



www.humanrights.go.kr
사람이 사람답게 사는 세상



법원의 국제인권기준 적용 심포지엄

2019. 8. 14.(수)
대한변호사협회 대강당(14층)

| 공동주최 |



국제인권네트워크

인권법학회

개 회 사

안녕하십니까? 국가인권위원회 위원장 최영애입니다.

국가인권위원회와 사법정책연구원, 대한변호사협회, 인권법학회, 국제인권네트워크가 공동으로 개최하는 「법원의 국제인권기준 적용 심포지엄」에 참석해주신 여러분께 감사의 인사를 드립니다.

특히, 심포지엄을 함께 주최해 주신 강현중 사법정책연구원장님과 이찬희 대한변호사협회장님, 바쁜 일정 중에도 귀한 시간을 내시어 참석해주신 법원과 학계, 그리고 시민 사회단체 활동가 여러분께 진심으로 감사드립니다.

모든 인류에게 보편적으로 적용되는 세계인권선언은 국제인권법의 토대가 되어 여러 국제인권규범 제정에 기폭제가 되었습니다. 현재 이 선언과 국제인권규범은 우리나라를 포함하여 각국의 헌법과 법령에 투영되어 인권 보호의 기준이 되고 있습니다.

세계인권선언에 담긴 기본적 인권과 인간의 존엄에 대한 가치는 자유권규약 및 사회권 규약을 비롯하여 18개 주요 국제인권조약 및 선택의정서로 구체화되어 규범성을 가진 국제인권규범으로 채택되고 있습니다.

우리나라는 주요 국제인권조약 9개 중에서 7개 조약에 가입하였으며, 강제실종협약 및 이주노동자권리협약은 가입하지 않은 상황입니다.

우리 위원회는 정부에 국제인권조약 및 선택의정서 등에 대한 가입을 권고하고, 이미 가입한 국제 인권조약 심의에 앞서 각 조약기구에 독립의견서를 제출하고 정부의 이행 상황을 평가 및 모니터링하는 등 국제인권규범의 국내 이행을 위해 다각적인 역할을 수행하고 있습니다.

그러나 우리 위원회의 이 같은 노력에도 여전히 국제인권법은 국내에서 국내법이 갖는 규범성 정도로 인식되지 않는 것 같습니다.

우리나라는 「헌법」 제6조에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”라고 규정함으로써 국제법을 국내법으로 수용하여 존중하고 있습니다.

이와 같이 국제인권조약이 국내법과 동일한 효력을 가지기 위해서는 헌법상 규정뿐만 아니라 법을 제정하고, 집행하고, 적용하는 분들과 국민의 관심이 매우 중요하다고 생각합니다.

특히, 국제인권규범을 법원의 재판규범으로 적극 적용하고 그 사례들을 축적 및 활용함으로써, 국제인권 기준의 국내 규범성을 더욱 공고히 하고 보편화하게 된다고 봅니다. 그러나 국제인권규범의 국내 이행과 개인진정 결정의 국내 구제 체계는 미흡하고 충분하지 않다고 평가받고 있습니다.

오늘 심포지엄에서는 법원에서 국제인권조약의 적용 현황 및 평가와 국제인권기준이 우리의 삶을 어떻게 변화시킬 수 있는지에 대한 경험의 사례를 공유하고, 국제인권조약 기구에 의한 개인진정 결정의 국내 이행과 이를 위한 법원에서의 역할은 무엇인지에 관하여 활발한 논의가 있을 것입니다.

이 심포지엄을 통해 국제인권규범이 누구에게나 보편적으로 적용되는 최소한의 인권 기준이라는 점을 다시금 상기하는 계기가 되기를 기대합니다.

나아가 이 심포지엄을 통하여 국제인권규범에 대한 이해를 도모하고, 더 많은 법률가들이 국제인권규범을 실제 재판에서 원용하여 우리 사회가 인권 친화적인 사회로 한 걸음 더 나아갈 수 있기를 희망합니다.

존경하는 내외 귀빈 여러분,

최근에 한국사회는 여성, 이주민·난민, 성소수자 등 사회적 약자에 대한 혐오와 차별이 만연하고 있기에 인권위원장으로서는 매우 깊이 우려하고 있습니다. 이러한 한국사회의 인권 현안을 해소하기 위해서는 우리 모두가 힘을 모아 많은 노력을 기울여야 할 것입니다.

우리 위원회도 우리 사회가 누구나 존엄한 포용적인 인권 사회가 될 수 있도록 여러 도전이나 압박에 좌고우면하지 않고 더욱 노력하겠습니다.

2019년 8월 14일

국가인권위원회 위원장 **최영애**

환 영 사

존경하는 최영애 국가인권위원회 위원장님, 이찬희 대한변호사협회장님, 그리고 이 자리에 참석해 주신 모든 내외 귀빈 여러분!

사법정책연구원이 국가인권위원회, 대한변호사협회, 국제인권네트워크, 인권법학회와 함께 「법원의 국제인권기준 적용」을 주제로 심포지엄을 공동개최하게 된 것을 큰 영광으로 생각합니다.

대한민국헌법은 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있습니다. 따라서 이러한 조약과 국제법규는 법원의 재판에 있어 국내법과 같은 기준으로 작용을 합니다.

그런데 아직 우리나라의 재판 과정에서 국제법규가 쟁점으로 다뤄지는 경우가 적고, 그에 따라 자칫 국제법규에 어긋나는 재판을 하게 되거나 우리나라가 국제법규 형성 과정에서 소외될 수도 있다는 지적이 있어 왔습니다.

그에 따라 사법정책연구원은 2018년도 기본연구과제 중 하나로 「국제법의 재판규범성에 관한 연구 - 주요 국제인권규범을 중심으로」를 선정하여 연구 수행 중에 있습니다.

이번 학술대회는 법원의 국제인권기준 적용에 관한 다양한 연구 성과를 심도 있게 검토함으로써 재판에서 국제인권기준이 활발히 적용될 수 있는 방안을 모색하는데 큰 도움을 줄 것입니다.

아무쪼록 이번 학술대회를 통해 국제인권기준 연구에 대한 탄탄한 이론적 토대와 상호 교류의 발판이 마련되기를 바라며, 사법정책연구원은 앞으로도 상호협력을 통한 연구역량 강화를 위해 계속 노력해 나갈 것을 약속드립니다.



마지막으로 오늘 학술대회에 참석해 주신 내외 귀빈 여러분과 바쁘신 일정 중에도
흔쾌히 사회, 발표, 토론을 맡아 주신 전문가 분들, 그리고 이번 학술대회를 기획하고
준비하신 모든 관계자 여러분께 다시 한 번 깊이 감사드립니다.
감사합니다.

2019년 8월 14일
사법정책연구원장 강 현 중

안녕하십니까? 대한변호사협회장 이찬희 변호사입니다.

먼저, 오늘 ‘법원의 국제인권기준 적용 심포지엄’을 함께 개최해 주신 국가인권위원회 최영애 위원장님, 사법정책연구원 강현중 원장님과 국제인권네트워크, 인권법학회 관계자분들께 감사드리며, 바쁘신 중에도 귀한 시간을 내시어 심포지엄을 준비해 주시고 참석해 주신 모든 분들께 감사의 인사를 드립니다.

작년 6월 헌법재판소가 양심적 병역 거부자에 대한 대체복무제를 규정하지 않은 병역종류조항에 대해 헌법불합치 결정을 한데 이어, 11월에는 양심적 병역 거부자에 대한 대법원 전원합의체 무죄 판결이 있었습니다. 위 대법원 전원합의체 판결에서 특히 주목할 점은 우리나라가 가입한 유엔 ‘자유권 규약’이 직접적인 재판규범이 될 수 있다는 보충의견이 있었다는 것입니다.

헌법 제6조 제1항은 ‘헌법에 의해 체결, 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다’고 규정하고 있습니다. 그럼에도, 그동안 국제인권기준은 재판 과정에서 적극적으로 적용되지는 않았던 것이 사실입니다. 최근, 양심적 병역 거부자에 대한 대법원 전원합의체 판결을 비롯하여 국제인권기준이 적용된 판결들이 선고되고 있다는 것은 상당히 고무적인 일입니다. 이러한 시점에 법원의 국제인권기준 적용을 주제로 심포지엄을 열게 된 것은 매우 시의적절하다고 생각합니다.

국제인권기준은 인권을 보호하기 위해 국가가 준수해야 할 최소한의 기준으로서, 국가는 국제인권기준의 진정한 의미와 가치를 실현할 수 있도록 노력하여야 합니다. 특히, 국제인권기준에 조화되도록 법률을 해석하는 것은 보편적 인권의 관점에서 사법부가 지켜야 할 책무라고 할 것입니다.

우리나라는 격동의 세월 속에서 급속도의 경제성장과 민주화를 달성하였습니다. 그 과정에서 인권 보장의 수준도 상당히 성장하였지만, 아직도 나아가야 할 길이 멀다고 생각합니다. 이제는 우리나라가 국제사회에서 인권 선진국으로 발돋움할 수 있기를 희망합니다.

오늘 심포지엄에서 법원의 국제인권기준의 적용과 관련한 심도 있는 논의가 이루어져 국민들의 폭넓은 권리구제 실현의 초석이 마련되기를 바랍니다. 대한변호사협회도 인권과 정의 수호를 그 사명으로 하는 단체인 만큼, 국제인권기준에 지속적인 관심을 가지고 국민의 인권 보호를 위해 최선의 노력을 다하겠습니다.

오늘 심포지엄을 위하여 많은 분들이 수고해 주셨습니다. 진행을 맡아주실 국가인권위원회 최혜리 상임위원님과 대한변호사협회 정영훈 인권이사님, 발표를 맡아주실 사법정책연구원 이해영 연구위원님, 대한변호사협회 백종건 인권위원님, 한양대학교 법학전문대학원 박찬운 교수님, 그리고 토론을 해 주실 서울서부지방법원 장태영 판사님, 서울대학교 인권센터 이주영 전문위원님, 대한변호사협회 황필규 국제인권특별위원장님, 경희대학교 국제대학 백범석 교수님, 공익인권변호사모임 희망을 만드는 법 류민희 변호사님, 국가인권위원회 국제인권과 이동우 사무관님께 깊이 감사드립니다.

2019년 8월 14일

대한변호사협회 협회장 이 찬 희

프로그램

Program

□ 일시 : 2019. 8. 14.(수) 14:00~17:30

□ 장소 : 대한변호사협회 대강당(14층)

사회 : 박성남 (국가인권위원회 국제인권과장)

개 회	
개 회 사	최영애 (국가인권위원회 위원장)
환 영 사	강현중 (사법정책연구원장)
인 사 말	이찬희 (대한변호사협회 협회장)
세 선 1	
진행: 최혜리 (국가인권위원회 상임위원)	
발 표	법원에서의 국제인권조약 적용 현황 및 평가 이혜영 (사법정책연구원 연구위원)
사례발표	국제인권기준이 우리의 삶을 어떻게 변화시킬 수 있는가 백종건 (대한변호사협회 인권위원)
	장태영 (서울서부지방법원 판사)
토 론	이주영 (서울대학교 인권센터 전문위원) 황필규 (대한변호사협회 국제인권특별위원장)
세 선 2	
진행: 정영훈 (대한변호사협회 인권이사)	
발 표	국제인권조약기구 개인진정 결정의 국내 이행과 법원의 역할 박찬운 (한양대학교 법학전문대학원 교수)
	백범석 (경희대학교 국제대학 교수)
토 론	류민희 (공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사) 이동우 (국가인권위원회 국제인권과 사무관)
종합토론 및 질의응답 / 폐회	

● 세션 1

- [발표] 법원에서의 국제인권조약 적용 현황 및 평가 1
이혜영 (사법정책연구원 연구위원)
- [사례발표] 국제인권기준이 우리의 삶을 어떻게 변화시킬 수 있는가 83
백종건 (대한변호사협회 인권위원)
- [토론문]
 - 장태영 (서울서부지방법원 판사) 109
 - 이주영 (서울대학교 인권센터 전문위원) 151
 - 황필규 (대한변협 국제인권특별위원회 위원장) 157

● 세션 2

- [발표] 국제인권조약기구 개인진정 결정의 국내 이행과 법원의 역할 167
박찬운 (한양대학교 법학전문대학원 교수)
- [토론문]
 - 백범석 (경희대학교 국제대학 교수) 195
 - 류민희 (공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사) 203
 - 이동우 (국가인권위원회 국제인권과 사무관) 205



법원의 국제인권기준 적용 심포지엄

[발표]

법원에서의 국제인권조약 적용 현황 및 평가

이혜영

(사법정책연구원 연구위원)

법원에서의 국제인권조약 적용 현황 및 평가*

이혜영 (사법정책연구원 연구위원, 법학박사)

1. 서론

주로 주권국가 간의 관계를 다루며 상당 부분 상호주의적 실행을 담보로 하는 전통 국제법과 달리, 국제인권법은 직접적으로 정부와 사인 간의 관계를 다루며 보편적인 불가침의 인권의 보호를 내용으로 하고, 타국의 이행 여부와 무관하게 당사국에게 적용되는 점에서 전통적인 상호주의 원칙이 적용되지 않는 특수한 영역이다.¹⁾ 우리나라는 국제적 인권보호체제를 받아들여, 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)가 정한 9대 핵심 국제인권조약 중 7개 조약에 가입하였고, 이로써 이들 핵심 국제인권조약을 국내적으로 이행할 국제법적 의무를 부담한다.²⁾ 국제법은 개별 국가들에게 국제법상 의무를 성실

* 이 글은 2019. 8. 14. “법원의 국제인권기준 적용 심포지엄”에서의 발표를 위해 준비된 글로서, 사법정책연구원에서 현재 진행 중인 국제인권법의 재판규범성 관련 연구 내용의 일부가 반영되었으며, 이후 연구가 진행됨에 따라 수정, 보완, 편집될 내용에 바탕을 두고 있으므로, 각종 저작 시 인용을 삼가 주시기를 부탁드립니다.

- 1) 대법원 2018. 11. 01. 선고 2016도10912 전원합의체 판결(“국제인권규약은 모든 가입국에 동일한 일반적인 규범을 창설한다는 점에서 객관적 성격의 규범창설규약이다. 이러한 규범은 다른 가입국의 이행상태와 무관하게 당해 가입국에 의해 적용되어야 하며, 또한 가입국의 특수한 사정이 지나치게 과대평가되어서는 안 된다. 국제인권규약에 대해서는 전통적인 조약에서의 상호주의가 적용되지 아니한다.”); 오승진, “국제인권조약의 국내 적용과 문제점”, 국제법학회논총 제56권 제2호(2011. 6.), 129-135면.
- 2) 우리나라는 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)가 정한 9대 핵심 국제인권조약과 9개의 선택의정서 중(<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx> 참조), 7개의 조약과 4개의 선택의정서에 가입되어 있다. 우리나라가 가입한 7개 국제인권조약은 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(ICESCR)과, ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(ICCPR), ‘모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약’(ICERD), ‘여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약’(CEDAW), ‘고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’(CAT), ‘아동의 권리에 관한 협약’(CRC), ‘장애인의 권리에 관한 협약’(CRPD)이고, 4개의 선택의정서는 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서’(ICCPR-OP1), ‘아동의 무력충돌 참여에 관한 아동권리협약 선택의정서’(OP-CRC-AC), ‘아동매매·아동성매매 및 아동음란물에 관한 아동권리에 관한 협약 선택의정서’(OP-CRC-SC), 여성에 대한 차별철폐에 관한 협약 선택의정서’(OP-CEDAW)이다[우리나라가 가입한 국제인권조약에 대한 정보는 외교부 웹페

하게 이행할 것을 요구할 뿐, 이를 어떤 방식으로 국내적으로 이행할지는 각국의 선택에 맡기고 있다. 우리 법체제는 헌법 전문에서 국제협력주의를 선언하고 있고, 헌법 제6조 제1항에서 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 정함으로써 국제법이 별도의 입법없이 국내적으로 직접 적용되는, 이른바 ‘수용’ 방식(일원론)을 채택하고 있으며, 국제법 존중주의를 헌법상 원칙으로 표방하고 있다. 그러나 법실행적 측면에서 볼 때, 일원론적 법체계를 채택하고 있음이 국제법이 국내적으로 실효적으로 이행되고 있을 것을 반드시 담보하지 않는 데, 이에 대하여 히긴스(R. Higgins)는 실제 법실행에서 국제법과 국내법이 대립할 때 이에 대한 “현실세계의 답은 결국 법원에 달려 있다”고 지적한 바 있다.³⁾ 어느 국가에서나 법문언의 진정한 의미는 결국 법원의 판결을 통해 확정되며, 사법적 판단에 바탕을 두지 않는 법해석학론은 현실분석에 바탕을 두지 않은 잠정적 판단 내지 가상적 논리전개에 불과하다는 점에서, 우리나라에서의 국제인권조약 현주소에 대한 이해는 법원의 판결에 대한 실증 연구에 바탕을 두어야 한다.

그동안 국제인권조약이 적용된 판례 연구는 주로 헌법재판소의 국제인권조약 적용 사례에 대한 것이 많았다. 그런데 국제인권조약이 헌법 제6조 제1항에 따라 국내 법률과 동위의 효력을 가짐을 고려할 때,⁴⁾ 국제인권조약에 근거한 사법적 구제 현황을 살펴

이지(www.mofa.go.kr)에서 ‘외교정책’ - ‘조약·국제법’ - ‘조약정보’ - ‘다자조약’ - ‘상세검색’ - ‘분야: 인권’으로 검색하여 참조]. 1948년 세계인권선언 등 관습국제법으로 확립된 인권규범도 헌법 제6조에 따라 국내적 효력이 있지만, 본고에서는 관습국제법의 적용 문제는 다루지 않기로 한다.

3) Rosalyn Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It, Clarendon Press·Oxford (1994), p. 205.

4) 헌법 제6조 제1항의 “국내법과 같은 효력”의 의미에 대해서는 다양한 의견이 있다. 현재 통설과 판례의 입장은 국제법은 헌법보다는 하위이지만 국내 법률과는 동위로 보아야 한다는 것으로 보인다. 그러나 불가침적 성격의 보편적인 기본권을 보장할 것을 내용으로 하는 국제인권조약은 다른 국제법과 달리 헌법적 가치를 내용으로 하고 있으므로 그 특수성을 인정하여 헌법적 효력 내지 일반 법률보다 우위적 효력을 부여해야 한다는 주장이 존재한다[예를 들면, 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 제56권 제6호 (2007. 6.), 151면 참조]. 그러나 법원에서 국제인권조약의 국내법에 대한 우위적 효력을 명시적으로 긍정한 판례는 없고, 오히려 국내법에 대한 우위적 효력을 부정한 판례는 있어서, 법형식적으로 국제법의 지위를 법률과 동위로 보고 있는 것으로 보인다(서울행정법원 2018. 06. 29. 선고 2017구합80912 판결 참조). 또한 유념할 것은, 국회의 비준동의를 거치지 않은 아동권리협약 등의 경우, 국내법상 법률이 아닌 시행령 이하의 지위를 가진다는 해석이 다수설이다. 이에 대해서는 아직까지 명확한 해석이 사법실행으로 확립되지 않았으며, 비동의조약에 시행령 이하의 효력만을 인정하는 것은 국내 법질서 속에서 여러 가지 부조화 또는 부적법을 야기하고, 기존 조약 운영의 실태나 국내법 체계와의 조화, 정책적 효과 등을 감안하였을 때 바람직하지 못한 결과를 초래할 수 있으므로 비동의조약도 법률로서의 지

보기 위하여 ‘법원’⁵⁾의 판결문에 대한 실증적 연구가 중요한 의미를 가진다. 우리 헌법 재판소의 헌법재판에서 국제인권조약은 헌법을 해석하는데 간접적으로 활용되어질 수는 있지만, 국제인권법에 헌법적 지위를 부여하지 않는 한 직접적인 재판규범이 될 수 없다.⁶⁾ 그러나 법원은 구체적인 사안에서 법률을 재판규범으로써 직접적용하기 때문에, 국제인권조약은 원칙적으로 직접적인 재판규범이 된다. 요컨대, 헌법재판소는 헌법재판에서 국제인권조약이 ‘간접적용’될 때 야기되는 법리적 문제에 대하여만 답을 줄 수 있다면, 법원은 국제인권조약이 재판규범으로서 ‘직접적용’될 때 야기되는 법리적 문제에 대하여도 답을 줄 수 있는 기관이다. 따라서 법률을 직접적인 재판규범으로써 해석·적용하는 법원은 국제인권조약이 원용된 개별 사건에서, 국제인권조약의 국내적 효력과 지위를 확인하고, 국제조약과 국내법이 충돌하였을 때 해결의 기준을 제시하며, 국제법적으로 타당한 해석 기준에 따른 국제조약의 해석과 적용에 대한 1차적인 책임을 지는 기관인 것이다.⁷⁾

이러한 중요성에 대한 인식으로 인하여, 그 동안 법원에서 국제인권조약이 원용된 판결문을 분석하는 실증 연구가 없었던 것은 아니다.⁸⁾ 그러나 선행 연구들은 최근의 변화

위를 가져야 한다고 헌법을 해석하는 것이 타당하다는 주장이 있다[정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, 서울국제법연구 제22권 제1호 (2015. 6.) 참조].

- 5) 여기서는 ‘법원’을 대법원과 각급 법원을 아우르는 의미의 사법부를 지칭하는 것으로 사용하며, ‘헌법재판소’와는 구별하는 의미로 사용한다.
- 6) 헌법재판소는 국제인권조약의 헌법적 효력을 부정하며, 따라서 헌법재판에서의 국제인권조약의 직접적인 재판규범성을 인정하지 않고 있다. 헌법재판소의 실행을 보면, 국제인권조약을 헌법해석의 참고자료로서 검토하거나, 심판대상 규정 등의 헌법위반 여부를 판단하면서 국제인권조약 위반 여부도 부수적으로 함께 판단하거나, 심판대상 규정이 국제법 존중의 원칙을 위반하였는지 여부를 판단하기 위하여 국제인권조약 위반을 검토하는 방식의, 소위 국제인권조약의 ‘간접적용’을 하고 있음을 확인할 수 있다[전종익, “헌법재판소의 국제인권조약 적용”, 저스티스 제170-2호 (2019. 2.), 507-537면 참조].
- 7) 특히 우리나라를 비롯한 아시아·태평양 국가의 경우, 국제인권조약상 권리를 침해받은 개인이 기댈 수 있는 마지막 보루로서의 사법부의 역할은 단지 선언적인 의미를 넘어선 실질적 의미가 있다. 국내 사법부가 피해자 개인의 인권을 실효적으로 구제해주지 못했을 경우, 이에 대한 지역적 구제책으로서 구속력있는 판결을 선고할 수 있는 지역인권법원이 있는 유럽이나 미주, 아프리카와 비교할 때, 아직 지역인권법원이 부재하는 아시아·태평양 국가의 관할권 내에 있는 개인들이 법적 구속력있는 판결을 받을 수 있는 사실상 최종 보루가 국내 사법부이기 때문이다. 우리나라에서 법원의 재판은 헌법소원의 대상이 되지 않는 것도 고려되어야 할 것이다.
- 8) 선행 연구의 예로, 정경수, “재판과정에서의 국제인권기준 적용 연구” [연구용역보고서] 국가인권위원회 (2007); 대법원 국제인권법연구회, 국제인권법실무연구(제130집), 법원도서관 (2015) (이 연구는 2013. 9. 11. 까지의 선고된 판결문을 조사 대상으로 하였다); 홍관표, “법원 판결을 통해 살펴본 국제인권조약의 국내 이행 - 국제인권조약의 적용 여부가 문제된 사례 중심으로 -”, 법학논총

를 반영하지 못하고 있으며, 그 조사 범위나 방법의 차이로 인하여 사실상 법원에서 우리나라가 가입·비준한 주요 국제인권조약이 직·간접적으로 적용된 판결문에 대한 전수 조사가 온전히 이루어지지 않은 면도 있었다. 또한 선행 연구들에서는 판결문에서 법원이 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 인정·불인정한 비율에 대한 통계를 산출한 바가 없었고, 각 인정·불인정 판단의 논거 유형을 분석하는데 일정한 한계가 있었다. 이에 우리 법원에서의 국제인권조약 적용 현황의 현주소에 대한 정확한 이해를 위해서는 판결문 전수조사에 바탕을 둔 실증 연구가 여전히 필요하며 유의미할 것이다.

지난 30여 년간 우리 법원에서의 국제인권조약 적용 양상의 변화를 개괄해 보면, 양적으로는 적용되는 국제인권조약의 종류와 수가 급증해 왔으며, 질적으로는 국제인권조약의 국내적 효력과 지위, 해석 원칙에 대해서 비교적 구체적으로 실시하는 판결들이 등장하고 있어서, 재판에서 국제인권조약의 중요도가 한층 높아지고 있다고 볼 수 있다. 그러나 여전히 법원이 국제법적 해석 기준에 입각하여 국제인권조약을 성실하게 해석하여 적용한 사례가 드물고, 사법부가 전반적으로 국제인권조약을 생소해 한다는 평가가 지배적인 것이 사실이다.⁹⁾ 이에, 이 글은 우리 법원에서의 국제인권조약의 적용 현황을 양적·질적으로 분석·진단하여 법원이 국제인권조약에 충실한 사법구제를 제공하지 못하고 있다는 비판의 타당성을 살펴보고자 한다. 더 나아가 법원이 국제인권조약을 적극적으로 적용하는데 실제적으로 한계로 작용하는 요인이 무엇인지 실증적으로 진단하여, 극복될 수 있는 한계의 영역 내에서 사법정책을 통한 적절한 사법지원 방안을 제언하고자 한다.

이러한 목적을 염두에 두면서, 이 글은 먼저 우리 법원에서의 국제인권조약 적용 현황을 진단한다(2.). 이를 위해 우리 법원에서 선고되고 전산화된 데이터베이스로 확인 가능한 판결에서 우리나라가 가입·비준한 7대 주요 국제인권조약의 협약별, 시기별, 소

제32권 제1호 (2015) (이 연구는 2014. 6. 15. 까지의 판결문을 연구 대상으로 하였다); 홍관표, “국제인권조약을 원용한 법원의 판결에 관한 검토”, 저스티스 제149권 (2015) (이 연구는 2015. 3. 23. 까지의 판결문을 연구 대상으로 하였다) 참조.

9) 이러한 비판의 예는 정경수, “재판과정에서의 국제인권기준 적용 연구” [연구용역보고서] 국가인권위원회 (2007), 168-170면; 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 제56권 제6호 (2007. 6.), 165-170면; 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 국제법평론 제20호 (2004), 73면; 홍관표, “법원 판결을 통해 살펴 본 국제인권조약의 국내 이행 - 국제인권조약의 적용 여부가 문제된 사례를 중심으로”, 법학논총 제32권 제1호 (2015), 95면 등 참조.

송유형별 적용 현황을 진단한다. 또한 국제인권조약에 근거한 주장이 인정·불인정된 현황을 파악함으로써 우리 법원에서의 국제인권조약 적용 현황에 대한 거시적인 그림을 그려 본다. 다음으로, 법원에서의 국제인권조약 적용 현황을 분석한다(3.). 이를 위해 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 인정·불인정된 각 경우의 주요 논거를 유형화하여 분석하고, 법원이 국제인권조약을 적극적으로 적용하는데 실제로 한계로 작용하는 요인으로 규범적 한계, 법리적 한계, 법지위적 한계, 법해석적 한계의 유무와 성질, 정도를 검토할 것이다. 마지막으로, 법원에서 국제인권조약에 충실한 사법구제가 이루어질 수 있도록 필요한 사법지원 방안을 제언하는 것으로 결론에 갈음한다(4.).

2. 법원에서의 국제인권조약 적용 현황

가. 조사방법

1) 대상과 범위: 우리나라가 가입·비준한 7대 주요 국제인권조약이 적용된 판결 전체

이 연구는 우리나라가 가입·비준한 7개 주요 국제인권조약인 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약’(ICESCR)과, ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(ICCPR), ‘모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약’(ICERD), ‘여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약’(CEDAW), ‘고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약’(CAT), ‘아동의 권리에 관한 협약’(CRC), ‘장애인 권리에 관한 협약’(CRPD)을 판결문 전수조사의 대상 법으로 한정한다.¹⁰⁾

10) 이와 같은 범위 지정에는 다음과 같은 사정이 고려되었다. 첫째, 이들 7개 협약은 유엔 인권최고대표사무소(OHCHR)가 선정한 9대 핵심 국제인권조약 중 우리나라가 가입·비준하여 국내적으로 직접적인 법적 효력을 가지는 조약이다. 둘째, 우리 법원에서 국제인권법이 적용된 사건의 대부분이 이 7개 조약에 한정된다는 점에서, 이들 조약은 국내에서 적용되는 국제인권법에 대한 대표성을 가지기에 충분하다. 법원 내 국제인권법연구회에서 2013년에 수행한 조사에 의하면, 1990.부터 2013. 9. 11. 까지 ‘난민의 지위에 관한 협약’과 ‘난민의 지위에 관한 의정서’를 제외한 국제인권조약이 적용된 판결문의 수가 1,458건인데, 이 중 상기한 7개 주요 인권조약이 1,455건을 차지하여, 전체 대비 99.79%를 차지함을 알 수 있다[대법원 국제인권법연구회, 국제인권법실무연구(제130집), 법원도서관 (2015), 38면]. 관련해서, 이 연구의 대상 법에서 ‘난민의 지위에 관한 협약’과

다음의 [표]는 전수조사의 대상 규범인 7대 주요 인권조약에 대한 간략한 정보를 보여준다.

[표] 우리나라가 가입·비준한 7대 주요 국제인권조약¹¹⁾

조약번호	조약명	원조약 채택 및 발효 일자	우리나라 가입서·비준서 기탁일 및 발효일
조약1007	시민적·정치적 권리규약(B규약) (International Covenant on Civil and Political Rights)	1996. 12. 16./ 1976. 3. 23.	1990. 4. 10./ 1990. 7. 10.
조약1006	경제적·사회적·문화적 권리규약(A규약) (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)	1996. 12. 16./ 1976. 1. 3.	1990. 4. 10./ 1990. 7. 10.
조약667	인종차별철폐협약 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)	1965. 12. 21./ 1969. 1. 4.	1978. 12. 5./ 1979. 1. 4.

‘난민의 지위에 관한 의정서’는 제외된다. 국제적인 난민위기로 인하여 2013년부터 우리나라에 들어와서 난민지위인정을 요청하는 난민신청자의 수가 급증하였고, 난민불인정결정 등에 대하여 법원에 취소의 소를 제기하는 수도 급증하여서 법원의 판결문에도 ‘난민의 지위에 관한 협약’ 등이 인용되는 수가 폭발적으로 증가하였다. 그러나 난민재판은 사실상 이행법률인 난민법에 의해 대부분 해결되고 있는 점, 국제적인 난민위기로 인하여 적용되는 판결문의 수가 급증한다는 시대적 특수성이 있는 점, 다른 국제인권조약이 적용되는 사건과는 구별되는 반복적이고 특수한 정황을 배경으로 하는 점, 난민협약까지 적용되는 국제인권법의 범위에 넣어서 이 연구를 수행할 경우에 우리 법원에서 국제인권조약이 활발하게 적용된다는 부당한 인상을 줄 수 있는 점, 그리고 이미 사법정책연구원에서 난민재판의 현황에 관한 연구만 별도로 수행한 점[우리 법원에서의 난민재판에 대한 현황 및 개선방안에 대한 연구는 이해영·표현덕, 난민인정과 재판 절차의 개선방안, 사법정책연구원 (2017) 참조]을 고려하여, 난민협약은 이 연구 범위에서 제외하였다. 셋째, 이들 7개 조약은 모두 해당 조약의 이행을 감독하는 전문가로 구성된 위원회를 가지고 있어서, 해당 조약의 해석 및 적용에 관한 국제적으로 참조 가능한 기준을 제시하고 있다는 공통점이 있다. 인권 보장을 내용으로 하는 규범들은 대개 추상적인 언어를 사용하고 있어서, 그 구체적인 내용의 파악함에 있어서 해석의 중요성이 크다. 이에 해당 조약에 대한 권위 있는 해석을 제공하는 위원회를 가지는 조약의 경우 그 실효적 이행을 보다 용이하게 하는 자원을 가지고 있다는 측면에서 국내 법원이 재판의 준거 규범으로 해석·적용하는데 보다 용이하다. 넷째, 연구에 투입 가능한 시간적·인적 자원의 한계로 인한 연구의 현실적 범위 설정의 필요성이 고려되었다. 개인의 인권을 보호할 것을 내용으로 하는 국제협약의 수는 방대한데, 인권 보호를 내용으로 하는 관습국제법의 내용을 모두 파악하는 것도 난제이다. 이 중 우리 재판에서 반복적으로 적용되는 조약은 상기한 7개 조약에 집중되어 있는 현실에서 이 이상으로 연구 범위를 확장하는 것은 실현가능성이 떨어질 뿐만 아니라 효율적이지도 않다고 판단되었다.

11) 우리나라가 가입한 국제인권조약에 대한 정보는 외교부 웹사이트(www.mofa.go.kr)에서 ‘외교정책’ - ‘조약·국제법’ - ‘조약정보’ - ‘다자조약’ - ‘상세검색’ - ‘분야: 인권’으로 검색하여 참조.

조약번호	조약명	원조약 채택 및 발효 일자	우리나라 가입서·비준서 기탁일 및 발효일
조약855	여성차별철폐협약 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)	1979. 12. 18./ 1981. 9. 3.	1984. 12. 27./ 1985. 1. 26.
조약1272	고문방지협약 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)	1984. 12. 10./ 1987. 6. 26.	1995. 1. 9./ 1995. 2. 8.
조약1072	아동권리협약 (Convention on the Rights of the Child)	1989. 11. 20./ 1990. 9. 2.	1991. 11. 20./ 1991. 12. 20.
조약1928	장애인권리협약 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities)	2006. 12. 13./ 2008. 5. 3.	2008. 12. 11./ 2009. 1. 10.

상기한 7대 주요 국제인권조약이 적용된 것이라면, 법원에서의 모든 심급(1심, 항소심, 상고심)의 판결문을 조사 대상으로 한다. 시간적 범위는 판결문에서 국제인권조약이 처음으로 인용된 1992. 7. 16.로부터 2019. 3. 13. 까지 선고된 것이다.¹²⁾

2) 검색 방법: 내부 전산망 주제어 검색

법원 내부 전산망의 ‘판결문 검색 시스템’을 이용하여, ‘주제어’에 상기한 7대 주요 국제인권조약명의 공식 국문명칭, 영문명칭, 약식명칭 내지 별칭 등을 입력하여 검색해서 나온 결과 중 중복된 판결문은 제하는 식으로 조사하였다.¹³⁾ 이러한 ‘주제어’ 검색

12) 우리 법원에서 국제인권조약이 적용된 첫 판결은 대법원 1993. 12. 24. 선고 1993도1711 판결이지만, 당사자가 조약을 인용한 첫 판결은 서울고등법원 1992. 07. 16. 선고 1989구1232 판결이었다. 법원 내부망 검색범위의 ‘문서종류’에서 ‘판결문’만을 검색대상으로 하였으므로, 이에 따라 결정문, 명령, 조서, 기타 문서는 이 연구범위에서 배제되었다.

13) 예를 들어, ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’(International Covenant on Civil and Political Rights)의 경우, 약칭으로 ‘시민적·정치적 권리규약’으로 기재되기도 하고, 별칭으로 ‘B규약’ 내지 ‘자유권규약’으로도 불린다. 판결문에서 해당 조약을 표기할 때 공식 명칭 대신 약칭이나 별칭으로 기재되는 경우도 빈번하기 때문에, 공식 국문(영문) 명칭만으로 검색했을 경우 배제되는 판결이 생기는 가능성을 방지하기 위하여 활용되고 있는 가능한 모든 명칭을 입력하여 나온 검색결과에서 중복된 것은 제하는 식으로 조사하였음을 밝힌다. 그러나 다수의 판결문에서 규약명을 오기하거나(예를 들어, 양심적 병역거부를 인정한 첫 판결인 서울남부지방법원 2004. 05. 21. 선고 2002고단3940 판결의 경우, “시민적및정치적권리에관한국제규약”이라고 규약명을 오기하여, 최초 검색결과에서 해당 판결들이 배제되었다가, 이후 연구자에 의하여 추가되었다), 독창적인 약

방법에 의한 판결문 조사의 한계는, 판결문에서 국제인권조약을 명시적으로 언급하지는 않았지만 그 취지에 부합하는 판결이나, 당사자가 국제인권조약을 원용하여 주장하였으나 법원이 판결문에서 당사자의 주장을 명시해 주지 않은 채로 판단에서 배제한 경우가 제외될 수 있다는 점이다.¹⁴⁾ 만약 판결문에 표면적으로 조약명이 드러나지 않지만 판단의 형성과정에서 어떤 식으로든지 국제인권조약의 내용이 영향을 미쳤는지를 보려면, 일정 범위의 사건을 선별하여 특정 사건에 대한 재판기록을 열람하거나, 해당 사건을 수행한 변호사를 대상으로 한 면담을 하는 등의 조사방법을 고려해 볼 수 있을 것이다. 그러나 이러한 조사는 결국 연구자가 사전 배경지식을 가지고 선별한 사건에 대한 추적 조사를 할 수 밖에 없다는 점에서 전체 법원에서의 국제인권조약 적용 현황을 전반적으로 개관하는데 한계가 있다. 따라서 일정한 한계에도 불구하고 본 논의에서는 선고된 판결문에 명시된 국제인권조약을 주제어로 검색하여 도출된 결과를 바탕으로 현황을 파악하되, 판결문만으로 논거의 의미를 충분히 이해하기 힘든 경우에 한하여 관련 재판 기록이나 2차 문헌을 참고하였다.

3) 선별 기준: ‘적용’ 및 ‘원용’의 의미

이 글의 목적상, 국제인권조약이 ‘적용’ 또는 ‘원용’된 판결을 선별할 필요가 있다. 어떤 판결문에서 사건의 사실관계를 묘사한 부분이나 첨부된 별지의 내용에서 국제인권조약명이 단순히 일종의 ‘사실’로서 언급만 되었고, 해당 규범의 법적 효력 및 내용에

칭을 사용하거나, 규약의 공식명칭과 별칭을 잘못 사용하거나[예를 들어, 서울고등법원 2007. 08. 31. 선고 2007나38658 판결에서 “경제적 사회적 문화적 권리에 관한 국제규약(B규약)”과 같은 방식의 오기가 발견되는데, 이 경우 정확히 ‘경제적 사회적 문화적 권리에 관한 국제규약(약칭 ‘A규약’)을 의미하는 것인지 ‘시민적 정치적 권리에 관한 국제규약(약칭 ‘B규약’)을 의미하는 것인지 불분명하다], 내부 전산망에 미등록된 판결이 있는 사정 및 전산 오류 등을 이유로 검색결과에서 부득이하게 배제되는 경우가 있을 수 있음을 밝힌다. 이 연구의 목적이 사회과학적 엄정성보다는 우리 법원에서의 국제인권조약의 적용 현황의 전체적인 경향성을 진단하는 것에 목적이 있음을 염두에 두고 아래 자료를 참조하기를 바란다.

14) 국제인권조약을 직접 언급하지는 아니하였으나 그 취지에 부합하는 판결의 예는 대법원 국제인권법연구회, 국제인권법실무연구(제130집), 법원도서관 (2015), 35면, 각주22) 참조[“강간죄의 객체인 ‘부녀’에 법률상의 처가 포함된다고 본 판결(대법원 2013. 5. 16. 선고 2012도14788 전원합의체 판결), 성전환자를 강간죄의 객체인 ‘부녀’로 본 판결(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도3580 판결), 성전환자의 호적, 가족관계등록부 성별란 정정을 인정한 결정(대법원 2006. 6. 22. 선고 2004스42 전원합의체 판결), 시민단체의 정보공개청구자격 인정 판결(대법원 2004. 10. 28. 선고 2004두8668 판결)...” 등 다수를 예로 들었다.]

대한 해석 및 적용이 법원의 쟁점 판단에 어떠한 영향도 끼치지 않는 경우를 국제인권 조약이 ‘적용’ 내지 ‘원용’되었다고 하기는 힘들다. 예를 들면, 2009. 1. 30. 서울서부지방법원에서 선고된 정정보도청구 사건의 경우, 사건에 첨부된 ‘별지’의 신문기사에 실린 시민단체 인터뷰 내용에 ‘시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 및 고문방지협약’이 언급되었을 뿐, 판결문 본문의 어디에도 국제인권조약이 언급되지 않았다.¹⁵⁾ 그런데 상기한 ‘주제어’ 검색 방법은 이런 경우까지 검색 결과에 모두 포함한다. 이에 이 글이 조사 대상으로 하는 판결문은, 상기한 ‘주제어’ 검색방법으로 도출된 판결문 목록에서 국제인권조약이 실제 판단에 직·간접적 영향을 미쳤다고 여겨지는 경우, 이른바 국제인권조약이 사실상 재판규범으로 활용된 것만을 대상으로 한다.¹⁶⁾

나. 조약별·시기별·소송유형별 국제인권조약 적용 현황

위 조사방법에 기하여 조사한 결과, 우리 법원에서 7대 주요 국제인권조약이 적용된 판결문의 수는 총 3,186건으로 집계되었다(2019. 3. 13. 기준). 다음의 [표]는 전체 판결의 조약별·시기별·소송유형별 국제인권조약의 적용 현황을 개괄적으로 보여준다.

- 15) 서울서부지방법원 2009. 1. 30. 선고 2008가합11498 참조. 또 다른 예로, 서울행정법원 2015. 03. 27. 선고 2014구합68706 판결에서는, 탈북자 강제북송 규탄 운동의 일환으로서 중국에서의 탈북자 고문 사실을 고발하는 취지의 양심선언을 한 바 있는 원고가 중국으로 강제송환될 경우 박해를 받을 충분한 근거 있는 공포가 있는지 여부를 판단하기 위한 관련 사실로서 중국이 1988년 고문방지협약에 이미 가입한 점이 명시되었을 뿐, 판결문 어디에서도 국제인권조약에 근거한 쟁점이 판단 대상이 되지 않았다.
- 16) 다만 우리 법원의 판결문 작성 관행상, 당사자의 주장을 인정하는 경우 당사자의 주장 취지를 자세히 실시하지 않는 경우도 적지 않고, 또 법원은 판결문에 모든 판단과정을 실시하지 않아도 되기 때문에 주요 판단의 이유가 아닌 부분은 누락되는 경우가 많다. 이에 판결문에서 국제인권조약이 언급되었으나 이에 대한 재판부의 구체적인 판단 과정이 판결문에 드러나지 않아서 해당 국제인권조약 내용이 판결에 어떠한 영향을 미쳤는지 판결문만을 보고는 제대로 알기 힘든 경우가 있다. 판결문에 당사자가 국제인권조약을 원용한 사실을 명시적으로 드러낸 것 자체가 재판부가 국제인권조약의 적용 가능성 주장도 검토하였음을 의미한다고 볼 수 있는 점, 국제인권조약 적용 문제가 부상되었음에도 법원이 이에 대한 명시적인 해석 및 적용에 대한 판단을 판결문에 드러나는 방식으로 하지 않는 것 자체도 국제인권조약에 대한 법원의 태도를 보여준다는 시사점이 있는 점을 고려하여, 이 경우도 이 연구의 대상 판결로 포함시키는 것으로 한다.

[표] 7대 주요 국제인권조약 적용의 조약별·시기별·소송유형별 판결문 수¹⁷⁾

조약명	합계 (판결 건수)	시기					
		소송유형		1990. ~ 1999.	2000. ~ 2009.	2010. ~ 2019. 3.	
		구분	건수			2010. ~ 2014.	2015. ~ 2019. 3.
시민적·정치적 권리규약	3,125	민사	21	3	7	7	4
		행정	17	3	0	7	7
		형사	3,087	5	684	1154	1244
		시기별 소계		11	691	1,168	1,255
		2,423					
경제적·사회적 ·문화적 권리규약	13	민사	3	0	1	1	1
		행정	5	1	0	3	1
		형사	5	0	5	0	0
		시기별 소계		1	6	4	2
		6					
인종차별 철폐협약	3	민사	2	0	0	1	1
		행정	1	0	0	1	0
		형사	0	0	0	0	0
		시기별 소계		0	0	2	1
		3					

17) 이 조사는 판결문 단위의 조사이므로, 1개의 동일한 사건의 1심, 항소심, 상고심 판결문은 각각 독립된 입력값으로 집계되었다. 1개의 판결에서 복수의 국제인권조약이 원용된 경우에는 각 협약별 통계에 1개의 판결이 중복집계되었음을 밝힌다. 다음의 판결문에서 복수의 인권조약이 원용되었다: 서울중앙지방법원 2006. 01. 11. 선고 2001노1474 판결(경제적·사회적·문화적 권리규약, 시민적·정치적 권리규약); 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도755 판결(경제적·사회적·문화적 권리규약, 시민적·정치적 권리규약); 광주지방법원 2010. 04. 01. 선고 2009구합2672 판결(경제적·사회적·문화적 권리규약, 시민적·정치적 권리규약); 서울행정법원 2018. 06. 29. 선고 2017구합80912 판결(고문방지협약, 시민적·정치적 권리규약); 서울중앙지방법원 2018. 9. 14. 선고 2017가단5245081 판결(인종차별철폐협약, 시민적·정치적 권리규약); 서울중앙지방법원 2011. 07. 22. 선고 2010가단263368 판결(인종차별철폐협약, 시민적·정치적 권리규약); 서울행정법원 2013. 06. 27. 선고 2013구합3269 판결(고문방지협약, 시민적·정치적 권리규약); 서울고등법원 2014. 04. 18. 선고 2013누45807 판결(고문방지협약, 시민적·정치적 권리규약); 서울행정법원 2011. 09. 15. 선고 2011구합5094 판결(인종차별철폐협약, 경제적·사회적·문화적 권리규약, 시민적·정치적 권리규약); 청주지방법원 2018. 10. 18. 선고 2017구합3170 판결(경제적·사회적·문화적 권리규약, 시민적·정치적 권리규약).

조약명	합계 (판결 건수)	시기					
		소송유형		1990. ~ 1999.	2000. ~ 2009.	2010. ~ 2019. 3.	
		구분	건수			2010. ~ 2014.	2015. ~ 2019. 3.
여성차별 철폐협약	8	민사	5	0	5	0	0
		가사	1	0	0	0	1
		행정	2	0	0	0	2
		형사	0	0	0	0	0
		시기별 소계		0	5	0	3
				3			
고문방지 협약	16	민사	3	0	2	0	1
		행정	6	0	0	2	4
		형사	7	0	0	5	2
		시기별 소계		0	2	7	7
				14			
아동권리 협약	17	민사	2	0	0	2	0
		행정	7	0	1	1	5
		형사	8	0	0	2	6
		시기별 소계		0	1	5	11
				16			
장애인권리 협약	4	민사	2	0	0	1	1
		행정	2	0	0	1	1
		형사	0	0	0	0	0
		시기별 소계		0	0	2	2
				4			
총합	3,186	민사	38	1990. ~ 1999.	2000. ~ 2009.	2010. ~ 2019. 3.	
		가사	1	12	705	2,469	
		행정	40			2010. ~ 2014.	2015. ~ 2019. 3.
		형사	3,107			1,188	1,281

우리 법원에서 주요 국제인권조약이 원용·적용된 판결을 조약별로 분류해 보면, 시민적·정치적 권리규약 관련 판결이 3,125건으로 압도적으로 많다. 이는 3,066건에 이르는 양심적 병역거부 관련 사건이 시민적·정치적 권리규약 제18조의 ‘사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리’ 침해 여부를 쟁점으로 하고 있는 것에 기인한다.¹⁸⁾ 그러나 양심적 병역거부 관련 사건을 제하더라도 여전히 59건에 이르는 판결이 시민적·정치적 권리규약을 원용하고 있음을 고려하면, 우리 법원의 판결에서 원용되는 조약 중 시민적·정치적 권리규약 관련 판결이 가장 높은 비중을 차지하고 있음을 알 수 있다. 양심적 병역거부 관련 사건을 제외한 59건 중, 형사사건이 25건, 민사사건 20건, 행정사건 14건을 차지하였다. 이를 다시 쟁점 유형별로 분류하면, 형사 25건 중 ‘국가보안법 위반 사건’이 9건,¹⁹⁾ ‘업무방해죄 사건’ 4건,²⁰⁾ ‘계약상 의무의 이행불능과 사기죄 구별 사건’ 4건,²¹⁾ ‘부동산 및 동산의 이중매매의 배임죄 성립 여부에 관한 사건’ 2건,²²⁾ ‘집회 및 시위에 관한 법률 위반 사건’ 1건,²³⁾ ‘구노동쟁의조정법상 제3자 개입금지 조항

18) 양심적 병역거부 쟁점 사건(3,066건) 중 형사사건이 3,062건을 차지하고, 민사사건이 1건[서울중앙지방법원 2014. 06. 11. 선고 2013가합565833 판결(양심적 병역거부자에 대한 형사처벌에 대한 손해배상 청구 사건)], 행정사건이 3건[서울행정법원 2018. 02. 09. 선고 2017구합59581 판결(양심적병역거부자 인적사항공개처분 취소의 소); 부산지방법원 2011. 09. 30. 선고 2011구합2140 판결(공익법무관교육소집입영처분등 취소의 소); 부산고등법원 2013. 11. 13. 선고 2011누4053 판결(공익법무관교육소집입영처분등취소)]을 차지하였다. 형사사건 3,062건 중 주요 판결로, 최초의 무죄판결인 서울남부지방법원 2004. 05. 21. 선고 2002고단3940 판결; 양심적 병역거부자에 대한 최초의 대법원 전원합의체 판결인 대법원 2004. 07. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결; 양심적 병역거부자를 형사처벌하는 것이 시민적·정치적 권리규약에 위배되는지에 중점을 두고 판단이 이루어진 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결; 양심적 병역거부권을 인정한 판결인 대법원 2018. 11. 01. 선고 2016도10912 전원합의체 판결 참조.

19) 인천지방법원 2015. 10. 28. 선고 2013고단4240 판결; 대법원 2000. 05. 30. 선고 2000도1226 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노473 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노548 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노229 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노231 판 판결; 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 98고합532 판결; 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 99고합6 판결; 대법원 1993. 12. 24. 선고 1993도1711 판결.

20) 제주지방법원 2016. 02. 18. 선고 2014노589; 광주지방법원 순천지원 2006. 10. 27. 선고 2006고단905; 서울중앙지방법원 2006. 07. 11. 선고 2006고단2598; 서울중앙지방법원 2000. 04. 12. 선고 99노10804.

21) 대법원 2014. 07. 10. 선고 2014도5774 판결; 서울남부지방법원 2013. 10. 17. 선고 2013고합16 판결; 대전지방법원 2003. 10. 15. 선고 2003고단3412 판결; 대전지방법원 2003. 10. 15. 선고 2003고정205 판결.

22) 대법원 2018. 05. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결; 대법원 2011. 01. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

23) 서울중앙지방법원 2018. 11. 08. 선고 2017노4241 판결.

위반 사건' 2건,²⁴⁾ 그 외 형사절차상 형사피의자 및 피고인의 권리에 관한 사건 3건(이 중 '외국인에 대한 형사상 특혜 요구 사건'이 1건,²⁵⁾ '외국에서 형의 집행을 받은 범죄에 대하여 국내에서 다시 재판하는 것의 위법성이 문제가 된 사건' 1건,²⁶⁾ '피해자들의 수사기관에서의 진술만으로 유죄 인정이 가능한지가 문제가 된 사건' 1건²⁷⁾)이 있었다. 민사사건 20건은 '고문금지 위반 등 수사·재판 절차 중 위법한 행위로 인한 피해에 대한 손해배상청구 및 소멸시효 항변' 사건이 6건으로 가장 많았고,²⁸⁾ 다음으로 '표현의 자유 및 집회의 자유 행사 및 침해로 인한 손해배상청구 사건' 3건,²⁹⁾ '구노동쟁의조정법상 제3자 개입금지 조항에 따른 처벌에 대한 국가배상청구 사건' 3건,³⁰⁾ '한국전쟁 무렵 발생한 국가 주도 대량학살 사건으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효항변 사건' 2건,³¹⁾ '수용자에 대한 부당한 처우 등의 불법행위에 대한 손해배상청구 사건,' 3건,³²⁾ '국가배상법상 '상호보증'의 해석에 관한 사건' 1건,³³⁾ '직무상 재외국민보호의무 위반에 대한 국가배상청구 및 소멸시효항변 사건' 1건,³⁴⁾ '영상 표현물 제작·상영자에 대하여 인종차별적 내용을 담고 있다고 주장하며 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 사건' 1건 있었다.³⁵⁾ 행정사건 14건은, '보안관찰처분 취소의 소'가 3건,³⁶⁾ '외국인에 대한

-
- 24) 서울중앙지방법원 2006. 01. 11. 선고 2001노1474 판결; 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도 755 판결.
 25) 부산지방법원 2018. 04. 06. 선고 2018고정3 판결.
 26) 서울중앙지방법원 2002. 01. 29. 선고 2001고합1050 판결.
 27) 대전지방법원 2003. 11. 05. 선고 2003고단2155 판결.
 28) 서울중앙지방법원 2011. 02. 25. 선고 2010가합23642 판결; 서울중앙지방법원 2011. 01. 26. 선고 2010가합34314 판결; 서울중앙지방법원 2006. 05. 30. 선고 2005가합106949 판결; 서울고등법원 2006. 02. 14. 선고 2005나27906 판결; 서울고등법원 2005. 04. 13. 선고 2004나 13610 판결; 서울중앙지방법원 2004. 01. 15. 선고 2002가합79428 판결.
 29) 부산지방법원 2016. 09. 02. 선고 2016나40887 판결; 서울중앙지방법원 2014. 10. 15. 선고 2014나4674 판결; 서울고등법원 2012. 01. 19. 선고 2011나16525 판결.
 30) 대법원 1999. 03. 26. 선고 96다55877 판결; 서울중앙지방법원 1996. 11. 15. 선고 1996나 27512 판결; 서울중앙지방법원 1996. 06. 07. 선고 1995가단185632 판결.
 31) 광주지방법원 목포지원 2004. 12. 09. 선고 2002가단4144 판결; 부산고등법원 2004. 05. 07. 선고 2001나15255 판결.
 32) 부산지방법원 2006. 11. 15. 선고 2016가단30292 판결; 부산지방법원 2014. 02. 20. 2011가합 13633 판결; 부산고등법원 2017. 08. 31. 선고 2014나50975 판결.
 33) 서울중앙지방법원 2011. 07. 22. 선고 2010가단263368 판결.
 34) 서울고등법원 2007. 07. 24. 선고 2006나112658 판결.
 35) 서울중앙지방법원 2018. 9. 14. 선고 2017가단5245081 판결.
 36) 대법원 1999. 02. 09. 선고 98두17586 판결; 대법원 1999. 01. 29. 선고 98두16637 판결; 대법원 1999. 01. 26. 선고 98두16620 판결.

출국명령 등 행정처분 취소의 소' 6건,³⁷⁾ '종교의 자유 침해적 처분에 대한 취소의 소' 2건,³⁸⁾ "지피피해자 지원에 관한 특별법'에 따른 위로금 지급결정 취소의 소' 1건,³⁹⁾ '사회적 소수자 인권 증진을 목적으로 하는 사단법인설립불허가처분에 대한 취소의 소' 1건,⁴⁰⁾ '구치소에 수감 중이던 수용자의 수감 중 얻은 부상에 대한 의료처우 요구에 대한 거부 처분에 대한 취소의 소' 1건 있었다.⁴¹⁾ 전체적으로 시간이 지날수록 규약을 적용한 판결의 수도 기하급수적으로 증가함을 알 수 있는데, 즉 1990년대에는 11건에 불과하던 판결 수가 2000년에는 691건으로 늘어났고, 2010년대에는 2,423건으로 급증하였다.

두 번째로 많이 원용된 조약은 아동권리협약으로, 관련 판결이 17건을 차지한다. 2009년 전까지만 해도 협약이 원용된 판결이 단 한 사건도 집계되지 않았는데, 2009. 6. 30. 첫 판결을 시작으로 지난 10년에 걸쳐 17건의 판결이 선고되었다. 아동권리협약이 적용된 17건의 판결에서 민사사건이 2건, 행정사건이 7건, 형사사건이 8건 있었다. 민사사건 2건 중 1건은 아동학대로 인한 사망 사건에서 친모가 친부와 계모를 상대로 손해배상 및 위자료를 청구한 사건이었고,⁴²⁾ 나머지 1건은 아동에 대한 부양의무 이행자 간 순위가 문제된 사건이었다.⁴³⁾ 형사사건 8건 중, 아동학대 및 상해, 사망 사건이 5건을 차지하였고,⁴⁴⁾ 이 외에 형사사건(횡령죄,⁴⁵⁾ 마약류관리에관한법률위반죄⁴⁶⁾에서 피고인이 어린 아동을 양육해야 하는 정황을 양형 결정 사유로 고려해주길 청구하면서 협약이 원용된 사건이 2건 있었다. 나머지 1건은 아동대상 음행강요, 매개

37) 인천지방법원 2018. 08. 21. 선고 2018구단50045 판결; 서울행정법원 2013. 06. 27. 선고 2013구합3269 판결; 서울고등법원 2014. 04. 18. 선고 2013누45807 판결; 서울행정법원 2011. 09. 15. 선고 2011구합5094 판결; 청주지방법원 2018. 10. 18. 선고 2017구합3170 판결; 부산지방법원 2012. 04. 05. 선고 2011구합4702 판결.

38) 대구고등법원 2018. 09. 21. 선고 2018누3005 판결; 대구지방법원 2018. 04. 18. 선고 2017구합22567 판결.

39) 서울행정법원 2018. 06. 29. 선고 2017구합80912 판결.

40) 서울행정법원 2016. 06. 24. 선고 2015구합69447 판결.

41) 광주지방법원 2010. 04. 01. 선고 2009구합2672 판결.

42) 서울서부지방법원 2014. 08. 21. 선고 2013가합36163 판결.

43) 전주지방법원 김제지법원 2013. 11. 13. 선고 2013가소2582 판결.

44) 울산지방법원 2015. 11. 20. 선고 2015고합180 판결; 대구고등법원 2015. 06. 11. 선고 2015노62 판결; 대구고등법원 2015. 05. 21. 선고 2014노214 판결; 서울고등법원 2014. 05. 13. 선고 2013노3788 판결; 서울서부지방법원 2013. 11. 21. 선고 2013고합267 판결.

45) 서울고등법원 2015. 11. 20. 선고 2015노1952 판결.

46) 서울고등법원 2015. 09. 18. 선고 2015노1430 판결.

행위 또는 성희롱 등 성적 학대행위를 한 사실로 유죄판결이 선고된 사건의 항소심에서 피고인의 죄질의 무거운 정도를 판단하는 부분에서 협약이 원용되었다.⁴⁷⁾ 행정사건 7건 중, 외국인 아동으로 하여금 추방의 결과를 야기하는 행정명령, 즉 체류자격변경신청에 대한 불허가 처분, 난민인정신청에 대한 불승인 처분, 강제퇴거명령 등에 대한 취소의 소를 제기한 사건이 4건 있었다.⁴⁸⁾ 반면, 강제퇴거명령을 받은 외국인 원고가 대한민국 국민이자 아동인 딸을 양육해야하는 정황 등을 호소하면서 강제퇴거명령 취소의 소를 제기한 사건도 1건 있었다.⁴⁹⁾ 이 외 1건은 교육기관의 장이 학생 및 학부모의 학습권을 존중하여 국가수준학업성취도평가 거부를 허가해 준 행위로 정직처분의 징계를 받은 것에 대하여 부당하다며 그 취소의 소를 제기한 사건이었다.⁵⁰⁾ 또한 원고가 지역 교육감인 피고에게 제출한 학생인권조례안(두발 및 복장 자유와 전자기기 등의 자유로운 소지를 보장하는 내용 포함)을 각하한 처분에 대한 취소의 소가 1건 있었다.⁵¹⁾

세 번째로 많이 원용된 조약은 고문방지협약으로, 관련 판결이 16건을 차지한다. 고문방지협약 관련 사건도 2000년대까지 2건이 불과하던 것이, 2010년 이후에만 14건이 선고되었음이 특기할만하다. 고문방지협약이 원용된 16건 중 민사사건이 3건, 행정사건이 6건, 형사사건이 7건이다. 민사사건 3건은 모두 고문 피해자의 국가배상법에 따른 손해배상청구의 소였는데, 고문 등 극단적인 인권침해에 대해서는 고문방지협약의 취지에 따라 소멸시효가 배제될 수 있는지가 쟁점이 되었다.⁵²⁾ 행정사건 6건 중 2건은

47) 인천지방법원 2017. 08. 11. 선고 2016노3342 판결.

48) 수원지방법원 2018. 10. 10. 선고 2017구단9030 판결(부모와 함께 대한민국에 입국한 후 난민신청에 실패하여 체류기간이 만료된 아동이 제출한 외국인유학생 체류자격으로 체류자격 변경 신청에 대한 불허가 결정에 대한 취소의 소를 제기한 사건임. 협약 상 차별없는 모든 아동의 교육권 보장 의무가 원용됨); 서울고등법원 2017. 12. 06. 선고 2017누55598 판결(부모와 함께 난민인정신청을 한 외국인 아동인 원고에 대하여 불승인 처분에 앞서 별도의 면접절차를 실시하지 않은 이유로 난민불인정결정취소의 소를 제기한 사건); 대전지방법원 2016. 08. 17. 선고 2015구합2392 판결과 대전고등법원 2016. 11. 24. 선고 2016누12149 판결(사기죄로 형을 선고받음에 따라 강제퇴거명령 처분을 받은 외국인 미성년자인 원고가 강제퇴거되면 한국에 있는 모로부터 강제로 떨어지는 결과를 낳으므로 이 사건 강제퇴거명령이 아동권리협약 위반을 구성한다고 주장하며 그 취소의 소를 제기한 사건이 2건임).

49) 서울행정법원 2017. 09. 13. 선고 2017구단67844 판결.

50) 전주지방법원 2009. 06. 30. 선고 2009구합307 판결.

51) 청주지방법원 2013. 08. 22. 선고 2013구합678 판결.

52) 서울중앙지방법원 2000. 06. 14. 선고 99가합105556 판결; 서울고등법원 2000. 11. 03. 선고 2000나35087 판결; 서울중앙지방법원 2016. 11. 16. 선고 2014가합577642 판결. 이 중 1건에서는 예비적 청구원인으로, 피고 대한민국이 고문방지협약 제14조에 따라 고문 피해자 구제를 위한 적극적 작위의무가 있음을 전제로 부작위에 의한 소극적 손해배상책임을 지는지에 관한 판단이

난민불인정결정취소의 소였고,⁵³⁾ 또 다른 2건은 외국인에 대한 강제퇴거명령 등 행정처분의 취소의 소였다.⁵⁴⁾ 또 다른 1건은 ‘지피피해자 지원에 관한 특별법’에 따라 신청한 위로금에 대한 지급결정에 대한 취소의 소를 제기한 사건이었고,⁵⁵⁾ 고문에 근거한 자백에 의하여 부당하게 형사처벌을 받은 원고가 피고 대한민국을 상대로 화해조치 등 이행청구의 소를 제기한 사건이 1건 있었다.⁵⁶⁾ 형사사건 7건은 모두 국가보안법 내지 반공법위반의 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에 대한 형사재심 사건이었는데, 고문방지협약은 고문에 의해 취득된 진술의 증거능력을 부정하는 근거 법률로 원용되었다.⁵⁷⁾

네 번째로 많이 원용된 조약은 경제적·사회적·문화적 권리규약으로, 관련 판결이 13건을 차지하였다. 1992년에 선고된 노동조합설립신고서 반려 처분에 대한 취소의 소 1건을 시작으로,⁵⁸⁾ 2000년대에 6건, 2010년대에 6건의 판결이 선고되었다. 2000-2010년대 판결을 쟁점 유형에 따라 분류하면, 사실상 노무에 종사하지 않는 공무원들에 대하여 노동3권을 제한하는 지방공무원법(제58조)과 국가공무원법(제66조 제1항) 위반 혐의 사건에서 해당 법률의 위헌 여부가 쟁점이 된 경우가 3건,⁵⁹⁾ 구노동쟁의조정법상 제3자 개입금지 조항 위반 사건 2건,⁶⁰⁾ 외국인에 대하여 내려진 출국명령 등 행정처분에 대한 취소의 소가 2건,⁶¹⁾ 나이나 근속시점, 성별 등을 이유로 한 차등임금지급에 대한 임금 차액 및 손해배상을 청구한 사건이 2건,⁶²⁾ 구치소 수감 중에 얻

있었다.

53) 서울행정법원 2019. 02. 20. 선고 2018구단72621 판결; 서울행정법원 2018. 12. 07. 선고 2018구단15406 판결.

54) 서울행정법원 2013. 06. 27. 선고 2013구합3269 판결; 서울고등법원 2014. 04. 18. 선고 2013누45807 판결.

55) 서울행정법원 2018. 06. 29. 선고 2017구합80912 판결.

56) 서울고등법원 2016. 05. 20. 선고 2015누49711 판결.

57) 서울고등법원 2015. 11. 06. 선고 2015재노237 판결; 서울고등법원 2015. 01. 30. 선고 2014재노37 판결; 서울고등법원 2014. 10. 31. 선고 2014재노13 판결; 서울고등법원 2014. 10. 31. 선고 2014재노25 판결; 서울고등법원 2014. 09. 05. 선고 2014재노7 판결; 서울고등법원 2013. 12. 24. 선고 2012재노68 판결; 서울고등법원 2013. 11. 08. 선고 2011재노155 판결.

58) 서울고등법원 1992. 07. 16. 선고 1989구1232.

59) 서울중앙지방법원 2003. 08. 07. 선고 2003노2443; 서울중앙지방법원 2003. 07. 09. 선고 2003노1118; 서울중앙지방법원 2003. 07. 09. 선고 2003노2647.

60) 서울중앙지방법원 2006. 01. 11. 선고 2001노1474; 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도755.

61) 청주지방법원 2018. 10. 18. 선고 2017구합3170; 서울행정법원 2011. 09. 15. 선고 2011구합5094.

62) 인천지방법원 2019. 03. 13. 선고 2013가단87450; 서울중앙지방법원 2012. 05. 23. 선고 2011가단43400.

은 부상에 대한 의료처우 요구에 대한 거부 처분의 취소의 소가 1건,⁶³⁾ 지방교육감 주도의 학업성취도 평가 실시에 거부 및 항의 등을 한 교사들에 대한 해임처분 취소의 소가 1건,⁶⁴⁾ 과거에 부당하게 파면당한 원고의 미지급된 퇴직금과 기타 손해에 대한 배상과 명예회복 신청을 한 사건이 1건⁶⁵⁾ 있었다.

다음으로 여성차별철폐협약이 원용된 판결문이 8건 있었다. 2000년대에 5건으로 가장 많이 원용되었다가, 2010년 이후에는 3건에 그치고 있다. 2000년대에 원용된 5건 모두 민사사건으로, 이 중 3건은 여성의 종회 회원 자격 확인의 소였고,⁶⁶⁾ 나머지 1건은 남자종원에 대하여 여자종원의 2배 이상의 종중 재산을 분배하는 내용이 포함된 분배안이 가결된 종중총회결의에 대하여 절차상·실체상 하자를 이유로 무효 확인을 구하는 소였다.⁶⁷⁾ 나머지 1건은 서울기독교청년회(YMCA) 여성회원들이 YMCA가 여성에게는 총회원이 될 자격을 부여하지 않은 불법행위에 대한 손해배상청구 사건이었다.⁶⁸⁾ 2010년 이후 선고된 사건은 가사사건 1건, 행정사건 2건이었다. 가사사건 1건은 아동성폭력과 불법납치혼으로 인한 출산 경험을 배우자에게 고지하지 않은 사실이 혼인취소 사유가 되는지가 쟁점이 된 사건으로, 여성차별철폐협약이 원용된 이 사건은 파기환송심이었다.⁶⁹⁾ 행정사건 2건 중 1건은 성매매 피해의 우려가 있는 외국인 여성들에 대한 강제퇴거명령 및 보호명령이 절차상·실체상 하자가 있는 위법한 처분이라 주장하며 취소의

63) 광주지방법원 2010. 04. 01. 선고 2009구합2672.

64) 춘천지방법원 2010. 02. 11. 선고 2009구합1172.

65) 서울고등법원 2007. 08. 31. 선고 2007나38658.

66) 대법원 2005. 07. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결; 서울고등법원 2005. 12. 22. 선고 2005나64707 판결; 대법원 2005. 07. 21. 선고 2002다13850 전원합의체 판결. 법원은 종중의 회원(종원) 자격을 성년 남자만으로 제한해 온 기존 관습법은 변화된 사회질서 및 법인식에 부합하지 않아 효력을 인정할 수 없다고 판시하면서, 그와 같은 전체 법질서의 변화의 한 요인으로서 여성차별철폐협약의 규정을 원용하였다.

67) 수원지방법원 2009. 10. 08. 선고 2008가합19235 판결. 이 사건에서 법원은 여성의 종원 자격이 인정되는 위 대법원 판결을 원용하면서 여성차별철폐협약의 내용을 함께 원용하였다.

