

재판과정에서의 국제인권기준 적용 연구

책임연구자 : 정 경 수

(숙명여자대학교 교수)

국 가 인 권 위 원 회

제 출 문

국 가 인 권 위 원 장 귀 하

본 보고서를 “재판과정에서의 국제인권기준 적용 연구” 과제의
최종보고서로 제출합니다.

2007. 12. 15.

책 임 연 구 자 : 정 경 수

(숙명여자대학교 교수)

요 약 문

본 연구는 재판과정에서의 국제인권기준 적용을 주제로 하고 있다. 이 연구의 목적은 크게 네 가지이다. 그 근본목적인 첫 번째는 국내법원에 의한 국제인권기준 적용을 활성화하기 위한 법체계와 법리를 도출하는 것이다. 두 번째 목적은 국내법원의 국제인권기준 적용에 관한 재판실태를 분석·평가하는 것이며, 세 번째 목적은 국내법원의 국제인권기준 적용에서 법정조언자(*amicus curiae*)로서 국가인권기구의 위상을 정립하고 역할을 규명하는 것이다. 그리고 마지막으로 국가인권위원회가 한국법원의 국제인권기준 적용을 촉진하는데 요구되는 제반 조직 및 활동체계의 대안을 개발하고 제시하는 것이다.

이러한 재판과정에서의 국제인권기준 적용에 대한 연구의 필요성은 크게 세 가지 점에서 도출된다. 첫 번째 필요성은 인권구제에서 가장 강력하고 실효적인 구제인 법원의 판결을 통해 한국의 국내법원이 국제인권기준을 외면해온 이유를 진단하고 그 문제점을 해결할 수 있는 방안의 정립과 제시가 한국 사회에서 절실히 요구되고 있기 때문이다. 두 번째 필요성은 한국의 국가인권기구, 즉 국가인권위원회가 부여받은 고유임무에서 제기되는데, 국가인권위원회는 기득권존중원칙에 충실해온 국내법원의 보수적 재판관행에 새로운 변화를 이끌어내기 위한 수단으로써 국제인권기준에 의거한 법정의견서의 활용은 그만큼 현실적 가치가 크고 필요성이 충분하다. 세 번째 필요성은 국가인권위원회의 인권관련 재판 개입을 열어주는 법정의견서가 인권의 높은 이상과 실정법적 정밀함을 동시에 갖출 것을 요구한다는 점에서 야기된다.

이 연구에서 담을 내용은 크게 네 가지이다. 첫 번째는 재판과정에서 국제인권기준 적용이 갖는 의의이고, 두 번째는 국내법원에 의한 국제기준의 적용 법리와 적용례이고, 세 번째는 한국법원의 국제인권기준 적용을 위한 국가인권위원회의 임무와 역할이고, 네 번째는 위의 연구 성과를 집약한 결론과 그에 따른 권고사항이다. 이를 위해 본 연구는 다음과 같이 5개의 장으로 나누어 고찰하였다.

제1장에서는 국제법의 국내 적용 법리에 대해 살펴보았다. 국내법원이 국내재판에서 국제법을 적용하는데 있어서의 방법과 원칙을 살펴보기 위해 먼저 국제법과 국내법의 관계를 살펴보았다. 국제법과 국내법의 관계를 살펴봄에 있어 이론상 국제법과 국내법을 완전

히 별개인 법체계로 보는 일원론과 국내법우위의 일원론, 국제법우위의 일원론, 그리고 국제법과 국내법의 등위론 등으로 나누어 검토하였다. 한편, 국제법상의 국내법의 지위의 경우 국제법우위의 원칙을 재확인하였다. 다음으로 국제법의 국내법적 수용에 관한 국제법상 논의되는 적용방식으로서 크게 수용이론, 변형이론, 집행이론을 검토한 후 좀 더 구체적으로 국가별 법체계를 살펴보았다. 실제 각 국가들은 국내법을 통해 명시적 일원론 또는 이원론의 입장을 취하고, 판례를 통해서도 그러한 입장을 확립하고 있다. 또한 이러한 입장은 국제법의 연원, 즉 국제관습법이나 조약이나에 따라 달리 적용되는 것을 볼 수 있었다. 조약의 적용에 있어서 각 국가가 일원론의 입장에서 또는 이원론의 입장에서 수용방식 또는 변형방식을 취하는지 여부를 불문하고, 국가들은 실제의 관행에 있어서 국내적 차원에서 국제법과 국내법의 차이를 최소화하고 양자를 조화시키려고 노력한다. 그러나 다른 한편으로 국가들은 다양한 논리를 내세워 국내법과 국제법이 저촉되는 국제법 적용을 회피하려한다는 점도 알 수 있다.

제2장에서 외국법원의 국제인권기준 적용사례를 분석하였다. 여기에서는 미국, 캐나다 등의 미주국가, 영국, 프랑스, 독일 등의 유럽국가 및 중국, 일본 등의 아시아 국가의 법원에서 국제인권기준이 적용되는 구체적인 사례들을 검토하여 보았다. 이를 위하여 일반적으로 국제관습법과 국제 조약이 각각 어떻게 각 국에서 수용 및 적용되고 있는지 우선 알아보고, 또한 구체적으로 인권 분야에서는 이들 법규가 어떻게 운용되고 있는지도 살펴 보았다. 일원론 혹은 이원론 등의 이론에 따라 각 국가 별로 국제관습법 및 국제조약을 수용하는 방식이 다르고, 또 이것이 인권 분야에서 구체화되는 방식이 서로 다르지만, 현재 여러 국가의 법원에서 인권 관련 사건을 해결하는데 있어서 국제인권기준을 재판규범으로서 직접적으로든 또는 간접적으로든 고려하고 있다는 사실을 확인하여 볼 수 있다. 또한 국제인권기준은 각 국의 인권 관련 국내법을 해석하는데 있어서 그 기초를 제공하고 있음을 여러 국가의 관행을 통해 알 수 있었다.

제3장에서는 한국법원의 국제인권기준 적용사례를 분석하였다. 실제 적용실태를 검토하기 전 제1절에서 우선 한국의 국제인권규범 수용 법체계를 살펴보았다. 국제인권법의 국내법적 효력, 다음으로 국제인권법의 서열, 마지막으로 국내재판에서 조약의 지위를 우리나라 국내법과 국내판례 및 학자들의 학설 등을 토대로 고찰하였다. 다음으로 제2절 및 제3절에서는 국내법원의 판례 검토를 통해 국제기준의 적용실태를 분석하고 평가하였다.

국내법원은 아직까지 자신의 판결에서 국제기준을 해석하고 적용하는 것에 친숙하지 않음을 확인하였다. 이는 전반적으로 국내법원이 국제규범의 내용에 대한 정확하게 인지하고 있지 못함에서 비롯된다고 볼 수 있다. 국내법체계와는 다른 국제법체계에 대한 생소함, 그리고 국제법규범 확인의 어려움 또한 지적되어야 할 것이다. 따라서 국제법 연원 중에서도 국제조약에 대한 국내법원의 적용은 상대적으로 활발한 반면 국제관습법의 경우에는 그렇지 못하다. 국제관습법이 헌법에 따라 '일반적으로 승인된 국제법규'로서 국내법적 효력을 갖는다는 점에 관하여 국내에서 이견은 없으나, 그 법발견에는 극히 소극적이라는 태도를 지니고 있다고 할 수 있다. 따라서 국내 법원에서 국제관습법을 원용하여 개인의 권리를 인정한 사례가 한 차례도 없을 정도로 국제관습법의 국내법적 효력은 지금까지 추상적 영역으로 존재하고 있다. 아울러 국제인권법의 특수성에서 비롯되는 국가의 소극적 태도 또한 확인할 수 있었다. 따라서 인권분야와 비인권분야에서의 한국법원의 태도 차이가 존재한다. 비인권분야에서는 국제법규범의 적용이 필요하다고 판단하는 경우, 국내법원은 관련 국제법규범을 판결에서 해석 및 적용하였다. 반면 인권분야에서 국내법원은 국제기준 적용에 매우 조심스런 입장이었다. 그러나 최근, 특히 2000년대 이후 국내법원에서 국제법준중원칙에 입각하여 국제인권기준을 적용하는 판례를 통하여 국내법원의 태도변화를 엿볼 수 있었다. 따라서 본 연구는 국제인권기준이 국내 판결에서 단순한 언급이나 부수적 근거로서만 사용되는 것이 아니라, 국제인권규범이 판결의 중요법리를 뒷받침하는 근거로서 활용된다는 점에 주목하였다.

제4장에서는 한국법원의 국제인권기준 적용의 조건과 방법에 대해 살펴보았다. 먼저 국제인권기준 적용의 조건으로서 제1절에서는 국제인권기준 적용의 기반 조성을 살펴보았다. 우리나라는 대부분의 국제인권협약에 가입하고 있어, 가입 현황만으로는 가히 인권선진국수준이라고 하겠다. 그러나 실제 국제인권기준을 국내 재판을 통해 구현하는 데는 매우 인색하다. 제3장에서 살펴보았듯이 국내법원은 재판과정에서 국제인권기준이 원용되었을 경우 회피하는 태도 또는 관행을 보여주고 있다. 즉, 이유에 대한 명시 없이 국제인권기준의 원용을 배척하는 직접적인 방식과 국제법규에 의한 직접적 판단 대신 우리나라 헌법 조문에 의거하여 판단함으로써 국제법규를 우회하는 간접적인 방식을 통해 국제인권기준의 적용을 회피하는 것이다. 따라서 국내법원에서의 국제인권기준의 적용을 위해서는 국제인권협약의 가입과 같은 규범적 기반 조성뿐만 아니라 제도적 기반의 조성이 절실하다. 구체적으로 살펴보면 먼저, 국제인권기준 적용의 활성화를 위해서는 법관에 대한

인권교육이 요구된다. 국제인권기준을 적용하고 해석할 우리나라 법관들의 태도가 이에 대해 소극적이면서도 심지어 부정적인 경우도 많기 때문이다. 또한 국제인권의 집행자로서 국내법원의 역할에 대한 재인식이 요청되며, 국제인권규범의 특수성을 고려하여 이를 보장할 수 있는 사법체계가 마련되어야 한다. 이를 위해서는 기본적으로 대외관계에 관한 권력분립원칙이 재정립되어야 한다.

다음으로 국제인권기준의 적용 방법으로서 제2절에서는 국제인권기준의 해석과 적용을 살펴보았다. 국내법관이 재판과정에서 국제인권이 원용되거나 관련된 경우에 적용되는 법이론과 방법론으로서 크게 직접적용방식과 간접적용방식으로 나누어살펴보고 조약의 직접적용성 및 자기집행성, 간접적용, 합치해석원칙 등을 검토하였다. 이러한 방식 등은 국제인권의 적용을 위한 방식이면서 동시에 적용을 배제하기 위한 논리임을 확인할 수 있다.

제5장에서는 국가인권위원회의 법정조언자로서의 위상을 정립하고 역할을 규명하고자 하였다. 유럽인권재판소, 미주인권재판소 등 국제인권재판소에서 빈번하게 활용되는 법정조언자 제도의 국내인권구제절차에서의 활성화를 모색하였다. 법정조언자(*amicus curiae*)는 법원의 친구라는 의미이다. 영미법사에서는 자신의 사적인 이익을 위하여 재판에 참여하여 법정 조언을 하는 형태로 발달하였으나 근래 미국에서는 연방정부나 혹은 시민사회 단체들이 공익을 위하여 법정 조언을 하는 형태로 변모하였다. 세계무역기구가 법정조언자를 활용하고 있지만 세계무역기구의 법정조언자는 개별 법정조언자의 사적인 이익을 위하여 사용되고 있어서 국가인권위원회의 법정 조언을 위하여서는 참고할 바가 되지 못한다.

국가인권위원회법 제28조에 따르면 국가인권위원회는 인권에 중대한 영향을 미치는 재판으로 판단되는 경우에는 국가인권위원회가 법원의 요청을 기다리지 않고 일정한 견해를 제시함으로써 법정 조언을 할 수 있는 권한을 가지고 있다. 하지만 여지까지 단지 두 번의 헌법소송에 대하여서만 법정 조언을 하였을 뿐 상당히 소극적인 입장을 취하였다. 이러한 상황에서 국가인권위원회의 법정 조언을 활성화 시킬 필요가 있으며 국제연합인권고등판무관이 이라크 법원에 제출한 법정 조언이 국제인권기준의 국내법정에 대한 법정 조언으로서 좋은 예시가 될 수 있을 것이다. 이를 토대로 해 볼 때 국가인권위원회가 법정 조언을 하는 사항은 다음과 같은 사항이 되는 것이 바람직 할 것으로 보인다. 첫째, 관련 사례의 사실관계 정리, 둘째, 관련 국제적 인권기준의 모델이 되는 사례의 정리, 셋

제, 관련된 인권목록에 대한 권위 있는 해석의 정리, 그리고 마지막으로 국제적인 중요 문서상에 나타난 국제인권기준의 정리로 설명될 수 있다.

제6장에서는 법정조언자로서 국가인권위원회의 활동 체계를 분석하였다. 국가인권위원회가 법정조언자로서 효과적인 재판참가는 기본적으로 재판참가의 수행하기 위한 역량에 기반한다. 여기서 국가인권위원회의 재판참가 역량은 크게 두 가지 요소로 구성된다. 하나는 인적 역량이고, 다른 하나는 물적 역량이다. 국가인권위원회가 재판참가 역량을 강화하기 위해서는 재판참가를 준비하고 실행할 법전문가를 포함한 인적 역량을 확보·강화하고 국내법원의 판례와 국제인권기준에 관한 풍부한 정보와 지식에 관한 물적 역량이 구축되어야 할 것이다.

내부적 인적 역량강화를 위하여서는 국가인권위원회 조직을 혁신하는 것이 바람직할 수도 있지만 예산상 조직체계상 부담감이 있으므로 내부적으로 조직을 개선하는 방향으로 가는 것이 타당해 보인다. 외부적 인적 역량강화를 위하여서는 관계 인권단체와 협력하는 것이 중요하다. 하지만 외부적 인적 역량강화를 위해서는 인적 역량 강화 마당인 물적 역량을 강화하는 것이 필요하다. 특히 국가인권위원회 외부와의 건설적인 대화의 장은 국가인권위원회가 펼칠 필요가 있으므로 물적 역량을 통하여 외부적 인적 역량과 소통을 해야 한다. 물적 역량강화에서 가장 중요한 것은 데이터베이스화를 통한 지식관리체계(KMS)의 구축이다. 국제인권조약상의 관련 해석 및 견해를 데이터베이스화 하고 지식관리체계의 구축을 통하여 외부 인권단체와의 소통의 장을 마련할 필요가 있다. 제한된 인력과 예산을 가지고 있는 위원회가 위원회 외부의 전문성과 연계하여 그 능력을 극대화할 필요가 있다. 특히 국가인권위원회의 위상이 시민사회에 긴밀히 연계된 국가기구라는 점에서 위원회 외부, 특히 시민사회의 역량과 제휴하는 것은 위원회의 당면임무이자 효율성의 요청이기도 하다.

이와 같은 연구를 통하여 우리는 국내재판과정에서 국제인권기준 적용에 관한 법이론과 실제 판례와의 차이를 확인하였다. 국내 판결에서의 국제인권기준의 적용에 관한 일반 원칙을 도출하는 것은 외국법원 뿐 아니라 한국법원의 경우에도 마찬가지로 어려운 일이다. 앞서 언급한 바와 같이 한국법원은 아직까지 국제인권기준 적용에 신중하고 조심스런 입장을 취하는 경향이 강하나, 최근 하급심 법원을 중심으로 한 판례를 통해 인권분야에 있어서도 점차 국제기준을 적극 수용하려는 경향을 확인할 수 있었다. 충분한 판례가 축

적되지 않았기 때문에 선불리 단정지을 수는 없으나, 이와 같은 판결들은 앞으로의 국내 법원의 국제인권규범 적용에 관한 전향적 판결에 대한 예측을 가능케 한다. 이를 위한 국내법원의 국제인권친화적 기반과 국제인권정보체계 조성이 중요하며, 법정조언자로서 국가인권위원회의 역할이 더욱 강조된다. 따라서 이에 대한 연구는 앞으로도 계속 수행되는 것이 바람직하다고 판단된다.

목 차

서론	1
I. 연구목적 및 필요성	1
1. 연구의 목적	2
2. 연구의 필요성	3
II. 연구범위와 내용 및 방법	4
1. 연구의 범위	4
2. 연구의 내용	6
1) 재판과정에서 국제인권기준 적용이 갖는 의의	6
2) 국내법원에 의한 국제기준의 적용 법리와 적용례	7
3) 국내법원의 국제인권기준 적용을 위한 국가인권위원회의 역할	9
3. 연구의 방법	11
제1장 국제법의 국내 적용 법리	15
제1절 국제법과 국내법의 관계에 관한 이론	15
I. 이원론	15
II. 일원론	16
1. 국내법 우위의 일원론	17
2. 국제법 우위의 일원론	17
III. 등위이론	18
제2절 국제법상 국내법의 지위	20
I. 국제법우위의 원칙	20
II. 국제법 위반의 정당화 사유로서 국내법 원용의 금지	20
III. 국제재판에서의 국내법의 의의	21
제3절 국제법의 국내법적 수용방식과 국가별 법체계	22
I. 일반론: 적용방식의 분류	22
1. 수용이론	23

2. 변형이론	23
3. 집행이론	24
4. 평가	25
II. 국가별 법체계	25
1. 영국	25
2. 미국	27
3. 독일	28
4. 프랑스	29
5. 한국	30
III. 평가	32
제2장 외국법원의 국제인권기준 적용사례 분석	37
제1절 미국, 캐나다 등 미주국가 국내 법원	37
I. 미국	37
1. 국제법의 국내법적 효력	37
1) 국제관습법의 국내법적 효력	37
2) 조약의 국내법적 효력	39
2. 국제인권법의 국내 적용	40
1) 국제관습법의 국내 적용	40
2) 조약의 국내 적용	41
II. 캐나다	42
1. 국제법의 국내법적 효력	42
1) 국제관습법의 국내법적 효력	42
2) 조약의 국내법적 효력	42
2. 국제인권법의 국내 적용	43
1) 국제관습법의 국내 적용	43
2) 조약의 국내 적용	44
III. 평가	44
제2절 영국, 프랑스, 독일 등 유럽국가 국내법원	45
I. 영국	45

1. 국제법의 국내법적 효력	45
1) 국제관습법의 국내법적 효력	45
2) 조약: 엄격한 이원론	46
2. 국제인권법의 국내 적용	47
1) 1998년 「인권법」의 제정 이전 유럽인권협약의 역할	47
2) 1998년 「인권법」의 제정 이후	49
3. 국제인권협약의 역외적용: 1999년 Pinochet 사건	50
II. 프랑스	51
1. 국제법의 국내법적 효력	51
1) 국제법의 일반원칙의 국내법적 효력	51
2) 조약의 국내법적 효력	53
(1) 국내법 질서로의 도입	53
(2) 프랑스 법체계상 조약의 지위	54
(3) 조약 집행을 위한 국내법적 조치의 필요성	55
2. 국제인권법의 국내 적용	56
1) 행정법원의 입장	56
(1) 유럽인권협약의 경우	56
(2) 「아동권리협약」의 경우	57
2) 일반 사법법원의 입장	58
(1) 유럽인권협약의 경우	59
(2) 「아동권리협약」	59
III. 독일	59
1. 서설	60
2. 독일 법원 및 연방헌법재판소의 재판권	60
3. 국제법의 국내법적 효력	61
1) '국제법의 일반원칙'의 국내법적 효력	62
2) '조약'의 국내법적 효력	63
3) 유보 및 해석 선언	64
4. 국제인권법의 국내 적용	65
1) 국제인권법의 직접적용	65

2) 국제인권법의 간접적용	66
3) 독일기본법과 국제인권협약의 충돌	68
4) 국제인권기구 결정의 국내 이행	69
IV. 평가	69
제3절 중국 및 일본 국내법원	71
I. 중화인민공화국	71
1. 조약의 국내적 수용	71
2. 국제관습법의 국내적 수용	72
3. 중국이 가입한 국제조약의 홍콩 및 마카오에의서의 수용	73
4. 국제인권규범의 중국 국내법으로의 수용	74
1) 국제인권조약 및 관습국제인권법의 국내법적 수용	74
2) 국제인권규범에 대한 국내법원의 입장	76
II. 일본	76
1. 일본에서의 국제법과 국내법의 관계	76
1) 일본에서의 조약 및 국제관습법의 지위	76
2) 일본 국내재판실무에서 이루어지는 국제법 원용의 유형	77
2. 국제인권규범의 국내적 수용	77
1) 국제인권조약의 국내법적 수용	77
(1) 「시민적·정치적권리규약」에 관한 판례이론	78
(2) 「경제적·사회적·문화적권리규약」에 관한 판례이론	80
(3) 기타 국제인권조약에 관한 판례이론	80
2) 관습국제인권법규의 국내적 적용	81
III. 평가	82
제3장 한국법원의 국제인권기준 적용사례 분석	87
제1절 한국의 국제규범 수용 법체계	87
I. 국제법의 국내법적 효력	88
1. 조약	88
2. 국제관습법	90
3. 국제기구의 권고 및 결의	91

4. 평가	92
II. 국제법의 국내법적 서열	92
1. 조약과 헌법의 서열관계	93
2. 조약과 법률의 서열관계	93
3. 일반적으로 승인된 국제법규와 법률의 서열관계	95
III. 국내재판에서 조약의 지위	95
제2절 한국법원의 국제기준 적용실태	98
I. 인권분야	98
1. 헌법재판소	98
2. 대법원	120
3. 하급심	126
II. 비인권분야	132
1. 헌법재판소	132
2. 대법원	140
3. 조약의 위헌심사	144
제3절 한국법원의 국제인권기준 적용실태의 평가	159
I. 범형식에 입각한 접근	159
1. 일원론-이원론적 구분법의 특징	159
2. 국제법의 범형태에 제약되는 국내법원	161
3. 국내법원의 발전적 접근의 한계	162
II. 인권 분야와 비인권 분야의 차별성	163
1. 인권 분야 국제기준 적용의 소극성	164
2. 인권분야 국제기준 적용태도 분석·평가	165
III. 국제기준 적용법리의 유형과 실태	167
1. 단계별 적용법리의 유형과 실태	168
2. 국제규범 해석기법의 특성	169
3. 적용법리의 구조와 체계	172
제4장 한국법원의 국제인권기준 적용의 조건과 방법	175
제1절 국제인권기준 적용의 기반 조성	175

I. 규범적 기반의 조성	175
1. 인권조약 비준·가입의 의의	176
2. 국제연합 인권조약체계의 구조	177
3. 우리나라의 인권조약 비준·가입의 현황	183
4. 우리나라의 인권조약 비준·가입의 성과와 과제	190
1) 인권조약 비준·가입의 성과와 한계	190
2) 인권조약의 제한적 참여로서 유보문제	191
3) 인권조약체계에 대한 비준·가입시 국회 동의절차문제	194
5. 우리나라의 인권조약 비준·가입의 확대가능성	195
1) 인권조약의 비준·가입의 결정과정과 절차	195
(1) 정부당국과 공식 절차	196
(2) 국가인권위원회의 권고	197
2) 향후 추가 비준·가입 가능성	198
(1) 국가인권위원회 권고안	199
(2) 정부당국 공식안	200
(3) 우리 정부의 자발적 공약	200
3) 인권조약 비준·가입의 전망	201
II. 제도적 기반의 조성	202
1. 제도적 기반 조성의 의의	203
2. 국내법관의 국제법친화성 증대	205
3. 국내법원의 사법적 소극성의 극복	207
제2절 국제인권기준의 해석과 적용	212
I. 국제인권기준 적용의 일반론	212
1. 국제인권의 연원	212
1) 조약	213
2) 국제관습법	215
3) 법의 일반원칙	217
4) 법규칙 결정의 보조수단	218
2. 국제인권의 해석	218
3. 국제인권적용의 검토절차	221

1) 제1단계: 해당 국제법규의 국내법적 효력 검토	222
2) 제2단계: 해당 국제법규와 관련된 국내법규 검토	223
3) 제3단계: 해당 국제법규의 직접적용성 및 간접적용성 검토	223
4) 제4단계: 해당 국제법규 및 관련 국내법규의 해석	224
5) 제5단계; 국제법규의 직접적용과 간접적용	224
II. 국제인권기준의 직접적용	225
1. 국제법규의 직접적용 관련 법리적 논의	225
2. 조약의 직접적용성	227
1) 직접적용성의 개념	227
2) 직접적용성의 배제사유	227
3. 조약의 자기집행성	228
1) 자기집행성의 개념	228
2) 조약의 자기집행성 판단 기준	229
3) 비자기집행적 조약의 국내법적 지위	230
4. 조약의 직접적용절차	231
III. 국제인권기준의 간접적용	231
1. 개념	232
2. 간접적용의 특징	232
3. 합치해석(consistent interpretation)	233
1) 개념	233
2) 합치해석의 적용 시점	234
3) 해석대상의 국내법규칙	234
4) 합치해석원칙이 적용되는 국제법의 범위	235
4. 간접적용의 법적 결과	235
제5장 법정조언자로서 국가인권위원회의 지위와 역할	239
제1절 재판참가제도로써 법정조언자의 의의와 역할	239
I. 법정조언자	239
1. 정의	239
2. 영미법상 법정조언자	240

1) 의의 및 연혁	240
2) 법적지위	241
3) 법정조언자의 소송 참여 이유	243
4) 절차로서 법원의 동의	244
5) 형태	244
3. 국제법정에서 법정조언자	244
II. 공적인 사항에 대한 법정 조언	246
1. 미국연방정부	246
2. 시민사회의 공익 소송	246
3. 재판에의 영향	247
III. 법정조언자제도의 평가	248
제2절 국가인권위원회의 법정 조언	249
I. 국가인권위원회 법정 조언의 근거	249
1. 국가인권위원회 소송참가의 지향점	249
2. 국가인권위원회의 소송참가의 법적인 근거	249
3. 민사소송법상 소송참가	250
4. 평가	252
II. 국가인권위원회의 직무와 사법부와의 관계	252
1. 국가인권위원회의 직무	252
2. 국가인권위원회의 법적 지위	253
1) 헌법재판소가 바라본 국가위원회의 법적 지위 - 2002헌마302사건을 중심으로	253
(1) 사건개요 및 심판대상	254
(2) 헌법재판소가 바라본 국가인권위원회의 직무	255
(3) 헌법재판소가 바라본 국가인권위원회의 법적지위	255
2) 국가인권위원회의 법적 지위와 법원에의 조언 기능의 정당성	256
3. 국제적 인권기준에 대한 법정조언자로서 국가인권위원회	258
4. 실제적인 권한의 행사 분석	259
III. 법정조언의 선례	260
1. 국가기관의 법정 조언 선례	261

2. 국가인권위원회의 법정 조언 선례	261
1) 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」	261
2) 「계구사용행위 위헌확인심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」	264
(1) 사실관계	264
(2) 국가인권위원회의 견해	264
(3) 헌법재판소의 판단	265
3. 국가인권위원회 법정조언의 양태 비판	265
제3절 국제인권기준의 법정조언자로서 국가인권위원회	267
I. 국제인권기준 법정 조언의 의의	267
1. 국가인권위원회의 법정조언사항과 국제인권기준의 법정조언	267
2. 국제인권기준의 법정조언	268
II. 법정 조언의 선례 고찰 : 선례를 통한 확인	269
1. 헌법재판소에 대한 국가인권위원회의 법정조언 검토	269
1) 선례검토	269
(1) 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」	269
(2) 「계구사용행위위헌심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」	270
2) 국가인권위원회 법정 조언 분석	271
(1) 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」	271
(2) 「계구사용행위위헌심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」	272
2. 이라크 국내 법정에 대한 국제연합인권고등판무관의 법정조언 검토	273
1) 선례 검토	273
2) 국제연합인권위원회의 법정 조언 분석	274
III. 국가인권위원회의 법정 조언 형식	274
1. 국가인권위원회 법정 조언의 모습	274
2. 국제적 인권기준의 법정 조언	275
1) 관련한 국제적 인권기준의 모델이 되는 사례정리	275
2) 관련된 인권 목록에 대한 권위 있는 해석의 정리	276

3) 국제적인 중요 문서상에 나타난 국제 인권 기준의 정리	276
3. 표준 모델	277

제6장 법정조언자로서 국가인권위원회의 활동체계 283

제1절 인적역량 강화	285
I. 내부역량 강화 방안	285
1. 국가인권위원회 조직 편제의 체계화	285
1) 현황 및 한계	285
2) 외국의 사례	289
3) 조직편제의 대안 모색	291
2. 교육 및 훈련 프로그램 강화	293
1) 교육 및 훈련프로그램의 기본 방향	293
2) 교육 및 훈련프로그램의 대안모색	295
II. 외부역량 강화 방안	296
1. 전문가 확보 및 연계 강화	297
1) 외부역량 연계 사례	297
2) 연계 및 협력이 가능한 외부역량	297
3) 외부역량 강화를 위한 연계 방식	299
2. 전문가 활용 방안	300
1) 전문가 활용 사례	300
2) 전문가 활용방안 모색	301
제2절 물적 역량 강화	302
I. 내부역량 강화 방안	302
1. 현행 지식공유기반 활용 실태	302
2. 지식공유 기반확충 및 활용방안 모색	303
II. 외부역량 강화 방안	307
1. 외부단체와의 연계 및 활용	307
2. 협의채널의 활성화	312
제3절 평가	314

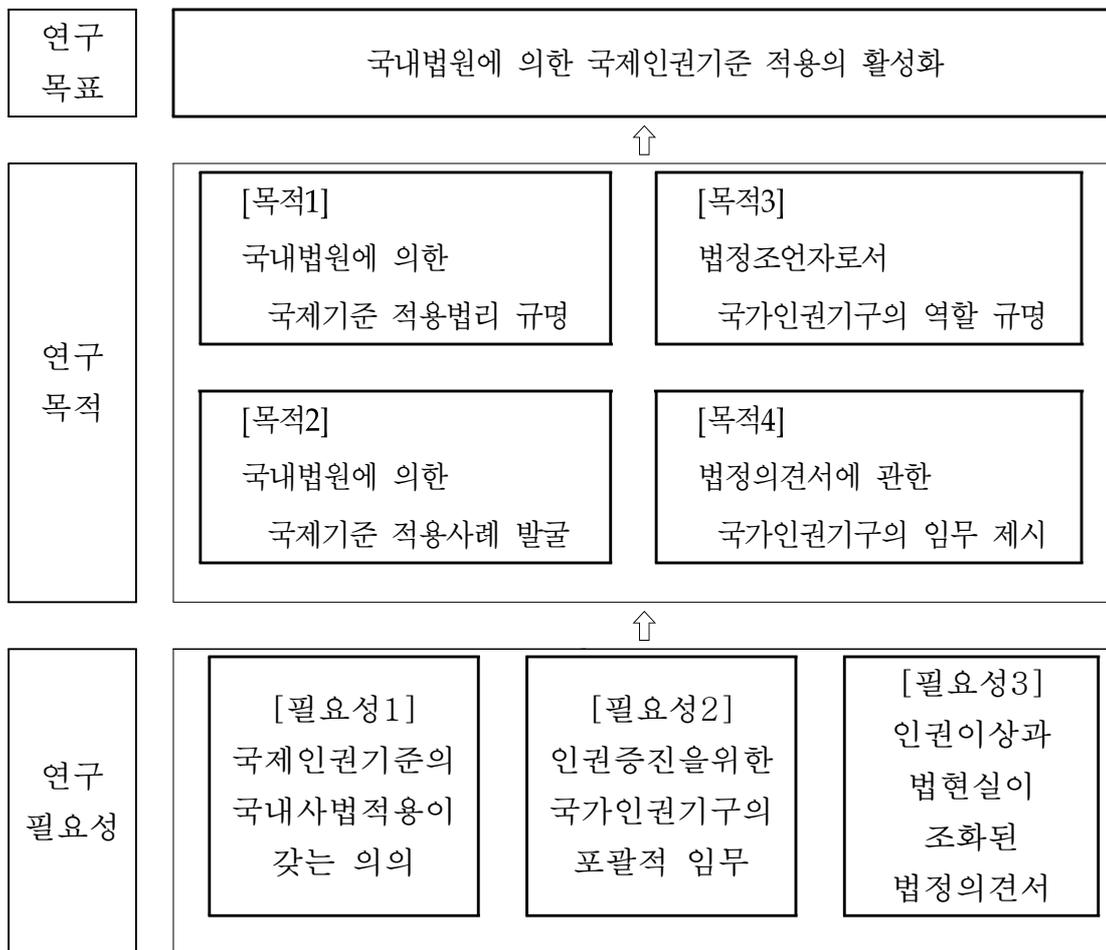
결 론	315
부록 I 외국법원판례	321
미국	321
캐나다	321
영국	321
프랑스	322
독일	322
일본	323
부록 2-1 소송촉진등에 관한 특례법 제23조에 대한 권고	325
부록 2-2 19-민법중개정안에대한의견표명	325
부록 2-3 '타하 야신 라마단에 대한 형선고문제: 법정조언자로서 국제연합인권고등판무관의 재판참가허가신청 및 재판참가신청'(In the matter of sentencing of Taha Yassin Ramadan: Application for leave to intervene as amicus curiae and application in intervention as amicus curiae of united nations high commissioner for human rights)	325
부록 2-4 '타하 야신 라마단에 대한 형선고문제: 법정조언자로서 국제연합인권고등판무관의 재판참가허가신청 및 재판참가신청'(In the matter of sentencing of Taha Yassin Ramadan: Application for leave to intervene as amicus curiae and application in intervention as amicus curiae of united nations high commissioner for human rights)(영문 원본)	325
부록 2-1 소송촉진등에 관한 특례법 제23조에 대한 권고	326
부록 2-2 19-민법중개정안에대한의견표명	329
부록 2-3 '타하 야신 라마단에 대한 형선고문제: 법정조언자로서 국제연합인권고등판무관의 재판참가허가신청 및 재판참가신청'(In the matter of sentencing of Taha Yassin Ramadan: Application for leave to intervene as amicus curiae and application in intervention as amicus curiae of united nations high commissioner for human rights)	333
부록 2-4 '타하 야신 라마단에 대한 형선고문제: 법정조언자로서 국제연합인권고등판무관의 재판참가허가신청 및 재판참가신청'(In the matter of sentencing of Taha Yassin	

Ramadan: Application for leave to intervene as amicus curiae and application in intervention as amicus curiae of united nations high commissioner for human rights)(영문 원본) 347

서론

I. 연구목적 및 필요성

지난 세기 인류공동체의 최대 성과 중 하나인 국제인권법은 보장하여야 할 구체적 인 권목록과 기준과 이를 구현하기 위한 이행체계를 구축하고 있다. 그리하여 국제인권법은 인권보장의 중요한 법적 근거이자 수단이 되었다. 특히 인권구제에서 예전에 경험하지 못한 새로운 법적 가능성을 제시하였는데, 그것은 국내재판절차에서 국내법의 한계를 벗어나 국제법에 따른 인권보호와 구제의 가능성을 제시하였다. 이 연구는 바로 국내법원에 의한 국제인권기준 적용의 활성화를 통한 인권신장을 목표로 하고 있으며, 그에 따른 연구목적과 필요성을 다음과 같다.



1. 연구의 목적

재판과정에서의 국제인권기준 적용을 주제로 한 이 연구의 목적은 크게 네 가지이다.

이 연구의 근본목적인 첫 번째는 국내법원에 의한 국제인권기준 적용을 활성화하기 위한 법체계와 법리를 도출하는 것이다. 국내법원이 인권관련 재판에서 국제인권기준을 적용하는 것은 사법부에 의한 인권보호를 강화하고 국내인권수준을 국제적 수준으로 제고시키는 것이다. 이 연구는 국내법원의 국제인권기준 적용 활성화를 달성할 수 있도록 하기 위한 직접적 과제로서 국내법원이 국제인권기준을 적용할 수 있는 법체계와 법리를 밝혀내고 제시하고자 한다.

이 연구의 두 번째 목적은 국내법원의 국제인권기준 적용에 관한 재판실태를 분석·평가하는 것이다. 구체적으로 국내법원의 재판에서 국제인권기준을 적용하는 각국의 사례를 수집·분석하고, 한국의 국내법원이 국제인권기준의 적용을 기피하는 재판관행을 분석·평가하는 것이다. 국제인권기준을 적극적으로 적용하는 외국법원의 판례들은 한국법원이 국제인권기준을 적용하는 데서 원용할 수 있는 정당한 논거를 제시할 것이다. 한국법원의 재판관행 분석은 국제인권기준 적용 기피의 원인을 진단하고 그 해결책을 처방하게 될 것이다.

이 연구의 세 번째 목적은 국내법원의 국제인권기준 적용에서 법정조언자(*amicus curiae*)로서 국가인권기구의 위상을 정립하고 역할을 규명하는 것이다. 「국가인권위원회법」 제28조는 국가인권위원회가 실정법에 근거하여 인권관련 재판에 참가할 수 있는 권한 부여 규정이다. 이 조항에 근거하여 국가인권위원회가 인권관련 재판에 참여하는 형태는 법정조언자의 의견서(*amicus curiae* brief)의 제출이다. 법정조언자로서 국가인권위원회의 지위와 법정의견서 제출을 통한 국가인권위원회의 역할을 규명하는 것은 국가인권위원회를 한국법원의 국제인권기준 적용을 추동하는 외부적 촉진자로 만들 것이다.

이 연구의 네 번째 목적은 국가인권위원회가 한국법원의 국제인권기준 적용을 촉진하는데 요구되는 제반 조직 및 활동체계의 대안을 개발하고 제시하는 것이다. 국가인권위원회는 국내법원이 인권관련 재판에서 국제인권기준을 적용하는데 조력하고 감시하는 조직과 활동체계, 국제인권데이터베이스를 갖추어야 할 것이다. 향후 국가인권위원회가 한국법원의 국제인권기준 적용 활성화를 위하여 추진해야 할 사항들과 그 가이드라인의 제시를 인권옹호자로서 국가인권위원회의 위상과 권위를 높이고 활동범위를 확대하고 인권을

실질화하는데 기여할 것이다.

2. 연구의 필요성

재판과정에서의 국제인권기준 적용에 대한 연구의 필요성은 크게 세 가지 점에서 도출된다.

첫 번째 필요성은 국제인권의 국내이행에서 사법적 구제가 갖는 기본 의미에서 나온다. 인권구제에서 가장 강력하고 실효적인 구제는 법원의 판결이다. 인권의 국제기준이 국내 기준보다 높을 경우에 국내법원이 인권관련 사건에서 국제기준을 적용한다면, 한국의 인권수준은 비약적으로 상승할 것이다. 국내법원이 국제인권기준을 적용하는 것은 다른 한편에서는 한국의 주요 인권조약의 당사국으로서 국제법적 의무를 준수하는 것이기도 하다.

국내법원의 국제인권기준 적용이 국내인권증진을 위한 긴요한 요청이자 국제법적 의무임에도 불구하고 한국법원은 국제인권기준의 국외자로 머물러 있다. 한국의 국내법원은 재판과정에서 국제인권법규의 적용문제가 대두되었을 경우에 국내법원이 직접 인용한 사례가 희소하며, 국제인권법규에 의거하여 적극적으로 판단하는 것을 회피하였다. 1990년대 이후 국제인권의 국내화 물결 속에서 국내법원은 방관자로 머물러 있다. 따라서 한국의 국내법원이 국제인권기준을 외면해온 이유를 진단하고 그 문제점을 해결할 수 있는 방안의 정립과 제시가 한국 사회에서 절실히 요구되고 있다.

두 번째 필요성은 한국의 국가인권기구, 즉 국가인권위원회가 부여받은 고유임무에서 제기된다. 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 이바지하기 위해 출범한 한국의 국가인권위원회는 설립 5년 동안 한국 사회의 인권주류화에 결정적 공헌을 하였다. 사회 전반의 평등 고취, 인권침해적 법제도의 개선 촉진, 사회적 취약층의 인권 부각, 인권로드맵 제시 등 무수히 많다. 특히 인권침해 및 차별행위에 대한 국가인권위원회의 조사와 구제는 비사법적 인권구제의 새로운 지평을 열었다. 이제 국가인권위원회는 비사법적 구제에서 보여준 성과를 바탕으로 한국 내 사법적 구제의 발전에 기여할 것을 요구받고 있다.

국가인권위원회는 인권에 중대한 영향을 미치는 재판에 관여할 수 있는 권한을 부여받고 있다. 그러나 지난 5년 동안 이 권한 위에서 사실상 잠자고 있었다는 점은 부인할 수

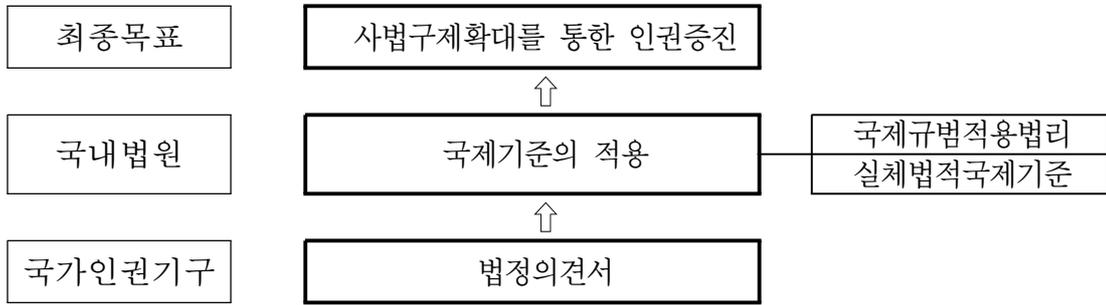
없다. 국가인권위원회가 법정조언자로서 법원에 의견을 개진한 경우는 단 2건, 즉 호주제의 위헌성에 관한 헌법재판에 의견서를 제출하였던 사례(2001헌가9,10사건에 대한 의견제출)와 장기간 계구사용행위의 위헌성에 관한 헌법재판에 의견서를 제출하였던 사례(2001헌마163사건에 대한 의견제출)에 불과하다. 최근 국가인권위원회가 비사법적 인권구제의 지평을 넘어 사법적 인권구제에 기여하기 위하여 법원 및 헌법재판소에 대한 법정의견서 제출에 주목하고 행동에 나서려고 하는 것은 매우 고무적이다. 따라서 국가인권위원회는 기존 질서의 유지에 충실해온 국내법원의 보수적 재판관행에 새로운 변화를 이끌어내기 위한 수단으로써 국제인권기준에 의거한 법정의견서의 활용은 그만큼 현실적 가치가 크고 필요성이 충분하다.

세 번째 필요성은 국가인권위원회의 인권관련 재판 개입을 열어주는 법정의견서가 인권의 높은 이상과 실정법적 정밀함을 동시에 갖출 것을 요구한다는 점에서 야기된다. 법원과 헌법재판소의 재판은 독자적 법도그마틱을 확립하고 있다. 이 도그마틱의 틀 내에 인권과 정의의 원칙을 침윤시키기 위해서는 법정의견서가 이상으로서의 인권 원칙과 현실로서의 법률주의의 일견 상치되는 두 가치를 통일시킨 법적 근거와 논리의 구축이 요구된다. 따라서 법정의견서는 헌법재판소와 법원의 사법엘리트를 상대로 선언적 비판이 아니라 인권과 법률주의를 고려하는 건설적 대화를 통한 설득이어야 한다. 결코 용이하지 않은 법정의견서제도의 운영은 심도 있는 체계적 대안의 준비를 요구한다.

II. 연구범위와 내용 및 방법

1. 연구의 범위

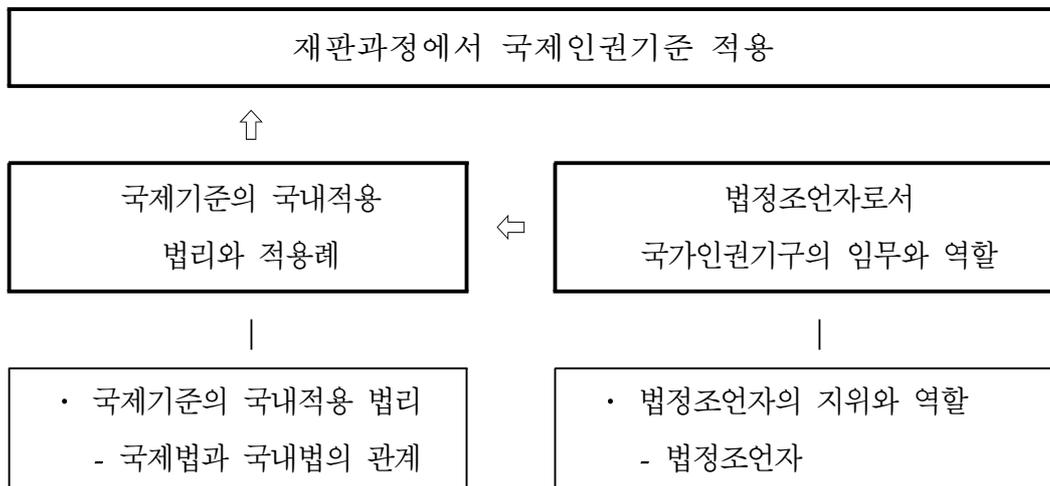
이 연구가 지향하는 최종목표는 사법구제의 확대를 통한 인권보장의 제도적 확대이다. 이 최종목표를 달성하는 유력한 방식의 하나는 법원과 헌법재판소 등 국내법원이 인권관련 재판에서 기존의 국내기준보다 상위의 국제인권기준을 적용하는 것이다. 여기서 국가인권기구는 법정의견서를 매개로 국내법원이 인권관련 재판에서 국제인권기준을 적용하는데 적극적이고 능동적인 역할을 수행할 수 있다. 이를 도식화하면, 다음과 같다.



이 연구는 위의 목적을 달성하기 위한 이론, 방법과 제도를 분석하고 대안을 제시하고자 한다. 이를 위하여 이 연구에서 다루어지는 첫 번째 연구대상은 국내법원에 의한 국제인권기준의 적용이다. 이 연구는 국제인권기준의 국내적용에 관한 다양한 이론과 한국 및 외국법원의 풍부한 실제 적용례를 분석·평가할 것이다. 특히 각국의 국내법원이 국제인권기준을 적용하기 위하여 채용하는 적용방법론, 즉 국제인권기준에 효력을 부여하는 기법에 관한 풍부한 판례법과 이를 정당화하는 법적 근거가 주된 연구대상이다.

두 번째 연구대상은 국내법원의 국제인권기준 적용을 둘러싼 국가인권기구의 역할이다. 국가인권기구가 국내법원의 인권관련 재판에서 갖는 법정조언자의 지위와 그 지위에 의해 정당화되는 법정의견서의 기능을 규명할 것이다. 또한 한국의 국가인권위원회가 법정조언자의 임무를 충실하게 수행할 수 있도록 하기 위한 방법과 수단, 예컨대 법정의견서의 형식과 체계, 법정의견서 작성을 위한 업무절차와 협력관계, 법정의견서 제출대상 선정을 위한 모니터링체계, 법정의견서의 주된 준거가 될 국제인권기준의 수집하고 이용할 수 있는 정보체계에 관한 대안 역시 주된 연구대상이 될 것이다.

그 결과 이 연구가 포괄하는 연구범위는 다음의 도표와 같다.



- 국제법의 국내수용에 관한 이론
- 외국법원의 국제기준 적용례
 - 영국, 프랑스 등 유럽지역
 - 미국, 캐나다 등 미주지역
 - 일본, 중국 등 아시아지역
- 한국법원의 국제기준 적용례
 - 인권분야 재판사례
 - 비인권분야 재판사례

- 법정조언자의견서
- 법정의견서의 사례와 모델
 - 기존유사사례 분석·평가
 - 인권위법정의견서모델개발
- 국가인권위원회의 활동체계
 - 조직 및 협력체계
 - 소재 발굴 및 활용체계
 - 국제기준 확보 및 활용체계
 - 모니터링체계

2. 연구의 내용

이 연구에서 담을 내용은 크게 네 가지이다. 첫 번째는 재판과정에서 국제인권기준 적용이 갖는 의의이고, 두 번째는 국내법원에 의한 국제기준의 적용 법리와 적용례이고, 세 번째는 한국법원의 국제인권기준 적용을 위한 국가인권위원회의 임무와 역할이고, 네 번째는 위의 연구성과를 집약한 결론과 그에 따른 권고사항이다.

1) 재판과정에서 국제인권기준 적용이 갖는 의의

재판과정에서 국제인권기준 적용이 갖는 의의에서 제시될 내용은 다음과 같다.

첫째, 인권증진의 유력한 방안으로서 사법구제의 일반적 의미를 적시하고, 그 구제의 법적 근거의 확대, 즉 국제인권기준에 의거한 인권구제의 확대가 갖는 인권증진의 의미를 보여줄 것이다.

둘째, 국제인권법체계상 국제인권기준의 국내사법적용은 국가들이 비준·가입한 인권조약으로부터 도출되는 국제의무이자 그 의무의 국내이행이라는 점(예, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」(이하에서는 「시민적·정치적권리규약」이라고 함) 제2조), 최근 국제인권기구들이 인권조약 당사국 국내법원의 국제인권기준 적용을 강조하고 있다는 점, 적지 않은 각국의 국내법원에서 실제로 달성되고 있다는 점, 그 결과 국제인권법학자들의 주요 연구주제가 되고 있다는 점 등을 통해 국제적으로 전반적인 추세임을 보여주게 될 것이다.

셋째, 국가인권위원회가 설립 5년 동안 보여준 성과와 향후 수행하여야 할 과제가 제시될 것이다. 여기서는 법원과 헌법재판소로 구성되는 국내법원과 국가인권위원회의 관계가 분석될 것이다. 이와 관련하여 '국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호 등 위헌확인'에 관한 헌법재판소 결정(2002헌마302)에서 제시된 인권구제에서 양자의 역할을 규명하고, 국가인권위원회가 국내법원에 대한 정책·관행에 대한 권고(소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 대한 개정권고), 재판에 대한 의견개진 사례(민법 제778조(호주제), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)에 대한 의견)를 분석하고, 향후 국가인권위원회가 사법구제 절차에서 어떠한 역할을 수행하고 영향을 미칠 수 있는지를 제시할 것이다. 특히 국가인권위원회법 제28조가 국가인권위원회에 부여한 법정조언자(*amicus curiae*)의 지위와 법정 의견서(*amicus curiae* brief) 제출권을 주목하고 그것을 부각시킬 것이다.

위의 분석을 통해 이 연구의 핵심테마인 국내법원의 국제인권기준 적용과 국가인권기구의 법정조언자 역할에 대한 분석과 대안수립의 필요성과 의미를 제시하게 될 것이다.

2) 국내법원에 의한 국제기준의 적용 법리와 적용례

국내법원에 의한 국제기준의 적용 법리와 적용례에서 다루어지는 연구내용은 다음과 같다.

첫째, 국제법의 국내법 영역에 대한 침투의 확대로 인하여 국내법원이 국제법에 의거하여 재판을 하는 빈도가 급증하고 있는 것이 전세계적 추세이다. 이 과정에서 국내법원의 국제법 적용에 관한 법리가 풍부하게 형성되어 왔다. 이 법리들은 인권관련 사건에서도 그대로 적용된다. 따라서 여기서는 국내법원이 국내재판에서 국제법 적용문제를 다루는 원칙과 방법론을 다루게 될 것이다. 이 연구가 초점을 두고 있는 국제법의 국내적용의 원칙과 방법론은 직접적용과 간접적용이다. 국제법과 국내법의 관계가 일원론에 속하는 법체계(한국법체계 역시 이에 해당)는 기본적으로 국내재판에서 국제법을 직접 적용하는데 법리적 장애가 없다는 점을 밝힐 것이고, 직접적용이 불가능한 경우에도 해석원칙을 통해 국내재판에서 국제법을 간접 적용할 수 있다는 점을 제시할 것이다. 여기서 제시될 간접적용의 방법론은 각국의 국내법원에서 확립된 '국내법의 국제법합치해석원칙(*principle of consistent interpretation*)'이다.

둘째, 각국의 국내법원이 인권관련 재판에서 국제인권기준을 어떻게 다루는가는 최근 국제인권법연구의 주요 관심사이다. 각국 국내법원의 국제인권관련 재판사례는 각국 법체

계의 상이함에도 불구하고 국제인권법이 국내재판에서 적용될 수 있고 있음을 보여주는 한편, 그 적용의 장애요소들을 판별할 수 있게 한다. 여기서는 각국 국내법원의 재판사례를 지역별로 나누어 수집하고 분석하게 될 것이다. 그 대상은 영국, 프랑스, 독일 등을 비롯한 유럽지역국가, 미국, 캐나다 등 미주지역국가, 일본, 중국 등 아시아지역국가가 될 것이다. 이 중 영국판례에 대한 소개 및 분석은 이원론국가들이 국제법의 국내적용을 위하여 발전시킨 간접적용법리, 특히 국내법의 국제법합치해석원칙의 특징을 보여주게 될 것이다. 프랑스나 독일판례에 대한 소개 및 분석은 일원론체계에 속하는 「유럽인권협약」의 당사국이 이 협약과 유럽연합법의 국내적용과정에서 확립한 직접적용법리, 즉 조약의 직접적용성과 직접효력 등을 제시하게 될 것이다. 미국판례에 대한 소개 및 분석은 국제인권법의 국내적용에 관한 대표적 법이론인 조약의 자기집행성의 구체적 사례를 확인시켜 줄 것이다. 상대적으로 한국의 법체계에 가까운 일본판례에 대한 소개 및 분석은 한국법원과 유사한 경향성을 보여주게 될 것이다.

셋째, 한국 국내법원은 국제법 관련 국내재판에서 이중적인 면모를 보여주고 있다. 인권관련 사건과 다른 분야 사건에서 보여주는 한국법원의 태도는 상반된다. 따라서 한국법원의 재판사례에 대한 분석은 인권관련 사건판례와 다른 분야 사건판례를 동시에 고찰할 필요가 있다. 한국 국내법원의 국제인권법 경험은 1990년대 이후이다. 한국법원은 국제인권기준 적용 여부에 관한 인권관련 재판을 통해 일정한 재판관행을 쌓아왔다. 그 관행은 국제인권기준이 원용되거나 검토된 사례가 희소하고, 원용·검토되더라도 국내법규의 조력을 받거나 국내법규의 부수적 존재로서 원용하고, 법원이 국제인권기준에 의거한 사안의 적극적 검토를 회피하는 경향을 갖고 있다. 이 연구는 이러한 경향을 구체적 판례 속에서 보여줄 것이고, 그 원인에 대한 진단을 내리게 될 것이다. 특히 우리 헌법의 기본권규정이 인권보호에서 완전한 규범체계를 확립하고 있다는 도그마가 우리 헌법에 의한 보호만을 이야기하고 국제인권기준의 적용을 도외시하는 문제점을 짚어낼 것이다. 또한 국내법원의 국제인권기준 적용 기피를 야기하는 근원적 사유로 국내법관들이 국제법 영역에 비친화적인 법문화체계의 포로이고 국제인권기준의 적용법리와 구체적 기준에 대한 국내법관의 인식부족이 크게 작용하고 있다는 점을 적시할 것이다. 국제인권기준의 방관자로 있기를 자처하는 한국법원이 비인권분야에서는 국제법규 적용에 적극적이다. 예컨대, 전라북도 도의회의 우리농산물급식조례에 대한 무효판결은 동 사안의 준거법으로 세계무역기구협정 제3조의 내국민대우원칙을 직접 적용하였다.(대법원 2004추10) 한국법원은 국제통화기금협정 제9조 등을 직접 적용하여 국제통화기금을 상대로 제기된 손해배상청구소

송을 각하하였다.(서울지방법원 99가합87825) 국내법원이 비인권분야 사건에서 채택한 국제법규의 적용법리는 인권관련 사건에도 그대로 적용될 수 있다. 따라서 비인권분야에 대한 한국법원의 판례분석은 재판에서 국제인권기준 적용을 이끌어내는 법리를 한국법원 자체의 판례법에서 이끌어낼 수 있게 할 것이다. 이에 추가하여 최근 한국의 하급법원이 국제인권기준을 전향적으로 반영한 판례, 즉 최종길교수 유족이 국가를 상대로 한 손해배상소송에서 이를 인용한 사건(서울고등법원 2005나27906), 양심적 병역거부자에 대한 무죄판결(2002고단394)을 통해 한국법원이 인권관련 재판에서 국제인권기준을 적용할 가능성을 진단하고자 한다.

3) 국내법원의 국제인권기준 적용을 위한 국가인권위원회의 역할

국내법원의 국제인권기준 적용을 위한 국가인권위원회의 역할에서 다루어지는 연구내용은 다음과 같다.

첫째, 재판과정에서 국제인권기준 적용에 관한 연구는 한마디로 국제인권기준의 방관자로 남아 있는 한국 국내법원을 국제인권기준의 친구로 만들기이고, 그 과정에서 국가인권기구가 수행해야 할 역할을 규명하고 제시하는 것이다. 한국 국내법원의 국제인권기준 친밀성 제고는 한국 국내법원의 재판관행과 법정보체계의 변화를 요구한다. 여기서는 한국 법원과 국내법관들이 국제인권에 친화적으로 되기 위한 재판환경과 제도적 기반, 국내법관이 개별 사건에서 국제인권기준을 적용하기 위한 재판절차, 국제인권기준을 파악하고 활용할 수 있는 정보체계에 대한 건설적인 대안연구가 진행될 것이다. 재판환경과 제도적 기반에서는 주로 법관의 독립성 등에 관한 법원인사제도, 판사와 변호사를 포함하는 국내 법률가들에게 필요한 국제인권법 교육제도 및 교육내용 등이 다루어질 것이다. 재판절차에서는 개별 사건에서 국제인권기준이 적용되는 일련의 기술적 절차, 즉 국내법체계 내의 국제법 지위, 적용될 수 있는 국제법규의 확인과 해석(개인권리 중심적 접근과 국가의무 중심적 접근 포함), 국제법규의 해석원칙과 규칙 등이 정리·제시될 것이다. 정보체계에서는 국내법관이 활용할 수 있는 국제인권기준의 연원 (조약, 국제관습법, 국제법의 일반원칙)과 그 해석의 연원 (조약준비작업문서(*travaux préparatoires*), 조약기구의 판정례(jurisprudence of treaty bodies), 지역인권기구의 판례(jurisprudence of regional human rights institutions), 국내판례, 국제인권재판소의 판례(jurisprudence of international human rights tribunal), 국제인권문서(international human rights

instruments), 국제인권지침(international human rights guideline) 등이 적시될 것이고, 그 정보의 통합적 접근과 관리를 위한 권리중심적 접근모델이 제시될 것이다.

둘째, 국가인권위원회는 출범 당시부터 인권관련 재판에서 위원회의 의견을 개진할 수 있는 법적 권한을 「국가인권위원회법」 제28조로부터 부여받았다. 이 규정은 국가인권위원회에게 법정조언자(*amicus curiae*)의 지위를 부여한 것이고, 국가인권위원회는 법정의견서(*amicus curiae* brief)의 형식으로 자신의 의견을 법원과 헌법재판소에 제출할 수 있다. 여기서 법정조언자제도란 사건의 당사자가 아닌 자가 법원이 당해 사건을 결정하는 데 조력하기 위하여 법률문제 및 기타 문제에 관한 정보를 자발적으로 제공할 수 있는 제도를 말한다. 국가인권위원회가 국내법원에 의한 국제인권기준 적용을 활성화시킬 수 있도록 하는 유력한 매개수단이 바로 법정의견서제도이다. 국제인권의 실효성 증대와 국제인권에 근거한 사법구제가능성의 제고를 위하여 국제인권기구나 NGO가 인권관련 재판에서 법정의견서를 적극적으로 제출하는 경향이 있다. 최근 국제연합인권고등판무관실이 이라크고등법원에 제출한 '타하 야신 라마단에 대한 형선고문제: 법정조언자로서 국제연합인권고등판무관의 재판참가허가신청 및 재판참가신청'(In the matter of sentencing of Taha Yassin Ramadan: Application for leave to intervene as *amicus curiae* and application in intervention as *amicus curiae* of united nations high commissioner for human rights)이 좋은 예다. 이 의견서에서 국제연합인권고등판무관실은 이라크가 당사국인 「시민적·정치적권리규약」에 의거하여 이라크 국내법원이 국제인권기준에 따라 재판을 하도록 촉구하였다. 한국 국내법원에서도 다른 각도에서 법정의견서에 준하는 절차가 활용되고 있다. 특히 헌법재판소는 해당 사건의 정부의견을 접수하고 참고하는 재판관행을 확립하고 있다. 따라서 이 연구는 법정조언자 및 법정의견서제도를 일반적 차원에서 분석·정리하고 법정조언자에 관한 국제사례, 외국사례를 소개하는 한편, 헌법재판소와 법원에서 법정의견서에 준하는 절차가 어떻게 운영되는지를 분석·평가할 것이다. 그리고 이와 같은 제도분석을 통하여 향후 국가인권위원회가 법정조언자로서 어떠한 지위에서 어떠한 임무를 수행하여야 하는지를 규명하고 제시할 것이다.

셋째, 국가인권위원회가 법정조언자로서 행동하기 위해서는 그에 상응한 역량과 체계를 구축하여야 한다. 이 연구는 이에 필요한 역량과 체계구축의 다양한 측면을 분석하고 그 대안을 제시할 것이다. 우선 국가인권위원회가 새롭게 개척하는 법정의견서 제출업무의 수행을 위하여 요구되는 전문성과 효율성, 통일성을 갖춘 조직체계를 살펴볼 것이다. 여기서 조직체계는 기존 조직체계 내에서 위원회 내부역량과 외부역량이 상호연계됨으로써

기존조직체계 유지, 최소인력, 최대효과를 갖도록 할 것이다. 다음으로 국가인권위원회가 법정의견서를 제출할 사건을 발굴하는 체계를 다룰 것이다. 여기에는 소재발굴체계로서 상시적 재판모니터링제도와 국가인권위원회 진정정보체계 활용, 시민단체의견수렴 등을 검토할 것이고, 소재선정을 위한 잠정적 기준을 수립할 것이다. 또한 법정의견서의 작성 형식과 방법, 체계에 대한 예시적 지침을 마련하여 제시할 것이다. 마지막으로 국가인권위원회가 법정의견서를 작성하면서 준거하게 될 국제인권기준의 확인과 활용을 위한 국제인권정보체계(international human rights data-base system)를 다루게 될 것이다. 그 안에 포함될 사항은 국가인권위원회가 국제인권기준을 확인할 수 있는 출처, 정보의 분류법으로서 권리중심적 접근체계를 제시할 것이다. 또한 실무자에 의한 실무적 이용편의성을 높일 수 있는 전산정보의 구성체계에 대한 방안을 정리·제공할 것이다.

3. 연구의 방법

이 연구의 수행과정에서 취하게 될 방법론은 다음과 같다.

첫째, 실태조사와 정책연구를 병행할 것이다. 실태조사는 국제인권기준의 국내적용에 관한 국내 및 외국의 판례에 대하여 적용될 것이다. 여기서 국내판례에 대한 조사는 전수조사방법에 의거할 것이고, 외국판례에 대한 조사는 선별조사방법에 의거할 것이다. 정책연구는 국가인권위원회의 법정의견서제도 운영을 위한 방안 모색에 적용될 것이다.

둘째, 이 연구는 실증주의적 연구방법과 정책·제도적 접근방법을 취할 것이다. 이 연구의 최종목표인 국내법원의 국제인권기준 적용을 위한 근거와 방안을 도출하기 위하여 한국을 포함한 각국의 국내법원의 판례와 관련 실정법을 대상으로 연구를 진행할 것이다. 또한 국가인권위원회가 향후 시행하게 될 법정의견서 운영체계에 대해서는 정책 및 제도 수립의 측면에서 접근할 것이다.

셋째, 국제인권기준의 국내적용에 대한 이론적 성과를 이 연구에 수용하기 위하여 선행 연구에 대한 문헌연구를 하게 될 것이다. 이 경우 국내 연구 성과에 대해서는 포괄적으로 접근할 것이고, 외국 연구 성과에 대해서는 최신성과 대표성을 기준으로 선별하여 분석하게 될 것이다.

넷째, 연구결과의 실용성 확보라는 원칙을 견지하고 연구가 수행될 것이다. 이 연구는 인권실태 및 인권제도에 대한 단순한 현상분석과 평가에 머물지 않고 인권증진을 위한 관행과 제도의 변화를 추구할 수 있도록 하는 연구의 실용성을 확보하도록 할 것이다.

제1장 국제법의 국내 적용 법리

제1절 국제법과 국내법의 관계에 관한 이론

제2절 국제법상 국내법의 지위

제3절 국제법의 국내법적 수용방식과 국가별 법체계

제1장 국제법의 국내 적용 법리

제1절 국제법과 국내법의 관계에 관한 이론

국내법원이 재판에서 국제법을 적용하는데 있어서 그 방법과 원칙을 살펴보기 위해서는 먼저 국제법과 국내법의 관계를 살펴볼 필요가 있다. 국제법과 국내법의 관계는 i) 국제법 차원에서의 국제법과 국내법의 관계와 ii) 국내법 차원에서의 국제법과 국내법의 관계로 크게 나누어 살펴볼 수 있다. 이 연구에서 다루게 되는 국제인권기준의 국내 적용의 법리는 바로 후자에 관한 사항으로 국내법 차원에서의 국제법과 국내법의 관계에 대한 것이다. 특히 국내법 차원에서 국제법과 국내법의 관계를 검토하는 것은 국내법원이 국제인권법을 어떠한 관점으로 바라보는지, 어떠한 방식으로 적용하는지에 관한 문제와 직결되는 것으로 국제인권규범을 국내적으로 이행하기 위한 중요한 이론적 바탕이 된다.

국제법과 국내법의 관계에 대한 물음은 국제법과 국내법이 동일 사안을 규율하는 공통의 영역이 있음을 전제로 하여,¹⁾ i) 국제법과 국내법이 완전히 별개인 법체계인지, ii) 만약 통일적 법질서를 구성하고 있다면 둘 중 어느 법이 우위에 해당하는지에 대한 물음이다. 여기에 국제법과 국내법의 관계를 이론적으로 설명하려는 시도는 크게 다음의 세 가지로 분류해볼 수 있다.

I. 이원론

이원론은 학자에 따라 주장하는 내용에 있어서 다소의 차이가 있기는 하나, 공통적으로 국제법과 국내법이 법의 연원, 법의 주체, 법의 성격 및 법의 적용형식 등에 있어서 상이하므로 각각 독립된 별개의 법체계에 속한다는 점을 주장한다. 이원론에 따르면 국제법과 국내법은 상호 독립해서 효력을 갖기 때문에 양 법체계는 규범이 충돌하지도 않으며, 서

1) I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed, Oxford Univ. Pr., 2003, p. 32.

로 영향을 주지도 않는다. 국제법과 국내법이 충돌한다 해도 국제법은 국내법에 의하여 영향을 받지 않고 국제 질서에 그대로 적용되며, 국내법도 마찬가지로 국제법에 저촉된다고 하더라도 그 효력의 침해됨이 없이 국내법질서에 그대로 적용된다. 즉, 국제법과 국내법은 양자에 대해 우월 또는 종속의 관계에 있지 않다고 본다.

이원론을 처음으로 주장한 Triepel은 국제법과 국내법이 그 주체와 범원에 있어서 상이하므로 국내법과 국제법은 각각 독립된 사이의 법체계라고 보았다.²⁾ Triepel이 이원론을 주장한 이래, List, Heilborn, Hold-Ferneke, Strupp, Hatschek, Waldrich, Anzilotti, Oppenheim, Fenwick, Wilson 등 많은 학자가 이 이론을 주장하였다.³⁾ 그러나 이원론의 입장도 국제법이 국가들에게 법적으로 구속력이 있음을 인정한다. 따라서 국제법과 충돌하는 국내법을 적용함으로써 국제법 의무를 이행하지 못하거나 또는 국제법을 이행하는데 필요한 국내법이 없어서 국제법 의무를 이행하지 못하는 경우에 국가는 국제법상 의무위반에 대한 책임을 져야 한다. 그러나 국내법적 차원에서는 국가가 국제법을 무시할 자유가 있음을 강조함으로써 법실증주의 입장을 견지하였으며, 국내입법이 국제법규칙을 허용하는 것은 국내적으로 국제법의 영향이라기보다는 국가관할권내에서 국가의 최고성에 따른 것이라고 본다.⁴⁾

그러므로 이원론에 따르면, 국제법의 이행에 관한 국내법률이 존재하지 않는다면, 국내법원이 국제인권법규를 적용할지의 여부는 국내적 문제로 이를 적용하지 않는다고 하여도 국가의 책임이 문제되지 않는다. 그러나 이는 이론상 가능할 뿐 국가간의 관계가 긴밀해지고 국제법의 규율 영역이 점차 확대되어 국내법과 중첩되는 범위가 넓어지고 있는 현실과 맞지 않는다. 실제 이원론적 입장을 취하는 국가라고 할지라도 국내법을 국제법 기준과 일치시키는 노력을 함으로써 결과적으로는 국제법의 준수와 이행에 있어서 일원론적 입장을 취하는 국가와의 큰 차이가 나타나지 않는다.

II. 일원론

일원론도 여러 종류가 있으나 공통적으로 국제법과 국내법을 하나의 통일체로 이해하

2) H. Triepel, 'Völkerrecht und Landesrecht' (1899) in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 1, 1923, p. 77.

3) G. Slyz "International law in domestic courts" *New York University Journal of International Law and Politics* vol. 28, 1995-1996, p. 67.

4) Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*. vol. 1, 8th ed. (Longmans, 1955), p. 37.

고 그 효력이 공통된 연원에서 유래한다는 이론적 가정에서 출발한다. 따라서 그러한 공통된 연원이 국내법에 있는지 국제법에 있는지 여부에 따라 국내법우위론과 국제법우위론으로 나뉘게 된다.

1. 국내법 우위의 일원론

국제법과 국내법의 관계에 대해 가장 먼저 주장된 것이 국내법우위의 일원론이라 하겠다. 일원론의 대표적 주창자는 Johann Jacob Moser, Georg Friedrich von Martens, B. Akzin, A. Zorn, I. Wenwel, Georg Jellinek 등이다. 이러한 이론은 Hegel의 국제법부인론에까지 소급될 수 있는데, Hegel은 국가의 최고성을 인정한다면, 국내법 이외에 초국가적인 국제법이 존재한다는 것은 모순이라고 주장하여 국제사회에 법이 존재한다는 것을 부정하였다.⁵⁾ 이와 달리 Jellinek는 법실증주의의 입장에서 국가의 주권은 자기 외의 우월한 것을 인정하지 않는 권력이고 독립한 최고의 권력이며 따라서 국제법의 효력은 국가의 자기구속을 의미하는 국내법에 우월할 수 없다는 것이다.

그러나 국내법 우위의 일원론은 여러 점에 있어서 법현실과는 맞지 않는 부분이 있다. 특히 국가가 국제법을 준수하고 국제법에 구속되는 것을 설명하기에 적절하지 못하다. 또한 양자의 관계에 있어서 국내법의 우위를 인정하는 경우에는 이론적으로 국가 수만큼의 국제법을 인정하는 것과 같아 결국 국제법질서의 부정에 이르게 된다는 점에서 국내법 우위의 일원론은 받아들이기 어렵다. 때문에 현재 이 입장을 취하는 학자를 찾아보기란 쉽지 않다.

2. 국제법 우위의 일원론

국제법 우위의 일원론은 국제법과 국내법은 통일적인 법체계에 속하며 양자의 관계에 있어서 국제법이 국내법에 대하여 상위의 법적 지위를 갖는다고 보는 입장이다. Kelsen, Verdross, Kunz 등이 그 대표적 지지자들이다. Kelsen은 근본규범에 따른 체계적이고 통일적인 법체계를 상정하고 국제법과 국내법이 동일질서에 있다는 것을 상정한다.⁶⁾ 엄

5) 정용태, “국제법과 국내법의 관계—학설을 중심으로—”, 『법학논집』(충주대학교), 제1집 (1986), 82쪽.

6) H. Kelsen “Les rapports de systèmes entre droit interne et droit international”, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 14, 1926-IV, pp.

밀히 말하면, Kelsen은 국제법 우위의 일원론이 아니다. 그는 국제법우위론과 국제법우위론의 선택은 결국 어느 것을 근본규범으로 상정할 것인가의 문제로서 두 가지 모두 이론적으로는 가능하다고 하며 그 어느 쪽을 선택할 것인가는 학문적인 문제가 아니라 그 사람의 세계관에 의해 정해지는 것으로서, Kelsen의 경우에는 국제법우위론을 선택한 것이다. 반면 Verdross와 Kunz는 국제법우위의 입장에서 보다 확고히 주장하고 있는데 Verdross는 국제법영역에 있는 법의 부정에 다름없는 국내법우위는 보편적 정의에 반하는 것이라고 보았으며, Kunz도 피라미드형의 법질서의 정점에 근본규범이 있는 것이 아니라 국제법질서가 있다고 보았다.

III. 등위이론

국제법과 국내법의 관계에 관한 국제법 현실과는 별도로 이론상 양자의 관계를 해명하기 위한 시도는 앞서 살펴본 바와 같이 이원론과 일원론의 형태로 제시되었다. 그러나 앞서 서술한 이원론과 일원론은 국가의 실행을 설명하기에는 불충분하다는 지적이 있어왔다. 이러한 점에서 국제법과 국내법을 등위의 관계에 두고 상호간에 발생하는 의무의 충돌은 조정에 의해 해결하고자 하는 입장이 제시되고 있다. 이 입장에 따르면 국제법과 국내법이 동시에 작동하는 공통분야는 실재하지 않으며, 동일한 사안에 관련되는 것 또한 부인한다. 국제법은 국제법 분야에서 국내법은 국내법 분야에서 각각 최고의 법으로서 법규범체계 자체로서는 충돌도 서열도 발생하지 않는다. 다만, 국가가 국내에서 입법의 미비 또는 국내법에 근거하여 국제법상의 의무를 실행하지 않는 경우 국제적인 측면에서는 국제위법행위에 대한 국가책임을 지게 된다. 그러나 이러한 국제법 위반이 충돌되는 국내법을 당연히 무효로 만들거나 개폐할 수 있는 것은 아니다.⁷⁾ 등위이론의 대표적 주창자로는 Fitzmaurice, Anzilotti, Rousseau 등이 있다. Rousseau에 의하면 국제법은 '국제적인 차원의 제 의무와 충돌되는 국내법칙의 자동적 폐기를 규정하고 있지 않은 조정법 (law of coordination)'이다.⁸⁾ 이와 같이 오늘날에 와서는 이원론과 일원론이 각기 완화된 형태로 나타남으로써 양이론의 명확한 차이가 모호하게 되었으며, 이에 따라 이론보다

227-331; "a transformation du droit international en droit interne" *Revue générale de droit international public*, vol. 43, 1936, pp. 5-49.

7) G. Fitzmaurice, *General Principles*, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 92, 1957-II, pp. 70-80.

8) C. Rousseau, *Droit International Public*, tome. I (Sirey, 1970), pp. 44-46.

는 실행에 대한 탐구가 더욱 중요시되고 있다.

이러한 입장에서 국제법과 국내법의 상호 충돌에 대한 것을 법규범의 체계에 대한 문제로 보지 않고 각국의 법원과 그 밖의 국가기관에 의한 실행을 중시하여야 한다는 주장이 유력해지고 있다.⁹⁾

국제관습법을 국내법의 일부로서 간주하는 국가들이 많다. 이것은 특히 미국이나 영국과 같은 보통법국가의 경우에 그러하다. 그리고 국제법의 국내적 적용에 관하여 헌법에 명문의 규정을 두고 있는 대부분의 국가의 재판소들도 이와 동일한 입장을 취하고 있다. 이는 관습에 관하여 일원론의 가설을 수락하는 것에 해당한다.

9) I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford, 2003), pp. 33-34.

제2절 국제법상 국내법의 지위

I. 국제법우위의 원칙

국제적 차원에서 국제법이 국내법에 대해 우위라는 점은 명료하다. 또한 국제적 차원에서 국제법은 하나의 통일된 법체계로서 국가마다 다르게 해석하는 것을 허용하지 않는다. 국가마다 하나의 국제법률을 달리 해석하게 되는 경우 국가 수만큼이나 많은 '서로 다른' 국제법률이 생성되는 것과 마찬가지로, 이는 결국 국제법의 존재 기반을 상실케 하는 것이다.¹⁰⁾ 국제법이 결국 국내법은 국제법 위반의 정당화 사유로서 국내법을 원용할 수 없으며, 국제법 기준에 부합하지 아니하는 국내법상 행위는 효력이 없다. 그러나 원칙상 국제법이 국내법에 대해 우위라고 해서 국내법이 국제법상 아무런 의미가 없는 것이 아니다. 국제 재판에 있어서 국내법은 법의 일반원칙의 존재에 대한 증거 등으로 사용되며, 때때로 국제법을 해석하고 판단하는 근거가 된다.¹¹⁾

II. 국제법 위반의 정당화 사유로서 국내법 원용의 금지

국가의 국내법상 행위가 국제법의 기준이 합치하지 않을 경우 국제법상 그 국가의 행위는 효력이 없음은 물론이거니와 국가는 자국의 국제의무 불이행 또는 위반행위를 정당화하기 위하여 국내법규정을 원용하는 것을 허용하지 않으며,¹²⁾ 마찬가지로 국내법규정의 부존재 또한 원용할 수 없음이¹³⁾ 국제 관행과 판례를 통하여 관철되어왔다.

1969년 「조약법에 관한 비엔나협약」도 제27조에서도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니 됨을 명시하였다. 1949년 국제연합 국제법 위원회가 마련한 「국가의 권리 및 의무에 관한 선언 초안」 제13조에서도 모든 국가는 조

10) 김대순, 『국제법론』, 제13판, (삼영사, 2008), 183쪽.

11) 예를 들어, 외교적 보호, 난민 및 무국적자의 보호의 전제가 되는 국적은 당해 국가의 국적법에 따라 판단하게 된다.

12) *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, PCIJ, (1932), Ser. A/B, No. 44, p. 24.

13) *The Alabama Claims Arbitration of 1872*, U.S. v G.B., Moore, (1872) 1 *Int.Arb.*, p. 656.

약 및 국제법의 다른 연원으로부터 발생하는 자국의 의무를 신의성실하게 수행할 의무를 가지며, 의무 불이행의 사유로서 자국 헌법상의 규정을 원용할 수 없음을 명시하고 있다.¹⁴⁾ 그러나 이러한 원칙이 국제법상의 국내법의 효력만을 말하는 것으로 국내법을 당연무효로 하는 것은 아니며, 그러한 법은 여전히 국내법상 유효한 법이다.

III. 국제재판에서의 국내법의 의의

국제법 차원에서 국내법에 국제법우위에 원칙에 따라 국내법은 일반적으로 단순한 사실에 지나지 않지만, 국제재판에 있어서 국내법은 종종 국제 의무의 이행과 관련하여 국가의 법적 입장을 드러내는 역할을 하여, 국제 의무의 이행 또는 불이행을 판단하는 증거로 사용되기도 한다. 상설국제사법재판소는 폴란드령 상부실레지아 내 일정한 독일인의 이익 사건에서 국제법과 본 재판소의 입장에 따르면, 국내법의 국가의 의사를 표현하고 국가행위를 구성하는 단순한 사실일 뿐이라고 지적하면서¹⁵⁾ 국제재판에서 국가의 의사 또는 행위를 확인하는 증거로서의 가치만을 인정하였다.¹⁶⁾

14) “Every state has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty.” 동 문서는 1949년 ILC의 첫 회기에서 채택되고 국제연합 총회에 ILC보고서의 일부로 제출되었으며, 1949년 12월 6일 국제연합 총회 결의 375(IV)의 부속문서로 첨부되었다. (*ILC Yearbook*, 1949, pp. 286, 289)

15) PCIJ, Series A, No. 7, p. 19.

16) 추가로 다음의 사건들을 참조하십시오. *Anglo-Iranian Oil Co. case (Jurisdiction)*, *ICJ Reports* 1952, pp. 106-107; Judge Badawi, Separate Opinion, *Norwegian Loans case*, *ICJ Reports* 1957, pp. 31-32.

제3절 국제법의 국내법적 수용방식과 국가별 법체계

국제적 차원에서 국제법이 국내법에 우월하다는 것은 앞서 살펴본 바와 같이 국제법원의 판결을 비롯하여 국가관행이 일치하는 바이다. 따라서 국제법은 국가가 유효하게 성립한 국제의무의 불이행 및 위반을 정당화하기 위해 국내법규정을 원용하는 것을 허용하지 않는다.¹⁷⁾ 그러나 국제적 차원에서 국제법이 국내법보다 우위인 것은 사실이나, 이는 어디까지나 국제적 차원에서의 우위로, 국제법이 '국내적' 차원에서도 우위를 점하는 것은 아니다. 따라서 관련 국내법 또는 그 적용 자체의 무효를 판단하거나 그 폐기 또는 변경을 명령할 수 없다는 점에서 한계를 가진다. 또한 자국의 법질서를 국제법에 일치시키느냐의 여부는 원칙적으로 그 국가의 국내전속사항이다.

개인을 법적 보호주체로 하고 있는 국제인권법의 경우 그 실질적 적용을 위해 무엇보다 국내법상 그 법의 적용을 필요로 한다. 여기서 한 가지 짚고 넘어갈 점은, 국제법의 국내법적 적용의 문제는 국제법의 국내법적 지위와는 조금 다른 차원의 문제라는 것이다. 즉 이원론체계에서 조약이 국내법으로 승인되고 변형되거나 일원론체계에서 조약의 국내법적 효력이 수락되었다고 하더라도, 국내법체계 내에서 갖는 지위 또는 효력의 범위는 국가마다 다르다. 따라서 국제법의 국내법적 적용가능성에 대한 검토가 국내법상 직접적용 또는 직접효력이 있는 국제법이 국내법과 충돌할 경우의 문제까지 해결해 주는 것은 아니다.

I. 일반론: 적용방식의 분류

국제법을 국내법질서 내로 받아들일 것인지의 여부 내지 받아들이는 방법을 결정하고 국내법질서 내에서 국제법의 위계를 설정하는 문제는 국가의 주권사항으로 국내법의 국제법에 대한 시각은 국가마다 다른 양상을 보일 수밖에 없다. 그러나 여기서는 국제법 이론에서 기존에 논의된 방식에 따라 국가의 태도를 크게 일원론적 입장과 이원론적 입장으로 나누어서 살펴보겠다.

17) *Polish Nationals in Danzig* (1932), PCIJ, Ser. A/B, No. 44 at p. 24; 1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제27조.

1. 수용이론

수용이론(doctrine of incorporation or adoption)에 따르면, 국제법을 국내법의 일부로서 자동적으로 수용하는 것으로, 국제법이 국내법의 일부로서 적용됨에 있어서 그 국내적 이행을 위한 국가기관의 간섭이 요구되지 않는다. 즉, 조약규정이 국내이행입법의 도움 없이 자동적으로 국내법질서의 일부를 형성할 때 그 규정은 직접적용성(direct applicability)이 있다고 말하며, 여기서 한 걸음 더 나아가 조약규정이 개인에게 국내재판소에서 원용할 수 있는 권리를 부여하거나 의무를 부과하기에 충분할 때, 그 규정은 직접효력(direct effect)¹⁸⁾이 있다고 말한다.

이러한 수용의 방식은 이론상 이원론의 입장을 취하는 국가가 국제법을 국내법에 적용하는 방식으로, 전통적으로 영미법계의 국가들이 채용하였지만 오늘날에는 국내법에 저촉되지 않는 범위에 한하여 그 적용을 인정하고 있다.

2. 변형이론

변형이론(theory of transformation)에 따르면, 국제법과 국내법은 별개의 법질서이기 때문에 국제법이 국내법질서에서 직접 적용될 수 없고, 국제법의 연원, 주체, 법적 성질 등을 의회의 입법, 사법부의 판결 또는 기타 적절한 방법을 통하여 국내법의 그것들로 변경이 되어야만 국내법질서의 일부를 형성할 수 있다. 즉, 국제법의 국내적 이행을 위해서는 국가행위를 통해 국제법이 국내법화되어야 한다는 것으로, 그 결과 국내법질서로 변형된 규범과 원래의 국제법규범은 그 관련성이 전면적으로 상실된다. 이러한 변형 방식에 의하여 국제법은 국내법으로서 새로운 적용근거를 가지며 그 적용 대상을 국가 뿐 아니라 국내법상의 주체에게로까지 확장하는 것이라고 하고 있다. 이러한 입장은 이론상 이원론적 입장을 취하는 국가가 국제법을 국내법에 적용하는 방식으로, 국제법과 국내법을 별개 독립된 법질서라고 보는 이원론의 논리적 결과이다.

이러한 이원론을 취하는 학자인 Trielpel에 의하면 “국제법의 정립은 결코 국내법의 정립을 대신할 수 없다. (...) 국가내부에 있어서 법의 정립은 항상 국가의 특수 의사행위에 의거하고 있다. (...) 국민을 구속하는 것은 조약이 아니고 국가의 공포라고 하는 단순한

18) 조약의 직접 효력은 조약의 원용가능성(invocability)과 구별된다. 이에 관해서는 박관숙, “조약과 헌법과의 관계”, 「국제법학회논총」, 제15권 1호 (1970)를 참조하라.

수단에 의하여 이루어진 국가규범이다”¹⁹⁾라고 한다. 또 Anzilotti는 “국제규범은 수용이라는 방법에 의하지 않으면 국내질서 중에서 법적 성질이 인정되지 않는다.”고 하고 헌법과 조약과의 관계에 관하여 “그 각각이 자기영역에 있어서 최고이기 때문에 일절의 수용은 규범정립행위이며 또 수용되는 다른 규범의 다소나마 근본적인 변형을 의미한다. (...) 국내법에 있어서의 조약의 명백한 수용은 사실은 조약규정에 상당한 국내규범의 제정이며 동시에 그 조약규정과는 필연적으로 상이한 것이다.”라고 설명하고 있다.

그 결과 국제법과 국내법은 상호 독립해서 효력을 갖고 그렇기 때문에 양자는 상호 영향을 주지 않는다고 한다. 다시 말해 국제법과 국내법이 저촉된다 해도 국제법은 국내법에 의하여 효력에 있어서 영향을 받지 않고 국제관계에 있어서 그대로 적용된다. 마찬가지로 국내법이 국제법에 저촉되더라도 효력이 침해되지 않고 국내행정청이나 법원등에 있어서 유효하게 적용된다. 20)

3. 집행이론

집행이론은 독일 국제법학회의 연구팀이 변형이론을 체계적으로 검토하면서 처음 논의된 것으로,²¹⁾ 집행이론 방식에 따르면 국제법이 국내법상 효력을 발생하기 위해서는 국내의 법적용기관에 대하여 국제법을 그대로 적용하도록 지시·명령을 부여하고 적용을 위한 권한을 부여하는 국내조치가 필요하다. 이러한 방식은 일반적 수용 또는 변형의 방식과는 달리 국회의 승인 등 특정 국내조치에 의하여 국제법을 그대로 국제법으로서 국내에 적용할 수 있다. 이러한 방식은 국제법과 국내법 사이의 상호적인 작용, 의존, 보완의 관계에 입각하여 국제법의 국내적 실행에 관한 국제협력의 필요에 주목하는 것으로서 등위이론의 구체화로 볼 수 있다고 하겠다.

19) H. Triepel, ‘Les rapports entre le droit interne et le. droit international’, in *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 1, 1923, p. 84.

20) 정용태, “국제법과 국내법의 관계—학설을 중심으로—”, 『법학논집』(충주대학교), 제1집 (1986), 86-87쪽.

21) 이장희, “국제법의 국내법적 도입에 관한 이론—변형이론·수용이론·집행이론—”, 『입법조사연구』, 제234호 (1995), 8-9쪽.

4. 평가

각 국가가 일원론의 입장에서 또는 이원론의 입장에서 수용방식 또는 변형방식을 취하는지 여부를 불문하고 실제의 관행에 있어서 국가들은 국내적 차원에서 국제법과 국내법의 차이를 최소화하고 양자를 조화시키려고 노력한다. 예를 들어 조약을 체결함에 있어서 자국의 국내법규정을 혹은 자국이 당사자로 되어 있는 지역적 차원의 조약규정을 일반다자조약에 편입시키려고 노력하고 있다. 그러나 앞서 설명하였듯이 자국의 법질서를 국제법에 일치시키느냐의 여부는 원칙적으로 그 국가의 국내전속사항으로서 국내적 측면에서는 그러한 노력을 강제할 수는 없다.

II. 국가별 법체계

국제법의 국내법상 법적 효력과 구속력을 갖는지 여부에 있어서 국제법이 국내법과 모순되지 않는한 국제법을 국내법 질서에 그대로 적용하는 것은 적절하지 않을 수 있다. 그러나 최근 몇 십 년간 빠르게 변화하는 국제법과, 점차 긴밀해지는 국제법과 국내법의 관련성은 더이상 국제법과 국내법을 완전히 분리된 별개의 법체계로 간주할 수 없게 만듦다. 여기에서는 판례법 및 판례를 포함하여 각국이 법률을 통해 국제법의 법적 효력과 구속력을 어떻게 받아들이고 있는지를 좀 더 구체적으로 살펴보고자 한다.

1. 영국

영국은 국내법상의 국제법의 법적 효력과 구속력에 대해 일반적으로 규정한 성문법은 없으나 판례법을 통해 일정한 적용방식이 유지되고 있다. 먼저, 영국은 대표적인 이원론 국가로서 원칙적으로 국제법은 국내의 입법행위를 통해 국내법으로 변형되어야 법으로서 효력을 갖는다. 그러나 모든 국제법에 대해 동일한 입장을 취하는 것은 아니다. 즉, 법원에 따라 그 적용 방식을 조금 달리하는데 먼저 국제관습법부터 살펴보겠다.

영국은 변형이론을 적용한 것으로 판단되는 일부 판례²²⁾를 제외하면, 판례를 통해 18세기 이후 전통적으로 수용이론을 취하는 것으로 해석되고 있다.²³⁾ 영국재판소의 수용이

22) See case *Commercial and Estates Co. of Egypt v. Board of Trade*, [1925] 1. K.B. 271 at 295.

론에 따르면, 국제관습법은 의회의 입법행위 없이도 자동적으로 영국법의 일부를 형성한다.²⁴⁾ 그러나 이렇게 수용된 국제관습법규가 영국 국내법 체계에서 어떠한 지위를 갖느냐는 앞서 지적하였듯이 별개의 문제이다. 영국은 국제관습법과 의회제정법이 충돌할 경우 의회주권의 원칙에 따라 의회제정법의 우위를 인정하고 있으며,²⁵⁾ 다만, 의회가 국제법을 위반하려는 의도가 없다는 추정 하에서 가능하면 의회제정법과 국제관습법이 충돌하지 않도록 합치해석을 하려고 노력한다.

한편, 기존의 판례법에 따르면 영국법의 선례구속의 원칙상 국제관습법과 구속력 있는 선례 간에 충돌이 있는 경우 선례가 우선한다.²⁶⁾ 그러나 이 원칙은 선례와 '신'국제관습법규간의 충돌에는 더 이상 적용되지 않는 것으로 판단된다. 영국법원은 *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* 사건에서 절대적 면제 이론에 기초한 선례와 관계없이 변경된 '신'국제관습법을 적용할 수 있음을 판결하였다.²⁷⁾

영국판례법은 이와 같이 국제관습법에 대해 일반적으로 수용이론을 받아들이고 있으나,²⁸⁾ 절대적으로 채택하는 것은 아니며, 사건에 따라서는 변형이론을 적용하는 경우도 있다.²⁹⁾

반면 국제관습법과 달리 조약의 경우 국제법과 국내법의 관계에 있어서 원칙적으로 이원론의 입장에 있다. 조약의 체결과 비준에 대해서는 국왕이 권한을 행사하며, 법적으로 의회는 국왕의 조약체결과정에 참여하지 않는다. 그러나 의회는 의회주의 원칙에 따라 입법권에 대한 독립적 권한을 가지고 있다. 따라서 조약은 국왕이 비준하면 국제법상 효력을 발생하여 국제적 차원에서의 효력을 발생하지만, 국내적 차원에서 해당 조약이 효력을 발생하기 위해서는 국내법질서 내로 편입시키는 수권법률, 즉 이행법률이 제정되어야만

23) *Barbuit's case*, [1735], 25 E.R. 777.

24) *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* [1977]; Lord Denning M.R., [1977] 1 Lloyd's Rep. 581, at 592

25) See case *Mortensen v. Peters* case, Great Britain, High Court of Justiciary of Scotland, (1906) 8 S.C., 5th Series, 99, 14 Scot. L.T. 227.

26) *Thai-Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan* ([1975] 1 W.L.R. 1485, 1495).

27) *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* [1977] Q.B. pp. 529, 554, 557, 576-579.

28) 한편, 국제법을 잘 모르는 영국재판관들이 국제관습법을 기존의 영국판례에 근거하여 판단하고 있어서 마치 변형이론과 같은 모습을 보이고 있다는 지적이 있다. (M. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 6th ed. (Allen & Unwin, 1987), p. 47.)

29) *R v. Jones (Margaret) and others*, Lord Bingham, [2006] UKHL 16, paras. 11, 23, 29.

한다. 특히, 영국시민의 권리·의무에 영향을 미치는 조약, 영국정부에게 재정적 부담을 초래하는 조약, 판례법이나 의회제정법의 변경을 요하는 조약 등은 모두 국내법으로 변형되어야만 효력을 발생할 수 있다.³⁰⁾ 그러나 예외적으로 수용이론이 적용되지 않는 조약들도 있다. 즉, 전쟁행위에 관한 조약, 영토할양조약, 그것이 국내법을 변경하려고 의도되지 않은 범위 내에서 국왕의 비준을 요하지 않는 다소 중요하지 않은 행정협정 등은 자동적으로 영국법의 일부를 형성하며 따라서 이들 조약은 의회의 이행입법 없이도 영국시민에 대하여 구속력이 있다.³¹⁾

영국은 이렇듯 엄격한 이원론을 완화하기 위해 관행적으로 조약에 대해 국내적 효력을 부여하기 위해 조약이 비준되기 전에 수권법률을 제정하고 있으며, 영국 법원들도 의회입법과 국제법과의 충돌을 피하는 방향으로 해석되어야 한다는 ‘추정’에 따라 조화적 해석을 하려고 노력한다.³²⁾ 그러나 의회제정법의 규정이 명백한 경우에는 조약과의 충돌과 상관없이 의회제정법을 적용해야 한다.

2. 미국

미국연방헌법은 제6조 2항에서 조약의 국내적 지위에 대해 “이 헌법, 또는 이 헌법을 실행하여 제정된 미합중국의 법률이나, 미국의 권능에 의하여 체결된 또는 장래에 체결될 모든 조약은 이 국가의 최고법이다. 각 주(洲)의 재판관들은 그 주(洲)의 헌법이나 법률에 반대규정이 있더라도 이들의 구속을 받는다”고 규정하고 있다. 마치 모든 조약규정에 대해 일원론을 채택하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 실제로 미국의 법원들은 조약규정을 자기집행정 조약규정(self-executing treaty provisions)과 비자기집행정 조약규정(non-self-executing treaty provisions)으로 나누어, 전자에 대해서는 수용이론을, 후자에 대해서는 변형이론을 적용하고 있다.³³⁾ 그 결과 자기집행적인 조약에 한해서만 이행입법 없이 미국법이 될 수 있으며, 비자기집행적 조약의 경우는 입법적 변형이 있어야만 적용

30) I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 2003), p. 46; *A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario* [1937] A.C. 326, 347-348 (Judicial Committee of the Privy Council) (Canada).

31) M.N. Shaw, *International Law*, 5th ed. (Cambridge: Grotius Publications, 2003), p. 138.

32) Sir Borbert Jennings & Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (Harlow : Longman, 1992), p. 61.

33) See *Foster and Elam v. Neilson* case (1829), 27 U.S.(2 Pet.), p. 314.

될 수 있다. 조약규정의 자기집행성 여부를 결정함에 있어서 결정적인 요소는 조약초안자들의 의도이다.³⁴⁾

한편, 조약과 달리 미국연방헌법에는 국제관습법의 국내적 효력에 관한 규정이 없다.³⁵⁾ 미국판례법은 국제관습법에 대해 영국법과 비슷한 태도를 취하고 있다. *Paquete Habana* case (1900)에서 연방최고재판소는 국제관습법은 입법적 조치 없이 미국법의 일부로 수락된다고 적시하였다. 그러나 “조약이 없거나 통제적 성격의 행정부 또는 입법부의 행위 또는 사법적 결정이 없는 경우”라는 제한을 붙였다.³⁶⁾ 요컨대, 국제관습법은 입법적 조치 없이 미국법의 일부로 수락되지만 영국의 경우와 마찬가지로 국제관습법과 국내 행정·입법·사법상의 행위 또는 결정과 충돌이 있는 경우 판례에 따르면 국내규정이 적용된다고 하겠다. 또한 미국의 경우, 국가행위이론(the Act of State Doctrine)을 적용하여 국제법이 적용될 수 있는 사안에 대해 사법적 판단을 자제할 수 있어서 국제관습법 적용에 있어서 상당한 제한으로 작용할 수 있다.³⁷⁾

3. 독일

독일은 연방헌법 제25조와 제59조에서 국제법의 국내법 적용에 관한 내용을 다루고 있다. 독일의 경우도 성문법을 통해 국제법의 법원에 따라 그 적용을 달리 하고 있다.

먼저, 독일연방헌법 제25조를 살펴보면 “국제법의 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 그것은 법률에 우선하며 연방영토의 주민에 대하여 직접적으로 권리와 의무를 발생시킨다”라고 규정하고 있다. 동 조항에 따라 “국제법의 일반원칙”의 경우에는 국내법적 절차를 거치지 않고도 독일 법체계 내에서 직접적으로 효력을 갖게 된다. 또한 동 조항은 국내법률에 대한 국제관습법의 우위의 법적 근거가 된다. 그러나 동 조항이 국내법률에 대한 조약의 우위의 법적 근거가 되는 것은 아니며, 독일연방헌법재판소 또한 이러한 국제법의 일반규칙에 조약은 포함되지 않는다고 보았다.³⁸⁾

34) See *Sei Fujii v. California* case (1952), *ILR*, vol. 19, 1957, p. 312.

35) 다만, 미국연방헌법 제1조 8항에서 “의회는 공해상에서 행해진 해적행위와 중죄 그리고 국제법에 대한 범죄를 정의하고 처벌할 권한을 갖는다”고 규정하고 있다. 이는 국제관습법으로 인정되는 해적행위 등 국제범죄에 대해서만 특별히 언급하고 있어서 이 조항만으로는 미국연방헌법의 태도를 알 수는 없다.

36) See *Paquete Habana* case (1900), 175 U.S. 677, p. 700.

37) See *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* case (1964), 376 US.

38) David H. Ott, *Public International Law in the Modern World*, London: Pitman, 1987, pp.

다음으로 국제 조약에 관하여 규정하고 있는 기본법 조항인 제59조는 제1항³⁹⁾에서 국제 조약 체결의 권한을 연방대통령에게 부여하고 있으며, 제2항⁴⁰⁾에서는 독일 연방의 정치적 관계를 규율하거나 또는 독일연방의 입법사항에 관계되는 조약의 경우 국내법의 형식으로 입법 권한이 있는 기관들의 동의 또는 협력이 필요함을 규정하였다. 연방의회이 동의법률은 일반적으로 조약체결권자인 연방대통령에 대한 수권기능과 조약의 국내법 예로의 변형기능을 함께 수행하는 것으로 이해되고 있다.

한편, 연방헌법 제59조가 국내법으로 수용된 조약의 지위에 대해서 명확히 규정하고 있지 않기 때문에 이에 관하여 학설의 대립이 존재한다. 변형이론은 연방의회가 조약체결에 맞추어 제정하는 동의법에 근거하여 조약이 국내법으로 변형된다고 보는 입장이며, 집행이론은 그 동의를 국제법의 국내 이행이 가능하게는 되지만 조약의 성격을 국제법에서 국내법으로 바꾸지는 않는 국가의 집행명령으로 보는 입장이다. 연방헌법재판소는 명시적으로 하나의 입장을 택한 바는 없다. 그러나 일원론의 본질적으로 별도의 입법 절차 없이 해당 국가의 헌법에 따라 체결되고 그 국가에 대해 발효됨으로써 국내법의 일부가 되는 것이라고 본다면, 독일의 변형절차는 동의법률 이외의 별도의 사후이행법률을 요구하지 않고 조약이 체결되면 즉시 국내법 질서의 일부를 형성한다는 점에서 이원론보다는 일원론에 가깝다고 하겠다.⁴¹⁾

4. 프랑스

1946년 프랑스 헌법 전문 제14문은 프랑스가 ‘국제공법규칙’(aux règles du droit public international)을 준수함을 명시하였으나⁴²⁾ 이후 개정된 1958년 제5공화국부터 헌

43-45.

39) 독일 기본법 제59조 제1항: “연방대통령은 국제법상 연방을 대표한다. 그는 연방의 이름으로 외국과 조약을 체결한다. 그는 사절을 신임하고 접수한다.”

40) 독일 기본법 제59조 제2항: “연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약은 연방법률의 형식으로 하되 그때마다 연방입법에 관한 권한을 가진 기관의 동의나 참여를 필요로 한다. 행정협정에 관해서는 연방행정에 관한 조항이 준용된다.”

41) A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge Univ. Press, 2000), p. 146; Thomas Buergenthal, “Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law”, in *Recueil des Cours de l’Académie de droit international de La Haye*, vol. 235, 1992-IV, p. 316.

42) “La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international”.

법의 전문에서의 ‘국제공법규칙’을 언급한 전문 내용이 삭제되고 제6장 (Des traités et accords internationaux)에서 조약에 관해서만 규정함으로써 국제관습법에 대해서 국내법상으로는 어떠한 입장을 취하는지가 명확하지 않다. 그러나 프랑스 행정법원인 국사원은 판결을 통해 국내법과 국제관습법이 충돌하는 경우 국제관습이 우선한다는 법적 근거가 없음을 이유로 조약과 달리 국제관습법의 우위를 부정하였다.⁴³⁾ 그러나 이는 국제관습법의 우위를 부정한 것으로 국제관습법이 국내법상 효력이 없다고 판단한 것은 아니다.⁴⁴⁾ 한편, 프랑스의 사법법원이 파기원의 경우는 판결을 통해 경우에 따라 국제관습법을 원용⁴⁵⁾ 또는 원용 거부⁴⁶⁾함으로써 일관된 입장을 파악하기가 어렵다.

1946년의 프랑스 헌법 제26조에 따르면 적법하게 비준·공포된 외교조약은 프랑스 국내법에 저촉되는 경우에도 법률의 효력을 가지며, 그 적용을 확보하기 위해서는 그 비준에 필요한 입법조치 이외에는 아무런 입법조치도 요하지 않는다. 또한 동법 제28조에서는 적법하게 비준·공포된 외교조약은 국내법률보다 우월하므로 그 규정은 외교절차에 의한 사전의 정식 폐기통고가 없는 한 폐기, 변경 또는 정지될 수 없다. 또한 현재의 프랑스헌법(1958) 제55조에 따르면 적법하게 비준되거나 승인된 조약 또는 협약은 각 협약 또는 조약이 타방당사자에 의하여 적용될 것을 조건으로 그 공포시부터 법률보다 우월한 권위를 갖는다. 이와 같은 프랑스 헌법만을 살펴보았을 때는 상당히 진보한 일원론적 입장으로 볼 수 있으나 실제에 있어서는 많은 제약이 있다. 프랑스는 전통적으로 법률이 주권자인 국민의 일반의지의 표현이라고 보기 때문에 법원이 법률의 유효성에 대해 이의를 제기하는 것이 금기나 다름없다.⁴⁷⁾ 또한 학설상으로도 다수적인 입장이 프랑스헌법상의 조약우위원칙이 법률제정권자를 상대로 한 정치적 의미만을 갖는다고 보고 있다.

5. 한국

「대한민국헌법」은 제헌헌법 이래 헌법상 조약과 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법

43) *Elections de Nolay*, 1951; *Société des mines de potasses d’Alsace*, 1986; *M. Aquarone*, 1997.

44) Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, Paris: Dalloz, 2006, 8ème éd., p. 428.

45) Madame Naira X. c. Ecole saoudienne de Paris et autre, 2003.

46) Cass. crim., 17 Juin 2003, Aussaresses.

47) T.C. Hartely, *The Foundations of European Community Law*, 4th ed., Oxford : Clarendon Press, 1998, p. 242.

적 효력을 인정하고 있다. 현행헌법 제6조 제1항을 보면 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 명시하고 있다. 먼저, “일반적으로 승인된 국제법규”에 대하여 살펴보면, 여기서 일반적으로 승인된 국제법규는 국제사회에서 일반적으로 그 규범성이 인정된 것을 말하며, 대다수 국가에 의해 승인된 국제법규는 우리나라의 승인과 상관없이 일반적으로 승인된 국제법규이다.⁴⁸⁾ 여기서 일반적으로 승인된 국제법규는 국제관습법을 포함하는 것으로서 국제관습법은 동 조항에 따라 특별한 국내법적 수용절차를 거치지 않고 국내법과 동등한 효력을 갖는다.⁴⁹⁾ 즉, 국제관습법에 대한 일원론적 입장을 취하는 것으로 볼 수 있다. 우리 학계의 일반적인 인식도 일원론의 입장이다.⁵⁰⁾ 따라서 일반적으로 승인된 국제법규 역시 헌법재판의 대상이 되며, 따라서 합헌적 국내법률 또는 입법적 행정행위에 위배되지 않는 한 국내법으로 적용된다고 하겠다.

다음으로 「대한민국헌법」 제6조 1항에 따르면 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약”은 국내법과 같은 효력을 가진다. 따라서 조약이 국내법적 효력을 갖기 위해서는 헌법이 정한 절차에 따라 체결·비준되어야 한다. 첫째, 조약의 체결·비준권은 대통령에게 있으며(헌법 제73조), 둘째, 조약의 체결·비준에 앞서 국무회의 심의가 필요하며(헌법 제89조 제3호), 셋째, 조약의 체결·비준에 있어서 국회의 동의를 필요한 경우가 있다. 헌법 제60조 1항에 따르면 “국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.”고 규정하고 있다. 따라서 한국 헌법 규정상으로는 일원론을 채택하고 있으며, 다수설과 판례로 이러한 입장이다. 합법적으로 성립된 조약의 효력은 국내법률과 같은 것으로 인정하는 것이 다수설이다.⁵¹⁾

48) 여기서 일반적으로 승인된 국제법규는 국제관습법 뿐만 아니라 일반적으로 승인된 조약을 모두 포함한다. 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 「법학논집」 (고려대학교), 제34호 (1998), 50쪽, 각주 11번.

49) 여기서 국내법과 같은 효력이란 헌법, 법률, 명령, 규칙 등을 말하는 것으로 과연 어떤 국내법과 동등한 것인가의 문제가 발생한다. 이에 관해서는 학자마다 의견이 분분하다.

50) 일원론을 주장하는 견해로 이한기, 「국제법신강」, 신정판 (박영사, 1997), 143쪽; 김대순, 「국제법론」, 제13판 (삼영사, 2008), 207쪽; 권용성, 「헌법학원론」 (법문사, 2005), 178쪽, 그러나 일원론에 대한 판단을 회피하거나 유보하는 입장도 있다. 그 예로 유병화, 「국제법 I」, 개정 제2판 (진성사, 1995), 121쪽; 계희열, 「헌법학(상)」, 제2보정판 (박영사, 2002), 174쪽.

51) 그러나 개별조약에 따라 국내법적 효력에 차등이 있는데, 예컨대 국회의 동의를 필요로 하지 않는 순수한 행정협정과 같은 것은 명령과 같은 효력을 갖는 것으로 보는 견해가 많다.

III. 평가

살펴본 바와 같이 국제법의 국내적용 문제에 있어서 다수 국가의 입법과 관행도 조약과 국제관습법 또는 법의 일반원칙 등으로 분류하여 달리 취급하는 태도를 취하고 있음을 알 수 있다. 이는 조약과 국제관습법이 국제법의 법원으로서 인정되는 그 법적 근거가 명확히 구분되기 때문이기도 하다.

먼저, 국제관습법의 경우, 오늘날 각 국내법원은 국제관습의 국내법질서로의 편입과 그 국내적 효력을 인정함에 있어서 대개 헌법상의 기준을 확립하고 있으며, 거기에는 국제관습법에 대해서는 수용의 이론이 적용된다는 점에서 어느 정도 일치된 공통의 방향이 보인다. 특히 영미법계의 국가에서는 국제관습법의 경우 국내법으로 편입, 변형, 수용 등 개별적인 국내조치가 없더라도 헌법이나 그 밖의 국내법질서에 의한 일반적인 수권에 근거하여 자동적이고도 포괄적으로 국내법의 일부가 되며 국내법상 집행 가능한 것으로 본다. 성문헌법으로 편입이론을 원칙적으로 채용한 국가에서도 그 실제 적용에서는 여러 가지의 조건을 붙여 국내법상의 적합성을 도모하고 있다. 예를 들어 미국의 경우, 법원은 당사자에 의한 특별 신청이나 입증 또는 연방의회와 그 밖의 국가기관에 의한 승인을 요하는 일 없이 자동적으로 국제관습법을 국내법의 일부로서 집행함으로써 원칙적으로 편입이론을 채용하고 있다.

한편, 성문헌법에서 명문으로 국제관습법을 전체적으로 국내법의 일부로 인정하여 국내법의 적용범위에 편입하는 것이 있다. 예로서 “일반적으로 승인된 국제법의 법규”는 국내법의 구속력 있는 법으로서 인정하는 것을 들 수 있다.(1919년 바이마르 헌법 제4조 등) 이러한 종류의 일반법규는 국내법으로서 직접적으로 사인을 구속하는 것으로 받아들여질 수 있지만, 실행상으로는 그 적용에 관하여 몇 가지 제한이 붙는다. 예를 들면, 국회의 승인을 요구한다든지, 사후의 국내법의 제정을 통해 그 적용을 부인한다든지, 아니면 헌법보다 하위의 법률로서 인정하는 등의 제한이다.

그러나 국제관습법에 대해 일반적으로 국가들이 수용하고 있다고 본다고 하더라도 모든 국제관습법규가 직접적용성 내지 직접효력을 갖는다고 볼 수는 없다. 조약의 경우와 마찬가지로 국제관습법규에도 국내재판에서 직접적용 또는 직접효력을 인정하기 어려운 국제관습법규가 있을 수 있다. 이런 경우에는 관습법의 국내적 적용을 위해 이행입법을 제정할 필요가 있다.

국제관습법과 다르게 조약의 경우 국내법의 태도는 국가별로 상당한 차이를 보이고 있

다. 국내법원이 국제인권협약을 직접적용하여 개인의 인권을 보호하기 위해서는 먼저 당해 조약의 국내법적 효력이 인정되어야 한다. 앞서 언급하였듯이 전통적으로 국제법규를 국내법질서에 편입하여 국제법규를 국내법질서에 편입하여 국내에서 실행하기 위한 구체적인 방법은 각국의 재량사안이다.

일반적으로 국가가 국제법에 대해 수용의 입장을 취하는지 또는 변형의 입장을 취하는지는 모든 국제법 연원에 대해 동일한 입장을 취하는 것은 아니며, 국제법의 연원에 따라 그 입장을 달리하는 것을 살펴볼 수 있었다. 또한 국제법 연원에 따라 취하는 일반적 방식이 있기는 하나 국내 판례가 꼭 그러한 입장이 일치하는 것은 아니며, 국내법 체계가 어떠한 입장을 취하고 있는지 판단하기 어려운 경우도 있음을 확인할 수 있었다.

제2장 외국법원의 국제인권기준 적용사례 분석

제1절 미국, 캐나다 등 미주국가 국내 법원

제2절 영국, 프랑스, 독일 등 유럽국가 국내법원

제3절 중국 및 일본 국내법원

제2장 외국법원의 국제인권기준 적용사례 분석

이 장에서는 외국의 국내법원이 재판과정에서 국제인권을 어떻게 다루는가를 살펴보는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 각국 국내법원의 국제인권기준 적용사례를 지역별로 나누어서, 미주지역의 국가들, 유럽지역의 국가들, 아시아지역의 주요 국가들의 국내법원 사례를 검토대상으로 한다.

