

# 국제인권기준의 국내이행을 위한 초청 강연 및 세미나 자료

Seminar and Lecture for Domestic Implementation of International Human Rights Standards

(Dr. Eibe Riedel, Member of Committee on Economic, Social and Cultural Rights 초청)

- ◎ 강 연: 2008. 3. 11. 오후2시~3시30분
  - The Prospects of Attainment of Economic, Social and Cultural Rights in International Society
  
- ◎ 세미나: 2008. 3. 11. 오후3시10분~5시50분
  - Implementation of International ESC-Standards at National Level and the Role of the Judicial Branch

2008. 3. 11.~12.



# 목 차



1. 국제사회에서의 사회권 실현 전망(강연자료) .....	1
2. The Prospects of Attainment of Economic, Social and Cultural Rights in International Society(lecture, 영문) .....	17
3. 사회권 실현과 사법부의 역할 세미나 개요 .....	33
4. 사회권 실현과 사법부의 역할(세미나 자료) .....	37
5. Implementation of International ESC-Standards at National Level and the Role of the Judicial Branch (Constitutional Courts and Lower Courts)(Seminar, 영문) .....	55
6. 사회권 실현과 사법부의 역할 세미나 토론문 및 답변 .....	74
7. 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 .....	92

강 연

국제사회에서의 사회권 실현 전망

Eibe Riedel

# 국제사회에서의 사회권 실현 전망

Eibe Riedel

1. 1948년, 두 차례의 잔혹하고 야만적인 세계 대전으로 피폐해지고 아직까지도 1920년대와 30년대의 대공황 같은 심각한 사회적 위기의 여파에서 벗어나지 못한 상태에서, 세계의 지도자들은 국제연합(UN)의 창설에 뜻을 같이 하고, 모든 개인의 삶에 근본적으로 필요한 특정 권리, 즉, 인권의 보편적 보호를 위한 발판을 마련하기로 결정하였다.

UN은 세 가지의 주요 목표, 즉, 평화유지(peace keeping), 인권존중(respect for human rights), 그리고 이후에 개발의 개념에 포함된 사회적 진보(social progress)의 실현을 위해 창립되었으며, UN 헌장 제4장과 제6장에서 보는 바와 같이 세계 평화 유지를 위한 세부적 규칙들은 신속하게 수립하였지만, 인권과 개발 의제는 간략하게 언급하는 데 그쳤으며, 나중에서야 그 중요성이 좀 더 부각되었다. 인권과 관련하여서는, 1948년 세계인권선언(UDHR)은 어떠한 권리가 보장되어야 하는 지를 개략적으로 보여준다. 세계인권선언에는 모든 경제적, 사회적, 문화적 권리와 함께, 학계에서 논의되는 모든 시민적, 정치적 권리가 포함되어 있다. 그러나, 당시까지도 국가들은 구속력 있는 조약의 형태로 이러한 권리들을 이행하는 데에 합의를 이루지 못한 상태였다. 이러한 합의가 도출되기까지는 20년이 더 걸렸으며, 1966년에 이르러서야 “경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR)”과 “시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on

Civil and Political Rights: ICCPR)”이 UN 총회에서 채택되었다. 이러한 권리들의 단일성, 불가분성, 공분산성(covariance)이 세계인권선언(UDHR)에서는 존재하지만 1960년대의 냉전 상황에서는 소멸되었고, 그 결과 두 개의 별도 규약이 채택된 것이다. 서방 국가들은 시민적 권리 및 정치적 권리를 신봉한 반면에, 동구 국가들과 이후 여러 개발도상국들은 경제권, 사회권 및 문화권을 선호하였다. 이 두 규약은 그 언어에 있어서도 부분적으로 차이를 보였는데, 시민권과 정치권의 경우에는 주로 “모든 인간(every human being)”, “어느 누구도 ~ 않다(no one)”, “모두(everyone)”, “모든 사람(all persons)” 등의 표현을 사용함으로써 이 규약에 상술되어 있는 권리는 모든 이에게 직접적으로 적용 가능함을 의미하고 있는 반면에, 경제권, 사회권, 문화권에 대해서는 “인정하는 당사국(states parties recognizing)”, “보장하기 위해 노력한다(undertake to ensure)” 등과 같이 훨씬 더 간접적인 언어가 사용되고 있으며, 특히 최우선 원칙으로 삼고 있는 일반 사항에 관한 제2부에서는 상당히 애매모호한 표현인 “조치를 취하도록 노력한다(undertake to take steps)”, “활용 가능한 자원을 최대한(to the maximum of its available resources)”, “인정하는 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위해(with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized)”와 같이 자유권규약에서는 사용하지 않은 언어를 쓰고 있다. 이러한 점에서, 20세기 후반의 논평가들은 자유권규약은 당사국에 직접적인 법적 의무를 부과한 반면에 사회권규약은 단지 간접적인 법적 의무를 제시함으로써 이 규약이 완전히 실행되기 전에 국내 차원에서의 이행 조치가 필요하다고 결론 내렸다.

이전의 인권 관련 연구에서는 “자기집행적(self-executing)” 및 “비자기집행적(non-self-executing)” 조약 의무라는 영미적(Anglo-American) 개념이 많이 사용되었다. 그러나, 1976년에 두 규약이 발효된 이후로는, 많은 변화가 있었다. 현재까지, 192개국의 UN 회원국 중에서 각각 157개국과 160개국이 위 규약을 구속력 있는 법적 의무로 비준하였다. 1987년에 발족한 ‘경제적, 사회적, 문화적 권리

위원회 (Committee on ESC-Rights: CESCR)’는 이후로 과거에 경제적 권리, 사회적 권리 및 문화적 권리와 시민적 권리 및 정치적 권리를 갈랐던 원칙적인 차이가 더 이상 세계의 인권 상황을 반영하고 있지 않음을 보여주는 데 상당한 시간과 에너지를 할애하여 왔다. 1993년의 비엔나 세계인권회의(Vienna World Conference on Human Rights)에서 분명하게 선언한 바와 같이, 모든 인권은, 그것이 본질적으로 경제적, 사회적, 문화적 권리이든, 아니면 시민적, 정치적 권리이든 간에, 직접적으로 적용 가능한 내용을 담고 있으며, 회원국에서 직접적으로 적용 가능하다. 이러한 철학을 염두에 두고, 사회권위원회는 이후에 상당수의 소위 일반논평(General Comments)을 통해, 당사국의 법적 의무를 개술하고, 규약의 권리 각각에 있어 적어도 일부의 직접적 구속력을 강조하였다.

2. 사회권위원회는 발족 초기부터, 당사국 보고서에 대한 최종 견해(concluding observations)를 통해, 사회권규약의 제2조 (1)항이 동 규약의 완전한 이해를 위해 특히 중요하며 동 규약의 기타 조항 모두와 유기적인 관계에 있는 것으로 보아야 한다고 당사국들에게 설명하는 데 많은 노력을 기울여 왔다. “단계적 조치를 취한다(take steps)”, “모든 적절한 수단(by all appropriate means)”과 같은 주요 구절은 당사국에게 즉각적인 결과를 이끌어 내야 하는 의무로 부담을 주는 대신 장기적이고 점진적인 실현을 촉구하고 있다. 그러나, CESCR은 동 규약에서 다루고 있는 개별적 권리가 현실적으로 단기간에 완벽하게 실현될 수 없는 일부 측면이 있는 것은 의심의 여지가 없지만 동 규약에 언급된 모든 권리는 즉각적인 효력을 지니며 따라서 당사국은 지체 없이, 아무런 제한 없이 이행하여야 하는 특정 요소들을 지니고 있음을 항상 강조하여 왔다. 이와 관련하여 가장 중요한 예로서, 모든 권리에 내재하고 있는, 동 규약 제2조 (2)항에 의한 비차별 원칙을 들 수 있다. 이 원칙은 자원 의존적(resource-dependent)이지 않기 때문에 모든 당사국이 추가의 노고를 들이지 않고 이행 가능하다. 결과적으로, 위원회는 지난 20년간 지속적으로, 동 규약의 조항들이 의미를 상실하지 않도록 당사국들이 항상 최저 핵

심 의무, 즉, 필수 식품, 1차적 의료에 대한 동등한 접근, 기초적 주거지 및 주택, 식수에 대한 접근, 일자리와 사회보장, 기본교육 등을 보장하여야 한다고 주장하여 왔다. 인간다운 적정 수준의 삶을 영위하기 위해 필요한 이와 같은 필수 조건들, 즉, “생존 장비(survival kit)”를 국가가 보장하지 못하는 경우, 자동적으로 동 규약의 위반으로 간주한다.

당사국의 의무와 관련하여, CESCR은 초기부터 국가별 접근방식을 택하여, 국가간 단순 비교에 의한 오류를 피하여 왔다. 규약에 명시되어 있는 국가보고절차와 CESCR을 설치한 경제사회이사회(ESCSOC) 결의에서 면밀하게 알 수 있듯이, 이러한 접근법은 건설적 대화의 원칙을 따른 것으로, 국가가 동 규약에 의해 인정된 권리를 보장하지 못한 점에 초점을 두는 위반 접근법(violations approach)보다는 그러한 온화한 접근법을 통해 더 많은 것을 이룰 수 있다는 믿음을 바탕으로 한다. 지난 수 년 간, 위원회는 이러한 방법을 발전시켜 왔으며, 최종 견해에 위원회의 견해로 볼 때 해당 당사국이 자국의 의무를 완수한 정도를 반영하는 상세한 내용의 우려 및 권고를 담고 있다.

그러나, 때로 경제권, 사회권 및 문화권에 대한 중대한, 대규모 위반 사례가 발생하고 그러한 위반 사항이 신뢰할 만한 증거에 의해 입증되는 경우, 위원회는 사실 그대로를 직시하고 규약의 특정 의무가 위반되었다고 분명하게 지적해 왔다. 그러나, 이는 비교적 드문 경우다. 대체로, 건설적 대화 접근법은 상당한 성과를 거두었으며, 이러한 성과는 당사국이 제출하는 차기 보고서에 반영된다.

3. 국제적 차원에서는 기본적으로 세 가지 유형의 이행 절차, 즉 (a) 사법적, (b) 준사법적, (c) 정치적 모니터링 방식을 고려해 볼 수 있음을 잊어서는 안 된다. UN 차원에서는, 현재 준사법적 모니터링과 정치적 모니터링 방식만이 사용되고 있다. 유럽, 아프리카, 미주와 같은 지역 차원에서는, 사법적 모니터링이 수립되어 방대한 판례법이 형성되었다. 아시아와 같은 일부 지역에는, 현재까지 어떠한

한 사법적 기본틀도 마련되어 있지 않다. 장기적으로는, 국제형사재판소가 개인의 국제적 책임에 대해서 그러하듯이, 국제인권재판소가 설립되어 그러한 격차를 좁혀야 할 것이다. 소견으로는, 국가들이 그러한 포괄적인 모니터링에 순응하기까지는 오랜 시간을 필요로 할 것이다. 국가가 신성시 하는 “고유 영역(domaine réservé)”인 국가주권의 문제를 크게 건드리기 때문이다.

4. 따라서, 규약 의무의 이행에 대한 정치적 논의라는 수단을 통해 모니터링하는 것이 오늘날의 대세다. 현재 7개의 (곧 9개가 될 예정) 인권 조약 중에서 4개는 준사법적인 개별 진정 절차(individual communications procedure)를 두고 있어서, 이 절차에 의해 개인 또는 개인들로 구성된 집단이 관련 위원회에 진정을 제기할 수 있으며 해당 위원회는 그 개인에 의해 제기된 이의에 대해 국가보고서와 동일하게 분석하게 된다. 본질적으로, 이 절차는 규약의 잠정적 위반 사항에 대한 개인화된 국가보고 절차라 할 수 있다.

현재 인권이사회(Human Rights Council: HRC)는 실무작업반을 통해 ICESCR 선택의정서를 다듬는 작업을 지속하여 왔으며, 그 초안이 올해 4월에 채택되어 우선 HRC에, 그리고 나서 제3차 총회위원회로 전달되고, 일이 순조롭게 풀리면, 세계인권선언 60주년 기념에 맞추어 총회가 선택의정서 최종안을 2008년 12월에 채택하고, 이로써 두 규약 모두에 대해 의정서가 마련되게 된다. 지난 5년간에 걸친 논의에 비추어 보건대, 이러한 일정은 현실성이 있는 것으로 보인다.

5. 이 안에 대해 상세하게 다룰 수는 없지만, 그 내용에 대해 몇 가지 언급해야 할 필요가 있다고 본다.

위원회는 이 새로운 절차에 대한 포괄적인 접근법을 강력하게 지지하여 왔으며, 이는 동 규약의 모든 권리가 선택의정서에 의한 진정 절차를 통해 제기될 수 있음을 의미하는 반면, 대부분이 관습법 국가이기는 하지만 상당수의 국가들이 개별 이의 제기 절차의 대상이 될 수 있는 권리와 그러한 절차에서 제외하고자 하



는 권리를 선택할 수 있는 “선택가능(a la carte)” 또는 “사전동의(opt-in)”나 “사후배제(opt-out)”의 절차를 선호하고 있다. 그러나, 유럽의 경험에 의하면, 그러한 선택적 접근법을 허용하였던 1961년의 유럽사회헌장(European Social Charter)은 결과적으로 누더기식 비준 관행을 초래하였고, 이에 따라 가장 중요한 권리 보장이 당사국의 검토 대상에서 제외되는 일이 일반적이었다. 이러한 제도가 도입되었던 당시에는, 당사국들이 나중에는 사회헌장에 의해 더 많은 권리를 선택할 것이라는 주장이 제기되었지만, 결과는 그렇지 않았다. 당사국들은 최초에 약속했던 수준에 머무를 뿐 더 이상의 진전이 없었다. 실상을 알지 못하는 일반 대중에게는, 경제적, 사회적 권리가 이행될 것이라는 인상을 남겼지만, 실제로는 일부 권리만이 인정되었다. 비준건을 최대한 늘리기 위해 그러한 선택을 허용하는 것이 좋다는 주장은 너무나 큰 대가를 치르게 했다. 실제로, 경제적, 사회적, 문화적 권리와 관련하여 국내 상황은 유럽사회헌장에 의해 거의 개선되지 못했다. 그리고, 심지어 오늘날에도, 개정된 유럽사회헌장이 그러한 획기적인 변화를 가져오지는 못하고 있다.

실무작업반(Open-ended Working Group: OEWG)은 개인통보허용성의 문제들과, 집단적 진정 허용 여부의 문제에 상당한 시간을 할애하였다. 집단적 진정의 가능성은 2008년 2월 만장일치로 채택되어 “개인 또는 개인들로 구성된 집단”이라는 개념에 포함되게 되었다. 선택의정서에는 모든 국내 구제절차의 완료(exhaustion of local remedies) 및 우호적 해결책 모색에 관한 세부적 조항들이 포함될 것이다. 여성차별철폐협약(CEDAW)과 인권위원회에 의해 실시되고 있는 임시 조치들은 선택의정서에 포함되거나, 위원회 절차규칙으로 넘겨질 수 있다.

또한, 선택의정서에는 중대하고 계획적인 위반 사항에 대해 적시에 대응할 수 있도록 조사 절차 조항들도 포함될 것이다. 그러한 절차는 수용 의사를 별도로 천명한 국가들에 대해 실시될 수 있을 것으로 보인다.

국가간 진정에 대한 논의는 그다지 많이 진행되지 않았다. 인권위원회는 이 절차적 장치를 사용한 적이 전혀 없다는 지적이 있었으며, 지역 차원에서는 소수에 불과하지만 주목할 만한 사례들이 발견된다.

논의는 당사국들이 자국의 규약상 의무를 이행하는 데 있어 합리성 기준 (standard of reasonableness)과 당사국 재량권에 집중되어 있다. 합리성의 기준이란, 인권위원회가 규약상 권리를 실현하는 방법에 대해 당사국에 최소한의 재량권을 부여하고 있으며 위원회 자체가 선호하는 정책으로 당사국의 정책적 선택을 대체하지는 않을 것임을 의미한다. 인권위원회는 합리성과 비례의 기준을 적용하기만 하고, 구체적인 결정은 당사국에게 일임한다. 인권위원회는 성명서를 통해, 일단 선택의정서가 발효하면 이러한 방식으로 적용할 것이라고 실무작업반에 참여하는 국가들을 안심시켜 왔다.

아직까지도 ICESCR 제2조 (1)항에 언급되어 있는 국제협력과 지원의 문제는 논의의 초점이 되고 있다. 개발도상국들은 문제가 심각한 개별 국가들이 자국의 상황을 제기할 수 있도록 지원하고 가능하면 국내 국가인권기구와 기타 인권 인프라를 갖추지 못한 국가에 대해 이를 설치할 수 있도록 재정적인 지원을 제공하는 기금이 수립되기를 희망하고 있다. 그러한 기금에 대한 분담금은 자발적 납부를 원칙으로 하게 되므로, 이와 관련하여 큰 문제는 없을 것으로 보이지만, 단, 규약의 조항을 위반한 것으로 판명된 국가는 어떠한 이유로도 그러한 기금의 혜택을 간접적으로라도 받아서는 안 된다는 점을 분명히 하여야 한다.

선택의정서에 대한 유보적 입장의 문제와 같은 다른 이슈들도 논의 중에 있으나, 2008년 4월 최종 채택에 있어 넘지 못할 장애물이 되지는 않을 것이다.

6. 전 세계적 차원에서 경제적, 사회적, 문화적 권리(ESC-rights)의 이행 현황을 살펴보면, 몇 가지 경향을 발견할 수 있다.

(a) 모든 인권의 보편성과 동등성에 대해서는 더 이상 이의가 제기되지 않는 것으로 보인다. 전체 국가의 2/3가 시민적 규약과 함께 사회적 규약의 의무를 인정하게 되면서, 모든 조약 체제의 기능을 좌우하는 새로운 상황이 전개되고 있다. 지금까지는 최저 인권 기준이 관습적인 국제법의 일부를 구성하고 있으며, 새로운 인권이사회는 이제 막 시작된 ‘보편적 정례 보고(Universal Periodic Report)’ 절차를 통해 그러한 입장을 강화할 것으로 보이며, 그리고 기존의 1503 절차를 개선하여 명칭을 바꾸어 새로운 인권이사회 자문위원회에 의해 관리되도록 하여 모든 국가들, 특히 아직까지 UN 인권 조약들을 비준하지 않은 국가들과 엄격하게 말해서 소위 현장에 근거한 절차들만이 이용 가능한 국가들에 대한 모니터링을 지속적으로 추진하게 될 것이다.

(b) 국가보고절차는 향후 상당히 재편되어야 할 부분이다. 현재, CESCR의 운영 방식이 완전히 개정되는 과정에 있다. 향후에는, 당사국 보고서에 대한 정례 검토에 있어 우선순위 과제에 대한 요건이 더욱 강화될 것이다. 즉, 당사국들은 위원회와 합의한 4~6개의 주요 문제 분야를 중점적으로 다루어야 하며, 이 분야는 위원회 심의시 대화 단계에서 주요 관심 분야가 될 것이다. 또한, 위원회는 당사국이 이전 보고 대상 기간에 이루어진 제언과 권고에 대해 어떻게 대처해 왔는지 등의 후속 문제에 대해 더욱 체계적인 접근방식으로 대화를 실시할 것이다. 통상적으로 국가보고관(country rapporteur)으로 불리는 위원 1인이, 이전에 파악된 주요 분야 이슈들을 다루기 전에, 당사국 대표단과 대화를 실시한다. 물론, 상대적으로 우선순위가 낮은 기타 이슈들도 보고서에서 다루어지겠지만, 당사국 대표단과의 구두 대화 단계에서는 이러한 이슈들에 관심이 훨씬 덜 기울여지게 된다.

