국제인권법과 사법

법률가(법관, 검사, 변호사)를 위한 인권편람

UN OHCHR

Professional Training Series No. 9

Human Rights in the Administration of Justice

A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

국제인권법연구회

축 사

유엔(UN)인권최고대표

한 사회에서 사법이 어떻게 운용되는지는 그 사회의 건강함(well-being)을 알 수 있는 가장 기본적인 지표 중 하나입니다. 세계인권선언이 강조하였듯이 "인간이 폭정과 억압에 저항하는 최후의 수단으로 반란에 호소하도록 강요받지 않으려면 법의 지배에 의해 인권을 보장하는 것은 필수적"입니다. 이러한 목표가 달성될 수 있도록 할 책임은 각국의 국내법 체계와 사법운용에 달려 있습니다.

인권침해행위에 대한 면책(impunity)에 대항하고 책임성과 법의 지배를 강화하는 것은 유엔인권최고대표 사무소의 2014-2017 운영계획의 여섯 가지 주요 과제 중 하나이고, **사법절차와 관련한 인권의** 문제는 이 과제를 달성하기 위한 주된 관심 영역입니다. 이러한 맥락에서 인권최고대표 사무소는 사법의 운용에 관련된 인권 기준의 준수를 보장하는 프로젝트, 특히 적법절차의 원칙과 공정한 재판을 받을 권리의 보장에 관한 프로젝트를 지지하고 있습니다.

독립된 법조 직역은 인권의 보호에서 근본적인 역할을 담당합니다. 이들은 사법절차 내에서 국제인권법이 올바르게 집행되도록 하고, 권리를 침해당한 개인들이 국내에서 효과적인 구제를 받을 수 있도록 보장함에 있어서 매우 중요한 역할을 합니다. 법관, 검사 및 변호사들이 이 역할을 제대로 수행하기 위하여 국제법률문서에 규정된 인권 기준은 물론 세계적 또는 지역적 기구에서 발전시키고 있는 관련 법리에 관하여도 접근이 가능하여야 할 것입니다.

"사법의 운용에서의 인권"이란 이름을 갖는 본서는 매뉴얼과 지침(Facilitator's Guide)으로 구성되어 있는데, 이는 **세계변호사협회(International Bar Association)**와 공동으로 작업한 결과물입니다. 세계변호사협회는 200개가 넘는 변호사 협회와 법률가 단체로 구성된 주요 국제법률단체입니다. 이 책은 법조인들에게 국제인권기준에

관한 포괄적이고도 핵심적인 교육교재로서의 역할을 할 수 있도록 작성되었습니다.

이 매뉴얼의 독자들은 국제인권법과 세계적, 지역적 기구 및 각국의 국내 법원의 법리에 관한 기본적인 정보를 제공받을 수 있을 것입니다. 각 장은 특정한 인권 영역을 다루고 있습니다. 법조 직역의 성격상 이 매뉴얼은 여러 가지로 활용될 수 있을 것입니다. 예컨대, 단체 연수 활동(collective exercise)을 위한 실습 교재로 사용될 수도 있고, 개별적 연구 활동을 위하여 사용될 수도 있습니다. 또한 법률의 해석과 적용을 위한 참고자료로서도 활용될 수 있을 것입니다.

나는 대한민국의 국제인권법연구회가 이 매뉴얼을 번역하기로 나섰다는 점에 대하여 매우 감사해 하고 있습니다. 그리고 이 매뉴얼과 그에 기초한 다른 활동들이 대한민국의 법관, 검사, 변호사로 하여금 변화의 주역이 되도록 이끌고, 국제인권법의 실무적 적용에 직접적인 기여를 할 수 있기를 희망합니다.

Zeid Ra'ad Al Hussein
유엔인권최고대표
2014. 11.

FOREWORD

by the
United Nations High Commissioner for Human Rights

The way in which justice is administered in a society is one of the basic indicators of its well-being. As highlighted by the Universal Declaration of Human Rights, "...it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law".[1] It is for national legal systems and the administration of justice to ensure that this goal is achieved.

Combating impunity and strengthening accountability and the rule of law is one of the six thematic priorities of the Management Plan for 2014-2017 of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, and **human rights in the administration of justice** is one of the main focus areas of this strategy. In this context, my Office supports projects aimed at ensuring compliance with human rights standards relevant to the administration of justice, particularly with regard to due process and fair trial guarantees.

Independent legal professions play a fundamental role in the protection of human rights. They play a crucial role to ensure that international human rights law is properly enforced within the judicial process and that individuals whose rights have been violated can find an effective remedy domestically. In order to discharge this responsibility, judges, prosecutors and lawyers need to have access to information on the human rights standards laid down in international legal instruments and to the related jurisprudence developed by universal and regional human rights mechanisms.

1) Universal Declaration of Human Rights, third preambular paragraph.

The present publication "Human Rights in the Administration of Justice", composed of a Manual and a Facilitator's Guide, is the result of a joint endeavour with the **International Bar Association**, a key international legal organization with more than 200 member bar associations and law societies. Its objective is to provide a comprehensive core curriculum on international human rights standards for legal professionals.

Readers of the **Manual** are offered basic information on international human rights law and the jurisprudence of universal and regional bodies and national courts. Each module addresses a specific human rights area. In view of the nature of the legal professions, the Manual should have multiple applications: as training material for collective exercises, as a resource tool for carrying out individual studies, and as a reference source for the interpretation and application of the law.

I am very grateful to the Republic of Korea's Research Society in International Human Rights Law for taking the initiative to translate the Manual, and hope that this material and other initiatives based on it will lead judges, prosecutors and lawyers to be agents of change and to contribute directly to the practical implementation of international human rights standards.

Zeid Ra'ad Al Hussein
United Nations High Commissioner for Human Rights

November 2014

발 간 사

우리나라에서 인권의 국제적 보장 내지 국제인권법에 관한 본격적인 논의가 시작된 것은 1990년대 초반 무렵 유엔 가입과 더불어 두 개의 국제인권규약에 가입한 때라고 말할 수 있습니다. 그로부터 사반세기가 지난 오늘에 이르러서까지 우리나라 법조인이나 법학자들 중에서도 국제인권법의 실체와 실효성, 특히 그 재판규범성에 대하여 여전히 의혹을 가진 이들이 의외로 많습니다. 이는 유럽인권재판소와 같은 법적 구속력을 가진 국제인권제도를 갖추지 못한 탓으로 돌릴 수도 있겠으나, 그 동안 법관이나 검사, 변호사 등이 국내재판과정에서 알게 모르게 국제인권법을 사실상 도외시한 데서도 그 원인을 찾을 수 있을 것입니다. 전 국제사법재판소장 로잘린 히긴스 교수가 분류한 법문화적 유형 분석에서 보듯이, 그 동안 우리 법조는 '국제(인권)법 비친밀형' 유형에 속하였다고 볼 수도 있습니다. 국제인권법이 본질적으로 국제인권재판소의 재판규범임은 말할 나위가 없으나, 아울러 오늘날 그것은 각국 국내법원의 재판규범이 될 수 있다는 점에 대해서는 의견일치를 보이고 있습니다. 오히려 법이론 및 법실무적으로 국내법원에서의 재판규범성을 어떻게 확보할 것인가라는 방법론이 논의의 초점을 이루고 있습니다. 그것은 기본적으로 각국의 헌법규정과 관련 법령에 관한 국내법원의 해석을 통하여 다양한 형태로 나타날 수밖에 없습니다. 이와 관련하여 변형이론과 수용이론, 직접적용가능성 또는 자기집행성, 간접적용, 역외적용 등에 대해서 각국 판례와 학설상으로 많은 논쟁이 이루어지고 있습니다. 그런데 이것은 헌법규정에 대한 순수한 법이론 내지 법해석의 문제라기보다는, 오히려 국내법원, 특히 법관이 재판과정에서 국제인권법을 적극적으로 적용하여 국제인권기준을 국내법적으로 수용하고자 하는 사법정책적 결단의 문제라고 볼 수도 있습니다. 대법원과 헌법재판소는 국내법령, 특히 헌법 해석과의 규범충돌 등을 우려하여 국제인권법의 적용에 대하여 여전히 소극적 입장을 취하고 있으나, 최근 주로 우리나라 하급심 법원을 중심으로 국제인권법을 직접 또는 간접적용한 판결들이 상당히 선고되는 등 매우 고무적인 현상이 나타나고 있습니다.

이 책의 원서가 이미 2002년에 출간되어 세계 각국 법조인들의 국제인권법지침서로 활용되어 온 그간의 사정에 비추어 보면 만시지탄일지도 모르나, 이제라도 한국

어로 번역, 출간하게 된 것은 매우 뜻 깊은 일입니다. 2011년 10월 무렵 국제인권법연구회 커뮤니티가 결성된 후 약 3년이 흐른 지금까지 우리 연구회 회원들은 온라인과 오프라인 공간에서 정기연구회와 공동학술세미나, 초청강연회 등을 개최하고, 난민법, 법관론, 표현의 자유 등의 소모임을 통하여 매우 활발한 연구 활동을 하여 왔습니다. 그 중에서도 가장 중요한 연구 활동은 바로 이 책의 번역 작업이라 할 수 있습니다.

지난 3년 동안 100여 명의 회원들이 이 번역 작업에 참여하였습니다. 연구회의 거의 모든 회원들이 번역 및 출간 작업에 참여하였다 하여도 과언은 아닙니다. 평소 각자 본연의 재판업무 등으로 바쁘게 지낼 수밖에 없는 모든 회원들의 자발적인 수고가 없었더라면 결코 이 번역서는 세상의 빛을 보지 못하였을 것입니다. 바야흐로 이 번역서를 출간함에 가슴 벅차고 감개무량한 이 마음을 모든 회원들과 같이 하고 싶습니다. 모든 회원들에게 진심으로 감사한 마음을 전합니다. 특히 처음부터 이 번역작업을 기획하고 직접 번역에도 참여하시면서 격려하고 독려하여 주신 김명수 전임 회장님, 이인석, 유승룡 전임 간사님, 김예영 전임 학술팀장, 김영훈 전임 기획팀장께 깊이 감사드립니다. 그 어느 누구보다도 노고를 아끼지 않으셨던 분들은 지금까지 번역팀을 끝까지 이끌어 오시면서 출간 작업까지 마무리 해 주신 이수진 번역팀장님과 팀원 여러분, 그리고 번역본 원고를 마지막까지 매의 눈으로 꼼꼼히 살펴주신 김기영 부장판사님, 강재원 판사님을 비롯한 감수팀원 여러분들입니다. 이 책의 원저작권자인 유엔출판부 측과 지루한 저작권 협상을 성공리에 마무리해주신 하정훈 판사님께도 깊이 감사드립니다. 그리고 이 번역서의 번역 및 출간작업을 마지막까지 총 지휘하신 김성수 현 간사님, 신재환 기획팀장님과 안승훈 학술팀장님의 노고에 깊은 감사를 드립니다. 그밖에 일일이 거명할 수 없을 정도로 많은 회원님들께서 이 책의 번역과 출간에 기여하였습니다. 이 모든 분들께 감사드립니다. 아울러 이 책의 한국어 번역본 출간을 기꺼이 수락하신 유엔인권최고대표 사무실, 국제변호사협회, 유엔출판부의 관계자들께도 감사를 드립니다. 또한 어려운 재정여건에도 불구하고 번역서의 출간을 허락하신 사법발전재단과 법원행정처 관계자 여러분들께도 깊이 감사드립니다. 이상에서 열거한 모든 이들의 수고가 헛되지 않도록, 이 번역서가 우리나라 국내법원의 재판과정에서 국제인권법이 재판규범으로 하루빨리 정착하는 데 작은 도움이나마 되길 기대합니다.

2014. 11.

국제인권법연구회 회장 **김 태 천**

번역에 관하여

『Manual on Hunman Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers』를 마침내 한국어로 번역하였습니다. 국제인권법연구회 회원인 100여명의 법관들이 2011년부터 2014년까지 바쁜 재판일정 속에서 시간을 쪼개어 이 책의 번역작업에 참여하였습니다. 우리는 짧지 않은 시간 동안의 번역작업을 하면서 많은 선배, 후배, 동료 법관들을 만나고, 그 과정에서 법관으로서의 인권에 대한 열정과 창조적이고도 다양한 생각들을 서로 느끼고 배울 수 있었습니다.

이 책을 번역하면서 무엇보다 원문에 충실하고자 하였고, 또한 한국어로 읽기 쉽고 이해하기 쉽도록 나름대로 최선을 다하였습니다. 그러나 이 책의 방대함과 빠듯한 재판업무로 인한 시간상의 한계로 번역에서 실수가 없으리라고 기대하기는 어렵습니다. 나중에라도 번역에 오류가 발견되거나 지적이 나오면 개정판에 반영할 것을 약속드림과 아울러 독자 여러분들께서도 국제인권법연구회의 hrforjudges@gmail.com으로 이 책에 관한 다양한 의견을 주시면 감사하겠습니다.

덧붙여 우리는 이 책이 국제적 인권기준에 대한 새로운 안내서로서의 역할을 충분히 하게 되리라 기대하면서 번역에 참가한 법관의 명단을 소개합니다(가나다 순, 동명이인의 구별을 위하여 필요한 경우 괄호안에 사법연수원 기수를 병기하였음).

강건, 강인혜, 강재원, 강희경, 고연금, 고은설, 김경훈, 김기영, 김도균(27기), 김도형, 김석범, 김성수(24기), 김수경, 김승곤, 김예영, 김용덕(27기), 김윤정, 김재령, 김정아, 김정운(38기), 김진선, 김태환(38기), 김형연, 남선미, 남해인, 류영재, 문수생, 민경화, 민지현, 박노수, 박미선, 박병삼, 박정수, 박정훈, 박준석, 박형순, 서호원, 설정은, 성원제, 송영환, 신원일, 안승훈, 안지연, 예혁준, 오대석, 오승이, 오흥록, 우경아, 우인성, 유제민, 유지원, 윤웅기, 이다우, 이동연, 이명철, 이병희, 이석재, 이수진(31기), 이승엽, 이승윤, 이승훈(33기), 이영광, 이옥형, 이의진, 이인석, 이정훈, 이준희, 이창현, 이탄희, 임진수, 장성학, 장수영(32기), 전서영, 전아람, 정계선, 정성호, 정은영(33기), 정인섭, 정재용(재판연구원), 정지원, 정찬우, 정희영, 조

정민, 진정화, 최영은, 최은주, 최형준, 최환영, 표극창, 하정훈, 한성수, 한성진, 함윤식, 허문희, 허준서, 현낙희, 현의선, 홍은기, 황미정

서 문

유엔(UN) 인권최고대표

한 사회에서 **정의**가 구현되는 양상은 그 사회의 행복의 척도입니다. 세계인권선언에서도 강조하고 있는 바와 같이, "인간이 폭정과 억압에 대항할 수 있는 마지막 수단으로서 반란에 호소하도록 더 이상 강요받지 않으려면, 인권이 법의 지배에 의해서 보호되어야 함은 필수적입니다."[1] 이러한 목표가 달성될 수 있도록 보장하는 것이 개별국가의 법률제도와 사법운용의 역할입니다.

독립적인 법조인들은 인권보호에 있어 본질적인 역할을 합니다. 그들은 권리가 침해된 개인이 효율적으로 국내법적 구제수단을 취할 수 있도록, 그리고 국제인권법이 적절하게 한 국가의 사법과정에서 집행되도록 담보하는 국제인권법의 수호자입니다. 이러한 책임을 보다 수월하게 이행하기 위해서는 법관, 검사, 그리고 변호사들이 주요한 국제적 법문서에 의해 정립된 인권 기준에 대한 정보와 국제적인 또는 지역적인 감시기구에 의해 정립된 관련 법학 지식을 (자유로이) 이용할 수 있어야 합니다.

수년 동안 **유엔 인권최고대표 사무실(인권고등판무관실. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR)은** 전 세계의 법관, 검사 그리고 변호사들을 다룬 프로젝트들, 그리고 사법 운용에 책임이 있는 직업군이 조직한 인권 향상에 목적을 둔 프로젝트들을 지원해왔습니다. 유엔의 인권교육 10개년 계획(1995~2004)의 기초작업과 전문 협회와의 협력을 통해서 유엔 인권최고대표 사무실은 이와 관련된 기술적인 도구들을 개발해내었습니다.

하나의 매뉴얼과 조력자(facilitator)를 위한 가이드로 구성된 "사법 운용에서의 인권" (HUMAN RIGHTS IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE)은 180여 개의 법률협회와 법조인 조직으로 이루어진 주요한 국제 법률조직인 **국제변호사협회(International Bar Association, IBA)**와의 합작으로 만들어진 결과물입니다. 이는 국제인권기준에 대한 종합적

1) 세계인권선언, 서문 세 번째 문단.

인 핵심 교육과정을 법률 전문가에게 제공하기 위하여 만들어졌습니다.

매뉴얼은 이용자에게 기초적인 국제인권법 정보와 국제적, 지역적 기구와 각 국의 국내 법원의 판례법 정보를 제공합니다. 각각의 단원은 세부적인 인권법 영역을 다루고 있습니다. 법조 직역의 본질상, 매뉴얼은 단체의 트레이닝 자료로도, 개별적 연구자료로도, 그리고 해석이나 법의 적용을 위한 참고자료로도 사용할 수 있는 등 다양한 용도로 사용될 수 있을 것입니다.

매뉴얼의 보조로서 트레이닝 담당자와 인사담당자가 워크숍이나 교육과정을 마련하는데 있어 그 시작부터 끝까지 도움을 주는데 목적을 둔 조력자를 위한 가이드가 있습니다. 매뉴얼의 각 단원마다 위 가이드는 예문, 연습문제, 사례연습과 역할극과 같은 트레이닝 보조자료를 제공합니다. 가이드는 쌍방향 트레이닝 방식에 기초하고 있는데, 이는 학습자가 어떻게 하면 국제적인 인권기준을 효과적으로 적용할 수 있는지에 대한 그룹스터디에 그들의 직업적 전문성을 공헌할 수 있도록 적극적으로 참여를 장려하는 방식입니다.

매뉴얼과 가이드는 상당 정도 **유연하게** 이용할 필요가 있습니다. 비록 특정한 대상을 상대로 하는 것이지만, 가장 적당한 자료를 취사선택하여 사용하는 것도 필요할 것입니다. 프레젠테이션, 예문들, 사례연습과 역할극은 관련 법체계나 특정한 이슈를 다룰 때 상황에 맞게 수정, 변형할 필요가 있을 것입니다. 매뉴얼과 가이드를 이용하는 자와 교육과정의 참가자들의 이용 편의를 위하여 두 가지 모두 전자자료 형태로도 제공 가능합니다.

*'사법 운용에서의 인권'*은 OHCHR이나 IBA에서 주최하는 교육과정이나 워크숍 외에도 법조인을 대상으로 하는 교육을 포함하는 모든 종류의 교육과정이나 워크숍에서 이용할 수 있도록 개발되었습니다. 기존 교육과정의 개선을 위하여, 미래의 법조인 양성의 예비과정에도 그리고 전문가 협회의 지속적 교육 자료로 쓰기를 권장합니다.

본 자료의 이용자들의 개선점에 대한 건의나 자료에 대한 의견을 환영합니다. 피드백은 매뉴얼과 가이드의 개정판에 고려될 것입니다. 당신의 의견을 다음의 주소로 보내주십시오.

Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights
Palais des Nations
1211 Geneva 10
Switzerland

OHCHR은 본 자료와 동 자료에 기초한 자료들이 전 세계의 법관, 검사 그리고 변호사들이 변화의 전도사가 되고 국제인권법 기준의 실질적인 정착에 직접적으로 공헌할 수 있도록 이끌 것이라고 기대합니다.

제네바에서, 2002년 9월

서 문

국제변호사협회

지난 50년 동안 국제변호사협회(IBA)는 개별 변호사뿐만 아니라 변호사협회 그리고 그들을 감독하는 법률협회의 국제적 대리인으로서 인정받아왔습니다. 180개의 회원조직은 모든 대륙에 흩어져 있으며 미국변호사협회, 독일연방변호사협회, 일본변호사협회연합, 짐바브웨법률협회와 멕시코변호사협회를 포함합니다.

IBA는 전 세계의 시민들이 분쟁을 독립적인 사법부에 의하여 판결 받을 수 있는 기본권과 법관과 변호사들이 간섭 없이 자유롭게 직무를 수행할 수 있는 환경이 보장되고 있다고 믿습니다.

1995년, IBA는 이런 사명을 다하기 위하여 명예로운 넬슨 만델라 재임기간에 인권연구소(HRI)를 설립하였습니다. 인권연구소는 법조 직역에 종사하는 모든 회원들을 환영합니다. 실제로, 가장 활발하게 참여하는 대다수의 회원들은 인권법을 그들의 일상생활에서 활용하고 있지는 않으나, 인권연구소의 회원으로서 그들은 법조계의 독립을 지원하는데 공헌하고 있습니다. 이러한 헌신을 공고히 하기 위하여 현재의 매뉴얼과 조력자를 위한 가이드가 계획되었고, 제작되었으며, (법조인들은) 이에 따르고 있습니다.

많은 국가의 전통적인 법조 트레이닝조차도 비교법적 · 국제법적 고려를 간과한 채 이루어지는 경향이 있어 법관들과 변호사들은 종종 국제인권규범, 국제적 감시기구와 지역 법원의 각종 판결 · 결정의 획기적이고 종합적인 발전을 인식하지 못하는 경우를 발견하게 됩니다. 국제인권법의 근본적인 문제는 규범이 많은 이들에게 알려져 있지 않은 점이지 국내 법률시스템에의 적용 가능과 불가능의 문제가 아닙니다!

그럼에도 불구하고, 법조인들과 사법부는 법의 지배에 기초한 시민사회의 발전을 지원해야 한다는 무언의 도덕적 의무를 지고 있고, 보다 현실적인 측면에서 법관과 변호사는 정기적인 전문 프로그램을 통해 교육적, 실무적 숙련도를 유지할 직업적인 책임이 있습니다.

국제적, 지역적 인권조약과 발전하는 법학은 국제법과 국제원칙을 반영하고, 법해석과 법관이 상충하는 이익 가운데 선택을 하는데 있어 극도의 중요성을 지닙니다.

매뉴얼은 실무가가 인권법과 규약을 숙지할 수 있도록 보장하고, 현실로 준수하는 것을 지원하기 위한 것입니다. 인도의 전 법무부장관이었던 Justice Bhagwati가 언급한 바와 같이 국제인권규범은 그것이 활력 있고 의미 있는 것이 되도록 법관과 변호사가 그들의 삶을 헌신하여 전 인류를 위해 정력과 혼신의 힘을 다하여 규범의 보편성을 살아있는 현실로 만들지 않는 이상 무의미할 뿐입니다.

유엔 인권최고대표 사무실과 합작하여 매뉴얼과 가이드의 초안을 작성할 수 있도록 컨설턴트 고용 및 재정적 지원을 하고, 저명한 법학자들로 구성된 국제적인 위원회가 검토하고 코멘트를 할 수 있도록 실무적인 지원을 할 수 있게 되어 매우 기쁩니다.

매뉴얼을 통해 법관과 변호사는 국제적 · 지역적인 인권법과 이의 현실적인 적용을 접하고 그에 대한 이해를 깊이 할 수 있을 것입니다. 개괄적인 매뉴얼과 이에 부속한 위 가이드는 법관과 변호사 그리고 검사에게 구체적인 법률 자료와 손쉽게 모든 판결 · 결정에 사용될 수 있는 계획된 트레이닝 프로그램을 제공합니다.

인권연구소의 목표는 법의 지배와 인권을 촉진하고 보호하는 것입니다. 우리는 이러한 목표들을 재판 참관, 중재 그리고 법률전문가를 통한 법체계의 사실조사를 통해 달성합니다. 우리는 전 세계에 걸쳐 숙련된 변호사들을 풍부한 자원으로 하여 법의 지배를 가능하게 하거나 공고히 하는 구조적인 기반을 마련하기 위하여 교육적인 지원과 장기적으로 실용적인 지원도 제공하고 있습니다.

매뉴얼과 가이드의 출판이 인권연구소가 트레이닝 프로그램을 지치지 않는 활기로 계속해 나갈 수 있게 할 것입니다. 우리는 변호사협회 및 법률협회와 긴밀히 협력하여 출판물을 각국의 변호사와 법관 그리고 검사들에게 제공할 수 있도록 할 것입니다.

우리는 마음에서부터 우러나오는 감사를 지속적인 성원을 아끼지 않은 유엔 인권최고대표 사무실에 돌리고 싶습니다. Anna-Lena Svensson-McCarthy에게 매뉴얼과 가이드의 초안을 작성하는데 있어 그녀의 노고와 프로정신을 치하하고, IBA의 검토위원회의 회원들에게 값진 노력에 대하여 감사의 말씀을 전하며, 그리고 마지막으로 매뉴얼 작성의 초창

기부터 그 발전을 장려했던 현 영국 법무장관이며, 前 IBA 인권연구소의 공동의장인 Lord Goldsmith QC에게 감사의 말씀을 드립니다.

감사의 말

유엔 인권최고대표 사무실은 이 매뉴얼과 조력자를 위한 가이드를 작성하는 데 유용한 조언, 제안, 도움을 준 많은 개인과 단체들에게 감사의 말을 전하고 싶다. 특히 자료를 개발하고 수집할 최초의 책임을 맡은 Anna-Lena Svensson-McCarthy의 역할에 감사를 표하고자 한다.

이 프로젝트를 수행하는 데 있어 유엔 인권최고대표 사무실과 세계변호사협회의 파트너쉽은 Lord Goldsmith QC(전 세계변호사협회 인권연구소 공동의장)와 현 공동의장 Ramón Mullerat OBE, Fali Nariman(인도변호사협회 회장)의 도움과 격려에 힘입은 바가 크다. 세계변호사협회 평론위원회는 논평과 조언을 제공하였다. 위원회 대표는 Dr. Phillip Tahmindjis(오스트레일리아 퀸스랜드 공과대학 법학부 부교수, 세계변호사협회 인권연구소 이사)이다. 논평을 한 위원은 Michael Kirby 판사(오스트레일리아 고등법원), Finn Lynghjem(노르웨이), Emilio Cardenas 대사(아르헨티나, 세계변호사협회 부회장), Christof Heyns 교수(프레토리아대학교), Carole Peterson 부교수(홍콩대학교)이다. 또한, Kazuyuki Azusawa(세계변호사협회 인권연구소 부의장, 일본변호사협회연합 국제인권위원회 부회장)도 논평을 제공하였다.

다음 기관은 유용한 정보와 조언을 제공하였다. Adalah – 이스라엘에 소재한 아랍 소수자 권익센터(The Legal Center for Arab Minority Rights), 국제사면위원회(Amnesty International), 영연방 사무국, 유럽평의회, 남아프리카 변호사 일반이사회(the General Council of the Bar of South Africa)(남아프리카 요하네스버그), 미주인권위원회와 미주인권재판소 사무국, 국제법률가위원회, 오스트레일리아 법률이사회 사무국, 뉴질랜드 인권위원회, 국제형법개혁협회(Penal Reform International), 세계고문방지기구(World Organization Against Torture). Michael Birnbaum, Coleman Ngalo, Bernhard Schlter, Dinah Shelton 교수, Richard Stainsby, David Weissbrodt도 도움을 주었다.

유엔 내에서, 경제사회국/여성발전부, 난민고등판무관실, 유엔 봉사단, 인권최고대표 사무실 스태프들이 도움을 주었다.

이 매뉴얼, 가이드의 개념화와 초안 작성은 Marcia V.J. Kran(캐나다 브리티시콜롬비아대학교 법학부 부교수)의 감독 하에 다수의 연구원, 박사 과정 학생들을 비롯한 학생들의 도움으로 1996/97에 작성된 초기 초안의 혜택을 입었다. Lucien Beaulieu 판사, P.N. Bhagwati 판사, Param Cumaraswamy(법관과 변호사의 독립에 관한 특별보고관), Matar Diop, Anil Gayan, Louis Joinet, Michael Kirby 판사, Scott Leckie, William McCarney, Manfred Nowak, Craig Scott, Soli Sorabjee, Jean Tr panier, Rick Wilson 등이 위 초안의 작성자이다. 세계법관협회(the International Association of Judges), 세계소년법원법관협회(the International Association of Juvenile Court Judges), 세계변호사협회, 국제법률가위원회, 국제노동기구 국제트레이닝센터, 세계여성법관재단, 유엔 범죄 예방과 범법자 처우를 위한 라틴아메리카 연구소도 도움을 주었다.

목 차

제1장 국제인권법과 법률가의 역할: 개관

1. 들어가며 4

2. 국제인권법의 유래, 의미 및 범위 4

2.1 유엔 헌장과 세계인권선언 4
2.2 인권의 윤리적 측면 6
2.3 인권과 인권이 국내적 및 국제적 평화, 안보 및 개발에 미치는 영향 7
2.4 법의 연원(淵源) 8
2.4.1 국제조약 10
2.4.2 국제관습법 11
2.4.3 국가들 공동체에 의하여 인정된 법의 일반원칙 15
2.4.4 법칙 결정의 보조수단 15
2.5 국제인권법과 국제인도법: 공동관심사와 기본적 차이 16
2.6 국제인권조약에 대한 유보와 해석적 선언 17
2.7 권리 행사의 한계 20
2.8 국제적 법적 의무로부터의 이탈 21
2.9 인권침해에 대한 국가의 국제적 의무 22

3. 기업과 인권 25

4. 국내 차원의 국제인권법 26

4.1 국제법의 국내법 체계로의 수용 26
4.2 국내법원에서의 국제인권법의 적용: 몇 가지 사례 28

5. 인권의 이행에 있어서의 법률가의 역할 31

6. 맺음말 32

제2장 주요한 보편적 인권문서들과 그 이행을 위한 메커니즘

1. 들어가며 36

1.1 이 장의 범위 36
1.2 국제조약에 기초한 통제 메커니즘 36
1.3 시민적 및 정치적 권리, 그리고 경제적, 사회적 및 문화적 권리 38

2. 주요한 유엔 인권조약들 및 그 이행 39

2.1 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(1966년) 및 두 의정서(1966년, 1989년) 39
2.1.1 당사국의 약속 39
2.1.2 인정된 권리 41
2.1.3 권리의 행사에 대한 허용 가능한 제한 44
2.1.4 법적 의무로부터 허용 가능한 이탈 45

2.1.5 이행 메커니즘 ····· 48
2.2 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(1966) ····· 49
2.2.1 당사국의 약속 ····· 50
2.2.2 인정된 권리 ····· 51
2.2.3 권리에 대한 허용 가능한 제한 ····· 52
2.2.4 이행 메커니즘 ····· 53
2.3 아동의 권리에 관한 협약 및 두 선택의정서(2000) ····· 54
2.3.1 당사국의 약속 ····· 55
2.3.2 인정된 권리 ····· 56
2.3.3 권리의 행사에 있어서 허용 가능한 제한 ····· 59
2.3.4 이행 메커니즘 ····· 59
2.4 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 ····· 60
2.4.1 당사국의 약속 ····· 60
2.4.2 협약의 법적 범위 ····· 61
2.4.3 국제 범죄: 최근의 법적 발전 ····· 61
2.5 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 ····· 63
2.5.1 당사국의 약속 ····· 64
2.5.2 보호되는 비차별 분야 ····· 65
2.5.3 이행 메커니즘 ····· 66
2.6 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 ····· 68
2.6.1 당사국의 약속 ····· 68
2.6.2 협약의 법적 범위 ····· 68
2.6.3 이행 메커니즘 ····· 70
2.7 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 ····· 73
2.7.1 당사국의 약속 ····· 73
2.7.2 협약의 구체적인 법적 범위 ····· 74
2.7.3 이행 메커니즘 ····· 75

3. 유엔 총회에서 채택된 그 밖의 문서들 ····· 77

3.1 종교 또는 신념에 근거한 모든 형태의 불관용 및 차별 철폐에 관한 선언 ····· 77
3.2 피구금자의 처우를 위한 기본원칙 ····· 78
3.3 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람의 보호를 위한 제 원칙 ····· 78
3.4 자유를 박탈당한 소년의 보호를 위한 유엔 규칙 ····· 79
3.5 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터 피구금자 및 피억류자를 보호하기 위한, 보건요원, 특히 의사의 역할에 관한 의료윤리 원칙 ····· 79
3.6 법집행 공무원들을 위한 행동강령 ····· 80
3.7 비구금 조치에 관한 유엔 최저기준 규칙 ····· 80
3.8 소년 비행 방지를 위한 유엔 가이드라인 ····· 80
3.9 소년 사법의 운용을 위한 유엔 최저기준 규칙 ····· 81
3.10 범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙 선언 ····· 81
3.11 강제적 실종으로부터의 모든 사람의 보호에 관한 선언 ····· 82
3.12 보편적으로 승인된 인권 및 기본적 자유를 촉진하고 보호하기 위한 개인, 집단 및 사회기관의 권리 및 책임에 관한 선언 ····· 82

4. 범죄의 예방 및 범죄자의 처우에 관하여 유엔 회의에서 채택된 문서들 ····· 83

5. 인권 감시를 위한 유엔의 협약 이외 메커니즘 ····· 84

5.1 특별절차 I : 주제별 및 국가별 특별절차 ····· 84
5.2 특별절차 II : 1503 진정 절차 ····· 86

6. 맺음말 ····· 87

제3장 주요한 지역적 인권문서들과 그 이행을 위한 메커니즘

1. 들어가며 ····· 92

2. 아프리카 인권조약들과 그 이행 ····· 92

2.1 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장 ····· 92
2.1.1 당사국의 약속 ····· 94
2.1.2 인정된 개인 및 집단의 권리 ····· 94
2.1.3 개인의 의무 ····· 95
2.1.4 권리의 행사에서 허용 가능한 제한 ····· 96
2.1.5 법적 의무로부터의 이탈 ····· 96
2.1.6 이행 메커니즘 ····· 97
2.2 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카헌장 ····· 99
2.2.1 당사국의 약속 ····· 100
2.2.2 인정된 권리 ····· 100
2.2.3 아동의 의무 ····· 101
2.2.4 이행 메커니즘 ····· 101

3. 미주인권조약들과 그 이행 ····· 102

3.1 미주인권협약 ····· 102
3.1.1 당사국의 약속 ····· 103
3.1.2 인정된 권리 ····· 105
3.1.3 권리의 행사에서 허용 가능한 제한 ····· 107
3.1.4 법적 의무로부터 허용 가능한 이탈 ····· 110
3.1.5 이행 메커니즘 ····· 111
3.2 고문의 방지와 처벌을 위한 미주협약 ····· 114
3.2.1 협약의 범위 ····· 114
3.2.2 당사국의 약속 ····· 115
3.2.3 이행 메커니즘 ····· 115
3.3 인간의 강제적 실종에 관한 미주협약 ····· 115
3.3.1 협약의 범위 ····· 116
3.3.2 당사국의 약속 ····· 116
3.3.3 이행 메커니즘 ····· 117
3.4 여성에 대한 폭력의 방지, 처벌, 근절에 관한 미주 협약 ····· 117
3.4.1 협약의 범위 ····· 118
3.4.2 당사국의 약속 ····· 118
3.4.3 이행 메커니즘 ····· 118

4. 유럽인권조약들과 그 이행 ····· 119

4.1 유럽인권협약및 제1, 4, 6, 7 추가의정서 ····· 119
4.1.1 당사국의 약속 ····· 120

4.1.2 보장된 권리 ····· 121
4.1.3 권리의 행사에 대한 허용 가능한 제한 ····· 123
4.1.4 법적 의무로부터 허용 가능한 이탈 ····· 125
4.1.5 이행 메커니즘 ····· 126
4.2 유럽사회헌장 및 그 의정서 ····· 128
4.2.1 당사국의 약속 ····· 128
4.2.2 인정된 권리 ····· 129
4.2.3 권리의 행사에 대한 허용 가능한 제한 ····· 130
4.2.4 법적 의무로부터 허용 가능한 이탈 ····· 130
4.2.5 이행 메커니즘 ····· 131
4.3 1996년 개정된 유럽사회헌장 ····· 132
4.4 고문 및 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지를 위한 유럽협약 ····· 133
4.4.1 당사국의 약속과 감시 메커니즘 ····· 134
4.5 소수민족의 보호를 위한 기본 협약 ····· 135
4.5.1 당사국의 약속 ····· 136
4.5.2 권리의 행사에 있어서 허용 가능한 제한 ····· 137
4.5.3 이행 메커니즘 ····· 137

5. 맺음말 ····· 138

제4장 법관, 검사, 변호사의 독립과 공정성

1. 들어가며 ····· 143

2. 인권 기준을 비롯한 법의 지배를 받드는 법관, 검사와 변호사의 역할 ····· 143

3. 법률가들의 독립과 공평성에 대한 도전 ····· 144

4. 국제법과 사법부의 독립 및 공평 ····· 146

4.1 적용 국제법 ····· 146
4.2 1985년 사법부의 독립에 관한 기본원칙 ····· 147
4.3 독립과 공평의 개념 – 관련성 및 기본적 차이점 ····· 148
4.4 기관으로서의 독립의 개념 ····· 149
4.4.1 행정상 문제에 있어서의 독립 ····· 149
4.4.2 재정적 독립 ····· 149
4.4.3 판결의 독립 ····· 150
4.4.4 사법적 권한 ····· 151
4.4.5 공정한 재판절차를 확보하고 이유를 붙인 결정을 행하는 권리 및 의무 ····· 151
4.5 개인적 독립의 개념 ····· 152
4.5.1 임명 ····· 152
4.5.2 재직기간의 보장 ····· 157
4.5.3 금전적 보장 ····· 158
4.5.4 승진 ····· 159
4.5.5 책임 ····· 160
4.5.6 표현과 결사의 자유 ····· 164
4.5.7 연수와 교육 ····· 164
4.5.8 공정한 재판절차를 보장하고 결정에 이유를 명시하여야 할 권리와 의무 ····· 165

4.6 공평성의 개념 ····· 167
4.7 군사법원과 그 밖의 특별법원 또는 재판소 ····· 172

5. 국제법과 검사의 독립 ····· 182

5.1 1990년 검사의 역할에 관한 지침 ····· 182
5.2 직업상 자격요건 ····· 182
5.3 직무상의 지위와 근무조건 ····· 183
5.4 표현과 결사의 자유 ····· 183
5.5 형사절차에서의 역할 ····· 183
5.6 기소의 대체수단 ····· 185
5.7 책임 ····· 185

6. 국제법과 변호사의 독립 ····· 185

6.1 적용되는 국제법 ····· 185
6.2 의무와 책임 ····· 186
6.3 변호사의 직무수행을 위한 보장 ····· 187
6.4 변호사와 기본적인 자유 ····· 189
6.4.1 법률직에 종사하기 위한 행정부의 허가 ····· 189
6.4.2 평화적 집회에 대한 권리 ····· 190
6.4.3 결사의 자유에 대한 권리 ····· 191
6.4.4 표현의 자유에 대한 권리 ····· 192
6.5 직무상의 규율 강령 ····· 193

7. 맺음말 ····· 194

제5장 인권과 체포, 미결구금과 행정적 구금

1. 들어가며 ····· 202

2. 합리적 근거 없는 체포와 구금: 고질적 문제 ····· 202

3. 인간의 자유와 안전에 관한 권리: 법적 보호의 적용 영역 ····· 203

3.1 보편적 법적 책임: 모든 국가는 법의 구속을 받는다. ····· 203
3.2 개인적 안전의 개념: 국가의 행위 책임 ····· 203

4. 법이 허용하는 체포와 구금 ····· 205

4.1 법 문언 ····· 205
4.2 적법성과 자의성의 개념: 그 의미 ····· 206
4.2.1 확인되지 않는 구금, 납치 그리고 비자발적 실종 ····· 211
4.3 유죄판결 후의 구금 ····· 214
4.4 법원의 적법한 명령 또는 법률에 규정된 어떤 의무의 이행을 확보하기 위한 명령에 따르지 않은 데 대한 체포와 구금 ····· 215
4.5 범법행위를 하였다는 합리적 의심에 근거한 구금 ····· 215
4.5.1 "합리성"의 의미 ····· 216
4.6 도주를 방지하기 위한 구금 ····· 217
4.7 행정적 구금 ····· 218
4.7.1 교육적 감독 목적을 위한 자유 박탈 ····· 219

4.7.2 정신건강을 이유로 한 자유의 박탈 ····· 219
4.7.3 비호신청인의 자유 박탈, 강제퇴거 및 범죄인 인도 목적의 자유 박탈 ····· 223
4.7.4 예방적 구금과 공공질서를 이유로 한 구금 ····· 224
4.8 체포 및 구금 이유와 범죄혐의를 신속하게 고지받을 권리 ····· 225
4.9 신속하게 법관 또는 기타 사법관헌에게 회부될 권리 ····· 229
4.9.1 합법적인 결정 기관 ····· 235

5. 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 아니면 불구속 상태에서 재판을 받을 권리 ····· 236
5.1 "합리적인 기간"의 의미 ····· 236
5.2 미결구금의 대안: 재판에 대한 출석 보증 ····· 242

6. 법원에 의하여 신속히 또는 지체 없이 구금의 적법성이 심사되도록 요구할 수 있는 권리 ····· 244
6.1 이러한 요건을 충족시키는 법적 절차 ····· 246
6.2 "신속하게"와 "지체 없이"의 개념 ····· 254

7. 변호사와 접견하고 변호사의 조력을 받을 권리 ····· 257

8. 불법구금을 당한 경우에 보상을 받을 권리 ····· 258

9. 외부와 단절된 구금 ····· 259

10. 맺는말 ····· 260

제6장 공정한 재판을 받을 권리: 1부 – 수사에서 재판에 이르기까지

1. 들어가며 ····· 266

2. 공정한 재판을 받을 권리의 효과적인 보장: 전 세계적인 과제 ····· 266

3. 법 문언 ····· 267

4. 법 앞의 평등권 및 법 앞에 동등한 취급을 받을 권리 ····· 268

5. 무죄추정의 권리: 범죄의 혐의 단계부터 유·무죄 결정시까지의 전반적인 보장 ····· 270

6. 수사과정에서의 인권 ····· 275
6.1 개인의 사생활, 주거 그리고 통신을 존중받을 권리 ····· 275
6.1.1 감청 ····· 276
6.1.2 수색 ····· 279
6.1.3 통신의 제한 ····· 280
6.2 인도적인 대우를 받을 권리 및 고문을 받지 않을 권리 ····· 283
6.3 이해할 수 있는 언어로 혐의내용(기소내용)을 고지받을 권리 ····· 285
6.4 법적 조력을 받을 권리 ····· 289
6.5 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리/묵비권 ····· 295
6.6 심문을 기록으로 남길 의무 ····· 299
6.7 방어를 준비하기 위한 충분한 시간과 편의를 제공받을 권리 ····· 300

7. 맺음말 ····· 305

제7장 공정한 재판을 받을 권리: 2부 – 재판에서 최종 판결까지

1. 들어가며 **311**

2. 법적 조항 **311**

3. 재판 중의 인권 **312**

3.1 법률에 의하여 설립된 권한 있는 독립적이고 공평한 법원에서 재판 받을 권리 312

3.2 공정한 재판을 받을 권리 312

3.2.1 법원 또는 재판소에 접근할 권리 315

3.2.2 무기대등과 당사자주의에 대한 권리 317

3.2.3 증인 구금 320

3.2.4. 법관의 배심원 지도 321

3.3 공개재판을 받을 권리 322

3.3.1 판결공개에 관한 권리 326

3.4 "부당하게 지체됨이 없이" 또는 "합리적인 기간 내에" 재판받을 권리 328

3.5 본인이 직접 또는 자신의 선택에 따른 변호사를 통해 변호할 권리 333

3.5.1 사형선고가 가능한 사건에서 효과적인 법적 조력을 받을 권리 337

3.5.2 무료로 법률구조를 받을 권리 341

3.5.3 변호사와 자유로운 소통을 할 권리 344

3.6 재판에 출석할 권리 345

3.6.1 궐석재판 345

3.7 자기에게 불리한 진술 또는 자백을 강요받지 않을 권리 347

3.7.1 불법적 수단 · 처우를 통해 취득한 증거의 사용 금지 349

3.8 증인을 소환하고, 신문하며, 신문받도록 할 권리 351

3.8.1 익명의 증인 355

3.9. 무료로 통역인의 조력을 받을 권리 358

3.10 이유가 담긴 판결을 받을 권리 360

3.10.1 재판의 판단 이유의 결여 및 사형이 선고된 사례들 363

3.11 소급입법으로부터의 자유/죄형법정주의 원칙 364

3.12 일사부재리 또는 이중위험의 금지 원칙 366

4. 처벌의 제한 **371**

4.1 가벼운 형벌의 이익을 누릴 권리 371

4.2 국제적 법적 기준과의 일치 371

4.2.1 체형 372

4.2.2 사형제도 374

5. 상소권 **376**

5.1 충분한 심리를 받을 권리 378

5.2 판결문의 이용가능성 379

5.3 재판기록 379

5.4 증거의 보존 379

5.5 법률조력을 받을 권리 380

6. 오심의 경우 보상을 받을 권리 **382**

7. 공정한 재판을 받을 권리와 특별재판소 **382**

8. 공공의 비상사태시에 공정한 재판을 받을 권리 ····· 384
9. 맺음말 ····· 386

제8장 자유를 박탈당한 사람을 보호하기 위한 국제법상 기준

1. 들어가며 ····· 392
1.1 용어의 사용 ····· 393
2. 고문 및 그밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 금지 ····· 393
2.1 머리말 ····· 393
2.2 국가의 법적 책임 ····· 394
2.3 고문과 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우 또는 처벌의 개념: 정의 및 이해 ····· 398
2.3.1 고문으로서의 강간 ····· 401
2.3.2 미결구금자 · 수형자의 취급 ····· 404
2.3.3 체형 ····· 408
2.3.4 의학적 또는 과학적 실험 ····· 410
2.4 고문, 법집행관, 보건인력 그리고 검찰 ····· 410
3. 미결구금자와 수형자의 구금 장소 및 등록에 관한 법적 요건 ····· 412
3.1 모든 구금 장소의 공인(公認) ····· 412
3.2 피수감자 · 수형자의 등록 ····· 414
4. 미결구금 및 수형의 조건 ····· 417
4.1 미결구금 및 수형을 지배하는 기본원리 ····· 417
4.2 거주설비 ····· 419
4.2.1 유형별 격리 ····· 421
4.3 개인위생, 급식, 건강과 의료서비스 ····· 422
4.4 종교 ····· 430
4.5 여가 활동 ····· 431
4.6 독방수용 ····· 432
4.6.1 외부와 단절된 구금 ····· 434
5. 외부와의 교통 ····· 438
5.1 가족구성원 및 친구와의 교통: 접견 및 통신 ····· 438
5.1.1 미결구금자와 수형자를 접견할 접견자의 권리 ····· 441
5.2 변호사와의 교통: 접견 및 통신 ····· 443
6. 구금 장소에 대한 사찰 및 진정절차 ····· 449
6.1 구금 장소에 대한 사찰 ····· 449
6.2 진정절차 (전술한 2. 2. “국가의 법적 책임” 참조) ····· 450
7. 자유를 박탈당한 사람에 대한 불법적인 처우의 방지와 구제에 있어서 법관, 검사, 변호사의 역할 · 453
8. 맺음말 ····· 455

제9장 사법 운용에서의 비구금 조치의 이용

1. 들어가며 ····· 461

1.1 비구금 조치와 도쿄 규칙의 목적 ····· 461

2. 용어의 정의 ····· 462

2.1 "비구금 조치"의 개념 ····· 462

2.2 "범죄자"의 개념 ····· 463

2.3 "권한 있는 기관"의 개념 ····· 463

3. 비구금 조치와 관련된 일반 원칙들 ····· 463

3.1 비구금 조치의 기본적인 목적 ····· 463

3.2 비구금 조치의 범위 ····· 465

3.2.1 비구금 조치의 일반적인 범위 ····· 465

3.2.2 차별의 금지 ····· 466

3.2.3 적용에서의 유연성 ····· 467

3.3 법적 보호장치 ····· 468

3.3.1 법률유보의 원칙 ····· 468

3.3.2 비구금 조치의 적용 기준과 재량의 필요성 ····· 469

3.3.3 동의 요건 ····· 470

3.3.4 심사를 받을 권리 ····· 470

3.3.5 비구금 조치 부과의 제한 ····· 472

4. 사법절차상 각 단계에서 비구금 조치의 선택 ····· 473

4.1 재판 전 단계에서 비구금 조치 ····· 474

4.2 재판 및 판결선고 단계에서의 비구금 조치 ····· 475

4.3 판결선고 이후 단계에서의 비구금 조치 ····· 477

5. 비구금 조치의 집행 ····· 479

5.1 비구금 조치에 대한 감독 ····· 479

5.2 비구금 조치의 기간 ····· 481

5.3 비구금 조치에 부가되는 조건 ····· 482

5.4 처우 과정 ····· 483

5.5 제재와 조건 위반 ····· 484

6. 구금의 대체수단 선택에 있어서 법관, 검사, 변호사의 역할 ····· 486

7. 맺음말 ····· 487

제10장 사법 운용에서의 아동의 권리

1. 들어가며 ····· 494

1.1 용어 ····· 495

2. 사법의 운용과 아동: 사라지지 않는 걱정거리들 ····· 495

3. 아동의 정의 ····· 496

3.1 성년이 되는 일반적인 나이 ····· 496

3.2 형사책임연령 ····· 496

4. 사법 운용에 있어서 아동의 권리에 관련된 몇 가지 기본 원칙 ····· 499

4.1 비차별 원칙 ····· 499
4.2 아동의 최선의 이익 ····· 500
4.3 생명, 생존 및 발전에 관한 아동의 권리 ····· 502
4.4 아동의 의견진술권 ····· 503

5. 소년사법의 목표 ····· 505

6. 소년사법제도의 창설 의무 ····· 508

7. 소년피고인과 사법의 운용 ····· 508

7.1 고문 및 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 않을 권리 ····· 509
7.2 아동에 대한 일반적 대우/아동의 최선의 이익 ····· 511
7.3 몇 가지 기본적인 절차적 권리 ····· 511
7.3.1 죄형법정주의 원칙 ····· 512
7.3.2 무죄추정의 원칙 ····· 512
7.3.3 신속하게 정보를 고지받을 권리 및 법률적 지원을 받을 권리 ····· 513
7.3.4 지체없이 재판을 받을 권리 ····· 513
7.3.5 자기부죄 거부의 권리 및 증인을 신문하거나 신청할 권리 ····· 515
7.3.6 심사를 받을 권리 ····· 515
7.3.7 무료 통역을 지원받을 권리 ····· 516
7.3.8 사생활을 존중받을 권리 ····· 516

8. 아동과 자유의 박탈 ····· 519

8.1 자유 박탈의 의미 ····· 519
8.2 자유의 박탈: 최후의 수단 ····· 520
8.3 자유가 박탈된 아동의 권리 ····· 521
8.3.1 인도적인 처우를 받을 권리 ····· 521
8.3.2 성인들로부터 격리될 권리 ····· 521
8.3.3 가족들과 접촉을 유지할 권리 ····· 523
8.3.4 신속하게 법률적 구조를 받고, 구금에 대하여 이의제기할 권리 ····· 524
8.3.5 아동과 구금의 일반적인 환경 ····· 525
8.3.6 아동의 권리와 징계조치 ····· 527

9. 아동의 권리와 형사제재 ····· 529

10. 아동 피고인과 다이버전의 문제 ····· 530

10.1 "다이버전"의 의미 ····· 530
10.2 다이버전 및 담당 기관 ····· 532
10.3 다이버전과 아동의 동의 ····· 532

11. 소송절차에서 피해자 또는 증인이 된 아동 ····· 534

12. 아동과 부모: 언제 분리가 정당화되는가? ····· 537

12.1 아동의 최선의 이익 ····· 537
12.2 분리를 정당화하는 근거 ····· 537
12.3 법적 보호장치 ····· 538
12.4 부모와 접촉을 유지할 권리 ····· 539

13. 입양절차와 아동의 권리 ····· 540
14. 사법 운용 과정에서 아동의 권리를 보호하기 위한 법관, 검사 및 변호사의 역할 ····· 544
15. 맺음말 ····· 545

제11장 사법 운용에서의 여성의 권리

1. 들어가며 ····· 552
2. 법적 인격에 관한 여성의 권리 ····· 554
3. 법 앞에서의 평등 및 법의 평등한 보호에 대한 여성의 권리 ····· 555
3.1 유엔 헌장 및 국제인권장전 ····· 555
3.2 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약(1979년) ····· 555
3.3 지역적 인권 조약들 ····· 559
3.4 성 평등 및 남녀 간 차별금지 원칙의 의미 ····· 559
3.4.1 평등 및 차별금지의 일반적인 의미 ····· 560
3.4.2 남녀 간 평등의 의미 ····· 561
4. 생명과 신체적 · 정신적 존엄을 존중받을 여성의 권리 ····· 564
4.1 중요한 법적 규정 ····· 564
4.2 생명권 ····· 567
4.2.1 유괴와 살해 ····· 568
4.2.2 지참금 폭행과 "명예" 살인 ····· 569
4.2.3 여성 성기 절제 ····· 570
4.2.4 낙태 ····· 572
4.2.5 유아 사망과 기대 수명 ····· 573
4.3 고문 및 그 밖의 잔혹한 · 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터 자유로울 권리 ····· 574
4.3.1 자유를 박탈하는 여성에 대한 폭력 ····· 575
4.3.2 불법적인 처벌 ····· 578
4.3.3 가정과 일반 공동체에서의 여성과 여아에 대한 폭력 ····· 582
4.4 비인도적 범죄와 전쟁범죄 같은 여성에 대한 폭력 ····· 588
5. 노예제도, 노예매매, 강요되고 강제적인 노동과 인신매매로부터 자유로울 여성의 권리 ····· 589
5.1 관련 법 규정 ····· 590
5.1.1 노예제도, 노예매매와 예속상태 ····· 590
5.1.2 강요되고 강제적인 노동 ····· 591
5.1.3 인신매매 ····· 591
5.2 노예제도의 관행, 강요되고 강제적인 노동, 여성의 인신매매 ····· 593
6. 혼인에 관한 평등권 ····· 597
6.1 자유롭게 배우자를 선택하고, 가정을 구성할 권리 ····· 597
6.1.1 일부다처제 ····· 599
6.1.2 혼인 가능 연령 ····· 600
6.1.3 자유롭게 혼인할 권리에 관한 그 밖의 법률상, 사실상의 장애 ····· 602
6.1.4 재혼에 대한 제한 ····· 603
6.1.5 혼인의 등록 ····· 604

6.1.6 가정을 이룰 권리의 의미 ····· 605
6.2 국적법에 관한 동등한 권리 ····· 607
6.3 성명에 관한 동등한 권리 ····· 611
6.4 혼인할 때, 혼인 중, 혼인의 해소시 배우자의 동등한 권리와 책임 ····· 612
6.4.1 관련 법 조항 ····· 612
6.4.2 평등한 권리와 책임 원칙에 관한 일반적인 이해 ····· 613
6.4.3 결정권에서의 동등한 권리 ····· 614
6.4.4 부모로서의 동등한 권리와 책임 ····· 614
6.4.5 부부재산에 대한 동등한 권리 ····· 615
6.4.6 직업에 대한 동등한 권리 ····· 616
6.4.7 사실혼 관계에서의 여성 ····· 617
6.4.8 이혼에 있어서의 동등한 권리 ····· 617
6.4.9 배우자 간의 상속에 있어서의 동등한 권리 ····· 617

7. 민사문제에 있어서 동등한 법적 능력 ····· 619
7.1 재산관리 및 계약체결에 있어서의 동등한 권리 ····· 619
7.2. 일반적으로 상속에 관한 동등한 권리 ····· 621

8. 선거를 포함한 공적인 업무에 동등하게 참여할 권리 ····· 622
8.1 관련 조항 ····· 622
8.2 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제25조의 해석 ····· 624
8.3 여성차별철폐협약 제7조, 제8조의 해석 ····· 625

9. 그 밖의 다른 인권을 동등하게 향유할 여성의 권리 ····· 628
9.1 이동 및 거주의 자유 ····· 628
9.2 사생활에 관한 권리 ····· 630
9.3 사상, 양심, 신념, 종교, 의견, 표현, 결사 및 집회의 자유 ····· 630
9.4. 교육을 받을 권리 ····· 632

10. 법원에 대한 접근권과 적법절차를 포함한 효과적인 구제수단에 대한 여성의 권리 ····· 634

11. 여성의 권리를 보호함에 있어서의 법관, 검사 및 변호사의 역할 ····· 638

12. 맺음말 ····· 639

제12장 기타 중요한 권리들 : 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사와 집회의 자유

1. 들어가며 ····· 646

2. 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리 ····· 646
2.1 관련 법 조항 ····· 646
2.2 사상, 양심 및 종교의 자유에 관한 권리의 일반적인 의미 ····· 648
2.2.1 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조 ····· 648
2.2.2 아프리카헌장 제8조 ····· 650
2.2.3 미주인권협약 제12조 ····· 650
2.2.4 유럽인권협약 제9조 ····· 651
2.3 종교와 신념을 표명할 권리 ····· 654
2.3.1 종교와 신념을 표명할 권리의 제한 ····· 657

2.3.2 종교나 신념을 표명할 자유에 대한 금지 ····· 665
2.4 종교의 자유와 공립학교의 수업 ····· 666
2.5 국교 및 종교적 소수자 ····· 669
2.6 종교적 근거에 의한 양심적 병역거부 ····· 670

3. 의견과 표현의 자유에 관한 권리 ····· 672

3.1 관련 법률 조항 ····· 672
3.2 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조 ····· 674
3.2.1 법정에서의 언어 선택 ····· 675
3.2.2 광고 ····· 676
3.2.3 명예훼손과 허위정보의 유포 ····· 677
3.2.4 인도에 반하는 범죄와 '증오의 고취' 에 대한 부인 ····· 679
3.2.5 국가안보 및 공공질서에 대한 위협 ····· 682
3.2.6 출판의 자유 ····· 685
3.2.7 인권옹호자 ····· 688
3.3 아프리카헌장 제9조 ····· 689
3.3.1 보도의 자유 ····· 690
3.3.2 의견표명의 자유 ····· 692
3.3.3 인권옹호자 ····· 693
3.4 미주인권협약 제13조 ····· 694
3.4.1 대중매체의 역할을 포함한 개인과 집단의 관점에서 본 표현의 자유 ····· 697
3.4.2 민주사회에서 표현의 자유와 공공질서의 문제 ····· 699
3.4.3 표현의 자유에 대한 제한: "보장에 필요한"이라는 용어의 의미 ····· 701
3.4.4 대중매체의 간접적 통제: Ivcher Bronstein vs. Peru 사건 ····· 702
3.4.5 미주인권협약 제13조(2)과 언론인의무등록제도 사건 ····· 703
3.5 유럽인권협약 제10조 ····· 705
3.5.1 표현의 자유에 대한 기본적인 해석적 접근법 ····· 706
3.5.2 언론의 자유 ····· 710
3.5.3 전문기관에서 선출된 구성원의 표현의 자유 ····· 722
3.5.4 선출된 정치인들의 표현의 자유 ····· 725
3.5.5 예술적 표현의 자유 ····· 728

4. 결사와 집회의 자유 ····· 731

4.1 관련 법 규정 ····· 731
4.2 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약 제21조 및 제22조 ····· 733
4.2.1 "민주사회에서"라는 개념의 기원 및 의미 ····· 733
4.2.2 결사의 자유 ····· 735
4.2.3 집회의 자유 ····· 736
4.3 아프리카헌장 제10조 및 제11조 ····· 738
4.3.1 결사의 자유 ····· 739
4.4 미주인권협약 제15조 및 제16조 ····· 741
4.5 유럽인권협약 제11조 ····· 744
4.5.1 결사의 자유, 노동조합 및 클로즈드샵 규정 ····· 744
4.5.2 노동조합 및 단체협약 ····· 748
4.5.3 결사의 자유와 정당 ····· 750
4.5.4 집회의 자유에 관한 변호사의 권리 ····· 765

5. 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사와 집회의 자유의 보장과 관련한 법관, 검사, 변호사의 각 역할 767
6. 맺음말 ····· 768

제13장 사법 운용에서의 평등권과 비차별에 대한 권리

1. 들어가며 ····· 774
1.1 차별, 끊임없이 지속되는 심각한 인권 침해 ····· 774
1.2 차별에 맞서 사람들을 보호함에 있어 법관, 검사, 변호사의 역할 ····· 775
1.3 국제법 역사의 일별 ····· 775
1.4 이 장의 목적과 범위 ····· 777
2. 법 앞의 평등권과 비차별을 보장하고 있는 보편적인 법 규정들의 엄선 ····· 777
2.1 1948년 세계인권선언 ····· 777
2.2 1948년 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 ····· 778
2.3 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 ····· 779
2.4 1966년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 ····· 781
2.5 1965년 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약 ····· 781
2.6 1989년 아동의 권리에 관한 협약 ····· 782
2.7 1979년 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 ····· 783
2.8 1981년 종교나 신념에 근거한 모든 형태의 불관용 및 차별 철폐에 관한 선언 ····· 784
2.9 1992년 국민적 또는 민족적, 종교적 및 언어적 소수자의 권리에 관한 선언 ····· 785
3. 법 앞에 평등할 권리 및 차별받지 않을 권리를 보장하는 지역적 법 규정들의 엄선 ····· 786
3.1 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장 ····· 786
3.2 1990년 아동의 권리 및 복지에 관한 아프리카 헌장 ····· 786
3.3 1969년 미주인권협약 ····· 787
3.4 1988년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서 ····· 788
3.5 1994년 여성에 대한 폭력의 예방, 처벌 및 근절에 관한 미주협약 ····· 788
3.6 1999년 장애인에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 미주협약 ····· 789
3.7 1950년 유럽인권협약 ····· 789
3.8 1961년 유럽사회헌장, 1996년 (개정) 유럽사회헌장 ····· 790
3.9 1994년 소수민족 보호를 위한 기본협약 ····· 791
4. 차별금지와 공공의 비상사태 ····· 792
5. 평등과 차별금지의 일반적 의미 ····· 795
6. 평등권과 차별금지에 관한 엄선된 국제판례법 및 법적 견해 ····· 801
6.1 인종, 피부색 또는 종족적 출신 ····· 801
6.1.1 인종적 비방 ····· 801
6.1.2 거주이전의 자유 ····· 802
6.1.3 법집행에 있어서의 인종적 및 종족적 차별 ····· 803
6.1.4 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 보장함에 있어서 인종적 차별 ····· 805
6.2. 성 ····· 806
6.2.1 부부재산권을 대표할 권리 ····· 806
6.2.2 가족생활을 존중할 권리 ····· 806

6.2.3 연금을 우선하여 수령할 권리 ····· 808
6.2.4 사회보장연금 ····· 809
6.2.5 보편적 양육수당 제도에 대한 부담금 ····· 810
6.2.6 육아휴직수당 ····· 811
6.2.7 시민권의 취득 ····· 812
6.3 언어 ····· 812
6.4 종교 또는 신념 ····· 814
6.4.1 양심적 병역거부 ····· 814
6.4.2 직장에서 안전장치를 착용할 의무 ····· 817
6.4.3 종교 학교에 대한 공적 자금지원 ····· 818
6.4.4 소송을 위한 공법적 지위의 흠결 ····· 819
6.5 재산 ····· 820
6.6 출생 또는 다른 지위 ····· 821
6.6.1 혼인 커플과 비혼인 커플을 위한 사회보장급부 ····· 821
6.6.2 상속권 ····· 821
6.6.3 대통령 후보들의 출생 또는 혈통 조건 ····· 824
6.7 국민적 지위 ····· 825
6.8 성적 지향 ····· 826
6.9 소수자들 ····· 828
6.9.1 고유의 문화를 누릴 권리 ····· 828
6.9.2 인디언 보호구역에 거주할 권리 ····· 829

7. 맺음말 ····· 830

제14장 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 보호하기 위한 법원의 역할

1. 들어가며 ····· 837

2. 역사적 재논의: 왜 두 개의 국제인권규약이 존재하는가? ····· 837

2.1 연대기적 개관 ····· 837
2.2 논쟁의 실체 ····· 840
2.2.1 단일 규약을 찬성하는 주요 논거 ····· 840
2.2.2 두 개의 규약을 찬성하는 주요 논거 ····· 842
2.2.3 실무적 해결을 선호하는 요청들 ····· 844
2.2.4 재판회부가능성의 문제 ····· 845

3. 인권의 상호의존성과 개인성 ····· 847

4. 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 보호를 위한 보편적 또는 지역적 조약들: 보장된 권리들 ····· 852

4.1 보편적 수준 ····· 852
4.1.1 1966년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 ····· 852
4.2. 지역적 차원 ····· 853
4.2.1 1981년 인간과 인민의 권리를 위한 아프리카헌장 ····· 853
4.2.2 1969년 미주인권협약(1988년 경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 추가의정서 포함) ····· 854
4.2.3 1961년 유럽사회헌장, 1996년 유럽사회헌장(개정) ····· 856

5. 경제적, 사회적 및 문화적 권리 보호를 위한 국가의 법적 의무 ····· 858

5.1 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 ····· 858
5.1.1 들어가는 말 ····· 858
5.1.2 행위의무 ····· 860
5.1.3 결과의무 ····· 860
5.1.4 의무의 이행: 국내적 구제에 관한 규정 ····· 862
5.2 아프리카헌장 ····· 863
5.3 미주인권협약 및 경제적, 사회적 및 문화적 권리 영역에 관한 추가의정서 ····· 864
5.4 유럽사회헌장 및 개정 유럽사회헌장 ····· 864

6. 경제적, 사회적 및 문화적 권리: 위 권리들은 재판에 회부되어 사법적으로 구제받을 수 있는가? ·· 866

7. 사례분석 I : 적당한 주거에 대한 권리 ····· 869

7.1 들어가는 말 ····· 869
7.2 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약: 제11조(1) ····· 869
7.2.1 권리의 인적 적용범위 ····· 871
7.2.2 권리들의 상호의존성을 포함한 해석적 접근 ····· 871
7.2.3 적당함의 개념 ····· 872
7.2.4 즉각적인 법적 의무 ····· 874
7.2.5 국내적 구제조치 ····· 875
7.2.6 강제퇴거 ····· 876
7.3. 관련 유럽 판례법: Selçuk and Asker 사건 ····· 879
7.4. 관련 내국 판례법: 남아프리카 공화국의 판례 ····· 881

8. 사례연구 Ⅱ: 건강에 대한 권리 ····· 891

8.1 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 국제 규약: 제12조 ····· 892
8.1.1 규약 제12조(1)의 표준적인 내용 ····· 893
8.1.2 규약 제12조(2)의 의미 ····· 894
8.1.3 국가의 의무 ····· 896
8.1.4 핵심 의무 ····· 899
8.1.5 규약 제12조의 위반 ····· 900
8.1.6 국가적인 시행 ····· 901
8.2 관련 국내 사례 I : 캐나다의 사례 ····· 902
8.3. 관련 국내 사례 II: 인도의 사례 ····· 907

9. 경제적, 사회적, 문화적 권리를 보호하기 위한 법관, 검사, 변호사의 역할: 교훈 ····· 911

10. 맺음말 ····· 912

제15장 일반범죄 및 인권침해의 피해자에 대한 보호 및 구제

1. 들어가며 ····· 919

2. 범죄 피해자의 보호 및 구제 ····· 921

2.1 관련 법 규정 ····· 921
2.1.1 보편적 차원 ····· 921
2.1.2 지역적 차원 ····· 923
2.2 피해자의 개념 ····· 925

2.3 사법 운용에서의 피해자에 대한 처우 ····· 928
2.3.1 경찰에 의한 피해자의 처우 ····· 929
2.3.2 검찰에 의한 피해자의 처우 ····· 931
2.3.3 형사절차에서의 피해자의 신문 ····· 933
2.3.4 피해자와 형사재판절차 ····· 934
2.3.5 사생활 및 안전의 보호에 대한 피해자의 권리 ····· 935
2.4 범죄 피해자에 대한 피해회복, 손해배상 · 보상 및 지원 ····· 937
2.4.1 일반적 논의 ····· 937
2.4.2 피해 회복 ····· 937
2.4.3 손해배상 및 보상 ····· 938
2.4.4 지원 ····· 944

3. 인권침해 피해자의 보호 및 구제 ····· 946

3.1 피해자의 개념 ····· 947
3.2 인권의 효과적 보호의 보장을 위한 일반적인 법적 의무 ····· 949
3.2.1 보편적 차원 ····· 949
3.2.2 지역적 차원 ····· 951
3.3 인권침해 방지 의무 ····· 955
3.3.1 보편적 차원 ····· 956
3.3.2 지역적 차원 ····· 958
3.4 국내적 구제수단을 갖출 의무 ····· 960
3.4.1 보편적 차원 ····· 961
3.4.2 지역적 차원 ····· 966
3.5 조사, 기소 그리고 처벌할 의무 ····· 973
3.5.1 보편적 차원 ····· 973
3.5.2 지역적 차원 ····· 979
3.5.3 조사 및 재판절차에서의 피해자의 역할 ····· 983
3.6 인권침해로부터 피해자를 구제할 의무 ····· 986
3.6.1 피해회복과 배상 · 보상 ····· 986
3.6.2 재활 ····· 989
3.7 인권침해에 대한 면책의 문제 ····· 993
3.7.1 면책에 대한 법적 고찰 ····· 993
3.7.2 정의, 면책 그리고 화해 ····· 997

4. 범죄나 인권침해의 피해자에게 사법정의를 보장하기 위한 법관, 검사, 변호사의 역할 ····· 999

5. 맺음말 ····· 1000

제16장 비상사태에서의 사법 운용

1. 들어가며 ····· 1006

1.1 들어가는 말 ····· 1006
1.2 인권분야에서의 권리행사제한과 의무이탈에 대한 개관 ····· 1007

2. 국제인권법상 공공의 비상사태라는 개념 ····· 1008

2.1 관련 법률조항 ····· 1008

2.1.1 아프리카헌장과 의무이탈 ····· 1009
2.2 법적 의무로부터의 이탈: 초안자들의 딜레마 ····· 1010
2.3 국제감시기구의 해석 ····· 1016
2.3.1 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(1) ····· 1017
2.3.2 미주인권협약 제27조(1) ····· 1022
2.3.3 유럽인권협약 제15조(1) ····· 1025

3. 국제인권법상에서 제한될 수 없는 권리와 의무 ····· 1030

3.1 들어가는 말 ····· 1030
3.2 관련 법률조항 ····· 1031
3.3 생명권 ····· 1033
3.4 고문 및 잔혹한, 비인도적인, 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 않을 권리 ····· 1034
3.5 인도적 처우를 받을 권리 ····· 1037
3.6 노예제도, 예속상태로부터 자유로울 권리 ····· 1038
3.7 소급입법으로부터 자유로울 권리, 일사부재리의 원칙 ····· 1039
3.7.1 소급입법의 금지 ····· 1039
3.7.2 일사부재리의 원칙 ····· 1041
3.8 법적 인격체로 인정될 권리 ····· 1043
3.9 사상, 양심, 종교의 자유 ····· 1044
3.10 계약상의 의무의 이행불능만을 이유로 구금되지 않을 권리 ····· 1044
3.11 가정에 대한 권리 ····· 1045
3.12 성명에 대한 권리 ····· 1046
3.13 아동의 권리 ····· 1046
3.14 국적을 가질 권리 ····· 1047
3.15 공무담임권 ····· 1048
3.16 제한될 수 없는 권리들과 효과적인 절차적, 사법적 보호를 받을 권리 ····· 1049

4. 제한 가능한 권리들과 엄격한 필요성의 요건 ····· 1055

4.1 일반적인 해석을 통한 접근 ····· 1056
4.1.1 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(1) ····· 1056
4.1.2 미주인권협약 제27조(1) ····· 1057
4.1.3 유럽인권협약 제15조(1) ····· 1058
4.2 효과적인 구제수단에 대한 권리 ····· 1060
4.3 자유권과 체포, 구금에 대한 특별 권한 ····· 1061
4.4 공정한 재판을 받을 권리와 특별재판소 ····· 1073

5. 다른 국제법상의 의무와의 양립에 관한 요건 ····· 1083

6. 비차별의 요건 ····· 1086

7. 국제적 통지의 요건 ····· 1088

8. 비상사태에서 인권의 효과적인 보호를 보장함에 있어서의 법관, 검사, 변호사의 역할 ····· 1091

9. 맺음말 ····· 1092

Human Rights in the Administration of Justice
A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

제 1 장

국제인권법과 법률가의 역할: 개관

제1장

국제인권법과 법률가의 역할: 개관

학습 목표

- *국제인권법의 유래, 목적 및 범위에 관한 기초실무지식을 습득한다.*
- *국내 차원에서 국제인권법의 적용에 익숙해지고, 이러한 측면에서 법률가가 수행하는 중요한 역할을 인식한다.*

질문

- *당신이 이 학습을 하는 이유는?*
- *인권이란 무엇인가?*
- *일반적으로 인권이 왜 중요한가?*
- *당신이 직업 활동을 하는 국가에서 인권은 왜 중요한가?*
- *당신이 직업적 의무를 수행함에 있어 법관, 검사 그리고/또는 변호사로서 인권의 증진·보호자로서의 역할을 어떻게 바라보는가?*
- *당신이 일하는 국가에서 인권 보호와 관련하여 어떠한 구체적 문제에 직면해 있는가?*

1. 들어가며

최근 수십 년간 국제인권법은 세계적으로 국내법 체계에서뿐만 아니라 국내 법관, 검사와 변호사의 일상적 업무에 점진적으로 영향을 미쳐왔다. 반세기 전에는 거의 예상할 수 없었던 양상을 지닌 변화하는 법 상황은 관련 국가와 법률가들로 하여금 국가의 인권법적 의무의 효과적인 실행이 최대한 보장되는 방법을 신중하게 고려할 것을 요구하고 있다. 많은 경우에 이는 다른 법 간의 충돌하는 요건, 정보 접근의 어려움, 추가적인 연수의 필요성 등으로 인하여 법률 실무가들에게 새로운 과제를 부여하게 된다.

이 매뉴얼의 목적은 법관, 검사, 변호사들에게 국제인권법의 이행에 관한 기본 지식, 방법을 제공하는 것이다. 이 장은 국제인권법의 기본 개념에 관한 일반적인 개요를 보여 줄 것이고, 나머지 15개 장에서는 더 상세한 정보와 사법적 기능에 개별적으로 관련된 인권 기준에 관한 분석을 보여 줄 것이다.

2. 국제인권법의 유래, 의미 및 범위

2.1 유엔 헌장과 세계인권선언

존중, 관용, 평등에 대한 인류의 열망은 오랜 역사를 가지고 있다. 그러나 놀라운 것은 우리 사회가 기술, 정치, 사회 및 경제 등 여러 분야의 다양한 측면에서 크게 발전하였음에도 현재 고통의 근원이 수백 년 전, 심지어는 수천 년 전과 거의 같다는 것이다.

국제적 차원에서 개인의 권리와 자유에 대한 보호는, 노예제를 불법화하고 전시 중 병자와 부상자의 상황을 개선하기 위하여 19세기에 시작되었다.[1] 제1차 세계대전이 끝날 무렵에는 소수민족에 대한 특별한 보호를 제공하기 위하여 연합국 또는 신생국 간의 여러 조약이 체결되었다.[2] 거의 같은 시기인 1919년에는 국제노동기구(ILO)가 노동자들의 근로조건 개선을 목적으로 창설되었다. ILO의 애초 설립 동기는 인도적인 것이었지만, 그 창설에는 특별히 정치적인 이유도 있었다. 즉, 엄청나게 증가하는 노동자들의 근로조건이 개선되지 않는다면, 노동자들은 사회적 불안, 심지어는 혁

1) A.H.Robertson. *Human Rights in the World*(Manchester, Manchester University Press, 1972), pp.15-20.

2) Ibid., pp.20-22. On the history oh human rights, resource list in Handout No.1 to Chapter 2 of the Maunul 참조.

명을 일으킬 수 있고, 나아가 세계의 평화와 조화를 위협할 수 있다는 두려움이 존재하였다.[3)]

제2차 세계대전 동안 자행된 극심한 인권침해에 이어, 인류의 평화와 정의를 유지하기 위한 절실한 필요는 국가권력의 자의적인 행사로부터 개인을 보호하고, 생활수준을 향상한다는 두 가지 목적을 추구하기 위한 협력을 포함하여 국제협력 강화 방안에 대한 모색을 촉진시켰다. 근본적인 목적과 원리에 기반을 둔 새로운 국제법질서의 기초는 1945년 6월 26일 샌프란시스코에서 유엔 헌장이 채택됨으로써 마련되었다. 우선, 헌장의 전문에서 "기본적 인권, 인간의 존엄 및 가치, 남녀 및 대소 각국의 평등권"에 대한 신념이 재확인되었다. 둘째, 헌장 전문은 또한 특히 "더 많은 자유 속에서 사회적 진보와 생활수준의 향상을 촉진할 것"에 대한 결의를 표현하였다. 셋째, 헌장의 제1조(3)에 의하면 유엔의 4가지 목적 중의 하나는 다음과 같다.

> "2. 경제적 · 사회적 · 문화적 또는 인도적 성격의 국제문제를 해결하고, 인종 · 성별 · 언어 또는 종교에 따른 차별 없이 모든 사람의 인권 및 기본적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려함에 있어 국제적 협력을 달성한다."

인권을 언급하고 있는 다른 헌장의 조항으로는 제13조(1)(b), 제55조(c), 제62조(2), 제68조, 제76조(c) 등을 들 수 있다. 특히 주목할 점은 제55조(c)와 제56조를 연결하여 읽게 되면 유엔 회원국은 "인종 · 성별 · 언어 또는 종교에 관한 차별이 없는 모든 사람을 위한 인권 및 기본적 자유의 보편적 존중과 준수"라는 목적 달성을 위하여 "유엔과 협력하여 공동의 조치 및 개별적 조치를 취할" 법적 의무를 진다. 이 중요한 법적 의무는 유엔 인권 프로그램 전체에서 회원국의 참여 조건을 규정하게 된다.

1948년 12월 10일 유엔 총회에서 채택된 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)을 통하여, 헌장 상의 "인권 및 기본적 자유"에 대한 간결한 언급은 권위 있는 해석을 획득하게 된다. 세계인권선언은 시민적, 문화적, 경제적, 정치적 및 사회적 권리를 인정하고, 비록 그 자체가 법적 구속력이 있는 문헌은 아니지만, 총회의 결의로 채택되었기 때문에 그것에 포함된 원리들은 이제 관습국제법, 법의 일반원칙 또는 인류의 근본원리로서 국가들에 법적 구속력을 가지는 것으로 여겨지고 있다. 국제사법재판소(the International Court of Justice)는 Teheran의 인질들과 관련된 사건에서 "세계인권선언에서 선언된 근본원리들"이 이란에 대하여, 특히 자유에 대한 위법한 박탈 및 "고통스러운 상황에서 신체적 제약"을 가하는 경우에는, 법적 구

3) ILO 역사에 관하여는, ILO 웹 사이트 www.ilo.org/public/english/about/history 참조.

속력을 가지는 것으로 명확히 인용하였다.[4)]

> *제1차 및 제2차 세계대전의 비참한 경험은 국가권력의 자의적인 행사로부터 개인을 보호하고, 보다 많은 자유 속에서 사회적 진보와 생활수준의 향상을 촉진시켜야 한다는 긴급한 필요를 제시하였다.*

2.2 인권의 윤리적 측면

"인권"의 개념적 특수성은 그것이 평등한 인간으로서의 개인에게 속한다는 것이고, 어떠한 상황에서도 그 ***실체***가 개인으로부터 박탈되어서는 안 된다는 것이다. 따라서 이 권리들은 인간에게 고유하고 본질적인 것이다. 세계인권선언, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights), 그리고 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) 모두 그 전문의 첫 문단에서 "인류 가족 모든 구성원의 고유한 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리"를 인정함으로써 이러한 근본적인 윤리적 기초에 대한 표현을 담고 있다. 또한, 법 앞의 그리고 법에 의하여 평등한 보호를 받을 권리를 포함한 권리의 *보편성(universality)* 원리가 표현되고 있는데, 이는 제13장에서 보는 바와 같이 국제인권법 전 분야를 규정하는 기본원리이다.

지역적인 차원에서는, 미주인권협약(American Convention on Human Rights)의 전문 두 번째 문단에서도 "인간의 기본적 권리들은 특정국가의 국민이라는 사실로부터 나오는 것이 아니라 인간의 본성에 근거하는 것"임을 명시적으로 인정하고 있다. 미주인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)가 *비상사태에서의 인신보호(Habeas Corpus in Emergency Situations)* 사건에서 판시한 권고적 의견(Advisory Opinion)에서 언급한 바와 같이 이 협약에 따라 보호되는 권리는 위기상황에서도 정지될 수 없는데, 이것이 "인간에게 고유한 것"이기 때문이다.[5)] 위 재판소의 의견에 의하면 "협약상 정지되거나 제한될 수 있는 것은 단지" 그 안에 포함된 권리의 "완전하고 효과적인 행사"이다.[6)] 마지막으로 인간과 인민의 권리에 관한 아프리

4) *United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran (United States of America v. Iran), Judgment, ICJ Reports 1980,* p.42, para.91 참조.

5) *I-A Court HR, Habeas Corpus in Emergency Situations (arts. 27(2), 25(1) and 7(6), Advisory Opinion OC-8/87* of January 30, 1987, Series A, No.8 para.18 at p.37 참조.

6) Ibid., loc. cit.

카 헌장(African Charter on Human and People's Rights. 이하, '아프리카헌장'이라 한다)도 전문의 다섯 번째 문단에서 "기본적 인권은 인간의 속성에서 나오는 것으로서, 그 점이 인권의 국내적 · 국제적 보호를 정당화한다는 점"을 인정하고 있다.

결론적으로, 국가는 그 관할권 내의 모든 개인과 경우에 따라서는 개인으로 이루어진 집단에 대해 인권에 관한 의무를 진다. 모든 인간의 *보편적이고(universal) 양도할 수 없는(inalienable) 권리*라는 원리는 국제인권법에 견고하게 뿌리내리고 있다.

인권은 인류 모든 구성원에게 고유한 것이다.

따라서 인권은 모든 인간의 ***보편적이고 양도할 수 없는*** *권리이다.*

인간은 그들의 권리의 ***실체****를 박탈당하여서는 안 된다(****양도 불가성****). 특별한 상황에서 일부 권리의* ***행사****만이 제한될 수 있을 뿐이다.*

인권이 인간 ***고유의 본질(unique nature)****에서 유래한다는 사실은 국내적 및 국제적 차원에서 효과적인 법적 보호를 받아야 한다는 것을 의미한다.*

2.3 인권과 인권이 국내적 및 국제적 평화, 안보 및 개발에 미치는 영향

이미 설명된 바와 같이 국제사회는 두 차례의 세계전쟁이라는 비극을 겪으며, 특히 인권과 기본적 자유의 증진과 보호를 독려하여, 평화와 정의를 증진하기 위한 세계기구 창설의 필요성을 절감하게 되었다. 제2차 세계대전을 통하여 분명히 얻을 수 있는 교훈은 한 국가가 그 영토 내의 사람들의 기본적 권리를 부정하는 계획된 정책을 추구하는 경우에 그 국가의 내부적 안보가 위협받을 뿐만 아니라, 심각한 상황의 경우에는 다른 국가의 평화와 안보를 위협하는 확산 효과가 있을 수 있다는 것이다. 이처럼 어렵게 얻은 교훈은 그 후 세계 모든 곳에서 여러 차례 확인된 바 있다. 인권의 효과적인 보호는, 사람들의 기본적 권리와 자유의 향유를 허용함으로써 뿐만 아니라 분쟁이 평화적으로 해결될 수 있는 기본적인 민주적, 문화적, 경제적, 정치적 및 사회적 구조를 제공함으로써 국내적 차원에서의 평화와 안정을 증진한다. 결과적으로 인권의 효과적 보호는 또한, 국제적 차원의 평화와 정의의 필수적인 전제조건인데, 그것이 국내적 차원의 사회적 긴장이 보다 더 큰 위협을 가져오기 전에 이를 완화하는 방법을 제공하는 고유의 안전장치이기 때문이다.

특히 유엔 헌장 제1조, 그리고 세계인권선언 및 두 국제규약의 전문 첫 번째 문단의 규정을 통하여 명확히 알 수 있듯이, 그 기초자들은 국내적 차원의 효과적인 인

권보호가 세계적인 정의, 평화, 그리고 사회적 및 경제적 개발의 기초라는 핵심적인 사실을 충분히 인식하고 있었다.

보다 최근에 유엔사무총장의 *새천년 보고서(Millennium Report)*는 특히 법의 지배(the rule of law), 효과적인 인권 보호와 경제 발전 간의 관련성을 강조하였다.

> "84. 경제적 성공이 한 국가가 누리는 통치의 질에 관련한 여러 조치들에 의존함이 이제 널리 인정되고 있다. 좋은 통치는 법의 지배, 효율적인 국가기관, 공공행정의 운영에 있어서의 투명성과 책임성, 인권 존중 그리고 국민의 삶에 영향을 미치는 결정에 관한 모든 국민의 참여를 포괄한다. 그것이 취하여야 할 가장 적절한 형태에 대하여서는 논란이 있을 수 있으나, 이러한 원칙들의 중요성에 대하여서는 논란이 있을 수 없다."[7]

인권과 기본적 자유의 효과적인 보호는 국내적 및 국제적 평화와 안보에 모두 기여한다.

인권의 효과적인 보호는 분쟁의 평화적 해결을 가능하게 하는 기본적인 민주적 문화를 제공한다.

경제 발전은 상당 부분 좋은 통치와 인권의 효과적인 보호에 달려있다.

2.4 법의 연원(淵源)

세계인권선언 전문의 세 번째 문단은 다음과 같이 규정하고 있다.

> " … 사람들이 폭정과 억압에 대항하는 마지막 수단으로서 반란에 호소하도록 강요받지 아니하려면, 인권이 *법*에 의한 *지배*에 의하여 보호되어야 함이 필수적이며"(강조는 추가됨).

이것은 인간이 그 권리를 완전하게 누리도록 하기 위하여서는 ***권리가 국내법체제에 의하여 효과적으로 보호되어야 함을*** 의미한다. 따라서 법의 지배 원칙은 인권보호의 영역에서 무엇보다 중요한 원칙으로 설명될 수 있는데, 만약 그것이 존재하지 않는다면 인권의 존중이라는 것은 실체가 없는 것이 되어버리기 때문이다. 그런 점에서, 유럽평의회 규정(The Satute of the Council of Europe) 제3조가 "모든 회원국은 법

7) UN doc. A/54/2000, *We the Peoples: the Role of the United Nations in the Twenty-First Century, Report of the Secretary-General,* para.84.

의 지배의 원칙을 수용하여야 한다"고 규정한 것은 흥미롭다. 이처럼 이 근본적인 원칙은 이 기구의 47개 회원국[추록: 2007년 말 기준이다. 유럽평의회에 대한 더 많은 정보는 http://www.coe.int. 참조]에게 법적 구속력을 가지고 있고, 이는 또한 유럽인권재판소의 판례법에 영향을 미쳐왔다.[8)]

결과적으로, 법관, 검사와 변호사는 국내적 차원에서 인권이 실효적으로 이행되는 것이 보장되도록 할 결정적인 역할을 수행하고 있다. 이러한 책임은 법조직역 구성원으로 하여금 스스로 국내인권법과 국제인권법 모두에 대하여 적절하게 익숙해 질 것을 요구한다. 이들의 국내법의 연원에의 접근은 큰 어려움이 없겠지만, 다양한 측면에서 풍부한 여러 법의 연원과 판례법이 존재하는 국제적 차원에서는 문제가 더 복잡할 수 있다.

이 절은 일부 수정을 가한 상태에서 국제사법재판소 규정(Statute of the International Courts of Justice) 제38조에 나타난 법의 연원의 체계를 따를 것이다. 이 규정상 연원의 분류에 동의하지 아니할 수도 있으나, 이것은 유용한 출발점이 될 수 있다. 규정 제38조(1)에 의하면 연원은 다음과 같다.

- "국제협약"
- "법으로 수락된 일반 관행의 증거로서의 국제관습"
- 국가들 공동체[9)](the community of nations)에 의하여 "인정된 법의 일반원칙"
- "법칙 결정의 보조수단으로서의 사법적 결정 및 가장 우수한 국제법학자의 학설"

이 절은 비록 모든 내용을 담지는 않을 것이지만, 국제인권법의 주요 연원의 중요한 특성들을 다룰 것이다. 그러나 우선 국제인권법에서는 사법적 결정, 그리고 또한 조약감시기구에 의하여 채택된 준사법적 결정 및 일반논평이 국가의 법적 의무의 범위를 이해하는 데 있어서 특별한 중요성을 가진다는 점이 언급될 필요가 있다.

---

8) *Eur. Court HR, Golder case, Judgment of 21 February 1975, Series A, No.18* para.34 at p.17. 유럽인권재판소는 "서명국들이 '세계인권선언 속에 규정된 일정한 권리를 집단적으로 실행하기 위한 최초의 조치를 취할 것'을 결의한 이유 중의 하나는 법의 지배에 대한 그들의 깊은 신념이었다." 따라서 "유럽인권협약 제6조(1)을 그 문맥과 협약의 대상과 목적에 비추어 해석함에 있어서 이 널리 선언된 고려를 염두에 두는 것은 자연스러울 뿐만 아니라 신의칙(principle of faith)에 부합된다."고 판시하였다. 나아가 유럽평의회 규정에 포함된 법의 지배에 대한 언급을 인용하면서 위 재판소는 "민사사건에 있어서 법원에 대한 접근 가능성이 없이는 법의 지배를 상상할 수 없다"고 결론 내렸다.

9) 제38조(1)은 고전적으로 "문명국들"(civilized nations)로 규정하고 있다.

인권은 국내법체제에 의하여 효과적으로 보호되어야 한다.

법관, 검사와 변호사는 국내적 차원에서 인권의 효과적 이행의 보장을 달성하는 결정적인 역할을 수행한다.

*국제법의 주요 연원은 **국제협약, 국제관습법** 그리고 **법의 일반원칙**이다.*

2.4.1 국제조약

인권 영역에서 현행 국내법 외에 법관, 검사와 변호사에게 가장 중요한 도구는 의심의 여지없이 그들이 일하는 곳에 대한 관할권을 가진 국가에 부과되는 *조약상의 의무*이다. "조약"(treaty)은 일반적으로 *법적 구속력을 가진 국가 간에 체결된 서면합의*[10]인데, 예컨대 이것은 특정 목적을 위한 유엔과 국가 간의 합의일 수도 있다. 조약은 *협약(convention), 규약(covenant), 의정서(protocol)* 또는 *협정(pact)* 등 다른 명칭으로 표현될 수 있는데, 그 법적 효과는 같다. 국제적 차원에서 국가는 조약에 대한 기속적 동의를 *비준(ratification), 수락(acceptance), 승인(approval)* 또는 *가입(accession)*에 의하여 행하는데,[11] *서명(signature)*에 의하여 기속적 동의를 표현하는 경우는 매우 예외적이다.[12] 그러나 조약 서명의 기능은 종종 문서의 진정성을 확인하는 것이고, 그것은 관련된 국가에 대하여, 적어도 "그 조약의 당사국이 되지 아니하고자 하는 의사를 명백히 표시"할 때까지는, "조약의 대상과 목적을 저해하는 행위를 삼가야" 하는 의무를 창설한다.[13]

조약이 발효되어 당사국을 구속하게 되면, 당사국은 "신의에 따라"(in good faith) 그 조약상의 의무를 이행하여야 한다(*약속은 준수하여야 한다. pacta sunt servanda*).[14] 이는 특히 당사국이 국제법적 의무의 불이행을 정당화하기 위하여 그 국내법 규정을 원용함으로써 국제법상의 책임을 회피할 수 없음을 의미한다. 나아가, ***국가가 고의가 아니었다고 하더라도*** 그 조약 의무의 위반에 대하여 책임을 져야 한다는 점에서 국제인권법에서의 국가의 책임은 ***엄격하다***.

인권 조약(Human Rights treaties)은 모든 당사국에 동일한 일반적인 규범을

10) 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제2조(1)(a).
11) Ibid., 제2조(1)(b).
12) Ibid., 제12조.
13) Ibid., 제18조(a).
14) Ibid., 제26조.

창설한다는 점에서 객관적 성격의 규범 창설 조약이다. 이러한 규범은 다른 당사국의 이행 상태와 무관하게 당사국에 의하여 적용되어야 한다. 바꿔 말하면 전통적인 *상호주의(reciprocity)*의 원칙은 인권조약에 적용되지 아니한다.[15)]

인권 조약이 개인의 권리의 효과적인 보호를 보장하기 위한 목적으로 체결되었다는 사실은 해석과정에서 특별한 중요성을 가진다. 따라서 인권 조약 규정의 의미를 설명함에 있어서 법관들은 개인의 권리와 이익을 존중하고 또한 조약 전체의 맥락에서 논리적인 해석을 모색함으로써 필수적으로 ***목적론적이고 전체론적인 해석적 접근***을 취하여야 한다.

인권영역에서의 규범 창설 조약의 예로서 시민적 및 정치적, 그리고 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 두 국제규약을 들 수 있는데, 이는 아래에서 자세히 다룰 것이다. 그런 점에서 여기서는 각 조약의 이행을 감시하기 위하여 그 규정에 의하여 설립된 위원회들이 지금까지 많은 의견(views)과 논평(comments)을 채택하였고 이들이 국내와 국제 변호사 모두에게 소중한 해석의 기준을 제공하고 있다는 점을 언급하는 데 그치도록 한다.

국제조약상의 국가의 의무는 성실하게 이행되어야 한다.

국가가 고의가 아니었다고 하더라도 그 조약 의무의 위반에 대하여 책임을 져야 한다는 점에서 국제인권법에서의 국가의 책임은 ***엄격하다.***

인권조약은 개인의 권리와 이익을 존중하고, 또한, 조약 전체의 맥락에서 논리적인 해석을 모색함을 통하여 목적론적이고 전체론적인 접근에 기초하여 해석되어야 한다.

2.4.2 국제관습법

국제사법재판소 규정 제38조(1)의 법의 연원의 체계에 따르면, 법관들은 두 번째로 "법으로 인정된 일반 관행의 증거로 국제관습"을 적용할 수 있다. 따라서 국가를 구속하는 국제관습법적 의무는 다음 두 가지에 대한 증거가 있는 경우 창설된다.

- ❖ 국가들의 "확립된 관행"에 이른 행위
- ❖ "이러한 관행이 그 관행을 요구하는 법규범의 존재에 의하여 의무적인 것으로 되었

15) *Eur. Comm. HR, Application No. 788/60, Austria v. Italy, decision of 11 January 1961 on the admissibility, 4 Yearbook of the European Convention on Human Rights,* p.140.

다는 확신"(법적 확신. *opinio juris*).[16]

따라서 법관은 일반적 관행을 구성하는 *객관적인 요소*와 *주관적인 요소*, 즉 이러한 관행의 법적 구속력에 관한 국가들 사이의 확신을 평가하여야 할 것이다.[17]

관행의 문제와 관련하여 국제사법재판소의 *North Sea Continental Shelf* 사건에 관한 결정에 따르면, "원래 순수하게 관습적인 규범이었던 것에 기초하여 관습국제법의 새로운 규범이 형성"되는 것에 관하여, 시간의 경과는 상대적으로 짧을 수 있으나,

> "필요불가결한 요건은 문제가 된 기간 동안, 비록 그 기간이 짧다고 하더라도, 특별히 이익에 영향받는 국가를 포함한 국가들에서 국가 관행이 원용된 규정의 관점에서 광범위하고, 또한 실질적으로 획일적이어야 한다. 나아가 국가 관행은 법규범 또는 법적 의무가 연관되었다는 일반적인 승인을 나타내는 방식으로 발생하였어야 한다."[18]

그러나 그 이후 *Nicaragua v. the United States of America* 사건에서 국제사법재판소는 관습의 창설에 관한 법적 확신에 대하여 더욱 큰 강조점을 둠과 동시에, 국가 관행의 객관적인 요소에 관하여 위와 같은 상당히 엄격한 해석을 다소 완화하고 있는 것으로 보인다. 무력의 사용과 관련된 논증에서 재판소는 특히 다음과 같이 판시하였다.

> "186. 문제가 된 규범의 적용에 있어서, 국가가 전적으로 일관성을 가지고 무력의 사용이나 상호 간의 국내문제에 대한 개입을 자제했어야 한다는 관점에서 국가 관행이 완전하였어야 한다고 기대할 수는 없다. 이 재판소는 규범이 관행으로 확립되기 위하여 상응하는 관행이 규범과 엄격하게 일치를 이루어야 한다고 판단하지는 아니한다. 관습규범의 존재를 추론하기 위해서, 이 재판소는 국가의 행위가 일반적으로 그러한 규범에 부합하여야 하고, 그리고 주어진 규범에 부합하지 않는 국가 행위의 사례들이 일반적으로, 새로운 규범에 대한 승인의 표시가 아닌 그 규범의 위반으로 다루어져야 한다면, 그것으로 충분하다고 판단한다. 국가의 행위가 언뜻 보기에는 승인된 규범과 조화를 이룰 수 없다고 하더라도, 그 규범 자체에 포함된 예외 또는 정당화 사유를 들어 그 행위를 옹호하려고 한다면, 국가의 행위가 그러한 기초에 근거하여 실제로 정당화될 수 있는 지와는 무관하게, 그러한 태도는 규범을 약화시키기보다는 확고히 하

16) *North Sea Continental Shelf cases, Judgment, ICJ Reports 1969, p.44,* para.77.
17) Ibid., loc. cit.
18) Ibid., p.43, para.74.

게 하는 의미를 가진다."[19]

인간의 보호를 위한 어떠한 법 원칙들이 국제사법재판소에 의하여 관습국제법의 일부를 형성하고 있다고 판단되었는지에 대한 의문이 제기될 수 있다.

1951년 *Reservations to the Convention on Genocide* 사건에 대한 권고적 의견에서, 국제사법재판소는 중요하게도 "협약의 기초를 이루는 원칙들은 협약상의 의무가 없다고 하더라도 국가들을 구속하는 것으로 승인된 원칙들이다."라고 판시하였다.[20] 나아가, 협약의 전문에 따라 그것이 "집단학살을 죄악으로 단정"하였다는 점에서, 그리고 "'인류를 이와 같은 끔찍한 재앙으로부터 해방시키기 위하여는' 국제협력이 필요"하다는 점에서 "보편적인 성격"을 지닌다고 판시하였다.[21] 끝으로, 위 재판소는 협약이 국가들의 만장일치로 채택된 결의에 의하여 승인되었음을 지적하였다.[22] 따라서 *집단학살죄*는 1951년에 이미 모든 국가에 적용 가능한 관습국제법의 일부였다는 점은 의심의 여지가 없다.

그 후 국제사법재판소는 *Barcelona Traction* 사건에서 중요하게도 "한 국가의 국제적 공동체에 대한 의무와 외교보호의 분야에서 타국에 대하여 발생하는 의무"를 "본질적으로 구분"하였다.[23] 또한, 위 재판소는 "그 본질상 전자는 모든 국가의 관심사"이고, "관련 권리들의 중요성을 고려하면, 모든 국가가 그 보호에 법적 이익을 갖는 것으로 인정될 수 있다. 그것은 대세적(*erga omnes*) 의무이다."[24]라고 덧붙였다. 위 재판소의 견해에 의하면, "그러한 의무는 현대 국제법에서, 예컨대, 침략행위와 집단학살행위에 대한 불법화에서 도출되며, 또한, 노예제도 및 인종차별로부터의 보호를 포함하여 인간의 기본적 권리들에 관한 원칙과 규칙으로부터도 도출된다."[25] 위 재판소는 "이러한 권리의 일부는 일반 국제 법체계로 이미 진입하였다. 다른 것들은 보편적 내지 준보편적 성격의 국제문서들에 의하여 부여되고 있다."고 덧붙였다.[26]

끝으로, 위에서 이미 지적된 바와 같이, Teheran의 인질들과 관련한 사건의 의

19) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986,* p.98, para.186.

20) *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951, p.23.*
[역주: 집단학살죄의 방지와 처벌에 관한 협약에 대한 유보 가능 여부, 유보의 효과 등에 관하여 국제사법재판소가 1951년 5월 28일 판시한 의견이다.]

21) Ibid., loc. cit.

22) Ibid.

23) *Barcelona Traction, Light and power Company, Limited, Judgment, ICJ Reports 1070,* p.32, para.33.

24) Ibid., loc. cit.

25) Ibid., p.32, para.34.

26) Ibid., loc. cit.

견에서 위 재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "인간으로부터 위법하게 자유를 박탈하고 그들로 하여금 고통스러운 상황에서 신체적 제약의 대상이 되도록 하는 것은 그 자체로 유엔 헌장의 원칙들뿐만 아니라 세계인권선언에서 선언된 근본원리들에 명확하게 배치된다."[27]

따라서 기본적 인권의무가 관습국제법의 일부를 구성한다는 점은 의심의 여지가 없다. 비록 국제사법재판소가 집단학살 범죄와 침략행위와 더불어 인종차별금지, 노예제도금지, 자의적 구금과 신체적 고통에 대한 금지가 보편적으로 구속력 있는 법의 총체(*corpus*)의 구성 부분임을 명시적으로 언급하였지만, 법의 범위를 이들 요소로만 제한하지 않았다.

❖ ***총회결의 (General Assembly)***: 국제관습을 파악하기가 쉽지 않은 일일 수 있지만, 유엔 총회에 의하여 채택된 결의는 비록 그 자체로 법적 구속력은 없더라도 특정한 상황에서 법적인 가치를 지닌 것으로 여겨질 수 있다. 세계인권선언이 그 예이다. 따라서 비록 엄격한 의미에서 법의 연원은 아닐지라도 이러한 결의들은 관습법의 *증거*를 제공할 수 있다. 그러나 이는 상당 부분 그 내용에 의하여 좌우될 것인바, 규범과 *그 규범에 의하여 정의된 의무의 명확성 정도와 그 적용의 통제를 위하여 예정된 수단* 등이 그 예이다. 그것은 또한 *찬성표를 던진 국가의 수*와 *그 채택의 상황*에 의하여서도 좌우될 것이다.[28] 이와 관련하여 특히 중요한 질문은 *관련된 결의가 고립적으로 채택되었느냐 또는 그것이 일관되고 보편적인 내용을 가진 같은 주제에 관한 일련의 결의의 한 부분을 구성하느냐* 하는 것일 것이다.

❖ ***강행규범(jus cogens)***: 마지막으로 노예제도의 금지와 같은 일부 법규범은 지극히 근본적인 것으로 여겨지고, 따라서 국제법의 *강행규범*으로 불리고 있다는 점이 지적되어야 한다. 조약법에 관한 비엔나협약 제53조에 의하면 "조약은 그 체결 당시에 일반국제법의 강행규범과 충돌하는 경우에 무효이다." 같은 조항에 의하면 그러한 규범은 "그 (준수의무로부터) 이탈이 허용되지 아니하며, 또한 동일한 성질을 가진 일반 국제법의 추후의 규범에 의해서만 변경될 수 있는 규범"이다. 그러나 강행

27) ICJ Reports 1980, p.42, para.91.

28) 이러한 일부 요소에 대하여는 *Les résolutions dans la formation du droit international du développement Colloque des 20 et 21 novembre 1970, L'Institut universitaire de hautes études internationales, Genève, 1971 (Études et travaux, No.13),* pp.9, 30~31(intervention by Professor Virally) 참조.

규범의 관념에 대하여 논할 경우 그 정확한 내용에 대하여는 논란이 있는바, 결론적으로 이 매뉴얼에서는 더 이상 다루어지지는 않을 것이다.

2.4.3 국가들 공동체에 의하여 인정된 법의 일반원칙

국제사법재판소 규정에 의하여 인용된 이 세 번째 법의 연원은 재판소가 결정을 내릴 때에 국제조약과 관습법이 불충분한 기초를 제공하는 경우에, 재판소로 하여금 다른 연원에 기댈 수 있도록 보장하는 것을 돕는다.

국제인권법의 연원으로서의 법의 일반원칙은 매우 근본적인 법적 공리(公理)로서 전 세계적으로 모든 주요 법체계에서 발견할 수 있다. 만약 국내법에서 국가들이 지키는, 인권을 규정하거나 인권 보호에 필수적인 특정한 법 원칙에 대한 증거가 있다면, 이는 국제인권법상 *법적 구속력이 있는 원칙*의 존재를 나타내는 것이다. 따라서 법관과 변호사는 특정한 인권 원칙이 매우 자주 인정되어 그것이 국제법의 일반원칙이 되었다고 여겨질 수 있는지를 결정하기 위하여 다른 사법체계를 살펴볼 수 있다. 이처럼 국내법의 유추는 예컨대, 증거의 문제와 같이 사법절차를 지배하는 원칙의 영역에서 활용되어 왔다.[29)]

2.4.4 법칙 결정의 보조수단

국제사법재판소 규정 제38조는 법칙 결정(determination of rules)의 보조수단으로서 "사법적 결정 및 가장 우수한 국제법학자의 학설"을 언급하고 있다. 앞에서 언급된 바와 같이, 인권의 영역에서는 사법적 결정은 법에 대한 완전한 이해에 있어서 매우 중요하고, 이 영역에서 현재 존재하는 풍부한 국제판례법은 법으로서의 지위에 대한 권위 있는 증거로 간주되어야 한다. 그러나 국제사법재판소나 인권 영역에서의 국제적 감시기구 모두 이전의 사법적 결정을 따라야 할 의무는 없다.[30)] 비록 주로 선례들을 따르기는 하지만, 인권 영역의 감시기구들은 국제적인 차원에서 입법으로 대응하기 어려운 급변하는 사회적 필요에 따라 이전의 결정들을 교정하기 위하여 필요한 유연성을 가지는 것이 특히 중요하다.[31)] 이러한 맥락에서 "사법적 결정"의 인용은

---

29) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law (Oxford, Clarendon Press, 1979), 3rd edn., 1979,* p.18.

30) 국제사법재판소에 관해서는 규정 제59조 참조.

31) 예컨대, 유럽인권위원회가 교회와 같은 법인은 유럽인권협약 제9조(1)에 따라 "사상, 양심 및 종교의 자유에 관한 권리"의 위반을 주장하여 제소할 수 없도록 한 스스로의 이전 결정을 번복한 사례 참조, *Eur. Comm. HR, Application No.7805/77, X. and Church of Scientology v. Sweden, decision of 5 May 1979 on the admissibility of the application, 16 DR,* p.70.

또한 국내법원에 의한 사법적 결정을 의미할 수도 있고, 법원의 위상에 따라 그 결정의 무게가 달라질 것이다. 그러나 국제감시기구가 인권법을 해석할 때에는, 국내법으로부터 독립하여 해석할 여지가 많다.

"가장 우수한 국제법학자의 학설"과 관련하여서는, 위 규정 제38조가 기초될 당시에는 인권법에 관한 판례법이 존재하지 않았다는 점이 고려되어야 한다. 이 법의 해석과 적용은 원칙적으로 법률문헌과 관련 판례법에 근거하여야 하지만, 몇몇 상황에서는 "가장 우수한 국제법학자들"의 저술이 법에 대한 진전된 이해와 그 실용적인 이행에 기여할 수 있다. 그러나 공식적으로 설립된 조약기구의 체제 밖의 사적 기구에 의하여 채택된 법률논문, 원칙 및 논평은 해석되고 적용되어야 할 법의 상태를 모든 측면에서 정확하게 반영하지 않을 수 있기 때문에 이에 의존함에 있어서는 상당히 신중할 필요가 있다.

2.5 국제인권법과 국제인도법(Internaitonal humanitarian law): 공동관심사와 기본적 차이

이 매뉴얼은 국제인도법보다는 인권법과 관한 지식과 기술을 전달하는 것을 목적으로 하지만, 긴밀하게 결합되어 있는 이들 두 법의 영역 간의 관계에 대하여 몇 가지 언급하고 넘어갈 필요는 있다.

인권법과 국제인도법 모두 개인의 보호를 목적으로 하지만, 국제인권법은 ***평시, 전시, 또는 다른 사회 혼란기인지를 불문하고 모든 시기에 모든 사람을 차별 없이 다룬다***. 반면, ***국제인도법은 군사적 필요에 의한 인간에 대한 과도한 고통과 물리적 파괴를 불법화함으로써*** 병자, 부상자, 난파자 및 전쟁포로 등 무력분쟁 피해자들에 대한 최소한도의 보호를 보장하기 위한 것이다.[32] 비록 1949년 제네바 협약과 1977년에 채택된 두 개의 추가적인 의정서가 특별히 규정한 국제적 및 국내적 무력 분쟁 상황에서 특정한 개인의 기본적 권리를 보장하지만, ***인적, 시간적 또는 물적인*** 측면 모두에서 국제인도법의 적용 범위는 국제인권법의 그것처럼 넓지는 않다.[33] 이러한 관점에서 비록 인도법이 권리의 향유와 관련하여 비차별(non-discrimination)의 원칙을 보장

32) *Seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos, Informe Final*, San José Costa Rica, Comité Internacional de lCruz Roja/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, p.7.

33) J. Patronogic and B. Jakovljevi, *International Humanitarian Law in the Contemporary World,* Sanremo, Italy, International Institute of Humanitarian Law (Collection of Publications 10), 1991, p.28.

하고 있으나, 인도법은 또한 그 본질상 덜 평등주의적이다.[34]

현 단계에서 근본적인 중요성을 강조할 필요가 있는 것은 국제적 그리고 비국제적 분쟁에서 국제인권법과 인도법은 ***동시에*** 적용될 것이라는 점이다. *국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태*라 일반적으로 불리는 상황에서 허용될 수 있는 인권보장의 이행에 대한 수정에 관하여는, 아래 2. 8절에 언급되고 제16장에서 자세히 다루어질 것이다.

[**추록**: 이스라엘은, 인권기준들은 국가의 영토를 넘어서는 적용되지 않는다는 이유로 점령하고 있는 팔레스타인 영토 내의 팔레스타인 사람들에 대한 처우에 관하여는 적용되지 않고, 나아가 점령하고 있는 팔레스타인 영토 내의 무력전 상황이 국제인도법은 적용하게 하지만, 인권법은 적용할 수 없게 한다고 주장하여 왔다. 그러나 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 이하, '사회권규약위원회'라 한다)는 이 주장을 받아들이지 않았다 (*Official Records of the General Assmbly, Fifty-eighth Session, Supplement No.40*(A/58/40), vol. I, para. 85(11)), the United Nations Committee on Economic, Social and Culture Rights(E/C.12/1/Add.90, para.15) and the International Court of Justice(*advisory opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*(I.C.J.Reports 2004).].

국제인권법은 모든 시기에, 즉 평시와 국내적·국제적 성격 여하를 불문하고 무력 분쟁을 포함하여 사회 혼란 시 모두 적용이 가능하다.

*이는 국제인권법과 인도법이 **동시에** 적용되는 상황이 있을 수 있음을 의미한다.*

2.6 국제인권조약에 대한 유보와 해석적 선언

인권 조약상 주어진 국가의 법적 의무의 범위를 평가함에 있어, 국가가 비준 또는 가입할 때 *유보(reservation)* 또는 *해석적 선언(interpretive declarations)*을 하

34) 1949년 8월 12일의 4개의 제네바협약에 공통된 제3조, 국제적인 무력분쟁 피해자 보호에 관한 1949년 8월 12일 제네바협약의 추가의정서 (의정서 I) 제75조, 비국제적 무력분쟁 피해자 보호에 관한 1949년 8월 12일 제네바협약의 추가의정서 (의정서 II) 제2조(1) 참조.

였는지를 확인할 필요가 있다. 이 매뉴얼에서 다루어지는 주요 인권 조약들은 비록 각각 이 주제를 약간씩 달리 규율하고는 있지만, 유보를 허용하고 있다. 당사국이 특정 조항에 대하여 스스로 이해하는 해석에 관한 단순한 선언이나 정책 발표가 아닌 실제로 진정한 유보를 하였는지를 결정함에 있어, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 이행을 감시하기 위하여 설치된 인권위원회(Human Rights Committee. 이하 및 이 매뉴얼 전체에서 '자유권규약위원회'라 한다)는 그 일반논평(General Comments) 제24호에서 "문서의 형식보다는 국가의 *의도*"를 고려해야 한다고 밝히고 있다.[35] 이 규약이 유보의 문제를 규율하는 특별조항을 포함하고 있지는 않지만, 자유권규약위원회는 "유보금지 조항이 없다는 것이 모든 유보를 허용한다는 의미는 아니고," 이 문제는 "국제법의 의하여 규율된다."고 언급하고 있다.[36]

조약법에 관한 비엔나협약 제19조(3)에 근거하여 위 위원회는 "유보의 해석과 허용 가능성의 문제"는 "대상과 목적의 심사"에 의하여 규율된다고 언급하고 있다.[37] 예컨대, 이 의미는 유보가 "명확하고 투명하여, 본 위원회, 유보국의 관할권 내에 있는 사람들과 타 당사국이, 인권준수의 의무 중 어떤 것이 채택되었는지 또는 채택되지 않았는지에 대하여 명확히 알 수 있어야 한다." 이와 유사하게 유보는 "일반적이어서는 안 되며, 동 규약의 특정 규정을 지칭하여 그에 관한 유보의 범위를 정확한 용어로 표시하여야 한다."[38]

미주인권협약은 제75조에서 명시적으로 이 협약은 "조약법에 관한 비엔나협약 규정에 따른 유보만이 허용한다."고 규정하고 있다. 미주인권재판소는 *The Effect of Reservations*에 관한 권고적 의견에서 제75조가 "조약의 대상과 목적에 배치되지 않는다"면 "국가는 스스로 적당하다고 판단하는 어떠한 유보도 할 수 있게 한다"고 이해할 때에만 그 "의미를 가질 수 있다."고 판시하였다.[39] 나아가 *Restrictions to the Death Penalty*에 관한 권고적 의견에서는 미주인권협약 제27조(2)에 의하여 어떠한

35) General Comment No. 24, in UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5 *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*(이하, *United Nations Compilation of General Comment*라 한다), p.150, para.3(강조는 추가됨) 참조. [추록: United Nations Compilation of General Comment는 정기적으로 업데이트된다. 인권조약기구(HRI/GEN/1/Rev.8 and Add.1)에 의해 채택된 일반논평과 일반권고의 모음집인 2006년판은 http://www.ods.un.org에서 볼 수 있다.]

36) Ibid., p.151, para.6.

37) Ibid. loc. cit.

38) Ibid., p.155, para.19.

39) *I-A Court HR, The Effect of Reservations on the Entry Into Force of the American Convention on Human Rights (Arts. 74 and 75) Advisory Opinion OC-2/82 of September 24, 1982, Series A,* No.2, p.18, para.35.

상황에서도 정지될 수 없는 권리와 관련하여, "그것에 따라 국가가 (협약상 의무로부터) 이탈할 수 없는(non-derogable) 어떤 기본적 권리를 정지하는 것을 가능하게 하기 위하여 고안된 유보는 이 협약의 대상과 목적과 배치되고, 결과적으로 이 협약에 의하여 허용되지 않는 것으로 간주되어야 한다."고 언급하였다.[40] 그러나 위 재판소는 "만약 유보가 그 근본 의도를 전체적으로 보아 권리를 박탈하지 않으면서 이탈할 수 없는 권리의 특정한 측면을 제한하는 것이라면 상황은 다를 수 있다."고 인정하였다.[41]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 마찬가지로, 아프리카헌장도 유보의 문제에 대하여 침묵하고 있다. 그러나 유럽인권협약(European Convention on Human Rights. 전체 명칭은 'Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms'이다. 이하, '유럽인권협약'이라 한다) 제57조[역주: 원문은 '제64조'로 되어 있으나, 오류이다]는 명시적으로 "일반적 성격"의 유보를 금지하면서 이 협약의 "서명 또는 비준 시 자국 영역에서 당시 적용 중인 국내법이 이 협약의 규정과 일치하지 않는 한도 내에서 해당 조항에 대해 유보할 수 있도록" 허용하고 있다.

이처럼 국제 조약을 해석하고 적용함에 있어서, 국내 법관, 검사와 변호사는 유보 또는 해석적 선언과 관련된 국가의 법적 의무를 또한 고려하여야 한다.

---

40) *I-A Court HR, Restrictions to the Death Penalty (Arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-3/83 of September 8, 1983, Series A, No.3,* p.83, para.61. [역주: 미주인권협약 제27조(1)은 당사국에 '자국의 독립이나 안보를 위협하는 전쟁' 등의 경우에 일정 요건하에 미주인권협약상의 의무로부터 이탈할 권리를 인정하고 있으나, (2)은 '위 규정은 법인격에 관한 권리, 생명권, 인도적 처우를 받을 권리, 노예상태로부터의 자유, 소급입법으로부터의 자유, 양심과 종교의 자유, 가정에 대한 권리, 성명에 대한 권리, 아동의 권리, 국적에 관한 권리, 공무담임권 또는 이들 권리를 보호하는 데 필요한 사법적 보장'에 대하여는 '정지를 허용하지 아니 한다.'고 규정하고 있다. 여기서 '이탈'은 'derogaiton'을 번역한 것이다. 아래 2.8(국제법적 의무의 이탈)에서 보는 바와 같이, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 유럽인권협약, 미주인권협약은 각각 '당사국은 … 경우에 규약(협약)상 의무로부터 이탈할 수 있다'는 규정을 두고 있어, 이탈의 주체는 당사국이고, 대상은 협약 또는 규약상의 의무이다. 이 매뉴얼에서 당사국이 주체인 경우에는 '이탈' 또는 '이탈할 수 없는'(non-derogable)으로 번역하는 것을 원칙으로 하였고, 다만 경우에 따라 예컨대 'non-derogable rights'와 같은 경우에는 '제한 불가능한 권리' 등과 같이 '제한' 또는 '제한 불가능한' 등으로 번역하였다.]

41) Ibid., p.84.

국제인권조약상의 국가의 법적 의무의 범위는 기존 유보 또는 해석적 선언과의 관계에서 고려되어야 한다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 및 미주인권협약상 유보는 조약의 대상 및 목적에 합치되어야 한다.

유럽인권협약은 일반적 성격의 유보를 금지한다. 유보는 이 협약의 특정 조항과 관련되어야 한다.

2.7 권리 행사의 한계

표현의 자유, 결사와 집회의 자유, 이동(移動)의 자유 그리고 개인의 사생활, 가정생활 및 통신의 존중에 관한 권리와 같은 특정 권리의 *행사*는, 비록 그것이 실체 자체는 아니지만, 일반적으로 타인의 권리와 자유, 국가안보, 공중보건 또는 도덕 등을 보호하기 위하여 부과되는 일정한 제한을 수반한다.[42] 이러한 제한은 신중한 이익형량의 결과이다. 이것은 도달된 균형점을 보여 주는데, 한쪽에는 자신들에게 속한 권리의 향유를 극대화하고자 하는 ***개인적 이익(indivisuals' interest)***이 있고, 다른 한쪽에는 ***법률에 합치되고***, 일정한 ***특정된 정당한 목적(specific legitimate purpose)***을 위하여 ***민주사회에 필요하다***는 전제하에서 이 권리의 행사에 일정한 제약을 가하고자 하는 ***일반적 이익(the general interest)***이 있다. 따라서 어떤 주어진 사례에서 이러한 제한을 해석하고 적용함에 있어서, ***일반적으로 그리고 개별적인 사례에 적용되는 제한적인 조치 또는 조치들의 비례성***에 대하여 신중한 심사를 하는 것이 필요할 것이다. 이 매뉴얼의 제12장에서는 특정한 사례들에서 이러한 제한이 어떻게 적용되는가에 관한 여러 사례를 소개한다.

인권의 행사에 대한 제한은 개인적 이익과 일반적 이익 간의 신중한 균형의 결과이고, 적법하기(lawful) 위하여는

- *법률에 의하여 규정되고,*
- *하나 또는 그 이상의 특정된 정당한 목적을 위하여 부과되고,*
- *민주사회에서 하나 또는 그 이상의 그러한 목적을 위하여 필요한 것이어야 한다(비례성).*

42) 예컨대, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제12조(3), 제13조, 제18조(3), 제19조(3), 제21조, 제22조(2), 아프리카헌장 제11조와 제12조(2), 미주인권협약 제11조(2), 제12조(3), 제13조(2), 제15조와 제16조(2), 그리고 유럽인권협약 제8조(2)부터 제11조(2) 참조.

필요한 제한이기 위해서는 그 제한이 일반적으로 그리고 개별적인 사례에 적용됨에 있어서 명확하게 확립된 사회적 필요에 답하는 것이어야 한다. 그 제한이 바람직하다거나 단지 민주적 헌법질서의 기능을 해하는 것이 아니라는 것으로는 부족하다.

2.8 국제적 법적 의무로부터의 이탈

*국가의 존립이 위협당하는 특별히 심각한 위기 상황*에서 3대 주요 일반 인권조약의 용어를 해석하고 적용함에 있어서, 국내 법관, 검사와 변호사는 관련 국가가 *임시적인 이탈*(derogation)에 의존하여 그 국제법적 의무의 범위를 수정하였을 가능성에 대하여도 고려하여야 한다. 예외적인 상황에서의 사법의 운용 문제는 제16장에서 다룰 것이고, 따라서 이러한 맥락에서 여기서는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(제4조), 미주인권협약(제27조) 및 유럽인권협약(제15조)은 모두 특별히 심각한 비상사태 상황에서 당사국이 이탈에 의존할 가능성을 규정하고 있다는 점을 지적하는 것으로 충분할 것이다[역주: 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조는 '국가의 생존을 위협하는 공공의 비상사태의 경우에 있어서 그러한 비상사태의 존재가 공식적으로 선포되어 있을 때에는 이 규약의 당사국'은 일정한 요건하에 '이 규약상의 의무를 이탈하는 조치를 취할 수 있다'고 규정하고 있고, 미주인권협약 제27조(1), 유럽인권협약 제15조(1)도 유사한 규정을 두고 있다].

그러나 아프리카헌장은 이에 상응하는 비상사태 규정을 두고 있지 않은데, 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 위원회(이하, '아프리카 인권위원회'라 한다)는 이러한 규정의 부재에 대하여 "인권의 제한은 국가적 어려움의 해결책이 아니고," "인권의 합법적인 행사는 법의 지배에 의하여 규율되는 민주적인 국가에 위협을 가하지 않는다는 원칙의 표현"으로 받아들이고 있다.[43)]

이탈할 수 있는 권리(the right to derogation)가 존재하는 조약에서, 그 권리는 ***엄격한 형식적 및 실체적 요건***을 따라야 하며, 이는 결코 정부들에게 그들의 조약상의 의무를 회피할 수 있는 무제한의 권한 부여를 의도한 것이 아니다. 특히, 앞에서 언급한 모든 조약에 따르면 그 채택된 제한들은 "위급한 상황에 의하여 엄격하게 요구되는 것"이어야 한다는 점에서 ***제한된 비례성의 원칙***이 적용된다. 더 나아가 생명권과

43) 일자 미상의 결정: *ACHPR, Cases of Amnesty International, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa v. Sudan, No. 48/90, 50/91, 52/91 and 89/93*, para.79 참조. 원문은 http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/48-90_50-91_52-91_89-93.html에서 볼 수 있다.

고문으로부터 자유로울 권리와 같은 일부 권리는 어떠한 상황에서도 이탈할 수 없고, 앞에서 언급한 조항들 제2항에서 규정하고 있는 이탈할 수 없는 권리의 목록이 열거적인 것이 아니라는 점을 지적할 필요가 있다. 달리 말하면, 어떤 권리가 이탈할 수 없는 것으로 명시적으로 나열되지 않았다고 해서, 당사국이 그 권리의 향유에 대하여 특별한 제한을 가할 수 있다는 반대논리를 주장할 수는 없다.

이탈조항이 인권의 행사에 대하여 예외적인 제한을 규정하고 있기 때문에, 국내 그리고 국제 법관 모두 이들 조항을 엄격하게 해석하여야 하는 그들의 의무를 인식함으로써 개인의 권리의 실체가 훼손당하지 않도록 하여야 한다. 항상 인권의 향유를 극대화함을 통하여, 국가는 그들의 위기상황을 긍정적이고, 건설적이고 지속가능한 방식으로 극복할 가능성이 더 많다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 미주 및 유럽인권협약에 의하면, 당사국은 특별히 어려운 일정한 상황에서 그들의 법적 의무 일부를 이탈할 수 있는 권리를 가진다.

이탈할 수 있는 권리는 엄격한 형식적 및 실체적 요건을 따라야 한다.

일부 기본적 권리는 어떠한 상황에서도 결코 제한될 수 없다.

이탈할 수 있는 권리는 개인의 권리의 실체를 훼손할 수는 없는 것으로 해석되어야 한다.

아프리카헌장에서는 이탈이 허용되지 않는다.

2.9 인권침해에 대한 국가의 국제적 의무

국제법상 국가는 관련 국가를 구속하는 조약이나 다른 어떠한 법의 연원에서건 인정된 인권의 효과적인 향유를 ***존중***하고 ***보장***할 그들의 법적 의무를 지키지 않은 경우 책임을 지게 된다. *Velásquez* 사건에서 미주인권재판소에 의하여 설명된 바와 같이 "국제법 규범상 어떠한 공공기관의 작위 또는 부작위로 인한 권리의 훼손이건 간에 국가에 책임을 물을 수 있는 행위를 구성하고, 국가는 관련된 법의 연원에 규정된 요건에 따라 책임을 지게 된다."[44] 위 재판소는 이 결정에서 미주인권협약 제1조(1)("이 협약의 당사국은 협약에서 인정된 권리와 자유를 존중하고, 자국 관할권 내의 모든 사람에게

44) *I-A Court HR, Velásquez Rodríguez case, Judgment of July 29, 1988, Series C, No.4, p.151, para.164.*

인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 다른 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 경제적 지위, 출생 또는 다른 사회적 조건을 이유로 한 어떠한 차별도 없이 그러한 권리와 자유의 자유롭고 완전한 행사를 보장할 것을 약속한다.")의 의미를 설명한 것이지만, 실제로는 국제인권법 전체에 적용 가능한 일반 법규범을 언급한 것에 불과하다.

국가가 책임을 지는 행위자는 행정공무원, 법관, 경찰, 교도소 공무원, 세관공무원, 교사, 정부 통제하의 기업 기타 유사 집단 등의 집단과 개인을 포함한다. 이것은 국가가 권리에 대한 침해를 ***예방하고***, 권리가 침해된 경우에는 이를 ***조사하고***, ***처벌하고***, 가능한 언제든지 피해를 ***회복시키고***, 그리고(또는) ***보상을 제공***할 의무가 있다는 의미이다.[45]

국제인권법은 또한, 때때로 중요한 ***제3자효(third-party effect)***를 가지는데, 국가는 ***사적인 개인이나 집단***의 인권침해행위를 ***예방***하기 위한, 또는 ***국내법상 그러한 침해로부터 적절한 보호를 제공***하기 위한 상당한 조치를 하지 않은 것에 대한 책임을 질 수도 있다.[46] 예컨대, 유럽인권협약 제8조의 사생활 및 가정생활을 존중받을 권리와 관련하여 유럽인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "이 조항은 기본적으로 공공기관에 의한 자의적인 간섭으로부터 개인을 보호하는 것인데, 이것은 단지 국가로 하여금 그러한 간섭을 회피할 것을 요구하고 있는 것만은 아니다. 이러한 기본적인 소극적인 의무 말고도, 사생활 또는 가정생활의 효과적인 존중에 있어서 고유한 적극적인 의무가 있을 수 있다 (…). 이러한 의무는 개인들 간의 관계의 영역에서도 사생활의 존중을 보장하기 위하여 고안된 조치들의 채택을 포함할 수 있다."[47]

따라서 유럽인권협약의 당사국은, 예컨대, 성폭력으로부터 사람들을 보호하기 위하여[48] 또는 위 협약 제3조(고문, 비인도적 또는 굴욕적인 취급이나 형벌을 받지 아

45) Ibid., p.1 52, para.166 참조. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조의 생명권에 대한 효과적인 보호를 제공할 의무에 대하여는, 예컨대 General Comment No.6, in *United Nation Compilation of Genera Comment,* pp.114~116 참조.

46) 미주인권협약과 관련해서는, *I-A Court HR, Velásquez Rodríguez Case, Judgment of July 29, 1988, Series C, No.4,* pp.155~156, paras.176~177 참조. 그리고 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 관해서는 UN doc. *GAOR*, A/47/40, Report HRC, p.201, para. 2 참조. 유럽 차원에서는, 예컨대 *Eur. Court HR, Case of A. v. the United Kingdom, Judgment of 23 September 1998, Reports 1998, Reports 1988-VI,* at p.2692 et seq 참조.

47) *Eur. Court HR, Case of X. and Y. v. the Netherlands, Judgment of 26 September 1985, Series A, No.91,* p.11, para.23.

48) Ibid., p.14, para.30 and p.13, para.27.

니할 권리)에 대한 침해를 구성하는 가족구성원에 의한 체벌의 사례[49] 등과 같이 "사생활의 근본적인 가치들과 본질적인 측면들이 위태로울 때" 그들의 국내법에 "실용적이고 효과적인 보호"를 규정하여야 할 것이다.

그 관할권하의 모든 사람의 생명권을 ***보장할*** 의무와 관련하여, 유럽인권재판소는 이는 "예방, 억제 및 처벌을 위한 법집행기구에 의하여 뒷받침되는, 사람에 대한 공격행위를 억제할 효과적인 형법 규정을 마련할 기본적인 의무"를 포함한다고 판시하였고, 더 나아가 다음과 같이 판시하였다.