68) 서울고등법원 2009. 02. 10. 선고 2007나72665 판결. 법원은 피고의 행위가 성차별적 처우에 해당하는 위법행위로서 손해배상 책임이 있다고 판시하였다.

69) 전주지방법원 2017. 01. 23. 선고 2016르210 판결. 대법원은 원심[전주지방법원 2015. 1. 19. 선고 2014르445(본소), 2014르452(반소) 판결]이 아동성폭력으로 인한 출산 경험을 배우자에게 고지할 의무가 있는지 여부와 그 위반 여부를 판단함에 있어서 관련 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다고 보아 원심판결을 파기환송하였는데(대법원 2016. 02. 18. 선고 2015르654 판결), 이 사건 파기환송심은 다시 심리하여 고지의무와 그 위반을 증명하면서 혼인취소 및 원고에 대한 위자료 지급 판결을 선고하였다. 이 판결은 2017. 05. 16. 대법원에서 심리를 속행 기각으로 확정되었다(대법원 2017. 05. 16. 선고 2017르238 판결).

소를 제기한 사건이었다.⁷⁰⁾ 다른 1건은 부계혈통주의를 규정한 구국적법이 시행되던 시기에 외국국적 부친과 대한민국 국적인 모친 사이에 태어나 한국에서 평생 삶을 영위해 온 원고에 대하여 경미한 형사처벌 전력을 이유로 귀화불허처분을 한 것은 재량권의 범위를 벗어나거나 남용적인 위법이라고 주장하며 그 취소의 소를 제기한 것이었다.⁷¹⁾

다음으로 장애인권리협약 관련 사건이 4건(민사사건 2건, 행정사건 2건) 있었다. 4건은 모두 2010년 이후에 선고된 판결인데, 우리나라에 장애인권리협약이 발효된 시점이 2009. 1. 10. 인 점을 감안할 때 자연스러운 결과로 보인다.⁷²⁾ 민사사건 2건 중 1건은 시각장애인, 청각·언어장애인인 원고들이 영화상영관 시설을 보유하고 영화상영업을 영위하는 회사인 피고를 상대로 화면해설, 자막, FM 보청기, 통역, 점자자료 등을 제공하지 않음으로써 장애인을 차별하는 행위를 하였다고 주장하며 피고를 상대로 이러한 편의시설을 제공할 것을 청구한 사건이었다.⁷³⁾ 다른 1건은 정신지체 2급으로 등록된 중증장애인이자 미성년자인 원고가 피고 대한민국 소속 공무원들의 불법행위로 인하여 부당하게 형사사건의 피의자로 지목되어 체포·구금을 당하여 신체적 자유를 침해받고 정신적 고통을 당한 것에 대한 국가배상법에 따른 손해배상청구 사건이었다.⁷⁴⁾ 행정사건 2건 중 1건은, 뇌병변 1급 장애로 인하여 특수교육대상자로 선정된 원고가 일반학교에 배치된 후 일반학교 교장의 요청으로 특수학교로 재배치하는 결정이 내려지자, 장애인에게 균등한 기회에 기초한 차별 없는 통합적인 교육제도가 우선 보장해야 함을 주장하며 그 처분에 대한 취소의 소를 제기한 사건이었다.⁷⁵⁾ 다른 1건은 지체장애 1급 장애인인 원고의 사회복지서비스 변경신청(요양시설을 나와서 지역사회에서 자립하기 원한다는 취지로 주거지원 등에 관한 정보제공을 신청한 것임)에 대한 거부 처분에 대한 취소의 소를 제기한 사건이었다.⁷⁶⁾

가장 적게 원용된 협약은 인종차별철폐협약으로 3건의 판결에 그쳤으며, 2010년대에 들어와서야 협약이 재판에서 원용되기 시작하였다. 인종차별철폐협약은 1979. 1. 4.에

70) 서울고등법원 2018. 07. 04. 선고 2017누68020 판결.

71) 서울행정법원 2018. 10. 25. 선고 2018구합71533 판결.

72) 다만 대부분의 사건이 국내법인 장애인차별법과 함께 원용되고 있고, 법원은 국내법에 대한 판단을 하고 협약에 대한 판단은 하지 않는 경향이 있는 것으로 보여 아쉬움이 남는다.

73) 서울중앙지방법원 2017. 12. 07. 선고 2016가합508596 판결.

74) 서울중앙지방법원 2010. 09. 10. 선고 2009가단99509 판결.

75) 광주지방법원 2016. 06. 16. 선고 2015구합1786 판결.

76) 서울행정법원 2011. 01. 28. 선고 2010구합28434 판결.

우리나라에서 발효된 협약으로, 7대 주요 국제인권조약 중 가장 먼저 우리나라에 발효된 조약이라는 점을 감안할 때, 인종차별철폐협약이 원용된 재판이 없었던 이유가 소수민족의 존재가 희박한 한국의 인구 구성 특성상 그만큼 인종차별이 쟁점이 되는 사건이 적었던 것인지, 아니면 인종차별에 대한 인식이 그만큼 낮았던 것인지는 의문이다. 2010년 이후 선고된 3건의 판결(민사사건 2건, 행정사건 1건)은 우리나라로 유입된 이민자와 난민의 증가 현상과 관련이 있는 것으로 보인다. 민사사건(2건) 중 1건은 조선족인 원고들이 피고 영화사가 제작·상영한 영화에 대하여 인종차별적 표현물이라 주장하며 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 사건이었고,⁷⁷⁾ 나머지 1건은 외국인 노동자인 피고 대한민국 소속 공무원들의 직무상 불법행위로 인하여 입은 손해배상 청구의 소를 제기한 사건에서, 외국인인 원고가 국가배상법상 배상청구가 가능한지와 관련하여 국가배상법상 ‘상호보증’의 해석이 문제가 된 사건이다.⁷⁸⁾ 행정사건 1건은 장기간 휴업상태인 회사에서 제대로 된 근로를 제공하지 못하고 이주노동조합의 조합장으로서 활동을 적극적으로 해 온 외국인 노동자인 원고에 대하여 내려진 출국명령 등의 행정처분에 대한 취소의 소였다.⁷⁹⁾

다. 국제인권조약에 근거한 주장에 대한 인정·불인정을

국제인권조약이 원용·적용된 판결이 해를 거듭할수록 증가하고, 판결문에서 원용되는 조약의 종류와 문제되는 권리 유형, 소송의 쟁점 유형이 다양해졌다는 것은 국제인권조약의 규범적 지위가 국내적으로 어느 정도 향상되었음을 보여주는 하나의 지표가 될 수는 있지만, 그 사실 자체가 국내에서 국제인권조약이 재판을 통한 개인의 인권 구제에 결과적으로 유의미한 영향을 미쳤다는 증거가 되기에는 부족하다. 다시 말해 국제인권조약의 규범력 향상과 국제인권조약을 통한 개인의 인권 구제는 별개의 문제일 수 있다. 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 실제로 재판에서 어떠한 논거로 인정·불인정되었는지에 관한 분석이 필요한 이유이다.

77) 서울중앙지방법원 2018. 09. 14. 선고 2017가단5245081 판결.

78) 서울중앙지방법원 2011. 07. 22. 선고 2010가단263368 판결.

79) 서울행정법원 2011. 09. 15. 선고 2011구합5094 판결.

1) 조약별·시기별

다음의 [표]는 국제인권조약이 원용·적용된 전체 판결문에서 국제인권조약에 근거한 주장 취지의 인정·불인정 결과를 조약별·시기별로 보여준다.⁸⁰⁾

[표] 국제인권조약에 근거한 주장에 대한 인정·불인정·미판단을[조약별·시기별]⁸¹⁾

조약명	연도별		사건 수	(가) 언급 (미판단)	판결문상 국제인권조약에 따른 판단이 드러난 경우			
					(나) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 드러난 경우		(다) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 불분명한 경우	
					(나-1) 인정	(나-2) 불인정	(다-1) 인정	(다-2) 불인정
시민적· 정치적 권리규약	1990년대		11	0	0	6	2	3
	2000년대		692	0	582)	67583)	784)	5
	2010 년대	~2014. 12.	1,168	385)	0	1159	6	0
		~2019. 2.	1,255	286)	63	1184	6	0
	전체		3,126	5	68	3,024	21	8

80) 유럽인권법원의 경우, 당사국에 의하여 유럽인권협약상의 개인의 인권이 침해되거나 보호받지 못하였는지 여부를 판단하여 협약위반(violation)이나 위반없음(no violation)의 결정으로 선고하며, 정기적으로(매달, 매년) 유럽인권법원에서 선고된 결정의 쟁점유형별, 국가별 통계를 산출하여 공개함으로써 유럽국가들의 인권보호의 현주소를 보여주고, 각국의 이행을 촉진하는 자료로 활용하고 있다(<https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=>). 국내법원의 경우, 취급하는 소송 및 쟁점, 중국결과의 유형이 다양하며, 재판에 원용되는 법령도 다양하기 때문에, 재판의 중국결과와 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 인정·불인정·미판단되는 것과 무관한 경우도 다수 있다. 이는 국내법원에서 국제인권조약상의 권리가 침해되었는지 여부만을 판단의 대상으로 하는 경우는 드물고, 국제인권조약이 원용된 거의 모든 사건은 국내법 위반 주장과 병행하여 국제인권조약이 보충적으로 원용되는 경우가 일반적인 것과도 관련이 있다. 따라서 재판 결과에 대한 통계를 집계하면서 국제인권조약이 원용된 재판의 중국결과가 원고의 청구를 인용·기각하였는지 식의 통계를 산출하는 것은 이 연구보고서의 목적을 고려할 때 무의미하다. 판결문상에 국제인권조약의 적용 및 해석에 관한 판단이 드러난 경우에, 결과적으로 국제인권조약을 원용한 주장 취지를 얼마나 인정·불인정·미판단 했는지에 관한 전반적인 경향성을 살펴보는 것을 법원의 국제인권조약의 활용 방법에 대한 분석의 출발점으로 삼는 것이 오히려 타당할 것으로 사료되었다.

81) 1개의 판결문에서 복수의 쟁점이 다뤄지면서 서로 다른 국제인권조약상 권리 및 자유가 주장된 경우, 법원이 어떤 주장은 인정하는 한편 다른 주장은 불인정한 경우가 있을 수 있다. 이 경우에는 1개의 판결문을 쟁점 판단이 나뉜 것에 따라 중복 집계하였음을 밝힌다(서울고등법원 2006. 02. 14. 선고 2005나27906 판결 참조). 따라서 아래의 통계는 3,186개의 판결문(협약별 중복집계의 총합)에서 드러난 3,187개의 판단 유형의 통계라고 보는 것이 타당하다.

조약명	연도별	사건 수	(가) 언급 (미판단)	판결문상 국제인권조약에 따른 판단이 드러난 경우			
				(나) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 드러난 경우		(다) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 불분명한 경우	
				(나-1) 인정	(나-2) 불인정	(다-1) 인정	(다-2) 불인정
경제적· 사회적· 문화적 권리규약	1990년대	1	1	0	0	0	0
	2000년대	6	1	0	5	0	0
	2010 년대	~2014. 12.	4	0	1	2	0
		~2019. 2.	2	0	0	1	0
	전체	13	4	0	6	3	0

- 82) 해당 집계에 반영된 판결 중, 서울고등법원 2007. 07. 24. 선고 2006나112658 판결은 원고 주장 내용 중 일부 인정(일부 불인정)된 사건이지만, 인정 사건으로 집계하였음을 밝힌다.
- 83) 해당 집계에 반영된 판결 중, 서울고등법원 2006. 02. 14. 선고 2005나27906 판결에서 관련 국제인권조약명이나 조문에 대한 명시적인 특정 없이 “국제적 인권법 원칙”을 근거로 한 다른 주장에 대해서는 불인정하였음을 반영하는 한편, 자유권규약을 원용한 원고들의 주장을 인정하였으므로 인정 사건으로도 중복집계하였다.
- 84) 해당 집계에 반영된 판결 중, 서울고등법원 2006. 02. 14. 선고 2005나27906 판결에서 자유권규약을 원용한 원고들의 주장을 인정하였으므로 여기서 인정 사건으로 반영하는 한편, 해당 판결문에서 관련 국제인권조약명이나 조문에 대한 명시적인 특정 없이 “국제적 인권법 원칙”을 근거로 한 다른 주장에 대해서는 불인정하였으므로 중복집계하였다[“원고들은 인권범죄의 피해자에 대하여 적절한 보상을 인정하는 것이 현재의 국제적 인권법 원칙에 부합하는 것이고, 따라서 이 사건에서도 피고 대한민국이 원고들에게 [redaction]의 고문치사로 인하여 입은 원고들의 손해를 배상하여야 한다는 취지의 주장을 하나, 위와 같은 국제 인권법 원칙이 주창되고 있다 하더라도 이로부터 곧바로 국가의 직접적, 구체적 배상의무가 발생한다 할 수 없다.”].
- 85) 해당 집계에 반영된 판결 중, 대법원 2011. 01. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결은 원고가 국제인권조약을 원용하여 청구하였는지가 불분명한 상태에서 다수의견에서는 국제인권조약 관련 내용이 언급되지 않았고, 다수의견에 대한 반대의견에서도 국제인권조약에 대한 별도 판단을 드러내지 않은 반면, 다수의견에 대한 보충의견에서 국제인권조약의 규범력을 인정하며 이에 근거하여 다수의견의 결론을 지지하는 ‘인정’ 취지의 판단이 언급되어있다.
- 86) 해당 집계에 반영된 판결 중, 대법원 2018. 11. 01. 2016도10912 전원합의체 판결에서 원고가 국제인권조약을 원용하여 주장한 내용에 대하여 재판부는 다수의견에서는 국제인권조약 관련 내용을 언급하지 않았지만, 반대의견에서는 불인정 취지의 판단을 하였고, 다수의견에 대한 제1보충의견과 제2보충의견에서는 인정 취지의 판단을 자세히 실시하였다. 대법원 2018. 05. 17. 2017도4207 판결에서는 원고의 원용 여부가 드러나지 않은 상태에서 다수의견에서는 국제인권조약 관련 판단이 언급되지 않았으나, 반대의견에서는 국제인권조약의 규범력을 긍정하며 이를 바탕으로 다수의견의 결론에 반대하였고, 다수의견에 대한 보충의견에서는 국제인권조약의 적용에 따른 다른 결론의 가능성을 불인정하였다.

조약명	연도별		사건 수	(가) 언급 (미판단)	판결문상 국제인권조약에 따른 판단이 드러난 경우			
					(나) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 드러난 경우		(다) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 불분명한 경우	
					(나-1) 인정	(나-2) 불인정	(다-1) 인정	(다-2) 불인정
인종 차별 철폐 협약	1990년대		0	0	0	0	0	0
	2000년대		0	0	0	0	0	0
	2010 년대	~2014. 12.	2	0	0	0	2	0
		~2019. 2.	1	0	0	1	0	0
	전체		3	0	0	1	2	0
여성 차별 철폐 협약	1990년대		0	0	0	0	0	0
	2000년대		5	0	0	0	5	0
	2010 년대	~2014. 12.	0	0	0	0	0	0
		~2019. 2.	3	0	0	1	1	1
	전체		8	0	0	1	6	1
고문 방지 협약	1990년대		0	0	0	0	0	0
	2000년대		2	0	0	2	0	0
	2010 년대	~2014. 12.	7	0	0	2	5	0
		~2019. 2.	7	0	0	3	3	1
	전체		16	0	0	7	8	1
아동 권리 협약	1990년대		0	0	0	0	0	0
	2000년대		1	1	0	0	0	0
	2010 년대	~2014. 12.	5	0	0	1	4	0
		~2019. 2.	11	1	1	2	7	0
	전체		17	2	1	3	11	0
장애인 권리 협약	1990년대		0	0	0	0	0	0
	2000년대		0	0	0	0	0	0
	2010 년대	~2014. 12.	2	2	0	0	0	0
		~2019. 2.	2	2	0	0	0	0
	전체		4	4	0	0	0	0
전체 협약	1990년대		12	1	0	6	2	3
	2000년대		706	2	5	682	12	5
	2010 년대	~2014. 12.	1,188	6	0	1,163	19	0
		~2019. 2.	1,281	6	64	1,191	18	2
	총계		3,187	15	69	3,042	51	10

전체 3,186개의 판결의 3,187개의 판단 중, 법원이 국제인권조약에 따른 판단을 하여 이에 근거한 주장을 불인정한 경우(소송당사자 원용 여부가 드러난 경우와 불분명한 경우 모두 포함)가 3,052건으로, 전체 대비 95.76% 비중을 차지한다. 이 중 소송당사자가 국제인권조약을 원용하여 한 주장의 취지를 하였음이 판결문에 명시적으로 드러남에도 불구하고, 이러한 주장을 불인정된 경우만 셈하여도 3,042개이다. 전체 판단 중, 국제인권조약에 근거한 주장취지가 인정된 경우는 총 120건으로 3.76%에 불과하였다. 국제인권조약에 근거한 주장이 판결문에 명시되었음에도, 이에 대하여 어떠한 판단도 하지 않고 국내법에 근거한 쟁점 판단만 하여 결과에 이른 것도 15건(0.47%) 있었다.

다만 유의할 것은, 이 집계에 포함된 판결의 상당수가 양심적 병역거부가 국제조약에 의해 인정될 수 있는가를 쟁점으로 하는 사건으로, 하나의 쟁점 유형이 전체 통계 산출에 지대한 영향을 끼침에 따라 결과에 대해 편향된 인상을 줄 수 있다. 이에, 국제조약에 따라 양심적 병역거부 관련 사건에 대한 통계를 별도로 집계하고, 그 외 쟁점을 다루는 사건에서의 통계를 재집계해 볼 필요가 있다.

2) 쟁점 유형별

아래의 [표]는 총 3,175개(3,176개의 판단)의 판결문에서 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 인정·불인정·미판단된 비중을 쟁점 유형별로 집계한 것이다.⁸⁷⁾

87) 양심적 병역거부가 쟁점이 된 모든 판결문은 시민적·정치적 권리규약 1개만 원용되고 있어서 양심적 병역거부 사건은 1개의 판결문이 전체 통계에서 1개로 집계된 데 반하여, 그 외 쟁점에 관한 판결문 중에는 복수의 국제인권조약이 1개의 판결문에서 원용된 경우가 다수 있어서, 1개의 판결문이 협약별로 중복집계된 경우가 다수 있다. 1개 판결의 협약별 중복집계 방식은 협약별 현황을 보여주기에 적합한 방식이지만, 쟁점 유형별로 판결문을 나눠서 중국 결과에 대한 인정·불인정의 통계를 집계하는 데는 오히려 양심적 병역거부와 대별해서 불균형한 결과를 초래할 수 있어서, 여기서는 중복집계된 판결문들을 다시 1개의 판결문으로 재집계하였다. 결과적으로 양심적 병역거부 관련 판결문은 3,066개(3,066개의 판단), 나머지 쟁점 유형의 판결문은 총 109개(110개 판단)로 집계되어서, 총 판결문 3,175개(3,176개 판단)가 되었다.

[표] 국제인권조약에 근거한 주장에 대한 인정·불인정·미판단률[양심적 병역거부와 그 외]

쟁점 분류	연도별		사건 수	(가) 언급형 (미판단)	판결문상 국제인권조약에 따른 판단이 드러난 경우			
					(나) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 드러난 경우		(다) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 불분명한 경우	
					(나-1) 인정	(나-2) 불인정	(다-1) 인정	(다-2) 불인정
양심적 병역거부	1990년대		0	0	0	0	0	0
	2000년대		672	0	488)	668	0	0
	2010 년대	~2014. 12.	1,154	0	0	1154	0	0
		~2019. 2.	1,240	0	61	1179	0	0
	전체		3,066	0	65	3,001	0	0
그 외	1990년대		12	1	0	6	2	3
	2000년대		33	3	1	12	12	5
	2010 년대	~2014. 12.	29	5 ⁸⁹⁾	0	7	17	0
		~2019. 2.	36	5 ⁹⁰⁾	3	10	16	2
	전체		110	14	4	35	47	10
합계			3,176	14	69	3,036	47	10

양심적 병역거부 쟁점과 그 외 쟁점의 판결 간 통계는 매우 다른 결과를 보여주고 있다. 먼저, 양심적 병역거부 쟁점 판결을 보면, 전체 3,066개 판결 중, 법원이 국제인권조약에 따른 판단을 하여 이에 근거한 주장을 불인정한 경우가 3,001건으로, 전체 대비 97.87%로 압도적인 비중을 차지한다. 전체 판단 중, 국제인권조약에 근거한 주장취지가 인정된 경우는 총 65건으로 2.12%에 불과하였다.

88) 청주지방법원 영동지원 2007. 10. 26. 선고 2007고단151 판결.

89) 해당 집계에 반영된 판결 중, 대법원 2011. 01. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결은 원고가 국제인권조약을 원용하여 청구하였는지가 불분명한 상태에서 다수의견에서는 국제인권조약 관련 내용이 언급되지 않았고, 다수의견에 대한 반대의견에서도 국제인권조약에 대한 별도 판단을 드러내지 않은 반면, 다수의견에 대한 보충의견에서 국제인권조약의 규범력을 인정하며 이에 근거하여 다수의견의 결론을 지지하는 ‘인정’ 취지의 판단이 언급되어있다.

90) 대법원 2018. 05. 17. 2017도4207 판결에서는 원고의 원용 여부가 드러나지 않은 상태에서 다수의견에서는 국제인권조약 관련 판단이 언급되지 않았으나, 반대의견에서는 국제인권조약의 규범력을 긍정하며 이를 바탕으로 다수의견의 결론에 반대하였고, 다수의견에 대한 보충의견에서는 국제인권조약의 적용에 따른 다른 결론의 가능성을 불인정하였다.

이에 반하여, 그 외 쟁점 판결에서는 110개의 판단 중 불인정 판단은 45건으로, 40.90%에 그친 반면, 인정 취지 판단은 51건으로 46.36%를 차지하였다. 국제인권조약이 당사자의 청구 취지나 근거 법령 등에 언급되기는 하였으나, 법원이 그에 대한 어떠한 판단도 하지 않고, 결론에 국제인권조약에 위배되었는지 여부를 실시하지도 않은 미판단의 경우도 14건(12.72%)을 차지하였다. 따라서 인정·불인정·미판단 비중의 전체 통계를 보면 일견 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 인정되는 비율이 불인정되는 비율보다 (작은 차이지만) 높은 것으로 보인다.

다음의 [표]는 양심적 병역거부 관련 쟁점이 아닌 다른 쟁점의 판결을 다시 세부 쟁점 별로 유형화한 인정률에 대한 통계를 보여준다. 그 외 사건은 하나의 카테고리로 유형화하기에는 너무 다양한 유형의 사건들을 포함하고 있어서, 세부 유형으로 나눠서 다시 통계를 집계하는 것이 필요하다고 사료되었다.

[표] 국제인권조약에 근거한 주장에 대한 인정·불인정·미판단을[양심적 병역거부 제외]⁹¹⁾

쟁점 분류	사건 수	(가) 언급형 (미판단)	판결문상 국제인권조약에 따른 판단이 드러난 경우			
			(나) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 드러난 경우		(다) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 불분명한 경우	
			(나-1) 인정	(나-2) 불인정	(다-1) 인정	(다-2) 불인정
종교의 자유 ⁹²⁾	2	0	1	1	0	0
국가보안법 ⁹³⁾	99 ⁴⁾	0	0	0	3	6
보안관찰 ⁹⁵⁾	3	0	0	3	0	0

91) 경우에 따라서는 한 판결문이 여러 쟁점유형에 해당하는 경우도 있으나, 통계 산출을 위한 목적을 고려하여 저자가 임의로 배정하였다.

92) 대구고등법원 2018. 09. 21. 선고 2018누3005 판결; 대구지방법원 2018. 04. 18. 선고 2017구합22567 판결.

93) 인천지방법원 2015. 10. 28. 선고 2013고단4240 판결; 대법원 2000. 05. 30. 선고 2000도1226 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노473 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노548 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노229 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노231 판결; 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 98고합532 판결; 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 99고합6 판결; 대법원 1993. 12. 24. 선고 1993도1711 판결.

94) 2019. 3. 기준으로 법원 내부망 시스템을 통하여 검색한 결과, 국가보안법 위반 판결에서 국제인권조약이 원용된 사건은 9건이 확인 가능하였다. 그러나 항소심 및 상고심 판결문에서 국제인권조약을 원용하여 무죄 선고한 원심의 판단이 언급되어 있는 경우, 해당 원심 판결문들 중 다수가 내

쟁점 분류	사건 수	(가) 언급형 (미판단)	판결문상 국제인권조약에 따른 판단이 드러난 경우			
			(나) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 드러난 경우		(다) 판결문에 소송당사자의 원용 여부가 불분명한 경우	
			(나-1) 인정	(나-2) 불인정	(다-1) 인정	(다-2) 불인정
업무방해죄 ⁹⁶⁾	4	0	0	1	1	2
노동3권, 결사의 자유 ⁹⁷⁾	5	1	0	3	1	0
표현의 자유/ 집회의 자유 행사 및 침해 ⁹⁸⁾	4	0	0	3	1	0
채무불이행과 형사처벌 ⁹⁹⁾	6	2	0	1	3	0
제3자 개입금지 조항 ¹⁰⁰⁾	5	0	0	5	0	0
수사·재판 절차에서 고문 등 가혹행위	손해배상/소멸시효 ¹⁰¹⁾	10 ¹⁰²⁾	0	4	6	0
	형사 재심 ¹⁰³⁾	7	0	0	7	0
	이행 청구의 소 ¹⁰⁴⁾	1	0	1	0	0
형사절차상 권리 ¹⁰⁵⁾	4	0	1	1	2	0
수용자의 처우 ¹⁰⁶⁾	4	2	1	1	0	0
과거 공권력에 의한 인권침해 ¹⁰⁷⁾	4	1	0	3	0	0
차별 (성별, 나이, 인종, 국적, 장애 등) ¹⁰⁸⁾	12	3	0	2	7	0
외국인에 대한 강제퇴거명령 등 행정처분 ¹⁰⁹⁾	14	2	1	5	5	1
아동 보호	아동 학대 ¹¹⁰⁾	8	0	0	7	1
	양육권 및 부양 의무 ¹¹¹⁾	3	0	0	3	0
	교육권 ¹¹²⁾	3	1	1	1	0
장애인 권리 ¹¹³⁾	2	2	0	0	0	0
합계	110	14	4	35	47	10

부망 시스템으로 검색되지 않았다[예를 들면 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노473 판결의 원심인 대전지방법원 1999. 7. 22. 선고 99고합197 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노548 판결의 원심인 대전지방법원 1999. 8. 31. 선고 99고합132, 133, 167, 215, 241(병합) 판결이 검색되지 않음]. 또한 조약명을 제대로 언급하지 않아 검색에서 누락된 판결도 이후 발견되었다(예를 들면, 대구지방법원, 2001. 4. 26. 선고 2001노56 판결 참조). 따라서 실제 국제인권조약이 원용된 국가보안법 위반 사건은 집계된 것보다 더 많을 것으로 추정된다.

95) 대법원 1999. 02. 09. 선고 98두17586 판결; 대법원 1999. 01. 29. 선고 98두16637 판결; 대법원 1999. 01. 26. 선고 98두16620 판결.

- 96) 제주지방법원 2016. 02. 18. 선고 2014노589 판결; 광주지방법원 순천지원 2006. 10. 27. 선고 2006고단905 판결; 서울중앙지방법원 2006. 07. 11. 선고 2006고단2598 판결; 서울중앙지방법원 2000. 04. 12. 선고 99노10804 판결.
- 97) 서울중앙지방법원 2003. 08. 07. 선고 2003노2443 판결; 서울중앙지방법원 2003. 07. 09. 선고 2003노1118 판결; 서울중앙지방법원 2003. 07. 09. 선고 2003노2647 판결; 서울고등법원 1992. 07. 16. 선고 1989구1232 판결; 서울행정법원 2016. 06. 24. 선고 2015구합69447 판결.
- 98) 부산지방법원 2016. 09. 02. 선고 2016나40887 판결; 서울중앙지방법원 2014. 10. 15. 선고 2014나4674 판결; 서울고등법원 2012. 01. 19. 선고 2011나16525 판결; 서울중앙지방법원 2018. 11. 08. 선고 2017노4241 판결.
- 99) 대법원 2014. 07. 10. 선고 2014도5774 판결; 서울남부지방법원 2013. 10. 17. 선고 2013고합16 판결; 대전지방법원 2003. 10. 15. 선고 2003고단3412 판결; 대전지방법원 2003. 10. 15. 선고 2003고정205 판결; 대법원 2018. 05. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결; 대법원 2011. 01. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.
- 100) 서울중앙지방법원 1996. 06. 07. 선고 1995가단18563 판결; 서울중앙지방법원 1996. 11. 15. 선고 1996나27512 판결; 대법원 1999. 03. 26. 선고 96다55877 판결; 서울중앙지방법원 2006. 01. 11. 선고 2001노1474 판결; 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도755 판결.
- 101) 서울중앙지방법원 2011. 02. 25. 선고 2010가합23642 판결; 서울중앙지방법원 2011. 01. 26. 선고 2010가합34314 판결; 서울중앙지방법원 2006. 05. 30. 선고 2005가합106949 판결; 서울고등법원 2006. 02. 14. 선고 2005나27906 판결; 서울고등법원 2005. 04. 13. 선고 2004나13610 판결; 서울중앙지방법원 2004. 01. 15. 선고 2002가합79428 판결; 서울중앙지방법원 2000. 06. 14. 선고 99가합105556 판결; 서울고등법원 2000. 11. 03. 선고 2000나35087 판결; 서울중앙지방법원 2016. 11. 16. 선고 2014가합577642 판결.
- 102) 유의할 것은, 서울고등법원 2006. 02. 14. 선고 2005나27906 판결은 불분명-인정과 원고주장-불인정으로 중복 집계되었다.
- 103) 서울고등법원 2015. 11. 06. 선고 2015재노237 판결; 서울고등법원 2015. 01. 30. 선고 2014재노37 판결; 서울고등법원 2014. 10. 31. 선고 2014재노13 판결; 서울고등법원 2014. 10. 31. 선고 2014재노25 판결; 서울고등법원 2014. 09. 05. 선고 2014재노7 판결; 서울고등법원 2013. 12. 24. 선고 2012재노68 판결; 서울고등법원 2013. 11. 08. 선고 2011재노155 판결.
- 104) 서울고등법원 2016. 05. 20. 선고 2015누49711 판결.
- 105) 부산지방법원 2018. 04. 06. 선고 2018고정3 판결; 서울중앙지방법원 2002. 01. 29. 선고 2001고합1050 판결; 대전지방법원 2003. 11. 05. 선고 2003고단2155 판결; 서울고등법원 2007. 07. 24. 선고 2006나112658 판결.
- 106) 부산지방법원 2006. 11. 15. 선고 2016가단30292 판결; 부산지방법원 2014. 02. 20. 2011가합13633 판결; 부산고등법원 2017. 08. 31. 선고 2014나50975 판결; 광주지방법원 2010. 04. 01. 선고 2009구합2672 판결.
- 107) 국제인권조약이 적용된 판결 중 많은 수가 공권력에 의한 인권침해 사건임을 감안할 때, 이 카테고리 존재에 의문이 있을 수 있다. 여기서 '과거 공권력에 의한 인권침해'의 의미는 다른 카테고리에 해당하지는 않는 과거 공권력에 의한 대규모 인권침해사례, 즉 함평양민학살사건, 거창양민학살사건, 지뢰피해자 및 민주화운동 관련자에 관한 과거사 사건을 의미하는 것으로 사용되었다. 광주지방법원 목포지원 2004. 12. 09. 선고 2002가단4144 판결; 부산고등법원 2004. 05. 07. 선고 2001나15255 판결; 서울행정법원 2018. 06. 29. 선고 2017구합80912 판결; 서울고등법원 2007. 08. 31. 선고 2007나38658 판결.
- 108) 대법원 2005. 07. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결; 서울고등법원 2005. 12. 22. 선고

3. 법원의 국제인권조약 적용에 대한 분석 및 평가

가. 의의 및 분석(평가)의 틀

당사자의 주장 또는 법원의 직권으로 국제인권조약의 적용이 당해 사건에서 쟁점이 되었을 때, 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 결과적으로 법원에 의하여 얼마나 인정되었는지 그 자체가 바로 법원에서의 국제인권조약의 사실상 규범적 지위를 드러낸다거나 법원의 국제인권조약에 대한 태도를 상징한다고 보기는 힘들다. 법원이 구체적인 사실관계를 확정하여 법을 해석·적용하는 과정에서 발생하는 다양한 판단이 인정 여부에 영향을 미칠 수 있기 때문에, 결과 그 자체보다 결과에 이르게 된 논거에 대한 분석

-
- 2005나64707 판결; 대법원 2005. 07. 21. 선고 2002다13850 전원합의체 판결; 수원지방법원 2009. 10. 08. 선고 2008가합19235 판결; 서울고등법원 2009. 02. 10. 선고 2007나72665 판결; 서울행정법원 2018. 10. 25. 선고 2018구합71533 판결; 인천지방법원 2019. 03. 13. 선고 2013가단87450 판결; 서울중앙지방법원 2012. 05. 23. 선고 2011가단43400 판결; 서울중앙지방법원 2018. 9. 14. 선고 2017가단5245081 판결; 서울중앙지방법원 2017. 12. 07. 선고 2016가합508596 판결; 광주지방법원 2016. 06. 16. 선고 2015구합1786 판결; 서울중앙지방법원 2011. 07. 22. 선고 2010가단263368 판결.
- 109) 인천지방법원 2018. 08. 21. 선고 2018구단50045 판결; 서울행정법원 2013. 06. 27. 선고 2013구합3269 판결; 서울고등법원 2014. 04. 18. 선고 2013누45807 판결; 서울행정법원 2011. 09. 15. 선고 2011구합5094 판결; 청주지방법원 2018. 10. 18. 선고 2017구합3170 판결; 부산지방법원 2012. 04. 05. 선고 2011구합4702 판결; 서울고등법원 2018. 07. 04. 선고 2017누68020 판결; 서울행정법원 2019. 02. 20. 선고 2018구단72621 판결; 서울행정법원 2018. 12. 07. 선고 2018구단15406 판결; 수원지방법원 2018. 10. 10. 선고 2017구단9030 판결; 서울고등법원 2017. 12. 06. 선고 2017누55598 판결; 대전지방법원 2016. 08. 17. 선고 2015구합2392 판결; 대전고등법원 2016. 11. 24. 선고 2016누12149 판결; 서울행정법원 2017. 09. 13. 선고 2017구단67844 판결. 이 중 다수 외국인 아동이 관련된 사건의 경우 아래 아동의 보호 유형과도 관련이 있다.
- 110) 전주지방법원 2017. 01. 23. 선고 2016르210 판결; 서울서부지방법원 2014. 08. 21. 선고 2013가합36163 판결; 울산지방법원 2015. 11. 20. 선고 2015고합180 판결; 대구고등법원 2015. 06. 11. 선고 2015노62 판결; 대구고등법원 2015. 05. 21. 선고 2014노214 판결; 서울고등법원 2014. 05. 13. 선고 2013노3788 판결; 서울서부지방법원 2013. 11. 21. 선고 2013고합267 판결; 인천지방법원 2017. 08. 11. 선고 2016노3342 판결.
- 111) 전주지방법원 김제지법원 2013. 11. 13. 선고 2013가소2582 판결; 서울고등법원 2015. 11. 20. 선고 2015노1952 판결; 서울고등법원 2015. 09. 18. 선고 2015노1430 판결.
- 112) 전주지방법원 2009. 06. 30. 선고 2009구합307 판결; 청주지방법원 2013. 08. 22. 선고 2013구합678 판결; 춘천지방법원 2010. 02. 11. 선고 2009구합1172 판결.
- 113) 서울중앙지방법원 2010. 09. 10. 선고 2009가단99509 판결; 서울행정법원 2011. 01. 28. 선고 2010구합28434 판결.

이 더 유의미한 이유가 여기에 있다. 따라서 불인정형·인정형에서 주장되는 논거의 유형과 비중을 분석할 필요가 있다.

각 판단 결과별 논거의 유형을 분석함에 있어서, 법원에서의 국제인권조약의 적용 단계에 대한 이해가 선행되어야 할 것이다. 적용 단계별로 주장되는 논거의 유형이나 성격이 다르기 때문이다. 일반적인 국내법의 적용 단계에서 예정된 삼단논법적 추론과정은, ‘대전제’(상위명제)에 해당하는 법규범을 탐색·구체화하는 법해석 단계와, ‘소전제’(하위명제)에 해당하는 법적 분쟁의 사실관계를 재판과정을 통해 확정하는 단계가, ‘대전제’인 ‘법규범’에 ‘소전제’인 ‘사실관계’를 포섭시켜 특정한 결론을 도출하는 적용 단계에 선행하여 이루어진다.¹¹⁴⁾ 그런데 국제인권조약의 적용은, 첫 번째의 법해석 단계에 선행하여 국제인권조약의 국내법적 효력에 대한 판단과, 국내법과 충돌시 그 지위가 어떻게 되는지에 관한 판단이 이루어져야 한다는 점에서 그 특이성이 있으며, 법해석 단계에서도 국내 법원의 판사들에게 익숙하지 않은 해석 자료들, 즉 외부 조약기구의 권위 있는 해석이나 결정, 국제인권조약에 대한 일반논평, 국제기구가 채택한 다양한 결의나 지침 등의 신뢰성, 권위 및 그 의미에 대한 이해가 요구된다는 점이 특별하다. 이를 감안하여 국제인권조약의 적용 단계를 (개념상으로는) 다음의 3단계로 구별할 수 있다. 즉, ① 국제인권조약의 국내적 효력 판단 단계, ② 국제인권조약과 국내법의 충돌 판단 단계, ③ 국제인권조약의 해석 및 적용 단계이다.¹¹⁵⁾ 다만, 불인정형의 논거를 분석함에 있어서 ① 과 ② 단계 사이에 국제인권조약의 자기집행성이라는 법리적 한계가 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 이는 여러 논문에서 우리 법원에서의 국제인권조약의 자기집행성에 대한 판단이 국제인권조약이 직접적인 재판규범으로 적용되는 것을 저해하는 법리적 한계로 작용하고 있다고 지적하고 있기 때문이다. 따라서 불인정형에서는 4

114) 물론 이러한 법적 삼단논법의 ‘포섭이테올로지’에 대한 법해석학에서의 비판이 다수 존재한다[양천수, 법해석학, 한국문화사 (2017), 350-377면 참조]. 여기서는 다만 일반적인 국내법의 법적용 과정과 국제법의 법적용 과정을 개념적으로 비교하기 위하여 각 단계를 구분하였을 뿐, 실제로는 법규범에 포섭하는 과정이 기계적이고 일방적으로 이뤄지는 것이 아니라, 법규범과 사실이 해석학적 순환을 통해 서로 상응하며 동시에 이루어짐을 인정한다. 실제 재판 과정에서는 법적 분쟁이 발생하면, 법원은 사실관계를 확정하고, 관련 법규범을 탐색하고 해석하여, 법규범을 적용하는데, 이러한 과정은 엄격하게 분리되어 이루어지기보다는 실제로는 각 과정이 통합되어서 사실인정과 해석 및 포섭이 동시에 진행된다. 이러한 순환적 해석은 국제인권조약의 적용에 있어서도 마찬가지이다.

115) 유념할 것은, 각 단계별 판단은 분리하여 독립적으로 이루어지는 것이 아니라 사실상 상호 순환적으로 이루어진다는 것이다. 국제인권조약과 국내법이 충돌되는지 판단하기 위하여 국제인권조약에 대한 해석이 선행되어야 하는 것처럼 말이다.

단계별 논거의 유형[4단계 추론형], 인정형에서는 3단계별 논거의 유형[3단계 추론형]으로 나누어 살펴본다.

나. 불인정형 - 판단 단계별 논거의 유형

다음은 법원에서 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 불인정한 경우의 판결문에서 드러난 논거를 분석하여, 그 이유가 ① 법원이 문제된 국제인권조약의 국내법적 효력을 부정한 것인지, ② 국내적 효력은 인정하였으나 재판규범으로서의 자기집행성을 부정한 것인지, ③ 충돌되는 국내법을 이유로 국제인권조약의 적용을 배척한 것인지, ④ 법해석 및 적용 단계에서 구체적인 국제인권조약 조항의 해석에 관한 주장을 배척한 것인지를 살펴보고, 그 논거의 유형 및 함의에 대하여 고찰한다.

1) 국제인권조약의 국내적 효력 판단 단계: 국내법적 효력 인정

헌법 제6조 제1항에 따라 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 그 자체로 국내법적 효력을 가지므로, 우리나라가 가입·비준한 7대 국제인권조약의 국내법적 효력은 인정된다고 보는 것이 헌법해석상 타당하다. 이 논의의 대상 범위가 우리나라가 가입·비준한 7대 국제인권조약이 원용된 판결문에 한정되는 까닭에, 조사 대상의 판결문 중에서 국제인권조약의 적용이 배척되는 논거로서 규범적 한계가 명시적인 이유로 언급된 경우는 없었으며, 모든 판결문에서 쟁점이 된 국제인권조약의 국내적 효력은 명시적·묵시적으로 인정되고 있었다.¹¹⁶⁾ 관련해서, 우리나라가 유보한 후 철회한 조항의 국내법적 효력에 대하여 명시적으로 선언해 준 판례가 있었다. 즉 중국에서 이미 실행을 선고받아 형의 집행을 마친 피고인을 같은 행위로 국내에서 다시 기소한 행위가 시민적·정치적 권리규약 제14조 제7항의 일사부재리 원칙에 위배되는 공소권 남용에 해당되는지가 쟁

116) 다만 국회의 비준동의를 거치지 않은 아동권리협약 등의 경우, 국내법상 법률이 아닌 시행령 이하의 지위를 가진다는 해석이 다수설이다. 이에 대해서는 아직까지 명확한 해석이 사법실행으로 확립되지 않았으며, 비동의조약에 시행령 이하의 효력만을 인정하는 것은 국내 법질서 속에서 여러 가지 부조화 또는 부적법을 야기하고, 기존 조약 운영의 실태나 국내법 체계와의 조화, 정책적 효과 등을 감안하였을 때 바람직하지 못한 결과를 초래할 수 있으므로 비동의조약도 법률로서의 지위를 가져야 한다고 헌법을 해석하는 것이 타당하다는 주장이 있다[정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, 서울국제법연구 제22권 제1호 (2015. 6.) 참조].

점이 된 사건에서, 법원은 “우리나라는 위 B규약 가입시 위 14조 7항에 대하여는 이를 유보하였다가 1993. 1. 21. 위 유보를 철회하였다(조약 제1122호)...[중략]... 위 B규약 제14조 제7항은 헌법 제6조 제1항에 따라 일응 ‘국내법과 같은’ 효력을 가진다고 보인다”고 하였다.¹¹⁷⁾

2) 국제인권조약의 재판규범성 판단 단계: 자기집행성의 허상

헌법 제6조 제1항에 따라 국제인권조약의 국내적 효력이 인정된다는 것의 의미를 특별한 입법조치 없이도 사법부에서 다른 국내 법률을 적용하듯이 국제인권조약을 재판규범으로 바로 적용할 수 있음을 의미하는지가 문제된다. 이에 대하여, 미국의 판례법에 의하여 발전되어 온 소위 조약의 ‘자기집행성’(self-executing) 문제가 우리 법원에서도 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 인정되는 것을 방해하는 법리적 한계로 작용하고 있다는 주장이 국내 다수의 논문에서 제기되어 왔다.¹¹⁸⁾ 미국은 우리와 마찬가지로 헌법의 문언해석상으로는 원칙적으로 일원론(수용이론)을 취하고 있으나,¹¹⁹⁾ 연방대법원은 판례로 국내 법원에서 직접적인 재판규범으로 원용될 수 있기 위해서는 ‘자기집행적 조약’이어야 한다는 법리를 발전시켜왔으며, 따라서 ‘비자기집행적’ 조약은 이행법률이 제정될 까지 국내적 효력을 사실상 갖지 못한다. 미국 법원은 시민적·정치적 권리 규약을 비롯한 다수의 국제인권조약의 자기집행성을 부인하고 있다. 이러한 미국의 ‘자기집행성’ 법리는 국제법·헌법 학자들에 의하여 우리 학계에도 소개되었고, 미국과 동일하게 일원론(수용이론)을 취하고 있는 우리나라 재판실무에서도 조약의 자기집행성 법리가 국제인권조약의 사실상 국내적 효력을 부정하는 법리로 작용할 수 있는지에 관한 논의가 있어왔다.¹²⁰⁾

117) 서울중앙지방법원 2002. 01. 29. 선고 2001고합1050 판결.

118) 이 주제에 대하여 다룬 논문의 예는, 유남석, “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 직접적 용가능성 - 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결”, 判例實務研究 [III], 比較法實務研究會編, 博英社 (1999); 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 국제법평론 제20호 (2004. 09); 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효과와 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 제609호 (2007. 6.); 박찬운, “실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용”, 헌법학연구제8권 제4호 (2002); 정경수, “국제법의 국내적용에 관한 한국의 법체계와 경험”, 국제법평론 제28호 (2008); 정경수, “재판과정에서의 국제인권기준 적용 연구”, 국가인권위원회 (2007); 오승진, “국제인권조약의 국내 적용과 문제점”, 국제법학회논총 제56권 제2호 (2011. 6.) 참조.

119) The Constitution of the United States, Art. 6.

120) 예를 들면 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 국제법평론 제20호 (2004.

이러한 논의는 손○○ 국가배상청구권 사건의 대법원 판결(1999. 3. 26. 선고)이, 시민적·정치적 권리규약 제2조 제3항(당사국의 인권 피해자에 대한 효과적인 구제조치 제공 의무)에 대하여 다음과 같이 판단한 것에서 촉발되었다. 즉, 대법원은 “위 국제규약 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 해석된다”고 판시하였는데,¹²¹⁾ 많은 학자들은 이를 대법원이 시민적·정치적 권리규약 전체 내지 최소한 규약 제2조 제3항의 자기집행성을 부인한 것으로 해석하여 왔다.¹²²⁾ 법원은 이 판결 선고 이후에도 여러 차례 국제인권조약을 위반한 불법행위로 인한 손해배상청구 소송에서, 문제된 조약 조항의 내용과 형식이 문언 상으로 볼 때 당사국간의 의무를 규정하였을 뿐 개인에 대하여 별도의 손해배상청구의 특별한 권원을 창설하는 것으로 해석하기 힘들다고 판단하여 왔다.¹²³⁾ 그런데 법원의 이러한

09), 27면 이하 참조.

121) 대법원 1999. 03. 26. 선고 96다55877 판결.

122) 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 국제법평론 제20호 (2004. 09), 34면과 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 제609호 (2007. 6.), 158-159면 참조. 대법원의 해당 판결을 미국의 ‘자기집행성’ 법리와 유럽의 ‘직접적용가능성’ 등의 법리와 관계지어 분석하게 된 데는 판결 당시 대법원 재판연구원으로 있었던 유남석 판사(현 헌법재판소장)의 글이 큰 역할을 한 것 같다[유남석, “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 직접적용가능성 - 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결”, 判例實務研究 [VIII], 比較法實務研究會 編, 博英社 (1999)]. 그러나 이 글은 말미에 이 대법원 판결이 “B규약이 국내에서 직접 적용될 수 있는 조약인지 여부에 관하여 명시적인 판단을 하지는 않았지만, 원고의 이 사건 행위를 구 노동조정쟁의법 제13조의 2 위반죄로 처벌한 것이 B규약 제19조 제2항에 위반하였는지 여부를 판단하고 있는 점에 비추어 볼 때 적어도 B규약 제19조 제2항은 국내 법원이 재판규범으로서 직접 적용할 수 있다는 입장에 서 있는 것으로 볼 수 있을 것이다. 한편 B규약에 의하여 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인에 대하여 효과적인 구제조치를 받도록 확보하여야 할 당사국의 의무를 규정하고 있는 B규약 제2조 제3항은 그러한 개인에게 구제조치에 관한 특별한 권리를 창설한 것은 아니라고 보았으며, 그러한 개인은 국내의 일반법상 인정되는 법적 수단에 의하여 구제를 받을 수 있다는 점을 분명히 하였다”고 함으로써, 해당 판결이 조약의 직접적용가능성 내지 자기집행성에 대하여 명시적인 판단을 하였다고 해석하지 않은 것으로 보인다.

123) 최근에 인종차별철폐협약 제2조 제1항, 제6항에 대하여도 비슷한 취지의 판결을 한 예로, 서울중앙지방법원 2018. 9. 14. 선고 2017가단5245081 판결 참조[“원고들은...[중략]... 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제2조 제1항, 제6항에 근거하여 명시적인 입법이 없더라도 곧바로 피고에 대한 손해배상청구가 가능하다는 취지로 주장하나,...[중략]... 위 각 규정에서 개인의

법해석을 외국의 판례법에 의하여 발전해 온 국제인권조약의 자기집행성 법리를 받아들인 것으로 보는 것이 적절한지는 의문이다. 왜냐하면 법원의 판결 취지가 다른 국내법에서는 적용되지 않는, 조약의 국내적 적용과 관련하여 발달해 온 ‘자기집행성’이라는 특수한 기준을 가지고 조약의 재판규범성을 부정하는 것을 의도한 것으로 보기 힘들기 때문이다.¹²⁴⁾

관련해서 유의할 것은, 국내법원으로서의 개별 법조항이 재판에서 직접적인 청구권의 권원이 될 수 있는가의 해석 문제는 국제조약뿐만 아니라 국내법에 있어서도 발생하는 문제이며, 이에 대하여 법원은 어느 정도의 해석 기준을 가지고 있다는 점이다. 예를 들어, ‘진실·화해를 위한 과거사정리 기본법’ 제36조 제1항은 “정부는 규명된 진실에 따라 희생자, 피해자 및 유가족의 피해 및 명예를 회복시키기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다”고 규정하고 있다. 법원은 고문에 의한 허위자백에 따른 형사처벌 피해자의 유족들이 국가를 대상으로 제기한 손해배상청구 사건에서, “결국 원고들로서는 형사보상법 및 국가배상법을 통하여 이 사건 재판 및 그에 이르는 수사과정에서 받은 인권침해 및 조작으로 인하여 받은 피해의 금전적인 배상을 받을 수 있고, 과거사정리법에 따른 피고 대한민국의 의무는 기본적으로 법령에 의한 구체화 없이는 소구할 수 없는 추상적인 것임에 비추어 볼 때...[중략]... 피고 대한민국에게 형사보상법 및 국가배상법에 따

권리와 의무를 정하여 그 자체만으로 국내법원에서 직접적으로 적용될 수 있는 규칙을 제정하려고 시도하였음이 그 문언 자체에 의하여 구체적으로 확인된다고 할 수는 없으므로, 위 각 규정은 위 국제협약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 개인을 상대로 한 손해배상 등 구제조치는 민법 등 국내법에 근거하여 청구할 수 있는 것일 뿐, 위 규정에 의하여 별도로 개인이 개인에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다(대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결 참조. 국제규약의 당사국에 대한 국가배상청구에 관한 사안이지만 개인을 상대로 한 손해배상청구에도 마찬가지로 본다.”).

- 124) 관련해서, ‘자기집행성’이란 용어를 미국에서 발전한 판례법리를 의미하는 것으로 한정해서 사용하지 않고, 보다 광의의 의미로서 조약이 국내 법원에서 직접적용되는 재판규범으로 활용될 수 있는지에 관한 모든 해석 이론을 총칭하는 것으로 사용하는 경우도 있어 보인다. 예를 들면, 조약이 별도 입법 없이 그 자체로 바로 국내법적 효력을 가지는 경우라 할지라도, 조약에 따라서는 국내 입법을 통한 이행을 예정하고 있을 뿐 그 문언의 내용과 형식이 재판 실무에서 직접적인 재판규범으로 바로 활용하기에는 구체성이 현저히 결여된 경우가 있는데, 이런 경우 재판규범으로서 직접적용 되는가에 대한 판단에 관한 논의를 ‘자기집행성’이란 용어를 차용하여 포괄하는 것도 가능할 수 있다. 다만, ‘자기집행성’이란 용어가 미국의 법리상 용어를 번역한 용어인 이상, 이 용어를 사용함으로써 미국의 법리 개념을 지칭하는 것으로 오인하게 하는 결과는 불가피해 보인다. 관련해서 정인섭, 신국제법 강의: 이론과 사례(제6판), 박영사 (2016), 118-119면 참조.

른 책임 이외에 별도로 과거사정리법에 따른 직접적인 배상책임을 부담한다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다”고 판시한 바 있다. 즉, 이미 형사보상법과 국가배상법이라는 절차가 있기 때문에 과거사정리법 제36조 제1항이 요구하는 “적절한 조치”는 이를 통하여 시행되고 있다고 볼 수 있으므로 피해자는 이에 따라 손해배상 등 청구를 하면 되고, 과거사정리법에 의하여 이와 별도의 특별한 청구권이 부여되는 것은 아니라는 해석이다. 법원이 이 판결을 통하여 과거사정리법 전체의 법적 효력이나 재판규범성에 대한 판단을 한 것은 당연히 아니며, 다만 과거사정리법의 문제되는 조항의 내용과 형식이 문언상으로 볼 때 이미 존재하는 국내법상 절차 외의 특별한 청구의 권원을 창설하는 것으로 보기는 힘들다는 해석인 것이다. 즉, 법원이 국내법을 해석할 때도 개별 조항이 직접적인 청구권의 권원이 될 수 있을 정도로 구체성을 가지고 있는지에 대한 판단을 하며, 이에 대한 해석기준을 가지고 있다는 것을 유념할 필요가 있다.

이를 유념에 두면서, 손○○ 국가배상청구권 사건에서 대법원의 판결문을 꼼꼼하게 읽어보면, 우선, 형식적 용어 사용에 있어서 우리 법원은 (이 판결문뿐 아니라 어느 판결에서도) 단 한번도 조약의 재판규범성을 판단하면서 ‘자기집행성’이라는 용어를 사용한 적이 없으며, 위 판결에서 해당 조약이나 조항의 ‘국내법적 효력’이나 ‘재판규범성’을 부정한다는 표현을 사용한 적도 없는 점을 확인할 필요가 있다. 관련해서, 법원이 같은 판결에서 손○○를 제3자 개입금지 조항에 따라 형사처벌한 것이 규약 제19조 제2항(표현의 자유)을 위배한 불법행위인지에 대하여는 부정적인 판단을 함으로써 규약 제19조 제2항을 위법성 판단의 근거가 되는 재판규범임을 전제로 하고 있음도 고려되어야 할 것이다.¹²⁵⁾ 법원이 규약 제19조를 위법성의 판단기준이 되는 재판규범으로 인정하면서 제2조 제3항에 대한 위와 같은 해석을 부기한 것은, 일견 청구권이 경합할 가능성이 있는 상황에서 어떤 청구의 권원을 근거로 하여 손해배상 또는 기타의 구제조치를 청구하는 것으로 보아야 할지에 대한 판단할 필요성이 있다고 본 것으로 보인다. 즉, 대법원은 이 사건에서 원고의 손해배상 등 구제조치 청구의 권원으로 국제법인 규약 제2조 제3항과 우리 국내법(손○○의 청구 중 금전배상청구는 국가배상법 규정에 의한 손해배상청구라고 볼 수 있을 것이고, 명예회복에 필요한 조치는 민법 제764조에 의하여 구하는 것이라고 볼 수 있을 것임)의 경합 가능성을 인지하였고, 이에 이 사건에서 국제

125) 법원은 여러 국제인권조약이 원용된 다른 사건에서도, 국제조약을 위법성 판단의 근거가 되는 재판규범으로 받아들이는 데는 아무런 이의를 제기한 적이 없다.

법과 국내법에 기한 청구권 간에 경합이 있는 것인지, 아니면 유효한 청구 권원이 아니라서 청구권의 경합이 없는 것인지에 대하여 판단할 필요성을 느낀 것 같다. 즉, 대법원은 비록 위 사건에서는 법관의 재판행위가 규약이 보호하는 실체적 권리(이 사건에서는 규약 제19조 제2항의 표현의 자유의 권리)를 침해하지 않았다고 판단하였기에 손해배상청구의 권원이 직접적으로 문제되지는 않았지만, 설사 실체적 권리가 침해되었다고 판단되어지는 경우라고 할지라도 이에 대한 손해배상청구의 권원은 국가배상법 등 국내법이지, 규약 제2조 제3항에 의한 국제법에 따른 특별한 청구권에 의한 것이 아님을 명시적으로 설시한 것으로 보아야 한다.

둘째, 우리 법원은 언급된 판결에서 형식적인 용어 사용뿐만 아니라, 내용적으로도 미국의 법원이 자기집행성 조약으로 판단하기 위하여 요구하는 전통적인 요건 중 주관적 요건의 충족 여부를 판단한 적이 없다. 즉, 조약이 자기집행성을 가지기 위해서는 주관적으로는 조약의 당사국이 당해 조약 규정을 국내에서 직접 적용하는 것을 의도해야 하며, 객관적으로는 조약의 내용이 국내 이행조치가 필요하지 않을 정도로 명확성과 구체성을 가질 것이 요구된다고 보는 것이 자기집행성 법리에 관한 통설적 이해이다.¹²⁶⁾ 특히 조약의 자기집행성에 관한 미국의 논의를 보면, 조약 자체의 문언 상 의미에 기초한 객관적 요건 보다는 조약에 가입할 당시 미국 정부의 의사를 고려하는 주관적인 요건을 더 중요시 하는 경향이 있다는 점에서 주관적 요건은 자기집행성 법리의 핵심적 요소라고 할 것이다.¹²⁷⁾ 그런데 조약에 애초에 가입하면서 비자기집행적이라는 선언을 첨부하는 미국 정부의 관행과 달리, 대부분의 국가에서는 사실상 조약체결 과정에서 국내적 자기집행성에 관하여 정부가 어떠한 의도도 가지고 있지 않은 경우가 대부분이다. 결국 법률가들은 자기집행성의 주관적 요건을 판단하기 위하여 조약의 문언으로부터 주관적 요건을 추론할 수밖에 없는데, 이는 존재하지 않는 허구를 만들어내게 되는 것이라는 점에서 불합리하다.¹²⁸⁾ 우리 법원의 판결문을 보아도 객관적 요건에 대한 판단과 유사하게 조항의 문언상의 의미와 형식에 대한 판단은 하고 있으나, 조약체결권자인

126) 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 제609호 (2007. 6.), 161면.

127) 오승진, “국제인권조약의 국내 적용과 문제점” 국제법학회논총 제56권 제2호 (2011. 6.), 119-120면.

128) 조약의 자기집행성의 주관적 요건에 관한 비판은 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 제609호 (2007. 6.), 162-163면의 이와사와 유지 교수의 비판 참조.

우리 정부의 주관적 의도에 대해서는 전혀 판단하지 않고 있다는 점에서, 법원의 판단 법리를 조약의 자기집행성에 대한 판단이라고 여기는 것이 타당한지 의문이다.

셋째, 우리 법원은 민사소송에서 불법행위로 인한 손해배상의 청구 권원으로서 국제인권조약의 특정 조항이 문제되었을 때만 조약의 문언 상의 내용과 형식을 해석하여 이를 국내법과 별도의 특별한 청구권의 권원으로 볼 수 없다고 판단하였으며, 국가나 사인의 행위가 법령에 위반한 행위인지를 판단하는 위법성 판단 기준으로서 국제인권조약이 원용되었을 경우에는 조약의 재판규범성에 관한 의문을 제기한 적이 없다. 즉, 법원은 다른 국내법에서 적용하지 않는 특수한 기준으로서 조약에만 적용되는 자기집행성 여부를 판단한 것이 아니라, 특정 국내법이 개인의 청구권의 절차적 권원이 될 수 있는지를 판단할 때와 동일한 기준으로 특정 조약 조항이 개인의 청구권의 절차적 권원이 될 수 있는지 여부를 판단하였을 따름이다. 유의할 것은, 법원이 국제인권조약 조항을 배상청구권을 별도로 창설하는 권원으로 해석하지 않았다고 해서, 법원이 국제인권조약 위반으로 입은 피해에 대한 배상청구가 불가하다고 본 것이 아니라는 것이다. 법원은 이미 국내법(국가배상법, 민법)에 정한 절차대로 배상청구를 할 것을 명시적으로 설시하였으며, 별도의 국제인권조약에 기하여 배상청구를 할 필요가 없다고 한 것에 불과하다. 이는 국제인권조약의 특수성을 감안할 때 자연스러운 것이다. 즉, 명시적으로 주권 국가 상호간의 법률관계를 규율할 것을 의도하며 상호주의적 실행을 담보로 하는 일반 조약은 사실상 이행입법이 없으면 국내적으로는 직접 적용되기 힘든 경우가 많은데 반하여, 인권조약은 직접적으로 국가와 개인 간의 관계를 다루며 상호주의 원칙이 적용되지 않은 특수한 영역으로, 인권조약의 편면성이라는 특질을 감안할 때 인권조약이 조약의 체결 후에 별도의 이행법률을 예정하지 않는 경우가 대부분인 이유는 국가들이 인권조약을 국내적으로 이행할 의지가 없어서가 아니라 이미 인권조약의 인권피해자를 구제할 수 있는 절차적 장치가 국내법으로 존재하는 경우가 대부분이기 때문이다. 따라서 법원의 판례에 따르면, 피해자 개인은 국제인권조약상 권리가 침해되었을 때 국내법상 절차에 따라 법원에 구제조치를 청구하면 되는 것이다.¹²⁹⁾

이렇게 볼 때, 우리 법원은 (최소한 현재까지는) 조약의 ‘자기집행성’ 법리가 요구하는 요건을 국제인권조약이 재판규범으로 직접적용되기 위한 전제로서 요구한 적이 없

129) 다만 국내법상 절차에 따라 구제조치를 청구할 때 그 청구권과 관련하여 발생하는 법리적 난제들이 있을 수 있는데, 이에 대해서는 아래의 법해석 단계에서 논의하기로 한다.

다고 보는 것이 타당하다. 사실 조약의 자기집행성은 미국의 법리가 우리나라나 일본의 학계에 의하여 연구되면서 우리 학계에도 소개된 것으로, 국내법을 다루는 국내 법관들에게는 생소한 법리이다. 게다가 미국에서 이러한 법리가 발전하게 된 데는 미국 정부가 인권조약에 가입하면서 비자기집행적이라는 선언을 첨부하여 가입한 것을 배경으로 한다는 점에서, 그러한 선언에 대한 첨부 없이 가입하는 우리의 관행과는 사뭇 다른 배경을 갖는다.¹³⁰⁾ 미국에서 발견되는 조약의 자기집행성 판단 요건의 일부 내용이, 국내법 조항이 개인에 대하여 직접적인 특별 청구권을 부여한 것으로 해석할 수 있는지를 판단하는 요건과 유사한 점이 있다고 하여서, 법리의 형성 및 발전의 토양이 상이하고, 그 구체적인 내용과 적용되는 정황이 전혀 다른 것을 고려하지 않고 같은 것으로 성급하게 취급하는 것은 오히려 국내 법원의 판례를 제대로 이해하는 것을 방해할 수 있다.¹³¹⁾ 우리 법원의 태도는, 조약의 재판규범으로서의 국내법적 직접효력을 긍정하고 있으며, 다만 조약의 개별 조항이 구체적인 사건에서 청구의 권원이 될 수 있는가에 대한 해석은 하고 있는데, 이는 국내법에서도 마찬가지로 발생하는 법해석의 문제이므로, 이에 대해서는 아래의 국제인권조약의 해석 및 적용 단계별 논거 부분에서 논의하기로 한다.

2) 국제인권조약과 국내법의 충돌 해결 단계: 충돌하는 국내법 우선적용

국제인권조약의 특정 조항이 국내법 규정과 충돌하는 경우, 이러한 규범적 충돌은 어떤 기준에 따라 해결되어야 하는지가 문제된다. 일반 국제법의 국내적 지위에 관하여

130) 관련해서 대법원 비교법실무연구회가 1998년 6월 23일 ‘국제인권규약의 국내적 효력’이라는 주제로 개최한 세미나에서 조약의 자기집행성에 대하여 장영수(교수), 박기갑(교수), 정인섭(교수), 유남석(판사, 현 헌법재판소장)가 토론한 내용은 判例實務研究 [III], 比較法實務研究會 編, 博英社 (1999), 제2편(149-228면) 참조.

131) 관련해서 일본 아베 코케 교수의 “주관적 의사와 객관적 요건이 필요하다는 조약의 직접적용가능성은 연원상 특정의 국제법규가 국제법상의 의무로서 국내에서 직접 적용될 수 있는가를 판단하는 (국제재판의) 기준으로서 만들어진 것이지 특정의 규범이 국내 법정에서 재판규범으로 가능한 것인가를 판단하는 기준으로서 만들어진 것이 아니[며]”, “국제법이 국내법적 효력이 있는 경우에는 본래 국제인권조약은 다른 국내법과 완전히 같은 기준을 재판에서 적용할 수 있다고 해석해야 한다는 것이다. 다른 국내법령에서는 결코 적용하지 않는 특수한 기준(주관적 의사와 객관적 요건)을 가지고 국제법(인권조약)의 재판규범성을 부정하는 것은 이미 국내법으로 변형된 국제법의 취급으로서는 부적절하다고 본다”라는 주장을 참조할 가치가 있다[박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 제609호 (2007. 6.), 164면].

는, 헌법보다는 하위이지만 국내 법률과는 동위로 보아야 한다는 것이 통설이고, 판례도 이러한 입장인 것으로 보인다.¹³²⁾ 다만, 불가침적 성격의 보편적인 기본권을 보장할 것을 내용으로 하는 국제인권조약은 다른 국제법과 달리 헌법적 가치를 내용으로 하고 있으므로 그 특수성을 인정하여 헌법적 효력 내지 일반 법률보다 우위적 효력을 부여해야 한다는 주장이 존재한다.¹³³⁾ 그러나 국제인권조약의 국내적 지위에 관한 법원의 입장을 살펴보면, 국제인권조약의 국내법에 대한 우위적 효력을 명시적으로 긍정한 판례는 없고, 오히려 국내법에 대한 우위적 효력을 부정한 판례는 있어서, 법형식적으로 국제법의 지위를 법률과 동위로 보고 있는 것으로 보인다. 즉, 법원은 「지뢰피해자 지원에 관한 특별법」이 지뢰피해자에게 정당한 보상을 보장하고 있지 않아서 헌법상의 기본권 보장과 국제법 존중주의에 위배되는 위헌적인 법률인지 여부가 쟁점이 된 사건에서, 법원은 특정 법률이 국제규약에 위배된다는 것이 바로 헌법위반(위헌)을 의미할 수는 없다는 취지의 판단을 한 바 있다. 이 사건에서 원고는 국제규약과 충돌하는 법률은 헌법상 국제법 존중주의 원칙을 위배한 것이므로 그 자체로 바로 위헌적 법률이 될 수 있다는 취지의 주장을 하였는데, 이에 대하여 법원은 “헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것이 아닐뿐더러[대법원 2005. 5. 13. 자 2005초기189(2005도1936) 결정 참조]”라고 함으로써, 국제인권조약의 법적 효력은 국내법에 우선할 수 없음을 명확히 하였다.¹³⁴⁾

국제인권조약이 법형식적 논리로서 국내법률과 동위의 효력을 가진다고 할 때, 우리 법원은 양자가 충돌할 때 어떠한 기준으로 해석하고 있으며, 이러한 규범 충돌로 인하

132) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005다30184 판결; 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바65 결정 참조.

133) 예를 들면, 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰”, 법조 제56권 제6호 (2007. 6.), 151면 참조; 헌법재판소의 실행을 보더라도, 국제인권조약을 헌법해석의 참고자료로 검토하거나 심판대상 국내법의 헌법위반 여부를 판단하면서 국제인권조약 위반 여부도 부수적으로 함께 판단하는 식으로 활용하고 있어서, 국제인권조약을 조금은 특수하게 활용하고 있음을 부인하기 힘들다[전종익, “헌법재판소의 국제인권조약 적용”, 저스티스 제170-2호 (2019. 2.), 507~537면 참조].

134) 서울행정법원 2018. 06. 29. 선고 2017구합80912 판결. 비록 이 판결에서 법원은 지뢰피해자 지원에 관한 특별법이 사회보장수급권을 형성한 것이므로 시민적·정치적 권리규약이나 고문방지협약 등에 배치되지 않는다고 판단하였으나, 만약 이 사건에서 문제된 국내법이 국제규약에 위배되는 경우라 할지라도, 위 설시에 따르면 그것이 이 사건 국내법이 위헌법률임을 의미한다고 할 수는 없을 것이다.

여 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 불인정되는 경우는 사실상 얼마나 빈번한지 의문이다. 이 연구가 조사 대상으로 한 판결문에서는 법원이 국제인권조약과 국내법의 규범적 충돌 상황을 인정하고, 이러한 충돌 상황에서 ‘신법 우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙’을 적용하여 명시적으로 국제인권조약에 대한 국내법의 우위(또는 국내법에 대한 국제인권조약의 우위)를 선언한 예는 확인되지 않았다.¹³⁵⁾ 사실상 국제인권조약의 대부분의 내용이 헌법적 가치를 담는 추상적 권리에 관한 것이고, 보통 재판에서 쟁점이 되는 국내법은 구체적인 상황에 구체적인 사람에게 적용될 것을 예정한 조문이기 때문에 양자는 대응성을 가지기 힘들며, 따라서 국제조약 조항이 국내 법률 규정과 문언상으로 명백히 저촉되는 경우는 극히 드물다.