(c) 또한, 위원회는 일반논평 작업에도 박차를 가하고 있어, 조만간 모든 규약 권리에 대한 상세한 해석이 제공될 것이다. 지난 몇 년 간, 위원회는 식량, 교육, 보건, 수자원, 남녀평등, 지적재산권과 인권(작가의 권리), 고용 및 사회보장에 대

한 권리 등에 관한 일반논평을 채택하였다. 현재, 다른 주제에 관한 일반논평이 논의 중에 있으며, 이 중에는 차별금지, 문화적 정체성과 같은 주제도 포함되어 있다. 가족권, 학문적 자유, 파업권과 같은 특정 권리에 대한 일반논평도 뒤를 이을 것으로 보인다. 이러한 세부적 일반논평은, 특정 규약 조항의 의미를 명료화함으로써 위원회뿐만 아니라 정례 보고서를 작성하는 당사국의 정부 전문가들과 시민사회, 특히 일반논평에 대해 병행 또는 반박 보고서(parallel or shadow report)를 작성할 수 있는 비정부기구들에게 해석상 도움이 된다는 공통점이 있다.

물론, 법률적으로 보면, 이러한 일반논평은 구속력이 없고 단지 설득력 있는 권위(persuasive authority)를 지닐 뿐이다. 그러나, 위원회의 실제 관행에서는 그러한 구속력의 결여가 일반논평의 유용성을 떨어뜨리지는 않는다. 당사국들은 일반적으로 일반논평에서 제시된 기준을 자발적으로 적용하는 경향을 보이며, 당사국과의 대화는 대체로 일반논평에서 기술한 패턴을 따르고 있다. 일반논평은 적용될 수는 있으나 법적으로 적용되어야 할 의무는 없는 기준이다. 여기에 일반논평의 본질적 가치가 있다.

(d) 세부적(specific) 일반논평 외에, 더욱 광범위한 이슈들을 다루는 포괄적(generic) 일반논평도 있는데, UN에서 상당한 논란을 불러 일으켰던, UN 기구에 의한 경제적 제재가 ESC 권리의 실현에 미치는 영향에 관한 일반논평(GC No.8)이 대표적인 예다. 위원회는 제재가 가해지는 경우 안전보장이사회 차원에서 정기적인 권리영향평가(rights impact assessment)를 실시하여야 한다고 요구하였다. 엄격하게 말하자면, 안전보장이사회 산하 제재위원회(sanctions committees)들은 ICESCR의 권한 범위 밖이지만, 일반적으로 안전보장이사회가 내린 결정은 사회적 규약의 회원국이기도 한 국가의 대표들도 채택하고 있기 때문에 이 국가들에게 인권 실현과 관련하여 안전보장이사회 내에서의 적극적 역할에 대해 문제를 제기할 수 있다고 인권위원회는 주장하고 있다. 이라크에 대한 경제 제재조치가 10년 동안 계속되고 어느 정도는 이러한 제재 조치로 인해 여성, 아동 및 노인이

대부분을 차지하는 거의 백 만 명의 민간인이 목숨을 잃게 된 상황에서, 규약 당사국에 대한 이러한 문제 제기가 향후 제재 조치에 대해 간접적인 영향을 미칠 것으로 본다.

(e) 기타 중요한 “일반적(general)” 또는 포괄적(cross-cutting) 일반논평은, 중립성에 관한 파리원칙에 따른 국가인권기구 설치와, 국가 차원의 이행을 통해 권고의 후속조치를 취해야 할 필요성 등을 그 내용으로 한다.

(f) 향후 인권 모니터링에 있어 더욱 집중적인 탐구가 필요하다는 것은 매우 분명한 사실이다. 주요 국제 조약에 관한 인권위원회들, 특히 그 중에서도 CESCR은 이 문제를 심각하게 고려하기 시작하였으며, 국내 차원에서 권리 실현의 정도를 측정하는 데 도움이 되는 지수를 개발하는 작업에 착수하였다. 당사국의 의무를 이해하는 데 있어서는 해당 의무의 유형에 대한 세부적인 분석이 필요하다. 이 규약의 시행과 관련하여, 존중(respect), 보호(protect) 및 이행(fulfil)의무 (촉진(facilitate), 개선(promote) 및 제공(provide) 의무)로 상세하게 구분되어 있으며, 이러한 의무에 대한 명확한 지표는 필수적이다. 존중 의무는 모니터링하기에 가장 용이한 것으로, 상당수가 자기집행적(self-executing) 의무에 해당하기 때문이다. 보호 의무는 때로 존중 의무와 마찬가지로 자기집행적 의무를 포함하기도 하는데 특히 사회권규약(ICESCR) 제2조 (2)항과 3조의 차별금지 및 평등권 문제와 관련하여 그러하다. 이행 의무는 대부분이 비자기집행적(non-self-executing) 의무다. 이 부분에서는, 계획, 전략 및 프로그램뿐만 아니라 기타 법률적 또는 행정적 조치의 이행을 측정하는 지표들이 필요하다.

지표들은 다시 구조적(structural), 프로세스(process), 결과(outcome) 지표로 나뉜다. 그러나, 이는 분석의 가장 첫 단계일 뿐이다. 개별 국가는 특정 주요 지표들을 선택한 후, 자발적 목표인 벤치마크를 설정하여 차별화된 방식으로 자국내 현황을 모니터링할 수 있도록 함으로써 각국이 처해 있는 독특한 상황에 대처하

도록 하여야 한다.

진정으로 의미 있는 벤치마크가 채택될 수 있도록, 인권위원회는 토의 절차 (procedure of scoping)를 개발 중에 있다. 이 절차에 의해 당사국이 선택한 벤치마크의 적정성이 논의되며, 일반적으로 전문기관, NGO 및 기타 관계자의 전문적 조언을 구한다. 합의된 벤치마크는 차기 정례보고의 기본 요소가 된다. 다음 단계는 5년 후의 평가 단계로서, 인권위원회가 검토를 통해 합의된 벤치마크의 성공 또는 실패를 가늠하게 된다. 현재 모든 인권조약에 대해 이러한 IBSA(지표(indicators), 벤치마크(benchmarks), 토의(scoping), 평가(assessments)) 절차를 개발하는 작업이 진행되고 있으며, 조약 전반에 대해 12 또는 14가지의 권리에 관하여 몇몇 조사 그룹에 의한 세부적인 연구가 실시된다.

한 가지 예를 들어 보자면, 교육권에 관한 제13조와 관련하여 문해률(literacy rate)을 지표 및 합의된 벤치마크로 설정한 것으로 가정해 보자. 최상위 선진국 집단에 속해 있는 국가 A는 자국의 벤치마크를 90%에서 95%로 정한 반면에, 최하위 저개발국 집단에 속해 있는 국가 B는 벤치마크를 60%에서 65%로 정하였다 고 하자. 국가 B는 62%에 도달하면 어려운 경제 조건 속에서도 그러한 성과를 거둔 것에 대해 긍정적인 평가를 받는 데 반해, 국가 A는 93%에 이르더라도 경제 호조에도 불구하고 목표를 완수하지 못했다고 비난 받게 될 것이다. 또한, 벤치마킹은 이행하지 못한 원인으로 제시된 사유, 가령 자연재해, HIV/AIDS와 같은 전염병, 무력 분쟁 또는 “규약상 의무의 완전한 실현을 저해하는” 요소의 발생 등과 같은 사유에 초점을 맞추게 한다.

IBSA 절차에 따라, 당사국은 자국에서 정한 목표를 달성하지 못한 이유를 충분히 설명하여야 하며, 위원회가 당사국의 성과를 엄중하게 평가하기 위해 이전 어느 때보다도 더욱 예측 가능한 방식으로 국가보고서를 모티너링할 수 있게 된다. 그러나, IBSA 절차는 단지 분석적 도구일 뿐 그 이상은 아니라는 점을 명심하여야 한다. 위원회는 원하는 경우 그와는 다른 인권 관련 질문을 할 수도 있다. 이

러한 IBSA 목록은 배타적인 것이 아니며, 조약 체제와 당사국 간의 더욱 중점적인 논의를 지원하는 유용한 도구다.

7. 대체로 법률적 논쟁은 규약에 의한 특정 조약상 의무에서 비롯되는 의무에 집중되고 있지만, 최근 위원회는 지속가능성(sustainability)과 개발권에 관한 보다 광범위한 문제를 다루기 시작하였으며, UN의 ‘글로벌 콤팩트(Global Compact)’ 논의와 ‘새천년 개발목표(Millennium Development Goals)’에 발맞추어, 개발에 있어 교역조건의 문제에 초점을 두고 있다. 이러한 이슈들의 상당수는, 인권이사회 및 그 산하 기구들과 같이 다양한 통로에서 다루어지고 있기는 하지만, 사회권규약위원회(Committee on the Social Covenant)는 현재 제2조 (1)항에 의해 이러한 이슈를 특히 국제협력 및 지원과 관련하여 정기적으로 검토하고 있으며, 이 조항이 구체적인 개발 지원의 정도를 명시하고 있지는 않지만 그러한 개발 지원을 제공할 수 있는 위치에 있는 국가들에게는 명백한 법적 의무라고 보고 있다. 이와 같이 위원회는 지원 여력이 있는 당사국들에게 자국 GDP 대비 0.7%의 지원 분담금 목표를 완수하게 된, 또는 완수하지 못한 경우와, 이와 관련하여 차기 보고 대상 기간에 어떠한 목표를 세우고 있는지를 묻는다. 비정부기구들은 이러한 점에서 매우 기탄없이 의견을 표명하고 있으며, 이 문제를 보다 광범위한 인권 의무의 치외법권적(extra-territorial) 적용이라는 관점에서 보고 있다. 향후 위원회의 활동이 ESC 권리의 실현에 관한 이와 같은 논의에 더욱 집중될 것임은 의심할 여지가 없지만, 각 개별 사회권에 대한 전통적인 접근법도 위원회가 설립된 취지에 맞게 주요 법적 접근법으로 유지될 것이다.

UN 창설의 3대 주요 목표 중 하나인 개발은 적극적 평화(positive peace)의 주요 초석임에도 불구하고 지금까지는 충분한 관심을 기울이지 못한 것이 사실이다. Johan Galtung이 지적한 바와 같이, 결속, 개발 등과 같이 적극적 평화의 조건이 마련되지 않고는, 소극적 평화인 전쟁의 부재는 결코 보장될 수 없다. 세계2차대전 이후로 발발한 140건이 넘는 지역 및 소지역 무역 분쟁이 이를 증명한다. 또한, 이는 인권조약기구를 포함한 모든 UN 기구가 포괄적으로 담당해야 할 임

무이기도 하다. 물론, 이러한 견해에 모두가 찬성하는 것은 아니다.

8. 지난 몇 십 년간 이룩한 인권제도의 성과, 특히 경제적, 사회적, 문화적 권리 분야에서 성과를 살펴보면, 전반적으로 긍정적인 평가를 내릴 수 있다. 획기적인 조치가 취해지지는 않았지만, 점진적이기는 하지만 분명하게 당사국들은 국가 차원에서 이전보다 더욱 적극적으로 조약의 의무를 이행하기 시작하였다. 실제 나아간 거리는 개별적으로 본다면 몇 걸음에 불과하지만, 전체적으로 보면 이데올로기에 치우친 1960년대의 부진한 성과와 비교한다면 괄목할 만한 진보라고 할 수 있다. 독립 전문가의 모니터링에 의존하는 국가보고제도는 그 모든 단점에도 불구하고 전지구적 차원에서 현존하는 최고의 평가 모형인 것으로 보인다. 그러나, 물론, 빈곤과 인권탄압으로 고통 받는 수 백 만 명의 소외되고 취약한 이들의 상황을 진정으로 개선하기 위해서는 더 많은 일이 이루어져야 한다. 전지구적 차원의 인권보호 분야에서 진정 절차와, 궁극적으로, 사법적 절차는 앞으로 확립되어야 할 부분이다.

Prof. Dr. Eibe Riedel, LLB. (London), A.K.C.  
University of Mannheim



The Prospects of Attainment of Economic, Social  
and Cultural Rights International Society

Lecture at the NHRCK March 2008

Eibe Riedel

# The Prospects of Attainment of Economic, Social and Cultural Rights International Society

Lecture at the NHRCK March 2008

Eibe Riedel

1. In 1948, severely shattered by the cruelties and brutality of the two World Wars, and still feeling the repercussions of devastating social crises like the Great Depression of the 1920-ies and 30-ies, the world's leaders, joined in the newly founded United Nations, decided to lay the foundation for the universal protection of certain rights fundamental to the life of every individual, known as human rights.

While the United Nations was set up to address three main targets and purposes, namely peace keeping, respect for human rights and social progress, later captured in the notion of development, and quickly detailed rules for keeping world peace, as laid down in chapters VI and VII of the UN Charter, the human rights and development agendas were only briefly referred to, and only later assumed greater significance. In relation to human rights, the 1948 Universal Declaration of Human Rights (UDHR) outlined in brief which rights were to be guaranteed. It contained a full list of all economic, social and cultural rights, plus all civil and political rights that had been discussed in the literature. But states could not, as yet, agree on implementing those rights in a binding treaty form. That took another 20 years, until in 1966 the two Covenants on Economic, Social and Cultural Rights and on Civil and Political Rights were adopted by the UN General Assembly. The unity and indivisibility and

covariance of all these rights, still present in the UDHR was, however, lost in the cold war situation of the 1960-ies, necessitating two separate Covenants. Western states strongly believed in civil and political rights, Eastern states and later many developing countries favoured economic, social and cultural rights. The language of the Covenants differed in part, in that civil and political rights usually spoke of “every human being”, “no one”, “everyone”, “all persons”, indicating that the rights detailed in that Covenant were directly applicable to everyone, while the esc- rights were couched in much more indirect language, speaking of “states parties recognizing”, “undertake to ensure”, and above all, in its Part II on general ideas serving as overriding principles, used the highly ambiguous and vague formulation “undertakes to take steps”···, “to the maximum of its available resources”···”with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized”, language which was not used in the ICCPR. From this, commentators in the latter third of the twentieth century concluded that the ICCPR imposed direct legal duties on states parties, while the ICESCR merely proposed indirect legal obligations, needing implementation steps at the national level before becoming fully operative.

Much use was made in the human rights literature of the Anglo-American notion of “self-executing” and “non-self-executing” treaty obligations. But since the entry into force of both Covenants in 1976 much has happened. By now, more than 157 and 160 states respectively, out of 192 UN-member states, have ratified the Covenants as binding legal obligations. The Committee on ESC-Rights (CESCR), set up in 1987, has since then spent a lot of time and energy on showing that the original doctrinal differences of esc- and cp-rights no longer reflect the human rights situation in the world. As the Vienna World Conference on Human Rights of 1993 clearly declared, all human rights, be they economic, social and cultural, or civil and political in

nature, have directly applicable content, capable of being applied directly in member states. With this philosophy in mind, the Committee on ESC-Rights (CESCR) has subsequently produced a number of so-called General Comments, which outline the legal obligations of states parties, emphasizing the directly binding effect of at least some parts of each of the Covenant rights.

2. The CESCR, from its beginning, has taken great pains to explain to states parties in its concluding observations to state party reports (now over 200), that article 2(1) of the Covenant is of particular importance to a full understanding of the Covenant, and must be seen as having a dynamic relationship with all of the other provisions of the Covenant. The key passages, referring to “take steps” and “by all appropriate means” sets the table for long-term progressive realization without burdening states parties with immediate obligations of result. The CESCR has, however, always stressed that while there are undoubtedly some aspects of the individual rights enshrined in the Covenant which realistically cannot be fully realized in a short period of time, all the rights mentioned in the Covenant do, however, contain elements that are of immediate effect and must be honoured by the states parties without delay nor restrictions. The most important example in this regard, inherent in each of the rights, is the principle of non-discrimination under article 2(2) of the Covenant, which each state party is capable of implementing without further ado, because it is not resource-dependent. As a result the Committee, in its constant practice over the last 20 years, has insisted that states parties, in order not render the Covenant provisions devoid of any meaning, must at all times guarantee the minimum core obligations, i.e. essential food stuffs, equal access to primary health care, basic shelter and housing, access to potable water, work and social security, and basic education. Any failure by a state to guarantee these essential prerequisites for leading an adequate and dignified

life, the “survival kit”, automatically amounts to a violation of the Covenant.

In looking at the state party’s obligations, the CESCR from the very beginning has taken a country-by-country approach, avoiding misleading comparisons with other states. As the state reporting procedure foreseen by the Covenant and the ECOSOC resolution setting up the CESCR closely envisage, this approach follows the philosophy of constructive dialogue, believing that more can be achieved by this softer approach than by a violations approach, focussing more on states failures to guarantee the rights recognized under the Covenant. Over the years the Committee has refined this method, and in its concluding observations details concerns and recommendations which reflect the degree to which the state party in the opinion of the Committee has met its obligations or not.

Sometimes, however, when gross and massive violations of esc-rights have occurred and been reliably attested, the Committee has called a spade a spade, and clearly stated that particular Covenant obligations were violated. But these are relatively rare occasions. Usually, the constructive dialogue approach has yielded measurable results, reflected in the next periodic report by that state party.

3. It must not be forgotten that at the international level, basically three types of implementation procedures are thinkable: (a) judicial, (b) quasi-judicial, and (c) political measures of monitoring. At the UN level, only quasi-judicial and political monitoring at present is used. At the regional international level in Europe, Africa and the Americas, judicial monitoring was instituted and has produced a rich case law. In some world regions, such as Asia, no such judicial framework exists so far. In the long run, an International Court of Human Rights should bridge that gap, much as the International Criminal Court did for international responsibility of individuals. It will

take a long time, I submit, before states will submit to such comprehensive monitoring, because it cuts deeply into their hallowed “*domaine réservé*”, the state sovereignty argument.

4. Instead, monitoring via the route of political discussion of the implementation of the Covenant obligations will remain the order of the day. 4 out of presently 7, soon 9 special human rights treaties also have quasi-judicial individual communications procedures, whereby individuals and groups of individuals may bring their grievances to the relevant Committee, and that Committee then analyses the complaint by the individual as though it was a state report. The procedure, in essence, is an individualized state report on alleged violations of the Covenant.

At present the Human Rights Council (HRC) has entrusted an open-ended working group with the elaboration of an Optional Protocol to the ICESCR, and it looks as though its Draft may be adopted in April of this year, then sent to the HRC, subsequently to the Third Committee of the General Assembly, and if all goes well, the General Assembly will adopt the final text of such an Optional Protocol in December 2008, in time for the celebration of the sixtieth anniversary of the Universal Declaration of Human Rights , thus finally bringing both Covenants and Protocols in line. From the discussions over the last five years it looks as though this time-table is realistic.

5. I cannot go into the details of this proposal, but a few remarks on the contents seem called for:

The Committee has strongly argued in favour of a comprehensive approach to such

a new procedure, meaning that all rights of the Covenant can be raised in a communications procedure under the OP, while a number of states, mostly from common law countries, have favoured an “à la carte” or “opt-in” or “opt-out” procedure, whereby they can pick those rights which they would subject to the individual complaints procedure and those which they prefer to exclude from that procedure. Experience gained in the European context shows, however, that the European Social Charter of 1961 which allowed such selective approach has resulted in a patchwork ratification practice, whereby the most important rights guarantees usually were excluded from review by states parties. At the introduction of that system it had been argued that states parties would, at a later stage, opt for more rights under that Charter, but this did not happen. States remained at the level of their initial pledges, and no more. To the uninformed public, the impression was given that economic and social rights would be adhered to, while in reality, only some rights were accepted. The argument that it would be better to allow such selectivity to get as many ratifications as possible was too high a price to be paid. In reality, the domestic status quo in relation to esc-rights was hardly ruffled by the European Social Charter. And even now, the Revised European Social Charter has not brought about substantial change.

A lot of time was spent in the Open-ended Working Group (OEWG) on questions of admissibility, and on the question of whether a collective communication should be allowed. That option was dropped by consensus in February 2008, as covered by the notions of “individuals and groups of individuals”. The OP will contain elaborate provisions on the exhaustion of local remedies, and seeking friendly settlements. Interim measures, as practiced by CEDAW and the Human Rights Committee, could either be included in the Optional Protocol or left to the rules of procedure of the Committee.

The OP will also contain provisions on an inquiry procedure to respond in a timely fashion to grave and systematic violations. It looks as though such a procedure might materialize for those states that specifically declare to accept that procedure.

Not very much discussion was spent on inter-state communications. It was pointed out that the Human Rights Committee has never used this procedural device, and at the regional level only very few, but marked examples can be found.

