

국제인권법의 국내이행에 있어 문제점 및 대안

일시 : 2003. 10. 27 (수) 14:00 18:00

장소 : 국가인권위원회 11층 배움터 1



국가인권위원회

국제인권법의 국내이행에 있어 문제점 및 대안

사회 : 강명득 / 국가인권위원회 사무총장 직무대리

- 14:00~14:10 개회사
- 14:10~15:10 발제 김태천 (대구지방법원 상주지원장)
 이명웅 (헌법재판소 헌법연구관)
 정경수 (순천대학교 교수)
- 15:10~15:20 휴식 및 다과
- 15:20~16:40 지정토론 박찬운 (변호사, 법무법인 신화)
 차지훈 (변호사, 법무법인 두우)
 유 혁 (법무부 국제법무과 검사)
- 16:40~18:00 자유토론, 질의 및 정리

목 차

[발제문1]	
재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행	1
김 태 천 (대구지방법원 상주지원장)	
[발제문2]	
국제인권법의 국내법적 효력	
– 헌법과의 관계 및 헌법재판에서의 法源性 –	4
이 명 웅 (헌법재판소 헌법연구관)	
[발제문3]	
국제인권조약의 국내이행 실태와 증진방안	7
정 경 수 (순천대학교 교수)	
[토론문1]	
사법판단에서의 국제인권법의 적용 가능성	10
박 찬 운 (변호사, 법무법인 신화)	
[토론문2]	
국제인권법의 사법적 활용을 중심으로	121
차 지 훈 (변호사, 법무법인 두우)	
[토론문3]	
UN 개인통보제도 관련 문제 검토	129
유 혁 (법무부 국제법무과 검사)	

발제문 1

재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행

김 태 천 (대구지방법원 상주지원장)

[발제문1]

재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행

김태천 (대구지방법원 상주지원장)

I. 첫머리에

우리나라에서 국제인권법에 대한 학문적 관심 내지 연구가 본격화된 것은 1990년 초경 국제인권규약을 비롯한 일련의 국제인권협약에 대한 가입과 그 때를 같이한다고 하여도 과언이 아니다. 그로부터 약 15년이 지난 오늘날까지도 국제인권법에 대한 학문적 연구 및 재판과정에 있어서의 국제인권법실무는 초보적인 단계에 머물러 있다고 말할 수 있다. 국내에서 지금까지 이루어진 국제인권법에 대한 학문적 연구가 개별협약에 대한 소개와 국제인권보호제도에 집중되고 있다는 비판은¹⁾ 매우 정확한 지적이다. 비록 이러한 연구작업이 국제인권법의 국내적 이행 내지 실시를 위한 기초를 다지게 할 것임은 부인할 수 없으나, 특히 유럽인권협약을 제외한 나머지 대부분의 개별적 국제인권협약에 의하여 설치된 국제적 실시조치 내지 국제인권보호제도가 그 실효성의 측면에서 여러 가지 취약점²⁾과 한계³⁾를 노출하고 있는 현재의 상황 아래에서는 국제인권법의 국내적 이행(domestic implementation)을 통하여 그 실효성을 확보하지 않을 수 없다.⁴⁾ 이에 따라 각 국제인권협약은 그 자체의 국제인권보장제도를 마련하고 있음에도 불구하고, 오히려 체결국에 대하여 협약상의 권리를 침해당한 개인에게 실효적인 국내

1) 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석”, 민주법학, 제17호 (2000), 149쪽.

2) 拙稿, “국제인권규약(B규약)의 국제적 실시조치”, 국제법학회논총, 제40권 제2호 (1995년 12월), 235쪽 이하; “국제인권규약의 개인청원제도: 그 실효성 확보를 위한 몇 가지 제언”, 배재식박사고회기념논문집, 『국제인권법의 실천제도』 (서울: 박영사, 1998), 146쪽 이하.

3) 일부 헌법학자의 견해에 의하면, 인권의 국제적 보장에는 그 실효성의 측면에서 일정한 한계가 있을 수밖에 없으므로, 인권보장은 일차적으로 국내법적 수단, 특히 사법절차를 통하여 확보되어야 하며, 인권이사회 등의 개입 등과 같은 국제인권보장제도는 보충적으로 인정될 뿐이라고 주장하기도 한다(장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 판례실무연구(비교법실무연구회), 제3권 (1998), 171쪽).

4) 최승환, “인권제도의 효용성: 국제인권규약을 중심으로”, 배재식박사고회기념논문집, 『국제인권법의 실천제도』, (서울: 박영사, 1998), 20쪽.

구제수단을 제공할 의무를 부과하고, 특히 司法的 구제조치의 가능성을 발전시킬 것(자유권규약 제2조 제3항 b호)에 초점을 두고 있다. 또한 각 국제인권보장제도는 원칙적으로 국제적 실시조치에 호소하기에 앞서 국내적 구제수단에 의지할 것을 그 절차적 전제요건으로 하고 있다(속칭 국내구제절차완료원칙). 이와 같이 국내 법원(domestic courts)은 국제인권법의 성격과 구조에 기인하는 역할, 즉 국제인권법의 실시기관으로서 위치하고 있음을 자각하여 국제인권법의 국내적 이행이 자신의 고유한 임무라는 인식하에 재판과정이라는 사법적 판단에 있어서 국제인권기준을 충분히 고려하지 않으면 안 된다는 것이다.⁵⁾

이 글에서는 재판과정이라는 사법적 판단을 통한 국제인권기준(논의의 편의상 국제인권협약을 중심으로)의 국내적 이행 내지 적용, 즉 직접적용(자기집행력), 규범충돌(국내법적 효력순위), 간접적용(국제법합치해석원칙), 역외적용(보편주의적 관할권) 등의 문제에 대한 이론적 검토와 더불어 우리나라를 비롯한 각국 법원(논의의 편의상 주로 미국과 일본의 판례를 중심으로)의 실무관행을 검토하고자 한다.

II. 직접적용

국내 법원은 국제인권협약을 재판규범으로써 직접적으로 적용할 수 있는가. 우리나라의 헌법 제6조 제1항과 그 해석에 따르면, 우리나라가 가입한 모든 조약은 그 자체로서 국내법적 효력을 가진다(수용이론). 그런데 국내 법원은 구체적인 사건에서 이와 같은 국내법적 효력을 가진 모든 조약을 재판규범으로써 직접적용가능한가. 이것이 바로 조약의 '직접적용가능성'(direct applicability) 내지 '자기집행성'(자동집행성, self-executing) 문제이다. '자기집행성'의 개념은 19세기 초경부터 미국 판례법상으로 발전해 온 것으로서,⁶⁾ 20세기 중반 이후에는 유럽국가들(특히 EU판례법을 통하여)에 의해

5) 阿部浩己 外1, 『國際人權法』(東京: 日本評論社, 1996), 28面.

6) 미국 판례 중에는 조약이 개인의 제소권을 부여하고 있는지를 자기집행성 여부를 판단기준으로 삼는 예가 늘어나고 있다고 한다. 즉, 조약은 위반시 그 자체가 구제를 요청하는 개인의 소권까지 부여한 경우에만 법원에서 집행될 수 있으므로, 이 경우만이 자기집행조약이 될 수 있다는 것이다. 이에 대하여는 조약이 개인의 제소권을 언급하지 않더라도 개인은 법원에서 방어용으로 조약을 원용함으로써 이를 실현시킬 수도 있기 때문에 반드시 조약이 개인의 제소권을 확립시켜 주어야만 자기집행적

서도 받아들여져서 ‘직접적용가능성’의 개념이 정립되기에 이르렀고,⁷⁾ 오늘날에는 직접 적용가능성과 자기집행성의 개념이 혼용되어 사용되고 있다.⁸⁾ 일반적으로는 국제법이 국내적 입법조치를 기다리지 아니 하고 그 자체로서 국내법의 일부가 될 수 있다는 의미에서 EU법에서의 직접적용가능성(직접효력과 구별되는)의 개념⁹⁾과 미국 판례법상의

이라는 결론을 내릴 수는 없다는 비판이 제기되고 있다(C. Vazquez, "The Four Doctrine of Self-Executing Treaties", *AJIL*, Vol.89 No.4 (October, 1995), pp.695, 720~721; 유남석, "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 직접적용가능성-대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877-", 판례실무연구(비교법실무연구회), (1999. 3.), 216쪽에서 재인용).

- 7) 국제법(조약 및 관습법)의 국내적용가능성의 문제에 대하여 일찍부터 精緻한 이론이 전개된 것은 미국에서가 아니라 독일의 판례·학설이라고 알려져 있다. 국제법과 국내법의 관계에 관한 이원론자인 독일의 Walz는 "self-executing이라고 하는 미국에서 조약에 관하여 사용되어 온 용어를 우리의 문제 전체에 확대하여 적용함으로써 'self-executing 국제법'이라는 개념을 도입할 수가 있다."고 주장하였다(G. Walz, *Völkerrecht und staatliches Recht* (1933), pp.274-275). 또한 이러한 이론적 연구에 힘입어 서독기본법(독일의 경우 헌법해석상 변형이론에 따라 조약 그 자체만으로는 국내법적 효력을 가지지 못하며, 속칭 동의법이 제정되어야 비로소 조약의 국내법화가 이루어진다는 것이 통설이다)은 제25조에서 "국제법의 일반원칙은 연방법의 일부이다. 그것은 법률보다 우위에 있고, 연방영역의 주민(개인)에 대하여 직접적으로 권리·의무를 창설한다."고 규정하였다(岩澤雄司, "アメリカ裁判所における國際人權訴訟の展開(一)-その國際法上の意義と問題點-", *國際法外交雜誌*, 第87卷 第2号 (1988), 76面). 이러한 역사적 상황에 비추어 보면, self-executing이라는 용어가 미국법에서 출발하였다 하더라도, 독일의 학설·입법에 의하여 '개인에 대하여 직접적으로 권리·의무를 창설한다'는 내용을 포섭하는 '직접적용가능성'이라는 용어가 만들어진 것으로 보인다. 따라서 '직접적용가능성'과 '자기집행'은 그 토대를 같이하고 있다고 말할 수 있다.
- 8) 조약의 '국내적 효력'(domestic effect), '국내법적 효력'(domestic legal effect), '직접효력'(direct effect), '직접적용성'(direct applicability), '자기집행성'(self-executing), '자기집행적 효력'(self-executing effect), 나아가 사인이 조약에 근거하여 권리주장을 할 수 있는지 여부를 지칭하는 '원용가능성'(invocability) 등의 용어가 정확한 정의 없이 유사한 의미로, 때로는 각각 다른 의미로 혼란스럽게 사용되고 있어 한층 개념의 혼선을 초래하고 있다는 것이다(백진현, "조약의 국내적 효력-이론, 관행, 정책의 비교분석 및 한국에의 함의-", *국제법학회논총*, 제45권 제1호 (2000년 6월), 103쪽).
- 9) EU판례법에서 발전하여 온 직접적용성(direct applicability)과 직접효력(direct effect)은 서로 개념적으로 구별된다. 전자는 공동체법이나 공동체가 체결한 조약이 회원국에서 별도의 입법조치 없이 직접 적용되고 효력을 가지는가, 즉 국제법이 국내법질서의 일부를 이루는가 여부에 관한 문제이고, 후자는 직접적용성에서 더 나아가 해당 공동체법이나 조약이 개인에게 직접 권리를 부여하고 있으나, 다시 말하면 개인이 공동체법이나 조약을 직접 원용하여 법원에서 권리주장을 할 수 있는가 하는 개인에 의한 조약의 원용가능성 여부, 즉 직접적용됨으로써 국내법질서의 일부를 이룬 국제법을 개인이 국내 법원에서 원용할 수 있는가 여부에 관한 문제이다(김대순, 『국제법론』 (서울: 삼영사, 2002), 131쪽; 백진현, 앞의 논문 (주8), 103쪽). 한편, 일본의 경우에는 조약의 직접효력 내지 국내적 효력이란 조약이 별도의 입법 없이 그 자체로 국내에서 법률과 같은 효력을 가짐을 의미하는바, 이런 점에서 EU법상의 직접적용가능성이나 미국 판례법상의 자기집행성과 동일한 의미로 사용되는 반면에, 직접적용성이란 사인의 조약 원용가능성을 의미하는 용어, 즉 EU법상의 직접효력과 동일한 의미로 사용되고 있다고 한다. 이에 따라 백진현 교수님은 '직접효력', '직접적용가능성' 및 '자기집행성'을 동일한 개념으로 파악하면서, EU법상의 '직접효력' 개념을 사인에 의한 조약 '원용가능성'(invocability)이라는 용어로 대체하여 이를 조약의 효력의 문제가 아니라 당사자자격(자격)의 문제로 파악하고 있다. 그러면서도 직접적용가능성(직접효력)과 개인의 당사자자격(원용가능성) 여부는 개념적으로 구별되지만, 실제로는 구별하기가 대단히 어려운 점을 실토하고 있다(백진현, 앞의 논문 (주8), 103~105쪽).

자기집행성(원용가능성과 구별되는)의 개념은 동일한 의미로 파악되고 있다.¹⁰⁾ 이에 따라 직접적용가능성 내지 자기집행성 여부는 조약을 근거로 직접 법원에 소송을 제기할 수 있는 개인의 구체적 권리성 여부(EU법상의 ‘직접효력’ 및 미국법상의 ‘원용가능성’)와는 별개의 문제로서 서로 구별되어야 한다는 견해가 있다.¹¹⁾ 그러나 그 구별이 쉽지 아니하고 또한 개념적인 구별의 실익도 없다. 이에 따라 직접적용가능한 조약 내지 자기집행조약의 개념은 국내적 입법조치가 없더라도 그 자체로서 국내법의 일부가 될 뿐만 아니라, 나아가 개인은 국내 법원에서 그 조약을 원용하여 자신의 권리를 구제받을 수 있다고 하는 넓은 의미로 파악되기도 한다. 이 글에서는 조약의 ‘직접적용가능성’과 ‘자기집행성’간의 개념적 범주에 관한 논쟁을 접어둔 채, 논의의 편의상 직접적용가능성은 직접효력(개인의 구체적 권리 및 제소권)을 포섭하는 넓은 의미로 파악하고,¹²⁾ 그러한 의미에서 자기집행성과 동의어로 파악하고자 한다.¹³⁾

국내 법원이 국제인권협약을 직접 적용하여 개인의 인권을 보호하기 위해서는, 다시 말하면 국제인권협약이 국내법원에서 직접적용(자기집행)되기 위해서는, 먼저 당해 조약의 국내법적 효력이 인정되어야 함은 당연하다. 전통적으로 국제법규를 국내법질서에 편입하여 국내에서 실시하기 위한 구체적인 방법의 결정에 관하여는 각국의 국내법에 대폭적인 재량권을 부여하여 왔다.¹⁴⁾ 이것은 오로지 각국의 헌법적 결단에 의한 것으로서 국제법이 개입하지 않는다.¹⁵⁾ 이에 따라 각국의 입법례는 국제법과 국내법의 관계에 관

10) 조흥석, “국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성”, 저스티스, 제32권 제3호 (1999), 16쪽; 백진현, 앞의 논문 (주8), 103쪽.

11) 유남석, 앞의 논문 (주6), 221쪽; 조흥석, 앞의 논문 (주10), 20쪽.

12) 엄밀하게 말하자면, 직접적용가능성의 개념은 개인의 권리의무를 창설하는 것(또는 개인에게 소권을 창설하는 것, 흔히 이를 ‘직접효력’이라 한다)과 구별되어야 한다. 예컨대, 국가의 관할권면제에 관한 법규칙과 같이 국제법이 개인에게 권리의무를 창설하지 아니하더라도 국내적으로 직접적용될 수 있는 것이기 때문이다. 독일의 헌법재판소도 1977년의 결정에서 이것을 확실히 인정하였다고 한다 (Judgment of 13 December, 1977, 46 BVerfG 362~363; 岩澤雄司, 前掲論文 (註7), 78面에서 재인용).

13) 일본의 경우에도 직접적용성(자기집행성)의 개념은 직접효력(사인의 조약 원용가능성)의 개념을 포함하는 것으로 해석되고 있다. 지금까지 일본 법원은 위 양자의 개념을 명백히 구별하지 않고, 크게 (직접효력을 포섭한 넓은 의미에서의) 직접적용성의 문제로서 양자를 모두 다른 것으로 보인다(백진현, 앞의 논문 (주8), 112~113쪽).

14) 山本草二 著(朴培根 譯), 『新版 國際法』(서울: 국제해양법학회, 1999), 142쪽.

15) 그러나 최근 각종의 다자조약에서는 조약의 국내법적 효력 여부를 전적으로 국내법에만 맡기고 있지는 않다. 계약국에 부과된 조약상의 의무는 그 성질에 따라, ① ‘결과의 의무’를 정하는 조약규정, ② ‘특정사태의 발생을 방지할 의무’를 정하는 조약규정, ③ ‘실시와 방법의 의무’를 정하는 조약규정 등으로 나누어지는데, 그 중 ③의 경우에는 당해 조약규정을 국내적으로 실시하기 위한 구체적인 방법을 제시하고, 계약국에 대하여 이에 따르도록 요구하면서 만약 이를 태만히 하면 즉각적으로 그 국

한 이론, 즉 이원론(대립설주의)과 일원론(통일설주의)에 따라 조약의 국내법적 효력 여부를 결정하고 있다. 개개의 조약이 개별적으로 국내법으로 변형(transformation)되지 않는 한, 다시 말하면 당해 조약에 대한 국내적 입법조치, 즉 입법에 의한 개별적 변형(예컨대, 영국¹⁶⁾ 캐나다, 호주, 덴마크, 스웨덴, 노르웨이 등) 또는 동의법에 의한 변형(독일기본법¹⁷⁾)이 이루어지지 않으면 국내법적 효력을 인정하지 아니하는 국가, 소위 이원론 국가에 있어서는 조약의 직접적용문제는 원칙적으로 발생하지 아니한다.¹⁸⁾ 이에 반하여 우리나라를 비롯하여 미국, 프랑스, 벨기에, 오스트리아, 네덜란드, 스위스, 일본 및 CIS 국가들¹⁹⁾과 같이 일원론을 채택한 국가들은 일반적으로 특별한 국내적 입법조치

가의 국제책임이 발생하도록 하는 내용을 포함한다. 이것은 조약규정이 국제법상의 의무의 국내적 이행에 관하여 그 구체적인 실현방법까지 특정함으로써 각국의 재량권을 현저하게 축소시키거나 박탈하는 것이다. 또한 각 체결국이 적절한 입법·행정과 그 밖의 국내적 조치에 의하여 조약상 의무를 국내적으로 이행하도록 하기 위하여 국제기구에 의한 확인·감시·심사·개입 등 객관적인 관리와 규제를 강화하는 경향이 있다. 이에 따라 국제법의 국내적 실시에 관한 각국의 전통적인 재량권의 범위가 현저하게 제한되고 표준화되기에 이르렀다(山本草二 著(朴培根 譯), 앞의 책 (주14), 142~149쪽).

- 16) 영국의 귀족원(House of Lords)은 1989년의 속칭 국제주식사건(Australia and New Zealand Banking Group Ltd. v. Australia) 판결에서 “영국의 헌법에 따라 국왕이 체결한 조약은 의회의 상응한 조치 없이는 국내적으로 다른 법을 수정하거나 개인에게 권한을 부여하거나 개인이 국내법 하에서 향유하는 권한을 박탈할 수 없다. 즉 조약은 흔히 표현되듯이 자기집행적이지 않다는 것이다. 간단히 말해 조약은 입법에 의해 법률로 수용되기 전까지는 영국법의 일부가 아니다.”고 판시하였다(Judgment of 26 October 1990, *ILM*, Vol.29 (1990), p.694; 백진현, 앞의 논문 (주8), 109쪽에서 재인용).
- 17) 독일의 경우에는 조약이 기본법 제59조 제2항(“연방의 정치적 관계를 규율하거나 연방의 입법사항에 관한 조약은 연방법률의 형식으로 각각 연방의 입법에 관하여 권한을 갖는 기관의 동의 또는 협력을 필요로 한다.”)에서 정한 절차에 의하여 국내법으로 변형되어야만 비로소 국내적으로 효력을 발생한다는 변형이론이 통설이다(성재호, “조약의 자기집행성”, 국제법평론, 통권 제8호 (1997- 1), 11쪽). 그런데 종래의 다수설에 의하면, 위와 같은 기본법규정의 절차를 거친 조약 중에서도 그 내용이 직접 적용가능한 부분만 국내법으로 변형된다고 본다. 즉, 직접적용가능성을 국내적 효력의 전제로 보고 있는 것이다. 이에 대하여 조약은 국내법으로 변형됨으로써 국내적으로 효력을 발생하지만, 그러한 조약이 행정기관과 사법기관에 의하여 직접 적용될 수 있는지 여부는 별개의 문제로 파악하여야 한다는 견해가 점차 증가하고 있다고 한다(유남석, 앞의 논문 (주6), 218~219쪽).
- 18) 이원론 국가에 있어서는 조약 그 자체로서는 국내법적 효력을 갖지 않고, 국내적 적용과 집행을 위해서는 반드시 사전에 그 내용을 권한부여적인 제정법으로 변형되어야만 한다. 만약 이러한 변형절차를 거치지 아니하는 경우에는 조약이 정당할 절차에 의하여 체결됨으로써 국제법상 체결국을 구속한다고 하더라도, 국내 법원은 국내법상 부존재로 보며, 이를 적용 또는 집행할 수 없게 된다(성재호, 앞의 논문(주17), 10쪽). 그런데 조약이 위와 같은 변형절차를 거쳐 국내법적 효력을 가지게 되었다고 하더라도, 그 조약내용이 국내법원에서 곧바로 적용할 수 있는 개인의 권리와 의무를 창설하는 내용인지 여부를 판단할 필요가 있고, 이러한 점에서 이원론 국가의 경우에도 조약의 자기집행성 내지 직접적용가능성 여부가 문제되기도 한다. 그 대표적인 예가 독일이다(유남석, 앞의 논문 (주6), 219쪽).
- 19) 구 소련의 붕괴로 말미암아 탄생한 CIS(the Commonwealth of Independent States) 국가들과 구 동구권 국가들은 새로운 헌법 제정을 통하여 종래의 이원론적 태도를 버리고 일원론을 채용하여 국제법은 그 자체로서 국내법의 일부를 이룬다고 선언하고 있다. 예컨대, 1993년의 러시아 연방헌법 제15조

없이도 조약을 그대로 국내법체계 안에 수용(incorporation)하는 헌법체제를 취하고 있고, 이러한 국가들에서는 수용이론에 의하여 국내적 효력을 가지게 된 조약의 직접적용 가능성 내지 자기집행력 여부가 문제된다.²⁰⁾

국제인권협약이 국내적으로 직접적용가능한가 여부의 문제는 위에서 본 바와 같은 조약의 일반이론과 마찬가지로 각국의 국내법상 헌법적 결단에 맡겨져 있다고 할 수 있다. 따라서 각국마다 그 입법례에 따라 다르게 나타나며, 그 직접적용가능성 여부를 판정하는 기준도 역시 당해 국내 법원의 판례 등 국가관행에 따라 다양할 수밖에 없다.²¹⁾

미국 판례법상 발전하여 온 자기집행조약과 비자기집행조약의 구별기준은 국제인권협약의 직접적용가능성 여부를 판단함에 있어 시사하는 바가 매우 크다. 미국의 캘리포니아주 대법원은 1952년의 *Sei Fujii* 사건²²⁾에서 미국에 거주하던 일본인의 토지 소유를 금지한 국내법(캘리포니아주 외국인토지법)이 국제법(유엔헌장의 인권관계규정, 특히 차별금지조항)에 위반하여 무효라는 원고의 주장에 대하여 판단함에 있어서 위 헌장 규정의 자기집행력 여부에 관하여, “조약이 자기집행적인지의 여부를 결정함에 있어서 우선 당해 조약의 문언에 의하여 표명된 체약당사국의 의도에 따라야 하고, 그것이 불확실한 경우에는 조약체결을 둘러싼 (객관적) 사정을 고려하여야 한다. 또한 조약 규정이 자기집행력을 갖기 위해서는 조약의 기초자들이 그 자체만으로 국내 법원에서 적용될 수 있는 규칙을 제정하려고 의도하였음이 분명하여야 한다.”고 판시하면서 위와 같은 요건을 갖추지 못한 유엔헌장상의 인권관계규정²³⁾은 자기집행조약에 해당하지 않

제4항에 의하면, “일반적으로 승인된 국제법 원칙과 규범 및 러시아연방의 국제조약은 그 연방의 법체계의 통합된 부분을 이룬다. 만약 러시아연방의 국제조약이 법률에 의하여 규정된 것과 다른 규칙을 설정한 경우라면, 국제조약상의 규칙이 (우선) 적용된다.”라고 규정되어 있고, 또한 1995년의 카자흐스탄공화국 제4조에 의하면, “카자흐스탄공화국에 의해 비준된 국제조약은 국내법보다 우위에 있고, 국제조약의 적용이 국내법의 공표를 요하는 경우를 제외하고는 직접적으로 적용된다.”고 규정되어 있다(G.M. Danilenko, “Implementation of International Law in CIS States: Theory and Practice”, *EJIL*, Vol.10 (1999), pp.51~52. 65; Stein, “International Law in Internal Law: Toward Internationalization of Central-Eastern European Constitutions?”, *AJIL*, Vol.88 No.2 (April 1994), p.427; Vereshchetin, “New constitution and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law”, *EJIL*, Vol.7 (1996), p.29).

20) 阿部浩己 外1, 前掲書(註5), 29面.

21) 정경수, 『국제인권법의 국내 적용에 관한 연구 -한국의 관행을 대상으로-』, 고려대석사학위논문(1999), 133~134쪽.

22) *Sei Fujii v. State*, 38 Cal. 2d 718; 242 P. 2d 617 (1952).

23) 즉, 유엔헌장 前文이나 제1조는 각 가맹국에 법적 의무를 부과하거나 개인에게 권리를 창설하는 것을 의도하지 않고 있으므로 자기집행적이라고 볼 수 없고, 또한 인종 등에 의한 차별 없이 인권 및

는다고 하였다. 또한 미국 판례²⁴⁾에 의해 집적된 국제법이론을 정리하여 1987년에 공간된 국제관계법에 관한 제3차 리스테이트먼트 제111절에 의하면, 자기집행조약과 비자기집행조약의 구별기준에 관하여, ① 조약이 국내입법 없이는 효력을 발생할 수 없거나 국내법이 될 수 없다고 그 의도를 선언하고 있는 경우, ② 상원에서 특정조약에 동의하는 과정에서 혹은 의회의 결의에 의해 국내입법을 요구하는 경우, ③ 국내입법이 헌법적으로 요구하는 경우에는 자기집행조약이 될 수 없음을 명백히 하고 있다.²⁵⁾ 요컨대, 자기집행조약이라고 하기 위해서는, ① 객관적 요건으로, 당해 조약규정의 내용과 형식이 문언상으로 보아 개인의 권리가 구체성(concreteness)과 특정성(specificity)을 지님으로써²⁶⁾ 개인에 대하여 직접 그 권리를 창설할 것을 목표로 규정한 것으로 인정되고, 그 내용을 구체화하기 위한 별도의 국내적 입법조치가 필요하지 않다고 해석될 것과, ② 주관적 요건으로, 조약의 기초자들이 당해 조약규정에서 개인의 권리와 의무를 정하며, 그 자체만으로 국내 법원에서 직접적으로 적용될 수 있는 규칙을 제정하려고 의도하였음이 조약의 문언상 확인될 수 있어야 한다.²⁷⁾ 특히 조약이 국내 입법에 의하여 실시되어야 한다는 취지를 규정하고 있는 경우에는 당해 조약은 자기집행적이 아니라는 당사국의 의사를 명시하고 있는 것으로 해석된다.²⁸⁾ 또한 체약국이 당해 조약체결 당시 자기집행적 성격을 부인하는 의사를 명백히 한 경우²⁹⁾에는 그 조약규정의 객관적 성격

기본적 자유를 보편적으로 존중할 것을 규정하고 있는 유엔헌장 제55조는 비준에 의하여 직접 개인에 대하여 재판을 청구할 수 있는 권리를 창설할 의사를 표시하고자 하는 명령적 성질과 확정성이 결여되어 있으므로 자기집행적이라고 할 수 없다고 판시하였다.

24) *Foster v. Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253, 254 (1829); *Cook v. United States*, 288 U.S. 102, 119 (1933); *People of Saipan v. U.S. Dep't of Interior*, 502 F.2d 90, 97 (9th Cir. 1974); *Frolova v. U.S.S.R.*, 761 F.2d 370, 373 (7th Cir. 1985) etc.

25) 박찬운, “실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용”, 인권과정의, Vol.320 (2003년 4월), 114쪽.

26) 반면에, 불특정하거나 불완전한(imprecise, vague, indefinite, broad, incomplete)한 조약은 자기집행적이 아니라고 한다(Q. Wright, “Treaties as Law in National Courts with Especial Reference to the United States”, 32 *Ind. L. J.*, 1, 6 (1956); 유남석, 앞의 논문 (주6), 215쪽에서 재인용).

27) 山本草二 著(朴培根 譯), 앞의 책 (주14), 135~136쪽.

28) *U.S. v. Postal*, 589 F. 2d. 862 (1979). 공해조약 제27조 내지 제29조는 명시적으로 입법에 의한 집행을 규정하고 있기 때문에 자기집행적이 아니라고 판시하고 있다(유남석, 앞의 논문 (주6), 214쪽에서 재인용).

29) 미국(연방상원)은 1990년 10월 고문방지협약을 비준하면서 위 협약 제1조 및 제16조, 또한 1992년 4월 자유권규약을 비준하면서 위 규약 제1조부터 제27조까지의 각 권리는 자기집행력을 가지지 않는다고 선언을 포함하는 권고적 결의를 채택한 것이 그 대표적이 사례이다(L. Henkin, “U.S. Ratification of Human Rights Convention: The Ghost of Senator Bricker”, *AJIL*, Vol.89 No.2 (April 1995), pp.346~348; 성재호, 앞의 논문 (주17), 17쪽; 박찬운, 앞의 논문 (주25), 114쪽).

에도 불구하고 자기집행조약으로 인정될 수는 없을 것이다.

그런데 각국 국내 법원의 판례에서 나타난 국제인권협약의 직접적용가능성에 대한 판단기준은 엄밀한 의미에서는 정도의 차이가 있으나 대체로 위와 같은 자기집행조약과 비자기집행조약의 구별기준과 별반 다를 것이 없어 보인다.³⁰⁾ 문제는 국제인권협약 중에서 어느 것이 국내적으로 직접적용가능한 것인가, 그 구별기준을 어떻게 정할 것인가 라는 데 있다. 먼저, 그 조약규정의 성질상 체약국에 대한 권리를 존중 및 확보할 '즉시적 의무'를 부과하는 조약규정(예컨대, 자유권규약³¹⁾)은 직접적용가능한 반면에, 권리의 실현을 '점진적으로 달성할 의무'를 부과하는 조약규정(예컨대, 사회권규약)은 직접적용할 수 없다고 한다.³²⁾ 또한 위와 같은 조약규정상의 의무의 성질 이외에도, 당사국의 의사(특히, 직접적용가능성을 배제하는 부정적 의사), 규정내용의 명확성(구체성과 특정성), 국내법제의 상황 등의 기준도 고려하지 않으면 안 되며, 이에 같은 조약이더라도 조항에 따라서, 국가에 따라서 또는 상황에 따라서 그 판단이 달라질 수도 있다.³³⁾

우리 대법원은 1999년의 속칭 손종규 국가배상청구사건의 상고심 판결³⁴⁾에서 자유권규약 제2조 제3항이 국내적으로 직접적용될 수 있는 객관적 요건(즉, 당해 조약규정의 내용과 형식이 문언상으로 보아 개인에 대하여 직접 그 구체적 권리를 창설할 것을

30) 미국 판례법상의 자기집행조약과 비자기집행조약의 구별방식을 수용한 국가들로는 아르헨티나, 오스트리아, 벨기에, 사이프러스, 이집트, 프랑스, 독일, 그리스, 이태리, 일본, 룩셈부르크, 몰타, 멕시코, 네덜란드, 스페인, 스위스, 터키 및 유럽공동체 등이라고 한다[R.B. Lillich, "Invoking International Human Rights Law in domestic Courts", 54 *U. Cin. L. Rev.* 367, 373 n.31 (1985); F. Newman, *International Human Rights: Law, Policy, and Process*, 2nd ed. (Cincinnati, Ohio: Anderson Publishing Co., 1996), p.586에서 재인용].

31) 우리나라의 학설상 자유권규약의 직접적용가능성 여부에 관하여는 긍정설(다수설)과 부정설(소수설)로 견해가 나누어진다. 긍정설을 취하는 견해로는 백충현, "국제인권규약가입의 법적 의의", *저스티스*, 제21권 (1988년 12월), 10쪽; 오승철, "유엔국제인권규약(B규약) 제9조 제3항의 국내법적 해석·적용", *인권과정의 Vol.294* (2001년 2월), 141쪽; 박찬운, 앞의 논문 (주25), 114, 122쪽; 대한민국, 『시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제40조에 따른 최초보고서』 (1991), 6쪽 등이 있고, 부정설을 취하는 견해로는 장영수, 앞의 논문 (주3), 163쪽(국제인권규약에 의한 인권보장은 국내에서의 인권보장을 위한 구체적인 시행조치까지 내포하고 있는 것은 아니므로 자기집행조약이라고 볼 수는 없을 것이라고 주장하였다)이 있다.

32) 阿部浩己 外1, 前掲書 (註5), 30面.

33) 上掲書, 31面.

34) 대법원, 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결; "자유권규약 제2조 제3항은 위 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 위 규정에 의하여 별도로 개인이 위 규정의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다."

목표로 할 것)을 갖추지 못하였다는 이유로³⁵⁾ 위 규정의 직접적용가능성을 부인하였다고 해석된다. 이것은 자유권규약의 직접적용가능성을 인정하는 입장을 보인 것이라고 평가하는 견해³⁶⁾도 있으나, 위 판결로써 대법원이 자유권규약의 직접적용가능성에 관한 입장을 분명히 했다고 보이지는 않는다. 오히려 자유권규약 제2조 제2항은 자유권규약의 직접적용가능성을 부정하는 견해의 유력한 단서가 되고 있는 점³⁷⁾에 미루어 보면, 대법원이 위 제2조 제3항 규정을 언급하였다는 점에서 위 규정 자체의 직접적용가능성을 부인한 것임은 물론이고, 나아가 자유권규약 규정 전체의 직접적용가능성도 아울러 부인한 것으로도 해석될 수 있기 때문이다. 한편 하급심 법원(서울지방법원)은 속칭 전국방송노조파업사건의 항소심 판결³⁸⁾에서, 파업을 이유로 처벌하는 것은 국제인권협약에 위반된다는 피고인들의 주장에 대하여 자유권규약 제8조 제3항(강제노동금지)의 직

-
- 35) 자유권규약 제2조 제3항 (a)호에 의하면, “(체약국은) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에게 대하여, 그러한 침해가 공무집행 중인 자에 의하여 행하여진 것이라고 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것을 약속한다.”고 규정되어 있음에 불과하므로, 개인의 국가배상청구권을 창설하는 내용과 형식을 갖춘 것이라고 보기는 어렵다.
- 36) 이 사건 판결 당시 재판연구관으로 근무하던 유남석 부장판사님이 작성한 판례평석(연구관 보고서로 기초로 작성된 것으로 보임)에 의하면, 자유권 제19조 제2항은 직접적용가능성이 있다고 볼 수 있는 반면에, 제2조 제3항은 자유권규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 의무로 규정하고 있는 것일 뿐이고, 위 조항에 의하여 별도로 개인이 자유권규약의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다고 하면서 직접적용가능성을 부인하고 있다(유남석, 앞의 논문 (주6), 225쪽). 그런데 위 판결 평석에서, “대상판결은 B규약이 국내에서 직접 적용될 수 있는 조약인지 여부에 관하여 명시적인 판단을 하지는 않았지만, 원고의 이 사건 행위를 구노동쟁의조정법 제13조의2 위반죄로 처벌한 것이 B규약 제19조 제2항에 위반하였는지 여부를 판단하고 있는 점에 비추어 볼 때 적어도 위 제19조 제2항은 국내 법원이 재판규범으로써 직접 적용할 수 있다는 입장에서 서 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.”라고 결론을 맺고 있다(위 논문, 227~228쪽). 위와 같은 견해가 과연 당시 대법원 재판부에 의해 채택되었는지 여부에 관하여는 판결문의 내용만으로는 알 수 없으나, 만약 위와 같은 견해를 전제로 하여 판결을 하였다고 한다면, 위 판결은 자유권규약의 직접적용가능성에 관한 중요한 선례가 된다고 할 수 있다.
- 37) 직접적용가능성을 부정하는 견해가 제시하는 논거 중의 하나는 자유권규약 제2조 제2항이 각 당사국에게 입법조치에 의하여 규약을 실시할 의무를 부담시키고 있고, 이는 자유권규약이 자기집행적이지 아니라는 것을 의미한다는 것이다(유남석, 앞의 논문 (주6), 222~223쪽).
- 38) 서울지방법원, 2004. 4. 12. 선고 99노10804 판결; “(위 규약상의 규정은) 법원의 재판에 의한 형의 선고 등의 경우를 제외하고 어느 누구도 강제노동을 하도록 요구되지 아니 한다는 취지로 규정하고 있고, 여기서 강제노동이라 함은 본인의 의사에 반하여 과해지는 노동을 의미하는 것이고, 이는 범죄에 대한 처벌로서 노역을 정당하게 부과하는 경우와 같이 법률과 적법한 절차에 의한 경우를 제외하고는 본인의 의사에 반하는 노역은 과할 수 없다는 의미라고 할 것인데(헌법재판소 1998. 7. 16. 97헌바23 전원재판부 결정 참고), 위력업무방해죄는 파업 그 자체를 처벌하는 것이 아니라 파업과는 별도로 독자적 구성요건을 정하여 그 구성요건해당여부에 따라 처벌하는 것이므로, 강제노동을 금지하는 ILO 제29호, 제105호 협약 및 자유권규약 제8조 제3항에서 금지하는 강제노동금지조항에 위반된다고 할 수도 없다.”

접적용가능성을 묵시적으로 인정한 바 있다.

일본의 경우³⁹⁾ 최고재판소는 공무원에 대하여 특정의 후보자를 지지하는 투표권유 운동을 금지하고 이에 위반한 공무원을 처벌하도록 규정한 국가공무원법 등이 자유권규약 제18조(사상·양심의 자유), 제19조(표현의 자유), 제25조(정치참여의 자유)에 위반되지 않는다고 판시한 적이 있는데,⁴⁰⁾ 이것은 자유권규약의 직접적용가능성을 인정하는 태도를 보인 것이라고 평가하는 견해도 있지만, 위 판결로써 일본의 최고재판소가 입장을 분명히 했다고 보이지는 않는다.⁴¹⁾ 또한, 최고재판소는 1989년의 속칭 塩見(Shiomi)事件⁴²⁾에서 사회권규약 제9조가 “이 규약의 체약국은 모든 사람이 사회보함을 포함한 사회보장에 대한 권리를 가지는 것을 인정한다.”고 규정하고 있으나, 이것은 체약국에 있어서 사회보장에 대한 권리가 국가의 사회정책에 의해 보호될 가치가 있다는 것을 확인하고, 위 권리의 실현을 위하여 적극적으로 사회보장정책을 추진해야 할 정치적 책임을 부담한다고 선언한 것이기 때문에 개인에 대하여 구체적 권리를 부여할 것을 규정한 것은 아니라고 해석함으로써 사회권규약의 직접적용가능성을 명시적으로 부인한 바 있다.⁴³⁾ 국제인권협약의 직접적용에 대한 일본 최고재판소의 위와 같은 소극적

39) 일본 헌법은 국제적으로 보장된 기본적 인권을 ‘국내화’하기 위한 원칙으로 그 제98조 제1항에서 “일본국이 체결한 조약 및 확립된 국제법규는 이를 성실하게 준수할 것을 필요로 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 국제인권협약 등의 국제법은 원칙적으로 국내적 효력을 가지며, 이것은 법률보다 우위에 있고, 이에 따라 국제법에 위반되는 법률은 무효라고 해석하는 것이 통설적 견해이다. 국제법과 국내법의 관계에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않았던 명치헌법에서부터 이와 같이 해석되어 왔다고 한다(戶塚悅朗, “國際人權基準の國內化-必要な憲法九八條二項實現の政治的決斷-”, 法律時報, 第74卷 第10号 (2002. 9.), 72面).

40) 最高裁判所, 昭和 56年(1981年) 10月 22日 判決, 判例集 第35卷 第7号, 157面; 유남석, 앞의 논문 (주6), 222쪽에서 재인용.

41) 유남석, 앞의 논문 (주6), 222쪽.

42) 最高裁判所, 平成 元年(1989年) 3月 2日, 判例時報, 第1363号, 68面; 사건개요는 다음과 같다. 1934년 오사카에서 조선인으로 출생한 원고는 유소년시절에 실명하여 국민연금법에서 정한 폐질인정일(원고의 경우에는 동법 시행일인 1959년 11월 1일) 당시 동법 별표 소정의 1급에 해당하는 폐질상태에 있었다. 1970년에 일본국적을 취득한 원고는 1972년에 오사카府 지사에 대하여 국민연금법 제81조에 기한 장애연금(경과적 복지연금으로서의 장애복지연금)의 수급자격자로서의 裁定을 청구하였으나, 원고는 폐질인정일 현재 일본국적자여야 한다는 요건(이 국적조항은 일본이 난민조약과 난민의정서에 가입한 1981년의 국민연금법 개정을 통하여 폐지되었다)을 갖추지 못하였다 하여 그 청구가 각하되었다. 이 사건은 위 처분의 취소청구소송이다. 원고는 1심과 항소심에서 위 국적조항 때문에 패소하자, 국제인권규약과 유엔총회결의 등을 원용하여 원판결은 역사의 흐름과 국제법규에 반하고, 헌법 제98조 제2항, 제25조, 제14조 등의 해석을 잘못된 위법이 있다고 주장하면서 최고재판소에 상고하였다.

43) 이 사건의 실질적인 쟁점은 사회권규약 제9조의 직접적용가능성보다는 국민연금법상의 국적조항이 자유권규약 제26조 소정의 국적을 이유로 한 차별금지조항에 위반되는가 여부에 있다고 볼 수 있는데, 위 최고재판소 판결은 쟁점(자유권규약의 직접적용가능성)에 관하여는 판단을 회피한 채 방론(사

태도는 일본의 국제인권법학자들에 의해 꾸준히 비판받아 왔음에도,⁴⁴⁾ 현재까지도 사회권규약은 물론이고 자유권규약에 대해서도 그 직접적용가능성을 명시적으로 인정한 판결은 찾아볼 수가 없다.

한편 일본 하급심법원 중에는 자유권규약을 직접적용하여 개인의 인권보호를 시도한 사례가 종종 발견된다. 외국인 피고인의 통역비용부담사건에 관한 동경고등재판소의 1993. 2. 3.자 판결,⁴⁵⁾ 재일한국인의 지문날인거부국가배상사건에 관한 오사카고등재판소의 1994. 10. 28.자 판결,⁴⁶⁾ 수형자와 변호사의 접견에 대하여 접견시간의 제한과

회권규약의 직접적용가능성에 대해서만 판단한 오류를 범한 것으로 해석된다.

44) 山下 潔, “國際人權法(國際人權規約)と司法改革-規制緩和の潮流の中で-”, 『21世紀司法への提言』(東京: 日本評論社, 1998), 107면(“전후 약 50년간 국제인권규약 등을 원용한 일본의 재판은 전부 패소, 즉 패배의 역사였다.”); 横田耕一, “人權の國際的保障と國際人權の國內的保障”, *ジュリスト*, No.1022 (1993.5.1.~15.), 28면.

45) 이 사건에서 자칭 나이저리아인의 대마관리법위반에 대하여 제1심의 요코하미지방법판소가 유죄판결을 하면서 통역비용의 부담을 피고인에게 명하였는데, 이것이 자유권규약 제14조 제3항 (f)호에 규정된 ‘무료로 통역의 원조를 받을 것’의 보장에 위반된다고 다투었다. 동경고등재판소는 일본 국내에서의 자유권규약의 자기집행적 성격을 인정한 다음, 무료로 통역의 원조를 받을 권리는 자유권규약에 의하여 ‘처음으로 성문상의 근거를 가지게 된 것’이고, 그 보장은 ‘무조건적이고 절대적인’ 것으로 보았다. 따라서 ‘무효로’의 의미를 재판의 결과와는 무관하게 후일의 구상을 예정하고 있지 아니하는 것이라고 해석하여 원판결을 파기하였다(阿部浩己 外1, 前掲書 (註5), 32면).

46) 大阪高等裁判所 平成 6年(1994年) 10月 28日 判決, 判例時報 1513号 71面; 이는 지문날인거부를 이유로 1986년 교토에서 교토지방법판소의 재판관이 발부한 체포장에 기하여 교토府경찰서 소속의 경찰관에 의해 체포되어 구금된 상태에서 강제로 사진촬영, 지문채취 및 신체검사를 당한 후 석방된 재일한국인 2세(당시 한국청년회교토부지방법본부 부회장이었고, 1984년경부터 외국인지문날인제도의 철폐운동에 참가하고 있었음)가 위 경찰관, 교토府(지방자치단체) 및 일본 정부를 상대로 손해배상 및 국가배상을 청구한 사건이다. 제1심인 교토지방법판소는 1992년 원고의 피고들에 대한 청구를 모두 기각하였고, 이에 원고가 항소하였다. 항소심인 오사카고등재판소는 사실관계(배상책임)에 관하여 체포장의 발부와 그에 기한 체포에 있어 경찰관과 재판관의 과실이 있음을 인정하여(다만 위 사진촬영, 지문채취 및 신체검사행위는 위법성이 없다고 판단하여 지문원지 등의 인도청구는 기각되었음) 원고의 교토부 및 일본 정부에 대한 청구를 인용하면서(다만 경찰관 개인에 대한 손해배상청구는 기각되었음), 지문날인제도의 합헌성 및 규약적합성 여부가 그 손해액(위자료액) 산정에 영향을 미친다고 하면서 위자료액의 산정에 필요한 범위내에서 위 제도의 합헌성 및 규약위반성에 관한 검토에 들어갔다(위 사건이 항소계류 중이던 1992년의 외국인등록법개정에 의하여 ‘일본국과의 평화조약에 기하여 일본의 국적을 이탈한 자 등의 출입국관리에 관한 특례법’에서 정한 ‘평화조약국적이탈자’ 및 ‘평화조약국적이탈자의 자손’에 대하여는 지문날인제도가 폐지되었음). 위 지문날인제도가 일반적으로 위헌이거나 국제인권규약에 위반된다고 볼 수 없을지라도, 적어도 정주외국인, 특히 원고와 같은 평화조약의 국적이탈자 등에 적용되는 한에 있어서는 헌법 제13조, 제14조, 자유권규약 제7조, 제26조에 위반한 것이라는 점은 부정할 수 없다는 획기적 판단을 내렸다(다만, 지문날인강제는 입법부가 법률을 시정하는 데 필요한 합리적인 기간 동안에는 위헌은 아니라고 판단하였음). 특히 자유권규약에 관하여는 그 자기집행적 성격을 전제로 하여 그 해석원칙과 방법을 명확히 한 다음, 유엔인권이사회와 조문해석에 관한 ‘일반적 의견’이나 ‘견해’, 유럽인권협약 등과 같은 동종의 조약의 내용 및 이에 관한 판례 등도 참고로 하여 그와 같은 결론에 이르렀다. 위 판결은 국내 재판에서 국제인권조약의 직접적용을 위한 모델을 제공하는 매우 중요한 선례라고 평가되고 있다(阿部浩己 外1, 前掲書 (註5), 3

교도관의 입회(속칭 도쿠시마형무소접견방해사건)에 관한 도쿠시마지방법재판소의 1996. 3. 15.자 판결,⁴⁷⁾ 원주민(아이누족)의 문화향유권에 관한 삿포르지방법재판소의 1997. 3. 27.자 판결⁴⁸⁾ 등이 그 대표적인 사례이다.