사실상 국제법과 국내법 간의 규범 충돌에 관한 이론적 논의가 보다 현실적인 문제로 재판에서 나타나는 경우는 오히려 국제인권조약에 대한 외부 조약기구의 해석과 국내법원의 해석이 상호 모순되는 경우이다. 즉, 외부 조약기구의 해석에 따를 경우, 국제인권조약과 충돌되는 국내법은 실효하거나, 최소한 조약에 합치되는 식으로의 해석 변경이 필요해지게 되는데, 국내법원은 많은 경우 별다른 논증 없이 외부 조약기구의 해석을 배척하고 있는 것으로 관찰된다. 즉, 법원은 많은 경우 외부 조약기구의 해석과 다른

135) 대구지방법원 2001. 4. 26. 선고 2001노56 판결을 규범충돌에 관한 신법우선의 원칙의 적용사례로 소개되고 있는 경우가 있는데, 이에 동의할 수 없다[김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행” 국제법평론 제20호 (2004) 참조]. 해당 판결문은 “국제인권(B)규약 제19조 제3항 b호에 의하더라도 국제인권규약 제19조 소정의 표현의 자유는 국가안보 또는 공공질서를 위하여 필요한 경우 법률에 의하여 제한할 수 있는 것으로서 대한민국이 국제인권규약에 가입한 뒤 1991. 5. 31.인 법률 제4373호로 개정된 국가보안법은 제7조 제1항, 제3항, 제5항에서 국가의 존립안전이나 자유민주적 기본질서를 위하여 반국가단체의 활동을 찬양고무선전 또는 이에 동조한 행위, 이적단체에 가입한 행위, 이적표현물을 제작·반포·취득·소지하는 행위 등을 처벌한다고 규정하고 있으므로, 국가보안법이 국제인권규약의 규정에 위배된다고 볼 수 없다.”고 하고 있다. 이는 규범 충돌 시 신법우선의 원칙을 적용한 것이 아니라, 우리나라가 국제인권규약에 가입한 후에 국가보안법을 규약에 위배되지는 않는 방식으로 개정하였으므로 양자 간의 규범 충돌이 없다고 해석한 것으로 읽는 것이 타당하다. 이는 국가보안법에 따른 처벌의 위법성이 문제된 유사 사건에서 반복적으로 인용된 설명에서 더 잘 확인된다(대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노473 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노548 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노229 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노231 판결 참조). 또한, 다른 사건에서 소송 당사자가 신설된 국제조약에 저촉되는 국내법은 ‘신법 우선의 원칙’에 따라 저촉되는 범위 내에서 그 효력을 상실하므로 무효가 된 국내법의 적용은 위법하다는 주장을 제기한 적은 있으나, 법원이 그러한 주장을 받아들여 국내법과 국제법이 상호 충돌을 인정하고 이 경우에 신법 우선의 원칙에 의하여 해결해야 한다고 명시적으로 판단한 적은 없다(서울중앙지방법원 2006. 01. 11. 선고 2001노1474 판결 참조).

독자적인 해석을 하는데, 불인정의 경우에 있어서 이 독자적인 해석은 주로 국내법의 적용이 국제인권조약에 위배되지 않는다는 해석을 의미하며, 이로써 국제조약과 국내법의 충돌의 존재를 부정하였다.

다음은 국제인권조약에 위배되는 국내법의 효력 상실이나, 조약에 위배되지 않는 방식으로 국내법에 대한 해석 변경의 필요성이 쟁점이 된 경우, 법원이 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 불인정함에 있어서 실시한 논거를 보여준다.

가) 조약기구의 견해 배제와 국내법의 유효성 선언

개인을 국가보안법 제7조가 금지하는 이적단체에 가입하거나 이적표현물을 제작하고 반포하는 등의 행위를 하였다는 이유로 형사처벌하는 것이 시민적·정치적 권리규약 제19조 제2항의 표현의 자유를 침해하는지가 쟁점이 된 다수의 판결에서 법원은 국제인권조약에 근거한 당사자의 주장을 배척하였는데, 배척의 논거 중 하나가 ‘문제된 국내법이 유효’하다는 것이다.¹³⁶⁾ 즉, 이 사건에 관하여 자유권규약위원회는 국가보안법 제7조에 의한 형사처벌이 시민적·정치적 권리규약 제19조에 위배된다고 결정하였는데, 법원은 우선적으로 이러한 조약기구의 해석을 ‘논증 없이’ 배척한 후, 국가보안법이 실효되지 않았으며 그 규범력을 상실하지 않았음을 선언하였다. 그런데 국내법의 효력을 선언함에 있어서, 재판에서 쟁점이 되지 않은 당연한 사실을 마치 쟁점이 된 것처럼 설시를 함으로써 진짜 쟁점에 대한 판단은 회피하고 있어서, 일종의 논점일탈적 오류를 보이는 판례가 다수 관찰된다. 즉, 자유권규약위원회가 우리나라에 대한 최종 견해로 국가보안법의 문제를 지적한 후에 선고된 판결은 “[자유권규약위원회]에서 소론과 같이 국가보안법의 문제점을 지적한 바 있다고 하더라도 그것만으로 국가보안법의 효력이 당연히 상실되는 것은 아니라 할 것이며,”¹³⁷⁾ 라고 하였고, 자유권규약위원회가 국가보안법 제7조 위반으로 형사처벌 받은 개인의 개인통보 사건을 판단한 후에 국내 법원이 피고인을 국가보안법위반죄로 유죄판결을 한 것이 규약 제19조 소정의 표현의 자유 및 그 제한에 관한 규정을 위반한 것이라는 취지의 결정을 채택한 후에 선고된 판결은 “국

136) 대법원 2000. 05. 30. 선고 2000도1226 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노473 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노548 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노229 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노231 판결.

137) 대법원 1993. 12. 24. 선고 1993도1711 판결.

제인권이사회에서...견해를 채택하고 이를 대한민국에 통보한 바 있다 하더라도 그것만으로 국가보안법의 효력이 상실되는 것은 아니며”라고 하고 있다.¹³⁸⁾ “우리나라가 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 및 위 규약의 선택의정서에 가입하였다고 하여... 국가보안법이 그 규범력을 상실한 것으로 볼 수 없다”고 판시한 대법원 판결도 있었다.¹³⁹⁾ 규약 및 선택의정서에 가입한 사실이나 자유권규약위원회의 권고적 의견 및 결정이 있었다는 사실로부터 국가보안법의 효력이 당연히 상실되지 않을뿐더러, 그러한 주장을 누구도 제기했을 것 같지 않고, 심지어 그것이 재판에서 쟁점도 아니었다는 점에서 위 판단은 논점을 일탈하였다. 더 나아가 정작 외부 조약기구의 해석의 타당성이나 국가보안법이 왜 규약과 충돌하지 않는다는 결론에 이르게 된 것인지에 대한 논증은 전혀 제시되어 있지 않다는 점에서 진정한 논점에 대해서는 회피하고 있다.

나) 국제법과 국내법의 충돌 부정

국제법과 국내법 간 충돌이 있는지를 판단하기 위해서는 국제법에 대한 해석이 선행되어야 함은 당연하다. 이 단계에서 국제법에 대한 해석의 순환이 이루어지는 것이다. 법원은 여러 판결로, 국가보안법 제7조(이적단체 가입 및 이적표현물 제작 및 반포 등 행위 처벌), 형법 제341조(위력에 의한 업무방해죄), 집회 및 시위에 관한 법 제11조 제4호(국내 주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소에서의 집회 및 시위 금지), 구 노동쟁의조정법 제13조의 2, 제45조의 2(제3자 개입금지), 지뢰피해자 지원에 관한 특별법, 보안관찰법 제4조(보안관찰처분), 지방공무원법 제58조(사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외한 공무원의 집단행위 금지), 국가공무원법 제66조(사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외한 공무원의 집단행위 금지)의 국제인권조약과의 충돌을 부정하였다. 즉, 위 법률이 국제인권조약에 위배되는지가 쟁점이 된 사건에서 법원은 국제인권조약에 근거한 주장취지를 불인정함에 있어서 다음의 논리를 통하여 국제인권조약과 국내법의 충돌 자체를 부정하였다.

138) 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노231 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노229 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노548 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노473 판결.

139) 대법원 2000. 05. 30. 선고 2000도1226 판결.

- (1) 국제인권조약 상 권리에 대한 제한 규정의 존재를 논거로 함: 국제조약이 허용하는 범위 내의 제한이라고 해석

국제인권조약과 국내법의 충돌이 쟁점이 되었을 때, 법원은 많은 경우 국제인권조약 상 쟁점이 된 권리에 대한 제한 규정이 존재함을 근거로 들고, 국내법이 그러한 제한 규정이 허용하는 범위 내의 제한이라고 해석함으로써, 국제법과 국내법의 충돌이 존재하지 않는다는 결론을 도출한다. 반대되는 자유권규약위원회의 견해는 대부분 논증 없이 배척되고 있다. 국가보안법 제7조(이적단체 가입 및 이적표현물 제작 및 반포 등 행위 처벌)에 따른 형사처벌이 시민적·정치적 권리규약 제19조 제2항의 표현의 자유를 침해하는지가 쟁점이 된 판결에서, 법원은 규약 제19조 제3항의 표현의 자유에 대한 제한 규정을 근거로 제시하면서, 규약 가입 후 개정된 국가보안법은 규약의 제한 규정이 허용하는 범위 내의 제한만이 가능하도록 명시하는 개정이었다고 주장하였다.¹⁴⁰⁾ 구 노동쟁의조정법상 제3자 개입금지 조항이 신법인 시민적·정치적 권리 규약 제19조(표현의 자유)와 경제적·사회적·문화적 권리규약 제8조(노동자들의 결사의 자유)에 저촉되어 무효라는 주장이 제기된 여러 사건에서도, 법원은 구 노동쟁의조정법상 제3자 개입금지 조항은 해당 규약의 권리 제한 규정(시민적·정치적 권리 규약 제19조 제3항 및 경제적·사회적·문화적 권리규약 제8조 제1항)에서 허용하는 국가안보 또는 공공질서를 위하여 필요한 법률상의 제한에 해당한다고 판단함으로써 조약과 국내법의 충돌을 모두 부정하였다.¹⁴¹⁾

140) 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노231 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노229 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노548 판결; 대전고등법원 2000. 01. 14. 선고 99노473 판결(“국제인권규약의 규정(제19조 제3항 b호)에 의하더라도 국제인권규약 제19조 소정의 표현의 자유는 국가안보 또는 공공질서를 위하여 필요한 경우 법률에 의하여 제한할 수 있는 것으로서 대한민국이 국제인권규약에 가입한 뒤 1991. 5. 31. 법률 제4373호로 개정된 국가보안법은 제7조 제3항, 제5항에서 국가의 존립 안전이나 자유민주적 질서를 위하여 이적단체에 가입하거나 이적 표현물을 취득 소지하는 행위 등을 처벌한다고 규정하고 있으므로 위 법조항 소정의 행위에 대하여 위 법조항을 적용하여 처단하는 것은 정당하고 이를 국제인권규약의 규정에 위배된다고 볼 수 없다 할 것이다”).

141) 서울중앙지방법원 2006. 01. 11. 선고 2001노1474 판결; 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도755 판결; 서울중앙지방법원 1996. 06. 07. 선고 1995가단185632 판결; 서울중앙지방법원 1996. 11. 15. 선고 1996나27512 판결; 대법원 1999. 03. 26. 선고 96다55877 판결.

(2) 국제법의 국내법 역합치적 추정(전이논법)

국내법의 국제인권조약 저촉이 문제된 여러 사건에서, 우리 법원은 국제법을 국내법의 틀에 맞도록 해석하여 상호 저촉을 피하는 논리를 사용하고 있는 것으로 보인다. 헌법상 국제법 존중주의 원칙이나, 국제관습법적 지위를 누리는 조약법에 관한 비엔나 협약 제27조에 근거한 ‘국내법의 국제법 합치해석’에 대비된다는 의미로, 이를 ‘국제법의 국내법 역합치적 추정’이라고 할 수 있다. 이는 구체적인 사안에서 다음과 같은 방식으로 이루어진다. 즉, 국제인권조약과 유사한 내용의 헌법 조항이 있는 경우, 우리 법원은 문제된 국내법이 위헌이 아니라는 헌법재판소나 대법원의 기존 해석을 인용하여 국내법이 위헌이 아니라는 판단을 한 후, 이와 유사한 내용을 규정하고 있는 조약에도 위배되지 아니한다라는 결론을 도출하는 방식으로, 국제법의 국내법 역합치를 추정 하였다. 이러한 헌법 우회적 논리를 ‘전이(transitivity)논법’을 활용한 해석이라고 할 수 있는데, 이러한 전이논법은 기본적으로 헌법과 국제조약의 내용이 상당부분 유사성을 갖지만 실상 다른 맥락의 규범이라는 점에서 오류 가능성이 있으며, 우리 법원이 재판과정에서 헌법과 국제조약의 내용이 같은 것인지에 대한 논증은 생략하고 있어서 더욱 문제가 된다는 지적이다.¹⁴²⁾ 또한, 이와 같은 전이논법은 궁극적으로 국제법이 국내적으로 실현 되는 것을 차단하는 결과를 낳는다는 비판이 있다.¹⁴³⁾

예를 들면, 집회 및 시위에 관한 법 제11조 제4호(국내 주재 외국의 외교기관이나 외교사절의 숙소에서의 집회 및 시위를 금지)에 따른 형사처벌이 시민적·정치적 권리규약 제21조가 보호하는 평화적 집회의 권리를 위배하는 것인지가 쟁점이 된 사건에서, 법원은 위 법률조항이 헌법상 집회 및 결사의 자유를 침해하는 위헌적 법률이 아니라고 판단한 헌법재판소의 결정을 인용한 후, 동 조항이 별도의 논증 없이 국제인권규범에 반한다고도 할 수 없다고 설시하였다.¹⁴⁴⁾ 또한, 파업참가자를 업무방해죄로 처벌하는 것이 시민적·정치적 권리규약 제8조 제3항의 강제노동 금지 원칙에 위배되는지가 쟁점이 된 사건에서, 법원은 규약상의 ‘강제노동’의 의미를 해석함에 있어서 헌법재판소가 헌법 제12조 제1항 후문의 ‘강제노역’ 금지의 의미를 해석한 것을 그대로 차용하면서, 헌

142) 정경수, “국제법의 국내적용에 관한 한국의 법체계와 경험”, 국제법평론 제28호 (2008), 117-118면.

143) 정경수, “국제법의 국내적용에 관한 한국의 법체계와 경험”, 국제법평론 제28호 (2008), 117-118면

144) 서울중앙지방법원 2018. 11. 08. 선고 2017노4241 판결.

법재판소가 “이 사건 심판대상 규정 또는 그에 관한 대법원의 해석이 우리 헌법에 위반되지 않는다고 판단하는 이상 위 규약 위반의 소지는 없다 할 것”이라고 판단한 것에 따라 규약 위반이 아니라고 판시하였다.¹⁴⁵⁾

이 외에도, 법원은 구 노동쟁의조정법상 제3자 개입금지 조항에 의한 처벌이 시민적·정치적 권리규약 제19조(표현의 자유) 등에 위배되는지가 쟁점이 된 판결,¹⁴⁶⁾ 보안관찰법에 따른 보안관찰처분이 시민적·정치적 권리규약제18조 제1항(사상·양심 및 종교의 자유에 대한 권리)나 제19조 제1항(의견을 가질 권리)에 위배되는지가 쟁점이 된 판결,¹⁴⁷⁾ 사실상 노무에 종사하는 공무원을 제외한 공무원의 집단행위를 금지하는 지방공무원법 제58조와 국가공무원법 제66조 제1항이 경제적·사회적·문화적 권리규약 제8조에 위배되는지가 쟁점이 된 판결에서,¹⁴⁸⁾ 비슷한 내용의 헌법 조항 위반 여부를 판단하는 것으로 규약 위배에 대한 판단을 대체하였다.

4) 국제인권조약의 해석 및 적용 단계: 문자적 해석과 국내법리 및 국내자료에 기반한 해석

법원이 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 불인정한 판결에서, 다음 유형의 논거 및 논리가 국제인권조약의 의미를 확정하는데 제시·사용되었다. 즉, 법원은 조약을 해석함에 있어서, 조항의 문자적 의미에 충실하게 한정된 해석을 하였고, 조약의 용어나 의미를 확정함에 있어서는 유사한 내용의 헌법 조문에 대한 해석에 맞추어 해석하였으며, 인권조약에 관한 해석자료는 주로 국내 헌법재판소나 대법원의 판례에 의해 발전한 국내법리를 활용하였다.

145) 서울중앙지방법원 2000. 04. 12. 선고 99노10804 판결.

146) 서울중앙지방법원 2006. 01. 11. 선고 2001노1474 판결; 대법원 2008. 11. 13. 선고 2006도755 판결; 서울중앙지방법원 1996. 06. 07. 선고 1995가단185632 판결; 서울중앙지방법원 1996. 11. 15. 선고 1996나27512 판결; 대법원 1999. 03. 26. 선고 96다55877 판결.

147) 대법원 1999. 02. 09. 선고 98두17586 판결; 대법원 1999. 01. 29. 선고 98두16637 판결; 대법원 1999. 01. 26. 선고 98두16620 판결.

148) 판결문에서 조항이 특정되지는 않았으나, 제8조로 추정된다. 서울중앙지방법원 2003. 08. 07. 선고 2003노2443 판결; 서울중앙지방법원 2003. 07. 09. 선고 2003노2647 판결; 서울중앙지방법원 2003. 07. 09. 선고 2003노1118 판결.

가) 문자적 의미에 한정된 해석

법원이 국제인권조약에 근거한 주장을 배척한 판결은 대부분 조항의 문자적 의미에 충실하게 한정된 해석에 기반을 두었는데, 즉 문제된 조약에서 당사국의 의무를 규정한 조항으로부터 개인의 청구권이 직접적으로 창설될 수 없다고 해석하였으며, 조약에 명시적으로 구체적인 권리나 절차를 정한 규정이 없으면 그러한 권리나 절차는 조약으로부터 도출될 수 없다고 해석하였다. 그런데 국제인권조약의 핵심 조항들이 대부분 헌법적 기본권의 보장에 관한 것임을 감안할 때 국제인권조약은 추상성을 특징으로 할 수 밖에 없는데, 국제인권조약을 문언의 축자적 의미에 한정하여 조약에 명시적으로 규정된 구체적인 권리나 절차만을 인정하겠다는 해석을 취하게 되면, 조약에 근거한 주장 취지는 자연스럽게 불인정되기 쉽고, 이러한 해석기법은 사실상 국제인권조약의 국내적 실현을 배척하게 되는 결과를 초래하기 쉽다.

(1) 당사국의 의무를 규정한 조항의 개인의 특별한 청구권 창설 부정(국내법상의 청구권만을 인정)

법원은 당사국의 인권 보호 의무를 규정한 국제인권조약의 특정 조항으로부터 직접적으로 (국내법에 따른 절차 외의) 인권피해자 개인이 손해배상 등의 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 청구권이 창설되는지에 대해서 여러 차례 부정적인 판단을 하였다. 즉, 국제조약 조항이 “당사국”을 향하고 있으며 “개인”을 직접적으로 향하고 있지 않다는 이유로 그러한 판단을 하고 있어서, 조약의 취지나 목적, 기능을 고려한 해석보다는, 조항의 문자적 의미에 충실한 해석을 하고 있는 것으로 보인다. 경우에 따라서는 이러한 해석이 국제인권조약에 근거한 당사자의 주장을 배척하는 직접적인 논거로 작용하기도 한다.

먼저, 국내법이 인정하지 않고 있는 종류의 이행청구권이 국제조약 조항으로부터 직접 창출될 수 있는가가 주요 쟁점인 사건에서 법원은 이를 부정하였다. 예를 들면, 과거 사 사건의 피해자인 원고가 화해조치 등 이행청구의 소를 제기한 행정사건에서, 서울고등법원은 “고문방지협약 제14조의 내용은 ‘공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 보장’이므로 이와 같은 취지의 추상적인 협약 규정만을 근거로 피고를 상대로 국내의 다른 법령에서 규정되어 있는 구체적인 이행방법 이외의 원고가 주장하는 바와 같

은 작위의무 이행 내지 확인을 행정소송으로 구하는 것은 허용되지 아니한다고 할 것이 [다]”라고 판시하였다.¹⁴⁹⁾

또한, 국내법이 이미 국가배상법이나 민법으로 불법행위에 대한 손해배상청구의 권원을 제공하고 있는 경우, 이와 별도의 특별한 배상청구권이 국제인권조약 조항으로부터 직접적으로 창출될 수 있는가가 원고에 의해 주장되었을 때에도 법원은 이를 부정적으로 판단하였다. 즉, 고문에 의한 허위자백에 근거하여 형사처벌을 받은 피해자의 손해배상청구의 소에서 피고 대한민국의 소멸시효의 항변을 인용할 것인지가 쟁점이 되었다. 이 사건에서 원고는 국내법에 근거한 손해배상청구권이 시효로 소멸한 경우라 할지라도, 고문방지협약 제14조 제1항의 규정에 의하여 새로운 주관적 공권을 취득하였다 할 것이므로 이에 기하여 손해배상을 구할 수 있다고 주장하였다. 이에 대하여 법원은 고문방지협약 제14조가 “당사국은 자기 나라의 법체계 안에서” 고문행위 피해자가 효과적인 구제를 받을 권리를 보장하는 것이라고 규정하고 있음을 강조하면서, 고문방지협약 제14조는 “체약 당사국에게 그 국내법 체계 안에서 고문 피해자의 손해배상청구권을 실효적으로 보장할 의무를 부여하고 있을 뿐, 이와 별도로 고문 피해자에게 체약 당사국에 대하여 손해배상청구를 할 수 있는 권리를 새로이 부여하는 취지라고 볼 수 없으므로, 원고의 위 주장도 이유 없다”고 하였다.¹⁵⁰⁾

한편, 손○○ 국가배상청구권 사건에서 대법원은 국내법상 손해배상청구권 외에 국제조약 조항으로부터 별도의 특별한 손해배상청구권이 창설되지 않는다고 판단하였는데, 이 사건에서 이것이 주요 쟁점이 아니었음에도 이러한 판단을 부기하였다는 점에서 특기할만한 판결이다. 즉, 대법원은 손○○를 구 노동쟁의조정법의 제3자 개입금지 조항으로 형사처벌한 것이 시민적·정치적 권리규약 제19조에 정한 권리를 침해하지 않는다고 함으로써 ‘불법행위’ 성립 자체를 부인하였기에 손○○의 손해배상청구는 당연히 기각될 수밖에 없었는데, 청구를 기각하면서 대법원은 다음과 같은 판단을 부기하였다. “위 국제규약 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 개

149) 서울고등법원 2016. 05. 20. 선고 2015누49711 판결.

150) 서울중앙지방법원 2000. 06. 14. 선고 99가합105556 판결.

인이 위 국제규약의 당사국에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다.”¹⁵¹⁾ 원고가 손해배상 청구의 권원을 규약 제2조 제3항으로 한정된 일이 없음에도 불구하고 법원이 굳이 이 사건에서 불필요해 보이는 설명을 부기함으로써, 향후 법원이 재판행위의 위법성에 대한 판단이 불법행위책임의 전제가 되는 유형의 사건에서 위법성에 대한 판단 기준을 어떻게 정할 것인가에 대한 의문을 남겼다. 즉, 국내법상 손해배상청구권 조항은 다양한 불법행위 유형을 포괄할 수 있도록 일반 요건을 규정한 것이어서 국제인권규약 위반이라는 불법행위의 태양도 국내법상 손해배상청구권에 포섭될 수 있으므로 향후 재판행위에 대한 위법성 판단도 국내법상 손해배상청구권에 적용되는 법리대로 판단해야 하는지, 아니면 국제인권규약에 위배된 불법행위로 피해를 받은 개인이 국내에서 손해배상청구를 할 경우에 절차적으로 국가배상법과 같은 국내법의 규정이 준용되는 것에 불과하므로 재판행위의 위법성에 대한 판단기준을 국제인권규약 위반 사례에서는 다르게 볼 것인지, 의문이 남는다. 사실 국내법상 손해배상청구권의 근거가 되는 위법성에 대한 판단기준은, 법관의 재판작용에 있어서는 판결이 불확정인 경우에는 상소의 구제수단이 마련되어 있는 점, 판결이 확정된 경우에도 더 이상 다룰 수 없는 기판력이 부여되나 재심을 통한 구제의 길이 있는 점, 법관의 독립성이 보장되는 점을 고려할 때, 일반 행정작용에 의한 직무위반의 경우와는 달리 다루어져 한다는 것이 통설이다. 비교법적으로 다른 나라의 예를 살펴보더라도, 당해 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 악의로 재판을 하는 등 법관에게 부여된 권한의 취지에 명백히 위반하여 그 권한을 행사한 경우와 같은 특별한 경우에 한정하여 위법성을 인정하고 있다. 그런데 국제인권조약과 조약기구에 의한 개인통보 절차의 경우, 정부의 행정행위뿐만 아니라 법원의 판결에 의하여 인권이 침해될 수 있음을 상정하고, 법원의 재판절차에 의하여 침해당한 권리 또는 국내 재판절차를

151) 대법원 1999. 03. 26. 선고 96다55877 판결. 이에 대하여 손○○ 손해배상청구 사건을 담당한 조용환 변호사는 원고가 청구의 권원을 규약 제2조 제3항으로 한정된 일이 없고, 규약이 국내법 체계에 수용된 이상 규약상 권리에 대한 침해는 국가배상법과 민법의 절차적 규정을 준용하면 되는 것임에도 불구하고 대법원이 이러한 설명을 부기한 이유를 이해하기 힘들다는 의견을 표명한 바 있다. 또한 “당사국은 자신의 법체계에 따라 가장 효과적인 구제조치가 무엇인가를 판단하여 선택할 수 있는 재량이 있으므로 제2조 제3항이 정한 요건을 갖추었다고 평가되는 제도가 마련되어 있다면 당사국의 의무는 이행된 것으로 볼 수 있고, 이런 의미에서 손○○가 민법과 국가배상법의 내용, 그리고 민사소송법이 정한 절차에 따라 손해배상 청구소송을 제기한 것이 바로 대한민국의 법체제에서 규약 제2조 제3항의 직접 적용에 해당한다”라고 보았다[조용환, “조약의 국내법 수용에 관한 비판적 검토”, 법과 사회 제34호 (2008), 119, 125면 참조].

모두 거쳤음에도 불구하고 구제를 받지 못한 인권침해를 바로잡기 위한 특별절차라는 점을 고려할 때, 국제인권조약을 위반한 경우에는 절차적으로는 국내법상 손해배상청구의 권원 조항에 기하여 손해배상청구를 제기한다 할지라도 일반적인 국내법 위반의 경우와는 다른 기준이 적용되어야 하는지가 법리적으로 명확하지 않다.¹⁵²⁾ 사건으로는, 국제인권조약상 권리가 침해당한 피해자를 실효적으로 구제하기 위해서는 국제인권조약 위반이라는 특수한 불법행위 태양에 대해서는 다른 판단 기준을 허용하는 법해석도 가능할 것으로 보인다. 이에 대해서는 추가 연구가 요구된다.

손○○ 국가배상청구권 사건에서의 대법원의 판단은 이후 국가의 불법행위로 인한 손해배상청구 사건에서 국제조약에 의한 직접적인 청구권 창설을 부정하는 논거로 자주 인용되었다. 한 예로, 거창양민학살사건의 유족들이 피고 대한민국을 상대로 한 위자료 청구소송에서, 원고는 시민적·정치적 권리규약 제7조의 취지에 비추어 이 사건에서 국가배상청구권의 소멸시효제도의 적용을 배제해야 한다고 주장하였다. 법원은 이러한 원고의 주장을 배척하면서, “위 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이라도 국가를 상대로 손해배상 등의 청구를 할 경우에는 국가배상법이나 민법 등 국내법에 근거하여 청구할 수 있을 뿐, 위 규약에 의하여 별도로 개인이 국가에 대하여 손해배상 등을 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니므로(대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결 참조), 그 소멸시효제도도 국내법에 따라야 할 뿐만 아니라, 위 규약상 민간인학살행위에 대하여 소멸시효제도의 적용을 배제한다는 명시적인 규정도 없으므로, 위 주장은 이유 없다”고 판단하여, 원고들의 청구를 기각하였다.¹⁵³⁾ 이 판결은 손○○ 사건에서의 대법원의 판단보다 한 단계 더 나아간 것이다. 즉, 국내법에 따른 손해배상청구의 경우, 청구권의 소멸시효 제도도 국내법리에 따라야 한다는 판단을 한 것이다. 국내법을 절차적 청구의 권원으로 하고 있다고 할지라도, 이에 대한 소멸시효 법리까지 국내법리만 적용하는 것으로 한정해야 한다는 것이 언뜻 납득하기가 쉽지 않고, 규약을 해석함에 있어서도 규약이 명문의 규정으로 소멸시효제도의 적용을 배제한다고 하지 않는 한 그러한 주장을 받아들일 수 없다고 하고 있어서 조약의 목적, 취지 및 기능에 대한 고려보다는 문자적 의미에 만 충실하게 제한된 해석을 하고 있는 것을 알 수 있다.

152) 조용환, “국제법에 비추어 본 제3자 개입금지 규정의 효력”, 민주사회를 위한 변론 제5호 (1995), 184면; 임진원, “UN인권이사회 결정의 국내 집행방안에 관한 소고”, 공익과 인권 제1권 제2호 (2004), 95면 참조.

153) 부산고등법원 2004. 05. 07. 선고 2001나15255 판결.

한편, 2018. 9. 14. 에 선고된 판결 중 인종차별철폐협약 조항에 기한 손해배상청구권의 창설을 부정하는 판결도 있었는데, 이 판결도 손○○ 사건에서의 대법원의 판단을 인용하고 있다. 즉, 조선족인 원고들이 피고 영화사가 제작·상영한 영화에 대하여 헌법과 국제인권조약에 위반된 혐오표현물이라 주장하며 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 사건에서,¹⁵⁴⁾ 법원은 “원고들은... 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제2조 제1항, 제6조에 근거하여 명시적인 입법이 없더라도 곧바로 피고에 대한 손해배상청구가 가능하다는 취지로 주장하나,... 위 각 규정에서 개인의 권리와 의무를 정하여 그 자체만으로 국내법원에서 직접적으로 적용될 수 있는 규칙을 제정하려고 의도하였음이 그 문언 자체에 의하여 구체적으로 확인된다고 할 수는 없으므로, 위 각 규정은 위 국제협약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 개인이 효과적인 구제조치를 받을 수 있는 법적 제도 등을 확보할 것을 당사국 상호간의 국제법상 의무로 규정하고 있는 것이고, 개인을 상대로 한 손해배상 등 구제조치는 민법 등 국내법에 근거하여 청구할 수 있는 것일 뿐, 위 규정에 의하여 별도로 개인이 개인에 대하여 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다(대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결 참조. 국제규약의 당사국에 대한 국가배상청구에 관한 사안이지만 개인을 상대로 한 손해배상청구에도 마찬가지로 본다)”라고 판시하였다.¹⁵⁵⁾

(2) 조약이 명시적 규정으로 구체적인 권리나 절차를 정하고 있을 것을 요구함

국제인권조약에 근거한 주장 취지를 불인정한 판결은 많은 경우에 조약의 조항이 명시적으로 구체적인 권리나 절차를 정하고 있지 않는 한 그러한 권리나 절차를 조약으로부터 도출할 수 없다고 해석하였다.

대표적인 예는, 양심적 병역거부권을 부인해 온 대부분의 판결들에서 이러한 문자적 의미에 한정된 해석이 이루어졌다. 즉, 이 판결들은 시민적·정치적 권리규약 제18조(사

154) 인종차별철폐협약 제1조 제1항, 제4조, 제6조, 제7조, 시민적정치적권리규약 제19조 제1항, 제20조 제1항이 위반이 주장되었다.

155) 서울중앙지방법원 2018. 9. 14. 선고 2017가단5245081 판결. 그러면서 “헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 같은 효력을 갖는 위 국제협약의 취지를 충분히 고려해야 한다. 다만 피고가 이 사건 영화를 제작, 상영한 행위 또는 그 중 특정 부분이 원고들에 대하여 불법행위에 관한 민법 제750조의 요건을 충족하는지, 그로 인한 인과관계가 인정되어 피고가 원고들에게 손해배상책임을 부담하는지 여부는 별도로 판단이 필요한 문제이다”라고 함으로써 법원의 입장에 대한 해석이 어렵다.

상과 양심, 종교의 자유에 대한 권리)는 물론 규약의 다른 어느 조문에서도 양심적 병역 거부권을 명시적으로 인정하고 있지 않다는 이유로, 규약으로부터 양심적 병역거부권을 도출할 수 없다고 해석하였다.¹⁵⁶⁾ 비슷한 유형의 사건으로, 안식일(토요일)에 세속적 행위를 금지하는 제칠일안식일예수재림교회(재림교) 교리에 따라 경북대 의학전문대학원이 토요일에 시행한 시험에 응시하지 않으면서 교수 등에게 종교적인 이유로 시험을 치를 수 없으니 추가시험 내지 성적추가평가를 실시하여 달라는 신청을 하였으나 거부당한 학생이 헌법 제19조, 제20조 제1항과, 시민적·정치적 권리규약 제18조 제1항을 침해받았으며 그 처분의 취소의 소를 제기한 사건이 있었다. 이 사건의 1심 법원은 “대한민국 헌법이나 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이 양심의 자유 및 종교의 자유를 기본권으로 보장하고 있는 것은 사실이나, 그로부터 원고가 피고에게 재림교 교리에 따라 안식일인 토요일에 실시되는 시험에 응시하지 못하였다는 이유로 추가시험을 신청할 적극적 권리가 직접적으로 도출된다고 볼 수는 없다”고 해석하였다.¹⁵⁷⁾ 또 다른 예로, 거창양민학살사건의 피해자들이 국제인권조약을 원용하여 손해배상청구권에 대한 소멸시효 적용을 배제해달라고 주장한 사건 중에서도, 법원은 “위 규약상 민간인학살행위에 대하여 소멸시효제도의 적용을 배제한다는 명시적인 규정도 없으므로, 위 주장은 이유 없다”고 판시함으로써, 원고들의 청구를 기각하였다.¹⁵⁸⁾

또한, 국가가 인권피해자가 겪은 불법행위에 대한 진상을 밝히려는 노력에 적극적으로 협조하지 않은 부작위로 인하여 소극적 불법행위 책임을 지는가가 쟁점이 된 대부분의 사건에서 원고들은 국가의 작위의무의 법률상 근거로서 국제인권조약을 원용하였으나(예를 들면 시민적·정치적 권리규약 제2조 제3항, 고문방지협약 제14조 등), 법원은 해당 조항이 구체적으로 불법행위 책임을 발생시키는 근거로서 국가의 그러한 작위의무를 규정하고 있지 않다는 이유로 원고의 주장을 배척하였다. 예를 들면, 1973년 간첩 혐의로 중앙정보부에서 조사받다가 숨진 서울대 최○○ 교수의 유족이 제기한 국가배상 청구의 항소심 판결은, 중앙정보부 공무원들이 고문 등 가혹행위를 하여 사망에 이르게 한 후 사망원인을 은폐한 행위에 대해서는 적극적 불법행위에 따른 손해배상책임을 긍정하였지만, 최○○의 죽음에 대한 진상요구가 계속되었음에도 진상을 밝히려는 노력을

156) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결; 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결의 반대의견 참조.

157) 대구지방법원 2018. 04. 18. 선고 2017구합22567 판결.

158) 부산고등법원 2004. 05. 07. 선고 2001나15255 판결.

하지 않은 부작위에 의한 손해배상책임은 부정하였다. 법원은 소극적 불법행위 책임의 전제로서 법령에 명시적으로 공무원의 작위의무가 규정되어 있는가를 판단함에 있어서, “그 밖에 피고 대한민국에 대하여 원고들의 주장과 같은 작위의무를 인정할만한 다른 법령상의 근거는 찾아볼 수 없다(원고들은 인권범죄의 피해자에 대하여 적절한 보상을 인정하는 것이 현재의 국제적 인권법 원칙에 부합하는 것이고, 따라서 이 사건에서도 피고 대한민국이 원고들에게 최〇〇의 고문치사로 인하여 입은 원고들의 손해를 배상하여야 한다는 취지의 주장을 하나, 위와 같은 국제 인권법 원칙이 주창되고 있다 하더라도 이로부터 곧바로 국가의 직접적·구체적 배상의무가 발생한다 할 수 없다)”고 판시하였다.¹⁵⁹⁾ 또한, 고문에 의한 허위자백으로 형사처벌을 받은 피해자가 형사재심에서 무죄판결을 확정받고 형사보상결정을 받은 후 피고 대한민국에 대하여 국가배상법에 기한 손해배상청구를 하였으나 소멸시효 만료로 청구 기각이 확정됨에 따라, 이번에는 과거사정리법에 기한 손해배상청구를 한 사건이 있었다. 이 사건에서 원고는 예비적 청구원인으로 고문방지협약 제14조와 과거사정리법에 따른 원고들의 효과적인 배상을 받을 권리를 보장하지 않고 피해회복 조치를 하지 않은 부작위로 인한 손해배상청구를 국가배상법에 기하여 제기하였다. 이에 대하여 2016. 11. 16. 선고된 1심 판결은, “피고 대한민국이 인권침해 및 조작의혹 사건의 피해자의 피해를 금전적으로 회복시키기 위해 형사보상법 및 국가배상법에서 정한 배상절차 외에 고문방지협약 제14조, 과거사정리법 제36조 제1항에 따른 별도의 작위의무를 진다고 보기 어렵다. 따라서 피고 대한민국에게 고문방지협약 제14조, 과거사정리법 제36조 제1항에 따른 구체적인 법적 작위의무가 있음을 전제로 이를 집행하지 않은 담당공무원의 부작위가 법령에 반한다는 원고의 예비적 청구원인은 더 나아가 실행 필요 없이 이유 없다”고 판시하였다.¹⁶⁰⁾ 함평 양민학살사건 희생자들의 유족들이 제기한 위자료 청구 소송에서도, 원고는 헌법 및 시민적·정치적 권리규약에 따라, 국가가 사건의 진상조사, 피해자들의 명예회복, 학살책임자의 처벌과 재발방지책 마련, 피해배상 내지 보상을 위한 입법적, 행정적 노력을 하지 않은 부작위로 인해 입은 소극적 손해배상책임이 있다고 주장하였는데, 법원은 국제규약에 대한 해석은 하지 않은 채, “국가가 함평 사건의 진상을 공식적으로 규명하거나 희생자들의 명예를 회복시키고 이에 대한 손해를 배상하는 등의 보호조치를 하여야 한

159) 서울고등법원 2006. 02. 14. 선고 2005나27906 판결.

160) 서울중앙지방법원 2016. 11. 16. 선고 2014가합577642 판결.

다는 내용의 형식적 의미의 법령이 존재하지 아니하였음은 명백하고” 라고 함으로써 국제규약을 국가의 작위의무를 규정한 근거 규범으로 보지 않았다.¹⁶¹⁾

한편, 외국인에 대한 강제퇴거명령 등의 행정처분에 관한 다양한 판결에서도, 법원은 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 불인정함에 있어서, 국제조약에 명시적으로 그러한 권리나 절차를 규정한 조항이 없다는 문자적 해석에 기반한 판단을 하여, 원고의 청구를 기각하였다. 예를 들면, 성매매행위로 강제퇴거명령을 받은 외국인 여성들이 제기한 강제퇴거명령 취소의 소에서, 원고들은 여성차별철폐협약 제6조(여성에 대한 매춘에 의한 착취 금지를 위한 조치를 취할 당사국의 의무) 등을 근거로 성매매 피해의 우려가 있는 외국인 여성을 수사하는 경우에도 성매매처벌법 제11조를 적용하여 해당 사건을 불기소처분하거나 공소를 제기할 때까지 강제퇴거명령 등을 해서는 안 된다고 주장하였다. 법원은 여성차별철폐협약 제6조의 문언이 성매매피해 여성들의 인권을 보호하기 위한 조치를 취할 것을 권고하고 있을 뿐이므로, 이를 성매매 피해의 우려가 있는 경우 까지 보호하는 것으로 확장해서 적용하기 힘들다고 판단하였다.¹⁶²⁾ 다른 예로, 난민인정신청 기각 결정에 따른 출국 권고 결정을 받은 후 수년간 불법체류를 하다가 다시 난민인정 신청을 하여 기각 결정을 받은 이란국적의 외국인 원고에 대한 강제퇴거명령 및 보호명령에 대한 취소의 행정소송에서, 원고는 이 사건 처분이 첫째, 고문방지협약 제3조 제1항, 자유권규약 제7조 및 강제송환금지원칙을 위배하여 부당하고, 둘째, 고문방지협약, 자유권규약, 강제송환금지원칙상 요구되는 절차를 따르지 않은 절차적 하자가 있어 부당하다고 주장하였다. 법원은 원고가 고문이나 박해를 받을 우려가 없다고 판단하여 전자의 주장을 배척하였다. 둘째의 절차적 하자에 대한 주장을 판단함에 있어서, 원고는 고문방지협약 제3조 제2호¹⁶³⁾ 등에 따라 피고는 이란에서 인권침해 사례가 있는지 여부 등을 포함하여 원고가 이란으로 돌아갈 경우 고문 등 박해의 우려가 있는지 살펴야 함에도 불구하고 이러한 조사절차를 수행하지 않았다고 주장하였는데, “고문방지협약 제3조 제2호는 고문받을 위험을 판단하면서 관련사항을 고려하라는 취지의 규정으로 특정 절차를 규정한 것으로 보기 어렵다”고 하였다.¹⁶⁴⁾ 또한, 외국인인 원고에

161) 광주지방법원 목포지원 2004. 12. 09. 선고 2002가단4144 판결.

162) 서울고등법원 2018. 07. 04. 선고 2017누68020 판결.

163) “위와 같이 믿을만한 근거가 있는지 여부를 결정하기 위하여, 권한있는 당국은 가능한 경우 관련 국가에서 현저하며 극악한 또는 대규모 인권침해 사례가 꾸준히 존재하여 왔는지 여부를 포함하여 모든 관련사항을 고려한다.”

게 법규상 또는 조리상 인도적 체류 허가를 구할 신청권이 있는지가 쟁점이 된 사건에서, 법원은 고문방지협약 제3조 제1항으로부터 인도적 체류 허가 신청권을 도출할 수 없다고 결론 내렸는데, 관련해서 다음과 같이 판시하였다. “위 협약 제3조 제1항은 “어떠한 당사국도 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방·송환 또는 인도하여서는 아니 된다”라고 규정하고, 그러나 위 협약 가입 국가가 고문을 받을 위험이 있는 사람을 다른 나라로 추방·송환 또는 인도하여서는 아니 될 의무를 부담하는 것과 외국인에게 인도적 체류 허가를 구할 신청권을 인정하는 것은 별개의 문제이므로(예컨대, 위 협약 가입 국가가 외국인의 인도적 체류 허가 신청권을 인정하지 아니하면서도 고문을 받을 위험이 있는 외국인에 대한 추방·송환 또는 인도의 집행행위만큼은 하지 아니할 수 있다), 위 협약 국가가 그 나라에 체류 중인 외국인을 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 추방하려 할 경우 외국인이 위 협약 제3조 제1항을 근거로 그 추방행위의 적법성을 다툴 수 있음은 별론으로 하고, 위 협약 제3조 제1항 등을 근거로 외국인이 일반적으로 위 협약 가입 국가에 대하여 적극적으로 인도적 체류 허가를 신청할 권리를 갖는다고 볼 수는 없고, 달리 위 협약 중 위와 같은 신청권의 근거로 해석할 만한 규정은 없다.”

또한, 아동성폭력과 불법납치혼으로 인한 출산 경험을 배우자에게 고지하지 않은 사실이 혼인취소 사유가 되는지가 쟁점이 된 사건에서, 법원은 유엔여성차별철폐협약 제16조의 “아동의 약혼과 혼인은 아무런 법적 효과가 없다”는 조문에 의하여 아동성폭력과 불법납치혼으로 인한 과거 출산 경험을 배우자에게 고지할 의무가 없다는 결론을 도출할 수 없다고 해석하였는데, 그 논거로서 법원은 설사 혼인이 무효라고 하더라도 출산 사실 자체와 출산한 아들에 대한 모로서의 신분관계 창설은 영향이 없으므로 이를 고지하였어야 한다고 판단함으로써, 조문의 문자적 의미에 충실하게 한정된 해석을 하였다.

나) 국내법리에 기반한 해석

법원은 국제법규를 해석함에 있어서 많은 경우에 국내법리에 한정된 해석을 하였는데, 구체적으로 조약상에 “국내법 체계 안에서”라는 용어를 근거로 그러한 해석을 하거나, 국제규약과 비슷하거나 동일한 내용을 규정하는 국내법이 있는 경우에는 해당 국내

164) 서울행정법원 2013. 06. 27. 선고 2013구합3269 판결.

법에 대한 해석으로 국제법에 대한 해석을 대체하기도 하였다.

(1) 조약 조항의 “국내법 체계 안에서” 구문을 활용한 해석

먼저, 법원은 특히 고문방지협약에 따른 소멸시효 적용 배제 주장에 대해서, 고문방지협약의 “국내법 체계 안에서”라는 조문을 근거로 소멸시효제도를 국내법리에 따라 해석해야 한다고 판단하였다. 예를 들면, 고문에 의한 허위자백에 따른 형사처벌 피해자의 손해배상청구 사건이 있었는데, 사건의 배경은, 원고가 고문 등 가혹행위를 한 가해자를 수사기관에 고소하였으나 검사가 무혐의 처분을 하였고, 이에 법원에 재정신청을 하였으나 법원이 재정신청에 대한 결정을 10년간 연기하다가 10년이 지나서야 이를 인용하여 뒤늦게 가해 경찰관들에 대한 유죄판결이 확정된 경우였다. 원고는 소멸시효의 기산점을 고문사실이 명백하게 입증된 날로 볼 수 있는 위 재정신청이 인용된 1998. 10. 28.부터 진행되는 것으로 보지 않으면 고문방지협약 제14조의 고문행위 피해자가 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리를 보장하도록 할 것에 위배된다고 주장하였으나, 항소심 법원은 “위 고문방지협약 제14조의 규정은 체약 당사국에게 그 국내법 체계 안에서 고문 피해자의 손해배상청구권을 실효적으로 보장할 의무를 부여하고 있는 것에 불과하다고 보아야 할 것이지, 그 국내법을 변경하면서까지 고문 피해자에게 손해배상청구권을 인정하라는 것은 아니라고 보여지므로, 위 고문방지협약 제14조의 규정만을 이유로, 고문 사실의 입증이 용이하지 아니한 것에 불과하고 법률상의 장애사유는 없는 경우에, 소멸시효의 기산점에 관한 우리 민법상의 일반 원칙을 무시하고, 고문 사실이 완전하게 입증될 때까지 소멸시효가 진행하지 아니한다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다 하겠다.”라고 판결하였다.¹⁶⁵⁾

(2) 국내법을 통한 우회적 해석

위법성 판단 기준으로 국제법이 원용된 다양한 판결에서, 법원은 국제법과 유사하거나 동일한 내용의 국내법이 있는 경우에는 국내법에 대한 해석 및 적용에 대한 판단만 하고, 다른 논증 없이 국제인권조약에도 위반되지 않는다고 선언함으로써 국내법에 대한 해석으로 국제법에 대한 해석을 대체하였다. 예를 들면, 피고 ○○학원(○○여대)가

165) 서울고등법원 2000. 11. 03. 선고 2000나35087 판결.

○○여대 재학생의 일체의 정치활동을 금지하는 학칙에 따라 원고 학생들이 강의실사용 신청에 대한 불허처분이라는 불법행위로 인한 손해배상청구 사건에서, 법원은 국제인권 조약에 의해 보호되는 기본권과 헌법상 기본권을 같은 선상에 두고, “헌법상 원리나 국제인권법에 비추어 용인될 수 없을 정도로 위법성을 띠었다고 보기 어렵다”고 하면서, 이 외에 국제인권조약에 대해 별도의 해석을 하지 않았다.¹⁶⁶⁾ 원고가 집회신고를 하고 설치한 현수막을 무단폐기당한 것에 대하여 국가배상을 청구한 사건에서도, “피고의 이 사건 현수막 폐기행위가 헌법과 국제규약상 표현의 자유나 집회의 자유를 침해한 것이라”고 볼 수 없다고만 실시하고, 국제규약에 대한 별도의 판단은 하지 않았다.¹⁶⁷⁾ 함평 양민학살사건 희생자들의 유족들이 제기한 위자료 청구 소송에서도, 원고는 헌법 및 시민적·정치적 권리규약에 따라, 국가가 사건의 진상조사, 피해자들의 명예회복, 학살책임자의 처벌과 재발방지책 마련, 피해배상 내지 보상을 위한 입법적, 행정적 노력을 하지 않은 부작용으로 인해 입은 소극적 손해배상책임이 있다고 주장하였는데, 법원은 국제규약에 대한 검토는 실시하지 않은 채, “국가가 함평 사건의 진상을 공식적으로 규명하거나 희생자들의 명예를 회복시키고 이에 대한 손해를 배상하는 등의 보호조치를 하여야 한다는 내용의 형식적 의미의 법령이 존재하지 아니하였음은 명백”하다고만 판시하였다.¹⁶⁸⁾

근로자의 정년을 일정기간 연장하면서 50세 이후부터 일정 나이, 근속 시점 또는 임금액을 기준으로 임금을 줄이는 ‘임금피크제’가 경제적·사회적·문화적 권리규약 제7조(동일가치 노동에 대한 차별 없는 동일 임금 원칙) 등 국제규범을 위반한 것인지가 쟁점이 된 사건에서도, “헌법 제10조가 규정하는 인간의 존엄성, 헌법 제11조가 규정하는 평등권, 고용상 연령차별금지 및 고령자 고용촉진에 관한 법률 제4조의 4를 위반하였다고 볼 수 없으며, 앞서 본 바와 같이 그 차등지급에 합리적인 이유가 있는 이상 나이에 따른 차별을 금지하는 국가인권위원회법 제2조 제4호, 국제노동기구(ILO) 차별협약, 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(A규약)에 반한다고 볼 수 없다”고 함으로써, 헌법과 법률 위반 여부에 대한 판단 후에 별다른 논증 없이 같은 이유로 국제규약 위반이 아니라고 실시하는 것에 그쳤다.¹⁶⁹⁾

166) 서울중앙지방법원 2014. 10. 15. 선고 2014나4674 판결.

167) 부산지방법원 2016. 09. 02. 선고 2016나40887 판결.

168) 광주지방법원 목포지원 2004. 12. 09. 선고 2002가단4144 판결.

169) 서울중앙지방법원 2012. 05. 23. 선고 2011가단43400 판결.

부산구치소 및 교도소에 수용 중에 과밀수용 등 열악한 환경으로 인하여 받은 피해에 대한 국가배상청구 소송에서도 1심 법원은 헌법과 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’에 근거하여 원고의 청구를 기각하였는데, 시민적·정치적 권리규약 제7조와 제10조를 국가배상책임의 근거 법률로 원고가 명시하여 주장하였음에도, 국내법에 대한 판단으로만 이를 대체하였다.¹⁷⁰⁾ 이 외에도 불인정 취지의 다수의 판결에서 법원은 국내법에 기초한 판단을 한 후, 별다른 논증 없이 국제조약 위반도 아니라는 취지의 선언을 하였다.

위와 같은 판결에서 국제법은 상징적인 의미, 보다 거칠게 표현하면 장식의 역할에만 그친 것으로 보이며, 결과에 대하여 유의미한 영향을 끼쳤다고 보기 힘들다. 국제법과 국내법이 비슷한 내용을 규정하고 있는 경우라 할지라도 양자가 항상 동일한 내용을 보호하고 있는 것이 아닐 수 있기 때문에, 국제법규에 대한 별도의 적극적인 해석에 기반을 둔 논증 없이 국내법 해석으로 국제법 해석을 대체하는 것이 바람직하다고 보기는 힘들다.

다) 해석자료의 협소함

국제인권조약에 근거한 주장이 불인정한 판결에서 특기할만한 특징 중 하나는, 국제인권조약을 해석함에 있어서 그 해석자료가 편향적이고 협소하다는 점이다. 즉, 국제인권조약을 해석할 때 조약 조항의 문자적 의미 그 자체를 읽히는대로 이해하는 것에 그치고 다른 국제법적 해석자료(일반논평, 조약기구의 결정, 국제재판소의 실행, 국제인권기구의 견해, 권위있는 주석서나 기타 판례 등)를 참조한 적은 거의 없으며, 대부분 조약상 특정 용어의 의미가 쟁점이 될 때는 그와 유사한 헌법 용어에 대한 헌법재판소나 대법원의 해석을 참조하여 그 의미대로 해석하고 있음을 관찰할 수 있었다.

다른 자료나 조약이 채택된 정황 등을 고려한 종합적 해석을 시도한 사례가 없었던 것은 아니다. 피고인들이 국제인권조약을 근거로 검사의 공소권 남용을 주장한 형사사건에서, 1심 법원은 국제인권조약만을 순수하게 해석·적용함에 있어서, 다양한 해석자료를 참조한 바 있다. 즉, 중국에서 이미 실행을 선고받아 형의 집행을 마친 피고인을 같은 행위로 국내에서 다시 기소한 행위가 시민적·정치적 권리규약 제14조 제7항의 일

170) 부산지방법원 2014. 02. 20. 선고 2011가합13633 판결.

사부지래 원칙에 위배되는 공소권 남용에 해당되는지가 쟁점이 되었는데, 법원은 규약 조항의 영문 원본의 문자적 해석, 규약 제정 당시의 국제연합 총회에서 논의된 조항의 해석, 우리 정부가 해당 조항에 대한 유보 철회를 한 의도에 기반한 해석, 우리 국내 형법과의 조화적 해석을 한 결과, 해당 규정이 이 사건의 경우, 즉 외국에서의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄선고를 받은 행위까지 포섭하지 않는다고 해석함으로써 피고인의 주장을 불인정하였다.¹⁷¹⁾ 이 판결은 법원이 공소권 남용 여부에 대한 판단을 위해 순수하게 국제인권조약만을 대상으로 종합적인 해석을 시도한 판결이라는 점에서 의의가 있으나,¹⁷²⁾ 해석이 여전히 조약의 문자적 의미와 우리 정부의 견해와 국내법체계의 조화에 치우쳐져 있고, 국제사회의 견해를 참조하는 문서는 1959년의 국제연합 총회문서에 불과한 점은 아쉽다. 보다 다양한 국제법적 해석자료가 인용되었다면 더욱 풍부한 판결문이 나올 수 있었을 것으로 보인다.

- 171) 서울중앙지방법원 2002. 01. 29. 선고 2001고합1050 판결[“위 B규약 제14조 제7항은 헌법 제6조 제1항에 따라 일용 ‘국내법과 같은’ 효력을 가진다고 보인다. 그런데 위 규정의 영문 원본에는 “No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.”로 되어 있는바, 위 규정 제정 당시의 국제연합 총회에서 ‘한 국가가 다른 나라에서 이미 동일한 범죄에 대하여 판결받은 사람을 그 나라의 법률에 의하여 재판하는 것은 자유(a State would be free to try, in accordance with its laws, persons already sentenced for the same offence by the courts of another country)’라는 점이 지적되었던 점(1959. 12. 3.자 국제연합 총회문서 A/4299 제60항 참조)에 비추어 보거나 위 문구의 문리해석상 위 규정에서의 ‘each country’에는 재판국 외의 ‘타국’도 포함된다고 해석할 여지가 없을 뿐만 아니라(우리 정부는 위와 같은 이유에서 1993. 1. 21. 위 규정에 대한 유보를 철회하였다), 위 B규약 가입 이전부터 우리 형법 제7조에 “범죄에 의하여 외국에서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다”라고 규정되어 있었는데, 위 B규약 가입 이후 1995. 12. 29. 법률 제5057호로 형법을 개정한 이후에도 위 조항을 개정하지 아니하고 종전대로 유지하고 있는 점에 비추어 보아도 우리나라가 위 B규약에 가입함으로써 ‘외국에서의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄선고를 받은 행위’에 대하여 일사부재리 또는 이중처벌금지의 효력을 부여할 의사가 있었던 것으로 볼 수는 없다. 따라서, 위 B규약 제14조 제7항은 ‘외국에서의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄선고를 받은 행위’에 대하여까지 직접 적용되지는 않는다고 할 것이므로, 피고인이 중국에서 재판을 받고 실형을 선고받아 그 형의 집행을 종료한 범죄에 대하여 우리 법원이 다시 재판하여 처벌하는 것이 위 B규약 제14조 제7항에 위배된다고 볼 수 없고, 위 범죄에 대하여 공소를 제기한 검사의 행위가 공소권남용에 해당한다고 볼 수도 없다. 따라서 위 주장은 이유 없다.”].
- 172) 홍관표, “법원 판결을 통해 살펴 본 국제인권조약의 국내 이행 - 국제인권조약의 적용 여부가 문제된 사례 중심으로 -”, 법학논총 제32권 제1호 (2015), 92면.

다. 인정형 - 판단 단계별 논거의 유형

다음은 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 인정한 경우의 판결의 경우, 각 단계별 논거의 유형 및 함의가 어떠한지 분석한다. 즉, ① 법원이 문제된 국제인권조약의 국내적 법적 효력에 대한 판단을 어떻게 하고 있는지, ② 충돌 가능성 있는 국내법이 있는 경우 어떻게 그 충돌을 해결하였는지, 그리고 ③ 국제법의 해석 및 적용 단계에서 그 주장취지를 인정함에 있어서 어떤 논리를 해석에 활용하고 어떠한 자료들을 논거로 사용했는지를 살펴본다.

1) 국제인권조약의 국내적 효력 판단 단계: 국내법적 효력 인정

국제인권조약의 주장 취지를 인정한 판결들은 우리나라가 가입·비준한 7대 인권조약의 국내적 효력을 모두 긍정함을 전제로 한다. 이 중 일부 판결은 단지 국제인권조약의 국내적 효력을 인정하는 것에서 더 나아가, 국제법 존중주의 원칙을 우리 헌법이 수용한 것임을 명시적으로 선언하기도 하였다.¹⁷³⁾

특기할만한 판결로, 우리나라가 유보한 조항도 헌법 해석의 지침으로서의 간접적용은 할 수 있다고 설시한 예가 있다. 즉, 시민적·정치적 권리규약의 제22조(결사의 자유)의 국내적 효력에 대하여 판단한 사례가 있었는데, 2016. 6. 24. 선고된 판결에서 서울행정법원은 사회적 소수자의 인권증진 등 영리 아닌 사업을 목적으로 하는 사단법인 ○○○○○재단에 대한 법무부의 사단법인설립불허가처분에 대한 취소의 소에서 “비록 유보 등을 이유로 직접적인 구속력이 없으나 헌법 규정의 의미나 내용 및 적용범위를 해석함에 있어서 중요한 지침이 될 수 있는... 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약... 제22조 제1항에서도 결사의 자유에 대하여 정하고 있다”고 설시함으로써, 유보조항을 헌법조항 해석의 지침으로 활용하는, 간접적용을 하였다.¹⁷⁴⁾

173) 예를 들면, 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 99고합6 판결(“대한민국은 헌법 제6조 제1항에서 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다’라고 규정함으로써 국제법을 국내법에 수용하고 이를 존중하는 국제법존중주의 입장을 취하고 있음에 비추어 볼 때,”)

174) 서울행정법원 2016. 06. 24. 선고 2015구합69447 판결. 서울행정법원은 결사의 자유에는 단체 활동 및 유형 선택의 자유도 포함되고, 법무부는 이 사건 단체의 설립허가를 담당할 주무관청의 하나로 보인다면, 원고의 청구를 인용하고 피고의 설립불허가 처분을 취소하였다.

이러한 견지에서, 2018. 11. 1. 대법원에서 선고된 양심적 병역거부권을 인정한 2016도10912 전원합의체 판결에서 다수의견에 대한 제2보충의견이 국제사회 또는 국제규범의 변화라고 하더라도 외국의 입법례나 유럽인권협약이나 유럽인권법원의 판례 등은 법률을 해석하는 데 참고자료로 고려할 수 있을 뿐 우리나라에 직접적인 효력은 없다고 함으로써 간접적용 가능성을 인정하면서도, “우리나라가 가입한 자유권규약의 경우에는 헌법 제6조 제1항에 의해 국내법과 동일한 효력을 가지고 직접적인 재판규범이 될 수 있다는 점에서 차원을 달리한다...[중략]... 자유권규약은... 헌법 제6조 제1항의 규정에 따라 국내법적 효력을 가지며, 그 효력은 적어도 법률에 준한다.”라고 명시한 것은 국내 법원에서의 국제인권조약의 직접적인 재판규범성을 확인한 것으로 이해할 수 있다.

2) 국제인권조약과 국내법의 충돌 해결 단계: 국내법의 국제법 합치해석으로 충돌 조정

국제인권조약에 근거한 주장 취지를 인정한 판결들은 대부분 양자의 충돌 문제가 야기될 때 외부 조약기구의 해석을 존중하여 국제법에 합치되게 국내법을 해석함으로써 양자의 저촉을 조정하는 방식을 택하였다. 사실 일원론 국가에서 필연적으로 발생하는 국제법과 국내법의 저촉 문제를 해결하는 방법으로 신법 우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙이라는 해소 원리에 따라 한 쪽을 실효시키는 방법만 있는 것은 아니다. 두 가지 이상의 국내법 해석 가능성이 있는 경우, 국제법에 합치되도록 국내법을 해석하여 저촉 문제를 회피하거나 조정하는 것이 오히려 바람직할 수 있다. 이를 ‘국내법의 국제법 합치해석’이라고 하는데, 우리 법체계에서의 이를 뒷받침하는 법형식적 근거는 헌법 전문과 제6조 제1항이 표방하는 국제법 존중주의에서 찾을 수 있고, 국제법적 근거는 조약법에 관한 비엔나 협약 제27조에서 찾을 수 있다.¹⁷⁵⁾ 또한 실질적인 이론적 근거는 입법부가 국제법과 충돌되는 입법을 할리 없다는 것에 기반한 ‘입법부의 국제법 존중 의사 추정’과, 행정부가 비준·가입한 조약을 존중하는 해석을 하여서 행정부가 대외적으로 국제법 위반 책임을 지지 않도록 할 것이 사법부에 요청된다는 ‘권력 분립 원칙’, 국내 법원은 일국의 기관인 동시에 국제법질서의 기관으로도 기능한다는 ‘법원의

175) 조약법에 관한 비엔나 협약 제27조는 “어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니된다”고 규정하고 있다.

국제주의'에 기반을 두는 것으로 설명되고 있다.¹⁷⁶⁾ 미국의 법원은 1804년 연방 대법원에서의 *Murray v. The Schooner charming Vetsy* 판결에서 당시 마셜 대법원장이 “의회의 법률은 다른 해석의 가능성이 남아 있는 한 결코 국제법에 위반하도록 해석되어서는 안 된다”고 선언한 이래, 국제법의 국내법 합치해석(위의 판례명을 따서 차밍벳시 원칙으로 불린다)을 실행해 오고 있고,¹⁷⁷⁾ 영국 법원은 “국내법을 제정하는 의회는 국가가 지는 국제의무에 반하도록 행동하려는 의도가 없다”고 추정하여 국내법의 국제법 합치해석을 실행해 오고 있다.¹⁷⁸⁾ 스페인, 남아프리카공화국, 말라위, 캐나다, 영국은 헌법으로 국내법의 국제법 합치해석 원칙을 선언하고 있는데, 예를 들면 스페인 헌법 제10조 제2항은 “헌법이 인정한 기본권과 자유는 세계인권선언 및 그에 관한 국제 조약과 협정으로서 스페인이 비준한 것에 일치되게 해석되어야 한다”고 규정하고 있다.¹⁷⁹⁾ 즉, 국내법의 국제법 합치해석을 통하여 많은 국가의 법원들은 국제법이 국내적으로 효과적으로 실현되도록 하고 있다.

다음은 우리 법원에서 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 인정된 판결들이, 위에 설 시된 불인정한 판결들과 동일하거나 매우 유사한 사건에서 아래의 다른 방법론을 취함으로써 어떻게 다른 결과에 이르게 되었는지를 보여준다.

가) 외부 조약기구 등의 견해 존중(충돌 가능성 인지)

먼저, 다음의 판결에서 법원은 자유권규약위원회와 같은 외부 조약기구, 그리고 국제사회에서 권위있는 개인이나 기관의 견해를 존중하여, 법원의 기존의 해석대로 국내법을 해석할 경우 국제인권조약에 위배될 수 있다는 충돌 가능성을 인지하였다. 즉, 해당 쟁점 사안에 대한 자유권규약위원회의 개인통보 사건에 대한 결정이 있는 경우에는 위원회의 결정을 존중하여 판례 변경을 시도하였고, 그러한 위원회의 결정이 없는 경우에도 유엔 인권이사회의 특별절차의 수임자(특별보고관 등)의 견해나 국제인권조약에 관한 권위 있는 의견을 존중하여 참조하였다. 이는 후술할 국내법의 국제법 합치해석을 가능하게 하는 전제가 되었다.

176) 박배근, “국내법의 국제법 합치해석에 관한 일고”, 국제법평론 제46호 (2017), 67-74면 참조.

177) 박배근, “국내법의 국제법 합치해석에 관한 일고”, 국제법평론 제46호 (2017), 61면.

178) Malcom N. Shaw, *International Law*(4th edition), Cambridge University Press (1997), pp. 110-113.

179) 박배근, “국내법의 국제법 합치해석에 관한 일고”, 국제법평론 제46호 (2017), 66면.

예를 들면, 개인을 국가보안법 제7조가 금지하는 이적단체에 가입하거나 이적표현물을 제작하고 반포하는 등의 행위를 하였다는 이유로 형사처벌하는 것이 시민적·정치적 권리규약 제19조 제2항의 표현의 자유를 침해하는지가 쟁점이 된 다수의 판결이 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 불인정하였으나, 이에 대하여 인정 취지의 판결을 선고한 예가 1999년에 하급심에서 있었다.¹⁸⁰⁾ 인정 판결이 선고된 배경에는 자유권규약위원회가 국내 법원이 피고인을 다의적이고 적용범위가 광범위한 국가보안법위반죄로 유죄판결 한 것이 규약 제19조 소정의 표현의 자유 및 그 제한에 관한 규정을 위반한 것이라는 취지의 결정을 채택하고, 위와 같이 판결한 사법부에 직접 자유권규약위원회의 견해를 통보할 것을 요구한 것이 있었다.¹⁸¹⁾ 이에 이후 동일한 쟁점이 제기된 사건들에서 1심 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...[중략]... 위 인권이사회의 결정이 있는 이상, 향후 국가보안법을 해석, 적용함에 있어서는 앞서의 한○○이나 전○○에 관한 위 인권이사회의 결정 및 해석기준을 깊이 고려하여, 반국가활동성 및 이적목적성을 판단하여야만 할 것이다”라고 설시함으로써, 기존 대법원의 판례를 따르지 않는 해석을 시도하였다.¹⁸²⁾

다른 예로, 표현의 자유나 집회의 자유 행사를 위력에 의한 업무방해죄로 형사처벌하

180) 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 98고합532 판결; 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 99고합6 판결.

181) 통보번호 628-1995호 및 574-1994호.

182) 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 99고합6 판결; 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 98고합532 판결(“대한민국은 헌법 제6조 제1항에서 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다’라고 규정함으로써 국제법을 국내법에 수용하고 이를 존중하는 국제법존중주의 입장을 취하고 있음에 비추어 볼 때, 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 국제법존중의 입장에서 국내법을 해석, 적용하는 것은 단지 국제기준에 따른 인권보장을 이루는 것일 뿐만 아니라, 오히려 이러한 국제적 기준에 따라 우리 국민의 기본권 인권을 보장함으로써 국내사회에 있어서의 정치, 경제, 사회, 문화의 각 분야의 발전에 이바지함과 아울러 인류사회문화발전에 기여하는 기틀을 마련하는 것이라고 할 것이며, 궁극적으로는 이러한 국제법존중은 국내판결에 의한 국내법의 실현이 곧바로 국제법의 실현이며 이를 통하여 인류공동의 문화발전을 이루는 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서, 위 인권이사회의 결정이 있는 이상, 향후 국가보안법을 해석, 적용함에 있어서는 앞서의 한청련이나 전민련에 관한 위 인권이사회의 결정 및 해석기준을 깊이 고려하여, 반국가활동성 및 이적목적성을 판단하여야만 할 것이다.”)

