 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 모든 노력을 다했음에도 불구하고 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람에게 영구적인 대체주거지를 제공할 수 없었음을 입증할 수도 있다. 그런 상황에서는 적절한 대체주거의 모든 요건을 충족하지는 못하는 임시숙소도 이용될 수 있다. 그러나 당사국은 임시숙소가 퇴거되는 사람들의 인간의 존엄을 보호하고,

모든 안전 및 안정성 요건을 충족하며, 영구적인 해법이 되는 것이 아니라 적절한 주거 획득을 향하여 가는 한 단계가 되도록 보증하기 위하여 노력해야 한다.

◆ **대체주택에 접근하기 위한 조건과 권원 없는 점거**

- 10.1 위원회는 그 사회복지사업의 자원을 효율적으로 이용할 목적으로 당사국은 신청인들이 대체주택 등 사회적 혜택을 수령하기 위해서 충족해야 할 기준들이나 조건들을 설정할 수 있다고 본다. 유사하게 당사국은 사유재산을 보호하고 악의의 재산 불법점거를 방지하기 위하여 조치를 취할 수 있다. 그러나 사회복지사업에 대한 접근을 규율하는 조건들은 잠재적인 낙인화를 방지하기 위해서뿐만 아니라 대체주택을 필요로 하는 사람의 행위가 그 자체로 국가의 신청 거부를 정당화하기 위하여 이용될 수 없도록 보장하기 위해서 합리적이고 신중하게 설계되어야 한다. 이에 더하여 법원과 행정당국에 의한 사회적 주택 또는 대체숙소에 대한 접근을 위한 규칙의 해석 및 적용은 빈곤하게 살면서 궁핍 때문에 선의로 법적 권원 없이 재산을 점거하는 사람들에게 대한 체제적 차별과 낙인화를 영속화하는 것을 피해야 한다.
- 10.2 나아가 적당한 가격의 이용가능한 주택의 부족은 늘어나는 불평등과 주택시장투기에 원인이 있기 때문에 당사국은 가용 자원을 최대한 이용하여 적합하고 시의적절하며 조율된 대응을 통하여 이들 구조적 문제를 해결할 의무를 진다.

◆ **진정인의 퇴거의 비례성 분석**

- 11.1 위원회는 진정인들이 점거하고 있는 아파트에서 그들을 퇴거시키는 것이 적절한 주거권을 침해한 것인지 여부 또는 당국의 개입이 규약 제4조에 따라 주거권에 대한 정당한 제한을 구성하는지 여부를 심리할 것이다. 진정인들은 2013년 3월 1일에 그 아파트에 주거를 정했다. 2016년 12월 2일에는 아파트를 소유한 은행의 제소를 근거로 제15호 형사법원이 진정인들의 불법적 점거에 대해 경범죄로 유죄판결을 하면서, 진정인들이 그 주택을 점거했던 궁핍 상태를 이유로 부분적 면책을 부여했다. 법원은 진정인에게 은행에게 그 아파트의 점유권을 넘기라고 판결했고 이 판결은 마드리드 지역고등법원에 의해 2017년 7월 25일 확인되었다.
- 11.2 위원회는, 진정인이 재산의 점유를 넘기라는 명령에 따르지 않고 그 아파트에 머물렀지만 그의 추방은 2018년 6월 25일 까지 집행되지 않았다는 데 주목한다.
- 11.3 진정인은 퇴거중단 요구를 하면서 자신이 특히 취약한 경제적 상황에 있고 퇴거될 경우 살 대체주택이 없다고 보고했다. 나아가 마드리드시평의회는 사회복지과는 마드리드 제28형사법원에 그들이 그 가족에게 사회적 주택을 제공할 수 없었다고 진술하는 보고서를 송부했다. 위원회는 자신의 주거권에 관한 진정인의 주장이 사법당국에 의해 다루어지지 못했음에 주목한다. 이 점과 관련하여 위원회는 진정인의 퇴거중단요구는 2018년 5월 10에 거부되었다는 사실에도 불구하고 그의 퇴거는 최초의 법원 판결이 있는지 1년 반 후인 2018년 6월 25일까지 집행되지 않았다는 데에도 주목한다.
- 11.4 위원회는 진정인이 1심에서 내려진 결정들에 항소할 수 있었다는 것과 그가 변호인의 조력을 받았다는 점을 인정한다. 당사국이 지적했듯이 진정인은 그의 재판이나 판결의 집행에서 적법절차보장이 침해되었다는 주장을 하지 않았다.
- 11.5 또한 위원회는 당사국으로서, 진정인들이 아파트에 체류하도록 허용하는 것은 주거권을 근거로, 형사적으로 불법적인 행위를 용인하는 것에 해당하며 국내법상 소유자의 재산권 침해를 구성하게 될 것이라는 데 주목한다. 위원회는 사유재산의 권리가 규약상 권리는 아니지만 그것이 규약에 포함된 권리들과 충돌하지 않는 한 당사국이 그 법체계내에서 확립된 모든 권리에 대한 보호를 보장하는데 정당한 이익이 있음을 인정한다. 진정인들이 불법점거의 경범죄에 대해 유죄판결을 받았음을 고려할 때, 그의 퇴거에는 정당한 이유가 있었으며 따라서 정당화될 수 있다고 위원회는 인정한다. 그럼에도 불구하고 위원회는 마드리드 제28 형사법원이 퇴거의 정당한 목적과 퇴거되는 사람들에게 대한 그 결과들의 비례성 분석을 행하지 않았다는 데 주목한다. 구체적으로 법원은 조치의 혜택—이 사건에서는 아파트를 소유하는 은행의 재산권을 보호하는 것—과 퇴거되는 사람들의 권리에 대한 그 잠재적 영향들을 형량하지 않았다. 퇴거의 비례성을 분석하는 것은 퇴거되는 사람들에게 대한 조치의 결과들 뿐만 아니라 재산의 소유를 회복할 소유자의 요구에 대한 검토도 수반한다. 이는 불가피하게 가정으로서 또는 필수적 소득 제공을 위하여 주택을 필요로 하는 개인들에 속하는 재산과 이 사건에서처럼 은행에 속하는 재산 사이에 구분을 하는 것을 수반한다. 퇴거가 시간상 특정된 순간에 불합리한 조치라고 인정한다고 해서 반드시 점거자들에 대해 퇴거명령이 발해질 수 없다는 것을 의미하지는 않는다. 그러나 상당성과 비례성 원칙은 퇴거되는 사람들을 궁핍한 상황이나 규약에 포함된 권리들의 침해를 당하도록 하는 것을 피하기 위하여 퇴거명령을 중단하거나 연기하는 것을 필요하게 만들 수 있다. 퇴거명령은 또한 퇴거의 효과를 완화하기 위하여 점거자들을 돕기 위해 행정당국이 개입할 의무 등 기타 요인들에 좌우될 수도 있다.
- 11.6 이 사건의 경우 진정인이 그 조치가 자신들의 적절한 주거권에 영향을 줄 것이라고 주장했음에도 불구하고 제28 형사법원도 다른 어떤 사법당국도 규약 제4조에 의해 당사국에게 요구되는 바와 같은 개입의 비례성을 고려함으로써 진정인의 주장

에 관하여 더 알아보지 않았다. 마드리드 제15 형사법원은 아파트 점거로 인해 진정한이 야기한 손해와 자신들이 그런 행동을 통해서 벗어나려고 시도하고 있었던 해로운 상황 사이의 비례성 분석을 행하였고, 궁핍을 이유로 부분적 면책을 적용하는 것이 적절하다고 인정했다. 그러나 이 분석은 같은 판결에서 내려진 재산의 압류를 명하는 결정에는 적용되지 않았다. 나아가 당사국의 법률은, 거의 즉각적으로 집행될 수 있었던 퇴거명령에 불복하기 위한, 그래서 다른 사법기관에게 퇴거의 비례성과 퇴거가 집행될 조건들을 분석할 기회를 제공했을 다른 어떤 사법적 장치도 진정한에게 제공하지 못했다.

- 11.7 위원회는 당사국이 법적 권원 없이 재산을 점거하고 있는 사람들에게 대해서, 문제되는 재산이 그들의 가정을 구성할 때, 그들을 규율할 법적 틀을 개발해야 한다고 본다. 이 틀은 예컨대, 그 사람이 가옥을 선의로 점거하고 있는지 여부, 점거자와 그 부양가족들의 개인적 상황들, 그리고 그들이 그 상황에 적합한 해결책을 찾는 데 있어서 당국과 협력했는지 여부 등 그런 상황에서 퇴거신청을 평가할 때 사법당국이 고려해야 할 기준들을 명시해야 한다. 그러나 당사국이 법적 권원 없이 재산을 점거하고 있는 사람은 퇴거명령이 집행되는 상황에 관계없이 즉각적으로 퇴거되어야 한다고 규정한다면 그 당사국은 적절한 주거권 침해를 범하고 있는 것이 될 것이다. 그러므로 위원회는 퇴거가 그 조치에 의해 추구되는 목적과 퇴거되는 사람들에 대한 그 결과 사이의 비례성 평가 없이, 따라서 제4조에서 규정된 조건들을 충족하지 못한 채 수행된 것인 한, 그런 퇴거는 진정한과 그 아이들의, 규약 제11조에 규정된 주거권에 대한 당사국의 침해를 구성했다고 판단한다.

◆ 공공주택에 대한 진정한의 접근

- 12.1 위원회는 진정한이 그녀가 이토록 궁핍한 상황에서 살고 있던 동안 사회적 주택을 신청함으로써 법적 권원 없는 점거자로서 자신의 상황을 구제하고 불법적 행위를 끝내고자 노력했다는 점, 그러나 모든 신청인은 재산을 점거할 충분한 권원 없이, 그리고 소유자의 동의 없이 주거지나 재산을 점거하지 않아야 한다는 필수요건을 현재의 규정들이 수립하고 있다는 이유로 진정한의 신청은 거부되었다는 점에 주목한다. 위원회는 당사국이 진정한 가족이 사회적 주택을 필요로 했다는 점을 반박하지 않고 있고 단순히 퇴거 이전에 진정한이 마드리드 공동체의 공공주택기구들에 주택신청을 할 수 없었다고만 주장한다는 점에 주목한다. 위원회는 이러한 요건이 주택의 불법점거의 만연을 감소시키기 위한 의도를 가진 것일 수 있다고 이해하지만, 위원회는 당사국이 진정한을 주택신청 목록에서 배제한 요건을 정당화하기 위하여 어떤 주장도 제공하지 않고 있음에 주목한다. 당사국은 또한 비거주 가정의 수를 줄이는 등 개인들에게 덜 영향을 미칠 다른 불법점거 감축 조치의 부재를 정당화하지도 못했다.
- 12.2 위원회는 공공주택 신청자들의 대기자 목록에 접근할 수 있기 위해서 진정한이 충족해야 했던 요건이 그녀를 궁지로 몰아넣어서 진정한과 그 아이들이 임시공유침터로 이주해 들어가거나 사회적 주택 신청을 할 수 있기 전에 궁핍하게 살 수 밖에 없도록 강요했다고 판단한다. 또한 위원회는 사회적 주택에 대한 이러한 접근 제한은 부모의 행동의 결과를 아이들이 겪도록 할 수도 있다고 인정한다. 이 사건에서 당사국은 퇴거 이전에 가용자원의 부족으로 진정한과 가족에게 대체주택을 제공할 수 없었다고 증명하지도 주장하지도 않았다는 점에 주목해야 한다. 오히려 당사국은 그녀가 법적 권원 없이 재산을 점거했다는 이유로 신청자들의 대기자 목록에 그녀를 올리기를 거부했고 그럼으로써 그녀에게 이용가능한 대체주택에 접근할 어떤 가능성도 부인했다. 위원회는 이 요건의 적용은 적절한 주거권의 본질과 양립할 수 없다고 판단한다. 이러한 이유로, 위원회는 진정한의 궁핍한 상황에 대한 고려 없이 사회적 주택 프로그램에서 진정한을 배제한 것은 그녀의 비정상적 상황을 영속화했고 그녀의 퇴거로 이어졌다고 결론내린다. 그러므로 위원회는 이러한 배제는 당사국에 의한, 규약 제11조에 규정된 진정한과 그 아이들의 주거권 침해를 구성한다고 판단한다.

◆ 임시조치와 진정한의 퇴거

- 13.1 진정한은 위원회의 임시조치 요구에도 불구하고 퇴거가 이루어졌다는 사실은 선택의정서 제5조 위반에 해당한다고 주장한다. 2018년 6월 22일, 위원회는 당사국에게 진정 심리 중에는 진정한과 아이들의 퇴거를 중단하거나 대안적으로 회복할 수 없는 손해 발생을 피하기 위하여 진정한과 진정성있는 협의를 거쳐 적절한 주택을 제공할 것을 요구했다. 나아가 위원회는 2018년 6월 25일에 진정한이 퇴거되었다는 데 주목한다. 또한 위원회는 당사국에 따르면 나중에 진정한과 아이들을 침터에 배정함으로써 당사국이 일시적이긴 하지만, 이용가능한 시의 자원에서 공유되고 사회적 지원 프로그램과 연결되어 있던 대체주택을 제공했다는 데에도 주목한다. 그러나 위원회는 진정한이 침터를 대체주택에 해당한다고 여기지 않으며 이들 침터에 그들이 체류한 것은 아이들에게 부정적 영향을 미쳤다고 주장한다는 점에 주목한다. 위원회는 진정한이 첫 번째 침터에서 10월 까지 체류했고, 그 후에 떠나야 한다는 통지를 받았다고 주장한다는 점, 그리고 그녀가 11월까지 머물렀던 두 번째 침터에 숙소를 배정받은 것은 공개적인 항의가 있는 후였다는 점을 인정한다. 또한 진정한은 이 두 번째 침터에서 그 가족은 성별로 분리되었고, 당시 8살이었던 그녀의 막내아이는 엄마와 떨어져서 자야 했다고 주장한다.

- 13.2 위원회는 주택이 적절하다고 인정되기 위해서는 쉼터는 제공하지 못했던 거주안정성을 제공해야 한다는 점을 상기한다. 이 점에 관하여 위원회는 진정인과 아이들이 동일한 쉼터에 머무를 수 있었던 최장기간이 3개월이었다는 점에 주목한다. 이 기간이 끝났을 때 진정인은, 비록 이 상황이 나중에 공개적인 항의 덕분에 다소 완화되긴 했지만, 가족과 함께 떠나야 한다는 통지를 받았다. 따라서 당사국이 묘사했듯이 쉼터들은 일시적인 주거해법이었을 뿐 적절한 주거를 구성하지는 못했다.
- 13.3 진정인에게 제공된 대안은 적절한 주거에 해당하지 않았다는 점이 인정되고 임시조치 요구가 왜 존중될 수 없었는지에 관한 당사국의 다른 설명이 없었기 때문에 선의로 임시조치를 이행할 당사국의 의무에 관한 위원회의 판례에 따라 위원회는 당사국이 이 사건에서 선택의정서 제5조를 위반했다고 판단한다.

<결론 및 권고>

- 14. 제공된 모든 정보와 이 사건의 특별한 상황을 고려할 때 위원회는 당국에 의한 비례성 평가 없이 이루어진 진정인과 그 아이들의 퇴거는 적절한 주거권에 대한 침해로 구성했다고 판단한다. 더욱이 위원회는 진정인의 궁핍한 상황을 고려하지 않고 오로지 그녀가 재산을 법적 권원 없이 점거하고 있었다는 점만을 근거로 하여 공공주택 신청을 거부한 것은 그 자체로 진정인의 적절한 주거권 침해에 해당한다고 판단한다.
- 15. 위원회는 선택의정서 제9조 1항에 따라 행동하면서, 당사국이 규약 제11조 1항에 따른 진정인과 그 아이들의 권리를 침해했다고 인정한다. 또한 위원회는 당사국이 선택의정서 제5조도 위반했다고 인정한다. 이 진정에 포함된 견해에 비추어 위원회는 당사국에 다음과 같은 권고를 한다.

◆ 진정인들과 관련한 권고

- 16. 당사국은 진정인과 그 아이들에게 효과적인 구제를 제공할 의무, 특히 다음과 같은 의무를 진다. (a) 그들이 현재 적절한 주거에 있지 않다면, 당사국은 이 견해에서 제시된 기준들에 유념하여 그들에게 공공주택을 제공하거나 그들이 적절한 주거에 살 수 있도록 할 다른 어떤 조치를 취할 목적으로, 그들의 주택신청이 이루어진 그 날을 시작으로 그 신청이 마드리드 공동체의 파일에 올라가 있던 오랜 기간을 고려하여, 그들의 궁핍상태와 대기자목록상 우선순위의 수준을 재평가해야 한다. (b) 당사국은 진정인과 아이들에게 그들이 겪은 침해에 대한 재정적 보상을 제공해야 한다. (c) 당사국은 진정인들에게 이 진정을 제기하면서 발생한 것에 상당하는 법적 비용을 보전해주어야 한다.

◆ 일반권고

- 17. 위원회는 개인진정의 맥락에서 권고되는 구제들이 재발방지 보증을 포함할 수 있다고 판단하고, 당사국이 장래에 유사한 침해를 방지할 의무가 있다는 점을 상기한다. 위원회는 당사국이 그 법률과 법률의 집행이 규약에 따라 확립된 의무와 합치하도록 보장해야 한다고 판단한다. 특히 당사국은 다음과 같은 의무를 진다.
 - (a) 재산이 법적 권원 없이 점거되는 경우를 포함한 모든 경우에 사법당국이 퇴거조치가 추구하는 목적과 퇴거되는 사람들에 대한 그 결과들의 비례성 분석을 행하도록 하는 요건을 구체화하는, 사람들의 가정에서의 퇴거를 규율하는 법적 기본틀을 확립할 것,
 - (b) 재산이 법적 권원 없이 점거되는 경우를 포함한 모든 경우에 퇴거명령을 받는 사람들이 퇴거되는 사람들에 대한 그 조치의 결과와 비교하여 그 조치에 의해 추구되는 목적의 비례성과 그것의 규약 합치성을 평가하도록 할 목적으로 이익을 제기하거나 항소를 할 수 있도록 보장할 것,
 - (c) 궁핍한 상황에 처할 위험에 있는 사람들을 배제할 수 있는 불합리한 조건들을 제거함으로써 모든 사람들이 사회주택 비축분에 동등하게 접근할 수 있도록 보장하기 위하여 필요한 조치들을 채택할 것,
 - (d) 대체주거를 획득할 재산을 갖고 있지 못한 사람들과 관련된 퇴거는, 오로지 관련 당사자들과의 진정성 있는 협의 이후에만, 그리고 특히 가족, 노인, 아동 기타 취약한 상황의 사람들과 관련된 경우에는, 국가가 가용자원을 최대한 이용하여 퇴거되는 사람들이 대체주거를 가지도록 보장하기 위한 모든 필수적 조치들을 취한 후에만, 집행되도록 보장하기 위하여 필요한 조치를 취할 것,
 - (e) 자치공동체와 협력하고 가용자원을 최대한 이용하여, 일반논평 제4호에 맞추어서, 저소득층 사람들에게 적절한 주거권을 보장하기 위한 포괄적 계획을 개발하고 이행할 것, 이 계획은 이들 개인의 주거권을 상당하고 측정가능한 방식으로 보장하기 위하여 필요한 자원, 지표, 시간 및 평가기준들을 제공하는 것이어야 한다.
 - (f) 위원회가 발하는 임시조치 요구를 이행하기 위한 절차를 수립하고 그 절차의 완전성을 확보하기 위하여 모든 관계당국에게 그런 요구들을 존중할 필요성을 통지할 것.

- 18. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 잠정적 절차규칙 제18조 1항에 따라 당사국은 위원회에 6개월의 기간 내에, 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면 답변을 제출해야 한다. 당사국은 또한 위원회의 견해를 접근 가능한 형식으로 공표하여 인구의 모든 부문들에 접근하도록 널리 배포해야 한다.

(8) *Soraya Moreno Romero v. Spain*(2018)⁶²⁹⁾

<진정의 경과>

- 사건번호: 48/2018
- 진정인: 1987년생 스페인 국적의 여성 Soraya Moreno Romero (2008, 2014, 2018년생 미성년 아이들)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2015. 7. 17.
- 견해채택일: 2018. 3. 26.
- 주제: 진정인의 가옥에서의 퇴거
- 절차적 쟁점: 구제절차 경유
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 1항, 의정서 제3조 1항

<의의>

- 불법점거에 대한 형사유죄판결을 근거로 한 퇴거가 이루어진 사건에서, 퇴거당한 진정인에게 사회복지과가 대체주거 제공을 위한 몇가지 제안을 했으나 진정인이 이를 거절한 경우, 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 주거권 보장을 위한 모든 조치를 취할 규약상 의무를 완수했다고 인정하여 주거권 침해를 부인한 사례.

<진정 취지>

- 3. 최초의 진정에서 진정인은 적절한 대체숙소가 없었기 때문에 당시에 마드리드 제30 수사법원에 의해 명령되었지만 중단되었던 자신의 퇴거는 규약 제11조 1항 위반을 구성한다고 주장했다. 진정인은 그녀의 요구도 궁핍한 재정상황도 그녀에 대한 형사절차에서 고려되지 않았고 그 결과 불법점거죄에 대한 유죄판결이 내려졌다고 진술했다. 또한 진정인은 그 퇴거가 학교에서 아이들의 성장을 심각하게 손상시킬 수 있는 것이었고 그녀가 최근에 아이를 가졌기 때문에 일을 구할 수도 없었다고 진술했다.

<위원회의 허용가능성 판단>

- 8.2 위원회는 선택의정서 제3조 1항이 이용가능한 모든 국내절차가 경유되었음을 확인하지 않는 한 진정을 심리할 수 없도록 하고 있음을 상기한다. 당사국은 진정인들이 그 재산의 불법점거를 시작하기 전에 사회주택을 신청하지 않았고, 이사를 간 후에도 신청의 완료를 위하여 마드리드 자치공동체가 요구한 서류를 제출하지 않았기 때문에 모든 국내 구제절차를 경유하지 않았다고 주장한다. 위원회는 선택의정서 제3조 1항의 목적상 “이용가능한 국내 구제절차”란 주장된 침해를 최초로 야기한 사건들과 직접 관련하여 진정인이 이용할 수 있는 모든 구제절차로서 합리적으로 생각했을 때 주장된 규약 위반의 구제에 일응 효과적이라고 여겨지는 구제절차를 말한다고 본다. 위원회는 현재의 진정에서 제기된 주된 신청취지가 진정인들이 어떤 대체주택도 없기 때문에 진정인의 퇴거는 규약 위반이라는 것임에 주목한다. 그러므로 경유되어야 할 구제절차는 무엇보다도 퇴거를 방지 또는 연기하는 것 또는 법원에게 대체주택의 부재를 알리는 것을 목표로 한 구제절차 등 퇴거와 직접 관련된 구제절차이다. 이와 관련하여 위원회는 진정인이 진정을 제기했을 당시에 재산을 비우라고 명령하는 유죄판결에 항소했고 그럼으로써 이 경로를 다 거쳤으며 퇴거명령을 중단할 것과 대체주택의 부재를 고려하여 사회복지과에 적절한 통지가 이루어질 것을 요구했기 때문에, 진정인은 퇴거를 방지하거나 연기하는 것을 목표로 한 모든 이용가능한 절차를 거쳤다는 점에 주목한다. 마드리드 공동체에 제출된 사회주택신청에 관해서 위원회는 당사국에 따르면 법적 권원 없이 재산을 점거하고 있는 진정인과 같은 사람들은 이 기구에 사회주택을 신청할 수 없다는 점에 주목한다. 위원회는 이전의 진정을 심리하면서 이러한 요건은 그 자체로 규약 위반인, 주거에 대한 접근방해를 구성한다고 인정했다는 점을 상기한다. 그러므로 위원회는 당사국이 이 구제절차가 현재의 사건의 상황에서 효과적이었으리라는 점을 충분히 증명하지 못했다고 본다. 따라서 위원회는 진정인이 이 주장과 관련하여

629) Communication No. 48/2018, E/C.12/69/D/48/2018, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/085/07/PDF/G2108507.pdf?OpenElement>>.

이용가능한 모든 국내구제절차를 경유했다고 인정하고, 그들의 진정은 선택의정서 제3조 1항에 따라 허용될 수 있다고 선언한다.

- 8.3 위원회는 진정인이 그의 마지막 의견제출에서 동일한 사실로부터 나온 더 앞선 형사절차가 각하되었기 때문에 불법점거죄에 대한 유죄판결은 일사부재리(non bis in idem) 원칙 위반이라고 주장하는 점에 주목한다. 그러나 위원회는 또한 언급된 사건이 그보다 앞선 것이긴 했지만 그녀의 최초 의견제출에서는 이 주장을 하지 않았다는 점에도 주목한다. 나아가 위원회는 진정인이 2018년 2월 18일에 지역 고등법원에 항소할 때에는 그런 주장을 하지 않았다는 점도 주목한다. 그러므로 위원회는 이 주장은 선택의정서 제3조 1항에 따른 이용가능한 모든 국내구제절차를 경유하지 못한 것이어서 허용될 수 없다고 판단한다.
- 8.4 위원회는 진정의 나머지 부분은 선택의정서 제2조와 제3조에 따른 기타 허용가능성 요건들을 충족한다고 보고 따라서 진정은 허용될 수 있다고 선언하며 본안 심리를 진행하기로 한다.

<위원회의 본안 판단>

◆ 사실과 법적 쟁점

- 9.3 진정인은 2015년 5월에 그 가옥에서 무단점거를 시작했다. 2017년 11월에는 불법점거죄에 대하여 그녀에 대한 형사절차가 개시되었다. 2018년 1월 30일 진정인은 권한 없이 다른 사람의 가옥을 점거한 경범죄로 유죄가 인정되었고 하루에 2유로의 비율로 계산된 3개월치 벌금을 납부하고 그 집을 비우라는 명령을 받았다. 지역 고등법원이 2018년 4월 19일 이 결정을 지지했다.
- 9.4 2018년 3월과 5월 사이에 진정인은 시평의회가 마드리드 자치공동체에 주택을 신청했다. 후자의 신청은 뒤에 여러 차례 보완되었다.
- 9.5 2018년 3월과 2019년 5월 사이에 마드리드 사회복지과는 여러 번 진정인에게 세 가지 임시주택 옵션을 제안했다. 다른 가족과 공유숙소, 쉼터에 숙소, 그리고 진정인의 재산으로 다른 지역에서 주택을 찾는 것에 대한 지원. 진정인은 이들 주택해법을 제안하는 기관이 그렇게 할 권한이 있는 기관이 아니고 그 해법은 임시적인데 불과하며 공유숙소와 관련된 것이었기 때문에 부적합하다는 이유로 이들 제안을 거절했다.
- 9.6 소유자의 동의로 진정인의 퇴거는 2018년 5월 29일부터 1개월간 연기되었다. 2018년 8월 20일이 강제퇴거일로 정해졌지만 집행되지는 않았다. 2019년 5월 6일 진정인은 퇴거당했다.
- 9.7 퇴거 후 비상조치로서 마드리드 사회복지과는 진정인에게 쉼터 또는 게스트하우스에 2주간 숙소를 제안했지만 진정인은 그 제안을 거절하고 대신 그의 사회적 네트워크의 일부를 구성하는 사람들과 함께 머물렀다.
- 9.8 진정인은 적절한 대체주택이 제공되지 않은 채 이루어진 자신의 퇴거는 그녀의 요구와 궁핍한 재정상황이 고려되지 않은 것이어서 규약 제11조 1항을 위반한다는 견해를 갖고 있다. 당사국은 규약은 법적 권리 없이 재산을 점거하고 있는 사람들의 퇴거에는 적용되지 않는다고 주장한다. 나아가 당사국은 규약이 집행가능한 주관적 권리가 아니라 오히려 점진적으로 실현되어야 할 하나의 권리를 인정할 것이고, 당사국은 이용가능한 자원을 고려하여 진정인에게 대체주택을 제공하기 위하여 모든 가능한 조치를 취했기 때문에 그 영역에서 당사국의 국제적 의무를 완전하게 이행하고 있다는 견해를 갖고 있다.
- 9.9 위원회가 적절하다고 생각하는 사실들과 당사자들에 의해 제출된 주장들에 비추어볼 때 진정에 의해 제기된 문제는 진정인의 퇴거가 규약 제11조 1항에 따른 적절한 주거권 침해로 구성하는 것이었는지 여부이다. 이 문제에 답하기 위하여 위원회는 강제퇴거로부터의 보호에 관한 그 법리를 상기함으로써 시작한다. 그 다음에 위원회는 진정인의 퇴거의 구체적 경우를 검토하고 진정에서 제기된 쟁점들을 다루겠다.

◆ 강제퇴거로부터의 보호

- 10.1 적절한 주거에 대한 인권은 모든 경제사회문화적 권리의 향유에 핵심적인 근본적 권리이고 시민권규약에 정해진 권리 등 다른 인권과 불가분하게 연결되어 있다. 주거권은 소득이나 경제적 자원에 대한 접근에 관계없이 모든 사람들에게 보장되어야 하고 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 한다.
- 10.2 강제퇴거는 일용 규약과 양립할 수 없고 단지 가장 예외적인 상황에서만 정당화될 수 있다. 퇴거가 퇴거당하는 사람의 주거권에 영향을 미칠 위험이 있는 경우에는, 관계당국은 퇴거가 규약과 양립할 수 있는 법률에 따라서 그리고 퇴거의 정당한 목적과 그것이 퇴거당하는 사람에게 미치는 결과 사이의 비례성 원칙에 따라서 이루어지도록 보장해야 한다.
- 10.3 퇴거가 정당화될 수 있기 위해서는 법률에 의해서 규정되고 최후의 수단으로서 집행되어야 하며, 관련된 사람들은 예컨대 점유의 법적 권원이 없는 경우처럼 문제의 조치가 적절하게 정당화되는지를 결정하기 위하여 효과적인 사법적 구제절차에 사전적으로 접근할 수 있어야 한다. 추가적으로, 당국과 관련된 사람들 사이에 진정성 있고 건설적인 사전 대화의 현실적 기회

가 있어야 하고, 주거권에 덜 해로운 이용가능한 대안 수단이나 조치가 없어야 하며, 관련된 사람들이 규약상 권리나 기타 인권 침해에 해당하는 상황에 남겨지거나 노출되지 않아야 한다.

◆ **필요한 사람들에게 대체주택을 제공할 국가의 의무**

- 11.1 퇴거가 개인들이 홈리스가 되거나 추가적인 인권침해에 취약해지는 결과를 낳아서는 안 된다. 영향을 받는 사람들이 스스로를 부양할 수 없는 경우에 당사국은 적절한 대체주거, 재정착이나 경우에 따라서는 생산적 토지에 대한 접근이 이용가능하도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 당사국은 퇴거가 당국에 의해 개시되건 재산소유자 등 사적 기관에 의해 개시되건 관계없이, 퇴거의 결과 홈리스로 남겨지는 사람들에게 대체주택을 제공하기 위하여 상당한 조치를 취할 의무가 있다. 당사국의 대체주거 제공이나 보장을 받지 못한 채 한 사람이 자신의 집에서 퇴거되는 경우 당사국은 그 사건의 특수한 상황을 고려했다는 것과, 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했음에도 불구하고 관계인의 주거권을 지지할 수 없었다는 것을 입증해야 한다. 당사국에 의해 제공되는 정보는 위원회가 선택의정서 제8조 4항에 따라, 취해진 조치의 상당성을 심리할 수 있도록 하는 것이어야 한다.
- 11.2 대체주택을 필요로 하는 퇴거되는 사람들에게 대체주택을 제공할 의무는 규약 제2조 1항에 따라 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리를 지지하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 함을 시사한다. 당사국은 이 목적을 달성하기 위하여 다양한 정책을 선택할 수 있다. 그러나 채택된 모든 조치는 이 권리를 가능한 한 신속하고 효율적으로 실현하도록 가능한 한 신중하고, 구체적이며 가능한 한 명확하게 대상이 정해진(targeted) 것이어야 한다. 퇴거의 경우 대체주택에 관한 정책들은 관계된 사람들의 필요와 상황의 긴급성에 상응하는 것이어야 하고 개인의 존엄을 존중하는 것이어야 한다. 나아가 당사국은 제도적 결함과 주택 부족의 구조적 원인을 해결하기 위하여 일관되고 조율된 조치들을 취해야 한다.
- 11.3 대체주택은 적절해야(adequate) 한다. 적절성은 부분적으로는 사회적, 경제적, 문화적, 풍토적(climatic), 생태적 및 기타 요인들에 의해 결정되지만 위원회는 그럼에도 불구하고 어떤 특정한 맥락에서도 이러한 목적을 위하여 고려되어야 할 권리의 일정한 측면들을 확인할 수는 있다고 믿는다. 그런 요인들로는 거주권의 법적 안정성, 서비스, 물자, 시설 및 인프라의 이용가능성, 가격적합성(affordability), 거주적합성(habitability), 접근가능성, 사회적 시설(교육, 고용기회, 보건서비스)에 대한 접근을 허용하는 위치, 그리고 문화적 정체성과 다양성의 표현들이 존중될 수 있도록 하는 문화적 적절성이 포함된다. 또한 당사국은 가족구성원들이 분리되지 않을 권리로도 고려해야 한다.
- 11.4 일정한 상황에서는 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 모든 노력을 다했음에도 불구하고 대체주택을 필요로 하는 퇴거되는 사람에게 영구적인 대체가정을 제공할 수 없었음을 입증할 수도 있다. 그런 상황에서는 적절한 대체주택의 모든 요건을 충족하지는 못하는 임시숙소도 이용될 수 있다. 그러나 당사국은 임시숙소가 퇴거되는 사람들의 인간의 존엄을 보호하고, 모든 안전 및 안정성 요건을 충족하며, 영구적인 해법이 되는 것이 아니라 적절한 주거 획득을 향하여 가는 한 단계가 되도록 보증하기 위하여 노력해야 한다.