III. 규범충돌

국제인권협약상의 특정한 규정이 국내법체계 내에서 직접적용될 수 있다고 가정하는 경우 그것이 기존의 국내법규정과 충돌이 발생하는 경우 어느 것이 우선적으로 적용될 것인가. 이에 관하여는 이론적으로 매우 다양한 견해들이 복잡하게 전개되고 있을 뿐만 아니라, 각국의 입법례 및 실무관행도 서로 다르다. 이 문제도 역시 각국의 헌법적 결단에 맡겨져 있기 때문이다. 우리나라의 경우 헌법 제6조 제1항의 해석을 통하여 국

2~33면).

- 47) 徳島地方裁判所 平成 8年(1996年) 3月 15日 判決, 判例時報, 第1597号, 115面; 이는 수형자가 감옥법시행규칙에 따른 변호사와의 접견을 제한 당하자 위 규칙이 자유권규약 제14조(공정한 재판을 받을 권리)에 위반되어 무효라고 주장하면서 그 수형자와 변호인이 원고가 되어 국가를 상대로 접견방해를 원인으로 한 손해배상청구소송을 제기한 사건이다. 도쿠시마지방법재판소는 이 사건의 판결에서 자유권규약의 직접적용성과 국내법률에 대한 우위를 정면으로 인정하였다. 즉, “자유권규약은 자유권적 기본권을 내용으로 하고 당해 권리가 인류사회의 모든 구성원에 의하여 향유되어야만 한다는 생각에 입각하여 개인을 주체로서 당해 권리가 보장된다는 규정형식을 취하고 있다. 이와 같은 자유권규약의 성격과 규정형식으로부터 본다면 이것이 추상적·일반적 원칙 등의 선언에 지나지 않는다고 해석할 수는 없고, 따라서 국내법으로서의 직접적 효력, 더욱 법률에 우선하는 효력을 갖는 것이라고 해야만 한다.”, “(동 조항은) 수형자가 민사사건의 소송대리인인 변호사와 접견하는 권리를 보장하고 있다고 해석하는 것이 상당하고 접견시간 및 교도관의 입회의 허용에 대해서는 일의적으로 명확하지는 않다 하더라도 당해 민사사건의 상당 및 협의에 지장을 초래할 만한 접견제한은 허용되어서는 안 된다. 따라서 감옥법 및 동 시행규칙의 접견에 관한 조항도 위 규약 제14조 제1항의 취지에 따라 해석되지 않으면 안 되고 만일 법과 규칙이 동 규약에 위반되는 경우 당해 부분은 무효가 되지 않으면 안 된다.”고 판시하였다(박찬운, 앞의 논문(주25), 118~122쪽). 위 사건의 항소심(타카마초고등재판소)도 원심과 마찬가지로 자유권규약을 직접적용하여 위의 접견제한조치가 규약에 위반된다고 판단하였다(高松高等裁判所, 平成 9年(1997年), 11月 25日 判決). 위 1심 및 항소심 판결은 국제인권협약의 직접적용가능성의 유무를 판단하기 위한 기준, 즉 조약이 추상적·일반적인 원칙 또는 정치적인 의무의 선언인 경우에는 직접적용될 수 없다는 원칙을 제시하였다는 점에서 선례적 가치를 가진다. 그러나 상고심인 최고재판소는 위 항소심 판결을 뒤집으면서도 어떠한 구체적인 이유도 실시하지 아니한 채 한마디로 규약위반이 없다고 판단하고 말았다고 한다(戸塚悦朗, 前掲論文(註39), 72~73면).
- 48) 札幌地方裁判所 平成 9年(1997年) 3月 27日 判決, 判例時報, 第1598号, 33面; 이 판결은 아이누를 원주민(소수민족)으로 인정하고, 자유권규약 제27조가 아이누의 소수민족의 문화향유권을 규정하고 있음에도 불구하고, 건설부장관이 아이누민족의 독자적인 문화를 부당하게 경시하였다는 이유로 아이누민족의 성지라고 불리는 二風俗地域에 댐건설사업을 인정한 것은 토지수용법의 재량권을 일탈하여 위법하다고 판시하였다. 다만, 위 판결은 사정판결을 통하여 수용재판의 취소청구를 기각하였다.

제인권협약의 효력순위는 다른 일반조약과 마찬가지로 헌법보다는 하위에 두고 법률과 동등한 지위를 가진 것으로 보는 것이 일반적이다. 이러한 견해에 의하면, 국제인권협약과 국내 법률이 상호 저촉되는 경우에는 특별법우선의 원칙(*lex specialis derogato legi generali*)⁴⁹⁾과 신법우선의 원칙(*lex posterior delogat legi priori*)⁵⁰⁾ 및 상위법우선의 원칙(*lex superior derogat legi inferiori*)⁵¹⁾이라는 규범충돌에 관한 일반이론에 따르게 된다. 이에 따르면 신법·특별법·상위법이 구법·일반법·하위법에 각각 우선함으로써 규범충돌은 해소될 수 있다는 것이다.

한편 우리나라의 학설상으로는 위와 같은 통설적 견해(헌법하위법률동위설)에 대하여 국제인권협약의 국내법적 효력순위를 헌법과 동위 또는 법률보다 우위에 두려는 소수견해가 있다. 첫째 조약의 성립형식과 내용의 보편성에 따라서 조약마다 개별적으로 파악하여 헌법적 효력, 법률적 효력 또는 명령·규칙적 효력을 인정하여야 할 것인데, 자유권규약의 제규정 중 헌법 제37조 제1항(헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니 하는 국민의 자유와 권리)에 관한 규정⁵²⁾은 당연히 헌법적 효력을 가지는 것으로 보아야 한다는 견해(헌법동위설)⁵³⁾와, 개인의 보편적 인권의 보장을 위해 국제사회

49) 이 원칙은 법제사적 측면에서 동로마 유스티아누스 황제의 칙법취찬 및 학설취찬(C50, 17, 80; D48, 19, 41; *'on toto iure generi per speciem derogatur'*)에서 그 유래를 찾을 수 있다고 한다[오세혁, “규범충돌 및 그 해소에 관한 연구-규범체계의 통일성과 관련하여-”, 서울대박사학위논문 (2000), 120쪽].

50) 흔히 학설취찬(*Modestinus Dig. 1, 4, 4, Dig. 9, 2, 1('Lex Aquilia omnibus legibus, Quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit'*); *Dig. 29, 7, 6('ea, quae postea geruntur, prioribus derogant'*))에 근거하여 신법우선원칙의 연원을 로마법까지 소급하여 찾으려 하나, 적어도 *Brissonius*에 의하여 편찬된 주오어휘집(*De verborum significatione*)이 발간된 1743년경까지는 신법우선원칙이 정형화되지 않았던 점에 비추어 위 원칙이 정형화된 시기는 그리 확실하지 않다고 한다[오세혁, 앞의 논문 (주49), 117쪽]. 국제법적으로는 비엔나조약법협약 제59조가 명시적으로 신법우선원칙을 표명하고 있다. 그 제1항에서는 “조약의 모든 당사국이 동일한 사항에 관하여 새로운 조약을 체결하고 아래의 것에 해당하는 때에는 종전의 조약은 종료한 것으로 간주된다. (a) 새로운 조약에 의하여 그 사항이 규율되어야 함을 당사국이 의도하였음이 그 조약으로부터 나타나거나 다른 방법으로 확인되는 경우, 또는 (b) 새로운 조약의 규정이 종전의 조약 규정과 근본적으로 양립하지 아니하여 양 조약이 동시에 적용될 수 없는 경우”라고 규정하고, 제2항에서는 “종전 조약의 시행을 정지하고자 하는 당사국의 의사가 새로운 조약으로부터 명백히 나타나거나 다른 방법으로 확인되는 경우에는 종전의 조약은 그 시행이 정지된 것으로 본다.”고 규정되어 있다.

51) 상위법우선원칙은 특별법우선원칙 및 신법우선원칙과는 달리 20세기에 들어와서 비로소 논의되기 시작하였고, 오늘날 규범충돌의 해소에 관한 대표적인 원칙으로서 규범체계의 통일성원칙과 본질적으로 결합되어 있으며, 그 이유로 법률가 및 법학자들에게 아무런 의문 없이 받아들여지고 있다고 한다[오세혁, 앞의 논문 (주49), 122쪽].

52) 예컨대, 자유권규약 제6조(생명권의 보호), 제11조(채무불이행으로 인한 구금의 금지), 제13조(외국인 추방의 제한), 제17조(명예와 신용에 대한 불법적인 비난금지), 제20조(전쟁 등을 위한 선전금지), 제24조(어린이의 보호), 제27조(언어사용의 자유) 등을 들 수 있다.

에서 다자가 국제조약의 형식으로 만들어진 인권조약은 그 성질상 단순한 국가간 상호 의무의 교환으로서의 일반적 조약과는 취급을 달리해야 한다고 하면서, 인권조약(대표적으로 자유권규약)은 적어도 국내적으로 적용함에 있어서는 국내법체계상 헌법에는 하위이지만 어떠한 국내 법률보다도 우선적으로 적용되지 않으면 안 된다는 견해(헌법하위법률우위설)가 있다.⁵⁴⁾

생각건대, 국제평화주의와 국제법 존중(헌법 전문, 제5조, 제6조 등)을 천명한 우리 헌법상의 기본원칙에 비추어 볼 때, 위와 같은 소수견해는 전혀 타당하지 않다고 단정할 수는 없으나, “조약은 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정한 헌법 제6조 제1항을 문언상으로 해석함에 있어, 일반조약의 경우에는 ‘국내법’을 ‘법률 이하의 법령’의 의미로 파악하면서도, 인권조약에 한하여 헌법과 동위, 또는 법률보다 우위의 효력을 인정하는 것은 문언해석상 논리적 모순이 있다. 왜냐하면, 인권조약도 위 헌법 규정상의 조약임에는 틀림없기 때문이다. 결국 국제인권협약도 일반조약과 마찬가지로 국내 법률과 동등한 효력이 있음을 전제로 하여 규범충돌문제에 접근하지 않으면 안 된다.

국내적으로 직접적용가능한 국제인권협약상의 특정한 규정이 국내 법률의 규정과 충돌하는 경우에 법원은 어느 것을 적용할 것인가. 먼저 일반조약의 경우와 마찬가지로 국제인권협약의 경우에도 규범충돌에 관한 일반이론, 즉 특별법우선의 원칙, 신법우선의 원칙, 상위법우선의 원칙 등에 의하여 문제의 해결을 시도할 수 있을 것이다. 우리나라 정부가 자유권규약 제40조에 의거하여 유엔인권이사회에 제출한 제2차 보고서⁵⁵⁾에 의하면, 위 규약과 국내 법률 간의 우열관계에 관하여, “규약의 비준에 앞서 제정된 법률이 규약상의 조항과 충돌하는 경우, 동 규약이 우선 된다.”고 하여 신법우선의 원칙을 천명하였고, 또한 유엔고문방지위원회에 제출한 최초 보고서⁵⁶⁾에 의하면, 고문방지협약과 국내 법률 간의 우열관계에 관하여, “국내법규와 본 협약이 충돌하는 경우 일반원칙에 따라 신법우선의 원칙과 특별법우선의 원칙이 적용된다.”고 하여 규범충돌에 관한

53) 오승철, 앞의 논문 (주31), 143~144쪽.

54) 박찬운, 앞의 논문 (주25), 115쪽.

55) CCPR/C/114/Add.1, *Second periodic reports of State Parties due in 1996 State Party Report English*, 20/08/98, para.10.

56) CAT/C/32/Add.1, *Initial Reports of States Parties due in 1998 State Party Report English*, 30/05/96, para.20.

일반이론을 적용할 것임을 표명하였다. 또한, 이러한 규범충돌 문제에 관하여 우리 법원의 하급심 판결 중에서도 신법우선의 원칙을 적용하여 국제인권협약의 효력을 배제한 듯한 사례가 있어 주목된다. 대구지방법원은 국가보안법위반(찬양,고무등) 사건의 항소심 판결⁵⁷⁾이 그 예이다.

그런데 이러한 규범충돌에 관한 일반이론을 국제인권법에도 적용하는 경우에는 형식적 측면에서는 타당한 결론에 이른 것이라고 자위할 수 있으나, 규범충돌에 관한 일반이론의 논리적 정당성 측면에서 여러 가지 허점이 발견되고 있고, 특히 국제인권협약에 배치되는 국내 법률을 적용하게 됨으로써 국제평화주의와 국제법존중이라는 국제법의 일반원칙 내지 헌법적 가치를 침해하는 결론에 이를 수 있다는 점을 유의하지 않을 수 없다. 즉, 특별법우선의 원칙을 적용하여 국제인권협약이 관련 국내 법률에 비하여 특별법적 지위를 가진다고 해석하여 국제인권협약을 적용할 수 있을 것이다. 그러나 규범충돌에 있어서 적용영역의 특별성⁵⁸⁾을 판단하는 기준의 문제는 그리 간단하지 않다. 일반법과 특별법의 관계는 일의적, 고정적으로 정해지는 것이 아니라 상대적인 관념으로서 어떤 규범에 대한 특별규범이 다른 규범에 대해서는 일반규범일 수 있기 때문에 특별성을 확인하는 것은 결코 간단한 일이 아니다. 그러면 구체적으로 어떠한 경우에 규범 N1이 규범 N2에 비하여 특별하다고 할 수 있는가? 이는 해당 법률 또는 법규에 입각하여 그 법률 내지 법규의 문언, 체계, 입법목적 등 해석의 일반기준, 그리고 입법방식 등을 종합적으로 고려한 해석을 통하여 결정되어야만 하는 것이다. 요컨대, N1이 적어도 그 법률요건의 일부가 N2의 법률요건과 일치하고, N1이 적용영역을 축소시키는 추가적인 법률요건을 포함하는 경우에는 N1은 N2보다 특별하다고 할 수 있다. 다시 말하자면

57) 대구지방법원, 2001. 4. 26. 선고 2001노56 판결 (피고인은 상고를 포기하였고, 검사가 양형부당을 이유로 상고하였으나, 대법원에서 원심판결이 그대로 유지된 것으로 보인다); “자유권규약 제19조 제3항(b)호에 의하더라도 위 규약 제19조 소정의 표현의 자유는 국가안보 또는 공공질서를 위하여 필요한 경우 법률에 의하여 제한할 수 있는 것으로서, 대한민국이 국제인권규약에 가입한 뒤 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 국가보안법은 제7조 제1항, 제3항, 제5항에서 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위하여 반국가단체의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조한 행위, 이적단체에 가입한 행위, 이적표현물을 제작·반포·취득·소지하는 행위 등을 처벌한다고 규정하고 있으므로, 국가보안법이 국제인권규약의 규정에 위배된다고 볼 수 없다 할 것이다.”

58) 여기서 적용영역의 특별성은 사물적 효력영역(사물관할)에만 적용되는 것으로서 그 밖의 대인적, 시간적, 장소적 효력영역(관할)에 있어서는 특별규범이 우선하지 않는다고 한다. 예컨대, 연방국가에 있어서 연방법과 주법의 효력관계와 같이 장소적 효력영역(관할)이 문제되는 사안에 있어서는 연방법의 우위성이 인정되고 있다(오세혁, 앞의 논문(주49), 121쪽).

N1의 법률요건에 포섭될 수 있는 모든 사실관계가 동시에 N2의 법률요건에도 포섭될 수 있지만, 그 역은 성립되지 않을 때 N1은 N2보다 특별하다는 것이다.⁵⁹⁾ 따라서 국제인권협약이 관련 국내 법률에 비하여 항상 특별법적 지위에 있다고 단정하기 어렵고, 오히려 국내 법률이 오히려 국제인권협약에 대하여 특별법적 지위를 가진다고 해석될 경우도 있을 것이므로, 특별법우선의 원칙만으로는 국제인권협약의 국내적 이행과정에서 발생하는 규범충돌문제를 완전히 해결하기는 곤란할 것이다. 또한 신법우선의 원칙을 적용하여 기존의 국내 법률과 저촉되는 내용을 가진 국제인권협약을 체결하거나 가입한 경우에는 국제인권협약을 우선 적용할 수 있을 것이나, 반대로 이미 국내법적 효력을 가진 국제인권협약에 배치되는 국내 법률이 제정되는 경우에는 국제인권협약의 적용이 배제될 수도 있다. 그리고 흔히 신법은 어떠한 행동을 규율함에 있어서 그에 대한 상황변화를 감안하여 제정되었을 것이기 때문에 구법보다 더 합리적이라는 이유로 신법우선원칙은 논리적으로 자명한 것으로 받아들여지고 있다. 그러나 이는 법적용자의 막연한 가치판단에 불과하고 또한 모든 법체계에 일반화시키기는 어렵다는 비판이 제기되고 있다. 역사적으로 보더라도 고대로마시대에서는 12표법이 새로 제정된 법보다 우위라는 원칙이 제정로마시대까지 유지된 것처럼 구법이 좋은 것이라는 이유로 신법에 대한 구법의 우위를 인정하던 시기가 있었던 점에 비추어 보더라도, 신법우선원칙이 정당화될 수 있을지는 의심스럽다는 것이다.⁶⁰⁾ 따라서 기존의 국내 법률에 저촉되는 내용을 가진 국제인권협약이 체결된 경우 국제인권협약을 적용하여야 할 논리적 필연성 및 정당화 근거가 그만큼 반감될 수밖에 없다. 더구나, 위와 같이 특별법우선의 원칙에 의하든지 신법우선의 원칙에 의하든지 간에 결과적으로 국제인권협약의 적용을 배제하고 국내 법률이 적용되는 경우에는, 이는 곧 국가는 조약상의 의무를 성실히 이행하여야 하고 국내 법상의 규정을 이유로 조약상의 의무를 회피할 수 없다는 국제법의 일반원칙을 위반(이것은 국가의 국제책임을 발생시킨다)하는 것일 뿐만 아니라, 자칫 조약체결행위는 법적으로 아무런 의미가 없는 외교적 유희에 불과할 것이며, (우리 헌법상) 국제평화주의의 이념은 공허한 구호에 지나지 않는다는 비난⁶¹⁾을 면치 못하게 될 것이다.

위와 같은 비난에 대비하여 일각에서는 일반국제법상 강행규범(a peremptory

59) 위의 논문, 121쪽.

60) 위의 논문, 128쪽.

61) 오승철, 앞의 논문 (주31), 143쪽.

norm of general international law; jus cogens)의 개념⁶²⁾ 및 국제인권협약상의 ‘훼손할 수 없는 권리(‘non-derogable rights’)⁶³⁾를 원용하여 상위법우선의 원칙⁶⁴⁾을 적용함으로써 국내 법률에 대하여 국제인권협약을 우선 적용하려는 시도가 이루어지고 있다. 이에 의하면, 일반적으로 국제인권협약은 ① 통상의 규범, ② 긴급사태시 제한할 수 있다고 하는 예외 규범, ③ 긴급사태시에도 제한할 수 없는 규범이라는 예외의 예외 규범이라는 3차원의 계층적 구조를 가진다고 한다. 여기서 예외의 예외규범에 해당하는 ‘훼손할 수 없는 권리’는 국가가 존립의 위기에 직면한 긴급사태에 있어서도 그 준수

62) 일반국제법상 강행규범이란 어떠한 훼손(일탈)도 허용되지 아니하며(‘no derogation is permitted’), 또한 동일한 성질을 가진 장래의 일반국제법규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로 전체로서의 국제공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범을 말한다(비엔나조약법협약 제53조 후단). 이는 국가간의 합의에 기초한 임의법규(*ius dispositivum*)에 대하여 절대적인 우위에 있는 규범으로서, 조약은 그 체결당시에 일반국제법상 강행규범에 저촉되는 경우에는 무효이고(위 협약 제53조 전단), 또한 새로운 강행규범이 출현하는 경우에도 그 규범과 충돌하는 현행 조약은 무효로 되어 종료한다(위 협약 제64조).

63) 일반적인 규범충돌이론에 의하면, 그 규범충돌의 해소원리는 ‘일정한 특성을 가진 규범 N1은 그와 반대되는 속성을 갖는 규범 N2를 폐지한다(derogat)’는 형식으로 등장하고, ‘derogat’는 ‘폐지한다’로 번역되어 왔다. 그런데 이는 해소원리의 적용을 통하여 두 규범 중 우선성이 없는 규범이 규범체계로부터 배제되어 영구히 그 효력을 상실한다는 오해를 줄 여지가 있다는 이유로 이를 ‘우선한다’로 번역하기도 한다. 또한 신법우선원칙의 경우에는 ‘신법은 구법을 폐지한다’라고 번역하고, 특별법우선원칙은 ‘특별법은 일반법을 제한(적용배제)한다’고 번역하는 견해도 있다(오세혁, 앞의 논문 (주49), 116쪽). 그런데 일반국제법(비엔나조약법협약)상의 강행규범 개념에서나 국제인권협약상의 ‘non-derogable rights’에 있어서의 ‘derogation’은 ‘폐지’, ‘우선’, ‘위반’이라고 번역하기 보다는 그 폐지의 부분성 및 일시성을 강조하기 위하여 ‘일탈’, ‘훼손’, ‘(의무)면탈’, ‘면제’, ‘이탈’, ‘박탈’, ‘효력정지’, ‘적용제외’ 등으로 다양하게 번역되고 있다(寺谷廣司, “國際人權の逸脫可能性(一)-國際人權諸條約におけるデロゲートできない權利に就する一考察-”, 國家學會雜誌, 第112卷 第3・4号 (1999. 04.), 259~260面). 따라서 ‘non-derogable rights’는 일반적으로 ‘일탈불가능한 권리’ 또는 ‘훼손할 수 없는 권리’ 등으로 번역된다. 그런데 우리 정부가 1990년 자유권규약에 가입하여 국내적으로 공표함에 있어 제4조 제1항의 ‘derogating’을 ‘위반하는’으로, 제2항의 ‘derogation’을 ‘위반’이라고 각 번역하고 있으나(이것은 일본 외무성 조약국 발간의 ‘1980년 다수국가간조약’에서 번역한 것을 무비판적으로 따른 것으로 보임), 이는 통상적인 의미와는 거리가 멀고, ‘훼손’ 또는 ‘일탈’이라고 번역함이 좀 더 정확하다고 생각된다. 왜냐하면 ‘derogation’의 통상적인 의미는 ‘사후의 입법에 의하여 기존의 법률의 적용범위를 제한하거나 그 유용성과 효력을 약화시키는 부분적 폐지 또는 폐기’(Black’s Law Dictionary, 7th ed. (West Group, 1990), p.455; ‘the partial repeal or abrogation of law by a later act that limits its scope or impairs its utility and force’)를 말하기 때문이다.

64) 일반적인 규범충돌이론에 의하면, 상위법(*lex superior*)은 하위법(*legi inferiori*)에 우선(derogat)한다고 한다. 그런데 여기서 상위와 하위가 과연 무엇을 의미하는지, 그 우위성 여부의 판단을 위한 실질적인 기준이 무엇인지에 관하여 논란이 되어 왔다. 이에 대하여 ‘규범 N1의 효력이 규범 N2의 효력에 기초해 있을 때, 즉 수권관계 내지 위임관계에 있을 때 규범 N2가 규범 N1의 상위규범’이라는 견해가 제시되기도 하였다. 그러나 오늘날에는 입법의 형식, 즉 법규범의 제정형식 및 절차를 기준으로 규범의 우위성 여부를 판단하는 것이 일반적이다. 이렇게 볼 때 상위법우선원칙은 ‘상위의 입법형식을 가진 규범은 하위의 입법형식을 가진 규범에 우선한다’고 해석된다(오세혁, 앞의 논문 (주49), 122~123쪽).

의무를 면할 수 없는, 즉 어떠한 경우에도 훼손되어서는 아니 되는 인권을 말한다.⁶⁵⁾ 예컨대, 자유권규약 제4조 제1항은 긴급사태시 일정한 요건(균형성, 다른 국제의무와의 정합성, 무차별성) 하에서 체약국에 의해 위 규약상의 (상대적인) 권리가 제한될 수 있음을 규정(예외)하고 있음에 반하여, 그 제2항에서는 그 제한의 한계인 '훼손할 수 없는 (절대적인) 권리'를 규정(예외의 예외)하고 있다.⁶⁶⁾ 이와 같은 '훼손할 수 없는 권리'는 인권보장의 측면에서 보면 최후의 보루이다.⁶⁷⁾ 이와 같은 훼손할 수 없는 권리는 국제입법(국제인권협약 및 법전화작업 등), 국제재판소의 판례 및 국가관행 등을 통하여 양적으로 팽창되어 왔을 뿐만 아니라, 이는 곧 일반국제법상 또는 비엔나조약법협약 제53조 소정의 강행규범 또는 대세적 의무(erga omnes)에 해당하는 것으로 해석⁶⁸⁾함으로써 그 법적 지위의 질적 강화가 이루어졌다.⁶⁹⁾ 이와 같이 국제인권협약상 훼손할 수 없는 권리를 일반국제법상 강행규범적 성격을 가지거나 대세적 의무에 해당하는 것으로 파악⁷⁰⁾⁷¹⁾함으로써 국제인권법규범의 계층화⁷²⁾를 시도하고, 이에 따라 위의 훼손할 수

65) 寺谷廣司, 前掲論文 (註63), 220面.

66) 자유권규약 제4조 제1항 본문은 “국민의 생존을 위협하는 공공의 비상사태가 발생한 경우에 그러한 비상사태의 존재가 공식적으로 선포되어 있을 때에는 체약국은 당해 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 한도 내에서 이 규약상의 의무를 위반하는 조치를 취할 수 있다.”고 규정한 반면에, 제2항은 “전항의 규정은 제6조(생명권), 제7조(고문 또는 잔혹한 형벌 금지), 제8조 제1, 2항(노예의 금지), 제11조(채무불이행으로 인한 구금의 금지), 제15조(죄형법정주의, 소급입법처벌금지), 제16조(인간으로서 인정받을 권리) 및 제18조(사상, 양심 및 종교의 자유)에 대한 위반을 허용하지 아니한다.”고 규정하고 있다.

67) 寺谷廣司, 前掲論文 (註63), 221面.

68) N. Questiaux, *Question of the Human Rights of Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment*, E/CN.4/Sub.2/1982/15(1982), p.19, para.68; 寺谷廣司, 前掲論文 (註63), 229面에서 재인용.

69) 寺谷廣司, 前掲論文 (註63), 229面.

70) '훼손할 수 없는 권리'는 개념적으로 강행규범 또는 대세적 의무와 구별하지 않으면 안 된다. 국제인권협약상 훼손할 수 없는 권리라고 규정되어 있다하더라도 그것이 바로 강행규범에 해당한다고 단정할 수 없으며(예, 자유권규약 제11조, 미주인권협약 제23조 등), 그들 중 일부는 관습법적 지위에까지도 이르지 못한 권리가 있을 수 있다. 한편 자유권규약에서 훼손(derogation)이 허용되는 권리가 조약법협약상의 강행규범(훼손이 허용되지 아니하는 규범)의 요건을 충족함으로써 강제규범으로 간주될 수는 있을지도 모를 일이기 때문이다(T. Meron, "On a Hierarchy of International Human Rights", *AJIL*, Vol.80 No.1 (January 1986), pp.15~16).

71) 강행규범과 대세적 의무는 서로 다른 차원에서 제기되어 온 개념이기 때문에 구분되어야 한다는 견해가 유력하다. 강행규범의 개념이 일차적으로 국제법의 서열화를 위하여 도입된 실체법적 개념이라면, 대세적 의무는 직접적으로 침해를 입지 아니한 국가도 이익을 제기할 수 있다는 점에서 이것은 법적 이익 혹은 소의 이익의 문제이기 때문이라는 것이다(김찬규, "인권보장의무의 법적 성질", 국제법평론, 통권 제6호 (1996-1), 16쪽; 김대순, "일반국제법의 강행규범 개념에 관한 연구", 국제법학회 논총, 제42권 제2호 (1997년 12월), 14쪽).

72) A Verdross, "Forbidden Treaties in International Law", *AJIL*, Vol.31 (1937), pp.571~577; von der Heydte, "Die Erscheinungsformen des zwischenstaatlichen Rechts: *Jus Cogens* und *Jus Dispositivum* im

없는 권리는 강행규범 또는 대세적 의무와 마찬가지로 국제법적 효력에 있어서 다른 규범(비상사태시 훼손가능한 권리)에 비하여 상위법에 해당할 뿐만 아니라,⁷³⁾ 나아가 그것이 국내적으로 수용된 경우에는 국내법적 효력에 있어서도 관련 국내 법률보다 우위적 효력을 인정하고자 한다. 이것은 강행규범 또는 훼손할 수 없는 권리에 대해서는 신법우선원칙과 특별법우선원칙과 같은 규범충돌에 관한 일반이론이 적용되지 않으며,⁷⁴⁾ 강행규범이 임의법규에 대하여 우위적 효력을 가지는 것과 마찬가지로, 훼손할 수 없는 권리에 대해서도 강행규범적 성격을 인정함으로써 상위법우선원칙을 적용한 결과이다.

한편 국제인권협약의 특정한 규정이 국내 헌법 및 법률의 특정한 규정에 문언상으로 명백히 저촉되는 경우는 극히 드문 현상이다. 보다 현실적인 문제로 나타날 가능성이 높은 것은 국제인권협약의 규정에 대한 유엔인권이사회(UN Human Rights Committee) 등과 같은 국제기관의 해석과 국내 헌법 또는 법률의 관련규정에 대한 헌법재판소, 대법원 등의 국내 사법기관의 해석이 상호 모순되는 경우일 것이다. 이와 같이 국내 법원이 국내법체계 내에서 직접효력을 가진 조약에 의하여 설치된 국제기관의 결정(예컨대, 국제재판소의 판결, 또는 유엔인권이사회의 견해 등)에 대한 국내적 이행이라는 문제에 봉착했을 때, 특히 그러한 결정이 국내 정책과 양립할 수 없는 경우에는,

Völkerrecht", in 16 *Zeitschrift für Völkerrecht* 461 et seq. (1932); A. Verdross, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *AJIL*, Vol.60 (1966), pp.55~63; P. Weil, "Towards Relative Normativity in International Law", *AJIL*, Vol.77 No.3 (July 1983), pp.413~442; T. Meron, op. cit. (n.70), pp.1~23; 국제법규범의 계층화는 ICJ의 판례에 의해서도 확인되고 있다. ICJ는 1951년의 집단살해조약유보사건에 관한 권고적 의견에서 '계약적 균형을 논할 수 없는 체약국에만 해당되는 것이 아닌 이익과 그 밖의 이익'을 구별하였고, 1960년의 바르셀로나전력회사사건의 제2단계 판결(*Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (New Application) (Belg. v. Spain)*, ICJ Reports 1970, p.4 (Judgment of February 5, 1970))에서는 이것을 답습하여 '침략행위 및 집단살해금지, 인권의 기본적 보호에 관한 원칙과 규칙(노예제도 및 인종차별에 대한 보호를 포함함)' 등과 같은 국제법상의 국가의 의무는 '국제사회전체에 대한 국가의 의무'로서 '대세적'(erga omnes) 의무에 해당한다고 판시하였다. 그 밖에도 Corfu해협 사건, 니카라과 사건, 동티모르 사건 등의 판결에서도 이러한 형태의 계층화된 규범이 언급되었다(寺谷廣司, 前掲論文(註63), 244面). 특히, ICJ의 田中耕太郎 판사는 1966년의 남서아프리카 사건에서 반대의견(*South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Second Phase*, ICJ Reports 1966, pp.250, 298 (Judgment of July 18, 1966) (Tanaka, J., diss. op.))으로, "(국제법상 강행규범은) 어떤 형태의 강행적인 법이고, 국가간의 합의에 의하여 변경될 수 있는 임의법규(jus dispositivum)에 대비된다. 만약 강행규범(jus cogens) 개념을 도입할 수 있게 된다면, 인권의 보호에 관한 법은 의문의 여지 없이 강행규범에 속한다고 생각된다."고 판단하였다.

73) 寺谷廣司, "國際人權の逸脫可能性(四)-國際人權諸條約におけるデロゲートできない權利に寛する一考察-", 國家學會雜誌, 第113卷 第3・4号(2000. 04.), 114面.

74) M. Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law", *BYIL* (1974~1975), pp.281~282.

흔히 위 국제기관의 결정은 자기집행력을 가지지 않는 것으로 해석함으로써 위와 같은 곤란한 문제를 회피하고자 한다.⁷⁵⁾ 벨기에 대법원(the Belgian Court of Cassation)은 일반적으로 국제의무에 대하여 긍정적인 태도를 취하고 있음에 반하여,⁷⁶⁾ 1985년 5월 10자 판결에서는, 혼인중의 자와 혼인외의 자를 차별하는 내용의 벨기에 국내법이 유럽인권협약에 위반된다는 유럽인권재판소의 Marckx사건 판결에 대한 국내적 이행을 회피하였다. 그 판시이유에 의하면, 위 인권재판소의 판결 내용이 국내법적으로 직접효력(자기집행력)을 가지기에 ‘충분히 정확하고 완전하지 아니하며’(not sufficiently precise and complete), 따라서 그 국내적 이행은 오로지 국내 입법을 통해서만 가능하다는 것이다. 앞서 본 1999년의 속칭 손종규 국가배상청구사건에 대한 우리 대법원의 입장은 위와 같은 맥락에서 있다고 하겠다. 위 사건 판결에 의하면, “자유권규약 제2조 제3항은 위 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 위 규정에 의하여 별도로 개인이 위 규정의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다.”라고 판시함으로써 위 자유권규약 규정은 대한민국에 대하여 국제의무를 부과할 뿐, 위 규정으로부터 직접 개인의 권리(청구권)이 발생하지 않는 것이며, 특히 위 판결에서는 직접적인 언급을 회피하고 있으나, 손종규 사건에 대한 유엔인권이사회 의 견해가 있었다고 하더라도 그것은 권고적 효력을 가짐에 불과하고 사법적인 권리구제는 허용되지 아니하고, 그 국내적 이행은 결국 입법을 통하여 이루어질 뿐이라는 입장으로 정리된다.

그리고 국가보안법 제7조(찬양·고무 등) 제1항 및 제5항의 해석을 둘러싸고 헌법재판소 및 대법원의 견해와 유엔인권이사회 의 견해가 충돌한 바 있다. 즉, 우리 헌법재판소는 1990년의 국가보안법제7조에 대한 위헌심판 사건⁷⁷⁾에서 “위 규정은 각 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명

75) E. Benvenisti, “Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitude of National Courts”, *EJIL*, Vol.4 No.2 (1993), p.159.

76) 벨기에 대법원은 1954년 7월 14일 선고한 Pagani사건 판결에서, “조약은 국내 기관의 의사보다도 상위의 근거를 지닌 상위적 성격을 가지는 법이다.”라고 판시하였다[E. Benvenisti, op. cit. (n.75), n.21에서 재인용].

77) 헌법재판소, 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정.

백한 위험이 있을 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 헌법에 위반되지 아니한다.”고 해석한 이래 현재까지도 위와 같은 입장을 고수하고 있고,⁷⁸⁾ 대법원도 국가보안법의 위헌성에 관하여 위 헌법재판소의 견해와 동일한 입장을 취하고 있다.⁷⁹⁾ 또한 대법원은 국가보안법 제7조 제5항의 위헌 여부에 관하여도 마찬가지로 태도를 보이고 있다.⁸⁰⁾ 이에 반하여, 유엔인권이사회는 1998년의 박태훈 사건에 대한 ‘견해’(view)에서 청원인(박태훈)의 표현의 자유에 대한 제한조치, 즉 국가보안법 제7조 제5항에 의한 형사처벌이 자유권규약 제19조에서 정한 표현의 자유를 부당하게 침해하는 것이라고 판단하였다.⁸¹⁾

78) 최근까지도 헌법재판소는 국가보안법 제7조 제1항, 제3항, 제5항 등에 대하여도 위 규정들이 구법(1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정되기 전의 것) 규정과는 달리 ‘국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서’ 등의 주관적 구성요건을 추가하는 등의 방법으로 구법에 비해 개념의 불명확성을 제거하여 입법 목적을 일탈하는 확대해석의 위험을 제거하였으므로 헌법에 위반된다고 할 수 없다고 판시한 사실이 있는바, 지금 위 결정을 변경해야 할 아무런 사정변경이 없으므로 이를 그대로 유지하기로 한다고 판단한 바 있다(헌법재판소, 2002. 4. 25. 선고 99헌바27, 51 결정).

79) 대법원, 1997. 7. 16. 선고 97도 985 전원합의체 판결(“국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 하는 국가보안법이 헌법에 위배되는 법률이라고 할 수 없고, 국가보안법의 규정을 그 법률의 목적에 비추어 합리적으로 해석하는 한 국가보안법이 정하는 각 범죄의 구성요건의 개념이 애매하고 광범위하여 죄형법정주의의 본질 내용을 침해하는 것이라고 볼 수 없으며, 국가보안법의 입법 목적과 적용 한계를 헌법 제37조 제2항에 따라 자유와 권리의 본질 내용을 침해하는 아니하는 한도에서 이를 제한하는 것으로 해석하는 한 위헌이라고 할 수 없다.”; 그 따름판결로서 1998. 7. 28. 선고 98도1395 판결; 1999. 12. 28. 선고 99도 4027 판결; 2000. 5. 30. 선고 2000도1226 판결; 2004. 7. 8. 선고 2002도47 판결 등 참조.

80) 대법원, 2000. 5. 30. 선고 2000도1226 판결; 2004. 6. 10. 선고 2004도1862 판결 등; “양심의 자유, 언론·출판 등 표현의 자유, 사상의 자유 등은 헌법이 보장하는 기본적 권리이기는 하나, 무제한의 자유가 아니라 헌법 제37조 제2항에 의하여 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에는 그 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는 않는 한도 내에서 제한할 수 있는 것이므로, 국가보안법 규정의 입법목적과 적용한계를 위와 같이 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하지 않는 한도 내에서 이를 제한하는 데에 있는 것으로 해석하는 한 위헌이라고 볼 것이 아니다.”

81) 유엔인권이사회, 1998. 10. 20.자 채택된 견해(CCPR/C/57/D/628/1995); “대한민국 정부는 그와 같은 제한조치가 국가안보를 지키기 위한 것으로 정당하며 국가보안법 제7조에 의거하여 법률로 정하고 있다고 주장하고 있으나, 위 정부의 주장이나 청원인에 대한 유죄판결의 어느 것도 위 규약 제19조 제3항에서 말하는 정당한 목적들 가운데 하나를 보호하기 위하여 필요한 것이었음을 증명하지 못했고, 또한 위 유죄판결은 막연하게 한청련의 강령과 기본이념이 북한의 주장 및 활동과 그 궤를 같이 하기 때문에 북한을 이롭게 하는 단체에 해당하고 나아가 동조행위에 해당한다고 판단하였으나, 구체적으로 한청련과 청원인이 북한과 어떻게 연계되어 있고 그 활동이 국가안보에 어떠한 구체적이고 명백한 위험을 초래하는지 등에 관하여는 전혀 판단하지 아니하였으며, 위와 같은 평화적인 표현행위를 명백하고 현존하는 위험이 입증되지 않은 상태에서 막연하게 북한의 주장이나 활동과 궤를 같이 한다고 해서 형사처벌로 제한하는 것은 자유권규약 제19조에서 정한 표현의 자유를 부당하게 침해한다.”{김선수, “국가보안법 제7조에 대한 UN의 결정”, 판례연구(서울지방법번호사회), 제13집 (2000년 1월), 420~421쪽}.

이상과 같이 동일한 사안에 대하여 유엔인권이사회의 견해와 국내 헌법재판소 또는 대법원의 견해가 상충될 경우에 국내 법원은 어느 것을 따라야 하는가. 국내 법원은 유엔인권이사회의 견해에 따라 사법적 구제에 나설 수 있을 것인가. 유엔인권이사회의 견해는 말 그대로 권고적 의견에 불과하고 체약국의 국가기관(사법기관을 포함하여)에 대하여 어떠한 법적 구속력도 부과하지 않는다는 것이 우리 법원의 기본적 입장인 것으로 보인다. 대법원은 1993년의 속칭 박태훈 국가보안법위반사건의 상고심 판결⁸²⁾에서, “자유권규약에 의하여 설치된 인권이사회의 소론과 같이 국가보안법의 문제점을 지적한 바 있다고 하더라도 그것만으로 국가보안법의 효력이 당연히 상실되는 것은 아니라 할 것이며, ... 피고인을 국가보안법위반죄로 처벌하는 것인 소론 주장과 같이 국제인권규약에 위반된 것이라고 할 수는 없다.”고 판시하였고, 서울지방법원은 1996년의 속칭 손종규 국가배상청구사건의 항소심 판결⁸³⁾에서, “인권이사회의 견해는 이른바 권고사항으로서 이에 대하여 법적 구속력을 인정할 근거가 없다.”고 판시하였다. 한편, 대전지방법원은 국가보안법위반(찬양·고무등) 사건의 제1심 판결에서 종래의 법원 입장과는 다른 태도를 취한 바 있다.⁸⁴⁾

82) 대법원, 1993. 12. 24. 선고 93도1711 판결.

83) 서울지방법원, 1996. 11. 15. 선고 96나27512 판결.

84) 대전지방법원, 1999. 4. 1. 선고 98고합532 판결; 위 법원은 대한민국이 1990년 자유권규약에 가입하여 당사국이 됨으로써 위 규약에 따른 인권이사회의 권한을 인정하고 위 규약에서 인정되는 권리를 국내에서 실현하기 위한 필요한 조치를 취하여야만 인정보장에 대한 실질적인 국제법상의 의무를 부담하게 되었음을 전제로 하여, “인권이사회는 자유권규약에 따라 박태훈 및 김근태의 국가보안법위반 사건을 접수하여 심리한 결과 그들에게 국가보안법위반죄를 적용하여 처벌하는 것은 모두 자유권규약 제19조 소정의 표현의 자유 및 그 제한에 관한 규정을 위반한 것이라는 취지의 견해를 채택하여 대한민국에 통보하면서 특히, 위와 같이 판결한 사법부에 직접 인권이사회의 견해를 통보할 것을 요구하고 있다. 이에 관하여 보건대, ... 대한민국은 구체적인 위 사건들에 대하여 인권이사회의 결정에 따른 조치를 취할 국제법상의 의무를 부담하는 것은 물론이고 나아가 사법부를 포함한 국가기관은 국가보안법에 관한 인권이사회의 견해를 가능한 한 최대한 수용하는 것이 바람직하다 할 것이다. 이러한 국제법존중의 입장에서 국내법을 해석, 적용하는 것은...궁극적으로는 이러한 국제법존중은 국내 판결에 의한 국내법의 실현이 곧바로 국제법의 실현이며, ... 따라서, 인권이사회의 결정이 있는 이상 향후 국가보안법을 해석, 적용함에 있어서는 인권이사회의 결정 및 해석기준을 깊이 고려하여 (국가보안법 규정의) 반국가활동성 및 이적목적성을 판단하여야만 할 것이다.”라고 판시한 바 있다; 한편 위 사건의 항소심 판결인 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노229 판결에 의하면, “국제인권이사회의(筆者註: 용어상 혼란이 있었던 것으로 보인다. 판결문의 문맥으로 보아 자유권규약에 의해 설치된 유엔인권이사회를 의미하는 것으로 해석된다)에서 대한민국이 박태훈의 한청련 가입·활동행위와 김근태의 전민련 가입·활동행위에 대하여 구 국가보안법위반죄로 유죄판결을 선고한 것을 들어 국제인권규약(筆者註: 자유권규약, 즉 B규약을 의미하는 것으로 해석된다) 제19조 소정의 표현의 자유 및 그 제한에 관한 규정을 위반한 것이라는 취지의 견해를 채택하고 이를 대한민국에 통보한 바 있다 하더라도 그것만으로 국가보안법의 효력이 상실되는 것은 아니며, 피고인을 국가보안법위반죄로 처

생각건대, 자유권규약 제1선택의정서 제5조 제4항 소정의 인권이사회의 ‘견해’(view)는 관련 체약국에 대한 권고적 의견에 불과하고 그 국가기관(사법기관을 포함하여)에 대하여 어떠한 법적 구속력도 부과하지 않음이 명백하고, 또한 자유권규약에서 인정되는 권리들을 실현하기 위한 필요한 조치를 취할 체약국의 의무(자유권규약 제2조 제2항)와 자유권규약상의 권리를 침해당한 사람에 대하여 효과적인 구제조치(사법적 구제조치를 포함하여)를 취할 체약국의 의무(위 규약 제2조 제3항)가 국내법적으로 직접 적용될 수 없는 것이라고 해석하는 한에 있어서는, 설령 국내 법원이 인권이사회의 견해와 다른 판단을 하였다 하더라도 그것만으로는 국내법적으로는 아무런 문제가 발생하지 아니하는 것으로 보인다. 또한 인권이사회가 자신의 견해를 국내 법원에 통보할 것을 요청하고, 설령 대한민국 정부가 위 견해에 따라 사법부에 위 견해를 통보하는 절차를 취했다고 하더라도,⁸⁵⁾ 위 견해의 권고적 효력에 비추어 국내 법원으로서 위 견해에 근거하여 피해자에 대한 직접적인 사법적 구제(손해배상 등)를 인정할 수는 없을 것이다. 그러나 헌법과 국내법령의 해석에 대하여는 국내법적으로 헌법재판소와 대법원에 최종적인 권한이 있음에 반하여, 국제인권협약의 해석에 대하여는 국제법상 원칙적으로 국제인권기관이 유권해석권한을 가진다. 따라서 헌법재판소와 대법원은 헌법과 국내법령을 해석함에 있어 국제인권협약에 관한 국제인권기관에 의한 해석을 수용함이 요청되고, 이것이 곧 국제법존중이라는 헌법원칙에 따르는 것이기도 하다. 결국 국내 법원이 국내법규를 해석함에 있어 인권이사회의 견해를 받아들일 것인지 여부는 법논리의 문제라기보다는 법정책(사법정책이라는 정치적 결단)의 문제이다. 국가보안법위반(찬양·고무등) 사건에 관한 위 대전지방법원의 판결은 이러한 정치적 결단에 근거한 것으로 보인다.

별하는 것이 국제인권규약에 위배된다고 할 수는 없다 할 것이다.”고 판시함으로써 원심을 파기하고 피고인에 대하여 징역 2년, 집행유예 4년을 선고하였다.

85) 손종규 사건 등에 관한 유엔인권이사회의 견해가 우리 정부에 통보되었을 때, 주무부서인 법무부가 위 견해에 따라 사법부에 위 견해를 통보하였는지 여부에 관하여는 그 사실을 확인할 자료를 찾지 못하였다.