는 것이 시민적·정치적 권리규약 제8조 제3항이 금지하는 강제노동금지 조항에 위배되는지에 관하여 법원은 부정적인 판단을 해왔었다. 그런데 최근 2016. 2. 18. 제주지방법원에서 선고된 항소심 판결에서 법원은 표현의 자유가 문제되는 경우 업무방해죄 규정을 새롭게 해석할 필요성이 있다고 하면서 원심을 파기하고 피고인에게 업무방해죄 혐의에 대하여 무죄 선고를 하였는데, 이 판결은 2013. 6. 7.자 마가렛 세카기야(Margaret Sekaggya) 유엔 인권옹호자 특별보고관(UN Special Rapporteur on the situation of Human Rights Defenders)의 대한민국 주요 인권 논란에 관한 제1차 조사 내용 발표와, 2015. 10. 대한민국에 대한 유엔 자유권규약위원회 심의에서 대한민국이 제출한 국가보고서 관련 주제 목록, 2016. 1. 29.자 유엔 평화적 집회 및 결사의 자유 특별보고관 방한 결과 보고서를 인용하면서 국제인권기준에 부합하는 방향으로 업무방해죄를 해석하였다.¹⁸³⁾

또한, 자유권규약위원회의 견해를 존중하여, 이에 맞게 국내법을 해석한 대표적인 예로, 2018. 11. 1. 에 선고된 양심적 병역거부권에 관한 대법원 전원합의체 판결이 있다. 이 판결의 다수의견은 시민적·정치적 권리규약에 관한 판단을 명시적으로 하지 않았지만, 다수의견에 대한 제1보충의견과 제2보충의견 모두 규약에 관한 판단을 명시하고 있고, 더불어서 자유권규약위원회 해석의 무게에 대해서도 판단하고 있다.¹⁸⁴⁾ 제1보충의견과 제2보충의견은 모두 자유권규약위원회의 해석은 존중되어야 한다고 설시하고 있는데, 다만 그 해석의 권위와 무게에 대한 입장에는 다소 차이가 있어 보인다. 즉, 제1보충의견은 “자유권규약에 관한 유엔자유권규약위원회 등의 해석은 존중되어야 하지만, 그 것이 규정 자체는 아니기 때문에 법적 구속력이 있는 것은 아니[다].”라고 설시한 반면, 제2보충의견은 자유권규약위원회의 견해의 중요성에 대하여 다음과 같이 판시하였다. “우리나라는 자유권규약 가입 당시 개인통보제도에 관한 선택의정서에도 함께 가입하였다... [이것은] 당사국 내에 있는 개인의 진정에 대한 유엔자유권규약위원회의 심사권을 인정한다는 것이고, 이는 그 심사결과에 따르겠다는 의미를 포함한다. 따라서 선택의정서 가입국은 보편적이고 다자간에 체결된 자유권규약에 따라 유엔자유권규약위원회가 내린 개인통보에 대한 견해를 받아들일 국제법상 의무를 진다고 보아야 한다”

183) 제주지방법원 2016. 02. 18. 선고 2014노589 판결.

184) 제1보충의견은 다수의견에 대한 대법관 권순일, 김재형, 조재연, 민유숙의 보충의견을 의미하고, 제2보충의견은 다수의견에 대한 대법관 박정화, 김선수, 노정희의 보충의견을 의미한다(대법원 2018. 11. 01. 선고 2016도10912 전원합의체 판결).

라고 판시함으로써, 자유권규약위원회의 견해를 존중하는 것이 국제법상 의무라고 강조하였다.

나) ‘국내법의 국제법 합치해석’으로 충돌 조정

법원은 다수의 판결에서 국내법이 국제법에 충돌되지 않도록 국내법의 국제법 합치 해석을 함으로써, 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 수용하였다.

먼저, 상기한 국가보안법 제7조에 의한 형사처벌이 시민적·정치적 권리규약 제19조 제2항의 표현의 자유를 침해된다는 자유권규약위원회의 위반 결정을 존중한 판결에서 법원은 “향후 국가보안법을 해석, 적용함에 있어서는 앞서의 한○○이나 전○○에 관한 위 인권인사회의 결정 및 해석기준을 깊이 고려하여, 반국가활동성 및 이적목적성을 판단하여야만 할 것이다”라고 한 후, “그렇다면 검사가 제출한 이 사건 증거들을 종합하여 살펴보아도 합리적인 의심의 여지없이 피고인이 반국가단체의 활동을 찬양·고무하고 이에 동조하는 한편 이러한 행위를 목적으로 이적단체인 제6기 한총련에 가입하였고, 반국가단체의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하는 행위를 목적으로 이적표현물을 취득·소지하였다고 단정하기는 어렵고 달리 위 공소사실을 인정할 만한 증거를 발견할 수 없으므로, 결국 이 사건 공소사실 중 각 국가보안법위반의 점은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당” 한다며 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.¹⁸⁵⁾ 그러나 이러한 판결은 모두 항소심에서 파기되었다.¹⁸⁶⁾ 주목할만한 것은, 2015. 10. 28. 인천지방법원은 같은 유형의 쟁점 사건에서 조약에 근거하여 인정취지의 판결을 하였다. 즉, 이 사건은 피고인들이 자신들이 속한 단체인 ‘통○○○’ 등과 관련된 활동을 통하여 북한의 역사관을 수용하여 대한민국의 정당성을 부정하고 친미적 정부정책에 반대하는 생각을 회원모임, 기자회견, 강연, 기고, 집회, 온라인 자료게시, 메일 발송 등의 형태로 주장하거나 다른 사람에게 전하고, 이러한 생각을 담은 자료집을 소지하고 배포한 행위가 국가보안법 제7조 제1항이 금지하는 반국가단체나 그 구성원의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하는 행위 및 국가보안법 제7조 제5항이 금지하는 이적표현물 소지 및 반포라는 구

185) 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 99고합6 판결; 대전지방법원 1999. 04. 01. 선고 98고합532 판결.

186) 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노231 판결; 대전고등법원 1999. 11. 19. 선고 99노229 판결.

성요건에 포섭되는지 여부가 쟁점이 된 사건이었는데, 1심 법원은 시민적·정치적 권리 규약 제19조 제2항에 따라 표현의 자유는 보장되어야 하며, 국가보안법의 해석은 헌법과 시민적·정치적 권리규약에 따른 기본권 보장을 염두에 두는 방식으로 이루어져야 한다고 한 후, 피고인의 행위가 국가보안법 구성요건에 포섭되지 않는다면 무죄를 선고하였다.¹⁸⁷⁾ 이 피고인에 대한 무죄 판결은 항소심에서 다시 선고된 후 대법원에서 확정되었다.¹⁸⁸⁾

또 다른 예로, 법원은 표현의 자유가 문제되는 경우 형법상 위력에 의한 업무방해죄 규정을 새롭게 해석할 필요성이 있다고 하면서 원심을 파기하고 피고인에게 업무방해죄 혐의에 대하여 무죄 선고를 한 사건에서도, 유엔 특별보고관의 견해 등을 참조하여 “피고인의 문제된 행위가 표현의 자유의 성격을 띠고 있는 경우에는 (a) 위력의 의미를 제한적으로 해석하여야 하고, (b) 피고인의 행위로 피해자의 업무에 구체적인 위협 또는 손해가 발생할 것을 필요로 한다고 해석하여야 한다”는 기준으로 엄격해석하여 피고인에게 무죄를 선고하였다.¹⁸⁹⁾

몽골 국적인 외국인도 국가배상법에 따른 배상청구를 할 수 있는지가 문제된 사건에서 국제인권조약의 취지를 고려하여 국가배상법상 ‘상호보증’ 용어의 의미를 유연하게 해석한 사례도 있었다. 당시 피고 대한민국과 몽골국 사이에 국가배상법 제7조에 기한 상호보증조약 등이 체결되어 있지 않았기 때문에, 주 쟁점은 국가배상법 제7조(“이 법은 외국인이 피해자인 경우에는 해당 국가와 상호보증이 있을 때에만 적용된다”)의 ‘상호보증’을 어떻게 해석하는가였다. 법원은 “상호 보증을 엄격하게 해석하는 경우 우리나라에서도 발효된 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약’이나 ‘모든 형태의 인종차별의 철폐에 관한 국제협약’에 배치되거나 국제적인 인권보장의 관점에서 불합리한 폐해가 발생할 소지가 있다는 점이 고려되어야 한다”며, “이러한 상호 보증은 반드시 양

187) 인천지방법원 2015. 10. 28. 선고 2013고단4240 판결.

188) 이 판결에 대하여 항소심에서 법원은 공소장변경허가를 이유로 원심판결을 직권파기하고 변론을 거쳐 다시 판결하였는데, 국제인권조약에 대한 언급은 없었으나 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다(인천지방법원 2016. 10. 14. 선고 2015노4269 판결). 피고인에 대한 무죄 판결은 대법원에서 상고기각으로 확정되었다(대법원 2017. 06. 15. 선고 2016도17838 판결). 비록 항소심과 상고심 판결에서 규약이 언급되지는 않았으나 규약을 원용하여 무죄 판결을 한 1심과 같은 결론의 무죄 판결이 대법원에서 확정되었음은, 법원이 국제법에 대한 판단을 전면에 드러내지는 않았으나 내용상으로는 이에 부합하는 방식으로의 판례 변경을 한 긍정적인 변화로 볼 수 있는 여지가 있다.

189) 제주지방법원 2016. 02. 18. 선고 2014노589 판결.

국이 타방 국민인 피해자에게 국가배상청구권을 인정한다는 내용의 명문의 규정을 조약이나 협정으로 체결할 것을 요하지 아니하고, 피해자인 외국인의 본국 법률(성문법인지 판례법인지를 가리지 않는다고 본다.)상 대한민국 국민이 우리 국가배상법상의 배상 책임 또는 그와 동일하거나 유사한 손해배상책임을 물을 수 있는 청구권을 보장받고 있다면 대한민국도 그 외국인에게 국가배상청구권을 인정함이 상당하다고 판단된다”고 함으로써, 국내법상 ‘상호보증’의 의미를 국제법에 합치되도록 해석하여 원고의 국가배상청구권을 인정하였다.¹⁹⁰⁾

한편, 국제인권조약의 내용이 관습법의 변화에 영향을 미쳤다고 해석한 사건도 있었다. 달리 말하면, 관습법의 내용을 해석함에 있어서, 국제인권조약의 내용을 고려하여 이에 합치되는 방향으로 관습법의 내용을 확정된 것이다. 즉, 남성만을 종원으로 하는 기존 관습법이 변화해서 여성도 종원 자격이 있는지 확인의 소를 제기한 다수의 판결에서, 법원은 “사회를 지배하는 기본적 이념이나 사회질서의 변화로 인하여 그러한 관습법을 적용하여야 할 시점에 있어서의 전체 법질서에 부합하지 않게 되었다면 그러한 관습법은 법적 규범으로서의 효력이 부정될 수밖에 없다”며, 종중에 대한 우리 사회 법질서의 변화 중 하나로서 여성차별철폐협약에 가입함으로써 부담하게 된 의무를 들었다.¹⁹¹⁾ 이에 근거하여 종중 구성원의 자격을 성년 남자만으로 제한하는 종래의 관습법은 이제 더 이상 법적 효력이 없다고 해석하였다.

또한, 우리 출입국관리법과 난민법의 해석상 외국인의 인도적체류허가 신청권이 도출될 수 있는지가 쟁점이 된 건에서, 법원은 국내법체계를 검토한 후, 우리 난민법 제3조가 “인도적체류자 즉, 고문 등의 비인도적인 처우나 처벌 또는 그 밖의 상황으로 인하여 생명이나 신체의 자유 등을 현저히 침해당할 수 있다고 인정할 만한 합리적인 근거가 있는 사람에 대한 강제송환금지의 근거가 고문 및 그 밖의 잔혹하거나 비인도적 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 제3조임을 밝히고 있는데, 고문 및 그 밖의 잔혹하거나 비인도적 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 제3조 제1항은 “어떠한 당사국도 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방·송환 또는 인도하여서는 아니된다.”라고 규정하여 고문을 받을 위험이

190) 서울중앙지방법원 2011. 07. 22. 선고 2010가단263368 판결.

191) 대법원 2005. 07. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결; 서울고등법원 2005. 12. 22. 선고 2005나64707 판결; 대법원 2005. 07. 21. 선고 2002다13850 전원합의체 판결.

있는 사람에 대한 당사국의 보호의무를 분명히 하고 있다.“고 하면서, 협약의 취지를 고려하여 원고가 피고에게 인도적 체류 허가를 구함에 대하여 피고가 이를 거부한 행위는 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당한다고 판단하였다.¹⁹²⁾

채무불이행을 형법상 사기죄로 처벌하는 것이 시민적·정치적 권리규약 제11조(계약상 의무의 이행불능만으로 구금 금지)에 위배되는가가 쟁점이 된 여러 판결에서, 법원은 “위 규약의 취지에 비추어 소위 ‘대여금 사기’에 있어서 검사는 금원을 대여할 당시부터 피고인에게 차용금을 변제할 의사나 능력이 없었는지 여부 및 기망행위가 존재하였는지 여부에 관하여 높은 수준의 증명책임을 지는 것이고, 그 입증 여부는 엄격히 판단되어야 한다”는 해석 기준에 따라 엄격하게 판단하여 피고인에게 무죄를 선고하였다.¹⁹³⁾ 특기할만한 것은, 이러한 해석은 규약 제11조의 문언상 의미를 넘어서서 확장 해석을 한 것이었는데, 그러한 해석의 적절성에 대하여 법원은 별다른 논증을 하지 않았다.¹⁹⁴⁾

법원이 국제인권조약에 합치되게 국내법을 해석할 책무가 있다고 가장 명시적으로 설시한 예는 2018. 11. 1. 대법원이 선고한 양심적 병역거부 판결의 다수의견에 대한 제2보충의견을 들 수 있다. 제2보충의견은 “자유권규약과 같은 국제인권규약의 경우, 법원은 헌법상 기본권을 해석할 때는 물론 법률을 해석할 때도 규약에 부합하도록 노력하여야 한다. 국제인권규약에 조화되도록 법률을 해석하는 것은 보편적 인권의 관점에서 사법부가 지켜야 할 책무이다. 특히 자유권규약의 경우 인권이 단순한 국내문제가 아니라 전세계적·보편적인 문제라는 당위성에서 만들어진 국제인권규약으로서, 대부분 개인에게 직접 권리를 부여하는 조항으로 규정되어 있다는 점에서 더욱 그러하다”라고 함으로써, 법원은 국내법의 국제법 합치해석에의 책무가 있다고 선언하였다.¹⁹⁵⁾ 이로써 “양심적 병역거부는 헌법 제6조 제1항에 기하여 국내법과 동일한 효력이 인정되는 자유권규약 제18조에 따라 병역법 제88조 제1항에서 정한 ‘정당한 사유’에 해당한다고 보아야 한다”고 결론내렸다.

192) 서울행정법원 2018. 12. 07. 선고 2018구단15406 판결.

193) 서울남부지방법원 2013. 10. 17. 선고 2013고합16 판결; 대전지방법원 2003. 10. 15. 선고 2003고단3412 판결; 대전지방법원 2003. 10. 15. 선고 2003고정205 판결.

194) 홍관표, “국제인권조약을 원용한 법원의 판결에 관한 검토”, 저스티스 제149권 (2015), 182-183면.

195) 대법원 2018. 11. 01. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

3) 국제인권조약의 해석 및 적용 단계: 목적론적 해석 및 국내법에 대한 국제 인권조약의 보충적 활용, 국제적 해석자료의 활용

국제인권조약에 근거한 주장 취지가 인정된 판결에서 특기할만한 논리로, 조약 문언상의 의미에 한정해서 해석하기 보다는 조약의 목적 및 취지를 고려하여 해석하려는 목적론적 해석이 다수 관찰된다는 것이다. 또한 인정형 판결의 대부분은 조약이 유사한 내용을 담고있는 헌법 및 법령과 함께 원용되었는데, 법원은 대부분의 경우 헌법과 법령에 따라 결론을 내리고, 조약의 취지를 법원의 결론을 보강하는 논거로 활용하는 방식을 보였다. 더불어서, 인정형 판결에서 국제인권조약을 해석하기 위한 해석자료에 외부 조약기구의 견해, 유엔 특별보고관이나 인권이사회의 견해, 국제재판소의 실행 등이 폭넓게 참조되는 판결들도 관찰되었다.

가) 조약의 목적과 취지를 고려하는 목적론적 해석

조약을 해석함에 있어서, 조약의 해석에 관한 가장 권위있는 해석규칙인 ‘조약법에 관한 비엔나협약’ 제31조 내지 제32조에 바탕을 두어야겠지만,¹⁹⁶⁾ 인권조약은 상호주의가 적용되지 않는 인류 보편적 가치의 보호를 목적으로 한다는 특수성으로 인하여, 조약 해석의 일반규칙이 예정하는 문언적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석 중 목적론적 해석(teleological interpretation)의 중요성이 부각된다는 특징이 있다.¹⁹⁷⁾ 유럽인권재판소도 유럽인권협약을 해석함에 있어서, 체결국의 협약 채택 이후 추후 관행의 발전을 지속적으로 확인하여 협약을 ‘살아있는 문서’(living instrument)로 만드는 발전적 해석원칙을 수립하여 왔는데, 즉 법원은 판례로서 유럽인권협약을 불변의 고정적 문서가 아니라, 유럽의 관행이나 법인식이 바뀌면 이를 반영하여 변화된 방식으로 발전적 해석을 할 수 있는 ‘살아있는 문서’로 만들어 온 것이다.¹⁹⁸⁾ 이를 고려하여 인정형 판결에서 나타나는 목적론적 해석을 이해할 필요가 있다. 국제인권조약의 핵심 조항들이 대

196) 조약법에 관한 비엔나협약 제31조는 해석의 일반규칙으로서 조약의 문언적 해석, 체계적 해석, 목적론적 해석의 원칙을 규정하고 있고, 제32조는 해석의 보충 수단으로 조약의 준비문서 등을 참조하도록 하고 있다.

197) 정경수, “국내법원의 국제인권법규 해석 - 병역법 위반 사건을 중심으로 -”, 홍익법학 제16권 제1호 (2015), 822면.

198) 이혜영, 아시아·태평양인권법원 설립 전망과 과제 - 지역별 인권법원 설립 경과 중심으로 -, 사법정책연구원 (2018. 12.), 194면.

부분 헌법적 기본권의 보장에 관한 것임을 감안할 때, 국제인권조약은 추상성을 특징으로 할 수 밖에 없기 때문에, 국제인권조약을 문언의 축자적 의미에 한정하여 조약에 명시적으로 규정된 구체적인 권리나 절차만을 인정하겠다는 해석을 취하게 되면, 조약에 근거한 주장 취지는 자연스럽게 불인정되기 쉽다. 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 인정한 대부분의 판결이 조약을 해석함에 있어서 문자적 의미가 가지는 추상성 내지 확장성을 목적론적 해석으로 구체화하는 것은 어쩌면 자연스러운 것이라 할 수 있다.

목적론적 해석의 대표적인 판결의 예로, 간첩혐의로 중앙정보부에서 조사받다 가혹한 고문을 당해 숨진 최○○의 유족이 제기한 국가배상청구 사건의 항소심 판결을 들 수 있다. 이 사건의 쟁점 중 하나는, 손해배상청구권에 대한 피고 대한민국의 소멸시효 항변이 신의칙에 반하여 권리남용에 해당하는지 여부였는데, 항소심 법원은 이를 판단함에 있어서 중대한 인권침해에 대한 시효 적용을 배제하는 국제법상의 원칙을 검토하였다. 즉, 법원은 “1990. 7. 10.부터 우리나라에서 발효되기 시작한 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)’ 제7조는 “어느 누구도 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다...”” 고 규정하고 있는데, “이러한 인권보장 원칙을 구현하기 위하여 인권범죄를 다루는 국제형사재판소는 고문 등 범죄에 대하여는 그 공소시효 적용을 배제하고 있으며,...[중략] 유엔 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”라고 하여, “이와 같은 국제법적 원칙은 공소시효에 관한 논의이기는 하지만, 국가의 반인권적 범죄에 대한 민사상 소멸시효를 적용할 때에도 동일하게 고려되어야 할 것이다”고 함으로써 피고 대한민국의 소멸시효 항변을 권리남용에 해당하여 허용할 수 없다고 판결하였다.¹⁹⁹⁾ 규약 어디에도 명시적으로 고문 등 범죄에 대한 소멸시효 배제를 규정

199) 서울고등법원 2006. 02. 14. 선고 2005나27906 판결[“1990. 7. 10.부터 우리나라에서 발효되기 시작한 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(B규약)’ 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(ICTY와 ICTR)가 인권침해 범죄자들에 대한 형사재판을 하면서 견지한 원칙이다), 유엔 인권이사회는 각국의 군사정권 아래에서 저질러진 시민적, 정치적 권리의 중대한 침해

하고 있지 않음에도 불구하고, 규약의 취지와 목적과, 그 목적을 실현하기 위하여 발전한 국제법적 원칙에 입각한 목적론적 해석을 한 사례로 볼 수 있다.

유사한 사례로, 종교 교리에 따라 토요일에 시행한 시험에 응시하지 않으면서 추가시험을 실시하여 달라는 신청을 하였으나 거부당한 재림교 학생이 제기한 추가시험신청 거부처분 취소의 소에서 항소심 판결은, 자유권규약 제18조의 사상, 양심 및 종교의 자유를 향유할 권리의 내용 및 문언의 조화로운 해석 원칙 등에 입각할 때 원고의 주장은 이유있다고 판단하였다. 즉, 규약 제18조로부터 재림교 교리에 따라 안식일인 토요일에 실시되는 시험에 응시하지 못하였다는 이유로 추가시험을 신청할 적극적 권리가 직접적으로 도출된다고 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각한 원심을 파기하고 원고의 청구를 인용하였다.²⁰⁰⁾ 이 사건의 원심이 조약의 문자적 의미에 한정한 해석의 예라면, 항소심 판결은 조약의 목적과 취지를 고려한 해석이라 할 것이다.

또한, 외국인에 대한 강제퇴거명령 등 처분의 취소를 구하는 다수의 판결에서, 처분의 위법성의 판단함에 있어서 국제인권조약의 취지를 고려하여 원고의 청구를 인용하고 문제되는 처분을 취소하였다. 즉, 법원은 과거 위조여권을 사용한 불법입국 정황이 뒤늦게 적발되어 출국명령처분을 받은 외국인인 원고가, 현재 희귀병을 앓고 있고 모든 가족들이 한국에 거주하면서 경제활동에 종사하고 있는 정황을 이유로 출국명령처분 취소의 소를 제기한 사건에서, 시민적·정치적 권리규약 제23조 제2항(가족을 구성할 권리 또는 가족결합권)의 취지를 고려하여 원고 승소 판결을 내렸다.²⁰¹⁾ 또한, 장기간 휴업상태인 회사에서 제대로 된 근로를 제공하지 못하고 이주노동조합의 조합장으로서 활동을 적극적으로 해 온 원고에 대하여 내려진 출국명령 등의 행정처분에 대한 취소의 소에서는, 시민적·정치적 권리규약 제2조 제1항 및 제26조에 따른 ‘차별 금지 및 외국인의 평등한 지위 보장’과 경제적·사회적·문화적 권리규약 제8조(노동조합 결성 및 가입, 활동의 자유 보장) 등의 취지가, 단결권, 단체행동권 등의 근로자로서의 기본적인 권리가 우리 사회에 편입된 외국인근로자에게도 인정된다고 봄이 옳다고 판단하여, 원고

에 대하여는 필요한 최장기간 동안 기소가 이루어져야 한다고 권고하는 등 반인도적 범죄, 전쟁 범죄나 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 것이다.”].

200) 대구고등법원 2018. 09. 21. 선고 2018누3005 판결. 원심은 대구지방법원 2018. 04. 18. 선고 2017구합22567 판결 참조.

201) 인천지방법원 2018. 08. 21. 선고 2018구단50045 판결.

의 청구를 인용하였다.²⁰²⁾ ‘혼인의 진정성 결여 및 배우자의 귀책사유 불명확’을 이유로 체류기간연장등불허가처분을 받은 외국인인 원고가 체류자격 상실사유로서의 외국인 배우자의 혼인 파탄에 관한 귀책사유 인정에는 내국인들 간의 경우와 동일한 잣대로 판단해야 함에도 불구하고 혼인파탄의 귀책사유가 불분명하다는 이유만으로 내려진 외국인 배우자의 체류자격을 상실시키는 해당 처분은 불합리하다며 제기한 취소의 소에서, 법원은 경제적·사회적·문화적 권리규약 제2조 제2항과 시민적·정치적 권리규약 제2조 제1항의 차별 금지 및 외국인의 지위 보장에 관한 추상적 규정으로부터 “‘체류자격 상실사유로서의 외국인 배우자의 혼인 파탄에 관한 귀책사유 인정’에는 내국인들간의 혼인관계 파탄의 경우와 동일한 잣대를 가지고 신중하게 판단하여야” 한다는 원칙을 도출함으로써, 원고의 청구를 인용하였다.²⁰³⁾ 또 다른 예로, 부모와 함께 난민인정신청을 한 외국인 아동인 원고에 대하여 불승인 처분에 앞서 별도의 면접절차를 실시하지 않은 이유로 난민불인정결정취소의 소를 제기한 사건에서, 법원은 “대한민국이 1991. 12. 20. 비준한 UN 아동의 권리에 관한 협약 제12조 제2항은 ‘아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적·행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 따라 주어져야 한다’고 규정하고 있고, 제22조는 ‘부모나 다른 사람과의 동반 여부와 관계없이 난민의 지위를 구하는 아동은 당해 국가가 당사국인 국제인권 또는 인도주의 관련 문서에 규정된 권리를 향유함에 있어 적절한 보호와 인도적 지원을 받을 수 있도록 하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다’라고 규정하고 있다. 그런데 미성년 원고들에 대하여 직접 또는 대표자를 통하여 진술할 기회가 주어지지 않았다”고 지적하며, 원고 중 아동에 대하여 피고가 이 사건 처분에 앞서 면접절차를 실시하지 않은 것은 난민법과 우리나라가 비준한 아동권리협약을 위반한 것으로, 위 원고들에 대한 이 사건 처분은 실체적 하자에 관하여 나아가 살펴볼 필요 없이 위법하다고 판단하여 피고가 원고들에 대하여 한 난민불인정처분을 취소하였다.²⁰⁴⁾ 이 외에도, 아동을 친부모 대신 양육한 조부모가 친부모인 자녀를 대상으로 부양을 위해 지출한 비용을 상환해 줄 것을 청구한 사건에서, 아동권리협약 제18조 제1항 제2문의 “부모 또는 경우에 따라서 후견인은 아동의 양육과 발달에 일차적 책임을

202) 서울행정법원 2011. 09. 15. 선고 2011구합5094 판결.

203) 청주지방법원 2018. 10. 18. 선고 2017구합3170 판결.

204) 서울고등법원 2017. 12. 06. 선고 2017누55598 판결.

진다”는 규정에 따라 부양의무 이행자 간 순위를 도출하여, 원고의 청구를 인용한 사건도 있었다.²⁰⁵⁾

2018. 11. 1. 선고된 양심적 병역거부권을 인정한 대법원 판결의 다수의견에 대한 제2보충의견에서도 “보편적 국제인권규약인 자유권규약을 해석하면서 ‘규약 자체에 명시된 권리’만을 자유권규약이 인정한 권리라고 좁게 보는 것은 자유권규약 준수에 관한 실질적인 국제법적 의무를 외면하는 것이다”라고 함으로써 규약에 관한 문자적 의미에 한정된 해석을 비판하면서, 자유권규약위원회의 견해의 변화를 감안하여 “자유권규약에 명문의 규정이 없더라도 현대 민주주의 국가들의 시대정신에 맞게 자유권규약을 해석하여 기본적 인권을 도출할 수 있다고 보는 것이 지극히 타당하다”고 전제한 후, 양심적 병역거부권을 인정하였다.²⁰⁶⁾ 이는 “자유권규약 제18조는 물론, 자유권규약의 다른 어느 조문에서도 양심에 따른 병역거부를 할 수 있는 권리를 인정함으로써 이를 기본적 인권의 하나로 명시하고 있지 않다”는 이유로 양심적 병역거부권을 부정해 온 이전 판례의 태도와 확연히 비교된다.²⁰⁷⁾

한편, 목적론적 해석의 한계에 대한 의문을 남기는 판결도 있었다. 즉, 목적론적 해석이 인권조약 조항에 내재한 추상성과 확장성을 조약의 목적과 취지를 고려하여 구체화시키는 것을 넘어서서, 조항의 문자적 의미로는 포섭이 안 됨에도 불구하고 유추해석 등으로 문자적 의미를 확장하거나, 이에 더 나아가서 문언에 명백히 반함에도 불구하고 조약의 목적을 고려하여 문자적 의미를 넘어서는 해석을 하는 경우, 목적론적 해석의 적절성에 대한 의문이 생길 수 있다. 예를 들어, 채무불이행을 형법상 사기죄로 처벌하는 것이 시민적·정치적 권리규약 제11조(계약상 의무의 이행불능만으로 구금 금지)에 위배되는가가 쟁점이 된 여러 판결에서, 법원은 “위 규약의 취지에 비추어 보아도, 소위 ‘대여금 사기’에 있어서 검사는 금원을 대여할 당시부터 피고인에게 차용금을 변제할 의사나 능력이 없었는지 여부 및 기망행위가 존재하였는지 여부에 관하여 높은 수준의 증명책임을 지는 것이고, 그 입증 여부는 엄격히 판단되어야 한다”는 해석 기준에 따라 엄격하게 판단하여 피고인에게 무죄를 선고하였다.²⁰⁸⁾ 그런데 규약 제11조 문언상 “이

205) 전주지방법원 김제시법원 2013. 11. 13. 선고 2013가소2582 판결.

206) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

207) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결.

208) 서울남부지방법원 2013. 10. 17. 선고 2013고합16 판결; 대전지방법원 2003. 10. 15. 선고 2003고단3412 판결; 대전지방법원 2003. 10. 15. 선고 2003고정205 판결.

행불능”이 채무가 불이행된 모든 경우를 아우르는 것은 아니며, “구금”을 금지하는 것이 모든 종류의 형사처벌을 금지하는 것은 아님에도 불구하고, 위 판결들은 규약이 마치 채무불이행을 이유로 한 형사처벌을 모두 금지하는 것처럼 유추해석을 하고 있는데, 법원은 이렇듯 문자적 의미로 포섭이 안 되는 의미까지 유추해석을 하는 것에 대한 별다른 논증을 하지 않아서 그 해석의 적절성에 대한 의문을 남겼다.²⁰⁹⁾

나) 국내법에 대한 국제인권조약의 보충적 활용

인정형 판결의 대부분에서 국제인권조약은 조약과 유사한 내용을 정하고 있는 헌법 및 법령과 함께 원용되었는데, 법원은 대부분의 경우 헌법과 법령에 따른 결론을 더욱 보강하는 논거로서 조약을 보충적으로 활용하는 방식을 보였다.

먼저, 불법행위로 인한 손해배상청구의 소에서 위법성 판단의 근거로서 헌법 및 국내법에 따른 위법성 판단을 보충하는 논거로 국제인권조약이 활용되었다. 대표적인 예는 고문 등 가혹행위로 인한 허위자백으로 형사처벌을 받은 피해자 및 가족들이 제기한 손해배상청구와, 수사기관의 고문 등 가혹행위 중 죽거나 크게 다친 피해자 및 그 유족들의 손해배상청구에서, 고문 등 가혹행위의 위법성 판단 기준으로 헌법 및 국내법률에 따른 판단을 하였고, 이와 더불어서 국제인권조약(시민적·정치적 권리규약 제7조, 고문방지협약 제14조 등)이 보충적으로 적용되었다.²¹⁰⁾ 또한, 외국에서 사인간의 영업분쟁 중에 절도죄 혐의로 고발당하여 미안마 경찰에 체포되어 최종 징역 2년을 선고받고 구속된 원고가 피고 대한민국 소속 공무원들이 재판결과를 통지하고 상고절차에 조력해야 할 의무를 해태하였다며 국가배상청구를 제기한 사건에서도, 법원은 헌법, 외무공무원법, 영사관계에 관한 비엔나협약과 함께 시민적·정치적 권리규약 제14조 제3항(형사 재판 중 조력을 받을 권리)을 위법성 판단의 근거 법률로 적용하였고, 이 부분에 대한 원고 주장을 받아들여 청구를 인용하였다.²¹¹⁾ 한편, 손해배상청구권의 소멸시효 항변이 신의칙에 반하여 권리남용에 해당하는지가 쟁점이 된 사안에서 법원은 국내법리를 검

209) 홍판표, “국제인권조약을 원용한 법원의 판결에 관한 검토”, 저스티스 제149권 (2015), 182-183면.

210) 서울중앙지방법원 2011. 02. 25. 선고 2010가합23642 판결; 서울중앙지방법원 2011. 01. 26. 선고 2010가합34314 판결; 서울중앙지방법원 2006. 05. 30. 선고 2005가합106949 판결; 서울고등법원 2005. 04. 13. 선고 2004나13610 판결; 서울중앙지방법원 2004. 01. 15. 선고 2002가합79428 판결.

211) 서울고등법원 2007. 07. 24. 선고 2006나112658 판결.

토하여 이 사안에서 피고 대한민국의 소멸시효 주장은 신의칙에 반하여 권리남용에 해당하므로 허용할 수 없다고 결론내린 후, 이와 더불어서 중대한 인권침해에 대한 시효 적용을 배제하는 국제법상의 원칙을 검토하면서 시민적·정치적 권리규약 제7조를 보충적으로 원용하였다.²¹²⁾

또한, 형사재심 사건에서 고문 등에 의해 취득된 임의성 없는 진술의 증거능력을 배제하여 모든 소송에서 증거로 원용하지 않는다는 판단을 하여 피고인에게 무죄를 선고한 다수의 판결은 우리 헌법, 형사소송법의 규정과 함께 고문방지협약 제15조(고문의 결과 행해진 진술의 증거 사용 금지)를 판단의 근거 법률로서 적용하였다.²¹³⁾ 또한, 피해자가 수사기관에서 한 경찰 진술조서만으로 공소사실을 인정하는 것이 타당한지가 쟁점이 된 형사사건에서, 법원은 형사소송법 규정과 함께 시민적·정치적 권리규약 제14조 제3항 (e)목의 규정을 적용하여, 다른 증거 없이 피해자들의 수사기관에서의 진술만으로 유죄를 인정하는 데는 신중을 기하여야 한다고 평가하여, 피고인들에 대하여 각 무죄를 선고하였다.²¹⁴⁾ 한편, 형사재판에서 양형 결정 기준의 근거 법률로서 국내법과 함께 국제인권조약을 보충적으로 적용한 판결도 다수 있다. 국제인권조약을 엄벌의 이유로 원용한 대표적인 예는 아동학대 및 치사 사건의 판결들이다. 다수의 아동학대 및 치사 판결에서 법원은 선고형의 이유를 설명하면서, 헌법과 아동복지법과 더불어 아동권리협약 상의 아동을 보호할 국가의 책무를 선언함으로써 피고인에 대한 엄벌의 필요성을 강조한 것이다.²¹⁵⁾ 반대로, 법원은 어린 아동을 양육해야 하는 형편을 이유로 피고인의 형을 감경해 주면서, 그 근거로 헌법과 아동복지법과 함께 아동권리협약을 원용하였다.²¹⁶⁾

또한, 법원은 행정소송에서 처분의 위법성을 판단하는 근거로서 헌법과 국내법률과

212) 서울고등법원 2006. 02. 14. 선고 2005나27906 판결.

213) 서울고등법원 2015. 11. 06. 선고 2015재노237 판결; 서울고등법원 2015. 01. 30. 선고 2014재노37 판결; 서울고등법원 2014. 10. 31. 선고 2014재노13 판결; 서울고등법원 2014. 10. 31. 선고 2014재노25 판결; 서울고등법원 2014. 09. 05. 선고 2014재노7 판결; 서울고등법원 2013. 12. 24. 선고 2012재노68 판결; 서울고등법원 2013. 11. 08. 선고 2011재노155 판결.

214) 대전지방법원 2003. 11. 05. 선고 2003고단2155 판결.

215) 울산지방법원 2015. 11.20. 선고 2015고합180 판결; 대구고등법원 2015. 06. 11. 선고 2015노62 판결; 대구고등법원 2015. 5. 21. 선고 2014노214 판결; 서울고등법원 2014. 05. 13. 선고 2013노3788 판결; 서울서부지방법원 2013. 11. 21. 선고 2013고합267 판결.

216) 서울고등법원 2015. 11. 20. 선고 2015노1952 판결; 서울고등법원 2015. 09. 18. 선고 2015노1430 판결.

함께 국제인권조약을 보충적으로 적용하였다. 즉, 외국인에 대한 강제퇴거명령 등의 행정처분의 위법성이 문제가 된 여러 사건에서, 법원은 관련 헌법 조항, 국내법과 함께 국제인권조약을 적용하여 위법한 처분을 취소하였다.²¹⁷⁾

다) 다양한 국제적 출처의 해석자료 참조(국제기구의 결정 및 견해의 활용)

우리 법원은 재판에서 근거 법령의 의미에 대하여 해석할 때, 그에 관한 전속적 권한을 가지고 있으며, 이는 국제인권조약을 해석함에 있어서도 당연하다. 그러나 법령의 해석에 관한 전속적 권한을 가진다는 의미가 자의적인 해석이 용인된다는 뜻은 아닐 것이다. 어느 법관도 국내법을 해석할 때, 법조항의 문언만을 가지고 그 의미를 해석할 수 없기에 다양한 주석서와 실무서(실무제요 등), 판례, 학자들의 논문 등을 참조하여 법해석을 시도하는 것처럼, 국제조약을 해석할 때도 조항의 문자적인 의미만을 읽은 것으로 그 조약을 제대로 해석했다고 말하기는 힘들 것이다. 국제법적으로 권위있는 해석자료들, 즉 조약기구의 일반논평, 최종견해, 개인통보 사건에서의 결정과 견해, 국제인권기구들의 결의 및 견해, 국제재판소의 관행, 국제인권조약에 관한 권위 있는 주석서와 학자들의 논문을 참조하여 국제인권조약을 해석하려는 노력이 요구된다.

국제인권조약에 근거한 주장 취지를 인정한 다수의 판결에서 국제인권조약의 해석자료로서 조약기구의 견해 및 결정, 유엔 인권이사회 및 특별보고관의 견해, 국제재판소의 관행 등의 국제법적으로 권위있는 해석자료를 검토하고 있는데, 이는 법원에서 국제인권조약의 규범적 지위가 향상되고 있다는 증거일 수 있다. 국가보안법 제7조에 따른 형사처벌이 규약에 위반된다는 자유권규약위원회의 결정을 소개하고, 이를 규약의 해석자료로 삼은 판결들을 초기의 예로 들 수 있다. 또한, 고문 수사 중 숨진 최○○의 유족이 제기한 국가배상청구 사건의 항소심 판결이 손해배상청구권에 대한 피고 대한민국의 소멸시효 항변이 신의칙에 반하여 권리남용에 해당한다고 판단하면서, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(B규약) 제7조의 의미를 해석하는 자료로 국제형사재판소의 실행과, 유엔 인권이사회 결정을 인용한 것도 다양한 해석자료를 참고한 대표적인 예이다.

2010년 이후로는 좀 더 다양한 해석자료를 참조한 판결들도 등장하였다. 표현의 자

217) 서울행정법원 2011. 09. 15. 선고 2011구합5094 판결; 청주지방법원 2018. 10. 18. 선고 2017구합3170 판결; 서울행정법원 2018. 12. 07. 선고 2018구단15406 판결; 서울고등법원 2017. 12. 06. 선고 2017누55598 판결; 대전고등법원 2016. 11. 24. 선고 2016누12149 판결.

유나 집회의 자유 행사에 있어서는 업무방해죄를 새롭게 해석할 필요성이 있다고 하면서 원심을 파기하고 피고인에게 업무방해죄 혐의에 대하여 무죄 선고를 한 판결은, 유엔 인권옹호자 특별보고관의 대한민국 주요 인권 논란에 관한 제1차 조사 내용 발표와, 대한민국에 대한 유엔 자유권규약위원회 심의에서 대한민국이 제출한 국가보고서 관련 주제 목록, 유엔 평화적 집회 및 결사의 자유 특별보고관 방한 결과 보고서를 인용하면서 국제인권기준에 부합하는 방향으로 업무방해죄를 해석하였음은 상기한 바와 같다.²¹⁸⁾ 또한, 부산구치소 및 교도소에 수용 중에 과밀수용 등 열악한 환경으로 인하여 받은 피해에 대한 국가배상청구 소송의 항소심 판결은, 원고가 주장한 시민적·정치적 권리규약 제7조와 제10조가 보호하는 기본권 침해 여부에 대하여 판단하기 위하여, ‘고문 및 비인도적 또는 모욕적 처우나 처벌의 방지를 위한 유럽위원회’의 기준과 유럽인권재판소의 결정을 참조하였고, 결론적으로 원고의 청구를 인용하였다.²¹⁹⁾ 이 외에도, 일제고사의 성격을 가지는 학업성취도 평가시험을 거부한 교사들이 자신에게 가해진 교사의 신분을 박탈하는 해임처분 취소의 소를 제기한 사건에서, 법원은 “유엔 경제적·사회적·문화적 권리위원회는 한국 정부의 사회권 규약유엔 경제·사회·문화적 권리위원회는 한국 정부의 사회권 규약 이행 심의·권고안에서 ‘불필요한 경쟁을 야기하는 일제고사 재고’를 권고하였다”는 사실을 고려하였고, 결론적으로 원고 교사들에 대한 해임처분을 모두 취소하는 판결을 선고하였다.²²⁰⁾

다양한 해석자료가 참조된 최근의 예로 2018. 11. 1. 선고된 양심적 병역거부권을 인정한 대법원 판결의 다수의견에 대한 보충의견을 내놓을 수 없다. 제1보충의견과 제2보충의견은 자유권규약위원회의 정부보고서에 대한 최종견해, 개인통보 사건에서 채택한 결정, 자유권규약 제18조에 관한 일반논평, 유럽연합의회가 채택한 유럽연합기본권 헌장, 유럽연합조약과 유럽인권법원 결정 등을 다양하게 참조하여, 자유권규약 제18조로부터 양심적 병역거부권이 도출될 수 있다고 해석하거나, 최소한 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 양심적 병역거부가 포함된다고 해석하는 것이 헌법이 요구하는 국제법 존중주의에 부합한다고 하였다.²²¹⁾

218) 제주지방법원 2016. 02. 18. 선고 2014노589 판결.

219) 부산지방법원 2014. 02. 20. 선고 2011가합13633 판결.

220) 춘천지방법원 2010. 02. 11. 선고 2009구합1172 판결.

221) 대법원 2018. 11. 01. 선고 2016도10912 전원합의체 판결.

4. 결론에 갈음하여: 사법지원을 위한 정책적 제언

판결문에 대한 실증적 연구를 통하여 도출할 수 있는 시사점은, 국제인권조약이 국내 재판에서 재판규범으로써 직접적용되는데 규범적 한계는 없으며(법리적 한계도 과장된 측면이 있다), 국제인권조약이 원용된 재판에서 결론에 영향을 미치는 가장 중요한 요소 및 한계는 어느 국내법에 근거한 재판에서와 마찬가지로 결국 법해석 및 적용 단계에서 발생하였다는 것이다. 즉, 국제인권조약에 근거한 주장 취지가 불인정된 판결에서, 법원은 대부분 국제법이 국내법과 저촉된다는 외부 조약기구의 견해를 배척하고, 국제법이 국내법에 부합되도록 역합치적 추정을 함으로써 양자의 충돌의 존재를 부정하였고, 인권조약을 해석함에 있어서는 문자적 의미에 한정된 해석과 국내법리에 기반한 해석을 하였다. 이는 조약에 대한 해석자료가 국내법리에 관한 자료에 한정되어 있는 것 과도 관련이 있어 보인다. 달리 말하면, 불인정 판결을 살펴보면, 국내 법원이 국제인권 조약을 해석함에 있어서 조약의 문자적 의미만을 고려하며, 익숙한 국내법리에 관한 자료를 참조하여 국내법의 틀에 한정하여 해석하는 것이 특징적으로 관찰되었다. 이에 반하여, 국제인권조약에 근거한 주장을 인정한 판결에서는 국제인권조약을 해석함에 있어서 그 목적과 취지를 고려하는 목적론적 해석을 채택하였고, 인권보호에 관한 국내법을 보강하는 용도로 국제인권법을 활용하였으며, 다양한 국제기구의 권위 있는 견해가 해석자료로 참조되었다.

히긴스(R. Higgins)는 국내법원에서 국제법이 제대로 적용되지 못하는 진정한 이유는 국제법이 너무나 생소한 법관들이 국제법 적용을 가능한 한 회피하기 때문이라고 지적한 바 있다.²²²⁾ 우리 법원에서의 국제인권조약에 근거한 주장이 인정·불인정된 경우의 논거를 살펴보면 히긴스의 지적은 일견 타당해 보인다. 동시에, 법원 내에 국제인권 조약에 친밀할 수 있도록 돕는 제도적 기반이 현저하게 결여되어 있는 상태에서, 국제 인권조약을 적극적으로 해석하여 적용할 책무를 개별 법관에게만 전가하는 것이 현실 적으로 타당한가에 대한 의문이 남는다. 즉, 국제인권법에 대한 법학교육의 부재와 법률실무에서 국제인권조약에 대한 교육 부족, 한국어로 번역된 인권조약문 및 인권기구 결정문 취득의 어려움, 법원 내 국제인권조약 관련 실무서 및 주석서 등 자료의 빈약함

222) Rosalyn Higgins, Problems and Process: International Law and How We Use It, Clarendon Press·Oxford (1994), pp. 206-207.

과 접근성의 제약의 심각성을 고려할 때, 법관들의 국제인권조약에 대한 이해를 높일 수 있도록 필요한 제도적 기반을 확충하는 사법정책적 지원이 현실적인 대안이 될 수 있을 것이다.

먼저, 해석자료의 편향적 협소함은 적극적인 사법지원으로 상당히 극복될 수 있다. 가장 시급한 것은 법관들이 재판실무에서 가장 익숙하게 활용하는 ‘종합법률정보’에 국제인권조약에 관한 데이터베이스를 구축하는 것이다. 먼저 주요 국제인권조약의 원문과 한글본이 종합법률정보에서 바로 검색하여 참조할 수 있도록 등재되어야 한다. 사실 국내재판에서 직접적인 재판규범인 국제인권조약 원문과 한글본이 아직도 종합법률정보에 등재되어 있지 않다는 것은 법원 내 국제인권조약의 낮은 규범적 지위를 상징적으로 보여준다. 또한, 조약기구(자유권규약위원회 등)가 조약의 해석자료로서 제공하고 있는 일반논평(general comment)/일반권고(general recommendation), 우리나라에 대한 최종견해 및 권고 자료 등도 종합법률정보에서 원문 검색이 가능해야 할 것이며, 이들 자료에 대한 한글번역본이 주제어 검색이 가능한 형태로 ‘종합법률정보’를 통해 제공될 수 있어야 할 것이다(국가인권위원회 등에서 보유하고 있는 한글 번역본 자료가 공유될 수 있는 가능성에 대한 검토도 필요하다). 국제인권조약의 해석에 관한 각종 외부 논문과 평석들도 ‘종합법률정보’에서 바로 검색할 수 있도록 등록될 필요가 있다(종합법률정보에서 바로 논문이 검색되기 위해서는 법원도서관이 저작물을 원문 입력하여 정보화시스템을 통하여 무료 또는 실비로 제공하는 데 동의하는, 저작권자 사용동의가 있어야 한다). 이렇듯 주요 국제인권조약 관련 참조자료들의 데이터베이스가 어느 정도 구축되면 ‘종합법률정보’에 ‘국제법’ 탭을 신설하는 것도 생각해볼 수 있다.

더불어, 법관들이 재판실무에서 가장 먼저 참조하는 자료가 실무제요임에도 불구하고 국제인권법에 관한 실무제요는 아직까지 존재하지 않는다. 법원 내부에서 제작된 국제인권법 관련 자료로는, 유엔 인권최고대표(OHCHR)이 편찬한 법률가를 위한 인권편람을 국제인권법연구회가 2014년에 번역·제작한 ‘국제인권법과 사법 - 법률가(법관, 검사, 변호사)를 위한 인권편람’이 있다.²²³⁾ 그러나 이 편람은 전체 법관에게 배부된 자료가 아니고, 국제인권법연구회 회원에 한하여 일부 배부된 자료인데다가, 국제인권법 전반에 걸친 개관적 설명을 제공하는 편람이다 보니, 우리 재판실무에서 바로 활용하는

223) UN OHCHR (국제인권법연구회 번역), 국제인권법과 사법 - 법률가(법관, 검사, 변호사)를 위한 인권편람, 국제인권법연구회 (2011).

실무제요로서의 기능을 기대하기는 미흡한 점이 있다. 국제인권법 실무제요를 편찬한다면, 내·외부의 전문가가 참여하여 제작하는 것이 바람직할 것이고, 재판하면서 실무적으로 자주 부딪히는 실체적·절차적 쟁점에 관한 법률적 근거, 해설논평, 주요 판례, 실무 관행에 대한 소개를 포함하고 있어야 할 것이다. 또한, 현재 법원도서관에는 국제인권조약의 대표적인 주석서들이 비치되어 있지 않다.²²⁴⁾ 따라서 국제적으로 권위 있는 국제인권조약 해설서 및 주석서들을 구입하여 법원도서관과 일선 법원들에 비치하여 법관들이 필요하면 열람할 수 있도록 해야 할 것이다.²²⁵⁾ 장기적으로는 주요 해설서 및 주석서 중, 재판실무에서 자주 부딪히는 조약의 권리 유형에 관한 부분은 한글로 번역해서 법관들이 재판실무에서 쉽게 접근할 수 있도록 할 필요가 있다. 이를 위하여 ‘국제규범 번역센터’를 법원도서관이나 사법정책연구원 등에 신설하여 필요한 인력을 충원한 후 전문적으로 국제인권규약 관련 자료를 체계적으로 번역하는 방안도 고려해 볼 수 있다.

더불어서, 사법연수원에서 진행되는 법관들을 상대로 하는 연수 프로그램에 국제인권법 관련 강좌를 적극 포함시키는 것도 고려할 수 있을 것이다. 현재 사법연수원에서 진행하고 있는 법관연수 프로그램의 유형은 크게 ‘신임·경력별연수’, ‘전문분야연수’, ‘재판실무연수’, ‘일반교양연수’가 있다. 이 중 ‘신임·경력별 연수’는 참가가 의무인데 반하여, 나머지 유형의 연수는 관심있는 법관들이 선택하여 참가할 수 있도록 하고 있다. 국제인권법 관련해서 가장 특기할만한 것은, ‘전문분야연수’의 일종으로서 국제인권법에 관한 연수가 국제인권법연구회의 기획 하에 매해 개최되고 있다는 점이다.²²⁶⁾ 이러한

224) 예를 들면, 시민적·정치적 권리규약에 관한 권위 있는 주석서인 Manfred Nowak의 U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary 및 Sarah Joseph & Melissa Castan의 The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary도 현재 법원도서관에 비치되어 있지 않다.

225) 특히 Oxford Commentaries on International Law (<https://global.oup.com/academic/content/series/o/oxford-commentaries-on-international-law-ocils/?cc=kr&lang=en&>)와, Oxford Monographs in International Law (<https://global.oup.com/academic/content/series/o/oxford-monographs-in-international-law-omil/?cc=kr&lang=en&>)의 구입 및 비치에 권고된다.

226) 사법연수원, “2019년도 법관연수: 국제인권법과 법관” [자료집] (2019. 5.) 참조. 2019년도 연수 프로그램은 다음의 강연과 토론으로 구성되었다: ① “판사 그리고 재판관 - 작은 이야기들” (김기영 헌법재판관); ② “인권과 법: 이주민과 난민 인권을 중심으로” (황필규 변호사); ③ “기획토론 I: 유럽인권재판소 판결례와 우리 재판에의 시사점” (특허법원 이지영 판사, 인천지방법원 이서윤 판사, 창원지방법원 밀양지원 강성영 판사); ④ “장애인 사법지원과 인권보호” (김예원 변호사); ⑤ “인권에 대한 초국가적 이해 - 국제인권규범과 헌법” (서울대 신윤진 교수); ⑥ “기획토론 II: 법관의 공적 가치” (경북대 김두식 교수(사회), 대전방법원 홍성지원 정옥도 판사, 서울고등법원

전문분야연수를 더욱 활성화시키는 한편, 다양한 ‘재판실무연수’의 세부 강좌를 구성함에 있어서도 국제인권법 내용들이 소개되도록 할 필요가 있다. 즉, 2019년에 열린 ‘재판실무연수’는 영장재판실무, 형사재판실무연수, 성폭력범죄 전담재판부 법관연수, 공법소송실무, 신청재판실무, 노동사건실무, 소년보호재판실무, 가정보호·아동보호재판실무, 가사재판실무, 손해배상소송실무 등의 영역을 아우르고 있는데, 이 모든 소송유형에서 국제인권조약이 다양하게 원용되고 있음을 감안할 때, 이러한 재판실무연수의 세부 강좌 중에 국제인권조약상의 관련된 실체적·절차적 권리와 국제인권법에 특수한 해석기법에 대한 주제를 강의 내용으로 포함시킬 수 있을 것이다. 또한 연수가 의무화되어 있는 ‘경력별 연수’에도 국제법에 대한 이해를 제고하는 내용을 포함시키는 노력도 필요할 것이다.

마지막으로, 사법정책연구원에서도 국제법 및 국제인권법에 관한 연구를 지속적으로 수행하여 법관 내 국제인권법에 대한 이해 제고를 도울 수 있을 것이다. 사법정책연구원은 매년 법관 및 법원직원은 물론 정부부처, 연구기관, 학계, 관련 학회 등 각계각층의 전문가와 국민들로부터 연구과제 제안을 받아, 이를 토대로 연간 기본연구계획을 수립하고 있으며, 필요한 현안이 있을 경우에는 수시과제를 수행하기도 한다. 따라서 사법정책연구원이 수행하는 연구 과제에 주요 국제인권조약의 해석 및 적용에 관한 각론적 연구와 해외의 좋은 사례를 소개하는 비교법적 연구를 제안할 수도 있다. 또한, 사법정책연구원은 연구 업무 뿐만 아니라, 사법정책발전에 기여할 수 있는 학술교류를 활성화시키기 위해 국내외의 사법부, 교육기관, 학회, 정부기관, 국제기구 등과 공동으로 학술행사를 개최하고 있다. 이러한 학술교류의 일환으로, 사법정책연구원은 국제인권법 영역의 중요한 국제기구들, 즉 유엔 인권최고대표(OHCHR), 인권이사회, 유엔 인권 특별보고관, 국제형사재판소, 유럽인권법원 등과의 교류를 지속적으로 확대해 나갈 것으로써, 국제사회에서 발전하고 있는 인권의 해석과 적용례가 국내 법원에 소개될 수 있는 통로로서 기능할 수 있을 것이다.

송민경 판사, 부산지방법원 김도요 판사).



법원의 국제인권기준 적용 심포지엄

[사례발표]

국제인권기준이 우리의 삶을 어떻게 변화시킬 수 있는가

백종건

(대한변호사협회 인권위원)

국제인권기준이 우리의 삶을 어떻게 변화시킬 수 있는가

백종건 (대한변호사협회 인권위원)

1. 들어가며

국가인권위원회, 대법원 사법정책연구원, 대한변호사협회가 함께 하는 ‘법원의 국제 인권기준 적용 심포지엄’이라는 뜻깊은 심포지엄에서 사례발표를 할 기회를 주셔서 감사합니다.

국제인권법 및 국제인권기준에 따라 해결된 또는 해결되고 있는 사례로, ‘양심적 병역거부권의 인정’ 사례를 발표할 수 있어 대단히 기쁩니다.

이처럼 좋은 날을 볼 수 있도록 희망을 주시고 도움을 아끼지 않은 수많은 분께 당사자이자 당사자들의 가족이자 당사자들의 변호인으로서 깊은 감사를 드립니다.

2. 발표자의 사례

저는 2011. 2. 사법연수원을 수료한 뒤 개인적 신념에 따라 공익법무관 임용 전 소집된 기초군사훈련(4주)을 거부하였습니다. 그로 인하여 서울중앙지방법원에서 징역 1년 6월을 선고받았고 약 5년간의 상급심 재판을 거쳐 2016. 3. 서울남부교도소에 수감되었습니다. 형이 확정된 후 변호사등록을 취소당하였고 아내는 배우자를 잃고 홀로 지낼 수밖에 없었습니다.

그보다 앞서 1988년경 저의 아버지는 전문의 과정을 수료한 뒤 기초군사훈련(9주)을 거부하여 군사법원에서 징역 2년을 선고받았습니다. 그로 인해 저의 어머니는 당시 5살이었던 저와 3살, 2살 된 동생까지 자녀 셋을 경제적·감정적으로 홀로 양육할 수밖에 없었습니다. 그 상처는 지금까지도 큰 상흔으로 가족 전체에 남아있습니다. 아버지는 형기종료로 석방된 이후에도 병역거부 전과로 인해 대학병원에 남아있을 수 없었습니다.

그뿐만이 아닙니다. 저의 집안은 저와 아버지를 포함하여 가족 중 4명이 모두 8년 6개월간 병역거부로 수감된 이른바 전과자 집안이었습니다. 그 수감의 굴레는 끝나지 않고 대물림되어 저의 남동생, 사촌 동생까지 이어질 예정이었습니다. 실제로 사촌 동생은 작년(2018년) 초 1심에서 징역 1년 6월의 징역형을 선고받았고 지금도 피고인 신분으로 재판을 받고 있습니다.

3. 옥규빈 씨 사례 등

부자가 대를 이어, 형제가 줄을 이어 감옥에 갇히는 이야기는 양심적 병역거부자들 가족 사이에서는 흔히 볼 수 있는 일입니다. 대표적인 사례로 현재 병역거부로 재판을 받고 있는 옥규빈 씨의 가족사¹⁾²⁾를 살펴보겠습니다.

옥규빈 씨의 조부모는 일제 강점기 때 전쟁 반대와 신사참배를 거부했다는 이유로 형무소에 갇혔었습니다. 할아버지 옥지준 씨는 서대문형무소에서 4년, 할머니 김봉녀 씨는 6년, 큰할아버지 옥례준 씨는 4년, 큰할머니 이정상 씨는 4년간 수감되었다가 광복 직후 석방되었습니다. 작은할아버지 옥응련 씨는 4년간 형무소에 갇혔다가 광복을 보지 못하고 옥사하였습니다.

광복 후에도 병역거부자들의 삶은 바뀌지 않았습니다. 옥규빈 씨의 고모부 백순덕 씨, 당숙 옥태중 씨, 사촌 동생 백영훈 씨까지 모두 병역거부로 수감되었습니다. 옥씨

1) 한겨레21 제653호, '일제도 해방도 남도 북도 가리지 않았네'(2007. 3. 29.)

2) 한겨레, '일제때 할아버지도 병역거부로 감옥 갔는데...', 2017. 7. 9.

일가의 수감 기간은 일제하에서의 22년, 광복 후 대한민국 정부하에서 5년 6개월, 모두 27년 6개월에 이릅니다.

광복 후 한국에서 병역거부로 수감되었던 누적 인원은 19,200명이 넘습니다. 한 가족에서 누군가 병역거부로 수감되면 그 가족 모두 사실상 같이 옥살이를 하면서 당사자 이상으로 고통을 겪습니다. 이러한 고통은 대를 이어 계속됩니다. 대물림되는 수감의 굴레는 단지 감옥에 갇히는 것 외에도 많은 고통을 가져왔습니다. 교육이나 직업선택이 중요한 한국 사회에서 전과로 인해 교육의 기회나 직업선택의 기회를 포기할 수밖에 없는 경우가 많았습니다. 이는 곧 경제적으로 영향을 주었고 삶의 질이 현저하게 낮아질 수밖에 없었습니다. 형이 실효된 후에도 한국 사회에서 병역기피자, 전과자의 낙인을 지고 사는 것은 고통스러운 일이었습니다. 통상 남자들은 이력서에 군필 여부를 기재하도록 하고 있고 면제라면 면제 사유를 적도록 하고 있는데 이로 인하여 서류전형에서 탈락하거나 면접장에서 병역기피자라는 모욕을 당하는 일도 비일비재하였습니다.

이러한 이유로 Amnesty International은 한국에서 양심적 병역거부자들이 ‘감옥이 되어버린 삶’(Sentenced to Life)을 살고 있다고 언급하였습니다.³⁾

4. 한국의 양심적 병역거부

앞서 설명한 것처럼 한국의 양심적 병역거부는 일제 강점기 때부터 수감의 역사를 가지고 있었습니다. 독립운동사는 1939년 일제가 전쟁 반대, 신사참배 거부로 33명을 체포하는 등 38명을 체포하여 그중 5명이 옥사한 사건을 등대사 사건으로 기록하고 있습니다.⁴⁾

양심적 병역거부자들은 광복 후에도 한국전쟁, 군사정권 독재 등의 역사 속에서 계속

3) Amnesty International, 『Sentenced to Life : Conscientious Objectors in South Korea』 (2015)

4) 국사편찬위원회, 『한민족독립운동사』 5권, 1989.

수난을 겪을 수밖에 없었습니다. 정춘국 씨는 병역거부로 수감되어 형을 살고 출소하였지만 거듭 입영 통지를 받아서 3차례에 걸쳐 모두 7년 10개월 동안 수감되었습니다.⁵⁾

1972년 10월 유신 이후, 박정희 대통령의 입영률 100% 지시로⁶⁾ 시작된 병역기피자 근절 정책⁷⁾의 일환으로 ‘병역법위반등의범죄처벌에관한특별조치법’을 만드는 한편, 병역기피 내역을 조사하여 보니 63%가 여호와의 증인 병역거부자로 보고되었고⁸⁾ 병무청은 입영률을 높이기 위해 병역거부자들을 강제로 입대시키기 시작하였습니다. 1975. 3. 9. 부산지방병무청에서 부산시에서만 63명의 병역 연령의 여호와의 증인 남자들을 체포하여⁹⁾ 훈련소에 강제로 입영시켜 징집 영장을 발부한 것을¹⁰⁾ 시작으로 병무청의 강제입영 관행이 시작되었습니다.

당시 훈련소 장교들은 집총거부 행위에 대하여 혹독한 고문과 박해로 집총을 강제해 보려고 하였고, 논산훈련소 헌병대에서는 일제강점기 당시 독립투사를 고문하던 벽판이라는 고문 도구를 독거특창이라는 이름으로 부활시켜 병역거부자들을 고문하기도 하였습니다.¹¹⁾ 독거특창은 앞뒤 60cm, 폭 60cm, 높이 1m 70cm의 감옥으로, 집총을 거부한 사람을 손은 뒤로 묶은 채 가두었고 헌병이 벨을 누르면 즉시 벨을 눌러서 답해야 하였는데 손이 결박되어 있어 벨도 입으로 눌러야 하였고 즉시 벨을 누르지 않으면 단체로 매질을 당하였습니다.¹²⁾ 당시 군에 복무하던 병사들의 증언에 따르면¹³⁾, 병사들에게 집총거부자들은 ‘샌드백’, ‘스트레스 해소장’, ‘화풀이 대상’이었습니다. 군의문사진상규명위원회의 진상조사와 확정된 결정에 따르면 최소한 5명의 병역거부자가 박정희 군사정권 당시 구타와 고문으로 인해 목숨을 잃었고 그 당시 구타로 인해 현재까지도 많

5) 중앙일보, ‘의사 가운 대신 감옥 선택, 3차례 걸쳐 7년 10개월 삶의 공백’, 2017. 9. 14.

6) 한겨레, ‘끝까지 말 안 듣던 여호와의 증인을 때려잡다.’, 2013. 3. 1. : 1973. 1. 20. 박정희 대통령은 ‘앞으로 법을 만들어서라도 병역기피자와 그 부모가 사회에서 머리를 들고 살지 못하는 기풍을 만들라’고 지시.

7) 중앙일보, ‘부정근절·선병을 합리화’, 1973. 8. 20.

8) 병무청, ‘병역기피자 일소를 위한 활동보고’, 1973. 4. 12.

9) 조선일보, ‘여호와의 증인신도 63명, 병역기피혐의’, 1975. 3. 11.

10) 안경환장복희, 『양심적 병역거부』, 도서출판 사람생각, 2002년, 202, 222면

11) 한겨레21 제351호, ‘독거특창, 그 몸서리치는 기억’(2001. 3. 20.)

12) 군의문사진상규명위원회, 「3년 활동보고서」, 2009년, 763-764면.

13) 군의문사진상규명위원회, 앞의 보고서, 767-777면.

은 집총거부자가 신체적, 정신적 장애로 후유증을 앓고 있습니다.

당시 군사법원은 집총거부자들에 대하여 균형법상 항명죄의 최고형인 징역 2년을 선고하였습니다. 상당수 부대에서는 징역 2년이 당시 군 복무 기간보다 짧다는 이유로 충기를 두 번 이상 수여하여 경합범으로 항명죄의 최고형인 징역 2년을 1.5배 가중처벌한 형의 상한인 징역 3년을 선고하였는데,¹⁴⁾ 일부 군법무관들은 이처럼 무리한 경합범 적용을 거부하기도 하였습니다.¹⁵⁾ 심지어 집총거부로 실형을 받고 수형생활을 하던 자에게 다시 집총명령을 하여 또 항명죄로 처벌하고자 한 사례¹⁶⁾도 있었습니다.

군사정권이 종결되고 문민정부가 시작되었지만, 병역거부자들을 가중처벌할 목적으로¹⁷⁾ 항명죄의 상한을 2년에서 3년으로 상향 조정하는 내용의 ‘균형법 개정안’이 정부에 의하여 발의되었고 국회를 통과하였습니다. 이후 일선 군부대에서는 집총거부자에게 일괄적으로 개정된 항명죄의 법정최고형인 징역 3년을 선고하였습니다.

양심적 병역거부는 2001년 한겨레²¹⁾의 첫 기사를 시작으로¹⁸⁾ 언론들의 보도가 이어지면서 사회적 이슈로 등장하였습니다. 이후 민주사회를 위한 변호사모임의 도움과 시민단체의 노력으로 강제입영 관행은 중단되었고 양심적 병역거부자들은 균형법상 항명죄로 군사법원에서 재판을 받는 것이 아닌 병역법위반으로 일반법원의 재판을 받게 되었습니다. 곧바로 서울남부지방법원의 위헌제청¹⁹⁾과 무죄판결²⁰⁾이 있었고 국회에서는 대체복무법안도 발의되는 등 변화의 조짐이 보였으나 2004년 대법원 전원합의체 판결과²¹⁾ 헌법재판소 합헌결정으로²²⁾ 다시금 수감의 굴레는 계속 굴러갔습니다.

14) 대법원 1992. 9. 14. 선고 92도1534 판결.

15) 한겨레21 제352호, ‘김훈련병 미안합니다’(2001. 3. 27.)

16) 대법원 1978. 11. 14. 선고 78도320 판결, 안경환·장복희, 『양심적 병역거부』, 도서출판 사람생각, 2002년, 39면.

17) 제165회 국회 법제사법위원회 (1993. 12. 10.) 회의록 3면(균형법중개정법률안 심사보고서)을 보면 ‘특정 신앙을 이유로 집총을 거부하는 등 복무를 기피하는 경우가 있어 이에 대한 제재를 강화’한다고 병역거부자 가중처벌을 위한 개정입을 밝히고 있습니다.

18) 한겨레21 제345호, ‘차마 총을 들 수가 없어요’(2001. 2. 7.)

19) 서울남부지방법원 2002. 1. 29. 결정 2002헌가1 위헌법률심판제청

20) 서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002고단3941 판결

21) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결

22) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정

민주사회를 위한 변호사모임 등 법조계와 시민단체, 학계, 언론에서는 적극적으로 외국의 사례를 찾아보게 되었습니다. 그로 인해 국제사회는 이미 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR, 흔히 B규약 또는 자유권규약이라 한다. 이하 ‘자유권규약’)에서 양심적 병역거부권을 도출하고 있다는 점, 우리나라가 자유권규약 및 선택의정서(Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights)에 가입²³⁾한 점, 우리나라 국민도 선택의정서에 따른 개인통보제도(Individual communication)를 이용할 수 있다는 점을 찾을 수 있었습니다.

그때부터 양심적 병역거부자들은 자유권규약위원회에 개인통보를 제기하였고 자유권규약위원회는 2006, 2010, 2011, 2012, 2015, 2016년 6차례에 걸쳐 한국 정부가 자유권규약 제18조에 규정된 사상, 양심 및 종교의 자유를 침해하고 있다고 결정하였습니다.

2012년 대한민국에 대한 제2차 국가별인권정례검토(UPR)에서는 미국, 독일, 폴란드, 호주, 슬로바키아, 스페인, 프랑스 등 7개국이, 2017년 11월 9일 제3차 국가별인권정례검토(UPR)²⁴⁾에서는 미국, 독일, 캐나다, 호주, 크로아티아, 프랑스, 멕시코, 스위스, 아르헨티나, 파나마, 포르투갈, 코스타리카 등 12개국이 대한민국에 대하여 “수감 중인 양심적 병역거부자들을 즉시 석방하고, 전과기록을 말소하며, 민간 성격의 대체복무를 도입할 것”을 권고하였습니다. 특히 미국 정부는 양심적 병역거부자들이 출소 후에도 많은 차별을 겪는다고 우려를 표명하였으며 크로아티아 정부는 양심적 병역거부자들이 출소 후에도 사회적 낙인과 셀 수 없는 불이익에 직면하여 이들이 겪는 고통이 비유적으로 ‘Life Sentence’(종신형)과도 같으며 즉시 병역거부 문제를 해결할 것을 대한민국 정부에 권고하기도 하였습니다.

23) 우리나라에서는 1990. 7. 10. 조약 제1007호로 발효되었다.