◆ **진정인의 퇴거의 비례성 분석**

- 12.1 위원회는 진정인이 점거하고 있는 아파트에서 그를 퇴거시키는 것이 적절한 주거권 침해를 구성했는지를 심리할 것이다.
- 12.2 위원회는 진정인이 1심에서 내려진 결정들에 항소할 수 있었다는 것과 그가 변호인의 조력을 받았다는 점에 주목한다.
- 12.3 또한 위원회는 당사국으로서, 진정인들이 아파트에 체류하도록 허용하는 것은 형사적으로 불법적인 행위를 주거권을 근거로 용인하는 것에 해당하며 국내법상 소유자의 재산권 침해를 구성하게 될 것이라는 데 주목한다. 위원회는 사유재산의 권리가 규약상 권리는 아니지만 그것이 규약에 포함된 권리들과 충돌하지 않는 한 당사국이 그 법체계내에서 확립된 모든 권리에 대한 보호를 보장하는데 정당한 이익이 있음을 인정한다. 진정인들이 불법점거의 경범죄에 대해 유죄판결을 받았음을 고려할 때, 그의 퇴거에는 정당한 이유가 있었으며 따라서 정당화될 수 있다고 위원회는 인정한다. 그럼에도 불구하고 위원회는 마드리드 제30 수사법원이 자신의 주거권과 관련된 진정인의 모든 주장들을 검토했고 퇴거의 비례성을 검토했다는 점에 주목한다. 법원은 2018년 5월 29일에 퇴거의 연기에 동의했다. 2018년 8월 20일, 2018년 9월 28일 그리고 2019년 5월 28일의 결정들에서, 법원은 특히 진정인이 재산을 비우기 위한 시간 연장을 부여받았고 사회복지과가 그 상황을 알게 되었으며 진정인이 공유숙소 제안을 받았지만 거절했고, 집행을 구하는 당사자의 이익도 고려되어야 하고 한편으로는 진정인의 상황을 바로 잡는 것과 다른 한편으로는 그 결정을 집행하여 형사적 불법행위를 종식하는 것 사이에서 균형을 달성해야 한다고 지적하면서, 퇴거를 재차 연기하기를 거부했다.
- 12.4 위원회는 일반적으로 당사국은 재산의 불법점거 등 문제를 규율할 때, 그리고 민주사회에서 재산의 평화적 향유를 보호하는 것을 목적으로 한 사법적 구제에 관하여 결정할 때 일정한 재량권을 향유한다는 점을 인정한다. 그럼에도 불구하고 그런

재량이 무제한적이지는 않고 규약과 기타 적용가능한 인권조약에 따른 당사국의 의무와 양립가능해야 한다. 특히 위원회는 어떤 사람이 형사절차에 의해 퇴거당하는 경우에는 관계당국은 퇴거가 규약과 양립할 수 있는 법률에 따라서 그리고 퇴거의 정당 목적과 그것이 퇴거당하는 사람에게 미치는 결과 사이의 상당성과 비례성의 일반원칙에 따라서 이루어지도록 보장해야 한다. 이 의무는 규약 제11조와 결합하여 독해할 때 규약 제2조 1항에 따른 당사국의 의무에 대한 해석으로부터 도출되며, 규약상 권리의 향유에 대한 제한들이 허용되는 조건들을 규정하고 있는 제4조의 요건들에 따른 것이다. 따라서 형사절차의 결과로서 퇴거가 원칙이어서는 안 된다(must not be the norm). 더욱이 퇴거는 법률에 의해 정해져야 하고, 민주사회에서 공동선을 증진하는 것이어야 하며, 추구되는 정당한 목적에 적합한 것이어야 하고, 엄격히 필요한 것이어야 한다. 당사국은 각각의 개별적 경우에 사람을 퇴거시키기 위하여 형사절차를 이용하는 것을 정당화해야 하고 제한의 정당한 목적을 달성하기 위한 덜 제한적인 다른 수단이 존재하는지 여부를 고려해야 한다.

- 12.5 이 사건에서 위원회는, 진정인이 국내기관에서도 위원회에서도 자신의 사건이 형사절차의 맥락에서 검토되었다는 사실과 관련된 주장을 제시하지는 않았다는 점에 주목한다. 위원회는 제출된 서류들이 대심절차에서 확정된 사실들—그것에 관하여 당사자들이 의견과 논평을 개진할 기회를 가졌고, 원용되지 않은 규약 규정의 가능한 위반을 명백히 드러내는 사실들—을 보여줄 때에는, 진정에서 이루어진 주장들을 넘어서지 않는다면, 위원회가 당사자가 주장하지 않은 규정 위반도 검토할 권한을 가진다는 법리를 상기한다. 이 사건의 특수한 상황들과 당사자들이 제기한 요소들에 비추어볼 때 위원회는 이 점에 대한 검토가 이 사건에는 적절하지 않다고 믿는다.
- 12.6 위원회는 퇴거가 불가피했기 때문에 진정인에 대한 사회복지과의 일시적 비상주택 제공은 그 상황에 대하여 당사국의 가용자원을 최대한 이용한 대응이었고 당사국이 가용자원이 허용하는 만큼 진정인에게 대체주택을 제공하기 위하여 모든 조치를 취할 규약상의 의무를 다했음을 보여주는 것이라는 당사국의 견해에 주목한다. 위원회는 사회복지과에 따르면 사적 시장에서 재정적 부담의 범위내에서 가족들이 자율성을 획득하고 주택에 접근하는 것을 지원하기 위하여 고안된 사회거주적(socio-residential) 방법의 일부인 공유 임시주택 제공을 진정인이 거절했다는 데 주목한다. 위원회는 진정인이 주로 그것이 임시주택에 대한 것이라는 이유로 이 제안을 거절했음에 주목한다. 진정인의 재정적 수단 내에서 주택을 찾는 것을 지원한다는 제안에 관하여 진정인은 단지 자신이 점유하고 있는 재산을 소유한 회사와 협상하는데 초점이 두어졌어야 한다고만 진술할 뿐이고, 진정인이 그 세 가지 선택지들 가운데 어느 것에 관해서도 더 많은 정보를 얻기 위하여 다시 사회복지과를 접촉했다는 증거는 없다. 위원회는 진정인이 임시숙소 제안이 인간의 존엄성에 합치하지 않는다거나 안전하지 못하거나 달리 수용할 수 없는 것이라는 것을 보여주는 증거를 제공하지 못했음에 주목한다. 그러므로 당사국이 진정인의 권리를 보호하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 필요한 조치를 취하지 못했다는 것을 보여주는 다른 어떤 요소도 없기 때문에, 위원회는 위원회에 제출된 어떤 요소들도 규약 제11조 1항 위반을 보여주지 못한다고 판단한다.

<결론>

- 13. 사실과 법률에 대한 앞서 말한 고려를 근거로 위원회는, 선택의정서 제9조 1항에 따라 행동하면서, 결론적으로 진정인의 퇴거는 규약 제11조에 따른 적절한 주거의 권리 침해에 해당하지 않는다는 것이 위원회의 견해이다.
- 14. 그러므로 위원회는 선택의정서 제9조 1항에 따라서 이 견해가 진정인과 당사국에게 전달되어야 한다고 결정한다.

(9) *Rosario Gómez-Limón Pardo v. Spain*(2020)⁶³⁰

<진정의 경과>

- 사건번호: 52/2018
- 진정인: 1947년생 스페인 시민인 Rosario Gómez-Limón Pardo
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2018. 8. 30.
- 견해채택일: 2020. 3. 5.
- 주제: 진정인의 가정에서의 퇴거
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조, 의정서 제5조

630) Communication No. 52/2018, E/C.12/67/D/52/2018, <https://digitallibrary.un.org/record/3993973/files/E_C.12_67_D_52_2018-EN.pdf?ln=en>.

<의의>

- 50년 이상 장기 거주해 온 진정인들에 대한 계약종료를 이유로 한 퇴거명령이 진정인의 여러차례에 걸친 퇴거중단신청에도 불구하고 퇴거의 목적과 그 결과 사이의 비례성 분석을 행하지 않은 채 이루어졌다는 이유로 적절한 주거권 침해를 구성한다고 인정하면서, 동시에 법원이 위원회의 임시조치 요구에도 불구하고 퇴거중단신청을 거절한 것이 임시조치에 관한 선택의정서 위반이라고 인정한 사례.

<진정취지>

- 3.1 2018년 8월 30일자 최초의 진정에서 진정인은 자신에게는 적절한 대체주택이 없었기 때문에 자신의 퇴거가 규약 제11조 위반을 구성한다고 주장했다. 그녀는 그녀에게 제안된 주택옵션들이 적합하지 않았다고 주장했다. 공유숙소는 그녀가 낮시간동안에는 접근할 수가 없었기 때문에, 그리고 노인을 위한 가정은 8시 이후에는 그녀의 출입이 허락되지 않았기 때문이었다.
- 3.2 또한 진정인은 자신이 2012년 10월 9일 암 진단을 받았고 2015년 10월 2일에 41%의 장애를 가진 것으로 확인되었다는 점을 고려할 때, 이들 옵션이 그녀의 나이와 건강상태 때문에 훨씬 덜 적합하다고 지적한다. 진정 등록 당시에 그녀는 2018년 10월로 예정된 암 관련 수술을 기다리고 있었다. 이에 더하여 진정인은 남편과 함께 소유하는 가옥에는 살 수 없다고 설명한다. 왜냐하면 남편이 거기 살면 자신은 그가 그녀에게 더 심한 폭력을 가할 것이 두렵기 때문이다.

<위원회의 허용가능성 판단>

- 6.2 위원회는 당사국이 국내절차의 미경유를 이유로 허용가능성을 문제삼지 않았고 진정인이 경유하지 않은 이용가능한 구제절차가 있는 것 같지 않다는 데 주목한다. 위원회는 퇴거와 관련된 그의 주장에 관하여 사건은 선택의정서 제3조 1항에 정해진 국내구제절차 경유 요건을 충족한다고 결론내린다.
- 6.3 진정인의 퇴거와 관련된 신청취지가 선택의정서 제2조와 제3조에 규정된 다른 허용가능성 요건들을 충족하기 때문에, 위원회는 진정이 허용가능하다고 선언하고 본안에 대한 검토로 나아간다.

<위원회의 본안 판단>

◆ 사실과 법적 쟁점

- 7.2 위원회는 어떤 사실들이 증거를 갖추었고 신청취지에 적절한 것처럼 여겨질 수 있는지를 검토하겠다. 진정인은 1963년부터 자신의 부모들이 임대한 주택에서 평생을 살아왔다. 진정인은 부모가 사망한 후에도 그곳에 계속 살면서 차임을 지불했다. 1982년 진정인은 지금은 헤어진 남편과 함께 가옥 하나를 취득했다. 별거합의에 따르면 배우자들은 그 가옥의 소유권과 향유권을 공유한다는 사실에도 불구하고, 현재 남편이 그 주택을 점유하고 배타적으로 이용하면서 그것을 향유하고 있다. 진정인은 젠더에 기반한 폭력을 당했고 건강센터와 사회복지과에 이를 보고했다. 추가로 그녀는 41%의 장애를 가지고 있음이 인정된다. 2013년 4월 30일 가옥(진정인의 부모가 임대하여 진정인이 계속 살고 있던 가옥)소유자는 진정인을 퇴거시킬 목적으로 소송을 제기했다. 2014년 2월 20일 마드리드 제86호 1심법원은 임대계약이 종료된 것으로 여겨져야 한다고 결정했다. 이 결정은 마드리드 지역고등법원에 의해 지지되었고 2017년 9월 20일 최고법원에 의한 상고심에서도 유지되었다. 2018년 3월 12일 마드리드 제86호 1심법원은 2018년 5월 16일을 진정인이 집에서 퇴거될 날짜로 정했지만 퇴거는 두 차례 중단되었는데, 첫 번째는 행정상의 실수로, 두 번째는 많은 사람들이 그 가옥앞에서 진정인을 지지하는 항의를 펼쳤기 때문이었다. 진정인은 퇴거명령을 통지받을 때마다 자신은 대체주택을 갖지 못했다고 주장하면서 중단을 요구했다. 진정인은 2018년 5월 14일에 사회주택을 신청했다.
- 7.3 2018년 10월 17일 진정인은 그 주택에서 퇴거되었고 열쇠를 넘겨주었다. 그녀는 이후 현재 법적 권원 없이 점거하고 있는 가옥으로 이주했다.
- 7.4 진정인은 자신이 배우자와 공유하는 주택의 분할을 요구하지 않았다. 그녀는 추가적인 젠더 기반 폭력을 당하는 것이 두려웠기 때문이라고 주장하는 반면, 당사국은 그녀가 그런 분할을 요구할 수 있었다고 본다. 마드리드공동체는 그 가옥에 대한 진정인의 소유권을 이유로 주택신청을 거부했다. 진정인은 이 거부는 시행중인 법률 위반이라고 주장한다. 이 점에 관하여 진정인과 당사국은 그녀의 사건에서 가정을 소유하지 않을 요건의 예외가 적용되는지 여부에 관하여 의견을 달리한다.
- 7.5 진정인은 적절한 대체주택이 없는 상황에서 그녀의 퇴거는 주거권 침해를 구성한다고 주장하고 발생한 손해에 대한 배상을 요구한다. 당사국은 진정인은 어느 때에도 주택없이 방치된 적이 없다고 주장하고 권한 있는 법원이 두 번의 퇴거명령 중단을 포함하여 진정인의 상황을 다루기 위하여 할 수 있는 모든 일을 다했지만, 자연인인 재산소유자의 요구도 다루어야 한다고 주장한다. 또한 당사국은 진정인이 자신에게 제공된 대체주택 옵션들을 거절했다는 점도 주장한다. 진정인은 그 옵션들이

적합하지 않아서 거절한 것이라고 보고한다.

- 7.6 위원회가 적절하다고 여긴 사실들과 당사자들이 제출한 주장들에 비추어 보면 진정에 의해 제기되는 문제들은 다음과 같다. (a) 진정인의 퇴거가 규약 제11조 1항의 적절한 주거권 침해를 구성하는지 여부, (b) 위원회의 임시조치 요구에도 불구하고 당사국이 진정인을 퇴거시킴으로써 이 사건에서 선택의정서 제5조 위반이 있었는지 여부. 이들 문제에 답하기 위하여 위원회는 강제퇴거로부터의 보호에 관한 그 법리를 상기함으로써 시작할 것이다. 그 다음에 위원회는 진정인의 퇴거의 구체적 사건을 분석하고 진정에 의해 제기되는 문제들을 다루겠다.

◆ 강제퇴거로부터의 보호

- 8.1 적절한 주거에 대한 인권은 모든 경제사회문화적 권리의 향유에 핵심적인 근본적 권리이고 시민권규약에 정해진 권리 등 다른 인권과 불가분하게 연결되어 있다. 주거권은 소득이나 경제적 자원에 대한 접근에 관계없이 모든 사람들에게 보장되어야 하고 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 한다.
- 8.2 강제퇴거는 일용 규약과 양립할 수 없고 오로지 가장 예외적인 상황에서만 정당화될 수 있다. 퇴거가 퇴거되는 사람의 주거권에 영향을 미칠 위험이 있는 경우에는, 관계당국은 퇴거가 규약과 양립할 수 있는 법률에 따라서 그리고 퇴거의 정당한 목적과 그것이 퇴거당하는 사람에게 미치는 결과 사이의 비례성 원칙에 따라서 집행되도록 보장해야 한다.

◆ 진정인의 퇴거의 비례성 분석

- 9.1 위원회는 진정인들이 점거하고 있는 아파트에서 그들을 퇴거시키는 것이 진정인의 적절한 주거권 침해를 구성했는지 여부를 심리할 것이다. 진정인들은 2013년 3월 1일에 그 아파트에 주거를 정했다. 진정인은 상소에서 두 번 지지되었던 결정을 내린 제86호 1심법원에 의해 임대계약이 종료된 후에 퇴거되었다. 진정인은 법절차보장이 준수되지 않았다는 주장을 하지 않았고, 위원회에 제출된 어떤 정보도 절차가 자의적이었음을 시사하는 것은 없다.
- 9.2 진정인은 그 가족을 비우지 않았고 계속 그곳에서 살았기 때문에 마드리드 제86호 1심법원은 그녀의 퇴거를 명령했다. 위원회는 당사국은 자연인인 가옥 소유자의 요구도 다루어야 한다는 당사국의 주장에 주목한다. 위원회는 사유재산의 권리가 규약상 권리는 아니지만 그것이 규약에 포함된 권리들과 충돌하지 않는 한 당사국이 그 법체계내에서 확립된 모든 권리에 대한 보호를 보장하는데 정당한 이익이 있다는 점에 주목한다. 진정인은 사법당국이 임대계약의 만료를 명령했던 절차에서 자신의 절차적 권리가 무시되었다는 주장을 하지는 않는다. 그러므로 위원회는 진정인의 퇴거를 잠재적으로 정당화하는 정당한 이유들이 있었다는 점을 인정한다.
- 9.3 위원회는 진정인이 자신의 취약한 재정상황과 대체주택을 갖지 못했다는 사실을 설명했음에도 법원이 퇴거중단 신청을 거부했다는 점에 주목한다. 퇴거중단신청을 거부했을 때, 마드리드 제86호 1심법원은 퇴거의 정당한 목적과 그것이 퇴거당한 사람에게 미친 결과 사이의 비례성 분석을 행하지 않았다. 나아가 당사국의 법률은 진정인에게 거의 즉각적으로 집행되었을 수 있는 퇴거명령에 이의를 제기하고 다른 기관에게 퇴거의 비례성과 퇴거집행의 조건들을 분석할 기회를 제공할 어떤 장치도 제공하지 못했다.
- 9.4 퇴거가 한 사람에게 적절한 주거에 대한 접근을 박탈하고 그를 궁핍이나 기타 규약상 권리를 침해당할 위험에 노출시키는 결과를 낳을 수 있을 때에는 그 조치의 비례성을 분석할 의무가 발생한다. 이 의무는 규약 제2조 1항을 제11조와 함께 그리고 제4조의 요건들과 결합하여 독해할 때 당사국의 의무에 대한 해석에서 도출된다. 위원회는 진정인이 퇴거가 자신의 적절한 주거권에 대한 간섭을 구성한다고 주장했음에 주목한다. 나아가 위원회는 규약 제4조가 규약상 권리의 향유에 대한 그런 제한이 허용되는 조건을 규정하고 있음에 주목한다. 첫째, 제한은 법률에 의해 정해져야 한다. 둘째, 그것은 민주사회에서 일반적 복지를 증진하는 것이어야 한다. 셋째, 그것은 인용된 정당한 목적에 적합한 것이어야 한다. 넷째, 그 제한은, 합리적으로 생각할 때 제한의 목적에 기여할 것으로 기대되는 하나 이상의 조치가 있다면 가장 덜 제한적인 조치가 선택되어야 한다는 의미에서, 필요한 것이어야 한다. 마지막으로 일반적 복지를 촉진하는 데 있어서 제한의 이익이 제한되는 권리의 향유에 미치는 영향보다 큰 것이어야 한다. 진정인의 규약상 권리에 대한 영향이 심각하면 할수록 그러한 제한을 위하여 동원되는 근거들에 대해 더 엄격한 심사가 이루어져야 한다. 이러한 조치의 비례성 분석은 침해의 중단을 명하고 효과적 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당한 독립적 기관에 의하여 수행되어야 한다. 이 기관은 퇴거가 위에서 언급한 규약 제4조가 요구하는 비례성심사의 요소들에 관한 것을 포함하여 규약에 합치하는지 여부를 분석해야 한다.
- 9.5 위원회는 당사국이 사람을 가정에서 퇴거하는 것을 규율하기 위하여 규약과 합치하는 입법의 형식으로 규범적 틀을 개발해야 한다는 의견을 갖고 있다. 이 틀은 침해의 중단을 명하고 효과적 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관이 그런 상황에서 퇴거신청의 비례성을 분석해야 한다고 규정해야 한다. 퇴거의 비례성 분석은 퇴거되는

사람에 대한 조치의 결과뿐만 아니라 특히 퇴거를 구하는 권리를 가진 사람 또는 당사자의 이해관계에 대한 검토를 수반한다. 적절한 대체주택의 이용가능성, 점유자 및 부양가족의 개인적 상황, 그리고 그들이 적절한 해법을 찾는데 있어서 당국과 협력했는지 여부 등이 그런 분석에서 핵심적 요인들이다. 이는 필연적으로 가정으로서 또는 필수적 소득을 제공하기 위하여 가옥을 필요로 하는 개인들에 속하는 재산과 금융기관 또는 기타 기관들에 속하는 재산들을 구분하는 것을 수반한다. 그러므로 퇴거명령이 집행되는 상황에 관계없이 임대계약이 종료된 사람은 즉각 퇴거되어야 한다고 규정한다면 당사국은 적절한 주거권 침해로 저지르는 것이 될 것이다.

- 9.6 위원회는 당사국의 기관들이 진정한이 스스로를 돌볼 수 있는 사람들을 위한 거주가정에 있는 장소, 노인을 위한 감독이 이루어지는 공유아파트, 또는 공유주거를 신청해야 하고 그녀는 이들 옵션들이 자신의 요구에 적합하지 않다는 이유로 거부했다고 제시했음에 주목한다. 따라서 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 대체주택을 제공하기 위한 모든 노력을 다했다고 주장한다. 위원회는 특정시점에 퇴거가 불합리한 조치라고 인정하는 것이 반드시 퇴거명령이 발해질 수 없다는 것을 의미하지는 않음을 강조한다. 그러나 비례성원칙은 퇴거되는 사람에 궁핍한 상황이나 다른 규약상 권리 침해에 노출시키는 것을 피하기 위하여 퇴거명령의 중단 또는 연기를 요구할 수도 있다. 또한 퇴거명령은 퇴거의 영향을 완화하기 위하여 행정당국이 개입하여 점유자들을 지원해야 한다는 요건과 같이 다른 요인들을 조건으로 내려질 수도 있다. 그러므로 퇴거명령의 비례성 분석의 필요성은 권한있는 당국이 이용가능한 대안과 관련하여 관계인들과 협상하는 동안 퇴거 연기를 권고할 가능성에 대한 고려를 수반할 수도 있다. 그러나 이 사건의 경우 당사국은 진정한이 그런 협상에서 합리적으로 행동하지 않았다고 주장하고 있지만, 퇴거의 비례성에 대한 어떤 검토도 퇴거결정이 내려지기 전에 이루어지지 않는다는 사실은 그대로이다.
- 9.7 위원회는 이 사건의 상황에서는 퇴거의 비례성을 결정하는 것이 요구되지는 않는다는 의견을 가지고 있고 위원회가 그런 결정을 하기 위하여 요구되는 모든 정보를 가지고 있지도 않다. 그러므로 위원회는 이용가능한 모든 증거를 근거로 하여 이 사건의 상황에서 진정한이 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불분부당하고 독립적인 기관에 의해 퇴거의 비례성을 평가받을 기회를 가지지 못했다고 인정한다. 그러므로 위원회는 그런 평가의 부재는 당사국이 규약 제2조 1항과 함께 독해할 때 제11조에 따른 진정한의 주거권을 침해했다고 인정한다.
- 9.8 위원회는 이 진정에서 묘사된 사건들이 벌어진 후에 당사국이 법관들에게 사회복지과에 취약한 상황에 있는 사람들과 관련된 퇴거에 대하여 정보를 제공하도록 요구하는 새로운 법규칙을 선포했다는 데 주목한다. 그 다음에 사회복지과는 퇴거되는 사람들의 상황에 관하여 보고해야 하고, 그 사람들이 취약하다고 인정되는 경우 사회복지과가 지원을 제공할 수 있도록 하기 위해 최대 1개월의 기간—퇴거를 구하는 당사자가 자연인이 아닌 경우 3개월까지 늘어난다— 퇴거가 중단될 수 있다. 이들 규칙은 현재의 견해에서 인정되는 것과 같은 주거권 침해를 방지할 수 있고 진정한에게 구제를 제공하는데 유용할 수 있다.

◆ 임시조치와 진정한의 퇴거

- 10.1 위원회는 2018년 9월 10일, 당사국에게 진정이 심리되는 동안 퇴거를 중단하거나 또는 그 대신 진정한과 진정성있는 협의를 거쳐 대체주택을 제공하여 회복할 수 없는 손해를 야기하지 않도록 할 것을 요청했다. 위원회의 법리에 따르면 선택의정서 제5조에 따른 임시조치의 채택은 위원회의 역할 수행에 필수적이라는 사실을 상기한다.
- 10.2 위원회의 법리에 따르면, 임시조치의 존재이유는 특히 그 과정의 완전성을 보전하여 회복불가능한 손해의 위험이 있는 경우 규약상 권리를 보호하는데 있어 그 장치의 효과성을 확보하는 것이기 때문에, 선택의정서 제5조에 따른 임시조치의 채택은 위원회가 규약에 따라 위원회에 맡겨진 역할을 수행하는데 필수적이라는 점을 상기한다. 임시조치를 취하지 않는 어떤 당사국도 선택의정서에서 수립된 개인진정절차를 선의로 존중할 의무를 이행하지 못하는 것이다. 또한 그 당사국은 규약 위반의 피해자라고 주장하는 사람들에게 효과적인 구제를 제공할 위원회의 능력을 방해하는 것이다.
- 10.3 위원회는 2018년 10월 17일, 위원회의 임시조치 요구에도 불구하고, 그리고 진정성 있는 협의를 거쳐 적절한 대체주택을 제공받지도 못한 채 진정한이 퇴거되었다는 데 주목한다. 당사국은 임시조치 요구를 존중하지 않은 이유에 대한 설명을 하지 않았기 때문에 위원회는 이 사건에서 당사국은 선택의정서 제5조를 위반했다고 인정한다.

<결론 및 권고>

- 11. 제공된 모든 정보를 토대로, 그리고 이 사건의 특별한 상황에서, 위원회는 당국에 의한 비례성 평가 없는 진정한의 퇴거는 진정한의 적절한 주거권 침해를 구성했다고 인정한다.
- 12. 위원회는 선택의정서 제9조 1항에 따라 행동하면서, 당사국이 제2조 1항과 함께, 그리고 제4조의 요건에 따라서 독해할 때 규약 제11조 1항에 따른 효과적 구제를 받을 진정한의 권리를 침해했다는 견해를 갖고 있다. 또한 위원회는 당사국이 선택의정서 제5조도 위반했다고 인정한다. 이 진정에 관한 위원회의 견해에 비추어, 위원회는 당사국에 다음 사항을 권고한다.

◆ **진정인에 관한 권고**

- 13. 당사국은 진정인에게 효과적인 구제를 제공할 의무가 있다. 위원회는 진정인의 퇴거가 이미 집행되었음에 주목하고, 이 사건의 특수한 침해 상황을 고려하면, 현재 견해의 채택이 진정인에게 적절한 보상을 제공할 만족스런 조치를 구성하고, 그 결과 재정적 보상을 권고할 필요는 없다고 판정한다. 이런 상황에서 위원회는 당사국이 특히 (a) 적절한 대체주택의 측면에서 진정인의 요구를 검토하기 위하여 진정인과 진정성있는 협의를 시작해야 하고, 필요한 경우에는 진정인에게 그런 주택을 제공해야 하며, (b) 진정을 진행하면서 발생한 비용에 상당하는 법적 비용을 보전해주어야 한다고 판시한다.

◆ **일반권고**

- 14. 위원회는 개인진정의 맥락에서 권고되는 배상이 재발방지의 보증을 포함할 수 있다고 인정하고, 당사국이 장래에 유사한 침해를 방지할 의무가 있다는 점을 상기시킨다. 당사국은 그 법률과 법률의 집행이 규약에서 정해진 의무와 합치하도록 보장해야 한다. 특히 당사국은 다음과 같은 의무를 진다.
 - (a) 퇴거명령이 발해지는 대상이면서 그 결과 궁핍이나 규약상 권리의 침해 위험에 처하게 될 수 있는 사람들이 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관에 그 결정에 이의를 제기하여 그 기관이 제4조의 조건에 따라서 규약에 정해진 권리를 제한하기 위한 기준들에 비추어 조치의 비례성을 검토할 수 있도록 규범적 틀이 허용하게끔 보장할 의무,
 - (b) 위원회가 발한 임시조치 요구를 이행하기 위한 장치를 수립하고 모든 관련 당국에게 절차의 완전성을 확보하기 위하여 그런 요구들을 존중할 필요성을 알릴 의무.
- 15. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 잠정적 절차규칙 제18조 1항에 따라 당사국은 위원회에 6개월의 기간 내에, 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면 답변을 제출해야 한다. 당사국은 또한 위원회의 견해를 접근 가능한 형식으로 공표하여 인구의 모든 부문들에 접근하도록 널리 배포해야 한다.

(10) *Fátima El Ayoubi and Mohamed El Azouan Azouz v. Spain*(2021)⁶³¹⁾

<진정의 경과>

- 사건번호: 54/2018
- 진정인: 1983년생 모로코 시민권자인 여성 Fátima El Ayoubi와 1972년생 스페인 시민권자인 남성 Mohamed El Azouan Azouz(2013년생 어린 아들)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2018. 9. 17.
- 견해채택일: 2021. 2. 19.
- 주제: 불법점거로 인한 퇴거
- 절차적 쟁점: 국내구제절차 미경유
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 제1항, 의정서 제3조 제1항

<의의>

- 불법점거자의 사회적 주택 신청을 자동적으로 배제하는 관행 또는 법률은 적절한 주거권과 양립할 수 없음을 확인하고 퇴거에 정당한 사유가 인정되는 경우에도 퇴거의 목적과 그 결과의 비례성 분석을 행하지 않은 퇴거명령은 적절한 주거권 침해임을 분명히 한 사례.

<신청 취지>

- 3. 진정인들은 대체주거가 없는 상태에서, 그리고 그들의 한정된 소득으로는 사적 주택에 접근하는 것은 불가능하기 때문에 그들이 현재 살고 있는 아파트에서 그들을 퇴거시키는 것은 규약 제11조에 따른 권리를 침해한다고 주장한다.

631) Communication No. 54/2018, E/C.12/69/D/54/2018, <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/069/58/PDF/G2106958.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/069/58/PDF/G2106958.pdf?)>.

<허용가능성에 관한 위원회의 판단>

- 9.2 위원회는 선택의정서 제3조 1항이 이용가능한 모든 국내절차가 경유되었음을 확인하지 않는 한 진정을 심리할 수 없도록 하고 있음을 상기한다. 당사국은 진정인들이 그 아파트의 불법집거를 시작하기 전에 사회주택을 신청하지 않았고, 불법집거 후에도 사회주택신청의 완료를 위하여 마드리드 지역정부가 요구한 서류를 제출하지 않았기 때문에 모든 국내 구제절차를 경유하지 않았다고 주장한다. 위원회는 선택의정서 제3조 1항의 목적상 “국내 구제절차”란 주장된 침해로 최초로 야기한 사건들과 직접 관련하여 진정인이 이용할 수 있는 모든 구제절차로서 합리적으로 생각했을 때 주장된 규약 위반의 구제에 일응 효과적이라고 여겨지는 구제절차를 말한다고 본다. 위원회는 진정인의 진정에 포함된 주된 신청취지가 진정인들이 어떤 대체주거도 없기 때문에 진정인의 퇴거는 규약 위반이라는 것임에 주목한다. 그러므로 소진되었어야 할 자원은 무엇보다도 퇴거명령의 집행을 방지 또는 연기하는 것뿐만 아니라 사법기구에 대체주택의 부재를 알리는 것을 목표로 한 구제절차 등 퇴거와 직접 관련된 것들이다. 이와 관련하여 위원회는 진정인이 진정을 제기했을 당시에 재산을 비우라고 명령하는 2017년 3월 1일의 판결에 항소했고 그럼으로써 이 구제절차를 다 거쳤으며 그들의 궁핍한 경제적 상황과 대체주택의 부재를 인용하면서 두 번에 걸쳐 퇴거명령을 중단할 것을 요구했기 때문에, 진정인은 퇴거를 방지하거나 연기하는 것을 목표로 한 모든 이용가능한 절차를 거쳤다고 판단한다.
- 9.3 마드리드 지역정부에 제출된 사회주택신청에 관해서 위원회는 양 당사자의 진술에 따라, 불법적으로 주택을 점거하고 있는 진정인과 같은 사람들은 이 기구에 사회주택을 신청할 수 없다는 점에 주목한다. 그러므로 위원회는 당사국이 그러한 구제절차가 이 사건의 상황에서 효과적이고 이용가능했으리라는 적절한 정당화를 제공하지 못했다고 본다. 따라서 위원회는 진정인이 이 주장과 관련하여 이용가능한 모든 국내구제절차를 경유했다고 인정하고, 그들의 진정은 선택의정서 제3조 1항에 따라 허용될 수 있다고 판단한다.
- 9.4 위원회는 진정의 나머지 부분은 선택의정서 제2조와 제3조에 따른 기타 허용가능성 요건들을 충족한다고 보고 따라서 진정은 허용될 수 있다고 선언하며 본안 심리를 진행하기로 한다.