IV. 간접적용

국내 법원은 기존의 국내법규를 재판규범으로 적용함에 있어 이를 해석하기 위한 기준 또는 보강자료로서 국제인권협약을 이용할 수가 있다. 헌법규정(특히 기본권규정)은 매우 추상적인 것인 만큼 그 규정과 관련된 개별 국제인권협약이 존재하는 경우에는 헌법에 모순되지 아니하는 한 그 인권협약을 전면에 내세워 헌법이 보장하고자 하는 인권의 내용을 보다 풍부하게 하고 발전시키지 않으면 안 될 것이다. 예컨대, 헌법 제11조의 성별에 의한 차별금지조항은 매우 추상적으로 규정되어 있음에 비하여, 여성차별철폐조약은 '성별역할분담부정'이라는 획기적인 원칙을 채용하고, 광범위하면서도 구체적으로 여성차별을 금지하고 있을 뿐만 아니라 실질적 평등을 실현하기 위한 여러 가지 정책을 시사하고 있다. 그러한 내용은 헌법의 여성차별금지규정의 취지와 모순 되지 않는 것으로 생각된다. 따라서 이러한 경우에는 위 헌법규정을 적용·해석함에 있어 위 여성차별철폐조약의 내용은 중요한 지침을 제공할 수 있을 것이다.⁸⁶⁾ 이러한 방식을 국제인권협약의 '간접적용'(indirect application)⁸⁷⁾이라 한다. 미국에서는 국제법의 적용을 법관의 재량에 맡겨두고 있다는 취지에서 이것을 흔히 '간접수용'(indirect incorporation)이라고 부른다.⁸⁸⁾ 이것은 피고(또는 피고인)의 행위가 직접 국제인권기준에 위반되었다고 판단하는 것이 아니라, 헌법상의 인권규정을 적용·해석함에 있어 국제인권기준에 합치되도록 해석함으로써 간접적으로 국제인권기준의 국내법화를 시도하는 방식이다. 이에 따라 '국제법합치해석의 원칙'이라고 일컬어지기도 한다. 특히할만한 점은 간접적용의 경우 원용된 국제인권기준이 법적 구속력을 가지는가 여부 그 자체는 큰 문제가 되지 않는다. 즉, 그 자체로서는 법적 구속력이 없는 선언, 결의 등의 문서(속칭 'soft law')나 당해 국가가 가입하지 않은 조약이더라도, 그것이 보편성과 구체성을 가진 기준을 내포하고 있다면, 필요에 따라서는 참조할 수도 있다. 또한 직접적용가

86) 横田耕一, “人權の國際的保障と國際人權の國內的保障”, *ジュリスト*, No.1022 (1993.5.1.~15), 26面.

87) 간접적용이라 함은 헌법 기타 법규범과 법원칙을 해석, 적용함에 있어 지침으로서 또는 그 해석, 판단을 보강하기 위한 것으로서 국제인권기준을 원용하는 것을 말한다(阿部浩己 外1, 前掲書(註5), 34面). 이러한 간접적용은 '간접수용'(indirect incorporation), '국내법의 해석기준으로서의 국제인권법의 효과' 또는 '국제법합치해석의 원칙' (국내법을 국제법에 합치되도록 해석하고자 하는 일반원칙)이라고 표현되기도 하나, 그 실질적 내용은 동일하다.

88) F. Newman, *op. cit.* (n.30), p.575.

능성의 논점을 회피할 수 있는 장점도 있다. 따라서 이러한 방식은 국내법규와 별개로 조약을 적용하거나 조약위반을 인정하는 데 소극적인 태도⁸⁹⁾를 취하는 국내 법원이 비교적 받아들이기 쉬운 방식이다.⁹⁰⁾

우리 법원의 판결 중에서 이러한 간접적용의 방법을 이용하여 원고에게 유리한 판단을 도출한 선구적인 것으로는 1995년의 강제퇴거명령등처분취소 사건에 대한 서울고등법원 판결⁹¹⁾을 들 수 있다. 서울고등법원은 대한민국의 국적을 선천적으로 취득하였다가 자진하여 미국 시민권을 취득함으로써 국적법 규정에 의하여 대한민국의 국적을 상실한 원고가 미국에서 탈세 및 뇌물공여혐의로 형사재판을 받던 중 대한민국에 무효인 여권을 이용하여 입국하였다가 국적회복허가신청을 하였으나 미처 그 허가가 이루어지지 않고 있는 사이에 강제퇴거처분 등을 받은 사건에서, 위 강제퇴거처분 등이 재량권 일탈 내지 남용 여부에 관한 판단에 앞서 위 국적회복허가신청이 적법한지 여부에 대하여 판단하면서 국적결정에 관한 국가의 재량권의 한계에 관한 국제법상의 원칙을 설시한 다음, 결국 원고가 신청한 위 국적회복신청은 이를 거부할 특단의 사정이 엿보이지 않는 이 사건에 있어서 국적법상의 요건을 갖춘 적법한 것으로서 허가됨이 상당하다고 판단하여 위 강제퇴거처분 등은 재량권의 범위를 일탈한 위법한 것이라고 판단하였다. 위 판결은 비록 원고에 대한 강제퇴거처분이 직접 세계인권선언이나 자유권규약의 규정

89) 우리나라 법원(헌법재판소를 포함하여)은 전반적으로 재판이라는 사법적 판단과정 속에서 국제인권법의 적용에 관한 판단회피적 경향과 특히 국제인권법위반의 인용에 대한 소극적 태도를 보이고 있다는 비난을 받고 있다(정경수, 앞의 논문 (주1), 158~161쪽).

90) 阿部浩己 外1, 前掲書 (註5), 34面.

91) 서울고등법원, 1995. 12. 5. 선고 94구26662 판결; “원래 어떠한 개인에게 자국의 국적을 부여할 것인가 하는 것은 원칙적으로 국가의 자유에 맡겨져 있고, 국가는 그 전통·인구정책·경제정책의 필요에 따라 자유롭게 국적에 관하여 규율할 수 있는 것이 국제법상의 원칙이지만, 다른 한편으로는 세계인권선언이 제15조에서 ‘1. 누구나 국적을 가질 권리를 가진다. 2. 누구도 임의로 그 국적을 박탈당하거나 또는 국적을 변경할 권리를 부인당하지 않는다’라고 선언하고 있고, 자유권규약은 제24조 제3항에서 ‘모든 아동은 국적을 취득할 권리를 가진다’라고 규정하고 있으므로 이러한 인권조항들이 국적결정에 관한 ‘국가 자유’에 일종의 제약으로 작용한다고 할 것이다.”, “우리나라에 있어서도 이러한 국제법상의 원칙에 따라 헌법 제2조 제1항에서 ‘대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다’라고 규정함으로써 국민에 대한 국적결정권의 근거는 주권 그 자체에 있음을 전제로 하여 그 권력행사를 국민대표기관인 국회에 부여하는 국적법률주의를 택하고 있으므로 국회는 일단 국적결정에 관하여 넓은 입법적인 재량권을 가진다고 볼 수 있다. 그러나 국적은 어디까지나 국가와 국민 사이의 유대이므로 국가가 일방적으로 강제할 수 있는 성질의 것이 아니라 개인의 자유의사가 존중되어야 하며, 이러한 개인의 자유의사에 기초하여 국가의 국적결정권이 행사되어야 한다는 것이 금일에 있어서 문명자유국가의 일반적 경향이고, 그와 같이 해석하는 것이 앞서 본 세계인권선언의 정신에도 부합하다고 할 것이다.”

에 위반되어 무효라고 판단한 것(직접적용)은 아닐지라도, 헌법과 국제법 규정을 국가의 국제결정 재량권의 한계에 관한 국제법상의 원칙에 합치되도록 해석하였다는 점에서 국제법합치추정의 원칙에 따른 국제인권협약의 간접적용의 대표적인 사례라고 할 수 있다.

또한 이러한 간접적용의 방식을 이용하여 피고인에게 유리한 판단을 도출한 사례로는 얼마 전에 사회적 논란이 된 속칭 양심적병역거부사건에 대한 서울남부지방법원의 무죄판결을 들 수 있다.⁹²⁾ 위 판결은 결론적으로 양심적병역거부행위는 헌법과 자유권 규약에서 보장하는 양심의 자유에 따른 행위로서 병역법 제88조 제1항 소정의 정당한 사유에 해당한다고 하여 무죄를 선고하였다.⁹³⁾ 특히 위 판결은 일반적으로 법적 구속력

92) 서울남부지방법원, 2004. 5. 21. 선고 2002고단3941 판결; 서울남부지방법원은 ‘여호와의 증인’이라는 종교를 믿는 피고인이 무기를 들 수 없도록 되어 있는 교리상의 이유로 현역병 입영을 거부한 것이 병역법 제88조 제1항 소정의 입영을 하지 아니할 ‘정당한 사유’에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서, “헌법 제19조 소정의 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안 되는 내심적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는 자유, 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다.”고 해석하고, “게다가 우리나라가 1990년에 가입한 자유권규약 제18조 제2항에서도 스스로 선택하는 신념을 가질 자유를 침해하게 될 어떠한 강제도 받지 않는다고 규정하고 있고, 우리나라가 1993년 이래 위원국으로 5번째 연임된 유엔경제사회이사회 산하 인권위원회에서도 계속적으로 양심에 따른 병역거부권을 인정하여야 한다고 하면서 특히 최근 2004. 4. 19. 제60차 인권위원회는 양심에 따른 병역거부권을 인정하여야 한다는 결의안을 채택하기도 하였다.”고 판시한 후, “위 헌법 및 자유권규약의 각 규정에서 인정된 양심의 자유의 내용 중 양심실현의 자유는 양심의 결정을 행동으로 옮겨서 실현시킬 수 있는 자유인바, 결국 양심상의 결정을 이유로 한 병역의무거부는 양심을 지키는 자유의 내용을 이루는 작위의무로부터 해방과 양심 실현의 자유에 그 근거를 두고 있다 할 것이다. 그렇다면, 위 병역법상의 입영 또는 소집을 거부하는 행위가 오직 양심상의 결정에 따른 것으로서 양심의 자유라는 헌법적 보호의 대상이 되기에 충분한 경우에는 위 법조 소정의 정당한 사유에 해당한다 할 것이다.”라고 판시하였다. 위 판결은 더 나아가, “우리나라가 1993. 이래 위원국으로 5번째 연임된 유엔경제사회이사회 산하 인권위원회에서도 계속적으로 양심에 따른 병역거부권을 인정하여야 한다고 하면서 특히 최근에는 2004. 4. 19. 제60차 인권위원회에서 양심에 따른 병역거부권을 인정하여야 한다는 결의안을 채택하기도 하였다.”고 사실인정하고 있으나, 위와 같은 결의안이 병역법 제88조 제1항 소정의 ‘정당한 사유’를 해석함에 있어서 어떠한 국내법적 효력(또는 단순한 해석지침)을 가지는지 여부에 관하여는 아무런 판단도 하지 않아 아쉬움이 남는다.

93) 이에 반하여, 위 사건의 항소심 판결(서울남부지방법원, 2004. 9. 8. 선고 2004노591 판결)은 위 1심 판결이 선고된 후 나온 유사 사건에 관한 대법원 판결(2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결)의 취지(“양심의 자유는 기본적으로 국가에 대하여 개인의 양심의 형성 및 실현 과정에 대하여 부당한 법적 강제를 하지 말 것을 요구하는 소극적인 방어권으로서의 성격을 가지는 것이고, 양심 실현의 자유도 결국 그 제한을 정당화할 헌법적 법익이 존재하는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의하여 제한될 수 있는 상대적 자유라고 하여야 할 것이며, 양심적 병역거부자의 양심의 자유가 국민 전체의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위한 병역의무라는 헌법적 법익보다 우월한 가치라고는 할 수 없으니, 위와 같은 헌법적 법익을 위하여 헌법 제37조 제2항에 따라 피고인의 양심의 자유를 제한한다 하더라도 이는 헌법상 허용된 정당한 제한이다.”)에 따라 원심판결을 취소하고

이 없는 유엔인권위원회의 결의(양심에 따른 병역거부권)를 우리 헌법상의 양심의 자유를 해석하기 위한 지침 내지 보강자료로 삼았다는 점에서도 전형적인 간접적용방식을 채택한 것으로 보인다. 다만, 위 판결은 앞서 본 고등법원의 판결과는 달리 단순히 자유권규약의 규정과 인권위원회 결의안이 존재한다는 사실인정에 그치고, 보다 정교한 간접적용 시스템을 가동하여 국제인권기준의 국내법화로 나아가지 못하였다는 점이 아쉬움으로 남는다.

한편 미국의 경우 뒤에서(IV. 역외적용) 검토하게 될 1980년의 *Filartiga* 사건에 관한 연방항소법원의 판결을 계기로 한 국제인권법의 직접적용가능성에 관한 전향적인 태도(소극적 태도에서 적극적 태도로) 변화 이후, 여러 사건에서 국제인권법(주로 국제관습법⁹⁴⁾)이 국내법의 해석기준으로서 국내에서 상당한 효과를 가지는 것으로 인식되기에 이르렀다. 캔사스지구 연방지방법원은 1980년의 *Fernandez* 사건에서 쿠바에서 미국으로 불법입국하였다고 하여 체포된 후 교도소에서 무기한으로 구금 생활을 계속하고 있는 쿠바 국적의 청구인이 제기한 인신보호청구에 대하여 자의적인 구금의 금지는 국제관습법원칙이라고 하면서 이를 직접적용하여 위 청구를 인용한 바 있는데, 제10연방항소법원은 그 다음해 위 사건에 대하여 판결하면서 헌법상의 적법절차의 개념은 각 시대에 있어 공정의 개념을 수용하여 발전시킨 것이며, 공정의 개념에 관하여는 국제법원칙을 고려하여야 함이 상당하다고 전제한 후, 국제법원칙에 적합하도록 출입국관리법령을 해석하여야 할 것이라면서 국제인권법을 국내법의 해석기준으로 삼으로써 동일한 결론에 도달하였다.⁹⁵⁾ 또한 그 무렵 교도소 수형자에 대한 처우에 관하여 국제인권법을

유죄판결을 선고하였다. 위 항소심 판결은 자유권규약의 적용 여부에 관한 어떠한 언급도 하지 아니하였다. 한편 위 전원합의체판결의 선고에 따라 피고인 ○○○에 대한 병역법위반판결이 확정됨으로써 국내적 구제절차가 완료되었다고 판단되자, 위 피고인은 최근(2004년 10월경) 양심적 병역거부로 인한 병역법위반죄로 처벌받는 것이 자유권규약 제18조 등에 위반됨을 전제로 하여 유엔인권이사회에 청원서를 제출할 예정인 것으로 언론에 보도되고 있다(2004년 10월 7일자 연합뉴스).

94) 미국정부는 일반적으로 다자간 인권조약에 대한 가입을 꺼리는 태도를 취하고 있고, 조약에 가입하는 경우에도 그것이 자기집행조약이 아니라고 명시적으로 유보선언을 함으로써 국내법원에 의한 직접적용가능성을 사전에 차단하고 있는 경우가 많으므로(C.A. Bradley and J.L. Goldsmith, "Pinochet and International Human Rights Litigation", *Mich. L. Rev.* Vol.97 (June 1999), pp.2167~2168), 미국의 국내법원은 주로 국제관습법의 직접 내지 간접적용방식을 채용하여 관습법 내지 강행규범(*jus cogens*)으로 된 국제인권법의 국내적 이행을 실현하고자 하였던 것이다.

95) *Rodriguez-Fernandez v. Wilkinson*, 505 F. Supp. 787 (D. Kan. 1980); 654 F. 2d 1382 (10th Cir. 1981); 岩澤雄司, "アメリカ裁判所における國際人權訴訟の展開(二・完)-その國際法上の意義と問題點-", 國際法外交雜誌, 第87卷 第5号 (1988), 14面에서 재인용.

국내법의 해석기준으로 대폭 참조한 판결들이 선고되기도 하였다. 즉, 코네티컷지구 연방지방법원은 교도소의 과밀상태가 문제된 1980년의 *Lareau* 사건 판결에서, 오레건지구 연방지방법원은 과 여성 교도관이 남성 수형자에 대하여 신체검사를 행하는 등이 문제가 된 1981년의 *Sterling* 사건 판결에서 각 적법절차조항을 해석함에 있어 여러 국제인권협약과 세계인권선언 등을 대폭 참조하기도 하였다.⁹⁶⁾ 이와 같이 간접적용방식에 따라 국내법의 해석기준이 되는 것은 국내적으로 직접적용가능한 자기집행조약이나 국제관습법에 한정되지 아니한다. 비자기집행조약은 물론이고 법적 구속력이 없는 국제기구의 결의 등과 같은 소위 *soft law*도 해석기준이 될 수 있다. 텍사스 남부지구 연방지방법원은 불법입국자의 자녀를 공립학교에서 퇴학처분을 하도록 한 텍사스주법이 문제된 1980년의 외국인아동교육소송 판결에서 미주(OSA)현장상 교육에 관한 규정은 비록 그것이 비자기집행적이라고 할지라도 교육에 대한 연방정부의 책무(commitment)를 표명한 것으로 인정되고, 위 주법은 연방헌법의 평등조항에 위반된다고 판단하였다.⁹⁷⁾

일본의 경우 간접적용방식을 채용한 선례로는 1983년 동경고등재판소의 속칭 재일한국인국민연금차별사건판결⁹⁸⁾을 들 수 있다. 이 사건에서는 재일한국인인 원고가 지방자치단체의 직원으로부터 국민연금가입을 권유받아 12년에 걸쳐 보험료를 납부하였음에도 불구하고 65세에 이르러 노령연금의 지급을 청구하자 국민연금법의 국적요건을 이유로 그 지급을 거부당하였기 때문에 그 처분의 취소를 구하는 행정소송을 제기하였다. 제1심은 사회권규약 제9조가 외국인에 대하여 구체적 권리를 부여한 것이 아니라고 하여 그 적용을 부정함으로써 원고의 청구를 기각하였다. 이에 반하여 항소심인 동경고등재판소는, “항소인의 신뢰에 반하면서까지 국적요건을 유지, 관철할 공익상 필요성이 있다고 할 수 없다.”고 판단하여 원고의 청구를 인용하였다. 여기서 공익상 필요성 여부에 관하여 검토함에 있어 일본이 사회권규약 제9조에 의거하여 외국인에 대하여도 사회

96) *Lareau v. Manson*, 507 Supp. 1177, 1187~1189 (D. Conn. 1980); *Sterling v. Cupp*, 625 P. 2d 123, 131 (Or. 1981); 岩澤雄司, 前掲書 (註95), 14~15面에서 재인용.

97) *In re Alien Children Educ. Litigation*, 501 F. Supp. 544, 589~596 (S.D. Tex. 1980); 이 판결은 미주현장상의 교육에 관한 규정이 자기집행적이라고 인정되지 않는다고 하더라도 그것을 국내법의 해석기준으로서 참조하였다는 점에서 간접적용방식을 채용한 것으로 평가되고 있다(岩澤雄司, 前掲書 (註95), 15面).

98) 東京高等裁判所, 昭和 58年(1983年) 10月 20日, 判例時報, 第1092号, 31面.

보장정책을 추진해야 할 책임을 부담하고 있다는 것 등이 고려되었다. 위 판결은 일본내에서도 직접적용가능성이 인정되지 않는 사회권규약⁹⁹⁾을 원용하여 원고에게 유리한 판단을 도출하였다는 점에서 일본내에서도 간접적용방식을 채용한 선구적인 판결로 인정되고 있다.¹⁰⁰⁾

또한, 법률의 위헌판단에 있어서 인권조약이 보강재료로서 참조된 중요한 판례로는, 속칭 혼인외의자상속차별소송에 관한 동경고등재판소의 1993년 6월 23일자 결정¹⁰¹⁾을 들 수 있다. 위 결정은 혼인외의 자의 상속분을 혼인중의 자의 2분의 1이라고 규정한 일본민법 제900조 제4호 단서 전단의 규정을 일본헌법 제14조 제1항에 위반한 무효라고 판단하면서¹⁰²⁾ 아동보호에 관한 자유권규약 제24조 제1항과 부모의 지위 등을 이유로 한 차별을 금지하는 아동권리조약 제2조 제2항의 정신을 고려하였다. 특히, 위 아동권리조약에 대하여는 당시 일본이 비준하지 아니하였음에도 이를 언급하였다는 점에서 전형적인 간접적용방식을 채택한 것으로 이해된다.

시즈오카지방법판소 하마마츠지부는 1999년의 인종차별철폐조약의 사인간적용¹⁰³⁾에 관한 사건¹⁰⁴⁾에서 원고가 외국인이라는 이유로 피고 운영의 보석가게에서 축

99) 오사카고등재판소는 위 판결에서 폐지인정일 현재 일본 국민이 아니라는 이유로 그 후 귀화한 맹인 여성에 대한 장애복지연금의 수급자격을 인정하지 아니한 행정처분의 취소를 구한 사건에서 사회권규약 제2조 제2항(무차별조항), 제9조(사회보장의 권리)의 직접적용을 인정하지 아니하였다. 즉, 사회권규약이 그 내용을 실시하기 위해서는 입법절차를 요하는 종류의 조약이라는 것, 그 권리의 완전한 실현의 점진적 달성이 예정되어 있다는 것이 명백하다는 이유로, 사회권규약의 규정은 그 자체로서 국내에서 이미 시행되고 있는 법률이나 그 법률에 근거한 행정처분의 효력을 판단하는 기준이 될 수 없다고 하였다. 최고재판소도 이를 추인하고 사회권규약 제9조는 “개인에 대하여 즉시 구체적 권리를 부여할 것을 정한 것이 아니다.”고 판시하였다[最高裁判所, 平成 元年(1989年) 3月 2日, 訟務月報, 第35卷 第9号, 1754面; 阿部浩己 外1, 前掲書 (註5), 30面에서 재인용].

100) 阿部浩己 外1, 前掲書 (註5), 34~35面.

101) 東京高等裁判所, 平成 5年(1993年) 6月 23日 決定, 判例時報, 第1465号, 55面.

102) 이에 반하여 일본최고재판소는 1995년 7월 5일 다수의견으로 합헌이라고 판단하였다. 다만 반대의견은 자유권규약과 아동권리조약에 대하여 언급한 후 동 규정의 불합리성을 지적하였다[阿部浩己 外1, 前掲書 (註5), 36面].

103) 국제인권협약의 사인간 적용 문제는 헌법이론상 기본권의 사인간 효력(제3자적 효력) 문제와 마찬가지로 이론적으로는 직접적용(효력)설과 간접적용(효력)설의 대립이 있을 수 있으나, 간접적용설이 통설적 견해이다. 이와 관련하여 일본의 경우에도 오사카지방법판소는 1993년 6월 18일자 판결에서 “국제인권규약의 각 규정이 국내적 효력을 가지는 법원으로서의 기능을 가진다는 것은 국가 또는 지방자치단체가 그 취지에 따라 입법행정상의 조치를 취할 것을 요청하는 정도에 그치는 것이고, 사인간에 직접적으로 적용되지는 않는다고 해석된다.”고 판단함으로써 직접적용설을 배척한 바 있다[大阪地方裁判所 平成 5年(1993年) 6月 18日, 判例時報, 第1468号, 129面]. 오컨대, 헌법상 기본적 인권보장 규정은 공권력관계에 대한 규범이라 할 것이어서 사인 상호간의 법률관계에 직접적용 되지 아니 하

출 당하자 이는 인종차별행위에 해당한다고 하여 불법행위에 기한 손해배상을 청구함에 대하여, 위 조약의 실체규정이 일본민법상 불법행위의 요건에 관한 해석기준이 될 수 있다고 하면서 위 조약의 간접적용을 인정한 바 있다.¹⁰⁵⁾

국제인권협약의 간접적용방식은 조약의 국내적 효력이 인정되지 아니함으로써 직접 적용이 불가능한 소위 이원론을 채용한 국가들에 있어서도 흔히 받아들여지고 있다. 예컨대, 영국의 경우 조약은 그 자체로서는 국내법적 효력을 가지지 못하나, 국내법의 해석 기준이 되는 것까지 부인되지는 않는다. 인권법(Human Rights Act)이 제정됨으로써 유럽인권협약이 영국의 국내법으로 수용되기 이전에도 유럽인권협약은 영국의 국내 법원

고, 위 기본권규정의 취지가 개별적인 실체사법의 각 조항을 통하여 실현될 수 있는 것과 마찬가지로, 국제인권협약의 사인간 적용도 직접적용보다는 국내법인 실체사법에 대한 해석기준으로서 간접 적용 된다는 것이 통설·판례이다.

104) 静岡地方裁判所 浜松支部, 平成 11年(1999年) 10月 12日 判決, 判例時報, 第1718号, 92面; 이 사건의 개요는 다음과 같다. 원고는 일본에 체류 중인 브라질인이고, 피고는 보석가게를 운영하고 있었다. 원고가 위 보석가게에 들어와서 전시된 보석들을 들여다보고 있던 중, 이것을 부자연스럽게 느낀 피고가 원고의 출신국이 브라질이라는 것을 알고 외국인은 출입할 수 없다고 하면서 위 보석가게에서 나가줄 것을 요구하였다. 외국인이라는 이유로 위 보석가게에서 축출당한 원고는 피고의 위와 같은 일련의 행위가 브라질인인 원고에 대한 인종차별행위에 해당한다고 하면서 인종차별철폐조약 제2조 제1항 (d)호(개인에 의한 인종차별금지), 제6조(조약위반에 대한 구제로서의 손해배상을 청구할 권리) 및 일본민법 제709조(불법행위)에 의거하여 손해배상청구소송을 제기하였다. 원고는 위 조약의 사인간 직접적용을 주장함과 아울러 위 조약이 사인간에 직접적용될 수 없다고 하더라도, 법률의 일반적, 추상적 조항의 해석기준이 될 수 있으므로, 민법 제709조 소정의 불법행위 성립요건으로서 권리침해, 위법성의 유무를 판단함에 있어 위 조약의 취지에 합치되도록 판단하지 않으면 안 된다(간접적용)고 주장하였다. 이에 대하여 위 재판소는 직접적용가능성에 대한 판단을 유보한 채 간접적용을 통하여 원고의 청구를 인용하였다[高田映, “人種差別撤廢條約の私人間適用”, 平成11年度重要判例解説, JURIST, 第1179号 (2000), 290面].

105) 반면에, 동경지방법재판소는 조선인강제징용사건(속칭 가와사끼제철소사건)에서 제2차세계대전 도중(1942년~1944년) 한반도에서 일본국 회사(가와사끼제철소)에 강제연행되어 노예적 대우로 강제노동에 종사하게 되었다고 하면서 이는 국제인권법(국제관습법으로서의 노예노동금지원칙, 강제노동조약(LO 제29호 조약), 인도에 반하는 죄)에 기한 민사상 손해배상청구에 관하여, 강제조동조약 및 뉴른베르크 헌장(인도에 반하는 죄)은 사기업에 대하여 손해배상 등의 민사책임을 부여하는 취지로 규정된 것으로 해석되지 아니하고, 또한 본건 당시 이전에는 개인을 노예상태에 두거나 인도에 반하는 죄에 해당하는 행위를 가한 사기업이 그 피해를 입은 개인에 대하여 손해배상 등의 민사책임을 부담한다는 국제관습법이 성립되어 있었다고 인정되지 아니한다고 해석하여 원고의 청구를 기각하였다[東京地方裁判所, 平成 9年(1997年) 5月 26日 判決, 判例タイムズ, No.960 (1998. 3. 15.), 221面]. 위 판결은 국제인권협약의 사인간의 직접적용가능성을 부인하였을 뿐만 아니라, 간접적용방식을 채택하려는 어떠한 시도도 없었는지 않는다. 속칭 강제징용사건에 관한 일련의 하급심판결들은 대체로 위와 동일한 입장을 취하여 손해배상청구를 기각하여오고 있다[東京地方裁判所, 平成 6年(1994年) 7月 15日 判決, 判例時報, 第1505卷, 46面; 東京高等裁判所, 平成 10年(1998年) 9月 29日 判決, 判例時報, 第1659卷, 35面; 大阪地方裁判所, 平成 7年(1995年) 10月 11日 判決, 判例タイムズ, No.901, 84面; 京都地方裁判所, 平成 10年(1998年) 3月 27日 判決, 訟務月報, 第45卷 第7号, 1259面].

에 의해 국내법의 해석기준으로 인정되어 여러 판결에서 인용되어 왔다.¹⁰⁶⁾ 또한 영국과 마찬가지로 조약의 국내법적 효력을 인정하지 아니하는 캐나다의 경우에도 1982년 제정된 캐나다인권헌장의 해석을 위하여 국제인권법, 특히 국제인권규약(A, B규약, 각 규약 위원회의 견해) 및 유럽인권협약(유럽인권위원회와 유럽인권재판소의 판단 포함) 등을 적극적으로 참조하고 있다. 예컨대, 캐나다인권헌장 제2조 d항은 '결사의 자유'를 보장하고 있는데, 이것이 단체행동권(파업권)도 보장한 것인가 여부가 문제된 사건에서, 온타리오 고등법원은 국제인권규약, 헬싱키최종의정서, ILO조약, ILO 기관의 견해 등을 인용하여 이를 긍정적으로 해석한 바 있다.¹⁰⁷⁾ 독일의 경우에도 국제인권협약의 국내적 이행과 관련하여 국제법합치해석의 원칙에 기초한 일련의 속칭 국경수비대원 사건(The German Border Guard Cases)¹⁰⁸⁾에 대한 연방대법원(Bundesgerichtshof)의 판결들이 있다.¹⁰⁹⁾ 특히, 위 판결들에 의하면, '국가기관이 사람의 생명을 박탈할 수 있는

106) D. Bonner, H. Fenwick & S. Harris-Short, "Judicial Approaches to the Human Rights Act", *ICLQ*, Vol.52 (July 2003), p.549.

107) *Re Serv. Employees' Int'l Union & Broadway Manor Nursing Home*, 4 *D.L.R.* 4th 231, 280~284 (Ont. H. Ct. 1983); 이 문제는 1987년 캐나다 연방대법원의 판결에 의해 부정적으로 해석됨으로써 논란의 종지부를 찍었다고 한다(岩澤雄司, 前掲論文(註95), 17~18面에서 재인용).

108) 사건의 개요는 아래와 같다. 1990년 10월 3일 독일이 통일된 후, 독일 법원들은 베를린 장벽을 넘어 탈출을 시도한 동독 망명자들을 살해했다는 이유로 살인죄로 기소된 구 동독의 국경수비대원들에 대한 형사재판을 담당해야 했다. 통일조약에 따르면, 통일 이전에 구 동독지역에서 행해진 범죄에 대해서는 구 동독의 형법을 적용하도록 되어 있다. 이에 따라 피고인들은 자신들의 행위가 구 동독의 국경법 제27조 제2항(1982년 3월 25일 시행, 국경수비대원은 중대한 범죄행위(국외탈출)를 예방하거나 저지시키기 위하여 필요하다면 사람에게 대하여 발포할 수 있다고 규정함)에 따른 것으로서 합법적이라고 주장하였다. 그러나 독일의 하급심법원들은 피고인들을 유죄로 인정하였다. 1990년 10월 3일부터 1997년 2월 6일까지 약 7년 동안 78명의 국경수비대원들이 살인죄로 기소되어 유죄판결을 받았다. 그 중 일부 피고인들의 상소에 따라 연방대법원의 판결이 선고되기도 하였는데, 그 대표적인 판결로는 Judgment of 3 November 1992, *BGHSt* 39, 1 및 Judgment of 20 March 1995, *NJW* 1995, 2732 (5 *StR* 378/94) 등을 들 수 있다(R. Geiger, "The German Border Guard Cases and International Human Rights", 9 *EJIL*(1998), pp.541~542).

109) 위 사건에서는 베를린 장벽을 넘어 서독으로 탈출하려는 구 동독 망명자들을 발포하여 살해한 행위가 국경수비대원은 중대한 범죄행위(국외탈출)를 예방하거나 저지시키기 위하여 필요하다면 그 행위자에 대하여 발포할 수 있다고 규정한 구 동독의 국경법 제27조 제2항에 따른 합법행위라는 피고인들의 주장에 대하여, 연방대법원은 피고인들의 위 주장을 배척하고 살인죄로 기소된 피고인들에 대한 사실심법원의 유죄판결을 유지하였다. 구 동독에 대하여 자유권규약이 발효된 것은 1976년 3월 23일이므로, 그 이전에 발생한 사건에 대해서는 원칙적으로 위 자유권규약은 적용될 수가 없다. 또한 구 동독 헌법 제51조에 의하면, 조약은 소위 동의법의 형태로 국내적으로 수용되어야만 비로소 국내법적 효력을 가지므로, 위 자유권규약이 구 동독에 대하여 발효된 이후에도 국내법으로 수용하는 절차가 이루어지지 아니하였기 때문에 국내법적 효력을 가지지 못하였다. 그러나 위 연방대법원의 판결에 의하면, 국내법이 해석의 여지가 있는 경우에는 국가의 국제법상 의무에 합치되도록 해석하여야 한다는 국내법의 해석에 있어서 국제법의 영향에 관한 확립된 규칙이 존재함을 전제로 하여, 국

상황은 엄격히 규정되고 제한되어야 한다'는 내용의 인권이사회의 일반의견(General Comment) 6(16)을 언급하면서, 탈출자들이 어떠한 무기도 휴대하지 아니하고 누구에게도 위협을 야기하지 아니한 상황에서 그들의 생명을 박탈한 행위는 자의적인 것으로서 정당화될 수 없다고 해석하였다.¹¹⁰⁾

요컨대, 국내법을 국제인권법에 합치되도록 해석하고자 하는 원칙, 즉 국제인권법의 간접적용방식은 미국, 일본, 우리나라 등과 같이 국제인권법의 직접적용가능성이 인정되는 소위 일원론 국가는 물론이고, 영국, 독일, 캐나다 등과 같이 그 직접적용이 인정되지 않는 소위 이원론 국가에서도 널리 채택되고 있다. 그리고 국내법의 해석기준으로서의 국제인권법은 그 법적 성격을 불문한다. 조약 자체로서 국내법적으로 직접적용 가능한 자기집행조약은 물론이고, 그 자체로서는 국내법적 효력을 가지지 못하는 비자기집행조약, 국제기구의 결의와 같은 비구속적인 국제문서, 유엔인권이사회의 견해(View), 일반의견(General Comment)와 같이 당사국에 대하여 권고적 효력만을 가지는 국제인권기관의 결정이나 의견 등도 국내법의 해석기준이 될 수 있다. 이러한 국내법의 해석기준으로서의 국제인권법의 효과로서는 우선, 국제인권법은 국내법규정이 애매모호하여 두 가지로 해석될 여지가 있을 경우에 그 해석기준이 됨으로써 국제인권법에 합치되도록 하는 해석을 선택하는 효과를 가진다. 또한 국제인권법은 헌법상의 적법절차조항과 평등조항이나, 민법 또는 국제사법상의 '공서'(public policy) 조항과 같은 국내법상의 일반개념의 내용을 구체화하는 효과를 가지기도 한다.¹¹¹⁾

제인권법은 국가와 그 국민간의 관계를 규율하도록 예정되어 있고, 구 동독의 국경법 제27조 제2항의 문언상으로 보아 그것은 자유권규약의 취지에 따라 해석할 여지가 있다 할 것이므로, 위 국경법을 해석함에 있어서는 국제인권기준, 즉 세계인권선언 제3조(생명권), 제13조 제2항(출국의 자유) 및 자유권규약 제6조 제1항(생명권)과 제12조 제2항(출국의 자유)을 참고하여야 할 것인데, 비록 위 국경법이 탈출을 저지하기 위하여 무제한의 총기사용이 허용된다고 해석될지라도, '인권에 바탕을 둔'(a human rights-oriented) 해석에 따르면, 어떠한 위험도 없는 비무장의 탈출자에 대한 치명적인 발포행위는 배제되어야 한다는 것이고, 그러한 상황하에서는 생명권과 탈출의 자유가 탈출을 저지하고자 하는 국가적 이익보다 우위에 있다 할 것이며, 따라서 위 국경법은 피고인들의 행위를 정당화시킬 수는 없다는 것이다[R. Geiger, op. cit. (n.108), pp.543~544].

110) R. Geiger, op. cit. (n.108), p.543.

111) 岩澤雄司, 前掲論文(註95), 18~20面.

V. 역외적용

국제인권법의 역외적용(extraterritorial application)¹¹²⁾ 문제는 주로 미국의 국내법인 ‘외국인불법행위법’(1798년)¹¹³⁾의 적용과 관련하여 국내 법원의 관례를 통하여 발전되어 오고 있다. 위 외국인불법행위법에 의하면, “(연방)지방법원은 ‘제국민의 법’(국제법) 또는 합중국의 조약에 반하여 행해진 외국인에 의한 불법행위에 관한 민사 소송에 대하여 심리할 본래적 관할권을 가진다.”¹¹⁴⁾고 규정되어 있다. 위 외국인불법행위법은 1789년 제정된 이래 그 후 약 2세기 동안이나 재판에서 거의 이용되지 않았던 법률이다.¹¹⁵⁾ 그런데, 1980년대 이후 미국 국내법원에서 활발하게 제기된 국제인권소송,¹¹⁶⁾ 그 중에서도 특히 외국인이 미국의 영토 밖에서 다른 외국인에 의한 대규모적인

112) 역외적용(extraterritorial application) 내지 역외성(extraterritoriality)이란 일국이 그 영역 외에서 이루어진 외국인의 행위에 대하여 국내법에 근거한 관할권을 적용하여 행사하는 것을 의미한다(山本草二, “國家管轄權の域外適用”, *ジュリスト*, No.781 (1983. 1. 1.), 196쪽). 주지하다시피 이러한 역외적용 문제는 원래 미국 경제법(특히 독점금지법)의 역외적용과 관련하여 속칭 영향이론(effect doctrine)에서 출발하여 미국의 관할권을 확대 적용한 미국 판례법(1945년의 *Alcoa*사건 판결, 1993년의 *Hartford Fire*사건 판결 등)를 통하여 발전된 것이다. 위 영향이론에 의하면, 외국인이 외국에서 미국 독점금지법을 위반한 행위를 함에 있어 그 행위가 비난가능성이 있는 특정한 결과의 발생을 의도한 고의(intent)가 있고, 그 결과(some effect)가 미국 내에서 현실적으로(actually) 발생한 경우에는 미국의 재판관할권이 인정된다는 것이다(김석호, “경쟁법(독점법)의 역외적용을 위한 논리적 근거-미국의 입장에 대한 비판적 고찰-”, *국제법학회논총*, 제46권 제2호 (2001년 10월), 29~31쪽, 41~42쪽). 위와 같은 영향이론에 근거한 역외적용은 곧 국가관할권의 충돌 또는 상대국의 대항입법 등의 문제를 야기하게 되므로, 이러한 문제를 해결하기 위하여 영향이론을 완화하여 이익교량이론(합리적 관할권이론), 경제적 단일체이론, 실행이론 등으로 발전되어 가고 있으나, 미국의 경우에는 1993년의 *Hartford Fire*사건에 관한 연방대법원판결로 인하여 영향이론으로 회귀하는 현상을 보이고 있다(노영돈, “국내경제법의 역외적용과 국가관할권의 충돌에 관한 연구-경쟁법을 중심으로-”, *국제법학회논총*, 제47권 제1호 (2002년 6월), 66~70쪽).

113) ‘The Alien Tort Statute’(ATS) 또는 ‘The Alien Tort Claims Act’(ATCA)라고 부르는데, ‘Judiciary Act of 1789’의 일부(section 9)로서 제정된 것이다(Anne-Marie Burley, “The Alien Tort Statute and the Judiciary Act of 1789: A badge of Honor”, *AJIL*, Vol.83 No.3 (July 1989), p.461; Jin Hong Jeong, “The Application of the Foreign Sovereign Immunity to the State Defendant in the Alien Torts Claims Act”, *국제법학회논총*, 제45권 제2호 (2000년 12월), 212쪽).

114) 28 U.S.C. §1350(1994), Article II, sec.2 (“The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”). 원래의 법규정은 “the district courts ... shall also have cognizance, concurrent with the courts of the several States, or the circuit courts, as the case may be, of all causes where an alien sues for a tort only in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”으로 규정되어 있었다고 한다(Judiciary Act of 1789, ch.20, §9(b), 1 Stat. 73, 77(1789); Anne-Marie Burley, *op. cit.* (n.113), p.461, n.1; A. D’Amato, “The Alien Tort Statute and the Founding of the Constitution”, *AJIL*, Vol.82 No.1 (January 1988), p.62).

115) F. Newman, *op. cit.* (n.30), pp.504~505.

인권침해행위에 기하여 미국의 국내 법원에 손해배상을 청구하는 민사소송에서 연방법원의 재판관할권을 인정하기 위한 근거로 활용되었다.¹¹⁷⁾ 그 계기가 된 것이 바로 1980년의 속칭 Filartiga 사건¹¹⁸⁾에 관한 미국의 제2연방항소법원판결이다.¹¹⁹⁾ 위 판결에 의하면 고문은 위 외국인불법행위법 소정의 '제국민의 법'(국제관습법)에 위반됨을 인정된 후 위 법에 기한 연방법원의 재판관할권을 긍정하였다. 이 판결은 국제인권법의 직접적용가능성(자기집행력)에 관한 미국 국내법원의 종래의 소극적 태도¹²⁰⁾에서

116) 미국 국내법원에 제기되는 국제인권소송을 유형화하면, ① 미국 정부(연방 또는 주)에 의해 인권침해를 받았다고 주장하는 개인(미국인 또는 외국인)이 미국 정부에 대하여 국제인권법을 원용하여 제기하는 소송, ② 외국인이 원고가 되어 '외국인불법행위법'에 근거하여 외국인(개인), 외국국가 또는 미국정부의 고관을 피고로 하여 손해배상을 청구하는 소송, ③ 미국인이 외국국가에 대하여 인권침해를 이유로 하여 손해배상을 청구하는 소송 등으로 분류 된다(岩澤雄司, 前掲論文(註7), 53面).

117) 외국인불법행위법을 제정할 당시 입법자들은 Filartiga 사건과 같은, 즉 외국정부의 국내(영토)관할권 내에서 발생한 불법행위에 기한 외국인(피해자)과 그 외국정부의 공무원(가해자) 간의 소송을 전혀 예견할 수 없었을 것이라고 한다. 위 외국인불법행위법에 대한 정밀한 역사적 및 문언적 분석에 의하면, 위 입법자들은 미국 영토 내에서나 외국에서 발생한 불법행위에 기하여 외국인(피해자)이 미국 국민(가해자)을 상대로 하여 제기한 소송, 미국 영토 내에서 발생한 불법행위에 기한 외국인들간의 소송 및 공해상에서 발생한 불법행위에 기한 외국인들간의 소송에 적용할 것을 예정한 것으로 보인다는 것이다(Anne-Marie Burley, op. cit.(n.113), p.488; Jin Hong Jeong, 앞의 논문(주113), 214쪽).

118) *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980); 이 사건의 개요는 다음과 같다. 원고들(Dolly M.E. Filartiga and Joel Filartiga)은 파라과이인 의사와 그 딸이다. 원고들의 아들(또는 남동생, Joelito Filartiga, 당시 17세)이 1976년 아버지(원고)가 반정부활동한 것에 대한 보복으로 파라과이 아순시온 경찰책임자(Americo Norberto Pena-Irala)에 의해 고문을 당하여 살해되었다. 1979년경 원고들이 미국으로 건너가서 거주하다가 정치적 망명을 신청하였다. 그 무렵 파라과이 국내에서 위 고문치사사건에 대한 비난 여론이 비등하자, 이를 무마하기 위하여 파라과이 정부는 위 고문경찰책임자인 피고를 미국으로 빼돌려 불법체류하도록 하였다. 원고들은 1789년의 외국인불법행위법에 근거하여 피고를 상대로 위 파라과이에서 있었던 불법행위에 대하여 1,000만 달러의 손해배상(징벌적 손해 포함)을 구하는 민사소송을 뉴욕연방지방법원에 제기하였다. 위 연방지방법원이 재판관할권을 부정한 데 대하여, 원고가 항소한 것이 바로 이 사건이다(F. Newmann, op. cit. (n.30), pp.505~508).

119) 제2연방항소법원(Judge Irving Kaufmann)의 판결에 의하면, 외국인불법행위법상의 '제국민의 법'은 학설, 각국의 실행 또는 판결을 확인될 수 있다고 하면서 이는 위 외국인불법행위법이 제정된 당시가 아니라 오늘날 세계 각국간에 존재하는 국제법을 해석하지 않으면 안 되는바, 고문의 금지 내지 고문을 받지 아니할 개인의 권리는 유엔헌장, 세계인권선언, 고문방지선언, 미주인권조약, 자유권규약, 유럽인권협약 등의 여러 국제문서의 규정이나 그 해석을 통하여 관습국제법의 일부가 되었다고 인정되고, 이에 따라 국가기관이 구금 중인 자에 대하여 행하는 고문행위는 국제인권법의 확립된 규범, 즉 '제국민의 법'에 위반되는 것으로 해석되며, '제국민의 법'은 미국헌법의 채택과 동시에 커먼-로의 일부가 되는 것이기 때문에, 위 외국인불법행위법은 '합중국의 법' 아래서 발생한 사건에 대하여 합중국에 재판관할권을 인정하고 있는 미국헌법 제3조에 위반되지 않는 것이고, 결국 이 사건에 대하여는 연방의 재판관할권이 미치는 것이므로, 재판관할권의 결여를 이유로 청구를 각하한 연방지방법재판소의 판결을 파기환송하였다. 한편 위 항소법원의 판결에 따라 파기환송된 후, 뉴욕연방지방법재판소는 1984년 권속재판으로 피고에 대하여 징벌적 손해배상 합계 1,000만 달러(2명의 원고들에게 각 500만 달러씩)의 지급을 명하는 판결을 선고하였다(*Filartiga v. Pena-Irala*, 577 F. Supp. 860 (E.D.N.Y. 1980); F. Newman, op. cit. (n.30), pp.547~549). 그러나 피고는 그 이전에 강제추방되어 파라과이로 이미 귀국하였으므로 위 판결은 집행되지 못하였다.

벗어나 국제인권법(특히 국제관습법)의 직접적용가능성을 명시적으로 인정한 획기적인 판례로서 ‘금세기에 있어 국제법에 관한 국내판례 중 가장 중요한 것이라고 하지 않을 수 없다’고 높이 평가받고 있다.¹²¹⁾ 더구나 위 판결은 외국인불법행위법을 근거로 하여 미국의 영토 밖에서 외국인들간에 발생한 인권침해행위에 대하여 연방법원의 재판관할권을 인정하였다는 의미에서 외국인불법행위법에 의하여 국내법화 된 국제인권법(즉, 국내법)의 역외적용을 인정한 셈이다. 따라서 위 판결은 국제인권법의 역외적용에 관한 중요한 선례¹²²⁾가 된다고 하겠다. 또한 위 연방항소법원은 1995년의 속칭 Kadic 사

120) 미국의 국내법원은 1980년대까지는 국제인권법에 기한 소송(속칭 국제인권소송)에 대하여 매우 소극적인 태도를 취하여 왔다. 캘리포니아주 대법원이 1952년의 Sei Fujii 사건 판결에서 유엔헌장의 인권규정은 소위 자기집행조약이 아니라는 이유로 직접적용될 수 없다고 판단한 이래, 이러한 법리는 연방법원의 판례에 의해서 도 받아들여짐으로써 유엔헌장의 인권규정을 직접적용하는 소송은 미국 국내법원에 의하여 받아들여지지 아니하였다. 이러한 태도는 1970년대 말경까지 계속되었다. 즉, 1970년대 남부지역 아프리카국가들에 의한 인종차별을 이유로 미국 국내법원에 제기된 소송에서 유엔결의의 비자기집행성, 국제법에 대한 연방법의 우위, 국가행위이론 등을 이유로 대부분의 청구가 기각되었다(岩澤雄司, 前掲論文(註7), 50~51面). 또한 미국은 1980년대 말경까지도 주요한 국제인권협약에 가입하지 아니하였으며, 그 후 몇몇 인권협약에 가입하면서도 당해 조약규정은 자기집행력이 없다고 선언하기도 하였다. 이와 같이 미국에서는 국제인권협약을 직접적용할 수 없는 특별한 사정이 있었고, 이에 따라 Filartiga 사건에서는 자유권규약 등 국제인권협약의 직접적용가능성을 모색하는 대신에 미국 헌법의 해석상 국내 법원에 의하여 직접적용가능한 국제관습법에 근거하여 판단하는 방식이 채택된 것으로 보인다.