24) 발표자는 2017. 9. 12. 스위스 제네바에서 열린 제3차 국가별인권정례검토(UPR) 사전회의에 Amnesty International과 함께 참석하여 사례발표를 하고 각국 관계자들을 만나 한국의 상황을 설명하였습니다. (연합뉴스, ‘양심적 병역거부 투옥 변호사, 유엔 무대서 韓 인권 증언’, 2017. 10. 12.)

5. 2018년에 있는 큰 변화

“아버지가 그 아들이 그 아들의 형과 동생과 다시 그 아들이 자신의 믿는바 종교적 신념 때문에 징역 1년 6월의 형을 사는 사회이어서는 안 된다는 것 등 이러한 견해가 다수의견이 되는 대법원을 보게 되는 날이 반드시 오리라고 믿으면서 떠납니다.”
 (2012. 7. 10. 전수안 대법관 퇴임사)

2018. 6. 28. 안국동에서 그리고 2018. 11. 1. 서초동에서 희망이 이루어졌습니다. 6월 마지막 주 목요일에는 헌법재판소에서 헌법불합치 결정²⁵⁾, 11월 초하루에는 대법원에서 전원합의체 판결²⁶⁾이 있었습니다. 대법원 전원합의체 판결 직후 한 신문 1면에서는 ‘양심적 병역거부, 죄를 벗다’라고 보도를 하였습니다.²⁷⁾ 적절한 제목이었습니다. 양심적 병역거부는 더 이상 범죄가 아니라 확립된 국제인권기준에 따른 권리로 인정받게 되었습니다.

헌법재판소와 대법원은 국제인권법을 중요한 법원(法源)으로 고려하였고 헌법과 법률을 해석함에 있어 국제인권법에 따른 국제인권기준을 중요한 기준으로 적용하여 양심적 병역거부권을 인정하여 우리나라에서 가장 오래된 인권문제 중 하나를 해결하였습니다.

최고법원의 판결은 비교적 짧은 기간에 많은 구체적인 변화를 가져왔습니다. 병무청은 병역거부자들의 입영 통지를 대체복무 시까지 연기하였고 수사기관에 대한 고발을 중지하였고,²⁸⁾ 병역기피자들에게 적용하던 신상공개도 중단하였습니다.²⁹⁾ 법무부는 수감되어 있던 병역거부자들에게 형법 제72조를 적용하여 차례로 전부 석방하였습니다. 반세기 이상 유지되던 병역거부 수감자 수가 0이 된 것입니다.³⁰⁾ 부자가 대를 이어, 형제가 줄을 이어 감옥에 갇히던 수감의 굴레가 끊어졌습니다.

25) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 결정

26) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결

27) 경향신문, ‘양심적 병역거부 ‘죄’를 벗다’, 2018. 11. 1.

28) 연합뉴스, ‘양심적 병역거부자, 대체복무 도입 때까지 입영 연기된다’, 2018. 7. 5.

29) 경향신문, ‘병무청, 양심적 병역거부자 신상공개 취소’, 2018. 11. 21.

30) 조선일보, ‘종교적 병역거부, 마지막 1명 가석방 ... 수감자 '0'’, 2019. 2. 27.

대법원과 헌법재판소의 결정을 기다리며 오랫동안 기일이 추정되어있던 병역거부자들의 재판에서는 무죄판결이 이어졌습니다. 앞서 언급한 저의 사촌 동생도 항소심에서 무죄판결(대전지방법원 2019. 6. 20. 선고 2018노559 판결)을 받았고 일제때부터 병역거부로 고통을 받은 옥씨 집안의 옥규빈 씨도 무죄판결(부산지방법원 2019. 1. 30. 선고 2016고단5043 판결)을 받았습니다.

남은 과제로는 국제인권법·국제인권기준에 맞는 대체복무제도를 설계하고 운영하는 일이 남아있습니다. 헌법재판소 결정에 따르면 국회는 올해 (2019년) 말까지 대체복무제도를 입법하여야 하고 이에 따라 정부는 ‘대체역의 편입 및 복무 등에 관한 법률 제정안’을 발의하였습니다.

6. 양심적 병역거부권 인정에 있어 국제인권법과 국제인권기준의 역할

우리나라 최고법원의 이러한 극적인 판결은 하루아침에 이루어진 것이 아닙니다. 법조계, 시민단체, 학계, 언론, 국가인권위원회 그리고 국제사회까지 희망을 포기하지 않고 노력을 기울였습니다.

가. 양심적 병역거부 사건에 관하여 법원이 국제인권법과 국제인권기준을 구체적으로 적용하여 판결한 것은 하급심에서부터였습니다.³¹⁾ 법원은 적극적으로 국제인권법과 국제인권기준을 연구하고 고려하고 적용하기 시작하였습니다. 이러한 노력 외에도 기존 대법원의 유죄판결과 헌법재판소의 합헌결정과 다른 판결을 하기 위해서 적지 않은 용기가 필요했을 것입니다. 판사님들의 지치지 않은 노력과 용기는 결국 대법원과 헌법재

31) 양심적 병역거부 사건에 관한 법원의 첫 무죄판결(서울남부지방법원 2004. 5. 21. 선고 2002고단 3941 판결)은 아래와 같이 국제인권법과 국제인권기준을 무죄판결의 논거로 언급하였습니다. ‘우리나라가 1990년에 가입한 시민적정치적권리에관한국제규약(이른바 국제인권규약 B규약) 제18조 제2항에서도 스스로 선택하는 신념을 가질 자유를 침해하게 될 어떠한 강제도 받지 않는다고 규정하고 있고, 우리나라가 1993. 이래 위원국으로 5번째 연임된 유엔 경제사회이사회 산하 인권위원회에서도 계속적으로 양심에 따른 병역거부권을 인정하여야 한다고 하면서 특히 최근에는 2004.4.19. 제60차 인권위원회에서 양심에 따른 병역거부권을 인정하여야 한다는 결의안을 채택하기도 하였다.’

판소를 설득하였습니다.

대법원의 전원합의체 판결이 있기 전까지 100건이 넘는 하급심 병역거부 무죄판결이 있었는데 2015년 6건 2016년 7건 2017년 45건 등 무죄판결의 수는 급증하였습니다.

모든 무죄판결이 국제인권법·국제인권기준을 언급한 것은 아니지만 상당수 판결에서는 이를 언급하며 병역법상 '정당한 사유'의 논거로 사용하였습니다. 판결마다 국제인권법·국제인권기준을 구체적으로 적용한 방법에 있어서 차이가 있습니다.

국제인권법·국제인권기준을 적용한 판결 일부를 소개하면 아래와 같습니다.

광주지방법원 2016. 10. 18. 선고 2015노1181 판결

병역법의 정당한 사유를 해석함에 있어 자유권규약 제18조가 일종의 특별법으로서 그 법원(法源), 즉 재판규범이 된다고 할 것이므로, 일선 법관으로서는 이 사건 법률을 적용함에 있어서 우리 헌법뿐만 아니라 자유권규약 제18조를 아울러 검토한 후 그 결론에 이르러야 한다. ... 자유권규약 제18조에서 양심적 병역거부권을 도출할 수 없다는 대법원과 헌재판소의 판단은 국제인권규약에 대한 정당한 방법론적 해석으로 보기 어려울 뿐만 아니라 우리나라가 선택의정서에 가입한 취지에도 맞지 않다. 따라서 자유권규약과 그 위원회의 해석이 헌법 제6조 제1항에 따라 이 사건 법률의 정당한 사유를 해석함에 있어서도 영향을 미치는 만큼 정당한 사유에는 양심적 병역거부가 포함된다고 보는 것이 타당하다.

전주지방법원 2017. 1. 5. 선고 2016고단1507 판결

유엔인권기구와 유럽인권기구 모두 양심적 병역거부를 사상·양심·종교의 자유에서 비롯되는 권리로 인정하고 있다. 유엔 등 국제사회는 양심적 병역거부자가 세계에서 가장 많이 수감되어 있는 우리나라의 상황에 지속적으로 우려를 표명하고 있다. 더 이상 우리나라가 가입한 자유권규약과 제1선택의정서에 따라 이뤄지는 자유권규약위원회의 개인통보결정을 무시해서는 안된다. ... 우리나라는 국제법 존중주의를 취하는 헌법에 따라 개인통보결정을 이행함이 타당하다. ... 정당한 사유에 양심적 병역거부가 포함된

다고 해석하는 것은 국제인권법의 기준에도 부합한다.

인천지방법원 2017. 2. 6. 선고 2016고단5794 판결

우리나라가 가입한 자유권규약 제18조는 양심의 자유를 규정한 바, 이 사건 법률조항을 해석함에 있어 자유권규약은 재판규범이 된다. ... 자유권규약과 같은 국제인권조약의 경우, 법원은 헌법상 기본권을 해석할 때는 물론 법률을 해석할 때도 조약에 부합하도록 노력하여야 한다. 이러한 조약합치적 법률해석의 원칙은 보편적 인권의 관점에서 사법부가 지켜야 할 책무로 인정된다. ... 이 사건에서 자유권규약을 재판규범으로 적용함에 있어 유엔인권감시기구 및 인권감시제도의 양심적 병역거부에 관한 결정과 견해 등도 연성법(soft law)으로 존중되어야 한다. ... 적어도 국제법 해석론으로는 자유권규약 제18조에 양심적 병역거부에 관한 권리가 포함되어 있다는 것에 별다른 이견이 없(다).

제주지방법원 2017. 7. 12 선고 2016고단2994 판결

자유권규약은 우리나라 국내법과 동일한 효력이 있고, 자유권규약 제18조의 해석에 의해서 양심적 병역거부권을 인정할 수 있으므로, 이는 국내법에서 보장하는 권리가 된다. 따라서 이 사건 처벌규정을 해석함에 있어서 자유권규약에서 도출되어 인정되는 양심적 병역거부권을 행사하는 경우 ‘정당한 사유’가 있다고 봄이 타당하다.

제주지방법원 2017. 8. 11. 선고 2017고단16, 55(병합) 판결

양심적 병역거부를 정당한 사유에 해당한다고 해석하지 않는 것은 국제법 존중주의 원리를 규정한 헌법 제6조에 위배된다고 보아야 한다. ... 국제법 존중주의 원리상 자유권규약 등 보편적 국제조약에 대한 국제기구의 해석은 유력한 법률해석의 기준이 되어야 한다. ... 자유권규약 제18조에 양심적 병역거부권에 관한 권리가 포함되어 있는 것으로 보는 것이 이제는 확립된 국제적 기준이다. ... 국제사회의 문명국가에서는 양심적 병역거부권은 ‘떠오르는 권리’가 아니라 ‘이미 확립된 권리’이다.

부산지방법원 2018. 2. 1. 선고 2007노3008 판결

우리나라가 양심적 병역거부자들을 구금, 형사처벌하고 있는 것은 자유권규약 제18조에 관한 국제사회의 일관되고 분명한 해석에 어긋난다. 자유권규약위원회에서 지속적

으로 개인정보 사건을 받아들이고 있는 점, 나아가 일부 주요 국가들이 대한민국의 양심적 병역거부자들을 난민으로까지 인정하고 있는 상황을 고려할 때, 국제사회가 양심적 병역거부에 대해 표명하고 있는 일관된 해석과 결정들을 단순한 해석론으로 치부하여서는 결코 헌법상 요구되는 국제법 존중의 원칙을 따르는 것이라 볼 수 없다. 따라서 양심적 병역거부자를 구금, 형사처벌하는 것은 자유권규약 제18조에 합치하지 않는다고 보아야 하므로, 헌법 제6조 제1항의 국제법 존중의 원칙에 따라 양심적 병역거부는 병역법 제88조 제1항의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 해석하는 것이 타당하다.

나. 유엔 자유권규약위원회가 우리나라의 병역거부자들이 제기한 개인정보에 대해 내린 결정은 우리나라 법원에 영향을 주기 전 다른 나라들의 병역거부 사건에서 해석의 근거로 사용되었습니다.

콜롬비아 헌법재판소는 2009. 10. 14. 양심적 병역거부권을 인정하는 판결 (Constitutional Court of Republic of Colombia Judgment C-728 of 2009)을 내리면서 대한민국 국민이 제기한 개인정보 사건에 관한 자유권규약위원회의 결정을 중요한 논거로 인용(판결문 5. 2. 5.)하였습니다.

유럽인권재판소는 2011. 7. 7. BAYATYAN v. ARMENIA 사건에서 아르메니아 정부가 양심적 병역거부자에게 병역거부를 이유로 징역형을 선고한 것은 유럽인권협약 위반이라고 판결하면서 대한민국 국민이 관련된 개인정보 사건에 관한 자유권규약위원회의 결정을 중요한 논거로 인용(판결문 105항)하여 유럽인권협약 제9조에 관한 기존 판례를 변경하였습니다. 유럽인권재판소는 위 판결 이후 양심적 병역거부권에 관하여 일관된 후속 판결을 선고하고 있습니다.

2018년 양심적 병역거부와 관련하여 내려진 헌법재판소와 대법원의 판결은 국제사회에서 아직 양심적 병역거부권이 인정되지 않아 양심적 병역거부자들이 수감된 극소수 나라들(싱가포르, 에리트레아 등)의 양심적 병역거부권 인정문제 및 다른 인권문제들에서 해결의 실마리로 사용되리라 생각합니다.

7. 양심적 병역거부 관련 헌법재판소와 대법원 판결에서 고려된 국제 인권법과 국제인권기준

국제인권법과 국제인권기준이 헌법재판소와 대법원의 판결에서 어떻게 고려되고 반영되었는지와 관련해서는 추후 자세한 논문이나 발표가 있을 것으로 생각합니다. 여기서는 간단히 언급만 드리도록 하겠습니다.

가. 기존 대법원 판결과 헌법재판소 결정은 국제인권법 및 국제인권기준 적용에 소극적이었습니다.

대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결은 자유권규약에 관하여 헌법 제19조, 제20조가 보장하는 기본권의 보호 범위와 동일한 내용을 규정한 것으로 양심적 병역거부권을 도출할 수는 없다는 입장이었습니다. 다만 ‘정당한 사유’에 관한 해석에 관한 변화의 가능성을 언급하였습니다.³²⁾

헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정은 소수의견에서만 자유권규약을 언급하였습니다. 국내법적 효력에 관하여는 따로 언급하지 않았습니다. 다만 이례적으로 국회에 대한 입법권고를 결정문에 포함하였습니다.³³⁾

32) ‘다만 다른 한편, 구체적 병역의무의 이행을 거부한 사람이 그 거부 사유로서 내세운 권리가 우리 헌법에 의하여 보장되고, 나아가 그 권리가 이 사건 법률조항의 입법목적에 능가하는 우월한 헌법적 가치를 가지고 있다고 인정될 경우에 대해서까지도 이 사건 법률조항을 적용하여 처벌하게 되면 그의 헌법상 권리를 부당하게 침해하는 결과에 이르게 되므로 이 때에는 이러한 위헌적인 상황을 배제하기 위하여 예외적으로 그에게 병역의무의 이행을 거부할 정당한 사유가 존재하는 것으로 봄이 상당하다 할 것이다.’(대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결)

33) ‘입법자는 헌법 제19조의 양심의 자유에 의하여 공익이나 법질서를 저해하지 않는 범위 내에서 법적 의무를 대체하는 다른 가능성이나 법적 의무의 개별적인 면제와 같은 대안을 제시함으로써 양심상의 갈등을 완화해야 할 의무가 있으며, 이러한 가능성을 제공할 수 없다면, 적어도 의무위반시 가해지는 처벌이나 징계에 있어서 그의 경감이나 면제를 허용함으로써 양심의 자유를 보호할 수 있는 여지가 있는가를 살펴보아야 한다. 그러므로 입법자는 양심의 자유와 국가안보라는 법익의 갈등관계를 해소하고 양 법익을 공존시킬 수 있는 방안이 있는지, 국가안보란 공익의 실현을 확보하면서도 병역거부자의 양심을 보호할 수 있는 대안이 있는지, 우리 사회가 이제는 양심적 병역거부에 대하여 이해와 관용을 보일 정도로 성숙한 사회가 되었는지에 관하여 진지하게 검토하여야 할 것이며, 설사 대체복무제를 도입하지 않기로 하더라도, 법 적용기관이 양심우호적 법 적용을 통하여 양심을 보호하는 조치를 취할 수 있도록 하는 방향으로 입법을 보완할 것인지에 관하여 숙고하

헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 등 결정에서는 자유권규약은 헌법 제6조에 따라 법적 구속력이 있으나, 양심적 병역거부권과 관련된 명시적 조문이 없고 국제인권기구의 해석은 권고적 효력에 불과하여 자유권규약에서 양심적 병역거부권을 도출할 수 없다는 입장이었습니다.

나. 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 결정에서는 ‘6. 본안 판단 다. 국제인권규범에 비추어 본 양심적 병역거부’에서 국제인권규범을 실시하면서 우리나라가 자유권규약에 가입한 사실, UN 인권위원회의 결의, 인권이사회의 결의, 유럽연합 기본권헌장, 유럽인권재판소의 판결, 자유권규약위원회의 권고, 개인정보에 대한 자유권규약위원회의 결정을 지적하며 헌법불합치 결정의 중요한 판단기준으로 삼았습니다.

다. 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결에서는 다수의견 9명 대법관 중 7명의 대법관이 보충의견을 통하여 이 사건에서 국제인권법 및 국제인권기준이 어떻게 적용되는지를 판시하였습니다.

보충의견(권순일, 김재형, 조재형 민유숙 대법관)에서 ‘법률을 해석할 때 같은 문제를 놓고 고민해 온 국제사회의 경험과 태도 변화를 고려할 수 있다. 양심적 병역거부에 관한 국제사회의 흐름은 최근 획기적 변화를 보이고 있다.’며 우리나라가 가입한 자유권규약, 유엔자유권규약위원회의 일반논평, 유엔인권이사회의 10차례 결의, 유럽연합기본권헌장, 유럽인권재판소의 판결을 언급하였습니다(판결문 83면). 이어서 여러 국제기구의 규약 해석은 존중되어야 하지만, 그 자체가 법적 구속력이 있는 것이 아니고 유럽연합과 유럽인권법원의 입장을 일반적으로 승인된 국제법규 또는 국제관습이라고 볼 수 없다고 하면서도 위와 같은 국제사회의 태도 변화는 중요한 시사점을 제공한다고 양심의 자유와 그 적용 문제는 인류의 보편적인 문제라고 실시하였습니다(판결문 84~85면).

보충의견(박정화, 김선수, 노정희 대법관)은 위 보충의견에서 더 진일보하여 ‘우리나라가 가입한 자유권규약의 경우 헌법 제6조 제1항에 의해 국내법과 동일한 효력을 가지고 직접적인 재판규범이 될 수 있다(판결문 90면).’는 기본적 전제 하에 91~102면에

여야 한다.’(헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정)

결쳐 이 사건에 관한 재판에 국제인권법과 국제인권기준이 왜 그리고 어떻게 적용되어야 하는지 자세하게 설명하고 있습니다. ‘우리나라가 자유권규약 가입 당시 개인통보제도에 관한 선택의정서에도 가입한 것은 자유권규약위원회의 심사권을 인정한다는 것이고 그 견해를 받아들일 국제법상 의무를 지는 것(판결문 96면)’이라고 하였고, 헌법 제 37조 제1항을 들어 ‘자유권규약에 명문의 규정이 없는 경우에도 현대 민주주의 국가들의 시대정신에 맞게 자유권규약을 해석하여 기본적 인권을 도출할 수 있다고 보는 것이 지극히 타당하다(판결문 99면).’라고 하였습니다. ‘국제인권규약은 모든 가입국에 동일한 일반적인 규범을 창설한다는 점에서 객관적 성격의 규범창설규약이다. 이러한 규범은 다른 가입국의 이행상태와 무관하게 당해 가입국에 의해 적용되어야 하며, 또한 가입국의 특수한 사정이 지나치게 과대평가되어서는 안 된다. 국제인권규약에 대해서는 전통적인 조약에서의 상호주의가 적용되지 아니한다(판결문 101면).’라고 하여 일반적인 조약과 국제인권조약의 차이점을 설명하기도 하였습니다.

한편 대법원 전원합의체 판결에서 국제인권법·국제인권기준을 따른 것으로 명시적으로 언급되지는 않았습지만 판결에서 구체적으로 실시한 진지한 양심의 판단기준 즉 ‘깊고’, ‘확고하며’, ‘진실한’ 신념일 것이라는 기준은³⁴⁾ 콜롬비아 헌법재판소의 양심적 병역거부 사건 판결(Constitutional Court of Republic of Colombia Judgment C-728 of 2009)을 검토하여 정립한 것으로 보입니다. 관련된 콜롬비아 헌법재판소 판결문 일부를 소개하면 아래와 같습니다.

5.2.6. The Court should point out that the convictions or beliefs that give way to refusing to render military service should be profound, fixed and sincere for them to be of such an entity that the freedom of conscience and religion is really threatened. (본 재판소는 양심적 병역거부자에게 병역을 거부할 권리를 부여하기 위해 그들의 신념이 깊고, 확고하며, 진실한지 그래서 실제로 양심과 종교의 자유가 위협받고 있는지를 확인해야 한다는 점을 지적한다.)

5.2.6.1. In the first place, it is appropriate to emphasize that the

34) 판결문 중 ‘4. 진정한 양심적 병역거부의 심리와 판단’부분 (판결문 11~13면)

convictions or beliefs that are the object of constitutional protection, must define and condition the people's actions. That is, their external acts and behavior. It cannot deal only with convictions or beliefs that are only in the internal heart of hearts and live there, but that do not transcend into actions. In that sense, if a conviction or belief has remained in the heart of hearts for some time, come the time to render compulsory military service, that conviction or belief can continue to be limited to the internal sphere. In this case there does not exist, in principal, a constitutional duty to guarantee the right not to be obligated to act contrary to his conscience. (우선, 헌법의 보호를 받을 수 있는 신념이나 믿음은 그 사람의 행위를 통해 가늠할 수 있어야 한다는 점을 강조한다. 즉, 그 신념은 외부로 표출되는 행동을 통해 알 수 있어야 한다. 오직 내심의 영역에서만 머무르고 행동으로 옮겨지지 않는 신념이나 믿음은 보호의 대상이 아니다. 만약 일정 기간 신념이나 믿음이 내심의 영역에만 머물러 왔다면, 병역의 의무를 수행할 때가 되어도 그 믿음이나 신념은 내적 영역으로 제한되게 될 것이다. 이러한 경우 원칙적으로 헌법은 그에게 양심에 반하여 행동을 강제당하지 않을 권리를 보장할 의무가 없다.)

5.2.6.2. In this sense, all objectors of conscience will have the minimum obligation to demonstrate the external manifestations of his convictions and beliefs. It is his duty to prove that his conscience has conditioned and determined his actions in such a way, that rendering compulsory military service would entail acting against it. (그러한 차원에서, 양심적 병역거부자는 그의 신념과 믿음을 증명하는 최소한의 외적 증거물을 제시해야 한다. 자신이 양심이 이미 스스로의 외적 행동을 특정한 방식으로 조절하고 결정해 왔다는 점을 그래서 병역의 의무를 수행하는 것은 그 양심을 거스르게 될 것이라는 점을 증명할 책임은 병역 거부자 본인에게 있다.)

5.2.6.3. Now, the convictions or beliefs that are invoked, besides having external manifestations that can be proven, should be profound, fixed and

sincere. (권리를 행사할 수 있는 신념과 믿음은 겉으로 드러나서 증명되어야 할 뿐 아니라, 깊고 확고하며 진실해야 한다.)

5.2.6.3.1. That they be profound, involves not being a personal superficial conviction or belief, but rather that affect his life and way of being in a comprehensive way, as well as the totality of his decisions and assessments. It must deal with convictions or beliefs that form part of his life and that condition his actions in an all-embracing way. (신념이 깊다는 것은 그 신념이 개인적인 피상적 신념에 불과한 것이 아니라 그 사람의 생활 전체와 사람 전체에 광범위한 영향을 주어 그가 내리는 결정과 추구하는 가치관까지 좌우한다는 뜻이다. 삶의 일부가 아닌 전체가 이 신념의 영향력 아래 있어야 한다.)

5.2.6.3.2. That they be fixed, entails that they are not mobile, that it does not deal with convictions or beliefs that can easily or quickly be modified. Beliefs or convictions that he only alleges to have had for a short time. (신념이 확고하다는 것은 그것이 유동적이지 않다는 즉 쉽게 혹은 순식간에 바뀌지 않는다는 의미이다. 자신의 것으로 만든 지 얼마 되지 않은 믿음이나 신념은 포함되지 않는다.)

5.2.6.3.3. Lastly, that they be sincere, involve being honest, that are not false, not accommodating or strategic. In that case, for example, the violent behavior of a youngster in school fights could be a legitimate way disproving the supposed sincerity, if it really does not exist. (마지막으로 신념이 진실하다는 것은 정직하고 거짓됨이 없으며, 타협하거나 전략적이지 않다는 뜻이다. 예를 들어, 한 청소년이 학교에서 싸움을 하며 폭력적으로 행동한다면, 그의 신념이 진실하지 않다는 증거가 될 것이다.)

8. 국제인권법·국제인권기준으로 인해 나타난 구체적인 삶의 변화 (양심적 병역거부권 인정 외 사례들)

국제인권법과 국제인권기준은 생각보다 개개인에게 가까이 있습니다. 국가 간 맺은 조약(또는 협약)은 원칙적으로 국가 간에 효력이 발생하지만, 국제인권법과 국제인권기준은 헌법 및 민주주의 원리에 따라 개개인의 삶에도 영향을 주어 구체적인 변화를 가져올 수 있습니다.

대법원은 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women)³⁵⁾을 명시적으로 언급하며 여성에게 관습의 변화에 따른 종중원 지위를 인정하였습니다(대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결).

2007. 6. 1. 형사소송법 개정을 통해 도입된 필요적 영장실질심사제도는 자유권규약 제9조 제3항에³⁶⁾ 따른 제도로 자유권규약위원회, 학계, 대한변호사협회 등으로부터 자유권규약에 따른 개정을 권고받아왔던 사항입니다.

1985년 11월 29일 유엔이 채택한 범죄피해자 및 권력남용 피해자를 위한 정의의 기본원칙(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)에서 선언한 피해자의 인권을 보장하기 위해 피해자의 형사재판 참여절차를 마련하였고 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(B규약)의 아동 및 가정에 대한 보호 조항과 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child : CRC) 등을 고려하여 가사소년재판에서 법원의 후견적 역할을 강화하였습니다.

35) 1979. 12. 18. 유엔총회에서 채택됨. 대한민국은 1984. 12. 27. 비준.

36) 자유권 규약 제9조 제3항 1문: Anyone arrested or detained on a criminal charge shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release. (형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 하며, 또한 그는 합리적인 기간내에 재판을 받거나 또는 석방될 권리를 가진다.)

헌법재판소는 구치소 내 과밀수용행위 위헌확인 사건에서도 보충의견에서는 자유권 규약 및 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)을 근거로 들며 위헌을 선언하였습니다(헌법재판소 2016. 12. 29. 결정 2013헌마142).

이처럼 기본적 인권이 관련된 사안에서 국제인권법 및 국제인권기준을 적극적으로 검토하고 적용하면 국민 개개인의 삶에 구체적인 변화를 가져올 수 있습니다.

9. 국제인권법·국제인권기준과 법원

국제인권법과 국제인권기준에 따라 양심적 병역거부권이 인정받게 된 사례를 보면 법원의 변화는 하루아침에 이루어지지 않았습니다. 많은 디딤돌이 필요하였습니다.

1939년 일제 강점기에서의 첫 체포와 유죄판결이 있고 변화가 있기까지 무려 80년이 필요했고 그동안 19,200명 이상의 사람들이 수감되었습니다.

우리나라가 자유권규약을 가입한 것은 1990년으로 약 30년 전의 일입니다. 유엔인권위원회(현 인권이사회)는 1987년 자유권규약 제18조에서 양심적 병역거부권을 인정하고 있음을 밝힌 바 있음에도 우리나라는 자유권규약 제18조에 대한 별다른 유보 없이 가입하였습니다. 우리나라는 해석상 양심적 병역거부권을 인정되고 있었던 자유권규약에 가입하였음에도 불구하고 30년 가까이 양심적 병역거부권을 인정하지 않고 있었습니다.

대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결의 반대의견(이강국 대법관)과 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정의 소수의견(김경일, 전효숙 재판관), 대법원 2007. 12. 27 선고 2007도7941 판결 등의 단서³⁷⁾, 헌법재판소 2011. 8.

37) ‘자유권규약 제18조에 관한 당원의 앞서 본 해석은 위와 같은 입법적 해결의 필요성과 논의의 시급함을 부인하는 의미로는 결코 받아들여져서는 아니될 것이다.’(대법원 2007. 12. 27 선고 2007

30. 선고 2008헌가22 등 결정의 소수의견(이강국, 송두환 재판관)에서는 끊임없이 국제 인권법과 국제인권기준을 이 사례에 적용하고 해석하여 변화의 씨앗을 심어주었습니다.

양심적 병역거부 사건을 재판한 하급심 판사들은 기존 판례 결론대로 판결하는 쉬워 보이는 길을 택하지 않고 끊임없이 고민하고 연구하였고 용기를 내어 무죄판결을 하여 상급법원을 설득하였습니다.

양심적 병역거부권 사례 외에도 이러한 노력은 이어지고 있습니다. 하급심에서는 민사·형사·행정 사건 전반에서 국제인권법이 당사자의 주장 및 판단에 사용되고 있고 대법원의 전원합의체 판결에서 국제인권조약을 언급하며 다수의견에 대한 반대의견을 표시하거나 반대의견에 대한 다수의견 보충의견을 제시한 판결들(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008다10479 전원합의체 판결, 대법원 2013. 6. 20. 선고 2010다14328 판결)이 나오는 것을 보면 국제인권법의 적용 및 해석이 점점 더 중요해지고 있음을 알 수 있습니다.

국제인권법은 1, 2차 세계대전을 계기로 전통 국제법에 따라 인권문제를 각 국가의 국내문제로만 치부할 경우 인권침해는 물론 국제공동체 질서의 안전과 평화를 위협하게 된 역사적 경험과 인식에 따라 탄생하였고 개별 국가의 자국민에 대한 인권보호의무 위반은 단지 개별 국가만의 문제가 아닌 국제 공공질서 위반에 해당하는 객관적인 성격을 가지게 되어 국제사회의 집단적 대응을 요청하게 되었습니다. 이러한 국제인권법의 탄생 배경과 그 정신은 우리 헌법 전문 및 제5조, 제6조 등에서 반영되어 있습니다.

기본적으로 사법부는 본래 개인의 권리침해를 보호하는 권능을 포함한 공공의 법률 질서를 보호, 유지하는 권한과 책임을 부여받은 기관입니다. 법률에 대한 해석 적용권은 헌법이 사법부에 부여한 고유권한이지만 헌법과 법률에 따른 제한을 받습니다. 법원이 국제인권기준과 관련된 사안을 심리할 때는 국제인권법의 특수성을 고려하여 더욱 적극적으로 그 취지에 부합하는 해석과 적용을 할 필요가 있습니다. 법 해석의 원칙과 목표는 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 ‘구체적 타당성’을 찾는 데 있습니다.³⁸⁾

도7941 판결 등)

이와 관련하여서 유럽인권재판소가 제시한 살아있는 문서이론(the living instrument doctrine)을 참고할 필요가 있다고 생각합니다. 이는 유럽인권협약 등 국제인권법은 현재의 제조건 및 오늘날 민주주의 국가들에 있어서 지배적인 이념에 비추어 해석되어야 한다는 이론입니다(The Court reiterates in this connection that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today).

국제인권법은 단지 좋은 말만 나열해놓은 추상적인 선언이 아닙니다. 자세히 살펴보면 인류가 궁극적으로 보호하려는 개인의 인권이 구체적으로 들어있습니다.³⁹⁾ 국제인권법은 헌법에 따라 법률과 동일한 또는 상위의 효력이 인정되는 규범입니다. 법원은 재판을 함에 있어 유사 사건의 판례를 참고하듯 국제기구 및 각 지역 인권재판소에서 당해 국제인권법을 어떻게 적용하는지 살펴볼 필요가 있습니다. 경우에 따라 관련 규범 및 국제인권기준에 관하여 당사자들에게 석명을 구하여 적극적으로 이를 고려할 필요가 있습니다.

10. 사례발표를 마치며

“우리는 헌법재판소와 대법원에 더 이상 기대할 것이 없다고 단념할 것이 아니라, 한 없는 기대를 가지고 위헌법률심판제청과 헌법소원의 제기, 판례변경 요구를 계속하여야 합니다. ... 현행 병역법 등이 위헌이라는 헌법재판소의 결정이 대체복무제를 도입케 하는 직접적이고 고유한 방법이고, 헌법재판소가 이러한 역할을 하지 않는다면 대법원이 먼저 무죄판결을 선고하는 것이 대체복무제의 즉시 도입을 촉발하는 가장 효과적 방법이기 때문입니다.” (대한변호사협회 인권위원회·법원 국제인권법연구회 공동학술대회,

38) 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결 등

39) ‘국제사회가 움직이는 과정을 보면, 전문가들이나 각국 대표들이 만나서 인류의 평화와 안전을 위하여 필요불가결한 원칙, 목표, 방법, 가치와 철학을 토의하여 합의를 이루어낸다. 그러한 노력의 결과가 조약이 되어 각국의 비준을 기다리는 경우도 있고, 이를 유엔 무대로 옮겨 원칙을 천명하는 한 개의 결의로서 채택된 다음 각 국가가 이를 시행하도록 적극 권유하는 방법도 있다.’(2014. 10. 24. 제9회 한국 법률가대회, 송상현 국제형사재판소장의 기조연설 중)

「양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성」(2014. 12. 20.), 전수안 전 대법관의 기조발제 중에서)

당시만 해도 가능할까 생각되는 일들이었습니다. 돌이켜보면 각급 법원과 대법원, 헌법재판소는 희망이 담긴 위 요청에 답을 준 것처럼 느껴집니다. 하급심 법원은 국제인권법과 국제인권기준을 적용하여 많은 무죄판결을 내렸고 헌법재판소는 위헌결정을 내렸으며 대법원은 전원합의체를 열어 기존 판례를 변경하여 무죄 취지의 판결을 내렸습니다. 80년간 이어오던 수감의 굴레를 끊어졌습니다.

대법원 전원합의체 판결의 보충의견에서는 국제인권법·국제인권기준을 적용할 법원의 책무에 관하여 아래와 같이 언급하였습니다. 이를 인용하는 것으로 사례발표를 마칩니다. 감사합니다.

‘법원은 헌법상 기본권을 해석할 때는 물론 법률을 해석할 때도 규약에 부합하도록 노력하여야 한다. 국제인권규약에 조화되도록 법률을 해석하는 것은 보편적 인권의 관점에서 사법부가 지켜야 할 책무이다. 특히 자유권규약의 경우 인권이 단순히 국내문제가 아니라 전세계적·보편적인 문제라는 당위성에서 만들어진 국제인권규약으로서, 대부분 개인에게 직접 권리를 부여하는 조항으로 규정되어 있다는 점에서 더욱 그러하다.’⁴⁰⁾

40) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결, 100면.

참고자료

- 안경환·장복희, 『양심적 병역거부』, 도서출판 사람생각, 2002.
- 한인섭·이재승, 『양심적 병역거부와 대체복무제』, 경인문화사, 2013.
- 서울지방법원, 『대체복무 제도의 모델에 관한 연구』, 박영사, 2018.
- 대한변호사협회, 「국제인권법과 법률가의 역할 세미나」 자료집(2008. 12. 9.).
- 군의문사진상규명위원회, 「3년 활동보고서」(2009).
- 서울대학교 공익인권법센터, 「한국의 양심적 병역거부권」 자료집(2012. 5. 11.)
- 대법원·법무부 국제인권법연구회 공동학술대회, 「국제인권법의 국내적 수용과 차별금지」 자료집(2013. 10. 12.).
- 대한변호사협회 인권위원회·법원 국제인권법연구회 공동학술대회, 「양심적 병역거부의 문제점과 대체복무제도의 필요성」 자료집(2014. 12. 20.).
- Amnesty International, 「Sentenced to Life : Conscientious Objectors in South Korea」(2015)
- 한국헌법학회, 「양심적 병역거부와 대체복무제 도입에 관한 심포지엄」 자료집(2018. 10. 16.).
- 대한변호사협회, 「인권보고서」(2018).



법원의 국제인권기준 적용 심포지엄

토론문

‘국제화된 사법부’, ‘*de facto* 국제인권재판소’를 지향하며 - 국제인권조약의 효력, 적용, 해석에 관하여 -

장태영 (서울서부지방법원 판사)

목 차

1. 들어가며	111
2. 개방된 법체계와 국제법 및 국제화의 필요성·중요성	112
가. 개방된 법체계와 국제화된 대한민국의 미래	112
1) 국제화의 토대로서 국제법체계에 열려 있는 국내법체계	112
2) 국제법 및 국제화의 필요성·중요성	113
3) 한일병합, 한국전쟁, 분단국가와 국제법	115
4) 국내문제와 국제문제의 경계 소멸	116
5) 사법부의 새로운 도전과 경쟁	117
나. 국제법체계에 닫혀 있는 국내현실과 발전방향	118
3. 사법부의 국제인권조약의 국내적 실행에 관한 3가지 이슈 - 효력, 적용, 해석	119
가. 국제인권조약의 효력	119
1) 국내법으로서의 효력	119
2) 국내법과의 우열관계	119
나. 국제인권조약의 적용 - 재판규범성	121
1) 재판규범으로서의 국제인권조약	121
2) 헌법재판소의 국제인권조약 적용과의 비교	121
가) 국제인권조약과 헌법소송	121
(1) 심판대상의 측면	121
(2) 헌법재판규범의 측면	122
나) 법원쟁송과 헌법소송에서의 국제인권조약의 적용 비교	123
3) 자기집행성 법리의 국내 수용에 대한 비판	124
가) 미국 판례상 법리 - 자기집행적·비자기집행적 조약의 준별	124
나) 자기집행성 법리에 관한 국내법상 근거가 있는가?	125
다) 국제인권조약과 손해배상청구의 권원	127
라) ‘손종규 개인통보사건’의 보다 근원적인 문제	129
다. 국제인권조약의 해석	131
1) 국제인권조약의 해석 권한	132

목 차

2) 국제인권조약의 해석에 관한 문제점 등	132
가) 국내법 관점과 국내현실에 기초한 해석	132
나) 기타 문제점	133
3) 국제인권조약의 해석에 관한 제언	134
가) 국제법적 관점의 해석	134
나) 국제인권기구의 해석에 대한 고려와 존중	136
다) ‘권리의 다발’과 법의 발전·진화	138
(1) 법의 동태적이고 탄력적인 성격	138
(2) 국제법의 발전·진화	139
(3) 유럽인권재판소의 ‘살아있는 문서 이론’	141
4. 문제점의 원인 및 개선방안	142
가. 문제점의 원인	143
나. 개선방안	144
5. 마치면서	148

약어·용어표

United Nation	국제연합
Universal Declaration of Human Rights	세계인권선언
International Covenant on Civil and Political Rights	자유권규약
Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights	자유권규약 선택의정서
Human Rights Committee	자유권규약위원회
General Comment	일반논평
Concluding Observation	최종견해
Individual Communication, View	개인통보, 견해
Commission on the Human Rights	인권위원회
Human Rights Council	인권이사회
Universal Periodic Review	보편적 인권정례검토
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms	유럽인권협약
European Court of Human Rights	유럽인권재판소
Vienna Convention on the Law of Treaties	비엔나협약

약어·용어표

전원합의체 판결	전합 판결
대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전합 판결 중 다수의견에 대한 대법관 권순일, 대법관 김재형, 대법관 조재연, 대법관 민유숙의 보충의견	제1다수보충의견
같은 전합 판결 중 다수의견에 대한 대법관 박정화, 대법관 김선수, 대법관 노정희의 보충의견	제2다수보충의견
같은 전합 판결 중 대법관 김소영, 대법관 조희대, 대법관 박상옥, 대법관 이기택의 반대의견	반대의견

1. 들어가며

먼저 훌륭한 발표를 해주신 이해영 연구위원님, 백종건 변호사님께 감사와 존경의 말씀을 드립니다. 한정된 지면과 시간 그리고 특정한 주제라는 제한을 가지고 두 분의 뛰어난 연구 역량을 접할 수밖에 없고, 또 이러한 범위 내에서만 토론해야 한다는 점이 참으로 아쉽기만 합니다.

이해영 연구위원님의 발표에는 사법부의 국제인권조약 적용에 대한 반대하면서도 체계적인 정리가 담겨 있고, 매우 유의미한 통계까지 있어 후속 연구에 커다란 도움이 될 것이라 믿습니다. 법원 판결에서 나타난 문제점을 분명하게 확인할 수 있고, 법원이 개선하고 나아가야 할 방향에 대한 중요한 ‘인사이트’(insight)를 얻을 수 있다고 생각합니다. 학업의 부족으로 뿌영계만 알고 있었던 사항을 구체적이고 명쾌하게 풀어내 주셔서 ‘속 시원’하기도 하였습니다. 조만간 사법정책연구원에서 발간될 이해영 연구위원님의 연구보고서가 더욱 기대됩니다.

백종건 변호사님의 사례발표에는 커다란 울림이 있었습니다. 백종건 변호사님의 경험과 아픔이 담긴 단어, 문구 하나하나에 정지한 연구자료보다 훨씬 더 큰 설득력과 반향이 있다고 느꼈습니다. 실제 사건의 바깥에 떨어져 있는 저로서는 인식과 공감능력에 한계가 있겠지만, 양심적 병역거부로 고생하신 모든 분들께 조심스럽게 위로와 축하의 말씀을 전하고 싶습니다. 법원이 인권의 보루라는 사명을 다시 한 번 절실히 깨닫게 되었습니다. 또 대한민국 구성원 모두가 국제인권조약의 국내적 실행에 있어 더욱 전향적인 자세를 가져야 한다고 믿습니다.

2. 개방된 법체계와 국제법 및 국제화의 필요성·중요성

국제법을 공부한 학생, 사법부에서 일하는 법률가, 대한민국의 공직자로서 먼저 ‘국제화된 대한민국과 사법부의 필요성·중요성’에 대하여 말씀 드리지 않을 수 없습니다.

가. 개방된 법체계와 국제화된 대한민국의 미래

1) 국제화의 토대로서 국제법체계에 열려 있는 국내법체계

헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정합니다. 조약과 국제관습법이라는 국제법이 국내법체계에 변형 없이 수용된다는 이 규정은 제헌 헌법부터 현행 헌법까지 거의 그대로 유지되어 왔습니다. 잿더미 속에서 대한민국을 다시 세운 선조들은 국내법을 제대로 준비하고 가다듬을 시간이 없었습니다. 선진 국제법으로 부족한 국내법체계를 대체할 불가피성과 필요성을 절실히 느꼈을 것입니다. 법체계가 신속히 정비되어 대한민국이 정상적인 국가의 반열에 오르길 희망하였습니다.

물론 여기에는 현실적 필요만이 아니라 대한민국의 미래에 대한 혜안이 담겨 있습니다. 대한민국은 3면이 바다를 접하고 있고 열강에 둘러싸여 있습니다. 열강도 거의 모든 영역에서 명실상부하게 최강국으로 평가받는 국가들입니다. 대한민국의 영토는 좁고 부존자원은 거의 없는 것이나 다름이 없습니다. 믿을 것은 유능하고 깨어 있는 국민뿐입니다. 대한민국은 다른 국가와 협력하고 교류하며 살 수밖에 없습니다. 경제 문제에 한정해서 본다면, 대외무역 중심의 개방경제에 대한민국의 사활이 달려 있습니다. 헌법 전문에서 밝힌 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복”은 ‘국제화’가 아니고서는 달성하기 어렵습니다.

한편 국제사회는 두 차례의 세계대전 이후 1945년 ‘기본적 인권, 인간의 존엄 및 가치에 대한 신념’을 재확인하고, ‘국제법에서 발생하는 의무에 대한 존중이 계속 유지될 수 있는 조건’을 확립하며, ‘국제평화와 안전을 유지’하기 위하여 국제연합을 설립하였습니다. 1948년 국제연합 총회에서 ‘모든 인민과 모든 국가가 다함께 달성해야 할 하나의 공통 기준’으로서 기본적 인권과 자유가 규정된 세계인권선언을 선포하였습니다. 헌

법은 당시 국제사회의 반성, 약속, 희망을 받아들여 대한민국이 세계평화에 공헌하고, 헌법에 명시되지 않은 기본적 인권도 모두 보장한다고 선언하였습니다(전문, 제5조, 제10조, 제37조 제1항). 대한민국은 국제평화의 유지에 공헌하고 보편적 기준에 따라 인간의 기본적 인권과 자유를 보장하겠다고 다짐하였던 것입니다.

선조들은 이미 ‘법’에서부터 국제화를 주문하였습니다. 우리만의 법으로는 다른 국가, 다른 사람과 어울릴 수 없습니다. 개방에는 신뢰와 예견가능성 그리고 보편적 질서를 필요로 합니다. 헌법은 대한민국이 국제질서를 준수하는 한편 세계 여러 국가와 자유롭게 교역하고 새로운 문물을 신속히 받아들이도록 명하였습니다. 그렇기에 국제법체계에 열려 있는 국내법체계를 만들었습니다. 누구든지 보편적인 국제법이 대한민국에서도 그대로 타당하다는 믿음을 가지고 우리와 안심하고 교류할 수 있도록 하였습니다.

법원은 증거를 통한 객관적 사실인정을 바탕으로 법을 해석·적용하고 유권적인 판단을 내립니다. 사법부는 이러한 판단 작용, 특히 법의 해석·적용 과정에서 선조들이 주문한 ‘국제법체계에 열려 있는 국내법체계’를 항시 유념하여야 합니다.

2) 국제법 및 국제화의 필요성·중요성

일각에서는 국제사회에는 힘의 논리가 작동하는 한계가 있다고 지적합니다. 그러나 국제법마저 없다면 강대국에 목소리를 낼 수 있는 ‘레버리지’(leverage)를 찾기란 참으로 어렵습니다. 특히 대한민국의 동서 양옆에 있는 중국과 일본은 국제사회에서의 영향력을 확대하기 위하여 애쓰고 있습니다. 미국과 중국은 이미 ‘무역전쟁’에 돌입하였습니다. 이들은 우리에게 자신이 주도하는 질서에 동참할 것을 요구하기도 합니다. 대한민국이 견지해야 할 전략의 한 축은 반드시 ‘법의 지배’, ‘국제법 원칙’이 될 수밖에 없습니다. 국제법보다 효과적인 대응책을 찾기도 어렵습니다. 국제사회에서 강대국 역시 국제법을 형식상으로도 전면에 내세우지 않을 수 없습니다. 국제법은 국제 외교와 교섭에서 우리의 중요한 ‘카드’입니다. 국제법의 기본원칙 중 하나인 ‘국가평등, 주권평등’은 어느 누구도, 적어도 표면적으로는, 무시할 수 없습니다. 특히 인권문제에 대해서는 당해 국가를 포함한 어느 국가도 ‘항변’하기 어렵고, 인권의 보편적 적용에 관하여 국제사회가 한 목소리를 내고 있습니다. 대한민국이 인권문제는 소홀히 하면서 다른 국가에게 국제질서의 준수를 주장한다면, 어느 누구도 여기에 귀 기울이지 않을 것입니다. 설

령 분담금을 많이 내고 인적 자원을 많이 제공하더라도 대한민국의 경제적 기여에 비례하는 평가와 주목을 받기 어려울 수도 있습니다. 한편 대한민국에서 최종적으로 개인의 인권을 확인하고 구제하는 역할은 사법부가 맡고 있습니다. 사법부는 국제인권조약에서 정하는 인권을 국제사회가 어떻게 이해하고 해석하는지 관심을 가지고, 보다 넓은 시야를 가져야 합니다.

국제질서는 일방주의에서 벗어나 점차 다자주의에 의해 형성되고 있습니다. 다양한 국제기구, 국가 연대, 지역 연합이 설립되고 있다는 점은 재론할 필요가 없습니다. 대한민국이 다양한 분야의 국제 연대와 단결에 적극적으로 참여하고, 그들의 평가와 의견을 경청하며, 국제법 준수에 앞장 서야 할 필요성은 명백합니다. 이러한 연대와 단결의 전제는 대한민국이 국제법을 준수하고 인권을 보호한다는 다른 국가의 신뢰입니다. 국제법 주체가 국제법을 준수하고 인권보호에 앞장서며 국제사회에 기여한다는 국제사회의 인식은 그야말로 엄청난 자산입니다. 국제법은 실용적인 측면에서도 대한민국에 꼭 필요합니다. 대한민국 그리고 대한민국의 중추인 사법부의 미래는 국제화에 달려 있다고 믿습니다.

대한민국의 지정학적 위치는 불리하면서도 유리합니다. 대륙과 해양을 잇는 중간에 있습니다. 주요 세력의 완충 지역에 존재합니다. 아시아와 미국 사이에서 태평양을 접하고 있는 한편 환태평양의 중심 국가이기도 합니다. 동남아시아국가연합(ASEAN)과의 관계도 원만한 편이고 동남아와 동북아를 육지와 바다에서 연결할 수 있습니다. 이제 대한민국은 국제사회의 ‘가교’ 역할을 충실히 수행할 수 있는 역량도 가졌습니다. 국제법은 대한민국이 국제관계의 ‘허브’(hub)로서 자리매김하는 데 없어서는 안 될 무기입니다.

덧붙여 대한민국은 국제사회의 성원과 축복 속에서 다시 일어났습니다. 수많은 국제원조도 받았습니다. 건국과 동시에 ‘항구적 세계평화와 인류공영’에 이바지하겠다고 선언하였고, ‘평화애호국’(peace-loving state)으로서 국제사회의 일원이 되었습니다. 우리의 건국 과정 자체에 국제질서를 준수하고 국제사회에 공헌해야 할 부채를 부담하게 된 것은 아닌가라는 생각도 해봅니다.

3) 한일병합, 한국전쟁, 분단국가와 국제법

대한민국은 한일병합 그리고 한국전쟁이라는 수난을 거쳐 ‘북한’이라는 설명하기 어려운 단체와 마주보고 있습니다. 제국주의, 식민지배의 피해와 대규모 전쟁 및 휴전을 거치면서 대한민국은 언제나 국제사회의 포럼 위에 있었습니다. 물론 과거에는 안타깝게도 주로 보살핌과 보호의 대상이었고, 제국주의자 간 전쟁과 흥정의 대상이 되기도 하였습니다. 그러나 이제는 국제평화에 이바지하고 국제질서를 주도하는 역할이 기대되고 있습니다. 다만, 일본의 식민지배 청산을 두고 지금까지도 역내 분쟁이 계속되고 있습니다. 종전선언 역시 아직까지 이루어지지 않았습니다.

대한민국의 관점에서 북한이라는 국가는 존재하지 않습니다. 그러나 국제사회에서, 개별 국가의 ‘국가승인’(recognition of state) 여부는 차치하고, 북한이 국제법상 국가가 아니라고 말하기는 어렵습니다. 북한은 평화적 통일을 위한 대화와 협력의 동반자이기도 하지만, 다른 한편 반국가단체로서의 성격도 아울러 가지고 있습니다.¹⁾ 북한 주민의 인권 역시 대한민국, 아시아를 넘어 국제사회 전체의 문제가 되었습니다. 근현대사부터 대한민국과 국제법은 떼어놓을 수 없는 관계였습니다. 우리의 과거와 현재에 비추어 대한민국 구성원 모두가 국제법에 익숙해야 합니다. 국제법을 모르고서는 대한민국의 과거와 현실은 물론 미래를 말할 수 없습니다.

대한민국의 통일은 시점이 문제일 뿐 반드시 도래합니다. 북한은 장기간 국제질서에 동참하기도, 불참하기도, 반대하기도, 역행하기도 하였습니다. 북한이 남겨둔 각종 국제법상 법률행위를 ‘통일 대한민국’이 어떻게, 어느 범위에서 승계해야 할지 참으로 어려운 문제입니다. 사법부를 비롯한 대한민국은 이러한 이슈에 대한 해답을 미리 준비하여야 합니다. 물론 그 대비책은 국제법에 기초하지 않을 수가 없습니다.

한편 휴전과 분단국가라는 현실에 따라 대한민국에서는 다른 어떤 국가보다도 국가안보와 국토방위가 중차대한 이해관계로 떠오릅니다. 제국주의에 의한 한반도 침탈과 6·25 전쟁의 비극을 겪은 대한민국으로서는 국민의 기본권 제한에도 불구하고 강력한 안보태세와 공안질서를 확보해야 하는 역사적 경험과 필요성이 있는 것도 사실입니다. 그러나 인권의 보편성 그리고 (일부 예외를 제외하고) 유보(reservation) 없이 가입한 국제인권조약의 규범성에 비추어, 국제사회에서 대한민국의 특유한 현실이 어느 정도의

1) 대법원 2010. 7. 23. 선고 2010도1189 전합 판결.

‘항변사유’가 되는지 진지하게 고민하여야 합니다. 현실을 경시하여서는 아니 되지만 과장하여서도 아니 됩니다. 대한민국은 수십 년간 경제성장을 거듭하여 세계 10위권 규모의 경제력과 상당한 수준의 국방력을 보유하고 있습니다. G20과 경제협력개발기구(OECD)의 회원국입니다. 국민 전반의 안보의식이 비교적 높은 편입니다. 또한 북한과의 이른바 ‘체제경쟁’은 거의 무의미해질 정도로 격차가 벌어졌습니다. 대한민국이 소수자와 인권을 희생하면서까지, 나아가 국제사회와 국제인권기구의 지속적인 권고와 요청에도 불구하고 달성해야 하는 급박하고 중대한 사안이 과연 무엇인지 숙고하여야 합니다. 우리가 신봉하고 지키려는 자유민주주의를 소수자와 인권에 대한 비관용과 배척으로 달성해야 하는지도 끊임없이 자문해 보아야 합니다.

4) 국내문제와 국제문제의 경계 소멸

세계화가 진행되고 다른 국가와의 교류가 활발해지면서 오직 특정 국가만의 ‘국내문제’는 점차 사라지고 있습니다. 특히 대한민국의 중대한 이해관계가 걸린 사안에서 ‘국제적’ 요소가 개입되지 않은 경우는 찾아보기 어렵습니다. 국내문제와 국제문제의 경계가 사라지고 있는 현상은 인권과 환경 분야에서 두드러집니다. 국가의 자국민에 대한 인권침해를 두고 ‘국내문제이니 간섭할 수 없다’는 항변은 이미 힘을 잃은 지 오래입니다. 인권침해는 인류 전체의 문제입니다. 인권개선은 너와 내가 없는 우리 모두의 과제입니다. 국제법에는 ‘대세적 의무’(obligation *erga omnes*), 즉 국제사회 전체에 대하여 부담하는 의무라는 개념이 받아들여지고 있습니다.²⁾ 어떤 국가도 이탈할 수 없는 국제법으로서 ‘강행규범’(jus *cogens*)이라는 개념도 인정되고 있습니다.³⁾ 예컨대, 국제재판소는 고문금지가 강행규범에 해당한다고 여러 차례 판시하였습니다.

환경 역시 특정 국가의 문제가 아닙니다. 중국발 미세먼지로 온 국민이 커다란 고통

2) 이와 관련하여, 민족자결권을 대세적 의무라고 판시한 East Timor (*Portugal v. Australia*), Judgment, I.C.J. Rep. 1995 (June 30), 90 참조.

“... the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an *erga omnes* character, is irreproachable.”

3) 이와 관련하여, 비엔나협약 제53조 참조.

“조약은 그 체결당시에 일반국제법의 절대규범과 충돌하는 경우에 무효이다. 이 협약의 목적상 일반 국제법의 절대규범은, 그 이탈이 허용되지 아니하며 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범으로, 전체로서의 국제 공동사회가 수락하며 또한 인정하는 규범이다.”

을 겪고 있습니다. 우리만의 노력으로 해결될 수 없다는 점은 자명합니다. 환경뿐만 아니라 난민, 기후, 테러, 금융위기, 비국가단체의 불법행위, 마약, 전염병 등도 마찬가지입니다. 이와 같이 다양한 국제문제가 이미 대한민국과 사법부에 제기되어 왔고, 향후 더 많이 제기될 것입니다.

5) 사법부의 새로운 도전과 경쟁

대한민국, 특히 사법부는 앞서 말씀드린 역사적, 지정학적 현실과 아울러 사회 변혁에 따라 새로운 도전에 맞서게 되었습니다. 요컨대, 새로운 도전에 대한 해답도 국제화에 있다고 생각합니다.

국내법원마다 (재판)관할권이 있고 국민은 관할권에 복종해야 합니다. 도발적으로 표현한다면, 현재 사법부에는 마르지 않는 ‘시장’과 ‘고객’이 있습니다. 사법부의 역량을 필요로 하는 시장은 언제나 있었고 시장을 찾는 고객이 줄어들 걱정은 하지 않았습니다. 그러나 세계화와 4차 혁명이 가속화되면 사법부의 시장이 항상 지금처럼 유지된다고 단정할 수 없습니다. 시공간이 무의미해지는 시대가 곧 다가옵니다. 클라우드 컴퓨팅의 사례처럼, 정보가 도대체 어디에 있다고 선언해야 할지 불분명한 경우가 발생하고 있습니다. 관할을 어디로 할지 정하기 어려운 경우가 더욱 늘어날 것입니다. 인간생활의 많은 영역이 네트워크 속에서 실현된다면 토지를 기반으로 한 관할은 설득력을 곧 잃고 말 것입니다. 나아가 또 다른 의미의 ‘포럼쇼핑’(forum-shopping)은 언제든지 심화될 수 있고, 이를 비난할 수도 없게 됩니다.

정의가 반드시 법원의 재판을 통해 구현된다는 인식은 점차 희박해질 수 있습니다. 이미 법원 이외의 공공기관이든, 민간기관이든 적지 않은 주체가 분쟁해결 기능을 행사하고 있습니다. 개별 당사자끼리 법원 재판이 아닌 중재에 따르기로 미리 약정하는 사례는 쉽게 찾을 수 있습니다. 준거법을 미리 정하기도 합니다. ‘정의의 민영화’(privitization of justice)가 가속화될 것이라는 예상이 허투루 들리지만은 않습니다. 아직 특정 분야, 특정 당사자 간 거래에 한정된 측면이 있지만, 사회 변혁에 대한 준비가 필요하다고 생각합니다. 법원은 다른 경쟁자들의 도전을 경시하여서는 아니 됩니다. 사법부는 현재와 같이 다른 경쟁자들과 비교하여 매력적인 외관과 실력을 갖추어야 합니다. 사법부의 경쟁력을 높이기 위해서는 국제화를 반드시 염두에 두어야 합니다.

다. 국민의 시야와 활동 범위가 전 세계로 나아가고 있습니다. 반드시 내국인만 우리 법원을 찾는다는 생각은 버려야 합니다. 미래에는 전 세계 국민이 우리 법원에서 정의를 구하려고 찾아올 수 있습니다. 전 세계 법원이 우리 법원의 재판과 판단에 관심을 가지고 주목할 수 있습니다. 국가의 법률과 판례도 수출품(*eg. law as a product*)이 될 수 있습니다. 전 세계적으로, 특히 인권과 관련하여, 법률문화를 주도할 수 있는 ‘매력적인 재판소’가 되어야 한다고 생각합니다. 대한민국 그리고 사법부는 국제법에 대한 인식 제고와 국제화를 최우선 과제 중 하나로 삼아야 합니다.

나. 국제법체계에 닫혀 있는 국내현실과 발전방향

대한민국이 국제화를 실현하기 위한 법적 토대는 1948년 제헌 당시부터 마련되어 있습니다. 국제법과 국제화는 대한민국의 숙명이자 미래입니다. 향후 국제화를 더욱 절실하게 하는 새로운 도전도 맞이하게 됩니다.

그러나 국내현실은 그렇지 못하였습니다. 사법부 내에 국제법이 법원쟁송의 재판규범이라는 인식마저 아직은 부족한 측면이 있는 것 같습니다. ‘국제법적 기준에 입각한 국제인권조약의 해석 사례가 드물고 사법부가 전반적으로 국제인권조약을 생소해 한다’는 이해영 연구위원님의 지적에 동의합니다. 국제법이 ‘상징적인 의미, 장식의 역할’에만 그쳤던 것도 사실입니다. 입법, 행정은 물론 사회 전반의 제도가 그러합니다. 언론보도만 보더라도 대부분 국내문제와 국내적 관점의 평가에만 치중해 있습니다. 국제사회의 동향과 국제질서의 측면에서 바라본 평가는 찾기 어렵습니다. 대한민국에 국제적 이슈가 발생했는데도 제3국의 시각은 물론 심지어 타방 국가의 언론보도마저 제대로 전달되지 않습니다. 국제화가 숙명이자 미래인 국가의 모습인지 의문스럽습니다. ‘국제화’를 찾아볼 수 없는 우리의 언론보도 현실을 두고 ‘우물 안 개구리’라고 탄식한 어느 학자에 공감하지 않을 수 없습니다. 국제인권조약에 대한 관심은 더더욱 부족합니다. 국제인권조약의 구체적인 규정은 물론 국제인권기구의 일반논평, 견해, 보편적 인권정례검토에 귀를 닫고 있습니다. 사법부는 인권을 지키고 실현하는 중대한 임무를 맡았습니다. 사법부마저 국제인권조약과 국제사회의 동향에 무관심해서는 아니 됩니다.

물론 국제법이 법원쟁송과 헌법소송에서 조금씩 반영되기 시작하였습니다. 법률가는 물론 국민 전체의 인식도 변화하고 있습니다. 그럼에도 아직 부족한 부분이 있는 것은

아닌지 고민할 필요가 있습니다. 국제화를 대한민국의 미래로 제시한 헌법 정신을 충실히 구현하는 데 사법부가 앞장서야 합니다. 법원 전체의 국제법에 대한 인식은 한층 더 제고되어야 합니다. 향후 동북아 역내에서, 아시아에서, 전 세계에서 법률문화를 선도하는 사법부가 되어야 합니다. 특히 인권과 관련하여, 우리 법원은 전 세계 모든 인간의 보편적 인권보장을 위한 ‘*de facto* 국제인권재판소’로 발전해야 한다고 생각합니다. 우리 국민의 사법부에 대한 신뢰와 애정은 이러한 발전과정에서 자연스럽게 수반될 것이라고 믿습니다.

3. 사법부의 국제인권조약의 국내적 실행에 관한 3가지 이슈 - 효력, 적용, 해석

대한민국이 국제사회에 준수하기로 선언한 국제인권조약에 대하여 사법부, 행정부, 입법부 모두가 국내에서 충실히 실행할 의무가 있다는 점에는 이론이 있을 수 없습니다. 사법부의 관점에서 그리고 구체적인 법원재판에서 ‘국제인권조약의 국내적 실행’과 관련하여 문제되는 이슈는 ‘효력, 적용, 해석’ 3가지로 나누어 고찰할 수 있습니다. 물론 3가지 이슈에 관한 법원의 실제 사법 작용이 개별적이고 독립적으로 이행되는 것은 아니고, 각 이슈별로 명확히 구별되는 판시가 있는 것은 아니지만, 이러한 구분은 문제점을 발견·이해하고 개선방안을 제시하는 데 도움이 된다고 생각합니다.

가. 국제인권조약의 효력

1) 국내법으로서의 효력

조약은 헌법 제6조 제1항에 따라 ‘국내법과 같은 효력’을 가집니다. 국제인권조약이 대한민국 내에서 국내법으로서 효력이 있다는 점 자체에는 특별한 문제가 없습니다.

2) 국내법과의 우열관계

보다 중요한 사항은 국내법체계상 조약의 위치, 즉 헌법, 법률, 시행령, 시행규칙 등

과의 상하관계입니다. 이론적으로는 내용상 충돌의 문제에 앞서 검토되는 우열관계의 문제입니다. 실질적으로는 조약과 국내법이 내용상 충돌하는 경우 일방이 타방에도 불구하고 적용될 수 있는지, 이러한 충돌이 어떠한 절차를 거쳐 해소되어야 하는지에 대한 해답을 얻는 전제가 됩니다. 예컨대, 어떤 조약이 법률과 동위라면, 당해 조약을 심판대상으로 하는 헌법소송에서 헌법재판소가 헌법에 따라 위헌 여부를 판단할 수 있습니다(헌법 제111조 제1항). 어떤 조약이 시행령, 시행규칙과 동위라면, 당해 조약이 재판의 전제가 된 법원쟁송에서 최종적으로 대법원이 헌법과 법률에 따라 규범통제를 할 수 있습니다(헌법 제107조 제2항).

대체로 국회의 동의(헌법 제60조 제1항)를 받은 조약에는 법률과 동일한 효력이 인정된다고 봅니다.⁴⁾ 국제인권조약에 대하여는 법률 우위의 효력, 헌법적 효력이 인정된다는 견해도 있습니다. 국제인권조약이 가지는 ‘내용의 중대성’, ‘헌법 유사의 기본권규정의 성격’은 충분히 인정됩니다. 그러나 국내법체계가 헌법과 법률 사이에 존재하는 위상의 규범을 예정하였다고 보기는 어렵습니다. 그리고 헌법 제6조 제1항과 더불어 부칙 제5조의 해석상 헌법은 조약에 대한 우위를 전제하고 있습니다.⁵⁾ 비교법적으로 스페인 헌법 제10조 제2항, 포르투갈 헌법 제16조 제2항, 루마니아 헌법 제20조 제1항에는 ‘기본권은 세계인권선언 나아가 국제인권조약에 따라 해석한다’는 취지의 규정을 두고 있습니다. 제2차 세계대전 이후 독립한 제3세계 국가에서도 이와 비슷한 헌법 규정이 발견되고 있습니다.⁶⁾ 그러나 우리 헌법은 위와 같은 규정까지는 두고 있지 않습니다.

대한민국이 체결한 조약 중 상당수가 국회 동의를 받지 않았습니다. 주요 국제인권조약 중 「아동의 권리에 관한 협약」 역시 마찬가지입니다. 국회 비동의 조약에 대해서는 법률 하위의 효력이 인정된다는 다수의 입장⁷⁾과 법률 동위의 효력이 인정된다는 입장⁸⁾

4) 예컨대, 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005다30184 판결, 헌법재판소 2001. 3. 21. 선고 99헌마139, 142, 156, 160(병합) 결정.

5) 헌법재판소 2013. 11. 29. 선고 2012헌마166 결정.

“조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것이 아니다”라고 판시한 대법원 2005. 5. 13.자 2005초기189 결정도 참조.

6) 예컨대, 헌법에 세계인권선언 등을 명시한 국가로 Afghanistan, Benin, Burkina Faso, Burundi, Cambodia, Chad, Comoros, Côte d’Ivoire, Equatorial Guinea, Ethiopia, Gabon, Guinea, Haiti, Mali, Moldova, Nicaragua, Niger, Rwanda, Sao Tomé & Principle, Senegal, Somalia, Togo 등이 있다고 알려져 있습니다.

7) 예컨대, 전종익, “조약의 국내법상 지위와 고시류조약”, 서울국제법연구 제22권 제1호 (2015. 6.).

8) 예컨대, 정인섭, “조약의 국내법적 효력에 관한 한국 판례와 학설의 검토”, 서울국제법연구 제22권 제1호 (2015. 6.).

이 대립합니다. 법원재판에서 국회 비동의 조약이 국내법의 위계 중 어디에 위치하는지에 관한 문제가 실질적인 쟁점이 되고 사안의 결론을 좌우하는 사례는 아직 발견하지 못하였습니다.

- 이해영 연구위원님께서는 국회 비동의 국제인권조약의 효력에 관하여 어떠한 견해를 가지고 계신지 궁금합니다[질문사항 1-1].

나. 국제인권조약의 적용 - 재판규범성

1) 재판규범으로서의 국제인권조약

대한민국이 당사국인 조약과 국제관습법은 법원재판의 재판규범이 될 수 있습니다. 법원이 재판규범으로서 법률을 당연히 아는 것처럼 조약과 국제관습법이라는 국제법을 알고 있어야 합니다. 국제인권조약을 주장하고 적용·해석하는 것은 진보적이기 때문이 아니라 국제인권조약이 ‘법’이기 때문입니다. 법원이 민사재판에서 당사자의 주장이 없더라도 당연히 민법 내지 상법을 적용하는 것처럼 관련 국제인권조약도 적용해야 합니다. 아직 과도기 단계에 있고 적용상 일부 문제점이 발견되고 있지만, 국제법은 이미 다양한 법원재판에서 재판규범으로 원용되고 있습니다. 대한민국과 사법부가 더욱 ‘국제화’되면 향후 국제법 이슈가 포함된 법원재판과 재판은 지금보다 훨씬 더 증가할 것입니다.