Much discussion centres on the standard of reasonableness and state parties' discretion in fulfilling their Covenant obligations. The standard of reasonableness implies that the Committee leaves a margin of discretion to states how they realize the Covenant rights, and certainly will not replace the state policy choices by the Committee's own policy preferences. All it can do is to apply the standard of reasonableness and proportionality, leaving the concrete decision up to the state party. The Committee, in one of its statements, has assured states participating in the OEWG that this is how it might apply the OP, once in force.

Much discussion is still pending on the question of international cooperation and assistance, which is referred to in Article 2 ( 1 ) ICESCR. The developing countries favour the set-up of a Fund to assist individuals aggrieved to bring their case, and possibly to financially assist states enabling them to set up human rights institutions and other infrastructure measures at the national level, where that is not yet implemented. As contributions to such a fund would be voluntary, and as there are already seven such examples in the human rights sphere, not too many difficulties are foreseen in this respect, except perhaps the fact that on no account must a state that has been found to have violated the Covenant provisions, indirectly benefit from such a fund.



Other issues, like the questions of reservations to the OP, are still under discussion, but should not pose an insuperable stumbling bloc for the adoption of a text in April 2008.

6. When looking at the practice of ESC -Rights realization at the universal level, a couple of trends are emerging:

(a) The universality, indivisibility and equality of all human rights no longer seem questioned. With three quarters of all states accepting obligations of the Social Covenant alongside the Civil Covenant, a new situation has emerged which will shape the work of all treaty bodies. The minimum standards of human rights by now form part of customary international law, and the new Human Rights Council is likely to strengthen that argument with its Universal Periodic Report, the UPR procedure just begun, and the development of the existing 1503 procedure, under a different name, as a procedure administered by the new Advisory Committee of the HRC which will continue to embrace monitoring of all states, particularly of those that have not ratified the major UN Human Rights treaties, and for whom strictly speaking only the so-called Charter-based procedures are available.

(b) The state reporting procedure will need a lot more of reorganization in the future. At present, the working methods of the CESCR are being completely revised. In future, periodic reviews of state party reports will need stronger prioritization, i.e., states parties will have to focus on 4 to 6 key problem areas, to be agreed upon by the Committee with the state party, which will then represent the key areas of concern in the dialogue phase of the Committee consideration. In addition, the Committee will begin the dialogue with a more structured approach to follow up

questions, how the state party has dealt with suggestions and recommendations of the previous reporting cycle. Probably one Committee member, usually the so-called country rapporteur, will begin the dialogue question time with the delegation from the state party, before the key area issues identified before are dealt with. Naturally, all other issues of lesser priority will also be covered in the report, but will receive much lesser attention in the oral stages with the state party delegation.

(c) The Committee is also rapidly developing its general comments, so that soon there will be detailed interpretations of all Covenant rights. In the last few years, the Committee has adopted such general comments on food, education, health, water, equal treatment of men and women, intellectual property rights and human rights ( authors'rights), right to work and social security. Several other general comments are in the process of discussion, amongst them on non-discrimination, and another one on cultural identity. Other specific rights will follow, such as on family rights and scientific freedom, and on the right to strike. These specific general comments have in common that they endeavour to clarify the meaning of certain Covenant provisions, serving as interpretation aids for the Committee, but also for the state party's governmental experts drawing up the periodic reports, and also for civil society, most notably for NGOs who can shape their parallel or shadow reports along these general comments.

Legally speaking, of course, such general comments are not binding, but merely persuasive authority, yet in the Committee practice that lack of bindingness has not detracted from the usefulness of these general comments. States generally tend to apply the criteria developed there voluntarily, and the dialogue with the state parties usually follow the patterns laid down in the general comments. They are standards

which may be applied, but legally need not be applied. Therein lies their intrinsic value.

(d) Apart from specific general comments, there are also generic general comments which address broader issues, such as on the effects of economic sanctions imposed by UN bodies on the realization of esc rights ( GC No.8 ), which caused quite a stir at the United Nations. The Committee demanded that there should be regular rights impact assessments at the Security Council level, when sanctions have been imposed. Strictly speaking, the sanctions committees of the Security Council are outside the terms of reference of the ICESCR, but the Committee has held that as decisions taken by the Security Council usually are taken by state representatives from states that are also members of the Social Covenant, those states can be questioned on their active role taken in the Security Council, as far as human rights realization is concerned. After 10 years of economic sanctions against Iraq, and nearly a million deaths caused to some extent by, inter alia, that sanctions regime amongst the civilian population, mostly women, children and older persons, such questioning of states parties to the Covenant might have an indirect effect on the sanctions regime in future.

(e) Other important “general” or cross-cutting General Comments concern the establishment of national human rights institutions following the Paris Principles on impartiality, and the need to follow up recommendations by way of implementation at the national level.

(f) It is quite clear that monitoring of human rights needs much more focussed questioning in future. All human rights committees of the major universal treaties, but

foremost amongst them the CESCR, have begun to give serious thought to this problem, and have begun to develop indicators which will assist in the measuring of rights realization at the domestic level. It is evident that that state obligations require a detailed analysis of the type of duty that is at issue. In the practice of the Covenant, duties to respect, protect and fulfil ( facilitate, promote and provide ) have been carefully developed for which clear indicators are of the essence. Duties to respect usually are easiest to monitor, as many of them refer to self-executing obligations; duties to protect often similarly involve self-executing duties, particularly in relation to non-discrimination and equality rights issues of articles 2 (2) and 3 ICESCR. Only duties to fulfil are mostly non- self-executing. In that sphere, indicators for measuring compliance of plans, strategies and programmes, but also of other legislative or administrative steps are needed.

The indicators can be sub-divided into structural, process and outcome indicators. But that is only the first step of analysis. States are then invited to pick certain key indicators, to set benchmarks which are self-set, voluntary targets, enabling the monitoring in a country by country differentiated method, addressing the vastly differing situations in which most states find themselves.

In order to concentrate on really relevant benchmarks, the Committee is gradually developing a procedure of scoping , whereby the relevance of the benchmarks chosen by the state party is discussed, usually with expert advice from specialized agencies, NGOs and others, before the agreed benchmarks are then forming the basis for the next periodic report. The next stage is the assessment stage five years later, when the Committee reviews the success or failure of the benchmarks agreed upon. Work is at present on the way to develop this IBSA( indicators, benchmarks, scoping and

assessments) procedure for all human rights treaties, and specific studies are carried out by several research groups concerning altogether 12 or even 14 rights across the board of all treaties.

To give but one example: let us assume literacy rates as an indicator and agreed benchmark in relation to article 13 on the right to education. Say, a state A in the group of the most highly developed countries sets its benchmarks from 90 to 95 %, while state B from the group of least developed countries sets its benchmark from 60 to 65 %. If state B reaches 62 %, it may be praised for progress being made under difficult economic conditions, while state A, although reaching 93 %, is criticised for not reaching its targets despite good economic data. In addition, the benchmarking helps to focus on reasons given for non-fulfilment, such as natural catastrophes, pandemics, such as HIV/AIDS, armed conflicts, or the absence of such factors “impeding the full realization of Covenant obligations”.

The IBSA procedure will require of states parties to fully explain why targets set could not be achieved, and will then enable Committees monitoring the state reports to critically assess the performance of state parties, in a more predictable manner than so far. But it must always be remembered that this IBSA is only an analytical tool, no more. Committees may ask different human rights questions, if they so wish. These IBSA lists are not exclusive, but a useful clarifying instrument to help in conducting more focussed discussions between treaty bodies and state parties.

7. While legal arguments usually centre on the obligations flowing from specific treaty obligations under the Covenants, the Committee in recent years has also begun to ask broader questions on sustainability and on the right to development, usually

focussing on questions of terms of trade in development, encouraged by the Global Compact discussions, and the Millenium Development Goals. Although many of those issues clearly are dealt with in different arenas, such as the Human Rights Council and its subsidiary bodies, the Committee on the Social Covenant regularly addresses this issue now under article 2 ( 1 ), in particular in relation to international cooperation and assistance, which it sees as a clear legal obligation for those states in a position to provide it, even if that article does not specify the concrete degree of development assistance. The Committee thus regularly asks states parties that are in a position to do so, why they have or have not attained the promised goal of 0.7 % GDP for development assistance, and what they propose to do in the next reporting cycle in this respect. NGOs are very outspoken in this respect and set this problem in the wider perspective of extra-territorial application of human rights obligations. Future work of the Committee undoubtedly will concentrate more on these discussions of esc-rights realization, while the traditional approach of looking at each individual social right will remain the main legal approach for which the Committee was set up.

It is quite clear that the triad of main purposes for which the United Nations has been set up, so far has not adequately elaborated the third limb, namely development as one of the key cornerstones of positive peace. As Johan Galtung quite rightly stated, without providing conditions for positive peace, to which solidarity and development belong, no absence of wars, negative peace, can be guaranteed. Over 140 regional and sub-regional armed conflicts since World War II bear witness to this. And this a cross-cutting task for all UN bodies, including the human rights treaty bodies. Needless to say, this view is not shared by all.

8. If I look at the achievements of the human rights system, particularly in the field of economic, social and cultural rights, that have been reached in the last

decades, the balance, on the whole, is positive. No giant steps were taken, yet slowly but surely states parties have begun to implement their treaty obligations at the national level with much more vigour. The actual steps are small steps, looked at individually, but in sum remarkable, when compared with the slow and minute steps of the ideology- ridden nineteen-sixties. The state reporting system with all its shortcomings which relies on monitoring by independent experts seems to be the best model of assessment so far existing at the universal level. But of course, more needs to be done to really improve the situation of millions of marginalized and disadvantaged people suffering from poverty and human rights deprivations generally. Communications procedures and ultimately judicial procedures in the field of human rights protection at the universal level remain to be achieved.

Prof. Dr. Eibe Riedel, LLB. (London), A.K.C.  
University of Mannheim

## 사회권 실현과 사법부의 역할 세미나 개요



## 사회권 실현과 사법부의 역할 세미나 개요

- 주 제: 사회권 실현과 사법부의 역할
- 발표자: 유엔 사회권위원회 위원 Dr. Eibe Riedel
- 사 회: 국가인권위원회 상임위원 유남영
- 토론자: 5명
  - 유엔 사회권위원회 위원 Virginia Bras Gomes
  - 국가인권위원회 사무총장 김칠준
  - 연세대학교 법과대학 교수 전광석
  - 대법원 재판연구관 노희범
  - 한동대학교 국제법률대학원 교수 원재천
- 일 정: 2008. 3. 12.(수, 오후 3시 10분 ~ 5시 50분)
- 장 소: 국가인권위원회 11층 배움터2
- 세부 진행 계획
  - 등 록: 오후 3:10~3:20(10분)
  - 개회사: 국가인권위원회 위원장(오후 3:20~3:30, 10분)
  - 주제 발표: Dr. Eibe Riedel(오후 3:30~4:20, 50분)
  - 휴 식: 오후 4:20~4:40(20분)
  - 자유토론: 발표자 및 토론자 (오후 4:40~5:20, 40분)
  - 질의응답: 참석자 (오후 5:20~5:40, 20분)
  - 정 리: 오후 5:40~5:50(10분)

세미나

## 사회권 실현과 사법부의 역할

Eibe Riedel

# 사회권 실현과 사법부의 역할

*Eibe Riedel*

유엔 사회권위원회 위원

독일 만하임대학교 법대교수

1. "경제적, 사회적, 문화적 권리(이하 'esc-권리')에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR)"에서 기술하고 있는 esc-권리는 국제사회에서 매우 상반된 반응을 불러 일으켰다. 미국과 같은 국가에서는 esc-권리를 결코 인권으로 인정하지 않고 대신 전적으로 국내법 차원에 일임하여 처리되어야 하는 자원의존적인(resource-dependent) 정책적 선택으로 간주하고 있다. 학계에서는 이러한 권리와 관련하여 '사법심사가가능성(justiciability)'이란 개념이 제기되었다. 더 폭넓은 의미에서 보면, '사법심사가가능성'이란 "어떠한 권리가 법원이나 기타 사법적 또는 준사법적 개체의 심사 대상이 될 수 있는 순응성(amenability)"을 의미한다. 더 광범위한 개념에는 법원에 의해 직접 실행될 수 있는 이론적 가능성도 포함될 수 있다. 지난 십 년 간 Esc-권리 위원회(CESCR)의 실제 업무에 있어서, '사법심사가가능성'은, 관습 국제법 규칙으로, 그리고 이를 비준한 국가가 인정해 온 법률 체제에 의해 생성되는 특권과 의무로 인정되어 온 최저 인권기준을 자양분으로 하고 있는 것으로 보인다. 그러나, 일정한 법원 매커니즘을 통한 특권의 시행은 국내법에 맡겨져 있다.

이와 관련하여 사법부의 역할을 논하기 전에, 이러한 논의의 논조를 정하기 위해 몇 가지 지적할 필요가 있다. 잘 알려진 바와 같이, 일부 학자와 국가에서는 esc-권리가 시민적, 정치적 권리와는 매우 다르게 취급되어야 한다고 주장하고 있다. esc-권리가 시민적, 정치적 권리와 근본적으로 다르다는 주장을 뒷받침하기

위해 주로 5가지의 논거가 제시되어 왔으며, 이러한 논거는 국가 차원에서 재판관에게 지대한 영향을 미치고 있다.

(1) "Esc-권리는 결코 인권이 아니다"

이러한 관점에 따르면, 시민적 권리와 정치적 권리만이 인권에 해당한다. 이 관점은, 인권은 단지 생명, 자유 및 재산(행복)의 보호에 영향을 주는 것으로, 이러한 권리에 의해 개인은 국가를 상대로 청구권, 즉 소극적 권리를 지닌다는 자유주의적 전통에 기반한다. 이와는 대조적으로, esc-권리는 단순히 정책 가이드라인 또는 도덕적 염원을 제시할 뿐이며 개인을 위한 개별 청구권을 명확하게 열거하고 있지는 않다. 규약에서 사용하고 있는 언어는 이러한 해석에 동의하고 있는 것으로 보인다. 심지어 어떤 이들은 한 발 더 나아가 esc-권리의 인권적 지위를 전적으로 부인한다. 이러한 관점에 의하면, esc-권리의 역할은 자선, 의회의 입법 활동 또는 기타 민주적 절차를 위한 정책적 선택으로서 취하는 것으로, 자원의 이용가능 여부에 따라 좌우되며 시간이 경과함에 따라 변화할 수 있다. 이와는 대조적으로, 시민적, 정치적 성격의 인권은 시간을 초월한 신성한 청구권으로서, 시간의 경과로 인해 변화하지 않는다.

이에 반대하는 주장에서는, ICESCR과 ICCPR이 비준 국가(ICESCR은 157개국, ICCPR은 161개국이 비준함)에 대해 법적 구속력을 지니는 기제로서, 세계인권선언(UDHR)에도 마찬가지로 명시되어 있는, 미국을 포함한 거의 모든 국가들이 동의한 인권기준을 상술하고 있다. 인권의 불가분성(indivisibility), 상호의존성(inter-dependence), 공분산성(covariance)은 모든 UN기구에서 반복적으로 언급하고 있으며, 두 부류의 권리가 모두 1993년 비엔나인권회의에서 천명한 바와 같이 인간 존엄성의 유지와 깊이 관련되어 있다는 사실을 통해 상당한 지지를 얻고 있다는 것이다. 적정 수준의 생활, 보건, 교육, 사회보장 및 일자리에 대한 동등한

접근성이 없다는, 시민적 권리와 정치적 권리는 무의미해지는 정도는 아닐지라도 크게 훼손될 것이다. 이와 관련하여, CESCR은 사회권 규약(Social Covenant)의 내용에 맞추어 권리를 유형별로 분류하여, 존중(respect) 의무, 보호(protect) 의무 및 이행 의무(fulfil)로 나누어 설명한다.

존중 의무와 관련하여, 사회권 규약의 당사국들은 자국의 개인들에게 보장된 권리에 직접 개입하여서는 안 된다. 이는 직접 시행가능하며 즉각적인 효력을 지니는 소극적 의무로서, 반드시 비용 의존적인 것은 아니다. 따라서, 시민적, 정치적 권리(cp-권리)와 같이 취급될 수 있다.

보호 의무의 경우, 당사국은 제3자에 의한 위반 행위로부터 시민을 보호하여야 하는 적극적 의무를 지닌다. 당사국이 이러한 경우에 행동을 취하지 않았다 하더라도, 해당 국가는 여전히, 규약에 의해, 다른 주체들이 기본적 esc-권리를 침해하지 않도록 하여야 할 의무를 지닌다. 예를 들어, 어떤 국가가 이전에 국가에 의해 관리되던 주택을 민영화하고 해당 민간 기업이 인상된 임대료를 지불할 수 없는 세입자들을 강제 퇴거하게 한다면, 그 당사국은 권리의 남용을 방지하는 주택 관련법을 마련해야 할 의무가 있으며, 매우 양호한 질의 대체 주택을 직접 제공하거나 민간 기업에게 퇴거 실시 전에 대체 주택의 제공을 의무화하는 방법을 통해 합법적인 강제 퇴거 전에 대체 주택이 제공되도록 하여야 한다.

사회권 규약에 의한 세 번째 의무는 '이행 의무'로서, 이행 의무에 의해 당사국은 무상 초등교육, 빈곤층에 대한 최저 사회부조급여 등과 같이 권리를 실제로 부여하고(부여하거나) 일반 국민에게 자신의 esc-권리 실현에 영향을 미치는 특정 이슈에 대해 정보를 제공하여야 한다. 예를 들어, 보건권과 관련하여, 국가는 특정 활동이 지니는 리스크에 대한 모든 가능한 정보를 제공하여야 한다. 의무의 "부여(provide)" 측면은 자원의존적이며, "정보제공(inform)" 측면은 즉각적 효과

를 지니며 비교적 자원독립적(resource-independent)이다. 상대적으로 발전 수준이 낮은 국가들과 가장 낮은 국가들도 대체로 그러한 필수 정보 서비스를 제공하고 있으며, 특히 UN 전문기구들과 프로그램이 그러한 지원을 제공하는 경우에는 더욱 그러하다. 따라서, 세계보건기구(WHO)와 UNAIDS가 HIV/AIDS 관련 정보 제공을 제안했는데도 남아프리카에서 HIV/AIDS 홍보 캠페인의 수용을 거부한 사례는 ICESCR 제12조에 의한 규약 의무의 위반에 해당한다.

이러한 구분은 CESCR의 관행에서 구체적으로 나타나며, 모든 UN 조약기구들이 특정 조약상 의무를 위해 채택하는 일련의 소위 "일반논평(general comments)"과 매 5년마다 제출되는 국가보고서에 대한 최종견해(concluding observations)에도 명확하게 정의되어 있다.

### (2) "Esc 권리는 법적 권리가 아니다"

이 두 번째 논거는 esc-권리는 사법적 프로세스의 대상이 아니거나 적어도 현재 국제법 차원에서 사법적 심사가 가능하지 않기 때문에 법적 권리가 아니라는 가정에 초점을 두고 있다. 이에 반대하는 주장에서는 사법심사가능성의 결여는 정치적 선택에 의한 것이지 국제법상 이유나 그 권리의 본질에 의한 것이 아니라고 강조한다. 또한, 루이tm 헨킨(Louis Henkin)이 1981년 설득력 있게 역설한 바와 같이, "구제책의 부재는 진정한 권리의 향유를 저해할 수 있지만 권리로서의 질을 떨어뜨리지는 않는다."

### (3) "Esc-권리는 cp-권리와 근본적으로 다르다."

세 번째 논거에서는, esc-권리가 cp-권리와 동일한 기초에서 취급된다면 esc-권리는 적극적인 국가 행동을 필요로 할 것이며 자원의 배분에 영향을 미친다고

주장한다. 기본적 전제는, cp-권리는 그와는 대조적으로 비용이 필요하지 않거나 비용 중립적이라는 것이다. ICESCR 제6조의 "근로권"에 의해 일자리를 보장한다는 것은 국가를 계획 경제의 구속에 가두거나, 위기시에는 필요한 자원이 부족하기 때문에 이행할 수 없는 무언가를 약속하는 것이며, 여하튼 간에, esc-권리의 이행은 cp-권리를 위해 지출된 비용 보다 훨씬 더 많은 비용을 필요로 할 것이다.