121) J. Blum & R. Steinhardt, "Federal Jurisdiction over International Human Rights Claims: The Alien Tort Claims Act after *Filartiga v. Pena-Irala*", *Harv. Int'l L. J.*, Vol.22 (1981), p.53; 岩澤雄司, 前掲論文(註7), 55面에서 재인용.

122) Filartiga 판결을 선례로 하여 외국인불법행위법의 역외적용을 인정한 사례로는 과테말라(*Xuncax v. Gramajo and Ortiz v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995)), 에디오피아(*Abebe-Jiri v. Negewo*, No. 1:90-cv-2010 (N.D. Ga. 20 Aug. 1993), *aff'd* 72 F. 3d 844 (11th Cir. 1996), *cert. denied*, 117 S. Ct. 96 (1996)), 아이티(*Paul v. Avril*, 812 F. Supp. 207 (S.D. Fla. 1992); 901 F. Supp. 330 (S.D. Fla. 1994)), 동티모르(*Todd v. Panjaitan*, No. 92-122555, 1994 WL 827111 (D. Mass. 26 Oct. 1994)), 르완다(*Mushikiwabo v. Barayagwiza*, No. 94-3627, 1996 U.S. Dist. LEXIS 4409 (S.D.N.Y. 9 Apr. 1996)), 아르헨티나(*Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987), *aff'd in part* 694 F. Supp. 707 (N.D. Cal. 1988); *Martinez-Baca v. Suarez-Mason*, No. 87-2057 (N.D. Cal. 22 Apr. 1988); *Quiros de Rapaport v. Suarez-Mason*, No. C87-2266 (N.D. Cal. 11 Apr. 1989)), 필리핀(*Hilao v. Marcos*, 103 F. 3d 232 (2d Cir. 1996); 반면에 하와이연방지방법원 및 제9연방항소법원은 마르코스 사건에 대하여 국가행위이론을 적용하여 소를 각하하였다), 나이지리아(*Wiva v. Royal Dutch Petroleum Company*, No. 96-8386 (S.D.N.Y. 8 Nov. 1996)), 미얀마(*Doe v. Unocal*, No. 96-6959 (C.D. Cal. 3 Oct. 1996)) 등 세계각지에서 발생한 대규모 인권침해를 이유로 하여 미국 내에서 일시 체제중인 피고(가해자)를 상대로 제기한 수많은 국제인권소송판결이 있다(B. Stephens, "Civil Remedies in the US Courts for International Human Rights Abuses", *ASIL/NVIR Proceedings of the 4th Hague Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, 2-5 July, 1997, Contemporary International Law: New Forms, New Applications* (1997), p.160; M. Gibney, "U.S. Courts and the Selective Protection of Human Rights" in: M. Gibney & S. Frankowski (eds.), *Judicial Protection of Human Rights-Myth or Reality?* (Westport, Connecticut: Praeger, 1999), p.178).

건¹²³)에 대해서도 위 Filartiga 판결을 선례로 삼아 국제인권법(외국인불법행위법 및 이를 모방하여 1992년에 제정한 고문피해자보호법¹²⁴)의 역외적용을 인정하였다. 즉, “Filartiga 판결에서 확립된 것은 아래의 3가지 요건을 충족하는 경우에는 외국인불법행위법에 의한 연방법원의 재판관할권이 인정된다. 즉, ① 외국인의 소송일 것, ② 불법행위에 관한 소송일 것, ③ 그래서 그 불법행위가 ‘제국민의 법’, 즉 국제법에 위반될 것이 그것이다. 이 사건의 경우 ①, ②의 요건은 충족됨이 명백하고, 쟁점은 ③의 요건을 충족하는가 여부이다. 피고는 국제법규칙이 국가(또는 국가법의 외관 아래에서 행위하는 자)만을 구속하고 사인을 구속하지는 아니하므로 본건의 경우 국제법위반이 없다고 주장하나, 국제법의 효력은 국가행위에 대해서만 미친다고 생각되지는 않는다. 예컨대, 해적행위, 노예거래, 전쟁범죄와 같이 일정한 행위가 국가의 지원 아래 행위하는 자에 의해 행하여진 경우뿐만 아니라 사인이 이를 행한 경우에도 국제법에 위반된다. 피고의 집단살해 및 전쟁범죄행위는 사인이 행한 경우에도 국제법위반으로 인정된다.”고 판단하였다.

한편, Filartiga 선례에 정면으로 배치되는 판결이 선고되기도 하였다. 그 대표적인 사례가 1984년의 *Tel-Oren v. Libyan Arab Republic* 사건 판결¹²⁵)이다. 위 판결

123) *S. Kadic v. R. Karadzic, Jane Doe I and Jane Doe II v. R. Karadzic*, 70 F. 3d 232 (2d Cir. 13 October, 1995), 34 *ILM* 1592, 64 *U.S.L.W.* 3832 (18 June, 1996), *AJIL* Vol.90 No.4 (October 1996); 이 사건의 개요는 다음과 같다. 원고들(S. Kadic, Jane Doe I and Jane Doe II)은 보스니아·헤르체코비아의 크로아티아인 및 이슬람인인데, 1992년부터 시작된 보스니아 내전에서 보스니아의 세르비아인 부대에 의하여 집단살해의 일환으로 행해진 강간, 강제매춘과 임신, 고문 및 즉결처형을 포함한 여러 잔학행위의 희생자들이다. 피고(Karadzic)는 보스니아·세르비아 공화국의 대통령으로서 세르비아인 부대의 최고지휘권을 장하고 있었던바, 원고들이 입은 손해는 피고의 명령에 기하여 그 지휘하의 부대에 의하여 행해진 일관된 조직적인 인권침해로부터 발생한 것이라고 한다. 이에 원고들은 1993년 2월부터 3월 사이에 외국인불법행위법 및 고문피해자구제법 등에 근거하여 피고를 상대로 하여 위와 같은 인권침해행위로 인한 손해배상 및 징벌적 배상을 청구하는 집단소송을 제기하였다. 이에 1심인 뉴욕남부지방법재판소는 1994년 9월 7일자 판결에서 외국인불법행위법상의 사항관할의 흠결을 이유로 원고들의 소를 각하하였다. 항소심인 위 연방항소법원은 국제법위반이 국가행위가 아닌 경우에 외국인불법행위법상의 사항적 관할권이 성립되는가, 또는 피고와 같이 유엔에 의하여 초청되어 미국에 체재중인 자에 대하여 인적 관할권이 인정되는가에 대하여 심리한 결과 외국인불법행위법(ATCT, 1994)와 고문피해자보호법(TVPA, 1992)에 근거하여 연방법원의 재판관할권을 인정한 후 원판결을 파기하여 환송하였다.

124) 고문피해자보호법(Torture Victim Protection Act: 28 U.S.C. §1350)에 의하면, 외국정부의 법률집행이라는 미명하에 개인에 의하여 행해진 고문이나 약식처형으로 말미암아 피해를 입은 사람은 미국 시민이든 아니든 미국에 체류(physical presence) 중인 그 가해자 개인을 상대로 소송을 제기할 수 있다.

125) 517 F. Supp. 542 (D.D.C. 1981); *aff'd*, 726 F. 2d 774 (DC Cir. 1984); 이 사건의 개요는 아래와 같다. 원고(Tel-Oren)은 1978년 이스라엘 해안가의 고속도로 위에서 발생한 테러사건의 피해자 중의 한 사

에서 Bork 판사의 장문에 걸친 개별의견(기각)은 미국 국제법학계의 논쟁의 대상이 되기도 하였다.¹²⁶⁾ 위 Bork 판사가 제시한 관할권 부인의 근거는 국제인권소송이 권력 분립원칙에 반한다는 것, 외국인불법행위법이 관할권을 인정하고 있을 뿐 외국인 개인을 위한 訴因(a cause of action)을 창설하지는 않고 있다는 것, 적용대상이 되는 불법행위는 외국인불법행위법 제정 당시의 국제법위반에 한정되어야 한다는 것 등이다.¹²⁷⁾ 또한, 미국정부¹²⁸⁾ 또는 외국정부¹²⁹⁾ 자체를 상대로 한 국제인권소송은 국가

라이다. 13명의 PLO 대원들이 해안가로 침입하여 고속도로 위를 주행 중이던 버스를 납치하였는데, 이스라엘 경찰과 대치하자 원고를 비롯한 인질들에게 총기를 난사하고 버스를 폭발시켰다. 이로 인하여 어린이를 포함한 34명의 인질들이 사망하고, 75명이 부상당하였다. 생존자들이 외국인불법행위법상의 관할권에 기하여 미국의 연방지방법원에 PLO 등을 상대로 국제인권소송을 제기하였다. 그들은 이스라엘인, 네덜란드인 또는 미국인이었다. 이 사건에 대하여 연방지방법원과 연방항소법원은 모두 재판관할권이 인정되지 않는다는 이유로 원고들의 소를 각하하였다(M. Gibney, op. cit. (n.122), pp.186~187, n.5).

126) 『Agora: What Does Tel-Oren Tell Lawyers?』; A. D'Amato, "Judge Bork's Concept of the Law of Nations Is Seriously Mistaken"; A.P. Rubin, "Professor D'Amato's Concept of American Jurisdiction Is Seriously"; A. D'Amato, "Professor Rubin's Reply Does Not Live up to Its Title", *AJIL*, Vol.79 No.1 (January 1985), pp.92~113.

127) M. Gibney, op. cit. (n.122), p.187.

128) 미국 정부를 상대로 한 국제인권소송은 모두 재판관할권이 없다는 이유로 각하되었다. 콘트라반군 사건(*Sanchez-Espinoza v. Reagan*, 568 F. Supp. (D.D.C. 1983), *aff'd* 770 F. 2d 202 (D.C. Cir. 1985)), 리비아폭격사건(*Saltany v. Reagan*, 707 F. Supp. 319 (D.D.C. 1988)), 파나마침공 사건(*McFarland v. Cheney*, 1991 WL 43262 (D.D.C. 1991), *aff'd* 971 F. 2d 766 (D.C. Cir. 1992), *cert. denied*, 506 U.S. 1053 (1993)), 이란민간항공기격추 사건(*Nejad v. United States*, 34 724 F. Supp. 753 (C.D. Cal. 1989); *Koochi v. United States*, 976 F. 2d 1328 (9th Cir. 1992), *cert. denied*, 113 S. Ct. 2928 (1993)) 등에 관한 연방법원의 판결들이 그 예이다(M. Gibney, op. cit. (n.122), pp.179~183).

129) 1989년의 *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.* 사건(109 S. Ct. 683; 488 U.S. 428 (1989))과 1993년의 *Saudi Arabia v. Nelson* 사건(113 S. Ct. 1471 (1993))에 대한 각 연방대법원 판결이 그 대표적인 예이다. Amerada 사건의 개요는 다음과 같다. 포클랜드 전쟁 당시 아르헨티나 공군기는 남아메리카의 국제수로에서 향해 중이던 라이베리아 선적의 유조선을 폭격하여 격침시켰다. 위 유조선의 소유자인 Amerada Hess 선박회사는 아르헨티나 정부를 상대로 미국 연방지방법원에 손해배상 청구소송을 제기하였다. 제1심 법원은 외국주권면제법(FSIA)을 적용하여 피고에 대한 인적 관할권이 없다는 이유로 소를 각하하였다(638 F. Supp. 77 (1982)). 이에 반하여 항소심은 외국인불법행위법(ATCA)에 의거하여 연방법원의 관할권을 인정하면서 주권면제주장을 배척하였다(830 F. 2d 421, 423 (2d Cir. 1987)). 그러나 연방대법원은 만장일치로 원심을 번복하면서 "연방법원의 인적 관할권은 오로지 의회에 의해 정해진다. 외국주권면제법의 문맥과 구조에 비추어 보면, 위 법 만이 외국에 대한 재판관할권을 인정하기 위한 근거가 될 수 있을 뿐이라는 것이 의회의 의도이다."라고 판시하였다. 위 판결은 전원합의체에 의한 것이므로 가까운 장래에 판례변경이 이루어질 가능성은 극히 희박한 것으로 보인다. 그리고 Nelson 사건의 개요는 다음과 같다. 미국 국적의 기술자인 S. Nelson은 사우디 정부가 운영하는 파이잘국왕병원에 취업하여 일하던 중 위 병원의 산소공급장치 등의 안전성에 결함이 있음을 발견하고 위 병원 당국자와 사우디 정부위원회에 이를 보고하였으나, 위 병원 당국자는 Nelson에게 위 결함을 무시하도록 지시하였다. 그런데 Nelson은 이로 인하여 1984년 9월경 체포되어 수감된 후 고문을 당하였다. 그 후 그는 39일 만에 미국의 Kennedy 상원의원의 도움으로 석방되었다. 미국으로 귀환한 그는 사우디 정부를 상대로 연방지방법원에 손해배상청구소송을 제기하였으

행위이론(정치문제이론) 또는 외국주권면제법(FSIA)이라는 장애물로 인하여 번번이 기각되었다. 특히, 국내법을 해석함에 있어 국제법원칙에 합치되도록 하여야 한다거나, 소위 '묵시적 포기'(implied waiver) 이론, 즉 강행규범을 위반한 국가는 그 행위 자체로서 외국주권면제법상의 면제를 묵시적으로 포기한 것으로 해석되어야 한다거나, 반인륜적 범죄행위의 금지라는 강행규범(jus cogens)은 주권면제라는 비강행규범보다 상위법이라거나, 또는 위와 같은 강행규범의 대세적(erga omnes) 성격은 보편주의 관할권을 창설한다고 주장¹³⁰⁾되기도 하였으나, 이러한 주장들도 법원에 의해서는 전혀 받아들여지지 않았다. 이러한 사정은 영국의 경우에도 마찬가지라고 한다.¹³¹⁾ 다만, 뉴질랜드 상고심(Court of Appeal) 법원은 1996년의 *Controller and Auditor-General v. Sir Ronald Davison* 사건 판결에서 4명의 개별의견으로 소위 커먼-로 상의 '공서'(public policy)에 기하여 주권면제의 예외를 인정한 사례가 있을 뿐이다.

그런데 위와 같은 외국인불법행위법(국내법)을 근거로 하여 외국에서 발생한 인권 침해행위에 관하여 외국인의 외국인에 대한 국제인권소송의 재판관할권을 인정하는 것이 과연 일반국제법상 허용될 것인가 라는 의문이 제기된다. 국가는 당해 사건과 법정지 사이에 실질적인 관련성(사항적 관할권과 인적 관할권 등)이 없으면 재판관할권을 행사할 수 없다는 것이 국제법상 일반원칙이다.¹³²⁾ 이러한 점에서 *Filartiga* 판결은 미국

나, 1심에서는 외국주권면제법(FSIA)에 따라 인적 관할권이 없다는 이유로 각하되었다(*Nelson v. Saudi Arabia*, 1989 WL 435302 (S.D. Fla. 1989)). 이에 반하여 항소심은 사우디 정부의 병원 운영 및 Nelson과의 고용관계는 소위 상업적 활동에 속한 것이고, Nelson이 주장한 불법행위와 위 상업적 활동 간에는 충분한 견련성이 존재하므로 사우디 정부는 주권면제를 주장할 수 없고 따라서 위 사건은 인적 관할권이 존재한다고 판단하여 제1심을 반복하였으나(*Nelson v. Saudi Arabia*, 923 F. 2d 1528, 1536 (11th Cir. 1991)), 연방대법원은 Nelson의 행위는 상업적 활동에 기초한 것이 아니라는 이유로 원심을 다시 반복하였다(Jin Hong Jeong, 앞의 논문 (주113), pp.218~222, 226에서 재인용).

130) A. Bianchi, "Overcoming the Hurdle of State Immunity in the domestic Enforcement of International Human Rights", B. Conforti & F. Francioni (eds.), *Enforcing International Human Rights in domestic Courts* (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997), pp.420~429.

131) *Al-Adsani v. Government of Kuwait* (Court of Appeal, Apr. 1996); *Propend Finance Pty Ltd v. Alan Sing and The Commissioner of the Australian Federal Police* (Court of Appeal, Apr. 1997); M. Byers, "The Use of English Court in Civil Actions in Respect of Serious Human Rights Violations Abroad", *ASIL/NVIR Proceedings of the 4th Hague Joint Conference held in The Hague, The Netherlands, 2~5 July, 1997, Contemporary International Law: New Forms, New Applications* (1997), pp.163~164.

132) 국가관할권이란 국가가 그 국내법을 일정한 범위의 사람, 재산 또는 사실에 대하여 구체적으로 적용하고 행사하는 국제법상의 권능을 말하는데, 오늘날 동일 사항에 관하여 복수의 국가관할권의 적용이 결합하는 사례가 늘고 있고, 이에 따라 어느 국가의 관할권이 우위에 서는가 하는 문제에 봉착하게 되는데, 이를 결정함에 있어서는 국가관할권의 속지성의 우위가 일단 추정된다고는 하지만(속지

독점금지법에서 출발한 국내법의 역외적용을 인정함으로써 국제법상 허용된 재판관할권의 한계를 초월한 것이라고 비판을 받기도 한다. 위에서 본 바와 같이 이 사건에서는 원고와 피고가 모두 파라과이인이고, 문제의 고문행위도 파라과이에서 발생하였다. 따라서 파라과이가 위 사건에 대한 인적 관할권(속인주의)과 사항적 관할권을 가지는 것이며, 위 사건에 관하여 피고가 현재 미국 내에 체류(physical presence) 중에 있다는 것 이외에 아무런 실질적 관련성을 가지지 못하는 미국이 재판관할권을 행사하는 것은 국가관할권에 관한 국제법원칙에 위반된다는 것이다.¹³³⁾ 이에 반하여 원고와 피고가 모두 미국의 영토 안에 체류하고 있는 이상 미국도 위 사건에 관하여 속지주의에 근거한 인적 관할권을 가진다거나,¹³⁴⁾ 고문과 같은 반인륜적 범죄행위는 국제법상 강행규범(jus cogens)에 위반되고, 이에 대해서는 국제법상 보편주의에 기초한 재판관할권이 인정되므로 미국을 포함한 어느 국가도 위 사건에 관하여 재판관할권을 가질 수 있다는 반론도 제기되고 있다.¹³⁵⁾

반인륜적 국제범죄¹³⁶⁾에 대하여 보편주의에 기초한 재판관할권을 인정한 사례는 각국의 국내 법원 판결에서 종종 엿볼 수 있다. 그 대표적인 사례로는 1962년의 아이히만 사건¹³⁷⁾에 관한 이스라엘 대법원 판결을 들 수 있다. 위 대법원은 위 사건에서 영역

주의원칙), 반드시 그렇다고 볼 수는 없고 각 관련 당사국과 대상 사항과의 사이에 '실질적이고도 진정한 관련'이 존재하는지의 여부라든가, 각국의 정당한 이익의 비교형량 등 국제법상의 기준에 따라야 한다는 견해가 일반적이다(山本草二 著(朴培根 譯), 앞의 책 (주14), 253~255쪽).

133) A. Rubin, "U.S. Tort Suits by Aliens Based on International Law", *Int'l Practitioners Notebook*, No.21 (1983), p.19; "Professor D'Amato's Concept of American Jurisdiction Is Seriously Mistaken", *AJIL*, Vol.79 No.1 (January 1985), p.105; F. Hassan, "Panacea or Mirage? Domestic Enforcement of International Law", *Hous. J. Int'l L.*, Vol.4 (1981), p.13; "Conflict of Philosophies", *Int'l & Comp. L. Q.*, Vol.32 (1983), p.250; 岩澤雄司, 前掲論文 (註95), 26~27면에서 재인용.

134) J. Rohlik, "*Filartiga v. Pena-Irala*", *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, Vol.11 (1981), pp.325, 333; J. George, "Defining Filartiga", *Dick. J. Int'l L.*, Vol.3 (1984), pp.1, 20~21; 岩澤雄司, 前掲論文 (註95), 27면에서 재인용.

135) J. Rohlik, op. cit. (n.134), pp.227~228; J. George, op. cit. (n.134), pp.26~27; L. Sohn, "Torture as a Violation of the Law of Nations", *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, Vol.11 (1981), pp.307, 309; 岩澤雄司, 前掲論文 (註95), 27~28면에서 재인용; B. Stephens, op. cit. (n.122), p.162.

136) 국제관습법상 보편주의가 적용되는 국제범죄로는 ① 해적행위, ② 노예매매, ③ 전쟁범죄, ④ 집단살해죄 등이 있고, 국제조약에 의하여 보편주의가 적용되는 국제범죄로는 ① 항공기불법납치행위, ② 테러행위, ③ 고문행위, ④ 인종차별행위 등이 있다고 한다(W. Schabas, *Genocide in International Law* (Cambridge Univ. Press, 2000), p.354; 최태현, "피노체트사건에 대한 국제법적 평가", 국제법학회논총, 제48권 제1호 (2003년 6월), 279쪽에서 재인용).

137) 이 사건의 개요는 다음과 같다. Adolf Eichmann은 1906년생으로 1932년 오스트리아의 나치친위대에 입대하여 1938년 독일에 의한 오스트리아 병합 후 오스트리아유대인이민센터를 관리하다가 제2차세

주권의 원칙에 따라 범죄 처벌의 권한은 범죄발생지국(속지주의) 또는 범죄자의 본국(속인주의)에 한정되는 것이므로, 외국인에 의하여 외국에서 이루어진 행위에 적용되는 형법을 제정하여 시행함은 위와 같은 영역주권원칙에 반한다는 피고인의 주장에 대하여, 피고인의 위 주장과 같은 국제관습법은 존재하지 않는 것이고, 국가의 형사재판관할권행사를 금지하는 명확한 국제법규칙이 있는 경우에만 국가는 그 관할권행사를 할 수 없는바, 1950년의 ‘나치 및 나치협력자처벌법’ 제정 당시에는 그 관할권행사를 금지하는 명확한 국제법규칙이 존재하지 아니하였고, 오히려 피고인이 저지른 범죄(집단살해범죄, 인도에 반하는 죄 및 전쟁범죄)는 국제사회 전체의 관심사이고 또한 국제사회의 이익을 침해하는 소위 국제범죄로서 국제법에 의하여 금지되고 개인의 형사책임이 뒤따르게 되므로, 이러한 국제범죄에 대하여는 보편적 관할권이 인정된다 할 것이고, 따라서 그 범죄인을 구속하고 있는 어느 국가라도 형사재판권을 행사할 수 있다고 판단하였다(보편주의).¹³⁸⁾ 그런데 위 판결 당시인 1960년경 무렵에 과연 반인륜적범죄에 대한 형사재판관할권행사에 관한 보편주의가 위 판결의 취지와 같이 국제관습법규칙으로 확립되었는지 여부에 대해서는 의문의 여지가 있으나, 그 후 지금까지 유엔국제법위원회의 법전화작업과 각국 판결 등의 국가관행 등에 비추어 볼 때, 적어도 오늘날에는 반인륜적범죄에 대한 보편주의적 관할권이 국제관습법규칙으로 정착되었다고 볼 수도 있겠다.

최근 반인륜적범죄에 대한 보편주의적 관할권을 인정함으로써 국제인권법의 역외 적용을 인정한 대표적인 사례로는 영국 귀족원(House of Lords)의 1999년 Pinochet 사건¹³⁹⁾에 관한 제3차 판결(“Pinochet III”)¹⁴⁰⁾을 들 수 있다. 위 판결에 의하면, 고문

계대전이 발발하자 유대인의 이송·추방임무를 담당하여 전쟁 기간 동안 점령지 주민에 대한 박해, 추방, 재산몰수, 살해 등과 같은 전쟁범죄를 저질렀다. 특히, 그는 1941년 ‘유대인문제 및 배제’를 담당한 비밀국가경찰(게슈타포)의 팀장이 되었고, 그 해 6월 유대인 말살의 ‘최종적인 해결계획’의 지령을 받아 그 중심적 역할을 담당하였다. 전쟁이 종료된 후 그는 아르헨티나로 건너가서 가명으로 숨어 살고 있었는데, 1960년 5월경 이스라엘의 비밀경찰에 의해 아르헨티나에서 납치된 후 이스라엘로 인치되어 이스라엘 국내법(나치 및 나치협력자처벌법, 1950년)에 의하여 소추되어 형사재판을 받게 되었다. 위 사건에 관하여 이스라엘 대법원이 1962년 5월 29 피고인의 상고를 기각함으로써 원심의 사형 판결을 확정하였고, 그 이틀 후에 사형이 집행되었다.

138) *Attorney General of the Government of Israel v. Eichmann* (Supreme Court of Israel), 36 ILR 277.

139) 이 사건의 개요는 다음과 같다. 1973년의 쿠데타로 칠레의 합법적인 아옌데(Allende) 사회주의정권을 무너뜨린 후 약 17년간 군정통치를 하다가 1990년 퇴임한 전직 대통령 Pinochet는 1998년 9월 21일 질병치료차 영국에 입국하였다. 스페인의 예심판사(B. Garzon)가 발부한 국제체포영장에 근거하여 스페인 전국관구법원(*Audiencia Nacional*)이 그 무렵 Pinochet가 재직 시에 칠레에 살고 있는 스페인 국적인 수백 명을 고문, 학살한 범죄행위를 스페인 국내에서 재판하기 위하여(소극적 속인주의) 영국정

방지협약을 근거로 하여 영국이 위 협약의 당사국이 된 시점¹⁴¹⁾인 1988년 9월 28일 이후에 칠레에서 자행된 Pinochet의 국가정책수단으로 행해진 고문행위 등을 위 협약상 보편주의가 적용되는 국제범죄로 인정하여 영국의 재판관할권(역외관할¹⁴²⁾)을 인정하

부에 대하여 Pinochet의 범죄인인도를 요청하였다. 이에 따라 영국의 치안판사들(Nicholas Evans, Ronald Bartle)이 위 국제체포장에 따라 두 번에 걸쳐 임시영장(1950년의 유럽범죄인인도협약의 국내적 수용을 위하여 제정된 1990년의 영국범죄인인도법 제8조에 근거)을 발부하여 Pinochet를 체포하자, 그 변호인단은 인신보호영장을 신청하고 인도청구에 대한 사법심사를 요청하였다. 원심법원(Queen's Bench Division of the High Court of Justice, Divisional Court)이 주권면제, 쌍방가벌성원칙 등의 이유로 위 임시영장에 의한 체포는 위법하다고 결정하자(*In the Matter of an Application for a Writ of Habeas Corpus and Subjicendum. Re: Augusto Pinochet Duarte*, 28 October, 1998, 38 ILM 68 (1999)), 검찰(The Crown Prosecution Service)이 귀족원(The House of Lords)에 특별항고하였다. 귀족원은 이 사건에 관하여 3차례에 걸쳐 판결하였다. 첫 번째 판결("Pinochet I")은 1998년 11월 25일 영국법상 범죄가 되는 고문행위와 관련하여 전직 국가원수는 주권면제를 누리지 못한다는 취지에서 원심판결을 3:2의 다수결로 파기하였다. 그러나 1998년 12월 17일 귀족원은 위 첫 번째 판결의 다수의견과는 사뭇 다른 Hoffman 판사가 위 소송에서 법정조건자 등으로 참가하였던 국제사면위원회와 관련된다는 사실을 고지하지 않았다는 이유로 변호인단이 제기한 재심요청을 받아들여 자신의 위 첫 번째 판결을 파기하는 두 번째 판결("Pinochet II")을 선고하였다. 이에 따라 귀족원은 새로운 재판부(7명)를 구성하여 심리한 결과 1999년 3월 24일 6:1의 다수의견으로 위 첫 번째 판결의 결론과 동일한 세 번째 판결("Pinochet III")을 선고하였다. 그러나 위 판결은 국제범죄행위에 대한 영국 법원의 관할권 행사를 인정하면서도 중요한 법률적 문제 중의 하나인 보편적 관할권의 행사 여부에 대해서는 명확한 판단을 내리지 않고 문제의 해결을 행정부(내무장관)에게 넘긴 결과(강병근, "국제범죄와 전직 국가수반의 면제특권-Pinochet사건에 대한 영국최고법원의 판결을 중심으로-", 국제법률경영, 제40호 (2001년 8월), 95쪽), 영국 행정부(내무장관)의 정치적 결정(Pinochet가 칠레의 대통령으로 재직하면서 영국과 아르헨티나간의 포클랜드 전쟁 당시 영국을 지지한 것에 대한 보답 차원) 따라 Pinochet는 영국에서 억류된 지 503일 만인 2000년 3월 2일 정치적 및 건강상의 이유로 석방되어 본국인 칠레로 귀환함으로써 스페인에서의 범죄인도 및 형사재판은 현실적으로 이루어지지 아니하였다.

140) House of Lords (Appellate Committee), *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others(Appellant), Ex Parte Pinochet(Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others(Appellant), Ex Parte Pinochet(Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) (No.3)*, Judgment of 24 March 1999 ("Pinochet III"), [1999] 2 All E.R. 97.

141) 다만, Millet 판사의 소수의견에 의하면, 보편적 관할권은 정치적 목적으로 국가 당국에 의하여 자행된 대규모적이고 조직적인 고문과 살인행위와 같은 국제법질서에 대한 공격으로 간주될 수 있는 강행규범에 위반된 범죄에 관한 한 고문방지협약이 영국에 대하여 발효되기 이전, 즉 1973년 Pinochet가 집권할 당시에 이미 국제관습법규칙으로 확립되었음을 전제로 하여, 영국이 고문방지협약에 가입한 1988년 이전에 이루어진 Pinochet의 행위에 대하여도 보편주의에 따라 영국의 재판관할권을 인정할 수 있다고 하였다("Pinochet III", [1999] 2 All E.R. 177d; A. Bianchi, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *EJIL*, Vol.10 No.2(1999), pp.246~247에서 재인용; Opinion of Lord Millett, R. Brody & M. Ratner (eds.), *The Pinochet Papers-The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain* (The Hague: Kluwer Law International, 2000), pp.337-347; 최태현, 앞의 논문 (주136), 283쪽에서 재인용).

142) 일반국제법원칙에 의하면, 국가는 원칙적으로 자국의 영역 내에서 국내법이 미치는 개인의 행위에 대하여 배타적이고 포괄적인 관할권을 행사할 수 있을 뿐이고(영토관할권), 자국 영역의 바깥에서 타국 혹은 그 공무원이 행한 행위의 적법성에 대해서는 판단할 수 없다(주권면제). 따라서 자국의 영토 바깥에서 외국인(개인)이 행한 행위에 대하여 관할권을 행사할 수 있는 소위 역외관할권이 인정되기 위해서는, 관련국가들간에 이러한 성격의 관할권 행사에 관하여 합의하였거나, 보편적 관할권의 행사

였다. 이는 국제법상 국제범죄에 대한 관할권 행사의 근거로서 국제인권협약(고문방지협약)에 기초한 보편주의를 적용하고 이를 부각시킴으로써 국제공동체로 하여금 국제공동체 전체를 상대로 자행되는 국제범죄에 대하여 국내법원을 통한 사법적 해결의 기회를 마련해 주었다는 데 그 의의가 있다고 할 수 있다.¹⁴³⁾ 다만, 위 판결은 보편주의의 적용을 이를 규정하고 있는 국제인권협약에 절대적으로 의존함으로써 그 협약이 발효한 이후 및 협약이 정하는 특정범죄에 대해서만 관할권을 행사할 수 있다고 판단하고 있는 바, 오늘날 보편주의란 통상 절대적 보편주의¹⁴⁴⁾를 지칭하는 것이라고 볼 때, 위 판결은 보편주의의 적용범위와 시기를 지나치게 축소함으로써 인류공동의 이익과 가치를 좀더 효율적으로 확보하고 이를 침해하는 국제범죄에 대하여 진정한 의미의 (절대적) 보편주의를 정착시킬 수 있는 시기의 도래를 한 단계 연기하고만 셈이라는 비판을 받기도 한다.¹⁴⁵⁾ 그럼에도 불구하고 위 판결은 국제법이 국내적 인권침해를 규율할 수 있다는 사고를 위한 크나큰 승리이며, 보편적 관할권의 일방적 주장(즉, 역외관할권)의 정당성과 유효성, 그리고 이러한 관할권의 행사와 대규모적인 인권침해가 발생한 국가에서의 정치적 해결(예컨대 사면)간의 관계 및 인권침해를 심리할 국제형사법원의 명암 등의 국제인권법상의 여러 문제에 관하여 국제사회 전체에 논쟁과 관심을 불러일으킴으로써 국제인권법의 실현에 크게 기여하였다는 점에서 긍정적인 평가를 받고 있다.¹⁴⁶⁾

를 인정하는 국제법규칙(조약 또는 관습법)이 확립되어 있어야 한다(강병근, 앞의 논문 (주139), 85쪽).
143) 최태현, 앞의 논문 (주136), 280쪽.

144) ICJ의 판사들은 2002년의 속칭 국제체포영장사건(*the Democratic Republic of the Congo v. Belgium*) 판결의 개별의견에서 보편주의에 대하여 심도 깊은 논의를 개진한 바 있는데(*Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, Judgment, ICJ Reports 2002, Separate Opinion of President Guillaume, paras. 5~9, 12~13; Separate Opinion of Judge Rezek, para. 6; Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans, Buergenthal, paras. 2~18; Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Van den Wyngaert, paras. 4, 7; 최태현, 앞의 논문 (주136), 281쪽에서 재인용; 이 사건 판결에 대한 해설은 전경일, “국제체포영장사건”, 국제법평론, 통권 제16호 (2001-11), 137~169쪽 참조), 절대적 보편주의와 상대적 보편주의로 구분하여 보편주의 적용에 관한 적합성을 판단하였다. 후자는 외국에서 외국인이 행한 범죄에 대하여 국가가 보편주의를 근거로 관할권을 행사하기 위해서는 최소한 피고인이 당해 국가에 소재하고 있어야 한다는 것, 즉 소재요건이 충족되어야 한다는 의미로 보편주의를 좁게 이해하는 입장이고, 전자는 그와 같은 소재요건조차 필요 없다는 입장이다. 보편주의가 진정한 의미로 적용되기 위해서는 절대적 보편주의를 취해야 한다는 견해가 표명되기도 하였다(Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans, Buergenthal, paras. 2~18, 59~60, 79~85; 최태현, 앞의 논문 (주136), 281쪽에서 재인용).

145) 최태현, 앞의 논문 (주136), 283쪽.

146) W.J. Aceves, “Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law Litigation”, 41 *Harv. Int'l L.J.* (2000), 129, 166; C.L. Blakesley, “Autumn of the Patriarch: The Pinochet Extradition Debacle and Beyond - Human Rights

VI. 마지막에

미국의 유명한 국제공법학자이면서 국제인권법학의 대가이기도 한 Louis Henkin 교수는 일찍이 『국가들은 어떻게 행동하는가』라는 책에서, “거의 대부분 국가들은 거의 항상 국제법상의 거의 모든 원칙과 의무를 준수한다.”고 역설한 바가 있다.¹⁴⁷⁾ 그러나 미국 연방대법원의 Harry A. Blackmun 대법관은 미국국제법학회 소식지에 실린 『연방대법원과 국제법』이라는 제목의 글에서, “불행하게도 ... 기껏해야 연방대법원은 때에 따라 가끔씩 국제법상의 몇 가지 원칙과 의무만을 강제할 뿐이라고 말하고 싶다.”고 자평하면서,¹⁴⁸⁾ 그 이유로서 현대의 법률가들은 John Jay와 John Marshall과 같은 건국 초기의 대법관들에 비하여 외교적 경험이 현저하게 부족하고, 당시의 대법관들은 국제법에 친밀감을 느끼면서 국제법에 의해 안락한 안내를 받는 느낌을 가진 데 비하여, 오늘날의 법률가들은 상대적으로 국제법문서를 해석함에 있어 보다 덜 친밀감을 가지기 때문이라고 하였다.¹⁴⁹⁾ 이것이 사실이라면, 오늘날 미국 연방대법원의 대법관들은 현재 ICJ의 유일한 여성재판관인 Rosalyn Higgins가 분류한 법문화적 측면에 있어서 ‘국제법에 대한 비친밀형 법관’¹⁵⁰⁾에 속한다고 말할 수 있다.

Clauses Compared to Traditional Derivative Protections Such as Double Criminality”, 91 *J. Crim. L. & Criminology* (2000), 1, 18~19; M.J. Kelly, “Case Studies ‘Ripe’ for the International Criminal Court: Practical Applications for the Pinochet, Osalan and Libyan Bomber Trials”, 8 *Mich. St. U. DCL J. Int’l L.* (1999), 21; V.L. Marrero, “Evolution of British Jurisprudence in the Extradition of General Augusto Pinochet: Application of International Human Rights Treaty Trumps Sovereign Immunity”, 8 *Mich. St. U. DCL J. Int’l L.* (1999), 119, 122; A.F. Perez, “The Perils of Pinochet: Problems for Transitional Justice and a Supranational Governance Solution”, 28 *Denv. J. Int’l L. & Pol’y* (2000), 175, 189; N. Roht-Arriaza, “The Pinochet Precedent and Universal Jurisdiction”, 35 *New Eng. L. Rev.* (2001), 311; R. Wedgwood, “Augusto Pinochet and International Law”, 46 *McGill L.J.* (2000), 241, 244; K. Anderson, “An Asian Pinochet?—Not Likely: The Unfulfilled International Law Promise in Japan’s Treatment of Former Peruvian Presednet Alberto Fujimori”, 38 *Stan. J. Int’l L.* (2002), 177~178.

147) Louis Henkin, *How Nations Behave*, 2d ed. (Columbia University Press, 1979), p.47; “almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost all of the time.”

148) Justice Harry A. Blackmun, “The Supreme Court and the Law of Nations: Owing a Decent Respect to the Opinions of Markind”, *ASIL Newsletter* (March~May 1994), pp.6~9; “Unfortunately, I would say that, at best, the Supreme Court enforces some principles of international law and some of its obligations some of the time.”

149) F. Newman, op. cit. (n.30), pp.556~557.

150) R. Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use it* (Oxford: Clarendon Press, 1994), p.206.

재판과정을 통한 국제인권기준의 국내적 이행 문제는 각국의 헌법규정 및 관행에 관한 국내 법원의 해석에 따른 것으로서 다양한 형태로 나타날 수밖에 없다. 이것은 헌법규정에 대한 순수한 법이론 내지 법해석의 문제이라기보다는, 오히려 각국의 국내 법원(즉, 법관)이 재판과정에서 국제인권기준을 적극적으로 적용하여 국내적으로 실시하고자 하는 정치적 결단¹⁵¹⁾을 가지고 있는가 하는 사법정책의 문제라고 볼 수 있다.

우리 법원은 재판과정에서 국제인권법규가 원용되었을 경우 그 적용을 인용한 사례가 거의 없고, 국제인권법에 기초한 당사자들의 주장에 대한 적극적인 판단을 회피하는 경향¹⁵²⁾을 보이며, 기껏해야 국제인권법은 국내법, 특히 헌법의 부차적인 의미로서만 존재한다는 관행을 보여주고 있다는 비판을 받고 있다.¹⁵³⁾ 혹자는 국제인권규약에 가입한 후 10년 동안 위 규약이 실제 우리 사법부의 재판과정에 미친 영향은 유감스럽게도 매우 미미한 형편이며, 우리 사법부는 국제인권규약을 포함한 인권조약을 직접 재판규범으로 활용하는 것(직접적용)은 물론, 국내법 해석의 척도로 활용하는 것(간접적용)조차도 매우 소극적인 자세로 일관하고 있다고 비판한다. 재판과정에서 당사자가 특정 국내법이 국제인권규약에 위반된다고 주장하더라도, 재판부가 그 주장을 진지하게 경청하고 분석하려는 자세를 보인 예는 드물고, 대체로 별다른 이유 없이 무조건 해당 국내법은 국제인권규약과 모순되지 않는다는 단순 결론만을 제시하며 주장을 배척함으로써 국제인권규약의 내용을 우리 국내법의 틀 속에 한정시키려는 자기안주적 태도를 보여 주었다는 것이다.¹⁵⁴⁾ 심지어 국제인권협약의 직접적용을 통하여 개인의 인권을 보장하려는 의지가 전혀 없었다고 해도 과언이 아니라는 비난에 가까운 비판을 하기도 한다.¹⁵⁵⁾

우리나라가 1990년 국제인권규약에 가입한 이래 지금까지 약 15년 동안 재판과정에서 나타난 국제인권법의 국내적 이행(특히 직접적용을 통한 개인의 인권보호)에 관한

151) 戶塚悅朗, 前掲論文(註39), 72面.

152) 재판과정에서 당사자가 국제인권협약상의 규정을 원용하였음에도 명시적으로 판시하지 아니한 채 막연히 특정의 행위가 국제인권법규에 위반되지 않는다고 하여 그 적용을 배척하거나, 국제인권법규의 적용 여부에 대한 직접적 판단을 하는 대신 우리 헌법 조문에 의거하여 판단함으로써 그 적용을 우회하기도 한다는 것이다[정경수, 앞의 논문(주1), 160쪽].

153) 정경수, 앞의 논문(주1), 159~160쪽.

154) 정인섭, “국제인권규약 가입 10년의 회고”, 국제인권법, 제3호(2000), 22~25쪽.

155) 박찬운, 앞의 논문(주25), 111쪽.

우리 법원(헌법재판소를 포함하여)의 소극적 태도는 위와 같은 비판 내지 비난을 받아 마땅하다고 생각한다.

그런데 이와 같은 국제인권법의 국내적 적용에 관한 판단회피적 경향과 특히 국제인권법위반의 인용에 대한 소극적 태도는 비단 우리 법원에 한정되는 것이 아니라는 점을 지적하고자 한다. 오늘날 국내 법원에 의한 국제인권소송이 일반화되고 있는 미국의 경우에서도 앞서 본 바와 같이 1980년대 이전까지는 국제인권법의 국내적 적용에 관한 소극적 태도가 계속 유지되었다. 1980년의 미국 연방항소법원의 *Filartiga* 사건 판결을 계기로 획기적인 태도변화가 이루어졌으나, 그것은 오로지 법원의 국제인권법에 대한 인식변화에만 기인한 것은 아니었다. 오히려 1977년에 성립한 카터 정권의 속칭 인권외교에 영향을 받은 바가 컸고,¹⁵⁶⁾ 또한 여러 인권단체들(NGOs)¹⁵⁷⁾이 스스로 대리인 또는 법정조연자(amicus curiae)로서 국제인권소송을 제기하면서 국제인권법을 적극적으로 원용함으로써 호의적인 판결을 이끌어낸 것이라는 점을 지적하지 않을 수 없다.¹⁵⁸⁾ 한편 오늘날 미국의 연방대법원은 위 Blackmun 대법관이 지적하듯이 국제인권소송에 대하여 전통적인 사법소극주의, 국가행위이론 또는 주권면제이론 등에 근거하여 여전히 소극적 내지 판단회피적인 자세를 취하거나, 심지어 국제인권협약을 도외시하기도 한다.¹⁵⁹⁾ 이러한 연방대법원의 태도는 논쟁과 비판의 대상이 되고 있다.

우리나라의 경우 무엇보다도 법관들의 국제인권법에 대한 기본적인 인식태도가 바뀌어야 하고, 이에 관한 보다 더 많은 관심과 연구가 요청됨은 말할 나위가 없다. 또한 이는 개인의 인권보호를 주된 직무 중의 하나로 삼고 있는 변호사들이나 인권단체들에

156) *Filartiga* 사건에서 미국 행정부는 재판부의 자문에 응하여 보고서(amicus brief)를 제출하면서 고문은 국제관습법상 금지되고 있음을 명백히 한 바 있다(United States, *Memorandum for the United States Submitted to the Court of Appeals for the Second Circuit in Filartiga v. Pena-Irala*, I.L.M. Vol.19 (1980), p.585).

157) 그 대표적인 NGOs로는 American Civil Liberties Union, International Human Rights Law Group, Lawyer's Committee for International Human Rights, Human Rights Advocates 등이 있다.

158) 岩澤雄司, 前掲論文(註7), 52面.

159) 연방대법원은 1989년의 *Standford v. Kentucky* 사건 판결에서 5명의 다수의견으로 소년범(16~17세)에 대한 사형선고가 잔혹하고 비정상적인 처벌에 해당하지 아니한다고 판단하면서, 수정헌법 제8조를 해석함에 있어 국제법 및 다른 국가들의 관행에 대한 고려(즉, 국제인권법의 간접적용)를 거부한 바 있다(미국 행정부는 자유권규약에 가입하면서 18세 미만의 소년범에 대한 사형집행을 금지한 규정의 적용을 유보하였다). 이에 대하여 Blackmun 대법관을 비롯한 4명의 대법관(Brennan, Marshall, Stevens)은 위 다수의견에 반대하였다(492 U.S. 361, 380 (1989); F. Newman, op. cit. (n.30), pp.607~608에서 재인용).

대해서도 마찬가지로 해당될 것이다. 지금까지는 몇몇 소위 인권변호사들이나 인권단체에 의해 국가보안법, 노동관계법 등과 같은 몇몇 법분야에 대해서만 극히 제한적으로 재판과정에서 국제인권법이 인용되었을 뿐이었다. 이제 개인의 인권보호와 관련되는 모든 법분야의 재판과정에서, 그것이 민사재판이 되었던, 형사재판이 되었던 혹은 헌법, 노동, 행정, 특허, 가사 등 모든 분야에서 국제인권법에 기초한 주장이 제기되고, 이에 따른 법원의 판단이 이어지길 기대한다.

앞서 본 Blackmun 대법관의 글 마지막 부분을 인용하면서 이 글을 마친다. “설령 최근 연방대법원의 판결들에 비추어 보면 가까운 장래에 커다란 희망이 엿보이지는 않는다 할지라도, 나는 연방대법원도 마찬가지로 거의 항상 ‘인류의 신념’(the opinions of mankind)에 대하여 깊은 존경심을 가지고 자신의 견해를 밝히게 될 그 날이 오기를 고대하고 있다.”¹⁶⁰⁾

160) Justice Harry A. Blackmun, op. cit. (n.148), p.9; F. Newman, op. cit. (n.30), p.557.

국제인권법의 국내법적 효력

— 헌법과의 관계 및 헌법재판에서의 法源性 —

이 명 웅 (헌법재판소 헌법연구관)

[발제문2]

국제인권법의 국내법적 효력

- 헌법과의 관계 및 헌법재판에서의 法源性-

이명웅 (헌법재판소 헌법연구관)

1. 서론

우리나라가 1990년에 가입한 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약 (ICESCR)이나 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)과 같은 국제인권법은 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내에서 효력을 갖는 법규범이지만, 그 효력의 성격과 범위에 관하여는 미해결의 문제가 남아있다. 특히 司法 분야에 있어서, 위 규약들이 재판규범으로서 적용되어야 하는지, 위 규약들이 인정한 개인의 권리가 訴求가능한 권리인지에 관해서는 아직 확립된 판례가 없는 상태이다.

전반적으로 볼 때 국제인권법이 우리 법정에서 재판규범으로 제대로 적용되고 있지 못하다고 생각되며, 그러한 현실에는 변호사와 법관의 국제인권법에 대한 소양 부족이 원인이라고 볼 것이나,¹⁾ 법관은 국제인권법이 국내법과 동일한 효력을 지닌다면 해당 사건에서 이를 “반드시” 적용하여야 할 것이고 소양 부족을 이유로 회피될 수 없는 것이므로, 결국 그러한 현상의 이면에는 국제인권법의 국내법적 효력에 관한 학계와 실무계의 충분한 논의가 없었던 점이 지적될 수 있다. 그런 점에서 국가인권위원회의 이러한 세미나는 중요한 계기가 되리라 생각한다.