제1절 미국, 캐나다 등 미주국가 국내 법원

미주국가의 국제인권적용사례는 사법체계가 상대적으로 잘 확립되어 있고 발전된 두 국가, 즉 미국과 캐나다를 중심으로 살펴보기로 한다.

I. 미국

1. 국제법의 국내법적 효력

국제관습법과 조약 모두 이와 반대되는 주법 및 지방법과 기존의 연방법에 우선하지만, 미국 헌법에는 우선하지 않는다. 아래에서는 국제관습법의 경우와 조약의 경우를 나누어 이들 규범이 미국법 체계상 어떠한 효력을 갖는지를 검토해 보도록 한다.

1) 국제관습법의 국내법적 효력

아래에서 검토하게 될 조약의 경우와는 달리, 국제관습법은 자기집행성 또는 비자기집행성이라는 문제로 논의되지 않는다. 연방대법원은 *Paquete Habana* 사건⁵²⁾ 이래로 국제

52) *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900). 해당 부분의 원문은 다음과 같다. [The customary international law is] “part of our law, and must be ascertained and administered by the courts of justice of appropriate jurisdiction, as often as questions of right depending upon it are duly presented for their determination.”

관습법을 미국법의 일부로 인정하여 왔고, 이에 반하는 입법 또는 행정정책이 없는 한 법원은 해당 사건에서 이를 적용하여야 한다.⁵³⁾ 구체적으로 무엇이 국제관습법을 구성하는지 여부에 대해서 미국 법원은 몇 가지의 요소를 고려하게 되는데, 여기에는 국가들의 관례, 사법적 의견, 법학자들의 저술 등이 국제관습법의 인정 자료로서 이용된다.⁵⁴⁾

국제관습법을 미국법의 일부로 인정, 광범위하게 적용하였던 경향은 제한적 적용으로 전환하기도 하였는데, 그 대표적 근거가 국제예양(comity) 및 국가행위론(the Act of State Doctrine)이다. 1895년의 *Hilton v. Guyot* 사건⁵⁵⁾에서 “국제예양”은 “절대적 의무의 문제가 아니며 상대에 대한 단순한 예절이나 선의의 문제도 아니다. 이는 한 국가가 자국 영토내에서 타국의 입법, 행정, 사법행위를 허용한다는 데 대한 인정이며, 국제의무와 편리성, 자국 시민들 및 자국법의 보호아래 있었던 다른 개인들의 권리를 존중하는 것을 의미한다”고 정의가 내려졌으며 이는 국가행위론과 더불어 국제관습법을 독립된 연원으로 인정하고 적용하는 것을 회피하는 근거로 사용되었다. 국가행위론은 1964년의 *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 사건⁵⁶⁾에서 인용되며 자국내에서 행한 외국정부의 행위에는 국제법이 적용되지 않는다는 결론으로 이어졌다.

이후 국제인권법의 발전과 함께 뒤에 살펴볼 *Filartiga v. Pena-Irara* 사건 등에서는 외국인인 개인에게 미국 법원에서의 당사자 적격을 인정하는 등 국제관습법이 법원의 국제인권법 사건들에 대한 적극적인 판단을 하는 근거로 다시 작용하게 되었다. 이는 국가간의 관계에 대해서만 규율하던 관습법이 국제법 주체의 다양성 등으로 인하여 개인과 국가 등의 관계에서도 적용되는 데 따른 결과이기도 하다. 비록 각급 연방법원들이 정치문제 등을 이유로 국제관습법의 적용에 제한적인 입장을 보이기도 하나, 특히 인권법 분야에 있어서의 신중한 고려에 따르기는 하나 국제관습법의 적용 추세는 계속될 것으로 보인다.

53) 성재호, “인권법의 발전과 미국법원의 수용”, 「미국헌법연구」, 제7호 (1996), 358쪽.

54) *Filartiga v. Pena-Irana*, 630 F. 2d 876, 884 (2d Cir. 1980).

55) 159 U.S. 113, 163(1895) 해당 부분의 원문은 다음과 같다.

““Comity,” in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and goodwill, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.”

56) 376 U.S. 398(1964).

2) 조약의 국내법적 효력

미국 헌법 제6조 제2항은 "...합중국의 권능에 의하여 체결된 또는 장차 체결될 모든 조약은 합중국의 최고법이다. 각 주의 재판관은 그 주의 헌법이나 법률에 반대 규정이 있더라도 이에 구속된다."⁵⁷⁾고 규정하여, 미국이 체결한 모든 조약은 미국 최고의 법으로서 연방 법률과 동등한 지위를 지닌다. 미국의 기존 법률과 조약이 상충할 경우, 조약은 미국 헌법의 규정은 훼손할 수 없고, 조약과 연방 법률이 충돌할 때에는 신법우선의 원칙에 따라 해결하며, 조약과 주법이 충돌할 때에는 조약이 우선한다.⁵⁸⁾

미국의 판례는 1829년 *Foster v. Neilson* 사건⁵⁹⁾을 통하여 행정부가 체결한 조약의 성격을 자기집행적(self-executing) 조약과 비자기집행적(non self-executing) 조약으로 구분하여 설명하고 있다. 이미 앞서 논의된 바 있듯이, 전자는 법원이나 행정기관에 의한 국내 적용이 인정되기 위해 별도의 조치가 필요 없는 경우이며, 후자는 별도의 조치가 필요한 경우이다. 미국의 American Law Institute에서 1987년에 작성한 주석서(Restatement)는 조약의 자기집행적 성격에 대한 헌법적 제약에 관한 설명에서 조약이 헌법상 의회의 배타적 입법권한 내에 있는 사항을 대상으로 하는 경우 의회가 이를 완성하여야만 국내법으로서 효과를 가질 수 있다고 밝히면서, 조약의 자기집행성 여부는 미국의 의도를 기준으로 한다고 한다.⁶⁰⁾

미국 판례에서 언급되어 온 자기집행력이 있는 조약의 성격 및 기준에 대해 혹자는 다음의 네 가지 사항을 제시한다. 첫째, 조약은 체결 당사국들이 그것의 사법적 집행이 불가능하도록 '의도'한 경우 비자기집행적 조약이 될 수 있다. 둘째, 해당 조약과 관련하여 '사법적 쟁송이 가능하도록' 의도된 경우에 이를 자기집행적이라고 할 수 있다. 셋째, 의회의 입법 권한에 속한 사항에 관한 조약은 비자기집행적 조약일 수 밖에 없다. 넷째, 조약이 개인에게 직접소송권한을 부여하는 경우 자기집행적 조약이 될 수 있지만, 여기에는 많은 예외가 존재할 수 있다.⁶¹⁾

57) U.S. Constitution Article VI §2: "...all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding."

58) *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920); *Zschering v. Miller*, 389 U.S. 429 (1968).

59) *Foster v. Neilson*, 27 U.S. (1829).

60) §111, comment I, *Restatement of the Law* (Third, The American Law Institute, 1990), pp. 47-48.

2. 국제인권법의 국내 적용

1) 국제관습법의 국내 적용

위에서 설명한 바와 같이 국제관습법은 미국법의 일부로 여겨지기 때문에 미국 법원은 잠재적으로 관습국제인권법을 적용할 수 있는 기회가 많다. 그러나 실제로 인권 분야에 있어서 국제관습법의 존재를 확인하는 것은 쉬운 일이 아니며, 미국 법원은 관습국제인권법을 적용하는데 있어서 상당히 신중하다.⁶²⁾ 아래에서는 미국 법원에서 국제관습법을 근거로 판결을 내린 사례를 살펴보도록 한다. 이는 헌법적 보장책이 없거나 국내법 규정이 달리 규정하고 있지 않는 한 개인의 자유에 대한 권리는 국제법에 의해 보장된다는 것을 보여주고 있는 것이라고 할 수 있다.

<Filartiga v. Pena-Irara 사건>⁶³⁾

동 사건에서는 1789년 외국인불법행위법(Alien Tort Statute) 위반의 불법행위를 이유로 외국인이 다른 외국인을 상대로 미국 법원에 제소한 것으로서, 파라과이에서의 고문행위가 국제관습법을 위반한 것인지 여부를 결정하여야 하는 사건이었다.⁶⁴⁾ 동 사건의 주된 소송원인은 「국제연합 헌장」과 「세계인권선언」, 「국제연합 고문금지선언」, 「인간의 권리의무에 관한 미주선언」, 기타 관련 선언 및 인권에 관한 국제관습법을 형성하는 법문과 관행, 국제법 등의 불법치사에 관한 법규를 근거로 하고 있었다. 연방 지방법원은 파라과이인이 파라과이에서 파라과이인을 고문한 것은 국제관습법을 위반한 것이 아니라고 판결하였다. 그러나 제2순회법원은 많은 조약에서 보편적으로 고문을 비난하고 있다는 점과 세계의 모든 국가가 사실상 공적 정책수단으로서 고문을 포기하였다는 측면에서 보면, 공무원이 구금 중의 사람에 대하여 고문을 한 것은 확립된 국제인권법 규범을 위반한 것이고 이는 미국인과 외국인 사이에 차이를 인정할 수 없다고 판단하였다. 즉, 미국 법원은

61) C. Vazquez, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", *AJIL*, vol. 89, no. 4, 1995, pp. 695 이하.

62) M. Shah Alam, "Enforcement of International Human Rights Law by Domestic Courts in the United States", *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 10, 2004, pp. 41-43.

63) *Filartiga v. Pena-Irara*, 630 F. 2d 876 (2d Cir. 1980).

64) M. Shah Alam, *op. cit.*, p. 43.

「세계인권선언」 등을 국제관습법으로 보아 Pena-Irara에게 유죄 판결을 내렸다.

2) 조약의 국내 적용

미국 헌법은 미국이 체결한 또는 장차 체결하게 될 조약은 최고법이라고 규정함으로써 조약의 국내적 효력을 밝히고 있으나, 미국 법원은 조약이 직접 적용될 수 있기 위해서는 자기집행력을 가지고 있어야 한다는 이론을 발전시켜 왔다. 조약의 자기집행성 여부는 구체적으로 조약에 사용된 표현과 조약 전체의 목적, 조약 집행을 둘러싼 상황, 조약에 의해 부과된 의무의 본질, 대체적 시행 수단의 이용가능성 및 실현가능성, 사적 권리로서 행동을 허용하는가의 여부, 분쟁을 해결하는 사법부의 능력 등을 종합적으로 고찰하여 판단하게 된다.⁶⁵⁾ 인권 분야의 선도적 판례는 *Sei Fujii v. State of California* 사건이다.

<*Sei Fujii v. State of California* 사건>⁶⁶⁾

동 사건에서는 미국 시민권을 취득할 수 없는 일본인 Fujii가 로스앤젤레스의 토지를 매입하였는데, 캘리포니아 「외국인토지법」(California Alien Land Law)은 미국 시민권의 자격이 없는 외국인에게 양도된 토지는 주에 몰수된다는 규정을 두고 있었다. Fujii는 이러한 외국인 토지법이 주헌법과 연방헌법을 위반한 것이라고 주장하면서 소를 제기하였다. 동 사건에서 캘리포니아 최고 법원은 인권의 존중을 규정하고 있는 「국제연합 헌장」 제55조와 제56조는 비자기집행적인 성격이라고 판시하였다. 그 이유는 헌장의 조항이 “모든 회원국은 제55조에 규정된 목적을 달성하기 위해...공동적 또는 개별적 행동을 취할 것을 서약한다.”라고 규정되어 있어서, 보호되어야 할 권리가 헌장 내에 명확히 정의되거나 그 구체적 예가 없기 때문에 인권보호라는 법적 의무는 ‘현재’의 의무가 아닌 ‘미래지향적’인 성격을 띠고 있다고 보았다.

<*People of Saipan ex Rel. Guerrero v. United States Department of Interior* 사건>⁶⁷⁾

동 사건은 상기의 *Sei Fujii v. State of California* 사건과는 달리 조약의 원용이 인정된 경우이다. 동 사건에서 원고는 신탁통치국인 미국의 고등관무관이 특정 항공회사에게 사

65) 성재호, 앞의 논문, 354쪽.

66) 38 Cal. 2d 718, 242 P. 2d 617 (1952). 판례 전문은 *AJIL*, vol. 46, 1952, pp. 559-573.

67) *People of Saipan ex Rel. Guerrero v. United States Department of Interior*, 502 F. 2d 90 (9th Cir. 1974).

이판의 공공토지에 호텔을 건축 운영하도록 임대한 것은 원주민의 경제적 발전을 촉진하고 신탁지역 주민의 토지와 자원을 보호하여야 한다는 국제연합과의 신탁협정을 위반한 것이라고 주장하였다. 이러한 주장에 대하여 제9항소법원은 신탁협정은 자기집행적인 것으로 개인이 미국 법원에서 원용할 수 있는 권리의 연원이 된다고 판단하였다.

II. 캐나다

1. 국제법의 국내법적 효력

캐나다는 다수의 국제인권협약을 비준함으로써 국제인권기준을 국내로 도입하는데 적극적이며, 해당 협약의 구속력을 인정하여 왔다. 또한 캐나다는 자국의 헌법상의 권리장전을 입안하는데 있어서도 이러한 국제인권기준을 기초로 하였다고 할 수 있다.⁶⁸⁾

1) 국제관습법의 국내법적 효력

국제관습법과 캐나다 국내법을 조화시키기 위해서는 캐나다 주권의 보호, 행정부에 대한 입법부의 우위 보호, 캐나다의 국제 의무 충족 등의 다양한 요소를 고려하여야 한다. 그 결과 국제관습법과 국내법을 조화하기 위한 일반적인 이론으로 두 가지가 제시되고 있다. 하나는 편입이론(adooption or incorporation theory)으로서 법률 또는 보통법상의 확립된 규칙에 반하지 않는 한 국제법을 편입하는 별도의 조치 없이도 국내법의 일부로 인정된다는 이론이다. 그리고 다른 하나는 변형이론(transformation theory)으로서 국제법은 이를 수용하는 별도의 조치가 있어야만 국내법의 일부가 된다는 이론이다. 일반적으로 캐나다 판례는 편입이론을 채택하고 있다고 설명되고 있다. 그러나 이에 대한 대법원의 입장은 없으며, 하급심 법원의 판결에서 이를 채택하고 있음을 확인할 수 있다.⁶⁹⁾

2) 조약의 국내법적 효력

68) A. Bayefsky, "International Human Rights Law in Canadian Courts" in B. Conforti and F. Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (Kluwer Law International, 1997), p. 295.

69) *Ibid.*, pp. 296-297.

일반적으로 캐나다 내에서 조약이 효력을 갖기 위해서는 국내법을 통해서 가능하다. 이러한 원칙은 *Re Arrow River and Tributaries Slide & Boom Co. Limited* 사건⁷⁰⁾에서 확인되었으며, 그 이후의 다수의 판결에서도 이를 확인할 수 있다.

2. 국제인권법의 국내 적용

1) 국제관습법의 국내 적용

관습국제인권법이 캐나다 법원에서 실제로 원용될 수 있는지의 문제는 법원과 1차 인권 규범인 캐나다의 「권리와 자유의 헌장」(Charter of Rights and Freedoms), 이하에서는 「권리장전」이라고 함)의 관계에 의존한다. 이들 간의 관계에 따라 국제관습법은 캐나다에서 두 가지의 역할을 한다고 볼 수 있다. 첫째, 관습국제인권법은 캐나다 법원에서 직접적으로 원용될 수 있다. 캐나다 「권리장전」 제26조⁷¹⁾에 따르면, 특정한 권리가 동 「권리장전」에 의해 보장되고 있다는 것이 캐나다에 존재하는 여타의 권리가 부인되는 것으로 해석되어서는 안 된다고 규정하고 있다. 따라서 보통법상 확립되지 않은 인권 분야 또는 확정적인 법률상 및 헌법상의 조항이 존재하지 않을 경우에는 관습국제인권법이 그 틈새를 메울 수 있을 것이다.⁷²⁾

둘째, 국제인권협약은 국내법의 해석에 있어서 적용될 수 있다. 보통법상의 전통을 갖는 캐나다에는 의회가 국제법에 반할 의도로 입법을 하지 않기 때문에 캐나다법은 국제법상의 의무에 합치하기 위한 방법으로 최대한 해석되어야 한다는 원칙이 존재한다. 대법원은 *Davidson v. Slight Communications* 사건⁷³⁾에서 이러한 입장을 인정한 바 있다.

70) *Re Arrow River and Tributaries Slide & Boom Co. Limited* [1932] 2 D.L.R. 250 at pp. 260-261; [1932] S.C.R. 495 at pp. 510-511.

71) Canadian Charter of Rights and Freedoms 제26조: “The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed as denying the existence of any other rights or freedoms that exist in Canada.”

72) A. Bayefsky, *op. cit.*, p. 300.

73) *Davidson v. Slight Communications* (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; [1989] 1 S.C.R. 1038.

2) 조약의 국내 적용

1982년 이래 캐나다는 자국의 「권리장전」을 통하여 헌법상의 인권을 보장하여 왔다. 동 「권리장전」에는 개별 조항을 해석하는데 있어 국제인권협약을 적용할 것을 요구하는 직접적인 문언은 존재하지 않지만, 캐나다 대법원은 동 「권리장전」의 조항을 해석하는데 있어서 캐나다가 비준한 여러 국제인권협약을 기초로 하고 있다. 2000년까지 있었던 대법원에서의 「권리장전」 관련 사건에서 「시민적·정치적권리규약」은 18번 인용되어 가장 많이 인용된 조약이고, 아동의 권리에 관한 협약이 3번, 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약이 2번, 인종차별철폐협약이 2번, 그리고 고문방지협약이 1번 인용되었다.⁷⁴⁾

III. 평가

미국의 경우 국제관습법 및 조약은 모두 미국법의 일부를 구성한다고 하나 국제관습법의 경우에는 국가행위이론, 정치적 이유 등을 이유로 그 적용이 제한될 수 있으며, 조약의 경우는 자기집행성을 갖는 것에 한해 직접적용이 인정되어 왔다. 이러한 경향은 국제인권법의 발전과 함께 개별 사안에서는 완화되는 모습도 있으나 여전히 적용에 있어 신중한 고려를 하고 있다.

캐나다는 국제관습법의 국내적용에 있어서는 편입이론의 입장에서 서 있는 것으로 볼 수 있으며, 특히 인권법 분야와 관련해서는 보통법상 확립되지 않은 인권 분야 등에서는 직접적용이 인정되며 또한 국제관습법은 국내법의 해석에 있어서도 인용되고 있다. 조약과 관련하여서는 국내법을 통하여 적용되며, 인권법 분야에서는 법원은 국내법인 「권리장전」의 해석에 있어 여러 국제인권협약을 직접 인용하고 있음을 볼 수 있다.

74) A. Lamer, "Enforcing International Human Rights Law: The Treaty System in the 21st Century", in A.F. Bayefsky (ed.), *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century*, (Kluwer Law International, 2000), p. 309.

제2절 영국, 프랑스, 독일 등 유럽국가 국내법원

유럽은 상대적으로 법치주의와 인권보장의 법체계가 발전해 있고, 지역의 인권증진을 위한 별도의 지역적 인권조약인 「유럽인권협약」에 의거한 보호체계가 수립되어 있다. 그 결과 유럽지역은 「유럽인권협약」의 국내적용과 관련된 법리체계가 잘 발달되어 있다. 이 연구에서는 그 중 영국, 프랑스, 독일의 국내법원 사례를 살펴보도록 한다.

I. 영국

1. 국제법의 국내법적 효력

국제법의 국내법상 지위와 효력에 있어 영국은 조약과 국제관습법이 각각 다르다. 따라서 아래에서는 조약과 국제관습법을 각기 살펴보도록 한다.

1) 국제관습법의 국내법적 효력

일부 판례를 제외하면,⁷⁵⁾ 영국의 판례는 국제관습법에 대해 18세기 이후 전통적으로 일원론, 즉 수용이론을 적용하고 있다. 영국법원의 수용이론에 따르면, 국제관습법규는 자동적으로, 즉 의회나 법원의 개입이 없이 영국법의 일부를 형성하며, 한 걸음 더 나아가서 영국시민에게 그 자체로서 권리를 부여하거나 의무를 부과할 수 있다. 그러나 국제관습법의 자동적 적용에는 다음의 몇 가지 제한이 있다.

첫째, 국제관습법과 의회제정법이 충돌할 경우, 의회우위의 원칙에 따라 의회제정법이

75) 예컨대, Talbot 대법영국의 일부 판례는 국제관습법에 대하여 변형이론을 적용하고 있는 것으로 해석된다. 예컨대, *Commercial and Estates Co. of Egypt v. Board of Trade* ([1925] 1 K.B. 271 at 295; Akehurst, p. 45)에서 Aktin 재판관은 다음과 같이 언급한 바 있다. “국제법 그 자체는 국내법원에서 심리할 수 있는 그 어떤 권리도 부여할 수 없다. 국제법규는 그것이 국내법규에 포함된 것으로 승인된 한에서만 국내법원에서 권리와 의무를 발생하는 것이 허락된다.” 그는 또한 1939년 추밀원 사법위원회의 판결 *Chung Chi Cheung v. The King* ([1939] A.C. 160)에서 다음과 같이 언급하였다. “언제나 기억해야 할 사실은, 이 국가의 법원에 관한 한 어쨌든, 국제법은 그 원칙들이 우리 자신의 국내법에 의하여 수락되고 채택되는 경우를 제외하고는 어떠한 효력도 갖지 않는다는 점이다.”

우선한다. 다만, 영국법원은 의회는 국제법을 위반하려는 의도가 없다는 추정 하에서 가능하면 의회제정법을 국제관습법과 충돌하지 않는 방향으로 해석하려고 노력한다. 둘째, 종래 판례법에 의하며, 특히 *Thai-Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan*⁷⁶⁾에 의하면, 영국법의 선례구속의 원칙상 국제관습법과 구속력 있는 선례 간에 충돌이 있는 경우 선례가 우선한다. 그러나 이 원칙은 이제 부분적으로, 즉 선례와 '신'국제관습법규간의 충돌에 관한 한, 파기된 것으로 보인다. 잉글랜드 항소법원이 *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*⁷⁷⁾에서 선례구속의 원칙은 국제법규에는 적용되지 않으며, 따라서 자신은 절대적 면제이론에 기초한 선례에 관계없이 변경된 '신 국제관습법규'를 적용할 수 있다고 판결하였기 때문이다. 이제 선례와 '신'국제관습법의 관계에 관한 한 진정한 수용이론이 적용된다고 할 수 있다. 셋째, 영국법원은 일정 유형의 국제문제의 분야에 있어 외무장관의 사실확인서를 '사실'판단의 '결정적인' 증거로 간주한다. 즉, 영국법원은 국제문제에 있어 '사실'판단은 영국행정부에 일임하지만, 그러한 사실 상황의 '법적'효과는 자신이 결정한다.

2) 조약: 엄격한 이원론

영국의회는 무엇이든 법으로 제정할 수 있고, 제정한 법을 폐지할 수 있으며 이에 대해 법원이 의회제정법의 유효성을 심사할 수 없다. 이러한 의회주권의 원칙 하에서 조약의 국내적 도입에 있어 수용이론을 적용한다는 것은 동 원칙의 훼손이며, 따라서 영국법은 조약의 국제적 효력과 국내적 효력 사이에 엄격한 차이를 두는 방식을 채택하고 있다. 즉, 영국행정부가 체결하는 조약이 영국법의 일부로 편입시키는 이행법률이 제정되어야 한다. 영국시민의 권리, 의무에 영향을 미치는 조약, 영국정부에게 재정적 부담을 초래하는 조약, 판례법이나 의회제정법의 변경을 요하는 조약 등 중요한 조약은 모두 이 경우에 해당된다.

영국의 법원들은 엄격한 변형이론의 적용에서 파생될 수 있는 불편을 완화하기 위해 세 가지 해석원칙을 발전시켜 오고 있다. 첫째, 영국법에는, 의회는 국제법을 위반하려는 의도를 갖고 있지 않으며, 따라서 의회입법은 국제법과의 충돌을 피하는 방향으로 해석되어야 한다는 '추정'이 존재하고 있다. 이 해석 원칙은 특히 조약을 실시, 이행하기 위하여

76) [1975] 1 W.L.R. 1485, 1495.

77) [1977] Q.B. 529, 554, 557, 576~579

제정되는 의회제정법이 모호한 경우에 적용된다. 둘째, 법원은 조약의 이행법률로서 제정된 것이 아닌 제정법의 모호한 규정을 해석할 때에도 관련 조약을 고려할 수 있다. 셋째, 제정법에 의하여 국내법으로 편입된 조약의 해석에 있어, 영국법원은 제정법 해석의 경우보다 더 폭넓은 접근방법을 채택하고 있다. 특히 이 경우 재판관은 당해 조약의 관련 준비문서를 참조하는 것도 가능하다.

그러나 예외적으로 수용이론이 적용되는 조약들도 있다. 즉, 전쟁행위에 관한 조약, 영토할양조약, 그리고 '그것이 국내법을 변경하려고 의도되지 않은 범위 내에서' 국왕의 비준을 요하지 않는 다소 중요성이 없는 행정협정 등은 '자동적으로' 영국법의 일부를 형성하며 따라서 이들 조약은 이행입법 없이도 영국시민에 대하여 구속력이 있다.

2. 국제인권법의 국내 적용

1) 1998년 「인권법」의 제정 이전 유럽인권협약의 역할

인권법이 제정되기 이전 영국의 법체계는 의회 우위의 원칙이 지배적이었기 때문에 영국이 비준한 국제 협약의 규정이 국내법으로 변형되지 않는 한 아무런 효과를 발하지 못하였다.⁷⁸⁾ 그리고 「유럽인권협약」의 경우에 있어서는 이러한 이행 입법이 필요하지 않다고 여겨졌다. 「유럽인권협약」이 비준되던 당시 영국 정부는 국내법이 「유럽인권협약」에 합치된다는 입장이었으며, 그 이후 정부도 국내법에 의해 이미 국민의 권리와 자유가 충분히 보장된다는 입장이었다.⁷⁹⁾ 이에 따라 「유럽인권협약」은 국내법상 효력을 지니지 못하였으며, 사인은 당해 협약을 법원에서 직접 원용할 수 없었다.⁸⁰⁾

그러나 국내법과 국제법 간의 긴밀한 관계는 국제법이 국내법의 일부를 이룬다는 사법 해석의 원칙을 통하여 유지된다. 이러한 원칙은 법원이 의회 제정법의 우위를 인정하면서도 법률이 영국에 의해 비준된 국제 협약에 반하지 않도록 해석하여야 한다는 원칙에 의해 보충된다.⁸¹⁾ 즉, 의회는 영국이 「유럽인권협약」에 위반하는 상황에 처하도록 입법하지

78) D. Bonner, H. Fenwick, and S. Harris-Short, "Judicial Approaches to the Human Rights Act", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, Issue 3, 2003, p. 550.

79) A. Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law* (Oxford University Press, 1983), p. 178.

80) *Ibid.*, pp. 178-179.

81) *Ibid.*, p. 179.

는 않는다고 추정하는 것이다. 이러한 해석 원칙을 통하여 법원은 동 협약에 기초할 수 있었다. 해당 법률이 모호하거나 불명확한 경우, 「유럽인권협약」에 반하지 않는 해석과 이에 반하는 해석이 모두 가능하다면 전자가 채택되어야 한다.⁸²⁾ 그러나 해당 법률의 문언이 명확하다면, 이것이 「유럽인권협약」에 반하는 경우라도 법원은 이를 적용하여야 한다. 또한 「유럽인권협약」이 보통법의 형성에 이용될 수 있다고 하더라도, 특정 법률에 의해 부여된 당국의 행위 또는 결정이 동 협약상의 의무에 합치되어야 하는 것까지 요구할 수는 없다.⁸³⁾ 이러한 점은 모두 *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* 사건을 통해 확인된 바 있다.

<*R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991]>

동 사건에서 영국의 내무대신은 1981년의 방송법에 따라 BBC 및 독립방송기관으로 하여금 반테러법에 의해 금지되는 단체를 대표하는 자에 의한 발언은 방송을 허용하지 않을 것을 규율하는 명령을 발포하였다. 이러한 명령은 「유럽인권협약」 제10조⁸⁴⁾의 표현의 자유를 위반하며, 이것이 제한되기 위해서는 긴급한 요청이 있어야 한다는 주장이 제기되었다. 또한 권한의 행사에 있어서는 비례성의 원칙이 적용되어야 한다고 주장되었다. 동 사건에서 의회는 영국이 「유럽인권협약」에 위반하는 상황에 처하도록 입법하지는 않는다고 추정하여야 한다고 확인하였다. 이러한 해석 원칙을 통하여 법원은 동 협약에 기초할 수 있었다. 그러나 특정 법률에 의해 부여된 당국의 행위 또는 결정이 동 협약상의 의무에 합치되어야 하는 것까지 요구할 수는 없으며, 이것을 요구할 경우에는 동 협약을 “뒷문으로” 수용하는 결과를 초래할 것이라고 보았다. 비례성 원칙과 관련하여서는 동 협약

82) *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind* [1991] 1 All ER 720.

83) *Ibid.*

84) 「유럽인권협약」 제10조.

제1항: “Everyone has the right to freedom of expression. this right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.”

제2항: “The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or the rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.”

이 영국 법제에 편입되었는지 여부와 상관없이 적용되어야 한다고 판단하였다.

<*R. v. Chief Metropolitan Magistrate, ex parte Choudhury* [1990]>⁸⁵⁾

고등법원(Divisional Court)은 보통법 하에서 신성모독법(law of blasphemy)이 기독교는 보호하지만, 이것이 이슬람교까지 확장될 수 없다는 점에 관하여 판단할 것이 요구되었다. 법원은 이슬람교에 대한 신성모독을 이유로 살만 루시디(Salman Rushdie)의 ‘악마의 시’의 출판을 금지하여 달라는 요청을 받았다. 상기의 점이 이슬람교에 대한 차별인지 여부를 판단하기 위해 법원은 「유럽인권협약」 제9조⁸⁶⁾, 제10조 및 제14조⁸⁷⁾의 조항과 해당 판례를 심도 있게 참조하였다.

2) 1998년 「인권법」의 제정 이후

영국에서의 국제법의 국내적 적용에 있어 핵심은, 첫째, 조약의 국내적 적용은 국내의 이행법률이 있어야만 가능하다는 점과, 둘째, 의회주권원칙에 따라 사법부가 입법부의 영역을 침범하지 않으려 한다는 점이다. 인권분야에 있어서도 이런 점이 동일하게 적용된다. 그러나 1998년 「인권법」(Human Rights Act)의 제정을 통해 「유럽인권협약」이 국내법 일부로 받아들여지면서 영국은 인권에 대한 실체법적인 접근과 의회 우위의 원칙을 결합시켰다.⁸⁸⁾

영국은 「인권법」의 제정을 통해 「유럽인권협약」을 영국법의 일부로 받아들였다. 동 법

85) *R. v. Chief Metropolitan Magistrate, ex parte Choudhury*, WLR, 1990, 986.

86) 「유럽인권협약」 제9조

제1항: “Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.”

제2항: “Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others.”

87) 「유럽인권협약」 제14조: “The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.”

88) “Judicial Approaches to the Human Rights Act”, p. 550.

은 「유럽인권협약」상의 기본권보장 조항에 대해 영국 국내법과 동일한 효력을 부여함으로써⁸⁹⁾ 모든 형사사법기관에 대해 생명존중, 인도적 처우, 인격적 자유, 공정한 재판, 죄형법정주의, 사생활보호, 차별금지의 원칙 등을 정립하였다. 이에 따라 의회에 제출된 형사사법 관련 법안에 대해서는 기본권보장 조항에 합치됨을 명시해야 하고 (제19조), 모든 실정법은 기본권보장 조항에 합치되도록 해석되어야 하며 (제3조), 법원은 합치된 해석이 불가하다고 판단이 되면 해당 법률이 기본권보장 조항에 불합치함을 선언하여야 한다. (제4조) 또한 모든 형사사법기관은 그 권한 행사에 있어 기본권보장 조항을 준수할 의무가 있으며 (제6조), 개인은 국내 법원의 절차에서 기본권보장 조항을 직접 원용하여 권리를 주장할 수 있다. (제7조)

3. 국제인권협약의 역외적용: 1999년 Pinochet 사건

최근 영국 귀족원(House of Lords)은 1999년의 Pinochet 사건에 관한 제3차 판결⁹⁰⁾을 통하여 반인륜 범죄에 대한 보편주의적 관할권을 인정함으로써 국제인권법의 역외적용을 확인하였다. 동 사건은 Pinochet가 재직 당시 칠레에 거주하고 있던 스페인 국적인 수백 명을 고문 및 학살한 범죄행위를 근거로 스페인이 영국 정부에 대하여 질병 치료차 영국에 입국한 Pinochet를 인도해 줄 것을 요청한 사례이다. 이에 대하여 영국 귀족원은 1984년의 「고문 및 그 밖의 잔혹한, 비안간적인 혹은 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약」을 근거로 하여 영국이 동 협약의 당사국이 된 시점인 1988년 12월 8일 이후에 칠레에서 자행된 Pinochet의 고문행위 등을 동 협약상 보편주의가 적용되는 국제범죄로 인정하여 영국의 재판관할권을 인정하였다. 영국은 동 협약상 발생하는 의무를 1988년 9월 29일에 발효한 1988년 「Criminal Justice Act」 제134조를 통하여 영국 법제 내로 수

89) 동 법은 제1조에서 “협약상의 권리”(Convention right)를 「유럽인권협약」 제2조 내지 제12조 및 제14조, 제1 의정서 제1조 내지 제3조 및 제6 의정서 제1조와 제2조의 권리 및 기본적 자유를 의미한다고 규정하고, 동 법 제2조에서 협약상의 권리와 관련하여 제기된 모든 문제를 판단하는데 있어 법원은 유럽인권재판소의 판결, 결정, 선언 및 권고적 의견을 고려하여야 한다고 규정한다. 동 법의 전문은 “Offices of Public Sector Information, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980042_en_1” 참조.

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

용하였으며, 동 협약은 1988년 12월 8일에 비준되었다. 2000년 3월 2일 영국 내무대신이 정치적 및 건강상의 이유로 Pinochet가 본국인 칠레로 귀환하는 것을 허용함으로써 스페인인으로의 범죄인 인도 및 이에 따른 형사재판이 현실적으로 이루어지지 못하는 못하였으나, 동 판결은 국제법상 국제 범죄에 대한 재판관할권의 기초로서 국제인권협약을 토대로 하고 있다는 점에 의미가 있다.

II. 프랑스

1. 국제법의 국내법적 효력

로마법으로부터 계수한 프랑스의 법전화 전통은 성문의 연원을 우선시하는 경향을 보이는 결과 관보예의 조약 공포는 국제법이 국내법으로 도입되는 중요한 기준이라고 할 수 있다. 그리고 “법의 일반원칙”(principes généraux du droit)과 관련하여서는 특히 국사원(Conseil d'Etat)에서 프레토리안(praetorian) 전통이 지속되었다. 이에 따라 조약과 국제법의 일반원칙이라는 서로 다른 경우를 나누어 고찰해 보아야 할 것이다.

1) 국제법의 일반원칙의 국내법적 효력

1946년 프랑스 헌법 전문 제14은 “전통에 충실한 프랑스 공화국은 국제공법규칙을 준수한다.”⁹¹⁾고 규정하고 있는데 반해, 1958년 프랑스 헌법 제55조는 조약에 대한 국내 적용 문제는 다루고 있으나 국제관습 및 법의 일반원칙에 대해서는 언급을 하고 있지 않다. 이에 따라 조약이 아닌 국제법의 일반원칙도 1946년 헌법에서 언급하고 있는 ‘국제공법 규칙’에 해당되어 프랑스에서 국내법적 효력을 지니는지 여부가 문제된다. 아래에서는 이에 관한 프랑스 법원의 태도를 검토해 본다.

(1) 행정법원의 입장

우선 프랑스 행정법원인 국사원(Conseil d'Etat)은 오랫동안 국제관습을 언급하지 않고

91) “La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international.”

경시한 경향을 보인다.

<Aquarone 사건>⁹²⁾

동 판결에서 문제가 된 것은 청구인인 개인이 정당하게 프랑스 법률에 반하는 국제관습을 원용할 수 있는지 여부이다. 청구인은 헌법 제55조가 조약에 관하여만 규율하고 있으나 동 조항이 국제관습의 국내법률에 대한 우위를 배제하지 않는다고 주장하였다. 이에 대하여 국사원은 헌법 제55조와 더불어 기타 다른 헌법적 가치를 갖는 규정이 국내법률과 국제관습의 충돌이 발생할 경우 국제관습이 우선한다는 명시적 및 묵시적 언급을 하고 있지 않다고 판단하였다.

<Paulin 사건>⁹³⁾

동 판결에서는 전직 국제노동기구 공무원의 연금에 대한 국제공무원의 면제 및 특권의 범위와 국제관습의 국제법적 지위가 문제되었다. 재판부는 1958년 헌법 제55조 및 헌법적 가치를 갖는 규정 어느 것도 국제규범과 국내입법규범 간의 충돌이 발생할 경우 국제관습이 (국내)법률에 우선한다고 명시적으로나 암묵적으로 의미하지 않는다고 판단하였다. 이는 Aquarone 사건과 유사한 입장을 취한 것이라고 볼 수 있다.

<Syndicat des copropriétaires du 14-16 Boulevard Flandrin 사건>⁹⁴⁾

동 판결에서 국사원은 국제관습법의 위반을 이유로 한 국가책임이 발생할 수 있다고 판시함으로써 국제관습의 국내법상 범규범적 효력을 인정하였다.

<세계인권선언>

「세계인권선언」이 프랑스 관보(*Journal officiel de la République française*)에 공포되었음에도 불구하고, 국사원은 동 선언이 프랑스 국내 법원에서 원용될 수 없음을 공고히 해왔다. 이는 초기의 판례⁹⁵⁾부터 시작하여, 제5공화국 헌법에 의해 반복되었고,⁹⁶⁾ 1984년

92) Con. d'Etat Ass., 6 juin 1997, M. Aquarone, *Revue générale de droit international public*, 1997/3, p. 838.

93) Con. d'Etat, 28 juillet 2000, Paulin.

94) Con. d'Etat, 4 octobre 1999, Syndicat des copropriétaires du 14-16 Boulevard Flandrin, RGDIP, 2000/1, pp. 271-276.

95) *Elections de Nolay*, 18 April 1951.

96) *Car*, 11 May 1960.

의 판례⁹⁷⁾를 통해서 재차 확인되었다.⁹⁸⁾

(2) 사법법원의 입장

국제관습에 대한 파기원의 입장은 일관되게 정립되었다고 보기는 어렵다. 아래에서는 이에 관한 판례들을 검토해 본다.

<Barbie 사건>⁹⁹⁾

동 판결에서 파기원은 시효소멸 불가성 규칙이 국가 전체에 의하여 승인된 법원칙에 따라 인도에 반하는 범죄에 적용가능하다고 판시하였다. 이는 파기원이 국제관습을 판결의 근거로서 원용한 것이다.

<Aussaresses 사건>¹⁰⁰⁾

동 판결에서 파기원은 알제리 전쟁 중 민간인을 고문하고 약식절차를 집행했다고 주장한 프랑스 장군의 소추를 뒷받침하기 위하여 관련 국제협약 대신 국제관습을 원용할 수는 없다고 판단하였다. 이와 관련하여 파기원은 국제관습이 필요한 경우 국제협약을 해석하기 위한 지침이 될 수는 있으나, 새로운 범죄를 형성하기 위해 국제협약의 부재를 대신할 수 없다고 한 바 있다.

2) 조약의 국내법적 효력

(1) 국내법 질서로의 도입

조약이 국내법 질서로 도입되는 태도에 대한 프랑스 헌법의 입장은 1946년을 중심으로 나누어 설명될 수 있다. 우선 1946년 이전에는 전통적으로 국제협약이나 조약을 다시 법

97) Roujansky, 23 November 1984.

98) E. Decaux, "A Report on the Role of French Judges in the Enforcement of International Human Rights", in B. Conforti and F. Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (Kluwer Law International, 1997), p. 119.

99) Cass. crim., 6 octobre 1983, Barbie.

100) Cass. crim., 17 juin 2003, Aussaresses.

률로서 공포하는 대통령의 명령(décret)이 있어야지만 해당 협약이나 조약이 국내법 질서로 편입될 수 있는 이원론적인 태도를 취하고 있었다.¹⁰¹⁾ 그러나 제4공화국 헌법 제26조는 대통령의 명령과 같은 별도의 조치가 없이도 적법하게 비준 및 공포된 조약에 대하여 국내법적인 효력을 인정함으로써 일원론적인 입장을 취하게 되었다.¹⁰²⁾ 또한 이러한 입장은 제5공화국의 1958년 헌법 제55조¹⁰³⁾에 의해 계승되어 적법하게 비준 및 공포된 조약은 그 공포시로부터 실정법이 되어 국내법적 효력을 지닌다.

프랑스에 의해 서명된 국제조약의 비준 및 공포에 관한 1986년 명령 제86-707호에 의해 수정된 1953년 명령 제53-192호는 외무성 장관으로 하여금 개인의 권리와 의무에 영향을 미치는 해당 조약을 프랑스 관보에 반드시 공포하도록 하고 있다. 그러나 개인의 권리와 의무에 영향을 미치지 않는 조약은 공포가 의무적으로 요구되지는 않는다.¹⁰⁴⁾

(2) 프랑스 법체계상 조약의 지위

1958년 헌법 제55조에 따라 조약 및 국제협정은 공포시로부터 법률에 우선하는 효력을 갖는다. 이에 따라 공포는 조약 및 국제협정의 국내법 질서에서의 지위를 결정한다. 이는 국제법과 국내법의 관계에 대한 일원론을 현재 채택하고 있는 프랑스의 입장과 상통한다고 할 수 있다. 사법법원과 행정법원 모두 새로운 조약이 기존의 법률에 우선한다는 점을 인정한다. 또한 현재에는 새로운 법률보다 기존의 조약이 우선한다는 점도 인정되고 있다.¹⁰⁵⁾

프랑스 법원의 입장을 살펴보면, 우선 국사원은 과거에 국제규범과 국내법 사이에 법률, 즉 국제규범을 허가하는 국내법이 개입되어 있음을 이유로 조약 또는 협정 규정이 법률 조항보다 우위에 있다는 점을 수용하지 않았다. 그러나 1989년 *Nicolo - Rec. Lebon*

101) 박기갑, “조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로”, 『법학논총』, 제34권 (1998), 124쪽

102) P. Eisemann and R. Rivier, “National Treaty Law and Practice: France”, in D. Hollis, M. Blakeslee and B. Ederington (eds), *National Treaty Law and Practice* (Martinus Nijhoff Publishers, 2005), p. 265.

103) 제5공화국 1958년 헌법 제55조: “적법하게 비준 또는 승인된 조약이나 협정은 각 협정이나 조약이 다른 당사국에 의하여 시행될 것을 조건으로 하여 공포시로부터 법률에 우선하는 권위를 가진다.”

104) P. Eisemann and R. Rivier, *op cit.*, p. 266.

105) P. Eisemann and R. Rivier, *op cit.*, pp. 268-269.

판결 이후 이러한 기존의 입장을 바꿔, 기존 조약 규정에 따르지 않은 새로운 국내법의 양립가능성을 검토하였다.¹⁰⁶⁾ 이는 헌법 제55조에 따른, 법률에 대한 조약의 우위를 인정한 것이다.

다음으로 파기원도 마찬가지로 그 동안은 조약과 새로운 국내법이 충돌할 경우 법원은 법률에 표명된 의사에 따라야 한다는 입장을 취해 왔다. 그러나 이러한 입장은 파기원 1975년 *Jacques Vabre* 사건에 의하여 폐기되었다. 동 판결에서 파기원은 조약에 반한 국내법의 합헌성 문제는 권한이 없다는 이유로 다루지는 않았으나, 새로운 국내법의 적용을 부인하였다.

(3) 조약 집행을 위한 국내법적 조치의 필요성

프랑스의 국사원(Conseil d'Etat)은 이미 1839년의 판결에서 "...조약의 집행은 비단 일 국가기관에 관련된 것이 아니라 입법, 행정, 사법 등 모든 국가기관에 귀속되는 의무이다."라고 판시하였으며, 이러한 입장은 헌법위원회(Conseil constitutionnel)의 판결에서도 찾아볼 수 있다. 그러나 이와는 별도로 프랑스 국내에서 공포된 조약이 그대로 적용 및 집행될 수 있는지 여부에 대해서는 계속적으로 문제가 되었다. 이러한 문제에 대해 프랑스 판례와 학설은 미국의 '자기집행력'이란 표현 대신 다른 유럽 국가들과 마찬가지로 '직접적용성'(applicabilité directe)이란 개념에 대응하는 '즉각적 청구권'(droits immédiatement exigibles)이란 개념을 사용하고 있다.¹⁰⁷⁾

조약의 직접적용성에 대해 국사원을 비롯한 프랑스 행정 법원의 판례추이를 연구한 Dubouis 교수의 견해에 따르면, 조약이 직접적용성을 갖기 위해 다음과 같은 요건을 충족하여야 한다고 판단하였다. 첫째, 조약의 법규정이 명확하여야 하고, 둘째, 조약을 적용함에 있어 관련 국내기관 또는 예외적으로 관련 국제기구에서 별하는 보완적 공포에 종속되지 말아야 하며, 셋째, 단순히 서명한 국가만을 구속하는 것이 아니라 직접적으로 개인에게 권리와 의무를 부여하는 규정이어야 한다는 것이다.¹⁰⁸⁾

106) Con. d'Etat, 20 octobre 1989, Nicolo - Rec. Lebon.

107) 박기갑, "조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로", 「법학논총」, 제34권 (1998), 126쪽.

108) L. Dubouis, "Le juge administratif français et les règles du droit international", *Annuaire Français de Droit International*, 1971, p. 19; 박기갑, "조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로", 「법학논총」, 제34권 (1998), 127쪽에서 재인용.

2. 국제인권법의 국내 적용

행정법원은 행정 당국에 의한 행위의 적법성을 결정하고, 또한 행정 조치가 법률에 합치하는지 여부를 검토한다. 이에 따라 최고 행정법원인 국사원(Conseil d'Etat)은 행정법원이 법률의 적법 여부에 관하여는 판단할 수 없다는 전통적인 태도에 기초하고 있으며, 이는 헌법위원회(Conseil constitutionnel)의 임무라는 입장이다. 또한 최고 민사 및 형사 법원인 파기원(Cour de cassation)도 조약상의 의무에 합치하지 않는 법률의 제정에 아무런 구제책을 제공할 수 없다. 그 결과 조약이 일반 법률보다 우선한다는 헌법상의 명확한 원칙이 존재함에도 불구하고, 프랑스 국내 법원은 근래에 이르기까지 이러한 원칙을 적용하는데 적극적이지 못하였다. 이러한 점을 잘 보여주는 대표적인 경우로는 1986년의 Syndicat général de fabricants de semoules en France 사건¹⁰⁹⁾으로, 동 판결에서 국사원은 EEC 규칙의 적용을 부정하고 오히려 이에 상충하는 프랑스 국내법의 적용을 인정하였다.¹¹⁰⁾ 다음에서는 현재 조약의 우위 원칙이 파기원과 국사원에서 어떻게 운용되고 있는지에 대해서 검토해 보도록 한다.

1) 행정법원의 입장

(1) 유럽인권협약의 경우

행정법원이 「유럽인권협약」을 참조하는 것이 흔한 경우는 아니다. 아래에서는 동 협약이 원용된 사례들에서 행정법원이 어떻게 이를 운용하고 있는지에 대해 살펴보도록 한다.

<1980년 Lanache 사건>¹¹¹⁾

남편을 떠나 이혼 과정 중에 있던 Lanache 부인은 Centre hospitalier de Dinan에서 낙태 수술을 받았다. 그녀의 남편은 낙태 수술이 생명권을 보장하고 있는 「유럽인권협약」 제2조를 위반하여 이루어진 것임을 주장하며 행정법원(Tribunal Administratif)에 청원하

109) *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, Dalloz (1986), Jurisprudence, p. 285.

110) A. Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law* (Oxford University Press, 1983), p. 72.

111) *Lanache* 사건, *Recueil Dalloz Sirey* (1981), 38.

였다. 그러나 법원은 낙태수술이 어떠한 국내법이나 동 협약상의 조항도 위반하지 않았다고 판단하였다. 흥미롭게도 Tribunal Administratif와 국사원 모두 병원측의 주장을 받아들인 것으로 보인다. 낙태와 관련된 1975년 국내법이 「유럽인권협약」의 공포 이후에 발효되었기 때문에 국사원의 확립된 원칙인 신법우선의 원칙에 따라 당해 국내법이 우선적 효력이 주어져야 한다고 주장되었다.

<1993년 Bouilliez 사건>¹¹²⁾

국사원은 동 판결에서 모든 사람의 재판에 있어서 독립적이고 공평한 법원에 의한 공정한 공개 심리를 합리적인 기간 내에 받을 권리를 규율하고 있는 「유럽인권협약」 제6조 제1항은 직접적용성을 인정할 수 있다고 판단하였다.

(2) 「아동권리협약」의 경우

「아동권리협약」과 관련하여 행정법원은 동 협약에 대한 전체적인 평가는 보류하고, 동일한 조약 내의 조항이라도 개별적으로 그 직접적용성을 판단하고 있다.¹¹³⁾

<1995년 Demirpence 사건>¹¹⁴⁾

국사원은 프랑스 내에서 자녀를 양육하고 있던 외국인 부부의 일방에 대해 프랑스 체류허가를 부인한 행정 당국의 처분을 취소하기 위한 소송에서 동 협약 제9조¹¹⁵⁾는 그 직접적용성을 부정하면서 제16조¹¹⁶⁾는 그 직접적용성을 인정하였다. 또한 동 협약 제16조

112) Bouilliez 사건, *Annuaire Français de Droit International*, 1994, pp. 961-962.

113) 박기갑, “조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로”, 『법학논총』, 제34권 (1998), 136쪽.

114) Demirpence 사건, *Annuaire Français de Droit International*, 1996, p. 970.

115) 아동의 권리에 관한 협약 제9조 제1항: “당사국은 사법적 심사의 구속을 받는 관계당국이 적용 가능한 법률 및 절차에 따라서 분리가 아동의 최상의 이익을 위하여 필요하다고 결정 하는 경우 외에는, 아동이 그의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 아니 하도록 보장하여야 한다. 위의 결정은 부모에 의한 아동 학대 또는 유기의 경우나 부모의 별거로 인하여 아동의 거소에 관한 결정이 내려져야 하는 등 특별한 경우에 필요할 수 있다.”

116) 아동의 권리에 관한 협약 제16조

제1항: “어떠한 아동도 사생활, 가족, 가정 또는 통신에 대하여 자의적 이거나 위법적인 간섭을 받지 아니하며 또한 명예나 신망에 대한 위법적인 공격을 받지 아니한다.”

제2항: “아동은 이러한 간섭 또는 비난으로부터 법의 보호를 받을 권리를 가진다.”

가 직접적용성을 지닌다고 하더라도 행정 당국의 처분행위를 방해하는 장애가 될 수는 없다고 판단하였다.

<강제퇴거명령의 취소 사건>

Amiens 지방의 행정법원은 강제퇴거명령의 취소를 얻기 위한 소송에서 동 협약 제2조 제1항¹¹⁷⁾의 직접적용성은 인정하면서, 행정 당국에 대하여 아동의 최우선적인 이익을 고려할 것을 규정한 제3조 제1항¹¹⁸⁾의 직접적용성은 부정하였다.¹¹⁹⁾

2) 일반 사법법원의 입장

파기원은 1975년의 *Directeur général des Douanes v. Société Cafés Jacques Vabre and J. Weigel & Co.* 사건이 있기까지 신법우선의 원칙에 따라 직접적으로 적용가능한 조약과 국내법 간에 조화를 꾀하였고, 양자 간에 충돌이 발생할 경우 헌법 제55조에 따른 조약 우위의 원칙을 적용하지는 않았다. 그러나 이러한 파기원의 입장은 *Jacques Vabre* 사건 이후 적어도 EC법과 관련하여서는 상당한 변화를 보였다.¹²⁰⁾

Jacques Vabre 사건¹²¹⁾

동 사건에서 두 기업은 징수된 세금이 「EEC 조약」 제95조를 위반한다는 이유로 세관 당국을 상대로 징수된 세금과 손해를 배상하여 줄 것을 청구하여 인용되었다. 세관 당국은 파기원에 항소하였으나, 파기원은 「EEC 조약」이 기존의 관세법 뿐 아니라 후속 법률

117) 「아동권리협약」 제2조 제1항: “당사국은 자국의 관할권 안에서 아동 또는 그의 부모나 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 인종적 또는 사회적 출신, 재산, 무능력, 출생 또는 기타의 신분에 관계없이 그리고 어떠한 종류의 차별을 함이 없이 이 협약에 규정된 권리를 존중하고, 각 아동에게 보장하여야 한다.”

118) 「아동권리협약」 제3조 제1항: “공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 또는 입법기관 등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.”

119) 박기갑, “조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로”, 「법학논총」, 제34권 (1998), 137쪽.

120) A. Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law* (Oxford University Press, 1983), p. 73.

121) *Directeur général des Douanes v. Société Cafés Jacques Vabre and J. Weigel & Co.*, Dalloz (1975), 606.

에 비해서도 우선적인 권위가 인정된다고 판단하면서 「EEC 조약」이 회원국 내로 도입된 결과 직접적으로 회원국과 그 법원에 대해 구속력을 갖는다고 보았다.

(1) 유럽인권협약의 경우

<석방요청 사건>¹²²⁾

1992년 6월 26일 M, X 등의 사건을 담당한 베르사이유 상고법원(Cour d'appel de Versailles)은 형사소송법 제148조에 명시적 관련 규정이 없다고 하더라도 피의자는 예심 판사가 합리적인 기간 내에 관련 당사자의 석방 요청을 검찰청에 통보하지 않는 한 「유럽인권협약」 제5조에 직접적으로 기초하여 석방 요청을 할 수 있다고 판단하였다.

<Ouin 사건>¹²³⁾

파기원은 1978년 2월 9일자 Ouin 사건에서 국내법에 대한 조약의 우위 원칙에 대한 언급 없이 공정한 재판에 대한 권리를 규정하고 있는 「유럽인권협약」 제6조를 고려하였다. 동 판결에서 법원은 변호사의 조력을 거부한 자는 변론기일 전에 Tribunal correctionnel의 관리 하에 있는 문서에 접근할 권한이 없다고 판단하였다.

(2) 「아동권리협약」

파기원은 최근의 민사 판결에서 「아동권리협약」의 직접적용성을 인정한 하급심 판결을 파기하고, 협약 전체가 개인에 대해 직접적용될 수는 없다는 입장을 보였다.¹²⁴⁾ 법원은 그 이유로, 첫째, 동 협약은 오로지 체약국 간의 의무만을 창설하고 있고, 둘째, 만약 직접적용성을 인정한다고 하더라도 동 협약 제4조에서 규정하고 있는 당사국의 조치가 있지 않는 한 개인은 법원에서 동 협약의 조항을 근거로 주장을 할 수 없다고 하였다.

III. 독일

122) *Annuaire Français de Droit International*, 1993, p. 964; 박기갑, “조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로”, 「법학논총」, 제34권 (1998), 134쪽.

123) *Ouin*, Case no. 76-93.687.B. (*Chambre Criminelle*).

124) *Le Jeune c. Mme Sorel*, *Annuaire Français de Droit International*, 1994, p. 962.

1. 서설

국제인권 규범을 준수해야 할 국가의 의무는 사법부를 비롯한 모든 국가기관을 구속하지만, 국내법 질서 내에서 국제인권 규범을 집행하는데 있어서는 법원이 주요한 역할을 하게 된다. 이러한 점은 법원에 대해 법의 수호자 역할을 할당하고 있는 독일 등의 국가에 대해서는 특히 그렇다고 할 수 있다. 우선, 독일 기본법 제97조 제1항¹²⁵⁾과 사법부의 운영에 적용되는 구체적인 법령들은 사법부의 독립을 보장하고 있다. 이러한 독립은 법원이 국제인권 규범의 보호를 위한 수호자 역할을 담당하는데 있어 필수 요건이라고 할 수 있다. 둘째, 독일의 법원은 비교적 넓은 사법심사권을 누린다. 기본법 제19조 제4항¹²⁶⁾은 공권력에 의해 기본권을 침해당한 모든 경우에 권리구제절차가 열려 있을 것을 규정하고 있으며, 연방헌법재판소는 국내 법령의 위헌 여부를 심사하고 위헌이라고 판단한 법령의 효력을 정지시킬 수 있는 권한을 갖는다. 마지막으로, 독일의 법원들이 개인의 기본권을 보호하는데 있어 적극적인 관여를 해왔다는 사실은 국제인권의 집행에 있어서도 법원, 특히 연방헌법재판소가 주요한 역할을 할 것이라는 기대가 가능하다.

2. 독일 법원 및 연방헌법재판소의 재판권

독일의 법원은 인권 관련 문제를 광범위하게 재판할 수 있는 권한을 갖는다. 독일 기본법 제19조 제4항에 따르면, “공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 열려 있다.” 동 조항의 “권리”는 기본법에 의해 인정되는 기본권에만 한정되는 것이 아니라, 독일 법제에서 인정되는 모든 개별적인 권리를 포함한다. 이에 따라 직접적용 가능한 국제인권법이 독일 당국에 의해 침해된 경우에도 기본법에 의한 법적 보호를 받을 권리가 보장된다.

기본법상의 개별 기본권이 침해된 경우에는 국내구제 절차를 모두 완료하였을 때에 한해 연방헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다. 연방헌법재판소는 헌법에 근거하여서만 판결을 내릴 수 있는 권한을 갖기 때문에 국제인권법과 같이 헌법이 아닌 규범에 기초하여 판단을 할 수 없다. 그러나 연방헌법재판소는 다음과 같은 두 가지 방법을 통하여 헌

125) 독일 기본법 제97조 제1항: “법관은 독립이며 법률에만 따른다.”

126) 독일 기본법 제19조 제4항: “공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 열려 있다. 다른 관할권의 이유가 없는 한, 통상적 권리구제절차가 인정된다. 제10조 제2항 제2문은 그대로 적용된다.”

법소원 절차에서 국제인권법 위반 사항을 검토하여 왔다.

<독일 기본법 제3조 제1항의 평등권 조항>

첫째, 명백하게 그릇되고 자의적인 결정에 대한 헌법소원에서는 기본법 제3조 제1항의 평등권 조항을 그 기초로 삼고 있다. 연방헌법재판소는 몇몇의 사건에서 「유럽인권협약」이 명백하게 그릇되고 자의적인 방법으로 적용되었는지 여부를 검토한 바 있으나, 이들이 제3조 제1항 위반이라고 결정한 적은 없다.

<독일 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유 조항>

둘째, 연방헌법재판소는 독일 당국이 국제법의 일반원칙을 침해하는 것은 일반적 행동의 자유를 동시에 침해하는 것으로 보기 때문에¹²⁷⁾ 독일 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유에 근거하여 국제인권법 위반 사건을 간접적으로 검토할 수 있다. 연방헌법재판소는 이탈리아에서 궤석재판에 의해 형사상 책임이 확정된 외국인의 송환을 중지할 것을 명하는 예비적 명령을 발한 바 있다. 연방헌법재판소는 이탈리아의 궤석재판 관행이 기본법 제25조에 의해 보장되는 최소한의 적법절차에 관한 국제법의 일반원칙을 위반할 수 있다고 판단하여, 외국인에 의한 헌법소원을 받아 들여 이들이 요청한 명령의 발부에 응하였다.¹²⁸⁾

3. 국제법의 국내법적 효력

국제법이 어떠한 방법에 의하여 국내적으로 효력을 갖느냐 하는 문제는 개별 국가의 의사, 특히 헌법 규정에 달려 있다. 국제법이 독일법 체계에서 효력을 가질 수 있는 방법은 다음과 같다.

① 기본법 제25조¹²⁹⁾는 ‘국제법의 일반원칙’을 연방법의 구성 부분으로 인정하고 있으며, 법체계상 헌법과 법률 사이에 위치하게 된다.

② 동법 제59조¹³⁰⁾는 연방정부에 의해 체결된 국제 조약과 특정 조약에 대한 연방의회

127) BVerfGE 23, 288 (300); BVerfGE 31, 145 (177); BVerfGE 77, 170 (232).

128) BVerfGE 59, 280 (283 ff); BVerfGE 63, 332 (337 ff).

129) 독일 기본법 제25조: “국제법의 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 그것은 법률에 우선하고 연방영역의 주민에 대하여 직접 권리·의무를 발생시킨다.”

의 동의에 관하여 규정하고 있다.

③ 동법 제24조 제1항에 따라 연방은 법률에 의하여 국제기구에 고권(高權)을 이양할 수 있다.

④ 「마스트리히트 조약」(Maastricht Treaty)에 대한 승인 과정에서 이루어진 기본법 개정에서 도입된 제23조는 독일의 유럽연합에의 통합을 다루고 있다.

아래에서는 위의 방법 중 국제법의 일반원칙과 조약에 대해 규정하고 있는 기본법 제25조와 제59조에 대해 구체적으로 검토해 보도록 한다.

1) '국제법의 일반원칙'의 국내법적 효력

기본법 제25조는 “국제법의 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 그것은 법률에 우선하고 연방영역의 주민에 대하여 직접 권리·의무를 발생시킨다.”라고 규정함으로써 국제법의 일반원칙이 독일 법체계 내에서 효력을 발휘할 수 있는 근거 규정으로서의 역할을 하고 있다. 동 조항에 따라 국제법의 일반원칙은 특별한 국내법적 절차를 거치지 않고도 독일 법체계 내에서 직접적으로 효력을 갖는다. 국제법의 일반원칙은 헌법보다는 하위이지만, 조약의 경우와는 달리 법률보다는 상위에 위치하게 된다. 이러한 사실에 기초하여, 일부 학자들은 동 조항과 *pacta sunt servanda* 원칙을 결합시킴으로써 독일에 의해 체결된 모든 국제 조약이 국내 법률보다 우위에 있다고 주장한다. 그러나 다수의 학자와 판례는 이에 대해 반대의 입장을 취한다.

국제법의 어떠한 규범이 국제법의 일반원칙에 해당하는지 여부는 기본법 제100조 제2항(131)에 따라 연방헌법재판소에서 결정하게 된다. 특정 규범이 국제법의 일반원칙으로서 존재하는지, 그리고 만약 존재한다면 그 인정 범위가 어느 정도인지에 대하여 심각한 의심을 갖고 있으면서도 법원이 이에 대하여 연방헌법재판서의 결정을 구하지 않는 것은 기본법 제101조 제1항 제2문에 의해 보장되는 법률로 정한 법관에 의해 재판을 받을 권

130) 독일 기본법 제59조

제1항: “연방대통령은 국제법상 연방을 대표한다. 그는 연방의 이름으로 외국과 조약을 체결한다. 그는 사절을 신임하고 접수한다.”

제2항: “연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약은 연방법률의 형식으로 하되 그때마다 연방입법에 관한 권한을 가진 기관의 동의나 참여를 필요로 한다. 행정협정에 관해서는 연방행정에 관한 조항이 준용된다.”

131) 독일 기본법 제100조 제2항: “어떤 소송에서 국제법의 규정이 연방법의 구성부분이 되는지의 여부와 그것이 개인에 대하여 직접적인 권리·의무를 발생케 하는지(제25조)의 여부가 의심스러운 경우, 법원은 연방헌법재판소의 결정을 구해야 한다.”

리를 침해하는 것이 된다. 국제법의 일반원칙을 국내법적으로 준수시키기 위한 다른 절차적 방법으로는 기본법 제93조 제1항 제4a호를 통한 헌법소원을 들 수 있다. 연방헌법재판소는 제25조상의 국제법의 일반원칙을 준수하는 것이 제2조 제1항 상의 일반적 행동의 자유의 일부를 이룬다고 판단한 바 있기 때문에 제25조와 일반적 행동의 자유에 근거하여 헌법소원을 제기할 수 있을 것이다. 또한 국제사법재판소는 노예와 인종차별로부터의 보호와 같은 “인간의 기본적 권리”(basic rights of the human person)를 대세적 의무의 성격을 갖는 국제법으로서 인정한 사실에 따르면, 적어도 이러한 권리를 원용하여 헌법소원을 제기하는 것이 가능할 것이다.

<국제관습법 원용 사례>

독일 법원이 기본권의 침해 여부를 판단하는 과정에서 국제관습법을 위반했는지에 대해 심사한 경우를 찾아보기는 어렵다. 연방헌법재판소는 외국인 수용(收用)에 대한 승인과 관련된 사건에서 “사유재산의 보호에 대하여 기본법보다 높은 수준의 보호를 제공하는 국제법 규범이 발견되지 않기 때문에 기본법 제25조상 의미에서의 사유재산 보호에 관한 국제법의 일반원칙이 위반되었을 가능성은 없다. 따라서 헌법소원이 기본법 제25조에 기초하여 이루어질 수 있는지 여부를 판단할 필요는 없다.”라고 표명한 바 있다.¹³²⁾ 또한 관습국제인권법(customary human rights law)은 외국의 정부 혹은 법원의 행위를 인권의 관점에서 평가할 필요가 있을 경우에 국제 최소 기준과의 관련 하에 주로 원용되는 실정이다. 이는 특히 범죄인 인도 및 추방과 민사·형사법에서의 국제 협력 문제에서 관련성을 갖는다.¹³³⁾

2) ‘조약’의 국내법적 효력

국제법의 일반원칙과는 달리, 기본법은 조약에 대해서는 국내법으로의 수용에 관한 명문 규정을 두고 있지 않다. 국제 조약에 관하여 규정하고 있는 기본법 조항인 제59조는 제1항¹³⁴⁾에서 국제 조약 체결의 권한을 연방대통령에게 부여하고 있으며, 제2항¹³⁵⁾에서는

132) BVerfG Decision of 21.3.1957 (1 BvR 65/54) = BVerfGE 6, 290 (300) = Fontes Juris Gentium, Ser. A, Sectio II, vol. 4, 25.

133) B. Simma, D. Khan, M. Zöckler and R. Geiger, "The Role of German Courts in the Enforcement of International Human Rights", in B. Conforti and F. Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (Kluwer Law International, 1997), p. 77.

134) 독일 기본법 제59조 제1항: “연방대통령은 국제법상 연방을 대표한다. 그는 연방의 이름으로 의

특정 조약에 대해서는 입법기관의 동의 혹은 참여가 필요함을 규정하고 있다. 연방의회의 동의를 요하는 조약으로는 규범적 조약, 이행입법을 필요로 하는 조약, 연방입법에 영향을 미치는 조약 또는 정치적으로 고도의 중요성을 갖는 조약 등이 있다.¹³⁶⁾

제59조 제2항에 따라 연방의회가 행사하는 동의권은 두 가지의 기능을 수행한다. 첫째, 의회에 의한 동의는 연방대통령으로 하여금 특정 조약을 비준할 수 있는 권한을 수여하며, 둘째, 국내법 체계 내에서 조약이 효력을 가질 수 있도록 근거를 마련해 준다. 제59조는 국내법으로 수용된 조약의 지위에 대해서 명확히 규정하고 있지 않기 때문에 이에 관하여 학설의 대립이 존재한다. 변형이론(Transformationstheorie)은 연방의회가 조약체결에 맞추어 제정하는 동의법에 근거하여 조약이 국내법으로 변형된다고 보는 입장이며, 집행이론(Vollzugstheorie)은 그 동의를 국제법의 국내 이행이 가능하게는 되지만 조약의 성격을 국제법에서 국내법으로 바꾸지는 않는 국가의 집행명령으로 보는 입장이다. 연방헌법재판소는 명시적으로 하나의 입장을 택한 바는 없다.

3) 유보 및 해석 선언

국제인권협약의 완전한 이행을 방해하는 주요한 원인은 유보와 해석 선언이다. 이들은 유보 또는 해석을 하고자 하는 조약과 국내법상 동일한 지위를 지닌다. 유보 또는 해석 선언이 관련 인권 조약에서 인정되는 경우, 유보는 기존의 국내법과 국제 의무 간에 불일치가 발생하는 것을 방지할 수 있다. 물론, 이것은 국제 조약이 더 높은 인권기준을 설정하고 있을 경우에는 국내 법원이 이를 적용할 수 없다는 양면적 의미를 가진다. 예를 들어, 독일은 아동의 권리에 관한 협약을 비준하는 과정에서 몇몇의 조항에 대해 유보를 하였다. 특히 미성년의 법적 대리, 이혼 또는 별거한 부모를 둔 자녀의 보호, 혼외자 및 이민과 관련된 독일 국내법이 동 협약에 일치하지 않을 것을 우려하여, 양자 간의 충돌이 발생하는 것을 방지하기 위해 동 협약이 국내법상 직접적으로 적용되지 않는다는 점과 기존의 법률에 의해 동 협약상의 의무를 이미 충족하는 것만이 국가 의무로서 인정된다는 점을 선언하였다. 독일의 이러한 선언은 아동에게 독립적인 권리를 부여하고자 하는

국과 조약을 체결한다. 그는 사절을 신임하고 접수한다.”

135) 독일 기본법 제59조 제2항: “연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약은 연방법률의 형식으로 하되 그때마다 연방입법에 관한 권한을 가진 기관의 동의나 참여를 필요로 한다. 행정협정에 관해서는 연방행정에 관한 조항이 준용된다.”

136) A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge Univ. Press, 2000), p. 147.

동 협약의 목적에 배치된다는 이유에서 많은 비판을 받았다. 혹자는 이것이 동 협약 제 51조 제2항¹³⁷⁾ 및 「조약법에 관한 비엔나협약」 제19조¹³⁸⁾ 위반이라고 주장한다.

4. 국제인권법의 국내 적용

1) 국제인권법의 직접적용

국제인권의 직접적용은 이들 규범이 자기집행적(self-executing)이라는 점을 전제한다. 독일 법원은 국제 인권기준을 직접적용하는데 있어 대개 두 가지 요건을 적용한다. 하나는 해당 국제협약의 기안자 및 당사자가 협약 내의 특정 규범이 직접적용될 것을 의도하였을 것을 요구하는 주관적 요소이고, 다른 하나는 해당 협약 내의 특정 규범이 충분하게 명백하고 완전하여 법률을 통해 이를 더 이상 명확히 할 필요가 요구되지 않는 객관적 요소이다.

「유럽인권협약」과 「시민적·정치적권리규약」의 실체법 조항은 자기집행적이라는 것이 일반적으로 인정된다. 다른 국제인권협약, 특히 「경제적·사회적·문화적권리규약」은 이러한 지위를 향유하지 못한다.

<여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약>

노르트라인베스트팔렌주(Nordrhein-Westfalen)의 행정항소법원(Oberverwaltungsgericht)은 「여성차별철폐협약」의 직접적용성을 부인하고 동 협약은 단지 국가 당사자 간의 의무만을 발생시킨다고 판단하였다.¹³⁹⁾

137) 아동의 권리에 관한 협약 제51조 제2항: “이 협약의 대상 및 목적과 양립할 수 없는 유보는 허용되지 아니한다.”

138) 조약법에 관한 비엔나 협약 제19조: 유보의 형성

“국가는 다음의 경우에 해당하지 아니하는 한 조약에 서명·비준·수락승인 또는 가입할 때에 유보를 형성할 수 있다.

(a) 그 조약에 의하여 유보가 금지된 경우

(b) 문제의 유보를 포함하지 아니하는 특정의 유보만을 행할 수 있음을 그 조약이 규정하는 경우 또는

(c) 상기 세항 (a) 및 (b)에 해당하지 아니하는 경우에는 그 유보가 그 조약의 대상 및 목적과 양립하지 아니하는 경우”

139) OVG Nordrhein-Westfalen, Decision of 23.10.1990 (12 B 2298/90).

<경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약>

바덴 뷔템베르크주(Baden-Württemberg)의 행정항소법원(Verwaltungsgerichtshof)은 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 직접적용이 가능하지 않고 그 이행을 위해 국가의 후속 조치가 필요한 프로그램적 규정만을 포함하고 있다고 보았다.¹⁴⁰⁾

2) 국제인권법의 간접적용

법원은 국제 인권기준을 직접적용하는 대신 이들 기준을 국내법을 해석하는 경우에 고려함으로써 간접적으로 적용할 수 있다. 독일 법원은 연방헌법재판소의 입장에 따라 국내법을 해석하는데 있어 국제 의무와의 합치가 이루어질 것을 요구한다. 특히 연방헌법재판소는 의회에 의한 국내법의 변경은 독일에 의해 이행되어야 할 국제 의무를 방해하는 것이 아닌 것으로 간주되는 해석 원칙을 택하고 있다. 이러한 국제법합치해석의 원칙은 국제인권법의 기준에 미치지 못하는 신법의 적용을 피하고자 하는 목적도 있지만, 동 원칙의 영향은 이보다 훨씬 크다고 할 수 있다. 만약 특정 국내법이 여러 가지로 해석될 여지가 있는 경우, 법원은 국내법을 확정하기 위해 국제인권법을 고려할 것이 요구될 수 있다.

<국경수비대원 사건>

연방대법원(Bundesgerichtshof)에 의한 일련의 국경수비대원 사건은 국제인권협약의 국내 이행과 관련하여 국제법합치해석의 원칙이 독일 법원에서 이루어지고 있다는 점을 보여준다.¹⁴¹⁾ 살인죄로 기소된 피고인들은 베를린 장벽을 넘어 서독으로 탈출하려는 구동독 망명자들을 발포하여 살해한 행위가 구동독의 국경법 제27조 제2항¹⁴²⁾에 의해 정당화 된다고 주장하였다. 이에 대하여 연방대법원은 피고인들의 이러한 주장을 배척하고 사실심 법원의 유죄 판결을 확정하였다.

여기서 우선 문제된 것은 동독에 대하여 「시민적·정치적권리규약」이 적용될 수 있는지

140) VGH Baden-Württemberg, Decision of 17.12.1991 (9 S 2162/90).

141) BGH Decision of 3.11.1992 = NJW 1993, 141; BGH Decision of 25.3.1993 = NJW 1993, 1932; BGH Decision of 20.10.1993 = NJW 1994, 267.

142) 구동독의 국경법 제27조 제2항: “총기의 사용은 주어진 상황에 따라 판단할 때 중죄인 것으로 여겨지는 범죄의 실행이 목적에 임박하거나 또는 계속되는 경우에 이를 저지하기 위한 것일 때 정당화 된다.”

여부였다. 구동독에 대하여 동 규약이 발효된 것은 1976년 3월 23일이고, 구동독 헌법 제51조에 의하면 조약이 동의법의 형태로 수용이 되어야만 비로소 국내법적 효력을 지닐 수 있다. 그러나 동 규약이 구동독에 대하여 발효된 이후에도 국내적으로 수용하는 절차가 이루어지지 않았기 때문에 이것이 국내적 효력을 가지지 못하였다. 연방대법원은 국내법이 해석의 여지를 허용할 경우에는 이들 법규가 국가의 국제법상 의무에 합치되도록 해석하여야 한다는 원칙에 기초하여 판결을 하였다. 연방대법원은, 첫째, 국제인권법이 국가와 국민 간의 관계를 규율하도록 예정되어 있다는 점과, 둘째, 국경법 제27조는 동 규약의 취지에 따라 해석될 여지가 있다는 점에 근거하여, 국경법을 해석하는데 있어 국제인권기준, 즉, 동 규약 제6조 제1항의 생명권과 제12조 제2항의 출국의 자유가 고려되어야 할 것이라고 보았다. 비록 국경법이 탈출을 막기 위하여 총기의 무제한적 사용을 허용한다고 해석될 수도 있으나, 인권지향적인 해석에 따른다면 어떠한 위험도 없는 비무장의 탈출자에 대한 치명적인 발포는 여기에서 제외되어야 한다. 이러한 상황에서는 탈출자를 저지하고자 하는 국가의 이익보다 생명과 출국에 대한 인권이 우선하며, 그 결과 피고인들의 발포행위는 국경법 제27조에 의해 정당화 되지 않는다. 또한 연방대법원은 '국가기관이 사람의 생명을 박탈할 수 있는 상황은 엄격히 규제되고 제한되어야 한다.'는 시민적·정치적권리위원회(Human Rights Committee)의 일반의견 제6호(16)을 언급하면서, 탈출자들의 생명을 박탈한 행위는 자의적인 것으로서 정당화 되지 않는다고 판단하였다.¹⁴³⁾

연방헌법재판소는 획기적인 판결을 통하여 한 걸음 더 나아가 독일 기본법이 국제인권기준의 영향을 받을 수 있음을 인정하였다. 연방헌법재판소는 "기본법상의 기본권 보호의 수준이 더 제한적이거나 저하되지 않는 한도에서 기본법의 해석은 「유럽인권협약」의 내용과 그 진전의 상황도 고려"하여야 한다고 판단하였다.¹⁴⁴⁾ 이러한 새로운 접근 방식이 시사하는 바는 법체계상 독일 기본법보다 하위의 지위에 놓이는 국제인권법에 의해 기본법상의 권리가 확정된다는 점이다.

물론 이러한 헌법 해석의 방식도 기본법과 국제인권법의 완전한 합치를 보장하지는 않는다. 헌법 해석의 한계는 국제인권기준이 고려의 대상에 포함될 수 없는 경계선을 여전히 한정짓고 있다. 헌법의 규정이 충분히 개방적이고 국제인권기준과 실질적인 동질성을

143) B. Simma, D. Khan, M. Zöckler and R. Geiger, "The Role of German Courts in the Enforcement of International Human Rights", in B. Conforti and F. Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (Kluwer Law International, 1997), pp. 103-106.

144) BVerfGE 74, 358 (370).

보일 때 국제인권기준은 헌법의 해석 과정에 포함될 것이다. 예를 들어, “사회국가”(Sozialstaat)라는 기본법상의 개념이 기본법상 독립적인 사회권을 인정하기 위해 원용될 수 있는지 여부에 대해서는 논란이 존재한다.

3) 독일기본법과 국제인권협약의 충돌

독일의 법체계상 국제인권협약이 놓이는 지위 때문에 수용된 국제인권기준이 독일 기본법상의 규정과 충돌이 있을 경우에는 그 해결 방법이 문제될 수 있다. 이러한 충돌은 기본법 제33조 제5항과 관련하여 발생한 바가 있다.

<직업공무원의 충실의무>

기본법 제33조 제5항에 따르면, “공직근무법은 직업공무원제의 전통적인 제 원칙을 고려하여 규정되어야 한다.” 연방헌법재판소는 이러한 “전통적인 제 원칙”은 특히 공무원들로 하여금 독일 기본법상의 기본 질서에 충실할 것을 요구하는 의무를 확립한다고 판단하여 왔다.¹⁴⁵⁾ 그 결과 직업공무원이 되고자 하는 자들 중 기본법의 기본 가치에 대한 충실을 입증할 수 없는 경우에는 계속적으로 그 기회가 거부되었다. 이러한 독일의 관행은 국제노동기구에 진정이 되었고, 국제노동기구 조사위원회(Commission of Inquiry)는 이러한 관행이 국제노동기구 협약 제111호를 위반한다고 결정하였다. 의사표현의 자유와 균등한 고용의 기회를 주장하고자 진정인들은 동 협약의 위반을 이유로 독일 행정부를 상대로 소를 제기하였다. 그러나 독일 법원은 국제노동기구 협약의 적용을 허용하거나 국제노동기구 결정에 합치하도록 국내 공무원법을 해석하게 되면 기본법 제33조 제5항에 반하게 된다고 보았기 때문에 법원은 이를 받아들이지 않았다.¹⁴⁶⁾

이와 동일한 결과는 공무원의 집회의 자유와 관련하여서도 예상할 수 있다.

<공무원의 집회의 자유 제한>

연방헌법재판소에 의하면, 공무원의 집회의 자유 제한은 “전통적인 제 원칙”에 의해 요구되며, 독일 기본법 제33조 제5항에 의해 헌법상의 보장을 받는다.¹⁴⁷⁾ 따라서 이러한 공

145) BVerfGE 39, 334.

146) BVerwG, Decision of 20.1.1987 (1 D 114/85).

147) BVerfGE 8, 17; BVerfGE 44, 264.

무원의 집회의 자유 제한이 헌법상 존재하는 한 집회의 자유를 인정하는 국제인권협약은 독일의 공무원제에 대해 아무런 영향을 미치지 못한다.

4) 국제인권기구 결정의 국내 이행

대개 인권 위반의 진정은 국내 구제절차의 완료를 요구하기 때문에 국제인권기구는 국내 법원의 최종 결정을 검토하는 경우가 많다. 그러나 국제인권기구가 국내 법원의 판결이 국제인권협약을 위반한다고 결정하더라도, 법원의 판결은 기판력을 지니기 때문에 이러한 결정이 국내 법체계에서 직접적인 효력을 누리지는 못한다.

<유럽인권협약의 국내 이행>

이러한 국제인권기구 결정의 국내 이행 문제는 유럽인권재판소의 판결과 관련하여 발생한 바 있다. 「유럽인권협약」의 당사국은 동 협약에 위반된다고 결정된 국내 법규를 개정함으로써 유럽인권재판소의 판결을 이행하여야 하는 의무를 지니며, 이는 동 협약 제53조에 의해 직접적으로 도출된다. 그러나 독일 법원은 동 협약 위반이라고 판단된 판결은 기판력에 의해 재차 심리될 수 없다는 이유에서 이를 거부하여 왔다. 예를 들어, 유럽인권재판소가 통역자의 비용 상환에 대한 독일의 관련 법규가 동 협약에 위반된다고 판단한 것에 대해 독일 법원은 양분된 입장을 보였다.¹⁴⁸⁾ 대부분의 법원에서는 전통적인 방식에 따라 기존의 법규를 적용하면서 의회에 의한 개정을 기다린 반면, 일부 법원에서는 새로운 체계적 및 목적론적 논거에 기초해 기존의 법규를 동 협약에 합치되도록 해석함으로써 유럽인권재판소의 판결을 이행하였다.¹⁴⁹⁾

IV. 평가

국제법과 국내법의 관계에 대한 특정 국가의 실행은 각 국가의 법문화에 따라서 다양한 형태로 발현된다. 이러한 다양성은 유럽 내 국가들에 대해서도 동일하게 적용된다고 할 것이다.

148) Kammergericht Berlin, RPfeger 1988, 330; Landgericht Heilbronn, *EuGRZ* 1991, 185-187.

149) Landgericht Ansbach, *JurBüro* 1986; Amtsgericht Mannheim, *EuGRZ* 1983, 114; Landgericht Düsseldorf, *JurBüro* 1985, 428.

우선 영국에서의 국제법의 국내적 적용에 있어 핵심은, 첫째, 조약의 국내적 적용은 국내의 이행법률이 있어야만 가능하다는 점과, 둘째, 의회주권원칙에 따라 사법부가 입법부의 영역을 침범하지 않으려 한다는 점이다. 인권분야에 있어서도 이런 점이 동일하게 적용된다. 그러나 1998년 「인권법」의 제정을 통해 「유럽인권협약」이 국내법 일부로 받아들여지면서 영국은 인권에 대한 실체법적인 접근과 의회 우위의 원칙을 결합시켰다.

다음으로 프랑스는 국제관습에 대해서는 일관된 입장을 확립하지 않은 반면, 적법하게 비준 및 공포된 조약은 그 공포시로부터 실정법이 되어 국내법적 효력을 지닌다. 프랑스 행정법원은 행정 당국에 의한 행위의 적법성을 결정하고, 또한 행정 조치가 법률에 합치하는지 여부를 검토하게 된다. 이에 따라 최고 행정법원인 국사원은 행정법원이 법률의 적법 여부에 관하여는 판단할 수 없다는 전통적인 태도에 기초하고 있으며, 이는 헌법위원회에 임무라는 입장이다. 또한 최고 민사 및 형사법원인 파기원도 조약상의 의무에 합치하지 않는 법률의 제정에 아무런 구제책을 제공할 수 없다. 그 결과 조약이 일반 법률보다 우선한다는 헌법상의 명확한 원칙이 존재함에도 불구하고, 프랑스 국내 법원은 근래에 이르기까지 이러한 원칙을 적용하는데 적극적이지 못하였다.

마지막으로 살펴본 독일의 경우, 기본법 제25조는 “국제법의 일반원칙은 연방법의 구성 부분이다. 그것은 법률에 우선하고 연방영역의 주민에 대하여 직접 권리·의무를 발생시킨다.”라고 규정함으로써 국제법의 일반원칙이 독일 법체계 내에서 효력을 발휘할 수 있는 근거 규정으로서의 역할을 하고 있다. 동 조항에 따라 국제법의 일반원칙은 특별한 국내법적 절차를 거치지 않고도 독일 법체계 내에서 직접적으로 효력을 갖는다. 국제법의 일반원칙과는 달리, 기본법은 조약에 대해서는 국내법으로의 수용에 관한 명문 규정을 두고 있지 않기 때문에 조약의 지위에 관하여 학설의 대립이 존재한다.

제3절 중국 및 일본 국내법원

아시아지역에 있는 국가의 국내법원에서 국제인권기준을 어떻게 다루는가에 대해서는 중국과 일본을 중심으로 살펴보도록 한다.

I. 중화인민공화국

1. 조약의 국내적 수용

현 중국 헌법은 조약의 국내법상 지위에 관한 아무런 명시적 규정을 두고 있지 않다. 다만 동 중국이 취하는 국제적 태도와 관련된 5개의 일반 원칙(general principles)만을 규정하고 있을 뿐, 조약과 국내법의 관계에 대해서는 명확하게 규정하고 있지 않다.¹⁵⁰⁾ 그 결과, 현재 중국이 가입한 조약들에 대한 국내법적 수용의 문제는 모순적인 접근(dialectical approach)이 이루어지고 있는 것이 현실이다.

중국 헌법이 조약을 국내법으로 수용하는 형식적 절차에 관한 헌법 및 그 밖에 법률에서의 구체적 규정을 두고 있지 않음에 따라 일정한 경우에는 조약 규정이 직접 적용되는 반면, 그 밖에 경우에 있어서는 국내법으로 수용되는 절차적 과정을 거치기도 하는 것이다. 예컨대, 중국이 「외교관계에 관한 비엔나 협약」에 1975년에 가입함에 있어, 「외교관의 특권 및 면제에 관한 중화인민공화국 규칙」 및 「영사관의 특권 및 면제에 관한 중화인민공화국 규칙」을 각각 1986년, 1990년에 제정한 바 있다. 국내법적으로, 이들 규칙들이 국제협약을 대신하여 직접 적용되게 될 것이다. 아울러 1982년 「민사소송법」 제189조에서는 ‘만일 조약 규정이 현 국내법과 다를 시에는, 중국 당국이 유보를 하지 않은 한 당해 조약 규정이 적용되어야 할 것이다’라고 명시적으로 규정하고 있다.¹⁵¹⁾

150) Chapter 5, Xue Hanqin, Hu Zhiqiang and Fan Kun, 'National Treaty Law and Practice: China', p. 338.

151) 이 같은 원칙은 그밖에도 중화인민공화국의 1986년 민법의 일반원칙(General Principles of the Civil Law) 제142조, 1989년 행정소송법 제72조, 1991년 민사소송법 제238조, 1996년 형사소송법 제17조, 1997년 형법 제9조, 1987년 인민공화국 관습법(Custom's Law of the People's Republic of China), 1992년 인민공화국 특허법(Patent Law of the People's Republic of China), 1992년 인민공화국 해양법(Maritime Law of the People's Republic of China), 1993년 상표법

요컨대, 위에서 살핀 것처럼 특정 조항에 대한 명시적인 유보가 있는 경우를 제외하고는 중국이 가입한 조약과 그것에 합치되지 않는 국내법 규정이 있을 시에는 원칙적으로 조약 규정이 국내법 규정보다 우선한다 할 것이다. 다만 이 경우에 있어서도 조약이 국내법에 우선한다는 내용의 별도 법규 제정이 필요한 경우에는 이 같은 입법이 이루어져야 비로소 조약이 국내적으로 실효성을 갖게 된다. 그러나 이는 중국 사법 체계에서 조약과 국내법의 관계를 규정하는 특수한 예외적 상황에서만 인정되는 것이고, 이와 같은 입법이 일반적으로 이루어지는 것은 아니라 할 것이다. 이외의 경우에 있어서는 조약이 직접 국내법상 효력을 가져야 국내법원에서의 원용이 가능하다 할 것이지만, 이같이 자기 집행력이 인정되는 조약은 극히 소수에 불과하다. 이처럼, 조약의 국내법적 수용에 있어서는 현실적인 공백이 존재한다고 할 수 있다.

2. 국제관습법의 국내적 수용

조약의 특정 규정이 일정한 관행 및 국제사회의 법적 확신을 얻게 되어 국제관습법이 될 경우, 이러한 국제관습법은 조약과는 별도로 작용하여, 그 조약에 가입하지 않은 국가들도 구속하는 효력을 갖는다. 현재 많은 국제조약에 가입하지 않은 국가들에 대해서는, 이 같은 다양한 국제관습법의 출현이 국제조약에 가입하지 않은 국가들에 대한 구속 및 적용 영역을 확장할 수 있는 계기가 될 수 있을 것이다.

하지만 국제관습법을 통해 국제조약의 법적 공백을 매움에 있어서도 논란이 존재한다. 즉, 새로운 국제관습법의 출현 여부 및 그 내용과 범위에 대한 논란이 계속된다는 단점이 그것이다. 또한 국제관습법규의 국내법으로의 수용이 자기집행력을 갖는 것인지 또는 별도의 입법이 필요한지와 관련해서 형식적으로 논란이 있는 상황이다.

이 같은 문제점에 대해 현 중국 헌법은 아무런 명시적 규정을 두고 있지 않다. 아울러 중국 법체계 내부에서는 국제관습법이라는 개념 자체에 대해서도 상당히 소극적인 태도

(Trademark Law of the People's Republic of China) 그리고 1995년 인민공화국 항공법(Civil Aviation Law of the People's Republic of China) 등에서도 이 같은 원칙이 재확인되고 있다. 이밖에 각종 소송법 및 규칙은 조약의무를 어떻게 적용할 것인지에 대한 명시적 규정을 두기도 한다. 예컨대, 컨테이너의 운송에 관한 해양법규칙 제12조(Regulation of Maritime Transportation of Containers)에서는 컨테이너 운송의 수준은 국제기준, 정해진 기술적 기준 및 관련 컨테이너 운송 국제협약과 합치(accord)해야 한다고 규정하고 있다. 이 밖에도 1992년 9월 25일, 중국 의회는 국제저작권조약의 이행을 위한 법령(decree) 제105호 및 특허 협력 조약(Patent Cooperation Treaty)의 이행을 위해 특허 사무국(Patent Bureau)은 특허 협력 조약의 이행에 관한 규칙 105를 제정하였다.

를 보이고 있는 실정이다. 중국 민법의 경우, 국제관습법이라는 개념 대신 ‘국제적 관행(international practice)’이라는 일반적인 표현을 사용하고 있다.¹⁵²⁾

3. 중국이 가입한 국제조약의 홍콩 및 마카오에의서의 수용

중국 헌법 제31조에는 중국에 대해 일정한 요건 하에서 특별 행정 구역(Special Administrative Region, SAR)을 설립할 수 있음을 규정하고 있다. 그 결과, 중국 전국인민 대표 대회(National People’s Congress)는 홍콩과 마카오를 각각 1990년 4월 4일 및 1993년 3월 31일에 특별 행정 구역으로 지정하였다. 그 결과 이들 두 국가에 대해서는 각각의 기본법(Basic Law)이 제정되었으며, 이들 구역에 대해서는 중국법과 기본법의 이원적 체계가 존재하고 있다.¹⁵³⁾

이에 따라 중국 당국은 “한 국가, 이원적 체제”(one country, two systems)라는 원칙 아래 이들 구역에 대한 조약의 적용 문제에 있어서도 이 원칙을 적용하고 있다.¹⁵⁴⁾ 예컨대, 외교 관계 및 국방 관련 조약을 체결할 시에는 특별행정구역에 대해서는 이와 관련된 서명, 승인, 동의 등 필요한 법적 조치를 통지한다. 그 밖에 조약에 대해서도 중앙 정부는 우선 각 특별행정구역 정부의 의견을 구한 후 조약에 대한 국내법적 수용 절차를 이행한다. 따라서 특별행정구역 정부로부터의 의견 개진이 있는 후, 비로소 중앙 정부는 동 국제조약이 이들 구역에 적용될 것인지 여부에 대해 판단할 수 있는 것이다. 2003년 까지 중앙정부는 조약의 홍콩 및 마카오에 대한 적용 여부와 관련된 총 58개 및 32개의 사건을 취급하였으며 그 중 각각 21개 그리고 22개의 조약이 이들 특별행정구역에 적용되게 되었다.¹⁵⁵⁾ 아울러, 특별행정구역 정부들은, 특정한 경우에 있어서는 각종 국제회의

152) General Principles on Civil Laws

Article 142:-

Where no (applicable) provisions can be found either in the laws of the People’s Republic of China or in the treaties concluded or acceded to thereby, international practice can be applied

153) Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China and the Basic Law of the Macao Special Administrative Region of the People’s Republic of China

154) 중국 정부는 홍콩의 합병(cession)에 관한 3개의 불평등 조약을 승인하지 않고 단지 이 지역에 대한 영토적 주권을 회복한 것에 불과하기 때문에 중국 정부는 이를 국가의 승계 문제로는 보지 않았다. 그 결과, 조약에 관한 상기 조정은 조약의 승계에 관한 조치가 아니라 할 것이다.

155) Chapter 5, Xue Hanqin, *op. cit.*, p. 166.

에 참석하여 의견을 개진할 수 있는 권한도 인정되고 있다.

아울러 1997년 7월 1일 홍콩의 중국 반환 이후, 홍콩에 적용되었던 영국의 조약들은 더 이상 효력을 갖지 못하게 되었다. 이와 함께 1999년 12월 20일 이후 마카오에 대한 포르투갈의 조약도 동일하게 효력을 상실하였다.

중국 정부는 이들 특별행정구역에 대해 (1) 경제, 무역, 재정, 운송, 통신, 관광, 문화 및 스포츠 등과 관련하여 자주적으로 대외적 관계를 유지할 수 있고, (2) 중앙정부의 보조로, 항공운항협정, 상호 법적 원조 및 비자 관련 협정을 다른 국가 및 지역과 체결할 수 있고 (3) 국제조약의 적용 여부에 대해 중국 중앙정부에 의견을 피력할 수 있고 (4) 중국 전체에 대해서는 적용되지 않은 국제 조약일지라도 예외적인 경우 이들 특별행정구역에만 적용될 수도 있다. 이러한 조치는 조약의 적용에 있어서 영토적 범위에 관해서는 특별한 조정이 이루어질 수 있다고 한 「조약법에 관한 비엔나협약」 제29조에도 합치되는 조치라 할 것이다¹⁵⁶⁾.

4. 국제인권규범의 중국 국내법으로의 수용

1) 국제인권조약 및 관습국제인권법의 국내법적 수용

위에서 살펴본 바에 따르면, 원칙적으로 중국이 현재 가입하고 있는 각종 인권조약들은 중국 국내법에 대해 직접적인 효력을 갖는 것이 원칙이다. 이는 중화인민공화국 대표가 1991년 11월 14일 제3위원회(사회적, 인도적 그리고 문화적 위원회)에서 중국의 「고문방지협약」에 가입과 함께 동 협약의 의무를 성실히 이행할 것을 확인하는 연설에서도 동 원칙을 다시금 확인한 점에서도 알 수 있다.

현재 중국은 많은 인권조약에 가입하고 있으나, 정작 가장 보편적인 인권조약 중 하나인 「시민적·정치적권리규약」에는 가입하지 않고 있는 실정이다. 그 이유는 동 규약의 규범이 중국 국내법 규정과 합치되지 않는 부분이 여전히 존재하고 있기 때문인 것으로 판단된다. 예컨대, 「시민적·정치적권리규약」 제12조에서는 인간의 거주 이전의 자유를 규율하고 있으나, 1982년 중화인민공화국 헌법에서는 이 같은 자유를 인정하지 않고 있다.

비록 중국 헌법이 국제조약의 국내법원예의 적용에 대해 침묵하고 있다 하더라도, 이를

156) 조약법에 관한 비엔나협약 제29조: “별도의 의사가 조약으로부터 나타나지 아니하거나 또는 달리 확정되지 아니하는 한 조약은 각 당사국의 전체 영역에 관하여 각 당사국을 구속한다.”

위해서는 개별법에서 이 같은 직접적용을 긍정하는 (위에서 살펴본 것과 같은) 규정을 두고 있는 경우에만 인정된다는 점은 위에서 설명한 바와 같다.¹⁵⁷⁾ 또한 중국의 경우, 국제인권조약에 중국이 가입할 시에, 관련 정부 기관에서 동 국제조약과 국내법이 충돌될 지 여부에 대해 검토를 하게 되며, 충돌의 가능성이 있다고 판단될 시에는 대부분 중국 당국이 당해 조약에 가입하지 않게 된다. 아울러, 비록 특정 조약의 경우에는 그것이 국내입법을 필요로 하지 않고, 조약 자체로부터 권리 또는 의무가 지워지는 경우가 있다고 하더라도¹⁵⁸⁾, 이 같은 경우도 역시 특정한 상황 하에서만 조약의 직접적용성이 인정될 수 있는 것이며, 이것이 일반적인 원칙이라고 할 수 없을 것이다. 결국, 중국이 국제인권규약에 가입하기 위해서는, 분쟁의 소지가 있는 관련 국내법이 개정되거나, 또는 이들 국제인권규약에 대한 유보가 인정되는 경우밖에 있을 수 없다 할 것이다.

이와 더불어 관습국제인권법의 국내법적 수용도 그렇게 쉽지만은 않은 실정이다. 곧, 국제인권규범의 경우에 있어서는, 「국제연합 헌장」, 총회 및 안전보장 이사회의 결의, 2개의 국제인권규약, 국제사법재판소 판결 내용에서 인정되는 경우를 제외한 상당 부분의 국제인권규범의 국제관습법 인정 여부에 대해 논란이 많다. 이처럼 불안정한 지위를 유지하고 있는 국제관습법들에 대해서는 중국 국내법원도 그 효력을 인정하는데 소극적인 입장을 견지할 수밖에 없다.

이와 같이 여전히 국제인권규범의 직접적용이 많은 어려움에 봉착해 있지만, 이 같은 문제를 해결하기 위해서, 역으로 국내법규를 국제인권기준의 수준으로 맞추는 것도 대안이 될 수 있을 것이다. 예컨대, 중국이 「고문방지협약」에 가입한 후에, 중국 형사소송법 내에 심문과정에서 고문을 금하는 규정들이 생겨난 것이 좋은 예라 할 것이다.¹⁵⁹⁾

157) 이 같은 직접적용의 규정을 두고 있는 중국 국내법으로는 그 밖에도 다음과 같은 것들이 있다. PRC General Principles of Civil Law, PRC Administrative Procedure Law, PRC Law on Economic Contract Involving Foreign Interests, the Rules for the Implementation of the PRC Water Pollution Control Law, PRC Environmental Protection Law, PRC Regulations Concerning Diplomatic Privileges and Immunities, PRC Regulations on Consular Privileges and Immunities

158) 「PRC Trademark Law」 Article 9. "Where a foreigner or foreign enterprise applies for trade mark registration in China, the matter shall be handled in accordance with agreements its country has concluded with the People's Republic of China or international treaties to which both are parties..."

159) 「PRC Criminal Law(Penal Code)」 Article 136. It is strictly prohibited to extort a confession by torture. A state official who extorts a confession by torture shall be sentenced to either fixed-term imprisonment for not more than three years or detention. A person who disables another by use of corporal punishment shall be charged with the crime of personal injury and shall be severely punished.

2) 국제인권규범에 대한 국내법원의 입장

다른 어느 국가들과 마찬가지로, 비록 조약이 국내법에 직접적용 될 수 있다 하더라도, 중국 법원도 이에 대한 직접적용성을 긍정하는 사례는 극히 드물다 할 것이다. 그러나 여전히 중국 법원에서 이루어지는 사법적 해석이 국제조약의 국내적 이행에 많은 영향을 주기도 한다. 예컨대, 중국이 「외국 중재 결정에 대한 승인 및 시행에 관한 협약」에 가입한 후, 대법원은 동 협약의 이행과 관련하여 하급 법원에 공지(notice)를 한 바 있다. 외국인 또는 외국인 영주권자에 대한 법적 서류에 관한 조치(service)에 있어서, 대법원은 하급 법원에 대하여 중국 및 관련 당사자의 국적국가가 함께 가입하고 있는 국제 조약의 규정에 합치하는 조치를 취할 것을 공지(notice) 하였다.

II. 일본

1. 일본에서의 국제법과 국내법의 관계

1) 일본에서의 조약 및 국제관습법의 지위

일본 헌법에는 국제법 또는 국제조약의 국내법적 지위에 관한 명시적인 규정이 없다. 다만 일본 헌법 제98조 2항에서는 일본이 가입한 조약 및 국제관습법은 신의성실하게 지켜져야 한다고 규정하고 있다.¹⁶⁰⁾ 원칙적으로 통설적인 견해는 일원론, 곧 조약법인가 국제관습법인가에 상관없이 국제법 규범은, 비록 헌법보다는 하위의 지위에 있지만 그 밖에 다른 국내법의 일부로서 효력이 발생한다고 보고 있다. 특히 현행 학설에 따르면 국제법이 일본 헌법 하에서 법률에 대한 우위의 지위가 인정된다고 보는 것이 통설적인 입장이다.

하지만 일원론에 근거하여 조약의 효력이 발생한다는 사실과 당해 조약이 국내법원에 대해 직접효력을 갖는지 여부는 별도의 문제라 할 것이다. 곧, 일본의 법원은 국제조약 및 국제관습법이 법원에 대해 직접효가 발생하기 위해서는, 당해 조약 및 관습법의 규범

160) 이 같은 국제법의 국내적 수용에 관한 문제에 대해서는 메이지헌법(明治憲法) 시대때부터 인정되어 왔다.

을 개별 상황마다 별도로 확인하여, 그 규범의 내용이 명확하고 구체적이라는 점이 증명
이 되어야 비로소 이에 대한 법원에서의 원용이 가능하다는 점을 강조하고 있다.

2) 일본 국내재판실무에서 이루어지는 국제법 원용의 유형

일본에서의 재판에 의한 법적 구제는 일본헌법 제32조에서 보장하는 국민의 재판을 받
을 권리 및 법원법 제3조 제1항에서 법원이 '모든 법률상의 쟁송'을 재판할 수 있다고 규
정하고 있는 조항을 통해 이루어지게 된다. 이 같은 '법률상의 쟁송'에서 인정하고 있는
'법'의 범위에 당연히 국제법도 포함된다고 할 수 있을 것이다.

실제 일본 재판실무에서 국제법이 원용되는 사례는 그 청구이유 또는 목적에 따라 일
정한 유형화가 가능하다 할 것이다. 우선, 가장 대표적인 경우가 피고가 출입국관리령,
외국인등록법, 마약단속법, 관세법, 지방공무원법, 공직선거법 위반 등에 의해 기소되거나
혹은 원심에서 유죄판결을 받는 등 형사처벌을 받게 된 경우에 있어서 국제관습법규나 「
시민적·정치적권리규약」의 관련규정과의 저촉을 이유로 공소의 기각·원 판결의 파기 요
구하는 경우이다. 이와 함께, 국제법 위반을 원용하여 행정청의 처분이나 재판결과의 취
소를 요구하는 경우도 있을 수 있을 것이다. 예컨대, 정치범죄인불인도원칙에 대한 위반
을 이유로 한 퇴거강제명령서발부처분의 취소 또는 국제노동기구 조약을 위반하는 국가
공무원의 징계처분의 취소를 요구하거나 혹은 「시민적·정치적권리규약」이나 「경제적·사회
적·문화적권리규약」, 난민조약 등의 위반을 이유로 재입국불허가처분·난민불인정처분 등
의 취소를 요구하는 예가 그러하다. 마지막으로 원폭투하가 국제법에 위반된다는 점을
근거로 이루어진 국가배상소송청구 사건의 경우¹⁶¹⁾와 같이 공무원의 고의 또는 과실에
의한 위법행위에 대해 공권력 행사의 위법행위로서 피해자가 국가를 상대로 손해배상을
청구하는 경우 등이 있다 하겠다.

2. 국제인권규범의 국내적 수용

1) 국제인권조약의 국내법적 수용

이상의 이유로 인하여 일본은 그동안 인권조약의 가입에 대해 항상 매우 신중한 입장

161) 도쿄지방법원판결 1963. 12. 7, 민집14권, p. 2435.

을 취해왔던 것이 사실이다. 그러나 지난 15년여 간 일본은 2개의 국제인권규약을 포함하여 난민의 지위에 관한 협약, 여성차별철폐협약, 아동권리협약 등에 가입한 바 있으며 이러한 국제기준에 합치하기 위한 국내입법의 정비를 진행하여 왔다. 실로 한 일본 학자는 이 같은 일본의 변화를 국제인권법에 의한 '혁명'이라고까지 보고 있다.¹⁶²⁾

실제로 일본 국내법원은 이러한 국제법 규범의 일본 국내법원에서의 원용가능성에 대해 상당히 소극적인 입장을 보여 온 것이 사실이다. 일본의 재판소는 후술하는 바와 같이 국제인권조약에 대하여 법적 구속력이 없거나 혹은 점진적인 성격이라는 이유로 직접 적용성을 부정하는 경우가 있다.

이러한 법원의 태도는 우선 일본 정부가 "조약 규정의 직접적용 여부에 대해서는 당해 규정의 목적, 내용 및 문헌 등을 감안하여 구체적인 경우에만 판단해야 하는 것으로 되어 있다"는 입장을 수시적으로 취함으로써 법원의 이 같은 태도에 대해 상당히 힘을 실어주고 있다는 데에 문제가 있다 할 것이다. 결국 재판소 자신이 스스로 인권조약의 적용이나 해석에 소극적이고 인권조약이 헌법이 보장하는 것 이상으로 인권보장의 의무를 부여하는 것을 인정하려고 하지 않고 있는 것이다. 그러한 어려움에도 불구하고 일부 하급심 판결에서는 인권조약을 활용한 판결 사례도 존재하여 주목을 요한다 할 것이다.

(1) 「시민적·정치적권리규약」에 관한 판례이론

<도쿄고등재판소판결 (1993년 2월)>¹⁶³⁾

일본어를 이해하지 못하는 외국인이 피고인이 된 대마초단속범위반사건에 있어서 제1심에서는 유죄판결과 함께 형사소송법의 규정에 따라 법정 통역비용을 포함한 소송비용의 부담을 피고인에게 명하였다. 이에 대해 고등재판소판결은 자유권규약 제14조 제3항(f)이 '무료통역 지원'을 의무화 하고 있다는 것을 이유로 법정 통역비용은 피고인에게 부담시키지 않는 것으로 하였다.

<오사카고등재판소판결 (1994년 10월 28일)>¹⁶⁴⁾

162) K.L. Port, "The Japanese International Law 'Revolution': International Human Rights Law and its Impact in Japan", *Stanford Journal of International Law*, vol. 28, 1991, p. 139.

163) 법무성형사국외국인관계사례연구회편 '외국인범죄재판판례집' (1994), p. 55.

164) 판례시보 1513호, p. 71.

영주자격을 가지는 재일한국인이 외국인 등록법에 의해 의무화된 지문날인을 거부했다는 이유로 체포되어 경찰에서 강제적으로 지문을 채취 당하였다. 이 재일한국인 원고는 체포나 강제적인 지문채취는 위법한 것이라고 주장하며 국가와 교토부를 상대로 제기한 국가배상청구소송에선 제1심 판결은 원고의 청구를 모두 기각하였지만 고등재판소판결은 지문날인제도를 강요하는 것은 적어도 정주외국인과의 관계에서는 헌법과 '자유권규약 제7조(품위를 손상시키는 취급의 금지), 제26조(불평등 취급의 금지)...에 위반하는 상태이지는 않았는가에 대한 의미를 부정할 수 없다고 판단하고 원구 청구를 일부 인정하였다.

<다카마츠고등재판소판결 (1997년 11월 25일)>¹⁶⁵⁾

수형자인 원고는 형무소 직원으로부터 받은 폭행 등에 대하여 국가를 상대로 소송을 제기하였지만 그 준비를 위해 변호사가 면회하려고 하자 형무소는 감옥법이나 그 시행규칙을 근거로 면회를 간수의 입회하에 30분간으로 제한했기 때문에 수용자와 변호사가 국가를 상대로 국가배상청구소송을 제기하였다. 제1심 판결은 면회시간의 제한을 자유권규약에 비추어 위법한 것이라고 판단하였지만 고등재판소판결은 가수의 입회도 포함하여 자유권규약 제14조 제1항의 취지에 비추어 위법이라는 판결을 내렸다.

<도쿄지방법재판소판결 (1999년 11월 12일)>¹⁶⁶⁾

비자의 기한을 넘겨 일본에 불법으로 체재하는 외국인 남성인 원고가 일본인 여성과의 결혼을 앞두고 입국관리국에 적발되어 퇴거강제처분을 받았다. 또한 재류특별허가도 거부됨에 따라 그 처분의 취소를 요구하는 소송을 제기하였다. 지방재판소는 자유권규약 제23조가 가족의 보호를 받을 권리, 가족을 형성할 권리를 보장하고 있다는 취지를 이유로 처분의 취소를 인정하였다.

<오사카지방법재판소판결 (2004년 3월 9일)>¹⁶⁷⁾

형사피곤인의 변호인이 구류되어 있는 피고인과 면회할 때 재판에서 증거로 채택된 비디오테이프를 지참하고 재생하면서 상의를 하려고 했지만, 구치소는 비디오테이프의 내용을 검사하지 않으면 면회를 인정하지 않는다고 하며 면회를 거부하였다. 변호인은 이 거

165) 판례시보 1653호, p. 117.

166) 판례시보 1727호, p. 94.

167) 판례시보 1092호, p. 3.

부는 변호인과 피고인의 접견교통권을 침해하는 것이라고 하여 국가배상청구소송을 제기하였다. 지방재판소는 이러한 검사를 ‘헌법 제34조 전단 및 제37조 제3항과 B 규약 제14조 제3항 (b)의 취지에 위반하는 위헌, 위법한 것이다’고 판결을 내렸다.

(2) 「경제적·사회적·문화적권리규약」에 관한 판례이론

<도쿄고등재판소판결(1983년 10월 20일)>¹⁶⁸⁾

국민연금법의 국적조항에 대해 ‘쇼와 54년 이래 일본은 국제인권조약(A규약) 제9조에 따라 외국인에 대해서도 사회보장정책을 추진해야 할 책임을 지고 있으며, (중략) 향소인의 신뢰에 반하면서까지 국적요건을 유지·관철할 필요성이 공익상 존재하는 것은 아니라고 해석되기 때문이다’라는 것을 위법의 판단 이유의 하나로 들었다.

(3) 기타 국제인권조약에 관한 판례이론

<도쿄고등재판소결정 (1993년 6월 23일)>¹⁶⁹⁾

고등재판소는 혼외자의 법정상속분을 적출자의 반으로 정한 민법의 규정에 대해 헌법 위반의 판단을 행하였지만, 그 당시 이유로 한 외국들의 입법 동향으로 자유권규약 제24조 제1항 및 아동의 권리에 관한 조약 제2조 제2항의 정신을 원용하였다.

<시즈오카지방법재판소하마마츠지부판결 (1999년 10월 12일)>¹⁷⁰⁾

이것은 브라질사람인 저널리스트가 하마마츠 시내의 보석점에 들어갔을 때 보석점 주인이 그녀가 브라질 사람인 것을 알자마자 ‘외국인의 출입은 절대사절 합니다’라는 종이를 보여 주며, 퇴거를 요구하고 게다가 경찰을 불러서 내쫓은 사건이다. 지방재판소는 “조약의 실체규정이 불법행위 요건의 해석 기준으로 작용한다”고 판시하고 보석점 주인의 행위가 “마치 원고를 범죄 예비군으로 취급한 것”으로, “원고의 인격적 명예를 손상 시킨” 인종차별 행위를 이유로 위로금의 지불을 명령하였다.