> "이 의무는 또한 적당한 상황에서 다른 개인의 범죄행위로 그 생명이 위태로운 개인이나 개인들을 보호하기 위한 예방적 조치를 취할 적극적인 의무로 확장된다 (…)."[50]

이러한 결정들은 국가의 국제법적 의무의 범위를 엄격한 공공의 영역을 넘어 사생활의 영역으로 확장시켜 아동, 여성과 정신장애인의 신체적 · 정신적 인권침해와 같은 다양한 형태의 인권침해에 대한 보다 더 적절하고 효과적인 보호를 가능하게 한다는 점에서 중요한 의미가 있다.

*****

그러나 국가는 피해를 주장하는 이들에 대하여 법원이나 행정당국의 작용을 통하여 적절하고 효과적인 구제를 제공하지 못한 경우에만 인권침해에 대한 국제적 책임을 지게 된다. 사법적 또는 준사법적 성격의 국제감시기구가 피해를 주장하는 이의진정(complaints)을 고려하기 전에 모든 *효과적인* 국내 구제책을 사용하여야 한다는 국제적 차원의 요건은 바로 국가 스스로 위법행위를 바로잡을 수 있도록 하기 위하여 도입되었다. 이는 또한 개인의 보호를 위한 다양한 국제기구의 설치는 사실상 개인의 보호를 위하여 활용 가능한 국내시스템에 대하여 "보조적"이라 는 것을 의미하는데, 이들이 "계쟁 절차를 통해서만, 그리고 모든 국내 구제책이 사용된 이후에만 작용"하기 때문이다.[51]

권력남용의 피해자에 대한 보호와 보상을 제공할 국가의 의무는 이 매뉴얼의 제15장에서 어느 정도 자세히 다루어질 것이다.

---

49) 양아버지에 의한 아동의 구타에 대한 영국의 책임과 관련된 *Eur. Court HR, Case of A. v. the United Kingdom, Judgment of 23 September 1998, Reports 1998-VI.*

50) *Eur. Court HR, Case of Mahmut Kaya v. Turkey, Judgment of 28 March 2000,* para.85. 사용된 텍스트는 http://hudoc. echr.coe.int/hudoc에서 볼 수 있다.

51) 유럽인권협약에 관한 언급, *Eur. Court HR, Case of Handyside, Judgment of 7 December 1976, Series A, Vol. 24,* p.22, para.48.

*국제인권법에 구속되는 경우 언제나 국가는 그 관할권하의 모든 사람에게 인권의 효과적인 보호를 보장할 **엄격한** 법적 의무를 진다.*

*인권을 보호할 국가의 법적 의무는 인권침해를 **예방하고, 조사하고, 처벌하고,** 또한 가능한 언제든지 권리를 회복시키거나 **보상을 제공**할 의무를 내포하고 있다.*

*국가는 공공기관에 의하여 행해진 인권침해에 대하여 보호를 제공할 법적 의무뿐만 아니라, **사인** 간에 행해진 인권침해에 대해서도 그 국내법에 적절한 보호의 존재를 보장할 법적 의무를 질 수 있다.*

3. 기업과 인권

최근 몇 년간 기업과 같이 국가 외의 다른 주체들이 그들의 다양한 활동에 있어서 국제인권법 규범을 지키지 않은 것에 대하여 법적인 책임을 질 수 있는지 또는 져야 하는지 그리고 그 책임 범위가 어떻게 되는지의 문제에 대하여 광범위한 논의가 있었다. 국가는 사인에 의해서 행해질 수 있는 심각한 인권침해에 대하여도 그 국내법에 따라 적절한 구제를 제공해야 할 의무가 있을 수 있다는 점은 앞의 논의에 비추어 명백하고, 이러한 논리는 기업의 활동에 대해서도 동일하게 적용될 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 이것은 기업 스스로 어떤 불법행위에 대하여 국제법적 의무를 진다고 말하는 것과 같은 것은 아니다.

인권을 보장할 기업의 법적 의무에 관한 국제적 차원의 논의는 특히 노동자들을 인권침해로부터 보호하거나 불필요한 훼손이나 파괴로부터 환경을 보호하기 위한 기준과 관련하여 풍부한 아이디어를 제공한다. 그러나 이 중요한 영역에서의 법의 발전은 아직 시작단계에 있다고 볼 수 있고, 현시점에서 제기되는 논의들은 주로 입안되어야 할 *바람직한 법(lex ferenda)*의 영역에 속한다.

이 매뉴얼의 목적이 국제법상 국가의 법적 의무를 설명하는 데 있기 때문에, 인권을 보호할 기업의 법적 책임의 가능성에 대하여는 더 이상 논의하지 않을 것이다. 그러나 법관, 검사와 변호사는 국내적 차원에서 그들의 직업적 의무를 수행함에 있어서 이 문제에 부딪힐 가능성이 많다. 따라서 국내법상 기업이 가질 수 있는 개인의 권리와 환경을 보호할 의무에 더하여, 국제적인 차원에서 논의가 진행되고 있다는 사실과 기업은 국제법상으로도 최소한 기본적인 인권을 존중하는 방식으로 기업을 운영할 윤리적 의무가 있다는 사실을 인식하는 것은 법조직역 구성원들에게 유용할 수 있다.[52)]

52) 기업과 인권 문제에 관한 추천 문헌으로는 Michael Addo, *Human Rights Standards and the*

국가는 그 국내법에서 기업에 의하여 행해진 인권침해에 대하여 적절한 보호를 보장하도록 할 국제법적 의무를 질 수 있다.

기업 자신도 인권 영역에서 국내법에서 유래하는 법적 의무를 질 수 있다.

국제적 차원에서 기업은 최소한 기본적인 인권을 존중해야 할 윤리적 책임을 가지는 것으로 여겨진다.

4. 국내 차원의 국제인권법

4.1 국제법의 국내법 체계로의 수용

앞에서 언급된 바와 같이, 그리고 조약법에 관한 비엔나협약 제27조에 규정된 바와 같이, 국가는 "조약의 불이행에 대한 정당화의 방법으로 그 국내법 규정을 원용해서는 아니 된다." 다른 한편으로, 국가는 그 국제법적 의무를 효과적으로 이행하기 위한, 그리고 국내법을 이러한 의무에 합치시키기 위한 그 자신의 방법을 자유롭게 선택할 수 있다. 일부 유사성을 가지고 있기는 하지만, 이 측면에서 국내법 체계들은 상당한 차이가 있기 때문에, 관련된 각각의 국내 법관, 검사와 변호사는 국가의 국제법적 의무가 국내법에 수용되는 방식에 관하여 숙지하고 있어야 한다. 다음은 국가가 국내법을 그 국제법적 의무와 합치시키기 위하여 국내법을 수정할 수 있는 다양한 방식에 관한 단지 일반적인 설명이다.

- 첫째, 사실상 여러 다른 견해가 존재하는[53] *일원주의* 이론에 의하면, 국제법과 국내법은 일반적으로 하나의 법체계를 형성하는 것으로 설명된다. 이것은, 예컨대 국가가 개인의 보호에 관한 조약을 비준하면 그 조약의 요건들은 자동적으로 구속력 있는 국내법의 규범이 된다는 것을 의미한다.
- 둘째, 이원주의 이론에 의하면, 국내법과 국제법은 다른 법체계이다. 국내법은 최고규범이고, 예컨대 국내 법관이 국제조약 규범을 적용할 수 있는 권한을 가지기 위해서는 이 조약 규범들은 국내법으로 *특정되어 채택되거나 전환*되어야 한다. 따

Responsibility of Transnational Corporations (The Hague, Kluwer Law International, 1999); and Alan Dignam and David Allen, *Company Law and the Human Rights Act 1998 (London, Butterworth, 2000).*

53) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press, 3rd edn., 1979), p.34 참조.

라서 관련 국가에 의하여 비준된 인권조약은 보통 의회의 입법을 요구하는 절차에 의하여 그 조약이 국내법으로 수용되지 않으면 원칙적으로 국내 법관에 의하여 적용될 수 없다.

그러나 이 이론들은 국내 또는 국제기구의 행동을 반영하지 못한다고 비판을 받아왔고, 점차 그 기반을 상실하고 있다. 따라서 법률실무가들에게는 오히려 이론보다는 실제를 강조하는 것이 중요하다.[54] 국제법 일반, 특히 국제인권법의 역할 및 국내적 인식과 이해의 변화는 국내 법원에서 그 법의 활용을 증가시켰다. 따라서 이 매뉴얼의 목적 중의 하나는 이러한 근본적인 변화에 법관, 검사와 변호사가 적응하고 기여할 수 있도록 준비하게 하는 것이다. 다음은 국제인권규범이 국내법에 포함될 수 있거나 또는 국내 법원 기타 권한 있는 당국에 의하여 적용될 수 있는 주요 방법 중의 일부를 나열한 것이다.

- ***헌법***: 많은 헌법은 실제로, 예컨대, 세계인권선언, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이나 지역적 인권 협약의 문언(text)을 따른다고 볼 수 있는 많은 인권규정을 포함하고 있다. 이러한 공통된 언어(language)의 사용은 법관, 검사와 변호사로 하여금 그 자신의 헌법 또는 다른 규정의 의미를 해석함에 있어 특히 국제 법원 기타 감시기구의 법리(jurisprudence)를 활용할 수 있도록 한다.
- ***다른 국내법***: 많은 국가는 그들의 헌법규정을 명확하게 하거나 정교하게 하기 위하여, 또는 그들의 국내법을 국제법적 의무에 적합하게 하기 위하여 특정한 법을 채택한다. 국제법을 국내법으로 전환시킬 때, 종종 동일한 법률용어가 사용되고, 따라서 법률가들은 국제적 법리나 타국의 법리로부터 도움을 받을 수 있게 된다.
- ***편입(Incorporation)***: 많은 국가는 또한 흔히 국내법을 제정함으로써 국제인권조약을 그 국내법에 편입하기도 한다. 예컨대, 영국에서 유럽인권협약과 관련된 사례가 그러한 경우인데, 2000년 10월 2일에 발효된 *1998년 인권법(Human Rights Act, 1998)*에 의하여 위 협약은 영국법에 수용되었다.
- ***자동 적용가능성***: 일부 국가에서는 조약이 국내법보다 우위에 있고, 따라서 조약은 해당 국가에 의하여 비준되자마자 국내 법원에서 자동적으로 적용할 수 있게 된다.
- ***관습법(common law)의 해석***: 관습법 원칙의 해석에 있어서, 법관은 국제인권법과

54) 일원주의와 이원주의에 대하여 Higgins는 "물론, 어떤 견해를 취하든지, 양자가 충돌할 때 어떤 체계가 우선하는지의 문제는 여전히 남는다. 그리고 실제 세계에서는 답은 종종 답을 내리는 법원(국제 또는 국내법원을 불문하고)과 던져진 질문에 달려있다"고 언급했다. 그에 의하면 "다른 법원이 이 문제를 다르게 다룬다." Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*(Oxford, Clarendon Press, 1994), p.205 참조.

그 법을 해석하는 국제적 법리에 큰 영향을 받을 수 있다.

❖ ***법적 공백이 있는 경우***: 일부 국가에서는 특히 인권과 관련한 국내법이 존재하지 않을 수 있다. 그러나 상황에 따라서는 법관과 변호사는 개인의 보호를 위한 일부 기본적인 법 원칙들을 적용하기 위하여 관련된 국제인권법뿐만 아니라 국제 판례법(case-law) – 또는 타국의 판례법 – 에 의존할 수 있다.

최근 몇 년간 국가들이 그 국내법을 국제법적 의무에 맞게 조정하는 것을 돕고, 또한 법률가들이 인권을 그 특정 관할권 내에서 살아있는 현실로 만들 수 있게 이들을 훈련하기 위한 많은 노력이, 유엔의 전문적 지원 프로그램을 통하여, 그리고 미주기구(Organization of American States. 약칭 OAS), 유럽평의회, 유럽 안보협력기구(Organization for Security and Cooperation in Europe) 등 지역기구에 의하여 제공된 다양한 훈련 프로그램을 통하여 있었다. 수많은 독립된 인권연구소와 비정부기구(NGO)도 다양한 법률가들에 대한 많은 훈련 프로그램을 가지고 있다.

국가는 국제법 위반을 정당화하기 위하여 그 국내법을 원용할 수는 없지만, 그 법의 이행을 위한 방법은 자유롭게 선택할 수 있다.

4.2 국내법원에서의 국제인권법의 적용: 몇 가지 사례

영미법계와 대륙법계 모두 국제인권기준을 자주 해석하고 적용하는 국내 법원의 수가 증가하고 있다. 다음의 사례들은 그러한 기준이 국내법원의 결정에 어떻게 영향을 미치고 있는지를 보여준다.

[독일]

사이언톨로지(Scientology) 교회에 속한 미국 피아니스트와 Baden-W rttemberg 정부가 관련된 사례에서, Baden W rttemberg 행정항소법원(Administrative Court of Appeal)은 독일기본법뿐만 아니라 유럽인권협약 제9조(사상 · 양심 및 종교의 자유), 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조(사상 · 양심 및 종교의 자유) 및 제26조(차별금지)에 비추어 원고의 항소의 이유를 심사하였다.

소송은 세계육상선수권대회의 기본 프로그램을 일반인들에게 알리기 위해 열리는 콘서트에 위 피아니스트가 참가하는 것에 대해 정부를 대신한 대리인과 위 피아니스트 간의 협상에서 발생했다. 이 협상은 당사자인 피아니스트가 사이언톨로지 교회

의 구성원이라는 사실이 알려지면서 결렬되었다. Baden-W rttemberg 의회가 제기한 질의에 대한 서면 답변에서, 문화체육부 장관은 가족, 여성, 교육 및 예술부 장관과의 협의 하에, 위 피아니스트가 사이언톨로지 또는 기타 유사한 집단에서 활발히 활동하고 그 집단에 속한 것을 스스로 인정한 경우라면 국가의 문화행사 지원은 재고(再考)되어야 하고, 그 이유 때문에 원래 구상대로 그 피아니스트가 공연하도록 하는 것을 철회하였다고 설명하였다. 위 피아니스트는 정부 부처의 서면 답변에 의하여 자신의 종교의 자유가 침해되었다고 주장하였다. 그러나 행정항소법원은 유럽인권협약 제9조와 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조에 의한 보호가 침해된 것이 아니라는 결론을 내렸다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조의 위반이 있었다는 주장에 대해서도, 위 법원은 마찬가지로 그 위반이 없었다고 판시하였다. 이는 위 정부부처의 답변이 제3자 또는 대리인에 의하여 조직되는 행사에 제공 가능한 기금의 분배와 관련하여 장래에 따라야 하는 특정한 절차를 공표하는 것에 국한되어 있었으므로, 위 피아니스트의 신념이나 종교적 믿음에 근거한 차별적인 처우를 초래하지 않았다는 것이었다. 이러한 이유에서 이 사건의 원고가 그 자신이 어떠한 기금의 수혜자가 아니었다는 점을 고려하면, 기금 지원 신청이 위에서 언급된 사유에 의하여 거부되더라도 그가 위 국제규약 제26조에 의해 보호받을 수 있는지는 굳이 규명할 필요가 없다는 것이었다.[55]

[뉴질랜드]

뉴질랜드에서 가장 유명한 인권사건 중의 하나인 1994년 *Simpson v. Attorney General* 사건은 원고의 가택에 대한 상당성을 잃은 수색이 1990년 뉴질랜드 권리장전법(the New Zealand Bill of Rights Act 1990)을 위반한 것이라고 주장하면서 발생하였다. 항소법원은 그 결정에서 다음과 같이 강조하였다.

> "권리장전의 목적은 뉴질랜드에서 인권과 기본적 자유를 확인하고, 보호하고 증진하며, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 대한 뉴질랜드의 책무를 확인하기 위한 것이었다. 이러한 목적으로부터, 권리장전의 보장이 침해되었다고 주장하는 모든 사람에 대하여 효과적인 구제가 마련되어야 함을 묵시적으로 확인할 수 있다."[56]

위 법원의 관점에서는 "무고한 사람의 권리에 대한 침해가 있는 경우," "재정적

55) Urteil vom 15. Oktober 1996, Verwaltungsgerichtshof Baden-W rttemberg, 10 S 1765/96, 특히, pp.11~16, 국제규약 제26조에 대해서는 p.16 참조.

56) *Simpson v. Attorney General* (1994) 1 HRNZ at 42~43

보상"은 "적절하고 적당하며, 사실상 유일하게 효과적인 구제책이다."[57] 위 법원에 의견에 의하면, 이것은 "권리장전의 권리 중심의 접근과 인권침해의 구제에 관한 국제적 법리와의 관계에서 일관성을 유지하는 것이었는데," 이 점에 있어 자유권규약위원회와 미주인권재판소 모두의 구제에 관한 법리가 인용되었다.[58]

[영국]

국제인권법이 중요한 역할을 한 최근 몇 년 사이에 결정된 가장 유명한 사건은 1999년 3월 24일 상원(House of Lords. 역주: 영국에서 대법원이 설치되기 전의 사례이다)에 의하여 결정된 Pinochet 사건이다. 이는 칠레 상원의원, 그리고 칠레의 전 국가원수를 그가 권력에 있었을 때 행한 살인음모, 고문과 고문음모, 인질 억류와 음모의 범죄에 대하여 재판을 받을 수 있도록 영국에서 스페인으로 범죄인 인도가 될 수 있도록 해달라는 요청에서 유래한 사건이다[역주: Pinochet는 1991년 선거에서 패한 후 대통령직에서 물러나 런던에서 요양하던 중 Pinochet의 군부독재 당시 발생한 스페인인에 대한 납치사건 때문에 스페인 정부가 내린 국제수배령에 의해 1998년 10월 영국 사법당국에 체포되었다. 이에 스페인 정부가 영국 정부에게 범죄인 인도 요청을 하였다]. 1984년 고문과 그 밖에 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. 약칭 '고문방지협약')상의 의무는 1988년 형사정의법(Criminal Justice Act 1988) 제134조에 의하여 영국법에 편입되었고, 1988년 9월 29일에 발효되었다. 고문방지협약은 1988년 12월 8일에 비준되었다. 이러한 변화에 의하여 고문은 그것이 세계 어느 곳에서 벌어졌든지 간에 영국에서 재판 가능한 형사범죄가 되었다. 상고에 의한 상원에서의 문제는 범죄인도가 가능한 범죄행위가 있었는지, 그리고 있었다면 Pinochet가 이러한 범죄를 행한 것에 대하여 재판으로부터 책임면제가 되는지에 대하여 초점이 맞추어졌다.[59] 이 쌍방가벌성[double criminality. 역주: 외국과의 관련성을 가지는 범죄에 대해 법정지국(法廷地國)이 형벌권을 행사하기 위한 전제로서 행위지국의 법도 그것을 또한 가벌적인 것으로 보는 것을 요구하는 법리로서 형법적용법, 국제형사법, 범죄인인도나 국제형사사법공조에서 문제되는 개념이다] 문제는 중요한 쟁점이 되었고, 상원의 과반수는 Pinochet 상

57) Ibid., p.43.

58) Ibid., loc. cit.

59) Lord Brown Wilkinson의 문제의 정의에 대하여, *House of Lords, Judgment of 24 March 1999 – Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)* 참조. 이 결정은 http://www.publications.parliament.uk.에서 볼 수 있다.

원의원이 *발생 당시* 영국에서 범죄가 되는 행위와 관련된 혐의에 의해서만 범죄인 인도가 될 수 있다는 의견이었다. 상원의 과반수는 고문방지협약에 의하여 고문에 관한 국가면제(State immunity)는 제외되었고, 1988년 12월 8일 이후에 행해진 고문과 고문음모 범죄는 범죄인 인도가 가능하다는 결론을 내렸다. 반면, 상원의 소수는 형사정의법 1988의 제134조가 발효된 1988년 9월 29일부터 영국 법원은 국외관할권을 가진다는 입장을 취했다.

이 결정은 영국 내무장관으로 하여금 Pinochet 인도에 대한 스페인의 요청과 관련된 절차를 진행할 수 있도록 하였다. 그러나 2000년 3월 2일 의료 전문가들이 칠레의 전 국가원수가 재판을 받기에는 건강상태가 좋지 않다는 결론을 내린 후, 내무장관은 그를 스페인으로 범죄인 인도를 하지 않고, 그는 자유롭게 영국을 떠날 수 있다는 결정을 하였다. 이러한 최종 결과에도 불구하고 이 사건은 고문방지협약의 효력 발생의 결과로서 국제범죄에 관한 국가면제라는 관념의 약화를 확인하였다는 점에서 국제인권법상 획기적인 사건이다.

[남아프리카 공화국]

남아프리카 공화국의 예는 아파르트헤이트(apartheid) 체제의 붕괴 후 국제인권기준에 크게 영향을 받은 헌법에 기초하였고, 그 헌법이 제2장에서 자세한 권리장전을 포함하고 있다는 점에서 중요하다. 그 권리장전은 평등권, 사람의 자유와 안전에 대한 권리, 표현, 집회 및 결사의 자유, 정치적 자유, 환경권, 재산권, 적정한 주거에 대한 접근권, 의료서비스 및 충분한 음식에 대한 권리, 사회보장, 아동의 권리, 기초교육에 관한 권리, 법원접근권 및 체포, 구금, 기소된 자의 권리 등 광범위한 권리를 포함하고 있다.

국제인권법은 국내적 차원에서 법의 발전에 상당한 영향을 미쳐왔고, 이제 국내 법원에 의하여 자주 원용되고 적용되고 있다.

5. 인권의 이행에 있어서의 법률가의 역할

지난 수십 년간 법의 발전의 결과로 인권은 더 이상 "주변부 활동"이 아닌 "모두에게 기본적이고 공법과 사법의 모든 경제적 및 사회적 법적 활동에 스며드는 법의 영

역"이 되어가고 있다.[60] 최근 특별히 흥미로운 발전은 "인권법의 광범위한 중요성"이 기업과 기업변호사에 의해서도 인정되고 있다는 점이다.[61] 그러나 비록 국제인권법의 국내법의 다양한 측면에 대한 영향력은 점차 증가하고 있지만, 그 진정한 잠재력은 여전히 연구되어야 할 대상이다.[62]

전 세계의 법관, 검사와 변호사는 이 잠재력을 탐구하고, 항상 개인 권리의 존중을 포함하여 *정당한 법의 지배*가 보편화하는 것을 담보하기 위하여 그들 각자의 권한을 사용해야 한다는 전문적인 역할과 의무가 있다. 이 매뉴얼 전체는 법률가들에게 그들 일상 업무에 대한 정보와 안내를 제공하는 데 초점을 맞추고 있는데, 제4장은 법관, 검사와 변호사의 업무를 규정짓는 구체적인 규범과 원칙에 초점을 맞출 것이다. 이러한 규범과 원칙은 일관되고 정확하게 적용되어야 하는데, 이는 법관, 검사와 변호사가 아마도 국내 및 국제인권법을 적용함에 있어서 유일하고 가장 중요한 역할을 수행하기 때문이다. 그들의 업무는 인권의 효과적인 법적 보호의 주요 중심축을 구성하고 있고, 이것이 없으면 권력의 남용에 대한 개인의 보호를 목적으로 하는 숭고한 원칙들이 그 중요성의 상당 부분, 심지어 그 전부를 훼손당할 수 있기 때문이다.

6. 맺음말

이번 장에서는 평화롭고, 안전하고, 정당한 국내 및 국제 법질서에 대한 황폐해진 세계의 열망으로부터 시작된 개인의 국제적 보호에 대한 현대적 발전의 개요를 제시하였다. 더 나아가 국제인권법과 관련된 기초적인 법적 관념 중 일부를 설명하였고, 비록 일반적인 내용이기는 했으나 권력 남용으로부터 개인을 보호하기 위해 사용 가능한 법적 도구들을 효과적으로 활용하기 위하여, 법률가들이 그들 각자의 권한영역에서 수행해야 할 역할에 대하여 제시하였다. 우리는 이제 현존하는 주요 보편적 및 지역적 인권협약의 용어와 기능에 대하여 간결하게 검토할 것이다.

60) Lord Goldsmith QC and Nicholas R. Cowdery QC의 사설, "The Role of the Lawyer in Human Rights", in *HRI News (Newsletter of the IBA Human Rights Institute), vol.4, No.2, 1999*, p.1 참조.

61) Ibid., loc. cit. 또한, Nicholas R. Cowdery QC, "Human Rights in Commercial Practice – an IBA Perspective", ibid., pp.16~18, and Stephen Bottomley, "Corporations and Human Rights", ibid., pp.19~22 참조.

62) Justice Kirb의 연설 인용, ibid., p.10 참조.

제 2 장

주요한 보편적 인권문서들과 그 이행을 위한 메커니즘

제2장

주요한 보편적 인권문서들과 그 이행을 위한 메커니즘

학습 목표

- *주요한 보편적 인권조약들 및 그 이행 방식을 습득하고, 다른 관련 문서들의 내용을 강조한다.*
- *법률 실무가들이 이러한 법적 자원들을 원칙적으로 국내적 차원에서, 그러나 어느 정도는 국제적 차원에서 어떻게 사용할 수 있을 것인지의 문제에 관하여 기본적인 이해를 도모한다.*

질문

- *당신이 법관, 검사 또는 변호사로서 직무를 수행할 당시 권리를 침해당하였다고 주장하는 피고인, 피고, 피항소인, 의뢰인을 만난 적이 있는가?*
- *그에 대하여 당신은 어떻게 반응하였는가?*
- *국제인권법이 그 문제를 해결할 지침을 제공할 수도 있다는 점을 알고 있었는가?*
- *당신은 피해자라고 주장하는 자가 궁극적으로 자신의 고충을 국제감시기구에 진정할 수도 있다는 것을 알았는가?*
- *(만일 알지 못하였다면) 이를 당신이 알았다면 위와 같은 인권침해 주장에 대한 당신의 대응방법에 변화를 가져왔을 것으로 생각하는가?*
- *당신은 인권침해를 당한 피해자라고 주장하는 자를 대리하여 국제기구에 당신의 국가를 상대로 한 진정을 제기한 적이 있는가?*
- *만일 그러한 적이 있다면 그 결과는 어떠한가?*
- *그러한 진정과 관련하여 당신은 일반적으로 어떤 경험을 하였는가?*

1. 들어가며

1.1 이 장의 범위

이 장에서는 보편적(universal) 차원의 주요한 인권조약 중 일부의 ***실체적 내용*** 및 ***이행통제 메커니즘***의 범위를 살펴볼 것이다. 최근 수십 년간 이러한 조약이 꾸준히 증가해 왔기 때문에, 이 장의 한정된 틀 내에서는 많은 종류의 권리를 인정하고 있는 일반적인 범주의 협약들과 함께 집단살해, 고문, 인종차별 및 여성차별 등 더욱 침해적이고 차별적인 관행에 집중된 특정 목적을 위하여 채택된 일부 협약만을 다루도록 한다. 이 협약들은 법관, 검사, 변호사가 그들의 직무를 수행하는 과정에서 해석하고 적용하게 될 가능성이 많은 조약이기 때문에 선택되었다.

따라서 이 장에서는 우선 유엔 체제 하에서 체결된 주요 조약들을 살펴본 후, 다음으로 유엔 총회에서 채택된 주요 결의 중 일부를 간략히 살펴본다. 이는, 이러한 결의들이 그 자체로는 법적 구속력이 없지만, 그 결의의 내용이 적어도 국내의 법관, 검사, 변호사들에게 중요한 지침과 영감의 근거가 되는 정치 · 윤리적 가치를 담고 있기 때문이다. 그 다음으로, 범죄방지 및 범죄자처우에 관한 유엔 회의 및 유네스코(UNESCO) 총회에서 채택된 일부 문서들에 대하여 간단히 살펴보도록 한다. 마지막으로, 이 장은 유엔의 인권감시를 위한 규약 이외 메커니즘을 간략히 살피도록 한다. 위 메커니즘은, 유엔의 모든 회원국이 "인종 · 성별 · 언어 또는 종교에 관한 차별이 없는, 모든 사람을 위한 인권과 기본적 자유의 보편적 존중 및 준수라는 [목적의 달성을 위하여] 유엔과 협력하여 공동의 조치 및 개별적 조치를 취하겠다."라는 일반적인 법적 약속을 하였음을 근거로 유엔의 모든 회원국에 적용된다[유엔 헌장 제56조를 제55조(c)와 연결하여 읽은 것임].

1.2 국제조약에 기초한 통제 메커니즘

조약의 이행과 관련하여, 이 장에서 다룰 조약들은 각기 다른 제도를 두고 있는데, 그 제도는 일반 · 특정 ***보고절차(reporting procedures)***에서부터, 개인이나 개인의 집단, 일부 경우에 있어서는 다른 국가가 제기하는 ***진정에 대한 결정(adjudication of complaints)***을 포함하는 준사법적 · 사법적 메커니즘에 이르기까지 다양하다. 이러한 다양한 절차는 여러 측면에서 상호보완적이라고 볼 수 있고, 직접적인 목적이 조금씩 다르기는 하지만 궁극적인 목적은 인권보호로 동일하다.

대략 살펴보면, 보고절차는 조약상 의무를 이행하는 과정에서 이루어진 개선점

에 관하여 완전하고 체계적인 목록을 만드는 기능을 가진다. 보고절차는 관련 국제감시기구와 당사국 사이의 대화를 이끌어내어, 당사국이 국제조약상 의무에 맞추어 국내법과 관행을 바로잡도록 지원하는 것을 목적으로 한다. 이 보고서들은 당사국 대표들이 참여한 가운데 공개적으로 심의되고 논의된다. 이러한 논의는 물론 당사국의 인권상황의 ***일반적인*** 개선을 목적으로 하는 것이어서, 침해가 인정되더라도 ***개별적 구제***를 하지는 않는다. 또한, 비정부단체(NGO)들이 다양한 위원회의 활동에 참여하려는 경향이 점차 증가하고 있다. 이 단체들은 심의 중인 관련국의 인권상황에 관하여 중요한 정보원이 되고, 위원회에서 다루어지는 법적 쟁점에 관한 전문지식을 가지고 있는 경우도 종종 있다. 따라서 이들은 논의과정에서 유용하게 간접적으로 기여할 수 있다.

당사국은 여러 국제감시기구에 제출할 정기보고서를 준비하는 과정에서, 국내법의 형식적 상황뿐만 아니라 실제 적용방식에 관해서 깊이 있는 정보를 제공할 의무를 부담한다. 위 보고서들을 준비하는 과정에서 당사국은 여러 법률가의 지원을 필요로 할 수도 있을 것이다.[1)]

준사법적인 절차 및 순수 사법적 절차는, 개인(일부 조약의 경우 개인들의 집단 또는 당사국 역시)이 청원(communication, petition)을 제기함으로써 개시된다. 위 절차들은 기본적으로는 재판소나 위원회에 제기된 ***당해 사안의 인권침해를 바로잡고***, 필요한 경우, 궁극적으로 당사국을 설득하여 국제법적 의무에 걸맞게 국내법을 고치도록 하는 것을 목적으로 한다. 보편적 지역적 국제적 법적 절차의 결과로서, 그동안 여러 국가의 국내법이 수많은 변화를 겪었다.

그러나 우리는 ***국제적 절차는 결코 국내적 차원의 실효적 법적 절차의 대체물이 될 수 없음을*** 유념해야 한다. 인권은 국내 당국에 의하여 국내적 차원에서 실현되어야 진정하게 보호될 수 있는 것이며, 제1장에서도 강조한 것처럼 국제적인 진정 절차는 개인을 보호하기 위한 국내 제도를 보충하는 기능을 가지는 것이다. 즉 국제적 절차는, 인권 기준이 효율적으로 보호되는 것을 보장하기 위한 내부 메커니즘이 제대로 작동하지 않는 경우 제공되는 최후의 수단인 것이다.

인권분야에서 국제조약에 기초한 통제 메커니즘은 보고절차, 개인 또는 국가 간 진정에 대한 결정 절차로 구성된다.

1) 이들 보고서의 작성방법에 관해서는 유엔, 유엔연수원(UNITAR) 및 유엔인권센터에서 출판한 *Manual on Human Rights Reporting*, p.464 참조

인권과 자유를 보호하기 위한 국제적 절차는 당사국들의 국내법 제도상의 절차를 보충하는 것이다.

국제적 절차는 결코 인권보호를 위한 효율적인 국내법적 절차의 대체물이 될 수 없다.

1.3 시민적 및 정치적 권리, 그리고 경제적, 사회적 및 문화적 권리

이 매뉴얼 제14장에서 좀 더 자세히 살펴보겠지만, 유엔은 처음부터 시민적, 문화적, 경제적, 정치적 및 사회적 권리의 상호 의존성을 강조하였다. 그러나 우선, 흔히 인용되는 구별 즉, 시민적 및 정치적 권리와 경제적, 사회적 및 문화적 권리 사이의 구별에 대하여 재고할 필요가 있다. 위와 같은 구별에 의하면, 전자를 존중하기 위하여 당사국이 기본적으로 해야 할 일은 살인, 강제 실종, 고문 그리고 이와 유사한 행위를 하지 않는 ***소극적인*** 것인 반면에, 후자를 이행하기 위해서 당사국은 강력한 ***적극적인*** 조치를 취해야 한다.

그러나 제1장에서 지적한 것처럼, 그리고 이 매뉴얼의 다른 장들을 통해 좀 더 설명할 것이지만, 시민적 및 정치적 권리 분야의 경우에도 당사국이 국제적인 법적 의무에 합치되도록 ***적극적인 의무***를 부담해야 하는 경우가 실제로는 여럿 존재한다.

전 세계적으로 여러 국가에서 아직도 사람들이 살해당하거나 다른 형태의 불법적인 처우를 받게 되는 이유를 순수하게 현실적인 관점에서 살펴보면, 이는 인권침해가 지속되는 관행을 근절하기 위하여 당사국이 단호하고 적극적인 조치를 취하지 않았기 때문임이 분명하다. 이러한 관행이 저절로 없어지는 경우는 거의 없으므로, 당사국이 단순히 부작위의 태도를 취하는 것만으로는 국제법적 의무를 적절하고 충분하게 이행한 것으로 볼 수 없다. 또한, 당사국은 자유롭고 공정한 선거가 정기적으로 시행될 수 있도록 이를 조직하고, 효율적이고 독립적이며 공평한 사법부를 설치 · 유지하기 위하여 많은 노력을 기울여야 한다.

법관, 검사 및 변호사는 그들의 직무를 이행함에 있어서 국제인권 보장의무의 이행을 보장하기 위한 적극적 조치가 절실하게 필요하다는 점을 항상 명심하여야 한다.

시민적 및 정치적 권리를 효과적으로 존중하고 보장하기 위해서는, 당사국이 단지 아무것도 하지 않는 것만으로는 충분하지 않을 수 있다. 당사국들은 위 권리 분야에서도 그들의 법적 의무를 이행하기 위하여 강력하고 적극적인 조치를 취해야 하는 경우가 있다.

2. 주요한 유엔 인권조약들 및 그 이행

2.1 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(1966년) 및 두 의정서(1966년, 1989년)

1966년 유엔 총회에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 "개인이 제기한 통보를 접수하고 심리할 위원회의 권한"을 인정한 선택의정서가 채택되어 1976년 3월 23일 발효되었다. 위 규약을 통해 전문가 기구인 자유권규약위원회(Human Rights Committee)가 설치되었는바, 위 위원회는 (1) 당사국이 제출한 보고서를 검토(review)할 권한, (2) 규약의 개별 규정의 의미에 관하여 일반논평(General Comments)을 낼 권한, (3) 일정한 조건 하에 국가 간 통보(Inter-State communications) 사건을 처리할 권한, 마지막으로 (4) 선택의정서에 따라 개인통보(individual communications)를 접수받을 권한을 가진다.[2)]

2002년 2월 8일 현재 위 규약의 당사국은 148개국이고, 제1 선택의정서의 당사국은 101개국이다.[3)] 2001년 7월 27일 현재 47개국이 국가 간 통보를 인정하는 규약 제41조(1)의 선언을 하였다. 위 특별조항은 1979년 3월 28일에 발효되었다.

1989년도 유엔 총회에서는 사형제도의 폐지를 목적으로 하는 제2 선택의정서가 채택되었다. 제2 선택의정서는 1991년 7월 11일 발효되어 2002년 2월 8일 현재 46개국의 당사국을 두고 있다.

2.1.1 당사국의 약속

위 규약 제2조에 의하면, 각 당사국은 "자국의 영토 내에 있고 관할권 아래에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타 신분 등을 이유로 한 어떠한 종류의 차별도 없이 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 보장할 것을 약속한다."[4)] 자유권규약위원회가 일반논평 제3호에서 강조한 바와 같이, 위 규약은 결국 "인권의 ***존중***에 국한되지 않고, 그러나 … 당사국은 관할권 아래에 있는 ***모든*** 개인에게 이러한 권리를

2) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 그 보고절차에 관해서는 Fausto Pocar, "The International Covenant on Civil and Political Rights", *Manual on Human Rights Reporting,* pp.131-235 참조

3) 최신 비준현황에 대해서는 유엔 웹사이트(www.unhchr.ch)의 *Status of Ratifications of the Principal International Human Rights Treaties* 참조.

4) "등"(such as)이라는 문구에서 알 수 있듯, 이 차별금지사유의 목록은 한정적으로 열거된 것이 아님을 유념해야 한다. 이 매뉴얼 제13장에서 좀 더 설명한다.

누릴 수 있도록 ***보장***할 것을 약속하였고," 위 약속은 원칙적으로 "위 규약에 규정된 모든 권리에 대한 것이다."[5] 권리 향유를 ***보장***할 법적 의무로부터 다음 사항이 이루어질 수 있도록 적극적인 조치를 취할 의무가 도출된다.

- ❖ 첫째, 필요한 경우 당사국의 국제법적 의무에 부합하도록 국내법을 개정하여야 한다.
- ❖ 둘째, 법원(행정심판소 포함), 검찰, 경찰, 교도관, 학교, 군대, 병원 기타 이와 유사한 모든 공공기관과 공무원들이 실제로 현실에서 위와 같이 개정된 국내법을 효과적으로 이행하여야 한다.

[**추록**: 팔레스타인 자치지구에는 위 규약이 적용되지 않는다는 이스라엘의 주장에 대하여, 자유권규약위원회는 이스라엘이 위 자치지구에 대하여 완전한 관할권이나 통제권을 가지지 못한다고 하더라도 위 자치지구 내에서 이루어진 이스라엘 당국과 공무원들의 행동에 대하여 책임을 진다는 점을 분명히 하였다[*Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth Session, Supplement No. 40 (A/58/40),* vol. I, para. 85 (11)].

자유권규약위원회는 1981년의 일반논평 제3호를 대체하기 위하여, 2004년에 위 규약이 당사국에 부과한 일반적인 법적 의무의 성질에 관하여 다룬 일반논평 제31호를 새로이 채택하였다. 새로운 일반논평은 자국의 국내법 제도를 통해서 규약을 이행해야 할 당사국의 의무 내용을 명확히 밝히면서 이를 상세하게 설명하고 있다(HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 233-238). 특히 위 일반논평에 의하면, 규약의 구속력은 당사국의 전체 영역에 미치기 때문에, 당사국을 대표하기 마련인 행정부가 자신이 아닌 다른 정부 부문이 위 규약을 위반한 것이라고 주장하더라도 당사국의 책임이 면제되지 않는다고 한다. 또한, 위 일반논평에 의하면 위 규약 제2조를 유보하는 것은 규약과 부합하지 않고, 당사국들은 자국의 공무원뿐만 아니라 민간인이 범한 침해행위로부터 위 규약의 권리를 보호할 의무를 부담한다.

통보를 접수하고 심사할 자유권규약위원회의 권한이 개인이 제기한 통보의 경우에 한하는 것이기는 하지만, 그렇다 하더라도 그 개인은 법인 등의 단체와 관련된

5) General Comment No.3 (Article 2) in UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies (hereinafter referred to as United Nations Compilation of General Comments),* p.112, para.1(강조는 추가됨). 일반논평은 자유권규약위원회의 연간보고서에도 담겨있고, 유엔 웹사이트(www.unhchr.ch)에서도 찾을 수 있다.

작위 · 부작위가 실질적으로는 개인인 자신의 권리를 침해한 것에 해당된다는 주장을 할 수 있다. 위 규약상 권리는 당사국의 영토 안에 현재 머무르고 있는 모든 사람 이외에, 당사국의 관할권이 미치는 모든 사람에게 적용된다. 즉 당사국의 영토 안에 머무르고 있지 않더라도, 권한이나 실효적 지배를 가지게 된 경위와 관계없이 당사국의 권한이나 실효적 지배하에 있는 모든 사람에게 적용된다는 것이다. 위 규약상 권리는 국제인도법에 따라 인정된 다른 권리나 의무를 보완하는 것이기 때문에, 당사국이 무장공권력을 통해 권한이나 실효적 지배를 얻은 경우도 포함된다(다만 이러한 경우로 제한되는 것은 아니다).

이에 더하여, 당사국은 자신의 영토 내에 있는 모든 사람에게 위 규약상 권리를 부여해야 할 의무가 있기 때문에, 만일 그 사람에게 회복할 수 없는 손해가 야기될 수 있다는 현실적인 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있다면, 그 사람을 외국에 인도하거나 국외로 추방하여서는 아니 된다. 위 규약 제2조에 따라 당사국은 규약을 실천하기 위하여 필요한 조치를 취할 의무를 부담하는바, 이는 완전무결하고 그 즉시 유효한 것이다. 당사국은 자국 내의 정치적, 사회적, 문화적, 경제적 사정을 들어 이러한 의무 이행을 거부할 수 없다. 규약 위반에 대해서는 보상책이 마련되어야 하고, 위반행위가 재발하는 것을 방지하기 위하여 단순히 피해자에게 보상을 제공하는 것 이상의 무언가가 필요할 수도 있다.]

당사국들은 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 조약을 비준할 때, 그들의 새로운 국제적 의무에 합치하도록 국내법을 개정할 법적 의무를 부담한다.

또한, 당사국들은 법원을 포함한 모든 관련 국내 기관들이 국제법적 의무를 효과적으로 이행하리라는 점을 계속하여 보장하여야 한다.

2.1.2 인정된 권리

위 규약은 입법적 성격을 갖는 조약이기 때문에 권리와 자유에 관한 상세 목록을 담고 있는데, 모든 권리 및 자유가 이 매뉴얼에서 다루는 주제에 포함되는 것은 아니므로 위 목록을 자세히 다루지는 않는다. 다만 특정 조항과 관련하여 자유권규약위원회가 채택한 현존하는 일반논평이 있을 경우 각주에서 언급하도록 하겠다. 이러한 논평은 자유권규약위원회가 해당 조항을 어떻게 이해하고 있는지 알게 해 준다. 그리고 유엔 총회에 제출되는 자유권규약위원회의 연례보고서 제2권은 선택의정서에 따라 위원회가 채택한 ***의견(Views)***과 ***결정(decisions)***을 담고 있는데, 위와 같은 의견과 결

정은 위 규약의 용어 해석과 관련하여 법관, 검사 및 변호사에게 필수적인 정보를 제공한다.[6)]

자결권(The right to self-determination)

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 모든 사람의 자결권을 선언하는 제1조(1)을 공통적으로 포함하고 있다. 위 조항에 의하면 모든 사람은 "그들의 정치적 지위를 자유로이 결정하고, 또한 그들의 경제적, 사회적 및 문화적 발전을 자유로이 추구한다." 게다가, 공통적으로 포함된 제1조(2)는 "모든 사람은 그들 자신의 목적을 위하여 그들의 천연의 부와 자원을 자유로이 처분할 수 있고," "어떠한 경우에도 사람은 그들의 생존수단을 박탈당하지 아니한다."라고 규정하고 있다. 가장 넓은 의미의 자결권은 궁극적으로 시민적, 문화적, 경제적, 정치적 및 사회적 권리의 완전한 향유를 위한 전제조건으로 여겨진다. 위 공통조항은, 1960년 탈식민지화 과정의 정점에서 유엔 총회에서 채택된 선언으로써 "사람을 외국의 정복, 지배 및 착취의 대상이 되게 하는 것"을 인권의 부정 및 유엔 헌장의 위반과 동일시하는 '식민 국가와 사람의 독립의 보장에 관한 선언'의 연장 선상에서 파악될 수 있다(전문 1문단).

다음은 위 규약이 보장하고 있는 권리의 광범위한 목록이다.

- 생명권 – 제6조[7)]
- 자신의 자유로운 동의 없이 의학적 과학적 실험을 받지 않을 권리를 포함하여 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌로부터 자유로울 권리 – 제7조[8)]
- 노예제도, 노예매매 및 예속상태로부터 자유로울 권리 – 제8조(1), (2)
- 강제노동으로부터 자유로울 권리 – 제8조(3)
- 자의적인 체포와 억류로부터의 자유를 포함한 신체의 자유와 안전에 대한 권리 – 제9조[9)]

6) 자유권규약위원회 설립 초기에는 유엔 총회에 제출하는 연간보고서가 한 권으로 되어 있었고, 여기에는 당사국의 정기보고서에 관한 논의 내용과 선택의정서에 의하여 채택된 견해(Views)와 결정(decisions)이 모두 포함되어 있었다.

7) General Comment No.6, in *United Nations Compilation of General Comments,* pp.114~116 and General Comment No.14, ibid., pp.126~127.

8) General Comment No.7, ibid., pp.116~117. 후에 General Comment No.20, ibid., pp.139~141에 의하여 대체되고 더욱 발전하였다.

9) General Comment No.8, ibid., pp.117~118.

- 자유를 박탈당한 사람이 인도적으로, 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급받을 권리 – 제10조[10)]
- 계약상 의무의 이행불능만을 이유로 한 구금의 금지 – 제11조
- 이동 및 거주의 자유 – 제12조(1)
- 자국을 포함하여 어떠한 나라로부터 자유로이 퇴거할 수 있는 권리 – 제12조(2)
- 자국에 돌아올 권리를 자의적으로 박탈당하지 않을 권리– 제12조(4)
- 합법적으로 당사국의 영역 내에 있는 외국인에 대한 불법적인 추방에 대한 일정한 법적 보호 장치 – 제13조[11)]
- 형사 및 민사소송에서 독립적이고 공평한 법원에 의하여 공정한 심리를 받을 권리 – 제14조[12)]
- 소급입법 및 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다 중한 형벌의 소급적용으로부터의 자유 – 제15조
- 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리 – 제16조
- 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 명예와 신용에 대한 불법적인 비난을 받지 아니할 권리 – 제17조[13)]
- 사상, 양심 및 종교의 자유 – 제18조[14)]
- 의견과 표현의 자유 – 제19조[15)]
- 전쟁을 위한 선전 및 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취 금지 – 제20조[16)]
- 평화적인 집회를 할 권리 – 제21조
- 결사의 자유 – 제22조
- 혼인하고 가정을 구성할, 그리고 혼인 기간 중 및 혼인 해소 시에 혼인에 대한 배우자의 권리 및 책임의 평등에 관한 권리 – 제23조[17)]
- 차별 없이 특별한 보호를 받을 아동의 권리, 출생 시 등록될 권리 및 국적을 취득할 권리 – 제24조[18)]

---

10) General Comment No.9, ibid., pp.118~119. 후에 General Comment No.21, ibid., pp.141~143에 의하여 대체되고 더욱 발전하였다.

11) General Comment No.15, ibid., pp.127~129.

12) General Comment No.13, ibid., pp.122~126.

13) General Comment No.16, ibid., pp.129~131.

14) General Comment No.22, ibid., pp.144~146.

15) General Comment No.10, ibid., pp.119~120.

16) General Comment No.11, ibid., pp.120~121.

17) General Comment No.19, ibid., pp.137~138.

18) General Comment No.17, ibid., pp.132~134.

❖ 직접 또는 자유로이 선출한 대표자를 통하여 정치에 참여할 권리, 보통 평등 비밀 선거 원칙에 따라 투표할 권리, 정기적 선거에서 투표하거나 피선될 권리, 공무에 취임할 권리 – 제25조[19]

❖ 법 앞에 평등하고 법의 평등한 보호를 받을 권리 – 제26조[20]

❖ 그들 자신의 문화, 종교 및 언어를 누릴 소수민족의 권리 – 제27조[21]

2.1.3 권리의 행사에 대한 허용 가능한 제한

이동의 자유[제12조(3)], 자신의 종교나 신념을 표명할 권리[제18조(3)], 표현의 자유[제19조(3)], 평화적인 집회(제21조) 및 결사의 자유[제22조(2)]의 행사 등 위에서 열거된 권리의 일부는 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 도덕, 타인의 기본적 권리의 존중 등 일정한 목적을 위하여 제한될 수 있다.

그러나 이러한 제한은 ***법률에 근거를 두고, 관련 조항에서 규정하고 있는 정당한 목적 중 하나 또는 그 이상을 달성하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우에 한하여*** 이루어져야 적법하다. "민주사회"라고 하는 개념은 평화적인 집회의 자유와 결사의 자유에 대한 권리의 행사 제한과 관련된 제21조와 제22조(2)에서만 찾을 수 있고, 이동의 자유, 자신의 종교나 신념을 표명할 권리 및 표현의 자유에 대한 제한 규정에는 존재하지 않는 것이 사실이다. 하지만 그 대상 및 목적과 더불어 규약 자체의 넓은 맥락을 고려하여 이러한 규정을 해석한다면, 위 개념은 모든 제한규정의 본질적인 부분이고, 결과적으로 그 해석 기준이 된다.[22]

제1장에서 지적한 바와 같이, 이러한 제한규정들은 실제 사안에서 적용될 경우 균형을 찾아야 하는 개인적 이익과 일반적 이익 간의 신중한 이익형량을 반영한 것이다. 이는 권리 행사의 제한 가능성을 규정한 법률이 그 자체로 ***명시된 정당한 목적과 비례를 이루어야 한다***는 점을 의미할 뿐만 아니라, ***특정한 개인에게 적용되는 경우에***

---

19) General Comment No.25, ibid., pp.157~162.

20) 차별금지의 문제 일반에 관해서는 특히 General Comment No.18, ibid., pp.134~137 참조. 남녀평등권을 보장할 당사국의 의무에 관해서는 General Comment No.28 (제3조 – 남녀 간의 권리의 평등), ibid., pp.168~174에 의해 대체된 General Comment No.4, ibid., p.113도 참조.

21) General Comment No.23, ibid., pp.147~150.

22) Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception – With Special Reference to the Travaux Pr paratoires and Case-Law of the International Monitoring Organs* (The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1998), pp.112~114, 특히 p.113의 논증을 참고.

도 비례성의 기준이 반드시 존중되어야 함을 의미한다.

그러나 인권보호를 위한 국제적 제도는 보충성을 가지므로, 인권 행사의 제한을 위한 정당한 필요 및 그 필요성이나 비례성 모두 국내 당국이 먼저 평가할 권한을 가진다. 국내적 조치에 대하여 추가로 이루어지는 국제적 감독은, 당사국의 보고서를 심사하거나 제1 선택의정서에 따라 제출된 개인통보를 심사하는 경우에만 행해지게 된다.

[**추록**: 자유권규약위원회는 일반논평 제31호에서 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1)에서 규정하고 있는 당사국의 법적 의무는 적극적 · 소극적 의무의 성질을 함께 가진다. 당사국들은 규약에서 인정한 권리를 침해하지 않도록 유의하여야 한다. 규약상 권리에 대한 제한은 규약의 다른 관련 조항들을 고려했을 때 허용될 만한 것이어야 한다. 규약상 권리를 지속적이고 효과적으로 보호하는 것을 보장하기 위하여, 당사국은 규약상 권리를 제한하는 경우 그러한 제한이 필요하다는 점 및 그러한 권리 제한 조치가 오로지 정당한 목적의 추구에 따라 비례성을 준수한 것임을 입증해야 한다."라고 설시하였다(HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 233-238, para. 6.)]

권리의 행사가 적법하게 제한되었는지 결정하기 위한 기준은 다음과 같다.

- *제한 조치가 법률에 근거하여야 한다는 의미에서의 법률유보의 원칙(the principle of legality)*
- *민주사회에서의 정당한 목적의 원칙(the principle of a legitimate aim in a democratic society). 이에 따르면, 규약에 명시적으로 포함되지 않은 이유를 근거로 하거나, 인권의 효과적인 보호와 무관한 목적을 위한 인권 행사의 제한은 규약 하에서는 법적으로 정당화될 수 없다.*
- *개인의 권리 행사에 대한 제한은 정당한 목적을 위하여 필요한 것이어야 한다는 의미에서의 비례의 원칙(the principle of proportionality). 따라서 조치가 단순히 합리적이라거나 권할 만하다는 것만으로는 부족하다. 그 조치는 필요한 것이어야 한다.*

2.1.4 법적 의무로부터 허용 가능한 이탈

인권 분야에서 국제법적 의무로부터의 이탈 문제는 이 매뉴얼 제16장에서 좀 더 상세하게 다루어질 것이기는 하지만, 이 장에서도 규약 제4조에 따라 당사국이 법적 의무로부터의 이탈(derogation)할 수 있는 권리들을 규율하는 엄격한 요건들에 관하여 간략히 살펴보도록 한다.

❖ ***"국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태"***: 이탈을 예상하는 당사국은 국가의 존립을 위험하게 하는 예외적인 위협 상황에 직면하고 있어야 한다. 따라서 사회적 혼란이 사소한 경우나, 좀 더 심각하더라도 당사국의 민주적 기관의 기능이나 전반적인 사람들의 생명에 영향을 주지 않는 경우에는 이 요건에 해당하지 않는다.

❖ ***공식적 선포***: 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태는 "공식적으로 선포"되어야 하다[제4조(1)]. 제4조를 초안할 때 설명된 바와 같이, 이 요건은 "그것이 정황상 보장되지 않을 때 당사국이 그들의 규약상의 의무로부터 자의적으로 이탈하는 것을 방지"하는 것을 목적으로 하였다.[23)]

❖ ***일정한 의무의 경우 이탈의 전면 금지***: 규약 제4조(2)는 가장 극단적인 상황에서도 당사국이 이탈함으로써 제한될 수 없는 일부 권리들을 열거하고 있다. 이러한 권리에는 생명권(제6조), 고문 또는 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌로부터 자유로울 권리(제7조), 노예제도, 노예매매 및 예속상태로부터 자유로울 권리[제8조(1), (2)], 계약상 의무의 이행불능만을 이유로 한 구금을 당하지 않을 권리(제11조), 소급입법의 금지(제15조), 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리(제16조), 마지막으로 사상, 양심 및 종교의 자유(제18조)가 있다. 그러나 자유권규약위원회는, 제4조(2)에 열거되어 있지 않다고 해서 반드시 이탈 대상이 된다는 반대논리를 도출할 수는 없다고 본다. 결국 일부 권리는 "전체로서 규약에 고유한 것"이기 때문에 이탈할 수 없다. 그러한 예로서 제9조(3), (4)에 규정된 체포 및 구금과 관련하여 사법적 구제를 받을 권리를 들 수 있다.[24)] 사형의 위협에 직면한 사람의 공정한 재판을 받을 권리 등 다른 권리들도 제4조(2)에 열거된 권리의 효과적인 향유를 위하여 불가결함을 이유로 이탈이 불가능할 수 있다.[25)] 또한, 자유권규약위원회는 선택의정서의 "독립되고 공평한 법원에 의하여 재판을 받을 권리는 ***예외가 없는 절대적인 권리이다***""라고 설시하였다.[26)]

---

23) UN doc. E/CN.4/SR.195, p.16, para.82. 프랑스의 Cassin에 의한 설명.

24) 특히 자유권규약위원회가 공정한 재판을 강화하기 위한 의정서 초안을 입안해줄 것을 인권소위원회가 요청하자, 이에 대하여 자유권규약위원회가 한 답변 참조, UN doc. *GAOR*, A/49/40(vol. I), pp.4~5, paras.22~25.

25) 제6조(2)는 "이 규약의 규정에 저촉"되게 사형을 부과할 수는 없다고 규정하고 있다. 결정례로는 *Communication No. 16/1977, D. Monguya Mbenge v. Zaire (views adopted on 25 March 1983), GAOR,* A/38/40, p.139, para.17 참조. 필수요건은 "사형 부과에 적용되는 실체법 및 절차법 모두"와 관련된다.

26) *Communication No.263/1987, M. González del Río v. Peru (views adopted on 28 October 1992, at the 46th session), GAOR,* A/48/40 (vol. II), p.20, para.5.2(강조는 추가됨).

❖ ***엄격한 필요성***: 이 요건은 당사국이 "당해 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 한도 내에서 이 규약상의 의무"로부터 이탈하는 조치를 취할 수 있음을 의미한다. 앞에서 다룬 일반적인 제한조항과 비교했을 때 위 요건은, 입법적 조치가 당해 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 경우에 취해져야 할 뿐만 아니라 그 법률에 기초하여 취한 ***개별적인*** 조치 또한 엄격하게 균형을 이루어야 한다는 의미에서, 비례의 원칙의 엄격한 해석을 요구한다. 따라서 관련 조치가 비상사태에 대처하기 위하여 엄격히 요구되는 것인지 판단하는 것이 필요하다. 자유권규약위원회는 일반적으로 "제4조에 근거하여 취한 조치는 예외적이고 한시적인 성격을 가지며, 관련 국가의 존립이 위협받는 동안에만 지속될 수 있다"는 점을 강조하였다.[27)]

❖ ***다른 국제적 법적 의무와의 일관성***: 자유권규약위원회는 이 요건을 근거로 하여 원칙적으로 이탈 조치가 개인의 보호를 위한 다른 조약 등 다른 국제조약, 국제인도법 또는 관습국제법과 저촉되어 위법한지 여부를 심사할 권한을 가진다.

❖ ***차별금지***: 이탈 조치는 "인종, 피부색, 성별, 언어, 종교 또는 사회적 출신만을 이유로 하는 차별을 포함"하여서는 아니 된다[제4조(1) 단서]. 특히 비상사태에서는 객관적이고 합리적인 정당성이 없는 차별적인 조치를 부과할 위험성이 있기 때문에 위 요건이 중요하다.

❖ ***국제적 통지***: 마지막으로 당사국은 이탈할 권리를 행사하기 위해서 유엔 사무총장을 통하여 다른 당사국에게 이탈 통지를 즉시 제출해야 한다는 제4조(3)의 요건을 충족시켜야 한다. 당사국은 위 통지를 통해 "이탈하는 규정 및 이탈 이유"를 설명하여야 한다. "이탈이 종료되는 날" 두 번째 통지를 제출하여야 한다.

자유권규약위원회가 2001년 7월에 채택한 일반논평 제29호는 규약 제4조에 규정된 다양한 요건들의 해석에 대하여 좀 더 자세한 내용을 제공한다. 일정한 예외적인 상황에서 당사국이 국제인권법적 의무로부터 이탈할 수 있는 권리에 관하여 좀 더 포괄적인 분석을 할 제16장에서 위 일반논평의 내용을 살펴보도록 한다.

27) General Comment No.5, in *United Nations Compilation of General Comments,* p.114, para.3.

국가의 존립에 대한 위협에 해당하는 일정한 예외적인 상황에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 당사국은 "당해 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는" 한도 내에서 그 법적 의무로부터 이탈할 수 있다.

또한, 그러한 이탈은 이탈이 금지되는 권리 원칙, 당사국의 다른 국제적 의무에의 부합 원칙, 국제적 통지의 원칙 등의 여러 원칙을 준수해야 한다.

2.1.5 이행 메커니즘

개인 자격으로 직무를 수행하는 18명의 위원으로 구성된 자유권규약위원회가 규약의 이행 여부를 감시한다(제28조). 감시는 정기보고서 제출, 국가 간 통보, 개인 통보의 세 가지 형태를 띤다.

❖ ***보고절차***: 규약 제40조에 의하면, 당사국은 "규약에서 인정된 권리를 실현하기 위하여 취한 조치"와 "그러한 권리를 누림에 있어서 이루어진 진전사항에 관한 보고서"를 "제출할 것을 약속"한다. 보고서의 제출은 관계 당사국에 대하여 이 규약의 발효 후 1년 이내, 그 이후에는 위원회가 요청하는 때, 즉 5년마다 이루어진다. 보고서에는 "이 규약의 이행에 영향을 미치는 요소와 장애요소가 있을 경우 이를 기재"하게 되는데, 위원회는 당사국의 임무 수행을 용이하게 하고 보고서를 좀 더 효율적으로 만들도록 하기 위하여 세심한 지침을 만들었다. 위원회는 1999년 7월 당사국의 보고서 제출을 위한 통합지침을 마련하였다.[28)]

❖ ***국가 간 통보***: 이 장 2.1절에서 지적된 바와 같이 규약의 당사국은 규약 제41조에 의하여 "타방 당사국이 이 규약상 의무를 이행하지 않고 있다고 주장하는 일방 당사국의 통보를 접수, 심리할 이사회의 권한"을 인정한다는 점을 언제든지 선언할 수 있다. 바꿔 말하면, 국가 간 통보는 이러한 선언을 한 당사국 간에만 유효하다. 절차의 초기 단계에서 통보는 한 당사국이 다른 당사국의 주의를 환기하는 방식으로만 제기되고, 6개월 이내에 당해 문제가 관련 당사국 쌍방에게 만족스럽게 조정되지 아니할 경우에만 양 당사국 중 일방이 당해 문제를 위원회 자체에 회부할 권리를 가진다[제41조(1)(a),(b)]. 위원회는 제41조(1)(c)~(h)에 규정된 절차를 따라야 하지만, 이는 위원회가 존재하게 된 이후 25년간 전혀 이용되지 않았기 때문에 여기에서 더 자세히 다루지는 않도록 한다.

28) UN doc. CCPR/C/66/GU 참조.

❖ ***개인통보***: 선택의정서 제1조에 의하면 당사국은 "그 관할권에 속하는 자로서, 해당 국가에 의하여 규약에 규정된 권리를 침해당하였다고 주장하는 개인이 제출한 통보를 접수하고 심리할 이사회의 권한"을 인정한다. 그러나 선택의정서 제2조에 의하면, 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 개인은 우선 이용 가능한 국내적 구제조치를 모두 완료하여야 한다. 또한, 위원회는 선택의정서에 따른 통보가 익명이거나, 통보제출권의 남용으로 보이거나, 규약 규정과 양립할 수 없는 것으로 보일 경우에는 그러한 통보를 수락하지 아니한다(제3조). 만약 통보가 규약상 심각한 문제를 제기하면 위원회는 이를 관련 당사국에 제출하고, 당사국은 6개월 이내에 그에 대한 설명서를 제출할 수 있다. 따라서 위원회의 절차는 전적으로 서면으로 이루어지고, 통보에 대한 위원회의 논의는 비공개로 이루어진다(제4조, 제5조). 통보에 관한 심의가 끝나면 위원회는 그에 대하여 "견해"(views)를 채택하고 이는 당사국과 개인에게 송부된다.

선택의정서를 근거로 수많은 통보가 제출되었고, 몇몇 사안에서는 국내법의 변화를 가져왔다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 이행 메커니즘

- *보고절차 (규약 제40조)*
- *당사국 간 통보 (규약 제41조)*
- *개인통보 (선택의정서 제1조)*

2.2 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(1966)

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 1966년 유엔 총회에서 채택되어 1976년 1월 3일 발효되었다. 2002년 2월 8일 현재 규약의 당사국은 145개국이다. 규약은 규약에서 인정된 권리의 준수를 실현하기 위하여 당사국이 취한 조치와 진전사항에 관한 보고절차를 두고 있다(제16조). 위 규약은 당사국의 규약 이행 감시 임무를 유엔경제사회이사회에 공식적으로 부여하였으나, 1987년부터는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회(Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 이하 '사회권규약위원회'라 한다)가 이 임무를 수행하고 있다. 결국, 사회권규약위원회는 엄밀히 말하면 자유권규약위원회와 같은 조약 기구(a treaty organ)는 아

니다.[29]

두 개의 국제규약이 존재하는 이유

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 모두 처음에는 유엔인권위원회(UN Commission on Human Rights)에 의하여 고안되어 하나의 문서에 담겨 있었다. 그러나 오랜 논쟁 끝에, 이 둘을 분리하여 두 개의 규약으로 만들어 동시에 채택하기로 하였다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리는 더욱 복잡한 성질을 가지고 있어서, 특히 주의를 기울여 초안을 만들어야 했고 그 성질에 부합하는 적절한 이행절차를 마련해야 했기 때문이다.

당사국들의 발전 정도가 다른 점을 고려하면, 위 규약은 또한 점진적 이행을 허용하여야 했다. 그러나 점진적 이행을 허용한다고 해서, 즉각적인 규약상 의무가 전혀 발생하지 않는다는 의미는 결코 아니다.[30]

2.2.1 당사국의 약속

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 당사국들은 "특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, 개별적으로 또한 특히 경제적 기술적인 국제지원과 국제협력을 통하여, 자국의 가용 자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다"[제2조(1)]. 따라서 비록 위 규약이 "점진적인 실현을 규정하고 있고, 이용 가능한 자원의 한계로 인한 제약"을 인정하고 있지만, 사회권규약위원회는 일반논평 제3호를 통해 "규약이 즉시 효력을 갖는 여러 의무도 부과하고 있음"을 강조하고 있다. 위 위원회에 의하면 이러한 약속 중 두 가지가 특히 중요하다. 첫째로, "이 규약에서 선언된 권리들이 일정한 특정 사유에 의한 차별 없이 행사되도록 보장하기로 한" 약속[제2조(2)], 둘째로 "다른 고려 사항이 선결 요건이 된다거나 이러한 고려 사항에 의하여 제한되지 않는 조치를 취하기로 한" 약속[제2조(1)]이 그것이다.[31] 바꾸어 말하면,

29) 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약과 보고절차에 관한 추가 정보는 Philip Alston, "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Manual on Human Rights Reporting*, pp.57~129 참조.

30) 이와 관련된 논쟁의 자세한 내용은 이 매뉴얼 제14장 2.2.절 참조. [역주: 2006년 이전까지는 유엔 경제사회이사회(ECOSOC) 소속의 인권위원회(Commission on Human Rights)가 인권에 관한 주요 업무를 담당하였으나, 2006년 유엔 총회 결의에서 총회 산하기관으로 인권이사회(Human Rights Council)가 설치되었다.]

31) General Comment No.3 [당사국 의무의 성격 (제2조(1)], *United Nations Compilation of General*

"해당 권리의 완벽한 실현은 점진적으로 이루어가되, 당사국은 위 규약의 효력이 발생한 이후 합리적으로 짧은 시간 내에 목표를 향한 조치를 밟아나가야 한다는 것이다. 이러한 조치는 신중하고, 구체적이어야 하며, 가능한 한 명확하게 위 규약에서 부과한 의무의 이행에 초점을 맞춘 것이어야 한다."[32]

2.2.2 인정된 권리

위 규약은 다음의 권리들을 인정하고 있다. 사회권규약위원회가 이러한 권리를 이해하는 데 관련성이 있는 일반논평을 채택한 경우, 각주에서 모두 언급하도록 한다.

- ❖ 자유로이 선택하거나 수락하는 노동으로 생계를 영위할 권리를 포함하는 근로의 권리 – 제6조
- ❖ 어떠한 종류의 차별도 없는 동등한 가치의 노동에 대한 공정한 보수를 포함한 공정하고 유리한 근로조건을 누릴 권리 – 제7조
- ❖ 노동조합을 결성하고, 그가 선택한 노동조합에 가입할 권리 – 제8조
- ❖ 사회보험을 포함한 사회보장을 향유할 권리 – 제9조
- ❖ 가정에 대한 보호와 지원, 자유로이 성립되는 혼인, 모성 보호, 어린이와 연소자에 대한 보호와 지원 – 제10조
- ❖ 적당한 식량,[33] 의복 및 주택[34]을 포함하여 적당한 생활수준을 누릴 권리와 생활조건을 지속적으로 개선할 권리 – 제11조
- ❖ 도달 가능한 최고 수준의 신체적, 정신적 건강을 누릴 권리– 제12조
- ❖ 교육에 대한 권리 – 제13조[35]
- ❖ 아직 무상의 초등의무교육을 보장할 수 없는 경우, 세부실천계획을 개발하기로 하는 약속 – 제14조[36]
- ❖ 문화생활에 참여할 권리, 과학의 진보 및 응용으로부터의 이익을 누릴 권리, 자기가 저작한 모든 과학적, 문학적 또는 예술적 창작품으로부터 생기는 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 받을 권리 – 제15조

Comments, p.18, paras.1 and 2 참조.

32) Ibid., p.18, para.2.

33) General Comment No.12 (적당한 식량에 대한 권리 – 제11조), ibid., pp.66~74.

34) General Comment No.4 [적당한 주거에 대한 권리 – 제11조(1)], ibid., pp.22~27, 그리고 General Comment No.7 [적당한 주거에 대한 권리– 제11조(1): 강제퇴거], ibid., pp.49~54 참조.

35) General Comment No.13 (교육에 대한 권리 – 제13조), ibid., pp.74~89.

36) General Comment No.11 (초등교육에 관한 행동계획 – 제14조), ibid., pp.63~66.

2.2.3 권리에 대한 허용 가능한 제한

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 제4조에 일반적 제한 규정을 두고 있다. 이에 따르면, 당사국이 규약상 권리를 제한하기 위해서는 법률에 근거를 두어야 하고(그러한 법률은 규약상 권리의 본질과 양립할 수 있어야 한다), 이러한 제한은 오로지 민주사회에서의 공공복리 증진을 목적으로 하여 이루어져야 한다. 또한, 규약 제8조(1)(a),(c)에서는 몇몇 권리들에 대한 별도의 제한 규정을 두고 있는데, 이에 의하면 노동조합을 결성하고 가입할 권리와 노동조합이 자유로이 활동할 권리의 경우 "법률에 근거를 둔 것으로서, 민주사회에서 국가안보 또는 공공질서를 위해서 필요하고, 다른 사람들의 권리와 자유를 보호하기 위한 경우" 이외의 어떠한 제한도 허용되지 않는다. 제4조에 대한 협상기록에 의하면, 제4조에 따른 권리의 제한을 함에 있어서 민주사회, 즉 "타인의 권리와 자유의 존중에 기초한 사회"와 조화를 이루어야 한다는 점을 명시하는 것이 중요하다고 여겨진 것이 분명하다.[37] 그렇지 아니하면 위 제4조의 제한 규정이 "독재의 목적에 이용될 수 있다"라는 의견이 제시된 바 있다.[38]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과는 달리, ***경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 규약상 법적 의무로부터의 이탈을 허용하는 규정을 두고 있지 않다.*** 따라서 논리적으로 위 규약에 포함된 어떠한 권리도 특별히 이탈이 금지되어 있지는 않다고 볼 수 있다. 그러나 사회권규약위원회의 한 위원이 지적하였듯이 "제4조에 의한 제한을 정당화하기 위하여 지켜야 하는 특정한 요건들은 대부분의 사례에서는 충족되기 어렵다."[39] 특히 제4조에 합치하는 제한은 "법률에 근거를 둔" 것이어야 하고, "그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는" 것이어야 하고, 오직 "민주사회에서의 공공복리" 증진을 위하여 고안된 것이어야 한다.[40]

[**추록**: 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약하의 당사국의 의무는 영토에 대한 통제권이 완전하지 못한 경우에도 적용된다. 사회권규약위원회는, 적대행위가 존재하는 팔레스타인 자치지구 내에서의 이스라엘 공무원의 행위에 대해서는 위 규약이 적용되지 않는다는 이스라엘 정부의 주장을 받아들이지 아니하였다(E/C.12/1/Add.90, para. 15).]

---

37) UN doc. E/CN.4/SR.235, p.9, 우루과이의 Ciasullo 발언 참조.

38) Ibid., p.20와 p.11, 그리스의 Eustathiades 발언 참조.

39) Philip Alston, "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Manual on Human Rights Reporting*, p.74 참조.

40) Ibid., loc. cit.

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에서 보장되는 권리는 다음 요건 하에서만 제한될 수 있다.

- *법률에 근거를 둘 것*
- *그러한 권리의 본질과 양립할 수 있을 것*
- *민주 사회에서의 공공복리 증진을 목적으로 할 것.*

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 규약상의 법적 의무로부터의 이탈을 허용하는 규정을 두고 있지 않다.

2.2.4 이행 메커니즘

위 규약 제16조에 의하면, 당사국은 "규약에서 인정된 권리의 준수를 실현하기 위하여 취한 조치와 성취된 진전사항에 관한 보고서"를 제출할 것을 약속한다. 공식적으로는 유엔경제사회이사회가 규약에 따라 이행감시의 임무를 맡게 된다[제16조(2)(a)]. 그러나 정기보고서 심사에 관한 이러한 초기의 업무분담이 만족스럽지 못했기 때문에, 경제사회이사회는 1985년에 시민적 및 정치적 권리에 관한 협약에 의해 설치된 자유권규약위원회와 동격의 독립한 전문가 기구인 사회권규약위원회를 설립하였다.[41] 사회권규약위원회는 개인 자격으로 직무를 수행하는 18명의 위원으로 구성되어 있다.

자유권규약위원회에서와 마찬가지로, 당사국이 제출한 보고서는 관련 당사국 대표가 참석한 공개회의에서 심의된다. 논의는 "건설적이고 상호이익이 되는 대화를 달성하기 위하여 고안"되어 위원회의 위원들이 관련 당사국의 현황에 대하여 전체적인 그림을 그릴 수 있도록 해주며, 이를 통해 그들로 하여금 "규약에 포함된 의무의 가장 효과적인 이행을 위하여 적절하다고 판단되는 논평"을 하도록 한다.[42]

경제사회이사회의 요청으로, 사회권규약위원회는 "당사국들의 보고의무 이행을 지원하기 위한 목적"으로 일반논평을 채택하기 시작하였다.[43] 일반논평은 보고절차를 통하여 위원회가 얻은 경험에 기초하고 있고, 발견된 부족 부분에 대하여 당사국의 주의를 환기하며, 또한, 그 절차의 개선을 제안한다. 마지막으로, 일반논평은 관련 국제기구 및 전문기구의 활동 외에 당사국의 활동을 격려함으로써 "규약에서 인정된 권리

41) Ibid., p.117. pp.118~119. 위원회를 신설하는 결의의 내용은 ECOSOC res. 1985/17 of 28 May 1985 참조.

42) Ibid., p.121.

43) UN doc. E/2000/22 (E/C.12/1999/11), p.22, para.49 참조.

의 완전한 실현을 점진적이고 효과적으로 달성하는 것"을 목적으로 한다.[44)]

현재까지, 개인통보절차 신설을 목적으로 하는 추가의정서를 입안하려는 시도는 모두 성공하지 못하였다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 이행 메커니즘은 오직 보고 제도(a reporting system)뿐이다.

2.3 아동의 권리에 관한 협약(The Convention on the Rights of the Child, 1989) 및 두 선택의정서(2000)

아동들은 인류 보호를 위한 보편적 조약으로도 보호되지만, 아동들의 특수한 필요를 구체적으로 다루는 협약을 만드는 것이 중요한 것으로 여겨졌다. 10년간의 작업 끝에, 유엔 총회에서 아동의 권리에 관한 협약이 채택되어 1990년 9월 2일 발효되었다. 2002년 2월 8일 위 협약의 당사국은 191개국이었다. 채택된 지 불과 몇 년이 지나지 않아 위 협약은 거의 모든 국가에서 비준되었고, 각국의 국내 재판소의 판결에 큰 영향을 미치기 시작했다. 위 협약의 지도 원리는 "아동과 관련한 모든 행위에서 … ***아동의 최선의 이익(the best interest)이 가장 중요하게 고려되어야 한다.***"라는 것이다[제3조(1), 강조는 추가됨].[45)]

이 협약은 "이 협약상의 의무이행을 달성함에 있어서 당사국이 이룩한 진전 상황을 심사하기 위하여" 아동권리위원회를 설립하였다[제43조(1)].

[**추록**: 2003년 2월 10일 열린 2개의 모임에서 아동의 권리에 관한 협약의 당사국들은 협약의 준수 여부를 감시하는 아동권리위원회의 회원을 확대하였고, 13명의 전문가를 선출하고, 임기가 종료한 5명을 교체하고, 8명의 새로운 회원을 뽑아, 총 회원의 수는 18명이 되었다. 원래 아동권리위원회는 10개국만 있었다[협약 43조(2)].]

유엔 총회는 나아가 2000년 5월 25일 위 협약에 대한 두 개의 선택의정서를 채택하였는데, '아동매매 · 아동성매매 및 아동음란물에 관한 선택의정서'와 '아동의 무

44) Ibid., p.22, para.51.

45) 협약 용어의 의미에 대한 상세한 설명은, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, prepared for UNICEF by Rachel Hodgkin and Peter Newell, UNICEF, 1998, 681 pp. 참조(이하 *UNICEF Implementation Handbook*으로 약칭).

력충돌 참여에 관한 선택의정서'가 그것이다. 첫 번째 선택의정서는 10번째 비준서 또는 가입서의 기탁일로부터 3개월 후인 2002년 1월 18일 발효되었다[제14조(1)]. 한편 두 번째 선택의정서는 역시 10번째 비준서 또는 가입서의 기탁일로부터 3개월 후인 2002년 2월 13일 발효되었다[제10조(1)].[46] 2002년 2월 8일 현재 두 선택의정서는 각각 17개국과 14개국에서 비준되었다.

[**추록**: 2007년 말 현재 위 협약의 당사국 수는 193개국이 되었고, '아동매매 · 아동성매매 및 아동음란물에 관한 선택의정서'는 124개국에서, '아동의 무력충돌 참여에 관한 선택의정서'는 119개국에서 비준되었다. 협약과 위 두 선택의정서에 관한 자세한 정보는 유엔 인권최고대표(인권고등판무관실. the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, OHCHR) 인터넷 웹사이트(http://www.ohchr.org)를 참조하라.]

2.3.1 당사국의 약속

앞서 본 두 국제규약과 마찬가지로, 아동의 권리에 관한 협약의 당사국들은 "자국의 관할권 안에서 어떠한 종류의 차별도 하지 않고 이 협약에 규정된 권리를 존중하고 각 아동에게 보장하여야" 하고[제2조(1)], "그의 부모나 후견인 또는 가족구성원의 신분, 활동, 표명된 의견 또는 신념을 이유로 하는 모든 형태의 차별이나 처벌로부터 보호되도록 보장하는 모든 적절한 조치를 취하여야" 한다[제2조(2)]. 이 매뉴얼에서 다루는 모든 인권 조약에서와 마찬가지로, 차별금지의 원칙은 아동권리와 관련한 기본적인 원리이며, 아동의 권리에 관한 협약에 포함된 모든 권리와 자유의 적용 및 해석의 기준이 된다. 1996년 10월에 채택된 '정기보고서의 형식과 내용에 관한 일반지침'에서 아동권리위원회는 당사국들을 위하여 비차별에 관한 권리나 아래에서 다룰 특정 권리들과 같은 개별적인 법적 의무들과 관련하여 정기보고서에 담아야 할 내용에 관한 구체적인 지침을 마련한 바 있다.[47]

---

46) '아동매매 · 아동성매매 및 아동음란물에 대한 선택의정서' 본문과 그 발효일에 관해서는 http://www.unhchr.ch/html/menu2/dopchild.htm를, '아동의 무력충돌 참여에 관한 선택의정서'에 관해서는 http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/protocolchild.htm를 각 참조.

47) *General Guidelines Regarding the Form and Contents of Periodic Reports to be Submitted by States Parties under Article 44, Paragraph 1(b), of the Convention,* adopted by the Committee on the Rights of the Child at its 343rd meeting (thirteenth session) on 11 October 1996, published in *UNICEF Implementation Handbook,* pp.604~618.

*아동의 권리에 관한 협약의 당사국들은 어떠한 종류의 차별도 하지 않고 위 협약에서 보장하는 권리를 **존중**하고 **보장**해야 한다.*

*아동의 권리에 관한 협약의 지도 원리는 **아동의 최선의 이익**을 최우선적으로 고려해야 한다는 것이다.*

2.3.2 인정된 권리

이 협약은 아동에게 항상 존중되고 보장되어야 할 권리의 상세한 목록을 인정하고 있다. 이때 아동이란 "아동에게 적용되는 법에 따라 보다 조기에 성인연령에 달하지 아니하는 한, 18세 미만의 모든 사람"을 뜻한다(제1조). 그러나 구체적인 권리의 내용에 관하여 이 매뉴얼에서는 간략히 살피는데 그치도록 한다.

- 아동의 생명권과 최대한의 생존과 발전에 대한 권리 – 제6조
- 아동의 출생 시의 등록권, 성명권, 국적취득권 및 가능한 한 "자신의 부모를 알고 부모에 의해 양육 받을 권리" – 제7조
- 국적, 성명 및 가족관계를 포함하여 신분을 보존할 수 있는 아동의 권리 – 제8조
- "분리가 아동의 최상의 이익을 위하여 필요하다"고 결정하는 경우 이외에는 아동이 자신의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 않을 권리 – 제9조(1)
- 본국으로의 입국 또는 출국을 허용함으로써 가족의 재결합을 용이하게 할 당사국의 의무 – 제10조
- 아동의 불법 국외 이송 및 미귀환을 퇴치하기 위한 조치를 취할 의무 – 제11조
- 아동의 견해를 존중할 의무와 "자신에게 영향을 미치는 모든 사법적 · 행정적 절차에서 진술할" 아동의 권리 – 제12조
- 아동의 표현의 자유 – 제13조
- 아동의 사상, 양심 및 종교의 자유 – 제14조
- 아동의 결사의 자유와 평화적 집회의 자유 – 제15조
- 사생활, 가족, 가정 또는 통신에 대하여 자의적이거나 위법한 간섭을 받지 않도록 법적 보호를 받을 권리와 명예나 신망에 대한 위법적인 공격을 받지 아니할 권리 – 제16조
- "다양한 국내적 및 국제적 정보원으로부터의 정보와 자료, 특히 아동의 사회적 · 정신적 · 도덕적 복리와 신체적 · 정신적 건강의 향상을 목적으로 하는 정보와 자료에 대해 접근"할 아동의 권리 – 제17조

- 부모 쌍방은 아동의 양육과 발전에 공동책임 및 일차적 책임을 진다는 원칙과 "아동의 최선의 이익이 그들의 기본적 관심이 된다"는 원칙의 인지 – 제18조 제1항
- 모든 형태의 폭력이나 학대로부터 보호받을 아동의 권리 – 제19조
- 가정환경을 박탈당할 때 특별한 보호나 조력을 받을 아동의 권리 – 제20조
- 입양제도를 인정하거나 허용하는 당사국은 "아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되도록 보장하여야 한다." – 제21조
- 난민 아동의 권리 – 제22조
- 정신적 또는 신체적 장애를 가진 아동의 권리 – 제23조
- "도달 가능한 최상의 건강수준"을 누리고 건강관리를 받을 아동의 권리 – 제24조
- "제공되는 치료 및 양육지정과 관련된 그 밖의 모든 사정을 정기적으로 심사"받을 아동의 권리 – 제25조
- 사회보험을 포함한 사회보장제도의 혜택을 받을 아동의 권리– 제26조
- 적합한 생활수준을 누릴 아동의 권리 – 제27조
- 교육에 대한 아동의 권리(제28조) 및 아동교육의 목표(제29조)[48]
- 인종적 · 종교적 또는 언어적 소수자이거나 원주민인 아동이 고유의 문화 및 종교, 언어를 누릴 권리 – 제30조
- 휴식과 여가를 즐길 아동의 권리 – 제31조
- 경제적 착취 및 위험한 노동으로부터 보호될 아동의 권리 – 제32조
- 마약과 향정신성 물질의 위법한 사용으로부터 보호될 아동의 권리 – 제33조
- "모든 형태의 성적 착취와 성적 학대로부터" 보호될 아동의 권리 – 제34조
- 아동의 유괴나 매매 또는 거래의 예방 – 제35조
- 아동 복리의 측면에서 해로운 기타 모든 형태의 착취로부터 보호될 아동의 권리 – 제36조
- 고문 또는 기타 잔혹하거나 비인도적이거나 굴욕적인 대우나 사형을 포함하여 처벌을 받지 않을 권리 – 제37조(a)
- 위법하게 또는 자의적으로 자유를 박탈당하지 아니할 아동의 권리 – 제37조(b)
- 자유를 박탈당한 동안 인도주의에 따라 처우되어야 할 아동의 권리 – 제37조(c)
- 자유를 박탈당했을 때 법률적 보호를 받을 아동의 권리 – 제37조(d)
- 관련이 있는 무역 분쟁에 있어서 관련 국제인도법의 존중을 받을 아동의 권리 – 제

48) 2000년 1월의 제23차 회기에서 "위원회는 이번 「인종주의, 인종차별, 외국인 혐오 및 이와 관련된 불관용 철폐를 위한 세계 회의(The World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance)」를 고려하여, 협약 제29조의 (교육 목적)에 관한 일반논평 입안에 착수하기로 하였다." UN doc. CRC/C/94, *Report on the twenty-third session of the Committee on the Rights of the Child,* p.103, para.480 참조.

38조(1)

- ❖ 모든 형태의 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 취급 때문에 희생당한 아동의 신체적 · 심리적 회복 및 사회 복귀를 촉진시키기 위해 모든 조치가 취해져야 할 아동의 권리 – 제39조
- ❖ 아동 사법(juvenile justice)의 원칙 – 제40조

이처럼 위 권리들은 예컨대, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이나 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에서도 인정되는 것처럼, 더욱 전통적인 인권 기준을 포함하는 것 외에도, 다양한 어려움을 계속하여 겪는 많은 아동의 다양한 필요에 맞추어 확장되고, 세밀하게 규정되었다.

아동매매 · 아동성매매 및 아동음란물에 관한 선택의정서 제1조에 따르면, "당사국은 이 의정서에 명시된 아동매매 · 아동성매매 및 아동음란물을 금지하여야" 한다. 위 선택의정서 제2조에서는 "아동 매매," "아동성매매," 그리고 "아동음란물"의 개념을 정의하면서, 제3조에서 최소 기준으로서 당사국의 형법상 완전히 처벌되어야 할 세 가지 금지행위를 규정하고 있다. 그 밖의 다른 조항들에서는 관련된 위반행위에 대한 관할권을 설립하여야 할 당사국의 의무 및 수사절차나 재판절차, 인도절차, 압류 및 몰수, 국제협력 그리고 그 밖의 영역에 대해 조력을 제공할 당사국의 의무를 상세히 규정하고 있다(제4조 내지 제11조).

아동의 무력충돌 참여에 관한 선택의정서에서는 군대 구성원으로서 적대 행위에 직접 참여할 수 있는 나이를 18세로 상향하였으며, 18세 미만의 자들이 군대에 의무적으로 징집되지 않도록 보장할 의무를 당사국에게 부여하고 있다(제1조 및 제2조). 위 선택의정서 제3조에 따르면, 당사국은 개인이 자발적으로 자국 군대에 입대할 수 있는 최저연령을 제38조(3)에서 인정된 나이인 15세보다 높여야 한다. 18세 미만인 사람의 자발적인 입대를 허용하는 당사국들은 특히 "그러한 입대가 진정으로 자발적인 것이고," "부모나 법적인 후견인의 신중한 동의를 수반하여" 이루어지도록 보장해야 한다[제3조(a)(b)].

[**추록**: 남아프리카 더반에서 2001년에 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오 및 이와 관련된 불관용 철폐를 위한 세계 회의(The World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance)가 개최되었다. 상세 정보는 http://www.un.org/WCAR/를 참조. 아동권리위원회는 교육의 목표에 관한 일반

논평 제1호(2001)를 통해, 아동에 대한 교육은 아동 친화적이고 아동 중심적이며, 아동에게 자율권을 주는 것이어야 함을 언급한 바 있다. 아동권리위원회는, 아동의 권리에 관한 협약 제29조의 중요 목표를 달성하기 위한 포괄적인 행동계획을 이행하기 위해서는 상당한 인적 물적 재정적 자원이 필요함을 시인하면서, 모든 당사국이 다른 주제보다 아동교육 주제를 좀 더 우선시할 것과 적절한 자원을 배정할 것을 촉구하였다(HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 349-356).]

2.3.3 권리의 행사에 있어서 허용 가능한 제한

아동의 권리에 관한 협약에는 일반적인 제한 규정은 없고, 세 개의 조항에서 개별적 권리들에 대한 제한의 근거를 두고 있을 뿐이다. 즉, 표현의 자유[제13조(2)], 자신의 종교 및 신념을 표방할 자유[제14조(3)], 결사의 자유와 평화적 집회의 자유[제15조(2)]가 그것인데, 세 개의 조항 모두 아동의 권리를 제한하는 조치는 반드시 법률에 근거를 두어야 하고, 법률에서 제시된 목적을 위해 필요한 것이어야 함을 규정하고 있다. 한편 결사의 자유와 평화적 집회의 자유의 경우, 권리제한 조치는 위 요건과 별도로 "민주사회에 있어서 필요한 조치여야 한다."라는 점이 명시되어 있다.

비록 위 협약이 아동의 권리를 제한할 수 있는 규정을 몇 가지 두고 있지만, 당사국들의 약속들 중 다수는 "적당한(appropriate)"이라는 용어와 관련되어 있다(위 용어는 물론 해석의 여지가 있다). 그러나 위 용어의 해석에 있어서는 어떤 상황에서도 "아동의 최선의 이익"이 기준이 된다. 이와 관련하여 또 하나 고려해야 할 요인은, 아동 자신의 이익과 아동의 부모의 "권리 및 의무" 사이의 조화 문제이다[제3조(3) 및 제5조 참조].

마지막으로, 위 협약은 이탈을 허용하는 조항을 두고 있지 않은바, 이를 통해 우리는 위 협약이 예외적인 위기 상황에서도 적용될 의도로 만들어진 것임을 알 수 있다.

아동의 권리에 관한 협약은 일반적인 제한 규정을 두고 있지 않다. 오직 언론의 자유, 종교와 신념의 자유, 그리고 결사와 평화로운 집회의 자유에 대한 개별적인 제한 규정을 두고 있을 뿐이다.

일반적으로 위 협약의 용어는 먼저 아동의 최선의 이익을 기할 수 있도록 해석되어야 하나, 다만 부모의 권리와 의무도 고려해야 한다.

2.3.4 이행 메커니즘

아동의 권리에 관한 협약의 이행 메커니즘(제42조 내지 제45조)은 앞서 본 두 대표적인 국제규약의 보고절차와 유사하므로, 여기서는 앞서 살펴본 내용을 원용하기로 한다. 다른 위원회들처럼 아동권리위원회 역시 위 협약에 따라 당사국이 제출하여야 할 보고서의 작성 지침을 발간한 바 있다.[49)]

2.4 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약(The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948)

집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약은 1948년 12월 9일 유엔 총회에서 채택되어, 1951년 1월 12일 발효되었다. 2002년 4월 26일 현재 위 협약의 당사국은 135개국이다. 위 협약은 독자적인 이행 메커니즘을 규정하지 않고 있고, 이하에서 살펴볼 것처럼 체약국에게 이행의 문제를 맡기고 있다.

2.4.1 당사국의 약속

"체약국들은, 평시에 또는 전시에 행하여졌는지를 불문하고, 집단살해죄는 그들이 ***방지***하고 ***처벌***할 것을 약속한 국제법상의 범죄임을 ***확인***한다."(제1조. 강조는 추가됨) 이를 위해 체약국들은 "각자의 헌법에 따라서 특히 집단살해" 또는 집단살해의 공모, 직접 또는 공연한 교사, 집단살해의 미수 또는 공범에 대하여 "죄가 있는 자에 대한 유효한 형벌을 규정하기 위하여 필요한 입법을 제정할 것을 약속한다."(제5조를 제3조와 함께 읽은 것임)

체약국들이 협약 제1조를 통해 집단살해죄가 국제법상의 범죄임을 "확인"한 것은, 위 협약에 포함된 원칙들이 국제관습법 하에서 이미 체약국에게 법적 구속력을 지니는 것으로 체약국들 스스로 판단하였다는 증거이다. 이 매뉴얼 제1장에서 이미 살펴본 것처럼, 이는 국제사법재판소가 1951년의 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 유보사건의 권고적 의견에서 밝힌 판단과도 일치한다. 위 사건에서 국제사법재판소는 "위 협약에 포함된 원칙들은, 설령 협약에 따른 의무가 없었다고 하더라도 국가에게 구속력이 있는 것으로 인정되는 원칙들"이라고 판시하였다.[50)] 그러나 위 협약에서 국제범죄 처벌 문제를 국내법원에 의지하는 것은 1948년 당시 국제형사관할권 문제와

49) supra, note 47 참조.
50) supra, 제1장, 2.4.2절 참조.

관련하여 해결할 문제가 많이 있음을 보여주었다.[51] 1990년대에 구 유고슬라비아 일부 지역과 르완다에서 무차별적인 학살이 발생한 후에야 국제형사사건에 대한 보편적 관할권의 개념이 현실화되기 시작하였다(아래 2.4.3절 참조).

2.4.2 협약의 법적 범위

동 협약의 법적 범위는 집단살해죄의 방지 및 처벌에 한정된다. 집단살해죄의 개념은 제2조에 규정되어 있는데, "국민적, 인종적, 민족적 또는 종교적 집단을 전부 또는 일부 파괴할 의도로서 행하여진 아래의 행위"를 의미한다.

(a) 집단구성원을 살해하는 것
(b) 집단구성원에 대하여 중대한 육체적 또는 정신적인 위해를 가하는 것
(c) 전부 또는 부분적으로 육체적 파괴를 초래할 목적으로 의도된 생활조건을 집단에게 고의로 과하는 것
(d) 집단 내에 있어서의 출생을 방지하기 위하여 의도된 조치를 과하는 것
(e) 집단의 아동을 강제적으로 타 집단에 이동시키는 것

협약 제3조에 따르면 집단살해, 집단살해를 범하기 위한 공모, 집단살해를 범하기 위한 직접 또는 공연한 교사, 집단살해의 미수, 집단살해의 공범이 처벌대상이다. 그리고 협약 제4조에 따르면, 위 처벌대상 행위 중 어느 것이라도 범한 자는 "헌법상 통수권자인지, 공무원인지, 혹은 사인인지 불문하고" 처벌된다.

그리하여 위 협약은, 뉘른베르크 헌장에 규정된 원칙 즉, 일정한 경우 개인은 당파적인 자국의 이익 및 복종 의무를 초월하여 국제법에 따른 국제적 책임을 가진다는 원칙을 승인한 중요한 협약으로 볼 수 있다.

2.4.3 국제 범죄: 최근의 법적 발전

특히 심각한 몇몇 범죄에 대하여 개인이 형사책임을 진다는 원칙은 안전보장이사회가 결의안 808(1993년)을 채택함으로써 탄력을 얻었다. 위 결의안은 "1991년 이후 구 유고슬라비아 영토에서 행해진 국제인도법의 심각한 위반행위에 책임이 있는 사람들을 형사소추하기 위한 국제재판소 설립"을 내용으로 하는 결의안이다. 그 후 안전보장이사회는 결의안 827(1993년)을 통해 구 유고슬라비아 국제형사재판소(The

51) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press), 3rd edn., pp.562~563.

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 이하 'ICTY'이라 한다) 규정(Statute)을 승인하였다.

1998년 수정된 위 ICTY 규정은 재판소로 하여금 1949년 제네바 협약의 심각한 침해행위, 전쟁에 관한 법과 관습의 위반, 집단살해죄, 인도에 반하는 죄 즉, 살인, 몰살, 노예화, 국외추방, 구금, 고문, 강간, 정치적 · 인종적 · 종교적 이유에 기한 박해, "그 밖의 비인간적인 행위"(위 규정에 구체적으로 규정되지는 않은, 그 밖의 대규모의 인권학대행위를 재판소가 다룰 수 있도록 하기 위한 범죄 개념이다)에 대해 형사소추할 수 있는 권한을 부여하고 있다(제1조 내지 제5조). 재판소와 국내법원은 관련 범죄에 대하여 공동의 관할권을 가지나, 재판소가 "우선권(primacy)"을 가진다(제9조).

1994년 1월 1일부터 1994년 12월 31일까지 르완다에서 일어난 인도법의 심각한 위반행위를 다루기 위해, 안전보장이사회는 마찬가지로 결의안 955(1994년)를 통해 르완다 국제형사재판소(The International Criminal Tribunal for Rwanda, 이하 'ICTR')를 설립하였고, 같은 결의안에 의해 ICTR 규정(Statute)이 채택되었다. 위 ICTR 규정에 따르면, 재판소는 집단살해, ICTY 규정에서 나열된 것과 같은 종류의 인도에 반하는 죄, 그리고 1994년 제네바 협약 제3조 및 추가의정서Ⅱ 제3조의 위반행위를 범한 사람을 형사소추할 권한을 가진다(제2조 내지 제4조). 르완다 국민이 위 각 범죄를 주변국에서 범한 경우에도 마찬가지이다(제7조).

ICTY와 ICTR의 형사소추 권한이 다른데, 이는 구 유고슬라비아에서의 전쟁은 국제적 성격의 무력충돌로 여겨진 반면, 르완다에서의 위기 상황은 주로 비국제적 무력충돌로 여겨졌기 때문이다.

마지막으로, 1998년 7월 17일 유엔 전권대사회의 비밀투표에서 120대 7의 표결로(기권 21) 상설 국제형사재판소에 관한 로마 규정(The Rome Statute of the International Criminal Court)이 채택되었다.[52] 이 국제적인 상설의 독립한 재판기구의 설립으로 인하여, 집단살해죄, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄, 또한 일정한 조건하에서의 침략 범죄에 대한 면죄(impunity)는 종지부를 찍었다(위 로마 규정 제5조). 상설 국제형사재판소는 공적 지위에 있는지 여부에 상관없이 자연인에 대하여 관할권을 가지지만, 국가나 기업 등 법인에 대해서는 관할권을 갖지 않는다. 나아가 보편적인 인권조약들을 통해 세워진 여러 감시기구와 마찬가지로, 상설 국제형사재판소 역

52) 다음의 웹사이트 참조: http://www.icj.org/icc/iccdoc/mficc.htm, p.1. 상설 국제형사재판소에 관한 로마 규정에 관하여는 UN doc. A/CONF.183/9 참조.

시 성질상 보조적 기능을 가진다. 로마 규정 제17조에 따르면, 관련 당사국이 제17조(1)(a),(b)의 수사 또는 형사소추를 할 의지가 없거나 이를 진정으로 할 수 없는 경우에만 상설 국제형사재판소가 형사소추권을 가진다. 상설 국제형사재판소는 구체적인 기준에 기초하여, 특정 사안에서 당사국이 수사하거나 형사소추할 "의지"나 "능력"이 없는지 여부를 판단한다[제17조(2),(3)]. 일반적으로 'ICC'로 알려진 상설 국제형사재판소는 60개국이 위 로마 규정을 비준하면 발효되게 되어 있었는데(제126조), 2002년 4월 11일을 기준으로 66개국이 비준하여 2002년 6월 1일 발효되었다.[53)]

[**추록**: 국제형사재판소는 2003년 3월 11일 창설되었고, 네덜란드 헤이그에 위치하고 있다. 2003년 3월 10일 89개 국가가 국제형사재판소 규정을 승인하였다. 국제형사재판소의 추가적인 정보를 위해서는 www.icc-cpi.int/ 참조.]

[**추록**: 2007년 말 현재 총 105개국이 위 로마 규정을 비준하였다. 이는 아프리카 29개국, 아시아 13개국, 동유럽 16개국, 라틴아메리카 및 카리브해 22개국, 서유럽 및 기타 국가 25개국으로 구성되어 있다. 상설 국제형사재판소는 2003년 4월 11일에 업무를 개시하였고, 네덜란드 헤이그에 소재해 있다. 상설 국제형사재판소에 관한 더 많은 정보는 인터넷 웹사이트(http://www.icc-cpi.int)를 참조하라. 상설 국제형사재판소의 절차 및 특정 국가의 사건 처리에 관해서는 다음 웹사이트 항목("ICC Monitoring and Outreach Programme" at http://www.ibanet.org)을 참조하라.]

집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약은 집단살해를 범하기 위한 공모, 집단살해를 범하기 위한 직접 또는 공연한 교사, 집단살해의 미수, 집단살해의 공범 등을 포함하는 집단살해죄를 방지하고 처벌하기 위한 협약이다. 그러나 협약에서 별도로 의무를 부과하고 있는지 여부에 상관없이, 위 협약에 내포된 원칙은 모든 당사국을 구속한다.

상설 국제형사재판소(ICC)는 집단살해죄, 인도에 반하는 범죄, 전쟁범죄, 그리고 일정한 조건 하에서의 침략범죄를 단죄하기 위한 목적으로 설립된 첫 번째 국제적인 상설의 독립한 재판 기구이다.

2.5 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965)

53) UN web site(www.un.org/law/icc/index/html) 참조.

유엔 총회에서 1965년 12월 21일 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약이 채택되어, 1969년 1월 4일 발효되었다. 2002년 4월 8일 현재 위 협약의 당사국은 161개국이다. 위 협약은 협약상 의무 이행을 감시하기 위하여 인종차별철폐위원회를 설치했다. 위 위원회는 필요할 때에는 특정 조항이나 주제에 관하여 일반권고(General Recommendations)를 행할 수 있다. 이하 이러한 일반권고 중 논의와 관련되는 것이 있으면 원용하기로 한다.

2.5.1 당사국의 약속

이 협약의 목적상 "'인종차별'이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 출신 민족이나 종족을 이유로 한 구별, 배척, 제한 또는 선호(preference)로서, 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 어떠한 ***공공생활***(public life) 분야에 있어서의 인권과 기본적 자유의 동등한 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 것"을 가리킨다(제1조. 강조는 추가됨). 그러나 어느 특정 인종 또는 종족의 집단이나 개인이 인권이나 기본적인 자유의 동등한 향유와 행사를 확보하기 위하여 … ***유일한*** 목적으로 취해진 특별 조치는 … , 상이한 인종집단에게 별개의 권리를 존속시키는 결과를 가져오지 않고, 소기의 목적이 달성된 후에는 계속되지 아니하는 경우[제1조(4), 강조는 추가됨][54] 인종차별로 간주되지 않는다.

이 협약의 당사국은 "인종차별을 규탄하며, 모든 형태의 인종차별을 철폐하고 인종 간의 이해를 증진할 정책을 적절한 방법으로 지체 없이 추구할 것"을 약속한다[제2조(1)]. 이러한 목적을 이루기 위하여 특히,

- "각 체약국은 인간이나 인간의 집단 또는 단체에 대한 인종차별 행위를 하지 않을 의무 또는 인종차별을 실시하지 않을 의무를 지며, 또한 모든 국가 및 지방공공기관과 공공단체가 그러한 의무에 따라 행동하도록 보장할 의무를 지며" – 제2조(1)(a)
- "각 체약국은 인간이나 조직에 의한 인종차별을 후원, 옹호 또는 지지하지 않을 의무를 지며" – 제2조(1)(b)
- "각 체약국은 어디에 존재하든 간에 인종차별을 야기하거나 또는 영구화시키는 효과가 있는 정부, 국가 및 지방정책을 자세히 조사하고 또한 상기 효과가 있는 법규를 개정, 폐기 또는 무효화시키는 효율적 조치를 취하며" – 제2조(1)(c)

54) 이 규정들에 따른 체약국의 보고의무에 관하여는, 위 협약 제1조에 관하여 다루고 있는 일반논평 제24호, UN doc. *GAOR*, A/54/18, Annex V, p.103 참조.

- "각 체약국은 어느 인간, 집단 또는 조직에 의한 인종차별을 해당 사정에 따라 입법을 포함한 모든 적절한 수단으로서 금지하고 종결시키며" – 제2조(1)(d)
- "각 체약국은 적절한 경우 다종족 통합주의자단체와 인종 간의 장벽을 폐지하는 운동 및 기타 방법을 장려하고 또한 인종분열을 강화할 성향이 있는 어떠한 것도 막아야 한다." – 제2조(1)(e)

당사국은 "권한 있는 국가법원 및 기타 기관을 통하여 이 협약에 반하여 인권 및 기본적 자유를 침해하는 인종차별행위로부터 모든 사람을 효과적으로 보호하고 구제하며, 또한, 그러한 차별의 결과로 입은 피해에 대하여 법원으로부터 공정하고 적절한 보상 또는 변제를 구할 권리를 모든 사람에게 보장한다."(제6조)

마지막으로, 당사국은 특히 "수업, 교육, 문화 및 공보 분야에 있어서 인종차별을 초래하는 편견에 대항하기 위하여 즉각적이고 효과적인 조치를 취할 의무를 진다." (제7조)

2.5.2 보호되는 비차별 분야

당사국은 인종차별을 금지하고 제거하기 위한 것뿐만 아니라 "아래의 일련의 권리를 누림에 있어서 인종, 피부색 또는 민족이나 종족의 기원과 관계없이 만인의 권리를 법 앞에 평등하게 보장하기 위해 의무를 이행한다." (제5조)

- 법원 및 기타 모든 사법기관 앞에서 평등한 대우를 받을 권리 – 제5조(a)
- 정부 관리에 의해 자행되거나 개인, 집단 또는 단체에 의해 자행되거나 간에 폭행 또는 신체적 피해에 대하여 국가가 부여하는 인간의 안전 및 보호를 받을 권리 – 제5조(b)
- 정치적 권리 특히 선거에 참가할 권리, 보통 · 평등 선거의 기초 위에서 투표하고 입후보할 권리, 각급 공공업무의 행사는 물론 정부에 참여할 권리, 그리고 공공업무에 평등하게 접근할 권리 – 제5조(c)
- 기타의 시민권, 특히 당해 체약국 국경 이내에서의 거주이전의 자유, 자국을 포함하여 모든 국가로부터 출국하고 자국으로 귀국할 권리, 국적 취득권, 혼인 및 배우자 선택권, 단독 및 공공재산 소유권, 상속권, 사상, 양심 및 종교의 자유, 의견과 표현의 자유, 평화적인 집회와 결사의 자유 – 제5조(d)
- 경제적, 사회적 및 문화적 권리, 특히 근로, 직업 선택의 자유, 공정하고 적절한 근로조건, 실업에 대한 보호, 동일노동, 동일임금, 정당하고 적절한 보수 등에 대한

권리, 노동조합 결성 및 가입권, 주거에 대한 권리, 공중보건, 의료, 사회보장 및 사회봉사에 대한 권리, 교육과 훈련에 대한 권리, 문화적 활동에의 균등 참여권 – 제5조(e)

❖ 운송, 호텔, 음식점, 카페, 극장 및 공원과 같은 공중이 사용하는 모든 장소 또는 시설에 접근할 권리 – 제5조(f)

인종차별철폐위원회 스스로 일반권고 제20호에서 지적하듯이, 협약 제5조에서 정치적, 시민적, 경제적, 사회적, 문화적 권리를 열거한 것은 한정적 열거가 아니고, 제5조에 명시적으로 언급되지 않은 권리라도 인종차별을 받지 않을 권리가 적용될 수 있다. 다시 말하면, 인권의 행사가 인종차별로부터 자유로울 것을 보장하도록 요구하는 것과 함께, 제5조는 "인권을 스스로 창설하는 것은 아니고," 유엔 헌장이나 세계인권선언 및 국제인권규약들로부터 도출된 것과 같은 "권리들의 존재와 인정을 추정"하는 것이다. 이것은 또한 당사국이 제5조에 열거된 권리에 제한을 가하고자 하는 경우, 당사국은 "제한의 목적이나 효과가 국제인권기준의 불가결한 구성요소로서의 협약 제1조와 모순되지 않음을 확실히 해야 한다"는 것을 의미한다.[55] 그 결과 다른 인권 조약들에서 승인된 제한은 협약 제5조에 간접적으로 포함되었고, 거꾸로 말하면 협약 제1조에 정의된 인종차별의 개념은 보통 말하는 국제인권법에 내재하여 있는 것이다.

비록 협약 제1조에 따르면 인종차별의 금지는 "공공생활" 영역에 관계되는 것이지만, 인종차별철폐위원회는 "사적 기구가 권리의 행사나 기회의 유용성에 영향을 미치는 한, 당사국은 그 결과가 인종차별을 만들어 내거나 영구화하려는 목적이나 효과를 갖지 아니한다는 점을 보장하여야 한다."고 설명한 바 있다.[56]

2.5.3 이행 메커니즘

위 협약은, 개인 자격으로 일하는 18명의 위원으로 이루어지고 협약의 조건 이행을 감시하는 업무를 수행하는 인종차별철폐위원회를 창설하였다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 마찬가지로, 협약은 정기보고서, 국가 간 통보, 개인통보로 이루어진 세 종류의 이행 메커니즘을 가지고 있다. 이에 대해서는 아래에서 서술한다. 이에 더하여, 인종차별철폐위원회는 필요한 경우 협약의 특정 조문이나 특정 주제에 관하여 일반권고를 채택한다. 이하는 감시 메커니즘 개관이다.

55) *United Nations Compilation of General Comments,* pp.188~189, paras.1 and 2.
56) Ibid., p.189, para.5.

❖ ***보고절차***: 당사국들은 자국에 대한 협약 발효일로부터 1년 이내에 최초 보고서를 제출하고, 그 후 매 2년마다 또는 인종차별철폐위원회가 요청할 때 협약의 조항을 이행하기 위해 채택한 입법, 사법, 행정 기타 조치들에 관한 보고서를 제출하기로 약속한다[제9조(1)]. 다른 위원회들과 마찬가지로, 인종차별철폐위원회는 당사국들이 제출해야 하는 보고서의 형식과 내용에 관한 특별 가이드라인을 마련하였다.

❖ ***국가 간 통보***: 어느 당사국이 협약의 조항을 이행하지 않고 있다고 생각될 때 다른 당사국은 "이 문제를 위원회에 회부할 수" 있다[제11조(1)]. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 경우와는 달리, 국가 간 통보를 받을 인종차별철폐위원회의 권능을 인정하는 별도의 특별 선언이 요구되지는 않는다. 인종차별철폐위원회는 당사국간에 1차적인 해결에 이르지 못한 경우에만 그 문제에 관여한다. 사건이 인종차별철폐위원회에 맡겨지면 임시 조정위원단이 임명되고, 임시 조정위원단에서는 협약에 대한 "존중을 기초로 하여 문제의 호의적인 해결을 위하여 당해 체약국에서 이용 가능한" 주선(good offices)을 마련한다[제12조(1)(a)]. 임시 조정위원단은 사건을 검토한 후, 의장에게 "당사국간 쟁점에 관련된 사실의 모든 문제에 관한 조사결과와 분쟁의 호의적 해결을 위해서 적절하다고 생각하는 권고를 내용으로 하는 보고서"를 제출하여야 한다[제13조(1)]. 당사국은 조정위원단의 권고를 받아들이거나 거부할 수 있다[제13조(2)].

❖ ***개인통보***: 당사국은 언제라도 "당사국에 의하여 협약상 규정된 권리를 침해당하였다고 주장하는 그 국가의 관할권 하에 있는 개인이나 개인 집단이 제기한 통보를 접수하고 검토할" 권능이 인종차별철폐위원회에 있음을 선언할 수 있다[제14조(1)]. 제14조는 1982년 12월 3일에 발효되었고, 2001년 8월 17일에 34개 당사국이 이를 선언하였다.[57]

*모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약은 **공공생활**의 모든 영역에서의 인권의 향유에 대한 차별을 금한다.*

그러나 당사국은, 사적 기구가 권리의 행사나 기회의 유용성에 영향을 미치는 한, 그 결과가 인종차별을 만들어 내거나 영구화하려는 목적 또는 효과를 갖지 않는다는 점을 보장하여야 한다.

협약은 (1) 보고 절차, (2) 국가 간 통보, (3) 개인통보를 통해 국제적 차원에서 이행된다.

57) UN doc. *GAOR*, A/56/18, p.10, para.2.

2.6 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984년)

모든 주요한 인권 조약들에서 금지하고 있음에도, 고문 관행은 널리 퍼져 있어서 더욱 자세한 법적 규정과 더욱 효율적인 이행 장치를 필요로 하는 것으로 여겨졌다. 그리하여 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약이 입안되어, 유엔 총회에서 1984년 12월 10일 채택되었다. 이는 1987년 6월 26일에 발효되어, 2002년 4월 8일 현재 당사국 수는 128개국이다. 이 협약은 당사국들의 의무 이행을 감독하기 위하여 전문가 기구로서 고문방지위원회(Committee against Torture)를 창설하였다.

2.6.1 당사국의 약속

협약에 따르면, "'고문'이라 함은 공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접 또는 이러한 자의 교사 · 동의 · 묵인 아래 어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적으로, 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대하여 처벌을 하기 위한 목적으로, 개인이나 제3자를 협박 · 강요할 목적으로, 또는 모든 종류의 차별에 기초한 이유로, 개인에게 고의로 극심한 신체적 · 정신적 고통을 가하는 행위"를 말한다. 그러나 "합법적인 제재조치로부터 초래되거나, 이에 내재하거나 이에 부수되는 고통"은 고문에 포함되지 아니한다(제1조).

다음으로 협약은 "각 당사국이 자기 관할 하의 영토에서 고문행위를 ***방지***하기 위하여 실효적인 입법, 행정, 사법적 조치를 취할 것"을 요구한다[제2조(1), 강조는 추가됨]. 나아가 협약은 "***전쟁상태, 전쟁의 위협, 국내의 정치 불안정 또는 그 밖의 사회적 긴급 상황 등 어떠한 예외적인 상황도 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다.***"[제2조(2), 강조는 추가됨]고 규정하고 있다. 고문으로부터의 자유가 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약을 포함한 주요 조약들에서 이미 이탈될 수 없는 권리임을 고려할 때, 이는 기존 국제인권법의 내용을 반복한 것으로 볼 수 있다. 협약은 "상관 또는 당국의 명령은 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다."[제2조(3)]는 점을 명확히 하고 있다. 다시 말하면, 고문행위에 대한 개인책임의 원리가 확립되어 있다.

2.6.2 협약의 법적 범위

협약의 다음 조항들은 고문행위를 방지, 처벌하고 구제할 당사국들의 책임을 구체화하고 있다. 다만 여기서는 당사국들의 법적 의무 중 일부만을 개략적으로 살펴보도록 한다.

- "어떤 당사국도 고문받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방, 송환 또는 인도하여서는 아니 된다." – 제3조(1)
- "당사국은 모든 고문행위가 자기 나라의 형법에 따라 범죄가 되도록 하여야" 하며, 고문 미수, "고문 공모 또는 가담"에 해당하는 행위도 마찬가지로 다루어야 한다. 게다가 당사국은 "이러한 범죄가 그 심각성이 고려된 적절한 형벌로 처벌될 수 있도록 하여야 한다." – 제4조(1),(2)
- 당사국은 일어난 범죄에 대한 관할권을 행사하고 협약 제4조에 위반하여 행위를 저지른 것으로 여겨지는 사람을 "기소를 위하여 권한 있는 당국"[제5조(7)]에 회부하고 규정된 범죄에 대하여 "제기된 형사 절차와 관련하여 서로 최대한의 지원을 제공하여야 한다." – 제9조
- "제4조에 규정된 범죄는 당사국 사이에 존재하는 인도 조약상 인도 대상 범죄에 포함된 것으로 본다." 또한 "상기 범죄를 앞으로 체결될 모든 인도조약에서 인도대상 범죄에 포함하기로 약속한다." – 제8조
- 당사국들은 나아가 "모든 형태의 체포, 구금 또는 징역의 대상이 된 개인의 구금, 심문 또는 처리에 관여할 민간이나 군의 법집행 요원, 의료인, 공무원 및 그 밖의 요원들의 훈련과정에 고문방지에 관한 교육 및 정보가 충실하게 포함되도록 하여야 한다." – 제10조(1)
- 고문 방지의 목적을 위해 당사국들은 자유를 구속하는 "여하한 형태의 체포, 구금 또는 징역의 대상이 된 개인을 구금, 처리하는 각종 제도는 물론 심문 규칙, 지침, 방법 및 관행을 체계적으로 검토하여야 한다." – 제11조
- "각 당사국은 고민이 자행되었다고 믿을 만한 타당한 근거가 있는 경우에는 권한 있는 당국이 신속하고 공평한 조사를 진행하도록 보장하여야 한다." – 제12조
- 각 당사국은 추가로 고문의 피해자로 주장되는 자가 "권한 있는 당국에 고소하여 신속하고 공평하게 조사를 받을 수 있는 권리를 보장"하여야 한다. – 제13조
- "각 당사국은 자신의 법체계 내에서 고문행위의 피해자가 구제를 받고, 또한 가능한 한 완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리를 보장하여야 한다." – 제14조
- "각 당사국은 고문행위로 기소된 개인에 대한 증거로 진술이 쓰이는 경우 외에는 고문의 결과 행해진 것으로 입증된 진술이 모든 소송에서 증거로 원용되지 아니하

도록 보장한다." – 제15조

❖ 그리고 끝으로, 각 당사국은 "자신의 관할 하의 어떤 영토에서도 제1조에 규정된 고문에 미치지 아니하는 그 밖의 잔혹한 · 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 방지"할 것을 약속한다. – 제16조

이 협약에서 도출되는 법적 의무들에 대한 이 개괄적인 설명으로부터, 고문이나 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 문제와 그에 대한 국가의 실제의 대응이 법관, 검사, 변호사들과 큰 관련이 있음을 명백히 알 수 있다. 법관, 검사, 변호사들은 이러한 위법한 행위의 신호를 찾을 준비가 되어 있어야 한다.

2.6.3 이행 메커니즘

위 협약의 이행을 감독하기 위해 세워진 독립적인 10명의 전문가로 구성된 고문방지위원회(제17조)는, 이 장에서 다룬 다른 협약들의 위원회들과 마찬가지로 당사국들이 제출한 정기보고서를 검토하는 업무를 수행한다. 하지만 당사국들이 아래 권한을 승인하는 선언을 할 경우에는, 위 업무 외에 국가 간 통보나 개인통보를 접수하여 심리할 권한도 가지게 된다. 한편 뒤에서 언급하겠지만, 위 협약은 당사국의 동의가 있는 경우에 한하여 고문방지위원회가 고문이 자행되는 국가를 방문할 권한을 부여하고 있으나, 1991년 이후부터 구금 장소를 정기적으로 방문하는 방식의 예방적 제도를 설립하기 위한 선택의정서의 채택을 위한 노력이 진행 중이다. 인권에 관한 국제회의(World Conference on Human Rights) 참석자들이 만장일치로 이러한 추가의정서의 조기 채택을 촉구하였음에도 불구하고,[58] 그 내용에 관한 합의가 도출되지 않고 있다.[59]

[**추록**: 2002년 12월 18일 유엔 총회는 위 협약에 관한 선택의정서를 채택하였다. 선택의정서의 목적은 "고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 방지하기 위하여, 독립적인 국제적, 국내적 기구가 사람들의 자유를 빼앗은 장소를 정기적으로 방문(visits)할 수 있는 시스템을 만들고자 하는 것이다."]

[**추록**: 유엔 총회에서 2002년 위 협약 선택의정서가 채택되어 2006년에 발효되었다(결의안 57/199). 위 선택의정서는 독립한 국제적, 국가적 기관에 의한 정기 방문 제도

58) UN doc. A/CONF.157/23, *Vienna Declaration and Programme of Action,* p.22, para.61.

59) 2000년 4월 20일 인권위원회가 *Draft optional protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* 에 관하여 채택한 결의인 resolution E/CN.4/RES/2000/35 참조.

를 두고 있다. 위 선택의정서 제4조에 의하면, "모든 당사국은 … 그 이유가 당국의 명령에 따른 것이든, 당국의 선동에 의한 것이든, 당국이 동의하거나 묵인한 것이든 관계없이, 사람들이 자유권을 박탈당한 모든 장소로서 자신의 관할권 및 통제권 하에 있는 곳이면 어디든 방문을 허용하여야 한다. … 이러한 방문은 필요할 경우 고문이나 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터의 사람들의 보호를 강화하기 위하여 이루어질 것이다." 위 선택의정서 제30조는 유보를 허용하지 아니함으로써 불법 구금에 대하여 강력한 메시지를 보내고 있다. 또한, 위 선택의정서에서는 이러한 고문 등의 방지를 위한 소위원회를 창설하였다. 위 선택의정서의 내용 및 비준 현황에 관해서는 유엔 인권최고대표 웹사이트(http://www.ohchr.org)를 참고하라.]

일반적으로 감시절차는 다음과 같이 요약된다.

❖ ***보고절차***: 당사국은 자국에 대하여 위 협약이 발효한 후 1년 이내에 협약에 따른 의무의 이행을 위한 조치에 대한 최초보고서를 제출하고, 그 후로는 4년마다 또는 고문방지위원회가 요청하는 때에 정기보고서를 제출할 의무를 부담한다[제19조(1)]. 보고서 작성의 편의를 위하여, 고문방지위원회는 최초보고서 및 정기보고서의 형식과 내용에 관한 일반적 가이드라인을 만들었다.[60]

❖ ***제20조에 의한 고문방지위원회의 활동***: 이 조항은 고문방지협약 특유의 것으로서, "고문방지위원회가 어떤 당사국의 영토 내에서 고문이 조직적으로 자행되고 있다는 근거 있는 내용을 포함하고 있는 것으로 추정되는 신뢰할 만한 정보를 접수하는 경우, 그 당사국에 대하여 그러한 정보를 조사하는 데 협조하고, 이를 위하여 관련 정보에 대한 의견을 제출하도록 요청한다."[제20조(1)] 그러나 당사국은 이 협약의 서명, 비준 또는 가입 시 고문방지위원회의 위 권한을 인정하지 ***아니한다***고 선언할 수 있다[제28조(1)]. 2001년 5월 18일 현재, 총 9개의 당사국이 이러한 선언을 하였다.[61] 이 조항에 의한 고문방지위원회의 직무에 관한 문서 및 절차는 비공개이지만, "고문방지위원회는 당사국과 협의 후에 해당 조사 결과의 요지를 유엔 총회와 당사국에게 제출하는 연례보고서에 포함되도록 결정할 수 있다."[제20조(5)][62]

60) UN docs. CAT/C/4/Rev.2 (최초보고서) 및 CAT/C/14/Rev.1 (정기보고서). 이 협약상의 최초보고절차에 관한 정보는, Joseph Voyame, "The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", in *Manual on Human Rights Reporting,* pp.309~332 참조.

61) UN doc. *GAOR*, A/56/44, Annex II, p.79.

62) UN doc. *GAOR*, A/54/44, p.24, para.231.

❖ ***국가 간 통보***: 2001년 5월 18일 현재, 43개의 당사국은 이 협약에 따른 의무를 다른 당사국이 이행하지 아니하고 있다고 통보하는 경우 고문방지위원회가 이러한 통보를 접수하여 심리할 권한을 갖고 있음을 승인한다고 선언하였다[제21조(1)].[63] 고문방지위원회는 당사국 쌍방이 만족할 수 있도록 사안이 조정되지 않았을 경우에만 위 통보를 검토한다. 그 절차는 비공개이며, 고문방지위원회는 이 협약상 규정된 의무에 대한 존중에 기초하여 사안을 우호적으로 해결하기 위하여 당사국 사이에 주선을 제공한다. 이를 위하여 고문방지위원회는 임시 조정위원회를 설치할 수 있다. 사안이 우호적으로 해결되지 아니하면, 고문방지위원회는 당해 사안의 "사실관계에 대한 간략한 기술"만을 담은 보고서를 작성한다[제21조(1)].

❖ ***개인통보***: 마지막으로, 고문방지위원회는 당사국이 위원회의 이 권한을 명시적으로 인정한 경우, 이 협약 위반으로 피해를 입었다고 주장하는 개인의 통보를 접수할 수 있다[제22조(1)]. 2001년 5월 18일 현재 40개국이 이 선언을 하였다.[64] 하지만 고문방지위원회는 익명의 통보, 통보제출권의 남용 또는 이 협약의 규정과 양립할 수 없는 것으로 판단되는 통보에 대하여는 심리적격성이 없는 것으로 간주한다[제22조(2)]. 또한, 고문방지위원회는 통보를 검토하기 전에 통보를 제기한 개인이 이용할 수 있는 국내의 모든 구제조치를 완료했는가를 우선 확인해야 한다. 단, 구제수단의 적용이 부당하게 지연되거나 이 협약의 위반으로 피해를 받은 자가 효과적인 구제를 기대할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다[제22조(5)(b)]. 개인통보에 관한 문서 및 절차는 비공개이나, 고문방지위원회의 견해는 당사자에게 통보되며 일반에도 공개된다. 개인통보에 심리적격성이 없다고 본 결정 역시 마찬가지이다.[65] 고문방지위원회의 견해(views)와 결정(decisions)의 다수는 유엔 총회에 제출되는 연례보고서에 게재된다.

고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약은, 어떠한 상황에서도, 설령 그것이 전쟁이나 다른 공공의 비상사태라 하더라도, 고문 및 그 밖의 형태의 부당한 대우를 정당화할 수 없다는 원칙이 국제법상의 확립된 원칙임을 확인하고 있다.

상사에 의한 명령은 고문을 정당화하는 근거로서 원용될 수 없다.

협약은 다음 절차들을 통해 국제적 차원에서 이행된다.

(1) 보고절차 *(2) 제20조에 따른 위원회의 특별활동*
(3) 국가 간 통보 *(4) 개인통보*

63) UN doc. *GAOR*, A/56/44, Annex III, pp.80~81.

64) Ibid., loc. cit.

65) UN doc. *GAOR*, A/54/44, p.25, para.236.

2.7 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979)과 그 의정서(1999)

여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약은 1979년 12월 18일에 유엔 총회에 의해 채택되었고, 1981년 9월 3일에 발효되었다. 2002년 4월 8일 현재 당사국의 수는 168개국이다. 위 협약에서는 협약의 이행을 감시하기 위하여 독립한 전문가 기구인 여성차별철폐위원회를 두고 있다. 게다가 1999년 10월 6일에는 협약에 대한 선택의정서가 유엔 총회에서 투표 없이 채택되었다. 이에 따라 여성차별철폐위원회는, 선택의정서를 비준하거나 이에 가입한 당사국의 관할권 내에서 발생한 성차별의 피해자라고 주장하는 여성 또는 여성의 집단이 제기한 통보를 접수하여 심리할 수 있게 되었다. 위 선택의정서는 2000년 12월 22일에 발효되었으며, 2002년 4월 8일 현재 당사국의 수는 30개국이다.

[**추록**: 2007년 말 현재, 위 협약의 회원국 수는 185개국이고, 89개국이 선택의정서를 비준하였다. 위 협약 및 선택의정서에 관하여 더 자세한 내용은 유엔 웹사이트(http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw) 및 유엔 인권최고대표 웹사이트(http://www.ohchr.org)를 참조하라.]

2.7.1 당사국의 약속

이 협약에서 "여성에 대한 차별"이라 함은 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 ***기타 어떤 분야***에 있어서도 결혼 여부와 관계없이 남녀동등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효로 하는 효과 또는 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한을 의미한다(제1조, 강조는 추가됨). 그러므로 여성차별에 관한 금지는 전통적인 인권 영역뿐만 아니라 차별이 발생할 수 있는 다른 영역까지 포괄하는 것이다. 또한, 이는 공공분야로 한정되지 않고 사적분야까지 확장된다.

위 협약에서 "남성과 여성 사이의 사실상의 평등을 촉진할 목적으로 당사국이 채택한 잠정적 특별조치는 이 협약에서 정의한 차별로 보지 아니한다."고 규정하고 있는 점은 주목할 만하다. 그러나 이러한 조치는 "기회와 대우의 평등이라는 소기의 목적이 달성되면 중지되어야" 한다(제4조).

당사국은 "여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 정책을 모든 적절한 수단을 통해

지체 없이 추진하기로 합의하며, 이러한 목적을 위하여 다음을 약속한다." (제2조)

- ❖ 남녀평등의 원칙을 국내법에서 구현하며 이 원칙의 실제적 실현을 확보할 것
- ❖ 여성에 대한 모든 차별을 금지하는 적절한 입법 및 기타 조치를 채택하되, 필요한 경우 제재조치를 포함할 것
- ❖ 국내 법원과 기타 공공기관을 통하여 여성의 동등한 권리에 대한 법적 보호를 확립할 것
- ❖ 여성에 대한 어떠한 차별행위 또는 관행에도 따르는 것을 삼갈 것
- ❖ 개인, 조직 또는 기업에 의한 여성 차별도 철폐될 수 있도록 모든 적절한 조치를 취할 것
- ❖ 여성에 대한 차별에 해당하는 국내의 모든 형사법 규정을 폐지할 것

다음의 조항들은 여성차별 철폐에 대한 당사국의 약속들에 관하여 더욱 상세하게 다루고 있다.

- ❖ 일방의 성이 열등 또는 우수하다는 관념 또는 남성과 여성의 고정적 역할에 근거한 편견, 관습 및 기타 모든 관행을 없앨 목적으로 남성과 여성의 사회적 및 문화적 행동양식을 수정할 것[제5조(a)]
- ❖ 사회적 기능의 하나로서의 모성에 대한 적절한 이해와 자녀의 양육과 발전에 있어서 남녀의 공동책임에 대한 인식이 가정교육에 포함되도록 확보하되, 모든 경우에 있어서 자녀의 이익이 최우선적으로 고려되도록 할 것[제5조(b)]
- ❖ 여성에 대한 모든 형태의 인신매매 및 매춘에 의한 착취를 금지하기 위하여(제6조), 정치적 및 공적 생활(제7조, 제8조[66]), 교육(제10조), 고용(제11조), 보건(제12조) 분야에서, 경제적 · 사회적 생활의 분야에서(제13조) 여성에 대한 차별을 철폐하기 위하여, 또한 시골 여성에 대한 차별을 철폐하기 위하여[제14조(2)] 모든 적절한 조치를 취할 것

2.7.2 협약의 구체적인 법적 범위

이 협약의 많은 조항은 "여성차별 철폐를 위하여 적절한 조치를 취할" 당사국의 일반적인 법적 의무 형식으로 구성되어 있지만, 몇몇 조항들은 이와 동시에 남녀동등

66) 일반권고(General Recommendation) 제8호(제8조의 이행), in *United Nations Compilation of General Comments*, p.206.