이 글은 국제인권법의 국내법적 효력 문제를 헌법과 헌법재판의 시각에서 살펴보기

1) 이 점을 지적한 예로는 박찬운, “실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용”, 인권과 정의(2004. 4), 122쪽.

로 한다. 일반 재판의 경우는 법관인 발표자께서 잘 다루어 줄 것으로 믿는다. 한편 국제인권법의 범위는 넓은 것이지만 여기서는 대표적인 경우로서 위 2개의 국제규약들을 중심으로 살펴본다.

2. 헌법과 국제인권법

가. 국제인권법의 “헌법적” 효력 인정 문제

헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다.”고 규정한다. ICESCR과 ICCPR은 1990년에 국회의 동의를 거쳐 체결, 비준된 것이므로 “국내법과 같은 효력”을 지닌다. 그런데 그것이 구체적으로 무엇을 말하는지가 문제된다.

일단 위 조항에 의할 때 조약은 국내법보다 우위에 있을 수 없다는 것은 분명하다. 동 조항의 초안을 기초한 유진오 박사는 초안 작성 당시, 외국(프랑스와 일본)에서는 조약과 국제법규를 국내 법률보다 우월한 지위를 인정하는 규정을 두었고, “그것은 법리상으로는 더욱 진보적인 것이라 할 수 있으나, 국제법과 국제관계의 현실을 고려할 때에는 지나친 것이라 아니할 수 없으므로, 우리 헌법은 이를 취하지 아니한 것이다.”고 하고 있는 것이다.¹⁾ 헌법재판소 역시 “헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다.”고 한바 있다.²⁾

그러면 “국내법”이란 어떤 법을 말하는가? 당시 유진오 박사와 같은 헌법제정초안자들은 “법률”을 염두에 두었을 것이라고 추측되나,³⁾ “국내법”은 문리해석상 법률만 말

1) 유진오, 新稿 國際法解義(1953), 이상면, “국제법관련 헌법 규정의 제정 경위와 그 의의”, 서울대학교 법학, 제39권4호(109호), 1999. 2., 173-4쪽에서 재인용.

2) 헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 .13-1,

3) 이에 대한 입법자료는 찾을 수 없다.

하는 것일 수 없고, 헌법이나 명령, 규칙 등 국내에서 적법하게 제정된 법규범을 총칭하는 것이라고 볼 것이다. 그렇다면 헌법 제6조 제1항의 해석상 어떤 조약은 헌법과 동등한 효력을 가지는 경우가 있을 수 있다.⁴⁾ ICESCR과 ICCPR과 같은 국제인권법이 그러하다고 본다.

어떤 조약이 헌법적 차원의 효력을 지니는지 법률적 차원의 것인지를 구분하는 것은 헌법재판의 관점에서는 특히 중요한 문제이다. 만일 조약이 법률적 효력을 지닌다면 그 조약은 위헌심사의 대상은 될 수 있어도, 위헌여부의 판단기준은 되기 어렵다.⁵⁾ 또한 법률의 위헌심사에서 보충적인 해석기준으로 적용하기도 어렵다.⁶⁾ 나아가 조약이 헌법상의 기본권과 같은 권리를 개인에게 직접 부여하고 있다고 하더라도 헌법소원으로 이를 주장할 수 없다. 헌법소원은 “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”가 청구할 수 있기 때문이다(헌법재판소법 제68조 제1항). 결국 ICESCR과 ICCPR과 같은 국제인권법이 법률적 효력을 갖는 것이라고 한다면, 일반 법원에서 그 권리가 주장되거나 재판규범으로서 판단되는 것은 별론으로 하고, 헌법재판에서는 ICESCR과 ICCPR에 관련된 논의는 점차 자취를 감추게 될 것이다.

국제인권법을 국내법의 어떤 서열로 적용할 것인가에 대하여는 1) 헌법과 유사하게

-
- 4) 김정건, 국제법, 전정증보판(박영사, 1998), 84쪽. 그런데 동인은 헌법 부칙 제5조가 “이 헌법 시행 당시의 …조약은 이 헌법에 위배되지 않는 한 그 효력을 지속한다.”고 하고 있어 헌법이 조약보다 상위임을 분명히 하고 있다고 한다. 다만, UN헌장과 같은 국제규범은 우리 헌법의 해석상 특수한 위치에 놓여있는 것이라고 한다(헌법보다 우위는 아니지만 헌법과 동등한 효력이라고 이해된다).
- 5) 현재 2003. 4. 24. 선고 2002헌마611 사건(의료법 제5조 등 위헌확인)에서는, 필리핀 등 해외에서 의학(치의학)을 전공한 국내인들이 국내 의사면허시험에서 더 불이익(추가적 “예비시험”)을 주는 규정이 문제되었는데, 청구인들은 예비시험 조항이 “아시아·태평양지역에서의 고등교육의 수학, 졸업증서 및 학위 인정에 관한 지역협약”에 위반하여, 다른 당사국에서 취득한 학력을 제대로 인정하지 않고 국내 면허 취득에 추가적 제한을 가하고 있다고 주장하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 “이 조약은 우리나라도 가입하고 있으나(조약 제90호. 발효일 1989. 9. 29.), 그 법적 지위가 헌법적인 것은 아니며 법률적 효력을 갖는 것이라 할 것이므로 예비시험 조항의 유무효에 대한 심사척도가 될 수는 없고, 한편 등 조약은 국내법으로 ‘관련전문직 종사의 조건’을 규정할 수 있는 여지를 주고 있다(제1조 제1항 나호 참조).”라고 판시하였다. 이는 법률의 위헌심사에서 법률적 효력을 가진 조약으로 위헌심사의 기준(척도)을 삼을 수 없다는 취지이다. 다만 위 인용문 말미에서 조약의 내용에 의하더라도 예비시험 실시가 서로 모순되는 것은 아니라는 취지로 참고하고 있다.
- 6) 그 경우 법률의 위헌여부를 다른 법률(조약)을 들어 논증하는 것이 되므로 정당성을 가지기 어렵다.

적용하는 견해, 2) 헌법의 일부로서 적용하는 견해, 3) 법률보다 상위로 하나 헌법에 후위로 적용하는 견해, 4) 법률과 동일한 효력이 있는 것으로 보는 견해가 있다. 다수설은 ICESCR과 ICCPR과 같은 국제인권법도 법률적 효력을 지니며 헌법적 효력을 지니는 것은 아니라고 한다.⁷⁾ 소수설 중에는 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 우위에 있다는 견해가 있다.⁸⁾

그러나 ICESCR과 ICCPR와 같은 국제인권법은 통상의 조약과 다른 특수한 성격을 지니고 있어, 헌법적 차원의 효력을 지니는 것으로 보아야 한다. 인간성의 파괴를 혹독하게 경험한 인류는 2차대전 후 “기본적 인권과 인간의 존엄과 가치의 인식에 대한 믿음”(UN헌장 전문)에 따라, “인종, 성별, 언어 또는 종교에 따른 차별 없이 모든 사람의 인권과 기본적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려”하기 위하여 UN을 창설하였다(UN헌장 제1조). 이러한 인권 존중 정신은 2차대전 후 각국의 헌법에서 반영되었으며, 1948년 선포된 세계인권선언은 그러한 정신에 따라 인간에게 보장되어야 할 기본적 자유와 인권의 목록을 수록하였다. 그 내용은 생명권과 신체의 안전, 사상·양심·종교의 자유, 표현의 자유, 집회·결사의 자유, 참정권과 같은 정치적 권리와, 근로권, 휴식권, 교육을 받을 권리, 문화생활의 권리 등 사회·경제·문화적 권리를 망라하는 것이었다. 그러나 세계인권선언은 법적 구속력을 가진 규범은 아니었으므로, 그 내용을 법적으로 구속력 있게 하기 위한 후속 국제 인권규약들이 1976년에 제정되었는데, 그것이 ICESCR과 ICCPR이다. 이 규약들은 세계인권선언에서 선언된 인권들을 포함하여 개인이 가져야만 하는 기본적 자유와 권리를 구체적으로 규정하고 있다.

위 규약들은 현존하는 가장 중요한 국제법상의 인권규약들이며(“국제권리장전”), 이러한 규약들은 인간의 존엄과 가치를 보호하기 위하여 인권이 단순한 국내문제가 아니라 전세계적으로 보장되도록 하여야 한다는 당위성에서 등장한 것이다. 위 인권규약

7) 예를 들어, 曹洪錫, “국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성”, 저스티스, 32권3호(53호), 1999, 12-4쪽. 대부분의 국제법 및 헌법교과서도 같다.

8) 계희열, 헌법학(상)(박영사, 2002), . 박찬운 변호사도 ICCPR과 같은 다자간 인권조약에 대하여 그런 견해를 가지고 있다(위의 논문(주1), 115쪽).

들은 개인에게 직접 권리를 부여하고 있거나(ICCPR), 당사국이 개인의 권리를 인정할 것을 요구하고 있는데(ICESCR), 그 내용의 대부분은 우리 헌법상 보장된 기본권과 대체로 일치한다.

일반적으로 헌법상 보장되는 자유와 권리(“기본권”)는 개인에게 있어서 근본적으로(fundamental) 중요한 자유와 권리를 특별히 헌법이 직접 규정하여 보호하고 있는 것이고, 이 점에서 법률상의 권리와는 차원을 달리 한다. 즉 행정부와 사법부뿐만 아니라 법률을 제정하는 입법부 등 모든 국가권력은 기본권에 기속되며, 따라서 국가는 기본권적 가치를 최대한 수호하여야 하며, 기본권의 제한에는 강력한 정당화가 요구된다. 법률상의 권리가 법률개정으로 변경될 수 있는 것과는 달리 헌법상 기본권은 법률로써 이를 개폐할 수 없다.

기본권이 헌법으로서 보호되는 이유는 그것이 개인에게 근본적인 중요한 자유와 권리가기 때문이다. 그렇다면, 헌법과 같이, 근본적인 자유와 인권을 개인에게 보장하고 있는 ICESCR과 ICCPR 역시 헌법적 차원의 성질을 가진 법규범이라 보아야 한다. 다만 헌법은 국내법 중 최고법이며, 달리 헌법에 조약이 헌법보다 우월할 수 있다는 조항이 없으므로, ICESCR과 ICCPR이 실정 헌법에 위반될 수는 없다. 즉 동 규약들은 헌법적 차원의 법규범이며, 다만 헌법과 조화되는 범위 내에서 보완적으로 효력을 가진다고 할 것이다.⁹⁾ (이 글에서는 ICESCR과 ICCPR에 대하여 헌법적 서열을 인정하나, 다른 국제인권법의 경우는 따로 논의되어야 할 것이다.)

9) 헌법재판소는 “전교조 사건”에서 비록 국제인권법이 헌법적 차원의 것인지 법률적 차원의 것인지는 판단하지 않았으나, 헌법의 테두리 내에서 효력이 인정된다는 취지를 밝히고 있다. 즉, ICESCR 제8조 제1항 A호와 ICCPR 제22조 제1항, 그리고 1960. 10. 5. 국제연합교육과학문화기구와 국제노동기구가 채택한 “교원의지위에관한권고”는, “우리의 현실에 적합한 교육제도의 실시를 제약하면서까지 교원에게 근로3권이 제한 없이 보장되어야 한다든가 교원단체를 전문직으로서의 특수성을 살리는 교직원단체로서 구성하는 것을 제재하고 반드시 일반노동조합으로서만 구성하여야 한다는 주장의 근거로 삼을 수는 없고, 따라서 사립학교법 제55조, 제58조 제1항 제4호는 헌법전문이나 헌법 제6조 제1항에 나타나 있는 국제법 존중의 정신에 어긋나는 것이라고 할 수 없다.”고 하였다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 426-429).

다만 이러한 견해는 국제인권법이 “헌법보다 하위이나 법률보다 우위”라는 견해와는 다르다. 즉 국제인권법은 헌법과 법률 사이에 위치하는 것이 아니라, 헌법상 기본권의 “보완적” 내용을 이루는 것으로서 헌법적 차원의 것이며, 다만 헌법보다 우선할 수는 없다는 뜻이다.

한편 이와는 달리 ICESCR과 ICCPR 역시 다른 조약과 같이 법률적 효력만을 지니며, 국내 법률과의 충돌시 신법우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙으로 문제를 해결할 수 있다는 견해는, 위 규약들이 “기본권”을 규정하고 있다는 것을 제대로 고려하지 않은 것이며, 또한 아래와 같은 이유로 타당하지 않다.

1) 헌법 제6조 제1항이 “국내법과 ‘같은 효력’을 지닌다”고 하고 있기 때문에 조약으로서의 국제인권법이 가질 수 있는 국내법적 지위는 헌법적 지위 또는 법률적 지위 중 하나일 것이라는 견해가 있으나, “같은 효력”이란 앞서 연혁에서 보았듯이 “우월적 효력이 아니다”는 의미이며, 그것이 헌법을 변경하지는 않는 헌법보완적인 효력을 부인하는 논거는 아니다.

2) 헌법에 의하여 인정되는 원칙이 헌법 그 자체를 제한한다는 것은 논리적이지 않기 때문에 법률적 효력을 지닌다고 하나, 헌법 그 자체를 제한하지 않는 것으로서 법률적 효력이 아닌 헌법적 효력을 가진 조약이 가능한 것이다.

3) 헌법과 동일한 효력을 가지는 것으로 이해한다면, 대한민국의 공권력행사의 경우 요구되는 헌법의 민주적, 법치국가적 구조를 불투명한 것으로 만들 우려가 지적된다. 즉 헌법의 가치나 원칙들에 정면으로 반함에도 불구하고 국제법합치적 법률을 제정하여야 하는 경우가 발생할 수 있다는 것이다.¹⁰⁾ 그러나 ICESCR과 ICCPR은 헌법의 가치나 원칙들에 충돌하지 아니하는 한 국내법적 효력을 지닌다.

4) 동일한 사항을 규율하는 국제법이 존재한다면 후법우선의 원칙에 의하여 헌법규범을 변경시킬 수 있게 되며, 이 경우 헌법개정절차에 관한 헌법 제10장의 존재 의미는

10) 조흥석, 위의 논문, 12쪽.

유명무실하게 될 것이라는 지적 역시, ICESCR과 ICCPR은 헌법을 개폐할 수 없으므로 후범우선의 원칙이 적용될 수 없어 타당하지 않다.

5) 조약에 대한 국회의 동의권 행사의 정족수는 법률제정시의 정족수와 같으므로 인권조약 역시 법률적 효력을 가진다고 하나, 정족수보다는 헌법 제6조 제1항에 근거하여 서열이 정해진다고 보아야 할 것이다.

6) 헌법 부칙 제6조 제1항은 한국의 국내법의 위계구조 하에서 헌법이 조약보다 상위임을 분명히 하고 있다고 하나, ICESCR과 ICCPR이 현행 헌법에 “위배”된다고 할 수 없고,¹¹⁾ 또 위 부칙은 1987년 개헌 당시를 기준으로 하고 있는 것이며, 또한 이를 헌법에 위배되지 않는 국제인권법이 국내에서 헌법적 차원의 규범력을 가진다는 것을 부인하는 취지의 조항이라고 해석할 수 없다.

나. 국제인권법의 서열에 관련한 헌법재판소의 판례

헌법재판소 판례는 ICESCR과 ICCPR의 법적 효력의 서열에 대하여 직접 논하고 있지 않으나, 이들에 관하여 언급하고 있는데 그 배경을 보면 ICESCR과 ICCPR을 단순히 법률적 차원의 것으로 취급하지 않는 것이 나타난다.

(1) 1998. 10. 29. 선고한 98헌마4(판례집 10-2, 627) 헌법소원 사건(일간지구 독금지처분 등 위헌확인)에서는, 청구인은 구치소에 수감 중이었는데 구치소측이 간행물(인권하루소식지)의 구독을 불허하고 구독중인 일간지도 수시로 일부 내용을 삭제하여 전달하자, 그러한 공권력 행사는 헌법이 보장하는 표현의 자유(알 권리)를 침해할 뿐만 아니라, ICCPR 제19조 제2항¹²⁾이 보장하는 표현의 자유를 침해한 것이라고 주장

11) 일반적으로 조약과 국내법이 충돌하는 것은 흔히 있는 일이 아니다. 왜냐하면 흔히 조약체결과정에 서 헌법적인 통제가 이루어지기 때문이다. ICCPR의 경우도 우리나라가 가입시 헌법과 충돌될 소지가 있는 몇 개 조항은 유보한 채 가입한바 있다.

12) “모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.”

하였다.

헌법재판소는 먼저 위 행위가 우리 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 과잉금지의 원칙에 위배하여 알 권리를 침해한 것인지 여부를 판단하였다. 구체적으로 입법목적의 정당성이 있는지, 입법수단이 적정한 것인지, 피해의 최소성 원칙에 위배된 것은 아닌지, 공익과 사익 간의 법익균형성이 유지되고 있는지를 판단하였다.¹³⁾ 그 결과 위 신문 기사 삭제행위가 청구인의 알 권리를 과잉 제한한 것이라거나 본질적 내용을 침해하였다고 볼 수 없다고 하였다. 그러면서 “앞에서 알 권리의 침해여부에 관하여 판단한 바와 같은 이유로 청구인의 행복추구권 내지 일반적 행동자유권 침해나 국제인권규약 위배주장은 이유가 없다.”고 하고 있다. 여기서 주목되는 것은 헌법재판소가 해당 행위가 헌법상의 알 권리를 침해하였는지 여부뿐만 아니라 ICCPR 제19조 제2항 위배 여부를 실질적으로 판단하였다는 것이다. 비록 앞의 과잉금지 판단을 원용하는 형태로 이 부분 판단이 이루어졌지만 이는 위헌심사기준이 유사할 경우 흔히 있는 판례상의 원용방법일뿐 이로써 판단은 제대로 이루어진 것이다. 위 규약상의 표현의 자유의 경우, ICCPR 제19조 제3항 본문 및 (b)는 우리 헌법 제37조 제2항과 유사한 형태의 제한근거 규정을 두고 있었으므로,¹⁴⁾ 우리 헌법 제37조 제2항을 앞에서 판단한 이상 별도로 판단할 내용이 없었던 것이다.

13) 그 요지는 다음과 같다.

『교화상 또는 구금목적에 특히 부적당하다고 인정되는 기사, 조직범죄 등 수용자 관련 범죄기사에 대한 신문기사 삭제행위는 구치소내 질서유지와 보안을 위한 것으로, 신문기사 중 탈주에 관한 사항이나 집단단식, 선동 등 구치소내 단체생활의 질서를 교란하는 내용이 미결수용자에게 전달될 때 과거의 예와 같이 동조단식이나 선동 등 수용의 내부질서와 규율을 해하는 상황이 전개될 수 있고, 이는 수용자가 과밀하게 수용되어 있는 현 구치소의 실정과 과소한 교도인력을 볼 때 구치소내의 질서유지와 보안을 어렵게 할 우려가 있다. 이 사건 신문기사의 삭제 내용은 그러한 범위내에 그치고 있을 뿐 신문기사 중 주요기사 대부분이 삭제된 바 없음이 인정되므로 이는 수용질서를 위한 청구인의 알 권리에 대한 최소한의 제한이라고 볼 수 있으며, 이로써 침해되는 청구인에 대한 수용질서와 관련되는 위 기사들에 대한 정보획득의 방해와 그러한 기사 삭제를 통해 얻을 수 있는 구치소의 질서유지와 보안에 대한 공익을 비교할 때 청구인의 알 권리를 과도하게 침해한 것은 아니다.』

14) “이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에 한정된다.

(a) 타인의 권리 내지 신용의 존중

(b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호“

위 관례는 헌법재판소가 ICCPR(제19조 제2항)을 하나의 헌법적 차원의 범규범으로 전제하고 있다는 것이다. 그렇지 않으면 그 규약 위배 여부를 따질 필요가 없다. 만일 법률적 효력을 가진다면, 그 규약은 “위헌여부” 심사의 기준이 될 수 없고 따라서 그 위반 여부가 동 사건에서 문제되지 않는 것이다.¹⁵⁾ 이러한 헌법재판소의 태도는 위 규약 조항이 다름아닌 우리 헌법 제21조의 내용과 유사하고, 따라서 동 규약 조항이 단순한 법률적 차원의 효력만 가진다고 보는 것은 부자연스러운 점을 반영한다.

(2) 1998. 7. 16. 선고된 97헌바23(판례집 10-2, 243) 구 형법 제314조 위헌소원 사건에서는, 단순한 집단적 노무제공의 거부행위까지 형사처벌을 하는 구 형법 제314조(업무방해죄: “...위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 2만5천환이하의 벌금에 처한다”)가 위헌인지 여부가 문제되었다. 청구인들은 노무제공의 거부에 대하여 위 조항을 적용하는 것은 결과적으로 형사처벌의 위협하에 노무제공을 강요하는 것이 되므로 헌법 제12조 제1항 후문의 강제노역금지 원칙을 위배하고 제33조의 근로3권을 침해할 뿐만 아니라 강제노역을 금지하는 ICCPR에 위배된다고 주장하였다.

헌법재판소는 위 규약 위반 부분에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

“그리고 1966년 제21회 국제연합(UN) 총회에서 채택된 “시민적및정치적권리에관한국제규약”(1990. 6. 13. 조약 1007호, 이른바 B규약) 제8조 제3항은 법원의 재판에 의한 형의 선고 등의 경우를 제외하고 어느 누구도 강제노동을 하도록 요구되지 아니한다는 취지로 규정하고 있고, 여기서 강제노동이라 함은 본인의 의사에 반하여 과해지는 노동을 의미한다고 할 수 있는데, 이는 범죄에 대한 처벌로서 노역을 정당하게 부과하는 경우와 같이 법률과 적법한 절차에 의한 경우를 제외하고는 본인의 의사에 반하는

15) 위 주6)의 판시처럼 이루어졌을 것이다. 즉, 이런 경우 “동 조약은 법률적 효력을 지니므로 위헌심사의 기준이 될 수 없고, 따라서 신문기사삭제행위가 동 조약 위반이라 하더라도 이는 위법한 것일 수는 있으나, 위헌은 아니므로, 그러한 조약 위배 주장에 대하여는 판단하지 않는다.”고 하게 될 것이다.

노역은 과할 수 없다는 의미라고 할 수 있는 우리 헌법 제12조 제1항 후문과 같은 취지라고 할 수 있다. 그렇다면 강제노역금지에 관한 위 규약과 우리 헌법은 실질적으로 동일한 내용을 규정하고 있다 할 것이므로, 이 사건 심판대상 규정 또는 그에 관한 대법원의 해석이 우리 헌법에 위반되지 않는다고 판단하는 이상 위 규약 위반의 소지는 없다 할 것이다.”(판례집 10-2, 265)

이 결정 역시 ICCPR 규정을 헌법의 내용과 동일하다는 전제 하에 형법 조항이 위 규정에 위배되는지 여부를 판단하고 있는데, 이는 ICCPR가 헌법적 차원의 규범력을 갖는 것을 전제하고 있는 것이라 보여진다. ICCPR이 단순히 법률적 효력만을 갖는다면 형법 규정이 위 규약에 위반되었는지 여부를 판단할 필요성이 없다.

(3) 2001. 4. 26. 선고한 99헌가13(판례집 13-1, 773) 사건(부정수표단속법 제2조 제2항 위헌제청사건)에서는, 지급거절될 것을 예견하고 수표를 발행한 뒤 지급제시기일에 수표금이 지급되지 아니하게 한 수표발행인을 형사처벌 하도록 한 부정수표단속법 제2조 제2항이 평등의 원칙, 형벌비례성의 원칙 등에 위반되었는지 여부가 문제되었다.

이 사건은 대전지방법원이 직권으로 헌법재판소에 위 조항의 위헌여부심판을 제청한 것인데, 동 법원은 제청시 다음과 같은 위헌제청이유를 제시하였다. 즉 “...수표가 어음과 같은 역할을 하고 있음에도 수표는 부도시 형사처벌이라는 강제성을 띠고 있다. 이는 대한민국이 1990. 7. 10. 가입하여 조약 1007호로 발효된 국제연합의 ‘시민적및정치적권리에관한국제규약’ 제11조, 즉 ‘어느 누구도 계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금되지 아니한다’는 명문에 정면으로 배치되어 헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의에 위반된다.”는 것이다.

이에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 판단하였다.

“헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승

인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다. 아울러 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 부정수표 발행행위는 지급제시될 때에 지급거절될 것을 예견하면서도 수표를 발행하여 지급거절에 이르게 하는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성에 대한 일반 공중의 신뢰를 배반하는 행위를 처벌하는 것으로 그 보호법익은 수표거래의 공정성인 것이고 나아가 소지인 내지 일반 공중의 신뢰를 이용하여 수표를 발행한다는 점에서 그 죄질에 있어 사기의 요소도 있다 하여 처벌하는 것이다. 결국 ‘계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금’ 되는 것이 아니므로 국제법 존중주의에 입각한다 하더라도 위 규약 제11조의 명문에 정면으로 배치되는 것이 아니다.”(판례집 13-1, 773-4)

위 판시의 첫 번째 문장에서 국제법 존중주의의 의미를 국내법과 동등한 것으로 보고, 국제법이 우월한 것이 아니라고 선언한 것은, ICCPR의 위 조항이 우리나라 헌법과 법률에는 없는 내용으로서, 국내법과 충돌될 소지가 없지 않았기 때문인 것으로 보인다. 어쨌든 헌법재판소는 위 부정수표단속법 조항이 ICCPR 제11조에 배치되는 것은 아니라고 보았다. 이러한 판시 태도 역시 ICCPR 조항을 순전히 법률적 효력만을 지닌다고 전제할 경우에는 있기 어려운 것이고, 하나의 심사기준으로서 판단된 것이라 하겠다.

한편 제청법원 역시 ICCPR 자체가 헌법 제6조 제1항에 의하여 헌법과 동등한 효력을 지니는 것으로 본 것이 아닌가 생각되는데, 그 효력의 구체적 내용은 언급하지 않은 채, 동 규약 위배 시에는 헌법 제6조 제1항이 보장하는 “국제법 존중주의”에 위반하여 결과적으로 위헌이 된다는 논리를 피력하고 있다. 그러나 헌법 제6조 제1항은 조약과 같은 국제법의 국내법적 효력에 관하여 규정한 것이며, “국제법 존중주의” 자체를 규정한 것은 아니며, 따라서 “국제법 존중주의” 자체가 직접적인 위헌심사기준이 될 수 없는 것이라 생각된다. 비록 헌법재판소가 “국제법 존중주의”라는 용어를 사용하고 있지만, 그 의미는 다시 헌법 제6조 제1항의 일반적 의미로 설명하고 있는 것이다. 따라서 ICCPR에 대하여 헌법적 효력을 인정하고 자기집행력을 인정하여, 그 위반은 위헌에 해당한다고 하는 것은 별론으로 하고, “동 규약 위반→헌법 제6조 제1항의 국제법 존중

주의 위반→ 위헌”이라고 구성할 수는 없는 것이다.

(4) 2002. 4. 25. 선고 98헌마425등 준법서약서등 위헌확인 사건에서(판례집 14-1, 351), 소수의견(재판관 김효중, 주선회)은 ICESCR 제18조 제2항에 관하여 다음과 같이 실시하고 있다.

“국가가 가석방의 조건으로서 특정 개인에게, 외형적인 복종을 요구하는 데 그치는 것이 아니라 복종의 당위성에 대한 내적인 확신을 강요하는 것이 된다. 스페인 헌법 제16조 제2항은 ‘누구도 자신의 이데올로기, 종교 혹은 신념의 고백을 강요당하지 않는다’고 규정하며, 유엔인권규약 B규약 제18조 제2항이 ‘누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 않는다’고 규정한 것, 또한 독일기본법 제4조 제1항이 ‘……세계관적 고백의 자유는 불가침이다’고 규정한 것은, 그러한 신념의 고백의 강요가 가져오는 내심의 자유의 침해성을 방지하기 위한 것이다. 이는 ‘십자가 밝기’와 같은 신앙고백 등을 방지하려는 헌법의 역사적 귀결에 해당한다.”(판례집 14-1, 378)

위 언급은 ICCPR 조항을 직접 재판규범으로서 언급한 것은 아니나, 다른 헌법과 나란히 언급하고 있어, 동 규약이 헌법적 차원의 것이라는 점을 보여주고 있다.

(5) 2004. 8. 26. 선고한 2002헌가1 사건(병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청)에서는 양심적 병역거부를 허용하지 않는 병역법 조항이 양심의 자유를 침해하는 것이 문제가 되었다. 다수의견은 합헌결정을 하였는데, 이 사건에서 소수의견(재판관 김경일, 전효숙)은 국제인권법의 관점에서 다음과 같이 서술한바 있다.

“1966년 국제연합(UN)에서 채택한 ‘시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)’ 제18조는 사상, 양심

그리고 종교의 자유를 보장하고 있고, 1993년 국제연합인권이사회(Human Rights Committee)는 사상, 양심 그리고 종교의 자유에 관한 일반의견 제22호(General Comment No. 22)에서 ‘치명적인 무력을 사용할 의무는 양심의 자유와 자신의 종교 혹은 믿음을 표현하는 권리와 심각하게 충돌할 수 있으므로 양심적 병역거부권이 위 제 18조 규정에서 도출될 수 있는 것으로 본다.’고 하였다. … 우리나라는 1990년에 위 규약에 제18조에 대한 아무런 유보 없이 가입하였고, 1991년에 국제연합회원국이 되었으며, 2004년의 결의를 포함하여 양심적 병역거부권을 인정하여야 한다는 인권위원회의 최근 결의들에 직접 동참하기도 하였다. 양심적 병역거부권을 이미 많은 나라에서 인정하고 있고 우리나라와 같이 양심적 병역거부로 많은 사람이 처벌된 국가는 드물다는 사실 뿐 아니라, 우리의 법률과 관행이 위와 같은 국제법규와도 도저히 조화될 수 없음에 비추어 보더라도 더 이상 이 문제를 외면하거나 미룰 수 없으며 대안을 적극적으로 모색할 필요성이 있다.”

다. 정리: “헌법적” 효력의 세가지 가능성

국제인권법이 헌법적 효력 내지 서열을 가진다고 할 때, 그 구체적 내용은 3가지로 구분될 수 있다. 첫째는 헌법과 마찬가지로 직접 위헌심사의 기준이자 재판규범으로서 작용하는 것으로 보는 견해이다. 둘째는 국제인권법은 직접적인 위헌심사의 재판규범은 아니고, 헌법을 해석하는데 있어서 존중되어야 할 참고조문에 해당한다는 견해이다. 셋째는 국제인권법은 직접적인 위헌심사의 재판규범은 아니지만 그에 위배된 법률이나 국가작용은 결국 헌법 전문과 제6조 제1항이 규정한 국제평화주의 내지 국제법 존중주의를 위반한 것이 되어 위헌이 된다는 견해이다.

위에서 본 헌법재판소 판례는 국제인권법을 단순한 법률적 효력의 것으로 취급하지 않고 헌법적 차원의 것으로 보고 판시하고 있다. 그러나 이것이 위 첫째 견해대로 “국제인권법위반→위헌”이라는 취지인지는 불명료하다. 이 글에서는 첫째 견해가 타당하다고 보지만, 헌법재판소 입장에서는 학설의 다툼이 있는 이 문제에 대하여 선뜻 첫째 견해를 택하기 어려울 것이다. 그렇다면 두 번째 견해가 헌법재판소가 취하는 입장인가? 두 번

재 견해는 국제인권법이 헌법재판소의 헌법해석을 보충하는 것이므로, 일반적으로 이견 대립 없이 헌법재판소가 취할 수 있는 태도이겠지만,¹⁶⁾ 그렇다고 위에서 언급한 판례들이 국제인권법(ICESCR과 ICCPR를 말함¹⁷⁾)을 단지 “헌법해석의 보충적 자료”로서 취급한 것이라고 보기는 어렵다. 위 판례들은 보다 적극적으로 국제인권법 위반 여부를 판단하고 있기 때문이다. 또한 헌법해석의 보완적 자료로 원용한다면 국제인권법 역시 헌법 제6조 제1항에 의하여 “국내법”이 되는 것과 잘 부합하지 않는다. 통상 학설이나 외국 판례가 헌법해석의 보완자료가 될 수는 있지만, 헌법적 차원의 또 다른 “국내법”이 헌법해석의 보충자료로서만 효력을 가지는 것으로 그 “법적 효력”을 다하는 것인가는 의문이 있는 것이다. 한편 세 번째 견해는 헌법재판소가 그와 유사한 관점을 피력한 바는

16) 헌법재판소의 ‘사죄공고’ 결정은 그러한 유형에 해당한다고 할 수 있다. 헌법재판소는, “헌법 제19조는 ‘모든 국민은 양심의 자유를 가진다.’라고 하여 양심의 자유를 기본권의 하나로 보장하고 있는바, 여기서 양심이란 세계관·인생관·주의·신조 등은 물론, 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적·윤리적 판단도 포함된다고 볼 것이다. 그러므로 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입해서는 안되는 내심적 자유는 물론, 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 않는 자유 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유까지 포괄한다고 할 것이다. 이와 같이 해석하는 것이 다른 나라의 헌법과 달리 양심의 자유를 신앙의 자유와도 구별하고 사상의 자유에 포함시키지 않은 채 별개의 조항으로 독립시킨 우리헌법의 취지에 부합할 것이며, 이는 개인의 내심의 자유, 가치판단에는 간섭하지 않겠다는 원리의 명확한 확인인 동시에 민주주의의 정신적 기초가 되고 인간의 내심의 영역에 국가권력의 불가침으로 인류의 진보와 발전에 불가결한 것이 되어 왔던 정신활동의 자유를 보다 완전히 보장하려는 취이라고 할 것이다. 우리나라가 1990년에 가입한 시민적및정치적권리에관한국제규약(이른바 국제인권규약 B규약) 제18조 제2항에서도 스스로 선택하는 신념을 가질 자유를 침해하게 될 어떠한 강제도 받지 않는다고 규정하고 있다.”고 판시하였다(헌재 1991.04.01. 89헌마160, 판례집 3, 149, 152-153)

17) ICESCR과 ICCPR이 아닌 세계인권선언이나 유엔총회에서 채택된 원칙과 같은 국제규범은 헌법해석의 원용기준으로 적용될 수 있다. 헌법재판소는 위 ‘전교조 사건’에서, “국제연합(UN)의 ‘인권에 관한 세계선언’은 아래에서 보는 바와 같이 선언적인 의미를 가지고 있을 뿐 법적 구속력을 가진 것은 아니고, 우리나라가 아직 국제노동기구의 정식회원국은 아니기 때문에 이 기구의 제87호 조약 및 제98호 조약이 국내법적 효력을 갖는 것은 아니지만(헌법 제6조 제1항, 위 87호 조약 제15조 제1항, 98호 조약 제8조 제1항 참조), 다년간 국제연합교육과학문화기구의 회원국으로 활동하여 오고 있으며, 국회의 동의를 얻어 국제연합의 인권규약의 대부분을 수락한 체약국으로서 위 각 선언이나 조약 또는 권고에 나타나 있는 국제적 협력의 정신을 존중하여 되도록 그 취지를 살릴 수 있도록 노력하여야 함은 말할 나위도 없다.”고 하였고(판례집 3, 387, 425-426), 1992. 1. 28. 91헌마111 결정에서는, “구속된 사람을 계호(戒護)함에 있어서도 1988.12.9. 제43차 유엔총회에서 채택된 ‘모든 형태의 구금 또는 수감상태에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙’ 제18조 제4항이 ‘피구금자 또는 피수감자와 그의 변호인 사이의 대담은 법 집행 공무원의 가시거리(可視距離)내에서 행하여 질 수는 있으나 가청거리(可聽距離)내에서 행하여져서는 아니된다.’라고 적절하게 표현하고 있듯이 관계공무원은 구속된 자와 변호인의 대담내용을 들을 수 있거나 녹음이 가능한 거리에 있어서는 아니되며 계호나 그 밖의 구실아래 대화 장면의 사진을 찍는 등 불안한 분위기를 조성하여 자유로운 접견에 지장을 주어서도 아니될 것이다.”고 하였다(판례집 4, 51, 60).

있으나,¹⁸⁾ 실제로 위헌 여부를 판단함에 있어서 헌법 제6조 제1항의 명문규정이 아닌 “국제법 존중주의”라는 심사기준을 가지고 위헌결정을 하기는 어렵다.

그렇다면 헌법재판소는 자기집행력(self-executing)을 가지고 직접 적용될 수 있는 국제인권법에 대해서는 원칙적으로 위헌심사의 재판규범으로 판단하고, 예외적으로 헌법해석의 보완적 자료로서 원용하는 것이 바람직할 것이다.

라. 기본권의 해석과 국제인권법

그런데 현실적으로 우리 헌법은 국제인권법상 권리들의 대부분을 보장하고 있고, 헌법해석상 그 밖의 국제인권법상 권리들도 개인에게 있어서의 그 “근본성”이 인정되는 한 헌법상 기본권으로 포섭될 수 있는 구조를 가지고 있으므로(헌법 제10조, 제37조 제1항 참조. 또한 개별 사회적 기본권에서 도출되는 더 구체적인 권리들도 이에 해당된다), 헌법재판에 있어서 국제인권법 규정에만 근거하여 권리침해를 주장하거나, 국제인권법만을 재판규범으로 삼는 경우는 매우 드물 것이다.

국제인권법상의 조문들은 해당 인권에 대하여 우리 헌법보다 자세한 경우가 많으므로,¹⁹⁾ 사실상 우리 헌법의 해석에 중요한 지침이 될 수 있다.²⁰⁾ 이는 국제인권법이 단

18) 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 ‘전교조 사건’에서 헌법재판소는 “우리 헌법은 헌법에 의하여 체결공포된 조약을 물론 일반적으로 승인된 국제법규를 국내법과 마찬가지로 준수하고 성실히 이행함으로써 국제질서를 존중하여 항구적 세계평화와 인류공영에 이바지함을 기본이념의 하나로 하고 있다(헌법전문 및 제6조 제1항 참조).”고 한바 있다.(판례집 3, 387, 425-425)

19) 예를 들어, ICESCR 제13조는 교육을 받을 권리를 보다 자세히, 체계적으로 규정하고 있다.

20) 그러한 취지에 해당되는 판시로서 위에서 거론되지 않은 것 중에는 사회보호법 사건에서 아래와 같은 재판관 변경수의 반대 의견을 들 수 있다. “국제연합 경제사회이사회가 1957.7.31. 663호 결의로 승인한 수감자의처우에관한최저기준규칙은 수감자의 처우에 관하여 인간의 존엄과 가치의 존중 및 교육개선을 위하여 일반적으로 타당하다고 생각되는 원칙 및 관례들을 규정하고 있을뿐더러 이미 우리나라도 작년에 가입함으로써 국내법과 같은 효력이 있는 국제연합 국제인권규약에서도 행형제도의 기본적인 목표를 수감자의 교정을 통한 사회복귀에 있음을 천명하는 등(B협약 제10조), 국제연합은 수감자의 인간적 처우에 관하여 크게 배려하고 있다. 그런데 현재 우리의 수감자 처우 수준은 위 최저기준규칙이 정한 기준에 못미치는 정도가 아니라 비교할 수 벗어 떨어진 것이 아닌가 생각되고 피감호자들을 수용하고 있는 청송보호감호소나 보호감호대용시설에서의 보호감호집행실태가 교육개선보다는 흑시 이들을 영구히 치료될 수 없는 인간 쓰레기로 보아 단순히 사회로부터 격리시키자는 의

지 헌법해석에 참고자료로서만 기능한다는 것을 뜻하지는 않으며, 앞서 본 판례에서처럼 헌법과 나란히 판단기준으로서 거론되어야 할 것이다.²¹⁾

다만 국제인권법의 내용 중에서 우리 헌법상 인정되지 않는 권리가 존재하는 경우 우선 그러한 권리의 인정이 헌법규정에 저촉되는지가 살펴져야 할 것이고,²²⁾ 저촉되지 않는다면 동 국제인권법상의 권리가 자기집행력을 갖춘 한, 바로 제소가능한 권리로써 국내에 적용될 수 있다고 생각된다. 이 경우 비록 오늘날 국제적 인권은 국내법상 보호되는 인권과 수렴(convergence) 되는 경향이 있지만, 그 현실적 적용에 있어서는 우리 사회의 전통과 현실 및 국민의 법감정과 조화를 이루도록 노력을 기울여야 할 것이 요청된다.²³⁾

마. 기타 조약에 관한 헌법재판소 판례

헌법재판소는 국제인권조약이 아닌 다른 조약에 대해서는 대체로 법률적 효력을 가지는 것으로 보고 있다. 예를 들면 다음과 같다.

1) 1998. 11. 26. 선고한 97헌바65(특정범죄가중처벌등에관한법률 부칙 제2항 등 위헌소원) 사건에서(판례집 10-2, 685) 헌법재판소는 “마라케쉬협정도 적법하게 체결되어 공포된 조약이므로 국내법과 같은 효력을 갖는 것이어서 그로 인하여 새로운 범죄를 구성하거나 범죄자에 대한 처벌이 가중된다고 하더라도 이것은 국내법에 의하여 형사처벌을 가중한 것과 같은 효력을 갖게 되는 것이다. 따라서 마라케쉬협정에 의하여 관세법위반자의 처벌이 가중된다고 하더라도 이를 들어 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라거나 행위시의 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라고 할 수 없으므로, 마라케쉬협정

도가 아닌지 의심스럽다.”(헌재 1991.04.01. 89헌마17, 판례집 3, 124, 147)

21) 위에서 본 헌법재판소 판례들 중에는 헌법상 조문의 해석을 보충하는 의미에서 국제인권법을 설명하고, 헌법 규정과 나란히 국제인권법을 재판규범으로 거론한 예가 있었다.

22) 이에 해당되는 것으로서, ICESCR의 직장의 안전하고 건강한 근로환경의 권리(제7조), 개인이나 단체의 사립학교설립의 자유(제13조 제4항), 국제적 노동연대의 자유(제8조 제1항(b)), 최소한의 식량, 의류, 주거에 관한 권리(제11조 제1항)를 들 수 있다.

23) 헌재 1991.07.22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 426 참조.

에 의하여 가중된 처벌을 하게 된 구 특가법 제6조 제2항 제1호나 농안법 제10조의3이 죄형법정주의에 어긋나거나 청구인의 기본적 인권과 신체의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.”고 판시하였다(판례집 10-2, 698).

이 결정은 마라케쉬협정을 국내에 직접 적용될 수 있는 법률적 효력을 갖는 것이라는 전제 하에 위와 같은 판시를 하고 있는 것이다.

2) 1999. 4. 29. 선고한 97헌가14 결정에서(판례집 11-1, 273) 헌법재판소는 대한민국과아메리카합중국간의상호방위조약제4조에의한시설과구역및대한민국에서의합중국군대의지위에관한협정 제2조 제1의 (나)항에 대하여 위헌심사를 하였는데, 결정문에 명시적인 표현은 없었지만 위 협정을 법률상 효력을 지니는 것으로 보고 이에 대한 위헌 법률심판을 행한 것이다.

3) 2001. 3. 21. 선고 99헌마139등(대한민국과일본국간의어업에관한협정 비준 등 위헌확인) 사건에서(판례집 13-1, 676) 헌법재판소는 위 “협정은 우리나라와 일본 간의 어업에 관해 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약’으로서 국내적으로 ‘법률’과 같은 효력을 가진다.”고 판시하였다(판례집 13-1, 695).

4) 2001. 9. 27. 선고 2000헌바20(국제통화기금 제9조 제3항 등 위헌소원) 사건에서(판례집 13-2, 322) 헌법재판소는 국제통화기금협정 제9조(지위, 면제 및 특권) 제3항 (사법절차의 면제) 및 제8항(직원 및 피용자의 면제와 특권), 전문기구의특권과 면제에관한협약 제4절, 제19절(a)은 “각 국회의 동의를 얻어 체결된 것이므로 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법적 효력을 가지며, 그 효력의 정도는 법률에 준하는 효력이라고 이해된다. 한편 이 사건 조항은 재판권 면제에 관한 것이므로 성질상 국내에 바로 적용될 수 있는 법규범으로서 위헌법률심판의 대상이 된다고 할 것이다.”라고 판시하였다(판례집 13-2, 328).

5) 현재 2003. 4. 24. 선고 2002헌마611 사건(의료법 제5조 등 위헌확인)에서도 (앞의 각주6)에서 언급), “아시아·태평양지역에서의고등교육의수학, 졸업증서및학위 인정에관한지역협약”에 대하여 헌법재판소는 “이 조약은 우리나라도 가입하고 있으나 (조약 제990호. 발효일 1989. 9. 29.), 그 법적 지위가 헌법적인 것은 아니며 법률적 효력을 갖는 것이라 할 것이므로 예비시험 조항의 유무효에 대한 심사척도가 될 수는 없고”라고 판시하고 있다.

3. 자기집행적(self-executing) 조약인지 여부의 판단

일반적으로 조약 가입국은 국제조약이 당해 국가의 관할 내에서 특별한 입법조치 없이도 바로 적용될 수 있는 헌법정책을 만들거나, 국제조약의 의무를 국내적으로 이행하기 위한 특별한 입법조치를 하지 않으면 국내법적 효력이 없다는 헌법정책을 만들게 된다. 전자를 직접적용(direct applicability) 내지 자동수용(automatic incorporation)이라고 부르고 후자를 간접적용(indirect applicability) 내지 입법수용(legislative incorporation)이라고 부른다.²⁴⁾ 혹은 전자를 채용설, 후자를 변형설 내지 집행설이라고 부르기도 한다.²⁵⁾

조약이 자기집행력이 있는지 여부는 통상 국내의 법집행자 내지 사법부가 판단하게 된다. 한 조약의 규정들 사이에서도 자기집행력이 있는 조항과 그렇지 않은 조항이 나뉠 수 있다. 자기집행력이 인정되는 일반적 기준은 다음과 같다.²⁶⁾ 1) 조약이 그 시행과 효력에 있어서 별도의 국내적 집행행위를 필요로 하지 않아야 한다. 2) 조약이 명백하고 상세하게 규정되어 있어 그로부터 구체적인 법률효과를 도출할 수 있어야 한다. 조약 상대국이 조약규정의 집행에 있어서 광범위한 결정의 권한이 있다면 이에 해당하지 않는다. 3) 조약이 字句, 목적 및 내용에 의하여 개인에게 권리 또는 의무를 부여하여야

24) 박찬운, 국제인권법(한울아카데미, 1999), 33쪽. 여기서는 “직접적용”과 “자기집행력” 개념이 다르게 사용되고 있다.

25) 이에 대하여는 나인균, 국제법(법문사, 2004), 156-8쪽 참조.

26) 나인균, 위의 책, 168쪽.

한다.

우리 헌법은 “...조약과 ...국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정할 뿐, 조약과 국제법규가 국내법으로서 효력을 가지기 위한 별도의 요건을 규정하고 있지 않으므로, 해당 조약과 국제법규는, 바로 집행될 수 있는 “자기집행력”을 지니는 한, 별도의 국내 입법이나 집행명령 없이 직접 국내법적 효력을 지닌다고 볼 수 있다.²⁷⁾

헌법재판소는 “자기집행력” 유무를 판단하는 기준을 정립한 바는 없으나, 조약의 국내법적 효력과 관련하여 그 조약이 “자기집행력”이 있는지 여부를 우선 판단하고 있다. 예를 들어, 위 2000헌바20(국제통화기금 제9조 제3항 등 위헌소원) 결정에서는 국제통화기금협정 제9조(지위, 면제 및 특권) 제3항(사법절차의 면제) 및 제8항(직원 및 피용자의 면제와 특권), 전문기구의특권과면제에관한협약 제4절, 제19절(a)은 “재판권 면제에 관한 것이므로 성질상 국내에 바로 적용될 수 있는 법규범으로서 위헌법률심판의 대상이 된다고 할 것이다.”라고 판시하였다(판례집 13-2, 328).

