

# 국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇 가지 고찰\*

한양대학교 법과대학 부교수·변호사 朴 燦 運

## 논문요약

우리나라는 자유권규약과 사회권규약 등 주요 인권조약에 모두 가입한 나라이다. 따라서 인권조약의 성실한 이행은 국제법적 의무이며 우리 헌법상 국내법적 의무이기도 하다. 그러나 헌법 제6조1항에 의해 국제인권조약이 국내법과 같은 효력을 갖는다고 해도 그 의미가 정확하지 않다. 이 의미에 대해 몇 가지 기본적인 의문이 있다. 첫째는 국내법과 국제인권조약의 관계가 정확히 무엇인바이다. 즉, 이들 두 규범 간에 충돌이 있는 경우 어떤 규범에 우월적인 효력을 인정해야 하는가의 문제이다. 두 번째는 국제인권조약이 국내법적 효력을 갖는다는 말은 다른 국내 법률과 같이 재판규범성을 갖는다는 말로 해석될 수 있는가이다. 이것은 개인이 국가에 대하여 국제인권조약을 직접 적용하여 권리를 주장할 수 있는가의 문제인 바, 종래 조약의 직접적용가능성 혹은 자기집행력이라는 용어로 국내에서 다양한 이론이 전개 되어 왔다. 나아가 실무적으로 보았을 때 국제인권조약을 국내에서 적용할 수 있는 방법은 구체적으로 어떤 방법이 있을까도 문제이다.

필자는 이러한 의문에 답하기 위해 국내외의 이론과 주장을 정리하였다. 필자는 국제인권조약의 국내적 지위에 대해서는 비록 형식적으로는 헌법을 능가할 수는 없지만 강행규범적 성격을 갖는 국제인권조약은 적어도 국내 법률보다 서열상 우위에 있다고 보아야 하고, 그것은 국제인권조약에 사실상 헌법적 지위를 주는 것이나 마찬가지라는 주장을 펼친다. 또한 국제인권조약의 직접적용성과 관련하여 필자는 종래의 전통적 견해인 '주·객관적 요건설'은 국제상설사법재판소의 단치히 사건과 유럽사법재판소의 판례에서 형성된 이론을 무비판적으로 도입한 것에서 비롯되었다는 일본의 아베 교수의

견해를 소개하고 이의 정당성을 옹호한다. 따라서 국제인권조약의 직접적용성은 헌법의 직접규범성과 크게 다르지 않음을 역설한다. 나아가 필자는 이 직접적용성의 문제가 국제인권조약에서의 국가의무와 밀접한 관련이 있음을 설명한다. 자유권규약은 국가의 즉시 실현의무가 있지만 사회권규약은 점진적 실현의무라는 종래의 권리 성격론을 비판하고 국가의무의 다면적 성격을 소개한다. 이 이론에 의하면 사회권도 경우에 따라서는 자유권과 마찬가지로 즉시 실현해야 할 의무가 있다는 것이다. 끝으로 필자는 현실적인 문제로서 우리나라에서 국제인권조약을 적용할 수 있는 방법을 정리한다. 직접적용의 방법과 간접적용의 방법을 중심으로 우리 사법 현실에서 적용할 수 있는 방법을 소개한다.

[주제어] 국제인권법, 국제인권조약, 직접적용가능성, 자기집행력(성), 직접적용, 간접적용, 자유권규약, 사회권규약  
international human rights law, international human rights treaties, direct applicability, self-executing, direct application, indirect application, ICCPR, ICESCR

\* 논문접수 : 2007. 3. 23. \* 심사개시 : 2007. 4. 4. \* 게재확정 : 2007. 5. 1.

## 目 次

I. 문제의 제기	1. 양자의 관련성
II. 국제인권조약과 국내법의 관계	2. 국가의 의무의 다면적 성격과 직접적용가능성
1. 일원론과 이원론의 논쟁	3. 국가의 의무의 다면적 성격과 인권조약의 직접적용가능성
2. 국제법과 국내법의 관계에 관한 비교법적 고찰	
3. 한국 정부의 입장	V. 우리의 재판에서의 국제인권조약의 적용방법
4. 우리 헌법의 해석과 필자의 견해	1. 국제인권조약의 적용방법 논의의 필요
III. 국제인권법의 국내적 효력의 의미: 자기집행성과 직접적용가능성	2. 직접적용
1. 전통적 주장	3. 간접적용
2. 한국 정부의 태도	4. 헌법재판에서의 관습 헌법론과 헌법 제37조1항의 적극적 해석론
3. 한국의 재판 현실과 국제인권규약의 직접적용가능성	5. 국제인권조약의 적용영역
4. 직접적용가능성(자기집행성)에 대한 새로운 주장	
IV. 국제인권조약의 직접적용가능성의 관련성과 인권조약 실시를 위한 국가의 의무	

\* 이 논문은 2006 학년도 한양대학교 학술연구비에 의하여 연구된 것임

## I. 문제의 제기

우리나라는 대부분의 국제인권조약에 가입한 나라로서 국제적 인권 규범을 어떻게 국내에서 이행하는가는 인권향상에 있어 지대한 관심사이다. 인권조약에 가입한 이후에 이것을 이행하는 문제는 국가의 선택사항이 아니라 법적으로 구속되는(legally binding) 의무이다. 이러한 의무를 우리 헌법체제는 어떻게 국내법적으로 보증하고 있는가, 이를 위해 우리는 우리의 헌법체제를 어떻게 해석해야 하는가.

우리 헌법 제6조 제1항은 “이 헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고 규정하고 있다. 이 규정은 국제법과 국내법의 관계에 대한 헌법적 근거이다. 일견하여 이 규정은 국제법과 국내법의 관계를 명확하게 표현한 것처럼 보이나 사실은 그렇지 못하다. 국내법과의 관계에서 국제법의 지위나 규범적용의 방법에서 국제법의 적용방법에 관하여 많은 논의들이 진행되어 왔음이 이를 증명한다. 국제법의 일부인 국제인권법도 그 지위나 효력에 대해서는 국제법 일반론에서 볼 수 있는 동일한 논쟁이 존재한다. 다만 국제인권법은 국제법 중에서 국제사회가 개인에게 직접 권리를 인정하는 형식의 규범이므로 일반적인 국제법 이론과는 조금 다른 이론이 적용될 수도 있지 않을까하는 의문이 있다. 이하에서는 국제인권법, 그 중에서도 국제인권에 관한 조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 문제에 관하여 일반 국제법의 이론에 따라 알아보고 필요한 경우 국제인권법의 특수성에 입각한 새로운 해석을 하고자 한다.

아래의 서술은 크게 두 가지 문제에 대한 답변을 목표로 한다. 첫째는 국제인권조약의 국내법에서의 지위와 관련된 문제이다. 즉, 국제인권조약이 국내법과 같은 효력이 있다고 할 때 그것은 기존의 국내법과 어떤 관계에 있다고 볼 수 있는가. 보다 더 직접적으로 말하면

국내법이 국제인권조약에 저촉된다고 할 때(혹은 반대의 경우도 있을 수 있음) 이들의 관계는 어떻게 되는가. 한 마디로 양 규범의 서열관계는 무엇인가 하는 문제이다. 둘째는 국제인권조약의 직접적용을 중심으로 한 국내적 적용의 문제이다. 여기에서는 직접적용가능성(자기 집행성)이란 무엇인가, 어떤 경우에 국제인권조약은 국내법의 도움 없이도 직접적으로 적용이 가능한가, 이 문제와 통상 논의되는 인권조약에서의 국가의 의무와는 어떤 관련성이 있는가, 나아가 우리의 사법현실에서 인권조약의 국내적 적용을 위한 구체적 방법은 무엇인가 등의 문제에 대해 답을 구해 보고자 한다.

## II. 국제인권조약과 국내법의 관계

### 1. 일원론과 이원론의 논쟁

전통적으로 국제법은 국제법과 국내법의 관계를 설명할 때 일원론과 이원론의 대립을 설명한다. 일원론은 국제법과 국내법의 관계를 별개의 법체계가 아닌 하나의 통일적 법체계로 파악한다. 이 이론을 취하게 되면 국제법은 통상 국내법의 일부가 되어 특별한 수용절차가 필요함이 없이 국내적 효력을 갖는다. 다만, 국내법과의 서열관계에서 국내법우위설과 국제법우위설로 나뉘게 되는 데, 통상 국내법학자들은 전자설, 국제법 학자들은 후자의 견해를 취한다. 이에 반해 이원론은 국제법과 국내법의 관계를 서로 독립한 별개의 법체계로 파악한다. 이 견해에 의하면 국제법과 국내법은 독립된 법체계이므로 상호 아무런 관련이 없고 또 국제법이 국내적으로 바로 효력도 인정될 수 없다. 이 견해에 의하면 국제법이 국내적으로 효력이 있기 위해서는 국제법을 국내법으로 변형하는 절차가 있지 않으면 안 된다.

## 2. 국제법과 국내법의 관계에 관한 비교법적 고찰

국제법과 국내법의 관계를 일원론적 입장에서 보는 경우에도 나라마다 다양한 입법정책을 사용하고 있다. 각각의 경우를 다음과 같이 나누어 설명할 수 있다.