<본안 판단>

◆ 사실과 법적 쟁점

- 10.3 2016년 12월 진정인들은, 남편이 실업상태였고 아내는 건강문제를 가지고 있는 아들을 돌보는데 전념해야 하는 궁핍한 경제적 상황에 있었기 때문에 버려진 아파트를 점거하기로 결심했다.
- 10.4 2017년 3월 1일 제1심 법원은 진정인 등에게 문제의 집을 비우라고 명령하는 판결을 선고했고, 점유자들이 집을 비우지 않자 가옥소유자인 은행은 진정인들의 즉각적 퇴거를 요구하면서 판결의 잠정적 집행을 신청했다.
- 10.5 2017년 12월 14일, 법원은 2018년 3월 2일을 1차 퇴거일로 정했다. 2018년 3월 2일 권한 있는 당국이 진정인의 집에 퇴거 집행을 위하여 찾아갔으나 퇴거는 집행되지 않았고 진정인들에게는 집을 비울 약간의 추가적 시간이 주어졌다.
- 10.6 진정인들이 자신들의 취약한 상황을 이유로 두 번 퇴거의 중단을 요청했고, 사회복지과가 중단을 요구하는 두 차례의 보고서를 발했지만, 법원은 2018년 9월 21일 새 퇴거일로 정했다. 그러나 이 날짜에 예정되었던 퇴거는 2018년 9월 20일 아파트를 소유한 은행의 대리인이 진정인들의 상황을 고려하기 위하여 퇴거의 잠정적 중단을 요구했다는 사실을 고려한 법원의 명령에 의하여 중단되었다.
- 10.7 2019년 3월 21일 법원은 2019년 5월 31일을 새로운 퇴거일로 정했으나 이 날 예정된 퇴거 역시 이루어지지 않았고, 2020년 8월 31일 법원은 2021년 1월 13일을 새로운 퇴거일로 정했다.
- 10.8 진정인들은 자신들에게 적절한 대체주거를 제공하지도 않은 채 자신들을 집에서 퇴거시키는 사법당국의 결정은 그들의 요구와 궁핍한 재정상황을 전혀 고려하지 않았기 때문에 규약 제11조 1항 위반에 해당한다고 여긴다. 진정인들은 판결 집행은 여러 차례 중단되었지만 법원이 2021년 1월 13일을 새로운 퇴거일로 지정했기 때문에 판결은 여전히 효력이 있다고 지적한다. 당사국은 규약은 불법집거 상황에서의 퇴거를 포괄하지는 않는다고 주장한다.
- 10.9 위원회가 적절하다고 생각하는 사실들과 당사자들이 제출한 주장들에 비추어볼 때, 핵심 문제는 진정인들을 퇴거시키는 결정이 규약 제11조 1항에 규정된 적절한 주거권의 침해를 구성하는지 여부이다. 이를 위해 강제퇴거로부터의 보호에 관한 위원회의 법리를 살펴본 다음 진정인의 퇴거라는 구체적 사건을 검토하고 진정에서 제기된 쟁점들을 다루겠다.

◆ 강제퇴거로부터의 보호

- 11.1 적절한 주거에 대한 인권은 모든 경제 사회 문화적 권리의 향유에 중심적인 근본적 권리이며 시민권규약에 정해진 권리들을 포함한 다른 인권들과 불가분하게 연결되어 있다. 주거권은 소득이나 경제적 자원에 대한 접근과 관계없이 모든 사람들

에게 보장되어야 하며 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 이권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 한다.

- 11.2 강제되거는 일용 규약과 양립할 수 없으며 오로지 가장 예외적인 상호에서만 정당화될 수 있다. 관계당국은 퇴거가 규약에 합치하는 법률에 따라서, 그리고 퇴거의 정당한 목적과 퇴거되는 사람에 대한 그 결과 사이의 상당성과 비례성의 일반원칙들에 따라서 수행되도록 보증해야 한다. 이 의무는 규약 제11조와 함께 독해할 경우 그리고 규약상 권리의 향유에 대한 제한들이 허용되는 조건들을 명시한 제4조의 요건들에 따라서 독해할 경우 규약 제2조 1항에 따른 당사국의 의무에 대한 해석으로부터 나온다.
- 11.3 따라서 퇴거가 정당화될 수 있기 위해서는 다음과 같은 요건들을 충족해야 한다. 첫째, 그 제한은 법률에 의해 정해져야 한다. 둘째, 그것은 민주사회에서 공동선을 촉진하는 것이어야 한다. 셋째, 그것은 원용된 정당한 목적에 적합한 것이어야 한다. 넷째, 그 제한은 합리적으로 생각할 때 제한의 목적에 기여할 것으로 기대될 수 있는 하나 이상의 조치가 있는 경우 가장 덜 제약적인 조치가 선택되어야 한다는 의미에서 필요한 것이어야 한다. 그리고 마지막으로, 그 제한이 공동선을 촉진하는 혜택이 제한되는 권리 향유에 대한 영향보다 더 커야 한다. 규약상 권리에 미치는 영향이 더 심각할수록 그러한 제한을 위하여 원용되는 근거들에 대하여 이루어지는 심사는 더 엄격해진다. 적합한 대체주거의 이용가능성, 점유자 및 그 부양가족들의 개인적 상황들, 그리고 그들이 적합한 해결책을 찾는데 당국과 협력했는지 여부 등이 그런 분석에서 핵심적 요인들이다. 이는 필연적으로 가정으로서 또는 주요 소득을 제공하기 위하여 주택을 필요로 하는 개인들에게 속하는 재산과 은행 기타 기관에 속하는 재산을 구분하는 것과 관련된다. 당사국은 불법적으로 재산을 점거하고 있는 사람이 퇴거명령이 집행될 상황과 관계없이 즉각 퇴거되어야 한다고 규정한다면 적절한 주거권의 침해는 범하고 있는 것이 될 것이다. 조치의 비례성에 대한 이러한 분석은 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관에 의해 수행되어야 한다. 이 기관은 퇴거가 규약 제4조에 의해 요구되는 비례성 심사의 요소들과 관련된 것을 포함하여 규약에 합치하는지 여부를 분석해야 한다.
- 11.4 이에 더하여 당국과 관계인들 간에 선의로 이루어지는 효과적인 사전협의의 진정한 기회가 있어야 하고, 이용가능한 주거권에 덜 해로운 대안적 수단이나 조치가 없어야 하며, 관계인들은 규약상 권리나 기타 인권의 침해에 해당하는 상황의 위험에 방치되지 않아야 한다.

◆ 궁핍한 상황에 있는 사람들에게 대체주거를 제공할 국가의 의무

- 12.1 퇴거가 개인들이 홈리스가 되거나 추가적인 인권침해에 취약해지는 결과를 낳아서는 안 된다. 영향을 받는 사람들이 스스로를 부양할 수 없는 경우에 당사국은 적절한 대체주거, 재정착이나 경우에 따라서는 생산적 토지에 대한 접근이 이용가능하도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 당사국은 퇴거가 당국에 의해 개시되건 재사소유자 등 사적 기관에 의해 개시되건 관계없이, 퇴거의 결과 홈리스로 방치되는 사람들에게 대체주거를 제공하기 위하여 상당한 조치를 취할 의무가 있다. 한 사람이 당사국의 대체주거 제공을 받지 못한 채 자신의 집에서 퇴거되는 경우 당사국은 그 사건의 특수한 상황을 고려했다는 것과, 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했음에도 불구하고 관계인의 주거권을 지지할 수 없었다는 것을 입증해야 한다. 당사국에 의해 제공되는 정보는 위원회가 선택의정서 제8조 4항에 따라, 취해진 조치의 상당성을 심리할 수 있도록 하는 것이어야 한다.
- 12.2 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람들에게 대체주거를 제공할 의무는 규약 제2조 1항에 따라 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리를 지지하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 함을 시사한다. 당사국은 이 목적을 달성하기 위하여 다양한 정책을 선택할 수 있다. 그러나 채택된 모든 조치는 이 권리를 가능한 한 신속하고 효율적으로 실현하도록 가능한 한 신중하고, 구체적이며 목표가 분명한(targeted) 것이어야 한다. 퇴거의 경우 대체주거에 관한 정책들은 관계된 사람들의 요구와 상황의 긴급성에 상응하는 것이어야 하고 개인의 존엄을 존중하는 것이어야 한다. 나아가 당사국은 제도적 결함과 주거부족의 구조적 원인들을 해소하기 위하여 일관되고 조율된 조치들을 취해야 한다.
- 12.3 대체주거는 적절해야(adequate) 한다. 적절성은 부분적으로는 사회적, 경제적, 문화적, 풍토적(climatic), 생태적 및 기타 요인들에 의해 결정되지만 위원회는 그럼에도 불구하고 어떤 특정한 맥락에서도 이러한 목적을 위하여 고려되어야 할 권리의 일정한 측면들은 확인할 수는 있다고 믿는다. 그런 요인들로는 거주권의 법적 안정성, 서비스, 물자, 시설 및 인프라의 이용가능성, 가격적합성, 거주적합성(habitability), 접근가능성, 사회적 시설(교육, 고용기회 보전서비스)에 대한 접근을 허용하는 위치, 그리고 문화적 정체성과 다양성의 표현들이 존중될 수 있도록 하는 문화적 적절성이 포함된다.
- 12.4 일정한 상황에서는 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 모든 노력을 다했음에도 불구하고 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람에게 영구적인 대체주거를 제공할 수 없었음을 입증할 수도 있다. 그런 상황에서는 적절한 대체주거의 모든 요

진을 충족하지는 못하는 임시주거도 이용될 수 있다. 그러나 당사국은 임시주거가 되거되는 사람들의 인간의 존엄을 보호하고, 모든 안전 및 안정성 요건을 충족하며, 영구적인 해법이 되는 것이 아니라 적절한 주거 획득을 향하여 하는 한 단계가 되도록 보증하기 위하여 노력해야 한다.

◆ **대체주거에 대한 접근을 위한 요건과 불법 점거**

- 13.1 위원회는 그 사회복지사업의 자원들을 효율적으로 이용할 목적으로 당사국이 대체주거 등 사회적 혜택을 받기 위하여 신청인들이 충족해야 하는 기준이나 조건들을 설정할 수 있음을 인정한다. 유사하게 당사국은 사유재산을 보호하고 그 재산의 악의적인 불법 점거를 예방하기 위한 조치를 취할 수 있다. 그러나 사회복지사업에 대한 접근을 규율하는 조건들은, 잠재적인 낙인화를 방지하기 위해서 뿐만 아니라 대체주거를 필요로 하는 사람의 행위가 그 자체로 당사국이 그의 신청을 거절하는 것을 정당화하기 위하여 이용될 수 없다는 것을 보장하기 위해서, 상당한 것이어야 하고 신중하게 설계되어야 한다. 더욱이 사회적 주택 또는 대체주거에 대한 접근을 위한 규칙들에 대한 법원 및 행정당국의 해석 및 적용은, 빈곤하게 살아가면서 궁핍 때문에, 그리고 선의로, 재산을 합법적으로 점거하는 사람들에 대한 체계적 차별과 낙인화를 영속화하는 것을 피해야 한다.
- 13.2 나아가 적정가격의 이용가능한 주택의 결여는 점증하는 불평등과 주택시장투기에 원인이 있기 때문에 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 적절하고 시의적절하며 조율된 대응들을 통하여 이들 구조적 문제를 해결할 의무를 진다.

◆ **진정인의 퇴거에 대한 비례성 분석**

- 14.1 위원회는 진정인들이 점거하고 있는 아파트에서 그들의 퇴거를 명하는 결정이 적절한 주거권을 침해한 것인지 여부 또는 당국의 개입이 규약 제4조에 따라 주거권에 대한 정당한 제한을 구성하는지 여부를 심리할 것이다. 진정인들은 2016년 12월에 그 아파트에 주거를 정했다. 2017년 3월 1일에는 아파트를 소유한 은행의 소청에 따라서 법원이 진정인들이 그 주택을 법적 협의 없이 불법적으로 점거하고 있으므로 그들에게 문제의 주택을 비우라고 명령했다. 이 판결은 2017년 10월 4일 상소법원에 의해서 지지되었다.
- 14.2 위원회는 진정인들이 퇴거명령의 중단 덕분에 아파트에 계속 머물렀다는 데 주목한다. 위원회는 또한 2020년 8월 31일에 법원이 2021년 1월 13일을 새 퇴거일로 정했다는 데에도 주목한다.
- 14.3 진정인들은 퇴거중단 요구를 하면서 그들의 특히 취약한 경제적 상황과 33%의 장애를 갖고 있는 등 이들의 건강문제를 상세하게 제공했고, 그들은 퇴거될 경우 살 대체주거가 없음을 보여주었다. 나아가 지방정부당국의 사회복지과는, 그 가족이 궁핍한 재정 때문에 취약한 상황에 있다는 내용과, 권한 있는 당국이 대체주거의 할당을 요구하는 가족의 상황에 대한 해법을 발견하지 못했다는 내용을 담은 보고서를 몇 차례 발간했다. 위원회는 그들의 주거권에 관한 진정인들의 주장이 사법당국에 의해 다루어지지 못했음에 주목한다. 이 점과 관련하여 위원회는 그들의 퇴거중단요구는 2018년 6월 4일과 9월 7일에 기각되었지만 퇴거명령은 집행되지 않았다는 데 주목한다.
- 14.4 위원회는 진정인들이 1심에서 내려진 결정들에 항소할 수 있었다는 것과 그들이 변호인의 조력을 받았다는 점을 인정한다. 또한 위원회는 진정인들이 적법절차보장이 존중되지 않았다는 주장을 하지 않았고, 위원회에 제출된 어떤 정보도 그 절차가 자의적이었다고 시사하는 것은 없다는 데 주목한다.
- 14.5 또한 위원회는 당사국으로서는, 진정인들이 아파트에 체류하도록 허용하는 것은 주거권을 근거로 형사적으로 불법적인 행위를 용인하는 것에 해당하며 국내법상 소유자의 재산권 침해를 구성하게 될 것이라는 데 주목한다. 위원회는 사유재산의 권리가 규약상 권리는 아니지만 그것이 규약에 포함된 권리들과 충돌하지 않는 한 당사국이 그 법체계내에서 확립된 모든 권리에 대한 보호를 보장하는데 정당한 이익이 있음을 인정한다. 진정인들이 민사소송절차에서 그 주택을 비우라는 명령을 받았음을 고려할 때 위원회는 그들의 퇴거에는 정당한 이유가 있었으며 따라서 정당화될 수 있다고 인정한다. 그럼에도 불구하고 위원회는 법원이 퇴거의 정당한 목적과 퇴거되는 사람들에 대한 그 결과들의 비례성 분석을 행하지 않았다는 데 주목한다. 구체적으로 법원은 조치의 혜택—이 사건에서는 아파트를 소유하는 은행의 재산을 보호하는 것—과 퇴거되는 사람들의 권리에 대한 그 잠재적 영향들을 형량하지 않았다. 퇴거의 비례성을 분석하는 것은 퇴거되는 사람들에 대한 조치의 결과들 뿐만 아니라 재산의 소유를 회복할 소유자의 요구에 대한 검토도 수반한다. 이는 불가피하게 가정으로서 또는 주요한 소득 제공을 위하여 주택을 필요로 하는 개인들에 속하는 재산과 이 사건에서처럼 은행에 속하는 재산 사이에 구분을 하는 것을 수반한다. 퇴거가 시간상 특정한 순간에 불합리한 조치라고 인정한다고 해서 반드시 점거자들에 대해 퇴거명령이 발해져서는 안된다는 것을 의미하지는 않는다. 그러나 상당성과 비례성 원칙은 퇴거되는 사람들을 궁핍한 상황이나 규약에 포함된 권리들의 침해에 처하게 되는 것을 피하기 위하여 퇴거명령을 중단하거나 연기하는 것을 필요하도록 할 수 있다. 퇴거명령은 또한 퇴거의 효과를 완화하기 위하여 점거자들을 돕기 위해 행정당국이 개입할 의무 등 기타 요인들에 좌우될 수도 있다.

- 14.6 이 사건의 경우 진정인들이 그 조치가 자신들의 적절한 주거권에 영향을 줄 것이라고 주장했음에도 불구하고 법원은 아파트 점거로 인해 진정인들이 야기한 해악과 자신들이 홈리스가 되었음을 알게 되면서 그런 점거에 의해 피하고자 했던 해악 사이에 비례성 분석을 행하지 않았다. 위원회는 법원이 그들의 불안정한 재정상황과 아들의 건강으로 인한 궁핍상태에 관하여 진정인들이 제시한 이유들이 재산을 점거할 유효한 이유에 해당하지 않는다고 인정했다는 점, 그리고 진정인들이 한 퇴거중단 요구들 중 하나에 대하여 법원이 단순히 진정인들이 제기한 주장은 “이런 유형의 절차”에서는 원용될 수 없다고 지적했을 뿐이라는 데 주목한다. 나아가 당사국의 법률은, 진정인들에게 퇴거명령에 불복하기 위한, 그래서 다른 사법기관에게 퇴거의 비례성과 퇴거가 수행될 조건들을 분석할 기회를 제공했을 다른 어떤 사법적 장치도 제공하지 못했다. 그러므로 위원회는 그런 평가의 부재가 제2조 1항과 함께 독해할 경우 규약 제11조 1항에 따른 진정인의 주거권에 대한 당사국의 침해를 구성한다고 인정한다.
- 14.7 위원회는 현재의 진정에서 묘사된 사태들 이후에 당사국이 법원이 사회복지과가 퇴거에 직면한 사람들의 상황을 평가할 수 있도록, 사회복지과에 취약한 상황에 있는 사람들의 퇴거에 관하여 통지하도록 보장하기 위하여 고안된 새로운 법률을 반포했다는 데 주목한다. 이 법률에 따르면, 사회복지과가 사람들이 취약한 상황에 있다고 결론내리면 사회복지과에 지원을 제공할 시간을 주기 위하여 퇴거는 1개월까지 또는 퇴거시키는 당사자가 법인인 경우에는 3개월까지 연기될 수 있다. 위원회는 이 법률이 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법당국 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관에게 앞서 언급한 조건들에 따라 퇴거요구들의 비례성을 평가할 수 있도록 하는 한 현재 결정에서 인정되는 것과 같은 주거권 침해를 예방할 수 있을 것이라고 이해한다.

<결론 및 권고>

- 15. 위원회는 당사국이 규약 제11조 1항에 따른 진정인의 권리를 침해했다고 인정한다. 이 견해에 비추어 위원회는 당사국에 다음 사항을 권고한다.

◆ 진정인들과 아이들에 관한 권고

- 16. 당사국은 진정인과 아이들에게 효과적인 구제를 제공할 의무가 있다, 특히 다음과 같은 수단에 의하여. (a) 그들이 현재 대체주거에 있지 않다면, 이 견해에서 제시된 기준들을 엄두에 두고 그들에게 공공주택을 제공하거나 그들이 적절한 주거에 살 수 있도록 할 다른 어떤 조치를 취할 목적으로, 그들의 궁핍상태와 그들이 신청했던 날부터 시작하여 주거신청이 마드리드 자치공동체의 파일에 등록되어 있던 기간을 고려하여, 대기자목록에서의 우선순위수준을 재평가함으로써. (b) 진정인들과 아이들에게 그들이 겪은 침해에 대한 재정적 보상을 제공함으로써, (c) 진정인들에게 국내 및 국제 수준 모두에서 이 진정을 제기하는데 든 것에 상당하는 법적 비용을 보전함으로써.

◆ 일반권고

- 17. 위원회는 개인진정의 맥락에서 권고되는 구제들이 재방방지보증을 포함할 수 있음을 고려하고 당사국이 장래에 유사한 침해를 예방할 의무가 있음을 상기한다. 당사국은 그 법률과 법률의 집행이 규약에서 정한 의무에 합치하도록 보증해야 한다. 특히 당사국은 다음과 같은 의무를 가진다.
 - (a) 재산을 불법적으로 점거하고 있는 사람들을 포함하여, 퇴거명령이 발해지는 대상이 되면서 그 결과 궁핍이나 규약상 권리의 침해의 위험에 처할 수 있는 사람들에게, 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관이 규약 제4조의 조건에 따라 규약에 정해진 권리를 제한하기 위한 기준들에 비추어 조치의 비례성을 검토할 수 있도록 하기 위하여, 이들 기관에 그 결정에 대한 이의를 제기할 수 있도록 할 규범적 틀을 확보할 의무.
 - (b) 국민의 위험에 처한 사람들을 배제할 수도 있는 불합리한 조건을 제거함으로써, 궁핍한 상태에 있기 때문에 재산을 불법적으로 점거하고 있는 모든 사람들이, 사회적 주택 비축분에 동등하게 접근할 수 있도록 하기 위하여, 그런 사람들을 주택신청자 목록에서 자동적으로 배제하는 관행에 종지부를 찍기 위하여 필요한 조치들을 채택할 의무.
 - (c) 대체주거를 획득할 재산이 없는 사람들과 관련된 퇴거는, 오로지 관련된 사람들과의 진정성있는 협의를 거친 후에만, 그리고 특히 가족, 노인, 아동 기타 취약한 상황에 있는 사람들과 관련되는 경우에 일단 국가가 가용자원을 최대한 이용하여 퇴거되는 사람들이 대체주거를 가질 수 있도록 보장하기 위한 모든 필수적 조치를 취한 다음에만, 집행되도록 보장하기 위해 필요한 조치를 취할 의무.
 - (d) 자치공동체와 협력하여 그리고 가용자원을 최대한 이용하여, 일반논평 제4호에 맞추어 저소득층 사람들에게 적절한 주거

권을 보충하기 위한 포괄적 계획을 개발하고 이행할 의무.

- 18. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 잠정적 절차규칙 제18조 1항에 따라 당사국은 위원회에 6개월의 기간 내에, 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면 답변을 제출해야 한다. 당사국은 또한 위원회의 견해를 접근 가능한 형식으로 공표하여 인구의 모든 부문들에 접근하도록 널리 배포해야 한다.

(11) *Lorne Joseph Walters v. Belgium*(2021)⁶³²⁾

<진정의 경과>

- 사건번호: 61/2018
- 진정인: 1945년생 벨기에 시민권자인 남성 Lorne Joseph Walters
- 당사국: 벨기에
- 진정제기일: 2018. 10. 5.
- 견해채택일: 2021. 11. 23.
- 주제: 주택소유자가 제기한 사법절차에 따른 임차인의 퇴거
- 절차적 쟁점: 구제절차 경유, 진정제기권 남용
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 제12항, 의정서 제3조 제1항 및 제2항 f

<의의>

- 일정한 보상과 사전통지라는 안전장치를 갖춘 이유없는 임대차계약 종료라는 법적 장치의 추상적 일반적 정당성은 인정하면서도 그러한 장치가 제한된 소득을 가진 노인 등 취약계층에게 적용될 때에는 비례성을 잃고 부정적인 영향을 미칠 수 있기 때문에 그 적용에 있어서는 그 영향에 대한 적절한 감시장치와 유연한 적용을 보장할 장치를 확보할 이중적 의무가 당사국에 있다고 인정하는 한편, 대체주거는 한 곳에서 장기간 거주해온 노인들의 사회적 네트워크의 유지라는 구체적 요구에 부합하는 것이어야 한다고 밝힌 사례.

<진정 취지>

- 3.1 진정인은 당사국이 규약 제11조에 따른 자신의 적절한 주거권을 침해했다고 주장한다.
- 3.2 진정인은 현재 주거권은 수평적 차원(horizontal dimension)을 가지고 있고 따라서 임대차약정이 국내법에 따라 종료된 경우에도 임대인에 대하여 임차인이 원용할 수 있는 권리라고 주장한다. 진정인은 임차인은 사적이든 공적이든 임대인에 대하여 자신의 주거권을 주장할 수 있어야 하고 국내당국은 임차인의 퇴거가 규약 제11조 1항 규정을 위반하지 않도록 보장해야 하고, 주거지로부터의 강제퇴거는 일정한 상황, 즉 그런 퇴거가 법률에 의해 규정되고 정당화되며 최후수단적 조치인 경우를 제외하고는 원칙적으로 규약에 반한다고 주장한다.
- 3.3 진정인은 노인들은 강제퇴거에 의해 더 큰 영향을 받으며 따라서 가능한 한 오랫동안 자신의 가정에서 살아갈 수 있도록 도움을 받아야 한다고 주장한다. 나아가 그는 노인들을 가정에서 퇴거시키는 것은 그들을 거주환경에서 쫓아내어 더욱더 취약하게끔 만드는 갑작스런 고통이라고 주장한다. 또한 그는 그의 건강상태가 허약하고 강제퇴거의 경우 악화될 위험성이 있다는 점도 강조하는데, 이 점은 2018년 9월 17일자 정신과의사가 발행한 의료증명서에 의해 뒷받침되고 있다.
- 3.4 진정인은 당사국은 임대인이 이유없이 임대차약정을 파기하도록 허용함으로써, 그리고 임차인이 먼저 대체주거를 찾지도 못한 상태에서 주거지에서 퇴거되도록 허용함으로써 규약 제11조 1항을 위반했다고 주장한다.

<허용가능성 판단>

- 7.2 위원회는 진정인이 모든 국내절차를 경유하지 못했고 위원회에 진정을 제기하기 전에 파기소송을 제기하지 못했기 때문에, 선택의정서 제3조 1항에 따라 허용될 수 없다는 당사국의 주장을 주목한다. 그러나 위원회는 진정인이 퇴거를 피하기 위하여 임시조치가 필요하다고 판단했기 때문에 긴급성의 문제로서 파기원에 항소하기 전에 위원회에 진정을 제기했다는 점에

632) Communication No. 61/2018, E/C.12/70/D/61/2018, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/342/97/PDF/G2134297.pdf>>.

주목한다. 어쨌든 진정인은 결국 항소를 했고, 파기원은 심리를 하여 2020년 11월 4일 항소를 기각했다. 따라서 위원회는 진정인이 이용가능한 모든 국내구제절차를 경유했고 이 진정을 심리하는 것이 선택의정서 제3조 1항에 의해 불가능해지는 것은 아니라고 판단한다.

- 7.3 또한 위원회는 진정인은 임차인으로서 그의 주거지에 평생동안 머무른다고 기대될 수는 없기 때문에 그 진정은 진정제기권 남용을 구성한다는 당사국의 주장에도 주목한다. 그러나 위원회는 진정인의 주장은 퇴거의 조건 및 그것의 규약 규정 합치성과 관련되어 있다는 점에 주목한다. 따라서 위원회는 이 진정을 심리하는 것이 선택의정서 제3조 2항에 의해 불가능해지는 것도 아니라고 판단한다.
- 7.4 위원회는 진정이 선택의정서 제2조 및 제3조의 다른 요건들을 충족하며, 따라서 진정은 허용가능하다고 선언하고 본안판단으로 들어가기로 한다.

<본안 판단>

◆ 사실과 법적 쟁점

- 8.2 2017년 8월 21일 진정인은 그가 임차하고 있던 아파트 소유자로부터 그의 임대약정은 6개월치 차임에 상당하는 배상금 지급을 받음과 함께 종료될 것이라는 6개월 전 통지를 받았다. 계약의 종료는 1심법원과 브뤼셀 1심 프랑스어 법원 제1부에 의한 항소심에서 승인되었다. 그러나 법원은 진정인에게 주택 퇴거를 위한 유예기간을 부여했고 이 기간은 2018년 9월 30일에 종료되는 것이었다. 2018년 9월 17일 집달관이 진정인에게 그의 퇴거 일정이 2018년 10월 8일로 정해졌다고 통지했다. 퇴거는 진정인의 병원행으로 인해 2018년 10월 17일까지 연기되었다.
- 8.3 위원회는 2018년 10월 17일 진정인이 자신의 집에서 퇴거되었음을 인정한다. 그 아파트는 나중에 더 비싼 가격으로 임대되었다. 그 이후 진정인은 지인들과 함께 머무르고 있으며 적어도 하나의 사회주택기관에 등록했고 그의 요구에 관하여 당국과 소통해 왔는데, 그는 그가 자신의 소지품들을 유지하고 캐나다에서 손녀들이 방문하면 체류하도록 할 수 있고 가능하다면 작은 테라스가 있는 약 80평방미터의 아파트가 자신의 요구라고 추정하고 있다. 진정인이 받은 제안은 그저 임시지원주택 또는 노인을 위한 가옥이었는데, 그는 그것이 그의 요구에 적합하지 않다고 여긴다.
- 8.4 또한 위원회는 진정인이 자신의 퇴거가 그가 대체주거가 없었다는 사실이나 퇴거의 결과에 대하여 전혀 고려하지 않은 것 이어서 적절한 주거권 침해를 구성하며 이유없는 임대약정의 종료는 가능하지 않아야 한다고 주장한다는 점을 인정한다. 당사국은 퇴거는 정당했고, 적절한 안전장치를 갖춘 사법절차의 결과였으며, 진정인은 비상주택 제안을 거부함으로써 협력하지 않았다고 주장한다. 당사국은 자원이 허용하는 정도까지 대체주거를 제공하기 위하여 모든 필요한 조치를 이행했다고 주장한다.
- 8.5 관련된 사실과 각 당사자의 주장에 비추어볼 때 진정에 의해 제기된 문제는 다음과 같다. (a) 이유없는 임대종료를 허용하는 적용가능한 규정들을 고려할 때 진정인의 퇴거가 규약 제11조 1항에 의한 적절한 주거권 침해를 구성하는지 여부, (b) 진정인의 주택 요구에 대한 당사국의 대응이 적절한 대체주거에 대한 권리 침해를 구성하는지 여부. 이들 문제에 답하기 위해 위원회는 강제퇴거로부터의 보호에 관한 법리를 상기함으로써 시작하여 진정인의 퇴거라는 구체적 사건을 분석하고 진정에서 제기된 쟁점들을 다룰 것이다.

◆ 강제퇴거로부터의 보호

- 9.1 적절한 주거에 대한 인권은 모든 경제 사회 문화적 권리의 향유에 중심적인 근본적 권리이며 시민권규약에 정해진 권리들을 포함한 다른 인권들과 불가분하게 연결되어 있다. 주거권은 소득이나 경제적 자원에 대한 접근과 관계없이 모든 사람들에게 보장되어야 하며 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 한다.
- 9.2 강제퇴거는 일응 규약과 양립할 수 없으며 오로지 가장 예외적인 상황에서만 정당화될 수 있다. 관계당국은 퇴거가 규약에 합치하는 법률에 따라서, 그리고 퇴거의 정당한 목적과 퇴거되는 사람에 대한 그 결과 사이의 상당성과 비례성의 일반원칙들에 따라서 수행되도록 보증해야 한다. 이 의무는 규약 제11조와 함께 독해할 경우 그리고 규약상 권리의 향유에 대한 제한들이 허용되는 조건들을 명시한 제4조의 요건들에 따라서 독해할 경우 규약 제2조 1항에 따른 당사국의 의무에 대한 해석으로부터 나온다.
- 9.3 따라서 퇴거가 정당화될 수 있기 위해서는 다음과 같은 요건들을 충족해야 한다. 첫째, 그 제한은 법률에 의해 정해져야 한다. 둘째, 그것은 민주사회에서 공동선을 촉진하는 것이어야 한다. 셋째, 그것은 원용된 정당한 목적에 적합한 것이어야 한다. 넷째, 그 제한은 합리적으로 생각할 때 제한의 목적에 기여할 것으로 기대될 수 있는 하나 이상의 조치가 있는 경우 가장 덜 제약적인 조치가 선택되어야 한다는 의미에서 필요한 것이어야 한다. 그리고 마지막으로, 그 제한이 공동선을 촉진하는 해

택이 제한되는 권리 향유에 대한 영향보다 더 커야 한다. 규약상 권리에 미치는 영향이 더 심각할수록 그러한 제한을 위하여 원용되는 근거들에 대해 이루어지는 심사는 더 엄격해진다. 적합한 대체주거의 이용가능성, 점유자 및 그 부양가족들의 개인적 상황들, 그리고 그들이 적합한 해결책을 찾는 데 당국과 협력했는지 여부 등이 그런 분석에서 핵심적 요인들이다. 이는 필연적으로 가정으로서 또는 주요 소득을 제공하기 위하여 주택을 필요로 하는 개인들에게 속하는 재산과 은행 기타 기관에 속하는 재산을 구분하는 것을 수반한다. 당사국은 불법적으로 재산을 점거하고 있는 사람이 퇴거명령이 집행될 상황과 관계없이 즉각 퇴거되어야 한다고 규정한다면 적절한 주거권의 침해를 범하고 있는 것이 될 것이다. 조치의 비례성에 대한 이러한 분석은 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관에 의해 수행되어야 한다. 이 기관은 퇴거가 규약 제4조에 의해 요구되는 비례성 심사의 요소들과 관련된 것을 포함하여 규약에 합치하는지 여부를 분석해야 한다.

- 9.4 이에 더하여 당국과 관계인들 간에 선의로 이루어지는 효과적인 사전협의의 진정한 기회가 있어야 하고, 이용가능한 주거권에 덜 해로운 대안적 수단이나 조치가 없어야 하며, 관계인들은 규약상 권리나 기타 인권의 침해에 해당하는 상황의 위험에 방치되지 않아야 한다.