필자의 견해로 볼 때, 이에 반대하는 주장에서는 cp-권리도 적극적이며 때로는 값비싼 행동을 필요로 한다는 사실을 분명하게 지적하고 있다. 실제로, cp-권리의 완전한 실현은 자원의 이용가능성과 필요한 사회적 지원 구조의 개발 여부에 상당히 좌우된다" (Alston/Quim). 따라서, 법치를 보장하고 평화적 시위를 자유권으로 보호하기 위해서는 경찰력을 계속적으로 경계 상태로 배치 하여야 하므로 수백만 달러 또는 유로의 비용을 필요로 할 것이다. 그러나, 심지어 외관상으로는 비용이 불필요한 공정한 재판을 받을 권리라 할지라도, 사법제도와 적절한 교정제도를 수립하고 유지하는 데에 상당한 비용이 초래된다. 따라서, esc-권리와 cp-권리의 차이는, 본질의 차이라기 보다는, 어느 정도의 적극적 조치가 필요한가에 있는 것으로 보인다.

Esc-권리와 cp-권리를 모두 보장한다는 것은, 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)'가 Airey vs. Ireland 사건에서 강조한 바와 같이, 당사국이 cp-권리를 강력한 사회적 요소를 지닌 권리로 바꾸는 비용이 필요함을 의미한다. ICCPR 제14조를 반영하고 있는 유럽인권협약 제6조를 해석함에 있어, 법원은 "협약이 근본적으로 정치적이고 시민적인 권리를 열거하고는 있지만, 그러한 권리 중 다수가 암묵적으로 사회적, 경제적 성격도 지니고 있다"고 주장한 바 있다.

더구나, 이러한 사실을 감안하여, ICESCR는 제2조 (1)항에서, 어떠한 입법적 조

치를 의미하는 지는 명시하지 않았지만, "특히 법제의 채택을 포함하여" "모든 적절한 수단에 의한" "점진적 실현"을 분명하게 예견하고 있다. 그 결과, 제2조 (1)항이 그 조항이 법적 구속력을 지닌 의무로 심각하게 받아 들여지지 않는다면 "완강하게 거부하는 당사국들에게 탈출로"를 제공한다고 Scott Leckie는 결론지었다.

#### (4) Esc 권리의 상대성(relativity)

네 번째 논거에서는, esc-권리가 변동가능한 내용을 지닌 상대적 권리인 반면에 cp-권리는 고정된 내용의 절대적 보장 권리이므로 즉각적으로 사법심사가 가능하다고 지적한다. CESCR이 계속해서 고수하고 있는 반대 주장에서는 esc-권리도 cp-권리와 마찬가지로 변동될 수 없다고 그 변동가능성을 부인하고 있으며, 따라서 상대적으로 더 빈곤한 국가들과 더 부유한 국가들에 대해 이중 기준을 책정할 수 있다는 점도 부인하고 있다. 이와는 대조적으로, ICESCR 제2조 (1)항은 완전히 다르게 해석되어야 한다. 즉, esc-권리는 변동 불가하며, 이중적인 도덕적 기준을 두고 있지도 않고, 대신에 권리의 점진적인 완전한 실현을 기준으로 하여서만 구분을 짓고 있다. 이러한 의미에서 상대적 저개발 국가들은 자국이 권리 실현 수준이 상대적으로 낮아 향후 이용가능한 자원의 한도 내에서 esc-권리의 실현을 지속적으로 추진하기 위해 적극적으로 노력하여야 한다는 점을 입증함으로써, 특정 권리에 대한 영구적 위반 국가로 즉각 배척되는 것을 면할 수 있게 된다. 특정 국가에 대한 사실과 자료는 진전이 어느 정도 이루어졌는지를 평가하는 결정 요인이 된다.

따라서, 최저 수준의 당사국은 모든 자국민에게 가능한 모든 보건 관련 정보를 충분히 제공하도록 보장하여야 한다. 예를 들어, 음베키(Mbeki) 남아공 대통령이 HIV/AIDS가 자국에 존재하지 않으며 그렇다 하더라도 이는 퇴폐적인 서구 사회



의 산물이며 이에 대해 더 이상의 논의할 필요성이 없다고 주장하면서, WHO가 주도하고 대부분 재정을 지원하는 HIV/AIDS 캠페인을 남아공의 관련 전문기구로서 설치하기를 거부한 것은, 규약 제12조에 명시되어 있는 보건 제도, 상품 및 서비스에 대한 정보 제공 의무를 위반함으로써 동 조항에 의한 보건권을 침해한 명백한 사례다. 이후에 남아공 정부는 HIV/AIDS의 급속한 확산으로 인해 이에 대한 입장을 바꾸었다.

결과적으로, 특정 esc-권리의 완전한 실현을 위한 시한을 정할 수는 없지만, 그렇다고 해서 당사국들이 규약의 esc-권리 실현과 관련하여 원하는 대로 무한정 재량권을 행사할 수 있다는 것은 분명 아니다. 그와는 반대로, ICESCR 제2조 (1)항은, 일단 동 규약이 당사국내에서 효력을 지니게 되면, 해당 국가는 "가능한 자원의 최대한 범위 내에서" 모든 필요한 조치를 취해야 한다고 정하고 있다. 이 구절을 달리 해석한다면, 일반논평 3호에서 지적한 바와 같이, "그 의무에서 모든 의미 있는 내용을 제거하는 것"이 될 것이다. 따라서, 변동가능성 주장은 "그 목표를 향해 최대한 신속하고 효과적으로 나아가야 하는 의무를 부과"하고 있으며, CESCR는 각 esc-권리에 대한 최저 핵심 의무를 이행하는 것은 동 규약 당사국 모두의 의무라는 입장을 수 차례 강조하여 왔다. 상당수의 개인이 필수 식품, 필수 보건의료, 기본적 주거 또는 가장 기본적인 형태의 교육을 받지 못하는 국가는, 명백하게, 동 규약에 의한 자국의 의무를 이행하지 못하고 있는 것이다.

#### (5) Esc-권리의 모호성(vagueness)

끝으로, esc-권리는 상당히 모호하게 구성되어 있다는 주장이 자주 제기되고 있으며, 여기에는 cp-권리는 이와는 대조적으로 명료하다는 의미가 내포되어 있다. 그러나, 이에 반대하는 입장에서는, 모든 인권 및 기본권은 그 본질에 의해 추상적인 경향을 띠며, 따라서 차후에 법원 판결과 행정적, 입법적 조치에 의해

근사한 해석과 구체화 작업이 필요하다고 주장한다. 또한, 이는 두 유형의 권리 모두에 적용된다. 1987년 이후 150건이 넘는 국가보고서를 검토하는 작업을 통해 규약내 각 개별 권리에 대한 범주를 점진적으로 설정하였으며, 이러한 방식으로 조약 문구의 모호성을 줄일 수 있었다. 이러한 해석 작업에는, 보고 가이드라인과 지금까지 일반 및 특정 규약 의무에 대해 작성된 19건의 일반논평도 도움이 되었으며, 동일 주제에 대한 여러 학술 저서들도 뒷받침이 되었다.

종합적으로 볼 때, esc-권리가 본질적으로 cp-권리와는 전적으로 다르게 취급되어야 한다는 주장은 더 이상 설득력이 없는 것으로 보인다. 그러나, esc-권리의 형성 및 이행을 둘러싼 불확실성과 이론적 논쟁으로 인해, esc-권리는 "2류" 권리, 즉, 안정적으로 확립되어 있는 cp-권리의 "아류" 정도로 여겨지고 있다. 상당수의 논평가들은 각 esc-권리의 범주, 기능 및 내용을 신중하게 분석하기 보다는 여전히 1950년대와 1960년대의 동서간 냉전 시대에서 비롯한 논지들을 일반화하고 반복하며, esc-권리는 자유주의적 경제와 정책적 선택에 반하는 계획 및 통제 경제를 전제로 한다고 주장하고 있다. 이러한 관점은 esc-권리를 선호하는 사회주의 국가들과 (현재까지도 중국은 사회권 규약만을 비준한 상태임) cp-권리를 강조하는 서구 국가들에 의해 개진되었으며, 이 관점은 절대로 두 규약의 진정한 취지를 대변하는 것이 아니며, 오늘날 대부분이 통상적 국제법의 일부가 된 세계인권선언의 실행과 UN 헌장의 인권관련 부분에 내포되어 있는 기본적 철학을 의미하는 것도 아니다.

## 2. 관련 맥락에서 사법부의 역할

전통적으로, esc-권리는 모든 인권과 마찬가지로 그 뿌리를 국내법에 두고 있으며, 2차 세계대전 이후에야 비로소 국제 차원에서 제기되기에 이르렀다. 이후

로, 국제노동기구(ILO), 유럽사회헌장과 그 부속 의정서, 개정 유럽사회헌장, 그리고 가장 최근에는, 유럽사법재판소의 법리에 의해 개발된 기존 인권 보장을 선언하는 조항들을 제외하고는 아직까지 법률적으로는 구속력이 없는 선언 기제에 불과하여 "공동체법규(acquis communautaire)"에 속하는 '유럽연합기본권 헌장(European Union's Fundamental Rights Charter)'에 이르기까지 여러 일반 및 특정 보편적 조약 및 지역 조약에서 esc-권리들의 내용을 명확하게 규명하려는 여러 노력이 이루어져 왔다. 이와 같은 esc-권리에 대한 천명으로 인해 이제는 국제 조약 형성의 전통적 경향이 바뀌게 되었다. 국제 차원에서 이루어진 기준 합의가 거꾸로 국가 차원으로 유입되면서 국내의 학설을 변화시키고 국내 법리에 영향을 미치며 헌법 차원에서의 esc-권리 이행 문제에 관심이 집중되었다.

이는 현재 한국 법질서에서 esc-권리가 지니는 의미에도 심오한 영향을 미치고 있다. 필자는 이러한 과정에 대해서 세부적인 정보를 갖고 있지 못하며, 여러 관련 사례들이 제시되어야 할 것이다. 이후의 논의에서 개별 사례들에 대해 논해 보도록 하겠다. 그러나, 여기서 단언할 수 있는 사실은, 이러한 변화는 근본적으로 국가 차원에서 esc-권리가 인정되는 다음과 같은 세 가지 유형을 반영하고 있다는 점이다.

(1) 헌법적 권리 보장의 포괄적 또는 무계획적인 형성을 통해 채택되는 경우

(2) 인간 존엄성에 대한 언급을 모든 권리의 일차적 원천으로 폭 넓게 이해하는 것과 더불어, 헌법 구성 원칙에서 esc-권리를 폭 넓게 언급함으로써(chapeau-type broad reference) 그에 포함되는 경우

(3) 일반 법령의 수준으로 끌어 내려져서, esc-권리의 실현을 입법적, 행정적 재량의 문제이며 정책적 선택에 의해 결정되는 문제로 간주되는 경우. 앞서 설명

한 바 있는, Esc-권리는 결코 인권이 아니며 온정에 맡겨져야 한다는 관점은 오늘날 거의 찾아볼 수 없다.

유럽기본권헌장 Chapter V에 명시되어 있는 연대권(solidarity rights)을 예로 들자면, 유럽의 헌법에서는 부가적인 사회권을 자주 언급하고 있음을 알 수 있다. 그 중 소수만이 30가지가 넘는 esc-권리를 보장하고 있는 바이마르 공화국의 독일 헌법의 예를 따르고 있다. 그러나, 독일 헌법 연구에서 올바르게 지적하고 있듯이, 이러한 보장은 계획적인 의도를 선언한 것임에 지나지 않으며, 법정 판결을 통해 실제 실현 단계에까지는 절대로 이르지 못했다. 이러한 취약한 구조를 갖추게 된 이유는 기본적으로 시행 절차가 결여되어 있기 때문이다. 1949년에 독일 헌법(the Grundgesetz)이 공포되었을 때, 모든 개인의 기본적 권리를 보장하기 위해 연방법원이 헌법적 권한을 지닌다는 19세기의 개념은 사법심사가능성이라는 문제에 대한 논리적 답변인 것으로 보였다. 그러나, 헌법 문안을 작성하던 이들은 기본권을 구성하는 데에 매우 신중하였는데, 그렇지 않을 경우 모든 권리가 관련된 것으로 인식되거나 지불능력 기준(affordability criteria)의 대상으로 간주됨으로써, 위기시에는 권리가 보호되지 못하게 될 것이라는 우려 때문이었다. 이러한 이유로, 독일 헌법의 본문에는 부가적 사회권에 대한 언급이 매우 적다.

3. 그러한 포괄적 해결책을 택하지 않고 대신 세부적인 esc-권리 조항을 제시하며 최소한 UDHR과 나중의 ICESCR에 명시되어 있는 일부 권리들을 포함하고 있는 기타 유럽의 헌법에서는 특정의 esc-권리가 포함되어 있음을 보여주기 위해서, 몇 가지의 예를 들어 충분히 설명할 수 있다.

이러한 헌법에서는 상대적으로 esc-권리에 대한 언급이 적으며, 특히 그 중에서도 교육, 재산, 일자리, 사회보장 및 주택에 대한 권리는 매우 드물게 언급되고

있다. 교육권은 헌법 제24조(벨기에), 76조(덴마크), 13조(핀란드), 42조 4항(에이레), 제23조(룩셈부르크), 27조(스페인), 16조 2~4항 (그리스)에서, 재산권은 제14조(독일), 73조(덴마크), 12조(핀란드), 17조(그리스), 43조 (에이레), 116조(룩셈부르크), 33조(스페인)에서 찾아볼 수 있다. 근로권은 제15조(핀란드), 22조(그리스), 45조 2항(에이레), 제11조 (룩셈부르크) 19조(네덜란드), 58조(포르투갈), 35조(스페인)에서 채택하고 있으며, 사회보장권은 15조(핀란드), 11조(룩셈부르크), 20조(네덜란드), 63조(포르투갈), 41조(스페인)에서 채택하였다. 주택권은 제21조 4항(그리스), 65조(포르투갈), 47조(스페인)에서 채택하였다. 헌법이 1970년 이후 도입 시기가 늦을수록, 그 헌법에 포함되어 명시된 esc-권리의 수도 많다는 점에 주목할 만하다.

4. esc-권리를 실현하는 두 번째 방법은 헌법의 인간 존엄성 조항과 연계되는 매우 광범위한 헌법 조항을 채택하는 것이다. 이와 같이, 독일 헌법은 "포괄적(chapeau-type)" 해결 방안을 선택함으로써, 헌법 제20조 (1)항과 28조에 명시되어 있는 헌법의 구성 원칙 중 하나인 "사회적 국가 원칙(social state principle, Sozialstaatsprinzip)"이 헌법 제1조 (1)항에 의한 인간 존엄성과 연계되도록 하였다. 최고의 권리 조항으로서 인간 존엄성에 대한 조항은 여타의 헌법적 규범에 우선하는 것으로, 그에 따르는 더욱 세부적인 헌법적 규범에 기본 윤곽을 제시하고 있다. 따라서, 사회적 국가 원칙과 연계하여 이해하여야 하는 제1조 (1)항은 독일 헌법의 기본권 목록의 가능성을 열어 놓은 것으로, 그 목록이 전형적인 cp-권리의 해석에만 한정하지 않고 더 나아가 esc-권리의 차원까지도 확대됨을 의미한다. 그러나, 이러한 두 헌법 조항의 해석은 단지 가장 기본이 되는 사항, 핵심 생존권만을 보장하고 있으며, 기타 바람직한 사회권의 실현을 보장하고 있는 것은 아니며, 이러한 기본권은 개인의 "생존 키트"에 불과한 존재를 위한 최저 요건일 뿐이다. 이러한 의미에서 모든 헌법상 권리 보장은 그 사회적 맥락에서 해석되어야 한다. 따라서, 국가는 생존을 위한 그러한 필수 요건들을 적극적으로 보장

할 의무가 있으며, 실제로 이러한 요건들은 다수의 국가에서 사회부조 법규에 명시되어 있다. 그러나, 생존 요건에 해당하는 기본적 사회권이 우연찮게 국가부조법(National Assistance Act)에서 다루어지지 않고 있다면, 해당 개인은 연방헌법 재판소에 즉각적인 청구권을 행사할 수 있다.

ICESCR 제11조에서 보장하고 있는 "적정 수준의 생활(adequate standard of living)"은 분명히 기본적 주거, 피복, 식품, 물, 에너지, 보건의료 서비스 및 교육적 접근을 포함하고는 있지만, 그 이상은 아니다. 따라서, 사회권에 대한 특정 헌법 조항들만을 반복적으로 재인용하고 있는 법률적 이론은 요점을 놓치고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이, 독일과 같은 국가들은 이러한 포괄적인 헌법 조항을 해당 국가에 존재하는 특정 권리에 대한 텍스트와 연계하여 사용하고 있다. 예를 들어, 독일 헌법 제12조 (1)항은, "모든 독일 국민은 자신의 업종 또는 직업, 근무장소 및 훈련 장소를 자유롭게 선택할 수 있는 권리를 지닌다. 업종 또는 직업의 실행은 법으로, 또는 법에 의거하여, 규제할 수 있다"고 명시하고 있다. 연방헌법 재판소는 유명한 1972년 사건의 판결에서, 이 조항은 사회권 권리의 측면에서 해석되어야 하므로 의학대학과 같이 입학생 수를 제한하고 있는 학과의 정원 조항("numerus clauses") 때문에 입학이 거부된 응시자들의 수가 50%를 초과한다면 그 대학 교육에 대한 접근권은 주(Länder)에서 제공하여야 한다고 결정하였다. 이 판결은 해당 주에서 많은 문제를 야기하였다. 그 이후로, 독일에서는 헌법의 이행과 관련하여 헌법 제12조는 기본적으로 해당 주에서 이용가능한 자원에 대한 동등한 접근만을 보장한다는 점을 강조하는 경향이 있다.

5. 영국과 같은 기타 국가들은 이 문제를 전적으로 의회에 일임하는 쪽을 택하고 있다. Esc-권리를 다루는 여러 일반 법령이 마련되어 있지만, 궁극적으로는 의회의 우위성 원칙으로 인해 민주적으로 선출된 의원들에게 이러한 경제적, 사회적, 문화적 정책과 관련하여 정책적 선택을 할 수 있는 자유가 부여된다. 갈등

이 발생하는 경우에는, 결국에는 민주주의 원칙이 기본권 개념에 우선한다. 인권의 관점에서 볼 때 이러한 법적 해결책이 갖는 단점은, 모든 인권은 본질적으로 "신성 불가침(inviolable et sacré)"하여 한 번 인권은 영원한 인권으로 정부의 간섭을 받지 않는 것인데도, 모든 사회권 보장 내용이 단순히 의회의 결정으로 사회권을 부여하기도 하고 박탈하기도 하는 변화무쌍한 정책적 선택에 좌우된다는 점이다.

오늘날, 영국의 1998년 인권법은 cp-권리와 관련하여 이 문제를 진지하게 거론하고 있으며, 이 법을 기반으로 형성된 판례법은 의회의 권위를 존중하는 동시에 재판관들에게 인권법에 상치되는 법규에 대해 그 법을 폐기할 수 있는 직접적 권한은 아닌 위헌 판결을 내릴 수 있는 권한을 부여함으로써 균형을 이루는 방안을 모색하고 있다. 이는 진정 혁명적인 진전으로서, 이로서 영국에서의 헌법 이행이 다방면으로 변화될 수 있다. 국제적 동향에 의해 진작된 최근의 esc-권리 실현의 가장 흥미로운 특징은, 많은 국가의 법원에서 사회권 보장에 대한 모호하고 포괄적인 헌법 조항을 국제 차원의 관행에 비추어 해석하는 경향이 증가하고 있는 점과 관련이 있다. 남아공의 유명한 사건인 Grootboom(2000) 건과 Soobramoney v. Minister of Health, Kwa Zulu Natal(1997) 건은 이를 여실히 보여준다. Gootboom건의 경우, 케이프타운 인근의 빈민가 철거 구역으로부터 390명의 성인과 510명의 아동이 강제 퇴거될 예정이었다. 대법원은 퇴거 대상자들이 주거할 곳이 없어지는 상황을 예방하기 위해 대체 주택이 확보될 것이라는 설득력 있는 증거를 지방 당국이 제시하지 못했으므로 이러한 강제 퇴거 조치는 중단되어야 한다는 가처분 판결을 내렸다. 지방 당국이 기본적인 대체 주거 시설을 제공하지 않는 한, 강제 퇴거의 실행은 계속 유예된다.