### 가. 조약에 헌법을 포함한 어떤 국내법령보다 우월한 지위를 부여하는 경우

이 경우는 헌법을 포함한 국내법에 대하여 조약의 우위를 인정하는 것이다. 유럽의 일부의 나라에서 채택하고 있는데, 대표적인 나라가 네덜란드이다. 네덜란드는 헌법 제94조에 “왕국 내에서 시행 중인 법령규정은 그 적용이 모든 사람에게 구속력 있는 조약의 규정이나 국제기구결의의 규정과 충돌하는 경우 적용될 수 없다”라고 규정하고 있다. 이것은 조약이 모든 국내입법에 우선함을 밝히고 있는 것이다. 나아가 헌법 제120조에 의하면 재판소는 조약의 합헌성 여부를 심사할 수 없다. 그러므로 네덜란드가 비준한 조약은 그 자체로서 네덜란드의 최고법이라고 할 수 있다.<sup>1)</sup>

### 나. 조약이 당사국의 헌법의 일부가 되는 경우

이 경우는 조약이 명백히 조약 당사국의 헌법에 수용될 수 있다는 것이다. 이 접근방법을 사용하고 있는 나라로는 오스트리아를 들 수 있는데 여기에서는 조약이 헌법의 각 규정과 같은 지위를 갖게 되어 헌법을 제외한 어떠한 국내법령도 조약에 위반될 수 없고, 위반되면 무효가 된다. 그러나 이 이론에 의할 때라도 헌법과 조약이 상충되는 경우는 생길 수 있다. 즉, 조약의 가입과정에서 조약의 규정이 헌법의

1) 김대순, 「국제법론(11판)」, 삼영사, 2006, 192면

관련 규정과 상충되는 것이 간과되었다면 후에 헌법과 조약의 우열문제가 생기게 된다.<sup>2)</sup>

### 다. 조약이 당사국의 법령에는 우위이나 헌법에는 후위인 경우

유럽의 대부분의 나라들이 택하고 있는 방법이 바로 이것이다. 이 방법은 조약이 국내법 질서의 한 부분을 형성하면서 헌법과의 관계에서는 체계상 후위에 있지만 다른 법령보다는 우위에 있는 것을 말한다. 이러한 접근방법을 쓰고 있는 나라 중 대표적인 나라가 프랑스인데, 프랑스 헌법 제55조는 “적법하게 비준되거나 승인된 조약 또는 협약은 각 협약 또는 조약이 타방 당사자에 의하여 적용될 것을 조건으로 그 공포 시부터 법률보다 우월한 권위를 갖는다”고 규정하고 있다. 이러한 원칙 하에서는 국내법령이 국제조약에 상충될 때 개인은 국내 법원에서 조약상의 권리를 주장할 수 있다.<sup>3)4)</sup>

### 라. 조약과 국내 법률이 같은 지위를 갖는 경우

상당수의 나라에서는 조약을 헌법에는 후위이지만 국내 법률과는

2) Rudolph Bernhardt, “The Convention and Domestic Law”, in R St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold(eds.), *The European System for the Protection of Human Rights* 25, 1993, p. 26

3) *Ibid.*

4) 그러나 현실은 조약이 법률에 우월하는 경우는 거의 없다고 한다. 이러한 현실에 대해 김대순 교수는 세 가지 이유를 대고 있다. 첫째, 전통적으로 법률은 주권자인 국민의 일반의지의 표현으로 간주되고 있고, 사법재판소와 행정재판소를 가리지 않고 재판관이 법률의 유효성에 대해 이의를 제기하는 것은 금기로 되어 있다고 한다. 둘째, 다른 국가에서는 조약해석이 대체로 재판관의 임무로 간주되고 있지만 프랑스에서는 그 임무가 원칙적으로 외부부에 할당되어 있고, 재판과정에서 외부부에 조약 해석과 관련된 의견을 묻게 되면 외교부는 국가이익을 보호하려는 경향으로 조약우위의 원칙을 사실상 지키지 못한다고 한다. 셋째, 1958년 헌법 제55조는 그 이전의 규정이 가지고 있지 않은 상호주의의 조건을 달고 있다는 것이다. 김대순, 앞의 책, 189-191면

같은 지위를 준다. 이것은 국내 법률이 의회에서 제정되는 것과 같이 조약도 국회의 동의를 받아 국내법으로 수용되는 것이므로 기본적으로 조약과 국내 법률과의 우열은 인정할 수 없다는 것이다. 문제는 조약과 국내 법률이 상충될 때 어떻게 문제를 해결할 것인가이다. 이 접근방법은 이 문제의 해결을 위해 국내법률 상호간에 충돌이 있을 때 해결하는 방법을 원칙적으로 원용한다. 첫째는 신법 우선의 원칙(*lex postiori rule*)이 적용된다. 이것은 조약과 국내 법률이 시간적으로 어느 것이 나중에 만들어졌는가를 판단하여 후에 만들어진 것에 우위를 인정한다는 것이다. 두 번째 원칙은 특별법 우선의 원칙(*lex specialis derogat leges generales*)이다. 이 원칙을 적용함에 있어서는 일반적으로 조약은 국내 법률의 관계에서는 특별한 관계로 취급된다. 세 번째는 국내 법률은 국제조약과 조화되도록 해석되어야 한다는 원칙이 적용된다. 이러한 해석에 의해서 조약은 국내 법률이 조약의 내용을 명백히 부인하는 것이 아닌 이상 국내 법률과의 관계에서 사실상 우위에 있게 되는 결과가 된다. 따라서 위의 세 원칙을 적용하다보면 조약이 국내 법률에 후위에 있게 되는 경우는 조약이 성립한 연후에 국내 법률이 만들어지고 그 법률의 내용이 명백히 조약의 내용을 부인하거나 개정할 의도로 만들어진 경우에 한하게 된다. 그러나 현실적으로 이러한 경우는 거의 찾아 볼 수 없다.<sup>5)</sup>

### 3. 한국 정부의 입장

국제인권조약(규약)과 국내법과의 관계에서 우리 정부가 취한 태도는 조금 모호하다. 우리 정부는 인권조약에 따라 설치된 감시기구(treaty monitoring body)에 대해 제출한 정부보고서와 보고서 검토과정에서 수회에 걸쳐 인권조약과 국내법과의 관계를 설명한 바 있다.

5) Rudolph Bernhardt, *supra* note 2, p. 26

먼저 정부는 1992년 자유권규약(ICCPR)에 따른 정부보고서(최초 보고서) 검토 과정에서 강한 톤으로 자유권규약의 국내법(헌법을 제외한 법령)에 대한 우위를 확인하였고 만일 국내법이 자유권규약에 위반되면 그것은 위헌이라고까지 하였다.<sup>6)</sup> 그런데 이러한 태도가 변했는지 한국 정부가 1996년 고문방지위원회(CAT Committee)에 제출한 최초 정부보고서에는 위의 입장과는 상당히 다른 대목이 발견된다. 여기에서 한국 정부는 고문방지협약이 자유권규약과 같이 별도의 국내 입법이 없이도 직접 국내적 효력이 있다는 것을 확인하면서 하나의 단서를 달고 있다. 그것은 고문방지협약과 국내법의 관계에 관한 것인데, 한국 정부는 국내법(헌법을 제외한 국내 법령)에 대한 협약의 우위를 선언한 위의 자유권규약위원회에서의 공언과는 달리 국내법과 협약의 관계는 신법우선의 원칙과 특별법 우선의 원칙이 적용된다고 함으로써 경우에 따라서는 국내법이 우위에 있을 수 있음을 표현하였다.<sup>7)</sup>

이것은 1998년 자유권규약에 따른 제2차 정부보고서의 제출 때에도

6) UN GAOR, Hum. Rts. Comm. 45th Sess., 1154 mtg. p.3, para.8, Doc. CCPR/C/SR 1154 (July 20, 1992). 관련 부분의 원문을 소개하면 다음과 같다: "Under article 6(1) of the constitution, the Covenant had the same effect as domestic law. He[the delegate] could not accept the claim that the guarantees contained in the Covenant might be overturned by subsequent domestic legislation, since such a suspicion underestimated the Republic of Korea's commitment to human rights and the increasing public awareness of the rights enshrined in the Covenant. . . . Moreover, since the principal rights enshrined in the Covenant were also embodied in the Constitution, any conflicting domestic legislation would be deemed unconstitutional"

7) Initial Report of Sates parties due in 1996: Republic of Korea (May 30, 1996), U.N. Doc. CAT/C/32/Add. 1. para.20. 관련 부분의 원문을 소개하면 다음과 같다: "[t]herefore, when conflicts between domestic laws and the Convention arise, the *lex posteriori* rule and the principle of the precedence of special law shall be applied."

문제가 되었다. 당시 정부는 보고서에서 이 문제를 다시 한 번 다루며 “규약 가입 이후 제정된 국내법령이 규약의 내용과 충돌하는 경우 규약이 우월하다. 어떤 국내법도 규약과 상치될 수 없으며 만일 그럴 경우 그것은 위헌이다”라고 표현하였다.<sup>8)</sup> 그러나 이 표현도 조금은 모호하다고 보여 진다. 즉, 이 표현 중 “규약 가입 이후 제정된 국내 법령이 규약의 내용과 충돌하는 경우 규약이 우월하다” 부분은 신법 우선 원칙을 선언한 것이나 다름이 없고, 후단의 표현도 그것이 신법 우선의 원칙 혹은 특별법우선의 원칙을 배제하는지가 불분명하기 때문이다. 이것은 위의 고문방지협약위원회에 제출한 정부보고서의 내용이 인권조약에 대한 국내법 우위로 해석될 수 있다는 비판을 막기 위해 일부러 모호한 표현을 썼다는 의혹이 든다. 이런 이유로 이 보고서를 심사한 자유권규약위원회는 한국의 헌법 제6조 제1항이 국제법(인권규약)이 국내법과 동일한 효력을 갖는다고 되어 있지만 이것이 오히려 규약 가입 이후에 제정된 국내 법률이 규약에 우월하다는 해석을 낳을 수 있다는 우려를 표시했다.<sup>9)</sup>

이상과 같이 볼 때 인권규약의 국내적 지위에 대한 우리 정부의 입

8) Second periodic reports of States parties due in 1996 : Republic of Korea. 20/08/98. CCPR/C/114/Add.1. para. 9. 관련부분의 원문을 소개하면 다음과 같다: “In the event that a law enacted prior to the Covenant’s ratification conflicts with its provisions, the Covenant has greater authority. No law enacted in the Republic of Korea may encroach on the rights provided in the Covenant; any such law would be viewed as unconstitutional.”

9) Concluding observations of the Human Rights Committee : Republic of Korea. 01/11/99. CCPR/C/79/Add.114. para. 7. 관련 부분의 원문을 소개하면 다음과 같다: “The Committee is concerned that article 6 of the Constitution, according to which international treaties ratified by the State party have the same effect as domestic laws, has been interpreted as implying that legislation enacted after accession to the Covenant has status superior to that of Covenant rights.”

장은 다소 모호하다고 볼 수 있다. 필자는 정부의 기본적인 태도가 인권규약의 특성에서 오는 국내법에 대한 우월을 인정하지 않고 단순히 두 규범의 관계를 동렬로 보고 신법우선의 원칙과 특별법 원칙이 적용될 수 있는 관계로 보고 있는 것으로 파악한다.