2) 헌법재판소의 국제인권조약 적용과의 비교

가) 국제인권조약과 헌법소송

(1) 심판대상의 측면

국제인권조약의 헌법재판규범성을 언급하기에 앞서 조약 자체가 헌법소송의 심판대상이 될 수 있다는 점을 간략히 살펴보겠습니다. 대한민국이 체결한 조약의 위헌 여부가 헌법소송의 쟁점이 될 수 있습니다. 조약이 위헌법률심판이나 헌법소원심판의 심판대상이 되는 것입니다. 실제로 「대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정」이 국민투표권을 침해하여 위헌인지 문제된 사건⁹⁾과 「국제통화기금협정」의 면제 조항이 국민의 재판

청구권을 침해하여 위헌인지 문제된 사건¹⁰⁾이 있었습니다. 헌법소송의 심판대상인 ‘법률’에는 국회의 의결을 거친 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 법률과 동일한 효력을 갖는 조약도 포함됩니다.¹¹⁾

물론 국제법이 헌법소송의 심판대상이 된 사례는 상당히 드뭅니다. 다만, 국제법 자체에 대한 인식이 제고되고, 나아가 국제법이 우리 사회에 미치는 영향력에 대한 인식도 제고된다면, 국제법을 심판대상으로 삼는 헌법소송은 증가할 가능성이 높습니다. 국제적으로는 일응 적법하게 체결된 조약이, 국내적으로는 위헌이라고 판명되는 사례가 나올 수 있습니다. 이 경우 대한민국은 조약의 구속력에서 적법하게 탈퇴하기 전까지 대외적으로 조약에서 정한 국제법상 의무를 준수해야 합니다. 그런데 대내적으로 대한민국의 국가기관 및 지방자치단체는 헌법재판소의 위헌 결정에 기속됩니다(이와 관련하여 대한민국이 대외적으로 조약에 관한 정비작업을 이행할 수 있는 시간을 허여하기 위하여 헌법재판소가 기존의 입법개선시한과 유사하게 조약개선시한 내지 조약탈퇴시한을 명하는 방안을 생각해 볼 수 있습니다). 대한민국이 당해 조약에 대하여 어떠한 후속 조치를 취해야 하는지 연구와 대비가 필요합니다.

(2) 헌법재판규범의 측면

국제법이 헌법소송의 이슈가 되는 국면은 대부분 위헌 여부를 판단하는 준거, 즉 헌법재판규범이 될 수 있는가에 집중되어 있습니다. 특히 국제인권조약의 헌법재판규범성이 문제됩니다. 헌법재판소는 국제인권조약 자체는 물론 국제인권기구의 일반논평, 최종견해, 개인통보사건의 견해를 충분히 검토한다고 알려져 있습니다. 다만, 위헌 여부의 본안 판단에서 국제인권조약의 위상이나 내용을 논리적으로 풀어내기가 쉽지 않은 것 같습니다. 헌법재판규범은 결국 ‘헌법’이어야 하는데, 앞서 말씀드린 바와 같이 헌법재판소는 국제인권조약이 헌법과 동위는 아니라고 보기 때문입니다.

헌법재판소가 헌법소송의 본안 판단에서 국제인권조약의 내용을 전개하는 방식은 다음과 같이 크게 3가지로 분류할 수 있습니다.¹²⁾

9) 헌법재판소 2013. 11. 29. 선고 2012헌마166 결정.
10) 헌법재판소 2001. 9. 27. 선고 2000헌바20 결정.
11) 헌법재판소 2013. 2. 28. 선고 2009헌바129 결정.
12) 이와 관련하여, 전종익, “헌법재판소의 국제인권조약 적용”, 저스티스 제170-2호 (한국법학원, 2019. 2.) 참조.

- ① 국제인권조약이 마치 헌법재판규범인 것처럼 전제하고 당해 조약의 규정에 비추어 위헌 여부를 판단할 수 있다는 취지의 판시
 - ② 국제인권조약의 위상과 헌법소송에의 적용 논리에 대한 특별한 언급 없이, 헌법 해석에 관한 참고적·보충적 자료처럼 언급하는 판시
 - ③ 공권력의 행사 또는 불행사, 법률 등이 국제인권조약을 위반하였다면 이는 곧 헌법상 원칙인 ‘국제법 존중주의’를 위반한 것이고 따라서 헌법 위반에 해당할 수 있다고 전제하는 판시
- ③의 접근 방식이 그중에서는 논리적이라고 볼 여지가 있습니다. 헌법상 기본권규정이 법원쟁송의 재판규범으로 직접 적용되지 않고 간접 적용되는 것처럼, 국제인권조약이 헌법 제6조 제1항(국제법 존중주의)을 매개·도관으로 헌법소송에 간접 적용되는 것입니다. 다만, ‘간접 적용’ 방식은 다소 명확하지 않은 부분이 있습니다. 대한민국의 국제인권조약 위반이 어느 정도에 이르러야 위헌 선언을 할 수 있는지 불분명합니다.

나) 법원쟁송과 헌법소송에서의 국제인권조약의 적용 비교

대법원은 헌법상 기본권규정에 관하여 사법(私法)관계에 대한 간접 적용설을 채택하고 있습니다. 기본권규정은 사법상의 일반원칙을 규정한 민법 제2조, 제103조, 제750조, 제751조 등의 내용을 형성하고 그 해석기준이 되어 간접적으로 사법관계에 효력을 미치게 된다는 것입니다.¹³⁾

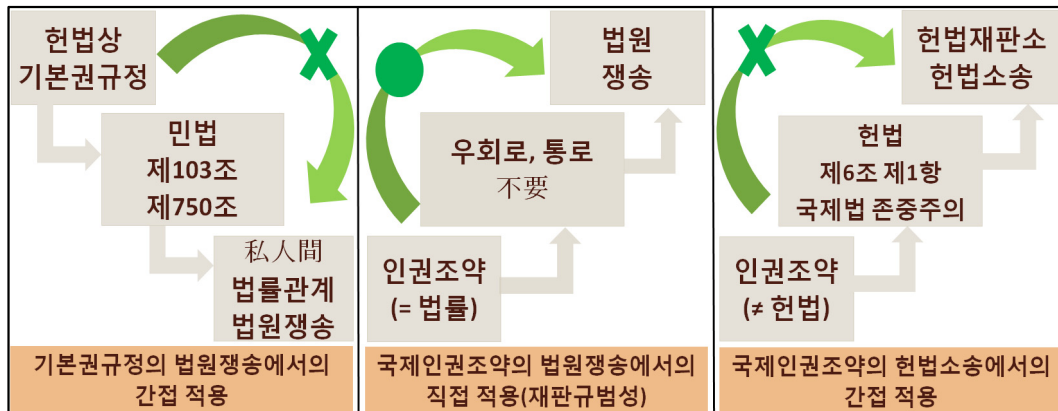
대한민국이 당사국인 국제인권조약은 특별한 사정이 없는 한 법원쟁송에서 재판규범으로서 ‘직접 적용’됩니다. 법원은 법전에 있는 각종 법률과 마찬가지로 국제인권조약을 적용해야 합니다. 법원은 당사자에게 법률뿐 아니라 국제인권조약에 있는 권리도 주어야 합니다. 법원은 재판규범으로서 국제인권조약을 적용하면서 ‘우회로’를 거칠 필요가 없습니다.

반면 국제인권조약은 헌법과 동위라고 볼 수는 없으므로 헌법소송에서 헌법재판규범으로 직접 적용된다고 보기 어렵습니다. 헌법상 기본권규정이 민법의 일반조항을 매개로 법원쟁송에 간접 적용되는 것처럼, 국제인권조약은 헌법 제6조 제1항을 매개로 헌법소송에 간접 적용될 수 있습니다. 간접 적용 이외에 헌법 해석에 관한 참고적 자료로

13) 대법원 2010. 4. 22. 선고 2008다38288 전합 판결.

고려될 수도 있습니다.

헌법상 기본권규정과 법원쟁송, 국제인권조약과 법원쟁송, 국제인권조약과 헌법소송과의 관계를 다음과 같이 간략하게 도식화할 수 있습니다.



3) 자기집행성 법리의 국내 수용에 대한 비판

국제인권조약의 재판규범성과 관련하여, 자기집행성(self-executing) 법리가 ‘국제법 회피논리’로서 오·남용될 수 있다는 점을 말씀드리고자 합니다. 이해영 연구위원님께서 ‘자기집행성의 허상’이라고 지적하신 내용에 공감합니다. 미국의 판례상 법리가 무비판적으로 대한민국에 ‘수입’되었던 것은 아닌지 곱씹어볼 필요가 있다고 봅니다.

가) 미국 판례상 법리 - 자기집행적·비자기집행적 조약의 준별

미국 연방헌법은 조약은 국가의 최고법(the supreme Law of the Land)이라고 규정합니다.¹⁴⁾ 일반적으로 조약은 연방헌법보다는 하위이나 연방법률과는 동위라고 해석합니다.

14) U.S.C.A. Const. Art. VI cl. 2.

“This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and 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.”

그런데 미국연방대법원은 전통적으로 이행법률과 같은 의회의 입법 없이 법원이 직접 적용할 수 있는 ‘자기집행적 조약’(self-executing treaty)과 이행법률이 있어야만 국내에서 집행이 가능한 ‘비자기집행적 조약’(non self-executing treaty)을 준별하는 입장을 견지하여 왔습니다.¹⁵⁾ Restatement 역시 자기집행성이 인정되는 경우에 한하여 당해 조약의 규정이 법원에서 직접 적용될 수 있다고 설명합니다.¹⁶⁾

예컨대, ‘모든 사람의 인권 및 기본적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려함에 있어 국제적 협력을 달성한다’는 국제연합헌장의 규정이 비자기집행적이라고 판단한 사례가 있습니다.¹⁷⁾ 미국은 애초부터 자유권규약에 대하여 제1조부터 제27조까지 자기집행성이 없다는 취지의 선언(declarations)을 하였습니다.¹⁸⁾

나) 자기집행성 법리에 관한 국내법상 근거가 있는가?

법원 판결과 헌법재판소 결정 중에 자기집행성 법리가 명시적으로 언급된 사례는 발견되지 않습니다. 다만, 일부 사례에서 자기집행성 법리와 유사한 취지의 판시가 종종 발견됩니다. 예컨대, “... 규정에서 개인의 권리와 의무를 정하여 그 자체만으로 국내법원에서 직접적으로 적용될 수 있는 규칙을 제정하려고 의도하였음이 그 문언 자체에 의하여 구체적으로 확인된다고 할 수는 없으므로 ...”라는 판시¹⁹⁾와 “... 재판권 면제에 관한 것이므로 성질상 국내에 바로 적용될 수 있는 법규범으로서 ...”라는 판시²⁰⁾가 그렇습니다.

조약을 국내에서 어떠한 방식으로 실행할지, 국내법원에서 어떻게 적용할지와 같은

15) 그 시초는 *Foster v. Neilson*, 27 U.S. 253 (January 1, 1829)이라고 알려져 있습니다.

16) Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law § 310 Self-Executing and Non-Self-Executing Treaty Provisions (2018).

“(1) A treaty provision is directly enforceable in courts in the United States only if it is self-executing. ...”

17) *Camacho v. Rogers*, 199 F.Supp. 155 (S.D.N.Y. October 19, 1961).

18) United Nations Treaty Collection, Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Chapter IV Human Rights.

<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en> (2019. 8. 5. 방문).

“... the provisions of articles 1 through 27 of the Covenant are not self-executing ...”

19) 서울중앙지방법원 2018. 9. 14. 선고 2017가단5245081 판결 (서울중앙지방법원 2018나65271호로 항소심 계속 중).

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

문제는 당해 국가가 결정할 사항입니다. 조약에서 목적하고 규정한 바를 준수할 의무는 있지만, 이를 위한 국내적 방법론은 당사국이 선택할 수 있습니다. 미국은 축적된 판례를 통해 일정한 법리를 창안하여 비자기집행적 조약의 경우 국내에서 이행법률의 도움을 받아 실행하겠다는 입장을 취하였습니다. 물론 미국이 비자기집행적 조약의 경우 충실히 이행하지 않았다는 입장이나 의도를 나타낸 것은 아니고, 단지 방법론으로서 입법부의 협력 내지 조력을 선택한 것입니다.

우리 헌법은 자기집행적·비자기집행적 조약의 준별을 상정하지 않았습니다. 국제법이 국내법으로 수용되는 과정에 ‘중간 경유지’를 만들지 않았습니다. 행정부의 법안에 따라 입법부가 이행법률을 제정한 경우도 있지만, 대한민국이 당해 조약을 충실히 실행하기 위한 선택이지 행정부나 입법부가 자기집행성 법리를 채택하였다고 보기는 어렵습니다. 일부 판결에서 자기집행성 법리에 부합하는 듯한 판시가 나타나고 있지만, 사법부의 확고한 판례라고 할 수는 없습니다. 대한민국이 국제인권조약에 가입하면서 비자기집행성을 염두에 두었다고 볼 수도 없습니다. 즉 자기집행성 법리에서 말하는 ‘국가의 주관적 의도’, 즉 조약의 구속력을 받기 전에 자기집행적 조약 또는 비자기집행적 조약을 상정하는 어떤 의사를 가지지 않았습니다. 대한민국은 일부 유보를 제외하고 국제사회에 국제인권조약의 비자기집행성에 관한 어떠한 입장도 표명하지 않았습니다. 오히려 대한민국은 자유권규약에 관하여 제2차 정기보고서에서 헌법 제6조 제1항에 따라 추가적인 입법 없이 국내법으로 인정된다는 의견을 밝혔습니다.²¹⁾

참고로 법률에는 목적, 기본이념에 관한 상당히 추상적인 규정을 두는 경우가 많습니다. ‘국가 또는 지방자치단체는 ○○을 실현하기 위하여 제도적 장치를 마련하고 필요한 재원을 마련하여야 한다’는 취지로 규정하는 경우도 있습니다. 이러한 조항은 재판규범이 아니라고 보아야 할까요? 이러한 조항의 의미를 축소하거나 간접 적용하여야 할까요? 국민에게 특정한 내용의 권리나 구체적인 청구권까지는 형성할 수 없겠지만, 법원은 당해 법률이 문제되는 사건에서 이러한 조항까지 충분히 고려하고 반영할 수 있다고 생각합니다. 국제인권조약에 나타난 ‘촉진’, ‘존중’, ‘약속’, ‘발전’에 관한 규정이나

21) Second periodic reports of States parties due in 1996, CCPR/C/114/Add.1 (20 August 1998), para. 9.

“As the Covenant was ratified and promulgated by the Government in consent with the National Assembly, it has the authority of domestic law without requiring additional legislation.”

‘필요한 조치와 절차의 확보’에 관한 규정도 다르지 않다고 생각합니다. 자기집행성 법리는 자칫 ‘국제인권조약의 회피논리’로 오·남용될 수 있다는 점을 유념할 필요성이 있습니다.

다) 국제인권조약과 손해배상청구의 권원

자기집행성 법리는, 국제인권조약의 규정이 개인에 대한 국내 구제수단이나 손해배상 청구의 새로운 권원으로는 인정되지 않는다는 ‘해석’과 혼동되기도 합니다.

자기집행성 법리를 따르는 미국을 보더라도, 자기집행성 여부와 청구원인(訴因, cause of action)은 별개의 국면으로 파악하고 있습니다.²²⁾ Restatement는 어떤 조약에 자기집행성이 인정된다고 하더라도 이러한 사실만으로 개인이 어떤 손해배상청구권을 행사할 수 있는 청구원인을 창설하는 것은 아니라고 설명합니다.²³⁾

한편 대법원은 ‘손종규 개인통보사건’에서 “[자유권규약 제2조 제3항은²⁴⁾] … 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 … 손해배상 등 구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것은 아니라고 해석된다”라고 판시하였습니다.²⁵⁾ 이 판결은 자유권규약 제2조 제3항에 관하여 ‘비자기집행성’을

22) 이와 관련하여, *Armstrong v. Exceptional Child Center, Inc.*, 135 S.Ct. 1378 (March 31, 2015) 참조.

“It is equally apparent that the Supremacy Clause is not the source of any federal rights … and certainly does not create a cause of action.”

23) Restatement (Fourth) of Foreign Relations Law § 311 Private Enforcement of Treaties (2018).

“(1) A treaty provision, even if it is self-executing, does not by virtue of that fact alone establish a private right of action or confer a right to seek particular remedies such as damages.”

24) 3. 이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다.

(a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것.

(b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률제도가 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.

25) 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877 판결.

인정한 것이 아니라, 손해배상청구의 권원을 창설한 것이 아니라고 ‘해석’하였습니다.

대법원은 자유권규약 제2조 제3항의 해석상 새로운 유형과 내용의 손해배상청구권이 마련된 것은 아니라고 판단하였습니다. ‘문명국가’(civilized nation)인 대한민국에는 국가배상법 등을 비롯하여 사법적 구제조치가 이행될 수 있는 국내법이 이미 확보되었다고 볼 수 있습니다. 특히 불법행위법은 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위’라는 포괄적인 일반조항을 두고 있습니다(민법 제750조). ‘가해행위의 위법성’ 요건은 ‘피침해법익과 가해행위의 상관적 고려’에 의하여 판단하는데,²⁶⁾ 위법성을 포착할 수 있는 범위가 상당히 넓다고 볼 수 있습니다. 실제로 불법행위법은 오래전부터 우리가 명확히 표현하지 못하는 많은 부분의 법익 침해까지 구제하여 왔습니다.²⁷⁾ 일반적으로 볼 때, 대한민국의 국내법상 사법적 구제조치가 확보되지 못하였다고 평가하기는 어려운 측면이 있습니다. 사실 기본적인 사법적 구제조치마저 확보되지 않은 국가는 일부 후진국을 제외하고는 찾기 어려울 것입니다.

물론 이 판결에는 ‘논란’을 야기할 만한 부분이 있습니다. 자유권규약이 ‘당사국 상호간의 국제법상 의무’를 규정할 뿐이라는 판시입니다. 이러한 판시가 자기집행성 법리를 채택한 것 아니냐는 오해를 불러일으켰을 가능성도 있습니다. 결론적으로 이러한 판시는 적절하다고 보기 어렵습니다. 자유권규약위원회가 일반논평 제24호에서 밝힌 바와 같이, 자유권규약은 국가 간 상호적인 의무를 연결하는 ‘망’이 아닙니다. 직접 개인에게 권리를 부여하는 것이고, 국가 간 상호주의의 원칙은 적용될 여지가 없습니다.²⁸⁾

자유권규약 제2조 제3항은 다른 권리 조항과 마찬가지로 국내법과 같은 효력과 함께 재판규범성이 인정된다고 생각합니다. 법원은 자유권규약의 권리를 침해받은 개인에 대하여 자유권규약 제2조 제3항의 취지까지 충분히 고려하여 효과적인 구제를 받을 수

26) 양창수, “정보화사회와 프라이버시의 보호 -사법적 측면을 중심으로-”, 민법연구 제1권(2004), 529.

27) 이와 관련하여 ‘불법행위법은 관련 분야들에 끊임없는 생명력을 제공하는 뿌리와 같은 규범’이라는, 권영준, “불법행위법의 사상적 기초와 그 시사점 -예방과 회복의 패러다임을 중심으로-”, 저스티스 제109호 (한국법학원, 2009), 103 참조.

28) General Comment No. 24 - Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (11 November 1994), para. 17.

“... the Covenant specifically, are not a web of inter-State exchanges of mutual obligations. They concern the endowment of individuals with rights. The principle of inter-State reciprocity has no place ...”

있도록 하여야 합니다. 개인은 자유권규약 제2조 제3항 및 당해 권리의 근거가 되는 조항과 더불어 관련 국내법, 예컨대, 국가배상법, 불법행위법(민법)에서 정하는 권리구제를 청구할 수 있습니다. 자유권규약의 권리침해에 대한 구제는 오직 자유권규약에서 말하는 구제조치 속에서만, 오직 국내법체계에서 말하는 구제조치 속에서만 가능하다는 논리는 타당하지 않습니다. 법원쟁송에서 적용할 재판규범으로서 국제법과 국내법이 아예 따로 존재하는 것은 아닙니다. 법원은 자유권규약이 국내법체계에 그대로 스며들어 형성된 ‘전체로서의 법질서’를 고려하는 것입니다.

라) ‘손종규 개인통보사건’의 보다 근원적인 문제

이 판결에 내재하는 보다 근원적이고 난해한 문제는 따로 있습니다. 자기집행성 법리의 채택 여부와 손해배상청구 권원의 창설 여부에 관한 해석은 부차적인 문제일 수도 있습니다.

‘손종규 개인통보사건’과 같은 사례를 보겠습니다.²⁹⁾ 관련 법률에 따라 유죄판결이 선고·확정된 후 제기한 개인통보에 대하여 자유권규약위원회가 개인의 권리가 침해되었고 구제조치가 필요하다고 판단하였습니다. 이후 개인이 새롭게 법원에 대한민국을 상대로 손해배상청구의 소를 제기한 경우입니다. 견해에 법적 구속력이 있다고 보기는 어려우므로, 법원으로서의 개인의 권리가 침해되지 않았거나 위법성이 없다며 자유권규약위원회와 다른 해석과 다른 판단을 할 수도 있습니다. 제1심 및 항소심 판결³⁰⁾과 양심적 병역거부에 관한 민사사건의 판결³¹⁾ 모두 이와 유사한 입장을 취하였습니다.

그러나 자유권규약 선택의정서에 가입하고 개인통보제도를 받아들인 대한민국이 취

29) 손종규는 구 노동쟁의조정법 제13조의2에서 정한 쟁의행위에 대한 제3자 개입금지 위반으로 유죄 판결(징역 1년 6월, 집행유예 3년)을 선고받았습니다. 손종규가 제기한 개인통보사건에서 자유권규약위원회는 손종규에 대한 형사처벌은 자유권규약 제19조 제2항에서 정한 권리(표현의 자유)를 침해하는 것이고, 대한민국은 손종규에게 적절한 구제조치를 취하고 구 노동쟁의조정법 제13조의2를 재검토하며 향후 이와 유사한 위반행위가 발생하지 않도록 유의하는 한편 대한민국이 이행한 조치를 90일 내에 통지할 것을 요청하였습니다.

Jong-Kyu Sohn v. Republic of Korea, Communication No. 518/1992, CCPR/C/54/D/518/1992 (3 August, 1995).

30) 제1심(서울지방법원 1996. 5. 30. 선고 95가단185632 판결)과 항소심(서울지방법원 1996. 11. 15. 선고 96나27512 판결)은 법원이 견해에 기속되지 않는다고 판시하였습니다.

31) 서울중앙지방법원 2014. 6. 11. 선고 2013가합565833 판결(제1심).

서울고등법원 2015. 4. 29. 선고 2014나2029214 판결(항소심).

대법원 2015. 8. 19. 선고 2015다216499 판결(상고심).

할 입장으로서 정당한지 의문입니다. 유사한 개인통보사건에서 동일한 취지의 견해가 반복된 경우에는 더욱 그러합니다. 그런데 사법부가 견해를 따른다고 하더라도 넘기 어려운 여러 ‘장벽’이 존재합니다.

개인이 청구원인으로서 제시해야 할 사항이기는 하나, 손해배상청구의 대상이 되는 행위와 행위주체를 무엇으로 삼아야 하는지 문제됩니다. 형사처벌을 가능케 한 법률을 제·개정한 입법부, 법률을 집행한 행정부, 유죄판결을 선고한 사법부 중 무엇을 대상으로 해야 하는지 명확하지 않습니다. 사후적으로 견해에 따라 권리침해라고 밝혀지기는 하였으나, 입법부, 행정부, 사법부의 각 작용이 권리침해의 의도와 목적으로 이행되었다고 보기는 어렵고, 여기에 위법성이 있었다고 단정하기 어려운 측면도 있습니다.

다음으로 법원이 개인의 손해배상청구를 인용하는 것은 사실상 기존 유죄판결의 기판력에 반하고, 기존 유죄판결의 위법성을 인정하거나 사실상 재심의 효과를 발생시킨 것은 아닌지 문제됩니다. 현재 ‘판결에 대한 헌법소원’이 인정되지 않지만, 자유권규약 위원회를 통해 우회적으로 ‘판결에 대한 국제소원’이 가능한 상황이 연출될 수 있습니다. 한편 유럽인권재판소는 체약국의 법원 판결에 대하여 유럽인권협약 위반을 선언할 수 있고, 체약국은 이에 따라야 할 의무가 있습니다.³²⁾ 그러나 자유권규약과 자유권규약위원회에는 유럽인권협약과 유럽인권재판소와 같은 수준의 기속 체제까지는 마련되지 못하였습니다. 그런데 자유권규약위원회가 당사국의 법원 판결을 사실상 ‘파기’하는 권한을 행사하게 된다는 지적도 가능합니다.

또한 개인에 대한 형사처벌을 할 수 있도록 규정하고 유죄판결에서 적용된 법률이 결국 국·국제인권조약과 충돌하는 것으로 판명되어 법체제상의 불안정이 발생합니다. 자유권규약위원회가 명시적으로 법률의 특정 조항 자체가 국제인권조약에 위배된다고 판단하는 경우에는 더욱 그러합니다. 관념적으로는 이러한 모순과 불안정이 ‘국제법 존중주의’ 또는 ‘신법 우선의 원칙’과 ‘특별법 우선의 원칙’에 따라 해소된다고 설명하겠지만, 실질적으로는 해소가 되지 않습니다. 여기서 행정부가 다른 개인에게 법률을 계속 집행하고 법원이 유죄판결을 선고하는 것은 국제인권조약의 지속적이고 집요한 위반을 야기할 수 있습니다. 그런데 국제인권조약에 위배되는 법률을 해소하기 위해서 어떠한 절차

32) 유럽인권협약 제46조 제1항은 다음과 같이 규정합니다.

“The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.”

를 밝힐 수 있는지 의문입니다. 국제인권조약이 헌법과 동위가 아닌 이상, 법원이 국제인권조약의 위반만으로는 당해 법률에 대한 위헌법률심판제청을 할 수 없습니다(물론 국제인권조약의 위반과 아울러 ‘위헌’까지 개재해 있다고 판단한다면 위헌법률심판제청이 가능할 수 있습니다). 법원이 직접 당해 법률에 대하여 규범통제를 할 수도 없습니다. 단지 입법부의 당해 법률에 대한 개선 노력을 기대하고 기다릴 수밖에 없는 것 같기도 합니다. 현존하는 국내법과 그 해석만으로는 이러한 모든 문제를 포괄적으로 해결하기가 쉽지 않습니다.

덧붙여 이와 같은 국내법의 미비가 개인에 대한 효과적인 구제조치를 확보하지 못한 것으로 평가된다면, 그리고 이러한 상태가 상당한 기간 지속되었다면 ‘위법성’이 있다고 평가할 여지가 있습니다. 그리고 대한민국이 ‘위법한 부작위 상태’에 놓여 있다면, 대한민국은 입법개선의 이행을 포함하여 위법한 부작위 상태에서 벗어나야 할 의무가 있다고 볼 수 있습니다. 또 이러한 부작위로 인하여 실제로 개인이 적절하고 효과적인 구제를 받지 못하게 되었다고 인정된다면, 개인은 국가를 상대로 이러한 부작위에 대한 위법확인을 청구하고 나아가 이로 인한 손해배상을 청구할 수 있다고 보는 것이 타당합니다. 물론 법원쟁송에서 이러한 부작위와 부작위의 위법성 여부가 쟁점이 된다면, 앞서 말씀드린 자유권규약 제2조 제3항이 재판규범으로서 직접 적용될 것입니다.

○ 이해영 연구위원님께서 위에서 말씀드린 일련의 문제와 관련하여 가지고 계신 의견을 전해주시길 수 있는지 궁금합니다[질문사항 1-2].

다. 국제인권조약의 해석

사실 가장 중요한 이슈는 국제인권조약의 해석입니다. 예컨대, 법원쟁송에서 다투고 있는 권리가 자유권규약에서 도출되는지, 권리의 보호범위는 어떠한지, 개인에게 권리에 따른 어떠한 청구권이 인정되는지 또는 권리에 따라 개인에게 형사처벌과 같은 제재를 가할 수 없는지³³⁾ 등의 문제는 모두 자유권규약의 해석과 결부될 것입니다.

33) 병역법 제88조 제1항에서 정한 ‘정당한 사유’의 법적 성격은 구성요건해당성 조각사유입니다. 제2다수보충의견은 자유권규약 제18조에서 양심적 병역거부권이 도출되고, 자유권규약은 국내법과 동일한 효력이 인정되므로, 양심적 병역거부는 정당한 사유에 해당한다고 판단하였습니다.

1) 국제인권조약의 해석 권한

구체적 분쟁사건의 재판에 있어 법령의 해석·적용 권한은 사법권의 본질적 내용을 이룹니다. 합헌적 법률해석을 포함하는 법령의 해석·적용 권한은 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 전속합니다.³⁴⁾ 국내법과 같은 효력이 인정되는 국제인권조약의 해석 권한 역시 대한민국 내에서는 법원에 전속합니다.

2) 국제인권조약의 해석에 관한 문제점 등

가) 국내법 관점과 국내현실에 기초한 해석

국제법 해석에 관한 수준 높은 논증이 판시된 사례도 있지만 이해영 연구위원님께서 체계적으로 분석하신 바와 같이, 법원 판결에서 나타나는 가장 큰 문제점은 국제법인 국제인권조약을 오로지 국내법체계의 관점에서 또는 국내현실에 비추어 해석한다는 것입니다. ‘국제인권조약 규정은 헌법 규정과 대체로 같다. 그러므로 헌법 해석으로 국제인권조약 해석에 갈음할 수 있다. 국제인권조약에 관한 국제사회의 해석은 특별히 살펴볼 필요가 없다’라는 인식의 흐름이 엿보이기도 합니다. 법원 판결에는 부정적인 의미의 ‘reverse consistent interpretation’이 나타난다고 볼 수도 있습니다.³⁵⁾

국제인권기구는 양심적 병역거부에 대한 형사처벌을 권리침해라고 반복적으로 판단하였습니다. 이에 대하여 대한민국은 분단국가의 현실, 국민적 합의의 부족, 국내법체계의 정합성, 국민 간 형평성 등을 근거로 양심적 병역거부의 불인정이 불가피하다는 입장을 반복하였습니다. 대한민국의 이러한 주장이 되풀이되자 자유권규약위원회는 견해에서 참으로 부끄러운 지적을 하기도 하였습니다.³⁶⁾

34) 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결.

35) 이와 관련하여, ILA (Antonios Tzanakopoulos), “Mapping the Engagement of Domestic Courts with International Law”, Study Group on Principles on the engagement of domestic courts with international law (Johannesburg Conference, 2016), para. 58 참조.

36) *Young-kwan Kim et al. v. Republic of Korea*, Communication No. 2179/2012, CCPR/C/112/D/2179/2012 (14 January 2015), para. 7.2.

“The Committee notes that, in the present cases, the State party reiterates arguments advanced in response to the earlier communications before the Committee, notably on the issues of national security, equality between military and alternative service, and lack of a national consensus on the matter. The Committee considers that it has

반대의견은 국내 규범체계와의 정합성 부족, 국가안보의 현실을 중요한 논거로 들었습니다. 국제사회의 실행과 국제인권기구의 판단에 대하여 ‘우리나라의 규범적 현실과는 거리가 있다’는 판시도 하였습니다. 일견 ‘시의성’이 떨어지는 과거 대법원 판결(2007도7941)과 헌법재판소 결정(2008헌가22)을 근거로 원용하고 있습니다. 이러한 입장은 양심적 병역거부에 관한 최근 헌법재판소 결정³⁷⁾의 반대의견에서도 나타나고 있습니다. 그러나 이러한 근거는 국제법이나 국제사회의 관점에서는 받아들이기 어렵거나 적어도 중요하다고 보기 어려운 것입니다.

더욱이 이러한 문제점은 대부분 국제인권조약과 국제인권기구의 해석을 원용하는 개인의 주장을 배척하는 사례에서 나타나고 있습니다. 그러나 비엔나협약 제27조만 보더라도 조약의 불이행을 정당화하기 위하여 국내법을 원용해서는 아니 된다고 규정합니다. 아래에서 다시 말씀드리는 바와 같이, 국제인권조약이든 국제관습법이든 그 해석은 먼저 국제법의 관점에서 살펴보는 것이 순서이지 국내법의 관점에서 받아들이기 어려우므로 배척할 수밖에 없다는 논증은 정당화되기 어렵습니다.

나) 기타 문제점

이혜영 연구위원님께서 분석하신 해석 관련 문제점 외에 다음과 같은 사항도 부기하고자 합니다.

- ① 조약의 형식적이면서도 기본적인 정보 자체에 오류가 있거나 이러한 정보를 기재하지 않는 경우가 있습니다. 적어도 대한민국이 당해 조약의 당사국인지, 대한민국에서 언제 효력이 발생하였는지, 국회 동의를 받았는지, 유보를 하였는지 정도는 정확하고 분명하게 밝힐 필요가 있습니다.
- ② 대한민국이 체결한 양자조약에는 대체로 정본(authentic text)인 국문본이 있습니다. 다자조약의 경우에는 국문본이 없겠지만 공식적인 번역문이 있습니다. 조약의 구체적인 조항을 실시하는 경우 임의의 번역이 아닌 국문본 또는 공식적인 번역문에 따라야 합니다.

already examined these arguments in its earlier Views and finds no reason to depart from its earlier position.”

37) 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379, 383, 2012헌바15, 32, 86, 129, 181, 182, 193, 227, 228, 250, 271, 281, 282, 283, 287, 324, 2013헌바273, 2015헌바73, 2016헌바360, 2017헌바225(병합); 2012헌가17, 2013헌가5, 23, 27, 2014헌가8, 2015헌가5(병합) 결정

- ③ 법원이 경제·국제무역 관련 조약과 국제인권조약에 대하여 취하는 입장에는 비교적 분명한 차이가 나타납니다. 전자의 경우에는 관련 조항의 재판규범성을 쉽게 인정하는 편입니다. 별도의 판시 없이 당연히 재판규범이라는 전제를 세우기도 합니다. 그러나 후자의 경우에는 그렇지 않습니다. 재판규범성의 부정, 비자기집행성의 암시, 국내법의 관점에 의한 해석, 국내현실에 따른 시기상조론 등 다양한 ‘회피논리’가 원용되기도 합니다. 물론 전자의 규정은 후자의 규정보다 ‘구체성’이 높은 경우가 많을 것입니다. 그러나 국제인권조약의 경우 해석 단계에 앞서 효력이나 적용 단계에서부터 이미 회피논리를 적용하여 정작 중요한 ‘실체’와 ‘본질’에 관한 판단에 나아가지 않는 것은 정당화되기 어렵습니다.
- ④ 국제법을 선별적으로 채택·수용하는 경향도 나타납니다. 국제법의 태도가 법원의 판단과 일치하는 경우에는 국제법의 내용, 국제사회의 실행 등을 비교적 자세히 풀어나가면서 논거로 충분히 활용합니다. 그러나 불일치하는 경우에는 국제법을 애써 무시하거나 아예 언급조차 하지 않는 것입니다. 이러한 경향은 그 자체로 정정당당하다고 보기 어렵습니다. 논증의 설득력은 자신의 주장을 얼마나 풍성하게 설명할 수 있는지가 아니라 반대의 주장을 얼마나 합리적이고 타당하게 반박할 수 있는지에 달려 있습니다. 자신의 주장이 왜 옳은가를 강조하는 것도 중요하겠지만, 반대의 주장이 왜 받아들이기 어려운지에 대하여 답하는 것은 더욱 중요합니다.

3) 국제인권조약의 해석에 관한 제언

가) 국제법적 관점의 해석

기본적으로 국제인권조약의 해석에 있어서도 조약에 관한 기본규범인 비엔나협약에서 정한 원칙이 가장 중요하게 고려되어야 한다는 점은 명백합니다.

먼저 국제인권조약을 ‘국제법적’으로 해석하였을 때 국제인권기구를 포함한 국제사회의 해석을 받아들일 수 없다는 논리가 아니라, 국내법령과 국내현실에 비추어 ‘대한민국의 입장에서는 다르게 해석’해야 하므로 국제사회의 해석을 받아들일 수 없다는 논리는 타당하지 않습니다.

국제사회와 대한민국, 국제인권기구와 국내기구 사이에 서로 해석이 다를 수 있습니다. 국제인권기구 내에서, 국내기구 내에서도 조금씩 다른 해석을 할 수 있습니다. 추상

적 문언으로 표현될 수밖에 없는 ‘법’의 속성상 불가피하면서도 자연스러운 현상입니다. 국제인권조약의 경우에는 더욱 그러합니다. 누구든 ‘해석경쟁’에서 더 합리적이고 타당한 해석을 내놓으면 됩니다. 만약 국내기구가 국제인권기구의 해석과 다르지만 이보다 설득력 있는 해석을 내놓는다고 한다면, 그 해석은 우리만의 법이 아닌 국제법의 관점에서 이루어져야 합니다. 대한민국의 실행과 현실보다는 국제사회의 실행과 현실이 더 중요한 탐구 대상이어야 합니다. 국제인권기구의 해석을 존중하는 것이 사법부의 해석 권한을 내려놓는 것이라고 생각하지 않습니다. 오히려 헌법과 헌법이 예정한 국제법 존중주의에 부합합니다.

대한민국이 국제인권조약에 대하여 유보하지 않고 가입한 이상, 국내현실이 녹록치 않아 다른 해석을 할 수밖에 없다는 입장은 국제사회에서 수용되기 어렵습니다. 자국민의 인권을 무시하는 일부 국가가 ‘국내법상 문제가 없다’, ‘국내현실에 비추어 불가피하다’고 주장하는 것과 무엇이 다르겠습니까? 인권의 보편적 성격과 부합하지도 않습니다. 국제사회가 다양한 국제인권조약에 합의한 것은 전 세계 모든 인간에게 보편적 기준에 따른 인권이 보장되길 희망하였기 때문입니다.

다만, 사족으로 ‘문화적 상대주의’(cultural relativism)에 의한 반론을 언급하지 않을 수 없습니다. 특히 제3세계나 사회주의 진영의 국가들은 인권도 지역의 문화와 전통에 부합하게 ‘조정’이 될 수 있다는 입장을 표명하기도 합니다. 대한민국은 국제질서에 상대적으로 생경한 신생국이고, 앞서 말씀드린 바와 같이 북한과 마주한 분단국가라는 독특한 현실에 놓여 있습니다. 민주주의의 핵심 가치와 기독교 문화를 공유한 유럽에서 설립된 유럽인권재판소와 같은 수준의 법적 구속력 있는 체제를 전 세계에 마련한다는 것이 쉽지만은 않아 보입니다. 더욱이 유럽인권재판소도 ‘판단의 재량 이론’(margin of appreciation doctrine)을 채택하고³⁸⁾ 계약국에 따라 일견 상이한 판단에 도달하기도 하였습니다. 저는 원칙적으로는 ‘문화는 인권에 영향을 미친다. 다만, 인권이 문화에 앞선다’는 생각을 가지고 있습니다. 어쩌면 이 문제는 국제인권조약에 대한 유보와 해석

38) 그 시초는 *Handyside v. The United Kingdom*, no. 5493/72 (7 December 1976)라고 알려져 있습니다.

“Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator (“prescribed by law”) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force.”

선언(interpretative declaration)의 논쟁으로 회귀한다는 생각도 해봅니다.

- 이해영 연구위원님께서 이러한 인권과 문화(나아가 독특한 국내현실)의 긴장관계와 관련하여 의견을 들려주실 수 있는지 궁금합니다[질문사항 1-3].

나) 국제인권기구의 해석에 대한 고려와 존중

국제인권조약의 해석과 실제적 내용의 탐구에서는 원칙적으로 ‘우리만의 것’이 아니라 ‘국제사회의 것’을 찾아야 합니다. 국제인권기구의 해석에 국제법적 타당성이 있다면 충분히 존중할 만한 가치가 있다고 생각합니다. 더욱이 각종 선택의정서에도 가입하였다면 대한민국은 국제인권기구의 판단과 의견을 최대한 존중하겠다고 약속하고 선언하였다고 볼 수 있습니다.

자유권규약위원회는 견해 말미에 다음과 같이 기재하곤 합니다. ‘대한민국이 자유권규약 선택의정서에 가입하여 권리침해 여부를 결정할 자유권규약위원회의 권한을 인정하였고 권리침해가 인정된 경우 효과적인 구제조치를 확보할 것을 약속한 사실을 상기하면서 90일 이내에 견해를 이행하기 위하여 취한 조치에 관한 정보를 수령하기를 기대한다’는 것입니다. 대한민국은 견해에서 위와 같은 내용이 반복되었다는 사실을 유념해야 합니다.³⁹⁾ 자유권규약위원회는 이미 1999년부터 대한민국의 제2차 정기보고서에 대한 최종견해에서 ‘관련 사건을 법원에 다시 보낼 것이 아니라 견해에 즉각적으로 효력을 부여해야 한다’고 밝혔습니다.⁴⁰⁾

국제사법재판소(International Court of Justice)는 자유권규약위원회와 같이 국제인권조약에 의하여 설립된 독립적인 국제인권기구의 해석에는 커다란 비중(great weight)을 두어야 한다고 판시하였습니다.⁴¹⁾ 세계국제법협회(International Law

39) 예컨대, *Keun-Tae Kim v. Republic of Korea*, Communication No. 574/1994, CCPR/C/64/D/574/1994 (4 January 1999), para. 15; *Tae Hoon Park v. Republic of Korea*, Communication No. 628/1995, CCPR/C/64/D/628/1995 (3 November 1998), para. 13.

40) Concluding observations of the Human Rights Committee : Republic of Korea, CCPR/C/79/Add.114 (1 November 1999), para. 21.

41) Ahmadou Sadio Diallo (*Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo*), Judgment, I.C.J. Reports 2010 (November 30), 639, para. 66.

“Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent

Association)는 대부분의 국내법원이 국제인권기구의 해석에 상당한 비중(considerable weight)을 부여하고 있다는 연구결과를 보고하였습니다.⁴²⁾

한편 국가인권위원회는 2003년 국무총리, 외교통상부장관, 법무부장관에게 ‘개인통보제도에 따른 결정을 관보에 게재하고 그 결정을 이행할 수 있도록 하는 특별법을 제정할 것’을 권고하기도 하였습니다.⁴³⁾ 자유권규약위원회 역시 이미 1994년부터 당사국에게 ‘이행법률’의 제정을 권고하였습니다.⁴⁴⁾

이러한 측면에서 이해영 연구위원님과 백종건 변호사님께서 모두 말씀하신 바와 같이 제2다수보충의견의 판시⁴⁵⁾는 참으로 반갑습니다. 향후 법원이 국제인권조약에 관하여 보다 전향적인 국내적 실행을 보여줄 것이라는 기대감을 가지게 합니다. 제1다수보충의견 역시 “국제사회의 경험과 태도변화를 고려할 수 있다 … 양심적 병역거부에 관한 국제사회의 흐름은 최근 획기적 변화를 보이고 있다 … 국제사회의 태도변화는 … 중요한 시사점을 제공한다. 양심의 자유와 그 적용 문제는 인류의 보편적인 문제이기 때문이다”라고 판시하면서 자유권규약위원회의 일반논평, 인권위원회와 인권이사회의

body that was established specifically to supervise the application of that treaty.”

42) ILA, “Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies”, Committee on International Human Rights Law and Practice (Berlin Conference, 2004), para. 175.

“... most courts have recognised that, as expert bodies entrusted by the States parties with functions under the treaties, the treaty bodies’ interpretations deserve to be given considerable weight in determining the meaning of a relevant right and the existence of a violation.”

43) 국가인권위원회 2003. 12. 8.자 결정 (유엔인권협약 개인통보제도에 따른 국내구제절차마련 특별법제정 및 고문방지협약 제21조와 제22조에 대한 수락선언 권고).

“... 우리나라가 그 권능(competence)을 인정한 인권이사회의 결정을 관보에 게재하는 것은 우리나라가 제2차 정부보고서에서 기술한 바와 같은 ‘적법한 공시’에 해당 ... 인권이사회의 결정을 성실히 이행하고자 한다는 것으로 이해될 수 있고, 국내에서는 정부의 개인의 인권보호에 대한 약속을 공식적인 관보에 게재함으로써 확인하는 행위이다. ...”

“... 개인통보제도에 따른 결정을 이행할 수 있도록 ... 개인에게 실질적인 구제조치를 할 수 있는 근거법안을 제정할 것을 권고한다. ...”

44) Report of the Human Rights Committee, A/49/40(VOL.I)(SUPP) (21 September 1994), para. 463.

“The Committee is aware that the absence of specific enabling legislation is a key factor that often stands in the way of monetary compensation to victims of violations of the Covenant, and commends those States which have compensated victims of violation of the Covenant; it encourages States parties to consider the adoption of such specific enabling legislation.”

45) 구체적인 판시의 기재는 생략하겠습니다.

입장, 유럽연합기본권헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union), 유럽인권재판소의 판단(*Bayatyan v. Armenia* 사건) 등을 보충적으로 고려하였습니다.

다) ‘권리의 다발’과 법의 발전·진화

(1) 법의 동태적이고 탄력적인 성격

법은 사회변화에 연동하고 변화합니다. 인격권을 하나의 예로 살펴보겠습니다. 헌법 제10조는 인간의 본질이며 고유한 가치인 인격권과 행복추구권을 보장하고 있습니다.⁴⁶⁾ 인격권 법리를 되돌아보면, 인격권은 ‘권리의 다발’(bundle of rights)로서 탄력적이고 능동적으로 변화할 수 있다는 점을 쉽게 알 수 있습니다.⁴⁷⁾ 예컨대, 초기 프라이버시권은 ‘홀로 있을 권리’ 정도로 다소 소극적인 측면에서 논의되었습니다.⁴⁸⁾ 그러나 프라이버시권은 사생활에 관한 자기결정권, 개인정보통제권이라는 적극적 개념으로 확대되었습니다. 포르노 소지와 같은 개인의 결정을 국가로부터 방해받지 아니할 권리, 낙태의 자유⁴⁹⁾까지 인정하는 기초가 되었습니다. 독일연방헌법재판소 역시 ‘*Volkszählung* 사건’에서 개인정보자기결정권을 헌법상의 기본권으로 확인하였습니다.⁵⁰⁾ 우리도 과거와 비교하여, 다양한 영역과 범위에서 인격권을 논의하고 있습니다. 대법원은 1980년 최초로 ‘인격권’이라는 용어를 판결에서 사용하였습니다.⁵¹⁾ 법원이 ‘초상권’을 처음 언급한 것이 1982년,⁵²⁾ ‘퍼블리시티권’을 처음 언급한 것이 1995년⁵³⁾입니다. 대법원이 인격권과 표현의 자유가 충돌하였을 때의 ‘조정’과 ‘상당성’ 법리를 제시한 것이 1988년이고,⁵⁴⁾ 2006년 정리된 초상권 법리를 제시하였습니다.⁵⁵⁾ 나아가

46) 헌법재판소 1990. 9. 10. 선고 89헌마82 결정, 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2012헌마940 결정.

47) 예컨대, 영미법계 법률가는 재산권을 ‘권리의 다발’로 이해하고, 소유권을 단일한 권리가 아닌 여러 개의 권리가 복합적으로 합쳐진 것이라는 관념이 자연스럽다고 합니다. 이와 관련하여, 서울대학교 산학협력단(책임연구원 권영준), 민사법 기본원리의 재판을 통한 실현에 대한 연구, 대법원 정책연구용역자료 (2015), 154 이하 참조.

48) Restatement (Second) of Torts § 652A General Principle - Comment a (1977).

49) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

50) BVerfG, Urteil vom 15. Dezember 1983 - 1 BvR 209/83 -, BVerfGE 65, 1-71.

51) 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다1883 판결.

52) 서울민사지방법원 1982. 7. 21.자 82카19263 결정.

53) 서울지방법원 1995. 6. 23. 선고 94카합9230 판결.

54) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.

대법원은 ‘사생활이 함부로 공개되지 아니할 소극적인 권리는 물론, 오늘날 고도로 정보화된 현대사회에서 자신에 대한 정보를 자율적으로 통제할 수 있는 적극적인 권리까지도 보장’한다고 선언하였습니다.⁵⁶⁾⁵⁷⁾ 인격권은 명예, 프라이버시를 넘어 쾌적한 환경,⁵⁸⁾ 개명,⁵⁹⁾ 태아성별정보에 대한 접근,⁶⁰⁾ 성적 수치심을 일으키는 그림 등을 접하지 않을 권리,⁶¹⁾ 전자정보에 대한 압수·수색의 제한,⁶²⁾ 한센인에 대한 산아제한 정책과 낙태수술 및 정관절제수술의 위법성,⁶³⁾ 의료행위를 선택할 권리⁶⁴⁾ 등 다양한 국면에서 모권(母權) 내지 이론적 근거가 되었습니다. 인격권이라는 다발 속에 포함되어 있었던 각종 권리가 법에 명시되지 않았다는 이유로 부정되지 않았습니다.⁶⁵⁾ 인격권은 살아 움직이고 진화하면서 인간의 존엄을 보장해 주는 역할을 하고 있었던 것입니다.

(2) 국제법의 발전·진화

법원이나 헌법재판소가 국제인권조약에 관한 주장을 배척하면서 자주 거론하는 논거 중 하나는 ‘그러한 권리는 국제인권조약에 명시되지 않았다’는 것입니다. 이러한 논거는 ‘국제인권조약의 형성 당시 그러한 권리는 염두에 두지 않았다’는 논거로도 이어질 수 있습니다.

그러나 국제법 역시 탄력적이고 능동적으로 변화할 수 있다고 생각합니다. 예컨대, 주권면제(sovereign immunity)를 보겠습니다. 국가는 다른 국가 재판소의 관할권으로부터 면제를 향유합니다. 주권평등에 기초한 주권면제는 국제질서의 기본원칙 중 하나입니다. 과거에는 국가의 행위를 공법적 행위(*acta jure imperii*)와 사법적 행위(*acta jure gestionis*)로 구분하지 않고 모두에 대하여 주권면제를 인정하는 ‘절대적 주권면

55) 대법원 2006. 10. 13. 선고 2004다16280 판결.

56) 대법원 1998. 7. 24. 선고 96다42789 판결.

57) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513, 2004헌마190(병합) 결정.

58) 대법원 2008. 4. 17. 선고 2006다35865 전합 판결 중 반대의견.

59) 대법원 2005. 11. 16.자 2005스26 결정.

60) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2004헌마1010, 2005헌바90(병합) 결정.

61) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도9775 판결.

62) 대법원 2017. 11. 14. 선고 2017도3449 판결.

63) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2017다202654 판결.

64) 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다230535 판결.

65) 「언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률」이 2005년 제정되면서 제5조에 ‘인격권’이라는 용어가 명시되기도 하였습니다.

제’에 기초하였습니다. 그런데 시간이 흐르면서 후자에 대하여는 주권면제를 인정하지 않는 ‘제한적 주권면제’가 국제관습법으로 발전하였습니다. 이는 법원의 판결에도 고스란히 나타나고 있습니다. 법원은 과거 1975년에는 절대적 주권면제에 기초한 판단을 하였습니다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾ 미국연방대법원도 1812년 절대적 주권면제를 인정하고 있었습니다.⁶⁸⁾ 그러나 현재 대한민국을 포함한 거의 모든 국내법원은 제한적 주권면제를 적용하고 있습니다.⁶⁹⁾⁷⁰⁾

양심적 병역거부 역시 국제법의 발전의 측면에서 고찰할 수 있습니다. 자유권규약을 제정하는 과정에서 양심적 병역거부권을 포함시키자는 제안이 있었지만 반대에 부딪혔고 결국 철회되었습니다. 과거 자유권규약위원회는 자유권규약 제8조 제3항 (c)(ii)⁷¹⁾를 근거로 양심적 병역거부의 인정 여부는 국내문제라는 입장을 취하였습니다. 그러나 국제사회의 인식은 변하였습니다. 자유권규약위원회는 1993년 일반논평 제22호에서 ‘자유권규약은 양심적 병역거부권을 명시적으로 언급하고 있지 않지만 살상무기를 사용해야 하는 의무가 양심의 자유 및 자신의 종교 및 신념을 표현할 권리와 심각하게 충돌할 수 있으므로, 양심적 병역거부권이 자유권규약 제18조에서 도출될 수 있다’고 하였습니다.⁷²⁾ 그리고 자유권규약위원회는 2006년 대한민국의 제3차 정기보고서에 대한

66) 대법원 1975. 5. 23. 자 74마281 결정 중 “본래 국가는 국제관례상 외국의 재판권에 복종하지 않게 되어 있으므로 특히 조약에 의하여 예외로 된 경우나 스스로 외교상의 특권을 포기하는 경우를 제외하고는 외국국가를 피고로 하여 우리나라가 재판권을 행사할 수는 없는 것이라 할 것이다.”라는 판시는 ‘절대적 주권면제’의 입장을 채택한 것으로 해석될 여지가 있습니다.

67) 참고로 서울민사지법 1985. 9. 25. 선고 84가합5303 판결(확정)은 “사업상의 행위에 관련된 소송에 관하여 국가의 주권면제를 인정하지 않는 사례를 찾아볼 수 있다고는 하나 그와 같은 경향이 아직 국제관습법의 지위에 이르렀다고는 보여지지 않[는]다”고 판시하였습니다.

68) *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (Feb. 24, 1812).

69) 서울고등법원 1995. 5. 19. 선고 94나27450 판결 (확정).

“현재의 국제관례와 주권평등 및 상호주의의 원칙상, 그 행위의 본질이나 법적관계에 비추어 볼 때 주권을 직접적으로 행사하는 권력적인 행위가 아닌 사경제적 또는 상업활동적 행위에 관하여는 외국국가도 우리나라 법원의 재판권으로부터 면제되지 않는다 ...”

70) 참고로 피고 일본국을 상대로 강제동원 및 강제노역으로 인한 손해배상을 청구한 사건에서 재판권을 행사할 수 없다며 소를 각하한 판결로 부산지방법원 2016. 8. 10. 선고 2015가합47368 판결(확정)이 있습니다.

71) 3. (c) 이 항의 적용상 “강제노동”이라는 용어는 다음 사항을 포함하지 아니한다.

(ii) 군사적 성격의 의무 및 양심적 병역거부가 인정되고 있는 국가에 있어서는 양심적 병역거부자에게 법률에 의하여 요구되는 국민적 의무

72) General Comment No 22 - Art. 18, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (27 September 1993), para. 11.

“The Covenant does not explicitly refer to a right of conscientious objection, but the

최종견해에서 양심적 병역거부권을 인정하고 자유권규약 제18조에 부합하는 입법을 하며 일반논평 제22호에 주의할 것을 촉구하였습니다.⁷³⁾

국제인권조약에서 정한 인권과 자유는 대체로 권리의 다발로 볼 수 있습니다. 과거에는 인식하지도 못했던 권리가 새롭게 발견되고, 잉태만 되었던 권리가 향후 태어날 수도 있습니다. 헌법 제37조 제1항은 헌법에 열거되지 아니한 기본권도 경시되지 않는다고 규정합니다. “자유권규약을 해석하면서 ‘규약 자체에 명시된 권리’만을 자유권규약이 인정한 권리라고 좁게 보는 것은 자유권규약 준수에 관한 실질적인 국제법적 의무를 외면하는 것이다”라는 제2다수보충의견의 판시는 이러한 측면에서 커다란 의미가 있다고 생각합니다.

위에서 본 국제법의 변화에도 불구하고 대법원 2004도2965 전합 판결, 2007도7941 판결 등에서 양심적 병역거부가 인정되지는 못하였습니다. 그러나 2018년 드디어 2016도10912 전합 판결로 양심적 병역거부가 인정되기에 이르렀습니다. 물론 변화된 국제법이 국내에 ‘도입’, ‘반영’되는 데 상당한 시간이 소요되었습니다. 그러나 앞으로는 이러한 시간이 점차적으로 그리고 획기적으로 단축될 것이라고 믿습니다.

(3) 유럽인권재판소의 ‘살아있는 문서 이론’

제2다수보충의견은 “자유권규약에 명문의 규정이 없더라도 현대 민주주의 국가들의 시대정신에 맞게 자유권규약을 해석하여 기본적 인권을 도출할 수 있다고 보는 것은 지극히 타당하다”라고 판시하였습니다. 이러한 판시는 유럽인권재판소가 채택하고 있는 유럽인권협약에 관한 ‘살아있는 문서 이론’(living instrument doctrine)을 연상하게 합니다.⁷⁴⁾ 양심적 병역거부에 관한 *Bayatyan v. Armenia* 사건에서도 같은 이론이 언

Committee believes that such a right can be derived from article 18, inasmuch as the obligation to use lethal force may seriously conflict with the freedom of conscience and the right to manifest one’s religion or belief.”

73) Concluding observations of the Human Rights Committee : Republic of Korea, CCPR/C/KOR/CO/3 (28 November 2006), para. 17.

“The State party should take all necessary measures to recognize the right of conscientious objectors to be exempted from military service. It is encouraged to bring legislation into line with article 18 of the Covenant. In this regard, the Committee draws the attention of the State party to the paragraph 11 of its general comment No. 22 (1993) on article 18 (freedom of thought, conscience and religion).”

74) 그 시초는 *Tyrer v. the United Kingdom*, no. 5856/72 (25 April 1978)라고 알려져 있습니다.

급되었습니다.⁷⁵⁾

그 이전에도 대법원은 2007도7941 판결에서 양심적 병역거부를 부정하기는 하였으나 “장차 여건의 변화로 말미암아 양심의 자유 침해 정도와 형벌 사이의 비례관계를 인정할 수 없음이 명백한 경우에 조약 합치적 해석 혹은 양심우호적 법적용을 통하여 병역법 제88조 제1항 소정의 ‘정당한 사유’에 해당한다고 보아 적용을 배제할 여지가 전혀 없다고는 단정할 수 없[다]”라는 의미심장한 판시를 하였습니다. ‘살아있는 문서 이론’의 단초를 내보였다고 볼 수 있습니다.⁷⁶⁾

‘살아있는 문서 이론’은 과거 조약 기초자의 의도보다는 현재 발견되는 컨센서스를 중요시하고, 조약의 문언을 목적론적으로 해석하도록 유도합니다. 앞서 말씀드린 국제법의 발전·진화와의 부합하는 측면이 많습니다. 한편 비엔나협약은 제31조에서 해석의 일반규칙을, 제32조에서 해석의 보충적 수단을 규정하고 있습니다. 예컨대, ‘*travaux préparatoires*’에 따라 ‘founding fathers’의 의도를 탐색하는 접근 방식과 ‘살아있는 문서 이론’에 따른 접근 방식 사이에는 커다란 간극이 있을 것 같습니다.

○ 이해영 연구위원님께서 ‘살아있는 문서 이론’이 전통적인 조약의 해석원칙과 조화롭게 공존할 수 있다고 생각하시는지 궁금합니다[질문사항 1-4].

4. 문제점의 원인 및 개선방안

국제인권조약 적용에서 나타난 문제점 그리고 그 가운데에서도 희망을 발견할 수 있는 사례를 확인할 수 있었습니다. 문제점의 원인을 간단하게나마 진단해 보고, 부정적인 사례를 개선하고 긍정적인 사례를 더욱 도모하는 방안에 관심을 기울여야 할 것 같습니다.

“The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.”

75) *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03 (7 July 2011), para. 102.

“The Court reiterates in this connection that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions and of the ideas prevailing in democratic States today.”

76) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007도7941 판결.

가. 문제점의 원인

- ① ‘법은 법원이 아리라(*iura novit curia*)’, ‘나에게 사실을 주어라, 너에게 권리를 주리라(*da mihi factum, dabo tibi ius*)’라는 법언이 있습니다. 그런데 조약과 국제관습법의 존재 자체를 알지 못할 수 있습니다. 대한민국이 일정한 절차를 거쳐 체결하는 조약이더라도 관심을 가지지 않는 경우 조약의 존재부터 알기가 쉽지 않습니다. 소송관계인 역시 국제법의 존재를 알지 못하여 이와 관련한 주장 자체를 제기하지 못할 수도 있습니다. 조약은 관보에 공포라도 되지만, 국제관습법은 법원재판에서 제시하기조차 쉽지 않은 측면이 있습니다.
- ② 국제법의 존재 자체는 알더라도 그 내용을 정확히 알지 못할 수 있습니다. 추상적인 내용은 알더라도 정확한 해석을 하지 못하는 경우도 있습니다.
- ③ 어떻게 적용하고 해석해야 할지 알지 못하는 경우도 발생할 수 있습니다. 예컨대, 국제법과 국내법과의 관계, 우선순위, 상하관계는 쉽지 않은 문제이기도 합니다. 해석은 더욱 그러합니다. 법원재판에서 일반논평, 견해 등을 정확히 어떠한 논리에 따라 반영할지도 쉽지 않은 과제입니다. 어떠한 해석자료를, 어느 정도의 범위까지 탐색해야 하는지 가늠하기도 어렵습니다. 국제관습법의 경우에는 구체적인 내용을 어디에서 발견해야 하는지 참으로 곤란하고 막막합니다.
- ④ 법조계에는 국제법체계를 국내법체계와는 완전히 구분되는 별도의 이질적인 법질서로 생각하는 경향도 엿보입니다. 나아가 국제법체계는 과거 유럽과 미국 등 일부 열강에 의하여 형성되었고, 대한민국은 여기에 참여하지 못한 ‘타자가 형성한 질서’라는 인식도 작용하는 것 같습니다. 국제법은 ‘강대국의 지배 질서’, ‘약소국에 강요된 질서’, ‘힘의 논리가 앞서는 질서’라는 비판도 있습니다. 그러나 최근 국제질서는 다자주의를 중심으로 형성되고 있고, 대한민국이 규범적 측면에서든, 실질적 측면에서든 국제법을 포기할 수 없다는 점은 앞서 말씀드린 바와 같습니다.
- ⑤ 조약에 대하여 법률뿐 아니라 법률 하위의 시행령 등과 동위라는 견해가 제기되는 데에는, 국회 비동의 조약뿐 아니라 국회 동의 조약 역시 법률과 비교하여 간소한 절차를 거친다는 인식이 강하게 작용합니다. 조약은 대체로 절차적 정당성이 부족하다는 평가도 퍼져 있습니다. 법률의 경우에는 의안이 소관위원회, 법제사법위원회, 본회의에서 검토, 심사, 의결되는 과정이 공개됩니다. 각종 검토보고서, 심사

보고서, 회의록도 쉽게 접할 수 있습니다. 반면 조약은 준비단계부터 실제 체결단계까지 공개되는 사항이 상당히 적은 편입니다. 어떤 조약을 체결하기에 앞서 기존 국내법체계 나아가 대한민국이 체결한 기존 조약과의 정합성이 심도 있게 논의되었는지 확인할 수 있는 자료를 찾아보기 어렵습니다. 조약의 체결절차에 투명성이 낮다는 인식은 조약을 국내법체계에 수용하고 적용하는 데 일종의 ‘심리적 장애’가 됩니다. 법률가 중에는 조약을 비롯한 국제법 전반에 대한 ‘주저감’, ‘거부감’을 드러내기도 합니다. 이러한 현상은 단지 국제법과 국내법을 완전히 별개라고 여기는 이원적 사고에만 기인하는 것은 아닙니다. 위와 같은 비투명성과 절차적 정당성의 부족에 연유하는 측면도 상당히 강합니다. 또한 조약은 ‘준수하지 않아도 그만’이라는 안일한 생각마저 있는 것이 사실입니다. 국제인권조약의 개별 규정은 물론 국제인권기구의 다양한 일반논평, 견해, 보편적 인권정례검토가 쏟아지더라도 특별한 관심을 두지 않기도 합니다.

- ⑥ 국제인권기구의 인적·물적 자원에 대한 신뢰가 낮고, 국제인권기구의 해석을 따르는 것은 사법부의 해석 권한을 방기, 포기하는 것으로 여기는 인식도 엿보입니다.

나. 개선방안

- ① 사법부는 물론 대한민국 전체에 국제법 전반에 관한 소개·홍보를 확보하고, 국제법 관련 교육과 연수를 확대하여야 합니다.
- ㉠ 각종 법률이 제·개정되는 경우 사법부 내 ‘Courtnet 최신 판례·법령’란에 공지됩니다. 대한민국이 체결한 조약을 국내기관은 모두 준수해야 합니다. 조약은 법률과 마찬가지로 재판규범이 될 수 있습니다. 대한민국이 국제사회에 준수하기로 약속한 조약을 국내에서 충실히 실행하기 위한 가장 기본적인 전제는 대한민국 구성원의 인식입니다. 조약 자체에 대한 보다 적극적인 소개와 홍보가 마련되어야 합니다.
- ㉡ 주요 대법원 판결과 헌법재판소 결정은 다양한 경로를 통해 공지됩니다. 국제인권기구가 국제인권조약의 해석에 관한 일반논평, 견해를 제시하는 사례는 매우 많습니다. 긴요한 국제인권조약의 해석자료가 됩니다. 이러한 해석자료 역시 사법부 구성원에게 신속하게 전달되어야 합니다. 아래에서 다시 말씀드리는

바와 같이 정확한 번역을 작성·보급하는 작업에도 관심을 가져야 합니다. 나아가 대한민국이 국제법 관련 이슈가 포함된 국제인권기구의 결의에 찬성 또는 반대하였다는 사실도 신속히 알려져야 합니다. 예컨대, 인권위원회와 인권이사회에서 양심적 병역거부를 인정한 일련의 결의가 있었고 대한민국은 여기에 빠짐없이 찬성하였습니다. 대한민국이 국제사회에서는 관련 결의에 찬성하면서 국내에서는 이와 반대되는 취지의 판결을 반복한다면, 다른 국가는 이를 모순적 행위라고 평가할 수밖에 없습니다(다만, 근원적으로는 대한민국의 결의에 대한 입장 표명이 법체계상의 정합성을 숙고한 다음 실행한 것인지 의문이 있기는 합니다).

- ㉔ 초·중·고 및 그 이상의 교육과정에서, 국제법을 전공하지 않는 한, 국제법을 접할 수 있는 기회는 매우 적습니다. 언론은 ‘국제뉴스’마저 무관심한 편입니다. 사회 전반의 국제법에 대한 관심은 높다고 보기 어렵습니다. 사법부 구성원이 국제법에 대한 인식을 제고하고 이해를 높이려면 국제법에 ‘노출’되는 ‘빈도’가 증가해야 합니다. 각종 연수에서 국제법과 관련된 영역을 보다 적극적으로 발굴·지원할 필요가 있습니다. 참고로 사법부는 최근 ‘선진사법교류 국제화 연수’의 일환으로 유럽사법연수네트워크(European Judicial Training Network), 유럽법 아카데미(Academy of European Law), 헤이그 국제법 아카데미(Hague Academy of International Law)에 법관을 파견할 예정입니다.
- ㉕ 이혜영 연구위원님께서 말씀하신 바와 같이 재판실무에 직접 도움이 되는 실용적인 문헌이 제공되어야 합니다. 향후 법원재판에서 국제법 관련 주장이 빈번하게 제기될 것으로 예상됩니다. 법원은 국제법의 효력, 적용, 해석에 관한 판단을 하여야 합니다. 사법부 구성원이 참고할 수 있는 국제법 관련 재판실무편람의 발간을 고려해야 합니다. 물론 국제법의 분야는 매우 다양하기 때문에 개별 분야 전반을 아우르는 곤란한 측면이 있습니다. 적어도 다음과 같은 국제법의 기초와 국제인권조약에 관한 주요 내용을 담아야 한다고 생각합니다.
- ㉖ 국제법의 법원(法源)과 국제법·국내법의 관계
- ㉗ 국제법을 인식·확인하는 방법 : 국제법의 기본적인 정보를 획득하는 방법론, 특히 국제관습법을 발견·인식하는 방법론에 대한 소개도 필요합니다.

㉔ 재판규범으로서 조약의 기본적인 정보 표시에 관한 사항

㉑ 조약의 당사국 여부, 효력 발생 여부, 효력 발생 시점, 유보 여부 및 유보의 내용 : 법원재판에서 조약의 재판규범성을 판단하기에 앞서 기본적으로 확인해야 할 사항은 대한민국이 당사국인지 여부와 당사국인 경우 법적 구속력이 발생한 시점입니다. 조약을 재판규범으로 원용한 경우 두 가지 사항을 명확히 표시할 필요가 있습니다. 조약의 효력이 발생하기 이전의 사안에 대하여 조약의 규정이 적용된다고 실시하는 것은, 당해 규정이 국제관습법이 아닌 한, 부적절하다고 볼 수밖에 없습니다. 유보가 있는지, 있다면 그 내용은 무엇인지도 빠져서는 안 됩니다.

㉒ 국문본 및 공식적인 번역문의 사용 : 조약의 표제와 조항 내용은 물론 관련 국제인권기구, 각종 위원회의 명칭 등은 임의의 번역이 아닌 공식적인 문서에 따라야 합니다.

㉓ 주요 용어례에 관한 통일된 번역 제시 : 영어 또는 프랑스어로 된 각종 국제법 관련 용어가 국문으로 번역되는 과정에서 번역자에 따라 다양한 용어례를 사용하고 있습니다. 재판실무편람이 발간된다면 이러한 용어례를 통일하여 제시할 필요가 있습니다.

㉔ 조약에 관한 기본 국제법인 비엔나협약 소개 : 적어도 조약의 정의, 유보, 해석, 무효, 종료에 관한 비엔나협약의 내용이 포함되어야 합니다.

㉕ 중요 조약의 주요 내용 등 : 법원재판에서 자주 문제되는 중요 조약(특히 국제인권조약)의 주요 내용, 보편적으로 받아들여지고 있는 해석과 당해 조약에 의하여 설립한 국제인권기구의 주요 결의, 일반논평, 견해 등의 내용을 담을 필요가 있습니다. 그리고 법원(법관)이 직접 원문을 확인할 수 있도록 해석자료에 접근할 수 있는 출처(예컨대, 국제인권기구의 인터넷 아카이브 등) 등도 함께 소개해야 합니다.