168) 판례시보 1363호, p. 68.

169) 판례시보 1465호, p. 55.

170) 판례시보 1718호, p. 92.

<삿포르지방재판소판결 (2002년 11월 11일)>¹⁷¹⁾

이것은 외국인 및 합중국으로부터 귀화한 세 명의 일본인이 공중목욕탕에 들어가려고 할 때 “외국인의 입장을 거절합니다. 일본인만 입장”이라는 글을 게시하여 입장을 거부한 사건이다. 지방재판소는 “국제인권 B규약 및 인종차별 철폐 조약은 전술한 바와 같은 사법의 여러 규정의 해석에 있어서 기준이 될 수 있다”라고 서술하고 입욕거부가 “사인간에 있어서도 철폐되어야 할 인종 차별에 해당된다”라고 판단하고 “불합리한 차별이며 사회적으로 허용할 수 있는 한도를 넘어서” 불법행위로서 공중목욕탕에 위자료의 지불을 명령하였다. 또 원고들은 이 사건이 발생한 오타루시의 시정부가 인종차별철폐조약 발효 후 장기간에 걸쳐 인종차별금지를 위한 어떠한 구체적인 입법이나 조례도 실시하지 않았다고 하여 시에 대해서도 배상청구를 하였지만, 지방재판소는 조약이 조례의 제정을 ‘일의적으로 명확히 의무화 한 것’이 아니라고 시의 책임을 부정하였다.

2) 관습국제인권법규의 국내적 적용

일본 법원은 원칙적으로 국제관습법에 대한 국내적 효력을 인정하고 있다. 1969년 *Yoon Soo Kil* 사건에서도, 동경지방법원은 정치범불인도의 원칙은 확립된 국제관습법이라고 하였다. 이 밖에도 *Liu Wen Chin* 사건에서도 동경지법은 이 같은 정치범불인도의 원칙을 다시 한 번 확인하였다. 비록 이 같은 법원의 입장이 상위법원에서는 반복되었으나 여전히 국제관습법규가 일본 국내법원에서 효력이 있다는 사실을 확인시켜주고 있다 할 것이다.

그러나 위 두 사건을 제외하고 볼 때, 일반적으로 일본 법원은 관습국제인권법규의 법원에의 적용에 대해 상당히 인색한 것이 사실이다. 특히 외국인에 의한 소송에 있어서는, 이 같은 관습국제인권법규의 원용에 대해 부정적인 입장을 견지하여왔다. 지금까지 난민 지위협약에 규정하고 있는 이민에 관한 권리, 정치범 불인도, 난민의 송환 금지¹⁷²⁾, 불법 입국에 대한 벌금부과금지¹⁷³⁾와 자유권규약 제31조에서 규정하고 있는 적법절차원칙 등에 대한 국제관습법적 지위가 모두 법원에서 부정되었다¹⁷⁴⁾. 이밖에도 외국인 추방 금지

171) 판례시보 1806호, p. 82.

172) Judgment of 19 April 1972, Tokyo High Court, 18 Shomu Geppo 930, *JAIL*, 1974, 171.
Judgment of 30 March 1971, Tokyo High Court, 22 Gyoshu 361, *JAIL*, 1972, 87, 59 ILR, p. 472.

173) Judgment of 19 December 1965, Kobe District Court, 260 Hanta 273.

원칙, 외국인에 대한 사회적 권리의 인정 등도 모두 부정되었다¹⁷⁵⁾. 외국인뿐만 아니라 일본 국민도 국제관습법을 근거로 하여 권리를 주장하였으나 이 경우에 있어서도 법원은 상당히 소극적인 입장을 견지하고 있다. 곧, 일본 공무원이 노동조합의 설립을 위해 국제관습법을 원용하였으나 법원은 이 같은 국제관습법은 존재하지 않는다고 밝힌 바 있다.¹⁷⁶⁾ 이밖에도 Siberian Internment 사건에서도 법원은 전쟁포로의 처우에 관한 1949년 제네바협약 제66조 및 제68조에 대한 국제관습법적 지위를 인정하지 않았다¹⁷⁷⁾.

III. 평가

살펴본 바와 같이 중국에서 조약을 국내법으로 수용하는 절차 및 요건에 관한 구체적인 헌법 및 그 밖에 법률 규정이 부재하다. 그에 따라, 원칙적으로는 명시적인 유보가 없는 한 조약은 국내법으로서 효력을 발생하게 된다 할 것이지만, 현실적으로 중국 국내법에서 직접적인 입법을 요하는 경우에 한해 입법이 이루어져야 비로소 조약이 국내적으로 효력을 발생하게 됨을 확인하였다. 홍콩 및 마카오와의 관계에 있어서도 중국 당국은 “한 국가, 이원적 체제”라는 원칙에 따라 조약의 국내적 적용에 있어 이들에 대한 의견 개진의 기회 등을 제공하고 그 후에 조약의 적용 여부를 결정하고 있다.

국제인권규범의 중국 국내법으로의 적용과 관련해서는 현재 중국이 많은 인권조약에 가입하고 있는 것은 사실이나, 정작 가장 보편적이라 할 수 있는 「시민적·정치적권리규약」에는 가입하지 않고 있음을 살펴보았다. 또한 국제인권규범의 국내법원에서의 원용과 관련해서도 다른 여느 국가들과 마찬가지로, 비록 조약이 국내법에 직접적용 될 수 있다 하더라도, 중국 법원도 이에 대한 직접적용성을 긍정하는 사례는 극히 드문 것이 현실이다.

일본의 경우 조약의 국내법원에서의 적용과 관련해서 우선 「시민적·정치적권리규약」에 관해서는 재판사례에서 그 직접적용성이 부정된 사례는 거의 없고, 반대로 「시민적·정치적권리규약」의 조항이 법령이나 처분의 효력을 부정하는 이유로 활용되어 왔음을 알 수 있다. 그러나 비록 이와 같은 판결들이 「시민적·정치적권리규약」의 직접적용성, 법령에 대

174) Judgment of 30 November 1978, Tokyo District Court, 490 Hanta 112.

175) Judgment of 19 December 1984, Osaka High Court, 35 Gyoshu 2220.

176) Judgment of 2 April 1969, Supreme Court Grand Bench, 23 Keishu 305, 311.

177) "Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War", 12 August 1949, 75 UNTS 135.

한 우선성을 명시적 혹은 묵시적으로 전제하고 있다고 할 수는 있겠으나, 이러한 법령이나 처분의 효력을 부정하기 위해 적극적으로 활용하고 있는 판결 사례는 극히 소수이다. 또 최고재판소에 있어서는 국내법률·규칙·처분 등이 「시민적·정치적권리규약」 위반이라고 판단된 사례는 없다. 그러한 판례 사례는 당사자의 「시민적·정치적권리규약」 위반 주장에 대하여 (1) 무시하고 판단의 대상으로 하지 않는다. (2) 규약이 보장하는 권리는 헌법이 보장하는 권리와 같은 내용으로 규약위반의 판단을 행하지 않는다. (3) 규약의 조항에 대하여 「시민적·정치적권리규약」위원회의 문서와는 다른 해석을 더하여 규약위반을 부정한다는 취급을 하고 있다.

아울러 「경제적·사회적·문화적권리규약」의 경우에 있어서는 동 규약이 가장 많이 활용되고 있는 것은 외국인의 사회보장에 관련된 사건이지만 공무원의 쟁의행위 금지, 아동보호나 거주에 관한 사건에 있어서도 자주 인용되고 있다. 그리고 법령이나 처분의 효력을 부정하는 이유로서 「경제적·사회적·문화적권리규약」을 활용하는 사례도 있었다. 하지만, 원칙적으로 「경제적·사회적·문화적권리규약」에 대한 판결에는 「시민적·정치적권리규약」과는 달리 「경제적·사회적·문화적권리규약」에 있어서의 의무는 ‘정치적 책무’에 불과하다고 서술하고 직접적용성을 부정하는 사례가 많음을 알 수 있다.

위에서 살펴본 것처럼 대상이 되는 조약마다 차이는 있지만 인권조약이 일본의 재판에서 이용되고 있으며 그것을 활용한 판결 사례도 점차 늘고 있다. 그렇지만 재판소, 특히 최고재판소에 의한 인권조약의 적용, 해석이 아직 활발한 것이라고 말할 수는 없다. 특히 관습국제인권법의 경우에 있어서는 그 직접적용성에 관해서는 법원이 매우 소극적인 입장을 견지하고 있음을 확인할 수 있었다.

제3장 한국법원의 국제인권기준 적용사례 분석

제1절 한국의 국제규범 수용 법체계

제2절 한국법원의 국제기준 적용실태

제3절 한국법원의 국제기준 적용평가

제3장 한국법원의 국제인권기준 적용사례 분석

재판과정에서 국제인권기준 적용사례에 대한 연구로서 한국법원의 국제인권기준 적용 사례를 분석하도록 한다. 우선 한국의 국제인권규범 수용 법체계를 살펴본다. 그 다음에는 우리나라 국내법원의 국제규범 적용사례를 인권 분야와 비인권 분야로 나누어서 개별적으로 검토·분석하도록 한다. 마지막으로 우리나라 국내법원이 재판과정에서 국제규범을 다루는데 있어서 나타나는 특징을 분석·평가하고자 한다.

제1절 한국의 국제규범 수용 법체계

앞서 제1장에서 살펴본 바와 같이 국제법의 국내법적 수용은 전통적으로 국제법과 국내법의 관계이며, 양자관계를 파악하는 체계에 따라 일원론과 이원론으로 나뉜다. 그러나 국제법과 국내법의 관계를 순수 법도그마틱에서 벗어나 국내법에 대한 국제법의 태도, 국제법에 대한 국내법의 태도를 살펴보는 것이 중요하다. 이와 같은 접근방식은 국제법적 현실을 잘 반영하는 것이며, 재판실무의 관점에서 볼 때 실용적이라 할 수 있다.¹⁷⁸⁾ 이러한 점을 고려하여 우리나라는 국제규범 수용에 대하여 어떠한 입장을 취하고 있는지를 검토하고자 한다.

한국의 국내법체계상 국제규범의 수용과 관련하여 구체적으로 세 가지 사항을 검토하여야 한다. 첫 번째는 국제법과 국내법의 관계에서 한국의 법체계는 어디에 놓여 있는가이다. 그리고 그 법체계가 국제법의 국내적용을 위하여 조성한 기본조건과 결과가 무엇인가를 파악하는 것이다. 두 번째는 국내법화된 국제법이 국내적용단계에서 국내법과 규범 충돌이 발생할 경우에 어떻게 처리되는가이다. 이것은 우리나라 법체계상 국제법의 규범적 위계를 파악하는 것이다. 세 번째는 국내법원이 재판과정에서 국제법을 어떤 존재로 인식하고 다루는가이다. 재판에서는 주체, 객체, 수단으로 볼 때, 국제법이 어느 위치에 놓여 있는가를 파악하는 것이다.

178) P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th (Routledge, 1997), p. 64.

I. 국제법의 국내법적 효력

「대한민국헌법」은 제헌헌법 이래 헌법상 조약과 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법적 효력을 인정하고 있다.¹⁷⁹⁾ 현행 제9차 개정헌법 제6조 제1항을 보면, “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 명시하고 있다. 일원론의 본질을 별도의 입법절차 없이 조약이 해당 국가의 헌법에 따라 체결되고 그 국가에 대해 발효됨으로써 국내법의 일부가 되는 것으로 보는 경우,¹⁸⁰⁾ 이 조항에 의거하여 국제법과 국내법의 관계에서 우리나라 법체계는 일원론으로 분류된다. 우리나라 학계는 일반적으로 동일한 견해를 갖고 있다.¹⁸¹⁾ 물론 이원론이라고 보는 견해도 있고, 아예 판단을 유보하거나 회피하는 예가 없는 것은 아니다.¹⁸²⁾ 일정한 견해의 차이에도 불구하고 헌법에 따라 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 법규는 별도의 입법절차 없이도 국내법과 동일한 효력, 즉 국내법적 효력이 있다는 점은 분명하다.

1. 조약

우리나라 헌법 제6조 제1항에서 말하는 ‘헌법에 의해 체결·공포된 조약’이란 헌법이 정하고 있는 조약의 체결·공포절차를 거친 것으로, 대통령이 체결하고 비준한 조약을 일컫는다.¹⁸³⁾ 따라서 헌법에 따라 가입·비준한 조약은 당연히 국내법적 효력을 가진다.¹⁸⁴⁾

179) 국제법의 국내법적 효력에 관한 조항은 제헌헌법 제7조 제1항으로 등장하여 제5차 개정헌법에서 제5조 제1항으로 위치가 바뀌면서 일부 문구가 변경되고 제9차 개정헌법에서는 의미 변화 없이 단어 하나만 삭제되고 동일성이 계속 유지되어 온 것으로 분석되고 있다. 이에 대해서는, 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 『국제법학회논총』, 통권 제89호 (2001), 29-30쪽.

180) A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge Univ. Press, 2000), p. 146; T. Buergenthal, “Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law”, *Recueil des Cours* [de l’Académie de Droit International de La Haye], vol. 235, 1992-IV, p. 316.

181) 일원론을 주장하는 견해의 예로는, 이한기, 『국제법신강』, 신정판 (박영사, 1997), 143쪽; 김대순, 『국제법론』, 제13판 (삼영사, 2008), 207쪽; 권영성, 『헌법학원론』, 2005년판 (법문사, 2005), 178쪽 등을 들 수 있다.

182) 판단의 회피 또는 유보의 예로는 유병화, 『국제법 I』, 개정 제2판 (진성사, 1995), 121쪽; 계획열, 『헌법학(상)』, 제2보정판 (박영사, 2002), 174쪽 등을 들 수 있다.

183) 대통령의 조약 체결·비준권은 헌법 제73조에 규정되어 있다.

184) 이와 관련하여 헌법재판소는 “마라케쉬협정은 적법하게 체결·공포된 조약이므로 이 협정에 의해 관세범의 처벌이 가중되어도 위헌은 아니다”라고 밝히고 있다(헌법재판소 1998. 11. 26, 97헌바

많은 학자들은 헌법 제6조 제1항에 의거한 조약의 우리나라 국내법체제 수용을 인정하고 있으며, 정부 또한 그와 같은 견해를 표명하고 있다. 우리 정부는 인권조약의 국내법적 효력에 관한 입장을 국제적으로 밝혀온 바, 예를 들어 우리나라 정부가 시민적·정치적권리위원회에 제출한 제2차 정기보고서 및 국제연합 인종차별철폐위원회에 제출한 제8차·제10차 정기보고서에서 “헌법 제6조 제1항에 의거, 헌법에 따라 적법하게 체결·공포된 조약은 …… 국내법과 동일한 효력을 가진다”면서, “[「시민적·정치적 권리규약」은] 국회의 동의 아래 체결·공포된 바, 추가 입법조치가 필요 없이 국내법의 권위를 갖는다. 따라서 행정부와 법원은 자신의 권한을 행사함에 있어서 동 협약을 준수하여야 한다”고 밝혔다.¹⁸⁵⁾

조약이 헌법에 따라 체결·비준되었을 경우, 국내법적 효력을 가지는 것은 분명하다. 그러나 헌법에 따라 체결·비준된 조약이 공포절차를 거쳐야만 국내법적 효력을 가지는 가라는 문제가 제기된다. 이에 관한 우리나라 정부의 공식 문서로서 시민적·정치적권리위원회에 제출한 제2차 국가보고서는 국내법적 효력의 요건으로서 ‘적법한 공포’를 요구하고 있다.¹⁸⁶⁾ 또한 「법령등공포에관한법률」 제11조 제1항은 “조약은 관보에 게재됨으로서 공포한다”고 규정하고 있다. 즉 우리나라 정부는 조약이 발효되는 절차의 하나로서 ‘공포’를 요구하여 이 절차를 거쳐야 비로소 국내법적 효력을 가지게 된다.¹⁸⁷⁾

조약의 국내법적 효력에 있어서 중요한 검토요소는 조약의 비준·체결에 대한 국회의 동의절차이다. 왜냐하면 우리나라 헌법 제60조는 대통령의 조약체결·비준권 행사는 전적으로 독점적이고 배타적인 것이 아니라 일정한 유형의 조약은 국회의 동의를 받도록 요구하고 있기 때문이다.¹⁸⁸⁾ 따라서 헌법 제60조에 해당하는 조약은 반드시 국회동의절차를

65결정, 헌법재판소 판례집 10-2, 686쪽.)

185) CCPR/C/114/Add.1, Second periodic reports of States parties due in 1996 State Party Report English, 20/08/98, para.9 ; CERD/C/258/Add.2, Eighth Periodic Report of states parties due in 1994 : Republic of Korea, 23/11/95, para.8 ; CRC/C/15/Add.51, Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child Concluding Observations/Comments English, 13/02/96, para.7

186) “헌법 제6조 제1항에 의거, 헌법에 따라 적법하게 체결·공포된 조약은 …… 국내법과 동일한 효력을 가진다”(CCPR/C/114/Add.1, *ibid.*, para.9.)

187) 한국법제연구원, 조약의 체결절차와 시행에 관한 연구, 1994, 49-53쪽. ; 외무부, 조약업무처리지침, 1985, 55-56쪽.

188) 대통령의 조약 체결·비준권에 대한 국회의 동의권은, 헌법 제 60조 제1항에 규정되어 있다. 이 조항은 국회 동의를 요하는 조약을 다음과 같이 열거하고 있다. 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약.

거쳐야 하고, 그에 해당하는 조약은 국회의 동의 없이 대통령이 비준·체결할 수 있다. 따라서 조약이 헌법 제60조에 해당되는 내용을 담을 경우에는 국회 동의를 국내법적 효력 발생의 요건이 되며, 그 이외의 경우에는 국회 동의는 원천적으로 요구되지 않는다. 그 결과 조약은 두 가지의 요건, 즉 형식적 합헌성 요건으로서 조약의 체결·공포의 절차가 합헌적이어야 하며 내용적 합헌성 요건으로서 조약의 내용도 헌법에 위배되지 않을 경우 당연히 국내법적 효력을 지닌다.¹⁸⁹⁾

2. 국제관습법

조약과 마찬가지로 국제관습법의 국내법적 효력에 관한 근거규정으로 헌법 제6조 제1항이 언급된다. 동 조항은 국내법적 효력을 가지는 국제법의 연원으로 조약과 함께 ‘일반적으로 승인된 국제법규’를 적시하고 있고, ‘일반적으로 승인된 국제법규’의 국내법적 효력을 인정하고 있다. 여기서 ‘일반적으로 승인된 국제법규’가 국제관습법만을 의미하는지 국제관습법을 포괄하는 상위개념인지에 대한 문제는 별론으로 하고, 국제관습법이 헌법 제6조 제1항의 ‘일반적으로 승인된 국제법규’에 해당할 경우 국제관습법의 국내법적 효력은 인정된다. ‘일반적으로 승인된 국제법규’를 국제관습법의 국내법적 효력의 근거로 보는 데에 있어서 학설대립은 없다.¹⁹⁰⁾ 지금까지 국제관습법이 원용되어 인정된 사례는 없으나, 검토한 사례는 존재한다. 부산지방법원은 항공기 사고의 손해 산정과 관련하여 국제관례 내지 관습의 확립 여부를 검토한 바, “항공기 사고의 손해배상액수 및 산정방식에 관하여 국제사회에 일반적으로 승인되어 우리나라의 재판규준이 될 정도의 국제관례 내지 관습이 있다고 할 수 없고, 또한 원고들 주장의 이 사건 손해배상산정방식이 그에 따른 것이라고 할 수도 없다”고 밝혔다.¹⁹¹⁾

189) 계획열, 「헌법학(상)」 (박영사, 1995), 168쪽. ; 권영성, 「헌법학원론」, 신판 (법문사, 1999), 171-172쪽. ; 김철수, 「헌법학개론」, 제11전정신판 (박영사, 1999), 226-227쪽. ; 허영, 「한국헌법론」, 신정12판 (박영사, 1999), 172쪽.

190) 계획열, 앞의 책, 167쪽; 허영, 앞의 책, 177쪽; 권영성, 앞의 책, 170쪽; 김철수, 앞의 책, 223쪽. ; 이한기, 「국제법강의」, 신정판 (박영사, 1997), 143-144쪽; 김대순, 「국제법론」, 제4판 (삼영사, 1999), 125-126쪽; 김정건, 「국제법」, 전정증보판, (박영사, 1998), 83쪽; 김정균·성재호, 앞의 책, 66쪽.

191) 부산지방법원 2007. 2. 14. 선고 2004가합5757 판결.

3. 국제기구의 권고 및 결의

국제법상 Soft Law 개념의 도입과 함께 국제기구의 권고 또는 결의에 대하여 국제법적 효력을 부여하려는 시도가 국제법학계를 중심으로 제기되고 있다.¹⁹²⁾ 국제기구의 권고·결의의 국내법적 효력에 대하여 국내 법원을 비롯하여 우리나라 정부는 비교적 분명한 태도를 취하고 있다.

우리나라 정부는 조약에 따라 설치된 기구 중 하나인 시민적·정치적권리위원회가 행한 권고의 국내법적 구속력을 부인하였다. 즉, 시민적·정치적권리위원회가 「시민적·정치적권리규약 제1선택의정서」상의 개인통보제도에 따른 견해와 권고, 즉 청원인에 대해 적절한 보상을 포함한 효과적인 구제를 제공하라는 견해와 권고에 대하여, 개별적 구제조치를 취하지 않음으로써 국제기구의 권고나 결의에 대한 국내법적 효력을 인정하지 않았다. 비록 시민적·정치적권리위원회의 요청 가운데 회신 및 견해의 번역·공표 등의 일부 절차적 측면을 이행하고 회신 내용에 위원회의 견해를 가급적 존중하겠다는 의사를 밝혔으나, 분명한 것은 국내법적 구속력을 부인한다는 점이다.

우리나라 국내법원의 태도를 가장 잘 보여주는 예시는 「세계인권선언」에 대한 태도이다. 우리나라 국내법원은 1990년대 초반부터 동 선언의 법적 효력을 일관되게 부인한 바, 헌법재판소는 국제법이 재판과정에서 적용되기 위한 전제로서 국내법적 효력을 가져야 밝히면서, 그 기준으로 국내 수용에 앞서 국제법적 구속력을 갖출 것을 공식화하였다.¹⁹³⁾ 이후 이 결정례는 계속 유지되었고, 현 시점에서도 동일하게 인용되고 있다. 즉, “「세계인권선언」에 관하여 보면, … 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야할 공통의 기준”으로 선언하는 의미는 있으나 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-426)¹⁹⁴⁾고 말하면서 국내 수용에 앞서 국제법적 구속력을 갖출 것을 재확인하였다.¹⁹⁵⁾

국제기구 가운데 일정한 기구의 결정과 조치에 대해서는 국내법적 효력을 인정하기도 한다. 조약기구의 결정과 조치에 대해 우리나라가 수락한 경우에는 그 조약기구의 결정

192) 김석현, “국제법에 있어서 Soft Law”, 「국제법평론」, 통권 제8호 (1997), 22-23쪽.

193) 헌법재판소 1991. 7. 22. 89헌가106 결정.

194) 위의 결정.

195) 헌법재판소 2007. 8. 30. 2003헌바51, 2005헌가5 (병합) 결정.

과 조치에 따른 법규칙, 즉 제2차 법규칙의 국내법적 효력을 인정한다. 이를 보여주는 대표적인 예는 대법원 2007년 ‘전재제한처분무효확인’ 관련 사건이다.¹⁹⁶⁾ 당해 사건의 쟁점 중 하나는 국제법에 따른 조치의 적법성 문제였는데, 판시사항 중 하나는 “환적을 위하여 「남극해양생물자원 보존에 관한 협약」의 체약국인 우리나라 부산항에 입항한 이빨고기 운반선에 대하여 그 선적된 어획물인 이빨고기의 전재를 제한한 처분[이] 위 협약과 남극해양생물자원 보존위원회의 보존조치의 규정에 따라 적법하다”고 인정하였다.

4. 평가

국제법의 국내법적 효력에 관한 우리나라 국내법체계의 특징은 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째, 우리나라는 국제법의 주요 연원인 조약에 대하여 헌법에 따라 체결·공포되었을 경우 국내법적 효력은 헌법 제6조 제1항에 따라 확고히 인정한다. 둘째 또 다른 국제인권법의 주요 연원인 국제관습법의 국내법적 효력은 헌법 제6조 제1항의 ‘일반적으로 승인된 국제법규’에 해당되는 국제규범으로 인정되고 있다. 하지만 이러한 추상적 효력인정이 실질적인 국내법적 효력인정으로 나아가기 위해서는 국내법원이 국제관습법의 존재 또는 확립여부에 대한 인정이 있어야 한다. 셋째 국제기구의 권고·결의의 국내법적 효력은 그 자체로서 국제법적 구속력이 예정되어 있는 경우와 그렇지 않는 경우에 따라 달리 다루어지고, 후자의 경우에서 우리나라가 이를 법적으로 수락한 경우에는 국내법적 효력이 인정된다. 그 외에는 그 효력이 부인·배제되고 있다.

II. 국제법의 국내법적 서열

국제법의 국내법적 효력이란 해당 조약이 국내법상 법적 효력을 가지는가의 여부를 말한다.¹⁹⁷⁾ 즉 해당 법체계의 일부로서 적용될 수 있는 가능성을 갖고 있다는 것을 의미하는데, 만일 국제법의 국내적용에서 국제법과 국내법이 충돌할 경우는 어떻게 되는가? 이

196) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007두11177 판결

197) Yuji Iwasawa, "International Human Rights Adjudication in Japan", in Benedetto Conforti, Francesco Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (Martinus Nijhoff Publishers, 1997), p. 236; Yuji Iwasawa, "International Human Rights Adjudication in Japan", *British Year Book of International Law*, LXIV, 1993, p. 349.

문제는 국내법적 효력을 갖는 국제법의 국내법상 위계에 집약된다. 이에 관하여 헌법은 명시적으로 언급하고 있지 않다. 따라서 국제법이 헌법-법률-명령 등으로 이루어진 국내법체계상 어떠한 위계를 가지는지는 헌법해석에 달려 있다.

1. 조약과 헌법의 서열관계

국내법적 효력을 갖는 조약과 헌법의 관계는 헌법재판소에 의해 명확히 확립되어 있다. 헌법재판소는 헌법재판과 관련하여 조약이 위헌심판대상이라는 입장을 확고히 정립하고 있다.¹⁹⁸⁾ 헌법재판소는 ‘사립학교법 제55조 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판’ 사건에서 ‘교원의 지위에 관한 국제법규’의 국내법적 효력을 심사한 것을 시작으로¹⁹⁹⁾ 조약의 위헌성 심사에 관한 다수의 결정례를 확립하고 있다. 특히 부정수표단속법 제2조 제2항 위헌제청 사건에서는 “헌법 제6조 제1항의 국제법존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다”²⁰⁰⁾고 판시하였다. 다수의 법학자들은 조약에 대한 헌법우위의 근거로 국민주권주의에 기초하여 조약의 헌법변경적 효력을 인정할 수 없다는 점에 견해의 일치를 보고 있다.²⁰¹⁾ 따라서 국제법은 조약이든 일반적으로 승인된 국제법규이든 국내법적으로 수용함에 있어서 국내 최고법인 헌법에 종속된다.

2. 조약과 법률의 서열관계

국내법적 효력을 갖는 조약이 헌법보다 하위라면, 법률과의 관계는 어떠한가? 국내법적

198) 헌법재판소, 『헌법재판소실무제요』, 1998, 75쪽; 헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌바3 결정.

199) 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정.

200) 헌법재판소2001. 4. 26. 선고 99헌가13 결정.

201) 양건, “국제법과 국내법의 관계: 조약의 국내적 효력의 문제를 중심으로”, 『국제법학회논총』, 제23권1·2합병호 (1978), 180-181쪽; 조홍석, “국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성”, 『저스티스』, 통권 제53호 (1999), 11-13쪽; 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 『고려대학교 법학논집』, 제34집 (1998), 51-52쪽; 계희열, 『헌법학(상)』, 제2보정판 (박영사, 2002), 166-170쪽; 권영성, 『헌법학원론』, 2005년판 (법문사, 2005), 180쪽; 김철수, 『헌법학개론』, 제11전정판 (박영사, 1999), 226-227쪽; 이한기, 『국제법신강』, 신정판 (박영사, 1997), 144쪽; 김대순, 『국제법론』, 제13판 (삼영사, 2008), 207, 239쪽; 김정균, 성재호, 『국제법』, 제5개정판 (박영사, 2006), 79-80쪽.

수용절차상 조약은 헌법 제60조 제1항에 의거하여 국회동의대상조약과 국회동의불요조약으로 나뉜다.²⁰²⁾ 이 경우 국회 동의를 조약의 국내법적 서열을 달리 만드는가 아니면 동의 여부는 절차적 요건에 지나지 않는가라는 문제가 제기된다. 이와 관련하여 헌법재판소는 ‘마라케쉬협정²⁰³⁾을 근거로 한 형사처벌의 적법성을 다룬 사건’에서 관련 국내 법률의 개정이 없이 후법우선원칙에 의거 조약에 따라 형사처벌한 것은 적법하다고 밝혔고,²⁰⁴⁾ ‘국제통화기금조약’ 제9조 제3항 등 위헌소원²⁰⁵⁾에서는 “이 사건 조항[인 「국제통화기금협정」 제9조 제3항 및 제8항, 「전문기구의특권면제에관한협약」 제4절 제19절(a)]는 각 국회의 동의를 얻어 체결된 것으로서, 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법적, 법률적 효력을 가지는 바, 가입국의 재판권 면제에 관한 것이므로 성질상 국내에 바로 적용될 수 있는 법규범으로서 위헌법률심판의 대상이 된다”²⁰⁵⁾고 밝혔다. 그 결과 국회동의를 받은 조약의 국내법적 지위는 국내법률과 동일하다.

문제는 국회동의불요조약의 국내법상 서열이다. 국회동의불요조약에 대해서는 헌법학계를 중심으로 명령과 동일시하는 견해가 지배적이다. 이를 간접적으로 뒷받침하는 헌법재판소의 결정례로는 ‘국가배상법 제2조 제2항 등 위헌소원’ 사건이 있다.²⁰⁶⁾ 대법원의 경우에는 이에 관한 판결례가 발견되지 않는다. 다만, 하급법원 판결 중에는 이 문제를 명시적으로 다룬 사건이 있다. 서울고등법원은 ‘베트남인 범죄인 인도심사청구’ 사건에서 “대한민국이 베트남사회주의공화국에 대하여 범죄인을 인도할 의무가 있는지 여부를 판단함에 있어서 ‘대한민국과 베트남사회주의공화국 간의 범죄인인도조약과 범죄인인도법의 적용 순위’ 문제에 관하여 “신법 우선의 원칙, 특별법 우선의 원칙 등 법률해석의 일반원칙에 의하여 위 인도조약이 범죄인인도법에 우선하여 적용되어야 한다”는 결론을 논증하면서, “우리나라 헌법은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있고(헌법 제6조 제1항), 이러한 헌법

202) 헌법 제60조 제1항에 따른 국회의 동의권 행사대상 조약의 범주는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약이다. 국회동의대상 조약 범주의 헌법상 변천에 관해서는, 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 『국제법학회논총』, 통권 제89호 (2001), 30쪽 참조.

203) 정식 명칭은 ‘세계무역기구설립을 위한 마라케쉬협정’으로, 1994년 12월 16일에 국회의 동의를 받았으며, 1994년 12월 30일 수락서를 기탁하였으며, 1995년 1월 1일 조약 제1265호로 발효되었다.

204) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바65 결정, 헌법재판소 판례집 10-2, 699쪽.

205) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌바20 결정.

206) 헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌바3 결정.

규정 아래에서는 국회의 동의를 요하는 조약은 법률과 동일한 효력을, 국회의 동의를 요하지 않는 조약은 대통령령과 같은 효력을 인정하는 것이라고 해석함이 타당”²⁰⁷⁾하다는 헌법해석을 내놓았다.²⁰⁸⁾ 이 해석이 대법원에 의해 공식 채택되지 않은 상태이기에 국회 동의불요조약의 국내법적 지위에 대한 논란은 완전히 종식되었다고 볼 수는 없을 것이다.

3. 일반적으로 승인된 국제법규와 법률의 서열관계

‘일반적으로 승인된 국제법규’와 법률과의 관계를 살펴보면, ‘일반적으로 승인된 국제법규’의 법적 개념과 범위에 관한 공식적인 입장이나 태도는 확립되지 않았을 뿐 아니라 국내법적 효력순위를 파악할 수 있는 관련 결정례나 판결례는 발견되지 않는다. 이 문제는 이론적 논의 단계에 머물러 있으며, 법학자들은 크게 국내 법률과 동일한 효력을 갖는다고 보는 입장²⁰⁹⁾과 헌법보다는 하위이지만 국내 법률보다는 상위라는 견해,²¹⁰⁾ 일반적으로는 국내 법률과 동일한 효력을 가지지만 일반국제법상 강행규범에 대해서는 법률보다 상위라는 태도²¹¹⁾로 나뉜다. 그러나 이러한 견해차이의 핵심은 일반국제법상 강행규범의 인정 여부이고, 이것을 인정할 경우 국내법적 지위를 법률보다 상위로 보는 것이다. 그렇다면 헌법재판소가 헌법 제5조 제1항과 제6조에 의거하여 일반국제법상 강행규범을 인정할 경우, 그 법적 지위가 법률보다 상위로 확립될 가능성이 있다.

Ⅲ. 국내재판에서 조약의 지위

조약이 국내법원의 재판과정에서 갖는 지위는 이중적이다. 하나는 재판의 대상이고, 다른 하나는 재판의 준칙이다. 이 중 국내재판과정에서 국제기준의 적용은 국제규범 적용사례에서 살펴보도록 하고, 여기서는 재판의 대상으로서 조약의 문제를 다루기로 한다.

207) 서울고등법원 2006. 7. 27 선고 2006토1 결정.

208) 베트남이 테러리스트로 지목한 반체제인사 우엔후창이 관련된 이 사건에 대한 서울고등법원의 결정으로 우리 정부는 베트남 정부로부터 외교적 항의를 받았다. 한겨레신문, 2006. 7. 30일자.

209) 권영성, 『헌법학원론』, 2005년판 (법문사, 2005), 178-179쪽; 조홍석, “국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성”, 『저스티스』, 통권 제53호(1999), 13-14쪽; 김정균, 성재호, 『국제법』, 제5개정판 (박영사, 2006), 80쪽.

210) 계획열, 『헌법학(상)』, 제2보정판 (박영사, 2002), 175-176쪽; 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 『고려대학교 법학논집』, 제34집 (1998), 50-51쪽.

211) 김대순, 『국제법론』, 제13판 (삼영사, 2008), 207쪽

재판의 대상으로서 조약은 국회동의대상조약, 국회동의불요조약, 고시류조약이 있다. 각 유형의 위헌성 심사의 주체에 관하여 헌법재판소는 ‘국가배상법 제2조 제2항 등 위헌소원’ 사건에서 “위헌심사의 대상이 되는 법률이 국회의 의결을 거친 이른바 형식적 의미의 법률을 의미하는 것에는 어떠한 의문도 있을 수 없다. 따라서 형식적 의미의 법률과 동일한 효력을 갖는 조약 등은 포함된다고 볼 것”²¹²⁾이라고 밝혔고, 헌법학계에서는 이 결정례의 연장선에서 조약에 대한 사법적 심사를 담당하는 기관은 법률과 동일한 효력을 가지는 조약일 경우에는 헌법재판소가 되지만, 명령과 동일한 효력을 가지는 조약은 각급 법원이라고 밝히고 있다.²¹³⁾ 그러나 실제 조약에 대한 위헌심사가 반드시 국회동의대상조약에 국한하지 않는 실행을 보여주고 있다.

지금까지 헌법재판소가 조약 또는 조약상 특정 조항의 위헌성을 심사한 대표적인 사건들을 일람하면, 다음과 같다.

- 대한민국과 아메리카합중국상호간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정 제2조 제1의 (나)항 위헌제청²¹⁴⁾
- 대한민국과일본국간의어업에관한협정기준 등위헌확인²¹⁵⁾
- 국제통화기금조약 제9조 제3항 등 위헌소원²¹⁶⁾
- 범죄인인도법 제3조 위헌소원²¹⁷⁾
- 대한민국정부와 중화인민공화국정부간의 마늘교역에 관한 합의서 등 위헌확인²¹⁸⁾
- 대한민국과 미합중국간의 미합중국군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정 등 위헌확인²¹⁹⁾

헌법재판소에 의해 이루어진 조약의 위헌성 심사의 결과를 보면, 위헌결정이 내려진 사례가 없다. 조약에 대한 위헌 결정은 당해 사건들의 내적 요소의 직접적인 결과라고 일단 추론할 수 있다. 그러나 헌법재판에서 사법적 요소 외에 외교적·정치적 요소의 직간접

212) 헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌바3 결정.

213) 권영성, 『헌법학원론』, 2005년판 (법문사, 2005), 180쪽.

214) 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 97헌가14 결정.

215) 헌법재판소 2001. 3. 21. 선고 99헌마139, 156, 160 (병합) 결정.

216) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌바20 결정.

217) 헌법재판소 2003. 1. 30. 선고 2001헌바95 결정.

218) 헌법재판소 2004. 12. 16. 선고 2002헌마579 결정.

219) 헌법재판소 2006. 2. 23. 2005헌마268 결정.

적 개입 여지가 철저하게 배제된다고 확인할 수는 없을 것이다. 이와 관련하여 허영 교수는 조약의 특성상 조약 자체의 규범통제가 부적절하다고 밝히고 있다. 즉, “조약의 국제정치성과 조약내용의 단일성·통일성 또 조약무효로 인한 국가 체면 손상 등을 고려한다면 조약을 규범통제의 대상으로 삼는 데는 보다 신중한 태도가 요청된다”고 주장하고 있다.²²⁰⁾ 계희열 교수는 조약의 위헌성 심사의 이론적 측면과 현실적 측면을 구분하고 있는데, “조약이 헌법에 위배되는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된다는 것, 또한 조약이 헌법에 위배되는 경우 국내법적 효력을 갖지 못한다는 것은 이론적으로 타당하다”고 하면서도 “실제에 있어서 조약의 효력을 전부 또는 일부 상실시키는 결정은 조약상대국과의 관계나 국가적 체면 손상 또한 그 밖에 여러 가지를 고려할 때 매우 어려운 일이다”고 밝히면서 “따라서 신중을 기해야 함은 말할 것도 없고 사법적 자제가 요구되는 경우도 있을 것이다”고 의견을 피력하였다.²²¹⁾

헌법재판소의 결정례에서도 동일한 시각이 발견된다. 일명 ‘마늘교역합의서사건’에서 권성 재판관은 이 문제에 대하여 헌법재판소가 “일단은 경원(敬遠)의 위치에 서 있으면서 ... 헌법과 법률이 정한 절차를 현저히 일탈하거나 남용한 것이 아닌 한 이 사건의 고시류조약체결과 관련한 정부의 권한행사 및 그 내용은 헌법소원의 대상이 되지 못한다”고 주장하였다.²²²⁾ 이와 같은 태도는 헌법재판소가 행정부의 대외관계권한 행사에 대한 헌법재판에서 외관상 사법심사의 권한을 포기하지는 않았지만, 실질적으로는 사법적 자제론에 입각한 것과 같은 법적 결과를 내놓고 있다. 즉 지금까지 심사대상이 된 여하한 조약 또는 조약 조항의 유효성이 사법적 손상을 입은 적이 없었다. 그 결과 국내법원이 행정부의 대외관계권한 행사에 대한 사법심사에서 실질적 자제를 실행하고 있다는 강한 추론이 설득력 있게 부상하고 있음을 부인할 수 없을 것이다.

220) 허영, 『한국헌법론』, 전정2판 (박영사, 2006), 178쪽.

221) 계희열, 『헌법학(상)』, 제2보정판 (박영사, 2002), 180쪽.

222) 헌법재판소 2004. 12. 16. 선고 2002헌마579 결정.

제2절 한국법원의 국제기준 적용실태

국내법원의 국제법적용에 관한 우리나라 국내법원의 태도와 법리 분석은 당연히 실제 결정과 판례로부터 출발하여야 한다. 이런 측면에서 국제법적용사례를 개별적으로 제시하고, 이 사례에 기초하여 국내법원의 태도와 법리에 관한 일반화를 시도할 것이다. 다만, 여기서 소개되는 사례는 국제인권 분야와 비국제인권 분야로 나누되 지면상 국제인권분야에 집중하기로 한다.

I. 인권분야

1. 헌법재판소

▶ 민법 제764조의 위헌 여부에 관한 헌법소원²²³⁾

1) 사안의 개요

청구인들은 일간신문 및 월간잡지인 여성동아 등의 정기간행물을 발행하는 신문사, 신문사의 대표이사 겸 월간잡지의 발행인 및 기자 등이다. 청구외 000는 위 월간잡지 1988년 6월호에 게재된 기사가 자기의 명예를 훼손하였다는 이유로 1988.7.18. 청구인들을 상대로 서울 /민사지방법원에 손해배상 및 민법 제764조에 의한 사죄광고를 청구하는 이 사건 관련소송을 제기하였다. 청구인들은 위 소송사건에서 민법 제764조가 명예훼손의 경우에 사죄광고를 명할 수 있도록 한 것이라면 이는 헌법에 위반된다는 이유로 헌법재판소법 제41조 제2항에 의한 위헌제청을 신청하였으나(서울민사지방법원 89카33299 사건) 서울민사지방법원은 1989.7.10. 위 위헌제청신청을 기각하였고, 청구인들은 위 기각결정을 송달받고서 헌법재판소에 위 민법 제764조에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원을 청구하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

223) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정.

이 사건의 국제인권 관련 직접적인 논점은 문제가 된 민법 제764조에 대한 위헌 여부를 검토하면서 헌법해석의 참조규칙으로 국제인권규범에 대한 고려이다. 또한 부수적으로 국제인권법의 국내적용에서 사인간의 법률관계에 법률적 영향을 미치는 방식이 부각되었다.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 본 사건에서 민법 제764조가 사죄광고를 포함하는 취지라면, 이것은 헌법 제19조에 위반되는 동시에 헌법상 보장되는 인격권의 침해에 이르게 된다고 판시하였다. 헌법재판소는 헌법 제19조의 의미를 내심적 자유와 윤리적 판단을 외부에 표명하도록 강제받지 않을 자유 즉 윤리적 판단사항에 관한 침묵의 자유를 포괄한다고 밝히면서, 우리나라가 1990년에 가입한 「시민적·정치적권리규약」 제18조 제2항에서도 스스로 선택하는 신념을 가질 자유를 침해하게 될 어떠한 강제도 받지 않는다고 규정하고 있음을 적시하였다. 또한 헌법재판소는 기존 법원의 해석 및 적용례를 변경하기 위한 논거로서 국제인권법과 함께 외국법에 대한 비교법적 검토도 동시에 행하였다.

4) 해설 및 평석

이 결정례는 헌법 조항에 대한 해석에 있어서 국제인권기준을 반영한 최초의 사례이다. 헌법재판소는 이 사건에서 「시민적·정치적권리규약」을 고려하여 헌법 제19조의 양심의 자유를 해석하였는데, 이 때 활용된 국제인권기준의 적용법리는 국제인권법에 비추어 국내법을 해석하는 것, 즉 국내법의 국제법합치적 해석이다. 이 적용법리는 향후 헌법재판소를 비롯한 국내법원이 재판과정에서 국제인권기준을 반영할 때 빈번하게 활용하는 방식의 선례가 되었다. 헌법재판소의 해석과정은 헌법 제19조에 대한 해석에서 국내법을 넘은 논거로서 국제법과 외국법을 동시에 검토하였는데, 이러한 접근은 국제·비교법(international and comparative law)에 입각한 것이다. 이는 국내법원이 사법적 진보를 낳은 판결에 대한 논증에서 기존에 취한 태도, 즉 외국법제와 판례를 고려한데서 나아가 국제법과 외국법을 동시에 비교법적으로 검토하는 새로운 재판과정의 전형을 확립한 것이라고 평가할 수 있다. 이와 더불어 사인간 법률관계에서 국제인권법이 사법적 영향을 미치는 방식, 즉 해석을 통한 간접적용의 예를 보여준 것인 바, 국제인권법의 적용범위를 수평적 적용으로 확대한 사례에 해당한다.

1) 사안의 개요

청구인들은 징역형과 보호감호를 선고받고서 형집행을 마치고 청송교도소 보호감호대용시설에 수용되어 피보호감호자로서 보호감호제도의 위헌성을 주장하며 헌법소원을 제기하였다. 청구인들은 보호감호제도가 헌법상 보장된 거듭처벌금지의 원칙, 적법절차조항 및 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이고, 사회보호법 부칙 제2호 제1항 본문이 재범의 위험성을 의제하는 결과를 초래하여 위헌이라고 주장하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

이 사건은 본안쟁점은 보호감호제도와 사회보호법 부칙 제2조 제1항 본문에 헌법적 평가이며, 국제인권 관련 사항은 이 제도의 인권보장에 관련된 국제인권규범과 기준이 헌법 해석에 반영될 수 있을지의 여부이다.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 보호감호처분을 재범(재범)의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 사회복지를 촉진하고 사회를 보호하기 위한 보호처분으로 봄으로써 형벌과 보호감호를 병과한다고 해서 거듭처벌금지의 원칙에 위반하지 않는다고 보았고, 그와 연계하여 사회보호법 부칙 제1호 제1항 본문 역시 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다. 다수의견과 견해를 달리하는 변정수 재판관은 반대의견을 통해 보호감호제도가 그 목적 및 집행의 내용이 형벌과 다름이 없기 때문에 거듭처벌금지 및 인간의 존엄과 가치를 보장하는 헌법이념에 반하는 것이며, 사회보호법 부칙 제2조 제1항 본문은 이미 위헌선언된 구법상의 필요적 감호처분을 받아 수감 중에 있는 자들을 무조건 재범의 위험성이 있는 자로 간주하여, 신법에 의하여 계속해서 보호감호시설에 수용코자 하는 것으로서 입법권의 남용이며 위헌적인 법률이라고 보았다. 특히 변정수 헌법재판관은 반대의견의 논증에서 국제인권기준을 반영하는 헌법해석을 주장하였는바, 해당 국제기준으로 국제연합 경제사회이사회 결의 663호인 「수감자의처우에관한최저기준규칙」, 「B 협약」 제10조를 언급하였다.

224) 헌법재판소 1991. 4. 1. 89헌마17, 85, 100, 109, 129, 167(병합) 결정.

4) 해설 및 평석

이 사건의 국제인권법적 의의는 위헌심사시 국제인권기준을 고려한 헌법해석의 방법과 근거를 제시하였다는 데 있다. 현행제도의 위헌성 평가에 대한 논거로서 국제인권기준들이 제시되었는데, 이 기준을 헌법해석에 반영해야 할 이유로는 국제연합 회원국으로서 기대되는 인권보장수준에 대한 고려와 우리나라의 가입에 의해 국내법적 효력을 갖는 인권조약의 유효성을 들고 있다. 그리하여 국제연합 경제사회이사회의 1957.7.31. 663호 결의 「수감자의처우에관한최조기준규칙」 및 「시민적·정치적권리규약」 제10조 (행형제도의 기본적인 목표를 수감자의 교정을 통한 사회복귀에 있음을 천명)가 헌법해석을 위한 준거로서 고려될 수 있음을 보여주었다. 이 사건의 반대의견이 갖는 의의는 낮은 인권보장기준을 갖고 있는 기존제도의 위헌성을 뒷받침하는 유력한 근거의 하나로 국제인권기준이 관련 국내법, 특히 헌법해석에서 활용될 수 있는 방식을 제시한 것이다.

▶ 사립학교법 제55조, 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판²²⁵⁾

1) 사안의 개요

이 사건 위헌심판의 제청신청인들은 교사로서, 1989.5.28. “교육노동자로서의 기본권을 적극 옹호하고 민주교육의 발전에 기여할 목적”을 표방하고 설립된 전국교직원노동조합의 설립취지에 찬동하고 이에 가입하여 활동함으로써 노동운동을 하였다는 이유로 1989.7.20. 위 법인으로 부터 직위해제처분을 당하고 이어서 같은 해 8.8. 면직처분을 당하였다. 이에 제청신청인들은 1989.9.7. 서울지방법원서부지원에 면직처분무효확인 등 청구의 소(위 지원 89가합527)를 제기하고, 청구원인으로 직위해제처분 및 면직처분의 근거가 된 법률이 사립학교법 제55조 및 제58조 제1항 제4호의 규정에 헌법 제33조 제1항에 위반하여 무효라고 주장하면서 같은 해 9.21. 다시 위 지원에 위 법률조항에 대한 위헌제청신청(89카373)을 하였다. 위 지원은 위 신청을 이유 있는 것으로 받아들여 1989.10.13. 헌법재판소법 제41조 제1항의 규정에 따라 사립학교법 제55조 및 제58조 제1항 제4호에 대한 위헌여부의 심판을 제청하였고, 제청신청인들은 우리나라가 국제연합교육과학문화기구의 회원국으로서 「교원의지위에관한권고」를 준수할 의무가 있으나 이 사건의 심판대상 법률조항들이 국제법 존중의 원칙을 규정한 헌법 제6조 제1항에 위배된다고 주장하였다.

225) 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

이 사건은 법적 쟁점은 헌법 제31조 제6항과 헌법 제33조 제1항과의 관계, 사립학교교원에 대한 근로3권의 제한 또는 금지와 헌법 제37조 제2항의 위반여부, 사립학교교원에 대한 근로3권의 제한 또는 금지와 평등의 원칙, 교원의 지위에 관한 국제법규의 헌법상 의미이다. 이 중 교원의 지위에 관한 국제법규의 헌법상 의미 평가의 대상이 된 국제법규는 「세계인권선언」, 국제노동기구 제87호 협약 「결사의 자유와 단체조직의 권리보장에 관한 협약」, 제98호 협약 「단체조직의 권리보장에 관한 협약」, 유네스코와 국제노동기구의 「교원의지위에관한권고」)이다.

3) 국내법원의 판단

이 사건에 관하여 헌법재판소는 교원의 지위에 관련된 사항에 관한 한 헌법 제31조 제6항이 근로기본권에 관한 헌법 제33조 제1항에 우선하여 적용되고, 사립학교 교원에게 헌법 제33조 제1항에 정한 근로3권의 행사를 제한 또는 금지하고 있다고 하더라도 이로써 사립학교교원이 가지는 근로기본권의 본질적 내용을 침해한 것으로 볼 수 없고 그 제한이 필요하고 적정한 범위 내라고 보고, 사립학교법 제55조 및 제58조 제1항 제4호가 헌법 제11조 제1항에 정한 평등원칙에 위반되지 않는다고 결정하였다. 또한 교원의 지위에 관한 국제법규의 헌법상 의미와 관련하여서는 교육에 관한 국제법상의 선언, 규약 및 권고문등은 우리의 현실에 적합한 교육제도의 실시를 제약하면서까지 교원에게 근로권이 제한 없이 보장되어야 한다든가 교원단체를 전문직으로서의 특수성을 살리는 교직단체로서 구성하는 것을 배제하고 반드시 일반근로조합으로서만 구성하여야 한다는 주장의 근거로 삼을 수 없다고 판단하였다.

4) 해설 및 평석

이 사건 결정례는 헌법재판소가 국제인권기준의 국내적용 여부에 관한 판단기준으로 법형태론에 따른 법효력의 유무관점(on/off view)을 제시하고 확립한 판례로서, 이후 유사사건에서 우리나라 국내법원이 자주 인용하는 참조결정례로 자리매김된다. 헌법재판소는 이 사건에서 국제인권기준의 국내적용을 위한 법적 전제로서 준수와 성실이행의 대상이 되는 국제법규로 ‘헌법에 의하여 체결공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규’로 명시하였는데, 이를 적용하여 「세계인권선언」은 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준”으로 선언하는 의미는 있으나 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적

국속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니라고 하였고, 1960.10.5. 국제연합교육과학문화기구와 국제노동기구가 채택한 “교원의지위에관한권고”는 그 취지를 참작하여 우리 제도의 개선과 발전의 지침으로 삼을 가치를 충분히 담고 있지만 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것이라고 할 수 없다고 하였고, 우리나라가 「시민적·정치적권리규약」에 가입할 당시 유보한 동 규약 제22조가 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것이 아니라고 밝혔다. 또한 이 사건에서 국제법규를 다루는 헌법재판소의 태도를 간과할 수 없는데, 그것은 권리제한조항에 대한 주목과 원용이다. 즉 권리제한의 국제법적 정당화 근거로서 「경제적·사회적·문화적권리규약」 제4조의 일반적 유보조항, 노동조합결성과 가입의 제한가능성이 규정된 동 규약 제8조 제1항 (a)호를 결정문에서 적시하는 하였다. 이외에도 「경제적·사회적·문화적권리규약」의 법적 성질에 관한 헌법재판소의 인식을 보여주기도 하였는데, 그것은 동 규약이 체결국에 의한 입법조치 기타 모든 적당한 방법에 의하여 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하려는 것이라고 밝힌 점이다. 이는 향후 동 규약의 직접적용성 또는 자기집행성문제가 제기될 경우, 동 규약의 개별 조항별로 판단하지 않고 규약 전체의 직접적용성을 배제할 근거로 인용될 여지를 갖는 것으로 볼 수 있다.

▶ 정기간행물의등록에관한법률 제16조 제3항, 제19조 제3항의 위헌여부에 관한 헌법소원²²⁶⁾

1) 사안의 개요

청구의 회사는 이 사건 청구인이 발행하는 일반 일간신문 취재수첩란의 기사가 자신과 관련된다고 주장하면서 정기간행물의등록등에관한법률(이하 법이라 한다) 제19조에 의하여 서울민사지방법원에 그 기사내용에 대한 정정보도게제청구의 심판을 제기하여 인용판결을 받았다. 동 사건의 피신청인인 이 사건 청구인이 항소를 제기함과 아울러 위 사건의 항소심 계속 중 위 법원에 정정보도청구권을 규정한 이 법 제16조 제3항 및 그 절차를 규정한 이 법 제19조 제3항이 헌법상의 평등권 및 언론의 자유의 보장에 위반된다는 이유를 들어 제청을 신청하였으나, 위 법원은 1989.7.11. 이를 기각하였다. 청구인은 결정서의 송달을 받고 헌법재판소에 이 법 제16조 제3항 및 제19조 제3항에 대하여 헌법재판소법 제68조 제2항에 의한 헌법소원심판을 청구하였다.

226) 헌법재판소 1991. 9. 16. 선고 89헌마165 결정.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

본 사건에서는 국제인권과 관련하여 권리 침해 여부를 판단하는데 있어 헌법상의 기본권 내용 외에 그와 같은 내용을 담고 있는 국제인권규범을 논거로서 사용할 수 있는지 여부가 문제되었다.

3) 국내법원의 판단

정정보도청구권제도는 언론의 자유와는 비록 서로 충돌되는 면이 없지 아니하나 전체적으로 상충되는 기본권 사이에 합리적 조화를 이루고 있으며, 결코 평등의 원칙에 반하지 아니하고, 언론의 자유의 본질적 내용을 침해하거나 언론기관의 재판청구권을 부당히 침해하는 것으로 볼 수 없어 헌법에 위반되지 아니한다고 판시하였다.

4) 해설 및 평석

헌법재판소 다수의견은 국제인권기준에 대한 고려 없이 국내법을 기준으로 판단을 내리고 있다. 이와 달리 반대의견은 “정정보도청구에 대해 가치분절차에 관한 규정에 의한 재판은 간이약식재판을 허용하므로 정기간행물의 발행주체에 대한 법적 차별이며 법원 앞에서의 평등(헌법 제11조, 국제인권규약 B규약 제14조 제1항)에 위반”된다는 점을 인정하고 있다. 이는 권리의 침해를 검토함에 있어 헌법상 기본권과 동일한 내용을 갖는 국제인권규범의 침해를 인정한 것으로서 국내법과 국제법을 동시에 검토한 경우이다. 반대의견은 정정보도청구제도가 헌법 제109조의 공개재판을 받을 권리, 헌법 제27조 제1항의 판결절차에 의하여 공정한 재판을 받을 권리에 대한 침해와 더불어 「시민적·정치적권리규약」 제14조 제1항의 재판에서 평등권과 공정한 공개재판을 받을 권리를 침해한 것으로 판단하고 있다.

▶ 구형법 제314조 위헌소원227)

1) 사안의 개요

청구인들은 방송사의 직원들로서 동 방송사 노동조합의 간부들이나, 1996. 3. 14.부터 같은 해 4. 5.까지 사이에 서로 공모하여 노무제공을 거부하는 등 위력으로써 동 회사의 방송제작업무를 방해하였다 하여 업무방해죄로 기소되어 서울지방법원 남부지원에서 재

227) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정.

판을 받던 중, 위력업무방해죄를 규정하고 있는 구 형법(1995. 12. 29. 법률 제5057호로 개정되어 1996. 7. 1.부터 시행되기 전의 것) 제314조에 대하여 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자 1997. 3. 3. 그 기각결정문을 송달받은 후 같은 달 15. 이 사건 심판 청구를 하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

본 사건에서 국제인권과 관련하여 문제가 된 사항은 우리나라가 비준한 바 없는 강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구(ILO)의 제105호 조약이 위헌성 심사의 척도가 되는지 여부이다.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 파업 등의 쟁의행위가 정당성이 인정되어 위법성이 조각되지 않는 한 업무방해죄로 형사처벌될 수 있다는 대법원 판례는 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다. 그러나 강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구(ILO)의 제105호 조약은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로 이 사건 심판대상 규정의 위헌성 심사의 척도가 될 수 없다고 판단하였다.

4) 해설 및 평석

헌법재판소는 국제노동기구 제105호 협약에 대하여 우리나라가 비준한 바 없다는 점과 일반적으로 승인된 국제법규로 볼만한 근거가 없다는 이유에서 이를 위헌성 심사척도에 배제하였다. 그러나 이는 노예제 금지규칙이 국제관습법화 되었다는 점과 이로부터 도출되는 세부규칙을 외면한 것으로 판단할 수 있다. 또한 「시민적·정치적권리규약」 제8조 3항에 대하여 “이는 범죄에 대한 처벌로서 노역을 정당하게 부과하는 경우와 같이 법률과 적법한 절차에 의한 경우를 제외하고는 본인의 의사에 반하는 노역은 과할 수 없다는 의미라고 할 수 있는 우리 헌법 제12조 제1항 후문과 같은 취지라고 할 수 있다.”라고 설시한 것은 국제법을 국내법에 합치하도록 해석한 것으로서 국내법을 국제법에 합치하여야 하는 일반적인 해석방법에 어긋나는 것이라고 볼 수 있다. 이러한 역합치해석은 국내법원이 조약해석에 관한 국제법을 위반하여 재판을 한 것임을 보여주는 사례이다.

1) 사안의 개요

청구인은 1997. 11. 5. 국가보안법위반 혐의로 구속되어 서울 영등포구치소에 수용되었고, 같은 달 28. 기소되었다. 청구인은 피청구인에게 “인권하루소식”과 일간신문의 구독을 신청하였으나 피청구인은 1997. 11. 12. 이후 현재까지 위 “인권하루소식”의 구독을 불허하였고, 신문들의 구독을 허용하였으나 수시로 특정 기사를 삭제하였다. 청구인은 이에 불복하여 1998. 1. 3. 헌법재판소에, 피청구인의 위 “인권하루소식”을 구독하지 못하게 한 처분과 청구인이 구독하고 있는 일간신문 기사 중 일부 기사를 삭제한 처분이 청구인의 알 권리 등을 침해하였다 하여 이 사건 심판청구를 하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

본 사건에서 청구인은 피청구인이 “인권하루소식”의 구독을 불허하고 일간신문의 일부 기사를 삭제한 처분이 위헌이며 우리나라가 가입한 「시민적·정치적권리규약」 제19조에 위반된다고 주장하였다. 즉 본 사건에서 국제인권과 관련하여 문제가 된 사항은 헌법재판소가 청구인의 주장과 같이 「시민적·정치적권리규약」 제19조에 근거하여 판단을 할 것인지 여부이다.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 신문기사 삭제행위가 청구인의 알 권리를 과잉 제한한 것이라 할 수 없고, 알 권리의 본질적 내용을 침해하였다 할 수 없으며, 청구인의 인간의 존엄성, 행복추구권 혹은 일반적 행동자유권이나 국제인권규약을 침해하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.

4) 해설 및 평석

본 사건에서 청구인은 신문기사 삭제행위가 「시민적·정치적권리규약」 제19조 위반이라고 주장한 바 있다. 그러나 헌법재판소는 이러한 인권조약 위반 주장에 상응하는 조약 내용의 직접적인 검토 없이 “이유가 없다”는 표현으로 청구인의 주장을 기각하였다. 이는 국제인권기준에 대한 충분한 검토 없이 단순하게 배척한 것이라고 볼 수 있다.

228) 헌법재판소 1998. 10. 29. 선고 98헌마4 결정.

1) 사안의 개요

지급제시 기간 내에 제시된 수표의 거래정지처분으로 인하여 부도에 이르게 되어 공소된 사실에 대하여 제1심 법원은 위 공소사실을 유죄로 인정하여 피고인에게 징역 2년의 형을 선고하였고 이에 피고인이 불복, 항소하여 현재 대전지방법원 항소심(99노1070호)에 공판계속 중인바, 위 항소심 법원은 직권으로 부정수표단속법 제2조 제2항이 헌법 제6조 제1항의 국제법존중주의, 제10조의 행복추구권, 제11조 제1항의 평등권, 제12조 제1항의 실질적 죄형법정주의, 제119조 제1항의 자유와 창의를 보장하는 시장경제질서 및 헌법 제37조 제2항의 자유와 권리의 본질적 내용 침해금지 원칙에 위반될 소지가 있다는 이유로 위헌여부의 심판을 제청하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

본 결정에서 헌법재판소는 첫째로 국제법과 국내법의 관계 국제법 존중주의의 의미에 대하여 언급하고, 법원의 제청에 따라 「시민적·정치적권리규약」 제11조에 따른 위헌법률 심판을 하였다.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 국제법 존중주의의 의미에 관하여 “헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다”고 하였다. 헌법재판소는 이에 관하여 “이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 부정수표 발행행위는 지급 제시될 때에 지급 거절될 것을 예견하면서도 수표를 발행하여 지급거절에 이르게 하는 것으로 그 보호법익은 수표거래의 공정성이며 결코 ‘계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구급되는 것이 아니므로 국제법 존중주의에 입각한다 하더라도 국제연합 인권규약 제11조의 명문에 정면으로 배치되는 것이 아니다”고 하였다. 이러한 이해를 바탕으로 헌법재판소는 지급거절될 것을 예견하고 수표를 발행한 사람이 그 수표의 지급제시기일에 수표금이 지급되지 아니하게 한 경우 수표의 발행인을 처벌하도록 규정한 부정수표단속법 제2조 제2항이 국제법존중주의에 위배되는지 아니하며, 또한 위 법률조항은 평등의 원칙, 과

229) 헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 99헌가13 결정.

잉금지의 원칙, 적법절차의 원칙 및 시장경제질서 원칙에도 위배되지 않는다고 결정하였다.

4) 해설 및 평석

본 결정문은 헌법 제6조 1항에 관한 국제법과 국내법의 효력 문제에 있어 판례와 학설의 입장인 일원론을 재차 확인하고, 조약으로 승인된 국제법의 국내법과의 동등한 효력을 인정, 해당 법규에 따른 해석을 한 예이다.

▶ 군사법원법 제242조 제1항 등 위헌확인²³⁰⁾

1) 사안의 개요

청구인은 군사기밀을 누설하고 뇌물을 수수한 혐의로 구속되었고 군사법경찰관의 구속기간의 연장을 허용하고 있는 군사법원법 제242조 제1항 중 제239조 부분에 따라 구속기간이 10일 연장되었다. 이에 청구인은 위 군사법원법 규정이 평등권과 신속한 재판을 받을 권리 등을 침해하는 것이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

헌법재판소는 이 사건 법률규정의 위헌 여부를 판단하는데 있어 「시민적·정치적권리규약」 제9조 제3항에 근거하여 검토를 하였다.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 이 사건 법률규정은 무죄추정의 원칙 및 과잉금지의 원칙을 위반함으로써 청구인의 신체의 자유, 신속한 재판을 받을 권리 및 평등권을 침해하므로 헌법에 위반된다고 결정하였다. 헌법재판소는 이 사건 법률규정의 위헌 여부를 판단하는 중에, 사법경찰관의 구속기간과 관련한 국제인권규약의 내용을 살펴보면, “1976년에 발효된 국제인권규약 B규약 (「시민적·정치적권리규약」) 제9조 제3항 전문은 여기에서의 인치는 법관으로 하여금 체포나 구금의 적법성을 판단하도록 한다는 의미뿐 아니라 신병구속에 대한 권한을 경찰로부터 이관시킨다는 의미를 가지고 있는 것이다. 이와 같이 국제인권규약에서는, 구속기간 중의 인권침해가 우려된다는 등의 이유로, 사법경찰관에 의한 장기구금

230) 헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2002헌마193 결정.

을 허용하고 있지 않다”고 하였다. 한편 헌법재판소는 대부분의 학자들은 같은 이유로 사법경찰관의 피의자에 대한 구속기간 10일은 지나치게 장기이어서 이를 제한해야 한다는 입법론을 주장하고 있다고 언급하였다.

4) 해설 및 평석

헌법재판소는 청구인이 원용한 시민적·정치적권리위원회의 견해와 최종의견에 따라 “형사상의 범죄로 체포 또는 구금된 자는 법관이나 사법권을 행사하도록 법률로 정해진 다른 사법당국의 면전에 신속하게 인치되어야 하고 적당한 기간 내에 재판을 받거나 석방될 권리를 가진다”라고 규정하고 있는 「시민적·정치적권리규약」 제9조 제3항에 입각하여 해당 심사대상 문제를 적극적으로 검토하였다.

▶ 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청²³¹⁾

1) 사안의 개요

제청신청인은 현역입영대상자로서 현역병으로 입영하라는 병무청장의 현역입영통지서를 받고도 이에 응하지 아니하여 병역법 제88조 제1항 제1호 위반으로 공소 제기되어 재판 계속 중이다. 이에 제청신청인은 위 병역법 제88조 제1항 제1호가 종교적 양심에 따른 입영거부자들의 양심의 자유 등을 침해한다고 주장하면서 위헌제청신청을 하였고, 이를 받아들인 법원은 위 규정에 대하여 헌법재판소에 위헌여부심판을 제청하였다. 제청법원은 위헌제청이유에서 국제연합인권위원회 등 국제기구에서도 양심적 병역거부를 할 수 있는 권리에 대한 인정을 회원국에 권고 또는 의무화하고 있으나, 우리나라는 양심적 병역거부권을 인정하지 않고 형사처벌을 하고 있는 실정이므로 헌법적인 검토가 필요하다고 밝혔다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

헌법재판소는 본 사안을 검토함에 있어 「시민적·정치적권리규약」 제18조 및 국제연합인권위원회(Commission of Human Rights)의 결정 제22호(General Comment No. 22), 1987년 결의 제46호, 1993년 결의 제84호, 1998년 결의 제77호를 고려하였으며, 이는 특히 반대의견에서 자세하게 다루어졌다.

231) 헌법재판소 2004.8.26. 선고 2002헌가1 결정.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 이 사건 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였다. 그러나 재판관 김경일, 재판관 전효숙은 양심적 병역거부는 국제법규 측면에서도 인정할 필요성이 높다는 반대의견을 통하여 다음과 같이 설명한다. “1966년 국제연합(UN)에서 채택한 ‘시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)’ 제18조는 사상, 양심 그리고 종교의 자유를 보장하고 있고, 1993년 국제연합인권이사회(Human Rights Committee)는 사상, 양심 그리고 종교의 자유에 관한 일반의견 제22호(General Comment No. 22)에서 ‘치명적인 무력을 사용할 의무는 양심의 자유와 자신의 종교 혹은 믿음을 표현하는 권리와 심각하게 충돌할 수 있으므로 양심적 병역거부권이 위 제18조 규정에서 도출될 수 있는 것으로 본다’고 하였다. 또한 국제연합인권위원회(Commission of Human Rights)도 반복된 결의를 통하여 같은 입장을 밝혔다. 예를 들면 위 위원회는 1987년 결의 제46호에서 ‘일반적인 양심적 병역거부권을 인정한다’고 명시하였고, 1993년 결의 제84호에서 양심적 병역거부자들에 대한 처벌금지와 함께 ‘대체복무는 비전투 또는 민간복무의 형태로서 공공의 이익을 위한 것이어야 하고 형벌적인 성격을 가져서는 안된다’고 하였다. 또한 1998년 결의 제77호에서 양심적 병역거부권을 재차 확인하면서 군복무 중인 자에게도 인정됨을 선언하고, 대체복무제도의 도입과 함께 양심적 병역거부자의 주장에 대하여 판단할 독립적이고 공정한 결정기관의 설립, 이들에 대한 구금 및 반복적 형벌부과 금지, 경제·사회·문화·시민 또는 정치적 권리 등에서의 차별금지, 양심적 병역거부로 인하여 박해를 피해 자국을 떠난 사람들을 난민으로서 보호할 것 등을 각 국에 요청하였다. 우리나라는 1990년에 위 규약에 제18조에 대한 아무런 유보 없이 가입하였고, 1991년에 국제연합회원국이 되었으며, 2004년의 결의를 포함하여 양심적 병역거부권을 인정하여야 한다는 인권위원회의 최근 결의들에 직접 동참하기도 하였다. 양심적 병역거부권을 이미 많은 나라에서 인정하고 있고 우리나라와 같이 양심적 병역거부로 많은 사람이 처벌된 국가는 드물다는 사실 뿐 아니라, 우리의 법률과 관행이 위와 같은 국제법규와도 도저히 조화될 수 없음에 비추어 보더라도 더 이상 이 문제를 외면하거나 미룰 수 없으며 대안을 적극적으로 모색할 필요성이 있다.”

헌법재판소는 결정문에서 방론으로 입법자에 대해 권고하면서, 국제적으로도 이미 1967년부터 유럽공동체, 국제연합의 차원에서 양심적 병역거부를 인정하여야 한다는 결의를 반복하기에 이르렀고, 1997년 국제연합의 조사에 의할 때, 징병제를 실시하는 93개국 중 양심적 병역거부를 전혀 인정하고 있지 않는 국가는 약 절반에 불과할 정도로 이미 많은

국가에서 입법을 통하여 이 문제를 해결하고 있다는 점을 지적하였다.

4) 해설 및 평석

헌법재판소는 양심적 병역거부권을 인정하고 있지 않은 병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청에 대하여 헌법에 위반되지 아니한다고 결정하였으나, 이를 검토함에 있어 국제인권 규약 및 국제인권 관련 기구의 의견을 고려하였으며, 이에 맞는 입법이 필요함을 강조하였다는 데에 의의를 찾을 수 있다.

▶ 불기소처분취소232)

1) 사안의 개요

청구인들은 서울중앙지방검찰청에 전 국가안전기획부 직원인 청구위(피고소인) 정○근 외 16인을 독직폭행 등 혐의로 고소(2004년 형 제35113호)하였는바, 위 사건을 수사한 피청구인은 2004. 6. 29. 공소시효 완성을 이유로 각 공소권없음의 불기소처분을 하였고, 청구인들은 항고·재항고를 거쳐 2004. 11. 16. 헌법소원심판을 청구하였다. 청구인은 1998. 7. 17. 로마회의에서 채택되어 2002. 7. 1. 발효된 「국제형사재판소에관한로마규정」을 2002. 11. 13. 우리 정부가 비준하여 헌법 제6조 제1항에 따라 '헌법에 의하여 체결·공포된 조약'으로서 국내법과 같은 효력을 갖게 되었고, 또한 1968년 국제연합의 「전쟁범죄 및 반인도적 범죄에 대한 국제법상의 시효의 부적용에 관한 협약(Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity)」 등에서 확인된, '고문범죄에 대한 공소시효 적용배제'라는 국제관습법이 헌법 제6조 제1항 소정의 '일반적으로 승인된 국제법규'에 해당하여 역시 국내법적 효력을 갖는바, 고문 등 반인도적 범죄에 대하여 공소시효 적용을 배제한 이들 국제법규에 따라 위 고소사실에 대하여도 공소시효 적용이 배제되어야 하므로 이 사건 심판청구는 적법하다고 주장, 헌법소원을 청구하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

헌법재판소는 심판청구의 적법성을 검토하는 단계에서 「국제형사재판소에관한로마규정」의 국내적 효력을 인정하였으며, 또한 헌법소원을 청구한 청구인의 주장에 따라 “고

232) 헌법재판소 2004. 12. 14. 선고 2004 헌마889 결정.

문범죄에 대한 공소시효 적용배제"라는 국제관습법의 존재 여부를 검토하였다.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 「국제형사재판소에관한로마규정」에 관하여 헌법 제6조 제1항에 따라 위 로마규정은 '헌법에 의하여 체결·공포된 조약'으로서 국내법과 같은 효력을 갖는다고 하였다. 그러나 위 로마규정 제29조에 의하여 시효적용이 배제되는 국제형사재판소 관할범죄인 고문범죄는 '민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여진 행위로서의 고문'(제7조 제1항 제6호)을 말하는 것이므로, 위 고소사실에 대하여도 위 로마규정이 적용되어 공소시효 적용이 배제된다고 보기 어렵다고 결정하였다. 한편 「전쟁범죄 및 반인도적 범죄에 대한 국제법상의 시효의 부적용에 관한 협약」 등을 통하여 "고문범죄에 대한 공소시효 적용배제"라는 국제관습법이 확인된다는 주장에 관하여, 헌법재판소는 "위 협약이 모든 고문범죄에 대하여 공소시효 적용을 배제한다는 취지로 되어 있지도 않을 뿐더러, 청구인들 주장의 국제관습법이 '국제사회의 보편적 규범'으로서 세계 대다수 국가가 승인하고 있는 법규'라고 볼 근거가 없어, 헌법 제6조 제1항 소정의 일반적으로 승인된 국제법규로서 위 고소사실에 대하여 적용된다고 보기도 어렵다'고 판단하였다. 헌법재판소는 공소시효 적용이 배제되어야 한다는 청구인들의 주장은 이유 없는바, 그렇다면 위 고소사실에 대하여 공소시효가 완성되었음은 앞서 본 바와 같고, 범죄에 대한 공소시효가 완성되었을 때에는 그 범죄에 대한 불기소처분의 취소를 구하는 헌법소원심판청구는 권리보호의 이익이 없어 부적법한 것이므로 (헌재 1989. 4. 17. 88헌마3, 판례집 1, 31 참조) 이 사건 심판청구는 부적법하다고 판단, 헌법재판소법 제72조 제3항 제4호에 따라 이를 각하하였다.

4) 해설 및 평석

비록 권리보호 이익의 부재로 청구각하 된 사례이나 심판청구의 적법성을 판단하는 단계에서 청구인의 주장에 따라 고문범죄에 대하여 국제법상 공소시효 배제에 관한 국제형사재판소에 관한 로마규정과 전쟁범죄에 관한 규정에 대한 언급에서 의의를 찾을 수 있는 예이다.

1) 사안의 개요

청구인은 징역 5년을 선고받고 그 형이 확정되어 전주교도소에 수감 중이었다가 안양교도소로 이송되었다. 청구인이 안양교도소로 이송된 직후, 안양교도소장은 청구인에 대하여 부정물품을 은닉하였다는 등의 이유로 2개월의 금지처분을 하였다. 이에 청구인은 안양교도소장이 위 금지처분 집행 기간 중에 운동을 금지한 행위의 근거법령인 행형법시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16759호로 개정된 것) 제145조 제2항으로 말미암아 헌법상 보장된 청구인의 인격권·건강권 등의 기본권을 침해당하였다고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

헌법재판소는 이 사건 시행령 제145조 제2항 중 운동 부분의 과잉금지원칙 준수 여부를 판단하면서, 우리나라가 가입되어 있는 「시민적·정치적권리규약」 제10조 및 제7조를 살펴보았다.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 이 사건 시행령 제145조 제2항 중 운동 부분의 과잉금지원칙 준수 여부를 판단하면서, 우리나라가 가입되어 있는 「시민적·정치적권리규약」 제10조에서 “자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급되어야 한다”고 규정하고 있음을 지적, 제7조에서 “가혹한, 비인도적인 또는 모욕적인 처우나 형벌”의 금지규정을 두고 있는 것은 인간에 대한 기본적 권위를 존중하는 보편적 정신의 제도적 발현이라는 점을 지적하였다. 헌법재판소는 이 사건 시행령 제145조 제2항 중 운동 부분은 법률에 기본권 제한의 근거가 있으나, 과잉금지원칙에 위배하여 지나치게 수형자의 기본권을 제한하는 것으로서 수형자의 인간의 존엄과 가치 및 신체의 자유를 침해하여 위헌이라고 결정하였다.

4) 해설 및 평석

헌법재판소는 본안 검토 시 「시민적·정치적권리규약」 제7조와 제10조를 언급하면서도

233) 헌법재판소 2004. 12. 16. 선고 2002헌마478 결정.

해당 규범과 당해 사안의 적용문제에 관한 논증을 생략하였다.

▶ 형법 제314조 제1항 위헌소원²³⁴⁾

1) 사안의 개요

청구인은 주식회사 ○○세큐리티 공장에서 위 회사 근로자들의 휴일근로 및 연장근로를 집단적으로 거부하도록 선동, 위력으로 위 회사의 업무를 방해하였다는 이유로 형법 제314조 제1항 위반으로 약식 기소되어 인천지방법원에서 벌금을 선고받자, 이에 불복하여 정식재판을 청구하였다. 청구인은 위 재판 계속 중 재판의 전제가 된 형법 제314조 제1항이 청구인의 기본권을 침해한다는 이유로 위헌법률심판제청신청을 하였으나 기각되자, 이 사건의 헌법소원 심판을 청구하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

청구인은 헌법소원을 청구함에 있어 국제노동기구의 제105호 조약인 강제노동폐지조약 제1조 d항 및 「시민적·정치적권리규약」 제8조 제3항에 기한 주장을 하였으나, 실제 헌법재판소는 이를 근거로 판단하지 않았다.

3) 국내법원의 판단

청구인은 이 사건 법률조항이 강제노역금지원칙에 위배된다고 주장하면서, “국제관습법으로서 일반적으로 승인된 국제법규의 지위를 갖는 국제노동기구의 제105호 조약인 강제노동폐지조약 제1조 d항이 동맹파업에 참가한 것에 대한 제재를 강제노동으로 보아 금지하고 있는 이유 역시 파업은 사용자와 근로자들 사이의 근로계약상의 의무이행과 관련되는 사법상의 문제에 지나지 아니하여 평화적이고 자발적인 파업을 형사처벌하는 것은 근로제공을 강제하는 결과를 가져와 결국 강제노동에 해당한다는 데에 있다. 그리고 시민적 및정치적권리에관한국제규약 (조약 1007호) 제8조 제3항이 ‘어느 누구도 강제노동 또는 강요된 노동을 당하지 아니한다’라고 규정하고 있는 것 또한 같은 취지라고 할 수 있다.”라고 설명하였다. 헌법재판소는 이 사건 법률조항은 헌법상의 강제노역금지원칙, 근로3권 및 평등권 등을 침해하지 않는다고 결정하였다.

4) 해설 및 평석

234) 헌법재판소 2005. 3. 31. 선고 2003헌바91 결정.

청구인은 국제노동기구 제105호 조약과 「시민적·정치적권리규약」 제8조3항의 위반을 주장하였으나, 헌법재판소는 결정문에서 국제노동기구의 제105호 조약인 「강제노동폐지조약」 제1조 d항과 「시민적·정치적권리규약」 제8조 제3항에 관해서는 살피지 않고, 헌법상의 원칙 및 기본권이 위반여부만을 살펴보았다.

▶ 수갑 및 포승시용 위헌확인²³⁵⁾

1) 사안의 개요

청구인은 국가보안법위반혐의로 구속된 후, 성동구치소에 수용되었다. 청구인은 검사조 사실에 소환된 후, 성동구치소 계호교도관에 의하여 포승으로 팔과 상반신이 묶이고 양손에 수갑이 채워진 상태에서 조사를 받던 중 계호교도관 및 수사검사에게 수갑과 포승에 의해 결박당하지 않은 자유로운 상태에서 진술하고 싶다며 계구를 해제하여 달라고 요구하였고, 위 교도관은 법무부훈령인 계호근무준칙 제298조 제1호 및 제2호의 규정에 따라 검사조사실에서는 계구를 해제할 수 없다며 청구인의 요구를 거절하였다. 이에 청구인은 위와 같이 계구를 사용하도록 한 것은 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반하여 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(헌법 제10조), 신체의 자유(헌법 제12조 제1항), 무죄로 추정될 권리(헌법 제27조 제4항) 등 청구인의 헌법상 기본권을 침해한 것이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

헌법재판소는 본 청구에 대하여 1955년 제1회 “국제연합 범죄방지 및 범죄인 처우에 관한 회의”(UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders)에서 채택된 「피구금자 처우를 위한 최저기준 규칙 (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)」 제84조 제2항 및 제33조를 근거로 결정하였다.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 결정의 논거로서 1955년 제1회 “국제연합 범죄방지 및 범죄인 처우에 관한 회의”(UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders)에서 채택된 「피구금자 처우를 위한 최저기준 규칙 (Standard Minimum

235) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2001헌마728 결정.

Rules for the Treatment of Prisoners)」(이하 ‘최저기준규칙’이라 한다) 제84조 제2항이 “유죄판결을 받지 아니한 피구금자는 무죄로 추정되고 무죄인 자로서 처우되어야 한다.”고 규정하고 있듯이, 무죄추정의 원칙은 수사절차에서 공판절차에 이르기까지 형사절차의 전 과정을 지배하는 지도 원리라고 하였다. 또한 제33조에서도 계구를 사용할 수 있는 경우를 ① 호송중 도피에 대한 예방책으로 사용되는 경우(이 경우에도 사법 또는 행정당국에 출석할 때에는 해제하여야 한다), ② 의료상의 이유에서 의사의 지시를 받은 경우, ③ 피구금자가 자기 또는 타인에게 침해를 가하거나 재산에 손해를 주는 것을 다른 수단으로는 방지할 수 없어서 소장이 명령하는 경우(다만 이 경우에도 소장은 지체없이 의사와 상의하고 상급 행정관청에 보고하도록 되어 있다)에 한정하고 있음은 계구사용에 관하여 중요한 기준을 제시하고 있다고 언급하였다. 따라서 헌법재판소는 “헌법은 제27조 제4항에서 ‘형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다’고 규정하고 있고, 이러한 헌법정신을 이어받아 형사소송법 제275조의2도 같은 내용을 규정함으로써 이른바 무죄추정의 원칙을 제도적으로 보장하고 있다. 그리고 이러한 입법의 정신은 비단 법에 명시된 피고인뿐만 아니라 절차의 전단계에 있는 피의자에 대하여도 적용된다고 보아야 할 것”이라고 하였다. 헌법재판소는 청구인이 검사조사실에서 조사를 받는 동안 계호교도관이 포승으로 청구인의 팔과 상반신을 묶고 양손에 수갑을 채운 상태에서 피의자조사를 받게 한 것은 청구인의 신체의 자유를 침해한 행위로 위헌이다”고 결정하였다.

4) 해설 및 평석

이는 피구금자 처우에 관한 국제 최저기준규칙을 참조 인용한 사례이다. 헌법재판소는 미결수용자의 법적 지위와 미결수용자 처우의 기본원칙을 설명하고, 이 사건 수갑 및 포승 사용행위의 위헌성을 판단하면서, 국제적 규범이라 할 수 있는 최저기준규칙에서 계구 사용에 관한 일응의 기준을 언급하였다.

▶ 지방공무원법 제58조 제1항 등 위헌소원

1) 사안의 개요

청구인들은 공무원의 노동운동과 공무 외의 집단행위를 금지하고 이를 처벌하도록 하는 지방공무원법 제58조 제1항이 기본권을 침해한다는 이유에 덧붙여 우리나라가 가입한

국제노동기구(ILO)의 협약과 「세계인권선언」을 비롯한 국제인권규약, 국제기구들의 권고, 지침 등에 위반한 것이라고 주장하면서 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

청구인이 지방공무원법상의 집단행위금지조항이 관련 국제법(국제노동기구 협약과 「세계인권선언」을 비롯한 국제인권규약, 국제기구들의 권고, 지침 등)에 위배됨을 주장하였기에, 헌법재판소가 이를 본안에서 검토 기각하고 반대의견에서 참조 인용한 사례이다.

3) 국내법원의 판단

청구인은 본 사안의 위헌소원에 있어 주장의 근거로 「세계인권선언」 전문, 「경제적·사회적및문화적권리에관한국제규약」 제4조, 「시민적·정치적권리규약」 제22조 제1항, 국제노동기구 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 국제노동기구 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 국제노동기구 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약) 및 국제노동기구 '결사의 자유위원회'의 권고, 국제연합 '경제적·사회적 및 문화적 권리위원회'의 권고와 경제협력개발기구(OECD) '노동조합자문위원회'의 권고를 근거로 하였으며, 헌법재판소는 이를 근거로 해당 법률의 위헌성을 판단하였다. 헌법재판소는 공무원의 노동운동과 공무 외의 집단행위를 금지하고 이를 처벌하도록 하는 지방공무원법 규정이 국제법규를 위반했는지 여부를 판단하였는데, 「세계인권선언」 및 국제인권규약들도 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 근로기본권에 대한 법률에 의한 제한은 용인하고 있는 것으로서 위에서 본 공무원의 근로기본권을 제한하는 위 법률조항과 정면으로 배치되는 것은 아니며, 국제노동기구의 협약들은 우리 나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으며, 국제기구들의 권고들만으로 위 법률조항이 위헌으로서 당연히 효력을 상실하는 것은 아니라고 결정하였다.

4) 해설 및 평석

헌법재판소는 국제적 협력의 정신을 존중하여 될 수 있는 한 국제법규의 취지를 살릴 수 있도록 노력할 것이 요청됨은 당연하다는 해석을 우리 헌법 전문 및 제6조 제1항으로부터 이끌어내었다. 또한 「세계인권선언」에 관하여는 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편

적인 법적구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니며, 다만 실천적 의미를 갖는 것은 위 선언의 실효성을 뒷받침하기 위하여 마련된 「경제적·사회적및문화적권리에관한국제규약」, 「시민적·정치적권리규약」이지만, 「경제적·사회적및문화적권리에관한국제규약」은 제4조에서 일반적 법률유보조항을 두고 있고, 제8조 제1항 (a)호에서 국가안보 또는 공공질서를 위하여 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 법률에 의하여 노동조합을 결성하고 그가 선택한 노동조합에 가입하는 권리의 행사를 제한할 수 있다는 것을 예정하고 있으며, 다음으로 「시민적·정치적권리규약」 제22조는 우리의 국내법적인 수정의 필요에 따라 가입당시 유보되었기 때문에 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것도 아니라고 판단하였다. 국제노동기구의 협약들은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로, 이 사건 심판대상 규정의 위헌성 심사의 척도가 될 수 없으며, 국제노동기구의 '결사의 자유위원회'나 국제연합의 '경제적·사회적 및 문화적 권리위원회' 및 경제협력개발기구(OECD)의 '노동조합 자문위원회' 등의 국제기구들이 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 근로3권을 보장할 것을 권고하고 있다고 하더라도 그것만으로 위 법률조항이 위헌으로서 당연히 효력을 상실하는 것은 아니라 할 것이라고 판단하였다.

▶ 국가공무원법 제66조 제1항 등 위헌소원²³⁶⁾

1) 사안의 개요

공무원의 근로3권을 제한하는 국가공무원법(1997. 12. 13. 법률 제5452호로 개정된 것, 이하 '법'이라 한다) 제66조 제1항이 국제법규 (「세계인권선언」, 경제적 사회적 문화적 권리규약, 「시민적·정치적권리규약」, 국제노동기구 협약들 및 국제기구의 권고들 등)에 위반되는지 여부가 다투어진 결정이다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

헌법재판소는 본 결정을 위하여 「세계인권선언」 전문 및 「경제적·사회적및문화적권리에관한국제규약」 제4조; 「시민적·정치적권리규약」 제22조 제1항, 국제노동기구 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 국제노동기구 제98호 협약(단결권 및 단

²³⁶⁾ 헌법재판소 2003헌바51, 2005헌가5(병합)

체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 국제노동기구 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약), 및 국제노동기구 '결사의 자유위원회'의 권고, 국제연합 '경제적·사회적 및 문화적 권리위원회'의 권고, 경제협력개발기구(OECD) '노동조합자문위원회'의 권고에 기초한 위헌여부를 검토하였다.

3) 국내법원의 판단

헌법재판소는 국제인권규약들은 권리의 본질을 침해하지 아니하는 한 국내의 민주적인 대의절차에 따라 필요한 범위 안에서 근로기본권에 대한 법률에 의한 제한은 용인하고 있으므로 공무원의 근로3권을 제한하는 법 제66조 제1항과 정면으로 배치되는 것은 아니고, 그밖에 근로기본권에 관한 국제법상의 선언, 협약 및 권고 등은 우리나라가 비준한 바 없거나 권고적 효력만을 가지고 있어 위 법률조항에 대한 위헌성 심사의 척도가 될 수 없다고 결정하였다.

4) 해설 및 평석

다수의견의 논지 중 법 제66조 제1항의 노동기본권 침해 여부, 위헌 여부에 관한 부분에 대하여는 의견을 달리하는 재판관 송두환의 반대의견에 주목할 필요가 있는 바, “헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결, 공포된 조약은 물론 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하여 국제법을 수용하고 존중함을 천명하고 있고, 현재 우리나라는 국회의 동의를 얻어 국제인권규약들의 대부분을 수락한 체약국이자 국제노동기구의 정식회원국이기도 하다. 따라서, 헌법의 개별 조항을 해석함에 있어서는 국제연합의 「세계인권선언」이나 국제인권규약들, 국제노동기구의 협약과 권고 등 국제법 규범과 조화되도록 해석하여야 할 것이고, 국내법이 이러한 국제적 규범에 위배된다고 하여 막바로 위헌이라고 할 수는 없다 하더라도, 그 국내법의 위헌 여부를 판단함에 있어 중요한 기준으로 삼아야 할 것이다.”라고 하면서 국내법의 위헌 여부를 판단함에 있어 국제적 규범이 중요한 기준이 될 수 있음을 강조하였다.

2. 대법원

▶ 국가보안법 위반²³⁷⁾

1) 사안의 개요

대법원은 재미 한국청년연합이 그 강령 및 기본이념 등에 있어 북한공산집단의 주장 및 활동과 그 궤를 같이 하여 구 국가보안법(1991.5.31. 법률 제4373호로 개정되기 전의 것) 제7조 제3항, 제1항 소정의 이적단체에 해당한다고 본 사례로, 위 “가”항의 재미 한국청년연합 설립자의 입국이 허가되었다고 하여 위 단체에 대해 국가보안법의 적용을 면제 내지 유보하겠다는 법집행의 관행이 생겨난 것인지 여부를 판단하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

법원의 판단에 있어 「시민적·정치적권리규약」 제40조가 언급되었으며, 인권이사회의 의견의 직접 원용 가능성을 판단하였다.

3) 국내법원의 판단

대법원은 판결 이유에서 “「시민적및정치적권리에관한국제규약」에 의하여 설치된 인권이 사회에서 소론과 같이 국가보안법의 문제점을 지적한 바 있다고 하더라도 그것만으로 국가보안법의 효력이 당연히 상실되는 것은 아니라 할 것이며, 또 현재까지 국가보안법이 그대로 시행되고 있는 이상 한청련 설립자라는 공소외인의 입국이 허가되었다고 해서 한청련에 대해 국가보안법의 적용을 면제 내지 유보하겠다는 법집행의 관행이 생겨난 것은 아니라 할 것 이므로 피고인을 국가보안법위반죄로 처벌하는 것이 소론 주장과 같이 국제인권규약에 위반된다거나 형평을 잃고 모순되는 법적용이라고 할 수는 없다 할 것이다.” 라고 설명하며 상고를 기각하였다.

4) 해설 및 평석

시민적·정치적권리위원회 견해와 권고의 국내법적 효력이 원용된 사례이나, 대법원은 해당 권고의 직접효력에 관하여는 부정적인 입장을 취했다.

237) 대법원 1993.12.24. 선고 93도1711 판결.

1) 사안의 개요

대법원은 구 노동쟁의조정법 제13조의2의 규정 취지에 관하여, 법령상 정당한 권한을 갖지 않은 제3자가 파업중인 근로자들에게 성명서 및 지지광고를 배포한 행위를 구 노동쟁의조정법 제13조의2 위반의 죄로 처벌한 경우, 「시민적·정치적권리규약」 제19조에 위배되지 않는다고 판시하였다. 또한 법원은 「시민적·정치적권리규약」 제2조 제3항의 국내법적 효력을 다루었다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

대법원은 우리나라가 가입한 「시민적·정치적권리규약」 제19조 및 제2조 제3항에 의거한 권리구제를 원용하고 검토하였다.

3) 국내법원의 판단

대법원은 구 노동쟁의조정법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것) 제13조의2는 노사분쟁 해결의 자주성 및 산업평화의 유지 등 공공질서를 위하여 필요한 범위 내에서 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외한 제3자가 쟁의행위에 관하여 관계 당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 금지한 것이라고 판단하였다. 따라서 이는 우리나라가 가입한 「시민적·정치적권리규약」은 제19조 제2항의 취지에 반하여 표현의 자유를 침해한 것이라고 볼 수는 없다고 보았으며, 또한 「시민적·정치적권리규약」 제2조 제3항은 별도로 개인이 위 국제규약의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다고 하였다. 이에 따라 대법원은 원고의 이 사건 청구를 배척한 원심의 조처는 정당하고, 거기에 지적하는 바와 같은 법리오해 등의 위법은 없다고 판단, 위 상고를 기각하였다.

4) 해설 및 평석

「시민적·정치적권리규약」 제19조 제2항은 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다고 규정한 다음, 같은 조 제3항에서는 위 권리의 행사는 법률의 규정에 의하여 타인의 권리·신용의 존중 또는 국가안보 또는 공공질서·공중보건·도덕의 보호 등을 위하여 필

238) 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결.

요한 경우에 한하여 제한할 수 있다고 규정함으로써 국가안보 또는 공공질서 등을 위하여 필요한 범위 내에서는 표현의 자유에 대한 권리 행사를 법률의 규정에 의하여 제한하는 것을 인정하고 있다. 그러므로 법령상 정당한 권한을 갖지 않은 제3자가 파업중인 근로자들에게 성명서 및 지지광고를 배포한 경우, 위 성명서 및 지지광고의 내용과 이를 배포한 의도, 경위, 수량 등을 감안하여 볼 때, 단순한 표현행위의 범위를 넘어 쟁의행위에 영향을 미칠 목적으로 개입한 행위로서 구 노동쟁의조정법(1996. 12. 31. 법률 제5244호로 폐지되기 전의 것) 제13조의2의 목적인 노사분쟁 해결의 자주성 및 산업평화의 유지를 위하여 금지할 필요가 있는 행위라고 인정되므로, 이를 위 법률조항 위반의 죄로 처벌한 것이 「시민적·정치적권리규약」 제19조의 취지에 반하여 표현의 자유를 침해한 것이라고 볼 수는 없다고 판단하였다. 한편 대법원은 「시민적·정치적권리규약」 제2조 제3항은 위 국제규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 국가를 상대로 한 손해배상 등 구제조치는 국가배상법 등 국내법에 근거하여 청구할 수 있는 것일 뿐, 위 규정에 의하여 별도로 개인이 위 국제규약의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 보았다.

▶ 병역법위반²³⁹⁾

1) 사안의 개요

피고인은 여호와의 증인이라는 종교의 신도로서 현역병으로 입영하는 것이 동 종교의 교리에 반한다는 이유로 현역병 입영을 거부하였고, 이에 검사는 피고인이 정당한 사유 없이 입영을 거부하였다는 범죄사실(병역법 제88조 제1항 위반죄)로 공소 제기하였다. 1심 판결에서 피고인에게 유죄 판결을 선고하였고, 항소심에서도 마찬가지로 판결을 선고하였으며, 대법원은 전원합의체 판결로서 피고인의 상고를 기각하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

양심적 병역거부의 불인정이 국제인권규약 위반인가를 검토한 사례이다. 대법원은 「시민적·정치적권리규약」 제18조 및 국제연합 인권위원회의 결의 (1987., 1989., 1993., 239) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결.

1995., 1998.과 2004. 등)를 판단의 기초로 삼았다.

3) 국내법원의 판단

대법원은 우리나라가 가입한 「시민적·정치적권리규약」 제18조의 규정은, 우리 헌법 제19조의 양심의 자유, 제20조의 종교의 자유의 해석상 보장되는 기본권의 보호 범위와 동일한 내용을 규정하고 있을 뿐으로서, 헌법 제19조 또는 제20조에서 양심적 병역거부권이 도출될 수 없듯이, 위 규약의 조항으로부터도 피고인에게 예외적으로 이 사건 법률조항의 적용을 면제받을 수 있는 권리가 도출된다고 볼 수 없다고 판시하였다. 한편 대법관 이강국은 반대의견으로 원심판결을 파기하고, 이 사건을 원심법원에 환송하여야 할 것이라고 판단하였는데, ‘양심적 병역거부의 문제는 국제연합의 인권위원회가 1987년 이래 여러 차례의 결의를 통하여, 양심적 병역거부권을 인정하지 않는 국가에 대하여 양심적 집총거부자의 신념의 본성을 차별하지 말고, 징벌적 성격을 띠지 않는 대체복무제를 실시하라고 권고하면서, 특히 양심적 병역거부자를 투옥하지 않도록 하는 조치를 취할 것을 강조하고 있음’을 참고하여야 한다고 지적하였다.

4) 해설 및 평석

「시민적·정치적권리규약」이 국내 법원에서 판결의 근거가 될 수 있다는 듯한 여지를 남긴 판결이다. 그렇다고 하여 위 규약으로부터 양심적 병역거부권을 도출하거나, 위 규약을 판결의 직접적인 근거로 삼은 것은 아니다. 한편 대법관 이강국은 반대의견에서 국제연합 인권위원회의 결의를 대체복무제 도입의 시준으로 참고할 수 있다고 언급한 부분에서는 국제인권관련 기준을 존중하여 이를 국내법원의 판단에 언급한 의의가 있다.

▶ 종회회원확인(240)

1) 사안의 개요

여성인 원고들이 성년 남자에게만 종원의 자격을 인정하는 종래 관습법의 효력이 부정돼야 한다고 주장하면서, 피고 종중을 상대로 종원 지위를 확인해달라고 청구한 사건으로서, 대법관 전원의 의견이 일치하여 원심판결 파기환송 판결하였다.

240) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

대법원은 사안의 판단에 있어 국제연합의 여성차별철폐협약 제2조에 입각하여 여성의 차별의 구체적 내용을 확인 인용하였다.

3) 국내법원의 판단

대법원은 종종 구성원의 자격을 성년 남자로 제한하는 종래 관습법의 효력을 살피는 중에, 우리 사회의 법질서가 변화되었다고 판단하면서, “1985. 1. 26.부터 국내법과 같은 효력을 가지게 된 국제연합의 「여성차별철폐협약」(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)은 ‘여성에 대한 차별’이라 함은 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 기타 분야에 있어서 결혼 여부와 관계없이 여성이 남녀동등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 것을 목적으로 하는 성별에 근거한 모든 구별, 제외 또는 제한을 의미한다고 규정하면서, 위 협약의 체약국에 대하여 여성에 대한 차별을 초래하는 법률, 규칙, 관습 및 관행을 수정 또는 폐지하도록 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취할 것과 남성과 여성의 역할에 관한 고정관념에 근거한 편견과 관습 기타 모든 관행의 철폐를 실현하기 위하여 적절한 조치를 취할 의무를 부과하였다”고 판단, 이에 근거하여 해당 사안을 판시하였다.

4) 해설 및 평석

종중의 종원의 자격을 성년 남자로만 제한하고 여성에게는 종원의 자격을 부여하지 않는 종래 관습은 여러 사회적 및 법적 변화로 인하여 더 이상 효력을 가질 수 없게 되었다고 판결하면서 그 근거의 하나로서 여성차별철폐협약 제2조의 규정을 언급함으로써, 여성차별철폐협약을 직접 인용하고 있는 최초의 대법원 판결이다.

▶ 병역법위반²⁴¹⁾

1) 사안의 개요

양심적 병역거부자에게 병역의무 면제나 대체복무의 기회를 부여하지 아니한 채 병역법 제88조 제1항 위반죄로 처벌하는 것이 「시민적·정치적권리규약」에 반하는지 여부에

241) 대법원 2007.12.27. 선고 2007도7941 판결.

관하여 대체복무제도를 두지 아니한 것 그 자체를 규약 위반으로 평가할 수는 없고, 대체복무제도의 도입 여부 등에 관하여는 가입국의 입법자에게 광범위한 재량이 부여되어야 하는바, 현재로서는 대체복무제를 도입하기는 어렵다고 본 입법자의 판단이 현저히 불합리하다거나 명백히 잘못되었다고 볼 수 없고, 양심적 병역거부자에게 병역의무 면제나 대체복무의 기회를 부여하지 아니한 채 병역법 제88조 제1항 위반죄로 처벌한다 하여 규약에 반한다고 해석되지는 아니한다고 설시한 판결이다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

대법원은 사안의 판단에 있어 「시민적·정치적권리규약」 제18조 제1항 및 강제노역금지에 관한 규약 제8조 제3항을 고려하였다.

3) 국내법원의 판단

대법원은 「시민적·정치적권리규약」 제18조는 물론, 규약의 다른 어느 조문에서도 양심적 병역거부권(right of conscientious objection)을 기본적 인권의 하나로 명시하고 있지 않음을 지적하면서, 강제노역금지에 관한 규약 제8조 제3항 (C) 제(ii)호에서 “군사적 성격의 의무 및 양심적 병역거부가 인정되고 있는 국가에 있어서는 양심적 병역거부자에게 법률에 의하여 요구되는 국민적 의무(any service of a military character and, in countries where conscientious objection is recognized, any national service required by law of conscientious objectors)”를 규약상 금지되는 강제노역의 범주에서 제외되는 것 중 하나로 규정하고 있는데, 여기서 “양심적 병역거부가 인정되고 있는 국가에 있어서는(where conscientious objection is recognized.)”이라는 표현은, 개개의 가입국이 양심적 병역거부권 및 대체복무제도를 인정할 것인지 여부를 결정할 수 있다는 것을 전제로 한 것으로서, 제8조의 문언에 비추어 볼 때, 규약은 가입국으로 하여금 양심적 병역거부를 반드시 인정할 것을 요구하고 있지 않다고 해석, 이에 근거하여 병역법 제88조 제1항은 규약 제18조 제3항에서 말하는 양심표명의 자유에 대한 제한 법률에 해당하지는 하지만, 양심의 자유 침해 정도와 형벌 사이의 비례관계를 훼손하지는 않는다고 판결한 사례이다.

4) 해설 및 평석

대법원은 「시민적·정치적권리규약」 제18조 제3항의 구속력에 대한 고려를 하였으며, 이

를 기초로 사안을 판단하였다.

3. 하급심

▶ 국가보안법위반 (찬양 고무 등) 폭력행위처벌에관한법률위반, 업무방해²⁴²⁾

1) 사안의 개요

한총련 활동에 참여한 대학생을 국가보안법 제7조 위반(이적단체 가입)으로 기소한 사건에서 재판부는 「시민적·정치적권리규약」에 따라 제기된 개인통보 사건들에서 시민적·정치적권리위원회가 한 해석을 적극적으로 수용하여 기존에 확립된 국가보안법 제7조의 해석을 변경하려고 시도하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

법원은 인권이사회 결정에 따른 조치를 취할 국제법상 의무를 강조하고, 국제법 존중과 국내판결에 의한 국내법 실현에 대하여 언급하였다.

3) 국내법원의 판단

법원은 “... 대한민국은 구체적인 위 사건들에 대하여 위 인권이사회의 결정에 따른 조치를 취할 국제법상의 의무를 부담하는 것은 물론이고 나아가 사법부를 포함한 국가기관은 국가보안법에 관한 위 인권이사회의 견해를 가능한 한 최대한 수용하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 이러한 국제법 존중의 입장에서 국내법을 해석, 적용하는 것은 단지 국제기준에 따른 인권보장을 이루는 것일 뿐만 아니라, 오히려 이러한 국제적 기준에 따라 우리 국민의 기본적 인권을 보장함으로써 국내사회에 있어서의 정치, 경제, 사회, 문화의 각 분야의 발전에 이바지함과 아울러 인류사회 문화발전에 기여하는 기틀을 마련하는 것이라고 할 것이며, 궁극적으로는 이러한 국제법존중은 국내판결에 의한 국내법의 실현이 곧바로 국제법의 실현이며 이를 통하여 인류 공통의 문화발전을 이루는 길이라고 하지 않을 수 없다. 따라서, 위 인권이사회의 결정이 있는 이상, 향후 국가보안법을 해석, 적용함에 있어서는 앞서의 ... 인권이사회의 결정 및 해석기준을 깊이 고려하여 반국가화

242) 대전지방법원 1999. 4. 1. 선고 98고합532 판결.

동성 및 이적목적성을 판단하여야만 할 것이다” 고 하였다.

4) 해설 및 평석

대전지방법원 1999. 4. 1. 선고 98고합532판결은 거의 유일한 예이다.

▶ 일반교통방해·노동쟁의조정법위반·폭력행위등처벌에관한법률위반²⁴³⁾

1) 사안의 개요

제3자 개입금지를 규정한 구 노동쟁의조정법 제13조의2, 제45조의2가 「시민적·정치적권리규약」 제19조, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제8조 및 국제노동기구현장의 규정에 위반되는지 여부가 다투어진 판결이다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

법원은 사안 판단의 근거로 「시민적·정치적권리규약」 제19조, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제8조 및 국제노동기구현장을 언급하였다.

3) 국내법원의 판단

서울중앙지방법원은 구 노동쟁의조정법(1996. 12. 31. 법률 제5244호 노동조합 및 노동관계조정법 부칙 제3조로 폐지) 제13조의2, 제45조의2의 입법 취지는, 노사분쟁 해결의 자주성 및 산업평화의 유지 등 공공질서를 위하여 필요한 범위 내에서 법령에 의하여 정당한 권한을 가진 자를 제외한 제3자가 쟁의행위에 관하여 관계 당사자를 조종·선동·방해하거나 기타 이에 영향을 미칠 목적으로 개입하는 행위를 금지하고자 하는 데 있다고 할 것이고, 이러한 제한은 「시민적·정치적권리규약」 제19조 제3항, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제8조 제1항에서 허용하는 국가안보 또는 공공질서를 위하여 필요한 법률상의 제한에 해당한다고 할 것이므로, 구 노동쟁의조정법 제13조의2, 제45조의2가 「시민적·정치적권리규약」 제19조 제3항, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제8조 제1항 및 국제노동기구현장의 규정에 각 위배된다고 볼 수 없다고 판결하였다.

243) 서울중앙지법 2006.1.11. 선고 2001노1474 판결.

4) 해설 및 평석

본 판결에서 주목할 만한 점은 판결 법원이 구 노동쟁의조정법 제13조의2, 제45조의2가 B규약 제19조, A규약 제8조 및 국제노동기구의 규정에 위반되는지 여부에 관하여 판단하면서, B규약 제19조 제3항은 표현의 자유에 대하여, A규약 제8조 제1항은 모든 사람의 노동조합 결성, 선택, 가입권 및 노동조합의 활동의 자유, 파업권 등에 대하여, 위 각 권리의 행사는 타인의 권리와 자유를 보호하거나, 국가안보 또는 공공질서 등을 위하여 필요한 경우에 한하여 제한할 수 있다고 규정함으로써 국가안보 또는 공공질서 등을 위하여 필요한 범위 내에서는 위 각 권리행사를 법률의 규정에 의하여 제한하는 것을 인정하고 있다고 해석하였다는 점이다.

▶ 난민인정불허결정처분취소²⁴⁴⁾

1) 사안의 개요

원고들은 미얀마국민으로서 미얀마국 여권을 소지하고 출국하여 별지 목록 기재 각 '입국일자'에 대한민국에 입국하여 노동자로 생활하다가 2000. 5. 16. 피고에게 난민인정신청을 하였다. 이에 피고는 원고들이 '난민의 지위에 관한 협약(1951. 7. 28.)' (이하 '난민협약'이라 한다) 제1조에서 난민의 요건으로 규정한 '박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포'를 가진 것으로 인정할 수 없다는 이유로, 2005. 3. 11. 원고들의 난민인정을 불허하는 결정(이하 '이 사건 각 처분'이라 한다)을 하였다. 이에 법원은 출입국관리법 제76조의2 제1항에서 정한 법무부장관의 난민인정행위의 법적 성질 및 '난민의 지위에 관한 협약'(Convention relating to the Status of Refugees, 이하 난민협약) 제1조 A (2)에서 정한 '박해'의 의미와 그 증명책임, 난민협약 제1조 A (2)에서 정한 '국적국 밖에 있는 자'의 범위를 판단하여 미얀마 국적의 노동자가 출입국관리법 제2조 제2의2호에서 정한 난민에 해당한다고 판단하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

법원은 이 사건의 판단을 위하여 '난민의 지위에 관한 협약(Convention relating to the Status of Refugees)'상 난민의 요건과 출입국관리법상 난민인정행위의 성격에 대하여 언급하였으며, 박해의 입증책임이 이를 주장하는 자에 있다고 하였다.

244) 서울행법 2006.2.3. 선고 2005구합20993 판결.

3) 국내법원의 판단

법원은 난민협약의 난민 요건과 출입국관리법상 난민인정행위의 성격에 대하여 판단하였다. 난민협약과 '난민의 지위에 관한 의정서(1967. 1. 31.)'는 그 적용대상이 되는 난민을 '① 인종, 종교, 민족, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포로 인하여, ② 자신의 국적국 밖에 있는 자로서, ③ 국적국의 보호를 받을 수 없거나 또는 그러한 공포로 인하여 국적국의 보호를 받는 것을 원하지 아니하는 자'라고 규정하고 있는바, 이러한 난민의 요건은 우리나라 출입국관리법 제2조 제2의2호에서 그대로 규정되어 있다. 한편, 난민협약상 난민의 요건은 선언적인 규정이지 창설적인 규정은 아니므로 위 요건을 충족하면 당연히 난민협약에서 정한 난민에 해당한다 할 것이나(국제연합 난민고등판무관사무소 국제보호국이 발행한 난민지위인정에 관한 실무 지침서인 '난민지위 인정기준 및 절차 편람' 제28항 참조), 난민협약은 체약국으로 하여금 협약에서 정한 난민에 대하여 항상 이를 받아들여 비호(Asylum)를 부여하도록 의무지우고 있지는 아니하며(난민협약 제12조 제1호 참조), 난민에게 비호를 부여할 것인지, 부여한다면 그 법률상 지위를 어떻게 정할 것인지 여부는 일반적으로 각 체약국의 주권적 결정사항으로 이해되고 있다. 난민협약은 인종, 종교, 민족, 특정 사회집단의 구성원 신분 또는 정치적 의견을 이유로 박해를 받을 우려가 있다는 충분한 근거 있는 공포를 요건으로 하는데, 이때의 박해가 무엇을 말하는지에 관하여는 확립된 견해는 없지만 일응 생명 또는 신체의 자유와 같은 중대한 인권에 대한 침해행위가 이에 해당한다고 말할 수 있고, 그 밖에도 일반적으로 문명사회에서 허용될 수 없을 것으로 생각되는 부당한 차별, 고통, 불이익의 강요 등이 이에 해당한다고 할 수 있을 것이고, 이러한 박해의 입증책임은 난민임을 주장하는 당사자 측에 있다. 따라서 법원은 협약 상 난민 요건의 충족 여부를 구체적으로 살펴봄에 있어, 박해를 받을 충분한 근거가 있는 공포 및 미안마 정부로부터의 박해 가능성을 검토하였으며, 이에 따라 다수의 원고 중 요건이 충족하는 원고에게 청구 이유를 인정하고 이를 인용하였으며, 충족하지 아니하는 원고의 이유는 기각하였다.