#### 4. 우리 헌법의 해석과 필자의 견해

우리 학자들, 그 중에서도 국제법 학자들은 대체로 헌법 제6조 제1항의 “...국내법과 같은 효력을 가진다”라는 규정을 해석하면서 이 규정은 우리 헌법이 국제법과 국내법의 관계에서 일원론을 취한 근거로 보는데 일치하고 있다.<sup>10)</sup> 헌법학자들도 이에 대해서는 크게 다르지 않다. 문제는 국제법과 국내법의 서열문제, 즉 이 두 규범이 충돌하였을 때 어떤 법리에 의해 해결할 것인가이다. 이에 대해 헌법학자 대부분은 국제법(국제조약)의 국내법에서의 지위를 헌법 통제라는 입장에서 헌법과의 관계에서는 헌법우위론을 주장한다.<sup>11)</sup> 즉, 국제조약은 헌법의 사법심사의 대상이 된다고 보고 있다.<sup>12)</sup> 다만 법률과의 관계에서는 등위론을 주장하는 학자가 많다. 등위론을 주장하게 되면 일반 법률의 충돌이론에 따라 특별법 우선의 원칙과 신법우선의 원칙에 따라 상호간의 충돌은 해결된다. 이에 반해서 국제법 학자들 중에는 기본적으로는 위와 같은 논리에 찬성하지만 조약 중에서 입법적 다자 조약은 법률에 우선하거나 국제인권조약 등과 같이 강행규범(jus cogens)의 연원을 갖는 조약은 국내 법률보다는 우위에 두고자 하는 시도가 있다.<sup>13)</sup>

10) 김대순, 앞의 책, 203면

11) 예컨대, 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2006, 176면

12) 허영교수는 국제조약을 조약의 성질과 성립과정을 따져 법률과 같은 효력을 가지는 조약과 명령 규칙의 효력을 갖는 조약으로 나누어 전자는 헌법 재판소가 후자는 대법원이 규범통제를 할 수 있다고 한다. 허영, 앞의 책.

필자는 국제인권조약은 형식적으로는 헌법에 비해 열위를 인정해야 하지만 국내 법률에 대해서는 우위에 있다고 본다. 그것은 인권조약이 보장하는 인권은 대부분 일반 국제법의 강행규범에서 출발한 것이므로 성질상 우리 헌법의 기본권 규정 이상의 보호의무가 우리 국가에 있고, 국제사회에서 인권보장을 위해 만들어 놓은 구속력 있는 규범에 우리가 가입해 놓고 후속 국내법에 의해 이를 배제하거나 국제법과 국내법을 일반법과 특별법 관계로 보아 배제하는 것은 그것 자체가 국제법 위반이며<sup>14)</sup> 우리 헌법의 국제법 존중원칙에도 도저히 부합하지 않는다고 보기 때문이다. 혹자는 이 같은 태도를 “국제사회에서 조약의 준수를 약속하고 그 불이행의 정당화 방법으로 국내법 규정을 원용하지 않겠다고 서약한 후 국내법률 규정으로써 조약의 국내적 효력을 폐기할 수 있다면 조약체결행위는 법적으로 아무런 의미가 없는 외교적 유희에 불과하며 국제평화주의의 이념은 공허한 구호에 지나지 않는다”고 비판하기도 한다.<sup>15)</sup> 문제는 필자와 같이 양자의 관계를 본다고 해도 국내 법률이 국제인권조약에 배치되는 경우 전자를 어떻게 배제하느냐이다. 일반 법원에서 문제가 되는 경우에는 국내 법률을 배제하고 인권조약을 우선적으로 적용시킬 수도 있을 것이다. 그러나 헌법재판에서는 국제인권조약 위반을 이유로 국내 법률의 효력을 실효시킬 수 있을 것인가가 문제가 된다. 인권조약에 헌법적 지위를 명문으로 부여하지 않는 우리 헌법 하에서 헌법재판소가 인권조

13) 김대순, 앞의 책, 204면; 국내의 학자들의 국제인권규범의 서열에 대한 자세한 논의는 다음 논문을 참고할 것: 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석”, 「민주법학」 민주주의법학연구회, 2000, 170면 이하  
 14) 이것은 우리가 가입한 조약법에관한비엔나협약 제27조에 비추어 분명하다. 동 조항은 “어느 당사국도 조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니 된다”고 규정하고 있다.  
 15) 오승철, “UN국제인권규약(B규약) 제9조제3항의 국내법적 해석 적용”, 「인권과 정의」, 2001년 2월호, 143면

약을 헌법재판의 재판규범으로 인정하여 국내 법률을 무효화 시키는 것은 사실상 어려울 것이다. 다만, 뒤에서 보게 될 직접 적용 및 간접 적용의 방식으로 우리 헌법상의 기본권을 인권조약의 권리가 보충하게 되면 ‘국제인권조약 위반=헌법 위반’이라는 결론에 도출할 수 있을 것이므로 인권조약에 사실상의 헌법적 지위를 부여할 수 있게 된다. 이렇게 되면 국제인권조약은 헌법재판에서 사실상의 헌법규범으로 활용될 가능성도 있다고 본다.

### Ⅲ. 국제인권법의 국내적 효력의 의미: 자기집행성과 직접적 용가능성

우리 헌법 체계는 앞에서 본 대로 국제인권법(국제인권조약 및 국제인권관습법)의 국내적 효력(domestic effect)을 인정하고 있다. 그렇다면 이 뜻은 무엇인가. 국내적 효력을 인정한다는 것은 특별한 국내 입법조치 없이도 재판기관(헌법재판소 포함)에서 다른 국내 법률을 적용하듯이 국제인권법(특히 국제인권조약)을 재판규범으로 적용할 수 있다는 말인가.

#### 1. 전통적 주장

국제인권법의 국내적 효력을 어떤 방법으로 인정할 것인가에 대해서는 주로 자기집행력(self executing) 혹은 직접적용가능성(직접적용성, direct applicability)라는 개념으로 논의되어 왔다.<sup>16)</sup> 그러면 어떤

16) 국내외적으로 자기집행력(self executing)이라는 용어는 직접적용가능성(direct applicability) 혹은 직접효력(direct effect)라는 용어와 함께 왕왕 달리 혹은 함께 사용됨으로써 그 의미의 이해에 혼동을 야기하고 있다. 많은 사람들은 이를 같은 의미로 사용도 하지만 혹자는 완전히 달리 사용도 한다. 예컨대, 김대순 교수는 직접적용성(direct applicability)과 직

경우에 자기집행적 조약이라고 할 수 있는가. 이에 대해서는 한국과 일본의 국제법 학자들 사이에서는 다음과 같이 두 가지 요건이 충족 되었을 때 자기집행적 조약이라고 볼 수 있다는 것이 통설적 견해이었다.<sup>17)</sup> 즉, 자기집행적 조약이 되기 위해서는 주관적 의사와 객관적 요건이 필요하다는 주장이다.<sup>18)</sup> 우선 주관적 의사라는 요건으로서는

접효력(direct effect)라는 용어를 구별하면서 사용하는 데, 전자는 “조약 규정이 국내이행입법의 도움 없이 그 자체로(즉, 자동적으로) 국내법 질서의 일부를 형성할 때 그 규정”을 의미로 사용하고, 후자는 “여기에서 한 걸음 더 나아가 조약 규정이 그 자체로 개인에게 국내 재판소에서 원용할 수 있는 권리를 부여하거나 의무를 부과하기에 충분할 때 그 규정”이라는 의미로 사용한다. 이 말은 직접적용성은 일반 추상적 개념으로서 한 조약이 국내법의 도움 없이도 직접효력의 가능성이 있는 경우를 의미하며, 직접효력은 현실적 개념으로 그러한 조약 중에서 법원에서 직접 적용할 수 있는 조약이나 조약 중의 일부를 의미한다고 할 수 있다. 필자도 종전에 이러한 의미로 직접적용성과 자기집행력을 구별하여 사용한 바 있다. 박찬운, 「국제인권법」, 도서출판 한울, 34면 참고. 그러나 필자는 이곳에서는 자기집행력이라는 용어와 직접적용가능성이라는 용어를 구별하지 않고 같은 개념으로 사용하고자 한다. 아베 코키 교수는 이와는 다른 차원에서 자기집행성과 직접적용가능성을 구분한다. 즉, 그는 아래에서 보는 바와 같이 직접적용가능성은 국제상설사법재판소의 단치히 사건 이후 유럽공동체에서 국제법 평면에서 논의된 조약의 직접적용의 문제이고, 자기집행성은 그것과 관계없이 국내법적으로 논의되어 온 재판규범성의 문제라고 한다.(阿部浩己, 「國際人權の地平」, 2002, 88-89면.) 한편 여기서 한 가지 더 알아둘 것은 국제법의 국내법적 효력이라는 개념(legal force, domestic effect)이 직접적용성이나 자기집행력의 개념과는 명확히 구별된다는 주장이다. 일본의 이와사와 유지 교수의 견해인데, 전자는 헌법 정책적으로 우리와 같은 일원론적 헌법체계 하에서는 당연히 생기는 효력이고 직접적용성은 그러한 조건을 전제 조건으로 해서 발생하는 이차적인 효력이라는 것이다. 그러므로 국제인권조약이 국내법적 효력이 있다고 해서 반드시 직접 적용이 가능하다고 볼 수 없다는 것이다. (Yuji Iwasawa, *International Law, Human Rights, And Japanese Law*, Oxford University Press, 1999, pp. 44-45)

17) 淺田正彦, “條約の自動執行性,” 「ジュリスト」, 2001(No.156), 23면

18) 김태천, “재판규범으로서의 국제인권법의 지위 및 제고 방안,” 「한일 심포지엄 국제인권법의 국내이행(현황과 과제)」(국가인권위원회, 2006년 5

조약의 당사국이 당해 조약 규정을 국내에서 직접 적용하는 것을 의도해야 한다는 것이다. 이것은 국제상설사법재판소(PCIJ)가 소위 단치히 사건<sup>19)</sup>에서 국제조약을 개인이 직접 소권의 근거로 사용하기 위해서는 조약 성립과정에서 이를 위한 당사국의 의사가 있어야 한다는 판단에서 기인한다. 그러나 이에 대해서는 조약 체결 과정에서 당사국들은 조약이 이행되는 것은 관심이 있어도 그것이 국내에서 어떠한 방법으로 이행될 것인가에 대해서는 관심이 없기 때문에 조약이 자기집행적이라는 당사국의 적극적 의사를 확인할 수 있는 경우는 거의 희박하다는 반론이 있다. 다음으로 객관적 요건이란 조약이 자기집행적이기 위해서는 국내에서 조약의 내용을 굳이 이행할 별도의 조치가 필요 없어야 하므로 조약은 국내 이행조치가 필요하지 않을 정도의 국내법과 같은 수준의 명확성(특정성, specificity)과 완전성(구체성, concreteness)을 확보해야 한다는 것이다. 그러나 이에 대해서도 어느 정도의 명확성과 완전성이 확보되어야 국내 법률과 같은 정도의 객관적 요건을 충족하였다고 볼 수 있느냐를 놓고 주관적 판단을 할 수 밖에 없다는 반론이 있다. 이러한 인권조약의 직접적용성에 관한 주·객관적 요건을 가장 확실하게 판시한 판결로 예시할 수 있는 것이 일본의 경우에는 1999년 동경지방법재판소의 한 판결이다. 그 해당 부분은 다음과 같다.