을 근거로 반드시 지켜져야 할 구체적인 권리로 구성되어 있다. 예를 들면,

- ❖ 교육에 관하여, 여성은 취업과 직업 훈련에 있어서의 동등한 조건과 장학금 및 다른 장려금에 있어서의 동등한 기회를 가진다. – 제10조
- ❖ 동등한 고용의 기회를 보장받을 권리, 직업과 고용을 자유로이 선택할 자유, 동등한 보수[67] 및 사회보장과 건강보호를 받을 권리와 같은 근로의 권리 – 제11조
- ❖ 가족 급부금에 대한 권리, 은행대출, 저당 및 기타 형태의 금융대출에 대한 권리와 오락 활동, 체육과 각종 문화생활에 참여할 권리 – 제13조
- ❖ 개발계획의 작성 및 실시에 참여하고, 적절한 보건시설의 혜택을 받고, 사회보장 계획으로부터 직접적인 혜택을 받고, 모든 형태의 훈련과 교육을 받고, 자조 집단을 구성하고, 모든 공동체 활동에 참여하고, 농업신용 및 대부를 받고, 적절한 생활조건을 누릴 비도시 여성의 권리 – 제14조

마지막으로 이 협약은 특히 당사국에게, 민사 문제에 있어서 남성과 동일한 법적 능력[제15조(1),(2)]을 여성에게 부여하는 것뿐만 아니라, 여성에게 "법 앞에서의 남녀평등"을 보장할 의무를 부과하고 있다. 또한, 위 협약은 남녀동등에 기초하여 여성들에게 혼인과 가족관계에 관한 일련의 권리를 부여하고 있다(제16조).

따라서 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 대한 협약은 사회의 실생활에서의 모든 주요 분야를 다루고 있고, 법관, 검사, 변호사가 국내법 하에서 남녀평등 문제를 검토할 때 유용한 도구가 될 수 있다.

2.7.3 이행 메커니즘

이 협약과 1999년의 선택의정서에 의해 설립된 감시 메커니즘은 대략 아래와 같다.

- ❖ ***보고절차***: 이 협약상 이행 메커니즘은 오직 보고절차만 존재한다. 그 점에서 지금까지 다루었던 다른 조약들의 이행 메커니즘들보다 덜 발달한 것으로 볼 수 있다. 당사국은 발효 후 1년 이내에, 그 후에는 4년마다 또는 여성차별철폐위원회의 요청이 있을 때에, 협약에 따른 의무의 이행에 영향을 줄 수 있는 요인 및 이행상의 어려움을 기재한 보고서를 여성차별철폐위원회에 제출할 것을 약속한다(제18조). 여성차별철폐위원회는 당사국이 협약상의 의무를 준수하는 것을 지원

67) 일반권고 제13호(동일가치 노동에 대한 동일임금), ibid., 210.

할 목적으로 정기보고서의 제출에 관한 지침을 마련한 바 있다. 또한, 여성차별철폐위원회는 1999년 6월까지 협약 제21조에 따라[68] 총 24개의 일반권고(General Recommendations)를 채택하였다.[69] 위 일반권고들은 협약의 특정 조문에 관련되거나, 여러 조문에 걸쳐 문제가 되는 주제들에 관한 것이다. 다른 협약에서 위원회의 활동기간에 제한을 두고 있지 않은 것과 달리, 이 협약에서는 여성차별철폐위원회의 활동기간을 연간 최대 2주일로 제한하고 있어서 활동상 곤란함이 있다(제20조). 여성차별철폐위원회는 일반권고 제22호에서 "협약에 따른 기능을 효과적으로 수행하기 위하여 필요한 기간만큼 매년 모임을 개최할 수 있도록" 당사국들이 제20조를 개정하여 줄 것을 제안하였다.[70]

❖ ***개인통보***: 2000년 12월 22일에 이 협약의 선택의정서가 발효된 이후, 여성차별철폐위원회는 국내적 구제수단을 모두 거친 여성 개인 또는 여성 집단이 제기한 통보를 검토할 수 있게 되었다. 동의가 부여되지 않은 이유가 제시되지 않는 한, 통보는 개인 또는 개인 집단의 동의를 얻어 그들을 대신하여 제출될 수 있다(제2조). 또한, 위 선택의정서는 여성차별철폐위원회에 협약의 중대하거나 조직적인 위반에 관한 비밀 조사를 시행할 권한을 부여하고 있다(제8조).

이 협약은 전 세계에서 남녀평등을 증진하기 위한 노력을 촉진하는 법적 틀을 제공하였다.

여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약은 공적 분야 및 사적 분야를 불문하고 인권 및 근본적 자유의 향유에 대한 여성차별을 철폐하기 위한 포괄적인 법적 틀을 제공하고 있다.

협약은 (1) 보고절차 (2) 개인통보절차를 통해 국제적 차원에서 이행된다.

68) 이 협약상의 보고절차에 관한 정보는 Zagorka Ilic, "The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", in *Manual on Human Rights Reporting*, pp.265~308 참조. 가이드라인과 관련해서는, UN doc. CEDAW/C/7/Rev.3, Guidelines for Preparation of Reports by States Parties 참조.

69) 위원회가 채택된 일반권고 목록으로는 유엔 웹사이트 http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations.htm 참조.

70) 일반권고 제22호(제20조의 수정), *United Nations Compilation of General Comments*, pp.232~233.

3. 유엔 총회에서 채택된 그 밖의 문서들

이하에서는 유엔 총회에서 채택된 인권 분야의 결의(resolutions) 가운데 가장 관련성이 높은 몇 가지를 다룰 것인데, 그 중 상당수는 이 매뉴얼의 후속 장들을 통해 더욱 상세하게 다루도록 한다. 이 매뉴얼 제1장에서 설명한 바와 같이, 유엔 총회에서 채택된 결의 그 자체에서 법적 구속력 있는 의무가 도출되지는 않지만, 그 결의가 채택된 상황에 따라서는 그 결의안이 어떠한 관습국제법에 대한 유용한 증거가 될 수 있다.[71] 최소한 유엔 총회에서 채택된 결의는 강력한 도덕적, 정치적 힘을 가지며, 국제사회에서 널리 받아들여진 원칙들을 규정한 것으로 볼 수 있다.[72] 따라서 이러한 결의는, 예를 들어 특정 주제에 관한 국제법과 국내법이 모두 충분히 명확하지 않은 경우, 국내에서 활동하는 법률가들에게 중요한 지침이 될 수 있다.

이하에서 소개할 결의들은 법관, 검사, 변호사가 직무를 행함에 있어서 특히 중요한 것들이다. ***그러나 결의로부터 지침을 구할 때에는 신중하여야 하고, 특히 오래전의 결의를 참고할 때에는 더욱 주의하여야 한다. 왜냐하면, 당사국들이 국내법이나 국제협약에 의하여 보다 엄격한 법적 기준을 적용받고 있을 가능성이 있기 때문이다.*** 이하에서 살펴보겠지만, 이러한 결의 중 다수는 소년을 포함하여 자유를 박탈당한 사람의 처우 문제를 다루고 있고, 고문, 그 밖의 비인도적인 처우의 근절을 목표로 하고 있다.

[**추록**: 유엔 총회는 2005년 12월 16일에 결의 60/147로써 국제인권법의 중대한 위반 및 국제인도법의 심각한 위반의 피해자가 구제 및 보상을 받을 권리에 관한 기본 원칙 및 가이드라인(The Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law)을 채택하였다. 이에 관해서는 제15장의 추록에서 더욱 자세히 살피도록 한다.]

3.1 종교 또는 신념에 근거한 모든 형태의 불관용 및 차별 철폐에 관한 선언(The Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief, 1981)

71) Supra, 제1장 2.4.2 참조.

72) *Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff*, United Nations, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights/United Nations Staff College Project, p.5 참조.

종교 또는 신념에 근거한 모든 형태의 불관용 및 차별 철폐에 관한 선언은 "사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리"를 선언하면서, 특히 스스로 선택하는 종교나 여하한의 신념을 가질 자유, 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 자신의 신앙 또는 신념을 표명할 자유를 인정한다(제1조). 나아가 위 선언은 "누구도 종교나 다른 신념으로 인하여 어떠한 국가, 단체, 집단 또는 개인에 의하여도 차별받지 아니한다."라고 규정하고 있다[제2조(1)]. 국가는 "종교 또는 신념에 근거한 차별을 방지하고 근절하기 위하여 효과적인 조치를 취하여야" 하고, "그와 같은 차별을 금지하기 위하여 필요한 경우 법률을 제정하거나 폐지하기 위한 모든 노력을 기울여야" 한다(제4조).

3.2 피구금자의 처우를 위한 기본원칙(The Basic Principle for the Treatment of Prisoners, 1990)

피구금자의 처우를 위한 기본원칙(1990)에 의하면, "모든 피구금자는 인간으로서의 고유한 존엄과 가치를 존중받아야 하고," 일련의 이유에 근거하여 차별을 받아서는 아니 된다(원칙 1, 2). 투옥으로 인하여 명백하게 발생하게 되는 제한을 제외하고, 모든 피구금자는 세계인권선언과 국제인권규약들(당해 국가가 당사국일 경우)에서 인정한 인권 및 기본적 자유를 보유한다(원칙 5). 피구금자는 문화적 활동 및 교육에 참가할 권리를 가지고, "의미 있는 유상 고용"이 가능하여야 한다(원칙 6, 8). 위 원칙은 징계로서의 독방 수용 폐지를 제안하고 있기도 하다(원칙 7).

3.3 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람의 보호를 위한 제 원칙(The Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, 1988)

모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람의 보호를 위한 제 원칙(1988)은 39개의 원칙을 포괄적으로 규정한 것이다. 하지만 제 원칙에 포함되지 않았다는 이유로, 다른 국내법 또는 국제법의 법원(法源)에서 인정되는 자유를 박탈당한 사람에 대한 권리를 제한하기 위하여 위 원칙을 원용할 수는 없다(원칙 3 및 일반조항). 위 원칙은 지속되는 억류에 관한 사법적 · 기타 심사를 포함하여 모든 형태의 억류의 효과적인 통제의 문제를 특히 강조한다. 나아가 위 원칙은 체포의 요건, 체포 또는 다른 억류 장소로의 이송에 관한 가족 또는 기타 사람에의 통지, 억류 · 구금된 사람의 가족 및 변호사와 교통할 권리, 심문, 법령의 준수 여부를 감독하기 위한 공정한 시찰, 그리고 예컨대, 억류 · 구금과 피억류 · 구금자가 받은 처우의 합법성에 대한 이의제기 문제

등에 관하여 상세한 규정을 두고 있다.

3.4 자유를 박탈당한 소년의 보호를 위한 유엔 규칙(The United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, 1990)

자유를 박탈당한 소년의 보호를 위한 유엔규칙(1990년)은 소년의 수감은 "최후의 수단으로 사용되어야 함"을 강조한다(규칙 1). 위 규칙은 예컨대, 체포, 억류 및 재판을 기다리는 단계 등 사법절차 내에서 소년이 가지는 권리에 대하여 광범위한 지침을 제공한다. 또한, 위 규칙은 감찰과 민원제기를 비롯하여 소년 시설의 관리 운영, 특히 기록의 유지, 물리적 환경 및 주거조건, 교육, 직업훈련 및 노동, 오락, 종교, 의료, 신체적 구속 및 무력행사의 제한, 징계절차 등에 관하여 규정하고 있다.

3.5 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터 피구금자 및 피억류자를 보호하기 위한, 보건요원, 특히 의사의 역할에 관한 의료윤리 원칙(The Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1982)

고문 및 기타 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급이나 처벌로부터 피구금자 및 피억류자를 보호하기 위한, 보건요원, 특히 의사의 역할에 관한 의료윤리 원칙(1982년)은 6개의 원칙으로 이루어진 짧은 문서로, 피구금자 및 피억류자의 의료 책임을 담당한 모든 보건요원이 피구금자와 피억류자에게 자유를 박탈당하지 않은 사람이 받는 것과 동일한 신체적, 정신적 보호를 제공할 의무를 강조하고 있다(원칙 1). 따라서 "보건요원, 특히 의사가 고문 및 기타 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌에의 참가, 공모, 선동 또는 실행계획을 구성하는 행위에 적극적 · 소극적으로 가담하는 것은, 관련된 국제문서의 위반일 뿐만 아니라 의료윤리의 중대한 위반이다."(원칙2) 또한, 의사가 "피구금자 또는 피억류자의 신체적 · 정신적 건강 또는 상태에 악영향을 미치는 방법으로 그들에 대한 심문을 돕기 위하여 자기의 지식 및 기술을 사용하는 것"[원칙4(a)]이나 "피구금자 또는 피억류자를 억제하기 위한 어떠한 절차에 참가하는 것" 역시 의료윤리의 위반이다. 단 후자의 경우 그러한 절차가 "순수한 의학적인

기준에 따라서" 구체적으로 정해진 일정의 목적을 위하여 필요하다고 판단되는 경우는 의료윤리의 위반에 해당하지 않는다(원칙 5).

3.6 법집행 공무원들을 위한 행동강령(The Code of Conduct for Law Enforcement Officials, 1979)

법집행 공무원들을 위한 행동강령(1979년)은 경찰권, 특히 체포 · 구금 권한을 행사하는 공무원들을 대상으로 한 것이다(제1조 및 그 주석). "법집행 공무원들은 그 직무를 수행함에 있어서, 인간의 존엄을 존중 · 보호하고, 동시에 모든 사람의 인권을 유지하여야 한다"(제2조). 특히 법집행 공무원은 "엄격한 필요가 인정되는 경우에 그 직무의 수행에 필요한 한도 내에서만 무력을 행사할 수 있고"(제3조), "고문 또는 그 밖의 잔혹하고 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 처벌에 대한 어떠한 행위도 실행, 선동 또는 용인하여서는 안 된다." 그러한 행위는 상관의 명령 또는 전쟁상태, 그 밖의 공공의 긴급사태와 같은 예외적 사정이 있다고 하더라도 정당화될 수 없다(제5조). 마지막으로 다양한 의무 중에서도 "법집행 공무원은 어떠한 부패행위도 저질러서는 아니 되며," "그러한 모든 행위에 단호히 반대하며 이에 맞서 싸워야 한다."(제7조)

3.7 비구금 조치에 관한 유엔 최저기준 규칙[The United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules), 1990]

도쿄규칙으로 불리기도 하는 비구금 조치에 관한 유엔 최저기준 규칙(1990)은 "구금을 대체하는 처분을 받은 사람들에 대한 최소한의 보호조치 및 비구금 조치의 이용을 촉진하기 위한 일련의 기본원칙들"을 제시하고 있다. 또한 "형사사법의 운용에 대한 지역사회의 참가 촉진" 및 "죄를 지은 사람에 대한 사회에의 책임감 촉진"을 목적으로 하고 있다(일반 원칙 1.1과 1.2). 위 규칙은, 재판 이전 단계, 재판 단계, 판결의 선고, 판결 후의 모든 단계를 대상으로 하며, 나아가 그 중에서도 비구금 조치의 이행 문제를 다루고 있다(원칙 5 내지 14).

3.8 소년 비행 방지를 위한 유엔 가이드라인[The United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency(The Riyadh Guidelines), 1990]

리야드 가이드라인으로 불리기도 하는 소년 비행 방지를 위한 유엔 가이드라인(1990년)은 "아동 중심의 방향성"을 추구함으로써 소년 비행의 방지를 목표로 하는바, 위 방향성에 따라 "소년은 사회 내에서 적극적인 역할 및 동반자 지위를 가지므로, 소년을 단순히 사회화 또는 통제의 대상으로 보아서는 안 된다."(근본 원칙 3) 국제인권규약들과 아동권리협약과 같은 기존의 다른 국제 기준의 틀 하에서 해석 · 이행되어야 하는 이 가이드라인은, 일반적 방지(가이드라인 9), 사회화 과정들(가이드라인 10 내지 44), 사회정책(가이드라인 45 내지 51), 입법 및 소년 사법의 운용(가이드라인 52 내지 59), 조사 연구, 정책의 발전 및 공조(가이드라인 60 내지 66) 등의 문제를 다루고 있다.

3.9 소년 사법의 운용을 위한 유엔 최저기준 규칙[The United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice(The Beijing Rules), 1985]

베이징규칙으로 불리기도 하는 소년 사법의 운용에 관한 유엔 최저기준 규칙(1985년)은 사법운용에 있어서의 소년의 처우에 관한 상세한 원칙을 정하고 있으며, 각 원칙에 관한 주석도 아울러 기재하고 있다. 위 규칙은 형사책임연령, 소년 사법의 목표, 소년의 권리, 사생활의 보호, 수사 및 형사소추, 심판 및 처분, 시설 밖 처우와 시설 내 처우, 조사 연구, 기획, 정책입안, 평가 등의 문제를 다루고 있다.

3.10 범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙 선언(The Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 1985)

범죄 및 권력 남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙 선언(1985년)은 "당사국에서 시행되고 있는 형법(권력남용의 범죄에 대하여 정한 법률을 포함한다) 위반에 해당하는 작위 또는 부작위"로 인한 피해자의 사법접근권 및 이러한 피해자의 공정한 취급 문제를 다루고 있다(원칙 4와 1을 함께 읽은 것임). 나아가 위 선언은 범죄피해자가 보상, 피해배상, 원조를 받을 권리에 관하여 다루고 있다(원칙 8 내지 17). 마지막으로 위 선언은, "국내 형법의 위반에는 이르지 않으나, 국제적으로 승인된 인권규범의 위반에는 해당하는 작위 · 부작위"로 인한 피해자의 상황을 다룬다(원칙 18). 이러한 점에서 "당사국은 권력 남용을 금지하고 그 피해자에게 구제수단을 제공하는 규범을 국내법에 편입시킬 것을 고려해야 한다. 특히 이러한 구제조치는 보상 및(또

는) 피해배상, 필요한 물질적, 의료적, 심리적 및 사회적 원조 및 지원을 포함하여야 한다."(원칙 19)

3.11 강제적 실종으로부터의 모든 사람의 보호에 관한 선언(The Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 1992)

강제적 실종으로부터의 모든 사람의 보호에 관한 선언(1992년)에 따르면, "어떠한 국가도 강제적 실종을 실행, 허가 또는 용인하여서는 안 된다."[제2조(1)] "각국은 자신의 관할권 아래에 있는 모든 영토 내에서 강제적 실종 행위를 방지하고 종료하기 위하여 효과적인 입법 · 행정 · 사법 · 기타 조치를 취해야 한다."(제3조) 나아가 위 선언에 따르면, "어떠한 공권력이나 민간, 군, 그 밖의 자의 어떠한 명령 또는 지시도 강제적 실종을 정당화하는 근거로 원용될 수 없고," "그러한 명령 또는 지시를 받은 사람은 그에 따르지 않을 권리 및 의무를 가진다."[제6조(1)] 게다가 "자유를 박탈당한 사람의 소재나 건강상태를 판단"하고(판단하거나) 자유 박탈을 명령하거나 실행한 기관을 밝히기 위한 수단으로서 신속하고 효과적인 ***사법적*** 구제를 받을 권리는, 국가가 "전쟁의 위협, 전쟁 상태, 내정의 불안정 또는 그 밖의 어떠한 공공의 비상사태"를 포함하는 사태에 직면하고 있는 때를 포함하여 어떠한 상황에 있어서도 강제적인 실종을 방지하기 위하여 필요하다.[제9조(1)을 제7조와 함께 읽은 것이고, 강조는 추가됨) 그러한 위기상황은 어떤 경우에도 강제적 실종을 정당화하는 근거가 될 수 없다(제7조).

3.12 보편적으로 승인된 인권 및 기본적 자유를 촉진하고 보호하기 위한 개인, 집단 및 사회기관의 권리 및 책임에 관한 선언(The Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms("the Declaration on Human Rights Defenders", 1998)

'인권옹호자선언'으로 불리기도 하는 보편적으로 승인된 인권 및 기본적 자유를 촉진하고 보호하기 위한 개인, 집단 및 사회기관의 권리 및 책임에 관한 선언(1998)은 13년의 기간에 걸쳐 제정되었다. 위 선언은 "국가 수준 및 국제적 수준에서의 인권과 기본적 자유의 보호 및 현실화를 촉진하고 구하려는" 모든 사람의 권리를 강조하였다

는 점에서 특히 중요하다.(제1조) 위 선언은 "모든 사람의 인권을 보호, 촉진, 이행하여야 할 국가의 주된 책임 및 의무"를 강조하고(제2조), 특히 "인권 및 기본적 자유의 침해에 반대하는 평화적 활동에 참가할" 권리에 관한 기존의 규범을 규정하고 있다[제12조(1)]. 그리고 각 개인은 "① 개인이나 집단이 저지른, 인권과 기본적인 자유의 향유에 영향을 주는 폭력행위에 대하여, 그리고 ② 당사국의 책임으로 돌릴 수 있고 인권과 기본적인 자유를 침해하는 결과를 야기하는, 부작위를 포함한 일련의 활동과 행위에 대하여 평화적 수단을 통해 반대함에 있어서, ***국내법에 따른 효과적인 보호***를 받을 권리를 가진다."[제12조(3), 강조는 추가됨] 유엔인권위원회는 결의 2000/61을 통해 "전 세계의 인권옹호자들의 상황 및 위 선언을 전면적으로 준수할 수 있도록 인권옹호자들의 보호 수준을 증진하기 위하여 취할 수 있는 수단들에 관하여 보고를 할" 특별대표를 임명할 것을 유엔사무총장에게 요청하기로 결의하였다.

4. 범죄의 예방 및 범죄자의 처우에 관하여 유엔 회의에서 채택된 문서들(Instruments adopted by the United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders)

국제적 법적 기준의 의미에 관한 해석지침은, 여러 유엔 회의에서 범죄의 예방 및 범죄자의 처우에 관하여 채택된 아래의 비구속적 문서들을 통해서도 찾아볼 수 있다.

- ❖ 피구금자의 처우에 관한 최저기준규칙(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955)
- ❖ 사법부의 독립에 관한 기본원칙(Basic Principles on the Independence of the Judiciary, 1985)
- ❖ 법집행 공무원의 무력과 화기 사용에 관한 기본원칙(Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, 1990)
- ❖ 법률가의 역할에 관한 기본원칙(Basic Principles on the Role of Lawyers, 1990)
- ❖ 검사의 역할에 관한 가이드라인(Guidelines on the Role of Prosecutors, 1990)

위 문서들은 이 매뉴얼의 다른 장들을 통해 좀 더 깊이 다룰 것이므로, 여기서

는 더 이상 살피지 않는다.

5. 인권 감시를 위한 유엔의 협약 이외 메커니즘(United Nations Extra-Conventional Mechanisms for Human Rights Monitoring)

국제조약 메커니즘에 더하여, 유엔은 특별히 심각한 인권침해행위를 다루고 개인과 NGO가 제출한 진정들을 검토하기 위하여 이른바 "특별절차"(special procedures)라고 불리는 제도를 만들었다. 유엔 인권위원회의 틀 내에 설치된 이 절차는 인권침해의 구제를 위해 관련국과 건설적인 협력을 구축하는 것을 목적으로 한다. 이 절차는 크게 두 종류로 나뉘는데, 하나는 주제별 · 국가별 절차이고, 다른 하나는 1503 절차이다.

[**추록**: 2006년 6월부터는 인권이사회(Human Rights Council)가 기존의 유엔인권위원회(commission on Human Rights)를 대체하게 되어 유엔 인권위원회는 폐지되었다. 유엔 총회는 종전의 유엔인권위원회의 이중 잣대와 정치화에 대한 비판을 받아들여 압도적 다수의 찬성으로 위와 같이 결정하였다. 인권이사회는 47개의 이사국으로 구성되고 1년에 최소한 3회 이상 회의를 연다. 인권이사회는 이사의 선출과 관련하여 "이사 후보자가 인권의 촉진 및 보호에 얼마나 기여하였는지"를 특별히 중시한다. 인권이사회는 "중대하고 조직적인 인권침해를 범한 이사국의 회원 자격을 정지"시킬 수 있다(유엔 총회 결의 60/251, para. 8). 관련 내용으로는 유엔 인권최고대표 웹사이트 http://www.ohchr.org를 참조하라.]

5.1 특별절차 I : 주제별 및 국가별 특별절차(Special procedures I: Thematic and country mandates)[73]

지난 수십 년간 유엔인권위원회와 경제사회이사회는 유엔 헌장이나 조약에 의하지 않고 여러 개의 *협약 외 메커니즘 내지 특별절차*를 만들었다. 인권 기준의 이행을 감시하기도 하는 이 협약 외 메커니즘은, *개인자격으로 일하는 전문가들로 구성된 실무자 그룹, 특별보고관으로 지명된 개인, 특별대표, 독립적인 전문가*에게 맡겨졌다.

73) 이 절의 일부 내용은 Human Rights: *A Basic Handbook for UN Staff*, United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights/United Nations Staff College Project, pp.49~53 참조.

이 실무자 그룹과 특별보고관, 독립적인 전문가들이나 사무총장의 특별 대표의 권한과 임기는 유엔인권위원회나 경제사회이사회의 결정에 달려 있다. 그러나 일반적인 경우, 그들의 권한은 특정한 국가나 지역에서의 인권 상황을 조사하고 관찰하여 공개적으로 보고하는 것(*국가별 특별절차*), 또는 전 세계에 걸친 특정한 종류의 인권 침해 상황을 조사하고 관찰하여 공개적으로 보고하는 것이다(*주제별 메커니즘 또는 특별절차*).

이러한 메커니즘들은 세계의 인권 기준을 감시하는데 매우 큰 중요성을 가지고 있고, 세계에서 벌어지는 가장 심각한 인권 침해 상황, 이를테면 재판에 의하지 아니하거나 약식의 재판에 의한 처형, 또는 자의적인 처형, 강제적이거나 비자발적인 실종, 자의적 억류, 국내 난민, 법관과 변호사의 독립, 여성에 대한 폭력, 아동 매매, 개발 및 적절한 주거, 교육에 대한 권리, 인권옹호자 문제와 같은 것들을 다룬다.

이 특별절차들의 *핵심적인 목표*는 국내적 차원에서의 국제인권기준 이행을 개선하는 것이다. 그러나 각각의 특별절차는 특정한 상황이나 필요에 의해 발전한 고유의 위임권한(mandate)을 가지고 있다.

이 메커니즘들은 피해자나 피해자의 친척, 지역적 · 국제적 NGO 등 다양한 정보제공자들로부터 접수된 인권침해 주장을 바탕으로 활동한다. 이러한 정보들은 편지나 팩스 등 다양한 형태로 접수될 수 있고, 주장된 인권침해의 구체적 상황 및 개별 사건에 관한 것일 수도 있다.

이 특별 메커니즘들은 그 중 충분한 근거가 있는 인권침해 사건들의 경우 해명을 듣기 위하여 해당국 정부에게 이를 전달한다. 뒤이어 이는 유엔인권위원회 및 다른 관련 유엔 내 기구에 제출될 공개보고서에 반영된다. 그리고 제공받은 정보가 예컨대, 재판에 의하지 아니한 처형이나 비자발적 실종처럼 심각한 인권침해의 급박성을 보이는 경우에는, 주제별 또는 국가별 메커니즘은 해당국 정부에 당해 사안에 대한 해명을 요구하면서 피해자로 주장되는 자의 권리를 보장하기 위해 필요한 조치를 할 것을 요청하는 긴급 메시지를 보낼 수 있다. 위 메커니즘들은 해당국에 즉각 방문을 허용하도록 요청할 수도 있다.[74] 이러한 요청의 목적은 즉각적인 우려를 일으키는 상황에서의 인권 보호를 강화하는 데에 있다. 그리고 유엔인권위원회의 업무 합리화에 관한 한 보고서에서 강조되었고, 위원회의 제56차 회의에서 컨센서스 방식으로 채택된 것과 같이, "긴급한 청원을 제기 받은 해당국 정부는 이 청원에 담겨있는 우려의 중대성을 인식하여, 되도록 빨리 자신의 입장을 제시하여야 한다."[75] 이런 청원은 성질상 예방적

74) UN doc. E/CN.4/2000/112, *Report of the Intersessional Open-ended Working Group on Enhancing the Effectiveness of the Mechanisms of the Commission on Human Rights*, p.8, para.26 참조.

75) Ibid., p.9, para.28.

인 성격을 갖는 것일 뿐, 해당 사건의 최종 결론을 미리 정하려는 것이 아니다. 해명되지 않은 사건들은 특별 메커니즘을 통해 유엔인권위원회나 다른 관련 유엔 내 기구에 제출될 보고서를 통해 공개된다.

5.2 특별절차 Ⅱ: 1503 진정 절차(Special procedures II : The 1503 complaints procedure)

심각하고 조직적인 인권침해를 주장하면서 매년 유엔에 제출되는 많은 수의 진정을 처리하기 위하여, 유엔 경제사회이사회는 이러한 진정사건을 담당할 절차를 마련하였다. 이는 1970년 5월 27일의 1503 결의에 따라 채택되었기 때문에 보통 1503 절차로 알려져 있다. 이 절차가 개인들이 제출한 진정 및 NGO가 제출한 보다 포괄적인 진정에 근거한 것이기는 하지만, 이는 개별 사건을 다루는 절차는 아니고, ***다수의 사람에게 영향을 주는 중대한 인권침해 상황이 존재하는지 여부를 밝히려는*** 절차이다.

원래는 3단계로 이루어졌던 이 비밀절차는 2000년부터는 두 단계로 이루어지게 되는데, 인권증진 및 보호를 위한 인권소위원회(Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights) 소속의 독립한 다섯 명의 위원으로 구성된 통보에 관한 실무그룹, 지역 그룹들로부터 지명된 유엔인권위원회의 다섯 명의 위원으로 구성된 상황 실무그룹으로 구성된다. 그 후 유엔인권위원회가 상황 실무그룹의 권고안을 검토하기 위하여 두 번에 걸쳐 자체적인 비공개회의를 가진다.[76] 해당국 정부가 사건을 공개하기를 원하지 않는 이상, 1503 절차의 서류 일체는 공개되지 않는다. 그 외에는, 1503 절차에 의해 검토된 국가의 이름 및 더 이상 검토가 이루어지지 않는 국가의 이름만이 위원회 의장에 의해 공개된다.[77]

*국제조약에 기반을 둔 메커니즘에 더하여, 유엔은 특별히 심각한 인권 침해에 대응하기 위한 **특별절차**를 두고 있다. 이 절차들은 그 침해 상태의 시정을 위하여 해당국 정부와의 협력을 구축하는 데에 목적이 있다.*

이 절차들은 주제별 특별절차 및 국가별 특별절차로 이루어지고, 실무그룹과 특별보고관, 특별대표, 독립적인 전문가들이 참여하게 된다. 이러한 절차에는 1503 진정절차도 포함되는데, 이는 다수의 사람에게 영향을 주는 중대한 인권침해 상황이 존재하는지 여부를 밝히려는 절차이다.

76) 수정된 1503 절차의 내용에 관한 자세한 내용은 ibid., pp.11~12, paras.35~41 참조.
77) Ibid., p.12, para.4

6. 맺음말

이 장에서 소개된 기본적인 정보를 통해 알 수 있듯, 국제인권조약들과 유엔 내의 다양한 기구들이 채택한 수많은 결의는, 국제적으로 구체화된 인권 기준들의 국내적 차원에서의 실제 이행에 있어서의 효율을 증진하기 위한 다양한 감시 메커니즘들을 비롯하여, 사람들을 보호하기 위한 상세한 기준들을 담고 있다. 다음 장에서 살펴볼 사례들을 통해, 이러한 법 문서들이 실제로 개인들의 보호를 증진하고자 하는 목적을 위하여 중요한 법적 발전에 기여하였음을 알게 될 것이다. 물론 이 장에서 다룬 범세계적인 보편적(universal) 인권 기준들도, 권한 있는 감시 기구들이 해석한 것처럼, 국내의 법조인들이 다양한 침해로부터 개인의 권리를 보호하기 위한 직무를 수행함에 있어서 불가결한 지침을 제공하고 있다.

그리고 아프리카, 미주, 유럽에서 채택된 지역적(regional) 기준들이 위와 같은 보편적 기준들을 보완하고 있다. 이렇듯 다양한 보편적, 지역적 법적 기준은 종종 국내적 차원에서 공존하기도 하고, 문제에 따라서는 국내 법원의 법관들이 양자의 규정과 원칙을 함께 고려해야 할 수도 있다.

끝으로, 사람의 보호를 위한 보편적 · 지역적 기준 모두 고정된 것이 아니라 사회에서 지속적으로 나타나는 사람의 필요에 맞추어 발전해 나간다는 것을 명심할 필요가 있다. 이러한 조정은 종종 해석의 영향을 받기 때문에, 법관, 검사, 변호사는 국내적 차원에서의 개인 보호 극대화에 기여할 수 있도록 이러한 법적 발전에 항상 관심을 기울여야 한다.

제 3 장

주요한 지역적 인권문서들과 그 이행을 위한 메커니즘

제3장

주요한 지역적 인권문서들과 그 이행을 위한 메커니즘

학습 목표

- *주요 지역 인권기구들과 그 이행을 위한 상이한 방식들에 익숙해지도록 한다.*
- *감시기구에 진정을 제기하기 위한 목적에서, 법률 실무가들로 하여금 기본적으로는 국내 단계, 나아가 지역적 범위에 이르기까지 이러한 법적 자원들(legal resources)이 어떻게 활용될 수 있는지에 관한 기본적인 이해를 제공한다.*

질문

- *법관이나 검사, 변호사로의 직업적 활동에서, 지역적 인권법에 의해 보장된 권리를 침해받았음을 주장하는 피고인이나 피고, 피신청인이나 의뢰인을 만난 적이 있는가?*
- *있다면, 어떻게 반응하였는가?*
- *관련된 문제를 해결하는 데에 있어 인권 보호를 위한 지역적 법이 도움이 될 수 있다는 것을 알고 있었는가?*
- *피해자라고 주장하는 자가 종국적으로 그의 진정을 지역의 위원회나 재판소에 전달할 수 있다는 것을 알고 있었는가?*
- *알지 못했다면, 그에 대한 인식이 그의 인권침해 주장에 대한 당신의 대응 방식에 변화를 주었을 것이라 생각하는가?*
- *인권이 침해되었다고 주장하는 피해자를 대리하여 지역적 기구에 당신의 국가나 다른 국가를 피고로 하는 소송을 진행해 본 적이 있는가?*
- *그러한 경험이 있다면, 결과는 어땠는가?*
- *그러한 소송을 제기하는데 있어서 당신의 일반적인 경험은 어떠한가?*
- *일반적 시스템과 지역적 시스템을 두루 경험해 보았는가? 해보았다면, 당신이 인식한 양자의 차이점은 무엇인가?*

1. 들어가며

1950년의 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)의 채택으로 시작된 지역적 기준을 세우려는 경향은 1967년의 미주인권협약(American Convention on Human Rights)의 도입으로 이어졌고, 또 1981년에 채택된 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights. 이하, '아프리카헌장'이라 한다)으로 이어졌다. 시민적, 정치적 권리만이 아닌 경제적, 사회적, 문화적 권리에도 실효적인 보호를 제공하고자 하는 노력으로 다양한 다른 지역의 조약들이 체결되었다. 이 장에서는 아프리카, 미주 및 유럽의 주요 지역적 인권조약에 대하여 소개할 것이다. 사람을 보호하기 위한 이들 시스템은 다른 곳에서 깊이 다루어져 왔기 때문에, 이 매뉴얼에서는 그 주요한 성격들만을 설명하기로 한다.

2. 아프리카 인권조약들과 그 이행

2.1 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)

아프리카헌장의 도입은 아프리카의 인권에 있어서 새로운 시대의 개막이었다.[1] 이 조약은 1986년 10월에 발효되었고, 2002년 4월 29일 현재 53개 국가가 참여하고 있다.

세계인권선언과 두 개의 국제인권규약으로부터 강하게 영향을 받았지만, 이 아프리카헌장은 "권리" 개념에 대한 아프리카적인 해석의 특수성 및 인간으로서의 책임이 적용되는 장소적 특수성 때문에 상당한 구체성을 보이고 있다.[2] 위 헌장에는 시민적, 정치적 권리만이 아닌 경제적, 사회적, 문화적 권리 등 넓은 범위의 여러 권리가 담겨 있다.

위 헌장에 따라 "아프리카에서 인간과 인민의 권리를 증진시키고, 이러한 권

1) Fatsah Ouguergouz, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples – Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernit* (Paris, Presses Universitaires de France, 1993 (Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales, Genéve), p. xxv.

2) Keba Mbaye, *Les droits de l'homme en Afrique* (Paris, Editions A. Pedone / Commission Internationale de Juristes, 1992), p.161.

리의 보호를 보장"(제30조)하기 위해 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 위원회(African Commission on Human and Peoples' Rights. 이하, '아프리카 인권위원회'라 한다)가 설립되었다. 1998년에 아프리카 인권재판소(African Court of Human Rights)의 설립을 위한 헌장의 의정서(Protocol)가 체결되었지만, 필요한 15개의 비준 중 5개만이 확보되고 있는 상태여서 2002년 4월 30일 현재 아직 발효되지는 않고 있다. 끝으로 아프리카에서의 여성의 권리에 관한 추가 의정서에 대한 작업이 유엔 인권최고대표(인권고등판무관실)의 조력을 받아 아프리카 인권위원회의 틀 안에서 진행되고 있다.[3)]

[**추록**: 2004년 1월에 아프리카 인권재판소의 설립에 관한 아프리카헌장의 의정서가 발효되었다. 2004년 6월에 열린 정상회담에서, 아프리카연합의 국가 및 정부수반회의(Assembly of Heads of State and Government of African Union)는 아프리카 인권재판소와 아프리카 사법재판소를 통합하기로 결정하였다. 2005년에는 아프리카 인권위원회는 당사국들에게 위 의정서를 비준하고, 이에 응하며, 재판소의 운영이 가능하도록 할 것을 촉구하였다[인간과 인민의 권리에 관한 효과적인 아프리카 재판소의 설립에 관한 결의안, ACHPR/Res. 76(XXXVII) 05.]. 2005년 말 무렵, 아프리카 사법재판소와의 통합 문제가 계류되어 있는 상태에서, 아프리카 연합은 아프리카 인권재판소의 운영을 시작하는 것에 동의하였다. 아프리카연합은 2006년 1월에 위 재판소의 판사들의 임명하였고, 위 재판소는 2006년 1월에 처음으로 운영을 시작하였다.

아프리카 여성의 권리에 관한 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장 의정서는 2005년에 발효되었다. 자세한 내용은 아프리카 연합의 웹사이트(http://www.africa-union.org)에서 확인할 수 있다.

아프리카 인권위원회는 '고문, 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 형벌과 처우의 금지와 예방에 관한 가이드라인과 조치'를 채택하였다[ACHPR/Res.61(XXXII) 02]. Robben Island 가이드라인으로 알려진 위 가이드라인은, "세계적으로 인정되는 고문 금지의 효과적인 강제 및 그 이행을 위한 국내적, 지역적, 국제적 의무를 달성할 수 있도록" 각 국가를 조력함으로써, 아프리카 대륙에서의 고문을 금지하기 위하여 고안되었다[Robben Island 가이드라인은 고문 금지를 위한 위원회, 아프리카 프로그램의 웹사이트(http://www.apt.ch)에서에서 확인할 수 있다]. 또한 위원회의 32번째 회의에서, 위원회는 표현의 자유가 민주주의에서 필수적인 것임을 선언하고, 다양

3) Mutoy Mubiala, "Le Projet du Protocole á la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux Droits de la Femme en Afrique", in Human Rights, Spring 2000 (OUNHCHR review), pp.23~27 참조.

하고 독립적인 사설 방송 영역의 존재를 권고하며, 표현의 자유를 침해받은 피해자들이 효과적인 구제수단을 가질 수 있도록 보장하는 실효적 조치를 취할 당사국의 의무를 강조하는 내용의, 아프리카에서의 표현의 자유에 관한 원칙 선언(Declaration of Principles on Freedom of Expression)을 채택하였다[ACFPR/Res.62(XXXII) 02)(인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 위원회의 16번째 활동 보고서를 참조하라.]

2.1.1 당사국의 약속

헌장의 당사국들은 "헌장에 규정된 권리와 의무와 자유를 승인하며, 이를 실현하기 위한 입법 또는 기타의 조치를 취할 것을 약속한다"(제1조).

추가적으로 헌장에는 그들이 "교수, 교육 및 출판을 통하여 헌장에 포함된 권리와 자유의 존중을 증진시키고 보장할 의무가 있으며, 이러한 자유와 권리는 물론 그에 따른 책임과 의무를 이해시키도록 할 의무가 있다"(제25조)고 규정되어 있다. 덧붙여 당사국들은 "법원의 독립성을 보장할 의무가 있으며, 헌장에서 보장된 권리와 자유를 증진하고 보호할 임무를 담당하는 적절한 국내기구를 설립하고 향상시켜야 한다"(제26조). 이 두 조항은 인권에 대한 효과적인 보호를 확보하기 위해 교육과 정보, 독립적인 사법 기구의 필요를 강조하고 있다.

끝으로, 헌장의 몇몇 조항들은 당사국에게 특정 권리를 보호하도록 의무를 부과하는 형태로 규정되어 있는데, 이를테면, "공동체에 의하여 인정된 도덕과 전통적 가치의 고양과 보호"[제17조(3)]나 발전의 권리[제22조(2)] 등이 그것이다.

2.1.2 인정된 개인 및 집단의 권리

아프리카헌장은 인간 개인의 다음의 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 권리 중에서 특히 다음과 같은 권리를 인정한다.

- 어떠한 차별 없이 이 헌장에서 인정되고 보장되는 권리와 자유를 향유할 권리 – 제2조
- 법 앞에 평등하고 법의 평등한 보호를 받을 권리 – 제3조
- 자신의 생명과 신체의 완전성을 존중받을 권리 – 제4조
- 노예제도, 노예무역, 고문, 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 형벌과 처우의 금지를 통해 인간으로서의 고유한 존엄성을 존중받을 권리 – 제5조
- 자의적으로 체포되거나 구금당하지 않을 권리, 즉 신체의 자유와 안전에 대한 권리 – 제6조

- 자신의 주장을 호소할 권리, 자신의 기본권을 침해한 행위에 대하여 "권한 있는 국가기관에 호소"할 권리. 즉 권한 있는 법원이나 재판소에 의하여 유죄로 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리. 즉 방어의 권리. 공정한 법원이나 재판소에 의하여 합리적인 기간 내에 재판을 받을 권리. 즉 행위 시에 규정이 없던 법에 의해 재판 받지 않을 권리 – 제7조
- 양심의 자유와 종교를 표명하고 자유로이 실행할 자유 – 제8조
- "법률이 인정하는 범위"에서 정보를 받고, 자신의 견해를 표명하고, 전파할 권리 – 제9조
- 자유로운 결사의 권리(제10조)와 다른 사람들과 자유롭게 집회할 권리 – 제11조
- 한 국가의 영역 내에서 이전과 거주의 자유에 대한 권리, 자국을 포함한 어떠한 나라로부터도 출국하고, 자국으로 돌아올 권리, 박해를 받는 경우 비호를 요청할 권리, 대량추방의 금지 – 제12조
- 직접, 간접적으로 또는 자유로이 선출된 대표자를 통하여 자국의 통치에 자유롭게 참여할 권리. 즉 자국의 공무에 평등하게 취임하고, 평등하게 공공재산과 공공 서비스를 이용할 권리 – 제13조
- 재산권 – 제14조
- 근로의 권리, 동일한 노동에 대하여는 동일한 보수를 받을 권리 – 제15조
- 신체적 및 정신적으로 최상의 건강상태를 누릴 권리 – 제16조
- 교육을 받고 공동체의 문화생활에 자유롭게 참여할 권리 – 제17조
- 가정의 권리, 노인과 장애인은 특별한 보호조치를 받을 권리– 제18조

다음으로 아프리카헌장은 인민의 다음 권리를 인정한다.

- 인민의 평등의 권리 – 제19조
- 자결권을 포함한 생존의 권리. 즉 외국의 "정치적, 경제적 또는 문화적"인 지배에 대항하는 해방투쟁에 있어서 지원을 받을 권리 – 제20조
- 자신의 부(富)와 천연자원을 자유로이 처분할 권리 – 제21조
- 자신의 경제적, 사회적 및 문화적 발전에 대한 권리 – 제22조
- 국내적 및 국제적 평화와 안전에 대한 권리 – 제23조
- 발전에 유리한 일반적으로 만족스러운 환경에 대한 권리 –제24조

2.1.3 개인의 의무

제27조(1)은 "모든 개인은 자신의 가정, 사회, 국가 및 기타 법적으로 인정된 공

동체와 국제 사회에 대하여 의무를 진다."는 일반적인 조항만으로 집단에 대한 개인의 의무를 규정하고 있다. 다음으로 제28조는 다른 개인들에 대한 개인의 의무에 대해 "모든 개인은 차별 없이 타인을 존중하고 고려할 의무가 있으며, 상호존중과 관용을 증진하고 보호하며 강화하기 위한 관계를 유지할 의무가 있다."고 규정하고 있다. 끝으로 제29조는 다음과 같은 몇몇 구체적인 개인의 의무를 열거하고 있다.

- ❖ 가정의 조화로운 발전을 보호 – 제29조(1)
- ❖ 국가사회에 봉사 – 제29조(2)
- ❖ 국가의 안보에 해를 끼치지 않을 것 – 제29조(3)
- ❖ 사회적 및 국가적 연대를 보호하고 강화 – 제29조(4)
- ❖ 자국의 독립과 영토보전을 보호하고 강화 – 제29조(5)
- ❖ 능력과 권한을 최대한 발휘하여 일하고 세금을 납부 – 제29조(6)
- ❖ 아프리카의 긍정적인 문화적 가치를 보호하고 강화 – 제29조(7)
- ❖ 능력을 최대한 발휘하여 아프리카의 단결을 고취시키고 달성하는데 기여 – 제29조(8)

2.1.4 권리의 행사에서 허용 가능한 제한

아프리카헌장에 보장된 권리와 자유의 행사 중 많은 경우에는 제한 조항에 의한 조건이 붙어 있는데, 그 제한들은 어떤 경우에는 제한이 가해질 수 있는 구체적인 목적을 제시하지만, 다른 경우에는 단순히 국내법에 제시된 조건으로 재위임하기도 한다. 제12조(2)는 자국을 포함한 어떠한 나라로부터도 출국하고, 자국으로 돌아올 권리를 부여하면서 "국가안보, 법과 질서, 공중보건 또는 도덕의 보호를 위하여 법률에 규정된 제한에만 구속된다."고 규정한다. 그러나 누구나 "법률을 준수하는 한" 자유로운 결사의 권리를 가진다(제10조)고 규정하면서, 법적으로 결사의 자유에 대한 제한을 발동할 국내법의 근거에 대해서는 어떤 규정도 두고 있지 않다.

2.1.5 법적 의무로부터의 이탈(derogation)

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이나 미주, 유럽의 인권협약과는 달리 아프리카헌장은 당사국이 공공의 비상사태의 경우에 법적 의무로부터 이탈할 수 있는 권리를 규정하지 않고 있다. 제1장에서 언급했고, 제16장에서 논의하게 될 것인데, 이 (규정의) 부재는 아프리카 인권위원회에 의해 아프리카헌장에서는 의무의 이탈이 용

납되지 않는 것이라고 해석되었다.[4)]

*아프리카헌장은 **인간 개인**만이 아닌 인민의 권리도 보장한다는 것을 구체적으로 밝히고 있다.*

아프리카헌장은 또한 특정 집단과 다른 개인들에 대한 개인의 의무를 강조한다.

*아프리카헌장이 보장된 권리의 행사에 부과되는 **제한**들을 허용하는 조항들을 담고 있지만, 이 헌장으로부터 발생하는 의무에 대해 **어떠한 이탈**도 허용되지 않는다.*

2.1.6 이행 메커니즘

아프리카 인권위원회는 개인 자격으로 일하는(제31조) 11명의 위원으로 구성된다. 위원회는 두 가지 기능을 갖는데, 하나는 인간과 인민의 권리를 증진하는 것이고, 또 하나는 그 권리들을 보장하는 것으로(제30조), 당사국들과 다른 원천으로부터 통보를 받을 권리를 포함한다.

인간과 인민의 권리를 증진하는 기능에 있어서, 위원회는 우선적으로, 특히 문서를 수집하고, 아프리카 문제들에 대한 연구와 조사를 수행하며, 회의를 조직하고, 국내의 인권 기관들을 장려하며 "필요한 경우 정부에 대하여 의견을 제시하거나 권고를 한다." 그 다음으로 위원회는 "인간과 인민의 권리에 관련된 법률적 문제의 해결을 위한 원칙과 규칙들을 고안하고 작성한다." 끝으로, 이 권리들의 증진과 보호에 관련된 다른 아프리카 기구 및 국제기구와 협력한다[제45조(1)].

"헌장에 규정된 조건에 따라 인간과 인민의 권리의 보호"를 확보하는 위원회의 기능에 있어서는, 위원회는 당사국들과 다른 원천으로부터 통보를 받을 권한을 갖고 있을 뿐 아니라, "당사국, 아프리카단결기구(OAU)의 기관 또는 아프리카단결기구의 승인을 받은 아프리카 기구의 요청 시 이 헌장의 모든 조항을 해석"할 권위를 지닌다[제45조(3)].

❖ ***국가 간 통보***: 한 당사국이 "다른 당사국이 헌장의 조항을 위반했다고 믿을 만한 상당한 이유"가 있는 경우, "서면통보로써 그 문제에 대한 해당국의 주의를 환기시킬 수 있다"(제47조). 피통보국이 서면설명을 제출할 수 있는 기간은 통보를 받은 날

4) *ACHPR, Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertés v. Chad, No.74/92, decision taken at the 18th ordinary session, October, 1995,* para.21. 원문은 http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/74-92.html. 참조.

로부터 3개월이다. 사건이 "양자협상이나 다른 평화적 절차를 통하여 양 관련국 간에 만족스럽게 해결"되지 않으면, 일방 국가는 이를 위원회에 제기할 수 있다(제48조). 이 조항들에도 불구하고, 한 당사국은 사건을 위원회에 직접 제기할 수 있다. 그러나 위원회는 "구제의 이행절차가 부당하게 지연되고 있지 않다면"(제50조) 모든 국내적 구제가 완료된 후에만 사건을 처리할 수 있다. 관련국들은 위원회에 출두하여 서면 또는 구두 진술을 제출할 수 있다[제51조(2)]. 모든 필요한 정보를 수집하고 "인간과 인민의 권리에 대한 존중에 기초한 우호적 해결을 달성할 수 있는 모든 적절한 수단을 시도한 이후," 위원회는 관련국들과 국가 및 정부수반회의에 보내질 "사실관계와 조사결과를 설명"하는 보고서를 준비한다(제52조). 보고서를 보낼 때, 위원회는 앞서 말한 회의에 "유용하리라고 판단되는 권고"를 할 수 있다(제53조).

❖ ***당사국에 의하지 아니한 다른 원천으로부터의 통보***: 헌장은 위원회가 개인적인 불만을 다룰 권한이 있는지에 대해 구체적으로 밝히고 있지 않고, 단지 위원회의 서기는 각 회기 전에 "당사국들의 통보 이외의 통보목록을 작성하여, 이를 위원회의 위원들에게 송부하고, 위원들은 어느 통보가 위원회에 의하여 검토될 것인지를 표명하여야 한다."[제55조(1)]고 규정하고 있다. 하지만 위원회가 사건을 검토하기 전에 일정한 기준이 충족되어야 한다. 그것은 (1) 통보는 작성자를 밝혀야 하고, (2) 아프리카단결기구 헌장 또는 이 헌장과 양립할 수 있어야 하고, (3) "비하적이거나 모욕적인 언어"로 쓰이지 않아야 하고, (4) "대중매체를 통하여 알려진 정보에만 근거"하지 않았어야 하고, (5) "국내적 구제절차가 부당하게 지연되고 있는 것이 아니라면" 그것이 완료된 후에 송부되어야 하고, (6) "지역적 구제절차가 완료된 후 합리적인 시간 내에" 제출되어야 하며, 끝으로 (7) 아프리카단결기구 헌장, 이 헌장의 규정, "유엔 헌장의 원칙에 따라 관련국들에 의해 이미 해결된 사건을 취급하는 것이 아닌" 통보여야 한다(제56조). 헌장에는 개인들이나 개인들의 집단들이 위원회 앞에 직접 출석해도 된다고 허용하는 구체적인 조항은 없다. 통보에 대한 실제적인 검토가 이루어지기 전에 관련국에 통보가 알려져야 한다(제57조). 그에 이어서 "심의 결과 하나 또는 그 이상의 통보가 일련의 심각하거나 대규모적인 인간과 인민의 권리침해 사실을 보여주는 특정 사건들과 명백히 관련된다고 여겨지는 경우, 위원회는 그러한 특정 사건들에 대하여 국가 및 정부수반회의의 주의를 환기해야 한다." 또한 국가 및 정부 수반회의는 위원회에 "사건들을 상세히 검토하고, 그 조사결과와 권고를 담은 사실보고서를 작성하여 줄 것"[제58조(1), (2)]을 요청할 수 있다. 끝으로, 헌장은 위원회에 의해 "상세한 검토를 요청할 수 있는" 국가 및 정부

수반회의 의장에게 제출되어야 하는 긴급사건들에 대한 절차를 마련하고 있다[제58조(3)].

[**추록**: 아프리카 인권위원회는, 지역적 구제수단이 이미 완료된 경우에는, 개인이 하는 통보를 직접 접수한다. 예를 들어 2005년에는, 스와질랜드에서의 인권을 위한 변호사 모임이 한 통보에 대한 답변으로, 정치적 정당을 금지하고, 몇몇 문제에 대하여 법원의 관할권을 배제하는 내용의 스와질랜드의 왕실 칙령은 아프리카 헌장에 위배된다고 결정하였다(아프리카 인권위원회의 18번째 활동 보고서, 부속서 III, 통보 251호(2002), 인권 변호사들/스와질란드 부분을 참조하라).]

❖ ***정기보고서***: 헌장 당사국들은 또한, 매 2년 마다, 헌장의 규정들을 "이행하기 위하여 취하여진 입법 또는 기타 조치에 관한 보고서"(제62조)를 제출해야 한다. 헌장이 정기 보고서의 심사에 관한 뚜렷한 절차를 정해놓고 있는 것은 아니지만, 아프리카 인권위원회는 정식 회기에 보고서들을 심사하기로 하였다.[5)]

아프리카 인권위원회는 특히 다음의 권한이 있다.

- *문서를 수집하고, 조사를 수행하며, 정보를 전달하고, 권고를 하며, 규칙과 원칙을 제시하고 다른 기관과 협조하여 인권을* ***증진***
- *(a) 국가 간 통보, (b) 당사국들 외의 통보, (c) 당사국들의 정기보고서를 받음으로써 인간과 인민의 권리* ***보호의 보장***

2.2 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카헌장(The African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1990)

아동의 권리와 복지에 관한 아프리카헌장은 1990년에 체결되어 1999년 11월 29일 발효되었다. 2000년 5월 31일 현재 20개의 국가가 비준한 상태이다. 헌장은 많은 수의 아동의 권리들을 제시하고 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카전문가위원회(African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child)를 설립한다.

5) 가나의 보고서에 관하여는 예컨대, *The African Commission on Human and Peoples' Rights Examination of State Reports, 14th Session, December 1993: Ghana* (http://www1.umn.edu/humanrts/achpr/sess14-complete.htm) 참조.

2.2.1 당사국의 약속

당사국들은 "헌장이 선언한 권리, 자유, 의무를 인식하고 자신의 헌법적 절차와 헌장의 조항들에 따라, 조항들을 실현하는데 필요한 입법 및 기타 조치들을 필요한 단계에 따라 이행하여야 한다."[제1조(1)] "헌장에 담긴 권리, 의무 및 책임에 부합하지 않는 어떠한 관습이나 전통, 문화적이거나 종교적인 행위는 헌장과 모순되는 부분에 있어서는 억제되어야 한다."[제1조(3)]는 것은 주목할 만하다.

2.2.2 인정된 권리

아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장[6]의 목적에 있어서, 아동이라 함은 18세 미만의 모든 인간을 가리키고(제2조), 아동에 관해 어떤 사람이나 권위에 의해 취해진 행동에 있어서, ***아동의 최선의 이익***이 우선적으로 고려되어야 한다[제4조(1)].

헌장은 다음 권리들과 원칙들을 보장한다.

- 비차별의 원칙 – 제3조
- 생명에 관한 권리와 사형의 금지를 포함한 생존과 발전의 권리– 제5조
- 성명과 국적을 가질 권리 – 제6조
- 표현의 자유의 권리 – 제7조
- 자유로운 결사와 평화로운 집회의 권리 – 제8조
- 자유로운 사상, 양심, 종교의 권리 – 제9조
- 사생활, 가족, 가정, 통신을 보호받을 권리 – 제10조
- 교육의 권리 – 제11조
- 여가, 오락, 문화 활동의 권리 – 제12조
- 장애 아동에 대한 특별한 보호의 권리 –제13조
- 건강과 보건 서비스의 권리 – 제14조
- 경제적 착취와 위험한 작업으로부터 보호받을 권리 – 제15조
- 아동 학대와 고문으로부터 보호받을 권리 – 제16조
- 소년 사법 기관: 어린 범죄자에 대한 특별 처우의 권리 – 제17조
- 가정의 보호에 관한 권리 – 제18조
- 부모의 배려와 보호 – 제19조
- 부모의 책임 – 제20조
- 유해한 사회적, 문화적 행위로부터 보호받을 권리 – 제21조

6) OAU doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990).

위 헌장은 다음의 조항들 역시 포함하고 있다.

❖ 무력 분쟁 – 제22조
❖ 난민 아동 – 제23조
❖ 입양 – 제24조
❖ 부모와의 분리 – 제25조
❖ 인종차별정책(apartheid)과 차별로부터의 보호 – 제26조
❖ 성(性)적 착취 – 제27조
❖ 마약 오남용 – 제28조
❖ 아동의 매매, 밀매, 납치 – 제29조
❖ 수감 중인 모(母)의 아동 – 제30조

2.2.3 아동의 의무

헌장 제31조에 따르면, "모든 아동은 가족과 사회, 국가와 법적으로 인정된 공동체, 국제 사회에 대해 책임을 진다." 그 책임들은 가정의 결합을 위한 노력, 국가 공동체에의 봉사, 사회적 및 국가적 연대의 보존과 강화, 아프리카 통합의 증진을 위한 기여를 포함한다.

2.2.4 이행 메커니즘

아동의 권리와 복지를 증진하고 보호하기 위하여 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 전문가 위원회가 기구 안에 설립되어야 한다(제32조). 위원회는 11명의 독립적이고 공정하며 개인 자격(제33조)으로 일하는 위원들로 구성되어야 한다.

위원회는 우선적으로 헌장에 선언된 권리들을 증진하고 보호하여야 하며, 두 번째로, 관련된 권리들의 보호를 확보하고 그 이행을 감시해야 한다(제42조). 임무의 첫 번째 부분의 수행에 있어서 위원회는 문서를 수집하고, 회의를 조직하고, 정부들에게 권고를 하고, 아프리카 아동의 권리와 복지의 보호를 증진하기 위한 규칙과 원칙들을 고안하며, 같은 분야의 다른 아프리카의 지역기구나 국제기구들과 협력한다[제42조(a)]. 위원회는 특히 당사국이나 아프리카단결기구의 요청이 있을 때 헌장을 해석할 수 있다[제42조(c)]. 헌장의 이행을 감시함에 있어서 후자(위원회의 두 번째 의무)는 두 가지 절차를 제공한다.

❖ ***보고절차***: 각 당사국은 헌장이 발효된 때로부터 2년 내에, 그 후부터는 매 3년마

다 헌장의 조항들을 실현하기 위해 취한 조치들에 대한 보고서를 작성한다[제43조 (1)]. 헌장은 위원회가 보고서들을 어떻게 심사할 것인지 구체적으로 밝히지 않고 있다.

❖ ***진정(complaint)절차***: 위원회는 헌장이 다루는 어떠한 문제와 관련하여서도, 개인이나 단체 또는 아프리카단결기구(OAU)나 회원국 또는 유엔 중 하나로부터 인가된 비정부단체(NGO)의 통보를 받을 수 있다(제44조).

끝으로, 위원회는 헌장의 영역 내에 들어오는 모든 사안의 조사에 있어서 어떤 '적합한 방법'도 사용할 수 있다. 위원회는 국가 및 정부수반회의의 정기 회기에 2년마다 자신의 활동에 관한 정기 보고서를 제출하여야 하며, 의회에 의해 검토된 보고서는 출판되어야 한다(제45조).

*아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장은 **아동의 최선의 이익에 따라** 해석되고 적용되는 수많은 권리들을 보호한다.*

*아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 전문가 위원회는 아동의 권리들을 **증진**하고 **보호**하여야 한다.*

이행 메커니즘은 (a) 보고절차와 (b) 진정절차로 구성된다.

3. 미주인권조약들과 그 이행

3.1 미주인권협약(The American Convention on Human Rights, 1969) 및 그 추가의정서(Protocols 1988, 1990)

코스타리카(Costa Rica)의 수도인 산호세(San José)에서 체결되었기 때문에 산호세 조약이라고도 불리는 1969년의 미주인권협약[7]은 1978년 7월 18일 발효되었고, 1988년 5월 26일 트리니다드토바고(Trinidad and Tobago)의 조약폐기선언에 따라 2002년 4월 9일 현재 24개 당사국을 가지고 있다.[8] 이 협약은 1960년부터 "미주기구(Organization of American States. OAS)의 독립적 기관"으로 존재했던 미주

7) OAS Treaty Series, No.36.

8) 다음 OAS 웹사이트 참조: http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/b-32.html.

인권위원회(Inter-American Commission on Human Rights)를 강화한 것이다.[9] 이것은 미주인권재판소(Inter-American Court of Human Rights)와 함께 이 협약의 "당사국들이 행한 약속의 이행과 관련된 문제에 대하여 권한을 가진다."(제33조)는 규정에 따른 조약에 기초한 기구가 되었다.

1988년에 미주기구의 총회에서 산살바도르(San Salvador) 의정서라고도 불리는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서(Additional Protocol to the Convention in the Area of Economic, Social and Cultural Rights)가 추가로 채택되었다.[10] 이 의정서는 막연히 당사국들이 "부에노스아이레스(Buenos Aires) 의정서에 의하여 개정된 미주기구 헌장에 규정된 경제적, 사회적, 교육적, 과학적 및 문화적 기준에 내재된 권리의 완전한 실현을 입법 또는 기타 적절한 수단을 통하여 점진적으로 달성하기 위하여, 국내적으로 그리고 국제협력을 통하여 조치들을 채택"한다고 기술한 협약 제26조를 발전시킨 것이다. 이 의정서는 1999년 11월 16일에 발효되었고, 2002년 4월 9일에 12개의 체약국을 가지고 있다.[11]

끝으로, 1990년 총회에서는 사형 폐지를 위한 미주인권협약 의정서(Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty)를 채택하였고, 이는 1991년 8월 28일에 발효되었다.[12] 의정서의 당사국은 "그 관할권에 복종하는 어떠한 사람에 대하여도 자국 영역 내에서 사형을 적용하여서는 아니 된다"(제1조). 당사국들은 비준이나 가맹 시에 "군사적 성격의 극도로 심각한 범죄에 대하여는 국제법에 따라 전시에 사형을 적용할 권리를 보유한다."[제2조(1)]고 선언할 수 있지만, 이 의정서에 대해서 유보는 허용되지 않는다. 2002년 4월 9일 현재 이 의정서는 8개의 당사국을 가지고 있다.[13]

[**추록**: 미주인권협약에는 현재 25개의 국가가 가입되어 있다. San Salvador 의정서는 현재 14개 국가가 비준하였다. 장애인에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약도 있다. 모든 형태의 인종차별에 대한 협약은 초안 작성 중에 있다.]

3.1.1 당사국의 약속

9) OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, corr. 1, March 12, 1993, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1992~1993*, p.5.

10) OAS Treaty Series, No.69.

11) http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-52.html 참조.

12) OAS Treaty Series, No.73.

13) http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-53.html 참조.

미주인권협약의 당사국들은 제시된 특정한 조건에서 "협약에서 인정된 권리와 자유를 존중하고, 자국 관할권 내의 모든 사람에게 차별없이 그러한 권리와 자유의 자유롭고 완전한 행사를 보장할 것을 약속한다"(제1조). 이 약속들은 미주인권재판소에 의해 벨라스케스(Mr. Velásquez)의 실종과 사망가능성에 관한 *Velásquez* 사건에서 해석되었다. 위 재판소의 해석에 따르면 협약에서 인정된 권리와 자유를 존중하는 의무는 다음을 의미한다.

> "공권력의 행사는 인권이 인간 존엄성에서 나온다는 것과, 그렇게 때문에 인권이 국가의 힘보다 우월하다는 사실에서 기인하는 일정한 제한을 받는다."[14]

따라서 "그러한 권리와 자유의 자유롭고 완전한 행사를 보장"하는 의무는,

> "사법적으로 인권의 자유롭고 완전한 향유가 가능하도록 정부기구 및 일반적으로 공권력이 행사되는 모든 시스템을 조직해야 한다는 당사국의 의무를 의미한다. 이 의무의 결과로 당사국은 이 협약에 인정된 권리의 침해를 ***예방하고, 조사하며, 처벌하여야 하고***, 나아가 가능하다면 침해로부터 기인한 손해로 입증된 것에 대해 ***보상을 제공하고 침해된 권리를 회복***하고자 노력하여야 한다."[15]

한편 위 재판소는 그에 덧붙여서 다음과 같이 판시하였다.

> "인권의 자유롭고 완전한 행사를 보장할 의무는 이 의무에 대응할 수 있도록 고안된 법제도의 존재로 충족되지 않는다. – 이는 인권의 자유롭고 완전한 행사를 효과적으로 보장하기 위하여 정부가 스스로 행동에 나설 것을 요구한다."[16]

인권침해 ***예방***의 문제에 관하여 재판소는 다음과 같이 구체화하고 있다.

> "당사국은 인권침해를 방지하기 위한 합리적인 단계를 마련하고, 자신의 관할권 내에서 이루어진 침해에 대해 엄중한 조사를 수행하며, 책임 있는 자를 밝혀내고, 적절한 처벌을 내리고 피해자에게 합당한 보상을 보장하는 조치를 취할 법적 의무를 진다."[17]

---

14) *I–A Court HR, Velásquez Rodríguez Case, judgment of July 29, 1988, Series C, No.4,* p.151, para.165.

15) Ibid., p.152, para.166. 강조는 추가됨.

16) Ibid., para.167.

17) Ibid., p.155, para.174.

인권침해를 방지할 법적 의무에는 "인권의 보호를 신장하기 위한 법적, 정치적, 행정적, 그리고 문화적 성격 등 모든 수단"을 포함하고, 인권에 대한 어떠한 침해도, 책임 있는 자에 대한 처벌과 피해자에 대한 손해를 배상할 의무로 이어지는, 불법적인 행위로 간주되고 조치되도록 할 보장을 포함한다.[18]

미주인권재판소에 의해 정의되었듯이, 당사국이 협약을 "존중"하고 "보장"해야 할 법적 의무는 정부 자신의 각각의 행위를 포함하여 다방면에 걸쳐있고, 국가 구조 전반의 핵심에 서 있다. 인권침해를 예방하고, 조사하며, 처벌하고, 구제할 국가의 의무에 대한 보다 폭 넓은 분석은 이 매뉴얼의 제15장에 있다.

미주인권협약에 포함된 권리와 자유를 "보장"할 법적 의무는 당사국들이 인권침해를 예방하고, 조사하며, 처벌해야 한다는 것과 가능하다면, 당사국들이 침해된 권리를 회복시키고, 손해로 입증된 것에 대한 보상을 제공하여야 함을 의미한다.

3.1.2 인정된 권리

협약에 의해 보장된 시민적 및 정치적 권리는 다음의 것들이다.

- 인격에 관한 권리 – 제3조
- 사형폐지주의자의 시각에서 세심하게 기술된 사형의 규정을 포함한, 생명의 권리 – 제4조
- 고문이나 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 않을 것을 포함한, 인도적 처우를 받을 권리 – 제5조
- 노예상태, 예속상태, 강제 또는 의무노역으로부터의 자유 – 제6조
- 자의적인 체포 또는 구금으로부터의 자유를 포함한, 개인적인 자유와 안전의 권리 – 제7조
- 공정한 재판을 받을 권리 – 제8조
- 소급입법으로부터 자유로울 권리 – 제9조
- 오심의 경우에 보상받을 권리 – 제10조
- 사생활에 대한 권리 – 제11조
- 양심과 종교의 자유 – 제12조
- 사상과 표현의 자유 – 제13조
- 부정확하거나 공격적인 발언의 표현에 대해 반론할 권리 – 제14조

18) Ibid., para.175.

❖ 평화로운 집회의 권리 – 제15조
❖ 자유로운 결사의 권리 – 제16조
❖ 자유롭게 혼인하고 가정을 꾸릴 권리 – 제17조
❖ 성명에 대한 권리 – 제18조
❖ 아동의 권리 – 제19조
❖ 국적에 대한 권리 – 제20조
❖ 재산에 대한 권리 – 제21조
❖ 거주와 이전의 자유 – 제22조
❖ 공무담임권 – 제23조
❖ 법 앞에 평등하고, 법의 평등한 보호를 받을 권리 – 제24조
❖ 사법적 보호를 받을 권리 – 제25조

이러한 시민적 및 정치적 권리를 인정하는 것과 별개로 미주인권협약은 막연히 당사국들이 "부에노스아이레스 의정서에 의하여 개정된 미주기구 헌장에 규정된 경제적, 사회적, 교육적, 과학적 및 문화적 기준에 내재된 권리의 완전한 실현을 입법 또는 기타 적절한 수단을 통하여 점진적으로 달성하기 위하여, 국내적으로 그리고 국제협력을 통하여 조치들을 채택"(제26조)한다고 규정된 조항을 가지고 있다. 이 조항의 제목이 암시하듯이, 이 조항은 사법적 수단을 통한 권리들의 즉각적인 이행보다는 이 권리들의 "점진적 발전"에 관한 것이다. 그러나 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서의 채택과 함께, 비록 "완전한 준수"는 아직 "점진적으로" 달성되는 것이기는 하나, 이 권리들에 보다 구체화된 법적 정의가 주어졌다.

추가의정서는 다음의 경제적, 사회적, 문화적 권리들을 인정한다.

❖ 의정서에 규정된 권리의 행사에 있어서의 비차별 원칙 – 제3조
❖ 근로의 권리 – 제6조
❖ 정당하고, 공정하고, 만족스러운 근로조건 – 제7조
❖ 노동조합권 – 제8조
❖ 사회 보장에 대한 권리 – 제9조
❖ 건강에 대한 권리 – 제10조
❖ 건강한 환경에 대한 권리 – 제11조
❖ 음식물에 대한 권리 – 제12조
❖ 교육에 대한 권리 – 제13조
❖ 문화적 혜택에 대한 권리 – 제14조
❖ 가정의 구성과 보호에 대한 권리 – 제15조

❖ 아동의 권리 – 제16조
❖ 노인의 보호 – 제17조
❖ 장애인의 보호 – 제18조

3.1.3 권리의 행사에서 허용 가능한 제한[19]

다음 권리들의 *행사*는 ***필요한 경우*** 특별히 열거된 목적에 한하여 제한될 수 있다. 즉 자신의 종교와 신념을 표명할 권리[제12조(3)], 사상과 표현의 자유의 권리[제13조(2)], 집회와 결사의 자유의 권리[제15조, 제16조(2), (3)], 자기 자신의 국가를 포함한 어떤 국가를 떠 날 권리를 포함한, 이전과 거주의 자유의 권리[제22조(3)]가 그것이다. 권리의 행사를 제한할 정당한 이유들은, 특히, 공공의 안전, 보건, 도덕, 질서, 국가안보의 보호 또는 타인의 자유와 보호(보호받는 권리에 따라 적법한 이유들은 달라진다)이다. 덧붙여, 법은 특정한 구체적인 경우에 있어서 공무담임권에 관련된 "권리와 기회의 행사를 규율할 수 있다"[제23조(2)].

법률유보의 원칙*(Principle of Legality)*에 따라 모든 제한 조항은 그 제한이 법률에 기술되어 있어야 하고, 법률에 기초하여야 하며, 법률에 일치하도록 또는 법률에 따라 부과되어야 한다. 한편, 제30조는 앞서 협약에서 본 권리의 행사에 대한 제한에 대해 "일반의 이익을 이유로 제정된 법률에 따라 그러한 제한이 설정된 목적에 알맞은 경우 이외에는 적용될 수 없다."는 일반 조항을 담고 있다.

미주인권재판소는 제30조의 "법률"(laws)이라는 개념에 대한 권고적 의견(Advisory Opinion)에서, 그 의미를 "인권 보호를 위한 시스템이라는 맥락에서 그 본질과 기원에서 분리하여 생각할 수 없는 것"이라고 설명하였는데, 그것은 다음과 같다.

> "공권력의 발동을 통해 합법적으로 제한할 수 없는, 개인의 침해할 수 없는 영역이 존재한다는 확신 위에서만 그 효과가 있다."[20]

그러므로 위 재판소의 입장에서는

> "기본적인 권리에 영향을 주는 국가 행위가 정부의 재량에 놓이지 않고, 침해할 수 없

19) 권리 행사의 제한에 관한 더 자세한 정보는 "그 밖의 중요한 권리: 사상, 양심, 종교, 의견, 표명, 결사, 집회의 자유"를 다룬 이 매뉴얼의 제12장을 참조하라.

20) *I–A Court HR, The Word "Laws" in Article 30 of the American Convention on Human Rights, Advisory Opinion OC–6/86 of May 9, 1986, Series A, No.6*, p.29, para.21.

는 개인의 속성들이 손상받지 않도록 고안된 일련의 보장들에 둘러 쌓이게 하는 것이 중요하다."[21]

덧붙여 위 재판소는, 아마도 "이 보장들에 있어 가장 중요한 것은 기본적인 권리들에 대한 제한이 오직 헌법에 따르고 입법부에 의해 제정된 법률에 기초하는 것이다"라고 하였다.[22] 그러므로 제30조의 "laws"라는 용어는 "형식적인 법"을 의미한다. 즉,

"입법부에 의해 제정되고, 행정부에 의해 공포되었으며, 각 국가의 국내법적 절차에 따른 법적 규범이다."[23]

한편 제30조는 "laws"라는 용어는 또한 "일반적 이익"(general interest)에 연결되는데 그 "일반적 이익"이라 함은 협약 제32조(2)에서 언급된 "'일반적 복지'(general welfare)를 위하여 채택된 것이어야"하는데, 그 개념은 재판소의 입장에 따르면,

"민주국가의 공공질서의 본질적인 요소로 해석되어야 하며, 그 주된 목적은 '인간의 본질적인 권리의 보호 및 정신적, 물질적 진보를 달성하고 행복을 얻을 수 있게 하는 환경의 조성'이다."[24]

*비상사태에서의 인신보호영장(Habeas Corpus in Emergency Situations)*에 관한 권고적 의견에서 재확인된 바와 같이, 결과적으로 "법률유보의 원칙, 민주적 기구(democratic instituions) 그리고 법의 지배 사이에는 불가분의 관계에 있다."[25]

민주사회의 원칙*(Principle of a democratic society)*에 관해서는, 집회와 결사의 자유의 권리의 행사에 관한 제한 조항만이, 그 제한은 "***민주사회에서 필수적***"인 것이어야 한다고 정하고 있다(강조는 추가됨). 그러나 미주인권재판소가 *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice*

21) Ibid., pp.29~30, para.22.

22) Ibid., at p.30.

23) Ibid., p.32, para.27.

24) Ibid., p.33, para.29.

25) *I-A Court HR, Habeas Corpus in Emergency Situations (Art. 27(2), 25(1) and 7(6), Advisory Opinion OC-8/87 of January 30, 1987, Series A, No.8*, p.40, para.24.

of Journalism 사건에서 제13조의 표현의 자유의 권리에 대한 권고적 의견에서 강조하였듯이, 미주인권협약의 조항들의 해석은 특히 제29조(c)와 제32조(2)[26]의 제한들에 의해 결정되는데, 그 조항들은 각각 "협약의 어떤 조항도, (c)의 인간성에 고유하거나 ***정부형태로서의 대의민주주의로부터*** 유래하는 다른 권리나 보장을 배제시키는 것"[제29조(c), 강조는 추가됨]으로 해석되지 않고, "각 개인의 권리는 ***민주사회에서의*** 다른 사람의 권리, 모든 사람의 안전 및 ***일반복지의 정당한 필요성에 의하여*** 제한된다."라고 규정하고 있다[제32조(2), 강조는 추가됨].

이 조항들은 특히 "제13조(2)에 의해 허용된 제한들이 어떤 맥락 안에서 해석되어야 하는지"를 설명하는데, 재판소의 입장은 다음과 같다.

> "'민주적 기구', '대의 민주주의', '민주사회'의 반복적인 고려에서, 국가에 의해 취해진 표현의 자유에 대한 제한이 제13조(2)(a) 또는 제13조(2)(b)에 열거된 목적을 '확보하는 데 필수적' 인가의 문제는 ***민주 사회와 기구들의 정당한 필요와의 관련에 의해 판단되어야 한다***."[27]

재판소는 최종적으로 다음과 같이 결론을 내리고 있다.

> "민주주의에 대한 정당한 요구는 협약의 해석에 있어 방향을 제시해 주어야 하고, 민주적 기관의 보존과 기능에 결정적인 관계를 맺고 있는 조항의 해석에 있어서는 특히 그렇다."[28]

미주인권협약에 의거하여 권리 행사에 대한 제한이 적법하려면 다음을 따라야 한다.

- ***법률유보의 원칙*** *- 제한적 조치는 법률에 근거하여야 한다.*
- ***민주사회의 원칙*** *- 취해진 조치는 민주사회와 기구들의 정당한 필요와 관련하여 평가된다.*
- ***필요성/비례의 원칙*** *- 개인의 권리의 행사에 대한 개입은 하나 또는 그 이상의 특정한 목적을 위하여 민주사회에 있어 필요한 것이어야 한다.*

---

26) *I-A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985*, Series A, No.5, p.105, para.41.

27) Ibid., p.106, para.42. 강조는 추가됨.

28) Ibid., p.108, para.44.

3.1.4 법적 의무로부터 허용 가능한 이탈

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조와 비견되는 유사한 조항인 미주인권협약 제27조 역시 협약으로부터 발생하는 의무에 관하여 당사국이 이탈할 수 있는 가능성을 예정하고 있다. 이하는 당사국이 협약상 의무에서 이탈할 수 있는 권리를 행사할 수 있는 조건에 관한 간략한 설명으로, 자세한 것은 제16장에서 다루기로 한다.

❖ ***예외적인 위협의 조건***: "당사국의 독립이나 안보를 위협하는 전쟁, 공공의 위험 또는 기타의 비상사태의 경우"[제27조(1)]에만 당사국은 이탈할 수 있다. 이런 정의는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조나 유럽인권협약 제15조에서의 것과는 다르게 규정된 것이다.

❖ ***일정한 의무의 이탈 금지의 조건***: 미주인권협약 제27조(2)는 결코 이탈이 허용될 수 없는 규정들에 대한 상당히 긴 목록을 두고 있다. 법인격에 관한 권리(제3조), 생명권(제4조), 인도적 처우를 받을 권리(제5조), 노예상태로부터의 자유(제6조), 소급 입법으로부터의 자유(제9조), 양심과 종교의 자유(제12조), 가정에 대한 권리(제17조), 성명에 대한 권리(제18조), 아동의 권리(제19조), 국적에 대한 권리(제20조), 공무담임권(제23조), 그리고 "***위의 권리 보호를 위해 필수적인 사법적 보장***"(강조는 추가됨).[29]

❖ ***엄격한 필요성의 조건***: 당사국은 오직 "상황의 위급성에 의해 엄격히 요구되는 기한과 범위 내에서 이 협약상의 의무를 이탈하는 조치를 취할 수 있다."[제27조(1)]

❖ ***다른 국제법적 의무에 부합되어야 한다는 조건***: 당사국이 취한 이탈의 조치는 다른 국제조약이나 국제관습법에 따라 발생하는 의무와 같은, "국제법상 자국의 다른 의무에 저촉되지 아니하여야" 한다.[제27조(1)]

❖ ***차별금지의 조건***: 이탈 조치는 "인종, 피부색, 성, 언어, 종교 또는 사회적 출신을 이유로 한 차별을 포함하지 않아야" 한다[제27조(1)].

29) "위의 권리 보호에 필수적인 사법적 보장"이라는 말은 무엇보다도, 미주인권재판소의 두 가지 권고적 의견에 따라 해석되고 있고, 그 두 의견은 제16장에서 자세히 다룬다.

❖ ***국제적 통지의 조건***: 제27조(1)에 따른 이탈권을 행사하기 위해서 당사국은 "적용이 정지된 조항, 정지하는 이유 및 정지의 종료 예정일을 미주기구의 사무총장을 통하여 다른 당사국들에 즉시 통보하여야 한다."고 정하고 있는 제27조(3)의 규정을 따라야 한다.

미주인권협약의 제27조에 따라 의무를 이탈하고자 할 때 당사국은 다음을 따라야 한다.

- *예외적인 위협의 조건*
- *일정한 의무의 이탈 금지의 조건*
- *엄격한 필요성의 조건*
- *다른 국제법적 의무에 부합되어야 한다는 조건*
- *차별금지의 조건*
- *국제적 통지의 조건*

[**추록**: 미주인권협약 제27조는 미주인권위원회와 미주인권재판소 모두에 의하여 상당히 좁게 해석되고 있다. *Castillo Petruzzi et al vs. Peru* 사건(1990년 5월 30일 판결 선고, Series C, 제52호)와 *Loayza Tamayo v. Peru* 사건(1997년 9월 17일 판결 선고, Series C, 제33호)을 참조하라.]

3.1.5 이행 메커니즘

인권 보호를 위한 미주 시스템은 일차적으로 미주인권위원회, 이차적으로 관할권을 인정한 당사국들에 대한 미주인권재판소로 구성된다. 여기에서는 관련된 절차를 개괄적으로 소개하기로 한다.

❖ ***미주인권위원회의 권한***: 미주인권위원회는 개인 자격으로[제34조, 제36조(1)] 선출된 7인으로 구성되고, 그들의 주된 기능은 "인권에 대한 존중과 보호를 증진"하는 것인데, 특히 (1) 미주에서의 인권에 대한 의식의 증진, (2) 권고할 만한 행동이 있다고 보일 때, 당사국의 정부에 권고하는 것, (3) 위원회의 의무의 집행의 일환으로 권고할 만한 연구나 보고를 준비하는 것, (4) 협약의 제41조 (a), (b), (c), (f)에 규정된 권위에 따라 이루어지는 진정 기타 통보에 대처하는 것을 통해 이루어진다. ***위원회에 개인이 진정할 수 있는 권리***는 협약상 ***의무적***인 것으로 되어 있고, "어느

개인 또는 단체, 또는 1개 이상의 미주기구 당사국에서 법인으로 인정된 비정부 기관은 당사국에 의한 협약위반을 고발하거나 통지하는 진정을 위원회에 제출할 수 있다"(제44조). 한편 국가 간 통보는 위원회가 검토할 권한을 인정한 당사국이 역시 같은 내용의 선언을 한 상대 당사국에 의하여 제기될 것을 요건으로 한다[제45조(1), (2)].

개인통보나 국가 간 통보가 위원회에 받아들여지기 위해서는 국내 구제 절차의 완료와 같은 몇 가지의 요건이 필요하다[제46조(1)(a)]. 게다가 진정이나 통보는 피해자라 주장하는 자가 최종 결정을 통보받은 시점부터 6개월 이내에 제기되어야 하며, 그 사안은 다른 국제적 분쟁 해결 절차에 계류 중이어서는 아니 된다[제46조(1)(b)(c)]. 개인적인 진정은 물론 피해자라 주장하는 자나 그의 법적 대리인의 성명, 주소, 서명을 포함한 것이어야 한다[제46조(1)(d)]. 국내절차완료의 원칙은 (a) 국내 법제가 "침해되었다고 주장되는 권리의 보호를 위하여 적법절차를 마련해두지 않은" 경우, (b) 피해자라 주장하는 자가 국내 구제절차에 접근이 거부된 경우, (c) "최종 판결이 내려지는 데 부당한 지연이 있는" 경우에 적용되지 않는다[제46조(2)].

진정이나 통보가 이 요건들을 충족하지 못하거나, "명백히 근거 없는" 것일 경우에 위원회는 해당 진정이나 통보를 수락할 수 없는 것으로 선언한다(제47조). 한편 위원회가 사안에 대해 더 깊은 분석을 위해 당사자들로부터 추가적인 정보를 요구할 것으로 보이는 때에는 수락 가능한 것으로 선언되어야 한다[제48조(1)(a)]. 또한, 위원회는 현지조사를 할 수 있고 서면진술 외에 구두진술을 들을 수 있다[제48조(1)(d), (e)]. 이 단계에서 역시 위원회는 진정이나 통보가 심리부적격이거나 규칙위반 또는 실체가 없는 것이라 선언할 수 있다[제48조(1)(c)]. 대신에 위원회는 "이 협약에서 인정된 인권에 대한 존중을 바탕으로 한 우호적인 해결에 도달하도록 당사자들의 처분에 따른다"[제48조(1)(f)]. 해결에 이르지 못하면 위원회는 당사국들에 제출될 "사실을 밝히고 자신의 결론을 진술하는 보고서를 작성"하는데, 그 보고서는 "당사국들의 임의로 출간되어서는 아니 된다"[제50조(1), (2)]. 지정된 기간 내에 사안이 해결되거나 법원에 회부되지 못한 경우, 위원회는 "자신의 고려에 따라 해당 문제에 대한 의견과 결론을 개진"할 수 있고, 당사국이 "적절한 조치"를 취하지 못하면 궁극적으로 자신의 보고서를 발행할 수 있다(제51조).

미주기구의 당사국 중 아직 미주인권협약을 비준하지 않은 국가에 대해 위원회는 인간의 권리의무에 관한 미주선언(American Declaration on the Rights and Duties of Man)을 침해했다고 주장하는 진정을 접수할 권한이 있다.[30]

30) *The Regulations of the Inter-American Commission on Human Rights* 제51조 참조, approved by

위원회의 또 다른 특징적인 권한은 미주인권재판소로부터 권고적 의견을 구할 수 있다는 것이다(제64조). *Habeas Corpus in Emergency Situations*에 관한 중요한 권고적 의견은 위원회의 요청에 따라 법원에 의하여 내려졌다.

❖ ***미주인권재판소의 권한***: 2001년 4월 16일에 21개의 국가가 재판소의 강제 관할을 인정하고 있다.[31] 위 재판소는 개인 자격에 따라 선출된 7인의 재판관으로 구성된다(제52조). 사무국은 코스타리카(Costa Rica)의 산호세(San José)에 둔다. 재판소에 사안이 접수되기 전에 위원회의 절차가 완료되어야 한다[제61조(2)]. "극도로 중대하고 시급한 사건"에 대해 재판소는 "적절하다고 판단하는 가처분 조치를 내려야 하고," 위원회의 요청에 따라 사실상 재판소에 접수되지 않은 사건에 대해서도 같은 조치를 내릴 수 있다[제63조(2)]. 재판소의 결정은 종국적이고, 당사국들은 "자신이 당사자인 모든 사건"에서 주어진 판결을 준수할 것을 약속한다[제67조, 제68조(1)].

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서에 따른 이행 메커니즘은 당사국들이 "협약에서 규정된 권리들에 대한 적절한 존중의 확보를 위해 취한 점진적인 조치들에 대해 정기적 보고서를 제출"하는 것만을 약속하는 협약상 절차와는 다르다[의정서 제19조(1)]. 노동조합을 조직하고 가입할 권리[제8조(a)]와 교육에 대한 권리(제13조)에 있어서만, 그리고 당사국이 "직접적으로 책임져야 하는" 것으로 주장되는 위반에 대해서만 의정서는 위원회와 재판소에 사안을 접수할 절차를 마련하고 있다[제19조(6)].

위원회와 재판소의 각각의 연간 보고서에 나타하듯이, 그들 모두는 상당한 수의 사안들을 다룬다. 미주인권위원회의 연간 보고서는 일반적으로 미주인권협약의 틀 너머로 영향을 미치는 위원회의 활동들에 대한 중요한 정보를 담고 있다.

[**추록**: 미주인권위원회가 개인 진정을 접수하여 심리하는 것은, 협약을 비준한 국가에 관련된 것일 경우에 한하여 제한되지 않는다는 것을 주목할 필요가 있다. 또한 협약을 비준하지는 않았으나 미주기구에 속하는 국가에서의 침해행위에 관련된 사안의 경우 역시 개인 진정이 가능하다. 이 경우 위원회는 위 미주선언을 적용할 수 있다.]

---

the Commission at its 660th Meeting, 49th Session, held on 8 April 1980, and modified at its 70th Session, at its 938th meeting, held on 29 June 1987, published in OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.82, doc. 6, rev. 1, July 1, 1992, *Basic Documents Pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, p.121 참조.

31) OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.111, doc. 20 rev., *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2000*, Annex 1 참조. 이 보고서 원문은 다음 웹 사이트 참조: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000eng/TOC.htm.

***미주인권위원회**는 인권침해를 주장하는 진정들을 접수할 권한이 있다.*

- *어느 개인 또는 단체, 또는 법인으로 인정된 비정부 기관으로부터, 즉 이 권능은 의무적이다(제44조).*
- *타방 당사국에 대해 일방 당사국으로부터, 이 경우는 이 권능이 인정된 경우에 한정된다.(제45조).*

***미주인권재판소**는 위원회에 의해 먼저 검토된 사안들에 대해, 당사국들이나 위원회로부터 접수 받은 사건들을 판단할 권한이 있다(제61조).*

3.2 고문의 방지와 처벌을 위한 미주협약(Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 1985)

1985년의 고문의 방지와 처벌을 위한 미주협약은 1987년 2월 28일 발효되었고, 2002년 4월 9일 현재 16개 당사국이 체결해 있다.[32)]

3.2.1 협약의 범위

협약에 따르면, "고문은 형사적 조사의 목적에 있어서 협박, 개인적 처벌, 예방적 조치, 형벌 또는 기타 목적의 수단으로 개인에게 신체적, 정신적 고통을 고의적으로 가하기 위해 수행된 일체의 행동으로 본다. 고문은 피해자의 인간성을 말살하거나 피해자의 육체적, 정신적 역량을 저하시키려고 의도된 수단들의 사용으로 보고, 그것이 육체적 고통이나 정신적 고뇌를 초래하지 않았더라도 그렇다"(제2조).

협약은 그에 덧붙여 고문을 저지르고, 선동하고, 권유하거나 방지할 수 있음에도 그렇게 하지 않은 사람들의 개인적 책임에 대해서 규정하고 있다(제3조). 고문 방지를 위한 유엔 협약(United Nations Convention against Torture. 역주: 고문 및 그밖의 잔혹한 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약을 말한다)의 경우와 같이, "전쟁상태, 전쟁의 위협, 계엄이나 긴급 상태, 국내적 소요나 분쟁, 헌법적 보장의 정지, 국내적 정치적 불안정 등의 공공의 긴급 상태나 재해의 존재가 고문 범죄에 대해 정당화를 가능하게 하거나 그 자체로 정당화로 받아들여져서는 아니 된다"(제5조).

나아가 "피억류자 또는 피구금자의 위험한 성질"이 고문에 기대는 것을 정당화

32) OAS, Treaty Series, No. 67. 비준현황은 http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-51.html 참조.

하지도 못한다(제5조).

3.2.2 당사국의 약속

협약에 따르면 "당사국들은 그들의 관할권 내에서의 고문을 방지하고 처벌하기 위한 효과적인 조치들을 취해야 하고," "고문과 고문하려는 시도의 모든 행위가 형법에 따른 범죄임을 보장하여야 한다"(제6조). 나아가 협약은 무엇보다도 경찰관에 대한 교육(제7조), 고문 혐의에 대한 공평한 조사(제8조), 특정 사건들에 있어서 고문 범죄에 대해 관할권을 정립할 의무(제12조), 범죄인인도(제13~14조)를 포함한다.

3.2.3 이행 메커니즘

유엔과 유럽의 고문협약과 달리 미주협약은 구체적인 이행 메커니즘을 담고 있지 않다. 하지만 협약 제17조에 따르면, "당사국들은 미주인권위원회에 자신이 협약에 따라 취한 일체의 입법적, 사법적, 행정적 기타 조치들을 보고하여야 한다." 이에 이어 위원회는 "연간 보고서에 미주기구의 당사국의 고문의 방지와 금지에 관한 실태를 분석하기 위해 노력한다"(제17조). 따라서 이 협약은 고문이 행해지고 있다고 믿을 만한 이유가 있는 국가에 대해 위원회가 현지조사를 수행할 가능성을 예상하지 않고 있는 것이다. 그러나 위원회는 미주기구의 헌장에 따른 일반적 권한에 따라, 그리고 당사국과의 협정에 따라, 그 조사를 위한 방문을 할 수는 있다.

- *고문의 방지와 처벌을 위한 미주협약에 따라 당사국들은 자신의 관할권 내에서 고문을 방지하고 처벌하기 위한 효과적인 조치들을 취해야 한다.*
- *협약에서 확인된 바와 같이, 고문받지 않을 권리는 제한될 수 없으며, 어떤 긴급 상황도 고문의 행위를 정당화하지 못한다.*

3.3 인간의 강제적 실종에 관한 미주협약(Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, 1994)

인간의 강제적 실종에 관한 미주협약은 미주기구 총회에서 1994년에 채택되어 1996년 3월 28일에 발효되었다. 2002년 4월 9일을 기준으로 이 협약의 당사국은 10

개이다.[33] 이 협약은 미주 각지에서 특히 1970년대와 1980년대에 발생한 강제적 또는 비자발적인 실종의 상당한 증가에 대한 반향으로 만들어졌다.

[**추록**: 2007년 말경까지 13개 국가가 인간의 강제적 실종에 관한 미주협약을 비준하였다. 미주기구 웹 사이트(http://www.oas.org)를 참고하라.]

3.3.1 협약의 범위

협약에서 정의된 바에 의하면, "강제적 실종이란 사람 또는 사람들에게서 자유를 빼앗는 행동으로, 방식과 무관하고, 공무원이나 국가의 승인이나 지원 또는 묵인하에 있는 사람 또는 사람들에 의하여 저질러진 것으로, 자유의 박탈을 인정하거나 해당인의 소재에 대한 정보를 주는 것을 거부하거나 또는 그와 같은 정보를 제공하지 않음으로서 가능한 법적 구제나 절차적 보장에 의지하는 것을 방해하는 것이다"(제2조).

3.3.2 당사국의 약속

당사국은 비상 상황이나 개인적 보장의 정지 상태에서도 인간의 강제적 실종을 행하거나 허용하거나 묵인하지 않을 것을 약속한다. 즉, 자신의 관할권 내에서 강제적 실종 범죄를 저지르거나 저지르려고 시도하는 사람과 그 공범 및 종범을 처벌하고, 인간의 강제적 실종을 방지하고 처벌하고 없애기 위하여 다른 국가와 서로 협력하며, 협약에서 약속된 사항들의 이행을 위해 필요한 입법적, 행정적, 사법적 기타 조치들을 취한다(제1조, 입법 조치를 취할 의무의 구체적인 사항은 제3조를 참조).

덧붙여 협약은 인간의 강제적 실종에 관련된 사건에 대한 관할권을 정립할 의무를 규정하고(제4조), 그런 사건들이 범죄인 인도에 있어서 정치 범죄가 아닌 인도되어야 할 범죄로 취급되어야 한다고 규정한다(제5조). 나아가 "인간의 강제적 실종에 대한 형사 소추와 범죄자에게 사법적으로 부과된 형벌에는 시효에 관한 법률이 적용되어서는 안 된다." 다만, 이 원칙의 적용을 배제하는 본격적인 성격의 규범이 있는 경우는 그러지 아니한다. 하지만 이 경우 "시효의 기간은 당사국의 국내법상 가장 중한 범죄에 적용하는 시효의 기간과 같아야 한다"(제7조). 상당히 중요한 것은, 인간의 강제적 실종 범죄에 대하여 책임이 있다는 혐의가 있는 사람은 "특히 ***군사 법원을 포함한 모든 특별 사법기관이 아닌***, 오직 각국의 보통 법률에 따라 권한 있는 관할 법원에서 재판 받아야 한다"(제9조. 강조는 추가됨).

33) http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-60.html 참조.

고문방지협약에서와 같이 전쟁 상태나 공공의 긴급 상황과 같은 예외적 상황이 인간의 강제적 실종을 정당화할 수는 없다. 그런 경우에 "신속하고 효과적인 사법 절차와 이에 의지할 권리는 자유를 박탈당한 사람의 소재나 건강 상태를 알아내거나, 그러한 자유의 발탁을 명령하거나 실행한 공무원을 알아내기 위한 수단으로 유지되어야 한다." 이런 절차와 연계하여, "권한 있는 사법당국은 모든 구류 시설과 각 시설의 소속물(unit), 군사적 관할권에 놓인 지역을 포함하여 사라진 사람이 발견될 수 있다고 믿을 만한 이유가 있는 모든 장소에 대하여 자유롭고 즉각적으로 접근할 수 있어야 한다"(제10조).

3.3.3 이행 메커니즘

협약은 "인간의 강제적 실종의 혐의로 미주인권위원회에 제출된 청원 또는 통보의 절차는 미주인권협약에서 정한 절차, 미주인권위원회의 규정과 규칙, 예방적 조치에 관한 규정을 포함한 미주인권재판소의 규정이나 절차 규칙을 따른다."(제13조)고 규정하고 있다. 미주인권위원회가 강제적 실종의 혐의에 대한 청원이나 통보를 받고, 집행 사무국이 "급박하고 비밀리에 해당 정부에 연락하여" 해당인의 소재 정보를 요구해야 할 경우에 필요한 긴급 절차도 마련되어 있다(제14조).

인간의 강제적 실종에 관한 미주협약은 강제적인 인간의 실종이 국제인권법을 위반하는 행위라는 것의 재확인이다. 인간의 강제적 실종은 어떤 조건에서도, 심지어 긴급 상황에서도, 정당화될 수 없다.

인간의 강제적 실종에 연루되었다는 사유로 소추된 사람은 일반법원에서 재판이 이루어져야 한다. 그들은 특별 법원에서 재판받을 수 없다.

3.4 여성에 대한 폭력의 방지, 처벌, 근절에 관한 미주 협약(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, 1994)

"벨렘 도 빠라 협약"(Convention of Belém do Pará)이라고도 불리는 여성에 대한 폭력의 방지, 처벌, 근절에 관한 미주협약은 1994년 미주기구 총회에서 채택되어 1995년 3월 5일 발효되었다.[34] 2002년 4월 9일을 기준으로 31개의 당사국이 비준

34) http://www.oas.org/juridico/english/Sigs/a-61.html 참조.

한 상태이다. 이 협약은 오직 성에 근거한 폭력(gender-based violence)의 제거만을 목적으로 한 유일한 국제 조약이다.

3.4.1 협약의 범위

협약의 목적은 "여성에 대한 폭력은 공적 영역 또는 사적 영역에서 성에 근거하여 여성에게 죽음 또는 신체적, 성적, 정신적 피해 또는 고통을 주는 모든 행동을 의미한다"(제1조). 더 구체적으로, 여성에 대한 폭력은 특히 "육체적, 성적, 정신적 폭력을 포함하는데," 그 폭력이 가족이나 가족 구성원 간에, 또는 다른 인간관계나 공동체에서 일어났는지 여부나 국가나 공무원에 의하여 저질러지거나 묵인되었는지 여부 또는 어디서 발생되었는지 여부와 관계없다[(제2조(a)~(c)]. 그러므로 그 적용 범위는 ***공적 또는 사적인*** 사회의 모든 영역들을 포괄하고 망라한다.

협약은 나아가 여성이 지역적, 보편적 법률문서들에 포함된 모든 인권을 향유하고 보장받을 권리를 강조하고, 당사국은 "여성에 대한 폭력이 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 권리의 행사를 막고 무효화한다는 점을 승인한다"(제4~5조). 끝으로, 협약은 모든 여성의 폭력으로부터 자유로울 권리는 고정된 행동 양식(stereotyped pattens)에서 벗어나 평가되고 교육 받을 권리뿐만 아니라, 특히 모든 형태의 차별로부터 자유로울 권리를 포함한다고 규정한다(제6조).

3.4.2 당사국의 약속

당사국은 여성에 대한 폭력을 "방지, 처벌, 근절하기 위하여 모든 적절한 수단과 정책을 지체 없이 수행"할 것(제7조)에 동의하고, "폭력으로부터 자유로울 여성의 권리에 대한 인식과 그에 관한 준수를 증진"하며, "남성과 여성의 사회적, 문화적 행동 양식을 수정"하고, "사법의 운용, 경찰 기타 법 집행과 관련된 사람들 모두에 대한 교육과 훈련을 증진"하기 위한 프로그램과 같은 "구체적 조치를 계속적으로 취할 것에" 동의한다(제8조).

3.4.3 이행 메커니즘

협약에 예정된 이행 메커니즘은 세 부분으로 이루어져 있다.

❖ ***보고절차***: 우선 당사국은 *여성에 관한 미주 위원회(Inter-American Commission*

*of Women)*에 제출할 국가 보고서에 무엇보다도 "여성에 대한 폭력을 방지하고 금지하기 위해 도입한 조치들에 대한 정보"와 그러한 조치들을 시행하면서 발견된 어려움들을 포함시켜야 한다(제10조)

- ***권고 의견***: 당사국과 여성에 관한 미주 위원회는 미주인권재판소에 여성에 대한 폭력의 방지, 처벌, 근절에 관한 미주 협약의 해석에 관한 *권고 의견*을 요청할 수 있다(제11조).
- ***개인진정***: 모든 개인이나 집단, 하나 이상의 미주기구 회원국에 의하여 법적으로 인정된 비정부단체는 "*미주인권위원회*에 당사국이 협약 제7조를 위반한 것에 대한 고발이나 진정을 포함한 청원을 제기할 수 있고," 이는 그 조문에서 서술된 바와 같이 여성에 대한 폭력을 방지, 처벌, 근절해야 할 당사국의 의무이다(제12조. 강조는 추가됨).

여성에 대한 폭력의 방지, 처벌, 근절에 관한 미주협약은 성에 근거한 폭력의 제거만을 목적으로 하는 유일한 국제 조약이다.

*이 협약은 **공적 또는 사적인** 사회의 모든 영역에서 일어나는 폭력을 다룬다.*

*이행 메커니즘은, (1) 여성에 관한 미주 위원회에 대한 **보고절차**, (2) 미주인권위원회에 **개인진정**을 제출할 기회로 이루어진다.*

*당사국과 여성에 관한 미주위원회는 둘 다 미주인권재판소에 협약의 해석에 관한 **권고 의견**을 요청할 수 있다.*

4. 유럽인권조약들과 그 이행

4.1 유럽인권협약((European Convention on Human Rights, 1950) 및 제1, 4, 6, 7 추가의정서

유럽인권협약은 1950년에 유럽평의회(Council of Europe)에서 채택되어 1953년 9월 3일 발효되었다.[35] 2002년 4월 29일을 기준으로 이 협약의 당사국은 43개이다.[36] 당초 이 협약은 당사국이 약속한 이행을 관찰하기 위하여 유럽인권위원회

35) 이 조약의 공식 명칭은 "인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약"(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)이다. European Treaty Series (ETS), no.: 005 참조.

36) 유럽인권협약과 추가의정서의 비준현황은 http://conventions.coe.int/ 참조.

(European Commission of Human Rights)와 유럽인권재판소(European Court of Human Rights)를 창설하였으나, 1988년 11월 1일 이 협약의 제11 추가의정서[37]가 발효됨에 따라 모든 사건이 프랑스 스트라스부르(Strasbourg)에 있는 유럽인권재판소에 직접 회부되는 것으로 통제 절차가 재편성되었다. 이 재판소는 최초이자 지금까지 유일한 전임(full-time) 인권재판소이다.

이 협약에 의해 보호되는 권리는 아래에서 다룰 제1, 4, 6, 7 추가의정서에 의하여 확장되었다. 차별금지에 관한 제12 추가의정서는 1950년 11월 4일 이탈리아의 수도에서 서명된 유럽인권협약의 50주년을 기념하는 의미에서 2000년 11월 4일 로마에서 서명에 개방되었다. 제13 추가의정서는 2002년 5월 3일 빌니우스(Vilnius)에서 서명에 개방되었다. 이 의정서는 어떤 조건에서도 사형을 폐지하는 것에 관한 것이다.

[**추록**: 2005년 4월 유럽인권협약 제12 의정서(ETS 177)가 발효되었고, 2007년 말경까지 15개국이 비준하였다. 제12 의정서는 협약 제14조가 협약에 따라 보장되는 다른 권리의 향유에 있어서의 차별을 금지하는, 차별로부터의 제한적 보호를 확대하고 있다. 새 의정서는 누구도 공공 당국으로부터 어떠한 이유에 의하여서도 차별받지 아니한다고 보장한다. 2007년 말경까지 46개국이 위 제14 의정서를 비준하였는데, 이는 협약의 통제 시스템을 수정하고(ETS 194), 특히 허용되는 기준을 변경하며, 각료위원회의 결정을 집행하는 새로운 메커니즘을 도입하였다. 위 의정서는 47개의 유럽평의회 회원국들에 의하여 비준된 뒤 발효될 것이다. 유럽 조약들에 대한 정보는 유럽평의회의 웹사이트(http://conventions.coe.int)를 참조하라.

'지혜로운 사람 모임'(The Group of Wise Person)은 2006년 5월 세 번째 바르샤바 유럽 평의회 정상회담에서 설립되었다. 이 모임의 임무는 유럽인권협약의 장기적인 효과와 그것의 통제 메커니즘을 확보하기 위한 포괄적인 전략을 세우는 것이다. 이 모임은 2007년 1월 각료위원회에서 보고서를 발표하였다. 2005년 12월에 영국 판사 Lord Woolf는 유럽인권재판소의 작동 방법에 관한 자신의 견해를 발표하였는데, 이는 위 재판소가 막대하고 계속 증가하는 사건을 처리하기 위하여 취해야만 하는 조치를 다루고 있다. http://www.echr.coe.int에서 볼 수 있다.]

4.1.1 당사국의 약속

당사국은 "자신의 관할 내에 있는 모든 사람에 대하여 협약의 제1절에 규정된 권리와 자유를 보장하여야 한다"(제1조). 이것은 특히 당사국이 협약에서 보장된 권리

37) ETS no.: 155.

와 자유를 침해당한 모든 사람에 대하여 "국가기관에 의한 효과적인 구제수단을 제공하여야 한다는 것을 의미하고, 이는 그 침해가 공적 권능을 가진 사람에 의하여 저질러진 경우에도 마찬가지이다"(제13조).

4.1.2 보장된 권리

유럽인권협약은 다음의 시민적 및 정치적 권리를 보장한다.

- 생명권 – 제2조
- 고문, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급이나 형벌의 금지 – 제3조
- 노예제도, 예속상태, 강요되거나 강제적 노동의 금지 – 제4조
- 자유와 안전에 대한 권리 – 제5조
- 공정한 재판을 받을 권리 – 제6조
- 소급적 법률의 금지 – 제7조
- 사생활 및 가정생활을 존중받을 권리 – 제8조
- 사상, 양심과 종교의 자유 – 제9조
- 표현의 자유 – 제10조
- 집회와 결사의 자유 – 제11조
- 혼인과 가정을 구성할 권리 – 제12조
- 실효적 구제를 받을 권리 – 제13조
- 차별의 금지 – 제14조

제1 의정서는 1952년에 채택되어 1954년 5월 18일에 발효되었다.[38] 2002년 4월 29일을 기준으로 40개의 당사국이 있다. 이 의정서는 다음과 같은 권리와 당사국의 의무를 담고 있다

- 재산을 평화롭게 향유할 권리 – 제1조
- 교육을 받을 권리와 종교적, 철학적 신념에 따른 교육 및 교수를 할 부모의 권리 – 제2조
- 합리적인 간격으로 비밀투표에 의한 자유선거의 실시 – 제3조

38) 이 의정서의 공식 명칭은 '협약에 이미 포함된 것 외의 특정한 권리와 자유를 보장하기 위한 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약의 제1 의정서'(Protocol No.1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention)이다. ETS, no.: 009.

1963년의 제4 의정서는 1968년 5월 2일에 발효되었다.[39] 2002년 4월 29일을 기준으로 35개의 당사국이 있다. 제4 의정서는 다음의 권리들이 보호되도록 추가하였다.

- 단순히 계약적 의무를 이행할 능력이 없다는 이유로 자유를 박탈당하지 않을 권리– 제1조
- 이동과 거주선택의 자유의 권리, 자신의 모국을 포함한 어떤 국가에서도 떠날 권리 – 제2조
- 국적국에서 추방되지 않고 국적국으로의 입국을 거부당하지 않을 권리 – 제3조
- 외국인의 집단적 추방의 금지 – 제4조.

1983년의 제6 의정서는 1985년 3월 1일에 발효되었다.[40] 2002년 4월 29일을 기준으로 40개의 당사국이 있다. 제6의정서는 사형제도의 폐지에 관한 것(제1조)이나, 그럼에도 불구하고 당사국은 "전시나 전쟁의 급박한 위협이 있는 상황에서 저질러진 행위에 대하여 법률로서 사형을 규정할 수 있다"(제2조). 이 협약 제15조에 따라 위 조항들은 수정될 수 없고, 이 의정서에 대한 어떠한 유보(reservations)도 허용되지 않는다(제3~4조).

1984년에 채택된 제7 의정서는 1988년 11월 1일에 발효되었다.[41] 2002년 4월 29일에 이 의정서에 32개 당사국이 있었고, 다음 보호들을 제공함으로써 협약의 범위가 확대되었다.

- 당사국의 영토 내에 합법적으로 거주하는 외국인에 대하여 임의적 추방으로부터의 일정한 보호 – 제1조
- 형사 유죄 판결에 대한 항소의 권리 – 제2조
- 오심에 대한 보상의 권리 – 제3조
- 동일한 국가의 관할권 내에서 동일한 범죄에 대해 다시 재판받지 않을 권리 – 이 협약의 제15조에 따라 훼손될 수 없는 조항 – 제4조

39) 이 의정서의 공식 명칭은 '협약에 이미 포함된 것 외의 특정한 권리와 자유를 보장하기 위한 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약의 제4 의정서'(Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol)이다. ETS, no.: 046.

40) 이 의정서의 공식 명칭은 '사형제도의 폐지에 관한 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약의 제6 의정서' (Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the abolition of the death penalty)이다. ETS, no.: 114.

41) 이 의정서의 공식 명칭은 '인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약의 제7 의정서' (Protocol No.7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)이다. ETS no.: 117.

❖ 혼인할 때, 혼인 중, 이혼 할 때 배우자 사이의 권리 및 의무의 평등– 제5조

위에서 지적된 바와 같이, 유럽협약의 제12 의정서[42]는 이 협약에 의해 보장되는 다른 권리 및 자유와 별개로 차별에 대한 일반적인 금지를 다룬다. 위 의정서 제1조(1)에 의하면, "법률에 규정된 모든 권리의 향유는 성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 국적 또는 사회적 신분, 소수민족 소속, 재산, 출생, 기타 신분에 근거한 어떠한 차별 없이 보장된다." 위 의정서 제1조(2)는 이를 "어느 누구도 제1항에 규정된 사유로 인하여 공공 당국에 의하여 차별당하지 아니 한다"고 구체화한다.

4.1.3 권리의 행사에 대한 허용 가능한 제한[43]

이 협약과 의정서들에 있는 몇몇 조항들은 특별히 정해진 조건에서 권리 행사에 대한 제한 가능성을 마련하고 있다. 협약 제8조(사생활 및 가정생활을 존중받을 권리), 제9조(사상, 양심과 종교의 자유), 제10조(표현의 자유), 제11조(평화로운 집회와 결사의 자유)가 그러하다. 제1 의정서 제1조의 재산을 평화롭게 향유할 권리와 제4 의정서 제2조의 이동과 거주선택의 자유의 권리도 그러하다.

그러나 이 권리들의 행사에 대한 제한은 어떤 경우에도 "법률에 따라," "법률의 정함에 의해" 또는 "법률에 규정된 대로" 가해져야 한다. 또한 제1 의정서 제1조(재산을 평화롭게 향유할 권리)를 제외한 나머지 권리의 행사에 대한 제한은 여러 조문에서 명시된 특별한 목적을 위하여 "민주 사회에서 필요"하여야 한다. 위 특별한 목적은 예컨대, 공공 안전의 이익, 공공질서 · 보건 · 윤리의 보호, 무질서나 범죄의 방지 또는 타인의 권리와 자유의 보호 등(정당한 이유는 보호받는 권리에 따라 달라진다)이다. 재산을 평화롭게 향유할 권리의 제한과 관련하여 민주 사회라는 개념이 언급되지 않긴 하지만, 민주주의와 민주적 헌법 질서라는 개념은 이 협약에 항상 존재하고 유럽평의회에 동참하고자 하는 국가들에게 선결조건이므로, 인권을 존중하는 민주 사회와 명백히 동떨어진 제한 조치들은 제1의정서 제1조의 의미에 포함되는 "공익"이 아니라고 결론지을 수 있다.

유럽인권재판소와 지금은 작동하지 않은 유럽인권위원회의 판례법은 다양한 제한 조항에 규정된 "***필요성***"이라는 용어의 해석에 대하여 풍부하고 많은 해석을 담고

42) 이 의정서의 공식 명칭은 '인권과 기본적 자유의 보호를 위한 유럽협약의 제12 의정서' (Protocol No.12 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)이다. ETS no.:177.

43) 권리의 행사에 대한 허용 가능한 제한에 관한 구체적인 내용은 "다른 중요한 권리: 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 집회, 결사의 자유"에 관한 이 매뉴얼 제12장 참고.

있다. 이와 관련한 사례들은 이 매뉴얼 제12장에서 다뤄질 것이다. 예를 들어, 표현의 자유의 관점에서 '필요성'이라는 개념에 담긴 ***긴급한 사회적 필요(pressing social need)***의 존재 여부를 최초로 평가하는 것은 국가 당국이지만, 어떠한 조치가 이 협약에 부합하는지 여부에 대하여 최종 결정을 내리는 것은 유럽인권재판소이고, "기본 법률뿐 아니라 이를 적용한 결정"(심지어 독립된 법원이 내린 결정을 포함한다)도 그 대상이 된다. 이러한 유럽의 통제 시스템은 문제된 조치의 "목적"과 "필요성"으로 구성된다.[44] 예를 들어, 위 재판소는 표현의 자유에 관하여 통제 기능을 수행함에 있어서 재판소에게 "'민주 사회'를 특징짓는 원칙들에 대하여 극도의 주의를 기울일" 의무가 있음을 반복적으로 밝히고 있다.[45] 위 재판소는 국가 당국이 해당 권리의 행사를 제한할 필요성을 정당화하기 위하여 제시한 이유들이 "적절하고 충분한지" 여부에 대하여 종국적으로 결정해야 한다.[46] 다른 사건들에서 유럽인권재판소는 협약 제8조(2)의 사생활에 대한 권리의 예외가 "좁게 해석되어야" 하고 그 필요성이 "설득력 있게 입증되어야" 한다는 점을 다시 강조하였다.[47] 따라서 문제된 제한이 유용할 수 있다거나 단순히 해가 없어 민주 사회의 기능을 저해하지 않는다는 것만으로는 충분하지 않다. 그와 반대로, 당사국은 당해 조치의 근거가 된 법률과 조치 그 자체가 모두 민주 사회에 필요함을 입증할 수 있는 충분할 근거를 제시해야 할 법적 의무가 있다.

유럽인권협약과 제1, 4, 6, 7 의정서는 유럽에서의 인간의 권리와 자유에 대한 폭 넓은 보호를 제공한다.

협약에 의해 보호되는 특정 권리들의 행사에 대한 제한은 다음 원칙을 따를 때에 허용될 수 있다.

- ***법률유보의 원칙***
- ***민주사회****에서의 정당한 필요*
- ***필요성/비례성****, 하나 또는 그 이상의 특정한 목적을 위해 민주 사회에서 필요한 조치여 야 한다.*

44) *Eur. Court HR, Handyside judgment of 7 December 1976, Series A, No.24*, pp.22~23, paras.48~49 강조가 추가됨.

45) Ibid., p.23, para.49.

46) Ibid., pp.23~24, paras.49~50.

47) *Judgments of Funke, Crémieux and Miailhe of 25 February 1993*, Series A, Nos. 256 A-C, p.24, para.55, p.62, para.38 및 p.89, para.36 참조.

4.1.4 법적 의무로부터 허용 가능한 이탈

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조나 미주인권협약의 제27조와는 조금 다르지만, 유럽인권협약 제15조도 예외적인 경우에 있어서 법적 의무의 적용면제 가능성을 규정하고 있다. 일반적으로 말하면, 그 조건은 다음과 같다.

- ***예외적 위협의 조건***: 당사국은 "전시 또는 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태의 경우"에 이탈을 원용할 수 있다. 유럽인권재판소는 이 조건을 당사국이 "예외적"이고 "급박한" "전 국민에 영향을 미치고 국가를 구성하는 공동체의 조직된 삶에 위협이 되는 위기 또는 비상 상황"에 직면한 경우를 의미하는 것으로 해석하였다.[48] *Greek* 사건에서 유럽인권위원회는 "위기 또는 위험이 예외적이고 공공의 안전, 보건, 질서의 유지를 위해 협약이 허용한 일반적인 조치나 제한들이 *명백히 부적절*하여야 한다."고 구체화하였다.[49] 유럽인권재판소는 나아가 정부(당사국)에 협약 제15조(1)의 의미에 포섭되는 공공의 비상사태에 직면했는지 여부를 결정함에 있어서 "넓은 판단 재량"을 주고 있다.[50] 그러나 통제 과정에서 유럽인권재판소는 "이탈조치의 영향을 받는 권리들의 성격, 비상사태가 발생한 정황, 비상사태의 지속기간 등 관련 요소들을 적절히 고려해야 한다."고 판시하였다.[51]
- ***일정 의무의 이탈 금지의 조건***: 유럽인권협약 제15조(2)에 따르면 다음 조항들은 이탈이 불가하다. 제2조(생명의 권리, "적법한 전쟁행위로 인한 사망은 제외"), 제3조(고문으로부터의 자유), 제4조(1)(노예제도와 노예상태로부터의 자유), 제7조(법에 따르지 않은 처벌의 금지). 끝으로, 제6, 7 의정서의 발효에 따라, 사형제도의 폐지와 일사부재리에 관한 조항에 대한 이탈도 불가하다.
- ***엄격한 필요성의 조건***: 협약 제15조(1)에 따르면, 당사국은 오직 "사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 한도 내에서 협약상의 의무를 이탈하는 조치를 취할" 수 있다. 유럽인권재판소는 당사국 역시 "비상사태를 극복하기 위한 필요성"을 결정함에 있어서 "넓은 판단 재량"을 가지지만,[52] 국내 기관이 내린 결정은 항상 유럽 차

48) *Eur. Court HR, Lawless Case (Merits), judgment of 1 July 1961, Series A*, No. 3, p.56, para.28. "급박한"(imminent)이라는 용어는 프랑스어판 판결에만 존재한다. 두 언어판 모두 동등한 정본이다.

49) *Eur. Comm. HR, Greek case, Report of the Commission, 12 Yearbook*, p.72, para. 152. 강조는 추가됨.

50) *Eur. Court HR, Brannigan and McBride judgment of 26 May 1993, Series A, No.258-B*, p.49, para.43.

51) Ibid., p.49, para.43 at p.50.

52) Ibid., p.49, para.43.

원의 통제를 받는다고 판시하였다.[53]

- ***다른 국제법적 의무에 부합되어야 한다는 조건***: 당사국에 의해 취해진 이탈 조치는 "국제법에 따른 다른 의무들과 저촉"하여서는 안 된다. *Brannigan and McBride* 사건에서 유럽인권재판소는 영국 정부가 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(1)의 "공식 선포"의 요건을 충족했는지 여부를 판단했어야 했는데, 위 규약 제4조의 "공식적으로 선포"라는 어구의 의미에 대해 권위 있는 정의를 구하려 시도하지 않았지만, 이 조건이 지켜지지 않았다는 "신청자의 주장에 타당한 근거가 있는지"에 대해 검토하여야 했다.[54]
- ***차별금지의 조건***: 유럽인권협약 제15조가 차별에 대한 구체적 금지를 규정하고 있지 않고, 이 조건이 오직 제14조에 의해 규정되고 있다는 점은 주목할 만하다.
- ***국제적 통지의 조건***: 당사국이 이탈의 권리를 행사하기 위하여는 "그 조치와 그 조치의 근거에 대해 유럽평의회 사무총장에게 충분히 알려야 하고," "그 조치의 적용이 중지되고 협약 규정이 다시 완전히 실행하는 시기" 역시 알려야 하며, 필요하다면 유럽인권재판소는 위 조건이 충족되었는지 여부에 대하여 *자체적으로(proprio motu)* 심사할 수 있다.[55]

유럽인권협약의 제15조에 따른 의무이탈시, 당사국은 다음의 조건을 준수해야 한다.

- *예외적 위협의 조건*
- *일정 의무의 이탈 금지의 조건*
- *엄격한 필요성의 조건*
- *다른 국제법적 의무에 부합되어야 한다는 조건*
- *국제적 통지의 조건*

4.1.5 이행 메커니즘

유럽인권협약에 따른 통제기구의 재편성이 발효된 1998년 11월 1일을 기해 그 협약과 의정서들에 의해 보장된 모든 권리와 자유가 침해되었다는 사건은 "당사국에 의해 약속된 이행의 준수를 담보"해야 하는 유럽인권재판소에 직접 회부된다(제19조).

53) Ibid., pp.49~50, para.43.

54) Ibid., p.57, para.72.

55) 예컨대, *Eur. Court HR, Case of Ireland v. the United Kingdom, judgment of 18 January 1978, Series A*, No.25, p.84, para.223 참조.

재판소는 상설이고, 당사국 수와 같은 수의 재판관으로 구성되는데, 2002년 4월 30일 현재 43명이다(제20조). 재판소에는 3인의 위원회(committee), 7인의 소재판부(Chamber), 17인의 대재판부(Grand Chamber)를 둔다[제27조(1)].

국가 간 진정을 접수하고 심사할 권한과는 별개로(제33조), 재판소는 "당사국에 의하여 협약이나 그 의정서에 규정된 권리를 침해당한 피해자라고 주장하는 개인, 비정부 기관 또는 단체로부터의 신청을 받을 수 있다"(제34조). "당사국은 이 권리의 효과적인 행사를 어떤 방법으로도 방해하지 않겠다고 약속한다"(제34조 후문). ***국가 간 또는 개인의 진정을 재판소에 제출할 권리는 이를 받아들이는 특별한 행동을 필요로 하지 않는다.***

그러나 재판소는 국내적 구제절차가 완료되고, 그 최종 결정이 내려진 때로부터 6개월 이내에 접수되지 않은 사건은 다룰 수 없다[제35조(1)]. 개인 제소에 있어서 심사적격을 따지는 다른 기준도 있는데, 예컨대, 익명이거나, "재판소가 이미 검토한 것과 본질적으로 같은 사건 또는 다른 국제적 조사나 해결 절차에 회부되었고, 새로운 관련 정보를 담고 있지 않은 사건"은 다룰 수 없다[제35조(2)].

재판소는 사건의 심사적격 여부와 본안에 대하여 결정하고, 필요한 경우 조사를 수행한다. 사건이 심사가능하다고 선언한 후에도 재판소는 "협약과 그 의정서에 정의된 인권 존중을 바탕으로 해당 사건의 우호적인 해결을 확보하는 차원에서 당사자들의 처리"에 맡길 수 있다[제38조(1)(b)]. 심리는 "예외적 경우"가 아니면 공개된다(제40조).

예외적인 경우 소재판부의 판결일부터 3개월 내에 사건 당사자는 사건을 대재판부에 회부할 것을 요청할 수 있다. 요청이 받아들여지면, 대재판부는 최종적인 결정을 내린다(제43~44조). 반면에 사건 당사자들이 대재판부에 회부를 요청할 의사가 없거나, 판결일 후 요청이 없는 채로 3개월이 지났거나, 회부 요청이 기각된 경우에 소재판부의 결정이 최종적인 것이 된다.

당사국은 "그들이 당사자가 되는 모든 사건에 있어서 재판소의 최종 결정에 따를 것을 약속한다." 최종 결정의 집행은 유럽평의회의 각료위원회(Committee of Ministers)에 의해 감독된다(제46조).

유럽인권협약의 이행은 유럽인권재판소에 의해 감시되는데, 재판소는 상설, 전임 기관이며, 아래와 같이 구성된다.

- *3인 재판관의 위원회*
- *7인 재판관의 소재판부*
- *17인 재판관의 대재판부*

재판소는 다음을 접수하고 심사할 권한이 있다.

- *국가 간 사건*
- *당사국 중 하나에 의하여 이 협약이나 의정서에 규정된 권리를 침해당한 피해자라고 주장하는 개인, 비정부 기관 또는 단체의 신청*

4.2 유럽사회헌장(European Social Charter, 1961) 및 그 의정서(1988, 1991 및 1995)

유럽사회헌장[56]은 1961년에 채택되어 1965년 2월 26일에 발효되었다. 2002년 4월 30일을 기준으로 25개국이 비준하였다. 유럽사회헌장은 일련의 사회적, 경제적 권리를 보호하는데 그 목적을 두고 있으며, 그에 따라 자연히 시민적 및 정치적 권리를 보장하는 유럽인권협약에 대응된다. 헌장은 2년마다 하는 보고절차를 두고 있으며, 1995년 추가 의정서의 발효에 따라 집단진정시스템이 창설되었다.

4.2.1 당사국의 약속

각국이 유럽사회헌장에 따르면서 수용해야 할 세 가지의 기본적인 약속은 다음과 같다.[57]

- ***첫째***, 당사국은 "헌장 제1부(Part Ⅰ)를, 그 부의 도입 문단에 서술된 것처럼, 적절한 모든 수단을 통해 추구할 목적의 선언으로 본다"[제20조(1)(a)]. 헌장의 제1부는 당사국에 의해 국내적, 국제적 수단을 통해 "효과적으로 이행되어야 할" 19개의 권리를 포괄적으로 열거한다.
- ***둘째***, 당사국은 "자신에게 제2부의 조항 중 적어도 5개가 적용되는 것으로 보아야" 하는데 그것은, 즉 헌장의 제1, 5, 6, 12, 13, 16, 19조로 각각 근로의 권리, 결사의 권리, 단체교섭의 권리, 사회 보장에 대한 권리, 사회적 및 의료적 지원에 대한 권리, 가정에 대한 사회적, 법적, 경제적 보호의 권리, 이주노동자와 그의 가정에 대한 보호와 지원의 권리이다[제20조(1)(b)].
- ***끝으로***, 당사국은 "자신이 선택한 헌장 제2부의 조항이나 번호 매겨진 문단

56) ETS, no.: 35 세 개의 추가의정서는 ETS, nos.: 128, 142 및 158 참조.

57) 유럽사회헌장에 관한 자세한 내용은 David Harris, *The European Social Charter* (Charlottesville, University Press of Virginia, 1984, Procedural Aspects of International Law Series, vol. 17), xvi, 345 pp. 그리고 L. Samuel, *Fundamental Social Rights: Case law of the European Social Charter* (Strasbourg, Council of Europe, 1997), 450 pp 등 참조. 유럽사회헌장에 관한 정보는 유럽평의회 웹사이트: www.coe.int/ 참조.

(paragraph)들이 자신에게 적용된다고 간주하여야 하고, 적용될 조항은 10개의 조 또는 45개의 항 이하여서는 아니 된다"[제20조(1)(c)].

4.2.2 인정된 권리

위에서 설명한 일정한 조건들에 따라, 당사국은 "다음 조항들에서 제시된 의무들에 구속"받게 되는데, 이는 다음과 같다.

- ❖ 근로의 권리 – 제1조
- ❖ 정당한 근로조건에 대한 권리 – 제2조
- ❖ 안전하고 건전한 근로조건의 권리 – 제3조
- ❖ 정당한 보수의 권리 – 제4조
- ❖ 결사의 권리 – 제5조
- ❖ 단체교섭의 권리 – 제6조
- ❖ 아동과 청소년의 보호 – 제7조
- ❖ 고용된 여성의 보호 – 제8조
- ❖ 직업적 지도의 권리 – 제9조
- ❖ 직업적 훈련의 권리 – 제10조
- ❖ 사회 보장에 관한 권리 – 제12조
- ❖ 사회적 및 의료적 지원의 권리 – 제13조
- ❖ 사회복지제도로부터의 혜택의 권리 – 제14조
- ❖ 신체적 또는 정신적 장애인의 직업훈련과 사회복귀, 사회 재정착의 권리 – 제15조
- ❖ 가정에 대한 사회적, 법적, 경제적 보호 – 제16조
- ❖ 모자(母子)의 사회적, 경제적 보호 – 제17조
- ❖ 다른 당사국의 영토에서 유급의 직업을 얻을 권리 – 제18조
- ❖ 이주노동자와 그 가정의 보호와 지원의 권리 – 제19조.

1988년의 추가의정서는 1992년 9월 4일에 발효되었고 2002년 4월 30일을 기준으로 10개의 당사국이 있다. 유럽사회헌장의 조항들을 손상시키지 않는 위 의정서에 따르면, 당사국은 다음 권리에 관한 하나 또는 그 이상의 조항들의 적용을 받을 의무가 있다.