4) 해설 및 평석

난민협약과 출입국 관리법과의 관계 해석에 있어 동 협약에서 정한 난민의 요건을 갖추었는지 확인하는 의미에 그치는 것으로 볼 수는 없으며, 오히려 난민의 요건을 갖춘 외국인에게 일정한 권리를 부여하는 설권행위(설권행위)로서 이에 대하여 법무부장관에게

일정한 재량이 부여된 것으로 보아야 한다고 하였다. 한편 법원은 난민협약상 난민이 되기 위하여 국적국 밖에 있어야 하는 요건은, 반드시 신청인이 국적국을 불법적으로 떠났어야 하고, 또는 충분한 근거가 있는 공포 때문에 그 국가를 떠났어야 함을 의미하는 것은 아니며, 이미 인정된 난민과 결합하거나 또는 거주국에서 정치적 의견을 표명하는 것과 같은 자신의 행동의 결과로서 거주국에 체제중에 난민이 될 수도 있다고 하였다. 따라서 법원은 미얀마 국적의 노동자가 미얀마국 내에서의 정치적 활동만을 이유로 박해받을 객관적인 우려가 있다고 보기는 어려우나, 이미 인정된 난민과 결합하거나 거주국에서 정치적 의견을 표명하는 자신의 행동 결과로서 대한민국 현지에서 체제 중 난민이 되었다고 할 수 있다는 이유로 출입국관리법 제2조 제2의2호에서 정한 난민에 해당한다고 하였다. 해당 판례는 국제법의 규정과 국내 관련법의 비교의 의의가 있으며, 관련 국제법을 구체적으로 검토한 의의가 있다.

▶ 손해배상(기)²⁴⁵⁾

1) 사안의 개요

중앙정보부 청사에서 발생한 최종길 교수 사망사건과 관련하여 그 유족들이 국가 등을 상대로 제기한 손해배상 청구소송에서, 중앙정보부 소속 공무원들이 최 교수를 불법구금하고 고문 등의 가혹행위를 하여 최 교수를 사망에 이르게 하였으며, 그 사망 원인에 대한 진상을 은폐하고, 나아가 최 교수가 간첩이라고 조작, 발표함으로써 최 교수와 최 교수의 유족들인 원고들의 명예를 훼손하였다고 판단하여 국가의 손해배상책임을 인정한 사례이다. 법원은 소멸시효가 진행하지 않은 ‘권리를 행사할 수 없는 경우’의 의미, 국가가 ‘의문사 진상규명에 관한 특별법’과 ‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’을 제정, 시행함으로써 의문사 및 민주화 운동 관련자의 국가배상청구에 대한 소멸시효의 이익을 포기한 것인지 여부 및 최종길 교수 사망사건에 관한 중앙정보부 소속 공무원들의 은폐·조작행위로 인하여 최 교수의 유족들이 입은 정신적 피해 상태가 계속되었다고 하더라도, 이는 불법행위로 인한 손해의 상태가 지속되는 것에 불과할 뿐, 불법행위가 계속되고 있다고는 할 수 없다고 한 사례 및 30여 년 전 중앙정보부 소속 공무원들에 의하여 발생한 최종길 교수 사망사건에 관하여 그 유족들이 국가 등을 상대로 제기한 손해배상 청구소송에서, 유족들에게 그 청구권을 행사할 수 없는 객관적인 사정이 있었거

245) 서울고법 2006.2.14. 선고 2005나27906 판결.

나 소멸시효를 인정하는 것이 현저히 부당하거나 불공평하다는 등의 특별한 사정이 있으므로, 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 한 사례를 검토하였다.

2) 국제인권 관련 사항 또는 쟁점

법원은 중대한 인권침해에 대한 시효 적용을 배제하는 국제법상의 원칙과 관련하여 검토하였고, 「시민적·정치적권리규약」 제7조 등 고문범죄에 관한 국제 규범을 근거로 판단하였다.

3) 국내법원의 판단

‘의문사 진상규명에 관한 특별법’과 ‘민주화운동 관련자 명예회복 및 보상 등에 관한 법률’에서는 과거 권위주의 정권 아래에서 발생한 각종 의문사 사건 등의 진상을 파악하여 불법행위자를 처벌하고 위법한 공권력의 행사로 인하여 사망하였다고 인정되는 자에게 명예회복 및 보상의 절차와 방법을 규정하고 있기는 하나, 이는 국가의 손해배상책임 이행에 갈음하여 피해자들을 위하여 법정 보상금을 지급하겠다는 것으로서, 이것만으로는 대한민국이 그 피해자들에 대한 사법상 손해배상채무의 시효이익까지 포기하였다고 보기는 어렵다. 한편 30여 년 전 중앙정보부 소속 공무원들에 의하여 발생한 최종길 교수 사망사건에 관하여 그 유족들이 국가 등을 상대로 제기한 손해배상 청구소송에서, 유족들에게 그 청구권을 행사할 수 없는 객관적인 사정이 있었거나 소멸시효를 인정하는 것이 현저히 부당하거나 불공평하다는 등의 특별한 사정이 있으므로, 국가가 소멸시효의 완성을 주장하는 것이 신의칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 보았다.

4) 해설 및 평석

법원은 중대한 인권침해에 대한 시효 적용을 배제하는 국제법상의 원칙과 관련하여 검토하였다. 1990. 7. 10.부터 우리나라에서 발효되기 시작한 「시민적·정치적권리규약」 제7조는 “어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다. 특히, 누구든지 자신의 자유로운 동의 없이 의학적 또는 과학적 실험을 받지 아니한다.”고 규정하고 있는데, 이러한 인권보장 원칙을 구현하기 위하여 인권범죄를 다루는 국제형사재판소는 고문 등 범죄에 대하여는 그 공소시효 적용을 배제하고 있으며 {구 유고슬라비아와 르완다 지역의 인권침해 사건을 재판하고 있는 국제형사재판소(ICTY

와 ICTR)가 인권침해 범죄자들에 대한 형사재판을 하면서 견지한 원칙이다, 국제연합 인권이사회는 각국의 군사정권 아래에서 저질러진 시민적·정치적 권리의 중대한 침해에 대하여는 필요한 최장기간 동안 기소가 이루어져야 한다고 권고하는 등 반인도적 범죄, 전쟁범죄나 고문과 같은 중대한 인권침해에 관하여는 공소시효의 적용을 배제하는 것이 국제법의 일반원칙이다. 이와 같은 국제법적 원칙은 공소시효에 관한 논의이기는 하지만, 국가의 반인권적 범죄에 대한 민사상 소멸시효를 적용할 때에도 동일하게 고려되어야 할 것이라고 판단하였다. 따라서 시효제도의 본질론에 비추어 볼 때, 이 사건과 같은 경우에 국가의 손해배상책임에 대하여도 시효소멸을 인정하는 것은 시효제도의 취지에도 반한다고 판단하였다.

II. 비인권분야

1. 헌법재판소

▶ 재외국민보호의무불이행 위헌확인(246)

1) 사안의 개요

1981. 청구위 신○자와 혼인한 이래 독일에서 거주하여 온 청구인은 위 신○자와의 불화로 별거하던중 독일법원에 이혼 및 친권자지정소송을 제기하였던바, 제1심 법원은 1988. 2. 위 이혼청구를 인용하면서도 친권자지정청구에 관하여는 ‘국제사법에 관한 헤이그회의’에서 채택된 제협약 중 하나인 ‘미성년자보호관련관현의관할권및준거법에관한협약(이하 미성년자보호협약이라 줄여쓴다)’ 제3조에 따라 우리나라 구 민법 제909조(1990. 1. 13. 법률 제4199호로 개정되기 전의 것)를 적용하여야 할 것이나, 자녀들의 복리를 고려하여 위 신○자를 자녀 2인의 친권자로 지정하는 판결을 선고하였고, 그 항소심법원도 미성년자보호협약 제8조에 따라 우리나라 민법 대신 독일민법을 적용하여 자녀들에 대한 후견명령이 정당하다는 이유로 청구인의 항소를 기각하였다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

246) 헌법재판소 1998. 5. 28. 97헌마282 전원재판부.

독일정부의 우리나라 국민에 대한 ‘미성년자보호관련관헌의관할권및준거법에관한협약’의 적용을 피하기 위하여 우리나라 정부가 위 협약에 가입, 수정가입, 일부가입 또는 독일과의 별도조약을 체결하지 아니한 것이 헌법소원의 대상이 되는지 여부가 문제된다.

3) 국내법원의 판단

행정권력 내지 사법행정권의 부작위에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 의거하여 기본권의 주체가 행정행위등 공권력의 행사를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에 허용되는 것인데, 헌법 제2조 제2항은 “국가는 법률이 정하는 바에 의하여 재외국민을 보호할 의무를 진다”고 규정하고 있으나, 위 규정이나 다른 헌법규정으로부터도 청구인이 외교통상부장관이나 법원행정처장에게 청구인 주장과 같은 공권력의 행사를 청구할 수 있다고는 인정되지 아니하므로 이 사건 헌법소원심판청구는 부적법하다.

4) 해설 및 평석

재외국민보호의무와 관련하여 헌법규정 자체에서 청구인 주장의 구체적 공권력 행사 청구가 인정되는지에 대해 판단한 사안이다. 미성년자보호관련관헌의관할권및준거법에관한협약 적용문제와 재외국민 보호의 문제가 충돌하는 경우 재외국민 보호를 관철하기 위해 우리 정부에게 구체적으로 동 협약에 가입할 것을 청구할 권리는 인정되지 않음을 명확히 하였다.

1) 사안의 개요

청구인은 일반 국민의 한 사람인바, 대한민국 정부가 2003. 10. 18. 국군을 이라크에 파견하기로 한 것은 침략적 전쟁을 부인한다고 규정하고 있는 헌법 제5조에 위반될 뿐만 아니라 특히 의무복무를 하는 일반 사병은 급여를 받는 직업군인인 장교 및 부사관과 달리 실질적으로 급여를 받지 못하는 바 일반 사병을 이라크에 파견하는 것은 국가안전보장 및 국방의 의무에 관한 헌법규정에 위반된다는 이유로 2003. 11. 17. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 위 파병의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

사안과 관련하여 외국에의 국군의 파견결정과 같이 성격상 외교 및 국방에 관련된 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안에 대한 국민의 대의기관의 결정이 사법심사의 대상이 되는지 여부 및 '대통령이 국군(일반사병)을 이라크에 파견하기로 한 결정'(이하 '이 사건 파견결정'이라 한다)이 헌법에 위반되는지의 여부에 대한 판단을 헌법재판소가 하여야 하는지 여부, 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 파견결정이 사법심사의 대상이 되는지 여부가 문제되었다.

3) 국내법원의 판단

(1) 외국에의 국군의 파견결정은 파견군인의 생명과 신체의 안전뿐만 아니라 국제사회에서의 우리나라의 지위와 역할, 동맹국과의 관계, 국가안보문제 등 궁극적으로 국민 내지 국익에 영향을 미치는 복잡하고도 중요한 문제로서 국내 및 국제정치관계 등 제반상황을 고려하여 미래를 예측하고 목표를 설정하는 등 고도의 정치적 결단이 요구되는 사안이다. 우리 헌법도 그 권한을 국민으로부터 직접 선출되고 국민에게 직접 책임을 지는 대통령에게 부여하고 그 권한행사에 신중을 기하도록 하기 위해 국회로 하여금 파병에 대한 동의여부를 결정할 수 있도록 하고 있는바, 현행 헌법이 채택하고 있는 대의민주제 통치구조 하에서 대의기관인 대통령과 국회의 그와 같은 고도의 정치적 결단은 가급적 존중되어야 한다.

247) 헌법재판소 2004.04.29, 선고 2003헌마814.

(2) 이 사건 파견결정이 헌법에 위반되는지의 여부 즉 국가안보에 보탬이 됨으로써 궁극적으로는 국민과 국익에 이로울 것이 될 것인지 여부 및 이른바 이라크전쟁이 국제규범에 어긋나는 침략전쟁인지 여부 등에 대한 판단은 대의기관인 대통령과 국회의 몫이고, 성질상 한정된 자료만을 가지고 있는 우리 재판소가 판단하는 것은 바람직하지 않다고 할 것이며, 우리 재판소의 판단이 대통령과 국회의 그것보다 더 옳다거나 정확하다고 단정짓기 어려움은 물론 재판결과에 대하여 국민들의 신뢰를 확보하기도 어렵다고 하지 않을 수 없다.

(3) 이 사건 파병결정은 대통령이 파병의 정당성뿐만 아니라 북한 핵 사태의 원만한 해결을 위한 동맹국과의 관계, 우리나라의 안보문제, 국·내외 정치관계 등 국익과 관련한 여러 가지 사정을 고려하여 파병부대의 성격과 규모, 파병기간을 국가안전보장회의의 자문을 거쳐 결정한 것으로, 그 후 국무회의 심의·의결을 거쳐 국회의 동의를 얻음으로써 헌법과 법률에 따른 절차적 정당성을 확보했음을 알 수 있다. 이 사건 파견결정은 그 성격상 국방 및 외교에 관련된 고도의 정치적 결단을 요하는 문제로서, 헌법과 법률이 정한 절차를 지켜 이루어진 것임이 명백하므로, 대통령과 국회의 판단은 존중되어야 하고 헌법재판소가 사법적 기준만으로 이를 심판하는 것은 자제되어야 한다.

4) 해설 및 평석

외국에의 국군 파견 결정이라는 고도의 정치적 결단을 요하는 사안에 대해서는 사안의 성격상 국제사회에서의 외교관계 등의 고려에 따라 대통령과 국회의 판단이 존중되어야 하며 헌법재판소의 사법적 자제가 요청되어야 함을 보여준 사안이다.

1) 사안의 개요

청구인들은 변호사인바, 대한민국이 2003. 4. 30. 이라크에 파견시킨 건설지원공병단(서희부대)·의료지원단(제마부대) 소속 675명의 국군을 이라크에 주둔시키는 행위는 침략적 전쟁을 부인한다고 규정하고 있는 헌법 제5조에 위반될 뿐만 아니라 헌법 제10조가 규정하고 있는 모든 국민의 인간으로서의 존엄과 가치의 전제인 평화적 생존권과 행복추구권을 침해하여 헌법에 위반된다는 이유로 2004. 6. 24. 헌법재판소법 제68조 제1항에 의하여 위 주둔시키는 행위의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

대한민국이 2003. 4. 30. 이라크에 파견된 서희부대 및 제마부대 소속 675명의 국군을 이라크에 주둔시키는 행위(이하 '이 사건 주둔행위' 라고 한다)의 위헌여부이다.

3) 국내법원의 판단

외국에 파견된 국군을 그 나라에 주둔시키는 행위는 당초의 파견 또는 파견연장이라는 공권력 행사에 당연히 수반되거나 유지되는 것에 불과하지 독자적인 공권력 작용이라고 할 수 없다. 다만, 파견기간을 연장하는 행위는 새로운 파견과 같은 효과를 갖는 행위로서 독자적인 공권력 작용으로 볼 수 있다. 따라서 국군의 외국에의 파견 또는 파견연장을 헌법소원심판의 대상으로 삼아 다투는 것은 별론으로 하고 파견된 국군을 주둔시키는 행위는 독자적인 공권력 행사라고 할 수 없어 이를 다투는 헌법소원심판청구는 부적법하다고 할 것이다.

이 사건 주둔행위는 2003. 3. 21. 대통령의 파견결정 내지 2003. 11. 13. 대통령의 파견연장결정에 당연히 수반되는 행위로서 새로운 독자적인 공권력 행사라고 할 수 없는 바, 청구인들이 대통령의 위 파견 내지 파견연장을 다투는 것은 별론으로 하고 파견된 국군을 주둔시키는 행위를 다투는 이 사건 헌법소원심판청구는 헌법소원의 대상이 되지 않는 것을 심판대상으로 삼은 것으로 부적법하다고 할 것이다.

248) 현재 2004.07.14, 2004헌마508.

4) 해설 및 평석

외국에 파견된 국군의 주둔행위의 독자적 공권력 인정여부가 문제된 것이며 대통령의 파견결정에 대한 외교 관계 등 문제를 고려한 사법부의 존중과는 별도로 본 사안은 주둔행위의 연장 자체는 별도의 공권력 행사로 인정되지 않아 심판대상으로 부적법하다하여 소극적 입장을 유지한 판결이다.

▶ 국회의원과 대통령 등 간의 권한쟁의²⁴⁹⁾

1) 사안의 개요

청구인은 대통령이 2003. 11.경 합동참모의장 김○환을 통하여 미합중국 측과 주한미군의 군사임무전환에 관한 합의각서를 교환하고, 연합군사능력 증강에 관한 서신교환을 하면서 전략적 유연성을 합의한 행위 및 대통령이 외교통상부장관에게 위임하여 2006. 1. 19.경 이 사건 공동성명을 발표하면서 전략적 유연성을 합의한 행위가 청구인의 조약체결기준에 대한 동의권 및 심의표결권을 침해하였다고 주장하면서, 2006. 3. 20. 이 사건 권한쟁의심판을 청구하였다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

피청구인 대통령이 피청구인 외교통상부장관에게 위임하여 2006. 1. 19.경 워싱턴에서 미합중국 국무장관과 발표한 ‘동맹 동반자 관계를 위한 전략대화 출범에 관한 공동성명(이하 ‘이 사건 공동성명’이라 한다)이 조약에 해당하는지 여부가 문제된다.

3) 국내법원의 판단

조약은 ‘국가·국제기구 등 국제법 주체 사이에 권리의무관계를 창출하기 위하여 서면형식으로 체결되고 국제법에 의하여 규율되는 합의’인데, 이러한 조약의 체결·비준에 관하여 헌법은 대통령에게 전속적인 권한을 부여하면서(헌법 제73조), 조약을 체결·비준함에 앞서 국무회의의 심의를 거쳐야 하고(헌법 제89조 제3호), 특히 중요한 사항에 관한 조약의 체결·비준은 사전에 국회의 동의를 얻도록 하는 한편(헌법 제60조 제1항), 국회는 헌법 제60조 제1항에 규정된 일정한 조약에 대해서만 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.

249) 헌재 2008.3.27. 선고 2006헌라4.

이 사건 공동성명은 한국과 미합중국이 상대방의 입장을 존중한다는 내용만 담고 있을 뿐, 구체적인 법적 권리·의무를 창설하는 내용을 전혀 포함하고 있지 아니하므로, 조약에 해당된다고 볼 수 없으므로 그 내용이 헌법 제60조 제1항의 조약에 해당되는지 여부를 따질 필요도 없이 이 사건 공동성명에 대하여 국회가 동의권을 가진다거나 국회의원인 청구인이 심의표결권을 가진다고 볼 수 없다.

4) 해설 및 평석

조약에 대한 정의 및 조약 체결·비준 권한, 절차 등에 대한 상세한 설시가 이루어진 판결이다. 사건의 공동성명이 구체적 법적 권리·의무를 창설하는 내용을 포함하지 않아 조약에 해당하지 않는다고 하여, 국회의원의 권한인 조약체결·비준 동의권 및 심의표결권과 관련하여 본 공동성명의 조약으로서의 성질을 부인하여, 그 절차적 하자유무는 따져 볼 필요 없이 청구인의 조약 관련 동의권, 심의표결권을 부인한 것이다.

▶ 입법부작위 등 위헌확인²⁵⁰⁾

1) 사안의 개요

청구인 이○구는 1938. 2. 28. 부산에서 출생한 후 중국으로 이주하여 흑룡강성 연수현에서 생활하다가 1992년경 대한민국에 입국한 이래 현재까지 불법체류중인 중국동포로서 2003. 11. 13. 대한민국 법무부에 국적회복허가신청을 제출한 자이며, 나머지 청구인들 역시 위 청구인과 동일한 지위에 있는 자들이다. 청구인들은 2003. 11. 14. 대한민국이 1992년 8월 한중수교 이후 중국동포들이 대한민국 국적을 선택할 수 있는 절차에 관한 법률의 제정 또는 조약을 체결할 헌법상 의무가 있음에도 불구하고 아무런 조치를 취하지 않고 있어 헌법이 요청하는 의무를 위반하였고, 또한 법무부장관이 ‘중국동포국적업무 처리지침’이라는 차별적인 내부규정을 통해 국적회복의 길을 가로막고 있는 것은 청구인들의 국적선택권, 평등권, 행복추구권, 거주이전의 자유, 직업선택의 자유, 양심의 자유 등 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것이라고 주장하면서 이의 위헌확인을 구하는 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

250) 헌법재판소 2006.03.30, 2003헌마806.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

본 사안에서는 중국동포의 특수한 상황을 고려하여 이들의 이중국적 해소 또는 대한민국 국적선택을 위한 특별법의 제정 또는 조약체결의 헌법적 의무가 헌법의 명문규정상 또는 헌법해석상 대한민국 정부에 있다고 인정할 수 있는지 여부 및 불법체류자인 중국동포들의 국적회복신청을 불허하고 있던 “중국동포국적업무처리지침(법무부예규)”에 대한 헌법소원이 적법요건을 갖추었는지 여부가 문제되었다.

3) 국내법원의 판단

청구인들과 같은 중국동포들의 현재의 법적 지위는 일반적으로 중국국적을 가진 외국인으로 보고 있고, 가사 중국동포들은 어쩔 수 없이 중국국적을 취득한 것이므로 당시 그들의 중국국적 취득에도 불구하고 대한민국 국적을 상실한 것이 아니라고 보는 경우에도, 1997년 전문개정된 국적법은 국적선택 및 판정제도를 규정하고 있으므로, 청구인들의 주장과 같이 중국동포들이 대한민국과 중국의 이중국적을 갖고 있었다면 이들에게도 이러한 국적선택 및 국적판정의 기회가 주어진 것으로 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고, 이와는 별도로 헌법 전문의 ‘대한민국임시정부 법통의 계승’ 또는 제2조 제2항의 ‘재외국민 보호의무’ 규정이 중국동포와 같이 특수한 국적상황에 처해 있는 자들의 이중국적 해소 또는 국적선택을 위한 특별법 제정의무를 명시적으로 위임한 것이라고 볼 수 없고, 뿐만 아니라 동 규정 및 그 밖의 헌법규정으로부터 그와 같은 해석을 도출해 낼 수도 없다.

4) 해설 및 평석

국적선택과 관련하여 1997년 개정된 국적법이 국적선택 및 판정제도를 규정하고 있다는 점 및 헌법 전문 및 재외국민 보호의무 규정에서 직접 중국동포에 대한 특수 상황에 있는 자들의 이중국적 해소 또는 국적선택을 위한 특별법 제정의무를 도출할 수 없다고 해석하였다.

2. 대법원

▶ 전제제한처분무효확인²⁵¹⁾

1) 사안의 개요

부산항에 입항한 이빨고기 운반선에 대하여 동 선박이 협약적용 구역에서 조업한 비체약국의 조업선으로부터 이빨고기를 전제한 '전제에 참여한 비체약국 선박'에 해당한다 하여, 남극해양생물자원 보존에 관한 협약 위반을 이유로 동 선박의 이빨고기에 대한 전제를 제한한 처분에 대하여 그 무효확인을 구하는 소가 제기된 사건이다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

'남극해양생물자원 보존에 관한 협약'의 체약국인 우리나라에 입항한 어획물 운반선이 위 협약과 그에 따른 남극해양생물자원 보존위원회의 보존조치에 의한 전제 제한조치의 적용대상인지 여부 및 환적을 위하여 '남극해양생물자원 보존에 관한 협약'의 체약국인 우리나라 부산항에 입항한 이빨고기 운반선에 대하여 그 선적된 어획물인 이빨고기의 전제를 제한한 처분이 위 협약과 남극해양생물자원 보존위원회의 보존조치의 규정에 따라 적법한 지 여부가 문제된다.

3) 국내법원의 판단

'남극해양생물자원 보존에 관한 협약(Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources)'과 관련하여, 우리나라가 1985. 3. 29. 가입서를 기탁한 후, 1985. 4. 28. 조약 제860호로 위 협약이 발효되어 우리나라 영토 전체에 그 효력이 미치는 이상, 우리나라 항구에 입항한 어획물 운반선은 그 기국(기국) 및 어획물 조업선의 기국이 위 협약의 체약국인지 여부와 관계없이, 위 협약 및 그에 따른 남극해양생물자원 보존위원회(Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources)의 보존조치(Conservation Measures)에 의한 검색과 양륙 및 전제(전제) 제한조치의 적용대상이 된다. 환적을 위하여 '남극해양생물자원 보존에 관한 협약(Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources)'의 체약국

251) 대법원 2007.12.27. 선고 2007두11177 판결.

인 우리나라의 부산항에 입항한 이빨고기 운반선이, 위 협약이 적용되는 수역에서 조업하는 것이 목격된 불법·비보고 및 비규제 선박목록(Illegal, Unreported and Unregulated Vessel List)에 등록된 비체약국의 조업선으로부터 이빨고기를 전채(전채)한 '전채에 참여한 비체약국 선박'에 해당한다고 보아, 남극해양생물자원 보존위원회(Commission for the Conservation of Antarctic Marine Living Resources)의 보존조치(Conservation Measures)를 위반하였다는 이유로 그 선적된 어획물인 이빨고기의 전채를 제한한 처분은 위 협약과 남극해양생물자원 보존위원회의 보존조치의 규정에 따라 적법하다.

4) 해설 및 평석

남극해양생물자원 보존에 관한 협약이 직접 적용되는 사안이다. 협약의 적용범위와 관련 체약국인 우리나라 영토에 입항한 선박 역시 협약의 적용을 받으며, 동 선박에 대한 전채제한 조치에 대해 이는 동 협약에서의 보존조치 위반을 이유로 한 것으로 적법한 처분이라 본 것이다.

1) 사안의 개요

리스하여 사용하던 자수기에 대해 작동불량을 이유로 손해배상 분쟁이 발생하였고, 원고가 피고를 상대로 베트남 상사중재원에 중재판정을 신청하자 피고는 원고의 중재신청 자격이나 위 상사중재원의 중재절차진행 등과 관련하여 아무런 이의를 제기하지 아니한 사실, 그 후 위 중재사건에서 1999. 2. 6. 원심판결 별지 기재와 같은 내용의 중재판정이 내려진 사실 등 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 원고가 중재판정을 신청하고 이에 대하여 피고가 아무런 이의를 제기하지 않는 점에 비추어 볼 때, 원고와 피고 사이에는 이 사건 분쟁을 중재판정에 따라 해결하기로 하는 중재합의가 있었다고 보아야 한다고 원심이 판단하였다. 원심은 이 사건 중재판정의 승인과 집행에 관하여는 외국중재판정의승인 및집행에관한협약(이하 '뉴욕협약'이라 한다)이 우선 적용되어야 한다고 전제한 다음 원고는 정당하게 입증된 이 사건 중재판정의 원본(베트남어로 작성된 것)만을 제출하였을 뿐 그에 관한 뉴욕협약상의 번역문이나 중재합의의 원본 또는 등본 및 그에 관한 뉴욕협약상의 번역문 등을 전혀 제출하지 못하였다는 이유로, 원고의 이 사건 집행판결 청구를 배척하여 이에 원고가 불복한 사안이다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

외국중재판정에 대한 집행판결을 신청함에 있어서 외국중재판정의승인및집행에관한협약 제4조 제1항에 정한 서류의 제출이 반드시 필요한지 여부 및 위 서류의 원본이나 등본 제출의 의미 및 본 협약에 형식에 따른 번역문이 제출되지 않았다는 이유만으로 집행판결의 청구를 배척할 수 있는지 여부, 동 협약의 적용이 문제되는 사안에서 당사자 일방이 외국의 상사중재원에 중재판정을 신청하고 이에 대하여 상대방이 아무런 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 당사자 사이에 위 협약 제2조에 정한 유효한 중재합의가 있었다고 볼 수 있는지 여부가 문제된다.

3) 국내법원의 판단

외국중재판정의승인및집행에관한협약 제4조 제1항에 정한 서류들의 제출을 집행판결사

252) 대법원 2004. 12. 10. 선고 2004다20180 판결.

건의 소의 적법요건으로서 법원이 직권으로 판단하여야 할 사항이라거나, 당사자들 사이에 중재판정이나 중재합의의 존재 및 그 내용에 관한 다툼이 없는 경우에까지 그 제출이 반드시 요구되는 것이라고 해석할 수는 없고, 이는 당사자들 사이에 중재판정이나 중재합의의 존재 또는 그 내용에 관한 다툼이 있는 경우에 있어서 그에 대한 증명은 오로지 위 제4조 제1항에 정한 서류로써만 하여야 한다는 증거방법에 관한 규정이라고 봄이 상당하다.

또한 동 협약 제4조 제2항은 외국중재판정의 승인과 집행을 신청하는 당사자가 제출하여야 하는 번역문 역시 반드시 위와 같은 엄격한 형식을 갖춘 것만으로 한정할 것은 아니고, 만약 당사자가 위와 같은 형식에 따르지 않은 번역문을 제출하였는데 그 내용이 부실하다고 인정되는 경우에는 그 서증제출자의 비용부담으로 전문번역인에게 번역을 의뢰하는 등의 방법에 의하여 이를 보완시킬 수도 있는 것이라고 봄이 상당하며, 따라서 위 제4조 제2항에 정한 형식에 따른 번역문이 제출되지 않았다는 이유만으로 집행판결청구를 배척할 수는 없다. 동 협약이 적용되는 사안에서 당사자 일방이 외국의 상사중재원에 중재판정을 신청하고 이에 대하여 상대방이 아무런 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 당사자 사이에 위 협약 제2조에 정한 유효한 중재합의가 있었다고 볼 수 없다

4) 해설 및 평석

외국중재판정의승인및집행에관한협약 내용에 대한 해석을 통해 당사자간의 중재판정이 내려진 사실은 인정되나 그 집행신청시 필요한 서류의 의미, 번역문이 반드시 제출되어야 하는 것이 집행판결 청구의 요건인지 등에 대하여 판단하였다. 위 협약에 정한 유효한 중재합의의 존부가 다투어지는 경우에는 협약 제4조에 정한 방식의 증거방법에 의하여 그 존재사실을 증명할 수 있을 뿐이라는 점에 비추어 원고가 아무런 이의를 하지 않았다는 사실만으로 유효한 중재합의가 있었다고 보기는 어렵다고 해석하였다.

3. 조약의 위헌심사

▶ 대한민국과 아메리카합중국상호간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정 제2조 제1의 (나)항 위헌제청(253)

1) 사안의 개요

대한민국과아메리카합중국간의상호방위조약제4조에의한시설과구역및대한민국에서의합중국군대의지위에관한협정 제2조 제1의 (나)항에 규정되어 있는 “본 협정의 효력발생시에 합중국 군대가 사용하고 있는 시설과 구역”에 해당하는 토지의 사용자들이 대한민국을 피고로 하여, 위 토지들에 관하여 미군의 전용사용권이 존재하지 아니한다는 확인 등을 청구하는 민사소송(서울지방법원 96가단166010)을 제기하여 소송계속중 동 조항에 대한 위헌법률심판이 제청된 사안이다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

국제법과 관련한 본 사건의 쟁점으로는 대한민국과아메리카합중국간의상호방위조약제4조에의한시설과구역및대한민국에서의합중국군대의지위에관한협정의 성격 및 동 사건 조약의 절차적 하자 유무 등이 문제 된다.

3) 국내법원의 판단

이 사건 조약은 그 명칭이 “협정”으로 되어 있어 국회의 관여없이 체결되는 행정협정처럼 보이기도 하나 우리나라의 입장에서 볼 때에는 외국군대의 지위에 관한 것이고, 국가에게 재정적 부담을 지우는 내용과 입법사항을 포함하고 있으므로 국회의 동의를 요하는 조약으로 취급되어야 한다.

이 사건 조약은 국회의 비준동의와 대통령의 비준 및 공포를 거친 것으로 인정되므로 이 사건 조약이 국내법적 효력을 가짐에 있어서 성립절차상의 하자로 인하여 헌법에 위반되는 점은 없다.

253) 헌법재판소 1999.4.29. 97헌가14 결정.

4) 해설 및 평석

동 사건 협정으로 토지의 사용권 등 재산권 행사에 직접 제한을 받는 경우에 해당하여, 위헌법률심판 대상으로 조약에 대한 심사가 이루어진 사안이다. ‘협정’이라는 용어와 관계 없이 헌법 제60조와 관련하여 외국군대의 지위 및 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 것이어서 국회의 동의를 요하는 조약으로 인정, 성립 절차상의 하자 여부에 관한 검토도 이루어졌다.

▶ 국제통화기금조약 제9조 제3항 등 위헌소원²⁵⁴⁾

1) 사안의 개요

국제통화기금(IMF)의 자금지원 조건으로 실시된 국내 금융기관 등의 구조조정, 폐쇄로 인해 직장을 잃은 청구인들이 IMF의 행위를 불법행위라 주장하며, 국제통화기금 혹은 전문기구의 재산, 자산에 대한 사법절차 면제 및 그 직원의 공적 행위에 대한 사법절차 면제를 규정한 국제통화기금협정 및 전문기구의 특권과 면제에 관한 협약 해당 조항에 대하여 위헌 여부를 제청신청하였으나 기각되자, 헌법소원을 청구한 사안이다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

조약의 국내법적 효력과 관련하여 조약에 대한 위헌법률심판이 인정되는지 여부 및 조약조항 자체의 위헌성이 아니라 조약해석을 다투는 경우 이러한 한정위헌 청구의 적법성이 인정되는지 여부가 문제된다.

3) 국내법원의 판단

이 사건 조항 {국제통화기금협정 제9조(지위, 면제 및 특권) 제3항 (사법절차의 면제) 및 제8항(직원 및 피용자의 면제와 특권), 전문기구의 특권과 면제에 관한 협약 제4절, 제19절(a)}은 각 국회의 동의를 얻어 체결된 것으로서, 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법적, 법률적 효력을 가지는 바, 가입국의 재판권 면제에 관한 것이므로 성질상 국내에 바로 적용될 수 있는 법규범으로서 위헌법률심판의 대상이 된다.

254) 헌법재판소 2001.9.27. 선고 2000헌바20 결정.

규범통제제도에서 한정위헌 청구는 법조항 자체의 위헌성 문제로 볼 여지가 있는 경우에만 적법한 바, 청구인이 이 사건 조항의 규정이 불명확하다던가 자의적으로 해석될 소지가 있다는 주장을 한다거나, 이 사건 조항이 법해석상 구체화되었다고 볼 수 있을 정도로 사례군이 집적되었다고 볼 수 없고, 달리 법규범 자체에 대한 위헌성 다툼으로 볼 만한 사정이 없다.

4) 해설 및 평석

헌법재판소법 제68조 2항의 심판대상으로서의 법률에 조약이 포함된다 하여 조약이 위헌법률심판의 대상이 됨을 인정한 결정이다. 또한 사건 조항이 재판권 면제에 관한 것이므로 성질상 국내에 바로 적용될 수 있는 법규범으로 위헌법률심판의 대상이 된다고 하여 국제법과 국내법의 관계에 대한 일원론의 입장을 반영하고 있다. 그러나 심판대상인 조약 자체의 위헌성이 아니라 특정 해석에 의한 한정위헌을 구하는 것은 심판대상이 되지 않으며, 청구인이 주장한 국내법상 불법행위를 구성하는 경우에도 재판권의 면제대상이 되는 지 여부에 대한 판단은 관련 법원의 해석에 의해 결정될 문제라 하였다.

▶ 대한민국과일본국간의어업에관한협정기준 등 위헌확인(255)

1) 사안의 개요

사안은 대한민국과일본국간의어업에관한협정 등이 체결됨에 따라 동 해당 수역에서 어업에 종사하던 어민들은 종전에 자유로이 어로활동을 영위할 수 있었던 수역에서 더 이상 자유로운 어로활동을 영위할 수 없게 된 것으로, 행복추구권, 재산권 기타 권리가 침해되었음을 주장하여 헌법소원을 제기한 사건이다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

국제법과 관련하여 동 사안에서는 대한민국과일본국간의 어업에 관한 협정이 '공권력의 행사'에 해당하는지 여부, 동 사건 협정의 합의의사록의 법적 성질, 국회 본회의에서의 동의 의결절차가 헌법 제29조에 위반되는지 및 합의의사록을 국회에 상정하지 않은 것이

255) 헌법재판소 2001.3.21. 선고 99헌마139,156,160(병합) 결정.

국회의 의결권과 국민의 정치적 평등권을 침해하였는지 여부, 65년 협정에 비하여 조업 수역이 극히 제한됨으로 인한 어획량감소로 어민들에게 불이익을 초래하여 행복추구권, 재산권 기타 권리를 침해하였는지 여부 등이 문제된다.

3) 국내법원의 판단

이 사건 협정은 우리나라 정부가 일본 정부와의 사이에서 어업에 관해 체결·공포한 조약(조약 제1477호)으로서 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 같은 효력을 가지므로, 그 체결행위는 고권적 행위로서 '공권력의 행사'에 해당한다고 보았으나, 합의의사록에 대해서는 이는 한일 양국 정부의 어업질서에 관한 양국의 협력과 협의 의향을 선언한 것으로서, 이러한 것들이 곧바로 구체적인 법률관계의 발생을 목적으로 한 것으로는 보기 어렵다할 것이므로, 합의의사록은 조약에 해당하지 아니하고, 이를 국회에 상정하지 아니한 것이 국회의 의결권과 국민의 정치적 평등권을 침해하였다고 볼 수 없다.

이 사건 협정은 배타적경제수역을 직접 규정한 것이 아닐 뿐만 아니라 배타적경제수역이 설정된다 하더라도 영해를 제외한 수역을 의미하며, 이러한 점들은 이 사건 협정에서의 이른바 중간수역에 대해서도 동일하다고 할 것이므로 독도가 중간수역에 속해 있다 할지라도 독도의 영유권문제나 영해문제와는 직접적인 관련을 가지지 않는다.

조업수역의 축소와 어획량의 감축에 따른 어민들의 손실은 이 사건 협정에 의하여 초래되었다기 보다는 UN해양법협약의 성립·발효에 의한 세계해양법질서의 변화에 기인한 것으로서 그와 같은 변화에 따라서 한일 양국이 배타적경제수역체제를 각자 국내실정법으로 규정함으로써 이 사건 협정의 성립 여부와는 관계없이 한일 양국의 연안해역에서 배타적경제수역이 시행되게 되었고, 다만 국제법우위의 원칙에 의해 65년협정이 유효함으로 인하여 그 적용이 되지 않았을 뿐이나, 65년협정이 일본의 일방적인 종료선언으로 인하여 1999. 1. 22 종료되게 됨으로써 더 이상 상호간의 배타적경제수역내에서는 어업이 불가능한 상황이 예상되었다...(중략) 이 사건 협정은 어업에 관한 한일 양국의 이해를 타협·절충함에 있어서 현저히 균형을 잃은 것으로는 보이지 않는다고 일응 평가할 수 있으므로, 청구인들의 헌법상 보장된 행복추구권, 직업선택의 자유, 재산권, 평등권, 보건권은 침해되었다고 볼 수 없다.

4) 해설 및 평석

사건 대상 협정 및 합의의사록의 성격과 관련 구체적 법률관계의 창설 유무를 근거로

조약에 해당하는지 유무를 판단하였다. 또한 법률에 해당하는 조약의 이행이 없이도 그 자체로 청구인의 권리,의무에 제한이 가해지는 경우에 해당하여 조약 내용에 대한 심사가 이루어졌다. 합의의사록의 경우 체결과정의 협상과정에서의 논의사항에 대한 기록에 지나지 않으며 협정의 불가분적 일부를 이루는 것에도 해당하지 않는다 하여 조약의 성격을 부인하였다. 동 협정의 체결과 관련하여서는 국제법우위원칙을 명확히 하였으며, 일본의 일방적 종료선언으로 인한 협정 체결 배경을 실시하고 있다. 협정 자체에 대한 심사를 통해 청구인들의 기본권 침해 유무에 대한 판단을 하였다.

▶ 범죄인인도법 제3조 위헌소원²⁵⁶⁾

1) 사안의 개요

한국계 미국 시민권자인 청구인이 미국 내에서의 강간 등 혐의로 유죄판결후 판결 선고전 국내로 도피, 미국 법무부가 청구인에 대한 범죄인인도를 청구하였다. 그 후 서울고등검찰청 검사가 범죄인인도법 제11조 내지 제13조에 의해 인도허가 여부에 관한 심사를 서울 고등법원에 청구, 동 법원이 범죄인인도허가결정을 하였다. 이에 대해 청구인이 대법원에 재항고를 하고, 그 사건 계속 중 범죄인인도법 제3조에 대해 위헌법률심판제청신청, 기각되자 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

범죄인인도의 성질 및 이 사건 법률조항인 범죄인인도법 제3조가 법원의 심사를 서울고등법원의 전속관할로 하고 그 심사결정에 대한 불복절차를 인정하지 않은 것이 적법절차원칙에 위배하거나, 재판청구권 등을 침해하였는지 여부 등이 문제된다.

3) 국내법원의 판단

다수의견은 법원에 의한 범죄인인도심사는 국가형벌권의 확정을 목적으로 하는 형사절차와 같은 전형적인 사법절차의 대상에 해당되는 것은 아니며, 법률(범죄인인도법)에 의하여 인정된 특별한 절차라 보았다. 설사 범죄인인도를 형사처벌과 유사한 것이라 본다고 하더라도, 이 사건 법률조항이 적어도 법관과 법률에 의한 한 번의 재판을 보장하고 있

256) 헌법재판소 2003.1.30. 선고 2001헌바95 결정.

고, 그에 대한 상소를 불허한 것이 적법절차원칙이 요구하는 합리성과 정당성을 벗어난 것이 아닌 이상, 그러한 상소 불허 입법이 입법재량의 범위를 벗어난 것으로서 재판청구권을 과잉 제한하는 것이라고 보기는 어렵다고 판단하였다.

반대의견에서는 범죄인인도절차는 외국국가가 대내적 형벌권을 확보시켜주는 점에서 중국적으로 형사처벌절차의 범주에 포함시켜야 하며, 법원의 인도심사 결정은 본질적으로 형사소송절차적 성질을 갖는 것이라 판단하였다. 재판절차로서의 형사소송절차는 상급심에의 불복절차를 포함하는 것이므로, 이 사건 법률조항에서 상급심의 불복심사에 의한 법원의 주관적 자의에 대한 시정이 불가능하게 된 점은 청구인의 재판청구권 침해에 해당한다고 보았다.

4) 해설 및 평석

다수의견은 범죄인인도절차를 형사절차와 같은 사법절차가 아닌 법률에 의해 인정되는 (행정적) 특별절차에 해당한다고 보았다. 반대의견에서는 미국, 독일, 오스트리아 등 각국의 범죄인인도절차에서의 불복심사에 관한 비교 고찰 등을 통하여 불복절차에 관한 문제는 국제공동체의 일원으로서 형사정의의 국제적인 실현에 협력할 의무와 범죄인 개인의 인권을 보호할 의무와의 사이에 유지되어야 할 균형의 문제이며, 형벌권 확보 및 인권옹호와 관련되는 형사소송절차로서의 본질을 가진 것인 이상 앞뒤의 연결절차에 해당하는 범죄인인도절차 역시 이를 형사소송절차의 한 고리로 파악하여야 한다고 보고 있다.

▶ 대한민국정부와 중화인민공화국정부간의 마늘교역에 관한 합의서 등 위헌확인(257)

1) 사안의 개요

우리 정부의 통상대표가 중국 통상대표와 대한민국과 중화인민공화국 간의 마늘교역에 관한 합의서에 서명한 내용에 대해 외교통상부는 보도자료를 통해 중국산 마늘의 수입물량이 사실상 동결되었다고 홍보하였다. 그러나 사실은 위 합의 내용 중 '2003. 1. 1.부터 한국의 민간기업이 (추가관세를 물지 않고 마늘을) 자유롭게 수입할 수 있다'는 내용이 부가되어 있었으며, 이는 한국 통상대표가 위 합의서의 '부속서한'의 형태로 작성하여 중

257) 헌법재판소 2004.12.16. 선고 2002헌마579 결정.

국측에 전달되었다. 청구인들은 마늘을 재배하여오던 농민들로서 중국산 마늘이 대량 수입되어 싼 가격에 유통되면 심각한 피해를 입을 것을 우려, 위 부속서의 내용부분과 그 내용을 국민에게 알리지 않은 외교통상부장관의 부작위가 청구인들의 알 권리와 재산권 등을 침해하고 헌법상 적법절차의 원칙과 명확성의 원칙 등에도 위배되어 위헌이라는 이유로 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

동 사건에서는 일정 시기부터 한국의 민간기업이 자유롭게 수입할 수 있다고 한 중국과의 마늘교역에 관한 합의 내용이 국민의 재산권 등 기본권을 침해하는지 여부 및 이러한 합의 내용에 대한 정부의 공개 의무가 인정되는지가 문제된다.

3) 국내법원의 판단

이 사건에서 중국산 마늘에 대한 수입제한조치는 당면한 구체적 경제상황에 적응하지 못한 농가를 한시적으로 보호하여 대응조치를 할 시간적 여유를 주기 위한 것일 뿐, 장기간 혹은 기한 없이 계속적으로 중국산 마늘에 대한 수입장벽을 지속하여 마늘재배농가에 유리한 경제적 법적 상황을 확보하여 주기 위한 것은 아니다. 따라서 마늘재배농가에 위 수입제한조치가 다시 연장되는 것에 대한 어떠한 법적 신뢰도 부여될 수 없고, 국가가 이러한 제한조치를 연장하지 아니한다고 하여도 마늘재배농가인 청구인들의 재산권이 제한되는 것으로 볼 수 없다.

일반적으로 국민의 권리의무에 영향을 미치거나 국민의 이해관계와 밀접한 관련이 있는 정책결정 등에 관하여 적극적으로 그 내용을 알 수 있도록 공개할 국가의 의무는 기본권인 알 권리에 의하여 바로 인정될 수는 없고 이에 대한 구체적인 입법이 있는 경우에야 비로소 가능하다. 이 사건 부속서의 경우 그 내용이 이 사건 합의서에 표기된 연도의 의미를 명확히 하고 한국이 이미 행한 3년간의 중국산 마늘에 대한 긴급수입제한 조치를 그 이후에는 다시 연장하지 않겠다는 방침을 선언한 것으로 집행적인 성격이 강하고, 특히 긴급수입제한조치의 연장은 국내법상 이해관계인의 산업피해조사 신청이 있는 경우 무역위원회의 조사와 건의를 거쳐 중앙행정기관의 장이 결정하도록 되어 있어(불공정무역행위조사및산업피해구제에관한법률 제20조) 중국과의 합의로 그 연장여부가 최종적으로 결정된 것으로 볼 수 없는 점에 비추어 헌법적으로 정부가 반드시 공포하여 국내법과 같은 효력을 부여해야한다고 단정할 수 없다.

4) 해설 및 평석

다수의견에서는 동 사건 협약의 내용에 대한 판단을 기본권침해 가능성이 없음이 주장 자체로 명백한 경우에 해당, 소송요건판단으로 다루고 있다. 반대의견에서는 이러한 접근에 매우 신중해야 함을 주장하면서도 이 사건 조약은 고시류조약에 해당하는 것으로 행정부와 사법부의 책임분배의 측면에서 행정부의 재량이 중시되는 분야로 강조, 사법자체의 측면에서 헌법재판소의 심판대상에 해당하지 않는다고 하였다.

▶ 대한민국과 미합중국간의 미합중국군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정 등 위헌확인(258)

1) 사안의 개요

‘대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울역지역으로부터의 이전에 관한 협정’과 ‘대한민국과 미합중국 간의 미합중국 군대의 서울지역으로부터의 이전에 관한 협정의 이행을 위한 합의권고에 관한 합의서’ 및 ‘2002년 3월 29일 서명된 대한민국과 미합중국 간의 연합토지관리계획협정에 관한 개정협정’(이하 이들을 ‘이 사건 조약들’이라 한다) 체결에 대하여, 청구인들은 조약 내용에 따라 수용될 토지나 건물을 소유하였거나 거주하는 자 및 인접 마을 거주인, 위 지역을 제외한 평택시 등에 거주하는 자들로서, 이 사건 조약들이 헌법상 보장된 청구인들의 평등권, 평화적 생존권 등을 침해한 것이라고 주장하면서 이 사건 헌법소원심판을 청구하였다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

동 사건의 해당 조약들이 국민의 기본권과 관련되어 국회 동의를 요하는 조약에 해당하는지 여부 및 조약 내용과 관련하여 직접 청구인들의 기본권을 침해하는지가 문제된다.

3) 국내법원의 판단

(중략)헌법 제10조, 제37조 1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 보호될 수 있으며, 이는 침략전쟁에 강제되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있을 것이다. 그런데 이 사건 조약들은 미군기지의 이전을 도모하기 위

258) 헌법재판소 2006.2.23.선고 2005헌마268 결정.

한 것이고, 그 내용만으로는 장차 우리나라가 침략적 전쟁에 휩싸이게 된다는 것을 인정하기 곤란하다. 그러므로 이 사건에서 평화적 생존권의 침해가능성이 있다고 할 수 없다. 또한 이 사건 조약들은 평택지역으로 미군부대가 이전한다는 내용을 담고 있을 뿐이므로 이에 의하여 청구인들의 환경권, 재판절차진술권, 행복추구권, 평등권, 재산권이 바로 침해되는 것이 아니다. 또한 미군부대의 이전 후에 권리침해를 받을 우려가 있다 하더라도 그러한 권리침해의 우려는 다른 법률에 의하여 장래에 잠재적으로 나타날 수 있는 것에 불과하다. 따라서 이 사건 조약들에 대하여 환경권 등의 권리침해의 '직접성'이나 '현재성'을 인정할 수 없다.

청구인들은 기본권 침해주장 이외에 이 사건 조약들이 일반 헌법규정(제5조, 제60조)에 위반된다는 주장을 하고 있다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 기본권 침해의 가능성이 없이 단순히 일반 헌법규정이나 헌법원칙에 위반된다는 주장은 기본권침해에 대한 구제라는 헌법소원의 적법요건을 충족시키지 못하는 것으로서 받아들일 수 없다.

4) 해설 및 평석

조약 내용에 청구인 주장의 기본권 침해 내용을 포함하는 점이 없으며, 청구인 주장내용 자체에서 기본권 침해 가능성이 없다는 판단을 내린 사안이다. 본안에서의 조약에 대한 심사이전 적법요건을 충족하지 못한다 하여, 조약의 위헌여부 심사에 있어 헌법재판소의 소극적 입장을 확인하는 사건이라 할 수 있다.

▶ 국가배상법 제2조 보상금 청구²⁵⁹⁾

1) 사안의 개요

원고는 소유 건물을 주한 자이르 공화국(현 콩고 공화국) 대사관에 임대하였는데, 차임이 연체되자 계약해지 후 건물명도 및 연체차임 등 청구의 소를 제기하였다. 이에 대해 법원은 자이르 공화국에 대한 재판권 존재를 전제로 원고 승소판결을 선고하였고, 원고가 집행문을 부여받은 후 집행관에게 집행위임을 하였으나 거부당하였다. 이는 비엔나협약 제22조 제3항에 따른 것으로, 이에 대해 원고는 비엔나협약에 따라 대사관저에 대한 강제집행을 못하여 발생한 손해에 대해 국가배상법 제2조에 기해 대한민국을 상대로 보상

259) 대법원 1997.4.25. 선고 96다16940 판결.

금청구의 소를 제기한 사안이다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

외교관계에관한비엔나협약의 적용에 의하여 외국 대사관저에 대한 강제집행을 하지 못함으로써 발생한 손해에 대하여 국가가 손실보상책임이나 손해배상책임을 지는지 여부가 쟁점이다.

3) 국내법원의 판단

외교관계에관한비엔나협약이 대사관저에 대한 명도집행뿐만 아니라 공관 내의 재산에 대한 강제집행을 직접적으로 금하고 있다고 하더라도, 협약규정 자체가 직접적으로 외국 대사관과 어떠한 법률행위를 강제하는 등으로 국민의 재산권을 침해하는 것은 아니고, 협약규정의 적용을 받는 외국대사관과 어떠한 법률행위를 할 것인지의 여부는 전적으로 국민의 자유의사에 맡겨져 있다고 할 것이므로 협약규정의 적용에 의하여 어떠한 손해가 발생하였다고 하여 그것이 국가의 공권력행사로 말미암은 것이라고 볼 수 없고, 나아가 외국 대사관이 사전에 승소판결에 기한 강제집행을 거부할 의사를 명시적으로 표시하였으므로 손해가 집달관의 강제집행 거부를 직접적인 원인으로 하여 발생한 것이라고 볼 수 없으므로 손실보상의 대상이 되지 아니하고, 또한 국가가 보상입법을 하지 아니하였다거나 집달관이 협약의 관계 규정을 내세워 강제집행을 거부하였다고 하여 이로써 불법행위가 되는 것은 아니다.

4) 해설 및 평석

사안의 강제집행 거부로 인한 원고의 재산상 손실이 외교관계에관한비엔나협약 자체에 의한 직접적 손해라 볼 수 없으며, 협약규정의 적용 대상인 대사관과의 법률행위를 하였다는 개인적 판단에 근거한 것이어서 이로 인한 강제집행 거부는 불법행위를 구성하지 않는다고 한 사안으로 보상금 청구에 대한 동 사건 협약과의 직접적 관련을 부인한 것이다.

▶ 수하물 분실에 대한 손해배상 청구²⁶⁰⁾

1) 사안의 개요

항공사를 이용 탁송한 수하물에 대해 그 책임제한 문구가 여객항공권에 결합되어 발급되어 있었던 경우, 탁송 수하물 외 기내 휴대가 거절되어 물품 보관증과 교환하여 수하물을 맡겼다 분실한 경우 동 분실물에 대해 손해배상을 청구한 사안이다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

개정 바르샤바 협약의 직접적 해석상 수하물표와 여객항공권이 결합되어 발급되는 경우 별도 수하물표를 발급받지 않더라도 항공운송인의 수하물에 관한 책임제한 내용을 주장할 수 있는지 여부가 문제된다.

3) 국내법원의 판단

개정된 바르샤바 협약(이하 '협약'이라고 한다) 제4조의 수하물표(baggage check)란 여객항공권(passenger ticket)과 분리된 문서일 수도 있으나 협약 제4조 제1항의 요건을 충족시키기 위하여는 여객항공권과 결합 및 통합하는 것이 간편하다는 이유로 통상 협약 제3조 및 제4조가 요구하는 모든 내용들이 담긴 결합된 문서인 '여객항공권 및 수하물표 (Passenger Ticket and Baggage Check)'가 발급되고 있는 실정이고, 만약 승객이 이처럼 협약 제3조 및 제4조가 요구하는 모든 내용들이 담긴 결합된 문서로서의 여객항공권 및 수하물표를 발급받았다면 수하물을 맡기면서 별도의 수하물표나 클레임책(claim check) 등을 발급받지 아니하였더라도 협약 제4조 제2항 단서에 따라 항공운송인이 수하물에 관한 책임제한조항을 원용할 권리를 상실하지는 아니한다.

4) 해설 및 평석

본 사건은 우리 국내법원이 재판에서 국제조약 조항(개정 바르샤바 조약)을 직접 해석하고 적용한 사례이다. 별도의 이행법률 없는 국내이행의 경우 조약 자체에 대한 해석을 통해 당사자간 분쟁을 해결한 사례이다.

260) 대법원 2006.10.13. 선고 2005다3724 판결.

1) 사안의 개요

피고가 동 사건 조례안을 의결하여 원고에게 이송, 원고는 이 사건 조례안이 '1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정' 제3조 제1항, 제4항 등에 위반된다는 이유로 피고에게 재의를 요구했으나, 피고는 이를 원안대로 재의결함으로써 확정되었다. 동 조례안은 전라북도에서 생산되는 우수 농수축산물과 이를 재료로 사용하는 가공식품을 '우수농산물'이라 정의한 다음, 전라북도의 초·중·고등학교에서 실시하는 학교급식에 우수농산물을 사용하도록 지도, 감독의무를 이행하도록 하는 것을 내용으로 하고 있다. 이에 원고는 이 사건 조례안이 GATT 제3조 제1항, 제4항 등에 위반된다는 이유로 그 무효확인을 구하는 소를 제기한 것이다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

지방자치단체 조례안이 조약에 위배되는 경우 효력이 있는지에 관하여 문제되는 경우로, 본 조례가 GATT 협정에 위배되어 무효로 되는지 여부가 다투어진 사건이다.

3) 국내법원의 판단

GATT는 1994. 12. 16. 국회의 동의를 얻어 1997. 1. 3. 공포·시행된 조약(조약 1363호, 복수국가간 무역협정)으로서 각 헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법령과 동일한 효력을 가지므로 지방자치단체가 제정한 조례가 GATT나 AGP에 위반되는 경우에는 그 효력이 없다고 할 것이다.

이 사건 조례안의 각 조항은 학교급식을 위해 우수농산물, 즉 전라북도에서 생산되는 우수농산물 등을 우선적으로 사용하도록 하고 그러한 우수농산물을 사용하는 자를 선별하여 식재료나 식재료 구입비의 일부를 지원하며 지원을 받은 학교는 지원금을 반드시 우수농산물을 구입하는 데 사용하도록 하는 것을 내용으로 하고 있으므로 결국 국내산품의 생산보호를 위하여 수입산품을 국내산품보다 불리한 대우를 하는 것으로서 내국민대우원칙을 규정한 GATT 제3조 제1항, 제4항에 위반된다고 할 것이다.

261) 대법원 2005.09.09 선고 2004추10 판결.

4) 해설 및 평석

국회 동의 절차를 얻어 법률의 효력을 갖는 조약이 조례에 우선함을 인정한 것으로, 동 조약 위반의 조례에 대해 무효를 확인한 의미 있는 사안이다. 다만 본 사안은 지방자치단체장과 지방의회 간의 권한과 관련하여 다투어진 것으로, 사인의 경우 조약 위반의 조례에 대해 직접 소제기권을 가질 수 있을지에 대해서는 좀 더 검토가 이루어져야 할 것이다.

▶ 운송료²⁶²⁾

1) 사안의 개요

원고와 피고 사이에 화물을 김포공항에서 로스앤젤레스까지 운송하는 것을 내용으로 하는 운송계약을 체결하고 항공운송장을 발행하여 준 뒤, 아시아나 항공과 별도로 항공운송계약을 체결하여 화물을 운송하도록 하였다. 화물이 연착한 경우에 이로 인해 발생한 손해에 대해 청구한 사안이다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

개정된 바르샤바 협약의 해석상 동 사건의 항공운송계약이 협약상의 국제운송에 해당 하는지 여부 및 운송인의 책임 중 수하물 또는 화물의 항공운송에 있어서의 연착으로 인하여 발생한 손해의 의미에 화물의 탑재 자체가 늦어져 발생하는 손해도 포함하는지 여부 등의 해석이 문제된다.

3) 국내법원의 판단

1955년 헤이그에서 개정된 "국제항공운송에 있어서의 일부 규칙의 통일에 관한 협약"(개정된 바르샤바협약)"의 적용을 받는 운송계약을 여객이나 송하인 또는 그 대리인과 체결하고 실제운송인(actual carrier)에게 그 운송의 전부 또는 일부를 이행하도록 위임하는 이른바, 계약운송인(contracting carrier)은 개정된 바르샤바협약상 운송인(carrier)에 해당 한다.

개정된 바르샤바협약 제19조에 따라 운송인은 승객, 수하물 또는 화물의 항공운송에 있

262) 대법원 2002.10.22. 선고 2002다32523,32530 판결.

어서의 연착으로 인하여 발생하는 손해(damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, luggage or goods)에 대하여 책임을 지며, 이 때 연착으로 인하여 발생하는 손해는 개정된 바르샤바협약 제18조 제2항의 항공운송 중에 발생하는 손해만을 뜻하는 것이 아니고 수하물 또는 화물의 경우 그 탑재 자체가 늦어져 발생하는 손해도 포함한다.

4) 해설 및 평석

개정 바르샤바 조약의 내용에 대한 직접적 해석이 이루어진 사안이다. 별도의 이행법률 없는 국내이행의 경우 조약이 당사자간 법률관계에 직접 적용되어 당사자간 분쟁에 있어서도 근거법률로서의 기능을 하게 되며, 조약 자체에 대한 법원의 해석이 분쟁해결의 기준이 됨을 보여주는 판결이다.

▶ 교통사고처리특례법위반·도로교통법위반²⁶³⁾

1) 사안의 개요

교통사고처리특례법 및 도로교통법 위반으로 기소된 미국 군대의 군속에 대하여 대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정이 적용되어 대한민국의 형사재판권 면제 등이 적용되는 지가 문제된 사안이다.

2) 국제법 관련 사항 또는 쟁점

대한민국의 형사재판권 행사 및 면제 판단과 관련하여 대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정의 해석이 문제되는 사안이다.

3) 국내법원의 판단

(1) 대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정에 의하면, 미합중국 군대의 군속 중 통상적

263) 대법원 2006.5.11. 선고 2005도798 판결.

으로 대한민국에 거주하고 있는 자는 위 협정이 적용되는 군속의 개념에서 배제되므로, 그에 대하여는 대한민국의 형사재판권 등에 관하여 위 협정에서 정한 조항이 적용될 여지가 없다.

(2) 미합중국 국적을 가진 미합중국 군대의 군속인 피고인이 범행 당시 10년 넘게 대한민국에 머물면서 한국인 아내와 결혼하여 가정을 마련하고 직장 생활을 하는 등 생활 근거지를 대한민국에 두고 있었던 경우, 피고인은 동 협약에서의 '통상적으로 대한민국에 거주하는 자'에 해당하므로, 피고인에게는 위 협정에서 정한 미합중국 군대의 군속에 관한 형사재판권 관련 조항이 적용될 수 없다

(3) 한반도의 평시상태에서 미합중국 군 당국은 미합중국 군대의 군속에 대하여 형사재판권을 가지지 않으므로, 미합중국 군대의 군속이 범한 범죄에 대하여 대한민국의 형사재판권과 미합중국 군 당국의 형사재판권이 경합하는 문제는 발생할 여지가 없고, 대한민국은 대한민국과 아메리카합중국 간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정 제22조 제1항 (나)에 따라 미합중국 군대의 군속이 대한민국 영역 안에서 저지른 범죄로서 대한민국 법령에 의하여 처벌할 수 있는 범죄에 대한 형사재판권을 바로 행사할 수 있다.

4) 해설 및 평석

우리나라 형사재판권 행사와 관련하여 관할권 행사 및 면제 등의 내용이 포함된 동 사건 협약의 적극적 해석을 통해, 미 군대 군속인 피고가 통상적으로 대한민국에 거주하는 자에 해당하여 협정상의 형사재판권 관련 조항이 적용될 수 없으며, 평시상태에서 미국 군 당국은 그 군속에 대하여 형사재판권을 가지지 않음을 명확히 한 판결이다.

제3절 한국법원의 국제인권기준 적용실태의 평가

앞서 우리나라 국내법원이 다른 국제법 관련 사건을 개별적으로 검토하였다. 이와 같은 검토에 의거하여 국내법원이 재판과정에서 국제인권기준을 어떻게 다루는가를 평가하고자 한다. 그 평가는 국내법원의 국제법에 대한 접근태도 일반과 그 속에서 인권기준을 다루는 태도와 법리의 공통성과 차별성을 분석하기로 한다.

I. 법형식에 입각한 접근

우리나라 국내법원이 재판과정에서 국제법을 적용하는 데서 가장 선차적으로 검토하는 것은 당해 규범 또는 기준의 국내법적 효력이다. 그 이유는 우리나라 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 명시하고 있기 때문이다. 이 조항은 국제법과 국내법의 관계에서 우리 법체계가 일원론에 속한다는 것으로 보는 근거이기도 하다. 이하에서는 국제인권기준의 수용과 관련하여 일원론에 속하는 우리나라 법체계가 어떤 특성과 실행체계를 갖고 있는지를 살펴보고자 한다.

1. 일원론-이원론적 구분법의 특징

국제법과 국내법의 관계에서 우리 헌법이 일원론을 취하고 있다는 점은 외관상 국제법의 국내적용을 위한 친화적 법체계를 갖고 있음을 일단 추정할 수 있게 한다. 그 이유는 대체적으로 일원론이 성질상 국제법에 ‘열려 있는 구조’이고, 이원론이 ‘닫혀 있는 구조’라는 법체계적 특성을 갖고 있기 때문이다.²⁶⁴⁾ 그리하여 우리 정부는 국제인권의 국내법적 효력과 적용에 관하여 국제무대에서 이를 뒷받침하는 입장을 표명하고 있다.²⁶⁵⁾ 이와

264) 이에 대해 조용환 변호사는 다음과 같이 말한다. “일반적인 조약에 관한 한 우리나라 사법부는 외교관의 눈에도 ”어찌 보면 과격적이라 할 만큼 조약에 대해 개방적인 태도“로 보일 정도로 조약상의 의무에 구속되고 성실하게 이행해야 한다는 점을 인식하고 있는 것으로 보인다.” 조용환, “조약의 국내법 수용에 관한 비판적 검토”, 헌정 60주년 기념 학술심포지엄, 『헌정 60주년과 인권보장』, 국가인권위원회·법과사회이론학회 (2008), 123쪽.

265) 예를 들어 「시민적·정치적권리규약」에 따른 제2차 정부보고서에서 “추가 입법조치가 필요 없이

같이 일원론적 법체계를 갖는 국가에서 국제법에 열린 구조를 갖는다고 보는 이유는, 이원론을 취하는 국가에서는 의회법절차로 일컬어지는 법령제정절차를 경유하여야 하지만, 일원론을 취하는 국가에서는 대체로 해당 국가가 비준·가입과 국내법상의 공포를 거치면 별도의 절차 없이 그 자체로서 공식적인 효력을 갖기 때문이다.²⁶⁶⁾

법실행의 측면에서 볼 때, 일원론 법체계의 국제법 친화성은 절대적이지 않다. Higgins는 일원론이 국제법의 국내적용에 친화적이라는 무비판적 이해를 경계하기 위하여 “(국제법과 국내법관계에 관하여) 현실세계의 답은 국제재판소이든 국내법원이든 관계없이 법원에 달려 있다”고 지적하였다.²⁶⁷⁾ 각국의 국내법체계와 국내법원의 현실을 보면, 일원론 체계가 일반규칙을 통해 조약의 국내법적 효력을 수락하더라도 그 수락의 범위는 상당히 다른 양상을 보여주고 있다. 그리고 이원론체계에서 조약이 국내법으로 승인되고 변형된 후에도 국내법체계 내에서 그 지위가 어떠한 지에 관한 문제는 또 다른 문제이다. 그 결과 각국의 국제법과 국내법 관계는 국가들마다 천양지차이고 일련의 스펙트럼을 이루고 있다고 보는 것이 현실에 부합한다. 그리고 그 이유는 다음과 같다.

첫 번째 이유는 국내법체계 내에서 국제법을 이행하는 방식을 국가들이 스스로 결정할 수 있는 재량을 갖고 있기 때문이다. 두 번째는 첫 번째의 조건 하에서 일원론으로 간주되는 국가들의 국내법원은 경우에 따라 활짝 열려 있는 문을 닫을 상황에 직면하고, 이원론에 속하는 국가들의 국내법원은 꼭 닫힌 문을 열려는 필요가 있을 때 이를 가능케 할 방안을 강구하면서 상이한 법체계에서 다양한 법리가 등장하게 되기 때문이다. 그 결과 일원론 국가들의 국내법원을 통해서는 국제법적용을 배제하거나 기피하는 법리가 활성화되고, 이원론 국가들에서는 국제법적용을 가능케 하는 법리가 개발되고 활용되는 것을 목도할 수 있게 된다. 이런 현실에서 볼 때, 우리나라 국내법원의 국제법적용법리들은 앞서 살펴본 실증적 사례에서 확인할 수 있듯이 일원론국가의 속성상 국제법적용에 열린 법리들이면서 동시에 그것을 가로막는 법리들이 혼재되어 있다.

국내법의 권원을 갖는다. 따라서 행정부와 법원은 자신의 권능을 행사함에 있어서 동 협약을 준수하여야 한다”고 밝혔다. UN Doc. CCPR/C/114/Add.1, para. 9. 다른 정부보고서도 마찬가지이다. UN Doc. CERD/C/253/Add.2, para. 8; CRC/C/15/Add.51, para. 7.

266) Benedetto Conforti, “National Courts and the International Law of Human Rights”, in Benedetto Conforti · Francesco Francioni (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (Martinus Nijhoff Publishers, 1997), p. 7; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (Oxford, 1998), pp. 47-49, 49-51.

267) R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Clarendon Press, 1994), p. 205.

2. 국제법의 법형태에 제약되는 국내법원

우리나라 국내법원은 국제법이 재판과정에 적용되기 위한 전제로서 국내법적 효력을 가져야 말하면서, 그 기준으로 국내 수용에 앞서 국제법적 구속력을 갖출 것,²⁶⁸⁾ 우리나라가 가입·비준한 조약만 국내법적 효력을 가진다는 것,²⁶⁹⁾ 가입·비준시 유보한 조항은 국내법적 효력을 가질 수 없다는 것²⁷⁰⁾을 판결 등을 통해 이미 1990년대에 공식화하였다.²⁷¹⁾ 이 공식은 2000년 이후에도 여전히 유효하며, 이를 집약적으로 보여주는 것은 최근 사례는 국가공무원법 제66조 제1항 등 위헌소원과 국가공무원법 제66조 제2항의 위헌 제청에 대한 헌법재판소의 결정이다.²⁷²⁾

당해 사건에서 헌법재판소는 “「세계인권선언」에 관하여 보면, ... 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준”으로 선언하는 의미는 있으나 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적 구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것으로 볼 것은 아니다(헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-426)”²⁷³⁾고 말하면서 국내 수용에 앞서 국제법적 구속력을 갖출 것을 재확인하였다. 또한 「시민적·정치적권리규약」 제22조에 대해서 “제22조는 우리의 국내법적인 수정의 필요에 따라 가입당시 유보되었기 때문에 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것도 아니다”²⁷⁴⁾라면서 유보조항의 국내법적 효력을 부인하였다. 그리고 일반적으로 승인된 국제법규인지의 판단에서는 “청구인이 드는 국제노동기구의 제87호 협약(결사의 자유 및 단결권 보장에 관한 협약), 제98호 협약(단결권 및 단체교섭권에 대한 원칙의 적용에 관한 협약), 제151호 협약(공공부문에서의 단결권 보호 및 고용조건의 결정을 위한 절차에 관한 협약)은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로, 이 사건 심판대상규정에 대한 위헌심사의 척도가 될 수 없다(헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 265; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50 등, 판례집 17-2, 238, 259 참조)”²⁷⁵⁾는 기존의 입장을 여전히 고수하고 있다. 뿐만 아니

268) 헌법재판소 1991. 7. 22. 89헌가106 결정.

269) 서울고등법원 1992. 2. 14. 선고 89구16296 판결.

270) 헌법재판소, 1998. 7. 16. 97헌바23 결정

271) 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석”, 『민주법학』, 통권 제17호 (2000), 167쪽

272) 헌법재판소 2007. 8. 30. 2003헌바51, 2005헌가5 (병합) 결정.

273) 위의 결정.

274) 위의 결정.

라 국제법의 해석과 적용에서 발전하는 해석례나 권고, 지침에 대해서도 “국제노동기구의 ‘결사의 자유위원회’나 국제연합의 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리위원회’ 및 경제협력개발기구(OECD)의 ‘노동조합자문위원회’ 등의 국제기구들이 우리나라에 대하여 가능한 한 빨리 모든 영역의 공무원들에게 노동3권을 보장할 것을 권고하고 있다고 하더라도 이를 위 법률조항의 위헌심사 척도로 삼을 수는 없다(헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50등, 판례집 17-2, 238, 259; 대법원 1993. 12. 24. 선고 93도1711 판결 참조)”²⁷⁶⁾고 밝힘으로써 당해 국제법의 국제법적 그리고 국내법적 법형태론에 따른 법효력의 유무관점(on/off view)에 입각한 접근방식을 고수하고 있는 것이 일반적이다.

3. 국내법원의 발전적 접근의 한계

국제규범의 법형태에 입각한 접근을 고수하는 국내법원이 이 문제를 전향적으로 해결한 사례가 없는 것은 아니다. 우리나라 최초의 의문사 사건으로 30년 동안 진상이 밝혀지지 않았던 최종길 교수 사망에 대한 손해배상청구소송사건에서 서울고등법원은 ‘국가의 소멸시효 주장이 신의칙에 반하는 것인지 여부’를 다루었는데, 이에 관한 논증과정에서 “... 인권범죄를 다루는 국제형사재판소는 고문 등 범죄에 대하여는 그 공소시효 적용을 배제하고 있으며 ..., 국제연합 인권이사회는 ... 중대한 침해에 대하여는 필요한 최장기간 동안 기소가 이루어져야 한다고 권고하는 등 반인도적 범죄, 전쟁범죄나 고문과 같은 중대한 인권침해에 관하여는 공소시효의 적용을 배제하는 것이 국제법의 일반원칙이다. 이와 같은 국제법적 원칙은 공소시효에 관한 논의이기는 하지만, 국가의 반인권적 범죄에 대한 민사상 소멸시효를 적용할 때에도 고려되어야 할 것이다”²⁷⁷⁾고 밝힌 바가 있다.

이 사건은 국제법의 국내법적 효력이 직접적으로 부여되지 않는다 하더라도 간접적으로 효력을 가질 수 있음을 보여준 전향적인 판결이지만, 아쉽게도 법무부가 상고를 포기함에 따라 대법원 판례로 확정되지 못하였다. 그 결과 동일한 성격의 다른 사건, 즉 1951년 거창양민학살에 대한 손해배상청구사건²⁷⁸⁾에서 대법원은 국가의 소멸시효완성 주장을 받아들여 위 사건과 반대의 결과를 내뿜었다.

275) 위의 결정.

276) 위의 결정.

277) 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2005나27906 판결.

278) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2004다33469 판결.

참고로 ‘고문범죄에 대한 공소시효 적용배제’가 국제관습법적으로 존재한다는 주장이 제기된 헌법소원 사건에서 헌법재판소는 “청구인들 주장의 국제관습법이 ‘국제사회의 보편적 규범으로서 세계 대다수 국가가 승인하고 있는 법규’라고 볼 근거가 없어, 헌법 제6조 제1항 소정의 ‘일반적으로 승인된 국제법규’로서 위 고소사실에 대하여 적용된다고 보기도 어렵다”고 보고 “결국 위 고소사실에 대하여 공소시효 적용이 배제되어야 한다는 청구인들의 주장은 이유 없[다]”²⁷⁹⁾면서 청구인의 주장을 각하하였다.

결국 우리나라 국내법원은 국제규범의 법형태론적 효력 유무관점을 확고하게 고수하고 있다. 그리하여 국제기구가 행한 권고·결의의 국내법적 효력에 관하여 우리나라가 회원국으로 참여하고 있는지에 관계없이 원칙적으로 그 효력을 배제하고 있고,²⁸⁰⁾ 국제연합 인권이사회가 채택한 견해와 권고의 국내법적 효력을 일관되게 부인하고 있다.²⁸¹⁾ 물론 헌법재판소 결정에서 개별의견의 논거로 인용되기도 하고, 하급법원에서 전향적으로 인용되기도 하였다. 그러나 법형태론적 효력 유무관점에 따라 항고심이나 대법원에서 다시 번복되어 왔다.²⁸²⁾

II. 인권 분야와 비인권 분야의 차별성

우리나라 국내법원에서 국제규범의 적용문제가 본격화된 시기는 1990년대 이후이다. 그 이유는 우리나라의 국내법원이 ‘국제법의 집행자로서 국내법원’의 역할을 전면적으로 요구받기 시작한 것과 밀접한 관련이 있다. 전통적으로 주권국가간 법률관계를 규율해온 국제법이 20세기 후반부터 국내관할권 영역에 침투하면서²⁸³⁾ 각국의 국내법원들은 국제법이 관련된 사건들에 직면하는 사례가 급증하게 되는데, 인권, 통상, 환경과 관련된 영역에서 분명하게 드러난다. 바로 이러한 영역의 국제법체계에 우리나라가 참여하기 시작한 1990년 이후부터²⁸⁴⁾ 우리나라 국내법원의 재판에서 국제법문제가 다루어지는 빈도가 상

279) 헌법재판소 2004. 12. 14. 선고 2004헌마889 결정.

280) 헌법재판소 1991. 7. 22. 선고 89헌가106 결정.

281) 대법원 1993. 12. 24. 선고, 93도1711 판결, 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결.

282) 양심적 병역거부 관련 사건에서 그 실례를 찾을 수 있는데, 1심의 폭넓은 국제법 수용 결과는 2심에서 번복된다. 서울남부지법 2004. 5. 21. 선고 2002고단3941 판결, 서울남부지법 2004. 9. 8. 선고 2004노591 판결.

283) J. Charney, “Universal International Law”, *AJIL*, vol. 87, 1993, p. 543.

284) 우리나라가 대부분의 핵심인권조약에 가입한 시기는 1990년대이고, 국제통상체계에 대한 전면적 참여는 「세계무역기구설립을 위한 마라케쉬협정」의 수락서를 기탁하고 국내에서 조약 제1265로서

대적으로 급증한다. 이런 배경과 현실에 비추어 지난 20여 년간 누적된 우리나라 국내법원의 국제규범 또는 국제기준의 적용법리를 주로 인권 분야를 중심으로 살펴보기로 한다. 다만, 필요한 범위 내에서는 비인권 분야도 함께 분석·평가하기로 한다.

1. 인권 분야 국제기준 적용의 소극성

국제법의 국내적용과 관련하여 사회적 관심이 집중되고 법리적 쟁점이 부각되는 범영역은 인권과 통상영역이다. 앞서 살펴본 우리나라 국내법원의 국제법관련 국내사례 중 인권관련 사례가 압도적인데서 알 수 있듯이, 국제인권은 국내법원에 새로운 사법적 환경을 조성하였고, 이에 상응하여 국내법관들은 새로운 법적 난제에 직면하게 되었다. 특히 「시민적·정치적권리규약」의 개인통보절차에 따른 견해에 의거하여 국가를 상대로 제기된 손해배상청구사건을 다루면서 대법원이 국제법적용론에 관한 세미나를 조직한 것은 실무계의 상황을 보여주는 좋은 사례이다.²⁸⁵⁾

지난 20여년의 시간은 국내법원이 국제인권관련 국제법적용의 일정한 경향성을 만들었지만, 그에 대한 사회적 반향은 그리 호의적이지 않다. 이재승 교수는 국제인권을 대하는 국내법관들을 비판하면서 국제인권법의 순례자라고 평가절하를 하였다. 그는 “미리 정해진 결론의 향배에 따라 국제인권법의 원용이나 논증이 매우 들쭉날쭉하다”면서 병역거부 문제와 관련하여 “무죄판결이나 병역법의 위헌성을 주장하는 쪽에서는 예외 없이 국제인권규약이나 국제연합인권위원회의 결의나 권고를 언급하고 적극적으로 수용하는 반면에, 양심적 병역거부자에 대하여 적대적인 결정을 내리는 경우에는 국제인권법을 전혀 거론하지 않거나 매우 형식적인 수준에서 수박 겉핥기식으로 지나간다”고 비판하였다.²⁸⁶⁾ 그런데 순례자는 최소한의 경의를 표하는 자세를 가지고 있기에 그의 비판적 인식을 담기에는 차라리 국제인권법을 눈요기하는 사람이라는 의미에서 국제인권법의 관광객이라고 부르는 것이 나올지도 모른다. 그러한 관광객은 관광지에서 필수품이 아니라 장식품을 사

발효된 때로부터 볼 수 있다.

285) ‘국제인권규약의 국내적 효력’이라는 주제에 대해, 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 비교법실무관계연구회 편, 『판례실무연구[III]』 (1999), 149-173쪽; 박기갑, “조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로”, 앞의 책, 174-195쪽; “제14회 토론요지”, 앞의 책, 197-208쪽; 유남석, “‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’의 직접적용가능성: 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결”, 앞의 책, 209-228쪽.

286) 이재승, “판례를 통해 본 양심적 병역거부”, 이석우 엮음, 『양심적 병역거부: 2005년 현실진단과 대안모색』 (사람생각, 2005), 74-75쪽.

는 습성이 있다.

2. 인권분야 국제기준 적용태도 분석·평가

인권분야 국제기준 적용의 문제점에 관한 분석으로 조용환 변호사의 견해를 살펴보면, 다음과 같다. 그는 국내법원의 사례를 ‘인권조약을 수용한 판례’와 ‘인권조약의 수용을 거부한 사례’로 대별한다.

우선 전자에 대해서는 기본적으로 국내법원이 당사자의 주장을 인용하는 주된 논거로 인권조약을 든 사례는 발견되지 않는다고 전제한 다음, 주된 논거를 뒷받침하는 부수적인 논거로 인권조약을 언급하는 사례가 늘어나고 있다고 평가한다. 그리고 그에 해당하는 사례로 명예훼손에 대해 사죄광고를 하도록 강제하는 것은 양심의 자유를 침해한다는 이유로 위헌이라고 선언한 헌법재판소의 결정²⁸⁷⁾, 규율을 위반하여 징벌을 받는 수형자의 권리를 과도한 제한하는 처분이 위헌이라고 선언한 헌법재판소의 결정²⁸⁸⁾, 군사법원법 제 242조 제1항 등에 대한 위헌 결정²⁸⁹⁾, 공무원 채용시험에서 제대군인에게 가산점을 부여하는 제도가 헌법에 위반된다는 결정²⁹⁰⁾, 종중원에서 여성을 배제하는 종중규약이 양성평등을 규정한 헌법에 위반된다는 대법원 판결²⁹¹⁾, 외국인노동자의 산업기술연수생 도입시 국적에 따른 차별문제를 다룬 헌법재판소 결정²⁹²⁾을 들고 있다. 그리고 인권조약 대신 인권조약의 의미를 해석하는 기준 내지 참고자료가 될 수 있는 국제연합의 인권기준을 부수적인 근거로 들면서 위헌결정을 한 사례로, 변호인의 조력을 받을 권리를 다룬 헌법재판소 결정²⁹³⁾과 재판시 피고인의 재소자용 수의착용을 위헌이라고 한 헌법재판소 결정²⁹⁴⁾을 예시하고 있다.

그리고 후자에 대해서는 4가지로 유형화하여 분석·설명하고 있다. 첫째, ‘인권조약 적용 주장에 대해 판단하지 않은 사례’로서는 보안관찰법을 다룬 사건²⁹⁵⁾, 재소자에 대한 언론

287) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정.

288) 헌법재판소 2004. 12. 16. 선고 2002헌마478 결정.

289) 헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2002헌마193 결정.

290) 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마 363 결정.

291) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 판결.

292) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2004헌마670 결정.

293) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정.

294) 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 97헌마137 결정.

매체 구독 금지를 다룬 사건²⁹⁶⁾, 국가보안법 제7조를 다룬 사건²⁹⁷⁾, 양심적 병역거부를 다룬 사건²⁹⁸⁾ 등을 들고 있다. 둘째, ‘근거를 제시하지 않고 인권조약 적용을 배척한 사례’로서는 형법 제314조의 업무방해죄를 다룬 사건²⁹⁹⁾ 등을 들고 있다. 셋째, ‘쟁점의 회피와 조약기구의 해석 무시’로서는 국가보안법 관련 사건³⁰⁰⁾, 공무원의 노동운동을 금지한 국가공무원법의 위헌 여부를 다룬 사건³⁰¹⁾ 등을 들고 있다. 넷째, ‘인권조약의 내용에 대한 불충분한 논증’으로서는 사립학교 교직원 노동조합 금지문제를 다룬 사건³⁰²⁾, 지방공무원 노동운동 금지문제를 다룬 사건³⁰³⁾, 국가공무원 노동운동 금지문제를 다룬 사건³⁰⁴⁾ 등을 들고 있다.

국제인권을 그저 외래법으로 바라보는 국내법원의 태도에 대한 실망이 충격으로 바뀐 것은 통상 관련 사건에 대한 판결이 나온 후이다. 마라케쉬협정을 근거로 한 형사처벌에 관한 헌법재판소 결정³⁰⁵⁾과 전라북도 도의회의 우리농산물 급식조례에 관한 대법원 판결³⁰⁶⁾은 큰 충격으로 다가왔다. 이에 대해 조용환 변호사는 “인권조약의 국내 적용에 대해서는 매우 소극적인 태도로 일관하는 사법부가 세계무역기구협정이나 GATT협정과 같은 경제 영역의 조약을 국내에 적용하는 문제에 대해서는 ‘파격적으로’ 개방하는 모습을 일관된 논리로 설명하는 것은 매우 어려워 보인다. 결국 조약에 대해서도 이중기준이 적용되고 있다고 할 수밖에 없다”³⁰⁷⁾고 비판하고 있다.³⁰⁸⁾

295) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98두16620 판결.

296) 헌법재판소 1998. 10. 29. 선고 98 헌마 4 결정.

297) 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 99헌바27·51(병합) 결정.

298) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정.

299) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바23 결정.

300) 대법원 1993. 12. 24. 선고 93도1711 판결.

301) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51 결정.

302) 헌법재판소 1991. 7. 22. 89헌가106 결정.

303) 헌법재판소 2005. 10. 27. 2003헌바50 결정.

304) 헌법재판소 2007. 8. 30. 선고 2003헌바51 결정.

305) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바65 결정.

306) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결.

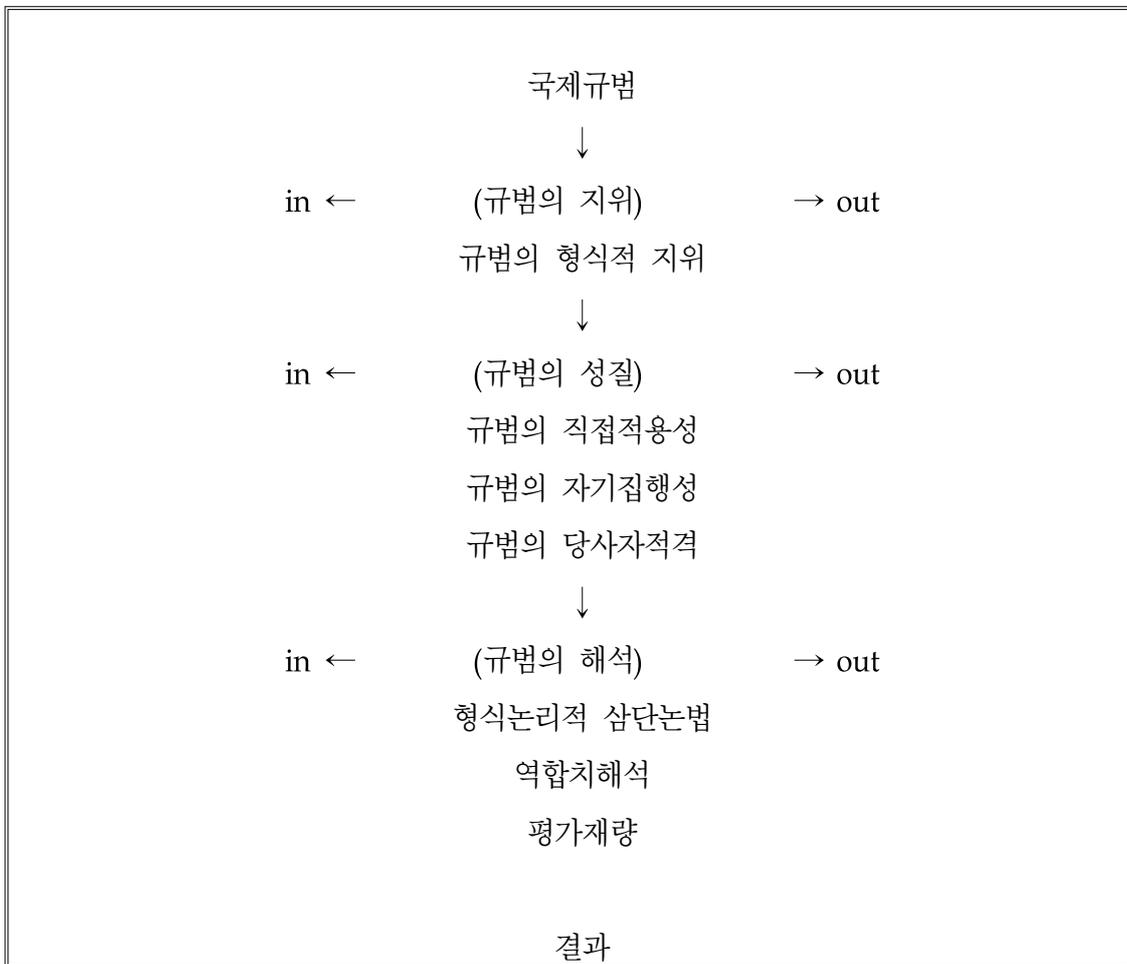
307) 조용환, “조약의 국내법 수용에 관한 비판적 검토”, 헌정 60주년 기념 학술심포지엄, 『헌정 60주년과 인권보장』, 국가인권위원회·법과사회이론학회 (2008), 122쪽.

308) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결이 끼친 파장은 매우 컸다. 이 판결에 대한 평석이 다수 나왔다. 장승화, “WTO협정에 위반된 지방의회 조례의 효력”, 2005년 한국국제경제법학회 동계학술대회 발제문 (2005년 12월 15일); 주진열, “GATT/WTO협정에 위반된 지방자치단체 조례안의

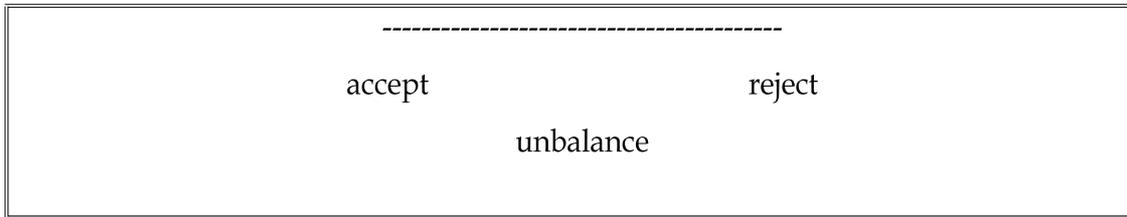
과연 인권과 통상에서 보여주는 국제기준 적용에 대한 상이한 태도와 적용법리에 대한 이중적 태도를 어떻게 설명할 것인가라는 난제가 등장한다. 이에 대해서는 장을 달리 하여 분석하기로 한다.

III. 국제기준 적용법리의 유형과 실태

위에서 살펴본 적용태도에 관한 현상적 분석에 추가하여 이를 다루는 우리나라 국내법원의 국제규범 적용법리 차원에서 분석하면 재판과정상 단계별로 다양하게 구사되고 있다. 우리나라 국내법원의 국제규범 관련 적용 여부 검토 및 적용 순서의 흐름도는 다음과 같다.



효력: 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결, 『서울국제법연구』, 통권 제23호 (2005), 21-48쪽; 김태호, “경제행정의 세계화-행정의 통제규범으로서 WTO협정?: 대법원 2005. 9. 7. 선고, 2004추 10 판결의 평석을 곁하여”, 『서울대학교 법학』, 제46권 제4호 (2005), 312-348쪽; 박노형, “한국 법원의 국제법 수용: WTO협정의 직접효력 문제”, 『저스티스』, 통권 제92호 (2006), 451-463쪽.



이를 구체적으로 분석하고 평가하면, 다음과 같다.

1. 단계별 적용법리의 유형과 실태

우리나라 국내법원의 국제규범 적용법리 차원에서 분석하면, 재판과정상 단계별로 구사되는 적용법리가 다음의 세 가지로 유형화될 수 있다. 첫 번째는 당해 국제규범의 국내법적 효력의 문제이고, 두 번째는 당해 국제규범의 법적 성질이고, 세 번째는 당해 국제규범의 해석이다.

1단계인 국제규범의 국내법적 효력문제는 규범의 법형식적 지위영역에 해당한다. 이 단계에서 국내법원은 그 적용기준으로서 국제법적 효력과 국내법적 효력을 갖춘 법적 구속력 있는 규범인지 여부를 검토한다. 이를 충족할 경우에는 일단 다음 단계의 적용절차에 들어가게 되고, 그렇지 않는 경우, 즉 '법적 구속력 없는 문서', '미비준·가입문서', 국제관습법적 미확립' 등의 경우에는 적용이 배제된다. 특히 국제인권기준 적용문제가 거론된 대부분의 사건들은 이 단계에서 그 적용이 배제된다. 이에 해당하는 대표적인 사례로는 국가공무원법 제66조 제1항 등 위헌소원과 국가공무원법 제66조 제2항의 위헌제청에 대한 헌법재판소 결정³⁰⁹⁾, 불기소처분취소에 관한 헌법소원에 대한 헌법재판소 결정³¹⁰⁾, 구 형법 제314조 위헌소원³¹¹⁾ 등이 있고, 이외에 상당수의 국제인권 관련 사례들이 이에 속한다. 이와 같은 엄격한 법형식적 접근대로라면, 국제법의 국내적용절차를 애초부터 통과하지 못하였을 이례적인 사례가 있다. 그것은 최종길 교수 사망에 대한 손해배상청구사건에 관한 서울고등법원 판결³¹²⁾이다. 이 사건은 1단계에서 우리나라 국내법원이 통상적으로 견지하고 있는 잣대의 엄격성이 경우에 따라서는 절대적이지 않을 수 있음을 보여주

309) 헌법재판소 2007. 8. 30. 2003헌바51, 2005헌가5 (병합) 결정.

310) 헌법재판소 2004. 12. 14. 선고 2004헌마889 결정.

311) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌마23 결정.

312) 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2005나27906 판결.

는 좋은 예가 될 수 있다.

2단계인 국제규범의 법적 성질은 당해 규범이 국내법원의 재판과정에서 재판의 준칙으로 적용될 수 있는 법적 성질 또는 당사자의 제소적격이 인정됨으로써 재판이 이루어질 수 있는지에 관한 적격성 여부에 해당한다. 이 단계에서 국내법원이 채택하고 있는 적용 기준은 당해 규범의 자기집행성, 직접적용성, 직접효력을 갖추고 있는지와 이로부터 주관적 공권성이 부여되고 그에 따라 당사자적격성을 갖추고 있는지를 평가하게 된다. 바로 이 잣대가 인권과 비인권에서 법원이 이중적 태도를 보여준 것으로 비판받고 있는데, 자기집행성, 주관적 공권성, 당사자적격성의 부재를 근거로 청구를 기각된 손종규의 국가를 상대로 한 손해배상청구사건에 관한 대법원 판결³¹³⁾이 대표적인 예이다. 이에 반해 조약의 직접효력을 인정하고 직접적용한 대표적인 예로 마라케쉬협정을 근거로 한 형사처벌에 관한 헌법재판소 결정³¹⁴⁾과 전라북도 도의회의 우리농산물 급식조례에 관한 대법원 판결³¹⁵⁾이 있다.

3단계인 국제규범의 해석문제는 해당 규범이 당해 사건에 적용되기 위한 최종단계에 해당된다. 즉, 해당규범이 제1단계와 제2단계의 관문을 통과한 이후 적용을 위한 마지막 단계로 해석문제가 다루어지는 것이다. 국내법원에서 원용 또는 검토되는 국제규범이 통상 조약상 규범이라는 점을 고려할 때, 국내법원의 법관들에 의한 해석은 국제법적 해석 규칙, 즉 조약법에 관한 비엔나협약상 해석규칙에 따라야 하고, 그것은 당사국의 국제법적 의무이다. 그러나 조약의 해석과 적용은 각국 국내법원에 의해 독자적인 해석실행을 보여주고 있다. 우리나라 국내법원의 해석기법은 장을 바꿔 분석·설명하기로 한다.

2. 국제규범 해석기법의 특성

우리나라 국내법원은 국제규범의 해석시 일정한 해석기법을 활용하고 있는 바, 삼단논법해석, 합치해석, 평가재량 등에 의거한 해석을 적용하여 왔다. 그런데 이 기법은 국내법적 효력과 국내적용의 성질을 갖는 상당수 국제규범의 적용이 국내재판절차에서 실질적으로 배제되는 방식으로 활용되어 온 바, 가장 대표적인 사례로 '구형법 제314조 위헌 소원' 사건이 있다.³¹⁶⁾ 당해 사건에서 헌법재판소는 "1966년 제21회 국제연합(UN) 총회

313) 서울고등법원 1996. 11. 15. 선고 96나27512 판결.

314) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바65 결정.

315) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2004추10 판결.

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

이 사건에 적용된 해석기법은 가장 기본적인 법해석기법인 삼단논법에 해당하는 바, 삼단논법 구체적 구사는 다음과 같다. 헌법을 ‘A’라고 하고, 국내법령을 ‘B’라고 하고, 조약을 ‘C’라고 한 다음, ‘>’는 법규범적 상위관계를 의미하고, ‘C’ 또는 ‘⊃’은 열리지 않은 쪽이 열린 쪽에 합치된다는 것을 의미하고, ‘=’이 규범내용의 동일성을 의미하는 것으로 가정하고 설명하도록 한다. 우리나라 국내법원의 논증과정을 보면, 우선(1단계) $A > B$ 이고 $A \supset B$ 이다. 다음으로(2단계) $A = C$ 이다. 따라서 결론(3단계) $C \supset B$ 이라는 것이다. 즉 해당 국내법령은 해당 조약에 합치된다는 것이다. 이와 같이 국제인권 해석시 국내법원이 활용하는 삼단논법 구사는 다음과 오류가 있다. 2)에서 $A = C$ 일수도 있으나, $A \neq C$ 일 수 있다. 만일 $A \neq C$ 인 경우에는 $C \not\supset B$ 라는 결론이 나온다. 이와 같은 오류 발생의 원인은 국내법원이 재판과정에서 $A = C$ 인지 $A \neq C$ 인지에 대한 논증을 하지 않지 않거나 생략하기 때문이다. 국내법원이 실제 활용하는 삼단논법은 국내법의 국제법합치해석이 아니라 국제법의 국내법합치해석에 해당되는 바, 이것은 해석을 통한 국제법의 국내적용, 즉 합치해석의 전형이 아니라 변형된 또는 역전된 합치해석으로서 국제규범이 국내법의 해석을 통해 들어올 수 있는 길을 차단하는 결과를 낳고 있다.

위와는 달리 전형적인 합치해석을 통해 국제기준이 적용된 사례가 다수 존재한다. 지금까지 우리나라 국내법원이 재판과정에서 국제인권기준을 수용할 경우, 바로 이 방식에 의거하여 왔다. 이에 해당하는 중요한 사례들을 일람하면, 다음과 같다.

- 민법 제764조의 위헌여부에 관한 헌법재판소 결정³¹⁷⁾
- 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 헌법재판소 결정³¹⁸⁾

316) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌마23 결정.

317) 헌법재판소 1991. 4. 1. 선고 89헌마160 결정.

318) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정.

- 재소자용 수의 착용처분 위헌확인 에 관한 헌법재판소 결정³¹⁹⁾
- 제대군인지원에관한법률 제8조 제1항 등 위헌확인 에 관한 헌법재판소 결정³²⁰⁾
- 군사법원법 제242조 제1항 등 위헌확인 에 관한 헌법재판소 결정³²¹⁾
- 변호인의 조력을 받을 권리 등 침해 위헌확인 에 관한 헌법재판소 결정³²²⁾
- 접견불허처분 등 위헌확인 에 관한 헌법재판소 결정³²³⁾
- 수감 및 포승 시용 위헌 확인 에 관한 헌법재판소 결정³²⁴⁾
- 종회회원 확인 에 관한 대법원 판결³²⁵⁾
- 최종길 교수 사망 에 대한 손해배상청구사건 에 관한 서울고등법원 판결³²⁶⁾
- 국가보안법 사건 에 관한 대전지방법원 판결³²⁷⁾
- 양심적 병역거부 에 관한 서울남부지방법원 판결³²⁸⁾

위 사건들의 공통점은 첫째 국제인권기준을 인용하였다는 점이고, 둘째 국제인권기준에 따라 국내법을 해석하여 적용하였다는 점이다. 즉 국내법을 국제기준에 합치되게 해석하여 적용한 것, 즉 국내법의 국제법합치해석에 의한 국내적용을 한 것이다. 그리고 이 기법은 국내재판과정에서 국내법원의 국제인권기준 수용의 유력한 방식임을 보여주고 있다. 이 기법의 활용에서 주목해야 할 것은 다른 국제인권 관련 사건에서 국제인권기준의 적용을 배제하는 두 개의 관문, 즉 국제법 및 국내법적 효력, 국내법적 적용의 성질이라는 요건을 흠결한 경우에도 적용된다는 점이다. 예컨대 변호인의 조력을 받을 권리에 관한 헌법재판소의 결정³²⁹⁾에서 우리 헌법 제12조 제4항의 ‘변호인의 조력을 받을 권리’를 해석하면서 국제연합 결의인 ‘모든 형태의 구금 또는 수감상태에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙’을 인용하였고, 재소자용 수의 착용처분 위헌확인 에 관한 헌법재판소 결

319) 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 97헌마137 결정.

320) 헌법재판소 1999. 12. 23. 선고 98헌마363 결정.

321) 헌법재판소 2003. 11. 27. 선고 2002헌마193 결정.

322) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2000헌마138 결정.

323) 헌법재판소 2004. 12. 16. 선고 2002헌마478 결정.

324) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2001헌마728 결정.

325) 대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 판결.

326) 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2005나27906 판결.

327) 대전지방법원 1999. 4. 1. 선고 98고합532 판결.

328) 서울남부지법 2004. 5. 21. 선고 2002고단3941 판결, 서울남부지법 2004. 9. 8. 선고 2004노591 판결.

329) 헌법재판소 1992. 1. 28. 선고 91헌마111 결정.

정³³⁰)과 수갑 및 포승 시용 위헌 확인에 관한 헌법재판소 결정³³¹)에서는 1955년 국제연합 범죄방지 및 범죄자처우 회의에서 채택한 ‘피구금자 처우에 관한 최저기준규칙’을 참조인용하였고, 최종길 교수 사망에 대한 손해배상청구사건에 관한 서울고등법원 판결³³²)에서는 고문행위 관련 사건에 대한 시효부적용문제에서 기존의 헌법재판소의 결정과는 달리 이를 적극 수용하는 태도를 보였다.

3. 적용법리의 구조와 체계

앞서 살펴본 국제인권을 포함하여 국제기준의 적용과 관련된 우리나라 국내법원의 사례를 개별적으로 정리하고, 이를 기초로 적용의 태도와 법리를 유형화하여 분석한 결과 우리나라 국내법원이 국내재판과정에서 국제기준의 적용문제를 어떠한 순서와 기준에 따라 다루는지를 도식화하면, 다음과 같이 정리될 수 있다.

검토단계	국제기준 부적용시 활용법리	국제기준 적용시 활용법리	
규범의 형식적 지위	<ul style="list-style-type: none"> · 법적 구속력 없는 문서 · 미비준·가입문서 · 국제관습법적 미확립 	<ul style="list-style-type: none"> · 법적 구속력 있는 문서 · 비준·가입문서 · 국제관습법적 확립 	
규범의 성질	<ul style="list-style-type: none"> · 비자기집행성 · 당사자부적격 · 주관적 공권성 부재 	<ul style="list-style-type: none"> · 자기집행성 · 직접적용성 	
해석방식	<ul style="list-style-type: none"> · 국제인권 해석의 삼단논법 · 국제법역합치해석 (준용기법, mutatis mutantis) · 평가재량(특수성) 		<ul style="list-style-type: none"> · 국제법합치해석 · 비교법적검토·반영 · 국제기준참고
기타	<ul style="list-style-type: none"> · 편향적 발췌기법 		

330) 헌법재판소 1999. 5. 27. 선고 97헌마137 결정

331) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 2001헌마728 결정

332) 서울고등법원 2006. 2. 14. 선고 2005나27906 판결

제4장 한국법원의 국제인권기준 적용의 조건과 방법

제1절 국제인권기준 적용의 기반 조성

제2절 국제인권기준의 해석과 적용

제4장 한국법원의 국제인권기준 적용의 조건과 방법

제1절 국제인권기준 적용의 기반 조성

I. 규범적 기반의 조성

국제인권기준은 법형태론상 법적 구속력이 있는 형태와 그렇지 않은 형태로 존재한다. 그 중 법적 구속력이 있는 국제인권법의 주된 연원은 조약 또는 국제관습법의 형태로 존재하고 있다. 조약에 대해서는 각국이 자발적이고 능동적으로 참여할 수 있다. 국제관습법은 각국의 국가의사 또는 동의에 의거하지 않고도 구속력을 가질 수 있다. 현존하는 인권 분야 국제관습법은 법적 구속력이 없는 국제인권법문서가 국가관행과 국제사회의 법적 확신에 의해 관습법적 지위를 가지게 되는 특징이 있다.³³³⁾ 「세계인권선언」이 그 대표적인 예다.³³⁴⁾ 이와 같은 법적 구속력이 있는 국제인권기준은 국가의사에 근거하지 않고도 개별 국가들에 대해 효력을 가질 수 있지만, 개별 국가의 능동적인 조치, 즉 현존하는 인권조약에 비준·가입함으로써 자발적으로 참여할 수 있다. 따라서 국제인권기준의 국내사법적용의 기본적 여건은 우리나라가 인권조약에 비준·가입하는 것이고, 이에 의거하여 우리나라에 수용·적용될 수 있다. 이하에서는 국내법원의 국제인권기준 적용을 위한 기본조건으로서 우리나라의 인권조약 비준·가입의 의의와 현황 및 과제를 살펴보기로 한다.

333) 국제인권법에 국한하지 않고 국제관습법에 해당하는 경우를 살펴보면, 불문의 형태로 존재하는 법규로는 포로의 살해금지과 인도적 취급 또는 약탈금지 등의 전시국제법상의 일반원칙, 외교사절의 대우에 관한 일반원칙, 조약은 준수되어야 한다는 원칙(*pacta sunt servanda*) 등이 있으며, 성문의 형태로 존재하는 것으로는 집단학살(genocide)의 금지규정, 부전조약, 포로에 관한 제네바협정 등이 있다.(계희열, 「헌법학(상)」 (박영사, 1995), 167쪽. ; 홍성방, 「헌법 I」 (현암사, 1999), 148쪽)

334) 「세계인권선언」은 채택 이후 선언의 권위가 광범위하게 인정되면서, 국제법문서로서 「세계인권선언」이 조약은 아니지만 그 개별적 조항들은 새로운 국제관습법규의 구현에 이르렀다고 보고 있다.(Robert Jennings & Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th, vol. I (Longman, 1992), pp. 1003-1004.)

1. 인권조약 비준가입의 의의

인권조약은 국가가 국제법에 따라 준수해야 할 인권의무, 즉 인권을 존중하고 보호하고 충족시켜야 할 의무를 규정하고 있다. 이 의무의 수락은 국제인권조약의 비준·가입을 통해 달성되고, 정부는 조약상 의무와 양립하는 국내입법 등을 포함하는 조치를 취하겠다는 법적 약속을 하는 것이다.

우리나라가 인권조약을 비준·가입한다는 것은 두 가지 의미를 갖는다. 하나는 우리나라가 비준·가입한 조약이 국내법질서에서 유효한 법규범이 된다는 것이다. 「대한민국헌법」 제6조 제1항은 헌법에 따라 체결·공포된 자동적으로 국내법질서에 수용된다.³³⁵⁾ 일정한 인권조약은 국내법원에서 직접 적용되거나 별도의 절차 없이 자동적으로 집행될 수 있다.³³⁶⁾ 자기집행성이 없는 조약이더라도 비자기집행적 법률이 법인 것과 마찬가지로 비자기집행적인 조약 역시 법이기에 국내법질서에서 법의 공식적 연원이 된다.³³⁷⁾ 다른 하나는 인권증진과 보호에 관한 법적 의무가 국제법적으로 발생하는 것이다. 「시민적·정치적 권리규약」 제2조는 그 의무의 예를 보여준다. 첫째, 국내법체계 내에서 규약의 이행을 위한 입법 또는 기타 조치가 취해져야 한다. 둘째, 권리와 자유가 침해받은 사람들이 효과적인 구제를 제공받아야 한다. 셋째, 사법·행정·입법 또는 기타 권한 있는 당국을 통한 구제를 선택할 수 있도록 해야 한다. 넷째, 권한 있는 당국에 의해 구제가 집행되어야 한다.³³⁸⁾ 이러한 국제법적 의무의 국내이행은 국내인권수준을 향상시킬 수 있는 중요한 단초가 된다.³³⁹⁾

인권조약 비준·가입은 해당 국가의 인권개선을 담보하는 법적 토대이다. 또한 국제인권 기준의 국내사법적용의 법적 근거이다. 따라서 여기서는 우리나라의 인권조약 비준·가입

335) 성재호, “국제조약과 국내법의 관계에 관한 실태적 고찰”, 『국제법평론』, 통권 제21호 (2005), 44-45쪽.

336) 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 『국제법평론』, 통권 제20호 (2004), 27-38쪽.

337) T. Buergenthal, “Self-Executing and Non-self-Executing Treaties in National and International Law”, *Recueil des Cours [de l'Académie de Droit International de La Haye]*, vol. 235, 1992-IV, p. 318.

338) Scott N. Carlson and Gregory Gisvold, *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights* (Transnational Publishers, 2003), pp. 17-20.

339) Louis B. Sohn, “Human Rights: Their Implementation and Supervision by the United Nations”, in Theodor Meron (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (Clarendon Press, 1984), p. 370.

문제를 분석하고자 한다. 이를 위해 우선 분석 대상 인권조약의 범위를 특정하고, 우리나라의 인권조약 비준·가입의 현황과 실태를 양적인 측면과 질적인 측면으로 나눠 살펴보고, 향후 우리나라의 인권조약체계 참여확대의 가능성을 진단할 것이다.