Soobramoney건의 경우, 병원 이사회측은 다발성 암에 걸려 긴급하게 투석 치료를 받아야 하는 한 남성에 대해, 건강 상태는 더 나지만 투석 치료 대기자 명

단에 먼저 올려져 있는 다른 여러 환자들 때문에 투석 치료를 받을 수 없다고 결정하였다. 이에 대해, 대법원은 남아공 헌법 조항을 적용하여, 헌법에 의한 보건 서비스 및 치료 접근권은 이용가능한 자원에 대한 동등한 접근에 대한 청구권만을 부여하고 있다고 판결하였다. 병원 이사회 결정이 차별적 이유에 근거한 것이 아니고, 투석 치료 순서를 결정하는 데에 있어서도 재량권의 오용이 입증되지 않아서, 환자의 청구는 기각되었다. 그러나, 이러한 사건들에서 주목할 만한 사실은, 대법원이 판결을 내림에 있어 CESCR의 일반논평에서 비롯된 논거에 크게 의존하였다는 점이다. 엄격하게 말해서 그러한 의존은 단지 설득적 권위(persuasive authority)로 간주될 수도 있지만, 남아공 헌법 조항의 범주를 명확히 하는 데 일조한 것이 사실이다.

이 사례들은 이후 다른 여러 국가들에서도 인용되고 있다. 2003년 10월, 오사카 고등법원에서는, 이 법원이 주택권에 대한 사회권 규약 조항을 적용할 수 있는지 여부에 모든 것이 달려 있었다. 정부는 규약이 비자기집행적(non-self-executing)이므로 법원이 규약의 조항을 문제의 강제 퇴거건에 적용할 수 없으며 1968년에 일본 대법원이 내린 판결을 마찬가지로 채택하여야 한다고 주장하였다. 그러나, 일본은 1979년에 이 규약을 비준하였고, 따라서 상황이 바뀌었으며, 고등법원은 원하는 경우 그 규약 조항을 적용할 수 있다는 주장도 제기되었다. 이러한 주장의 근거로, 일본 정부가 규약 비준 이후 20년간 아무런 국내 이행 조치도 취하지 않았으며, 일본 헌법은 국제법상 의무를 존중하여야 한다고 명시하고 있으므로, 고등법원은 일본이 국제적으로 인정되는 이행 의무를 지고 있다는 점에 비추어 일본법을 시행하거나, 또는 그보다 덜 적극적이라면, 규약 조항들을 국내 부조 및 주택 관련법과 관련된 국내법규를 해석하는 도구로서 이용할 수 있다는 논지가 제기되었다.

결국, 유감스럽게도 일본 고등법원은 이러한 논지를 받아 들이지 않았다. 판결



을 내림에 있어 법률적 상황을 완전히 재평가하려는 노력이 이루어지지 않았으며, 따라서 이 문제는 대법원에 상정된 다른 사건들을 통해 해결되어야 할 것 같다. 그럼에도 불구하고, ICESCR이 한 국가의 사법부 차원에서 충분히 논의되었다는 점만으로도 획기적인 진전이라 할 것이다. 그리고, 남아공의 선례가 향후에도 이어질 지는 두고 봐야 할 문제다. 실제로, 고등법원에서 외국의 법정 고문(amicus curiae)을 초청하여 개략적인 설명을 듣고 이렇게 함으로써 국내 차원에서 국제법에 대한 논의를 하였다는 사실은 매우 주목할 만하다. 국내 법정에서 절대로 일어나서 안 되는 일은, 당사국이 지니는 국제적으로 인정된 의무가 차후의 법정 조치로 인해 훼손되는 것이다. 즉, 그러한 국제법상 의무가 직접 이행되지는 못하더라도, 국내법은 해당 국가가 자국의 국제적 책임을 저버리지 않고 결과적으로 국내법규가 비준한 국제인권기체에 의한 의무에 항상 부합하도록 해석되어야 한다.

6. 다른 국가들도 동 규약을 해석 도구로서 사용하여 왔다. 2003년, 호주 연방 법원은 노조에 대한 판결에서, 부정적 결과의 피해를 입지 않고 노조에 가입할 수 있는 권리에 관한 호주의 법 조항들은 "사회권 규약에 의해 호주가 부담하는 국제적 의무에 부합하도록 해석하여야 한다"고 지적하였다. 더 나아가, 1995년의 Teoh건에 대해서는, 행정적 결정을 내리는 책임자들은 호주가 당사국인 조약의 관련 조항들이 호주 국내법에 포함되어 있지 않은 경우라 하더라도 그 조항들을 고려하여야 할 의무가 있다고 판결하였다.

프랑스의 경우, 노동권과 사회보장 지급금에 관하여 대법원(Cour de Cassation) 차원에서 규약의 특정 조항들에 근거하여 판시한 사건들이 여럿 있으며, 법원은 판결을 내리면서 규약의 제2조 (2)항과 7조를 참조하였음을 분명히 하였다. 또 다른 사건에서는, 주택권에 의한 강제 퇴거와 관련하여 ICESCR 제11조가 거론되었다. 그러나, 규약의 조항에 의존하는 일은 상대적으로 드문데, 그 이유는 주로 법

원이 익숙한 법규에만 근거하여 판결을 내리려고 하기 때문이다.

독일에서는 ICESCR 보장 내용을 참조하는 일이 점차 줄어들고 있는데, 그 이유는 동일한 이슈를 다루고 있는 국내 법규가 존재하기 때문이라고 한다. 예를 들어, 프랑크푸르트의 강제 퇴거건에 대해, 법원은 지방 당국에 의해 대체 주거지가 제공되는 경우에 한하여 강제 퇴거 조치를 취할 수 있다고 판결하였다. 그 결과, 한 경우에는, 퇴거 주민들을 저렴한 호텔에 묵게 하여 숙소를 해결하였으며 그 숙박비는 지방 당국이 부담하였다.

위에서 논의한 여러 국가의 사례들을 살펴 보면, 모두 규약의 직접적 적용을 매우 주저하고 있음을 알 수 있으며, 생존에 필요한 요건들의 절대적인 최저 보호만을 다루고 있는 경향이 드러난다.

그러나, 사회권 규약 당사국의 법원과, 무엇보다도, 대법원은 앞으로는 더욱 과감하게 행동하여야 한다고 지적하고 싶다. 우리가 바라는 바는 생각할 수 있는 모든 사회적 축복이라는 거대하고 화려한 꽃다발이 아니라, 단지 생존에 필요한 최저 생존 수준("existence minimum")을 보장하는 핵심 사회권의 실현을 위한 기본적인 지원망이다. 모든 사람은 인간다운 삶을 영위하기 위해 필수 불가결한 이러한 핵심 사회권을 향유할 수 있는 권리가 있다. 그러한 기본권은 기타 자유권과 절대로 다를 수 없다.

2008년 3월 5일

Implementation of International ESC–Standards at  
National Level and the Role of the Judicial  
Branch (Constitutional Courts and Lower Courts)

Seminar at the NHRCK March 2008

by Eibe Riedel

# Implementation of International ESC–Standards at National Level and the Role of the Judicial Branch(Constitutional Courts and Lower Courts)

Seminar at the NHRCK March 2008

by Eibe Riedel

1. Economic, social and cultural rights(esc-rights), as laid down in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), have received a very mixed reception in the international arena. Some states, like the United States of America, do not recognize esc-rights as human rights at all and regard them as resource-dependent policy choices that should be left entirely to the domestic law level. In the literature, the notion of justiciability is raised in relation to such rights. In a wider sense, justiciability refers to "a right's amenability to be subjected to the scrutiny of a court of law or another judicial or quasi-judicial entity". A wider notion would embrace the theoretical possibility of being potentially applied directly by a court of law. In the practice of the Committee on esc-rights (CESCR) during the last decade, justiciability is seen to feed from the minimum human rights standards that have been accepted as customary international law rules, as entitlements and obligations created by a legal regime which states upon ratification have accepted. Enforcement of entitlements through particular court mechanisms is ,however, left to the level of domestic law.

Before discussing the role of the judicial branch in this respect, a few comments are needed to set the tone of the debate. As is well-known, some authors and states

maintain that esc-rights have to be dealt with very differently than civil and political rights. Basically five arguments are brought forward to underline the assertion that the esc-rights are fundamentally different from civil and political rights, thus having profound effect on the role of the judges at the national level.:

(1) "Esc- rights are not human rights at all"

According to this view, only civil and political rights are human rights. The view is based on the liberalist tradition that human rights affect only safeguarding life, liberty and property (happiness), whereby the individual has claim rights vis-à-vis the state, or negative rights. By contrast, esc-rights merely state policy guidelines or moral aspirations, but do not explicitly lay down individual claim rights for individuals. The language used in the Covenant texts seems to favour such an interpretation. Some go even further and deny esc-rights the status of human rights altogether. According to this view, the role of esc-rights is taken by charity, policy options for parliamentary legislative acts or other democratic processes, subject to the availability of resources, and subject to changes over time. Human rights of the civil and political nature, by contrast, are timeless and sacred claim-rights, not subject to changes in time.

The counter arguments stress the fact that both the ICESCR and the ICCPR are legally binding instruments for those states having ratified them ( 157 the ICESCR,<sup>161</sup> the ICCPR), spelling out the human rights standards, conjointly elaborated in the UDHR, to which nearly all states, including the USA have consented. The indivisibility, inter-dependence and co-variance of all human rights has been repeatedly stated in all United Nations bodies, and gains credibility through the fact that both sets of rights deeply relate to the preservation of human dignity, as was

declared in the Vienna Conference on Human Rights in 1993. Without the right to an adequate standard of living, health, education, social security and equal access to available work, civil and political rights would also suffer, if not rendered meaningless. For this reading, the CESCR has elaborated a typology of rights that should be read into the text of the Social Covenant, namely obligations to respect, protect and fulfil.

With regard to obligations to respect, the states parties to the Social Covenant must refrain from directly interfering with the rights guaranteed to its individuals. It is a negative obligation, directly applicable, of immediate effect, and one which is not necessarily cost-dependent. It can, therefore, be treated like any CP-right.

With regard to the obligation to protect, the state party has the positive obligation to protect citizens from violations occasioned by third parties. Although the state party itself has not acted in this case, it still remains under the Covenant obligation to see to it that other actors do not infringe basic esc-rights. For example, if a state privatizes housing previously managed by the state, and private companies institute forced evictions of tenants that cannot pay increased rents, the state party remains under an obligation to regulate housing legislation preventing abuses of rights, and the state has to see to it that alternative housing is provided prior to lawful forced evictions, either by providing such alternative housing of very modest quality itself, or requiring private actors to do so before evictions can be executed.

In the third variety of obligations flowing from the Social Covenant, the obligation to fulfil,

states parties either have to actually provide the rights, such as guaranteeing free primary education, minimum social assistance benefits for the destitute, and/ or inform

the public about certain issues affecting their esc-rights realization. For example, with regard to the right to health, the state will have to provide available information concerning the risks of certain activities. While the "provide" aspect of the obligation will be resource-dependent, the "inform"-aspect will be of immediate effect and relatively resource-independent. Even lesser and least developed states are generally in a position to provide such essential information services, particularly when the United Nations specialized agencies and programmes offer to provide such assistance. Thus, the refusal to accept HIV/AIDS information campaigns in South Africa, when the World Health Organization and UNAIDS had offered to provide information would represent a violation of Covenant obligations under article 12 of the ICESCR.

All these distinctions have been elaborated in the practice of the CESCR, and pinned down in a series of so-called "general comments" which all UN treaty bodies have adopted for specific treaty obligations and in concluding observations to the state reports submitted at five year intervals.

## (2) ESC-Rights are not legal rights

The second line of argument focuses on the assumption that esc-rights are not legal rights, because they do not lend themselves to judicial process, or at least, are presently not justiciable at the international law level. The counter-arguments stress that the lack of justiciability is caused by political choices, not by reasons of international law, or by the nature of these rights. Moreover, as Louis Henkin cogently put it in 1981: "the absence of remedies may weaken the real enjoyment of rights but does not derogate from their quality as rights."

### (3) ESC-rights are fundamentally different from CP-rights

The third line of arguments alleges that esc-rights, if treated on the same footing as cp-rights, would require positive state action and affect the allocation of resources. The underlying assumption is that cp-rights, by contrast, are cost-free or cost-neutral. To guarantee places of work under the "right to work" in article 6 ICESCR would put the state in a planned economy straightjacket, or would promise something which, in times of crises cannot be fulfilled, because the necessary resources might be lacking, and that, in any event, esc-rights' implementation would cost a great deal more than the costs expended for cp-rights.

The counter-arguments in my opinion validly point to the fact that cp-rights also require positive and sometimes costly action. "The reality is that the full realization of cp-rights is heavily dependent on the availability of resources and the development of the necessary social supporting structures" (Alston/Quinn). Thus, in order to guarantee the rule of law and to protect the peacefulness of demonstrations as a freedom right may require millions of dollars or Euros for putting police forces on the alert. But even the seemingly cost-free right to a fair trial, on closer analysis, involves incurring considerable costs for establishing and maintaining a functioning judicial system and an adequate penitentiary system. The difference, then, between esc-rights and cp-rights would appear to be only a matter of degree of required positive action, rather than a difference in substance.

Guaranteeing both esc-rights and cp-rights does involve costs for the state party, changing even cp-rights into rights with a strong social component, as the European Court of Human Rights has stressed in its Airey vs. Ireland case. In interpreting article 6 of the European Convention on Human Rights which mirrors Article 14



ICCPR the Court held:” Whilst the Convention sets forth what are essentially political and civil rights, many of them have implications of a social or economic nature” as well.

Moreover, in recognition of that fact, the Covenant in Article 2(1) ICESCR clearly only foresees “progressive realization”, “by all appropriate means”, “including particularly the adoption of legislation”, without specifying which legislative measures might be meant. Consequently, Scott Leckie has concluded that Article 2(1) provides “an escape hatch for recalcitrant state parties”, if that provision is not taken seriously as a legally binding obligation.

#### (4) Relativity of ESC-rights

The fourth line of arguments points out that esc-rights are relative rights with a variable content, while cp-rights are absolute guarantees with a fixed content, rendering them immediately justiciable. The counter-argument, which the CESCR has adhered to constantly, denies the variability of esc-rights just as cp-rights, and also denies that that thereby a double standard might be created for poorer and richer states. Article 2(1) ICESCR, by contrast, has to be read quite differently: esc-rights are not variable, nor lay down a double standard of morality, but instead make the distinction merely based on progressive full realization of rights. Only in that sense can less developed states escape being ostracized off-hand, as permanent violators of particular rights, by having to show that from their relatively modest level of rights’ realization, they are enjoined to make serious efforts to ameliorate the further realization of esc-rights over time, within their available means. The facts and data of a particular state determine to what extent progression can be measured, no more.

Thus, state parties at the very minimum must guarantee to all citizens to fully inform them about available health information. For example, when South African President Mbeki refused to establish the HIV/AIDS campaign propagated and largely financed by the WHO as the relevant specialized agency in South Africa, because that disease allegedly did not exist in that country, but if anything, was a product of a decadent Western society, meriting no further debate in South Africa, this clearly constituted a violation of the right to health under Article 12 of the Covenant, in the form of an obligation to inform about health institutions, goods and services, as outlined above. The South African government has since altered its opinion on this matter, in the light of the awesome figures of the spread of that disease.

As a result, no specific time frame for the full realization of a particular esc-right can be made out, but it certainly does not follow from this assertion that states consequently have unfettered discretion to do as they please when it comes to realizing esc-rights of the Covenant. On the contrary, Article 2(1) ICESCR requires a state party to take all measures necessary "to the maximum of its available resources", once the Covenant has become operative for that state. To take a different reading of those words would be "depriving the obligation of all meaningful content", as was said in General Comment No.3. The variability argument thus "imposes an obligation to move as expeditiously and as effectively as possible towards that goal", and the CESCR has repeatedly confirmed its view that the satisfaction of at least the minimum core obligations of each of the esc-rights is incumbent upon every state party to the Covenant: "A state in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education, is, prima facie, failing to discharge its obligations under the Covenant.

#### (5) Vagueness of ESC-rights

Lastly, it is frequently contended that esc-rights are particularly vaguely formulated, implying that cp-rights, by contrast, are as clear as a mountain lake. But the counter-arguments stress that all human or fundamental rights, by their very nature, tend to be formulated in the abstract, needing subsequent close interpretation and concretization by court pronouncements and administrative and legislative acts. And this goes for both types of rights. The practice of examining well over 150 state reports since 1987 has gradually delineated the scope of each individual Covenant right, thus reducing the vagueness of the treaty formulation. This process of interpretation has also been helped by the elaboration of reporting guidelines and so far 19 general comments on general and specific Covenant obligations, and has also been supported by many academic writings on the topic.

In sum, then, the assertion that esc-rights, by their very nature, merit a totally different treatment than cp-rights, seems no longer tenable. But the uncertainties and doctrinal controversies surrounding esc-rights formulation and implementation have a done a lot to regard these rights as "second class" rights, as the "poor relatives" of the well-established cp-rights. And many commentators, rather than analysing carefully the scope and function and content of each esc-right, still generalize and utilize arguments stemming from the years of cold war between East and West in the 50-ies and 60-ies of the last century, alleging that esc-rights pre-suppose planned, directed economies which would counteract liberal economy and policy choices. Although this view was enhanced by Socialist states preferring esc-rights (China even today only ratified the Social Covenant), and Western states emphasizing cp-rights, that view never represented the real thrust of both Covenants, nor the practice of the Universal

Declaration of Human Rights that by now is largely part of customary international law, nor the philosophy underlying the human rights references in the UN Charter.

## 2. The role of the judicial branch in this context

Traditionally, esc-rights, like all human rights had their roots at the domestic law level, and were raised to the universal level only after the second World War. Since then, numerous attempts have been made to spell out the content of those rights in general and specific universal and regional treaties, such as those elaborated in the International Labour Organization (ILO), or in the European Social Charter and its Protocols, the Revised European Social Charter, and most recently, in the European Union's Fundamental Rights Charter, which legally speaking as yet represents only a non-binding declaratory document, except for those provisions declaring existing human rights guarantees as developed by the jurisprudence of the European Court of Justice, and thus belonging to the "acquis communautaire". All these esc-rights pronouncements have now begun to reverse the traditional trend of international treaty-making: consensus on standards achieved at the international level now flows back to the national level, thereby changing domestic doctrine, influencing domestic jurisprudence, and forcefully drawing attention to the issues of implementation of esc-rights at the constitutional law level.

This now affects the relevance of esc-rights in the Korean legal order in a profound way:

I cannot go into great details of this process, and many examples would have to be given. We can discuss individual examples in the discussion following this. However,

the way this has happened basically reflects three types of recognition of esc-rights reception at the national level:

(1) either by being taken up in comprehensive or haphazard formulations of constitutional rights guarantees, or

(2) by being referred to by chapeau-type broad reference to esc-rights in constitutional structure principles, coupled with a broader understanding of human dignity references as the primary source of all rights, or

(3) by being relegated to the level of ordinary statutes, leaving esc-rights realization as matters for legislative and administrative discretion, subject to self-set policy choices. The view that esc-rights are not human rights at all, as indicated above, and should be left to charity is only rarely propagated these days.

Taking the example of the solidarity rights, laid down in Chapter IV of the European Fundamental Rights Charter as an example, it can be seen that European constitutional texts abound with incidental social rights references. Only very few of them have followed the example of the Weimar republic's German Constitution, which contained more than 30 esc-rights promises. But as German constitutional law doctrine has rightly pointed out, these guarantees were no more than programmatic statements of intent, never reaching the level of active realization through court pronouncements; they could merely serve as indicators for legislative action. And the reason for such weak formulations lay essentially in their lacking implementation procedure. When the German constitution (the Grundgesetz) was promulgated in 1949, the nineteenth century notion of a Federal Court with constitutional law competencies to guarantee basic rights for every afflicted individual was seen as the logical answer to the issue

of justiciability. But the framers of that constitutional text were very cautious in formulating basic rights, fearing that otherwise all rights might be relativated or rendered subject to affordability criteria, which in times of crises would negate rights protection. So only very few incidental social rights references can be made out in the text of the Constitution, the Grundgesetz.