- ❖ 고용과 직업에 있어서 성에 근거한 차별 없이 동일한 기회와 동일한 취급을 받을

권리 – 제1조
- ❖ 정보와 상담에 대한 권리 – 제2조
- ❖ 근로조건과 근로환경의 결정과 개선에 참여할 권리 – 제3조
- ❖ 사회적 보호를 받을 고령층의 권리 – 제4조.

4.2.3 권리의 행사에 대한 허용 가능한 제한

헌장에는 일반적인 제한 조항(제31조)이 있는데, 이에 따르면 헌장의 제1부와 제2부에 제시된 권리와 원칙들은 "법률에 규정된 것과 민주 사회에서 타인의 권리와 자유를 보호하기 위한 것 또는 공공의 이익이나 국가 안보, 공공 보건, 공공 윤리를 보호하기 위한 것 외"의 어떠한 구속이나 제한에도 따르지 아니 한다고 하고 있다. 국제인권법의 대부분의 제한 조항이 그렇듯이, 이 조항에도 다음의 세 가지 중요한 법적 조건들이 들어있는데, 즉, ***법률유보의 원칙, 민주 사회의 원칙, 비례의 원칙***이다.

4.2.4 법적 의무로부터 허용 가능한 이탈

유럽사회헌장은 덧붙여 이탈 조항을 담고 있는데, 그에 따르면 "전시나 국가의 존립이 위협받는 공공의 비상사태의 경우에 당사국은 이 헌장에 따른 의무를 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 한도 내에서 이탈할 수 있고, 그런 조치가 국제법하의 다른 의무에 저촉되어서는 아니 된다"[제30조(1)]. 헌장의 본질적인 부분을 구성하는 헌장의 부록은 "'전시 기타의 공공의 비상사태'라는 용어가 전쟁의 *위협*도 포함하는 것이어야 한다."고 규정한다.(강조가 추가됨)

유럽인권협약 제15조, 미주인권협약의 제26조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조와 비교했을 때, 유럽사회헌장의 제30조가 차별의 금지 또는 이탈이 허용될 수 없는 권리를 담고 있지 않다는 점이 특징적이다. 비상사태에 있어 허용 가능한 제한의 범위는 시민적 및 정치적 권리의 경우보다 넓어 보인다.

1961년의 유럽사회헌장은 넓은 범위의 사회적, 경제적 권리들을 보호한다. 헌장이 당사국에 일정한 융통성을 보장하지만, 당사국은 7개의 핵심조문의 적어도 5개에, 추가적인 10개의 조 또는 45개의 문단에 따라 의무를 지는 것으로 보아야 한다.

헌장은 법률유보, 민주 사회와 비례성의 원칙에 합치되는 제한이라면, 헌장에 담긴 권리의 제한을 허용한다.

당사국은 전시, 전쟁의 위협 또는 기타 공공의 비상사태에 있어서 자신의 법적 의무를 이탈할 수 있다. 취해진 이탈의 조치는 엄격한 필요성과 국가의 다른 국제적 의무와의 일관성의 원칙을 따라야 한다.

4.2.5 이행 메커니즘

유럽사회헌장에 따라 제출된 보고서를 심사하는 절차는 1991년의 수정 의정서에 의해 개정되었으나, 2002년 4월 30일까지 발효되지 않았다. 그럼에도 1991년 12월의 각료위원회의 결정에 따라, 수정 의정서에 담겨있는 통제 절차는 사실상 작동하고 있다. 사실상 개정된 바와 같이, 감시 절차는 다음과 같이 간략히 설명될 수 있다.

[**추록**: 2007년 말경까지 22개의 유럽평의회 회원국이 유럽사회헌장을 수정하는 1991년 의정서(ETS 142)를 비준하여 발효에 필요한 수에 미치지 못하고 있다. 이 의정서는 위 헌장의 통제 방식을 개선하고, 47개의 모든 회원국이 비준하면 발효될 것이다. 유럽 조약들에 관한 정보는 유럽평의회 웹사이트(http://conventions.coe.int)에서 볼 수 있다.]

❖ ***보고절차***: 우선 당사국은 유럽평의회의 사무총장에게 자신이 공개적으로 수락한 조항들의 적용에 대해 2년 마다 보고서를 제출하기로 약속한다(제21조). 둘째, 각료위원회가 요구하는 경우 당사국은 자신이 수락하지 않은 조항들에 대한 보고서를 제출하여야 한다(제22조) 당사국은 국내의 구체적인 노동자 단체와 노동조합에 대한 보고서의 사본을 보내야 하고 사무총장은 그 보고서의 사본을 유럽평의회에 자문적 지위(consultative status)를 지니거나 사회헌장이 다루는 사안들에 특별한 권능이 있는 국제적 비정부단체에 전달해야 한다. 국가 보고서는 그 다음으로 적어도 9인으로 이루어진 독립적인 전문가 위원회(Committee of Independent Experts)[현재는 유럽 사회권 위원회(European Committee of Social Rights)로 불리는]에서 심사된다. 심사의 완료와 함께 독립적인 전문가 위원회는 자신의 결론을 담은 보고서를 작성하고, 이는 공개된다. 국가 보고서와 마찬가지로 독립적인 전문가 위원회의 결론도 그 후에 각 당사국의 대표들로 구성된 정부 위원회(Governmental Committee)에 제출된다. 정부 위원회는 각료 위원회의 결정을 준비하고, 어떤 이유에서 그 특정 상황이 권고의 대상이 되는지 설명하여야 한다. 각료 위원회로 보내는 정부 위원회의 보고서는 공개되어야 하고, 각료 위원회는 정부 위원회의 보고서를 바탕으로, 당사국에만 주어진 투표권의 2/3의 찬성에 따라,

전체 통제 주기와 당사국의 개별 권고를 포함한 결의를 채택한다(제23~28조, 사실상 개정된 것에 따름). 끝으로, 사무총장은 각료위원회의 결론을 정기 토의에 상정하기 위하여 유럽평의회의 총회(Parliamentary Assembly)에 통보한다(제29조). 헌장은 국제 노동기구(ILO)와 특정한 비정부기구에 자문적 지위로 감시 절차에 관여할 의무를 부여한다(제26, 27조. 사실상 개정된 것에 따름)

❖ ***진정절차***: 집단진정시스템 마련을 위한 추가 의정서(Additional Protocol Providing for a System of Collective Complaints)는 1998년 7월 1일에 발효되어 2002년 4월 30일을 기준으로 9개의 당사국이 있다. 이 추가 의정서는 국제적, 국내적 노동자 단체와 노동조합(일부 NGO를 포함)이 헌장의 불충분한 적용을 이유로 진정할 수 있도록 하는 절차를 도입하고 있다(제1조). 이 진정은 '이를 해당 당사국에 알리고 독립적인 전문가 위원회에 즉시 전달'하여야 하는 유럽평의회의 사무총장에게 제출된다(제5조). 위원회에서의 절차는 주로 서면에 의하지만, 구두에 의할 수도 있다(제7조). 위원회는 각료 위원회에 제출될 보고서를 준비하는데, 그것은 무엇보다도 당사국이 헌장 조항의 만족스러운 적용을 확보했는가 여부를 담고 있어야 한다[제8조(1)]. 당사국이 헌장 조항을 만족스러운 방식으로 적 용했는가에 대해 결의를 채택하는 것은 결국 각료 위원회의 일이고, 채택하지 않는다면 당사국에 대한 권고를 공표해야 한다(제9조).

1961년의 유럽 사회 헌장은 보고 절차를 두고 있고, 보다 제한적으로 국제적, 국내적 노동자 단체나 노동조합, NGO에게 헌장의 불충분한 적용을 이유로 한 집단진정절차도 두고 있다(추가 의정서).

4.3 1996년 개정된 유럽사회헌장[The European Social Charter (revised), 1996]

개정된 유럽사회헌장은 1996년에 채택되어 1999년 7월 1일에 발효되었다. 2002년 4월 30일을 기준으로 12개국이 비준하였다.[58] 개정된 사회헌장은 점진적으로 기존 헌장을 대체할 것이고, 그 내용은 갱신되고 확장되었다. 새로운 사회적, 경제적 성장을 염두에 두고 개정된 헌장은 기존 헌장을 수정하고 새로운 조항을 첨가하였다. 제1부(Part Ⅰ)에는 기존 헌장에 있던 것보다 상당히 많은 권리와 원칙들이 포함되었

58) ETS no.: 163.

다(1961 헌장에서는 19개 권리와 원칙에 불과하였으나 개정된 헌장에서는 31개의 권리와 원칙을 규정). 아직 수정되지 않은 1988년 추가 의정서에서 인정된 권리들과 새로이 포함된 중요한 권리들은 다음과 같다.

[**추록**: 2007년 말경까지 24개 유럽 평의회 회원국이 개정된 유럽사회헌장(ETS 163)을 비준하였다. 이것은 다수의 새로운 사회적, 경제적 권리를 승인하고 추가적인 집행 메커니즘을 규정한다.]

- ❖ 근로관계 종료시 보호받을 권리 – 제24조
- ❖ 사용자의 파산 시 노동자의 권리를 보호받을 권리 – 제25조
- ❖ 직장에서의 존엄권 – 제26조
- ❖ 가족부양의무를 지닌 노동자가 동등한 기회와 동등한 대우를 제공받을 권리 – 제27조
- ❖ 노동자 대표가 그들에게 부여된 임무와 시설을 보호받을 권리 – 제28조
- ❖ 집단 해고 절차에서 정보를 제공받고 상담할 권리 – 제29조
- ❖ 빈곤과 사회적 배제로부터 보호받을 권리 – 제30조
- ❖ 주거에 대한 권리 – 제31조

개정된 헌장의 핵심을 구성하는 조항으로 아동과 청소년의 보호받을 권리와 고용과 직업에 있어서 여성과 남성이 동등한 기회와 동등한 대우를 받을 권리가 제7조와 제20조로 추가되었고, 당사국이 수락해야 할 핵심조문의 숫자는 6개로 늘어났다. 게다가 당사국은 적어도 16개의 조문 또는 63개의 문단에 따른 의무를 져야 한다(Part Ⅳ, 제A조).

개정된 헌장에 따른 법적 의무의 이행은 기존의 유럽사회헌장와 같은 통제 절차에 따른다(Part Ⅳ, 제C조).

1996년에 개정된 유럽사회헌장은 기존 헌장을 갱신하고 확장하며 당사국이 수락해야 할 핵심권리를 6개로 증가시켰다. 게다가 당사국은 적어도 16개의 다른 조문 또는 63개의 문단에 따른 의무를 부담해야 한다.

4.4 고문 및 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지를 위한 유럽협약(European Convention for the Prevention of Torture and

Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1987)

고문 및 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지를 위한 유럽협약(이하, '고문 방지를 위한 유럽협약'이라 한다)[59]은 1987년에 채택되어 1989년 2월 1일에 발효되었다. 2002년 4월 30일을 기준으로 42개의 당사국이 있다. 이 유럽협약은 이 매뉴얼 제2장에서 다룬 유엔 총회에서 1984년에 채택한 고문방지협약(Convention against Torture)과 밀접한 관련이 있지만, 고문 및 비인도적 또는 굴욕적인 대우와 처벌의 방지를 위한 유럽위원회를 설립했다는 점에서 구별되는 특징이 있고, 이 위원회는 아래에서 보는 바와 같이 당사국의 관할권 내에서 구금이 행해지는 모든 장소를 방문할 권한이 있다.

[**추록**: 2002년 3월 1일 이 협약의 의정서 1이 발효함과 아울러 유럽 평의회 각료위원회는 비회원국가들에 이 협약에 가입하도록 요청할 수 있다. 이 의정서에는 요청권에 관한 지리적 한계는 예견되어 있지 않다.(www.cpt.int/en/about.htm 참조)]

[**추록**: 2007년 말경까지 47개의 모든 유럽 평의회 회원국이 고문 방지를 위한 유럽협약(ETS 126)을 비준하였다.]

4.4.1 당사국의 약속과 감시 메커니즘

고문 방지를 위한 유럽협약은 불법적인 행위나 고문의 실행에 관한 정의를 담고 있지 않지만, 전문의 두 번째 문단에 "어느 누구도 고문 및 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 아니한다."는 유럽인권협약 제3조를 언급하고 있다. 유럽인권협약의 감시절차가 개인 또는 국가 간 진정에 대해서만 작동하기 때문에, 유럽의 구금장소에서 고문의 사용을 근절하기 위해서는 "방문에 기초한 예방적 성격의 비사법적 방법"을 고안하는 것이 필요하다고 여겨졌다(협약 전문의 넷째 문단을 참조).

그러므로 고문 및 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지를 위한 유럽위원회의 목적은 "필요한 경우 고문 및 비인도적인 또는 굴욕적인 대우와 처벌로부터 자유를 빼앗긴 사람에 대한 보호를 강화하기 위하여, 방문을 통하여 자유를 박탈당한 사람에 대한 처우를 조사하는 것이다(제1조). 이 협약에 따라 당사국은 "자신의 관할구역 내에서 공권력에 의하여 자유를 박탈당한 사람이 있는 모든 장소에 대하여" "방문을 허용하여야 하고"(제2조), 이를 위하여 "위 유럽위원회와 권한 있는 국가 기관이 상

59) ETS no.: 126.

호 협력하여야 한다"(제3조).

위 위원회는 당사국과 같은 숫자의 위원들로 구성되는데, 이들은 개인 자격으로 독립적이고 공정하게 활동한다(제4조). "위 위원회는 정기적 방문 외에도 상황에 따라 필요해 보이는 경우 다른 방문을 조직할 수 있다"(제7조). 관련 당사국 정부에게 방문의 의도를 밝힌 후에 위 유럽위원회는 당사국의 관할구역 내에 "공권력에 의해 자유를 빼앗긴 사람이 있는 곳"을 "어느 때에 어느 곳이라도 방문할 수 있다"[제2조에 따라 해석되는 제8조(1)].

"예외적인 경우에 관련 당사국의 권한 있는 기관은 위원회가 지정한 시간이나 특정한 장소에 대하여 항의(representations)할 수 있다." 그러나 "그러한 항의는 국방, 공공의 안전, 구금 장소에서의 심각한 무질서 또는 해당인의 건강 상태, 또는 중범죄에 대한 조사가 긴급히 진행 중이라는 이유로만 가능하다"[제9조(1)]. 그런 항의가 있는 경우, 유럽위원회와 당사국은 "즉시 협의하여 상황을 명확하게 파악하고 위원회가 자신의 역할을 신속하게 행사할 수 있도록 협의해야 한다"[제9조(2)].

모든 방문 후 "위원회는 관련 당사국이 제출한 보고를 고려하여 방문 동안 발견된 사실에 대한 보고서를 작성하여야 한다." 그 보고서는 위원회가 필요하다고 인정하는 경우 권고와 함께 당사국에 전달된다(제10조). 당사국이 "위원회의 권고에 따라 상황을 개선하는 것을 거부하거나 협력하는데 실패한다면, 당사국에게 자신의 입장을 알릴 기회를 부여한 후 위원회는 위원의 2/3의 다수의 결정을 통해 그 사건에 대해 공개적인 입장을 밝힐 수 있다"[제10조(2)].

한편, 위원회가 현지방문(on-the-spot visit)을 통해 얻은 정보와 보고서는 기밀로 유지되어야 하지만, 관련국의 요청이 있는 경우 보고서는 "관련국의 설명과 함께" 공표되어야 한다[제11조(1),(2)].

고문 및 비인도적인 또는 굴욕적인 대우와 처벌의 방지를 위한 유럽협약은 유럽에서 고문의 사용을 방지하고 근절하기 위한 목적으로 방문 제도를 창설하여 유럽인권협약을 보완한다.

이를 위하여, 고문 및 비인도적인 또는 굴욕적인 대우와 처벌의 방지를 위한 유럽위원회는 관련 당사국에 정기적으로 방문하고 상황에 따라 필요한 경우 그 밖의 방문을 시행할 권한이 있다.

4.5 소수민족의 보호를 위한 기본 협약(Framework Convention for the Protection of National Minorities, 1995)

소수민족의 보호를 위한 기본 협약[60]은 1995년의 유럽평의회의 각료 위원회에서 채택되었고 1998년 2월 1일에 발효되었다. 2002년 4월 30일을 기준으로 34개의 당사국이 있다. 이 기본 협약의 특징적인 점 중 하나는, 유럽평의회의 회원이 아닌 국가에 대해서도 각료 위원회의 초청에 따라 서명이 개방되어 있다는 점이다(제29조). 이 기본 협약은 소수민족 일반을 보호하는 데 초점이 맞추어진 최초의 법적 구속력 있는 다자 간 조약이다. 그리고 이 기본 협약은 소수민족들의 보호가 "인권의 국제적 보호의 근본적인 부분을 구성하며, 국제 협력의 범위에 속한다"는 점을 명확히 한다(제1조).[61]

그러나 이 기본 협약은 "기본"이라는 말이 "이 협약에 담겨 있는 원칙들이 당사국의 국내법질서에 직접적으로 적용될 수 없고, 다만 국내적 입법과 적절한 정부 정책에 따라서 이행될 것"이라는 것을 의미하듯이 "대부분 프로그램적 규정"으로 구성되어 있다.[62] 이 협약은 또한 선택에 따른 불이익 없이 "소수민족에 속하는 모든 사람은 소수민족으로 취급될 것인지 여부에 대해 자유롭게 선택할 권리를 갖는다."고 선언한다[제3조(1)].

4.5.1 당사국의 약속

소수민족에 대한 당사국의 약속은 이 기본협약 제2절(Section II)에 정의되어 있고 다음과 같은 중요한 쟁점들을 담고 있다.

- ❖ 법 앞에 평등할 권리, 법에 따른 평등한 보호와 다양한 영역에서의 완전하고 효과적인 평등의 증진 – 제4조
- ❖ 문화의 유지 · 발전과 소수민족 정체성의 본질적 요소의 보존을 위해 필요한 조건의 향상 – 제5조
- ❖ 관용과 문화 간 교류, 차별 위협이나 차별 행위의 대상이 된 사람에 대한 보호의 장려 – 제6조
- ❖ 평화로운 집회, 결사, 표현, 사상, 양심, 종교의 자유. 신앙을 공개하고 종교적 기구를 만들 권리 – 제7, 8조
- ❖ 미디어에 접근할 권리를 포함한 표현의 자유 – 제9조

60) ETS no.: 157.

61) 위 기본 협약에 대한 소개는 http://www.humanrights.coe.int/Minorities/Eng/FrameworkConvention/FCN Mintro.htm, p.1 참조.

62) Ibid., loc. cit.

- 사적으로 또는 공적으로 자신의 소수민족의 언어를 사용하고, 가능하다면 모든 정부 기관에 대해 사용할 언어적 자유. "당사자가 알아듣는 언어로, 당사자가 체포되는 이유와 체포사실, 당사자가 기소되는 이유를 즉시 통보받을 권리, 당사자가 자신의 언어로 자신을 방어할 수 있도록 필요한 경우 무료로 통역을 지원 받을 권리" – 제10조
- 소수민족의 언어로 이름 지을 권리와 고유의 상징을 공개적으로 드러낼 권리 – 제11조
- 교육: 소수와 다수의 문화, 역사, 언어, 종교에 대한 지식의 장려. 교육 시설을 설립하고 운영할 권리 – 제12~13조
- 자신의 소수민족의 언어를 배울 권리 – 제14조
- 소수민족에 속하는 사람이 문화적, 사회적, 경제적 생활과 공적 업무에 효과적으로 참여 – 제15조
- 국가에 대한 강제적 동화(同化)의 금지는 "소수민족에 속하는 자들이 거주하는 지역의 인구 비율을 변경하는 조치와 협약에 선언된 원칙들로부터 도출되는 권리와 자유를 제한하는 조치를 금한다" – 제16조
- "다른 국가에 합법적으로 거주하는 사람들과 국경을 넘어 자유롭고 평화로운 접촉을 유지"할 권리와 지역적, 세계적으로 비정부기구의 활동에 참여할 권리" – 제17조

4.5.2 권리의 행사에 있어서 허용 가능한 제한

"필요한 경우"에 당사국은 오직 "국제 조약에서 규정한 제한 · 제약 또는 이탈"을 원용할 수 있는데, 특히 유럽인권협약의 경우에는 "그에 관련된 원칙들에서 도출되는 권리와 자유에 관련된 경우"에만 가능하다(제19조). 달리 말하면, 기본협약의 조건들은 권리 행사에 제한을 가하는 추가적인 법적 근거로 해석되거나 기존에 유럽인권협약 제15조나 시민적 및 정치적 권리에 대한 국제규약 제4조 등에서 이미 인정된 것보다 더 심한 제한을 허용하는 것으로 해석될 수 없다.

4.5.3 이행 메커니즘

유럽평의회의 각료 위원회는 당사국이 기본협약을 이행하는지 감시하는 역할을 한다(제24조). 이러한 역할을 수행함에 있어서 각료 위원회는 "소수 민족의 보호에 있어서 전문가로 알려진 위원들로 구성된 권고 위원회(advisory committee)의 조력을

받아야 한다"(제26조). 감시는 당사국이 제출하도록 요구된 보고 절차에 기초하고, 그 보고서는 협약이 발효된 후 1년 내에 "협약에서 정한 원칙들을 이행하기 위해 취해진 입법적 조치와 그 밖에 조치들에 대한 모든 정보"와, 이후 각료 위원회의 요구에 따른 "이행에 관한 추가 정보"를 담는다(제25조).[63]

소수민족의 보호를 위한 기본협약은 소수민족 보호를 목적으로 하는 법적 구속력 있는 최초의 국제 조약이다.

이 협약은 법 앞에 평등할 권리, 표현의 자유, 종교의 자유, 집회 및 결사의 자유, 언어적 자유, 교육, 민족 정체성과 문화의 증진, 관용과 문화 간 교류의 장려 등의 영역에 있어서 소수민족에 대한 의무를 담고 있다.

5. 맺음말

이 장에서는 아프리카, 미주와 유럽에 존재하는 주요 조약들에 의해 보호되는 권리에 관한 기본적인 정보를 다루었고, 지역적 감시 메커니즘도 개괄적으로 소개하였다. 이러한 조약들은 많은 국가의 법률에 중요한 변화를 가져오는 데 기여하였고, 많은 수의 국가들이 이를 비준, 가입 또는 준수한다는 점에서 자신들의 직업적 의무에 따라 이를 적용하는 법관, 검사, 변호사의 직무에도 특히 중요해지고 있다. 일반 조약들의 많은 조항들에 대하여, 특히 사법의 운용과 자유를 박탈당한 사람의 처우에 있어서 광범위한 해석이 있어 왔다. 그 판례법(case-law)은 법관과 변호사에게 중요한 정보와 지침의 원천이 된다.

63) 감시절차에 관한 자세한 내용은 "Rules on the monitoring arrangements under articles 24 to 26 of the Framework Convention for the Protection of National Minorities", Resolution (97)10, adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1997 참조 원문은 유럽평의회 웹사이트: http://www.coe.int/ 참조.

Human Rights in the Administration of Justice
A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

제 4 장

법관, 검사, 변호사의 독립과 공정성

제4장

법관, 검사, 변호사의 독립과 공정성

학습 목표

- *인간의 기본적 권리와 자유를 효과적으로 보호하고, 법의 지배를 보장하기 위하여 독립되고 공평한 사법부와 검찰 및 독립된 법률 전문가의 중요성을 이해하고 그 지식을 강화한다.*
- *사법부, 검찰 및 변호사의 역할과 관련된 국제적 · 지역적인 현행 법 규정 및 원칙(관련 법학을 포함한다)에 익숙해진다.*

질문

- *법관, 검사 또는 변호사로서 당신은 어떻게 권력분립의 원칙을 인지하고 있는가?*
- *이 원칙이 당신의 나라에서는 어떻게 보장되고 있는가?*
- *당신이 업무를 수행하고 있는 나라에서는 사법부의 독립성 및 공평성과 변호사들의 독립이 어떻게 보장되고 있는가?*
- *당신은 독립되고 공평한 태도로 당신의 직업적 의무를 수행함에 있어 어려움을 겪은 일이 있는가?*
- *만일 그렇다면, 그 어려움은 무엇이었고, 어떻게 그 어려움에 대처하였는가?*
- *더 구체적으로, 법관이나 검사, 변호사인 당신을 부패하게 하려는 시도에 직면한 일이 있는가?*
- *만일 그렇다면, 당신은 어떻게 그 제안에 대처하였는가?*
- *여성법조인으로서 업무를 수행하는 과정에서 당신의 성별에 기인하는 것일 수 있는 구체적인 문제나 어려움 또는 고민거리를 경험한 일이 있는가?*
- *만일 그렇다면, 당신은 어떻게 그 문제나 어려움 또는 고민거리에 대처하였는가?*
- *만일 당신이 앞서 본 상황들을 다루어 본 일이 있다면, 행정부 · 입법부 또는 다른 그룹이나 사람들(국가의 묵인이 있었는지 여부와 관계없이)에 대하여 당신의 입장을 강화하는 데 도움이 될 수 있고, 사법부를 비롯한 법조직역의 역할을 강화하기 위한 국제법상 기준의 존재를 알고 있었는가?*

질문

- *마지막으로, 당신의 나라에는 법관을 위하여 억압적인 법률의 효과를 해석의 방법으로 완화할 수 있는 여지가 있는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(The International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)

*****

- 1985년 사법부의 독립에 관한 기본원칙(Basic Principles on the Independence of the Judiciary, 1985)
- 1990년 검사의 역할에 관한 지침(Guidelines on the Role of Prosecutors, 1990)
- 1990년 변호사의 역할에 관한 기본원칙(Basic Principles on the Role of Lawyers, 1990)

지역 문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)
- 1950년 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950)

*****

- 법관의 독립과 효과적인 역할 수행에 대한 유럽평의회 회원국의 각료 위원회의 권고 R(94) 12[1)]

1) 법적 구속력이 있거나 없는 이 법적 자료들 외에도, 법관, 검사, 변호사 협회와 같은 전문 협회에서 채택한 도덕적 기준들이 있다. 그러한 기준도 법률가에게 유용한 지침이 될 수 있다. 국제변호사협회(IBA)에서 채택한 '사법부의 독립에 대한 최소한의 기준, 1982', '법률가의 독립을 위한 IBA 기준, 1990'을 비롯하여 '변호사의 도덕에 대한 기본 원칙', '법적 실무에 있어서의 차별금지에 대한 IBA 결의안' 뿐만 아니라 IBA에서 2000. 4. 14. 발행한 '*사법 부패의 인지, 예방과 해결*'이 있다. 이 문건들은 IBA 웹 사이트인 http://www.ibanet.org에서도 찾아볼 수 있다.

1. 들어가며

이 장은 법의 지배와 효과적인 인권보호를 위한 민주사회의 두 축인 ***사법부와 검찰의 독립 및 공평성과 변호사의 독립***에 대하여 다룰 것이다. 첫 번째는 법관, 검사와 변호사의 역할에 관하여 서술하고, 두 번째로, 독립적이고, 공평한 태도로 직업적인 책임을 다하고자 하는 법관과 검사, 변호사의 역량에 대한 여러 가지 법적 제약과 사실상의 위협에 초점을 맞출 것이다. 마지막으로, 이 장은 법조직역의 역할에 대한 국제적인 법적 기준 및 정선된 관련 판례법을 분석할 것이다.

2. 인권 기준을 비롯한 법의 지배를 받드는 법관, 검사와 변호사의 역할

현대 헌법국가에서 사법부의 독립 원칙은, 국가의 영역을 세 가지로 나누어 행정부, 입법부와 사법부를 형성하고, 상호 간 견제와 균형의 체계를 구성하여 자유로운 사회를 손상하는 권력남용을 막고자 하는 ***권력분립*** 이론에 기원을 두고 있다. 이 독립의 의미는 기관으로서의 사법부뿐만 아니라 개별 사안을 결정하는 개개의 법관들도 행정부나 입법부 또는 다른 불온한 세력의 영향에서 벗어나 그들의 직업적 책임을 수행할 수 있어야 한다는 뜻이다.

오직 독립된 사법부만이 법의 지배에 근거하여 ***공평한*** 정의를 이룰 수 있고, 그 때문에 인권과 개인의 기본적인 자유를 보호할 수도 있다. 이 본질적인 과업을 효과적으로 수행하기 위하여, 대중은 독립되고 공평한 태도로 그 기능을 다하고자 하는 사법부의 능력에 대하여 완전한 신뢰를 가져야만 한다. 이러한 신뢰가 손상되기 시작하면, 기관으로서의 사법부와 개개의 법관들이 이 중요한 과업을 완전히 수행하지 못하게 되거나, 적어도 그렇게 ***보이기***가 쉽지 않을 것이다.

따라서 법관의 독립 원칙은 법관 개인의 이익을 위하여 고안된 것이 아니라 권력남용으로부터 인간을 보호하기 위하여 창안된 것이다. 이는 ***법관들의 직무는 법률의 적용에 있고***, 그들의 개인적인 기호에 따라 임의로 사안을 결정할 수 없다는 것으로 귀결된다. 이는 또한, 개인의 보호 측면에서 법관들에게는 언제나 관련된 경우마다 지역적 및 국제적 인권법을 적용하여야 할 책임이 있다는 것을 의미한다.

법의 지배에 대한 존중에 기반을 둔 법체계는 인간을 상대로 저지른(설령 이 범죄들이 공적인 지위에 근거하여 행동하는 사람들에 의하여 저질러진 것이라 하더라도) 범죄를 기꺼이 단호하게 수사하고, 기소하는 강하고 독립적이며, 공평한 검사도

필요로 한다.

법관과 검사가 사회 정의를 유지하기 위한 각자의 핵심적인 역할을 충분히 수행하지 않는다면 죄를 짓고도 벌을 면할 수 있다는 문화가 뿌리내릴 수 있는 심각한 위험이 발생할 것이고, 그 때문에 대중과 정부 사이의 간격은 더 넓어질 것이다. 만일 사람들이 자신의 힘으로 정의를 보장해야 하는 문제에 직면하게 된다면, 그들은 법에 따르지 않고 제멋대로 제재를 가할 것이고, 그 결과는 정의의 실현이 퇴보하고 새로운 폭력이 출현하는 결과가 될 것이다.[2)]

마지막으로, 이 법체계는 보복에 대한 두려움 없이 자유롭게 업무를 수행할 수 있는 독립된 변호사 없이는 완성되지 않는다. 실제로 독립된 변호사는 독립되고 공평한 법관, 검사와 함께 인권과 기본적 자유를 지키는 데 있어서 ***항상*** 핵심적인 역할을 하여 왔는데, 이는 법의 지배를 보급하고, 개인의 권리를 효과적으로 보호하는 데 있어서 필수적이다.

이러한 관점에서 유엔 인권위원회(the United Nations Commission on Human Rights)[역주: 2006년 이전까지는 유엔 경제사회이사회(약칭 ECOSOC) 소속의 위 인권위원회가 인권에 관한 주요 업무를 담당하였으나, 2006년 유엔 총회 결의에서 총회 산하기관으로 인권이사회(Human Rights Council)가 설치되었고, 그에 따라 경제사회이사회가 담당하던 인권관련의무는 인권이사회로 모두 이관되었다]의 특별보고관(special rapporteur) 전원이 다소 정도의 차이는 있으나, 세계인권선언 제10조에서 보장하는 적법절차에 대한 존중과 인권침해의 중대성 사이에 밀접한 관련이 있음을 강조하고 있음을 지적하고자 한다.[3)] 달리 말하면, 인권과 기본적인 자유는 "사법부와 법조인들이 간섭과 억압으로부터 보호받는 한도 내에서 보호된다."고 할 것이다.[4)]

3. 법률가들의 독립과 공평성에 대한 도전

법관과 검사, 변호사들이 진정한 독립성에 대하여 그들의 직업적 책임감을 연마하여야 할 필요가 있음에도, 경험에 의하면, 그들은 종종 그들을 타협하게 하려는 여

2) 예를 들면, UN doc. E/CN.4/2000/3, *Report of the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, para. 87. 참조

3) UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/25, *Report on the independence of the judiciary and the protection of practising lawyers*, para. 1. [역주: 세계인권선언 제10조 : "모든 사람은 자신의 권리와 의무, 그리고 자신에 대한 형사상 혐의를 결정함에 있어서, 독립적이고 공평한 법정에서 완전히 평등하게 공정한 심리를 받을 권리를 가진다."]

4) Ibid., loc. cit.

러 종류의 압력에 굴종하기도 한다.

예를 들면, 법관이 임명되는 방법이 나라마다 다름에도, 그들이 전적으로 입법부나 행정부에 의하여 임명되거나, 심지어 선거로 선출되는 경우조차 법관의 독립에 위험이 있을 수 있다. 안정된 재직기간이 보장되지 않는 것(특히 법관들이 대체로 일시적인 계약에 의하여 고용되는 나라의 경우)은 법관의 독립에 대한 더한 위협이다. 그러한 신분보장의 불안정성은 법관을 외부의 부적절한 압력에 더 취약하게 만든다. 충분치 않은 보수도 그들을 부패에 더 노출되게 만들 수 있다는 점에서 법관의 독립에 대한 위협을 조성할 수 있다.

더 나아가 법관과 검사, 변호사의 독립은 행정부가 그들의 협회를 자유롭게 조직하지 못하게 하는 경우 흔히 위협받게 된다. 예를 들면, 행정부가 변호사에게 자격증을 발행하고, 국가가 운영하는 전문직 단체의 회원으로서 직무를 수행하도록 의무를 부과하는 경우 그들은 그들의 업무를 독립적으로 수행할 수 없다.

그러나 법관과 검사, 변호사는 자주 다른 형태의 박해도 받게 된다. 법조인들을 위협하고자 하는 행정부나 입법부에 의한 공적인 비판뿐만 아니라 자의적인 감금이나 살해, 실종 등 그들의 생명에 직접적인 위협을 가하는 형태로 나타나는 경우도 종종 있다.[5] 어떤 나라에서는 여성 변호사라는 이유로 직무수행 과정에서 더 큰 위험에 처하기도 한다. 여성의 권리에 대한 민감한 사안을 변호하게 되는 경우 이 변호사들은 협박과 폭력에 직면하게 되고, 종종 죽음에 이르기도 한다.

위에 언급한 위협과 공격은 국가 권력에 의하여 저질러질 뿐 아니라 독립적인 개인 또는 범죄 조직이나 마약 카르텔 등과 같은 단체의 방조 하에 저질러지는 경우도 자주 있다.

법관과 검사, 변호사가 그들의 직업적 의무를 자유롭고, 독립적이며, 공평하게 수행할 수 없다면, 더욱이 행정부와 입법부가 항상 이 독립성을 보장할 준비가 되어 있지 않다면, 법의 지배는 느리지만 지속적으로 후퇴할 것이고, 개인의 권리에 대한 효과적인 보호도 마찬가지로 될 것임이 명확하다. 살펴본 바와 같이 자유롭고 민주적인 헌법 질서의 온전한 체계는 바로 독립적이고 공평한 사법부, 독립적이고 공평한 검사와 독립적인 변호사들에 의하여 지켜진다는 것이다.

---

5) 예를 들면, UN doc.E/CN.4/2000/61, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, 74pp. 와 *Attacks on Justice–The Harassment and persecution of Judges and Lawyers*(Centre for the Independence of Judges and Lawyers(CIJL), Geneva), 10th edn., January 1999–February 2000, 499pp 참조

4. 국제법과 사법부의 독립 및 공평

4.1 적용 국제법

인권에 관한 모든 국제적, 지역적 일반조약들은 독립적이고 공평한 법원에서 민, 형사상 공정한 심리를 받을 권리를 보장한다. 그리고 이 절의 목적은 권한 있는 국제감시기구들의 판례(case-law)에 나타난 "독립"과 "공평"의 의미를 분석하기 위함이다. 해당 조약을 해석한다 해서 사법부의 독립에 관한 모든 문제를 해결할 수는 없지만 적어도 중요한 지침을 제공받을 수 있다.

가장 중요한 조약 중 하나인 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)는 "모든 사람은 법원과 재판소 앞에서 평등하다."라고 규정하고 있고, 나아가 "형사상 혐의에 관한 결정 또는 민사상 권리와 의무에 관한 결정에 있어서 "***모든 사람은 법률에 의하여 설립된 권한 있고, 독립적이며 공평한 법원에 의한 공정하고 공개된 심리를 받을 권리를 가진다.***"라고 규정하고 있다(강조는 추가됨). 자유권규약위원회는 "***독립적이고 공평한 법원에서 심리 받을 권리는 어떠한 예외도 인정되지 아니하는 절대적 권리***"[6]라는 입장을 명백히 밝히고 있다. 이는 특별재판소이든 일반재판소이든 막론하고 모든 법원과 모든 상황에서 적용되는 권리이기도 하다.

두 번째로, 인간과 인민의 인권에 대한 아프리카 헌장(이하, '아프리카헌장'이라 한다) 제7조(1)에서는 "모든 개인은 재판받을 권리가 있다."고 규정하고 있다. 이 권리는 특히 "***권한 있는 법원이나 재판소에 의하여*** 유죄로 증명될 때까지 무죄로 추정받을 권리"나 "합리적 기간 내에서 ***공평한 법원이나 재판소에 의하여*** 재판받을 권리"를 포함한다. 나아가 제26조에 의하면, "당사국들은 법원의 독립을 보장할 의무가 있다." 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 위원회(the African Commission on Human and Peoples' Rights. 이하, '아프리카 인권위원회'라 한다)는 위 헌장 제7조가 "시민에게 ***최소한***의 보호를 제공하기 때문에"[7] "***제한을 허용하지 않는 것***"이라는 견해를 가지고 있다.

---

6) Communication No. 263/1987, *M. Gonzales del Rio v. Peru* (Views adopted on 28 October 1992), in UN doc. *GAOR*, A/48/40(vol. Ⅱ), p.20, para.5.2. 강조는 추가됨.

7) *ACHPR, Civil Liberties Organisation, Legal Defence Centre, Legal Defence and Assistance Project v. Nigeria Communication No.218/98, decision adopted during the 29th Ordinary session, 23 April-7 May 2001*, http://www1.umn.edu/humanarts.africa.comcases.218-98.html에 게재된 결정문의 p. 3. 강조는 추가됨.

세 번째로 미주인권협약 제8조(1)는 "모든 사람은 자신에 대한 형사기소를 확정함에 있어서나 민사, 노동, 재정 기타 어떠한 성격의 권리와 의무에 관한 결정을 받음에 있어 법률에 의하여 사전에 설립된 ***권한 있고 독립적이며 공평한 재판소에 의하여*** 적절한 보장을 받으며 합리적 기간 내 심리를 받을 권리를 가진다."고 규정하고 있다.

마지막으로 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. 이하, '유럽인권협약'이라 한다) 제6조(1)는 "민사상 권리와 의무 또는 형사상 혐의에 관한 결정함에 있어 모든 사람은 ***법률에 의하여 설립된 독립적이고 공평한 재판소에 의하여*** 합리적인 시간 내에 공정하고 공개된 심리를 받을 권리를 가진다."고 규정하고 있다.

위 인권 조약 중 어떠한 조약에 관하여도 비준하거나 동의하지 않은 국가들도 있지만, 그러한 국가들 또한 사법부의 독립 및 공평을 그 내용으로 담고 있는 국제관습법이나 법의 일반원칙에 구속된다. 그러므로 위 국가들은 세계인권선언 제10조에서 "모든 사람은 자신의 권리와 의무, 그리고 형사상 혐의를 결정함에 있어서 독립적이고 공평한 법원에 의하여 완전하게 평등하게, 공정하고 공개된 심리를 받을 권리를 가진다."라고 규정한 기본 원칙에 구속된다.

4.2 1985년 사법부의 독립에 관한 기본원칙

1985년에, 제7회 범죄 방지 및 범죄자 관리에 관한 유엔 회의에서 사법부의 독립에 관한 기본원칙을 채택하였다. 사법부의 독립에 관한 기본원칙은 추후에 유엔 총회에서 만장일치로 승인되었다.[8] 그러므로 이 원칙들은 사법부의 독립에 관한 문제에 대하여 유엔의 구성 국가들에 의하여 국제적으로 승인된 견해라 볼 수 있고, 또한, 사법부의 독립을 평가하는 국제감시기구들과 NGO들의 활동에 있어서 중요한 기준이 된다.

이 원칙들은 다음의 주제들을 다룬다. (ⅰ) 사법부의 독립 (ⅱ) 표현과 결사의 자유 (iii) 자격, 선발 및 직업교육 (iv) 근무조건과 재직기간 (ⅴ) 직업상 비밀 유지 및 면제 (vi) 징계 정직 해임.

모두를 망라하지는 않더라도 이 장에서는 사법부의 독립 및 공평에 관한 몇 가지 중요한 주제들을 다루게 될 것이다.

8) General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40,146 of 13 December 1985 참조.

4.3 독립과 공평의 개념 – 관련성 및 기본적 차이점

"독립"(independence)과 "공평"(impartiality)의 개념은 긴밀히 연관되어 있다. 그리고 국제감시기구들은 몇몇 사례에서 위 개념들을 함께 다루었다. 그러나 위 각 개념은 뒤에서 더 자세하게 설명되는 바와 같이 각자의 고유한 의미와 요건을 가진다. "독립"의 개념은 사법부 독립의 헌법적 가치에 관한 표현으로서 캐나다 대법원의 *Valiente v. The Queen* 사건에서 최초로 사용되었다. 이 판례는 캐나다 헌법뿐 아니라 국제인권법 하에서도 적용될 수 있는 사법부의 독립에 관한 보편적인 이해를 잘 보여 주고 있는데, 이 개념은 "법관 개개인의 마음가짐뿐 아니라 객관적 조건 또는 보장에 기초하는 사법부와 다른 기관들 – 특히 행정부 – 과의 관계나 상태 또한 포함한다."[9] 사법부의 독립에 있어서의 이러한 상태나 관계는 '개인으로서의 관계와 기관으로서의 관계를 모두 포함한다. 법관의 개인적 독립은 처우의 보장과 같은 문제에서 주로 반영되고, 사법부의 기관으로서의 독립은 행정부 또는 입법부와의 기관적 또는 행정적 관계에서 주로 반영된다.'[10]

이와 대조적으로 캐나다 대법원은 사법부의 "공평"에 대하여는 "개별사건에서의 주제와 양 당사자들에 관련된 재판부의 자세 또는 마음가짐"(attitude or a state of mind)이라고 표현하였다.[11] 이러한 견해는 국제적 차원에서도 승인되었는데, 예를 들어, 자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)의 "공평"이란 개념을 "판사가 재판에 임하기 전에 선입견을 가지면 안 되고, 또한 한쪽 당사자의 이익에 치우치는 행동을 하면 아니 된다는 의미이다."라고 결정한 바 있다.[12] 유럽인권재판소는 공평이란 개념이 ***주관적, 객관적*** 각 요소를 모두 포함한다고 인식하고 있다. 위 재판소는 "재판부의 어떠한 구성원도 어떠한 개인적 선입견 또는 편견을 가지면 아니 된다."는 관점에서 공평해야 할 뿐 아니라 또한 반드시 "재판부의 공평성에 대한 어떠한 의심 요소도 모두 제거되리라는 점을 보장한다.[13]"는 관점에서 객관적으로도 공평해야 한다. 유럽인권재판소는 주관적인 편견을 가지기 쉬운 사안일수록 재판부의 공평을 객관적으로 ***보장***하는 것이 중요하다는 점을 덧붙였다.

---

9) (1985) 2.S.C.R *Valiente v. The Queen 673*, 위 사건의 판결문은 다음 웹사이트에서 볼 수 있다. http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1985/vol2/1985scr2_0673.html, at p. 2.

10) Ibid., loc. cit.

11) Ibid.

12) Communication No.387/1989, *Arvo O. Karttunen v. Finland*(Views adopted on 23 Otober 1992), in UN doc. *GAOR*, A/48/40(vol. Ⅱ), p. 120, para. 7.2.

13) *Eur. Court HR, Case of Daktaras v. Lithuania, judgment of 10 October 2000*, para. 30. http://echr.coe.int.에 게재된 판결문 참조.

4.4 기관으로서의 독립의 개념

기관으로서의 독립이라는 개념은 사법부가 국가의 다른 기관, 주로 행정부와 입법부로부터 독립적이어야 한다는 것을 의미한다. 사법부의 독립에 관한 기본원칙의 원칙 1에 따르면,

> "사법부의 독립은 국가로부터 보장되어야 하고, 국가의 헌법이나 법률에 명문으로 규정되어야 한다. 사법부의 독립을 지키고 존중하는 것은 모든 정부 기관 또는 다른 기관의 의무이다."

나아가 원칙 7에 따르면,

> "당사국은 사법부가 그 기능을 적절히 수행할 수 있도록 충분한 자원을 제공할 의무가 있다."

행정부, 입법부로부터 사법부의 진정한 독립을 보장하기 위하여는 가급적이면 헌법을 통하여, 만일 안 되면 다른 법 규정을 통하여 사법부의 독립을 명문으로 보장하는 것이 필요하다.

4.4.1 행정상 문제에 있어서의 독립

국제법이 이러한 사법부의 기관으로서의 독립이 현실적으로 어떻게 실현되어야 하는가에 대한 구체적 지침을 제공하고 있지는 않지만, 최소한 사법부가 고유의 행정권한 및 사법부의 영역이라고 여겨지는 문제들을 다룰 권한을 가져야 한다는 점은 명백하다. 이것은 사법부의 독립에 관한 기본원칙 중 원칙 14에서 언급되었듯이 "사법행정 내부의 문제"인, "법원 내에서 판사에게 사건을 적정히 배당하는 권한"을 포함한다.

4.4.2 재정적 독립

사법부 독립에 관한 기본원칙의 원칙 7에 의하면 사법부는 자신의 직무를 적절히 수행할 수 있도록 충분한 재원(fund)을 승인받아야 한다. 충분한 재원 없이는 사법부는 자신의 직무를 효과적으로 수행할 수 없을 뿐 아니라 부당한 외부 압력과 부패에

취약해질 것이다. 나아가 법원 예산을 준비하는 과정에는 사법부가 관여하는 것이 사리에 맞다.

그러나 행정적, 재정적 문제에 있어서는, 사법부의 독립만이 *전면적*으로 고려될 수는 없을 것이다. 상호 독립의 원칙에도 불구하고 국가의 세 기관은 몇몇 측면에서, 예컨대 자원의 분배(책정)에 있어서와 같이 본질적으로 서로 의존적일 수밖에 없고, 이러한 내재적 갈등은 권력분립의 원칙상 불가피한 것일 수 있다. 그렇다 하더라도, 예를 들어 의회가 사법부의 예산을 관리할 때 그 권한을 사법부의 효과적인 기능을 약화시키기 위해 사용하지 않도록 하는 것이 사법부의 재정적 독립의 핵심이다.[14]

4.4.3 판결의 독립

다음으로, 위 기본원칙의 원칙 1에 따르면, "다른 국가 기관"을 포함하여, 정부의 조직들은 "사법부의 독립을 지키고 존중할 의무"를 진다. ***이는 (더 중요하게) 행정부, 입법부, 그리고 다른 기관들, 예를 들어 경찰, 교도소, 사회적 · 교육적 기관들은, 만약 그들이 판결과 결정들에 동의하지 않는다 하더라도 사법부의 판결과 결정들을 반드시 존중하고 준수하여야 한다는 의미이다. 이러한 사법부의 권한에 대한 존중은 법치주의(인권 규범에 대한 존중을 포함하여)의 유지를 위하여 필수적이다. 그리고 모든 정부 기관 및 모든 국가 기관은 사법부의 독립된 결정권한에 대한 어떠한 침해라도 예방할 의무를 진다.***

판결의 독립에 대한 조건은 다음과 같은 사법부의 독립에 관한 기본원칙의 원칙 4에 의하여 뒷받침된다.

> "재판절차에 대한 어떠한 부적절하거나, 부당한 간섭이 있어서는 아니 된다. 또한, 법원에 의한 사법적 결정은 수정(변경)의 대상이 되어서는 아니 된다. 이 원칙은 사법적 재심사나, 법에 따라 권한 있는 기관이 법원에서 내린 형을 감형하거나 감면하는 것을 금지하는 것은 아니다."[15]

---

14) 이에 관한 미국에서 논의나 다른 것들에 관한 논의는 *An Independent Judiciary, Report of the American Bar Association Commission on Seperation of Powers and Judicial Independence*, http://www.abanet.org/govaffairs.judiciary.report.html에 게재된 자료 참조. [추록: 권력분립과 다른 사법적 쟁점에 관한 아랍의 관점에 관한 상세 문헌은 www.arabjudicialforum.org/aif_overview.html에 게재된 the Arab Judicial Forum White Papers 참조.]

15) 법관의 독립, 효율적인 역할 수행에 관한 유럽평의회 각료위원회 권고 R(94)12호는 "법관의 결정은 법이 정한 상소절차 외에서는 어떤 수정 대상이 되어서는 아니 되고,"(원칙 Ⅰ.2.a.i.) "사면, 특사 또는 그 유사한 것을 제외하고 정부나 행정부는 사법적 결정을 소급적으로 무효화하는 어떠한 결정도 할 수 없다."(원칙 Ⅰ.2.a. ⅳ.)고 하고 있다.

행정부에 의한 사면과 특사가 위 기본원칙의 원칙 4에 어긋나는지 여부는 명확하지 않다. 그러나 정부는 위 사면과 특사와 같은 수단들을 항상 상당한 주의를 가지고 행사하여, 어떠한 관용적 수단들도 판결의 독립성을 침해하거나, 나아가 법치주의와 인권 규범에 대한 존중을 약화시키지 않도록 하여야 한다.

4.4.4 사법적 권한

사법부의 독립에 관한 기본원칙의 원칙 3에 의하면 사법부의 판결의 독립은 "사법적 성질을 가진 모든 주제에 관한 관할권 그리고 어떤 쟁점이 법이 규정한 사법적 판단 영역 내에 있는지에 관한 독점적 판단 권한"을 발생시킨다.[16)]

사법적 권한인지를 판단하는 데 있어 사법적 자율권이라는 원칙은 국가적 차원 또는 국제적 차원의 양 단계에서 잘 구축되어 있고 국제사법재판소 규정 제36조(6)이나 유럽인권협약 제32조(2)[역주: 유럽인권협약 제32조(2) "재판소가 관할권을 가지는지 여부에 관하여 분쟁이 있을 경우에는 재판소가 결정한다."] 등에서 발견된다.

4.4.5 공정한 재판절차를 확보하고 이유를 붙인 결정을 행하는 권리 및 의무

이 문제에 대해서는 이 장 4.5.8에서 다룬다.

사법부의 독립이라는 개념은 특히 아래의 사항들을 의미한다.

- *사법부는 다른 정부기구들, 즉 행정부와 입법부로부터 독립되어야 한다는 점에서* ***기관으로서의 독립****을 향유하여야 한다.*
- *사법부는* ***판사가 소속된 법원 내부에서 사건의 배당****을 포함한* ***내부적인 사법행정문제****에서 독립적이어야 한다.*
- *사법부는* ***재정적인 문제****에서 독립적이어야 하고, 그 기능을 효율적으로 수행할 수 있는 충분한 재원을 보유하고 있어야 한다.*
- *사법부는* ***의사결정 면에서 독립적****이어야 한다. 정부나 다른 기구들은 사법부에 의해 내려진 결정들을 존중하고 준수할 의무가 있다.*
- *사법부는* ***관할에 있어서 권한****을 가지고 있어야 한다. 이는 권한의 문제를 결정함에 있어서 사법부에 자율성이 있어야 한다는 것이다.*
- *사법부는* ***공정한 재판절차 확보하고, 이유를 붙인 결정****을 할 권리와 의무를 모두 가지고 있다.*

16) 위 유럽평의회 각료위원회 권고 R(94)12호는 "법원 자신을 제외한 다른 어떠한 기관도 법률에 정해진 법원의 권한에 관하여 결정해서는 안 되는 것"으로 정하고 있다(원칙 1.2.a.iii).

4.5 개인적 독립의 개념

행정부 및 의회로부터 독립하여야 한다는 것은 국가기관으로서의 사법부만이 아니라 ***법관 개인들*** 또한 직무를 수행함에 독립을 향유할 권리가 있다는 것이다. 물론, 독립은 법관들이 그들 자신의 일시적 기분이나 선호에 따른 기준을 근거로 개별 사안을 판단하는 것을 의미하지는 않는다. 후술하는 바와 같이 ***그들은 매우 어렵고 민감한 사건들을 판단하여야 하는 상황에서도 어떠한 종류의 개인에 대한 비판이나 보복도 두려워하지 않고 담당하고 있는 사건에 관하여 법률에 따른 결정을 내릴 권리와 의무가 있는 것이다.*** 불행하게도, 법관들이 이러한 진정한 독립의 정신 하에서 그들의 직무를 수행하는 것이 언제나 가능하지는 않다. 많은 국가에서 부적절한 개인적 비판 및 전보 · 해임에서부터 신체적 폭력 및 심지어는 개인에 대한 치명적 공격에 이르기까지 부당한 압력을 겪어야 하는 상황에 있다.

개별 법관의 독립은 많은 방법으로 보장되어야 하는데, 가장 중요한 것은 아래에 열거하는 바와 같다.

4.5.1 임명

법관의 임명*방법*에 관하여는 국제법에 상세히 정해져 있지 않고, 기본원칙은 법관의 임명 또는 선출에 관하여 중립적이다. 그러나 기본원칙의 원칙 10은 아래와 같이 규정하고 있다.

> "법관으로 선발되는 사람은 법에 따라 적절한 교육을 받거나 자격을 보유하고 있는 능력 있고 고결한 사람이어야 한다. 법관선발에 관한 모든 방법은 불순한 동기에 의한 법관 임용에 대한 안전판이 되어야 한다. 법관을 선발함에 있어서 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 또는 기타 견해, 국민적 또는 사회적 신분, 재산, 출생이나 지위를 이유로 한 어떠한 차별도 있어서는 아니 된다. 다만 법관 후보자가 해당국의 국민이어야 한다는 요건을 차별로 보아서는 안 된다."

이러한 원칙이 의미하는 점은 법관의 선발방법에 관계없이 후보자의 전문적 자격과 그 인격의 고결함만이 선발의 유일한 기준이 되어야 한다는 것이다. 따라서 법관이 어떠한 정치적 입장을 견지하고 있거나 특정한 종교적 신념을 표명하고 있다는 이유만으로 임명되거나 선출되는 것은 적법하지 못한 것이다. 그러한 임명은 법관 개인 및 사법부의 독립을 심각하게 훼손하는 것이고, 이에 따라 사법운용에 대한 공공의 신뢰 또한 손상하게 된다.

*****

자유권규약위원회는 수단 사법부가 "외견상으로는 물론 실제적으로도 진정하게 독립되어 있지 않고, … 정부가 지배하는 감독기구를 통하여 법관이 압력을 받게 되는 경우가 있다는 점, 모든 단계에서 비이슬람교도 및 여성의 법관임용이 매우 희소하다는 점"에 대한 우려를 표명하였다. 이 점에 관하여 위원회는 "여성 및 소수자의 구성원으로부터 자격을 가진 법관을 임명하는 것을 포함하여 사법부의 독립 및 전문적 권한을 향상하기 위한 조치가 취해져야만 한다."고 권고하였다.[17)]

자유권규약위원회는 또한 볼리비아에 대하여도 "법관의 지명이 정치적 소속이 아닌 능력에 기초해서 행해져야 한다."고 권고하였다.[18)]

잠비아에 대하여 자유권규약위원회는 "독립한 사법재판소에 의한 어떠한 보장 또는 검토도 없이 국민회의의 재가를 얻는 것만을 조건으로 해서, 대통령이 대법관의 퇴임 후에 새로운 대법관을 임명하고, 대법관을 해임하는 것에 관하여 헌법개정검토위원회가 행한 제안"에 대하여 우려를 표명하였다. 위원회는 이러한 제한이 사법부의 독립과 양립되지 않고, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조에 역행하는 것으로 결론을 내리고 있다.[19)]

따라서 법관이 독립된 사법기관과의 협의를 거치지 않고 대통령의 결단에 따라 임명되거나 해임되는 경우에는 비록 대통령의 결정이 의회의 재가를 받았다고 하더라도 규약 제14조를 준수한 것으로 볼 수 없다.

이와 유사하게, 슬로바키아에 관하여 자유권규약위원회는 "의회의 승인을 얻어 정부가 법관을 임명하는 현행 규칙이 사법부 독립에 악영향을 미칠 수 있는 것"으로 우려 속에 주시하고 있다. 위원회는 "사법부의 구성원 임명, 보수, 재임 기간, 해임 및 징계에 관하여 규정하는 법률을 채택함으로써 사법부의 독립을 보장하고, 정치적 영향으로부터 법관을 보호하는 우선적 조치를 취하도록" 권고하였다.[20)]

콩고 공화국에 대해서 자유권규약위원회는 "규약 제14조(1)를 위반한 사법부 독립에 대한 공격에 관하여 우려를 표명"함과 아울러, 사법부의 독립이 "법관의 임용 및 징계를 담당하는 독립된 절차가 존재하지 않는 것과 법관이 겪고 있는 행정부 등의 압력, 영향에 의해 제약되고 있는 점"에 주의를 촉구하고 있다.[21)]

이에 따라 위원회는 콩고 공화국에 대해 "특히 대법원의 구성, 운영 및 효율적

17) UN doc. *GAOR*, A/53/40(vol. I), para. 132.
18) UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. I), para. 224.
19) UN doc. *GAOR*, A/51/40, para. 202.
20) UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. II), para. 379.
21) UN doc. *GAOR*, A/55/40(vol. I), para. 279.

설치에 관한 규칙을 개정하여 사법부의 독립을 보장하기 위한 적절한 조치를 취할 것"을 권고하고 있다.[22)]

바꿔 말하면 법관의 임명은 그 자체로서 독립을 보장하는 강력한 요소가 되어야만 하고, 행정부나 입법부의 배타적 재량에 맡길 수 없다는 것이다.

"사법부의 전면적 독립이 존재하지 않는 문제점"은 키르키즈스탄에서도 제기되고 있다. 위원회는 특히 "적용되고 있는 법관의 자격인정절차, 7년마다 재평가를 거쳐야 하는 요건, 낮은 수준의 급여 및 법관의 불안정한 재임 기간이 부패 및 독직을 조장할 가능성이 있다는 점"에 유의하고 있다.[23)]

미국에서 행해지고 있는 일부 법관을 *선거*로 선출하는 제도에 대해서 자유권규약위원회는 "현행 법관선거제도가 몇몇 주에 있어서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조에 의해 보장되고 있는 여러 권리의 실현에 미칠 영향에 우려"를 표시하고 있고, "많은 주에서 능력선발제도의 도입을 위해 노력하고 있는 점"을 환영하고 있다. 또한, 위원회는 "선거를 통해 법관을 임명하는 제도를 독립된 기구에 의해 능력에 기초하여 임명하는 제도로 교체"하는 방향으로 재검토할 것을 권고하고 있다.[24)]

이와 같이, 선거에 의한 법관의 선출은 위 규약 제14조에 정해진 독립의 개념과 양립하기 어려울 것으로 보인다.[25)]

*****

나이지리아의 특별군사법원에 관하여, 아프리카 인권위원회는 "법률에 대하여 거의 또는 전혀 지식이 없는 현역 군 장교를 법원의 구성원으로 선발하는 것"은 사법부의 독립에 관한 기본원칙의 원칙 10에 위반하는 것으로 결정하였다.[26)]

---

22) Ibid., para. 280.

23) UN doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. I), para. 405.

24) UN doc. *GAOR*, A/50/40, paras. 288 and 301. 강조는 추가됨.

25) 법관 및 변호사의 독립에 관하여 유엔 특별보고관은 법관의 선출(election) 및 임명과의 관계에 있어 유엔 기본원칙의 원칙 10에 게시된 ***객관적 기준***을 지킬 것을 강조하여 왔다. 예를 들면, UN doc. E/CN.4/2000/61/Add.1, *Report of Special Rapporteur on the independence of judges and lawers, Addendum : Report on the mission to Guatemala*, paras. 60-64 참조. 법관의 선출 및 특히 재선출이 법관의 독립에 위험을 미치는 것에 대한 우려에 관하여는, *The Rule of Law and Human Rights: Priciples and Definitions*(Geneva, International Commission of Jurists, 1966), p30, para 2 참조. 법관의 선발에 있어서 객관적 기준의 적용에 관하여는 법관의 독립, 효과적 활동 및 역할에 관한 유럽평의회권고 R(94)12호의 원칙 1.2.c도 참조. 유럽의 사법기관에 관한 일반적 정보는 *Judicial Organization in Europe(2000)*, Strasbourg, Council of Europe Publication, 2000, 352pp 참조.

26) *ACHPR, Media rights v. Nigeria, Communication No 224/98 decision adopted during 28th session, 28 OCT - 6 NOV 2000*, papa 60 at http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html.

*****

유럽인권협약에 관하여, 유럽인권재판소는 일관되게 아래와 같이 판시해오고 있다.

> "어느 재판소가 유럽인권협약 제6조(1)이 의도한 바와 같이 독립되어 있는지 판단하기 위해서는, 특히, 그 구성원의 임명 방법 및 재임 기간, 외부의 압력에 대한 보호 장치의 존재와 법원이 독립적인 외관을 갖추고 있는지 여부가 반드시 고려되어야 한다."[27]

그에 따라 *Lauko* 사건에서 유럽인권재판소는 위 협약 제6조(1)에 기초하여 독립되고 공평한 재판소에 의한 공정한 심리를 받을 신청인의 권리가 침해되었다고 판시하고 있다. 신청인은 경미한 범죄로 벌금형에 처해 졌다. 이 결정은 지구(local) 행정당국에 의해 행해졌는데, 신청인이 지방(district) 행정 당국에 이의신청을 하였지만 각하되었다. 이 사안이 행정기관의 권한에 속하는 경범죄에 해당하기 때문에 슬로바키아 헌법재판소는 이 문제를 다룰 수 없었다.[28] 유럽인권재판소는 지구 · 지방 행정당국이 "정부의 관리하에 국가의 지방행정을 담당하고 있는 점" 및 이러한 행정기관장의 임명이 행정부 및 급여를 지급받는 피용자의 지위를 가지고 있는 행정부 직원에 의해 통제되고 있는 점에 주목했다.[29]

따라서, "이러한 지구 · 지방행정당국 직원을 임명하고 있는 방법과 아울러 외부로부터 압력에 대항하기 위한 보장책과 독립적인 외관이 부족하다는 점"은 이러한 기관들이 위 협약 제6조(1)이 의미하고 있는 행정부로부터 독립한 기관으로 볼 수 없음을 명확히 보여주고 있다고 한다.[30] 위 재판소는 "경범죄의 소추 및 처벌을 행정기관에 맡긴 것이 협약위반이 되는 것은 아니다"라고 덧붙이면서도, 당사자는 "자신에 관한 결정에 대해 협약 제6조가 정한 보장을 받는 재판소에 이의를 제기할 기회를 부여받아야만 한다는 점이 강조되어야 한다."고 판시하였다.[31]

이 사건에서는 신청인이 지구 · 지방 행정당국의 결정에 대해서 독립되고 공평한 재판소의 심사를 받는 것이 불가능하였기 때문에 유럽인권협약 제6조(1)에 기한 권

27) *Eur, Court HR, Case of Incal v. Turkey, judgement of 9 June 1998–IV*, p. 1571, para 65.

28) *Eur, Court HR, Case of Lauko v. Slovakia, judgement of 2 September 1998–VI*, pp. 2497–2498, paras. 12–17.

29) Ibid, p. 2506, para. 64.

30) Ibid., loc. cit.

31) Ibid. at p. 2507.

리가 침해된 것이다.[32]

그러나 상황에 따라서는 독립의 개념과 공평의 개념이 밀접하게 관련된 경우도 있다. 터키 국가안전보장재판소(the National Security Courts)와 영국의 군법회의(courts martial)가 유럽인권협약 제6조에 저촉되는지 여부를 검토할 당시 유럽인권재판소는 4.7.항에서 후술하는 바와 같이 위 개념들을 아울러 심사하였다. 예를 들어, *Incal* 사건에서 판시하는 바와 같이 결정적으로 중요한 것은 당해 법원이 기능하고 있는 방식이 "공정한 재판을 받을 신청인의 권리를 침해했는지" 여부이다.

> "이러한 점에서 외견(appearances)마저도 어느 정도의 중요성을 가질 수 있다. 문제가 되는 것은, 민주사회에서 법원이 공중으로부터, 무엇보다도 형사절차에 관해서는 피의자와 피고인으로부터 신뢰를 얻어야 한다는 것이다. 특정 법원이 독립성 또는 공평성을 결하고 있음을 우려할 만한 정당한 이유가 있는지를 결정함에 있어, 피의자와 피고인의 입장이 중요하지만, 그것은 결정적인 것은 아니다. 결정적인 것은 피의자와 피고인의 의심이 객관적으로 정당한 것으로 주장될 수 있는지 여부이다. … "[33]

*****

미주인권위원회(The Inter-American Commission on Human Rights)는 미주기구(Oganization of American States, OAS) 회원국들에 다음과 같이 권고하고 있다.

> "미주기구 회원국은 사법직무의 수행에서, 특히 인권침해사건을 처리하는 과정에서 사법부 구성원의 염결성 및 독립을 보호하기 위한 필요한 조치를 취하여야 한다. 특히 법관은 어떠한 이유에서도, 또는 어떠한 곳으로부터도 직, 간접적 영향, 유인, 압력, 위협, 간섭을 받지 않고 담당하고 있는 사건을 자유롭게 판단하여야 한다."[34]

미주인권재판소(the Inter-American Court of Human Rights)는 *헌법재판소 사건(Constitutional Court case)*에서 재판관의 독립의 전제조건으로 일정한 재임

32) Ibid, pp. 2506-2507, paras. 64-65. 다만 유럽인권재판소는 *Stallinger and Kuso* 사건에서 다른 결론에 이르렀는데, 위 사건에서는 육종학, 임업, 농업에 관한 경험을 가진 전문위원들이 지역토지개혁위원회와 최고토지개혁위원회에 포함되어 있었다. "위원회의 대심적 절차의 속성이 공무원 신분의 전문가 참가에 따라 영향을 받지 않는다"는 이유로 협약 제6조(1)에 위반되지 않는다는 것이다. *Eur. Court HR, Case of Stallinger and Kuso v. Austria, judgement of March 1997, Reports 1997-II*, p. 677, para 37.

33) *Eur. Court Hr, Incal judgement of 9 June 1998, Reports 1998-IV*, pp. 1572-1573, para. 71.

34) OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights* 1996, p.761.

기간("con una duración en el cargo"), 외부의 압력에 저항하기 위한 보장수단("con una garantía contra presiones externas")을 갖춘 적정한 임명절차("un adecuado proceso de nombramiento")를 판시하였다.[35]

4.5.2 재직기간의 보장

앞에서 본 바와 같이, 법관에게 장기간의 재직기간이 보장되지 않는다면, 법관의 독립성이 손상될 심각한 위험에 처한다. 법관이 의사결정을 할 때에 부적절한 영향을 받을 가능성이 있기 때문이다. 따라서 사법부의 독립에 대한 기본원칙의 원칙 11은 다음과 같이 정하고 있다.

> "법관의 임기, 독립, 안전, 적절한 보수, 근무조건, 연금, 정년은 법에 의하여 적절하게 보장되어야 한다."

나아가 위 기본원칙의 원칙 12는 다음과 같이 정하고 있다.

> "법관은, 임명되었는지 또는 선출되었는지 불문하고, 의무적인 정년 또는 임기 만료 시기가 있는 경우에는 그 시점까지 재직이 보장되어야 한다."[36]

재직기간이 전혀 보장되지 않거나 단기간의 재직기간이 보장되는 법관을 임명하거나 선출하는 것은 결과적으로 위 원칙 11과 12에 반한다.[37] ***법관에게 영구적인 재임 기간을 제공함으로써 법관의 독립성을 최대화할 수 있고, 사법부에 대한 신뢰 역시 최대화할 수 있다.***

*****

아르메니아의 상황에 관하여, 자유권규약위원회는 사법부의 독립이 전면적으로

---

35) *I-A Court, Constitutional Court Case(Aguirre Roca, Rey Terry and Revorado Marsano v. Peru), judgement of 31 January 2001*, 미주인권재판소 웹사이트 http://www.cortedh.or.cr/serie_c/C_71_ESP.html.에 게재된 스페인어 판결문, para. 75 [추록: 위 헌법재판소 사건의 판결의 영문본은 미주인권재판소의 웹 사이트에서 볼 수 있다. http:/www.corteidh.or.cr]

36) 유럽평의회 권고 R(94) 12호의 권고 1.3도 원칙 12와 같다.

37) 법관과 변호사의 독립에 대한 특별보고관은, "기간이 고정된 계약이 사법부 독립의 원칙에 반하거나 저촉하는 것은 아니지만, 5년의 임기는 재직기간의 보장을 위해서는 짧다"라고 판단하고 있다. 특별보고관은 "합리적인 임기는 10년일 것이다"라고 하였다. UN doc. E/CN.4/2000/61/Add.1, *Report on the Mission to Guatemala*, para. 169(c).

보장되지 못하였고, 특히 "6년 이하의 고정된 임기의 법관 선출을 위해 보통선거를 하는 것은 법관의 독립과 공평을 확보하지 못한다."라고 지적하였다.[38]

몇몇 국가에서는 법관이 직무를 계속 수행하기 위하여 일정한 간격으로 자격 재인정 절차를 거쳐야 하는 경우도 있다. 페루에서 일어나는 이러한 상황에 대하여, 자유권규약위원회는 "법관이 7년의 임기 만료 시 퇴직하는 것과 재임용에 자격 재인정을 요구되는 것이 염려스럽다"고 하였다. 자유권규약위원회는 이를 "재직기간의 보장을 부정함으로써 사법부의 독립에 영향을 미치려는 경향이 있는 관행"이라고 판단하였다.[39] 따라서 자유권규약위원회는 페루 정부에 "법관에게 자격 재인정을 요구하는 것을 재고하고, 재직기간을 보장하며 독립된 사법적 감독을 하는 시스템으로 대체하라."고 권고하였다.[40]

재심사의 문제는 리투아니아에서도 문제 되었다. 자유권규약위원회는 "비록 새로운 규정들이 사법부의 독립을 보장하기 위한 것이라도, 지방법원 법관이 여전히 영구적인 임명을 받기 위하여 5년 근무 후 행정부의 재심사를 받아야 하는 것"에 대해 우려를 표시하였다. 자유권규약위원회는 "이와 같은 어떠한 심사절차든지 법관이 지녀야 할 능력만을 대상으로 하여야 하고, 독립된 전문기관에 의해 시행되어야 한다."고 권고하였다.[41]

자유권규약위원회의 견해는, 행정부가 법관에 대해 자격 재인정을 하거나 심사하는 관행은 규약 제14조(1)에 반한다는 것이다.

4.5.3 금전적 보장

국제적 및 지역적 조약은 사법부와 법관 개인의 금전적 보장 문제를 명시적으로 다루고 있지 않지만, 앞서 본 기본원칙의 원칙 11은 법관에게 적절한 보수와 연금이 보장되어야 한다고 규정하고 있다.

공정하고 적절한 보수의 문제는 중요하다. 왜냐하면, 그것은 자질을 갖춘 인물들을 법관직으로 이끄는데 도움을 주고, 법관이 부패나 정치적 또는 다른 부당한 영향의 유혹에 굴복할 가능성을 줄이기 때문이다. 몇몇 국가에서는, 행정부와 입법부가 법관의 급여 인상 여부를 결정할 수 있더라도, 적어도 법관의 급여 삭감은 할 수 없도록

38) UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol. I), para. 104.
39) UN doc. *GAOR*, A/51/40, para. 352.
40) Ibid., para. 364.
41) UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. 1), para. 173. 참조.

보호하고 있다. 행정부와 입법부가 사법부의 예산을 통제하는 경우, 사법부의 독립에 잠재적인 위협이 될 수 있다.

Manitoba주 법관협회 v. Manitoba주(법무부 장관) 사건에서, 캐나다 대법원은 "*캐나다 권리와 자유 헌장(the Canadian Charter of Rights and Freedoms)* 제11조(d)에서 규정하고 있는 법관 독립의 보장으로 인하여, 주 정부와 주 입법부가 주 법원 법관의 급여를 감액할 수 있는 방법과 그 정도가 제한되는지 여부, 만일 제한된다면 어떻게 제한하는지"에 관하여 판단하여야 했다.[42] Manitoba주는 재정적자 감소 계획의 일환으로 공공부문지출 삭감법(the Public Sector Pay Reduction Act)을 제정하였다. 그 법률은 주 법원 법관의 급여 및 공공예산 지출을 줄이는 내용이었다. 이러한 지출삭감에 따라, 많은 당사자가 주 법원에 그 절차의 위헌성을 주장하며 이의신청을 하였다. 그들은 위와 같은 지출삭감으로 인하여 주 법원이 독립적이고 공평한 법원의 지위를 잃어버렸다고 주장하였다. 캐나다 대법원은, 위 급여 삭감은 "전반적인 공공경제정책의 일환으로서 위 *헌장 제11조(d)*에 어긋나지 않는 것"이고, "사법부에 영향을 미치거나 사법부를 조종하기 위하여 이루어졌다고 볼 증거가 없다."라고 결론을 내렸다.[43] 그러나 (캐나다 대법원은) Manitoba주 정부가, 급여를 삭감하는 위 법률에 대하여 이의신청을 한 법관들이 그 법적 절차를 포기하지 않는 이상 법관보수위원회에 대한 합동권고안에 서명하지 않겠다고 한 것은 사법부의 독립을 침해한 것이라고 보았다.

캐나다 대법원은, 주 정부가 위와 같이 합동권고안의 서명을 거부함으로써 "위와 같이 기획된 급여 변경의 합헌성을 인정하도록 법관들에게 경제적인 압력을 가하였다."라고 판단하였다.[44] 캐나다 대법원의 판단에 따르면, "사법부의 독립을 구성하는 금전적 보장은, 법관이 이의를 한다는 이유로 정부가 법관을 금전적으로 벌할 수도 있다는 인식에서 벗어나 법관이 법관 자신의 독립에 연관된 입법에 대해 이의제기할 수 있는 능력을 보호하는 것을 포함하여야 한다."[45]

4.5.4 승진

기본원칙의 원칙 13은 "법관의 승진제도가 존재하는 경우, 법관의 승진은 객관

42) (1997) 3 S.C.R. *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba(Minister of Judges) 3*, http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_0003.html at p. 5. 참조.

43) Ibid., p.12.

44) Ibid., loc. cit. 법관보수위원회는 법관의 급여와 관련된 보고서를 의회에 제출하기 위해 주 법원법에 따라 설치된 기관이다.

45) Ibid.

적인 요소들 특히, 능력, 염결성과 경력에 근거하여야 한다."라고 정하고 있다. 따라서 법관의 전문성과 무관한 부적절한 요소들은 승진의 요소로 고려되어서는 아니 된다.[46] 예를 들면, 그러한 부적절한 요소들은 성별, 인종 또는 민족에 근거한 차별을 포함한다.[47]

4.5.5 책임

법관에 대한 징계제도가 필요하다는 점에 대하여는 이론이 없지만, 비행에 대한 징계를 어떻게 결정할 것인가, 누가 결정해야 하는가, 어떠한 내용의 징계가 이루어져야 하는가의 문제가 발생한다. 물론, 법관은 자신이 다룬 사건의 본안에 관하여 어떤 특정한 판단을 하였다는 이유로 징계를 받아서는 아니 된다.

*****

벨라루스에 대하여, 자유권규약위원회는 "대통령이 2명의 법관을, 그 법관들이 직무를 수행하는 과정에서 행정부가 정한 벌금을 부과 · 징수하지 아니하였다는 이유로 해임하였다는 혐의가 있어 우려스럽다"고 지적하였다.[48] 그리고 자유권규약위원회는, 캄보디아 대법원이 "정부의 영향력에서 독립적이지 않은 것"과 "법관의 부적격성과 비윤리적 행동에 관한 주장이 제기되고 있음에도 아직도 이를 다루지 못하고 있는 것"에 대하여 우려를 표시하였다. 그중에서도 법무부가 법관에게 구속력이 있는 회람을 발행하였다는 사실에 대하여 더욱 우려하면서, 자유권규약위원회는 "정부는 사법부를 강화하고 그 독립을 보장하기 위한 긴급 조치 및 사법부의 부패 또는 사법부에 대한 부당한 압력에 대한 주장을 지체 없이 다루기 위한 긴급 조치를 취하여야 한다."라고 권고하였다.[49]

이와 같이, 자유권규약위원회가 규약 제14조(1)의 "독립적인"이라는 용어의 의미를, 법관의 직무상 비윤리적 행위는 정부로부터 완전히 독립된 기관에서 다루어져

46) 유럽평의회권고 R(94) 12호는 "법관의 선발과 승진에 관련된 모든 결정은 객관적인 요소에 근거하여야 한다." 그리고 법관의 선발과 승진은 "자격, 염결성, 능력과 효율성을 고려한 가치에 근거하여야 한다."라고 강조한다. 게다가, 법관의 승진에 관한 결정은 정부 및 행정으로부터 독립되어야 한다(원칙 Ⅰ.2.c).

47) 미국 법조의 소수자 대표에 관하여는, 미국변호사협회(American Bar Association)의 법조직역의 인종적 · 민족적 다양성에 관한 위원회에서 펴낸 보고서 *Miles to Go 2000: Progress of Minorities in the Legal Profession*을 보라. 이 보고서에 따르면, 법조직역 내의 소수자 대표는 다른 직업에 비해 상당히 낮다. 주로 변호사에 관한 것이기는 하지만, 이 보고서는 사법부에 대한 세부항목도 포함하고 있다. www.abanet.org/minorities 참조.

48) UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. Ⅰ), para. 149.

49) UN doc. *GAOR*, A/54/40 (vol. Ⅰ), paras. 299–300.

야 하는 것으로 여기고 있음이 분명하게 나타난다.

또한, 법관에 대한 징계, 정직 및 해임의 문제는 사법부의 독립에 관한 기본원칙의 원칙 17~20에서 다루어지고 있는데, 그 내용은 다음과 같다.

> "17. 사법적 · 직업적 역할과 관련하여 법관을 상대로 한 공소 및 고소 · 고발은 적절한 절차에 따라 신속하고 공정하게 처리되어야 한다. 그 법관은 공정한 심리를 받을 권리를 가져야 한다. 그 사안의 심리절차 초기단계는 당해 법관의 요청이 없는 이상 공개되어서는 아니 된다.
>
> 18. 법관은 오직 직무 수행을 부적절하게 하는 무능력 또는 행위를 이유로 하여서만 정직되거나 해임되어야 한다.
>
> 19. 모든 징계, 정직, 해임 절차는 정해진 사법행위의 기준에 따라 결정되어야 한다.
>
> 20. 징계, 정직, 해임 절차에서 내려진 결정에 대해서는 독립된 재심사가 보장되어야 한다. 이 원칙은 최고법원의 결정이나 입법부의 탄핵절차 또는 이와 유사한 절차에서 내려진 결정에는 적용되지 않을 수 있다."

하지만 원칙 17에서 "적절한 절차"라고만 언급하고 있는 점 및 원칙 20에서 징계절차 또는 다른 절차에서 내려진 결정이 "독립된 재심사가 *보장되어야 한다*."고 권고한 점을 주목할 필요가 있다. 이 점에서 기본원칙보다는 자유권규약위원회에 의한 규약 제14조(1)의 해석이 더 나아간 것으로 생각된다.[50]

*****

아프리카 인권위원회는 부르키나파소 정부가 피신청인이 된 사건에서, 위 국가가 2명의 법관에게 부과된 처벌을 유지하는 것을 정당화할 어떤 법적인 이유도 제시

50) 유럽평의회권고R(94)12호의 원칙 Ⅵ 역시 직무태만과 징계에 대하여 다루고 있다. 각국의 효력 있는 법적 원칙과 전통에 달려 있으나, 징계조치는 특히 1) 사건에서 법관을 제외하는 것, 2) 법관을 법원 내 다른 사법 업무로 이동시키는 것, 3) 일시적으로 급여를 삭감하는 것과 같은 경제적 제재, 4) 정직이 포함될 수 있다(원칙 Ⅵ.1.). 그러나 임명된 "법관은 정당한 이유 없이 의무적 정년까지 직무에서 영구적으로 배제될 수 없다." 그리고 그 이유는 "법에 의하여 정확한 용어로 정의되어야 한다." 이러한 이유는 또한 "법관이 일정 기간 선출되는 국가에 적용"될 수 있거나 "사법기능을 수행하는 능력의 흠결, 형사범죄, 규율의 심각한 위반과 관련될 수 있다."(원칙 Ⅵ.2.). 게다가 원칙 Ⅵ.1.과 2에서 언급되는 조치가 "취해질 필요가 있는 상황에서, 국가는 징계제재 · 조치가 법원에 의하여 다루어지지 않는 경우에 법으로써 징계제재 · 조치의 적용을 임무로 하는 특별기구를 설치하는 것을 고려하여야 한다. 그리고 그 기관의 결정은 상급 사법기관의 통제를 받아야 하거나 또는 당해 기관이 상급 사법기관이어야 한다." 그 법은 또한 "당해 법관이 적어도 [유럽인권협약의] 모든 적법절차를 제공받는 것을 확실하게 보장하기 위한 적절한 절차를 규정"하여야 한다. 적법절차라 함은 예를 들어, 사건이 합리적인 기간 내에 심리되어야 한다거나 법관이 어떠한 혐의에 대해서도 답변할 권리를 가져야 한다는 것 등이다.

하지 못하였는지를 판단해야 했다. 그 2명의 법관은 1987년에 정직 · 해임되거나 퇴직을 강요받은 법관 중 일부였다. 위 조치의 대상이 된 법관 중 상당수가 사면으로 복직되었으나, 이와 달리 위원회의 판단대상이 된 위 사건 관계자인 2명의 법관을 포함한 상당수는 복직되지 못하였다.[51]

위원회가 보기에 정부가 법적 이유를 제시하지 못한 것은 사법부의 독립에 대한 기본원칙의 원칙 18, 19를 위반한 것이었다.[52] 위 2명이 법관이 15년 전에 제기한 손해배상청구를 대법원이 심리하지 않은 것은, 공평한 법원이나 재판소에서 합리적인 기간 내에 재판을 받을 권리를 보장하는 아프리카헌장 제7조(1)(d)를 위반한 것이었다.[53]

*****

미주인권재판소는 페루의 *헌법재판소* 사건을 다루었는데, 위 사건에서는 페루 입법부가 1997. 5. 28.자 의결을 통해 헌법재판소 재판관 3명을 탄핵하고 해임을 확정한 것의 위법성이 다투어졌다. 위 의회 의결은, 후지모리 대통령이 의회와 헌법보장재판소(the Court of Constitutional Guarantees)를 모두 해산한 해인 1992년부터 시작된 일련의 복잡한 과정의 결과였다. 1996년 새로이 구성된 헌법재판소는 대통령 재선거에 관한 페루 헌법 제112조를 해석한 법률의 합헌성 심판을 요청받았다. 당시 7명 중 5명의 재판관이 비록 위 법률에 대하여 위헌 선언을 하지는 않았지만 '적용 불가하다'고 판시하였는데, 이후 다수의견을 낸 재판관들이 압력과 위협, 괴롭힘에 시달렸다는 주장이 제기되었다.[54] 미주인권재판소가 인정한 바와 같이, 세 명의 재판관을 해임한 것은 정치재판("juicio político")[역주: 이는 의회의 의결로 헌법재판소 재판관을 해임한 것을 의미하는 것으로, 엄밀한 의미의 '재판'은 아닌 것으로 보인다]의 구조 아래 입법권에 의한 제재가 적용된 결과였고,[55] 미주인권재판소는 만장일치로 위 의회 의결이 미주인권협약 제8조, 제25조에 위배된 것으로 결론을 내렸다[역주: 제25조(1)은 "모든 사람은 관련국의 헌법이나 법률 또는 이 협약에 의하여 인정된 자신의 기본권을 침해하는 행위에 대한 보호를 받기 위하여, 권한 있는 법원이나 법정에 간이하고

51) *ACHPR, Mouvement Burkinabè des Droits de l'Homme et des Peuples v. Burkina Faso, Communication No. 204/97, decision adopted during the 29th Ordinary session, 23 April – 7th May 2001*, para. 38. http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/204-97.html.

52) Ibid., loc. cit.

53) Ibid., para. 40.

54) *I-A Court HR, Constitutional Court Case, Competence, Judgement of September 24, 1999*, in OAS doc. OEA/Ser.L/V/Ⅲ.47,doc.6, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1999*, para. 2 at pp. 374-378.

55) *I-A Court HR, Constitutional Court Case (Aguirre Roca, Rey Terry and Revorado Marsano v. Peru), judgment of 31 January 2001*, 위 재판소 웹 사이트 http://www.corteidh.or.cr에 게재된 스페인어 번역문 para. 67.

신속하거나 여타의 효율적인 구제를 구할 권리가 있다. 그러한 침해가 공무수행 중인 자에 의하여 이루어진 경우에도 동일하다."라고 규정하고 있다].

세 명의 재판관에 대하여 이루어진 위 정치재판의 절차가 적법절차를 보장하지 않았고, 나아가 위 사건에서 입법부는 재판관들에 대해 정치재판을 함에 있어서 독립성과 공평성의 요건을 준수하지 않았기 때문에 미주인권협약 제8조에 위배된 것이다.[56] 특히 대통령 선거에 관한 위 법률의 합헌성에 관한 결정을 요구하는 요청서를 보낸 40명의 의원 중 일부가 재판관들에 대한 탄핵절차의 다양한 위원회, 소위원회에 참여했다는 사실이 *공평성의 흠결*을 야기한 가장 중요한 근거가 되었다. 더욱이 40명의 의원 중 일부는 재판관들의 해임 표결에 참여했는데 이는 의회규칙에 따르면 명시적으로 금지된 것이었다.[57] *적법절차 보장*의 위반에 관하여 보건대, 위 재판관들은 자신들을 기소한 내용에 관하여 완전하고도 적절한 정보를 제공받지 못하였고 증거에 대한 접근도 제한되었다.

방어 준비를 위해 부여된 기간도 "극히 짧았다"("extremadamente corto"). 위 재판관들에 대한 탄핵절차 개시와 해임 의결의 근거가 되었던 증언을 한 증인들에 대한 반대신문도 허용되지 아니하였다.[58]

미주인권협약 제25조에 규정된 사법적 보호를 받을 권리도 침해되었다. 위 재판관들은 사실 그들을 해임하는 결정에 대하여 보호신청(writs of *amparo*)을 제기하였으나, 리마에 있는 상급법원에서 근거가 없다는 이유로 기각되었고, 이어 헌법재판소에서도 마찬가지로 판단되었다.59) 미주인권재판소에 따르면, "엄격히 사법적이지 않은 평가 때문에"("se debe a apreciaciones no estrictamente jurídicas") 보호신청이 기각되었다. 예를 들어, 보호신청 사건을 심리한 헌법재판소 재판관들은 의회 내의 절차에 직접 참여하거나 관련된 사람들이었고, 그 결과 헌법재판소는 *법관의 공평성*이라고 하는 미주인권재판소의 기준을 준수하지 않은 것이다. 이에 따라 피해자들에 의해 제기된 보호신청은 소기의 목적을 달성하지 못하였고, 당초 실패할 운명이었으며 실제로도 실패하였다.[60]

56) Ibid., para. 84.
57) Ibid., para. 78.
58) Ibid., para. 83.
59) Ibid., paras. 97 and 56.27.
60) Ibid., para. 96.

*****

요약하자면, 국제법 원칙에 따르면, 징계절차의 대상이 된 법관은 행정부로부터 독립된 기관으로서, 또는 그러한 기관에 의해 관리되는 ***권한 있고 독립적이며, 공평한*** 기관에 의하여 적법절차를 보장받아야 한다고 일반적으로 말할 수 있다. 하지만 적어도 미주인권협약에 의하면, 그 징계절차를 심리하는 기관이 ***독립과 공평***의 원칙을 엄격히 존중하고 협약 제8조의 ***적법절차보장 원칙***을 준수한다는 전제하에, 입법부가 헌법재판소의 재판관에 대한 징계절차를 개시할 수는 있다.

4.5.6 표현과 결사의 자유

법관들의 표현과 결사의 자유는 법의 지배와 인권이 존중되는 민주사회의 핵심 요소이다. 자유롭게 단체를 결성할 자유를 가짐으로써 법관들은 그들의 독립성 및 다른 직업상의 권리를 더욱 잘 보호할 수 있다.

기본원칙의 원칙 8은 다음과 같이 규정한다.

> "세계인권선언과 궤를 같이하여, 사법부의 구성원들은 다른 시민과 마찬가지로 표현, 신념, 결사, 집회의 자유를 가진다. 다만 그러한 권리를 행사하는 법관들은 항상 직무상 존엄과 사법부의 공평 · 독립을 유지하여야 한다."[61]

4.5.7 연수와 교육

국내 · 국제인권법이 국내적 차원에서 의미가 있으려면, 법관들에게 이에 관한 연수와 지속적인 교육을 제공하는 것이 필수적이다. 그와 같은 연수가 없다면 인권법의 실현은 환상에 불과할 것이다. 자유권규약위원회는 여러 사건에서 법관들과 다른 직역의 법률가들 및 법집행 공무원들에게 인권법 연수를 제공하는 것이 중요함을 강조하였다.[62]

---

61) 더욱 간결한 문체로, 유럽평의회 각료위원회 권고R(94) 12는 원칙 4에서 다음과 같이 규정한다. "법관은 독자적으로 또는 다른 기관과 함께 독립성과 법관의 이해를 보호하는 임무를 가진 단체를 결성할 자유를 가진다." [추록: 미국법관협회(The American Judges Association)나 영연방법관협회(The Commonwealth Magistrates' and Judges' Association) 같은 전문적인 사법협회는 법관들 사이에서의 결사의 자유라는 개념을 보여주는 흔한 징후가 되고 있다. http://aja.ncsc.dni.us and http://www.cmja.org를 각각 참조]

62) 리비아에 관한, UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol.1), para. 134; 수단에 관한 UN doc. GAOR, A/53/40(vol.1), para. 132 참조

더 나아가 자유권규약위원회는 콩고 공화국에, 법관들이 정치적 · 재정적 · 기타 다른 압력으로부터 자유로워지고, 임기가 보장되며, 신속하고 공평하게 정의를 실현할 수 있도록 하기 위하여 법관의 연수 제도 및 채용 · 징계절차 제도에 관한 특별한 관심을 기울일 것을 권고하였다. 그리고 위원회는 그러한 목적을 달성할 수 있는 효율적인 수단을 강구하고, 법관이 충분한 연수를 받을 수 있는 적절한 조치를 취할 것을 권고하였다.[63]

예를 들어, 사회적 맥락에 관한 교육("social context education")과 같은 교육 프로그램들이 *의무적*이어야 하는지, 만약 그렇다면 판사들이 이러한 프로그램의 이수를 거부할 경우 어떤 책임을 져야 하는지에 관하여 캐나다에서 논의된 적이 있다.[64]

이에 관하여 중요한 것은, 직업적 교육과 관련 연수에 대하여 궁극적으로 책임을 지는 자는, 어떠한 경우에도 사법부 자신 또는 법관들의 독립한 단체여야 한다는 점이다(기본원칙의 원칙 9 참조)

4.5.8 공정한 재판절차를 보장하고 결정에 이유를 명시하여야 할 권리와 의무

민사사건이건 형사사건이건 법원의 독립은 공정한 재판 절차의 필수 요소이다. 기본원칙의 원칙 6은 아래와 같이 규정한다.

> "사법부의 독립 원칙에 따르면, 사법부는 재판절차가 공정하게 행하여지고 재판당사자들의 권리가 존중될 것을 보장하여야 한다."

후속 장들, 특히 제7장(*공정한 재판을 받을 권리*) 및 제16장(*비상사태에서의 사법 운용*)에서 명백히 밝히는 바와 같이 위 내용은, 법관들이 주어진 사건을 법률에 따라 처리하고, 개인의 권리와 자유를 보호하며, 국내법과 국제법상 존재하는 다양한 절차적 권리를 존중할 의무가 있다는 것을 의미한다. 나아가 이러한 중요 과제는 사법절차에 대한 부적절하거나 부당한 간섭 없이 실현되어야 한다(기본원칙의 원칙 4).

---

63) UN doc. *GAOR*, A/55/40(vol.1), para. 280.

64) the Rt. Hon. Antonio Lamer, P.C., Chief Justice of Canada, 연설 "*The Tension Between Judicial Accountability and Judicial Independence: A Canadian Perspective*"(Singapore Academy of Law Annual Lecture 1996) www.sal.org.sg/lect96.html, discussion at pp. 8-9. 유럽평의회 권고는 원칙 V. 3. g에서 법관은 "효율적이고 적정한 태도로 그들의 의무를 수행하기 위하여 필요한 어떠한 연수라도 받을" 책임이 있다고 규정한다.

*****

자유권규약위원회는 캄보디아의 새로운 사법부가 "뇌물과 정치적 압력"에 취약하고, 법률해석에 관하여 법무부의 의견을 추종하며, 법무부가 법관들에 대하여 구속력 있는 회람을 돌리는 것에 대하여 우려를 표명하였다. 이에 따라 자유권규약위원회는 캄보디아에 사법부를 강화하고 그 독립성을 보장하기 위한 긴급 조치 및 부패나 사법부에 대한 부당한 압력 의혹을 지체 없이 처리하기 위한 긴급 조치를 마련할 것을 권고하였다.[65]

권한이 있고 독립적이며 공평한 법원이라는 개념에는 ***결정을 할 때 이유를 제시해야 한다***는 점이 내재되어 있다. 유럽인권협약 제6조(1)에 관하여, 유럽인권재판소는 *Higgins and Others* 사건에서, 위 협약상 의무가 모든 주장에 대하여 상세한 이유를 제시하여야 하는 것으로 해석되지는 않지만, 그 결정의 성질에 따라 이유를 붙일 의무의 범위는 달라질 수 있고, 이는 사안의 성질에 따라 달리 판단되어야 한다고 판시하였다.[66] 항소심이 불공평하였다고 당사자가 주장하였음에도 프랑스 파기원(Court of Cassation)이 결정을 하면서 명시적이고 상세한 설명을 하지 않은 사안에서, 유럽인권재판소는 위 파기원 결정이 유럽인권협약 제6조(1)를 위반하였다고 판단하였다.[67]

*****

자유권규약위원회는, 자메이카 법원이 이유를 제시하지 않은 채 유죄판결을 함으로써 피고인들의 상소권 행사를 실질적으로 방해한 많은 수의 사건을 조사하였다. 그런데 자유권규약위원회는, 규약 제14조(1)의 독립성, 공평성의 개념에 따라 이 쟁점을 검토하는 대신, 부당한 지체 없이 재판을 받을 권리를 보장한 규약 제14조(3)(c) 및 형사사건에서의 상소권을 보장한 규약 제14조(5)에 따라 이를 검토하였다.[68]

---

65) UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol.1), para. 299.

66) *Eur. Court HR, Case of Higgins and Others v. France, judgment of 19 February 1998, Reports 1998– I* , p.60, para. 42.

67) Ibid., p. 61, para. 43.

68) 예컨대, Communication No. 283/1988, *A. Little. v. Jamaica* (위원회 견해는 1991. 11. 1. 채택됨. UN doc. *GAOR*, A/47/40, p.284 para. 9, p283, para. 8.5) (항소기각된 후 5년간 이유가 붙은 판결문이 송달되지 않은 사건. 규약 제14(5) 위반). Communication No. 377/1988, *A. Currie v. Jamaica* [위원회 견해는 3. 29. 채택됨. UN doc. *GAOR*, A/49/49(vol. Ⅱ), p.77 para. 13.5] [항소기각된 후 13년간 판결문을 송달하지 않은 사건. 규약 제14(3)(c)와 (5) 위반]. [추록: 2003년 아프리카 인권위원회는 아프리카에서 공정한 재판과 법적 조력을 받을 권리에 관한 지침과 원칙을 채택하였다. 그 자체가 법적 구속력을 가지지 않는다고 서술하고 있지만, 위 문서는 "아프리카헌장 하의 공정한 재판을 받을 권리에 관련된 조항에 대한 중요한 규범적인 참고자료나 해석을 위한 보조자료로 사용될 것이다." [Mashood A. Baderin, "아프리카 지역 인권시스템에 관한 최근의 발전", Human rights Law Review, vol. 5, No.1(2005), p.117). 이 선언은 아프리카 인권위원회의 웹 사이트 http://www.achpr.org에서 볼 수 있다]

사법부의 독립이라 함은 다음을 의미한다.

- ***개개의 법관은 직무 수행을 함에 있어서 독립성**을 향유하여야 한다. 개개의 법관은 보복의 위협이나 개인적 비판을 포함한 외부의 간섭으로부터 자유로운 상태에서 법에 따라 사건을 처리하여야 한다.*
- ***개개의 법관**은 오직 **전문가로서의 자격과 개인적 염결성**에만 근거하여 임명되거나 선출되어야 한다.*
- ***개개의 법관**은 **장기의 임기 보장**을 받아야 한다.*
- ***개개의 법관**은 적**정한 보수를 받아야** 한다.*
- ***개개 법관의 승진은 객관적인 요소**에 근거하여 이루어져야 한다.*
- *비윤리적인 직무상 행위에 대한 **개개 법관의 책임의** 문제는 완전히 독립적이고 공평하며, 적법절차가 보장된 기관에 의해 다루어져야 한다.*

4.6 공평성의 개념

앞에서 본 바와 같이, 공평성의 개념은 독립성의 개념과 밀접한 관련이 있고, 가끔 두 개념은 함께 고려된다. 공평성의 요건은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1), 아프리카헌장 제7조(1), 미주인권협약 제8조(1), 유럽인권협약 제6조(1)에 나타나 있다.

기본원칙의 원칙 2 역시 다음과 같이 규정하고 있다.

> "사법부는 사건을 어떠한 집단으로부터 또는 어떠한 이유로든 직 · 간접적인 제한이나 부당한 영향, 유인, 압력, 위협, 간섭 없이, 사실에 입각하여 법에 따라 공평하게 결정하여야 한다."

*****

Arvo O. Karttunen 사건에서 자유권규약위원회는 규약 제14조(1)에 규정되어 있듯이 "법원의 공평성과 소송절차의 공개는 공정한 재판을 받을 권리의 중요한 측면이다."라고 설명하였다. 또한, 이에 더하여, 공평성의 개념에 따르면 "법관들은 사건에 대한 선입견을 가지면 안 되고, 일방 당사자의 이익을 증진하도록 행동하여서는 아니 된다."라고 설명하였다[69]. 자유권규약위원회는 "법관의 자격박탈 사유가 법률에 정

69) Communication No. 387/1989, *Arvo O. Karttunen v. Finland*(View adopted on 23 October 1992),

해진 경우, 법원은 *직권*으로 이러한 사유들을 고려해야 하고, 이러한 사유에 해당하는 법원의 구성원을 교체하여야 한다. … 국내법에 따르면 자격이 박탈되어야 했던 법관이 참가한 하자 있는 재판은 보통 규약 제14조에 규정된 공정하거나 공평한 재판이 될 수 없다."[70]

이 사건에서 핀란드 항소심 법원은 오직 증거서류에만 근거해서, "비전문 법관 V.S.(lay judge V.S.)의 자격이 명백히 박탈되어야 했음을 인정하면서도," "V.S.의 존재로 인하여 지방법원의 판결이 영향을 받지 않았다."라고 판단하였다.[71] 비전문 법관은 신청인의 부인이 증언하는 동안 부적절한 발언을 하였다는 혐의를 받고 있었는데, 그 발언은 정부 자신도 인정한 것처럼 "증거의 입수와 법원의 판단 내용에 큰 영향을 끼칠 수 있는 것"이었다.[72] 위원회는, "절차적 하자가 정말로 지방법원의 평결에 영향을 끼쳤는지" 여부를 결정할 수 있는 유일한 방법이었던 구술 심리가 항소심에서 열리지 않은 것은 규약 제14조 위반이라고 결론 내렸다.[73]

자유권규약위원회가 나아가 강조하듯이, 재판장은 ***배심원들을 대할 때*** 정의를 부인할 정도로 자의적이거나, 법관의 공평성 의무에 위배된 지시를 하여서는 아니 된다.[74]

*****

헌법상의 권리 프로젝트(Constitutional Rights Project) 사건에서 아프리카 인권위원회는 특히, 재판소는 한 명의 법관과 4명의 군인으로 구성되어야 한다는 조항이 있는 민간소요(특별재판소)법[the Civil Dsturbances(Special Tribunal) Act]과 아프리카헌장 제7조(1)(d)가 양립 가능한지 고려해야 했다. 위원회가 보기에, 재판소는 "대체로 민간소요법을 통과시킨 행정부에 속하는 사람들로 구성된 것이었다."[75] 위

---

in UN doc. *GAOR*, A/48/40(vol. II), p. 120, para. 7.2.

70) Ibid., loc. cit.

71) Ibid., p. 120. para. 7.3.

72) Ibid., p. 117, para. 2.3과 p. 119, para 6.3를 함께 읽을 것.

73) Ibid., p. 120, para. 7.3.

74) Communication No. 731/1996, M. *Robinson v. Jamaica*(Views adopted on 29 March 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40(vol. II), para. 9.4 at p. 128. 이 사건에서 "판사의 지시나 재판의 지휘에 그와 같은 어떠한 흠결이 있다는" 명백한 증거는 없다.

75) *ACHPR, Constitutional Rights Project v. Nigeria, Communication No. 87/93*, para. 13. 또한, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/87-93.html, *ACHPR, International Pen, Constitutional Rights Project, Interights on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organisation v. Nigeria, Communication Nos. 137/94, 139.94, 154.96 and 161/97, decision of 1 October 1998,6*. http://www1/umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_154-96_161_97.html.

원회는 위 헌장 제7조(1)(d)에 의하면 "법원과 재판소는 공평하여야 한다."는 점을 상기하면서, "그러한 재판소의 개별 구성원들의 성격과 관계없이, 비록 실제로는 불공평하지 않다고 하더라도, 그 구성 자체만으로 재판소가 공평하지 않다는 외관을 형성한다."고 덧붙였다. 결과적으로 이 사건에서는 헌장 제7조(1)(d) 위반이 인정되었다.[76]

*****

유럽인권협약 제6조(1)의 공평성 조항과 관련하여, 유럽인권재판소는 2개의 요건, 즉 ***주관적*** 요건과 ***객관적*** 요건에 대해 지속적으로 판결을 내렸다. 우선, "재판소(tribunal)의 어떤 구성원도 개인적인 선입견이나 편견을 가지면 안 된다"는 점에서 "재판소는 ***주관적으로 공평해야만 하고***," 이러한 개인적인 공평성은 "만약 반대되는 증거가 없다면 공평한 것으로 추정된다."[77] 다음으로, "재판소는 객관적인 관점에서도 공정해야만 하므로 "재판소는 이러한 점에 관하여 어떠한 합리적인 의심도 배제된다는 것을 충분히 보장하여야 한다."[78] 또한, 유럽인권재판소는 ***객관적 요건***에 관하여, 법관들의 공평성에 관하여 의심을 불러일으킬 만한 확인할 수 있는 사실이 있는지 여부가 밝혀져야 하고, 이러한 관점에서 볼 때 "외견(appearances) 또한 확실히 중요하다"고 덧붙였다. 왜냐하면 "문제 되는 것은, 민주적인 사회에서 법원이 대중으로부터, 또한, 무엇보다도 절차의 당사자로부터 이끌어내야만 하는 신뢰이기 때문이다."[79]

그리하여 유럽인권재판소는 *Oberschlick* 사건에서 공평성이 결여되어 유럽인권협약 제6조(1)이 위반되었다고 판단하였다. 형사절차 중단 명령(order dismissing)을 파기하는 결정에 참여한 법관이, 그 뒤에 이어진 항소인(신청인)의 유죄판결에 관한 상소심 심리에도 참석하였기 때문이다.[80] 그럼에도 불구하고 "상급심과 최상급심이, 어떠한 조건 하에서, 위 협약 조항에 관한 초기의 위반에 대한 배상을 결정할" 가능성은 존재한다.[81] 그러나 이는 "전면적 관할권"을 가지고 제6조(1)에 예견된 보장을

76) Ibid., para. 14. [추록: 박탈할 수 있는 권한을 포함하여 행정부의 수반에게 사법적 권한을 위임하는 것은 사법권 독립을 심각하게 훼손할 뿐만 아니라, 잠재적으로 권력분립원칙을 훼손한다고 언급한 *Lawyers for Human Rights/Swaziland*에 관한 아프리카 인권위원회의 결정 역시 참조]

77) E*ur. Court HR, Case of Daktaras v. Litbuania, judgment of 10 October 2000*, para. 30. 강조는 추가됨.

78) Ibid., loc. cit.

79) Ibid., para. 32.

80) *Eur. Court HR, Case of Oberschlick v. Austria (1), judgment of 23 may 1991, Series A, No. 204*, p 13, para. 16 and p. 15 para. 22. 유사한 사례로는 *Eur. Court HR, Case of Castillo Algar v. Spain, judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII*, p. 3124 ff. and *Eur. Court HR, the Case of de Haan v. the Netherlands, judgment of 26 August 1997, Reports 1997-IV*, p. 1379 ff. 참조

81) *Eur. Court HR, Case of de Haan v. the Netherlands, judgment of 26 August 1997, Reports 1997-*

제공하는 사법기관에 의하여 사후적인 통제가 이루어질 때에만 가능하다.[82] 심리의 적정성을 평가하기 위하여 관련될지도 모르는 문제들은, 법적인 관점에서 예를 들면, "항소된 판결의 주제, 결론이 도출되는 방식, 희망되었던 항소 이유와 실질적으로 제출된 항소 이유를 포함한 분쟁의 내용"일 것이다.[83] 상급심이 그러한 심리에 대한 전면적 관할권을 가지고 있지 않기 때문에, 유럽인권재판소는 제6조(1)에 위배된다고 판단하였다.[84]

Daktaras 사건에서, 유럽인권재판소는 리투아니아 대법원의 공평성에 관한 신청인의 의심은 "***객관적으로*** 정당하다고 볼 수 있기 때문에" 유럽인권협약 제6조(1)에 위배된다고 판단하였다.[85] 이 사건에서 대법원 형사선임재판장은 항소심 판결에 불만족한 1심 법관의 요청을 받고 대법원 형사부 법관들과 함께 파기 신청을 제출하였다. 형사부장은 항소심 판결이 파기되어야 한다고 제안하였고, 그 사건을 심리할 담당법관의 임명과 재판부의 구성을 담당한 것도 같은 형사부장이었다. 심리에서 검사는 위 부장의 파기신청을 지지하였고, 마침내 대법원은 부장의 파기신청을 받아들였다.

주관적 요건에 관하여 대법원의 개별 법관들이 ***개인적인 편견***을 가지고 있다는 증거는 없지만,[86] ***객관적 요건***에 관하여 보면 결론은 달라졌다. 유럽인권재판소의 관점으로는, 형사부장이 파기신청을 제출하면서 제시한 법적 견해는 당사자들의 관점에서 중립적으로 여겨질 수 없었다. "특정 판결이 받아들여지거나 파기되는 것을 추천함으로써 [형사부장은] 필요적으로 피고인의 편 또는 반대편이 되기" 때문이다.[87] 유럽인권재판소는 "형사부장이 기소된 사건을 맡을 뿐만 아니라 그의 조직적이고 행정적인 역할에 더하여 법원의 구성까지 행한다면, 객관적인 관점에서 볼 때, 부당한 압력이 존재하지 아니한다는 점에 관하여 합리적인 의심을 배제하기에 충분한 보장이 있다고 말할 수는 없다"고 덧붙였다. 나아가 형사부장의 개입이 1심 법관의 요구에 의하

IV, p. 1393, para. 54.

82) *Eur. Court HR, Case of Kingsley v. the United Kingdom, judgment of 7 November 2000*, para. 51. 판결문은 http://www.echr.coe.int/. 참조

83) *Eur. Court HR, Case of Bryan v. the United Kingdom, judgment of 22 November 1995, Series A, No. 335-A*, p. 17, para. 45.

84) *Eur. Court HR, Kingsley v. the United Kingdom, judgment of 7 November 2000*, para. 59

85) *Eur. Court HR,, Case of Daktaras v. Lithuania, judgment of 11 October 2000*, para. 38. 강조는 추가됨.

86) Ibid., para. 31.

87) Ibid., para 35.

여 즉시 이루어졌다는 사실은 상황을 악화시킬 뿐이었다.[88]

[**추록**: 유럽인권협약 제6조의 공평성은 법정모욕에 관련된 판사들에게도 역시 적용된다. *Kyprianou v. Cyprus* 사건에서 변호사인 신청인은 그가 변호인이었던 재판에서 판사의 행동에 이의를 제기했다는 이유로 법정모욕에 해당된다고 판단받았다. 그의 법정모욕 혐의에 관한 심리에서 그는 그가 이의를 제기한 행동을 한 그 판사를 만났다. 유럽인권재판소 대재판부(Grand Chamber)는 그러한 경우는 판사의 공평성에 관하여 객관적으로 정당한 의심을 불러일으킨다고 판시하였다. 위 재판소는 쟁점이 된 법정모욕은 그 판사의 행동을 직접적으로 대상으로 한 것이기 때문에 같은 판사가 그 모욕문제에 대해 심리를 하는 것은 객관적 및 주관적 요건 모두의 측면에서 공평성 원칙을 침해한 것이라고 설시하였다(유럽인권재판소, *Kyprianou v. Cyprus*, No. 73797/01, 2005년 12월 15일 판결).]

공평성의 개념은 ***배심원***에게도 적용 가능하다. *Sander* 사건에서, 유럽인권재판소는 배심원이 인종주의적인 발언과 농담을 한 점, 그 후 법관이 행한 지시도 이미 공평이 흠결되었다는 합리적인 인상과 두려움을 떨쳐버리는 데 실패한 점을 받아들여 유럽인권협약 제6조(1)의 위반을 인정하였다. 유럽인권재판소는 "비록 배심원을 해임하는 것이 공정한 재판을 하기 위한 유일한 방법은 아니지만, 협약 제6조(1)에 의하여 배심원을 해임할 것이 요구되는 어떠한 환경"이 있다는 것을 인정하였다.[89] 이 사건에서 "재판관은 신청인이 그의 인종적 태생 때문에 유죄 선고를 받을 위험이 있다는 심각한 우려에 직면하였고," 게다가 "배심원 중 한 명이 간접적으로 인종주의적인 발언을 한 것을 인정하였다." "모든 체약국이 인종주의 척결의 필요성을 중시하는 것"을 고려할 때, 유럽인권재판소는 "법관은 배심원들이 선입견을 한쪽으로 치워 놓고 사건을 오로지 증거에 근거하여 판단할 수 있다는 모호한 확약을 단순히 추구하기보다는 좀 더 확신에 찬 방식으로 행동했어야 했다"고 판시하였다.[90] 유럽인권재판소는 "그렇게 하는 데 실패함으로써, 법관은 법원의 공평성에 관한 객관적으로 정당화될 수 있거나 합리적인 의심을 배제하는 데 있어 충분한 보장을 제공하지 못했고," 결과적으로 그것은 "객관적인 관점에서 공평하지" 못하였다고 판단하였다.[91]

---

88) Ibid., para 36.

89) *Eur. Court HR,, Case of Sander v. the United Kingdom, judgment of 9 May 2000*, para. 34. 판결문은 http://www.echr.coe.int/ 참조

90) Ibid., loc. cit.

91) Ibid. 공평성의 개념과 관련된 다른 사건은 *Eur. Court HR, Case of Diennet v. France, judgment of 26 September 1995, Series A, No. 325-A*(no violation). 그리고 아래 절에서 다룰 "군사법원과 그 밖의

인종주의적 발언의 혐의가 있는 배심원에 관한 두 번째 사건에서, 유럽인권재판소는 또한, 협약 제6조(1)이 "모든 국내 법원에, 법원의 공평성에 대한 이의 제기가 명백히 근거 없는 것으로 즉시 드러나지 아니할 [때]에는, … 현재 구성되어 있는 법원이 협약 규정의 의미에 비추어 '공평한 법원인지' 확인할 의무를 부과한다."고 강조하였다.[92] *Remli* 사건에서 법원은 그와 같은 조사를 하지 않았고, 그 결과 신청인은 "협약의 요건을 충족시키지 못하는 상황에서, 만약 필요하다고 밝혀졌더라면 받을 수 있었던 구제의 가능성"을 박탈당하였다.[93]

> ***사법부의 공평****이라는 개념은 공정한 재판을 받을 권리의 필수적인 측면이다. 그것은 사건과 관련된 사람들에 대한 개인적인 편견이나 선입견 없이, 또한 일방 당사자의 이익을 촉진시킴이 없이, 모든 관련된 법관들이 객관적으로 행동하여야 하고, 그들의 결정이 적절한 사실과 해당되는 법률에 근거하여야 한다는 것을 의미한다.*

4.7 군사법원과 그 밖의 특별법원 또는 재판소

특수한 상황 아래 있는 군사법원 또는 국가안전보장법원(State Security Courts)과 같은 특수한 관할권을 갖는 특별법원의 창설은 일반적인 현상이고, 이는 종종 적법절차 위반의 문제를 야기한다. 그러나 이 매뉴얼에서 검토된 국제조약은 일반법원과 특별법원(군사법원을 포함하여) 사이에 어떠한 표현상의 구별을 두지 않았다. 자유권규약위원회는 일반논평 제13호에서 규약 제14조의 규정은 "일반법원이든 특별법원이든 그 조항의 범위 내에서 모든 법원에 적용된다는 점"을 분명히 하였다.[94] 이것은 예를 들면, 군사법원 또는 그 밖의 특별법원이 시민을 재판하는 경우에도 마찬가지로 그 법원은 독립성과 공평성의 조건을 준수하여야 함을 의미한다. 자유권규약위원회는 이러한 특별법원을 설립하는 주된 이유가 보통의 표준적인 사법절차를 준수하지 아니하여도 되는 예외적인 절차를 가능하게 하기 위한 것이기 때문에 문제를 야기한다는 점을 인정하였다.[95] 그러나 "규약은 특별법원을 금지하지는 않았지만, 그럼에도 불구하고 규약에 정하여진 조건들은 그러한 법원에서 시민을 재판하는 것이 매

특별법원 또는 재판소"에서 사건들이 언급되었다.

92) *Eur. Court HR, Case of Remli v. France, judgment of 30 March 1996–II*, p. 574, para. 48.

93) Ibid., loc. cit.

94) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 123, para. 4.

95) Ibid., loc. cit.

우 예외적이어야 하고, 규약 제14조에 규정된 완전한 보장이 진정으로 제공되는 상황에서만 실현될 수 있음을 지적하고 있다."[96]

자유권규약위원회는 *R. Espinoza de Polay* 사건에서, 익명으로 소위 "정체불명의"(faceless) 법관으로 구성된 특별법원은 "법원은 독립되고 공평하여야 하고, 또한 그렇게 보여야 한다."는 규약 제14조가 의미하는 "공정한 재판이라는 기본적인 측면을 보장하지 못하기" 때문에 규약 제14조와 양립할 수 없다는 견해를 밝혔다.[97] 그리고 "정체불명의 법관에 의한 재판제도에서는 임시로 설립된 법원이 현역 무장 군인들에 의하여 구성되는 경우도 있을 수 있기 때문에 법관의 독립성과 공평성이 보장되지 않는다."고 덧붙였다.[98] 위원회는 페루의 정기보고서에 관한 심사를 하면서 군사법원은 테러리즘의 혐의로 구속과 고발, 기소를 한 동일한 군부대이고, 독립되고 공평한 상급법원에 의하여 다시 심리될 가능성이 없기 때문에, "정체불명의" 법관에 의해 이루어지는 군사법원에서의 민간인에 대한 재판제도를 엄중히 비판하였다.[99] 위원회는 "군인이 아닌 자에 대한 재판은 독립되고 공평한 사법부에 의하여 민간법원에서 수행되어야 함"을 강조하였다.[100]

자유권규약위원회는 나아가 나이지리아 정부가 "특별법원을 설립하거나 기본권에 관한 헌법적 보장을 철회하거나 일반법원의 관할권을 배제하는 법령을 폐지하지 않은 것"에 대하여 우려를 표현하였다.[101] 위원회는 "기본권과 자유에 관한 보장을 철회하거나 제한하는 모든 법령은 폐지되어야 하고, 법원은 규약 제14조에 규정된 공정한 재판에 관한 기준과 재판절차에 관한 보장을 따라야 함"을 강조하였다.[102] 마찬가지로 위원회는 "이라크의 특별법원이 규약 제14조가 요구하는 절차적 보장을 제공하지 않고, 특히 상소를 허용하지 않으면서도 사형을 선고할 수 있다"는 점에 우려를 표현하였다. 위원회는 이러한 관점에서 당사국인 이라크에 대하여 "규약 제14조(1)에 따라 형사재판을 관할하는 법원은 독립되고 공평한 법관 이외의 자에 의하여 구성되어서는 아니 된다."는 것과 더 나아가 "그러한 법원의 관할권은 법률에 따라 엄격하게 정해져야 하고, 상소의 권리를 포함하여 규약 제14조가 보호하는 절차적 보장이 완전

96) Ibid.

97) Communication No. 577/1994, *R. Espinoza de Polay v. Peru* (Views adopted on 6 Novemver 1997), in UN doc *GAOR*, A/53/40(Vol. Ⅱ), p. 43, para. 8.8.

98) Ibid., loc. cit. 위원회의 견해에 의하면, 이 재판제도는 "규약 제14조(2)에서 보장하는 무죄추정의 원칙을 보장하지 못한다." ibid. 참조 Communication No. 688/1996, *C. T. Arredondo v. Peru*, (Views adopted on 27 July 2000), in UN doc *GAOR*, A/55/40(Vol. Ⅱ), p. 60, para. 10.5

99) UN doc *GAOR*, A/51/40, p. 62, para. 350. 및 p. 64, para. 363.

100) Ibid. p. 62, para. 350.

101) Ibid. p. 51, para. 278.

102) Ibid. p. 53, para. 293.

하게 존중되어야 한다."는 점을 고지하였다.[103]

군사법원의 문제는 카메룬과 관련하여서도 발생하였다. 자유권규약위원회는 시민에 대한 군사법원의 관할권과 그 자체로는 군사적 성격을 갖지 않는 범죄(예를 들어, 총기와 관련된 범죄)에 대하여 관할권을 확대하는 것에 관하여 우려를 표현하였다. 위원회는 당사국은 "군사법원의 관할권이 군 관계자에 의한 군사범죄로 제한되도록 보장할 것"을 권고하였다.[104] 위원회는 과테말라에 관하여 "군 관계자가 관련된 재판에 관한 모든 사건을 심리할 수 있는 군사법원의 광범위한 관할권과 일반법원에서 심리할지 여부를 결정하는 군사법원의 권한은 군 관계자의 불처벌을 조장하고 중대한 인권침해에 대한 처벌을 방해한다."는 점을 주목했다. 그래서 위원회는 "당사국은 군사법원의 관할권을 오로지 군사적 성격의 범죄로 기소된 군 관계자에 대한 재판으로 제한하는 취지로 법률을 개정하여야 한다."는 점을 고지하였다.[105] 위원회는 우즈베키스탄에 대하여도 군사법원의 "광범위한 관할권"에 대하여 우려를 표명한 이후에 동일한 권고를 하였다. 우즈베키스탄에서 군사법원의 관할권은 "군대의 구성원이 관련된 형사사건에 제한되지 않을 뿐만 아니라 특정한 사건의 경우에 예외적으로 일반법원의 관할권이 작동하는 것을 허용하지 않는다는 행정부의 의견에 따라 민사사건과 형사사건에 대하여도 미친다."[106] 레바논 군사법원의 광범위한 관할권에 관한 문제를 검토한 이후에 위원회는 "당사국은 군사법원의 관할권에 대하여 재검토하고, 일반인에 관련된 모든 재판과 군인에 의한 기본권 침해와 관련된 모든 사건에 관한 권한을 일반법원에 이양할 것"을 권고하였다.[107]

*****

아프리카 인권위원회는 나이지리아의 강도 및 총기에 관한 법률(특별규정) [Robbery and Firearms (Special Provision) Act]에 의하여 설치된 특별법원에 관한 사건에서 무엇보다도 아프리카헌장 제7조(1)(d)를 위반하였다고 결론 내렸다. 이 특별법원은 3인 즉, 1인의 판사, 1인의 육군, 해군 또는 공군 장교, 1인의 경찰관으로 구성되었다. 위원회가 언급한 바와 같이, 관할권은 "일반법원에서 강도 및 총기에 관한 법률을 통과시킨 부서인 행정부에 속한 인사들로 주로 구성된 법원(그런데 그 구성원들은 법적 전문성도 필수적으로 보유하고 있는 것은 아니다)"으로 이양되어 있었

103) UN doc *GAOR*, A/53/40, pp. 20–21, para. 104.
104) UN doc *GAOR*, A/55/40(Vol. I), paras. 215–216.
105) UN doc *GAOR*, A/56/40(Vol. I), p 96, para. 20.
106) Ibid., p. 61, para. 15.
107) UN doc *GAOR*, A/52/40(Vol. I), p 55, para. 344.

다. 위원회는 위와 같은 법원은, 법원은 공평하여야 한다는 아프리카헌장 제7조(1)(d)에 규정된 조건을 위반하였다고 결론 내렸다. "법원을 구성하는 개인들의 특성과 관계없이 그러한 구성 그 자체로, 실제로는 부족하더라도, 공평성의 외견을 갖추어야 한다."[108]

순수 군사법원이 아프리카헌장과 양립할 수 있는지의 문제는 나이지리아 독립 일간지인 "*의회(The Diet)*"의 편집자인 Niran Malaolu에 대한 특별군사법원의 비밀재판에 관한 *Media Rights Agenda* 사건에서 쟁점이었다. 법원은 그에게 반역죄를 인정한 후 종신형을 선고하였다.[109] 아프리카 인권위원회는 군사법원이 행하는 민간인에 대한 재판에 관한 일반적인 입장으로써 아래와 같은 아프리카에서의 공정한 재판과 법적 조력에 대한 권리에 관한 결의(Resolution on the Right to Fair Trial and Legal Assistance in Africa)의 내용을 상기시켰다.

> "*많은 아프리카 국가에서 보통의 사법기관과 함께 군사법원과 특별법원이 존재한다. 군사법원의 목적은 군 관계자에 의해 행하여진 순수한 군사적인 성격의 범죄에 관한 판단을 위한 것이다. 그 직무를 수행함에 있어 군사법원은 공정한 재판기준을 존중하여야 한다.*"[110]

아프리카 인권위원회는 "***군사법원은 어떤 상황에서도 민간인에 대한 관할권을 가져서는 안 되고, 마찬가지로 특별법원은 일반법원의 관할권에 속하는 범죄에 대하여 재판을 시도하여서는 아니 된다.***"는 점을 추가하였다.[111] 위원회는 특히 반역죄와 기타 관련 범죄의 재판을 위한 특별군사법원의 창설은 그러한 범죄가 나이지리아에서 일반법원의 관할권에 속하는 것으로 인식되고 있었으므로 사법의 독립에 악영향을 미친 것으로 보았다.

나아가 군사법원의 재판은 아프리카헌장 제7조(1)(d)와 사법부의 독립에 관한 기본원칙의 원칙 5에서 보장한 공정한 재판에 대한 권리를 침해한 것으로 보았다. 위

108) *ACHPR, Constitutional Rights Project(in respect of Wahab Akanu, Gbolaban Adeaga and Others) v. Nigeria, Communication No. 60/91, decision adopted on 3 November 1994, 16th session, paras*, 36-37, 결정문은 http://www.up.ac.za/chr에서 참조. 유사한 사례는 *ACHPR, Constitutional Rights Project(in respect of Zamani Lekwot and 6 Others) v. Nigeria, Communication No. 87/93, decision adopted during the 16th session October 1994*, para 30-31, 결정문은 위 사이트 참조.

109) *ACHPR, Media Rights Agenda(on behalf of Niran Malaolu) v. Nigeria, Communication No. 244/98, decision adopted during the 28th session, 23 October-6 November 2000*, paras 6-8, 위 사건의 결정문은 http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html 참조.

110) Ibid, para. 62. 강조는 아프리카 인권위원회의 결정 원문임.

111) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

기본원칙의 원칙 5는 아래와 같다.

> "누구나 확립된 법적 절차를 적용하는 일반법원에 의한 재판을 받을 권리를 가진다. 일반법원의 관할권을 배제하기 위하여 정당하게 확립된 법적 절차를 적용하지 않는 법원이 창설되어서는 아니 된다."

그러한 법원은 "당사국은 사법의 독립을 보장할 의무가 있다."는 위 헌장 제26조를 위반한 것이다.[112]

마지막으로 나이지리아 군사정부 치하에서 설치된 특별군사법원에 관한 사건에서, 아프리카 인권위원회는 ***군사적인 규율의 관점에서 처벌받을 수 있는 범죄로 기소된 장교에 대하여 군사법원의 법적 절차의 공정성에 관하여*** 고려하지 않을 수 없었다. 이 사건에서 위원회는 아래와 같이 기술하였다.

> " … 군사법원은 비민주적인 군사정부 치하에 있었다는 점을 분명히 이해하여야 한다. 달리 말하여 행정부와 입법부의 권한은 군사적 지배에 포함되어 있었다. 이것은 군사적 지배자가 총구의 변덕에 따라 통치할 수 있는 백지위임장을 갖고 있음을 의미하는 것이 아니다. 오히려 우리는 인권, 정의, 공정함의 법률이 여전히 지배하여야 함을 강조하고 싶다."[113]

나아가 "특히 설명할 책임을 지지 않는 비민주적인 군사정부 아래에서도 시민과 군대의 장교에 대하여 동등한 최소한의 보호를 제공하는 헌장 제7조의 규정은 예외가 허용되지 않는 것으로 고려되어야 한다는 것"이 위원회의 견해였다. 이어서 위원회는 자유권규약위원회의 일반논평 제13호와 유럽인권위원회의 판례법을 언급하였다. 이에 따르면 "법원이 '법률에 의하여' 설립될 것을 요구하는 목적은 사법기관은 행정부의 재량에 의존하여서는 안 되고, 반드시 의회에서 제정한 법률에 의하여 규율되어야 한다는 것"이다. 위원회는 군사법원에 관하여 "결정적으로 중요한 요소는 절차가 공정하고, 공평하며, 편파적이지 않은지 여부"라고 덧붙였다.[114]

위원회는, 군사법원 자체가 헌장에 규정하고 있는 권리를 침해하거나, 불공평

112) Ibid., para. 66.

113) *ACHPR, Civil Liberties Organisation, Legal Depense Centre, Legal Depense and Assistance Project v. Nigeria, Communication No. 218/98, decision adopted during the 29th Ordinary session, 23 April–7 May 2001*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html.에 게재된 결정문 p.3 참조.

114) Ibid. loc. cit.

하거나 불공정한 절차를 의미하는 것은 아니라는 점을 고려하면서도, 아래와 같은 점을 강조하였다.

> "군사법원은 다른 절차에서와 같은 수준의 공정성, 개방성, 정의, 독립성과 적법절차의 요구를 충족시켜야 한다. 이를 위반하는 것은 공정성을 보장하는 기본적이고도 근본적인 기준을 준수하지 못한 것이다."[115]

위원회는, 이 사건에서 군사법원은 이미 독립성 기준을 충족시키지 못하였기 때문에 군 장교에 의하여 재판이 진행되었다는 점이 헌장의 또 다른 위반인지 여부에 관하여 결정할 필요가 없다고 판단하였다.[116]

*****

미주인권재판소는 *Castillo Petruzzi et al.* 사건에서, 피해자들의 반역죄 혐의에 대하여 심리한 군사법원이 "미주인권협약 제8조(1)이 적법절차의 본질적 요소로 인정한 독립성과 공평성의 보장에 포함되는 요건들을 충족하지 못하였다."고 판시하였다.[117] 1992년에는 반역죄로 기소된 민간인들을 재판하는 군사법원의 권한이 법령에 의하여 "시기와 관계없는 것으로" 확대되었는데, 이전에 군사법원은 국가가 국외에서 전쟁 중인 때에만 그러한 재판을 할 수 있었다. 반테러 국가기관인 DINCOTE는 "조사권한을 부여받았으며, 군법에 규정된 대로 '작전 지역에서' 약식절차로 진행되었다."[118] 해당 부분의 판결 이유는 다음과 같다.

> "128. … 일반법원으로부터 군사법원으로 관할을 이전하여 군사법원으로 하여금 반역죄로 기소된 민간인들을 재판하게 하는 것은, 법률에 의하여 사전에 설립된 권한 있고, 독립적이며, 공평한 재판소가 이러한 사건들을 심리하지 아니한다는 것을 의미한다. 실제에 있어서 군사법원은 민간인에게 적용되는 법률에 따라 사전에 설립된 법원이 아니다. 민간인들은 군사적 기능을 수행하지도 않고 군사적 의무를 부담하지도 않기 때문에 군사적 의무를 위반한 행위에 관여할 수가 없다. 일반법원이 심리하여야 할 사안에 대하여 군사법원이 관할을 가진다면, 법률에 의하여 사전에 설립된 권한 있고, 독립적이며, 공평한 법원에서 재판을 받을 개인의 권리, *더 나아가(a fortiori)* 적법절차에 대한 권리가 침해되는 것이다. 적법절차에 대한 이러한 권리는 바로 법원

115) Ibid. p. 6, para. 44.

116) Ibid., loc. cit.

117) I-*A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, judgement of May 30, 1999, in OAS doc. OEA/Ser.L/V/*Ⅲ.47, doc.6, *Annual Report I-A Court HR 1999*, Appendix Ⅸ, p. 263, para. 132.

118) Ibid., p. 262, para. 127.

에 대한 접근권과 밀접하게 연관되어 있다.