◆ **궁핍한 상황에 있는 사람들에게 대체주거를 제공할 국가의 의무**

- 10.1 퇴거가 개인들이 홈리스가 되거나 추가적인 인권침해에 취약해지는 결과를 낳아서는 안 된다. 영향을 받는 사람들이 스스로를 부양할 수 없는 경우에 당사국은 적절한 대체주거, 재정착이나 경우에 따라서는 생산적 토지에 대한 접근이 이용가능하도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 당사국은 퇴거가 당국에 의해 개시되건 재산소유자 등 사적 기관에 의해 개시되건 관계없이, 퇴거의 결과 홈리스로 방치되는 사람들에게 대체주거를 제공하기 위하여 상당한 조치를 취할 의무가 있다. 한 사람이 당사국의 대체주거 제공을 받지 못한 채 자신의 집에서 퇴거되는 경우 당사국은 그 사건의 특수한 상황을 고려했다는 것과, 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했음에도 불구하고 관계인의 주거권을 지지할 수 없었다는 것을 입증해야 한다. 당사국에 의해 제공되는 정보는 위원회가 선택의정서 제8조 4항에 따라, 취해진 조치의 상당성을 심리할 수 있도록 하는 것이어야 한다.
- 10.2 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람들에게 대체주거를 제공할 의무는 규약 제2조 1항에 따라 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리를 지지하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 함을 시사한다. 당사국은 이 목적을 달성하기 위하여 다양한 정책을 선택할 수 있다. 그러나 채택된 모든 조치는 이 권리를 가능한 한 신속하고 효율적으로 실현하도록 가능한 한 신중하고, 구체적이며 목표가 분명한(targeted) 것이어야 한다. 퇴거의 경우 대체주거에 관한 정책들은 관계된 사람들의 요구와 상황의 긴급성에 상응하는 것이어야 하고 개인의 존엄을 존중하는 것이어야 한다. 나아가 당사국은 제도적 결함과 주거부족의 구조적 원인들을 해소하기 위하여 일관되고 조율된 조치들을 취해야 한다.
- 10.3 대체주거는 적절해야(adequate) 한다. 적절성은 부분적으로는 사회적, 경제적, 문화적, 풍토적(climatic), 생태적 및 기타 요인들에 의해 결정되지만 위원회는 그럼에도 불구하고 어떤 특정한 맥락에서도 이러한 목적을 위하여 고려되어야 할 권리의 일정한 측면들을 확인할 수는 있다고 믿는다. 그런 요인들로는 거주권의 법적 안정성, 서비스, 물자, 시설 및 인프라의 이용가능성, 가격적합성, 거주적합성(habitability), 접근가능성, 사회적 시설(교육, 고용기회 보건의서비스)에 대한 접근을 허용하는 위치, 그리고 문화적 정체성과 다양성의 표현들이 존중될 수 있도록 하는 문화적 적절성이 포함된다.
- 10.4 일정한 상황에서는 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 모든 노력을 다했음에도 불구하고 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람에게 영구적인 대체거주지를 제공할 수 없음을 입증할 수도 있다. 그런 상황에서는 적절한 대체주거의 모든 요건을 충족하지는 못하는 임시주거도 이용될 수 있다. 그러나 당사국은 임시주거가 퇴거되는 사람들의 인간의 존엄을 보호하고, 모든 안전 및 안정성 요건을 충족하며, 영구적인 해법이 되는 것이 아니라 적절한 주거 획득을 향하여 하는 한 단계가 되도록 보장하기 위하여 노력해야 한다.

◆ **진정인의 퇴거와 적용가능한 법률에 대한 비례성 분석**

- 11.2 위원회는 진정인이 6개월 사전 통지와 6개월치 차임 상당의 보상을 제공하는, 시행중인 법률에 따라 임대약정의 종료통지받았음을 인정한다. 이 약정 종료는 3개의 사법기구에 의해 검토되었고 이들 기관에서 진정인은 변호인의 조력을 받아서 자신의 모든 주장을 개진할 수 있었으며, 이들 주장은 적절한 안전장치를 통해 검토되었다.
- 11.3 위원회는 임대약정의 종료가 예측가능하고 상황에 대하여 비례적인 법률에 따라 이루어진 것이어서 당사국이 진정인의 퇴거에 반대할 수 없었고, 퇴거를 명하는 사법적 결정은 최종적이고 집행가능한 것이었다는 주장을 인정한다. 위원회는 임대약정에 관하여 법률을 제정하고 시행중인 법률에 대한 존중과 그 법체계에 있는 모든 기존의 권리 보호를 확보하는 것이 규약에

규정된 권리들에 반하지 않는 한, 이에 대한 당사국의 정당한 이익을 인정한다. 진정인의 임대약정이 시행중인 법률에 따라 종료되었고, 이러한 사실이 사건을 검토한 세 개의 사법기구에 의해 확인되었기 때문에, 위원회는 퇴거명령의 근거가 있었다고 인정한다.

- 11.4 위원회는 진정인이 또한 당사국에서 시행중인 임대 관련 적용가능한 현행법률이 적정한 수준에서 주택가격을 유지하는 것을 허용하지 않고 있고, 나아가 이 법률은 이유없는 종료를 허용하고 있어 노인들에 대하여 비례성이 없이 부정적인 영향을 미치도록 할 의도가 있다고 생각하고 있음에 주목한다. 위원회는 64세 이상의 사람들이 자신의 의사에 반하는 임대약정의 종료에 의해 다른 연령집단의 사람들보다 더 많이 영향을 받고 이것이 이들에게 부정적 영향을 미친다는 점을 시사하는 제3자 제공의 정보에 주목한다. 제3자는 또한 이러한 상황이 연령과 사회적 조건을 근거로 한 교차적 성격의 간접차별을 구성한다고 주장하기도 했다. 위원회는 일반적으로 주거 관련 비용의 비율이 소득수준과 비례성을 잃지 않도록 보장하기 위하여 당사국에 의해 조치가 취해져야 함을 상기한다. 가격적합성의 원칙에 따라 임차인들이 불합리한 차임 수준이나 차임 인상 및 그런 법률이 노인 등 취약집단에 대하여 미칠 수 있는 바람직하지 못한 효과들로부터 적절한 수단으로 보호되어야 한다. 위원회는 당사국이 규약에 규정된 권리들, 특히 적절한 주거권의 이행을 위하여, 임대주택시장의 규제를 포함하는 광범위한 정책수단을 채택할 수 있다는 점을 상기한다.
- 11.5 위원회는 규약 제5조 2항에 따라서 어떤 나라에서도 법률 관습, 협정, 규칙 또는 관습에 의하여 인정되거나 존재하는 근본적 권리에 대한 어떤 제한이나 손상도, 이 규약이 그런 권리를 인정하지 않는다면 이 규약이 그런 권리를 덜 인정한다는 구실로 수용될 수는 없다는 점을 상기한다. 이는 당사국의 법률과 당사국이 비준한 인권과 근본적 자유의 보호를 위한 협정 선택의정서(the Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 제1조에 의하여 인정되는 사유재산권을 포함한다. 그러나 그런 권리가 남용되도록 하거나 그런 권리의 남용을 낳는 예측가능한 효과를 가지는 기업들의 행위를 예방하거나 대처하지 못한다면, 당사국은 규약상의 권리를 보호할 그 의무를 위반하는 것이 될 것이다. 그러므로 주택 관련 정책의 목적은 적절한 주거에 대한 접근을 확보하는 것이 되어야 한다. 이들 정책은 법적인 거주안정성, 가격적합성 및 주거적합성 등 적절한 주거권의 핵심적 요소들을 확보하기 위하여 임차인들에게 충분한 보호를 제공하는 것이어야 한다.
- 11.6 위원회는 당사국이 노인들이 규약에 포함된 모든 권리를 완전히 향유하도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 특별한 조치를 취해야 한다는 점을 상기한다. 또한 위원회는 노인에 관한 비엔나국제행동계획(the Vienna International Plan of Action on Ageing)이 제19호 권고에서 노인을 위한 주택은 단순한 쉼터 이상의 것으로 여겨져야 한다고, 그리고 주택은 물리적 의미에 더하여 심리적 및 사회적 의미를 가지고 있고 그 점이 고려되어야 한다고 명확히 밝히고 있음을 상기한다. 따라서 국내정책들은 주택의 복구, 개발 및 개선과 주택에 접근하여 이용할 노인들의 능력에 적합하게 하는 것을 통하여 노인들이 가능한 한 오랫동안 자신의 집에서 계속 살 수 있도록 도움을 주는 것이어야 한다. 이러한 특별조치들이 없다면 인구 일반에게 적합할 수도 있는 일반정책들이 노인들에 대해서는 규약에 포함된 권리 향유에 비례성을 잃고 부정적인 영향을 미칠 수 있으며, 어려운 사회경제적 상황에 있게 되는 사람들에게는 특히 더 그렇다. 나아가 노인들에게는, 주택을 임차하는 것은, 특히 그들이 오랫동안 그 주택에서 살아왔다면, 인구의 나머지 부분에 대해서보다 더 중요할 수 있는데, 그 이유는 그들이 이웃에서 사회적 네트워크를 구축할 수 있었는데 주택의 변경은 이에 지장을 줄 수 있기 때문이다.

◆ **법률의 경직성과 진정인에 대한 그 비례성없는 영향**

- 12.1 이런 인정사실들을 고려할 때 위원회는 주기적으로 지주들에게 이유를 제시하지 않고 다른 어떤 보상이나 보상도 없이 임대차를 종료시키도록 허용하는 법률은 거주안정성에 부정적 영향을 줄 수 있고 사실상 임대시장에서 가격의 실질적 인상에 기여할 수 있으며, 이는 주택의 가격적합성에 나쁜 영향을 미칠 수 있다는 점을 인정한다. 그러므로 그런 규율들은 규약에 반하게 될 것이다. 위원회는 이 사건에서 당사국에서 적용가능한 법률이 지주에게 이유없이 임대차를 종료시키는 것을 허용하지만 동시에 임차인에게 중요한 안전장치, 즉 임대차가 진정인의 경우에서처럼 언제든지 종료될 수 있는 것은 아니며 사전에 통지하고 보상을 지급해야 한다는 안전장치도 제공한다는 점에 주목한다. 나아가 일부 경우에 법관은 취약한 상황에 있는 임차인을 보호하기 위하여 연장을 부여할 수도 있다. 임차인에 대한 이러한 안전장치들은 이 법률을 추상적이고 일반적인 측면에서, 규약 및 적절한 주거권과 합치하도록 만든다.
- 12.2 그러나 64세 이상의 사람들이 나머지 사람들보다 임대차 종료에 의해 더 많이 영향을 받는다는 점에 위원회는 주목한다. 그러므로 이 법률이 융통성 없이 적용된다면, 브뤼셀-수도지역의 차임인상이라는 구체적 맥락에서는, 그리고 노인들의 구체적 요구를 고려할 때에는, 저소득층 노인들에게 비례성을 잃고 부정적인 영향을 미칠 수도 있었다. 이런 비례성 없는 영향은 구체적 시장상황과 규제들의 융통성 없는 적용이 결합됨으로써 야기될 수 있다.

- 12.3 그 결과 취약상황에 있는 일정 집단의 주거권에 대하여 그런 정책이 미치는 비례성 없는 영향의 가능성은, 그런 규제들을 선택하는 모든 당사국에 대하여 이중의 의무를 부과한다. 첫째, 당사국은, 사회경제적 어려움에 처한 노인들과 같은 구체적 집단에 대해 적절한 주거권 침해할 의미할 수도 있는 비례성 없는 영향을 피하기 위하여 필요한 조정책을 도입하기 위하여, 그런 법적 규제들의 적용이 가장 취약하고 주변화된 집단들에게 미치는 영향을 감시할 장치를 수립해야 한다. 둘째, 그 정책은 법적 틀의 적용이 일정한 경우에 비례성 없는 영향을 미치지 않도록 보증하기 위한 장치와 유연성을 포함하는 것이어야 한다.
- 12.4 위원회는 이 특정 사건에서 사법당국도 사회복지과도 강요된 이사가 궁핍한 경제적 상황에서 살고 있는 노인 등 특히 취약한 사람들에게 미칠 수 있는 비례성 없는 영향을 충분히 고려하지 못했다고 인정한다. 더구나, 진정인들이 동일한 아파트에서 25년 동안 살아왔고, 항상 자신의 계약상 의무를 완수해 왔으며, 현재도 이웃과의 강력한 사회적 유대를 갖고 있는 제한된 소득을 가진 노인들이라는 사실에도 불구하고 그랬다.
- 12.5 위원회는 진정인에 대한 법적 틀의 이행의 영향을 완화하기 위하여 당사국에 의해, 가용자원을 최대한 이용하여 다양한 조치들이 채택될 수 있었다는 데 주목한다. 예컨대 진정인이 부담할 수 있도록 하기 위하여 당사국의 재정지원으로 차임을 조정하기 위한 조정이 개시될 수도 있었다. 이런 가능성 또는 기타 진정인이 그 주택에 머무를 수 있도록 할 다른 가능성은 이 점에서 법률의 유연성 부족으로 인해 탐색되지 못했다. 이 진정의 다툼이 없는 사실, 즉 지주가 인상된 차임으로 아파트 임대를 계속해 왔다는 사실을 고려하면 이런 가능성은 매우 상당한 선택지처럼 보인다. 이런 맥락에서 당사국은, 법률이 그토록 엄격하지 않다면 가용자원을 최대한 이용하여 진정인에게 아파트에 머무를 수 있도록 보조금을 지급할 수도 있었을 것이다.
- 12.6 위원회는 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 퇴거되는 사람에게 대체주거를 제공해야 한다는 점을 상기한다. 따라서 규약에 따른 당사국의 의무와 합치하는, 퇴거되는 사람들에게 제공되는 대체주거의 조건들은 국가마다, 그 발전 수준이나 이용 가능한 자원에 따라 다를 수 있다. 진정인 연령의 사람에게 주거의 극적인 변화는 그의 생활스타일에 지장을 줄 위험이 있으며, 정신과의사가 확증했듯이 진정인이 실제로 그랬다. 이런 맥락에서 자신의 기존 사회적 네트워크와의 단절을 피할 대체주거에 대한 진정인의 요구는 불합리하지 않으며, 특히 당사국이 전 세계에서 1인당 최고의 소득을 가진 나라들 중 하나라는 사실을 고려하면 더 그렇다.
- 12.7 위원회는 진정인이 두 가지의 대체주거 선택을 제안받았음을 인정한다. 지원을 받는 임시주택 또는 노인주택. 진정인은 이들 제안이 그의 요구에 적합한 대안이 될 수 없다는 이유로 이를 거부했다. 이런 상황에서 위원회는 진정인에 대한 그런 제안들이 노인인 진정인의 구체적 요구에 비추어 적절한 임시주거에 미치지 못한다고 인정한다. 특히 앞서 언급한 대로 이유없이 임대차약정 종료를 허용하는 당사국 법적 틀의 적용이 주택시장에서 취약한 집단들, 즉 도시환경에서 적절한 대체주거를 찾기가 점점 더 어려워짐을 알게 되는 집단들에 속하는 사람들에게 특별한 부담을 부과하기 때문이다. 이것은 경제적 기회가 극도로 제한되는 아이들과 노인들을 가진 저소득가족에게 특히 그러하다. 당사국은 임대차에 대한 규제권한을 가지고 있지만, 동시에 적절한 대체주거를 요구하는 거주안정성을 확보하기 위하여 필요한 안전장치를 적용할 의무도 진다.
- 12.8 앞서 언급한 정보에 비추어, 즉 보상과 통지의 존재에 비추어, 그러나 진정인에게 제안된 대체주거의 부적합성과 제한된 소득을 가진 노인인 진정인에게 임대차종료가 미친 비례성 없는 영향에 비추어, 위원회는 이 특정 사건에서 진정인 사건에 대한 임대차에 관한 법적 틀의 엄격한 적용과 퇴거절차는 규약 제11조만으로는, 규약 제2조 2항과 결합하여 독해할 때에나 진정인의 적절한 주거권에 대한 당사국의 침해를 구성한다고 인정한다.
- 12.9 진정인이 퇴거되었고 그의 적절한 주거권 침해가 여기서 인정되었다는 사실에도 불구하고, 위원회는 당사국이, 요구된 임시조치는 이행했다고 인정한다. 그 이유는 당사국이 진정인에게 당시에 그리고 선의로, 그것이 적절한 대체주거라고 생각했던 것을 제공했기 때문이다. 따라서 위원회는 선택의정서 규정 위반은 없었다고 인정한다.

<결론 및 권고>

- 13. 위원회는 제공된 모든 정보를 근거로 하여, 그리고 이 사건의 특별한 상황에서, 제시된 사실들은 진정인의 적절한 주거권 침해를 구성한다고 판단한다.
- 14. 위원회는 선택의정서 제9조 1항에 따라, 당사국이 규약 제11조 1항이 보장한 진정인의 권리를 침해했다고 판단한다. 이 견해에 비추어 위원회는 당사국에 다음 사항들을 권고한다.

◆ 진정인에 관한 권고들

- 15. 당사국은 진정인에게 효과적인 보상을 제공할 의무를 진다. 특히 다음의 의무를 진다. (a) 진정인이 대체주거를 갖지 못하고 있는 경우 진정인에게 사회적 주택을 배정하거나 그가 이 견해에서 제시된 기준들에 따라 적절한 주거에서 살수 있도록 할 다른 어떤 수단을 제공할 목적으로 진정인의 궁핍상태를 재평가할 의무, (b) 진정인이 겪은 침해에 대하여 배상할 의무, (c)

이 진정을 제기하면서 발생한 것에 상당하는 법적 비용을 보전할 의무.

◆ **일반권고**

- 16. 위원회는 개인진정의 맥락에서 권고되는 구제들이 재발방지의 보장을 포함할 수 있다는 점을 인정하고 당사국에게는 장래에 유사한 침해를 방지할 의무가 있다는 점을 상기한다. 당사국은 그 법률과 그 집행이 규약에서 확립한 의무와 합치하도록 보증해야 하고, 특히 당사국은 다음과 같은 의무를 진다:
 - (a) 불리한 사회경제적 상황에 있는 노인들처럼 불리한 지위에 있는 집단의 적절한 주거권에 대하여 비례성을 상실한 영향을 미치는 것을 피하기 위한 유연성과 특별조치를 도입하기 위하여, 지주에게 이유없이 임대차를 종료시킬 수 있도록 하는 현행법을 재검토할 의무,
 - (b) 이런 규칙들이 특히 불리한 지위에 있는 집단의 적절한 주거권 향유에 미치는 전체적인 영향을 평가하기 위하여 지주에게 이유없이 임대차를 종료시킬 수 있도록 하는 법률을 정기적으로 평가할 의무,
 - (c) 열악한 사회경제적 상황에 있는 노인들과 같이 불리한 지위에 있는 집단이 그 집에서 퇴거될 경우 그들의 특별한 요구에 부합하고 그들에게 그 연령과 상황에 맞는 안정성과 안전성을 제공하는 대체주거에 접근할 수 있도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 필요한 조치를 취할 의무.
- 17. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 잠정적 절차규칙 제18조 1항에 따라 당사국은 위원회에 6개월의 기간 내에, 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면 답변을 제출해야 한다. 당사국은 또한 위원회의 견해를 접근 가능한 형식으로 공표하여 인구의 모든 부문들에 접근하도록 널리 배포해야 한다.

(12) *Hakima El Goumari and Ahmed Tidli v. Spain*(2021)⁶³³⁾

<진정의 경과>

- 사건번호: 85/2018
- 진정인: 모로코 국적자로 25년 이상 스페인에서 거주해 온 1981년생 Hakima El Goumari와 1971년생 Ahmed Tidli (모로코 국적인 2002, 2006, 2008, 2014년생 아이들)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2018. 5. 12.
- 견해채택일: 2021. 2. 18
- 주제: 가정에서 진정인의 퇴거
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 1항, 의정서 제3조 1항

<의의>

- 차임 미납으로 임대차계약이 종료되었다는 법원 판결에 따른 퇴거로서 정당한 사유가 인정되는 퇴거의 경우에도 법원의 퇴거 명령이 퇴거의 정당한 목적과 퇴거로 인하여 퇴거되는 사람들에게 발생하는 영향(결과) 사이의 비례성분석이 없이 이루어졌고, 이를 바로잡을 사법적 장치도 부재한 경우 비례성 평가의 부재 자체가 주거권 침해를 구성한다고 보고, 아울러 퇴거 이후에 제공된 대체주거들이 진정인들의 존엄에 부합하는 것이어야 함을 분명히 한 사례.

<진정 취지>

- 3. 최초의 진정에서 진정인들은 그들의 퇴거와 이후 당사국의 행동들은 그들이 적절한 대체주택을 갖지 못했기 때문에 규약 제11조 1항 위반을 구성한다고 주장했다. 진정인들은 퇴거 뒤에 제시받았던 대안들은 한 가족, 특히 아이들을 위한 품위있고 적절한 주택으로 여겨질 수는 없었다고 설명했다. 진정인들은 공공당국이 그들에게 영구적인 주택대안을 제공할 것이라는 암시를 보여주지 못했다고 덧붙였다.

<허용가능성에 대한 판단>

633) Communication No. 85/2018, E/C.12/69/D/85/2018, <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/064/78/PDF/G2106478.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/064/78/PDF/G2106478.pdf?OpenElement)>.

- 6.2 당사국은 그 의견 제출 당시에 진정인이 이미 한 가정을 임차하고 있었고 따라서 진정을 할 이유는 더 이상 존재하지 않았으므로 진정에 대한 심리는 속행되어서는 안 된다고 주장한다. 그러나 위원회는 당사국이 진정인들이 달리 살 곳이 없었음에도 그들을 퇴거시키기로 결정함에 있어서, 그리고 품위있지도 적절하지도 않은 임시 대체주거만 제공하였고 현재 그들이 점유하고 있는 주택이 품위있거나 적절하다고 여겨질 수도 없다는 점에서 당사국은 품위있고 적절한 주거에 대한 권리를 침해했다는 진정인의 주장에 주목한다. 따라서 위원회는 진정은 선택의정서 제2조에 따라 규약에서 정해진 권리의 잠재적 침해를 언급해야 한다는 요건을 충족한다고 본다.

<본안 판단>

◆ 사실과 법적 쟁점

- 7.2 2015년 1월 진정인들은 장애를 가진 두 아이 등 미성년 아이들 넷을 포함한 가족이 살 집으로 법인과 임대차약정을 체결했다. 2018년 1월 마드리드법원은 차임 미납으로 임대차약정이 종료되었다고 선언하고 진정인들에게 가옥을 비우라고 명령했다. 진정인이 집을 비우지 않자 법원은 2018년 3월 15일을 최초의 퇴거일로 정했다. 취약한 상황을 이유로 한 진정인의 2회에 걸친 퇴거중단 신청과, 같은 요구를 담은 사회복지과의 보고에도 불구하고 법원은 퇴거중단을 결정하지도 않았고 관련당사자들의 권리를 고려하여 퇴거의 비례성을 평가하지도 않았다. 두 번의 신청이 실패한 후 진정인과 가족들은 2018년 4월에 마침내 퇴거되었다. 진정인들의 진정이 접수된 것은 2018년 5월 12일이다.
- 7.3 퇴거 후, 당사국은 진정인과 가족에게 약 10일 동안 호텔 숙박을 제공했고 그 후 쉼터에서 그들은 2018년 11월까지 6개월 이상 체류했으며, 다시 최초의 호텔로 돌아와 약 1개월을 머무르다가 마지막으로 2019년 2월까지 다른 호텔에 2개월간 머물렀다. 쉼터들의 상태는 6인 가족을 수용하기에 품위있지도 적절하지도 않았다고 진정인들은 주장한다. 당사국은 산호세 피나르 쉼터의 상태(과밀, 열악한 위생과 프라이버시 부재)에 관한 진정인의 주장이나 서증에 이의를 제기하지 않았다. 단지 당사국은 세탁서비스 등 진정인과 그 가족의 기본적 요구가 그들이 머무르는 동안 무료로 제공되었다고만 말했다. 마지막으로 쉼터를 강제로 떠나게 되자마자 진정인들에게는 그들이 그 때까지 받았던 모든 것보다 한층 더 열악하다고 생각되는 대체주거 해법이 제공되었다. 그 시점에 진정인들은 임차할 집을 발견했고, 이곳이 현재 그들이 거주하는 곳이며, 열악한 임차계약체도로 인해 다양한 사회적 혜택에 접근할 수 없는 상황에 있다. 당국이 대체주거 해법을 제공하지 못한 때에도 진정인들이 머무르고 있던 다양한 임시주택시설을 떠나도록 강제되는 일이 반복되었고, 이는 다시 진정인들에게 대체주거를 제공하라고 지방당국에 압력을 가하는 시민사회의 개입을 촉진했다는 진정인들이 제출한 주장이나 서증에 대해 당사국은 반박하지 않았다. 임시주거시설 중 하나에 머무르는 동안 Ms. El Goumari는 임신 7개월만에 유산을 하고 말았다.
- 7.4 진정인들은 퇴거명령의 결과들이나 그들이 대체주거를 갖지 못했다는 사실에 대한 어떤 고려도 없이 그들이 퇴거당했기 때문에, 그들의 퇴거는 규약 제11조 1항에 포함된 적절한 주거에 대한 진정인과 아이들의 권리를 침해했다고 주장한다. 진정인들은 제공된 임시주거가 품위있고 적절한 주거의 요건을 갖추지 못했고 그들이 겪었던 항상적 재배치 및 불확실성 역시 규약상의 권리 침해라고 주장한다. 또한 그들은 당국이 그들에게 가족공공주택을 제공하지 않았고 계속해서 그 제공을 거부한다고 주장한다. 당사국은 진정인들은 공공주택 대기자 목록에 올라가 있으며 가족에게 제공된 대안들은 가용자원을 최대한 이용한 주거대안에 해당한다고 주장한다.
- 7.5 법적 쟁점: 이 진정에 의해 제기된 쟁점은 거주가옥에서 진정인과 그 아이들을 퇴거시킨 것과 그 후 다양한 임시주거에 이동시킨 것이 규약 제11조 1항에 따라 인정되는 적절한 주거권 침해에 해당하는지 여부이다.

◆ 강제퇴거로부터의 보호

- 8.1 적절한 주거에 대한 인권은 모든 경제 사회 문화적 권리의 향유에 중심적인 근본적 권리며 시민권규약에 정해진 권리들을 포함한 다른 인권들과 불가분하게 연결되어 있다. 주거권은 소득이나 경제적 자원에 대한 접근과 관계없이 모든 사람들에게 보장되어야 하며 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 이권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 한다.
- 8.2 강제퇴거는 일용 규약과 양립할 수 없으며 오로지 가장 예외적인 상호에서만 정당화될 수 있다. 관계당국은 퇴거가 규약에 합치하는 법률에 따라서, 그리고 퇴거의 정당화 목적과 퇴거되는 사람에 대한 그 결과 사이의 상당성과 비례성의 일반원칙들에 따라서 수행되도록 보증해야 한다. 이 의무는 규약 제11조와 함께 독해할 경우 그리고 규약상 권리의 향유에 대한 제한들이 허용되는 조건들을 명시한 제4조의 요건들에 따라서 독해할 경우 규약 제2조 1항에 따른 당사국의 의무에 대한 해석으로부터 나온다.
- 8.3 따라서 퇴거가 정당화될 수 있기 위해서는 다음과 같은 요건들을 충족해야 한다. 첫째, 그 제한은 법률에 의해 정해져야

한다. 둘째, 그것은 민주사회에서 공동선을 촉진하는 것이어야 한다. 셋째, 그것은 원용된 정당한 목적에 적합한 것이어야 한다. 넷째, 그 제한은 합리적으로 생각할 때 제한의 목적에 기여할 것으로 기대될 수 있는 하나 이상의 조치가 있는 경우 가장 덜 제약적인 조치가 선택되어야 한다는 의미에서 필요한 것이어야 한다. 그리고 마지막으로, 그 제한이 공동선을 촉진하는 혜택이 제한되는 권리 향유에 대한 영향보다 더 커야 한다. 규약상 권리에 미치는 영향이 더 심각할수록 그러한 제한을 위하여 원용되는 근거들에 대하여 이루어지는 심사는 더 엄격해진다. 적합한 대체주거의 이용가능성, 점유자 및 그 부양가족들의 개인적 상황들, 그리고 그들이 적합한 해결책을 찾는데 당국과 협력했는지 여부 등이 그런 분석에서 핵심적 요인들이다. 이는 필연적으로 가정으로서 또는 주요 소득을 제공하기 위하여 주택을 필요로 하는 개인들에게 속하는 재산과 은행 기타 기관에 속하는 재산을 구분하는 것을 수반한다. 당사국은 불법적으로 재산을 점거하고 있는 사람이 퇴거명령이 집행될 상황과 관계없이 즉각 퇴거되어야 한다고 규정한다면 적절한 주거권의 침해는 범하고 있는 것이 될 것이다. 조치의 비례성에 대한 이러한 분석은 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관에 의해 수행되어야 한다. 이 기관은 퇴거가 규약 제4조에 의해 요구되는 비례성 심사의 요소들과 관련된 것을 포함하여 규약에 합치하는지 여부를 분석해야 한다.

- 8.4 이에 더하여 당국과 관계인들 간에 선의로 이루어지는 효과적인 사전협의의 진정한 기회가 있어야 하고, 이용가능한 주거권에 덜 해로운 대안적 수단이나 조치가 없어야 하며, 관계인들은 규약상 권리나 기타 인권의 침해에 해당하는 상황의 위험에 방치되지 않아야 한다.

◆ **궁핍한 상황에 있는 사람들에게 대체주거를 제공할 국가의 의무**

- 9.1 퇴거가 개인들이 홈리스가 되거나 추가적인 인권침해에 취약해지는 결과를 낳아서는 안 된다. 영향을 받는 사람들이 스스로를 부양할 수 없는 경우에 당사국은 적절한 대체주거, 재정착이나 경우에 따라서는 생산적 토지에 대한 접근이 이용가능하도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 당사국은 퇴거가 당국에 의해 개시되건 재산소유자 등 사적 기관에 의해 개시되건 관계없이, 퇴거의 결과 홈리스로 방치되는 사람들에게 대체주거를 제공하기 위하여 상당한 조치를 취할 의무가 있다. 한 사람이 당사국의 대체주거 제공을 받지 못한 채 자신의 집에서 퇴거되는 경우 당사국은 그 사건의 특수한 상황을 고려했다는 것과, 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했음에도 불구하고 관계인의 주거권을 지지할 수 없었다는 것을 입증해야 한다. 당사국에 의해 제공되는 정보는 위원회가 선택의정서 제8조 4항에 따라, 취해진 조치의 상당성을 심리할 수 있도록 하는 것이어야 한다.
- 9.2 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람들에게 대체주거를 제공할 의무는 규약 제2조 1항에 따라 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리를 지지하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 함을 시사한다. 당사국은 이 목적을 달성하기 위하여 다양한 정책을 선택할 수 있다. 그러나 채택된 모든 조치는 이 권리를 가능한 한 신속하고 효율적으로 실현하도록 가능한 한 신중하고, 구체적이며 목표가 분명한(targeted) 것이어야 한다. 퇴거의 경우 대체주거에 관한 정책들은 관계된 사람들의 요구와 상황의 긴급성에 상응하는 것이어야 하고 개인의 존엄을 존중하는 것이어야 한다. 나아가 당사국은 제도적 결함과 주거부족의 구조적 원인들을 해소하기 위하여 일관되고 조율된 조치들을 취해야 한다.
- 9.3 대체주거는 적절해야(adequate) 한다. 적절성은 부분적으로는 사회적, 경제적, 문화적, 풍토적(climatic), 생태적 및 기타 요인들에 의해 결정되지만 위원회는 그럼에도 불구하고 어떤 특정한 맥락에서도 이러한 목적을 위하여 고려되어야 할 권리의 일정한 측면들을 확인할 수는 있다고 믿는다. 그런 요인들로는 거주권의 법적 안정성, 서비스, 물자, 시설 및 인프라의 이용가능성, 가격적합성, 거주적합성(habitability), 접근가능성, 사회적 시설(교육, 고용기회 보건의서비스)에 대한 접근을 허용하는 위치, 그리고 문화적 정체성과 다양성의 표현들이 존중될 수 있도록 하는 문화적 적절성이 포함된다.
- 9.4 일정한 상황에서는 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 모든 노력을 다했음에도 불구하고 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사함에게 영구적인 대체주거지를 제공할 수 없었음을 입증할 수도 있다. 그런 상황에서는 적절한 대체주거의 모든 요건을 충족하지는 못하는 임시주거도 이용될 수 있다. 그러나 당사국은 임시주거가 퇴거되는 사람들의 인간의 존엄을 보호하고, 모든 안전 및 안정성 요건을 충족하며, 영구적인 해법이 되는 것이 아니라 적절한 주거 획득을 향하여 하는 한 단계가 되도록 보증하기 위하여 노력해야 한다. 당사국은 가족 구성원들이 분리되지 않을 권리와 상당한 수준의 프라이버시를 향유할 권리 또한 고려해야 한다.

◆ **진정인의 퇴거의 비례성 분석**

- 10.1 위원회는 진정인들이 점거하고 있는 아파트에서 그들의 퇴거를 명하는 결정이 적절한 주거권을 침해한 것인지 여부 또는 당국의 개입이 규약 제4조에 따라 주거권에 대한 정당한 제한을 구성하는지 여부를 심리할 것이다. 원회는 진정인들이 적법절

차보장이 존중되지 않았다는 주장을 하지 않았고, 위원회에 제출된 어떤 정보도 그 절차가 자의적이었다고 시사하는 것은 없다는 데 주목한다.