「조약은 본래 국가간의 권리의무 관계를 규정하는 국제법의 하나의 형식이기 때문에 개인과 국가간 또는 개인과 개인간의 권리의무

월 2일), 53면. 이 글은 동일한 저자가 쓴 두 개의 논문 [“재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행,” 「국제법평론」 (20호) 2004, 25-75면 및 김태천, 같은 제목 논문, 「인권법연구」, 2005, 117-181면]과 같은 것이나 여기에서는 동 저자의 최신의 논문으로 간주하고 관련 부분을 참고하기로 한다.

19) Jurisdiction of the Court of Danzig, Advisory Opinion, 1928, PCIJ, Series B, No.15

관계에 적용 가능한 것으로서 재판소의 판단기준으로 되기 위해서는 원칙적으로는 국내 입법 등의 국내 조치에 의한 보충이 필요하다. 조약에 따라서는 그대로 국내법으로서 직접 적용 가능하도록 하는 규정을 갖는 것이 있지만 조약 중 어느 규정이 그대로 국내법으로서 직접 적용 가능한 것인가는 당해 조약의 개개 규정의 목적, 내용 및 문언 그리고 관련 제규정의 내용 등을 감안하여 구체적으로 판단할 필요가 있다. 그리고 조약의 특정 규정이 국내법으로서 직접 적용 가능하다는 것을 긍정하기 위해서는 그 규정에 대하여 조약의 성립과정 등으로부터 개인의 권리 의무를 정하고 직접적으로 국내 재판소에서 집행 가능한 내용의 것으로 하는 계약국의 의사가 확인될 수 있는 이른바 주관적 요건과 개인의 권리 의무가 명백하고 확정적이며 완전하고도 상세하게 규정되어 그 내용을 구체화하는 국내 입법 등을 기다리지 않고 국내적으로 집행가능하다고 하는 이른바 객관적 요건이 동시에 인정되는 것을 요한다고 해석해야 한다.<sup>20)</sup>

한편, 미국의 경우 자기집행적 조약이나 아니냐를 놓고 판례 등에서 문제가 되어 왔는데, Restatement(Third) Section 111은 다음과 같은 경우에는 조약을 비자기집행적으로 보고 있음을 명기하고 있다: (a) 조약이 국내입법 없이는 효력을 발생할 수 없거나 국내법이 될 수 없다고 그 의도를 선언하고 있는 경우, (b) 상원에서 특정조약에 동의하는 과정에서, 혹은 의회의 결의에 의해 국내입법을 요구하는 경우, (c) 국내입법이 헌법적으로 요구되는 경우.<sup>21)</sup> 이러한 Restatement의 규

20) 동경지방법재판소 1999. 10. 1. 평성5년(7)제6152호; 阿部浩己, 앞의 책(앞의 주 16), 88-89면에서 재인용

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

정은 자기집행적 조약의 주·객관적 요건을 반영한 것이라 할 수 있다. 특히 미국에서는 자기집행적 조약 여부가 조약 비준 이후 국내에서 문제가 되는 것을 막기 위해 상원 인준 과정에서 그 의미를 분명히 하는 경우가 있다. 대표적인 예로 들 수 있는 것이 자유권규약의 경우인데 미국 상원은 미국정부가 자유권규약(ICCPR)에 가입하는 것을 동의하면서 이 규약에서 보장하는 권리(규약 제1조에서 27조)는 미국 내에서 자기집행적 조약이 아님을 선언(declaration)한 바 있다.<sup>22)</sup>

## 2. 한국 정부의 태도

한국 정부는 인권조약의 감시기구인 각 위원회에 정기 보고서를 제출하는 과정에서, 또한 그 검토를 받는 과정에서 공식적으로 당해 인권조약의 직접적용성을 언급하였다. 대부분 같은 내용인 바, 요지는 우리 헌법 제6조 제1항이 국제법(국제인권조약)에 대해 국내법과 동일한 효력을 인정하고 있기 때문에 당해 인권조약은 특별한 국내 입법 조치 없이도 바로 국내에서 효력을 갖는다는 내용이다. 이러한 공언을 몇 가지 예를 들어 설명해 보자. 먼저 자유권규약과 관련해서는 1991년 제출한 최초보고서에서 “국회의 동의를 얻어 비준 공포된 자유권규약은 특별한 국내 입법 조치 없이도 국내법과 동일한 효력을 갖는다”고 명시하였고,<sup>23)</sup> 이것은 제2차 보고서에서도 그대로 동어 반

고 보기 때문이다.

22) U.S. Reservations, Declarations, and Understandings to the International Covenant and Civil and Political Rights, 138 Cong. Rec. S4783-4(daily ed., April 2, 1992). 관련 부분의 원문은 다음과 같다. “The Senate’s advice and consent is subject to the following declarations: (1) That the United States declares that the provisions of Articles 1 through 27 of the Covenant are not self-executing.”

23) UN Doc. CCPR/C/68 Add.1, para.5 (July 31, 1991), reprinted in Official Records of the Human Rights Committee (91/92) 205. 관련부분의 원문



복되고 있다.<sup>24)</sup> 이러한 태도는 고문방지협약<sup>25)</sup>과 인종차별철폐협약<sup>26)</sup> 등에서도 발견된다. 그러나 한 가지 흥미로운 것은 이 직접적용성에 대한 공언이 사회권규약이나 성질상 사회권적 성격을 갖는 인권조약(예컨대 아동권협약)에서는 발견되지 않는다는 사실이다. 이것은 우리 정부가 자유권적 성격을 갖는 인권조약은 직접적용 가능한 것으로 보고 있으나 사회권적 성격을 갖는 인권조약은 하나의 프로그램적 성격으로 이해하여 국내의 특별한 입법을 요한다는 입장에서 있다는 것을 암묵적으로 표현한 것이 아닐까 하는 생각을 갖게 하는 대목이다.

### 3. 한국의 재판 현실과 국제인권규약의 직접적용가능성

국내 법원에서 국제인권조약이 직접적으로 적용되거나 원용된 사례

은 다음과 같다: “Since article 6(1) of the Constitution provides that [t]reaties . . . shall have the same effect as the domestic laws of the Republic of Korea, the Covenant, which was ratified and promulgated by the government with the consent of the National Assembly, has the same effect as domestic laws without the enactment of separate domestic legislation.”

- 24) Second periodic reports of States parties due in 1996 : Republic of Korea. 20/08/98.  
CCPR/C/114/Add.1, para. 9.
- 25) Initial reports of States parties due in 1996 : Republic of Korea. 30/05/96.  
CAT/C/32/Add.1, para. 20
- 26) Eighth periodic report of States parties due in 1994 : Republic of Korea. 23/11/95.  
CERD/C/258/Add.2, para. 9. 여기에서는 협약(인종차별철폐협약)이 ‘직접적으로 적용가능하다’는 표현(directly applicable)을 사용하고 있다. 원문을 옮기면 다음과 같다: “9. Accordingly, the Convention on the Elimination on All Forms of Racial Discrimination has become part of domestic laws, and is directly applicable and can be invoked in the courts of the Republic of Korea.”

는 극히 드물다. 그것은 아마도 우리 사법부가 국제인권법에 대해 아직도 그 이해가 부족하여 재판규범성을 인정하는 데에 주저하는 데서 이유를 찾을 수 있을 것이다. 그렇지만 인권조약의 재판에서의 직접적용성(자기집행력)은 한국의 판례나 학설도 대체로 위의 전통적 견해에 입각한 것으로 보인다. 즉, 자기집행 조약과 비자기집행 조약의 구별기준은 주관적 및 객관적 요건에 의해 좌우된다는 것이다.<sup>27)</sup> 이 중에서 우리 판례가 취하는 태도를 몇 개의 판결을 중심으로 분석해 보자.

국제인권조약의 직접적용가능성이 본격적으로 다루어진 사건으로 가장 중요한 사건은 손종규 국가배상청구사건이다. 이 사건의 상고심 판결<sup>28)</sup>에서 대법원은 자유권규약 제2조 제3항<sup>29)</sup>이 규정의 형식상(“국제조치가 허용되는 경우 권한 있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 것”) 당사국간의 의무를 규정한 조항으로서 개인에게 권리를 부여한 조항이 아니라고 해석하여 직접적용가능성을 부인하였다.<sup>30)</sup> 즉, 국내적으로 직접 적용될 수 있는 객관적 요건<sup>31)</sup>을 갖추지 못한 것을 이유

27) 김태천, 앞의 논문(전계 주 18), 53면

28) 대법원 1999. 3. 26. 선고 96다55877

29) 자유권규약 제2조 제3항은 다음과 같다:

이 규약의 각 당사국은 다음의 조치를 취할 것을 약속한다.

- (a) 이 규약에서 인정되는 권리 또는 자유를 침해당한 사람에 대하여 그러한 침해가 공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 효과적인 구제조치를 받도록 확보할 것
- (b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여 권한 있는 사법, 행정 또는 입법 당국 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한 있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 확보하고 또한 사법적 구제조치의 가능성을 발전시킬 것
- (c) 그러한 구제조치가 허용되는 경우 권한 있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 것

30) 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 석사논문, 1999, 139면

31) 이 판결의 취지로 보면 인권규약이 직접 적용되기 위해서는 당해 조약 규정의 내용과 형식이 문언 상으로 보아 개인에 대하여 직접 그 구체적

로 이 규정의 직접적용가능성을 부인하였던 것이다.<sup>32)</sup> 이 판결문의 주요 부분은 다음과 같다.

「시민적 및 정치적 권리에 관한 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.」

대법원은 이 사건에서 자유권규약 제19조에 대한 판단도 하였는바, 여기에서 대법원은 비록 이 사건의 피고인에 대한 처벌이 위 규정에 위반된 표현의 자유를 침해한 것이 아니라는 판단을 하였지만 이것은 동규정의 직접적용가능성을 전제로 한 판단이라 보는 것이 타당하다.<sup>33)</sup>

위의 손종규 사건에서 대법원이 취한 판시 태도는 그 후 부산고등법원의 속칭 거창양민학살사건에서도 유지되었다. 즉, 거창양민학살 사건에 대해 피고 대한민국은 자유권규약 제7조<sup>34)</sup>에 따라 학살사건의 희생자 및 그 유족에게 배상할 의무가 있다는 원고의 주장에 대하여 “위 규약에서 인정 되는 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

권리를 창설할 것을 목표로 해야 한다는 것이다.