③ 보다 거시적으로 대한민국 내 조약의 사전·사후 검토에 관한 개선이 필요합니다. 국제법 자체에 대한 ‘편파 인식’을 불식시키는 일환입니다.

㉑ 조약의 체결절차, 체결 전 검토과정 및 체결 후 이행 모니터링에 관한 입법개선과 함께 외교부, 법무부, 국가인권위원회 그리고 사법부의 협력이 필요하다는 점을 간략히 언급하고자 합니다. 현재 조약의 체결, 공포 등에 관한 국내규

범은 헌법과 국회법, 정부조직법, 「정부대표 및 특별사절의 임명과 권한에 관한 법률」, 「법령 등 공포에 관한 법률」에 산재해 있습니다.⁷⁷⁾ 그러나 기초적인 사항을 정하고 있을 뿐입니다. 물론 통상조약의 경우에는 「통상조약의 체결절차 및 이행에 관한 법률」이 2012년 제정되어 체결절차 및 이행에 관한 사항을 정하고 있습니다. 그리고 이른바 ‘조약체결절차법안’이 계류 중에 있습니다.⁷⁸⁾

㉠ 현재까지 기초적인 조약 관련 절차법마저 부재하지만, 체결된 조약의 사후적인 이행 모니터링은 더더욱 부족합니다. 늦게나마 ‘조약체결절차법안’과 같은 입법이 시도된 것은 다행스럽지만, 법안 자체에 다소 부족한 점이 있다는 정도만 밝혀두고자 합니다. 특히 국제인권조약의 경우에는 국가인권위원회가 조약의 사전·사후 검토에 적극적으로 관여할 필요성이 있다고 생각합니다. 국제인권조약을 구체적인 법원재판에서 실제 적용·해석하는 사법부 역시 국가인권위원회와 긴밀히 협력할 필요가 있습니다. 국제인권기구는 국제인권조약의 해석에 관한 일반논평, 대한민국을 직접 대상으로 한 견해를 제시하는 경우가 많습니다. 국제인권조약의 해석에 매우 긴요한 자료가 됩니다. 이러한 해석자료 역시 사법부를 비롯한 대한민국 전반에 신속하게 전달되어야 합니다. 이에 관한 권위 있고 올바른 번역을 수행하는 작업에도 사법부를 비롯한 국내기구 모두가 관심을 가져야 합니다.

㉡ 예컨대, 민사소송에서 청구취지와 청구원인은 원고가 제시합니다. 법원재판에서 대립하는 쟁점도 당사자 스스로가 제시합니다. 법률가 전반이 국제법에 보다 익숙해져야 다양하면서도 고차원적인 국제법 쟁점이 제기되고 다뤄질 수 있습니다. 법학전문대학원에서 국제법을 필수적으로 이수해야 한다고 강제할 수는 없겠지만, 예비 법률가인 학생들이 국제법에 보다 관심을 가질 수 있는 방안을 모색할 필요가 있습니다. 나아가 언론에서도 국제법은 물론 국제사회 전반에 관한 양적으로나

77) 물론 국내법과 동일한 효력을 가지는 비엔나협약 역시 대한민국이 ‘조약법’에 관한 기본규범으로서 반드시 준수하여야 합니다.

78) 천정배 의원 대표발의, “조약의 체결·비준 절차 등에 관한 기본법안”, 의안번호 2002963 (2016. 10. 27.) [계류 중].

홍익표 의원 대표발의, “조약의 체결·비준 절차 등에 관한 법률안”, 의안번호 2001660 (2016. 8. 18.) [계류 중].

박주민 의원 대표발의, “조약의 체결·비준에 관한 민주적 통제를 위한 법률안”, 의안번호 2000936 (2016. 7. 15.) [계류 중].

질적으로나 향상된 기사를 보도하길 희망해 봅니다.

- ⑤ 백종건 변호사님의 사례발표에서 잘 드러나고 있듯이, 양심적 병역거부가 인정되기까지는 수많은 당사자와 법률가의 희생과 수고가 밑거름이 되었습니다. 법원의 역할과 역량도 중요하겠지만, 법원재판에 임하는 법률가 전반이 국제법에 관한 적극적이고 진취적인 주장을 보다 다채롭게 제기하기를 기대합니다. ‘많이 부딪히고 두드려’ 주시길 부탁드립니다. 과거에는 마치 벽을 마주한 듯한 상황이었을 수도 있습니다. 그러나 현재 사법부 내에 국제법에 관한 높은 식견과 함께 상당히 전향적인 입장을 가지고 계신 구성원이 많다고 생각합니다.
- 추가적으로 백종건 변호사님께서 사법부의 국제화와 국제인권조약의 국내적 실행에 관한 개선방안을 위하여 조언해 주실 사항이 있는지 궁금합니다[질문사항 2].

5. 마치면서

요컨대, 저는 대한민국의 미래는 국제법과 국제화에 달려 있다고 믿습니다. 이것은 대한민국을 다시 세우며 미래를 바라보신 선조들의 희망이자 명령입니다. 대한민국은 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지하고 국제질서를 준수하겠다는 약속을 제헌 이래 단 한 번도 버리지 않았습니

다만, 그동안의 현실을 보면 국제화는 매우 더디었고 국제법은 ‘이방인’처럼 인식되었습니다. 안타깝게도 국제질서의 형성과 준수에 적극적으로 참여하지 못하였습니다. 국제연합의 가입 자체가 지체되기는 하였지만, 대한민국의 역량에 비해 국제인권조약에 대한 참여와 관심은 많이 부족하였습니다. 군사정권 시절에는 국제인권규범을 제대로 준수하지 않는 국가라는 불명예를 얻기도 하였습니다. 각종 최종전해와 개인통보사건의 전해에서, 뛰어난 경제력을 가진 문명국가에 걸맞지 않은 부끄러운 내용이 나타나기도 하였습니다. 유럽인권재판소의 판단에 대한민국의 권리침해를 인정한 전해가 근거로 제시되기도 하였습니다.⁷⁹⁾

79) *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03 (7 July 2011), para. 105.

“A further development in the UNHRC’s position occurred in its views adopted on 3 November 2006 in the cases of *Yeo-Bum Yoon v. Republic of Korea* and *Myung-Jin Choi v. Republic of Korea* (Communications nos. 1321/2004 and 1322/2004, UN doc.

이제는 달라져야 합니다. 우리가 국제인권조약에 가입하였다면, 당해 조약에 관한 국제사회의 공통된 시각과 기준을 수락하겠다고 약속한 것입니다. 국제인권조약이 불가피하게 가입한 불편하기 짝이 없는 ‘부담’ 정도로 치부되고, 대한민국을 멋내줄 ‘엑세서리’ 정도가 되어서는 안 됩니다.

국제인권조약에 대하여 ‘우리만의 해석’을 고집하여서도 안 됩니다. 대한민국은 어엿한 국제사회의 일원이 되었고 나아가 다양한 국제법 이슈의 중심이 되었습니다. 그러나 사안을 타방과 제3자의 관점에서 객관적으로 보지 못하는 경우가 많았습니다. 우리만의 관점으로는 국제사회의 동의와 지지를 받을 수 없습니다. 절대로 아집과 독선에 빠져서는 안 됩니다. 더욱이 인권은 인류 전체의 문제입니다. 어찌면 인권에는 ‘세계시민’만이 존재할 뿐입니다. 영토적 한계는 점차 무의미해질 수 있습니다. 인권은 시대와 지역, 종교와 문화를 넘는 보편적인 것입니다.

과거에는 국제사회가 국제인권규범의 확립에 초점을 두었습니다. 그러나 다수의 국제인권조약과 국제인권기구가 마련된 현재에는 국제인권규범의 실질적 이행에 중점을 두고 있습니다. 이것은 재론할 필요가 없는 당연한 귀결이기도 합니다. 한편 자유민주주의는 다수결에 따라 운영됩니다. 그러나 소수자와 인권의 보호는 다수결로 해결하기 어려운 측면이 있습니다. 소수자의 인권에 대한 관용과 포용 역시 자유민주주의의 기본정신입니다. 다수결로부터 자유로운 사법부로서는 인권의 보루라는 사명을 언제나 무겁게 받아들여야 합니다.

다시 한 번 사법부가 ‘국제화된 사법부’, ‘*de facto* 국제인권재판소’로 거듭나길 희망하여 지정토론을 마치고자 합니다.

※ 지정토론문의 내용은 사법부의 공식적인 의견이 아닌 지정토론자의 개인 의견입니다.

CCPR/C/88/D/1321-1322/2004, 23 January 2007), in which the UNHRC for the first time had to deal with complaints of two convicted Jehovah’s Witnesses with respect to a country where the right to conscientious objection was not recognised.”

토론문

이주영 (서울대학교 인권센터 전문위원)

* 이 토론문은 이해영 연구위원님의 “법원에서의 국제인권조약 적용 현황 및 평가”를 대상으로 합니다. 토론문에서 발표문이나 참고한 자료를 언급하고 논평할 때는 편의상 저자에 대한 존칭을 생략합니다.

발표문은 법원에서 한국이 가입·비준한 7대 주요 국제인권조약이 직·간접적으로 적용된 판결문을 전수 조사하여, 조약별, 시기별, 소송유형별로 국제인권조약에 근거한 주장이 인정·불인정된 현황을 파악할 수 있도록 하였다. 나아가 국제인권조약에 근거한 주장을 불인정한 판결들의 경우, 불인정이라는 결과 그 자체보다 결과에 이르게 된 논거의 유무와 내용을 중심으로 분석하여, 법원이 국제인권법을 적극적으로 적용하는 데 실질적인 한계로 작용하는 요인이 무엇인지, 규범적 한계, 법리적 한계, 법 지위적 한계, 법 해석적 한계로 나누어 종합적이고 체계적으로 분석하였다는 점에서 큰 의의가 있다.

우선, 첫째, 헌법 제6조 제1항에 따라 국제인권조약이 최소한 법률로서의 지위와 효력을 가진다는 점에 대해 큰 이견이 없으며, 법원의 판결문들도 조약의 국내법적 효력에 대해 명시적, 묵시적으로 인정하고 있음을 확인하였다. 둘째, 법원에서 국제인권조약을 직접적인 재판규범으로 바로 적용할 수 있는지와 관련해 소위 조약의 ‘자기집행성’ 문제가 법리적 한계로 작용한다는 주장에 대해 그 배경이 되었던 판결문을 면밀히 검토하여 법원이 조약의 ‘자기집행성’을 재판규범의 요건으로 한다는 주장의 근거를 해당 판결문으로부터 찾을 수 없다는 결론을 내렸다. 즉, 재판규범으로서 국제인권법의

국내법적 효력을 부인하는 법리적 한계는 사실상 없다는 것이다.

발표문에 따르면, 문제는 결국 국제인권법을 해석하는 단계에서 나타나는데, 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 불인정한 판결들이 국제인권조약기구의 견해를 배척하고 국내법적 논리로 국제인권법에 대한 해석을 치환하는 것이 대체적 경향이다. 특히 문제는 이에 대한 별다른 논증이나 설명이 뒷받침되지 않는다는 것이다. 앞서 2008년 “조약의 국내법 수용에 관한 비판적 검토”에서 조용환은 “문제는 인권조약의 수용에 대해 사법부가 소극적이라는 것이 아니다. 문제는 쟁점에 대해 재판의 본질에 맞는, 설득력과 일관성을 갖춘 법적 논증을 제시하느냐”라고 지적한 바 있는데,¹⁾ 이러한 문제가 지속되어 왔음을 알 수 있다.

발표자의 분석에 따르면, 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 인정한 판결의 경우, 국제인권조약을 해석하는 데 있어 국제인권조약기구, 외국의 입법례나 유럽인권법원 등의 판례를 폭넓게 참고하여 조약문의 통상적 의미를 성실하게 탐구하는 시도들이 특징적이다. 만약 국제인권조약에 근거한 주장 취지를 인정한 판결도 헌법과 국내법의 의미를 분석해 이미 판단을 내린 후 국제인권조약도 같은 내용이라는 식으로 별도의 논증 없이 활용한다면, 재판의 본질에 맞지 않다는 같은 비판을 면하기 어려울 것이다.²⁾

하지만 발표문이 여러 차례 인용하고 있는 2018.11.1. 대법원의 2016도10912 전원합의체 판결(양심적 병역거부권)에서 다수의견에 대한 제2보충의견의 경우, 시민적 및 정치적 권리규약(자유권규약)의 국내법적 효력, 재판규범성, 국제인권조약의 법률 해석에서의 역할과 사법부의 책무, 자유권규약위원회의 해석과 견해의 권위와 무게에 대해 설명하고 있다. 또한 헌법이 요구하는 국제법 존중주의에 기반을 둔 국내법의 국제법 합치적 해석을 원칙으로 하여 자유권규약위원회의 정부보고서에 대한 최종견해, 개인통보 사건에서 채택한 결정, 관련 일반논평, 유럽연합기본권헌장, 유럽연합조약과 유럽인권법원 결정 등을 다양하게 참조하여 쟁점이 되는 권리와 법률을 해석하는 등 충실한 법적 논증을 통해 법원의 국제인권법 해석과 적용에 있어 새로운 이정표를 세운 것이

1) 조용환, “조약의 국내법 수용에 관한 비판적 검토”, 『법과 사회』 (2008) 89-142, 135쪽.

2) 앞의 논문, 133쪽.

분명해 보인다.

특히 국제인권조약의 해석과 적용에서 가장 핵심적인 이슈 중 하나가 유엔인권조약기구의 해석과 견해를 어떤 시각으로 접근할 것인가이다. 제2보충의견은 이에 대해 “우리나라는 자유권규약 가입 당시 개인통보제도에 관한 선택의정서에도 함께 가입하였다.... [이것은] 당사국 내에 있는 개인의 진정에 대한 유엔자유권규약위원회의 심사권을 인정한다는 것이고, 이는 그 심사결과에 따르겠다는 의미를 포함한다. 따라서 선택의정서 가입국은 보편적이고 다자간에 체결된 자유권규약에 따라 유엔자유권규약위원회가 내린 개인통보에 대한 견해를 받아들일 국제법상 의무를 진다고 보아야 한다”라고 판시하였는데, 이는 단지 법적 구속력에 대한 형식적인 판단을 넘어 제2보충의견은 한국이 국제인권조약과 선택의정서를 체결하는 경우 그 목적과 그에 따른 책무에 대해 진지하게 검토하는 시각을 보여주었다 볼 수 있다.

이와 같이 유엔인권조약기구의 견해를 국제법상 의무로서 받아들인다는 결론에 도달하지 않더라도 개인통보제도 하 유엔인권조약기구의 견해에 대해 계약국(법원 포함)이 취해야 할 최소한의 태도가 있다. 이에 대해 국제법률가위원회의 다음과 같은 견해를 경청할 필요가 있다. “조약기구(법정)는 법적 규범에 대해 공식적으로 견해를 표명하는 것이고, 그 법적 규범은 당사국에게 구속력 있는 의무를 부과한다. 따라서 조약기구의 견해는 당사국이 자유권규약위원회가 채택한 해석 또는 그 해석을 사실관계에 적용하는 방법에 동의하지 않는다고 해서 쉽게 무시할 수 있는 단순한 권고 이상의 것이다.”³⁾ 나아가 세계적으로 권위 있는 국제법학자이며 독일 출신 법률가인 Christian Tomuschat은 이렇게 말한다. “자유권규약위원회의 견해를 배척하는 것이 금지된 것은 아니다. 주의 깊게 고려하여 해당 사건과 관련해 실질적인 법적 입장을 반영하는 것이 아니라고 판단한다면 말이다. 하지만 자유권규약위원회의 결론(견해)에 대해 반응하지 않는 것은 자유권규약상 의무 위반에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.”⁴⁾ 즉, 최소한, 사법부를

3) International Law Association, Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies, 2004: Berlin, para.15.

4) C. Tomuschat, “Human Rights Committee”, in R. Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Oxford: Oxford University Press Online: 2013), para.14.

포함하여 당사국은 유엔인권조약기구의 견해를 성실하게 고려하여야 할 의무가 있다고 보아야 한다.

발표자는 결론에서 법관들이 국제인권법을 제대로 적용할 수 있도록 돕는 제도적 기반이 결여되어 있다는 점을 지적하면서, 국제인권조약 및 조약기구의 해석자료, 실무서 및 해석서 등에 대한 접근을 용이하게 하기 위한 제도적 기반 마련, 국제인권법에 대한 법학교육의 부재를 보완할 수 있는 교육 및 연수 프로그램의 신설 및 강화, 국제법 및 국제인권법에 대한 연구 활성화 등 사법정책적 지원 방안을 구체적으로 제안하였다. 이러한 제안은 단지 바람직한 것을 넘어, “국제인권규약에 조화되도록 법률을 해석하는 것은 보편적 인권의 관점에서 사법부가 지켜야 할 책무”라는 관점에서 사법부가 그러한 책무를 이행하기 위한 기반으로 반드시 실행되어야 할 과제라 여겨진다.

질 문

1. 재판행위에 의한 국제인권규약 위반으로 인한 피해자를 실효적으로 구제하기 위한 방안에 대한 발표자의 의견은 어떠한지 궁금하다. 이는 2세션의 주제와 직결된 것이긴 하나, 발표문에서 법원의 판결에 의한 국제인권규약 위반으로 인한 개인의 손해배상청구에 대해 논의하면서 “국제인권조약상 권리가 침해당한 피해자를 실효적으로 구제하기 위해서는 국제인권조약 위반이라는 특수한 불법행위 태양에 대해서는 다른 판단 기준을 허용하는 법해석도 가능할 것으로 보인다”라고 언급하고 있어, 이에 대한 발표자의 의견을 좀더 듣고 싶다.

2. 발표자는 법원의 국제인권법 해석을 평가하면서 ‘문자적 의미에 한정된 해석’이나 ‘목적론적 해석’이나를 하나의 틀로 삼고 있다. 그것보다는 “조약법에 관한 비엔나협약”이 정한 ‘조약 해석의 일반규칙’에 충실한 해석인지, 즉 비엔나협약 제31조 제1항에 따라 “조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아 그 조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석”되었는지를 기준으로 평가하는 것이 더 바람직하지 않나 싶다. 물론 이 일반규칙 역시 해석의 상이한 접근들을 내포하고 있는 것이기는 하다. 하지

만 본 발표문의 대상이 된 국제인권조약에 근거한 주장을 배척한 판결들이 문언적 의미를 해석하는 데는 과연 충실했다고 평가할 수 있는 것인지 의문이다. 또한, 목적론적 해석으로 평가된 판결 중에도 “규약의 취지”를 언급하였을 뿐 실제 규약의 목적과 취지를 성실하게 탐구하고 이에 근거해 조문을 해석했다고 보이지 않는, 즉 목적론적 해석으로 설명하기 어려운 판결도 보이기 때문이다.

해석의 강조점이 어디에 있느냐에 따라, 문언적 해석, 목적론적 해석을 구분해 평가해 볼 수는 있겠지만, 이후 법원이 국제인권법을 해석하는 데 있어서 나아가야 할 방향은 조약문의 맥락, 대상, 목적에 비추어 조문의 의미를 성실하게 해석하고, 이를 위해 국제인권조약기구의 견해, 결정, 유엔인권이사회의 결의 및 견해, 국제재판소의 판례 등을 참조하도록 하는 것이 아닐까 싶다.

법원에서의 국제인권조약 적용 현황 및 평가 토론

황필규 (대한변협 국제인권특별위원회 위원장)

1. 들어가며

- 발표자의 포괄적이고 종합적인 연구에 경의를 표함.
- 발표자의 법원에서의 국제인권조약 적용에 대한 분석 및 평가 내용에 대체로 동의 하며, 사법지원을 위한 정책적 제언에 대해서도 반드시 시급히 이루어져야 할 과제 들을 제시하고 있다고 판단됨.
- 발제문의 “분석과 평가” 및 “정책적 제언”에 대하여 몇 가지 첨언하고자 함.

2. 법원의 국제인권조약 적용에 대한 분석 및 평가

(1) 국제인권조약의 국내적 효력 - 법원에서의 재판규범성

- 발제문은 분석 대상이 된 모든 판결문에서 국제인권조약의 국내적 효력이 인정되고 있다고 하고 있는데 국내법과 “같은” 효력(헌법 제6조 제1항)이 인정된다는 것은 법원에서는 그 자체로 재판규범이 된다는 의미로 이해되어야 함.
- 법원은 국제인권조약이 적용되는 경우에도 대부분 국내법령에 보충하여 적용되는

실무상 관행의 문제점을 확인하고, 그 원인을 분석하고 그 해결방안을 제시함으로써, 국제인권조약이 완결적인 재판규범임을 확인하고 그렇게 적용될 수 있도록 하여야 할 최소한의 의무가 있음.

- 국제인권조약 위반행위는 그 자체로 민법상 “위법행위”, 국가배상법상 “법령 위반”, 행정소송법상 취소사유인 처분 등의 “위법성”, 소송법상 상소 사유인 “법률 위반” 등을 구성함을 명확히 할 필요가 있음.

(2) 국제인권조약의 직접 적용 - 자기집행성의 문제

- 발제문은 법원의 판례에 따르면, 조약의 ‘자기집행성’법리를 요구하고 있지 않고 피해자 개인은 국제인권조약상 권리가 침해되었을 때 국내법상 절차에 따라 법원에 구제조치를 청구하면 되는 것이라고 해석하고 있는데 이는 원칙적으로 올바른 판단임.
- 다만 여러 판례를 종합적으로 살펴보면, 손OO 국가배상청구권 사건 이후 다른 해석을 가능하게 하는 판시들이 존재하고 이 부분에 대한 법원 전체 차원의 명확한 정리가 필요하다고 판단됨.
- 손OO 국가배상청구권 사건 판결은 당해 사안에서 원고(상고인)를 구 노동쟁의조정법 제13조의 2 제3자 개입금지 조항 위반의 죄로 처벌한 것이 시민적·정치적 권리 규약 제19조의 취지에 반하여 표현의 자유를 침해한 것으로 볼 수 없다고 판단하여 국제인권조약 위반 여부를 판단하고 있음(대법원 1999. 3. 23. 선고 96다 55877 판결). 따라서 국가의 구제조치 의무를 규정한 규약 제2조 제3항에 의해 “구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리”가 창설되는 것이 아니라는 판결의 취지는 법원에 의해 관련 행위의 위법성이 판단되는 것이지 이와 무관하게 혹은 이에 반하여 절차적 규정이라고 볼 수 있는 규약 제2조 제3항이나 관련 조약기구에서의 위법성 판단(이미 관련 개인통보에 대한 결정을 통해 규약 19조 위반이 확인된 사안임)에 의해 별도로 손해와 그 배상청구권이 인정될 수는 없다는 취지로 이해됨.

- 그런데 영화 청년경찰의 인종차별 여부가 문제된 사건의 경우, 관련 조약기구에 대한 개인통보 결정이 없는 상황이었고, 구제조치 의무를 규정한 인종차별철폐협약 제6조 외에도 국가의 기본적인 인종차별금지 의무 등 실체적 내용을 규정한 협약 제2조 제1항의 위반 여부가 문제되었음에도 불구하고 판결은 이들 조항에 의해 “구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리”가 창설되는 것이 아니라는 손OO 국가배상 청구권 사건 판결의 ‘표현’을 원용하며 실체법 규정인 협약 제2조 제1항의 위반 여부 자체를 판단하지 않고 있는 것으로 보임(서울중앙지방법원 2018. 9. 14. 선고 2017가단5245081 판결). 또한 이 판결의 “위 각 규정에서 개인의 권리와 의무를 정하여 그 자체만으로 국내법원에서 직접적으로 적용될 수 있는 규칙을 제정하려고 의도하였음이 그 문언 자체에 의하여 구체적으로 확인된다고 할 수는 없으므로”라는 판시는 조약의 자기집행성의 주관적 요건 판단을 연상시킴. 협약 제2조 제1항이 단순한 훈시규정이거나 정책노력조항임이 명백하지 않는 한 불법행위 ‘위법성’ 판단의 근거가 되었어야 한다고 판단됨.

- 일제 강제징용 배상 사건의 1심 판결은 문제가 더욱 심각함. “사인이 국제법에 근거하여 다른 국가 또는 그 국민을 상대로 직접 어떤 청구를 할 수 있는지 여부는 각 조약 등 국제법 자체에서 해당 규범의 위반행위로 인하여 권리를 침해당한 사인에게 그 피해회복을 청구할 수 있다는 취지 및 그에 관한 구체적인 요건, 절차, 효과에 관한 내용을 규정한 경우나 그 국제법에 따른 사인의 권리를 구체적으로 규정한 국내법적 입법조치가 행하여진 경우에 가능하다고 할 것이다. 이 사건에 대하여 보면, 강제노동에 관한 국제노동기구 제29호 조약 등의 각 규정에, 강제노동으로 피해를 입은 사인에게 강제노동을 실시한 주체에 대해 직접 손해배상을 구할 수 있도록 하는 규정이 없다. 그렇다면, 원고 3 등은 국제법 위반으로 인한 손해배상을 구할 수는 없다.”(서울중앙지방법원 2008. 4. 3. 선고 2005가합16473 판결) 비록 국제인권조약이 아닌 국제노동기구의 조약이 문제되는 사안이기는 하지만, 별도의 국내이행입법이나 구체적인 구제절차가 조약 자체에 규정되어 있지 않으면 그 조약 위반 자체를 판단하지 않겠다고 실시함으로써 사실상 조약의 ‘자기집행성’ 법리를 채택하고 있는 것처럼 보임.

- 이처럼 다른 판례들이 나오고 있는 배경에는 명확하게 해석되기 어려울 수 있는 “구제조치를 청구할 수 있는 특별한 권리”라는 (법리라기보다는) 표현이 제시되고 원용되고 있고, 국제법의 국내법적 효력에 대한 충분한 이해 없이, 역시 그러한 이해 없이 작성된 판례를 무비판적으로 따르거나 국내에서도 ‘자기집행성’ 법리가 적용되어야 하는 것처럼 정리된 일부 논문을 선별적으로 참고해 온 실무 관행이 있는 것으로 판단됨.

(3) 국제인권조약과 국내법의 충돌 해결의 문제

- 기존 판례 중 국제인권조약과 국내법의 충돌이 명시적으로 문제가 되어 그 해결을 위한 법리 적용이 문제된 예가 없다는 것은 이 문제를 법원이 회피해왔고, 그 회피의 근거에는 국제인권조약에 대한 해석의 무지 혹은 회피, 자의적 해석이 깔려있다는 것을 의미한다고 평가할 수 있는 소지가 있음.
- 발제문이 문제적 접근으로 분류하고 있는 1) 조약기구의 견해 배제와 국내법의 유효성 선언, 2) 국제법과 국내법의 충돌 부정 - 국제인권조약 상 권리에 대한 제한 규정의 존재를 논거로 함: 국제조약이 허용하는 범위 내의 제한이라고 해석, 3) 국제법과 국내법의 충돌 부정 - 국제법의 국내법 역합치적 추정(전이논법) 사례 모두 국제인권조약의 관련 조항 자체에 대한 정확한 해석이 선행되지 않은 채 국제법의 국내법 합치적 해석, 나아가 사실상 국내법의 국제법에 대한 절대적 우위를 표방함으로써 “판결에 영향을 미친 법률의 위반이 있는 때”에 이를 위험성이 있다고 판단됨.
- 반면 발제문이 바람직한 접근의 예로 들고 있는 1) 외부 조약기구 등의 견해 존중 (충돌 가능성 인지), 2) ‘국내법의 국제법 합치해석으로 충돌 조정’ 사례의 경우, 국제인권조약의 해석의 주된 근거가 될 수 있는 자료들에 기초해 객관적인 해석을 피하였다고 볼 수 있음. 다만 발제문은 국가배상 상호보증 사례의 경우, 국가배상법과 시민적·정치적 권리규약, 인종차별철폐협약과의 배치가능성을 고려해 형식적 엄격성을 요하지 않는 실질적 상호보증만을 요하고 있다고 설명하고 있지만 이는 국내법과 국제법 충돌상황에서 국내법의 우위를 인정하는 접근임. 여기에서 국내법의

국제법 합치해석 접근은 시민적·정치적 권리규약, 인종차별철폐협약의 내외국인평 등주의 표방과 그 위반 시의 구제가능성을 근거로 문제가 된 양국이 모두 위 조약을 가입했다면 상호보증이 충족된 것으로 해석하는 방식일 것임.

[참고] 조약법에 관한 비엔나협약: 조약의 해석

제31조 (해석의 일반규칙)

- ① 조약은 조약문의 문맥 및 조약의 대상과 목적으로 보아, 그 조약의 문면에 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 합의
 - (b) 조약의 체결에 관련하여, 1 또는 그 이상의 당사국이 작성하고 또한 다른 당사국이 그 조약에 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.

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

[참고] 국제인권조약의 '살아있는 법' 해석

"위원회(Commission)가 정당하게 강조했듯이 (유럽인권)협약은 살아있는 문헌(living instrument)으로서 오늘날 상황에 기초하여 해석되어야 한다. 재판소가 당해 사건에서 유럽평의회(Council of Europe) 회원국들의 형사정책의 발전과 공동으로 승인된 기준에 영향을 받는 것은 당연하다." (Tyrer v. United Kingdom, Application No. 5856/72, 25 April 1978 (European Court of Human Rights))

"국제조약은 해석 당시에 지배적인 전체 법체계의 틀 안에서 해석되고 적용되어야 한다." (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, [1971] ICJ Report p.6)

"인권에 영향을 미치는 조약은 그 적용 당시의 이해에 비추어 인권을 부정하는 방식으로 적용되어서는 안 된다." (Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), [1997] ICJ Report p.6, paras. 114-115)

(4) 국제인권조약의 해석 및 적용 문제

- 문자적 의미에 한정된 해석 - 당사국의 구체조치 의무를 규정한 조항의 개인의 특별한 청구권(국내법이 예정하지 않은 이행청구권, 배상청구권) 창설 부정(국내법상의 청구권만을 인정): 국제인권조약이 개인통보 제도를 별도로 두고 있고 이에 대해서는 별도의 동의, 비준, 가입을 전제로 한다는 점에서 개인통보와 무관한 조약 규정을 갖고 국내법적으로 절차가 마련되지 않은 별도의 이행청구권, 배상청구권을 인정하는 것이 용이하지 않을 수 있음.
- 문자적 의미에 한정된 해석 - 조약이 명시적 규정으로 구체적인 권리나 절차를 정하고 있을 것을 요구함: 이러한 사례들 역시 조약에 대한 체계적인 해석에 기초한 판단을 했다고보다는 별다른 근거 없이 선언적 해석 혹은 해석의 선언을 하는 접근 방식을 취한 것으로 판단됨. 조약의 목적과 취지를 고려하는 일부 목적론적 해석 사례와는 대비됨.
- 국내법리에 기반한 해석 - 조약 조항상 “국내법 체계 안에서”구문을 활용한 해석: 법원은 고문방지협약 제14조상 “국내법 체계 안에서”를 사실상 ‘국내법이 허용하는 범위 내’로 해석하고 국내법을 변경하거나 무시할 수는 없다는 취지로 이해하고 있으나 “Each State Party shall ensure in its legal system”이라는 협약 원문과 그 취지를 봤을 때는 오히려 ‘국내법을 통해’ 고문방지협약의 취지에 부합하는 실효적인 조치를 취하라는 뜻으로 해석해야 함.
- 국내법리에 기반한 해석 - 국내법을 통한 우회적 해석: 국내법과 국제법에 유사하거나 동일하게 표현된 규정이 있는 경우 국내법에 대한 해석으로 국제법에 대한 해석을 대체하는 것은 그 해석 기준과 축적된 해석의 내용이 다른 법규정을 동일시하는 것으로 허용될 수 없는 법해석의 방식임. 법원이 헌법과 법령에 따른 결론을 더욱 보강하는 논거로서 조약을 보충적으로 활용하는 경우에도 해석 관련 문제점은 동일할 수 있음.

- 해석자료의 협소함/ 다양한 국제적 출처의 해석자료 참조(국제기구의 결정 및 견해의 활용: “국제인권조약을 해석할 때 조약 조항의 문자적 의미 그 자체를 읽히는대로 이해하는 것에 그치고 다른 국제법적 해석자료(일반논평, 조약기구의 결정, 국제재판소의 실행, 국제인권기구의 견해, 권위 있는 주석서나 기타 판례 등)를 참조하지 않는 것”은 국제인권조약 해석의 포기가 가깝다고 봐야함.

[참고] 유엔인권권고¹⁾의 법적 성격²⁾

유엔인권권고는 실체적인 측면으로뿐만 아니라 절차적인 측면에서도 국내법적 효력을 가지는 국제인권법에 근거한다. 유엔인권이사회의 국가별 인권상황 정기검토(UPR)와 특별절차의 경우, 국내법적 효력을 가지는 유엔헌장 명문의 규정³⁾과 법적 기구인 유엔총회의 결의 등에 기초하고 있다. 한편 인권조약과 관련된 권고의 경우, 권고의 주체인 조약기구의 구성과 임무가 조약상 명문으로 규정되어 있을 뿐만 아니라, 그 권고가 이루어지는 절차에 대하여도 명문의 규정⁴⁾을 두고 있다. 따라서 국가보고서가 제출되고 유엔인권권고가 이루어지는 절차는 법률에 근거한 법적 절차라고 볼 수 있다. 유엔인권기구의 권고는 그 권고가 실제적·절차적 측면에서 국내에서 법적 구속력을 갖는 국제인권법의 명문의 규정에 근거한다는 점에 비추어 비엔나협약 제31조 제3항상 조약의 해석기준인 “조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의”이나 “조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약적용에 있어서의 추후의 관행”에 해당할 수 있다. 또한 국내법과 명백히 배치되지 않는 한 충분히 존중되고 그 취지가 충분히 반영될 수 있도록 국내적으로 해석·적용되어야 한다.⁵⁾

유엔인권권고의 수용, 권고의 이행 혹은 이행 노력의 약속은 국제법적으로는 조약에 의한 의무부담의 의사 표시일 수 있다. 유효한 모든 조약은 그 당사국을 구속하며 또한 당사국에 의하여 성실하게 이행되어야 한다.⁶⁾ 어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 안 된다.⁷⁾ 한편 이러한 약속은 국내법적으로는 법적 기관의 권고에 대한 의무부담의 의사표시로서 행정작용의 의미를 지닌다. 따라서 비록 유엔인권권고 자체는 법적 구속력이 없다고 하더라도 그에 대한 행정상 의사표시에는 신뢰보호의 원칙의 적용가능성 등 법적인 효과가 발생하게 된다고 보아야 한다. 한편 유엔인권권고가 국가 인권정책기본계획 등에 반영되는 경우 이는 행정계획의 일부로서의 법적 성질을 가지게 된다.

- 1) 유엔인권권고는 유엔총회 및 유엔인권이사회의 결의, 조약기구의 조약에 대한 일반적·추상적 유권 해석인 일반논평(General Comments) 혹은 일반권고(General Recommendations), 개별적·구체적 유권해석인 국가보고서에 대한 최종평가(Concluding Observations), 개인통보에 대한 의견(Views 또는 Opinions), 유엔특별절차의 연례보고서(Annual Reports), 국가방문 보고서(Mission Reports), 개인통보에 대한 의견(Opinions) 등이 모두 포함되는 개념이다.
- 2) 황필규, “유엔인권권고 이행 메커니즘 확립 방안”, 대한변호사협회·유엔인권정책센터, 『제2회 유엔인권권고 분야별 이행사항 점검 심포지엄』(2012. 12. 6.), pp.151-153 참조.
- 3) 유엔헌장 제1조 제3항, 제13조 제1항 (b), 제55조 (c), 제56조, 제62조 제2항, 제68조, 제76조 (c) 등.
- 4) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제40조, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제16조, 제17조 등.
- 5) 황필규, “외국인의 인권과 차별금지”, 『인권과 정의』 제365호 (대한변호사협회, 2007. 1.), p. 49.
- 6) 조약법에 관한 비엔나협약 제26조.
- 7) 조약법에 관한 비엔나협약 제27조.

3. 법원의 국제인권조약 적용의 위한 정책적 제언 관련

(1) 대한민국 법원‘종합법률정보’에 국제인권조약 관련 데이터베이스 구축

- 현재 상황: ‘종합법률정보’ - 법령 - 디렉토리 검색 - 법구분별 - 조약 (0개)
- 조약, 일반논평/일반권고, 한국에 대한 최종견해, 특별절차 방문보고서, 국가별인권 상황정례검토 보고서, 개인통보에 대한 의견, 주요 유엔총회 결의, 인권이사회 결의, 특별절차 주제보고서(이상 모두 국영문), 논문 및 평석 등 포함되어야 함.

(2) 국제인권법 실무제요 편찬

- 내외부의 전문가 참여, 재판실무에서의 실체적, 절차적 쟁점에 관한 법률적 근거, 해설논평, 주요 판례, 실무 관행 포함 등을 전제로 하지만 재판규범으로서의 국제인권법의 해석과 직접 적용과 관련된 원칙 및 기준 등을 함께 체계적으로 정리할 필요가 있음.
- 국제인권조약 해설서 및 주석서 법원도서관, 일선 법원 비치 / 재판실무상 주요 쟁점 부분 한글 번역 / 법원도서관 또는 사법정책연구원에 국제규범 번역센터 신설 등도 적극적으로 추진할 필요가 있음.

(3) 법관 국제인권법 연수

- 참가가 의무로 되어 있는 신입, 경력별 연수에 필수적인 내용으로 국제인권법 연수를 진행할 필요가 있음. 모든 로스쿨에서도 국제인권법 한 학기 강좌를 필수로 하기 어렵다면 적어도 실무과목 중 일부 시간을 할애해서라도 필수적인 교육이 이루어지도록 해야 함. 변호사, 검사들에 대한 체계적인 교육도 함께 고민되고 계획되어야 함.

(4) 연구, 학술행사, 국제기구와의 교류

- 법원 내에서 이러한 정책방향이 법관들의 지지를 받기 위해 무엇이 필요한지에 대한 고민이 필요함.
- 정부, 국회, 헌재와 함께 보조를 맞출 수 있는 방안의 고민이 필요함.

[참고] 시민단체와의 열린 간담회 상반기 실시결과 보고 (사법정책총괄심의관실, 2018. 8)

• 검토사항

(1) 국제기구의 인권 관련 권고사항 이행

(가) 국제기구의 인권 관련 권고사항을 전달받아 이행하는 메커니즘이 필요함 ⇒ 『사법정책 및 제도 개선 등에 관한 위원회규칙』에서 예정한 「헌법자문위원회」 설치, 운영방안 검토 가능

사법정책 및 제도개선 등에 관한 위원회규칙 [별표 1] 법원행정처에 둘 위원회의 직능

위 원 회 명	직 능
헌 법 자 문 위 원 회	1. 사법정책 및 재판제도 설계·운영에 관한 헌법적 고려사항 2. 대법원규칙, 예규의 헌법적 타당성에 관한 사항 3. 기본권 보장 확대 및 소수자의 인권 보호에 관한 사항 4. 국제인권규범의 사법정책 및 재판제도 반영에 관한 사항 5. 법원행정처장이 부의하거나 위원이 안건으로 제출한 사항

• 우선추진 정책

나) 인권에 관한 국제적 연대 강화

(가) 종래 국제기구의 인권 개선에 관한 권고를 소극적으로 수용하는 단계에서 탈피하여 적어도 사법제도 관련 인권 개선에 관하여는 국제적 논의에 적극적 참여하는 등 능동적으로 대처할 필요가 있음

- ① 인권은 그 속성상 국내에 국한되는 문제가 아니므로 세계 여러 나라의 흐름을 파악하고 연대해 나가는 것이 중요함
- ② 현재 사법정책총괄심의관실에서는 OECD와 협력하여 OECD의 사법접근성에 관한 설문항초안을 기초로 사법접근성에 관한 정책연구용역을 진행하였고, 그 중간결과를 OECD가 개최한 사법접근성 전문가 정책회의에서 발표하였음

(나) 국제기구 한국사무소와 교류와 협력 확대

- ① UN, OECD 등 국제기구의 한국사무소와 소통 창구를 마련하고 교류와 협력을 강화함으로써 인권 문제에 관한 국제적 흐름을 파악할 필요 있음
- ② 국제기구와 인권 관련 제도에 관한 공동연구 및 학술대회 개최, 국제기구의 전문가 초빙 강연, 법관 및 법원공무원의 국제기구 파견 등



법원의 국제인권기준 적용 심포지엄

[발표]

국제인권조약기구 개인진정 결정의 국내 이행과 법원의 역할

박찬운

(한양대학교 법학전문대학원 교수)

국제인권조약기구 개인진정 결정의 국내 이행과 법원의 역할*

박찬운⁺ (한양대학교 법학전문대학원 교수)

I. 개인진정 결정, 한국에선 무엇이 문제인가?

우리나라 국제인권법 분야에서 지난 20년 간 가장 논쟁적인 이슈 하나를 든다면, 그것은 유엔 인권조약 감독기구(treaty monitoring bodies)의 개인진정 결정의 이행과 관련된 문제일 것이다.¹⁾ 우리나라는 1990년 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(이하 자유권규약이라고 함)에 가입하면서 동시에 동 규약 제1선택의정서에 가입함으로써 국내 인권침해 사건을 자유권규약위원회(UN Human Rights Committee, HRC)에 진정할 수 있는 절차를 갖게 되었다.²⁾ 이름하여 개인통보(individual communication) 절차라는 것으로 유엔 인권조약 감독기구의 개인진정(individual complaints) 절차의 하나다.³⁾ 우리나라는 자유권규약과 그 선택의정서 가입 이후 최근(2018. 9. 1. 기준)에 이르기까지 HRC로부터 총 17건의 결정(Views)을 받은 바 있다.⁴⁾ 이 중 15건에서 진정인의 주장이 받아들여져, 진정인에 대해 적절한 구제조치를 취할 것을 요구받았다. 하지만 이런 결정에 대해 우리 정부가 그동안 취해 온 것은 매우 실망스런 상황이다.

* 이하의 글은 발표자가 2018년 한양대학교 '법학논총'(35집 3호)에 쓴 "개인진정 결정(Views) 불이행을 원인으로 한 국가배상소송 가능성"이란 논문을 토대로 오늘 심포지엄 주제에 맞게 재구성하고 수정·보강했음을 밝힌다.

+ 한양대 법학전문대학원 교수(인권법); 변호사; 법학박사.

1) 개인진정 절차에 대한 일반적 설명은 박찬운, 「인권법(제2개정판)」, 한울, 2015, 169쪽 이하 참고.

2) 우리나라는 현재 자유권규약뿐만 아니라 인종차별철폐협약, 여성차별철폐협약, 고문방지협약에서도 개인진정 절차를 이용할 수 있다.

3) 자유권규약과 그 선택의정서에 따른 개인진정 절차를 '개인통보'(individual communication)라고 부르지만 이 글에선 일반 용어인 '개인진정'(individual complaints)이란 용어를 사용한다.

4) 그 내용은 다음 사이트에서 찾아 볼 수 있다: [http://juris.ohchr.org/search/documents\(2018.9.1.방문\)](http://juris.ohchr.org/search/documents(2018.9.1.방문)).

정부는 대부분의 인용결정에서 HRC가 요구한 구제조치를 이행하지 않았다.⁵⁾ 이로 인해 우리 정부는 HRC로부터 여러 차례에 걸쳐 시정을 요구받았다.⁶⁾

이 중에서도 최근 우리 정부가 국제사회로부터 가장 크게 비난 받고 있는 것은 양심적 병역거부 사건이다.⁷⁾ 이 사건과 관련해, 우리나라는 2006년 이후 최근까지 HRC로부터 5건의 인용결정을 받았고, 그 당사자 수만 해도 이미 오백 명이 넘었으며, 신규 진정도 계속되고 있다. 이렇다 보니 우리나라가 이 결정에 대해 어떤 조치를 취하느냐에 따라 HRC의 개인진정 절차의 미래가 달려 있다는 소리까지 들린다.

개인진정 결정의 국내적 이행과 관련해 가장 중요한 것 중 하나가 사법부가 이 결정을 어떻게 이해하고 재판에 적용하느냐이다. 결정이 난 이후 당사자들이 제기하는 관련 소송에서 사법부가 그 결정의 효력에 대해 어떤 태도를 보일까, 일반 재판에서 조약기구에서 이미 내려진 개인진정 결정에 대해 어떤 효력을 인정할 것인가 등등이 개인진정 결정의 국내적 이행을 위해선 매우 중요한 문제가 될 것이다.

이하의 글에서는 이런 문제를 알아보기 위해 일단 개인진정 결정의 법적 성격과 효력에 대해 간단히 알아보고 그 국내적 이행을 위한 일반적 방법을 비교법적 관점에서 고찰해 본다. 다음으로 개인진정 결정의 법적성격과 효력에 기초해 그 의미를 보다 적극적으로 끌어올릴 수 있는 사법적 수단으로서 결정 불이행에 대한 손해배상가능성에 대해 논해 보고자 한다. 특히 후자는 개인진정 결정의 국내이행에서 큰 문제가 되고 있는 우리나라에겐 새로운 해결책을 만드는 기폭제가 될 수 있을 것이다. 법원이 만일 이 소

5) 노동쟁의 과정에서 제3자 개입으로 처벌받은 손종규 사건(Communication No.518/1992, CCPR/c/54/D/518/1992)에서 개인통보 절차가 종료된 후 (구) 노동쟁의조정법 상의 제3자 개입 금지 규정이 폐지된 것은 개인진정 결정의 국내적 이행이라고 평가되고 있다.

6) HRC는 한국이 개인진정 결정의 국내적 이행을 위한 특별한 절차가 없음을 이미 지적한 바 있다. HRC의 제4차 한국 정부 보고서 검토 최종견해에서 이것을 다음과 같이 명시하였다: 6. The Committee remains concerned about the absence of a specific mechanism to implement the Committee's Views under the Optional Protocol. In particular, the Committee notes with concern that, in all cases except one, the State party has failed to implement the Committee's Views, notably in the numerous cases concerning conscientious objection(art. 2). UN Human Rights Committee, Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea, CCPR/C/KOR/CO/4, para. 6.

7) 양심적 병역거부 사건의 일반적 개요에 대해서는 박찬운, 전계서, 190쪽 이하 참고.

송에 대해 적극적인 결론(청구인용)을 내린다면 정부(국회 포함)로선 국내이행을 위한 조치를 서두르지 않을 수 없을 것이다.⁸⁾ 과연 그게 가능할 것인가. 어떻게 논리를 구성하는 것이 인용 가능성을 높일 수 있을 것인가.

II. 개인진정 결정은 어떤 법적 성격을 갖는가?

1. 개인진정 결정의 효력

유엔 조약감독기구가 개인진정사건을 심리한 뒤 내리는 결정(Views)의 법적 성격에 대해서 다양한 논의가 있다. 이들 의견을 개괄하면 크게 세 개 정도의 견해로 나눌 수 있다.

첫째는 법적 구속력(legally binding)을 긍정하는 견해다. 이 견해는 인권조약의 틀 내에서 설치 운영되고 있는 전문기관의 판단의 법적 구속력을 명시적으로 규정하고 있는 조약상의 조항이 없다고 하여, 그 판단이 단지 권고에 불과하다고 볼 수는 없다는 것이다. 조약상의 의무 자체는 응당 법적 구속력을 가지며(legally binding), 당해 인권 조약에 의하여 설립된 국제전문기관이야말로 당해 조약에 대한 가장 유권적인 해석자라고 본다. 그러므로 UN 인권조약기관이 조약에 대한 위반이 존재한다고 판단하는 경우, 당사국은 (조약위반으로 인한) 상황에 대하여 구제수단을 강구할 법적 의무를 부담한다는 것이다.⁹⁾¹⁰⁾

8) 다만 최근 양심적 병역거부에 대한 상황이 바뀌어 가고 있는 것은 주목할 만하다. 헌법재판소는 2018. 6. 18. 2011헌바379 결정으로 병역법이 병역의 종류 중에 대체 복무제를 규정하지 않은 것에 대해 헌법 불합치 결정을 내렸다. 이에 따라 곧 대체복무제가 도입된다면 향후 개인진정 결정 불이행의 예로서 양심적 병역거부를 드는 것은 적절하지 않을 것이다. 따라서 이 글에선 개인진정 결정 불이행을 판단하는 데 있어서 위 현재결정에서 비롯된 변화된 상황은 고려하지 않을 것이다. 이제까지 정부가 양심적 병역거부에 관한 여러 번의 개인진정 결정을 받았음에도 아무런 이행조치를 취하지 않았다는 사실관계에 기초해 국가배상소송 가능성을 판단할 것이다. 그것은 이 논문의 작성 목적이 개인진정 결정의 불이행에 대한 국가배상소송 가능성을 탐색하는 데 있지, 특정 사건(양심적 병역거부 사건)의 (국가배상)소송 가능성을 탐구하는 게 아니기 때문이다.

9) 이 견해는 HRC의 위원으로 활동한 사이닌이 주장한 것이다. Martin Scheinin, "International Mechanisms and Procedures for Implementation", in Raija Hanski and Markku Suksi (eds.), An Introduction to the International Protection of Human Rights: A Textbook,

둘째는 설득적 권위를 인정하는 견해다. 이 견해는 개인진정 결정에 공식적인 법적 구속력까지는 인정하지 않지만 자유권규약의 해석을 위한 주요한 자료(a major source for interpretation of the ICCPR)로서 인정하거나¹¹⁾ 상당한 설득적 권위(considerable persuasive authority)를 보유하고 있는 것으로 파악한다.¹²⁾ 이러한 입장은 우리나라를 포함 상당수의 국내법원의 판단에서 널리 발견된다. 즉, 개인진정 결정은 HRC의 일반논평(general comments)과 함께 자유권규약이나 국내법을 해석함에 있어서 매우 중요한 (해석)기준으로 사용되고 있다.¹³⁾

셋째는 법적 구속력을 부인하는 견해다.¹⁴⁾ 이 견해는 여러 나라의 국내법원에서 사법적 판단으로 공식화되었다. 예를 들면 아일랜드의 고등법원은 *kavanagh v. Governor of Mountjoy Prison*(2001)에서, HRC가 Kavanagh에 대한 개인진정 절차에서 아일랜드 법원의 심리 및 유죄판결을 자유권규약 위반으로 판정했음에도 불구하고, HRC의 개인진정 결정은 구속력이 없음을 지적하면서, Kavanagh의 사법심사 청구를 배척했다. 그 뒤 아일랜드 대법원은 같은 이유로 Kavanagh의 청구를 기각하였다.¹⁵⁾ 이러한

2nd ed.(Turku/Åbo: Institute for Human Rights, 1999), 444(이근관, “HRC의 견해(view)의 규범적 효력에 관한 고찰”, 서울국제법연구, 13권 1호(2006), 4쪽에서 재인용).

10) 2018년 대법원은 양심적 병역거부자의 병역법 위반 사건에서 무죄를 선언하는 역사적인 판결을 선고하였다. 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결. 이 판결 중 다수의견을 보충하는 박정화, 김선수, 노정희 대법관의 보충의견은 국제인권법에 관한 그간 논의를 망나적으로 정리하였다. 특히 보충의견 중엔 개인진정 결정에 대해 매우 주목할 만한 설시를 한 바 있다. “자유권규약 제2조 및 위 선택의정서의 규정들을 종합하면, 개인통보제도를 규정한 선택의정서에 가입하였다는 것은 당사국 내에 있는 개인의 진정에 대한 유엔자유권규약위원회의 심사권을 인정한다는 것이고, 이는 그 심사결과에 따르겠다는 의미를 포함한다. 따라서 선택의정서 가입국은 보편적이고 다자간에 체결된 자유권규약에 따라 유엔자유권규약위원회가 내린 개인통보에 대한 견해를 받아들일 국제법상 의무를 진다고 보아야 한다.” 이러한 설시는 개인진정 결정의 효력에 대해 법적 구속력을 인정하는 견해라고 할 수 있다.

11) *Maria v. McElroy*, 68 F Supp 2nd 206, 232(EDNY 1999)(이근관, 전제 논문, 각주 8 재인용).

12) *Nicholls v Registrar of the Court of Appeal*(1998) 1 New Zealand Law Report, p.405(New Zealand Court of Appeal, Eichelbaum CJ)(이근관, 전제 논문, 각주 9 재인용).

13) 1999년 대전지방법원은 국가보안법 사건에서 “인권이사회(HRC)의 결정이 있는 이상 향후 국가보안법 해석, 적용함에 있어서는 인권이사회 결정 및 해석기준을 깊이 고려하여 (국가보안법 규정의) 반국가활동성 및 이적목적성을 판단하여야만 할 것이다”라고 판시한 것은 이런 견해와 궤를 같이 하는 것이라고 할 수 있다. 대전지방법원 1999. 4. 1. 선고 98고합532 판결.

14) 이근관, 전제 논문, 13~14쪽.

15) *Kavanagh v. Governor of Mountjoy Prison*(2001)에 대한 상세한 내용은 다음 기사를 참고할 것. The Irish Times “Views of civil rights covenant committee are not legally binding”,

견해는 우리나라 법원이 앞서 본 손종규 사건에서 취한 태도와 대동소이하다.

개인진정 결정의 법적 효력에 대한 우리나라 학자들의 견해는 법적 구속력을 인정하지 않는 것이 대세로 보인다. 즉, HRC의 개인진정 결정은 그것이 단순한 사실의 확인에 불과하든 혹은 개별적 및 일반적 구제조치의 결정에 해당하든, 원칙적으로 당사국에 대하여 법적 구속력을 가지지 아니하고, 단지 권고적 효력만을 가진다는 것이다.¹⁶⁾ 다만 학자들 사이에선 개인진정 결정의 법적 구속력은 인정하지 않더라도 당사국에겐 감독기구의 결정을 신의칙에 좇아 고려·존중할 최소한의 의무를 부담한다고 주장하는 경우가 있다.¹⁷⁾

생각건대 개인진정 결정이 적어도 형식적으로는 법적 구속력이 없다는 것은 크게 논란을 벌릴 필요가 없다고 본다. 그 결정은 원래 처음부터 법적 구속력이 있는 결정이나 판결을 의도한 것이 아니며(그래서 견해라는 뜻의 View라는 형식의 결정을 함), 결정과 정도 사법기관의 엄격한 절차(당사자 변론주의나 증거에 의한 증명절차)에 의한 것이 아니다.¹⁸⁾ 나아가 이 결정의 성격에 대해, 감독기구가 사법기관이나 준사법적 권한을 가진 권한을 가진 기관이 아니라는 것과 동 기관이 내린 결정(Views)은 구속력이 없으며 단지 권고적 효력만을 갖는다고, 감독기구 스스로 말한 바도 있다.¹⁹⁾ 따라서 이러한 조약감독기구의 결정에 대해 국제사법기구(예컨대 국제사법재판소)의 판결과 같은 법적 성격을 인정해 법적 구속력을 인정할 수는 없다고 본다.

2. 개인진정 결정의 효력-사실상 구속력-

개인진정 결정의 효력이 비록 위와 같이 형식적으로는 법적 구속력을 인정할 수 없지

2001. 10. 29 in <https://www.irishtimes.com/sport/views-of-civil-rights-covenant-committee-are-not-legally-binding-1.334585>(2018. 9. 1. 방문).

16) 김태천, “국제인권규약(B규약)의 국제적 실시조치”, 국제법학회논총, 제40권 제2호(1995), 249쪽.

17) 이근관, 전계 논문 13쪽 및 이근관, “국제인권규약상의 개인통보제도와 한국의 실행”, 국제인권법, 제3호(2000), 61~62쪽.

18) 정인섭, “국제인권규약과 개인통보제도”, 사람생각, 2000, 142쪽; 정인섭, “국제인권규약 가입 10년의 회고”, 국제인권법, 제3호(2000), 29쪽.

19) Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol, vol. 2(New York: U.N., 1990), 1~2.

만, 그러한 성격 규정만으로는, 선택의정서와 같은 별도의 조약이나 인권조약 상의 (개인진정 규정의) 수락선언에 의해 운용되는 개인진정 제도의 법적 성격을 충분히 설명했다고 보기 어렵다. 조약감독기구의 개인진정 결정(Views)은 그 형식적 효력을 넘어 ‘사실상의 기속력’을 인정하지 않으면 안 된다. 그 이유를 자유권규약의 개인진정(개인통보) 제도를 통해 알아본다.

(1) 자유권규약 선택의정서 해석에 따른 당사국의 국내 이행절차의 의무

먼저 개인진정 제도의 근거가 되고 있는 자유권규약 제1선택의정서 제1조를 보자.

제1조: 이 의정서의 당사국이 된 규약 당사국은 그 관할권에 속하는 자로서 동국에 의한 규약에 규정된 권리에 대한 침해의 희생자임을 주장하는 개인으로부터 통보를 접수하고 심리하는 위원회의 권한을 인정한다.

위 조문에 따르면 HRC의 권한은 권리 피해자로부터 개인진정을 받아 당사국의 자유권규약 위반 여부를 판단하는 것이다. 이것으로 개인진정과 관련된 HRC의 기능이 처음부터 당사국의 국제법 준수 여부를 심판하는 기능이라는 것을 알 수 있다. 이것은 당사국이 이 규약을 위반했는지 여부를 판단하는 HRC의 판단권을 인정했다는 것을 말한다.²⁰⁾ HRC의 심판권은 그 자체가 목적이 아니라 당사국이 HRC에 의해 국제법인 자유권규약을 위반한 것으로 판단되면 HRC의 판단을 존중하여 국내적 조치를 취하는 것을 전제로 한다.²¹⁾ 이것이 전제가 되지 않으면 이 조약은 아무런 의미가 없다고 할 것이다.

따라서 당사국은 개인진정 절차에 따라 HRC가 규약위반이라고 판단하는 경우 그 내

20) 통상 개인통보사건에서 HRC가 규약위반을 선언하는 경우 다음과 같은 정형화된 문장이 나온다. “선택의정서의 당사국이 됨으로써 [OO 나라가] 규약의 위반행위가 일어났는가 여부를 결정할 HRC의 권한을 인정했고, 또한 규약 제2조에 따라 [OO 나라가] 자국의 영역 내에 있거나 그 관할 하에 있는 모든 사람들에 대하여 규약이 인정한 권리를 보장하고 침해행위가 인정된 경우 효과적이고 집행가능한 구제조치를 제고할 것을 약속한 사실을 상기하면서…….” 예컨대 Communication No. 518/1992(UN Doc., 1995), CCPR/C/54/D/518/1992, para. 13. 여기에서도 HRC는 선택의정서에 의해 자신이 규약위반 여부를 결정할 권한이 있음을 명백히 하고 있다.

21) 2018년 양심적 병역거부에 관한 대법원 판결 중 박정화, 김선수, 노정희 대법관의 다수의견에 대한 보충의견은 다음과 같은 매우 주목할 만한 판시를 하였다. “자유권규약 제2조 및 위 선택의정서의 규정들을 종합하면, 개인통보제도를 규정한 선택의정서에 가입하였다는 것은 당사국 내에 있는 개인의 진정에 대한 유엔자유권규약위원회의 심사권을 인정한다는 것이고, 이는 그 심사결과에 따르겠다는 의미를 포함한다.” 이런 판시는 필자의 주장과 대동소이한 것이라고 할 수 있다.

용을 국내적으로 이행하도록 노력해야 할 의무가 있다.²²⁾ 이것은 개인진정을 규정한 선택의정서가 조약 자체에서 암묵적으로 예정한 당사국의 의무(implied obligation)다. 물론 이행절차의 방법은 당사국이 선택할 수 있는 것으로 사법적 절차만이 아니고 준사법적 혹은 행정적 방법에 의해서도 달성될 수 있다고 본다.

(2) 사실상 기속력

위와 같이 자유권규약 제1선택의정서의 당사국은 HRC가 판단한 개인진정 사건의 결정을 국내적으로 이행할 수 있는 절차를 만들 조약적 의무(국제법상 법적 기속력 있는 의무)가 있다. 나아가 개인진정 결정은 그 자체로서는 국제법적 법적 기속력이 없다고 해도, 당사국은 이행절차를 통해 그 결정내용을 국내적으로 이행하기 위해 노력하지 않으면 안 된다. 따라서 개인진정 결정의 국내적 이행수단이 아예 없거나, (이행수단이 있어도) 그 결정을 의도적으로 무시하거나 장기간 아무런 조치를 취하지 않는 경우, 국제법(선택의정서) 위반이 된다. 여기서 국제법 위반이라는 것은 결정 그 자체에서 발생하는 효력이 아니고, 결정에 따른 국가의 구제노력(혹은 협력) 의무의 위반 효력이다. 구제노력 의무는 그것을 하지 않는다고 그 즉시 국제법 위반이라고 보긴 힘들지만, 그렇다고 구제노력을 전적으로 당사국의 판단에 맡긴다는 것은 아니다. 이것은 당사국에 결정의 이행을 위해 상당한 정도 재량적 여지를 준다는 것일 뿐 (결과에 책임을 지지 않는) 자유재량을 의미하지는 않는다. 개인진정 결정이 나오면 당사국은 반드시 이에 대한 이행노력을 해야 한다. 이런 이유로 개인진정 결정은 그 자체로는 법적 기속력이 없지만 '사실상 기속력'이 있다고 보아야 한다.

3. 개인진정 결정의 국내 이행

(1) 세계적 상황

개인진정(individual complaints)은 유엔인권재판소가 없는 현재의 상황에서, 유엔인권 메커니즘이 제공할 수 있는 가장 강력한 피해자 구제절차이다. 그렇다면 인권조약

22) 이행체제는 반드시 이행법률을 의미하지는 않는다. 그것이 없이도 현재의 사법·행정 절차로도 당사자의 구제가 가능하다면 이행체제가 갖추어져 있다고 할 수 있다.

감독기구(treaty monitoring bodies)가 체약국의 인권침해를 인정한 결정(Views)은 해당 국가에서 얼마나 제대로 이행될까? 안타깝게도 지난 30년 간 이 상황을 연구한 전문가나 유엔 기구의 조사에 의하면 극히 실망스러운 수준이다. 한 연구자는 1981년 보고서에서 “제도는 혁명적이나 현실은 매우 제한적이며 거의 무시할 정도의 효과를 낼 뿐”이라고 했고²³⁾, 다른 연구자는 1993년 “HRC의 개인진정 결정의 당사국 준수는 매우 실망스럽다”고 했다.²⁴⁾

이와 같은 평가는 2000년대에 들어와서도 크게 달라지지 않았다. 2002년 한 연구자는 개인진정 결정의 준수에 대해 조사하고 “인권조약 감독기구에 의해 사용되는 국제 이행수단(개인진정을 말함)은 매우 제한적인 전시적 효과를 내는 수준”이라고 혹평했고²⁵⁾, 같은 해 HRC는 개인진정 결정의 30% 정도만이 당사국으로부터 긍정적으로 이행하겠다는 답변이 오고 있다고 밝혔다.²⁶⁾ 2010년의 한 연구기관의 보고는 더욱 실망스러운 정도다. Open Society Justice Initiative 라는 기관은 2009년의 HRC의 자료를 분석한 결과 불과 12% 정도만이 개인통보 결정을 준수한다고 하였다.²⁷⁾

(2) 국내이행에 관한 비교법적 검토

개인진정 결정(Views)이 각 국가에서 이행되는 방법엔 크게 두 가지 방법이 있다. 하나는 이행을 위한 특별한 이행법률(enabling law)을 만들어 그 절차에 따르는 방법이고,

23) E. Mose and T. Opsahl, “The Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights”, Santa Clara Law Review 21 (1981), 329-331, in Rosanne van Alebeek & André Nollkaemper, “The Legal Status of Decisions by Human Rights Treaty Bodies in National Law”, 2, Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1817532>(이하 van Alebeek Report라고 함).

24) D. McGoldrick, The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994), 202 in van Alebeek Report, 2.

25) Heyns & F. Viljoen, The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level (The Hague: Kluwer Law International, 2002), 6 in van Alebeek Report 3.

26) UN GA, 57th Session. Report of the Human Rights Committee, 11 July 2002, UN Doc. A/57/19, vol. I, Supp (No. 40), para. 225. 이 말은 70% 이상의 결정은 각 당사국에 의해 무시되고 있다는 것이다.

27) Open Society Justice Initiative, From Judgment to Justice: Implementing International and Regional Human Rights Decisions (2010), 119-120.

다른 하나는 이행법률 없이 일반법원의 재판에 의해 이행여부를 결정하는 것이다.

우선, 이행법률에 의한 이행의 경우를 보면, 몇 가지 이행방법을 발견할 수 있다. 체코의 경우, HRC의 결정(Views)에 법적 기속력은 부여하지 않지만, 법무부장관이 법률에 의해 그 이행을 조정한다.²⁸⁾ 타지크스탄은 정부위원회가 그 기능을 담당하며,²⁹⁾ 콜롬비아의 경우엔 이행법률에서 법원에 일정한 권한을 부여하고 있다.³⁰⁾ 콜롬비아의 이행법률은 HRC의 결정(미주인권위원회의 결정도 포함)의 국내 이행 절차를 규정하고 하고 있는데, 콜롬비아가 자유권규약에 위반되고 일정한 손해배상을 지급해야 한다는 결정을 받으면, 내무부장관, 외교부장관, 법무부장관 및 국방부장관으로 구성되는 각료위원회가 구성되고, 거기에서 관련 자료를 토대로 수용여부를 결정한다. 만일 여러 가지 사정상 수용하기 힘들다고 판단하면 국제적 이의절차가 있는 경우엔 그 절차를 이용하고, 만일 그러한 절차를 이용할 수 없거나 신청기간이 끝난 경우엔, 수락 의견을 발표한다. 각료위원회가 수락의견을 발표하는 경우, 이행법률은 손해배상액의 결정을 위해 조정절차를 규정하고 있다. 이것은 행정법원의 단독판사가 절차를 진행하는 데, 조정내용이 국익을 현저하게 해치지 않거나 법률상 무효가 아닌 한 승인된다. 만일 조정이 이루어지지 않으면 그 금액을 법원이 강제로 산정하기 위해 행정재판으로 넘어간다.³¹⁾ 또한 각국의 이행법률 중엔 국내법원의 재심제도를 통해 문제를 해결토록 한 경우도 있다.³²⁾ 대표적인 나라가 노르웨이인데, 이곳에선 종전 국내 재판이 국제재판소나 HRC의 결정을 통해 노르웨이에 법적 기속력 있는 국제조약 등과 충돌하는 경우 재심을 허용하고 있다.³³⁾ 이와 유사한 규정은 폴란드나 헝가리에서도 발견된다.³⁴⁾

이행법률 없이 일반법원의 재판에 의해 이행여부가 결정되는 예는 핀란드 경우가 될

28) van Alebeek Report 11.

29) Ibid.

30) 이 법이 바로 Law 288/1996이란 법률이다.

31) 이상의 내용은 van Alebeek Report 11-13.

32) 다만 재심제도를 통한 국내 이행은 대부분 법적 기속력 있는 국제재판소의 판결이 그 대상이다. 예컨대, 네덜란드는 형사소송법의 재심규정에 따라 유럽인권재판소의 판결이 있는 경우 재심을 허용하나 법적 기속력 없는 결정엔 해당되지 않는다. Article 457.3 Code of Criminal Procedure.

33) van Alebeek Report 15-16.

34) Ibid.16.

수 있다. 핀란드에선 HRC의 결정(Views)을 법적 구속력 있는 결정으로 보진 않는다. 그럼에도 그 결정은 국가의 법적 책임의 한 기초로 받아들여질 수 있다.³⁵⁾ HRC의 개인진정 결정을 받은 당사자가 국가에 대해 손해배상을 청구한 사건에서 핀란드 행정법원과 최고법원은 그 결정이 국가가 손해배상을 지급해야 하는 의무를 창설한 것으로 볼 수 있다고 했다.³⁶⁾ 다만 이런 예는 유엔 인권조약 감독기구의 각종 보고서(follow-up reports) 등에서 흔히 발견되는 것은 아니다.

Ⅲ. 앙헬라 곤잘레스 사건과 손종규 사건은 무엇이고 이 두 사건의 시사점은 무엇인가.

2018년 스페인 대법원은 앙헬라 곤잘레스 사건에서 개인진정 결정을 국내적으로 이행하지 않은 것은 위법이라고 하면서 손해배상을 인정하였다. 개인진정 결정과 관련해 국제사회에서 역사적인 판결이 탄생한 것이다. 이에 반해 우리나라에선 1996년 이와 유사한 사건이었던 손종규 사건에서 정반대의 결론을 내렸다. 이하에서는 이 두 사건의 내용을 설명하면서 그 시사점을 정리해 볼 것이다.

1. 앙헬라 곤잘레스 사건

(1) 사건 경위³⁷⁾

앙헬라 곤잘레스의 딸 안드레아는 1996년 태어났다. 앙헬라의 남편은 안드레아에게 자주 육체적 폭력 행위를 일삼았다. 이에 앙헬라는 경찰과 법원에 30회 이상 신고하고 구제를 요청했다. 그러나 앙헬라의 남편은 아주 경미한 건에 대해서만 유죄로 인정되었

35) Ibid.18.

36) 이와 관련된 개인통보 결정은 HRC, *Torres v. Finland*, Communication No. 291/1988, 2 April 1990, UN Doc. CCPR/C/38/D/291/1988. Ibid. 이 사건 뒤에서 볼 앙헬라 판결과 유사성이 있어 보인다.

37) 이하의 내용은 이 사건 개인진정 결정문을 토대로 정리하였음. Committee on the Elimination of Discrimination against Women Communication No. 47/2012, CEDAW/C/58/D/47/2012.