ICCPR의 경우 개인에게 직접 권리를 부여하고 있으므로 대부분 조항의 경우 자기집행력이 인정될 것이다. 그런데 ICESCR의 경우 개인에게 직접 권리를 부여하는 것이 아니라 조약당사국이 개인의 해당 자유와 인권을 확인(recognize) 혹은 보장해야(undertake to ensure) 한다는 식으로 규정되어 있으므로 자기집행력이 인정될 것이 지가 문제된다. 통상 그러한 형식의 조약인 경우 조약당사국이 국내 상황에 따라 별도의 입법을 통하여 조약상의 권리를 보장해 주어야 할 것이므로, 자기집행력을 인정하기 어려울 것이다.²⁸⁾

27) 참고로, 독일의 경우 연방의 정치적 관계를 규율하거나 연방입법의 대상과 관련된 조약에 대하여는 국내적으로 적용되기 위해서 별도의 연방법률, 즉 동의법률(Zustimmungsgesetz)을 필요로 한다(기본법 제59조 제2항).

28) 그런 관점에서 ICESCR의 자기집행력을 부인하는 견해로는, 최승환, “인권조약의 효용성: 국제인권규약을 중심으로”, 국제인권법학회 제2권(1998), 29-30쪽.

그러나 ICESCR이 ICCPR과는 달리 그러한 표현을 사용하고 있는 것은, 각국이 상이한 경제상황에 처해 있고, 사회적 권리의 보장을 위해서는 국가의 재정이 필요하기 때문이다. 그러나 그렇다고 해서 각국은 그러한 권리를 보장할 수도 안할 수도 있는 것은 아니다. 각국은 “모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, … 자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지(to the maximum of its available resources) 조치를 취할 것(take steps)”이 요구되는 것이다(제2조 제1항).

한편 사회적, 경제적 권리가 보장되지 않고는 정치적, 시민적 권리의 보장이 제대로 실현될 수도 없고,²⁹⁾ 전자는 인간의 존엄성과 인간으로서의 생존을 위하여 더 필수적으로 요구되는 것이다. 또한 ICESCR이 “조약당사국”(State Party)은 위 제2조 제1항에 따라 해당 권리를 인정하여야 한다고 했을 때의 “조약당사국”은 개별 국가를 말하지만, 국내법의 관점에서 볼 때 국가기관(입법, 사법, 행정)은 조약당사국의 구성부분이므로 마찬가지로 해당 인권의 보장을 위하여 가용자원이 허용하는 최대한의 조치를 취하여야 할 것이다.³⁰⁾ 그렇다면 사법부나 헌법재판소 역시 해당 인권이 우리나라의 가용 자원의 수준에 비추어 보장가능한 한 최대한 보호할 의무가 있으며, 위 규약의 규정형식만을 들어 이를 회피할 수 없는 것이다. 또한 동 규약상의 일부 권리가 국내사정상 보장되기 어렵다면 애초에 동 규약 가입시 해당 조항에 대하여 가입유보를 할 수도 있었음에도 그렇게 하지 않았던 것이다.³¹⁾ 이러한 사정을 종합할 때, ICESCR의 조항 대부분은 현재로서 국내 법원과 헌법재판소에 의하여 바로 적용될 수 있는 것으로서, “자기집행력”이 있다고 보여진다.³²⁾

29) 그 점에서 경제사회이사회(the Economic and Social Council)는 ICCPR의 권리들과 ICESCR의 권리들(the ESC rights)은 상호 “불가분(indivisible)”이라 하고 있다.

30) N. Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law* (Cambridge University Press, 2002), 97쪽.

31) ICCPR 가입시에는 몇 조항에 대하여 유보를 하였으나 ICESCR 가입시에는 유보한 조항이 없었다.

32) 경제사회이사회의 일반견해(General Comment) NO. 3 (E/1991/23) 및 No. 9 (E/C.12/1998/24) 역시 ICESCR의 상당수 규정들이 각국의 사법부에 의하여 제소가능하며 직접 적용 가능한 것임을 선언하고 있다.

4. 국제인권법의 제소가능성(Justiciability): ICESCR의 경우

헌법재판소의 관례에서는 ICESCR에 대한 언급을 찾아보기 어렵다. 그 이유는 1) 당사자가 적극적으로 이를 거론하지 않았고, 2) 헌법이 포괄적으로 사회, 경제, 문화적 권리에 해당하는 내용을 두고 있고, 3) 한편으로는 사회적 기본권 내지 ICESCR상의 ESC rights의 “구체적 권리성”이 국내에서 제대로 합의되지 못하고 있기 때문인 것으로 보인다. 여기서는 3) 부분에 관하여 살펴본다.

사회적 기본권 내지 ESC 권리들이 자유권과 같이 구체적인 주관적 권리인지 여부에 대하여는 지금까지도 상반된 의견들이 존재하고 있다. 독일 헌법학의 영향이 강한 우리나라에서는, 독일의 경우 기본법에서 “사회국가원리”만을 규정할 뿐 전혀 구체적인 사회적 기본권을 규정하지 않은 것과는 달리 우리 헌법은 포괄적인 사회적 기본권 목록을 두고 있음에도 불구하고, 독일식으로 사회적 권리는 일차적으로 불명확한 것으로서 입법자에게 부여된 형성에 좌우되고 구체적 입법 없이는 사법부가 관여할 수 없는 권리에 불과하다는 소위 “추상적 권리설”이 강하게 남아있다.³³⁾ 이러한 이론은 자유권과 사회권이 기본적으로 다른 성질을 가진 것으로 보는 전제 하에 있다. 즉 전자는 국가에 대한 방어적 측면인 것이며 후자는 국가의 적극적인 급부를 요하는 참여적 측면의 것이라고 한다.

그러나 우리 헌법은 사회적 기본권을 헌법상 보장되는 권리라고 명시적으로 규정하고 있고, 인간의 존엄과 가치와 인간다운 생활을 위해서는 국가가 헌법상 보장된 사회적 기본권을 실현하기 위한 일정한 헌법적 의무를 지는 것만으로는 부족하고, 그 의무를 강제할 수 있는 권리가 인정되고 있는 것이다. 그러한 헌법적 관점에서 볼 때, 자유권과 사회권의 법적 성질의 구분은 절대적인 것이 아니고 상대적인 측면에서 보아야 한다. 즉

33) 이와 유사하게, 사회적 기본권은 원칙적으로 권리성이 없으며, 단지 국가에게 사회권의 내용을 실현할 객관적 의무를 부과하는 헌법위임, 국가목표규정 내지 입법위임, 기타 객관적 법규범에 불과하다는 견해도 제시되고 있다. 이 견해들의 설명은 정태호, “원리로서의 사회적 기본권: R. Alexy의 원리 모델을 중심으로”, 청암정경식박사 화갑기념논문집(법과 인간의 존엄) (박영사, 1999), 256-7쪽 참조.

자유권은 기본적으로 국가가 방해하지 않는 방법으로 그 실현을 위해 노력해야 하는 것이고, 사회적은 상당한 수준의(혹은 최적 수준의) 경제적, 사회적 급부를 국가가 반드시 해 주어야 하는 측면에서 보장해 주어야 하는 것이다. 따라서 국가의 보장의무의 관점에서 양 권리의 차이는 상대적인 것에 불과하다.

또한 자유권이 단순히 방해배제만을 뜻하는 것이 아니며, 사회권이 항상 급부만을 뜻하는 것도 아니다. 헌법 제17조의 사생활의 자유는 자신의 개인적 사항을 공개당하지 아니할 권리, 평온한 사생활을 방해받지 않을 권리를 의미하지만, 때로는 국가에 대하여 자신에 관한 정보를 적절히 관리하고 통제할 수 있는 권리를 뜻하며, 제21조의 표현의 자유에는 국가에 대하여 정보공개를 요구할 권리(알권리)가 포함되어 있는 것이다. 또한 흔히 자유권으로 분류되는 직업의 자유도 통상 국가에 의한 직업선택이나 직업수행의 자유의 침해금지를 요구하지만 때로는 국가에 의한 적극적 급부를 요구할 수 있는 권리가 될 수 있다.³⁴⁾ 한편 헌법 제33조의 근로3권은 통상 사회적 기본권으로 분류되나 국가에 의한 방해배제의 성격을 강하게 띠고 있으며, 제35조의 환경권은 국가에 대하여 환경침해를 하지 말 것을 요구할 수 있는 것이다.

한편 사회권(이하 사회적, 경제적, 문화적 권리를 포함)만이 재정적 부담을 요하는 것도 아니다. 자유권의 보장을 위해서도 국가는 경찰력과 수용소, 기타 범집행을 위한 적지 않은 재정적 지출이 필요한 것이다. 또한 사회권의 보장 역시 최대한의 보장을 원칙으로 하나 그것은 국가의 가용자원이 허용하는 범위 내에서의 최대한을 뜻한다. 따라서 국방과 치안, 기타 국가의 정책을 위하여 재정이 쓰여져야 하므로 사회권의 보장을 위한 급부가 소규모일 수가 있으나, 다른 재정 사용에 대하여 현저하게 비례적으로 축소된 것이어서는 안된다. 또한 경제적 위기상황에서도 최소한의 인간적인 생활을 위한 국가의 재정 지출은 포기될 수 없다.³⁵⁾ 이러한 국가의 의무가 바로 사회권으로부터 도출

34) 독일 연방헌재의 대학입학정원 판결은 대학입학자격을 갖춘 국민은 합리적인 범위 내에서 자신이 선택한 전공의 학업을 할 수 있도록 국가에 대하여 입학허가(정원허가)를 늘려 줄 것을 요구할 일종의 권리가 도출될 수 있다고 보았다(BVerfGE 33, 303, 333).

35) 우리나라의 사회복지 관련 재정지출율은 OECD 국가들 중에서도 매우 낮은 것으로 알려져 있다. 이러한 현상은 사회권을 제대로 보장하지 못하고 있는 것이다. 그런데 사회권은 직접 입법과 행정과

되는 것으로 보아야 한다.

헌법재판소는 1995. 7. 21. 선고 93헌가14(국가유공자에우등에관한법률 제9조 등 위헌제정) 결정에서, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리로부터 인간의 존엄에 상응한 “최소한의 물질적 생활”의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적인 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 판시하였다. 또한 1997. 5. 29. 선고 94헌마33 사건(1994년생계보호기준 위헌확인)의 “생계보호기준”에 관한 결정(판례집 9-2, 543) 역시 인간다운 생활을 할 권리의 권리성을 인정하는 바탕 위에 이루어진 것이다.

다만 위 결정들은 헌법재판소가 위헌 여부를 심사하는 기준으로서 “최소한의 물질적 생활”을 거론함으로써, 사회권이 요구하는 “가능한 범위 안에서 최대한으로 모든 국민이 물질적인 최저생활을 넘어서 인간의 존엄성에 맞는 건강하고 문화적인 생활을 할 수 있도록 보장할 국가의 의무”를 사법적으로 지나치게 축소하여 헌법재판소가 인정하기에 따라 사법소극주의적 결정이 가능하도록 하고 있다는 점에서 비판대상이 되고 있다.³⁶⁾

ICESCR의 권리들은 국내법상 제소가능한 많은 권리들을 포함하고 있으며, 우리 헌법과 나란히 혹은 독자적으로 법원과 헌법재판소에서 재판규범으로 적용되어야 할 것이다.³⁷⁾

사법을 기속하는 ‘법’에 해당하므로 국가가 위법행위를 하는 결과를 초래해서는 안 될 것이다.

36) 예를 들어, 정태호, 위의 논문, 260쪽 참조. “최소보장의 원칙” 대신 “과소급부금지의 원칙”이 되어야 한다고 본다.

37) N. Jayawickrama, 위의 책, 58-9쪽; 경제사회이사회의 General Comment No.3 및 No. 9.

5. 맺음말

오늘날 인권은 단지 개인의 주관적 권리일 뿐 아니라, 국가 작용이 지향해야 할 근본 목적이 되고 있으며, 다른 어떤 정책적 목표보다도 우선시되는 기본 가치에 해당한다. 헌법과 국제인권법의 공동작업을 통하여 인권의 규범력을 더 고양시킬 수 있으며, 국가 권력이 인권을 지향할 때, 권력의 민주화가 제대로 이루어지고, 입헌주의가 실현될 것이다.

국내 법원과 헌법재판소에서 보다 적극적으로 국제인권법이 적용되기 위해서는 국제 인권법의 국내법적 효력에 대한 학자들의 보다 활발한 논의와 콘센서스가 필요하고, 소송 당사자와 변호사들의 적극적인 그 주장·원용이 필요하다. 또한 국제인권법의 정신과 법적 효력에 대한 법원과 헌법재판소의 인식이 높아져야 할 것이다.

주요 참고문헌

- 조흥석, “국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성”, 저스티스 32권3호(53호), 1999
- 이성덕, “유럽인권협약상의 인권구제절차”, 국제인권법학회 제2권(1998)
- 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석”, 민주법학 17호(2000)
- 박찬운, 국제인권법 (한울아카데미, 1999)
- 박찬운, “실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용”, 인권과 정의, 2004. 4.
- 정인섭, “경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약의 실천제도”, 국제인권법학회 제2권(1998)
- 최승환, “인권조약의 효용성: 국제인권규약을 중심으로”, 국제인권법학회 제2권 (1998)
- N. Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law* (Cambridge University Press, 2002)

국제인권조약의 국내이행 실태와 증진방안

정 경 수 (순천대학교 교수)

[발제문3]

국제인권조약의 국내 이행 실태와 증진방안

정경수 (순천대 교수)

1. 국제인권의 국내화

20세기 후반 인권의 국제화를 통해 유엔을 중심으로 한 국제인권체제를 확립하였다. 국제인권체제를 뒷받침하는 규범체제는 4중규범단계(four-tiered normative edifice)로 이루어져 있다. 제1단계는 국제인권체제의 초석으로서 유엔 헌장이며, 제2단계는 헌장상의 인권을 구체화한 세계인권선언이며, 제3단계는 보편적 인권조약들 중 유일하게 인권주제를 광범위하게 포괄하고 있는 『시민적·정치적권리규약』과 『경제적·사회적·문화적권리규약』이며, 제4단계는 한정적 주제 또는 특별 주제에 국한되는 다수의 인권조약과 결의 또는 선언들이다.¹⁾ 이러한 일단의 규범체제정립이 20세기 후반 인권의 국제화가 달성한 업적이라면, 21세기는 국제적으로 정립된 인권의 국내화가 보다 전면적이고 완전하게 이루어지게 할 과제를 제기하고 있다.

국제인권의 국내화는 관련 국가들의 정치적·도덕적 의무가 아니라 법적 의무이다. 위의 제3단계에 해당하는 『시민적·정치적권리에관한국제규약』과 『경제적·사회적·문화적권리에관한국제규약』과 4단계에 해당하는 『모든형태의인종차별철폐에관한국제협약』, 『여성에대한모든형태의차별철폐에관한협약』, 『고문및그밖의잔혹한비인도적인또는 굴욕적인대우나처벌의방지에관한협약』, 『아동의권리에관한협약』은 6대 주요 국제인권조약²⁾으로 각 당사국들에게 조약이행의무를 법적으로 부과하고 있기 때문이다.

1) Henry J. Steiner & Philip Alston, *International Human Rights in Context* (2nd ed.), Oxford Univ. Press, 2000, pp. 140-141.

2) 『모든이주노동자와그가족의권리보호에관한국제협약』를 포함하여 7대 주요 국제인권조약으로 다루기도 함.

국제인권법의무는 관련 당사국들의 자율적이고 능동적인 의지와 역할을 요구하고 있다. 국제인권조약이 관련 당사국들에게 부과하는 의무는 국제법위원회의 구분법상 행위의무(obligations of conduct)와 결과의무(obligations of result)를 포괄한다.³⁾ 또한 조약에 의한 국가인권법의무는 권리보유자에 대한 국가의무의 성질상 인권존중의무, 인권보장의무, 인권충족의무로 이루어져 있다.⁴⁾ 여기서 결과의무는 그 성질상 의무자에게 수단·방법선택의 자유를 부여하는 것이며, 인권보장의무와 인권충족의무는 의무자의 적극적인 역할에 의해 인권의 실현이 담보되기 때문에, 국제인권법의무이행에 있어서 국가들의 적극적 역할과 조치의 중요성이 부각된다.

인권의 국제화가 국제인권체제를 훌륭하게 확립시켰고 잘 정립된 국제인권의 국내화가 인권의 보편적 실현을 달성하는 것이라는 점이 충분히 인정될 수 있다. 여기서 국제인권의 국내화가 인권조약의 국내이행이며 법적 의무이면서, 동시에 관련 당사국의 자율성에 좌우됨을 직시해야 한다.⁵⁾ 특히 우리나라는 앞서 적시한 주요 6대 국제인권조약의 당사국임을 고려할 때, 우리나라에서 국제인권조약의 국내이행이 국제법적 의무에 부합할 수 있도록 우리의 법과 관행을 국제인권에 친화적이 될 수 있는 방안을 모색해야 할 것이다.

이에 이 발표는 국제인권법, 특히 국제인권조약의 국내이행에서 나타난 우리의 법제도와 절차 및 관행을 진단하고 국제인권의 국내화를 증진시키기 위한 대안을 모색하고

3) CESCR, General Comment No. 3, para. 2.

4) 인권의무의 구분은 다양한 방식으로 제기되고 있으나, 유엔인권이사회와 유엔경제적사회적문화적권리위원회의 일반논평에 제시된 바를 기준으로 구분하면, 인권존중의무, 인권보장의무, 인권충족의무로 구분될 수 있다. 여기서 인권존중의무(obligation to respect human rights)는 개인의 존엄과 가치를 존중하며, 그에 따라 권리에 간섭하거나 권리를 훼손하지 아니할 의무를 말하며, 인권보장의무(obligation to ensure human rights)는 권리 실현에 필수적인 제도적 메카니즘의 수립의무와 권리 침해의 방지 또는 그로부터의 보호의무를 말하며, 인권충족의무(obligation to fulfill human rights)는 권리보유자에게 물질적 자원을 제공하는 의무와 권리보유자의 물질적 자원 이용을 촉진할 의무를 말함. Henry J. Steiner & Philip Alston, *International Human Rights in Context* (2nd ed.), Oxford Univ. Press, 2000, pp. 182-184; CESCR, General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), para. 15.

5) Anne Gallagher, "Making Human Rights Treaty Obligations a Reality: Working with New Actors and Partners", Philip Alston & James Crawford ed., *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge Univ. Press, 2000, p. 210.

자 한다.

2. 국내이행의 법체제

국제인권조약은 당해 조약이 규정하고 있는 권리가 개인 등에 의해 행사되도록 의도된 국가간의 명시적 합의이다.⁶⁾ 여기서 국제인권조약이 개인 등에게 권리를 부여하였다는 것은 개인이 관련 당사국 내에서 국제인권을 행사함을 의미하며, 인권의 침해로부터 구제받을 수 있음을 뜻한다. 이러한 권리행사와 구제는 국제인권조약이 국내법의 일부로 효력을 갖는지, 별도의 추가 입법조치 없이 집행될 수 있는지, 국내법원에서 개인 등에 의해 원용되고 적용될 수 있는지에 따라 달리 나타난다. 이는 조약의 국내법적 효력(domestic effect)과 조약의 자기집행성(self-executing) 또는 직접적용가능성(direct applicability)⁷⁾의 문제이다. 이 문제에 대한 국가들의 태도는 매우 상이하며 국내법적 문제로서 다루어진다는 점이 간과되어서는 아니 된다.⁸⁾ 따라서 우리나라는 국제인권조약의 국내이행에 있어서 어떠한 법체제를 확립하고 있는가를 분석할 필요가 있다.

1) 조약의 국내법적 효력

우리나라에서 조약의 국내법적 효력은 헌법 제6조 제1항에 의하여 비교적 분명하게 확정되어 있다. “헌법에 의하여 체결·공포된 조약(은) ... 국내법과 같은 효력이 있다.” 여기서 국내법과 같은 효력이 있다고 함은 내용적 합헌성과 절차적 합헌성을 구비한 조약은 국내법의 일부로 간주된다는 것이다.⁹⁾ 조약이 당해 헌법에 따라 체결되고 발효되

6) Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge Univ. Press, 2000, p. 143.

7) 조약의 자기집행성 개념은 미국 대법원에서 처음으로 채용되어 발전하였으며, 이 개념이 모든 법질서에 공통된 현상을 설명한 것이기에 거의 모든 유럽국가들의 국내법원이 채용하였다. 그러나 유럽에서는 ‘자기집행적 조약’ 대신 ‘조약의 직접적용가능성’이라는 용어를 사용하고 있다. (Albert Bleckmann, “Self-executing treaty provisions”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 2000, p. 374)

8) 백진현, “조약의 국내적 효력: 이론, 관행, 정책의 비교분석 및 한국에의 함의”, 국제법학회논총, 제45권 제1호, 2000, 102쪽.

면, 별도의 입법조치 없이 자동적으로 국내법의 일부가 되는 것은 국제법과 국내법의 관계에 대한 일원론적 접근이다.¹⁰⁾ 우리 법체제는 조약에 대한 일원론적 입장을 취하고 있는 것이다.¹¹⁾

우리 국내법원은 조약 등의 국내법적 효력과 관련된 일련의 사건에서 이를 보다 구체적으로 확인하고 있다. 세계인권선언의 국내법적 효력에 대하여 헌법재판소는 ‘사립학교법 제55조 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판’ 사건에서 법적 구속력 있는 국제법원원만이 국내법적 효력을 가질 수 있다고 보았다.¹²⁾ 우리나라가 당사국이 아닌 국제인권조약에 대하여 서울고등법원은 ‘국제노동기구 제87호 조약의 국내법적 효력에 관한 ‘파면 등 처분취소청구’ 사건에서,¹³⁾ 그리고 헌법재판소는 ‘우리나라가 비준한 바가 없는 강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구(ILO) 제105호 조약이 위헌성 심사의 척도가 되는지 여부’에 있어서¹⁴⁾ 우리나라의 가입·비준이 국내법적 효력의 필수요건이라고 밝혔다. 그리고 국내법적 효력을 갖는 조약은 국회 동의 여부에 관계없이 국내법률과 같은 효력을 갖는다고 대법원은 확인하고 있다.¹⁵⁾

9) 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석”, 민주법학, 제17호, 2000, 166-167쪽.

10) Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge Univ. Press, 2000, p. 146.

11) 신각수, “조약체결절차법 제정의 필요성”, 국제법 동향과 실무, 제7호, 2004, 92쪽.

12) 헌법재판소는 “국제연합(UN)의 ‘인권에 관한 세계선언’은 ... 선언적인 의미를 가지고 있을 뿐 법적 구속력을 가진 것[이] ... 아니기 때문에 ... 국내법적 효력을 갖는 것은 아니지만, ... 선언[에] ... 나타나 있는 국제적 협력의 정신을 존중하여 되도록 그 취지를 살릴 수 있도록 노력하여야 함은 말할 나위도 없다. 국제연합의 ‘인권에 관한 세계선언’은] ... 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준으로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국내법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다”고 판시하였다. (헌법재판소 1991.7.22, 89헌가106)

13) 서울고등법원은 “우리 나라가 가입하지도 아니한 국제노동기구의 제87호 조약[은] ... 권고적 효력밖에 없어 위 권고가 직접적으로 국내법적 효력을 가진다고 할 수 없[다]”고 밝혔다. (서울고법 1992.2.14. 89구16296)

14) 헌법재판소는 “강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구(ILO)의 제105호 조약은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼만한 근거도 없으므로 이 사건 심판대상 규정의 위헌성 심사의 척도로 될 수 없다”고 판시하였다. (헌법재판소 1998.7.16, 97헌바23)

15) 대법원은 국내 상표법과 파리협약에 관한 사건에서 파리협약이 국회의 동의를 얻지 않았다고 하더라도 국내법인 상표법과 동일한 효력을 인정받는다고 보았다. (대법원 1990.7.24. 89후1479) 그러나 다수의 헌법학자들은 조약의 단계구조를 인정하여 국회의 동의를 얻어 ‘법률과 같은 효력을 가지게 된 조약’과 국회의 동의를 얻지 못해 ‘명령과 같은 효력을 가지는 조약’으로 구분하고 있다. (임지봉, “헌법적 관점에서 본 ‘국회의 동의를 요하는 조약’: 대한민국의 경우를 중심으로”, 국제법 동향과 실무, 제7호, 2004, 113-115쪽)

2) 조약의 자기집행성 또는 직접적용가능성

조약의 국내법적 효력이 존재한다고 해서, 그 자체로서 국내에서 직접 적용될 수 있음을 의미하지 않는다. 조약의 국내법적 효력과 직접 적용 여부는 서로 다른 차원의 문제이다. 국내법적 효력을 가진 조약이라고 하더라도 조약 또는 조약의 조항이 직접적으로 집행될 수 있는 경우와 별도의 추가 입법조치가 요구되는 경우가 있다. 이는 조약의 자기집행성 또는 직접적용가능성문제이다.¹⁶⁾ 국내법적 효력을 갖는 국제인권조약의 자기집행성 또는 직접적용가능성은 일원론 국가에서 제기되는 사안으로 그 여부는 각국 국내법체제 또는 국내법원이 결정하는 국내법문제라는 특색을 가지고 있다.¹⁷⁾

조약의 자기집행성 또는 직접적용가능성문제는 국제인권조약에 있어서는 추가적인 중요성을 갖는다. 그 이유는 조약이 별도의 시행입법 없이 국내에서 직접 적용될 수 있는 차원을 넘어 조약이 국내법원이 적용할 수 있는 개인의 권리와 의무를 창설함으로써¹⁸⁾ 개인이 국내법원에서 국제인권조약을 통해 사법적 구제를 받을 수 있기 때문이다. 특히 이 부분이 강조되어 조약의 원용가능성(invocability)이라는 개념이 사용된다. 그러나 조약의 자기집행성 또는 직접적용가능성과 원용가능성은 개념적으로는 구분되지만 실제로는 구별이 어렵다.¹⁹⁾ 이런 난점 때문에 경제적·사회적·문화적권리위원회는 국가보고서 작성지침과 검토과정에서 국내법원에서 협약이 원용될 수 있고 직접 집행될 수 있는지를 구분하지 않고 다루고 있다.²⁰⁾

16) 국내법에 있어서도 헌법조항 또는 법률이 그 집행을 위해서는 추가 법령의 제정이 요구되는 경우에는 비자기집행적일 수 있다. (Thomas Buergenthal, "Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", *Recueil des Cours*, vol. 235, 1992, pp. 318, 369) 헌법재판소는 우리 헌법 제2조 제2항의 재외국민보호의무가 별도 법률 제정에 의해서 집행될 수 있는 것을 확인하였다. (헌법재판소 1998.5.28, 97헌마282)

17) Thomas Buergenthal, "Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", *Recueil des Cours*, vol. 235, 1992, pp. 317-318, 368.

18) 조약이 국내법원에서 적용·집행될 수 있는 개인의 권리와 의무를 창설할 수 있음은 국제상설사법재판소에 의해 '단치히법원의 관할권에 관한 권고적 의견'에서 적시되었다. 관련 판례 내용은 Advisory Opinion on Jurisdiction of the Court of Danzig, 1928 P.C.I.J. series B, No. 15 (Judgement of March 3), pp. 17-18 참조.

19) 백진현, "조약의 국내적 효력: 이론, 관행, 정책의 비교분석 및 한국에의 함의", 국제법학회논총, 제45권 제1호, 2000, 104-105쪽.

20) CESCR, General Comment No. 9: The domestic application of the Covenant, para. 12.

국제인권조약의 원용가능성은 국내법원에 의해 받아들여질 수 있음은 ‘국가를 상대로 한 손해배상청구’ 사건으로부터 추론될 수 있다.²¹⁾ 대법원은 제3자개입금지위반에 의한 유죄판결이 『시민적·정치적권리규약』에 위반된다는 유엔인권이사회 판정을 받은 후 동 규약 제2조 제3항을 원용하면서 제기한 손해배상청구를 기각하였으나, 국제인권조약의 원용가능성에 대한 부분적 판단기준을 제시하였다. 즉 조약의 조항에 따라 원용가능성이 판단될 수 있으며, 개인에게 특별한 권리를 부여하였는지는 당사국의 의도에 의해 결정된다고 보았다고 볼 수 있다. 그러나 이 판결은 국제인권조약의 원용가능성에 관한 향후 법리발전의 계기가 되기에는 아쉽게도 보다 구체적이고 세부적인 판단이유가 생략되고 간명하게 처리되었다.²²⁾

우리 정부는 우리 법체제가 국제인권조약의 자기집행성 또는 직접적용가능성을 전제적으로 보장하고 있음을 천명하고 있다. 이러한 입장은 우리 정부가 유엔인종차별철폐위원회에 제출한 제8차 국가보고서²³⁾와 유엔아동권리위원회 제11차 제276회 회의²⁴⁾에서 밝히고 있다. 여기서 주목해야 할 또 하나의 정부 공식입장이 있다. 우리 정부는 유엔인권이사회에 제출한 제2차 국가보고서에서 협약에 상응하는 국내법의 흠결시에 협약 규정들이 직접 적용된다고 밝혔다.²⁵⁾ 이는 이미 헌법재판소가 ‘구 형법 제314조 위

21) 대법원은 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조 제3항은 위 국제규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도를 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 국가를 상대로 한 손해배상 등 구제조치는 국가배상법 등 국내법에 근거하여 청구할 수 있을 뿐, 위 규정에 의하여 별도로 개인이 위 국제규약의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다”고 판시하였다. (대법원 1999.3.26. 96다55877)

22) 참고로 국제인권조약의 원용가능성을 포함한 자기집행성 또는 직접적용가능성에 대한 판단기준은 조약당사국들의 의도 이외에도 조약의 문언과 목적, 특별한 사정, 의무의 성질, 추가 입법조치 없이 부여되는 권리의 묵시 등이 있다. (Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge Univ. Press, 2000, p. 159)

23) 동 보고서에서 “『인종차별철폐조약』은 대한민국 법원에서 원용할 수 있으며, 직접 적용할 수 있다”고 적시하였다. (CERD/C/258/Add.2, Eighth Periodic Report of states parties due in 1994 : Republic of Korea, 23/11/95, para. 9)

24) 동 회의에서 “[아동권리협약]규정들은 대한민국 법원에서 직접 원용될 수 있고 적용되고 있다”고 밝혔다. (CRC/C/SR.276*, Summary record of the 276th meeting : Republic of Korea, 26/03/96, para. 9)

25) 동 보고서에서 “협약상 보장된 권리의 침해를 주장하며 소송을 제기할 경우, 대한민국 법원은 협약에 상응하는 국내법을 기초로 재판을 한다. 관련 국내법의 흠결시는 협약규정들이 직접 적용된다”고 밝혔다. (CCPR/C/114/Add.1, Second periodic reports of States parties due in 1996 State Party Report, English, 20/08/98, para. 10)

헌소원심판' 사건²⁶⁾에서 취한 태도와 동일하다. 따라서 우리의 법체제가 취하고 있는 국제인권조약의 자기집행성 또는 직접적용가능성은 오로지 국내법의 흠결부분에만 국한될 수밖에 없는 실정이다. 그 결과 국제인권조약의 유권해석이나 추후 합의 또는 관행을 통해 제시되는 구체적 권리 내용²⁷⁾이 국내법적으로 수용되지 않는 법적 부조화가 야기될 수 있을 것이다.

3) 국제인권조약기구 활동산물의 국내법적 포섭 문제

국제인권조약의 국내이행에서 논란을 야기하는 핵심 사안은 국제인권조약에 의해 설립된 조약이행감시기구 활동산물의 국내법적 포섭이다. 각 위원회들의 활동산물은 개인청원절차에 따른 결정 및 견해와 일반논평 및 일반권고가 있다. 특히 개인청원절차에 따른 결정 및 견해는 당해 조약의 해석에 관한 판례법을 발전시켜 왔으며, 일반논평은 당해 조약에 대한 권위 있는 해석으로 받아들여지고 있다.²⁸⁾ 그러나 우리 국내법원의 기존입장에 의거하여 볼 때, 위원회들의 활동산물에 대한 규범적 가치를 배제하고 있는 것으로 판단된다.

대법원은 '국가보안법위반' 사건에서 국가보안법의 위헌 또는 무효의 부수적 근거로 유엔인권이사회의 국가보안법에 대한 개폐 권고를 든 상고인의 주장에 대하여 그 권고

26) 동 결정에서 “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제8조 제3항은 법원의 재판에 의한 형의 선고 등의 경우를 제외하고 어느 누구도 강제노동을 하도록 요구되지 아니한다는 취지로 규정하고 있고, 여기서 강제노동이라 함은 본인의 의사에 반하여 과해지는 노동을 의미한다고 할 수 있는데, 이는 범죄에 대한 처벌로서 노역을 정당하게 부과하는 경우와 같이 법률과 적법한 절차에 의한 경우를 제외하고는 본인의 의사에 반하는 노역은 과할 수 없다는 의미라고 할 수 있는 우리 헌법 제12조 제1항 후문과 같은 취지라고 할 수 있다. 그렇다면 강제노역금지에 관한 위 규약과 우리 헌법은 실질적으로 동일한 내용을 규정하고 있다 할 것이므로, 이 사건 심판대상 규정 또는 그에 관한 대법원의 해석이 우리 헌법에 위반되지 않는다고 판단하는 이상 위 규약 위반의 소지는 없다 할 것이다”고 판시하였다. (헌법재판소 1998.7.16, 97헌바23)

27) 국제인권조약의 해석이나 추후 발전이 조약 규정의 일부에 해당됨은 『조약법에관한비엔나협약』 제31조와 제32조에 의해 뒷받침된다.

28) Henry J. Steiner, "Individual claims in a world of massive violations: What role for the Human Rights Committee?", Philip Alston & James Crawford (eds), *The Future of the UN Human Rights Treaty System*, Cambridge Univ. Press, 2000, p. 38; Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, 1991, pp. 89-96.

가 국내법적 효력이 없다는 점을 분명히 하였다.²⁹⁾ 서울지방법원은 ‘국가를 상대로 한 손해배상 청구’ 사건에서 조약이행감시기구의 견해를 국제법적 효력을 배제하였다.³⁰⁾ 특히 헌법재판소는 ‘사립학교법 제58조 제1항 제4호의 위헌심판’ 사건에서 세계인권선언의 직접적인 법적 구속력 유무에 따라 규범적 무게를 고려하지 않았다.³¹⁾ 세계인권선언이 유엔헌장의 유권해석 또는 채택 이후 관습법으로의 발전 등의 가능성을 전혀 고려함이 없었다.

개인청원절차에 대한 각 위원회의 결정이 국제법적으로 구속력이 없다는 점은 관련 당사국들이 일반적으로 받아들여지고 있다. 그럼에도 불구하고 관련 당사국들 사이에서 일반논평과 권고는 당해 조약에 대한 정당한 해석으로 간주되고 있음은 주목할 만한 현상이다. 특히 유엔인권이사회의 판정이 국내법원에 의해 그 이행이 기피될 때에도 위반을 구제할 당사국의 국제법적 의무는 여전히 구속력을 갖는다.³²⁾ 따라서 조약이행감시기구의 일반논평 및 권고와 결정을 국내법원에 의해 국제인권조약의 설득력 있는 해석 기준으로 삼는 것은 국제인권조약의 국내이행에서 그 질을 평가하는 시금석이 될 것이다.³³⁾

- 29) 대법원은 “『시민적및정치적권리에관한국제규약』에 의하여 설치된 인권이사회에서 ... 국가보안법의 문제점을 지적한 바 있다고 하더라도 그것만으로 국가보안법의 효력이 당연히 상실되는 것은 아니다”고 판시하였다. (대법원 1993.12.24. 93도1711)
- 30) 서울지방법원은 “인권이사회의 견해는 이른바 권고사항으로서 이에 대하여 법적인 구속력을 인정할 근거가 없다”고 판시하였다. (대법원 1999.3.26. 96다55877)
- 31) 헌법재판소는 “[세계인권선언은] 모든 국민과 나라가 달성하여야 할 공통의 기준으로 선언하는 의미가 있으나 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다”고 판시하였다. (헌법재판소 1991.7.22, 89헌가106)
- 32) 유엔인권이사회에서 다루어진 개인청원 1279건 중 452건에 대한 최종견해가 채택됨으로써, 『시민적·정치적권리규약』에 관한 인권판례법(human rights jurisprudence)을 낳았다. 특히 우리나라를 상대로 제기된 개인청원 10건 중 최종견해가 채택된 6건이며, 그 중 5건은 우리나라의 위반판정이 내려졌다.

States parties	Living Cases		Concluded Cases			
	Pre-admissible	Admissible	Inadmissible	Discontinued	Views (1)/(2)	Total
Republic of Korea	2	-	1	1	5/1	10
104	276	11	362	178	349/103 (452)	1279

2004년 5월 4일 현재 (1) Disclose a Violation (2) Disclose No Violation 출처: <http://www.unhcr.ch>

33) Committee on International Human Rights Law and Practice, "Interim report on the impact of the work of the United Nations human rights treaty bodies on national courts and tribunals", ILA New Delhi Conference Report, 2002, paras. 29-32.

3. 입법조치

국제인권조약의 국내이행의무 중 중심적 지위를 차지하는 것은 입법조치이다. 『시민적·정치적권리규약』 제2조³⁴⁾ 및 『경제적·사회적·문화적권리규약』 제2조³⁵⁾ 등에 명시된 입법조치의무는 관련 당사국이 일원론적 태도를 취하는가 아니면 이원론적 태도를 취하는가에 따라 판이하다. 이원론 법체제 하에서는 모든 국제인권조약은 비자기집행적이므로 조약의 국내이행을 위해서는 별도의 국내입법조치가 필수적이다.³⁶⁾ 이에 비해 일원론을 취하는 우리의 법체제는 별도의 입법조치 없이 국제인권조약의 국내법적 효력이 인정된다. 특히 두 국제인권규약 모두 조약 채택 당시 조약의 자기집행성을 가질 수 있음을 부정하지 않았다는 점에서³⁷⁾ 국내법상 직접 적용될 가능성이 많다. 따라서 우리의 입법조치 관행 분석은 조약의 체결과 집행과정에서 나타나는 몇 가지 실제 문제를 선별하여 검토하기로 한다.

1) 가입·비준시 입법조치

주요 6대 인권조약을 중심으로 우리 정부의 국제인권조약 가입·비준시 보여준 입법조치를 파악하기로 한다. 먼저 가입·비준 현황은 <표1>과 같다.

34) 『시민적·정치적권리규약』 제2조 제2항: “이 규약의 각 당사국은 현행의 입법조치 또는 기타 조치에 의하여 아직 규정되어 있지 아니한 경우, 이 규약에서 인정되는 권리들을 실현하기 위하여 필요한 입법조치 또는 기타 조치를 취하기 위하여 자국의 헌법상의 절차 및 이 규약의 규정에 따라 필요한 조치를 취할 것을 약속한다.”

35) 『경제적·사회적·문화적권리규약』 제2조 제1항: “이 규약의 각 당사국은 특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여 ... 자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다.”

36) Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge Univ. Press, 2000, pp. 150-151.

37) CESCR, General Comment No.9: The domestic application of the Covenant, para. 11.

〈표1〉 주요 국제인권조약 가입·비준 현황

조약명칭	국제법적 관계사항			국내법적 관계사항					
	발효	채택일	발효일	국회	동의일	비준일	기탁일	발효일	조약 번호
고문방지협약	○	84.12.10	87.6.26	○	94.12.15	-	95.1.9	95.2.8	1272
여성차별철폐협약	○	79.12.18	81.9.3	○	84.12.18	83.5.25	84.12.27	85.1.26	855
아동권리협약	○	89.11.20	90.9.2	×	-	90.9.25	91.11.20	91.12.20	1072
인종차별철폐협약	○	65.12.21	69.1.4	○	78.11.14	78.8.8	78.12.5	79.1.4	667
시민적정치적권리규약	○	66.12.16	76.3.23	○	90.3.16	-	90.4.10	90.7.10	1007
경제사회문화권리규약	○	66.12.16	76.1.3	○	90.3.16	-	90.4.10	90.7.10	1006
B규약제1의정서	○	66.12.16	76.3.23	○	90.3.16	-	90.4.10	90.7.10	1008
B규약제2의정서	○	1989	91.7.11	-	미가입				

다음으로 가입·비준시 유보 현황은 〈표2〉와 같다.

〈표2〉 유보 및 유보 철회 현황

조약명칭	유보	유보철회	선언 및 수락
고문방지협약	없음	-	제21조(국가통보제도) 제22조(개인통보제도) 미수락 또는 미선언.
여성차별철폐협약	제9조, 제16조 제1항 (다),(라), (바),(사)호	제9조(1999.8.24.조약1492호 제16조제1항(다),(라),(바)호 (1991.3.15. 조약제1041호)	-
아동권리협약	제9조 제3항, 제21조 제1항, 제40조 제2항 나호 (5)	-	제43조제2항개정수락 (1999. 2. 3).
인종차별철폐협약	없음	-	제14조위원회권한인정 (1997.3.5.조약제1371호)
시민적정치적권리규약	제14조 제5항, 제7항, 제22조, 제23조 제4항	제23조제4항(1991.3.15유보철회, 조약 제1042호) 제14조제7항(1993.1.21유보철회, 조약 제1122호)	제41조위원회권한인정선언 (유효기간; 1990.4.10부터 영구히)
경제사회문화권리규약	없음	-	-
B규약제1의정서	없음	-	-
B규약제2의정서	없음	-	-

위의 두 표로부터 다음과 같은 쟁점이 직접·간접적으로 도출될 수 있다. 첫째, 주요 6대 국제인권조약 중 『아동권리협약』에 대해서만 국회동의절차에 회부되지 아니하였다. 둘째, 『고문방지협약』상 국가통보제도와 개인통보제도를 수락하지 않았다. 셋째, 국제인권조약의 가입·비준시 유보가 적지 않으며, 이후 표면적으로 절반 정도의 유보철회가 이루어졌다. 각각의 쟁점은 다음과 같은 법적·정책적 문제점을 가지고 있다.

첫째, 조약체결시 국회동의절차 회부 여부는 헌법 제60조 제1항³⁸⁾에 따라 결정된다. 국제인권조약은 그 주제의 특성상 국민의 권리와 의무에 중대한 영향을 미친다. 이와 같은 조약은 국민의 권리와 의무에 관련되는 입법사항에 관한 조약에 해당될 것이다.³⁹⁾ 바로 이러한 이유로 다수의 국제인권조약은 국회동의절차에 회부되었던 것이다. 그러나 유독 『아동권리협약』만은 국회동의절차를 거치지 않았다. 이 경우 모든 헌법상의 조약이 국내법률과 동일한 효력을 가질 경우에는 기존 국내법을 변경하는 효과를 가지게 될 것이다.⁴⁰⁾ 국회동의절차를 거치지 않은 조약의 국내법적 효력을 명령과 같다고 볼 경우에는 『아동권리협약』의 국내이행을 규범적으로 약화시킬 것이다.

둘째, 우리 정부는 『고문방지협약』 가입시 국가통보제보를 규정한 제21조와 개인청원제도를 규정한 22조에 대한 수락선언을 하지 않았다. 그러나 『고문방지협약』은 『시민적·정치적권리규약』의 제7조에서 특화된 특별조약으로 채택되었다.⁴¹⁾ 따라서 『시민적

38) 헌법 제60조 제1항: “국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.”

39) 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰: 국회동의의 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 국제법 동향과 실무, 제5호, 2003, 101쪽.

40) 다음과 같은 조항에서 『아동권리협약』과 국내법이 충돌되는 것으로 분석되고 있다. (i) 협약 제9조 제1항과 민법 제869조의 입양제도, (ii) 협약 제9조 제2항과 가사소송규칙 제100조의 이혼시 양육자 결정에 있어서 15세 미만자 등의 의사표시권 미보장, (iii) 협약 제12조와 민법 제924조 친권상실 선고시 15세 미만자 등의 의사표시권 미보장, (iv) 협약 제14조와 국가보안법 제10조의 불고지죄, (v) 협약 제32조 제2항과 근로기준법의 5인 이하 사업장에 대한 차별적 적용, (vi) 협약 제2조 제1항상의 비차별주의와 국내법의 내국민 적용원칙 등. (정인섭, “주요 인권조약의 국내적 실천”, 인권과 정의, 1995.1, 78쪽; 황성기, 아동의 권리에 관한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1994, 93-102쪽)

41) Henry J. Steiner & Philip Alston, *International Human Rights in Context* (2nd ed.), Oxford Univ. Press, 2000, p. 141.

· 정치적권리규약』 제7조를 원용하여 『시민적·정치적권리규약』 제41조와 선택의정서상의 유엔인권이사회를 통해 개인청원을 제기할 수 있다. 그 결과 동일한 사안에 대한 개인청원제도를 『시민적·정치적권리규약』에서는 인정하고 『고문방지협약』에서는 부인하는 모순을 초래하고 있다.

셋째, 우리 정부가 취한 일련의 유보와 유보철회는 유보의 남용과 국내입법조치의 경시경향을 확인시켜준다. 우리 정부는 특정 국제인권조약의 가입·비준시 국내법과 충돌하는 규정이 있을 경우에 국내법 정비를 택하기 보다는 상충 조항에 대하여 유보를 하고 가입·비준을 하는 것으로 보인다.⁴²⁾ 또한 유보권의 행사에 있어서도 통일성을 취하지 못하고 있다. 국적법상 남녀평등은 『여성차별철폐협약』 제9조와 『시민적·정치적권리규약』 제23조 제3항이다. 우리 정부는 그 중 『여성차별철폐협약』만을 유보하였다. 그리고 조약의 내용을 잘못 이해하여 유보하였다가 이후 이를 철회하기도 하였다. 『시민적·정치적권리규약』 제14조 제7항이 그에 해당된다.⁴³⁾

위와 같은 가입·비준시 나타나는 입법조치의 문제점은 국제인권조약에 국한되지 않는다. 오히려 현행 조약체결관행에서 발견되는 제 문제점이 몇몇 사안에서 부각되었을 뿐이다. 따라서 현재 지적되고 있는 문제점으로부터 대안을 모색하는 것이 바람직할 것이다. 현재 조약체결 주무부서인 외교통상부의 정책검토에서 지적된 사항은 다음과 같다. 첫째, 조약체결절차관련 법규의 산재와 조약체의 관행 의존, 둘째, 정당한 절차의 중요성에 관한 인식 결여, 셋째, 법적 검토를 통한 교섭 지원의 중요성에 대한 인식 부

42) 국제인권조약의 가입·비준에 앞서 국제인권조약과 상충되는 국내법규의 개정 또는 정비보다는 상호저촉되는 조항에 대하여 유보를 하고 가입·비준하는 우리 정부의 관행은 우리 정부가 유엔 아동권리위원회에 제출한 최초 당사국 보고서에서도 확인된다. 즉, 우리 정부는 “대한민국은 1990년 9월 2일에 발효된 ‘아동권리협약’에 1990년 9월 25일에 서명을 하였고, 협약에 나타나고 있는 내용 중에서 현행의 관련 법률과 저촉되고 있는 일부 조항들에 대하여 유보하는 방식을 취하면서 1991년 11월 20일에 비준서를 기탁했다”고 밝혔다. (CAT/C/32/Add.1, Initial reports of States parties due in 1998 State Party Report, English, 30/05/06)

43) 『시민적·정치적권리규약』 제14조 제7항의 ‘일사부재리원칙’이 외국에서 형사재판을 받은 자를 국내에서 다시 재판할 수 없다는 내용까지 포함하고 있는 것으로 잘못 해석하여 유보하였으나, 이 조항은 동일한 국가 내의 일사부재리만을 규정한 것이었다. (정인섭, “주요 인권조약의 국내적 실천”, 인권과 정의, 1995. 1, 76쪽.)