> 129. 사법부의 독립이라는 기본원칙은 모든 사람이 일반법원에서 법률에 의해 정해진 기존의 절차에 따라 재판받을 권리를 갖는다는 것이다. 국가는 '정당하게 확립된 법적 절차를 적용하지 아니하는 법원을, 일반법원의 관할권을 배제하려는 목적으로' 창설하여서는 아니 된다.[119]

> 130. 미주인권협약 제8조(1)에 따르면, 재판장은 권한이 있고, 독립적이며, 공평하여야 한다. 본 사건에서는, 반란을 제압할 임무가 있는 군대가 반란단체에 관련된 사람들을 기소하는 역할까지 맡는다. 이는 모든 법관이 지녀야만 하는 공평성을 상당히 약화시킨다. 더욱이 군 법률에 의하면, 군사재판을 담당하는 최고 기구인 군사최고법원의 구성원들은 해당 구역을 담당하는 장관이 임명한다. 이러한 구성원들은 그 하급자 중 누구를 승진시킬 것인지, 누구에게 어떠한 인센티브를 줄 것인지를 결정할 뿐 아니라 누군가에게 임무를 부여하기도 한다. 이것만 보더라도 군사재판담당자들의 독립이 심각하게 문제 될 여지가 있는 것이다.[120]

재판장이 "정체불명"이라는 점과 관련하여, 위 재판소는, 이러한 사안들에 있어서 "피고인들은 자신들의 재판을 담당하는 자의 신원을 알 방법이 없고, 따라서 그들이 권한 있는지도 알 수가 없다"고 하였다. 더욱이 문제는 "법률상 이러한 재판담당자들이 회피할 수 있도록 허용되지 않는다는 사실"이다.[121]

그러나 *Genie Lacayo* 사건에서, 미주인권재판소는, 군사법원이 관련되어 있다고 하더라도 그 자체만으로는 협약에서 당사자에게 보장하고 있는 인권이 침해당하였음을 의미하는 것은 아니라고 판시한 바 있다.[122] 이 특정 사안에서는, 당사자가 "군사상 절차에 참여하고, 증거를 제출하며, 적절한 구제수단을 사용하고, 마지막으로, 니카라과 대법원에 사법심사를 청구할 수 있었다." 그리하여 그 당사자는 군사재판에서 법령을 적용하는 것이 협약에서 보호되는 절차적 권리를 제한한다는 주장을 할 수 없었다.[123] 군사재판에 관련된 법령이 군사법원의 독립성과 공평성 원리를 위반하였다는 주장에 대하여는, 그 재판소가 특히 제2심이 고위 군인들로 구성되었다는 이유뿐

119) 미주인권재판소가 여기에서 인용하고 있는 것은 유엔의 사법부의 독립에 관한 기본원칙이다.

120) Ibid., pp. 262–263, paras. 128–130.

121) Ibid., p. 263, para. 133, 미주인권위원회 역시 페루에서의 "정체불명의 법관" 이용을 엄중히 비판한 바 있다. OAS doc. OEA/Ser.L/V/Ⅱ.95, doc. 7 rev., *Annual Report of the Inter–American Commission on Human Rights 1996*, pp. 736–737. 참조.

122) *I–A Court HR, Genie Lacayo Case, judgement of January 29, 1997*, in OAS doc. OAS/Ser.L/V/Ⅲ.39, doc. 5, *Annual Report I–A Court HR 1997*, p. 54, para. 84.

123) Ibid., p. 54, para. 85.

만 아니라, 증거를 평가함에 있어서 "Sandinista[역주: 1979년 Somoza 정권을 무너뜨린 니카라과의 민족 해방 전선의 일원을 말한다]식 재판상 양심"과 같은 이념적 요소가 이용될 수 있다는 이유로 인하여, 미주인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "그러한 규정들이 이 사안의 심리 당시에 시행 중이었고, 그 사안을 재판하는 군사법원의 독립성과 공평성을 저해할 수 있었을지라도, 그러한 규정들은 바로 이 사안에는 적용되지 아니하였다."[124]

반면, 미주인권재판소는, 군사법원 제1심에서 "*Sandinista* 법"이라는 표현이 사용된 법률 규정을 적용하였음을 인정하였다. 그러나 이러한 용어는 "피상적인 이념적 암시만을" 가질 뿐이고, "그러한 법을 적용하였다고 하여 그 군사법원의 공평성과 독립성이 훼손되었다거나 Mr. Raymond Genie-Panalba의 절차적 권리가 침해되었다는 점이 증명된 것은 아니다."[125]라고 판시하였다.

미주인권재판소가 내린 위 두 판결의 이유가 서로 다른데, 두 번째 사안과 관련하여, 정의는 실제 행하여져야 할 뿐만 아니라 행해진 것처럼 보여야 한다는 원리를 적용하는 것이 적절하지 않았는가 하는 문제가 제기될 수 있다.

마지막으로, 미주인권위원회에서는 미주기구의 모든 구성 국가들에 다음과 같이 권고하였다.

> "어떠한 종류의 범죄로 기소된 민간인도 독립성 및 공평성을 본질적 성격으로 갖는 일반 법원에서 재판을 받을 수 있어야 하며, 군사법원의 관할이 군사상 위반행위에 엄격히 한정될 수 있도록 미주인권협약 제2조에 따른 필요한 입법조치 및 기타 조치들을 마련하여야 한다."[126]

*****

유럽인권재판소는, 터키와 관련하여 "이 재판소의 임무는 국가안보법원을 설립할 필요성에 관하여 *추상적*으로 결정하는 것이 아니다."라고 하면서도, 민간인인 관련 당사자가 "객관적으로 볼 때" "(자신을 재판하는 법원이) 독립성과 공평성이 부족할지

124) Ibid., p. 54, para. 86.

125) Ibid., para. 87.

126) OAS doc. OEA/Ser.L/V/Ⅱ.95, doc. 7 rev., *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1996*, p. 761

도 모른다는 두려움을 느끼는 데 정당한 이유가 있는지" 여부를 심사하는 것은 여전히 이 재판소의 임무라고 판시한 바 있다.[127] 무엇보다도 *Sürek* 사건에서, 당사자는 반테러 투쟁에 관여하는 공무원의 신분을 공개하였다는 공소사실로 이스탄불 국가안보법원에 기소되었는데, 유럽인권재판소는 당사자가 "군법무국의 일원인 군인이 포함된 재판부에 재판받는 것에 대해 우려하는 점"을 받아들일 만하다고 판시하였다.[128] 위 재판소는 다음과 같이 설시하였다.

> "당사자가 이스탄불 국가안보법원이 사안의 본질과는 상관없는 고려사항들 때문에 부적절하게 영향을 받을 수도 있다는 우려를 할 만하였다. 다시 말해, 법원이 독립성과 공평성이 결여되었을 수 있다는 점에 관한 당사자의 우려는 객관적으로 정당화될 수 있는 것으로 보인다. 파기원(Court of Cassation)은 완전한 관할을 가지고 있지 않기 때문에, 이러한 우려를 떨쳐내 줄 수 없었다."[129]

*군법회*의 군인들이 행하는 재판과 관련하여, 유럽인권재판소는 수많은 사안에서 영국에 있는 그러한 법원들이 유럽인권협약 제6조(1)이 의미하는 "독립성과 공평성"을 갖추고 있는지를 심사하였다. 예컨대, *Findlay* 사건에서, 유럽인권재판소는, 군법회의의 소집권자가 "어떠한 범죄사실로 기소할 것인지, 그리고 어떠한 유형의 군법회의가 가장 적절한 것인지를 결정하며," 더 나아가 "군법회의를 소집하고, 그 구성원뿐 아니라 기소담당관과 변호인을 임명하기까지 하는" 등 기소절차에서 중심적인 역할을 수행하는 것을 고려하면, 군법회의는 독립성과 공평성을 충족하지 못하였다고 판시하였다.[130] 또한, 군법회의의 소집권자가 임명한 군법회의 구성원들은 그 소집권자의 부하이고, 재판장을 포함한 많은 구성원은 "직접적으로 또는 최종적으로 그 소집권자의 명령을 따라야 한다." 군법회의 소집권자는 "미리 정해진 상황 하이기는 하지만, 재판 전에 또는 재판 중에 군법회의를 해산할 권한까지도 갖고 있다."[131]

유럽인권재판소는 "법원의 독립성과 공평성에 대한 신뢰를 유지하기 위해서는, 외견도 중요할 수 있다."고 하면서, "군법회의 구성원들은 … 소집권자의 부하이고,

---

127) 예를 들어, *Eur. Court HR, Case of Sürek v. Turkey, judgement of July 1999*. 참조.

128) Ibid., loc. cit.

129) Ibid. 유사한 사례들로는 예를 들어 *Eur. Court HR, Case of Incal v. Turkey, judgement of 9 June 1998, Reports 1998-Ⅳ*, p. 1547 ff., *Eur. Court HR, Case of Çiraklar v. Turkey, judgement of 28 October 1998, Reports 1998-Ⅳ*, p. 3059 ff.와 *Eur. Court HR, Case of Okçuoglu v. Turkey, judgement of 8 July 1999*; 참조. 마지막 사건의 판결문은 http://www.echr.coe.int 참조.

130) *Eur. Court HR, Case of Findlay v. the United Kingdom, judgement of 21 January 1997, Reports 1997-Ⅰ*, p. 281, para. 74.

131) Ibid., p. 282, para. 75.

그 명령에 따라야 하기 때문에, Findlay가 그 재판소의 독립성과 공평성에 대하여 의문을 제기하는 것은 객관적으로 정당화되었다"고 결론 내렸다.[132]

유럽인권재판소는, 소집권자가 "군법 회의의 결정을 재가할 때까지 그 결정은 효력이 없고, 그가 적절하다고 생각한다면 부과된 형을 변경할 권한도 가지고 있다."는 의미에서, 소집권자임과 동시에 "확인권자"(confirming officer)이기도 하다는 점 역시 중요하다고 하였다.[133] 유럽인권재판소의 관점에서,

> "… 법원이라는 개념에는 비사법적 권한에 의하여 변경될 수 없는 구속력 있는 결정을 내릴 권한이 있다는 점을 내재하고 있고, 이러한 권한은 유럽인권협약 제6조(1)에서 요구하는 '독립'의 요소이기도 하다는 것이 확립된 원칙인데, 위와 같은 확인권은 위 원칙에 반하는 것이다."[134]

민간인을 재판하는 군사법원과 다른 특수법원, 그 밖의 재판소에도 사법부의 독립성과 공평성 요건을 포함한 국제인권법상 공정한 재판과 적법절차의 보장원칙이 전면적으로 적용된다.

아프리카헌장에 의하면, 군사법원은 어떠한 경우에도 민간인을 재판할 수 없고, 특수법원은 법률에 정한 일반법원의 관할에 속하는 사건들을 다룰 수 없다.

비록 자유권규약위원회가, 군사법원이 민간인을 재판하는 것은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약 제14조에 의하여 모든 경우에 위법한 것이 된다고 판시하지는 않았지만, 협약 당사자들에 대하여 민간인과 관련된 군사법원의 권한을 일반법원에 이양하도록 권고하는 것이 분명한 경향이다.

132) Ibid., para. 76.

133) Ibid., para. 77.

134) Ibid., loc. cit. 유사한 사례들로는, 예컨대 *Eur. Court HR, Case of Coyne v. the United Kingdom, judgement of 24 September 1997, Reports 1997-V, p. 1842 ff.*.와 *Eur. Court HR, Case of Cable and Others v. the United Kingdom, judgement of 18 February 1999* 참조; http://www.echr.coe.int 참조.

5. 국제법과 검사의 독립

5.1 1990년 검사의 역할에 관한 지침

법치주의와 인권에 관한 기준을 효과적으로 유지하기 위하여 강력하고, 독립적이며, 공평한 기소권자가 필요하다는 것은 이미 이 장에서 강조한 바 있다. 국제인권법하에서 검사의 구체적 직무에 관하여는 이 매뉴얼의 관련 부분에서 더 깊이 다루겠지만, 이 장에서는 검사의 역할에 관한 지침의 내용에 대하여 개괄적으로 안내하고자 한다. 위 지침은 "회원국들이 형사절차에 있어서 검사들의 효율성, 공정성, 공평성을 보장하고 증진하는 임무를 수행하는 것을 돕기 위하여"(전문의 마지막 문단) 1990년에 열린 범죄예방 및 범죄자 처우에 관한 제8차 유엔 회의에서 채택된 것이다.

이 지침은 검사의 자격요건, 선발 및 연수, 지위와 근무조건, 표현과 결사의 자유, 형사절차에서의 역할, 재량적 기능, 검찰에 의한 기소의 대안, 다른 정부기관들과의 관계, 징계절차, 지침의 준수 등에 관한 24개의 구체적인 지침으로 이루어져 있다.

지침의 전문 다섯 번째 문단은 둘째 문단에 비추어 볼 때 다음과 같은 규정을 두고 있다. "검사들은 사법운용에 있어서 중요한 역할을 한다. 위와 같은 중요한 책임수행을 위한 규율을 정함에 있어서는 검사들로 하여금 법 앞의 평등원칙, 무죄추정 원칙, 독립적이고 공평한 법원에 의하여 공정하고 공개된 재판을 받을 권리를 존중하고 준수할 수 있도록 하는 것이어야 하고, 이는 공평한 형사사법의 실현과 시민을 범죄로부터 효과적으로 보호한다는 목적을 가진다."

[**추록**: 유럽에서 특별히 검사들에 관하여, 특히 형사사법시스템에서의 공소권의 역할에 관하여는 체약국에 대한 유럽평의회 각료위원회의 권고안(2000) 19 참조. 이 권고안은 http://cm.coe.int/ta/rec/2000/2000r19.htm에서 찾을 수 있다.]

5.2 직업상 자격요건

지침 1, 2에 의하면, 검사로 선발되는 자는 적절한 교육과 자격을 가짐과 동시에 염결성과 능력이 있는 사람이어야 한다. 국가는, 직무수행능력 등과 관련이 없는 사유를 근거로 편향되거나 차별적인 임명이 이루어지지 않도록 안전장치가 확보된 검사 선발기준을 마련하여야 한다. 다만 검사 지원자가 당해 국가의 국민이어야 한다는 요건을 두는 것은 차별적인 것이 아니다. 또한, 지침 2(b)에 의하면, 국가는 "검사들이

적절한 교육과 연수를 받을 수 있도록 보장하여야 하고, 검사들이 자신의 직무와 관련하여 피의자와 피해자의 권리에 대한 헌법적, 법률적 보호, 국내법 및 국제법에 의하여 인정되는 인권과 기본적 자유의 수호라는 자신의 직무상 이념과 윤리적 책무를 명확히 인식할 수 있도록 하여야 한다."

5.3 직무상의 지위와 근무조건

검사는 "사법운용의 불가결한 요소로서, 명예와 존엄을 항상 유지해야 한다"(지침 3). 국가는 "검사가 협박, 방해, 괴롭힘, 부적정한 간섭 또는 민사상, 형사상 또는 다른 책임을 부당하게 추궁당하지 않고 직무를 수행할 수 있도록 보장하여야 한다"(지침 4). 더욱이, "검사와 그의 가족은, 직무수행의 결과로 신체의 안전이 위협받을 때, 공적 기관에 의해 신체적 보호를 받을 수 있어야 한다"(지침 5). 법률과 공표된 규칙에서 특히 "검사의 합리적인 근무조건, 충분한 보수"가 정해져 있어야 하고, 승진제도가 존재하고 있는 경우 승진은 "전문적 자격, 능력, 염결성 그리고 경험 등과 같은 객관적 요인에 근거하여 공정하고 공평한 절차에 따라 결정되어야 한다"(지침 6, 7).

한편 사법부의 독립에 관한 기본원칙에서는 위 지침과 달리 법관의 신체의 안전을 보호하는 국가의 의무를 구체적으로 정하고 있지 않다는 점을 주목할 만하다.

5.4 표현과 결사의 자유

"검사는 다른 시민과 마찬가지로, 표현, 신념, 결사와 집회의 자유를 누릴 권리가 있다." 그리고 특히 "법률, 사법의 운용 및 인권의 촉진과 보호에 관한 사항의 공적 토론에 참가할 권리, 지역적, 국가적, 국제적 조직에 가입하거나 그 회의에 참석할 권리가 있고, 그와 같은 합법적 권리를 행사하였다거나 합법적 조직의 구성원이라는 이유로 직업상의 불이익을 받지 않는다." 그러나 "검사가 이러한 권리를 행사함에 있어서는 법률과 해당 직무에서의 윤리기준을 준수하여야 한다"(지침 8).

5.5 형사절차에서의 역할

형사절차에서 있어서 "검사는 사법부와 엄격히 분리되어야 한다"(지침 10). 더욱이 검사는

> "기소를 포함한 형사절차, 법률 기타 지역 실무관행으로 인정되는 경우에 있어서는 범죄의 수사, 수사의 합법성 감독, 법원 결정의 집행에 관한 감독 및 공익의 대표자로서 그 밖의 다른 직무를 행사함에 있어서 적극적인 역할을 수행하여야 한다"(지침 11).

법관과 마찬가지로, 검사는 자신의 기호에 따라 행동하는 것이 아니라 법률에 따라 행동할 의무와 다음과 같은 의무를 부담한다.

> "자기의 직무를 공정하고, 일관적이며, 신속하게 수행하고, 인간의 존엄을 존중하고 보호하며, 인권을 보호함으로써 적법절차의 확보 및 형사사법제도의 원활한 기능에 공헌한다"(지침 12).

검사는 그 직무를 수행함에 있어 특히, "그 직무를 공정하고, 정치적, 사회적, 종교적, 인종적, 문화적, 성적 또는 기타 모든 종류의 차별 없이 행하여야 한다." 그리고

> "공무원이 행한 범죄, 특히 부패, 직권남용, 중대한 인권침해 및 기타 국제법상 인정된 범죄에 관하여 당해 범죄에 관한 기소, 그리고 법률이나 지역 실무 관행으로 인정되는 경우 당해 범죄의 수사에 적정한 주의를 기울여야 한다"(지침 15).

검사는 "피의자의 인권에 중대한 침해를 가져오는 불법적인 수단, 특히 고문 또는 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 취급 또는 처벌, 그 밖의 다른 형태의 인권침해를 통하여 입수한, 피의자에게 불리한 증거에 관하여" 특별한 의무가 있다. 이러한 상황에서, 검사는 "불법적인 수단을 사용했던 자 이외의 다른 사람에 대해서 당해 증거가 이용되는 것을 거부하거나, 법원에 그 취지를 설명하는 것과 동시에, 그러한 불법적 수단의 사용에 대한 책임자가 재판을 받도록 모든 필요한 조치를 취하여야 한다"(지침 16).

자유권규약위원회는, 프랑스에 대하여, "경찰에 의한 인권침해에 대한 현행 수사 절차"에 대하여 우려를 표시하면서 "검사가 법집행공무원이 연루된 인권침해 사건을 수사함에 있어서 법을 전부 또는 충분히 집행하지 않고 있고, 법집행공무원이 관여된 인권침해의 사건에 있어서 수사와 기소가 지연되거나 불합리하게 장기간 지속되는 점에 관하여"도 우려를 표명하였다. 위원회는 프랑스에 대하여 "모든 수사와 기소가 규약 제2조(3), 제9조, 제14조를 완전히 준수하여 이루어지도록 적절한 조치를 전면

적으로 취할 것을 권고하였다."[135]

5.6 기소의 대체수단

지침 중 기소의 대체수단에 관한 지침, 특히 검사의 청소년 관련 사건의 지침(지침 18과 19)과 관련하여서는, 제10장 *사법운용에서의 아동의 권리*에서 다룰 것이다.

5.7 책임

"직업적 기준을 명확하게 벗어나는 행동을 한" 검사에 관한 징계 절차는 "적절한 절차 하에서 신속하고 공정하게 처리되어야 한다." 검사는 "공정한 심리에 대한 권리를 갖고" 법관의 경우와 마찬가지로 징계결정은 "독립적 심사의 대상이 된다." 이는 행정부에 의한 지나친 간섭의 가능성을 배제하고, 검사의 독립을 강화하기 위하여 요구되는 것이다(지침 21).

검사는 사법의 운용에 있어서 불가결한 직무를 수행하고, 사법부와 행정부로부터 엄격하게 분리되어야 한다.

검사는 특히 다음 사항이 요구된다.

- *방해와 괴롭힘 없이 안전하게 형사절차에서 직무를 수행할 수 있을 것*
- *객관적이고 공평하게 행동하고, 법 앞의 평등, 무죄추정, 적법절차보장의 원칙을 존중할 것*
- *법집행공무원을 포함하여 공공기관에 의해 자행되는 인권침해에 적절한 주의를 기울일 것*
- *인권을 침해하는 불법적인 방법(고문 등을 통한 자백의 강요)으로 얻은 증거를 사용하지 않을 것.*

6. 국제법과 변호사의 독립

6.1 적용되는 국제법

135) UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. Ⅰ), para. 402.

독립적이고 공평한 법관과 검사에 더하여, 민주사회에서 법의 지배를 유지하고 인권의 효과적인 보호를 확립하기 위한 세 번째 중요한 축을 이루는 것이 변호사이다. 1990년 범죄예방과 범죄자 처우에 관한 제8차 유엔 회의에서 채택된, 변호사의 역할에 관한 기본원칙은 전문 제9문단에서 아래와 같이 언급하였다.

> "… 경제적, 사회적, 문화적 권리인지 시민적, 정치적 권리인지 여부를 불문하고, 모든 사람에게 인정되는 인권과 기본적 자유를 충분히 보호하기 위해서는 독립적인 법률 전문가에 의해 제공되는 법적 서비스에 대한 효과적인 접근이 가능하여야 한다."

변호사가 그런 직무를 효과적으로 수행하기 위해서는, 국내법 및 국제법상 적법절차의 원칙이 보장되어야 할 뿐만 아니라, 앞서 법관과 검사에 관하여 언급된 바와 같은 유형의 압력으로부터 자유로워야 한다.

다시 말하면, 공정하고 효율적인 사법의 운용을 위해서는 변호사 역시 신체적 공격, 괴롭힘, 부패 그 밖의 위협을 받지 않고 일할 수 있을 것이 요구된다.

국제법이 변호사로 하여금 민 · 형사절차상 의뢰인의 이익을 독립적이고 효율적으로 대변할 수 있도록 규정한 절차적 보장사항들은 이 매뉴얼의 다른 부분에서 살펴보도록 한다. 여기서는 '변호사의 역할에 관한 기본원칙'의 주요 원칙뿐 아니라 변호사의 권리보장을 위한 국제감시기구의 사례에 관하여 특히 주목하여 이를 분석하는 데에 집중하도록 한다.

6.2 의무와 책임

기본원칙의 원칙 12는 "변호사는 사법운용의 불가결한 직무 수행자로서 항상 변호사직의 명예와 존엄을 유지하여야 한다."라고 규정하고 있다. 그리고 원칙 13에 따르면, 그들의 직무는 다음과 같은 사항을 포함한다.

(a) 의뢰인의 법적 권리 및 이와 관련 있는 법 제도의 기능에 관하여 의뢰인에게 조언하는 것
(b) 모든 적절한 방법으로 의뢰인을 조력하고, 의뢰인의 이익을 보호하기 위하여 법적 조치를 취하는 것
(c) 적당한 경우에는 법원 또는 재판소, 행정기관에서 의뢰인을 조력하는 것

변호사는 또한, "의뢰인의 권리를 보호하고, 사법의 이상을 증진하기 위해 국내법과 국제법에서 인정되는 인권 및 기본적인 자유를 보호하기 위해 노력하고, 항상 자유롭고 성실하게 법과 공인된 법조 윤리 및 기준에 따라 행동하여야 한다"(원칙 14). 마지막으로, "변호사는 항상 의뢰인의 이익을 충실히 존중하여야 한다"(원칙 15).

6.3 변호사의 직무수행을 위한 보장

변호사의 역할에 관한 기본원칙의 원칙 16에 따르면,

> "정부는 변호사들이 (a) 협박, 방해, 괴롭힘 또는 부당한 간섭 없이 그들의 모든 직무를 수행할 수 있고, (b) 국내외를 자유롭게 이동하여 상담할 수 있으며, (c) 공인된 직업상의 의무, 기준 및 윤리에 따라 행해진 행동에 대하여 소추되거나 행정적, 경제적 기타 제재를 받거나 그러한 제재의 위협을 받지 않도록 보장해야 한다."

더욱이, "직무수행의 결과로 변호사의 안전이 위협받을 경우, 당국에 의한 적절한 보호를 받을 수 있어야 한다"(원칙 17).

이미 언급한 바와 같이, 변호사로 하여금 권리와 자유를 찾고자 하는 의뢰인의 방어를 포기하게 하려는 목적으로 매년 많은 수의 변호사들이 살해당하거나 위협받는 등 다양한 방법으로 괴롭힘을 당한다. 따라서 정부가 변호사들의 직무수행에 수반되는 이러한 간섭으로부터 변호사를 보호하기 위해서 최선을 다하는 것이 필수적이다.

******

아프리카 인권위원회는, 2인의 변호인단이 "피고인의 변호를 사임하도록 압력을 받은" 사건에서, 아프리카헌장 제7조(1)(c)에서 보장한 방어권이 침해되었다는 결론에 이르렀다.[136)]

*****

또 다른 중요한 규칙은 기본원칙의 원칙 18에 규정되어 있다. "변호사는, 그의 직무를 수행하였다는 이유로 의뢰인 또는 의뢰인의 주장과 동일시되어서는 아니 된

136) *ACHPR, International Pen, Constitutional Rights Project, Interights(on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr.And Civil Liberties Organisation) v. Nigeria, Communication Nos. 137/94, 139/94, 154/96, and 161/97, decision adopted on 31 October 1998*, para. 101. http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139-94_154-96_161-97.html.에 게재된 판결문 참조.

다."라는 것이다. 변호사가 의뢰인과 동일시되는 문제는, 법관과 변호인의 독립에 관한 특별보고관에 의해 다루어진 바 있다. 예를 들어, 특별보고관은 1998년 "정부가 변호사와 그들의 의뢰인의 주장을 동일시하는 것에 관한 문제 제기가 증가하는 현상을 우려하고 있으며, 정치적으로 민감한 사건의 피고인을 대리하는 변호인이 종종 그와 같은 의심을 받고 있다."고 언급하였다.[137] 그러나 "특별한 근거 없이 변호사를 의뢰인의 주장과 동일시하는 것은 당해 변호사에 대한 협박 및 위협으로 해석될 수 있다." 특별보고관에 따르면, "정부는 이런 변호사를 협박과 위협으로부터 보호할 의무가 있다."[138] 특별보고관이 강조한 바와 같이, 변호사와 의뢰인이 동일시된다는 점에 대한 증거를 가지고 있다면, 정부는 이를 "법조에 관한 적절한 징계기관에 회부할 의무"가 있을 뿐이다.[139] 이와 같은 징계기관에서는, 아래에서 언급하는 바와 같이, 적법절차에 따라 사건을 다루어야 한다.

변호사가 의뢰인과 동일시되는 문제는, 인권운동가를 대리할 것을 요청받았을 때 특별히 두드러진다. 이 경우에 있어서도 변호사에 대하여 정부 등 그 밖의 부당한 간섭 없이 독립적이고 효과적으로 직무를 수행할 수 있도록 동일한 보장이 인정되어야 한다. 그리고 직업상의 위법행위가 발생한 경우에는 정해진 독립 기관에 회부되어야 한다.

변호사가 직무를 수행하기 위한 보장에 관하여는, 기본원칙의 원칙 19에서도 정하고 있다.

> "국내법률, 관행과 이 원칙들에 따라 당해 변호사의 자격이 상실되는 것이 아니라면, 어떤 법원이나 행정기관도, 변호사의 조력을 받을 권리가 인정된 이상 변호인이 의뢰인을 위하여 출석하는 것을 거부할 수 없다."

마지막으로 원칙 20은 다음과 같이 덧붙이고 있다.

> "변호사는, 선의로 행한 서면 및 구두상의 답변 또는 법원, 재판소, 다른 법적 기관, 행정기관에 직무상 출석하여서 한 발언에 관하여 민사상 및 형사상의 면책을 누려야 한다."

137) UN doc. E/CN.4/1998/39, *Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*, para. A.1 of the *Conclusions*.

138) Ibid., loc. cit

139) Ibid., para. 2.

6.4 변호사와 기본적인 자유

변호사의 역할에 관한 기본원칙의 원칙 23은 다음과 같이 정하고 있다.

> "변호사는 다른 시민과 마찬가지로 표현의 자유, 신념의 자유, 결사의 자유, 집회의 자유를 누린다. 특히, 변호사는 그들의 합법적인 행동 또는 합법적인 조직의 구성원이라는 이유로 직업상의 제약을 받음 없이 법률이나 사법의 운용, 인권의 증진과 보호에 관한 공공토론에 참가할 권리와 지역적, 국내 또는 국제적인 조직에 가입하거나, 그러한 조직을 결성하거나, 또는 그 회의에 참석할 권리를 가진다. 변호사는 이러한 권리를 행사함에 있어 항상 법률, 일반적으로 승인된 법조인으로서의 기준과 윤리에 맞게 행동하여야 한다."

나아가 원칙 24는 다음과 같이 정하고 있다. 변호사는 "자신들의 이익을 대변하고 변호사에 대한 지속적인 교육과 훈련을 증진하며 직업적인 염결성을 보호하기 위하여 자치 단체를 조직하고, 그러한 단체에 가입할 권리를 가져야 한다." 나아가 "그러한 단체들의 집행부는 그 회원에 의하여 선출되어야 하고, 외부로부터의 간섭 없이 자신의 기능을 수행하여야 한다." 이 원칙으로부터 위 단체들은 변호사들의 직업적인 이익 보호와 법조 직역의 독립 신장을 목적으로 하여야 함을 알 수 있다. 따라서 변호사단체는 특별보고관에 의해 지적된 바와 같이 "법조 직역의 독립성"을 훼손하는 "당파적 정치를 위하여" 이용되어서는 아니 된다.[140]

6.4.1 법률직에 종사하기 위한 행정부의 허가

변호사의 독립을 확보하기 위한 장치 중 하나는, 업무를 수행함에 있어 행정부로부터 증명이나 허가를 강제 받지 않고 자유롭게 활동할 수 있게 하는 것이다. 자유권규약위원회도 이러한 견해를 벨라루스(Belarus)와 관련하여 확인하고 있는데, 위원회는 "법무부가 변호사의 자격을 부여하는 권한을 갖도록 하거나, 변호사업을 하기 위해서는 법무부가 관리하는 협의회에 가입하도록 함으로써 변호사의 독립을 훼손하는, 변호사와 공증인의 활동에 관한 1997년 5월 3일 자 대통령령이 채택된 것"에 우려를 표현하였다. 위원회는 "사법부 및 법조의 독립은 사법의 건전한 운용, 민주주의와 법의 지배에 있어 불가결하다"는 것을 강조하고, 벨라루스에 대해 "법관과 변호사가 외부의 어떤 정치적, 기타 압력으로부터 독립을 보장할 수 있도록 헌법과 법률의 검토를

140) UN doc. E/CN.4/1995/39, *Report of the Special Rapporteur on the impartiality of the judiciary, jurors and assessors and the independence of lawyers*, para. 72.

포함하여 모든 적절한 조치를 취할 것"을 권고했다.[141]

자유권규약위원회는 이것과 관련하여 사법부의 독립에 관한 기본원칙 및 변호사의 역할에 관한 기본원칙에 대하여 벨라루스에 주의를 촉구하였다.[142]

위원회는 리비아(Libyan Arab Jamahiriya)의 사법부 독립과 "국가에 고용되지 않은 채 자유로이 직무를 수행하고, 법률서비스를 제공하는 변호사의 자유" 둘 다에 관하여 "중대한 우려"를 표명해 왔다. 위원회는 "규약 14조에 규정된 사법부의 독립에 관한 유엔 기본원칙 및 변호사의 역할에 관한 기본원칙의 전면적 준수를 보장하기 위한 조치를 취할 것"을 권고하였다.[143]

*****

따라서 일부 나라에서 변호사가 정부에 고용될 것을 강제하는 것은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조에 규정된 공정한 심리의 보장에 역행하는 것임은 의문의 여지가 없다.

6.4.2 평화적 집회에 대한 권리

유럽인권재판소는 *Ezelin* 사건에서 평화적 집회의 자유를 행사하는 프랑스 변호사의 권리에 대한 제한이 정당화될 수 있는지를 심사하였다. 이 사건에서 유럽인권재판소는 평화적 집회의 자유를 보장한 유럽인권협약 제11조에 근거하여 심사를 하였는데, 협약 제11조를 표현의 자유를 보장한 협약 제10조의 특별규정(*a lex specialis*)으로 보았다. 당해 변호사는 약간의 무질서한 사건들을 야기한 시위에 참가했다는 이유로 징계를 받았다. 본인 스스로는 어떠한 폭력적 또는 무질서한 행동을 하지 않았지만, 이들 사건으로부터 거리를 두지 않았다는 이유로 징계를 받은 것이다. 이러한 행위는 "그의 직업적인 의무에 부합하지 않는다."고 판단되었다.[144]

유럽인권재판소는 "사건을 전체적으로 볼 때" "이 사건에 밀접한 관련이 있는 평화적 집회의 자유와 표현의 자유의 특별한 중요성에 비추어, 당해 징계가 추구하는

141) UN doc. *GAOR*, A/53/40, para.150.

142) Ibid., loc. cit.

143) UN doc. *GAOR*, A/54/40, para.134.

144) *Eur. Court HR, Ezelin v. France judgment of 26 April 1991, Series A, No. 202*, para. 38

정당한 목적에 비례하는가"에 관하여 심사하였다.[145] 유럽인권재판소의 결론은 다음과 같다.

> "비례성의 원칙은 유럽인권협약 제11조(2)에 기재된 목적 요건과 거리 또는 기타 공공장소에 모인 사람들이 말, 동작 또는 경우에 따라 침묵으로 행하는 자유로운 의견 표명의 요건 사이에 균형을 요구한다. 정당한 균형의 추구는 변호사가 징계에 대한 두려움으로 인하여 이와 같은 기회에 자기의 신념을 밝히는 것을 주저하는 결과를 초래하여서는 아니 된다."[146]

이 사건에서 Ezelin에 대한 제재가 "최소한"의 것이었다고는 하나, 위 제재는 "'민주사회에 필요하다'고 볼 수 없으므로" 협약 제11조를 위반한 것으로 보았다.[147] 결론적으로 유럽인권재판소는 변호사의 경우에 있어서도 체약국이 평화적 집회의 자유를 제한할 수 있는 가능성을 매우 엄격하게 해석한 것이다.

6.4.3 결사의 자유에 대한 권리

아프리카 인권위원회는 나이지리아에 대한 사건에서 1993년의 변호사(개정)령이 아프리카헌장에 모순되지 않는지를 검토하였다. 위 변호사법령은 나이지리아 변호사협회의 새로운 운영기관을 설치하는 것이었는데, Body of Benchers라 불리는 운영기관의 구성원 128명 중 31명만이 변호사회에서 임명되고, 나머지는 정부에 의하여 임명되도록 하였다.[148]

위원회가 지적한 바와 같이 Body of Benchers는 "정부의 대표가 대부분을 점하고," "광범위한 재량권, 특히 변호사의 징계권한"을 보유하고 있는바, "정부로부터 법적으로 독립한 단체인 나이지리아 변호사협회는 그 운영기관을 스스로 뽑을 수 있어야 할 것이다." 위원회는 "무엇보다 변호사회의 자치에 대한 간섭은 변호사들이 단체를 결성하고자 한 이유를 제약하거나 무효화할 가능성이 있다"고 덧붙였다.[149] 다음으로 위원회는 이하와 같이 지적하였다.

---

145) Ibid., p. 23, para. 51.

146) Ibid., para. 52.

147) Ibid., para. 53.

148) *ACHPR, Civil Liberties Organisation v. Nigeria(in respect of the Nigerian Bar Association), Communication No. 101/93, decision adopted during the 17th Ordinary session, March 1995*, para. 1. 결정문은 http://www.up.ac.za/chr/, 참조.

149) Ibid., para. 24.

> "(위원회는) … 여러 해 전 결사의 자유에 대한 규제가 필요할 경우에도, 권한 있는 공적 기관이 결사의 자유의 행사를 제한하거나 아프리카헌장상의 의무에 반하는 법규를 제정하여서는 아니 된다고 결의하였다. 권한 있는 공적 기관은 헌법의 규정을 무시하거나 또는 헌법과 국제적 인권조약에 의해 보장된 기본적인 권리들을 약화시켜서는 아니 된다."[150]

이 사건에서 나이지리아 변호사협회의 운영에 대한 정부의 개입은 "각국이 사법부의 독립에 관한 유엔 기본원칙과 같은 선언들이 담고 있는 인간과 인민의 권리에 관한 원칙에 따를 것을 재확인하고 있는 아프리카헌장의 전문과 모순되고, 따라서 결사의 자유에 대한 권리를 보장한 아프리카헌장 제10조에 위배된다."[151]

6.4.4 표현의 자유에 대한 권리

유럽인권재판소는 *Schöpfer* 사건이 유럽인권협약 제10조 위반이 아니라는 결론에 도달하였는데, 위 사건은 스위스 루체른 주의 변호사감독위원회가, 기자회견을 개최하여 자신이 관여하고 있는 소송계속 중인 사건의 담당 지방법원 법관 1명과 법원 서기 2명의 행동을 비판한 변호사에게 변호사윤리위반을 이유로 500 스위스 프랑의 벌금을 부과한 사건이었다. 유럽인권재판소는 "변호사는 그 특수한 지위로 의해 대중과 법원의 중개자로서 사법 운용에 있어서 중심적 위치에 있다"는 종전의 판례를 확인하고, "변호사의 행동에 대한 통상의 제약은 이러한 위치에 의하여 설명된다."고 덧붙였다.[152]

"법원은 정의를 보장하는 기관이고, 법의 지배에 기초를 둔 국가에서 근본적인 역할을 수행하고 있으므로 법원은 공중으로부터 신뢰를 받지 않으면 아니 된다."는 점을 고려하고, 나아가 "이 분야에서 변호사가 가지고 있는 중요한 역할을 고려한다면, 변호사에게 사법의 적정한 운용에 기여하고, 그리하여 사법의 운용에 대한 공중의 신뢰를 유지할 것을 기대하는 것은 정당하다."[153] 유럽인권재판소는 아래와 같은 점을 특히 중요한 것으로 강조하고 있다.

> "표현의 자유가 변호사에 대해서도 보장되어 있음은 말할 필요가 없고, 변호사에게 공개적으로 사법의 운용에 관하여 발언할 권리가 있음은 분명하지만, 그 비판은 일정

150) Ibid., para. 25. 각주는 생략됨.

151) Ibid., para. 26. 각주는 생략됨.

152) *Eur. Court HR, Schöpfer case v. Switzerland, judgment of 20 May 1998, Reports 1998-Ⅲ*, p. 1052, para. 29.

153) Ibid. p. 1053.

> 한 한계를 넘어서는 아니 된다. 이와 관련하여, 사법부의 결정으로부터 발생하는 문제들에 관한 공중의 알 권리와 사법의 적정한 운용 및 법조 직역의 존엄 등 다양한 이해관계 사이에서 올바른 균형을 맞출 필요가 있다. 변호사감독기관과 법원은 그들의 구성원과 직접 또는 계속적으로 접촉하고 있기 때문에, 어느 단계에서 어떻게 올바른 균형을 맞춰야 하는가를 결정하는 데에 국제재판소보다 더 나은 위치에 있다. 이 때문에 이 분야에서의 간섭의 필요성을 평가함에 있어서는 이들 기관에게 일정한 재량이 인정되지만, 그 재량의 행사는 관련된 규칙과 그것을 적용한 결정의 측면에서 모두 유럽 사회의 통제대상이 된다."[154]

유럽인권재판소는 이 사건에서 당국은 "적정한 금액"의 벌금을 부과함에 있어 변호사의 처벌에 관한 재량범위를 벗어나지 않았다는 결론에 도달하였다. 유럽인권재판소는 이 사건에서 당해 변호사가 "당시 형사재판에 계속 중인 형사절차에 관한 불만을 공개적으로 제기"한 점, "신청인의 주장의 일반적인 특성과 중대성, 그리고 어조에 더하여" 당해 변호사가 "처음부터 기자회견을 열면서, 이것이 자신에게 남겨진 최후의 수단이라고 주장하고, 직후에 루체른 주 항소법원에 항소하여 일부승소한 점," 마지막으로 당해 변호사가 검찰청에 이의를 제기하지 않고, "검찰청에 이의를 신청하는 것이 아무런 소용이 없다는 점을 입증함 없이, 단순히 그와 같이 주장하는 것에 그쳤다"는 점을 지적했다.[155]

6.5 직무상의 규율 강령

변호사의 징계에 관하여 기본원칙의 원칙 26은 다음과 같이 규정하고 있다.

> "변호사의 직무상 행동에 관한 강령은 국내법과 국내관습, 일반적으로 승인된 국제적 기준과 규범에 따라, 적절한 기관을 통하여 법률가 또는 법률에 의해 정해져야만 한다."

변호사에 대한 진정은 "적절한 절차에 따라 신속하고 공정하게 처리되어야 하고," 변호사는 "스스로 선택한 변호사에 의한 도움을 받을 권리를 포함하여 공정한 심리를 받을 권리를 가진다"(원칙 27). 나아가 "변호사에 대한 징계절차는 법률가에 의해 설치된 공평한 징계위원회, 법률에 의하여 설치된 독립된 기관 또는 법원에 제기되어야 하고, 독립적인 사법적 심리의 대상이 되어야 한다"(원칙 28). 마지막으로 이러

154) Ibid., pp. 1053–1054, para. 33.
155) Ibid., p. 1054, para. 34.

한 모든 절차는 "직무상 행동에 관한 강령 내지는 일반적으로 승인된 법조 기준과 윤리에 따라야 하고, 이러한 원칙을 고려하여 결정되어야 한다"(원칙 29).

이러한 원칙에 의하면, 일반적으로 승인된 법조기준과 윤리에 따라 행동하지 아니함으로써 문책당하는 변호사에 대한 모든 징계 절차는 행정부로부터 진정으로 독립하여 진행되어야 하고, 그 과정에서는 적법절차가 보장되어야 한다.

변호사는 법의 지배를 유지하고 인권의 효과적인 보장을 확보하는 기본적인 기둥의 하나를 구성한다. 변호사가 그 직무를 수행하기 위하여는 특히 다음과 같은 것이 필요하다.

- *외부의 정치적 기타 압력, 협박, 괴롭힘을 받지 않고, 진정으로 독립하여 활동할 수 있을 것, 예를 들어 변호사가 직무수행을 위하여 행정부의 허가를 받도록 강제되어서는 아니 된다.*
- *적정절차의 보장을 확보할 것, 이것은 의뢰인의 이익을 위하여 적절한 모든 방법으로 의뢰인에게 조언하고, 도와줄 수 있는 권리와 의무를 포함한다.*
- *국내적 및 국제적으로 승인된 인권을 옹호하는 행동을 할 수 있을 것.*
- *직무상의 행동에 관한 규칙 위반에 관하여 적정절차의 보장을 존중하는 독립된 징계위원회에서 답변할 수 있을 것.*

변호사는 또한 결사, 집회 및 표현의 자유에 관한 기본적 자유를 향유한다.

7. 맺음말

이 장 전체를 통하여 강조한 바와 같이 법관, 검사 및 변호사는 사법의 운용에 있어, 그리고 인권침해가 처벌되지 않는 것을 방지함에 있어 매우 중요한 역할을 담당하는 3개의 전문가 집단이다. 이들은 민주적 사회를 보전하고, 정당한 법의 지배를 유지하는 데 필수적이다. 그 때문에 국가가 여러 가지 국제적 법원(法源)으로부터 유래한 국제법상의 의무를 다하는 것은 필수적이다. 이러한 국제법상의 의무에 따라 국가는 법관, 검사 및 변호사가 행정부, 입법부 또는 사적 단체는 물론 개인으로부터 부당한 간섭을 받지 않고, 독립하여 공평하게 직무를 수행할 수 있도록 해주어야만 한다. 법률가가 자유롭게 활동하는 것을 수동적인 입장에서 허용하는 것만으로는 법관과 검사의 독립 및 공평 내지는 변호사의 독립을 보장하는 국가의 의무가 이행되었다고 할

수 없다. 국가는 법률가의 독립을 확보할 법적 의무를 부담하고 있으므로, 법관, 검사 및 변호사가 자신의 직무를 효과적으로 수행할 수 있도록 폭력, 협박, 방해, 괴롭힘 기타 부당한 간섭으로부터 이들을 보호하기 위한 적극적인 조치를 취해야만 한다.

법관, 검사 및 변호사가 그 직무, 특히 부패와 중대한 인권침해의 혐의가 있는 공무원을 대상으로 한 조사와 형사절차의 개시라는 직무를 전면적으로 완수하지 않거나 완수할 수 없는 상황에서는 법의 지배가 유지될 수 없고, 인권이 보장될 수 없다. 이러한 상황에서 피해를 입는 것은 개인만이 아니다. 최종적으로는 해당국의 자유와 민주적인 헌법질서 전체가 위기에 빠지게 된다.

제 5 장

인권과 체포, 미결구금과 행정적 구금

제5장

인권과 체포, 미결구금과 행정적 구금

학습 목표

- *신체의 자유와 안전에 대한 권리에 관한 국제적 기준, 체포, 미결구금, 행정적 구금과 관련된 국제 기준 및 그 구금 기간 동안 인권을 보호하는 국제적 기준에 익숙해진다.*
- *구금된 사람과 변호인의 권리를 보호하기 위하여 실제로 얼마나 다양한 법적 보장 장치가 실행되고 있는지 보여준다. 국내 차원에서 국제인권법의 적용에 익숙해지고, 이러한 측면에서 법률가가 수행하는 중요한 역할을 인식한다.*
- *체포되거나 구금된 사람의 권리를 보호하기 위하여 법관, 검사, 변호사가 어떠한 법적 조치 그리고/또는 행동을 하여야 하는지 설명한다.*

질문

- *당신의 국가에서는 어떤 기준에 따라 사람이 유죄판결 전에 구금될 수 있고, 재판이 진행되는 도중에 그러한 구금에 대하여 어떤 대체수단이 가능한가?*
- *당신의 국가에서는 사람들이 자유의 박탈과 관련하여 법관으로부터 그 적법성을 심사받기 전까지 얼마나 오랫동안 구금될 수 있는가?*
- *당신이 법관, 검사, 변호사로 일하는 국가에서는 법률이 개인들을 불법적이거나 자의적인 체포와 구금으로부터 어떻게 보호하고 있는가?*
- *당신이 직업적 책무를 수행하고 있는 국가에서 불법적이거나 자의적인 체포와 구금이 발생하는가?*

질문

- *불법적이거나 자의적이라고 보이는 체포와 구금에 직면하게 될 경우, 당신은 당신이 일하는 국가의 법률이 현재 당신에게 부여한 자격에 기하여 무엇을 할 것이고, 무엇을 할 수 있는가?*
- *당신의 국가에는 불법적이거나 자의적으로 자유를 박탈당한 사람에 대하여 어떠한 구제수단이 존재하는가?*
- *누군가가 불법적이거나 자의적으로 자유를 박탈당하였다고 법관에 의해 판단되었을 경우, 당신의 국가에서는 불법적이거나 자의적인 수감에 대하여 보상이나 배상을 구할 권리가 인정되는가?*
- *당신의 국가에서는 어떤 경우에 **행정**기관이 사람을 구금할 수 있는가? 또 그러한 처분을 받은 사람들은 최초의 자유의 박탈 처분과 그 이후의 자유의 박탈 상태의 계속이 적법한지 여부를 다투기 위하여 어떠한 구제수단을 가지는가?*
- *체포 · 구금으로 자유를 박탈당한 사람들은 이후의 어떤 시점에서 변호인의 조력을 받은 권리를 가지는가?*
- *당신 국가의 법률은 **외부와 단절된** 구금을 인정하는가? 만약 그렇다면, 얼마나 오래 인정하는가?*
- *이 교육 프로그램에 참가하기 전에, 당신은 체포와 구금에 적용되는 국제적인 법적 기준에 대하여 무엇을 알고 있었는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1948년 세계인권선언(The Universal Declaration of Human Rights, 1948)
- 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약((International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)

*****

- 1988년 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙(The Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, 1988)

관련 법률문서

- 1992년 강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 선언(The Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 1992)
- 1989년 비사법적, 자의적 즉결처형의 효과적인 방지와 조사에 관한 원칙(The Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions, 1989)

지역 문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)
- 1950년 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950)

1. 들어가며

이 장은 국제인권법에서 체포, 미결구금(detention on remand), 행정적 구금을 규율하는 기본적 법적 규칙에 대한 분석을 다룬다. 그중에서도 체포와 계속된 구금을 정당화하는 근거 및 자유를 박탈당한 사람이 그 적법성을 다투기 위하여 갖는 권리를 더 깊이 다루게 된다. 그 과정에서 체포와 구금에 관한 국제법 규정들의 의미를 충분히 이해하는데 불가결한 해석을 제공하는 자유권규약위원회, 미주인권재판소 및 유럽인권재판소, 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 위원회(the African Commission on Human and Peoples' Rights. 이하, '아프리카 인권위원회'라 한다)의 판례법이 중심이 된다.

피구금자에 대한 처우, 아동과 여성의 특별한 이해관계 및 권리의 문제는 비록 이 장의 중심 주제와 여러모로 매우 밀접하게 연결되어 있기는 하지만, 이들 집단의 권리와 이해관계에 특별히 중점을 둔 별도의 장에서 다루기로 한다(제8, 10, 11장 참조).

2. 합리적 근거 없는 체포와 구금: 고질적 문제

모든 사람은 자유와 안전을 존중받을 권리가 있다. 인간의 자유와 안전이 효과적으로 보장되지 아니하는 경우에는 다른 개별 권리들의 보호도 점차 취약해지고, 종종 공허한 것이 된다는 점은 자명하다. 그러나 국제감시기구들의 활동에 의해 밝혀지듯이 합리적 근거가 없고, 피해자가 취할 수 있는 효과적인 법적 구제수단이 없는 체포와 구금은 흔히 발생한다. 이처럼 자의적이고 위법한 자유 박탈의 과정에서 피구금자는 흔히 변호사와 자신의 가족에 대한 접근권을 박탈당하고, 고문과 다른 형태의 학대를 당하기 쉽다.[1)]

따라서 이런 종류의 인권 침해를 구제하고 방지하기 위한 국제법의 법 원칙들은 법관과 검사에 의해 반드시 준수되어야 하고, 변호사는 의뢰인을 위하여 그 원칙들이 효과적으로 작동하도록 그 내용을 반드시 숙지하여야 한다.

비록 자의적이거나 위법한 체포와 구금이 어느 때라도 발생하거나 발생할 수 있다고 하더라도, 자의적 구금에 관한 실무가 그룹의 조사 결과는 자의적 구금의 주된

1) 예컨대, UN doc. E/CN.4/1999/63, *Report of the Working Group on Arbitrary Detention* 등.

이유가 특히 비상사태[2]와 관련되어 있다는 사실을 보여준다.

[**추록**: 비상사태에서의 위법한 구금의 개념은 *Report of the Working Group on Arbitrary detention*(E/CN.4/2004/3)에서 확장되었다]

그러나 자유 박탈과 관련된 비상권력의 문제는 이 매뉴얼 제16장에서 다루게 되므로 여기서는 고려하지 않기로 한다.

3. 인간의 자유와 안전에 관한 권리: 법적 보호의 적용 영역

3.1 보편적 법적 책임: 모든 국가는 법의 구속을 받는다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(1), 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(이하, '아프리카헌장'이라 한다) 제6조, 미주인권협약 제7조(1), 유럽인권협약 제5조(1)은 신체의 "자유"와 "안전"에 대한 권리를 보장하고 있다. 특히 국제사법재판소가 테헤란 인질 사건의 판시(dictum)에서 밝힌 바와 같이 "부당하게 인간의 자유를 박탈하고 고통스러운 신체적 제약 상태에 놓는 것은, 그 자체로 인간의 생명, 자유와 안전에 관한 권리를 보장하는 세계인권선언 제3조에 명시된 기본원칙들은 물론, 유엔 헌장의 원칙과 양립할 수 없다."[3] ***이에 따라 위 인권 조약 중 어떤 것도 비준하지 않았거나 어떤 것에도 구속되지 않는 국가라도 인간의 자유와 안전을 존중받을 권리를 보장하는 다른 법원(法源)에는 구속된다.***

3.2 개인적 안전의 개념: 국가의 행위 책임

이 장은 주로 ***자유의 박탈***에 관하여 논의하고 있다. 그러나 ***개인적 안전***의 개념이, 비록 앞서 언급한 법문서 상의 "자유" 개념과 연결되어 있을지라도, ***더 넓은 영역에 적용될 수 있다***는 점에 주목하여야 한다. 이에 자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(1)이 "형식적 의미의 자유 박탈에 해당하지 않는 영역에서도 신체의 안전에 대한 권리를 보호한다."고 보고 있고, 제9조를 "체약국으로

2) UN doc. E/CN.4/1996/40, *Report of the Working Group on Arbitrary detention*, para. 106.

3) *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), ICJ Reports 1980*, p.42, para. 91.

하여금 그 관할 하에 있으나 구금되지는 아니한 개인의 신체의 안전을 무시할 수 있도록" 해석한다면 "그 규약상의 보장은 완전히 무력해질 것이다"라는 견해를 보여 왔다.[4] 자유권규약위원회의 관점에서 볼 때, "법적으로, 국가는 자신의 관할 하에 있는 사람이 생명의 위협을 받고 있다는 사실을 알게 되는 경우, 그 사람이 체포 또는 다른 방법에 의해 구금되어 있지 않다는 이유만으로 그 위협을 모른 체하여서는 아니 된다." 오히려, "체약국은 그들을 보호하기 위하여 합리적이고 적절한 수단을 취하여야 할 의무가 있다."[5]

세 건의 관련사건

Delgado Páez 사건에서는 신청인이 죽음의 위협을 받고, 개인적인 공격에 시달렸으며, 그의 동료가 살해되었다. 자유권규약위원회는 콜롬비아가 "Delgado의 신체의 안전에 대한 권리를 보장하기 위한 적절할 조치"를 취하지 않았거나, "취할 수 없었던" 점이 규약 제9조(1) 위반에 해당한다고 판단하였다.[6] *Dias* 사건에서 자유권규약위원회는 앙골라 당국 자체가 위협의 주체였다는 의혹이 제기되었는데도 위 당국이 그 의혹에 관하여 부인하지 않고, 자유권규약위원회에 협조하지 않은 점이 규약 제9조(1) 위반에 해당한다고 판단하였다.[7] 또한, 자유권규약위원회는 신청인이 체포되기 전에 뒤에서 총격을 받은 사건에서 규약 제9조(1)에 의해 보장되는 신체의 안전에 대한 권리가 침해되었다고 판단하였다.[8]

모든 인간은 자유와 안전에 대한 권리를 가진다.

*모든 국가는 조약 가입 여부와 관계없이 모든 사람의 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 존중하고 보장하는 국제법에 구속된다(**보편적인 법적 책임**).*

"안전"의 개념에는 구금되지 아니한 사람의 신체의 안전에 대한 위협도 포함된다. 국가는 그런 위협에 소극적으로 대처하여서는 아니 되고, 신체의 자유와 안전을 보호하기 위하여 합리적이고 적절한 조치를 취할 법적 의무를 부담한다.

---

4) Communication No. 711/1996, *Dias v. Angola* (Views adopted on 20 March 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/50(vol. Ⅱ), p. 114, para. 8.3.

5) Communication No. 195/1985, *W. Delgado P ez v. Colombia* (Views adopted on 12 July 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40(vol. Ⅱ), p. 47, para. 5.5.

6) Ibid., p. 48, para. 5.6.

7) Communication No. 711/1996, *Dias v. Angola* (Views adopted on 20 March 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/50(vol. Ⅱ), p. 114, para. 8.3.

8) Communication No. 613/1995, *Leehong v. Jamaica* (Views adopted on 13 July 1999), in UN doc. A/54/40(vol. Ⅱ), p. 60, para. 9.3.

4. 법이 허용하는 체포와 구금

4.1 법 문언

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(1) 다음과 같다.

"1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 자의적으로 체포되거나 또는 구금되지 아니한다. 어느 누구도 법률로 정한 이유 및 절차에 따르지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다."

아프리카헌장 제6조의 내용은 다음과 같다.

"모든 사람은 신체의 자유와 안전에 관한 권리를 가진다. 어느 누구도 법률로 미리 정한 근거와 조건에 따른 경우를 제외하고는 그 자유를 박탈당할 수 없다. 특히, 어느 누구도 자의적으로 체포되거나 또는 구금될 수 없다."

미주인권협약 제7조 중 주요 규정은 다음과 같다.

"1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다.
2. 어느 누구도 체약국의 헌법 또는 그에 따라 제정된 법률로 미리 정한 근거와 조건에 의하는 경우를 제외하고는 그 신체의 자유를 박탈당하지 아니한다.
3. 어느 누구도 자의적으로 체포되거나 또는 구금되지 아니한다."

유럽인권협약은 당사국에서의 자유 박탈이 법적으로 정당화되는 경우를 구체적으로 열거한 유일한 조약이다. 이 규정들은 제한적 열거이고 "엄격하게 해석되어야 한다."[9] 위 협약 제5조(1)은 다음과 같다.

"1. 모든 사람은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 누구든지 다음 각 호에 해당하고 법률로 정한 절차에 따른 경우를 제외하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다.
(a) 권한 있는 법원에 의한 유죄판결의 선고 후 합법적 구금
(b) 법원의 합법적 명령에 따르지 않기 때문이거나, 또는 법률이 규정한 의무의 이행을 담보하기 위한 합법적 체포나 구금
(c) 범죄를 저질렀다는 합리적 의심이 있을 때, 범죄의 실행 또는 범행 후 도주를 방지하기 위하여 필요하다고 믿을 만한 합리적인 이유가 있을 때, 그를 권한 있는 사법당국에 회부하기 위한 목적에서 이루어지는 합법적 체포나 구금
(d) 교육적인 감독을 목적으로 하는 합법적 명령에 의한 미성년자의 구금이나 권한

9) *Eur. Court HR, Bouamar Case, judgment of 29 February 1988, Series A, No.129*, p.19, para. 43.

있는 사법당국에 회부하기 위한 목적으로 하는 미성년자의 합법적 구금
(e) 전염병의 확산 방지, 정신이상자, 알코올 또는 약물중독자나 부랑자에 대하여 이루어지는 합법적 구금
(f) 불법입국의 방지를 위하여, 또는 강제퇴거(국외추방, deportation)나 범죄인인도를 위한 절차가 행하여지고 있는 사람에 대한 합법적 체포 또는 구금

그밖에 이 장에서 참고할 법적 문서는 다음과 같다.

- 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙(1988년 유엔 총회에서 채택)
- 강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 선언(1992년 유엔 총회에서 채택)
- 비사법적이고 자의적인 즉결처형의 효과적인 방지와 조사를 위한 원칙(경제사회이사회 결의 1989/65호로 권고됨)

4.2 적법성과 자의성의 개념: 그 의미

위에서 언급한 네 개의 주요 인권 조약들은 비록 용어상 다소간의 차이는 있지만, 자유의 박탈은 모든 경우에 ***법률에 따라 이루어져야 하고***(법률유보의 원칙), 유럽인권협약 제5조가 관련되는 경우에는 조약에 열거된 목적을 위해서만 이루어져야 한다는 점을 규정하고 있다. 나아가 자유의 박탈은 ***자의적***이어서는 안 되는데, 이는 아래에서 보는 바와 같이 국제감시기구들로 하여금 특정상황에서 국내법 또는 그 적용을 비합리적으로 만드는 요인이 있는지를 따져볼 수 있게 하는 더 넓은 개념이다.

*****

법률유보의 원칙과 관련하여, 자유권규약위원회는 "국내 법령에 명시적으로 규정되어 있지 않은 사유로 인한 체포 또는 구금은 법률유보의 원칙에 위반된다."는 입장이다. 다시 말하면 체포와 구금의 사유는 반드시 "법률에 규정된" 것이어야 한다.[10] 영장 없이 체포가 이루어진 후 그로부터 72시간 이내에 영장이 발부되어야 한다는 국내법을 위반하여 3일 이상이 지나 영장이 발부된 경우에, 위원회는 당사자가 법률에 정해진 절차에 위반하여 자유를 박탈당하였기 때문에 이는 규약 제9조(1)을 위반한 것이라고 판단하였다.[11]

제9조(1)에서 정한 ***"자의적 체포(구속)"***의 의미와 관련하여, 자유권규약위원회

10) Communication No. 702/1996, *C. McLawrence v. Jamaica* (Views adopted on 18 July 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. Ⅱ), p. 230–231, para. 5.5.

11) Communication No. 770/1997, *Gridin v. Russian Federation* (Views adopted on 20 July 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40(vol. Ⅱ), p. 175, para. 8.1.

는 다음과 같이 설명한다.

> "'자의성'은 '법률에 위반된다'는 것과 동의어가 아니고, ***부적절성, 불공정, 예측가능성 및 적법절차의 결여***와 같은 요소들을 포함하는 더 넓은 의미로 해석되어야 한다. … 합법적 구속을 위한 구금(custody)은 적법해야 할 뿐만 아니라 당해 상황에 비추어 합리적이어야 한다. 또한, 구금은 도망, 증거인멸, 재범 등을 방지하기 위해 모든 사정에 비추어 반드시 필요한 것이어야 한다."[12]

다시 말하면 합법적 체포에 따른 구금은 "***적법***"해야 할 뿐만 아니라 앞서 언급한 목적을 위해 모든 사정에 비추어 "***합리적***"이고 "***필요한***" 것이어야 한다. 개별 사건에서 이런 요소들의 존재를 입증하는 것은 체약국의 몫이다.[13]

Mukong 사건

Mukong 사건에서 신청인은 자의적으로 체포되어 수 개월간 구금되었다고 주장하였으나, 체약국은 체포와 구금이 카메룬 국내법에 따라 적법하게 이루어졌다는 이유로 위 주장을 받아들이지 않았다. 자유권규약위원회는 당사자의 구금이 "당해 사건의 상황에 비추어 합리적이지도 필요하지도 않았다"는 이유로 제9조(1)에 대한 위반을 인정하였다.[14] 이 점에 관하여, 체약국은 구금이 "도망, 증거인멸이나 재범을 방지하기 위해 … 필요하다"는 점을 입증하지 못하였고, "단지 당사자에 대한 체포와 구금"이 표현의 자유에 대한 제한을 허용하는 규약 제19조(1)에 의해 "정당화된다는 점만을 주장"하였다.[15] 그러나 위원회는 "어려운 정치적 상황에서의 국가 통합은 다당제 민주주의, 민주주의적 원리와 인권 옹호에 재갈을 물리려는 시도를 통해서는 달성될 수 없고", 그런 점에서 신청인의 표현의 자유도 침해되었다고 보았다.[16] 결국 위원회는 이 점에서도 신청인에 대한 체포와 구금은 규약 제9조(1)에 위반된다고 판단하였다.[17]

피해자에게 형제의 소재를 밝히라고 강요할 목적으로 약 16개월 동안 구금한 사

12) Communication No. 458/1991, A. *W. Mukong v. Cameroon* (Views adopted on 21 July 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40(vol. Ⅱ), p. 181, para. 9.8. 인용문에서 각주는 생략됨(강조는 추가됨)

13) Communication No. 305/1988, *H. van Alphen v. the Netherlands* (Views adopted on 23 July 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40(vol. Ⅱ), p. 115, para. 5.8. 강조는 추가됨.

14) Communication No. 458/1991, *A. W. Mukong v. Cameroon* (Views adopted on 21 July 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40(vol. Ⅱ), p. 181, para. 9.8.

15) Ibid., loc. cit.

16) Ibid., p. 181, para. 9.7.

17) Ibid., para. 9. 8.

건에서, 자유권규약위원회는 피해자에게 추가적인 다른 범죄 혐의가 없었던 점에 비추어 피해자가 규약 제9조에 위반한 "자의적인 체포와 구금" 상태에 있었다고 판단하였다.[18] 누군가가 영장이나 소환장 없이 체포되어 아무런 법원의 명령 없이 구금상태에 놓이게 된다면, 이는 명백히 제9조(1)이 정한 자의적 체포와 구금으로부터 자유로울 권리에 대한 침해에 해당한다.[19] 자유권규약위원회가 다룬 몇몇 사건의 경우, 피해자들은 단지 정치적 견해 때문에 법원의 아무런 명령 없이 규약 제9조(1)에 위반하여 구금되어 있었다.[20] 법원의 석방명령이 있는데도 구금이 계속되는 경우 역시 규약 제9조(1) 위반에 해당한다는 점은 더더욱 명백하다.[21]

[**추록**: 쿠바 관타나모 만(灣)에서 미국에 의한 죄수의 구금에 대해 상당한 논쟁이 야기되었다. 2006년 관타나모의 구금상황에 관하여 유엔 인권위원회(Commission on Human Rights)에 보고서가 제출되었다(E/CN.4/2006/120, http://www.ods.un.org 참조). 2005년 11월에는 유럽평의회가 미국 CIA의 비밀구금센터의 존재와 죄수의 국가 간 이송에 관한 조사에 착수하였다(그 조사에 관한 정보는 http://www.coe.int/T/E/Com/Files/Events/2006-cia 참조).

Anthony Micheal Emmanuel Fernando v. Sri Lanka 사건에서 자유권규약위원회는 규약 제9조(1)의 비례성의 개념에 관하여 언급하였다. 신청인은 반복된 소송제기와 항의 및 법정에 대해 사과하는 것을 거절하였다는 사실을 이유로 법정모독으로 인정되어 1년의 "엄중한 수감형"(rigorous imprisonment)을 선고받았다. 자유권규약위원회는 벌금형으로 충분하다고 결론지으면서, 충분한 설명 없는 가혹한 형벌은 자의적인 체포·구금을 금지한 규약 제9조에 위반된다고 결정하였다(*Official Records of the General Assembly, Sixtieth Session, Supplement No. 40*(A/60/40). vol.Ⅱ, annex Ⅴ, sect Y, communication No. 1189/2003, *Fernando* v. *Sri Lanka*]

*****

자의성의 금지는 또한, 자유의 박탈이 차별적 동기에서 유래한 것이어서는 안 된다는 점을 의미한다. 제13장에서 상세히 논의하듯이, 이 매뉴얼이 다루는 인권조약

18) Communication No. 16/1977, *D. Monguya Mbenge et al. v. Zaire* (Views adopted on 25 March 1983), in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 140, paras. 20-21.

19) Communication No. 90/1981, *L. Magana ex-Philibert v. Zaire* (Views adopted on 21 July 1983), in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 200, para. 7.2 and 8.

20) Communication No. 132/1982, *M. Jaona v. Madagascar* (Views adopted on 1 April 1985), in UN doc. *GAOR*, A/40/40, p. 186, para. 14. 참조.

21) Communication No. R.1/5, *M. H. Valentini de Bazzano et al. v. Uruguay* (Views adopted on 15 August 1977), in UN doc. *GAOR*, A/34/40, para. 10 at p. 129.

의 체약국은 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 기타 견해에 따른 차별 없는 권리와 기본적 자유의 향유를 보장할 의무를 진다. 이에 따라 아프리카 인권위원회는 "오로지 어느 종족 출신인지에 근거하여" 르완다 정부가 행한 체포와 구금은 "개인의 자유에 대한 자의적 박탈에 해당한다."고 판단하였다. 이런 조치는 아프리카헌장 제6조를 "위반하였다는 명백한 증거"인 것이다.[22]

아프리카 인권위원회는 다른 사건에서 "***기한을 정하지 않은 구금***은 피구금자가 자신의 처벌 범위를 알지 못한다는 점에서 자의적인 것으로 해석될 수 있다"고 판단하였다. 이 사건에서 피해자는 고문에 저항한 후 기한을 정하지 않은 구금에 처해졌는데, 이는 아프리카헌장 제6조에 위반된 것이다.[23]

또한, ***기소절차를 거치지 아니한 채 보석의 가능성도 없이 국민을 구금하는 것***은 아프리카헌장 제6조의 취지에 비추어 볼 때 자의적인 자유의 박탈에 해당한다. 나이지리아를 상대로 한 사건에서 피해자는 선거 후 3년이 넘는 기간 동안 이러한 방식으로 구금되어 있었다.[24]

*****

미주인권재판소는 미주인권협약 제7조(2)과 (3)에 관하여 다음과 같이 판단하였다.

> "제7조(2)에 따라, 어느 누구도 법률에 명시적으로 규정된 사유, 경우 또는 상황을 제외하고는 신체의 자유를 박탈당하지 아니하고(***실체적 측면***), 자유의 박탈은 그 법률에 객관적으로 규정된 절차의 엄격한 준수를 요건으로 한다(***형식적 측면***). 제7조(3)은, 어느 누구도 비록 적법한 것으로 분류된다고 하더라도, 개인의 기본적 권리에 대한 존중과 양립할 수 없는 것으로 여겨지는 근거와 방법에 의해서는 체포되거나 구금될 수 없다는 점을 밝히고 있는데, 무엇보다도 그러한 근거와 방법이 ***비합리적이고, 예견할 수 없으며, 비례성을 갖추지 못하였을 때***가 거기에 해당한다."[25]

---

22) *ACHPR, Organisation Contre la Torture and Others v. Rwanda, Communications Nos. 27/89, 46/91, 49/91, and 99/93, decision adopted during the 20th Ordinary session, October 1996*, para. 28; http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/27-89_46-91_49-91_99-93.html 참조.

23) *ACHPR, World Organisation against Torture and Others v. Zaire, Communications Nos. 25/89, 47/90, 56/91, and 100/93, decision adopted during the 19th session, March 1996*, para. 67. http://www.up.ac.za/chr/ 참조.

24) *ACHPR, Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation v. Nigeria, Communication No. 102/93, decision adopted on 31 October 1998*, para. 55. http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/102_93.html 참조.

25) *I-A Court HR, Gangaram Panday Case v. Suriname, judgement of January 21,1994*, in OAS doc. OAS/Ser.L/Ⅴ/Ⅲ.31, doc. 9, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1994,

Castillo-Páez 사건에서 페루 정부는 제7조(2)과 (3)을 포함한 미주인권협약 제7조의 여러 규정들을 위반하였다. 피해자가 미주인권협약과 페루 헌법에 반하여 권한 있는 사법당국의 서면 명령 없이 경찰에 의해 구금되었기 때문이다.[26]

Cesti Hurtado 사건에서는 미주인권협약 제7조(1) 내지 (3)이 더욱 심각하게 위반되었다. 페루 군부는 대법원 공법부(the Public Law Chamber)의 명령을 무시하고 Mr. Hurtado에 대한 구금, 기소, 유죄판결 절차를 감행하였다.[27]

마지막으로, 이른바 "*거리의 아이들*"*(Street Children)* 사건에서도 제7조가 위반되었는데, 이 사건은 국가공무원들이 국내법에서 정한 요건에 위반하여 수 명의 소년들에게 자행한 유괴와 살인에 관한 것이다. 미주인권재판소는 체포와 관련된 판례법과 충족되어야 할 실체적, 형식적 요건을 강조한 뒤, 그 중 어느 요건도 준수되지 않았다고 결론지었다. 위 재판소는 아울러 유럽인권재판소의 판례도 언급하였는데, 이에 의하면 "체포에 대한 사법적 통제의 신속성은 자의적인 체포를 방지하기 위하여 특히 중요하다."[28]

*****

유럽인권협약 제5조(1)과 관련하여 유럽인권재판소는 일관되게 그 "대상과 목적"(object and purpose)은 "정확하게, 어느 누구도 자의적인 방식으로 자유를 박탈당하여서는 아니 됨을 보장하는 것이다."라고 밝히고 있다.[29] 다시 말하면,

> "협약 제5조(1)의 '합법적'이고 '법률이 정한 절차에 따른다'는 표현은 ***국내법의 실체적, 절차적 원칙***에 부합하여야 한다는 것뿐만 아니라, 어떤 자유의 박탈도 ***제5조의 목적에 부합하여야 하며 자의적이어서는 안 된다***는 것을 의미한다. (…) 또한, 신체의 자유의 중요성을 감안할 때, 적용 가능한 국내법은 협약에서 정한 '적법성'의 기준을 반드시 충족하여야 하는데, 이는 모든 법률은 성문의 것이든, 불문의 것이든 관계없

---

p. 32, para 47.강조는 추가됨.

26) *I-A Court HR, Castillo-Páez Case v. Peru, judgment of November 3, 1997*, in OAS doc. OAS/Ser.L/Ⅴ/Ⅲ.39, doc. 5, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1997, p. 263, para 56.

27) *I-A Court HR, Cesti Hurtado Case v. Peru, judgment of September 29, 1999*, in OAS doc. OEA/Ser.L/Ⅴ/Ⅲ.47, doc. 6, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1990, p. 445, para 141-143.

28) *I-A Court HR, Villagrán Moralesáet al. Case(The "Street Children" case), judgment of November 19*, 1999, in OAS doc. OEA/Ser.L/Ⅴ/Ⅲ.47, doc. 6, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1990, p. 704-706, para 128-136.

29) *Eur. Court HR, Case of X v. the United Kingdom, judgment of 5 November 1981, Series A, No. 46*, p. 19, para 43.

이, ***시민들이 – 필요하다면 적절한 조언을 통해 – 특정한 조치에 수반될 수 있는 결과들을 모든 상황에서 합리적인 정도로 예견할 수 있도록 충분히 명료하여야 한다는 점을 요구한다.***"[30]

예견가능성이라는 중요한 문제는 특히 영국법에서 치안방해(a breach of the peace)의 개념과 관련하여 논의되었다. 유럽인권재판소는 "관련된 규칙들이 충분한 지침을 주었고, 협약이 요구하는 정도로 명료하게 표현되었다"고 판단하였다.[31] 그 이유는 "치안방해란 개인이 사람, 재산에 대하여 해악을 끼쳤거나 해악을 끼칠 것으로 보이는 경우, 또는 그 자연적 경과에 비추어 다른 사람들의 폭력을 유발할 만한 행동을 한 경우에 한하여 인정된다는 점이 충분히 확립되어 있기 때문이다." "또한, 치안방해를 초래하거나 초래할 것이 합리적으로 예견되는 경우에 체포될 수 있다는 점도 명백하다."[32] 그러나 신청인이 보석으로 석방되기 전까지 7시간 가량 체포되었고 체포와 구금이 영국법에 부합하는지에 관한 법원의 결정이 없었던 사안에서 협약 제5조(1)의 위반이 인정된 바 있다.[33]

체포와 구금이 국제인권법 하에서 합법적이기 위해서는, 다음의 조건을 충족하여야 한다.

- *비차별 원칙을 포함한 국내법과 국제법의 형식적, 실체적인 원칙들에 부합되도록 이루어져야 한다.*
- *법률과 그 적용이 적정하고, 공정하며, 예측/예견 가능하고, 적법절차 원칙에 부합하여야 한다는 점에서 자의성이 배제되어야 한다.*

4.2.1 확인되지 않는 구금, 납치 그리고 비자발적 실종

사람들이 납치되고, 국내법에 따라 불법적으로 구금되어 그에 따라 살해되거나 실종되는 경우, 자유권규약위원회는 구금이 규약 제9조를 위반했다고 판단해 왔다.[34]

---

30) *Eur. Court HR, Case of Steel and Others v. the United Kingdom, judgment of 23 September 1998*, Reports 1998-Ⅶ, p. 2735, para 54. 강조는 추가됨.

31) Ibid. para. 55 at p. 2736.

32) Ibid., loc. cit.

33) Ibid. p. 2737, para. 62-65.

34) Communication No. 612/1995, *Arbuacos v. Colombia* (Views adopted on 29 July 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. II), pp. 181-182, para. 8.6 (살해); Communication No. 540/1993, *C. Laureano v. Peru* (Views adopted on 25 March 1996), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), p. 114, para. 8.6 (실종).

일방 당사국의 국가기관이 다른 국가에 있는 사람을 납치하여 구금하는 것도 '자의적인 체포와 구금"의 한 예이다.[35]

덧붙여, 자유권규약위원회는 규약 제7조에 관한 일반논평 제20호에서 다음과 같이 밝혔다.

> "구금된 사람들을 효과적으로 보호하기 위해, 그들이 구금 장소로 공인된 곳에 구금되도록 하는, 또한 그들의 이름과 구금 장소, 구금 책임자의 이름이 친척들과 친구들을 포함하여 이해관계 있는 사람들에게 손쉽게 제공되고, 접근 가능한 기록으로 보관되도록 하는 규정들이 만들어져야 한다. 나아가 모든 심문의 시간과 장소가 심문에 참여한 사람들의 이름과 함께 기록되어야 하고, 이 정보는 사법적 또는 행정적 절차를 위해 사용될 수 있어야 한다."[36]

모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙 중 원칙 12, 강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 선언 제10조, 비사법적, 자의적 즉결처형의 효과적인 방지와 조사를 위한 원칙 중 원칙 6도 공인된 구금 장소와 관련 정보의 기록에 관하여 비슷한 요건을 정하고 있다.

*****

미주인권재판소는 "국가는 스스로의 안전을 보장할 권리와 의무를 갖는다"는 것을 받아들이면서도, 국가도 "법과 도덕에 종속된다"는 것과 "인간의 존엄성에 대한 무시는 어떠한 국가 활동에 대하여든지 그 근거가 될 수 없다"는 것을 강조했다. 위 재판소는 다음과 같이 말한다.

> "인간의 강제적인 실종은 체약국이 존중하고 보장해야만 하는 협약상의 다수의 권리에 대한 중첩적이고 지속적인 침해이다. 납치는 자유의 자의적 박탈이고, 구금된 사람이 지체 없이 법관 앞에 설 수 있는 권리와 체포의 적법성을 심사할 적정한 절차를 요구할 수 있는 권리를 침해하는 것으로, 이는 모두 미주인권협약 제7조 위반에 해당한다."[37]

---

35) Communication No. R.12/52, *D. Saldías de Lopez on behalf of S. R. Lopez Burgos* (Views adopted on 29 July 1981), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 183, para 13.

36) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 140, para. 11.

37) *I-A Court HR, Codinez Cruz Case, judgment of January 20, 1989, Series C, No. 5*, pp. 144-145, paras. 162-163; and also the *velasquez Rodriguez Case, judgnent of July 29, 1988, Series C, No. 4*, pp. 146-147, paras. 154-155.

*****

유럽인권재판소는 종종 유럽인권협약 제5조에 포함된 "민주주의에서 개인이 누리는 국가기관의 자의적인 구금으로부터 자유로울 권리"를 보장하는 근본적인 중요성을 강조하여 왔고, 나아가 다음과 같이 강조한다.

> "***확인되지 않는 개인의 구금은 이러한 보장의 완전한 부정이고 제5조에 대한 심각한 위반이다.*** 국가기관은 그 관리 하에 있는 개인의 소재를 확인할 책임이 있으므로, 제5조는 국가기관으로 하여금 실종의 위험에 대비하여 안전망을 구축할 효과적인 조치를 취할 것을 요구하고, 어떤 사람이 구속된 이후 보이지 않는다는, 터무니없지 않은 주장이 제기될 경우 이에 대해 즉각적이고 효과적인 조사를 행할 것을 요구한다."[38]

위 재판소는 나아가 다음과 같이 상술했다.

> "개인의 구금을 유럽인권협약 제5조(1)의 목적 달성을 위한 적법성 요건과 양립하도록 하기 위해서는, 구금의 근거와 구금에 영향을 미친 사람들의 이름뿐만 아니라 구금 날짜와 시간, 구금자의 위치에 관하여 정확한 자료를 기록하여야 한다."[39]

Çakici 사건

Çakici 사건에서, –확인되지 않은 채 구금되었던– 신청인에 관한 기록의 부재는 "심각한 실패"를 드러냈다. 이는 문제된 구금기록에 대한 "신뢰성 부족과 부정확성에 관한 조사"에 의하여 더욱 악화되었다. 유럽인권재판소는 "구금된 사람이 특정한 시간에 어디에 있었는지 밝힐 수 있는 기록을 남기지 아니하는 것은 용납될 수 없다"고 판단하였다.[40] 위 재판소는, 비록 신청인의 구금에 3명의 목격자가 있었다고 하더라도, "신청인의 신청이 유럽인권위원회에 의해 정부에 통보될 때까지, 구금기록의 개별 항목들에 관하여 조사하는 것을 넘어서, 증거를 찾으려는 어떠한 조치도 취해지지 않았다는 것"을 감안할 때, "Ahmet Çakici의 실종 정황에 관한 즉각적이고 의미 있는 조사가 없었다."고 판단하였다.[41] 따라서 협약 제5조에서 보장된 "신체의 자유와 안전에 관한 권리가 특히 심각하게 침해되었다."[42]

38) *Eur. Court HR, Case of Cakici v. Turkey, judgment of 8 July 1999, Reports 1999–IV*, p. 615, para. 104. 강조는 추가됨.

39) Ibid., para. 105 at p. 616

40) Ibid., loc. cit.

41) Ibid., p. 616, para. 106.

42) Ibid, para. 107.

국제법은 확인되지 않는 체포와 구금을 금지한다. 국가는 그가 신병을 관리하고 있는 모든 사람에 관하여 책임이 있다. 특히 모든 구금의 날짜, 시간 그리고 장소는 가족, 변호사 그리고 모든 권한 있는 사법 기타 당국에 항시 제공되어야 하고, 공식 기록의 해당 내용은 그 정확성에 의심할 여지가 없어야 한다.

비자발적 또는 강제적인 실종과 확인되지 않는 구금은, 신체의 자유와 안전에 관한 권리를 포함한 기본적 인권의 특히 중대한 위반이다.

4.3 유죄판결 후의 구금

비록 유럽인권협약이 제5조(1)(a)에서 "권한 있는 법원에 의한 유죄판결(conviction) 이후 개인의 합법적 구금"을 명시적으로 규정한 유일한 조약이기는 하나, 자유 박탈의 정당한 근거는 다른 조약 규정들에도 당연히 내포되어 있다. 그러나 일단 공식적으로 결정된 형기를 마치게 되면 유죄판결을 받은 사람이라도 풀려나야 한다는 것은 말할 것도 없다. 유죄판결을 받은 사람이 그의 형기를 완전히 채웠음에도 풀려나지 않은 경우, 자유권규약위원회는 그러한 구금은 규약 제9조(1)에 당연히 위반된다고 판단하였다.[43]

유럽인권협약 제5조(1)(a)에서, "'유죄판결'이라는 단어는 '법률에 비추어 범법행위가 있었다는 것이 입증된' 이후의 '유죄의 인정'(finding of guilt)과, 자유의 박탈을 포함하는 형벌 또는 다른 조치의 부과 모두를 나타내는 것으로 이해되어야 한다." 나아가, "'이후'라는 단어는 단지 '구금'이 시간적으로 '유죄판결' 이후여야 한다는 것만을 의미하는 것은 아니다. 이는 '구금'은 '유죄판결'에 기인하여야 하고, '유죄판결'에 '따르고 그에 의하여야' 하거나 '유죄판결'에 '의해' 발생한다는 것까지를 의미한다."[44]

그렇다면, 판결이 자유의 박탈과 관련된 형벌을 정하는 것 외에 또 다른 하나의 요소, 즉 범법자를 국가의 처분 하에 두어, 구금에서부터 감시를 조건으로 한 비구금에 이르기까지 국가가 다양한 형태의 조치를 취할 권한을 가지도록 할 수 있는 상황은 무엇인가?

Van Droogenbroeck 사건에서, 유럽인권재판소는 신청인에 대한 조건부 석방

43) Communication No. R.2/8, *A. M. Garcia Lanza de Netto on behalf of B. Weismann Lanza and A. Lanza Perdomo* (views adopted on 3 April 1980), in UN doc. *GAOR*, A/35/40, p. 118, para. 16.

44) *Eur. Court HR, Van Droogenbroeck Case, judgment of 24 June 1982, Series A, No. 50*, p. 19, para. 35.

(conditional release)을 취소한 법무부의 결정이 유럽인권협약 제5조(1)을 위반한 것은 아니라고 판단하였다. 위 재판소는 협약은 비확정적 방식에 의한 형의 선고를 허용하며, 체약국으로 하여금 법원에 형 집행의 일반적 감독권한을 위임하도록 강제하지는 않는다고 전제한 다음, 벨기에 당국이 "협약상 요건을 존중하는 방식으로 재량권을 행사하였다고 보았다."[45] 그러나 "처음에는 적법한 구금이라도 자의적인 자유의 박탈로 변형될 수 있는바," 만약 문제된 결정이 "입법목적 또는 법원의 목적과 아무런 관계없는 근거에서 비롯된 것이거나, 그러한 목적의 관점에서 볼 때 불합리한 평가에서 비롯된 것이라면" 그러하다.[46]

4.4 법원의 적법한 명령 또는 법률에 규정된 어떤 의무의 이행을 확보하기 위한 명령에 따르지 않은 데 대한 체포와 구금

이들은 모두 유럽인권협약 제5조(1)(b)에서 개인의 자유를 박탈하는 합법적인 근거로 명시되었다. "법률에 규정된 어떤 의무의 이행을 확보하기 위하여"라는 용어에 관해서, 유럽인권재판소는 그것은 "특정적이고 구체적인 성격의, … 당사자에게 이미 부과된 의무를 가리킨다"고 하였다. 그렇기 때문에 그것은 예를 들어, 특정 지역에 강제적으로 거주하도록 하는 법원 명령의 고지*에 앞서* 이루어진 체포와 구금까지 포함하지는 않는다.[47]

4.5 범법행위를 하였다는 합리적 의심에 근거한 구금

자유 박탈의 가장 일반적인 정당성의 근거는 분명 어떤 사람이 범법행위를 하였다고 합리적으로 의심을 받는다는 것이다{유럽인권협약 제5조(1)(c)를 *문언 그대로*보라}. 그러나 아래에서 살펴보는 것처럼, 그러한 의심은 기한 없는 구금을 정당화하지 않는다. 무엇이 수용 가능한 것으로 고려되는지는 사안마다 다르지만, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(3)과 미주인권협약 제7조(5), 유럽인권협약 제5조(3)에 각 규정된 것처럼, 피의자는 "합리적인 시간 내에" 재판을 받을 권리 또는 재판을 받을 때까지 "석방될" 권리를 갖는다.

45) Ibid., pl 20, para. 40.

46) Ibid., loc. cit.

47) *Eur. Court HR, Ciulla Case v. Italy, judgment of 22 February 1989, Series A, No. 148*, p. 16, para. 36.

자유는 원칙이고, 구금은 이에 대한 예외이어야 한다. 비구금적 조치에 관한 유엔 최소 표준 규칙(UN Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures), 이른바 "도쿄 규칙"의 규칙 6.1에 규정된 것처럼, "미결구금은, 혐의 있는 범법행위와 관련하여 그리고 사회와 피해자의 보호를 위하여, 형사절차에서 최후의 수단으로 사용되어야 한다."

*****

유럽인권재판소에 따르면, 유럽인권협약 제5조(1)(c)는 "형사절차와 관련하여서만 자유의 박탈을 허용한다"고 명시하였고, 이는 "그 표현에서 명백하다. 위 규정은 이와 더불어 전체를 구성하는 제5조(1)(a), (3)과 함께 읽혀야 한다(…)."[48] 그리하여 유죄판결과 자유형 선고와는 달리 강제거주명령은 증거보다는 혐의에 근거할 수도 있기 때문에 제5조(1)(c)에 의하여 "규율되는 미결구금과 같이 볼 수 없다."[49]

4.5.1 "합리성"의 의미

유럽인권재판소는, 체포의 근거가 되어야 하는 의심의 "합리성"은 자의적인 체포와 구금에 대한 보장장치의 본질적 부분을 구성하는데, 이는 유럽인권협약 제5조(1)(c)에 기술되어 있다고 판시하여 왔다. 또한, "'합리적 의심'을 갖는다는 사실은, ***객관적 관찰자***에게, 관계된 사람이 그 범죄행위를 저질렀을 수도 있다는 것을 납득시키는 사실과 정보의 존재를 전제로 한다"고 판시하여 왔다. 그러나 "무엇이 '합리적'이라고 간주될 수 있는 지는 … 제반 정황에 달려 있다."[50]

북아일랜드 사태와 관련된 ***테러행위***에 대처하기 위해 시행된 형사 입법에서의 체포와 구금에 대하여, 유럽인권재판소는 다음과 같이 설시했다.

> "테러리스트 형태의 범죄행위의 수사와 기소에 내재된 어려움에서 보자면, … 그러한 체포를 정당화하는 의심의 '합리성'이란 항상 통상적인 범죄를 다룰 경우에 적용되는 것과 같은 기준에 따라서 판단될 수는 없다. 그럼에도 불구하고, 테러리스트 범죄를 다룬다는 긴급 상황이 '합리성' 개념을 제5조(1)(c)에 의한 보장장치의 ***본질***이 손상되

48) Ibid., p. 16, para. 38.

49) Ibid. para. 39 at p. 17.

50) *Eur. Court HR, Case of Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom, 30 August 1990, Series A, No. 182*, p. 16, para. 32. 강조는 추가됨.

는 정도로까지 확장시키는 것을 정당화할 수는 없다. … "[51]

비록 "체약국으로 하여금 정보를 뒷받침하는 기밀 정보원 또는 정보원의 정체를 암시할 수 있는 사실을 공개하게 함으로써 테러용의자의 체포 근거가 되는 의심의 합리성 기준을 충족하라고 요구할 수는 없지만," 유럽인권재판소는 "제5조(1)(c)에 의해 부여된 안전장치의 본질이 보호되었는지 여부를 확인할 수 있어야 한다." 이것은 "피신청인인 정부가, 이 재판소에 체포된 사람이 주장된 범죄행위를 범하였다고 합리적으로 의심할 만한 일정한 사실관계나 정보를 제공해야 한다."는 것을 의미한다.[52]

Fox, Campbell and Hartley 사건

Fox, Campbell and Hartley 사건에서, 유럽인권재판소는 신청인들이 테러리스트라는 "악의 없는 의심에 기해" 체포 · 구금되었다고 인정했다. 그러나 그들 중 2명이 IRA와 관련된 테러행위에 대해 유죄판결을 받은 전력이 있다는 사실이나, 그들 모두 구금 중 "특정 테러행위에 관해" 심문받았다는 사실은 단지 "체포한 공무원이, 그들이 그러한 행위에 관련되어 있다고 진정으로 의심하였다는 점을 확인"해 줄 뿐이다. 그것은 "***객관적 관찰자***에게 신청인들이 그러한 행위를 범하였을 수도 있다는 것을 납득시킬 수"는 없다. 이러한 요건들만으로는 "'합리적 의심'이 있다는 결론을 뒷받침하기에 부족하였다."[53] 결과적으로, 제5조(1)의 위반행위가 있었다.[54]

4.6 도주를 방지하기 위한 구금

Mukong 사건에서, 자유권규약위원회는 미결상태에 있는 구금은 적법하고, 예를 들어, 도주를 방지하기 위해서 특정한 경우와 같이 특정한 상황에서 필요하다면 규약 제9조(1)에 의해 정당화된다고 분명히 밝혔다.[55] 유럽인권협약 제5조(1)에도 범죄행위를 범한 "후에 범죄자가 … 도망가는 것을 방지하기 위하여" 그 사람을 합법적으로 구금할 수 있는 가능성이 예견되어 있다. 계속되는 구금을 정당화하는 사유로서의 도주 우려에 관하여는 아래에서 상술한다.

51) Ibid., pp. 16–17, para 32.

52) Ibid., pp. 17–18, para 34.

53) Ibid., p. 18, para. 35. 강조는 추가됨.

54) Ibid, para. 36.

55) Communication No. 458/1991, *A. W. Mukong v. Cameroon* (View adopted on 21 July 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. II), p. 181, para. 9.8.

일반적 원칙으로서, 자유가 원칙이고 구금은 예외이다.

개인의 자유를 박탈하는 것은 항상 구금 사유의 합리성이 객관적 관찰자의 관점에서 확보되어야 하고 사실에 기초해야 하며, 단지 주관적 의심에 기초하여서는 안 된다는 점에서 ***객관적으로*** *정당화되어야 한다.*

적법한 사법행위에 의한 자유 박탈의 가장 일반적인 사유들은 다음과 같다.

- *권한 있는, 독립적인 그리고 공평한 법원에 의한 유죄판결에 따라*
- *범죄행위를 저질렀다는 합리적 의심에 기초하여 또는 그 사람이 그렇게 행위하는 것을 방지하기 위하여*
- *범죄행위를 저지른 후에 도망가는 것을 방지하기 위하여*

4.7 행정적 구금 (Administrative detention)

이 매뉴얼에서 말하는 ***행정적 구금***은 행정부의 명령에 따른 구금을 가리키는 것으로서, 설령 국제인권법 하에서 사례가 있었던 것처럼 법원에 자유 박탈의 적법성을 심사할 수 있는 사후적 구제방안이 존재하더라도 마찬가지이다. 구금을 명할 수 있는 행정 당국의 권한에 관해 찬반논의가 치열하고, 일부 전문가들은 그것을 폐지하여야 한다고 생각한다.[56] 그러나 이러한 형태의 구금이 몇몇 중요한 보장장치들에 의해 제한되기는 하지만, 국제법에 의하여 금지되지는 않음을 아는 것은 중요하다.

자유권규약위원회의 일반논평 제8호에 따르면, 규약 제9조(1)은 "형사사건에서든, 아니면 다른 예를 들어, 정신질환, 부랑행위, 마약 중독, 교육 목적, 이민 통제와 같은 사건에서든, 모든 자유의 박탈에 적용된다."[57] ***따라서 제9조(1)은 모든 행정적 구금의 경우에도 적용된다.*** 그러나 제9조의 어떤 항목들은 "형사소추의 대상이 된 사람에게만 적용될 수 있을 뿐"이고, 반면에 다른 것들, 예를 들어, 특히, 중요한 사법적 보호를 규정하는 제9조(4)(법원이 구금의 적법성을 결정하고, 적법하지 않은 경우에는 석방을 명령할 수 있도록 법원에 절차를 취할 권리)은 행정적 자유 박탈의 경우에도 적용할 수 있다.[58]

56) the view expressed by Mr. Louis Joinet in para. 18 of his *Report on the practice of administrative detention* (UN doc. E/CN.4/Sub.2/1990/29).

57) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 117, para 1.

58) Ibid., loc. cit.

*****

유럽인권협약 제5조(1)(d) 내지 (f)는 자유권규약위원회가 열거하는 것과 거의 동일한 내용으로 구금의 범주를 정하고 있다. ***그러나 구금이 반드시 행정 당국에 의해서만 부과되는 것은 아니고, 일반법원의 권한에 속하는 것일 수도 있다는 점이 강조되어야 한다.*** 유럽인권협약 제5조(4)은 또한 ***모든*** 자유 박탈에 있어서 중요한 사법적 보장장치를 규정한다. 이는 미주인권협약 제7조(6)도 마찬가지이다. 이러한 보장장치에 관하여는 아래에서 상술한다.

4.7.1 교육적 감독 목적을 위한 자유 박탈

유럽인권협약에 근거하여 제기된 *Bouamar* 사건에서, 신청인은 "교육적 감독" 목적을 위해 미결구금상태에서 최대 15일간 9회에 걸쳐 구금되어 있었다고 주장하였다. 문제되는 명령은 벨기에의 1965년 아동청소년복지법에 근거한 것이었다.

유럽인권재판소는 "청소년을 미결구금상태로 수감하는 것이 반드시 제5조(1)(d)를 위반하지는 않는바, 설령 그 자체로서 개인을 위한 '교육적 감독'을 제공하지 않는다고 하더라도 그러하다"라고 판시하였다. 그러나 그러한 상황에서 구금에는 "(공개된 것이건 비공개된 것이건) 정해진 환경에서, 그리고 그 목적을 위해 충분한 자원을 가진" "감독적 교육 체계의 실제적인 적용이 조속히 뒤따라야만 한다."[59] 위 재판소는 유치가 교육적 프로그램의 일부라는 벨기에 정부의 입장에 동의하지 않고, 벨기에 정부에게 유럽인권협약 제5조(1)(d)의 "요건을 충족시키기 위해서, 1965년 법률이 예정한 사회적 안전의 요구와 교육적 목적을 동시에 충족시키는 적당한 제도적 시설을 마련할 의무가 있다"는 것을 강조하였다.[60] "실질적으로 고립된 상황에 교육적 훈련을 받은 교사의 도움이 없는 미결상태로 청소년을 구금시키는 것"은 "교육적 목적을 제공하는 것으로 간주"될 수 없다. 따라서 유치명령은 – 이에 의해 신청인은 291일의 기간에 걸쳐 119일 동안 자유를 박탈당하였다 – 유럽인권협약 제5조(1)(d)에 부합하지 아니한다.[61]

4.7.2 정신건강을 이유로 한 자유의 박탈

자유권규약위원회는 뉴질랜드 정신보건법에 따라 한 사람을 9년간 구금한 것이

59) *Eur. Court HR, Bouamar Case, judgment of 29 February 1988, Series A, No. 129*, p.21, para. 50.
60) Ibid., pp.21–22, para. 52.
61) Ibid., paras. 51–53.

"불법이지도 자의적이지도 않고," 따라서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(1)에 대한 위반에 해당하지 않는다고 판단하였다.[62] 자유권규약위원회는 "신청인에 대한 정신보건법상의 평가는 당사자의 협박과 공격적 행동에 따른 것이고, … 수감명령은 3명의 정신과 의사들의 의견에 기초하여 법에 따라 이루어진 것"이며, 나아가, "정신과 의사들로 구성된 패널이 신청인의 상황을 주기적으로 심사해 왔다."[63] 신청인의 계속된 구금 역시 "정기적으로 법원에 의해 심사"되었으므로, 규약 제9조(4)을 위반한 것은 아니라고 결정하였다.[64]

*****

유럽인권협약 제5조(1)(e)의 "정신이상자"(persons of unsound mind)라는 표현의 의미에 관하여, 유럽인권재판소는 "이 용어는 확정적인 해석이 주어질 수 있는 것이 아니고," "정신의학 연구가 진행됨에 따라, 치료에 있어 유연성이 증대됨에 따라, 그리고 정신질환에 대한 사회의 태도가 변화함에 따라, 특히 정신질환자(mental patients)의 문제들에 대한 이해가 보다 넓어짐에 따라 그 의미가 지속적으로 진화하는 것"이라고 판시하였다.[65] 위 재판소는, 협약 제5조(1)(e)는 "단지 견해나 행동이 특정 사회에서의 일반적인 규범에서 벗어났다는 것을 이유로 하여, 어떤 사람의 구금을 명백히 허용하는 것으로 해석할 수는 없다. 이와 다른 견해를 취하는 것은, *협의의* 해석을 요구하는 열거적 예외 … 목록을 담은 제5조(1)의 문언과 조화될 수 없다"고 부언하였다.[66] 마지막으로, 그런 해석은, 다시 말해, 어떤 사람도 자의적 방식으로 자유를 박탈당할 수 없다는 제5조(1)의 대상과 목적에 조화될 수 없다.[67]

이러한 기준을 적용하여, 유럽인권재판소는 정신적 문제를 가진 사람을 제5조(1)(e)에 따라 적법하게 구금하기 위해서 다음의 3가지 최소 요건이 충족되어야 한다고 판시하여 왔는데,

> "긴급상황의 경우를 제외하면, 해당 당사자가 온전하지 않은 정신상태에 있음이 신빙성 있게 입증되어야만 하는바, 달리 말하자면, 객관적인 의학 전문지식에 기초하여

62) Communication No. 754/1997, *A. v. New Zealand* (View adopted on 15 July 1999), in UN doc. *GAOR*, a/54/40 (vol. II), p.254, para. 7.2.

63) Ibid., loc. cit.

64) Ibid., p. 254, para. 7. 3.

65) *Eur. Court HR, Winterwerp Case v. the Netherlands, judgment of 24 October 1979, Series A, No. 33*, p. 16, para. 37.

66) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

67) Ibid.

권한 있는 당국에 의해 진정한 정신적 질병이 입증되어야만 한다. 정신적 질병은 강제 구금을 해야 할 종류 또는 정도의 것이어야 한다. 계속된 구금의 유효성은 그러한 질병의 지속 여부에 달려 있다."[68]

비록 "국내 당국이 제시된 증거를 평가함에 있어 더 나은 위치에 있기 때문에, 해당 국가가 그 문제에 있어 일정한 재량을 갖는 것으로 인정되고, 이 재판소의 과제는 당사국이 행한 결정이 유럽인권협약에 맞는지를 사후적으로 심사하는 것에 국한되어 있다"고 하더라도, 이 재판소는 "특정 사례에서 이러한 요건들이 충족되었는지를 확인할 수 있는 재판권을 갖는다."[69]

정신건강을 이유로 한 구금에 관한 추가사항

"긴급 상황 사례들"에서 유럽인권재판소는, "사물의 본성상, 긴급 상황에서의 구금을 명령할 권한을 가지는 국가 당국은 넓은 재량을 보유하여야 한다."는 것을 인정했는데, 왜냐하면, "어떠한 체포나 구금 전에 완전한 의학적 심사를 하도록 요구하는 것은 실현 불가능"하기 때문이다.[70] 그러한 사례들에서, 위 재판소는 특히 다음과 같은 내용을 심사한다. 국내 입법이 국가 당국에 자의적 권력을 부여하였는지 여부, 아니면 다른 이유로 "정신이상자에 대한 합법적인 구금"이라는 표현과 부합하지 않게 되었는지 여부, 그리고 관련 입법이 신청인에게 유럽인권협약 제5조(1)(e)의 위반이 될 수도 있는 방식으로 적용되었는지 여부이다.[71] ***이는 특히, 긴급 상황에서의 구금이 제5조(1)(e)에 내포된 일반적인 보장에 대한 포기를 정당화할 정도로 공공 보호의 이익이 개인의 자유권에 우선하는지 여부를 유럽인권재판소가 평가해야 한다는 것을 의미한다. 그러나 긴급 상황에서의 조치는 단기에 그쳐야만 한다.***[72]

신청인이 정신과적 병력을 갖고 있었고, 신청인의 아내에 따르면, "환각에 빠져 있고 위협적인 상태"이므로, 내무부 장관은 의학적 조언에 기초하여 신청인의 재구금을 명했는데, 유럽인권재판소에 따르면, 이러한 방법은 "긴급 상황에서의 조치이고 단기에 그쳤기 때문에" 정당하다. 신청인을 더 구금할 것인지 심사하면서 위 재판소는 이러한 구금을 정당화하기 위해 제출한 의학적 판단의 "객관성과 신빙성을 의심할 이

68) *Eur. Court HR, Case of X. v. the United Kingdom, judgment of 5 November 1981, Series A, No. 46*, p. 18, para. 40.

69) Ibid., para. 43 at p. 20.

70) Ibid., para. 41 at p. 19.

71) Ibid., loc. cit.

72) Ibid., pp. 20–21, paras. 44–46.

유가 없다."고 결론지었다.[73]

정신질환적 구금의 ***연장***에 관하여, 유럽인권재판소는 "신청인에 대한 유치기간의 연장이 국내법상 적법하다는 것만으로 모든 문제가 완결되는 것은 아니고," "검토의 대상이 된 기간 동안의 구금이 자의적 방식으로 자유가 박탈되는 것을 금지하는 협약 제5조(1)의 목적에도 부합되었다는 것이 인정되어야한다"는 점을 강조했다.[74] 이는 특히 ***구금명령의 갱신에 중대한 지체가 없어야*** 한다는 것을 의미한다. 위 재판소는 2주의 지체가 "반드시 불합리하거나 과도한 것으로 간주될 수 없다"고 보아 자의적인 자유 박탈이라는 결론을 내리지 않았음에 반하여,[75] 두 달 보름이 넘는 기간은 과도한 것으로 판단하였고, 협약 제5조(1)을 위반한 것으로 보았다. 뒤의 사안에서, 위 재판소는 "관련되어 있는 공공의 이익"은 "두 달 보름이 넘는 기간 동안 불확정의 상태에서, 정신과적 치료를 받고 있는 … 신청인의 구금을 유지시키는 것에 대한 정당화 사유가 될 수 없다"고 결론 내렸다. 재판소는 "유치명령의 연장에 대한 요구가 이루어지고 제때에 심사되는 것을 확보해야 할 책임은 권한 있는 당국에 부과되어야지 당사자에게 부과되어서는 안 된다"는 것을 강조했다.[76]

네덜란드 정신질환자법에 따라 어떤 사람을 정신병원에 구금하는 명령을 내린 판사가 "심문이 생략될 수 있는 법률적 요건이 충족되지 않았는데도, 그 사람을 구금하기 전에" 심문하지 않은 것은 협약 제5조(1)에 위배된 것으로 판단되었다. 판사는 "적어도, 그의 결정문에서, 이 점에서 정신과 의사와 의견을 달리한 이유를 설시하였어야 했다."[77]

국내법에 위반하여 참여관(registrar)이 없는 상태에서 이루어진 법원의 심문 이후 신청인이 정신병원에 구금되었다면, 이는 제5조(1) 위반에 해당한다. 달리 말하면, "법률에 규정된 절차"가 지켜지지 않은 것이다.[78]

---

73) Ibid., pl 21, para. 46 in conjunction with p. 20, para 44.

74) *Eur. Court HR, Case of Erkalo v. the Netherlands, judgment of 2 September 1998, Reports 1998-VI*, p.2478, para. 56.

75) *Eur. Court HR, Case of Winterwerp v. the Netherlands, judgment of 24 October 1979, Series A, No. 33*, p.21, para. 49.

76) *Eur. Court HR, Case of Erkalo v. the Netherlands, judgment of 2 September 1998, Reports 1998-VI*, p.2479, para. 59.

77) *Eur. Court HR, Van der Leer Case v. the Netherlands, judgment of 21 February 1990, Series A, No.170-A*, p.12, para. 23.

78) Communication No. 560/1993, *A. v. Australia* (Views adopted on 3 April 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 143, paras. 9.3 and 9.4

4.7.3 비호신청인의 자유 박탈, 강제퇴거 및 범죄인 인도 목적의 자유 박탈

자유권규약위원회는 규약 제9조(1)에 관하여 비록 어떤 사람을 구금하는 모든 결정이 그 구금을 정당화하는 근거가 평가될 수 있도록 주기적인 심사의 대상이 되어야 한다고 하더라도, 비호(asylum)를 요청하는 개인을 구금하는 것이 그 자체로 자의적이라는 주장은 어떠한 근거도 없다고 판단하였다.[79] 어느 경우에든,

> "구금은 국가가 적정한 근거를 제시할 수 있는 기간을 넘어서 계속되어서는 안 된다. 예를 들어, 불법 입국 사실이 조사의 필요성을 나타낼 수도 있고, 도주 가능성이나 비협조 같은 그 개인에 특정한 다른 요소들이 일정 기간의 구금을 정당화할 수도 있다. 그러한 요소들이 없다면 불법 입국의 경우에도 구금은 자의적이라고 판단될 수 있다."[80]

위 사건에서 체약국이 신청인에 대한 4년 동안의 구금을 정당화할 근거를 제시하지 못했기 때문에, 위원회는 구금이 자의적이었고 따라서 제9조(1)을 위반하였다고 결론 내렸다.[81]

[**추록**: 2003년부터 발효된 '모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호를 위한 국제협약'(The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)은 자의적인 체포와 구금으로부터 이주노동자와 그의 가족들에 대한 추가적인 보호를 규정하고 있다(General Assembly resolution 45/168). 위 협약의 내용과 비준 상황에 대한 정보는 유엔인권최고대표 사무실(OHCHR) 웹사이트 www.ohchr.org. 참조.]

*****

유럽인권협약 제5조(1)(f)는 "불법 입국을 방지하기 위하여 또는 강제퇴거나 범죄인 인도를 목적으로 한 절차가 행하여지고 있는 사람의 합법적 체포나 구금"을 허용하고 있다. 이것은, 예를 들어, 구금이 구금을 명령한 본래 의도와 다른 의도로 이루어져서는 안 된다는 것을 의미한다.[82] 나아가, 범죄인 인도의 경우, 위 (f)에 따른 자유

79) Communication No. 560/1993, *A. v. Australia* (Views adopted on 3 April 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 143, paras. 9.3 and 9.4.

80) Ibid., para. 9.4. 강조는 추가됨.

81) Ibid., loc. cit.

82) *Eur. Court HR, Case of Quinn v. France, judgment of 22 March 1995, Series A, No. 311*, pp. 18–19, para. 47.

박탈은 범죄인 인도 절차가 진행되는 동안에만 정당화될 것이고, 따라서 그러한 절차가 적절한 주의와 노력으로 계속 진행되지 않는다면, 더 이상 그 구금은 제5조(1)(f)에 의해 정당화되지 않는다.[83] 따라서 거의 2년에 이르는 구금은 유럽인권재판소에 의해 "과도한" 것으로 판단되었는데, 위 재판소는 범죄인 인도명령이 실제로 내려진 18개월 이후에는 적정한 구금기간이 이미 경과하였다고 판시하였다.[84]

4.7.4 예방적 구금과 공공질서를 이유로 한 구금

공공의 안전이나 공공질서를 이유로 한 예방적 구금과 관련된 사건들은 종종 "법의 지배"에 의해 규율되는 국가에서 특별한 우려를 불러일으키는데, 이는 본질적으로 위 용어들을 충분히 명확하게 정의하기가 어렵고, 그 결과 발생하는 법률적 불확실성 때문이다. 그러나 규약 제9조에 관해서, 자유권규약위원회는 일반논평 제8호에서 다음과 같은 견해를 밝혔다.

> "공공의 안전을 이유로 소위 예방적 구금이 행해진 경우에, 이는 동일한 조항들에 의해 통제되어야 한다. 즉, 구금이 자의적이어서는 안 되고, 법률이 정한 구금 근거와 절차에 따라야 하며(1항), 구금의 이유에 관한 정보가 제공되어야 한다(2항). 그리고 법원에 의한 구금의 통제가 가능해야 하고(4항), 규정 위반의 경우에 보상을 받을 수 있어야 한다(5항). 그에 더하여 범죄혐의로 소추된 경우라면 제14조 뿐만 아니라 제9조(2), (3)의 보장장치 전부에 의해 보호받아야 한다."[85]

Cámpora Schweizer 사건에서 신청인은 우루과이 법의 "신속 보안 조치"에 따라 구금되었다. 이러한 법적 조치가 그 자체로 규약과 조화될 수 있는지에 관하여 밝히지 아니한 채, 자유권규약위원회는 다음의 점을 강조하였다.

> "당사자가 사회에 명백하고 중대한 위협이 되고 그러한 위협을 다른 방식으로는 제어할 수 없는 경우에 행정적 구금을 반대할 수는 없다. … 제9조의 아래 항들에 내재된 보호장치 전부가 그러한 경우에도 적용된다."[86]

그러나 위원회는 이 사건에서, "신속 보안 조치"가 명령되고, 유지되고, 집행된

83) Ibid., p. 19, para. 48.

84) Ibid., pp. 19–20, para. 48.

85) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 118, para. 4.

86) Communication No. 66/1980, *D. A. Cámpora Schweizer v. Uruguay* (Views adopted on 12 October 1982), in UN doc. A/38/40, p. 122, para. 18.1.

특정한 방식 때문에 규약 제9조(3)과 (4) 위반에 해당한다고 판단하였다.[87]

*****

유럽인권협약 제5조(3)에 따라 공공질서에 해를 끼칠 위험이 있음을 근거로 미결구금을 정당화할 수 있는지에 대해서는, 아래 5.1의 내용을 참조하라.

*체포와 구금을 규율하는 기본 법률 규정은 **행정적 구금**, 즉 범죄행위와 관련이 없는 이유를 근거로 한 행정부에 의한 구금에도 적용되는데, 예컨대, 교육 감독 목적의 구금, 정신건강을 이유로 한 구금, 강제퇴거와 범죄인 인도 목적의 구금, 그리고 공공질서를 보호하기 위한 구금이 이에 해당한다.*

국제인권법은 행정적 구금에 대하여도 중요한 사법적 보호를 제공하고 있다. 국내법은 적법절차 원칙을 적용하는 일반법원에서 위와 같은 구금의 적법성을 다툴 수 있는 가능성을 제공해야 한다.

4.8 체포 및 구금 이유와 범죄혐의를 신속하게 고지받을 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(2)은 "체포된 사람은 누구나 체포시점에 체포이유를 고지받아야 하고, 자신에 대한 모든 범죄혐의를 신속하게 고지받아야 한다."고 규정하고 있다. 미주인권협약 제7조(4)은 "구금된 사람은 누구나 구금이유를 고지받아야 하고 자신에 대한 범죄혐의를 신속하게 통지받아야 한다."고 규정하고 있다. 한편 유럽인권협약 제5조(2)에 의하면, "체포된 사람은 누구나 그가 이해하는 언어로, 체포이유와 자신에 대한 모든 혐의를 신속하게 고지받아야 한다." 아프리카헌장은 이 점에 관한 특정 조항을 포함하고 있지 않지만, 아프리카 인권위원회는 ***공정한 재판을 받을 권리***는 무엇보다도 체포된 사람이 "체포된 시점에 자신이 이해하는 언어로 체포이유를 고지받고 자신에 대한 모든 혐의를 신속하게 고지받아야 한다"는 요건을 포함하고 있다고 판단하였다.[88]

*****

자유권규약위원회는 "범죄혐의에 대해 '***신속한***' 정보제공이라는 요건을 둔 가장 중요한 이유 중의 하나는 ***구금된 개인으로 하여금 권한 있는 사법당국에게 자신에 대***

87) Ibid., p. 122, para. 18.1 and p. 123, para. 19.

88) *ACHPR, Media Rights Agenda (on behalf of Niran Malaolu) v. Nigeria, Communication No. 224/98*, decision adopted during the 28th session, 23 October – 6 November 2000, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html에 게재된 결정문 para. 43.

한 구금의 적법성을 신속하게 결정해 달라고 요청할 수 있도록 하기 위한 것이다"라고 설명하였다.[89] 위원회는 신청인이 체포 당시에 자신에 대한 혐의를 고지받지 못했고, 구금된 때로부터 7일 후에야 이를 고지받은 사건에서 규약 제9조(2)을 위반했다고 결론 내렸다[90]. 더 확실하게는, 45일 또는 그 이상의 지연은 제9조(2)의 요건을 충족하지 아니한다.[91]

더 나아가, 제9조(2)을 포함한 규약의 적용에서 ***체제전복 활동과 관련되었음이 추정된다***는 이유로 개인을 체포하고 구금하는 것은 규약상 요건을 충족하기에 충분하지 않다. 체포되고 구금된 개인은 "관련 법률 하에서 범죄행위를 구성하는 '체제전복 활동'의 범위나 의미"에 대해 설명을 들어야 한다.[92] 자유권규약위원회에 따르면, 그러한 설명은 신청인들이 오직 표현의 자유를 보장하는 규약 제19조에 위배되는 자신들의 견해로 인해 기소되었다고 주장하는 경우에 특별히 중요하다.[93]

자유권규약위원회는 신청인들이 체포이유를 고지받기 전에 각각 7시간과 8시간 동안 기다려야 했다고 주장하면서, 유능한 통역인이 없어서 혐의를 이해할 수 없었다고 제기한 사건에서 규약 제9조(2) 위반에 해당하지 아니한다고 판단했다. 위원회는 통역인이 도착할 때까지 세 시간 동안 경찰에서 필수적으로 거쳐야 하는 전형적 절차가 중지되었기 때문에, 피의자는 법률대리인이 동석한 가운데 적절한 시간 내에 고지받을 수 있었다고 결론 내렸다. 더구나 통역인은 충분히 유능했고 규정에 따라 선정되었다.[94] 따라서 이 사건에서 제9조(2)이 위반되지 않았다.[95] 마찬가지로, 신청인이 자신에 대한 혐의를 신속하게 고지받지 못했다고 주장했지만 그 신청인이 구금된 첫 주에 변호사를 접견했다는 증거가 있는 사건에서, 위원회는 "신청인이나 그의 대리인이 체포이유를 인식하지 못했을 가능성은 아주 낮다"고 판단했다.[96]

---

89) Communication No. 248/1987, *G. Campbell v. Jamaica* (Views adopted on 30 March 1992), p. 246, para. 6.3. 강조는 추가됨.

90) Communication No. 597/1994, *P. Grant v. Jamaica* (Views adopted on 22 March 1996), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), p. 212, para. 8.1.

91) Communication No. 248/1987, *G. Campbell v. Jamaica* (Views adopted on 30 March 1992), p. 246, para. 6.3.

92) Communication No. R.8/33, *L. B. Carballal v. Uruguay* (Views adopted on 27 March 1981), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, pp. 128–129, paras. 12–13.

93) Ibid., loc. cit.

94) Communication No. 526/1993, *M. and B. Hill v. Spain* (Views adopted on 2 April 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 17, para. 12.2.

95) Ibid., loc. cit.

96) Communication No. 749/1997, *D. McTaggart v. Jamaica* (Views adopted on 31 March 1998), in UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. II), p. 227, para. 8.1.

신청인이 체포된 후 3-4주가 지날 때까지 혐의를 고지받지 못했다고 제기한 다른 사건에서, 자유권규약위원회는 체약국이 이를 원론적인 수준에서 부인하는 것은 신청인의 주장이 거짓임을 입증하기에 충분하지 않고, 따라서 이러한 지연은 규약 제9조(2), (3)을 모두 위반하였다고 판단하였다.[97]

규약 제9조(2)과 관련하여, 체포되고 구금된 사람에게 단순히 해당 국가의 대통령의 명령에 따라 자유가 박탈되었다고 고지하는 것은 충분하지 않다.[98]

*****

아프리카 인권위원회는 체약국의 보안 요원이 체포된 개인에게 즉시 범죄혐의를 고지해야 한다는 요건을 "고의 또는 과실로" 준수하지 아니 한 것은 아프리카헌장에서 보장하는 공정한 재판을 받을 권리에 대한 위반이라고 판단하였다.[99] 가나의 1992년 예방적 구금법에 따라 국가 안보를 위해 신청인이 체포된 사건에서 아프리카헌장 제6조에 위반되었다고 판단되었다. 위 사건에서 신청인은 어떠한 범죄혐의도 받지 아니하였고, 기소되어 재판을 받지도 아니하였다.[100] 수단을 상대로 제기된 사건에서, 위 위원회는 또한 아프리카헌장 제6조는 "민주사회에서 치안당국에게 통상적으로 부여되는 권한의 행사에 해당하는 경우에만 체포가 허용되는 방향으로 해석되어야 한다"고 설명했다. 관련 명령의 문구가 "막연한 이유와, 입증된 행위가 아닌 단지 의심에 근거하여 개인들을 체포하는 것을" 허용하고 있기 때문에 위 명령은 "아프리카헌장의 정신에 위배되고," 아프리카헌장 제6조를 위반하였다.[101]

*****

유럽인권협약 제5조(2)에 관하여, 유럽인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

---

97) Communication No. 635/1995, *E. Morrison v. Jamaica* (Views adopted on 27 July 1998), in UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. II), pp. 123-124, para. 21.2.

98) Communication No. 414/1990, *P. J. Mika Miha v. Equatorial Guinea* (Views adopted on 8 July 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. II), p. 99, para. 6.5.

99) *ACHPR, Huri-Laws (on behalf of the Civil Liberties Organisation) v. Nigeria, Communication No. 225/98, decision adopted during the 28th Ordinary Session, 23 October - 6 November 2000*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/225-98.html에 게재된 결정문 paras. 43-44

100) *ACHPR, Alhassan Abubakar v. Ghana*, Communication No. 103/93, decision adopted during the 20thsession, October 1996, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/103-93.html 에 게재된 결정문 paras. 9-10. like other international monitoring organs, where the respondent Government does not provide any substantive information in reply to the petitioners' allegations, the African Commission will decide the facts as alleged by the complainant; ibid., para. 10.

101) *ACHPR, Amnesty International and Others, Communications Nos. 48/90, 50/91, 52/91 and 89/93, (decision not dated)*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/48-90_50-91_52-91_89-93.html에 게재된 결정문 para. 59.

(위 조항은) "체포된 사람은 누구나 왜 자신의 자유가 박탈되었는지를 알아야 한다는 기본적 보호장치를 담고 있다. 이 조항은 제5조에 의해 부여되는 보호체계의 필수적 부분이다." 체포된 사람은 누구나 제5조(2)에 의해 ***체포된 사람이 적절하다고 생각하는 경우에는 제4항에 따라 법원에 청구하여 체포의 적법성을 다툴 수 있도록 그 사람이 이해할 수 있는 비전문적 언어로 자신이 체포된 핵심적 법적 · 사실적 근거에 대해서*** 들어야 한다. 이러한 정보는 '신속하게'(프랑스어로는 '*dans le plus court délai*') 전달되어야 하지만, 체포 시점에 체포 경찰관이 이러한 정보의 전부를 고지하여야 할 필요는 없다. 제공된 정보의 내용과 정보제공의 신속성이 충분했는지는 개별 사건의 특수성에 따라 판단되어야 한다."[102]

"피의자들이 자신들이 테러리스트로 의심받는 이유를 경찰의 신문과정에서 알게 된 경우" 제5조(2)의 요건을 충족하기에 충분하다고 판단되어 왔지만, 체포 경찰관이 단순히 체포되는 피의자들에게 그들이 ***테러리스트라는 혐의로*** 특정 법률에 따라 체포된다는 것을 말한 것만으로는 제5조(2)의 요건을 충족하기에 충분하지 않다. 따라서 피의자들은 신문과정에서 충분히 자세하게 특정 범죄행위에 가담했다는 혐의와 금지단체의 구성원이라는 혐의에 대해 질문받아야 한다.[103]

유럽인권재판소는 나아가 유럽인권협약 제5조(2)의 용어는 '독자적으로' 해석되어야 하고, 특히 "모든 사람을 자의적인 자유 박탈로부터 보호하려고 하는" 제5조의 대상과 목적에 따라서 해석되어야 한다고 판시하였다. 따라서 "체포"라는 용어는 "형사법적 조치의 영역을 넘어서 확장되고," "*어떠한 혐의*"라는 문구는 제5조(2)의 적용요건을 정하기 위한 것이라기보다는 제5조(2)이 고려하는 가능영역(eventuality)을 보여 주기 위한 것이다.[104] 이러한 해석은 제5조(2)과 제5조(4)의 밀접한 관련성에 의해서도 뒷받침되는데, "모든 사람은 자신에 대한 구금의 적법성을 신속하게 판단받을 절차를 개시할 권리가 있는바, 왜 자신의 자유가 박탈되었는지를 신속하고 충분하게 고지받지 못한다면, 개인은 효과적으로 그 권리를 행사할 수 없기 때문이다."[105]

따라서 유럽인권재판소는 자발적으로 치료를 받기 위해 병원에 입원한 여성이 그 이후에 격리되고, "10일 전에 내려진 명령으로 인해 그녀가 원하는 경우에도 더 이상 그곳을 떠날 수 없다"고 고지받은 사건에서 협약 제5조(2)이 위반되었다고 판단하

102) *Eur. Court HR, Case of Fox, Campbell and Hartley, judgment of 30 August 1990, Series A, No. 182*, p. 19, para. 40. 강조는 추가됨.

103) Ibid., para. 41.

104) *Eur. Court HR, Van der Leer Case v. the Netherlands, judgment of 21 February 1990, Series A, No. 170–A*, p. 13, para. 2

105) Ibid., para. 28.

였다. 유럽인권재판소는 신청인이 고지받은 "방식"이나 그러한 정보를 그녀에게 전달하는 데 소요된 시간 모두 협약 제5조(2)이 정한 요건을 충족하지 못했다고 판시하였다.[106]

신청인이 체포 당일에 "그의 자유를 박탈한 이유와 신청인에 대한 범죄 혐의의 세부사항이 기재된" 영장 사본을 받은 사건에서, 유럽인권재판소는 제5조(2)이 위반되지 아니하였다고 판시하였다.[107]

*****

정보 제공이라는 요건을 충족하기 위해, 국가는 위에서 본 바와 같이, 통역인을 이용해야 할 수도 있다. 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙 중 원칙 14에서 명시된 바와 같이, "어느 개인의 체포나 구금 또는 자유형을 책임지는 당국이 사용하는 언어를 그 개인이 충분히 이해하지도 말하지도 못하는 경우에는 그 개인은 신속하게 자신이 이해하는 언어로 무엇보다도 자신에 대한 혐의와 체포 기록에 대한 정보를 받을 권리가 있다."

*자유를 박탈당한 사람은 **자신이 이해할 수 있는 언어로, 신속하게** 그 이유를 **충분히 자세하게** 고지받아서 자유 박탈의 적법성에 관하여 사법당국에 의한 신속한 결정을 요구할 수 있어야 한다.*

4.9 신속하게 법관 또는 기타 사법관헌에게 회부될 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(3)은 "형사상 죄의 혐의로 체포되거나 구금된 사람은 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 부여받은 기타 관헌에게 신속히 회부되어야 한다."고 규정하고 있다. 미주인권협약 제7조(5)에서 이 권리는 "구금된 사람" 누구에게나 적용된다. 유럽인권협약 제5조(3)에서 이 권리는 "위 조문 (1)(c)에 따라 체포되거나 구금된 모든 사람"과 관련되는데, 위 조항은 "범죄를 저질렀다는 합리적 의심이 인정되거나 범죄 이후의 도주를 예방할 필요성이 인정되는 경우에 그를 권한 있는 사법당국에 회부하기 위한 목적으로 실시된 합법적 체포

106) Ibid., paras. 30–31.

107) *Eur. Court HR, Lamy Case v. Belgium, judgment of 30 March 1989, Series A, No. 151*, p. 17, para. 32

또는 구금"에 관한 것이다. 아프리카헌장은 특별히 이러한 쟁점을 규정하고 있지 않다. 그러나 아프리카헌장 제7조(1)(a)에 따라, 모든 개인은 "협약, 법률, 규칙, 그리고 존재하는 관습에 의해 인정되고 보장된 자신의 기본권을 침해한 행위에 대해 권한 있는 국가기관에 이의를 제기할 수 있는 권리"를 가진다(아래 아프리카헌장 제6조에 관한 판례 참조).

*****

자유권규약위원회가 밝혔듯이, 규약 제9조(3)의 첫 번째 문장은 "***범죄혐의를 받고 있는 개인의 구금을 사법적 통제 하에 두려는 목적이다.***"[108]

자유권규약위원회에 의하면, 비록 "신속하게"라는 용어가 "사건별로 판단되어야 하지만," 피의자의 체포 시점부터 그가 사법당국에 회부된 시점까지의 지연시간이 "***3, 4일 가량(a few days)을 초과해서는 안 된다.***"[109] "신청인을 사법당국에 회부하기 전 4일이 지연된 것에 대한 정당한 이유가 없는 경우에," 위와 같은 지연은 제9조(3)의 신속성이란 개념에 위배되는 것이다.[110] 나아가, 살인사건에서 신청인이 최초로 법관을 대면할 때까지 일주일이 지연된 것은 제9조(3)의 요건을 "충족하였다고 볼 수 없다."[111] 더 확실한 것은, 신청인을 두 달 반 또는 그 이상이 되어서야 법관 앞에 회부된 경우는 제9조(3)을 위반한 것이다.[112]

*****

피해자들이 나이지리아에서 1984년의 국가보안(개인의 구금)법과 국가보안(개인의 구금) 개정명령 14호(1994년)에 따라 체포되어 장기간 구금된 사건에서, 아프리카 인권위원회는 위와 같은 사실관계 자체로 아프리카헌장 제6조에 의해 보장된 자의적인 체포나 구금을 당하지 아니할 권리를 위반한 것이라고 판단하였다. 위 명령에 따

108) Communication No. 521/1992, *V. Kulomin v. Hungary* (Views adopted on 22 March 1996), in UN doc. *GAOR*, A/51/40(vol. II), p. 80, para. 11.2. 강조는 추가됨.

109) Communication No. 373/1989, *L. Stephens v. Jamaica* (Views adopted on 18 October 1995), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), p. 9, para. 9.6. 강조는 추가됨.

110) Communication No. 625/1995, *M. Freemantle v. Jamaica* (Views adopted on 24 March 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40(vol. II), p. 19, para. 7.4. 강조는 추가됨. 8일이 지연된 것이 규약 제9조(3) 위반이라 결정한 Communication No 373/1989, *L. Stephens v. Jamaica* (Views adopted on 18 October 1995), in UN doc. GAOR, A/51/40 (vol. II), p. 9, para. 9.6. 참조

111) Communication No. 702/1996, *C. McLawrence v. Jamaica* (Views adopted on 18 July 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. II), p. 231, para. 5.6.

112) Communication No. 330/1988, *A. Berry v. Jamaica* (Views adopted on 7 April 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. II), pp. 26–27, para. 11.1.