3. To witness this piecemeal formulation of esc-rights in the text of other European constitutions that did not opt for such a comprehensive solution, but instead provided specific esc-rights provisions, covering at least a few of the rights laid down in the UDHR and later the ICESCR, some examples may suffice:

Relatively few esc-rights references will be found in these constitutions, foremost amongst them the rights to education, property, work, social security and housing. The right to education can be found in Constitution Article 24 (Belgium), § 76 (Denmark), §13 (Finland), Article 42, section 4 (Eire), Article 23 (Luxemburg), Article 27 (Spain), Article 16, section 2-4 (Greece), and the right to property in Article 14 (Germany), § 73 (Denmark), §12 (Finland), Article 17 (Greece), Article 43 (Eire), Article 116 (Luxembourg), Article 33 (Spain). The right to work was taken up in Article 15 (Finland), Article 22 (Greece), Article 45 section 2 (Eire), Article 11 (Luxembourg), Article 19 (Netherlands), Article 58 (Portugal), Article 35 (Spain); the right to social security was taken up in § 15 a (Finland), Article 11 (Luxembourg), Article 20 (Netherlands), Article 63 (Portugal) and Article 41 (Spain). The right to housing was taken up in Article 21 sect.4 (Greece), Article 65 (Portugal) and Article 47 (Spain). It is to be noted that the later the constitution is formulated after 1970, the more esc-rights tend to be incorporated and spelled out in detail in the constitutional document.

4. The second method of esc-rights realization is the adoption of a very broad constitutional provision linked to the human dignity clause of the constitution. Thus, the German Grundgesetz opted for a "chapeau"-type solution whereby one of the structure principles of the constitution, the "social state principle" (Sozialstaatsprinzip) as laid down in Articles 20(1) and 28 of the Constitution, is linked to the human dignity clause of Article 1(1) of the Grundgesetz. The dignity clause as the supreme rights clause overrides any other constitutional norm and thus gives contour to the more specific constitutional norms following immediately. Article 1(1), read in conjunction with the social state principle, therefore, opens up the fundamental rights catalogue of the Grundgesetz and extends the meaning of that catalogue beyond the typical cp-rights interpretation, to cover esc-rights dimensions. But this interpretation of these two constitutional provisions merely guarantees the bare minimum, merely the core essential survival rights, not any desirable social right level realization, but merely the existential minimum, no more than the "survival kit" for any individual. Only in this sense should every constitutional rights guarantee be read in its social dimension. The state thus is under a constitutional obligation to guarantee positively those essential requirements for survival which in practice are spelled out in social assistance legislation in many countries. But if by any chance a fundamental social right belonging to the survival requirements were not to be covered in the National Assistance Act, then the individuals concerned would retain an immediate claim right before the Federal Constitutional Court.

In relation to the "adequate standard of living" which Article 11 ICESCR promises, this would certainly cover the provision of elementary housing, clothing, food, water, energy, health care services and educational access, but no more. So legal doctrines which very often only recite specific constitutional provisions of social rights rather

miss their point. As was seen, countries like Germany use this chapeau-type constitutional provision in conjunction with specific rights texts wherever they exist. Thus, for example, Article 12(1) of the Grundgesetz postulates that "all Germans shall have the right freely to choose their occupation or profession, their place of work, and their place of training. The practice of an occupation or profession may be regulated by or pursuant to a law". The Federal Constitutional Court, in a famous case of 1972 decided that this provision must also be read in such a social rights dimension that access to university study must be provided by the states (Länder) provided that the number of refused applicants for "numerus clausus" subjects like medicine exceeds more than fifty per cent. This decision caused a lot of problems for the Länder concerned. Since then, constitutional law practice in Germany tends to confirm that Article 12 GG, in essence, only guarantees equal access to the available resources for that state.

5. Other states, like Britain, prefer to leave this issue entirely in the hands of Parliament. Numerous ordinary statutes exist, dealing with esc-rights, but ultimately, the doctrine of the supremacy of Parliament requires that the democratically elected members of Parliament should remain free in making their policy choices regarding these economic, social and cultural policies. In cases of conflict, the democracy principle should ultimately prevail over fundamental rights notions. The disadvantage of this statutory solution from a human rights perspective is that all social rights guarantees then become subject to changing policy choices that can grant or take away social rights by simple parliamentary decision, whereas all human rights by their very nature are "inviolable et sacré", once a human right, always a human right, not subject to governmental interference.



The British Human Rights Act of 1998 now raises this issue squarely in relation to civil rights, and the developing case law on that Act is seeking to strike a balance between respecting parliamentary sovereignty while empowering judges to declare unconstitutional certain legislative enactments incompatible with the Human Rights Act, but without direct power to quash the enactment. This is a truly revolutionary development and may change the constitutional practice in the United Kingdom in many ways. The most interesting feature of recent civil rights realization inspired by international developments relates to the increased court practice in many countries, which is beginning to interpret the often vague and general constitutional provisions on social rights guarantees in the light of practice at the international level. The famous South African cases of *Grootboom* (2000) and *Soobramoney v. Minister of Health, Kwa Zulu Natal* (1997) illustrate that point clearly. In the *Grootboom* case, 390 adults and 510 children were to be forcibly evicted from a slum clearance area near Cape Town. The Supreme Court on an injunction decided that these eviction measures were stopped because the local authority had not given convincing evidence that alternative housing to prevent homelessness would be secured. As long as the local authority could not provide elementary alternative housing facilities, the execution of the eviction order would be stayed.

In the *Soobramoney* case a hospital board had decided that a man suffering from multiple cancer and who was in urgent need of dialysis treatment, could not get that treatment owing to the fact that many other candidates for dialysis with a better health prognosis had been accorded higher priority on the waiting lists. The Supreme Court, in applying a South African constitutional clause held that access to health services and treatment under the Constitution only provides for a claim right to equal access to available resources. Since the directors' decision was not based on

discriminatory grounds, and since no errors of discretion in allocating the few dialysis places could be proved, the claim was dismissed. The remarkable fact of these cases is, however, that the Supreme Court, in rendering its decisions, squarely relied on arguments taken from the General Comments of the CESCR. Although, strictly speaking, such reliance can only be regarded as persuasive authority, it did help to clarify the scope of South African constitutional law provisions.

These cases have since been cited in many other jurisdictions. Thus in October 2003, before the Osaka Appellate Court everything hinged on the question whether the court could apply the Social Covenant provision the right to housing. The Government had pleaded that since the Covenant was non-self-executing, the court could not apply the Covenant provisions to the case of forced evictions at issue, and furthermore, relied on a Japanese Supreme Court decision of 1968 to the same effect. However, it was argued that Japan had ratified the Covenant only in 1979, so that a new situation had arisen, and that the appeal court, if it so wished, could apply the Covenant provisions: because 20 years had elapsed without the government taking any domestic implementation steps, and since the Japanese Constitution provides that international law obligations must be honoured, it could be argued that the appeal court itself could apply the Japanese law in the light of Japan's internationally accepted implementation obligation, or, if less activist-minded, could at least use the Covenant provisions as interpretation aids of domestic rules relating to national assistance and housing legislation.

The Court of Appeal ultimately did not follow that line of arguments, regrettably. The decision handed down did not take the chance for a complete reassessment of the legal situation, and so this question will have to be settled in other cases before

the Supreme Court. Nevertheless, it is a remarkable development that the ICESCR was fully discussed at the national judicial level. And it ultimately remains to be seen whether the South African precedent will be followed in future. As it is, it was quite remarkable that a higher court invited a foreign amicus curiae to present a brief, thus opening discussion of international law at the domestic level. The least that can be expected from domestic courts, is that the state party's internationally accepted obligations are not derogated by subsequent court action; it means that although without direct implementation of those international legal obligations, national laws should be read in such a way that the state does not violate its international commitments, and that domestic legislation, consequently, should be interpreted always so that it is consistent with the ratified international human rights obligations of that state.

6. Other jurisdictions have also used the Covenant as an interpretation tool. Thus, in 2003, the Federal Court of Australia , in its decision on Trade Unions stated that Australian law provisions such as the right to join an union without attracting adverse consequences "should be construed conformably with Australia's international obligations under the...Social Covenant". In the Teoh Case of 1995 the court went even further, holding that administrative decision makers are required to take into account relevant provisions of a treaty to which Australia is a party, notwithstanding that those provisions are not part of Australian domestic law.

In France, there have been several cases at the level of the Cour de Cassation where specific articles of the Covenant were relied upon, concerning labour rights and social security payments, and the court, in coming to its decision, made explicit reference to articles 2(2) and 7 of the Covenant. In another case, Article 11 ICESCR was raised, concerning forced evictions under the right to housing. Still, reliance on

Covenant provisions is relatively rare, because courts frequently try to decide the cases on the basis of legislative enactments only, to which they are accustomed.

In Germany, there have been even fewer references to ICESCR guarantees, allegedly because the courts can find legislative provisions covering the same issue. For example, in forced eviction cases in Frankfurt, the court held that such measures could only be taken, if alternative housing was provided by the local authority. As a result, in one case, accommodation for the evictees was found in cheap hotels paid for by the local authority.

All the cases discussed in the various jurisdictions are very hesitant in applying the Covenant directly, and in any event, only the absolute minimum protection of the survival requirements will be covered.

It is submitted, however, that the courts and above all supreme courts of member states of the Social Covenant should be bolder in future, because after all, we are not talking about a grand, extravagant bouquet of every conceivable social blessing, but merely about an elementary supporting net for the realization of core social rights, guaranteeing not more than the minimum subsistence level, necessary for survival (the "existence minimum"). Every person is entitled to these core social rights, indispensable for leading a life in dignity. Such basic rights in no way differ from other freedom rights.

사회권 실현과 사법부 역할 세미나  
토론문 및 답변

# 1. 연세대학교 법과대학 전광석 교수 토론문

## I. 사회권의 사법적 실현에 관한 논의가 갖는 일반적인 의미

1. 리들교수가 제시한 사회권에 관한 이해에 있어서의 5 가지 특징 중 사회권이 인권이 아니라든가 혹은 사회권이 법적 권리가 아니라는 인식은 우리나라에서는 없다. 또 실제 사회권 규약을 우리 정부가 비준하였기 때문에 사회권 규약은 국내법으로서의 효력을 갖는다.

2. 그러나 사회권 규약은 특히 자유권과 비교하여 실현구조가 다르고 상대적인 권리이며, 또 내용이 모호하다는 이해는 여전히 존재한다. 그리고 그 결과 사회권이 국내법으로서의 효력을 갖지만 직접 적용에는 한계가 있는 것이 현실이다. 이론적으로도 그러한지에 대해서는 논의가 필요하다.

3. 이와 같은 상황에서 리들교수께서 사회권의 사법적 실현의 다양한 가능성과 외국의 예를 소개한 것은 사회권을 실현하는 데에 중요한 시사점을 준다.

## II. 논점

아래에서는 다음과 같은 토론자의 논점을 제시하고 리들교수의 견해를 듣도록 하겠다.

1. 사회권과 자유권의 구조적인 차이
2. 사회권의 사법적 실현의 가능성
3. 사회권의 인권, 그리고 법적 권리로서의 의미; 민주주의와의 관련성

## III. 사회권과 자유권의 구조적인 차이

리들교수가 들은 두 가지 예를 중심으로 이 문제에 접근해 보자.

### 1. 예 1; 적절한 주거생활을 할 권리

(1) 주거가 개인 생활의 가장 기본적인 수요라는 점에서 이를 보호하여야 한다는 요청은 명확하다. 이는 인권이며, 또 법적 권리이다.

(2) 그러나 어떠한 상황이 “적절한” 주거인가, 이를 어떠한 “방법”으로 실현할 것인가에 대해서는

1) 규약 자체가 직접 규정하는 것은 불가능하다. 이는 핵심적인 내용에 대해서도 마찬가지이다. 리들교수가 예를 들은 최저생활보장과 관련된 사안도 마찬가지이다. “극단적으로 보면” 최저생활보장이 리들교수가 예로 들은 국민부조법을 통하여 실현되어야 하는 필연성이 있는 것은 아니다(자유권에 대해서는 해석의 여지가 있을 뿐 규약 자체가 최종적인 결정을 한다는 점에서 자유권과 다르다)

2) 적절성의 개념은 한 사회의 경제.사회.문화적 발전에 어느 정도 종속된 개념이며, 따라서 “가변적”이고, 또 이는 국가의 재정능력(국민의 조세부담능력)에 종속된 문제이기도 하다. 따라서 “상대적”이다(자유권은 개념 자체가 가변적인 것이 아니라 해석에 의하여 내용이 변화하는 것이다. 자유권이 국가의 재정능력 등에 종속된 개념이 아니다). 이는 동시에 사회권의 내용이 모호하다는 평가를 받는 이유이기도 하다. 이때 “모호”의 개념은 자유권과의 구조적인 차이를 나타내는 표현이다. 자유권에 사용되는 개념도 모호하지만 (법원의) 해석에 의하여 명확해 진다. 그러나 사회권은 또 다른 결정에 의하여 구체화된다.

## 2. 예 2: 집회의 자유

(1) 리들 교수는 집회의 자유의 예를 들어 사회권과 자유권의 차이가 없다는 논증을 하고 있다.

(2) 즉 집회의 자유는 단순히 집회에 국가가 개입을 하지 않는 것(respect)으로 보장되는 것이 아니며 평화적인 집회를 위하여 집회방해를 제거하거나 집회간의 충돌을 예방할 수 있을 때 비로소 실현될 수 있다는 것이다(protect, fulfil). 이 요청 자체는 타당하다. 헌법학에서는 이를 (독일 헌법의 영향을 받아) 기본권의 이중적 성격이라고 부르고 있다. 즉 자유권은 국가의 불개입 뿐 아니라 자유권을 행사하기 위하여 필요한 주변 상황에 대한 적극적인 보호를 요구한다는 것이다. 그렇다면 국가의 적극적인 행위를 요구한다는 점에서 사회권과 자유권은 차이가 없다는 것이 리들 교수의 논거이다.

(3) 그러나 지금 문제가 되는 것은 사회권의 인권으로서의 성격, 그리고 법적 성격에 대한 일반적인 논의가 아니다. 사회권의 사법적 권리구제가 주제이다. 그런데 집

회의 자유와 관련하여 개인이 국가의 불개입을 요구할 수 있는 청구권을 갖지만 이것을 넘어서서 경찰력의 확충 혹은 권의 발동 등을 청구할 수 있는 구체적인 청구권이 있지는 않다. 즉 이 경우 국가의 의무와 국민의 권리는 비대칭의 관계에 있다.

(4) 그렇다면 집회의 자유의 적극적인 내용이 사법적 권리구제의 가능성이 없기 때문에 집회의 자유가 인권, 그리고 법적 권리가 아니라고 할 것인가?

#### IV. 사회권의 사법적 실현의 가능성

그러면 사회권의 사법적 실현가능성은 없는가? 토론자는 이러한 가능성이 전혀 없다고 보지는 않는다. 그리고 이 점이 리들교수의 논문이 우리에게 중요한 기여를 한다고 본다. 다음과 같은 경우의 수를 나누어 보도록 하자. 이는 어떻게 보면 리들교수의 논문을 재구성 하는 의미를 갖는다.

이론적으로 보면 사회권의 내용과 실현방법을 명확히 규정하고 있는 경우에는 사법적 권리구제의 가능성이 있다. 그러나 국제규약에서 이러한 입법기술을 사용하는 것은 불가능하다. 사회권의 기본적인 내용과 실현방법은 각국의 특수성에 유보되어야 할 것이기 때문이다. 따라서 대부분 국제규약은 목표지향점을 제시하고 현실이 허용하는 범위에서 점진적으로 실현되도록 하는 입법기술을 사용한다.

토론자는 리들교수와 같이 규범을 중심으로 사회권의 사법적 실현가능성을 분류하는 것은 정치적 의미가 크지만 사법적 권리구제와 관련하여 얼마나 의미가 있는지의 의문이다. 리들교수는 사회권의 최소핵심내용을 국제관습법에 해당하는 것으로 수용하고 사법적 심사의 가능성을 인정하는 듯 하다. 그러나 과연 각국이 처한 사실적 및 규범적 상황의 차이에도 불구하고 모든 국가에 통일적으로 적용될 수 있는 관습법이 형성될 수 있겠는가? 토론자가 아는 범위에서는 급부법의 영역에서 국제관습법의 존재를 부인하는 것이 일반적인 견해라고 보인다. 우리 헌법상 국제관습법은 일반적으로 승인된 국제법규에 해당하며, 이는 특별한 국내법적 변형의 절차를 거치지 않고 국내법적 효력을 갖는다. 따라서 리들교수의 문제제기는 토론자는



회의적이지만 그러나 견해를 듣고 싶은 매우 흥분되는 문제의 제기이다.

사법적 권리구제의 가능성은 규범의 상황이 아니라 규율대상인 상황을 중심으로 분류될 수 있다. 다음과 같은 두 가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 문제가 된 규약상의 권리를 실현하기 위하여 필요한 조치를 전혀 취하지 않은 경우이다. 이에 대해서는 법원이 국내법적 효력을 갖는 국제인권규약의 존재를 인식하고 이를 충실히 실현할 의지가 있다면 사법적 권리구제가 가능하다. 남아공의 Grootboom 판례는 이러한 유형에 해당한다. 반면 남아공의 Soobramoney 판례는 어떠한 국가기능이 문제가 되었는지 명확하지 않다. 이른바 protect를 통한 사회권의 실현이 문제가 된 예라면 제3자에게 의무를 부과하여 사회권을 사법적으로 실현하는 데에 한계가 있다는 것을 보여주는 또 다른 예이다. 이때 법원이 공적 기관이라면 사실상의 상황이 규약의 규범력을 실현하는 데에 한계로서 작용하는 예가 된다.

둘째, 문제가 된 규약 상의 권리를 실현하기 위하여 필요한 조치를 취했지만 청구인의 입장에서 보기에 해당 조치의 내용이 불충분, 부적합하다고 주장하는 경우이다. 이 경우 국내법적으로는 국제규약의 내용을 형성할 권한의 분배에 관한 문제가 제기된다. 그리고 이 경우 법원이 입법적 및 행정적 결정을 폐기하고 스스로 입법자의 지위에 서게 될 가능성은 지극히 희박하다. 리들교수가 예로 들은 대학입학정원에 관한 독일연방헌법재판소의 결정도 예외가 아니다. 연방헌법재판소가 이른바 직업의 자유를 참여권으로 해석하여 직업의 자유의 효력을 강화하기는 했지만 여기에 이른바 사실상의 유보(im Rahem des Moeglichen)라는 제한을 부여하여 사회권에 대한 사법적 권리구제의 한계를 확인한 결과가 되었기 때문이다.

## V. 사회권의 인권, 그리고 법적 권리로서의 의미; 민주주의와의 관련성

사회권이 인권, 그리고 법적 권리로서의 성격을 갖는다는 것은 사회권에 대한 사법적 권리구제가 이루어져야 한다는 요청을 포함한다. 그러나 이는 위에서 보았듯이

한계가 있다. 이밖에 사회권은 입법 및 행정을 기속하여 민주주의적 의사결정에서 사회적 관점이 충실히 반영될 수 있도록 하여야 한다. 이를 위해서는 해당 국가의 사회·경 및 문화적 상황이 객관적으로 조사·공개, 투명화 되어야 하고, 이러한 상황이 의사결정과정에서 반영되었는가를 충실하게 모니터링할 수 있어야 한다. 이 점에서 사회권의 실현은 국가와 사회의 협력과 긴장관계 속에서 실현될 수 있다. 이 과정에서 국제규약은 사회적 공감대의 기준으로서 정치적 의사결정을 감시하는 기능을 수행할 수 있어야 한다. 여기에 국제규약의 중요한 의미가 있다.

## 2. 헌법재판소(헌 대법원 재판연구관) 노희범 헌법연구관 토론문

1. 우선 리델 교수님의 훌륭한 발표문에 감사드립니다.

헌법재판소 및 대법원에서 직접 실무(재판)를 담당하는 저로서는 사회권 규약의 재판에의 적용 여부가 자주 접하게 되는 절실한 문제입니다. 재판에 적용한다면 직접 적용해야하는지 아니면 간접적으로만 적용해야하는지 늘 고민에 빠지고 있습니다.