족, 넷째, 관계부처간 협의 불충분 및 조약체결과정에서의 유기성 부족, 다섯째, 국내법과의 조화 문제, 여섯째, 국회 동의 기피 풍조와 사법부의 조약 원용 문제 등이 언급되고 있다.⁴⁴⁾

국제인권조약 가입·비준시 부각된 입법조치의 문제점은 현재 부각되고 있는 조약체결의 전반적인 비체계성과 분산성 및 법적 인식의 미약에서 발생한 것으로 보인다. 따라서 그 대책 역시 조약체결과정에서 야기되고 있는 난점을 극복하고자 가칭 『조약체결절차법』의 제정안이 제시되기도 하였다.⁴⁵⁾ 그러나 이러한 방안이 국제인권조약에서 얼마나 유용하게 기능할 수 있는지는 별도의 검토가 필요할 것이다.

2) 가입·비준후 입법조치

국제인권조약 가입·비준후 입법조치는 국제인권조약의 국내적 실현을 국내법적으로 담보하는 것이다. 이러한 담보는 국내이행을 위한 입법조치의 구체적이고 개별적인 내용을 검토하여야 할 것이다. 그러나 그러한 검토는 많은 난점을 안고 있다. 첫째, 거의 모든 국내법령이 그 대상이 될 수 있다. 둘째, 법과 정책이 명확히 구별되지 않을 수 있다. 셋째, 인권 관련 법정책은 행정부 내 각 부서에 분산되어 있다. 따라서 국내이행의 구체적이고 개별적인 내용을 포괄할 수 있는 종합적이고 제도적인 측면을 모색하는 것이 바람직할 것이다.

국제인권조약의 국내이행을 위한 입법조치를 검증하고 독려하기 위하여 다음의 방안에 대한 연구가 고려될 수 있을 것이다. 우선 국내법령의 제정 및 개정시 전반적인 인권영향평가제도와 국제인권기준평가제도의 실시가능성을 모색해볼 수 있을 것이다. 다음으로 입법적 개입장치로서 모든 법안의 심의를 거치는 법제사법위원회 내에 인권소위원회 또는 국제인권소위원회의 설치를 통해 국제인권조약의 국내이행을 위한 입법조치를 전문화시킬 수 있을 것이다. 마지막으로 국가인권위원회의 역할이다. 국제인권조약의

44) 신각수, “조약체결절차법 제정의 필요성”, 국제법 동향과 실무, 제7호, 2004, 90-95쪽.

45) 신각수, “조약체결절차법 제정의 필요성”, 국제법 동향과 실무, 제7호, 2004, 95-96쪽.

국내이행에서 국가인권위원회의 임무와 역할에서 살펴보도록 하겠다.

4. 사법구제

국제인권조약의 국내이행에서 결코 가볍게 다룰 수 없는 영역이 법원의 역할이다. 인권실현의 중요한 수단은 구제이며, 구제의 핵심은 법원에 의하여 이루어지는 사법구제이다.⁴⁶⁾ 국내법원에 의한 사법구제의 중요성은 특히 시민적·정치적 권리에서 강조되며, 『시민적·정치적권리규약』 제2조 3항은 구제의 법과 제도 확보, 사법적 구제조치의 가능성 발전, 구제조치의 집행 확보를 명시하고 있다.⁴⁷⁾ 과연 우리 국내법원이 『시민적·정치적권리규약』이 명시하고 있는 사법구제조치의 확보와 그 가능성의 발전을 보장하고 있는지를 확인하기로 한다. 이에 국내법원에서 다루어진 국제인권조약 관련 판결 경향을 확인하고 그 문제점과 개선방안을 검토하는 한편, 국제인권조약의 국내이행의 획기적 전환의 계기 마련을 위한 방안을 모색하기로 한다.

1) 국제인권조약 관련 국내 판결의 현황

헌법재판소를 포함하여 국내법원에서 국제인권조약 등이 직접 인용되어 심리가 이루어진 사례는 매우 희소하다. 현재 확인된 바로는 10여건 정도이다. 각각의 사건을 유형별로 확인하면, 다음과 같다.

46) 구제는 주로 법원에 의한 권리의 실현 즉, 불법의 방지·치유를 의미하는 것으로, 가장 일반적인 구제는 원고가 피고로부터 금전적 배상을 받거나 피고의 불법행위금지 또는 불법한 결과발생의 방지를 명하는 판결을 통해 이루어진다. 그러나 구제는 반드시 사법구제에 국한되지 않으며, 행정적 구제, 비사법적 구제 등도 넓은 의미의 구제에 포함된다. (Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (7th ed.), West Group, p. 1296)

47) 『시민적·정치적권리규약』 제2조 제3항: 이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다. (a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것. (b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한 있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한 있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고, 또한 사법적 구제조치의 가능성을 발전시킬 것. (c) 그러한 구제조치가 허용되는 경우, 권한 있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 것.

노동운동관련 사건

- 파면 등 처분취소청구사건⁴⁸⁾
 - 국제노동기구 제87호 조약(결사의 자유와 단체조직의 권리보장에 관한 협약),
제98호 조약(단체조직과 단체교섭권에 관한 협약),
세계인권선언 26조(교육의 권리)
- 사립학교법 제55조 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판사건⁴⁹⁾
 - 국제노동기구 제87호 조약(결사의 자유와 단체조직의 권리보장에 관한 협약),
제98호 조약(단체조직과 단체교섭권에 관한 협약),
유네스코 “교원의 지위에 관한 권고”
- 구 형법 제314조 위헌소원사건⁵⁰⁾
 - 국제노동기구 제105호 조약(강제노동폐지협약)
시민적·정치적권리규약 제8조 제3항(강제노동금지)
- 국가를 상대로 한 손해배상청구사건⁵¹⁾
 - 시민적·정치적권리규약 제19조 제2항(표현의 자유)
제3항(표현의 자유 제한)
제 2조 제3항(구제조치)

국가보안법관련 사건

- 국가보안법위반사건⁵²⁾

48) 서울고법 1992.2.14. 89구16296.

49) 헌법재판소 1991.7.22. 89헌가106.

50) 헌법재판소 1998.7.16. 97헌바23.

51) 서울지법 1996.11.15. 96나27512; 대법원 1999.3.26. 96다55877.

52) 대법원 1993.12.24. 93도1711.

→ 유엔인권이사회의 일련의 권고들(국가보안법 개폐)

- 보안관찰처분취소사건⁵³⁾

→ 시민적·정치적권리규약 제18조 제1항(사상·양심 및 종교의 자유)

제19조 제1항(의견을 가질 권리)

기타 국제인권조약 등 관련 사건

- 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법소원사건⁵⁴⁾

→ 시민적·정치적권리규약 제18조 제2항(종교·신념 강제 금지)

- 정기간행물의등록등에관한법률 제16조 제3항, 제19조 제3항의 위헌여부에 관한 사건⁵⁵⁾

→ 시민적·정치적권리규약 제14조 제1항(법원 앞에서의 평등)

- 사회보호법 위헌여부에 관한 헌법소원사건⁵⁶⁾

→ 유엔 경제사회이사회 663호 결의(수감자의 처우에 관한 최저기준규칙)

시민적·정치적권리규약 제10조(수감자의 인간적 처우)

2) 국제인권조약 관련 사법관행의 특징과 원인

위에서 국제인권조약 등이 국내법원에서 원용되거나 검토된 관련 판결 등을 열거하였다. 위 판결 등은 모든 국내법원의 사례를 포괄할 수 있지 않더라도, 국제인권조약 등이 국내법원에서 어떻게 다루어지는지의 단면을 보여줄 수 있을 것이다. 이에 위에 적시된 국제인권조약 관련 판결 등을 통하여 다음과 같은 사법관행의 특징을 도출할 수 있다.

53) 대법원 1999.1.26. 98두16620.

54) 헌법재판소 1991.4.1. 89헌마160

55) 헌법재판소 1991.9.16. 89헌마165.

56) 헌법재판소 1991.4.1. 89헌마17,85,100,109,129,167(병합)

첫째, 국제인권조약 등이 원용되거나 검토된 사례가 희소하며, 원용·검토되더라도 단독으로 이루어지지 않고 실제적 국내법의 조력을 받거나 국내법의 부수적 존재로서 원용되고 있다. 둘째, 국내법원에서 국제인권조약 등을 원용한 청구를 인용한 사례가 없으며, 국제인권조약 등에 대한 적극적인 검토를 회피하는 경향을 보인다. 국내법원은 원용을 배척하는 경우에는 판단이유에 대한 명시 없이 원용을 배척하거나⁵⁷⁾ 국제인권조약 등을 헌법에 포섭시킨 뒤 헌법 조문에 의거하여 판단함으로써 당사자가 원용한 국제인권조약 등을 우회하는 방식을 취하고 있다.⁵⁸⁾ 이와 같은 특징이 나타나게 된 원인을 진단하면, 다음과 같다.

국제인권조약 등이 원용되거나 검토된 사례의 희소와 국내법에 대한 부수적 존재로 다루어지는 이유는 두 가지를 들 수 있다. 우선 우리 헌법의 기본권규정이 완전한 보호규범체제를 확립하고 있다는 인식과 법리적 전제이다.⁵⁹⁾ 그 결과 모든 인권침해는 국내법, 특히 헌법에 의해 보호받을 수 있다는 도그마로 나아감으로써 국제인권조약 등은 단지 부차적 가치만을 갖게 되는 것이다.⁶⁰⁾ 다음으로 국내소송법상 상소사유의 제한이 국제인권조약 등의 원용·검토를 약화시킨다. 형사사건의 경우에는 국제인권조약 등의 위반은 직접적 상소이유에 포함되어 있지 않다.⁶¹⁾ 민사사건 역시 형사사건과 동일하

57) 국내 법원이 국제인권조약 등의 원용시 상세한 분석 없이 기각한 사례로는 ‘파면 등 처분취소청구’ (서울고등법원 1992.2.14. 89구16296), ‘사립학교법 제55조 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판’(헌법재판소 1991.7.22, 89헌가106), ‘구 형법 제314조 위헌소원심판’(헌법재판소 1998.7.16. 97헌바23결정), ‘보안관찰법처분취소’(대법원 1999.1.26. 98두16620)이 있다.

58) 헌법 조문에 의거하여 국제인권조약 등을 우회한 사례로는 ‘구 형법 제314조 위헌소원심판’(헌법재판소 1998.7.16, 97헌바23), ‘국가를 상대로 한 손해배상청구’(서울지법 1996.11.15. 96나27512)가 있다.

59) 우리 헌법상 기본권의 완전한 보장 법리를 보면, 우리 헌법은 기본원리로서 기본권존중주의를 채택하고 있고, 헌법 제2장 제10조 내지 제39조는 개별적 기본권을 규정하고 있다. 특히 제10조는 인간의 존엄과 가치·행복추구권을 담은 기본권보장의 대원칙을 규정하고 있으며, 제37조 제1항은 기본권보장에 관한 포괄조항(umbrella clause)이므로 완전한 기본권보호규범체제를 확립하고 있다는 것이다.

60) 이와 같은 태도는 우리 정부의 당사국보고서에도 나타난다. 즉, “규약(시민적·정치적권리규약)에 의해 보장되는 대부분의 권리는 [대한민국] 헌법에 의해 보장된다. 헌법 제37조 제1항은 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다고 규정하고 있다. 그러므로 헌법에 직접 명시되지 아니한 때에도 협약(상의 모든 권리는] 보장된다”고 기술하고 있다.(CCPR/C/114/Add.1, Second periodic reports of State parties due in 1996 State Party Report, English, 20/08/98, para. 9) 그러나 민간단체의 반박보고서는 “헌법의 최고규범성과 권리보장의 포괄성에 의해 국제인권조약이 보호하고자 하는 권리는 헌법에 의해 보장된다는 도그마틱은 헌법현실에 의해 비판받는다”고 비판하고 있다. (민주사회를 위한 변호사모임·한국기독교교회협의회, “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 따른 정부의 최초보고서에 대한 반박보고서”, 한국인권의 실상, 역사비평사, 1992, 21-22쪽)

다.⁶²⁾ 그 결과 하급심이 국제인권조약 등의 위반을 인정하지 아니할 경우에는 헌법 제6조 제1항을 근거로 상소할 수밖에 없게 된다.⁶³⁾ 마지막으로 사법부는 국제인권조약과 국내법, 특히 국내법률의 충돌여부를 다루지 않는다. 그에 대한 결정은 헌법재판소가 다룬다.⁶⁴⁾ 이는 위헌법률심사를 전담하는 독립적인 헌법재판제도를 취하고 있는 국가에서 나타나는 현상의 하나다.⁶⁵⁾

국제인권조약 등에 근거한 원용의 인용이 부재하고 그 법리적 검토를 회피하는 이유는 세 가지를 들 수 있다. 우선 앞서 지적한 우리 헌법상 기본권 보호가 완전하다는 도그마이다. 다음으로 법원의 보수성 역시 국제인권조약 등에 대한 전향적 접근을 어렵게 하는 것으로 보인다.⁶⁶⁾ 법관재임용제, 법관계급제도, 법관의 인사이동, 별도의 사법행정기구의 존재 등 사법부의 관료적 구조는 국내법원과 법관의 독립에 장애를 주는 요소로 비판되고 있는 바, 인권관련 재판에서 국내 법관의 판단에 부정적 영향을 미칠 수 있다고 지적받고 있다.⁶⁷⁾ 마지막으로 국내법관의 국제법에 대한 비친밀성이다. 국내법원

61) 형사소송법 제361조의5에 규정된 항소이유는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령·규칙의 위반이 있는 때로, 제383조에 규정된 상고이유는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령·규칙의 위반이 있는 때로 제한하고 있다.

62) 민사소송법 제423조에 규정된 상고이유는 판결에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 있는 경우에 한하고 있다.

63) ‘파면 등 처분취소’ 사건의 항소인은 항소사유에서 국제법에 위배하여 내린 판결이 헌법 제6조의 국제질서의무조항을 위반한 것이라고 주장하였다. (서울고법 1992.2.14. 89구16296)

64) 이에 해당하는 전형적인 사례로는 ‘구 형법 제314조 위헌소원심판’ 사건이 있다. 『시민적·정치적권리규약』의 국내적용에 의해 제3자개입금지조항을 담고 있는 노동쟁의조정법 제13조의 2를 배제할 수 있느냐가 서울지방법원 남부지원에서 쟁점이 되었다. (서울지법 96고단3082; 서울지법 96초2194) 그 여부는 헌법재판소에 의해 심리·결정되었다. (헌법재판소 1998.7.16. 97헌바23.) 사립학교법 제55조 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판 사건 역시 동일한 사례이다. (서울지법 89가합527; 서울지법 89카373; 헌법재판소 1991.7.22. 89헌가106)

65) 이러한 경향은 헌법재판제도를 취하고 있는 국가에서 보여지며, 헌법재판소가 해당 국가의 헌법에 위배되는 법률을 폐기할 권한이 부여되어 있고 그 헌법 자체가 국제인권조약 조항에 밀접하게 기초하고 있거나 그것을 포함하고 있는 경우에 나타나고 있다. (Rosalyn Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use It*, Clarendon, 1994, p. 213.)

66) 최근 국가보안법의 개폐논의단계에서 국제인권기구, 특히 유엔인권이사회의 견해와 대립되는 국내법원의 보수성이 부각된 사례로는 국가보안법위반사건에 대한 대법원의 최근 판결과 국가보안법 제7조 제1항 등의 위헌소원에 대한 헌법재판소의 한정합헌결정을 들 수 있다. (대법원 2004.8.30. 2004도3212; 2004.8.26. 2003헌바85·102(병합))

67) 국내 민간단체는 물론이고 유엔 인권이사회 역시 판사재임용제가 사법부의 독립성에 심각한 문제를 제기한다는 우려를 표시하였다.(민주사회를위한변호사모임·한국기독교교회협의회, “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 따른 정부의 최초보고서에 대한 반박보고서”, 한국인권의 실상, 역사비평사,

이 국제인권조약 등에 대한 적극적인 검토와 인용을 회피하는 경향의 근거에는 국제법에 대한 국내법관의 비친밀성이 일정 정도 영향 작용한 것이라고 볼 수 있다.

국제법에 대한 국내법관의 태도는 법문화에 따라 두 유형이 있는데, 하나는 일상적으로 접하는 다른 개별 법영역과 마찬가지로 국제법을 배우고 연구하여 친숙한 유형이 있다. 다른 하나는 국제법에 대한 훈련이 없이 법률실무가가 됨으로써 국제법 지식을 결여한 법관이 양성되는 유형이다. 국제법에 친숙하지 않는 유형은 다시 둘로 구분된다. 하나는 심리적으로 국제법을 외국법 분야의 영역으로 간주하거나 경멸하면서 비현실적인 것처럼 받아들이는 경우가 있다. 다른 하나는 국제법에 관심은 크되 충분히 친숙하지 않는 경우이다. 여기서 후자는 판결문 작성시 보다 친숙한 유형에 근거하여 판결이유를 쓰게 되고 능숙하지 않은 국제법에 대해서는 가급적 회피하는 경향을 보일 수밖에 없게 된다.⁶⁸⁾

3) 국제인권조약 등에 근거한 사법구제 가능성 증대방안

국제법원의 사법구제가 국제인권조약 등에 근거하여 활성화되기 위해서는 현행 사법관행이 국제인권기준을 적극 수용할 수 있는 방향으로 변화되어야 할 것이다. 이에 변화를 추동할 수 있는 방안을 세 가지 측면, 즉 법리적 측면, 제도적 측면, 인적 측면에서 제안하고자 한다.

첫째, 법리적 측면에서 현행 도그마틱, 즉 헌법상 기본권 규정이 완전한 보호규범체제를 형성하고 있다는 도그마의 절대성은 국제법에 의해 보완·수정되어야 할 것이다. 국제인권조약 등은 관련 국내법의 흠결시에 적용가능한 준칙⁶⁹⁾ 이외에도 국내법의 불명확성과 국제법 대비 국내법의 간극을 보충하는 중요 해석기준으로 적용되어야 할 것

49쪽; CCPR/C/79/Add.114, Concluding observations of the Human Rights Committee: Republic of Korea, 01/11/99, para.6)

68) Rosalyn Higgins, *Problem and Process: International Law and How We Use it*, Clarendon, 1994, p. 206.

69) 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 법학논집, 제34집, 1998, 70-71쪽.

이다. 특히 국제인권조약별로 설립되고 독립성과 공정성을 갖춘 조약이행감시기구의 활동산물은 관련 당사국에 대하여 단순한 권고를 넘어 『조약법에관한비엔나협약』 제31조와 제32조에 따른 당해 국제인권조약의 유권해석이자 조약 규정의 일부로서 다루어질만한 규범적 가치를 가지고 있다.⁷⁰⁾

둘째, 제도적 측면에서 국내법원의 국제법, 특히 국제인권조약에 기초한 판결과 인권구제의 본격화는 현행 소송법상 상소이유에 국제법 위반이 포함됨으로써 그 가능성이 높아질 것이다. 상소이유에 국제법 위반을 포함시키는 방법은 현행법의 해석과 관련 소송법의 개정을 통해서 달성될 수 있을 것이다. 현행법 해석론은 헌법 제6조 제1항의 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규’가 묵시적으로 포함되고 있는 것으로 간주하는 것이다. 개정을 통한 입법론적 해결은 형사소송법 제361조의 5, 제383조와 민사소송법 제423조의 항소·상고사유에 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규’를 추가시키는 것이다.

셋째, 인적 측면에서 국내법관의 국제인권조약 등 국제법에 대한 친밀성을 강화시켜야 할 것이다. 국내법관의 국제법에 대한 친밀성 제고는 법률가 교육과정과 법정보의 구축 및 활용시스템을 통해 달성될 수 있을 것이다. 현행 대학의 법학교육과정 중 국제법 관련 과목의 필수이수학점은 극히 일부 학교를 제외하고 4년간 3학점에 불과한 점, 법조인선발시험인 사법고시에서 국제법의 선택과목화, 사법실무교육을 담당하는 사법연수원 교과과정상 국제공법과정의 부재와 국제인권법에 해당하는 기본권연구의 선택과목화⁷¹⁾는 국제법교육의 부실화를 야기할 수밖에 없다.⁷²⁾ 현재 추진중인 법조인양성과

70) J. S. Davidson, "Intention and Effect: The Legal Status of the Final Views of the Human Rights Committee", *New Zealand Law Review*, 2001, pp. 129-131.

71) 우리 정부는 유엔인권이사회에 제출한 국가보고서에서 사법연수원 교과과정상 국제인권강좌 개설을 중요 성과로 기술하고 있다. 즉 "International Human Rights Law" will become part of the 1997 curriculum at the Judicial Research and Training Institute, where public prosecutor and judiciary candidates, who have passed the bar examination, are trained for a period of two years before being conferred with their lawyer's licence and being appointed as public prosecutors or judges. Lectures will be offered on the main features of the Covenant as well as on remedies for individuals whose Covenant rights were infringed." (CCPR/C/114/Add.1, Second periodic reports of State parties due in 1996 State Party Report, English, 20/08/98, para. 14)

사법교육개혁 논의에서 사법실무의 분야로서 국제법, 특히 국제인권법의 중요성이 반영되어야 할 것이다. 또한 국내법관들이 재판실무에서 국제인권조약 등을 실질적으로 고려할 수 있도록 국제인권 관련 법률정보의 구축과 전산화를 통한 제공이 필요하다. 이를 통해 국내법관은 국제인권조약의 유권해석이자 조약 규정의 일부로 다루어질 수 있는 조약이행감시기구 활동산물, 즉 결정, 견해, 일반논평, 권고 등을 국내법과 국제인권조약의 해석기준으로 활용할 수 있을 것이다.⁷³⁾

5. 국가인권위원회의 역할

인권의 역사가 주는 간과할 수 없는 교훈은 법원의 역할에 대한 절대화의 경계이다. “인권혁명(human rights revolution)은 법원의 판결에 의해 달성되지 않았다. 권리를 위한 투쟁은 전적으로 정치적이며, 때로는 폭력적이다”⁷⁴⁾이라는 지적은 인권을 사법적 울타리에 국한시켜서는 아니 됨을 강조하고 있다. 국제인권조약의 국내이행 역시 사법적 틀을 넘어 인권의 실현과 구제의 제도적 장치로서 국가인권기구, 즉 국가인권위원회를 주목할 수 있다.⁷⁵⁾ 그 이유는 국제인권법이 국가인권위원회의 역할에 거는 기대가 크기 때문이다.

72) 현행 법조인 양성체계 및 교육내용의 문제점에 대해서는, 송인준, “21세기를 준비하는 사법연수제도”, 21세기를 위한 법조인력 양성방안, 1995, 법원행정처, 58-59쪽; 참여민주사회시민연대 사법감시센터, 국민을 위한 사법개혁, 1996, 박영률출판사, 181-182, 186, 193-194쪽 참조.

73) 참고로 국제인권법 관련 판례법 등의 체계적 이용을 가능하도록 한 네덜란드 유트레히트 대학의 네델란의 인권법연구소의 데이터구축 내용을 예시하면, 다음과 같다. 인권이사회, 고문방지위원회, 인종차별철폐위원회의 판례법(jurisprudence), 유럽인권법원의 판결, 조약이행감시기구별 최종의견, 일반논평 및 권고를 수록하고 있으며, 사건번호별, 조약조항별, 주제별, 주제어별, 국가별, 이름별, 일자별로 검색가능하도록 구축되어 있다.

74) Henry J. Steiner & Philip Alston, *International Human Rights in Context* (2nd ed.), Oxford Univ. Press, 2000, p. vii.

75) 국제인권법상 국가인권기구(national human rights institution)의 정의는 각국의 헌법 또는 법률에 따라 정부에 의해 설립되고 인권의 증진과 보호에 관한 임무를 부여받은 독립적 기구를 말한다. (H. Victor Condé, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, Univ. of Nebraska Press, 1999, p. 92)

그 역할에 대한 기대는 첫째, 국가인권위원회가 국제체제와 정부 대 시민사회의 간극을 좁힐 능력을 가지고 있다고 본다. 둘째, 국가인권위원회의 국내적 성격은 국제인권법상 인권규범의 추상적 내용을 구체적 현실에 접목시키며, 중요한 차원의 실제적 조치를 취하게 될 것이라고 기대한다. 셋째, 국가인권위원회는 문화적·종교적·인종적 다양성을 존중하는 방식으로 국제기구보다 타당성 있게 국제인권기준의 이행을 촉진시킬 수 있다고 본다. 그 결과 국가인권위원회는 제도적 측면에 있어서 국제인권조약체제의 핵심적인 국내 파트너 관계를 가지게 된다. 결국 국가인권기구는, 국제인권법의 국내 파트너로서, 국내적 차원에서 국제적으로 승인된 인권을 준수·실현하는 역할을 부여받고 있다. 따라서 기존 국제인권조약 등의 국내이행에서 나타난 한계와 문제점을 극복하는 대안으로서 국가인권위원회가 수행하거나 펼쳐야 할 활동의 내용을 분석해 본다.

1) 『국가인권위원회법』상 활동 근거와 기능

2001년 5월 24일 제정된 『국가인권위원회법』상 국가인권위원회가 국제인권법의 국내이행을 담당할 수 있는 법적 근거는 제19조 위원회의 업무의 하나로 규정된 ‘국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명’과 ‘인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력’이다.⁷⁶⁾ 또한 제21조는 위원회가 정부보고서 작성시 의견 제시를 제도적으로 보장하고 있다.⁷⁷⁾ 이 두 조항은 국가인권위원회가 국제인권조약 등의 국내이행에 관한 매우 제한된 기능적 역할과 권고적 역할을 부여

76) 『국가인권위원회법』 제19조 (업무) 위원회는 다음 각호의 업무를 수행한다.

1. 인권에 관한 법령(입법과정중에 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 실태조사
5. 인권에 관한 교육 및 홍보
6. 인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고
7. 국제인권조약에의 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 외국의 인권기구와의 교류·협력
10. 그 밖에 인권의 보장과 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 사항

77) 『국가인권위원회법』 제21조 (정부보고서 작성시 위원회 의견청취) 국제인권규약의 규정에 따라 관계 국가기관이 정부보고서를 작성할 때에는 위원회의 의견을 들어야 한다.

하고 있을 뿐이다.

국가인권위원회가 국제인권조약 등의 국내이행에서 결정적이고 광범위한 역할을 수행할 수 있는 보다 중요한 법적 근거는 『국가인권위원회법』 제2조이다. 제2조는 국가인권위원회가 다루는 인권의 범위를 “대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리”까지 포함하고 있다. 그 결과 특별한 예외를 제외하고 국가인권위원회의 모든 활동이 국제인권조약 등의 국내이행을 위하여 기여할 수 있도록 법적 근거는 충분히 확보되어 있다. 그리하여 국가인권위원회는 국제인권조약 등의 국내이행을 위한 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명(법 제19조 1항, 제25조), 인권상황에 대한 실태조사(법 제19조 4항, 제24조), 인권에 관한 교육 및 홍보(법 제19조 5항, 제26조), 인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고(법 제19조 6항), 인권자료실(법 제27조), 법원 및 헌법재판소에 대한 의견제출(법 제28조) 등이 허용된다. 요컨대 국가인권위원회의 수많은 활동이 국제인권법의 이름으로 행해질 수 있으며, 국제인권법의 조력으로 강화될 수 있는 것이다.

국가인권기구는 개념상 정부기구이나 그 성격상 사법부나 입법부가 아니라는 점에서 준사법적이거나 행정적인 정부기구일 것이다. 바로 이러한 특성 때문에 국가인권위원회는 현행 국가인권위원회법상 허용된 법적 권한에 근거하여 기존의 법과 제도를 보충하거나 추가적인 보호를 제공할 수 있을 것이다. 이에 국가인권위원회는 권고기능, 조사기능, 교육기능, 연구기능을 다각적으로 활용하여 다음의 사항들을 수행하여야 할 것이다.

2) 국내이행 증진을 위한 국가인권위원회의 역할

국제인권조약 등의 국내이행을 위한 국가인권위원회의 역할은 크게 두 가지 측면에서 살펴볼 수 있다. 하나는 국내이행의 전반적인 법제도와 관행 개선에 있어서 국가인권위원회가 주도적 또는 선도적 역할을 담당하는 것이며, 다른 하나는 국가인권위원회가 수

행하기에 적합한 고유의 역할을 담당하는 것이다.

국가기구로서 국가인권위원회가 다른 국가기구와의 관계에서 연구와 권고기능을 행사하여 전반적인 국내이행을 증진시켜야 할 내용으로는 다음의 영역과 사안이 제시될 수 있다.

첫째, 국가인권위원회는 국내이행의 법체제 및 입법조치와 관련하여

- ① 국제인권조약의 자기집행성 또는 직접적용가능성의 잠정적 판단
- ② 비자기집행적 또는 직접적용가능성이 없는 국제인권조약의 국내이행을 위한 시행 입법 연구·권고
- ③ 입법예고된 국내법령에 대한 국제인권기준 양립가능성의 검토 및 의견제시
- ④ 국제인권조약상 개인청원의 판정에 대한 국내이행방안의 강구

등을 수행할 수 있을 것이다.

국내이행의 법체제와 입법조치와 관련된 국가인권위원회의 활동은 자칫 국회의 입법기능의 충돌될 수 있다. 이를 회피하기 위하여 국가인권위원회는 현행 국회 입법절차가 입법과정에서 국제인권조약의 국내이행을 전담할 수 있는 장치와 절차를 새로 도입하지 않는다는 것을 조건으로 자신의 권고권한을 활용할 수 있을 것이다. 만일 이러한 조정이 성립되지 않을 경우에는 중복과 혼선을 야기하게 될 것이다. 참고로 국내법령의 국제인권기준 부합성을 다루는 제도와 절차에 대해서는 외국의 사례, 즉 핀란드의 헌법위원회, 오스트레일리아의 법개혁위원회의 경험이 유용하게 참조될 수 있을 것이다.

둘째, 국가인권위원회는 국제인권조약 등에 기초한 사법구제와 관련하여,

- ① 국내법원이 재판시 국제인권조약 및 그에 관한 유권해석, 판정례를 해석기준으로 활용할 수 있도록 관련 법령정보의 번역 및 체계구축과 활용시스템의 제공
- ② 국내법원에 대한 국제인권조약 등에 관한 법률자문기능이 현행 외교부 외에도 국

가인권위원회가 포함될 수 있도록 하는 국가기구간 협력적 관행 정립

- ③ 국제인권조약에 친숙하고 이를 활용할 수 있는 법조인 양성과 훈련을 위한 교과과정의 개발·제시

등을 수행할 수 있을 것이다.

국가인권위원회가 국내이행의 사법관행 개선을 위한 역할을 수행함에 있어서 유념해야 할 점은 사법권의 침해를 야기하여서는 아니 된다는 점이다. 국가인권위원회와 국내법원의 역할은 분명히 구분되며, 두 기구의 관계는 국내이행을 위한 사법구제의 가능성 제고를 위한 건설적 대화 차원에서 이루어져야 할 것이다.

국가기구로서 국가인권위원회는 위원회 고유의 기능인 인권침해조사, 연구, 교육기능을 행사하여 국내이행 증진을 시켜야 할 내용으로 다음의 영역과 사안이 제시될 수 있을 것이다.

첫째, 국가인권위원회는 한국 내 인권센터로서의 지위와 관련하여

- ① 국제인권기구의 한국 주재 대표부로서 국제인권기준의 국내실현과 그 감시
- ② 국제인권기준의 국내적 실현에서 발생할 수 있는 국내적 선택과 재량의 적절성 판단
- ③ 국제인권기준, 특히 조약이행감시기구 활동산물의 번역·보급·교육
- ④ 국가보고서 작성시 자체 예비보고서(shadow report)를 통한 국내인권 평가

등을 수행하여야 할 것이다. 이외에도 한국 주재 대표부로서 국가인권위원회가 국제적으로 승인된 인권의 국내실현을 전담할 수 있도록 국제권리장전을 국가인권위원회의 인권활동 준거법의 하나로 명시할 필요가 있다. 이를 통해 국제권리장전에서 인정하고 있음에도 불구하고 국내입법조치의 흠결 또는 불명확성으로 야기되는 구제의 공백을 메울 수 있을 것이다. 이에 관한 참조 사례는 남아프리카공화국에서 찾을 수 있을 것이다.

둘째, 국가인권위원회는 정부기구 내에 있는 시민사회대표부라는 지위와 관련하여

- ① 주된 위임사항이 국가공권력에 의한 인권침해 구제라는 점에서 시민사회와 동반자 관계 설정
 - ② 독립성 보장을 전제로 한 지원체계 구축
 - ③ 시민사회 내 국제인권법 보급캠페인 실시
- 등을 수행하여야 할 것이다.

셋째, 국가인권위원회는 비사법적 구제기능과 관련하여

- ① 사법판단적합성을 제한받는 경제적·사회적·문화적권리규약상의 권리실현과 그에 대한 침해조사 및 개선방안 제시
 - ② 국가공권력에 의하지 아니하는 인권침해의 조사와 그 개선방안의 연구·제시
 - ③ 해외진출 한국기업이 활용할 수 있는 인권지침의 제공 및 조언과 구제방안 강구
- 등을 수행하여야 할 것이다. 이 역할은 국가인권위원회의 현행 조사권한이 국가공권력에 의한 인권침해와 사인에 의한 평등권 침해에 국한되어 있기 때문에 국가인권위원회의 연구기능을 활용하는 형태, 즉 외형상 연구 내용상 직권조사방식으로 수행될 수 있다.

6. 맺음말

국제적으로 승인된 인권의 국내준수 및 이행은 21세기 국제사회의 주된 과제이자 우리 사회의 주요 의제이다. 우리 사회에서 인권증진의 유력한 수단으로서 국제인권법이 자리매김되기 위해서는 국제인권기준에 부합되지 않는 법과 제도, 절차 등의 장애를 확인하고 그 개선을 도모해야 할 것이다. 이를 위해 지금까지 국제인권조약 등의 국내이행에 관한 법체제, 입법조치, 사법구제의 실태를 살펴보았다. 그 결과 우리의 법체제는 원칙적으로 국제인권규범을 국내적으로 실시하기에 적합하다는 점을 확인할 수 있다. 그

러나 국제인권조약의 가입 등에서 나타난 입법조치와 국제인권조약 등을 다루는 국내법원의 사법관행은 결코 긍정적이라고 할 수 없다. 이질적 요소의 국내 동화과정은 결코 순탄한 것으로 보이지 않는다.

국제인권조약 등의 국내이행에서 많은 문제점이 나타났다고 해서 그것의 미래가 반드시 어둡다고 할 수는 없을 것이다. 현재 우리 정부가 국제인권에 대한 적대감을 갖고 있지 않는 이상, 현재 제기된 실태의 문제점을 해결할 수 있는 제도와 절차를 도입함으로써 그 증진은 가능하리라고 본다. 예컨대 국내법령의 국제기준 부합성을 심사·평가하는 제도적 장치의 도입은 국내법령이 국제인권을 실현하는 중요 수단으로 기능할 수 있게 할 것이다. 이에 비해 사법관행의 개선은 용이하지 않을 것으로 보인다. 국내법관들이 갖고 있는 국내법 중심의 법리와 국제법에 대한 이질감은 국내법원에서 국제인권조약 등이 인권구제의 주요 준거법으로 되기에는 많은 시간과 노력을 요구할 것으로 보인다. 그러나 그러한 노력이 계속 경주되는 한은 사법관행의 질적 변화는 달성될 수 있을 것이다.

국제인권기준이 국내적으로 실현되는 희망은 새로운 곳으로부터 솟아나고 있다. 그것은 국가 대 시민사회의 대립구도로 이루어져온 인권의 역사를 극복하는 매개체로 국가로부터 독립된 국가인권기구, 즉 국가인권위원회의 출현이다. 특히 국가인권위원회는 국제인권기구의 국내대표부로서 국제인권조약 등의 국내실현에서 중요한 역할을 담당할 수 있을 것이다. 그 역할은 전통적 사법구제를 넘어서는 새로운 비사법적 구제의 전형을 창출할 수 있을 것이다. 그러나 그것은 아직 기대일 뿐이다. 그 기대를 현실로 만들기 위한 스스로의 노력과 외부의 협력이 수반되어야 될 것이다.

사법판단에서의 국제인권법의 적용 가능성

박찬운 (변호사, 법무법인 신화)

[토론문1]

사법판단에서의 국제인권법의 적용 가능성

변호사 박찬운

1. 국제인권법의 직접적용을 위해 해결되어야 할 문제들

(1) 인권조약이 自己執行力(self-executing) 혹은 직접효력(direct effect)이 있다는 것을 어떻게 인정할 것인가

우선적으로 국제인권법(그중에서도 인권조약)을 직접적용하기 위해서는 동 인권조약이 소위 자기집행적 혹은 직접효력을 갖지 않으면 안 된다. 인권조약이 자기집행적이라면 그 조약이 직접 국내사건에 적용될 가능성은 없고 적용의 전제로 국내입법이 만들어지지 않으면 안 된다.

우리 헌법 제6조의 해석상 국제조약은 일반적으로 국내입법이라는 수용절차(incorporation) 없이 직접적용의 가능성이 있다. 그러나 그것이 어떤 특정 조약의 자기집행력 혹은 직접효력을 바로 담보하지는 않는다. 조약이 직접적으로 적용되느냐 여부는 조약의 형식과 내용 그리고 그 조약에 가입하는 국가의 의사에 따라 구체적으로 판단되어야 한다. 그런 면에서 조약의 직접적용가능성(direct applicability)과 자기집행력(직접효력)과는 개념상 차이를 인정해야 한다.

그렇다면 인권조약이 자기집행력(직접효력)이 있다고 인정되는 경우는 어떤 때인가¹⁾. 우선 조약의 내용과 형식이 개인에 대하여 직접 권리를 창설할 것을 목표로한다고 인정할 수 있어야 한다. 그 이외에도 조약의 가입과정에서 가입국이 어떤 의사를 명시하였느냐

1) 일본의 학설은 이 문제에 대해 대체로 주관적 요건과 객관적 요건을 갖추었을 때 조약의 자기집행적 효력을 인정한다는 것이다. 주관적 요건이란 조약의 당사국이 당해 조약 규정을 국내에서 직접적용하는 것을 의도한 것이 필요하다는 것이고, 객관적 요건이란 조약 국내에서 특별한 조치 없이도 직접 적용이 가능하도록 조약의 형식과 내용이 명확하고 완전해야 한다는 것이다. 淺田正彦, 條約の自動執行性, 國際法判例百選 (유비각, No.156), 23쪽 참고.

에 따라 달라질 수 있는데 이에 대해 Restatement(The Third) Section 111은 다음과 같은 가이드라인을 제공하고 있다.

(a) 조약이 국내입법 없이는 효력을 발생할 수 없다거나 국내법이 될 수 없다고 그 의도를 선언하고 있는 경우²⁾ (b) 상원에서 특정 조약에 동의하는 과정에서 혹은 의회의 결의에 의해 국내입법을 요구하는 경우³⁾ (c) 국내입법이 헌법적으로 요구되는 경우⁴⁾

위와 같은 기준으로 볼 때 국제인권규약, 그 중에서도 ICCPR이 우리 헌법상 자기집행력이 있다고 해석하는 데는 어려움이 없을 것이다. 권리를 선언하고 있는 방식과 내용이 개인에게 직접 권리를 창설하는 것을 목적으로 하고 있다고 볼 수 있고, 동 규약에 가입하는 과정에서 우리 국회가 이 규약의 자기집행적 성격을 부인하지 않았으며 우리 정부도 특별히 이와 같은 내용을 대외적으로 선언한 바도 없기 때문이다.⁵⁾ 물론 이러한 조약을 국내에서 적용하는 데 반드시 국내입법이 필요하다고 헌법이 요구한다고 볼 수도 없다.

그러나 ICCPR이 일반적으로 자기집행적 조약이라고 하더라도 그 모든 조항이 자기집행적이라고는 볼 수 없다. 무릇 어느 조약이 자기집행적이냐 아니냐는 구체적인 조항을 하나 하나 살펴 결정할 것이지 조약 전체를 일률적으로 판단해서는 안 된다.

국제인권법의 자기집행력에 대해서 최근 일본 학계에서는 종래의 자기집행력의 요건으로 논의된 객관적·주관적 요건론은 국제재판⁶⁾에서 사용된 개념을 무분별하게 국내재

2) ICCPR은 이러한 의도를 명확히 하지 않았을 뿐만 아니라 오히려 조문의 표현방법은 개인에게 직접적으로 권리를 창설하는 것으로 볼 수 있다.

3) 이에 따라 미국은 1992년에 ICCPR에 가입하면서 ICCPR의 각 권리는 self-executing이 아니라고 선언하였다.

4) 이와 관련하여 Restatement 111(i)는 좋은 예를 들고 있다. 국제조약이 국제범죄(예컨대 genocide)를 창설하여 이의 처벌을 요구하는 경우, 그것 자체만으로는 미국의 형사법을 구성할 수 없고 의회가 그러한 범죄를 처벌하기 전에 적절한 입법을 해야 한다고 한다. 형사범죄에 대하여 미국 헌법이 우리와 같은 죄형법정주의를 요구한다고 보기 때문이다.

5) 오히려 우리 정부는 1992년 Human Rights Committee에 제출한 정부보고서에서 ICCPR은 한국 헌법상 국내입법 조치가 필요가 없는 것으로 국내법과 동일한 효력이 있다는 것을 명백히 하였다. UN Doc. CCPR/C/68 Add.1, para.5(July 31, 1991), reprinted in Official Records of the Human Rights Committee (91/92) 205.

6) 이 요건에 의해 국제조약의 자기집행력을 심사한 최초의 재판이 국제연맹 시절의 국제상설재판소의 단짜히 재판이다. 이 사건은 단짜히 철도직원의 고용조건에 대하여 정한 폴란드·단짜히 간의 국제협

판에 도입한 것으로 수용할 수 없다는 반론이 제기되고 있다.⁷⁾ 이 주장은 (일본) 헌법 하에서 국내법과 동일한 법으로 인정된 국제법은 이미 국내법이므로 타의 국내법과 완전히 같은 기준으로 재판에서 원용될 수 있는 것으로 해석해야 한다는 것이다. 국내법을 적용할 때는 적용하지 않는 기준(객관·주관요건)을 가지고 국제법의 재판규범성을 부정하는 것은 이미 국내법으로서 변형된 국제법의 취급으로서는 부적절하다는 것이다. 국제법의 국내법의 효력을 인정하는 것이 우리 헌법의 요구인 한 이 주장은 어쩌면 당연한 주장일지 모른다. 과거 헌법이 생활규범으로서의 현실적 의미가 크지 않을 때(헌법재판소 이전의 상황을 떠올리자) 헌법의 많은 기본권 규정은 추상적이며 법률의 뒷받침 없이 직접 적용시키기 어렵다는 실무적 논란이 있었다. 그러나 그렇다고 해서 헌법의 직접적 효력 혹은 직접적용이 부정되는 것은 아니었다. 그런 면에서 국제법(그중에서도 국제인권법)의 국내법적 효력과 관련된 논란은 바로 헌법과 다른 국내법령과의 관계와 유사한 측면이 있지 않나 하는 생각이다. 그렇다면 국제인권법의 자기집행력의 논란은 현실적으로 이론적인 것에 불과하고 문제는 그것을 어떻게 해석하여 어떤 식으로 적용시키느냐의 문제만 남을 것이다. 그런 면에서 자기집행력 논쟁의 무용론을 주장하는 것은 국제인권법의 전면적 이행을 담보하는 매우 의미 있는 시도라고 볼 수 있다.

(2) 국제인권법과 국내 법규범과의 관계

위의 상황에서 보았듯이 국제인권법이 국내에서 직접 적용되는 과정에서 큰 문제는 국제인권법과 충돌되는 국내법과의 관계이다. 이 문제가 해결되지 않으면 국제인권법에 우리 정부가 가입을 한다고 해도 편의에 따라 국내법률을 제정 혹은 개정하여 국제인권법의 요구를 피해 가는 것을 막을 방법이 없다.

우선, 이에 대해 국제법적 관점에서 말한다면 국제법의 의무사항을 국내법을 이유로 불이행하는 것은 용납될 수 없다. 적어도 국제법 하에서는 국제법과 국내법의 관계에서

정이 단짜히의 국내재판소에서 직접 원용될 수 있는가가 쟁점이 된 사건이다. 자세한 것은 P.C.I.J., Ser. B, No. 15(1928) 참조.

7) 대표적인 학자가 阿部浩己 교수임, 阿部浩己、國際人權の地平 (現代人文社, 2002), 91-92쪽 참고.

는 국제법이 우위에 있다는 것은 이론의 여지가 없다.⁸⁾

문제는 우리 헌법 하에서 국내법 이론이다. 과연 국제인권법(특히 인권조약)의 국내 법적 지위를 국내의 법질서와 관련하여 어떻게 취급하여야 할까. 이에 대해서는 국내외적으로 여러 가지 이론이 있다. (a) 인권조약을 국내의 헌법의 일부로서 취급하는 경우 (b) 인권조약을 국내 법령에는 우위에 두나 헌법에는 후위에 두는 경우 (c) 인권조약을 국내법률과 동일한 지위에 두는 경우⁹⁾ 등이 바로 그것이다. 그러나 필자의 생각으로는 개인의 보편적 인권의 보장을 위해 국제사회에서 다자간국제조약의 형식으로 만들어진 인권조약(대표적으로 ICCPR)은 그 성질상 단순한 국가간 상호의무의 교환으로서의 일반적 조약과는 취급을 달리해야 한다고 본다.¹⁰⁾ 따라서 이러한 인권조약은 적어도 국내적으로 적용함에 있어서는 헌법에 배치될 수는 없지만 보충적인 선에서라도 헌법적 지위를 인정해야 하며 어떤 국내법률보다도 우선적으로 적용되지 않으면 안된다. 나아가 충돌 가능성 있는 헌법 규정과의 관계에서도 그 해석을 국제인권법의 테두리에서 함으로써 가급적 헌법과의 충돌을 막을 필요가 있다.

(3) 이와 관련하여 최근(2004. 10. 21.) 헌법재판소가 신행정수도특별법의 위헌결정에서 사용한 관습헌법 이론은 향후 국제인권법의 국내법에서의 지위 논란에도 일정한 영향을 줄 것으로 보인다. 즉, 국제사회에서 일반적으로 승인된 인권에 관한 국제관습은 한국 헌법 내에서 단순히 법률의 효력이 있는 것뿐만 아니라 관습헌법의 지위도 있는 것이 아니냐 하는 것이다. 현재의 논리대로라면 인류사회의 보편성 있는 인권(대부분은 자유권 분야임)은 일응 우리 헌법에서 관습헌법의 지위를 득하였다고 보는 것이 타당할 것이다. 즉, 국제법에서 확립된 소위 강행규범으로서의 인권이나 자유권조약 제4조의 결

8) 조약에관한비엔나협약 제27조는 이에 대해 다음과 같은 명문의 규정을 두고 있다: A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty....

9) 이 경우는 결국 인권조약과 국내법률의 관계는 신법우선의 원칙과 특별법우선의 원칙 하에 해결된다는 이론이다.

10) 이러한 입장에서 ICCPR Human Rights Committee의 일반의견(General Comment) 24호는 만들어졌다. 동의견에서는 ICCPR의 성격과 관련하여 다음과 같은 의견을 취하였다.