32) 김태천, 앞의 논문, 53면.

33) 정경수, 앞의 논문(전계 주 30), 139-140면

34) 자유권규약 제7조는 다음과 같다: “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.”

창설된 것은 아니다”라고 함으로써 위의 대법원 판결과 유사한 태도로 원고의 직접적용 주장을 배척하였다.<sup>35)</sup>

한편, 비록 하급심 법원에서 인권조약의 적용을 부인은 하였지만 그 논리 자체는 인권조약의 직접적용가능성을 인정하였다고 볼 수 있는 사건도 발견된다. 서울지방법원은 속칭 방송노조파업사건의 항소심<sup>36)</sup>에서 파업을 이유로 처벌하는 것은 자유권규약 제8조 제3항의 강제노역금지 원칙에 반한다는 피고인들의 주장에 대하여 이를 배척하였으나 규약의 동규정은 우리 헌법 제12조 제1항 후문과 동일한 취지의 규정이라고 하면서 직접적용가능성의 문은 열어 놓았다.<sup>37)</sup>

이들 판결은 비록 국제인권규약의 직접적용을 부인한 사건이지만 그 논거가 동규약의 규정 형식이 ‘규약에 의해 별도로 개인이 국가에 대하여 ... 청구할 수 있는 특별한 권리가 창설된 것이 아니다’라는 것이므로 규약(인권조약)의 형식 여하에 따라서는 충분히 직접 적용할 수 있는 법리를 열어 놓은 판결이라 할 수 있다.

나아가 학자들은 헌법재판소도 인권규약(자유권규약)의 직접적용가능성을 전제로 하는 태도를 취하고 있다고 본다.<sup>38)</sup> 예컨대, 헌법재판소는 속칭 문화방송노조사건에서 근로자들이 집단적으로 노무제공 거부한 경우 이를 구 형법 제314조 위력에 의한 업무방해죄로 형사처벌하는 것이 헌법에 위반되는지 여부를 판단하였는데, 비록 자유권규약 제8조 제3항을 직접 적용하여 청구인의 청구를 인용한 것은 아니지만 이 규정의 직접적용 가능성을 열어 놓은 판시를 하였다.<sup>39)</sup>

35) 이 판결의 내용은 김태천, 앞의 논문, 54면에서 재인용

36) 서울지방법원 2004. 4. 12. 선고 99노10804

37) 김태천, 앞의 논문, 54면

38) 김태천, 앞의 논문, 54면

39) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 97헌바 23. 관련 부분 원문을 표시하면 다음과 같다: “1966년 제21회 국제연합(UN) 총회에서 채택된 ‘시민적및정치적권리에관한국제규약’(1990. 6. 13. 조약 1007호, 이른바 B규약) 제8조

이렇게 볼 때 우리의 국내법원(헌법재판소 포함)의 인권조약의 직접적용가능성 혹은 자기집행성에 관한 태도는 조약의 문언과 형식이 구체성과 특정성을 지님으로써 개인에 대하여 직접 그 권리와 의무를 창설할 것을 목표로 규정한 것으로 인정되고(객관적 요건), 또한 조약의 기초자들이 당해 규정에서 개인의 권리와 의무를 정하여 그 자체만으로 국내법원에서 직접적으로 적용될 수 있는 규칙을 제정하려고 의도하였음이 그 문언 자체에 의하여 확인될 수 있다면 재판규범으로 직접 적용 가능하다는 것이다.<sup>40)</sup> 즉, 우리 법원의 태도가 기본적으로는 위에서 본 인권조약의 자기집행력에 관한 전통적 견해에서 있다고 볼 수 있다.

#### 4. 직접적용가능성(자기집행성)에 대한 새로운 주장

국제인권법의 자기집행력에 대해서 최근 일본 학계에서는 종래의 자기집행력의 요건으로 논의된 객관적·주관적 요건론은 국제재판<sup>41)</sup>

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

이 설시에 의하면 경우에 따라서는 강제노역금지에 관한 자유권규약 위반이라는 판단을 할 수 있고, 그것은 헌법 위반이 될 수 있다는 취지로 읽을 수 있다. 김태천 판사도 이 결정을 이렇게 판단하는 것으로 보인다. 김태천, 앞의 논문, 54면

40) 김태천, 앞의 논문, 55면

에서 사용된 개념을 무분별하게 국내재판에 도입한 것으로 수용할 수 없다는 반론이 제기되고 있다. 먼저 이와사와 유지 교수는 자기집행적 조약의 ‘주관적 요건’인 조약 체결과정에서의 당사국의 의도에 대해 이의를 제기한다. 그에 의하면 당사국들이 조약체결 과정에서 당사국이 조약의 직접 적용 가능 여부에 대한 의도를 갖는 것은 거의 없다고 한다. 그러한 의도는 조약 자체나 조약 준비문건 어디에도 사실상 발견할 수 없다는 것이다. 따라서 당사국의 의도 여부를 자기집행적 조약의 결정적 요건으로 보는 법률가들에게는 조약의 규정으로부터 객관적 기준을 추론하는 수밖에 없다고 한다. 그러나 이것은 하나의 허구에 불과하다고 한다. 이와사와 교수는 이렇게 주관적 요건의 ‘당사국의 의도’를 강력히 비판하면서 조약이 국내법적 효력(domestic effect)을 지닌다면 그것은 당연히 직접적용 가능하다고(즉, 자기집행적이라고) 추정해야 한다고 주장한다. 이러한 상황에서 그 조약이 자기집행적 조약이 아니라고 주장한다면 당연히 그렇게 주장하는 측이 그것(비자기집행적 조약이라는 것)을 입증하지 않으면 안 된다고 한다.<sup>42)</sup> 따라서 주관적 요건을 거부하는 이와사와 교수는 인권조약의 직접적용 여부를 그 규범의 정밀성(precision)에서 찾는다. 한마디로 전통적 견해의 객관적 요건을 직접적용의 일원적 요건으로 사용해야 한다는 것이다. 다만, 이 경우에도 어느 특정 국제인권규범의 직접 적용성은 국제법적 문제가 아니라 국내법적 문제이기 때문에 나라마다 해석이 다를 수 있으며 국내법 규정의 정밀성과의 비교에 의해 달라질 수 있다고 한다.<sup>43)</sup>

41) 이 요건에 의해 국제조약의 자기집행력을 심사한 최초의 재판이 국제연맹 시절의 국제상설재판소의 단치히 재판이다. 이 사건은 단치히 철도직원의 고용조건에 대하여 정한 폴란드·단치히 간의 국제협정이 단치히의 국내재판소에서 직접 인용될 수 있는가가 쟁점이 된 사건이다. 자세한 것은 P.C.I.J., Ser. B, No. 15(1928) 참조.

42) Yuji Iwasawa, *supra* note 16, p. 47

이러한 주장은 아베 코키 교수에 의해 더욱 적극적으로 주장된다. 그의 주장은 직접적용가능성과 자기집행성(자동집행성)의 개념의 차를 설명하는 것에서 시작한다. 그는 조약의 직접적용가능성이라 하는 것은 원래 국제적 평면에서 이해해야 하는 문제이고, 국내재판에서 문제되는 자기집행성의 개념과는 명확히 구별되어야 한다고 주장한다.<sup>44)</sup> 그의 분석에 따르면 직접적용가능성의 개념은 국제상설재판소(PCIJ)의 단치히 사건에서 유래하였다고 한다. 즉, 이 사건에서 재판소가 판단을 요구받은 것은 단치히 철도직원의 고용조건 등에 대하여 정한 폴란드/단치히 간의 국제협정이 단치히 국내 재판소에서 직접 적용될 수 있는가에 관한 판단이었다. 재판소는 이 사건에서 “확립된 국제법의 원칙에 의하면 철도직원협정은 국제협정인 이상 그 자체로 직접 개인의 권리의무를 창설할 수는 없다는 것이 쉽게 인정된다. 그러나 체결국의 의사에 의해 당해 국제협정의 목적 그것이 개인의 권리의무를 창설하거나 국내 재판소에서 집행할 수 있는 일정한 규칙의 채택인 경우가 있다는 것은 다룰 수 없다”고 하였다.<sup>45)</sup> 직접적용가능성이라는 개념은 그 후 유럽공동체 설립조약이 가맹국의 국내 재판소에서 직접으로 적용될 수 있는가에 대하여 유럽공동체재판소의 판례에 의해 한층 명확해졌다고 한다.<sup>46)</sup> 공동체 재판소(유럽사법재판소)는 모든 공동체 조약의 규정이 직접적용성을 갖는다고 보지 않고 직접적용 가능 여부는 체결국의 의사에 의해 정해지는 것이라고 보았다. 그리고 그 의사는 조약의 정신, 내용, 문언, 취지 및 목적을 관찰하여 확인할 수 있는 것이지만 공동체재판소의 판례 속에서 실제로 적용되어 온 기준은 관련 규정의 명백성, 무조건성 및 완전성(그

43) *Ibid.* pp. 48-49

44) 阿部浩己, 앞의 논문, 88면

45) *Ibid.*

46) 이와 관련해서는 박기갑, “조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로”, 「판례실무연구(III)」, 1999, 178-179면 참고

이상의 입법조치가 필요하지 않는 것)이라는 것이다.<sup>47)</sup> 요컨대 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 아니라는 것이다.<sup>48)</sup> 버겐탈 교수도 지적하는 바와 같이 조약의 자기집행성의 문제는 국제법의 문제가 아니라 국내법의 문제라고 본다.<sup>49)</sup> 자기집행성의 문제는 특정의 조약규정이 그대로 재판규범으로서 적용될 수 있는가의 문제이고 이것은 체결국의 의사가 어떤 지와는 별도로 국내법에 의하여 결정되어야만 하는 문제라고 보는 것이다. 따라서 동일한 규정이라도 어떤 나라에서는 재판규범으로 될 수 있고 다른 나라에서는 재판규범이 될 수 없다는 사정이 생겨도 특별히 이상할 것이 없다고 한다.<sup>50)</sup>

아베교수의 주장을 한 마디로 분석하면 다음과 같은 결론에 도달한다. 국제법이 국내법적 효력이 있는 경우에는 본래 국제인권조약은 다른 국내법과 완전히 같은 기준으로 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 취급으로서서는 부적절하다고 본다. 이것은 국제적 평면에서 만들어진 직접적용가능성의 요건을 그대로 ‘재판규범성=자기집행성’의 기준으로 만들어 버린 과도된 접근방법에서 비롯된 것으로 재판실무에서 전혀 적

47) Thomas Burgental, “Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law”, [1992 IV] *Collected Courses of the Hague Academy of Int'l L.*, pp.325-335

48) 阿部浩己, 앞의 책, 89-90면

49) Thomas Burgental, *supra* note 47, p. 322

50) 阿部浩己, 앞의 책, 90면

합지 않다는 것이다.