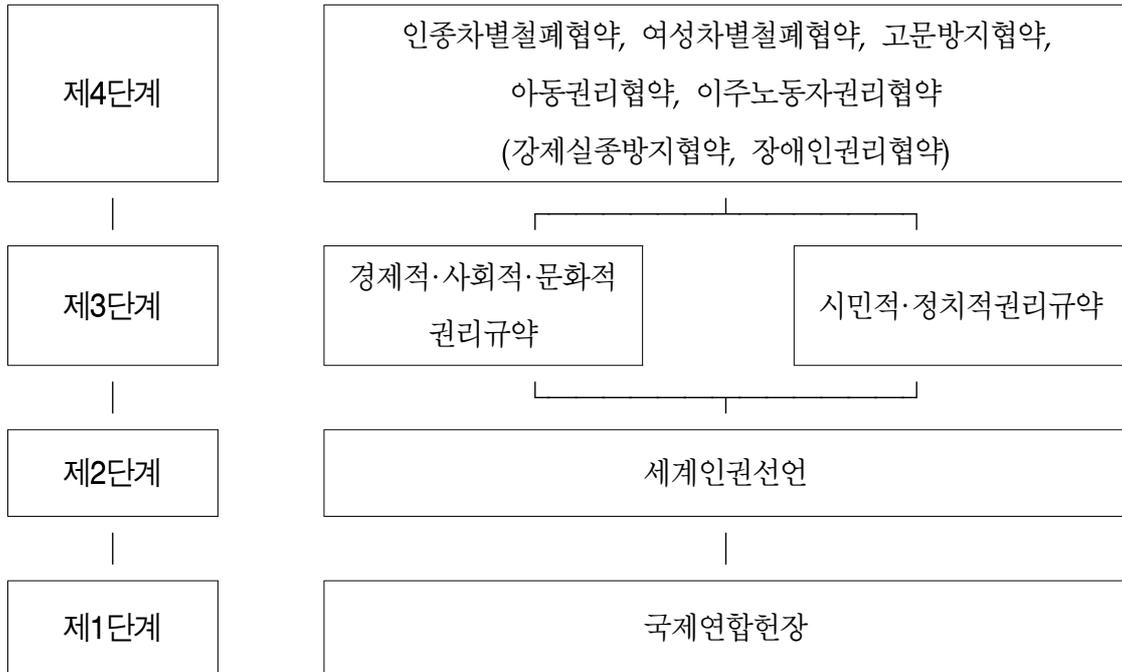
2. 국제연합 인권조약체계의 구조

국제연합 중심의 국제인권조약체계는 시간의 경과를 거치면서 규범체계를 단계적으로 발전시켜왔다. 1단계는 「국제연합헌장」이다. 헌장에 명시된 인권조항은 제1조 제3항, 제55조와 제56조이고, 이 조항에는 인권보호라는 일반적인 목적과 대상, 의무가 명시되어 있을 뿐이고, 준수하여야 할 세부적 인권기준은 없다.³⁴⁰⁾ 인권기준의 구체화는 제2단계에서 실현된다. 최초의 국제인권문서인 「세계인권선언」은 시민적·정치적 권리와 경제적·사회적·문화적 권리를 포함하는 보편적이고 포괄적인 국제인권의 마그나 카르타로 자리매김이 된다. 권고적 성질을 갖는 「세계인권선언」에 담겨 있는 경제적·사회적·문화적 권리와 시민적·정치적 권리는 이후 제3단계에서 「경제적·사회적·문화적권리규약」과 「시민적·정치적권리규약」이 채택됨에 따라 실정국제법으로 정립된다. 그리하여 국제인권기준은 「세계인권선언」, 「경제적·사회적·문화적권리규약」과 「시민적·정치적권리규약」으로 구성된 ‘국제권리장전’을 통해 모든 인권을 포괄할 수 있는 실체법적 규범체계를 구축하게 되었다. 이후 제4단계에서 인권기준의 추가정립은 ‘국제권리장전’을 구성하는 구체적 특정 인권을 보다 강화하는 특정 목적을 가진 인권조약, 즉 특정 집단의 인권증진과 보호에 관한 조약과 가증스런 특정 실행의 금지에 관한 조약의 채택으로 나타난다.³⁴¹⁾ 「인종차별철폐협약」, 「여성차별철폐협약」, 「고문방지협약」, 「아동권리협약」, 「이주노동자권리협약」이 그것이다. 여기에 미발효 상태인 「강제실종방지협약」과 「장애인권리협약」이 추가될 수 있다.

이렇게 제3단계와 제4단계를 구성하는 7대 주요 인권조약(미발효 조약 포함시 9대 주요 인권조약)은 헌장체계와 구분되는 별도의 ‘인권조약체계’(Human Rights Treaty System)를 이룬다. 이와 같이 순차적 단계를 거쳐 확립된 규범구조를 일컬어 H. Steiner/ P. Alston/ R. Goodman은 국제연합인권체계의 ‘4단계규범구조’(four-tiered normative edifice)라고 부른다.³⁴²⁾ 이를 도표화하면, 다음과 같다.³⁴³⁾

340) 마이클 프리먼 (김철호 옮김), 『인권 이론과 실천』(원제: Human Rights: An interdisciplinary approach, Polity Press, 2002) (아르케, 2005), 54-55쪽.

341) Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human Rights in the Administration of Justice* (United Nations, 2003), p. 28.



국제연합인권고등판무관실은 국제연합 중심의 인권조약체계에 대한 H. Steiner/ P. Alston/ R. Goodman의 분류와는 다른 차원에서 별도의 구분 및 유형화의 실행을 하고 있다. 인권고등판무관실은 크게 국제법, 핵심 국제인권문서, 보편적 인권문서로 구분한다.³⁴⁴⁾ 그 문서들의 법적 지위는 다양하지만, 그 중에서 법적 구속력이 있는 인권문서의 내역은 다음과 같다.

분류	인권조약	
국제법	국제연합헌장	
	국제인권장전	○ 세계인권선언 (비조약)

342) Henry J. Steiner, Philip Alston & Ryan Goodman, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 3rd. ed. (Oxford University Press, 2008), pp. 137-138.

343) H. Steiner/ P. Alston/ R. Goodman은 4단계의 인권조약 속에 「집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약」(이하에서는 「집단살해방지협약」이라고 함)을 포함시키는 대신 「이주노동자권리협약」을 적시하고 있지 않았고, 미발효상태인 「강제실종방지협약」과 「장애인권리협약」 역시 포괄하고 있지 않다. Henry J. Steiner, Philip Alston & Ryan Goodman, *op cit.*, p. 138.

344) Office of the High Commissioner for Human Rights, Home > International Law, <http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm>, 2008.03.18 검색.

		<ul style="list-style-type: none"> ○ 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 ○ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 ○ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서 ○ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서
핵심 국제인권 문서		<ul style="list-style-type: none"> ○ 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 ○ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 ○ 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 ○ 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약 ○ 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 ○ 아동의 권리에 관한 협약 ○ 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약 ○ 모든 사람을 강제실종으로부터 보호하기 위한 국제협약 (미발효) ○ 장애인의 권리에 관한 협약 (미발효) ○ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서 ○ 사형의 폐지를 목표로 하는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2 선택의정서 ○ 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 선택의정서 ○ 아동의 무력충돌 참여에 관한 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서 ○ 아동매매·아동성매매 및 아동음란물에 관한 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서 ○ 고문 및 그 밖의 잔혹한 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 선택의정서 ○ 장애인의 권리에 관한 협약 선택의정서 (미발효)
보편적 인권문서	세계인권회의 및 새천 년회의	
	자결의 권리	○ 용병 모집, 사용, 자금조달 및 훈련에 반대하는 국제협약
	선주민과 소수집단의	○ 독립국가의 원주민 및 부족민에 관한 협약(국제노

권리	동기구 169호 협약)
차별의 금지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 동일가치 근로에 대한 남녀근로자의 동등보수에 관한 협약(국제노동기구 100호 협약) ○ 고용 및 직업에 있어서 차별대우에 관한 협약(국제노동기구 111호 협약) ○ 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 ○ 교육상의 차별금지 협약 ○ 교육상의 차별금지 협약 당사국간에 발생하는 분쟁해결을 위한 조정 및 주선위원회 설치에 관한 의정서
여성의 권리	<ul style="list-style-type: none"> ○ 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약 ○ 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 선택의정서
아동의 권리	<ul style="list-style-type: none"> ○ 아동의 권리에 관한 협약 ○ 아동의 무력충돌 참여에 관한 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서 ○ 아동매매·아동성매매 및 아동음란물에 관한 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서 ○ 취업의 최저연령에 관한 협약(국제노동기구 138호 협약) ○ 가혹한 형태의 아동노동 철폐에 관한 협약(국제노동기구 182호 협약)
노인의 권리	
장애인의 권리	
사법행정상 인권	<ul style="list-style-type: none"> ○ 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 ○ 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 선택의정서

	<ul style="list-style-type: none"> ○ 모든 사람을 강제실종으로부터 보호하기 위한 국제협약
사회복지, 진보 및 발전	
인권의 증진과 보호	
결혼	<ul style="list-style-type: none"> ○ 혼인의 동의, 혼인을 위한 최소연령 및 혼인신고에 관한 협약
건강에 대한 권리	
노동과 공정한 고용조건에 대한 권리	<ul style="list-style-type: none"> ○ 고용정책에 관한 협약(국제노동기구 122호 협약)
결사의 자유	<ul style="list-style-type: none"> ○ 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(국제노동기구 87호 협약) ○ 단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약(국제노동기구 98호 협약)
노예, 유사노예실행과 강제노동	<ul style="list-style-type: none"> ○ 노예협약 ○ 1926년 9월 25일 제네바에서 서명된 노예협약 수정의정서 ○ 노예폐지, 노예무역, 유사노예 실행과 제도에 관한 보완적 협약 ○ 강제근로에 관한 협약(국제노동기구 29호 협약) ○ 강제근로의 폐지에 관한 협약(국제노동기구 105호 협약) ○ 인신매매 금지 및 타인의 성매매 행위에 의한 착취 금지에 관한 협약 ○ 다국적 조직 범죄에 대항하는 UN 조약을 보완하는 여성과 아동의 인신매매 방지, 억제, 및 처벌에 관한 의정서

	이주자의 권리	<ul style="list-style-type: none"> ○ 모든 이주노동자와 그들의 가족구성원의 권리보호에 관한 국제협약 ○ 다국적 조직 범죄에 대항하는 UN 조약을 보완하는 육지, 해양 그리고 항공에 의한 밀입국 이주자에 대항하는 의정서
	국적, 무국적, 비호 및 난민	<ul style="list-style-type: none"> ○ 무국적자의 감소에 관한 협약 ○ 무국적자 지위에 관한 협정 ○ 난민의 지위에 관한 협정 ○ 난민의 지위에 관한 의정서
	전범과 집단살해를 포함하는 반인도적 범죄	<ul style="list-style-type: none"> ○ 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 ○ 전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약 ○ 국제형사재판소에 관한 로마규정
	인도법	<ul style="list-style-type: none"> ○ 포로의 대우에 관한 제네바 협약 ○ 전시에 있어서의 민간인의 보호에 관한 제네바협약 ○ 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서 ○ 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 비국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서

위의 두 가지 체계 분석을 종합하면, 국제연합 중심의 인권조약체계는 이 글의 목적상 기본적으로 핵심 인권조약군과 일반 인권조약군으로 구분하는 것이 적절하다. 핵심 조약군은 현재 발효 중인 조약을 기준으로 할 때는 7대 핵심 인권조약이지만,³⁴⁵⁾ 국제연합인권고등판무관실은 현재 채택된 조약을 기준으로 9대 핵심 인권조약이라고 부르고 있다. 핵심 인권조약군과 일반 인권조약군의 구분의 실익은 해당 인권조약의 이행을 감시하는 전문가위원회와 이행감시절차를 확보하고 있는가에 있다. 즉, 국제인권조약 자체 내 이행담보장치의 확보는 조약의 집행력을 높인다는 점에서 그렇지 않은 조약과 구별할 가치가

345) 국제연합인권고등판무관실 지음, 국가인권위원회 옮김, 『유엔인권조약제도: 핵심 인권조약 및 조약 기구 개론』 (국가인권위원회, 2007), 11-12쪽.

있다. 이하에서는 우리나라의 비준·가입 대상 인권조약들을 핵심 인권조약군과 일반 인권조약군의 범주로 구분하여 다룰 것이다.

3. 우리나라의 인권조약 비준·가입의 현황

우리나라의 인권조약 비준·가입현황에 관한 제1차적이고 권위 있는 정보는 외교통상부가 제공한 조약정보이다. 외교통상부는 다자조약을 34개 분야로 분류하고 있는데,³⁴⁶⁾ 국제연합인권고등판무관실의 분류법에 속하는 인권조약은 주로 ‘인권’영역에 속해 있지만, 그 외에도 ‘난민/국적’, ‘노동’, ‘국제범죄(테러리즘)’, ‘전쟁/인도법’에도 산재되어 있다. 이 글은 분석·평가의 일관성 견지의 목적상 국제연합인권고등판무관실의 구분방식에 기초한 분류법을 적용하여 우리나라의 인권조약 비준·가입 현황과 실태를 분석하기로 한다.

우리나라의 인권조약 비준·가입 현황 분석을 위한 제1차 작업으로서 우리나라가 비준·가입한 인권조약의 현황은 우리나라의 비준·가입 시기 순서대로 살펴보면, 다음과 같다.³⁴⁷⁾

외교통상부 분류	협약명	협약채택 (발효)	당사국수 (’07.8.9)	한국비준·가 입(발효)
인권	집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약	48.12.09. (51.01.12.)	140	50.10.14. (51.12.12.)
인권	부녀자의 정치적 권리에 관한 협 약	52.12.20. (54.07.07.)	120	59.06.23. (59.09.21.)
인권	인신매매금지 및 타인의 매춘행위 에 의한 착취금지에 관한 협약	49.12.02. (51.07.25.)	80	62.02.13. (62.05.14.)
난민/국적	무국적자의 지위에 관한 협약	54.09.28.	62	62.08.22.

346) 외교통상부의 다자조약 분류의 34개 영역은 다음과 같다. 경제협력 및 개발, 과학기술, 관광, 관세, 교육/문화, 교통, 국제범죄(테러리즘), 국제사법, 국제연합 및 전문기구, 군축, 금융기구, 난민/국적, 남극, 노동, 농업/식량/1차산품, 마약, 무역/통상/산업, 방송/통신, 법률/행정, 보건, 분쟁해결/상사중재, 외교/영사관계, 우편, 원자력, 이민, 인권, 전쟁/인도법, 조약법, 지적재산권, 특권/면제, 항공/우주, 해사, 해양법/어업, 환경. (출처 : 외교통상부 홈페이지, Home > 정무 > 국제법 > 조약정보, <http://www.mofat.go.kr/index.jsp>, 2008. 3. 15 검색)

347) 외교통상부 홈페이지, Home > 정무 > 국제법 > 조약정보, <http://www.mofat.go.kr/index.jsp>, 2008. 3. 15 검색.

		(60.06.06.)		(62.11.20.)
인권	모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약	65.12.21. (69.01.04.)	173	78.12.05. (79.01.04.)
인권	여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약	79.12.18. (81.09.03.)	185	84.12.27. (85.01.26.)
인권	경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약	66.12.16. (76.01.03.)	156	90.04.10. (90.07.10.)
인권	시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약	66.12.19. (76.03.23.)	160	90.04.10. (90.07.10.)
인권	시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서	66.12.19. (76.03.23.)	109	90.04.10. (90.07.10.)
인권	이동의 권리에 관한 협약	89.11.20. (90.09.02.)	193	91.11.20. (91.12.20)
난민/국적	난민의 지위에 관한 협약	51.07.28. (54.04.22.)	144	92.12.03. (93.03.03.)
난민/국적	난민의 지위에 관한 의정서	67.01.31. (67.10.04.)	144	92.12.03 (92.12.03.)
노동	고용 정책에 관한 협약 (국제노동기구협약 제122호)	64.07.09. (66.07.15.)	97	92.12.09. (93.12.09.)
인권	고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적 인 또는 굴욕적인 대우나 차별의 방지에 관한 협약	84.12.10. (87.06.26.)	144	95.01.09. (95.02.08.)
노동	동일가치노동에 대한 남녀근로자의 동일보수에 관한 협약 (국제노동기구협약 제100호)	51.06.29. (53.05.23.)	164	97.12.08 (98.12.08.)
노동	고용과 직업상의 차별에 관한 협약 (국제노동기구협약 제111호)	58.06.25. (60.06.15.)	166	98.12.04. (99.12.04.)
노동	기업의 근로자대표에게 제공되는 보호 및 편의에 관한 협약(국제노동기구협약 제151호)	71.06.23. (73.06.30.)	81	01.12.27. (02.12.27)

	동기구협약 제135호)			
노동	가혹한 형태의 아동노동금지와 근절을 위한 즉각적인 조치에 관한 협약 (국제노동기구협약 제182호)	99.06.17. (00.11.19)	165	01.03.29 (02.03.29)
국제형사(테러리즘)	국제형사재판소에 관한 로마규정	98.07.17. (02.07.01.)	105	02.11.13. (03.02.01.)
인권	아동의 무력분쟁 관여에 관한 선택의정서	00.05.25. (02.02.12.)	117	04.09.24 (04.10.24)
인권	아동매매, 아동매춘 및 아동포르노 그라피에 관한 선택의정서	00.05.25. (02.01.18.)	121	04.09.24 (04.10.24)
인권	여성에 대한 차별철폐에 관한 협약 선택의정서	99.10.06 (00.12.22)	88	06.10.18 (07.01.18)

우리나라가 비준·가입한 인권조약과 비준·가입하지 않은 인권조약을 핵심 인권조약군과 일반 인권조약군의 분류법에 따라 대비시키면, 다음의 표와 같다. 그리고 이 표는 우리나라가 향후 비준·가입해야 할 인권조약의 목록을 단순명료하게 제공할 것이다.

분류	비준·가입한 인권조약	비준·가입하지 않은 인권조약
핵심 인권조약군	<ul style="list-style-type: none"> ○ 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 ○ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 ○ 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 ○ 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약 ○ 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 ○ 아동의 권리에 관한 협약 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약 ○ 모든 사람을 강제실종으로부터 보호하기 위한 국제협약 (미발효) ○ 장애인의 권리에 관한 협약 (미발효) ○ 사형의 폐지를 목표로 하는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서 ○ 고문 및 그 밖의 잔혹한 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나

		<ul style="list-style-type: none"> ○ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서 ○ 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약 선택의정서 ○ 아동의 무력충돌 참여에 관한 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서 ○ 아동매매·아동성매매 및 아동 음란물에 관한 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서 	<p>차별의 방지에 관한 협약 선택의정서</p> <p>장애인의 권리에 관한 협약 선택의정서 (미발효)</p>
일반 인권 조약 군	세계인권회의 및 새천년회의		
	자결의 권리		○ 용병 모집, 사용, 자금조달 및 훈련에 반대하는 국제협약
	선주민과 소수집단의 권리		○ 독립국가의 원주민 및 부족민에 관한 협약(국제노동기구 169호 협약)
	차별의 금지	<ul style="list-style-type: none"> ○ 동일가치 근로에 대한 남녀근로자의 동등보수에 관한 협약 (국제노동기구 100호 협약) ○ 고용 및 직업에 있어서 차별대우에 관한 협약(국제노동기구 111호 협약) ○ 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 교육상의 차별금지 협약 ○ 교육상의 차별금지 협약 당사국간에 발생하는 분쟁해결을 위한 조정 및 주선위원회 설치에 관한 의정서
	여성의 권리	<ul style="list-style-type: none"> ○ 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약 ○ 여성에 대한 모든 형태의 차별 	

	철폐에 관한 협약 선택의정서	
아동의 권리	<ul style="list-style-type: none"> ○ 아동의 권리에 관한 협약 ○ 아동의 무력충돌 참여에 관한 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서 ○ 아동매매·아동성매매 및 아동 음란물에 관한 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서 ○ 취업의 최저연령에 관한 협약 (국제노동기구 138호 협약) ○ 가혹한 형태의 아동노동 철폐에 관한 협약(국제노동기구 182호 협약) 	
노인의 권리		
장애인의 권리		
사법행정상 인권	<ul style="list-style-type: none"> ○ 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 ○ 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 선택의정서 ○ 모든 사람을 강제실종으로부터 보호하기 위한 국제협약 	
사회복지, 진보 및 발전		

인권의 증진과 보호		
결혼		○ 혼인의 동의, 혼인을 위한 최소연령 및 혼인신고에 관한 협약
건강에 대한 권리		
노동과 공정한 고용조건에 대한 권리	○ 고용정책에 관한 협약(국제노동기구 122호 협약)	
결사의 자유		○ 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(국제노동기구 89호 협약) ○ 단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약(국제노동기구 98호 협약)
노예, 유사노예실행과 강제노동	○ 인신매매 금지 및 타인의 성매매 행위에 의한 착취 금지에 관한 협약 ○ 다국적 조직 범죄에 대항하는 국제연합 조약을 보완하는 여성과 아동의 인신매매 방지, 억제, 및 처벌에 관한 의정서	○ 노예협약 ○ 1926년 9월 25일 제네바에서 서명된 노예협약 수정의정서 ○ 노예폐지, 노예무역, 유사노예 실행과 제도에 관한 보완적 협약 ○ 강제근로에 관한 협약(국제노동기구 29호 협약) ○ 강제근로의 폐지에 관한 협약(국제노동기구 105호 협약)
이주자의		○ 모든 이주노동자와 그들의 가

	권리		<p>족구성원의 권리보호에 관한 국제협약</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ 다국적 조직 범죄에 대항하는 국제연합 조약을 보완하는 육지, 해양 그리고 항공에 의한 밀입국 이주자에 대항하는 의정서
	국적, 무국적, 비호 및 난민	<ul style="list-style-type: none"> ○ 난민의 지위에 관한 협정 ○ 난민의 지위에 관한 의정서 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 무국적자의 감소에 관한 협약 ○ 무국적자 지위에 관한 협정
	전범과 집단살해를 포함하는 반인도적 범죄	<ul style="list-style-type: none"> ○ 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 ○ 국제형사재판소에 관한 로마규정 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약
	인도법	<ul style="list-style-type: none"> ○ 포로의 대우에 관한 제네바 협약 ○ 전시에 있어서의 민간인의 보호에 관한 제네바협약 ○ 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서 ○ 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 비국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서 	

4. 우리나라의 인권조약 비준·가입의 성과와 과제

위에서 살펴본 우리나라의 비준·가입 인권조약의 목록은 지금까지 우리나라가 달성한 인권조약체계 참여의 외적 성과를 보여주고, 향후 비준·가입해야 할 인권조약의 목록을 알려준다. 이제는 단순한 외관 소개에서 더 나아가 인권조약의 비준·가입을 둘러싼 심도 있는 분석이 필요하다. 그 분석은 핵심 인권조약군 참여의 정도, 제한적 참여로서 유보문제, 국회동의문제 등을 중심으로 살펴보도록 한다.

1) 인권조약 비준·가입의 성과와 한계

국제연합 중심의 인권조약체계에 대한 우리나라의 본격적인 참여는 1991년 8월 5일 가입서를 기탁하고 같은 해 9월 18일 발효된 「국제연합헌장」 가입과 1990년 4월 10일 가입서를 기탁하고 같은 해 7월 10일 발효된 「경제적·사회적·문화적권리규약」과 「시민적·정치적권리규약」에 대한 가입을 통해 기본 토대를 확보하였다. 1990년과 1991년은 우리나라가 최소한의 인권조약체계 참여국으로서 현존하는 국제인권기준을 국내적으로 이행할 수 있는 법적 근거를 확보한 분기점이 되었다. 또한 그 이전에 비준한 「여성차별철폐협약」과 「인종차별철폐협약」 외에 1991년에 「아동권리협약」을 비준하고 1994년 「고문방지협약」에 가입함으로써, 우리나라가 당시로서는 6대 핵심 인권조약체계의 완전한 일원이 되었다. 특히 핵심 인권조약군이 이행절차를 확보하고 있다는 점을 고려할 때, 짧은 기간 내에 괄목할만한 발전을 이룩한 것으로 평가된다.

이러한 성과는 이후 발효되고 채택된 다른 핵심 인권조약들, 즉 「이주노동자권리협약」, 「강제실종방지협약」, 「장애인권리협약」에 대한 미비준·가입으로 인하여 다소 퇴색되었다. 또한 「사형의 폐지를 목표로 하는 시민적·정치적권리규약 제2선택의정서」를 여전히 받아들이지 않고 있고, 최근에 발효된 「고문방지협약 선택의정서」를 수락하고 않았고, 「장애인권리협약 선택의정서」 역시 비준하지 않았다는 점은 인권증진과 보호에 대한 우리나라의 인권의지가 정체되었다는 비판의 원인이 되고 있다.

이 시기에도 우리나라는 2000년에 채택된 「아동의 무력충돌 참여에 관한 아동권리협약 선택의정서」와 「아동매매·아동성매매 및 아동음란물에 관한 아동권리협약 선택의정서」를 2004년에 비준하고, 1999년에 채택된 「여성차별철폐협약 선택의정서」에 대해서는 2006년에 가입하였다. 이러한 선택의정서들에 대한 비준·가입은 2000년대 우리나라의 핵심인권

조약체계 참여태도가 퇴행적이라고 간주할 수 없게 한다. 그러나 분명한 것은 1990년대 당시 존재하던 6대 핵심 인권조약체계의 완전한 참여국의 지위에 있었으나, 새롭게 출현하는 인권조약에 추가 참여하지 않음에 따라 국제연합이 지향하는 9대 핵심 인권조약체계의 불완전한 참여국으로 그 위상이 떨어져 있다. 이 점은 향후 새롭게 발전한 국제인권기준의 국내수용의 법적 기반을 확보하지 못하는 것이자, 2006년 새로 출범한 국제연합 인권이사회 이사국의 인권명성에 흠으로 작용하고 있다.

2) 인권조약의 제한적 참여로서 유보문제

조약에 대한 비준·가입시 조약의 법률효과를 제외하거나 수정하는 제도로서 조약에 대한 유보가 있다. 조약에 대한 유보는 조약의 서명·비준·수락 또는 가입시 일방적 선언 형식으로 행해진다.³⁴⁸⁾ 인권조약의 비준·가입시 특정 조항의 유보는 그 조항의 효력을 적극적으로 배제한다는 점에서 조약에 대한 제한적 참여에 해당한다. 물론 조약에 대한 유보는 이후 철회할 수 있다.³⁴⁹⁾ 인권조약에 대한 제한적 참여로서 유보사례와 그 철회 및 현존하는 유보들은 다음과 같다.

조약명	유보조항	유보철회	유보잔류
고문방지협약	해당 사항 없음		
여성차별철폐협약	제9조, 제16조제1항(다), (라),(바),(사)호	제16조 제1항(다), (라),(바)호 ³⁵⁰⁾ 제9조 ³⁵¹⁾	제16조 제1항(사)
아동권리협약	제9조 제3항, 제21조 제1항, 제40조제2항나호(5)		제9조제3항 제21조 제1항, 제40조제2항나호(5)
인종차별철폐협약	해당 사항 없음		
시민적·정치적 권리규약	제14조제5항, 제7항, 제22조,	제23조 제4항 ³⁵²⁾ 제14조 제7항 ³⁵³⁾	제22조

348) 1969년 「조약법에 관한 비엔나협약」 제2조 제1항 d.

349) 1969년 「조약법에 관한 비엔나협약」 제22조 제1항.

	제23조 제4항	제14조 제5항 ³⁵⁴⁾	
경제적·사회적·문화적권리규약	해당 사항 없음		

우리나라의 핵심 조약군에 대한 참여시 보여준 조약에 대한 유보 및 그 철회에 관한 일련의 태도들을 놓고 볼 때, 몇 가지 특징과 함께 문제점을 지적할 수 있다. 첫째, 위에서 적시하지는 않았으나 인권조약에 대한 비준·가입시 국내법과 충돌한 규정이 있을 경우, 국내법을 국제인권조약에 합치하도록 개정하기보다는 개정이 필요 없을 정도로 상충된 조항에 대해 유보를 하고 가입 또는 비준을 하는 경향이 있다.³⁵⁵⁾ 1990년대를 중심으로 볼 때, 상충된 부분이 있을 경우 관련 국내법을 해당 조약에 합치하도록 하는 법개정이 이루어진 사실이 발견되지 않는다. 우리나라는 인권조약의 비준·가입을 계기로 인권관련 국내법규를 국제인권기준에 부합하도록 개선하고 인권보호를 강화하고자 하는 능동적 조치가 미흡했다.³⁵⁶⁾

둘째, 인권조약의 비준·가입을 위한 준비 부족은 국내법상 문제점에 대한 사전 검토의 소홀에서 드러난다. 그 예를 「시민적·정치적 권리규약」 가입시 제14조 제7항을 유보하였으나, 가입 후 1년이 되기 전에 그 유보를 철회한 데서 찾을 수 있다. 제14조 제7항에 대한 유보와 유보철회는 국내법과의 충돌을 관련 국내법 개정을 통해 해결한 것에 기인한 것이 아니라, 비준·가입시 조약 해석을 잘못하여 유보한 것을 사후에 발견하고 철회한 것이다.³⁵⁷⁾ 이와 같은 사전 검토의 소홀은 우리나라가 이미 가입 또는 비준한 인권조약에

350) 철회일자 1991. 3. 15.

351) 철회일자 1999. 8. 24.

352) 철회일자 1991. 3. 15.

353) 철회일자 1993. 1. 21.

354) 철회일자 2007. 4. 2.

355) 인권조약의 가입·비준에 앞서 인권조약과 상충되는 국내법규의 개정 또는 정비보다는 상호 저촉되는 조항에 대하여 유보를 하고 가입·비준하는 우리나라의 관행은 우리나라가 아동권리위원회에 제출한 최초 당사국 보고서에서도 확인된다. 즉, 대한민국은 1990년 9월 2일에 발효된 ‘아동권리협약’에 1990년 9월 25일에 서명을 하였고, 협약에 나타나고 있는 내용 중에서 현행의 관련 법률과 저촉되고 있는 일부 조항들에 대하여 유보하는 방식을 취하면서 1991년 11월 20일에 비준서를 기탁했다고 밝히고 있다. (UN Doc. CAR/C/8/Add.21, paras. 10-11.)

356) 정인섭, “국제인권규약의 국제적 실천제도 운영현황”, 『국제인권규약 채택 제30주년 기념 학술대회』 (대한국제법학회, 1996), 16-17쪽. ; 정인섭, “주요 인권조약의 국내적 실천”, 『인권과 정의』 (1995), 76쪽.

357) 「시민적·정치적권리규약」 제14조 제7항의 ‘일사부재리의 원칙’을 외국에서 형사재판을 받은 자를

대한 충분한 검토의 부족에서도 나타난다. 「아동권리협약」 제40조 제2항 나호 (5)와 「시민적·정치적권리규약」 제14조 제5항은 동일한 상소권 보장을 담고 있어서, 당초 가입시 두 조항 모두 유보하였으나, 이후 「시민적·정치적권리규약」만 유보를 철회하였다.³⁵⁸⁾ 또한 이러한 모순은 국제법상 남녀평등을 규정하고 있는 「여성차별철폐협약」 제9조와 「시민적·정치적권리규약」 제23조 제3항에 대하여 「여성차별철폐협약」 제9조만 유보한데서도 드러난다.³⁵⁹⁾ 위와 같이 우리나라가 인권조약의 비준·가입을 인권관련 국내법규의 획기적 개선의 계기로 삼지 못하고 유보제도를 적극적으로 이용하는 한계를 보이고 있다.

셋째, 우리나라 정부의 사전 검토 소홀은 인권조약의 비준·가입시 선택조항의 수락 여부에서도 나타난다. 우리나라는 「고문방지협약」의 가입시 국가간통보제도를 규정한 제21조와 개인통보제도를 규정한 제22조에 대한 수락선언을 하지 않았다. 그러나 「시민적·정치적권리규약」 제7조 규정을 근거로 우리나라가 이미 수락하고 있는 「시민적·정치적권리규약」 제41조 및 제1선택의정서상의 국제연합 인권이사회를 통해 개인통보를 제기할 수 있다.³⁶⁰⁾ 그 결과 동일 주제에 적용될 수 있는 개인통보제도를 「시민적·정치적권리규약」에서는 인정하고 있고, 「고문방지협약」에서는 부인하는 모순을 초래하고 있다. 물론 「고문방지협약」상 국가간통보제도와 개인통보제도에 따른 구제에서 추가적 의의가 전혀 없는 것은 아니다.³⁶¹⁾ 그러나 핵심 내용에서 양자의 차별성이 없는데도 「고문방지협약」상 국가간통보제도와 개인통보제도를 수락하지 않은 것은 우리 정부의 인권조약에 대한 비준·가입정책의 허점과 소극성을 노정하는 것이다.

위에서 살핀 바와 같이 인권조약 비준·가입에서 드러난 소극성과 허점에도 불구하고 유보제도의 운영에서 긍정적 측면이 발견된다. 그것은 유보 철회의 사례가 증가하고 있다는 것이다. 특히 우리나라가 관련 국내법을 개정하고 「여성차별철폐협약」 제16조 제1항

국내에서 다시 재판할 수 없다는 내용까지 포함하고 있는 것으로 잘못 해석하여 유보하였으나, 이 조항은 동일한 국가 내의 일사부재리만을 규정한 것이었다. (정인섭, 앞의 논문 (1995), 77쪽.)

358) 「대한민국헌법」 제77조의 비상계엄을 규약 제4조(공적으로 선포된 비상사태 하에서 규약의무의 유예 인정)의 비상사태로 볼 수 있다는 점을 감안하여 유보를 철회한 것이다. 외교통상부 조약국, “2007년도 2/4분기 신규 가입 다자협약 개관”, 『국제법 동향과 실무』, 통권 제17호 (2007), 16쪽.

359) 정인섭, 앞의 논문 (1995), 77쪽.

360) 고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 실제적 규범과 그 집행에 대한 국제적 구제절차에서 「시민적·정치적권리규약」과 「고문방지협약」의 중첩에 대해서는, 정경수, “한국의 고문방지협약상 개인통보절차 수락과 국내적 영향”, 『민주법학』, 통권 제28호 (2005), 81, 91쪽 참조.

361) 개인통보제도의 실행에서 「시민적·정치적권리규약」과 비교하여 「고문방지협약」이 갖는 의의에 대해서는, 정경수, 앞의 논문 (2005), 81-82, 91-93쪽 참조.

(다), (라), (바)가 좋은 사례이다. 또한 「아동권리협약」 제9조 제3항에 대한 유보가 철회될 예정이다.

3) 인권조약체계에 대한 비준·가입시 국회 동의절차문제

우리나라의 인권조약 비준·가입의 국내절차에서 국회 동의문제는 간과할 수 없는 중요한 사안이다. 「대한민국헌법」 제73조는 조약의 체결·비준에 관한 권한을 대통령에게 부여하고 있고,³⁶²⁾ 제60조 제1항은 일정한 유형의 조약에 대하여 국회가 체결·비준에 대한 동의권을 가진다고 규정하고 있다.³⁶³⁾ 그런데 흥미로운 점은 다음의 표에서 확인할 수 있듯이, 우리나라가 비준·가입한 핵심 인권조약들 중에 유독 아동 관련 인권조약들은 국회 동의절차에 회부되지 않았다. 참고로 국제노동기구 관련 협약들도 공통적으로 국회 동의절차에 회부되지 않았다.

조약명칭	국제관계사항			국내관계사항				
	발효	채택일	발효일	국회	동의일	기탁일	발효일	조약번호
인종차별철폐협약	○	65.12.21	69.01.04	○	78.11.14	78.12.05	79.01.04	667
시민적·정치적권리규약	○	66.12.16	76.03.23	○	90.03.16	90.04.10	90.07.10	1007
경제적·사회적·문화적권리규약	○	66.12.16	76.01.03	○	90.03.16	90.04.10	90.07.10	1006
시민적·정치적권리규약선택의정서	○	66.12.16	76.03.23	○	90.03.16	90.04.10	90.07.10	1008
여성차별철폐협약	○	79.12.18	81.09.03	○	84.12.18	84.12.27	85.01.26	855
고문방지협약	○	84.12.10	87.06.26	○	94.12.15	95.01.09	95.02.08	1272
아동권리협약	○	89.11.20	90.09.02	×	-	91.11.20	91.12.20	1072

362) 「대한민국헌법」 제73조 대통령은 조약을 체결·비준하고, 외교사절을 신임·접수 또는 파견하며, 선전포고와 강화를 한다.

363) 「대한민국헌법」 제60조 제1항 국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.

여성차별철폐협약 선택의정서	○	99.10.06	00.12.22	○	06.09.29	06.10.18	07.01.18	1828
아동의 무력충돌 참여 에 관한 아동권리협약 선택의정서	○	00.05.25	02.02.12	×	-	04.09.24	04.10.24	1687
아동매매·성매매및아동 음란물에관한 아동권리 협약 선택의정서	○	00.5.25	02.01.18	×	-	04.09.24	04.10.24	1688

조약체결·비준에 대한 국회 동의를 법적 성격에 대한 논란이 잠재되어 있는 현실을 고려할 때, 아동 관련 인권조약이 국회 동의절차에 회부되지 않았다는 것은 동 협약의 국내법상 지위를 약화시킬 수 있다.³⁶⁴⁾ 조약의 비준·가입시 국회 동의를 해당 조약의 국내법적 서열을 결정한다고 보는 상당수 헌법학자들은 국회 동의를 받은 조약의 효력은 국내 “법률”과 같다고 본다. 그리고 국회 동의가 없는 조약은 법률보다 하위의 규범인 “(행정부) 명령”과 같은 효력을 가진다고 주장하고 있다.³⁶⁵⁾ 만일 이러한 법해석이 사법적으로 받아들여진다면, 국회 동의절차를 거치지 않은 아동 관련 인권조약은 국내법질서 내에서 태생적 한계를 안은 채 이행의 난점을 갖게 될 것이다.

5. 우리나라의 인권조약 비준가입의 확대가능성

인권의 증진과 보호의 관점에서 볼 때, 우리나라가 미참여중인 인권조약들을 비준·가입해야 한다는 것은 당위이다. 그러나 당위가 곧바로 현실이 되는 것은 아니다. 이에 우리나라의 인권조약의 비준·가입을 위한 제반 절차와 추가 비준·가입 가능성을 진단하고자 한다.

1) 인권조약의 비준·가입의 결정과정과 절차

364) 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석”, 『헌법학연구』, 제8권 제4호 (2002), 41-45쪽.

365) 임지봉, “헌법적 관점에서 본 ‘국회의 동의를 요하는 조약’: 대한민국의 경우를 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』, 통권 제7호 (2004), 114쪽.

인권조약의 비준·가입에 관한 의사결정과 절차, 그리고 그와 관련을 맺는 제반 행위자의 측면에서 볼 때, 검토해야 할 최우선 대상은 직접적 행위자인 정부당국이다. 그리고 정부당국에 직접 또는 간접적으로 영향력을 행사하는 준국가적 행위자로서 국가인권기구와 비국가적 행위자로서 국제인권기구, 비정부인권단체가 있다. 여기서는 제도권 내의 국내적 행위자로서 정부당국과 국가인권기구를 살펴보면, 다음과 같다.

(1) 정부당국과 공식 절차

우리 헌법상 조약체결·비준권은 헌법 제73조와 제89조에 따라 대통령이 국무회의 심의를 거쳐 행사한다. 앞서 지적한 바와 같이 헌법 제60조 제1항에 따라 국회는 일정한 유형의 조약에 대한 동의권을 갖는다. 인권조약은 국민의 권리와 의무에 관련되는 입법사항에 관한 조약에 해당될 것이다.³⁶⁶⁾ 특히 조약이행을 위한 국내법 정비 및 국내적 이행의 법적 담보와 관련하여 인권조약이 입법사항에 관한 조약의 전형에 해당한다고 볼 수 있다. 또한 인권조약 위반 여부를 국제적 차원에서 심사하는 이행절차를 포함하는 인권조약은 주권을 제약하는 조약에 해당될 것이다. 따라서 인권조약들은 특단의 사유가 없는 한 국회 동의권 행사대상 조약으로 보아야 할 것이고, 해당 인권조약들은 국회의 비준동의절차를 거쳐야 할 것이다.

조약의 체결·비준의 주무부처는 「정부조직법」상 외교통상부이다.³⁶⁷⁾ 그러나 조약의 체결·비준은 조약의 주제 및 내용과 직접적으로 관련된 해당 주무부처 및 관계부처의 정책적 판단이 중요하게 작용한다. 인권주제별 주무 및 관계부처는 단수일수도 있고 복수일수도 있다.³⁶⁸⁾ 중요한 것은 해당 주무 및 관계부처의 정책검토와 의견이 인권조약의 비준·가입에 큰 영향을 미친다는 점이다. 또한 인권조약의 비준·가입의 검토와 추진이 절차상 복수 이상의 부처가 참여한다. 즉 절차상에서는 외교통상부이고 실질상에서는 주무 및 관계부처들이 참여하기 때문에 부처들 상호간의 정책적 협조와 전향적 협력이 인권조약의

366) 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰: 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』, 통권 제5호 (2003), 101쪽.

367) 「정부조직법」 제25조. 외교통상부장관은 외교, 외국과의 통상교섭 및 통상교섭에 관한 총괄·조정, 국제관계 업무에 관한 조정, 조약 기타 국제협정, 재외국민의 보호·지원, 재외동포정책의 수립, 국제정세의 조사·분석에 관한 사무를 관장한다.

368) 인권주제별 소관부처에 대한 일단의 정보는 국가인권정책기본계획에 참여한 부처 및 기관을 통해 추정할 수 있을 것이다. (대한민국 정부, 『2007-2011 국가인권정책기본계획』, 법무부 (2007), 241-253쪽 참조)

비준·가입에서 핵심적 관건이다. 그런데 우리나라 조약체결 관행의 큰 문제점 중 하나가 바로 부처간 협의의 불충분과 조약체결과정에서 나타나는 유기성 부족이다.³⁶⁹⁾ 이를 고려할 때 관련 주무 및 관계부처간 협의의 활성화가 인권조약에 대한 전향적 접근을 가능케 하는 촉진요소가 될 것이다.

(2) 국가인권위원회의 권고

우리나라의 인권조약 비준·가입과 관련하여 새롭게 부상한 중요한 행위자가 있다. 그것은 국가인권기구이다. 「국가인권위원회법」 제19조에 따라 국가인권위원회는 인권조약의 가입에 관한 연구와 권고 또는 의견을 표명할 수 있는데, 능동적으로 인권조약의 비준·가입을 권고할 수 있고, 정부당국의 요청에 대해 수동적으로 의견을 개진할 수 있다. 지금까지 국가인권위원회가 행정부를 상대로 인권조약에 대한 비준·가입을 권고하거나 의견을 표명한 사례는 전부 6건이고, 대상조약은 8개이다. 그 목록은 다음과 같다.

권고일자	내용	형식	권고대상기관	권고명
2002. 06. 03	가입	권고	법무부, 외교통상부	국제형사법원규정 가입에 대한 국가인권위원회 권고의견 ³⁷⁰⁾
2003. 12. 08	가입	권고	국무총리실, 외교통상부, 법무부	여성차별철폐협약 선택의정서, 아동의 무력분쟁 관여에 관한 아동권리협약 선택의정서와 아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서에 대한 가입 권고 ³⁷¹⁾
2006. 04. 24	비준	의견	법무부	고문방지협약 선택의정서 비준 및 그 선택의정서에 규정된 국가예방기구에 관한 의견표명 ³⁷²⁾
2006. 10. 23	비준	의견	외교통상부	고문방지협약 선택의정서 가입추진 관련 외교통상부 질의에 관한 의견

369) 신각수, “조약체결절차법 제정의 필요성”, 『국제법 동향과 실무』, 통권 제7호 (2004), 92쪽.

				표명 ³⁷³⁾
2006. 11. 13	가입	권고	외교통상부, 노동부장관	ILO 강제근로 관련 제29호, 제105호 협약 가입 권고 ³⁷⁴⁾
2008. 01. 30	가입	권고	외교통상부	강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 국제협약 서명 및 비준·가입 권고

국가인권위원회의 권고와 의견이 개진된 이후, 우리나라가 해당 인권조약을 비준·가입한 예는 4건이다. 「국제형사재판소에 관한 규정」, 「여성차별철폐협약 선택의정서」, 「아동의 무력분쟁 참여에 관한 아동권리협약 선택의정서」와 「아동매매, 아동성매매, 아동포르노그래피에 관한 아동권리협약 선택의정서」가 그것이다. 국가인권위원회의 권고는 정부부처를 기속하지 않기 때문에 인권조약 비준·가입 관련 정부부처의 정책결정에 미친 영향을 명시적으로 확인하기가 용이하지 않다. 그러나 분명한 것은 국가인권위원회의 권고가 인권조약 비준·가입에 관한 국내적 의제 설정과 여론화에 기여하는 것은 분명하다.

2) 향후 추가 비준·가입 가능성

우리나라의 인권조약에 대한 추가 비준·가입은 공적 담론의 장에서 진행된 논의를 통해 그 가능성을 예상할 수 있을 것이다. 여기서 분석의 대상이 되는 공적 담론의 최적의 장은 국가인권정책이다. 1993년 비엔나선언과 행동강령에서 출발하고³⁷⁵⁾, 국제연합 인권고등판무관실이 제시하는 국가인권정책기본계획의 수립지침은 국제기준 실행확산의 목표로 국제협약 비준 항목을 제시하고 있다.³⁷⁶⁾ 비엔나선언과 행동강령과 국제연합 인권고등

370) 국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집: 인권정책분야』, 제1집 (2005), 809-814쪽.

371) 국가인권위원회, 앞의 책, 824-830쪽.

372) 국가인권위원회, 『국가인권위원회 결정례집: 인권정책분야』, 제2집 (2006-7), 581-594쪽.

373) 국가인권위원회, 앞의 책, 655-679쪽.

374) 국가인권위원회, 앞의 책, 680-691쪽.

375) 'Vienna Declaration and Programme of Action' Part II, paragraph 71. The World Conference on Human Rights recommends that each State consider the desirability of drawing up a national action plan identifying steps whereby that State would improve the promotion and protection of human rights.

376) Suggestions for the structure of a national action plan

판무관실 권고에 따른 우리나라의 국가인권정책기본계획 수립은 국가인권위원회가 2006년에 권고안을 작성하고, 법무부 장관이 의장을 맡은 국가인권정책협의회가 2007년에 공식안을 작성하였다.³⁷⁷⁾

(1) 국가인권위원회 권고안

국가인권위원회의 권고안은 인권조약의 비준·가입에 대한 목표가 제시되어 있으나, 비체계적이다. 대상 인권조약들의 목록은 권고안의 여러 군데에 산재되어 있는데, ‘국제인권규범의 국내이행’에서 “「고문방지협약 선택의정서」, 「여성차별철폐협약선택의정서」, 「이주노동자권리협약」 등 인권조약의 가입 비준”이 핵심 추진과제로 제시되었다.³⁷⁸⁾ 그리고 각 부문별 핵심 추진과제로 ‘이주 여성의 인권 보장’에서 “인신매매 범죄자의 처벌 및 피해자 보호를 위해 준수해야 할 최소기준을 규정한 국제연합국제조직범죄방지협약 및 3개 부속의정서를 조속히 비준하고 관련 국내법 정비”³⁷⁹⁾, ‘여성’에서 “국제연합 여성차별철폐협약 유보조항(제16조 1항 g호)을 철회하고, 여성차별철폐협약선택의정서를 비준해야 함”³⁸⁰⁾, ‘생명권’에서 “국제연합「시민적·정치적권리규약」 제2선택의정서 가입 및 사형제 폐지 등의 법률 정비”³⁸¹⁾, ‘노동권’에서 “국제노동기구의 결사의자유및단결권보호에관한협약(제87호), 단결권및단체교섭권원칙의적용에관한협약(제98호), 강제근로에관한협약(제29호), 강제근로폐지협약(제105호) 비준”³⁸²⁾ 등이 제시되었다. 이 권고안의 작성시점이 2006년 1월이기에 이후 국가인권위원회는 2007년 4월과 10월을 「고문방지협약 선택의정서」의

Goal	Objective	Activity	Relevant agency	Completion Target date	Performance indicator
2. Extend implementation of international standards	1. Ratify international instruments	1. Engage in relevant consultations 2. Take necessary administrative and legal steps 3. Publicize action	Insert names of relevant agencies	Insert target dates for completion	Deposit of instruments of ratification

Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights, *Handbook on National Human Rights Plans of Action* (United Nations, 2002), p. 75.

377) 대한민국 정부, 『2007-2011 국가인권정책기본계획』, 법무부 (2007), 10-11쪽.

378) 국가인권위원회, 『2007-2011 국가인권정책기본계획 권고안』 (2006), 162쪽.

379) 국가인권위원회, 앞의 책, 50쪽.

380) 국가인권위원회, 앞의 책, 53쪽.

381) 국가인권위원회, 앞의 책, 121-122쪽.

382) 국가인권위원회, 앞의 책, 129-131쪽.

비준에 관한 의견을 개진하고, 2008년 1월 「강제실종방지협약」의 비준을 권고하였다. 다만, 비준·가입에 대한 일정 제시는 빠져 있다.

(2) 정부당국 공식안

국가인권정책협의회에서 작성한 국가인권정책기본계획 공식안은 추가 비준·가입 대상 인권조약을 명시적으로 밝히고 있다. 공식안은 ‘국제인권규범의 이행’에서 ‘인권 관련 국제조약의 추가 가입 및 비준’의 추진과제로 ‘고문방지협약 선택의정서 가입 검토’, ‘장애인권리협약 가입 검토’, ‘강제실종으로부터모든사람을보호하기위한국제협약 서명 추진’, ‘국제연합 국제조직범죄방지협약 및 3개 부속의정서 비준 추진 검토’, ‘국제노동기구(ILO)의 결사의자유및단결권보호에관한협약(제87호), 단결권및단체교섭에관한협약(제98조) 비준 검토’, ‘국제노동기구(ILO)의 강제근로협약(제29호), 강제근로폐지협약(제105호) 비준’을 적시하였다.³⁸³⁾ 문제는 정부당국의 공식안에 따르면, 인권조약에 대한 비준·가입은 대부분 추진을 목표로 하고 있는 것이 아니라 비준·가입에 대한 정책적 검토를 표방했다는 점이고, 추진일정이 제시되지 않았다는 점에서 명확한 로드맵이 있는지 불분명하다. 특히 공식안이 채택된 시점이 2007년 5월이라는 점을 고려할 때, 당시 추진과제의 실현 정도는 다른 차원에서 확인할 수밖에 없다.

(3) 우리 정부의 자발적 공약

2008-11년 임기의 인권이사회 이사국 선거에 나선 우리 정부는 인권보호와 증진을 위한 자발적 공약을 제시하였다. 이 공약은 우리 정부가 대외적으로 표방한 약속이자 공식 입장이다. 이 공약에는 국내 차원의 인권 향상을 위한 공약사항으로 인권조약체계의 참여가 포함되어 있다. 우리 정부는 우선 가까운 시기에 「고문방지협약 선택의정서」에 대한 가입할 것을 검토하고 있고, 「장애인권리협약」 역시 가입을 검토하고 있다고 밝혔다. 「강제실종으로부터 모든 사람들을 보호하기 위한 국제협약」에 대해서는 서명을 약속했다. 이외에도 국제노동기구의 제 협약들에 대한 비준을 계속 검토하겠다고 의사를 밝히면서, 그 대상이 「결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(87호 협약)」, 「단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약(98호 협약)」, 「강제근로에 관한 협약(29호 협약)」, 「강제근로

383) 대한민국 정부, 『2007-2011 국가인권정책기본계획』, 법무부 (2007), 231-232쪽.

의 폐지에 관한 협약(105호 협약)」라고 적시했다.³⁸⁴⁾

3) 인권조약 비준·가입의 전망

「세계인권선언」 60주년사의 긴 여정과 비교하였을 때, 우리나라의 국제인권 참여사는 상대적으로 일천하다. 그럼에도 불구하고 1990년 「경제적·사회적·문화적권리규약」과 「시민적·정치적권리규약」의 가입 이후 우리나라의 국제연합 중심의 인권조약체계 참여는 비교적 짧은 기간 내에 괄목할만한 성과를 이룩한 것이 사실이다. 그러나 지속적인 인권조약체계의 확대는 우리나라의 추가 참여문제를 다시 부각시키고 있다. 바로 그런 문제의식에서 우리나라의 인권조약체계 참여와 미참여 부분을 분석하고, 향후 미참여 인권조약에 대한 비준·가입의 가능성을 국가인권위원회의 권고, 정부당국의 국가인권정책기본계획, 우리 정부의 자발적 공약에 대한 분석을 통해서 살펴보았다. 이를 도표화하면 다음과 같다.

인권조약명	국가인권위원회	국가인권정책 기본계획	자발적 공약
모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약	비준·가입 권고	-	-
모든 사람을 강제실종으로부터 보호하기 위한 국제협약	비준·가입 권고	서명 추진	서명 약속
장애인의 권리에 관한 협약	-	가입 검토	비준 검토
사형의 폐지를 목표로 하는 시민적·정치적권리규약 제2선택의정서	비준·가입 권고	-	-
고문방지협약 선택의정서	비준·가입 권고	가입 검토	가입 검토
장애인권리협약 선택의정서	-	-	-

384) Republic of Korea : Voluntary Pledges and Commitments on Human Rights, p. 3. (출처, <http://www.mofat.go.kr>, Home > 정무 > 다자외교 > 인권사회).

결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(87호 협약)	비준 권고	비준 검토	비준 검토
단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약(98호 협약)	비준 권고	비준 검토	비준 검토
강제근로에 관한 협약(29호 협약)	비준 권고	비준 검토	비준 검토
강제근로의 폐지에 관한 협약(105호 협약)	비준 권고	비준 검토	비준 검토

위의 표를 기준으로 인권조약의 추가 비준·가입의 추진에 관한 입장과 방침을 종합하면, 그 대상이 일정한 유형의 인권조약들로 제한되어 있다. 핵심 인권조약군이 주 대상이고, 일반 인권조약군에서는 국제노동기구 관련 협약만 다루어짐에 따라 상당수의 일반 인권조약군에 속하는 인권조약들은 주 관심 밖에 있는 것으로 보인다. 그리고 위에서 드러나는 바와 같이 정부당국의 국가인권정책기본계획과 우리 정부의 자발적 공약은 국가인권위원회의 권고에 못 미치고 있다. 그러나 분명한 점은 자발적 공약의 준수 여부가 향후 우리나라의 대외적 인권명성에 결정적 영향을 미친다는 점을 고려할 때, 우리나라가 국제연합 회원국들 앞에서 제시한 인권조약들은 추후 비준·가입의 가능성이 높다고 볼 수 있다. 그리고 인권이사국 차기 선거시기가 2011년임을 고려할 때, 그 이전까지 우리 정부의 약속이 지켜질지 판가름날 것이다. 반면, 자발적 공약에서 언급되지 아니한 「이주노동자권리협약」과 「사형의 폐지를 목표로 하는 시민적·정치적권리규약 제2선택의정서」 그리고 「장애인권리협약 선택의정서」는 그 추진대상에서 벗어나 있기 때문에 현재로서는 가까운 시기에 비준·가입을 기대하기 어려울 것으로 보인다.

II. 제도적 기반의 조성

국제인권기준의 국내사법적용가능성을 결정짓는 제1차적 관건은 위에서 살펴본 규범적 차원이다. 우리나라 헌법에서 국제기준의 국내적 효력, 이행과 적용을 보장하는 헌법 제6조가 이를 뒷받침한다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이, 국제법에 열려 있는 구조를 보장하는 헌법 제6조가 국내법원의 재판실행을 통해 사실상 국제법에 닫혀 있는 구조로 기능하고 있음을 보았다. 이에 우리나라가 비준·가입한 인권조약에 의거한 국제인권기준이 국

내재판과정에서 원활하게 적용될 수 있는 제2차적 관건을 분석하고자 한다.

1. 제도적 기반 조성의 의의

국내법관이 국내재판과정에서 국제인권기준을 적용하는데 직접 관계되거나 영향을 미치는 제반 요인들을 살펴보면, 인적 측면, 조직적 측면, 대상규범의 측면, 적용기법의 측면이 있다.

우선 인적 측면은 국내법관 자신이다. 우리 헌법 제101조는 사법권은 법관으로 구성된 법원에 부여하고 있고³⁸⁵⁾, 제103조는 헌법과 법률 그리고 양심에 따른 재판을 명시하고 있는데³⁸⁶⁾, 여기에는 헌법 제6조에 따른 ‘헌법에 따라 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규’가 포함된다. 그리하여 “구체적 사건에 있어서 당해 법률 또는 법률조항의 의미·내용과 적용범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한, 즉 법령의 해석·적용 권한은 바로 사법권의 본질적 내용을 이루는 것으로서, 전적으로 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속”³⁸⁷⁾하는 바, 국제인권기준의 국내사법적용은 국내법관에 달려 있다. 이와 연장선에서 헌법재판에 관련되었을 때는 헌법재판관이 이에 해당된다.³⁸⁸⁾ 국내법관이 국제인권기준을 충분히 이해하고 그 적용여부를 적실하게 판단하기 위해서는 재판의 준칙 또는 참조규칙으로서 국제법의 실체법적 측면과 절차법적 측면에 대한 적절한 인지와 이해가 필요하다.

두 번째로 조직적 측면은 국내법관이 속한 국내법원의 구조와 문화이다. 법의 지배와 효과적인 인권보호를 존중하는 민주사회의 기둥은 사법부와 헌법재판소를 포함하는 국내법원이다.³⁸⁹⁾ 국내법원은 인권보호의 확대를 위한 조직의 독립성과 활동의 공정성이 절대

385) 「대한민국헌법」 제101조 [사법권·법원 조직·법관의 자격] ① 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다. ② 법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다. ③ 법관의 자격은 법률로 정한다.

386) 「대한민국헌법」 제103조 [법관의 독립] 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 심판한다.

387) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결.

388) 「대한민국헌법」 제111조 [관장과 구성등] ① 헌법재판소는 다음 사항을 관장한다. 1. 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부 심판 2. 탄핵의 심판 3. 정당의 해산 심판 4. 국가기관 상호간, 국가기관과 지방자치단체간 및 지방자치단체 상호간의 권한 쟁의에 관한 심판 5. 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판.

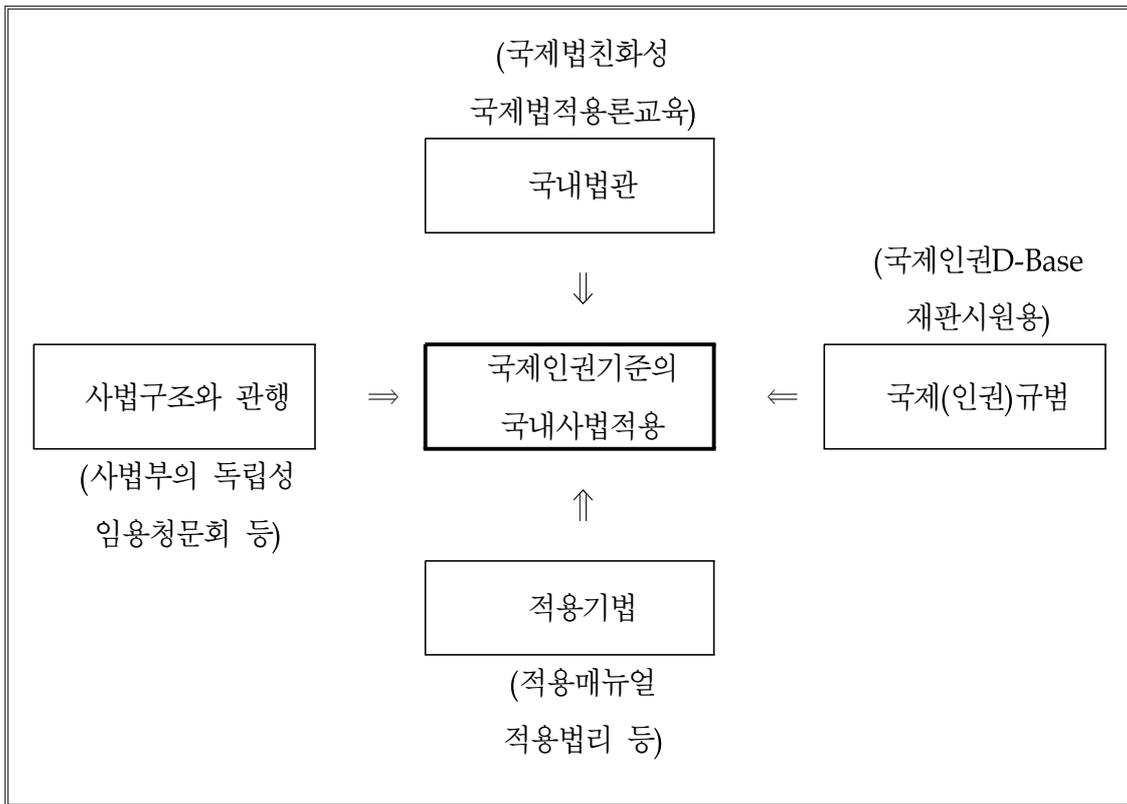
389) Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human Rights in the Administrations of Justice: A Manuel on Human Rights for Judges, Prosecutors and*

적으로 요청되고, 그 과정에서 인권보호에서 직면하는 국내법의 흠결과 부족에 대응하는 적절한 수단으로서 국제인권규범을 이해하고 그 기준을 적용할 수 있는 조직구조와 풍토의 조성이 요구된다.

세 번째로 대상규범의 측면은 국제인권규범이다. 국내법의 흠결과 부족을 해결하는 수단과 도구로서 국제인권규범의 풍부한 내용이 이용가능한 형태로 데이터베이스화되어 있고, 그 접근가능성이 확보되어야 할 것이다. 그리고 이를 이용하여 재판실무에서 인용될 수 있어야 할 것이다.

네 번째로 적용기법의 측면은 적용법리와 방식이다. 즉 국내법관들이 국제인권기준을 적용할 수 있는 매뉴얼의 제작과 보급이 필요하다. 또한 직접적용과 간접적용에 관한 구체적인 적용기법이 개발·제공되어야 할 것이다.

이를 관계를 도식화하면 다음과 같이 정리할 수 있다.



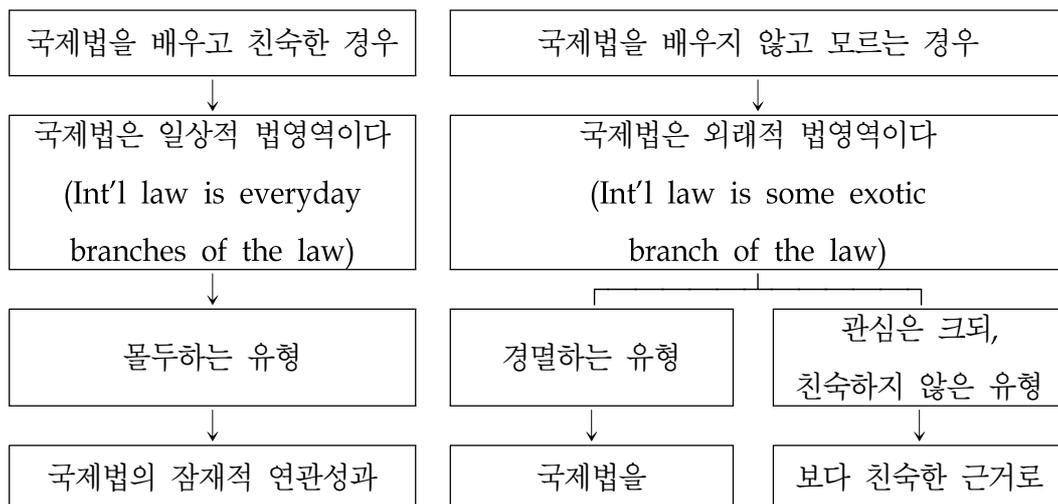
이하에서는 제도적 기반 조성을 위한 각 항목별 내용에 대한 검토를 각각의 단원에서 살펴보기로 한다.

Lawyers (United Nations, 2003), p. 115.

2. 국내법관의 국제법친화성 증대

지난 시기 국제인권법이 괄목할만한 발전을 이룩하였고, 인권조약들에 대한 우리나라의 참여는 우리 사회에서 법의 지배와 인권보호에 획기적인 규범적 전환점을 만들었다. 즉 국제인권에 근거한 인권보호의 가능성이 열렸고, 높은 수준의 국제기준이 국내에서 적용될 가능성이 생긴 것이다. 특히 국제인권규범 및 기준에 기반한 인권의 진전이 사법적으로 실현될 시대가 열린 것이다.

국제인권의 국내사법적 실현에서 가장 중요한 역할은 국내법관에 의해 수행된다. 국내법관의 일상적 직무수행에서 국제인권을 포함하여 국제법을 이해하고 다루는 방식은 법체계마다 동일하지 않다. Higgins는 이를 국제법인식론에 입각하여 설명하고 있는데, 국내법관이 속한 법체계에 따른 법문화의 산물로 이해한다.³⁹⁰⁾ 즉 국내법관은 자신이 속한 법문화에 따라 국제법을 이해하고 다룬다는 가설이다. 이 가설에 따르면, 국제법을 배우고 친숙한 경우에는 국제법이 민법, 형법, 행정법 등과 같은 일상적인 법영역이기 때문에 국내법관들 속에 침윤되어 있다. 이 경우 국내법관들은 국제법의 잠재적 연관성과 중요성을 인식하면서 국제법을 수용하게 된다는 것이다. 이에 반해 국제법을 배우지 않고 모르는 경우에는 국제법이 외국법과 같은 외래적 법영역에 속한 것으로 본다. 이 경우에는 국제법을 비현실적이라고 보면서 무시하게 되거나, 관심은 크지만 친숙하지 않기 때문에 자신이 친숙한 근거에 의해 판결이유를 작성하게 된다고 말한다. 이를 도식화하면, 다음과 같다.



390) Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Clarendon Press, 1994, p. 206.



위의 가설과 분류방식이 우리나라 국내법원에 대하여 적용하여 분석한 결과에 따르면, 국제법을 배우지 않고 모르는, 즉 국제법에 친숙하지 않은 법관유형은 조약을 외국법으로 간주하는 경향이 있거나 국제법이라는 외래적 요소에 의한 법적 혁신에 대해 적대적 동기가 유발되어 국제법을 배제하거나 회피하게 된다는 것이다.³⁹¹⁾이 때문에 국내법관은 오로지 당사자적격(standing)이나 사법심사적합성(justiciability)에만 관심을 두는 경향을 보인다고 분석한다. 이러한 분류방식은 국제법 배제 및 회피의 원인을 국내법관의 국제법 무지를 개별적으로 책망하거나 국제법과 친숙하지 아니한 당해 국내법체계의 특성 탓으로 돌리게 된다. 이러한 분석은 인권 분야에도 적용된다. Conforti는 인권조약이 각국의 비준과 공포(이원론 국가의 경우는 의회입법)를 통해 국내법적 효력을 갖출 경우 국내 법원은 이를 적용해야 하고, 그 적용을 가로막는 장애를 가정할 수 없는 것이다. 그럼에도 불구하고 국제인권조약이 항상 적용되지 않는 것은 주로 국내 법관의 국제법에 대한 비친밀성 때문이라고 한다.³⁹²⁾

국내법관의 국제법 비친밀성은 우리나라에도 그대로 적용된다. 재판은 법관이 당사자가 제출한 사실과 증거에 근거해 사실관계(소전제)를 확정하고, 법규를 적용하고(대전제), 당사자의 주장 중 어느 것이 정당한가를 결정(결론)하는 것이다.³⁹³⁾ 그런데 국내 법관은 대전제로 적용될 법규의 하나로서 국제법규에 대하여 충분한 훈련을 받지 못한 까닭에 상대적으로 새로운 분야로 인식되는 국제인권법보다는 상대적으로 친숙한 국내법에 기초한 판결을 내리는 경향이 있다. 그리고 그 이유는 법과대학 - 사법시험 - 사법연수원을 거쳐 배출되는 법조인 양성체제가 국제법에 대한 충분한 교육과 훈련을 제공하고 있지 못한 때문으로 보고 있다.³⁹⁴⁾ 즉, 우리나라 법조인 양성체제와 교육내용은 다양화되고 국제화

391) 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석”, 『민주법학』, 통권 제17호 (2000), 160쪽; 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 『국제법평론』, 통권 제20호 (2004), 73쪽.

392) Benedetto Conforti, "National Courts and the International Law of Human Rights", in Benedetto Conforti · Francesco Francioni (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (Martinus Nijhoff Publishers, 1997), p. 7.

393) 박홍규, 「사법의 민주화 : 재판을 재판한다」 (역사비평사, 1994), 258쪽.

394) 현행 각 대학교 법과대학 교육과정에서 국제법관련 과목에 대한 필수이수학점은 극히 일부 학교를 제외하고는 4년간 3학점에 불과하다. 그리고 현행 사법시험제도는 국제법을 필수과목이 아닌 선택과목으로 지정하고 있으며 그 선택을 또한 미미하다. 그 결과 비법학전공자의 경우, 국제법에 대한 기초적 교육을 받지 않은 채 법조계에 진출하는 경우도 발생한다.

되는 사회에서 요구하는 전문성과 판단력을 갖춘 법조인을 양성하기에는 미흡하다고 할 수 있다.³⁹⁵⁾ 특히 현행 사법연수원 교육과정은 세계화·개방화 추세에 따라 각국의 법률과 세계공통규범간에 저축·충돌의 빈번한 발생이 예견됨에도 불구하고 국제법규에 대한 실무교육은 빈약한 실정이며, 기초 교양교육 역시 상식적 수준에 머무르는 것으로 지적되고 있다.³⁹⁶⁾ 국제법에 대한 이론 및 실무교육의 강화는 새롭게 도입되는 법학전문대학원³⁹⁷⁾에 의해 수행될 예정이다. 그리하여 기존의 법과대학 및 사법연수원의 문제점과 한계를 극복하고 국제법에 친숙한 법률가를 양성하는 것은 법학전문대학원제도에 부여된 임무가 되었다.

3. 국내법원의 사법적 소극성의 극복

앞서 재판과정에서 국제인권기준 적용의 미흡에 대한 원인이 우리나라 국내법관의 국제법에 대한 비친밀성과 미약한 국제법교육이라고 지적하고 국제법 교육 강화를 대안으로 제시되었다. 이와 같은 비판적 분석과 대안 제시는 국내법관들의 결점을 찾아내는 데 익숙한 국제법률가들의 관점이다.³⁹⁸⁾ 국제법의 집행자로서 국내법관을 인식하는 국제법률가들은 국내법관들의 결점들을 유형화하는데, 그들의 공통적 견해는 국내법관들이 해야 할 일은 국제법에서도 마찬가지라고 하면서 법관들이 국제법을 적용할 수 있도록 교육받고 고무받고 변화되어야 한다는 것이다.³⁹⁹⁾

이에 대해 Knop는 많은 국내법관들이 스스로가 국제법에 연계되어 있음을 점차로 잘 이해하고 있다고 말한다. 이러한 인식의 차이는 국제법과 범일반의 기본적 중요성에 대한

395) 송인준, “21세기를 준비하는 사법연수제도”, 「21세기를 위한 법조인력 양성방안」 (법원행정처, 1995) 58-59쪽; 참여민주사회시민연대 사법감시센터, 「국민을 위한 사법개혁」 (박영률출판사, 1996), 181-182쪽, 186쪽, 193-194쪽.

396) 사법연수원 2년간의 연수기간 중 전기 교육기간 동안 총 888시간 가운데 608시간은 민·형사, 검찰실무 등 송무관련 법률과목에 할애되고 있으나 국제법규에 대한 별도의 교과과정은 없으며, 교양과정 가운데 국제정치·경제에 대한 강좌도 4시간이다. (송인준, 앞의 논문, 62-65쪽.)

397) 법학전문대학원제도는 「법학전문대학원 설치·운영에 관한 법률」(제정 2007. 7. 27 법률 제8544호)에 의거하여 도입되었다.

398) Knop이 지적하는 예는 Conforti와 Francioni의 편저 *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*를 들고 있다.(Karen Knop, “Here and There: International Law in Domestic Courts”, *International Law and Politics*, vol. 32, 2000, p. 501.)

399) 법관들에 대한 국제법 교육의 필요성을 강조한 예로는 Myres S. McDougal, “Jurisdiction in Human Rights Cases: Is the Tel-Oren Case a Step Backward?”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 79, 1985, p. 376.

혼동에 기인한다고 분석하면서, 국제법률가들이 전통적인 국내법원에서의 국제법에 관한 모델에 입각해 있는 반면, 자신을 국제법에 친숙한 자라고 말하는 국내법관들은 다른 이해를 내놓고 있다고 밝히고 있다.⁴⁰⁰⁾ 즉 전통적인 국내법원에서의 국제법모델은 전부 또는 전부 방식(all-or-nothing fashion)으로 적용되는 구속력 있는 법의 문제로 전개되기 때문에 국제법의 적용 여부로 귀결되지만, 법현실주의적 관점에서는 법이 확정적이지 않고, 그 해석은 선택의 여지가 있고, 그 결과 사회적 선입견, 정치적 선호 및 기타 법 외적 사고방식이 개입된다는 것이다.⁴⁰¹⁾ 그렇다면, 법현실주의적 관점에서 비춰본 국내법원의 태도는 어떠한가?

정부로부터 독립되어 있고 기술적이고 비정치적인 법적 담론에 의거하여 국제기준을 채용하는 사법부가 국제규범을 해석하고 적용하고 발전시키는 완벽한 법정이라고 기대한다. 그러나 국제법적 사안에 관한 국내법원의 판례들에 대한 분석은 이러한 기대를 충족시키지 못한다. 그러한 판결을 낳는 요인의 하나는 정부이익에 반하지 않아야 한다는 태도이다. 이와 같은 태도는 용기나 지식의 부족의 결과가 아니라 내재된 사법실행의 산물이다. 그리고 행정부존중의 사법적 경향은 규범 적용의 세 단계에서 확인될 수 있다. 첫째, 법원은 국제법을 국내법체계에 수용하는 자국 헌법의 해당 조항을 협소하게 해석하는 경향이 있다. 그 결과 국제법의 견지에서 정부정책에 간섭할 수 있는 기회를 스스로 감소시킨다. 둘째, 국내법원은 자국 정부의 이익을 뒤들리게 하지 않도록 국제법규칙을 해석하는 경향이 있다. 이 과정에서 실제로 행정부로부터 조약해석의 지침을 구한다. 셋째, 법원은 자국 정부 뿐 아니라 타국 정부가 국제법에 따른 사법심사에 대한 효과적인 방호물을 제공하기 위하여 다양한 회피이론을 사용한다. 이 때 사용되는 이론은 국가행위이론과 같이 국제문제의 해결을 위해 특별하게 고안된 이론이거나 당사자적격과 사법심사적합성과 같은 이론들이다.⁴⁰²⁾ 이를 구체적으로 살펴보면, 다음과 같다.

첫 번째 국내법체계상 국제법의 지위를 결정하는 헌법의 해석단계에서 국내법원들은 헌법에 명시하지 않은 국제법 연원을 인정하지 않는 것이다. 이러한 태도는 국제법의 국내적용여부에 관한 전부-전부방식과 연계되어 국제법의 적용가능성을 협소화시킨다. 또한

400) K. Knop, "Here and There: International Law in Domestic Courts", *International Law and Politics*, vol. 32, 2000, p. 502.

401) K. Knop, "Here and There: International Law in Domestic Courts", *International Law and Politics*, vol. 32, 2000, p. 503.

402) E. Benvenisti, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *European Journal of International Law*, Vol. 4, 1993, p. 161.

국내법원들은 일반적으로 국내법에 대한 국제법의 우위를 인정하는데 주저한다. 이것은 주로 조약에 대한 심사를 거부하거나 기피하는 방식 또는 결론에 있어서 조약의 위법성 불인정으로 나타난다. 이와 같은 국내법원의 사법적 소극성은 조약체결과 국내법체계 내 조약의 효력에 관한 행정부의 역할을 존중하고 인정하려는 데서 나오는 것이다.⁴⁰³⁾

두 번째는 국제규범의 결정과 해석의 단계에서는 국제관습법과 조약으로 나누어진다. 국제관습법에 있어서 그 존재에 대한 조사방법론은 국내법원마다 상이하게 나타나는데, 다자문서나 국제연합문서를 국제관습법의 증거로 사용하기도 하고 국가들의 실행을 검토한다. 그러나 중요한 것은 방법론은 다르더라도 그 결과는 국가이익에 순응하는 쪽으로 존재를 확인한다는 것이다.⁴⁰⁴⁾ 국내법원의 조약 해석은 당해 조약이 이행입법이 없이도 직접적으로 적용이 가능한지 또는 자기집행적인지를 결정한다. 또한 적용가능한 조약과 관련 국내법령의 관계를 결정한다. 마지막으로 국내법원의 해석은 조약 조항의 의미를 부여하고 그 내용을 요약하는 것이다. 이와 같은 조약 해석의 맥락에서 분명하게 드러나는 것은 일반적으로 국가적 고려사항, 특히 행정부에 대한 존중이다. 예를 들어 조약의 자기집행성에 관한 미국법원의 판례들을 보면, 조약이 직접적으로 적용할 수 있는지를 결정하는 데서 많은 법원들은 행정부의 의도를 고려하여 왔다. 그 결과 해당 법리문제가 관련된 법원의 판례들은 조약이 비자기집행적으로 간주하는 경향을 보여주고 있다. 또한 국내법과 관련 조약의 충돌을 결정함에 있어서 국내법의 권위에 영향을 주지 않기 위해 협소하게 조약을 해석한다. 그리고 조약의 내용에 대한 해석시 행정부에 의존하곤 한다.⁴⁰⁵⁾

세 번째는 회피이론의 사용단계인데, 이 단계에서는 일정한 판례이론이 정치적으로 민감한 사안에서 국제규범의 집행할 의무로부터 국내법원을 구하게 된다. 이 판례이론들은 대부분의 사건에서 국제정치의 영역에서 행정부의 이익에 역으로 영향을 줄 수 있는 사안에 대한 사법적 심사를 제거하게 된다. 당사자적격, 사법심사부적합성, 주권면제, 정치문제, 행정권의 재량과 사법심사면제, 주권국가간 예양과 평등 등이 그에 해당한다.⁴⁰⁶⁾

403) E. Benvenisti, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *European Journal of International Law*, Vol. 4, 1993, pp. 162-164.

404) L. Henkin, "International Law as Law in the United States", *Michigan Law Review*, vol. 82, 1984, p. 1555.

405) E. Benvenisti, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *European Journal of International Law*, vol. 4, 1993, pp. 166-167.

406) E. Benvenisti, "Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts", *European Journal of International Law*, vol. 4,

국내법원이 반대의 방식을 취하는 것은 법적으로 가능하다. 그럼에도 불구하고 행정부에 대한 사법적 존중의 이유는 무엇이고, 국제법이 관련되는 사안에서 견제와 균형으로부터 행정부를 구해주는가? 그에 대해서는 여러 설명이 가능하다. 우선 국내법원이 행정부의 전속사항인 대외관계에 관한 문제에서 국가이익을 훼손할 수 있다는 우려이다. 또한 국내법원의 판결이 충돌하는 국내법을 무효화하거나 배제함으로써 입법부의 입법권을 침해하여서는 아니 된다는 권력분립원칙이다. 결국 국내법원이 재판과정에서 국제규범과 기준의 적용문제에서 소극적인 태도를 내면화하고 있고, 그 소극성을 정당화하는 근거는 대외관계 또는 국제법적 사안에서 행정부에 대한 사법적 존중이다. 그리고 국제규범과 기준의 적용에 따른 사법적 혁신을 피하고자 입법권과 사법권의 분리라는 권력분립원칙이다.

이와 같은 검토는 우리나라 국내법원에 대해서도 유효하다. 우선 헌법재판소의 조약에 대한 위헌심사에서 보여준 태도는 행정부를 곤혹스럽게 만드는 위헌결정으로 나아간 사례가 없다. 또한 국제인권과 관련된 사안에서 국제인권의 적용이 부정되거나 배제된 사례가 대다수인데서 나타나는 바와 같이 국내법원의 입장에서 볼 때, 외래적인 국제규범과 기준에 의하여 기존의 국내법과 판례를 뒤엎은 사법적 혁신을 회피하여 왔다. 물론 국제인권을 인용한 사례가 어느 정도 있는 것이 사실이지만, 이 경우에도 국내법만으로도 국내법령의 전향적 해석이 가능한 사안에서 국제인권을 참조인용한 것에 불과하다. 인권 분야와는 반대로 통상분야 사안에서 국제규범과 기준을 직접 적용한 사례는 통상관련 행정부의 입장을 그대로 수용한 경우이다. 결국 국내법원의 재판과정에서 국제규범 및 기준의 적용에 의한 인권 증진은 우리나라 국내법원의 사법적 소극성에 대한 극복문제로 귀결된다.

국내법원의 사법적 소극성에 대한 대안으로 향후 해결해야 할 과제는 다음과 같이 정리할 수 있을 것이다. 우선 기본적으로 대외관계에 관한 권력분립원칙의 재정립이다. 헌법실행을 통해 정립된 현행의 대외관계에 관한 권한배분은 행정부에 백지위임을 부여한 것과 다름이 없다. 우선 대통령의 조약에 대한 비준·체결권에 대한 입법부의 민주적 통제는 일부 유형의 조약으로 국한되어 있고, 회부된 조약에 대한 동의권 행사는 가부에 국한되어 있다. 또한 헌법재판소와 대법원의 위헌조약심사권은 외교통상부의 법정의견서를 존중하는 사실상의 관행을 확립하고 있고, 그 결과 논거에는 차이가 있더라도 행정부가 체결한 조약에 대하여 법적 영향을 미치는 결론을 내리지 않고 있다. 특히 그 사례는 한중간 마늘협정에 대한 헌법재판소의 결정에서 드러난 것처럼 헌법상 조약이 아님에도

1993, pp. 169-173.

불구하고 조약으로 간주한 것은 조약의 법적 성질에 대한 판단조차도 포기한 것이다.

다음으로 인권 분야의 국제규범과 기준의 적용은 대외관계에서 국가이익에 영향을 주지 않는다는 점에서 다른 조약과 다르게 다를 법적 성질을 가지고 있다. 우리 헌법이 국제인권법이 지향하고 있는 인권보장의 정신과 취지를 기본권의 형식으로 명시하고 있고 우리 헌법재판소 역시 동일한 취지임을 인정하고 있다면, 국제인권규범 및 기준의 국내사법적 적용가능성은 헌법체계상 이미 열려 있고 보장되어 있는 것이다. 이것은 국제인권기준에 의거한 판결이 기존 국내법령과 판례를 변경하는 것이라도 그러한 사법적 결정이 입법권에 대한 침해로 볼 수 없는 근거가 될 것이다. 따라서 국제법의 국내사법적용시 국제인권규범과 기준이 갖고 있는 독특성의 보장이 사법체계에서 실현되어야 할 것이다.

마지막으로 국제인권의 집행자로서 국내법원의 역할에 대한 재인식이 요청된다. 현존하는 국제인권체계는 국제규범의 이행과 구제의 임무를 당사국에게 부여하고 있고, 국내법원은 사법구제의 제1차적 기관이다. 따라서 국내법원은 대한민국 국회가 제정한 국내법령과 동시에 헌법에 따라 체결·공포된 인권조약에 의거하여 법의 지배와 인권보장의 임무를 수행하여야 할 헌법기관으로서의 역할에 충실해야 할 것이다.

제2절 국제인권기준의 해석과 적용

우리나라가 가입·비준한 「조약법에 관한 비엔나 협약」 제26조는 조약당사국에 의한 조약의 성실한 이행을 요구하고 있고,⁴⁰⁷⁾ 제27조는 조약불이행에 대한 정당화의 방법으로 국내법 규정을 원용할 수 없다고 명시하고 있는 바,⁴⁰⁸⁾ 우리나라 국내법원은 대한민국의 국가기관으로서 국제의무의 이행책임이 있다. 또한 「대한민국헌법」 제103조에 따라 법관은 헌법과 법률에 의하여 재판을 하여야 하는데, 여기서 국내법과 동일한 효력을 갖는 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 당연히 법관을 기속한다.⁴⁰⁹⁾ 따라서 국내법관은 재판과정에서 국내법적 효력을 갖는 국제인권을 적용하여야 할 직업적 책무가 있다. 이하에서는 국내법관이 재판과정에서 국제인권이 원용되거나 관련된 경우에 어떻게 국제인권을 해석하고 적용하는지에 관한 법이론과 방법론을 분설하기로 한다.

I. 국제인권기준 적용의 일반론

국내법원의 재판과정에서 국제인권기준을 적용하기 위해서는 적법한 요건과 절차를 충족하여야 한다. 우선 재판과정에서 적용되는 국제인권기준은 국제적으로 승인된 인권으로서 존재하여야 한다. 그리고 그에 해당하는 국제인권이 국내사법절차상 적용되기 위해서는 적용의 조건과 자격을 갖추었는지를 검토하게 된다. 이를 만족시킬 경우에는 국제인권의 규범내용을 확인하는 절차, 즉 국제인권의 해석을 거쳐 최종적으로 당해 사건에 적용하게 된다. 이하에서는 이를 국제인권의 연원, 국제인권의 적용절차, 국제인권의 해석과 적용으로 나뉘어 살펴보기로 한다.

1. 국제인권의 연원

407) 「조약법에 관한 비엔나협약」 제26조 [약속은 지켜야 한다] 유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다.

408) 「조약법에 관한 비엔나협약」 제26조 [국내법과 조약의 준수] 어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니 된다. 이 규칙은 제46조를 침해하지 아니한다.

409) 허영, 『한국헌법론』, 전정2판 (박영사, 2006), 1003쪽.

국제인권의 보호에 관한 법은 국제법에 속한다. 따라서 국제인권의 연원은 국제법의 연원과 동일하다. 국제법 연원의 형태에 관한 권위 있는 예시는 「국제사법재판소규정」 제38조 제1항에 나온다. 동 조항에는 국제협약, 국제관습, 법의 일반원칙, 사법판결과 학설이 제시되고 있다.⁴¹⁰⁾

1) 조약

조약은 일반적으로 국가간에 체결된 법적 구속력 있는 서면 합의이지만,⁴¹¹⁾ 일정한 목적을 위하여 국제연합과 같은 국제기구와 국가간에도 체결될 수 있다.⁴¹²⁾ 조약은 협약, 규약, 의정서 또는 맹약 등 여러 명칭이 있지만, 법적 효력은 같다. 국제적 차원에서 국가들은 주로 비준, 수락, 승인 또는 가입을 통하여 조약에 대한 국가의 기속적 동의를 확립한다.⁴¹³⁾ 예외적으로 서명에 의해 표현되는 경우도 있다. 조약이 발효되고 당사국을 구속하게 되면, 당사국들은 성실하게 조약 의무를 이행하여야 한다.⁴¹⁴⁾ 이것은 특히 당사국이 조약의 이행 실패를 정당화하기 위하여 국내법규정을 원용함으로써 국제법에 따른 책임을 회피할 수 없게 한다.⁴¹⁵⁾ 더욱이 국제인권법에서는 국가책임이 엄격하여 국가가 의

410) 「국제사법재판소규정」 제38조 1. 재판소는 재판소에 회부된 분쟁을 국제법에 따라 재판하는 것을 임무로 하며, 다음을 적용한다.

가. 분쟁국에 의하여 명백히 인정된 규칙을 확립하고 있는 일반적인 또는 특별한 국제협약

나. 법으로 수락된 일반관행의 증거로서의 국제관습

다. 문명국에 의하여 인정된 법의 일반원칙

라. 법칙결정의 보조수단으로서의 사법판결 및 제국의 가장 우수한 국제법 학자의 학설. 다만, 제 59조의 규정에 따를 것을 조건으로 한다.

411) 조약법에 관한 비엔나협약 제2조 [용어의 사용] 1. 이 협약의 목적상, (a) "조약"이라 함은 단일의 문서에 또는 2 또는 그 이상의 관련문서에 구현되고 있는가에 관계없이 또한 그 특징의 명칭에 관계없이, 서면형식으로 국가간에 체결되며 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적 합의를 의미한다.

412) 국가와 국제기구간 또는 국제기구들간 조약법에 관한 비엔나협약 제2조 용어의 사용 1. 이 협약의 목적상, (a) "조약"이라 함은 (i) 1 또는 그 이상의 국가와 1 또는 그 이상의 국제기구, 또는 (ii) 국제기구들간 서면의 형식으로 체결되고 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적 합의를 의미한다.

413) 조약법에 관한 비엔나협약 제2조 [용어의 사용] 1. 이 협약의 목적상, "비준" "수락" "승인" 및 "가입"이라 함은 국가가 국제적 측면에서 조약에 대한 국가의 기속적 동의를 확정하는 경우에 각 경우마다 그렇게 불리는 국제적 행위를 의미한다.

414) 조약법에 관한 비엔나협약 제26조 [약속은 준수하여야 한다] 유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다.

415) 조약법에 관한 비엔나협약 제27조 [국내법과 조약의 준수] 어느 당사국도 조약의 불이행에 대한

도적이지 않은 조약의무 위반에 대해서도 책임을 진다. 인권조약은 객관적 성격의 입법조약이므로 모든 당사국들에게 동일한 일반규범을 창설한다. 이 규범들은 다른 당사국들의 이행상태와 무관하게 당사국에게 적용된다. 즉 전통적인 상호주의원칙이 인권조약에는 적용되지 않는다.

현재 우리나라가 당사국으로 되어 있고 법적으로 구속력 있는 조약들을 보면, 다음과 같다.

외교통상부 분류	협약명	협약채택 (발효)	당사국수 (‘07.8.9)	한국비준·가 입(발효)
인권	집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약	48.12.09. (51.01.12.)	140	50.10.14. (51.12.12.)
인권	부녀자의 정치적 권리에 관한 협약	52.12.20. (54.07.07.)	120	59.06.23. (59.09.21.)
인권	인신매매금지 및 타인의 매춘행위에 의한 착취금지에 관한 협약	49.12.02. (51.07.25.)	80	62.02.13. (62.05.14.)
난민/국적	무국적자의 지위에 관한 협약	54.09.28. (60.06.06.)	62	62.08.22. (62.11.20.)
인권	모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약	65.12.21. (69.01.04.)	173	78.12.05. (79.01.04.)
인권	여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약	79.12.18. (81.09.03.)	185	84.12.27. (85.01.26.)
인권	경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약	66.12.16. (76.01.03.)	156	90.04.10. (90.07.10.)
인권	시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약	66.12.19. (76.03.23.)	160	90.04.10. (90.07.10.)
인권	시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서	66.12.19. (76.03.23.)	109	90.04.10. (90.07.10.)
인권	아동의 권리에 관한 협약	89.11.20. (90.09.02.)	193	91.11.20. (91.12.20)
난민/국적	난민의 지위에 관한 협약	51.07.28. (54.04.22.)	144	92.12.03. (93.03.03.)
난민/국적	난민의 지위에 관한 의정서	67.01.31. (67.10.04.)	144	92.12.03 (92.12.03.)

정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니된다. 이 규칙은 제46조를 침해하지 아니한다.

노동	고용 정책에 관한 협약 (국제노동기구협약 제122호)	64.07.09. (66.07.15.)	97	92.12.09. (93.12.09.)
인권	고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약	84.12.10. (87.06.26.)	144	95.01.09. (95.02.08.)
노동	동일가치노동에 대한 남녀근로자의 동일보수에 관한 협약 (국제노동기구협약 제100호)	51.06.29. (53.05.23.)	164	97.12.08 (98.12.08.)
노동	고용과 직업상의 차별에 관한 협약 (국제노동기구협약 제111호)	58.06.25. (60.06.15.)	166	98.12.04. (99.12.04.)
노동	기업의 근로자대표에게 제공되는 보호 및 편의에 관한 협약 (국제노동기구협약 제135호)	71.06.23. (73.06.30.)	81	01.12.27. (02.12.27)
노동	가혹한 형태의 아동노동금지와 근절을 위한 즉각적인 조치에 관한 협약 (국제노동기구협약 제182호)	99.06.17. (00.11.19)	165	01.03.29 (02.03.29)
국제형사 (테러리즘)	국제형사재판소에 관한 로마규정	98.07.17. (02.07.01.)	105	02.11.13. (03.02.01.)
인권	아동의 무력분쟁 관여에 관한 선택의정서	00.05.25. (02.02.12.)	117	04.09.24 (04.10.24)
인권	아동매매, 아동매춘 및 아동포르노 그라피에 관한 선택의정서	00.05.25. (02.01.18.)	121	04.09.24 (04.10.24)
인권	여성에 대한 차별철폐에 관한 협약 선택의정서	99.10.06 (00.12.22)	88	06.10.18 (07.01.18)

2) 국제관습법

「국제사법재판소규정」 제38조 제1항에서 국제관습은 “법으로 수락된 일반관행의 증거로서의 국제관습”이라고 규정하고 있듯이, 국가들을 구속하는 국제관습법상 의무는 두 요소를 갖출 때에 생겨난다. 즉 국가들의 “확립된 관행”에 해당하는 행위가 있어야 하고, 그 행위가 그것을 요구하는 법규칙의 존재에 의해 의무적으로 만든다는 신념이 있어야 한다.⁴¹⁶⁾ 따라서 법관들은 일반관행을 구성하는 객관적 요소와 그 관행의 법적 구속성에

416) *North Sea Continental Shelf cases*, Judgment, *ICJ Reports* 1969, p. 44, para. 77.

관한 국가들 사이의 신념이 있다는 주관적 요소를 평가하여야 한다. 관행의 문제에 관하여 북해대륙붕 사건에서 국제사법재판소는 국가관행이 광범위하고 실질적으로 통일되어 있다면 짧은 시간 내에도 국제관습법이 형성될 수 있다고 명시했다.⁴¹⁷⁾ 그리고 니카라과 사건에서는 국가들의 행동이 그 규칙과 일반적으로 합치되는 것으로 충분하다고 밝혔다.⁴¹⁸⁾

인간의 보호에 관한 어떤 법원칙에는 어떠한 것들이 있는가라는 문제가 제기된다. 이에 관하여 국제사법재판소는 집단살해금지협약에 대한 유보에 관한 권고적 의견에서 국제사법재판소는 동 협약의 원칙들은 협약상 의무가 없을 때에서 국가들을 구속하는 원칙이라는 입장을 밝혔고,⁴¹⁹⁾ 이를 통해 그 시점에 이미 집단살해금지하는 모든 국가에게 적용가능한 국제관습법의 일부를 이루고 있었다. 바르셀로나전략회사 사건에서는 국가에 대한 국가의 의무와 국제공동체 전체에 대한 국가의 의무를 구별하고 후자는 성격상 모든 국가들의 관심사이고 모든 국가가 그에 대한 보호의 법적 이익을 갖고 있다고 보면서 이를 대세적 의무라고 적시하였는데, 이에 해당하는 의무로 침략행위와 집단살해의 불법화 및 노예제와 인종차별로부터 보호를 포함하는 인간의 기본적 권리와 관한 원칙과 규칙을 제시하였다.⁴²⁰⁾ 테헤란 인질사건에서는 “인간의 자유를 불법적으로 박탈하고 궁박한 상태에서 신체적 제약을 가하는 것은 그 자체로서 「국제연합 헌장」의 원칙 및 「세계인권선언」에 열거된 기본원칙과 명백하게 양립하지 않는다”고 표명하였다.⁴²¹⁾

그리하여 기본적 인권의무가 국제관습법의 일부에 해당한다는 점은 의심할 여지가 없다. 이미 국제사법재판소가 언급한 바 있는 집단살해범죄와 침략범죄, 인종차별, 노예제, 자의적 구금과 신체적 곤궁이 국제관습법의 일부가 되어 있음은 분명하다. 그러나 인권에 관한 국제관습법에 이에 국한되지는 않는다.

국제관습법을 식별하고 확인하는 것은 쉬운 작업이 아니다. 특히 국제연합 총회의 결의에서 채택한 내용이 국제관습법의 일부를 이루는가에 대한 문제가 제기된다. 국제연합 총

417) *North Sea Continental Shelf cases*, Judgment, *ICJ Reports* 1969, p. 44, para. 77.

418) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, *ICJ Reports* 1986, p. 98, para. 186.

419) *Reservation to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, *ICJ Reports* 1951, p. 23.

420) *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, *ICJ Reports* 1970, p. 32, para. 33.

421) *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, *ICJ Report* 1980, p. 42, para. 91.

회가 채택한 결의는 그 자체로서 법적으로 구속력이 없을지라도 일정한 상황에서 법적 가치를 가질 수 있다. 예를 들면, 「세계인권선언」은 엄격한 의미에서 법의 연원이 아닐지라도 국제관습법의 증거를 제공할 수 있다. 그러나 이것은 그 내용, 즉 해당 규범의 엄밀성과 그에 대한 약속의 정도, 그 적용을 위한 예견가능 수단 등에 좌우된다. 또한 해당 결의에 어느 정도의 국가들이 찬성하였는가와 채택상황도 큰 영향을 미친다. 특히 관련 결의가 고립적으로 채택되었는지 아니면 동일 주제에 대하여 지속적이고 보편적 내용을 담은 일련의 결의로서 성안된 것이지가 중요하며, 후자의 경우에는 국제관습법의 유력한 증거가 되기도 하고 국제관습법을 형성하는 중요한 선례로 평가된다.⁴²²⁾ 이와 관련하여 「세계인권선언」은 국제연합 총회 및 전 세계적 차원의 국제회의의 결의에서 반복적으로 인용되고 강조되는 한편, 연이은 주요 인권조약들의 서문에 명시됨으로써 채택 당시의 법적 한계를 극복하고 국제관습법으로 확립되거나 공통의 법원칙이 되었다고 평가받고 있다.⁴²³⁾

3) 법의 일반원칙

국제인권법의 연원으로서 법의 일반원칙은 전 세계에 걸쳐 모든 주요 법체계에서 발견될 수 있는 가장 기본적인 법명제이다. 국가들이 인권을 위하여 제공되거나 그 보호에 필수적인 특정 법원칙을 받아들이고 있다는 증거가 각국의 국내법을 통해 입증된다면, 그 원칙은 국제인권법에 따라 법적 구속력이 있는 원칙임을 보여주게 된다. 그리하여 법관들과 변호사들은 특정 인권원칙이 국제법의 일반원칙으로 인정할 지 여부를 결정하기 위하여 다른 법체계를 살펴보게 된다. 그리하여 이와 같은 국내법 유추는 증거문제와 같이 사법절차를 규율하는 원칙 분야에서 사용되어져 왔다.⁴²⁴⁾ 또한 「세계인권선언」은 1948년 이래로 헌법을 제정한 많은 국가들이 자신의 헌법에 인용함으로써 선언의 내용을 헌법에 포함시킨 바, 「세계인권선언」이 담고 있는 대부분은 내용은 모든 법체계에 공통적으로 존재하는 법의 일반원칙으로서 지위를 갖게 되었다고 평가받고 있다.⁴²⁵⁾

422) 정경수, “현대 국제관습법 형성과정에서 나타난 변화와 안정성”, 『국제법학회논총』, 통권 제94호, (2002), 181-185쪽.

423) C. Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism* (Oxford Univ. Press, 2003), pp. 63-43.

424) 이안 브라운리 (정영진, 황준식 옮김), 『국제법』 (현암사, 2004), 47-48쪽.

425) 유네스코한국위원회 엮음, 『인권이란 무엇인가: 유네스코와 세계인권선언의 발전과 역사』 (오름, 1995), 80-81쪽.

4) 법규칙 결정의 보조수단

「국제사법재판소규정」 제38조는 법규칙 결정의 보조수단으로서 사법판결 및 제국의 가장 우수한 국제법 학자의 학설을 제시하고 있다. 인권 분야에서 사법결정은 법의 완전한 이해와 법을 진술한 권위 있는 증거로서 간주되는 국제판례법의 자산으로서 중요성을 가진다. 그러나 국제사법재판소나 인권조약기구는 선례에 구속되지 않는다.⁴²⁶⁾ 인권조약기구는 초기 결정이 국제적 차원에서 입법을 통해 계속 변화하는 사회적 요청에 용이하게 부합할 수 있도록 탄력성을 갖는 것이 중요하다.⁴²⁷⁾ 이와 같은 맥락에서 사법판결에 대한 참고가 국내법원이 내린 사법판결을 의미할 수 있고, 여기서 상급법원일수록 그 권위는 높아질 것이다. 그러나 국제이행기구가 인권법을 해석할 때 국내법과 독립적으로 수행한다는 점을 간과하여서는 아니 될 것이다.

가장 우수한 국제법 학자의 학설과 관련하여 유념하여야 할 점은 규정 제38조가 국제인권법에 관한 국제판례가 존재하지 않을 때 입안되었다는 것이다. 국제인권법의 해석과 적용은 주로 법문서와 관련 판례법에 근거하여야 하고, 학설은 일정한 상황에서 국제인권법과 그 실제 이행에 관한 향상된 이해를 제공하는데 기여할 수 있다. 그러나 법관련 논문이나 공식적으로 설립된 조약기구가 아닌 사적 기구가 채택한 원칙이나 논평을 참고하는데는 상당히 신중을 기하는 것이 바람직하다. 그 이유는 그들이 해석과 적용에서 법의 지위를 모든 영역에서 올바르게 존중하고 있다고 보장할 수 없기 때문이다.

2. 국제인권의 해석

국제인권의 해석은 국제법의 해석원칙과 규율에 따르며, 조약해석은 국제법에 따른 당사국의 권한이다.⁴²⁸⁾ 인권조약의 해석은 조약 일반에 적용되는 조약법에 관한 비엔나협약의 규율을 받는다. 동 협약은 조약의 해석에 관하여 제31조에서 해석의 일반규칙,⁴²⁹⁾ 제

426) 「국제사법재판소규정」 제59조 재판소의 결정은 당사자사이와 그 특정사건에 관하여서만 구속력을 가진다.

427) 예를 들면 유럽인권위원회는 교회와 같은 법인체가 「유럽인권협약」 제9조 제1항에 따라 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 침해를 주장하면서 진정을 제기할 수 없다는 초기 결정을 변경한 바 있다. *Eur. Comm. HR, Application No. 7805/77, X. and Church of Scientology v. Sweden, decision of 5 May 1979 on the admissibility of the application, 16 DR, p. 70.*

428) 이안 브라운리 (정영진, 황준식 옮김), 『국제법』 (현암사, 2004), 600쪽.

429) 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 [해석의 일반규칙]

32조에서 해석의 보충적 수단⁴³⁰⁾을 규정하고 있다. 이 규정들은 조약해석에 관한 문언해석원칙, 문맥해석원칙, 기타 원칙 등을 담고 있다.

조약해석에 관한 문언해석원칙은 “조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문언에 부여되는 통상적인 의미에 따라 성실하게 해석”하는 것을 말한다. 여기서 통상적인 의미의 논리적 귀결은 조약 전체의 맥락에서 그 대상과 목적에 비추어 밝혀져야 한다는 것이다. 또한 동시대성의 원칙, 즉 조약의 언어는 체결 당시 일반국제법의 규칙에 비추어 그리고 동시대적인 의미에 비추어 해석되어야 한다. 문맥해석원칙은 해석의 목적상 조약의 문맥에는 전문과 부속서를 포함하는 조약 자체 및 조약과 연계되어 이루어진 관련 합의와 문서를 포함한다. 이 외에도 당사국간 추후 합의와 관행 및 당사국간 관계에서 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙도 참작되어야 한다. 위의 조약해석에 관한 원칙과 규칙들은 적용의 위계를 구축하고 있지 않다. 바로 이러한 이유 때문에 동 협약 제31조는 조항의 명칭에서 일반규칙이라는 단수명사를 사용한 것이다.⁴³¹⁾ 조약해석에서 보충적 수단으로 사용할 수 있는 것은 조약체결의 준비문서가 있다.

인권조약이 효과적인 개인의 권리보호를 보장하기 위하여 체결되었다는 사실은 특히 해석과정에서 중요성을 갖는다. 인권의 의미는 많은 측면에서 해석과 그 적용에 의해 좌우되는데, 인권조약의 해석에서 독특한 점은 많은 인권조약 자체에서 해석과 적용에 관한 기관을 설정하거나 해당 조약의 이행감시기구에게 그 책임을 부여하는 경향을 보이고 있

1. 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문맥에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.
2. 조약의 해석 목적상 문맥은 조약문에 추가하여 조약의 전문 및 부속서와 함께 다음의 것을 포함한다.
 - (a) 조약의 체결에 관련하여 모든 당사국간에 이루어진 그 조약에 관한 협의
 - (b) 조약의 체결에 관련하여 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약이 관련되는 문서로서 수락한 문서
3. 문맥과 함께 다음의 것이 참작되어야 한다.
 - (a) 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의
 - (b) 조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행
 - (c) 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙
4. 당사국의 특별한 의미를 특정용어에 부여하기로 의도하였음이 확정되는 경우에는 그러한 의미가 부여된다.

430) 조약법에 관한 비엔나협약 제32조 [해석의 보충적 수단] 제31조의 적용으로부터 나오는 의미를 확인하기 위하여 또는 제31조에 따라 해석하면 다음과 같이 되는 경우에 그 의미를 결정하기 위하여 조약의 교섭 기록 및 그 체결시의 사정을 포함한 해석의 보충적 수단에 의존할 수 있다.

- (a) 의미가 모호해지거나 또는 애매하게 되는 경우 또는
- (b) 명백히 불투명하거나 또는 불합리한 결과를 초래하는 경우

431) 이안 브라운리 (정영진, 황준식 옮김), 『국제법』 (현암사, 2004), 601-602쪽.

다. 조약기구에 의한 인권조약 해석에서 나타나는 특징은 목적론적 해석태도를 취하고 있다는 점이다. 즉 해당 문서의 취지 및 목적과 합치되는 방식으로 인권을 해석하고 적용하여 왔다. 가령 유럽인권재판소는 공정한 재판에 대한 권리 속에 법원에 대한 접근권을 포함시켰고,⁴³²⁾ 미주인권재판소는 강제실종문제를 생명, 인도적 대우 및 신체에 대한 권리에 포섭시켰다.⁴³³⁾

목적론적 해석은 조약이행감시기구들이 시간의 경과에 따라 권리를 발전시키는 것을 가능하게 만들었다. 그리하여 21세기의 세계는 국제인권문서가 입안된 지난 세기와 완전히 달라졌다. 공공도덕의 개념은 프라이버시와 마찬가지로 많은 국가 내에서 변화되어 왔다. 동시에 국가생존에 대한 위협은 제2차 세계대전의 개시부터 냉전시대를 거쳐 국제연합의 평화주의 지도하에 있는 현재에 이르러 임박한 전쟁행위, 국가 및 테러집단의 무력행사의 우수지가 더 이상 되지 않는다.⁴³⁴⁾

우리나라 국내법원은 국제인권의 해석에 입하여 원칙적으로 국제법에 따른 해석을 하여야 할 것이다. 이 해석에 관한 준거지침은 조약법에 관한 비엔나협약에 명시되어 있다. 그 과정에서 국제인권, 특히 인권조약의 해석에 있어서는 동 협약이 명시한 조약의 대상과 목적에 따른 해석원칙을 유념하여야 할 것이다. 즉 인권조약의 해석의 중요성과 독특성을 고려할 때, 인권조약 규정의 의미를 설명함에 있어서 법관들은 개인의 권리와 이익을 존중하고 전체로서 조약의 맥락에서 논리적인 해석을 찾아냄으로써 목적론적이고 총

432) European Court of Human Rights, *Golder v. The United Kingdom*, 4451/70, 2075. 9. 27. 이 사건의 개요는 다음과 같다. Applicant was, in 1965, convicted of robbery with violence and was sentenced to fifteen years' imprisonment. In October 1969 a serious disturbance occurred in prison and together with other prisoners the applicant was suspected of having participated in the disturbance; and it had been alleged that he had assaulted a prison officer. The applicant wrote to his Member of Parliament and to a Chief Constable about the disturbance and the ensuing hardships it had entailed for him; the prison governor stopped these letters since the applicant had failed to raise the subject-matter thereof through the authorised channels beforehand. Applicant submitted two complaints relating respectively to the stopping of his letters and to the refusal of the Home Secretary to permit him to consult a solicitor.

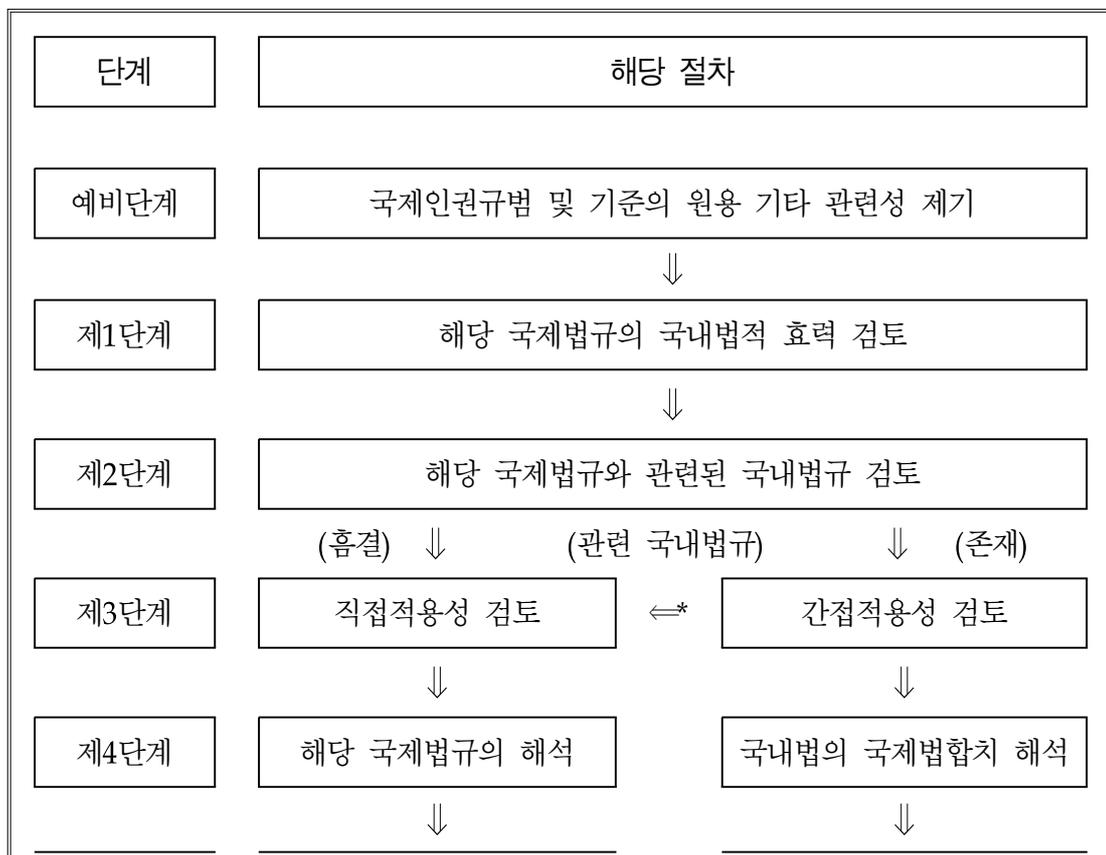
433) Inter-American Court of Human Rights, Case *Velásquez Rodríguez*, judgement of 29 July 1989, Ser. C No. 4 (Merits). 위 사건에서 미주인권재판소는 다음과 같이 판시하였다. "The phenomenon of disappearances is a complex form of human rights violation that must be understood and confronted in an integral fashion. [...] The forced disappearance of human beings is a multiple and continuous violation of many rights under the Convention that the States Parties are obliged to respect and guarantee."

434) R.K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights* (Oxford Univ. Press, 2005), p. 180.

체적 해석태도를 취하는 것이 필수적일 것이다.⁴³⁵⁾

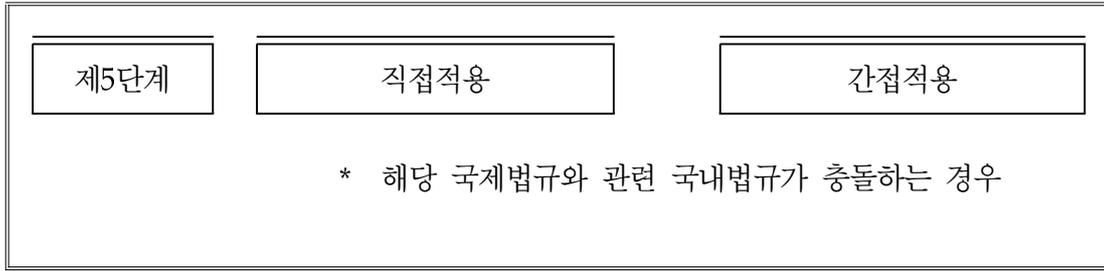
3. 국제인권적용의 검토절차

우리나라 국내법원이 재판과정에서 국제인권의 적용문제에 직면하였을 때, 이를 어떻게 다루어야 하고 다루게 되는가? 이는 재판절차상 국제인권의 적용 여부에 대한 판단과 적용기법의 사용문제와 관련된다. 국제법과 국내법의 관계에 관한 우리나라 국내법체계의 특성, 특히 헌법 제6조 제1항⁴³⁶⁾에 따르는 국제법의 국내법적 효력이 인정되는 조건하에서 국제법은 직접 적용이 가능하기도 하고 간접 적용도 보장되어 있다. 이런 전제하에서 국내법원이 국제법의 국내사법적용에 관한 검토는 5단계를 거치게 된다. 이를 절차도로 표시하면, 다음과 같다.



435) Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human Rights in the Administrations of Justice: A Manuel on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers* (United Nations, 2003), p. 8.

436) 「대한민국헌법」 제6조 [조약·국제법규의 효력·외국인의 법적 지위] ① 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력이 있다.