2. 먼저 대한민국도 1990. 4. 10. ICESCR에 유보조항없이 가입하고 동년 7. 10. 효력을 발하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 이 규약을 비준한 다른 나라들과 마찬가지로 대한민국의 헌법재판소나 법원도 사회권 규약을 재판규범으로 적용하는 데 매우 신중한 태도를 보여 왔습니다. 지금까지 대한민국의 사법부가 ICESCR을 사건에 명시적으로 언급하고 직접 적용한 사례는 없는 것으로 보입니다. 거기에는 다음과 같은 이유가 있다고 보여집니다. 첫째는, 독일과 같이 사회권을 헌법에 구체적으로 규정하고 있지 않은 국가와 달리 대한민국 헌법은 ICESCR(사회권규약)상의 권리를 비교적 구체적이고 포괄적으로 규정하고 있습니다. 따라서 ICESCR의 권리 침해 여부는 곧바로 헌법상 기본권의 침해 여부로 흡수되기 때문에 굳이 청구인들이 ICESCR을 다투고 있지 않는다고 할 것입니다. 둘째는, 발표자께서도 언급하셨지만, 헌법상 사회적 기본권 내지 ICESCR상의 권리의 “구체적 권리성” 내지 “자기집행력”에 대하여 아직까지 국내적으로 분명한 합의 내지 결론에 이르지 못하고 있기 때문이라고 봅니다.

그러나 대한민국의 사법부가 ICESCR을 고려하지 않은 것은 아닙니다. 많은 사건에서 대한민국 헌법재판소 및 법원은 이를 명시적으로 재판 규범으로 삼고 있지는 않지만 이를 고려하고 있습니다. 그런 점에서 앞으로 더 많은

발전이 있을 것으로 예상됩니다.

3. 저는 헌법의 사회적 기본권 내지 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 규약(ICESCR) 상의 권리는 사법부의 적극적인 법적용을 통해서 “실현”될 수 있다는 리델교수님의 견해에 공감합니다. 그러나 현실적으로 CP Rights와 달리 ESC Rights의 실현을 위해서는 국가의 적극적인 행위가 있어야만 하고, 거기에는 국가의 재정(가용자원)에 의존한다는 점을 무시할 수 없습니다. 국가의 적극적인 행위와 비용은 권력분립의 원칙상 국민의 대표인 민주적 정당성이 있는 의회에게 맡겨진 임무이며 의회의 기능이자 역할입니다. 그런 점에서 사회권은 제1차적으로 입법자의 광범위한 형성의 영역이라고 하지 않을 수 없고 사법부는 이러한 입법자의 정책적 고려를 존중하는 태도를 취하고 있다고 봅니다.

충분한 가용자원이 있다면 문제가 없겠지만, 그렇지 않다면, 가사 사법부가 사회권규약을 적용하여 권리를 실현하려는 판결을 하더라도 이를 뒷받침할 수 없는 경우가 생길 수도 있습니다.

대한민국을 비롯한 각 당사국 사법부는 이러한 곤란한 상황, 즉 이상과 현실의 차이를 회피하기 위해서 ICESCR 재판에의 직접 적용하는데 신중을 기하는 것이라고 생각합니다.

-리델 교수님께서서는 이 점을 어떻게 생각하시는지요?

사법부가 사회권실현을 위해서 적극적으로 판결해야 한다고 보시는지요?

4. 다음으로 ICESCR의 국내법적 효력 내지 서열에 관한 문제입니다. 이 문제는 ①주권의 제한, ②헌법의 최고규범성, ③ 민주적·법치국가적 원칙과도 관련한 것이기도 합니다. 헌법과 사회권규약(조약), 국내 법률 사이에서 그 서열의 문제가 실무상 문제됩니다. 첫째, 헌법이 사회권규약(조약)을 포섭

하지 못하고 충돌하는 경우 사회권 규약상의 권리를 국내법적으로 실현할 수 있는가. 둘째, 헌법재판소가 국내법률의 위헌여부를 심사함에 있어서 사회권규약이 헌법과 동등한 위헌심사의 기준이 될 수 있는가. 다시 말하면, 사회권규약이 국내법과 충돌하는 경우 사회권 규약을 근거로 국내법률을 위헌 무효화할 수 있는가 하는 문제입니다.

실제로, ICESCR 8(1)b의 국제적 노동연대의 자유(노동조합의 국제노동조합 조직을 결성하거나 또는 가입하는 권리)나 동규약 13(4)의 개인과 단체의 사립학교설립의 자유 등은 대한민국 헌법상의 기본권에 포섭된다고 보기 어려운 측면이 있고, 현행 대한민국의 노동조합법이나 사립학교법과도 일치하지 않는 측면이 있습니다.

(대한민국 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 지닌다”고 규정하고 있는데, “국내법과 같은 효력”의 의미에 대하여 ①헌법과 동위라는 견해, ②헌법보다는 하위이고 법률보다는 상위라는 견해, ③법률과 동위라는 견해로 나뉘고 있습니다. 대한민국 헌법재판소와 대법원은 법률과 같은 효력(동위)을 갖는다고 보고 있습니다).

- 리델 교수님께서서는 조약당사국(states party)의 헌법이 사회권규약(조약)을 포섭하지 못하고 국내법 질서와 정면으로 충돌하는 경우 사회권규약상의 권리가 우선한다고 보시는지요. 그런 경우 사법부는 어떤 태도를 취하는 것이 옳다고 보시는지요?

### 3. 노회범 헌법연구관의 토론 질의에 대한 리델 교수 답변

(질 문)

사회권규약이 헌법 또는 국내법과 충돌하는 경우 사회권 규약이 우선한다고 보는가?

(답 변)

- 국내법과 충돌하는 경우 사회권규약이 우선한다고 본다. 비엔나협약 제27조(?)에도 나와 있다. 조약당사국은 이런 경우가 생기지 않도록 해야 한다. 조약에 가입, 비준하기 전에 반드시 조약의 내용을 검토하여 국내법과 충돌하는 경우 그 부분을 유보하고 비준해야한다.

- 만약 유보하지 않고 비준했다면, 규약이 우선한다고 봐야 한다. 규약과 충돌하는 국내 법규정은 개정하거나 폐지하여야 한다.

- 헌법과 충돌하는 경우도 마찬가지라고 본다. 실제로 유럽인권협약을 비준한 많은 회원국들이 헌법의 조항을 개정한 경우가 있다.

## 4. 한동대학교 국제법률전문대학원 교수 원재천 교수 토론문 및 논의 정리

### I. Riedel 교수 강의 요약

1. 사회권 규약도 직접적인 법적의무가 될 수 있다.
2. 사법부는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 국제규약(ICESCR)과 시민적, 정치적 권리에 대한 국제규약(ICCPR)을 재판규범으로 적용하여야 한다.
3. 정부는 사회권 규약의 실현을 위해 필요한 재정(가용 자원)을 배정할 의무가 있다.
4. 사회적 권리의 많은 영역이 구체적으로 명시되어 있고, 명확한 기준이 마련되어 있으므로 적극적으로 활용하여야 한다.

### II. 원재천 교수 질문 및 Riedel 교수의 답변

#### [질문1]

빈민가를 재개발 당시, 또는 정부 주거지를 민영화하는 과정에서 강제퇴거가 될 경우, 능력이 안 되는 사람들을 위해서 대안주거지를 마련해야 하는 남아공의 판례가 사회권규약을 충실히 따랐다고 하셨는데, 과연 이 비용은 정부가 부담하여야 하는가 아니면 또는 민영기업이 부담해야 하는가? 또한 민영기업이 비용을 부담한다면, 사회권의 구현을 위해 일반 기업의 재산권을 침해하는 것이 아닌가?

#### [질문1]에 대한 Riedel 교수의 답변

일본의 경우, 오사카에서 Homeless 사람들을 쫓아내면서 문제가 생겼고, 국가개발 차원에서 여러 발전 Project에서 사람들이 피해를 볼 수 있는데, 이는 사회권에 상반된다고 볼 수 있다. 여기서 말하는 제도적인 도움은 크게는 거주권의 보호와 작게는 일종의 survival kit(생존 가능 조건마련) 차원으로 구체적으로 접근하여야 한다.

이미 새만금 관련 판결과 대규모 공사 정지 명령은 엄청난 재정적인 판단이 함의되어 있는 바, 이제는 좀더 적극적인 사회권에 대한 판례로(예, 장애인의 교육권 등) 시대적인 기준을 설정하는 데 도움이 되어야 한다.

[질문2]

한국법원의 상황이 과연 사회권 규약을 재판규범으로 쓰거나, 그것을 판례에 명시할 정도가 되는가?

a) 법원의 현실

미국 연방판사의 경우, 종신임용(Life Time Tenure)라는 제도적 보호 안에서 판사들이 소신껏 판결하고, 때로는 현실에서 기본적 권리를 확대하기도 한다(예, 인종간의 차별 철폐관련 판결 ; Brown vs. Board of Education). 그러나 한국의 법원은 관료적일 뿐만 아니라, 현실적으로 대법원장이 인사상의 전권을 가지고 있기 때문에 과연 우리나라에서 사회권을 확대하는 판결이 나올 수 있을까 하는 의문이 든다. 무엇보다도, 일반시민과 법원에서도 국제인권규약에 대한 이해와 인식이 생활화되어 있지 않고 있다. 현재까지 법원에서 ICCPR이나 ICESCR을 명시적으로 언급하거나 적용한 사례는 없는 것이 현실이다.

b) 사법 적극주의 (Judicial Activism)

과연 법원이 앞서 나가면서 사회권이나 시민권 확대를 위해서 판결하는 것이 맞는가?

\* Riedel 교수의 소견에 근거한 원 교수의 견해

국민적인 합의와 이해, 사회권에 대한 인식의 저변 확대가 필요하다. 결국 법원이 그 합의를 표출하는 도구가 될 수 있는데, 여러 이익이 얽혀있는 입법부보다 사법부가 더 사회권에 충실할 수도 있다.



\* 판사들의 교육에 대한 견해

이를 개선하기 위해서는 판사들의 인식이 변화되어야 하고, 필요하다면, 판사들의 교육이 필요하다. 예컨대, 영국에서는 고등법원 부장판사 및 지원장 급의 판사를 5주간 주말마다, 인권 규약 sensitive training을 하였다고 한다. 한국 판사들도 국제인권 규약의 실무적 활용에 관한 교육이 필요하고, 법률가(판사, 검사, 변호사, 법학자)들의 국제규약에 대한 인식의 저변이 확대되어야 한다. 국내 교육제도상에도 국제규범관련 내용이 포함되어야 할 뿐만 아니라, 사법고시 과목으로도 활용이 되어야 한다고 생각된다.

c)국제법규의 국내 적용

현재 법원은 국제법규의 국내적용에 관하여, 국제법규가 헌법보다 하위에 있으며, 법률과 동일하다는 견해를 가지고 있는데(헌법>법률=국제법규), 만약 헌법이 사회권 규약(조약)을 포섭하지 못하고, 국내법 질서와 충돌하는 경우 사법부는 어떤 태도를 취하여야 하는가? (노희범 대법원 재판 연구관의 질문)

[질문2]에 대한 Riedel 교수 답변

비엔나 국제규약에 관한 조약(Vienna Convention on the Law of Treaties) Article 27에 의하면, 국제조약은 국내법(헌법)보다 상위 개념이다. 그러므로 한국의 헌법 및 법률과 사회권 조약이 상반되는 경우, 국제조약이 판단 규범이 되어야 한다.

[질문3]

외국인 이주자(합법, 불법 포함)도 국내 있는 한, 사회권을 보장 받아야 하는가?

(a)

유럽의 나라들도 자국내의 불법 이주자에 대하여서는 사회권을 보장해 주지 않고 있는데, 유럽이 못하고 있는 것을 한국이 어떻게 할 수 있겠는가?

(a)에 대한 답변

조약은 모든 거주자들이 포함되는 것이 원칙이고, 다만, 불법이주자가 양상 되지 않도록 제도적인 장치가 잘 개발되어야 한다.

(b)

이주노동자와 그 가족권리 보호를 위한 규약에 한국이 가입해야 하는가?

(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and members of their family)는 주로 송출국이 가입되어 있고, 유럽이나 선진국은 한 나라도 가입되어 있지 않은 상황에서 외국인 노동자 인구가 백만을 육박하는 한국이 이주노동자 권리 규약에 가입을 하는 것이 사회권 구현의 적용인가? 한국은 이주 노동자 송출국에서 수입국으로 변모하고 있는데, 과연 우리가 이주노동자 권리 규약에 대하여 어떤 입장을 가져야 하나?

(b)에 대한 Riedel 교수와 Virginia Bras Bomes 여사의 답변

쉽지는 않겠지만, 결국 21세기 경제 발전과 경제권의 통합은 이주 노동자 없이는 이를 수가 없기 때문에, 결국 합당하고 납득할 만한 이주노동자에 대한 인권보호 기준이 있어야 하며, 앞으로 만들어 질 수밖에 없다. 한국이 선두적인 역할을 하여, 아시아 민주주의와 인권의 중심적 역할을 했으면 한다.

[질문4]

한국 로스쿨의 정원제한이 사회권 규약을 위반한다고 할 수 있는가?

예컨대, 독일의 경우, 독일 기본법 12조(1항)[“모든 독일인들이 자유롭게 직업, 근무지 및 교육장소를 선택할 수 있다.”]를 기준으로 볼 때, 직업의 자유와 교육권의 보호가 중요하다. 그리고 많은 의대 지원자가 교육기관의 시설상의 이유로 불합격 처리를 받은 경우, 주정부가 의학교육을 원하는 학생들을 위해 가능한 대안을 마련해야 한다는 관례도 있다.(1972년)

[질문4]에 대한 답변

결국 한국의 로스쿨 정원도 법학교육을 원하는 국민의 사회권 차원에서 접근한다면, 좀더 많은 사람들이 법학교육의 기회를 가질 수 있도록 현 제도를 개선할 수도 있다는 해석도 가능하다고 볼 수 있다.

### III. 결론

시민권과 사회권을 분리해서 생각하는 이분적인 생각에서 벗어나야 한다.

사회권 실현과 정책 기반에서 재정적인 이유 등으로 자기검열을 하는 경우가 있는데, 이보다는 오히려 사회권 실현을 계속해서 주장하고 이슈화시켜, 사회적인 합의를 도출해야 한다.

법원, 검찰 등의 사법부와 법학계의 연구 모임을 활성화하고, 이들 간의 교류를 통해 우리 사법부의 사회권 규약과 시민권규약이 재판 규범으로 자리 잡게 도와야 한다.

이 외에, 어린이 권리 규약, 여성 차별 금지 조약, 장애인 권리 규약 등도 구체적으로 적용시킬 수 있는 국내적인 현실을 찾아서, 이들을 자주 헌법적인 권리와 함께 언급하여 국제규약들이 국민생활에 직접 피부에 와 닿을 수 있도록 하여야 한다. (어린이 스포츠팀 관련, 미성년 연예인 인권보호 관련, 장애인 교육권 등)

국제규범의 국내화와 생활화는 시대적이고 현실적인 필요에 의한 것일 뿐만 아니라, 한국이 아시아권에서 인권과 민주주의의 선진국이 되어 아시아를 섬길 수 있는 핵심 원동력이 될 수 있다고 생각된다. 이와 아울러 인권위가 새 시대에 국가경쟁력 향상에 중요한 역할을 할 수 기회가 왔다고 볼 수 있다.

## 5. 세미나 참석자 질의 사항 정리

※ 본 자료는 정책자료로 활용하기 위해 정리하였음.

### 1. 연세대 의대 이화영

- 미등록 이주 노동자들의 건강권에 대한 질의
  - 미등록 이주 노동자들의 의료기관 접근성에 대한 사법적 해석 및 해결책은 무엇일까요.

### 2. 시사 포커스 시민기자 김해숙

- 사회권 규약 10조 또는 UN 아동권리 협약에 보면 아동의 권리를 최대한 우선 보장하게끔 되어 있다. 아동청소년이 인권침해로 사법부에 법적 호소를 하게 되면 해결 시간이 너무 오래 걸려서 법적 해결을 포기하게 된다. (성장기 예민한 시기, 정신적으로 미성숙으로 소극적 대처) 그래서 가해자는 더욱 가해를 하게 된다. UN 사회권위원회에서 아동의 권리 침해에 관한 즉각적 해결을 할 수 있도록 도와주는 프로그램이나 계획들이 있는지?
- 국제 사회에서 아동 침해에 대해 사법권의 즉각 대처한 실례는 있는지?
- 실례가 없다면 사법부에 어떤 조언을 하고 싶으신가요?

### 3. 학내 종교자유를 위한 학부모 율타리 김선미

- 아동이 인권침해를 받아서 민사나 형사로 진행해 나가다 보면 시간적이나 경제적인 문제보다는 아동의 인성이나 진로 문제를 먼저 생각하게 되다 보니 억울하지만 참는 경우가 많습니다.
- 이와 관련하여 사법부에서는 아동의 인권중심으로 재판을 진행해 나가기 위해서 사법관들에게 아동 인권에 대한 교육프로그램을 진행하고 있거나

그런 헌법에 대해 연구하고 계신지, 있으시다면 예를 들어서 설명하여 주십시오.

#### 4. 인권 활동가 연대 이은희

○ 헌법이 기본권을 잘 보장한 부분은 있으나 하위 법률에서 구체적으로 명시하지 않아 인권침해를 받는 경우 또는 국제 규약의 내용이 국내법에 명시되어 있어도 법률 안에서 상충되는 부분이 있어 인권침해를 받는 경우, 이러한 경우에 국제 규약에 근거하지 않으면 국내 사법부에서 해결해 줄 수 없는 부분이 있는데, 이에 대한 해결 방안을 어떻게 찾고 있는 지 궁금합니다. 또한 이에 대한 국제적 동향도 궁금합니다.

예) 사회권 규약 제13조

- 국내 교육기본법에서 명시하고 있지 않는 경우 종교계 사립학교의 교육이념 대 학생·부모의 학교 및 교육에 대한 선택권

#### 5. 정신병원피해자 인권찾기 모임 정백향

○ 정신보건법은 형식적으로는 환자를 보호하는 취지의 법 같으나, 실질적으로는 제24조 보호의무자에 의한 입원 조항의 남용·악용으로 인해서 재산, 종교, 이혼, 결혼, 학업, 성격차, 등의 문제로 정상인들까지 입원시키는 일이 비일 비재합니다.

○ 또한 이들은 동법 제24조에 모든 입·퇴원, 치료 방법의 결정권이 전적으로 의사의 재량권에 맡겨져 있어서 사법적 구제도 원천적으로 불가능할 정도입니다. 부당한 강제입원 피해자의 인권을 사법적으로 어떻게 보호할 수 있을지 알고 싶습니다.

○ 참고로 강제입원을 얼른 생각하면 자유권 영역 같으나 실질적으로는 사회권 영역이라고 할 수 있습니다. 이들은 정신질환자로 낙인 찍혀 사회에서 불이익을 당하고, 재산을 뺏기기도 하며, 직업도 박탈되고, 재입원 협박

때문에 도망자로 전락되기도 합니다.

○ 그리고 현재 정신과 전문의들의 전문영역에 대한 사상 초유의 재판이 이뤄졌고, 2심에서 부작위 감금으로 유죄를 받고, 대법원에 사건이 계류 중입니다. 그러나 역시 동법 제24조와 의사들의 관행 때문에 입원 부분은 무죄 상태입니다.

경제적·사회적 및 문화적 권리에  
관한 국제규약

# 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약

(채택일 1966.12.16./발효일 1976.1.3./대한민국 적용일 1990.7.10.)

이 규약의 당사국은,

국제연합헌장에 선언된 원칙에 따라 인류사회의 모든 구성원의 고유의 존엄성 및 평등하고 양도할 수 없는 권리를 인정하는 것이 세계의 자유, 정의 및 평화의 기초가 됨을 고려하고,

이러한 권리는 인간의 고유한 존엄성으로부터 유래함을 인정하며,

세계인권선언에 따라 공포와 결핍으로부터의 자유를 향유하는 자유 인간의 이상은 모든 사람이 자신의 시민적, 정치적 권리뿐만 아니라 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유할 수 있는 여건이 조성되는 경우에만 성취될 수 있음을 인정하며,

인권과 자유에 대한 보편적 존중과 준수를 촉진시킬 국제연합헌장상의 국가의 의무를 고려하며,

타 개인과 자기가 속한 사회에 대한 의무를 지고 있는 개인은, 이 규약에서 인정된 권리의 증진과 준수를 위하여 노력하여야할 책임이 있음을 인식하여,

다음 조문들에 합의한다.