17. ... Such treaties, and the Covenant specifically, are not a web of inter-State exchanges of mutual obligations. They concern the endowment of individuals with rights....

코 유보(훼손)할 수 없는 유형의 인권은 다른 인권에 비해 보다 더 중시되는 규범의 서열화가 가능하고 이런 유형의 인권은 국제사회의 관습인권으로서 국내법적으로는 헌법적 지위를 갖는 것으로 설명이 가능하다.

2. 한 가지 사례를 통해 본 국제인권법의 적용례 : 피의자의 가족 접견권과 한국의 형사소송법

(1) 상황의 설정

폭력사건으로 구속된 A는 증거인멸의 가능성이 있다는 이유로 친구 심지어는 가족과의 접견도 불허되었다. A는 경제적 능력이 없어 수사기간 중 변호인을 선임할 처지도 되지 못하였다. 경찰 및 검찰의 수사기간 20여일 동안 A는 단 한 번의 가족 면회도 되지 않았다. 그런데 공소제기를 며칠 앞두고 변호사회의 당직변호사가 경찰서를 순회하다가 이 사정을 알게 되어 변호사회의 법률구조를 받아내 변호인으로 선임된 다음 가족 면회가 불허된 것에 대해 준항고를 제기하였다.

(2) 수사기관의 변소

수사기관이 위와 같은 조치를 취한 것은 형사소송법 제209조 및 제91조에 근거한 것이다. 즉, 형소법은 수사기관이 구속사건에서 피의자와 비변호사(가족 포함)의 접견이 피의자의 도망 또는 증거인멸의 가능성이 있는 경우 이를 제한할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 위 사례에서 수사기관은 증거인멸의 가능성을 주장하며 가족과의 접견제한이 법률 위반이 아님을 주장한다.

(3) 가족과의 접견에 관한 국제인권법의 내용

우리가 가입한 국제인권조약상 피의자(혹은 피고인)와 변호인과의 접견권은 여러 곳에 산재하고 있지만(예컨대, 자유권규약 Art.14.3.(b)) 비변호사, 특히 가족과의 접견을 규정하고 있는 것은 발견되지 않는다. 그럼에도 피구금자의 가족 접견을 장기간 금

하는 것(이는 일종의 Incommunicado detention이라 할 수 있음)은 국제인권에 관한 국제관습법 위반한 것(소위 자의적 구금)이라고 하는 것은 특별히 이론이 없다.

인권조약은 아니지만 관습법의 한 요소인 법적 확신을 인정할 수 있는 국제적인 문서는 많다. 유엔총회 결의인 피구금자최저기준규칙(1958) 제37조는 ‘피구금자는 필요한 감독 하에 일정 기간마다 가족 또는 신뢰할만한 친구와의 통신 및 접견이 허용되어야 한다’고 규정되어 있고 유럽형사시설규칙 제43조 제1항은 ‘피구금자는 그 처우, 보안 및 시설의 적정한 질서를 위하여 필요하다고 인정되는 제한 및 감시 하에 가능한 자주 모든 개인 또는 단체의 대표자와 통신하고 그들로부터 방문을 받도록 허용되어야 한다’고 함으로써 위의 최저기준규칙보다 방문자의 폭을 넓히고 있다. 이 뿐만 아니라 미국의 리스테인먼트는 자의적 구금이 유스코겐스의 위반이며 국제관습법의 위반임을 명백히 하였다.¹¹⁾

(4) 법원의 판단 가능성

피구금자가 변호인이 없는 경우라도 가족이나 기타 개인을 만나는 것은 위에서 본대로 피구금자의 기본적 권리에 해당한다. 따라서 수사기관이 막연히 증거인멸의 가능성이 있다며 20여일 동안 가족과의 면회를 허용하지 않은 것은 국제인권법(국제관습법)의 위반이라고 할 수 있다. 그렇다면 우리 법제에서 이러한 국제인권법 위반을 법원은 어떤 방법으로 선언할 수 있을까. 두 가지 방법이 있으리라 생각한다.

첫째, 국제관습법을 직접 적용하는 방법이다. 위의 사례의 법적 근거가 되었던 형소법 제209조 및 제91조가 국제인권에 관한 국제관습법에 저촉되므로 이 법률을 적용하지 않고 직접 국제관습법을 적용하는 방법이다.¹²⁾ 이 경우 법원은 준항고를 인용하면서 그 이유로서 접견불허가 국제관습법에 위반된다는 논거를 사용하여야 할 것이다.

11) Restatement(Third) The Foreign Relation Law of the United States, 1987, §702

12) 나아가 불법구금에 관한 국제인권을 헌법(관습)적 지위를 인정한다면 법원은 관련 형소법 규정에 대해 위헌법률제청을 할 수도 있을 것이다.

둘째, 우리 형사소송법 제209조와 제91조를 해석함에 있어 국제인권법에 근거하여 제한적을 해석하는 것이다¹³⁾. 즉, 우리의 형소법 규정이 수사기관에 도주 또는 증거인멸의 가능성이 있을 때 접견 제한을 할 수 있도록 하였다고 해도 위의 국제인권법(국제관습법)에 비추어 보아 가족과의 접견을 사례와 같이 장기간 거부하는 것까지 허용하는 것이 아니라고 해석하는 것이다. 이는 제209조와 제91조의 효력이 국제인권법의 범위 내에서만 있다는 것과 다르지 않다. 이렇게 보는 경우 법원은 위 준항고 사건에서 접견 불허처분은 형소법의 위반이라는 판단을 내릴 수 있을 것이다.

3. 국제인권법을 재판규범으로 사용할 수 있는 영역

향후 우리 재판에서 국제인권법을 직접 혹은 간접적으로 적용시킬 수 있는 영역은 어디일까. 일본의 아베코키(阿部浩己) 교수가 일본의 사법부의 국제인권법 적용을 분석하면서 나누어 놓은 영역은 우리에게도 도움이 될 것이다. 그에 의하면 일본에서는 4개의 영역에서 국제인권법이 재판에서 인용될 수 있다고 한다.¹⁴⁾

첫째, 형사사건에서 피고인이 국제법을 인용하여 공소의 기각 등을 구하는 것이다. 출입국관리법령이나 외국인등록법, 대마관리법, 관세법, 지방공무원법, 공직선거법 등의 위반사건에서 기소되거나 원심에서 유죄가 된 피고인들이 관습국제법규나 자유권규약 등의 관련 규정과의 저촉을 이유로 공소기각, 원판결의 취소 등을 주장하는 것이 예라고 한다.

둘째, 국제법 위반을 근거로 행정청의 처분이나 재결의 취소 등을 구하는 것이다. 즉, 행정소송에서 국제법이 인용될 수 있다는 것인데, 그 근거로는 행정소송은 행정청의 처분이나 재결의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 사람이 제기하는 것인데 '법률상의 이익'에는 당연히 국제법도 포함된다는 것이다.

13) 이것이 바로 김태천 판사께서 발표한 국제인권법의 간접적용일 것이다.

14) 阿部浩己, 상계서, 92-100쪽 참고

셋째, 국제법 위반을 근거로 손해배상(국가배상) 청구소송을 구할 때도 국제법은 원용될 수 있다. 국가배상은 공권력을 행한 공무원의 고의 또는 과실의 위법행위에 의해 손해를 입은 사람이 청구할 수 있는 바, 여기에서 '위법행위'라 함은 당연히 국제법 위반도 포함된다는 것이다.

넷째, 국제법이 각종의 소송에서 국내법의 해석을 유도하는 목적으로 사용되는 것이다. 수형자의 접견을 제한하는 감옥법 등의 해석을 함에 있어 자유권 규약(14조1항)을 참고하는 것이 예이다.¹⁵⁾

4. 헌법재판소의 국제인권법의 인식

(1) 국제인권법의 개념과 구속력

이제까지의 현재 결정례를 보면 국제인권법의 개념과 그 구속력에 대한 국제법적 논의와 이를 국내법에서 수용하는 논의가 정면에서 진행된 바 없다.¹⁶⁾ 국제인권법의 구속력을 인정하기 위해서는 우선 국제인권법의 법원을 구별하고 그에 따라 법적 구속력을 판단하는 것이 필요하다. 즉, 문제된 국제인권법이 국제법적 구속력이 있는 조약 등의 소위 경성국제법(hard law)인지, 단지 국제적 기준을 정한 것으로 현재로서는 연성국제법(soft law)인지, 이것도 아니면 판시에 사용된 국제인권기준 등이 이미 국제관습법을 형성하고 있는지가 밝혀져야 한다. 나아가 국제인권규범의 국내법적 효력과 그 지위에 대한 보다 명확한 논리가 개발되어야 한다. 그럼에도 불구하고 현재의 결정례에서는 이러한 국제인권 규범의 구속력이나 규범 상호 간의 지위에 관한 논쟁이 거의 보이

15) 첫 번째에서 세 번째까지의 적용례는 국제인권법을 직접 적용하는 예이고, 넷째는 간접 적용하는 것이다.

16) 아마도 그 이유를 생각해 보면 국제인권법의 국내법적 지위에 대한 명백한 논의가 부족하였기 때문일 것이다. 헌법재판은 재판의 기준 규범을 헌법으로 하기 때문에 국제인권법에 의해 법률의 위헌 혹은 공권력의 위헌성을 판단하기 위해서는 국제인권법에 헌법적 지위를 인정하지 않으면 안 된다. 그러나 우리 현재는 어떤 경우 혹은 어떤 인권조약에 헌법적 지위를 인정할 것인지, 그리고 그 논리는 무엇인지에 대해 깊이 있는 연구가 부족하다는 느낌이다.

질 않는다. 헌재에서 사용되는 국제인권법은 단지 국내법을 해석하는데 있어 그 내용을 보충하는 정도에 지나지 않는 것으로 보인다. 결정례 중 1992. 1. 28. 91헌마111을 보면 “1988.12.9. 제43차 유엔총회에서 채택된 ‘모든 형태의 구금 또는 수감상태에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙’ 제18조 제4항이 “피구금자 또는 피수감자와 그의 변호인 사이의 대담은 법 집행 공무원의 가시거리(可視距離)내에서 행하여 질 수는 있으나 가청거리(可聽距離)내에서 행하여져서는 아니된다.”라고 적절하게 표현하고 있듯이”라고 하는 부분이 있는 데 이러한 설시는 바로 국제인권법이 헌재에서 어떤 식으로 기능하는지를 알 수 있게 한다. 위의 유엔총회 결의의 법적 성격(구속력의 근거 등)에 대해 아무런 설시도 하지 않고 그 내용을 소개하면서 단지 자신의 견해와 부합하다는 태도를 보이고 있는데 이는 헌재가 국제인권법을 법적 구속력이 있는 직접적 재판규범으로 생각하지 않는다는 것을 말한다. 설시과정에서 주장의 논거를 뒷받침하는 비교법적 근거 정도로 생각하고 있다는 것을 말해 준다. 이러한 헌재의 태도는 대리인들의 빈약한 법률적 주장에 기인한 면도 있다고 본다. 대리인들이 국제인권법을 주장하는 경우 그것이 국제법적 어떤 효력이 있고, 국내에서는 어떤 효력이 있고 그것이 어떻게 적용되어야 하는지를 분명하게 주장할 필요가 있는데 이제까지의 주장은 그런 면에서 한참 부족하다는 생각이다.

(2) 헌법상의 국제법 존중 원칙과 헌재의 결정

결정례를 보면 우리 헌재가 국제인권법을 보는 눈은 기본적으로 우리 헌법 제6조1항(憲法에 의하여 체결·公布된 條約과 一般的으로 승인된 國際法規는 國內法과 같은 效力을 가진다)을 국제법 존중 원칙으로 이해하고 우리의 법률이 국제인권법에 위반되면 바로 이 헌법 원칙에 위반된 것으로 보는 것 같다. 이것은 1991.7.22. 89헌가106 사건의 결정례 중 다음과 같은 표현을 보아도 분명하다.

“위 각 선언이나 규약 및 권고문이 우리의 현실에 적합한 교육제도의 실시를 제약하면서까지 교원에게 근로3권이 제한 없이 보장되어야 한다든가 교원단체를 전문직으로서의 특수성을 살리는 교직단체로서 구성하는 것을 제제하고 반드시 일반노동조합으로서만 구성하여야 한다는 주장의 근거로 삼을 수는 없고, 따라서 사립학교법 제55조, 제58조

제1항 제4호는 헌법전문이나 헌법 제6조 제1항에 나타나 있는 국제법 존중의 정신에 어긋나는 것이라고 할 수 없다.”

이 설시만 보아서는 우리 헌재가 국제인권규약 등이 신청인 주장대로 해석될 수 있다면 우리 헌법의 전문이나 헌법 제6조 제1항의 국제법 존중 정신에 위반되어 위헌이 될 수도 있다는 견해를 가지고 있다고도 보여 진다.

그러나 이러한 태도는 분명 다음과 같은 논란이 있을 수 있다. 우선, 위와 같은 표현이 헌재가 사실상 국제인권법이 국내법 보다 우위에 있다는 것을 염두에 두고 한 설시냐이다. 국내법이 국제인권법에 위반하는 경우 헌재는 헌법상의 국제법 존중의 원칙에 반하므로 헌법 제6조1항에 위반된다는 결론을 염두에 두고 한 것인지가 의문이다. 만일 그렇다면 이는 대단히 선진적인 논리로 보이나 그러한 설명이 없는 현재로는 여전히 의문으로 남는다. 둘째, 헌법 제6조1항에서 국제법의 국내법에 대한 우위를 선언하였다는 의미의 소위 국제법 존중의 원칙을 바로 도출할 수 있는가이다.¹⁷⁾ 종래 이 조문의 해석으로는 오히려 국제법과 국내법의 우열을 동렬로 보고 이들 간의 효력관계는 ‘신법우선의 원칙’ 또는 ‘특별법우선의 원칙’이 적용된다고 보는 것이 다수의 견해였다고 본다. 그렇다면 헌재가 이런 것을 염두에 두고서도 위와 같은 설시를 하고 있는지 의문이다.

(3) 우리의 헌법재판에서의 국제인권법의 적용방법

우리의 헌법체제에서 국제인권법이 헌법재판의 규범으로 사용된다면 어떤 적용 방법을 고려할 수 있는가. 필자로서는 크게 세개의 방법론이 있다고 생각한다.

첫째의 방법론은 국제인권법을 헌법의 기본권 해석의 주요 잣대로 삼는 방법이다. 소위 간접적용의 방법이다. 이것은 국제인권법을 헌법 함치적으로 해석하고 오히려 국제인권법의 내용을 헌법상의 기본권을 보충하는 것으로 해석하는 것이다. 사실 우리의

17) 이에 반해 일본 헌법 제98조 2항은 “일본국이 체결한 조약 및 확립된 국제법규는 이를 성실히 준수하는 것을 필요로 한다”라고 규정되어 있어, 이 조문에서 국제법의 국내법에 대한 우위를 도출할 수 있고, 이것이 일본의 학계나 실무계의 다수의 입장으로 보여진다. 한편, 국내 헌법 교과서는 국제법 존중의 원칙을 설명하면서 그 구체적 표현이 헌법 제6조1항이라고 하는데(예, 허영, 한국헌법론, 171 쪽) 적어도 이 말에는 국제법이 국내법에 우위에 있다는 것을 전제로 한 용어는 아닌 것으로 보인다.

헌법상의 기본권은 대부분 국제인권규약에서 보장하는 권리를 반영하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 우리의 헌법의 국제평화주의와 국제법존중주의에 입각하여 국제인권법의 제 내용을 우리 헌법을 해석함에 있어 주요 잣대로 삼는 것은 전혀 이상할 것이 없다. 이렇게 되면 국제인권법은 '사실상' 국내법과의 관계에서 헌법상 지위를 얻는 것이나 마찬가지가 된다. 다만, 논리적으로 국제인권법이 우리의 헌법과 조화를 이루지 못할 경우 국제인권법은 헌법재판의 규범이 될 수 없다는 문제가 생길 수 있으며, 국제인권법의 적용이 헌법재판소의 재량적 행위가 될 수 있다는 한계가 있다. 다만, 이 방법을 쓰게 되는 경우 국제인권법이란 반드시 우리가 가입한 국제인권규약이나 조약만이 아니고 국제관습법 나아가 소프트 로(soft law)라고 하는 국제인권의 원칙(principle)이나 선언(declaration)도 사실상 헌법의 기본권 해석에서 주요한 잣대로 삼을 수 있으므로 국제인권법의 확장이라는 부수적 효과도 거둘 수 있으리라 생각한다.

둘째의 방법론은 국제인권법의 국내 법률에의 우위를 인정하여 국내 법률이 국제인권법에 위반되면 이를 우리의 헌법이 천명한 '국제법존중의 원칙'을 위반하였다고 보고 그것으로 바로 위헌을 선언하는 것이다. 이 방법론은 결국 국제인권법의 지위가 헌법과 동렬에 있다는 주장과 일맥상통하는 것이다. 따라서 국제법과 국내법이 충돌할 때 사용되는 '신법우선의 원칙' 혹은 '특별법 우선의 원칙'은 적용되지 않는다. 앞서 본 헌재결정의 예에서 언뜻 보이는 논리라고도 볼 수 있다. 이 방법론을 쓰게 되면 중요한 것은 국제인권법의 법원(source of law)을 어떻게 구별하느냐가 중요하다. 국제법적으로 법적 구속력(legally binding)이 있는 국제인권규범만이 국내 법률에 우위에 있다고 볼 수 있기 때문이다.

셋째는 위에서 국제인권법에 관습헌법적 지위를 인정하는 방법이다. 인권규약을 해석함에 있어 국제법상의 강행규범 등으로 이해할 수 있는 인권은 이미 대한민국에서도 관습헌법적 지위를 인정했다고 보는 것이다. 이런 경우 국제인권법은 이미 헌법의 지위에 있으므로 이에 위반되는 국내 법률이나 공권력의 행사(혹은 불행사)는 위헌이라는 판단이 가능하다.

국제인권법의 사법적 활용을 중심으로

차 지 훈 (변호사, 법무법인 두우)

국제인권법의 사법적 활용을 중심으로

2004. 10. 27. 차지훈(변호사)

1. 머리말

국제인권법은 2차 세계대전 이전에는 주로 국내적인 문제로 취급되어 오던 개별 국가와 국민사이의 권리와 의무를 인류보편의 관점에서 국제법의 영역으로 끌어 들인 것이다. 그러나 아직 국제인권법에 따른 권리구제를 국제적인 수준에서 강제할 수 있는 기구가 없기 때문에 국제인권법의 실현은 종국적으로 개별 국가 내에서 이루어 질 수밖에 없는 형편이다. 물론, 최근 국제형사재판소의 창설로 국제기구에 의한 국제인권법위반자의 직접 처벌이 가능하여 졌지만 국제형사재판소의 관할권이 보충적이고, 관할범위가 매우 제한적이라는 점에서 여전히 국제인권법의 국내적 이행의 의미가 달라진 것은 아니다.

국제인권법의 국내이행과 관련하여서는,

첫째, 국제인권규약에 따른 규약상의 의무를 국내적으로 한국정부가 잘 이행하고 있는지 여부이다. 이와 관련하여서는 규약과 충돌하는 국내법의 정비문제, 국제인권기구의 권고에 대한 수용의 문제 등이 논의될 수 있을 것이다.

둘째, 국제인권규약의 사법적 활용의 문제이다. 이와 관련하여서는 국제인권규약에 대한 우리 법체계의 문제, 재판규범성의 문제, 국제인권규약의 해석에 있어서 국제인권기구와 국내 사법기관과의 충돌문제 등이 논의될 수 있을 것이다.

오늘 논의의 초점이 후자에 있는 관계로 국제인권법의 사법적 활용을 중심으로 말씀드리고자 한다.

2. 국제인권법의 사법적 활용문제의 초점

가. 국제법과 국내법과의 관계에 대하여 모든 발제자분들이 헌법 제6조 제1항을 근거로 우리나라는 우리나라가 가입한 국제조약은 별도의 입법조치 없이도 국내법으로서의 효력을 가지는 이른 바, 일원론법체계에 속함에 동의하고 있는 것 같다. 이 점에 대하여서는 저도 이견이 없다.

나. 다만, 국제인권법의 사법적 활용과 관련하여 발제자들께서 직접적용성이나 규범충돌의 문제를 많이 언급하셨는데 우리의 현실적 문제는 다른 곳에 있지 않나 하는 생각이 든다. 정경수 교수님이 언급하신 것과 같이 우리 사법기관에서 국제인권법을 재판에서 언급한 사건은 20여건 내외에 불과하고, 그 대부분은 국제인권법위반주장을 배척하는 것이다. 이러한 우리 사법부의 현실에서 국제인권법의 사법적 활용과 관련된 논의의 핵심은 국제인권법의 직접적용성이나 규범충돌의 문제보다는 국제인권법에 대한 해석의 문제, 특히, 국제인권규약을 둘러싼 국제인권기구와 사법부와의 해석충돌의 문제가 아닌가 싶다.

다. 직접적용성의 이론과 현실

(1) 국제인권조약의 직접적용성(direct applicability) 또는 자기집행성(self-executing) 모두 국제인권규약이 법원에서 재판규범으로 사용되어 권리구제의 근거가

될 수 있는 것이냐에 대한 문제로 이해한다. 그러나 이것은 굳이 조약의 특성, 조약의 국내법규범화에 대한 과정에서 조약에만 고유한 통과관문은 아니라고 본다. 일단, 국제인권조약이 국회의 동의를 받아 우리나라에서 발효가 되면 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력이 있고, 법원은 이를 재판규범으로 활용할 수 있다고 하여야 할 것이다. 물론, 국제인권규약 중 곧바로 개인의 권리침해에 대한 구제수단으로 활용될 수 없는 경우도 있을 것이다. 이는 특히, 경제·사회·문화적권리에 관한 국제규약의 적용시 많은 논란이 있을 것이다. 그러나 이러한 문제는 비단 국제인권규약에서 뿐만 아니라 국내법에 있어서도 마찬가지이다. 헌법의 기본권조항 중 사회권과 관련된 부분에 대한 직접 적용 논란이나 법률의 경우에도 하위 실시명령의 제정이 이루어지지 않는 경우에는 재판에서 그 법률을 직접 권리구제의 수단으로 활용할 수 없을 것이다. 따라서 국제인권조약의 직접적용성의 문제를 굳이 국내법의 직접적용성의 문제와 분리하여 취급할 필요가 있는지는 의문이다.

(2) 우리 헌법재판소와 법원도 국제인권규약의 직접적용을 거부하고 있는 것 같지는 않다. 물론, 손종규 사건¹⁾에서 대법원은 시민적·정치적권리에 관한 국제규약 2조 3항은 당사국 상호간의 국제법상의 의무를 규정한 것이고, 이에 근거하여 손해배상을 청구할 수 있는 권리가 창설되는 것은 아니다 라고 하였다. 그러나 위 사건을 비롯하여 원고가 청구원인 중 하나로 국제인권규약, 특히, 시민적·정치적권리에 관한 국제규약상에 규정된 권리에 위반을 주장한 사건에서 법원이 원고의 청구를 기각한 경우, 그 이유는 원고가 주장하는 국제인권규약상의 해당 권리가 재판에 적용될 수 없기 때문이라고 한 것이 아니라 국제인권규약의 해당 권리에 대한 해석상, 문제가 된 사안이 해당 권리를 침해한 것이 아니라고 하였기 때문으로 해당 인권규약조항의 재판적용을 거부한 것이 아니라 오히려 재판적용이 가능함을 전제로 하고 있는 것이 일반적이다. 예컨대, 손종규 사건에서 대법원이 원고의 손해배상청구를 기각한 주된 이유는 구 노동쟁의조정법상의 3자개입금지조항에 따른 형사처벌이 시민적·정치적권리에 관한 국제규약 19조의 표현의 자유를 침해한 것이 아니라고 해석하였기 때문이고, 보안관찰처분이 문제가 된 사

1) 대법원 1999.3.26. 선고 96다55877.

건2)에서도 보안관찰처분은 시민적·정치적권리에관한국제규약상의 사상·양심의 자유(18조 1항)나 의견을 가질 권리(19조 1항)에 위반되는 것이 아니다 라고 하고 있을 뿐 위 권리들이 재판에 적용가능성이 없다 라고 하지는 않고 있다. 헌법재판소의 경우에는 이명웅 연구관님이 발제문에서 언급한 것과 같이 헌법재판소가 국제인권규약상의 권리를 위헌여부의 심사기준으로 삼고 있다는 점에서 헌법재판소 역시 국제인권규약의 직접 적용을 거부하지는 아니하고 있다고 할 수 있을 것이다.

라. 또 다른 이론적 문제인 국제인권규범과 국내법과의 충돌의 문제도 이론적인 어려움과 관계없이 헌법재판소의 그간의 판결례에 의하여 어느 정도 해소된 것이 아닌가 한다. 즉, 헌법재판소는 이명웅 연구관님이 언급한 것과 같이 이미 다수의 결정에서 국제인권규약이 위헌여부에 대한 심사기준이 될 수 있다는 것을 전제로 함으로써 최소한 국제인권규약이 국내 법률보다 우위의 지위에 있음을 인정한 것이므로 만일 국내 법률이 국제인권규약에 위배되는 경우에는 그 법률의 효력을 부인할 수 있을 것으로 생각된다. 물론, 헌법재판소는 국제법규가 국내법에 우선하는 것은 아니다 라고 하고 있으나 이는 헌법보다 우월하지는 아니 하다는 것으로 해석될 수 있을 것이다. 국제인권규약이 일반 조약과는 달리 이와 같은 헌법적 지위를 갖는다는 점에 대하여, 그리고 그 이유는 국제인권규약이 우리 헌법이 보장하는 기본권을 그 내용을 하고 있기 때문이라는 점에 대하여 이명웅 연구관님의 견해에 동의한다. 헌법재판소도 국제인권규약의 적용여부가 문제가 된 사건에서 대부분 청구인의 청구를 기각하였으나 그 이유는 문제가 되는 사건이 국제인권규약상의 권리를 침해한 것이 아니라는 점에서 였지 국제인권규약이 문제가 된 국내법규와의 관계에서 동일한 효력을 가지므로 위헌심사의 근거가 될 수 없다는 것은 아니었다.

마. 따라서 국제인권법의 사법적 활용 문제의 핵심은 국제인권규약조항의 직접 적용성의 문제나 국제인권규약의 국내법적서열의 문제라기 보다는 헌법재판소와 법원의 국제인권규약의 해석에 대한 태도의 문제가 아닌가 한다.

2) 대법원 1999.1.26.선고 98두16620.

3. 국제인권규약의 해석의 충돌

가. 국제인권규약의 최종적 해석에 대한 권리는 규약에 의하여 설립된 국제인권기구에 있다 할 것이다. 국제인권기구는 규약상의 권리와 의무에 따라 각국 정부보고서의 심사 후, 또는 개인통보에 대한 심사 후 권고나 일반논평 등을 통하여 관련 인권규약에 대한 해석을 한다. 그러나 국제인권기구의 이러한 권고나 일반논평이 구속력을 갖는 것은 아니다. 이 점에서 국제인권규약의 해석에 대하여 국제인권기구와 국내 사법기관사이에 충돌이 발생할 수 있다.

나. 국내 사법기관은 국제인권기구의 국제인권규약 해석으로부터 완전히 자유로운 것인가? 이 문제와 관련하여서는 김태천 지원장님이 언급하신 국내법을 해석함에 있어서 국제인권규약에 합치하도록 해석하여야 한다 라는 국제법합치해석의 원칙을 다시 한 번 강조하고 싶다. 국제인권규약상의 권리보장의무의 주체는 국가이지만 그 국가에는 단지 행정부뿐만 아니라 사법부를 포함한 모든 정부기구가 포함된다 할 것이다. 사법부 역시 국제인권규약상의 권리보장의 한 주체로서 국제인권규약의 유권적 해석권을 지닌 국제인권기구의 규약해석을 마냥 무시할 수만을 없을 것이다. 그리고, 이와 관련하여 국제인권규약을 해석함에 있어 국제인권기구의 해석을 수용하는 것이 재판부 개개인의 정치적 결단에 맡겨져 있다는 점은 선뜻 잘 동의가 되지 않는다. 이는 국제인권법의 규범으로서의 지위를 약화시킬 뿐만 아니라 국제인권법의 국내적 적용에 있어서의 혼란을 초래하게 된다. 단순히 이를 재판부의 정치적 결단의 영역에 맡기기 보다는 국제인권규약 뿐만 아니라 조약에관한비엔나협약, 우리 헌법 6조 1항 등의 적극적인 해석을 통하여 이러한 혼란을 막을 수 있는 기준과 원칙을 정립할 필요가 있을 것이다. 향후 국제인권규약의 재판적용시 국제법합치해석의 원칙에 대한 적극적 논의가 진행되고, 국제법합치해석의 원칙에 대한 구체적인 판단기준이 나올 수 있기를 기대한다.

다. 한편, 국제인권규약의 해석의 충돌문제와 관련하여 국제인권기구의 권고, 특히,

개인통보제도에 따른 권리구제권고에 대하여 이를 어떻게 국내적으로 이행하여야 하는지에 대한 고민이 있어야 한다. 최근, 유엔 인권위원회는 신학철 사건에서 신학철씨의 모내기 그림을 국가보안법위반으로 압수한 것은 표현의 자유의 침해라고 하면서 한국정부에 그에 대한 구제절차를 취할 것을 권고하였다. 이에 대하여 법무부는 인권위원회의 권고를 받아 들이고자 하더라도 당장 신학철씨에 대한 국가보안법위반의 확정판결에 대하여 재심신청을 할 수도 없고, 위법으로 확정된 사안에 대하여 손해배상을 하여 주기도 어렵다는 이유로 아직까지 아무런 조치를 취하지 아니하고 있다. 현재의 법제도만으로는 이를 구제하기 어려울 것이므로 이러한 경우 권리구제를 할 수 있는 별도의 법제정이 요구된다.

4. 결국, 국제인권규약의 국내적 활용의 핵심은 사법부의 국제인권규약의 해석태도에 있다. 지금까지 사법부는 국제인권규약의 해석에 있어서 지나치게 국내적 환경에 매몰하여 국내법적 테두리를 벗어나지 않았다는 비판이 있다. 국가보안법사건에 대한 대전지방법원 재판부의 지적처럼 “국제법 존중의 입장에서 국내법을 해석, 적용하는 것은 단지 국제적 기준에 따른 인권보장을 이루는 것일 뿐만 아니라 오히려 이러한 국제적 기준에 따라 우리 국민의 기본적 인권을 보장함으로써 국내사회에 있어서의 정치·경제·사회·문화의 각 분야의 발전에 이바지함과 아울러 인류사회 문화발전에 기여하는 기틀을 마련하는 것”일 것이다. 그러려면, 발제자 모두가 지적하는 것처럼 우선 법조인의 국제인권법에 대한 친밀성을 높이는 것이 절실하며, 국제인권규약의 사법적 적용을 국가인권위원회와 같은 준사법적 기능을 하는 기구으로 확대하여 국제인권규범이 우리 국민들의 생활 속에서 활용될 수 있는 가능성을 높여 나가는 것도 중요할 것이다. 특히, 국제인권법 중 구속력을 갖지 아니한 소프트 로(soft law)의 영역이 많다는 점을 감안하면 국제인권법의 국내적 이행에 있어서 국가인권위원회의 보다 적극적 역할이 필요하다고 할 것이다.

UN 개인통보제도 관련 문제 검토

유 혁 (법무부 국제법무과 검사)

UN 개인통보제도 관련 문제 검토

유 혁 검사 (법무부 국제법무과)

I. 개인통보제도 개요

□ 개념

○ 개인통보제도는 국제인권규약상의 권리 침해를 주장하는 진정인이 국내 권리구제절차를 모두 거쳤음에도 그 구제를 받지 못한 경우에 UN 해당위원회에 진정(통보 : communication)을 하고, UN 해당 위원회는 당사자의 주장을 심사하여 해당 국가의 국제인권규약 위반 여부를 결정하고, 당사국에게 배상 및 재발방지 등 적절한 조치를 취하도록 권고하는 제도임

□ 개인통보제도 관련 국제인권규약

- 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제1선택의정서
(우리 정부는 1990. 4. 10. 가입)
- 인종차별철폐협약 제14조(우리 정부는 1979년 수락)
- 고문방지협약 제22조(우리 정부는 현재까지 유보)
- 여성차별철폐협약 선택의정서(우리 정부는 미가입)
- 경제·사회·문화적 권리에 관한 국제규약 선택의정서(A규약)
(현재 UN에서 협약 성안 논의 중)

II. 개인통보제도에 따른 인권이사회 인용사례

□ 손00 사건

○ 진정인 : 손00(00 노조위원장, 대리인 : 조00 변호사)

○ 진정 요지

- (주)00 노조위원장인 진정인이 '연대를 위한 대기업 노동조합회의' 총청·호남지역 대표로 활동하면서, 1991. 2.경 파업 중이던 00조선 노조원들에게 위 연대회의 명의를 공동투쟁선언 성명서를 배포한 사실로, 노동쟁의조정법(제3자 개입금지)위반으로 구속·기소되어 징역 1년 6월, 집행유예 3년 선고

- B규약 제19조 제2항 표현의 자유 침해라고 주장

○ 인권이사회 최종견해(1995. 8. 3.)

- B규약 제19조 제2항(표현의 자유) 위반사실 인정

- 적절한 보상을 포함한 효과적인 구제조치, 노동쟁의조정법 제13조 제2항(제3자 개입금지조항)의 개정 검토, 유사사례 재발방지

○ 정부 조치사항

- 법무부 답변자료(진정인에 대한 보상은 재심에 의하여 무죄판결을 받지 않는 한 불가능하며, 노동쟁의조정법의 개정은 노동부 주관사항임) 외교통상부 송부

- 인권이사회 최종견해 번역·공표

※ 진정인이 인권이사회의 최종견해를 근거로 국가배상을 청구하였으나, 대법원에서 패소 확정됨

□ 김00 사건

○ 진정인 : 김00(전민련 집행위원장, 대리인 : 조00 변호사)

○ 진정 요지

- 진정인이 '전국민족민주운동연합 결성대회'라는 제하의 대한민국 정부와 동맹국을 비판하고 통일을 주장하는 내용의 이적표현물을 제작하여, 이를 1989. 1. 21. 연세대 강당에서 개최된 전민련 출범식에서 참석자 4000명에게 배포한 사실로, 국가보안법위반(제7조 찬양·고무 등)으로 징역 2년 선고

- B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장

○ 인권이사회 최종견해(1998. 11. 3.)

- B규약 제19조(표현의 자유) 위반사실 인정

- 효과적인 구제조치, 인권이사회 최종견해 번역·공표

○ 정부 조치사항

- 법무부 답변자료(재심에 의하여 무죄판결을 받은 경우 형사보상을 할 수 있고, 국가배상법에 따른 국가배상을 받을 수 있음을 소개, 국가보안법의 엄격 적용으로 재발방지 노력) 외교통상부 송부

- 인권이사회 최종견해 번역·공표

□ 박00 사건

○ 진정인 : 박00(재미한국청년연합 회원, 대리인 : 조00 변호사)

○ 진정요지

- 1985. 9. 초순경 진정인이 미국 시카고에서 이적단체인 재미한국청년연합(한청련)에 가입하고, 1988. 8. 12. 뉴욕 소재 명불상 교회에서 개최된 한청련 주관 '8.15. 남북 청년학생회담 성공 및 조국의 평화와 통일을 위한 해외동포대회'에 참석하여 '미국이 남한의 군사독재정권을 앞세워 남한사회를 지배하고 있다'는 등 발표내용에 동감을 표시하는 등 북한 주장에 동조한 사실로, 국가보안법위반(제7조 제3항 이적단체가입)으로 징역 1년, 집행유예 2년 선고

- B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장

○ 인권이사회 최종견해(1998. 10. 20.)

- B규약 제19조(표현의 자유) 위반사실 인정
- 손해배상 등 효과적인 구제조치, 유사사례 재발방지, 인권이사회 최종견해 번역·공표

○ 정부 조치사항

- 법무부 답변자료(형사보상제도 및 국가배상제도 설명, 박00은 복권되어 공민권이 회복되었음, 국가보안법의 엄격 적용으로 재발방지, 인권이사회 최종견해 번역문 언론에 배포) 외교통상부 송부

□ 신00 사건

○ 진정인 : 신00(대리인 : 조00 변호사)

○ 진정 요지

- 1986. 7.경부터 1987. 8.경까지 진정인이 가로 130센티미터, 세로 160센티미터 크기의 캔버스에 유화로 “모내기”라는 제목의, ‘그림 하반부는 모내기를 하는 농부가 황소를 이용하여 씨래질을 하면서 양담배, 코카콜라, 람보, 레이건 당시 미국 대통령, 나카소네 일본 수상, 전두환 당시 대통령, 탱크, 핵무기, 지주 및 매판자본가 등을 짓밟으면서 남해 바다 속으로 쓸어버리고, 그림 상반부는 천도복숭아, 비둘기 두 마리, 백두산, 초가집, 호수, 오곡풍년을 경축하며 각종 음식을 차려놓고 춤추는 농민들, 포충망을 들고 행복하게 뛰노는 어린이들’ 내용의 그림을 제작한 사실로, 1999. 8. 국가보안법위반으로 선고유예 및 몰수 판결을 받고 그림 압수

- B규약 제19조 표현의 자유 침해라고 주장

○ 인권이사회 최종견해(2004. 3. 31.)

- B규약 제19조 제2항(표현의 자유) 위반사실 인정
- 유죄판결에 대한 보상, 유죄판결의 무효화, 소송비용 등을 포함한 효과적인 구제조치, 작품의 원상회복 및 반환을 권고

III. 국가인권위원회의 권고(2003. 12. 15.)

○ 국가인권위원회는 우리 부와 국무총리실, 외교통상부에 개인통보제도에 따른 국내 구제절차마련을 위한 특별법 제정을 권고

- UN 해당위원회의 결정이 있을 경우에, 이를 바로 국내적으로 수용할 수 있도록 국가배상법을 포괄하는 특별법 제정을 권고

- UN의 개인통보제도 결정(최종견해)을 관보에 게재할 것을 권고

○ 여성차별철폐협약 선택의정서(개인통보제도)에 가입할 것을 권고

○ 고문방지협약 제21조 국가통보제도 및 제22조 개인통보제도에 대한 유보를 철회하고 명시적인 수락선언을 할 것을 권고

※ 2004. 1. 6. 국무조정실에서 국가인권위원회의 위 권고와 관련하여, 우리 부에 개인통보제도의 실효성 확보방안 강구를 위하여 노력할 것을 요청

IV. 관련 문제점

□ 권리구제 가능성의 문제

○ UN 인권이사회는 개인통보사건에 대한 최종견해에서, 당사국은 B규약 제2조 제3항에 의거하여 보상금 지급, 유죄판결의 무효화 등 위원회가 권고하는 구제조치를 취할 의무가 있다고 실시함

※ B규약 제2조 3항 이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다.

(a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그 침해가 공무집행중인 사람에 의한 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것

(b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 기타 당해 국가의 권한있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고, 또한 사법적 구제의 가능성을 발전시킬 것

(c) 그러한 구제조치가 허용되는 경우, 권한있는 당국이 이를 집행할 것을 확

보할 것

○ 또한, UN 인권이사회는 1999년 우리나라가 제출한 제2차 정부보고서 심사시, 국제인권규약상의 권리침해가 인정된 진정인에 대하여 다시 국내소송절차를 통하여 인권이사회의 권고내용을 실현하라고 요구하는 것은 적절치 않으며, 한국 정부는 위원회의 권고가 즉각 실현될 수 있도록 하라고 권고함

○ 그러나, 구체적 사안에 있어서 UN 해당위원회의 최종견해에 나타난 판단과 우리나라 법원의 최종적 판단이 서로 다르기 때문에, UN 해당위원회의 판단을 그대로 수용하는 데는 여러 가지 어려움이 발생

○ 또한, UN 해당위원회의 권고를 이행하기 위한 국내 특별 권리구제절차가 마련 되어 있지 않기 때문에, 진정인은 다시 국가를 상대로 국가배상청구소송을 제기해야 하나, 대부분 공무원의 고의·과실을 입증하기 어려워 사실상 권리구제가 곤란한 상황이 발생

□ 관련 대법원 판례

○ 대법원은, “B규약 제2조 제3항은 위 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 국가를 상대로 한 손해배상 등 구제조치는 국가배상법 등 국내법에 근거하여 청구할 수 있는 것일 뿐, 위 규정에 의하여 별도로 개인이 위 규약의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다.”라고 판시(대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결)

□ 학자 등 전문가 견해

○ 정인섭 서울대 교수

- UN 인권이사회는 성격과 활동내용으로 볼 때 사법기구라고 볼수 없고, 최종

견해 그 자체가 법적 구속력을 갖지는 않으나 선택의정서 당사국이 됨으로써 간접구속력을 갖는다고 보아야 함

○ 이근관 건국대 교수

- UN 인권이사회의 견해에 대해 상당수의 국가들은 단순한 권고적 효력인정과 직접적 구속력을 인정하는 양 극단을 절충하는 입장을 취하여 비록 형식적으로는 법적 구속력을 인정하지는 않지만, 이사회의 견해에 대해 상당한 비중을 부여하거나 자국 헌법상의 인권관련 규정의 정확한 해석에 대한 지침을 제공하는 것으로 간주함

○ 조홍석 경북대 교수

- UN 인권이사회의 견해는 법적 구속력이 없으며 정치적 의미만 지님

○ 박찬운 변호사

- UN 인권이사회의 견해가 국제법적으로도 구속력을 갖는다고 말하기는 어려우나 규약의 가입국으로서 충실한 의무이행이 필요

V. 개인통보제도 이행에 관한 외국 사례

□ 개 요

○ 현재 유럽 주요 국가 등 104개국이 개인통보제도에 관한 B규약 제1선택의정서에 가입하였으며, 미국, 일본, 중국 등은 미가입

○ 한편, 개인통보제도에 따른 국내 권리구제조치를 위하여 특별법을 제정한 나라는 콜롬비아 이외에는 발견할 수 없음

○ 1979년부터 2003년 초까지 B규약 선택의정서에 따른 개인통보사건은 총 404건이 심리되었고, 그 중 313건에 대하여 위원회가 진정인의 주장을 받아들여 해당국에 적절한 구제조치를 요구하였음

○ 그러나, 위원회의 연례보고서에 의하면, 구제조치를 요구한 위원회의 결정에 대하여 해당국의 약 3분의 1만이 위원회의 결정에 부합하는 적절한 구제조치를 취하였

고, 나머지 약 3분의 2는 국내법적 한계(예컨대 손해배상의 시효도과 등)를 이유로 구제가 불가능하다고 하거나, 위원회 결정의 법적·사실적 기초에 문제를 제기하면서 정면으로 그 구제를 거부하였음

□ 인권이사회의 권고를 이행한 외국 사례

○ 특별법의 제정

- UN의 결정을 이행하는 가장 적극적인 방법은 특별법을 제정하는 것임
- 예컨대, 1995년 콜롬비아는 국제인권기구에 의하여 권리침해가 인정된 개인에 대한 보상을 위하여 보상심의회를 구성하여 국가가 금전적 배상을 하는 특별법을 제정함

○ 호의적 금전보상(Ex. Gratia Payment)

- 국내법의 한계로 인하여 진정인에게 손해배상을 하기 어려울 때 정부가 진정인에 대하여 법적 의무와 관계없이 금전지급을 하는 경우
- 예컨대, 1996년 세네갈은 재판전 불법구금에 대한 위원회 결정을 긍정적으로 수용하면서 Ex. Gratia Payment를 할 것이라고 특별보고관에게 보고함

○ 가석방 혹은 사면

- 위원회의 석방 결정이 있음에도 만일 진정인이 구금중이라면, 정부는 가석방 또는 사면의 방법에 의하여 진정인을 석방하는 경우가 있음

○ 법원의 판결

- 위원회 결정의 취지대로 해당국의 법원이 진정인의 권리를 확인하거나 정부에 대하여 그 이행을 명하는 경우가 있음
- 예컨대, 1995년 위원회의 결정이 있는 다음, 아르헨티나 연방법원이 경찰당국에 진정인의 손녀에 대한 강제출국명령을 해제하고 연방신분증과 여권을 발급하라는 판결을 하여 진정인의 양육권을 회복시킴

○ 기타 사례

- UN 인권이사회의 결정을 근거로 행정법원의 판결에 의하여 권리회복을 시킨 사례(핀란드의 Vuolanne 사례)

- 문제된 법률을 폐지한 사례(호주의 Sodomy law 폐지사례) 등

VI. 국내 권리구제방안 검토

1. 형사재판의 재심사유로 하는 방안

개요

○ 국내에서 유죄 확정판결을 받은 진정인이 UN 인권이사회에 진정을 제기하여 형사처벌이 규약상의 권리를 침해한 것이라는 결정을 받는 경우, 이를 형사소송법상 재심사유로 추가하는 방안

전문가 견해

○ 조용환 변호사

- UN 인권이사회 결정이 있다고 하여 무조건 무죄판결을 할 수는 없는 것이며, 국가보안법에 관한 법원의 해석이 바뀌지 않으면 재심을 한다고 하더라도 결과는 동일하므로 재심사유로 추가하는 것은 큰 의미가 없음

○ 박찬운 변호사

- 손종규 사건에서 알 수 있는 바와 같이 국내에서 법률상 구제를 받기 위해서는 재심을 통하여 무죄를 선고받지 않은 이상 국가배상청구를 하기가 곤란하므로 재심 사유로 하여야 함

2. UN 권고에 따른 보상금지급 방안

□ 제 1 안 : 특별법의 제정

○ 개 요

- '민주화운동관련자 명예회복및보상등에관한법률'과 같은 성격의 특별법을 제정하는 방안으로, UN 해당위원회의 결정이 있는 경우에 보상심의위원회를 구성하여 보상금을 지급하도록 하는 방안

○ 장 점

- 국가배상법, 민법의 손해배상의 요건에 구애받지 않고, 보상금을 지급할 수 있고, 기존의 국가배상법 체계를 유지할 수 있음

○ 단 점

- 문제가 된 법률(예컨대 국가보안법 등)을 개정하지 않고 특별법을 제정하는 것은 법률간의 충돌을 일으켜 곤란함

□ 제 2 안 : 국가배상법에 특별규정 신설

○ 개 요

- UN 해당위원회의 보상권고가 있는 경우에, 국가배상을 청구할 수 있도록 국가배상법에 국가배상 사유를 신설하는 방안

○ 장 점

- 새로운 배상심의 기구를 설립할 필요가 없고 기존의 배상심의위원회의 조직을 이용할 수 있음

○ 단 점

- 공무원의 고의·과실에 의한 위법행위가 있을 것을 요건으로 하는 국가배상법 체계와 맞지 않음

3. 관보 게재의 문제

개요

○ 개인정보와 관련한 UN 해당위원회의 결정이 있는 경우에, 이를 관보에 게재하여 공표하자는 것임

현황

○ 개인정보사건에 대한 UN 해당위원회의 최종견해를 번역하여 원문과 함께 법무 홈페이지에 게시하고, 관보에는 미게재

문제점

○ 관보는 관보규정(대통령령 제17900호)에 의하여 편집·제작·보급되고, 관보에 관한 사항은 행정자치부장관이 주관(규정 제2조)

○ 따라서, 관보 게재를 위해서는 행정자치부의 협조가 있어야 함

VII. 맺음말

○ 국제법학자 등에게 연구용역을 의뢰하고, 심층적 연구 검토 계속

- 합리적인 해결책 등에 대한 공감대 형성

○ 연구 검토과정에서 국제·국내법의 철저한 검토를 통한 법규범 충돌의 방지