필자는 국제법의 국내법의 효력을 인정하는 것이 우리 헌법의 요건인 한 위의 아베 교수의 주장은 어쩌면 당연한 주장이라 생각한다. 과거 헌법이 생활규범으로서의 현실적 의미가 크지 않을 때(헌법재판소 이전의 상황을 떠올리자) 헌법의 많은 기본권 규정은 추상적이어서 법률의 뒷받침 없이 직접 적용시키기 어렵다는 실무적 논란이 있었다. 그러나 그렇다고 해서 헌법의 직접적 효력 혹은 직접적용이 부정되었던 것은 아니었다. 그런 면에서 국제법(그중에서도 국제인권법)의 국내법적 효력과 관련된 논란은 바로 헌법과 다른 국내법령과의 관계와 유사한 측면이 있지 않나 하는 생각이다. 그렇다면 국제인권조약의 자기집행력의 논란은 특별히 중요성이 없다. 국제인권조약도 헌법의 기본권과 같이 직접적용이 원칙적으로 가능한데 다만 구체적 상황에서 그것을 어떻게 해석하여 어떤 식으로 적용시키느냐의 문제만 남는 것이다.

#### IV. 국제인권조약의 직접적용가능성의 관련성과 인권조약 실시를 위한 국가의 의무

##### 1. 양자의 관련성

국제인권조약의 직접적용가능성 혹은 재판규범성의 문제는 인권조약에서 요구하는 국가의 의무(state's obligation)를 어떻게 이해하느냐와 밀접한 관련을 맺는다. 직접적용성을 주저하거나 부인하는 견해의 기저에는 인권조약이 비록 사람에게 대한 인권을 부여하는 것을 목표로 하고 있지만 그 실현은 즉시적으로 가능한 것이 아니라 국내의 이행입법을 통해서 가능하다는 논거가 자리 잡고 있다고 볼 수 있다. 이것은 특히 사회권 관련 인권조약이 재판규범성을 부인 받고 있는

주요한 이유였다. 사회권의 경우 동 규약 제2조 제1항에 사회권은 점진적으로(progressively) 실현된다는 취지의 문언을 두고 있는데 이것은 사회권을 하나의 프로그램적 성격의 권리로 이해하는 원인을 제공하였고, 재판규범성 혹은 사회권규약의 직접적용성을 부인하는 근거 규정으로도 사용되었다. 이에 반해 자유권은 그 성질상 즉시실현의 가능성이 높기 때문에 인권조약의 직접적용은 모두 이러한 성격의 조약에서나 가능하다는 견해가 유력하였다. 즉, 인권조약의 직접적용가능성을 일반적으로 인정하는 견해에서도 자유권과 사회권의 성격을 분리하여 자유권은 직접적용이 가능하나 사회권은 그렇지 못하다는 견해가 유력하게 주장되었다.

##### 2. 국가의 의무의 다면적 성격과 직접적용가능성

1개의 기본적 권리(인권)로부터 나오는 국가의 구체적 의무는 처음부터 1개로 결정되지 않는다. 국가의 의무는 상황에 따라 구체적으로 결정된다. 이것은 자유권이든 사회권이든 그 권리에 대한 의무주체(국가)의 의무의 내용은 일의적으로 정해지지 않는다는 말이다. 자유권에서 국가의 의무는 무조건 즉시 실현가능한 소극적 의무이고, 사회권에서의 국가의 의무는 무조건 적극적 (조치를 취해야 하는) 의무라고 말하는 것은 적절치 않다. 이것은 인권의 성격을 도식적으로 이분하는 것으로 국가의 의무의 다면적 성격을 이해하지 못한 결과에서 비롯된 것이다.

자유권이든 사회권이든 이들 권리에 나오는 국가의 의무는 다면적이다. 개인의 인권을 국가가 제대로 보장(실현, implementation)하기 위해서는 여러 가지 각도에서, 여러 가지 의무를 충족시켜야 한다. 한 인권의 항목에서 하나의 국가의 의무가 나오는 것이 아니다. 국가의 의무는 다층적 구조로 이루어졌다는 것이다. 그렇다면 이러한 국

가의 의무를 보다 이론적으로 일반화 시킬 수 있는 방법은 없을까. 이점은 지난 80년대 후반부터 여러 학자들에 의해서, 국제사회에서는 림버그 원칙<sup>51)</sup> 및 마스트리히트 원칙<sup>52)</sup> 나아가 사회권규약위원회의 논의 과정에서 활발하게 논의되었다. 그 결과 논자에 따라서는 세세한 점에 있어서 조금 다르지만 인권의 상관개념으로서의 국가의 의무를 소위 3중 구조 혹은 4중 구조(layers of obligations)로 이해하게 되었다. 3중 구조로 이해하는 경우에는 권리의 존중, 보호, 충족(obligation to respect, protect and fulfil)으로 설명하고<sup>53)</sup> 4중 구조

51) The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/CN.4/1987/17, Annex; *Human Rights Quarterly*, Vol.9(1987), pp.122-135. 림버그 원칙은 1986년 국제법률가위원회(International Commission of Jurists), 네덜란드 림버그 대학의 마스트리히트인권센터 및 미국의 신시내티 대학 로스쿨이 공동으로 주관한 전문가 회의에서 나온 선언이다. 이 원칙은 주로 사회권규약에서의 국가의 의무와 범위에 관한 내용을 담고 있다. 이 선언은 그 후 네덜란드의 노력으로 위의 유엔의 공식문서로 발간되었다.

52) The Maastricht Guidelines on Violation of Economic, Social and Cultural Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 20(1998), pp. 691-705. 마스트리히트 원칙은 1997년 림버그 원칙 10주년을 맞이하여 열린 전문가 회의로 이 원칙에서는 주로 사회권규약위원회의 모니터링 강화를 위한 방법론으로 어떤 경우에 사회권 규약에 위반되는지(소위 violation approach)가 선언되고 있다. 이 원칙의 주석을 원하는 사람들은 Victor Dankwa, Cees Fliterman and Scott Leckie, "Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights," *Human Rights Quarterly*, Vol.20(1988), pp.705-730을 참고할 것

53) UN의 인권논의에서 이 3중 구조(three level typology of obligation)을 처음으로 시도한 사람은 식량권에 관한 특별보고관을 지낸 Asbjorn Eide이 1987년 낸 보고서에서이다. 그의 3중 구조 접근방법은 사회권규약위원회의 특별보고관을 지낸 Danilo Turk 및 주거권 특별보고관이었던 Rajindar Sachar에 의해 지지 되었다. Victor Dankwa, Cees Fliterman and Scott Leckie, "Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol.20(1988), p.713 참고

로 설명하는 경우에는 존중(respect), 보호(protect), 충족(fulfil, 혹은 확보 ensure), 촉진(promote)의 의무로 설명한다.<sup>54)</sup>

존중이라는 것은 국가 스스로 권리침해를 하지 않는 것을 의미하고 보호라고 하는 것은 제3자에 의한 침해로부터 권리를 보호하는 것이다. 충족이라고 하는 것은 권리가 국가의 적극적인 조치가 있어야 비로소 실현되는 경우 그 필요한 조치를 취하는 것을, 마지막으로 촉진이라고 하는 것은 권리의 실현을 증진하기 위해 여러 가지 인적 물적 조건을 정비(예컨대 공무원을 교육 훈련하는 것, 시민을 대상으로 한 인권교육 및 홍보활동을 하는 것, 시설 및 설비의 확충 등 권리가 실현되기 위한 환경을 정비하는 것)하는 것을 의미한다.<sup>55)</sup>

국가의 의무를 이렇게 다면적으로 포착하면 국가의 의무의 즉시성과 점진성도 각각의 측면에서 분석할 수 있다. 자유권규약 하에서는 일반적으로 국가의 즉시적 의무를 이야기 하지만 동 규약 하에서도 충족과 촉진의 의무 분야가 있을 수 있는 데 이러한 분야의 국가의 의무는 불가피하게 점진적으로 노력하여 이의 실현을 위해 나가는 것이다. 예를 들면 공정한 재판을 받는 권리는 즉각적으로 이행되어야 할 의무(의무의 존중 혹은 보호의 측면)이나 이를 실효적으로 보장하기 위해서는 적절한 법률가가 양성되어야 하고 법률부조 제도가 정비되어야 한다. 나아가 국민에 대한 인권교육(규약의 주지 등)도 필요하다. 이러한 것들은 국가의 의무 중 충족 혹은 촉진 의무의 내용이다.

사회권 규약은 체약국에 점진적 의무(progressive achievement)를 부과하고 있다고 하지만 모든 의무가 점진적인 것은 아니다. 즉, 국가는 규약 상 인정된 권리를 스스로 침해해서는 안 되며(의무의 존중의 측면), 규약 상 인정된 권리를 직접 침해하는 제3자의 행위에 대해서

54) 申惠丰, "社會權規約の 履行と 課題", (財)아시아 太平洋 人權情報センター, 現代人文社, 1999, 13면

55) *Ibid.*

는 권리를 보호할 의무가 있고(의무의 보호 측면) 이들 의무는 국가가 즉시 시행하여야 할 의무이다.<sup>56)</sup> 마스트리히트 원칙에 의하면 존중의무의 예로 국가가 거주자에 대하여 자의적인 강제퇴거 조치를 취한 경우 주거권을 위반하였다고 하였고, 보호 의무의 예로는 사영역에서 고용주가 노동기준 등을 위반 한 경우 이를 국가가 방치하는 것은 노동권 등을 위반한 예에 속한다고 한 바 있다. 나아가 충족 의무는 국가가 사회권의 완전한 실현을 위해 입법, 행정, 예산, 사법 기타의 적극적 조치를 취해야 하는 의무라고 하면서 하나의 예로 국가가 필수적인 건강보호를 위한 조치를 제공하지 못한 경우(혹은 의무적 초등교육을 제공하지 못한 경우)에 충족 의무를 위반한 것으로 볼 수 있다고 한 바 있다.<sup>57)</sup>