르면, 나이지리아 정부는 1차적으로 세 달 동안 혐의 없이도 사람들을 구금할 수 있다. 또한, 정부는 정부의 정책을 비판하는 자들을 어떠한 설명도 제공할 필요 없이, 그리고 법원에 체포, 구금에 대해 이의할 수 있는 기회를 부여하지 않고도 3개월 이상의 기간 동안 임의로 구속할 수 있다. 나이지리아 정부가 위 명령의 일반적 정당성이나 또는 이 사건에 위 명령을 적용한 정당성에 관해서 위 명령을 옹호하는 어떠한 주장도 하지 않았다는 점을 감안하여, 위원회는 위 명령이 아프리카헌장 제6조를 위반한 것이라고 판단하였다.[113]

아프리카 인권위원회는 또한 다음과 같은 중요한 결정을 하였다. 아프리카헌장 제7조(1)(d)에 의해 보장되는 "적정한 시간 내에 공정한 법원이나 재판소에 의해 재판을 받을 권리"는 아프리카헌장의 "공정한 재판에 관한 결의"(Resolution on Fair Trial)에 의해 강화되었는데, 위 결의에 따르면 "체포되거나 구금된 사람은 신속하게 법관 또는 법률에 의해 사법권을 행사할 권한을 부여받은 다른 관헌에게 회부되어야 하고, 적정한 시간 내에 재판을 받든지, 아니면 석방될 권리가 있다."[114]

따라서 나이지리아를 상대로 한 *Huri-Laws* 사건에서 위원회는, 나이지리아 정부가 피해자라고 주장하는 두 사람을 재판을 위해 신속하게 법관 또는 다른 사법관헌에게 회부하지 않음으로써 아프리카헌장 제7조(1)(d)과 제26조 모두를 위반하였다고 결론 내렸다. 피해자들은 기소할 만한 범죄혐의 없이 각각 몇 주와 몇 달 동안 구금되어 있었다.[115]

*****

Castillo-Páez 사건에서 미주인권재판소는 미주인권협약 제7조(5)을 위반한 것이라고 판단하였다. 왜냐하면, 미주인권협약 제7조(5)과 페루 헌법 제2조(20)(c)에 따라 테러혐의가 있는 피의자를 "24시간 이내에 또는 거리상의 문제가 있는 경우에는 15일 이내에 관할 법원에 데려오지 않았기 때문이다." 경찰관들은 치안판사(magistrate)가 피해자를 찾을 수 없도록 피해자의 체포사실을 부인했고, 피해자를 숨겼으며, 수감자들에 관한 입국기록을 변경하여 치안판사에게 제공하였다.[116]

---

113) *ACHPR, International Pen and Others v. Nigeria, Communications Nos. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97, decision adopted on 31 October 1988*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139-94_154-96_161-97.html에 게재된 결정문의 paras. 83-84.

114) *ACHPR, Huri-Laws (on behalf of Civil Liberties Organisation) v. Nigeria, Communication No. 225/98*, decision adopted during the 28th Ordinary session, 23 October-6 November 2000, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/225-98.html에 게재된 결정문 para. 45

115) Ibid., para. 46.

116) *I-A Court HR, Castillo Páez Case v. Peru, judgment of November 3, 1997*, in OAS doc. OAS/

Suárez-Rosero 사건에서도 미주인권협약 제7조(5)에 대한 위반이 있었는데, 재판절차가 진행되는 동안 권한 있는 사법당국에 한 번도 피해자를 데려오지 아니하였다.[117]

Castillo Petruzzi 등 사건

Castillo Petruzzi 등 사건에서, 미주인권재판소는 당국으로 하여금 반역죄를 범하였다는 혐의를 받는 사람을 사법당국에 회부하지 아니한 채 15일간 예방적으로 구금하고, 추가로 15일간 구금을 연장할 수 있게 허용하는 법률은 미주인권협약 제7조에 위배된다는 견해를 밝혔다.[118] 이 사건에서 구금은 "많은 희생자를 발생시킨 테러행위로 공공질서가 심각하게 파괴된 1992년과 1993년에 발생했으며," "이러한 사건들에 대한 대응책으로 당사국은 긴급조치를 발동했는데, 그 중의 하나는 반역죄 혐의를 받는 사람들을 법원의 적법한 명령 없이도 구금할 수 있도록 허용한 것이다."[119] 비상사태가 공포되어 미주인권협약 제7조의 적용이 보류 · 중지되었다는 페루의 주장에 대해 위 재판소는 다음과 같이 판단하였다.

> (이 재판소는 반복적으로) "이와 같은 적용의 중지는 엄격히 요구되는 제한을 초과하여서는 아니 되고, 그 제한을 넘은 국가의 행위는 적법하지 않게 된다. 비상사태에서라도 이러한 국가의 조치를 통제할 적절한 수단이 있어야 하고, 이를 통해 국가의 조치가 이 협약에 의하여 부과된 엄격한 제한을 초과하거나 그로부터 이탈하는 일이 없도록 하여야 한다는 일반적 요청으로부터 나온다고 판시한 바 있다."[120]

이 사건에서는 "구금 시점으로부터 약 36일이 경과한 이후에 피해자라고 주장하는 사람을 사법당국에 회부하였"는데, 위 재판소의 판단으로는 이는 과도한 지체로서 협약을 위반한 것이다."[121]

Ser.L/V/III.39, doc. 5, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1997*, p. 263, paras. 56-58.

117) *I-A Court HR, Suárez Rosero Case, judgment of November 12, 1997*, ibid. at pp. 296-297, paras. 53-56.

118) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. Case v. Peru, judgment of May 30, 1999*, in OAS doc. OEA/Ser.L/V/III.47, doc. 5, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1999*, p. 255, para. 110.

119) Ibid., para. 109.

120) Ibid., loc. cit. 각주는 생략.

121) Ibid., p. 256, para. 111.

*****

유럽인권협약 제5조(3)의 경우, "체포된 개인이 그 구금에 대한 어떠한 사법적 통제가 가능한 시점 전에 '신속하게' 석방된 경우에는 제5조(3) 위반의 문제는 발생하지 않는다." "체포된 자가 신속하게 석방되지 않은 경우에는, 그는 신속하게 법관 또는 사법관헌 앞에 출석할 권리를 가진다."[122]

"신속성"의 평가는 협약 제5조의 "대상과 목적에 비추어 이루어져야 하는데," 제5조는 "국가가 개인의 자유권을 자의적으로 제한하는 것으로부터 개인"을 보호하기 위한 것이다. "행정부에 의한 개인의 자유권 제한에 대한 사법통제는 [이 조항]에 구체화된 보호장치의 본질적 특징이고, 자의성이라는 위험을 최소화하기 위한 것이다." 또한, "사법통제는 법의 지배에 내포된 것이고, '민주사회의 근본적 원칙들 중의 하나이다.' … '그로부터 협약 전부가 영감을 받은 것이다."[123]

해당 조항의 영문과 프랑스어 조문을 비교하여, 위 재판소는 다음과 같은 결론을 내렸다.

> "비록 제5조(3) 하에서의 평가의 목적에 비추어 사실관계를 결코 무시해서는 아니 되나, '신속성' 개념 해석에 있어서의 융통성의 정도는 제한된다. 신속성은 각 사안의 특성에 따라 개별 사안마다 평가되어야 한다. … ***그러나 해당 특성들에 중요성을 부여한다고 하여도 그것이 제5조(3)에서 보장되는 권리의 요체를 훼손하는 정도에 이르러서는 안 된다.*** 이 정도가 되면 조속한 석방을 보장하거나 신속하게 사법부의 판단을 받도록 할 국가의 의무를 사실상 부정하는 것과 마찬가지가 될 것이다."[124]

북아일랜드 테러와 관련이 있다고 의심되는 사람을 특별 입법에 의하여 체포, 구금한 사안인 *Brogan and Others* 사건에서, 유럽인권재판소가 판단한 주된 쟁점은, "정부에서 강조하는 특성들을 고려할 때, 각 신청인에 대한 석방이 제5조(3)의 목적에 비추어 '신속한' 것으로 평가될 수 있는지 여부이다. 신청인들이 구금 중 법관 또는 사법관헌에게 회부되지 못하였다는 점은 명백하다.[125] 이에 대해 위 재판소는 다음과 같이 판단하였다.

---

122) *Eur. Court HR, Case of Brogan and Others v. the United Kingdom, judgment of 29 November 1988, Series A, No. 145*, pp. 31–32, para. 58.

123) Ibid., para. 58 at p. 32.

124) Ibid., pp. 32–33, para. 59. 강조는 추가됨.

125) Ibid., p.33, para. 60.

> "적절한 보장장치가 있다는 조건 하에서, 북아일랜드의 테러 상황은 수사기관이 유럽인권협약 제5조(3)을 위배하지 않으면서도 심각한 테러범죄를 저질렀다고 의심되는 사람을 법관 또는 기타 사법관헌에 회부하기 전에 더 오래 구금할 수 있도록 만들었다."[126]

그러나 정부에 의해 제기된 사법적 통제의 어려움이 "제5조(3) 하에서 '신속한' 사법적 통제를 받을 권리를 모두 생략하는 것"을 정당화할 수는 없다."[127] 왜냐하면, "'신속성'의 개념을 해석하고 적용하는 데 대한 융통성은 매우 제한되어 있기 때문이다."[128] 따라서 "넷 중에서 가장 짧은 시간, 즉, 4일 6시간 동안 구금된 신청인조차" "협약 제5조의 첫 부분에 의하여 엄격하게 제한되는 허용된 시간 범위를 벗어난" 것이다. 이에 대하여 유럽인권재판소는 다음과 같이 설시한 바 있다.

> "법관 또는 기타 사법관헌에 회부함이 없는 장기 구금을 정당화하기 위해 이 사안의 특성에 그 정도의 중요성을 부여하는 것은 '신속하게'라는 단어의 평범한 의미를 과도하게 넓게 해석하는 것이다. 이와 같이 해석할 경우 제5조(3)이 보장하는 절차적 권리가 심각하게 약화되어 개인이 피해를 보게 되고, 이 조항에 의하여 보호되는 바로 그 권리의 요체를 훼손하는 결과를 불러올 것이다. 그러므로 이 재판소는 신청인들 모두가 '신속하게' 사법당국에 회부되지 않았거나 체포 직후에 '신속하게' 석방되지 않았다고 결론을 내릴 수밖에 없다. 신청인들의 체포와 구금이 테러리즘으로부터 지역 사회 모두를 보호하기 위한 적법한 목적에 의하여 이루어졌다는 부정할 수 없는 사실 자체만으로는 제5조(3)에서 요구하는 특정한 요건을 충족하였다고 볼 수 없다."[129]

유럽인권협약 제5조(4) 위반 여부가 문제된 한 사안은 징집병이 군사 작전 동안 구금되어 체포 후 5일 동안 군사법원에 서지 못한 경우였다. 그 법원의 구성원들이 동일한 군사 작전에 참가하였다는 사유로는 위와 같은 지연이 정당화될 수 없다. 그리고 군사법원은 "유럽인권협약의 요건을 충족하기에 충분할 정도로, 필요하다면 토요일이나 일요일에도 빠르게 재판부를 구성"할 수 있도록 미리 준비가 이루어졌어야 한다.[130]

126) Ibid., para. 61.

127) Ibid., loc. cit.

128) Ibid., p.33, para. 62.

129) Ibid., pp. 33–34, para. 62.

130) *Eur. Court HR, Case of Koster v. Netherlands, judgment of 28 November 1991, Series A, No. 221*, p. 10, para. 25.

4.9.1 합법적인 결정 기관

*검사*에 의하여 재판 전 구금 기간이 여러 번에 걸쳐 연장된 *Kulomin* 사건에서, 자유권규약위원회는 다음과 같이 판단하였다

> "사법권의 적정한 행사에는 다음과 같은 요건이 충족될 것이 내재되어 있다. 즉, 사법권은 그 사안과 관련하여 독립하고 객관적이며 공평한 기관에서 행사되어야 한다."[131]

따라서 위 사안에서, 자유권규약위원회는 "검찰이 규약 제9조(3)이 의미하는 '사법권을 행사하도록 법률상 권한이 부여된 관헌'으로 인정되기 위해 필요한 기관의 독립성과 공평성을 갖추었다고 보기 어렵다"고 판단하였다[132].

*****

"어떤 '관헌'이 [유럽인권협약 제5조(3)]에서 규정하는 의미의 '사법권'을 행사한다고 하기 위해서는 먼저, 그 관헌이 구금된 사람에 대해 어떠한 자의적이거나 불공정하게 자유의 박탈을 하지 않을 것이라는 점을 보장할 수 있다는 특정한 조건을 충족하여야 한다."[133] 따라서,

> "그 '관헌'은 행정부나 당사자로부터 독립하여야 한다. … 이 점에서 구금에 대한 결정을 할 시점의 객관적인 외양(appearances)이 중요하다. 만약 그 때 '기관'이 검찰 측으로서 후속 형사절차에 개입할 것으로 보인다면, 그의 독립성과 공평성은 의문의 여지가 있다. … 그 '관헌'은 직접 구금된 사람을 대면하여 이야기를 듣고 법적인 기준에 의거하여 그 구금상태가 정당한지 여부를 검토하여야 한다. 만약 구금이 정당하지 않다면, 그 '관헌'은 피구금자를 석방하는 내용의 구속력 있는 결정을 할 권한을 가져야만 한다. … "[134]

또한, 그 "관헌"이 "피의자의 구금이나 석방에 대한 구속력 있는 법률상의 결정을 할 수 있는" 권한을 가지지 않았다면, 유럽인권협약 제5조(3)의 목적에 비추어 "충

131) Communication No. 521/1992, *Kulomin v. Hungary* (Views adopted on 22 March 1996), in UN doc. *GAOR*, A/51/40(vol. Ⅱ), p. 91, para. 11.3. 강조는 추가됨.

132) Ibid., loc. cit.

133) *Eur. Court HR, Case of Assenov and Others v. Bulgaria, judgment of 28 October 1998, Reports 1998-Ⅷ*, p.3298. para. 146.

134) Ibid., loc. cit.

분히 독립적"이라고 볼 수 없다.[135] 더욱이 구금 여부에 대한 수사기관의 결정을 승인한 검사는 향후 진행되는 형사절차에서 피구금자의 이익에 반하여 행동할 수 있으므로, 그는 제5조(3)의 목적에 비추어 "충분히 독립적이거나 공평하지" 못하다고 평가되었다.[136] 이와 유사하게, 신청인의 구금을 명한 지방 검사가 수사와 기소까지 행한 것이 제5조(3)에 위배된다고 판단한 사례가 있다.[137] 유럽인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "협약은 구금을 명한 사법관헌이 다른 의무를 수행할 수 있는 가능성을 배제하고 있는 것은 아니나, 만약 그 관헌이 후속 형사절차에서 검찰 측의 대표자로서 관여할 자격이 있다면, 공평성에 대한 의문이 제기될 수 있다."[138]

범죄혐의로 체포되거나 구금된 사람은 즉시, 독립적이고 공평하며 그를 석방할 수 있는 구속력 있는 결정을 내릴 권한이 있는 법관 또는 기타 관헌에게 회부되어야 한다. "신속하게"라는 단어는 엄격하게 해석되어야 하고, 위기상황이더라도 그 본질적 의미가 훼손되어서는 안 된다.

5. 합리적인 기간 내에 재판을 받거나 아니면 불구속 상태에서 재판을 받을 권리

앞서 4.9에서 "신속성" 요건에 대해 살펴보았는데, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(3)과 미주인권협약 제7조(5) 및 유럽인권협약 제5조(3)에서는, 모든 피구금자가 "합리적인 기간"(a reasonable time) 내에 재판을 받거나 아니면 불구속 상태에서 재판을 받을 권리에 대해 규정하고 있다. ***이것은 범죄 혐의로 기소된 피고인들은 모두 유죄판결이 확정될 때까지 무죄추정을 받을 권리를 가진다는 점과 자유의 박탈은 항상 예외적인 수단에 그쳐야 한다는 점에서 논리적으로 도출된다.***

5.1 "합리적인 기간"의 의미

135) Ibid., p.3299, para. 148.

136) Ibid., p. 3299, para. 149.

137) *Eur. Court HR, Huber Case v. Switzerland, judgment of 23 October 1990, Series A, No. 188*, p. 17, para. 41.

138) Ibid., p. 18, para. 43.

자유권규약위원회는 "무엇이 '합리적인 기간'인지 여부에 대해 개별 사안에 따라 평가하여야 한다"고 판단한 바 있다.[139] 그러나 "형사재판의 운영을 위한 충분한 예산이 배정되지 않았다는 이유로 형사재판의 판결선고가 비합리적으로 지연되는 것을 정당화할 수 없다. 또한, 해당 사건에 대한 증거조사가 본질적으로 서면으로 이루어진다는 점을 고려하더라도 그와 같은 지연이 정당화되지 않는다."[140] 다시 말해, "증거수집"을 위해 체포 후 4년간 구금을 지속하는 것을 정당화할 수 없고, 이는 규약 제9조(3)에 위배된다.[141] 다른 사건에서 자유권규약위원회는 신청인이 해당 국가에서 하나의 정당(政黨)만 인정하는 당시 헌법에 위반하여 불법으로 간주된 정당에 가입하였다는 혐의만으로 31개월 동안이나 구금된 것은 규약 제9조(3)항에 위배된다고 판단하였다.[142] 더구나, 4년 4개월 동안 재판 기일이 전혀 정해지지 않은 채 구금된 것은 규약 제9조(3)에 위배된다.[143] 상소법원의 판결과 재심 개시 사이에 거의 4년이 걸렸고 그 기간 동안 당사자가 계속 구금상태에 있었던 사안에서는, 제9조(3)과 제14조(3)(c) 모두 위배되었다고 판단하였다.[144]

자유권규약위원회는, 당사자가 기소되지도 않은 채 1년 9개월 동안이나 구금되었는지에 대하여 당사국으로부터 "만족스러운" 설명이 없었던 경우, 이는 역시 "비합리적"이고, 제9조(3)에 위배된다는 결론을 내렸다.[145]

기소될 때까지 불합리하게 절차가 지연된 경우와 관련한 여러 가지 사안들에서는 종종 규약 제9조(3)과 제14조(3)(c)가 동시에 문제될 때가 많다.[146] 더 많은 사례들은 앞으로 제6장(공정한 재판을 받을 권리: 제1부–수사부터 재판까지)에서 다룰 규약 제14조(3)(c)와 관련하여 살펴보기로 한다.

---

139) Communication No. 336/1988, *N. Fillastre v. Bolivia* (Views adopted on 5 November 1991), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 306, para. 6.5.

140) Ibid., loc. cit

141) Ibid.

142) Communication No. 314/1998, *P.Chiiko Bwalya v. Zambia* (Views adopted on 14 July 1993), in UN doc. *GAOR*, A/48/40(vol. Ⅱ), p.54, para. 6. 3.

143) Communication No. 386/1989, *F.Kone v. Senegal* (Views adopted on 21 October 1994), in UN doc. *GAOR*, A/50/40(vol. Ⅱ), p. 8. para. 8. 6.

144) Communication No. 447/1991, *L.Shalto v. Trinidad and Tobago* (Views adopted on 4 April 1995), in UN doc. *GAOR*, A/50/40(vol. Ⅱ), p. 19. para. 7. 2.

145) Communication No. 733/1997, *A. Perkins v. Jamaica* (Views adopted on 19 March 1998), in UN doc. *GAOR*, A/53/40(vol. Ⅱ), p. 210. para. 11. 3. [역주: 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(c) "부당하게 지체됨이 없이 재판을 받을 것"]

146) 예를 들어, Communication No. 705/1996, *D. Taylor v. Jamaica* (Views adopted on 2 April 1998), in UN doc. *GAOR*, A/53/40(vol. Ⅱ), p. 179. para. 7. 1. 자유권규약위원회는 체포와 기소 사이에 27개월의 기간이 지난 사안에서 규약 제9조(3)과 제14조(3)(c)가 모두 위배되었다고 판단하였다.

*****

유럽인권협약 제5조(3)에서 보장된 합리적인 기간 내에 재판을 받을 권리 또는 불구속 상태에서 재판을 받을 권리에 관하여, 유럽인권재판소는 다음과 같이 판시한 바 있다. "피고인의 잠정적인 구금상태는 적절한 시간을 넘어 연장되어서는 안 된다." 그리고 이 조항이 의미하는 기간의 마지막은 "제1심 법원에서 혐의 유무가 결정된 날"이지 그 판결이 확정된 날이 아니다.[147] 그러나 상황에 따라서는 고려될 수 있는 기간의 마지막 날이 예컨대, 보석금을 낸 바로 그 날이 될 수도 있다.[148]

"피고인의 계속된 구금상태가 합리적인지 여부는 개별 사안의 특성에 따라 평가되어야 한다." 그리고 "고려하여야 할 요소들은 매우 다양하다." 이에 따라 "어떠한 구금상태에 대한 합리성의 평가가 견해에 따라 매우 다를 가능성"이 존재한다.[149] 따라서,

> "피고인에 대한 재판 전의 구금상태가 적정한 기간을 초과하지 않도록 보장하는 것은 가장 먼저 각 체약국 사법부의 책임이다. 따라서 각 체약국의 사법부는 개인적 자유의 존중 원칙에서 출발하는 무죄 추정의 원칙에 입각하여 피고인의 구금을 정당화하는 공익의 요건이 진정으로 존재하는지를 그 당부의 양 쪽 측면에서 모든 조건들을 충분히 고려하여 석방 여부를 결정하여야 한다. 이 재판소는 이와 같은 결정들이 나오게 된 근거와 석방을 청구한 피구금자의 진술에 기초하여 유럽인권협약 제5조(3) 위반 여부를 판단한다.
>
> 체포된 사람이 해당 범죄를 저질렀다는 ***합리적 의심의 지속적인 존재***는 계속된 구금상태의 유효성에 대한 필요조건(sine qua non)이기는 하나, 어느 정도 시간이 지나면 그것만으로는 충분하지 않다. 그렇게 되면 이 재판소는 사법당국이 언급하는 다른 근거들에 의하여 자유의 박탈을 계속하여 정당화할 수 있는지를 따져보아야 한다. ***그와 같은 근거들이 '관련성이 있고', '충분하다'고 판단된다면, 이 재판소는 권한 있는 당국이 절차 진행을 신속하게 하기 위하여 '특별한 주의와 노력'을 기울였는지도 확인하여야 한다. …"***[150]

147) *Eur. Court HR, Wemhoff Case v. the Federal Republic of Germany, judgment of 27 June 1968, Series A, No, 7*, p. 22, para. 5 and p.23, para. 9.

148) *Eur. Court HR, Case of Van der Tang v. Spain, judgment of 13 July 1995, Series A, No. 321*, p. 18, para. 58

149) *Eur. Court HR, Wemhoff Case v. the Federal Republic of Germany, judgment of 27 June 1968, Series A, No, 7*, p.24, para.10.

150) *Eur. Court HR, Case of Assenov and Others v. Bulgaria, judgment of 28 October 1998, Report 1998= V Ⅲ*, p.3300, para. 154. 강조는 추가됨.

Assenov 사건

신청인이 16개 또는 그 이상의 가택침입강도 혐의를 받고 있었고, 만일 석방될 경우 재범의 우려가 있었던 *Assenov* 사건에서 유럽인권재판소는 "상당한 기간 내에 재판"을 받지 못하여 유럽인권협약 제5조(3)에 위배되었다고 결론 내렸다. 재판을 받기까지 2년이 걸린 것에 관하여, 위 재판소는 그 중 1년 동안 "수사에 관련된 어떠한 실질적인 조치가 없었을 뿐만 아니라 새로 수집된 증거도 전혀 없었으며, Assenov는 단 한 번 심문을 받았다"고 지적하였다.[151] 나아가 위 재판소는, 예컨대 원 기록을 각 사안에 관계된 다른 기관들에 송부하는 것 보다 관련 기록을 사본할 수 있는 가능성에 중점을 두어야 하여야 함에도, 수사의 중단으로 인하여 석방을 위한 신청인의 여러 차례의 이의가 받아들여지지 않았고, 그로 인하여 재판이 지연되었다고 덧붙였다. 신청인은 미성년자였기 때문에 관련 기관들은 신청인이 적절한 시간 내에 재판을 받을 수 있도록 보장함에 있어 특별한 주의를 보여주는 것이 보다 중요했다는 사실이 추가로 고려되었다.[152]

도주의 위험성: 피고인이 도주할 위험에 대하여, 유럽인권재판소는 이와 같은 위험을 "선고형의 경중에만 기초하여 평가하여서는 아니 되고," "도주의 위험성의 존재를 확인해 주거나, 반대로 도주의 위험성이 워낙 적어서 재판 계속 중의 체포 상태를 정당화하지 못하는 여러 관련 요소들을 모두 고려하여야 한다."고 강조하였다.[153] 이런 이유를 고려하면, 국내 법원들은 왜 도주의 위험이 있는지 설명해야만 하고, "왜 도주의 위험성이 있는지에 대하여 아무런 설명이 없이, 동일하고 정형적인 형식의 문구로"[154] 체포 상태를 유지하여서는 안 되며, 왜 "보증금을 제출하고 피구금자를 법원의 감독 아래 두는 방법 등의 대안을 강구하지 않았는지" 여부에 대하여도 설명하여야 한다.[155]

범죄를 저질렀다고 의심할 만한 상당한 이유: 마약 운반 혐의로 기소된 사람의 재판 전 구금과 관련한 사안에서, 유럽인권재판소는 "범죄혐의가 중대하고," "신청인의 혐의를 뒷받침하는 증거가 설득력 있다"고 판단하였다. 그럼에도 불구하고 유럽인

151) Ibid., p. 3301, paras. 157–158

152) Ibid., p. 3301, para. 157

153) *Eur. Court HR, Case of Ya?ci and Sargin v. Turkey, judgment of 8 June 1995, Series A, No. 319–1, p.19*, para. 52.

154) Ibid., loc. cit. 이 사건에서는 협약 제5조(3)도 위배된 것으로 인정되었다. Ibid., p.19, para. 55.

155) *Eur. Court HR, Case of Tomasi v. France, judgment of 27 August 1992, Series A, No. 241–A*, p. 37, para. 98.

권재판소는 "중한 범죄를 저질렀다고 의심할 만한 사정이, 물론 하나의 고려 요소가 될 수는 있으나, 그와 같은 사정만으로 장기간의 재판 전 구금상태를 정당화할 수는 없다."고 강조하였다.[156]

재범의 위험성: 재범의 위험성은 재판 진행 중의 구금상태를 정당화할 수 있는 또 다른 근거가 될 수 있다. *Toth* 사건에서는, 신청인의 도주의 위험성뿐만 아니라, 재범의 위험성도 2년 1개월을 약간 넘는 재판 진행 중의 구금상태를 정당화시키는 "관련성 있고 충분한" 요소를 이룬다고 판단되었다.[157] 유럽인권재판소는 "문제된 결정은 이전의 범죄들의 태양, 그 결과 선고된 형량을 모두 고려하였고," 따라서 "국내 법원들이 피고인이 새로운 범죄를 저지를 위험성이 있다고 볼 만한 합리적인 이유가 있다."고 결론지었다.[158]

공공질서에 악영향: 유럽인권재판소는 "특별한 중요성과 그에 대한 대중의 반응 때문에 사회의 불안을 야기할 수 있는 특정한 범죄들에 대하여는 적어도 얼마 동안 재판 전 구금이 정당화 될 수도 있다"고 판단하였다. 이에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

> "예외적인 경우 – 그리고 충분한 증거들이 있음이 명백한 경우 … – 에는 국내법에서 이를 인정하고 있는 한, 범죄로 야기된 공공질서에 대한 위해가 협약의 목적으로 고려될 수 있다. … 그러나 이와 같은 이유는 피고인의 석방이 실질적으로 공공질서에 위해를 끼친다고 볼 만한 상당한 사실에 근거하였을 때에만 관련성 있고, 충분하다고 평가될 것이다. 또한, (석방이) 공공질서에 실제로 위협으로 존속하는 경우에만 구금이 적법하게 계속될 수 있을 것이다. 다만 구금의 계속이 구금형(custodial sentence)을 예상하는 데 사용되어서는 안 된다. … "[159]

Tomasi 사건의 경우–한 사람을 살해한 테러 공격에 가담하였다는 혐의로 기소되었으나, 결국 무죄로 석방되었다–유럽인권재판소는 "체포 상태의 초기에는 공공질서에 위해가 있었으나, 어느 정도 시간이 지나자 그 위험이 사라졌다."[160]고 판단하였다.

---

156) *Eur. Court HR, Case of Van der Tang v. Spain, judgment of 13 July 1995, Series A, No. 321*, p.19, para. 63.

157) *Eur. Court HR, Case of Toth v. Austria, judgment of 12 December 1991, Series A, No. 224*, p.19, paras. 69–70 and 73.

158) Ibid., p.19, para. 70.

159) *Eur. Court HR, Case of Tomasi v. France, judgment of 27 August 1992, Series A, No. 241–a*, p.36, para. 91.

160) Ibid., loc. cit

그러나 법의 지배를 받는 민주국가에서 공공질서처럼 쉽게 남용되는 법적 개념에 근거하여 재판 전 구금이 법적으로 정당화 될 수 있는지에 대한 의문은 여전히 남아 있다.

증인에 대한 압력 내지 공모의 위험성: 재판 전 구금을 정당화하는 또 하나의 이유는 증인에게 주어질 압박과 공동피고인들 사이에 공모할 위험성이다. 그러나 체포 초기에는 그와 같은 위험성이 현실적으로 존재한다고 하더라도, 점점 줄어들 것이고 결국에는 없어질 것이다.[161] 그러한 위험성을 평가하는 것은 국내 법원이고, 종국적으로는 유럽인권재판소가 이를 평가할 것이다.

국내 기관의 행위: 체포를 정당화하기 위해 제기되는 근거가 원론적으로 "관련성이 있고," "충분하다고" 하더라도, 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제5조(3)에 따라 국내 기관의 행위 자체가 재판 전 구금상태를 정당화할 수 있는지 여부를 여전히 평가하여야 한다.[162] 이와 관련하여 "구금상태에 있는 피고인이 가능한 한 빠르게 자신의 사건을 진행시키기 위해 할 수 있는 모든 조치를 취할 권리가 재판부의 적절한 주의를 기울여 일을 처리하려는 노력에 방해가 되어서는 아니 된다."는 점이 지적되었다.[163]

유럽인권재판소는 당해 사건이 사후에 다른 범죄의 수사와 관련되면서 절차가 복잡해져서 3년 2개월 동안 신청인이 재판 전 구금상태에 있었던 사안에 관하여, 협약 제5조(3)에 위배되지 않는다고 판단하였다. 위 재판소는 "신청인이 도주할 위험성이 그의 재판 전 구금 상태 도중에 항상 존재하였고, 구금 상태가 연장된 것이 … 스페인 당국에서 특별한 주의와 노력을 기울이지 않았기 때문이라고 볼 만한 사정이 보이지 아니한다."고 인정하였다.[164]

그러나 위 재판소는 프랑스 법원이 "필수적인 신속성의 요건을 갖추지 못하였고", 또한, 문제된 구금 기간이 길어진 것을 "사안의 복잡성이나 신청인의 행동" 때문이라고 볼 만한 별다른 이유가 없으므로, 5년 7개월 동안 재판 전 구금상태에 있었던 사안에 대해 협약 제5조(3) 위반이라고 보았다.[165] 이와 같이 구금상태에 있는 사람의

161) Ibid., pp. 36–37 paras. 92–95.

162) Ibid., pp. 37–39, paras. 99–103.

163) *Eur. Court HR, Case of Van der Tang v. Spain, judgment of 13 July 1995, Series A*, No. 321, p.21, para. 72.

164) Ibid., p.22, para. 76.

165) *Eur. Court HR, Case of Tomasi v. France, judgment of 27 August 1992, Series A, No. 241–A*, p.

행동도 재판 전 구금이 적절하였는지 여부를 판단하는 데 필요한 한 가지 요소가 될 수 있다.[166]

5.2 미결구금의 대안: 재판에 대한 출석 보증

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(3), 미주인권협약 제7조(5) 및 유럽인권협약 제5조(3)항은 재판에의 출석이 보증될 경우에 피구금자를 석방할 수 있도록 규정하고 있다.

*****

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(3)에 관하여, 자유권규약위원회는 일관되게 다음과 같이 판단하고 있다.

> "재판 전 구금은 예외적이어야 하고, 피고인이 도주하거나 증거를 인멸하거나, 증인에게 영향을 주거나 당사국의 관할 영역 밖으로 도주할 위험이 있는 경우 등을 제외하고서는, 보석이 허용되어야 한다."[167]

자유권규약위원회는 다음과 같은 견해를 취하고 있다. "피고인이 ***외국인***이라는 사실이 곧 그가 재판 전에 구금상태에 있을 것을 의미하여서는 아니 된다."[168] 더구나, "만약 보석을 할 경우에 외국인이 당사국의 관할 영역 밖으로 떠날 수도 있다는 관계 당국의 막연한 추측만으로는 규약 제9조(3)에서 정한 규율에 대한 충분한 예외사유가 되지 아니한다." 결과적으로, 자유권규약위원회는, 관계 당국이 피고인이 구금상태에서 풀려날 경우에 그 나라를 떠나버릴 것이라는 점과 "왜 적절한 액수의 보석금을 정하는 등의 다른 보석 조건을 마련할 수 없었는지"를 입증하기 위한 적절한 정보를 제공하지 못할 경우 제9조(3)에 위배된다고 판단하였다.[169]

*****

39, para. 102.

166) *Eur. Court HR, Case of Clooth v. Belgium, judgment of 12 December 1991, Series A, No. 225*, pp. 15–16, paras 41–44.

167) Communication No. 526/1993, *M. and B. Hill v. Spain* (Views adopted on 2 April 1997), UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol.), p. 17, para. 12. 3.

168) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

169) Ibid.

유럽인권재판소는 다음과 같은 점을 강조한다. "피고인에 대한 구금상태를 지속하는 유일한 이유가, 피고인이 도망하여 재판에 출석하지 않을 것이라는 데 대한 우려 때문이라면, 피고인으로부터 그의 출석을 담보할 수 있는 보증을 얻는 것이 가능할 경우에는 불구속 상태에서 재판을 해야만 한다." 그러나 피고인이 그와 같은 담보를 마련하기 어렵고, 그 사안에 대한 사법당국의 조치를 비판하기 어려운 경우에 위 재판소는 협약 제5조(3)에 위배되지 않는다고 판단하였다.[170]

*범죄 혐의로 구금된 사람은 합리적인 기간 안에 재판을 받거나 불구속 상태에서 재판을 받을 권리를 가진다. **재판 전 구금의 합리성**은 개별 사안의 다음과 같은 모든 조건을 고려하여 평가하여야 한다.*

- *범죄의 중대성*
- *도주의 위험성*
- *증인에게 영향을 미치거나 공동피고인들 사이에 공모할 위험성*
- *피구금자의 행동*
- *국내 당국의 조치*

그리고 수사의 복잡성

가능한 한 언제나 필요한 경우에는 피고인의 재판출석을 보증할 수 있는 담보를 제공할 것을 명하여 불구속 재판이 이루어져야 한다.

*구금 상태가 지속되는 동안, 항상 **무죄추정의 원칙**이 지켜져야 한다.*

170) *Eur. Court HR, Wemhoff Case v. the Federal Republic of Germany, judgment of 27 June 1968, Series A, No. 7*, p.25, para. 15.

6. 법원에 의하여 신속히 또는 지체 없이 구금의 적법성이 심사되도록 요구할 수 있는 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(4)은 다음과 같이 규정하고 있다.

"체포 또는 구금에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지, 법원이 그의 구금의 적법성을 지체 없이 결정하고, 그의 구금이 적법하지 아니한 경우에는 그의 석방을 명령할 수 있도록 하기 위하여, 법원에 절차를 취할 권리를 가진다."

미주인권협약 제7조(6)은 다음과 같이 규정하고 있다.

"자유를 박탈당한 자는 법원이 그의 체포나 구금의 적법성에 대하여 지체 없이 판단하고, 체포나 구금이 불법적인 경우 그의 석방을 명할 수 있도록, 권한 있는 법원에 절차를 취할 권리가 있다. 자유를 박탈당할 위협을 받고 있다고 믿는 자는 그러한 위협의 적법성을 판단할 수 있도록 권한 있는 법원에 그 구제를 신청할 권리가 있다는 법률을 가진 당사국에서, 이러한 구제수단은 제한되거나 폐지될 수 없다. 해당 당사자 또는 그의 대리인이 이러한 구제수단을 행사할 수 있다."

유럽인권협약 제5조(4)은 다음과 같이 규정하고 있다.

"체포 또는 구금에 의하여 자유를 박탈당한 사람은 누구든지 법원이 그의 구금의 적법성을 지체 없이 결정하고, 그의 구금이 적법하지 아니한 경우에는 석방이 명령되도록 법원에 절차를 취할 권리를 가진다."

*****

이러한 중요한 법적 보장장치들이 형사사건이건 행정사건이건 관계없이 자유를 빼앗는 모든 경우에 적용된다는 것은 주목할 만하다.[171] 자유권규약위원회는 또한 징집병에 대하여 부과된 징계적 처벌 역시 "제9조(4)의 적용영역에 포함될 수 있다"라고 하였다.

"만일 자유에 대한 제한이 일반적인 군복무가 가지는 긴급성과 당사국 군대의 일반적 생활 상태를 넘어선 형태로 이루어진다면 … (그 적법성 여부를 판단하기 위해서는)

171) 규약 제9조(4)에 관하여는 General Comment No. 8, in *United Nations Compilation of General Comments*, pp. 117–118. 참조

성격, 기간, 효과, 제재의 집행방식, 문제되는 수단과 같은 요소들 전부가 고려되어야 한다."[172]

Vuolanne and Hammel 사건

규약 제9조(4)은 *Vuolanne* 사건에 적용될 수 있었는데, 이 사건에서는 신청인이 열흘 낮과 밤 동안 혼자 격리되어 있었고, 이는 "일반적인 복무를 벗어나고 군사적 생활에 수반되는 일반적인 제한을 벗어난" 것이었다.[173] 비록 징계적 처벌이 행정당국에 의하여 부과되었지만, 당사국은 "구금된 사람에게 적법한 법원에 호소할 권리를 보장해주어야 할 의무가 있었다." 이 특별한 사건에서 그 법원이 일반법원인지 군사법원인지 여부는 문제되지 않았다.[174] *Hammel* 사건에서는 신청인은 그를 국외추방하기 위한 구금의 적법성을 판단받기 위하여 법원에 어떤 절차를 구할 가능성이 전혀 없었는데, 자유권규약위원회는 같은 이유로 제9조(4)을 위반하였다고 결론 내렸다[175].

자유 박탈의 적법성을 다툴 권리는 ***실효적으로 행사 가능하여야 한다.*** 자유권규약위원회는 자유를 박탈당한 자가 ***외부와 단절된 채로*** 구금되어 있고, 그 결과 "그의 체포와 구금을 다툴 기회가 실질적으로 박탈당한 경우"에는 제9조(4)을 위반하였다고 판단하였다[176].

유사하게, 원칙적으로 신청인이 법원에 인신보호영장(writ of habeas corpus)을 요청할 수 있었지만, 구금된 기간 동안 그에게 변호인의 조력을 받을 기회가 제공되지 않았음에 다툼이 없는 사안에서, 자유권규약위원회는 규약 제9조(4)이 침해되었다고 결정하였다.[177] 그러나 신청인이나 그의 변호인이 그러한 인신보호영장을 청구하였다는 증거가 없는 경우, 위 위원회는 신청인이 "지체 없이 법원에 의하여 그의 구금

172) Communication No. 265/1987, *A. Vuolanne v. Finland*(Views adopted on 7 April 1989), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, pp.256-257, para. 9.4.

173) Ibid., p. 257, para. 9.5.

174) Ibid., para. 9.6.

175) Communication No. 155/1983, *E. Hammel v. Madagascar* (Views adopted on 3. April 1987), in UN doc. *GAOR*, A/42/40, p. 138, para. 20.

176) Communication No. 84/1981, *H. G. Dermit on behalf of G. I. and H. H. Dermit Barbato* (Views adopted on 21 October 1982), in UN doc. *GAOR*, A/38/40, para. 10 at. p. 133.

177) Communication No. 330/1988, *A. Berry v. Jamaica* (Views adopted on 7 April 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. Ⅱ), pp. 26-27, para. 11. 1.

의 적법성이 심사되도록 요구할 기회를 박탈당하였다"고 결정할 수는 없었다.[178]

마지막으로, 자유권규약위원회는 인신보호영장제도가 자유를 박탈당한 자에게 적용될 수 없는 경우, 제9조(4)을 위반한 것이라고 판단하였다. 왜냐하면, 체포와 구금을 다툴 수 있는 효과적인 구제수단이 부정된 것이기 때문이다.[179]

6.1 이러한 요건을 충족시키는 법적 절차

구금의 적법성이 ***법원***에 의해 결정되어야 한다는 것은 위에서 인용한 조약 규정들의 문언에 의하면 명확하다. 따라서 예를 들어, 내무부 장관에게 구금명령에 대한 이의제기를 하는 것은 규약 제9조(4)의 요건을 충족시키지 못한다. 자유권규약위원회는 비록 그러한 이의제기가 "구금의 적법성에 대한 심사와 보호를 위한 어느 정도의 조치"를 제공한다 할지라도, 그것은 "규약 제9조(4)의 요건을 충족시키지 못한다."고 보았다.

> 제9조(4)의 요건이란, "그러한 통제에 있어서 더 높은 정도의 객관성과 독립성을 보장하기 위하여 법원에 의하여 구금의 적법성이 결정될 것"을 말한다."[180]

따라서 신청인이 경찰의 명령에 따라 핀란드 '외국인법'에 의하여 구금된 사례에서, 구금된 지 7일이 지나 내무부 장관에 의하여 구금명령이 확인될 때까지 구금의 적법성이 법원에 의하여 심사될 수 없었던 경우, 자유권규약위원회의 견해에 의하면, 그러한 지연은 "구금된 사람은 법원이 구금의 적법성을 *지체 없이* 심사하고 만일 구금이 불법이면 석방을 명하도록 하기 위하여 법원에 절차를 취할 수 있어야 한다는 제9조(4)을 침해한 것이었다."[181]

178) Communication No. 373/1989, *L. Stephens v. Jamaica* (Views adopted on 18 October 1995), in UN doc. *GAOR*, A/51/40(vol. Ⅱ), p. 9, para. 9.7.

179) 예를 들어, Communication No.R.2/9, *E. D. Santullo Valcada v. Uruguay* (Views adopted on 26 October 1979), in UN doc. *GAOR*, A/35/40, p. 110, para. 12, and Communication No. R. 1/4, *W. T. Ramirez v. Uruguay* (Views adopted on 23 July 1980), para. 18 at p. 126.

180) Communication No. 291/1988, *M. I. Torres v. Finland* (Views adopted on 2 April 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40 (vol. Ⅱ), pp. 99-100, para. 7.2.

181) Ibid, at p. 100.

A. v. Australia 사건

오스트레일리아에서 난민 지위를 신청한 캄보디아 시민과 관련된 사건에서 규약 제9조(4)이 침해되었는데, 이 사례에서 개인의 석방을 명할 수 있는 오스트레일리아 "법원"의 통제와 권한은 이민수정법(Migration Amendment Act)에서의 '특정한 사람'(designated person)인지 여부에 관한 판단에 의해 제한된다. 만일 그 '특정한 사람'에 해당한다면, 법원은 그 사람에 대한 계속된 구금을 심사하거나 석방을 명할 권한이 없다[182].

그러나 자유권규약위원회의 의견은 다음과 같다.

> "제9조(4)에 의한 구금의 적법성에 대한 법원의 심사는, 반드시 석방가능성을 포함하여야 하는데, 이는 단순히 구금이 국내법에 부합하느냐 여부에 한정되지 않는다. 각 국의 국내법 체계가 행정적 구금에 관한 법원의 심사를 보장하기 위하여 다양한 방식을 설정할 수는 있겠지만, ***제9조(4)의 목적과 관련하여 결정적인 것은 그러한 심사가 그 효과에 있어서 실질적이어야 하고, 단순히 형식적이어서는 안 된다는 것이다.*** '제9조(4)은 법원은 구금이 적법하지 않는 경우 석방을 명할 권한을 가져야 한다고 규정함으로써, 법원이 만일 구금이 제9조(1)이나 규약의 다른 규정들에서 요구하고 있는 것들과 양립할 수 없는 경우 석방을 명할 수 있는 권한을 가질 것을 요구하고 있다. 국내법이나 규약에 위반된 구금에 관하여 보상을 명하도록 규정하고 있는 제9조(5)은 이러한 결론에 대한 근거가 된다."[183]

이 특별한 사건에서, 법원의 심사권은 "자명한 사실 – 신청인이 오스트레일리아 이민법상의 '특정한 사람'이라는 – 에 대한 형식적인 평가에 제한되기 때문에, 자유권규약위원회는 제9조(4)에 의하여 보장된 신청인의 법원에 의하여 구금을 심사받을 수 있는 권리가 침해되었다"고 결론 내렸다.[184]

*****

미주인권재판소는 일관되게 미주인권협약 제7조(6)을 사법적 보호의 권리에 관하여 다음과 같이 규정한 제25조와 관련시켜 검토하였다.

> "1. 모든 사람은 관련국의 헌법이나 법률 또는 이 협약에 의하여 인정된 자신의 기본권을 침해하는 행위에 대한 보호를 받기 위하여, 권한 있는 법원이나 재판소

182) Communication No. 560/1993, *A v. Austrailia* (Views adopted on 3 April 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol Ⅱ), p. 143, para. 9.5.

183) Ibid., pp. 143–144, para. 9.5. 강조는 추가됨.

184) Ibid., at p. 144.

에 간이하고 신속하거나 여타의 효율적인 구제를 구할 권리가 있다. 그러한 침해가 공무수행 중인 자에 의하여 이루어진 경우에도 동일하다.

2. 체약국은 다음 사항을 약속한다.

a) 그러한 구제를 청구하는 자에게 국가의 법 제도로 규정된 담당기관에 의하여 자신의 권리가 결정되도록 보장한다.

b) 사법적 구제의 가능성을 확대시킨다.

c) 구제가 부여되면 담당기관이 그러한 구제를 집행할 것을 보장한다."

미주인권재판소는 일관되게 "어떤 사람의 기본적인 권리를 침해하는 행위로부터 그 사람을 보호하기 위하여 관할법원에 제기된 간이하고 신속하거나 또는 다른 효율적인 구제수단에 대한 권리는,

'미주인권협약은 물론 협약이 말하는 민주사회에서의 법의 지배 원칙의 근간들 중 하나이고,' … 제25조는 국내입법을 통하여 국가에게 보호의무를 부여하고 있는 미주인권협약 제1조(1)에 포함되어 있는 기본적인 의무와 밀접하게 관련되어 있다."[185]

고 판시하였다. 나아가,

"협약에 의해 승인된 권리의 침해에 대하여 효율적인 구제수단을 부여하지 않는 것은 그것 자체가 구제수단을 갖추지 않은 국가에 의한 협약위반행위이다. 그러한 의미에서, 그러한 구제수단이 존재한다고 하기 위해서는, 헌법이나 법률에 의하여 제공되고 있다거나 형식적으로 승인되고 있다는 것으로 충분하지 않고, ***오히려 인권의 침해가 존재하는지 여부를 확정하고, 배상을 행함에 있어서 그것이 진정으로 실효적이어야 한다.***"[186]

미주인권재판소의 견해에 의하면, "이러한 결론은 일반적인 경우와 예외적인 경우에 모두 맞다." 그리고, 이 매뉴얼 제16장에서 설명되겠지만, 비상사태의 선언조차도 "비상사태에 의하여도 이탈되거나 정지될 수 없는 권리의 보호를 위하여 협약이 당사국에게 설정하도록 요구한 사법적 보장에 대한 억압이나 사법적 보장의 무효화를 포함하여서는 안 된다."[187]

185) *I-A court HR, Castillo petruzzi et al. Case v. Peru, judgment of May 30, 1999*, in OAS doc. OEA/Ser.L/V/Ⅲ.47, doc. 6, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1999*, p. 276, para. 184.

186) Ibid., p. 277, para. 185. 강조는 추가됨.

187) Ibid., para. 186.

Castillo Petruzzi 등 사건에서 미주인권재판소는 미주인권협약 제7조(6)과 제25조 위반이라고 결론 내렸다. 그 이유는 후에 "정체불명"(faceless)의 군사법원에 의하여 반역죄를 선고받은 신청인들이 사법적 보장을 요구할 가능성을 전혀 가지지 못했기 때문이다. 반역죄를 규정한 법령은 "테러나 반역의 혐의를 받고 있는 사람에게는 사법적 보장을 추구하면서 소송을 제기할 권리를 부인"하였다. 그리고 인신보호법과 인신석방법(Habeas Corpus Act and Amparo Act)을 수정한 두 번째 법령은 "청원자의 사건이 조사과정에 있거나 청원자가 청원의 사유로 삼고 있는 그 사실에 관하여 재판이 계속 중이면 법원의 인신보호영장은 허용되지 않는다."고 규정하였다.[188]

Suarez Rosero 사건에서, 미주인권재판소는 다시 한 번 미주인권협약 제7조(6)에 의한 구제수단과 관련하여 "그 구제수단들의 목적은 … 지체 없이 '*체포와 구금의 적법성에 관한*' 결정을 얻는 것이고, 만일 체포와 구금이 불법이라면 또한 지체 없이 '*체포 · 구금된 자의 석방을 명하는 결정을 얻기 위한*' 것이기 때문에 그 구제수단들은 반드시 실효적이어야 한다고 강조하였다. 나아가 위 재판소는 *비상사태에서의 인신보호영장(Habeas Corpus in Emergency Situations)*에 관한 자신의 권고적 의견(Advisory Opinion)을 인용하였는데, 권고적 의견에는 다음과 같은 내용이 있다.

> "구금의 적법성에 관한 사법적 결정을 획득하는 인신보호영장의 목적을 달성하기 위하여 ***구금된 사람이 권한 있는 법관이나 관할이 있는 재판소에 소환되는 것이 반드시 필요하다***(강조는 추가됨). 여기에서 인신보호영장은 ① 어떤 사람의 생명과 신체적 완전성이 존중되고 있다는 것을 보장하고, ② 그가 실종되거나 그의 행방이 계속하여 비밀에 부쳐지는 것을 방지하며, ③ 고문이나 다른 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 처벌이나 처우로부터 그를 보호하는 데 있어 본질적인 역할을 수행한다. …"[189]

이 사건에서, 인신보호영장은 청구된 후 14개월이나 지나서 대법원장에 의하여 처리되었다. 결과적으로, Suarez Rosero는 "간이하고 신속하며 효율적인 구제수단에 접근하지 못하였고,"[190] 이는 미주인권협약 제7조(6), 제25조에 반하는 것이다.

마지막으로, 페루 군부가 인신보호영장에 대한 청원을 받아들인 리마 소재 최고법원 공법부의 결정을 따르기를 거절한 사건에서도 미주인권협약 제7조(6)이 위배되

188) Ibid., pp. 275–276, paras. 179–180 and p. 277, para. 188.

189) *I–A Court HR, Suarez Rosero Case v. Ecuador, judgment of November 12, 1997*, in OAS doc. OAS/Ser.L/V/Ⅲ.39, doc. 5, *Annual Report of the Inter–American Court of Human Rights 1997*, p. 298, para. 63.

190) Ibid., paras. 64–66.

었다. 군부는 그 결정을 무시하고 체포를 계속하였다.[191]

*****

유럽인권협약 제5조(4)의 "적법성"이라는 개념은 같은 조 (1)의 그것과 동일한 의미를 가진다. 그리고 "'체포' 또는 '구금'이 '적법한 것인지' 여부는 국내법뿐만 아니라 협약의 문언, 협약에 포함된 기본적인 원칙 및 제5조(1)에 의하여 허용된 제한의 목적에 비추어서도 판단되어야 한다."[192] 그래서 제5조(4)은 체포나 구금된 사람에게 "협약 제5조(1)의 의미에 비추어 보았을 때 '적법성'의 본질적인 ***절차적 및 실체적***인 요건에 관하여 법원에 의한 심사를 받을 권리를 부여한다.[193] 이것은 나아가 심사가 자의성, 특히 결정을 내리는 데 걸리는 시간과 관련한 자의성으로부터 개인을 보호한다는 ***제5조의 목적에 맞게*** 행해져야 한다는 것을 의미한다."[194]

나아가 제5조(4)은 "구금되어 있는 자는 구금의 적법성을 다투기 위하여 ***합리적인 간격을 두고*** 절차를 제기할 수 있을" 것을 요구하고, "그러한 구금은 엄격하게 제한된 기간 안에서만 이루어져야 한다는 협약의 기본적인 전제에 비추어 … ***짧은 간격의 주기적인 심사가 요구된다.***" …[195]

결과적으로, 어떤 사람이 2년 동안 재판 전 구금을 당하였으나, 단지 계속된 구금의 적법성에 대하여 한 번의 심사기회밖에 가질 수 없었고, 그것도 구두 청문절차 없이 그러한 심사가 행하여진 경우 유럽인권협약 제5조(4)은 침해된 것이다.[196] 그러나 신청인이 북아일랜드와 관련된 1984년의 테러방지법(임시법)상 체포와 구금의 적법성을 다투기 위하여 존재하던 인신보호영장을 이용하지 않은 경우에는 제5조(4)이 침해된 것이 아니다.[197]

---

191) *I-A Court HR, Cesti Hurtado Case v. Peru, judgment of September 29, 1999*, in OAS doc. OEA/Ser.L/V/Ⅲ.47, doc. 6, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1999*, p. 443, para. 133; for full facts see pp. 437-443.

192) *Eur. Court HR, Case of Brogan and Others v. the United Kingdom, judgment of 29 November 1988, Series A, No. 145*, p. 34, para. 65.

193) *Eur. Court HR, Case of Assenov and Others v. Bulgaria, judgment of 28 October 1998, Reports 1998-Ⅷ*, p. 3302, para. 162.

194) *Eur. Court HR, Keus Case v. the Netherlands, judgment of 25 October 1990, Series A, NO. 185-C, p. 66*, para. 24. 강조는 추가됨.

195) *Eur. Court HR, Case of Assenov and Others v. Bulgaria, judgment of 28 October 1998, Reports 1998-Ⅷ*, p. 3302, para. 162. 강조는 추가됨.

196) Ibid., p. 3303, para. 165.

197) *Eur. Court HR, Case of Brogan and Others v. the United Kingdom, judgment of 29 November 1988, Series A, No. 145*, pp. 34-35, paras. 63-65.

무기대등의 원칙: 유럽인권재판소의 판례법에 따르면, "수감자가 '직접 출석하여 또는 필요한 경우 변호인을 통하여' 심리절차에 참여할 수 있는 가능성은 어떤 사례들에서는 자유의 박탈 문제에 적용되는 본질적인 절차적 보장장치 중 가장 두드러진 것이다." 이것은 "수감자의 출석이 협약에 맞게 이루어지는 사법적 절차에 내재하는 주요한 보장책들 중 하나인 무기대등원칙에 대한 존중을 보장하는 수단으로 간주되는 경우에 특히 그러하다."[198] 그래서 무기의 대등을 보장하기 위해서는 "신청인에게 검사와 동시에 출석하여 검사의 주장에 대하여 반박할 수 있는 기회를 주는 것이 필요하다." 그리고 이것이 이루어지지 않았다면, 유럽인권협약 제5조(4)이 침해되는 것이다.[199] 유사하게, "수감의 실질적인 기간이 문제되고, 신청인의 인격과 성숙성의 정도에 관한 특질이 그의 위험성을 판단함에 있어 중요한 경우" 제5조(4)은 "변호인을 선임할 수 있는 가능성과 증인을 소환하고 심문할 수 있는 가능성을 포함하는 대심적 절차(adversarial procedure)라는 의미에서 구두심리를 요구한다."[200]

구금이 되고 처음 30일 동안 신청인의 변호인이 사법적으로 해석된 법률에 따라 소송서류 중 어떤 것도 조사할 수 없었고, 특히, 수사판사(investigating judge)와 경찰에 의해 작성된 보고서를 조사할 수 없었던 경우, 유럽인권재판소는 그 절차는 "무기대등의 원칙을 보장하는 데 실패하였고," 그런 까닭에 "진정으로 대심적"이라고 할 수 없다고 판결하였다. "그에 반하여 검사는 모든 서류에 대하여 잘 알고 있었다면, 그 절차는 신청인에게 구금을 정당화하는 이유를 적절하게 다툴 기회를 주지 않은 것이다."[201]

유럽인권협약 제5조(4)은 "체약국에게 구금에 대한 석방신청을 심사하기 위한 두 번째 단계의 사법심사를 설정하도록 강제하고 있지는 않다." 그러나 만일 이러한 사법심사가 행하여진다면, 관계국은 "반드시 원칙적으로 항소심에서 피구금자에게 첫 번째 심급과 동일한 보장을 부여하여야 한다." 그렇게 함으로써 또한 구금된 자에게

198) *Eur. Court HR, Case of Kampanis v. Greece, judgment of 13 July 1995, Series A, No. 318-B*, p. 45, para. 47. 강조는 추가됨.

199) Ibid., p. 48, para. 58.

200) *Eur. Court HR, Case of Hussain v. the United Kingdom, judgment of 21 February 1996, Reports 1996-I*, p. 271, paras. 59-60. 한편 유럽인권재판소는 서면에 의한 진술의 제출도 대심적 구조에서 신청인의 이익을 위한 "적절한 수단"에 해당한다고 하였다. *Eur. court HR, Sanchez-Reisse Case v. Switzerland, judgment of 21 Octorber 1986, Series A, No. 107*, p. 19, para 51. 이 사건에서는 협약 제5조(4)가 위반되었다.

201) *Eur. Corut HR, Lamy Case v. Belgium, judgment of 30 March 1989, Series A, No. 151*, pp. 16-17, para. 29.

"진정한 대심절차"를 보장할 수 있다.[202]

절차적 요건에서의 차별화: 유럽인권협약 제5조(4)의 요구는 제5조(1)(a) 내지 (f)에 따라 사람들이 구금된 구체적인 근거에 따라 약간씩 다르다. 예를 들어, 행정기관에 의한 자유 박탈의 결정의 경우,[203] 자유를 박탈당한 사람은 "법원에 위 결정의 적법성 심사를 청구할 수 있는 권리를 가지"는 데 반하여, 자유를 박탈하는 결정이 사법절차의 마지막 단계에서 법원에 의해 이루어지는 경우, 예컨대, 협약 제5조(1)(a)에 따라 "권한 있는 법원의 유죄판결"에 의하여 자유형이 부과되는 경우에는, 제5조(4)이 요구하는 심사는 법원의 위 결정 안에 이미 포함되어 있다.[204]

구금의 적법성에 대한 주기적인 심사: 그러나 유럽인권재판소가 이미 언급하였듯이, 예를 들어, "처음에 구금을 정당화했던 사유들이 소멸할 가능성을 가지는" 제5조(1)(e)에 포섭될 수 있는 정신이상자에 대한 구금에 관한 것과 같이, 제5조(4)은 "때때로 법원에 의한 계속된 심사의 가능성을 요구한다." 위 재판소의 견해에 의하면, "제5조(4)을, 이 영역의 구금이 단지 그 최초 결정이 법원에 의하여 내려졌다는 것만으로 그 구금을 계속된 적법성 심사에서 면제되는 것으로 해석하는 것은, 제5조의 대상과 목적에 반한다."[205]

유럽인권재판소의 논리에 의하면, 똑같은 원칙이 "제5조(1)(a)에서 언급된 '권한 있는 법원에 의한 유죄판결에 따른' 구금"의 경우에도 적용되지만, 단지 다음과 같은 예를 포함하는 특정한 경우에만 그러하다.

- "상습범인지 여부에 대한 판단을 행정부에 맡기고 있는 벨기에"
- "기한을 정하지 않은 또는 재량적 종신형을 선고받은 사람의 계속된 구금을 규정하고 있는 영국"
- "안전을 이유로 덜 발달되었거나 영구적으로 손상된 정신적 능력을 가진 자의 구금을 규정하고 있는 노르웨이"[206]

---

202) *Eur. Court HR, Case of 쌔소 v. Austria, judgment of 12 December 1991, Series A, No. 224*, p. 23, para. 84.

203) *Eur. Court HR, Luberti Case v. Italy, judgment of 23 February 1984, Series A, No. 75*, p. 15, para 31.

204) *Eur. Court HR, Case of Iribarne Perez v. France, judgment of 24 October 1995, Series A, No. 325-C*, p. 63, para. 30.

205) Ibid., loc. cit.

206) Ibid.

특히, 이러한 경우에는 자유를 박탈당한 사람들은 반드시 주기적으로 법원에 의하여 그들에 대한 구금이 적법한 것인지를 심사받을 수 있어야 한다.

"강제적으로 불확정기간 또는 아주 오랜 기간 동안 정신병원에 구금된" 정신이상자에 관하여 보자면, 그들도 "원칙적으로 사법적 성격의 자동적인 주기적 심사가 없는 경우에는, 그러한 구금이 민사 또는 형사법정에서 결정되었는지, 다른 기관에서 결정되었는지에 관계없이, 협약이 정한 '적법성'을 합리적 간격으로 법원에서 심사받을 수 있도록 절차를 제기할 수 있는 권리를 가져야 한다."[207] 그리고 그러한 심사는 "협약에 정하여진 온전하지 않은 정신을 이유로 사람을 '적법하게' 구금하는데 필수적인 요건들 모두를 살펴볼 정도로 넓게 행하여져야 한다. 특히 처음에 구금을 정당화하였던 이유들이 소멸할 가능성이 있는 때에는 더욱 그러하다.[208]

정신건강을 이유로 한 구금: X v. the United Kingdom 사건

X v. the United Kingdom 사건에서, 인신보호영장절차에도 불구하고, 법원이 그 환자의 정신장애가 여전히 존재하는지 여부, 내무부 장관이 공공의 안전을 위한 강제적 구금의 필요성을 판단할 권한이 있는지 여부를 조사할 수 있는 적절한 절차가 존재하지 않았으므로, 협약 제5조(4)에 위배되었다.[209] 신청인을 정신병원에 다시 복귀하도록 명령하는 내무부 장관의 재량을 고려해 보았을 때, 인신보호영장절차에서 국내법원에 의하여 행해진 심사는 단지 "그러한 재량의 행사가 수권법률에 따라 이루어졌는가 여부"와만 관계되어 있었다.[210]

207) *Eur. Court HR, Case of X. v. the United Kingdom, judgment of 5 November 1981, Series A, No 46*, para. 52 at p. 23.

208) Ibid., p. 25, para. 58.

209) Ibid., p. 24, para. 56.

210) Ibid., p. 24, para. 56.

교육적 감독을 위한 청소년의 구금: Bouamar 사건

청소년이 ***교육적 감독***의 목적으로 그의 자유를 박탈당하고 구금된 경우, 유럽인권재판소는 "소년법원이 조직적인 측면에서 본다면 의심의 여지가 없는 '법원'임을 인정하면서도, "이러한 종류의 기관의 관여는 그 절차가 사법적 특성을 가지고 있고 당사자에게 문제되는 자유박탈의 종류에 대하여 적절한 보장책을 준다는 조건하에서만 제5조(4)을 만족시킬 수 있다"고 강조하였다.[211] 절차가 적절한 보장책을 주는지 여부를 결정함에 있어서 유럽인권재판소는 그러한 절차가 이루어지는 환경들의 특별한 본질을 유념하여야 한다.[212]

비록 협약 제5조(4) 하에서의 의무의 범위가 자유의 박탈이 있는 모든 경우에 동일한 것은 아니라고 다시 한 번 말하였지만, 위 재판소는 "현재와 같이" 미성년자를 포함하고 있는 경우, "당사자 본인이 직접 출석하여 심리절차를 가지거나 아니면 변호사의 실질적인 도움을 받아야 한다는 것 또한 본질적이다"라고 판시하였다. 이 사건에서 신청인은 단지 한 번 심리절차에 출석하였지만 그의 변호사가 그 절차에 참석하지는 않았고, 결과적으로, "당시 아주 어렸던" 신청인은 "필요한 보장책"을 제공받지 못하였다.[213] 나아가, 항소를 포함하여 그 이후 계속된 절차는 동일한 흠결을 가지고 있었고, 일반적인 항소나 법률심에 대한 상소는 모두 "실효적인 효과"를 가지고 있지 않았기 때문에, 제5조(4)의 요건을 충족시키는 구제수단은 존재하지 않았다. 결국, 협약 제5조(4)의 위반이 존재하였다.[214]

6.2 "신속하게"(speedily)와 "지체 없이"(without delay)의 개념

자유권규약위원회는 "원칙적으로 어느 사건에 관한 법원의 판결은 가능한 한 신속하게 이루어져야 한다."고 강조하였다. 그러나 이것은 "판결을 내려야 하는 정확한 기한이 설정되어 있는데 그 기한이 준수되지 않은 경우에, 그러한 판결은 '지체 없이' 내려지지 않은 것이라고 보아야 한다"[215]라는 의미는 아니다. 반면에 "어떤 결정이 지체 없이 내려진 것인지 여부는 개별적 사건마다 별도로 검토되어야 한다."[216] 그러

211) *Eur. Court HR, Bouamar Case, judgment of 29 February 1988, Series A, No. 129*, p. 23, para. 57.

212) Ibid., loc. cit.

213) Ibid., p. 24, para. 60.

214) Ibid., pp. 24–25, paras. 61–64.

215) Communication No. 291/1988, *M. I. Torres v. Finland* (Views adopted on 2 April 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40 (vol. II), p. 100, para. 7.3.

216) Ibid., loc. cit.

나 자유권규약위원회는 관련 판결의 선고가 3개월간 지체된 이유를 알지 못한 사안에서 규약 제9조(4)에 관한 판단을 하지 않기로 결정하였다.[217] 같은 사건에서, 자유권규약위원회는 헬싱키 시법원에서 범죄인인도법에 따라 이루어진 같은 신청인의 구금에 대한 심리가 2주 간격으로 행해진 것에 대하여, 그것이 규약 제9조(4)의 요건을 충족하였다고 보았다.[218]

*****

유럽인권재판소의 판례에 따르면, 유럽인권협약 제5조(4)은 구속피고인에게 합리적인 간격마다 그에 대한 구속을 계속하는 것이 적법한 것인지를 법원에 의해 신속하게 심사받을 수 있는 절차적 권리를 부여하고 있다.[219] 유럽인권재판소는 다음과 같이 판단하였다.

> "미결구금의 경우에는 그 속성상 짧은 간격의 심리를 요구한다. 유럽인권협약에서는 미결구금은 엄격하게 제한된 기간이어야 한다는 것을 전제로 하고 있다[(제5조(3)]. 왜냐하면 미결구금의 근원적 존재이유 자체가 신속하게 행해지는 심리조사의 요구와 본질적으로 연결되어 있기 때문이다."[220]

Bezicheri 사건에서는 한 달 간격으로 이루어진 심리가 비합리적이라고 판단되지 아니하였다.[221] 신청인이 신청을 한 때로부터 약 5개월 반이 지난 다음에 수사판사가 그 신청을 기각한 것에 대해서는, 유럽인권재판소는 '신속하게'라는 요건이 준수되지 않았다고 결론을 내렸다. 나아가 "유럽인권협약에서는 체약국에 대하여 그들의 법원이 여러 가지 요건을 충족할 수 있도록 사법시스템을 조직하도록 요구하고 있기 때문에, 그 당시에 그 판사가 과중한 업무를 부담하고 있었다는 사실은 설득력 있는 고려요소가 되지 못한다.[222]

그와 동일한 논점이 제기된 사례가 더 있다. 그 중 하나는 변론실시일로부터 약 2개월이 지난 후 판결이 내려진 사안으로서, 지연기간 중의 일부는 휴가기간과 관련

---

217) Ibid.

218) Ibid., p. 100, para. 7.4.

219) *Eur. Court HR, Case of Bezicheri v. Italy, judgment of 25 October 1989, Series A, No. 164*, p. 10, para. 20.

220) Ibid., para. 21 at p. 11.

221) Ibid., loc. cit.

222) Ibid., p. 12, paras. 22–26.

된 행정적 문제 때문에 발생된 것이었다. 그러나 유럽인권재판소는 위에서 언급된 이유에 덧붙여 다음과 같이 강조하였다.

> "비록 휴가기간이라고 할지라도, 시급한 일들이 신속하게 처리되도록 필요한 행정적 조치를 하는 것은 사법당국의 의무이고, 개인의 신체적 자유가 문제가 될 때에는 특히 이러한 것이 필요하다. 이 사건에 있어서는 이러한 목적을 위한 적절한 준비가 되어 있는 것으로 보이지 않는다."[223]

신청서를 제출한 때로부터 사법적 심사를 위하여 5주가 소요되고 그에 대한 재판서를 작성하기 위하여 다시 3주가 경과된 사안에 대하여, 그것은 제5조(4)에 정해져 있는 '신속하게'라는 개념에 부합하지 않으며, 결과적으로 위 조항 위반에 해당한다고 보았다.[224]

자유를 박탈당한 사람은 누구나 자신에 대한 체포 또는 구금의 적법성에 관하여 법원으로부터 심사를 받을 권리를 가진다. 그리고 그 법원은 ***지체 없이/신속하게*** *구금의 적법성을 결정하여야 하고, 그것이 적법하지 아니한 경우에는 그 사람의 석방을 명령하여야 한다.*

이 권리는 ***행정적 구금****을 포함하여 모든 형태의 자유박탈에 대하여 적용된다.*

이러한 사법적 구제는 구금된 사람이 ***실효적****으로 이용할 수 있어야만 한다.*

외부와 단절된 *구금이라고 하여도, 구금된 사람에게서 구금의 적법성에 대한 법원의 심리를 신청할 권리를 박탈할 수는 없다.*

구금의 적법성은 ***독립적****이고* ***공평한 법원****에 의하여 심사되어야 한다. 행정부 소속의 장관들에 대한 신청만으로는 자유의 박탈에 대한 적법성을 심사하는데 충분한 구제수단이 될 수 없다.*

법원은 자유의 박탈에 대한 ***절차적****이고* ***실체적****인 근거를 심사할 권한을 가져야만 하고, 만약 그 자유의 박탈이 적법하지 않은 경우에는 구금된 사람의 석방을 명할 수 있는 구속력 있는 명령을 내릴 권한이 있어야 한다.*

자유가 박탈된 사람은 누구나 그 자유박탈 사유가 여전히 유효한지 아닌지를 심사받기 위해, 구금의 계속이 적법한 것인지에 관하여 ***주기적으로 심사****받을 권리를 부여받아야만 한다. 권한 있는 법원의 유죄판결로 구금된 경우는 예외이다.*

223) *Eur. Court HR, Case of E. v. Norway, judgment of 29 August 1990, Series A, No. 181*, p. 28, para. 66.

224) Ibid., p. 28, paras. 65–67.

*구금된 사람은 변호사에 접근할 수 있어야 하고, 검찰 또는 기타 행정기관과 동등한 조건하에서 자신의 사건에 관하여 법원에 출석하여 변론을 할 수 있어야만 한다. 이 권리는 또한 구금된 사람이 자신의 사건에 관한 모든 관련 정보에 접근할 수 있는 권한을 포함한다(**무기 대등의 원칙**).*

*법원은 지체 없이/신속하게, 다시 말하면 가능한 한 신속하게 결정하여야만 한다. 어떻게 하는 것이 '**지체 없이**' 또는 '**신속하게**'하는 것인가 하는 문제는 개별 사건의 상황에 따라 다르다. 지연은 비합리적인 것이어서는 안 되고, 인적, 물적 지원의 부족이나 휴가기간은 지연을 정당화할 수 없다.*

7. 변호사와 접견하고 변호사의 조력을 받을 권리

모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙의 원칙 11(1)에 규정된 바와 같이, "구금된 사람은 스스로 방어할 권리를 가지며, 법에 정해진 변호인의 조력을 받을 권리를 가진다." 물론 이러한 권리는 유럽인권협약 제5조(4)과 관련하여 앞서 언급한 ***무기 대등***의 원칙의 필연적인 결과물이다.

*****

신청인이 1984년 12월부터 1985년 3월까지 변호인의 조력을 받을 수 없었던 사건에서, 자유권규약위원회는 규약 제9조(4)이 침해되었다고 결론 내렸다. "왜냐하면 신청인에게 자신의 주도 하에 자신에 대한 구금이 적법한 것인지 여부에 관한 법원의 판단을 얻을 기회가 적절한 시간 내에 주어지지 않았기 때문이다"[225] 신청인이 2개월 반 동안 변호사와 접견할 수 없었던 사건에서도 같은 조항이 위반된 것이라고 하였다.[226] 사선변호인이든 국선변호인이든 관계없이 변호인와 접견할 수 없었던 것은 자유권규약위원회가 *Wolf* 사건에서 규약 제9조(3)이 침해되었다고 결정한 하나의 원인이 되었다. 왜냐하면 그 신청인은 법률에 의하여 사법권을 행사하는 법관 또는 법률에 의하여 사법권을 행사할 권한을 위임받은 기타 사법관헌 앞에 즉시 출석할 수 없었기 때문이다.[227]

225) Communication No. 248/1987, *G. Campbell v. Jamaica* (Views adopted on 30 March 1992), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 246, para. 6.4.

226) Communication No. 330/1988, *A. Berry v. Jamaica* (Views adopted on 7 April 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. II), p. 26, para. 11.1.

227) Communication No. 289/1988, *D. Wolf v. Panama* (Views adopted on 26 March 1992), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 289, para. 6.2.

그러나 예를 들어, 구금되어 있는 동안에 변호사와의 접견이 부인되었다는 주장은 반드시 구체적으로 입증되어야만 한다. 신청인이 구금되어 있는 첫 해 동안에 그가 변호인을 요구한 사실이 있었다는 사실과 그러한 요구가 거절당하였다는 사실을 입증하지 못하였고, 변론준비절차 진행기간 동안에 변호인을 선임받지 못하였다는 점에 대하여 주장하지 않은 경우, 자유권규약위원회는 그 신청인의 주장을 받아들일 수 없다고 하여 기각하였다.[228)]

법적인 조력을 받을 권리에 관하여는 제6장 "공정한 재판을 받을 권리: 제1부 – 수사부터 재판까지" 부분에서 더 깊이 있게 다루어질 것이다.

구금된 사람은 자신의 구금이 적법한 것인지 여부에 관하여 심사를 하는 절차에서 변호사와 상담하고, 변호사의 조력을 받을 권리를 가진다.

8. 불법구금을 당한 경우에 보상을 받을 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(5)은 "불법적인 체포 또는 구금의 피해자는 누구든지 보상을 받을 권리를 가진다."라고 규정하고 있고, 이 규정은 모든 불법적이고 자의적인 체포와 구금에 대하여 적용된다.[229)] 유럽인권협약 제5조(5)은 "위 규정에 위반된 체포 또는 구금으로 인하여 피해를 입은 사람은 누구든지 집행 가능한 보상을 받을 권리를 가진다."라고 규정하고 있다.

*****

Monja Jaona 사건에서, 신청인이 규약 제9조(1)에 반하여 자의적인 체포와 구금을 당하였을 때, 자유권규약위원회는 체약국이 "Monja Jaona가 당하고 있는 침해를 구제할 효과적인 수단을 강구할 의무, 자의적인 체포와 구금에 관하여 제9조(5)에 의한 보상을 받을 권리를 그에게 부여할 의무, 장래에 유사한 위반행위가 발생하지 않도록 필요한 조치를 할 의무를 진다"는 것을 특별히 강조하였다.[230)]

228) Communication No. 732/1997, *B. Whyte v. Jamaica* (Views adopted on 27th July 1998), in UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. II), p. 200, para. 7.4.

229) General Comment No. 8 (16) in UN doc. *GAOR*, A/37/40, p. 95, para. 1 and p. 96, para. 4.

230) Communication No. 132/1982, *Monja Jaona v. Madagascar* (Views adopted on 1 April 1985), in UN doc. *GAOR*, A/40/40, p. 186, para. 16.

*****

유럽인권협약 제5조(5)은

> "(1) 내지 (4)에 위반되는 조건 하에서의 자유 박탈에 대한 보상을 청구하는 경우에 적용될 수 있다. 위 조항은 체약국이 그러한 불법행위로 초래된 손해를 입증하는 개인의 능력에 따라 다르게 보상하는 것을 금하지는 않는다. 제5조(5)과 관련하여 … 손해가 발생하지 않은 경우라고 할지라도 '피해자'의 지위는 존재할 수 있다. 그러나 거기에 금전적으로나 비금전적으로나 보상할 손해가 없는 경우 보상의 문제는 발생할 수 없을 것이다."[231]

그렇지만, 국내법에 의하여 신청인이 적법하게 체포되고 구금되어 있더라도 그것이 유럽인권협약 제5조에 위반되는 경우로서, 만약 국내 법원에서 보상을 구할 수 있는 집행력 있는 청구가 허용되지 않는다면 그것은 협약 제5조(5)항에 위반된다.[232]

불법적으로 자유를 박탈당한 사람은 누구나 보상을 받을 권리를 가진다. 그 보상은 국제법 또는 국내법에 위반되었기 때문에 받는 것이고, 보상의 규모는 손해의 입증 정도에 달려있다.

9. 외부와 단절된 구금(incommunicado detention)

제8장에 규정된 자유가 박탈된 사람에 대한 처우에는 가족에게 연락할 권리에 관한 문제들과 다른 사람과 격리하여 구금하는 문제들이 포함된다. 그런데, 이러한 맥락에서, *외부와 단절된* 구금이라는 하나의 특징적인 문제가 강조된다. 구금된 사람을 *외부와 단절된* 상태에 두는 실무, 즉 다시 말하면, 구금된 사람을 완전히 외부세계와 차단하여 구금하는 것, 그리하여 그들의 가족 또는 변호사에게조차 연락을 하지 못하게 하는 것은, 비록 자유권규약위원회가 규약 제7조에 대한 일반논평 제20호에서 "*외부와 단절된* 구금에 관한 규정이 마련되어야만 한다"[233]라고 선언하고 있기는 하지만, 본질적으로 국제인권법에 의해 금지되지는 않는다.

231) *Eur. Court HR, Wassink Case v. the Netherlands, judgment of 27 September 1990, Series A, No. 185-A*, p. 14, para.38.

232) *Eur. Court HR, Case of Brogan and Others v. the United Kingdom, judgment of 29 November 1988, Series A, No. 145-B*, p. 35, paras. 66-67.

233) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 139 at p. 140, para. 11. 참조

그러나 이에 관한 법적 원칙에서 분명한 것은 외부와 단절된 구금이 자유가 박탈된 사람에게 보장되는 법적 보호장치들이 효과적으로 기능하는 것을 방해하여서는 안 된다는 점이다. 신청인들이 최초 44일 동안 외부와 단절된 상태로 구금되었던 사건의 사례에서, 자유권규약위원회는 그들이 체포된 후 즉시 법관의 심사를 받지 않았고, 외부와 단절된 상태에서 구금당하였다는 점에서, 규약 제9조(3)과 제10조(1)을 위반하였다고 결론 내렸다.[234]

체포되고 구금된 사람들은 특히 처음 몇 시간 또는 며칠 동안에 고문을 당하거나 기타 부당한 취급을 받고, 심지어는 실종되거나 살해당할 위험이 크다는 점에서, 외부와 단절된 구금을 허용하는 것이 적법한 것인가 하는 문제가 대두된다.

*단기간의 '**외부와 단절된** 구금', 즉 짧은 기간 동안 사람을 가족이나 변호사를 포함하여 외부 세계로부터 완전히 고립시키는 것은 **그 자체로** 국제인권법상 불법은 아니라고 보인다. 그러나 그것은 체포되거나 구금된 사람이 자신의 권리를 행사하는 것을 막기 위하여 사용되어서는 안 된다.*

10. 맺는말

이 장에서는 체포와 구금에 관한 국가의 권력을 규율하고 불법적, 자의적인 자유박탈을 방지하기 위하여 존재하는 법적 제도들에 관한 기본적이고 국제적인 법적 규칙들을 설명하였다. 일반적인 차원에서, 이러한 규범을 준수하고자 노력하는 것은 법의 지배 원칙이 살아있는 민주사회의 필수조건이다. 개인적인 차원에서, 이러한 규범을 준수하는 것은 특히 신체적, 정신적 완결성에 대한 존중을 포함한 개인의 권리와 자유에 대한 존중을 보장하는 필수불가결한 조건이다. 국가는 모든 개인의 자유와 안전을 항상 효과적으로 보장함으로써, 인권이 최대한도로 향유될 수 있도록 하는 데 필요한 국가의 내적 안전성을 달성할 수 있을 것이다.

234) Communication No. 176/1984, *L. Pe arrieta et al. v. Bolivia* (Views adopted on 2 November 1987), in UN doc. *GAOR*, A/43/40, p. 207, para. 16.

제 6 장

공정한 재판을 받을 권리:
1부 – 수사에서 재판에 이르기까지

제6장

공정한 재판을 받을 권리: 1부 – 수사에서 재판에 이르기까지

학습 목표

- *참가자들로 하여금, 범죄수사 단계에서 보장되어야 하는 개인의 권리들에 관한 몇 가지 주요한 국제적 법원칙 및 국제감시기구들에 의해 이러한 원칙들이 적용되는 것에 익숙해지도록 한다.*
- *참가자들로 하여금, 법에 의한 지배에 기반을 둔 사회에서 광범위한 인권을 보호하기 위하여 이러한 법원칙들을 적용해야 할 중요성에 민감하게 한다.*
- *참가하는 법관, 검사, 변호사들 사이에 범죄수사에서의 개인의 권리를 포함하여 법에 의한 지배를 관철함에 있어 그들에게 부여된 근본적인 역할에 대한 인식을 불러일으킨다.*
- *공정한 재판의 원칙을 구현하는 것이 넓은 의미에서의 인권보호를 향상시키는 데 기여할 뿐 아니라, 경제적인 투자를 고무시키고 국내 · 국제적인 평화와 안전을 증진시키는 데에도 기여한다는 점에 대한 인식을 불러일으킨다.*

질문

- *당신은 범죄수사에 관련된 국제적 법 원칙과 판례들을 이미 알고 있는가?*
- *나아가 위 원칙과 판례들은 당신이 일하는 국내 사법시스템의 일부를 구성하기도 하는가?*
- *그렇다면, 그것들의 법적 지위는 어떠한가? 그리고 당신은 한번이라도 그것들을 적용할 수 있었는가?*

질문

- *당신의 경험에 비추어, 재판 전 단계에서 어떤 사람의 인권을 보장함에 있어 당신은 어떤 특별한 관심사들을 가지고 있는가? 또는 어떤 구체적인 문제점들을 경험해 보았는가?*
- *그렇다면, 그러한 관심사들 또는 문제점들은 무엇이었고, 당신은 당신이 일하는 법 체계 내에서 그것들을 어떻게 다루었는가?*
- *이 과정에서 당신은 어떤 문제들이 구체적으로 다루어지기를 원하는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1948년 세계인권선언(The Universal Declaration of Human Rights, 1948)
- 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(The International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)
- 1984년 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984)
- 1998년 국제형사재판소 규정(The Statute of the International Criminal Court, 1998)

*****

- 1979년 법집행공무원들을 위한 행동강령(The Code of Conduct for Law Enforcement Officails, 1979)
- 1988년 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙(The Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, 1988)
- 1955년 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙(The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955)
- 1990년 검사의 역할에 관한 지침(The Guidelines on the Role of Prosecutors, 1990)
- 1990년 변호사의 역할에 관한 기본원칙(The Basic Principles on the Role of Lawyers, 1990)

관련 법률문서

- 구 유고슬라비아 및 르완다 국제형사재판소의 절차에 관한 규칙(The Rules of Procedure of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda

지역 문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카헌장(The African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1969년 미주인권협약(The American Convention on Human Rights, 1969)
- 1950년 유럽인권협약(The European Convention on Human Rights, 1950)

1. 들어가며

이 장에서는 우선, 핵심원칙인 ***법 앞의 평등***을 다룰 것이다. 법 앞의 평등 원칙은 형사절차의 핵심인 ***무죄추정의 원칙***과 함께 민사와 형사 절차의 시작단계부터 지배하는 원칙이다. 따라서 이러한 개념들은 제7장에서도 똑같이 중요하지만, 그 장에서는 다시 설명하지 않을 것이다. 다음으로, 이 장에서는 특히 형사사건 수사절차에서 재판절차의 시작단계에 이르기까지에 관련된 인권들을 몇 가지 살펴볼 것이다. 그러나 주의할 점은, 소년에 대한 사법절차는 제10장에서 자세히 다루기로 할 것이라는 점이다.

이 장은 재판 전(前) 단계에 보장되어야 하는 모든 권리를 포괄적으로 다루고 있지는 않고, 다만 형사사건 수사절차와 관련하여 특별히 중요하다고 생각되는 몇 가지 인권들에 초점을 맞출 것이라는 점을 강조하고자 한다.[1] 그 중 일부 권리들은 재판단계에서도 필수적인 권리이므로, 제7장에서 또 다시 다루어질 것이다. 다음 장이 아닌 이번 장에서 다루게 되는 주제들의 선정은, 범죄행위에 대한 수사와 그에 이어지는 형사재판 속에서 통상 발생하는 사건들의 시간적 순서를 고려한 실제적 관점에 따른 것이다. 재판 전 단계 및 재판 단계에서 향유되는 권리들은 서로 밀접히 관련되기 때문에 약간의 겹치는 부분들은 피할 수 없지만, 가능한 한 최소한으로 겹치도록 했다.

2. 공정한 재판을 받을 권리의 효과적인 보장: 전 세계적인 과제

모든 사람은 공정한 민사재판 및 형사재판을 받을 권리를 가지며, 모든 인권들의 효과적 보장을 위해서는 정의를 공정하게 실현할 수 있고 실현할, 권한 있고 독립적이며 공평한 법원에 대한 실제적 접근권이 필수적이다. 여기에, 검사들과 변호사들(모두 공정한 재판을 받을 권리를 실현하는 데에 필요하다)의 직역을 더하면, 우리는 법의 지배를 존중하는 민주적 사회라는 법적인 기반을 갖게 된다.

그러나 공정한 재판을 보장하는 독립적이고 공평한 사법권은 자연인의 권리와 이익 뿐 아니라, 경제 주체(규모가 작던 크던)와 같은 다른 법적 당사자에 대해서도 똑같이 중요한데, 이들은 여러 종류의 분쟁을 해결하는 데에 있어서 종종 법원에서의 해결에 의존하고 있다. 예컨대, 국내 또는 해외의 회사는, 법원이 정의를 공평하게 실현

1) 수사와 재판의 모든 단계와 관련된 중요 규정의 모음은, *Amnesty International Fair Trials Manual, London, 1998, 187pp*을 참조할 것.

시키고 있다고 여겨지지 않는 나라에는 투자하기를 꺼릴 것이다. 나아가, 억울한 사람이나 법인이 그들의 권리를 주장하기 위하여 법원을 자유롭게 이용할 수 있는 나라에서는 사회적 긴장이 보다 쉽게 관리될 수 있고, 법을 자신에게 유리하게 왜곡하려는 유혹은 보다 요원할 것이라는 점은 의심의 여지가 없다. 이러한 방식으로 사회적 갈등을 해소함으로써 법원은 국내 뿐 아니라 국제적 수준에 이르기까지 안전을 증진시킬 것이다. 왜냐하면, 국내의 갈등은 종종 국제적으로도 위험한 악영향을 끼치기 때문이다.

그러나 국제감시기구의 모니터링 결과들을 보면 전 세계 모든 지역에서 공정한 재판을 받을 권리가 종종 침해된다는 점이 명확해진다. 실제로 예컨대, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서에 의하여 자유권규약위원회에서 다루어진 대다수의 사건들은 재판 전 또는 재판 단계에서의 권리들의 침해와 관련되어 있다. 이하에서는 해당 법 원칙에 대해 설명하면서, 그와 가장 관련된 국제적 판례들에 대한 간략한 소개를 할 것이다.

3. 법 문언

공정한 재판에 대한 가장 중요한 법적 문언은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 14조 및 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(이하, '아프리카헌장'이라 한다) 제7조, 미주인권협약 제8조, 유럽인권협약 제6조 등에서 찾을 수 있다. 이 조항들의 해당부분들은 적절한 표제와 함께 아래에서 다루어질 것이고, 전문(全文)은 별도의 자료로 주어질 것이다.

이하에서 추가적으로 인용할 원칙들은 다음의 유엔 협약들 – 고문 및 그 밖의 잔혹한 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약, 세계인권선언, 법집행 공무원들의 행동강령(The Code of Conduct for Law Enforcement Officials), 모든 형태의 구금 · 억류 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙(The Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment), 피구금자 처우에 대한 최저기준규칙(The Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), 검사의 역할에 대한 지침 및 변호사 역할에 대한 기본 지침(The Guidelines on the Role of Prosecutors and the Basic Principles on the Role of Lawyers), 구 유고슬라비아 및 르완다 국제형사재판소 절차에 관한 규칙(The Rules of Procedures of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda), 국제형사재판소 규정(The Statute of the International Criminal Court) 등 – 에 포함되어 있다.

4. 법 앞의 평등권 및 법 앞에 동등한 취급을 받을 권리

법 앞의 평등권 및 법 앞에 동등한 취급을 받을 권리, 즉 차별금지의 원칙은 엄격한 의미에서의 인권법 뿐 아니라, 국제인도법의 해석과 적용까지도 지배한다.[2] 예를 들어, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조는 "모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다."라고 규정되어 있다. 비슷한 조항은 아프리카헌장 제3조 및, 미주인권협약 제24조에도 포함되어 있다. 나아가, 르완다 국제형사재판소 규정 제20조(1) 및 구 유고슬라비아 국제형사재판소 규정 제21조(1)은 "모든 사람은 (이 재판소 앞에서) 평등하다."라고 규정하고 있다.

한편 평등의 원칙, 즉 차별금지는 모든 구별이 금지된다는 의미는 아닌데, 이 점에 대하여 자유권규약위원회는 사람들 및 단체 사이의 차별적 취급은 "합리적이고 객관적인 기준에 기초하여야 한다."라고 설시한바 있다.[3] 그러나 평등의 원칙 및 차별금지의 해석에 대한 보다 자세한 논의는 제13장에서 하기로 한다.

법원에서의 평등권이라는 특수한 권리는 공정한 재판을 받을 권리의 근간을 이루는 원칙이고, "모든 사람은 법원 및 재판소(courts and tribunals) 앞에서 평등하다."라고 규정한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)에 명시되어 있다.[4] 지역적 협약에서는 공정한 재판을 받을 권리 부분에서 이에 상응하는 규정을 두고 있지 않지만, 법원 앞의 평등권은 지역적 협약에서 보호하고 있는 일반적 평등 원칙에 포함되어 있는 것이다.

법원에서의 평등의 원칙이 ***우선적으로*** 의미하는 바는, ***법정에 서는 모든 사람***

2) 세계인권선언 제1, 2, 7조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1), (3), 제4조(1), 제26조, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2조(2), 아프리카헌장 제2, 3조, 제18조(3), 제28조, 미주인권협약 제1, 24조, 제27조(1), 유럽인권협약 제14조, 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(1979) 제2, 15조, 아동의 권리에 관한 협약(1989) 제2조, 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 협약(1969), 4개의 1949년 제네바 협약 중 아래의 것을 참조. 전시 민간인 보호에 관한 협약 제3, 27조, 1949. 8. 12. 제네바 협약에 대한 1977년 추가의정서(국제무력분쟁에서의 피해자 보호에 관한 Protocol I) 제9조(1), 제75조(1); 1949. 8. 12. 제네바 협약에 대한 1977년 추가의정서(비국제무력분쟁에서의 피해자 보호에 관한 Protocol II) 제2조(1), 제4조(1).

3) Communication No. 694/1996, *Waldman v. Canada* (Views adopted on 3 November 1999), in UN doc. *GAOR*, A/55/40(vol. II), pp.97–98, para. 10.6.

4) 다음의 조항도 참조할 것: 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 협약(1996) 제5조(이 조항은 "재판소와 다른 사법기관 앞에서 동등하게 대우받을 권리"를 보장한다), 구 유고슬라비아 국제형사재판소 규정 제21조(1) (이에 따르면 "누구든 구제 재판소 앞에서 평등하다"), 르완다 국제형사재판소 규정 제21조(1), 국제형사재판소 규정 제67조(1)

이, 예컨대 성별, 인종, 혈통, 경제상황과 상관없이 절차의 과정에서 불리한 차별을 당하거나, 법의 적용을 불리하게 받지 아니할 권리를 가진다는 것이다. 나아가 개인의 피의사실이 경미한 범죄이건 중대한 범죄이건 상관없이, 그 권리는 누구에게나 동등하게 보장되어야 한다. ***두 번째로는, 모든 사람이 동등하게 법원 접근권을 가져야 한다는 것이다.***

동등한 법원 접근권: Olo Bahamonde 사건

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)에서의 평등의 원칙이 위 사건의 전면에서 다루어졌는데, 신청인은 정부 당국자에 의한 침해에 대하여 국내 재판에서 정당한 보상을 받지 못했다고 주장하였다. 자유권위원회는 이 점에 관하여

> "… 법원 및 재판소에서의 평등이라는 개념은 법원에 대한 접근 그 자체를 포함한다. 개인이 그의 피해를 보상받기 위하여 권한 있는 사법권에 접근하려는 시도가 시스템적으로 좌절되는 상황은, 규약 제14조(1)에 위배된다"라고 결정하였다.[5)]

여성의 동등한 법원 접근권: 평등권의 또 다른 중요한 측면은 ***여성들도 그들의 권리를 효율적으로 주장하기 위하여 동등한 법원 접근권을 가져야한다***는 점이다. 두 가지 중요한 사례들이 위 기본적인 원칙을 잘 보여준다. 처음 사례는, 두 채의 아파트를 소유하고 있던 한 여성이 세입자에 대하여 소송을 할 수 없었던 상황에서, 자유권규약위원회는 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제3조, 제14조(1), 제26조를 위반한 것이라고 판시하였다. 페루의 민법에 따르면, 혼인중의 재산권에 대하여 혼인한 여성이 아닌 남편만이 법정에서 권리를 주장할 수 있었는데, 이는 국제인권법에 반하는 것이었다.[6)] 두 번째 사례는 고액의 소송비용 때문에 여성이 남편으로부터의 법적 격리(judicial separation)를 주장하기 위한 소송을 할 수가 없었고, 이 복잡한 절차에 대해 어떠한 법률적 도움을 이용할 수 없었는데, 유럽인권재판소는 이를 유럽인권협약 제6조(1)[공정한 재판을 받을 권리] 위반이라고 판시하였다.[7)]

---

5) Communication No. 468/1991, *A. N. Olo Bahamonde v. Equatorial Guinea* (Views adopted on 20. October 1994), UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. II), p. 187, para. 9.4.

6) Communication No. 202/1986, *G. Ato del Avellanal v. Peru* (Views adopted on 28 October 1988), UN doc. *GAOR*, A/44/40, pp. 198–199, paras. 10.1–12.

7) *Eur. Court. HR, Airey Case v Ireland jdgment of 9 Ocober 1979, Series A, No. 32*, pp. 11–16, paras. 20–28.

여성의 법원 접근권은 이후 제11장에서 보다 자세히 다루어지겠지만, 이러한 사례들은 평등원칙이 부여하는 보호의 범위를 보여주고 있다.

모든 피의자 및 피고인은 수사 및 재판이 행해지는 방식이나 법률이 적용되는 방식에 있어서 차별을 받지 아니한다는 점에서, 평등원칙은 재판 이전 단계 및 재판 단계 전반에 걸쳐 보장되어야 한다.

평등의 원칙은 또한, 모든 인간은 그들의 권리를 주장하기 위하여 누구나 동등하게 법원에 접근할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 특히, 여성들은 그들의 권리를 효과적으로 주장하기 위하여, 남성들과 동등한 자격으로 법원 접근권을 가져야 한다.

5. 무죄추정의 권리: 범죄의 혐의 단계부터 유 · 무죄 결정 시까지의 전반적인 보장

유죄로 입증될 때까지 무죄로 추정될 권리는 범죄수사, 사실심 단계 및 최종 상소심 판결이 확정될 때까지의 기간 내내 피고인에게 주어지는 지위를 규율하는 또 다른 원칙이다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(2)은 "범죄로 기소된 사람은 누구든지 법률에 따라 유죄로 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리를 갖는다."고 규정하고 있다. 아프리카헌장 제7조(1), 미주인권협약 제8조(2) 및 유럽인권협약 제6조(2)은 모두 무죄추정의 권리를 보장하고 있고, 세계인권선언 제11조(1)도 "범죄로 기소된 사람은 누구든지 … 방어권 보장에 필요한 모든 수단이 주어진 재판에서 법률에 의해 유죄로 입증될 때까지"라고 하여 동일한 권리를 보장하고 있다. 무죄추정의 원칙은 르완다 국제형사재판소 규정 제20조(3), 구 유고슬라비아 국제형사재판소 규정 제21조(3) 그리고 국제형사재판소 규정 제66조(1)에도 규정되어 있다.

*****

자유권규약위원회가 일반논평 제13호에서 언급한 바와 같이, 무죄추정의 원칙은 다음과 같은 의미이다.

"공소사실을 입증할 책임은 검사에게 있고 의심스러울 때는 피고인의 이익으로 한다. 공소사실이 합리적 의심의 여지없이 입증되기 전까지는 유죄로 추정하여서는 아니 된다. 나아가 무죄로 추정된다는 것은 그러한 원칙에 따라 대우받을 권리를 수반하는

것이다. 따라서 모든 국가기관은 형사재판의 결과를 미리 예단하는 것을 삼가야 할 의무가 있다."[8]

사법당국에 의한 피고인에게 불리한 사실의 공표: *Gridin* 사건에서, 사법당국은 피고인에 대한 무죄추정의 원칙이 지켜질 수 있도록 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(2)이 요구하는 의무를 이행하지 못하였다. 위 사건에서 진정인은 특히 사법당국의 고위관계자들이 공개적으로 자신을 강간죄와 살인죄를 저지른 것으로 묘사하는 발언을 하였고, 많은 언론들이 그 발언을 인용하였다고 주장하였다. 자유권규약위원회는 러시아 대법원이 이 문제에 관하여 언급했었지만 진정인이 상소했을 때 특별히 이에 관해 판단하지는 않았다고 지적했다.[9] 결국 이 사건에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(2)의 위반이 있었다.

정체불명(Anonymous)의 판사들: 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(2)에서 보장된 무죄추정의 권리는 *Polay Campos* 사건에서 침해되었는데, 이 사건에서 피고인은 이름을 알 수 없을 뿐만 아니라 독립적이고 공평한 법원을 구성하지도 못한 소위 "정체불명의 판사들"(faceless judges)로 구성된 특별재판소에 의해 재판을 받았다.[10]

재판지(venue)의 변경: 피고인이 재판지를 바꿔달라는 요청을 사실심 법관이 거부한 것이 공정한 재판을 받을 권리와 무죄추정의 권리를 침해한 것이라고 주장한 사건에서, 자유권규약위원회의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(2)에 의해 보장되는 무죄추정의 권리는 침해되지 않았다고 보았다. 자유권규약위원회는, 피고인의 신청이 공판 초기에 법관에 의해 면밀히 검토되었고 법관은 피고인의 우려가 피고인 자신에 대한 적대감의 표현에서 비롯된 것으로서 재판 훨씬 이전에 있었던 것이고, 또한, 5명의 공동피고인 중 피고인만 재판지 변경을 신청하였다는 점을 지적하였다는 것을 언급하였다.[11] 법관은 양쪽의 주장을 듣고 배심원들이 정당하게 선정된 것으로 판단하고 그에 따라 재량에 의하여 재판지 변경을 하지 않은 채 공판을 진행하

8) General Comment No. 13 (Article 14), in *UN Compilation of General Comments*, p. 124, para. 7.

9) Communication No. 770/1997, *Gridin v. Russian Federation* (Views adopted on 20 July 2000), UN doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. II), pp. 176, paras. 8.3.

10) Communication No. 577/1994, *R. Espinosa de Polay v. Peru* (Views adopted on 6 November 1997), UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. II), pp. 43, paras. 8.8.

11) Communication No. 591/1994, *I. Chung v. Jamaica* (Views adopted on 6 November 1997), UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. II), pp. 61, paras. 8.3.

였다.[12] 자유권규약위원회는 이러한 정황에 비추어 재판지를 바꾸지 않은 결정이 피고인의 공정한 재판을 받을 권리와 무죄추정의 권리를 침해하였다고 판단하지는 않았다. 자유권규약위원회는 특히 재판지 문제에 관한 판단에 있어서 재량의 요소가 필요하고, 자의적인 증거 또는 명백히 부당한 결정이 아닌 한 위 법관의 판단을 대신할 위치에 있지는 않다는 의견을 제시하였다.[13]

*****

나이지리아 정부 대표가 유엔에서는 물론 기자회견에서 피고인들이 유죄라고 단언한 사건에서 아프리카헌장 제7조(1)에 따라 "권한 있는 법원이나 재판소에 의해 유죄로 입증될 때까지는 무죄로 추정받을 권리"가 침해되었다. 그 결과 피고인들은 모두 아프리카헌장 제26조가 규정하는 바와 달리 독립적이지 않은 법원으로부터 재판을 받아 유죄를 선고받고 처형되었다.[14]

*****

유럽인권협약 제6조(2)에 따른 무죄추정의 권리는 같은 조 1문에서 요구되는 공정한 형사재판의 요소 중 하나를 구성하는 것으로 여겨져 왔고, 위 협약에 포함된 다른 권리와 마찬가지로 '이론적이고 명목적인 것이 아니라 실제적이고 효과적인 권리'를 보장하는 방향으로 해석되어야 한다.[15]

가령, 피고인이 법률에 따라 유죄로 입증되기도 전에 그에 관한 별개의 사법적 판단에서 그가 유죄라는 견해가 내비쳐진다면 이는 무죄추정의 원칙에 반한다고 할 것이고, 공식적인 판단이 없는 경우라도 법원이 그 논리상 피고인을 유죄라고 간주하고 있다고 보인다면 이것만으로도 무죄추정의 원칙에 반한다고 할 수 있다.[16]

---

12) Ibid., loc. cit.

13) Ibid.

14) *ACHPR, International Pen and Others (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organisations) v . Nigeria, Communications Nos. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97, decision adopted on 31 October 1998*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139-94_154_96_161-97.html에 게재된 결정문 paras. 94-96.

15) *Eur. Court. HR, Case of Allenet de Ribemont v. France, judgment of 10 February 1995, Series A, No. 308*, p. 16, para. 35. 강조는 추가됨.

16) Ibid., loc. cit.

당국에 의한 피고인에게 불리한 사실의 공표

"무죄추정은 법관이나 재판부뿐만 아니라 다른 국가기관에 의해서도 침해될 수 있다."[17] *Allenet de Ribemont* 사건에서 신청인이 프랑스 국회의원의 살인사건에 연루되었다는 내용의 기자회견이 열릴 당시 신청인은 이미 경찰에 체포되어 있었다. 그 기자회견은 원래 다음해 프랑스 경찰 예산에 관한 것이고, 내무부 장관, 파리범죄수사국장, 강력수사대장 등이 참석하였다. 당시 신청인은 어떤 특정 범죄로 기소된 상태는 아니었다. 유럽인권재판소는 이 사건이 유럽인권협약 제6조(2) 위반이라고 판단하면서, "프랑스 경찰청의 몇몇 고위관리들이 아무런 유보나 단서를 달지 않고 Allenet de Ribemont을 살인교사자 중 하나로서 공범으로 지목하였다"는 점을 지적하였다. 유럽인권재판소의 견해로는 "이는 명백히 피고인이 유죄라고 공표한 것으로서, 이는 첫째로는 일반 대중으로 하여금 그가 유죄라고 확신하게 하는 것이고, 둘째로는 권한 있는 사법당국에 의해 이루어져야 할 사실판단을 앞서 버린 것이다."[18]

소송비용에 관한 판단 및 유죄의 암시: 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제6조(2)이 "'범죄혐의로 기소된' 피고인에 대한 형사절차가 끝난 경우 그에 소요된 법적 비용을 보상받을 권리를 부여하지는 않지만," "만약 피고인이었던 자에 대하여 형사절차가 끝난 이후 그에 소요된 비용의 보상을 거부하기로 한 결정의 이유가(그 이유는 해당 공소제기 근거조항과 따로 떼어놓고 생각 할 수 없을 것이다) 그를 유죄로 판단하는 것과 같은 본질에 이르는 것에 다름없다면," 피고인이었던 자에 대한 형사절차가 끝난 이후 그에 소요된 비용의 보상을 거부하는 결정을 한 것은 "유럽인권협약 제6조(2)에 따른 문제를 야기할 수 있다"고 판단하였다.[19]

유럽인권재판소는 *Minelli* 사건에서 유럽인권협약 제6조(2)의 위반을 선언했는데, 이 사건에서 취리히 순회재판소의 재판부는 사적인 소추에 따라 발생한 비용을 정함에 있어서, 공소시효가 없었다면, 신청인은 어느 회사의 부정행위를 다룬 언론기사를 작성하였다는 이유로 명예훼손죄의 유죄판결을 받았을 "가능성이 매우 높다"고 판단하였다.[20] 유럽인권재판소의 견해에 의하면, 위 재판부가 신청인이 유죄라는 확

17) Ibid., p. 16, para 36.

18) Ibid., p. 17, para. 41.

19) *Eur. Court. HR, Case of Leutscher v. the Netherlands, judgment of 26 March 1996, Reports 1996-II*, p. 436, para. 29.

20) *Eur. Court. HR, Case of Minelli Case v. Switzerland, judgment of 25 March 1996, Reports 1996-II*, p. 436, para. 38.

신을 갖고 있었으며, 위 신청인은 유럽인권협약 제6조(1), (3)에 의해 보장된 권리를 누리지 못하였고, 위 재판부의 판단은 "무죄추정의 원칙에 부합되지 않는다"는 것이다.[21] 연방법원의 결정이 위 재판부의 결정과 약간의 차이가 있지만, 그 의미나 범위를 달리 보지 않고 위 재판부의 결정의 이유를 명확히 하는 것에 불과하기 때문에 특별한 의미가 있다고 할 수 없다. 신청인의 상소를 배척하면서 연방법원은 법리적으로 문제가 없다며 위 재판부의 결정을 지지했고, 동시에 "핵심 쟁점에 대한 판단에 있어서 본질적 부분을 그대로 인정"하였다.[22]

그런데 *Leutscher* 사건에서의 결론은 달랐다. 이 사건에서 신청인은 궐석재판에서 여러 건의 조세범죄로 유죄판결을 받았지만, 항소심은 공소제기가 시효가 완성된 경우에 해당한다고 판단하였다. 각종 비용의 보상신청에 대하여, 항소심은 변호사 비용에 관하여는 신청이유를 살펴보아도 유죄의 판단이 옳다는 것을 의심할 만한 사정이 없다는 점을 지적했다.[23] 그에 반해 유럽인권재판소는 다음과 같은 이유로 유럽인권협약 제6조(2)에 위반되지 않았다고 판단하였다. 즉 항소심은 형평의 원칙상 신청인이 지출한 비용이 공공의 재원으로 보상되어야 할지 여부를 결정할 폭넓은 재량을 갖고 있고, 그렇게 함에 있어서 여전히 신청인에게 불리하게 작용하는 사정, 즉 유죄판결이 취소된 것은 순전히 기소 당시 공소시효가 완성되었기 때문이라는 점을 고려할 수 있기 때문이다.[24] 유럽인권재판소는 항소심 판단 중 다툼의 대상이 된 부분이 신청인의 유죄 여부를 재차 판단한 것으로 해석될 수는 없다고 보았다.[25]

유죄로 입증될 때까지 무죄로 추정받을 권리는 범죄수사의 단계와 공판단계 모두를 규율한다. 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 피고인의 유죄를 입증하는 것은 소추기관이다. 공무원이 공연히 피고인에게 불리한 사실을 공표하는 것은 무죄추정의 원칙을 해한다.

21) Ibid., loc. cit.
22) Ibid., p. 19, para. 40.
23) Ibid., p. 432, para. 14.
24) Ibid., p. 436, para. 31.
25) Ibid., loc. cit.

6. 수사과정에서의 인권

수사가 진행 중인 상황에서도, 그 수사에 의해 영향을 받는 자는 여전히 핵심적인 권리와 자유를 향유한다. 물론 수사의 수단에 의해 신체의 자유를 박탈당하는 자는 이러한 권리와 자유를 행사함에 있어 그 박탈에 필연적으로 수반되는 제한을 받게 되기는 하겠지만 말이다. 고문을 받지 않을 권리와 같은 일부의 권리는, 다음에서 보듯이, 항상 모두에게 유효하지만, 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리는, 예를 들어, 감청이라는 정교한 수단에 의해 점점 더 위협을 받고 있다. 국제적 판례의 몇몇 사례들은 이 문제를 잘 보여 줄 것이다. 다만, 이 장은 수사단계에서 보장되어야 하는 권리를 빠짐없이 설명하고 있지 않으며, 이 중요한 단계에서 보호되어야 하는 기본적인 권리 중 일부만을 다룰 것이라는 점을 유념해야 한다.

6.1 개인의 사생활, 주거 그리고 통신을 존중받을 권리

개인의 사생활, 가정, 주거 및 통신의 권리는, 비록 협약마다 다른 용어로 규정되어 있기는 하지만, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제17조, 미주인권협약 제11조와 유럽인권협약 제8조에 의해 보장된다. 그러나 위 권리의 행사는 특정한 상황에서 제한을 받는다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제17조(1)은 "모든 사람은 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받지 않으며, 명예와 평판에 대하여 불법적인 공격을 받지 않는다."고 규정하고 있고, 미주인권협약 제11조는 "누구도 자의적이고 남용적인 간섭의 대상이 되지 않는다"는 표현으로 시작하기는 하지만 비슷하게 문구화되어 있다. 유럽인권협약 제8조에 의하면, "공공당국은, 다음의 경우에 제한받는 것을 제외하고는, 개인의 사생활, 가정생활, 주거 또는 통신을 존중받을 권리의 행사를 간섭할 수 없다."

> "① 법률에 합치되고, ② 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 무질서나 범죄의 방지, 보건이나 윤리의 보호, 또는 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우를 제외하고는 …"

사생활에 대한 권리와 관련하여 감청, 수색 및 통신의 침해가 검토될 것이다. 이러한 감청 등의 수단은 혐의자의 범죄행위를 증명하기 위하여 수사의 초기 단계에 종종 사용되며, 사후에 기소에 이르기도 하고, 그렇지 않기도 한다.

6.1.1 감청(Wire tapping)

범죄수사를 목적으로 하는 전화상 대화의 감청의 문제는 자유권규약위원회나 미주인권재판소에서는 아직 다루어진 바가 없지만, 유럽인권재판소의 몇몇 사건에서 주목을 받아 왔다. 유럽인권재판소는 이러한 감청이 유럽인권협약 제8조에서 보장된 통신 및 사생활을 존중받을 권리에 대한 "공공당국에 의한 간섭" – 이러한 간섭이 정당화되기 위해서는, 위에서 살펴보았듯이, "법률에 합치되어야 하고," 제8조(2)에서 정한 하나 또는 그 이상의 정당한 목적을 추구해야 하며, 그리고 끝으로, 이와 같은 목적을 달성하기 위해 "민주사회에서 필요해야 한다." – 에 해당한다고 일관되게 판시해 왔다.[26)]

이 장에서는 "법률에 합치되어야 한다"는 개념에 대한 유럽인권재판소의 판례를 상세히 검토하지 않으며, 전화감청은 국내법에 근거가 있어야 하며, 그 국내법은 "해당 수단의 의미와 본질"에 대하여 "***접근가능할***" 뿐만 아니라 "***예측가능한***" 것이어야 한다는 점을 지적하는 것으로 충분할 것이다.[27)] 다시 말하면, 유럽인권협약 제8조(2)은 "단순히 국내법을 말하는 것이 아니라, ***그 법의 내용***과도 관련되는데, 그 내용이 '법의 지배'와 조화되어야 한다는 것이다."[28)] 특히, 이는 제8조(1)에서 보장된 권리에 대한 공공당국의 자의적인 간섭에 대응하기 위한 법적 보호 수단이 국내법에 존재해야 한다는 것을 의미한다. "행정부의 권한이 비밀리에 행사되는 곳에서는 특히 그 행사가 자의적이 될 위험이 명백"하기 때문이다.[29)] 비록 "예측가능성 요건은 개인이 언제 국가기관이 그의 통신을 감청할 가능성이 있는지를 예측할 수 있어서 이에 맞춰 행동할 수 있을 것을 의미하는 것은 아니"지만, 그럼에도 법률은,

> "어떠한 상황과 조건 하에서 공공당국이 사생활 및 통신을 존중받을 권리에 대한 이 비밀스럽고 잠재적으로 위험한 간섭에 의존할 권한이 있는지, 그 상황과 조건에 대하여 시민들에게 적절한 지침을 줄 수 있도록 그 용어에 있어 충분히 명확해야 한다."[30)]

다시 말하면, 법적 보호라는 요건을 충족하려면, 국내법은 반드시 남용에 대한

---

26) *Eur. Court. HR, Huvig Case v. France, judgment of 24 April 1990, Series A, No. 176–B*, p. 52, para. 25 참조.

27) Ibid., pp.52–55, paras. 26–29. 강조는 추가됨.

28) Ibid., p. 54, para. 29. 강조는 추가됨.

29) *Eur. Court. HR, Malone Case v. the United Kingdom, judgment of 2 August 1984, Series A, No. 82*, p. 32, para. 67 참조.

30) Ibid, loc. cit.

적절한 법적 보호장치를 마련해야 하고, 구체적인 예로, 법률이 재량권을 해당 국가기관에 부여한 경우에는 법률은 그 재량의 범위 또한 명시해야 한다.[31]

Huvig 사건

Huvig 사건에서, 신청인은 탈세와 허위기장의 혐의를 조사한 법관에 의해 이틀간 전화감청을 당했다. 유럽인권재판소는 다툼의 대상이 된 이 조치가, 프랑스 법원이 해석한 바와 같이, 프랑스 법률, 즉 형사절차법전(Code of Criminal Procedure)에 법적 근거가 있다는 점을 받아들였고, 더 나아가 이 법률이 접근가능하다는 점도 인정했다. 그러나 법률의 내용과 관련하여서는, 유럽인권재판소는, 이 법률이 "공공당국에 부여된 재량행사의 범위와 방식을 합리적일 정도로 명확하게 제시하지 못했고," 그 결과 신청인은 "민주사회에서 법의 지배 하에 시민들에게 보장되는 최소 수준의 보호를 향유하지 못했다."고 판단했다.[32] 다시 말해서, 프랑스의 관련 법 체제는, 예를 들어, "사법적(司法的) 명령에 의해 전화를 감청당해야 하는 사람들의 범주와 그러한 명령이 발해지는 범죄의 특성"이 "어디에도 정의되지 않았고," 법관으로 하여금 "전화감청 기간의 기한을 설정할 의무가 부과되지 않았다"는 점에서, "발생할 수 있는 다양한 남용에 대하여 적절한 보호장치를 제공하지 못했다."[33] 더 나아가, 그 법률은 "어떤 상황에서 녹음이 삭제될 수 있거나 삭제되어야 하는지, 테이프가 파기될 수 있거나 파기되어야 하는지, 특히 피의자가 조사를 담당한 법관에 의해 절차에서 면제되거나 법원에서 무죄판결을 받는 경우에는 어떻게 되는지"에 대하여 구체적으로 명시하지 않고 있다.[34] 그 결과 신청인은 민주사회에서 법의 지배하에 요구되는 최소한의 수준의 보호를 받지 못했기 때문에, 이 사건에서는 (유럽인권협약) 제8조의 위반이 존재한다고 하였다.

유럽인권재판소는 *Kruslin*과 *Malone* 사건과 같은 다른 유사한 사건에서도 유럽인권협약 제8조의 위반이 있다고 판단하였는데, 이 사건들의 판결은, *Huvig* 판결과 마찬가지로, 문제가 되었던 관행이 유럽인권협약 제8조(2)의 '법률에 합치하여야 한다.'는 표현에서 도출되는 요건을 준수하지 못했음을 이유로 하였다.[35]

---

31) Ibid., para. 68 at p.33.

32) *Eur. Court. HR, Huvig Case v. France, judgment of 24 April 1990, Series A, No. 176-B*, p. 56-57, para. 35.

33) Ibid., p. 56, para. 34.

34) Ibid., loc. cit.

35) *Eur. Court. HR, Malone v. the United Kingdom, judgment of 2 August 1984, Series A, No. 82, and Eur. Court. HR, Kruslin Case v. France, judgment of 24 April 1990, Series A, No. 176-A.* 그러나 *Klass and Others* 사건에서는, 유럽인권재판소는 제8조 위반이 아니라고 판단했다: *Eur. Court.*

Lampert 사건

최근의 *Lampert* 사건에서 보면, 1991년에 프랑스는 전기통신 내용의 비밀성과 관련하여 형사절차법전 개정안을 도입했는데, 이 개정안은 "명확하고, 상세한 규칙"을 두었고, "공공당국에 부여된 재량의 범위 및 방식을 충분히 명확하게" 특정하였다.[36] 그러나 이 사건에서도 신청인은 "국내법의 효과적인 보호 – 이를 위해서는 누구의 전화선이 감청되는 것인지에 따라 결론이 달라져서는 안 되는데 – 를 받지 못했다"는 이유로 제8조가 침해되었다고 판단되었다.[37]

이 사건에서 신청인은, 전화감청을 당하고 있는 타인에게 전화를 하여 그 자신의 대화가 감청된 이후에, 가중처벌 대상 절도로 인한 수익금을 처리한 혐의로 기소되었는데, 신청인의 변호사는 전화감청 기간이 2회 연장된 것에 대하여 상소했으나, 파기원은 상소에 대하여 "신청인에게는 *제3자*의 전화선에 대한 감시기간이 연장되는 방식을 문제 삼을 *신청인적격(locus standi)*이 없다"고 판시했다.[38] 유럽인권재판소는 신청인의 사생활과 통신을 존중받을 권리에 대한 침해가 "형사절차와 관련하여 사실을 증명하고 따라서 무질서를 방지하기 위한 목적으로 계획되었다"는 점을 받아들였다.[39] 그러나 유럽인권재판소의 견해에서는, 파기원은 신청인에게 감청기간의 연장을 문제 삼을 적격을 부여하지 않음으로써 "매우 많은 수의 사람들, 즉, 자신의 것이 아닌 전화선으로 대화를 한 사람들 전부가 법의 보호를 박탈당하게 되는 결과를 초래하였다." 이는 "실제에 있어서 알맹이 없는 보호장치로 만드는 것이었다." 그 결과 신청인은 법의 지배 하에서 시민들에게 보장되고, 문제된 침해를 민주사회에서 필요한 만큼으로 제약할 수 있는 '효과적인 통제수단'을 부여받지 못했다.[40]

유럽의 판례를 밖으로까지 확대적용하는 것에는 항상 위험이 있기는 하지만, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 미주인권협약 하에서도, 사법기관이 전화상 대화를 감청할 수 있는 권한은 개인의 사생활을 존중받을 권리를 위하여 비교적 엄격하게 해석되어야 하며, 최소한, 권리행사에 대한 침해는 분명하게 국내법을 근거로 해야 하고, 특정하고 정당한 목적을 위해야 하며, 적절한 보호장치와 감청 당한 자를 위

HR, Case of Klass and Others, judgment of 6 September 1976, Series A, No. 28 참조.

36) *Eur. Court. HR, Case of Lampert v. France, judgment of 24 August 1998, Reports 1998–V*, p. 2240, para. 28. 이 판결은 유럽인권재판소의 판례가 국내법에 미치는 영향을 보여주는 흥미로운 사례 중 하나이다.

37) Ibid., p. 2242, para. 39.

38) Ibid., p, 2235, paras, 8–10 and p. 2236, para. 14; 두 번째 강조는 추가됨.

39) Ibid., p. 2240, para. 29.

40) Ibid., p. 2241–2242, paras. 38–40.
[**추록**: 유럽인권재판소는 또한, 구금된 수감자들에 대한 전화 감청은 제8조(2)의 위반임을 밝혔다 (*European Court of Human Rights, Doerga v. the Netherlands, No. 50210/99, Judgement of 27 April 2004.*)]

한 구제장치를 수반해야 한다고 결론짓는 것은 합리적이라고 할 것이다.

6.1.2 수색

국제인권법은 수색의 합법성에 관해 구체적으로 규정하고 있지 않지만, 이 점에 관해서도 유럽 판례법들이 일정한 지침을 제시할 수 있다. 그러나 다음의 사례는 경찰에게 수색영장을 발부하는 것에 관한 것이 아니라 민사소송절차에서 당사자 사인(私人)에게 영장을 허가해 주는 것에 관한 것임을 유의할 필요가 있다.

Chappel 사건(이 사건은 형사사건에 관한 것이 아니고 저작권소송에 관한 것이다)에서, 유럽인권재판소는 원고의 저작권을 무단 침해로부터 보호하기 위한 증거 확보의 목적에서 신청인(문제된 소송에서 피고)의 사업장 내에서 이뤄진 수색이 유럽인권협약 제8조에 부합하는지 여부를 심리해야 했다. 정부는 신청인의 사생활 및 주거가 존중받을 권리에 대한 제한이 있었음을 인정했고, 신청인으로서도 그 수색이 유럽인권협약 제8조(2)에 따라 "다른 사람의 권리"를 보호하기 위한 것임에 관해서는 합법적이라고 동의하였다.[41] 따라서 유럽인권재판소가 결정해야 할 문제는 그 조치가 "법률에 따라" 이루어진 것인지 여부와 "민주사회에서 필요한" 것인지 여부였다. 해당 수색 명령은 소위 "안톤 필러 명령(Anton Piller order)"이라는 것이었는데, 이는 소송계속 중 증거를 보전하기 위한 법원의 중간 명령으로서, 일방적인 신청에 의하여 상대방에 대한 통지나 그에 대한 심문 없이 이루어진다."

유럽인권재판소는 위 사건에서 그 수색이 ***접근가능성***과 ***예측가능성***이라는 두 개의 요건을 충족한 영국법에 근거하여 이루어진 것이라고 판단하였다. 전자의 요건에 관해서는 관련 법률 문헌들과 판례법이 공표되어 있었으므로 접근가능하였고, 후자의 요건에 관해서는 "예측가능성의 기준이 충족되었다고 보기에 충분할 정도로 이러한 구제가 제공되는 기본적 조건이나 상황들이 적절한 시점에 정확히 규정되어 있었다." 이는 비록 개개 명령들의 내용에 있어 약간의 차이가 있을 수는 있다 하더라도 그러하다.[42]

유럽인권재판소는 나아가 해당 조치가 "민주사회에서 필요한" 것이었는지를 심리함에 있어서, "합리적인 범위 내로 효력을 제한하기 위해 마련된 안전장치"가 그 명령에 수반되어 있었다고 판단하였다. 즉, (1) 그 명령은 단기간에 대해서만 허가되었

41) *Eur. Court. HR, Case of Chappel v. the United Kingdom, judgment of 30 March 1989, Series A, No. 152–A*, p. 21. para. 51.

42) Ibid., para. 46 at p. 24.

고, (2) 원고의 수색이 효력을 가질 수 있는 시점과, 효력을 가지기 위해서는 몇 명이 수색할 수 있는지에 대한 제한이 마련되어 있었으며, (3) 나아가 압수된 물건은 특정한 목적을 위해서만 사용될 수 있었다.[43] 게다가, 원고들과 그 변호사는 일련의 담보(undertakings)를 제공하였고, "그 명령이 부적절하게 집행되었다고 생각할 경우에 신청인이 이용할 수 있는 다양한 구제수단들이 마련되어 있었다."[44]

그러나 유럽인권재판소는, 가령 경찰에 의한 수색과 원고에 의한 수색이 동시에 이루어지도록 함으로써 Chappel를 혼란스럽게 하였을 것임이 분명했던 것 같은, 그 절차에 있어서의 일부 문제점들이 있었다고 인정했다. 하지만 그러한 문제점들은 "그 명령의 집행이 그 사건에서의 제반 상황에 비추어 추구되는 합법적 목적과의 비례성을 잃은 것이라고 볼 정도로 심각한 것"으로 여겨지지는 않았다.[45] 그 결과, 이 사건에서 제8조의 위반은 없었다고 판단하였다.

[**추록**: 자유권규약위원회는 *Coronel et al. v. Colombia* 사건에서 범죄 피해자들과 그의 가족의 집 또는 범죄 피해자들이 있는 주거지에 군인들이 수색영장 없이 침입하는 것은 불법적이고, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제17조(1)을 위반한 것이라고 결정하였다(*Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth Session, Supplement No. 40* (A/58/40), vol. II, annex V, sect. C, communication No. 778/1997, *Coronel et al. v. Colombia*, para. 9.7.)]

6.1.3 통신의 제한

국가기관에 의한 통신제한은 신체의 자유를 박탈당한 사람들에게 있어 하나의 문제가 될 수 있고, 이에 관해 수많은 구제신청이 유럽인권재판소에 제기되었다. 그러한 청구가 범죄행위로 ***유죄 선고된*** 수형자들에 의해 제기된 경우에 관해서는 제8장에서 다루어질 것이다. 그러나 *Pfeifer and Plankl* 사건에서, ***신청인들은 구금 상태에서 편지로 서로 교신을 했는데***, 수사판사가 "교도관들에 대한 모욕성 조롱"을 포함하고 있다고 본 특정 구절에 선을 그어 지워버려서 읽을 수 없도록 만들었다.[46] 유럽인권재판소는 그러한 삭제가 신청인의 통신에 대한 정당화되지 않은 제한에 해당된다고

43) Ibid., p. 25, para. 60.

44) Ibid., loc. cit.

45) Ibid., p. 27, para. 66.

46) *Eur. Court. HR, Case of Pfeifer and Plankl b. Austria, judgment of 25 Februrary 1992, Series A, No. 227*, p. 18, para. 47.

판단하였다. 위 재판소는 유럽인권위원회와 의견을 같이하여 "그 편지는 교도소의 상태와 특히 일부 교도관들의 행동에 대한 일종의 비판에 해당하고," 비록 "일부 표현들은 분명 강한 것이기는 하지만, … 그것들도 관련 법 하에서 Pfeifer 및 수사판사에 의해서만 읽혀졌어야 할 사적 서신의 일부였다"고 보았다.[47]

유럽인권재판소는 이어서 *Silver and Others* 사건의 판결을 언급하였는데, 위 판결에서는 "'당국을 모욕하기 위하여 계획되었거나,' '고의적으로 교도소 당국을 모욕하기 위한 내용'이 포함된 사적 서신을 저지하는 것은 '민주사회에서 필요한' 것이 아니다."라고 판단하였다. 비록 *Pfeifer and Plankl* 사건에서 그 구절을 삭제한 것이 "확실히 덜 심각한 제한"이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 그것은 위 사건에서의 제반 사정에 비추어 "비례성을 잃은" 것이었고, 유럽인권협약 제8조에 위반되는 것이었다.[48]

Schönenberg and Durmaz 사건은 ***변호사와 구금 상태에 있던 사람 사이의 통신***에 관한 것이다. 택시 운전사인 신청인은 약물 범죄 혐의에 연루되어 제네바에서 체포되어 취리히로 송환되었다. 며칠 후 Durmaz의 부인은 Schönenberg에게 자기 남편의 변호를 맡아 줄 것을 요청하였다. 같은 날 Schönenberg는 동봉서류가 첨부된 편지를 스위스 법에 따라 지방 검사의 사무실에 발송하여 그 편지를 수신인에게 전송해 줄 것을 요청했다. 그 편지에서 Schönenberg는 Durmaz에게 그의 부인에 의하여 변호인으로 선임되었다고 말하면서 소송 권한을 위임하는 서류양식을 보내주었다. 그는 특히 Durmaz가 진술을 거부할 권리가 있으며 진술한 내용이 불리하게 사용될 수 있음을 지적하는 것이 그의 의무라고 썼다.[49] 지방 검사는 동봉서류가 첨부된 이 편지의 송부를 보류하고 Durmaz에게 그 사실을 알리지 않았다. 명령에 의해 그 검사의 사무실에서는 그 편지를 Durmaz에게 전달하지 않기로 결정하고, 그 대신 그를 위하여 취리히의 변호사를 선정하였다.[50]

유럽인권재판소는 그 편지의 송부를 보류한 목적이 "무질서나 범죄의 방지"에 있었고, 이러한 점에서 "위 목적을 추구함에 있어 유죄 선고된 수형자의 경우에는 비수형자의 경우보다 더 넓은 통신제한 조치가 정당화될 수 있다"는 내용의 판례법에 의존했다. 유럽인권재판소의 견해에 의하면, "같은 논리가 Durmaz와 같이 구금되어 기소하기 위한 조사를 받고 있는 사람에게도 적용될 수 있는데, 이는 그러한 경우에도

47) Ibid., para. 47 at p. 19.

48) Ibid., loc. cit. and p. 19, para. 48.

49) *Eur. Court. HR, Case of Schönenberg and Durmaz, judgment of 20 June 1988, Series A, No. 137*, p. 8–9, paras. 8–9.

50) Ibid., p. 9, paras. 10–11.

종종 통모의 위험이 발생하기 때문이다."[51] 그러나 위 재판소는, 그 편지가 Durmaz에게 계류된 형사소송절차에 관한 조언을 제공하는 것이어서 그 성격상 정부의 정당한 행위를 위험에 빠뜨릴 수 있고 또한 그 편지가 Durmaz에 의하여 선임된 변호인에 의해 보내진 것이 아니라는 정부의 주장들을 배척하면서, 결국 문제된 그 제한 조치는 "민주사회에서 필요한" 것으로 정당화될 수 없다고 결론 내렸다. 유럽인권재판소는 이러한 견지에서 아래와 같이 판시하였다.