재판과정에서 국제인권기준의 적용문제는 재판당사자의 원용 또는 재판부의 직권에 의한 판단에 의거하여 부상한다. 이렇게 국제인권기준이 재판의 전제가 될 때, 국내법원은 해당 국제법규의 국내법적 효력 검토하고 해당 국제법규와 관련된 국내법규의 검토를 거친 다음 직접적용성과 간접적용성을 확인한 후에 관련 법규를 해석한 다음 최종적으로 국제법규를 적용하게 된다. 이를 단계별로 나누어 설명하면, 아래와 같다.

1) 제1단계: 해당 국제법규의 국내법적 효력 검토

우리나라 국내법원이 제1차적으로 검토하는 것은 해당 국제법규의 국내법적 효력이다. 여기서 해당 국제법규가 조약에 근거하고 있는 경우에는 우리나라가 당해 조약에 비준·가입하였는지를 검토하게 된다. 그 국제법규의 근거 조약에 우리나라가 비준·가입한 조약에 비준·가입하였을 경우에는 제2단계로 넘어간다. 만일 비준·가입한 조약이 아닐 경우에는 일단 국내적용가능성이 배제되는 것으로 보이지만, 그것은 직접적용문제에 국한된다. 비준·가입한 조약이 아닐 때에도 국내적용의 여지가 없는 것은 아니며, 그것은 간접적용문제에서 처리된다. 여기서 국내법적 효력을 갖지 않은 조약에 근거한 국제법규의 국내적용가능성은 공식적인 법의 연원으로서가 아니라 비교법적 차원에서 적용될 가능성에 국한된다. 여기서 유념해야 할 것은 해당 국제법규의 국내법적 효력에 대한 검토는 우리나라가 관련 조약의 비준·가입시 해당 국제법규를 규정한 조항에 대한 유보를 하였는지를 살펴보아야 한다. 국제법적 차원에서 행한 유보는 우리나라 법체계상 국내법으로 전이되기 때문이다.

해당 국제법규가 외견상 국제관습법일 경우에는 국내법원이 해야 할 임무는 해당 국제법규가 국제관습법으로 확립되어 있는지를 확인하여야 한다. 여기서 국내법원의 관련 국제법규의 국제관습법적 확립 여부를 뒷받침하는 증거를 조사하여야 한다. 부수적으로 해당 국제법규가 외견상 법의 일반원칙 해당성을 가질 경우에 국내법원은 그 법규가 국제관습법적으로 확립되어 있지 않는 한 우리나라 법체계상 법의 공식적인 연원에 포섭되지

않는다. 이 경우 국내법원은 해당 법규의 확립 여부에 대한 조사의무를 부담하지 않는다.

2) 제2단계: 해당 국제법규와 관련된 국내법규 검토

해당 국제법규가 국내법적 효력을 갖는 경우에는 해당 국제법규와 동일하거나 관련성이 있는 국내법규의 존재 여부를 검토하게 된다. 여기서 해당 국제법규와 동일하거나 관련성이 있는 국내법규가 존재하지 않을 경우, 즉 관련 국내법이 흠결인 경우에는 제3단계로 넘어가서 해당 국제법규의 직접적용성을 검토하게 된다. 반대로 해당 국제법규와 동일하거나 관련성이 있는 국내법규가 존재할 경우에는 양 법규의 충돌여부를 제3단계에서 조사하게 되는데, 충돌하지 않는 경우에는 간접적용과정으로 넘어가고 충돌하는 경우에는 직접적용과정에 회부된다.

여기서 유념해야 할 것은 양 법규의 동일성 또는 관련성의 정도이다. 국제인권규범, 특히 「시민적·정치적권리규약」에 명시된 국제인권은 대부분 우리 헌법상 기본권과 중첩된다. 이 경우 양자의 동일성 또는 관련성 정도는 다시 심층 조사를 요한다. 이런 의미에서 동일성 또는 관련성의 정도는 상대적이다.

3) 제3단계: 해당 국제법규의 직접적용성 및 간접적용성 검토

국제법규의 국내적용가능성 검토에 관한 제3단계 절차는 두 갈래로 나뉜다. 하나는 직접적용성의 검토이고, 다른 하나는 간접적용성의 검토이다. 양자는 순차적이 아니라 병렬적 검토관계에 있다. 먼저 직접적용성의 검토를 보면, 제2단계 조사에서 해당 국제법규에 상응하는 국내법규가 흠결되어 있는 경우에 이루어지는데, 이때 착수되는 절차는 해당 국제법규의 직접적용성 또는 자기집행성에 대한 조사이다. 이러한 성질을 갖춘 경우에는 제4단계의 해당 국제법규의 해석단계로 들어가게 되고, 이러한 성질을 갖추지 못한 경우에는 기본적으로 적용가능성이 배제된다. 그러나 직접적용성이 없는 경우에도 그 법규는 여전히 공식적인 법의 연원이기 때문에 간접적용성을 잠재적으로 갖고 있다.

다음으로 간접적용성이 검토를 살펴보면, 제2단계 조사에서 해당 국제법규에 상응하는 국내법규가 존재하는 것으로 확인되는 경우에 이루어진다. 이때 해당 국제법규와 그에 상응하는 국내법규간의 충돌 여부를 조사하게 된다. 양자가 충돌하지 않는 경우에는 국내법규를 국제법규에 비추어 해석하는 제4단계의 해석단계에 들어서게 된다. 그러나 양자가

충돌하는 경우에는 직접적용성을 검토해야 한다. 그런데 여기서 국내법원을 곤혹스럽게 하는 것은 기존 국내법규와 충돌하는 국제법규를 직접적용하는 것이 종종 사법적 혁신의 결과를 낳을 수 있다는 점이다. 바로 이 단계에 이르러 지금까지 우리나라 국내법원과 국내법관이 보여준 사법적 소극성이 국제인권기준의 국내사법적용에서 직면하게 되는 벽을 확인하게 된다. 그러나 법적으로 이러한 사법적 혁신은 권력분립원칙에 의거하여 금지되어 있지 않을 뿐 아니라 보장되어 있다. 다만, 사법적 소극성이 그 한계를 넘어서려고 하지 않을 뿐이다.

4) 제4단계: 해당 국제법규 및 관련 국내법규의 해석

국제법규의 국내사법적용에 관한 제4단계는 법의 해석영역에 속한다. 이 해석은 제3단계와 마찬가지로 두 갈래가 병렬적으로 이루어지는데, 제3단계에서 해당 국제법규가 직접적용성을 갖춘 것으로 판명된 경우에는 해당 국제법규의 의미·내용을 확정하게 된다. 즉 국제법규의 해석이 이루어지는데, 이때 적용되는 해석원칙과 규칙은 앞서 '국제인권의 해석'에서 언급한 내용이다. 즉 조약법에 관한 비엔나협약상 조약해석의 일반규칙과 보충적 수단이 적용되는 한편, 인권조약의 특성을 반영한 목적론적 해석이 이루어지게 된다.

다른 한편으로 제3단계에서 해당 국제법규에 상응한 국내법규가 있고 양자가 충돌하지 않는 경우에는 관련 국내법규의 해석이 이루어진다. 이때 관련 국내법규는 해당 국제법규의 비추어 해석됨으로써, 해당 국제법규의 내용이 관련 국내법규 속으로 침윤되는 절차를 거치게 된다.

해당 국제법규의 해석단계에서 유념해야 할 바는 해당 국제법규가 조약에 기초하고 있는 경우에 당해 조약에 대한 비준·가입시 해석선언을 하였는지에 대한 확인이다. 만일 해석선언을 하였을 경우에는 국제법적 차원에서 행한 해석선언이 국내법적으로 전이되기 때문에 해당 국제법규가 우리나라가 행한 해석선언을 고려하여 해석하여야 한다.

5) 제5단계; 국제법규의 직접적용과 간접적용

일련의 절차를 거친 국제법규가 국내재판과정에서 최종적으로 적용되는데, 적용의 형식은 두 가지다. 하나는 직접적용이고, 다른 하나는 간접적용이다. 직접적용은 국내법적 효력과 직접적용성을 갖고 있는 국제법규가 관련 국내법규의 흡결된 상태에서 직접 적용되

는 경우와 충돌하는 관련 국내법규를 배제하고 직접 적용되는 경우가 있다. 간접적용은 동일한 또는 관련 내용을 갖춘 국내법규의 존재하는 상태에서 그 국내법규의 해석이라는 매개를 통해 국제법규가 간접 적용되는 것이다.

II. 국제인권기준의 직접적용

국내재판과정에서 국제인권기준을 직접 적용한다는 것은 국내법적 효력을 갖는 국제법규가 직접 적용된다는 사실적 측면을 말하는 것이고, 그러한 국제법규가 직접 적용될 수 있다는 것은 규범적 측면을 말하는 것이다. 이하에서는 국제법규가 국내재판과정에서 직접 적용되는 것과 관련된 규범적 측면과 사실적 측면을 반영한 법리와 절차를 살펴보기로 한다.

1. 국제법규의 직접적용 관련 법리적 논의

조약에 기초한 국제법규가 국내재판과정에서 직접 적용된다는 것과 관련된 법리에는 직접적용성과 자기집행성이 있다. 각각의 유래의 특징을 살펴보면 다음과 같다.

자기집행성 개념은 19세기 후반 미국에서 유래한 것으로, 조약이 별도의 조치가 필요 없이 국내 법원이나 행정기관에 의해 직접 적용할 수 있을 때 그 조약은 자기집행적이라고 한다.⁴³⁷⁾ 이에 비해 직접적용성은 자기집행성이 유럽에 소개될 때 개념적 변형을 거쳐 20세기에 정립된 개념이다. 즉, 유럽의 법학자들은 1950년대초 자기집행성 개념을 설명하면서 1928년의 단찌히법원의 관할권 사건에 관한 상설국제사법재판소의 권고적 의견을 언급하였다. 이후 인권보호 및 유럽공동체와 회원국간의 관계를 중심으로 발전해오면서,⁴³⁸⁾ 유럽에서는 자기집행적 조약이란 국내 법원에서 집행할 수 있는 개인의 권리를 창설하는 조약으로 받아들여지고 있다.⁴³⁹⁾ 미국에서 발전한 조약의 자기집행성과 유럽을 중

437) 미국에서 조약의 자기집행성이론이 미국 대법원에서 처음으로 적용된 것은 *Foste v. Neilson* Case으로 알려지고 있다. 이 사건에서 Marshall 대법원판사는 자기집행과 비자기집행을 구분하는 기준을 제시했다. 그리고 이 기준은 이후 '자기집행조약'이론의 발전에 큰 영향을 미쳤다.(Yuji Iwasawa, "The Doctrine of self-executing treaties in the United States : a critical analysis", *Virginia Journal of International Law*, vol. 26, no.3, 1986, pp. 1-2.)

438) 회원국에 대한 유럽공동체 법규범의 직접적용가능성에 관하여는 박기갑, "1986년 단일유럽법에 나타난 유럽공동체 권한과 의회주권행사", *한림법학FORUM* (1991), 56-58면 참조.

439) 이와 같은 개념에 입각하여 1960년대 유럽연합사법재판소는 유럽공동체법의 '직접적용가능성'에

심으로 논의되는 조약의 직접적용성에 관한 입장의 개관 및 주요 차이점은 다음과 같다.440)

<조약의 직접적용성에 관한 미국과 유럽입장의 개관과 차이점>

	미 국	유 럽
용 어 사 용	조약의 자기집행력	조약의 직접적용성
전 제 조 건	일원론적 입장	일원론적 입장 이원론적 입장은 문제를 제기
초기이론 정립 주체	국내 법원	PCIJ 판례 유럽공동체사법법원
국내에서 직접 적용되기 위한 조건	<ul style="list-style-type: none"> ○ 개인의 권리와 의무에만 국한되지 않고 조약이 국내 사법 또는 행정기관의 권리 내지 의무에 관해 규정할 때 ○ 국내법 역시 관련조약이 자기집행력을 갖는가를 결정할 수 있음 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 조약이 오로지 개인의 권리와 의무를 창출시 ○ 국제법이 관련조약의 직접 적용여부를 결정함 ○ 체약국의 의도 중시

조약의 자기집행성이나 직접적용성은 모두 조약이 국내에서 직접 적용될 수 있는가라는 문제의 출발점은 동일하지만, 미국에서 발전된 자기집행성은 조약이 국내에 직접 적용되기 위해서는 ‘별도의 조치’가 필요한가로 요약되고, 유럽에서 발전된 조약의 직접적용성은 조약이 ‘국내법원에서 집행할 수 있는 개인의 권리를 창설하고 있는가로 정리될 수 있다. 그러나 그 구별이 쉽지 아니하고 또한 개념적 구별의 실익도 없다고 보고 양자를 특별히 구분하지 않기도 한다.441) 또한 직접적용성은 직접효력(개인의 구체적 권리 및 제소권)을 포섭하는 의미로 파악하고 그러한 의미에서 자기집행성과 동의어로 파악하기도 한다.442) 국제인권기준의 국내사법적용의 측면에서 볼 때, 직접적용성이 직접효력과 자기

에 관한 일련의 중요한 판결을 내렸다.

440) 박기갑, “조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로”, 『법학논총』, 제34권 (1998), 120쪽.

441) 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 『국제법평론』, 통권 제20호 (2004), 28-29쪽.

집행성과 동의어로 파악하는 것이 실무상 유용성이 크다고 본다.

2. 조약의 직접적용성

1) 직접적용성의 개념

유럽에서 발전하고 확립된 직접적용성은 조약이 국내법원과 국내당국이 직접 적용할 수 있고, 개인의 주관적 권리와 의무를 확립하고, 개인이 국내법원이나 국내당국에 대해 조약을 원용할 수 있음을 의미한다. 이와 같은 직접적용성은 조약이 국내법체계 내에서 효력이 있어야 하고 그것은 국내입법의 개입이 없다는 것을 전제로 한다. 이것은 이원론 국가에서는 가능하지 않다. 일원론 국가 내에서도라도 국내입법이 요구된다면, 이때 적용되는 것은 국내이행입법이지 조약이 아니기 때문에 조약이 직접적용성을 갖는 것은 아니다.⁴⁴³⁾

2) 직접적용성의 배제사유

일원론 국가에서 국내법적 효력을 갖는 조약이 추가 입법이 없이 국내법원과 국내당국에 의해 직접 적용되는 법적 성질을 갖추고 있을 때 직접 적용된다. 그러나 중요한 것은 그러한 법적 성질에 관한 일반규칙은 확립되어 있지 않다. 다만, 직접적용성이 배제되는 경우가 각국의 실행과 관례의 누적을 통해서 일정하게 정립되어 왔다. 직접적용의 인정과 배제에 관한 기준을 살펴보면, 다음과 같다.⁴⁴⁴⁾

첫째, 조약이 특별히 탄력적이고 정치적이어서 그 법적 성격이 약화될 때, 그 조약의 직접적용성은 배제될 수 있다.

둘째, 조약이 국내법을 통해 변형될 것을 명시적으로 규정하고 있는 경우에 그 조약은 배제조항을 포함하고 있다고 볼 수 있다.

셋째, 조약이 관련 국내법의 주체가 누구인지 상당히 불확실한 경우에는 직접적용성이

442) 야마모토 소지 지음, 박배근 옮김, 『국제법』, 신판 (국제해양법학회, 1999), 142쪽.

443) A. Bleckman, Self-Executing Treaty Provisions, in: Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1995, p. 374.

444) A. Bleckman, Self-Executing Treaty Provisions, in: Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, 1995, p. 374.

인정되지 않을 수 있다.

넷째, 조약이 조약에 따른 입법의무를 그 조약의 부속서에 규정하고 있는 경우에 그 직접적용성의 여지는 없어진다.

다섯째, 조약의 문언이 개인의 권리가 아닌 당사국의 의무만을 규정하고 있다고 해서 직접적용성이 배제되는 것은 아니다.

여섯째, 조약의 문언이 직접적용성을 배제하기 위하여 사용된 것인지에 대한 면밀한 검토가 요구된다.

일곱째, 입법적 성격의 조약과 달리 계약적 성격의 조약은 직접적용성이 배제된다.

여덟째, 조약이 관련 당사국의 권리만을 규정하고 있을 때에는 원칙적으로 직접 적용할 수 없다.

아홉째, 조약의 효력이 발생하기에 앞서 국내 또는 국제적 차원에서 수행되어야 할 행위가 있다면, 그 조약은 직접 적용될 수 없다.

열째, 조약이 직접적용성을 갖기 위해서는 확실성의 원칙을 충족하여야 한다.

열한째, 순수하게 정치적 성격의 조약은 직접 적용될 수 없다.

열둘째, 조약이 직접적용성을 갖는지는 직접적용성의 대상이 조약일수도 있고 조약의 조항일 수 있기에 조약과 조항의 조항단위까지 검토되어야 한다.

3. 조약의 자기집행성

1) 자기집행성의 개념

조약의 자기집행성은 미국 국내법원의 판례를 중심으로 발전한 이론이다. 이는 조약의 조항이 국가의 여하한 변형 또는 수용 행위 없이도 자동적으로 당사국 국내법의 일부가 되고 국내법원에서 집행될 수 있는 것을 말한다.⁴⁴⁵⁾ 예를 들어, 미국의 법원은 개별 소송

445) Gordon, William C., *International Law: Self-Executing Treaties: The Genocide Convention*, *Michigan Law Review*, vol. 48, 1950, pp. 857-859; Henry, Leslie, "When Is a Treaty Self-Executing", *Michigan Law Review*, vol. 27, 1929, pp. 777-783; Vazquez, Carlos Manuel, "The Four Doctrines of Self-Executing Treaties", *American Journal of International Law*, vol. 89, 1995, pp. 695-706; Anderson, Chandler P., "Treaties as Domestic Law", *American Journal of International Law*, vol. 29, 1935, pp. 472, 474-476; Jackson, John H., "Status of Treaties in Domestic Legal Systems: A Policy Analysis", *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, pp. 310, 315-319, 321-327; Stewart, Robert B., "Treaty Making Procedure in the United Kingdom", *The American Political*

에서 직접적인 효력을 가지고 즉각 적용될 수 있는 자기집행적 조약과 정부 기관에 의한 이행조치를 필요로 하거나 사법적 집행에 적합하지 않은 비자기집행적 조약이라는 표현을 사용해왔다.⁴⁴⁶⁾ 1982년 *Foster and Elam v. Neilson* 사건에서 조약의 이러한 구분이 최초로 행해진 이후 미국에서 판례를 통해 확립되었다.⁴⁴⁷⁾

조약의 자기집행성 여부는 헌법적 결단에 맡겨져 있다. 따라서 조약이 직접적용되기 위해서는 국내법원이 국제법에 효력을 부여하도록 허용하는 국내법규칙이 존재하여야 한다. 또한 자기집행적 조약인지 여부는 국내법원이 국내법적으로 판단하는 사항이며, 결국 자기집행적 조약의 여부에 대한 결정은 국가들의 국내헌법, 법전통, 역사적 선례와 정치제도에 따라 그 결정이 다를 수밖에 없다.

우리나라를 비롯하여 미국, 프랑스, 벨기에, 오스트리아, 네덜란드, 스위스, 일본 등과 같은 일원론을 채택한 국가들은 일반적으로 특별한 국내적 입법조치 없이도 조약을 그대로 국내법체계 안에 수용하는 헌법체제를 취하고 있고, 이러한 국가들에서는 수용이론에 의하여 국내적 효력을 가지게 된 조약의 직접적용성 내지 자기집행력 여부가 문제된다.

조약이 국내 입법을 통해 변형되는 이원론의 입장을 취하는 경우에는 국제법이 적용되는 것이 아니라 국내법이 적용되는 것으로 조약의 자기집행성에 대한 문제는 발생하지 않는다. 조약의 자기집행성이 논의되기 위해서는 일단 해당 조약이 국내법질서로 유효하게 도입된 것이어야 한다. 이러한 조약의 직접적용여부는 국내법질서로 유효하게 도입된 조약이 국내기관이 집행함에 있어 국내법적 조치를 필요로 하는가에 관한 문제이다.⁴⁴⁸⁾

2) 조약의 자기집행성 판단 기준

조약의 자기집행성은 누가 어떠한 기준으로 판단하는가? 이 문제와 관련하여 미국법원

Science Review, vol. 32, 1938 pp. 655, 666-667(1938); Preuss, Lawrence, "On Amending The Treaty Making Power: A Comparative Study of the Problem of Self Executing Treaties", *Michigan Law Review*, vol. 51, 1953, pp. 1117, 1122-1124.

446) L.F. Damrosch, "The Role of the United States Senate Concerning "Self-Executing" and "Non-Self-Executing" Treaties" in Riesenfeld, S and Abbott, F (eds) *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties - A Comparative Study* (Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994).

447) 김태천, "재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행", 「국제법평론」, 통권 제20호 (2004), 27쪽.

448) 박기갑, "조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로", 「비교실무연구 III」, 비교법실무연구회 편 (박영사, 1999), 179쪽.

의 태도를 살펴볼 필요가 있다. 국제법이 관련 조약의 자기집행성을 전제하였는지는 국내 법원이 국내법적으로 판단하는 사항임은 앞서 지적하였다. 미국법원은 조약 또는 조약규정이 미국 내에서 자기집행성을 갖는가를 결정함에 있어서 결정적 요소로서 조약 초안자의 의도를 검토한다.⁴⁴⁹⁾ 조약이 이 점에 관하여 침묵하고 있고 미국의 의도가 불분명한 경우 조약체결을 둘러싼 관련 사정을 고려하게 된다. 조약규정이 명확하게 기술되어 있고, 그리고 추가적인 이행입법에 의존하지 않는다면 자기집행성을 갖는 것으로 볼 수 있다. *Frolova v. USSR* 사건에서의 판결은 그 조약이 자기집행적인가의 의도에 관련된 요소로서 첫째, 전체로서의 협정의 문언과 목적, 둘째, 그 집행을 둘러싼 환경, 셋째, 협정에 의해 부과된 의무의 성질, 넷째, 대체적 강제수단의 유용성 및 가능성, 다섯째, 소송에 대한 사적 권리를 허용하는 내용, 여섯째, 분쟁을 해결하는 사법적 권능 등을 들고 있다.⁴⁵⁰⁾

3) 비자기집행적 조약의 국내법적 지위

자기집행적 조약과는 반대로 비자기집행적이라고 결정된 조약 또는 조약의 규정은 추가적인 입법 또는 집행조치 없이는 국내법원에서 집행될 수 있는 법적 권리 또는 의무를 발생시키지 못하다. 기본적으로 일원론국가에서는 조약은 자기집행적인 경우와 비자기집행적인 경우로 나뉘지만, 이원론국가에서는 모든 조약이 비자기집행적 조약이다.

이원론국가에서 비자기집행적 조약의 지위를 살펴보면, 먼저 이원론국가에서 조약은 법의 연원이 아니다. 그렇다고 해서 조약이 법적으로 중요한 효력 또는 결과를 갖지 못한다는 것을 뜻하지는 않는다. 이원론국가의 국내법원은 동일 주제를 다루는 모호한 국내입법의 해석할 때 조약을 해석 지침과 기준으로 고려할 수 있다. 이렇듯 이원론국가에서 미수용된 비준조약(ratified but unincorporated treaty)의 해석적 가치는 국가마다 상이하다.

일원론국가에서 비자기집행적 조약의 지위를 보면, 비자기집행적 조약 또는 조약 조항이 특정 사건에서 직접적으로 집행할 수 있는 법적 권리 또는 의무를 창설할 수 없다고

449) T. Buergenthal, "Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 235, 1992-IV, p. 322.

450) C.M. Vázquez, "The Four doctrines of Self-Executing Treaties", *AJIL*, vol. 89, 1995, p. 318.

해서 법 또는 법의 연원이 아닌 것은 아니다. 일원론국가의 국내법원에서 비자기집행적인 조약 또는 조약 조항은 특정 사건에서 일방 당사자에 의해 법적 권리 또는 의무를 확립하고 있는 것으로 주장하지는 못할지라도 “비자기집행적인 법률 조항도 법이다”는 것과 같이 법에 해당한다. 일원론국가에서 비자기집행적인 것으로 간주되는 조약은 비교법적 차원의 해석적 가치(comparable interpretative value)를 가지지만, 보다 중요한 근거는 그것이 법의 공식 연원이기 때문이다.

4. 조약의 직접적용절차

국제인권기준의 직접적용은 해당 국제인권이 직접적용성을 갖추거나 자기집행적일 것을 전제로 한다. 국내법원이 해당 국제법규의 직접적용성을 검토할 때 두 갈래의 심사를 하게 되는데, 하나는 주관적 요소이고 다른 하나는 객관적 요소이다. 주관적 요소는 인권 조약의 작성자 또는 당사국이 그 조약의 특정 규범이 직접 적용이 가능하도록 만들었는지의 의도이다. 객관적 요소는 특정 규범이 명료하고 완전해서 추가 입법에 의한 구체화가 필요하지 않을 것을 요구한다.⁴⁵¹⁾

조약의 직접적용과 관련하여 검토하여야 할 점은 해당 국제인권규범 및 기준과 관련된 국내법규의 존재 여부이다. 관련 국내법규가 흠결되었을 경우에는 곧바로 해당 국제인권규범이 직접적용성을 갖추고 있는지를 검토하게 된다. 이를 충족하면 해당 국제인권규범과 기준의 해석을 거쳐 직접 적용된다. 만일 관련 국내법규가 있을 경우에는 다시 국제인권법규와 관련 국내법규의 충돌 여부를 심사하여 충돌하지 않을 때는 관련 국내법규를 국제인권법규 및 기준에 맞추어 해석하여 적용할 문제를 검토하게 된다. 반면에 충돌할 경우에는 관련 국내법규에 우선하여 직접 적용할 지를 검토하고 결정하여야 한다.

III. 국제인권기준의 간접적용

국내재판과정에서 국제인권기준의 간접적용은 국제인권기준이 직접 적용되는 것이 아니라 관련 국내법규의 해석을 통해 간접적으로 적용된다는 것을 의미한다. 이와 같은 간

451) Bruno Simma, Daniel-Erasmus Khan, Markus Zöckler and Rudolf Geiger, “The Role of German Courts in the Enforcement of International Human Rights”, in Benedetto Conforti (ed.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (Martinus Nijhoff Publishers, 1997), p. 85.

접적용이 갖는 특징과 절차를 살펴보기로 한다.

1. 개념

국내법원이 국내법규를 재판규범으로 해석·적용함에 있어 국제법규를 중요한 기준 및 자료로서 이용할 수 있다. 이러한 방식을 국제법의 간접적용이라 한다.⁴⁵²⁾ 이러한 간접적용은 국내법규칙을 국제법규칙에 합치되도록 해석하는 합치해석, 국내법규칙이 국제법규칙과 양립하도록 해석하는 양립해석, 국내법규칙과 국제법규칙이 조화되도록 해석하는 조화해석이 있다. 이 중에서 국제법규칙의 간접적용에서 그 기법이 정치하게 발전한 대표적인 기법은 합치해석이다.

2. 간접적용의 특징

간접적용의 경우 원용된 국제인권기준이 법적 구속력을 가지는가 여부 자체는 큰 문제가 되지 않는다. 따라서 국가가 가입하지 않은 조약인 경우에도 동 조약이 보편적 성질을 가지고 구체적 기준을 제시하고 있다면 법원은 국내법을 해석하고 사건의 판결을 내리는데 있어 그러한 조약규정을 참조할 수 있다. 또한 간접적용은 조약의 수용여부와 관련된 것이 아니므로 일원론 국가인지 이원론 국가인지 여부를 구분할 필요가 없다.

법원의 실제에 있어, 국제법이 적용시 검토되는 순서는 다음과 같다. i) 관련 국내법규칙이 존재하는 경우, 먼저 합치해석을 통해 국제법과 국내법의 충돌을 최소화하고 이를 조화시키려고 노력할 것이다. 그 다음으로 합치해석이 불가능할 경우에 법원은 국제법의 직접적용을 고려하게 된다. ii) 관련국내법규칙이 존재하지 않는 경우에는 국제법의 직접적용을 고려하게 된다. 즉, 국제법의 적용에 있어 간접적용의 원칙이 직접적용에 대해 우선한다.⁴⁵³⁾ 따라서 조약의 간접적용은 직접적용성의 논란을 피할 수 있는 장점이 있으며,

452) 미국에서는 국제법의 적용을 법관의 재량에 맡겨두고 있다는 취지에서 이것을 흔히 ‘간접수용’(indirect incorporation), F. Newman, *International Human Rights: Law, Policy, and Process*, 2nd ed. (Anderson Publishing Co., 1996), p. 575.

453) R.H. lauwaars & C.W.A. Timmermans, *Europees gemeenschapsrecht in kort bestek*, Wolters -Noordhoff, 1997 (recited in: *Gerrit Betlem and André Nollkaemper*, “Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Court. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation”, *EJIL*, vol. 14, 2003, p. 572.

또한 해석을 통해 국내법과 국제법의 저축을 최소화하며, 국제법을 독립된 근거 법률로 인용하는데 소극적인 국내 법원이 비교적 부담 없이 사용할 수 있는 방법⁴⁵⁴⁾이라는 점에서 국제법을 국내법에 적용하는 가장 용이하고 활용도 높은 방법이라 할 수 있겠다.

조약의 직접적용과 간접적용의 구분은 언제나 명확한 것이 아니다. 직접적용은 법원이 국제법에 효력을 부여하는 국내법규칙의 존재를 전제로 한다. 이것은 국내법질서에 전체적으로 국제법규칙을 수용하는 헌법상의 일반규칙일 수도 있고, 특정 조약이나 기타 국제법규칙을 수용하는 특별준거규칙일 수도 있다. 일부 사건에서는 국제법규칙이 준거규칙에 근거하여 직접 적용되거나 준거규칙이 합치해석원칙의 근거로서 해석된 것으로 주장될 수 있다.⁴⁵⁵⁾ 따라서 조약의 직접적용과 간접적용은 국내법원이 국제법을 효과적으로 적용하기 위한 선택적 방법을 제시할 수 있다. 그러나 이러한 방법의 선택이 자유로운 것은 아니다. 앞에서 지적하였듯이 실재에 있어 법원은 먼저 국내법과의 조화적 해석을 위한 간접적용의 방법을 선택할 것이다.

3. 합치해석(consistent interpretation)

국제법규칙의 간접적용에서 발전한 합치해석기법의 개념과 적용요건 및 절차를 살펴보면, 다음과 같다.

1) 개념

합치해석은 조약의 간접적용으로서 모든 국내법 규정이 국제법의 차원에서 해석될 것을 요구하는 원칙을 말한다. 따라서 국제규정을 이행하기 위하여 채택된 국내법 규정에 국한되지 않는다. 국제법을 간접적으로 적용하는 법관의 권한은 무엇보다도 국내법 규정의 문언에 의해 허용된 해석의 범위에 의해 결정된다. 때문에 합치해석원칙 적용을 위한 가장 중요한 요건은 국내법규정의 내용이 국제법규범을 준수하는 해석에 열려 있어야 한다는 점이다. 문언적 제한은 해석방법, 법원의 헌법적 지위, 실정법위반해석과 법적 안정성원칙을 모두 고려하여 반영된다. 대부분의 국가들은 국내법과 국제법의 저축을 회피하고 양자 모두를 준수하기 위해 합치해석을 하려고 노력한다. 영국의 경우에도 법원은 의

454) 김태천, 앞의 논문, 51쪽.

455) Gerrit Betlem and André Nollkaemper, *op. cit.*, p. 572.

회가 국제법을 위반하려는 의도를 갖지 않는다는 추정에 기초하여, 가능한 한 제정법을 국제법과 합치하게끔 해석하려고 노력한다. 미국 법원에서도 그 같은 추정은 제정법을 해석함에 있어 하나의 확립된 해석원칙에 속하다. 이 같은 해석방식에 따르면, 특히 엄격한 이원론의 국가에서 아직 국내적으로 이행되지 않아 직접효력이 없는 국제법규, 특히 조약 규정이라고 할지라도 국내법규를 해석할 때 기준이 됨으로써 간접적으로나마 국내적 효력을 갖게 된다.

2) 합치해석의 적용 시점

주로 당해 국제법규칙이 국내법에 의해 변형되지 않은 경우에 적용된다.⁴⁵⁶⁾ 입법부가 시간적으로 적절하게 국제법규칙을 변형한 경우에는 법원은 국내법규으로 변형된 국제법규를 적용하므로 합치해석의 문제가 발생하지 않는다. 문제는 그러한 변형이 없는 경우와 국제법규칙의 문언과 이행입법간 일부 상이한 점이 있을 경우에 초국내법(supra-national law)적인 사법적 판단이 요구된다.⁴⁵⁷⁾

3) 해석대상의 국내법규칙

합치해석원칙은 모든 국내법 규정이 국제법의 차원에서 해석될 것을 요구한다. 따라서 국제규정을 이행하기 위하여 채택된 국내법 규정에 국한되지 않는다.⁴⁵⁸⁾ 합치해석원칙 적용을 위한 가장 중요한 요건은 국내법규정의 내용이 국제법규범을 준수하는 해석에 열려 있어야 한다. 국제법을 간접적으로 적용하는 법관의 권한은 무엇보다도 국내법 규정의 문언에 의해 허용된 해석의 범위에 의해 결정된다. 국제법규를 해석하는데 있어서의 문언적 제한은 해석방법, 법원의 헌법적 지위, 실정범위반해석(*contra legem construction*)과 법적안정성원칙의 합체를 반영한 것이다.⁴⁵⁹⁾

456) 그러나 합치해석의 원칙이 변형되지 않은 국제법규에 한정되는 것은 아니다. EC법에서 합치해석의 원칙은 문제된 지침(directive)이 적절하게 변형된 경우와 그렇지 않은 경우 모두에 적용된다. See Case C-62/00, Marks & Spencer, [2002] ECR I-6325 (Judgment of 11 July 2002), paras. 22-28; see also S. Prechal, *Directives in European Community Law, Oxford European Community Law Series* (Oxford: Clarendon Press, 1995), pp. 210 et seq.

457) S. Prechal, *Directives in European Community Law, Oxford European Community Law Series* (Oxford: Clarendon Press, 1995), p. 214.

458) 네덜란드법원은 모든 관련 국내법규칙은 일반국제법과 일치되도록 해석되어야 한다는 입장을 취하고 있다. HR 16 March 1919, NJ 1919, p. 371.

4) 합치해석원칙이 적용되는 국제법의 범위

합치해석원칙은 모든 국제법규칙에 적용된다. 직접효력 원칙은 사법심사적격성 기준을 만족하는 좁은 범주의 규칙에 국한되지만⁴⁶⁰⁾ 합치해석원칙의 적용은 국제법규칙의 사전적 성질에 종속되지 않는다. 네덜란드법원의 경우에는 직접효력의 자격을 갖추지 못한 국제법규칙이더라도 국내법규칙의 해석에 관계를 맺을 수 있다는 태도를 견지하고 있다. 적용되는 것은 기본적으로 국내법규칙이고, 따라서 법원이 여하한 입법권한을 침해하지 않기 때문에 특정성 요건(requirement of specificity)은 결정적이지 않다.

합치해석원칙은 이론적으로 국제법규칙의 수범자의 지위에 의존하지 않는다. 그러나 국제법에서 수범자의 특성은 원용성 또는 주관적 직접효력 기준이라는 형태로서 직접효력 원칙의 적용에서 장애로 작용하게 된다.⁴⁶¹⁾ 많은 법원들은 대부분의 국제법규칙이 국가간의 성질을 갖고 있기 때문에 그 규범의 모호성 때문이 아니라 사인이 아닌 계약국을 향해 있기에 직접효력의 부여를 거부한다. 네덜란드 법원은 「국제연합 헌장」 제2조 제4항은 사인의 권리 또는 이익의 보호를 의도하지 않았기 때문에 직접효력을 갖지 않는다고 하였다. 이와 대조적으로 합치해석원칙은 당해 국제법규칙이 사적 권리의 보호를 의도하였고 그 결과 이러한 장애를 회피할 수 있다.

4. 간접적용의 법적 결과

간접적용의 법적 결과는 직접적용의 그것과 비교하면 쉽게 이해될 수 있다. 직접적용은 국내법에 대한 국제법의 적용의 상위라는 법적 결과를 가져오지만, 간접적용은 그러하지 않다. 그러나 실제에 있어, 간접적용과 직접적용의 법적 결과는 매우 유사하다. 국가가 해당 국내법규를 관련 국제법규와 합치해석을 하려고 시도함으로써 결과적으로는 직접적

459) Van Dijk, "De houding van de Hoge Rad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens", in A. R. Bloembergen et al. (eds.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel* (1998), p. 200; S. Prechal, *Directives in European Community Law, Oxford European Community Law Series* (Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 229 et seq.

460) Case 8/81, Becker, [1982] ECR 53, p. 71; Opinion of A-G Trabucchi in Case 43/75, Defrenne II, [1976] ECR p. 488.

461) Nollkaemper, "The Direct Effect of Public International Law", in J.M. Prinssen and A. Schrauwen (eds.), *Direct Effect, Rethinking A Classic of EC Legal Doctrine* (Groningen: Europa Law Publishing, 2002), p. 161.

용처럼 국제법이 국내법의 적용을 제한하는 결과를 가져온다.⁴⁶²⁾ 또한 간접적용을 통해 국내법을 제정 및 개정하는 법적 결과를 가져온다.⁴⁶³⁾

그러나 직접적용에서와 마찬가지로 간접적용의 효과에도 한계가 있다. 법원에 의해 적용되어야 한다는 점이다. 결국 간접적용 자체가 국제법과 국내법 사이에 생긴 간극에 대한 궁극적 해결을 제공하지는 못한다. 권력분립의 원칙에 따라 사법부의 역할에는 제한이 있기 때문이다.⁴⁶⁴⁾

462) See case C-421/92, Habermann-Beltermann, [1994] ECR I-1657; Betlem, 'The Effet Utile of Indirect Effect', 2 MJ (1995), p. 73, Case C-456/98, Centrosteeel, [2000] ECR I-6007, Case C-386/00, Axa Royale Belge, [2002] ECR I-2209 (judgment of 5 March 2002), [2002] 2 CMLR 5.

463) HR 23 April 1974, NJ 1974, 272.

464) HR 12 May 1999, NJ 2000, 170.

제5장 법정조언자로서 국가인권위원회의 지위와 역할

제1절 재판참가제도로써 법정조언자의 의의와 역할

제2절 국가인권위원회의 법정조언

제3절 국제인권기준의 법정조언자로서 국가인권위원회

제5장 법정조언자로서 국가인권위원회의 지위와 역할

제1절 재판참가제도로써 법정조언자의 의의와 역할

I. 법정조언자

1. 정의

*amicus curiae*는 통상적으로 법정조언자라고 번역된다. *amicus curiae*는 소송의 당사자는 아니지만 소송에 직접적으로 관련되는 문제에 대하여 조언을 할 수 있는 지위에 있는 자를 말한다.⁴⁶⁵⁾ *amicus curiae*는 라틴어로서 ‘a friend of the court’라는 의미이며 영미법에서 유래한 제도이다. *amicus curiae*에 대한 여러 문헌의 견해를 살펴보면 다음과 같다.

Black’s law dictionary는 *amicus curiae*를 “문자적으로는 법원의 친구(friend of the court)라는 의미이다. 소송의 당사자는 아니지만 어떠한 소송에 대한 밀접한 이익이 있는 자가 간략한 견해를 법원에 제출할 수 있도록 청구를 하게 된다. 이러한 *amicus curiae* brief는 폭넓은 공익의 관점에서 항소심에서 일반적으로 제출된다.”⁴⁶⁶⁾라고 정의하고 있다. Dictionaire de droit international public은 *amicus curiae*를 영국 국내법상의 개념으로서 당사자가 아닌 제3자의 자격으로 법원에 법률적 사항이나 사실관계를 명확히 제시해주는 자라고 한다.⁴⁶⁷⁾ 「미국대법원절차규칙」은 *amicus curiae* brief를 당사자가 아닌 자들에 의하여 얻어진 법원에 도움을 주는 소명자료라고 한다. 미국민사소송법에 관한 교

465) *The American Heritage® Dictionary of the English Language*, Fourth Edition, Published by Houghton Mifflin Company, <http://dictionary.reference.com/search?q=amicus%20curiae>, 2007년 12월 17일 검색.

466) St. Paul, Minn. *Black’s Law Dictionary* (West Publishing Co., 1990), p. 82.

467) *Dictionaire de droit international public* (under the direction of J. Salmon), Bruylant/AUF, Brussels, 2001), pp. 62-63.

과서들에는 다음과 같이 설명한다. “상소가 제기된 사건이 사건의 당사자가 아닌 자에 대하여 법률상 영향을 미치고 영향을 받는 자들이 동 사건에 참여하기 원하는 경우에 법원에 자신들의 법적인 견해의 피력을 요청할 수 있다.”⁴⁶⁸⁾

국가인권위원회가 국내법원이나 헌법재판소에서 인권과 관련한 사항에 대하여 법정조언자로서의 역할의 할 것인지를 살펴보기 위하여 영미법상에서는 *amicus curiae*가 어떠한 법적지위와 역할을 하며 어떠한 연혁을 가지고 있는지 살펴보기로 한다. 또한 국제법정에서 법정조언자의 지위에 대하여 세계무역기구체제를 중심으로 하여 살펴보겠다.

2. 영미법상 법정조언자

1) 의의 및 연혁

영국의 보통법상 법정조언자는 표준적인 정의를 가지고 사용되고 있다. Abbott's Dictionary of Terms and Phrases에서는 법정조언자란, “법원의 친구라는 의미로서 소송에 직접 관련되어 있지 않은 자(bystander)가 사실이나 법률적 사항에 대하여 주무법관에게 고지하여 알려주는 것이다.”⁴⁶⁹⁾라고 한다. 법정조언자의 기능은 법원이 알지 못하는 사실을 알려주거나 법원이 올바른 판단을 위하여 현재 적법한 법률을 고지하는 것이었다. 소송 대리인으로서 적극적으로 개입하는 것은 허락되지 않았다. 하지만 실제로는 법원의 오판을 방지하기 위한 것으로 받아들여지는 경우들이 있었고 이러한 경우에는 법원으로 부터도 환영을 받았다.⁴⁷⁰⁾ ‘당사자대립구조’를 고수하여 제3자가 소송에 개입하는 것을 꺼려했던 것이 보통법의 전통적 태도이다. 하지만 당사자 대립구조를 너무 신봉할 경우에는 오판을 할 가능성이 크기에 이러한 오판을 막기 위하여 법정조언자 제도를 사용하였다. 즉, 법정조언자제도란 법원의 친구라는 의미 그대로 법원을 보호하고 법원에

468) Blanchard, Robert D., & Blanchard, Robert S. *Litigation and Trial Practice For the Legal Assistant* (West Thomson Learning, 2000), p. 590

469) 원문은 다음과 같다 :

“A friend of court. A term applied to bystander, who without having an interest in the cause, of his own knowledge makes suggestion on a point of law or of fact for the information of the presiding judge.”

470) Krislov, Samuel, *amicus curiae* Brief : From friendship to Advocacy, <http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ylr72&id=728>, 2007년 12월 17일 검색

대하여 소송수행을 위하여 필요한 사실을 알리는 행위로서 법정조언자의 소송상의 참가 권리는 아니며 그 제도의 이용 여부 역시 오로지 '법원'의 재량사항인 것이다.⁴⁷¹⁾ 하지만 이러한 중립적인 보통법상의 법정조언자는 미국에서는 좀 더 적극적 형태를 띠게 되었다.⁴⁷²⁾

미국법상에서도 법정조언자는 당연히 인정된다. 그 예들을 고찰해보면 다음과 같다. 1812년 미국 국무부장관은 *The Schooner Exchange v. McFaddon* case에서 제안을 하기 위한 방편으로 대법원 심리에 참여한 적이 있다. 이 후에 법률가이자 South Carolina 상원의원인 Henry Clay는 대지의 소유권을 다투는 소송에서 다수소송당사자를 위하여 대법원 심리에 참가하여 본안에서 구두변론을 하기도 하였다는 기록이 있다. 이러한 당사자 이외의 제3자의 참가는 공익과 관련한 소송에서 정부측 공무원이 중요한 공적 사항에 대한 의견을 '대법원'에서 전달하는 역할로 자리를 잡게 된다. 이 후 1880년에 이르러서는 하위 연방법원에서도 이러한 '정부'에 의한 법정조언이 가능하게 되었다. 이 후 법정조언자는 정부측에서 법정조언을 하는 형태에서 정부가 아니더라도 공익적 사항에 대한 것을 법정조언하는 것으로 바뀌게 되었고, 미국 내의 소수인종들을 위하여 이러한 제도가 '인권 신장'이라는 공익을 위하여 사용되기 시작하다가 1930년대에 이르러서는 정부 이외에 민간단체들이 소송에서 법정조언자로서 일반 당사자인 사인을 위하여 법적조언을 하는 것도 인정되기 시작하였다.⁴⁷³⁾

2) 법적지위⁴⁷⁴⁾

영미법상에서 법정조언자는 세 가지의 경우로 한정된다. 첫째로, 특히 영국에서 많이 행하여졌는데, 정부나 국가의 법률상 대표자가 법정조언자로서 활동하는 경우이다. 둘째

471) Krislov, Samuel, "*amicus curiae* Brief : From friendship to Advocacy", p. <http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ylr72&id=728>, 2007년 12월 17일 검색

472) Krislov, Samuel, "*amicus curiae* Brief : From friendship to Advocacy", p. <http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ylr72&id=728>, 2007년 12월 17일 검색

473) Krislov, Samuel, "*amicus curiae* Brief : From friendship to Advocacy", p. <http://heinonline.org/HOL/Print?collection=journals&handle=hein.journals/ylr72&id=728>, 2007년 12월 17일 검색

474) Angel, Earnest, "The *amicus curiae* American Development of English Institution", *Int'l & Comparative Law Quarterly*, vol. 16, 1967, p. 1020.

로 특정 직업군에 있는 사람들이 민간단체로서 법정조언자로 활동하는 경우이다. 이러한 예로 법률가협회를 들 수 있다. 셋째로는 민간단체로서 정부를 위한 것도 아니고 어떠한 전문직역자들도 아니지만 공익을 위하여 법정 조언을 하는 일반 개인들을 들 수 있을 것이다. 그러한 예로는 교회나 종교단체 혹은 소수자를 위한 권익단체가 있다.

법정조언자의 역할은 1964년 *United States v. Barnett* case에서 구체화되었다. 동 사건의 사실관계는 다음과 같다. Meredith라는 한 흑인 여자가 흑인으로서 최초로 국민세금으로 운영되는 미시시피주립대학에 입학신청을 했다가 거절당한 사건이다. 입학을 거절당한 Meredith는 학교를 상대로 소송을 제기하였고 연방법원으로부터 입학할 것을 허가하라는 명령을 받았다. 하지만 미시시피주립대학은 갖가지 방법을 통하여 차일피일 입학허가를 미루었고 Meredith는 입학관결이행을 위한 신청을 법원에 하였다. 이미 소송에서 *amicus curiae*로서의 지위를 인정받은 바 있는 연방 정부는 동 판결의 이행을 스스로 시도하였고 주지사와 다른 공무원을 형사상 사범방해 혐의로 기소하였다. 피고들은 이에 소송에서 신청을 통하여 배심원에 의한 재판권을 주장하였다. 이에 대한 항소법원의 의견이 동수로 나뉘어 저서 사건이 연방대법원까지 올라가게 되었고 연방대법원은 피고가 배심원에 의하여 재판받을 권리가 없다고 하였다. 동 소송에서는 반대로 미시시피 주 정부가 피고를 위한 법정조언자로 나섰다.

중요한 것은 대법원의 판결 중 반대 의견 부분이다. 이 반대의견은 법정조언자의 법적인 성격에 대하여 기술하였다. “(...) 이 소송에서 정부 자신이 주장한 바와 같이 정부는 형식상의 당사자로서 Meredith와는 별도로 다루어 져야 한다. 정부가 소송의 원고와는 별도의 차별화된 법적인 이익을 가지고 있으므로 사실상 소송의 당사자로서의 효과를 갖는다고 주장하고 있지만 정부가 원고와는 차별화된 법적인 이익을 갖는다 하더라도 정부가 법정조언자에서 소송의 당사자로 지위가 변경되는 것은 아니다. (...) 법정조언자의 기능은 전통적으로 관련된 법적인 이익이 사적인 것이든 공적인 것이든 문제된 소송에서 자신의 이익과 관련된 사항이 있는 자가 자신의 견해를 소개하여 자신의 이익을 보호하도록 함에 있다. (...) 본 법정은 법무부가 공익을 대표하기 위하여 법정조언자로서 활동할 수 있도록 인정하였다. 본 공익의 궁극적인 목적은 Meredith에 대한 법원의 명령을 이행을 확보하기 위한 것으로서 원고 Meredith 개인의 이익과도 일치한다. 이러한 방향으로 필요한 도움을 얻을 수 있도록 법원에 의하여 미국정부의 소송 관여가 인정된 것이다”

이러한 미 대법원 판례 태도를 분석해보면 법정조언자들은 사실과 법을 단순히 소개하

는데 멈추지 않고 본안에 관한 적극적인 변론자의 역할을 하지만, 당사자는 될 수 없는 것을 알 수 있다.

3) 법정조언자의 소송 참여 이유⁴⁷⁵⁾

법정조언자가 소송에 참가할 수 있는 이유를 한가지로 설명할 수는 없다. 그 유형을 나누어서 살펴보는 것이 필요하다.

첫째, 미국은 간략하게 사실을 정리하여 선례 혹은 법률의 법적인 지위에 대하여 인용하기 위하여 문서화 된 간략한 의견서를 만드는 경향이 있다. 이러한 것은 재판의 결론 단계나 증거에 대한 신청에서 사용되거나 원심판단을 다시 판단하는 항소심 법원에서도 사용된다. 법정조언자에게 법적인 구두 변론을 허용하지 않는 이상 간략하게 활자화된 문서로 변호인이 제시하지 못하는 관련 정보에 대하여 판사가 참조할 수 있도록 만들어 주는 장점이 있고 이러한 이유로 종종 판사들이 구두변론 보다 이러한 문서에 더 많이 의존하는 경향을 보이기도 하였다.

둘째, 미국의 사법체계에서는 참조해야 할 연방 판례들 그리고 법률 저널에서 나오는 권위 있는 견해들의 양이 막대하기 때문에 사건 당사자가 이러한 사실을 정확히 짚어내지 못하고 간과하는 경향이 있었다. 법원으로서 자신의 협력자 혹은 조언자로부터 각 당사자의 변호인들이 찾아내지 못한 중요한 법적 쟁점을 찾아 낼 필요가 있었고 이러한 경향 때문에 문서화 된 짙막한 의견서가 넓게 사용되게 되었다.

또 한 가지 법정조언자가 넓게 이용된 이유는 미국의 연방이라는 특이성에서 기인한다. 각 주마다 자신의 사법체제를 가지고 있으며 연방의 관할관이 미치는 사항에 대하여는 연방의 사법체제가 작동되고 있다. 연방 헌법에서 규정하고 있는 핵심적인 헌법가치 예를 들어 '적정절차', '비합리적인 수색 및 체포', '법의 평등한 보호'의 개념들이 각 주의 대법원과 연방 대법원에서 동일한 의미로 해석되고 있는지 아니면 세월이 흘러감에 따라 그 의미가 어떠한 내용을 담게 되는지의 문제가 있다. 이러한 시간적 공간적 차이 때문에 법정조언자라는 법률적 조언이 필요하게 되었다.

마지막으로 사회의 여러 실질적 이익에 대한 고려의 필요성에서 이러한 법정조언자 제도가 이용되었다. 법원의 판결을 내린다고 하더라도 법원의 판결 자체로 사회에 사실상 미치는 파급력이 존재하는 것이며 특히 관련 산업에 대한 파급력은 매우 막대한 것이다.

475) Angel, Earnest, "The *amicus curiae* American Development of English Institution", *Int'l & Comparative Law Quarterly*, vol. 16, 1967, p. 1021.

따라서 법원의 판결에 따라 각각의 이익집단의 경제적 손실 혹은 이익을 판결해서 고려해야 할 필요가 생기게 되었고 이러한 경제적 손실 혹은 이익에 대한 견해를 구하기 위하여 법정조언자제도가 사용되었다.

4) 절차로서 법원의 동의⁴⁷⁶⁾

대법원의 경우 법정조언자의 법적인 조언을 위한 법적인 절차가 1937년까지는 존재하지 않았다. 단지 법원의 필요에 의하여 듣거나 신청에 의하여 법원의 허가를 함으로써 법률상 조언을 들을 수 있었다. 하지만 점차 이러한 법정 조언의 신청을 심리해야 하는 부담이 법원에게 가중되었고 급기야 1937년 법원은 사건의 당사자의 동의만으로 법정조언을 얻을 수 있도록 하였다.

5) 형태

구두에 의할 수도 있고 서면에 의할 수도 있다. 정하여진 형태가 있는 것은 아니다. 이렇게 정하여지지 않은 이유는 법정조언자제도 자체가 법정 '조언'의 역할에 머무는 것이어서 반드시 조언을 청문해야 하는 것도 아니며 청문해도 그러한 내용에 반드시 구속되거나 적어도 참고해야할 정도의 의무도 없기 때문이다. 순수하게 법원의 판단을 돕기 위한 형태로서 작동하기에 별다른 형식을 요구하지 않는 것이다.

3. 국제법정에서 법정조언자

국제사회에서는 여러 국제법상 사법재판소나 중재법원 등의 분쟁해결 기관이 존재한다. 국제법상 분쟁해결제도 중에서 법정조언자를 가장 잘 활용하는 국제기구인 세계무역기구이다. 세계무역기구의 분쟁해결기관이 가장 잘 이 제도를 활용하고 있다. 세계무역기구의 분쟁해결절차의 당사자는 오로지 국가만이 되기 때문에 세계무역기구에 위반한 조치로 인하여 피해를 받는 개인, 혹은 사건에 관심을 가지고 있는 비정부기구나 인권기구들은 분쟁해결절차에 직접적으로 참여할 수 없다. 따라서 그들은 분쟁의 당사자로서 위반이나

476) Angel, Earnest, "The *amicus curiae* American Development of English Institution", *Int'l & Comparative Law Quarterly*, vol. 16, 1967, p. 1023.

비위반제소를 할 수 없다. 또한 현 규정상 소송에 참여하여 청문을 할 권리도 인정되지 않는다. 하지만 상소기관의 선례들은 상소기관이나 패널이 개인이나 회사 혹은 기관들이 제출하는 문서를 받아들이거나 판단에 참고할 권한이 있다고 하였다.

하지만 문제는 세계무역기구협정 상에는 분쟁해결기관이나 패널 혹은 상소기관이 이러한 법정조언자 의견서를 접수할 권한이 있다는 명시적 규정이 없다는 데에 있었다. 상소기관은 *US-Shrimp* case에서 상소기관에게 법정조언자 의견서를 접수할 권한이 있다고 결정하였다. 이후 많은 사례들이 *US-Shrimp* case를 인용하면서 법정조언자 의견서를 수용하였다. 그 근거로 상소기관의 보고서는 DSU 제12조와 제13조를 들고 있다.

제12조와 제13조의 내용을 살펴보면 다음과 같다. 제12조는 1항에서, “패널은 분쟁당사자와의 협의 후 달리 결정하지 아니하는 한 부록3의 작업절차를 따른다.”라고 하여 패널이나 상소기구가 자신만의 분쟁해결절차를 발전시켜나갈 수 있음을 명시적으로 인정하였다. 또한 제12조 2항은 “패널절차는 패널과정을 부당하게 지연시키지 아니하면서 질이 높은 패널보고서를 보장할 수 있도록 충분한 융통성을 부여하여야 한다”라고 하였다. 패널보고서의 전문성확보와 정확한 판단을 위한 제3자의 의견을 요구할 수 있는 권리를 인정하고 있는 것이다. 결정적으로 제13조(477)는 정보요청권리를 규정하여 패널이 자신의 판단에 따라 개인 또는 기관으로부터 정보 및 기술적 자문을 구할 권리가 있음을 명시적으로 인정하였다고 보는 것이 타당하다. 따라서 세계무역기구규정에 명시적으로 법정조언자에 대하여 언급하고 있지 않다고 하더라도 해석을 통하여 충분히 이를 인정할 여지가 있으며 이 후의 *EC-Asbestos* 보고서 등에서도 그 제출이 인정되고 있다.

세계무역기구의 분쟁해결절차에서 법정조언자는 분쟁해결기구에서 분쟁의 당사자 혹은 협정의 당사자가 될 수 없는 일반 개인이나 회사 혹은 비정부기구가 분쟁에서 진술할 수 있는 기회를 주기 위하여 인정되었다. 특히 세계무역기구상에서 각 당사자가 일반 회사들에게 막대한 영향을 미치는 반덤핑조치나 상계 관세등을 정하는 경우 그 피해의 직접적

477) 세계무역기구설립을 위한 마라케쉬협정 부속서 2 분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해 제13조

1. 각 패널은 자신이 적절하다고 판단하는 모든 개인 또는 모든 기관으로부터 정보 및 기술적 자문을 구할 권리를 갖는다. 그러나 패널은 회원국의 관할권 아래에 있는 개인이나 기관으로부터 이러한 정보나 자문을 구하기 전에 동 회원국의 당국에 통보한다. 패널이 필요하고 적절하다고 간주하는 정보를 요청하는 경우 회원국은 언제나 신속히 그리고 충실하게 이에 응하여야 한다. 비밀 정보가 제공되는 경우, 동 정보는 이를 제공하는 회원국의 개인, 기관 또는 당국으로부터의 공식적인 승인없이 공개되지 아니한다.

2. 패널은 모든 관련 출처로부터 정보를 구할 수 있으며, 사안의 특정 측면에 대한 의견을 구하기 위하여 전문가와 협의할 수 있다. 패널은 일방분쟁당사자가 제기하는 과학적 또는 그 밖의 기술적 사항과 관련된 사실문제에 관하여 전문가 검토단에게 서면 자문보고서를 요청할 수 있다. 이러한 검토단의 절차는 부록4에 규정되어 있다.

인 당사자는 오히려 세계무역기구당사국이라기 보다는 당사국의 회사나 상인들이므로 실질적 피해자인 이들이 분쟁에서 자신을 변호할 기회를 갖는 것은 사법정의 측면에서도 올바른 것으로 보인다. 나아가 세계무역기구는 세계무역기구당사국이 아닌 국가에 대하여서도 법정조언자 의견서를 제출할 수 있는 권한을 인정하고 있는데 이는 협약의 당사자도 아닌 자들에게 이러한 기회를 부여할 수 없다는 설득력 있는 비판이 존재한다.

국제분쟁해결절차에서의 법정조언자에 대하여 살펴보았다. 세계무역기구만이 이러한 제도를 사용하는데 세계무역기구에서의 법정조언자는 지극히 사적 이익구제 수단으로서 작용한다는 것을 알 수 있다.

II. 공적인 사항에 대한 법정 조언

공적인 사항에 대한 법적인 조언은 미국의 판례를 중심으로 살펴보겠다. 세계무역기구의 분쟁해결절차에서는 공적인 사항에 대하여 조언을 하는 경우를 보지 못했다. 또한 국제사회에서 국가는 공적인 사항에 대하여 활동하기도 하지만 주로 자국의 이익을 위하여 활동하므로 공적인 사항이라는 것이 특별히 구분되지 않는다. 따라서 이하에서는 영미법상 법정조언에 대하여 살펴보겠다.

1. 미국연방정부

미국 연방 국무장관은 *Florida v. Georgia* 사례에서 소송에 참가할 것을 주장하였고 법원은 법정조언자로서 참가할 것만을 인정하였다. 이후 연방정부에서는 법정조언자가 연방정부의 공적인 이익을 옹호하는 수단으로 사용하였다. 이러한 변화는 법정조언자제도가 사회에 대하여 변화를 불러일으키고 공공 정책을 실행하는 하나의 도구로 사용될 수 있도록 하였다.

2. 시민사회의 공익 소송

2차세계대전 이후에 법정조언자가 사회적 이익이나 시민 사회의 자유를 옹호하기 위하여 법정에 참여하는 경향이 나타났다. 이들은 사회의 이익을 위하여 헌신한 자들로서 공

익적 차원에서 이러한 일들을 진행하였다. 따라서 그들은 단순히 자신의 이익만을 위하여 법정조언을 하지는 않았으며 오늘날 미국 법정에서 법정조언자는 짧게 관련 지식을 전달하거나 자신의 이해와 관련된 사항을 전달하는 것이 아니라 공익과 관련된 사항을 그 분야의 전문가인 사람들이 소송에서 전문적인 의견을 제출하는 것으로 자리를 잡게 되었다.

실제로 미국에서는 시민운동단체나 여러 압력단체에 의하여 대부분의 법정 조언이 이루어진다. 유색인종진흥전국연합(NAACP: National Association for the Advancement of Colored People), 미국시민자유연맹(American Civil Liberties Union), 미국유태인회의(American Jewish Congress), 노동조합(AFL-CLO), 상공회의소를 비롯한 기업가 단체, 미국변호사협회(American Bar Association), 여러 소비자보호단체와 재향군인단체들이 법정조언을 소송에서 많이 했다. 특히 유색인종진흥전국연합은 2차 대전 종전부터 1960년까지 15년 사이에 50여개의 사건에서 승리를 얻어냈다.

3. 재판에의 영향

법정조언자의 참여가 판사에게 실제 영향을 주는가, 만일 준다면 어느 정도인가에 대한 명확한 대답을 찾기 어렵다. 어디까지나 법정조언자는 조언자일 뿐 자신의 권리를 위하여 소송절차상 권리를 행사하는 것이 아니기 때문이다. 특히 공적인 사항에 대한 법정조언일 경우에는 더욱 그러하다. 법적 견해의 경청 아니면 새로운 시각의 수용정도에 지나지 않기 때문이다. 이러한 시각의 수용이 실제로 얼마나 판결에 영향을 미치는 것인지 판사 사항에 드러나지 않는 경우에는 그 영향을 알 수도 없거니와 실제로 판사가 법정 조언을 통해서 이러한 결론을 얻었다고 판시하지는 않기 때문이다.

하지만 법정조언자 진술을 많이 해 온 특정한 단체가 다수의 재판에서 유리한 판결을 이끌어낸 사례가 많다는 것을 상기해 볼 필요가 있다. 또한 경우에 따라서는 법원 역시 그 분야의 전문가의 조언을 참조하고 싶을 때가 있다. 판사는 법률의 전문가이지 모든 분야의 전문가가 아니기 때문이다. 관련된 사항의 전문가 의견은 법원이 미처 발견하지 못하였던 사실을 발견하게 해 줄 수 있다. 뿐만 아니라 사례리는 나무에 매몰되어 특정 사건이 가지는 사회적 의미, 특정 사건과 유사한 사건 군(群)들이 갖는 사회적 영향을 놓치지 않고 법원이 이해할 수 있게 해준다. 이런 안목을 가지고 있는 경우에는 이후 판결에 따라 어떠한 사회적 변동이나 변화를 이끌어 올 수 있는지를 판단할 수 있으므로 법정조언이 재판에서 상당한 역할을 하고 있으며 할 수 있음을 미루어 알 수 있다.

Ⅲ. 법정조언자제도의 평가

법정조언자는 크게 개인적 이익을 위하여 법정 의견을 제출하는 경우도 있음을 세계무역기구의 분재해결절차(DSU)를 통해서 알 수 있었다. 하지만 법정조언자는 영미법상 발전되어온 개념으로서 영미의 소송절차에서는 국가의 공무원이 당사자인 '국가의 이익을 위하여' 소송상에서 의견을 제출하는 자격에서 출발하여 일반 개인이라고 하더라도 일정한 '공익을 위하여' 법정 의견을 제출하는 자격으로 발전되어온 것을 알 수 있었다. 따라서 법정조언자는 일종의 공익을 위하여 재판에서 자신의 의견을 제출하는 자라는 것을 알 수 있으며, 법관의 판단을 보조해 주는 부수적 지위에 있는 자라고 할 것이다. 특별히 사적 이익을 가지고 있지 않은 자들이 소송에서 공익 혹은 정치적 신념을 위하여 법정조언을 하는 것이기 때문이다. 이하에서는 이러한 법정조언자의 공적인 지위에 맞추어서 국가인권위원회의 법정조언의 모습을 살펴보기로 한다.

제2절 국가인권위원회의 법정 조언

1. 국가인권위원회 법정 조언의 근거

1. 국가인권위원회 소송참가의 지향점

소송 참여는 사익을 위하여 참가하는 방식과 공익을 위하여 참가하는 방식이 있다. 국가인권위원회가 국제인권기준을 가지고 인권관련 재판에서 국제인권기준에 대한 의견을 제출하는 것은 국가인권위원회의 개별적 이익을 위한 것이 아니라 일반적 공익을 위한 것이라고 볼 수 있다. 따라서 국가인권위원회가 소송에 참가하는 방식은 공익을 대변하기 위한 방식이어야 한다. 공익을 실현하기 위하여 국가인권위원회가 소송에 참여할 수 있는 법률상 근거에 대하여 살펴본다.

2. 국가인권위원회의 소송참가의 법적인 근거

국가인권위원회법 제28조 제1항은 “인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판이 계속 중인 경우 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정하는 때에는 법원의 담당재판부 또는 헌법재판소에 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다”라고 하여 법원에 대하여 국가인권위원회가 자발적으로 의견을 제출할 수 있도록 하였다. 또한 동조 제2항은 “제4장의 규정에 의하여 위원회가 조사 또는 처리한 내용에 관하여 재판이 계속중인 경우, 위원회는 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정하는 때에는 법원의 담당재판부 또는 헌법재판소에 사실상 및 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다”라고 하여 위원회 자신이 조사 또는 처리한 내용 관한 재판이 계속 중인 경우 자신의 판단에 따라 사실상 및 법률상 사항에 대한 의견을 제출할 수 있다. 제1항의 경우에는 법률상 사항에 대하여만 의견을 제출할 수 있는 반면, 제2항의 경우에는 ‘사실상 및 법률상의 사항’에 대하여 의견을 제출할 수 있다.

제28조 제1항 및 제2항은 공히 법원의 요청이 없는 경우에도 의견을 제출할 수 있는 권한을 국가인권위원회에 부여하였다. 이는 중요한 의미를 가지는 것으로서 자체적으로

‘법원의 요청이 없이’도 국가인권위원회가 법원에 대하여 사실상 및 법률상 사항에 관한 의견을 제출할 수 있으므로 계속 중인 재판과 관련한 사건에 대하여 재판 중에도 조사를 실시할 수 있다는 의미이며⁴⁷⁸⁾, 이러한 권한이 국가인권위원회법에 의하여 인정된 이상 계속 중인 재판과 관련한 사실에 대한 조사가 ‘재판의 독립성’을 훼손하는 조치가 되지 않는다는 의미도 포함하는 것이다.

동 규정을 분석해 보면 국가인권위원회의 법정 의견제시에 사적인 이해관계가 있을 것을 요구하지 않는다. 오로지 공적인 ‘사실상 및 법률상의 사항’에 대하여 의견을 제출할 수 있음을 알 수 있다. 이는 국가인권위원회가 불가침의 기본적 인권을 확립하고 그 수준을 향상하는 기구이므로 그 목적의 수행을 위하여서 기본적 인권의 중대한 사항에 대하여는 법원에 대하여 의견을 제시할 수 있어야 한다는 것을 규정한 것이다. 의견을 제시하는 경우에도 반드시 법원의 요청이 필요한 것은 아니며 법원의 요청을 기다리지 않고 국가인권위원회가 스스로 기본적 인권에 대한 중대한 사항이라고 판단한 경우에는 직권으로 그 의견을 제출할 수 있다. 이는 인권의 전문가로서 국가인권위원회의 전문성을 인정한 것이면서 동시에 인권에 대한 보호기관으로서의 독자적인 공적 지위를 인정한 것이라고 할 수 있다. 이와 같이 법률에 직권에 의한 의견개진권을 명시한 경우는 법원 이외에 국가인권위원회가 유일하다고 할 것이다.

‘인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판’에 대하여 법률상 사항에 관한 법정 조언을 할 수 있다고 「국가인권위원회법」 제28조 제1항이 규정하고 있는 바, 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판인지 여부는 각 사안에 따라서 다르게 취급될 수 밖에 없으나, 인권침해나 차별행위의 중대성, 사회적 영향력 등을 고려하여 위원회가 판단하여야 한다. 인권의 보호와 향상에 관하여 법원의 판결이나 헌법재판소의 선례가 될 수 있는 사건, 사회일반에 잘 알려지지 않은 사안으로 사회적 반향이 큰 사건 등이 이에 해당할 것이다.⁴⁷⁹⁾

3. 민사소송법상 소송참가

국가인권위원회법 제28조에 의하여 국가인권위원회가 소송절차상 법정조언자로서 소송

478) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 『국가인권위원회법 해설집』 (국가인권위원회, 2005), 163 쪽.

479) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 『국가인권위원회법 해설집』 (국가인권위원회, 2005), 164 쪽.

절차에의 참여할 수 있음을 알 수 있다. 이외에 국가인권위원회법에 의하지 않고 소송에 참여할 수 있는 방법을 고찰하여 본다. 이를 위하여 민사소송법상의 제3자의 재판참여방식을 고찰해 본다. 민사소송법은 소송법상의 근간이 되는 법으로서 행정소송의 경우에도 행정소송법이 특히 정하지 않은 사항에 대하여는 민사소송법에 의하도록 하고 있으며⁴⁸⁰⁾ 헌법재판소법의 경우에도 헌법재판 절차에서 헌법재판소송법에서 규정이 없는 사항에 대하여는 민사소송법에 의하도록 규정하고⁴⁸¹⁾ 있으므로 가장 기본이 되는 소송절차법이다. 제3자가 소송에 참여할 수 있는 방식에 대하여 민사소송법은 여러 가지 방식을 두고 있다. 우선 당사자참가⁴⁸²⁾가 있을 수 있다. 문제되는 권리법률관계의 당사자로서 참여하는 것인데 법정조언자라는 개념은 소송의 직접적인 '당사자'가 아닌 자가 사건에 영향 받는 경우 법원에 자신의 견해나 사실에 대하여 제출하는 것이므로 분쟁당사자 재판의 일방이 되는 것과는 차이가 있다. 소송상 당사자가 되었다는 것은 이미 '법정조언자'의 지위를 넘어섰다는 것이기 때문이다. 따라서 민사소송법상의 당사자 참가는 법정조언자라고 할 수는 없다.

법원의 소송에 당사자가 되지 않지만 법률상 이해관계를 가지는 자가 소송에 참가하는 방식에 보조참가가 있다. 하지만 우리 민사소송법 제71조⁴⁸³⁾가 인정하는 보조참가를 인정하는 범위는 매우 작고 '공익을 위하여' 보조참가를 인정하고 있지 않으며 보조참가의 이익을 '공익'까지 확대하여 넓게 해석한 판례도 존재하지 않는다. 이외에 대한민국의 소송

480) 「행정소송법」 제8조 (법적용례) ① 행정소송에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다. ② 행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다. <개정 2002.1.26>

481) 「헌법재판소법」 제40조 (준용규정) ① 헌법재판소의 심판절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도 내에서 민사소송에 관한 법령의 규정을 준용한다. 이 경우 탄핵심판의 경우에는 형사소송에 관한 법령을, 권한쟁의심판 및 헌법소원심판의 경우에는 행정소송법을 함께 준용한다. <개정 2003.3.12> ② 제1항 후단의 경우에 형사소송에 관한 법령 또는 행정소송법이 민사소송에 관한 법령과 저촉될 때에는 민사소송에 관한 법령은 준용하지 아니한다.

482) 「민사소송법」 제79조 독립당사자참가 ① 소송목적의 전부나 일부가 자기의 권리라고 주장하거나, 소송결과에 따라 권리가 침해된다고 주장하는 제3자는 당사자의 양 쪽 또는 한 쪽을 상대방으로 하여 당사자로서 소송에 참가할 수 있다. ② 제1항의 경우에는 제67조 및 제72조의 규정을 준용한다.

민사소송법 제83조 (공동소송참가) ① 소송목적이 한 쪽 당사자와 제3자에게 합일적으로 확정되어야 할 경우 그 제3자는 공동소송인으로 소송에 참가할 수 있다. ② 제1항의 경우에는 제72조의 규정을 준용한다.

483) 민사소송법 제71조 (보조참가) 소송결과에 이해관계가 있는 제3자는 한 쪽 당사자를 돕기 위하여 법원에 계속중인 소송에 참가할 수 있다. 다만, 소송절차를 현저하게 지연시키는 경우에는 그러하지 아니하다

절차에서 참가이외의 방식으로 소송에 참여하여 자신의 법적인 의견이나 견해 혹은 사실 관계를 밝히는 방식으로서 증거조사 방법 중 하나인 감정⁴⁸⁴⁾이 있다. 하지만 감정인에게 증거조사의 방법으로서 출석권이나 의견 제출권이 법률상 인정되는 것이 아니라 법원의 지정에 의하여 감정의견서를 제출 수 있는 기회가 주어지는 것이므로 전적으로 법원에 타율적으로 의존하는 제도라고 할 수 있다. 이러한 경우에는 아무리 중요한 사건이라고 하더라도 법원의 지정이 없는 이상 국가인권위원회는 어떠한 법률상의 견해를 소송상에서 현출시킬 수 없게 된다.

4. 평가

국가인권위원회가 '공익'을 위하여 국제적 인권기준을 국내의 소송에서 활용하는 것이므로 이러한 민사소송법상의 소송 참가의 형식과는 괴리가 있다. 민사소송법이 인정하고 있는 참가는 모두 개인이 관계된 사익을 위한 것이므로 국제적 인권기준을 국내소송에서 적용시킴으로서 국제적 인권기준과 국내적 인권기준의 합일점을 찾아가기 위한 국가인권위원회의 임무를 수행하기 위하여 개인의 개별적 사익 보호를 위하여 인정되고 있는 '소송상 참가' 제도를 이용할 수는 없다. 따라서 국가인권위원회가 현행법체제상 계속중인 재판에 자신의 의견을 개진할 수 있는 근거는 오로지 국가인권위원회법 제28조 1항이다. 민사소송법상의 소송참가제도를 원용하여 소송에서 법률상 혹은 사실상의 사항에 대한 법정 의견을 제출할 수는 없을 것이다.

II. 국가인권위원회의 직무와 사법부와의 관계

1. 국가인권위원회의 직무

국가인권위원회의 직무에 대하여는 국가인권위원회법에서 상세한 권한 규정을 두고 있다.⁴⁸⁵⁾ 기본적으로 국가인권위원회의 직무는 인권의 관점에서 국가기구를 감시·견제하며

484) 민사소송법 제334조 (감정의무)

①감정에 필요한 학식과 경험이 있는 사람은 감정할 의무를 진다.

485) 국가인권위원회법 제19조는 그 업무에 대하여 대략적인 열거를 하고 있다.

국가인권위원회법 제19조(업무) 위원회는 다음 각호의 업무를 수행한다.

1. 인권에 관한 법령(입법과정중에 있는 법령안을 포함한다)·제도·정책·관행의 조사와 연구

국가가 행하여 왔던 직접적인 인권침해행위를 감시하고 막는다. 또한 국가가 진행하는 각종 제도와 법률, 관행, 정책들에 대하여 검토하고 개선토록 요청한다.

국가인권위원회는 근본적으로 인권의 관점에서 국가 기구를 감시하고 견제한다. 국가가 행해왔던 직접적인 인권 침해 행위를 감시하고 막아낼 뿐 아니라 국가가 진행하는 각종 제도와 법률, 관행, 정책들에 대해서 검토하고 개선토록 요청하기도 한다. 또한 국가가 해야 하는 인권 보호와 지원의 기능을 나누어 맡아 하기도 한다. 올바른 인권 개념의 사회적 정립을 위한 연구와 시민 교육의 사업을 진행하고 있으며, 인권보장적인 각종 체제들을 만들어가기도 한다.

인권의 보호와 지원기능을 나누어 맡는 국가인권위원회와 인권의 최후의 보루인 법원은 어떠한 관계에 있는 것인가? 이러한 관계를 밝히는 것은 법원에 대하여 법정조언을 하게 되는 경우에 국가인권위원회가 어떠한 사항에 대하여 조언을 할 것이며 어떠한 점에 초점을 맞추어 조언을 할 것인지를 밝히는 척도가 된다. 즉, 국가인권위원회는 인권의 감시기구로서 기본적 인권에 대한 법적 견해를 밝힘에 있어서 기존의 법원의 견해와 상충되는 점이 있기 마련이다. 그렇다면 법원이 인권의 보호기구로서 국가기관인 국가인권위원회를 보고 있는지 살펴봄으로써 그 해결의 실마리를 찾아보도록 한다. 2002헌마30(2486)에서는 헌법재판소가 국가인권위원회와 사법부의 관계에 관한 고찰을 하고 있다. 이를 살펴본다.

2. 국가인권위원회의 법적 지위

1) 헌법재판소가 바라본 국가위원회의 법적 지위 - 2002헌마302사건을 중심으로

및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명

2. 인권침해행위에 대한 조사와 구제
3. 차별행위에 대한 조사와 구제
4. 인권상황에 대한 실태조사
5. 인권에 관한 교육 및 홍보
6. 인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고
7. 국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명
8. 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력
9. 인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력
10. 그 밖에 인권의 보장과 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 사항

486) 2004년 8월 26일 선고.

(1) 사건개요 및 심판대상

본 사건은 대법원의 판결에 불복한 당사자가 국가인권위원회에 진정을 통하여 대법원 판결의 시정을 구하려 하였으나 국가인권위원회가 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호에서 조사대상에서 법원의 재판을 제외하고 있으므로 동 진정을 각하하자 국가인권위원회의 위 각하 의결과 국가인권위원회법 제30조 제1항 제1호와 제32조 제1항 제4호가 청구인의 기본권을 침해한다는 이유로 헌법소원을 제기한 사건이다. 심판대상중 국가인권위원회법 제32조 제1항 제4호는 기본권침해관련성이 없음을 이유로 각하되었다. 문제된 심판대상 조문은 다음과 같다.

“제30조(위원회의 조사대상)

① 다음 각호의 1의 경우에 인권을 침해당한 사람(이하 “피해자”라 한다) 또는 그 사실을 알고 있는 사람이나 단체는 위원회에 그 내용을 진정할 수 있다.

1. 국가기관, 지방자치단체 또는 구금·보호시설의 업무수행(국회의 입법 및 법원·헌법재판소의 재판을 제외한다)과 관련하여 헌법 제10조 내지 제22조에 보장된 인권을 침해당한 경우

2. 법인, 단체 또는 사인에 의하여 평등권침해의 차별행위를 당한 경우

② 평등권침해의 차별행위라 함은 합리적인 이유없이 성별, 종교, 장애, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 용모 등 신체조건, 혼인여부, 임신 또는 출산, 가족 상황, 인종, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 형의 효력이 실효된 전과, 성적 지향, 병력을 이유로 한 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 말한다. 다만, 다른 법률에서 특정한 사람(특정한 사람들의 집단을 포함한다. 이하 같다)에 대한 우대를 차별행위의 범위에서 제외할 경우 그 우대는 차별행위로 보지 아니한다.

1. 고용(모집, 채용, 교육, 배치, 승진, 임금 및 임금외의 금품 지급, 자금의 융자, 정년, 퇴직, 해고 등을 포함한다)에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

2. 재화·용역·교통수단·상업시설·토지·주거시설의 공급이나 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

3. 교육시설이나 직업훈련기관의 이용에 있어서 특정한 사람을 우대·배제·구별하거나 불리하게 대우하는 행위

③ 위원회는 제1항의 진정이 없는 경우에도 인권침해가 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있고 그 내용이 중대하다고 인정할 때에는 이를 직권으로 조사할 수 있다.”

이 중에서 기본권침해의 관련성이 있는 부분은 법 제30조 제1항 제1호 중 “법원의 재판을 제외한다” 부분에 한정하여 헌법재판소는 판단하였다.

(2) 헌법재판소가 바라본 국가인권위원회의 직무

“국가인권위원회는 인권에 관한 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견의 표명, 인권침해행위에 대한 조사와 구제, 차별행위에 대한 조사와 구제, 인권상황에 대한 실태조사, 인권에 관한 교육 및 홍보, 인권침해의 유형·판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고, 국제인권조약에의 가입 및 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명, 인권의 옹호와 신장을 위하여 활동하는 단체 및 개인과의 협력, 인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력 등 인권의 보호와 향상을 위한 업무를 독립하여 수행하는 국가기관이다(법 제3조, 제19조).”⁴⁸⁷⁾

헌법재판소는 국가인권위원회법을 중심으로 국가인권위원회의 직무를 규정하였다. 국가인권위원회법 제19조는 국가인권위원회의 업무에 관한 일반적인 열거규정이며 제3조는 국가인권위원회의 독립성을 인정한 규정이다. 국가인권위원회의 이러한 직무 중에서 문제된 것은 국가인권위원회법 제4장의 ‘인권침해의 조사와 구제’에 관한 부분이다. 국가인권위원회는 인권침해나 차별행위에 대하여 피해자 등이 진정한 경우에 이를 조사 심리할 권한이 있으며(국가인권위원회법 제32조와 제48조) 이는 인권침해에 대한 강력한 견제장치가 될 수 있다고 보는 것이 헌법재판소의 견해이다.

(3) 헌법재판소가 바라본 국가인권위원회의 법적지위

문제는 이러한 견제장치로서의 역할을 수행하는 중에 국가인권위원회가 사법부에 대한 견제장치로서도 작동할 수 있느냐이다. 여기에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 판단한다. “.....국가인권위원회의 설립목적은 다른 국가기관에 의하여 수행될 수 없거나 수행되고 있지 않은 업무를 수행하는 것이므로, 제대로 운영되고 있는 기존의 국가기관들과 결합하는 것이 아니라 보충하는 방법으로 설립되고 운영되는 것⁴⁸⁸⁾이 바람직하다. 국제연합의 국가인권기구설립지침서 등의 국제적인 기준에서도 국가인권기구는 사법부를 대체하는 것이 아니라 보충하며 최종관할은 법원에 속한다고 하여, 인권보장의 주된 책임이 기

487) 헌법재판소판소 공보 96호 2002헌마302, 889쪽, 2004년 8월 26일 선고.

488) 밑줄 필자.

존의 국가기관에 있고, 국민의 인권보호의 기본적 구조는 사법제도라고 하고 있다. 다른 법률에 정한 구제절차가 있거나 수사가 개시된 경우에는 진정을 이송하며(법 제33조), 진정의 원인이 된 사실에 관하여 법원 또는 헌법재판소의 재판, 수사기관의 수사 또는 그 밖의 법률에 따른 권리구제절차가 진행 중이거나 종결된 경우에는 진정을 각하(법 제32조 제5호)하는 것도, 인권구제에 있어서 국가인권위원회가 가지는 보충적 기능의 표지라고 할 것이다. ...”⁴⁸⁹⁾ 헌법재판소는 기본적으로 국가인권위원회를 인권의 보호를 위한 기구이지만 사법부에 대하여는 보충적인 지위를 갖는다고 보고 있으며 최종적인 관할은 법원에 있다는 것을 명시하였다. 국가인권위원회법 ‘제33조의 수사개시후 진정의 이송’, ‘제32조 진정의 원인에 대한 사법절차 종료의 경우 진정각하’를 근거로 하여 국가인권위원회가 법원에 대하여 인권의 보장과 관련하여 보충적 지위에 있음을 확인하였다.

또한, “... (마) 우리 재판소는 국가인권위원회의 진정각하의결에 대한 헌법소원심판청구에 대하여 심리한 다음 본안판단을 한 바 있어(헌재 2004. 2. 26. 2003헌마207 ; 2004. 4. 29. 2003헌마538, 공보 92, 541), 국가인권위원회의 진정에 관한 결정에 대하여 사법심사와 유사한 통제를 하고 있다. 이러한 상황에서 국가인권위원회가 법원의 재판을 진정대상으로 삼는다면, 분쟁 또는 인권침해의 해결과정이 무한정 반복되고 지연될 가능성마저 있게 된다. ...”⁴⁹⁰⁾라고 하여 헌법재판소가 국가인권위원회의 진정에 대한 결정을 다시 헌법상 통제할 권한이 있음을 확인함과 동시에 자신의 국가인권위원회에 대한 우월적 지위를 확인하였다. 헌법재판소의 판시내용을 분석해 보면 국가인권위원회는 기본적 인권의 보장과 관련하여 사법부에 비하여 부수적인 지위에 놓여 있으며 이는 국가인권위원회 의결이 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사에 해당할 수 있다는 것에서도 파악된다. 인권 보장의 임무는 사법부의 임무를 대체하는 성격을 띠는 것이 아니며 오히려 사법부의 역할 보충하는 기능을 행사하는 것이라고 헌법재판소는 판단하고 있다.

2) 국가인권위원회의 법적 지위와 법원에의 조언 기능의 정당성

국가인권위원회법 제28조 의하여 국가인권위원회는 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판에 대하여 그리고 자신이 직접 조사, 처리한 내용에 대한 재판이 진행되고 있는 경우 그 재판에 대하여 사법부로의 요청 혹은 자신의 직권으로 사실상·법률상의

489) 헌법재판소판소 공보 96호 2002헌마302, p890, 2004년 8월 26일 선고.

490) 헌법재판소판소 공보 96호 2002헌마302, p891, 2004년 8월 26일 선고.

사항에 대하여 의견을 제출할 수 있는 권한이 있으며 동 조항이 국가인권위원회가 사법부에 대하여 법정조언자가 될 수 있는 근거라는 것은 이미 앞에서 살펴보았다.

국가인권위원회법을 보면 이 이외에 국가인권위원회가 사법부에 대하여 자신의 권한을 행사할 수 있는 몇 가지 경우가 더 있다. 국가인권위원회는 인권의 향상을 위하여 관계기관에 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고할 수 있다(국가인권위원회법 제25조⁴⁹¹). 동 조항이 사법부에 대한 의견 개선권을 명시적으로 언급하지 아니하였지만 “관계 기관”에는 사법부 역시 포함된다. 나아가 국가인권위원회는 진정사건의 구제 조치를 사법부에 대하여 행할 수도 있다(국가인권위원회법 제44조⁴⁹²). 국가인권위원회에 인권침해 및 차별에 대한 진정이 있는 경우라고 하더라도 그러한 진정이 법원의 재판을 대상으로 하는 것이어서 진정이 각하되는 경우⁴⁹³를 제외하면 국가인권위원회는 사법부에 대하여 진정사건의 구제조치를 행할 수 있는 것이다.

이렇게 보면 국가인권위원회는 사법부에 대하여 보조적인 위치에만 있는 것은 아니다. 재판에 대한 진정을 행할 수는 없지만 사법부의 재판이외의 공권력 행사 혹은 권력 작용에 대하여 정책 및 관행의 시정 및 개선 명령을 내릴 수 있으며 구제 조치의 이행을 권고할 수도 있는 기관이다. 따라서 국가인권위원회를 헌법재판소의 견해처럼 단순히 사법부에 대하여 보조적인 지위를 취하는 기관으로만 볼 수 없으며 이는 어디까지나 재판에 한정될 뿐이라는 것을 알 수 있다. 즉, 국가인권위원회는 조직적으로는 오히려 사법부에 대하여 독립되어 있으며 기관간 통제를 행사할 수 있는 권력 균형의 상대방이라고 할 수 있다. 이러한 국가인권위원회 법적 지위가 국가인권위원회법에서 인정되고 있기에 자신의 사실상 혹은 법률상의 견해를 법률 해석 및 판단 적용을 자신의 최선의 목표로 하는 사법부에 대하여 까지도 조언할 수 있는 법률상 권한을 갖게 되는 것이다.

491) 「국가인권위원회법」 제25조(정책과 관행의 개선 또는 시정권고) ① 위원회는 인권의 보호와 향상을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 관계기관 등에 대하여 정책과 관행의 개선 또는 시정을 권고하거나 의견을 표명할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 기관의 장은 그 권고사항을 존중하고 이행하기 위하여 노력하여야 한다. ③ 제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 기관의 장이 그 권고내용을 이행하지 않을 경우 그 이유를 위원회에 문서로 설명하여야 한다. ④ 위원회는 필요하다고 인정하는 경우 제1항의 규정에 의한 위원회의 권고와 의견표명 및 제3항의 규정에 의하여 권고를 받은 기관의 장이 설명한 내용을 공표할 수 있다.

492) 「국가인권위원회법」 제44조(구제조치 등의 권고) ① 위원회가 진정을 조사한 결과 인권침해나 차별행위가 일어났다고 판단하는 때에는 피진정인, 그 소속기관·단체 또는 감독기관(이하 “소속기관 등”이라 한다)의 장에게 다음 각호의 사항을 권고할 수 있다.<개정 2005.7.29> 1. 제42조제4항 각호에 정한 구제조치의 이행 2. 법령·제도·정책·관행의 시정 또는 개선 ② 제1항의 규정에 의하여 권고를 받은 소속기관 등의 장에 관하여는 제25조제2항 내지 제4항의 규정을 준용한다.

493) 「국가인권위원회법」 제30조 제1항.

3. 국제적 인권기준에 대한 법정조언자로서 국가인권위원회

국가인권위원회는 기본적으로 국가기관을 감시하여 인권을 보호 개선하는 독립적인 국가기관이다. 인권의 보호자로서 사법부와 그 업무 영역이 겹치지만 기본적으로 헌법재판소는 인권보호의 기본적 기구는 사법부라고 본다. 따라서 국가인권위원회는 보충적인 역할을 하며 사법부는 이에 대하여 우위를 가지고 있음은 이미 헌법재판소의 판시를 통하여 확인된 바이다.

하지만 국가인권위원회가 보충적 기관이라고 하더라도 아울러서 국가인권위원회법상 사법부에 대하여 일정한 인권에 관한 정책과 관행의 시정을 권고할 수도 있고, 재판이 인권의 중요한 사항을 다룬다고 판단하는 경우에는 의견을 제출할 수도 있고, 때로는 사법부에 대하여 시정조치를 내릴 수도 있는 권한을 가지고 있는 독립기관임도 국가인권위원회법 국가인권위원회의 법적 지위 고찰을 통하여 확인된 바이다.

국가인권위원회가 재판 중에서 인권과 관련한 중대한 사안에 대하여 법정조언을 할 경우에 법정 조언의 어떠한 내용이어야 하며 어떠한 내용이 효과적인 것인가는 이러한 국가인권위원회의 지위를 고찰할 때 나온다.

기존의 헌법이나 법률해석에 대한 국가인권위원회의 해석은 그 보충적 지위에 비추어 봤을 때 효과가 없다. 현행법체제가 성문법 체제라고 하더라도 판례의 중요성과 실제 사건에서 선행 판결이 갖는 의미는 현재의 우리나라의 사법시스템에서도 사건 판단의 결정적 기준이 된다는 것은 다시 설명할 필요가 없다. 따라서 법원에서는 이미 확립된 대법원의 판례에 따라서 결국은 사건을 판단하게 될 것이고 이를 뒤집으려면 결국 대법원의 전원합의체 판결이 필요하다. 구체적 사례에서 기존 판례에 대한 입장 확인을 통한 법정 안정성 확보와 판례 변경을 구체적 타당성 확보의 메커니즘은 현재의 대법원을 머리로 하는 3심제의 사법체제에서 충분히 구현되고 있다. 따라서 기존의 판례에 대한 비판이든 옹호이든 간에 국가인권위원회가 판례에 대한 법정 조언을 하는 것은 불필요한 행위라는 것은 쉽게 파악된다. 오히려 국가인권위원회법이 내정하고 있는 법정 조언의 제도 취지는 이와는 다른데 있다고 보아야 한다.

국가인권위원회가 법정 조언은 사실관계에 관한 통계나 실제적인 사회 지표 등 판결의 정책적 영향에 대하여 도움을 줄 수 있는 자료 제시에서도 그 의의를 찾아볼 수 있을 것이다. 하지만 국가인권위원회법 제28조가 예정하고 있는 법정조언자로서 국가인권위원회가 의미 있는 역할을 할 수 있는 분야는 국제인권기준, 즉 국제법상의 국제인권기준에

대한 법률적 판단이다. 특히 국제연합 체제아래에서 만들어진 각종 인권조약과 이의 이행을 위하여 조약상에서 창안된 국가보고제도(state reports), 국가간 고소제도(state complaints), 개인 고소제도(individual complaints), 일반논평(general comments)제도를 통하여 확립되고 있는 인권 목록의 구체적 내용에 대한 각 인권조약상 기구의 jurisprudence는 각 인권의 내용에 대하여 현재 성립되고 있는 내용으로서 국제적 권위와 일반성을 갖춘 내용이다. 사법적 구속력의 정도가 약하기 때문에 오히려 더 진보적인 판단을 내리는 경향이 나타나긴 하지만 이러한 진보적인 태도가 법정 조언의 내용으로서 가치가 있다. 국가인권위원회는 이러한 인권 목록에 대한 국제인권조약의 내용 및 각 인권조약기구가 정립해 나가는 인권의 내용에 대하여 우리나라의 사법부에 법정 조언으로서 제시함으로써 계속중인 재판에서 사법부가 인권에 대한 국제적 표준을 얻고 새로운 영감을 얻을 수 있는 통로를 제공해 줄 수 있을 것이다.

국제인권기준에 대한 법률적 사항에 대한 법정조언자로서의 기능 수행을 판단하기 위하여 현재까지 사법부의 재판에 대한 법정조언의 경우를 검토해 볼 필요가 있다. 이러한 검토를 통하여 국가인권위원회가 어떠한 형식으로 국제인권기준에 대한 법정조언을 사법부에 할 수 있는 것인지의 방식과 형식 그리고 효과적인 방법을 도출하고자 한다.

4. 실제적인 권한의 행사 분석

이러한 권한을 국가인권위원회가 어떻게 행사하고 있는지를 살펴본다.⁴⁹⁴⁾ 첫째 정책 및 관행에 대하여 사법부에 대하여 권고를 행한 경우를 살펴보면 진정사건과 무관하게 행한 정책 및 관행에 대한 권고는 i) 「소송촉진등에 관한 특례법」 제23조에 대한 개정권고⁴⁹⁵⁾와 ii) 사생활의 자유침해에 대한 2003년 결정,⁴⁹⁶⁾ iii) 마지막으로 사법부에 대한 진정사건으로 사법부가 동명이인에 대하여 잘못된 가압류 결정과 이에 대한 법원행정처장에게 의 청원에 대한 회신 없음을 이유로 진정한 2005년 결정⁴⁹⁷⁾ 3건이 존재한다.

494) 권한의 행사의 실행은 김도현, 국가인권위원회 결정과 사법부 판결에 미친 영향 평가, 민주법학 제33호 (2007), p15-p33을 참조하였다.

495) 국가인권위원회 정책위원회 2005. 11. 14. 자 결정, 「소송촉진등에 관한 특례법 제23조에 대한 개정 권고」, 『국가인권위원회공보』 제3권 제6호, 980쪽.

496) 국가인권위원회 전원위원회 2003. 9. 22. 자 02진인2004 결정, 『국가인권위원회공보』 제6호, 66쪽.

497) 국가인권위원회 전원위원회 2005. 12. 12. 자 04진인923 결정, 『국가인권위원회공보』 제4권 제1항, 172쪽.

재판에 대한 의견을 개진한 경우는 호주제 위헌에 관하여 i) 헌법재판소에 제출한 결정⁴⁹⁸⁾과 ii) 계구사용위헌확인심판사건에 대하여 의견을 제출⁴⁹⁹⁾한 2건이 존재한다.

진정인용에 대하여 사법부에 대하여 인권침해를 이유로 한 진정사건은 16,512건 중에서 1.5%에 해당하는 315건이 사법기관의 인권침해사건에 관한 진정사건이었고 이중에서 293건이 처리되었다.⁵⁰⁰⁾ 이 중 2건만이 권고결정이 있었을 뿐 이를 제외하고 나머지는 각하 기각되거나 이송되었다.

이러한 통계를 보면 국가인권위원회가 자신에게 주어진 사법부에 대한 인권감시 권한을 행사함에 상당히 소극적이라는 것을 알 수 있다. 특히 법정 조언을 할 수 있도록 권한을 부여한 국가인권위원회법 제28조 상의 법정 의견 제출권한에 대하여 단지 2건이 존재하는 것이 국가인권위원회가 법정조언자로서의 역할을 하는데 상당히 소극적 태도를 취하였음을 밝히는 명확한 자료이다.

국제적 인권 기준의 법정조언자로서 국가인권위원회가 자리매김을 할 필요가 있으며 이를 위하여 관련 국가인권위원회의 법정 조언의 선례를 검토해 보고 이를 토대로 올바른 법정 조언의 모델을 찾을 필요가 있다.

III. 법정조언의 선례

현재 법정 조언이라는 형태로 법정 조언이 이루어지지 않는다. 국가 기관이 법정조언을 하는 경우는 헌법재판의 경우에 자주 등장한다. 헌법재판은 구두변론이 원칙이지만 위헌법률의 심판과 헌법소원의 경우에는 서면심리에 의하여 필요한 경우에 변론을 열어 당사자·이해관계인 기타 참고인의 진술을 헌법재판소가 들을 수 있다.⁵⁰¹⁾ 특히 위헌법률심판의 경우에는 법무부장관이 의견서를 제출할 수 있으며⁵⁰²⁾ 헌법소원의 경우에는 이해

498) 국가인권위원회 전원위원회 2003. 3. 10. 자 결정, 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」, 『국가인권위원회 결정례집: 인권정책분야』 제1집 (국가인권위원회 2005), 504쪽.

499) 국가인권위원회 전원위원회 2003. 6. 9. 자 결정, 「계구사용행위위헌확인심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」, 『국가인권위원회공보』 제4호, 111쪽

500) 국가인권위원회 차별시정총괄팀, 「10월말 현재 사건처리 현황」, 2007. 11. 23자 <<http://www.humanrights.go.kr/>>의 111번 자료, 검색일 2007년 12월 17일.

501) 헌법재판소법 제30조.

502) 헌법재판소법 제44조 (소송사건당사자등의 의견): 당해 소송사건의 당사자 및 법무부장관은 헌법재판소에 법률의 위헌여부에 대한 의견서를 제출할 수 있다.

관계가 있는 국가기관 공공단체와 법무부 장관은 헌법재판소에 그 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다⁵⁰³⁾ 이러한 진술이나 의견서등을 한국의 법정조언자 의견서라고 할 수 있을 것이다.

1. 국가기관의 법정 조언 선례

헌법재판의 경우에 피청구인의 입장에서 국가기관 등이 법적 조언을 하는데 헌법재판소는 대부분의 경우 위헌법률심판의 경우에는 법무부장관에게, 헌법소원의 경우에는 관계기관에 법적 조언을 구한다. 그 이외의 사건의 경우에도 정부가 당사자인 경우에는 국가조직법상 행정각부의 장들이 법적 조언을 한다. 이러한 법적인 조언이 이루어지는 경우도 없이 많다. 대립당사자주의를 취하는 헌법재판소에서 국가기관으로서 법률의 합헌성 내지 공권력 행사의 정당성에 대하여 의미를 밝힐 필요가 있기 때문이다. 당사자로서 공권력행사 기관이 법정 조언을 하는 경우뿐만 아니라 관계기관들이 법정 조언을 하고 있으므로 많은 법정 조언이 이루어지고 있다.

2. 국가인권위원회의 법정 조언 선례

국가인권위원회가 재판에 대한 의견개진을 한 것은(국가인권위원회법 제28조) 3건이 존재한다. 진정에 기초하지 아니하고 행한 의견개진(동 조 제1항)이 1건이고, 진정에 기초한 의견개진(동 조 제2항)이 1건 있다. 하지만 이 두 사건 모두 헌법재판소를 대상으로 한 의견개진이며 대법원이하 각급법원에 대한 의견개진은 존재하지 않는다.

- 1) 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」

(1) 사실관계

동 사건은 세 개의 사건이 헌법재판소에서 병합 심리 된 것으로서, 인권위원회의 법정

503) 헌법재판소법 제74조 (이해관계기관 등의 의견제출) : ①헌법소원의 심판에 이해관계가 있는 국가기관 또는 공공단체와 법무부장관은 헌법재판소에 그 심판에 관한 의견서를 제출할 수 있다. ②제68조제2항의 규정에 의한 헌법소원이 재판부에 심판회부된 때에는 제27조제2항 및 제44조의 규정을 준용한다.

조언이 이루어진 사건이다. 헌법재판소에 회부된 사건은 다음 세 가지이다.

① 2001헌가9·10 사건

당해사건의 신청인들은 혼인하였다가 이혼하고 일가를 각 창립한 자들로서, 전 부(夫)와의 사이에 태어난 그들 자(子)의 친권행사자이며 양육자인데도 그들 자(子)의 호적은 부(父)인 전 부(夫)가 호주로 있는 가(家)에 편제되어 있다. 신청인들은 그들의 자(子)를 자신의 가(家)에 입적시키기 위하여 2000. 10.경 관할 호적관청에 각기 입적신고를 하였으나 호적관청은 민법 제781조 제1항 본문을 들어 입적신고를 받아들이지 아니하였다.

이에 신청인들은 당해사건 법원에 각 호적관청의 처분에 대한 불복을 신청하였고, 그 재판계속 중에 민법 제778조, 제781조 제1항 본문이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였는데, 당해사건 법원은 2001. 3. 27.(2001헌가9 사건의 경우) 및 같은 달 29.(2001헌가10 사건의 경우) 민법 제781조 제1항 본문 중 후단에 대한 신청은 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하고, 나머지 조항에 대한 신청은 모두 각하하였다.

② 2001헌가11 내지 15 사건

당해사건의 신청인들은 혼인하여 각 그 배우자와 하나의 가(家)를 이루어 동일한 가계에 올라 있고, 호적상 호주는 부(夫)인 신청인들(2001헌가11·14 사건의 경우) 또는 신청인들의 부(夫)(2001헌가12·13·15 사건의 경우)로 되어 있다. 신청인들은 부(夫)가 호주로 되어 있는 가를 무호주, 즉 호주가 없는 가로 바꾸기 위하여 2000. 10.경 또는 동년 11.경 각기 관할 호적관청에 호주변경신고를 하였으나, 호적관청들은 현행법상 무호주제도는 인정되지 않는다는 이유로 호주변경신고의 수리를 거부하였다.

이에 신청인들은 당해사건 법원에 각 호적관청의 수리거부처분에 대한 불복을 신청하였고, 그 재판계속 중에 민법 제778조, 제826조 제3항 본문이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였는데, 당해사건 법원은 2001. 3. 29. 민법 제826조 제3항 본문에 대한 신청은 모두 각하하고, 민법 제778조에 대한 신청은 모두 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

③ 2004헌가5 사건

당해사건의 신청인들은 서로 혼인하여 동일한 가계에 올라 있고, 호적상 호주는 부(夫)

인 신청인으로 되어 있다. 신청인들은 부(夫)가 호주로 되어 있는 가를 무호주, 즉 호주가 없는 가로 바꾸기 위하여 2002. 3.경 관할 호적관청에 호주변경신고를 하였으나, 호적관청은 현행법상 무호주제도는 인정되지 않는다는 이유로 호주변경신고의 수리를 거부하였다.

이에 신청인들은 당해사건 법원에 호적관청의 수리거부처분에 대한 불복을 신청하였고, 그 재판계속 중에 민법 제778조, 제826조 제3항 본문이 위헌이라고 주장하면서 위헌법률심판제청신청을 하였는데, 당해사건 법원은 2004. 2. 9. 민법 제826조 제3항 본문에 대한 신청은 각하하고, 민법 제778조에 대한 신청은 받아들여 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였다.

(2) 국가인권위원회의 견해⁵⁰⁴⁾

국가인권위원회는 위헌법률심판제청사건에 대하여 호주제를 규정한 동 민법 제778조 제781조 제1항에 대하여 동 규정들이 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권을 침해한 것이라고 판단하여 헌법재판소에 의견을 제출하였다. 그 내용을 요약하면 다음과 같다.

혼인과 동시에 妻가 (예외적으로 부가 처에게)에게, 즉 일방을 호주로 하고 일방을 가족으로 구분하여 그 들 간에 종적 관계의 형성을 법으로 강제함으로써, 가족구성원의 자유의사를 통한 평등하고 존엄한 가족공동체를 형성할 수 없도록 하여 민주적 기본질서를 침해한 것이다.

또한 개인에게 자신의 법적 지위를 스스로 형성할 여지를 전혀 부여하지 않음으로써 개인의 법률관계 형성의 자율성을 전면적으로 부인하고, 법규정에 따라 반드시 호주 또는 가족 으로 규정하는 것을 강제하며 이혼여성자녀의 모계입적을 허용하지 않음으로써, 호주와 가족 모두의 존엄한 인격권, 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권을 침해하였다.

남자를 호주승계 1순위자로 규정하고, 민법 제781조 제1항 본문 후단에서는 子의 '家 우선입적을 규정하는 등, 남계혈통계승 내지부계혈통주의를 중심으로 하여 평등의 원칙에 반한다.

마지막으로 가족생활관계에서 남녀는 동등한 인격체로서 동등하게 대우받아야 함에도

504) 국가인권위원회 전원위원회 2003. 3. 10. 자 결정, 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제) (2001헌가9, 10)에 대한 의견」, 『국가인권위원회 결정례집: 인권정책분야』 제1집 (국가인권위원회, 2005), 504쪽 이하.

불구하고, 민법 제778조, 민법 제781조 제1항 본문 후단은 가족의 長 또는 중심을 남성으로 하여 부계우선주의, 남계혈통계승만을 목적으로 함으로써, 가족생활에서의 개인의 존엄과 양성의 평등원칙에 위반한다.

(3) 헌법재판소의 결정

헌법재판소는 호주제의 남녀차별은 가족 내에서의 남성의 우월적 지위, 여성의 종속적 지위라는 전래적 여성상에 뿌리박은 차별로서 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별에 지나지 않으므로 양성평등의 원칙(헌법 제34조 제1항)에 반한다고 하였다. 또한 호주승계 순위와 혼인시 신분관계형성의 차별, 자녀의 신분에 있어서 차별이 존재한다고 판시하였으며, 호주제는 당사자의 의사와 자결권을 무시한 채 남계중심의 가제도의 구성을 강제하고 이를 유지하기 위하여 신분당사자의 법률관계를 일방적으로 형성하기 때문에 인간의 존엄과 가치에도 반한다고 판시하였다.

2) 「계구사용행위 위헌확인심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」

(1) 사실관계

청구인은 466일 간이나 계구를 착용하고 있었다. 계구를 착용하고 있던 중인 2001. 3. 7. 위와 같은 계구사용행위에 의하여 헌법상 보장된 청구인의 인간의 존엄과 가치 및 신체의 자유 등 기본권을 침해당했다고 주장하면서 피청구인 광주교도소장의 위 계구사용행위에 대하여 헌법소원심판을 청구하였다. 기록에 의하면 청구인이 1년이 넘는 기간 동안 일주일에 1회 내지 많으면 수회, 각 약 30분 내지 2시간 동안 탄원서나 소송서류의 작성, 목욕, 세탁 등을 위해 일시적으로 해제된 것을 제외하고는 항상 이중금속수갑과 가족수갑을 착용하여 두 팔이 몸에 고정된 상태에서 생활하였고 이와 같은 상태에서 식사, 용변, 취침을 하였다.

(2) 국가인권위원회의 견해⁵⁰⁵⁾

505) 국가인권위원회 전원위원회 2003. 6. 9. 자 결정, 「계구사용행위위헌확인심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」, 『국가인권위원회공보』 제1권 제4호, 111쪽 이하.

피청구인에 대한 계구 사용행위에 대하여 행정법을 위반한 행위일 뿐만 아니라 청구인을 억압하고 관리의 편의만을 도모하고자 하였을 뿐, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 규정한 헌법 제10조, 신체의 자유를 규정한 제12조에 위배하여 청구인의 기본권을 침해한 위헌적인 행위이며, 또한 수용자라 할지라도 인간의 존엄과 가치 및 기본적 인권이 보장되어야 한다는 「시민적·정치적권리규약」 제10조 및 「세계인권선언」 제5조의 규정에 위배되는 행위라고 판단하여 전원위원회에서 의결하였고 이러한 견해를 국가인권위원회 법 제28조 제1항에 따라 헌법재판소에 표시하였다.

(3) 헌법재판소의 판단

헌법재판소는 피청구인이 2000. 3. 7.부터 2001. 4. 2.까지 청구인을 광주교도소에 수용하는 동안 상시적으로 양팔을 사용할 수 없도록 하는 계구를 착용하게 한 행위는 청구인의 신체의 자유와 인간의 존엄성을 침해한 행위이므로 선언적 의미에서 그 위헌확인을 하였다.⁵⁰⁶⁾

3. 국가인권위원회 법정조언의 양태 비판

국가인권위원회가 사법부에 인권과 관련한 중대한 사건이라는 이유로 의견을 표시한 예는 두 번에 불과하다. 국가인권위원회가 711건의 결정을 내리는 동안⁵⁰⁷⁾ 사법부의 재판에 대하여 견해를 표시한 경우는 단 두건에 불과한 것이다. 이외에 재판과 관련한 진정이 한 건 더 존재하는데 국가인권위원회는 양심적 병역거부에 대한 사건이 법원에서 계속해서 집총거부로 인한 유죄판결이 나오에도 불구하고 계속해서 의견 제시를 주저하다가 하급심의 무효판결이 나오자 그 때서야 국회의장과 국방부 장관에 대하여 양심적 병역거부권이 헌법상 양심의 자유로서 인정되어야 한다는 것과 대체복무제도를 도입할 것을 권고하였다. 이러한 국가인권위원회의 태도를 통해서도 다시 한 번 국가인권위원회가 사법부에 대한 의견표시에 대단히 소극적이라는 것을 알 수 있다.⁵⁰⁸⁾

506) 2001헌마163.

507) 국가인권위원회 홈페이지 인권정보 결정례 참조. <http://www.humanrights.go.kr/> 2007년 12월 17일 검색.

508) 김도현, “국가인권위원회 결정과 사법부 판결에 미친 영향 평가”, 「민주법학」, 제33호 (2007), 48쪽.

또한 법률적 견해 표시에 있어서도 국가인권위원회가 위헌으로 판단한 근거와 헌법재판소가 위헌으로 판단한 근거가 상당부분 일치한다는 것이다. 헌법재판소의 판례가 축적됨으로 말미암아 기본권의 영역에 있어서 어느 정도 구체이 정해져 있기 때문이기도 하지만 동시에 국가인권위원회의 의견제시가 상당히 정형적이었으면 법원에 대한 의견제시에 있어서 인권증진을 위하여 진보적인 적인 성향을 나타내기 보다는 헌법재판소에 의하여 이미 확립된 사항을 다시 확인하는 소극적 태도를 취하고 있다는 것을 알 수 있다.

한 가지 위안이 되는 점은 국가인권위원회와 헌법재판소의 사실관계 인정에 있어서 차이가 없었다는 점이다. 절대적인 의결 제출 건수가 적긴 하지만 헌법재판소가 국가인권위원회의 사실관계 파악을 상당히 신뢰한다고 선회할 수 있는 부분이라고 볼 수 있다.

제3절 국제인권기준의 법정조언자로서 국가인권위원회

I. 국제인권기준 법정 조언의 의의

1. 국가인권위원회의 법정조언사항과 국제인권기준의 법정조언

국가인권위원회가 국가인권위원회법 제28조의 의견제시를 할 경우 어떠한 사항을 의견 제시할 수 있는지를 우선 살펴보자.

첫째로 사실관계에 대한 의견제시가 있다. 헌법재판소는 헌법의 해석과 그에 따른 법률의 해석 및 위헌여부 판단이 본래적인 임무이다. 비록 헌법소원이 존재하긴 하지만 헌법재판소의 임무가 사실관계 확인이라는 것은 예외적인 것이다. 또한 헌법재판소는 헌법소원의 적법성 심사 이외에는 전원재판부에서 사건을 다루므로 재판부가 오로지 하나만 존재한다고 할 수 있다. 따라서 국가인권위원회가 이러한 사실관계 확인에서 상당한 정도 조언을 한다면 헌법재판소의 부담을 상당히 덜어 줄 수 있을 것이다. 또한 일반법원의 경우에도 재판부가 오로지 재판부의 관점에서 사태를 파악하는 것이 아니라 이해관계가 개입되어 있지 않은 국가기관이 사실관계에 대한 새로운 관점을 제시할 수 있으므로 판결의 객관성을 확보할 수 있게 된다. 또한 이러한 사실에 대한 의견제시를 하면서 전국적인 혹은 전 세계적인 인권침해의 실태와 해당 침해사건이 갖는 사회적 의미에 대하여 통계 등을 통하여 제시해 줄 수 있다.