## 제 1 부

### 제 1 조

1. 모든 인민은 자결권을 가진다. 이 권리에 기초하여 모든 인민은 그들의 정치적 지위를 자유로이 결정하고, 또한 그들의 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 자유로이 추구한다.



2. 모든 인민은, 호혜의 원칙에 입각한 국제경제협력으로부터 발생하는 의무 및 국제법상의 의무에 위반하지 아니하는 한, 그들 자신의 목적을 위하여 그들의 천연의 부와 자원을 자유로이 처분할 수 있다. 어떠한 경우에도 인민은 그들의 생존수단을 박탈당하지 아니한다.
3. 비자치지역 및 신탁통치지역의 행정책임을 맡고 있는 국가들을 포함하여 이 규약의 당사국은 국제연합헌장의 규정에 따라 자결권의 실현을 촉진하고 동 권리를 존중하여야 한다.

## 제 2 부

### 제 2 조

1. 이 규약의 각 당사국은 특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, 개별적으로 또한 특히 경제적, 기술적인 국제지원과 국제협력을 통하여, 자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다.
2. 이 규약의 당사국은 이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다.
3. 개발도상국은, 인권과 국가 경제를 충분히 고려하여 이 규약에서 인정된 경제적 권리를 어느 정도까지 자국의 국민이 아닌 자에게 보장할 것인가를 결정할 수 있다.

### 제 3 조

이 규약의 당사국은 이 규약에 규정된 모든 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유함에 있어서 남녀에게 동등한 권리를 확보할 것을 약속한다.

### 제 4 조

이 규약의 당사국은, 국가가 이 규약에 따라 부여하는 권리를 향유함에 있어서, 그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주 사회에서의 공공복리증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만, 그러한 권리를 제한할 수 있음을 인정한다.

### 제 5 조

1. 이 규약의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 규약에서 인정되는 권리 및 자유를 파괴하거나, 또는 이 규약에서 규정된 제한의 범위를 넘어 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 또는 그와 같은 것을 목적으로 하는 행위를 행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다.
2. 이 규약의 어떠한 당사국에서 법률, 협정, 규칙 또는 관습에 의하여 인정되거나 또는 현존하고 있는 기본적 인권에 대하여는, 이 규약이 그러한 권리를 인정하지 아니하거나 또는 그 인정의 범위가 보다 협소하다는 것을 구실로 동 권리를 제한하거나 또는 훼손하는 것이 허용되지 아니한다.

## 제 3 부

### 제 6 조

1. 이 규약의 당사국은, 모든 사람이 자유로이 선택하거나 수락하는 노동에 의하여 생계를 영위할 권리를 포함하는 근로의 권리를 인정하며, 동 권리를 보호하기 위하여 적절한 조치를 취한다.
2. 이 규약의 당사국이 근로권의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취하는 제반 조치에는 개인에게 기본적인 정치적, 경제적 자유를 보장하는 조건하에서 착실한 경제적, 사회적, 문화적 발전과 생산적인 완전고용을 달성하기 위한 기술 및 직업의 지도, 훈련계획, 정책 및 기술이 포함되어야 한다.

### 제 7 조

이 규약의 당사국은 특히 다음사항이 확보되는 공정하고 유리한 근로조건을 모든 사람이 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다.

- (a) 모든 근로자에게 최소한 다음의 것을 제공하는 보수
  - (i) 공정한 임금과 어떠한 종류의 차별도 없는 동등한 가치의 노동에 대한 동등한 보수, 특히 여성에게 대하여는 동등한 노동에 대한 동등한 보수와 함께 남성이 향유하는 것보다 열등하지 아니한 근로조건
  - (ii) 이 규약의 규정에 따른 근로자 자신과 그 가족의 품위 있는 생활
- (b) 안전하고 건강한 근로조건
- (c) 연공서열 및 능력이외의 다른 고려에 의하지 아니하고, 모든 사람이 자기의 직장에서 적절한 상위직으로 승진할 수 있는 동등한 기회
- (d) 휴식, 여가 및 근로시간의 합리적 제한, 공휴일에 대한 보수와 정기적인 유급휴일

## 제 8 조

1. 이 규약의 당사국은 다음의 권리를 확보할 것을 약속한다.
  - (a) 모든 사람은 그의 경제적, 사회적 이익을 증진하고 보호하기 위하여 관계 단체의 규칙에만 따를 것을 조건으로 노동조합을 결성하고, 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리. 그러한 권리의 행사에 대하여는 법률로 정하여진 것 이외의 또한 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주 사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과할 수 없다.
  - (b) 노동조합이 전국적인 연합 또는 총연합을 설립하는 권리 및 총연합이 국제노동조합조직을 결성하거나 또는 가입하는 권리
  - (c) 노동조합은 법률로 정하여진 것 이외의 또한 국가안보, 공공질서를 위하여나 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 제한이외의 어떠한 제한도 받지 아니하고 자유로이 활동할 권리
  - (d) 특정국가의 법률에 따라 행사될 것을 조건으로 파업을 할 수 있는 권리
2. 이 조는 군인, 경찰 구성원 또는 행정관리가 전기한 권리들을 행사하는 것에 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.
3. 이 조의 어떠한 규정도 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 1948년의 국제노동기구협약의 당사국이 동 협약에 규정된 보장을 저해하려는 입법조치를 취하도록 하거나, 또는 이를 저해하려는 방법으로 법률을 적용할 것을 허용하지 아니한다.

## 제 9 조

이 규약의 당사국은 모든 사람이 사회보험을 포함한 사회보장에 대한 권리를

가지는 것을 인정한다.

## 제 10 조

이 규약의 당사국은 다음 사항을 인정한다.

1. 사회의 자연적이고 기초적인 단위인 가정에 대하여는, 특히 가정의 성립을 위하여 그리고 가정이 부양 어린이의 양육과 교육에 책임을 맡고 있는 동안에는 가능한 한 광범위한 보호와 지원이 부여된다. 혼인은 혼인의사를 가진 양 당사자의 자유로운 동의 하에 성립된다.
2. 임산부에게는 분만전후의 적당한 기간동안 특별한 보호가 부여된다. 동 기간 중의 근로 임산부에게는 유급휴가 또는 적당한 사회보장의 혜택이 있는 휴가가 부여된다.
3. 가문 또는 기타 조건에 의한 어떠한 차별도 없이, 모든 어린이와 연소자를 위하여 특별한 보호와 원조의 조치가 취하여 진다. 어린이와 연소자는 경제적, 사회적 착취로부터 보호된다. 어린이와 연소자를 도덕 또는 건강에 유해하거나 또는 생명에 위협하거나 또는 정상적 발육을 저해할 우려가 있는 노동에 고용하는 것은 법률에 의하여 처벌할 수 있다. 당사국은 또한 연령제한을 정하여 그 연령에 달하지 않은 어린이에 대한 유급노동에의 고용이 법률로 금지되고 처벌될 수 있도록 한다.

## 제 11 조

1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 적당한 식량, 의복 및 주택을 포함하여 자

기 자신과 가정을 위한 적당한 생활수준을 누릴 권리와 생활조건을 지속적으로 개선할 권리를 가지는 것을 인정한다. 당사국은 그러한 취지에서 자유로운 동의에 입각한 국제적 협력의 본질적인 중요성을 인정하고, 그 권리의 실현을 확보하기 위한 적당한 조치를 취한다.

2. 이 규약의 당사국은 기아로부터의 해방이라는 모든 사람의 기본적인 권리를 인정하고, 개별적으로 또는 국제협력을 통하여 아래 사항을 위하여 구체적 계획을 포함하는 필요한 조치를 취한다.

(a) 과학·기술 지식을 충분히 활용하고, 영양에 관한 원칙에 대한 지식을 보급하고, 천연자원을 가장 효율적으로 개발하고 이용할 수 있도록 농지제도를 발전시키거나 개혁함으로써 식량의 생산, 보존 및 분배의 방법을 개선할 것.

(b) 식량수입국 및 식량수출국 쌍방의 문제를 고려하여 필요에 따라 세계 식량공급의 공평한 분배를 확보할 것.

## 제 12 조

1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 도달 가능한 최고 수준의 신체적·정신적 건강을 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다.

2. 이 규약당사국이 동 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취할 조치에는 다음 사항을 위하여 필요한 조치가 포함된다.

(a) 사산율과 유아사망율의 감소 및 어린이의 건강한 발육

(b) 환경 및 산업위생의 모든 부문의 개선

(c) 전염병, 풍토병, 직업병 및 기타 질병의 예방, 치료 및 통제

(d) 질병 발생시 모든 사람에게 의료와 간호를 확보할 여건의 조성

## 제 13 조

1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 교육에 대한 권리를 가지는 것을 인정한다. 당사국은 교육이 인격과 인격의 존엄성에 대한 의식이 완전히 발전되는 방향으로 나아가야 하며, 교육이 인권과 기본적 자유를 더욱 존중하여야 한다는 것에 동의한다. 당사국은 나아가서 교육에 의하여 모든 사람이 자유사회에 효율적으로 참여하며, 민족간에 있어서나 모든 인종적, 종족적 또는 종교적 집단간에 있어서 이해, 관용 및 친선을 증진시키고, 평화유지를 위한 국제연합의 활동을 증진시킬 수 있도록 하는 것에 동의한다.
2. 이 규약의 당사국은 동 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 다음 사항을 인정한다.
  - (a) 초등교육은 모든 사람에게 무상 의무교육으로 실시된다.
  - (b) 기술 및 직업 중등교육을 포함하여 여러 가지 형태의 중등 교육은, 모든 적당한 수단에 의하여, 특히 무상교육의 점진적 도입에 의하여 모든 사람이 일반적으로 이용할 수 있도록 하고, 또한 모든 사람에게 개방된다.
  - (c) 고등교육은, 모든 적당한 수단에 의하여, 특히 무상교육의 점진적 도입에 의하여, 능력에 기초하여 모든 사람에게 동등하게 개방된다.
  - (d) 기본교육은 초등교육을 받지 못하였거나 또는 초등교육의 전 기간을 이수하지 못한 사람들을 위하여 가능한 한 장려되고 강화된다.
  - (e) 모든 단계에 있어서 학교제도의 발전이 적극적으로 추구하고, 적당한 연구·장학제도가 수립되며, 교직원의 물질적 처우는 계속적으로 개선된다.
3. 이 규약의 당사국은 부모 또는 경우에 따라서 법정후견인이 그들 자녀를 위하여 공공기관에 의하여 설립된 학교 이외의 학교로서 국가가 정하거나 승인하는 최소한도의 교육수준에 부합하는 학교를 선택하는 자유 및 그들의

신념에 따라 자녀의 종교적, 도덕적 교육을 확보할 수 있는 자유를 존중할 것을 약속한다.

4. 이 조의 어떠한 부분도 항상 이 조 제1항에 규정된 원칙을 준수하고, 그 교육기관에서의 교육이 국가가 결정하는 최소한의 기준에 일치한다는 요건 하에서, 개인과 단체가 교육기관을 설립, 운영할 수 있는 자유를 간섭하는 것으로 해석되지 아니한다.

#### 제 14 조

이 규약의 당사국이 되는 때 그 본토나 자국 관할 내에 있는 기타 영토에서 무상으로 초등의무교육을 확보할 수 없는 각 당사국은 계획상에 정해질 합리적인 연한이내에 모든 사람에 대한 무상의무교육 원칙을 점진적으로 시행하기 위한 세부실천계획을 2년 이내에 입안, 채택할 것을 약속한다.

#### 제 15 조

1. 이 규약의 당사국은 모든 사람의 다음 권리를 인정한다.
  - (a) 문화생활에 참여할 권리
  - (b) 과학의 진보 및 응용으로부터 이익을 향유할 권리
  - (c) 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리
2. 이 규약의 당사국이 그러한 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취하는 조치에는 과학과 문화의 보존, 발전 및 보급에 필요한 제반조치가 포함된다.



3. 이 규약의 당사국은 과학적 연구와 창조적 활동에 필수불가결한 자유를 존중할 것을 약속한다.
4. 이 규약의 당사국은 국제적 접촉의 장려와 발전 및 과학과 문화분야에서의 협력으로부터 이익이 초래됨을 인정한다.

## 제 4 부

### 제 16 조

1. 이 규약의 당사국은 규약에서 인정된 권리의 준수를 실현하기 위하여 취한 조치와 성취된 진전사항에 관한 보고서를 이 부의 규정에 따라 제출할 것을 약속한다.
2. (a) 모든 보고서는 국제연합사무총장에게 제출된다. 사무총장은 이 규약의 규정에 따라, 경제사회이사회가 심의할 수 있도록 보고서 사본을 동 이사회에 송부한다  
(b) 국제연합사무총장은 이 규약의 당사국으로서 국제연합전문기구의 회원국인 국가가 제출한 보고서 또는 보고서 내용의 일부가 전문기구의 창설규정에 따라 동 전문기구의 책임에 속하는 문제와 관계가 있는 경우, 동 보고서 사본 또는 그 내용 중의 관련 부분의 사본을 동 전문기구에 송부한다.

### 제 17 조

1. 이 규약의 당사국은 경제사회이사회가 규약당사국 및 관련 전문기구와 협의

한 후, 이 규약의 발효 후 1년 이내에 수립하는 계획에 따라, 자국의 보고서를 각 단계별로 제출한다.

2. 동 보고서는 이 규약상의 의무의 이행정도에 영향을 미치는 요소 및 장애를 지적할 수 있다.
3. 이 규약의 당사국이 이미 국제연합 또는 전문기구에 관련 정보를 제출한 경우에는, 동일한 정보를 다시 작성하지 않고 동 정보에 대한 정확한 언급으로 서 족하다.

## 제 18 조

경제사회이사회는 인권과 기본적 자유의 분야에서의 국제연합헌장상의 책임에 따라, 전문기구가 동기구의 활동영역에 속하는 이 규약 규정의 준수를 달성하기 위하여 성취된 진전사항을 이사회에 보고하는 것과 관련하여, 당해 전문기구와 협정을 체결할 수 있다. 그러한 보고서에는 전문기구의 권한있는 기관이 채택한 규정의 행에 관한 결정 및 권고의 상세를 포함할 수 있다.

## 제 19 조

경제사회이사회는 제16조 및 제17조에 따라 각국이 제출하는 인권에 관한 보고서 및 제18조에 따라 전문기구가 제출하는 인권에 관한 보고서중 국제연합 인권위원회의 검토, 일반적 권고, 또는 정보를 위하여 적당한 보고서를 인권위원회에 송부할 수 있다.

## 제 20 조

이 규약의 당사국과 관련 전문기구는 제19조에 의한 일반적 권고에 대한 의견 또는 국제연합인권위원회의 보고서 또는 보고서에서 언급된 어떠한 문서에서도 그와 같은 일반적 권고에 대하여 언급하고 있는 부분에 관한 의견을 경제사회이사회에 제출할 수 있다.

## 제 21 조

경제사회이사회는 일반적 성격의 권고를 포함하는 보고서와 이 규약에서 인정된 권리의 일반적 준수를 달성하기 위하여 취한 조치 및 성취된 진전사항에 관하여 이 규약의 당사국 및 전문기구로부터 입수한 정보의 개요를 수시로 총회에 제출할 수 있다.

## 제 22 조

경제사회이사회는 이 규약의 제4부에서 언급된 보고서에서 생기는 문제로서, 국제연합의 타기관, 그 보조기관 및 기술원조의 제공에 관여하는 전문기구가 각기 그 권한 내에서 이 규약의 효과적, 점진적 실시에 기여할 수 있는 국제적 조치의 타당성을 결정하는데 도움이 될 수 있는 문제에 대하여 그들의 주의를 환기시킬 수 있다.

## 제 23 조

이 규약의 당사국은 이 규약에서 인정된 권리의 실현을 위한 국제적 조치에는 협약의 체결, 권고의 채택, 기술원조의 제공 및 관계정부와 협력하여 조직된 협의

와 연구를 목적으로 하는 지역별 회의 및 기술적 회의의 개최와 같은 방안이 포함된다는 것에 동의한다.

#### 제 24 조

이 규약의 어떠한 규정도 이 규약에서 취급되는 문제에 관하여 국제연합의 여러 기관과 전문기구의 책임을 각각 명시하고 있는 국제연합헌장 및 전문기구헌장의 규정을 침해하는 것으로 해석되지 아니한다.

#### 제 25 조

이 규약의 어떠한 규정도 모든 사람이 그들의 천연적 부와 자원을 충분히, 자유로이 향유하고, 이용할 수 있는 고유의 권리를 침해하는 것으로 해석되지 아니한다.

### 제 5 부

#### 제 26 조

1. 이 규약은 국제연합의 모든 회원국, 전문기구의 모든 회원국, 국제사법재판소 규정의 모든 당사국 또한 국제연합총회가 이 규약에 가입하도록 초청한 기타 모든 국가들의 서명을 위하여 개방된다.
2. 이 규약은 비준되어야 한다. 비준서는 국제연합사무총장에게 기탁된다.
3. 이 규약은 이 조 제1항에서 언급된 모든 국가들의 가입을 위하여 개방된다.

4. 가입은 가입서를 국제연합사무총장에게 기탁함으로써 이루어진다.
5. 국제연합사무총장은 이 규약에 서명 또는 가입한 모든 국가들에게 각 비준서 또는 가입서의 기탁을 통보한다.

## 제 27 조

1. 이 규약은 35번째의 비준서 또는 가입서가 국제연합사무총장에게 기탁된 날로부터 3개월 후에 발효한다.
2. 35번째 비준서 또는 가입서의 기탁 후에 이 규약을 비준하거나 또는 이 규약에 가입하는 국가에 대하여는, 이 규약은 그 국가의 비준서 또는 가입서가 기탁된 날로부터 3개월 후에 발효한다.

## 제 28 조

이 규약의 규정은 어떠한 제한이나 예외없이 연방국가의 모든 지역에 적용된다.

## 제 29 조

1. 이 규약의 당사국은 개정안을 제안하고 이를 국제연합사무총장에게 제출할 수 있다. 사무총장은 개정안을 접수하는 대로, 각 당사국에게 동 제안을 심의하고 표결에 회부하기 위한 당사국회의 개최에 찬성하는지에 관한 의견을 사무총장에게 통보하여 줄 것을 요청하는 것과 함께, 개정안을 이 규약의 각 당사국에게 송부한다. 당사국 중 최소 3분의1이 당사국회의 개최에 찬성하는

경우, 사무총장은 국제연합의 주관 하에 동 회의를 소집한다. 동 회의에 출석하고 표결한 당사국의 과반수에 의하여 채택된 개정안은 그 승인을 위하여 국제연합총회에 제출된다.

2. 개정안은 국제연합총회의 승인을 얻고, 각기 자국의 헌법절차에 따라 이 규약당사국의 3분의 2의 다수가 수락하는 때 발효한다.
3. 개정안은 발효 시 이를 수락한 당사국을 구속하며, 여타 당사국은 계속하여 이 규약의 규정 및 이미 수락한 그 이전의 모든 개정에 의하여 구속된다.

### 제 30 조

제26조 제5항에 의한 통보에 관계없이, 국제연합사무총장은 동 조 제1항에서 언급된 모든 국가에 다음을 통보한다.

(a) 제26조에 의한 서명, 비준 및 가입

(b) 제27조에 의한 이 규약의 발효일자 및 제29조에 의한 모든 개정의 발효일자

### 제 31 조

1. 이 규약은 중국어, 영어, 불어, 러시아어 및 서반아어본이 동등히 정본이며, 국제연합 문서보존소에 기탁된다.
2. 국제연합사무총장은 제26조에서 언급된 모든 국가들에게 이 규약의 인증등본을 송부한다.

이상의 증거로, 하기 서명자들은 각자의 정부에 의하여 정당히 권한을 위임받아 일천구백육십육년 십이월 십구일 뉴욕에서 서명을 위하여 개방된 이 규약에 서명하였다.