고, 적은 액수의 벌금을 선고 받았을 뿐, 다른 제제조치를 당하지 않았다. 법원은 한 차례 안드레아에 대한 보호조치를 명했으나 그것마저 단 몇 달에 불과했다. 2001년 11월 법원은 앙헬라 부부에 대해 별거를 명했다. 그렇지만 법원은 가정폭력을 그 별거의 원인이라고는 말하지 않았다. 그 명령은 앙헬라 남편에게 딸 안드레아에 대한 비감시 면접교섭권을 인정하였고 더욱 딸과의 동거(Family dwelling)까지 허용했다. 앙헬라는 이런 결정에 대해 이의를 제기하였으나 법원은 받아들이지 않았다. 한편 안드레아는 지속적으로 아빠와 만나는 것을 원치 않는다고 의사를 표시하였다. 2003년 4월 안드레아(당시 7세)는 면접 교섭과정에서 아빠에 의해 살해되고, 아빠도 자살했다. 이 비극적 사건이 일어난 이후 몇 달 뒤 앙헬라는 부당한 사법절차를 이유로 국가배상 청구를 했다. 2005년 법무부는 이 청구를 기각했고, 이에 대해 행정적 이의절차와 소송절차가 이어졌다. 이 사건은 대법원(2010년)과 헌법재판소(2011년)에서도 이의절차가 진행되었지만 모두 기각되었다.

(2) 여성차별철폐위원회 개인진정³⁸⁾

이렇게 국내절차를 모두 끝낸 뒤 앙헬라는 이 사건을 유엔 여성차별철폐위원회(CEDAW Committee)로 가지고 갔다(CEDAW에 따른 개인진정 절차). 2014년 위원회는 비감시 면담이 필요한 구제수단 없이 이루어졌고, 수년 동안 이 가족의 특징적 가족관계이었던 가정폭력의 패턴을 스페인 법원이 고려하지 않았다고 결론을 내리고,³⁹⁾ 앙헬라가 딸의 죽음으로 인해 감내할 수 없는 고통을 경험하였다고 판단하였다. 결국 스페인은 젠더에 기초한 비극적 폭력에 적정한 주의를 기울이는데 실패하였고, 이것은 앙헬라와 그녀의 딸에 대한 인권침해이자 차별이라는 것이다.⁴⁰⁾ 이에 따라 위원회는 국가(스페인)가 앙헬라의 침해된 인권의 중대성에 상응하는 적절한 회복조치 및 포괄적 배상을 해야 한다고 결정하였다.

38) Ibid.

39) Ibid. para. 9.6.

40) 그 근거가 된 여성차별철폐협약 조문은 제2조 (a)-(f) 및 제16조 (1)(d)이었음.

(3) 스페인 대법원 앙헬라 곤잘레스 판결⁴¹⁾

유엔 여성차별철폐위원회의 개인진정 절차에 따른 결정(Views)이 위와 같이 나왔음에도 스페인 정부가 아무런 조치를 취하지 않자 앙헬라는 다시 한 번 국내 소송절차에 호소하였다. 그녀의 소송은 위원회의 개인진정 결정을 국내적으로 이행하지 않는 국가에 대해 개인진정 결정의 내용을 이행하라는 것과 그간의 손해를 배상하라는 소송이었다. 이에 대한 대법원의 판단이 2018년 7월에 나왔는데, 그 결과는 예상을 뛰어 넘는 것이었다.

이 사건에서 정부의 입장은 간단하면서도 확고했다. 여성차별철폐위원회와 같은 소위 조약감독기구(treaty body)에 의한 개인진정 결정은, 유럽인권재판소의 판결과 달리, 국내적으로 이행할 수단이 없고, 기판력의 원칙(res judicata)상 확정된 판결을 변경할 수 없다는 것이었다.

하지만 대법원의 결론은 달랐다. 여성차별철폐위원회의 개인진정 절차에서의 결정이 조약이나 각 조약의 의정서에 의해 국내에서 직접적으로 이행할 수 있는 수단을 갖고 있지는 않지만, 여성차별철폐협약 제24조는 회원국이 협약상의 권리를 국내적 차원에서 완전하게 실현하기 위해 모든 필요한 조치를 취할 것을 약속했고⁴²⁾, 동 협약 의정서 제7조4항은 회원국이 “여성차별철폐위원회의 결정(Views)에 적절한 고려를 하기”로 하였다는 것을 지적하였다. 나아가 대법원은 스페인 헌법 제96조와 제10조2항을 언급하면서, 전자는 “국제조약은 국내법질서의 한 부분을 형성한다고 규정하고 있고, 후자는 헌법상의 기본권은 국제인권법에 따라 해석되어야 함을 선언하고 있다”고 하였다.⁴³⁾ 나아가 대법원은 유엔 인권조약기구의 결정(Views)을 따르는 것은 법의 지배(rule of

41) TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia núm. 1263/2018.

42) 앙헬라 판결 24쪽. Article 24 CEDAW commit States to “adopt all necessary measures at the national level aimed at achieving the full realization of the rights recognized.”

43) Ibid. 스페인 헌법 제10조 2항은, 헌법상 기본권은 세계인권선언 및 국제인권조약 등에 따라 해석되어야 한다는 규정으로, 영문으로 소개하면 다음과 같다. Art. 10. 2. The principles relating to the fundamental rights and liberties recognised by the Constitution shall be interpreted in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and the international treaties and agreements thereon ratified by Spain.

law)의 문제이며, 그렇게 하지 않으면 법치주의와 법의 체계를 규정한 헌법(제9조3항)⁴⁴⁾을 위반하게 된다고 하였다. 결론적으로 대법원은 "유엔 인권조약기구의 결정을 국내적으로 이행하는 특별한 절차를 두지 않은 것은(그럼으로 국내이행 조치를 취하지 않는 것은) 법률 및 헌법위임의 위반에 해당한다고 판단하였다.⁴⁵⁾ 이런 판단 하에 대법원은 스페인 정부가 앙헬라에게 60만 유로를 배상할 것을 선고하였다.

2. 손종규 사건

(1) 사건 내용

이 사건은 과거 노동쟁의 과정에서 많은 문제가 있었던 (구)노동쟁의조정법의 제3자 개입금지조항과 관련된 것이다. 1991년 2월 8일 거제도에 위치한 대우조선에서 노동쟁의가 발생하자 2월 9일 대기업연대회의 회원들은 서울 근교에서 모임을 갖고 대우조선 노조의 쟁의를 지지하는 성명을 채택했다. 이 성명서는 팩시밀리로 대우조선 노조로 전송되었고 그곳에서 대량 복사되어 배포되었다. 연대회의 모임에 참석했던 (주)금호의 노조위원장 손종규는 다른 회원과 함께 체포되어 (구)노동쟁의조정법 제13조의 2 노동쟁의에 대한 3자 개입금지조항 위반혐의 등으로 구속, 기소되었다. 손종규는 1심판결에서 징역 1년 6월에 집행유예 3년을 선고받았다. 이 형은 1992년 4월 14일 대법원에서 상고기각으로 확정되었다. 이후 손종규는 자신의 사건을 1992년 7월 7일 HRC에 통보했다. HRC는 이 사건을 심리하고 1995년 그 결정(View)을 발표했다. HRC는 손종규가 규약 제19조 제2항에 규정된 권리(표현의 자유)를 침해받았다고 결론을 내렸다. 이에 따라 HRC는, 손종규에게 배상 등 적절한 구제조치를 제공하고 제3자 개입금지 규

44) 스페인 헌법 제9조3항은 법체계에 관한 규정인데, 영문으로 옮기면 다음과 같다. Article 9 (3) The Constitution guarantees the principle of legality, the hierarchy of legal provisions, the publicity of legal enactments, the non-retroactivity of punitive measures that are unfavourable to or restrict individual rights, the certainty that the rule of law will prevail, the accountability of the public authorities, and the prohibition against arbitrary action on the part of the latter.

45) 원문(영문 번역)을 보면 이렇다. "inexistence of a specific procedure to execute the views of the CEDAW Committee (...) constitutes a breach of a legal and constitutional mandate by Spain. 이것은 이 사건 여성차별철폐위원회의 개인진정 결정이 법적 구속력(legally binding)이 있음을 전제로 한 판시다.

정을 재검토하여 장래에 이와 유사한 인권침해가 일어나지 않도록 보장하며, 이 결정(View)을 이행하기 위하여 취한 조치를 90일 이내에 HRC로 통보해달라고, 한국 정부에 요청했다.

(2) 손종규 국가배상사건

손종규 사건에서 정부는 그 결정이 있던 1995년 이후 진정인에 대해 아무런 구제 조치를 취하지 않았다. 이에 손종규는 HRC의 결정을 근거로 자신은 정당한 활동을 했음에도 부당한 형사처벌을 받았으며 국가를 상대로 손해배상소송을 제기했다. 그러나 이 사건에서 손종규는 1, 2, 3심 모두 패소하고 말았다.⁴⁶⁾ 법원은 한결같이 (구)노동쟁의 조정법의 제3자 개입금지규정(제13조의 2)이 공공질서를 위하여 필요한 범위 내에서 표현의 자유를 제한했을 뿐, HRC의 결정(View)처럼 규약이 보장하고 있는 표현의 자유를 침해한 것은 아니라고 했다.⁴⁷⁾ 특히 법원은 HRC의 결정은 권고사항으로서 법적 구속력을 인정할 근거가 없다고 판시했다.⁴⁸⁾ 대법원은 자유권규약 제2조 제3항의 국가의 규약이행의무에 대하여, 당사국 상호 간의 국제법상 의무로 규정한 것이며, 개인이 국가를 상대로 한 손해배상 등의 구제조치를 청구할 수 있는 권리를 창설하는 것은 아니라고 판시했다.

3. 손종규 사건과 앙헬라 사건의 비교 및 시사점

두 사건은 모두 유엔 인권조약 감독기구의 개인진정 사건의 결정(Views)의 국내 이행과 관련되었고, 그것이 이행되지 않자 국가를 상대로 손해배상청구소송을 한 점에서 동일하다. 다만 자세히 살펴보면 구체적 청구원인은 상이하다. 앙헬라 사건은 개인진정 사건의 결정의 법적 구속력(legally binding)을 주장하며 (그것을 이행하지 않는 것은 국가의 불법행위가 된다는 것을 전제로) 국가에 손해배상을 청구한 소송이었다. 반면에 손종규 사건은, 원고(손종규)가 한 행위는 자유권규약에 의해 보장되는 표현의 자유를

46) 서울지방법원 1996. 6. 7. 선고 95가단185632 판결; 서울지방법원 1996. 11. 15. 선고 96나 27512 판결; 대법원 1996. 3. 26. 선고 96다55877 판결.

47) 이 사건 1심과 2심 판결에서 HRC의 결정은 법적 구속력이 없다는 점을 분명히 하였다.

48) 이런 표현은 항소심에서 사용하였음, 서울지방법원 1996. 11. 15. 선고 96나27512 판결.

행사한 것에 불과한 데, 국가가 그것을 범죄로 처벌하여 정신적 고통 또는 명예를 훼손 당했으니, 불법행위에 해당한다는 것이었다.⁴⁹⁾ 즉 손종규 사건은 원 형사사건(손종규에 대한 형사처벌)이 자유권규약에 위반되니 불법행위라는 것이고, 그것이 HRC의 개인진정의 결정에 의해 확인되었다는 것이다. 두 사건이 청구원인 상 차이가 있지만 개인진정 결정의 법적 기속력을 전제로 소송이 제기된 점에서는 동일하다.⁵⁰⁾ 스페인 대법원은 개인진정 결정의 법적 기속력을 인정하면서 그것을 국내적으로 이행하지 않는 것은 불법행위로 보았으나, 우리 대법원은 그 법적 기속력을 인정하지 않고 권고사항에 불과한 것이라고 판단해, 원 형사처벌의 불법성을 인정하지 않은 것이다.

앙헬라 사건이 우리에게 주는 의미는 매우 시사적이다. 스페인 대법원이 개인진정 사건에서 유엔 조약감독기구가 내린 결정(Views)에 마침내 법적 기속력을 인정하여 그것을 근거로 국가배상을 인정했기 때문이다. 과연 이와 같은 앙헬라 판결의 결론이 우리나라에도 그대로 적용될 수 있을 것인가?

IV. 개인진정 결정(Views) 불이행, 국가배상소송 가능한 것인가?

1. 국가배상소송 가능성

위에서 본대로 개인진정 결정은 법적 기속력이 없다고 해도 그 사실상 기속력 때문에

- 49) 1심 판결문에서 재판부는 원고의 청구원인을 다음과 같이 정리하였다. “원고는 이 사건 청구원인으로서, 원고의 연대회의의 관련활동은 위 국제규약 제19조 제2항이 인정한 “구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는” 표현의 자유를 행사한 것일 뿐, 범죄로 처벌받을 하등의 이유가 없는 정당한 행위이다. 그럼에도 불구하고 피고는 그 산하 경찰의 체포, 검찰의 기소, 법원의 판결에 의하여 원고를 형사처벌하였고, 또한 원고가 포함된 연대회의가 범죄행위를 한 듯이 일간신문 등에 보도됨으로 인하여 원고는 이루 말할 수 없는 정신적 고통을 받았고 또한 명예를 훼손당하였으며 구속수감과 유죄판결의 고통을 당하였다. 인권이사회가 1995. 7. 19. 판정한 바와 같이 피고가 원고를 형사 처벌한 행위는 국제규약 제19조 제2항이 인정한 표현의 자유를 침해한 것이며 피고는 원고에게 금전배상을 포함한 적절한 구제조치를 제공할 의무가 있다고 주장한다.”(밑줄은 필자가 한 것임). 서울지방법원 1996. 6. 7. 선고 95가단185632 판결.
- 50) 사실 손종규 사건의 국가배상 소송은 원 형사처벌(판결)의 무효를 주장하는 것이나 마찬가지라고 할 수 있다. 개인진정이 인용되었으니 과거 국내 형사판결이 자유권규약에 위배되어(따라서 효력이 없고) 그것이 불법행위라는 것이다.

경우에 따라서는 국제법 위반이 될 수 있다. 그렇다면 국가의 개인진정 결정 불이행을 이유로 국가배상 소송이 가능할까? 예컨대, HRC가 어떤 특정 국가에 대하여 개인진정 사건을 심의한 후, 그 국가가 규약에서 보장하는 권리를 침해하였다고 확인하고, 당사자에 대해 일정한 회복조치를 취해야 한다는 결정을 내렸음에도, 해당 국가가 의도적으로 무시하거나 장기간 아무런 조치를 취하지 않는다면(물론 국내적으로 결정을 이행할 수 있는 절차도 없다), 당사자로서는 무엇을 할 수 있을 것인가.

이 결정의 법적 성격을 위(II)와 같이 본다면, 당사국은 단순히 HRC의 권고를 무시한 것으로 평가되는 것이 아니라 국제법을 위반했다는 평가를 받을 수밖에 없다.⁵¹⁾ 그 경우 국내법 절차에 따라, 그 부작위(결정 무시행위)를 불법행위로 보고, 국가배상 소송을 제기할 수 있을까? 이에 대해 앞서 본 앙헬라 사건에서 스페인 대법원은 유엔 인권조약 기구의 결정을 국내적으로 이행하지 않은 것은 스페인(국가)에 의한 법률 및 헌법위임의 위반에 해당한다고 판단하고 손해배상을 인정했다. 이 법리를 우리도 똑 같이 원용할 수 있을 것인가가 이제 논의해야 할 내용이다.

2. 입법 부작위에 대한 국가배상 소송

(1) 개인진정 결정과 입법 부작위

국가를 상대로 손해배상을 청구하는 것은 “공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때”이다.⁵²⁾ 따라서 개인진정 결정에 대해 정부가 아무런 조치를 취하지 않은 경우, 국가를 상대로 손해배상을 청구하기 위해선, 그 경우가 이러한 국가배상법상의 손해배상 요건에 해당하는 지를 검토해야 한다. 한편, 개인진정 결정의 국내적 이행은 여러 가지 방법으로 가능하겠지만 우리나라와 관련

51) 국제법 위반으로서 국가배상소송을 진행한다고 하는 것은 국제법이 국내법과 같이 국내재판에서 직접적으로 재판규범으로 사용될 수 있음을 전제한다. 이것은 우리가 가입한 국제조약 등 국제법의 국내적 효력을 인정하는 것을 전제하는 것으로 헌법 제6조1항의 해석문제이다. 이 논문은 국제법의 국내적 효력을 당연히 전제하면서 작성된 것이므로 그 문제에 대해선 따로 다루지 않는다. 다만 국제법의 국내효력에 대해 그 구체적 내용을 알고자 한다면 다음 자료를 참고할 것. 박찬운, 전게서, 315쪽 이하.

52) 국가배상법 제2조 제1항.

된 그동안의 개인진정 결정의 이행은 대부분 입법적 조치로서만 가능하다.⁵³⁾ 최근 가장 빈번히 제기되고 있는 양심적 병역거부 진정사건만 보더라도, HRC의 결정에 따른 조치를 취하기 위해선, 국내이행조치를 위한 일반적 절차를 확보하는 한편, 해당 당사자에 대한 재심 등의 조치(혹은 사면조치)와 양심적 병역거부자의 처벌을 근원적으로 방지하는 병역법 개정(대체복무제 도입) 등이 필요하다.⁵⁴⁾ 이런 조치들은 입법적인 절차를 거쳐야 하기 때문에 한국 정부(국회 포함)가 개인진정 결정을 무시(불이행)한다는 것은, 필요한 입법을 해야 할 상황에서 그것을 고의·과실로 하지 않는 것을 의미하며, 국가배상청구는 이런 입법 부작위에 대한 손해배상 소송을 의미한다.

(2) 입법 부작위에 대한 국가배상

문제는 우리 실무가 입법 부작위 국가배상 소송에 대해서 매우 소극적인 입장이라는 것이다. 아직껏 입법(특히 국회 입법) 부작위를 이유로 국가배상을 인정한 예는 찾을 수 없다.⁵⁵⁾ 입법 부작위 손해배상에 대해 대법원은 한 사건에서 “우리 헌법이 채택하고 있

53) HRC는 한국이 개인진정 결정의 국내적 이행을 위한 특별한 절차가 없음을 이미 지적한 바 있다. HRC의 제4차 한국 정부 보고서 검토 최종견해에서 이것을 다음과 같이 명시하였다: 6. The Committee remains concerned about the absence of a specific mechanism to implement the Committee's Views under the Optional Protocol. In particular, the Committee notes with concern that, in all cases except one, the State party has failed to implement the Committee's Views, notably in the numerous cases concerning conscientious objection(art. 2). Human Rights Committee, Concluding observations on the fourth periodic report of the Republic of Korea, CCPR/C/KOR/CO/4, para. 6.

54) 양심적 병역거부에 관한 개인진정에서 HRC는 한국 정부에 해당 신청인에 대한 효과적인 구제절차를 제공하라고 결정했는 바, 그 예로선 전과기록 말소, 손해배상, 향후 피해방지를 위한 대체복무제 도입 등을 열거하고 있다. 예컨대 2014년 결정에선 다음과 같이 결정하였다: 9. In accordance with article 2, paragraph 3 (a), of the Covenant, the State party is under an obligation to provide the authors with an effective remedy, including expunging their criminal records and providing them with adequate compensation. The State party is under an obligation to avoid similar violations of the Covenant in the future, which includes the adoption of legislative measures guaranteeing the right to conscientious objection. Communication No. 2179/2012, Views adopted by the Committee at its 112th session (7-31October2014), CCPR/C/112/D/2179/2012, para. 9.

55) 우리 법원은 작위에 의한 입법 불법행위 가능성에 대해서도 극히 소극적이다. 즉, 입법행위 자체가 위헌 무효일 때 해당 법률에 의해 유죄판결을 받아 수형생활 등을 한 경우 국가배상법상의 공무원에 의한 고의 과실의 불법행위로 볼 수 있을까? 이에 대한 대표적 판결이 2014년 대법원이 긴급조치와 관련된 국가배상사건이었다. 이 사건에서 대법원은 “형벌에 관한 법령이 헌법재판소의 위헌 결정으로 소급하여 효력을 상실하였거나 법원에서 위헌·무효로 선언된 경우, 그 법령이 위헌으로

는 의회 민주주의 하에서 국회는 다원적 의견이나 각가지 이익을 반영시킨 토론과정을 거쳐 다수결의 원리에 따라 통일적인 국가의사를 형성하는 역할을 담당하는 국가기관으로서 그 과정에 참여한 국회의원은 입법에 관하여 원칙적으로 국민 전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 질 뿐 국민 개개인의 권리에 대응하여 법적 의무를 지는 것은 아니므로, 국회의원의 입법행위는 그 입법 내용이 헌법의 문언에 명백히 위반됨에도 불구하고 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우가 아닌 한 국가배상법 제2조 제1항 소정의 위법행위에 해당된다고 볼 수 없다”⁵⁶⁾고 하였던 바, 이 판시는 그 후 입법부작위 손해배상 사건의 기본 법리로 사용되고 있다.⁵⁷⁾

다만 위 판시에서 보듯 우리 대법원이 모든 입법 부작위에 대해서 불법행위 책임이 없다는 입장을 취했다고는 볼 수 없다. 예외적이지만 입법행위가 헌법의 문언에 명백히 위반된 경우(헌법위반의 중대성)에는 국가배상법 상의 위법행위에 해당할 수 있다. 우리 대법원도 그 가능성을 부인하지 않는다. 즉, 2008년 판결에선 위의 법리를 확인하면서도, 국가가 일정한 사항에 관하여 헌법에 의하여 부과되는 ‘구체적인 입법의무’⁵⁸⁾를 부담하고 있음에도 불구하고, 그 입법에 필요한 상당한 기간이 경과하도록 고의 또는 과실로 이러한 의무를 이행하지 아니하는 등, 극히 예외적인 사정이 인정되는 사안에서는 한정적으로 국가배상법 상의 배상책임이 인정될 수 있다고 하였다.⁵⁹⁾

이러한 우리 판례의 태도는 대체로 일본 최고재판소의 그것과 궤를 같이 한다. 일본 최고재판소는 2002년 재외일본인선거권소송에서 “국회의원의 입법행위 또는 입법부작위가 국가배상법 제1조1항의 적용상 위법이 되는가 여부는, 국회의원의 입법과정에서

선언되기 전에 그 법령에 기초하여 수사가 개시되어 공소가 제기되고 유죄판결이 선고되었더라도, 그러한 사정만으로 수사기관의 직무행위나 법관의 재판상 직무행위가 국가배상법 제2조 제1항에서 말하는 공무원의 고의 또는 과실에 의한 불법행위에 해당하여 국가의 손해배상책임이 발생한다고 볼 수는 없다”고 하였다. 대법원 2014. 10. 27. 선고 2013다217962 판결.

56) 대법원 1997. 6. 13. 선고 96다56115 판결.

57) 이와 같은 판시 태도를 따르는 하급심 판례로는 인천지방법원 2006. 11. 2. 선고 2006가합3895 판결이 있음.

58) 여기서 구체적 입법의무라 함은 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위의무 내지 보호의무가 발생하였을 때라고 보는 게 타당할 듯하다. 인천지방법원 2006. 11. 2. 선고 2006가합3895 판결 참고.

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

행동이 개별 국민에 대하여 부담하는 직무상의 법적 의무에 위배하는가의 문제이고, 당해입법의 내용 또는 입법부작위가 헌법규정에 위반한다고 해도, 바로 위법평가를 받는 것은 아니"라고 한 뒤, "입법내용 또는 입법부작위가 국민의 헌법상 보장된 권리를 위법하게 침해하는 것이 명백한 경우와 국민의 헌법상 보장된 권리행사의 기회를 확보하기 위해 필요한 입법조치를 취하는 것이 필요불가결하고, 그것이 명백함에도 불구하고, 국회가 정당한 이유 없이 장기간에 걸쳐 이를 태만한 경우에는, 예외적으로 국회의원의 입법행위 또는 입법부작위는, 국가배상법 1조1항 규정의 적용상 위법 평가를 면치 못한다"고 판시하였다.⁶⁰⁾ 이 판결을 분석하면 다음 세 가지 경우에 입법 부작위에 대해 위헌으로 평가하면서 동시에 국가배상법 상의 불법행위로 평가할 수 있다는 것이다. ①입법 내용 또는 입법 부작위가 국민의 헌법상 보장된 권리를 위법하게 침해하는 것이 명백한 경우(위법의 명백성), ②국민의 헌법상 보장된 권리행사의 기회를 확보하기 위해 필요한 입법조치를 취하는 것이 필요불가결하고 그것이 명백한 경우(입법 필요의 명백성) 및 ③국회가 장기간 입법을 태만히 한 경우(기간 요건). 입법 부작위에 의한 국가의 불법행위 책임이 이 셋의 요건을 모두 동시에 충족한 경우에만 가능하다고는 볼 수 없다. 어느 하나라도 해당되면 손해배상 책임을 구할 수 있지만 세 가지 요건 모두에 해당한다면 청구인용 가능성은 더욱 높아질 것이다. 따라서 입법 부작위를 이유로 국가배상 책임을 묻기 위해선 이 3가지 요건을 면밀히 따져 보면서 접근하는 게 현실적이라고 생각한다.

(3) 개인진정 결정의 불이행과 국가배상소송 가능성

이제 우리나라에서 문제되는 개인진정 결정의 불이행과 국가배상소송 가능성에 대해 알아보자. 한국과 일본의 판례에 입각해 볼 때, 개인진정 결정의 불이행, 곧 입법 부작위가 지속될 경우, 국가 상대 손해배상이 가능할 지는 일률적으로 말하기 어렵다. 그런 결정이 있고 우리 정부가 그것을 이행하지 않는다고 해서 바로 국가배상법 상의 불법행위 요건을 충족했다고 말할 수 없기 때문이다. 국가배상법상의 소송가능성은 (위의 개인진정 결정의 법적 성격에서 본대로) 개인진정 결정의 불이행이 국제법 위반이 되기 위한 조건(국내이행절차가 아예 없거나 의도적 무시 혹은 장기간에 걸친 불이행)과, 위

60) 在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件, 平成13年(行ツ)第82号、第83号、同年(行ヒ)第76号、第77号.

의 대법원 판례와 일본 판례에서 본 3가지 요건을 함께 검토하는 게 현실적 가능성을 판단할 수 있는 방법이다. 여기에선 그 예의 하나로 양심적 병역거부 개인진정 결정과 관련된 국가배상소송 가능성을 검토해 본다.⁶¹⁾

우리나라는 양심적 병역거부와 관련한 개인진정 결정을 국내적으로 이행할 수 있는 절차가 아예 없거나, 그 결정을 의도적으로 무시하거나 합리적 이유 없이 장기간에 걸쳐 불이행했다고 볼 수 있을까? 우선 개인진정 결정 절차를 국내적으로 이행할 수 있는 일반적 절차를 우리는 아직 갖고 있지 못하다. 물론 이런 절차가 없다고 해서 개인진정 결정을 국내적으로 이행할 수 있는 방법이 아주 없는 것은 아니지만, 이행절차에 대한 법적 근거가 없는 경우, 개인진정 결정이 국내적으로 이행되긴 매우 어려운 구조다.⁶²⁾ 결국 양심적 병역거부 사건의 개인진정 결정은 국내적 이행절차가 없어 그 이행에 대한 논의조차 힘들다는 것을 인정하지 않을 수 없다. 또한 개인진정 결정의 의도적 무시 등과 관련된 상황을 보면 더욱 심각하다. 우리나라는 2006년 이후 현재까지 HRC로부터 5회에 걸쳐 총 551명의 신청인에 대해 규약위반 결정 받았다.⁶³⁾ 이 기간 동안 HRC는 지속적으로 한국이 양심적 병역거부를 인정하지 않는 것에 대해, 규약위반(제18조 양심의 자유)을 선언하고 그 구제를 요구했으나, 정부는 아무런 조치를 취하지 않았다. 이에 대해 HRC는 수회에 걸쳐 우려를 표명하였고, 정부보고서 검토 시 이를 최종견해에 반영하였다.⁶⁴⁾ 여기에서 HRC는 대체복무제를 인정하는 병역법 개정의 필요성을 지적한 바 있다. 이런 상황에서 국내에선 여전히 양심적 병역거부 사건이 매년 수백 건씩 발생하고 있으며 유죄판결에 이어 실행집행이 되고 있는 실정이다. 이런 정도의 상황이라면

61) 물론 최근 헌법재판소는 양심적 병역거부 사건에서 병역법이 병역의 종류 중에 대체 복무제를 규정하지 않은 것은 과잉금지원칙에 위반하여 양심적 병역거부자의 양심의 자유를 침해한다는 헌법 불합치 결정을 내리고 해당 조항을 2019년 12월 31일까지 개정할 것을 명했다. 헌재 2018. 6. 28. 2011헌바379 등. 이것은 양심적 병역 개인진정 결정의 국내 이행이라는 측면에서 새로운 사태라고 생각되며, 만일 병역법 개정작업이 완료되면 양심적 병역거부 문제는 일단락 될 것이라 생각한다.

62) 이런 이유로 정부나 국가인권위원회는 개인진정 결정의 국내이행을 위한 특별한 법적 절차를 만들려고 노력 중이다. 최근 논의되고 있는 인권기본법이 그것인데, 이 법이 성안되면 그 내용 중엔 개인진정 결정의 국내이행 절차가 규정되게 될 것이다.

63) CCPR/C/88/D/1321-1322/2004; CCPR/C/98/D/1593-1603/2007; CCPR/C/101/D/1642-1741/2007; CCPR/C/106/D/1786/2008; CCPR/C/112/D/2179/2012. 이 외에도 다수의 양심적 병역 거부자들이 HRC에 진정을 한 상태라 추후 유사한 결정이 속출할 것으로 보인다.

64) 전계 주 6 참고.

국제법 위반과 함께 일본 판례가 말하는 입법 부작위에 대한 국가배상의 요건인 위법의 명백성⁶⁵⁾과 입법 필요의 명백성 그리고 기간 요건도 충족한다고 할 수 있다. 따라서 양심적 병역거부의 경우는 우리 국가배상법상 “공무원이 직무를 집행하면서 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 입힌 때”에 해당한다고 보아 국가를 상대로 손해배상 책임을 물을 수 있다고 본다. 다만 이 경우 손해배상의 범위는 개인진정의 원인 사실과 관련된 손해 전부가 아니라 개인진정 결정 불이행과 상당인과범위 내에 있는 손해로 국한될 수밖에 없다.⁶⁶⁾

V. 법원의 국제인권법 적용은 어떤 영역에서 가능할까?

이 글을 마치면서 향후 우리 재판에서 국제인권법의 활발하게 적용할 수 있는 분야가 어딘지 간단히 말하고자 한다. 위에서 개인진정 결정의 손해배상가능성은 결국 국제인권조약 등 국제인권규범 위반 시 그것을 직접적으로 통제할 수 있는 방법으로 제시되는 것이지만 그 외에도 다음 세 영역은 국제인권법의 주된 활용무대가 될 수 있다고 생각한다.

첫째, 형사사건에서 피고인은 국제인권조약 등을 원용하여 공소의 기각 등을 구할 수 있다.⁶⁷⁾ 이 주장은 실제의 상황에서는 형사소송법 제327조(공소기각의 판결)의 제2호 “공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때”의 해석에서 “법률”에 관습국제법규나 자유권규약 등을 포함시키자는 주장이다. 나아가 구속적부심사 등에서도 피의자는 국제인권조약을 직접 적용을 주장할 수 있다. 위에서 필자가 언급한 대로 영장발부

65) HRC가 지속적으로 한국의 양심적 병역 거부자 처벌은 자유권규약상의 양심의 자유를 심각하게 침해하는 것이라고 판단한 것에 주목할 필요가 있다. 이러한 판단에 사실상 기속력을 준다면 ‘위법의 명백성’을 인정할 수 있을 것이다.

66) 이 경우 손해산정이 어려우므로 실무적으로 위자료의 지급을 구하는 손해배상을 청구하게 될 것이다. 이것은 개인진정의 결정의 효력과 매우 밀접한 관계가 있는데, 만일 그 결정의 효력에 법적 기속력을 부여한다면, 손해배상 범위는 달라질 수밖에 없다. 그것은 사실상 국내재판을 무효화하는 효력이므로 그로 인해 받은 손해 전부(양심적 병역거부 사건의 경우 국가가 진정인에 대해 병역법 위반으로 기소해 유죄판결을 선고하고 그에 따른 형사처벌을 함으로써 받은 손해)를 진정인이 청구할 수 있을 것이다. 앙헬라 사건의 손해배상은 바로 이런 경우에 해당할 것이다.

67) 阿部浩己, 앞의 책, 93면 참고

과정에서 판사의 피의자 심문을 생략한 채 구속영장이 발부된 경우라면 필요적 영장실질심사를 요구하는 자유권규약 제9조 제3항의 취지에 따라 피의자는 구속적부심사에서 그 위법성을 따질 수 있다는 것이다.

둘째, 국제인권조약 위반을 근거로 행정청의 처분이나 재결의 취소 등을 구하는 것이다.⁶⁸⁾ 즉, 행정소송에서 국제법이 원용될 수 있다는 것인데, 그 근거로는 행정소송은 행정청의 처분이나 재결의 취소를 구할 법률상의 이익이 있는 사람이 제기하는 것인데 ‘법률상의 이익’에는 당연히 국내법만이 아닌 국제법도 포함된다는 것이다. 나아가 취소소송의 대상인 “행정청의 위법한 처분”에서 “위법”의 의미에는 국내법뿐만이 아니라 국제법도 해당된다는 말이다.

셋째, 국제인권조약 등의 국제인권규범은 각종의 소송에서 국내법의 해석을 유도하는 목적으로 사용될 수 있다.⁶⁹⁾ 재소자의 처우와 관련하여 헌법 및 행형법 등을 해석함에 있어 자유권규약(제14조1항)을 참고하는 것이 한 예이다. 이 부분은 우리나라에서도 특히 많은 사례가 나올 수 있는 분야라고 생각한다. 재소자의 인권과 관련된 국제인권조약은 자유권규약을 포함하여 고문방지협약 등이 있으며 이러한 조약의 구체적 의미를 보충하는 각종의 하위규범(국제법에서는 이를 ‘소프트 로’라고 함)이 발달되어 있다. 따라서 행형절차에서 위법 부당한 처우를 받은 재소자들은 국제인권규범(인권조약과 이를 보충하는 소프트 로)에 입각하여 우리의 행형 법령을 해석하여 주장할 수 있다. 과거의 예이기는 하지만 미결재소자가 변호인과 접견할 때 교도관이 입회한 사건에서 이것은 헌법상의 ‘변호인의 조력을 받을 권리’(제12조)를 침해하였다고 주장하면서 ‘변호인의 조력을 받을 권리’에는 국제인권규범상 널리 인정되는 ‘가시불청(可視不聽)’의 원칙이 당연히 포함된다고 주장한 예가 바로 여기에 해당한다.⁷⁰⁾

68) *Ibid.*

69) 阿部浩己, 앞의 책, 96면 참고

70) 이 예가 바로 헌법재판소 1992. 1. 28 91헌마 111 사건이다. 이 사건에서 헌법재판소는 국제인권법상의 가시불청 원칙을 확인하고 미결재소자에 대한 변호인의 접견 시에 교도관 입회가 가능케 한 당시의 행형법 규정의 위헌을 선언하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 가시불청의 근거를 설치하면서 1988.12.9. 제43차 유엔총회에서 채택된 “모든 형태의 구금 또는 수감상태에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙” 제18조 제4항(“피구금자 또는 피수감자와 그의 변호인 사이의 대담은 법 집행 공무원의 가시거리(可視距離)내에서 행하여 질 수는 있으나 가청거리(可聽距離)내에서

위의 세 가지 적용영역은 모두 우리의 실무에서 국제인권조약의 직접 혹은 간접적용을 시도할만한 영역이다. 이의 구체적 실천을 위해서는 보다 심도 있는 연구와 법률가들의 용기 있는 적용 시도가 향후 우리의 과제라고 생각한다.

행하여져서는 아니된다.)을 직접 언급하였다.



법원의 국제인권기준 적용 심포지엄

토론문

토론문

백범석 (경희대학교 국제대학 교수)

1. 들어가며

세계인권선언이 채택된 1948년 이래로 국제인권법은 그 적용 분야를 넓혀왔고, 이에 발맞추어 다양한 인권 분야를 규율 하는 국제조약들의 숫자도 폭발적으로 증가하였다. 이러한 인권의 ‘국제화’가 여전히 진행되어 가고 있으나, 오늘날 유엔을 중심으로 한 국제사회는 과연 개별국가들이 국제인권규범을 어떻게 이행해 나가는가 하는 인권의 ‘내재화’에 더욱 많은 관심을 가져오고 있다. (정인섭 2001; 김부찬 2013; 백범석 2016) 그런데 국제법은 국내적으로 국제규범을 어떻게 이행 및 실현할지에 대해 주권존중의 원칙상 개별국가의 재량에 맡기고 있다. 즉 국제법의 이행은 개별 국가의 국내법 및 국내기관, 특히 국내법원의 판결을 통해 확인될 수 있다. (지영환, 김민진 2011; 김대순 2012) 국제인권법의 국내 이행에 관한 논문들은 90년대 이후 대략 30여 편이 지금까지 발표되었고 주로 사법 경로를 통한 이행에 초점을 맞추어 논의를 가져왔다. 국제법적 시각에 기반을 둔 연구들의 경우 인권조약의 헌법규범성, 국제인권의 보편성 및 관습규범성 등을 근거로 국내 법률보다 우위에 있다는 주장들이 다수 있어 왔으나, (박찬운 2007; 이주운 2008; 오승진 2011; 박선욱 2013; 류성진 2013) 헌법적 시각에 기반을 둔 연구들의 경우 재판규범성을 인정하기 보다는 헌법해석의 보완적 자료로서 원용할 수 있다거나 기본권의 구체화 과정에 보충적으로 적용될 수 있다고 보는 견해들이 (이명웅 2005; 전학선 2008; 김용훈 2011; 이승택 2013) 다수 있어왔다. 최근에는 법원이 당사자의 주장 여부와 관계없이 국제인권조약의 인용에 보다 적극적인 자세로 임할 필요가 있음을 강조하는 목소리도 높아지고 있다. (홍관표 2015; 백범석 2018)

2. 국제인권기구의 견해, 결정 및 권고의 국내 이행

2.1. 인권조약기구 및 유엔특별절차상의 견해, 결정 및 권고는 형식적으로 법적 구속력이 없고, 국내적으로도 법적 구속력을 갖는다고 보기 어렵다. 그러나 발제자가 검토한 바와 같이 단순히 권고적 효력만 인정하는 것도 문제이다. 이러한 견해, 결정 및 권고는 국내적으로도 법적 구속력을 갖는 국제인권조약의 명문의 규정에 근거한기 때문이다. 다시 말해 조약기구의 구성과 임무 및 그 절차에 대해서는 조약상 명문으로 규정되어 있기에, 조약기구의 견해와 결정은 결국 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 3항에서 말하는 “조약의 해석에 관한 당사국의 합의를 확정하는 그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행”에 해당하는 조약의 해석기준이 된다고도 볼 수 있다. 국내법에 명백히 반하지 않는 한 국내적으로도 이러한 권고상의 내용을 충분히 반영하여 해석 적용할 필요가 있다는 것이다.

2.2. 더 나아가 발제자는 자유권규약 제1선택의정서(개인진정절차)에 가입한 것은 규약위원회 결정에 대한 국내적 이행절차를 밝쨌다는 약속으로 추정될 수 있고, 이러한 절차를 구비하는 것이 비준한 국가의 법적 의무라고 주장한다. (박찬운 2008) 이는 자유권규약위원회의 일반논평 제33호 14조 및 20조에서도 명확히 드러난다.

2.3. 다만 발제문에서 적시한 바와 같이 우리 대법원은 일련의 판례를 통해 인권조약 비준에 의거 당사국에 인권 보호 및 보장을 위한 의무를 부여하고 있다고 하여 개인이 이를 근거로 자신의 권리를 직접 청구할 수 있는지에 대하여 적어도 구제조치 등은 국내법에 근거하여 청구할 수 있는 것으로 국제조약에 의해 배상 등을 개인이 별도로 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설되는 것은 아니라고 판시한 바 있다. (대법 1999.3.26., 96다55877 판결; 대법 2009.1.30., 2008두17936 판결 등) 헌법재판소도 피청구인에게 조약기구의 견해에 언급된 구제조치를 그대로 이행하는 법률을 제정할 구체적인 입법 의무가 발생하였다고 보기는 어렵다고 보았다. (헌재 2018.7.26., 2011헌마306등 결정) 그러나 발제자는 이러한 법원의 기존 견해와 달리 설사 법적 구속력을 인정하지 않더라도 ‘사실상의 기속력’을 인정해야 하며, 특히 국가의 부작위(구제노력 부재)에 의한 의무위반을 불법행위로 보고 국가배상 소송을 제기하는 것이 가능하다고 주장한다. 실제로 법무부는 2005년 개인진정의 국내구제방안에 대하여 연구자료집을 발간하여 재심절차의 이용, 국가배상법에 특별규정 신설, 특별법 제정 등이 방

안을 제시한 바 있으며, 국회도 2006년 법제사법위원회에서 외부연구용역을 진행하는 등 정부차원에서 논의와 고민이 없었던 것도 아니다.

2.4. 본 토론자는 국제인권기구의 견해, 결정 및 권고의 국내이행 문제의 핵심은 결국 다른 조약해석에 기인한다고 본다. 즉 국내 법원이 국제인권기구의 견해, 결정 및 권고와 다른 결론을 가져간다면 이는 추상적인 국제인권규범을 구체적 사실로서 특정사건에 적용한 결과가 상이하다는 것으로 (예를 들어 조약기구는 조약위반, 법원은 조약합치로 판단) 결국 해당 조약해석의 차이에서 발생한 것이라고 할 수 있다. (정경수 2015) 그리고 이러한 법 해석의 충돌 이면에는 특히 침해 받지 말아야 할 절대적 권리인지 아니면 법률유보에 의해 제한이 가능한 상대적 권리인지 여부를 보는 권리 제한의 원칙에 관한 인식의 차이가 깔려 있다. (윤애림 2018)

3. 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 및 제32조 (주로 정경수 2015 논문 인용)

3.1. 해석문제를 유발하지 않는 조약은 거의 없다. 실제 조약의 해석문제는 국제재판소의 주요 임무이며, 각국 외교부 법률담당자들의 주요 업무이기도 하다. 오늘날 모든 국가의 국내법원들은 국제재판소 등과 더불어 조약을 해석하고 적용하는 역할을 요구받고 있고, 그런 의미에서 국내 법원 역시 조약의 주요 해석기관 중 하나라고 할 수 있다.

3.2. 조약법에 관한 비엔나 협약은 조약의 해석에 있어, 우선 제31조의 일반원칙을 통해 해석을 시도하고 그것을 보완하기 위한 보충적 수단으로 제32조를 활용하도록 규정하고 있으나, 우리 법원은 그 역순을 취해온 경우가 상당수 있어왔다. 보충적 수단을 통해 얻은 결과에 대한 선호를 드러낸 것으로, 결과적으로 국내 법령의 맥락에 따른 해석을 취한 것으로 보여 진다. 이는 국내법관들이 일반적으로 그들이 처한 법문화의 현실에 따라 상대적으로 생소한 국제법에 의거하기보다는 오랜 기간 훈련되고 익숙한 국내법에 판결 이유를 작성한다는 1994년 히긴스의 지적이 여전히 유효함을 보여준다.

3.3. 국제인권조약은 일반적으로 국제법상 조약이 가지는 상호주의적 특성이 해체되고 개별 국가의 이익이 아니라 국제사회의 공동의 가치를 실현하기 위해 국제적으로 인

정된 개인의 자유와 권리를 보장하는 형식을 취하고 있다. 이러한 탈상호주의적 속성은 국제인권조약의 대상과 목적은 개인의 권리 보호이며 따라서 일반적인 국제조약과 달리 국가가 아닌 개인이라는 제3자를 수혜자로 두고 있다. 따라서 국제인권조약은 개인의 권리를 효과적으로 보호하는데 적합한 방식으로 해석되어야 한다. 인권조약의 대상과 목적에 대한 충분한 고려 없이 조약문구의 문언 자체에 집착하는 것은 인권의 보장과 실현을 제한하거나 위협하는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 물론 최근 대법원 및 헌법재판소 판결들을 보면 국제조약의 해석원칙을 과거에 비해 적극적으로 적용해 오고 있는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 인권조약의 특성(대상과 목적)이 충분히 고려된 해석과 방법이 정치하게 활용되어야 함은 여전히 도전과제로 남아 있다.

4. 헌법 제6조 제1항

한편 발제자의 주장은 기본적으로 국제법이 직접적으로 재판규범으로 사용될 수 있음을 하고 있는데, 이는 헌법 제6조 제1항의 해석문제와 밀접하게 연결되어 있다. 국내법이란 표현은 오직 제6조1항에만 등장하는데 왜 법률이나 법령이란 용어가 사용되지 않았는지에 대해서는 제헌 당시 회의록을 살펴봐도 이에 관한 단서는 얻을 수 없다. 이미 많은 논의가 있었듯이 국내에서는 국회 동의 여부를 기준으로 법률 또는 법규명령과 같은 효력을 인정하는 견해가 유력하다. 즉 국회의 동의를 받은 조약이 법률의 효력을 지니는 반면 비동의조약은 시행령 이하의 효력을 가진다고 보는 것이 국내법학자들의 다수설이다. 그러나 많은 국제법학자들은 동의 여부와 상관없이 법률과 동일한 지위를 가진다고 보고 있다. 예를 들어 아동권리협약의 경우 국회동의 없이 체결, 공포되었는데, 아동권리협약의 국내법적 지위가 여타 다른 주요인권조약에 비해 불분명하다고 볼 수 있는지 의문이다. (정경수 2000) 더욱이 국민의 권리, 의무에 광범위한 영향을 미치는 국제조약의 경우 의도적으로 사전 입법을 통해 국회 동의 없이 조약을 체결하기도 한다. 이러한 경우에도 비동의 조약이라는 이유로 일반 법률의 효력을 가지지 못한다고 해석하는 것은 불합리할 것이다. 더욱이 특정 조항을 유보한다는 조건하에 국회의 동의를 받은 인권조약의 경우 추후 국회동의 없이 유보를 철회하게 된다면 같은 조약상 조항들의 효력이 상이하다는 해석을 나올 수도 있다. (정인섭 2015)

5. 나가며

5.1. “굳이 국제인권조약들을 원용하지 않더라도 헌법조항만으로도 기본권이 충분히 보장될 수 있지 않는가?” 이는 본 토론자가 매학기 수업시간에 받는 질문 중 하나이다. 헌법은 국민투표를 통해서 제정 또는 개정이 이루어지는 반면 조약은 국회 동의 없이도 국내적으로 수용되는 경우가 많기에 대부분 국제법은 필요한 경우 국내법을 보충하거나 보완하는 정도의 역할을 해 온 것이 사실이기 때문이다. 더욱이 국제인권법상의 권리들이 대부분 헌법상으로도 보장되고 있기에 국제인권법에만 근거하여 권리침해를 주장하거나 재판규범으로 삼는 경우가 드문 현실을 고려하면 더욱 그러하다. 결국 국제인권조약의 국내이행상의 대다수의 문제는 국내이행입법의 부재, 조약의 미비준 내지 유보, 그리고 해석상의 차이에 기인하는 등 정치적 의지의 문제로 귀결되는 경우가 많다. 특히 국민공감대 형성 및 우리나라의 현실여건 고려 등이 주된 이유로 제시되는데 이러한 기존의 사유에 국한되지 않는 인식의 전환이 우선 필요하다. 더욱이 조약법에 관한 비엔나 협약 제27조는 국제조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 국내법 규정을 원용하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 따라서 국제인권기구의 판단 및 해석과 국내적 적용 사이에 불일치와 간극이 오랜 기간 유지된다면 많은 문제를 야기할 수 있다. 이는 이미 발제자가 강조하고 있는 바이기도 하다.

5.2. 기본권은 고정불변의 것이 아니라 시대와 상황에 따라 그 의미와 구체적 보장범위가 (더 넓어지는 방향으로) 변화할 수 있는바, 인권이 가지는 보편적 성격을 고려할 때 국제사회에서 인권이 가지는 의미와 인식 변화를 기본권 해석에도 적극 수용해야 한다는 주장은 일견 타당하다. (이재강 2018) 유럽인권재판소도 같은 맥락에서 유럽인권협약을 해석함에 있어 필요한 경우 체약국의 추후관행 즉 협약 채택 이후 관행을 고려하여 협약을 살아있는 문서로 만드는 발전적 해석 내지 동적 해석을 발전시켜 왔다. (정경수 2015) 국내법원 역시 국제인권규범의 해석에 있어 국제적으로 받아들여지고 있는 인권조약 특유의 해석기법과 방법이 적극적으로 견지될 것을 강하게 요구 받고 있다는 것이다. 결국 국제인권조약상 보호되는 권리의 최소한의 보장기준은 국내법 체계 내에서도 동등하게 보장되어야 하며 이를 위해 국내법원은 국제인권조약을 적극적으로 해석 및 법률심사 기준으로 인용할 필요가 있다. 특히 국제인권법에 기초한 국제인권기구의 견해, 결정 및 권고는 권리 주체의 확대, 보호내용의 포괄성 및 대안적 구제방식의

제공 등을 통해 헌법상 기본권의 해석적 외연의 폭을 넓힐 수 있는 토대를 마련할 수 있다. (이근관 2007) 더 나아가 국제인권기구의 견해, 결정 및 권고의 이행 문제는 우리나라가 향후 어떠한 인권체제를 가져나가고자 하는가를 볼 수 있는 정치적 의지의 문제기도 하다는 측면에서 (황필규 2007, 최은아 2011, 오재창 2011) 이러한 견해, 결정 및 권고 내용을 국내 행정기관뿐만 아니라 입법부와 사법부에도 전달하여 그 취지 및 배경을 알리고 향후 입법 및 판결에 반영될 수 있도록 노력하는 것이 필요하다. (황필규 2012)

5.3. 국제인권조약을 인용한 판결에 대한 학계의 연구는 여전히 매우 적다. 특히 국제법학자들의 저작이 매우 저조하다. 이에 국제인권법적 시각에서의 분석이 미흡한 국내 판결이 내려져도 이후 상급심이나 다른 유사 판결에서 문제가 보정되기 어렵게 된다. 또한 기존의 국내 헌법 및 법률에 기초한 해석이라는 이유로 국제인권법적 시각에 바탕을 둔 담론들이 제때 생산되지 못하면, 결국 국제인권법은 국내 현실로부터 유리된 채 실제 일반인들에겐 판 세상 법처럼 인식될 수밖에 없다. 따라서 무엇보다도 향후 판례평석 등 국제인권법의 국내 이행과 관련하여 국제인권법적 시각에 기초한 판례 연구가 지속적으로 활발히 개진될 필요가 있다.

어느 나라에서나 일반 법률가들은 대체로 국제법에 익숙하지 않다. 우리나라의 경우 국제법 전반에 관한 전문적 지식과 소양을 갖춘 재판관 및 연구관도 여전히 많지 않다. 물론 개별 사건의 성격 및 내용에 따라 국제인권조약에 관한 연구를 하고는 있다. 그러나 실제 법원판결 내지 헌재결정에 수용되기까지는 시간이 필요할 것이다. 따라서 국제법학자들에 의한 국제인권메커니즘, 국제인권법의 국내이행 및 개별 국제인권에 관한 보다 활발한 논의를 통해 국내 입법, 정책수립, 그리고 재판과정에서의 잠재적인 국제법 쟁점이 제대로 제기될 필요가 있다. 이러한 연구가 지속적으로 되지 않는다면 결국 국회, 정부 그리고 법원은 이러한 국제인권법적 요소를 판단하지 않은 채 법안을 제출하거나, 정책을 결정하고, 사건판결을 내리게 된다. 그리고 다시금 국제인권법적 요소를 반영하지 않은 국내법, 정부정책, 법원판결은 국제법학계의 주목을 받지 못하는 악순환이 계속될 수 있다.

5.4. 마지막으로 첨언하고자 하는 바는 오랜 시간 국제인권법의 국내 이행 관련 논의는 사법 경로를 통한 이행에 초점이 맞춰져 왔다는 점이다. 그러나 국제인권법의 실효적 국내 이행은 국제인권법과 헌법의 관계 규명을 넘어서는 사안이며, 나아가 단지 사

법상의 적격성(justiciability)으로만 확보되는 게 아니며 반드시 국내 법제화를 통한 입법적 해결만을 요구하는 것은 아니라는 점을 염두에 두는 것이 필요하다. 일반적으로, 개별 국가는 국제 규범상 의무 수행을 거부해서는 안 되지만, 의무 수행 방식에 있어서는 실효적 이행만 보장된다면 법적 경로를 포함한 다양한 방식 가운데 선택할 권한을 지닌다. 국제인권법 역시 원칙적으로는 다르지 않다. 실제 국제인권법의 이행은 (일부 초기 입안자들의 생각과 달리) 법제화 또는 법적 패러다임(juridical paradigm)에 국한되지 않은 채 다양한 정치사회적 경로를 통해 이루어져왔다. 따라서 국내 논의 역시, 국제인권법이 어떠한 성격과 지위의 재판 규범으로 인정돼야 하는지에만 머무르는 대신, 다양한 집행 유형에 따른 실질적 효과의 차이를 함께 살펴보는 방향으로 나아가는 게 바람직하다. (송지우 2018) 이러한 맥락에서 발제자가 주장하고 있는 방안들은 자유권규약상의 권리 침해의 경우 매우 유의미할 수 있으나, 그 외 사회권규약상의 권리 및 아동, 여성 권리 침해의 경우에도 효과적인 피해자 구제방안이 될 수 있을지는 다소 회의적이다. 2005년 피해자권리 기본원칙을 고려하면 더욱 그러하다. 이러한 점에 대한 발제자의 의견이 궁금하다.

토론문

류민희 (공익인권변호사모임 희망을만드는법 변호사)

국제인권조약기구 개인진정 결정의 국내이행과 법원의 역할 토론¹⁾

이동우 (국가인권위원회 국제인권과 사무관)

1. 우리나라 정부는 유엔자유권규약위원회 선택의정서에 따른 개인통보 사건에 대한 견해들(Views)²⁾을 이행하지 않았고, 이로 인하여 2015년 4차 심의 최종견해에서 “효과적인 구제를 위한 구체적 메커니즘과 적절한 절차를 수립하여야 하며 지금까지 발표된 견해들을 완전히 이행하여야 한다”라고 권고³⁾ 받았음을 서두에서 지적한 발제자 의견에 공감합니다.
2. 유엔 자유권규약위원회는 5차 심의를 앞두고 126차 세션에서 채택한 쟁점질의목록(LoIPR)에서 “4차 최종견해 권고 이행을 위해 취해진 조치들에 관한 정보제공, 선택의정서에 따른 견해들(Views)의 이행을 위한 절차”가 이루어지고 있는지 보여줄 것을 거듭하여 다시 우리나라 정부에 물었습니다.⁴⁾
3. 자유권규약 5차 심의가 약식보고절차(Simplified Reporting Procedure)로 진행됨

-
- 1) 이 토론문은 국가인권위원회의 공식 입장이 아닌, 실무자 개인의 견해임을 밝힙니다.
 - 2) 유엔 인권최고대표사무소(www.ohchr.org) UN Treaty Body Database 참조.
 - 3) 유엔자유권규약위원회 대한민국 제4차 정부보고서 심의 최종견해(CCPR/C/KOR/CO/4).
 6. 위원회는 선택의정서에 따른 위원회의 견해를 이행하기 위한 구체적 메커니즘이 존재하지 않는 것을 여전히 우려한다. 특히 단 한 경우를 제외하고는 당사국은 위원회의 견해를, 특히 양심적 병역거부에 관한 상당수의 견해를 전혀 이행하지 않았다는 점을 우려한다.
 7. 당사국은 규약을 위반한 모든 사건에서 효과적인 구제를 제공하기 위하여 위원회의 견해에 완전한 효력을 부여하는 메커니즘과 적절한 절차를 수립하여야 한다. 당사국은 위원회가 지금까지 발표한 견해들을 완전히 이행하여야 한다.
 - 4) HRC, List of issues prior to submission of the fifth periodic report of the Republic of Korea, Distr.: General 2 August 2019, CCPR/C/KOR/QPR/5.

에 따라 당초 2019. 11. 6. 제출기한이었던 정부보고서가 부재한 상황에서 부득이 4차 심의 정부보고서(2011. 8.)를 되짚어 보면, 십수 년을 거슬러 올라가, 유엔자유권규약위원회가 3차 심의 최종견해(2006. 11.)에서 “개인통보 견해들을 이행하기 위한 국내적 조치가 없다는 점을 우려하였고, 당사국이 즉시 이행하여야 한다”라는 권고에 대하여, 4차 심의 정부보고서(2011. 8.)에서는 “이들 사건 모두 국내 법원의 확정 판결과 정면으로 배치되는 결정이 내려진바, 단순히 위원회의 결해만으로 확정 판결을 무효화하기는 어렵다. 국회의 별도 입법 조치가 있지 않는 한, 현행 국내 헌법 질서 내에서 실효성 있는 국내구제수단을 마련하는 데에는 어려움이 있다.”고 밝힌 바 있습니다.

4. 유엔 회원국이자 주요 국제인권협약(자유권규약 및 사회권규약을 포함하여 7개 국제인권조약) 가입 당사국인 우리나라 정부는 유엔이 반복해서 보내는 인권의 권고들, 즉 조약감시기구 최종견해(Concluding Observations), 유엔 인권이사회 국가별 인권상황 정기검토(UPR) 최종결과와 특별절차(Special Procedures) 연례 및 국가방문 보고서 등에 대하여 변함없는 레토릭을 내어놓고 있는바, 유엔 인권메커니즘(조약감시기구, 특별절차, UPR) 국내 이행을 촉진 및 강화하기 위한 방안은 무엇인지 실무적 고민을 계속하게 됩니다.
5. 그리고 개인통보 견해(Views)가 국내에서 법적 기속력 없이 ‘사실상 기속력’이 있는 것으로 보아야 하며, 그 이행을 위한 정부 및 국회의 입법 부작위를 이유로 한 국가배상이 가능하며 그 책임을 물을 수 있다고 본 발제자의 주장과 관련하여, 학술적 논의를 넘어 실제로 법원에서 국가배상과 같은 구제 조치 혹은 재심 절차 등을 마련할 수 있는지, 그리고 이러한 변화들을 이끌어내기 위해서 무엇을 해야 하는가에 관한 물음이 제기됩니다.
6. 인권위에서는 현재 사회권규약 선택의정서에 정부가 가입하도록 권고하는 안건을 검토 중에 있습니다. 이러한 사회권규약 선택의정서는 사회권규약이 채택으로부터 40여년 이후에야 비로소 사회권규약 위반사항에 대한 통보와 조사 절차가 제도적으로 마련된 것으로,

삶의 기본조건이 되는 적절한 음식과 주거, 교육, 일자리, 의료, 사회보장 등 인간다운 생활을 할 권리(사회권)가 신체의 자유나 공정한 재판을 받을 권리(자유권)와 마찬가지로 기본적으로 보호받아야 할 권리라는 점, 기본권 간에는 우열이 있을 수 없으므로, 사회권 보장이 없이는 자유권의 실현도 불가능하다는 시각에서 유엔 차원에서 국제 사법 구제의 필요성에 따라 제정된 약속이라고 할 수 있습니다.⁵⁾

7. 이 사회권규약 선택의정서에 우리나라 정부가 가입한다면, 이행감독절차를 통하여 경제적, 사회적, 문화적 권리의 보호에 관한 한국사회의 실태가 보편적 기준에 부합하는지와 그 격차를 확인하는 기회를 갖고, 이를 해소하려는 노력을 통해서 보편적 인권 기준을 적극 수용하여 실현할 수 있다고 생각합니다. 또한 자유권규약 선택의정서에 따른 이행감독절차, 특히 개인통보절차는 아동, 노인, 여성, 이주노동자 등 소외되고 취약한 집단에 속한 사람들의 경제적, 사회적, 문화적 권리의 보장과 증진에 상당히 공헌할 수 있으며, 우리나라의 입법, 행정 및 기타 조치를 취함에 있어 경제적, 사회적, 문화적 권리 향유에 관한 적절한 주의 의무를 다하는데 크게 기여할 것으로 판단됩니다.
 8. 다시 처음의 고민으로 돌아가, 자유권규약위원회 견해에 대한 국내 구제 조치가 전혀 이루어지지 못하는 상황 속에서 사회권규약 선택의정서에 따른 개인통보절차가 우리 사회 약자들의 인권을 보호하고 권리를 증진할 수 있을 것인가 하는 실효적 구제에 대한 갈증이 여전히 남아 있습니다. 무엇보다도 국내에서의 구제 방법이 소진된 이후에 개인통보 절차에 진정을 제기한 사람(청구인)이 들인 고통의 시간과 노력의 결과는 과연 무엇일까 하는 생각이 들기도 합니다.
 9. 이는 인종차별철폐위원회가 외국인 영어교사에 한정된 의무적 HIV/AIDS 검사 정책에 대한 견해(Communication No. 51/2012)에서 우리나라 정부에 진정인에 대한 임금 보상 및 정신적·실질적 피해에 대한 손해배상과 외국인 혐오 대책 마련 등을 권
-
- 5) 사회권규약 선택의정서는 사회권규약위원회의 개인통보 접수 및 심리 권한(제1조), 그리고 규약 당사국에 의해 규약 상 여하한 권리의 침해에 대하여 통보를 제출할 수 있도록 명시(제2조)하고 있으며, 통보가 접수되면 어떠한 단계에서든 회복할 수 없는 피해를 회피하기 위하여 사회권규약위원회가 해당 당사국에게 잠정조치를 요청(제5조)할 수 있다.

고하였으나, 정부가 현행 국내 실정법 체계상 손해배상 책임은 계약불이행 또는 불법행위가 인정되어야 성립 가능한바 배상 의무가 발생하지 않는다는 불수용 입장을 회신한 사건에서도 확인할 수 있습니다. 따라서 개인통보제도의 이행을 담보할 수 있는 제도적 장치 등이 마련되어 개인의 배상을 비롯한 효과적인 구제 절차가 조속히 이루어져야 할 것입니다.

10. 최근 법원에서의 유의미한 변화가 감지되는바, 첫 번째 세션의 발제문을 통하여 접할 수 있었던 일부 판결들이 국제인권규범을 적용하였음을 확인할 수 있었습니다.

* 조약의 목적과 취지를 고려한 목적론적 해석 사례들: 간첩 혐의로 중앙정보부에서 조사받다 가혹한 고문을 당해 숨진 최○○의 유족이 제기한 국가배상청구 사건의 항소심 판결, 종교 교리에 따라 토요일에 시행한 시험에 응시하지 않으면서 추가시험을 실시하여 달라는 신청을 하였으나 거부당한 재림교 학생이 제기한 추가시험신청거부처분 취소의 사건의 항소심 판결, 외국인에 대한 강제퇴거명령 등 처분의 취소를 구하는 다수의 판결들, 그리고 대법원 양심적 병역거부 무죄 판결에서 다수의견에 대한 2보충의견⁶⁾.

11. “현실 세계의 답은 결국 법원에 달려 있다(Higgins, 1994: 205)”는 주장을 빌려본다면, 발제문을 마치면서 제시한 국제인권법의 주된 활용의 영역에 대하여 △형사사건 피고인이 국제인권조약을 원용하여 공소의 기각을 구하는 것, △국제인권조약 위반을 근거로 행정청 처분이나 재결 취소 등을 구하는 것, △행정절차에서 위법 부당한 처우를 받은 재소자가 국제인권규범에 입각하여 우리 행형 법령을 해석하여 주장하는 것과 별도로,

“법률가들의 용기 있는 적용 시도”를 활성화하기 위해서는, 다시 말해 법률가들이

6) 우리나라가 가입한 자유권규약의 경우에는 헌법 제6조제1항에 의해 국내법과 동일한 효력을 가지고 직접적인 재판규범이 될 수 있다는 점에서 차원을 달리한다.

자유권규약과 같은 국제인권규약의 경우, 법원은 헌법상 기본권을 해석할 때는 물론 법률을 해석할 때도 규약에 부합하도록 노력하여야 한다. 국제인권규약에 조화되도록 법률을 해석하는 것은 보편적 인권의 관점에서 사법부가 지켜야 할 책무이다. 특히 자유권규약의 경우 인권이 단순한 국내 문제가 아니라 전세계적·보편적인 문제라는 당위성에서 만들어진 국제인권규약으로서, 대부분 개인에게 직접 권리를 부여하는 조항으로 규정되어 있다는 점에서 더욱 그러하다(2016도10912 병역법위반 사건 판결문 참조).

보다 적극적으로 국제인권법을 참조 및 해석하도록 하는 구체적인 방안으로 논의할 수 있는 것은 무엇인지 궁금합니다.

12. 같은 맥락에서, 첫 번째 발표문의 사법지원을 위한 정책적 제언에서 밝힌 “법원 내에 국제인권조약에 친밀할 수 있도록 돕는 제도적 기반이 현저하게 결여되어 있는 상태 …[중략] 국제인권법에 대한 법학교육의 부재, 법률실무에서 국제인권조약에 대한 교육 부족, 한국어로 번역된 인권조약문 및 인권기구 결정문 취득의 어려움, 법원 내 국제인권조약 관련 실무서 및 주석서 등 자료의 빈약함과 접근 제약”을 극복하기 위한 방안들:

△법원 종합법률정보에 국제인권조약 데이터베이스 구축, △국제인권법 실무제요 편찬, △사법연수원 법관을 대상으로 한 프로그램에 국제인권법 강좌를 적극 포함, △국제인권법에 관한 연구 수행 등을 어떻게 실행해 나갈 수 있는지 함께 논의해보았으면 합니다.

13. 그리고 이번 심포지엄에서 논의된 사항들은 향후 인권위가 추진할 국제인권 업무에서 주요하게 참고해야 할 자료를 축적하는 것이자, 나아가서 향후 과제를 설정하는데 있어서도 검토하고 반영할 필요가 있다고 생각합니다. 이는 인권위가 수행하여야 하는 책무이기도 합니다.⁷⁾

14. 끝으로 “판결이 구제를 의미하는 것은 아니기 때문에”, 자유권규약 제2조 3항⁸⁾ 규

7) 국가인권위원회는 「국가인권위원회법」 제19조 규정한 ‘국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명’, ‘인권과 관련된 국제기구 및 외국의 인권기구와의 교류·협력’ 업무를 수행하여야 한다. 또한 제21조에서는 정부보고서 작성시 위원회 의견을 들어야 한다고 제도적 절차를 명시하고 있다.

인권위가 국제인권조약의 국내 이행을 위한 역할을 수행하여야 하는 법적 근거는 제2조 “「대한민국 헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 말한다”라는 ‘인권’의 정의에 따른 것이다.

이 규정에 기초하여 인권위는 ‘인권에 관한 법령(입법과정 중에 있는 법령안을 포함한다)·제도·정책·관행의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견표명’(제19조 1호, 제25조), ‘인권상황에 대한 실태조사’(제19조 4호), ‘방문조사’(제24조), ‘인권에 관한 교육 및 홍보’(제19조 5호, 제26조), ‘인권침해의 유형, 판단기준 및 그 예방조치 등에 관한 지침의 제시 및 권고’(제19조 6호), ‘법원 및 헌법재판소에 대한 의견 제출’(제28조) 등의 업무를 수행한다.

8) 이 규약의 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다. (a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를

정에서, (b) “구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한 있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한이 있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고, 또한 사법적 구제조치 가능성을 발전시킬 것”을 온전히 이행해 나아가기 위하여, 오늘 심포지엄에 이어 행정 및 입법 영역에서 국제인권규범의 국내 이행을 위한 후속 논의가 필요하다고 생각합니다.

침해당한 사람에 대하여, 그러한 침해가 공무원집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것, (b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한 있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한 있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고, 또한 사법적 구제조치의 가능성을 발전시킬 것, (c) 그러한 구제조치가 허용되는 경우, 권한 있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 것.

법원의 국제인권기준 적용 심포지엄

| 인 쇄 | 2019년 8월 14일
| 발 행 | 2019년 8월 14일
| 발행인 | 최 영 애 (국가인권위원회 위원장)
| 발행처 | 국가인권위원회
| 주 소 | (04551) 서울특별시 중구 삼일대로 340
나라키움 저동빌딩
| 전 화 | (02) 2125-9886 | F A X | (02) 2125-0918
| Homepage | www.humanrights.go.kr
| 인쇄처 | 도서출판 한학문화
| 전 화 | (02) 313-7593 | F A X | (02) 393-3016

ISBN 978-89-6114-689-0 93360

이 저작물은 국가인권위원회가 지적재산권을 전부 소유하지
아니한 저작물이므로 자유롭게 이용(무단변경, 복제, 배포,
상업적인 용도 사용 등)하기 위해서는 반드시 해당 저작권자의
허락을 받으셔야 합니다.



법원의 국제인권기준 적용 심포지엄



04551 서울시 중구 삼일대로 340(저동1가) 나라키움 저동빌딩 13층 정책교육국 국제인권과
TEL.02-2125-9886 FAX.02-2125-0918 www.humanrights.go.kr

ISBN 978-89-6114-689-0 93360