- 10.2 위원회는 사유재산의 권리가 규약상 권리는 아니지만 그것이 규약에 포함된 권리들과 충돌하지 않는 한 당사국이 그 법 체계내에서 확립된 모든 권리에 대한 보호를 보장하는데 정당한 이익이 있음을 인정한다. 사법당국은 진정인이 차임을 지급하지 못했고 그것이 그들의 계약을 종료시키는 사유에 해당한다고 확정했다. 따라서 위원회는 진정인의 퇴거에는 정당한 이유가 있었다고 인정한다.
- 10.3 퇴거가 적절한 주거권에 영향을 미칠 것이라는 진정인들의 주장에도 불구하고 법원은 퇴거의 정당한 목적과 퇴거되는 사람들에 대한 그 결과들의 비례성 분석을 행하지 않았다. 진정인들이 그런 평가를 요구했고 또 법원이 같은 것을 요구하는 사회복지과의 보고서를 받았음에도 불구하고 법원은 진정인들, 특히 그 미성년 아이들의 취약성을 한 번도 평가하지 않았다. 퇴거가 두 번 연기되었지만, 이 연기는 법원의 결정에 의해 촉발된 것이 아니라 오히려 퇴거가 예정되었던 날 발생해서 퇴거가 집행될 수 없도록 했던 사건들에 의한 것이었다. 나아가 당사국의 법률은, 진정인들에게 퇴거명령에 불복하기 위한, 그래서 다른 사법기관에게 퇴거의 비례성과 퇴거가 수행될 조건들을 분석할 기회를 제공했을 다른 어떤 사법적 장치도 제공하지 못했다. 그러므로 위원회는 그런 평가를 행하지 않은 것이 제2조 1항과 함께 독해할 경우 규약 제11조 1항에 따른 진정인의 주거권에 대한 당사국의 침해를 구성한다고 인정한다.
- 10.4 위원회는 현재의 진정에서 묘사된 사태들 이후에 당사국은 새로운 법률을 반포했다는 데 주목한다. 이 새로운 규칙에 따르면, 법원은 취약한 상황에 있는 사람들의 퇴거에 관하여 사회복지과에 통지해야 하고, 이 통지를 받은 사회복지과는 퇴거될 사람들의 상황을 보고할 수 있게 되며, 사람들이 취약한 상황에 있다고 인정되면 사회복지과에 지원을 제공할 시간을 주기 위하여 퇴거는 1개월까지 또는 퇴거시키는 당사자가 법인인 경우 3개월까지 중단될 수 있다. 위원회는 이 법률이 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법당국 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관에게 앞서 언급한 조건들에 따라 퇴거요구들의 비례성을 평가할 수 있도록 하는 한 현재의 견해에서 인정되는 것과 같은 주거권 침해를 예방할 수 있을 것이라고 이해한다.

◆ 퇴거 후 진정인들에게 제공된 임시주거

- 11.1 위원회는 퇴거 이후에 당사국에 의해 제공된 주거대안들이 적절한 대체주거에 해당하는지 여부를 심리할 것이다. 위원회는 제공된 대안들—호스텔들과 단기간 쉼터들—이 대체주거로 여겨질 수 없다는 데 주목한다. 그러므로 위원회는 임시숙소가 품위와 안전과 안정성 기준을 충족했는지 여부와 그것이 영구적 해법이 아니라 단지 적절한 주거를 향한 하나의 예비적 단계에 불과했는지 여부를 심리할 것이다.
- 11.2 첫 번째 점에 관하여, 위원회는 품위와 안전 및 안정성은 문제의 숙소의 임시적 성격에도 불구하고 특히 안정감(stability)과 확실성(certainty)을 포함한다고 이해한다. 대체주거의 위생상태 그리고 필요에 따라 개인들이 이용할 수 있는 프라이버시. 그 연속선상에서 위원회는 산호세의 피나쉼터(the Pinar de San José shelter)의 상태들(과밀 열악한 위생과 프라이버시 부재)에 주목한다. 위원회는 당사국이 마드리드 교외에 있지만 여전히 시 경계내에 있는 주택을 진정인들에게 제공했다고 주장하고 있음에도 불구하고, 이 옵션은 장애를 가진 두 아이를 포함한 아이들의 학교에서 훨씬 더 먼 위치에 있어서 아이들이 이미 매일 학교까지 긴 통학을 해야 했다고 이해한다. 이에 더해서 위원회는 이 쉼터와 웰컴 호스텔(2번째)과 알론조 마르티네즈 호스텔에 머무는 동안 그들이 항상 퇴거의 위협을 받았지만 임시적이건 아니건 대체주거를 제공받지 못했다는 데 주목한다. 위원회는 이것이 진정인들의 불확실성의 상황을 해소하고 그들의 숙소 상태를 개선할 목적으로 하는 시민사회의 행동을 촉발했다는 데 주목한다. 위원회는 스트레스와 불확실성이 지속된 이 수 개월 동안 임신 7개월이 되었던 진정인이 유산을 했다는 데 주목한다. 위원회는 특히 이들 상태가 규약에 위반하여 이루어진 퇴거의 결과였기 때문에, 이들 상태가 진정인과 아이들의 존엄에 부합하는 것으로 인정할 수 없다.
- 11.3 제공된 숙소의 임시적 성격에 관하여 보전대, 임시숙소는 영구적 해법으로 제공된 것이 아니었음에도 불구하고 위원회는 당사국이 진정인들에게 제공된 주택이 단순히 적절한 주거를 향한 하나의 예비적 단계에 지나지 않는다는 점을 증명하지 못했다고 본다. 더욱이 진정인들은 그들이 임시대체숙소조차 배정받지 못했음에도 불구하고 항상 호스텔이나 쉼터를 떠나라는 위협을 받고 있었다.
- 11.4 진정인들의 현 주거지와 관련하여 임대계약 방식이 진정인들이 당사국이 그 의견에서 언급하고 있는 모든 혜택에 접근하는 것을 불가능하게 만든다는 점, 그리고 8인가족에 방 1개는 유엔사무총장 경제사회문제부가 과밀로 정의한 1실당 3인의 한계를 훨씬 넘어서고 있고 따라서 적절한 주거의 요건을 갖추었다고 말할 수 없다는 점을 고려할 때, 위원회는 그것이 적절한 주거라고 볼 수 없다.

- 11.5 마지막으로 위원회는 앞서 언급한 일반적 조치를 넘어서 당사국이 진정인의 사건의 특별한 상황을 고려하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했다는 점을 입증하지 못했다고 판단한다. 이러한 이유로, 그리고 상황이 규약을 위반하여 이루어진 퇴거의 결과였기 때문에, 위원회는 임시주거와 진정인들과 가족이 처했던 상황들뿐만 아니라 그들이 현재 거주하는 주택이 규약 제11조에 따른 적절한 주거권을 침해한 것에 해당한다고 인정한다.

<결론 및 권고>

- 12. 위원회는 당국에 의한 비례성 평가 없이 이루어진 진정인들과 아이들의 퇴거는 적절한 주거권 침해에 해당한다고 판단한다. 마찬가지로 위원회는 진정인들에게 배정된 임시주택과 진정인들이 처했던 과정은 그 자체로 적절한 주거권 침해를 구성한다고 판단한다.

◆ 진정인들과 아이들에 관한 권고

- 14. 당사국은 진정인들과 아이들에게 효과적인 구제를 제공할 의무, 특히 다음과 같은 의무를 진다. (a) 그들이 현재 적절한 주거에 있지 않다면, 당사국은 이 견해에서 제시된 기준들에 유념하여 그들에게 공공주택을 제공하거나 그들이 적절한 주거에 살 수 있도록 할 다른 어떤 조치를 취할 목적으로, 그들의 주택신청이 이루어진 그 날을 시작으로 그 신청이 마드리드 공동체의 파일에 올라가 있던 오랜 기간을 고려하여 그들의 궁핍상태와 대기자목록상 우선순위의 수준을 재평가해야 한다. (b) 당사국은 진정인들과 아이들에게 그들이 겪은 침해에 대한 재정적 보상을 제공해야 한다. (c) 당사국은 진정인들에게 이 진정을 제기하면서 발생한 것에 상당하는 법적 비용을 보전해 주어야 한다.

◆ 일반권고

- 15. 위원회는 개인진정의 맥락에서 권고되는 구제들이 재발방지보증을 포함할 수 있다고 생각하고 당사국이 장래에 유사한 침해를 예방할 의무가 있음을 상기한다. 당사국은 그 법률과 법률의 집행이 규약에서 정한 의무에 합치하도록 보증해야 한다. 특히 당사국은 다음과 같은 의무를 가진다.
 - (a) 퇴거명령이 발해지는 대상이 되면서 그 결과 궁핍이나 규약상 권리의 침해의 위험에 처할 수 있는 사람들에게, 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관이 규약 제4조의 조건에 따라 규약에 정해진 권리를 제한하기 위한 기준들에 비추어 조치의 비례성을 검토할 수 있도록 하기 위하여, 이들 기관에 그 결정에 대한 이의를 제기할 수 있도록 할 규범적 틀을 확보할 의무.
 - (b) 대체주거를 획득할 재산이 없는 사람들과 관련된 퇴거는, 오로지 관련된 사람들과의 진정성있는 협의를 거친 후에만, 그리고 특히 가족, 노인, 아동 기타 취약한 상황에 있는 사람들과 관련되는 경우에 일단 국가가 가용자원을 최대한 이용하여 퇴거되는 사람들이 대체주거를 가질 수 있도록 보장하기 위한 모든 필수적 조치를 취한 다음에만, 집행되도록 보장하기 위해 필요한 조치를 취할 의무.
 - (c) 당사국이 적절한 주거대안을 즉각 제공할 수 없기 때문에 임시숙소를 제공하는 경우에, 임시숙소가 품위와 안정성의 기준을 충족해야 한다는 점을 확실히 하기 위한 모든 필요한 조치를 취할 의무. 당사국은 임시숙소가 적절한 주거를 얻기 위한 하나의 단계에 불과한 경우에도, 문제되는 숙소의 임시적 성격에도 불구하고 특히 가족, 노인, 아동 및/또는 기타 취약한 상태에 있는 사람들의 경우, 그것에 사는 사람들이 상당한 안정성을 향유하도록 보장해야 한다.
 - (d) 자치공동체와 협력하여 그리고 가용자원을 최대한 이용하여, 일반논평 제4호에 맞추어 저소득층 사람들에게 적절한 주거권을 보장하기 위한 포괄적 계획을 개발하고 이행할 의무. 이 계획은 이들 개인의 주거권을 상당하고 측정가능한 방식으로 집행하기 위하여 필요한 자원, 수단, 시간들 및 평가기준들을 제공하는 것이어야 한다.

- 16. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 잠정적 절차규칙 제18조 1항에 따라 당사국은 위원회에 6개월의 기간 내에, 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면 답변을 제출해야 한다. 당사국은 또한 위원회의 견해를 접근 가능한 형식으로 공표하여 인구의 모든 부문들에 접근하도록 널리 배포해야 한다.

(13) *Fatima El Mourabit Ouazizi and Mohamed Boudfan v. Spain*(2022)⁶³⁴⁾

<진정의 경과>

634) Communication No. 133/2019, E/C.12/72/D/133/2019, <https://digitallibrary.un.org/record/4012794/files/E_2022_23--E_C.12_2022_3-EN.pdf>.

- 사건번호: 133/2019
- 진정인: 1996년생 스페인국적 여성인 Fatima El Mourabit Ouazizi와 1995년생 모로코 국적 남성인 Mohamed Boudfan (2016년 및 2018년생 미성년 아이들)
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2019. 5. 2.
- 견해채택일: 2022. 10. 10.
- 주제: 법적 권원 없는 점거를 이유로 한 퇴거
- 절차적 쟁점: 국내구제절차 미경유, 불충분한 입증
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 제1항, 의정서 제2조, 제5조

<의의>

- 당사국이 주거권 실현을 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 필요한 조치를 했다는 점을 인정하는 한편, 진정인이 당사국이 제공한 대체주택 방안 등을 모두 거부한 것이 충분한 근거를 갖지 못했다고 하여 진정을 기각한 사건.

<진정 취지>

- 3.1 진정인들은 자신들이 대체주거를 갖기 못했고 그들의 소득은 사적 시장에서 주택을 찾을 수 있을 만큼 충분히 많지 않으므로, 퇴거는 규약 제11조에 따른 자신들의 권리를 침해한다고 주장한다.
- 3.2 진정인들은 그들이 다음과 같은 이유로 대체주거를 가질 수 없다고 진술한다. (a) 그들은 사회주택청의 주택을 불법적으로 점거하고 있으므로, 사회주택청에 공공주택을 신청할 수 없다. (b) 그들은 권한없는 점거에 대하여 유죄판결을 받았기 때문에 사회주택청에 그들 주택상황의 정상화를 신청할 수도 없다. (c) 2019년 2월 16일에 회합을 가졌던 Arroyomolinos 시청사에서 어떤 공공주택도 이용할 수 없다는 통지를 받았다. (d) 사회복지과에서 제공한 대안, 즉 젠더를 이유로 한 폭력을 경험한 여성들을 위한 적십자 컴퓨터의 방 하나라는 대안은 진정인들 중 한 명—여성—과 아이만 접근할 수 있을 뿐 남성 진정인은 접근할 수 없어서 그 제안을 받아들이면 가족이 분리될 것이기 때문에 적합하지 않다. 그리고 (e) 패스트푸드 체인식당에서 일하는 대가로 받는 매월 900유로의 남성 진정인의 임금이 전부인 그들의 소득은 시장가격에 따른 차임을 지불할 수 있을만큼 충분히 많지 않았다.

<허용가능성에 대한 위원회의 판단>

- 7.2 위원회는, 진정인들이 문제의 주거에 대한 불법점거를 하기 전에 대체주거를 구하지도 않았고, 그 후 사회복지서비스청이 제안한 모든 대안들(어머니를 위한 센터, 긴급숙소, 보다 가격이 적합한 시의 주택 탐색)을 받아들이지 않거나 사회복지청이 그 가능성을 통지했을 때에도 Empresa Municipal de Gestión de Servicios de Arroyomolinos에 주택신청을 하지 않았기 때문에 진정은 허용될 수 없다고 당사국이 의견을 제시하고 있다는 데 주목한다. 또한 위원회는 어머니센터에 수용을 받아들이는 것은 가족의 이산을 의미할 수 있었고, 단기비상숙소는 가족에게 품위있고 건강하거나 적합한 장소가 아니었으며, 실제로 그들은 비싼 차임 때문에 성공하지는 못했지만 다른 도시들, 특히 이웃한 시에서 대안을 찾았다는 진정인들의 견해도 주목한다.
- 7.3 현재의 진정에서 허용가능성의 문제는 사건의 본안과 밀접하게 연결되어 있다고 인정한다. 왜냐하면 진정인들이 대체주택에 접근하기 위하여 당사국이 수립한 조건들을 충족하는데 있어서 적절한 주의의무를 행사했는지 여부가 쟁점이기 때문이다. 위원회는 의심이 남아 있을 때에는 행동이 취해져야 한다는 원칙(the principle that action should be taken when doubts remain)을 고려하여, 진정이 허용가능하다고 선언하고 본안에 관한 심리를 계속하기로 한다.

<본안 판단>

◆ 사실과 법적 쟁점

- 8.2 위원회는 진정인에 따르면 자신들이 점거하고 있는 주거지에서 퇴거당하는 것은 규약 제11조에 따른 자신들의 권리를 침해할 것이라는 주장에 주목한다. 그들이 주장하는 이유는 (a) 자신들의 소득은 사적 시장에서 주택을 찾기에는 불충분하고, (b) 자신들은 다음과 같은 이유로 대체주거를 가질 수도 없다는 것이다. 즉 (i) 공공주택청이 소유하는 주거지를 불법적으로 점거하고 있기 때문에 공공주택청에 공공주택신청을 할 수가 없고, (ii) 권한 없는 점거로 유죄판결을 받았기 때문에 그들의

주택 상황을 정상화해달라고 공공주택청에 신청을 할 수도 없으며, (iii) Arroyomolinos 시 당국이 현재 어떤 공공주택도 보유하고 있지 않고, (iv) 사회복지과에서 제공한 대안, 즉 가족을 분리하는 것을 포함하는, 여성을 위한 적십자 쉼터에 있는 방을 받아들이는 것은 가능하지 않기 때문이다.

- 8.3 또한 위원회는 당사국에 따르면 퇴거는 다섯 번 중단되었고 현재 임시조치를 취하라는 위원회의 요구에 따라서 위원회의 결정을 기다리고 있다는 데에도 주목한다. 더욱이 위원회는 당사국이 지적하듯이 가옥이 힘에 의해 점거된 때와 같이 일부 경우에는, 일반논평 제7호(1997)에서 밝혀졌듯이, 비록 법률에 따라, 영향을 받는 사람들을 위한 적절한 법적 구제가 주어지는 조건에서 이루어져야 하고, 이 사건에서 퇴거 전에 계획되었던 것처럼 관련 정부관리가 퇴거가 진행되는 동안 현장에 있어야 하지만, 퇴거는 정당화될 수 있다는 데 주목한다, 나아가 당사국에 따르면 규약 제11조에 따른 진정인들의 권리는 침해되지 않았다. 그 이유는 (a) 진정인들이 최저임금보다 훨씬 많은 경제적 자원을 가지고 있을 뿐만 아니라 무료의 교육, 법률 및 보건 서비스를 향유하고 있기 때문이고, (b) 진정인들은 사회복지과에 의해 제안된 몇 가지 대안들(어머니를 위한 센터, 비상숙소, 다른 시에 있는 가능한 주택, 그리고 Empresa Municipal de Gestión de Servicios de Arroyomolinos가 제공한 주택)을 거부하여, 공적 지원을 획득하지 못하게 한 작위 또는 부작위에 대해 책임이 있고 그들이 성공적인 주택 대안을 찾는 것을 도우려 했던 Arroyomolinos 시당국과 협력하기를 거부한 데 대해서도 책임이 있기 때문이며, (c) 불법적으로 그리고 강제로 제3자의 재산을 점거하는 것은 규약에 의해 보호되지 않기 때문이다. 또한 당사국은 진정인들이 과거에 사회적 주택을 신청하지도 않은 채 사회복지청이 소유한 주택단지를 불법적으로 점거했다. 당사국에 따르면 주거권은 강제할 수 있는 권리가 아니라 국가에 대해 품위있는 주택에 대한 접근을 개선할 목적의 공공정책을 추진하기 위한 적절한 조치를 취할 의무를 지우는 권리이다. 그것은 이용가능한 공적 자원이 허용하는 한 최대한 빨리, 수요와 그 수요에 대한 대응에 대해 적절한 평가를 받을 권리이다. 당사국은 신청인들의 수요를 평가하기 위한 객관적 기준을 이용함으로써 공공주택에 대한 질서있는 접근을 확보하는 것을 목적으로 하는 특별요구상황의 평가를 위한 행정절차가 있다는 점을 지적한다. 요컨대 당사국은 이 사건에서 규약위반이 있었다고 하기 위해서는 진정인들은 (a) 그들이 궁핍한 상태에 있었다는 점, (b) 당국이 가능한 최대한도까지 그 자원을 확보해두지 못했다는 점, (c) 자원이 가능한 최대한도까지 확보되었지만 모든 수요가 충족되지 못하는 경우라면, 그런 자원이 합리적이고 객관적인 기준을 근거로 확보되지 않았다는 점, 그리고 (d) 그들이 의도적으로 그리고 고의적으로 진정인들을 그들의 반대하고 있는 상황에 처하게 하지는 않았다는 점을 증명했어야 한다.
- 8.4 따라서 이 사건에서 법적 쟁점은, 진정인의 특수한 경우에, 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 규약 제11조 1항에 규정된 진정인들의 적절한 주거권의 실현을 확보하기 위한 조치를 취했는지 여부이다. 이 문제에 답하기 위해 위원회는 규약상 주거권의 완전한 실현을 위한 정책을 개발할 당사국의 의무와 당사국이 정책이 성공하기 위해서 그들이 부담해야 할 일정한 합리적 부담이나 의무를 개인들에게 부담하도록 할 가능성을 상기할 것이다. 따라서 위원회는 진정인의 주거권 침해가 있었는지 여부를 결정하기 위하여 이 구체적 사건을 심리할 수 있을 것이다.

◆ 주택정책과 의무의 수혜자

- 9.1 위원회는 규약 제2조 1항에 따라 당사국이 모든 적절한 수단에 의하여 규약에서 인정되는 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성할 목적으로, 가용자원을 최대한 이용하여 조치를 취할 적극적 의무를 가진다는 점에 주목한다. 특히 위원회의 일반논평 제4호(1991)에 따르면 각 당사국은 국가주택전략의 채택 등 적절한 주거권의 완전한 실현을 달성하는 데 필요한 모든 조치를 취해야 한다. 위원회는 근본적 권리의 효과적 향유가 점진적 조치들에 좌우되는 경우에 관계당국이 진전을 보장하기 위하여 할 수 있는 최소한은 실제 일어나고 있듯이 권리의 효과적 향유를 보장하기 위하여 설계된 프로그램 또는 계획을 갖는 것이라는 견해를 갖고 있다. 적절한 생활수준에 대한 권리의 구성요소로서의 적절한 주거, 그리고 이런 맥락에서 차별받지 않을 권리에 관한 특별보고관의 적절한 주거권 이행을 위한 지침에서 지적되고 있듯이, 취해지는 조치들은 상당한 시간들내에 주거권의 실현을 향하여 신중하고, 구체적이며 대상이 분명해야 한다(deliberate, concrete and targeted).
- 9.2 위원회는 규약 제11조 1항 위반의 피해자라고 주장하는 진정인들이 자신들의 품위있는 주택을 필요로 한다는 점을 권한 있는 당국에게 알리는 등 주택을 찾는 데 있어서 일정한 정도의 성실함(diligence)을 보여주어야 한다는 견해를 갖고 있다. 위원회는 당사국이 개인들에게 자신의 주거권 보호를 도와줄 필요성을 당국에게 알리는 일정한 행정적 조치를 취할 것을 요구하는 등의 방법에 의해 주거권의 보호를 촉진할 행정절차를 수립할 수 있다는 데 주목한다. 그런 절차들은 개인들에게 과도하거나 불필요한 부담을 부과하거나 차별적 효과를 가져서는 안 되지만, 위원회는 개인이 대체주거에 접근할 수 있기 위하여 행정당국으로부터 지원을 구하기 위해 필요한 조치를 취하지 못한 점은 당사국이 그 의무를 완수하지 못했다는 주장이 입증되었는지 여부(선택의정서 제3조 2항(e)에 의해 요구된다)뿐만 아니라 진정이 허용가능하게 된다면 당사국이 실제로 문제의 권리—여기서는 주거권—를 침해했는지 여부를 결정함에 있어서 중요한 요소에 해당한다.

- 9.3 위원회는 진정인들이 당국으로부터의 도움을 요청하면서 그들에게 기대되는 정도의 성실함을 보였는지 여부를 결정하는 것은 항상 그들의 특별한 상황에 대한 고려를 포함해야 한다는 데 주목한다. 왜냐하면 취약한 상황에 있는 사람들에게 기대되는 성실성의 정도는 그렇지 않은 사람들의 성실성 정도와 같을 수 없기 때문이다. 위원회는 또한 진정인들의 성실성을 심리한다는 것이 위원회가 깨닫힌 손 원칙—다른 분야에서는 정당할 수 있다 하더라도 인권침해의 피해자였거나 피해자가 아니었을 지도 모를 사람이 누군지를 결정하기 위해서는 받아들일 수 없는 원칙이다—을 따르고 있다는 의미는 아니라는 점에도 주목한다.

◆ **문제의 사건**

- 10.1 이 사건에서 위원회는 당사국이 공공주택의 개발을 촉진하고 토지를 제공하며 저비용주택 건설을 위한 재정지원을 하고 있고, 당사국은 또한 사적 주거시장에서 주택 소유 및 임대주택에 대한 접근을 촉진하기 위한 조치들을 취해 왔으며, 모기지 납부금을 지불하지 못했다는 이유의 퇴거에 무기한유예(모라토리움)를 부과하는 법률을 채택함으로써 사적 주거재산시장에 있는 사람들이 자신의 집을 잃지 않도록 하려는 조치들을 취해왔고, 또한 정당하다고 여겨지는 퇴거의 경우 긴급필요를 다루기 위한 조치들을 취하고 있으며, 나아가 대체주거를 평가하고 제공하는 작업을 수행할 목적으로, 퇴거 전에 법원과 사회복지기관들이 협력하도록 보증할 절차를 이행하고 있다는 데 주목한다. 이 점에서 사회복지서비스청은 공공주택에 대한 질서있는 접근을 확보하기 위하여 입찰에서 가족의 요구를 평가하기 위한 점수체계를 이용하고 있다.
- 10.2 더욱이 위원회는 진정인들이 가능하다는 연락을 받았을 때 왜 Empresa Municipal de Gestión de Servicios de Arroyomolinos에 주택을 신청하지 않았는지를 설명하지 못했다고 생각한다. 또한 위원회는 진정인들이 권한 없는 점거에 대한 형사절차가 종결되어 그들이 자신들의 상황의 정상화를 사회주택청에 신청했던 2017년 9월까지 왜 대체주거를 찾는 데 도움을 달라고 당국에게 요청을 하지 않았는지도 설명하지 못했다고 판단한다. 더욱이 위원회는 진정인들이 자신들은 해법을 찾는 데 있어서 2019년 2월 16일에 Arroyomolinos 시 당국과 만났다고 진술하지만, 그 회합은 그들이 법적 권원 없이 주거를 점거함으로써 스스로를 불안정한 주거상황에 처하게 한지 5년이 지난 후에 이루어진 것이라는 데 주목한다.
- 10.3 위원회는 젠더를 이유로 한 폭력의 여성피해자들을 위한 적십자쉼터에 있는 방이 가족의 이산을 의미할 것이었기 때문에 진정인들에게 적합한 대안이 아니었다는 진정인들의 주장에 동의한다. 또한 위원회는 비상사회복지부(the Emergency Social Services Department)에 의해 이용할 수 있게 된 비상숙소 역시 단기간의 대안일 뿐이었기 때문에 적절한 대안이 아니었을 것이라는 진정인들의 의견에도 동의한다. 그러나 위원회는 진정인들이 다른 도시의 주택이나 Empresa Municipal de Gestión de Servicios de Arroyomolinos 가 제공한 주택이 왜 그들의 적절한 주거권 행사를 할 수 있도록 할 성공적 대안이 아니었는지를 설명하지 못했다는 의견을 갖고 있다.
- 10.4 따라서 위원회는 진정인들이 먼저 사회적 주택에 접근하기 위한 도움을 행정당국에 구하기 위하여, 다음으로 퇴거될 수 있다는 점을 고려하여 다른 주거대안을 찾기 위하여, 기본적 조치를 취했다는 점을 증명하지 못했다고 본다. 위원회는 또한 처음에는 사회적 주택에, 그 다음에는 다른 주거대안에 접근하기 위한 당사국의 절차들이 진정인들에게 그들이 충족할 수 없었을 과도하거나 차별적인 요구들을 했다고 인정하지도 않는다. 따라서 위원회는 진정인들의 성실성 결여를 고려할 때, 그들의 상황이 당사국의 탓으로 돌려질 수 있다고 결론내릴 수는 없고, 또한 규약 제11조 1항에 따른 진정인의 적절한 주거권을 침해하는 당사국의 어떤 자의적 조치에 대한 증거도 없다.

<결론>

- 11. 이용가능한 모든 정보를 고려할 때 위원회는 선택의정서에 따라 행동하면서 진정에서 제기된 사실들이 규약 제11조 1항의 위반을 구성하지 않는다고 판단한다.

(14) *Aicha Naser v. Spain*(2022)⁶³⁵⁾

<진정의 경과>

- 사건번호: 127/2019
- 진정인: Aicha Naser
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2019. 3. 18.

635) Communication No. 127/2019, E/C.12/71/D/127/2019, <<https://gi-escr.org/files/108/UN-Committee-of-Economic-Social-and-Cultural-Rights/194/AichaNaservSpain.pdf>>.

- 견해채택일: 2022. 2. 28.
- 주제: 임대 만료로 인한 퇴거
- 절차적 쟁점: 국내 구제절차 경유.
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 1항, 의정서 제2조 및 제5조

<의의>

- 국가가 제공하는 최저생계소득 외에는 소득이 없고 글을 읽고 쓸 수 없어 고용시장 진입도 불가능한 데다가 미성년의 두 아이를 돌보고 있는 진정인에 대하여 대체주택의 제공 없이 이루어진 임대차계약 만료를 이유로 한 강제퇴거가 규약 제11조 1항 위반에 해당한다고 보았지만, 제공된 임시긴급주택이 인간의 존엄성 기준에 합치되지 않는다는 등의 증명은 없어 선택의정서 제5조 위반은 아니라고 한 사례.

<진정 취지>

- 3.1 진정인은 규약 당사국이 되면서 스페인은 권리의 점진적 실현의 원칙과 구제의 소진 적용에 있어서, 적절한 주거권을 효과적으로 신장하고 한정된 재산밖에 없거나 퇴거의 위협에 처한 사람들에게 주거 수단을 제공하기로 약속했다는 점을 강조한다. 퇴거될 위협에 처한 사람들과 대체주택이 없는 사람들에게 주택을 제공할 구체적 의무는 규약 제11조와 위원회의 일반서평 제4호(1991)와 제7호(1997)로부터 직접 유래된다.
- 3.2 진정인은 가족의 유일한 소득이 마드리드 공동체가 제공하는 최저생계소득 587.78유로밖에 되지 않는 자신의 사회적 상태와 가족 상태 때문에 자기 자신의 재판으로는 주거를 획득할 수 없다고 진술한다. 진정인은 실업상태이고 그는 읽고 쓸 수가 없기 때문에 노동시장에서 그의 고용가능성은 매우 한정되어 있다. 진정인은 그런 상황에서 대체주택이 없었을 때 자신을 퇴거시키는 것은 또한 규약에 따른 당사국의 의무에 반하는 거시고 그 자체로 규약 제11조 위반에 해당한다고 주장한다. 진정인은 자신이 법원에서 대체주택이 없다고 진술했지만 그럼에도 불구하고 법원은 퇴거명령을 진행시켰고 퇴거를 연기할지 또는 심지어 사회적 임대 합의를 협상함으로써 그 가족을 가족에게 임대할지 여부의 결정을 집행기관에 맡겨버렸다는 점을 상기한다. 이들 두 해법 중 어느 것을 달성하려는 시도도 지금까지는 성공적이지 못했다.
- 3.3 진정인은 비금전적 결정의 집행에 관한 절차적 법률에 따르면, 주택없음이 반대의 이유로 여겨질 수도 없고 절차 가운데에는 법관이 퇴거를 중지시키기 위하여 이해관계를 평가할 수 있는 어떤 단계도 없다고 지적한다. 이런 인권보호의 간극 역시 그 자체로, 특히 권리를 효과적으로 만들 법적 안전관과 관련하여 규약 제11조 위반에 해당한다.

<허용가능성 판단>

- 6.1 진정에 포함된 어떤 주장이라도 심리하기 전에 위원회는 선택의정서에 따른 임시절차규칙 제9조(rule 9)에 따라서 진정이 허용가능한지 여부를 결정해야 한다.
- 6.2 위원회는 선택의정서 제3조 1항이 위원회가 모든 국내 구제절차가 경유되었음을 확인하지 못하는 한 진정을 심리하지 못하도록 하고 있음을 상기한다. 당사국은 진정인이 모든 국내구제절차를 경유하지 못했다고 주장하는데 그 이유는 첫째, 사회적 긴급주택 신청이 거부된 결정에 대하여 행정적 상소를 제기하지 않았기 때문이고, 둘째, 진정인이 자신에게 제공되었던 대체주거(진정인의 쌍둥이 조카들을 위한 학생 기숙사 또는 시의 긴급사회복지과가 운영하는 쉼터에 있는 가족용 주택)를 거부했기 때문이라고 한다. 위원회는 선택의정서 제3조 1항의 목적상 “이용가능한 국내 구제절차”는 진정인이 주장된 침해를 최초로 야기한 사건들과 직접 관련하여 이용할 수 있는 모든 절차, 그리고 일용 규약 위반 주장을 구제하기 위해 상당히 효과가 있는 것으로 여겨질 수 있는 모든 절차라고 본다. 위원회는 진정인이 자신의 진정에서 제기한 주된 진정은 그녀가 대체주택이 없기 때문에 자신의 퇴거는 규약 위반이라는 것이라는 데 주목한다. 그러므로 경유되어야 할 구제절차는 무엇보다도 퇴거를 금지하거나 연기하는 것을 목표로 하거나 법원에 그가 대체주택이 없다는 것을 통지하는 역할을 하는 구제절차 등 퇴거와 직접 관련된 구제절차여야 한다. 이 점에 관하여 위원회는 진정인은 모기지 집행절차를 통지받았을 때 그 장소에 있으면서 점유에 대한 자신의 권리를 주장했고, 그 경로를 거친 후에는 자신이 대체주택이 없다는 것을 근거로 퇴거의 중단을 반복해서 요구했기 때문에 그녀는 퇴거를 방지하거나 지연시키는 것을 목적으로 하는 모든 이용가능한 구제절차를 경유했다는 점에 주목한다.
- 6.3 위원회는 진정인이 반복해서 그리고 성실하게 2011년부터 대체주택을 신청해 왔다는 데 주목한다. 위원회는 진정인의 대체주택 거절은 구제절차 경유를 하지 못한 것에 해당한다는 당사국의 주장에도 주목한다. 위원회는 진정인이 주택 제한 중 하나는 규약 제10조 1항에 따른 권리를 침해하여 가족을 분할하는 것을 수반하는 것이었고, 다른 제안은 적절한 대안으로 여겨

질 수 없다고 주장한다는 점에 주목한다. 위원회는 이들 대안의 적절성이 진정의 본안과 밀접하게 관련된 문제라고 보고, 진정인이 성실하게 주택대안들을 신청했다는 점을 주목하여, 이 부분 진정은 선택의정서 제3조 1항에 따라 허용될 수 있다고 선언한다.

- 6.4 위원회는 진정인이 또한 진정의 허용가능성 및 본안에 관한 논평에서, 사회적 긴급주택의 배분을 위한 요건들은 차별적 효과를 가지며 따라서 사회적 긴급주택의 거부는 자신의 경우에는 차별을 구성한다고 주장하고 있다는 데 주목한다. 그러나 위원회는 진정인이 문제의 규정들이 금지된 차별 사유를 근거로 특정 집단의 규약상 권리에 영향을 미친다는 점을 충분히 제시하지 못했다는 데 주목한다. 그 결과 위원회는 이 부분 진정은 선택의정서 제3조 2항(e)에 따라 허용될 수 없다고 판단한다.
- 6.5 위원회는 진정의 나머지 부분은 선택의정서 제2조 및 제3조의 기타 허용가능성 요건들을 충족한다고 보며 따라서 진정은 허용될 수 있다고 선언하고 본안 심리로 나아가기로 한다.