둘째로 법률적 사항에 대한 조언이 있다. 국가인권위원회법은 명시적으로 법률적 사항에 대한 의견제시를 인정하고 있다. 앞서 다루었던 두 건의 사건도 법률적 사항에 대한 의견을 제시하였고 상당부분 수용되었다. 하지만 국가인권위원회가 기존의 판결과는 다른 좀 더 진보적인 판단을 내놓았을 때도 이러한 긍정적 결과가 산출될 것이라고 기대하기는 어렵다. 이러한 사실은 헌법재판소가 국가인권위원회를 인권보호에 있어서 보조적 기관으로 바라본 2002헌마302결정을 통하여 서도 미루어 짐작할 수 있다.

셋째로 국가인권위원회가 국제적 인권기준에 대하여 법적 의견을 제시하는 것이다. 우선은 동일한 사안에 대하여 다르게 판단한 국제인권기관의 결정 혹은 견해 표시를 제시하여 주는 것이다. 이러한 법적 의견 제시는 국내법상의 의견제시와는 달리 법원에게 생

소했던 분야이므로 법원이 이러한 국제인권기관의 사법적 판단에 대하여 관심을 표할 가능성이 크다. 또한 인권이라는 기준은 보편적 성격을 가지고 있으므로 똑같은 인권 목록에 대하여 국내법원의 판단과 국제적 인권 기준이 상이할 경우 특히 그것이 대부분의 국가들이나 국제기구의 일관된 견해인 경우에는 상당한 사실상의 힘을 갖는 법원에 대한 부담감이 될 수 있다. 따라서 국가인권위원회의 법률적 의견 제시로서는 두 번째 것 보다는 훨씬 효과가 클 것은 당연하다.

2. 국제인권기준의 법정조언

국제인권기준으로서 국가인권위원회가 계속중인 법원의 재판에 대하여 법정조언의 자료로 삼을 수 있는 것은 국제인권조약문 자체와 국제인권조약에 명시되어 있는 국제인권 목록에 대한 해석 및 인권조약상 이행감시기구가 그 동안 쌓아온 인권관련 개인고소제도나 국가간 고소제도를 통하여 쌓아온 선례들이다.

국제인권조약은 일원론의 태도를 취하는 우리나라에서는 국내법이 된다. 따라서 조약 자체는 국내법정에서 인용할 수 있는 법원이 된다. 하지만 조약의 해석을 담은 국제인권조약상 기구의 일반논평(General Comments)이나 개인진정사건에 대한 견해(View)가 어떠한 법률적 효과를 갖는지에 대하여는 의견이 나뉘어져 있다. 학자들 중에서는 국제인권조약상의 유권적 해석이므로 조약의 의미를 밝힌 것인 이상 이를 존중할 의무가 당사국 국가기관에게 있는 것이므로 법률적 구속력이 있다는 견해, 혹은 이는 국제인권기구에 의하여 얻어진 관행으로서 법적인 확신을 얻었으므로 관습법으로서 효력을 갖는다는 견해를 주장하기도 한다. 하지만 국가기관은 이러한 태도를 취하지 않으며 조약자체로 국내법적 효과가 있다고 하여 그 국제인권기구의 인권기준에 대하여 까지 구속적 동의표시를 한 것은 아니므로 법률적 구속력이 없다고 본다.

하지만 국제인권기구의 인권기준이 사실상의 효과까지 없다고는 할 수 없으며 인권기준이 여러 진정사건이나 국가보고에 대한 견해, 국가간 고소에 대한 견해를 통하여 일정한 인권 목록의 해석으로서 확립되어 가면 그 내용이 명확해지는 이상 사실상의 구속력을 무시할 수는 없다.

실제로 대체복무제에 대하여 국방부의 안이 나오게 된 것도 「시민적·정치적권리규약」상 양심적 병역거부가 인정된다는 시민적·정치적권리위원회의 견해가 있고 나서 이에 대한 국내기관이 국제인권기준의 환기가 이루어져 국방부가 적극적인 태도를 보인 것이

다. 즉, 이러한 태도변화를 국제인권기준의 환기와 의견제시를 통하여 충분히 가져올 수 있으며 그 것이 특히 사법부의 재판인 경우라면 더 의미가 있다.

II. 법정 조언의 선례 고찰 : 선례를 통한 확인

국가인권위원회 법정조언에 대하여 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」⁵⁰⁹⁾과 「계구사용행위 위헌심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」⁵¹⁰⁾을 토대로 국가인권위원회의 법정 조언의 형태를 살펴본다.

1. 헌법재판소에 대한 국가인권위원회의 법정조언 검토

1) 선례검토

(1) 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단 부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」

국가인권위원회는 목차 I에서 호주제도에 대한 문제점이 있음을 실시한 후 2001헌가 9,10사건이 국가인권위원회법 제28조 제1항이 말하는 “인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판”에 해당한다고 밝힌다.

“ I. 의견 제출의 근거

가. 위 위헌법률심판의 대상 법조문은 호주제도에 관한 것으로서, 호주제도는 인간의 존엄과 행복추구권, 평등권 등, 인권과 관련하여 논란이 있습니다.

나. 국가인권위원회법 제28조 제1항은 "위원회는 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을

509) 국가인권위원회 전원위원회 2003. 3. 10. 자 결정, 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」, 『국가인권위원회 결정례집: 인권정책분야』, 제1집 (국가인권위원회 2005), 504쪽 이하.

510) 국가인권위원회 전원위원회 2003. 6. 9. 자 결정, 「계구사용행위위헌확인심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」, 『국가인권위원회공보』 제1권 제4호, 111쪽 이하.

미치는 재판이 계속중인 경우 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정하는 때에는 법원의 담당재판부 또는 헌법재판소에 법률상의 사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다"고 규정하고 있는바, 동 사건에 대한 위헌법률심판은 국가인권위원회법 제28조 제1항에서 말하는 "인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판"에 해당하는 것입니다.

다. 이에 국가인권위원회는 위 사건의 법률상 사항에 관하여 아래와 같이 의견을 제출합니다.”⁵¹¹⁾

이 후 국가인권위원회는 다음과 같은 목차로 서술하였다.

II. 국가인권위원회의 의견

1. 헌법과 가족관계
2. 민법 제778조, 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)과 인권
 - 가. 민주적 기본질서 침해
 - 나. 개인의 존엄과 행복추구권 침해
 - 다. 평등권 침해
 - 라. 가족생활에서의 개인의 존엄과 양성의 평등 침해
3. 결론

(2) 「계구사용행위위헌심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」

국가인권위원회는 해당사건에 대한 의견제출을 한다는 것을 아래와 같이 밝힌 다음,

“2001. 12. 15. 위 사건의 청구인 정○○가 국가인권위원회에 진정(01진인535)하여 위원회가 조사한 내용에 관하여 헌법소원심판이 계속 중이고 이에 대하여 위원회의 의견 제출이 필요하다고 인정되어 국가인권위원회법 제28조제2항의 규정에 따라 전원위원회 의결을 거쳐 아래와 같이 의견을 제출합니다.”⁵¹²⁾

511) 국가인권위원회 전원위원회 2003. 3. 10. 자 결정, 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」, 『국가인권위원회 결정례집: 인권정책분야』 제1집 (국가인권위원회 2005), 505쪽

512) 국가인권위원회 전원위원회 2003. 6. 9. 자 결정, 「계구사용행위위헌확인심판사건(2001헌마163)

다음과 같은 순서로 의견을 제시하였다.

1. 위원회의 조사결과 인정된 사실
 2. 계구사용과 관련된 법규의 검토
 - 가. 수용자에 대한 계구사용의 법적 근거
 - 나. 계구사용에 관한 현행 법규정의 문제점
 - (1) 상위법에 위반되는 계구의 사용
 - (2) 계구사용 요건상의 문제점
 - (3) 계구사용 절차상의 문제점
 - 다. 계구사용과 관련된 국제법규
 3. 청구인에 대한 계구사용행위의 위헌성
 - 가. 청구인의 기본권 침해 여부
 - (1) 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권
 - (2) 신체의 자유
 - 나. 피청구인의 계구사용행위의 위법성
 4. 결 론
- ...

2) 국가인권위원회 법정 조언 분석

- (1) 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단 부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」

「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」에서는 의견제시를 하는 헌법재판소 사건이 위헌법률심판으로서 객관소송이므로 사실관계를 확인하는 작업을 하지 않은 채 헌법상 가족관계의 가치를 확인한 뒤 호주제의 위헌성을 민주적 기본질서 침해, 개인의 존엄과 행복추구권 침해, 평등권 침해, 가족생활에서의 개인의 존엄과 양성의 평등의 순서대로 위헌성을 확인하였고 이러한 제반 기본권을 호주제가 현재 침해하고 있다는 법정 의견을 제시하였다.

에 관한 의견」, 『국가인권위원회공보』 제1권 제4호, 111쪽

이에 대하여 헌법재판소는 인간의 존엄과 평등, 특히 남녀간의 평등권 침해를 이유로 민법 제778조와 제781조 제1항 본문 후단부분에 대하여 헌법과 불합치 하다는 결정을 내렸다. 즉, 국가인권위원회가 제시한 인권기준과 유사한 판단을 하였음을 알 수 있다. 국가인권위원회가 제시한 대부분의 위헌 의견에 대하여 헌법재판소도 동일한 판단을 했다고 할 수 있다. 이러한 부분은 국가인권위원회의 법정 조언에 대하여 헌법재판소가 많은 부분을 판단을 참조한 것이어서 국가인권위원회의 법정 조언이 적실성, 법리 이해의 전문성 및 조언 기관으로서의 적절성을 보여준 것이라 평가할 만하다.

하지만 한 가지 짚어야 할 부분이 있다. 국가인권위원회의 법정 조언 활동이 국내법 특히 국내 헌법상의 기본권 조항이 의미와 관련되어 있는 법률규정의 의미의 해석에 치우쳐 버린다면 그 결과는 일도양단 식이 되기 쉽다는 것이다. 국가인권위원회의 법정 조언 대상이 헌법과 위헌이 의심되는 법률이고 동시에 헌법재판소의 해석 및 판단대상이 헌법과 위헌이 의심되는 법률이므로 양 자가 겹치는 현상이 나타난다. 따라서 헌법재판소는 국가인권위원회의 해석을 받아들여지지 않으면 배척하든지 둘 중의 하나의 선택을 할 수 밖에 없는 상황이 된다는 점이다.

즉, 해석을 받아들이면 받아들이는 대로 해석을 받아들이지 않으면 않는 대로 국가인권위원회는 그 법정 조언의 의의를 상실할 수 있는 꼴이 될 수도 있다. 즉, 헌법재판소가 국가인권위원회의 헌법 해석 및 법률 판단과 동일한 결론이 나올 경우 굳이 동일한 판단을 할 것이 분명한데 무슨 법정조언이 필요한가에 대한 의문이 생길 수 있으며, 동일하지 않은 결론을 내려 헌법재판소가 국가인권위원회의 해당 기본권 규정과 위헌의 의심이 있는 법률에 대한 판단을 받아들이지 않으면, 아무리 국가인권위원회의 해석이 가치가 있다하더라도 법의 실효성 측면에서는 쓸모없는 군더더기가 될 수 있기 때문이다.

국가인권위원회의 법정 조언은 국내 헌법 및 법률의 해석에 그 중점을 두어서는 안되며 오히려 국제인권기준에 그 조언의 중점을 두어야 하는 이유가 바로 이러한 점 때문에 더 부각되는 것이다.

(2) 「계구사용행위위헌심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」

「계구사용행위위헌심판사건(2001헌마163)에 관한 의견」에서는 의견제시를 하는 헌법재판소 사건이 헌법소원이므로 우선 사실관계를 확정하였고 그 이후에 계구 사용의 법적 근거를 확인하고 계구사용이 기본권을 침해하는지와 위법성이 있는 지를 확인하였다.

국가인권위원회는 계구 사용의 위헌성의 근거로 계구 사용으로 인하여 인간적인 대우를 받지 못했으므로 인간의 존엄성 및 인격권 행복추구권, 「시민적·정치적권리규약」 제10조 제1항에 위반하였다는 점, 신체에 대한 과도한 침해이므로 신체의 자유에 관한 헌법 제12조를 들었다.

특이할 만한 사항은 국제인권기준을 위헌 사유로 들었다는 점에서 매우 의미가 있는 법정 조언이라고 할 수 있을 것이다. 국가인권위원회는 「시민적·정치적권리규약」 제10조에 위배된다는 사실을 조언하였다. 여기서 한 가지 고찰해 보아야 할 것은 헌법재판의 경우에 헌법재판소가 판단의 근거로 삼는 것은 헌법이며 헌법 이하의 법률이 아니다. 우리의 헌법 체제상 국제조약은 헌법이하 법률과 동일한 효력을 갖는다. 따라서 아무리 인권조약이라도 법률의 효력밖에 없는 이상 헌법재판의 근거로 판단될 수는 없는 것이다. 이러한 점에서 국가인권위원회의 견해는 동일한 기본권의 목록에 대하여 국제적 보호가 어떻게 이루어지고 있는지를 제시해 준 것일 뿐 이를 근거로 판단하지는 않는다는 점에서 부족한 면이 있다.

2. 이라크 국내 법정에 대한 국제연합인권고등판무관(United Nations High Commissioner for Human Rights)의 법정조언 검토

1) 선례 검토

국제연합인권고등판무관실에서 이라크 국내법정에 법정조언자로 참가하기 위한 사례가 있어 이를 정리해 본다.

주장의 목차 및 내용은 다음과 같다.

- A. 주장 내용
- B. 법원의 판시 사항
- C. 법정조언자로서의 신청
 - 관련 국제법 규정
 - 논의
 - 협약 제14조에 합치하지 않은 사형선고의 부과

- (i) 권한 있는 법정에 의한 공평한 재판; 무죄추정의 원칙
- (ii) 무기대등의원칙
- (iii) 합법적인 전문 권한을 행사할 피고변호인의 권리
- (iv) 법과 사실에 관한 포괄적인 상소

- 비인권적 행위에 대하여 이루어진 불공평한 재판 및 그에 따른 사형선고가 협약 제7조에 위배된다는 사실

- 사형 선고된 자로 하여금 사면 또는 감형을 요구할 수 있는 권한을 배제하는 이라크법의 지배적 해석은 협약 제6조 제4항에 위배된다는 사실

- 앞서 이루어진 3명의 공동 피고인들에 대한 사형집행에서 모두 잔혹하고 비인간적인 상황이 반복되었다는 사실이 충분히 설시되지 못한 것은 잔혹하고 비인간적인 행위에 해당하며 이는 곧 협약 제7조에 위배된다.

- 피고에 대해 그밖에 중대한 범죄에 관한 기소가 제기된 시점에서 이루어진 사형선고는 협약의 가장 중대한 위반을 조사하고 처벌할 협약 제6조 그리고 제7조에 따른 국가들의 의무를 위배하고 있는 것이다.

D. 결론

2) 국제연합인권위원회의 법정 조언 분석

국제연합인권위원회의 법정 조언은 철저하게 국제인권조약을 토대로 이루어지고 있다. 사형제도에 대한 법정 조언인데, 국제연합인권위원회는 사형제도가 정당한 재판을 받지 않고 이루어지는 경우 정당한 재판을 권리에 관한 제14조, 굴욕적인 처우 금지에 관한 제7조 등을 위반한 것이라고 하였다.

III. 국가인권위원회의 법정 조언 형식

- 국가인권위원회의 국내 법정에서 국제인권기준의 대한 법정 조언의 모델 제시

1. 국가인권위원회 법정 조언의 모습

법정조언자의 법정 조언의 특징이 무언의 형식을 띠는 것이 특색이라고 하였지만 현행 국가인권위원회법 제28조에 따라서 국가인권위원회가 계속중인 재판에 법정 조언을 할

경우에는 다음과 같은 사항에 대한 법정 조언이 가능할 것이다. 첫째, 관련 사례의 사실 관계 정리, 둘째 사실상의 사항에 대한 법정조언, 셋째 법률적 사항에 대한 법정조언, 넷째 국제적 인권기준에 대한 법정조언이다.

첫째 관련사실 관계의 정리는 국가인권위원회의 법정 조언에 해당한다고 볼 수는 없다. 하지만 이러한 사실관계의 파악은 법정 조언 적실성의 기반이므로 국가인권위원회가 관련 사실에 대하여 어떻게 파악하고 있는 지를 확인하는 것은 매우 중요하다. 따라서 법정 조언의 대상은 아니지만 국가인권위원회는 이에 대한 독자적인 판단을 할 필요가 있는 부분이다.

둘째 사실상의 사항에 대한 법정 조언이다. 사실상의 사항에 대한 법정조언을 하는 분야이다. 국가인권위가 관련된 사례군을 가지고 있는 것이 있다면 이러한 사례군을 제시하고 관련 통계 수치가 있다면 더불어 제시할 수 있을 것이다. 가령 예를 들어 ‘양심적 병역거부’가 문제된 사안에서는 양심적 병역거부 도입시 문제는 병력의 손실 및 병역 기피 현상에 대한 이전 선행 연구들을 제시할 수 있을 것이고, 또한 근래에 양심적 병역거부 제도를 도입한 대만의 경우의 예를 제시하면서 양심적 병역거부권의 사회적 파장과 영향력을 법원이 가늠할 수 있도록 제시할 수 있을 것이다. 이러한 과정을 통하여 판결의 사회적 의미에 대하여 법원을 환기시킬 수도 있다.

셋째 법률상의 사항에 대한 조언은 국가인권위원회가 헌법재판소에 법정 조언을 하였던 위의 두 사례(i) 「민법 제778조(호주제)(2001헌가11 내지 15), 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)(2001헌가9, 10)에 대한 의견」, ii) 「계구사용행위 위헌확인심판 사건(2001헌마163)에 관한 의견」)에서 헌법재판소가 법정 조언을 하였던 주요한 사항이다. 이러한 법률상의 사항에 대한 법정 조언은 분명 국가인권위원회의 본래의 의무이지만 국가인권위원회의 법정 조언은 국제적 인권기준의 법정 조언에 좀 더 초점이 맞춰져야 할 필요가 있다는 점은 이미 살펴본 바이다. 넷째 국제적 인권기준에 대한 법정 조언은 목차를 달리하여 살펴본다.

2. 국제적 인권기준의 법정 조언

1) 관련한 국제적 인권기준의 모델이 되는 사례정리

관련한 국제적 인권 사례, 국제인권조약기구의 해당 인권 분야에 대한 유권적 해석을

제시하는 것이다. 관련되어 집적된 사례의 양이나 유권적 해석의 발달이 상당하므로 이를 미리 데이터베이스화 하고 지식정보체계화 시킬 필요가 있다. 이러한 작업이 선행되지 않고서는 관련 사건이 터졌을 때 법률적 조언을 제시하는 것이 늦어 질 염려도 있다. 이미 증거가 수집 제시되고 어느 정도의 법원이 심증이 형성되어가는 와중에 국내의 인권기준과는 다른 새로운 인권기준을 법정 조언의 형태로 제시하는 것은 환영받지 못할 우려가 있다. 그렇다면 관련 사건이 재판이 대상이 된 초기에 적극적으로 행동할 필요가 있으며 이를 위해서는 국제적 인권기준의 데이터베이스화 그리고 지식정보체계의 구성이 필요하다. 이에 대하여는 다음 장에서 상세히 밝히겠다.

2) 관련된 인권 목록에 대한 권위 있는 해석의 정리

인권 목록은 국내적 인권 목록과 국제적 인권 목록이 거의 일치한다. 비록 기술 내용이 다를 지라도 생명에 대한 권리, 신체에 대한 권리, 이동의 자유, 언론 출판의 권리, 재산권, 건강권 등등의 권리 목록이 대부분 존재한다. 하지만 동일한 권리에 대한 해석은 상이할 수 있다. 실제로 어떠한 사례가 문제가 되고 그 문제된 사례가 기본적 인권의 보호영역에 해당하는지를 해석하는 과정에서 차이가 생기는 경우가 많다. 예를 들어 양심적 병역 거부가 양심의 자유에 포함되는지 여부 등에 있어서 국내적 기준과 국제적 기준이 다르다는 것이다. 이렇게 사례 형식으로 인권 목록이 정리되어 가는 경우는 앞의 “1) 관련한 국제적 인권기준의 모델이 되는 사례정리”에서 다루어지겠지만 사례 형식으로 다루어 지지 않은 경우에는 앞으로 동일한 사례가 문제될 경우에 어떠한 판단을 할 것인지 해당 인권기구의 판단을 짐작할 수 있는 자료가 바로 관련된 인권 목록에 대한 해석이다. 국제인권협약상 기구들은 대부분 일반 논평(General Comments)의 형식으로 해당 인권 목록에 대한 해석을 미리 확립시켜 두었다. 이러한 기준을 사용하여 법정 조언을 해야 하는 경우도 생길 것이다. 앞의 사례의 경우와 마찬가지로 이러한 인권 조약에 대한 해석기준도 데이터베이스화 하고 지식 관리 체계를 만들 필요가 있다. 이는 앞서 언급했듯이 제6장에서 다루기로 한다.

3) 국제적인 중요 문서상에 나타난 국제 인권 기준의 정리

국제조약상 기구가 아니더라도 국제기구 총회의 결의 혹은 이사회의 결의 형식으로 국

제인권기준이 설립되는 경우가 있다. 이러한 경우에는 비록 국제인권조약상 기구의 견해나 해석이 아니더라도 참고의 가치가 존재하므로 이를 사용하여 법정 조언을 할 수 있을 것이다. 이 경우에는 국제적 인권 기준 뿐만 아니라 국제법에 해당하는 사항도 포함될 수 있을 것이다. 난민의 지위에 대한 난민인권 고등판무관실의 견해나 관련 작업, 시민적·정치적권리위원회의 인권 작업들 혹은 국제형사재판소의 판결들도 이 범주에 해당 될 것이다. 비교법적인 고찰을 위하여 유럽인권법원(European Court of Human Rights)의 해당 사례도 정리해 두면 상당한 효과를 볼 수 있을 것이라고 본다.

국제적으로 중요 문서는 아니지만 각국 인권위원회의 진정사례를 정리해 두는 것도 상당히 도움이 될 것이다.

3. 표준 모델

국가인권위원회의 표준 모델을 살펴보면 다음과 같은 형식이 될 것이다. 우선 개괄적으로 살펴보면 다음과 같다.

- I. 인정되는 사실관계
- II. 양심적 병역거부권 인정의 사회적 의미
 1. 양심적 병역거부의 개념
 2. 양심적 병역거부의 역사
 3. 양심적 병역거부와 대한민국의 현황
 4. 양심적 병역거부의 입법례(대만의 경우)
- III. 양심적 병역거부에 대한 법률적 조언
 1. 양심적 병역거부권 현행 헌법상 지위
 2. 양심적 병역거부권과 헌법상 양심의 자유, 종교의 자유
 3. 양심의 자유를 부정하는 현행 법체제의 위헌성
- IV. 양심적 병역거부권과 국제적 인권기준
 1. 국제인권조약상 양심적 병역거부권의 위치
 2. 국제인권조약감시기구의 해당 인권에 대한 해석론
 3. 관련된 국제사례
 4. 중요 국제문서들이 바라보는 양심적 병역거부권

V. 결론

이 중에서 “IV. 양심적 병역거부권과 국제적 인권 기준”에 관한 법정 조인 사항을 상세해보면 다음과 같다.

IV. 양심적 병역거부권과 국제적 인권기준

1. 국제인권조약상 양심적 병역거부권의 위치

- 1) 세계인권선언 제18조와 양심적 병역거부권
- 2) 시민적·정치적권리규약 제18조와 양심적 병역거부권
- 3) 유럽인권협약 제9조
- 4) 미주인권협약 제12조
- 5) 아프리카인권헌장 제8조

2. 국제인권조약감시기구의 해당 인권에 대한 해석론

- 1) 시민적·정치적권리위원회의 「시민적·정치적권리규약」 제18조 해석에 대한 일반논평 22
- 2) 시민적·정치적권리위원회의 1987년, 1989년, 1995년, 1998년, 2000년의 각 결의

3. 관련된 국제사례

- 1) 시민적·정치적권리위원회의 개인진정사건
- 2) 유럽인권재판소의 사건

4. 중요 국제문서들이 바라보는 양심적 병역거부권

- 1) 국제연합총회의 1978년 결의안
- 2) 유럽연합(EU)의 국제문서들
 - (1) 유럽이사회의 1967년 결의
 - (2) 유럽이사회 집행위원회의 1987년 결의
 - (3) 유럽의회의 1983년, 1989년, 1993년, 1994년 각 결의

양심적 병역거부권 같은 경우는 국내적 국제적으로 양심의 자유 및 종교의 자유와 관련하여 많은 관심의 대상이 되었던 만큼 위와 같이 많은 국제적 인권기준이 존재하고 있다. 이러한 양심적 병역거부권은 국제인권조약에서 명시적으로 인정되고 있지 않지만 시

민적·정치적권리위원회는 양심 및 종교의 자유의 내용으로 양심적 병역거부권을 인정하고 있다. 이러한 국제인권기구의 해석론은 해당 인권조약에 대한 권위 있는 해석이므로 동 국제인권조약의 국내적 효력에 있어서도 시사하는 바가 크며 동시에 재판규범으로서 국제인권조약에 대한 해석에 있어서 사법부가 반드시 참고하여야 할 사항이다. 또한 국제 사례는 동일한 사건에 대하여 국제 판례는 어떠한 입장에서 판단하였는지를 제시하여 줌으로써 국제적 인권 기준을 법원에 제시하여 주는데 의의가 있다고 할 것이다.

제6장 법정조언자로서 국가인권위원회의 활동체계

제1절 인적역량 강화

제2절 물적역량 강화

제3절 소결

제6장 법정조언자로서 국가인권위원회의 활동체계

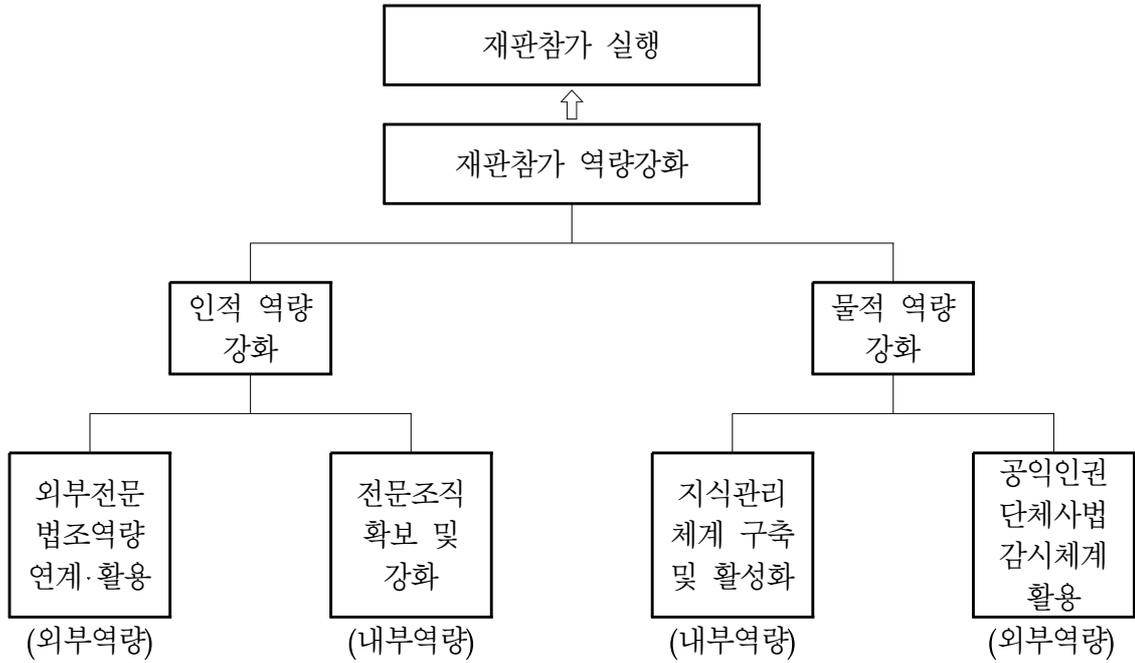
국가인권위원회가 법정조언자로서 효과적으로 재판에 참가하기 위해서는 기본적으로 재판참가를 수행하기 위한 역량에 기초해야 한다. 여기서 국가인권위원회의 재판참가 역량은 크게 다음과 같은 두 가지 요소로 구성된다. 즉, 하나는 인적역량의 강화이고, 다른 하나는 물적역량의 강화이다. 또한 각각의 인적 및 물적역량 강화에는 내부역량의 강화와 외부역량의 강화가 함께 수반되어야 한다.

우선 인적역량 강화 부분에서 주목해야 할 점은 국가인권위원이 법정조언자로서의 역할을 효율적으로 수행할 수 있도록 뒷받침할 전문역량을 확보하고 그 역할을 뒷받침하는 내부역량 강화방안이 요구된다는 것이다. 또한 국가인권위원회가 재판참가 역량을 강화하기 위해서는 단순히 내부역량의 강화만으로 충분하지 않을 수 있다. 따라서 재판참가를 준비하고 실행할 법전문가를 포함하여 외부 전문가와의 연계 및 활용방안 등을 마련하는 외부역량 강화가 병행되어야 한다.

한편, 물적역량 강화라는 측면에서 국가인권위원회는 위원회 내부역량을 강화하기 위하여 기존 국내법원의 판례와 국제인권기준에 관한 풍부한 정보와 지식에 관한 체계적인 수집과 활용이 가능하도록 하는 시스템을 갖추어야 할 것이다. 또한 법정조언자로서 국가인권위원회의 역량은 위원회 내부역량으로 국한되어서는 아니 될 것이다. 따라서 제한된 인력과 예산을 가지고 있는 위원회가 위원회 외부의 전문성과 연계하여 그 외부역량을 극대화할 필요가 있다. 특히 국가인권위원회의 위상이 시민사회에 긴밀히 연계된 국가기구라는 점에서 위원회 외부, 특히 시민사회의 역량과 제휴하는 것은 위원회의 당면임무이자 효율성의 요청이기도 하다.

위와 같은 법정조언자로서 국가인권위원회의 역량의 구성요소와 상호관계를 도식화하면, 다음과 같다.

<재판참가 추진전략 개념도>



이하에서는 법정조언자로서 국가인권위원회의 재판참가 역량강화를 인적 측면과 물적 측면으로 나누어서 현상을 분석하고 대안을 모색하기로 한다.

제1절 인적역량 강화

국가인권위원회의 재판참가를 위한 인적역량의 강화 방안은 내부역량의 강화와 외부역량의 강화가 함께 이루어져야 한다. 특히 인적역량 강화를 위한 틀은 내부역량에 기반을 두면서 외부역량을 인입하는 방식을 추진하여야 할 것이다. 즉, 인적역량 강화는 국가인권위원회 내부에서의 변화와 전문화를 이루어야 할 것이고, 이를 바탕으로 외부 역량을 더하는 것이 필요하다.

I. 내부역량 강화 방안

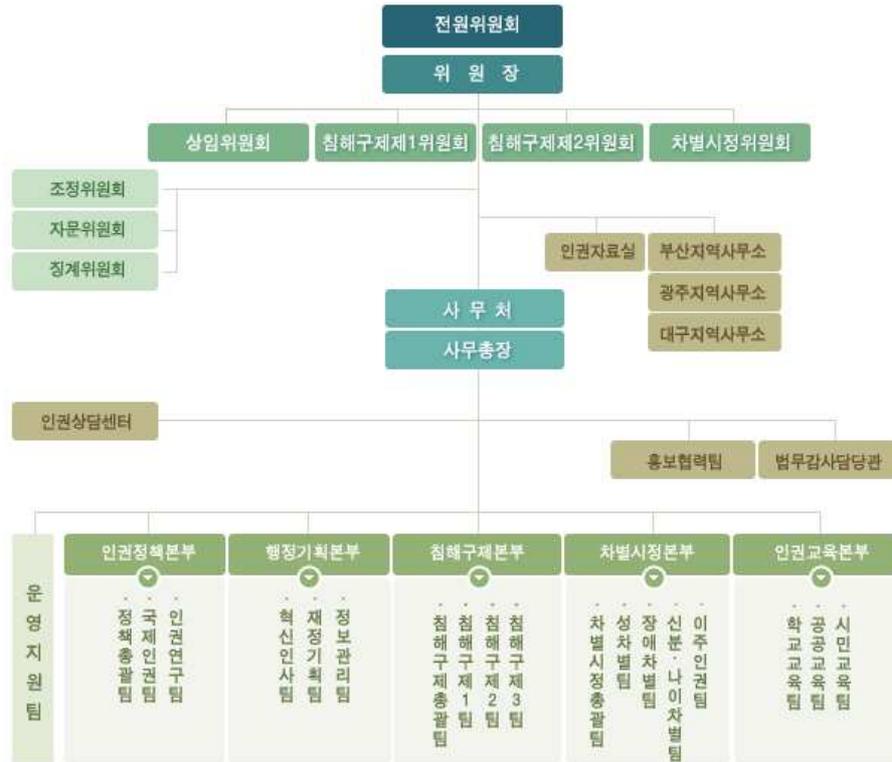
국가인권위원회가 법정조언자로서 재판참가를 실행하기 위한 내부역량 강화 방안은 조직 내부의 편제가 이를 뒷받침할 수 있어야 하고 그 구성원인 개인의 역량강화가 병행되어야 한다. 이러한 역량강화 방안을 마련하기 위해서 우선 현재 국가인권위원회의 조직이 어떻게 구성되어 있고, 그 한계는 무엇이며, 위원회가 효과적인 법정조언자 역할을 수행하기 위해 요구되는 대안은 무엇인지 논의하는 것이 첫 번째 단계이다. 이를 위하여 우선 기존 조직에 대한 검토에서 시작하여 법정조언자 역할을 수행하는 외국의 국가인권기구의 예를 검토하고 우리나라 국가인권위원회에 적용할 수 있는 적합한 모델을 찾아야 할 것이다. 또한 두 번째로는 조직화 된 개인 스스로가 인권의 감시자이자 조언자로서 마땅히 갖추어야 할 인적능력을 향상시키는 것이 뒤따라야 할 것이다. 이를 위해서 개인에 대한 체계적인 교육 및 훈련 프로그램이 강화되어야 한다.

1. 국가인권위원회 조직 편제의 체계화

1) 현황 및 한계

국가인권위원회가 법정조언자로서 재판참가를 실행하기 위한 내부 조직체계의 적절성을 검토하기 위한 전제로서 기존 조직체계와 각 부서의 업무분장사항을 개관하면 다음과 같다.

<국가인권위원회 조직도>⁵¹³⁾



국가인권위원회는 본질적으로 11인의 인권위원으로 구성된 위원회 형태 조직이다.⁵¹⁴⁾ 국가인권위원회의 회의와 의결에 관한 권한은 11인으로 구성된 위원회가 갖고,⁵¹⁵⁾ 위원회 사무의 처리는 사무처가 담당하며, 사무처의 장인 사무총장은 위원회의 지위를 받는다.⁵¹⁶⁾

사무처에는 인권정책본부, 행정기획본부, 침해구제본부, 차별시정본부, 인권교육본부를 두고 사무총장 밑에 인권상담센터, 운영지원팀, 홍보협력팀 및 법무감사담당관이 있다.⁵¹⁷⁾ 여기서 각 부서는 「국가인권위원회 사무처 업무분장에 관한 규정」에 따라 업무를 분장하

513) <http://www.humanrights.go.kr/nhrc/info03/nhrc05.jsp>, 2007.11.30일자 검색.

514) 「국가인권위원회법」 제5조.

515) 「국가인권위원회법」 제13조.

516) 「국가인권위원회법」 제16조.

517) 국가인권위원회법 해설집 발간위원회, 『국가인권위원회법 해설집』 (국가인권위원회, 2005), 95쪽.

고 있다. 재판과정에서 국내법원의 국제인권기준 적용을 위한 법정조언자로서 국가인권위원회의 업무수행과 관련된 부서 및 업무분장내역을 분류하면 다음과 같다.

<법정조언자로서의 국가인권위원회 업무부서 및 업무분장내역>

부서	팀	업무내역
법무감사담당관 ⁵¹⁸⁾		- 법령질의·회신 및 위원회 주요 안건에 대한 법률자문 등 법무관련 사항
인권정책본부	정책총괄팀 ⁵¹⁹⁾	- 인권관련 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선에 관한 사항의 총괄 - 인권 정책과제 개발 및 실태조사의 기획·총괄·지원
	국제인권팀 ⁵²⁰⁾	- 국제인권조약·기준 및 국제인권기구의 권고사항의 조사·분석 및 국내 이행에 관한 사항 - 국제인권조약에의 가입 및 이행에 관한 연구와 의견 표명
	인권연구팀 ⁵²¹⁾	- 사회권 분야 및 중장기 인권 과제 관련 법령·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 개선
침해구제본부 ⁵²²⁾	침해구제총괄팀, 침해구제1팀, 침해구제2팀, 침해구제3팀	- 진정사항의 조사·구제 관련 긴급구제조치의 권고, 조정, 법률구조의 요청, 정보제공자에 대한 보상금 지급 및 진정인과 증인의 보호업무 등에 관한 사항
차별시정본부 ⁵²³⁾	차별시정총괄팀, 성차별팀, 장애차별팀, 신분·나이차별팀, 이주인권팀	- 진정사항의 조사·구제관련 법령·제도·정책·관행의 개선사항 연구, 위원회 권고 및 의견의 표명과 이행실태의 점검

518) 「국가인권위원회 사무처 업무분장에 관한 규정」 제7조 제3호.

519) 「국가인권위원회 사무처 업무분장에 관한 규정」 제9조 제1항 제3호, 제5호.

520) 「국가인권위원회 사무처 업무분장에 관한 규정」 제9조 제2항 제1호, 제2호.

521) 「국가인권위원회 사무처 업무분장에 관한 규정」 제9조 제3항 제1호.

522) 「국가인권위원회 사무처 업무분장에 관한 규정」 제11조 제1항 제5호 나목, 제2항 제2호, 제3항 제2호, 제4항 제2호.

523) 「국가인권위원회 사무처 업무분장에 관한 규정」 제12조 제1항 제5호 나목, 제2항 제2호, 제3항 제2호, 제4항 제2호, 제5항 제2호.

위에서 나타난 국가인권위원회 내부 부서간 업무분장은 국내법원의 국제인권기준 적용을 위한 국가인권위원회의 법정조언자 업무에 관여하는 부서가 다수이고, 위원회 사무처 소속 주요 조직편제에 넓게 분포되어 있다. 다양한 부서가 관련되어 있지만, 그 부서가운데에도 주된 부서는 인권정책본부이고, 본부 소속 정책총괄팀이 주무팀이라고 볼 수 있다.

그러나 현 조직편제가 국내법원의 국제인권기준 적용의 촉진자로서 국가인권위원회의 법정조언자 임무수행에서 직면하는 난점을 살펴보면, 다음과 같다.

첫째, 헌법재판소와 대법원을 상대로 제시하는 법정조언은 인권친화성뿐 아니라 전문성을 요구한다. 법정조언이 사실상의 사항을 넘어 법률상의 사항에 관한 것일 경우에는 고도의 법적 전문성이 수반되어야 한다. 이와 관련하여 헌법재판소와 대법원의 판례연구를 담당하는 재판연구관들이 재판실무에 10년 이상 종사한 중견법률가들이 많고 있음을 고려할 때, 헌법재판소와 대법원의 기존 판례를 변경하는 법리를 구성하고 제시해야 하는 국가인권위원회 역시 그에 상응하는 양질의 전문가가 필요함은 자명하다. 하지만 법적 전문성의 측면에서 볼 때, 현재 국가인권위원회의 인적 구성은 이를 충분히 뒷받침하고 있다고 보기에는 어려움이 있다.

둘째, 법정조언자로서 국가인권위원회가 '인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판'을 선정하고 해당 국내법원에 제시할 법정의견서의 작성하고 제출하는 일련의 절차는 국가인권위원회 내부의 다양한 부서가 관련되어 있다. 현재 국가인권위원회 사무처가 본부 단위로 운영되고 있음을 고려할 때, 상시적이고 안정적인 각 부서간 협력이 용이하지 않다. 특히 각 본부 및 팀별 업무분장이 정해져 있는 상황에서 각 본부 및 팀별 고유 업무가 아닌 재판참가업무에 우선순위를 부여하기가 쉽지 않다.

셋째, 국내법원의 국제인권기준적용을 유도하는 법정조언자 임무수행은 그 성격상 인권정책본부 내에서도 분화되어 있다. 법정조언자 임무수행은 정책총괄팀이 관장사항이고, 국제인권기준 적용은 국제인권팀 소관사항이다. 따라서 양자가 통일되어 실행될 것을 요구하는 임무의 성격상 양자의 통일성 확보의 충분성에 대한 의문이 제기될 수 있을 것이다.

요컨대 국가인권위원회의 법적 전문성 확보 문제, 제한된 법률실무역량의 조직화 및 협력문제 등은 국가인권위원회의 재판참가 업무수행에 난관을 조성하는 애로사항이라고 볼 수 있다. 이를 극복하기 위한 대안은 인력충원, 부서간 협력체계 구축, 비상시적 태스크포스팀의 창설 등 다양하게 제기될 수 있을 것이다. 이에 대해서는 후술하기로 한다.

2) 외국의 사례

국가인권기구의 법정의견서 제출에 관한 외국 예를 보면, 몇몇 국가인권기구들은 국가인권기구의 일반적 기능 외에도 법원에 사건을 송부하고 법정조언자로서 법원에 의견서를 제출할 수 있다.⁵²⁴⁾ 『세계 주요 국가인권기구 현황집』의 소개된 15개국의 국가인권기구 중 국내법원에 대하여 위원회의 의견을 개진할 수 있는 경우는 스웨덴과 캐나다이다.

스웨덴의 국가인권기구로는 1986년 설립된 ‘인종차별옴부즈만’(Ombudsman Against Ethnic Discrimination)이 있다. 설립근거인 「인종차별옴부즈만법」(Law against Ethnic Discrimination)에 따라 인종적 배경, 종교 혹은 신념에 의한 차별이 직업, 고등교육 및 기타 분야에서 발생할 경우에 옴부즈만은 법을 감시하고 법정에서 대변할 권리가 있다.⁵²⁵⁾

캐나다의 국가인권기구로는 1977년 제정된 캐나다 인권법⁵²⁶⁾에 따라 1978년 설립된 ‘캐나다인권위원회’가 있다. 이 법에는 법정의견서 제출에 관한 구체적 문언이 명시되어 있지 않으나,⁵²⁷⁾ 위원회 내에 법률자문실을 두고 있다. 이 부서는 캐나다인권재판소, 연방 법원 및 대법원에 필요한 경우 위원회를 대변하고 있다.⁵²⁸⁾ 즉 법원에 대한 의견 개진을 하고 있는 것이다. 여기서 주목할 만한 대상은 캐나다 국가인권기구의 “법률자문실”이다. 「캐나다인권법」은 인권구제기구로 인권위원회 외에도 인권재판소를 두고 있고, 재판소가 필요할 경우 법무부장관에게 구제 및 징계조치를 하도록 요구할 수 있다.⁵²⁹⁾ 이와 같은 실효적 집행이 전제되므로, 사법적 검토가 매우 중요하게 다루고 있다. 그 결과 위원회 직속부서로서 사무총장과 협력하는 별도의 법률자문실을 두고 있다.⁵³⁰⁾

524) 국제협력담당관실 편, 『세계 주요 국가인권기구 현황집』 (국가인권위원회, 2005), 3쪽.

525) 국제협력담당관실 편, 『세계 주요 국가인권기구 현황집』 (국가인권위원회, 2005), 45-49쪽.

526) 캐나다인권법(Canadian Human Rights Act) : 캐나다 차별금지법률을 확대한 법안으로서, 인종, 종교, 장애 등을 바탕으로 한 차별적 관행의 금지 및 구제를 명시하고 있으며, 캐나다인권위원회 및 캐나다인권재판소의 설립, 기능 등에 관한 사항도 다룸.

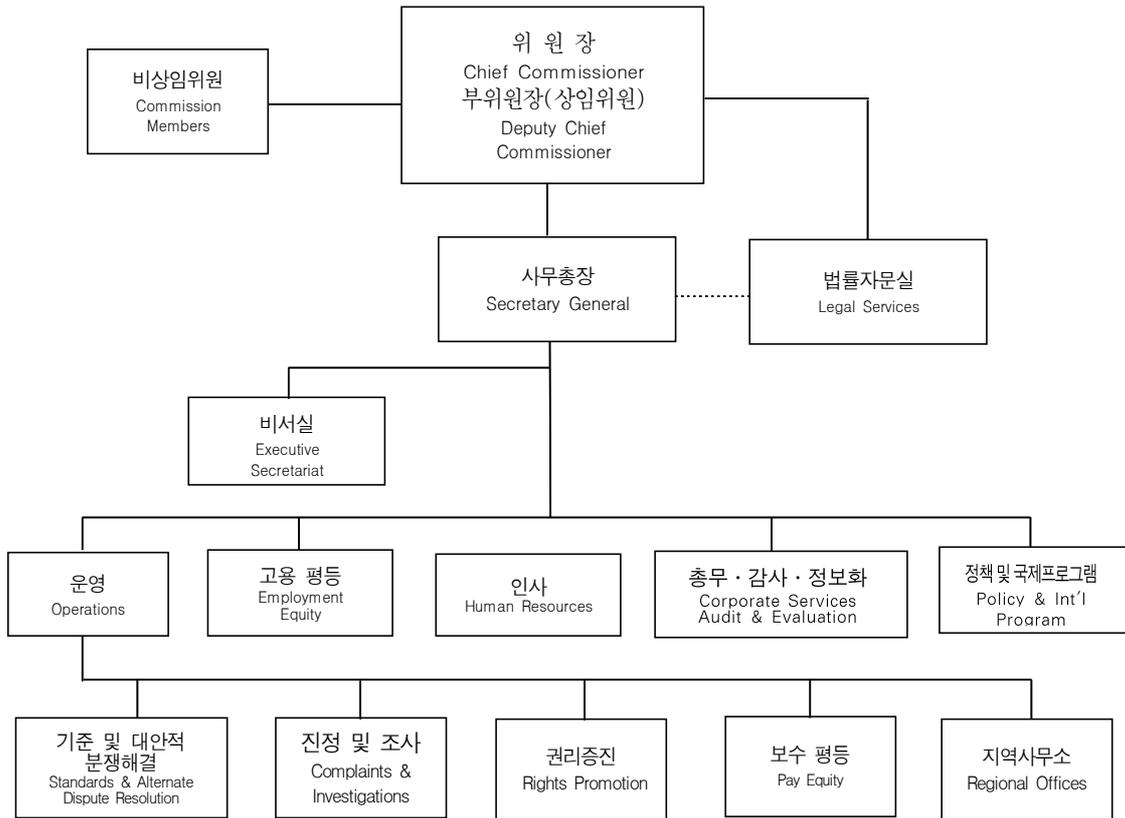
527) 「캐나다인권법」 제27조 (위원회의 권한, 의무, 기능).

528) 국제협력담당관실 편, 『세계 주요 국가인권기구 현황집』 (국가인권위원회, 2005), 76쪽.

529) 「캐나다인권법」 제48조 제3항 제1호.

530) 국제협력담당관실 편, 『세계 주요 국가인권기구 현황집』 (국가인권위원회, 2005), 75쪽.

<캐나다 국가인권위원회 조직도>



위에서 언급한 국가인권기구들과는 달리 설립법령에 의해 국가인권기구가 국내법원에 대하여 법정조언자로서 법정의견서를 제출할 수 있는 경우는 오스트레일리아가 있다. 오스트레일리아의 국가인권기구로는 ‘인권 및 고용평등위원회’(Human Rights & Equal Opportunity Commission)가 있다. 오스트레일리아의 인권 및 고용평등위원회는 설립법률 등에 근거하여 재판참가 및 법정조언자 역할의 지위를 부여받았다.⁵³¹⁾ 오스트레일리아 인권위원회는 1986년 설립 당시부터 재판참가의 기능을 수행하였는데, 위원회가 개입하는 경우는 인권문제,⁵³²⁾ 고용 또는 근무 차별 관련 소송,⁵³³⁾ 인종차별문제,⁵³⁴⁾ 성, 혼인여부, 임신 또는 임신 연계에 근거한 차별 또는 성희롱 관련 차별문제,⁵³⁵⁾ 장애를 근거로

531) 문준조, 『외국의 인권위원회 설치법률에 관한 비교법적 연구』 (한국법제연구원, 2000), 70-71쪽.

532) Section 11(1)(o) of the *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act*.

533) Section 31(j) of the *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act*.

534) Section 20(1)(e) of the *Racial Discrimination Act*.

535) Section 48(1)(gb) of the *Sex Discrimination Act*.

한 차별문제⁵³⁶⁾이다. 또한 특정임무별 인권위원들은 법정조언자로서 연방법원과 연방치안 법원을 조력하는 기능을 가지고 있는데, 위원회가 법정조언을 하는 경우는 소송당사자가 아닌 자의 인권에 중대한 경향을 미치는 소송, 관련 위원회법령의 시행에 중대한 연관성을 갖는 소송, 특정임무별 인권위원들이 법정조언자로서 관련 법원에 조력하는 것이 공익에 해당하는 특정 상황에 관련된 소송이다.⁵³⁷⁾ 인권위원들의 법정조언은 법원의 허가를 받아야 한다.⁵³⁸⁾ 법에 의해 부여된 기능을 수행하기 위하여 오스트레일리아 인권위원회는 '재판절차의 참가신청에 관한 지침'과 '법정조언자 기능 행사를 위한 지침'을 만들어 운영하고 있다. 그리하여 위원회는 법원을 조력하는 방식으로 인권 분야를 포함하여 형법이나 고용법, 가족법, 난민법, 성차별 등 다양한 분야에서 전향적인 인권관례법의 형성에 기여하여 왔다.

3) 조직편제의 대안 모색

국가인권위원회가 국내법원에서 국제인권기준 적용을 위한 법정조언 임무를 효과적으로 수행하기 위한 조직편제 방안으로 다음과 같은 세 가지 유형을 제시할 수 있다. 첫 번째는 현상유지 방안이고, 두 번째는 조직혁신 방안이며, 세 번째는 조직개선 방안이다. 각각의 세부 내용은 다음과 같다.

첫 번째 방안은 재판참가업무를 현행과 같이 인권정책본부 내에 정책총괄팀이 맡고 국제인권팀이 이를 보조하는 방안이다. 이 방안은 현 조직편제와 업무분장을 유지한다는 점에서 조직변경에 따른 혼란을 막을 수 있다는 장점이 있다. 그러나 근본적인 해결책이

536) Section 67(1)(l) of the *Disability Discrimination Act*.

537) Section 46PV(1) of the *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act*. A special purpose Commissioner has the function of assisting the Federal Court and the Federal Magistrates Court, as *amicus curiae*, in the following proceedings under this Division.

(a) proceedings in which the special purpose Commissioner thinks that the orders sought, or likely to be sought, may affect to a significant extent the human rights of persons who are not parties to the proceedings;

(b) proceedings that, in the opinion of the special purpose Commissioner, have significant implications for the administration of the relevant Act or Acts;

(c) proceedings that involve special circumstances that satisfy the special purpose Commissioner that it would be in the public interest for the special purpose Commissioner to assist the court concerned as *amicus curiae*.

538) Section 46PV(2) of the *Human Rights and Equal Opportunity Commission Act*. The function may only be exercised with the leave of the court concerned.

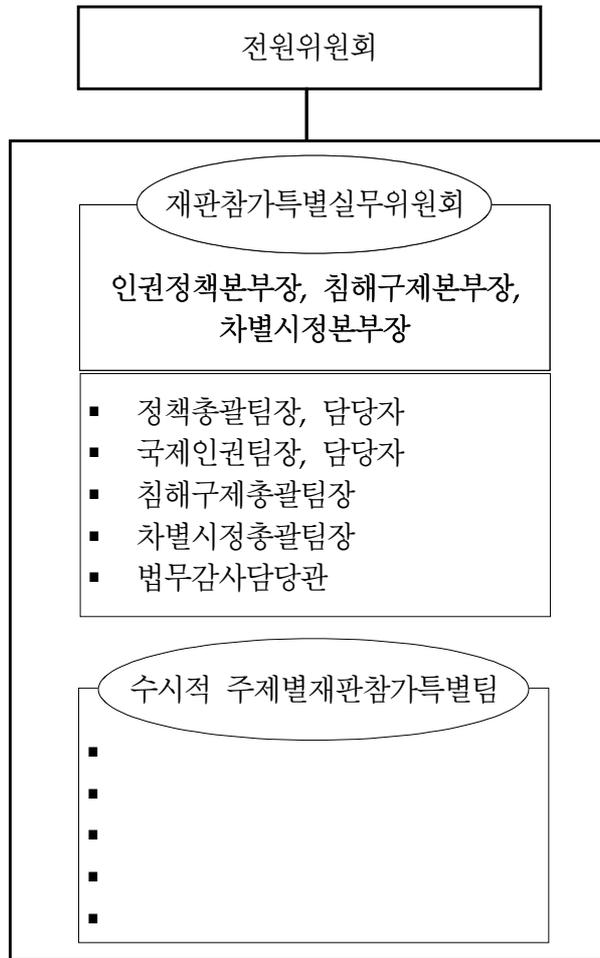
되기에는 한계가 있음을 부정할 수 없다.

두 번째 방안은 별도의 법무담당부서를 신설하고 법률실무가를 집중적으로 배치하는 한편 배치인력에 국제인권법 전문가를 포함시키는 것이다. 이 방안은 법률실무역량을 대폭 향상시키고 재판참가능력을 최고로 높인다는 장점이 있다. 그러나 위원회에 할당된 자원이 제한되어 있는 상황에서 재판참가업무에 상대적으로 과도한 인력과 예산을 배정하 기란 용이하지 않을 뿐 아니라 다른 부서에 필요한 법률실무인력의 공백현상을 야기하게 될 것이다.

세 번째 방안은 기존 조직편제와 인력배치를 유지한 채 위원회의 국제인권기준 적용 관련 재판참가업무를 수행하는 비상설조직으로서 “재판참가특별실무분과”(가칭)를 설치하는 것이다. 이 위원회는 현재 재판참가업무를 맡고 있는 정책총괄팀과 국제인권업무를 맡고 있는 국제인권팀의 관할본부인 인권정책본부의 장이 실무책임자를 맡고 정책총괄팀을 주관팀으로 지정한 다음 관련부서 실무자들이 정례회의를 통한 기획, 검토, 집행을 맡도록 하는 것이다. 이 방안은 위원회의 제한된 자원을 그대로 둔 채 그 효과를 최대화하는 장점이 있다. 그러나 기존 편제와 인력배치에서 제기되는 한계를 근본적으로 극복할 수는 없을 것이다.

결국 국가인권위원회가 재판참가역량을 강화하기 위한 조직역량의 구성과 배치는 기대되는 요구와 현존하는 자원에 대한 균형 있는 고려와 검토에 의해 정하여야 할 것이다.

<재판참가특별실무분과 구성도>



2. 교육 및 훈련 프로그램 강화

1) 교육 및 훈련프로그램의 기본 방향

국가인권위원회가 법정조언자로서 재판참가를 이루기 위해서 이루어지는 내부역량 강화하기 위하여 기존 교육 및 훈련프로그램을 보완하고 특별하게 요구되는 사항을 반영할 수 있도록 구성되어야 할 것인 바, 이 과정에서 고려하여야 할 몇 가지 기본방향을 제시하면, 다음과 같다.

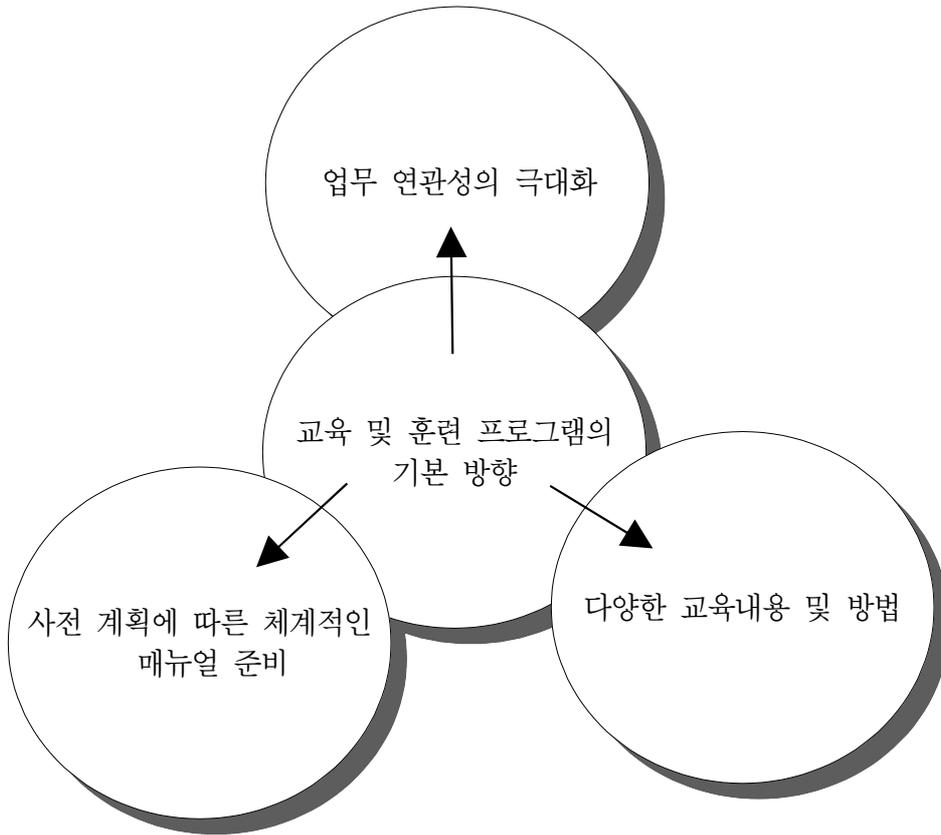
첫째, 내부 구성원에 대한 교육 및 훈련프로그램은 그 구성원이 담당하는 업무와의 연관성을 극대화 하는 방향으로 이루어져야 할 것이다. 이러한 교육 및 훈련프로그램의 시행 원칙은 비록 일반적인 업무를 담당하는 구성원에게도 마찬가지로 적용되어야 할 것이

지만, 논의의 대상인 위원회의 재판참가를 위한 것일 경우 그 중요성은 더욱 커진다. 왜냐하면 국가인권위원회가 재판과정에 법정조언자로서 참여하게 되는 경우, 비록 위원회의 의견 자체가 해당 재판부를 구속하지는 않는다고 하더라도 재판의 전체적인 과정에서 미치는 영향을 예단하기 어렵다. 따라서 이러한 재판과정에서의 국내 판례의 내용이나 국제 기준 또는 논의되는 국제인권의 구체적 내용에 대하여 의견을 작성하고 제출하며, 재판과정에서 이를 정확히 피력할 수 있는 능력을 갖추도록 하는 교육 및 훈련프로그램은 다른 어떤 과정보다 의미 있는 결과를 도출해 낼 필요성이 제기된다. 그리고 이를 뒷받침할 수 있도록 적절한 교육 및 훈련프로그램이 반드시 뒤따라야 할 것이다.

둘째, 내부역량 강화 중 교육 및 훈련프로그램은 사전 계획에 따라 체계적인 매뉴얼이 구비되어야 할 것이다. 국가인권위원회가 법정조언자로서 재판에 참여한 경험은 아직까지 일천하다. 반면 재판과정과 변론, 참고인 진술 등 재판절차는 체계적이고 정형화되어 있다. 그 차이를 극복하기 위해서는 외국 국가인권기구 또는 단체의 법정의견서의 제출 사례와 절차 및 체계를 분석하고 반영한 매뉴얼이 국가인권위원회의 재판참가역량을 극대화시킬 것이다. 그리고 이와 같이 기획된 매뉴얼에 바탕을 두고 교육과 훈련을 통해 담당자의 역량을 증대시킨다면, 국가인권위원회의 인권보호증진은 사법구제에도 큰 영향을 미치게 될 수도 있을 것이다.

셋째, 다양한 교육 내용 및 방법에 있어 차별화 된 접근이 요구된다. 재판과정에서의 참여는 단순히 의견을 발표하는 자리가 아니라 재판에 직·간접적인 영향을 미칠 수 있는 논거를 개발하고 정리한 후 법정의견서의 형식을 통해 법원에 대하여 인권의 이름으로 인권친화적 판결을 요청하는 것이다. 이를 달성하기 위해서는 관련 업무를 담당하는 당사자에게는 우선적으로 재판과정에서 제기되는 쟁점을 정확히 파악하고, 그 구체적 내용을 숙지하고 있으며, 이를 명확한 언어로 설명할 수 있는 능력을 개발하여야 할 것이다. 그러나 이것들은 단지 강의를 몇 시간 듣는다고 해결될 수 있는 그런 성질의 것이 아니다. 따라서 피교육자의 참여를 보장하는 쌍방향 토론식 교육이나, 문제해결을 중심으로 하는 교육 및 훈련, 국내외 인권관련 단체나 연구소 또는 대학/대학원 등 인권관련 기관에서의 파견(위탁)교육이나 연수프로그램 등의 도입 등 실질적인 개인의 역량을 강화하기 위한 제도와 지원이 뒤따라야 한다.

<교육 및 훈련프로그램의 기본 방향 개념>



2) 교육 및 훈련프로그램의 대안모색

국가인권위원회가 법정조언자로서 재판참가를 이루기 위해서 이루어지는 내부역량 강화 방안으로서의 교육 및 훈련프로그램은 원칙적으로 해당 직무와의 연관성을 극대화 하는 방향으로 사전계획에 따른 체계적 매뉴얼에 기초하여 다양한 교육내용 및 방법을 통해 이루어져야 한다는 점을 살펴보았다. 따라서 이하에서는 이러한 원칙하에 현재 단계에서 위원회가 할 수 있는 내부역량 강화방안으로서의 교육 및 훈련프로그램의 내용에 대하여 일종의 대안을 제시한다.

담당자의 역량 강화를 위해 우선적으로 요구되는 것은 인권과 관련된 국내법 및 국제법의 이해에 대한 증진과 이를 구체적 사례에 적용하는 능력을 배양하는 것이다. 동시에 구체적 사건에서 의견을 제시하게 되는 경우 국내법 및 국제인권법에 대한 법리적 지식 및 인권지향성에 기초한 법해석능력 향상이 병행되어야 한다. 이를 담당자가 해당 업무를 효과적이고 전향적으로 다루기 위해서는,

- ① 사건의 전체적 분석과 인권쟁점의 도출능력,
- ② 해당 쟁점과 관련된 국내법 및 국제인권법의 이론·판례를 수집하는 정보검색능력,
- ③ 해당 쟁점에 적용가능한 국내법과 국제법의 발견 및 해석능력,
- ④ 인권의 설득력과 법적 추론을 갖춘 논리적 법정의견서 작성능력,
- ⑤ 사후 모니터링과 평가를 통한 법정의견서 작성 전략 수립·시행능력

을 각 항목별로 증진시키는 훈련절차가 수립되고 교육이 이루어져야 할 것이다. 이 과정에서 특히 강조되어야 할 능력개발 항목은 인권의 해석과 적용에 대한 국제·비교법적 접근능력이다.

위와 같은 항목별 능력을 제고시키기 위한 교육 및 훈련프로그램은

- i) 쟁점을 발굴하고, 해당 쟁점을 구체적 사실관계 속에서 분리 및 통합하는 교육과,
- ii) 담당 직무와 관련된 전문지식(예: 국제인권법, 판례 등)의 습득, 및
- iii) 관련정보를 수집하고, 이를 의미 있는 정보로 분석·정리·평가할 수 있는 훈련

이 요구된다. 또한 이렇게 수집된 전문지식과 정보는 국가인권위원회의 지식공유공동체(Community of Practice: CoP)와 지식관리시스템(Knowledge Management System: KMS)를 통하여 위원회 내부의 물적역량을 키우는데 도움이 될 것이다.

마지막으로 조직 내부의 인적역량 강화를 위한 다양한 형태의 교육 및 훈련프로그램을 주관하고, 일관성 있는 추진을 담당할 교육전담주체의 설정이 요구된다. 이러한 교육전담주체는 내부적으로는 피교육자들이 원하는 교육 및 훈련 내용에 대한 조사·분석하며, 자체 교육/훈련에서의 커리큘럼 개발, 그리고 교육 및 훈련프로그램 전반에 대한 총괄 및 조정 기능을 담당한다. 또한 외부와의 관계에서는 외부 전문교육기관 및 단체와 교육 및 훈련프로그램에 대하여 조정업무를 담당하고, 협력 프로그램을 개발하며, 실질적으로 외부 교육 및 훈련프로그램을 통한 결과의 모니터링과 평가를 담당한다.

II. 외부역량 강화 방안

국가인권위원회가 법정조언자로서 재판과정에 참여하기 위하여 요구되는 인적역량의 강화는 단지 내부분제로만 모든 것을 해결하기는 어렵다. 이는 현실적으로 위원회가 갖고 있는 인적자원 및 물적 지원 등의 한계가 있기 때문이다. 따라서 국가인권위원회가 보다 체계적으로 국내법원에 대하여 조언자로서의 역할을 성공적으로 수행하기 위해서는 인권 분야에서 오랜 경험과 지식을 갖춘 부분별 전문가 및 전문가집단과의 적절한 관계설정이

필요하다.

이처럼 국가인권위원회의 인적역량 강화방안 중 재판참여라는 현실적 목표를 위해 조직 내부가 아닌 조직 외부의 역량을 인입 또는 연계·협력함으로써 총체적인 역량을 강화하는 것이다. 이를 달성하는 방안으로는 첫 번째로 전문가 및 전문가집단의 확보와 국가인권위원회와 연계를 강화하는 것이고, 두 번째로는 이렇게 선별된 전문가와 전문가집단을 적절하게 활용할 수 있는 시스템을 갖추는 것이다.

1. 전문가 확보 및 연계 강화

1) 외부역량 연계 사례

국가인권위원회가 헌법재판소를 상대로 법정의견서를 제출한 사례는 두 건이 있다. 이 중 ‘민법 제778조(호주제) 및 민법 제781조 제1항 본문 후단부분(호주제)’와 관련된 위헌 법률심판사건은 한국가정법률상담소의 공식 요청에 기한 것이다.⁵³⁹⁾ 또 다른 건인 계구사용행위위헌확인심판사건은 국가인권위원회의 진정절차를 거친 사안이다.⁵⁴⁰⁾ 전자의 예는 국가인권위원회의 재판참가 조직화는 위원회 단독이 아닌 관련 단체와 연계의 좋은 모범 사례를 보여준다. 다만, 이 사례는 국가인권위원회가 수동적으로 대응하였다는 비판을 고려할 때, 관련 외부전문역량의 의견을 수렴하여 국가인권위원회가 능동적으로 전략적 사안을 발굴할 필요가 있을 것이다.

2) 연계 및 협력이 가능한 외부역량

국가인권위원회의 인적역량을 강화하기 위한 방법으로 자체적인 내부역량 강화와 함께 병행되어야 할 외부역량 강화를 위해서는 주로 다음과 같은 단체들이 언급될 수 있을 것이다.

첫째, 민주사회를 위한 변호사 모임으로 1988년 정법회(정의실천법조인회)를 모태로 하여 창립된 민주사회를 위한 변호사 모임은 창립 이후 우리 한국 사회의 인권침해에 대하

539) 김도현, “국가인권위원회 결정과 사법부 판결에 미친 영향 평가”, 『민주법학』, 제33호 (2007), 46쪽.

540) 앞의 주, 46-47쪽.

여 조직적 및 구조적으로 대응하였다. 특히 민주사회를 위한 변호사 모임이 인권의 침해와 유린에 대한 법률운동의 구심체로 활동하여 왔고, 국제인권예 근거한 국내인권증진에 크게 기여해 온 경험을 갖고 있다. 인권조약에 따른 국가보고서에 대한 민간보고서의 작성과 제출, 개인통보제도의 활용, 인권관련 소송에서 국제인권법의 원용 등은 향후 국가인권위원회의 법정 의견서 제출의 사례 개발과 법리 개발의 잠재적 기여자로 분류할 수 있다. 특히 민주사회를 위한 변호사 모임 소속 법률가들의 인권소송 전략과 경험은 국가인권위원회의 재판절차 참가역량 강화의 유력한 협력자가 될 수 있을 것이다.

둘째, 법무법인 공감으로 대한민국 최초로 비영리로 운영되는 공익변호사들의 모임이다. 공익변호사 그룹 공감은 2004년 1월 아름다운재단의 공익변호사기금을 재정기반으로 하여 설립되었으며, 2007년 7월 현재 6명의 변호사가 상근활동을 하고 있다. 공감이 지향하는 바는 i) 소수자, 사회적 약자의 인권보장을 통한 우리 사회 인권의 경계확장, ii) 변화를 지향하는 법적 실천, iii) 공익법활동의 활성화 등이다. 법무법인 공감의 특징은 인권법률구조운동의 대상을 특정화하고 있다는 것이다. 이 점은 특정 주제와 연관된 사례의 발굴과 법리의 개발에서 다른 어느 단체보다 국가인권위원회의 좋은 협력자가 될 수 있을 것이다. 이는 민주사회를 위한 변호사 모임이 모든 인권 주제를 포괄하고 있는 것과 대비된다.

셋째, 참여연대는 민주주의의 가치를 실현하기 위해서는 국민의 사회에의 참여와 인권에의 보장이 이루어 져야 한다는 목표를 가지고 설립된 단체이다. 참여연대는 200여명의 회원으로 '참여민주사회와 인권을 위한 시민연대' 창립하여 의정감시센터, 사법감시센터, 공익소송센터, 내부고발자지원센터, 인권센터 활동을 시작한 이래, 현재 사법감시센터, 의정감시센터, 조세개혁센터, 평화군축센터, 행정감시센터, 민생희망본부, 사회복지위원회, 국제연대위원회, 참여사회연구소 공익법센터, 시민경제위원회 노동사회위원회 등에서 활동을 하고 있다. 특히 국제연대위원회는 반부패, 정치개혁, 정보공개운동 등 참여연대의 다양한 사업을 국제적으로 알리고 성과와 정보를 나누며 아시아 국가의 시민사회단체들과 연대를 도모하였으며, 이와 함께 아시아를 중심으로 국제평화네트워크를 만들어 공동행동을 전개하고 있다. 이외에도 세계화로 인해 급증하는 각 분야의 국제연대 요구에 부응하기 위해 새로운 국제적 사안을 국내에 소개하고, 출판 활동을 통해 한국 시민사회운동의 현황과 참여연대의 활동을 국제사회에 알렸으며, 2004년에 국제연합 경제사회이사회회의 협의 자격을 얻었다. 최근에는 버마의 민주화를 위한 연대 활동을 중심으로 아시아 민주주의와 인권 증진에 힘쓰고 있으며, 한국의 대외원조(ODA) 정책에도 관심을 기울이

고 있다. 공익법센터는 우리사회에 공익법운동이 공고히 뿌리내리고 활성화 할 수 있는 기반을 마련하는 활동을 펼치고 있다. 구체적으로 집단소송법, 징벌적손해배상제도 등의 공익관련 입법운동과 인권, 소비자, 환경 분야 등에서의 공익소송을 추진하고 있다. 이와 같은 참여연대의 활동은 국가인권위원회 법정의견서 제출의 기준인 '인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판'에 해당하는 주제들인 마, 법정의견서 제출 대상 사례의 발굴에서 어느 단체보다도 큰 기여를 할 수 있으며, 해당 주제에 관한 입법운동 전개를 위해 확보한 외국법제 및 판례에 관한 정보는 법정의견서 작성의 국제·비교법적 기초를 제공해줄 수 있을 것이다.

3) 외부역량 강화를 위한 연계 방식

제한된 인력과 예산 등을 원인으로 하는 내부역량의 미비점을 전문가 및 전문가집단과의 연계는 국가인권위원회의 총체적인 전문역량 강화에 기여를 할 것이라는 점은 이미 확인하였다. 이를 달성하기 위한 외부역량과 국가인권위원회의 연계 방식은 다음과 같은 방법이 현실적으로 가장 우선적으로 고려될 수 있다.

첫째, 사례발굴과 선정과정단계이다. 국가인권위원회가 법정의견서 제출 대상 예비 사례를 발굴하고 선정하기 위하여 외부역량과 협력하는 방식으로는 크게 세 가지를 고려할 수 있다. 첫 번째는 위에서 언급한 단체를 포함하여 인권법률운동단체를 포함하여 시민사회단체가 발간하는 자료, 예컨대 연례 인권보고서 등에 대한 문헌조사를 통해 사례를 발굴하는 것이다. 이 방식은 특정 사건을 찾기 보다는 특정 주제를 발굴하는 데 유용할 것이다. 두 번째는 위에서 언급한 단체에 국한되지 않으나 그러한 전문성을 갖춘 전문가들과 함께 가칭 '재판과 인권'에 관한 정기적인 세미나를 개최함으로써 사법소송운동의 소재를 확인하고 그에 해당하는 사례들을 공론화하는 것이다. 이 방식은 인권에 중대한 영향을 미치는 재판이 예상되거나 진행되는 사건을 찾아내고 선정하는 데 매우 유용할 것이다. 세 번째는 전문가 또는 전문가집단과 수시적 간담회를 개최하는 방식이다. 간담회 개최는 국가인권위원회가 특정 현안이 발생할 때마다 이미 활용하고 있는 방식으로 간담회의 주제를 법정의견서 제출 대상 사건으로 정하여 개최하는 것이다. 이 방식은 개최 형식과 초청자 범위, 시간적 요소 등에서 국가인권위원회가 언제나 자유롭게 이용할 수 있다.

둘째, 법리의 개발과 검토단계이다. 이 단계에서 국가인권위원회가 사용할 수 있는 방

법은 원칙적으로 위에서 언급한 세 가지가 모두 가능하다. 그러나 이 단계의 특성상 법적 전문성이 강하게 요청되는 바, 세미나 방식이나 수시적 간담회 방식이 적합하다. 그 중에서도 자유롭고 활발한 토론을 전제로 법리의 심층적 검토와 대안의 모색은 수시적 간담회가 더욱 유용할 것으로 보인다. 또한 특정 사건에 대한 법정의견서 제출 방침이 정하여졌을 경우에는 해당 사건에 대하여 내부인사와 외부인사로 구성된 태스크 포스팀을 만들어 운영하는 것도 가능할 것이다.

2. 전문가 활용 방안

1) 전문가 활용 사례

현재 국가인권위원회에서 외부 전문가 및 전문가 단체와 연계 또는 협력을 달성하는 방식은 크게 세 가지다. 첫째는 정책자문위원회와 전문위원회를 통한 방법이고, 둘째는 사안에 따른 수시적 외부전문가에게 자문을 구하는 방법이고, 셋째는 연구과제 등을 통한 전문지식과 정보를 구하는 방법이다.

그 중 국가인권위원회의 공식 기구인 정책자문위원회는 법령상 기구로서⁵⁴¹⁾ 인권의 보호와 향상에 기여한 자, 인권정책에 관한 학식과 경험이 풍부한 자에 해당하는 사람으로 구성되어 있다. 이 정책자문위원회는 인권위원회의 정책 및 운영에 관한 사항, 인권의 보호와 향상을 위하여 필요한 사항 등에 대한 자문한다. 또한 전문위원회 역시 법령상 기구로서⁵⁴²⁾ 인권분야와 관련된 업무에 종사하거나, 관련단체에서 활동한 자이거나 관련 분야에 대하여 전문적인 지식이나 경험이 있다고 인정되는 자로 구성되어 있다. 이 전문위원회는 14개 위원회가 구성되어 있다.⁵⁴³⁾ 전문위원회는 국가인권위원회 관장사항에 대한

541) 정책자문위원회는 「국가인권위원회법」 제15조에 근거를 두고 있고, 위원회의 운영을 위한 「국가인권위원회 정책자문위원회 운영규칙」은 2003. 2. 10. 국가인권위원회규칙 제17호로 제정되고, 2006. 5. 1. 국가인권위원회규칙 제40호로 개정된 후, 2007. 10. 1. 국가인권위원회규칙 제44호로 개정되어 시행되고 있다.

542) 전문위원회는 「국가인권위원회법」 제12조에 근거를 두고 있고, 위원회의 운영을 위한 「국가인권위원회 전문위원회규칙」은 2005. 8. 2. 국가인권위원회규칙 제32호로 제정되고, 이후 3차례의 개정을 거쳐 2008. 6. 9. 국가인권위원회규칙 제48호로 개정되어 시행되고 있다.

543) 1. 사회권전문위원회, 2. 국제인권전문위원회, 3. 아동인권전문위원회, 4. 학교인권교육전문위원회, 5. 공공·시민인권교육전문위원회, 6. 검·경수사전문위원회, 7. 교정전문위원회, 8. 다수인보호시설전문위원회, 9. 군인권전문위원회, 10. 차별전문위원회, 11. 성차별전문위원회, 12. 장애차별전문위원회, 13. 외국인인권전문위원회, 14. 정신장애인권전문위원회

연구·검토의 방식으로 전문성을 뒷받침하는 하도록 설정되어 있다.

2) 전문가 활용방안 모색

국가인권위원회가 재판과정에서 법정조언자로서의 역할을 효과적으로 수행하기 위해서는 이러한 외부 전문가들을 적극적으로 활용할 필요성이 제기된다. 이를 위해서 특히 재판과정에서의 법정조언자로서의 인권위원회가 해야 할 다양한 활동의 단계 별로 외부 전문가와 단체들과의 협력관계와 외부역량의 활용방안을 찾을 수 있을 것이다.

첫째, 전문가들과 전문가단체들과의 연례회의 및 전문위원회의 개최를 통해 현재의 인권상황을 진단하고 평가하는 방안으로 활용이 가능하다. 이 과정에서 사법적으로 문제가 될 인권 현안을 발굴하고 이를 공론화시킬 수 있을 것이다. 둘째, 전문가 및 전문가단체들과 연계하고 전문위원들의 협력과 자문을 통해 기초적인 상황의 진단뿐만 아니라 나아가 집중적으로 인권의 개선이 필요성이 있는 분야를 선정할 수 있다. 이 단계에서 가장 우선시 되어야 할 것은 인권구제의 시급성과 인권침해의 중대성이다. 셋째, 대상 사건 및 주제의 선정 이후에는 이에 대한 국내의 판결을 검토하고 동일 사항에 대한 국제적 인권 기준을 문헌분석을 통하여 점검해야 한다. 문헌분석의 점검을 통해서 알게 된 국제적 인권기준을 잘 정리해 둬으로써 장래 발생된 사건에 대한 예비적 준비를 해둘 필요가 있다. 넷째, 법정 의견서의 작성 및 검토단계에서는 국제인권기준의 고려 및 반영 여부 등을 포함한 자문과 의견을 구하게 될 것이다. 요컨대 국가인권위원회의 역량과 기술 및 전문성의 보완과 강화는 국가인권위원회가 외부역량, 특히 전문위원회를 어떻게 적극적이고 능동적으로 활용하는가에 달려 있다고 볼 수 있다.

제2절 물적 역량 강화

앞서 검토한 인적역량의 강화 방안과 마찬가지로 국가인권위원회가 재판과정에서 법정 조언자로서 참가를 위한 물적역량의 강화 방안 역시 내부역량의 강화와 외부역량의 강화가 함께 이루어져야 한다. 특히 물적역량을 강화하는 것은 기본적으로 인권위원회 내부역량을 강화하는 것이 바탕이 되어야 한다. 즉, 위원회 내부의 시스템을 통하여 향후 재판 과정에 참여하게 되는 경우 이를 효과적으로 추진하기 위한 제도적 장치를 마련해야 한다는 의미이다. 따라서 물적역량의 강화라는 측면에서 중요한 것은 위원회 내부역량의 강화를 통해 이를 뒷받침 할 수 있는 시스템을 갖추는 것이 핵심이며, 외부역량의 강화는 어디까지나 위원회 내부역량의 미비점을 보완하는 보충적 성격에 지나지 않는다.

1. 내부역량 강화 방안

물적역량의 강화는 앞서 논의한 인적역량의 강화 방안으로 구축된 지식정보와 결과물들을 실제 인권위원회가 재판과정에 참여하는데 직접적으로 이용할 수 있도록 시스템을 갖추는 것에서 출발한다. 즉, 이러한 체계적인 시스템의 마련은 지식정보에 대한 공유와 함께 중요한 성과로서 기능할 것이다. 따라서 물적역량을 강화하는 차원에서 위원회는 우선 내부적으로는 인적역량 강화에 따른 결과물들을 체계적으로 수집하고, 해당 정보와 지식의 내용을 내부 및 외부 전문가들이 공유함으로써 향후 제기되는 재판과정에 위원회가 법정조언자로서 참여하는 경우 보다 효율적인 지원이 가능하도록 역할을 수행할 필요성이 제기된다.

1. 현행 지식공유기반 활용 실태

국가인권위원회는 종합정보시스템을 구축하면서 지식관리시스템을 도입하여 지난 2003년 6월부터 운영하고 있다. 지식관리시스템은 기업 또는 행정기관의 다양한 운영활동에서 발생하는 다양한 종류의 지식 정보들을 컴퓨터 네트워크 기술과 데이터베이스 기술을 이용하여 체계적으로 관리 및 서비스하는 시스템이다. 기업의 지식정보는 그 기업이 생산하

는 모든 제품들에 대한 관리 및 생산 노하우를 포함하며, 지식 재활용을 통한 생산성 및 품질 향상을 통한 미래 지향적인 기업운영 체계 구축을 가능하게 한다.

그러나 현재 인권위원회에서 운영 중인 지식관리시스템의 경우에는 그 활용도가 현저히 저조하다는 점에서 그 한계가 노출되고 있다. 즉, 사건조사, 법무질의 회신, 국외출장, 행정의사진행 등 일부 분야를 제외하고 전반적으로 지식관리시스템의 활용도가 낮다. 또한 생산된 문서를 분류된 범주(지식맵)에 등록하는 수준도 처리업무 양에 비하여 상당히 낮은 수준에 머무르고 있다.

또한 인적역량 강화를 통해 생산된 지식은 인권위 조직 내에서 공유되어야 그 효용이 증가함에도 불구하고 개인이 소장하는데 그치는 경우가 많으며, 이로 인해 업무의 중복성, 비효율성, 행정력의 낭비 등이 나타나고 있다. 이처럼 인권위원회 내부의 역량이 결집되었어야 할 지식관리시스템의 활용이 저조한 것은 다음과 같은 몇 가지 이유에서 비롯된 것으로 보인다.

첫째, 현재 이용되고 있는 지식관리시스템의 구성과 분류가 변화하는 현대 사회에서의 다양한 인권 분야의 측면들을 정확히 반영하고 있지 못한 결과이다. 즉, 지식관리체계로서의 지식관리시스템이 위원회 업무 체계 중심으로 반영되어 있으며, 소관 업무 분야별로 지식관리를 위한 범주화가 체계화 또는 세분화가 되어있지 않다는 점이 지적될 수 있다. 따라서 지식범주화를 위한 분류 자체가 세밀하지 못하여 지식등록이나 관리, 활용 등 여러 측면에서 제대로 된 접근과 이용이 어렵다는 점이다. 둘째, 지식관리체계는 위원회 내부 구성원들뿐만 아니라 인적역량의 강화방안으로 언급되었던 다양한 외부 전문가 및 단체들과 협조를 통해 그 질적 성장을 담보할 수 있다. 그럼에도 불구하고 지식관리시스템의 이용이 위원회 활동에 따른 공급자 중심으로 설계되었다는 점은 또 다른 접근성의 제한을 가져오고, 결국 활용도에 있어서는 부진을 면하지 못하게 하는 원인으로 지적될 수 있다.

2. 지식공유 기반확충 및 활용방안 모색

이상에서와 같이 지식공유를 위한 기반이 조성되었음에도 불구하고 그 활용도가 낮은 것은 정확한 정보와 자료들이 지식관리체계에 따라 운영되지 못하고 단순히 업무추진 프로세스에 따라 활용되는게 그쳤기 때문이다. 따라서 앞서 제기한 문제점들을 이해하고 이를 수정하려는 다음과 같은 노력이 수반되어야 한다.

첫째, 지식관리 시스템을 통한 지식공유가 단순한 업무편의를 위한 프로세스의 일환이 아니라 조직의 비전과 전략, 문화, 정보기술 등이 융합된 결과물이라는 인식의 전환이 요구된다. 따라서 개인의 지식공개 또는 공유가 결국에는 자신의 문제해결과 조직 전체의 문제해결 능력을 높인다는 가치를 공유할 필요성이 있다. 또한 위원회 내부 업무과정을 통해 생산되는 지식정보는 인적역량 강화 방안으로 언급된 교육 및 훈련프로그램에 따라서 그 질적 수준을 향상시키고, 생산된 지식정보들은 개인이 소장하는 것이 아니라 조직 전체가 공유하며, 종국적으로는 위원회 내부조직을 넘어 외부 전문가 및 전문가 단체, 관련 부처 및 국민들과 공유될 수 있어야 한다.

둘째, 일반적인 업무에서 뿐만 아니라 범위를 좁혀 재판과정에서 인권위원회가 법정조언자로서 참여하기 위하여 국제인권 기준을 어떻게 반영할 것인지, 그리고 이러한 목적에서 현재의 지식관리 시스템을 어떻게 사용할 것인지에 대하여는 현재 운영 중인 지식관리 시스템의 지식분류를 범주화 하고 일종의 지식맵(Knowledge Map)을 작성할 필요성이 제기된다. 예를 들어, 국제인권기준에 관한 지식관리 시스템의 운영을 기본 데이터베이스화 한다면 과거 주로 기업은 경쟁력 증진 방안으로 사용되었던 지식관리체제를 활용하여 국제인권기준의 지식관리체제로 변용하여 사용하는 것이 가능할 것이며 다음 표와 같은 체제로 구성하는 것이 합리적일 것으로 보인다.

<국제인권기준에 관한 지식관리 시스템의 분류 예>

데이터베이스 분류	내용
CCPR	시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 데이터베이스
CAT	고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약의 데이터 베이스
CERD	경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 데이터 베이스
CEDAW	여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약의 데이터 베이스

또한 각 데이터 베이스는 각각이 갖는 본질적인 특질에 따라 다양한 구분자와 검색 기준을 통하여 효과적인 등록과 접근 및 검색이 가능하도록 구성되어야 한다. 예를 들어, 앞서 표에서 제기된 CCPR, “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 데이터베이스”의 경우에는 조문, 주제, 나라, 당사자, 날짜 등으로 시민적 정치적 권리 위원회가 내놓은 개

인진정에 대한 견해 등을 검색할 수 있도록 한다. 이러한 작업을 수행하는데 참고할 수 있는 기존 해외 데이터 베이스는 다음과 같다.

<해외 데이터 베이스의 예>

데이터 베이스 명	내용
ECHR	유럽인권법원(European Court of Human Rights)의 판결을 모아놓은 데이터 베이스
Tribunals	ICTY(구유고슬라비아국제전범형사재판소), ICTR(르완다국제전범형사재판소) ICC(국제형사법원)의 판결을 모아놓은 데이터 베이스
UNICOM	국제인권조약상 기구의 여러 가지 견해(개인진정을 제외한)에 대하여 정리해 놓은 데이터베이스
General Comments	국제인권기구의 일반논평(General Comments)에 대하여 정리해 놓은 데이터베이스
Thesaurus	국제인권의 용어에 대하여 정리해 놓은 데이터베이스

셋째, 지식정보 시스템이 효과적으로 운영되고 활용될 수 있도록 이를 행정적, 기술적으로 뒷받침 할 수 있는 조직이 필요하다. 앞서 살펴본 데이터베이스는 지식관리체계를 위한 기반이다. 이러한 데이터베이스를 기초로 하여 지식관리 시스템을 형성할 필요가 있다는 점은 이미 제기하였다. 결국 지식관리체계의 효율적 운영을 위하여는 위의 데이터베이스를 서로 연계하여 정리시킬 필요가 있다. 이러한 연계적 정리는 권리목록별로 데이터베이스를 정리하는 것으로 각 권리목록별 정리는 나중에 소송에서 법정 조언을 위한 준비를 좀 더 충실히 할 수 있도록 해줄 것이어서 시간의 절약, 간결성 및 경제성 효율성 측면에서 더욱 필요하다. 따라서 이러한 데이터베이스를 통하여 축적되는 지식을 상호 공유하는 것이 지식관리체계의 핵심이며, 이를 위해 필요한 분야는 교육팀/기획팀/테스크포스팀/프로젝트팀 등이다.

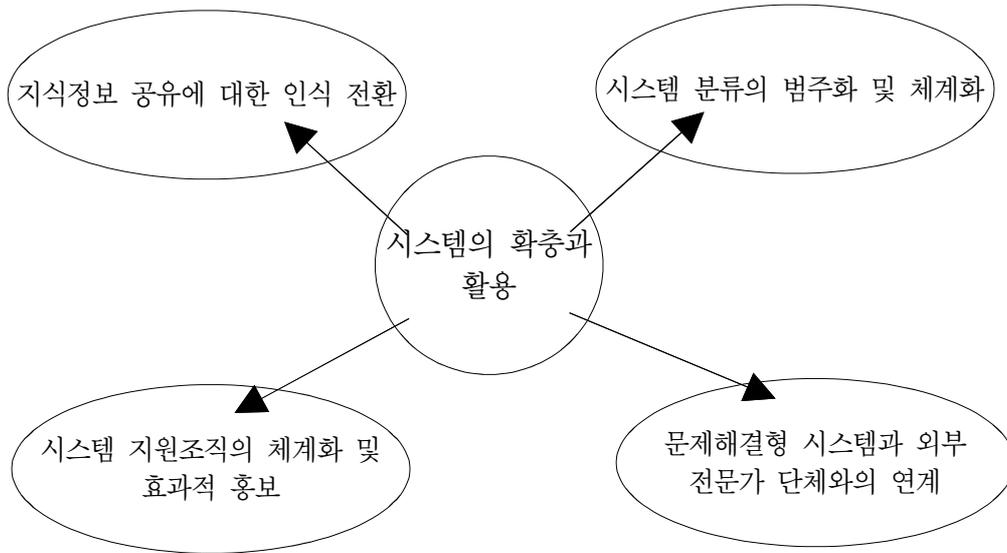
우선 교육팀은 데이터베이스를 통하여 축적되는 자료들을 계속해서 학습하여 숙지하는 임무를 담당한다. 국가인권위원회의 내부적 업무분장에 따라 각자 전문적으로 다룰 수 있는 분야를 선정하는 방법이 좋을 것으로 보인다. 물론 새롭게 구축되는 조직이 이러한 분야를 맡아서 처리할 수도 있을 것이다 또한 각 외부단체들은 이러한 데이터베이스를 통하여 학습을 하게 될 것이고 학습을 하면서 남게 되는 지식 축적물에 대하여는 상호간의 정보공유를 위하여 지식관리체제에 반드시 공개시키도록 독려하여야 할 필요가 있다.

한편 기획팀은 평소에 사법부의 재판동향을 면밀히 감시하고 법정 조언의 대상 분야를 선장해야 한다. 이러한 선정이 이루어지면 현재의 사법부에 어떠한 사건이 제기되고 있는지 사법부의 재판을 면밀히 살펴보고야 법정 조언의 제출시기를 확정한다. 혹은 문제되는 사건에 관심 있는 외부단체에 소송이 개시되었음을 알리고 조려하는 역할을 한다. 또한 테스크 포스팀은 문제된 개별 사건에 법정 조언을 제출하는 기관이다. 숙련된 법률가 집단의 필요성이 있다. 문제된 사건에 대하여 외부단체가 관심이 있는 기관일 경우에는 이를 적극적으로 지원해 주어야 한다. 또한 국가인권위원회가 관심이 있는 사항에 대하여는 직접적으로 법정 의견을 제시한다. 마지막으로 프로젝트팀은 이미 제시된 법정의견과 법원의 이후 판단을 비교하여 앞으로의 법정 조언의 방향이나 전체적인 법정 조언의 방향을 정하는 분야이다. 모든 분야의 조직성과 체계성을 도모할 필요도 있다.

한편 위원회의 지식관리 시스템을 통해 축적되는 정보와 이를 활용하는 방안에도 개선이 요구된다. 즉, 단순한 검색과 정보의 저장 차원을 넘어 재판과정에 효과적으로 참여하기 위해서 요구되는 직접적인 지식과 활용이 가능하도록 그 범위와 대상을 확대할 필요가 제기된다. 이를 위해서는 위원회 내부의 역량으로는 부족한 점이 지적될 수 있다. 따라서 인적역량의 강화 방안으로 언급된 외부 전문가 및 단체들과의 연계를 통해 위원회 내부에서 부족한 부분을 보충해야 한다. 또한 대내외적으로 다양한 형태의 워크숍이나 토론회 등을 통해 지식정보 시스템의 효용성화 활용에 대한 지속적인 홍보 역시 함께 병행되어야 할 것이다.

넷째, 현재의 업무 중심형 지식정보 시스템을 보완하여 문제해결형 지식정보 시스템으로의 변화가 요구된다. 즉, 단순히 매뉴얼로 해결되지 않는 다양한 환경에서 문제 해결을 위해 노하우와 경험, 통찰력, 지식, 실행방법들을 전수해줄 수 있는 최고 실천가(best practitioner)를 발굴하고, 최고 실천가를 중심으로 문제해결을 위한 지식공동체(CoP)를 운영하게 하여 이로부터 생산된 문서와 해결방법을 위원회가 대내외적으로 공유할 수 있도록 시스템을 구축할 필요가 있다. 이러한 새로운 지식정보 시스템은 특히 외부 전문가와 단체 등의 연계를 통해 그 외연을 확대시킬 필요성이 제기되며, 정보의 질적 향상도 함께 기대할 수 있다.

<지식정보 시스템의 확충과 활용방안의 개념>



II. 외부역량 강화 방안

국가인권위원회가 법정조언자로서 재판과정에 참여하기 위하여 요구되는 물적역량의 강화는 앞에서 검토한 바와 같이 내부역량의 강화만으로는 한계가 있다. 따라서 기존에 인권 분야에서 오랜 경험과 지식 및 노하우를 갖고 있는 외부 전문가 및 전문가 단체와의 적절한 관계설정이 필요하고, 일종의 아웃소싱을 통하여 이 문제를 적절히 해결해 나가야 한다.

국가인권위원회가 재판과정에서 법정조언자로서 효과적인 의견을 피력하고자 할 때, 조직의 물적역량 강화라는 목표를 이루기 위한 외부역량의 강화 방안은 크게 외부 전문가 및 전문가 단체 등을 활용하여 우리나라 사법판결을 모니터링 하는 방법과, 외부 전문가 및 단체들과의 연계를 통하여 다양한 인권보호 교육 및 훈련 프로그램이나 활동에 참여함으로써 이를 구체화 하는 방안이 제기될 수 있다.

1. 외부단체와의 연계 및 활용

사법부의 재판과정은 그 특수성과 전문성 및 폐쇄성으로 인하여 인권과 관련된 재판과정에 접근이 어려운 경우가 많다. 그리고 이러한 재판의 내용이 추후 언론에 보도되는

경우에 있어서도 이미 재판이 종료된 이후에나 가능하기 때문에 인권위원회로서는 적절한 대응을 하기가 곤란하다. 또한 그 대상을 국내에 한정하지 않고 해외 인권위원회의 보고서나 외국 사법부에서 내려지는 판결 등을 인권위원회 내부의 역량만으로 모니터링 하는 것은 사실상 불가능에 가까울 수 있다. 따라서 인권위원회는 그동안 인권 분야에서 전문적인 지식과 노하우를 갖고 있는 전문가 및 시민단체 등을 통하여 적절한 모니터링 이 이루어질 수 있도록 돕고, 이러한 시민단체 등의 의견을 적극 수렴하는 노력이 필요하다. 이처럼 각계 전문가 및 전문가 단체, 시민단체 등이 국내외의 다양한 인권보고서 또는 판례 등을 검토하고 의견을 제출하는 경우 국가인권위원회는 이를 적극적으로 수렴하고 정책에 반영토록 하는 것이 바람직하다.

한편 인권위원회는 다른 국가의 인권위원회의 기능과 역할, 및 인권관련 보고서나 인권 기준 등에 대하여 사전에 검토하고 이를 체계적으로 정리할 필요성이 있다. 이러한 작업은 인권위원회가 재판과정에서 법정조언자로서 역할을 수행하기 위해 당연히 사전에 이루어야 할 기초 작업의 성격을 갖는다. 많은 국가들의 인권기관들이 이미 수집한 정보와 기준 등을 우리나라의 제도와 비교법적으로 검토하여 체계화 하는 것이 보다 바람직할 것이다. 이와 같은 작업은 당연히 국가기관인 인권위원회가 담당해야 할 작업임에 틀림없다. 다만, 인권위원회가 갖고 있는 인적 및 물적 제약으로 보다 효과적인 업무수행이 어렵다면 이러한 작업의 일부를 전문가 단체나 시민단체 등과 함께 공동으로 준비하는 것 역시 외부의 역량을 이용하는 방법이 될 것이다. 이러한 작업을 위해 연계가 가능한 대표적인 시민단체와, 해외의 인권위원회들에 대한 정보는 다음 표의 홈페이지를 통해 얻을 수 있다.

<국내 대표적 인권관련 단체>

단체명	홈페이지 URL
국제민주연대	http://www.khis.or.kr
민주사회를 위한 변호사 모임	http://minbyun.jinbo.net/minbyun/index.htm
민주주의 법학연구회	http://delsa.or.kr/new/intro.html
공익변호사그룹 공감	http://www.kpil.org/index.asp
5·18 기념재단	http://www.518.org/welcome.html
웹진 퍼스웹	http://www.personweb.com/

유엔인권정책센터	http://kocun.org/kocun/php/main/main.php
인권실천시민연대	http://www.hrights.or.kr/index2.htm
인권운동사랑방	http://www.sarangbang.or.kr/kr/new/index.php
인권운동연구소	http://www.sarangbang.or.kr/kr/inst/index.php
진보네트워크	http://www.jinbo.net/
참여연대	http://www.peoplepower21.org/
평화네트워크	http://www.peacekorea.org/main/intro.php
엠네스티	http://www.amnesty.or.kr/
한국인권재단	http://www.humanrights.or.kr/khrf/sub11.htm

<해외 인권위원회 홈페이지>

지역	국가	홈페이지 URL
아프리카	콩고	http://www.ondh-rdc.org
	가나	http://www.chrajghana.org
	케냐	http://www.knchr.org
	말라위	http://www.malawihumanrightscommission.org
	모리타니와	http://www.cdhlcp.mr
	모리셔스	http://nhrc.gov.mu
	나미비아	http://www.ombudsman.org.na
	나이지리아	http://www.nigeriarights.gov.ng
	남아프리카	http://www.sahrc.org.za
	탄자니아	http://www.chragg.org
토고	http://www.cndh-togo.org	
유럽	알바니아	http://www.avokatipopullit.gov.al/English/index.htm
	아르메니아	http://www.ombuds.am
	오스트리아	http://www.volksanw.gv.at/i_english.htm
	아제르바이잔	http://ombudsman.gov.az
	벨기에	http://www.diversiteit.be
	보스니아 헤르체 코비나	http://www.ohro.ba

크로아티아	http://www.ombudsman.hr
체코	http://www.ochrance.cz
덴마크	http://www.humanrights.dk
프랑스	http://www.commission-droits-homme.fr
그루지야	http://www.ombudsman.ge
독일	http://www.institut-fuer-menschenrechte.de
그리스	http://www.nchr.gr
헝가리	http://www.obh.hu
아일랜드	http://www.ihrc.ie
카자흐스탄	http://www.ombudsman-kz.org
코소보	http://www.ombudspersonkosovo.org
키르기스스탄	http://www.ombudsman.kg
라트비아	http://www.vcb.lv
리투아니아	http://www.lrski.lt
룩셈부르크	http://www.gouvernement.lu/dossiers/justice/droitshom
마케도니아	http://www.ombudsman.mk/default.aspx?Lan=EN
몰도바	http://www.iatp.md/cpdom
네덜란드	http://www.cgb.nl
북아일랜드	http://www.nihrc.org/
노르웨이	http://www.humanrights.uio.no
폴란드	http://www.brpo.gov.pl
포르투갈	http://www.provedor-jus.pt/
루마니아	http://www.avp.ro
슬로바키아	http://www.snslp.sk
슬로베니아	http://www.varuh-rs.si
스페인	http://www.defensordelpueblo.es/
스웨덴(BO)	http://bo.se
스웨덴(DO)	http://www.do.se
스웨덴(HO)	http://www.ho.se
스웨덴(JämO)	http://www.jamombud.se
스위스	http://www.ekr-cfr.ch/
영국	http://www.cre.gov.uk
우즈베키스탄	http://www1.parliament.gov.uz/www/Ombudsman.htm

미주	아르헨티나	http://www.defensor.gov.ar/
	버뮤다	http://www.ombudsman.bm
	볼리비아	http://www.defensor.gov.bo
	캐나다	http://www.chrc-ccdp.ca
	콜롬비아	http://www.defensoria.org.co
	코스타리카	http://www.dhr.go.cr
	에콰도르	http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Defensoria.base.htm
	엘살바도르	http://www.pddh.gob.sv
	과테말라	http://www.pdh.org.gt
	온두라스	http://www.conadeh.hn
	자마йка	http://www.opd.gov.jm
	멕시코	http://www.cndh.org.mx
	파나마	http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa
	파라과이	http://www.defensoriadelpueblo.gov.py
	페루	http://www.defensoria.gob.pe
	트리니다드 토바고	http://www.ombudsman.gov.tt
베네수엘라	http://www.defensoria.gov.ve/	
아시아 태평양	아프카니스탄	http://www.aihrc.org.af
	호주	http://www.humanrights.gov.au
	피지	http://www.humanrights.org.fj
	홍콩	http://www.eoc.org.hk/
	인도	http://www.nhrc.nic.in
	인도네시아	http://www.komnasham.go.id
	요르단	http://www.nchr.org.jo/
	말레이시아	http://www.suhakam.org.my
	몰디브	http://www.hrcm.org.mv
	몽고	http://www.mn-nhrc.org
	네팔	http://www.nhrcnepal.org
	뉴질랜드	http://www.hrc.co.nz
	팔레스타인	http://www.piccr.org
	필리핀	http://www.chr.gov.ph
카타르	http://www.nhrc.org.qa	

	대한민국	http://www.humanrights.go.kr/eng/index.jsp
	스리랑카	http://www.hrcsl.org
	태국	http://www.nhrc.or.th

2. 협의채널의 활성화

국가인권위원회는 2007년 이후 인권의 보호와 향상에 중대한 영향을 미치는 재판에 대하여 지속적인 모니터링을 실시하여 왔다. 또한 이러한 모니터링의 결과 변호사, 학계 등과 7차례의 간담회 등을 개최하여 재판과정에 인권위원회가 의견을 제출할 수 있는 역량을 개발하기 위하여 노력하였다. 그 결과 현재까지 “향토예비군설치법 관련 위헌제청사건”, “여군 중령 강제퇴역처분 취소소송사건”, 및 “국립도서관 입관제한 사건” 등에서 위원회는 의견을 제출하기도 하였다.⁵⁴⁴⁾

그러나 앞서 검토한 바와 같이 법원이나 헌법재판소의 인권 관련 재판과정에 접근하는데 있어 재판의 비공개성 및 언론의 사후적 보도 등으로 위원회가 의견제출 기회를 갖지 못하는 경우가 많았고, 이에 따라 위원회 차원의 적절한 대응이 곤란한 경우가 빈번하였다. 또한 법원이나 헌법재판소의 경우 인권관련 사건이 제기되어도 국가인권위원회에 의견을 요청한 사례는 거의 없었다.⁵⁴⁵⁾ 따라서 헌법재판소 또는 대법원 등의 국내법원이 국가인권위원회에 의견 제시를 요구하기를 기다리기보다는 국가인권위원회가 능동적으로 의견 제출을 하기 위하여 관련 사례를 발굴하고 검토하기 위한 절차가 필요할 것이다.

국가인권위원회는 재판의 진행이 ‘인권의 보호’에 중요한 영향을 미치는 재판을 파악하는 단서로서 외부 협력자를 적극 활용할 필요가 있다. 이 역할을 수행할 수 있는 역량은 외부역량 강화 방안으로 제시된 전문가 및 전문가 단체, 시민사회 단체 등이다. 즉, 논란이 되고 있는 재판 과정에 인권의 보호에 대한 쟁점이 포함되고, 특히 국제적 인권기준의 적용과 관련된 사건과 같이 그 의미와 해석이 복잡한 사건일 경우 관련 단체의 요청에 따라 인권위원회가 해당 사안을 검토하고, 그 결과를 법정에서 피력할 수 있도록 하는 것이 요구된다. 다만, 잠재적 사안의 발굴과 제출 대상 사건의 선정은 별개이므로, 양자의 관계가 기계적으로 연결되어서는 아니 될 것이다. 만일 기계적 연결과 필수적 연계로 나아갈 경우에는 국가인권위원회가 예견하지 못한 상황에 놓일 수도 있음을 배제할

544) 국가인권위원회, 『2008년도 부서별 업무계획』, 2008, 21쪽.

545) 2007년 기준으로 헌법재판소가 1건의 의견요청이 있었을 뿐이다. 앞의 주.

것 수 없을 것이다.

제3절 평가

이상에서와 같이 법정조언자로서 국가인권위원회가 재판 과정에 효과적으로 참여하기 위해서는 위원회 내부의 인적 및 물적역량의 강화뿐만 아니라, 외부 전문가와의 연계 및 활용 등 외부에서의 인적 및 물적역량 강화가 병행되어야 한다는 점을 검토하였다. 이러한 내용은 다음의 표와 같이 정리될 수 있다.

<국가인권위원회의 역량 강화 방안>

	내부역량 강화	외부역량 강화
인적역량 강화	조직편제의 체계화 교육 및 훈련프로그램의 강화	전문가 확보 및 연계 강화 전문가 활용 방안 강화
물적역량 강화	지식공유기반의 확충 및 활용 예산 및 지출의 체계화	외부 단체와의 연계 및 활용 협의채널의 활성화

지금까지 살펴본 내용들이 의미하는 것은 결국 국가인권위원회가 국가기관으로서의 한 계에도 불구하고 그 설립취지와 기능을 보다 효과적으로 이룰 수 있도록 체질을 강화하는데 초점을 두고 있다는 것이다. 즉, 기초가 튼튼한 건물이 강진에 견딜 수 있듯이 국민들의 인권보호라는 기본적 권리를 효과적으로 보장하는 독립된 국가기관으로서 국가인권위원회의 기초를 더욱 튼튼히 하기 위한 것이다. 그 속에서 특히 준사법기구 및 준국제기구로서의 성격을 내포하는 국가인권위원회가 재판과정에서 법원의 조언자 역할을 효과적으로 수행하기 위하여 필요한 정책적·제도적 기본과제를 제시하였다. 본 장에서 검토되고 제안된 내용들이 곧바로 재판과정에 참여를 의미하는 것은 아니다. 다만, 위원회는 국민의 편에서 그 업무와 기능을 수행하기 위하여 보다 체계적인 준비가 필요하다는 점을 강조하기 위한 것이다. 또한 단순히 정책적 고려에 의한 재판참여가 아니라 법적으로 타당하고 유효한 제도를 만드는 것이 목적이 될 것이다. 이러한 결과를 이끌어내기 위하여 위원회 내부뿐만 아니라 외부의 관련 전문가 등의 보다 적극적인 참여가 필요한 시점이다.

결론

본 연구는 재판과정에서의 국제인권기준 적용을 주제로 하고 있다. 이 연구의 목적은 크게 네 가지이다. 그 근본목적인 첫 번째는 국내법원에 의한 국제인권기준 적용을 활성화하기 위한 법체계와 법리를 도출하는 것이다. 두 번째 목적은 국내법원의 국제인권기준 적용에 관한 재판실태를 분석·평가하는 것이며, 세 번째 목적은 국내법원의 국제인권기준 적용에서 법정조언자(*amicus curiae*)로서 국가인권기구의 위상을 정립하고 역할을 규명하는 것이다. 그리고 마지막으로 국가인권위원회가 한국법원의 국제인권기준 적용을 촉진하는데 요구되는 제반 조직 및 활동체계의 대안을 개발하고 제시하는 것이다.

이러한 재판과정에서의 국제인권기준 적용에 대한 연구의 필요성은 크게 세 가지 점에서 도출된다. 첫 번째 필요성은 인권구제에서 가장 강력하고 실효적인 구제인 법원의 판결을 통해 한국의 국내법원이 국제인권기준을 외면해온 이유를 진단하고 그 문제점을 해결할 수 있는 방안의 정립과 제시가 한국 사회에서 절실히 요구되고 있기 때문이다. 두 번째 필요성은 한국의 국가인권기구, 즉 국가인권위원회가 부여받은 고유임무에서 제기되는데, 국가인권위원회는 기득권존중원칙에 충실해온 국내법원의 보수적 재판관행에 새로운 변화를 이끌어내기 위한 수단으로써 국제인권기준에 의거한 법정의견서의 활용은 그만큼 현실적 가치가 크고 필요성이 충분하다. 세 번째 필요성은 국가인권위원회의 인권관련 재판 개입을 열어주는 법정의견서가 인권의 높은 이상과 실정법적 정밀함을 동시에 갖출 것을 요구한다는 점에서 야기된다.

이 연구에서 담을 내용은 크게 네 가지이다. 첫 번째는 재판과정에서 국제인권기준 적용이 갖는 의의이고, 두 번째는 국내법원에 의한 국제기준의 적용 법리와 적용례이고, 세 번째는 한국법원의 국제인권기준 적용을 위한 국가인권위원회의 임무와 역할이고, 네 번째는 위의 연구 성과를 집약한 결론과 그에 따른 권고사항이다. 이를 위해 본 연구는 다음과 같이 5개의 장으로 나누어 고찰하였다.

제1장에서는 국제법의 국내 적용 법리에 대해 살펴보았다. 국내법원이 국내재판에서 국제법을 적용하는데 있어서의 방법과 원칙을 살펴보기 위해 먼저 국제법과 국내법의 관계를 살펴보았다. 국제법과 국내법의 관계를 살펴봄에 있어 이론상 국제법과 국내법을 완전히 별개인 법체계로 보는 일원론과 국내법우위의 일원론, 국제법우위의 일원론, 그리고 국제법과 국내법의 등위론 등으로 나누어 검토하였다. 한편, 국제법상의 국내법의 지위의

경우 국제법우위의 원칙을 재확인하였다. 다음으로 국제법의 국내법적 수용에 관한 국제법상 논의되는 적용방식으로서 크게 수용이론, 변형이론, 집행이론을 검토한 후 좀 더 구체적으로 국가별 법체계를 살펴보았다. 실제 각 국가들은 국내법을 통해 명시적 일원론 또는 이원론의 입장을 취하고, 판례를 통해서도 그러한 입장을 확립하고 있다. 또한 이러한 입장은 국제법의 연원, 즉 국제관습법이나 조약이나에 따라 달리 적용되는 것을 볼 수 있었다. 조약의 적용에 있어서 각 국가가 일원론의 입장에서 또는 이원론의 입장에서 수용방식 또는 변형방식을 취하는지 여부를 불문하고, 국가들은 실제의 관행에 있어서 국내적 차원에서 국제법과 국내법의 차이를 최소화하고 양자를 조화시키려고 노력한다. 그러나 다른 한편으로 국가들은 다양한 논리를 내세워 국내법과 국제법이 저촉되는 국제법 적용을 회피하려한다는 점도 알 수 있다.