### 3. 국가의 의무의 다면적 성격과 인권조약의 직접적용가능성

인권조약의 직접적용성은 인권의 즉시 실현 가능성과 직접적인 관련이 있다고 보고 있다. 이러한 주장에 의해 인권조약의 직접적용성을 일반적으로 인정하는 사람들도 즉시적 실현이 가능하지 못한 인권에 대해서는 직접적용을 꺼리고 있다. 그러나 위에서 본대로 자유권이나 사회권 모두 국가의 의무는 하나가 아닌 몇 개의 다면적 성격의 의무로 이루어져 있고, 그 성격에 따라 국가는 즉시 이행해야 할 의무가 있게 된다. 이렇게 볼 때 권리의 성격을 자유권과 사회권으로 분리하

56) Commentary to the Maastricht Guidelines, *supra* note 52, p. 714

57) Maastricht Guidelines, para. 6. 존중 및 보호 의무는 의무 위반과 함께 즉시 판단할 수 있는 것이지만 충족의무의 경우는 성질상 의무 위반이라고 말하기 위해서는 상당한 정도의 시간이 필요할 것이다. 이 의무가 바로 사회권규약 제2조 제1항의 “가용자원 범위 내에서의 (사회권 규약에서 요구하는) 권리의 점진적인 실현”과 밀접하게 관련이 있다고 볼 수 있다. Commentary to the Maastricht Guidelines, p.714 참고

여 그에 따라 국가의 즉시 실현의무를 달리 보고, 나아가 직접적용가능성 혹은 재판규범성을 부인하는 태도는 비판받아 마땅하다.<sup>58)</sup>

## V. 우리의 재판에서의 국제인권조약의 적용방법

### 1. 국제인권조약의 적용방법 논의의 필요

위에서 살펴보았듯이 우리나라의 헌법 체제에서 이론적으로 국제인권조약이 국내재판에서 직접적으로 적용되는 데에 장애물은 없다. 그러나 현실은 그렇지 못하며 그것이 반드시 사법부의 국제인권법에 대한 무지라는 이유만으로 그 원인을 돌릴 수도 없을 것이다. 국내법 규정의 해석과 적용을 자신의 본래적 임무라고 인식하고 있는 국내법원의 법관(현재 포함)들이 인권조약을 적용하는 것에 대해 일종의 거부감 내지 저항감을 갖는 것은 당연한 현상이라 할 수 있다.<sup>59)</sup> 이러한 현상은 비단 우리나라뿐만 아니라 미국과 같은 사법 선진국에서도 나타나고 있는 현실이다. 따라서 우리나라가 가입한 국제인권조약의 규범성을 높이면서 우리 재판 현실에서 보다 적용 가능한 적용방법을 찾아내는 것은 국제인권법의 국내적 실시에서 아주 중요한 문제의식이라 생각한다. 이러한 관점에서 이하에서는 국제인권법의 재판 규범성을 높일 수 있는 방법론을 논해 보고자 한다.

### 2. 직접적용

직접적용이란 위에서 보았듯이 국제인권법을 직접적인 재판규범으

58) 사회권의 의무의 성격과 재판규범성에 대한 자세한 논의는 박찬운, “국제인권법에서 바라 본 사회권의 법적 성격”, 「인권과 정의」, 2006년 12월호, 79면 이하 참고

59) 김태천, 앞의 논문, 56면

로 적용하는 것이다. 이것은 통상 어떤 특정 영역에서 국내법이 미처 규율하지 못한 부분이 있어 이를 보충하는 경우에 생각할 수 있는 방법이다. 과거 영장실질심사제도가 도입되기 이전에 자유권규약 제9조 3항<sup>60)</sup>이 국내에 실현되지 못한 시절이 있었다. 이 경우 판사가 이 규정에 따라 구속 전 피의자신문을 한다거나 그러한 절차 없이 구속영장이 발부된 경우 구속적부심에서 구속절차의 위법을 다투는 경우 그 근거로서 직접 사용될 수 있다는 것이다.<sup>61)</sup> 나아가 이 방법론은 국내법과 국제인권조약의 충돌 시에 적용되어야 할 국제인권법의 적용방법론이다. 국내 법률이 국제인권법에 위반되는 경우 국제인권조약의 우위를 인정하여 이 같은 상황을 우리의 헌법이 천명한 ‘국제법 존중의 원칙’을 위반하였다고 보고 그것으로 바로 위헌을 선언하는 것이다(따라서 이 같은 경우는 우리의 헌법재판소에서 쓸 수 있는 방법론이 될 것이다). 이 방법론은 국제인권조약의 지위가 결국 헌법과 동렬에 있다는 주장과 일맥상통하는 것이다. 따라서 국제법과 국내법이 충돌할 때 사용되는 ‘신법우선의 원칙’ 혹은 ‘특별법 우선의 원칙’은 적용되지 않아야 한다.

이 방법론을 쓰게 되면 중요한 것은 국제인권법의 법원(source of law)을 어떻게 구별하느냐가 중요하다. 국제법적으로 법적 구속력(legally binding)이 있는 국제인권규범이 여기에 해당할 것은 당연하나 그 중에서도 조약 자체가 국민의 권리의무에 관한 법규범을 포함하고 있어서 조약의 문구나 내용으로 보아 국내의 법 적용기관, 특히 법원에 의하여 조약이 직접 구체적인 사건에 적용될 수 있는 경우의 인

60) 자유권규약 제9조 제3항의 해당부분은 다음과 같다: “형사상의 죄의 혐의로 체포되거나 또는 억류된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 관헌에게 신속히 회부되어야 하며...”  
 61) 이에 대해서는 박찬운, “실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용,” 「인권과 정의」, 2003년 4월, 111면 이하 참고

권조약이 직접 적용 가능한 조약<sup>62)</sup>의 예가 될 것이다.<sup>63)</sup> 나아가 국제법상 강행규범적 성격을 갖는 관습국제인권법도 그 대상이 될 것이다.

### 3. 간접적용

간접적용이란 국제인권법을 헌법의 기본권 해석의 주요 잣대로 삼는 방법이다. 소위 간접적용의 방법이다.<sup>64)</sup> 이것은 헌법상의 인권규정을 적용 해석함에 있어 국제인권법상의 기준에 합치되도록 해석함으로써 간접적으로 국제인권법의 국내법화를 시도하는 방식으로 ‘국제법 합치의 해석의 원칙’ 내지 ‘국제법 합치 추정’이라고 일컬을 수 있다.<sup>65)</sup> 사실 우리의 헌법상의 기본권은 대부분 국제인권규약에서 보장하는 권리를 반영하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 우리의 헌법의 국제평화주의와 국제법 존중주의에 입각하여 국제인권법의 제 내용을 우리 헌법을 해석함에 있어 주요 잣대로 삼는 것은 전혀 이상할 것이 없다. 이렇게 되면 국제인권법은 ‘사실상’ 국내법과의 관계에서 헌법상 지위를 얻는 것이나 마찬가지가 된다. 다만, 논리적으로 국제인권법이 우리의 헌법과 조화를 이루지 못할 경우 국제인권법은 헌법재판의 규범이 될 수 없다는 문제가 생길 수 있으며, 국제인권법의

62) 헌법학자인 허영 교수는 조약이 국내적으로 법률과 같은 효력을 가지는 경우에도 조약의 국내법상 효력은 조약의 내용에 따라 각각 다르다고 하면서 다음과 같은 3가지 유형을 제시한다: 첫째, 국가간의 정치적 내용으로 하는 정치적인 조약, 둘째, 그 내용이 정치적인 것에 국한되지 아니하고 국민의 권리의무와도 밀접한 관련이 있어 조약에 의해서 당해 국가가 일정한 법률의 제정의무를 지는 경우, 셋째, 조약 자체가 국민의 권리의무에 관한 법규범을 포함하고 있어서 조약의 문구나 내용으로 보아 국내의 법 적용기관, 특히 법원에 의하여 조약이 직접 구체적인 사건에 적용될 수 있는 경우. 허영, 앞의 책, 174-175면  
 63) 박기갑, 앞의 논문, 180면  
 64) 국제인권법의 간접적용에 대해서는 김태천, 위의 글, 56-73면 참고  
 65) 김태천, 앞의 논문, 57면



적용이 헌법재판소의 재량적 행위가 될 수 있다는 한계가 있다. 다만, 이 방법을 쓰게 되는 경우 국제인권법이란 반드시 우리가 가입한 국제인권규약이나 조약만이 아니고 국제관습법 나아가 소프트 로(soft law)라고 하는 국제인권의 원칙(principle)이나 선언(declaration)도 사실상 헌법의 기본권 해석에서 주요한 잣대로 삼을 수 있으므로 국제인권법의 확장이라는 부수적 효과도 거둘 수 있으리라 생각한다. 그리고 이러한 간접적용은 비단 헌법재판에서만 사용되는 것이 아니라 일반법원의 법률 해석에도 적용될 수 있다고 생각한다. 국내 법률과 국제인권법이 저촉되지 않는 범위 내에서는 국제인권규범의 내용을 법률의 해석 수단으로 보충하는 것은 얼마든지 가능하며 일반 법관들도 크게 저항감 없이 받아들일 수 있는 접근방법이 될 것이다.

#### 4. 헌법재판에서의 관습 헌법론과 헌법 제37조1항의 적극적 해석론

국제인권조약 혹은 국제인권관습법의 국내적 적용에서 한 가지 더 생각해 볼 수 있는 것이 이들 규범의 내용에 관습 헌법적 지위를 인정하는 방법이다. 이것은 2004년 헌법재판소가 신행정수도특별법의 위헌결정<sup>66)</sup>에서 사용한 관습헌법 이론을 향후 국제인권법의 국내법에서의 지위 및 적용에 활용해 보자는 것이다. 즉, 국제사회에서 일반적으로 승인된 인권에 관한 국제관습은 한국 헌법 내에서도 단순히 법률의 효력이 있는 것이 아니라 관습헌법의 지위도 있는 것이 아니냐 하는 것이다. 현재의 논리대로라면 인류사회의 보편성 있는 인권(대부분은 자유권 분야임)은 일응 우리 헌법에서 관습헌법의 지위를 득하였다고 보는 것이 타당할 것이다. 즉, 국제법에서 확립된 소위 강행규범으로서의 인권이나 자유권규약 제4조의 유보(훼손)할 수 없는 유형의 인권은 다른 인권에 비해 보다 더 중시되는 규범의 서열화가 가능

66) 헌법재판소 2004. 10. 21. 선고 2004헌마554·566(병합)

하고 이런 유형의 인권은 국제사회의 관습인권으로서 국내법적으로는 헌법적 지위를 갖는 것으로 설명이 가능하다. 인권규약을 해석함에 있어 국제법상의 강행규범 등으로 이해할 수 있는 인권은 이미 대한민국의 관습 헌법적 지위를 인정했다고 보는 것이다. 이런 경우 국제인권법은 이미 헌법의 지위에 있으므로 이에 위반되는 국내 법률이나 공권력의 행사(혹은 불행사)는 위헌이라는 판단이 가능하지 않을까 하는 생각이다.