<본안 판단>

◆ 사실과 법적 쟁점

- 7.1 위원회는 위원회에 제공된 모든 정보를 고려하여 선택의정서 제8조에 따라 현재의 진정을 심리했다.
- 7.2 위원회는 어떤 사실이 입증된 것으로 여겨질 수 있는지를 결정하기로 한다. 진정인은 모기지 집행절차 이후 종료된 임대차에 따른 주거지에 살았다. 진정인은 2017년 6월 30일 이 상황을 통지받았고 그녀의 임대차는 2017년 9월 5일자 법원판결에 의하여 종료된 것으로 여겨졌다. 2018년 2월 8일 그 주거지의 점유자들의 퇴거에 관한 명령이 발해졌다. 진정인은 그녀와 가족이 2020년 1월 21일 결국 퇴거되기 전에 여러 가지 이유로 퇴거 중단을 요구했다. 2011년과 적어도 2019년 사이에 진정인은 여러 번 사회복지과에 사회적주택 등 지원을 신청했다.
- 7.3 퇴거 후 당사국은 진정인에게 두 가지 대체주택 제안을 했지만, 진정인은 둘 다 거절했다. 그 때 이래로 피해 주장자 중 2명은 그들이 퇴거되었던 동일한 주거지를 접거하기 위하여 되돌아간 반면 진정인과 그녀가 돌보는 미성년자녀는 상설 주소가 없는 상태에 있다.
- 7.4 진정인은 자신이 퇴거의 결과나 그들에게는 대체주거가 없었다는 사실에 대한 어떤 고려도 없이 퇴거되었기 때문에, 그런 퇴거는 자신과 자신이 돌보는 미성년 아이들의 적절한 주거에 대한 권리를 침해했다고 주장한다. 당사국은 진정인에게 이루어진 제안들은 가용자원을 최대한 이용한 주택제안에 해당하는 것이었다고 주장한다.
- 7.5 법적 쟁점: 위원회가 적절하다고 여겨온 사실들과 당사자들이 제출한 주장들에 비추어볼 때 진정에 의해 제기되는 문제는 진정인과 그녀가 돌보는 미성년자들의 퇴거가 적절한 주거권 침해를 구성하는지 여부이다. 이 문제에 답하기 위하여, 위원회는 강제퇴거로부터의 보호에 관한 법리를 상기함으로써 시작하겠다. 그 다음에 위원회는 진정인의 퇴거라는 구체적 사건을 검토하여 진정에서 제기된 문제들을 다룰 것이다.

◆ 강제퇴거로부터의 보호

- 8.1 적절한 주거에 대한 인권은 모든 경제사회문화적 권리의 향유에 핵심적인 근본적 권리이고 시민권규약에 정해진 권리 등 다른 인권과 불가분하게 연결되어 있다. 주거권은 소득이나 경제적 자원에 대한 접근에 관계없이 모든 사람들에게 보장되어야 하고 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 한다.
- 8.2 강제퇴거는 일용 규약과 양립할 수 없고 단지 가장 예외적인 상황에서만 정당화될 수 있다. 관계당국은 퇴거가 규약과 양립할 수 있는 법률에 따라서 그리고 퇴거의 정당한 목적과 그것이 퇴거당하는 사람에게 미치는 결과를 형량함으로써 상당성과 비례성의 일반원칙에 따라서 이루어지도록 보장해야 한다. 이 의무는 규약 제11조와 결합하여 독해할 때 규약 제2조 1항에 따른 당사국의 의무에 대한 해석으로부터 도출되며, 규약상 권리의 향유에 대한 제한들이 허용되는 조건들을 규정하고 있는 제4조의 요건들에 따른 것이다.
- 8.3 따라서 퇴거가 정당화될 수 있기 위해서는 많은 요건들을 충족해야 한다. 첫째, 제한은 법률에 의해 정해져야 한다. 둘째, 그것은 민주사회에서 일반적 복지를 증진하는 것이어야 한다. 셋째, 그것은 인용된 정당한 목적에 적합한 것이어야 한다. 넷째, 그 제한은, 합리적으로 생각할 때 제한의 목적에 기여할 것으로 기대되는 하나 이상의 조치가 있다면 가장 덜 제한적인 조치가 선택되어야 한다는 의미에서, 필요한 것이어야 한다. 마지막으로 일반적 복지를 촉진하는 제한의 이익이 제한되는 권리의 향유에 미치는 영향보다 큰 것이어야 한다. 진정인의 규약상 권리에 대한 영향이 심각하면 할수록 그러한 제한을 위하여 동원되는 근거들에 대해 더 엄격한 심사가 이루어져야 한다. 적합한 대체주거의 이용가능성, 점유자 및 그 부양가족들의 개인적 상황들, 그리고 그들이 적합한 해결책을 찾는데 당국과 협력했는지 여부 등이 그런 분석에서 핵심적 요인들이다. 이는 필연적

로 가정으로서 또는 필수적 소득을 제공하기 위하여 주택을 필요로 하는 개인들에게 속하는 재산과 금융기관 또는 기타 기관에 속하는 재산을 구분하는 것을 수반한다. 그러므로 당사국이 임대계약이 종료된 사람은 퇴거명령이 집행되어야 할 상황과 관계없이 즉각적으로 퇴거되어야 한다고 규정하고 있다면 당사국은 적절한 주거권의 침해를 범하고 있는 것이 될 것이다. 그 조치의 비례성에 대한 평가는 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불편부당하고 독립적인 기관에 의해 수행되어야 한다. 이 기관은 퇴거가 위에서 언급한 규약 제4조에 의해 요구되는 비례성 심사의 요소들과 관련된 것을 포함하여 규약에 합치하는지 여부를 분석해야 한다.

- 8.4 이에 더하여 당국과 관계인들 간에 진정성 있는 사전 협의의 현실적 기회가 있어야 하고, 덜 힘든 이용가능한 대안적 수단이나 조치가 없어야 하며, 관계인들은 규약상 권리나 기타 인권의 침해에 해당하는 상황에 머무르거나 노출되어서는 안된다.

◆ **필요한 사람들에게 대체주택을 제공할 국가의 의무**

- 9.1 퇴거가 개인들이 홈리스가 되거나 추가적인 인권침해에 취약해지는 결과를 낳아서는 안 된다. 영향을 받는 사람들이 스스로를 부양할 수 없는 경우에 당사국은 적절한 대체주거, 재정착이나 경우에 따라서는 생산적 토지에 대한 접근이 이용가능하도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 당사국은 퇴거가 당국에 의해 개시되건 재산소유자 등 사적 기관에 의해 개시되건 관계없이, 퇴거의 결과 홈리스로 남겨지는 사람들에게 대체주거를 제공하기 위하여 상당한 조치를 취할 의무가 있다. 당사국의 대체주거 제공이나 보장을 받지 못한 채 한 사람이 자신의 집에서 퇴거되는 경우 당사국은 그 사건의 특수한 상황을 고려했다는 것과, 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했음에도 불구하고 관계인의 주거권을 지지할 수 없었다는 것을 입증해야 한다. 당사국에 의해 제공되는 정보는 위원회가 선택의정서 제8조 4항에 따라, 취해진 조치의 상당성을 심리할 수 있도록 하는 것이어야 한다.
- 9.2 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람들에게 대체주거를 제공할 의무는 규약 제2조 1항에 따라 당사국이 가용자원을 최대한 이용하여 이 권리를 지지하기 위하여 필요한 모든 조치를 취해야 함을 시사한다. 당사국은 이 목적을 달성하기 위하여 다양한 정책을 선택할 수 있다. 그러나 채택된 모든 조치는 이 권리를 가능한 한 신속하고 효율적으로 실현하도록 가능한 한 신중하고, 구체적이며 가능한 한 명확하게 대상이 정해진(targeted) 것이어야 한다. 퇴거의 경우 대체주거에 관한 정책들은 관계된 사람들의 필요와 상황의 긴급성에 상응하는 것이어야 하고 개인의 존엄을 존중하는 것이어야 한다. 나아가 당사국은 제도적 결함과 주택 부족의 구조적 원인을 해결하기 위하여 일관되고 조율된 조치들을 취해야 한다.
- 9.3 대체주거는 적절해야 한다. 적절성은 부분적으로는 사회적, 경제적, 문화적, 풍토적, 생태적 및 기타 요인들에 의해 결정되지만 위원회는 그럼에도 불구하고 어떤 특정한 맥락에서도 이러한 목적을 위하여 고려되어야 할 권리의 일정한 측면들을 확인할 수는 있다고 믿는다. 그런 요인들로는 거주권의 법적 안정성, 서비스, 물자, 시설 및 인프라의 이용가능성, 가격적합성, 거주적합성, 접근가능성, 사회적 시설(교육, 고용기회, 보건서비스)에 대한 접근을 허용하는 위치, 그리고 문화적 정체성과 다양성의 표현들이 존중될 수 있도록 하는 문화적 적절성이 포함된다. 또한 당사국은 가족구성원들이 분리되지 않을 권리를 고려해야 한다.
- 9.4 일정한 상황에서는 당사국은 가용자원을 최대한 이용하여 모든 노력을 다했음에도 불구하고 대체주거를 필요로 하는 퇴거되는 사람에게 영구적인 대체주거지를 제공할 수 없었음을 입증할 수도 있다. 그런 상황에서는 적절한 대체주거의 모든 요건을 충족하지는 못하는 임시숙소도 이용될 수 있다. 그러나 당사국은 임시숙소가 퇴거되는 사람들의 인간의 존엄을 보호하고, 모든 안전 및 안정성 요건을 충족하며, 영구적인 해법이 되는 것이 아니라 적절한 주거 획득을 향하여 가는 한 단계가 되도록 보증하기 위하여 노력해야 한다. 또한 당사국은 가족 구성원들이 분리되지 않을 권리와 상당한 수준의 프라이버시를 향유할 권리 또한 고려해야 한다.

◆ **퇴거의 비례성 분석**

- 10.1 위원회는 진정인이 접거하고 있는 주거지에서 진정인을 퇴거시키는 것이 적절한 주거권을 침해한 것인지 여부 또는 당국의 개입이 규약 제4조에 따라 주거권에 대한 정당한 제한을 구성하는지 여부를 심리할 것이다. 진정인들이 적법절차보장이 존중되지 않았다는 주장을 하지 않았고, 위원회에 제출된 어떤 정보도 그 절차가 자의적이었다고 시사하는 것은 없다.
- 10.2 위원회는 규약에 포함된 권리들과 충돌하지 않는 한 당사국이 그 법체계내에서 확립된 모든 권리에 대한 보호를 보장하는데 정당한 이익이 있음을 인정한다. 법원에서는 진정인의 법적 권원이 종료되었다고 확정되었다. 따라서 위원회는 진정인의 퇴거에는 정당한 이유가 있었다고 인정한다.
- 10.3 그러나 퇴거가 적절한 주거권에 영향을 미칠 것이라는 진정인의 주장에도 불구하고 문제의 법원은 퇴거의 정당한 목적과 그 결과들을 형량함으로써 퇴거의 비례성을 심리하지 않았다. 진정인의 요구와 그 점에 관한 서류 제출에도 불구하고 법원은

결코 그런 조치가 진정이고 그 가족에게 미치는 영향을 평가하지 않았다. 2018년 3월부터 2020년 1월 사이에 퇴거가 여러 번 중단되었지만, 관련 결정 자체에 따르더라도 이 중단은 오로지 소유자가 그것에 동의했기 때문에 가능했던 것이었다. 나아가 당사국의 법률은, 진정인에게 퇴거명령에 불복하기 위한, 그래서 다른 사법기관에게 퇴거의 비례성이나 퇴거가 수행될 조건들을 분석할 기회를 제공했을 다른 어떤 사법적 장치도 제공하지 못했다. 그러므로 위원회는 그런 평가를 행하지 않은 것이 제2조 1항과 함께 독해할 경우 규약 제11조 1항에 따른 진정인과 진정인이 돌보는 미성년자들의 주거권에 대한 당사국의 침해를 구성한다고 인정한다.

◆ **임시조치와 진정인 및 진정인이 돌보는 미성년자들의 퇴거**

- 11.1 진정인은 이 사건 퇴거가 위원회의 임시조치 요구에도 불구하고 이루어졌다는 사실은 선택의정서 제5조 위반에 해당한다고 주장한다. 위원회는 선택의정서 제5조에 따른 임시조치의 채택은 위원회의 효과적인 역할 수행에 필수적이며, 당사국은 선택의정서에 따른 그 의무를 짐으로써 선의로 위원회에 협력하기로 약속하는 것이라는 위원회의 법리를 상기한다.
- 11.2 위원회는 당사국의 당국이 사회적 긴급주책에 대한 진정인의 요구를 고려했고 당사국이 진정인에게 가용자원을 최대한 이용하여 대체주택을 제공했으며 그 마지막 제안은 가족을 시의 긴급사회복지과가 운용하는 쉼터에 가족들을 수용하는 것이었으며, 진정인이 이 제안을 거절했다는 데 주목한다. 진정인은 그 제안을 거절한 것은 대체주택이 단지 임시적인 것이었고 적절한 대안이 되기 위하여 필요한 요건을 갖추지 못했기 때문이라고 주장한다. 위원회는 그 제안은 긴급임시주택에 대한 것이었지만, 제출서류에는 쉼터의 상태에 관한 더 이상의 상세한 내용이 없다는 점에 주목한다. 그러므로 이 임시긴급주택대안이 인간의 존엄성 기준과 합치하지 않거나 안정성 요건에 합치하지 않거나 진정인과 진정인이 돌보는 미성년자들에 대한 회복불가능한 손해를 방지할 상당한 수준의 프라이버시를 제공하지 못한다는 점은 증명되지 않았다. 그러므로 위원회는 당사국이 임시조치에 대한 위원회의 요구와 관련하여 선의로 행동하지 않았다는 점은 확정되지 않았다고 보며, 따라서 이 사건에서 선택의정서 제5조가 위반되었다고 결론내릴 수는 없다.

<결론 및 권고>

- 12. 위원회는 선택의정서 제9조 1항에 따라 행동하면서, 규약 제2조 1항과 함께 독해할 경우 당사국이 규약 제11조 1항에 따른 진정인과 진정인이 돌보는 미성년자들의 권리를 침해했다고 인정한다. 이 진정에 관한 견해에 비추어 위원회는 당사국에 다음과 같은 권고를 한다.

◆ **진정인과 그 가족과 관련한 권고**

- 13. 당사국은 진정인에게 효과적인 구제를 제공할 의무를 진다. 위원회는 진정인의 퇴거가 이미 이루어졌다는 데 주목하고, 이 사건에서의 침해의 구체적 상황들을 고려할 때 이 견해의 채택은 진정인에게 적절한 배상을 제공하는 만족스런 조치에 해당하며, 따라서 재정적 보상을 권고할 필요는 없다고 판단한다. 이들 상황에서는 위원회는 당사국이 특히 (a) 적합한 대체주택에 관하여 그 가족의 요구를 조사하기 위하여 진정인과 진정성있는 협의를 시작하고 필요한 경우에는 진정인에게 그런 주택을 제공해야 하고, (b) 진정인에게 이 진정을 제기하면서 발생한 것에 상응하는 법적 비용을 보전해주어야 한다고 판단한다.

◆ **일반권고**

- 14. 위원회는 개인진정의 맥락에서 권고되는 구제들이 재발방지 보증을 포함할 수 있다고 판단하고, 당사국이 장래에 유사한 침해를 방지할 의무가 있다는 점을 상기한다. 당사국은 그 법률과 법률의 집행이 규약에 따라 확립된 의무와 합치하도록 보장해야 한다. 특히 당사국은 다음과 같은 의무를 진다:
 - (a) 퇴거명령이 발해지는 대상이 되면서 그 결과 극빈(destitution)이나 규약상 권리의 침해의 위험에 처할 수 있는 사람들에게, 침해의 중단을 명하고 효과적인 구제를 제공할 권한을 가진 사법적 또는 기타 불평부당하고 독립적인 기관이 규약 제4조의 조건에 따라 규약에 정해진 권리를 제한하기 위한 기준들에 비추어 조치의 비례성을 검토할 수 있도록 하기 위하여, 이들 기관에 그 결정에 대한 이의를 제기할 수 있도록 할 규범적 틀을 확보할 의무.
 - (b) 대체주거를 획득할 재산이 없는 사람들과 관련된 퇴거는, 오로지 관련된 사람들과의 진정성 있는 협의를 거친 후에만, 그리고 특히 가족, 노인, 아동 기타 취약한 상황에 있는 사람들과 관련되는 경우에 일단 당사국이 퇴거되는 사람들이 대체주택을 가질 수 있도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 필수적 조치를 취한 다음에만, 집행되도록 보장하기 위해 필요한 조치를 취할 의무.
 - (c) 자치공동체와 협력하여 그리고 가용자원을 최대한 이용하여, 일반논평 제4호에 맞추어 저소득층 사람들에게 적절한 주거

권을 보충하기 위한 포괄적 계획을 개발하고 이행할 의무. 이 계획은 이들 개인의 주거권을 상당하고 측정가능한 방식으로 보장하기 위하여 필요한 자원, 조치, 지표, 시간틀 및 평가기준들을 제공하는 것이어야 한다.

- 15. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 잠정적 절차규칙 제18조 1항에 따라 당사국은 위원회에 6개월의 기간 내에, 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하여 서면 답변을 제출해야 한다. 당사국은 또한 위원회의 견해를 접근 가능한 형식으로 공표하여 인구의 모든 부문들에 도달하도록 널리 배포해야 한다.

(15) *Yaureli Carolina Infante Díaz v. Spain* (2023)⁶³⁶⁾

<진정의 경과>

- 사건번호: 134/2019
- 진정인: Yaureli Carolina Infante Díaz
- 당사국: 스페인
- 진정제기일: 2019. 5. 5.
- 견해채택일: 2023. 2. 27.
- 주제: 법적 권원 없는 집거로 인한 퇴거
- 절차적 쟁점: 주장에 대한 충분한 입증 실패
- 실체적 쟁점: 적절한 주거권
- 관련 조항: 규약 제11조 1항

<의의>

- 구두계약에 의하여 주택을 임대해서 살아오던 중 임대인이 그 주택의 소유자가 아니며 따라서 자신이 그 주택을 불법집거하고 있음을 알게 된 미등록 이주민인 베네수엘라 국적의 진정인과 그 아들이 대체주택이 제공되지 않은 상태에서 퇴거를 명령한 것에 대하여, 극빈 또는 다른 규약상 권리 침해의 위협에 처할 수 있는 미등록 이주민을 포함하여 누구에게나 사회적 주택 재고에 접근할 수 있도록 하के금 보장하는 법적 기본틀이 갖추어져야 한다는 등의 이유로 규약 제11조 1항 위반에 해당한다고 인정한 사례.

<진정 취지>

- 3.1 진정인은 2차 퇴거의 종단을 요구하는 사법적 상소를 제기하고 사회복지부에 접근함으로써 국내구제절차를 모두 경유했다고 주장한다. 진정인은 자신이 2019년 5월 8일로 예정되어있던 마지막 퇴거에 대해서는, 이전의 상소와 마찬가지로 거절되었을 것이기 때문에 위원회에 오기 전에 상소를 제기하지는 않았다고 특정하고 있다.
- 3.2 진정인은 대체주택의 부재로 인하여 자신의 퇴거는 규약 제11조에 따른 자신과 아들의 권리를 침해했다고 주장한다.
- 3.3 진정인은 자신이 정확한 허가 없이 당사국에 있다는 이유로 카탈루니아 지역 자치정부의 주택과에 공공주택을 신청할 수 없고, 또한 소득이 충분하지 않기 때문에 사적 시장에서 주택을 구할 수도 없다고 진술한다.

<허용가능성 판단>

- 6.1 진정에 포함된 주장을 심리하기 전에 위원회는 선택의정서의 절차규칙의 제10 규칙 2항에 따라서 진정이 허용될 수 있는지 여부를 결정해야 한다.
- 6.2 위원회는 당사국이 허용가능성과 관련하여 어떤 주장도 제시하지 않았으며 특히 진정인이 국내구제절차를 경유하지 못했다고 주장하지 않았다는 데 주목한다. 위원회는 당사국들이 묵시적 또는 명시적으로 국내구제절차 경유 요건을 포기할 수도 있다는 점을 상기한다. 그러므로 위원회는 규약 제3조 1항에 따라 진정이 허용될 수 있다고 선언할 수 없는 경우가 아니라고 판단하며 따라서 본안 심리로 나아가기로 한다.

636) communication No. 134/2019, E/C.12/73/D/134/2019, <<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QsmlBEDzFEovLCuW1Xt9%2fAm48919J%2bLiF0hYPfJ6WT7muwMT0d8qUpdqEaX0C1PHHKpTz69uuhoPA8sEiY%2fidOiAAgC%2fKb4Ubrg3HPmLY03gXWR4MD1BPCFoQ5z5DIAC35XezoavASRhQIkeyLyNr61k%2f2aEz1umhCVivY%3d>>.

<본안 판단>

◆ 사실과 법적 쟁점

- 7.1 위원회는 선택의정서 제8조의 규정들에 따라 위원회에 제공된 모든 정보를 고려하여 이 진정을 심리하였다.
- 7.2 위원회는 진정인에 따르면 진정인이 막내 아들과 함께 접거하고 있던 가옥으로부터의 퇴거는 규약 제11조 1항에 따른 적절한 주거권 침해에 해당할 것이라는 점에 주목한다.
- 7.3 위원회는 또한 당사국에 따르면 위원회가 요구한 임시조치에 맞추어 그리고 학사일정 종료를 고려하여 2019년 10월까지 연기되었던 2019년 5월 예정의 퇴거를 포함하여 각각의 계획된 퇴거가 연기되었고, 집행기관 자신의 요구로 퇴거는 궁극적으로 중단되었다는 점에도 주목한다. 이에 더하여 위원회는 당사국이, 퇴거는 법률에 따라, 그 영향을 받는 사람들을 위한 적절한 법적 구제가 제공되고, 관련 정부관리가 임석한 가운데 집행되어야 하지만, 가옥이 강제로 점거된 경우 등 일정한 경우에는 퇴거가 정당화될 수 있다는 위원회의 일반논평 제7호(1997)을 언급하고 있음에 주목한다. 나아가 당사국은 이 사건에서 (a) 진정인은 무상교육, 전기와 난방을 위한 사회급여 등 법률서비스 및 건강서비스와 식량, 가족치료서비스와 기타 정서적 지원, 무상학교급식 그리고 아이를 위한 아동센터자리 등 기타 형태의 지원을 받고 있고, (b) 다른 사람 또는 기관이 소유하는 가옥의 불법적 점거는 규약에 의해 보호되지 않으며 주거권은 집행가능한 실체적 권리가 아니고, 그리고 (c) 필요를 평가하여 우선순위에 따라 공공주택에 대한 접근을 보장하기 위한 행정절차가 마련되어 있다는 이유로, 진정인과 관련하여 규약 제11조가 위반되는 않았다고 주장한다. 요컨대 당사국은 현재의 사건에서 규약 위반을 인정하기 위해서는 진정인이 (a) 그녀가 궁핍한 상태에 있었고, (b) 당국이 가용자원을 최대한 배정하지 않았으며, (c) 그녀의 필요를 충족하기 위하여 가용자원의 최대한 이 배정되었지만 그녀의 필요가 완전히 충족되지 못했다면, 자원이 합리적이고 객관적인 기준에 따라 배정되지 않았다는 점을 보여주었어야 했을 것이라는 견해를 갖고 있다.

◆ 미등록(undocumented) 이주민에 대한 품위있는 주거권의 상태

- 7.4 법적 쟁점: 위원회는, 현재의 진정에서 진정인이 무허가 미등록 이주민으로서 주거권의 완전한 실현을 보장하는 것을 목적으로 한다고 당사국이 설명하는 공공정책으로부터 혜택을 받을 수 없다고 주장하고 있는데 주목한다. 그러므로 위원회는 현재의 진정에 의해 제기되는 문제는 이들 정책의 분석이 아니라, 대체주택이 없는 진정인과 그 아들을 퇴거시키는 명령이, 진정인에 따를 때 그들이 위의 공공정책들로부터 혜택을 받을 수 없다는 사실에도 불구하고, 규약 제11조 1항에서 인정되는 적절한 주거권 침해를 구성하는지 여부이다.
- 7.5 위원회는 진정인은 당사국에서 미등록 이주민이기 때문에 공공주택을 신청하거나 고용을 획득할 수 없어, 그녀가 살고 있는 가옥을 불법적으로 점거하는 것 이외에는 다른 대안이 없도록 만든다는 진정인의 주장에 대해 당사국이 대응하지 않는다는 점에 주목한다.
- 7.6 그와 관련하여 위원회는 규약 제2조 2항에 따르면 당사국은 “이 규약에 규정된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 기타의 의견, 국가적 또는 사회적 기원 재산, 출생 또는 기타의 지위 등과 관련하여 어떤 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장하기로 약속한다”는 점을 상기한다. 나아가 위원회는 차별금지 는 규약에서 즉각적이고 중요한(cross-cutting) 의무이며 적절한 주거권 등 규약상 권리들은 법적 지위나 등록서류와 관계없이 비국적자를 포함한 모든 사람에게 적용된다는 것을 강조한, 경제 사회 문화적 권리에서의 차별금지에 관한 그 일반논평 제20호(2009)를 상기한다. 적절한 생활수준에 대한 권리의 구성요소로서 적절한 주거, 그리고 이 맥락에서 차별을 받지 않을 권리에 관한 특별보고관이 진술했듯이, 이는 등록서류가 없든 이주민들은 동일한 보호를 향유해야 한다는 점을 시사한다. “유감스럽게도, 당사국들은 이주민들에게 자국 시민들에 대한 것과 동일한 정도의 보호를 제공하고 싶어하지 않는다는 점을 명시적으로 밝혀왔다”고 언급하면서, 특별보고관은 “이주민의 적절한 주거권의 완전한 실현은 부적절한 주거정책이나 사회주택계획의 부적절한 범위(coverage) ... 등 수많은 요인들 때문에 제한되는 경우가 많다”고 지적했다. 특히 특별보고관에 따르면 비시민에 대한 사회적 주택 임대와 그들의 주택지원에 대한 접근을 제한하는 정책들은 이주민들이 적절한 주택을 찾지 못하게 할 뿐 아니라 “필수적 서비스와 주택에 대한 접근의 촉진자로서 국가의 역할에 도전”하는 것이다. 특별보고관은 “주택의 공급은 미등록 이주민들에게 거부되어서는 안 된다. 심지어 그들에게 조차도 인간의 존엄성에 부합하는 조건들을 보장하는 최저수준의 주택 지원이 제공되어야 한다”고 결론짓는다. 앞서 말한 내용에 비추어, 그리고 이 점에 관한 당사국의 어떤 주장도 없는 점에 비추어, 위원회는 당사국의 영역에 불법적으로 체재하는 것이 그 자체로 진정인과 아들을 공공주택서비스에서 배제하기 위한 기준이 되어서는 안 된다고 판단한다.

◆ 강제퇴거로부터의 보호

- 7.7 위원회는, 미등록 이주민에 대한 경우를 포함하여 강제퇴거는 일용 규약과 양립할 수 없다는 점을 반복한다. 강제퇴거는

가장 예외적인 상황에서만 정당화될 수 있다. 관계당국은 그런 퇴거가 규약과 양립할 수 있는 법률에 따라서 그리고 상당성과 퇴거의 정당한 목적과 그것이 퇴거당하는 사람에게 미치는 결과 사이의 비례성의 일반원칙에 따라서 이루어지도록 보장해야 한다.

- 7.8 따라서 퇴거가 적절하기 위해서는 주거권에 대한 제한은 법률에 의해 정해져야 하고, 민주사회에서 일반적 복지를 증진해야 하며, 원용된 정당한 목적에 적합한 것이어야 하고, 필요한 것이어야 하며, 그런 제한의 부과를 통하여 획득되는 공공복지의 혜택들은 제한되는 권리의 향유에 대한 영향보다 더 커야 한다. 적합한 대체주거의 이용가능성, 점유자 및 그 부양가족들의 개인적 상황들 또한 고려되어야 할 핵심적 요인들이다. 나아가 가정으로서 또는 필수적 소득을 제공하기 위하여 주택을 필요로 하는 개인들에게 속하는 가옥과 금융기관에 속하는 가옥에 대한 구분이 이루어져야 함은 불가피하다. 상당성과 비례성 원칙들에 따라, 퇴거되는 사람들을 극빈 상태에 처하거나 규약상 권리가 침해되도록 하는 것을 피하기 위하여 퇴거명령을 중단시키는 것이 필요할 수도 있다.

◆ 필요한 사람들에게 대체주택을 제공할 국가의 의무

- 7.9 특히 퇴거가 개인들이 홈리스가 되거나 다른 인권침해에 취약해지는 결과를 낳아서는 안 된다. 영향을 받는 사람들이 자원이 없는 경우, 퇴거가 당국에 의해 개시되던 재산소유자 등 사적 기관에 의해 개시되던 관계없이, 당사국은 적절한 대체주거가 이용가능하도록 보장하기 위하여 가용자원을 최대한 이용하여 모든 적절한 조치를 취해야 한다. 퇴거의 영향을 받는 사람에 대한 당사국의 대체주거 제공이나 보장 없이 퇴거가 일어나는 경우, 당사국은 그 사건의 특수한 상황을 고려했다는 것과, 가용자원을 최대한 이용하여 모든 상당한 조치를 취했음에도 불구하고 관계인의 주거권을 지지할 수 없었다는 것을 입증해야 한다. 당사국에 의해 제공되는 정보는 위원회가 선택의정서 제8조 4항에 따라, 취해진 조치의 상당성을 심리할 수 있도록 하는 것이어야 한다.
- 7.10 위원회는 진정인과 그 아들의 필요가 특히 건강, 교육, 식량 및 사법 서비스를 통하여 공적 자원에 의하여 충족되고 있고, 규약 제11조가 당사국에게 모든 사람에게 주택을 제공할 의무를 부과하지 않는다는 당사국의 주장에 주목한다. 그러나 위원회는 일반논평 제4호(1991)에 비추어볼 때, 이는 진정인과 그 아들의 구체적 상태에 대한 적절한 대응에 해당하지 않는다고 판단하고, 적절한 주거에 대한 인권은 모든 경제 사회 문화적 권리의 향유를 위하여 핵심적인 중요성을 가지고 따라서 그것은 사회권규약, 자유권규약 기타 적용가능한 국제규범들에 포함된 기타 권리들로부터 고립되어 판단되어서는 안 된다는 점을 상기한다.

◆ 퇴거명령의 조약 합치성

- 7.11 위원회는 다른 사람이나 기관이 소유하는 가옥의 점거를 정당화하는데 규약이 이용될 수 없고, 그것은 제3자의 사유재산권을 침해하게 될 것이라는 당사국의 주장에 주목한다. 그러나 위원회는 규약에 포함된 권리들과 충돌하지 않는 한 당사국이 그 법체계내에서 확립된 모든 권리에 대한 보호를 보장하는데 정당한 이익이 있음을 상기한다.
- 7.12 현재의 사건에서 위원회는, 진정인이 BBVA의 부동산 지사가 소유하는 가옥을 수년동안 불법적으로 점거했지만, 진정인은 품위있는 주택에 대한 자신의 필요성을 알려주기 위하여 그녀가 거주하고 있던 시의 사회복지부에 갔고, 또한 법원에도 자신이 취약한 상태에 있다는 점을 인지하게 했다는 데 주목한다. 진정인은 자신은 미등록자이기 없었기 때문에 사회적 주택을 획득할 가능성이 없었다고 주장하는데, 이에 대해 당사국은 반박하지 않는다. 위원회는 현재의 사건에서 진정인의 사회경제적 취약성은 당사국이 보호하고자 하는 법적 권리에 대한 해악보다 더 심각하다고 인정한다.
- 7.13 그러므로 위원회는 어떤 주택대안도 제공되지 않은 채 진정인과 그 막내아들에 대하여 이루어진 퇴거명령은 규약 제11조 1항에 대한 적절한 주거권 침해에 해당한다고 판단한다.

<결론 및 권고>

- 8. 위원회는 선택의정서 제9조 1항에 따라 행동하면서, 당사국이 규약 제11조 1항에 따른 진정인과 그 아들의 권리를 침해했다고 인정한다. 이 진정에 관한 견해에 비추어 위원회는 당사국에 다음과 같은 권고를 한다.

◆ 진정인 및 그 아들과 관련한 권고

- 9. 당사국은 특히 (a) 침해에 대한 재정적 보상을 제공하고, (b) 그들에게 대체주택을 제공하기 위하여 그들의 필요 수준을 평가함으로써 진정인과 그 아들에게 효과적인 구제를 제공할 의무를 진다.

◆ **일반권고**

- 10. 위원회는 당사국이 장래에 유사한 침해를 방지할 의무가 있다는 점을 상기한다. 그러므로 당사국은 그 법률과 법률의 집행이 규약에 따라 확립된 의무와 합치하도록 보장해야 한다. 특히 당사국은 불법적으로 가옥을 점거하고 있어 퇴거명령을 받을 수 있고, 이에 따라 법적 기본권이, 극빈 또는 다른 규약상 권리 침해에 처해질 위험에 놓일 수 있는 미등록 이주민을 포함하여 누구에게나 사회적 주택 재고에 접근할 수 있도록 하계끔 보장할 의무를 진다.