제2장에서 외국법원의 국제인권기준 적용사례를 분석하였다. 여기에서는 미국, 캐나다 등의 미주국가, 영국, 프랑스, 독일 등의 유럽국가 및 중국, 일본 등의 아시아 국가의 법원에서 국제인권기준이 적용되는 구체적인 사례들을 검토하여 보았다. 이를 위하여 일반적으로 국제관습법과 국제 조약이 각각 어떻게 각 국에서 수용 및 적용되고 있는지 우선 알아보고, 또한 구체적으로 인권 분야에서는 이들 법규가 어떻게 운용되고 있는지도 살펴보았다. 일원론 혹은 이원론 등의 이론에 따라 각 국가 별로 국제관습법 및 국제조약을 수용하는 방식이 다르고, 또 이것이 인권 분야에서 구체화되는 방식이 서로 다르지만, 현재 여러 국가의 법원에서 인권 관련 사건을 해결하는데 있어서 국제인권기준을 재판규범으로서 직접적으로든 또는 간접적으로든 고려하고 있다는 사실을 확인하여 볼 수 있다. 또한 국제인권기준은 각 국의 인권 관련 국내법을 해석하는데 있어서 그 기초를 제공하고 있음을 여러 국가의 관행을 통해 알 수 있었다.

제3장에서는 한국법원의 국제인권기준 적용사례를 분석하였다. 실제 적용실태를 검토하기 전 제1절에서 우선 한국의 국제인권규범 수용 법체계를 살펴보았다. 국제인권법의 국내법적 효력, 다음으로 국제인권법의 서열, 마지막으로 국내재판에서 조약의 지위를 우리나라 국내법과 국내판례 및 학자들의 학설 등을 토대로 고찰하였다. 다음으로 제2절 및 제3절에서는 국내법원의 판례 검토를 통해 국제기준의 적용실태를 분석하고 평가하였다. 국내법원은 아직까지 자신의 판결에서 국제기준을 해석하고 적용하는 것에 친숙하지 않음을 확인하였다. 이는 전반적으로 국내법원이 국제규범의 내용에 대한 정확하게 인지하

고 있지 못함에서 비롯된다고 볼 수 있다. 국내법체계와는 다른 국제법체계에 대한 생소함, 그리고 국제법규범 확인의 어려움 또한 지적되어야 할 것이다. 따라서 국제법 연원 중에서도 국제조약에 대한 국내법원의 적용은 상대적으로 활발한 반면 국제관습법의 경우에는 그렇지 못하다. 국제관습법이 헌법에 따라 '일반적으로 승인된 국제법규'로서 국내법적 효력을 갖는다는 점에 관하여 국내에서 이견은 없으나, 그 법발견에는 극히 소극적이라는 태도를 지니고 있다고 할 수 있다. 따라서 국내 법원에서 국제관습법을 원용하여 개인의 권리를 인정한 사례가 한 차례도 없을 정도로 국제관습법의 국내법적 효력은 지금까지 추상적 영역으로 존재하고 있다. 아울러 국제인권법의 특수성에서 비롯되는 국가의 소극적 태도 또한 확인할 수 있었다. 따라서 인권분야와 비인권분야에서의 한국법원의 태도 차이가 존재한다. 비인권분야에서는 국제법규범의 적용이 필요하다고 판단하는 경우, 국내법원은 관련 국제법규범을 판결에서 해석 및 적용하였다. 반면 인권분야에서 국내법원은 국제기준 적용에 매우 조심스런 입장이었다. 그러나 최근, 특히 2000년대 이후 국내법원에서 국제법존중원칙에 입각하여 국제인권기준을 적용하는 판례를 통하여 국내법원의 태도변화를 엿볼 수 있었다. 따라서 본 연구는 국제인권기준이 국내 판결에서 단순한 언급이나 부수적 근거로서만 사용되는 것이 아니라, 국제인권규범이 판결의 중요법리를 뒷받침하는 근거로서 활용된다는 점에 주목하였다.

제4장에서는 한국법원의 국제인권기준 적용의 조건과 방법에 대해 살펴보았다. 먼저 국제인권기준 적용의 조건으로서 제1절에서는 국제인권기준 적용의 기반 조성을 살펴보았다. 우리나라는 대부분의 국제인권협약에 가입하고 있어, 가입 현황만으로는 가히 인권선진국수준이라고 하겠다. 그러나 실제 국제인권기준을 국내 재판을 통해 구현하는 데는 매우 인색하다. 제3장에서 살펴보았듯이 국내법원은 재판과정에서 국제인권기준이 원용되었을 경우 회피하는 태도 또는 관행을 보여주고 있다. 즉, 이유에 대한 명시 없이 국제인권기준의 원용을 배척하는 직접적인 방식과 국제법규에 의한 직접적 판단 대신 우리나라 헌법 조문에 의거하여 판단함으로써 국제법규를 우회하는 간접적인 방식을 통해 국제인권기준의 적용을 회피하는 것이다. 따라서 국내법원에서의 국제인권기준의 적용을 위해서는 국제인권협약의 가입과 같은 규범적 기반 조성뿐만 아니라 제도적 기반의 조성이 절실하다. 구체적으로 살펴보면 먼저, 국제인권기준 적용의 활성화를 위해서는 법관에 대한 인권교육이 요구된다. 국제인권기준을 적용하고 해석할 우리나라 법관들의 태도가 이에 대해 소극적이면서도 심지어 부정적인 경우도 많기 때문이다. 또한 국제인권의 집행자로

서 국내법원의 역할에 대한 재인식이 요청되며, 국제인권규범의 특수성을 고려하여 이를 보장할 수 있는 사법체계가 마련되어야 한다. 이를 위해서는 기본적으로 대외관계에 관한 권력분립원칙이 재정립되어야 한다.

다음으로 국제인권기준의 적용 방법으로서 제2절에서는 국제인권기준의 해석과 적용을 살펴보았다. 국내법원이 재판과정에서 국제인권이 원용되거나 관련된 경우에 적용되는 법 이론과 방법론으로서 크게 직접적용방식과 간접적용방식으로 나누어살펴보고 조약의 직접적용성 및 자기집행성, 간접적용, 합치해석원칙 등을 검토하였다. 이러한 방식 등은 국제인권의 적용을 위한 방식이면서 동시에 적용을 배제하기 위한 논리임을 확인할 수 있다.

제5장에서는 국가인권위원회의 법정조언자로서의 위상을 정립하고 역할을 규명하고자 하였다. 유럽인권재판소, 미주인권재판소 등 국제인권재판소에서 빈번하게 활용되는 법정조언자 제도의 국내인권구제절차에서의 활성화를 모색하였다. 법정조언자(*amicus curiae*)는 법원의 친구라는 의미이다. 영미법사에서는 자신의 사적인 이익을 위하여 재판에 참여하여 법정 조언을 하는 형태로 발달하였으나 근래 미국에서는 연방정부나 혹은 시민사회 단체들이 공익을 위하여 법정 조언을 하는 형태로 변모하였다. 세계무역기구가 법정조언자를 활용하고 있지만 세계무역기구의 법정조언자는 개별 법정조언자의 사적인 이익을 위하여 사용되고 있어서 국가인권위원회의 법정 조언을 위하여서는 참고할 바가 되지 못한다.

국가인권위원회법 제28조에 따르면 국가인권위원회는 인권에 중대한 영향을 미치는 재판으로 판단되는 경우에는 국가인권위원회가 법원의 요청을 기다리지 않고 일정한 견해를 제시함으로써 법정 조언을 할 수 있는 권한을 가지고 있다. 하지만 여지까지 단지 두 번의 헌법소송에 대하여서만 법정 조언을 하였을 뿐 상당히 소극적인 입장을 취하였다. 이러한 상황에서 국가인권위원회의 법정 조언을 활성화 시킬 필요가 있으며 국제연합인권고등판무관이 이라크 법원에 제출한 법정 조언이 국제인권기준의 국내법정에 대한 법정 조언으로서 좋은 예시가 될 수 있을 것이다. 이를 토대로 해 볼 때 국가인권위원회가 법정 조언을 하는 사항은 다음과 같은 사항이 되는 것이 바람직 할 것으로 보인다. 첫째, 관련 사례의 사실관계 정리, 둘째, 관련 국제적 인권기준의 모델이 되는 사례의 정리, 셋째, 관련된 인권목록에 대한 권위 있는 해석의 정리, 그리고 마지막으로 국제적인 중요 문서상에 나타난 국제인권기준의 정리로 설명될 수 있다.

제6장에서는 법정조언자로서 국가인권위원회의 활동 체계를 분석하였다. 국가인권위원회가 법정조언자로서 효과적인 재판참가는 기본적으로 재판참가의 수행하기 위한 역량에 기반한다. 여기서 국가인권위원회의 재판참가 역량은 크게 두 가지 요소로 구성된다. 하나는 인적 역량이고, 다른 하나는 물적 역량이다. 국가인권위원회가 재판참가 역량을 강화하기 위해서는 재판참가를 준비하고 실행할 법전문가를 포함한 인적 역량을 확보·강화하고 국내법원의 판례와 국제인권기준에 관한 풍부한 정보와 지식에 관한 물적 역량이 구축되어야 할 것이다.

내부적 인적 역량강화를 위하여서는 국가인권위원회 조직을 혁신하는 것이 바람직할 수도 있지만 예산상 조직체계상 부담감이 있으므로 내부적으로 조직을 개선하는 방향으로 가는 것이 타당해 보인다. 외부적 인적 역량강화를 위하여서는 관계 인권단체와 협력하는 것이 중요하다. 하지만 외부적 인적 역량강화를 위해서는 인적 역량 강화 마당인 물적 역량을 강화하는 것이 필요하다. 특히 국가인권위원회 외부와의 건설적인 대화의 장은 국가인권위원회가 펼칠 필요가 있으므로 물적 역량을 통하여 외부적 인적 역량과 소통을 해야 한다. 물적 역량강화에서 가장 중요한 것은 데이터베이스화를 통한 지식관리체계(KMS)의 구축이다. 국제인권조약상의 관련 해석 및 견해를 데이터베이스화 하고 지식관리체계의 구축을 통하여 외부 인권단체와의 소통의 장을 마련할 필요가 있다. 제한된 인력과 예산을 가지고 있는 위원회가 위원회 외부의 전문성과 연계하여 그 능력을 극대화할 필요가 있다. 특히 국가인권위원회의 위상이 시민사회에 긴밀히 연계된 국가기구라는 점에서 위원회 외부, 특히 시민사회의 역량과 제휴하는 것은 위원회의 당면임무이자 효율성의 요청이기도 하다.

이와 같은 연구를 통하여 우리는 국내재판과정에서 국제인권기준 적용에 관한 법이론과 실제 판례와의 차이를 확인하였다. 국내 판결에서의 국제인권기준의 적용에 관한 일반 원칙을 도출하는 것은 외국법원 뿐 아니라 한국법원의 경우에도 마찬가지로 어려운 일이다. 앞서 언급한 바와 같이 한국법원은 아직까지 국제인권기준 적용에 신중하고 조심스런 입장을 취하는 경향이 강하나, 최근 하급심 법원을 중심으로 한 판례를 통해 인권분야에 있어서도 점차 국제기준을 적극 수용하려는 경향을 확인할 수 있었다. 충분한 판례가 축적되지 않았기 때문에 선불리 단정지을 수는 없으나, 이와 같은 판결들은 앞으로의 국내법원의 국제인권규범 적용에 관한 전향적 판결에 대한 예측을 가능케 한다. 이를 위한

국내법원의 국제인권친화적 기반과 국제인권정보체계 조성이 중요하며, 법정조언자로서 국가인권위원회의 역할이 더욱 강조된다. 따라서 이에 대한 연구는 앞으로도 계속 수행되는 것이 바람직하다고 판단된다.

부록 I 외국법원판례

미국

- The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 700 (1900)
Filartiga v. Pena-Irana, 630 F. 2d 876, 884 (2d Cir. 1980)
Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920)
Zschering v. Miller, 389 U.S. 429 (1968)
Foster v. Neilson, 27 U.S. (1829)
Sei Fujii v. State of California, 38 Cal. 2d 718, 242 P. 2d 617 (1952)
People of Saipan ex Rel. Guerrero v. United States Department of Interior, 502 F. 2d 90 (9th Cir. 1974)

캐나다

- Re Arrow River and Tributaries Slide & Boom Co. Limited [1932] 2 D.L.R. 250; [1932] S.C.R. 495
Davidson v. Slight Communications (1989), 59 D.L.R. (4th) 416; [1989] 1 S.C.R. 1038

영국

- Commercial and Estates Co. of Egypt v. Board of Trade [1925] 1 K.B. 271
Chung Chi Cheung v. The King [1939] A.C. 160
Thai-Europe Tapioca Service Ltd. v. Government of Pakistan [1975] 1 W.L.R. 1485, 1495
Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria [1977] Q.B. 529
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] 1 All ER 720
R. v. Chief Metropolitan Magistrate, ex parte Choudhury, WLR, 1990, 986
House of Lords(Appellate Committee), Regina v. Bartle and the Commissioner

of Police for the Metropolis and Others(Appellant), ex parte Pinochet(Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others(Appellant), ex parte Pinochet(Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) (No. 3), Judgment of 24 March 1999, [1999] 2 All E.R. 97

프랑스

Elections de Nolay, 18 April 1951

Car, 11 May 1960

Roujansky, 23 November 1984

Syndicat général de fabricants de semoules en France, Dalloz (1986),
Jurisprudence, 285

Lanache 사건, Recueil Dalloz Sirey (1981), 38

Bouilliez 사건, Annuaire Français de Droit International, 1994, pp. 961-962

Demirpence 사건, Annuaire Français de Droit International, 1996, p. 970

Directeur général des Douanes v. Société Cafés Jacques Vabre and J. Weigel &
Co., Dalloz (1975), 606

Ouin, Case no. 76-93.687.B. (Chambre Criminelle)

Le Jeune c. Mme Sorel, Annuaire Français de Droit International, 1994, p. 962

독일

BVerfGE 23, 288 (300)

BVerfGE 31, 145 (177)

BVerfGE 77, 170 (232)

BVerfGE 59, 280 (283 ff)

BVerfGE 63, 332 (337 ff)

BVerfG Decision of 21.3.1957 (1 BvR 65/54) = BVerfGE 6, 290 (300) = Fonttes
Juris Gentium, Ser. A, Sectio II, vol. 4, 25

OVG Nordrhein-Westfalen, Decision of 23.10.1990 (12 B 2298/90)

VGH Baden-Württemberg, Decision of 17.12.1991 (9 S 2162/90)
BGH Decision of 3.11.1992 = NJW 1993, 141
BGH Decision of 25.3.1993 = NJW 1993, 1932; BGH Decision of 20.10.1993 =
NJW 1994, 267
BVerfGE 74, 358 (370)
BVerfGE 39, 334
BVerwG, Decision of 20.1.1987 (1 D 114/85)
BVerfGE 8, 17
BVerfGE 44, 264
Kammergericht Berlin, RPfleger 1988, 330
Landgericht Heilbronn, EuGRZ 1991, 185-187
Landgericht Ansbach, JurBüro 1986
Amtsgericht Mannheim, EuGRZ 1983, 114
Landgericht Düsseldorf, JurBüro 1985, 428

일본

도쿄고등재판소판결 (1993년 2월) 법무성형사국외국인관계사례연구회편 '외국인범죄재판판례집' (1994) p. 55
오사카고등재판소판결 (1994년 10월 28일) 판례시보 1513호 p. 71
다카마츠고등재판소판결 (1997년 11월 25일) 판례시보 1653호 p. 117
도쿄지방법재판소판결 (1999년 11월 12일) 판례시보 1727호 p. 94
오사카지방법재판소판결 (2004년 3월 9일) 판례시보 1092호 p. 3
도쿄고등재판소판결 (1983년 10월 20일) 판례시보 1363호 p. 68
도쿄고등재판소결정 (1993년 6월 23일) 판례시보 1465호 p. 55
시즈오카지방법재판소하마마츠지부판결 (1999년 10월 12일) 판례시보 1718호 p. 92
삿포로지방법재판소판결 (2002년 11월 11일) 판례시보 1806호 p. 82
Judgment of 19 April 1972, Tokyo High Court, 18 Shomu Geppo 930, JAIL, 1974, 171.
Judgment of 30 March 1971, Tokyo High Court, 22 Gyoshu 361, JAIL, 1972, 87, 59 ILR, p. 472

Judgment of 19 December 1965, Kobe District Court, 260 Hanta 273
Judgment of 30 November 1978, Tokyo District Court, 490 Hanta 112
Judgment of 19 December 1984, Osaka High Court, 35 Gyoshu 2220
Judgment of 2 April 1969, Supreme Court Grand Bench, 23 Keishu 305, 311

부록 2 법정조언예시

부록 2-1 소송촉진등에 관한 특례법 제23조에 대한 권고

부록 2-2 19-민법중개정안에대한의견표명

부록 2-3 '타하 야신 라마단에 대한 형선고문제: 법정조언자로서 국제연합 인권고등판무관의 재판참가허가신청 및 재판참가신청'(In the matter of sentencing of Taha Yassin Ramadan: Application for leave to intervene as amicus curiae and application in intervention as amicus curiae of united nations high commissioner for human rights)

부록 2-4 '타하 야신 라마단에 대한 형선고문제: 법정조언자로서 국제연합 인권고등판무관의 재판참가허가신청 및 재판참가신청'(In the matter of sentencing of Taha Yassin Ramadan: Application for leave to intervene as amicus curiae and application in intervention as amicus curiae of united nations high commissioner for human rights)(영문 원본)

부록 2-1 소송촉진등에 관한 특례법 제23조에 대한 권고

국 가 인 권 위 원 회 (정 책 위 원 회) 결정

제 목 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 대한 권고

주 문

국가인권위원회는 법무부 장관과 법원행정처장에 대하여 소재불명으로 인한 피고인의 불출석 재판을 인정하고 있는 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제23조는 당사자에게 재판에 대한 사전 통보라는 최소한의 형사소송절차를 보장하지 않을 뿐만 아니라, 불출석 사유에 대한 피고인의 귀책 여부를 구분함이 없이 획일적으로 적용하여 책임 없는 사유로 불출석한 피고인이 방어기회 없이 유죄판결을 받을수 있게 함으로써, 재판을 받을 권리 및 적법절차의 원칙에 위배되므로 개정할 것을 권고한다.

이 유

I. 권고 배경

소송촉진 등에 관한 특례법 제23조(이하 '이 법률조항' 이라 한다)는 피고인의 소재를 확인할 수 없는 경우에 일정한 요건 아래 피고인의 진술없이 공판절차를 진행할 수 있도록 하여 형벌권의 신속한 행사를 도모하고 영구미제사건의 적체를 줄이고자 마련되었다.

헌법재판소는 이 법률조항에 대하여 공정한 재판을 받을 권리를 침해하며 헌법 제12조 제1항의 후문의 적법절차 원칙에 반한다고 위헌결정(헌재 1998. 7. 16. 97헌바22)하였으나, 결정사항의 일부만을 반영한 개정이 이루어졌다(1999. 12. 28.).

이에 이 법률조항의 인권침해에 대한 진정이 제기되고, 국가인권위원(이하 '우리 위원회'라 한다)는 국가인권위원회법(이하 '인권위법'이라 한다) 제19조 제1호에 의거하여 동 조항을 검토하고 개정을 권고하기로 결정하였다.

II. 판단기준

이 법률조항의 인권 적합성에 대하여 헌법 제12조 제1항, 제27조 제1항, 제37조 제2항, 시민적 및 정치

적 권리에 관한 국제규약 제14조 제3항(d)를 판단기준으로 하였다.

Ⅲ. 판단

헌법 제27조 제1항에서 규정하고 있는 재판받을 권리는 기능과 신분이 독립된 법관의 재판을 요구할 수 있는 재판청구권으로서의 권리와 그러한 법관에 의한 적법한 절차의 공정한 재판을 받을 수 있는 권리를 의미한다. 그리고, 적법한 절차의 재판에는 심급제와 대법원에 대한 상고절차가 포함되며, 공정한 재판의 절차적 보장을 위해서 당사자의 출석과 변론의 기회를 제공하여 충실한 공격·방어를 전개할 수 있도록 당사자주의와 구두변론주의를 요구한다.

또한, 시민적 및 정치적 권리에 대한 국제규약 제14조 제3항(d)는 형사상의 죄를 결정하는 경우에 그 재판에는 본인이 출석하여 변호할 것을 명시하고 있다. 이는 형사재판에서 당사자에게 사전에 적법한 방법으로 공판절차에 대해 통보하고 출석을 요청할 것을 의미한다. 즉, 당사자에게 공판에 출석하기 위해 충분한 사전 통보와 출석 기회를 제공한 경우에 한하여 당사자의 불출석 재판이 허용된다는 것이다.

그런데, 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조는 피고인의 소재를 전혀 확인할 수 없는 경우에 일정한 요건 하에서 피고인의 불출석재판을 인정하고 있다.

공정한 재판을 받기 위해서는 공판에 출석하여 진술해야 한다. 공판에 출석하는 것은 피고인의 방어권 보장과 실제적 진실발견을 위해서 중요하다. 공판출석을 위해 당사자에 대해 공판일시, 장소, 내용 등의 충분한 통보, 출석 요청을 통한 출석 기회 보장은 필수적인 적법절차이며, 정치적 및 시민적 권리에 관한 국제협약에서도 당사자에게 공판에 대한 사전 통보가 있는 경우에 한하여 불출석 재판을 할 수 있다고 하고 있다.

그런데, 피고인의 소재를 전혀 알 수 없는 경우에는 피고인에게 공판에 대한 충분한 통보나 출석 요청은 이루어질 수 없으므로 이러한 경우의 불출석 재판은 허용될 수 없다고 할 것이다.

즉, 이 법률조항에 의한 불출석 재판은 피고인이 공판에 대한 사전통보를 전혀 받지 못해도 공판이 이루어지도록 할 뿐만 아니라, 그 결과공개된 법정의 법관의 면전에서 모든 증거자료가 조사·진술되고, 이에 대해 피고인이 공격·방어할 수 있는 기회를 박탈하고 있으므로, 적법절차 원칙에 반하고 공정한 재판받을 권리를 침해한다고 할 것이다.

또한, 이 법률조항은 피고인의 불출석 사유를 구체적으로 고려하지 않고 획일적으로 불출석 재판을 인정하고 있다. 불출석의 사유에는 피고인에게 그 책임을 돌릴 수 있는 경우도 있으나 피고인이 공소가 제기된 사실조차 알지 못한 경우나 공소제기사실을 알고 있었더라도 책임을 돌릴 수 없는 경우가 있다. 그런데, 이 법률조항은 그 사유를 구분하지 않고 불출석 재판을 허용하고 있다. 이는 자신이 책임질 수 없는 사유로 불출석한 피고인에게는 부당한 경우로 적법절차 원칙에 반한다고 할 것이다.

Ⅳ. 결론

형사재판에서 피고인에게 공판에 대해 미리 통보하고 출석을 요구하는 것은 재판받을 권리의 보장을 위한 필수불가결한 절차이다. 그런데, 이 법률조항은 소재불명으로 피고인이 사전에 전혀 공판에 관한 내용을

통보받지 못하는 경우에도 불출석 재판을 허용하고, 또한 그 불출석의 사유에 대해 피고인의 귀책 여부를 구분함이 없이 획일적으로 불출석 재판을 허용함으로써, 공정한 재판을 받을 권리 및 적법절차 원칙을 침해 하고 있다고 판단된다. 따라서, 위원회는 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 주문과 같이 권고하기로 결정한다.

2005. 11. 14.

정책위원회 위 원 장 최 영 애

위 원 정 인 섭

위 원 최 금 숙

정본입니다.

2005. 11. 29.

국 가 인 권 위 원 회

행정주사 김 익 현

국 가 인 권 위 원 회

결 정

제목 : 민법중개정법률안에 대한 의견표명

법무부가 국회법제사법위원회에 상정한 민법중개정법률안, 이경숙 의원이 발의한 민법중개정법률안, 노회찬 의원이 발의한 민법중개정법률안에 대해 아래와 같이 의견을 표명합니다.

아 래

1. 가족의 범위와 관련해서는 일정한 범위의 혈족과 생활공동관계에 있는 일정한 범위의 인척에 대해 '가족의 범위' 규정을 두는 법무부 개정안에 동의함.
2. 자녀의 성과 본에 관해서는 현재 사회적으로 자녀의 성 변경 제도의 도입 및 모의 성을 따를 수 있는 방안 마련이 시급하다는 점에서, 법무부개정안, 이경숙 의원안에 동의함.
3. 친양자 제도 신설과 관련하여 친양자 제도는 입양아동과 양부모의 인권보호를 위한 바람직한 제도로서, 친양자 제도를 필요로 하는 가족상황을 고려할 때 친양자로 될 자의 연령제한을 두지 않는 것이 바람직하며, 친양자가 될 자가 의사를 표명할 수 있는 연령인 경우에는 그 의사를 표명할 수 있도록 하는 것이 바람직하므로, 노회찬 의원안에 동의함.

이 유

1. 검토배경

법무부가 2004. 6. 3. 국회법제사법위원회에 “민법중개정법률안”을 상정하고(이하 ‘법무부 개정안’이라 한다), 2004. 9. 9. 이경숙 의원이, 2004. 9. 14.에는 노회찬 의원이 ‘민법중개정법률안’(이하 각각 ‘이경숙 의원안,’ 노회찬 의원안’이라 한다.)을 발의하였다. 동 개정법률안들은 호주제도 폐지에 따른 법조항 정비, 자녀의 성 변경제도 도입, 친양자 제도 도입 등을 주요내용으로 하고 있는 바, 이는 국민의 인권보호와 향상, 특히 여성 및 아동인권과 관련된 내용으로서, 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 따라 검토하였다.

2. 검토대상 및 검토기준

가. 검토대상

민법중개정법률안 중 가족의 범위, 자녀의 성(姓)과 본, 친양자 제도

나. 검토기준

(1) 헌법

제11조 제1항 모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다. 제36조 제1항 혼인과 가정생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.

(2) 여성차별철폐협약

제16조 1. 당사국은 혼인과 가족관계에 관한 모든 문제에 있어 여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 하며, 특히 남녀 평등의 기초위에 다음을 보장하여야 한다.

(라) 부모의 혼인상태를 불문하고 자녀에 관한 문제에 있어 부모로서의 동일한 권리와 책임 : 모든 경우에 있어서 자녀의 이익이 최우선적으로 고려되어야 함.

(3) 아동권리협약

제7조 1. 아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생시부터 성명권과 국적취득권을 가지며, 가능한 한 자신의 부모를 알고 부모에 의하여 양육받을 권리를 가진다.

2. 당사국은 이 분야의 국내법 및 관련 국제문서상의 의무에 따라 이러한 권리가 실행되도록 보장하여야 하며, 권리가 실행되지 아니하여 아동의 무국적으로 되는 경우에는 특히 그러하다.

제12조 1. 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 상당한 비중이 부여되어야 한다.

2. 이러한 목적을 위하여 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적·행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 주어져야 한다.

3. 판 단

2003. 3. 11. 우리 위원회는 헌법재판소에 “호주제도 관련 규정인 민법 제778조와 제781조 제1항 본문 후단부분은 가족간의 종적 관계, 부계우선주의, 남계혈통계승을 합리적 이유 없이 강제하여 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권을 침해하므로 헌법에 위배되며 인권을 침해한다” 는 취지의 의견을 제출한 바 있다.

따라서, 법무부가 민법중개정법률안을 통해 호주제도를 폐지하고, 호주제도의 폐지에 따라 법조항들을 정비하였을 뿐만 아니라, 자녀의 성변경제도 및 친양자 제도를 도입하여 국민의 인권의 보호와 향상을 도모한 것에 대해 환영하며, 이경숙 의원과 노회찬 의원이 발의한 민법중개정법률안도 동일한 취지에서 발의된 것을 긍정적으로 평가한다.

민법중개정법률안의 내용 중 인권과 밀접하게 관련된 가족의 범위, 자녀의 성과 본, 친양자

제도에 대하여 법무부 개정안과 이경숙 의원안, 노회찬 의원안이 그 내용에 있어서 달리하고 있는 부분들이 있다.

가. 가족의 범위(법무부 개정안 제779조)

법무부 개정안은 가족의 범위를 “배우자, 직계혈족 및 형제자매, 그리고 생계를 같이하는 직계혈족의 배우자, 배우자의 직계혈족, 배우자의 형제자매” 로 규정하고 있으며, 이경숙 의원안과 노회찬 의원안은 가족의 범위 조항을 두지 않고 있다.

법무부 개정안이 일정한 범위의 친족을 포함하고 있지만, 원칙으로는 직계혈족, 형제자매 등을 중심으로 한 혈연중심의 가족개념에서 벗어나지 못 하고 있어 현재 존재하고 있는 혈연관계가 아닌 가족형태를 포용할 수 없고, 혈연관계가 아닌 가족형태에 대해 ‘비정상’이라는 편견을 해소시킬 수 없으므로, 가족의 범위를 규정하지 않는 것이 바람직하다는 의견도 있다.

그러나, 법무부 개정안은 가족의 범위를 공동생활관계중심으로 개선하고 일정한 범위의 인척으로까지 확장시켰으며, 가족 규정을 삭제하는 것에 대한 국민적 우려도 있고, 민법상 가족의 범위를 적용하고 있는 개별법령도 다수 존재하고 있으므로, 가족의 범위에 대한 최소한의 판단기준이 된다는 점에서 위 규정은 바람직하다고 판단된다. 따라서, 가족의 범위 규정을 두고 있는 법무부 개정안에 동의한다.

나. 자녀의 성과 본(법무부 개정안 제781조, 이경숙 의원안 제865조의2, 노회찬 의원안 제865조의2)

법무부 개정안과 이경숙 의원안은 자녀의 성과 본에 대해 부의 성과 본을 따르는 것을 원칙으로 하면서, 단서에서 부모가 혼인신고시 모의 성과 본을 따르도록 협의한 경우에는 모의 성과 본을 따른다고 규정하고 있는 반면, 노회찬 의원안은 자는 부모가 협의한 바에 따라 부 또는 모의 성과 본을 따르고, 부모가 협의할 수 없거나 협의가 이루어지지 아니하는 경우에 부 또는 모의 청구에 의하여 가정법원이 정하는 것으로 규정하고 있는 점에 차이를 보이고 있으며, 그 외의 내용에 대해서는 유사하다. 이들 개정안은 현행법이 자녀의 성과 본에 대해 원칙적으로 부의 성과 본만을 따르도록 규정하고 있는 것이 자녀의 성결정에 있어 모의 권리를 차별하고 있는 것이므로 평등의 원칙에 위배되는 것을 시정하고, 이혼가정과 재혼가정이 증가하면서 성불변의 원칙에 의해 침해받고 있는 해당 자녀들의 인권을 보호하고자 한 것으로서 바람직하다.

자녀의 성문제와 관련해서 중요한 것은 현재 성불변의 원칙으로 인권을 침해받고 있는 자들에 대한 구제라고 판단된다

따라서, 자녀가 모의 성을 따를 수 있도록 하고, 법원을 통한 성 변경을 가능하도록 하고, 자녀의 성변경 문제로 인해 사회적 논란이 확대되는 것을 방지하는 것이 바람직하다고 판단하여, 법무부 개정안과 이경숙 의원안에 동의한다.

다. 친양자 제도(법무부 개정안, 이경숙 의원안, 노회찬 의원안 제908조의2)

친양자 제도의 신설은 우리나라의 현실에 비추어 볼 때, 입양사실을 숨기고자 하는 비밀입양주의로 인하여 입양이 음성화되고, 친생부모관계를 전혀 알 수 없도록 하고 있으며, 자녀

가 친부의 성을 따르는 것이 원칙이기 때문에, 많은 재혼가정에서 아내의 자녀를 입양한 경우에 그 자녀의 성이 양부의 성으로 바뀌지 않음으로써, 친족관계는 물론 학교 등 사회생활 속에서 양부와 성이 다른 아동에 대한 의식적·무의식적 인권침해 행위가 발생하고 있음을 간과할 수 없다.

친양자 제도는 우리나라에서 입양사실이 드러나는 경우에 입양아와 그 양부모에게 결코 이롭지 않다는 현실을 인정하고, 양자임이 드러나지 않는 입양제도가 필요한 현실을 반영한 것이므로, 아동과 그 부모의 인권 보호차원에서 바람직하다고 판단된다.

그런데, 친양자로 될 자의 연령을 규정할 것인가와 관련해서는 친양자 제도를 필요로 하는 가족상황을 고려할 필요가 있다. 현실에서 친양자 제도의 도입을 절실히 요청하고 있는 것은 재혼가정이다.

재혼가정에서 배우자의 자녀를 친양자로 입양하는 것과 관련해서는 현재의 급증하는 이혼추세를 고려할 때 연령 제한을 두는 것은 문제가 있을 수 있다. 2003년 통계청의 자료를 보면 이혼평균연령은 남자 41.3세, 여자 37.9세였으며, 평균동거기간은 11.4년이었다.

법무부 개정안은 친양자로 될 자에 대해 ‘7세 미만’이라는 연령제한을 두고 있는데, 위와 같은 이혼평균연령을 고려하면, 재혼부모의 자녀들은 대부분 요건에 해당하기 어려울 것이다.

이혼가정의 아동을 친양자로 입양하거나 재혼으로 배우자의 자녀를 친양자로 입양하는 경우를 고려한다면, 친양자의 연령제한은 오히려 연령 차별 문제와 복리 침해 문제를 초래할 우려가 크므로, 이는 바람직하지 않다고 판단된다. 특히, 배우자의 자녀를 친양자로 하는 경우에는 연령제한을 두지 않는 것이 재혼가정의 요구에 적합할 것이다.

한편, 아동권리협약은 “자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 연령과 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 하며, 이러한 목적을 위하여 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적·행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 주어져야 한다(제12조)” 고 규정하고 있다. 이러한 점에서, 친양자가 일정한 연령이상으로 의사능력이 있는 경우나 성년자인 경우에는 그 의사를 반영하도록 규정을 정비할 필요가 있다고 판단된다. 따라서, 친양자로 될 자의 연령을 제한하고 있지 않으며, 15세 이상 아동에 대한 동의권을 인정하고 있는 노회찬 의원안에 동의한다.

4. 결 론

법무부, 이경숙 의원, 노회찬 의원의 민법중개정법률안은 모두 인권의 보호와 향상을 위한 법안이며, 특히 자녀의 성변경 제도 및 친양자 제도의 신설은 이혼율이 급증하고 재혼가정이 증가하고 있는 현실에서 자녀가 이혼 또는 재혼한 어머니와 함께 생활하고 있는 경우에 현행법상 성불변의 원칙 때문에 이들 자녀가 겪고 있는 현실적인 인권침해를 감소시킬 것이므로, 개정안의 조속한 심의와 통과를 기대한다. 이에 국가인권위원회법 제19조 제1호의 규정에 의하여 위와 같이 의견을 표명하기로 결정한다.

2004. 10. 25.

부록 2-3 '타하 야신 라마단에 대한 형선고문제: 법정조언자로서 국제연합
인권고등판무관의 재판참가허가신청 및 재판참가신청'(In the
matter of sentencing of Taha Yassin Ramadan: Application
for leave to intervene as amicus curiae and application in
intervention as amicus curiae of united nations high
commissioner for human rights)

Taha Yassin Ramadan에 대한 선고

법정조언자(*Amicus Curiae*)로서의 참가에 대한 허가를 구하는 신청 및
국제연합인권고등판무관(United Nations High Commissioner for Human Rights)의
법정조언자로서의 재판 참가에 관한 신청

목차

Taha Yassin Ramadan에 대한 선고와 관련하여

1. 국제연합인권고등판무관(이하 “고등판무관”) Louis Arbor은 Taha Yassin Ramadan에 대한 이라크
고등 법원에서의 법정조언자로서 재판 참여 및 이라크 고등 법원에서의 선고 절차에의 참여를 위한 허가를
신청하는 등 내용을 기탁한다.

I. 사건 배경

2. 2005년 10월 19일 소송절차 개시 이래, 이라크 고등 법원(이하 “법원”) 재판 회의장에서는 2006년
11월 6일 본 사건 관련 피고 Taha Yassin Ramadan (이하 “피고”) 및 그 밖에 6명의 피고들에 대한 기
소가 이루어졌다. 이들의 죄명은 1992년 Dujail시에서 실패하였던 암살계획의 진압과 관련된 각종 중대한
범죄 혐의에 대한 것이었다. 8번째 피고는 사면되었으나, 본 피고는 종신형에, 그 외 3명의 피고에 대해서
는 사형이 선고되었다. 피고들 전원은 이러한 법원 결정에 항소하였다.

3. 2006년 12월 26일, 이라크 고등 법원의 상소법원 회의장에서는 사형이 선고된 3명의 피고를 포함하
여 모든 상소피고인들의 죄를 재확인하였다. 다만 본 사건 관련 피고에 대해서는 상소법원은 선고하였던
형을 면제하고 “본 피고에 대한 죄를 강화함과 동시에 적정한 법적 한계로 죄명을 올리라”며 본 사건을
법원으로 환송하였다. 본 사건에서의 법정조언자로서의 재판참가허가 신청 및 법정조언자로서 재판참가신
청과 관련하여서 본 피고인에 대한 법원의 선고내용을 다음과 같이 재검토하여줄 것을 요청하는 바이다.

II. 법정조언자로서의 재판참가허가

4. 고등판무관은 인권에 관한 문제에 있어서는 수석 관리라 할 것이다. 그녀에게는 총회 및 안전보장이 사회의 결의에 포함된 국제연합으로부터의 위임장이 존재한다. 고등판무관의 명령의 근원은 1994년 1월 7일 국제연합총회 결의 45/141에 기원한다 할 것이다. 동 위임장은 모두에 의한 모든 시민적, 정치적, 경제적 및 사회적 권리의 증진 및 보호를 위하고, 권한 있는 국제연합 기관에서 그녀에게 위임한 임무를 수행하며, 인권 침해를 방지하며, 국제연합 내에 관련 활동들을 조화롭게 진행하고, 국제연합 인권 제도를 강화하고 보다 합리화하는 것을 그 내용으로 하고 있다.

5. 고등판무관의 위임장은 그녀로 하여금 국가들의 국제인권기준 이행여부에 관하여 감독, 평가, 조사 그리고 보고할 것을 명령하고 있다. 이 같은 위임장은 국제연합 정부간 기구로부터 위탁된 것으로 고등판무관에 대해 국제사회를 위하여 그리고 국제사회를 대신하여 그 같은 역할을 수행해줄 것을 요구하고 있다 할 것이다. 이라크를 포함하는 각 회원국들이 국제연합 헌장에 구속될 것에 동의한 결과 고등판무관의 특별한 지위와 그 위임의 범위에 관한 동의도 함께 이루어졌다고 생각된다.

6. 동 위임장에 따른 권한 실행의 결과, 고등판무관은 이라크가 가입한 국제인권조약들을 포함하는 각종 국제인권법의 실행, 해석 및 적용에 관한 특별한 경험을 가지고 있다. 고등판무관은 본 사건에 적용될 수 있을 관련 법 규정에 관한 그녀의 견해가 근본적인 정의의 원칙에 부합하는 결정 및 이라크의 국제적 의무에 합치하는 판단을 내리고자 하는 동 법원에 대하여 유용가치가 있다고 생각된다.

7. 고등판무관은 인권을 보호할 것을 촉구하는 동 위임장이 그녀로 하여금 위임권한을 효과적으로 행사할 수 있는 권능 및 수단을 제공한다고 보았다. 특히, 이 같은 고등판무관의 참여가 국내, 국제 및 다국적 법정에서의 동 위임장의 대상 및 목적을 증진하여줄 것이라고 볼 때, 이 같은 참여는 적정하며 당연한 권리라고 생각된다.

8. 그 결과, 인권고등판무관은 본 절차에 있어서 법정조언자로서의 재판참가허가를 신청하는 바이다.

IV. 법정조언자로서 재판참가신청

9. 고등판무관은 이라크 국민이 다년간에 걸쳐 지속적으로 억압, 심각한 인권 침해 및 계속되는 분쟁에 의한 피해를 입어왔다는 사실을 확인한다. Saddam Hussein 하에서의 정책, 법규 그리고 제도적 구조는 정치적 억압, 표현, 결사 및 종교의 자유에 대한 제약, 인종청소와 사유재산의 몰수; 인종적 그리고 종교적 집단에 대한 광범위한 차별; 지속적인 고문과 사형선고에의 졸속재판에 기여하여 왔다. 그간 이라크 내에서 이루어진 악명 높은 인권 유린은 그간 국제연합인권위원회 특별보고자 및 비정부 인권기구들에 의해 다년간에 걸친 자료가 축적되어져 왔다. 이러한 지난 참사에 대한 문제가 정확히 짚어져야 하고 또한 이들

인권침해자들에게 대한 정의가 구현되어야 함에는 의심의 여지가 없다할 것이다. 유가족에게는 희생자들에게 일어난 일들 및 이라크 내에서 일어난 일들에 대해 알 권리가 있다 할 것이다. 이와 같은 정의 구현 및 책임의 귀속을 목적으로 하는 조치들은 국제적 기준, 관행 및 경험에 기초하여 이루어질 때 보다 더 강한 효과가 나타나게 될 것이다.

10. 고등판무관은 중대하고 잔혹한 인권유린이 이루어져왔던 과거 정권으로부터 일어난 피해자 및 동 사회의 정의 구현에 대한 강한 요구에 공감한다. 아울러 그녀는 이처럼 중대한 범법자들에게 대한 법에 의한 올바른 정의구현을 이룩하는 한편 동시에 피고들에 대한 권리를 존중하기에 충분한 시간적 여유를 갖고 이 문제를 접근하는 것이 얼마나 어렵고 복잡한 일인지를 잘 알고 있다. 동시에, 그간 다양한 사실관계에 근거한 세계 각국의 사건들을 토대로 볼 때, 진정으로 과거를 이해하고 국가적 화해와 정의구현을 위해, 피해자와 피고 모두를 위해 법의 지배 및 인권에 대한 존중에 기초한 항구적이며 지속가능한 사회의 설립을 위해서 이 같은 절차와 관련된 사실과 해석에 있어 절대적인 청렴이 얼마나 중요한지를 일깨워주고 있다.

11. 원칙적으로 고등판무관은 어떠한 경우에 있어서도 사형의 선고에 반대하는 입장이다. 이는 결백한 자에 대한 돌이킬 수 없는 사형선고의 집행을 피하기 위함이고, 이 같은 사형선고에 의한 범죄 위하의 증거 부재, 사형선고에 내재하는 복수적인 특징, 미래의 범죄예방 및 처벌을 위해서는 종신형으로 모든 형벌학적 목적의 충족이 가능하다는 점 등을 포함하는 다양한 정책적 근거에 기초한 것이다. 이 결과, 많은 국가들에서는 전세계적으로 사형선고에 대한 엄격한 적용, 사형선고의 일시적 정지 및 동 선고에 대한 금지 등이 이루어지고 있다. 또한 이들 국가들의 관행과 함께, 국제연합의 지지를 받는 법원은 사형선고를 하지 않으며 이와 함께 중대한 범죄 처벌을 위한 국제사회의 장이라 할 수 있는 국제형사재판소에서도 사형선고의 권한이 인정되지 않는다. 그러나 이 같은 정책에도 불구하고, 고등판무관은 현 국제법에 따르면, 사형선고는 법적으로도 완전히 금지되지 않았으며 엄격한 요건 하에 여전히 허용되고 있다 할 것이다. 그 결과 고등판무관은 현 절차에서 적용 가능한 관련 법률에 대해 알리는 바이다.

A. 주장 내용

12. 고등판무관은 현 상황에서 동 피고인에 이라크법에 근거한 사형선고는 이라크의 시민적·정치적 권리에 관한 규약에 근거한 의무, 그중에서도 특히 제 6조(이 조항은 생명에 대한 자의적인 박탈을 금지하며 아울러 사형선고의 부과에 대한 가능한 한계를 제시한다); 제7조(고문, 그밖에 다른 잔인한, 비인도적 또는 굴욕적인 대우 또는 처벌 또는 이 같은 위협에의 노출로부터의 보호를 규정하고 있다)에 따른 의무에 위배된다고 본다.

B. 법원의 판시사항

13. 본 법원으로서의 사형선고의 부과가 이라크의 국제적 의무, 특히 시민적·정치적 권리에 관한 규약(이하 “규약”)에 따른 의무에 합치하는지 여부를 판단해야 할 것이다. 고등판무관의 관점에서 볼 때, 동

법원의 판시사항은:-

a) 시민적·정치적 권리에 관한 규약 제14조에서 규정하는 적법절차에 의하지 않은 동 피고에 대한 원심 및 상소심 판결에서의 사형선고는 규약 제6조에 위배된다는 점;

b) 동 피고인에 대한 불공평한 재판이 규약 제7조에서 금하고 있는 잔인한, 비인도적 또는 굴욕적인 대우 또는 처벌에 해당하는지 여부;

c) 동 피고인에게 선고된 형의 면제 및 감형에 대한 고려를 배제하는 국내법적 해석의 결과로 볼 때 동 사형선고가 규약 제6조를 위배하는지 여부;

d) 3명의 다른 공동피고인에 대한 사형이 제7조에서 금지하고 있는 잔인하고, 비인도적이며 굴욕적인 대우 또는 처벌에 이른 상황에서, 이 같은 대우가 반복되지 않도록 충분한 조치가 취해지지 않았다는 점으로 미루어 피고에 대해 부과된 사형선고 또한 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 대우 또는 처벌에 해당 된다;

e) 관련 국내법에서 형선고 후 30일 이내에 집행이 이루어지도록하고 있는 본 피고에 대한 사형선고의 부과는, 그 밖에 중대한 인권 침해에 대한 피고의 형사적 책임에 대하여 효과적인 해결책을 구하도록 하고 있는 규약 제2조, 6조 및 7조에 따른 제3당사자의 권리에 위배되는 것이다.

C. 법정조언자로서의 신청

관련 국제법규

14. 이 규약은 승인 후, 본 상소법원의 2006년 12월 26일 결정문에서 나타난 바와 같이, 이라크 내에서 1976년 3월 23일에 효력이 발생하였다. 효력 발생 후, 본 규약은 그 국가 내에서 제4조에 따른 엄격한 하에서의 예외적인 경우를 제외하고는 항상 어떠한 상황에서도 적용된다 할 것이다.

15. 본 사건과 관련되는 규약의 규정내용이 이하에서 명시되어 있다.

생명권과 관련하여 제6조의 관련부분에서는 다음과 같이 밝히고 있다.

1. 모든 인간은 고유한 생명권을 가진다. 이 권리는 법률에 의하여 보호된다. 어느 누구도 자의적으로 자신의 생명을 박탈당하지 아니한다.

2. 사형을 폐지하지 아니하고 있는 국가에 있어서 사형은 범죄 당시의 현행법에 따라서 또한 이 규약의 규정과 집단살해죄의 방지 및 처벌에 관한 협약에 저촉되지 아니하는 법률에 의하여 가장 중대한 범죄에 대해서만 선고될 수 있다. 이 형벌은 권한있는 법원이 내린 최종판결에 의해서만 집행될 수 있다.

3. 생명의 박탈이 집단살해죄를 구성하는 경우에는 이 조의 어떠한 규정도 이 규약의 당사국이 집단살해죄의 방지 및 처벌에 관한 협약의 규정에 따라 지고 있는 의무를 어떠한 방법으로도 위반하는 것을 허용하는 것은 아니라고 이해한다.

4. 사형을 선고받은 사람은 누구나 사면 또는 감형을 청구할 권리를 가진다. 사형선고에 대한 일반사면, 특별사면 또는 감형은 모든 경우에 부여될 수 있다.

...

6. 이 규약의 어떠한 규정도 이 규약의 당사국에 의하여 사형의 폐지를 지연시키거나 또는 방해하기 위하여 원용되어서는 아니된다.

제7조에서는 관련부분에서 “ 어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다”고 규정하고 있다.

제14조는 다음과 같이 밝히고 있다.-

1. 모든 사람은 재판에 있어서 평등하다. 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄의 결정 또는 민사상의 권리 및 의무의 다툼에 관한 결정을 위하여 법률에 의하여 설치된 권한 있는 독립적이고 공평한 법원에 의한 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다. 보도기관 및 공중에 대하여서는, 민주 사회에 있어서 도덕, 공공질서 또는 국가안보를 이유로 하거나 또는 당사자들의 사생활의 이익을 위하여 필요한 경우, 또는 공개가 사법상 이익을 해할 특별한 사정이 있는 경우 법원의 견해로 엄격히 필요하다고 판단되는 한도에서 재판의 전부 또는 일부를 공개하지 않을 수 있다. 다만, 형사소송 기타 소송에서 선고되는 판결은 미성년자의 이익을 위하여 필요한 경우 또는 당해 절차가 혼인관계의 분쟁이나 아동의 후견문제에 관한 경우를 제외하고는 공개된다.

2. 모든 형사피의자는 법률에 따라 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리를 가진다.

3. 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 있어서 적어도 다음과 같은 보장을 완전 평등하게 받을 권리를 가진다.

(b) 변호의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 거소가 본인이 선임한 변호인과 연락을 취할 것

(c) 부당하게 지체됨이 없이 재판을 받을 것

(d) 본인의 출석하에 재판을 받으며, 또한 직접 또는 본인이 선임하는 자의 법적조력을 통하여 변호할 것. 만약 법적조력을 받지 못하는 경우 변호인의 조력을 받을 권리에 대하여 통지를 받을 것. 사법상의 이익을 위하여 필요한 경우 및 충분한 지불수단을 가지고 있지 못하는 경우 본인이 그 비용을 부담하지 아니하고 법적 조력이 그에게 주어지도록 할 것

(e) 자기에게 불리한 증인을 신문하거나 또는 신문받도록 할 것과 자기에게 불리한 증인과 동일한 조건으로 자기를 위한 증인을 출석시키도록 하고 또한 신문받도록 할 것

...

(g) 자기에게 불리한 진술 또는 유죄의 자백을 강요당하지 아니할 것

...

효과적인 해결을 위한 권리에 관해서는 제2조에서 다음과 같이 규정하고 있다:-

1. 이 규약의 각 당사국은 자국의 영토내에 있으며, 그 관할권하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 확보할 것을 약속한다.

2. 이 규약의 각 당사국은 현행의 입법조치 또는 기타 조치에 의하여 아직 규정되어 있지 아니한 경우, 이 규약에서 인정되는 권리들을 실현하기 위하여 필요한 입법조치 또는 기타 조치를 취할 위하여 자국의 헌법상의 절차 및 이규약의 규정에 따라 필요한 조치를 취할 것을 약속한다.

3. 이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다.

(a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무집행중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것

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

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

16. 이라크는 이 같은 규정들에 대한 유보를 하지 않았고 그 결과 이라크에 대하여 완전하게 적용되며 국제법상으로 이라크를 구속하게 된다. 동 규정들은 이라크에 대한 조약의 효력 발생과 함께 정부의 변경과 상관없이 이라크에 대하여 계속적으로 적용되게 된다. 동 조약의 국제법상 결과에 따라, 조약법에 관한 비엔나협약에서는 (제26조에서) “유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다”라고 하며 아울러 제 27조에서 “어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 안 된다”고 밝히고 있다. 이로 볼 때 국가가 국제법상의 의무를 이행하지 않는 것은 결국 국제적 책임의 결과를 야기한다 할 것이다.

17. 규약 제40조에 근거하여 설립된 시민적·정치적 권리위원회는 동 규약의 내용을 해석하고 그 규정의 의미를 보다 상세히 설명하도록 하는 숭고한 도덕적 목적을 가진 전문가들로 구성된 독립된 기관이라 할 것이다. 위원회가 이 같은 역할을 수행하는 중요한 수단은 규약에 대한 첫 번째 의정서에 근거하여 규약 침해를 주장하는 자들과의 개별적 면담이라 할 것이다. 이사회에 의한 규약 의미에 관한 지도는 동 규약에 따른 의무를 지는 모든 당사국들과 관련되며 이들 국가를 보조한다. 그 밖에 다른 지역적 및 국제적 법원에서 이루어지는 이와 비슷한 국제인권법에 대한 판결 내용 또한 실질적 보조로서 작용한다 할 것이다.

논의

협약 제14조에 합치하지 않은 사형선고의 부과

18. 제6조 제2항에서는, 사형선고는 “그것이 동 규약의 다른 규정에 위배되지 않는 경우에 한하여” 부과될 수 있다고 보고 있다. 이 같은 위원회의 한결같은 입장은 모든 사형선고 재판과 관련하여 그것이 제14조에 의한 모든 가능한 적법절차를 따라야 하며, 이에 따르지 않은 사형선고의 부과는 곧 자의적이라는 의미로 동 규정을 해석하기 위함이다. Reid v. Jamaica 사건에서는 위원회는 동 법규에 대해 다음과 같이 주장하였다:

“법원에 의한 규약의 규정에 합치되지 않은 사형선고의 부과는 동 규약 제6조에 위배되는 것이다. 이사회가 일반 논평(general comment) 제 6(7)에서 밝히고 있는 것처럼, 사형선고가 오로지 법에 따라 선고되어야 하며 규약 내 규정에 위배되어서는 안 된다는 것은 곧 ‘독립된 법원에 의한 공평한 심리, 무죄추정의 원칙, 피고의 방어할 수 있는 최소한의 보장, 상소기관에 대한 상소의 권리를 포함하여 적법절차의 원칙이 지켜져야 함’을 의미하는 것이다.”

19. 본 절차에 있어서 고등판무관은 적법절차원칙과 관련해서 구체적으로 다음과 같은 4 가지 점에 우려를 가진다. 곧, 권한 있는 법원에의 공평한 재판, 무죄추정의 원칙, 평등한 조건하에서의 증거의 제시, 피고변호인에 의한 적정한 변호권 행사 그리고 상소의 가능여부가 그것이다. 이에 대해서는 이하에서 보

다 상세히 언급되어 있다.

i) 권한 있는 법원에서의 공평한 재판; 무죄추정의 원칙

20. 규약 제14조 제1항에서는 법원의 독립을 보장하며, 제2항에서는 무죄추정의원칙을 규정하고 있다. 이 같은 근본적인 보장은 불공평한 정의를 흔히 실현하는 형법절차에서 가장 근본적인 보장내용이라 할 것이다. 이는 국제법과 모든 법체계에서 적법절차에 관한 가장 기초적 요소라 할 수 있겠다. 이 같은 권리의 완전한 보장은 관련 당국에 의한 존중 및 확고한 법적 그리고 제도적 보장 등을 필요로 한다 할 것이다.

21. 제도적 단계에 있어서, 동 법원의 법적 체계는 최소한 2가지 조직적 결함을 갖고 있다. 동 법원 규정 제4조에서는 법원 절차 중 어떤 이유에 근거한 것이든 판사의 이동을 허용하고 있으며, 이와 함께 제33조에서 판사로서 요구되는 회원자격을 Baath당 회원에 대해서는 그 지위와 신분에 관계없이 금지하고 있는 것이다. 아쉽게도, 이 같은 규정들은 재판 현실 및 관점에 대한 중대한 부정적 영향과 함께 그간 재판 절차에서도 지속적으로 원용되어 왔다. 장관이사회에서는 Saddam Hussein에게 우호적인 판사들을 2006년 9월 해임시키기 위한 과정으로서 지속적으로 제4조를 언급한 바 있다. 재판 전에 판사가 해임되는 것에 대한 타당성에 대해서는 의문이 없으나, National DeGaathification Commission에 의해 제33조에 근거하여 재판 진행 중에도 판사들에 대한 지속적인 법원으로부터의 이동이 이루어진 것은 법원에 대하여 의도하였던 그렇지 않았던 판사들이 편의를 위해 종사한다는 인상을 불가피하게 심어주었다 할 것이다. 예컨대, 특정 정부 간부들은 예비 판사 Sae'ed Al-Hamashy가 Baath 당의 회원이라는 이유로 그의 승진을 배제하였다. 시민적·정치적 권리 위원회에서 보건대, 이 같은 사법적 기능에 대한 간섭은 규약 제14조 1항을 위배한다 할 것이며, 이는 곧 판사들의 경우에 있어서는 “지시를 받아서는 안 되며 그들의 권한을 행사함에 있어서 다른 국가 기관에 대하여 의존해서는 안 된다는” 조건과 합치되지 않는다 할 것이다.

22. 재판과정에서 최고위급 간부들을 포함하는 정부 및 사법적 간부들이 피고에 대한 유죄의 확정, 본 사건에서 이루어져야 하는 선고의 내용과 그를 위한 적절한 법원의 역할과 관련된 명시적인 의견들을 지속적으로 언급하여왔다 할 것이다. 위원회로서는 이 같은 고위공무원에 의한 유죄확정판결이전에 이루어지는 언급들은 규약 제14조 2항에 규정된 무죄추정의 원칙에 위배된다고 본다.

(ii) 무기대등의 원칙

23. 공평주의에 근본이며 동시에 시민적·정치적 권리위원회에 따른 공평한 재판의 전제조건은 곧 형사 재판절차에서 원고와 피고 사이에서의 재판이 동등한 법적 절차에 근거하여 이루어지는 소위 무기대등의원칙이라 할 것이다. 저명한 학술 평가에서는 이 같은 무기대등의원칙(audiat et altera)을 “형사절차의 핵심”에 있으며 “공평한 절차에 있어서 무엇보다도 중요한 요소”라고 특정시키고 있다. 구유고전범재판소에서는 동 원칙에 대하여 다음과 같이 평가하였다: “무기대등의 원칙은 법에서 제공하는 공평한 재판을 보

장해주며 사법기관으로 하여금 양당사자가 사건에 임함에 있어 불이익을 받지 않을 것을 보장한다. 공평한 절차는 최소한 '원고에 대하여 피고가 불리한 처지에 놓이지 않게 하기 위하여 피고로 하여금 스스로를 변호하기에 적절한 시간과 설비를 보장하여야 하는 것을 의미한다.' 특히, 무기대등의원칙은 제시된 증거에 대하여 공평하게 반박할 수 있는 기회와 함께 피고에 대하여 불리하게 인용될 증거에 대한 공평한 통지가 이루어짐을 원칙으로 할 것이다.

24. 본 피고의 사건과 관련해서는, 2006년 2월 13일, 전체 증거의 상당한 부분을 차지하는 원고의 23명의 증인들과 관련해서 피고변호인단에 의한 필요한 질의의 기회가 제공되지 않은 채 기록에 포함되었다(피고인에 대한 증거목록에 사전에 포함되지 못한 채). 본 사건이 2006년 3월에 종료된 이후에도, 원고는 피고에 대하여 Dujain의 시민들에 대한 억류와 관련하여 피고가 직접 서명한 서류를 증거로 제출하였고 2006년 4월에는 피고와 다른 공동피고인 Hussein 간의 대화를 녹음한 내용을 증거로 제시하였다. 피고에 대한 재판절차가 종료되는 과정에서도 원고는 세 건의 재산물수와 관련해서 피고가 서명한 서류와 그와 Hussein간의 대화내용을 녹음한 것을 제출하였다. 마지막으로 2006년 6월 13일, 본 재판의 판사는 피고의 사건을 충분한 증거가 제시되었다는 근거 하에, 방어를 위한 일정 또는 변론이 가능한 잔여 기간 등을 사전에 조율함이 없이 본 사건을 종결하였다. 고등판무관은 이와 같이 뒤늦게 제출된 증거들을 수용한 이유 또는 본 사건을 종결시키는 것이 왜 적절한지에 관한 설명도 없이 일어난 이 같은 일련의 결정들은 모두 규약 제14조에 근거한 무기대등의원칙에 위배되며 그 결과 불충분하게 검증된 정보에 대한 왜곡된 의존을 필연적으로 수반하게 된다고 보았다.

(iii) 법적인 전문 권한을 행사할 피고변호인의 권리

25. 피고로 하여금 스스로 또는 변호인을 통해 자신을 변호할 수 있는 권리는 제14조 3항에 규정되어 있으며, 이는 특히 효과적인 방어를 위한 준비와 효과적인 방어를 제공 및 준비하기 위해 필요한 시간을 제공하는 내용을 담고 있다. 변호인들은 자신의 변호할 권리를 보다 현실화 하고, 그들의 법적 그리고 도덕적인 의무와 함께 자신의 안전 또는 다른 편견에 대한 두려움 없이 의뢰인에 대한 전문적인 의무를 다할 수 있어야 한다. 이 같은 확신 없이는, 변호인의 기능은 실질적으로 매우 제한적이고 축소되며 규약 제14조에서 요구하고 있는 형사절차의 공평한 결과에 대한 부수적인 효과만 갖게 될 것이다. 특히, 이라크 내부의 극단적인 정치적 및 치안 상황은 변호인들의 안전과 관련해서 재판과정 중 특별한 어려움으로 작용하였다 할 것이다. 그리고 이 같은 위협 요인들에 근거하여 피고변호인들에 대한 공격의 위협이 명백함을 확인하고 이들에 대한 적절한 보호 장치의 정비가 이루어졌어야 했다고 보여진다. 그러나 2005년 11월, 공동 변호인 중 한명은 다치고 다른 피고변호인은 살해되었다. 그 이후 변호인도 2005년 10월 그리고 2006년 6월 차례로 살해되었다. 정부와 피고변호인들 간에 한 명당 3명의 경비원과 무기를 소지할 수 있도록 허가 해주는 합의가 이루어졌으나 경호원들의 봉급은 지급되지 않았고 허가는 잘 이루어지지 않아 동합의 내용은 결국 적절하게 지켜지지 못하였다. 2005년에 이와 같은 치안 문제와 관련해서 제기된 법원에의 공식적인 신청도 답변되지 않았다. 이 같이 피고변호인들에 의한 본 피고에 대한 완전한 전문적 의무 이행을 제한하는 것은 그들의 피고에 대한 완전한 변호의 권리를 침해한다 할 것이다.

26. 고등판무관은, 이 같은 일련의 사건들이 다 함께 규약 규정 제14조에 따른 불공평한 재판을 구성한다고 하였다.

(iv) 법과 사실에 관한 포괄적인 재심

27. 규약 제14조 5항에서는 사실과 법에 대한 판결 및 형벌과 관련해서 상급법원에의 완전한 상소를 인정하고 있다. 시민적·정치적 권리위원회는 동 규정이 “상소법원이 재판에서 제시된 증거 뿐 아니라 법원의 행동자체에 대해서도 평가할 것(고등판무관에 의한 강조)”을 요구하고 있다. 본 사건에서, 이라크 법에 따라 볼 때, 상소법원은 이 같은 일련의 사건들에 대해 검토하고 이를 시정하기 위한 적절한 결론, 예컨대 재심사와 같은 조치를 취하였어야 할 것이다. 본 피고를 포함한 다른 모든 이들에 의한 상소의 신청은 상기 언급된 문제점과 함께 재판의 공평과 관련하여 많은 논란을 불러일으켰다. 고등판무관은 상소기구가 피고변호인단으로 하여금 상소제기를 위해 30일이라는 제한된 시간을 제시한 것을 필두로 하여 법원의 피고변호인들에 대하여 충실한 서명 판결을 제시하지 못한 부분에서 이미 편향되어 있었다고 본다.

28. 상소법원의 결정은 그러나 이 같은 문제점에 대해 불충분하게 지적하였고 대신 피고의 재심의 기회를 박탈한 채 본 피고의 죄명을 다시 한 번 재확인하였을 뿐이다. 20 쪽 분량의 결정에서, 상소법원은 이 같은 문제점들에 대하여 간략하게 언급하였는 바:

“ 동 법원은 그 외 다른 방어들과 관련해서는, 피고는 공평한 절차를 위한 충분한 보장이 이루어졌다고 본다. 각각의 피고는 모두 그들에 대하여 제기된 기소 내용을 충분히 통지 받았다. 각 피고는 스스로를 변호할 충분한 기회, 법적 상담자의 도움을 통해 그들의 법정조언자 및 변호인을 개별적으로 선정할 수 있는 기회가 제공되었다. 각 피고인은 피고증인을 심문할 수 있는 기회가 주어졌다. 각 피고인은 그들에게 주어진 변호의 권리를 완전하게 활용하였다고 보여진다. 각 피고인은 그들이 원하지 않은 진술을 하도록 강요되지 않았다. 그 결과 동 피고들의 주장 내용은 이해 모두 거부되는 바이다.”

29. 고등판무관은 이 같은 약식처분은 규약 제14조 5항에서 요구하는 재판의 청렴성 및 공평함에 관한 근본적인 문제를 “완전하게 검토”하지 않았다고 본다. 기존 재판에서 발생하였던 규약 제14조에 대한 위반은 결국 상소기구에서도 미해결 상태로 남겨졌고 그 하자는 치유되지 못하였다고 본다. 이에 따라 고등판무관으로서의 재판의 본 단계에서의 사형선고는 규약 제14조에 합치되지 않는 결과 이는 궁극적으로는 규약 제6조 2항에 위배된다고 할 것이다.

비인권적 행위에 대하여 이루어진 불공평한 재판 및 그에 따른 사형선고가 협약 제7조에 위배된다는 사실

30. 잔인한, 비인도적인 그리고 굴욕적인 대우 또는 처벌의 금지는 규약 제7조 및 다른 지역적 인권 조

약에 함께 반영되어 있는 국제인권규범이다. 「유럽인권협약」 및 천부적인권(제3조)의 관련규정을 보건데, 유럽인권법원은 악명 높은 테러단체의 지도자에 대하여 이루어진 불공평한 재판에 뒤이은 사형선고의 부과와 관련하여:

“법원의 입장에서 보건데, 한 개인에 대하여 불공평한 절차에 따른 사형선고를 부과하는 것은 그가 사형될 것이라는 부당한 공포에 처하도록 하는 것이다. 사형선고에 따른 미래에 대한 두려움 및 불확실성은, 그 같은 사형선고가 실제 집행될 수 있는 여지가 있는 현실에서는 상당한 인간적 고뇌를 야기하게 될 것이다. 특히 이 같은 고뇌는 인간의 생명을 결정하는 사형선고가 불공평한 재판절차에 따라 이루어졌다는 사실과도 불가분의 관계에 있다 할 것이다. 민주사회에서는 더 이상 그 정당성이 인정되지 못하여 사형선고를 거부하는 등 당사국들의 입장을 살펴볼 때, 이 같은 상황에서의 사형선고는 곧 그 자체로서 비인간적인 처우에 해당된다고 할 것이다.”

31. 이는 법에 대한 의견을 제시한 유럽인권법원의 Grand Chamber에서도 유지된 바 있다:

“법원의 입장에서 보건데, 한 개인에 대하여 불공평한 절차에 따른 사형선고를 부과하는 것은 그가 사형될 것이라는 부당한 공포에 처하도록 하는 것이다. 사형선고에 따른 미래에 대한 두려움 및 불확실성은, 그 같은 사형선고가 실제 집행될 수 있는 여지가 있는 현실에서는 상당한 인간적 고뇌를 야기하게 될 것이다. 특히 이 같은 고뇌가 인간의 생명을 결정하는 사형선고가 불공평한 재판절차에 따라 이루어졌다는 사실과 불가분의 관계에 있다 할 것이다.”

32. Grand Chamber는, “본 신청인에 대한 사형선고는, 이에 요구되는 엄격한 요건에 합치되지 않는 불공평한 절차에 따라 이루어진 것이다”라고 언급하면서 “독립성 및 무차별성에 대한 의심이 드는 법원에 의한 재판절차 결과 사형이 선고가 된 것은 「유럽인권협약」 제3조상의 비인도적 처우에 해당 된다”라고 결론지었다.

33. 이에 따라 유추하여볼 때, 고등관무관으로서는 이론 및 실제에 있어 규약 제7조에 대해서도 상기와 같은 해석이 가능하다고 보여진다. 곧, 상기와 같은 결함을 지닌 동법원의 사형선고는 곧 비인간적 행위에 해당되며 이는 곧 규약 제7조에 대한 위반을 구성한다고 할 것이다.

사형선고 된 자로 하여금 사면 또는 감형을 요구할 수 있는 권한을 배제하는 이라크법의 지배적 해석은 협약 제6조 제4항에 위배된다는 사실

34. 고등관무관은 이라크 상급법원 법 제27조에 따르면 법원의 결정은 종국적이며 재심 또는 조정의 대상이 되지 않는다는 사실을 알고 있다. 그러나 이보다 더 상위에 존재하는 법적 장치라 할 수 있는 이라크 헌법에서는 사형선고는 대통령에 의한 승인이 있어야 한다고 규정하고 있다. 이론과 실제에 있어서 결국, 이 같은 법적 제도는 피고에 대해 대통령 이사회(Presidential Council)에 대하여 면제 또는 감형을 요

구할 수 있는 권리가 인정된다고 해석되어지고 또 그렇게 이해되어져야 할 것이다. 그러나 관련 이라크 행정 당국은, 이에 대해 매우 불확실한 이유를 근거로 하여 법원의 법률이 헌법 규정에 대해서도 우선하며 곧 감형 또는 면제에 대한 고려가 인정될 수 없다는 매우 제한적인 입장을 취하고 있다.

35. 이 같은 법적 입장에 대하여 장래에 반대해석을 할지 여부에 관한 관련 이라크 당국의 언급이 없는 상황에서는 결국 피고는 감형 또는 사면을 요구할 수 있는 권리가 부정되었다고 할 것이다. 결국 동 법원에 의한 사형선고의 부과는 제6조 4항에 대한 위반을 구성하며 이는 동시에 “규약의 다른 규정과 합치하지 않는” 사형선고의 부과이고 이는 곧 제6조 2항에 대한 위반을 구성할 것이며 이는 결국 동 피고로 하여금 생명에 대한 자의적인 박탈에 대한 심각한 위협에 직면하게 하며 곧 제6조 1항에 위배된다 할 것이다.

앞서 이루어진 3명의 공동 피고인들에 대한 사형집행에서 모두 잔혹하고 비인간적인 상황이 반복되었다는 사실이 충분히 실시되지 못한 것은 잔혹하고 비인간적인 행위에 해당하며 이는 곧 협약 제7조에 위배된다.

36. 고등판무관은 첫 번째 공동피고인 Saddam Hussein에 대한 2006년 12월 30일 사형 집행, 두 번째 및 세 번째 공동피고인 Awwad Hamad al-Bandar 그리고 Barzan Ibrahim Al-Hassan에 대한 2007년 1월 15일은 모두 결점을 지니고 있어 이는 곧 잔혹한, 비인도적 그리고 굴욕적인 처벌에 해당한다고 보았다. 시민적·정치적 권리 위원회는 비록 제6조가 엄격한 요건 하에서 사형선고를 인정하고 있다 할지라도 사형집행의 방법을 국가의 자유로운 재량으로 인정한 것이 아니라 규약의 다른 규정에 따라야 하며 그중에서도 특히 잔혹하고, 비인도적이며 굴욕적인 대우에 관한 제7조에 합치되어야 한다고 보았다. 이에 따라, 위원회는 독가스를 이용한 사형집행이 규약에 위배된다고 한 바 있다.

37. Saddam Hussein에 대한 사형집행과 관련된 언론보도는 그의 존재 자체에 대해 의심을 갖고 있어 거의 공공적인 진풍경에 가까웠던 피고에 대한 사형집행에서, 수많은 사람들에게 의해 피고가 조롱되고 괴롭힘을 당하는 장면을 세상에 보여주었다. 사형집행은 피고의 종교적인 의식의 마지막 거행마저도 방해하였다. 고등판무관에 따르면 이 같은 사형집행의 정황이 규약 제10조에 의해 보호되는 죄수의 인간으로서의 존엄에 관한 생애적인 권리를 침해했으며 이는 또한 규약 제7조에서 금지하고 있는 잔인한, 비인도적 그리고 굴욕적인 대우에 해당한다고 보았다. 이 집행에 뒤이어서, 형식적으로는 장래의 사형집행에 대한 정정의 조치들이 취하여졌다. 하지만 그 뒤를 이은 Awwad Hamad al-Bandar 그리고 Barzan Ibrahim Al-Hassan에 대한 사형집행은, 비록 나아지기는 하였으나, Barzan Ibrahim Al-Hassa에 대해서는 부적절한 교수형에 따라 그의 목이 베어짐에 따라 사형집행을 위한 의정서에 내재하는 그 밖에 심각한 결함들을 보여주었다 할 것이다. 비록 사형집행의 장면이 사진으로만 제공되었다고는 하나, 교수형을 통해 죄수의 목이 베어지는 장면과 시체에 행해진 뒤이은 조치들은 곧 규약 제7조에 따른 잔인한, 비인도적 그리고 굴욕적인 대우에 해당한다고 할 수 있을 것이다.

38. 이 같은 비슷한 절차에서의 선례를 보건대, 또한 본 사건에 있어서도 이와 같은 또는 비슷한 상황의 재발을 방지하기 위하여, 고등판무관은 동 법원이 사형집행을 선고함에 따라 그 결과 피고가 잔인하고 비인도적이며 또는 굴욕적인 사형 집행이 실제 이루어질 수 있는 현실적인 위협에 노출되어 있는 것은 궁극적으로 생명에 대한 자의적인 박탈이 되며 이는 곧 제6조 1항 및 제7조에 대한 위반이 된다고 할 것이다.

피고에 대해 그밖에 중대한 범죄에 관한 기소가 제기된 시점에서 이루어진 사형선고는 협약의 가장 중대한 위반을 조사하고 처벌할 협약 제6조 그리고 제7조에 따른 국가들의 의무를 위배하고 있는 것이다.

39. 고등판무관은 본 피고는 그가 지휘관으로서의 지위에서 행사한 다른 중대한 범죄와 관련하여 조사가 계속되고 있다는 사실을 알고 있다. 이 같은 범죄들은, 만약 유죄가 인정된다면 규약에 대한 위반을 구성할 것이며 결국 이는 제6조 (생명권) 그리고 제7조(고문 그리고 다른 잔혹한, 비인도적 그리고 굴욕적인 대우 또는 처벌로부터의 자유)를 위반하며 동시에 국가에 대하여 국가책임법에 따른 책임이 인정될 수 있을 것이다. 시민적·정치적 권리 위원회의 결정내용은 일관되게 제2조에 근거하여 규약 위반에 대한 효과적인 해결책을 제시해야할 국가 당국의 의무는 충분한 증거에 근거한 형사 수사와 주로 제6조 (생명권) 및 제7조 (고문 그리고 다른 잔혹한, 비인도적 그리고 굴욕적인 대우 또는 처벌로부터의 자유)위반에 해당하는 가장 중대한 범죄에 대한 기소가 이루어지는 것이라고 판단하여왔다. 이와 같은 형사적 의무는 이라크가 동 규약에 가입한 이후의 범죄에 대해서만 효력이 발생하는 것이 아니라 그 이전에 행해진 범죄라 할지라도 실종과 관련된 범죄와 같이 그 효과가 지속되는 것은 당연히 포함된다 할 것이다. 생각건대, 이라크는 규약의 의무에 따라서 본 피고를 그와 같은 범죄들과 관련해서 효과적으로 처벌해야 하며 이를 위해 궁극적으로 사실관계 및 동등한 개별적 형사 책임에 관한 독립적이며 무차별적인 사법적 검토가 이루어져야 할 것이다. 그러나 본 이라크 법에서는 사형선고 내 30일 내에 그 같은 확인이 이루어지도록 하고 있는 바, 이는 그 같은 절차의 목적을 저해하며 미해결된 사건을 남김과 동시에 그 수사의 목적이 결여되게 만들 것이다.

40. 이 같은 관점에서 고등판무관은 동 법원의 사형선고가, 피고에 대한 미해결 사건이 여전히 계속되고 있는 점으로 미루어 규약 제2조, 제6조 그리고 제7조에 대한 위반을 구성한다고 보여진다.

D. 결론

41. 고등판무관은 이 같은 본 사건의 상황에서 이라크의 시민적·정치적 권리에 관한 규약상의 국제적 의무에 따라 법원은 Taha Yassin Ramadan에 대한 사형선고의 부과를 삼가야 한다고 본다.

부록 2-4 '타하 야신 라마단에 대한 형선고문제: 법정조언자로서 국제연합
인권고등판무관의 재판참가허가신청 및 재판참가신청'(In the
matter of sentencing of Taha Yassin Ramadan: Application
for leave to intervene as amicus curiae and application in
intervention as amicus curiae of united nations high
commissioner for human rights)(영문 원본)

IN THE MATTER OF SENTENCING OF TAHA YASSIN RAMADAN

APPLICATION FOR LEAVE TO INTERVENE AS AMICUS CURIAE

AND

APPLICATION IN INTERVENTION AS AMICUS CURIAE

OF

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS

In the matter of sentencing of Taha Yassin Ramadan:

1. Louise Arbour, the United Nations High Commissioner for Human Rights (henceforth “the High Commissioner”) respectfully submits the following application for leave to intervene as amicus curiae before the Iraqi High Tribunal and application in intervention in the proceedings of sentence before the Iraqi High Tribunal of Mr. Taha Yassin Ramadan.

I. Procedural history before the Court

2. Following a trial commencing on 19 October 2005, the trial chamber of the Iraqi High Tribunal (hereinafter “the Court”) convicted the current defendant, Mr. Taha Yassin Ramadan (hereinafter “the current defendant”) and six other co-defendants, on 5 November 2006 of a variety of serious crimes in connection with repression of a 1992 failed assassination attempt in the town of Dujail. An eighth co-defendant was acquitted. The current defendant was sentenced to life imprisonment; with three co-defendants sentenced to death. All defendants appealed.

3. On 26 December 2006, the appellate chamber of the Iraqi High Tribunal *inter alia* affirmed the convictions of all appellants, as well as the sentences of death imposed on three co-defendants. In respect of the current defendant, the appellate chamber annulled the sentence and remitted the matter to the trial chamber “for the purpose of strengthening the penalty against [the current defendant] and raising it to the appropriate legal limit” (in translation from Arabic original). This application for leave to intervene as amicus curiae and application in intervention before the Court upon its reconsideration of the current defendant’s sentence follows.

II. Application for leave to intervene as amicus curiae

4. The High Commissioner for Human Rights is the United Nations’ senior official on human rights. She has mandate of the United Nations which is contained in resolutions of the General Assembly and the Security Council. The High Commissioner’s originating mandate is set forth in United Nations General Assembly resolution 48/141 of 7 January 1994. It includes promoting and protecting the effective enjoyment by all of all civil, cultural, economic, political and social rights, carrying out the tasks assigned to her by the competent bodies of the United Nations system and making recommendations to them with a view to improving the promotion and protection of all human rights, preventing human rights violations, enhancing international cooperation for human rights, coordinating relevant activities throughout the United Nations and strengthening and streamlining the United Nations human rights machinery.

5. The High Commissioner’s mandate requires her to monitor, assess, investigate and report on the compliance by states with their obligations under international human rights law. This mandate is entrusted to the High Commissioner by the United Nations inter-governmental bodies and requires the High Commissioner to perform those functions for and on behalf of the international community. The High Commissioner

submits that, by accepting to be bound by the Charter of the United Nations, the Member States of the United Nations, including Iraq, have agreed to the special role and mandate of the High Commissioner.

6. As a result of the exercise of this mandate, the High Commissioner has particular experience in the exercise, interpretation and application of international human rights law, including of international human rights treaties to which Iraq is a party and by which Iraq is bound. The High Commissioner submits accordingly that her views of the relevant provisions of law as applicable to this case are of relevance and utility to the Court, seeking to deliver judgment consonant with fundamental principles of justice and consistent with Iraq's international obligations.

7. The High Commissioner submits that her mandate to protect human rights must be considered as giving her the powers and means necessary to discharge her mandate effectively. Specifically, where intervention in proceedings before courts national, international and hybrid would further the object and purpose of the protective mandate, such intervention is both appropriate and warranted.

8. As a result of the foregoing, the High Commissioner applies for leave to intervene as amicus curiae in the current proceedings.

IV. Application in intervention as amicus curiae

9. The High Commissioner recognises that Iraqis have long suffered oppression, gross violations of human rights and successive conflicts. The policies, laws and institutional structures of the rule of Saddam Hussein contributed to political repression, the suppression of freedoms of expression, association and religion; ethnic cleansing and deprivation of property; widespread discrimination against ethnic and religious groups; and widespread and systematic use of torture and summary executions. The egregious violations of human rights that took place in Iraq over decades have been well documented by the United Nations human rights system through the Special Rapporteurs of the then United Nations Commission on Human Rights and non-governmental human rights organizations. There is no doubt that the horrors of the past must be effectively addressed and their perpetrators must be brought to justice. The victims and their families have a right to know what happened to them and to have a full picture of what happened in Iraq over these years. All steps taken with the aim of supporting justice and accountability are the stronger when building upon international standards, practice and experience gathered in recent years.

10. The High Commissioner also recognises the desire for justice of victims and societies emerging from regimes that have engaged in or procured the most grave and systematic crimes. She also recognises the difficulty and complexity of confronting formerly powerful perpetrators in a judicial setting and the lengths necessary to secure the ends of justice in proceedings that fully respect the rights of the accused. At the same time, experience and history in very different contexts around the world have shown the absolute indispensability of the integrity of such proceedings, both in fact and in

perception, for true understanding of the past, for national reconciliation and for the construction of a just, durable and sustainable society founded on the rule of law and respect of human rights of both victims and defendants.

11. As a matter of principle, the High Commissioner opposes the death penalty in all circumstances. This position is based on a variety of policy grounds, including the impossibility of avoiding irreversible execution of the innocent, the absence of proof that the penalty in fact serves as a deterrence to others in respect of future conduct, the inappropriately vengeful character of the sentence and the capacity of life imprisonment to satisfy all penological purposes of punishment of and prevention of future crime. Not least as a result, there is a worldwide trend towards more restricted application of the death penalty, the application of moratoria and the abolition of the sentence. Alongside this national practice, United Nations sponsored tribunals do not impose the death sentence, and the international community's forum for the most serious international crimes, the International Criminal Court, does not have the power to impose the death penalty. Policy notwithstanding, the High Commissioner however recognises that, on the current understanding of international law, the death penalty is not per se excluded as a matter of law, but remains permitted under strict conditions. In this brief, the High Commissioner addresses the applicable law relevant to the current proceedings.

A. Summary of argument

12. The High Commissioner submits that in the circumstances the Court's imposition of the death sentence on the current defendant would violate Iraq's obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights, specifically article 6 (which protects against arbitrary deprivation of life and details the limitations on permissible imposition of capital punishment); article 7 (which protects against torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment or exposure to a real risk thereof) and article 14 (which guarantees the right to a fair trial and appeal). As a consequence, the High Commissioner submits that Court should refrain from imposing the sentence of death.

B. Issues for the Court

13. It is submitted that the Court should consider whether the imposition of sentence of death upon the current defendant would be consistent with Iraq's international obligations, specifically, the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter "the Covenant"). From the High Commissioner's perspective, the issues before the court are:

- a) Whether the imposition of sentence of death on the current defendant following a trial and appeal that prima facie failed to meet the standards of due process described in article 14 of the Covenant on Civil and Political Rights would breach article 6 of the Covenant;
- b) Whether the imposition of sentence of death on the current defendant following an prima facie unfair trial itself would amount to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment prohibited by article 7 of the Covenant;

- c) Whether the imposition of sentence of death on the current defendant in circumstances where the prevailing interpretation of applicable domestic law foreclosed consideration of pardon or commutation of sentence would violate article 6 of the Covenant;
- d) Whether the imposition of sentence of death on the current defendant in circumstances where the execution of three co-defendants had amounted to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment prohibited by article 7 of the Covenant, and where it had not been shown that sufficient steps had been taken to prevent a recurrence of such treatment, would amount to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment in respect of the current defendant; and
- e) Whether the imposition of sentence of death on the current defendant, in circumstances where the prevailing interpretation of relevant domestic law requires execution within 30 days of confirmation of sentence would breach the rights of third parties under articles 2, 6 and 7 of the Covenant to an effective remedy for other grave human rights violations incurring the current defendant's criminal responsibility. _

C. Submissions of Amicus Curiae

The relevant provisions of international law

14. Following ratification, the Covenant entered into force for Iraq on 23 March 1976, as noted by the judgment of the appeal chamber in its 26 December 2006 judgment in the current proceedings. Once having entered into force, the Covenant applies at all times and in all circumstances in a State, unless specifically derogated from in the narrow circumstances described in article 4. At no time has Iraq lodged a notice of derogation.

15. The relevant provisions of the Covenant, for present purposes, are set out below.

Article 6, in relation to the right to life, provides in relevant part:

1. Every human being has the inherent right to life. This right shall be protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his life.
2. In countries which have not abolished the death penalty, sentence of death may be imposed only for the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgement rendered by a competent court.
3. When deprivation of life constitutes the crime of genocide, it is understood that nothing in this article shall authorize any State Party to the present Covenant to derogate in any way from any obligation assumed under the provisions of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.
4. Anyone sentenced to death shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence. Amnesty, pardon or commutation of the sentence of death may be granted in all cases.

6. Nothing in this article shall be invoked to delay or to prevent the abolition of capital punishment by any State Party to the present Covenant.

Article 7 provides, in relevant part, "No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment."

Article 14 provides:

1. All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.

2. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;

(b) To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;

(c) To be tried without undue delay;

(d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;

(e) To examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

...

(g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

....

5. Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.

6. When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new

or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

....

Article 2, concerning the right to an effective remedy, provides:

1. Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

2. Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such laws or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant.

3. Each State Party to the present Covenant undertakes:

(a) To ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy, notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity;

(b) To ensure that any person claiming such a remedy shall have his right thereto determined by competent judicial, administrative or legislative authorities, or by any other competent authority provided for by the legal system of the State, and to develop the possibilities of judicial remedy;

(c) To ensure that the competent authorities shall enforce such remedies when granted.

16. Iraq did not enter reservations to these provisions, which accordingly apply in full and bind Iraq as a matter of international law. The provisions bind Iraq qua State, independent of intervening changes of government since entry into force of the treaty for Iraq. As to the effect of this treaty in international law, the Vienna Convention on the Law of Treaties makes clear that "Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith" (article 26) and that "A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty" (article 27). Failure by a State to discharge its international obligations entails its international responsibility.

17. The Human Rights Committee, established under article 40 of the Covenant, is an independent body of experts of high moral standing with authority to interpret and expound the meaning of the provisions of the Covenant. One important means by which the Committee undertakes this function is by consideration of individual communications, alleging violations of the Covenant, submitted by individuals under the first Optional Protocol to the Covenant. The Committee's guidance on the meaning of the Covenant is of relevance and assistance to all States parties bound by the obligations in question. The jurisprudence of other regional and international courts interpreting the

same or substantially similar provisions of international human rights law is further of substantial assistance.

Discussion

Imposition of the death penalty following proceedings inconsistent with article 14 of the Covenant

18. Article 6, paragraph 2, provides that a sentence of death may only be imposed, among other conditions, if it is “not contrary to the provisions of the present Covenant”. The consistent view of the Human Rights Committee has been to interpret this provision, applicable in respect of all capital trials, regardless of the crime charged, as requiring that the imposition of death penalty must follow full respect for the due process guarantees contained in article 14 of the Covenant, failing which the imposition of the death penalty becomes arbitrary. In *Reid v. Jamaica*, the Committee stated the law as follows:

“[T]he imposition of a sentence of death upon the conclusion of a trial in which the provisions of the Covenant have not been respected constitutes ... a violation of article 6 of the Covenant. As the Committee noted in its general comment 6(7), the provision that a sentence of death may be imposed only in accordance with the law and not contrary to the provisions of the Covenant implies that ‘the procedural guarantees therein prescribed must be observed, including the right to a fair hearing by an independent tribunal, the presumption of innocence, the minimum guarantees for the defence, and the right to review by a higher tribunal.’”^[11]

19. At the present phase of proceedings, the High Commissioner is concerned as to four discrete aspects of due process that are of particular relevance. These relate to a fair trial before a competent court and the presumption of innocence, the opportunity to contest evidence in a position of equality, the capacity of defence counsel to exercise an appropriate defence and the adequacy of appeal. These issues are addressed in turn below.

i) Fair trial before a competent court; presumption of innocence

20. Article 14, paragraph 1, of the Covenant protects the independence of the courts, while paragraph 2, guarantees the presumption of innocence. Each of these fundamental guarantees is key to a criminal process that fairly renders impartial justice, and is seen to do so. These elements count amongst the basic components of due process recognised in international law and in all legal systems. Full protection of these rights requires both sufficiently robust legal and institutional guarantees, as well as respect by the relevant authorities in practice.

21. At the institutional level, there is credible basis to believe that the Court’s legal framework has suffered from at least two systemic defects – article 4 of the Court’s statute provided for a judge’s transfer away from proceedings for any reason,^[12] while article 33 prohibited Baath Party members, regardless of position or status, from the membership of the Court, even though such membership had been necessary for all judges under the previous regime.^[13] Regrettably, these devices were resorted to repeatedly at trial, with serious negative impact on both the reality and perception of the trial. Article 4 was reportedly invoked by the Council of Ministers to secure the removal

of the presiding judge in September 2006 in the wake of comments allegedly favourable to co-co-defendant Saddam Hussein. Without prejudice to the propriety of exclusion of judges prior to trial, the reported invocation during trial of article 33 by the national de-Baathification commission on repeated occasions secured transfers of judges away from the Court and inevitably conferred the impression, whether intended or otherwise, of judges servicing at pleasure. For example, certain Government officials blocked the promotion of the Deputy-Presiding judge Sae'ed Al-Hamashy due to his alleged membership of the Baath Party.^[4] As the Human Rights Committee has held, executive interference of these types with the judicial function is incompatible with the requirements of article 14, paragraph 1, of the Covenant,^[5] in breach of the requirement that judges "may not be subject to directives or in some other manner dependent on other State organs in the exercise of their office".^[6]

22. Over the period of trial, senior Government and legislative figures, including at the highest level, reportedly made comments of unmistakable clarity as to the guilt of the defendants, the appropriate sentence and of the proper function of the courts in this context.^[7] As the Human Rights Committee has found, such comment by senior public officials prior to a proper determination of guilt is incompatible with the right to be presumed innocent, protected by article 14, paragraph 2, of the Covenant.^[8]

(ii) Equality of arms

23. A basic tenet of fairness and pre-requisite of a fair trial identified by the Human Rights Committee is the notion of equality of arms between prosecutor and defendant, that is, the placement of both sides in criminal proceedings on an equivalent procedural footing. Respected academic commentary characterises this principle of *audiatur et altera pars* as being "at the centre of ... criminal procedural guarantees" and "[t]he most important criterion of a fair trial".^[9] International criminal law recognises the same principle: the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia stated the principle thus: "The principle of equality of arms falls within the guarantee of a fair trial provided by the Statute, and has been described as obligating a judicial body to ensure that neither party is put at a disadvantage when presenting its case ... [A]t a minimum 'a fair trial must entitle the accused to adequate time and facilities for his defence' under conditions which do not place him at a substantial disadvantage as regards his opponent."^[10] Specifically, equality of arms requires fair notice of the evidence adduced against oneself, with opportunity to be fairly able to contest the evidence presented.^[11]

24. In the current defendant's proceedings, on 13 February 2006, the statements of 23 prosecution witnesses – a substantial portion of the total evidence - were apparently read into the record for the first time (not being previously included in the dossier of evidence against the defendants), without the witnesses being made available for questioning by the defendants' legal representatives.^[12] After closure of the prosecution case in March 2006, the prosecution confronted the current defendant with a document allegedly signed by him concerning the detention of Dujail individuals, while on April 2006, the prosecution introduced a recording of a purported conversation between the current defendant and co-defendant Hussein concerning Dujail properties.^[13] Again, at the close

of the defence case, the prosecutor produced three new documents allegedly signed by the current defendant on property seizures and a further recording between him and co-defendant Hussein.^[14] Finally, on 13 June 2006, the president of the trial court closed the defence case on the basis that he had heard sufficient evidence, without having previously established a defence schedule or providing any indication of available time remaining.^[15] The High Commissioner submits that in the absence of explanation by the Court as to the reasons for admission of late evidence at these stages or why it was appropriate to close the defence case, these incidents taken together disclose a violation of the right to equality of arms protected by article 14 of the Covenant and have as a necessary consequence the flawed reliability of insufficiently tested evidence.^[16]

(iii) Capacity of defence counsel to exercise legitimate professional functions

25. The right of an accused to defend himself in person or through legal counsel is guaranteed in article 14, paragraph 3, of the Covenant, which also sets out the necessary corollary that the accused and counsel have necessary time and facilities to prepare and provide an effective defence. It is axiomatic that, in order to make the right to defence counsel real rather than illusory, defence counsel must be in a position to discharge their professional responsibilities to their client, consistent with their legal and ethical obligations, without fear for their own safety or other prejudice.^[17] Without such assurance, counsel's functions are frequently limited in fact, and always diminished in perception, with attendant consequences for the fairness of a criminal trial required by article 14 of the Covenant. It must be fully recognised that the extreme political and security situation in Iraq during the trial posed particular difficulties with respect to the security of defence counsel. However precisely these concerns should have made a risk of attack foreseeably apparent and called for the institution of appropriate protective measures. In November 2005, the current defendant's counsel was murdered with another counsel in the same proceedings wounded. Further counsel in the same proceedings killed in October 2005 and June 2006.^[18] An agreement between defense lawyers and the Government including the provision of three guards per counsel and license to carry sidearms was not properly honoured, with guard salaries going unpaid and license difficulties occurring; formal motion to the Court raising the security issues in December 2005 went unanswered. The resulting limitations imposed on defence counsels' capacity to discharge their professional obligations to the current defendant were so substantial as to amount to an infringement of the right to a full defence.^[19]

26. The High Commissioner submits that these shortcomings, taken together, disclose a prima facie case of an unfair trial at first instance, in breach of article 14 of the Covenant.

(iv) Comprehensive appeal on law and fact

27. Article 14, paragraph 5, of the Covenant requires a full appeal, on both fact and law, to be available in respect of a conviction and sentence. The Human Rights Committee has clarified that this provision requires "that a Court [of appeal] conduct an evaluation of the evidence presented at the trial and *and of the conduct of the trial*" (High

Commissioner's emphasis).^[20] In the present case, it would have been open to the appeal chamber, as a matter of Iraqi law, to address the shortcomings identified in the trial and reach appropriate conclusions as to remedy, such as a retrial.^[21] The appeal submissions of the current defendant, as well as of others, raised extensive argument going to the fairness of the trial, including in respect of issues identified above. The High Commissioner notes that the effectiveness of the appeal process was already prejudiced in limine by the failure to provide defence counsel with the very substantial written judgment at the outset of a narrow timeframe for filing of an appeal (30 days).^[22]

28. The appeal judgment, however, inadequately addressed these errors and instead affirmed the current defendant's conviction, while remitting his sentence for reconsideration. In a twenty page judgment, the appeal chamber devoted a brief paragraph to these issues, stating:

"As for the other defenses, the defendants were given enough guarantees to have a fair trials. Each suspect was informed of the kind of accusations filed against him. [Each suspect] was given ample chance to defend himself and to choose his legal advisors and attorneys in person with the assistance of legal counsellors. [Each suspect] was given the chance to interview the defence witnesses. [Each suspect] used his rights fully to defend himself. [Each suspect] was not forced to say what he did not want to say. Then the defence [each suspect] is using in this regard is rejected too." (in translation from Arabic original)

29. The High Commissioner submits that this summary disposition of fundamental issues going to the integrity and fairness of the trial failed to provide the "genuine review"^[23] required by article 14, paragraph 5, of the Covenant. It follows that prima facie violations of article 14 established at trial, therefore, went unresolved and uncured on appeal. The High Commissioner therefore submits that the imposition of the death penalty by the trial chamber at the current stage of proceedings would breach article 6, paragraph 2, of the Covenant, as it would follow proceedings that had failed to respect article 14 of the Covenant.

Imposition of the death penalty following an unfair trial an inhuman act, in breach of article 7 of the Covenant

30. The prohibition of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment is a core provision of international human rights law reflected, alongside article 7 of the Covenant, in all other regional human rights treaties. In interpreting the equivalent provision of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (article 3),^[24] the European Court of Human Rights described thus the imposition of the death penalty following an unfair trial in the case of a notorious head of a large terrorist organisation:

"In the Court's view, to impose a death sentence on a person after an unfair trial is to subject that person wrongfully to the fear that he will be executed. The fear and uncertainty as to the future generated by a sentence of death, in circumstances where there exists a real possibility that the sentence will be enforced, must give rise to a significant degree of human anguish. Such anguish cannot be dissociated from the unfairness of the proceedings underlying the sentence which, given that human life is at stake, becomes unlawful under the Convention. Having regard to the rejection by the Contracting Parties of capital punishment, which is no longer seen as having any legitimate

place in a democratic society, the imposition of a capital sentence in such circumstances must be considered, in itself, to amount to a form of inhuman treatment.”^[251]

31. This view of the law was upheld on appeal to the Grand Chamber of the European Court, which described its view of the law thus:

“In the Court's view, to impose a death sentence on a person after an unfair trial is to subject that person wrongfully to the fear that he will be executed. The fear and uncertainty as to the future generated by a sentence of death, in circumstances where there exists a real possibility that the sentence will be enforced, must give rise to a significant degree of human anguish. Such anguish cannot be dissociated from the unfairness of the proceedings underlying the sentence which, given that human life is at stake, becomes unlawful under the Convention.”^[261]

32. The Grand Chamber, noting that “[t]he death penalty has thus been imposed on the applicant following an unfair procedure which cannot be considered to conform with the strict standards of fairness required in cases involving a capital sentence”, went on to conclude that “the imposition of the death sentence on the applicant following an unfair trial by a court whose independence and impartiality were open to doubt amounted to inhuman treatment in violation of Article 3 [of the European Convention].”^[271]

33. Reasoning by analogy, the High Commissioner submits that, both in theory and in practice, the same interpretation is compelling with respect to the parallel wording of article 7 of the Covenant. It follows that the imposition of the death penalty by the Court following a trial suffering the deficiencies set out above would amount to an inhuman act, in breach of article 7 of the Covenant.

Imposition of the death penalty in circumstances where the prevailing interpretation of Iraqi law forecloses consideration of a request for pardon or commutation breaches article 6, paragraph 4, of the Covenant.

34. The High Commissioner notes that the law of the Iraqi High Tribunal provides, in article 27, that its decisions are final and not subject to executive review or adjustment.^[281] For its part, however, the Constitution of Iraq – a normatively superior legal instrument - provides that death sentences must be ratified by the President.^[291] As a matter both of legal theory and practice, therefore, the relevant legal instruments should be interpreted and construed in a fashion permitting the condemned to exercise the right to seek commutation or pardon by way of appeal to the Presidency Council. The relevant Iraqi executive authorities, however, have apparently taken a narrower view, for reasons that remain unclear, that the Court's own statute occupies the field and prevails over the constitutional provisions, with the result that any avenue of consideration of pardon or commutation is precluded. Accordingly, the executions of the three co-defendants have taken place with no opportunity for such consideration, in manifest violation of article 6, paragraph 4, of the Covenant.

35. In the absence of any indication of a contrary interpretation for the future by the relevant Iraqi authorities of the legal position, therefore, the current defendant would be exposed to a similar denial of the right to seek commutation or pardon. It follows that the imposition of the death penalty by the Court would breach article 6, paragraph 4, would

thus amount to an imposition of the death penalty “not in conformity with other provisions of the Covenant”, contrary to article 6, paragraph 2, and would thus expose the current defendant to a real risk of arbitrary deprivation of life, in breach of article 6, paragraph 1.

Imposition of the death penalty, where it has not been demonstrably shown that a repeat of the cruel and inhuman circumstances present at the antecedent execution of three co-defendants is excluded, amounts to a cruel and inhuman act, in breach of article 7 of the Covenant.

36. The High Commissioner submits that the executions of the first co-defendant, Saddam Hussein, on 30 December 2006, and of the second and third co-defendants, Awwad Hamad al-Bandar and Barzan Ibrahim Al-Hassan, on 15 January 2007, were so flawed as to amount, in their implementation, to cruel, inhuman and degrading punishment. The Human Rights Committee has recognised that, while article 6 of the Covenant does permit imposition of the death penalty in narrow circumstances, the means of execution is not left to the unfettered discretion of the State, but must itself comply with the other requirements of the Covenant, notably the prohibition on cruel, inhuman or degrading treatment set out in article 7. Accordingly, the Committee has found, for example, an execution by gas to be in breach of this provision of the Covenant and consequently unlawful.^[39]

37. The media footage made public of the execution of Saddam Hussein showed the condemned taunted and harassed by a substantial number of attendees at the execution cell, whose presence at the execution was questionable and which was tantamount to public spectacle. The execution itself interrupted the condemned’s recital of his last religious rites. In the High Commissioner’s submission, the circumstances of execution failed to respect the inherent human dignity of the prisoner, protected by article 10 of the Covenant, and amounted to cruel, inhuman and degrading punishment, prohibited by article 7. Following this execution, undertakings were apparently made that future executions would be free from such criticisms. The execution of Awwad Hamad al-Bandar and Barzan Ibrahim Al-Hassan shortly thereafter disclosed, undertakings of improvement notwithstanding, other serious deficiencies in the execution protocol, with Barzan Ibrahim Al-Hassan being decapitated by an improperly executed hanging. Even though only pictorial depiction of the execution has been made available, the decapitation of a prisoner by hanging and the necessary following treatment of the mortal suggest that the treatment was cruel, inhuman or degrading treatment, in contravention of article 7 of the Covenant.

38. Given this prior history in relation to the selfsame legal proceedings, and unaware of undertakings that, on this occasion, would foreclose recurrence of these or comparable incidents, the High Commissioner submits that the Court’s imposition of the penalty of death, and the current defendant’s consequent exposure to a real risk of execution in circumstances amounting to cruel, inhuman or degrading punishment, would amount to both an arbitrary deprivation of life, contrary to article 6, paragraph 1, of the Covenant, as well as a breach of article 7 of the Covenant.

Imposition of the death penalty in circumstances where the defendant is accused of other serious crimes breaches the obligation of the State to investigate and prosecute the most serious violations of the Covenant , in violation of article 2 of the Covenant, read juncto articles 6 and 7.

39. The High Commissioner understands that the current defendant is under investigation by the Court in the context of other alleged crimes of great gravity, committed in his former official capacity. These crimes, if established, would amount inter alia to violations of the Covenant, imputable under rules of State responsibility to the State, of articles 6 (right to life) and 7 (freedom from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment). The Human Rights Committee's consistent jurisprudence has been clear that a State party's obligation to provide an effective remedy, under article 2 of the Covenant, for violations of the Covenant requires criminal investigation and, where the evidentiary threshold is made out, prosecution with respect of persons implicated in the most serious crimes, notably those amounting to violations of articles 6 (right to life) and 7 (freedom from torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) of the Covenant.^[31] This obligation of criminal pursuit applies not only to crimes committed after the entry into force for the Covenant for Iraq, but also for crimes committed prior to that date but which have continuing effects, such as crimes of disappearance.^[32] It follows that Iraq is under an obligation under the Covenant effectively to prosecute the current defendant for such crimes, and consequently to allow for a comprehensive, independent and impartial judicial accounting of the facts and of the commensurate individual criminal responsibility. Execution of the current defendant, which on the current understanding of Iraqi law is required within 30 days of confirmation of sentence of death,^[33] would deprive such proceedings of object and render them moot and devoid of purpose.

40. Accordingly, the High Commissioner concludes that the Court's imposition of sentence of death, in these circumstances, would breach articles 6 and 7 of the Covenant, read in conjunction with article 2 of the Covenant, given the pendency of other proceedings before the Court against the current defendant.

D. Conclusion

41. The High Commissioner submits, in the circumstances of the case, that the Court should refrain from imposing the sentence of death on Taha Yassin Ramadan, consistent with Iraq's international obligations under the International Covenant on Civil and Political Rights.

Respectfully submitted,
On the 8th day of February 2007,

Louise Arbour
United Nations High Commissioner for Human Rights

Done in Arabic and English, the English version being original.

Index of Authorities

A. Decisions of the United Nations Human Rights Committee

Baboeram et al. v Suriname, Communication Nos. 146&148-154/1983, Views adopted on 4 April 1985.

Bautista de Arellana v Colombia, Communication No. 563/1993, Views adopted on 27 October 1995.

Fei v Colombia, Communication No. 514/1992, Views adopted on 4 April 1995.

Gridin v Russia, Communication No. 770/1997, Views adopted on 18 July 2000.

Herrera Rubio v Colombia, Communication No. 161/1983, Views adopted on 2 November 1987.

Laureano v Peru, Communication No. 540/1993, Views adopted on 25 March 1996.

Mbenge v. Zaire, Communication No. 16/1977, Views adopted on 8 September 1977.

Moraël v France, Communication No. 207/1986, Views adopted on 28 July 1989.

Muñoz v Peru, Communication No. 203/1986, Views adopted on 4 November 1988.

Ng v Canada, Communication 469/1991, Views adopted on 25 September 1991.

Perera v Australia, Communication No. 536/1993, Decision adopted on 28 March 1985.

Reid v Jamaica, Communication No. 250/1987, Views adopted on 20 July 1990.

Sanjuán Arévalo v Colombia, Communication No. 181/1984, Views adopted on 3 November 1989.

Sarma v Sri Lanka, Human Rights Committee, Communication No. 950/2000, Views adopted on 31 July 2003.

Vicente et al. v Colombia, Communication No. 612/1995, Views adopted on 29 July 1997.

Wright v. Jamaica, Communication No. 349/1989, Views adopted on 27 July 1992.

B. Decisions of international and regional courts

Ocalan v Turkey, European Court of Human Rights (First Section), Application 46221/99, Judgment of 12 May 2003.

Ocalan v Turkey, European Court of Human Rights (Grand Chamber), Application 46221/99, Judgment of 12 May 2005.

Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, IT-95-14/2-A, 17 December 2004.

C. Provisions of international and regional human rights law

International Covenant on Civil and Political Rights, articles 2, 6, 7 and 14.

European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, article 3.

D. Provisions of domestic law

Constitution of Iraq, article 73.

Code of Criminal Procedure of Iraq, article 252.

Iraqi High Tribunal Law, articles 4, 25, 27 and 33.

E. United Nations Documents

General Assembly Resolution 48/141 (1993).

Opinion No. 31/2006 of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/4/40/Add.1, at 170 to 178.

UNAMI Human Rights Reports (various).

United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers, adopted at the Eight United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (Havana, 27 August – 7 September 1990); United Nations Secretariat Report E.91.IV.2, sect. B.3, annex.

F. Miscellaneous Documents

Human Rights Watch : *Iraq: Judging Dujail – The First Trial Before the Iraqi High Tribunal*, Vol. 18 (No.9(E)), New York, November 2006.

Nowak, M.: *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (2nd ed.), N.P.Engel, Kehl, 2005.

^[11] Communication No. 250/1987, Views adopted on 20 July 1990, at para 11.5. See also, inter alia, Mbenge v. Zaire, Communication No. 16/1977, Views adopted on 8 September 1977, and Wright v. Jamaica, Communication No. 349/1989, Views adopted on 27 July 1992.

^[12] Article 4, paragraph 4, of the Iraqi High Tribunal Law provides: "The Presidency Council in accordance with a proposal from the Council of Ministers shall have the right to transfer Judges and Public Prosecutors from the Tribunal to the Higher Judicial Council for any reason."

^[13] Article 33 of the Iraqi High Tribunal Law provides: "No person who was previously a member of the disbanded Ba'ath Party shall be appointed as a judge, investigative judge, public prosecutor, an employee or any of the personnel of the Tribunal."

^[14] UNAMI Human Rights Report, January-February 2006, at para 30.

^[15] Busyo et al. Democratic Republic of Congo, Communication No. 933/2000, Views adopted on 31 July 2003. See also Bahamonde v Equatorial Guinea Communication No. 468/1991, Views adopted on 20 October 1993, where the Committee stated: "a situation where the functions and competences of the judiciary are and the executive are not clearly distinguishable or where the latter is able to control or direct the former is incompatible with the notion of an independent and impartial tribunal" (at para 9.4).

^[16] Nowak, M.: *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (2nd ed), N.P.Engel, Kehl, 2005, at 320 (hereinafter "Nowak").

^[17] See, for example, Opinion No. 31/2006 of the Working Group on Arbitrary Detention, A/HRC/4/40/Add.1 (170 to 178), at para 22, (hereinafter "the Working Group Opinion"), and Human Rights Watch : *Iraq: Judging Dujail – The First Trial Before the Iraqi High Tribunal*, Vol. 18 (No.9(E)), New York, November 2006, at 40-43 (henceforth "Judging Dujail").

^[18] Gridin v Russia, Communication No. 770/1997, Views adopted on 18 July 2000.

^[19] Nowak, op.cit, at 321.

^[100] Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber, IT-95-14/2-A, 17 December 2004, at paras. 175-177.

^[111] Note, in particular, articles 14, paragraph 3, subparagraphs (b) and (e) of the Covenant, and the Human Rights Committee's jurisprudence in, for example, Moraël v France, Communication No. 207/1986, Views adopted on 28 July 1989, Muñoz v Peru, Communication No. 203/1986, Views adopted on 4 November 1988, and Fei v Colombia, Communication No. 514/1992, Views adopted on 4 April 1995.

^[122] See the Opinion of the Working Group, at para 24.

^[133] *Ibid.*, and "Judging Dujail", at 50.

^[144] *Ibid.*

^[155] See the Opinion of the Working Group, at para 24, and "Judging Dujail", at 59.

^[166] For the same conclusion of law, see also the Opinion of the Working Group, at para 27.

^[177] See the United Nations Basic Principles on the Role of Lawyers, adopted at the Eight United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (Havana, 27 August – 7 September 1990); United Nations Secretariat Report E.91.IV.2, sect. B.3, annex, which recognise that States should ensure that lawyers "are able to perform all of their professional functions without intimidation, hindrance, harassment or improper interference" (at para. 16).

^[188] UNAMI Human Rights Reports, November – December 2005, at para 15, and May – June 2006, at para 86.

^[199] For the same conclusion of law, see the Opinion of the Working Group, at para 23.

^[200] Perera v Australia, Communication No. 536/1993, Decision adopted on 28 March 1985, at para 6.4.

^[221] Article 25 of the Iraqi High Tribunal Law provides:

"....

(2) The Cassation Panel may affirm, reverse or revise the decisions taken by the Criminal Court or the decisions of the Investigative Judge.

(3) When the Cassation Panel issues its verdict to revoke the judgment of acquittal or release issued by the Criminal Court or the Investigative Judge, the case shall be referred back to the Court for retrial of the accused or for the Investigative Judge to implement the decision."

^[222] See article 252 of the Code of Criminal Procedure of Iraq, No. 23, 1971.

^[231] Nowak,op.cit, at 348.

- ^[24] Article 3 provides: “No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.”
- ^[25] Ocalan v Turkey, European Court of Human Rights (First Section), Application 46221/99, Judgment of 12 May 2003, at para 207.
- ^[26] Ocalan v Turkey, European Court of Human Rights (Grand Chamber), Application 46221/99, Judgment of 12 May 2005, at para 169.
- ^[27] *Ibid.* at 174-175.
- ^[28] Article 27, paragraph 2, of the Iraqi High Tribunal Law provides: “No authority, including the President of the Republic, may grant a pardon or mitigate the punishment issued by the Court....”
- ^[29] Constitution of Iraq, article 73.
- ^[30] Ng v Canada, Communication 469/1991, Views adopted on 25 September 1991.
- ^[31] For the duty to investigate State killings, see, for example, Baboeram et al. v Suriname, Communication Nos. 146&148-154/1983, Views adopted on 4 April 1985, Herrera Rubio v Colombia, Communication No. 161/1983, Views adopted on 2 November 1987, Sanjuán Arévalo v Colombia, Communication No. 181/1984, Views adopted on 3 November 1989, and Laureano v Peru, Communication No. 540/1993, Views adopted on 25 March 1996. For the duty to punish offenders for State killings, see Bautista de Arellana v Colombia, Communication No. 563/1993, Views adopted on 27 October 1995, and Vicente et al. v Colombia, Communication No. 612/1995, Views adopted on 29 July 1997.
- ^[32] See, for example, Sarma v Sri Lanka, Human Rights Committee, Communication No. 950/2000, Views adopted on 31 July 2003.
- ^[33] Article 27, paragraph 2, of the Iraqi High Tribunal Law provides, *in fine*, “The punishment must be executed within 30 days of the date when the judgment becomes final and non-appealable.”