> "Schönenberg는 Durmaz에게 '진술을 거부할 권리'를 고지해 주고 이러한 진술거부권의 행사가 그에게 유리할 것이라고 조언해 주려 하였다. 그는 이런 식으로 Durmaz에게 일종의 전술을 권유한 것인데, 스위스 연방법원의 판례법 하에서 피의자에게는 묵비권이 보장되기 때문에(이와 유사한 내용은 다른 체약국에서도 발견된다), 이는 본질적으로 합법적인 것이다. Schönenberg가 Durmaz와의 접견을 기다리는 동안에 그에게 그의 권리 및 그 행사의 효과를 고지함이 그의 의무라고 생각한 것 또한 정당한 일이었다. 유럽인권재판소의 견해로는 이러한 내용의 조언은 그 편지의 발신인과 수신인 사이에 공모가 이뤄질 위험을 야기할 만한 것이 아니고, 정상적인 기소행위를 위협할 만한 것도 아니었다."[52]

유럽인권재판소는 나아가 위 변호인이 Durmaz에 의하여 선임된 것이 아니라는 정부의 주장은 중요한 문제가 아니라고 부연했다. 왜냐하면, 그는 "Durmaz 부인에 의한 선임에 따라 행동하였고 뿐만 아니라 지방 검사에게 전화로 그러한 통지를 했었기 때문"이다. 위 재판소의 견해에 따르면,

> "이러한 다양한 접촉은 Durmaz로 하여금 그의 선택에 따라 변호인의 조력을 받을 이익을 누리고 이로써 유럽인권협약의 또 다른 기본 조항인 제6조에 명시된 권리를 행사할 수 있도록 하기 위한 예비단계에 해당된다. 따라서 이러한 사정에 비추어 볼 때, Schönenberg가 공식적으로 선임되지 않았다는 사실은 중요한 문제가 아니다."[53]

따라서 이 사건에서는 제8조의 위반이 있었고, 이는 범죄의 혐의자, 피의자 또는 피고인과 그의 변호인(설령 잠재적인 변호인이라 하더라도) 사이의 관계는 특별히 보장된 것이며 국내 당국이 유의하여 보장해야 할 부분이라는 점을 상기시켜주는 것이다. 그러나 이 주제는 아래의 6.4. 부분에서 더 상세히 다루어질 것이다.

---

51) Ibid., p. 13, para. 25.

52) Ibid., pp. 13–14, para. 28.

53) Ibid., p. 14, para. 29.

국제인권법 하에서, 범죄 수사의 과정에서 사생활에 관한 개인의 권리를 제한하는 것은 합법적이어야 하고, 해당 조치가 합법적인 목적과의 관계에 있어서 비례성을 유지하는 것이어야 한다.

6.2 인도적인 대우를 받을 권리 및 고문을 받지 않을 권리

구금된 자나 수형자에 대한 처우에 대해서는 제8장에서 더 상세히 다루어질 것이나, 범죄 수사와 관련하여 신체의 자유를 박탈당한 사람에 대한 고문이나 기타 잘못된 처우에 의지하는 빈도를 고려해 봤을 때, 고문 또는 잔혹하거나 비인도적인 처우 또는 처벌을 받지 않을 권리는 모든 주요 협약들과 세계인권선언에 의해 보장되어 있다는 사실을 강조하지 않을 수 없다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조, 아프리카헌장 제4조, 미주인권협약 제5조(2), 유럽인권협약 제3조(다만 "잔혹한"이라는 용어는 포함하지 않고 있다), 세계인권선언 제4조]. 일부 협약들에서는 자유를 박탈당한 사람에게 인도적인 대우를 받을 권리 및 인간의 타고난 존엄성을 존중받을 권리를 보장함으로서 이러한 권리가 더 강화된다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(1), 미주인권협약 제5조(2)]. 세계 어느 곳도 예외일 수 없는 고문이라는 관행의 심각성을 고려하여, 이 불법적인 관행의 폐지를 효과적으로 촉진하기 위한 협약들이 UN과 두 개의 지역기구, 즉 OAS와 유럽평의회의 후원 하에 만들어져 왔다.[54]

수사를 받는 중에 있는 자의 권리는 국제형사재판소 규정 제55조에서도 다루어지고 있다. 즉 제55조(1)(b)는, 수사를 받는 자는 "어떠한 형태의 강압, 강요, 협박, 고문, 기타 어떤 형태의 잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 당하지 아니한다."고 규정하고 있다.

따라서 범죄 수사 및 사법절차의 과정에서 고문 기타 비인도적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 금지하는 보편적이고 손상시킬 수 없는 원칙은 ***언제나 존중되어야 하고, 어떠한 긴박한 경우라 하더라도 예외가 있을 수 없다.***[55] 이는 곧, 체포 또는 구금되거나 기타 범죄 혐의에 대한 심문을 위하여 경찰 또는 검찰의 지배하에 있는 사람은, 용의자로서든 목격자로서든, 항상 인도적으로 대우받고 어떠한 심리적 육체적

54) 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적인 대우나 처벌방지에 관한 협약(1984), 고문방지 및 처벌에 관한 미주협약(1985), 고문과 비인도적 또는 굴욕적인 대우나 처벌방지에 관한 유럽협약(1987) 참조.

55) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2), 미주인권협약 제27조(2), 유럽인권협약 제15(2), 고문 및 다른 잔인하고 비인도적 또는 굴욕적인 조치 및 처벌 금지 협약 제2(2), 고문예방 및 처벌에 관한 미주협약 제5조 참조.

폭력이나 강요 또는 협박도 당하지 않을 권리가 있다는 것을 의미한다. 아래에서 보는 바와 같이, 강요에 따라 이뤄진 자백을 사용하는 것은 국제인권법 하에서 위법하다. 이는 특히 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. 약칭 '고문방지협약') 제1조에 더 분명한 용어로 기술되어 있다.

협약들은 또한 범죄 수사와 관련된 전문 직업군을 대상으로 하여 제정되어 왔다. 법집행기관 공무원들의 행동강령(1979 Code of Conduct for Law Enforcement Officials)은 특히 제15조에서 "어떠한 법집행기관 공무원도 고문이나 기타 잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌을 가하거나, 조장하거나, 묵인하여서는 아니 된다."라고 규정하고 있다. 검사의 역할에 관한 지침(1990 Guidelines on the Role of Prosecutors)은 특히 다음과 같은 중요한 조항을 담고 있다.

> "16. 만일 검사가, 자신이 획득한 용의자에게 불리한 증거가, 특히 고문이나 잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌, 기타 인권의 유린과 관련된 용의자의 인권에 대한 중대한 침해를 구성하는 불법적인 방법을 통해 얻은 증거임을 합리적인 근거에 기하여 알게 되거나 믿게 되었을 때에는, 그러한 방법을 사용한 자들 이외의 어떠한 사람에 대해서도 그 증거를 불리한 증거로 사용함을 거부해야 하고, 법원에 그에 따른 통보를 해야 하며, 그러한 방법을 사용한 데에 책임이 있는 자들이 사법처리 되도록 필요한 모든 조치를 다 하여야 한다."

또한 국제형사재판소 규정 제54조(1)(c)는, 수사에 있어 검사의 의무 중 하나는 "본 규정 하에서 발생되는 개인의 권리를 충실하게 존중하는 것"이라고 규정하는데, 이는 즉 강요 및 고문의 금지에 관한 제55조(1)(c)에 명시된 권리를 말한다.

더구나, 유엔의 사법부의 독립에 관한 기본원칙(Basic Principles on the Independence of the Judiciary, 1985)의 전문 7번째 문단에 기술되어 있듯이, "법관은 시민의 생명, 자유, 권리, 의무, 재산에 관한 궁극적인 결정을 할 책임이 있고," 따라서 범죄 수사나 자유 박탈 과정에서 발생할 수 있는 부당한 처우나 강요의 징후에 특별히 경각심을 가지고, 그런 부당한 처우의 의심에 직면했을 때는 필요한 조치를 취해야 하는 것 또한 법관의 책무이다.[56)]

법관, 검사, 변호사는 강간을 포함한 고문, 기타 형태의 성적 학대, 구금된 *여*

56) 고문을 반대하는 조항은 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙(1998) 6에서도 찾아 볼 수 있다.

성 · 아동에 대한 부당한 처우의 징후에 특별히 경각심을 가져야 한다. 이와 같이 경찰이나 교도관의 지배하에 있는 동안에 피해를 당하기 쉬운 집단들에 대한 고문과 부당한 처우는 많은 나라에서 흔히 발생하고, 이러한 불법적인 관행을 종식시키기 위해서는 법률 전문가 집단의 구성원들이 그 예방과 조사 및 처벌에 있어서 항상 적극적인 역할을 해주는 것이 필수 불가결하다.

고문과 기타 형태의 부당한 처우는 범죄 수사 기간을 포함하여 언제나 금지되고, 절대로 정당화될 수 없다. 이는 반드시 예방되고, 조사되고, 처벌되어야 할 행위들이다.

법관, 검사, 변호사는 고문 또는 구금된 여성 · 아동에 대한 부당한 처우의 징후에 특별히 경각심을 가져야 한다.

6.3 이해할 수 있는 언어로 혐의내용(기소내용)을 고지받을 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(a)는, "모든 사람은 그에 대한 형사상의 기소(criminal charge)에 관하여 결정을 받음에 있어서 '그가 이해할 수 있는 언어로 기소내용의 성질 및 이유를 신속하고 상세하게 고지받을' 권리를 가진다."고 규정하고 있다. 유럽인권협약 제6조(3)(a)는 위와 유사하게 규정하고 있고, 미주인권협약 제8조(2)(b)는 "피고인은 사전에 기소내용을 상세하게 고지받을 권리를 가진다."고 규정하고 있다. 아프리카헌장은 기소내용을 고지받을 권리를 보장한다는 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 하지만 아프리카 인권위원회는 '체포된 사람은 신속하게 자신의 혐의내용을 고지받아야 한다'고 판시하였다.[57]

모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙의 10은 구금상태의 사람에 관하여 "신속하게 그에 대한 모든 혐의내용을 고지받아야 한다."고 규정하고 있다.

이해할 수 있는 언어로 혐의내용을 고지받을 권리는, 국내 당국이 이러한 요구를 충족시키기 위하여 적절한 통역인과 번역인을 제공하여야 함을 의미하는데, 이는 피의자가 자신을 충분히 방어할 수 있도록 하는 데 필수적이다. 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙의 14원칙은, 수사를 받는 동안 통역

57) *ACHPR, Media Rights Agenda (on behalf of Niran Maloulu) v. Nigeria, Communication No. 224/98, adopted during the 28th session, 23 October–6 November 2000*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html에 게재된 결정문 para. 43.

을 제공받아야 한다는 일반적 권리를 아래와 같이 더욱 상세하게 규정하고 있다.

> "체포, 구금, 수감을 담당하는 당국이 사용하는 언어를 충분히 이해하지 못하거나 말하지 못하는 사람은 신속하게 그가 이해할 수 있는 언어로 원칙 10, 11의 2, 12의 1항, 13에 관한 정보를 신속하게 고지받을 권리를 가지고, 체포에 뒤따르는 법률적 절차에 관하여 필요하다면 무료로 통역인의 도움을 받을 권리를 가진다."

수사기간 동안 피의자가 "말하고 이해하는 언어로" 피의자에게 피의자의 권리를 고지하여야 할 의무가 규정되어 있기도 하다. 즉, 르완다와 유고슬라비아 형사재판소의 절차와 증거에 관한 규칙 제42조(A)는 피의자가 "신문과정에 사용되는 언어를 이해하거나 말할 수 없다면" 그는 "무료로 통역인의 법률적 도움을 받을 권리"를 가진다고 규정하고 있다.

*****

자유권규약위원회에 따르면, 규약 제14조(3)(a)가 규정한 고지받을 권리는 "***구금상태가 아닌 경우를 포함하여*** 형사적으로 기소된 모든 경우에 적용되고," 위 규정은 "권한 있는 당국에 의해 기소되자마자 정해진 방법에 따라 고지가 이루어져야 함을 '즉시'" 요구한다.[58] 자유권규약위원회는 이러한 관점에서 다음과 같이 구체적으로 명시하고 있다.

> "이 권리는, 법원이나 기소권을 가진 당국이 조사과정에서 범죄혐의를 받고 있는 사람에 대한 절차를 진행하고자 할 때 또는 그에게 범죄혐의가 있음을 공개적으로 표명했을 때 발생한다. 규약 제14조(3)(a)의 구체적인 요건은, 고지내용에 피의사실과 적용법조가 모두 포함되어 있다면 그 혐의내용을 구두로 또는 서면으로 고지함으로써 충족될 수 있다."[59]

위원회의 견해에 따르면, 피의자의 혐의내용에 관한 상세한 정보가 체포 당시에 즉시 제공되어야 하는 것은 아니지만, "***초동수사가 시작될 때 또는 피의자에게 명백하고도 공식적으로 혐의를 부여하게 되는 심문절차를 시작할 때***"에는 제공되어야 한다

58) General Comment No. 13(Article 14), in *United Nations Compilation of General Comments*, p. 124, para. 8. 강조는 추가됨.

59) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

는 것이다.[60] 그래서 규약 제14조(3)(a)의 고지의무는 규약 제9조(2)의 고지의무(체포된 사람에 대한 고지의무)보다 더 명확하다. 또한, 규약 제9조(3)에서 정한 바와 같이 피의자가 법관에게 신속히 회부된 이상, "체포 당시에 즉시 피의자에게 피의사실의 성질과 이유를 상세하게 고지하는 것이 반드시 필요한 것은 아니다."[61] 그러나 위원회는 종전 사례에서 "신속한 통지라는 요건은 범죄로 공식적으로 기소되었을 때에만 적용하고," 그 결과 규약 제9조(2)가 적용되는 상황인 "경찰의 수사결과를 기다리는 동안 구금상태에 있는 사람들"에게는 적용하지 않는다고 판단하였다.[62]

하지만 여기서 드는 의문은 종전 사례에서의 논거가 일반논평 또는 먼저 언급되었던 사례를 통하여 표명된 위원회의 입장과 일관되는 것인가라는 점이다.

신속한 통지라는 원칙을 적용함에 있어서, 위원회는, 신청인이 기소되기 전에 6주 동안 구금되어 있었던 사례(나중에 그는 유죄확정판결을 받았다)에서 규약 제14조(3)(a)를 위반한 것이 아니라는 결론을 내렸다. 위원회는 자료에 따르면 신청인은 "예심이 시작될 때까지 체포의 이유와 그에 대한 피의사실을 고지받았음"이 밝혀졌다고 간단히 결론 내렸다.[63]

하지만 자유권규약위원회는, 군사법원이 신청인을 *비공개*로 재판하기에 앞서 그에게 혐의내용을 고지하지 않았던 사례에서는 제14조(3)(a)를 위반하였다고 판단하였다. 그 군사법원은 그에게 30년의 구금형 및 15년의 보안처분을 선고하였다. 그 사례에서 신청인은 담당변호사와 접견을 할 수도 없었다.[64]

*궐석*재판의 경우에는 특별한 문제가 발생한다. 규약 제14조에 따른 절차들을 위반하지 않는다면, 위원회는 "경우에 따라서는(예를 들자면, 피고인이 절차에 관하여 미리 충분히 고지받았음에도 재판에 출석하는 자신의 권리를 행사하기를 거부하였을 때) 궐석재판은 사법권의 적절한 행사를 위하여 허용될 수 있다"고 하였다. 하지만 궐석재판을 하기 위하여는 특별한 주의가 필요하다. 비록 사법권을 행사하는 당국이 피고인에게 연락하기 위하여 취할 것으로 요구되는 노력에는 일정한 한계가 있기는 하지만, "피고인에게 앞으로 진행될 절차를 고지하는 조치는 반드시 필요하고, 규약 제

60) Communication No. 561/1993, *D. Williams v. Jamaica* (Views adopted on 8 April 1997), UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. Ⅱ), p. 151, para. 9.2. 강조는 추가됨.

61) Communication No. 702/1996, *C. McLawrence v. Jamaica* (Views adopted on 18 July 1997), UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. Ⅱ), p. 232, para. 5.9.

62) Communication No. 253/1987, *P. Kelly v. Jamaica* (Views adopted on 8 April 1991), UN doc. *GAOR*, A/46/40, p. 247, para. 5.8. 강조는 추가됨.

63) Communication No. 561/1993, *D. Williams v. Jamaica* (Views adopted on 8 April 1997), UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. Ⅱ), p. 151, para. 9.2.

64) Communication No. R.14/63, *R. S. Antonaccio v. Urguay* (Views adopted on 28 October 1981), UN doc. *GAOR*, A/37/40, p. 120, para. 20 as compared with p. 119, para. 16.2.

14조가 정하는 권리를 실질적으로 보장하기 위하여는 그러한 조치가 전제되어야 한다."[65]

Mbenge 사건

Mbenge 사건에서, 국내의 사법권을 행사하는 당국은 피고인의 소재를 탐지하기 위하여 필요한 책임을 다하지 않았다. 위 사건에서 당사국은 "신청인이 자신에 대한 재판이 있었음을 신문보도를 통해서만 알게 되었다는 신청인의 주장을 다투지 않았다." 관련된 두 개의 재판기록에는 "법원 직원이 출석통보서를 발령하였다"는 것이 명확히 드러나 있지만, "신청인의 주소는 벨기에였고, 그 주소는 재판기록 중 하나에 정확히 복사되어 있어서, 사법 당국이 그 주소를 알고 있었는데도, 실제로 신청인에게 출석통보서를 전송하려는 조치를 취하였다고 볼 아무런 자료가 없었다."[66] 실제로 자유권규약위원회는, 두 번째 재판에서의 재판기록에 따르면 법정에서 심리가 열리기 3일 전에서야 출석통보서가 발령되었다는 사실을 주된 이유로 하여, "당사국은 신청인에게 임박한 재판절차를 알려 줌으로써 그가 변론준비를 할 수 있도록 하는 데에 충분한 노력을 기울이지 않았다"는 결론을 내렸다. 이는 결국 규약 제14조(3)(a), (b), (d), (e)를 위반한 것이다.[67]

*****

피고인들이 기소내용을 사전에 상세하고 충분히 고지받지 못했던 *Castillo Petruzzi et al.* 사건은 미주인권협약 제8조(2)(b)를 위반한 사례이다. 피고인들은 그들에 대한 기소내용을 사전에 상세하고 충분히 고지받지 못했다. 사실, 공소는 1994년 2월 2일 제기되었고, 판결은 2월 7일 선고되었는데, 변호인들은 그 전날인 2월 6일에서야 "매우 짧은 시간 동안만" 기록을 열람할 수 있었다.[68]

****

유럽인권재판소는, 신청인들이 체포 이후 각각 10시간 또는 1시간 15분 이내에 범행 내용(치안방해) 및 범행의 일시와 장소가 기재된 피의사실 요지서(Charge-

65) Communication No. 66/1977, *D. Monguya v. Zaire* (Views adopted on 25 March 1983), UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 138, paras. 14.1–14.2.

66) Ibid., para. 14.2.

67) Ibid., loc. cit.

68) *I–A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, judgement of May 30, 1999, Series C, No. 52*, p. 202, paras. 141–142 read in conjunction with p. 201, para. 138.

sheet)를 받은 사례에서, 유럽인권협약 제6조(3)(a)이 정한 바를 충족하였다고 판단하였다.[69]

하지만 유럽인권재판소는, 외국 태생의 신청인이 이탈리아 당국에 자신의 모국어나 유엔의 공식 언어 중 하나로 고지하여 달라고 요구하면서 자신에게 제공된 사법적 고지내용을 이해하기 어렵다고 알렸던 사례에서는 제6조(3)(a)가 위반되었다고 판단하였다. 그는 당국으로부터 아무런 답변도 얻지 못했고, 당국은 계속해서 이탈리아어로 문서를 작성하였다. 유럽인권재판소는 "이탈리아 사법당국은 신청인이 실제로는 그에 대한 기소내용을 알려주는 서류의 요지를 이해할 수 있을 정도로 이탈리아어를 충분히 알고 있다는 점을 입증할 수 있는 경우가 아니라면, [협약 제6조(3)(a)]가 정하는 요건의 준수를 보장하기 위하여 신청인의 요구에 상응하는 조치를 취했어야 한다"고 판시하였다.[70]

범죄행위로 기소된 모든 사람은 그가 이해할 수 있는 언어로 그에 대한 기소내용을 피의사실과 적용법조에 관한 상세한 내용과 함께 신속하게 고지받아야 한다.

이러한 고지는 피고인이 효과적으로 자신의 변론을 준비할 수 있도록 재판 이전의 적절한 시점에 이루어져야 한다.

6.4 법적 조력을 받을 권리

체포되거나 구금되었을 때 신속한 법적 조력을 받을 권리는, 효율적인 변호권(방어권)을 보장하기 위하여나, 신체의 자유가 박탈된 사람의 육체적, 정신적 완전한 상태를 보호하기 위한 목적 등 여러 측면에서 필수적이다. 모든 관련 인권 조약들이 피고인에게 자신이 변호인을 선택할 수 있는 권리를 보장하고 있지만[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d), 아프리카헌장 제7조(1)(c), 유럽인권협약 제6조(3)(c)], 미주인권협약 제8조(2)(d)는 더 나아가 모든 피고인들은 형사재판절차 중 "***자신의 변호인과 자유로이 그리고 비공개로 상의할 권리***"를 규정하고 있다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 아프리카헌장은 물론 유럽인권협약에는 피고인과 변호인 간의 비밀보호를 위한 유사하게 명시적인 보호 규정은 포함되어

69) *Eur. Court. HR, Case of Steel and Other v. the United Kingdom, judgement of 23 September 1998, Reports 1998-Ⅶ*. p. 2741, para. 85.

70) *Eur. Court. HR, Case of Brozicek v. Italy, judgement of 19 December 1989, Series A, No. 16*, p. 18, para. 41.

있지 않다.

그러나 1955년 채택된 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 제93조는 다음과 같이 규정하고 있다.

> "미결구금자는, 자신의 변호를 위하여 이용 가능한 무료 법률구조를 신청하고, 자신의 변호를 목적으로 변호인의 방문을 받으며, 비밀의 지시를 준비하여 변호인에게 전달할 수 있도록 허용되어야 한다. 이를 위하여 미결구금자가 원할 경우 필요한 필기구가 제공되어야 한다. 미결구금자와 변호인의 접견은 경찰관 또는 구금시설직원이 볼 수는 있지만, 들을 수는 없도록 해야 한다."

1988년 채택된 '모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙' 18은 이 점에 관하여 더 상세히 규정하고 있다.

> "1. 구금 또는 수감된 자는 자신의 변호인과 상의하고 조언을 구할 권리가 있다.
> 2. 구금 또는 수감된 자에게는 자신의 변호인과 상의하고 조언을 구하기 위하여 충분한 시간과 편의시설이 주어져야 한다.
> 3. 구금 또는 수감된 자가 지연이나 검열 없이, 그리고 완전히 비밀이 보장되어 자신의 변호인의 방문을 받고, 변호인의 조언을 구하고 상의할 권리는, 법률이나 법률에 따른 규칙에 의하여 명시되고 사법기관 또는 그에 준하는 기관에 의하여 안전과 질서를 유지하기 위하여 불가결하다고 판단된 예외적인 경우를 제외하고는, 정지되거나, 제한되지 않도록 해야 한다.
> 4. 구금 또는 수감된 자와 그의 변호인의 접견은 법집행당국자들이 볼 수는 있지만 들을 수는 없도록 해야 한다.
> 5. 이 원칙에 의한 구금 또는 수감된 자와 그의 변호인과의 교통은, 그것이 진행 중이거나 모의되어 있는 범죄에 관련된 것이 아닌 한, 구금 또는 수감된 자에 대한 증거로서 사용될 수 없도록 해야 한다."

모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙 15에 의하면, "구금 또는 수감된 자와 외부의 통신, 특히 가족이나 변호인과의 통신은, 수일 이상 거부되어서는 아니 된다." 자유권규약위원회도 일반논평 제20호 7문에서 "외부와 단절된 구금에 대비한 규정들이 만들어져야 한다."고 언급하였다.[71]

경제적 능력이 부족한 용의자에 대한 무료법률구조를 포함한 법적 조력을 받을 권리는 르완다 및 구 유고슬라비아 재판소의 절차와 증거에 관한 규칙 제42조(A)(i)에 의하여도 보장되고 있다. 게다가 유고슬라비아 재판소의 구금에 관한 규칙 제67조(A)

71) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 140, para. 11.

은 "각 구금자는, 필요한 경우 통역자의 도움을 받아 그의 변호인과 제한 없이 완전하게 상담할 권리를 가진다." 나아가 "그 같은 모든 교류와 통신은 특권적 권리"라고 규정하고 있다. 마지막으로, 위 규칙 제67조(D)은 "변호인 및 통역인과의 접견은, 구금시설의 직원에 의하여 볼 수는 있지만, 직접적으로는 물론 간접적으로도 들을 수는 없도록 행해져야 한다."라고 규정하고 있다. 르완다 재판소의 구금에 관한 규칙 제65조에도 유사한 규정들이 포함되어 있다.

*****

법적 조력을 받을 권리는 실질적으로 행사할 수 있어야 하고, 자유권규약위원회는, 그것이 보장되지 않았던 사건에 대하여 규약 제14(3)이 위반되었다고 결정하여 왔다.[72] 위 위원회는 당사자가 구금 중 최초 10개월 동안 어떠한 법적 조력도 받지 못한 데다가 그가 출석하는 재판이 이루어지지 아니한 사건에서도 이 조항이 위반되었다고 결정하였다.[73] 그러나 자유권규약위원회가 다룬 많은 다른 사건과 마찬가지로 이 사건은, 독재정치의 영향 하에 행해진 구금자의 상황에 관련된 극단적인 사례이다.

*****

배상청구 및 공정한 재판을 받을 권리에 관한 결정에서 아프리카 인권위원회는, 혐의의 유무를 결정함에 있어서 "개개인은 특별히 자기가 선택한 변호인과 비밀리에 상의할 수 있는" 권리를 가진다고 판시함으로써 아프리카헌장 제7조(1)(c)에 포함된 방어권을 강화했다. Niran Malaolu를 대신하여 수행된 *Media Rights Agenda* 사건에서 이러한 권리는 침해되었는데, 그는 변호인에게 접근할 수 없었고, 그가 선임한 변호인에 의하여 변호 받지 아니하였다.[74]

*****

유럽인권재판소는 "유럽인권협약이 형사적 범죄로 기소된 개인이 방해 없이 변호인과 상의할 권리를 명백하게 보장하지 않고 있음"을 판시하여 왔다. 그러나 대신

---

72) 여러 다른 사건 중에서 다음의 사건도 참조할 것, Communication No. R.2/8, B. *Weismann Lanza and A. Lanza Perdomo v. Uruguay* (Views adopted on 3 April 1980), in UN doc. *GAOR*, A/35/40, p. 118, para. 16; and Communication No. R.1/6, *M. A. Millán Sequeira v. Uruguay* (Views adopted on 29 July 1980), p. 131, para. 16.

73) Communication No. R.7/28, I. *Weinberger v. Uruguay* (Views adopted on 29 October 1980), in UN doc. *GAOR*, A/36/40,p. 119, para. 16.

74) *ACHPR, Media Rights Agenda (on behalf of Niran Malaolu) v. Nigeria, Communication No. 224/98, decision adopted during the 28th session, 23 October 6 November 2000*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html에 게재된 결정문 paras. 55-56.

위 재판소는 결의 (73) 5에 의한 유럽평의회 각료위원회에 의하여 채택된 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙 중 특히 제93조에 관하여 다음과 같이 판시하였다.

> "미결구금자는 ***수감되는 즉시*** 그의 법적 대리인을 선임할 권리를 가지거나, 가능하다면 무료법률구조를 신청할 권리를 가지며, 그를 변호하기 위한 변호인의 방문을 받거나, 비밀의 지시를 준비하여 그에게 주거나, 받을 권리를 가진다. 그의 요구가 있다면 이를 위한 모든 필요한 용품이 제공되어야 한다. 특별히, 재판 당사국과의 필수적인 접촉 및 자신의 변호를 위하여 무료 통역의 도움을 받을 수 있어야 한다. 수감자와 그의 변호인과의 접견은 경찰관이나 구금시설의 직원이 볼 수는 있으나, 직, 간접적으로 들을 수 없어야 한다."[75]

위 재판소는 나아가, "제3자가 들을 수 없는 상태에서 변호인과 상의할 수 있는 피고인의 권리는 민주사회에서 공정한 재판을 위한 본질적인 요청이며 유럽인권협약 제6조(3)(c)에서 도출되는 것으로 해석된다."고 판시하였다. "유럽인권협약이 실질적이고 효과적인 권리들을 보장하기 위한 것임을 고려할 때, 만일 변호인이 그의 의뢰인과 협의할 수 없고, 어떤 감시 없이 의뢰인으로부터 비밀의 지시를 받을 수 없다면, 변호인의 조력은 그 효용의 상당 부분을 상실할 것이다."[76]

S. v. Switzerland 사건

S. v. Switzerland 사건에서 신청인은 스위스 사법당국들이 그와 변호인과의 면담을 감시했고, 변호인에게 단지 소송서류의 일부만 참고하도록 허락하였던 점에 관하여 유럽인권협약 제6조(3)(c)를 위반했다고 주장하였다. 또한, 신청인이 변호인에게 전달한 어떤 서신들은 검열되었고, 어떤 때에는 면담을 감시하던 경찰관이 대화내용을 기재하였던 사실이 밝혀졌다.

정부는 유럽인권재판소에 대하여 공동피고인을 위한 두 변호인이 그들의 방어 전략을 공동으로 마련할 수도 있기 때문에 그러한 감시는 "공모"를 이유로 정당화된다고 주장했다.

---

75) *Eur. Court. HR, Case of S. v. Switzerland, judgment of 28 November 1991, Series A, No. 220, p. 15, para. 48*. 강조는 추가됨.
[**추록**: 최근 일련의 사례들에서, 자유권규약위원회는 피고인은 모든 절차에서 효과적으로 변호인의 조력을 받아야 하고, 변호인은 의뢰인의 방어 준비를 위하여 의뢰인과 비공개적으로 만날 수 있어야 한다는 원칙을 재강조하였다.(*Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 40* (A/59/40), vol. II, annex IX, sect. U, communication No. 964/2001, *Saidov v. Tajikistan*, para. 6.8., and sect. N, communication No. 917/2000, *Arutyunyan v. Uzbekistan*, para. 6.3.)]

76) Ibid., para. 48 at p. 16.

S. v. Switzerland 사건

그러나 위 재판소는 협약 제6조(3)(c)가 정한 변호인과 상의할 수 있는 신청인의 권리가 침해되었다면서, "신청인에 대한 범죄혐의의 중대성에도 불구하고," 공모의 가능성은 "문제된 제한을 정당화"할 수 없고, "그렇게 할 만한 설득력 있는 다른 논거가 제시되지 않았다"고 판시하였다.

유럽인권재판소의 관점에서는 "여러 변호사들이 방어 전략을 공동으로 마련하기 위하여 변론을 협력하는 것은 특별한 일이 아니고," 또한 법원이 지정한 변호인의 "직업윤리"나, "이 사건에서 그의 행동의 합법성에 관하여 어떤 문제도 제기되지 않았다," 더욱이 "문제된 제한이 7개월 이상 지속되었다."[77]

이와 같이 국제감시기구의 판례법은, 국제적인 인권 협약들에 포함된 공정한 재판에 관한 제 규정들이 주로 공정한 소송절차를 확보하기 위한 것임을 보여주지만, 범죄수사를 위한 공판 전 단계에도, 독립적이고 공평한 법원에서 뒤이어 이루어지는 공정한 심문을 보장하기 위하여 필요한 한도 내에서는, 역시 적용 가능한 것임을 증명한다.

이는 특히 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(제7장에서 보다 상세히 다룰 것이다) 하에 변호인에 접근할 권리에 관한 자유권규약위원회의 판례법에서 볼 수 있다. 나아가 유럽인권협약 제6조에 관한 한 유럽인권재판소는 특별히 제6조(3)는, "만일 이러한 규정들이 초기에 준수되지 아니함으로써 재판의 공정성이 심각하게 훼손된 것으로 보이는 경우라면, 재판에 회부되기 전이라도 적용이 될 수 있다"고 판시하였다.[78] 스스로 또는 자기가 선택한 변호인을 통한 변호권에 관련된 유럽인권협약 제6조(3)(c)에 관하여, "사전조사 기간 그것의 적용 방식은 당해 사건의 구체적인 상황과 관련 절차의 특수성에 달려있다."[79] *Murray* 사건에서, 유럽인권재판소는 위 규정에 관한 자신의 입장을 다음과 같이 판시하였다.

"63. 당사국의 국내법은 이어질 형사절차에서 변호의 성공 가능성에 결정적인 역할을 하는, 경찰 심문의 초기 단계에서의 피고인의 태도에 중요성을 두고 있다. 이런 상황 하에 유럽인권협약 제6조는, 일반적인 경우 피고인에게 경찰 심문의 초기 단계에서부터 변호인의 조력을 받을 권리를 허용할 것을 요구한다. 그러나 유럽인권협약에 명백히 규정되지 아니한 이 권리는 정당한 이유에 의해 제한될 수도 있다. 개별 사건에서

77) Ibid., para. 49.

78) *Eur. Court. HR, Case of John Murray v. the United Kingdom, judgment of 8 February 1996, Reports 1996-I*, p. 54, para. 62.

79) Ibid., loc. cit.

의 문제는, 절차를 전체적으로 봤을 때 그러한 제한이 피고인에게서 공정한 심문 기회를 빼앗아 왔는지 여부이다."[80]

변호인에 대한 초기 단계에서의 접근권: Murray 사건

Murray 사건에서, "경찰은 변호인에 대한 접근권의 행사가, 특히 테러행위의 실행에 관한 정보 수집을 방해할 수 있거나, 테러행위를 예방하는 것을 더욱 어렵게 할 수 있다고 믿을 만한 상당한 근거를 가졌다는 전제하에"[81] 북아일랜드 (긴급규정) Act 1987 Section 15에 의해 취해진 조치로, 신청인은 구금 초기 48시간 동안 변호인에 대한 접근권을 제한받았다. 신청인은 북아일랜드의 1988년 형사증거규정에 의하여, 만일 묵비권을 계속 행사한다면 그에게 불리한 증거에 근거한 추정이 도출될 수 있음을 경고받았다. 유럽인권재판소는 위 규정에 포함된 취지에 관하여 다음과 같이 해석하였다.

> (위와 같은 형사증거규정이 적용되는 경우라면) "피고인이 경찰 심문의 초기 단계에서 변호인에게 접근하는 것은 방어권을 위해 매우 중요한 것이다. 위 규정 하에서 경찰 심문의 초기에 피고인은 그의 변호와 관련하여 근본적인 딜레마에 직면하게 된다. 그가 묵비권을 계속 행사한다면 위 규정에 따라서 불리한 추론이 도출될 수도 있다. 반면에 심문절차가 진행되는 동안 그가 묵비권을 행사하지 않기로 선택한다면, 그에게 불리한 추론이 도출될 가능성이 완전히 제거되지는 않은 채 그의 방어권에 악영향을 불러일으킬 위험을 무릅써야 한다."[82]

그런 후 위 재판소는 "그런 상태에서 협약 제6조에 명시된 공정성의 개념은 피고인이 경찰 심문 초기 단계에서부터 변호인의 도움을 받을 권리를 가질 것을 요구하고," "방어권이 회복할 수 없을 정도로 손상된 상황에서 경찰 심문 초기 48시간 동안 변호인에 대한 접근이 거부된 것은, 그러한 거부에 대한 근거가 무엇이든 간에, 협약 제6조가 정한 피고인의 권리와 양립할 수 없다"라고 판시하였다.[83]

[**추록**: 유럽인권재판소 대재판부는 감시 당국의 요원들에게 들리지 않게 변호인들과 상의하는 것이 불가능했던 신청인의 관련 사건에서 변호인에 대한 권리의 중요

80) Ibid., pp. 54–55, para. 63
81) Ibid., p. 55, para. 64.
82) Ibid., para. 66
83) Ibid., loc. cit.

성을 재강조하였다. 위 재판부는 위 상황은 유럽인권협약 제6조에 근거한 공정한 재판의 권리를 침해하는 것이라고 밝혔다(유럽인권재판소, *ÖOcalan v. Turkey*, No. 46221/99, Judgement of 12 May 2005, para. 133).

또한, 유럽인권재판소 대재판부는 *Ezeh and Connors v. the United Kingdom* 사건에서 협약 제6조는 수감자들에 대한 징계절차에도 적용될 수 있다고 판시하면서 교도소장 앞에서의 징계 청문회에서 법적인 대리에 대한 권리가 거부된 것은 신청인의 공정한 재판의 권리를 침해한 것이라고 하였다(유럽인권재판소, *Ezeh and Connors v. the United Kingdom*, Nos. 39665/98 and 40086/98, Judgement of 9 October 2003).

한편 미주인권위원회는, 미주인권협약 제8조에 의하면, "형사범죄로 기소된 모든 사람은 개별적으로 자신을 방어하거나 자기 자신이 선택한 변호인에 의하여 조력을 받을 권리가 있고," 이러한 권리는 초기 단계에서부터 재판절차에 이르기까지 피고인의 형사 절차의 모든 단계에 적용된다고 밝혔다. *Myrie v. Jamaica* 사건에서 위 위원회는 피고인에게 불리한 중요한 증거가 제출되는 등의 재판 과정에서 피고인의 변호인이 법정을 떠나 있었던 경우도 위 권리가 침해된 것이라고 밝혔다(미주인권위원회, *Myrie v. Jamaica*, Case 12.417, 12 October 2004, paras. 6165, at http://www.cidh.org.)]

신체의 자유가 박탈된 상황에서, 개인은 지연 없이 변호인에게 접근하고, 비공개로 그와 상의할 권리를 가진다. 경찰수사 초기 단계에서 변호인에게 신속하게 접근하는 것은 방어권에 관한 지속적인 훼손을 피하기 위하여 본질적인 것이다.

6.5 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리/묵비권

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14(3)(g)는 "자신에게 불리한 진술 또는 자백을 강요당하지 않을" 권리를 보장하고 있고, 미주인권협약 제8조(2)(g)는 "자신에게 불리한 증인이 되거나 유죄인정을 강요당하지 않을" 권리를 규정하고 있는데 그 규정은, 피고인의 자백은 어떠한 종류의 강압에 의하지 않고 행해진 경우에만 유효하다는 미주인권협약 제8조(3)에 의해 강화된다. 아프리카헌장과 유럽인권협약에는 이와 유사한 규정이 없다. 이 권리의 실질적인 보호는 사전 조사(preliminary investigation) 과정에서 특히 중요한데, 그때가 피의자로 하여금 자백하도록 하기 위하여 압력을 가하려는 유혹이 가장 클 것이기 때문이다. 검사의 역할에 대한 지침 16

에서도 검사는 위법한 방법으로 얻어진 증거를 거부해야 한다고 규정하고 있는 것은 주목할 만하다.[84]

자기부죄 및 자백을 강요받지 않을 권리는 국제형사재판소 규정 제55조(1)(a), 르완다 국제형사재판소 규정 제20조(4)(g), 구 유고슬라비아 국제형사재판소 규정 제21조(4)(g)에도 포함되어 있다.

*****

당사자가 고문을 통하여 자백할 것을 강요당한 경우와 같은 몇몇 경우에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(g)가 위반되었다. 실제로 그 당사자는 3개월 동안 외부와 단절된 상태에 있었고, 그 기간 동안 그는 극도의 부당한 대우를 받으며 자백할 것을 강요받았다.[85] 이러한 종류의 심각한 상황은 자백 강요금지에 명백히 배치되지만, 아래에서 보는 바와 같이, 피고인에게 가해지는 강요의 합법성을 평가하는 것이 더욱 어려운 다른 상황들이 존재한다.

[**추록**: 자유권규약위원회는 *Nallaratnam v. Sri Lanka* 사건에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(g), 즉 "그 누구도 자신에게 불리한 진술을 하거나 자백을 하도록 강요당해서는 아니 된다"는 것은 "자백을 얻기 위한 어떠한 직접적 또는 간접적인 신체적, 심리적 강제도 없어야 한다는 것"으로 이해되어야 한다고 설명했다. 나아가 "이러한 원칙에는 기소자 측에서 자백이 압력에 의하지 않고 이루어진 것임을 입증하여야 한다는 것이 내포되어 있다."고 언급하였다(*Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 40* (A/59/40), vol. II, annex IX, sect. AA, communication No. 1033/2001, *Nallaratnam v. Sri Lanka*, para. 7.4.)]

*****

이 매뉴얼에서 검토되는 4개의 인권조약은 경찰 신문이나 재판 과정에서의 ***묵비권***을 명확히 규정하고 있지 않지만, 묵비권은 자신에게 불리한 증언을 강요당하지 않을 권리에서 도출된다. 그러나 르완다 국제형사재판소 및 구 유고슬라비아 국제형

84) 6.2에서 생략하지 않고 인용된 지침 제16조 참조.

85) Communication No. 139/1983, *H. Conteris* (Views adopted on 17 July 1985), UN doc. *GAOR*, A/40/40, p.202, para. 10 read in conjunction with p.201, para. 9.2. For another case of forced self-incrimination, see Communication no.159/1983, *R. Cariboni v. Uruguay* (Views adopted on 27 October 1987), UN doc. *GAOR*, A/43/40, para. 10 at p.190.

사재판소의 절차 및 증거에 관한 규칙 제42조(A)(3)는 국제형사재판소 규정 제55조(2)(b)와 마찬가지로 묵비권을 명백히 언급하고 있다. 나아가 유럽인권재판소는 아래와 같이 명백히 설시하였다.

> "경찰 신문 과정에서의 묵비권과 자기부죄거부의 특권이 유럽인권협약 제6조에 따른 공정한 절차라는 개념의 핵심에 있는 ***국제 표준으로 일반적으로 인정***된다는 것은 의심할 여지가 없다. 피고인에게 국가기관에 의한 부당한 강요에 대한 보호를 제공함으로써, 이러한 권리는 오심을 피하고 협약 제6조의 목적을 이루는 데 기여한다."[86]

묵비권은 절대적인 것인가? 유럽인권재판소의 견해

이 사건(*Murray* 사건)에서, 신청인은 1989년 테러방지법(한시적인 규정)에 의해 체포된 후 경찰관으로부터 북아일랜드의 1988년 형사증거규정 제3조에 따라 그가 원하지 않으면 어떠한 것도 말하지 않아도 되지만, 그의 침묵은 법원에서 그에게 불리한 모든 관련 증거를 뒷받침하는 것으로 여겨질 수 있다고 경고받았고, 그 후에도 여러 차례 경고받았다. 신청인은, 아일랜드 공화국군(IRA)이라고 의심받는 사람이 그들의 인질과 함께 체포된 집에서 계단을 내려오던 중 체포되었다. 살인을 모의했다는 것에 대한 재판 진행 중 신청인은 침묵을 지켰지만, 또다시 법원이 신청인의 유 · 무죄를 결정함에 있어 "적절하다고 인정하는 한도 내에서" 그의 "증거 제출 거부나 답변 거부"를 신청인에게 불리하게 고려할 수 있다고 경고받았다.[87] 신청인은 살인 모의 대상자에 대한 불법감금을 방조하고 교사하였다는 점에 대하여는 유죄가 인정되었지만, 다른 공소사실에 대하여는 무죄가 선고되었다.

유럽인권재판소는 이 사건에서 묵비권과 자기부죄거부의 특권의 범위에 대한 추상적인 분석을 하지 않았고, 특히 무엇이 '부당한 강요'가 되는지에 대한 추상적인 분석을 하지 않았다. 왜냐하면, 이 사건에서의 쟁점은,

> "피고인의 묵비권 행사가 재판 중 어떠한 상황에서도 피고인에게 불리하게 사용될 수 없다는 의미에서 이러한 권리가 절대적인 것인지, 달리 말하면 피고인의 침묵이 어떤 조건하에서 불리하게 사용될 수도 있다는 것을 피고인에게 미리 고지하는 것은 언제나 '부당한 강요'라고 평가되는지 여부이기 때문이다."[88]

86) *Eur. Court. HR, Case of John Murray v. the United Kingdom, judgement of 8 Feburary 1996, Reports 1996-I*, p.49, para. 45. 강조는 추가됨.

87) Ibid., p. 38, para. 20.

88) Ibid., p. 49, para. 46.

묵비권은 절대적인 것인가? 유럽인권재판소의 견해

유죄판결을 함에 있어 피고인의 침묵이나 답변 거부 또는 증거 제출 거부를 유일한 또는 주된 근거로 삼는 것을 고려하는 것이 이러한 권리와 배치된다는 것은 당 재판소에 "명백"하지만, 검찰에 의해 제출된 증거의 설득력을 평가함에 있어 피고인의 설명이 요구되는 상황에서 피고인의 침묵을 고려하는 것을 금지할 수 없고 금지해서도 안 된다는 것 또한 명백하다. 그 결과 이 두 가지 극단 사이의 어느 곳에 선을 긋던지 묵비권은 절대적인 것인가라는 질문에 대하여 부정적으로 답변하여야 한다.[89] 따라서 형사절차 내내 침묵하려는 피고인의 결정은 사실심 법원이 피고인에게 불리한 증거를 평가하고자 할 때 어떠한 영향도 미쳐서는 안 된다고 할 수 없다. 당사국 정부에 동의하여, 더 나아가 유럽인권재판소는, 이 부분에 있어 확립된 국제적 기준은 묵비권과 자기부죄거부의 특권을 규정하고 있기는 하지만, 이 쟁점에 관하여 침묵하고 있다고 언급했다.[90] 이는 또한

> "피고인의 침묵으로부터 불리한 추론을 도출하는 것이 유럽인권협약 제6조를 위반하는 것인가의 문제는 그 사건의 모든 상황, 특히 추론이 도출되는 상황, 증거 평가에 있어 위 상황의 중요성, 그 상황에 내재하는 강요의 정도를 고려하여 결정될 문제라는 것을 의미한다.[91]

유럽인권재판소는 신중히 그 사실심 법관의 권한을 분석하여 그가 피고인에게 불리한 증거를 고려하여 적절하다고 생각하는 상식적인 추론만을 도출할 수 있다고 결론지었다. 덧붙여 그 법관은 "특정 사건의 사실관계에서 추론이 도출되어야 하는지에 관한 재량권"을 가졌고, 결국 그 재량권의 행사는 "항소심 법원에 의한 심사 대상"이었다.[92]

이 사건에서 유럽인권재판소는 "신청인의 행동으로부터 ***합리적인*** 추론을 도출하는 것이 무죄추정의 원칙을 침해하여 입증책임을 검사로부터 피고인에게로 전가하는 결과를 가져오는 것은 아니라고" 결론지었다.[93]

그러나 묵비권에 대한 유럽인권재판소의 위와 같은 해석이 자유권규약위원회 및/또는 다른 지역의 감시기구들에 의해 공유될 것이라고 판단하기에는 너무 이르다.

89) Ibid., para. 47.
90) Ibid., loc. cit.
91) Ibid., pp. 49–50, para. 47.
92) Ibid., para. 51 at p. 51.
93) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

*****

국제형사재판소 규정: 이 점에서, 국제형사재판소 규정 제55조(2)(b)가 피의자는 신문에 앞서 그가 "묵비권을 가지며, ***그러한 침묵은 유죄 또는 개전의 정을 결정함에 있어 고려되지 않는다.***"는 것을 고지받아야 한다고 규정하고 있는 것이 주목된다. 위 규정의 용어들이 이 매뉴얼에서 검토되는 인권 조약들의 권위 있는 해석으로 여겨질 수 없긴 하지만, 그것은 상당한 법적 영향력이 있는 법적 문서를 구성한다. 이 중요한 주제는 다음과 같은 문제를 제기한다.

- Murray 사건에서의 유럽인권재판소의 결정은 국제형사재판소 규정 제55조(2)(b)에 부합된다고 생각될 수 있는가?
- "상식적인 추론"(common sense implication)에 의지하는 것은 오심가능성을 방지하는 충분한 안전장치가 되는가?
- 이 개념은 형사절차에서의 증거 평가의 한 요소가 되기에 충분히 명확한가?
- 예를 들어, 피의자가 공동피고인이나 다른 사람들에 의한 보복에 대한 두려움으로 진술하기를 거부한다면 어떻게 해야 하는가?

피의자는 어떠한 시기나 상황에서도 결코 자백할 것을 강요당하지 않아야 한다. 피의자는 언제나 묵비권을 가진다.

6.6 심문을 기록으로 남길 의무

심문 기록을 남기고, 검찰 당국과 피고인 모두가 그 기록에 접근할 수 있도록 하는 것은, 국제인권법에 의하여 금지되는 처우의 발생을 막고, 필요한 경우 그러한 처우의 발생을 증명하며, 그 결과 미래의 재판 절차를 위하여 필수적이다. 이 문제에 대해 자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에 관한 일반논평 제20호에서 "모든 심문의 시간과 장소는 심문에 참석한 모든 사람들의 이름과 함께 기록되어야 하고, 이 정보는 또한 사법 또는 행정절차의 목적을 위하여 이용될 수 있어야 한다."는 의견을 표명하였다.[94)]

모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙 23은 아래와 같이 기록할 의무를 다루고 있다.

94) United Nations Compilation of General Comments, p. 140, para. 11.

"1. 심문하는 공무원과 심문에 참석한 다른 사람들의 신분뿐만 아니라 구금 또는 수감된 사람에 대한 심문 기간과 심문 사이의 시간적 간격도 법에 따라 정해진 방식으로 기록되고 증명되어야 한다.
2. 구금 또는 수감된 사람 또는 법이 허용하는 경우 그의 변호인은 위 제1항에서 언급된 정보에 대한 접근권을 가진다."

르완다 및 구 유고슬라비아 국제형사재판소의 절차 및 증거에 관한 규칙 제43조는 피의자 심문은 규칙에서 상세히 규정된 특별절차에 따라 "오디오로 녹음되거나 비디오로 녹화되어야 한다."고 규정하고 있다. 피의자는 녹음 또는 녹화된 내용을 글로 옮긴 기록의 복사본을 제공받아야 한다{위 규칙 제43조(5)}.

심문의 자세한 기록은 언제나 남겨져야 하고, 피의자와 그 또는 그녀의 변호인에게 이용될 수 있어야 한다.

6.7 방어를 준비하기 위한 충분한 시간과 편의를 제공받을 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(b)는 모든 사람은 자신에 대한 범죄혐의를 결정하는 절차에서 "변호의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 권리와 그가 선임한 변호사와 연락할 권리"가 있다고 규정하고 있다. 유럽인권협약 제6조(3)(b)는 "변호의 준비를 위한 충분한 시간과 편의"를 언급하고 있고, 미주인권협약 제8조(2)(c)도 피의자 · 피고인에게 "변호 준비를 위한 충분한 시간과 수단"을 보장하고 있다. 아프리카헌장 제7조(1)은 "자신이 선임한 변호사에 의하여 변호 받을 권리를 포함하여 방어의 권리"를 광범위하게 보장하고 있다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조에서 크게 영향을 받은 르완다 국제형사재판소 규정 제20조와 구 유고슬라비아 국제형사재판소 규정 제21조는 피의자는 "자신의 변호 준비와 그 또는 그녀가 선임한 변호인과의 접견을 위하여 충분한 시간과 편의를 가져야 한다" 고 규정하고 있다{제20조(4)(b), 제21조(4)(b)}. 이 권리는 제7장에서 좀 더 자세히 다룰 것이므로, 여기서는 국제적 결정례 중 몇 가지 사례에 관해서만 살펴볼 것인데, 그 사례들은 수사 초기 단계에서의 피의자의 변호 준비를 위한 시간과 편의 부족과 좀 더 관련되어 있기 때문이다.

*****

자유권규약위원회가 강조하고 있듯이, "변호의 준비를 위하여 충분한 시간과

편의를 가질 피의자의 권리는 공정한 재판 보장의 중요한 요소이고, 무기평등 원칙의 당연한 귀결이다."[95] 또한, 규약 제14조에 관한 일반논평 제13호에서 자유권규약위원회는 "'***충분한 시간***'의 의미는 개별사건의 상황에 달렸지만, ***편의***는 ***변호인***의 선임과 접견의 기회뿐만 아니라, 피의자가 자신의 사건 준비를 위해 요구하는 ***문서와 다른 증거들***에 대한 접근권"을 반드시 포함하여야 한다고 설명하였다. "피의자가 자신이 직접 변호하기를 원하지 않거나, 자신의 선택에 따른 사람이나 단체를 요구하지 않는 때에도 변호사의 조력을 받을 수 있어야 한다."[96] 게다가 이 조항은 "변호인이 ***대화의 비밀을 최대한 보장***하는 상황에서 피의자와 접견할 수 있고," 변호사가 "어떠한 제한, 영향, 압력 또는 누구로부터의 과도한 간섭 없이 그들의 공인된 전문적 기준과 판단에 따라 그들의 의뢰인을 조언하고 대변할 수 있어야 할 것"을 요구한다.[97]

신청인이 변호의 준비를 위한 충분한 시간과 편의를 가지지 못하였다고 주장한 사건에서 자유권규약위원회는 "예비 심문절차에서 그를 변호한 그 변호인이 공판에서 실질적으로 그를 변호하였고," 더욱이 "신청인뿐만 아니라 변호인도 법원에 변호의 준비를 위한 시간을 한 번도 요구하지 않았으므로," 규약 제14조(3)(b)를 위반하지 않았다고 지적하였다.[98] ***따라서 만약 피고인이 준비를 위한 충분한 시간과 편의가 없었다고 생각한다면, 절차의 연기를 요구하는 것이 중요하다.***

그러나 자유권규약위원회는 "***사형선고***가 내려질 수 있는 사건에서는 피고인과 변호인에게 재판을 위한 방어의 준비에 충분한 시간이 보장되어야 함은 자명하고," "이러한 요구는 사법절차의 ***모든*** 단계에 적용되어야" 하지만 "무엇이 '충분한 시간'인지를 결정할 때에는 개별 사건에서 각각의 상황을 평가하는 것이 요구된다."고 강조해 왔다.[99]

---

95) Communication No. 349/1989, *C. Wright v Jamaica* (Views adopted on 27 July 1992), UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 315, para. 8.4; and similar wording in Communication No. 702/1996, *C. McLawrence v. Jamaica* (Views adopted on 18 July 1997), UN doc. *GAOR*, A/52/40, p. 232, para. 5.10.

96) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 124, para. 9. 강조는 추가됨.

97) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

98) Communication No. 528/1993, *M. Steadman v Jamaica* (Views adopted on 2 April 1997), UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. Ⅱ), p. 26, para. 10.2.

99) Communication No. 349/1989, *C. Wright v Jamaica* (Views adopted on 27 July 1992), UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 315, para. 8.4. 강조는 추가됨.

Wright 사건

이 사건에서, 신청인은 그가 변호의 준비를 위한 충분한 시간을 갖지 못하였고, "그 사건에 지정된 변호사가 재판이 시작되는 바로 그날 선임되었으며," 따라서 "그는 사건 준비를 위한 시간이 하루가 채 되지 못하였다"고 주장하였다.[100] 자유권규약위원회는 미국에서 오는 증인 때문에 "예정대로 재판을 시작하여야 한다는 상당한 압박이 있었고," 신청인이 주장한 대로, "재판이 시작되기로 정한 그날 아침" 변호사가 선임되었으며, 그래서 변호사가 신청인의 변호의 준비를 위해 "하루보다 적은 시간을 가졌음"은 "다툼이 없다." 그러나 신청인의 변호인이 "재판의 연기를 요구하지 아니하였다는 사실 또한 다툼이 없다"고 인정하였다.[101] 결과적으로 자유권규약위원회는 "***만일 변호사가 준비가 충분하지 못하였다고 느꼈다면, 그들은 재판의 연기를 요구하였어야 했다"고 덧붙이며*** "불충분한 방어 준비가 당사국의 사법당국 탓이었다고 보지 않았다."[102] 따라서 이 사건에서 규약 제14조(3)(b)의 위반이 없었다고 하였다. 그 신청인은 살인죄로 유죄가 인정되어 사형이 선고되었다.

Wright 사건의 결과에 비추어 보면, 사형사건이나 재판결과 피고인에게 무거운 형이 선고될 사건에서 규약 제14조(3)(b)의 준수에 관한 전적인 부담을 피고인 측에 지우는 것이 공정한 것인가 하는 의문이 생길 수 있다. 정의의 측면에서 아마도 사건을 담당하는 판사는 피고인에게 방어 준비를 위한 충분한 시간과 편의가 실제로 보장되도록 할 의무가 있는 것은 아닌가?

Smith 사건

또 다른 사형선고 사건인 이 사건에서 자유권규약위원회는 규약 제14조(3)(b)가 실제로 위반되었다고 결론지었다. 이 사건에서 신청인은 또한 재판이 불공정하고, 그의 변호사와 재판이 열리는 당일에만 접견을 하여 변호의 준비를 위한 충분한 시간이 없었고, 결과적으로 몇몇 중요한 증인을 소환하지 못하였다고 주장하였다. 자유권규약위원회에 따르면, "재판변론이 재판 첫날에만 준비되었고," 법원이 선임한 신청인의 변호사 중 한 명은 다른 변호사에게 그를 대신해 달라고 부탁하였으며, 또 다른 변호사는 재판 시작 전날 사임하였다는 점에 "다툼이 없었다." 신청인을 실제로 변호한 변

100) Ibid., p. 311, para. 3.4.

101) Ibid., p. 315–316, para. 8.4.

102) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨. 사형선고사건에 관한 유사한 이유를 언급한 것으로는 Communication No. 702/1996, *C. McLawrence v. Jamaica* (Views adopted on 18 July 1997), UN doc. *GAOR*, A/52/40, p. 232, para. 5.10.

Smith 사건

호사는 재판이 시작된 오전 10시 재판에 출석하였고, "교도소 측이 전날 밤늦게 신청인을 접견하는 것을 허락하지 아니하였기 때문에 전문적인 조력을 보장하고 의뢰인을 만나기 위하여" 오후 2시까지 재판의 연기를 요청하였다.[103] 이 요청이 받아들여져 변호사는 결과적으로 "도움을 줄 사람을 찾고 신청인과 접견할 시간을 단지 4시간만 가졌는데, 그는 단지 형식적으로만 이것을 할 수 있었다."[104] 자유권규약위원회는 이것만으로는 "사형사건에서 변호를 적절하게 준비하기에 부족하고," 게다가 이것이 "어느 증인을 부를지 결정하는 변호인의 가능성에 영향을 미쳤다는 징표"라고 결론 내렸다.[105] 따라서 이러한 사실들은 규약 제14조(3)(b)의 위반에 해당한다.[106]

Smith 사건에서 변호인은 짧은 휴정을 실제로 요구하였다. 만약 피고인의 변호사가 이런 휴정을 요청하지 않았다면, 자유권규약위원회가 어떤 결정을 내렸을 것으로 생각하는가?

외부와 단절된 구금: 재판 기간 동안 이틀을 제외하고, 변호사 접견과 재판 준비가 불가능하였던 *Marais* 사건은 규약 제14조(3)(b)를 위반한 것이다. 의뢰인이 *외부와 연락이 금지된 상태*에 있어 변호사가 "수사판사로부터 의뢰인을 만날 수 있다는 허가를 받았음에도, 의뢰인을 만나는 것이 여러 차례 방해받았다.[107] 재판 시작 후 4일 동안 법적인 대리인이 없었고, 재판 결과 사형이 선고된 *Yasseen and Thomas* 사건은 규약 제14조(3)(b)와 제14조(3)(d) 모두를 위반하였다.[108]

1970년대와 1980년대 초 우루과이 정부를 상대로 제기된 많은 사건도 다른 많은 조항도 있지만, 특히 이 조항을 위반하였는데, 이 사건들의 공통적 특징은 신청인들이 정부 전복 또는 테러 활동과 관련되었다는 혐의로 체포 및 구금되어 오랜 기간 외부와 연락이 금지된 상태에 있었고, 고문 또는 다른 학대를 받은 다음 이어서 군

103) Communication No. 282/1988, *L. Smith v. Jamaica* (Views adopted on 31 March 1993), UN doc. A/48/40 (vol Ⅱ), p. 35, para. 10.4.

104) Ibid., loc. cit.

105) Ibid.

106) Ibid.

107) Communication No. 49/1979, *D. Marais, Jr. v. Madagascar* (Views adopted on 24 March 1983), UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 148, para. 17.3 and P. 149, para. 19.

108) Communication No. 676/1996, *A. S. Yasseen and N. Thomas v. Guyana* (Views adopted on 30 March 1998), UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol Ⅱ), p. 161, para. 7.8.

사법원에서 재판을 받고 유죄를 선고받은 것이다.[109] Wight가 마다가스카르를 상대로 제기한 사건에서도 규약 제14조(3)(b)가 위반되었는데, 그는 "그에 대한 범죄혐의를 수사하고 결정하는" 10개월간 "법적 변호인에 대한 접근이 차단된 채 외부와 연락이 금지"되었다.[110] 나아가 자유권규약위원회는 신청인들이 체포된 후 바로 외부와 연락이 금지되어 "구금 초기 44일 동안" 법적 변호인을 만나지 못하였기 때문에 *Peñarrieta et al* 사건에서 규약 제14조(3)(b)를 위반하였다고 결론 내렸다.[111]

몇 주 또는 수개월간 지속된 *외부와 단절된* 구금은 몇 가지 인권을 심각하게 침해하는데, 그 중에서도 변호의 준비를 하는 권리에 대해 특히 그러하다. 외부와 단절된 구금은 아무리 짧은 기간이라도 자기 방어의 권리를 포함하여 구금된 사람의 권리에 심각하게 부정적인 영향을 미칠 수 있으므로, 자유권규약위원회가 언급한 바와 같이 "외부와 단절된 구금에 대비한" 조항을 만들어야 한다.[112]

서류 접근권: 피의자나 그 변호인의 서류 접근권과 관련하여 자유권규약위원회는 규약 제14조(3)(b)가 "피고인이 범죄수사와 관련된 모든 서류의 사본을 제공받을 권리를 명시적으로 규정하고 있는 것이 아니고, '변호의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 것과 본인이 선임한 변호인과 연락을 취할 것'이라고 규정하고 있다"고 밝혀왔다. 한 사건에서 신청인은 법원 심문에 앞서 두 달 동안 "그 자신 또는 변호사"를 통하여 "경찰서에서 그의 사건과 관련된 서류들"을 검토할 수 있었다. 그는 "그렇게 하지 않고, 모든 서류의 사본을 그에게 보내달라고 요구"하였다. 따라서 이 사건에서는 규약 제14조(3)(b)가 위반되지 않았다.[113]

나아가 자유권규약위원회의 결정에 따르면, "***만약 변호인이 관련 서류를 이용할 수 있다면***, 공정한 재판을 받을 권리에 법정에서 사용하는 언어를 이해하지 못하는 피고인이 범죄 수사와 관련된 모든 서류의 번역본을 가질 권리가 필연적으로 수반

109) See, for example, Communication No. R.13/56, *L. Celiberti de Casariego v. Uruguay* (Views adopted on 29 July 1981), UN doc. *GAOR*, A/36/40. p.188, para. 11; Communication No. 43/1979, A. *D. Caldas v. Uruguay* (Views adopted on 21 July 1983), UN doc. *GAOR*, A/38/40. p.196, para. 14; and Communication No. R.17/70, *M. Cubas Simones v. Uruguay* (Views adopted on 1 April 1982), UN doc. *GAOR*, A/37/40, pp. 177–178, para 12.

110) Communication No. 115/1982, *J. Wight v. Madagascar* (Views adopted on 1 April 1985), UN doc. *GAOR*, A/40/40. p.178, para. 17.

111) Communication No. 176/1984, *L. Peñarrieta et al. v. Bolivia* (Views adopted on 2 November 1987), UN doc. *GAOR*, A/43/40, p.207, para 16.

112) General Comment No. 20 on article 7, *United Nations Compilation of General Comments*, p. 140, para 11.

113) Communication No. 158/1983, *O. F. v. Norway* (decision adopted on 26 October 1984), UN doc. *GAOR*, A/40/40. p.211, para. 5.5.

되는 것은 아니다."[114] 노르웨이에서 재판받은 영국 시민이 그 자신이 노르웨이 변호사를 선임하고, 그 변호사가 모든 서류에 접근하고, 더욱이 신청인을 만날 때 통역인의 도움을 받은 사안은 규약 제14조(2)에서 정한 공정한 재판을 받을 권리와 규약 제14조(3)(b)가 규정하고 있는 변호의 준비를 위해 충분한 편의를 받을 권리 모두 위반하지 아니하였다. 추가적으로 이 사건에서 만약 변호사가 사건서류를 숙지할 충분한 시간이 없었다고 생각하였다면 휴정을 요청할 수 있었는데, 그는 그렇게 하지 않았다는 것이다.[115]

*****

"피고인의 변호사들이 제1심 판결이 송달되기 전날까지 사건 기록에 대한 접근할 수 없었기 때문에 피고인의 변호인이 처한 여건이 적절한 변론을 하기에 완전히 부적합하였던" *Castillo Petruzzi et al.* 사건은 미주인권협약 제8조(2)(c)를 위반하였다. 미주인권재판소의 결론은 "변호사들의 열석과 참여가 단지 요식적"이었고, 따라서 "피고인들이 적절한 방어 수단을 가졌다고 주장하기는 어려웠다"는 것이다.[116]

피의자는 피의자 방어를 위하여 필수적인 서류와 다른 증거들에 대한 실질적인 접근을 포함하여 항상 자신의 방어 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가져야 한다.

외부와 단절된 구금은 실질적인 변호를 보장받을 권리를 침해하고, 반드시 금지되어야 한다.

7. 맺음말

총망라하지는 않았지만, 이 장에서는 범죄에 대한 재판 전 수사절차에서 보장되어야 하는 필수적인 인권 몇 가지에 대하여 설명하였다. 이것들은 피의자의 육체와 정신을 온전하게 보존하기 위해서 뿐만 아니라 초기의 절차 내내, 그리고 이어지는 재판절차 동안에 효과적인 방어를 보장하기 위한 권리를 유지하기 위해서 필수적인 몇 가

114) Communication No. 526/1993, *M. and B. Hill v. Spain* (Views adopted on 2 April 1997), UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. Ⅱ), p. 18, para. 14.1(강조는 추가됨)

115) Communication No. 451/1991, *B. S. Harvard v. Norway* (Views adopted on 15 July 1994), UN doc. *GAOR*, A/49/40(vol. Ⅱ), p. 154, para 9.5.

116) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, judgment of May 30, 1999, Series C, No. 52*, p.202, para 141.

지 권리들을 포함하고 있다. 이러한 권리들이 실질적으로 실현되도록 하기 위하여 모든 법조인들 즉, 법관, 검사, 변호사들이 하여야 할 필수적인 역할이 있다. 경찰과 검찰 당국에는 국제법 하에서 이러한 권리들을 보호해야 할 직업상 의무가 있고, 이 점은 법관들도 마찬가지인데, 그들은 고문을 받지 않을 권리, 변호인에게 실제적으로 접근할 수 있는 권리, 자신에게 불리한 증언을 강요당하지 않을 권리, 실질적인 방어를 준비할 권리와 같은 중요한 권리들이 제대로 지켜지지 않는 어떠한 징후에도 줄곧 경계를 늦추지 말아야 한다. 이러한 권리들에 법 앞의 평등, 무죄 추정과 같은 기본적인 권리들을 더하여 보면, 국제인권법은 법에 따른 지배와 개인의 권리를 존중하는 데 기반을 두어 작동하는 사법시스템을 만들어내기 위한, 그리하여 공정하고 효율적으로 사법을 운용한다는 궁극적인 목적을 달성하기 위한 중요한 기초를 제공한다고 결론내릴 수 있다.

Human Rights in the Administration of Justice
A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

제 7장

공정한 재판을 받을 권리:
2부 – 재판에서 최종 판결까지

제7장

공정한 재판을 받을 권리: 2부 – 재판에서 최종 판결까지

학습 목표

- *참가한 사람들에게 재판 과정 전반에 걸쳐 나타나는 형사 피의자 및 피고인의 권리에 관한 국제법규들과 국제감시기구에 의하여 형성된 위 국제법규들의 적용 모습을 숙지시킨다.*
- *참가한 사람들로 하여금 법치주의 사회에서 인권을 넓게 보장하기 위하여는 위와 같은 국제법규들을 적용하는 것이 중요하다는 점을 깨닫도록 한다.*
- *참가 법관, 검사, 변호사들에게, 위기 상황을 포함한 모든 상황에서 공정한 재판을 받을 권리를 포함하는 법치주의의 실현에 있어서의 그들의 근본적 역할에 대한 의식을 환기시킨다.*

질문

- *당신은 이미 공정한 재판과 관련한 국제법규들에 대해 정통해 있는가?*
- *이러한 국제법규들은 이미 자국의 국내법률 체계 중 한 부분을 구성하고 있는가?*
- *그러한 상황을 구제하기 위하여 어떠한 조치가 강구되었고, 그러한 조치가 어떤 효과가 있었나?*
- *그렇다고 한다면, 위 국제법규들의 법률적 지위는 무엇이며 당신은 위 국제법규들을 실제로 적용할 수 있었는가?*

질문

- *당신의 경험에 비추어 볼 때, 재판 전(前) 단계 또는 재판에 있어서 인권이 보장되어야 하는 경우에 관하여, 당신이 특히 우려하는 부분이 있는가, 아니면 어떤 구체적인 문제를 경험한 적이 있는가?*
- *그렇다고 한다면 이러한 우려나 문제는 무엇이었으며, 당신은 국내 법체계 안에서 이러한 문제들을 어떻게 처리했는가?*
- *이 학습 과정에서 학습조력자(facilitator)/트레이너가 특히 구체적으로 다루었으면 하는 바람이 있는 이슈는 무엇인가?*
- *어려운 상황에 놓인 법관, 검사, 변호사들이 그들의 직무를 수행하는데 있어서 공정한 재판 규칙을 적용할 수 있도록 도와주기 위하여 전하고 싶은 조언이 있는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1996년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)
- 1998년 국제형사재판소 규정(The Statute of the International Criminal Court, 1998)

*****

- 1990년 검사의 역할에 관한 지침(The Guidelines on the Role of Prosecutors, 1990)
- 1990년 변호사의 역할에 관한 기본원칙(The Basic Principles on the Role of Lawyers, 1990)

지역문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)
- 1950년 유럽인권협약(European Convention on Human Rights, 1950)

1. 들어가며

범죄 수사 단계에서 반드시 보장되어야 하는 기본적인 인권에 대해 다루었던 제6장과 논리적으로 연장선상에 있는 이번 장에서는, 재판 단계에 적용되는 국제법규에 대해 집중적으로 알아보고자 한다. 또한, 처벌의 한계, 항소권, 오심에 대해 보상 받을 권리, 그리고 공정한 재판과 특별재판소의 문제 등과 같은 몇 가지 중요한 관련 주제에 관하여 다룰 것이다. 국가비상사태에서 공정한 재판을 받을 수 있는 권리에 대해서도 간략하게 설명할 것이지만, 이 점은 제16장에서 보다 자세히 다룰 것이다.

그러나 제7장 전반에 걸쳐 중요하게 유념하여야 할 것은 제6장에서 다루었던 두 가지 기본적인 규칙 즉, ***법 앞의 평등과 무죄추정의 원칙***으로, 이는 또한 재판 절차의 시작부터 최종 판결 선고에 이르는 전반에 놓인 전제이기도 하다.

마지막으로, 제6장에서 살펴보았던 몇 가지 문제들은 이번 장에서도 거론되는데, 그것은 사전 심리 단계와 재판 단계가 본질적으로 연계되어 있기 때문이다. 그러나 중복되는 부분은 가능한 최소화 되도록 했다.

2. 법적 조항

공정한 재판에 관한 주요 국제법규는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제14조, 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카헌장(African Charter on Human and People's Rights. 이하, '아프리카헌장'이라 한다) 제7조, 미주인권협약(American Convention on Human Rights) 제8조, 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽인권협약(European Convention on Human Rights. 이하, '유럽인권협약'이라 한다) 제6조에서 찾아볼 수 있다. 여기에 규정되어 있는 관련 조항은 이후 적절한 제목으로 다룰 것이다. 이밖에 언급할 추가적인 국제법규로는, 검사의 역할에 관한 지침(The Guidelines on the Role of Prosecutors), 변호사의 역할에 관한 기본원칙(The Basic Principles on the Role of Lawyers), 국제형사재판소 규정, 르완다 국제형사재판소 규정, 구 유고슬라비아 형사재판소 규정 등이 있다.

3. 재판 중의 인권

3.1 법률에 의하여 설립된 권한 있는 독립적이고 공평한 법원에서 재판받을 권리

독립적이고 공평한 법원에서 재판을 받을 권리는 항상 적용되어야 하고, 이것은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)에 명시된 권리이기도 하다. 해당 조항에는 "형사적 혐의에 대한 결정 또는 민사상의 권리와 의무에 대한 결정을 위하여 모든 사람은 법률에 의하여 설립된 ***권한 있는 독립적이고 공평한 법원에서*** 공정하고 공개적인 재판을 받을 권리가 있다."고 규정되어 있다. 비록 아프리카헌장 제7조(1)에서는 "권한 있는"[제7조(1)(b)] 또는 "공정한"[제7조(1)(d)] 법원이나 재판소에 대해서만 언급하고 있지만, 아프리카헌장 제26조에서는 국가에게 "법원의 독립성을 보장"하도록 하는 법적 의무를 지우고 있다. 미주인권협약 제8조(1)에서는 "법률에 의하여 설립된 권한 있는 독립적이고 공평한 법원"을, 유럽인권협약 제6조(1)에서는 "법률에 의하여 설립된 독립적이고 공평한 법원"을 각 언급하고 있다. 마지막으로, 국제형사재판소 규정 제40조에서는 "법관은 그 역할 수행에 있어서 독립적이어야 하고," 또한 "사법기능을 간섭하거나 법관의 독립성에 대한 신뢰에 영향을 줄 수 있는 어떠한 행위에도 관여하지 않아야 한다."고 규정하고 있다. 그러나 법원의 독립성 및 공평성의 문제는 제4장에서 어느 정도 깊이 있게 검토되고 있으므로, 이번 장에서는 별도로 살펴보지 않기로 한다.

3.2 공정한 재판을 받을 권리

"공정한" 재판에 대한 개념은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)과 유럽인권협약 제6조(1)에 각 규정되어 있는 반면, 미주인권협약 제8조(1)에서는 ***"절차 보장"***(due guarantees. 강조는 추가됨)이 강조되고 있다. 아프리카헌장은 이러한 개념을 구체적으로 언급하고 있지는 않지만, 위 헌장 제60조가 아프리카 인권위원회는 다른 인권보장을 위한 국제법률문서로부터 "착안을 얻어 한다."고 규정하고 있다는 점을 언급할 필요가 있는데, 이 조항은 위 위원회가 위 헌장 제7조에 규정된 재판 보장을 해석하는 데에 있어서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조를 참고하도록 기능한다. 르완다 국제형사재판소 규정 제20조(2)과 제21조(2) 모두, 희생자와 증인 보호를 위하여 "비공개 재판 진행과 희생자 신원 보호가 포함되고, 그것에만 국한되지는 아니하는" 조치가 필요할 수 있다는 단서가 있기는 하지만, 피고인은 자신의

형사적 혐의에 대한 결정에 있어서 공평하고 공개적인 재판을 받을 권리가 있다고 규정하고 있다(규정 제21조 및 제22조). 이들 법령에 규정되어 있는 피고인의 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조의 영향을 크게 받고 있다.

*****

형사절차와 관련하여 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)에서 규정하고 있는 최소한의 보장 정도에 대하여, 자유권규약위원회에서는 일반논평 제13호를 통해, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조의 "첫 번째 문단에서 요구하고 있는 정도로는 공정한 재판을 확보하는 데에는 충분하지 않을 수 있다"[1]고 지적하였고, 그 결과 체약국에 추가적인 의무사항이 부과될 수 있다. 특히 사형 선고가 내려질 수 있는 사건의 경우, "국가는 공정한 재판을 보장하기 위한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조의 ***모든*** 조치를 ***예외 없이*** 엄격하게 준수하여야 한다."[2]

이하에서는 보편적이거나 지역적인 몇 가지 사례를 통하여 재판 과정에서 공정한 재판을 받을 권리를 침해하게 되는 경우를 살펴볼 것이다. 공정한 심리에 대한 보다 구체적인 내용은 "무기평등의 원칙과 당사자주의에 대한 권리"와 관련한 3.2.2 항목에서 다룰 것이다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)의 공정한 재판을 받을 권리는 법원이 "법정에 나온 방청인들이 만들어내는 적대적인 분위기와 압박을 통제하지 못한 결과, 변호인이 증인에 대한 정당한 반대 심문을 하지 못하고 (신청인에 대한 변호를) 하지 못하였을 때" 침해된다. 이 사건을 심리한 대법원에서도, "신청인의 상소사유를 구체적으로 다루지는 않았다."[3] 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)의 공정한 재판을 받을 권리는 신청인이 과실치사로 유죄 평결을 받은 이후에 검사가 해당 사건을 공소 취소(*nolle prosequi*)한 사례에서 또다시 침해되었다. 이 사안에 대하여 자유권규약위원회는 신청인에 대한 형사절차를 중지하기 위해서라기보다는 즉시 같은 혐의에 대한 새로운 공소를 제기할 수 있었기 때문에, 신청인의 유죄 평결이라는 "결과를 회피하기 위하여" 공소 취소가 "이용되었으며, 그러한 결과를 낳았

1) *United Nations Compilation of General Comments*, p.123, para.5.

2) Communication No.272/1998, *A. Thomas v. Jamaica* (Views adopted on 31 March 1992), in UN doc. *GAOR*, A/47/40. p.264, para.13.1

3) Communication No.770/1997, *Gridin v. Russian Federation* (Views adopted on 20 July 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. Ⅱ). p.176, para.8.2. 신청인은 법정에 신청인을 사형에 처해야 한다고 소리치는 사람들로 가득했다는 취지로 주장하였다.

다"고 판단하였다.[4]

*****

피해자의 관점에서 본 공정성 : "Street Children" 사건

과테말라에서 일어난 소위 "거리의 아이들" 사건은 4명의 "거리의 아이들"이 유괴, 고문, 살해되고, 5번째 아동이 살해되는 과정에서 국가기관이 이러한 범법행위들을 적절하게 처리하여 피해자 가족들을 위한 정의를 실현하는데 실패한 사건이다. 형사절차가 진행되었지만, 어느 누구도 일어난 범죄들에 관하여 처벌받지 않았다. 미주인권재판소는 국가가 "일련의 사건들(즉, 피해자들의 유괴, 고문, 살인)에 관하여 효과적이고 적절하게 조사할 의무를 다하지 못하였기" 때문에, "미주인권협약 제8조에 비추어" 같은 협약 제1조(1)을 위반하였다고 결론 내렸다.[5] 위 재판소에 따르면, 국내 절차들은 "두 가지의 심각한 문제"가 있었다. **첫째**, "유괴와 고문을 수사하는 과정이 철저히 생략되었다." **둘째**, "살인사건들을 명확히 밝혀내는 데에 중요했을 증거를 지시, 실행, 평가하지 못했다."[6] 그 결과 과테말라 법관들이 "증거들을 파편화시키고, 피고인들의 책임을 입증하는 요소들의 중요성을 하나씩 약화시켰다"는 점이 "명백하였다." 이것은 "증거들은 서로 상호 작용하고, 어떤 증거는 다른 증거에 부합하기도 또는 부합하지 않기도 한다는 점을 고려하여 증거들을 전체적으로 평가하여야 한다는 증거 평가법칙을" 위반하는 것이다.[7] 이런 의미에서 위 재판소는 다음과 같은 점 또한 강조하였다.

> "미주인권협약 제8조에 의하면, 진실을 밝히고, 책임 있는 자들을 처벌하며, 정당한 배상을 하기 위하여는, 반인권적인 범죄의 희생자들 또는 그들의 친척들이 관련 절차에 실질적으로 참여할 수 있어야 한다는 점은 명확하다."[8]

앞서 본 바와 같이, 적법절차의 보장은 국가 공권력이 반인권적 범죄들을 수사하고 기소하는 데에 중요한 역할을 한다.

---

4) Communication No.535/1993, *L.Richards v. Jamaica* (Views adopted on 31 March 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. Ⅱ), p.43, para.7.2.

5) *I-A Court HR, Villagran Morales et al. Cas(The "Street Children" Case) v. Guatemala, Judgement of November 19, 1999, Series C, No.63,* p.198, para.233.

6) Ibid., p.196, para.230. 좀 더 구체적인 것을 찾아보려면, Ibid., pp.196-198, para.231-232.

7) Ibid., p.198, para.233.

8) Ibid., p.195, para.227.

*****

직접 재판받을 권리: *Botten* 사건에서는 유럽인권협약 제6조에 의하여 보장되는 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었다. 노르웨이 대법원은 신청인을 소환하여 심리하지 않았음에도 불구하고 다시 재판을 한 다음 판결을 내렸다. 비록, 이전에 신청인을 대리한 변호사가 있는 상태의 공개 심리 절차가 있었음에도 불구하고, 이는 해당 조항에 위배된다. 유럽인권재판소의 관점에서, "대법원은 판결을 하기 전, 신청인을 소환해서 그로부터 직접 증거를 심리하기 위하여 적극적인 조치를 취하여야 할 의무가 있었다."[9]

Bricmont 사건에서는 공정한 재판을 받을 권리가 더 심각하게 침해되었다. 이 사건에서는 손해배상을 받기 위하여 형사 기소절차에 관여한, 왕족의 일원인 피해 당사자(역주: Norway의 형사법 체계상 피해자에게 형사재판절차의 당사자로서 기소 및 재판 참여 권한이 주어지는데 그러한 피해 당사자를 의미한다)의 기소로 인하여 신청인이 항소심에서 몇 가지 범죄사실에 대하여 유죄판결을 선고받았다. 그러나 항소심이 유죄를 인정한 공소사실 중에서 일부는, 신청인이 유럽인권협약 제6조에 의하여 보장받는 방어권이 침해된 상태에서 진행된 절차에 의하여 유죄로 판단되었다. 실제로, 신청인은 "모든 공소사실에 관하여 공소인(역주: 피해 당사자를 의미한다)이 제출한 증거서류 및 증거물을 직접 조사하거나 증인과 직접 대면할 기회"를 가지지 못했고, 단지 한 가지 공소사실에 관하여만 증인과 대면할 수 있었다.[10]

공정한 재판을 받을 권리는 여러 측면에서 침해될 수 있으나, 적어도 원칙적으로 기소된 사람은 항상 존중받는 분위기 속에서 공소사실에 답변하고, 증거를 탄핵하고, 증인에 대하여 반대신문할 수 있어야 한다.

범죄 수사과정에서의 실패와 문제점들은 공정한 재판절차를 심각하게 침해하고, 그로 인하여 무죄추청의 원칙 또한 침해할 수 있다.

3.2.1 법원 또는 재판소에 접근할 권리

유럽인권재판소는 법원에 접근할 권리에 관하여 유럽인권협약 제6조(1)에 의하여 "개인이 자기의 민사상 권리 · 의무에 관하여 법원 또는 재판소에 청구할 권리"가

9) *Eur. Court HR, Case of Botten v. Norway, Judgement of 19 February 1996, reports 1996- I,* p.145, para.53.

10) *Eur. Court HR, Bricmont Case, Judgement of 7 July 1989, Series A, No.158,* pp.30-31, paras.84-85.

보장된다고 판결하였다. 한 재소자는 교도관에 대하여 명예훼손 소송을 제기하기 위하여 사무변호사(solicitor. 역주: 영국은 solicitor와 법정변호를 할 수 있는 barrister로 구분되어 있다)와 상담할 권한이 영국 내무장관에 의하여 거부되었다. 위와 같은 거부는 위 협약 제6조(1)에 의하여 "보장되는 법원에 접근할 권리"를 위반한 것이다.[11] 같은 문제가 *Campbell and Fell* 사건에서 제기되었다. 신청인은 수감 중에 일어난 사고로 상해를 입었고, 법적인 조언을 구하기 위하여 허가를 구하였지만, 교도당국에 의하여 지연되어 이에 대해 진정을 하였다. 결국 교도당국은 이를 허가하였지만, 유럽인권재판소는 "입증의 문제 또는 다른 이유로 인하여 신속하게 법적인 조언을 받는 것은 개인 상해 사건에서 중요하고, 이를 방해하는 것은 일시적인 것이라 하더라도 유럽인권협약을 위반하는 것이다"라고 강조했다.[12]

행정당국이 유럽인권협약 제6조(1)의 규정 하에 속도위반과 같이 "형벌에 이르는 수준의" 행정벌을 부과하는 결정을 할 때, 행정당국에 의한 결정이 협약 제6조(1)의 요건을 충족하지 못한다면 "완전한 사법권을 가진 사법기관"에 의하여 후속적인 통제를 받아야만 한다는 점 역시 지적하여야 한다.[13] 이것은 사법기구가 모든 측면에 있어서, ***법과 사실의 문제에 관하여*** 하위 기관의 결정을 파기할 권한을 가져야 함을 의미한다.[14] 이러한 관점에서 헌법재판소가 법적인 관점에 한정해서만 검토할 수 있다면, 이는 유럽인권협약 제6조(1)의 요건을 충족하지 못한 것이고, 마찬가지로 행정법원이 "사실과 법적인 문제에 관한" 결정을 파기할 권한이 없다면, 유럽인권재판소의 관점에서는 해당 법원을 유럽인권협약 제6조(1)에서 규정한 "재판소(tribunal)"라고 할 수 없다.[15]

여기서 검토하지 않은 무수히 많은 사건에서, 유럽인권재판소는 재산권과 자녀를 만날 권리를 포함하는 개인의 시민적 권리와 의무를 위하여 시민들의 법원에 접근할 권리가 침해되었다고 판시하였다.[16]

---

11) *Eur. Court HR, Golder Case v. the United Kingdom, Judgement of 21 Jfebruary 1975, Series A, No.18,* p.18, para.36 and p.19, para.40 at p.20.

12) *Eur. Court HR, Case of Campbell and fell, Judgement of 28 June 1984, Series A, No.80,* p.46, para.107.

13) *Eur. Court HR, Case of Palaoro v. Austria, Judgement of 23 October 1995, Series A, No.329-B,* p.40, para.41.

14) Ibid., p.41, para.43.

15) Ibid., loc. cit.

16) *Eur. Court HR, Case of Allan Jacobsson v. Sweden, Judgement of 232 June 1989, Series A, No.163,* pp.19-21, paras.65-77(재산권), *Eur. Court HR, Case of Eriksson v. Sweden, Judgement of 22 June 1989, Series A, No.156,* pp.27-29, paras.73-82 and p.31, paras. 90-92(자녀를 만날 권리).

마지막으로 법원에 접근할 권리는 남자와 여자에게 동등하게 보장되고, 이 평등은 권리를 유효하게 보장하기 위하여 법적인 조력을 구할 수 있음을 요구한다는 점을 상기해야 한다[제6장에서 서술한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)과 유럽인권협약 제6조(1)에 의거한 판례법 참고].[17]

법원에 접근할 권리라 함은 자신의 권리의 정당성을 입증할 목적으로 법원 또는 재판소에서 진술할 수 있는 기회를 법률, 행정절차 또는 물리적인 사유로 방해받지 않는 것을 의미한다.

여자와 남자는 법원에 동등하게 접근할 권리를 부여받았다.

3.2.2 무기대등과 당사자주의에 대한 권리

무기대등의 개념은 공정한 재판에 있어 핵심적인 특징이고, "검사와 피고인 사이에" 반드시 존재해야 하는 균형을 의미한다.[18] 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14(1)의 "공정한 재판"에 관하여 자유권규약위원회는 "위 공정한 재판은 무기대등과, 당사자주의 원칙과 같은 조건들을 요구하는 개념으로 해석되어야 하고, 피고인이 절차에 개인적으로 참여할 권리가 부인되거나, 그의 법적인 대리인에게 적절히 지시할 수 없다면 이러한 조건들이 무시된 것"이라고 설명하고 있다. 특히 "피고인이 공소장을 적정하게 제공받지 못한다면, 무기대등의 원칙이 무시된 것이다."[19]

[**추록**: 자유권규약위원회는, "무기대등"의 개념은 재판절차의 당사자들이 자신들의 변론을 준비할 수 있는 충분한 시간과 시설(변론할 수 있는 장소, 도구 등)을 제공받는 것을 의미하고, 이에는 변론에 필요한 서류들에 접근할 수 있는 권한을 포함한다고 설명한다. 그러나 재판 과정에서 적절한 방어권 행사를 준비할 수 있는 권리가 항소를 준비할 수 있는 권리와 동일한 의미는 아니다(*Official Records of the General Assembly, Fifth-ninth Session, Supplement No.40* (A/59/40), vol. Ⅱ, annex Ⅸ, sect. Z, communication No.1015/2001, *Peterer v. Austria*, para.10.6.)]

17) 인권침해 및 기본적인 자유의 박탈에 대한 실효적인 국내법적 구제수단에 관하여 다룬 매뉴얼 제15장을 참조할 것.

18) Communication No.307/1988, *J. campbell v. Jamaica* (Views adopted on 24 March 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. Ⅱ). p.44, para.6.4.

19) Communication No.289/1988, D.wolf v. Panama (Views adopted on 26 March 1992), in UN doc. GAOR, A/47/40. pp.289-290, para.6.4.

*****

아프리카 인권위원회의 의견에 따르면, "공정한 재판을 위한 권리는 동등하게 대우받을 권리, 변호사를 통하여 자신을 변호할 권리를 포함하여 일정한 객관적인 기준을 만족해야 하고, 특히 이것은 모든 사람에게 공정한 재판을 보장하기 위하여 국제적인 기준을 따르기 위한 법원과 재판소의 의무일 뿐만 아니라, 정의의 관점에서 요구되는 사항"이라 한다. 아프리카 인권위원회는 "***법 앞에서 동등하게 대우받을 권리***는, 특히 형사절차에서, 우선 피고인과 검사가 재판과정에서 그들의 신청과 기소를 준비하고 제시할 동등한 기회를 가져야 함을 의미한다."고 덧붙였다. 다시 말하면 그들은 "같은 입장에서 사건들에 관하여 논쟁할 수 있어야 한다." 두 번째로, "사법기관에 의하여 기소된 모든 사람들이 동등하게 대우받음을 의미한다." 비록 "이것이 기소된 모든 자들에 대한 동일한 대우를 ***의미하지는 않는다*** "하더라도, "객관적인 사실관계가 같다면" 사법부의 대응은 비슷해야 한다.[20] 브루나이의 Ngozi 항소법원은 사형사건에서 검사가 한 연기신청은 받아들인 반면 피고인이 변호인의 부재 상태에서 한 절차 연기 신청은 기각하였는데, 아프리카 인권위원회는 위 항소법원이 "공정한 재판을 위한 주요한 원칙인 동등한 대우를 받을 권리를 위반하였다."고 결론지었다.[21]

[**추록**: *Dowsett v. the United Kingdom* 사건에서, 유럽인권재판소는 증거개시를 요구할 권리는 절대적인 권리가 아니라고 판시하였다. "형사재판절차에 있어서 국가안보, 증인보호의 필요성, 범죄수사에 있어서의 기밀 등 피고인의 이익에 반하여 보호되어야 할 것들이 있고, 이들 상호 이익이 충돌하는 경우가 발생할 수 있다. 어떠한 사건에 있어서는 특정 개인의 기본권 보호 내지는 중요한 공익의 보호를 위하여 피고인에게 증거를 개시하지 말아야 할 필요성이 있을 수도 있다. 그러나 피고인에게 매우 필수적인 권리인 피고인의 방어권을 제한하는 위와 같은 조치들은 유럽인권협약 제6조(1)의 요건을 충족하는 경우에만 허용될 수 있다."(European Court of Human Rights, *Dowsett v. the United Kingdom*, No.39482/98, Jufgement of 24 June 2003, para.42.) *Steel and Morris v. the United Kingdom* 사건에서 유럽인권재판소는, 패스트푸드 체인인 맥도널드가 제기한 명예훼손 사건에서 피고들이었던 신청인들의 법률구조 신청을 거절한 조치는 신청인들로 하여금 효과적으로 변론할 수 있는 기회를 빼앗아버린 것과 같고, 그로 인하여 무기대등의 원칙이 지켜지지 않게 되었

20) *ACHPR, Avocats Sans Erontiéres (on behalf of Gaëtan Bwampamye) v. Burundi, Communication No.231/99,* decision adopted during the 28th Ordinary session, 23 October–6 November 2000, paras.26–27. 위 결정문은 http://www1.umn..edu/humanrts/africa/comcases/231–99.html에서 찾아볼 수 있다.

21) Ibid., para.29.

다는 취지로 판시하였다.(European Court of Human Rights, Steel and Morris *v. the United Kingdom,* No.68416/01, Judgement of 15 February 2005, para.72)]

*****

유럽인권재판소는 "유럽인권협약 제6조(1)에 규정된 넓은 의미의 공정한 재판의 특징 중 하나로" 무기대등의 원칙을 들었는데, 이는 "상대방에 비하여 불이익한 입장에 있지 않는 조건하에 자신의 사건을 처리할 수 있는 합리적인 기회를 제공받음을 의미한다." 이런 의미에서 "양 당사자에 공정한 사법행정 뿐만 아니라 공정한 외견(appearances) 역시 중요하다."[22)]

대법원에서 법무부장관이 신청인의 항소를 반대한다고 진술한 사안은 무기대등의 원칙을 위반한 사례이다. 이 진술은 피고인 측에는 제공되지 않았고, 피고인은 그에 관한 답변을 하지 못했다.[23)] 유럽인권재판소는 "무기대등의 원칙은 절차의 불평등에서 나오는 불공정성이 있으면 보장될 수 없다"고 규정하면서, "피고인이 상대방의 진술에 대한 대응(reaction)을 할 수 있었는지가 중요하다"고 설명한다. "따라서 검찰측이 피고인 측에 알리지 않고 의견을 진술하는 것은 불공정한 것이다."[24)]

한편 유럽인권재판소는 이러한 사안에서 때때로 무기대등의 원칙을 강조하는 대신 ***형사와 민사절차에서 당사자들이 갖는 당사자주의 절차상의 권리***, 즉, "법원의 결정에 영향을 미치기 위하여 형사 또는 민사재판에서 국가 법서비스의 독립 구성원이 제출하는 모든 증거와 진술에 관하여 양당사자들이 인지하고 답변할 기회를 갖는 권리"를 강조하기도 한다.[25)] 유럽인권재판소는 "위와 같은 무기대등의 원칙이나 당사자주의 절차상의 권리를 보장하기 위하여 당사국들은 국내법상 다양한 제도를 선택할 재량이 있으나, ***어떠한 방법을 선택하더라도, 재판 당사자가 상대방에 의하여 제출된 진술에 관하여 알고, 그것에 관하여 답변할 실질적인 기회를 갖는 것을 보장하여야 한다."***고 판시하였다.[26)]

결과적으로 사회권(social right)과 관련된 절차에 대한 사안인 *Lobo Machado* 사건에서 법무부 장관은 대법원에 대하여 상고가 기각되어야 한다는 의견을 그 의견

22) *Eur. Court HR, Case of Bulut v. Austria, judgement of 22 February 1996, Reports 1996-Ⅱ,* p.359, para 47

23) Ibid.,, para. 49

24) Ibid., pp.359-360, para.49.

25) *Eur. Court HR, Case of Lobo Machado v. Portugal, judgement of 20 February 1996, Reports 1996-Ⅰ,* para.31. at p.207.

26) *Eur. Court HR, Case of Brandstetter v. Austria, judgement of 28 august 1991, Series A, No.211,* pp.27-28, para.67.

에 대한 피고인의 접근권이 차단된 상태에서 진술하였고, 피고인은 위 의견을 검토하고 답변할 기회를 박탈당하였다. 법무부장관은 "대법원에 비공개적으로 진술함으로써" 협약 제6조(1)을 위반하였다.[27]

Brandstetter 사건

명예훼손과 관련된 *Brandstetter*의 사건에서, Vienna의 항소법원은 선임 검사가 상대방에게 그 의견을 송달하지 않아, 피고인과 변호인이 알지조차 못했던 의견에 의거하여 판단을 하였다. 대법원은 결과적으로 원심판결을 파기하였으나 위와 같은 사실이 원심판결 파기의 근거가 되지는 않았다. 그러나 유럽인권재판소의 관점에서 보았을 때, "피고인이 판결에 포함된 검찰의 의견에 대하여 간접적 또는 이론적으로 답변할 수 있었다는 가능성만으로 피고인이 검찰의 의견을 검토하고 직접 답변할 권리를 배제할 수는 없는 것"이었다. 나아가 "대법원의 위 파기 결정은 위 협약 위반 사항과는 전혀 관계없는 이유로 인하여 내려졌기 때문에 대법원이 원심법원을 파기하였다 하여 원심판결의 위 협약 위반으로 인한 위법성이 치유되지 못하였다."[28]

무기대등의 원칙, *형사 또는 민사재판에서* ***실질적으로 보장되는 당사자주의 절차상 권리****는 공정한 재판을 받을 권리의 본질적인 부분이고, 재판의 모든 과정에서 검찰/원고와 피고(인)이 공정한 절차를 보장받아야 함을 의미한다. 재판절차에서 어떤 당사자가 상대방에 비하여 불리한 위치에 있는 것은 허용되지 않는다.*

3.2.3. 증인 구금

신청인이 공정한 재판을 받지 못했고, 그의 10살 된 아들이 증언을 위하여 구금되어 있었다고 자유권규약위원회에 진정한 *Campbell* 사건에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조에 근거한 무기대등의 원칙 위반 여부가 문제되었다. 진정인은 혼인 분쟁과 관련하여 아내를 공격한 혐의로 기소되었는데, 재판에서 아들은 처음에는 아버지를 보지 못했다고 증언했다. 진정인의 주장에 의하면, 그의 아들은 증언을 번복하지 않았으나, 재판 첫날이 끝날 무렵 경찰서에 소환되어 하루를 보내야 했

27) *Eur. Court HR, Case of Lobo Machado v. Portugal, judgement of 20 February 1996, Reports 1996-I*, pp.206-207, paras .31-32.

28) *Eur. Court HR, Case of Brandstetter v. Austria, judgement of 28 August 1991, Series A, No.211* p.28, para. 68.

다. 다음날, 아들은 "아버지에게 불리한 증언을 하였다."[29] 그러나 재판이 끝난 후 진술서를 통하여 증언을 철회하였다.

자유권규약위원회는 진정인이 주장하는 증인 구금 행위는 "심각한 혐의"이고, "증언을 위하여 증인을 구금하는 것은 예외적인 방법이어야 하며, 법률과 그 실행에 있어 엄격한 기준에 의하여 규제되어야 한다."고 강조했다.[30] 이 사건의 경우 "아들의 구금을 정당화할 특별한 사정들이 존재하는지 여부가 명백하지 않았고," 오히려, "그가 증언을 철회한 사정에 비추어 보면 증인에 대한 협박이 존재하였을 가능성이 있으며, 그러한 상황에서 얻어진 증언의 신빙성에도 의문이 드는 등 심각한 문제점들이 존재하였다." 그리하여 자유권규약위원회는 "위 재판 과정에서 진정인의 공정한 재판에 관한 권리가 침해되었다"고 결론지었다.[31]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)에 의하면, 증인에 대한 구금은 아주 예외적인 상황에서만 합법적이다. 다만 다른 국제조약에서 증인의 구금이 어느 정도까지 적법하게 받아들여지는지는 확실치 않다.

3.2.4. 법관의 배심원 지도(instructions)

몇몇의 사건에서 자유권규약위원회는 법관의 배심원에 대한 부적절한 지도에 관하여 우려를 표명하였다. 이러한 경우, 자유권규약위원회는 일관되게, "특정 사건에서 항소법원은 사실과 증거를 평가하는 것이 일반적임을 전제로 아래와 같은 입장을 견지하여 왔다.

> ***배심원에 대한 지도가 명백히 자의적인 것이거나 사법정의를 침해하는 수준에 이르거나 또는 법관이 공평해야 할 의무를 명백하게 위반하였다는 점이 확인되지 않는 한,*** 원칙적으로 배심재판에서 법관이 배심원에게 특정한 지도를 한 것을 심사하지 않는다."[32]

자유권규약위원회는 "피고인에게 중형이 선고될 가능성이 있는 사건에서는 법관의 배심원에 대한 지도가 빈틈없고 공정할 것이 요구되고, 이러한 면에서 특별히 높

29) Communication No.307/1988, *J. Campbell v. Jamaica* (Views adopted on 24 March 1993), in UN doc. *GA*OR, A/48/40 (vol. Ⅱ), p.42, para.2.3.

30) Ibid., p.44, paras. 6.3–6.4

31) Ibid., p.44, para 6.4

32) Communications No.226/1987 and 256/1987, *M. Sawyers and M. and D. McLean v. Jamaica* (Views adopted on 11 April 1991), in UN doc. *GAOR*, A/46/40, p.233, para.13.5.

은 기준을 충족해야 한다"고 설명한다. 이것은, "피고인이 적법한 정당방위를 주장하는 사건의 경우에 더 철저히 요구된다."[33]

대부분의 사건에서 자유권규약위원회는 법관의 배심원에 대한 지도가 사법정의를 해할 정도로 자의적이라는 어떠한 증거도 발견하지 못했다.[34] 특히 "법관이 재판에서 검사와 피고인 입장에서의 설명을 충분히 그리고 공평하게 배심원들에게 제공하였음이 명백해 보이는 경우"에는 더욱 그러했다.[35] 그러나, 살인으로 기소되어 사형 선고를 받은 *Wright* 사건에서, 법관의 설명누락은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)에 반하여 ***사법정의를 침해***하는 수준에 이를 정도로 심각했다. 이 사건에서 부검결과, 죽은 피해자로부터 나온 총알이 발사되었을 시간에 피고인(신청인을 의미한다)은 이미 경찰의 구금 상태에 있었다. 이 부검의 결론은 재판에서 이의 없이 받아들여졌다.[36] "그것의 함축적인 의미의 심각성"을 고려해 볼 때, 자유권규약위원회는 "위 부검결과가 비록 전문가에 의하여 언급되지 않았다 하더라도, 재판부는 위 부검결과에 대한 정보를 배심원들에게 제공하고 주의를 주었어야 한다"는 입장을 취했다.[37]

배심재판에서, 법관의 배심원들에 대한 지도는 공평하고 공정한 방식으로 이루어져 검사와 피고인 양측의 입장이 모두 설명되어야 하고, 그로 인하여 자의적이지 않고 공정한 심리가 보장되어야 한다. 사법부가 이러한 핵심적 의무를 위반하는 경우에는 사법정의가 침해된다..

3.3 공개재판을 받을 권리

민 · 형사사건에서 공개재판을 받을 권리는 시민과 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)과 유럽인권협약 제6조(1)에 의하여 명시적으로 보장되고 있다. 그럼에도

33) Communications No.232/1987, *D. Pinto v. Trinidad and Tobago* (Views adopted on 20 july 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40 (vol Ⅱ), p.73, para 12.3.

34) ibid., loc. cit와 Communications Nos.283/1988, *A Little v. Jamaica* (Views adopted on 1 November 1991), in UN doc. *GAOR*, A/47/40 (vol Ⅱ), p.282, para 8.2.를 참조할 것

35) Communications No.232/1987, *D. Pinto v. Trinidad and Tobago* (Views adopted on 20 july 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40(vol Ⅱ), p.73, para 12.4.

36) Communications No.349/1989, *C. Wright v. Jamaica* (Views adopted on 27 july 1992), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p.315, para.8.3.

37) Ibid., loc. cit.

불구하고, "재판의 전부 또는 일부는" 몇몇 특정한 이유들, 즉, 민주사회에서의 도덕, 공공질서 또는 국가안보를 위한 경우, 당사자들의 사생활의 보호 또는 다른 측면에서 요구되는 사법적 이익(interest of justice)에 대한 요청 등을 이유로 언론과 공중에 "공개되지 아니한 채" 진행될 수 있다. 유럽인권협약은 비공개(*in camera*)심리를 할 수 있는 근거로 "청소년의 이익"을 추가하고 있다. 미주인권협약 제8조(5)는 "사법적 이익을 보호해야 할 필요가 있는 경우를 제외하고 공개되어야 할" 형사재판과 관련하여 이 권리를 규정하고 있다. 르완다 국제형사재판소와 구 유고슬라비아 국제형사재판소의 절차와 증거를 위한 규칙 제79조(A)는 재판부가 공공질서, 도덕, 안전, 안보, 위 법률 제75조에 의하여 인정되는 피해자 또는 목격자의 익명성 유지 또는 사법적 이익의 보호를 위하여 심리를 비공개로 진행할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 이러한 경우에도 "재판부는 비공개결정에 대한 이유를 공개하여야 한다."[위 규칙 제79조(B)]

자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조에 관한 일반논평 제13호에서 "공개재판은 개인과 사회의 권리 보장을 위하여 매우 중요한 보호장치라는 점"을 강조하였다. 재판은 위 규약 제14조에 의하여 인정되는 "예외적인 상황을 제외하고는 언론 및 공중에 일반적으로 공개되어야 하고, 특정한 부류의 사람들에게만 제한적으로만 공개되어서는 안 된다."[38] 나아가 위 규약 제14조에 의하면, 설령 재판이 비공개로 진행된다 하더라도, "판결은 매우 엄격하게 규정된 예외 상황을 제외하고는 반드시 공개되어야 한다."[39]

위 규약 제14조(1)에 의하여 공개적으로 재판을 진행해야 할 의무는 국가가 반드시 지켜야 할 의무이고, "이해 당사자에 의한 어떠한 요구에도 좌우되어서는 안 된다. 국내법 제도와 사법실무상 반드시 원하는 사람들이 공개 재판에 참석할 수 있는 가능성이 제공되어야 한다."[40] 이 의무는 다음과 같은 의미를 가지고 있다.

> "법원은 구두 심리의 시간과 장소에 관한 정보를 대중에게 제공해야 하고, 사건에 대한 잠재적인 대중의 관심, 구두 심리가 진행되는 기간 그리고 재판 공개에 대하여 이전에 요구되었던 시간 등을 고려하여 합리적인 한계 내에서 관심 있는 사람들이 참석할 수 있는 적절한 편의를 제공해야 한다. 재판에 관심을 갖는 사람들이 구두 심리에 참석하는 것에 장애가 없었다면, 법원이 큰 법정을 사용하지 못한 것은 공개 재판을

38) *United Nations Compilation of General Comments*, pp.123-124, para 6.

39) Ibid., para. 6 at p.124

40) Communications Nos.215/1986, *G. A. van Meurs v. the Netherlands* (Views adopted on 13 july 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40(vol Ⅱ), p.59, para 6.1.

받을 권리를 침해한 것은 아니다."[41]

공개재판의 원칙은 비밀재판이 위 규약 제14조(1)에 반한다는 것을 의미한다. 비밀재판의 예로 8명의 전 자이르(Zaire. 역주: 현재는 콩고 민주공화국이다) 국회의원과 한 명의 사업가에 대한 재판을 들 수 있는데, 그 재판은 비공개 상태로 진행되었고, 재판 결과 사업가를 제외한 나머지 피고인들은 15년의 형을 선고받았으며, 사업가인 피고인은 5년형을 선고받았다.[42]

재판이 *비공개*로 진행된 경우 그 당사국이 위 규약상 비공개 재판을 열 수 있는 정당화 사유를 제시하지 못하였을 때에도 당연히 위 규약 제14조(1)의 위반이 된다.[43]

*****

아프리카 인권위원회는 공개재판을 받을 권리가 비록 아프리카헌장에 명시적으로 규정되지는 않았다 하더라도, "인간과 시민의 권리에 관한 국제법과, 아프리카 국가들에 의하여 법으로 또는 판례와 법원칙으로 여겨지는 다른 일반적인 또는 특별한 국제 조약과 관행으로부터 착안을 얻어 위 헌장을 해석하여야 한다고 규정한" 아프리카헌장 제60조와 제61조의 해석상 공개재판을 받을 권리는 아프리카헌장상 보장되는 권리라는 태도를 취한다. 아프리카 인권위원회는 공개재판에 관한 개념을 지지하기 위하여 위에서 인용한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)에 관한 자유권규약위원회의 일반논평 제13호를 원용하고 있다.[44] 또한 위 규약 제14조(1)에서 정하고 있는 "비공개 재판을 정당화하는 사유"는 "매우 엄격히" 해석되어야 한다고 본다.[45] 당사국이 비공개 재판에 대한 정당화 사유를 특정하지 않고, 포괄적으로 주장했던 사안에서, 아프리카 인권위원회는 아프리카헌장 제7조에 의하여 보장되는 신청인의 공정한 재판을 받을 권리가 당사국에 의하여 침해되었다고 결론지었다.[46]

---

41) Ibid., p.60, para.6.1.

42) Communications No.138/1983, *N. Mpandanjila et al v. Zaire* (Views adopted on 26 March 1986), in UN doc. *GAOR*, A/41/40, p.126, para 8.2

43) Communications No..74/1980, *M. A. Estrella v. Uruguay* (Views adopted on 29 March 1983), in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p.159, para 10

44) *ACHPR, Media Rights Agenda(on behalf of Niran Malaolu) v. Nigeria, Communication No.224/98, decision adopted during the 28th session, 23 October-6 November 2000*, para..51. 결정문은 http://www.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html에서 찾아볼 수 있다.

45) Ibid., para.52

46) Ibid., paras. 53-54

*****

공개재판에 관한 원칙은 미주인권협약 제8조(5)에 의하여 보장된다. *Castillo Petruzzi et al.* 사건에서는 "공판을 포함한 모든 재판절차가 공개되지 않은 상태"에서 진행되어 "미주인권협약에서 보장되는 신청인의 공개재판을 받을 권리가 명백하게 참해되었다." 나아가 "위 재판은 군사기지 내 민간인 출입금지 지역에서 진행되었다."[47]

*****

유럽인권협약 제6조(1)에서는 재판은 앞서 든 예외 사유가 없는 한 반드시 공개되어야 한다고 규정하고 있다. 그러나 "항소심 절차에 대하여 위 규정을 적용할 때에는 절차가 속해 있는 특별한 특징, 국내법의 전체적인 절차와 항소법원의 역할을 고려하여야 한다."[48] 그러한 맥락에서 유럽인권재판소는 일관되게 다음과 같이 결정해왔다.

> "처음에 공개심리가 있었다면, 두 번째 또는 세 번째의 경우에 공개심리가 없었다고 하더라도, 절차의 특징에 의하여 정당화 될 수 있다. 그래서 항소재판 또는 사실심리가 아닌 법적인 문제만 다루는 재판에서는 비록 항소인이 항소법원에서 직접 변론할 기회가 없었다 하더라도 협약 제6조 위반이 아닐 수 있다."[49]

유럽인권재판소는 *Bulut*사건에서, 대법원이 상고이익이 없음을 이유로 만장일치로 상고를 기각하면서 약식절차를 취하였다 하더라도 유럽인권협약을 위반하지 않았다고 판단했다. 유럽인권재판소는, "신청인의 유무죄 여부를 판단하기 위하여 사실심리가 필요했음에도 불구하고 이를 하지 않은 대법원의 판결은 무효"라는 신청인의 주장을 배척하였다.[50] 나아가, 공개재판을 하지 않은 *Axen* 사건 또한 위 협약 제6조(1)을 위반하지 않았는데, 이 사건에서 독일연방법원은 항소의 법적인 관점이 잘못되었다는 만장일치의 결론을 내리고 항소에 관하여 심리 배제 판결을 하였고, 그 판단 과정에서 "적절하게 양당사자들의 관점을 살펴보았다."[51]

---

47) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, Judgement of May 30, 1999, Series C, No. 52,* p.211, paras 172-173

48) *Eur. Court HR, Case of Bulut v. Austria, Judgement of 22 February 1996, Reports 1996-Ⅱ,* p.357, para 40.

49) Ibid., p.358, para.41.

50) Ibid.,pars 42.

51) *Eur. Court HR, Case of Axen v. Federal Republic of Germany, Judgement of 8 December 1983, Series A, No.72,* p.12, para. 28.

Weber 사건

그러나 공개재판에 대한 권리는 수사과정에서의 개인정보보호 위반과 관련된 *Weber* 사건에서 침해되었다. 이 사건에서 스위스의 Vaud Cantonal 법원의 형사 항소부 재판장, 그리고 항소부는 공개재판 없이 판단하였다. 법원은 "단지 자의적인 판단은 없었다고 스스로 만족할 수 있었을 뿐"이고, "논의된 모든 사실과 법적인 문제들을 결정하는데 있어" 자의적이지 않은 재판절차를 보장하였다고 볼 수 없기 때문에, 후속절차가 공개적이었다는 것만으로는 충분하지 않았다.[52]

3.3.1 판결공개에 관한 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)의 뜻을 간단히 설명하자면, "민 · 형사를 포함한 모든 재판에서 모든 판결은 청소년의 이익, 혼인관계 분쟁이나 양육권과 관련된 절차에서 요구되는 경우를 제외하고는 공개되어야 한다."는 것이다. 유럽인권협약 제6조(1)은 판결은 "공개적으로 선고되어야 한다."고 규정하고 있다. 미주인권협약 제8조(5)는 재판절차의 공개성만 규정하고 있는 반면, 아프리카헌장 제7조는 둘 다 규정하고 있지 않다. 르완다 국제형사재판소와 구 유고슬라비아국제형사재판소의 절차와 증거를 위한 규칙 제22조(2)와 제23조(2)는 재판부의 판결이 "공개되어야" 한다고 규정하고 있다. 마지막으로, 국제형사재판소 규정 제74조(5)에 의하면, "판결 또는 판결의 요지는 공개법정에서 설시되어야 한다."고 규정하고 있다.

유럽인권재판소의 판결을 살펴보면, 판결의 공개에 관한 유럽인권협약 제6조(1)이 추구하는 바는 ***"일반 사회 구성원들이 공정한 재판을 받을 권리를 보장받기 위하여 사법부를 철저히 감독하는 것을 보장하는 것"***이다.[53] 그러나 유럽인권재판소는 위 규정을 "법원의 판결은 공개적으로 선고되어야 한다"는 문언적인 의미로만 해석하지는 않는다. 오히려, 유럽인권재판소의 선례를 보면, 유럽평의회 소속 국가들이 자국 사법부의 판결을 공개하는 제도에 관하여 갖고 있는 "오랜 관행들"을 고려하고 있음을 알 수 있다. 위 관행들에 의하면, 판결 공개에 관하여 꼭 판결을 큰 소리로 낭독하는 방법 이외에 판결이 일반 사회 구성원들에게 공개되도록 판결을 등록하는 방법도

52) *Eur. Court HR, Case of Weber v. Swizerland, Judgement of 22 May 1990, Series A, No.177,* p.20, para. 39

53) *Eur. Court HR, Case of Pretto and Others v. Italy, Judgement of 8 December 1983, Series A, No.71,* p.20, para. 27 at p.13

허용된다.[54] 유럽인권재판소는 "제소된 당사국의 자국법에 의한 '판결' 공개 여부에 대하여 판단할 때에는 각 사건마다 문제된 판결 공개 절차의 특수성과 유럽인권협약 제6조(1)의 목적을" 고려한다.[55]

Pretto and Others 사건

Pretto and Others 사건에서, 이탈리아 파기원은 민사절차에서 공개적으로 판결을 선고하지 않았다. 유럽인권재판소는 "이탈리아 법체계에서 진행된 절차와 Venice 항소법원의 결정에 대한 법률심으로서의 파기원의 역할을 전체적으로" 고려하였다. "파기원은 이 사건에서 자판할 수 없었고, 단지 상고를 기각하거나, 원심판결을 파기하여 환송할 수 있을 뿐이었다."[56] 공개 심리를 거친 후, 파기원은 상고를 기각하였고, 항소법원의 판결은 확정되었다. 상고인의 입장에서 결론은 변하지 않았다. 비록, 법률적인 관점에서 상고를 기각한 파기원의 판결은 공개법정에서 선고되지 않았지만, 누구나 법원의 판결 등록시스템을 통해 판결 사본을 검토하고, 얻을 수 있었다.[57] 유럽인권재판소는

> "상고심 절차를 살펴보면, 판결 등록의 경우도 판결 전문이 공개 등록될 경우에는 공개 법정에서 판결을 선고하는 것 못지않게 등록된 판결이 일반대중에게 공개되는 것이어서" 사회구성원들의 사법부에 대한 철저한 감독이 이루어질 수 있도록 하여야 한다는 유럽인권협약 제6조(1)의 목적에 부합하므로, "이러한 판결 등록 시스템을 갖추고 있는 한 당사국은 법률로써 판결을 공개 법정에서 선고하는 것을 제한할 수 있다"고 판시하였다.[58]

이러한 이유로 파기원이 판결을 공개적으로 낭독하지 않은 것은 유럽인권협약 제6조(1)의 위반이 아니다.[59]

54) Ibid., p.12, paras.25-26

55) Ibid., para 26.

56) Ibid., pp.12-13, para.27.

57) Ibid., para..27. at p.13

58) Ibid., Ioc. cit

59) Ibid., p.13, para.28., *Eur. Court HR, Sutter case v. Switzerland, Judgement of 22 February 1984, Series A*, No.74, pp. 14-15, paras. 31-34.도 참조할 것

최소한 형사 기소된 모든 사람은 제1심 재판에서, 그리고 상소가 유무죄와 관련된 사실과 법률의 평가와 관련된 것이라면, 상소심 모든 단계에서 공개재판을 받을 권리가 있다.

형사사건에서의 판결은 예외적인 경우를 제외하고는 공개적으로 선고되어야 한다. 다만 상소심 단계에서 공개적으로 판결을 선고해야 할 의무는 어떤 경우에는 일반인이 접근할 수 있는 판결 등록 절차에 의한 상대적인 판결 공개만으로도 충족될 수 있다(유럽).

3.4 "부당하게 지체됨이 없이" 또는 "합리적인 기간 내에" 재판받을 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(c), 르완다 국제형사재판소 규정 제20조(4)(c)와 구 유고슬라비아 국제형사재판소 규정 제21조(4)(c)에 의하면, 형사 소추를 당한 모든 이는 ***"부당하게 지체됨이 없이 재판받을"*** 권리가 있다. 아프리카헌장 제7조(1)(d)와 미주인권협약 제8조(1) 및 유럽인권협약 제6조(1)에 의하면 모든 이는 ***"합리적인 기간 내에 심리받을 권리"***를 가진다.

*****

"부당하게 지체됨이 없이" 재판받는다는 것의 의미: 일반논평 제13호에서 자유권규약위원회는 부당하게 지체됨이 없이 재판받을 권리란 ***"재판이 개시되어야 하는 기간뿐만 아니라 그것이 종료되고 판결문이 작성되어야 하는 기간과 관련된 보장"이라고 선언하였다. 모든 절차는 '부당하게 지체됨이 없이' 이루어져야 한다.*** 이 권리를 효과적으로 보장하기 위해서, 절차는 제1심뿐만 아니라 항소심에서도 재판이 '부당하게 지체됨이 없이' 진행되도록 할 수 있어야 한다."[60] 이러한 견해는 자유권규약위원회의 선례에서 더욱 강조되고 있는데, 그 선례에 따르면, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(c)와 제14조(5)은 "유죄평결과 판결에 대해 상급심에서 다시 재판받을 받을 권리가 지체없이 유효할 수 있도록 하기 위하여 같이 고려되어야 한다."[61]

자유권규약위원회는 또한, "당사국의 어려운 경제 사정"이 규약을 준수하지 않은 것에 대한 변명이 될 수 없다는 것을 분명히 하였고, 이러한 측면에서 "규약에 규정된 권리들은 모든 당사국이 준수해야 할 최소한의 기준을 구성한다"는 것을 강조하였

60) *United Nations Compilation of General Comments,* p. 124, para. 10. 강조는 추가됨.

61) Communications Nos. 210/1986 and 225/1987, *E. Pratt and I. Morgan v. Jamaica* (Views adopted on 6 April 1989), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 229, para. 13.3.

다는 점은 주목할 만하다.[62]

원칙적으로 자유권규약위원회가 검토 중인 사건이 (재판의) 지체를 정당화할 정도로 복잡하다는 것을 증명해야 하는 주체는 관련 당사국이고,[63] 다만 그 지체가 과도하지 않다는 진술만으로는 부족하다.[64] 한편 자유권규약위원회는 피고인이 변호사를 교체하기로 한 경우 등과 같이 피고인에게 재판 지체의 책임이 있는지 여부를 조사할 것이다.[65]

Pratt and Morgan 사건

Pratt and Morgan 사건에서 피고인들은 항소심에서 판결문을 작성 · 교부하는 데 거의 3년 9개월이 걸렸기 때문에 추밀원(Privy Council)에 상고를 진행할 수 없었다. 자유권규약위원회는 "이러한 지연이 실수이고 피고인들이 더 일찍 판결문을 수령할 권리를 주장했어야만 했다"는 당사국의 해명을 받아들이지 않았다. 반대로, 자유권규약위원회는 이러한 지연에 대한 책임은 사법당국에 있는 것으로 간주하였고, 그러한 책임은 "재판에서 변호인의 판결문 작성 요구와 무관하고, 피고인으로부터 그러한 요구가 없었다는 것이 그 책임 불이행에 대한 설명이 될 수 없다"고 하였다.[66] 이러한 지체가 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(c)와 제14조(5) 모두를 위반한 것이라는 결론에 이르면서, 자유권규약위원회는 "모든 사건에서 그리고 특히 사형선고가 가능한 사건에서, 피고인들은 재판 결과가 어떠하든 간에 부당하게 지체됨이 없이 재판을 받고 항소를 할 권리가 있기" 때문에 "추밀원이 피고인들에 대한 유죄평결을 유지하였는지 여부는 문제되지 않는다."고 선언하였다.[67]

자유권규약위원회는 이 권리에 대한 침해가 의심되는 많은 다른 사건들을 검토해왔고, 이 장에서는 자유권규약위원회의 선례에 관한 몇 개의 사례만을 소개하도

62) Communication No. 390/1990, *B. Lubuto v. Zambia* (Views adopted on 31 October 1995), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), p. 14, para. 7.3.

63) Communication No. 336/1988, *A. Fillastre v. Bolivia* (Views adopted on 5 November 1991), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 306, para. 6.6.

64) Communication No. 639/1995, *W. Lawson Richards and T. Walker v. Jamaica* (Views adopted on 28 July 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 189, para. 8.2.

65) Communication No. 526/1993, *M. and B. Hill v. Spain* (Views adopted on 2 April 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 17, para. 12.4.

66) Ibid., p. 230, para. 13.4.

67) Ibid., para. 13.5.

록 한다. 한 사건에서, 자유권규약위원회는 체포에서부터 재판까지 ***29개월***의 지체는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(c)에 위반되는 것이고, 그 지체가 규약에 위반되지 않는다는 당사국의 주장은 충분한 이유가 되지 못한다는 결론 내렸다.[68] 체포에서부터 재판까지 ***2년*** 지체 역시 위 규약 제14조(3)(c)[그리고 제9조(3)] 위반으로 간주되었고, 따라서 자유권규약위원회는 "재판심리에 있어 더 이상의 지연이 당사국의 책임인지 아닌지"를 판단할 필요가 없었다.[69] *당연히* 종료하는 데에 ***6년***[70] 또는 ***약 10년***[71] 정도 지속된 재판절차는 위 규약 제14조(3)(c) 위반으로 판단되었다. 유죄평결에서 항소까지 ***31개월***의 지연이 있었던 사건에서도 결론은 동일하였다.[72]

[**추록**: 자유권규약위원회는 *Deisl v. Austria* 사건에서 전체 11년 8개월의 기간이 소요된 재판절차의 부당한 지연 여부를 심사하면서 그 재판절차의 모든 사정들을 고려하여 볼 때, 위 재판은 부당하게 지체되지 않았다고 결론 내렸다. 자유권규약위원회는 "(a) 각 개인별 소요된 재판절차의 기간과, (b) 강제철거소송이었으므로 절차가 종결되지 아니한 상태가 오히려 신청인의 법적 지위에 이익이 되었던 점, (c) 신청인이 절차를 촉진시킬 방안을 강구하거나 또는 시의적절한 이의제기를 한 적이 없었던 점, (d) 사안의 복잡성, (e) 위 재판절차가 진행되는 기간 동안 신청인이 제기한 항소심의 결정을 프로방스 정부가 두 번, 행정법원이 한 번 파기하였는데 이러한 과정이 재판절차 지연에 가장 큰 원인이 되었으므로 사실상 재판절차 지연은 신청인이 야기한 것인 점 등의 요소를 고려하였다. (*Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No.40* (A/59/40), vol. Ⅱ, annex Ⅸ, sect. CC, communication No.1060/2002. *Deisl v. Austria, para.11.6.*)]

[**추록**: 자유권규약위원회는 신청인이 고의로 자신의 권한을 행사하지 않은 *Smirnova v. Russian Federation* 사건에서 절차의 기간과 합리성에 대하여 판단할 때에 신청인의 태도가 미치는 영향에 관하여 언급하였다. 위원회는 재판절차가 3년이나 걸렸음에도 불구하고 위 규약 제14조(3)(c)가 위반되지 않았다고 결론 내렸다.

---

68) Communication No. 564/1993, *J. Leslie v. Jamaica* (Views adopted on 31 July 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 28, para. 9.3.

69) Communication No. 672/1995, *C. Smart v. Trinidad and Tobago* (Views adopted on 29 July 1998), in UN doc. GAOR, A/53/40 (vol. II), p. 149, para. 10.2.

70) Communication No. 159/1983, *Cariboni v. Uruguay* (Views adopted on 27 October 1987), in UN doc. GAOR, A/43/40, p. 184 and pp. 189–190, paras. 9.2 and 10.

71) Ibid., loc. cit.

72) Communication No. 702/1996, *C. McLawrence v. Jamaica* (Views adopted on 18 July 1997), in UN doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), p. 232, para. 5.11.

Tibi v. Equador 사건에서, 미주인권재판소는 재판절차 기간의 합리성에 대하여 판단할 때에는 반드시 절차의 전체 진행 기간을 고려하여야 한다고 판단하였다. 기간의 합리성은 사건의 복잡성, 이해당사자들의 절차상 행위, 사법당국의 태도 등을 기준으로 판단하여야 한다. 미주인권재판소는 거의 9년간 진행되어 왔던 당사국의 국내 재판절차는 합리적이지 아니하므로 미주인권협약 제8조(1) 위반에 해당한다고 판시하였다.(Inter-American Court of Human Rights, *Tibi v. Equador*, Judgement 7 September 2004, Series A, No.114, paras. 175-177, 미주인권위원회의 2004년 연간보고서 중 이주노동자와 그 가족구성원의 권리에 관한 특별보고관이 작성한 여섯 번째 중간보고서(Sixth Progress Report of the special Rapporteurship on Migrant Workers and their Families, in Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2004) OEA/ ser.L/V/Ⅱ.122, doc.5, rev.1, chap.Ⅵ, paras.77, 87 and 90 또한 참조할 것. 위 보고서는 http://www.cidh.org 에서 찾을 수 있다.]

반면에, "사전심리 절차에서의 수사가 더욱 조기에 종료될 수 있었다거나, 피고인이 이러한 측면에 대해 관계 당국에 항의하였다는 사정이 보이지 않았던" *Kelly* 사건에서, 체포에서부터 살인죄에 대한 재판개시까지 ***18개월***의 지연은 "부당한 지체"에 해당하는 것으로 보지 않았다.[73] 다만 위 사건에서, 자유권규약위원회는 당사국이 항소심의 판결문을 교부하는 데에 거의 5년이 걸렸고, 그로 인하여 피고인이 추밀원에 상고하는 것을 실질적으로 가로막은 결과를 낳았다는 이유로 위 규약 제14조(3)(c)와 제14조(5)가 위반되었다고 보았다.[74]

페루 Guardia 민사법원에서 복권시켜달라는 신청인의 요구와 관련된 한 사건에서, 자유권규약위원회는, "외견상 반복적으로 원심판결을 파기하여 끊임없이 심급을 반복시켜" 재판을 7년간 지체시킨 당사국의 행태는 불합리한 것으로서 위 규약 제14조(1)의 공정한 심리의 원리를 침해하였다고 보았다. 이 사건은 위 규약 제14조(3)(c)에 근거하여 심리되지는 않았다.[75]

*****

유럽인권협약 제6조(1) 아래에서 고려되는 기간의 시점(始點)은 체포일, 기소일

73) Communication No. 253/1987, *P. Kelly v. Jamaica* (Views adopted on 8 April 1991), in UN doc. *GAOR*, A/46/40, p. 248, para. 5.11.

74) Ibid., para. 5.12.

75) Communication No. 203/1986, *R. T. Muñoz Hermoza v. Peru* (Views adopted on 4 November 1988), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 204, para.11.3.

또는 재판회부일이 될 수 있고,[76] 예를 들어, 이 기간의 종료는 보통 관련인들에 대한 무죄 또는 유죄판결이 확정되는 날이다.[77]

민사 또는 형사에서든, 재판 기간의 합리성에 관한 질문에 대하여, 유럽인권재판소는 지속적으로 아래와 같은 입장을 취하고 있다.

> "그것은 사건의 특정 상황의 관점에서, 특히 ***사건의 복잡성, 피고인의 행위 및 결정권 있는 당국의 행위***를 판례법에서 설정한 요건 등을 고려하여 평가함에 따라 결정된다."[78]

피고인의 행위와 관련하여 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제6조가, 비록 피고인이 재판절차에 협조하지 않았거나 또는 자신의 방어권을 행사하느라 재판절차가 어느 정도 지연되었다 하더라도, 위 협약은 "형사범죄로 기소된 자로 하여금 사법당국과 긴밀히 협조하도록 요구하고 있지 않고," 더 나아가 "피고인이 자신을 방어함에 있어 국내법이 허용하는 자원을 완전히 활용하는 것을 비난하지도 않으므로" 그 절차 지연을 피고인의 책임으로 돌리지 않는다는 입장을 취해왔다.[79] 그러나, 피고인과 그의 변호인이 "재판을 방해하였다는 점"을 증명할 증거가 있다면 사안은 달라질 수 있다.[80]

그러나 ***Yagci 및 Sargin*** 사건에서 ***사법당국은*** 협약 제6조에 반하는 재판절차의 부당한 지체에 대하여 책임이 있다고 보았는데, 그 사건에서 법원은 국내법에 위반하여 한 달에 평균 한 번의 심리기일만 열고, 피고인들에 대한 기소의 일부 근거가 되었던 형법 조항이 폐지되었다는 이유로 피고인들에게 무죄를 선고하기까지 6개월을 기다렸다. 재판절차는 총 4년 8개월에 조금 못 미치는 기간이 걸렸다.[81]

---

76) *Eur. Court HR, Case of Kemmache v. France, judgment of 27 November 1991, Series A, No. 218*, p. 27, para. 59 (기소일), *Eur. Court HR, Case of Yagci and Sargin v. Turkey, judgment of 8 June 1995, Series A, No. 319–A*, p. 20, para. 588 (체포일), *Eur. Court HR, Case of Mansur v. Turkey, judgment of 8 June 1995, Series A, No. 319–B*, p. 51, para. 60 (재판회부일).