11. **후속조치:** 선택의정서 제9조 2항과 선택의정서에 따른 잠정적 절차규칙 제21조 1항에 따라 당사국은 위원회에 6개월의 기간 내에, 위원회의 견해와 권고에 대한 후속조치로 취해진 조치들에 관한 정보를 포함하는 서면 답변을 제출해야 한다. 당사국은 또한 위원회의 견해를 접근 가능한 형식으로 공표하여 인구의 모든 부문들에 도달하도록 널리 배포해야 한다.

[부록 3] 다차원적 현상으로서의 빈곤: 현행 법률 및 정책 프레임워크⁶³⁷⁾

- 목차 -

서문

인권에 기반한 접근 방식(HRBA: A human rights-based approach)

다차원적 현상으로서의 빈곤: 현재의 법률 및 정책 체계

원칙 1: 책임성

인권 지표

국가인권기구의 역할

원칙 2: 평등과 차별 금지

차별의 근거가 되는 사회적 조건에 대한 옹호

빈곤 영향 평가

인권 예산 업무

세분화된 데이터 및 지표

국가인권위원회는 무엇을 할 수 있나요?

원칙 3: 참여

국가인권기구의 역할

원칙 4: 데이터 세분화

국가인권기구의 역할

원칙 5: 복수의 방법론 사용

국가인권기구의 역할

원칙 6: 권리 미행사 측정

국가인권기구의 역할

원칙 7: 개인 데이터 보호

개인 데이터 보호

자기 식별

투명성

국가인권기구의 역할

NHRI를 위한 권장 사항

637) European Network of National Human Rights Institutions(ENNHRI), Applying a Human Rights-Based Approach to Poverty Reduction and Measurement, A Guide for National Human Rights Institutions, 2019.

추가 자료

서문

빈곤은 단지 소득의 부족만이 아니다. 이는 인권 향유에 필수적인 재화, 서비스, 사회 참여에 대한 접근성이 부족하다는 의미이다. 인권 침해의 원인이자 결과인 빈곤은 국가의 인권 의무를 중심으로 해결되어야 한다.

인권에 기반한 접근 방식(HRBA: A human rights-based approach)

HRBA는 인권 기준과 원칙이 계획, 정책 및 실천의 중심에 위치한다는 것을 의미한다. 빈곤 감소 및 측정의 맥락에서 HRBA는 전략이 금전적 빈곤 감소에 초점을 맞출 뿐만 아니라 구조적 원인 및 관련 인권 침해를 해결하는 데 도움을 줄 수 있다. 그러한 전략이 효과적이려면 빈곤 자체를 다차원적인 현상으로 이해해야 한다. 이 접근법은 지속 가능한 개발을 위한 2030 의제에서 승인되었다.

국가인권기구(NHRI)는 광범위한 인권 임무와 시민사회와 국가 간의 대화자로서의 지위를 고려할 때 HRBA의 빈곤 감소 및 측정을 지원하는 이상적인 행위자이다. UN 파리원칙에 따라 국가인권기구는 인권을 증진하고 보호하여 국가에 책임을 묻고, 권리 문화를 촉진하며, 빈곤층을 포함한 권리 보유자들과 직접 소통할 수 있도록 해야 한다.

이 가이드는 HRBA를 빈곤 감소 및 측정 분야로 발전시키기 위한 국가인권기구의 7가지 원칙을 개괄적으로 설명한다. 이는 유럽 국가인권기구가 이미 이러한 접근방식을 어떻게 채택했는지에 대한 실제 사례와 국가인권기구가 취해야 할 구체적인 조치를 보여준다.

이 가이드는 ENNHRI의 요청에 따라 카타르시스 드 루뱅 대학교 교수이자 UN 경제, 사회, 문화적 권리 위원회의 회원인 올리비에 드 슈터가 수행한 연구⁶³⁸)를 기반으로 한다. 이 연구는 16개의 유럽 NHRI가 제공한 빈곤 감소 및 측정 전략(16 European NHRIs about poverty reduction and measurement strategies)과 지속가능한 개발목표(SDGs)를 이행하기 위한 국가행동계획(National Action Plans to implement the Sustainable Development Goals)에 기초한다.

다차원적 현상으로서의 빈곤: 현재의 법률 및 정책 체계

HRBA는 빈곤이 소득 부족(금전적 빈곤)과 인권 향유에 필수적인 재화나 서비스(예: 적절한 주거, 교육, 의료, 음식, 쾌적한 일자리 및 사회 보장)를 결합한 다차원적인 현상으로 이해하고 측정하도록 한다. 다양한 국제적, 지역적 체계와 메커니즘이 이러한 방식으로 빈곤을 인식하는 반면, 유럽의 많은 빈곤 감소

638) Olivier De Schutter, Human Rights in The Service of the Fight Against Poverty: A Rights-Based Approach To Addressing Poverty in the National Action Plans to Implement the Sustainable Development Goals (2018)

및 측정 접근 방식은 협소하게 금전적 측면에서 빈곤을 바라보고 있다.

국제적 수준에서 <사회권위원회>는 빈곤의 다차원적 성격을 인정하며 빈곤을 “적절한 생활 수준 및 기타 시민적, 문화적, 경제적, 정치적, 사회적 권리의 향유에 필요한 자원, 능력, 선택, 안보 및 권력의 지속적 또는 만성적 박탈을 특징으로 하는 인간의 상태”⁶³⁹⁾로 정의한다.

마찬가지로, 2030 어젠다는 빈곤 감소 전략이 단지 통화 빈곤을 줄이는 것에 초점을 맞출 뿐만 아니라, 기후 변화를 해결하고 환경 보호를 제공하는 동안 경제 성장을 구축하고 교육, 보건, 사회 보호 및 일자리와 같은 다양한 사회적 요구를 해결하기 위한 전략을 함께 수행해야 한다는 것을 인식하고 있다.

EU 차원에서 EU SDG 지표⁶⁴⁰⁾는 UN 차원에서 채택된 다차원적 접근법을 따르고 있다. ECSR(유럽사회권위원회)은 이 권리의 실효성과 노동에 대한 권리, 의료에 대한 접근권, 사회보장, 주거 및 비차별 등 다른 조항에서 인정하는 권리의 향유 사이의 밀접한 연관성을 강조한다.

EU의 빈곤 감소를 위한 EU의 주요 정책 문서인 Europe 2020 Strategy⁶⁴¹⁾은 빈곤을 화폐적, 물질적 측면에서 정의하고 있다. 그러나 국제 및 지역 인권 프레임워크를 완전히 언급하고 있는 것도 아니다. 이와 유사하게 EU의 소득 및 생활 조건 통계는 가구 조사를 이용하여 데이터를 수집하지만, 이러한 제한된 방법론은 빈곤에 처한 사람들의 낮은 응답률로 이어지는 경향이 있고 폐쇄된 기관에 사는 사람들과 같은 소외된 집단에 도달하지 못하는 경우가 많다.

국가적 차원에서, 좋은 관행의 예들이 있지만, 빈곤은 종종 다차원적인 현상으로 부적절하게 측정되는 것으로 보인다. 또한, 정부 정책은 종종 빈곤 감소와 측정에 대한 HRBA를 완전히 포착하지 못한다. 이것은 유럽 14개국에 걸친 NHRIs의 조사에서 드러났다.⁶⁴²⁾

SDGs는 국제 인권 기구에 근거를 두고 빈곤 감소 및 측정에 대한 HRBA를 강화할 수 있는 지표를 구성하기 때문에 이러한 단점을 해결하는 데 특히 유용한 도구가 될 수 있다. 빈곤에 대한 유럽의 일부 전략이 이미 이 접근법에 의해 영향을 받고 있다는 사실은 NHRI가 HRBA를 계속 옹호하는 근거가 된다.

다음의 7가지 원칙은 유럽의 빈곤 감소 및 측정에 대한 NHRI의 지침을 제공하며, 일부 경우에는 SDG 프레임워크를 참조하고 있다.

덴마크 국가인권기구(Danish Institute for Human Rights)는 17개 SDGs의 인권 앵커리지를 설명하

639) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2001)

640) European Commission, EU SDG Indicator set 2019: Result of the review in preparation of the 2019 edition of the EU SDG monitoring report (2019)

641) Europe 2020: A European strategy for smart, sustainable and inclusive growth (2010)

642) This includes the jurisdictions of: Belgium, Croatia, Denmark, Finland, France, Germany, Great Britain, Greece, Ireland, Latvia, Lithuania, Moldova, the Netherlands, Northern Ireland and Scotland. See full study: Olivier De Schutter, Human Rights in The Service of the Fight Against Poverty: A Rights-Based Approach To Addressing Poverty in the National Action Plans to Implement the Sustainable Development Goals (2018)

는 온라인 도구인 SDGs에 대한 인권 가이드를 개발했다. 이 가이드는 169개 대상과 관련 국제 및 지역 인권 기구, 국제 노동 기준 및 주요 환경 기구(일부는 인권 차원) 사이의 구체적인 연결을 제공한다.

가이드를 기반으로 덴마크 NHRI는 국제 인권 시스템의 모니터링 정보를 2030 아젠다의 목표 및 목표와 연결하는 검색 가능한 데이터베이스인 SDG-Human Rights Data Explorer를 추가로 설정했다. 사용자가 특정 국가의 SDGs 및 목표 이행과 관련하여 국제 인권 모니터링 기구의 권고 및 관찰을 탐색할 수 있도록 한다. 가이드와 탐색기는 NHRI가 인권 모니터링 및 보고 작업에 SDGs를 통합하는 데 실질적인 도구로 사용될 수 있다.

국가인권기구국제연합(Global Alliance of National Human Rights Institutions, GANHRI)과 덴마크 국가인권기구(Danish Institute for Human Rights)는 SDG 16과 NHRI 지표에 특별히 초점을 맞추어 SDGs 이행을 위한 진전을 평가하는 보고서인 국가인권기구: 가속기, 보증인 및 지속가능한 개발의 지표⁶⁴³)를 발표했다. 2015년부터 2019년까지 각국 정부가 유엔 고위급 정치 포럼에 제출한 109건의 자발적 국가 검토(VNR) 중 15건이 NHRIs를 SDG의 요소 또는 지표로 언급했다. 또한 10건은 다른 SDGs 또는 프로세스와 관련하여 NHRIs를 언급했다.

원리1: 책임성

HRBA는 국가인권기구의 법적 의무⁶⁴⁴)로서 인권을 기반으로 빈곤을 해결하기 위한 전략과 계획을 채택할 것을 요구한다. 책임성을 달성하기 위해서는 전략에 적절한 인권 지표, 벤치마크 및 일정을 포함시켜야 한다.

전략 및 계획

국가 빈곤 감소 전략은 빈곤 문제 해결을 위한 정부의 정책과 행동을 규정하는 정부의 핵심 문서이다. 이러한 전략은 빈곤에 처한 사람들에게 국가가 이행해야 할 법적 자격과 - 국가가 이행할 의무가 있는 법적 자격을 가지고 있음을 강조해야 한다. 이는 정부의 주요 목표인 빈곤 해결에 대한 요구에 정당성을 더한다. 마찬가지로, 각국 정부는 의제 2030의 이행을 명시하기 위해 SDGs를 이행하기 위한 국가행동계획(NAP)을 수립해야 한다.

빈곤을 다차원적 현상으로 인식하는 SDG와 인권의 상호 연관성을 고려할 때, NAP는 빈곤에 대한 다차원적 이해를 증진하고 인권적 접근을 지원하는 데 사용될 수 있다. 빈곤 감소 전략과 NAP의 이행은

643) The Danish Institute for Human Rights & GANHRI, National Human Rights Institutions: Accelerators, Guarantors and Indicators of Sustainable Development (2019)

644) UN OHCHR, Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights (2012)

국가인권위원회, 법원, 의회 위원회, 지역 및 국제 인권 메커니즘과 같은 독립적인 메커니즘에 의해 모니터링되어야 한다.

인권 지표

책임성을 확보하기 위해 빈곤 감소 전략과 국가행동계획에는 적절한 지표와 함께 벤치마크, 시간표, 정기적인 진행 상황 모니터링이 포함되어야 한다. 지표는 특정 일정 내에 진전이 이루어질 수 있도록 보장하고, 전략과 그 이행이 HRBA에 따라 수정될 수 있도록 도와준다.

인권 지표는 사회경제적 사실을 기록하는 거시경제 지표나 개발 지표와는 구별된다. 이러한 지표에는 다음이 포함된다:

- **구조적 지표**는 국가가 인권 의무를 준수하거나 법적, 제도적, 정책적 프레임워크를 구축하기 위해 약속한 상황을 말한다. 구조적 지표에는 빈곤 감소 전략의 설계, 실행, 평가 및 수정에 빈곤층의 참여에 관한 지표가 포함되어야 한다. 또한, 국가보건위생연구소에 대한 지표도 포함되어야 한다(SDG 16.a.1).
- **프로세스 지표**는 국가가 공약을 효과적으로 이행하기 위해 기울이는 노력(즉, 구체적인 조치와 정책의 채택으로 전환)을 의미한다. 예를 들어, 필요한 예산 투자에 대한 지표를 포함할 수 있다.
- **결과 지표**는 달성한 결과를 측정한다. 따라서 결과 지표는 국가의 노력이 올바른 방향으로 이루어졌는지, 해결하고자 하는 주제/문제에 긍정적인 영향을 미쳤는지, 비효율적인 정책을 어떻게 수정하고 개선할 수 있는지를 보여주는 데 도움이 된다.

구조적, 과정적, 결과적 지표의 조합은 국가인권위원회가 인권 이행을 모니터링할 때 구체적이고 실용적인 도구를 제공하여 국가가 책임을 지도록 하고 복잡한 빈곤층의 상황을 이해하는 데 도움을 준다.

스코틀랜드 NHRI(스코틀랜드 국가인권위원회)는 유엔 인권 고등판무관실(OHCHR)의 모범 사례⁶⁴⁵⁾를 바탕으로 스코틀랜드의 국가인권행동계획(SNAP)⁶⁴⁶⁾을 위한 모니터링 프레임워크를 개발했다.

SNAP는 덴마크 국가인권위원회(NHRI)의 지속가능발전목표에 대한 인권 가이드를 참고하여 SDG와 명시적으로 연계하고 있다.

SNAP는 2017년에 종료되는 4년간의 계획이었지만, 2030년 SDG의 타임라인을 반영하는 장기적인 성과를 거두었다. 현재 개발 중인 두 번째 계획에서는 다양한 SNAP 조치가 SDG 달성을 어떻게 어느 정도까지 지원할지 보여줄 것이다.

645) UN International Human Rights Instruments, Report on Indicators for Promoting and Monitoring the Implementation of Human Rights (2008)

646) Scottish National Action Plan for Human Rights (2013)

OHCHR은 인권 지표를 발표했다: 국가인권기구를 포함한 인권 주체들이 국제 인권 규범과 원칙의 이행 진전을 측정하기 위한 지표를 개발하는 데 도움을 주기 위해 '인권 지표: 측정 및 이행 가이드'(Human Rights Indicators: A Guide to Measurement and Implementation to assist human rights actors, including NHRIs)를 발간했다. 이 가이드는 인권 지표에 대한 개념적, 방법론적 프레임워크를 설명하고 여러 인권에 대해 확인된 지표의 구체적인 예를 제공한다.

네덜란드 NHRI(네덜란드 인권연구소)는 데이터 전문가 및 장애인 대표 단체와 협력하여 장애인의 사회 참여도를 측정하기 위한 정량적 지표 장애인의 사회 참여를 측정하기 위해 사회 참여, 노동, 주거 및 교육 영역에 대한 지표를 개발했다.⁶⁴⁷⁾ 지표 개발은 부분적으로 유엔인권최고대표사무소 인권 지표(OHCHR Human Rights Indicators: A Guide to Measurement and Implementation)에서 영감을 받았다.

국가인권기구의 역할

- 국제 및 법적 프레임워크를 사용하여 국가 빈곤 전략 및/또는 NAP와 그 이행에 대해 국가가 책임을 지도록 하고, 인권을 기반으로 하도록 보장한다.
- 빈곤층, 국가 통계청 및 학술 기관과 협력하여 인권에 기반한 지표를 설계하고 빈곤 감소의 진전을 모니터링한다.

원칙 2: 평등과 차별 금지

차별이 빈곤을 기반으로 하는 것처럼 빈곤은 차별에 의해 야기될 수 있다. 따라서 빈곤의 구조적 근간을 해결하기 위해서는 차별을 해소하는 것이 중요하다. 국가인권위원회는 유엔 파리원칙에 따른 광범위한 인권 의무를 통해, 그리고 경우에 따라 국가평등기구로서의 의무를 통해 강화된 권한을 통해 빈곤과 관련된 차별을 다양한 방식으로 해결할 수 있다.

차별의 근거가 되는 사회적 조건에 대한 옹호

<사회권규약>은 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교 등과 함께 '사회적 출신'과 '재산'을 금지된 차별 사유로 명시하고 있다. <유엔사회권위원회>(UN CESCR)는 차별 금지에 관한 일반 논평⁶⁴⁸⁾에서 '사회 내 특정 경제적 또는 사회적 집단 또는 계층'에 속한다는 이유로 누구도 자의적으로 대우받을 수 없음을 확인하고 있다.⁶⁴⁹⁾ 또한 기존 국가(및 해당되는 경우 지방) 인권 및 차별 금지법에 사회적 조건⁶⁵⁰⁾을 차별의 근

647) Netherlands Institute for Human Rights, Inzicht in inclusie: werk, wonen en onderwijs – participatie van mensen met een beperking (2016)

648) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) (2009)

거로 명시할 것을 권고하고 있다.

차별금지법에 사회적 조건을 근거로 한 명시적 보호를 옹호하는 것은 개인이 법원에서 정의에 대한 접근을 보장하고 정책 입안자가 빈곤층에게 불리한 영향을 미치지 않는 정책을 채택하도록 의무화하는 데 도움이 될 수 있다. 실제로 사회적 조건이나 사회경제적 지위를 이유로 한 차별은 성별, 인종 또는 출신 민족, 장애 또는 연령 등 다른 이유로 인한 차별과 결합되는 경향이 있다.

빈곤영향평가

빈곤영향평가는 빈곤층에 대한 차별을 방지하는 데 사용할 수 있다. 빈곤영향평가는 정부가 정책과 프로그램을 설계, 실행, 검토 단계에서 빈곤과 불평등에 미칠 수 있는 영향과 관련하여 평가하여 정책 입안자에게 잠재적으로 부정적인 영향을 미칠 수 있음을 경고하는 프로세스이다.

이 과정은 국가가 경제 또는 금융 위기에 직면하여 재정 긴축(소위 "긴축") 조치를 채택할 때 필수적이다. <인종차별철폐협약> 당사국은 차별적인 재정 긴축 정책을 채택하지 말고 위기 상황에서 악화되거나 발생하는 불평등을 완화하기 위해 가능한 모든 조치(예: 조세 조치)를 취할 것을 촉구하고 있다.⁶⁵¹⁾

2018년에 스코틀랜드 NHRI(스코틀랜드 인권위원회)는 인권적 관점을 통해 공공 지출 결정을 더 잘 이해하고 더 폭넓게 조사할 수 있도록 지원하는 프로그램을 개발했다.

이 프로그램을 지원하기 위해 NHRI는 시민사회 및 학계 동료들과 함께 경제 및 사회권, 평등, 젠더, 참여예산에 대한 전문 지식을 바탕으로 한 실무 그룹의 의장을 맡고 있다.

실무 그룹은 다음을 수행했다:

- 국가 및 지방 정부 예산 과정의 면밀한 조사를 지원하기 위한 프로세스 지표 탐색
- 스코틀랜드의 국가 예산 수립 및 조사에 인권을 활용하는 '무엇, 왜, 어떻게'를 설명하기 위해 6개의 브리핑 보고서⁶⁵²⁾를 발표
- 스코틀랜드 의회와 정부, 시민사회, 독립기구 및 위원회, 기타 국가인권위원회, 학계 및 대중을 포함한 이해관계자들을 위한 인권 예산 조사에 대한 역량 강화 활동을 조직

649) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on the sixth periodic report of Canada (2016)

650) The UN CESCR refers to social origin, but also emphasises the importance of economic and social situation as part of the 'other grounds' of prohibited discrimination in the UN ICESCR Comment No. 20. Additionally, it refers to social condition as a suspect ground for imposing differences in treatment. 유엔 아동권리협약은 사회적 출신을 언급하고 있지만, 유엔 아동권리협약 논평 20호에서 금지된 차별의 '기타 근거'의 일부로 경제적, 사회적 상황의 중요성을 강조하고 있다. 또한, 사회적 조건은 대우의 차이를 부과하는 의심스러운 근거로 언급되고 있다.

651) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Public debt, austerity measures and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (2016)

인권예산업무

인권예산업무는⁶⁵³⁾ 빈곤층 및 기타 집단에 대한 국가 조치의 차별적 영향을 방지할 수 있다. 공공 예산은 인권 기준에 따라 형성된 규제 및 정책 프레임워크의 이행을 효과적으로 지원할 수 있는 방식으로 설계되어야 한다.

인권 예산 작업에는 두 가지 요소가 있다:

- 인권예산수립: 인권 기반 프로세스를 사용하여 인권 기준을 반영하는 예산을 설계
- 인권예산조사: 정부의 인권 의무 준수 여부를 측정하기 위해 예산을 조사

인권 예산 작업은 예산과 관련된 결정이 빈곤층을 포함한 다양한 집단에 서로 다른 영향을 미칠 수 있다.

2018년 영국국가인권기구(NHRI)는 2010년 이후 세금 및 사회보장 개혁과 공공지출 개혁의 복합적인 영향에 대한 두 가지 분석을 발표했다.⁶⁵⁴⁾ 이 두 연구는 빈곤층 가구와 장애인, 세 자녀 이상, 소수 민족, 한 부모 또는 여성이 있는 가구가 개혁으로 인해 가장 큰 타격을 받았다는 사실을 밝혀냈다. 이는 개혁의 심각한 차별적 효과 즉 궁극적으로 많은 사람들이 적절한 생활 수준 이하로 떨어지게 된 중요한 증거를 제공했다.

세분화된 데이터 및 지표

빈곤층에 대한 정책의 차별적 영향을 측정하려면 데이터를 세분화할 필요가 있다.

세분화된 지표를 설계하고 사용하면 정책이 특정 집단에 불균형적으로 영향을 미치는 방식에 대한 이해를 높일 수 있다(자세한 것은 원칙 4를 참조).

국가인권기구의 역할

- 국내 법률이 국제 인권 기준에 부합하도록 옹호한다.
- 국내 인권 및 차별금지법에 따라 사회적 출신과 재산(사회적 조건)을 차별 금지 사유에 포함하도록 국가 당국에 권고한다.
- 정책 조치가 빈곤층에 미칠 수 있는 잠재적 부정적 영향을 강조하고, 광범위한 인권 영향 평가의

652) Scottish Human Rights Commission, Human Rights Budget Work: What, Why, How?: Briefing Paper 1: Human Rights Budget Work (2019)

653) Scottish Human Rights Commission, Human rights budget work: What, why how? (2019)

654) Equality and Human Rights Commission, The cumulative impact of tax and welfare reforms (2018)

일환으로 빈곤 영향 평가를 수행한다.

- 인권 관점에서 예산을 면밀히 검토하여 빈곤층에 대한 차별적인 예산의 잠재적 영향에 대해 정부에 조언한다.
- 빈곤과 관련된 데이터가 적절하게 세분화되어 차별이나 불균등한 영향의 사례를 식별할 수 있도록 지원한다.

원칙 3: 참여

참여의 원칙은 <정치권 규약>(ICESCR)과 같은 국제 인권 조약에 근거를 두고 있다. 이러한 조약은 사람들이 자기 결정에 따라 자유롭게 경제적, 사회적, 문화적 발전을 추구하고 공공 문제에 참여할 수 있어야 한다고 규정하고 있다. 마찬가지로 국가인권기구는 참여를 촉진하고 다양한 사회 집단을 대표하며 다원적이어야 한다는 유엔 파리 원칙에 따라 운영되어야 한다.

빈곤과 관련하여 유엔인권최고대표사무소(OHCHR)의 극빈 및 인권에 관한 기본 원칙(Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights)은 국가가 빈곤층에 영향을 미치는 결정과 정책의 설계, 실행, 모니터링 및 평가에 빈곤층의 적극적이고 자유롭고 정보에 입각한 의미 있는 참여를 보장해야 한다고 명시하고 있다.

다양한 수준의 의사결정에서 특정 메커니즘 또는 다양한 제도적 장치를 통해 의미 있는 참여를 보장해야 하며, 특히 가장 가난하고 사회적으로 배제된 사람들에게 특별한 주의를 기울여야 한다.

의미 있는 참여가 핵심이다:

- 가장 적절한 구조, 프로세스 및 결과 지표 식별
- 데이터 수집을 안내하고 포괄적이고 시간에 시기적절한 방법론을 보장
- 빈곤이 차별의 원인이 될 수 있는 영역 식별
- 기존 국가 빈곤 측정 접근 방식의 격차 파악
- 빈곤층이 혜택을 청구하지 않는 이유 이해
- 데이터 수집을 담당하는 조사원과 일반 대중 간의 신뢰 구축 및 응답률 증가로 연결

덴마크 NHRI(덴마크 인권연구소)의 활동은 빈곤층과 사회에서 배제된 사람들의 목소리를 대변하는 덴마크의 자발적 비정부기구 네트워크인 EAPN.DK가 포함된 덴마크 인권위원회에서 모니터링한다.

위원회는 국가인권위원회의 새로운 활동을 이사회에 제안할 수 있으며, 이사회 위원 중 6명을 임명

할 수도 있다.

국가인권기구의 역할

- 빈곤 감소 전략의 설계, 실행 및 평가에 빈곤층 주민의 참여를 지원
- 빈곤층과 국가 통계청을 포함한 국가 당국 간의 대화를 촉진하는 가교 역할
- 인권 지표를 설계할 때 참여 프로세스를 설정하고 빈곤층 사람들의 조언을 구함
- 빈곤층과 정기적으로 연락을 유지하여 국가인권위원회, 협의회 및 자문기구에서 지원을 받거나 진정 사항을 접수

원칙 4: 데이터 세분화

빈곤 측정의 목적은 인구에서 빈곤층이 차지하는 비율과 같은 숫자를 산출하는 것이 아니라, 빈곤층이 누구이며 어떻게 빈곤을 경험하는지를 파악하고⁶⁵⁵⁾ 특히 박탈당하고 소외된 사람들을 정확히 찾아내는 것이어야 한다.

즉, 인권의 향유에 해당하는 재화와 서비스에 대한 접근에 관한 데이터는 소득, 성별, 연령, 인종, 민족, 국적, 이주 상태, 장애/건강 상태, 지리적 위치 등의 범주별로 세분화되어야 한다.⁶⁵⁶⁾ SDGs는 빈곤층에 대한 데이터를 더욱 세분화할 것을 권장하고 있다. 데이터 세분화 원칙⁶⁵⁷⁾은 모든 SDG 지표가 세분화되어야 한다는 것을 명시하고 있다.

이 과정은 일시적 빈곤(개인이나 가족이 직면할 수 있는 일시적인 좌절로 인한 것, 즉 단기적 빈곤)과 만성적 빈곤(생애주기 관점에서 영구적인 장애에 직면한 개인이나 가족에게 영향을 미치는 것, 즉 장기적 빈곤)의 차이⁶⁵⁸⁾를 이해하는 데 도움이 된다. 이는 장기 빈곤과 단기 빈곤을 해결하기 위해 서로 다른 조치가 필요하기 때문에 중요하다.

OHCHR의 지침서인 데이터에 대한 인권 기반 접근(A Human Rights-based Approach to Data)⁶⁵⁹⁾은 통계에 대한 국가 역량을 강화하는 데 도움이 된다. 이 지침서는 국가인권기구와 국가 통계청 간의 양해각서 템플릿을 제공하여 세분화된 데이터의 수집 및 분석에 대한 협력을 촉진한다.

국가인권기구의 역할

655) UN OHCHR, Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights (2012)

656) This is in accordance with the Fundamental Principles of Official Statistics adopted by the UN General Assembly since 2014

657) UN Economic and Social Council, Statistical Commission, Report of the Inter-Agency and Expert Group on Sustainable Development Goal Indicators (2016)

658) Michael Hoy, Brennan Scott Thompson, Buhong Zheng, Empirical issues in lifetime poverty measurement (2011)

659) UN OHCHR, A Human Rights-Based Approach to Data Leaving No One Behind in the 2030 Agenda for Sustainable Development (2018)

- 조사 및 불만 처리 기능의 일환으로 빈곤층에 대한 자세한 정보를 수집한다.
- 이 정보를 사용하여 빈곤층이 누구인지 더 명확하게 파악하는 데 기여한다.

영국 국가인권기구(NHRI)는 국가통계청(ONS)과의 직접적인 협의를 통해 영국의 SDG 모니터링 프로세스에 참여하여 불평등과 차별에 관한 국가 데이터 수집의 질을 개선하는 작업에 영향을 미치고 있다. ONS에 다음과 같은 사항을 요청하고 있다:

- 적절한 데이터 소스를 찾는 등 SDGs가 국내 상황과 관련되도록 지원
- 가능한 한 많은 보호 특성별로 SDG 데이터를 세분화하고 피해, 학대, 차별 또는 불이익을 당할 위험이 높은 사람들에게 대한 데이터를 포함하도록 노력
- 국가 지표 개발에 시민사회 활동가들을 참여

또한 NHRI는 여성과 소녀에 대한 폭력 데이터 수집, 특히 성폭력의 체계적인 과소 보고, 경찰의 불충분한 공식 신고 기록, 데이터 수집에서 노인 배제 등 문제점을 지적했다.

NHRI는 관련 증거 기반을 개선하기 위해 평등 데이터 및 분석 분야의 이해관계자를 한데 모으는 평등과 포용을 위한 ONS 센터의 기술 자문 그룹에 속해 있다. 또한 2021년 영국 인구조사에서 보호 대상 집단의 대표성을 높이고, 영국 사회 태도 조사에서 국가적 편견에 대한 새로운 정보를 수집하는 데 영향을 미치기 위해 노력하고 있다.

이러한 노력은 데이터 세분화 필요성을 파악하고 특정 집단에 대한 데이터 수집을 개선함으로써 국내 수준에서 SDGs의 진전 상황을 보다 효과적으로 모니터링할 수 있게 해준다.

원칙 5: 다양한 방법론 사용

대부분의 유럽 국가와 EU 기관은 공식 통계를 위해 가구 조사⁶⁶⁰)에 의존한다. 그러나 이 접근 방식은 일반 인구의 표본만을 대상으로 하며 소위 '실종빈곤층'을 놓친다. 이들은 시설(예: 노인 요양원, 아동 보호소 또는 정신 건강 기관)에 수용된 빈곤층, 서류미비 이민자, 노숙자, 박해에 대한 두려움으로 인해 사회 복지 기관 및 당국과의 접촉을 피하는 개인(예: 자녀가 추방될 것을 두려워하는 사람, 비정규 이주자 또는 거리의 아이들)이다.

'실종 빈곤층'에 대한 데이터를 수집하고 그들이 직면할 수 있는 박탈의 구체적인 성격을 식별하며 가시성을 보장하기 위해 다양한 방법론을 사용해야 한다.

마찬가지로, 빈곤 속에 사는 사람들의 경험은 통계 데이터만으로는 반영될 수 없다. 예를 들어, 질적

660) UN Economic Commission for Europe, Guide to Poverty Measurement (2017)

및 양적 데이터의 결합은 빈곤층의 데이터 수집 참여나 직접적인 참여를 통해 달성될 수 있다. 새로운 파트너십과 혁신적인 기술⁶⁶¹⁾, 매핑, 대상 조사, 소규모 면적 추정 등 통계 기법의 사용이 필요하다.

예를 들어 국가예방기구(National Preventive Mechanisms, NPM)인 국가인권기구는 구금시설, 이주민 수용소, 폐쇄시설 등 자유가 박탈된 장소를 정기적으로 방문할 의무가 있다. NPM은 제한 없이 모든 구금 장소에 접근할 수 있고, 모든 정보에 접근할 수 있으며, 구금된 사람들과 개인적으로 대화할 수 있는 권한을 가져야 한다. 이런 방식으로 '실종빈곤층'으로 식별될 수 있는 일부 집단에 대한 직접적인 정보와 정량적 데이터를 수집할 수 있다.

국가인권기구의 역할

- 연구원, 시민 사회, 사회 복지 서비스 및 국가 통계청과 협력하여 빈곤을 추적하기 위한 가구 조사에 대한 대체 방법론을 개발
- 빈곤과 그 근본 원인을 측정하기 위한 가구 조사의 한계에 대한 더 나은 이해를 장려하기 위해 조사관 및 국가 통계 담당자에게 인권 기반 교육을 제공
- 개인에게 더 잘 접근할 수 있는 NGO나 지역 사회와 같은 지역 행위자와 긴밀히 협력하여 가구 조사(예: 모니터링 또는 현장 방문)로 식별할 수 없는 빈곤층을 만나는 활동을 수행

벨기에의 ENNHRI 회원인 빈곤, 불안 및 사회적 배제의 퇴치 서비스(Combat Poverty, Insecurity and Social Exclusion Service)는 교육 기관 및 시장 조사 회사와 협력하여 노숙자와 서류미비 이민자라는 두 그룹의 소득 및 생활 조건에 관한 EU 통계⁶⁶²⁾를 조정했다. 목표는 설문 조사에 이들 그룹을 참여시키고 어려운 사회 경제적 상황에 살고 있는 사람들의 응답을 수집하는 것이었다.

이 서비스는 연구팀, 조사팀 및 사회 부문 간의 협력에서 가교 역할을 하여 이들 그룹에 속한 개인에게 접근할 수 있도록 도왔다. 연구 결과에서는 설문조사를 더욱 단순화해야 하고, 면접관은 명확한 지침과 교육을 받아야 하며, 면접자에게는 충분한 시간을 주어야 한다고 제안했다.