나아가 우리 헌법 제37조1항의 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니 한다”는 규정을 적극적으로 해석하는 방법도 국제인권조약 등의 내용을 간접 적용하는 하나의 방법이 될 것이다.<sup>67)</sup> 우리 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리 중에서 인간의 존엄성과 직접적으로 관련 있는 국제인권규범의 내용을 위의 “헌법에 열거되지 않은 국민의 자유와 권리”로 이해한다면 인권조약(혹은 국제인권관습법)은 바로 사실상 헌법상 지위를 득하게 되는 결과를 낳게 될 것이다.

#### 5. 국제인권조약의 적용영역

이 글을 마치면서 향후 우리 재판에서 국제인권조약을 직접 혹은 간접적으로 적용시킬 수 있는 영역은 어디일까를 실무적 입장에서 생각해 보자. 필자가 보기에는 국제인권조약을 실무에서 앞으로 활발히 사용할 수 있는 분야는 다음과 같은 4개의 영역이다.

첫째, 형사사건에서 피고인은 국제인권조약 등을 원용하여 공소의

67) 헌법 학자인 장영수 교수도 이것과 관련하여 사범부가 헌법 제37조 제1항의 열거되지 아니 않은 자유와 권리가 구체적으로 무엇인지를 해석을 통해 판단함에 있어서는 국제인권규약상의 권리들이 하나의 기준으로 작용할 수 있다고 한다. 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 「관례실무연구(III)」, 1999, 168면

기각 등을 구할 수 있다.<sup>68)</sup> 이 주장은 실제의 상황에서는 형사소송법 제327조(공소기각의 판결)의 제2호 “공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때”의 해석에서 “법률”에 관습국제법규나 자유권 규약 등을 포함시키자는 주장이다. 나아가 구속적부심사 등에서도 피의자는 국제인권조약을 직접 적용을 주장할 수 있다. 위에서 필자가 언급한 대로 영장발부 과정에서 판사의 피의자 심문을 생략한 채 구속영장이 발부된 경우라면 필요적 영장실질심사를 요구하는 자유권 규약 제9조 제3항의 취지에 따라 피의자는 구속적부심사에서 그 위법성을 따질 수 있다는 것이다.

둘째, 국제인권조약 위반을 근거로 행정청의 처분이나 재결의 취소 등을 구하는 것이다.<sup>69)</sup> 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 국내법뿐만 아니라 국제법도 해당된다는 말이다.

셋째, 국제인권조약 위반을 근거로 손해배상(국가배상) 청구소송을 구할 때도 국제법은 원용될 수 있다.<sup>70)</sup> 국가배상은 공권력을 행한 공무원의 고의 또는 과실의 위법행위에 의해 손해를 입은 사람이 청구할 수 있는 바, 여기에서 ‘위법행위’라 함은 당연히 국내법을 넘어 국제법 위반도 포함된다는 것이다. 이것과 관련하여 일본의 논의는 우리와는 상당한 차이를 보이고 있다고 생각한다. 일본에서는 국가배상 소송에서 소위 입법부작위도 불법행위의 하나로 보면서 헌법 등에 위반된 법률의 개정이 부당하게 지연된 경우 국가배상을 인정한다.<sup>71)</sup>

68) 阿部浩己, 앞의 책, 93면 참고

69) *Ibid.*

70) *Ibid.* 94면 참고

이러한 상황에서는 어떤 공무원이 국내 법령(예컨대 위헌적인 법률)에 위반된 행위를 하지 않았다 해도 피해 국민은 국가를 상대로 입법부작위를 불법행위로 보고 소송을 할 수 있게 된다. 그러나 우리나라에서는 국회의 입법행위는 본질적으로 정치적 행위로 보고 있으며 불법행위의 가능성을 인정한다 해도 극히 한정적이다.<sup>72)</sup> 따라서 국제인권조약의 위반을 근거로 손해배상(국가배상) 등을 청구하기 위해서는 우선적으로 이러한 배상의 법리가 해결될 필요성이 있다.

넷째, 국제인권조약 등의 국제인권규범은 각종의 소송에서 국내법의 해석을 유도하는 목적으로 사용될 수 있다.<sup>73)</sup> 재소자의 처우와 관

71) 이와 관련된 최근의 대표적 판결로서는 한센 병력자들이 일본 정부를 상대로 제기한 구마모토 판결(2001. 5. 11)을 들 수 있다. 이 사건에서 구마모토 재판소는 과거 한센인들을 상대로 격리정책을 규정했던 일본의 ‘라이에방법’은 늦어도 1960년까지는 폐지했어야 했다고 하면서 입법부작위에 대한 불법행위를 인정하였다.

72) 이에 대한 흥미 있는 하급심 판결이 있다. 서울지법 남부지원 1999. 2. 25. 선고 98가합15904 판결이 그것인데 이 판결에서는 입법부작위의 불법행위 가능성을 인정하였지만 아주 예외적인 상황만을 상정하였다. 주요 부분은 다음과 같다.

“우리 헌법질서 내에서 국회의 입법행위는 본질적으로 정치적인 것이고 그 성격상 실정법적 규제로부터 자유로운 것이며 그러기에 소속 국회의원들 개개인에게 선거 등에 의하여 정치적 책임을 추궁하는 것을 넘어서서 실정법질서의 관점에서 입법행위 또는 그 부작위에 대하여 법적 책임을 귀속시키는 것은 원칙적으로 가능하지 않다고 볼 것이고, 다만 국회의원이 이념적 통일체로서의 전체 국민을 대표하고 전체 국민에 대하여 법적인 의무를 부담하여 개별 국민에 대하여는 어떠한 구체적인 법적 책임을 부담하지 않는 것이 원칙이라고 할지라도 국회의 입법행성권도 헌법에 의하여 부여된 것이기 때문에 헌법질서 내에서만 그 정당성이 인정되는 것이므로 헌법에서 기본권 보장을 위하여 법령에 명시적인 입법위임을 하였을 때, 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위무 내지 보호의무가 발생하였을 때에는 입법권자인 국회에게 헌법상의 입법무가 부여되었다고 할 수 있는 예외적인 경우에는 헌법에 의하여 부여된 입법무를 행하지 않는 입법부작위가 위헌 내지 위법한 것으로 평가될 수 있다.”

련하여 헌법 및 행정법 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 행정절차에서 위법 부당한 처우를 받은 재소자들은 국제인권규범(인권조약과 이를 보충하는 소프트 로)에 입각하여 우리의 행정 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.<sup>74)</sup>

위의 네 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.

73) 阿部浩己, 앞의 책, 96면 참고

74) 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 행정법 규정의 위헌을 선언하였다. 이 결정에서 헌법재판소는 가시불청의 근거를 제시하면서 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 행하여져서는 아니된다.)을 직접 언급하였다.

[참고문헌]

1. 단행본

김대순, 「국제법(11판)」, 삼영사, 2006  
 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2006  
 박찬운, 「국제인권법」, 도서출판 한울, 1999  
 阿部浩己, 「國際人權の地平」, 現代人文社, 2002  
 Yuji Iwasawa, International Law, Human Rights, And Japanese Law, Oxford University Press, 1999

2. 국내의 논문

김태천, “재판규범으로서의 국제인권법의 지위 및 제고 방안”, 「한일 심포지엄 국제인권법의 국내이행(현황과 과제)」, 국가인권위원회, 2006년 5월 2일  
 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 「국제법평론」(20호) 2004  
 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 「인권법연구」(2005)  
 박기갑, “조약의 자기집행력: 프랑스의 이론 및 관례를 중심으로”, 「관례실무연구(III)」, 1999  
 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 「관례실무연구(III)」, 1999  
 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석”, 「민주법학」, 민주주의법학연구회, 2000  
 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 연구”, 고려대학교 대학원 석사논문, 1999  
 오승철, “UN국제인권규약(B규약) 제9조제3항의 국내법적 해석 적용”, 인권과 정의, 2001년 2월호  
 박찬운, “국제인권법에서 바라 본 사회권의 법적 성격”, 「인권과 정의」, 2006년 12월호  
 박찬운, “실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용”, 「인권과 정의」, 2003년 4월  
 淺田正彦, “條約の自動執行性”, 「ジュリスト」, 有斐閣, 2001(No. 156)  
 申惠丰, “社會權規約の履行と課題”, (財)아시아 太平洋 人權情報センター, 現代人文社, 1999  
 Thomas Burgental, “Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law”, [1992 IV] Collected Courses of the Hague Academy of Int’l L.

R St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold(eds.), The European System for the Protection of Human Rights 25, 1993

The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/CN.4/1987/17, Annex; Human Rights Quarterly, Vol.9, 1987

The Maastricht Guidelines on Violation of Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly, Vol. 20, 1998

Victor Dankwa, Cees Fliterman and Scott Leckie, “Commentary to the Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights”, Human Rights Quarterly, Vol.20, 1998

### 3. 기타 영문자료

U.S. Reservations, Declarations, and Understandings to the International Covenant and Civil and Political Rights, 138 Cong. Rec. S4783-4, daily ed., April 2, 1992.

Second periodic reports of States parties due in 1996 : Republic of Korea. 20/08/98. CCPR/C/114/Add.1, UN GAOR, Hum. Rts. Comm. 45th Sess., 1154 mtg. p.3, para.8, Doc. CCPR/C/SR 1154, July 20, 1992.

Initial Report of States parties due in 1996: Republic of Korea (May 30, 1996), U.N. Doc. CAT/C/32/Add. 1.

Concluding observations of the Human Rights Committee : Republic of Korea. 01/11/99. CCPR/C/79/Add.114.

UN Doc. CCPR/C/68 Add.1, para.5 (July 31, 1991), reprinted in Official Records of the Human Rights Committee (91/92) 205.

Second periodic reports of States parties due in 1996 : Republic of Korea. 20/08/98. CCPR/C/114/Add.1

Initial reports of States parties due in 1996 : Republic of Korea. 30/05/96. CAT/C/32/Add.1

Eighth periodic report of States parties due in 1994 : Republic of Korea. 23/11/95. CERD/C/258/Add.2

Jurisdiction of the Court of Danzig, Advisory Opinion, 1928, PCIJ, Series B, No.15