2015년부터 2017년까지 ENNHRI는 유럽에 거주하거나 장기 요양을 원하는 노인들의 인권에 대한 인식을 높이기 위한 프로젝트를 수행했다. 벨기에, 크로아티아, 독일, 헝가리, 리투아니아, 루마니아의 6개 국가인권기구는 집중적인 모니터링 방문을 수행하고 장기요양기관에 대한 정량적, 질적 데이터를

661) UN Economic Commission for Europe, Everyone Counts: Ensuring a response of official statistics to Sustainable Development consistent with human rights (2015)

662) Ingrid Schockaert, Ann Morissens, Sebastiano Cincinato and Ides Nicaise, Poverty between the cracks. Complements and corrections to EU-SILC for hidden groups of poor people (2012)

수집했다.

데이터 수집을 위해 다음을 포함한 다양한 방법이 사용되었다. 포커스 그룹 및 직원 및 거주자와의 인터뷰, 등록부 및 기타 문서 상담, 이사와의 인터뷰. 이는 노인들의 목소리가 모니터링 작업의 중심이 되도록 하는 데 도움이 되었다.

원칙 6: 권리 비수용 측정

빈곤 속에 살고 있는 많은 사람들은 자신의 권리를 실현하기 위해 다양한 수단, 재정적, 사회적 혜택, 기타 관련 도움이나 지원에 의존한다. 그러나 그들은 자신의 권리에 접근하기 위해 적극적인 조치를 취해야 하는 경우가 많으며, 다양한 종류의 장벽으로 인해 '권리를 행사하지 못하는'⁶⁶³⁾ 또는 권리가 주장되지 않는 상황이 발생한다. 그 이유는 다음과 같다.

- 자신의 권리에 대한 정보 부족
- 절차의 복잡성과 기간
- 당국에 대한 신뢰 부족, 이전에 혜택을 거부했거나 자신이 서비스를 받을 가능성이 낮다고 생각하는 경우
- 사람들은 자신의 상황을 부끄러워하거나 대중의 지원에 의존하는 것으로 보이는 문제
- 권리 주장 또는 행사로 인한 부작용에 대한 두려움(예: 세입자의 불만 사항으로 인해 부동산에서 퇴거당하는 경우, 서류미비 이민자에 대한 추방에 대한 두려움, 자녀가 집에서 쫓겨날 것이라는 두려움)
- 교도소, 행정 구치소, 폐쇄 센터에 수용되거나 구금되어 있는 경우
- 혜택의 조건(예: 적극적으로 구직 활동을 하는 조건)을 준수할 수 없음

빈곤 측정의 맥락에서, 법적 권리의 존재와 권리의 효과적인 향유 사이의 격차를 측정하기 위해 구체적인 구조적, 과정 및 결과 지표(원칙 1 참조)를 사용하여 권리를 실현하지 못하는 문제를 해결할 수 있다. 격차가 존재하고 지속되는 이유를 파악하는 것이다.

국가인권기구의 역할

- 절차를 단순화하거나 빈곤에 처한 특정 집단의 서비스 및 혜택에 대한 접근을 촉진하는 등 권리 미행사 문제를 해결하기 위한 적절한 조치를 취하도록 주 당국에 조언한다.
- 언론과의 협력 등을 통해 사람들에게 자신의 권리를 교육하고 일반 대중의 인권 권리에 대한 인식을 제고한다.

663) Combat Poverty, Insecurity and Social Exclusion Service, Citizenship and poverty (2018)

- 법적 조언을 제공하고 개별 진정 처리의 맥락을 포함하여 개인에게 권리, 혜택 및 서비스 조건을 명확히 한다.
- 빈곤 측정에 관련된 구조적, 과정 및 결과 지표(원칙 1 참조)를 포함하도록 옹호한다.

원칙 7: 개인정보 보호

빈곤층에 관한 데이터를 수집하고 처리할 때 적절한 보호 장치를 확보하는 것이 중요하다. 최소한 국제 및 지역 표준을 기반으로 하는 다음 세 가지 보호 조치, 즉 개인 데이터 보호, 자기 식별 및 투명성을 고려해야 한다.

개인정보 보호

빈곤 측정의 맥락에서 개인으로부터 수집된 정보는 개인 데이터로 취급되어야 하며 관련 데이터 보호 표준을 따라야 한다.

유럽 평의회에서는 각료위원회의 권고사항 No. R(97) 18(1997)이 개인정보의 자동 처리에 관한 개인 보호를 위한 협약(1981)의 주요 원칙을 명확히 설명하고 있다. 개인 데이터 처리는 법에 의해 규정되거나 허용되고 관련 개인이 명시적이고 자유롭고 정보에 입각한 방식으로 동의하는 경우에만 합법적이다.

또한 EU에서는 일반 데이터 보호 규정(2017)을 통해 '...통계 목적을 위한 처리에는 본 규정에 따라 데이터 주체의 권리와 자유를 위한 적절한 보호 장치가 적용되어야 한다'고 명시하고 있다.

국제 수준의 기타 표준에는 컴퓨터화된 개인 데이터 파일 규제에 대한 UN 지침(1990) 및 개인 데이터 처리에 관한 개인 정보 보호에 관한 국제 표준(2009)이 포함된다.

본인 확인

소수 민족 보호를 위한 유럽 평의회 기본 협약에 따라, 자기 식별 원칙은 소수 민족에 속하는 것은 개인의 선택에 관한 문제여야 하며 그러한 선택으로 인해 불이익이 발생해서는 안 된다. 따라서 설문조사를 통한 데이터 수집의 맥락에서 설문조사에 참여한 사람들은 자신의 민족, 종교 또는 언어에 관한 질문에 응답할지 여부를 결정할 수 있어야 하며 하나 이상의 소속을 자유롭게 선택할 수 있어야 한다.

그러나 자기식별의 원칙은 절대적인 것은 아니다. 모든 개인은 자기 식별을 자유롭게 선택할 수 있지만 어떤 경우에는 자기 식별의 실행에 의문이 제기될 수 있다. 특히 자기 식별이 선의에 근거한 것이 아니며 오로지 이점이나 혜택에 의해 동기가 부여될 수 있다고 추정되는 경우에는 더욱 그렇다.

투명성

투명성 원칙은 개인정보가 처리되는 사람에게 그러한 처리의 목적과 법적 근거를 완전히 인식하고 자신의 권리에 대해 알릴 것을 요구한다. 통계 작성 방법에 대한 투명성을 확보하고 신뢰를 구축하기 위해 공식 통계 기관은 여러 소스에서 데이터를 수집, 결합 및 분석하는 데 사용되는 프로세스를 문서화하고 해당 문서를 공개적으로 제공해야 한다.

개인 데이터의 자동 처리와 관련된 개인 보호를 위한 유럽 평의회 협약에는 개인 데이터가 처리되는 모든 사람이 완전히 알아야 하는 요소의 세부 목록이 포함되어야 한다.

국가인권기구의 역할

- 데이터 보호 당국(EU 회원국의 데이터 보호법 적용을 감독하는 독립 공공 기관)과 협력하여 해당 안전 조치에 따른 데이터 처리를 옹호
- 국가인권기구가 해당 표준에 따라 데이터를 처리하는지 확인하기 위해 데이터 보호 당국의 전문 지식을 활용
- 개인정보 보호 및 데이터 보호에 대한 권리에 대한 인식을 제고

국가인권기구를 위한 권장사항

1. 책임

- 국제적, 법적 체계를 활용하여 국가가 국가 빈곤 전략 및/또는 NAP와 그 이행에 책임을 지게 하고 이것이 인권에 기반을 두고 있는지 확인
- 빈곤층, 국가 통계청 및 학술 기관과 협력하여 인권 기반 지표 세트를 설계하고 빈곤 감소 진행 상황을 모니터링

2. 평등과 차별금지

- 국제인권기준에 부합하는 국내법 제정을 옹호
- 국내 인권 및 차별금지법에 따라 사회적 출신과 재산(사회적 조건)을 차별 금지 근거로 포함하도록 국가 당국에 권고
- 빈곤층에 대한 정책 조치의 잠재적인 부정적 영향을 강조하고 광범위한 인권 영향 평가의 일환으로 빈곤 영향 평가를 수행
- 인권 관점에서 예산을 면밀히 조사하여 빈곤층에 대한 잠재적인 차별적 예산 영향에 대해 정부에 조언

- 차별 사례나 서로 다른 영향을 식별할 수 있도록 빈곤과 관련된 데이터를 적절하게 분류하도록 지원

3. 참여

- 빈곤 감소 전략의 설계, 실행 및 평가에 빈곤층의 참여를 지원
- 빈곤층 사람들과 국가 통계청을 포함한 국가 당국 간의 대화를 촉진하는 가교 역할
- 인권 지표를 설계할 때 참여 프로세스를 설정하고 빈곤층의 조언
- 빈곤층과 정기적인 접촉을 유지하고 국가인권기구 이사회, 협의회, 자문기구에서 지원을 받거나 진정 사항을 접수

4. 데이터 분류

- 조사 및 진정 처리 기능의 일환으로 빈곤층에 대한 자세한 정보를 수집
- 이 정보를 사용하여 빈곤층이 누구인지 더 명확하게 파악하는 데 기여
- 여러 그룹의 다양한 상황을 강조하고 데이터 분류 방법에 대해 조언하여 국가 당국 및 통계청에 권장 사항을 제시

5. 다양한 방법론 사용

- 연구원, 시민 사회, 사회 복지 서비스 및 국가 통계청과 협력하여 빈곤을 추적하기 위한 가구 조사에 대한 대체 방법론을 개발
- 빈곤과 그 근본 원인을 측정하기 위한 가구 조사의 한계에 대한 더 나은 이해를 장려하기 위해 조사 관 및 국가 통계 담당자에게 인권 기반 교육을 제공
- 사람들에게 더 잘 접근할 수 있는 NGO와 같은 지역 주체와 긴밀히 협력하여 가구 조사(예: 모니터링 또는 현장 방문)로 식별할 수 없는 빈곤층 사람들을 만나는 활동을 수행
- 모니터링 및 진정처리 기능을 활용하여 다양한 질적 데이터를 수집하여 빈곤의 주요 요인에 대한 분석을 완료하도록 지원
- 국제 인권 메커니즘은 물론 국내 차원의 정책 및 의사결정자들에게 현장의 직접적인 경험을 전달

6. 권리 미수용 측정

- 절차를 단순화하거나 빈곤에 처한 특정 집단의 서비스 및 혜택에 대한 접근을 촉진하는 등 권리 미

행사 문제를 해결하기 위한 적절한 조치를 취하도록 주 당국에 조언

- 언론과의 협력 등을 통해 사람들에게 자신의 권리를 교육하고 일반 대중의 인권 권리에 대한 인식을 제고
- 법적 조언을 제공하고 개별 진정 처리의 맥락을 포함하여 개인에게 권리, 혜택 및 서비스 조건을 명확히 함
- 빈곤 측정에 관련된 구조적, 과정 및 결과 지표(원칙 1 참조)를 포함하도록 옹호

7. 개인정보 보호

- 데이터 보호 기관과 협력 - 데이터 보호법 적용을 감독
- 국가인권기구가 해당 표준에 따라 데이터를 처리하는지 확인하기 위해 데이터 보호 당국의 전문 지식을 활용
- 개인정보 보호 및 데이터 보호에 대한 권리에 대한 인식을 제고

Further Reading

- Combat Poverty, Insecurity and Social Exclusion Service: Armoede en ineffectiviteit van rechten, non-take-up van rechten / Pauvreté et ineffectivité des droits, non-recours aux droits (2017)
- Danish Institute for Human Rights and GANHRI: National Human Rights Institutions: Accelerators, guarantors and indicators of sustainable development (2019)
- ENNHRI: Handbook on monitoring the human rights of older persons and longterm care (2017)
- Equality and Human Rights Commission: The cumulative impact of tax and welfare reforms (2018)
- EUROFOUND: Reducing poverty and improving fairness by ensuring that people receive the social benefits to which they are entitled: Evidence from the EU (pp. 85-105) (2017)
- Eurostat: Monitoring social inclusion in Europe: 2017 Edition (2017)
- Ingrid Schockaert, Ann Morissens, Sebastiano Cincinnato and Ides Nicaise: Poverty between the cracks. Complements and corrections to EU-SILC for hidden groups of poor people (2012)
- Michael Hoy, Brennan Scott Thompson and Buhong Zheng: Empirical issues in lifetime poverty

measurement (2012)

- Olivier De Schutter: The European Pillar of Social Rights and the Rule of the European Social Charter in the EU legal order (2018)
- Scottish Human Rights Commission: Human rights budget work: What, why how?
- Scottish Human Rights Commission: Tackling poverty through human rights: Event report (2014)
- Volker Busch–Geertsema, Dennis Culhane and Suzanne Fitzpatrick: A global framework for understanding and measuring homelessness (2015)

[부록 4] 유엔 경제적, 사회적 및 문화적 권리 위원회에 대한 개인진정 - 피해를 입은 사람들, 시민사회, 법조계를 위한 자료⁶⁶⁴⁾

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제 규약(사회권규약)은 국가가 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 비차별적 접근을 보장하도록 의무화하고 있다. 2023년부터 독일에서는 유엔 사회권위원회에 개인이 제소하는 것이 가능해졌다. 이 정보는 피해를 입은 사람들, 시민사회, 법조계에 절차와 진행 방식에 대한 정보를 제공한다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리: 독일과 UN 차원의 사법심사가능성

국제법에 따라 인권을 구속력 있게 만들기 위해 유엔은 1966년 두 가지 인권 규약, 즉 자유권규약과 사회권규약을 채택했다. 둘 다 독일에서 1976년부터 시행되었다. 그러나 국제적 수준의 법적 집행 가능성(사법적 심사가능성)과 관련하여 독일은 지금까지 두 가지 법 영역을 불평등하게 다루어 왔다.

독일의 경우 시민권협약에 대한 개인의 진정은 1993년부터 가능했지만, 사회권규약에 대한 개인의 진정은 2023년부터 가능하게 되었다.

독일은 사회권규약에 대한 개인진정절차를 만들기 위해 국제적 수준에서 캠페인을 벌였으나 사회권규약 선택의정서가 비준되기까지는 거의 10년이 걸렸다. 2023년 4월 20일 연방 정부는 사회권규약 선택의정서를 비준했다. 2023년 7월 20일부터 개인과 시민사회 행위자는 경제적, 사회적, 문화적 권리 침해를 독립 전문가 국제 단체인 유엔 사회권위원회에 제출할 수 있게 되었다. 그리고 인권 침해에 대해 시정을 요구하고 독일정부에 보상을 요구할 수 있다. 비준은 독일의 인권 보호를 위해 오랫동안 지연된 조치이며 사회권규약과 자유권규약이 보장하는 인권이 동등한 권리임을 확인하는 중요한 작업이다.

사회권규약 선택의정서는 ① 개인진정, ② 직권조사절차, ③ 국가 간 진정이라는 세 가지 옵션을 제공한다. 독일은 개인진정만 명시적으로 동의하고 다른 두 절차에 대해서는 동의하지 않았다. 여기서는 개인진정에 대해서만 논의할 것이다. 이 간행물은 영향을 받는 사람들, 시민 사회 행위자 및 법률 실무자에게 다음과 같은 개요 즉 절차와 작동 방식을 제공하는 것을 목표로 한다.

유엔 위원회와 사회권

사회권은 인간 삶의 근본적인 측면과 관련이 있다. 경제적·사회적 권리에겐 건강, 주택, 교육, 식량, 피난처, 물에 대한 권리, 공정하고 합리적인 조건에서 일할 권리, 사회 보장에 대한 권리, 적절한 소득과 생

664) Deutschen Instituts für Menschenrechte, Individualbeschwerden beim UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte – Eine Handreichung für Betroffene, Zivilgesellschaft und Anwaltschaft, Juli 2023, https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Information/Information_Individualbeschwerden_WSK-Ausschuss.pdf

할 수준에 대한 권리가 포함된다. 문화권에는 소수언어 보호, 민족성 인정 및 보호, 문화적 참여권이 포함된다.

유엔 사회권위원회는 1985년 창립 이래 사회권규약에 명시된 인권 실현을 지지해 왔다. 사회권위원회는 소위 국가보고절차에 따라 당사국의 이행을 모니터링하고 일반적으로 제네바에서 3주 동안 일년에 두 번 회의를 갖는다. 위원회는 세계 여러 지역을 대표하는 18명의 명예 회원으로 구성되며, 이들은 당사국이 지명한 인물 목록에서 비밀 투표를 통해 유엔 경제사회이사회에서 선출한다. 위원의 임기는 4년이며 연장이 가능하다. 구성원은 독립적인 전문가이다. 이들은 출신국에서 지명하지만, 해당 국가의 외교관과 달리 출신국의 이익을 명시적으로 대표하지 않는다.

사회권위원회의 업무는 정부 보고 절차와 개인진정 사항 조사에 중점을 둔다. 전자는 결론적 관찰(Concluding Observations)로 끝나고, 후자는 결정(Entscheidungen)으로 끝난다. 이를 통해 사회권위원회는 사회권규약에서 보장된 권리를 해석하고 그 내용을 명시한다. 사회권위원회는 또한 사회권규약에 대한 해석을 체계적으로 요약하는 일반논평을 작성한다. 이러한 방식으로 사회권규약에서 경제·사회·문화적 권리의 명확하고 집행가능한 내용이 드러난다. 사회권규약의 권리는 체약 국가가 존중하고 보호하며 보장해야 하는 자유 권리이다.

자유권규약과 비교하여 사회권규약의 특별한 특징은 국가가 협약의 권리를 점진적으로 이행할 의무가 있다는 점이다(사회권규약 제2조 1항). 이러한 “점진적 실현”의 원칙은 예를 들어 재정적 제약으로 인해 국가가 단기간 내에 일부 권리를 실현하는 것이 어려울 수 있음을 인정한다. 그럼에도 불구하고, 규약은 당사국이 처분할 수 있는 수단 내에서 가능한 한 최선을 다해 행동하고 가용한 자원을 최대한 활용할 것을 요구한다. 결과적으로 각 당사국은 사회협약에 따른 의무를 점진적으로 완전히 이행하기 위한 조치를 취해야 할 의무가 있다. 그러나 사회협약의 일부 의무사항은 지체 없이 이행되어야 한다. 예를 들어, 모든 권리는 여성과 남성에게 동등하게 적용되며(사회협약 제3조), 차별은 금지된다(사회권규약 제2조, 제2항).

사회권이 침해되면 어떻게 되나요?

선택의정서를 비준함으로써 국가는 경제·사회·문화적 권리에 대한 모든 침해가 국제적 차원에서 법적 구제 대상이 된다는 점을 명시적으로 인정한다. 따라서 개인진정절차는 개인 또는 그룹이 독일의 사회권규약 미준수를 이유로 사회권위원회에 개인진정을 제출할 권리가 있음을 의미한다. 개인진정의 허용 여부는 사회권위원회가 해석한 선택의정서에 따라 결정된다. 8명의 위원회 구성원은 개인진정 사항에 대한 모든 결정에 있어 선택의정서에 따라 작성된 절차 규칙을 따른다.

시민사회 행위자의 개입 옵션

개인 진정사항은 개인이 동의할 경우 개인을 대신하거나 집단을 대신하여 제기할 수 있다.

인권 침해는 가난하고 소외된 개인이나 집단에 영향을 미치는 경우가 많기 때문에 유엔 위원회에 더 쉽게 접근할 수 있거나 필요한 인적, 재정적 자원을 갖춘 조직이 인권 침해를 대표하거나 지원하는 것이 중요하다.

또한 선택의정서에서는 영향을 받은 사람들의 명시적인 동의 없이도 개인진정을 제출할 수 있다(선택 의정서 제2조). 이 경우 제3자는 자신을 대신하여 행동하는 이유를 정당화해야 한다. 예를 들어, 피해자로 추정되는 사람이 협박이나 보복을 당하거나 그들의 소재를 확인할 수 없는 경우에 해당된다.

시민사회 행위자를 위한 또 다른 중요한 개입 옵션은 선택의정서 제8조에 따른 *amicus curiae*이다. *Amicus curiae*는 위원회의 결정을 지원하기 위해 법률 및 전문 기관이나 과학자가 제출한다. 의견은 고소의 허용 여부와 장점 모두와 관련될 수 있다.

이전 사건 결정

사회권위원회에 대한 진정은 2013년부터 가능했다(독일의 경우 2023년부터). 2013년 이후 접수된 개인 민원 290건 중 완결된 건은 101건에 불과하다(아래에 언급된 중단, 부적격 선언, 우호적 해결, 문제 결정 포함). 기타 189건의 사건은 모두 계류 중이다(2023년 3월 기준). 대부분의 진정사항은 사회권규약 제11조에 따른 주거권과 관련되어 있다. 이러한 개인진정의 대부분은 스페인에서 접수되었다. 주거권에 관한 소송이 대다수를 차지하고는 있지만, 개인진정은 사회 보장에 대한 권리(9조), 공정하고 적절한 근로 조건(6-8조) 또는 건강에 대한 권리(12조)와 같은 인권에 대해 제기되고 있다.

접수된 개인진정에 대해 여러 가지 가능한 결과가 있다.

(1) 절차 중단(불속행 결정)

현재까지 개인 민원은 대부분 절차가 중단되면서 종료됐다(총 101건 중 64건). 대부분의 경우, 이러한 진정은 승인 가능성 등이 검토되기 전에 각하된다. 중단 결정은 일반적으로 신청자의 요청에 따라 이루어지며, 상황은 더 좋게 바뀐다. 예를 들어 Elisabet Posada Pérez와 그녀의 딸이 스페인을 상대로 고소한 경우이다. 이들은 진정에서 강제퇴거로 인해 사회권규약 제11조에 따른 주거권이 침해됐다고 주장했다. 고소인들은 나중에 스페인이 사회주택을 할당했을 때 진정을 각하해 줄 것을 요청했다.

(2) 심리 불가(허용 불가)

101건 중 허용가능성 심리를 거친 후 25건은 각하되었다. 국내법 절차를 거쳤거나, 국가 차원에서 사

법 접근이 거부되었거나, 법적 보호가 효과적이지 않아 자국에서 효과적인 구제 수단을 찾을 수 없는 경우 진정이 허용된다.

(3) 우호적인 합의

위원회는 최종 결정을 내릴 필요가 없지만 대신 절차에 참여한 사람들 간의 우호적 합의를 위해 노력할 수 있다.

(4) 진정에 대한 결정

위원회는 타당성을 고려하여 면밀히 검토한 후 안전을 결정하고, 필요한 경우 국가에 권고안을 제출한다. 지금까지 위원회는 101건 중 12건에 대해 국가에 대한 권고 사항을 포함한 최종 결정을 내렸다.

사회권위원회의 개인진정 처리 절차

개인진정의 처리 단계는 대략 다음과 같다.

1단계: 개인진정 제출

고소장은 개인, 단체, 비정부기구 등 제3자가 유엔인권최고대표에게 서면으로 제출한다. 법원 절차와 달리 신청서는 변호사가 제출할 필요가 없다. 위원회는 피해자 중심 접근 방식을 추구하고 피해를 입은 사람들에게 불필요한 형식을 강요하지 않는다. 다만, 진정 사항은 UN 6개 언어(아랍어, 중국어, 영어, 프랑스어, 러시아어, 스페인어) 중 하나로만 접수된다. 증거, 이전 법원 파일 등 기타 문서가 UN 공식 언어로 작성되지 않은 경우 해당 문서의 전체 또는 요약 번역을 제출해야 한다.

개인진정은 제출된 서면 서류만을 토대로 결정된다. 국제 법원과 달리 이곳에서는 행위자에 대한 구두 심리가 없다. 피해를 입은 사람들, 시민사회, 국가인권기구, 옴부즈맨 또는 국가는 서면으로만 이 과정에 기여할 수 있으며 위원회에 직접 대화하는 방식으로는 기여할 수 없다. 이런 점에서 모든 서면 진술은 가능한 한 정확해야 한다.

유엔인권최고대표 웹사이트(Office of the UN High Commissioner for Human Rights: OHCHR)에서는 개인진정을 가능한 최선의 방법으로 작성하는 방법을 설명하고 있다.

제출된 보고서는 최대한 완전해야 하며 사건과 관련된 모든 정보를 시간순으로 포함해야 한다. 특히, 고소인이 침해했다고 생각하는 UN 사회규약에 규정된 권리와 구제 유형을 명시하는 것이 좋다.

고소인이 당사국으로부터 무엇을 받고 싶은지 명시한다(예: 사과, 재발 방지 보장, 보상). 또한 가능한 구제책을 최대한 활용하기 위해 체약국 법원에서 어떤 조치를 취했는지 정확하게 명시해야 한다. 또한

해당 사건이 다른 국제 조사 또는 중재 절차 이전에 계류 중인지 여부도 명시되어야 한다.

2단계: 승인 여부 확인

위원회는 먼저 진정의 타당성을 검토한다. 다음과 같은 경우 진정이 허용되지 않는다(선택의정서 제3조).

- 이용 가능한 모든 국내 구제 조치가 완료되지 않은 경우
- 국내적 구제수단이 소진된 후 1년 이내에 제출되지 않은 경우
- 개인진정의 대상 사실이 해당 계약국에 대한 선택의정서 발효 이전에 발생한 경우
- 사회권위원회에서 동일한 문제를 이미 검토한 경우 또는
- 유럽인권재판소, 미주인권재판소 등 국제 인권 재판소를 포함한 다른 국제 조사 또는 분쟁 해결 과정의 틀 내에서 조사를 받았거나 조사 중인 경우
- 명백히 근거가 없거나, 적절하게 정당화되지 않았거나, 대중 매체를 통해 유포된 보도에만 근거한 경우
- 익명이거나 서면으로 제출되지 않은 경우

지금까지 제출된 진정 중 거의 4분의 1이 이 요건을 충족하지 못했다. 이는 주로 국내 법적 절차가 완료되지 않았거나 적절하게 정당화되지 않았거나 대부분의 경우 사회권위원회의 관할권 문제 때문이었다.

3단계: 임시조치의무

개인진정서를 제출할 때 위원회는 해당 당사국에게 임시조치를 취하도록 요청하거나 요청받을 수 있다(선택의정서 제5조).

임시조치의 목적은 위원회가 개인진정을 완전히 검토하기 전에 위반 혐의의 피해자에게 돌이킬 수 없는 피해를 방지하는 것이다. 임시 조치를 장려하려는 위원회의 의지는 주택 권리에 영향을 미치는 수많은 진정을 처리하는 요인 중 하나이다. 임시 조치는 때때로 강제되거나 주택철거를 일시적으로 방지할 수 있다.

비록 위원회가 당사국에게 임시조치를 취하도록 강제할 수는 없지만, 당사국은 (자발적으로 제출한) 개인진정 절차의 정신과 목적을 훼손하지 않기 위해 위원회의 요청을 따를 것으로 기대된다. 중요한 점은 임시 조치를 요청하기로 한 위원회의 결정은 진정의 허용 여부나 수용에 대한 결정이 아니라는 것이다.

4단계: 장점 검토

사회권위원회가 개인진정이 허용 가능하다고 선언하면 해당 진정을 관련 체약국에 전달한다. 당사국은 검토 중인 문제에 대한 서면 설명을 제공하고, 6개월 이내에 어떤 개선 조치를 취했는지 전달한다.

개인진정에서 위원회는 진정제기자가 제출한 모든 문서와 제3자의 기여(예: amicus curiae)를 검토한다. 위원회는 이러한 서면 제출만을 토대로 사회권규약 위반 여부를 결정한다.

국가의 작위와 부작위 모두 인권침해를 구성할 수 있다. 검토 과정에서 위원회는 일반 논평, 국가 보고 절차에 대한 최종 의견, 개인진정에 대한 이전 결정, 다른 UN 기관이나 UN 특별 보고관의 보고 등 다양한 해석 도구를 활용한다. 위원회는 심의를 위해 다른 국제기구나 지역인권기구의 문서도 포함할 수 있다.

5단계: 우호적인 합의/중재

개별 진정 처리 절차는 또한 진정 제기자와 체약국 간의 우호적 합의 가능성을 규정하고 있다(선택의 정서 제7조). 이 경우 권장 사항(6단계 참조)이 포함된 최종 결정은 게시되지 않는다.

6단계: 권장 사항에 따른 결정

위원회는 자신의 결정(법원 판결과 구별되는 견해)을 발표하고 일반적으로 이를 국가에 대한 조치 권고 사항과 결합한다. 개인진정에 대한 최종 결정은 사회권위원회에서 단순 다수결로 결정된다. 다수결 결정에 반대 의견이 있는 경우, 일반적으로 소수 의견은 반대 의견의 최종 권고 사항에 추가된다. 개인진정에 관한 위원회의 논의는 기밀이며 공개적으로 접근할 수 없다. 그러나 모든 최종 결정은 웹사이트에 공개된다. 신고자의 요청에 따라 이름은 익명으로 유지된다.

다음은 포함하여 다양한 유형의 조치 권장사항이 있다.

(1) 권리 침해의 제거

(2) 반복금지의 보장: 예를 들어 입법적 및/또는 행정적 조치를 취하는 등 인권침해를 야기한 상황을 개선할 것을 당사국에 요청한다.

(3) 금전적 보상: 금전적 성격의 구제조치에 대한 권고, 즉 당사국은 고소인에게 피해에 대한 보상금을 지급해야 함

(4) 개별 사례를 넘어서는 일반적인 권장 사항: 예를 들어 정부가 위반 사항을 수정하기 위해 취한 모든 단계를 다음 정기 주 보고서에서 설명하도록 요구하는 등 후속 조치 메커니즘을 구현하라는 권장 사항이다. 이는 계약 국가가 장기적으로 책임을 지는 것을 보장한다.

7단계: 후속 조치

2013년 개인진정 처리절차를 시작한 이후 총 6차례의 후속조치가 있었다. 후속조치 동안 위원회는 개인진정에 대한 진행 보고서를 게시한다. 위원회는 위원회가 채택한 결정에 대한 정부의 이행을 고려하고 의견을 제시해야 한다(위의 6단계 참조).

결론

독일의 사회권규약 선택의정서 비준으로 인해 2023년부터 개인진정이 가능해졌다. 이는 모든 인권의 불가분성, 상호 의존성, 보편성을 강조한다.

사회권위원회에 제출된 개인진정은 인권 침해로 피해를 입은 사람들에게 전통적인 법원 절차에 대한 보완적인 메커니즘을 제공한다. 당사국은 그 의무가 법원의 법적 구속력이 있는 판결 및 그 집행 옵션과 비교할 수 없는 경우에도 위원회의 권고에 구속된다. 그럼에도 불구하고 위원회의 결정은 국제적 차원에서 큰 외교적 압력으로 작용한다. 동시에 개인진정 절차를 통해 특정 문제에 대한 대중의 관심을 끌 수도 있다. 역사적으로 볼 때 개별 사례를 보고하면 정부가 다르게 행동하도록 유도할 수 있는 대중의 압력이 생길 수 있다.

선택의정서의 비준과 이에 따른 연방정부의 개인진정 절차 인정은 국제적 차원에서도 큰 상징적 의미를 갖는다. 사회권규약은 171개국에서 비준되었지만, 독일을 제외한 27개국만이 선택의정서를 비준했다.

2013년 진정절차가 도입된 이후 사회권위원회에 접수된 개인 진정 290건 중 현재까지 처리된 건은 101건에 불과하다. 290건의 진정 사항이 접수된 국가는 단 11개 국가이다. 향후 더 많은 국가에서 개인진정 처리 절차를 인정하게 되면 개인진정 처리의 업무량이 크게 늘어날 수 있다. 따라서 독일은 유엔 위원회의 업무 방식과 선택사항을 개혁하는 과정에 집중적으로 참여하고, 유엔 정규 예산에서 유엔 인권 최고대표를 위한 충분한 자금을 지원해야 한다.

자신의 사회권이 침해되었다고 생각하는 독일의 개인이 향후 개인진정 절차를 사용할지는 아직 알 수 없다. 영향을 받은 사람들은 사회권규약에 대해 잘 알고 있는 유능한 시민사회단체로부터 지원을 구하고, 필요한 경우 그들을 대신하여 진정사항을 제출할 수도 있다.

선택의정서는 많은 법률 전문 분야에서 인권 측면의 일부인 집행 절차이기 때문에 전문 변호사를 위한 교육에 포함되어야 한다.

이제 가능해진 개인진정 절차를 적극적으로 활용함으로써 독일 국가의 인권 의무가 점점 더 요구될 수 있다. 또한 개인진정 처리 절차는 사회권규약에서 보장하는 권리의 내용을 보다 심층적으로 검토할 수 있게 해준다. 따라서 영향을 받은 국가, 제3자의 법적 진술은 위원회가 ESC 조약의 틀 내에서 인권 보호의 범위를 더욱 명확히 하는 데 기여할 것이다.

사회권에 대한 개인구제절차 강화 방안 연구

-2023년도 인권상황실태조사 연구용역 보고서-

| 인쇄일 | 2023년 12월 19일

| 발행일 | 2023년 12월 19일

| 발행처 | 국가인권위원회

| 주 소 | 04551 서울시 중구 삼일대로 340(저동 1가)
나라키움 저동빌딩

<http://www.humanrights.go.kr>

| 문의전화 | 전화 : 02-2125-9836

| F A X | 02-2125-0933

| 제작 | 모름지기

ISBN : 978-89-6114-983-9 93360 비매품



04551 서울시 중구 삼일대로 340(저동1가) 나라키움 저동빌딩
Tel. 02-2125-9836. Fax. 02-2125-0933.
<http://www.humanrights.go.kr>

ISBN : 978-89-6114-983-9 93360