77) *Eur. Court HR, Case of Yagci and Sargin v. Turkey, judgment of 8 June 1995, Series A, No. 319–A*, p. 20, para. 58.

78) *Eur. Court HR., Case of Kemmache v. France, judgment of 27 November 1991, Series A, No. 218*, p. 20, para. 50 (형사사건), *Eur. Court HR, Martins Moreira Case v. Portugal, judgment of 26 October 1988, Series A, No. 143*, p. 17, para. 45 (민사사건).

79) *Eur. Court HR, Case of Yagci and Sargin v. Turkey, judgment of 8 June 1995, Series A, No. 319–A*, p. 21, para. 66.

80) Ibid., loc. cit.

81) Ibid., p. 22, paras. 67–70.

이러한 측면에서 당사국이 마약밀매 관련 중대 사건에서 지체를 합리화하기 위하여 모든 문제를 신중하게 조사해야 하는 국제적 책임을 내세우는 것은 도움이 되지 않는다. 유럽인권재판소는 ***"체약국은 해당 국가의 법원이 합리성 요건을 충족시킬 수 있도록 사법체계를 정비하여야 한다."***는 입장을 명백히 밝혔다.[82]

마찬가지로 민사소송에서, 관계 당사국이 자국의 민사소송법상 당사자에게 주도권이 있으므로 당사자들이 규정된 기간 내에 규정된 방법으로 소송상 조치를 취해야 한다고 주장하는 것은 정당한 변명이 되지 않는다. 유럽인권재판소는 위와 같은 법제도가 "법원으로 하여금 '합리적인 기간' 요건과 관련하여 협약 제6조를 준수하도록 하는 의무를 면제해주지 않는다"[83]고 판시하였다. 달리 말하자면, 당사국의 법관은 필요한 경우 사법의 "효율성과 신뢰"를 위태롭게 하지 않기 위하여 재판이 신속하게 진행되도록 개입할 의무가 있다.[84]

형사범죄로 기소된 모든 사람은 부당하게 지체됨이 없이 합리적 기간 내에 재판받을 권리가 있다. 모든 국가는 이러한 권리가 효율적으로 보장될 수 있는 방식으로 사법부를 구성할 의무가 있다.

피고인은 진술거부권을 행사하거나 또는 사법당국에 협조하지 않음으로 인하여 발생한 지체에 대해 비난받지 않는다.

피고인은 고의로 방해하는 행위를 한 경우를 제외하고는 사법절차 지연에 대한 책임을 지지 않는다.

3.5 본인이 직접 또는 자신의 선택에 따른 변호사를 통해 변호할 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d), 아프리카헌장 제7조(1), 미주인권협약 제8조(2)(d) 및 유럽인권협약 제6조(3)(c)는 모두, 형사범죄로 기소된 모든 이들이 스스로 또는 자신의 선택에 따른 법적 조력을 통해 자신을 변호(방어)할 권리를 보장하고 있다. 르완다 국제형사재판소 규정 제20조(4)(d)와 구 유고슬라비아 국제형사재판소 규정 제21조(4)(d) 역시 마찬가지이다.

82) *Eur. Court HR, Case of Mansur v. Turkey, judgment of 8 June 1995, Series A, No. 319-B*, p. 53, para. 68

83) *Eur. Court HR, Vernillo Case v. France, judgment of 20 February 1991, Series A, No. 198*, para. 30 at p.13.

84) Ibid., p. 14, para. 38와 p. 14, para. 36.를 함께 참조할 것. "당사자주의가 적용되는 재판절차에서" 당사자주의적 절차 진행과 관련된 재판 기간이 규약 위반이 될 정도로 비합리적으로 지체되지 않았다고 판단한 부분으로 Ibid., p. 15, para. 39. 참조.

*****

자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조에 대한 일반논평 제13호에서 아래와 같이 강조하였다.

> "피고인 또는 그의 변호사는 이용가능한 모든 변호를 추구함에 있어 부지런히 그리고 두려움 없이 행동할 수 있는 권리와 만일 그들이 기소가 부당하다고 믿는다면 그에 맞설 권리가 있어야 한다. 예외적으로 합리적 이유로 *궐석재판*이 열리는 경우, 변호권의 엄격한 보장은 더더욱 필요하다."[85]

법적 조력에 대한 접근권은 *실질적으로* 유효해야 하고, 그렇지 않은 경우, 자유권규약위원회는 위 규약 제14조(3)을 위반한 것이라고 결론 내렸다.[86] 이것은 피고인이 구속기간 초반 10개월 동안 법적 조력에 대한 접근권을 가지지 못하였고, 더욱이, 그가 출석한 상태에서 재판받지 못한 사건이었다.[87] 국내법이 피고인이 스스로를 변호할 권리를 부여하지 않는 경우에도 역시 자유권규약위원회는 위 규약 제14조(3)(d)를 위반하였다고 판단하였는데, 규약 제14조(3)(d)는 피고인으로 하여금 스스로(통역사를 통하더라도) 자신을 변호하거나 아니면 변호사에 의한 변호를 받을 권리를 허용하고 있다.[88]

신청인이 *직권 선임*된 대령(군인)을 자신의 변호인으로 수락할 것을 강요당한 *López Burgos* 사건에서 스스로 선택한 변호사를 선임할 피해자의 권리가 침해되었다.[89] 반면, 위 규약 제14조(3)(d)에 따라 선택할 권리는 "피고인으로 하여금 무료로 제공되는 변호사를 선택할 자격을 부여하지는 않지만," 이러한 제한에도 불구하고, "변호인이 일단 배정되면 정의를 위하여 효과적인 변호를 할 수 있도록 보장하는 조치들이 취해져야만 하고," 이는 "피고인이 항소를 취하하거나 항소심 전에 항소의 이익

85) *United Nations Compilation of General Comments,* p. 125, para. 11.

86) 많은 사안들 중, Communication No. R.2/8, *B. Weismann Lanza and A. Lanza Perdomo v. Uruguay* (Views adopted on 3 April 1980), in UN doc. *GAOR*, A/35/40, p. 118, para. 16; and Communication No. R.1/6, *M. A. Millán Sequeira v. Uruguay, (Views adopted on 29 July 1980), Ibid.,* p. 131, para. 16. 참조

87) Communication No. R.7/28, *I. Weinberger v. Uruguay* (Views adopted on 29 October 1980), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 119, para. 16.

88) Communication No. 526/1993, *M. and B. Hill v. Spain* (Views adopted on 2 April 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 18, para. 14.2.

89) Communication No. R.12/52, *S. R. López Burgos v. Uruguay* (Views adopted on 29 July 1981), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 183, para. 13.

이 없다고 주장하려고 할 때 상담을 받고, 정보를 제공받는 것을" 포함한다.[90] 비록 변호인은 항소를 해서는 안 된다고 조언을 할 자격은 있더라도 피고인이 원하면 계속하여 피고인을 변호하여야 한다. 반면에, 피고인은 자신의 비용으로 변호인을 유지할 기회를 부여받아야만 한다.[91] 그래서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d)에 따라, 국내 법원은 "변호사의 사건 수행이 사법상 이익에 대한 요청과 양립할 수 있게끔 하는 것"이 필수적이고, 자유권규약위원회는 자체적으로 "변호사들이 자신이 변호하여야 할 자를 위해 최선의 판단을 하고 있지 않다"는 사정은 없는지 조사할 것이다.[92]

*****

미주인권재판소는 *Suárez Rosero* 사건에서 미주인권협약 제8조(2)(c) 내지 (e) 위반이라고 결론 내렸는데, 그 사건에서 피해자(신청인으로 대상사건의 피고인)는 36일 동안 독방에 구금되어 있었고, 그 기간 동안 변호사로부터 상담을 받을 수 없었다. 독방구금이 끝난 후에야 그는, 비록 접견을 하는 동안 경찰공무원이 참관하고 있어 "변호인과 자유롭게 그리고 사적으로 의사소통을 할 수는 없었지만", 변호사와 접견할 수는 있었다.[93] "피고인들이 국선변호인이 선임되어 있었던 구금기간과 경찰 진술시 사이에 법률 자문이 허용되지 않았던" *Castillo Petruzzi* 사건도 위 협약 제8조(2)(c)에 위반되었다. 피고인들이 마침내 "그들이 선택한 변호인이 허용되었을 때 그 변호인의 역할은 기껏해야 지엽적일 수밖에 없었고," 제1심 법원의 판결 전날 사건기록에 접근하는 것만 허용되었다.[94]

*****

유럽인권협약 제6조(3)(c) 및 제6조(1)에 관하여, 유럽인권재판소는 "피고인이 심리에 대한 그의 권리 및 자신의 진술의 정확성을 입증하고 그 진술을 피해자들 및 증인들의 진술과 비교하기 위한 필요성 때문에 피고인은 출석해야 한다"는 것은 너무

90) Communication No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Views adopted on 25 March 1993), in UN doc. *GAOR*, A/48/40 (vol. II), p. 89, para. 8.2.

91) Ibid., loc. cit. Communication No. 461/1991, *G. Graham and A. Morrison v. Jamaica* (Views adopted on 25 March 1996), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), pp. 48–49, para. 10.5.도 참조할 것

92) Communication No. 708/1996, *N. Lewis v. Jamaica* (Views adopted on 17 July 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), pp. 251–252, para. 8.4.

93) *I–A Court HR, Suárez Rosero case v. Ecuador, judgment of November 1997*, in OAS doc. OAS/Ser.L/V/III.39, doc. 5, *1997 Annual Report I–A Court HR*, p.301, para. 83 와 p. 292, para. 34. g and h.를 함께 읽을 것

94) I–*A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, judgment of May 30, 1999, Series C, No. 52*, pp. 203–204, paras. 146–149 와 p. 202, para. 141.를 함께 읽을 것

나 중요하다는 입장을 밝혔다.[95] 따라서, "입법부는 반드시 부당한 불출석을 막을 수 있어야만 한다."[96] 한편 유럽인권재판소는 *Poitrimol* 사건에서 "피고인의 불출석에 대하여 피고인의 법적 조력을 받을 권리를 부인하는 방식의 제재를 가하는 것이 원칙적으로 허용되는지"에 관하여는 판단하지 않고, 다만 피고인이 공판기일에 출석하지 않은 것에 대한 타당한 해명을 하지 않았다는 이유로 피고인이 항소법원에 자신을 변호할 권리를 박탈하는 것은 유럽인권협약 제6조의 위반이라는 취지로 판결하였다. 유럽인권재판소의 관점에서 볼 때, 피고인이 자신의 사선 변호인을 통하여 자신을 변호하는 것이 허용되지 않는 상황에서 피고인의 법적 조력을 받을 권리까지 억압하는 것은 균형을 잃은 조치였다.[97] 결론적으로, 유럽인권협약 제6조(3)(c) 하에서는 직접 출석하기를 고의적으로 피하는 피고인도 여전히 변호사에 의해 변호 받을 권리가 있다.[98]

또한, *Pelladoah* 사건에서 유럽인권재판소는 "형사범죄로 기소된 모든 이들은 변호인에 의해 방어될 권리가 있지만," "이 권리가 형식적이지 않고 실효적으로 보장되기 위해서는, 그 행사가 부당하게 형식적인 조건의 성취에만 의존하여 행사되어서는 안 된다고 강조하였다. 법원은 재판을 공정하게 진행하여 피고인이 불출석한 상황에서 그를 방어하고자 재판에 출석한 변호인에게 피고인을 변호할 기회를 부여하여야 한다."[99]

Kamasinski 사건

Kamasinski 사건에서, 피고인은 사기와 횡령죄에 관한 법원의 재판절차에서 국선변호인으로부터 법적 조력을 받았는데, 유럽인권재판소는 "국가는 법적 조력을 목적으로 선임된 변호인이 행한 모든 잘못에 대해 책임을 져야 하는 것은 아니고," "피고인에 대한 변호가 본질적으로 피고인과 그의 변호인(법적 조력 제도에 따라 지명되었는지 또는 개인적으로 자금을 들였던 간에) 사이의 문제라는 것은 법률전문가들이 정부로부터 독립되어 있다는 점에서 당연히 나오는 결론이다"라고 밝혔다. 유럽인권재판소의 관점에서 볼 때 "권한 있는 당국은 유럽인권협약 제6조(3)(c)에 따라 변호인이

95) *Eur. Court HR, Case of Poitrimol v. France, judgment of 23 November 1993, Series A, No. 277–A*, p. 15, para. 35.

96) Ibid., loc. cit.

97) Ibid.,

98) *Eur. Court HR, Case of Pelladoah v. the Netherlands, judgment of 22 September 1994, Series A, No. 297–B*, para. 40 at p. 35, *Eur. Court HR, Case of van Geyseghem v. Belgium, judgment of 21 January 1999, Reports 1999–I*, pp. 140–141, paras. 35–36.

99) *Eur. Court HR, Case of Pelladoah v. the Netherlands, judgment of 22 September 1994, Series A, No. 297–B*, p. 35, para. 41.

Kamasinski 사건

효과적인 변호를 하지 못하고 있다는 것이 분명히 드러나거나 또는 어떤 식으로 충분히 그들의 주의력을 끌 때에만 개입하는 것이 요구된다."[100] 이 사건에서, 유럽인권재판소는 신청인이 제기한 변호인과 관련된 주장을 신중하게 검토하였으나 "사전심리 단계에서 오스트리아 당국이 피고인의 법적 변호에 관하여 개입해야 할 이유가 있다"는 사정도 보이지 않고, 당국이 "유럽인권협약 제6조(3)(c)에 근거하여 법적 조력권을 보장하기 위하여 특정한 보호조치를 취하여야 할 의무 또는 위 협약 규정 제1문에 근거한 일반적 보장 의무를 다하지 않았다는 증거를 찾을 수 없다"고 결론 내렸다.[101] 그러나, 이 사건은 재판 진행 도중에 피고인과 변호인 사이에 논쟁이 일어났고, 이에 변호인이 사건에서 사임하겠다는 요청을 하였는데 법원이 이를 인정하지 않은 사안이다. 즉, 이 사건은 "오스트리아 사법 당국은 Kamasinski의 의견을 통하여 피고인의 방어권 행사가 원활하게 이루어지 않는 것을 알게 된 사안이었음에도 불구하고, 유럽인권재판소는 위 사안이 유럽인권협약 제6조(1) 및 (3)(c)에 위반되지는 않는다고 결론 내렸다.[102]

3.5.1 사형선고가 가능한 사건에서 효과적인 법적 조력을 받을 권리

자유권규약위원회에 의해 일관되게 주장되어온 바와 같이, "사형사건에서 법적 변호는 반드시 가능하여야 하고", "제1심 재판에서 뿐만 아니라 항소심 절차에서도 그래야 한다"는 것 또한 자명하다. 나아가, "사형사건에서 피고인에 대한 법적 조력은 적절하고도 실효적으로 사법상 이익을 실현하는 방식으로 제공되어야 한다."[103] 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d)에 따른 자유권규약위원회의 선례에 따르면,

> "법원은 변호사에 의한 사건 수행이 사법상 이익의 실현과 양립 가능하도록 보장하여야 한다. 자유권규약위원회가 변호사의 전문적인 판단을 의심하는 것은 아니지만, 피고인을 위한 변호인이 항소할 이익이 없음을 인정한 사형사건에서는 법원은 그 변호인이 피고인과 상담을 하였는지, 상담 결과 항소의 이익이 없다고 판단하였다는 점을 피고인에게 알려주었는지 여부에 대하여 반드시 확인해야 하고, 만일 그러한 과정이 없었다면 피고인이 다른 변호인을 선임할 기회에 대해 고지를 받았는지, 다른 변호인

100) *Eur. Court HR, Kamasinski Case, judgment of 19 December 1989, Series A, No. 168,* pp. 32–33, para. 65.

101) Ibid., p. 34, para. 69.

102) Ibid., paras. 70–71.

103) Communication No. 232/1987, D. Pinto v. Trinidad and Tobago (Views adopted on 20 July 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40, p. 73, para.12.5.

을 선임할 기회를 받았는지 여부를 확인해야 한다. 자유권규약위원회는 심사할 때에 위와 같은 점을 고려하게 된다."[104]

[**추록**: 영사관(領事館) 측의 지원에 대한 정보를 제공받을 권리를 적법절차의 보장 차원에서 설명하고 있는 미주인권재판소의 권고적 의견에 주목할 것(OC-16/99 of the Inter-American Court of human Rights, 1 October 1999, Series A, No.16).]

Morrison 사건에서, 결론을 말하자면, 신청인은 신청인이 강구할 수 있는 다른 선택들에 대해 고려할 수 있도록 "자신의 변호인이 항소를 뒷받침하는 어떤 근거도 주장하지 않을 것이라는 사실을 고지받았어야만 했다." 이 사안은 이러한 고지가 이루어지지 않았기 때문에 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d) 위반이다.[105]

규약 제14조(3)(d)는 이와 유사한 *Reid* 사건에서도 위반되었는데, 그 사건에서 신청인은 법원이 선임한 변호사가 있었지만, 항소심 절차에서 스스로 변호하고 싶다는 의사를 내비쳤다. 그러나 법원은 신청인에게 국선변호사가 선임되었다는 이유로 신청인이 스스로 변호하지 못하게 하였다. 그런데 신청인의 변호인은 이 사안에서 신청인에게 항소의 이익이 없다고 판단한 다음 항소를 뒷받침하는 법률적 주장을 하지 않았고, "사실상 신청인을 법적 변호가 없는 상태"로 두었다.[106] 자유권규약위원회의 의견에 따르면, 당사국은 특히 이 사건이 사형과 관련되었다는 점을 고려하여 "신청인의 방어권 행사를 위해 다른 변호사를 선임하거나 신청인이 항소심 절차에서 스스로 변호할 수 있도록 허용했어야만 했다."[107] *McLeod* 사건에서, 변호인은 사실상 항소심 전에 신청인과 상담을 하였지만 신청인에게 알리지 않고 항소이유를 주장하지 않기로 했다. 이 사건에서 항소심이 신청인의 적절히 고지받을 권리가 보장되었는지 여부를 확실히 하기 위하여 어떠한 조치를 취하였다는 사정이 보이지 않았고, 이에 자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(b)와 (d)에 따른 신청인의 권리가 침해되었다고 결론 내렸다.[108]

---

104) Communication No. 663/1995, *M. Morrison v. Jamaica* (Views adopted on 3 November 1998), in UN doc. *GAOR*, A/54/40 (vol. II), p. 155, para. 8.6.

105) Ibid., loc. cit. 유사한 사례로 Communication No. 572/1994, *H. Price v. Jamaica* (Views adopted on 6 November 1996), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), pp. 155-156, para. 9.2.

106) Communication No. 250/1987, *C. Reid v. Jamaica* (Views adopted on 20 July 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40 (vol. II), p. 91, para. 11.4.

107) Ibid., loc. cit.

108) Communication No. 734/1997, *A. McLeod v. Jamaica* (Views adopted on 31 March 1998), in UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. II), pp. 216-217, para. 6.3. Communication No. 528/1993, *M. Steadman v. Jamaica* (Views adopted on 2 April 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), pp. 26-27, para. 10.3.도 참조할 것

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d)는 신청인이 항소심 절차에 직접 출석하기를 원하고, 법적 조력을 원하지 않는다는 의사표시를 하였던 사형사건에서도 위반되었다. 항소심은 신청인의 의사를 무시하고 국선변호인을 선임한 다음 항소재판을 진행하였는데, 그 변호인은 재판과정에서 신청인이 주장하고 싶지 않았던 사유를 주장하였다. 자유권규약위원회는 "신청인이 항소심 재판 기일과 재판 지연에 대한 충분한 사전 통지를 받지 못하였고, 그 재판 지연은 신청인이 항소심을 준비하고 법원이 선임한 변호사(피고인은 재판 기일까지 그 존재를 알지 못하였다)와 상담을 할 기회를 무력화시켰다고 언급하였다. 더욱이 신청인이 제출한 "항소허가요청이 신청인이 출석하는 것을 승인받지 못하였던 항소심 심리 절차에서 비로소 다루어졌기 때문에 신청인은 항소허가요청에 따른 승인 이후 항소심 절차 개시 이전에 항소심을 준비할 기회조차 얻지 못하였다.[109]

법정에 출석하지 못한 변호사 : Robbinson 사건

이 상황은 *Robinson* 사건에서 발생하였는데, 이 사건에서 재판은 검찰 측이 주요 증인의 소재를 파악하는 데에 문제가 있었기 때문에 수차례 연기되었다. 그 증인을 찾고 재판이 진행되었을 때, 신청인의 변호사가 출석하지 아니한 상태였음에도 불구하고 재판은 진행되었고, 신청인은 스스로 변호를 해야만 했다. 그는 살인죄로 유죄평결을 받았고, 사형을 선고받았다.[110] 자유권규약위원회는, 모든 사람은 사법상 이익실현의 요청에 따라 법적 조력을 받아야 한다는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d)에서 근거를 찾았다.[111] 자유권규약위원회는 사형사건에 있어서 피고인에게 법적 조력이 제공되어야 하고, 이는 변호인의 불출석에 어느 정도 피고인의 책임이 있거나 또는 피고인에게 법적 조력을 제공하기 위한 절차가 재판절차를 중단시키게 된다 하더라도 마찬가지로 제공되어야 함이 자명하다고 다시 강조하였다. 게다가, 이러한 요건은 법관이 신청인의 변호인이 불출석한 상태에서 신청인의 방어를 돕기 위해 노력하였는지 여부와 무관하게 요구된다.[112] 이와 같은 견지에서 자유권규약위원회는 "변호인의 불출석은 불공정한 재판에 해당한다"고 하였다.[113]

109) Communication No. 338/1988, *L. Simmonds v. Jamaica* (Views adopted on 23 October 1992), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 82, para. 8.4. 변호사가 피고인의 지시를 따르지 않은 사건인 Communication No. 248/1987, *G. Campbell v. Jamaica* (Views adopted on 30 March 1992, in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 247, para. 6.6.도 참조할 것

110) Communication No. 223/1987, *F. Robinson v. Jamaica* (Views adopted on 30 March 1989), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, pp. 244–245, para. 10.2.

111) Ibid., p. 245, para. 10.3.

112) Ibid., loc. cit.

113) Ibid.

Domukovsky et al. 사건

Domukovsky et al. 사건에서, 네 명의 피고인은 그들이 법정에서 퇴정당한 이후 궐석재판이 진행되어 공정한 심리를 받지 못했다고 주장하였고, 그 재판 결과 두 사건에 대해 사형이 선고되었다. 그들은 또한, 재판부의 거절로 인하여 그들이 선택한 변호사를 통하여 방어권을 행사하지도 못하였다. 자유권규약위원회는 각 피고인에 대하여 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d)위 위반이 있었다고 결론 내렸다. 자유권위원회는 위 결정을 통하여 다음과 같은 내용을 강조하였다.

> "사형이 선고될 수 있는 재판에서, 변호권은 ***양도하거나 포기할 수 없는 권리이고, 모든 심급에서 예외 없이 지켜져야 한다.*** 변호권에는 재판에 출석한 상태에서 재판받을 권리와 스스로 선택한 변호인에 의해 변호 받을 권리 및 직권으로 선임된 변호인을 받아들이도록 강요받지 않을 권리가 수반된다.[114]

이 사건에서 자유권규약위원회는, 비록 피고인들이 극도로 파괴적인 행동으로 기소가 되었다고 할지라도, 당사국이 피고인들의 재판 출석을 보장할 모든 합리적인 조치를 취한 것으로 보이지 않았고, 또한, 피고인들이 자신이 선택한 변호인에 의해 변호 받을 수 있도록 보장하지 않았기 때문에 위 규약 제14조(3)(d)가 위반되었다고 결론 내렸다.[115]

*****

아프리카 인권위원회는, 법원이 나중에 사형을 선고받게 된 피고인에 대하여 국선변호인 선임을 거부하였던 한 사건에서, Burundi가 아프리카헌장 제7조(1)(c)가 규정한 방어권을 침해하였다고 결론 내렸다. 아프리카 인권위원회는 법적 조력을 받을 권리는 공정한 재판을 받을 권리의 근본적인 요소이고, 특히 사법상 이익이 강하게 요청되는 사건에서는 특히 그러하다고 단호히 밝혔다. 이 사건에서 "피고인에게 지워진 혐의의 중대성과 그가 직면하고 있는 형벌의 성질을 고려할 때, 사법상 이익의 실현을 위하여 피고인은 사건의 모든 단계에서 변호인으로부터 조력을 받아야 했다."[116] 위 헌장 제7조(1)(c)는 7명의 진정인을 위한 변호인이 재판절차에서 사임하도록 강요받을 정도로 괴롭힘과 위협을 받았던 나이지리아의 사형사건에서도 위반되었다. 이러한 변

114) Communications Nos. 623, 624, 626, 627/1995, *V. P. Domukovsky et al. v. Georgia* (Views adopted on 6 April 1998), in UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. II), p. 111, para. 18.9. 강조는 추가됨.

115) Ibid., loc. cit.

116) *ACHPR, Avocats Sans Frontiéres (on behalf of Gaëtan Bwampamye) v. Burundi, Communication No. 231/99, decision adopted during the 28th Ordinary session, 23 October–6 November 2000*, para. 30. 위 결정문은 http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/231-99.html.에서 찾을 수 있다.

호인의 강요된 사임에도 불구하고, 재판부는 이 사건에 관하여 변호인 없이 재판을 진행하여 피고인들에게 사형을 선고하였다. 아프리카 인권위원회는 당사국이 위 헌장 제7조(1)(c)를 위반하여 "피고인들 스스로 선택한 변호인에 의해 방어 받을 권리를 포함한 방어권을 박탈하였다."[117]고 결론 내렸다.

3.5.2 무료로 법률구조를 받을 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d)는 어떠한 형사상 기소에 대한 결정을 함에 있어서 모든 사람은 "사법상 이익을 위하여 필요한 경우 및 충분히 지불수단을 가지고 있지 못하는 경우 본인이 그 비용을 부담하지 아니하고 법적 조력이 그에게 주어지도록 할" 권리가 있다고 규정한다. 유럽인권협약 제6조(3)(c)는 "법적 조력을 위한 충분한 지불수단을 가지고 있지 못하지만 사법상 이익을 위하여 필요한 경우 무료로 법적 조력을 받을 권리"에 대하여 규정한다. 아프리카헌장이 무료 법률구조의 문제에 관하여 침묵하고 있는 반면에, 미주인권협약 제8조(2)(e)는 이와 관련하여, 국내법 조항들을 언급한다. 르완다 국제형사재판소와 구 유고슬라비아 국제형사재판소의 규정 중 제20조(4)(d)와 제21조(4)(d)는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d)와 유사한 조항들을 가지고 있다.

무료 법률구조를 부여함에 있어서, 위 규약 제14조(3)(d)와 유럽인권협약 제6조(3)(c)는 두 가지 조건을 설정한다. 즉, ***첫째***, 변호사 비용을 지불하기에 충분한 자력이 없고, ***둘째***, 사법상 이익의 실현을 위하여 법률구조의 필요성이 인정되어야 한다. 앞서 본 것처럼 사형사건에서 피고인이 그러한 도움을 원하고 스스로는 그 비용을 지불할 수 없는 경우에는 사법상 이익을 위하여 법률구조의 필요성이 인정될 것이다. 물론, 보다 덜 극적인 다른 사건들에서도 무료 법률구조를 부여받을 필요성이 인정될 수 있다.

*****

헌법적 구제와 관련된 사건에서, 자유권규약위원회는 "유죄의 선고를 받은 사람이 헌법적 구제방법을 추구하기 위하여 형사재판에 있어서의 불법에 관한 헌법심사를 신청하였을 때 그 신청인이 법적 조력 비용을 감당할 충분한 자력이 없고, 사법상 이익의 실현을 위하여 법률구조의 필요성이 인정되는 경우, 국가는 법률구조를 제공

117) *ACHPR, Constitutional Rights Project (on behalf of Zamani Lekwot and six Others) v. Nigeria, Communication No. 87/93, decision adopted during the 16th session, October 1994*, para. 29. 위 결정문은 http://www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.html.에서 찾을 수 있다.

하여야만 한다"고 판단했다. 그러한 헌법심사에 있어서는 공정한 심리와 그 심사가 규약 제14조(3)(d)에 합치될 것이 요구된다.[118] 따라서 "신청인이 법률구조를 받지 못하여 결국 헌법재판소에서 공정한 심리 하에 그의 형사재판의 불법을 다툴 기회가 주어지지 않은" 사건은 위 규약 제14조를 위반한 것이다.[119]

*****

유럽인권재판소는 유럽인권협약 제6조(3)(c)와 관련하여 "피고인이 일정한 상황에서 무료로 법률구조를 받을 권리는 형사절차에 있어서의 공정한 재판 개념의 한 측면을 구성한다"고 판시한 바 있다.[120] 무료 법률구조를 부여할 사법상 이익의 요청이 존재하는지 여부를 결정함에 있어서 유럽인권재판소는 피고인이 기소된 ***"범죄의 심각성"***, 그 피고인이 처해질 수 있는 ***"형의 엄중성"*** 및 ***"사건의 복잡성"***과 같은 다양한 기준을 고려한다.[121] 최고형이 3년의 구금이었던 마약 관련 사건에서, 유럽인권재판소는 "중한 형이 선고될 수 있다는 점만으로도 무료 법률구조가 주어져야만 하였다"고 결론지었다.[122] 범죄혐의가 신청인의 보호관찰 중에 제기되어, 국내 법원은 "유예된 형을 부과할 수 있는지 판단하고, 또한, 새로운 형을 정해야만" 했으므로 "사건의 복잡성" 또한 부가적인 요소였다.[123] 따라서 무료 법률구조가 주어지지 않은 위 사건은 유럽인권협약 제6조(3)(c)에 위반된 것이다.

유럽인권재판소는 더 나아가, 유럽인권협약 제6조(1)과 (3)(c)를 적용하여 심사할 때에,

> "***항소법원 또는 파기법원***과 관련하여서는 관련된 소송 절차의 특성들에 따라 판단이 달라질 수 있다. 즉, 국내의 법적 질서 안에서 진행되는 소송절차 그리고 그 안에서의 항소법원 또는 파기법원의 역할 전체를 고려하여야만 한다."고 판시한 바 있다.[124]

법률구조가 거절되었던, *Granger* 사건은 위증죄에 대하여 유죄를 선고한 상고심 절차에 관한 사건인데, 그 상고심에서 신청인은 5년의 징역형을 선고받았다. 유럽

118) Communication No.707/1996, *P.Taylor v. Jamaica* (Views adopted on 14 July 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. Ⅱ). p.241, para.8.2.

119) Ibid., loc. cit.

120) *Eur. Court HR, Case of Quaranta v. Switzerland, Judgement of 24 May 1991, Series A, No.205*, p.16, para.27.

121) Ibid., p.17, paras.32-34

122) Ibid., para.33.

123) bid., para.34.

124) *Eur. Court HR, Case of Granger v. the United Kingdom, Judgement of 28 March 1991, Series A, No.174*, p.17, para.44.

인권재판소가 언급한대로, "이 사건 상고심의 판단이 신청인에게 매우 큰 영향을 미치리라는 점에는 의문의 여지가 없었다."[125] 나아가 유럽인권재판소는 상급법원에서의 소송절차 진행 상황을 조사한 다음, 신청인이 그 재판절차에서 법무차관에 의하여 상급법원에 "제출된 진술 또는 반대되는 주장을 충분히 이해할 위치"에 있지 못하였고, "그가 기회가 생겼을 때 그러한 주장 또는 법관의 질문에 대하여 효과적으로 답변할 수 없었을 것이라는 것 또한 명백하다"고 보았다.[126] 상소이유 중 하나는 "복잡하고 중요한 쟁점을 야기하였고," 그것은 사실 매우 어려워서 상급법원은 재판을 휴정해야만 했으며, "그 사안을 좀 더 철저하게 조사할 수 있도록 하기 위하여 신청인의 재판에서 제출된 증거기록을 요청하였음"이 드러났다.[127]

이러한 상황에 비추어 유럽인권재판소는 "당사국은 상급법원을 포함한 권한 있는 당국에 제기된 상소절차의 공정한 진행을 보장하기 위한 전반적인 책임을 이행함에 있어 신청인이 법률구조를 요청하였는데 법원이 이를 거절하였을 경우 그 거절을 재고할 수 있도록 할 수단이 이용 가능하도록 하여야 한다."고 결론지었다. 유럽인권재판소의 견해에 따르면 그러한 과정은 "첫 번째로 신청인이 소송절차에 효율적으로 참여하는 것을 가능하게 함으로써 사법상 이익의 실현과 공정성에 기여할 것"이고, 두 번째로, 당해 법원으로 하여금 "복잡한 사안에 관한 양측으로부터의 전문적인 법적 논증을 청취하는 혜택"을 누릴 수 있도록 해줄 것이기 때문에, 적어도 그 소송절차의 휴정 다음 단계에서 "신청인에게 무료 법률구조를 제공하는 것은 사법상 이익에 부합하였을 것이다."[128] 따라서 유럽인권재판소는 위 사건에 유럽인권협약 제6조(1)과 함께 제6조(3)(c)의 위반이 있었다고 결론지었다.

The Pakelli 사건

Pakelli 사건에 있어서, 연방법원이 예외적인 사건들에 있어서만 시행하는 구두 공판을 열면서 신청인의 법률구조 신청을 거절하였기 때문에 유럽인권협약 제6조(3)(c)이 침해되었다. 유럽인권재판소의 견해에 따르면, 신청인이 재판에 직접 출석하였다는 점만으로, 변호인이 법적 문제점들, 그 중에서도 개정 형사절차법의 적용과 관련된 문제점들을 검토하지 못한 점을 합리화할 수는 없었다. 따라서 신청인은 "그 사건의 결과에 영향을 미칠 기회"를 박탈당하였다.[129]

125) Ibid., p.18, para.47.
126) Iid., loc. cit.
127) Ibid.
128) Ibid., para.47 at p.19.
129) *Eur. Court HR, Case of Pakelli v. Federal Republic of Germany, Judgement of 25 April 1983,*

유럽인권재판소가 "재판에 악영향이 없는 경우라고 하더라도 위 조항 위반이 발생할 수 있고," 유럽인권협약 제6조(3)(c)를 해석함에 있어서 실효성 있는 법적 조력을 받지 못하였다는 것이 신청인의 재판에 악영향을 미쳤다는 증거를 요구하는 것은 "그와 같은 권리를 그 본질에 있어서 크게 박탈할 것"[130]이라고 한 것은 주목할 가치가 있다.

마지막으로, 이용할 수 있는 법적 조력은 "실효적"이어야만 하고, 그렇기 때문에 유럽인권협약 제6조(3)(c)를 충족하기 위해서는 단지 변호사가 선임되었다는 것만으로는 불충분하다는 것에 주목하는 것이 중요하다.[131]

3.5.3 변호사와 자유로운 소통을 할 권리

변호사와 자유로운 소통을 할 권리는 "법적 조력을 받을 권리"에 관한 이 매뉴얼 제6장의 6.4.에서 다루었다. 이 권리는 물론 재판과 항소절차의 단계에서도 적용되는데, 그 과정에서 피고인은 그 또는 그녀의 변호사와 비공개로 상담하는데 필요한 적절한 시간과 편의를 보장받아야 한다.

모든 사람은 그 또는 그녀 자신을 직접 변호하거나 또는 효과적인 변호권 보장을 위하여 그 또는 그녀 자신이 선택한 변호사를 선임할 권리를 가진다.

법률구조를 받을 권리는, 특히 사형사건에 있어서 실효적이어야 한다. 국내 법원은 피고인이 실질적인 방어권을 향유하도록 보장할 의무를 진다.

***외부와 단절된** 구금은 변호사에 대한 실질적인 접근권을 침해한다.*

만일 변호사 선임을 위한 자력이 없고, 사법상 이익의 실현을 위하여 법률구조의 필요성이 인정된다면, 형사상 범죄로 기소된 사람은 무료로 법적 조력을 받을 권리를 가진다. 사법상 이익이란 범죄의 심각성과 부과될 수 있는 잠정적 형량 그리고 사건의 복잡성 같은 부분과 관련된다.

피고인에게는 그의 또는 그녀의 변호사와 접견할 충분한 시간과 편의가 주어져야 한다. 변호사와의 접견은 자유로운 상태에서 비공개적으로 이루어져야 한다.

Series A, No.64, p.18, para.39.

130) *Eur. Court HR, Case of Artico v. Italy, Judgement of 13 May 1980, Series A, No.37*, para.35 at p.18.

131) Ibid., para.33 at p.16.

3.6 재판에 출석할 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d), 르완다 국제형사재판소와 구 유고슬라비아 국제형사재판소의 규정 제20조(4)(d)와 제21조(4)(d)는 모든 사람은 "출석한 상태에서 재판받을" 권리를 가진다고 규정한다. 자유권규약위원회는 신청인이 법원에 제출된 재판 기록의 사본에 의하여 재판이 진행됨으로써 위와 같은 권리가 침해되었다고 주장한 사안에서 당사국이 신청인의 주장을 반증하는데 실패한 경우에 이러한 권리가 침해되었다고 결론 내린 바 있다.[132]

*****

유럽인권협약 제6조(1)이 명시적으로 재판에 참여할 권리를 언급하고 있지 않지만, 유럽인권재판소는 재판에 출석할 권리의 존재는 "유럽인권협약 제6조(1)의 대상과 목적을 전체적으로 해석할 경우' 인정된다"고 한 바 있다.[133] 신청인이 그의 재판에 참여할 권리를 포기하려고 했다는 증거가 없었던 경우와, 그 중에서도 Savona 지방법원장이 피고인에게 법정에 출석하라는 소환장을 직접 고지하려고 하지 않아서 궐석재판이 진행되었던 경우, 유럽인권재판소는 그 재판이 공정하지 않았기 때문에 유럽인권협약 제6조(1)을 위반하였다고 보았다.[134]

3.6.1 궐석재판

비록 국제감시기구가 아직 *궐석재판*을 둘러싼 어떠한 이론도 형성하지 않았지만, 그들은 그러한 재판이 특정한 상황에서는 열릴 수 있음을 승인하는 것 같다. 적어도 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 관련하여, 자유권규약위원회는 "예외적으로 정당화되는 이유로 *궐석재판*이 열리는 경우 방어권의 엄격한 준수가 더욱더 필수적이다"라고 언급한 규약 제14조에 관한 일반논평 제13호를 통하여 *궐석재판* 그 자체는 명백히 인정하고 있다. 따라서 *궐석재판*이 그 자체로 규약 14조의 위반을 구성하지는 않지만, 그 경우에도 공정한 재판의 기본적 요건이 지켜져야만 한다.[135] 즉, *궐석재판*은 피고인이 "시기적절한 방법으로 소환되었고 그에 대한 소송 절차를 고지 받

132) Communication No.289/1988, *D.Wolf v. Panama* (Views adopted on 26 March 1992), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p.289, para.6.5.

133) *Eur. Court HR, Brozicek Case v. Italy, Judgement of 19 December 1989, Series A, No.167*, p.19, para.45.

134) Ibid., p.19, paras.45-46.

135) *United Nations Compilation of General Comments*, p.125, para.11.

은" 때에만 위 규약 제14조와 합치되고, 당사국이 *궐석재판*에서 공정한 재판의 원칙이 준수되었음을 증명해야 한다.[136] 당사국이 단지 신청인을 제 시간 내에 소환하였다고 "추정하였던" 사안에서 자유권규약위원회는 "만일 그것이 당사국이 주장하는 궐석재판의 정당화 사유라면, 그 정도로는 당사국에게 부과된 정당사유의 입증 책임을 다하였다고 보기에 명백히 불충분"하다고 판단하였다. 즉, 자유권규약위원회는 궐석으로 "재판을 진행한 법원은 신청인이 소송 전에 계류된 사건에 관하여 고지받았다는 것을 입증할 의무를 지는데," 그 법원이 그렇게 했다는 어떠한 증거도 없으므로, "신청인의 재판에 출석하여 재판받을 권리가 침해되었다"고 판단했다.[137]

*****

위에서 언급하였듯이, 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제6조의 "대상과 목적"을 "전체적으로 고려하였을 때, '형사범죄로 기소된' 사람은 그 심리에 참가할 권리가 있다는 것을 보여준다."는 것을 강조한 바 있다.[138] *Colozza and Rubinat* 사건에서, 이탈리아 당국은 주소를 남기지 않고 이사한 신청인을 추적할 수 없었기 때문에 궐석재판을 열었다. 그는 결과적으로 *latinante*, 말하자면 고의적으로 법원에 의하여 발부된 영장의 집행을 피하고 있는 사람으로 분류되었다. 법원이 선임한 변호사는 재판에 출석하지 않았고, 따라서 재판은 연기되어야만 했으며, 법원이 두 번째로 선임한 변호사 또한 출석하지 않아 과정이 반복되었다. 그 재판은 법원이 개정 중에 또 다른 국선변호사를 선임한 후에야 종결되었다. 신청인은 유죄판결을 받았고 징역 6년형이 선고되었다. 몇 개월 후 그는 로마에 있는 자신의 집에서 체포되었다. 그는 "추완항소"를 제기했으나 기각되었다. 유럽인권재판소는,

> "궐석재판의 가능성을 부정할 경우에는 증거의 소멸, 공소시효의 만료, 오심 등의 결과로 이어질 수 있다는 점에서 형사소송의 수행을 무력하게 할 수 있다는 이탈리아 당국의 주장에는 동의하였다. 그러나 유럽인권재판소는 이 사건의 경우, 신청인의 재판에 참여할 권리가 완벽하게 배제되었고, 추완항소가 거절되어 최종적으로 재판에 참여할 권리가 복구불가능하게 된 사정을 정당화할 만한 사정이 있다고 보지 않았다. 국내법이 *Colozza*와 같이 '형사범죄로 기소된' 사람의 결석에도 불구하고 재판을 열 수 있도록 허용할 경우, 기소된 피고인은 일단 그가 그 소송이 진행되었음을 알게 되었을 때에는 그 재판을 한 법원으로부터 그 기소된 범죄에 대하여 새로운 법적 판단

136) Communication No.699/1996, *A. Maleki v. Italy* (Views adopted on 15 July 1999), in UN doc. GAOR, A/54/40 (vil. Ⅱ), p.183, paras.9.2-9.3.

137) Ibid., pp.183-184, para.9.4.

138) *Eur. Court HR, Case of Colozza v. Italy, Judgement of 12 February 1985, Series A, No.89*, p.14, para.27.

을 받을 수 있어야만 한다."[139]

유럽인권재판소는 "국내 법원에서 이용 가능한 법적 자원은 실효적이어야 하고 *Colozza*와 같이 '형사범죄로 기소된' 사람은 그가 사법집행을 피하려고 하고 있지 않았다거나 또는 그의 결석이 *불가항력*으로 인한 것이라는 것을 입증할 책임을 부담하여서는 안 된다"고 덧붙였다.[140]

> *피고인은 그의 또는 그녀의 재판에 출석할 권리를 가진다. 궐석재판은 특별한 상황에서 용인될 수 있으나 그 경우에도 피고인의 방어권이 실효적으로 보장되어야 한다. 일단 고의로 사법집행을 피하려고 하지 않은 피고인이 그 소송절차에 대하여 알게 되면, 그 또는 그녀에게 기소된 범죄에 대하여 새로운 법적 판단을 받을 권리가 주어져야 한다.*

3.7 자기에게 불리한 진술 또는 자백을 강요받지 않을 권리

자기부죄금지의 원칙은 수사절차에서 특히 중요한데, 이에 관하여는 매뉴얼 제6장 6.5.에서 다루어졌다. 그러나 자기에게 불리한 진술을 강요받지 않을 권리는 사법절차 전반에 걸쳐 유효하게 보장되어야 한다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(g)는 "그에 대한 어떠한 형사상 죄를 결정함에 있어서" 모든 사람은 "자기에게 불리한 진술 또는 유죄의 자백을 강요당하지 아니할" 권리를 갖는다고 규정하고 있다. 미주인권협약 제8조(2)(g)에 따르면, 모든 사람은 "자신에게 불리한 증인이 되거나 자백하도록 강요받지 않을 권리"를 갖고, 위 협약 제8조(3)은 나아가 "피고인의 유죄의 자백은 그것이 어떠한 종류의 강압이 없이 이루어진 경우에만 유효하다"고 명시하고 있다. 아프리카헌장과 유럽인권협약은 유사한 조항을 포함하고 있지 않지만, 국제형사재판소 규정 제55조(1)(a)와 르완다 국제형사재판소와 구 유고슬라비아 국제형사재판소의 규칙 제20조(4)(g)와 제21조(4)(g)는 자기부죄금지 원칙을 담고 있다.

*****

위 규약 제14조에 관한 일반논평 제13호에서, 자유권규약위원회는 위 규약 제14조(3)(g)이 담고 있는 이러한 보호수단을 고려함에 있어서, 위 규약 제7조와 제10조(1)을 "명심해야만 한다"고 하였는데,141) 이 조항들은 각각 고문과 그 밖의 잔인한,

139) Ibid., p.15, para.29.

140) Ibid., para.30 at p.16.

141) *Unites Nations Compliation of General Comments*, p.125, para.14.

비인도적 또는 굴욕적인 처우를 불법화하고 "자유를 박탈당한 모든 사람들은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 처우되어야 한다."고 규정하고 있다. 자유권규약위원회에 의하여 강조된 것처럼, "피고인이 자백 또는 자신에게 불리한 진술을 하도록 강요하기 위하여, 자주 이러한 조항들을 침해하는 방법들이 사용된다. 그러나 법은 그러한 방법들 또는 어떤 다른 형태의 강요에 의하여 제공된 증거도 전적으로 받아들여지지 않을 것을 요구해야만 한다."[142] 더 나아가, "법관은 기소 단계에서 피고인의 권리침해가 있었는지 여부를 심사할 권한을 가져야 한다."[143] 이 점에서 검사의 역할에 관한 지침 중 지침 16 또한 검사는 불법적인 방법에 의하여 취득한 증거를 거절해야만 한다고 규정하였음을 다시 한 번 상기해 볼 필요가 있다.[144]

자유권규약위원회는 나아가 "누구도 자신에게 불리한 진술을 하거나 자백하도록 강요받아서는 아니 된다는 보장은, ***자백을 취득할 목적으로 수사 당국이 피고인에게 어떠한 직접적이거나 간접적인 신체적 · 정신적 압력도 가해서는 아니 된다는 관점***에서 이해되어야 한다"고 설시한 바 있다.[145] 그리하여 자유권규약위원회는, 피고인이 자신의 죄를 인정하는 진술서에 서명하도록 강요받거나,[146] 고문 · 협박 등을 통해 자백을 하도록 강요하려는 시도가 있었던 사건들에서 위 규약 제14조(3)(g)의 위반을 인정하였다.[147]

그러나 신청인 또는 그의 사선변호인이, 협박을 받아 죄를 인정하였다는 점과 관련하여 다양한 문제 제기를 하였음에도 담당 법관의 관심을 끌지 못한 경우에, 자유권규약위원회는 그렇게 하지 못한 데 따른 불이익한 결과에 대하여 당사국에게 규약 제14조(1)에 따른 책임을 물을 수 없다고 판단한 바 있다.[148]

---

142) Ibid. loc. cit.

143) Ibid., para.15.

144) 매뉴얼 제6장 6.2.에 상세하게 인용된 지침 16을 참조할 것

145) Communication No. 330/1988, *A. Berry v. Jamaica* (Views adopted on 7 April 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. II), p. 28, para. 11.7. 강조는 추가됨.

146) Communication No. R.12/52, *S. R. López Burgos v. Uruguay* (Views adopted on 29 July 1981), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 183, para. 13; and Communication No. R.18/73, *M. A. Teti Izquierdo v. Uruguay* (Views adopted on 1 April 1982), in UN doc. *GAOR*, p. 186, para. 9.

147) Communication No. 74/1980, *M. A. Estrella v. Uruguay* (Views adopted on 29 March 1983), in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 159, para. 10; and Communication No. 328/1988, *R. Z. Blanco v. Nicaragua* (Views adopted on 20 July 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. II), p. 18, para. 10.4.

148) Communication No. 330/1988, *A. Berry v. Jamaica* (Views adopted on 7 April 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. II), p. 27, para. 11.3.

*****

미주인권협약 제8조(3)과 관련하여, 미주인권재판소는 *Castillo Petrzzi et al*. 사건에서 이 조항의 위반을 인정할 증거가 없다고 보았다. 비록 피고인이 특별군사조사법원 법관 앞에서 예비 증언 중에 "진실을 말하도록 강력한 권고를 받았음"은 분명하였지만, 기록을 모두 살펴보아도 "진실을 말하지 않으면 처벌되거나 다른 종류의 불리한 법적 결정을 받을 것이라고 위협받은 점을" 인정할 근거가 없었다. 또한, "피고인이 선서 하에 증언을 하도록 요구받았거나, 진실을 말할 것을 맹세하도록 요구받았다면 진술거부권을 침해한 것이 되었을 텐데," 그러한 사실을 인정할 근거가 없었다.[149]

3.7.1 불법적 수단 · 처우를 통해 취득한 증거의 사용 금지

앞선 제6장에서 검사의 역할에 관한 지침 중 지침 16에 대하여 설명한 바 있다. 이에 따르면 검사는 "피의자의 인권에 대한 중대한 침해에 해당하는 불법적 수단에 의존하여 얻은 것을 알고 있거나, 합리적인 근거에 따라 그러한 것으로 믿고 있는" 증거의 사용을 거부해야 한다. 특히 위와 같은 불법적 수단이 고문이나 다른 인권 침해를 포함하는 경우에는 더욱 그러하다.

이 문제와 관련된 다른 국제조약 조항으로는, 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 제15조와 고문의 방지와 처벌에 관한 미주인권협약 제10조를 들 수 있다. 전자는 "각 당사국은 고문에 따라 행해진 것으로 밝혀진 진술은 소송에서 증거로 적용될 수 없도록 보장해야 한다. 다만 고문 혐의로 기소된 사람에 대하여 그러한 진술이 행하여졌다는 증거로 사용되는 경우는 예외이다"라고 규정한다. 후자 또한, 고문을 통해 취득한 증거는 "법적 절차에서 증거능력이 없다"라고 선언하였고, 역시 유사한 단서 조항을 두고 있다.

국제형사재판소 규정 제69조(7)은 덜 단정적인 용어로 "이 규정, 또는 국제적으로 인정되는 인권을 침해하여 취득한 증거는, 만일 (a) 그 위반이 당해 증거의 신빙성에 대한 상당한 의심을 불러일으키거나, 또는 (b) 당해 증거의 증거능력을 인정하는 것이 그 절차의 완전성(integrity)과 상반되고 이를 중대하게 훼손할 경우 증거능력이 없다"라고 규정하고 있다.

---

149) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, judgment of May 30, 1999, Series C, No. 52*, p. 210, paras. 167-168.

국제형사재판소가 위 조항을 어떻게 해석할지 아직은 알 수 없다. 하지만 위 조항은, 만일 당해 증거의 신빙성에 대하여 어떠한 의심도 들지 않고, 당해 증거의 증거능력을 인정하는 것이 절차의 완전성에 "상반되지"만 않는다면, 국제형사재판소가 불법적 수단으로 취득한 증거를 고려할 가능성을 인정하는 것처럼 해석될 여지가 있다. 그러나 다른 조약상의 명확한 조문들, 그 중 고문방지협약 제15조를 고려하면, 고문을 통해 취득한 증거는 신빙성이 없는 증거의 전형적인 예가 되고, 이러한 증거를 사용하는 것은 절차의 완전성에 상반된 것으로 추정될 것이다.

마지막으로, 이러한 맥락 하에서 자유권규약위원회가 "[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약] 제7조의 위반을 막기 위해서는, ***법률이 사법절차에서 고문이나 다른 금지된 처우에 의해 얻은 진술 또는 자백의 증거능력을 인정하지 않는 것이 중요하다.***"라고 밝혔음을 주목할 필요가 있다.[150]

> *자신에게 불리한 진술을 하도록 강요받지 않을 피고인의 권리는 재판의 모든 절차 내에서 유효하다. 이는 수사당국이 자백을 얻을 목적으로 피고인에게 직접적이든 간접적이든 신체적 · 정신적 압력을 가하여서는 아니 된다는 것을 의미한다. 그러한 부당한 압력을 받아 자백을 한 피고인은, 이러한 부당한 압력이 공소사실에 대한 판단을 함에 있어서 고려되지 않을 위험을 피하기 위해서, 당해 재판부를 포함하여 소관 당국에 이 점에 관한 문제제기를 하여야 한다.*
>
> *법관과 검사는 자백과 관련된 불법적 압력에 대한 어떠한 징후에도 주의를 기울여야 하고, 그러한 자백을 피고인에게 불리한 증거로 사용하여서는 아니 된다.*
>
> *고문을 통해 취득한 증거 및 자백의 사용은 불법이고, 국내법에 의하여 이러한 사용은 명백히 금지되어야 한다.*

[**추록**: 자유권규약위원회는, 위 규약 제14조(3)(g)을 살펴보면 신청인에게 자신의 자백이 부당한 압력에 의한 것임을 입증할 책임이 있는 것이 아니라, 오히려 검사가 그 자백이 부당한 압력 없이 이루어진 것임을 입증할 책임을 진다고 해석된다고 설명한다. (*Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No.40* (A/59/40), vol.Ⅱ, annex Ⅸ, sect. AA, communication No.1033/2001. Nallaratnam v. Srilanka, para.7.4.)]

150) *General Comment No. 20, in United Nations Compilation of General Comments*, p. 141, para. 12. 강조는 추가됨.

3.8 증인을 소환하고, 신문하며, 신문받도록 할 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(e)는, 모든 사람은 자신에 대한 형사상의 혐의를 결정함에 있어 "자신에게 불리한 증인을 신문하거나 또는 신문받도록 할 것과 자신에게 불리한 증인과 동일한 조건으로 자신을 위한 증인을 출석시키도록 하고, 또한 증언하도록 할" 권리가 있다고 규정한다. 유럽인권협약 제6조(3)(d)는 동일한 문구로 이루어진 조항을 포함하고 있다. 반면 미주인권협약 제8조(2)(f)은 "법원에 출석한 증인을 신문하고, 사실관계를 밝힐 수 있는 감정인이나 기타 다른 사람을 증인으로 출석시킬 방어권"을 가진다고 규정한다. 르완다 국제형사재판소 규정 제20조(4)(e)와 구 유고슬로비아 국제형사재판소 규정 제21조(4)(e)는 모두 이 점에 관하여 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 유사한 규정을 두고 있다.

*****

자유권규약위원회에 따르면, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(e)는 "피고인이나 변호인이 신청한 증인들의 출석을 확보할 무제한적인 권리를 인정하는 것은 아니"라고 한다. 그리고 (피고인 및 변호인의) 증인신청을 거부한 법원의 결정이 무기대등원칙을 침해한 것으로 볼 수 없는 경우, 예컨대, 그 증인이 심리 중인 사건과 관계없는 경우 등이라는 증거가 있을 때에는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(e) 위반으로 볼 수 없다고 한다.[151]

변호인이 증인을 소환하지 못한 것에 대하여 당사국이 책임이 있다고 볼 수 있는지 여부에 관하여, 자유권규약위원회는 ***"그 변호인의 행위가 사법상 이익과 양립되지 않음이 법관에게 명백하였거나 또는 명백하였어야 하는 경우가 아니라면,*** [그 변호사]가 범한 것으로 주장된 잘못에 대하여 당사국이 책임을 진다고 볼 수 없다."라고 밝힌 바 있다.[152]

"세 명의 잠재적인 알리바이 증인들이 피고인을 위해 증언할 수 있도록 변호인이 아무런 노력도 하지 않았다는 점을 다투지 않은" 사건에서, 자유권규약위원회는 "우리 위원회에 제출된 자료 및 재판기록을 살펴보아도, 증인신청을 하지 않기로 한 변호인의 결정이 그의 전문적인 판단에 따른 것이 아님이 명백하지 않다"고 밝힌 바

151) Communication No. 237/1987, *D. Gordon v. Jamaica* (Views adopted on 5 November 1992), in doc. *GAOR*, A/48/40 (vol. II), p. 10, para. 6.3.

152) Communication No. 610/1995, *Henry v. Jamaica* (Views adopted on 20 October 1998), in UN doc. *GAOR*, A/54/40 (vol. II), p. 50, para. 7.4. 강조는 추가됨.

있다. 사정이 이러하다면, 피고인을 위해 증인을 신문하지 못한 책임을 당사국에 물을 수 없고, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(e) 위반을 인정할 수 없다.[153]

일반적으로, (1) 피고인 또는 변호인이 담당 법관에게 변호 준비를 위한 시간 또는 시설이 충분하지 않았다고 이의제기하였음을 알 수 있는 근거가 없는 경우, 그리고 (2) "증인신청을 하지 않기로 한 변호인의 결정이 그의 전문적인 판단에 따른 것이 아니라거나, 증인의 소환 요청이 있었음에도 법관이 그것을 불허하였다"라는 증거가 없는 경우, 자유권규약위원회는 제14조(3)(b) 또는 (e)의 위반을 쉽게 인정하지 않는다.[154]

Reid 사건

Reid 사건에서 당사국은 "법원이 변호인에게 증인신문을 준비하기 위한 최소한의 시간을 주지 않았다는 피고인의 주장을 부인하지 않았고," 그리하여 자유권규약위원회도 제14조(3)(e)의 위반을 인정하였다. 피고인은, 재판이 개시된 날이 되어서야 비로소 변호인을 선임 받았고, 변호인이 자신과 사건에 관하여 논의할 수 있도록 담당 법관이 재판을 연기하여 주지 않았다고 주장하였다. 피고인의 주장에 의하면, 그 변호인은 "전혀 준비가 되어 있지 않았고," "증인들에게 무슨 질문을 해야 할지 모르겠다."라고 피고인에게 말하였다고 한다.[155]

또한, 국내 법원이 당해 사건에 관하여 매우 중요한 의미를 갖는 전문가 증인에 대한 증인신청을 불허한 사건에서 규약 제14조(3)(e) 및 제14조(5) 위반이 인정된 사례가 있다.[156]

*****

유럽인권재판소의 판례를 들면서, 미주인권재판소는 "피고인은 특권 중 하나로

153) Communication No. 615/1995, *B. Young v. Jamaica* (Views adopted on 4 November 1997), in UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. II), pp. 74–75, para. 5.5.

154) Communication No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Views adopted on 25 March 1993), in UN doc. *GAOR*, A/48/40 (vol. II), pp. 88–89, para. 8.1.

155) Communication No. 250/1987, *C. Reid v. Jamaica* (Views adopted on 20 July 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40 (vol. II), p. 91, para. 11.3. p. 87, para. 4.와 연결하여 읽을 것

156) Communication No. 480/1991, *J. L. García Fuenzalida v. Ecuador* (Views adopted on 12 July 1996), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), p. 55, para. 9.5.

서, 그에게 불리한 증인을 신문하거나 신문받도록 하고, 그에게 불리한 증인의 경우와 동일한 조건 하에 그에게 유리한 증인의 출석과 신문을 확보할 기회를 가진다"고 판시한 바 있다.[157] 그리하여 *Castillo Petruzzi et al*. 사건에서는 관련된 법적 절차에 적용된 법이 "피해자라고 주장하는 사람들에 대하여 공소제기된 범죄혐의의 근거가 된 진술을 한 증인들에 대한 반대신문을 허용하지 않았기 때문에" 미주인권협약 제8조(2)(f) 위반이 인정되었다. "군과 경찰에 대한 반대신문을 불허하여 생겨나는 문제는 피의자들이 경찰에 진술을 하기 전까지 변호인의 조언을 얻도록 허용되지 않았다는 사실 및 변호인이 경찰의 수사기록에 편집되고 공표된 증거를 반박할 수단이 없는 상황으로 인하여 더 악화되었다."[158]

*****

유럽인권협약 제6조(3)(d)와 관련하여, 유럽인권재판소는 *Delta* 사건에서 다음과 같이 판시하였다.

> "원칙적으로, 증거는 대심적 변론(adversarial argument)을 위하여 공개 심리에서 피고인의 면전에 나와야만 한다. 그러나 이는 증거로 쓰이기 위하여 증인들의 진술이 언제나 법정에서 진행되는 공개 변론을 통해 이루어져야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 방어권이 보장된다면, 수사단계에서 취득한 진술을 증거로 사용하는 것이 그 자체만으로 협약 제6조(1), (3)(d)에 배치되는 것은 아니다. 일반적으로, 이러한 권리를 보장하기 위해서는 증인이 증언을 할 때 또는 절차의 나중 단계에서 피고인이 자신에게 불리한 증인을 탄핵하고 신문할 적절하고 제대로 된 기회를 부여받아야 한다."[159]

이에 따라, 피고인 또는 변호인이 신빙성을 다툴 기회를 부여받지 못한 경찰 수사 단계에서의 증인(참고인) 진술에 근거하여 피고인이 유죄판결을 받은 *Delta* 사건에서, 유럽인권재판소는 협약 제6조(1), (3)(d)에 규정된 공정한 재판을 받을 권리가 침해되었다고 판단하였다.[160]

---

157) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, judgment of May 30, 1999, Series C, No. 52*, p. 205, para. 154. 유럽의 사례에 관하여는 *Eur. Court HR, case of Barberá, Messegué and Jabardo, judgment of 6 December 1998, Series A, No. 146* 및 *Eur. Court HR, Bönisch case, judgment of 6 May 1985, Series 92*. 참조.

158) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, judgment of May 30, 1999, Series C, No. 52*, p. 205, paras. 153 and 156.

159) *Eur. Court HR, Delta Case v. France, judgment of 19 December 1990, Series A, No. 191-A*, p. 16, para. 36.

160) Ibid., para. 37.

Unterpertinger 사건

Unterpertinger 사건에서, 신청인은 별개의 두 사건에서 의붓딸과 전처에게 상해를 입혔다는 이유로 유죄판결을 받았다. 두 피해자는 자신들의 진술이 공판 중에 낭독되었음에도 불구하고 법정에서 진술하기를 거부하였다. 유럽인권재판소은, 비록 그들의 진술을 낭독하는 것이 협약 제6조(1)과 (3)(d)에 상충되는 것은 아니지만, "그럼에도 불구하고 이를 증거로 사용하는 것은 협약 제6조가 보호하고자 하는 대상이자 목적이라 할 수 있는 피고인의 방어권과 부합하여야 한다."고 하였다. 이것은 신청인이 "그 이전의 어느 단계에서도 변론에서 낭독된 진술을 한 사람들을 신문할 기회를 갖지 못하였기" 때문에 특히 그러하다.[161] 신청인은 그의 전처와 의붓딸로 하여금 신문받게 하거나, 또는 그 진술의 신빙성을 탄핵하기 위하여 그들에 대해 반대신문할 기회를 받지 못하였고, 항소심 법원이 위 진술을 "전처와 의붓딸이 제기한 고소가 사실임을 인정할 증거로" 취급하였기 때문에, 신청인은 공정한 재판을 받지 못하였고 협약 제6조(1),(3)(d) 위반이 인정되었다.[162]

그러나 증인의 진술 낭독이 국내 법원이 유죄판결의 근거로 삼은 유일한 증거가 아닐 경우, 유럽인권재판소는 신청인이 협약 제6조(1), (3)(d)가 규정한 취지에 반하여 공정한 재판을 받을 권리를 박탈당하였다고 볼 수는 없다고 판단하였다.[163]

유럽인권재판소의 법리에 따르면, 협약 제6조(3)(d)에 규정된 "증인(witness)"이라는 용어는 "자율적으로 해석이 가능하고," 따라서 예를 들면, 위 용어는 법정에 출석하여 "직접 증언"을 하지 않은 사람이 경찰관에게 한 진술도 포함할 수 있다고 해석하고 있는바, 주목할 만하다.[164]

161) *Eur. Court HR, Case of Unterpertinger v. Austria, judgment of 24 November 1986, Series A, No. 110*, pp. 14–15, para. 31.

162) Ibid., p. 15, paras. 32–33.

163) *Eur. Court HR, Asch Case v. Austria, judgment of 26 April 1991, Series A, No. 203*, p. 11, paras. 30–31.

164) *Eur. Court HR, Windisch Case v. Austria, judgment of 27 September 1990, Series A, No. 186*, pp. 9–10, para. 23.

피고인은 검찰과 같은 조건 하에 자신에게 불리한 증인을 소환하고 신문하며 신문받도록 할 권리가 있다. 이에 따라 국내 법원은 공정한 재판을 보장하기 위하여 증인에 대하여 양 당사자에 의한 대등한 신문기회를 부여해야 한다.

증인을 소환할 권리가 있다고 하여 증인들을 무제한으로 소환할 수 있다는 의미는 아니다. 증인들은 당해 사건과 관련이 있어야 한다.

국내 법원은 피고인과 변호인에게 증인신문을 준비할 적절한 시간을 부여해야 한다.

국내 법원의 법관은 변호인이 피고인을 위하여 직무를 수행하는 데에 명백한 흠이 있지는 않은지 주의를 기울여야 하고, 무기대등을 포함하여 공정한 재판을 받을 권리를 보장하기 위하여 필요한 경우 직접 관여해야 한다.

[**추록**: 유럽인권재판소는 *S.N. v. Sweden* 사건에서 성폭력 범죄에 관한 형사재판 절차의 특수한 면을 고려하였다. 유럽인권재판소는, "성폭력 범죄에 관한 형사재판은 종종 피해자들에게는 힘든 경험이 되는데, 특히 피해자가 원치 않게 피고인과 마주하게 될 경우 더욱 그러하다"고 판시하였다. 피고인이 공정한 재판을 받았는지 여부에 관하여, "유럽인권재판소는, 성폭력 범죄에 관한 형사재판절차에 있어서는 피해자를 보호하기 위한 방안이 절차에 편입될 수 있고, 그러한 보호 방안은 피고인의 적정하고 실효적인 방어권행사와 조화될 수 있다는 점을 수긍하였다."(European Court of Human Rights, S.N. v. Sweden, No.34209/96. Judgement of 2 July 2002, para.47.)]

3.8.1 익명의 증인

익명의 증인 문제는 이 매뉴얼에서 언급한 인권조약들에는 규정되어 있지 않다. 하지만 르완다 국제형사재판소 및 구 유고슬로비아 국제형사재판소의 절차 및 증거에 관한 규칙 제69조에서는 "피해자와 증인의 보호"를 다루고 있다. 두 재판소 중 르완다 국제형사재판소에 적용되는 규칙 제69조는 다음과 같이 규정하고 있다.

"(A) 예외적인 상황에서는, 당사자 중 일방이 재판부에 재판부가 차후에 다른 결정을 할 때까지 위험에 처할 수 있는 피해자 및 증인의 신원 비공개를 명하도록 신청할 수 있다.

(B) 피해자 및 증인의 보호조치를 결정함에 있어서, 재판부는 피해자 및 증인 지원부서(Victims and Witnesses Support Unit)에 자문을 구할 수 있다.

(C) 규칙 제75조에 따라, 검사와 피고인의 재판준비를 위한 적절한 시간을 부여하기 위하여 공판 개시일보다 충분한 시간 전에 피해자 및 증인의 신원을 공개해야 한다."

구 유고슬라비아 국제형사재판소에 적용되는 규칙 제69조는 약간 다르게 규정하고 있다.

> "(A) 예외적인 상황에서, 검사는 위험에 처할 수 있는 피해자 및 증인을 재판소가 보호하게 될 때까지 피해자 및 증인의 신원 비공개를 명하도록 재판부에 요청할 수 있다.
> (B) 피해자 및 증인의 보호조치를 결정함에 있어서, 재판부는 피해자 및 증인 부서에 자문을 구할 수 있다.
> (C) 규칙 제75조에 따라, 피고인의 재판준비를 위한 적절한 시간을 부여하기 위하여 공판 개시일보다 충분한 시간 전에 피해자 및 증인의 신원을 공개해야 한다."

위 규칙 제75조(A)는 "피해자 및 증인을 보호하기 위한 조치들"에 관한 조항이다. 이에 의하면 법관이나 재판부가 ***"그 조치들이 피고인의 권리와 양립가능하다는 전제하에***, 직권으로 또는 일방 당사자나 피해자 및 증인, 피해자 및 증인 부서의 신청에 따라, 피해자 및 증인의 프라이버시 및 보호를 위하여 적절한 조치를 명할 수 있다(강조는 추가됨). 르완다 국제형사재판소 규칙 제75조(A)도 거의 동일한 내용이나, 대신에 "피해자 및 증인의 ***프라이버시 및 안전***"이라고 규정하고 있다. 규칙 제75조 (B)는 피해자 및 증인의 프라이버시 및 보호/안전을 보장하기 위하여 법원이 비공개로 채택할 수 있는 조치들을 규정하고 있다. 그러한 조치들은 다음과 같다.

◈ 재판부/재판소의 기록에서 이름 및 신원 정보를 삭제하는 조치
◈ 피해자의 신원이 드러난 모든 기록을 대중에게 공개하지 않는 조치
◈ 영상이나 음성을 변조하는 장치, 또는 폐쇄회로 텔레비전(CCTV)을 통해 증언하도록 하는 조치
◈ 가명을 부여하는 조치
◈ 재판기일을 비공개로 진행하는 조치
◈ 일방 폐쇄회로 텔레비전을 활용하는 등의 방법을 통해, 심리적으로 위축된 피해자 및 증인의 증언을 용이하게 하는 적절한 수단을 이용하는 조치

위 두 재판소의 절차 규칙에서 알 수 있는 바와 같이, 기본이 되는 원칙은, 피해자 및 증인을 보호하기 위한 수단이 "피고인의 권리와 양립 가능하여야 한다"는 것이고, 이를 위하여 피해자 및 증인의 익명성이 영구적이지 않아야 한다는 것이다. 왜냐하면 피고인의 재판 준비를 위한 적당한 시간을 부여하기 위하여 재판 시작일로부터 충분한 시간 전에 피해자 및 증인의 신원이 피고인에게 공개되어야 하기 때문이다. 위

두 재판소가 받아들인 위와 같은 접근방식은, 피고인의 방어권 및 피해자와 증인의 안전을 동시에 보호하여야 하는 어려운 과제에 관하여 흥미로운 해결책을 제시하고 있다.

*****

유럽인권재판소의 *Kostovski* 사건에서는 익명의 증인 문제가 전면에서 다루어졌는바, 유럽인권협약 제6조(1), (3)(d) 위반 여부가 검토되었다. 위 사건에서는 두 명의 익명의 증인들이 경찰에서 증언하였고, 그 중 한명은 조사를 담당하는 치안판사(magistrate) 앞에서도 증언하였는데, 위 증인들은 신청인에 대한 공판절차에서는 증언을 하지 않았다. 위 두 증인들은 "공판정에서 증언하지 않았을 뿐만 아니라, 증인들의 (수사기관) 진술은 Kostovski와 변호인이 없는 상태에서 이루어졌다."[165] 그리하여 "Kostovski나 그 대리인이 위 증인들에 대해 어떤 절차에서도 신문할 기회를 갖지 못하였다." 변호인은 그 중에서도 "조사를 담당하는 치안판사를 통하여 간접적으로만" 서면에 의한 신문사항을 제출할 수 있었는데, "진술자의 익명성이 유지되어야 한다는 결정으로 인하여 변호인이 제출할 수 있었던 신문사항의 성격 및 범위가 상당히 제한되었다."[166] 이러한 점들 때문에 신청인이 직면한 어려움은 심화되었다. 왜냐하면, "신문하려 하는 증인의 신원을 변호인이 알지 못하면, 증인이 편견에 사로잡혀 있다거나, 피고인에게 적대적이라거나, 또는 믿을 만한 사람이 아니라는 사실을 보이기 위해 필요한 상세한 질문을 할 기회를 박탈당하게 될 수도 있기 때문이다."[167]

또 하나 생각할 점은 "익명의 증인들이 출석하지 않음으로써, 법원이 신문을 통하여 그들의 태도를 관찰하고 그들의 진술의 신빙성을 판단할 수 있는 기회를 가질 수 없게 되었다"는 점이다.[168] 다수의 범죄경력이 있던 신청인은 은행강도 혐의로 유죄판결을 선고받았다. 당시 정부는 네덜란드에서 점차 빈번해지는 증인에 대한 협박을 고려할 때 사회 전체와 피고인, 증인들의 이해관계 사이에 균형을 유지할 필요가 있음을 원용하면서, 이를 위해 익명의 증인을 이용할 필요가 있다고 주장하였다. 이 사건에서는, 신청인에 대한 유죄판결의 근거가 된 진술을 한 자가 "보복에 대한 두려움을 가질 법하였다."[169]

---

165) *Eur. Court HR, Kostovski Case v. the Netherlands, judgment of 20 November 1989, Series A, No. 166*, p. 20, para. 42.

166) Ibid., loc. cit.

167) Ibid

168) Ibid., para. 43.

169) Ibid., p. 21, para. 44.

유럽인권재판소는 정부의 논리가 "설득력이 없는 것은 아니라고" 보기는 하였으나, 이러한 논리는 "결정적인" 것은 아니라고 보아, 아래와 같이 판시하였다. 이는 전부 인용할 가치가 있으므로 생략 없이 인용한다.

> "조직화된 범죄의 증가에 대응하여 적절한 조치가 필요한 것은 의문의 여지가 없다. 하지만 정부의 의견은 신청인의 변호인이 '문명화된 사회에서의 통제가능하고 공정한 사법절차에서 모든 사람이 갖는 이해관계'로 묘사한 신청인의 권리를 충분히 중요하게 고려하지 않은 것으로 보인다. 공정한 사법의 운영에 대한 권리는 민주사회에서 너무나 중요한 가치이기 때문에 … 편의를 위해 이를 희생할 수 없다. 유럽인권협약은 수사단계에서 익명의 정보원을 이용하는 것을 금지하지는 아니한다. 그러나 이 사건에서 익명 증인의 진술을 유죄판결의 근거가 될 수 있는 충분한 증거로 사용하는 것은 다른 문제이다. 이는 피고인의 방어권을 제약하는 것인데, 이러한 제약은 협약 제6조에 언급된 피고인의 권리 보장과 양립할 수 없다. 정부 스스로도 신청인의 유죄판결은 익명의 진술에 '결정적으로' 근거하였음을 인정하였다."[170]

유럽인권재판소는 이 사건에서 협약 제6조(1)을 포함하여 제6조(3)(d) 위반을 인정하였다.

공판절차에서 피해자 및 증인의 익명 진술은 위법하나, 예외적인 경우에 한하여 수사절차에서 이용될 수 있다. 익명의 피해자 및 증인의 신원은 공정한 재판을 보장하기 위하여 공판절차의 개시로부터 충분한 시간 전에 공개되어야 한다.

3.9 무료로 통역인의 조력을 받을 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(f) 및 유럽인권협약 제6조(3)(e)에 의하면, 누구든 "법정에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말할 수 없는 경우 무료로 통역인의 조력을 받을 권리"를 가진다. 미주인권협약 제8조(8)(a)는 "재판소나 법원에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말할 수 없는 경우, 피고인이 무료로 통역인이나 번역인의 조력을 받을 권리"를 보장한다. 르완다 형사재판소와 구 유고슬로비아 국제형사재판소의 규정 제20조(4)(f) 및 제21조(4)(f) 또한 피고인이 재판소에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말하지 못하는 경우 "무료로 통역자의 조력을 받을" 권리를 보장한다.

170) Ibid., p. 21, para. 44.

*****

자유권규약위원회에 따르면, 무료 통역인의 조력은 "피고인이 법정에서 사용되는 언어를 모르거나, 알더라도 이해에 어려움이 있는 경우, 그의 방어권에 중대한 장애가 될 만한 사건에서 기본적으로 중요한" 권리이고, "재판절차의 결과에 관계없이 보장되어야 하며, 자국민뿐만 아니라 외국인에게도 적용되는" 권리이다.[171] 그러나 통역인의 제공은 "피고인이나 피고인 측 증인이 법정에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나, 의사표시를 함에 어려움을 겪는 경우"에만 이루어져야 한다.[172] 당사국이 하나의 언어만을 법원의 공식 언어로 정한다고 하여 규약 제14조 위반이 되지는 않는다. 시민이 법원의 공식 언어로 적절하게 의사표시를 할 수 있는 경우라면, 공정한 재판의 요청이, 어떤 시민의 모국어가 법원의 공식 언어와 다르다고 하여 반드시 통역인을 제공해야 함을 의미하지는 않는다.[173]

또한, 자유권규약위원회에 따르면, 모국어가 브르타뉴(Breton)어이지만 프랑스어도 할 줄 아는 프랑스인이 프랑스에서 재판을 받을 당시 프랑스어 통역인을 제공받지 못하였다고 하여 규약 제14조의 공정한 재판을 받을 권리나 제14조(3)(f)에 위배된 것은 아니다. 위 사건에서 신청인은 "신청인 또는 신청인 측 증인이 간결하면서 적절한 프랑스어로 법정에서 진술할 수 없다는 점을 보인 바 없다."[174] 자유권규약위원회는, 규약 제14조(3)(f)와 함께 제14조(1)에 규정된 공정한 재판을 받을 권리는 "피고인이 그가 평소에 사용하거나 가장 쉽게 말할 수 있는 언어로 의사표현을 할 기회를 제공받을 권리를 의미하는 것은 아니"라고 한다. 반대로, 이 사건에서처럼 "법원이 보기에 피고인이 법원의 공식 언어에 능숙하다는 점이 확실하면, 피고인으로 하여금 공식 언어가 아닌 다른 언어로 의사표시를 하기를 원하는지 여부를 굳이 확인할 필요가 없다."[175]

*****

유럽인권재판소는 유럽인권협약 제6조(3)(e)와 관련하여 "무료(free)"라는 용어

171) General Comment No. 13 (Article 14), in *United Nations Compilation of General Comments*, p. 125, para. 13.

172) Communication No. 219/1986, *D. Guesdon v. France* (Views adopted on 25 July 1990), in UN doc. *GAOR*, A/45/40 (vol. II), p. 67, para. 10.2.

173) Ibid., loc. cit.

174) Ibid., para. 10.3.

175) Ibid., loc. cit.

는 "완전한 면제"를 의미한다고 한다.[176] 유럽인권재판소가 보기에 "만일 국내 법원이 이를 유죄판결을 받은 피고인에게 비용을 부담하게 하는 것을 막지 않는 등 비용 지급의 잠정적 면제를 의미하는 것으로 축소하여 해석한다면, 이러한 해석은 위 용어의 일상적인 의미에 어긋날 뿐 아니라 협약 제6조, 특히 제6조(3)(e)의 대상과 목적에 어긋나는 것이 될 것이다. 왜냐하면 이 경우 협약 제6조가 지키고자 하는 공정한 재판을 받을 권리 자체에 악영향을 주게 될 것이기 때문이다."[177] 협약 제6조(1)에서 보장하는 공정한 재판을 받을 권리의 맥락 하에서 제6조(3)(e)를 해석하면,

> "법원의 공식 언어를 이해하거나 말하지 못하는 피고인은, 공정한 재판을 받기 위해 그가 이해할 필요가 있는 서류나 진술에 관하여 그에 대하여 개시된 재판절차에서 무료로 번역 및 통역의 제공을 받을 권리를 가진다."는 의미로 해석할 수 있다.[178]

이에 따라 유럽인권재판소는, 독일 법원이 신청인에게 통역비용 부담을 명한 사안에서 협약 제6조(3)(e) 위반을 인정하였다.[179]

자신에 대한 형사절차에서 당국이 사용하는 언어를 말하거나 이해하지 못하는 피고인은, 위 절차 내에서 무료로 통역 및 모든 문서에 대한 번역을 제공받을 권리를 가진다. 이러한 권리는 재판의 최종 결론과는 무관하다.

[**추록**: 자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(f)은 오직 법원의 재판 과정에서의 통역을 받을 권리만을 규정하고 있다고 결론 내렸다.(Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No.40 (A/59/40), vol.Ⅱ, annex Ⅸ, sect. AA, communication No.1033/2001. Nallaratnam v. Srilanka, para.7.2.)]

3.10. 이유가 담긴 판결(a reasoned judgement)을 받을 권리

앞서 살펴본 주요 네 가지 인권조약에 명시적으로 포함되어 있지는 않지만, 공

176) *Eur. Court HR, Case of Luedicke, Belkacem and Koç, judgment of 28 November 1978, Series A, No. 29*, para. 40 at p. 17.

177) Ibid., para. 42 at p. 18.

178) Ibid., p. 20, para. 48.

179) Ibid., pp. 20–21, paras. 49–50.

개 재판을 받을 권리와 함께, 이유가 담긴 판결을 받을 권리 역시 "공정한 재판"에 관한 조항들에 내재된 권리라고 할 수 있다. 르완다 국제형사재판소와 구 유고슬로비아 국제형사재판소의 규정 제22조(2) 및 제23조(2)는, 재판소의 판단은 "판단의 이유가 서면으로 포함되어야 하고, 별개의견이나 반대의견이 첨부될 수 있다."고 규정하고 있다. 국제형사재판소 규정 제74조(5)에 따르면, 재판부의 결정은 "문서로 작성되어야 하고, 재판부의 증거 판단 및 결론에 관하여 누락 되는 부분 없이 그 이유를 기재하여야 한다."

*****

자유권규약위원회는 법원이 판단 이유를 제대로 제시하지 못하였는지 여부가 다투어진 많은 사건을 조사하였다. 위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(c), (5)를 근거로[위 조항들은 함께 읽어야 하는바, 결국 "유죄판결 및 선고형(the conviction and sentence. 이하에서는 '유죄판결'이라고만 한다)에 대한 다시 재판받을 권리는 지체 없이 행사할 수 있도록 보장되어야 한다."] 이를 조사했다. 규약 제14조(5)에 관한 자유권규약위원회의 입장은 아래와 같다.

> "유죄판결을 받은 사람은, ***판결 이유가 적절하게 담긴 판결문을, 합리적인 기간 내에*** 받아볼 수 있어야 한다. 판결에 불복하여 상소하는 경우, 그렇게 하여야만 피고인이 상급 법원으로부터 법에 따라 위 유죄판결에 대해 다시 재판받을 권리를 실질적으로 행사할 수 있다."[180]

예를 들면, 사형이 선고되었던 *Francis* 사건에서, 항소심 법원은 피고인의 항소를 기각한 뒤 9년이 지나도록 판결문을 작성하지 않았다. 위 지연은 분명히 비합리적이고, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(c), (5)를 위반한 것이다.[181] 판결문 작성이 지연된 많은 사례들을 통해, 자메이카의 미결수용자들이 추밀원(Privy Council)에 상고할 권리를 제대로 행사하지 못하였을 것이라는 사실을 짐작할 수 있다.

*****

"사법의 적정한 운용과 관련된 원칙을 반영하는" 유럽인권재판소의 확립된 판례법에 의하면, "법원과 재판소의 판결은 근거가 된 판단의 이유를 적절하게 밝혀야" 한다. 그러나 위 의무의 적용범위는 그 판결의 성질에 따라 달라질 수 있다. 이는 각

180) Communication No. 320/1988, *V. Francis v. Jamaica* (Views adopted on 24 March 1993), in UN doc. *GAOR*, A/48/40 (vol. II), p. 66, para. 12.2. 강조는 추가됨.

181) Ibid., loc. cit. See also e.g. Communication No. 282/1988, *L. Smith v. Jamaica* (Views adopted on 31 March 1993), ibid., p. 35, para. 10.5.

사안의 여러 요소를 고려하여야 한다.[182] 유럽인권협약 제6조(1)은 "법원은 판결의 이유를 밝힐 의무를 부과"하고 있기는 하지만, "당사자의 모든 주장에 대하여 자세한 판단 이유를 밝혀야 한다는 의미로 이해할 수는" 없다.[183]

결과적으로, 법원은 "항소를 기각하면서 하급심 판결이 밝힌 이유를 단순히 승인할 수도" 있다.[184] *Garcia Ruiz* 사건에서, 신청인은 마드리드 지방법원(Madrid *Audiencia Provincial*)이 그가 제기한 주장에 대하여 어떠한 판단도 하지 않았다고 주장하면서 진정을 제기했다. 그러나 유럽인권재판소는 "신청인은 대심적 재판절차의 당사자로서의 지위를 누렸고," 위 재판절차의 여러 단계에서 "사건과 관련성이 있다고 스스로 생각한 주장을 제기할 수 있었다"고 설시하면서, 이와 같이 "그의 청구를 받아들이지 않은 위 제1심 판결은 사실상의 이유와 법률적인 이유를 모두 상세하게 밝혔다"라고 판시하였다.[185] 그리고 위 제1심 판결에 대한 항소심 판결에 대해서 유럽인권재판소는, "항소심 법원이, 자신의 판단과 상충되지 않는 경우 제1심 법원이 판결문에서 밝힌 사실관계 확정 및 법리판단을 그대로 승인한 것이므로," "비록 좀 더 실질적인 판단 이유를 기재하였으면 바람직하였을 것으로 보이기는 하지만, 그렇다고 하더라도 위 항소심 판결이 이유를 밝히지 않아 위법하다는 신청인의 주장은 이유 없다"라고 결론 내렸다.[186]

유럽인권협약 제6조(1), (3)(b)위반 여부가 다투어진 사건에서, 신청인은 자신이 제1심 법원 판결에 대하여 항소할지 여부를 결정해야 할 시기에 판결문 전체 사본을 구할 수 없었던 점을 다투었다. 그러나 유럽인권재판소는, 설령 그렇다고 하더라도 이것이 유럽인권협약 위반은 아니라고 판단하였다. 신청인은 자신이 요청하기만 했으면 지방법원 등록소(the registry)에서 판결문의 요약본을 얻을 수 있었다. 또한, 적어도 판결의 중요 부분은 신청인의 변호인이 참석한 상태에서 공개적으로 낭독되기도 하였다. 다만 유럽인권재판소는, 우선 요약본 형태의 판결문만 제공한 후 피고인이 항소를 제기해야만 판결문 전체를 작성하는 네덜란드 법원의 실무관행에 대해서는 별도로 판단하지 않았다. 아무튼 유럽인권재판소는, 위 사건에서는 신청인이 제기한 쟁점

182) *Eur. Court HR, Case of García Ruiz v. Spain, judgment of 21 January 1999, Reports 1999-I*, p. 97, para. 26.

183) Ibid., para. 26 at p. 98. [역주: 위 원문은 "article 6(1) of the European Convention of Human Rights obliged courts to give reasons for their decisions"라고 하고 있으나, 유럽인권협약 제6조(1)은 판결이유(reason)에 관하여는 규정하고 있지는 않다].

184) Ibid., loc. cit.

185) Ibid., p. 99, para. 29.

186) Ibid., loc. cit.

들에 대하여 판결문 요약본에서 판단하고 있으므로(신청인도 이 점은 다투지 않는다), 설령 판결문 전체를 받아 보지 못했다고 하더라도 신청인의 방어권이 부당하게 침해되었다고 볼 수는 없다고 판단하였다.[187]

[**추록**: 미주인권협약 제8조(1)이 명시적으로 판단 이유가 담긴 판결을 받을 권리를 보장하고 있지는 않지만, 미주인권재판소와 미주인권위원회는 결정을 통하여 판결에는 판단 이유가 담겨져 있어야 한다는 점을 명백히 하였다. 예를 들어 *Garcia Astos and Ramirez Rojas v. Peru* 사건(미주인권재판소는 이 사건을 사전구속과 관련하여 미주인권협약 제7조(3)의 문제로 다루었다)을 보라(Inter-American Court of Human Rights, *Garcia Astos and Ramirez Rojas v. Peru*, Judgement of 25 November 2005, Series C, No.136, paras.127-129).]

3.10.1 재판의 판단 이유의 결여 및 사형이 선고된 사례들

자유권규약위원회는 "모든 사건, 특히 사형이 선고된 사건의 경우, 피고인은 나중에 재판 결과가 어떻게 나오든 관계없이, 부당한 지체 없이 재판 및 상소 절차를 진행받을 권리를 가진다."는 점을 확인해 왔다.[188] 또한, 앞서 본 것처럼 판단의 이유를 제대로 담지 못한 판결로 인하여 피고인이 항소를 하지 못한 경우, 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(c), (5)을 위반한 것으로 인정된 바 있다. 또한, 위 조항의 위반은 결국 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조에서 보장하는 생명권을 침해하는 결과를 낳게 되는데, 왜냐하면, 일반논평 제6호에 의하면 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조에 명시적으로 선언된 문언에 따르면 사형선고는

> " … 범행을 할 당시 유효하고, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 반하지 않는 법률에 의해서만 부과될 수 있기 때문이다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 규정된 절차적 보장사항은 준수되어야 한다. 이는 독립한 재판소에 의한 공정한 심리를 받을 권리, 무죄추정의 원칙, 방어권 행사를 위한 최소한의 보장들, 상급법원에 상소하여 재판을 받을 권리를 포함한다. 이러한 권리들은 감형이나 선처를 구할 권리에 더하여 인정된다."[189]

187) *Eur. Court HR, Case of Zoon v. the Netherlands, judgment of 7 December 2000*, http://www.echr.coe.int/.에 게재된 결정문의 paras. 39-51

188) Communication No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Views adopted on 25 March 1993), in UN doc. *GAOR*, A/48/40 (vol. II), p. 89, para. 8.3.

189) *United Nations Compilation of General Comments*, pp. 115-116, para. 7. See also

결론적으로 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조의 일련의 요건을 충족하지 못한 채 사형선고가 내려진 경우," 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조의 위반에도 해당한다. 제6조(2)에 의하면, 사형 선고는 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 각 조항에 반하여" 부과되어서는 아니 된다.[190]

*****

이와 마찬가지의 견지에서, 아프리카 인권위원회는 24명의 군인에 대한 사형집행이 아프리카헌장 제4조에서 보장된 생명권을 "자의적으로 박탈"한 것이라고 판단한 바 있다. 왜냐하면 그들에 대한 재판은 아프리카헌장 제7조(1)(a)이 보장하고 있는 적법절차를 침해한 것이었기 때문이다.[191]

법원은 모든 경우에 판단의 이유를 밝혀야 한다. 다만 피고인이 제기한 모든 주장에 대하여 판단을 하여야 하는 것은 아니다.

유죄 선고를 받은 피고인은 합리적인 기간 내에 이유가 명시된 판결문을 받을 권리를 가진다. 항소를 제기하기 위해서는 이유가 명시된 판결문이 반드시 필요하다.

사형을 선고하는 사건에서는 이러한 권리들을 엄격하게 실현하는 것이 특히 중요하다.

3.11 소급입법(ex post facto laws)으로부터의 자유/죄형법정주의(nullum crimen sine lege) 원칙

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제15조(1), 아프리카헌장 제7조(2), 미주인권협약 제9조, 유럽인권협약 제7조(1)과 국제형사재판소 규정 제22조는 모두, 문언은 조금씩 다르지만, 행위 당시 형사범죄를 구성하지 아니하는 작위 · 부작위를 이유로 유죄 판단을 받지 않을 권리를 보장한다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제15조(1)과 유럽인권협약 제7조(1)은 그 기준이 되는 법으로 "국내법과 국제법"을 언급하는 반면, 미주인권협약 제9조는 단지 "적용 가능한 법률"을 언급한다. 국제형사재판소 규정 제22조는 "이 재판소의 관할권 내에 있는" 범죄를 언급한다.

Communication No. 356/1989, *T. Collins v. Jamaica* (Views adopted on 25 March 1993), in UN doc. *GAOR*, A/48/40 (vol. II), p. 89, para. 8.4.

190) Communication No. 356/1989, T. Collins v. Jamaica (Views adopted on 25 March 1993), in UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), p. 89, para. 8.4.

191) *ACHPR, Forum of Conscience (on behalf of 24 soldiers) v. Sierra Leone, Communication No. 223/98, decision adopted during the 28th Ordinary session, 23 October–6 November 2000*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/223-98.html.에 게재된 결정문 para. 19.참조

형법의 소급입법 금지는 법의 지배 원리에 따라 규율되는 사회에서 근본적인 것이다. 이의 한 측면은 ***법적 예측가능성(legal predictability) 또는 예견가능성(foreseeability)***을 확보하여 개인에 대한 법적 보장을 확고히 하는 것이다. 우리는 경험상, 심각한 위기 상황에서는 특정 행위를 소급하여 처벌하고자 하는 유혹이 종종 있었음을 알지만, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2), 미주인권협약 제27조(2)와 유럽인권협약 제15조(2)에서 볼 수 있듯이, 소급입법으로부터의 자유는 의무이탈이 허용되지 아니하고(non-derogable), 따라서 매우 심각한 비상사태에서도 보장되어야 한다.

*****

자유권규약위원회는, 행위 당시에는 적법한 것이었음에도 "체제 전복적인 결사행위"를 하였음을 이유로 신청인이 8년의 징역을 선고받은 사건에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제15조(1) 위반을 인정한 바 있다.[192]

*****

*Media Rights Agenda and Others*가 나이지리아를 상대로 제기한 사건에서, 아프리카 인권위원회는 1993년에 발령된 신문 칙령 제34호(Newspaper Decree No. 43)가 아프리카헌장 제7조(2)에 위배되는지를 판단하여야 했다. 소급효를 갖고 있는 이 칙령은, 위 칙령에 따른 등록을 하지 않은 신문을 소유하거나, 발행 · 인쇄하는 사람을 고액의 벌금 및/또는 장기의 징역형으로 처벌할 수 있게 하였다. 나이지리아 정부는 위 칙령이 실제로 소급하여 집행되지 않았으므로 아프리카헌장 제7조(2)를 위반한 것은 아니라고 주장하였으나, 아프리카 인권위원회는, 이러한 정부의 해석은 위 조항을 "글자 그대로, 지극히 소극적인 태도로 해석한"것이라고 비판하였다. 아프리카 인권위원회의 해석에 따르면 위 조항은,

> "행위 당시 범죄를 구성하지 않는 행위에 대한 비난 · 처벌을 금지하는 것뿐만 아니라, 소급효 자체를 금지하는 것으로 해석되어야 한다. 시민들은 법을 진지하게 받아들일 필요가 있다. 그런데 만일 법이 소급하여 변하게 되면, 개인들은 자신들의 행동이 합법인지 알 수 없게 되므로 법의 지배 원리가 약화된다. 준법시민에게, 실제로 나중에 처벌받는지 여부와 관계없이 이는 끔찍한 불확실성이다."[193]

192) Communication No. R.7/28, *I. Weinberger v. Uruguay* (Views adopted on 29 October 1980), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 119, para. 16.

193) *ACHPR, Media Rights Agenda and Others v. Nigeria, Communications Nos. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, decision adopted on 31 October 1998*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/105-93_128-94_130-94_152_96.html.에 게재된 결정문 paras. 58-59 참조.

더 나아가, 아프리카 인권위원회는 "불행히도" 신문 칙령 제34호의 소급효로 인하여 고통받는 개인이나 신문사가 아직 없다는 점을 완전히 확신할 수 없다고 덧붙였다. 아프리카 인권위원회가 보기에 잠재적인 "기소는 심각한 위협"이고, "부당하지만 집행은 되지 않고 있는 법은 법이 갖추어야 할 존엄성을 약화시킨다." 결과적으로, 신문 칙령 제34호는 아프리카헌장 제7조(2)를 위반하였다.[194]

*****

유럽인권재판소는 유럽인권협약 제7조(1)이 문제된 많은 사건을 다루었다. 그러나 이 장에서는 위 조항에 대한 유럽인권재판소의 기본적인 해석 원칙만 다루도록 한다. 유럽인권재판소가 해석하기에, 위 제7조(1)은 "피고인에 대하여 불리한 형법의 소급적용을 금지"하는 것뿐만 아니라, "보다 일반적인 원칙, 즉 오직 법률에 의해서만 범죄 및 처벌을 규정할 수 있다는 원칙, 그리고 형법은, 예컨대 유추 등의 방식을 통해 피고인에게 불리하게 넓게 해석될 수 없다는 원칙(*nullum crimen, nulla poena sine lege*)을 담고 있다."[195] 이 중요한 요건은 "범죄는 법률에 명확하게 규정되어 있어야 한다"는 것을 의미한다. 위 요건은, 어떤 작위 · 부작위를 하면 처벌받게 되는지 개인이 관련 형벌 조항의 문언을 통해 알 수 있거나, 필요한 경우 법원의 해석을 통해 알 수 있는 경우 충족된다.[196] 또한, 유럽인권재판소는 형법의 새로운 조항이 피고인에게 *불리하게* 적용되는 것이 아니라 유리하게 적용되는 경우에는 유럽인권협약 제7조(1) 위반이 아니라고 판시한 바 있다.[197]

3.12 일사부재리(ne bis in idem) 또는 이중위험(double jeopardy)의 금지 원칙

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(7)은 이중위험(double jeopardy) 금지, 또는 일사부재리(*ne bis in idem*)라고 불리는 원칙을 담고 있다. 이는 "어느 누구라도 각국의 법률 및 형사절차에 따라 이미 확정적으로 유죄 또는 무죄를 선고받은 행위로 인하여 다시 재판을 받거나 처벌받지 않는다."라는 원칙이다. 미주인권협약 제8조(4)는 "상소할 수 없는 판결에 따라 ***무죄를*** 선고받은 피고인은 동일

194) Ibid., para. 60.

195) *Eur. Court HR, Case of Kokkinakis v. Greece, judgment of 25 May 1993, Series A*, No. 260-A, p. 22, para. 52.

196) Ibid., loc. cit.

197) Eur. Court HR, Case of G. v. France, judgment of 27 September 1995, Series A, No. 325-B, p. 38, paras. 24-26.

한 사유로 새로운 재판을 받지 아니한다."라고 규정하여 위 원칙을 보장한다. 유럽인권협약 제7 추가의정서 제4조(1)은 "누구라도 한 국가의 법률 및 형사절차에 따라 이미 최종적으로 무죄 또는 유죄판결을 받은 행위로 인하여 동일한 국가의 관할권 하에 있는 형사절차에서 다시 재판받거나 처벌받지 않는다."라고 규정한다. 그러나 위 추가의정서 제4조(2)에 따르면, 위 조항은 "새로운 사실 또는 새롭게 발견된 사실이 있다거나, 종전 재판의 결론에 영향을 미친 근본적인 오류가 있었다면, 재심리되는 것을 방해하지 아니 한다." 일사부재리의 원칙은 유럽인권협약 하에서 의무이탈이 허용되지 아니하는 원칙이다[위 추가의정서 제4조(3) 참조].

마지막으로, 르완다 국제형사재판소와 구 유고슬로비아 국제형사재판소 규정 제9, 10조 및 국제형사재판소 법률 제20조 역시 각 재판소의 관할권 내의 범죄에 관하여 이중위험 금지를 규정하고 있다. 그러나 르완다 국제형사재판소와 구 유고슬로비아 국제형사재판소 규정 하에서는, 국제인도법의 "중대한" 위반이 아니라 "일반적인 범죄"에 해당함을 전제로 자국 법원에서 재판을 받은 피고인에 대해서는 그 예외를 두고 있다. 나아가 "자국 법원의 절차가 공정하지 않았거나 독립적이지 않았거나 국제형사책임으로부터 피고인을 보호하기 위해 고안된 경우 또는 검찰에서 공소제기를 성실하게 하지 않은 경우"에도 예외가 인정된다[제9조(2) 및 제10조(2) 참조]. 또한, 국제형사재판소 규정 제20조(3)은, 다른 법원에서 이루어진 재판절차가 "상설 국제형사재판소가 관할권을 가지는 범죄에 관한 해당 피고인의 국제형사책임을 차단하기 위한 목적을 가지고 있었거나," 그렇지 않다고 하더라도 그 재판절차가 "국제법에서 승인한 적법절차에 따라 독립하여 공정하게 이루어지지 않았거나, 정황상 해당 피고인을 정당하게 처벌하려는 의도가 있었다고 보기 어려운 방식으로 진행된 경우" 예외를 인정한다.

유럽인권협약과 마찬가지로, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(7)은 단지 "한 국가에서 판결이 내려진 범죄행위에 대한 같은 국가 내에서의" 이중처벌을 금지할 뿐이다. 위 조항은 "둘 이상의 여러 국가들의 관할권에 속하는" 범죄행위에 대한 일사부재리를 보장하는 것은 아니다.[198)]

국내의 항소법원이 이미 두 번째로 이루어진 공소제기를 배척함으로써 일사부재리 원칙을 실현한 경우, 예컨대 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(7)

198) Communication No. 204/1986, *A. P. v. Italy* (Decision adopted on 2 November 1987), in UN doc. *GAOR*, A/43/40, p. 244, para. 7.3.

위반이 되지 않음은 명백하다.[199]

*****

미주인권협약 제8조(4)에 의해 보장되는 일사부재리 원칙을 살펴본다. 미주인권재판소는, 위 원칙은 "어떠한 사실을 이유로 재판을 받은 사람이 동일한 사유로 다시 재판을 받는 것으로부터 보호하는 것을 목적으로" 하지만, "다른 국제인권 보호문서에서 규정한 문언과 달리, 미주인권협약은 '*동일한 사유(the same cause)*'라고 하는 표현을 쓰고 있는데, 이는 피해자를 보호할 수 있도록 훨씬 더 넓은 의미를 갖는 개념"이다.[200] 즉, 예를 들어, 어떤 사람이 반역 혐의를 이유로 군사법원에서 재판을 받아 무죄판결을 선고받은 경우, 동일한 사실관계를 테러리즘과 같은 다른 혐의를 적용하여 민간법원에서 다시 재판하면 미주인권협약 제8조(4) 위반으로 된다.[201] *Loayza Tamayo* 사건에서 미주인권재판소는, "테러죄" 및 "반역죄"를 규정하는 칙령은 그 자체로 미주인권협약 제8조(4)을 위반한 것이라고 판시하였다. 왜냐하면 위 칙령은, 위 사건에서 실제로 그러했듯, 처벌 대상이 되는 행위를 "엄밀하게 규정하고 있지 않아서, 두 범죄 모두 유사하게 해석될 수 있었기" 때문이다.[202] 즉, 위 칙령은 허용할 수 없는 법적 불안정성을 야기하였다.

*****

Gradinger 사건에서는 유럽인권협약 제7 추가의정서 제4조의 일사부재리 원칙에 대한 위반이 인정되었다. 위 사건의 신청인인 *Gradinger*는 차량을 운전하다가 과실로 사망사고를 야기하였음을 이유로 오스트리아 지방법원에서 이미 유죄판결을 받았다. 위 지방법원은 형법에 근거하여 재판을 하였는데, 신청인의 당시 알코올 수치는 가중처벌 사유에는 이르지 않았다.[203] 하지만 지방검찰이 이러한 결과에 수긍하지 않고 도로교통법(the Road Traffic Act)을 적용하여 신청인에게 음주의 영향 하에 운전을 하였음을 이유로 미납시 2주의 구금이 가능한 벌금을 부과하였다.[204] 유럽인권재판소는, 비록 형법과 도로교통법에서 규율하고 있는 "범죄행위의 명칭"이나, "위 두 법

199) Communication No. 277/1988, *Teran Jijón v. Ecuador* (Views adopted on 26 March 1992), *GAOR*, A/47/40, p. 272, para. 5.4.

200) I–*A Court HR, Loayza Tamayo Case v. Peru, judgment of September 17, 1977, OAS doc. OAS/Ser. L/V/III.39, doc. 5, 1997* Annual Report I–A Court HR, p. 213, para. 66.

201) Ibid., pp. 213–215, paras. 66–77.

202) Ibid., p. 213, para. 68.

203) *Eur. Court HR, Case of Gradinger v. Austria, judgment of 23 October 1995, Series A, No. 328–C*, p. 66, para. 55.

204) Ibid., p. 55, para. 9.

률의 성질, 목적"이 다르기는 하지만, "논란이 된 두 재판은 동일한 행위를 문제삼은 것이어서" 일사부재리 원칙을 위반한 것이라고 판단하였다.[205]

그러나 유럽인권재판소는 *Oliveira* 사건에서는 다르게 판단하였다. 신청인은 얼음과 눈으로 덮인 도로 위를 운전 중이었는데, 신청인의 차량이 도로 반대편으로 갑자기 방향을 틀면서 차량 한 대를 친 후 두 번째 차량과 충돌하였고, 그 차량의 운전자가 중상을 입었다. 스위스의 치안판사는 신청인이 "도로 상황에 맞게 차량 주행 속도를 조절하지 않는 바람에 ***차량을 통제하지 못하였음을***" 이유로 연방 도로교통법 제31, 32조를 적용하여 신청인에 대하여 유죄판결을 하였고, 200 스위스 프랑의 벌금을 부과하였다.[206] 그 후, 지방검찰청은 신청인이 스위스 형법 제125조에 반하여 "***부주의하게 육체적 상해를 가하였음을***" 이유로 2,000 스위스 프랑의 벌금 부과 명령을 발령하였다. 항소심에서 벌금액은 1,500 스위스 프랑으로 감경되었고, 최초의 벌금 200 스위스 프랑을 공제하여 결국 1,300 스위스 프랑으로 되었다.[207] 신청인은 유럽인권재판소에 제소하여 제7 추가의정서 제4조 위반을 주장하였다. 즉 사고는 한 건이었음에도, 처음에는 차량을 통제하지 못하였음을 이유로, 다음에는 부주의하게 육체적 상해를 가하였음을 이유로 자신을 두 번 처벌하였다고 주장하였다.[208]

유럽인권재판소가 보기에 위 사건은 "하나의 행위가 여러 범죄행위를 구성하는 전형적인 예"에 해당하였고, "이러한 개념의 특징은 하나의 범죄행위가 두 개의 별도의 범죄로 나누어지는" 것이었다. 이러한 사건에서는 "일반적으로 더 무거운 형벌이 더 가벼운 형벌을 흡수한다."[209] 그러나 유럽인권재판소는 아래와 같이 판시하였다.

"유럽인권협약 제7 추가의정서 제4조는 동일한 범죄행위를 이유로 두 번 재판받는 것을 금지하는 것이다. 반면 하나의 행위가 여러 범죄를 구성하는 경우 하나의 범죄행위가 두 개의 별도의 범죄에 해당하기 때문에, 이러한 경우에는 위 제4조를 위반하였다고 할 수 없다."[210]

---

205) Ibid., p. 66, para. 55.

206) *Eur. Court HR, Case of Oliveira v. Switzerland, judgment of 30 July 1998, Reports 1998-V*, p. 1994, para. 10. 강조는 추가됨.

207) Ibid., paras. 11-12. 강조는 추가됨.

208) Ibid., p. 1996, para. 22.

209) Ibid., p. 1998, para. 26.

210) Ibid., loc. cit.

그러나 유럽인권재판소는 "만일 동일한 범죄행위로 인하여 발생한 두 범죄에 대하여 같은 법원에서 하나의 재판 절차를 통해 진행하여 형을 선고하였다면, 적정한 사법권의 행사와 관련된 원칙에 좀 더 부합하였을 것이기는 하다."라고 덧붙였다. 그러나 위 사건에서 그렇게 재판이 진행되지 않았다고 하더라도 제7 추가의정서 제4조의 "준수 여부와는 관계가 없었다." "왜냐하면, 위 조항은 별도의 범죄들이, 비록 한 행위의 일부라고 하더라도, 각기 다른 법원에서 재판받는 것을 금지하지 않기 때문이다. 특히 이 사건처럼 형벌이 누적되는 것이 아니라, 가벼운 형벌이 더 무거운 형벌로 흡수되는 경우에는 더욱 그러하다."[211] Oliveira 사건은 "따라서 두 법원이 신청인의 혈중 알코올 수치에 대하여 서로 모순되는 판단을 한 Gradinger 사건과는 구별된다."[212] 따라서 이 사건에서는 제7 추가의정서 제4조가 위반되지 않았다.

모든 사람은 행위 당시 범죄행위를 구성하지 않는 행위를 이유로 유죄판결을 받지 않을 권리를 가진다. 이 권리는 언제나 적용되고 의무이탈이 허용될 수 없다.

소급입법금지는 법적 예견가능성을 확보하기 위해 반드시 필요하다. 이는 법이 어떠한 행위가 범죄를 구성하는지, 가능하면 법적 도움을 받아 알 수 있어야 하는 개인의 행동지침이 될 수 있을 정도로 명확해야 함을 의미한다.

국제법에 의하면, 적어도 동일한 국가 내에서 동일한 형사범죄를 이유로 두 번 재판받지 않을 권리가 보장된다. 유럽에서는, 하나의 범죄행위에서 비롯된 별개의 범죄행위로 인하여 재판받더라도 일사부재리 원칙에 어긋나지 않는다.

211) Ibid., para. 27.

212) Ibid., para. 28. 일사부재리 원칙에 관한 다른 사례로는 *Eur. Court HR, Case of Franz Fischer v. Austria, judgment of 29 May 200*. 결정문은 http://hudoc.echr.coe.int. 참조. *Eur. Court HR, Ponsetti and Chesnel v. France, decision of 14 September 1999, Reports 1999-VI.*

4. 처벌의 제한

4.1 가벼운 형벌의 이익을 누릴 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제15조(1) 및 미주인권협약 제9조는 범죄가 행하여질 당시에 적용되던 형벌보다 무거운 형벌을 부과하는 것을 금지하면서, 만일 범죄가 행하여진 이후에 가벼운 형벌을 부과하는 조항이 만들어진 경우, 피고인이 그로 인한 이익을 누려야 한다고 규정하고 있다. 위 조항들은 공공의 비상사태에서도 이탈이 허용되지 아니한다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2) 및 미주인권협약 제27조(2) 참조]. 아프리카헌장은 이에 관하여 별도의 규정을 두고 있지 않으나, 유럽인권협약 제7조(1)은 범죄가 행하여질 당시 적용되던 형벌보다 무거운 형벌을 적용하는 것을 금지하고 있고, 이 역시 이탈이 허용되지 아니한다[유럽인권협약 제15조(2)].

예방적 조치(preventive measures) 문제: Welch 사건

Welch 사건에서는 유럽인권협약 제7조(1) 위반 여부가 문제되었다. 신청인은 마약 범죄를 이유로 장기의 징역형을 선고받았는데, 그에 더하여 범죄 행위 ***이후*** 시행된 법률에 근거를 둔 몰수명령을 받았다. 해당 금액을 납부하지 못할 경우, 신청인은 2년의 징역형을 추가로 선고받게 될 예정이었다. 유럽인권재판소는, 유럽인권협약에서 "형벌"이라는 단어는 "실질적으로 해석되어야 할" 개념이라는 점을 상기시키고, "상황의 겉모습이 아닌 진정한 실체를 관찰한" 후, "몰수명령으로 인하여 신청인은 유죄판결의 대상이 된 범죄를 행할 당시 보다 더욱 불이익한 상황에 처하게 되었기" 때문에 이 사건에서 유럽인권협약 제7조(1)이 위반되었다고 결론 내렸다.[213] 이러한 결론은, 유럽인권재판소가 "마약 밀매와의 싸움에서" 무거운 몰수 조치를 취하는 것 자체에 반대한다는 의미가 아니라, 단지 그러한 조치의 ***소급*** 적용에 반대한다는 의미이다.[214]

4.2 국제적 법적 기준과의 일치

유죄판결시 형벌을 부과할 권한에 대한 다른 제한은 전반적인 국제인권법의 용

213) Eur. Court HR, Case of Welch v. the United Kingdom, judgment of 9 February 1995, Series A, No. 307-A, p. 14, para. 35.

214) Ibid., pp. 14-15, para. 36.

어들로부터 유래한다. 이러한 제한은 그 중에서도 특히 체형의 금지, 사형에 대한 엄격한 제한 또는 사형제의 폐지와 관련된다.

4.2.1 체형(corporal punishment)

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조, 아프리카헌장 제5조, 미주인권협약 제5조(2)와 유럽인권협약 제3조는 모두 고문, 잔혹하거나 비인도적인 또는 굴욕적인 처우 또는 ***형벌을*** 금지하고 있다. 이러한 금지는 언제나 유효하고, 예외가 허용되지 아니한다.

*****

자유권규약위원회는 규약 제7조의 금지는 "육체적 고통을 야기하는 행위뿐만 아니라, 정신적인 고통을 야기하는 행위도 포함하는" 것으로 보았고, 더 나아가

> ***"이러한 금지는, 범죄에 대한 형벌로서 명해지거나 또는 교육적 · 징계적 조치로서 명해진 과도한 징벌을 포함한 체형으로 확대되어야 한다."고 보았다.***[215]

그러나 자유권규약위원회가 여기에서 말한 "과도한 징벌"의 의미가 명백하지는 않다. 다만 자유권규약위원회 위원들이 정기보고를 검토하여 각국에 행한 질문 및 권고에 비추어 판단하건대, 위원들은 체형의 사용이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에 반하는 것으로서 폐지되어야 할 부적절한 방식의 징벌이라고 본 것으로 이해된다.[216]

*****

유럽인권협약 위반을 이유로 제소된 *Tyrer* 사건에서는, 영국 맨섬(the Isle of Man)의 소년법원의 명령에 따라 청소년인 신청인에게 회초리로 3회 체형을 가한 것이 문제되었다. 그 체형으로 인하여 "신청인의 피부가 들려졌으나, 살이 패일 정도는 아니었고, 약 열흘간 통증이 지속되었다."[217] 유럽인권재판소는 "창피함의 정도가 '굴

215) General Comment No. 20 (Art. 7) , *United Nations Compilation of General Comments*, p. 139, para. 5. 강조는 추가됨.

216) 자메이카의 1903년 태형법에 대한 권고 및 자메이카의 1942년 범죄(예방)법에 관한 권고 참조, *GAOR*, A/53/40 (vol. I), p. 17, para. 83. 수단의 태형, 절단형, 돌팔매형에 관하여는 ibid., p. 23, para. 120. 오스트레일리아에 관하여 제기된 의문에 관하여는 a, in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 29, para. 144, Saint Vincent and the Grenadines에 관하여는, *GAOR*, A/45/40 (vol. I), p. 61, para. 280.

217) *Eur. Court HR, Case of Tyrer v. the United Kingdom, judgment of 25 April 1978, Series A, No. 26,*

욕적인 처벌'의 개념에 해당될 정도에 이르렀고," 따라서 유럽인권협약 제3조를 위반하였다고 결론 내렸다.[218] 유럽인권재판소는 아래와 같이 재판에 의한 체형에 대한 견해를 피력하였다.

> "재판에 의한 체형의 근원적 속성은 어떤 사람이 다른 사람에게 신체적 폭력을 가한다는 것이다. 또한, 체형은 제도화된 폭력이고, 이 사건에서는 해당 국가의 법률에서 승인하고 사법부에서 명하였으며 경찰에서 집행한 폭력이다. … 따라서 비록 신청인이 중하거나 장기간 지속된 육체적 손상을 입지는 않았지만, 그를 처벌한 것은(처벌에서 신청인은 당국의 권한의 대상으로 취급된다) 유럽인권협약 제3조의 주요한 목적 중 하나인 인간의 존엄과 신체의 완전성 보호에 대한 도전이다."[219]

[**추록**: *Pryce v. Jamaica* 사건에서 자유권규약위원회는 체형의 본질이 잔혹하고 비인도적이며 굴욕적인 처우이거나 처벌이고, 이는 인간의 존엄성에 반하며 제도화된 폭력의 잔혹함을 지닌다는 점을 고려하였다. 자유권규약위원회는 타마린드(tamarind. 역주: 콩과 나무의 일종이다)로 만든 채찍으로 채찍질하는 형벌이 위 규약 제7조를 위반한다고 결론 내렸다(*Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No.40 (A/59/40)*, vol.Ⅱ, annex Ⅸ, sect. B, communication No.793/1998. Pryce v. Jamaica, para.6.2.)]

[**추록**: 미주인권재판소는 미주인권협약의 당사국은 잔혹하고 비인도적이며 굴욕적인 처우이거나 처벌인 체형을 제도로 도입되는 것을 금지하고, 집행하지 않아야 할 협약상 의무를 가진다. 이 문제는 *Caesar v. Trinidad and Tobago* 사건에서 다뤄졌는데, 미주인권재판소는, 태형은 고문의 한 종류이기 때문에 그 처벌을 받은 사람의 정신적, 육체적, 도덕적 존엄성을 박탈한다고 판시하였다. 미주인권재판소는 비록 "위 태형이 법에 의하여 허용되고, 당사국의 법관에 의하여 선고되었으며, 권한 있는 법집행당국에 의하여 집행된다 하더라도, 본질적으로 제도화된 폭력에 불과하기 때문에, 태형을 허용하는 것은 미주인권협약과 양립할 수 없다"고 판시하였다.(Inter-American Court of Human Rights, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, Judgement of 11 March 2005, Series ㅊ, No.123, para.73.)]

[**추록**: 아프리카 인권위원회는, 체형제도는 아프리카현장 제5조 위반이라고 결론 내렸다. *Doebbler/Sudan* 사건에서, 8명의 수단 학생들은 부적절한 옷을 입거나 부도덕한 행동을 하였다는 혐의로 벌금형과 태형을 선고받았다. 아프리카 인권위원회

p. 7, para. 10.

218) Ibid., p. 17, para. 35.

219) Ibid., p. 16, para. 33.

는, 아무에게도, 특히 정부에는 범죄를 저지른 자에게 육체적인 폭력을 시도할 권리가 없다고 언급하면서, 범죄자에게 육체적 폭력을 가할 권리는 아프리카헌장 아래에서는 국가 지원 고문이나 다를 바 없고, 아프리카헌장의 정신에 반한다고 설명하였다.(Sixteenth Activity Report of the African Commission on Human and People's rights 2002–2003, annex Ⅶ, Communication No.236/2000, *Curtis Francis Doebbler/Sudan*, para.42.)]

4.2.2 사형제도

사형제에 관하여, 국제인권법에서는 이를 제한하고, 결국 폐지하는 것을 목적으로 하는 수많은 보호장치가 존재한다. 예를 들어, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조(2)는 "가장 중대한 범죄"에 대해서만 사형의 부과를 허용하고 있는데, 위 조항을 근거로 자유권규약위원회는, 가중강도(加重强盜)에 대하여 사형이 부과된 사안에서, 필요적으로 사형을 선고하도록 한 것이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조(2)를 위반한 것이라고 결론 내렸다. 왜냐하면 국내법원은 이 사건에서 화기류를 사용하였으나 "사망이나 부상의 결과가 발생하지 않았다"는 사실과 같은 형 감경 요소를 반영할 수 없었기 때문이다.[220] 한편 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조에서는 "18세 미만의 자가 범한 범죄를 이유로" 사형선고를 하는 것과, 임산부에게 사형판결을 집행하는 것을 금지하고 있다. 또한, 앞서 살펴본 것처럼 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조(2)에 따르면 사형은 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 … 조항들에 반하여" 부과되어서는 안 되는데, 이는 사형선고를 한 재판에서 모든 적법절차를 준수하였어야 함을 의미한다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2 선택의정서는 사형의 폐지를 목표로 하고 있고, 1991년 7월 11일 발효되었다. 2002년 2월 8일 현재 46개국이 위 선택의정서에 가입하였다.[221]
[**추록**: 2007년 말을 지나면서, 위 규약 제2 선택의정서의 가입국은 64개국이 되었다. 이 조약 및 비준 상황에 대한 정보는 OHCHR 웹사이트에서 찾아볼 수 있다 : http://www.ohchr.org.]

220) Communication No. 390/1990, *B. Lubuto* (Views adopted on 31 October 1995), in UN doc. *GAOR*, A/51/40 (vol. II), p. 14, para. 7.2.

221) UN doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. I), p. 8, para. 5.

*****

미주인권협약 제4조 또한, 사형제도의 남용을 막기 위한 보호장치를 두고 있다. 예를 들어, "사형제를 폐지한 국가는 다시 이를 도입할 수 없다."[제4조(3)] 나아가 "어떠한 경우에도 정치적 범죄 또는 이와 관련된 일반범죄에 대하여 사형을 부과할 수 없는" 바, 이러한 제한은 공공의 비상사태에서 특히 의미를 가진다. 또한, 18세 미만이나 70세 이상의 나이에 범죄를 저지른 자에 대하여 사형을 부과할 수 없고, 임산부에 대해서는 사형을 집행할 수 없다. 1990년 6월 8일 사형제 폐지를 위한 미주인권협약 추가의정서가 채택되어, 2002년 4월 9일 현재 8개국이 비준하였다.[222] 그러나 위 선택의정서 제2조에 의하면, 당사국은 비준 또는 가입시 "전시에 군사적 성질을 갖는 극히 중대한 범죄에 대해서, 국제법을 준수하면서 사형제를 적용할 권리를 유보"할 수는 있다.

*****

유럽인권협약 자체로는 사형이 허용된다. 제2조(1)은 "어느 누구도 법에 규정된 형벌이 부과되는 범죄의 유죄확정에 따른 법원의 판결을 집행하는 경우를 제외하고는, 생명을 박탈당하지 아니한다."라고 규정한다. 그러나 유럽인권협약 제6 추가의정서 제1조는 "사형은 폐지되어야 하고," "어느 누구도 사형선고를 받지 아니며, 집행 당하지도 아니한다."라고 규정하고 있다. 그러나 위 추가의정서 제2조는 "전시 또는 전쟁의 급박한 위협시에 발생한 행위에 관하여는" 사형조항을 법률에 규정할 수 있도록 하였다. 그러나 아직 발효되지 아니한 유럽인권협약 제13 추가의정서에서는 ***모든 상황***에서의 사형을 금지하고 있다. 제13 추가의정서는 2002년 5월 3일 빌뉴스(Vilnius)에서 체결되어, 2002년 5월 14일 현재 발효에 필요한 10개국 중 3개국의 비준을 확보하였다.[223]

[**추록**: 모든 상황에서의 사형제도 폐지하는 유럽인권협약 제13 추가의정서(ETS 187)는 2003년에 발효되었고, 2007년 말 40개국이 비준하였다. 위 협약 및 다른 유럽협약에 대한 정보는 유럽평의회의 웹사이트에서 찾아볼 수 있다. www.conventions.coe.int/]

*****

국제형사재판소나 르완다 국제형사재판소 및 구 유고슬라비아 국제형사재판소는 사형을 부과할 수 없다(국제형사재판소 규정 제77조, 르완다 및 구유고슬라비아 국

222) the OAS web-site: http://www.oas.org/juridico/english/treaties.html.

223) http://conventions.coe.int/.

제형사재판소 각 규칙 제23조와 제24조 참조).

국제인권법에 따르면, 범죄를 행할 당시 적용되던 형보다 더 무거운 형을 부과할 수는 없다. 그러나 만일 범죄를 행한 이후 보다 가벼운 형을 부과하도록 법이 개정되었다면, 피고인은 그로 인한 이익을 누려야 한다.

형벌은 국제인권법의 기준에 부합하여야 한다. 형벌은 어떤 경우에도 고문, 비인도적이거나, 잔혹하거나 굴욕적인 처우 또는 처벌이 되어서는 아니 된다. 체형이 그러한 처우에 이를 정도가 되면 불법이다. 국제감시기구에서는 일반적으로 그러한 징벌을 부적절한 것으로 본다.

사형제의 이용은 국제인권법에 따라 엄격히 제한된다. 만일 허용되는 경우라고 하더라도, 이는 가장 중대한 범죄의 경우로 제한된다. 그리고 18세 미만일 때 범한 범죄에 대해서는 사형을 부과할 수 없다. 현재 많은 국가가 평시에는 사형제를 이용하지 않기로 법적으로 약속하였다.

5. 상소권

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(5)는 "유죄판결을 받은 모든 사람은 법률에 따라 유죄판결에 대하여 상급법원에서 다시 재판받을 권리를 가진다."라고 규정한다. 상소권의 존재는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 자체에서 직접 보장하는 것이므로, 이론적으로 국내법에 규정이 있어야 하는 것이 아니다. 여기서 "법률에 따라"라는 것은 오로지 상급심에서의 재판이 이루어지는 양상(modality)과 관련된 것이다.[224] 아프리카헌장 제7조(1)(a)는 "모든 사람은 자신의 주장을 심리받을 권리를 가진다." 이 권리는 "효력이 있는 협약, 법률, 규정, 관습에 의하여 인정되고 보장되는 자신의 기본적 권리를 침해하는 행위에 대하여 권한 있는 국가기관에 호소할 권리"를 포함한다. 미주인권협약 제8조(2)(h)는 형사절차에서 "모든 사람은 완전 평등하게, 재판 결과에 대하여 상급법원에 항소할 권리를 가진다."라고 규정한다. 유럽인권협약 제6조는 그 자체로는 항소권을 보장하고 있지 않지만,[225] 제7 추가의정서 제2조에서 이를 포함하고 있다. 다만 "법률에서 정한 경미한 범죄의 경우, 당사자가 최고법원에서 제1심 재판을 받은 경우, 피고인이 무죄판결(acquittal)에 대한 이의의

224) Communication No. R.15/64, *C. Salgar de Montejo v. Colombia* (Views adopted on 24 March 1982), in UN doc. *GAOR*, A/37/40, p. 173, para. 10.4.

225) *Eur. Court HR, Case of Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, judgment of 13 July 1995, Series A, No. 316–B*, para. 59 at p. 79.

결과 유죄판결을 받은 경우에는 예외가 인정될 수 있다."[위 선택의정서 제2조(2)]

*****

아프리카 인권위원회는 "사형과 같은 중대한 형벌을 가져오는 형사사건에서 권한 있는 국가기관에 항소할 여지를 배제하는 것은 아프리카헌장 제7조(1)(a)를 명백히 위반한 것"이라고 설시한 바 있다. 위 위원회가 보기에, 이러한 사건에서의 항소절차의 흠결은, "사형을 선고받은 사람은 누구나 상급 재판소에 항소할 권리를 보유한다. … "라고 규정하여 사형을 선고받은 피고인의 권리를 보장하고 있는 유엔 세이프가드(UN Safeguards) 여섯 번째 문단의 기준에 미달한다.[226] 따라서 나이지리아 정부가 제정한 소요법(the Civil Disturbances Act)은, "위 법률에 따라 이루어진 어떠한 결정, 판결, 판단 … 또는 명령 등 다른 어떠한 것의 유효성도" 법원에서 심사되는 것을 배제하고 있어서, 아프리카헌장 제7조(1)을 위반한 것이다.[227] 사형선고를 받은 7명의 남성 피고인을 대리하여 *Constitutional Rights Project*가 제기한 사건에서는, 아프리카헌장 제4조, 제6조에서 보장하고 있는 기본권인 생명권, 자유권과 안전권이 문제되었다. 아프리카 인권위원회는, "신중하게 진행된 형사절차의 결과로써 내려진 형벌이 반드시 이러한 권리를 침해하는 것은 아니지만, 그러한 형벌이 선고 가능한 형사사건에서 '권한 있는 국가기관'에 항소할 여지를 배제하는 것은 아프리카헌장 제7조(1)(a)를 명백히 위반하는 것이고", "더욱 중대한 기본권 침해가 발생하더라도 구제하지 못하게 될 위험을 증가시킨다."고 설시하였다.[228] 24명의 병사에 대한 재판 및 사형집행이 문제된 *Forum of Conscience* 사건에서 아프리카 인권위원회는, 상소권을 박탈한 것은 제7조(1)(a) 위반에 해당하고, 이처럼 적법절차가 제공되지 아니한 것은 아프리카헌장 제4조에 반하여 위 피고인들의 생명을 자의적으로 박탈한 것에 해당한다고 결론 내렸다.[229]

---

226) *ACHPR, Civil Liberties Organisation and Others v. Nigeria, Communication No. 218/98, decision adopted during the 29th Ordinary session, 23 April–7 May 2001*, para. 33 of the text of the decision as published at http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html; the relevant United Nations resolution was approved by Economic and Social Council resolution 1984/50 of 25 May 1984.

227) *ACHPR, Constitutional Rights Project, (on behalf of Zamani Lekwot and six Others) v. Nigeria, Communication No. 87/93, decision adopted during the 16th session, October 1994*, http://www.up.ac.za/chr/.에 게재된 결정문 paras. 26–27. 참조

228) Ibid., para. 28.

229) *ACHPR, Forum of Conscience (on behalf of 24 soldiers) v. Sierra Leone, Communication No. 223/98, decision adopted during the 28th Ordinary Session, 23 October 6 November 2000*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/223-98.html.에 게재된 결정문 para. 19 참조

하지만 아프리카헌장 제7조(1)(a)의 상소권은 보통의 형사절차의 경우에 한정되는 것은 아닌 것으로 보인다. 왜냐하면 위 조항에서는 사람의 "기본적 권리"를 침해하는 행위에 대하여 "권한 있는 국가기관에" 항소할 권리 전반을 고려하고 있기 때문이다.

5.1 충분한 심리(full review)를 받을 권리

자유권규약위원회는, 문제된 구제절차나 항소심의 명칭이 무엇이든 관계없이, "이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에서 정한 요건을 충족해야 함을" 분명히 밝힌 바 있다.[230] 즉, 항소심 재판은 ***피고인의 유죄판결의 법적 측면 및 내용적 측면을*** 모두 고려해야 함을 시사한다. 다시 말하면, 항소심 재판은 단순히 법적 문제에서 나아가, "증거들을 모두 다시 평가하여야 하고, 원심재판에 대해서도 평가하여야" 한다는 것이다.[231]

Gomez 사건에서 신청인은, 스페인 대법원이 증거를 다시 평가하지 않았기 때문에 상소심 재판이 완전하지 않았다고 주장하면서, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(5)의 위반을 주장하였다. 정부가 이에 대하여 반박하지 못하자, 자유권규약위원회는 "신청인에 대한 유죄판결에 관하여 충분히 다시 평가하지 못한 점, … 재평가가 유죄판결의 형식적 측면 및 법적 측면에 국한된 점을 고려할 때 규약 제14조(5)이 요구하는 요건이 충족되지 못하였다"고 결론 내렸다.[232] 스페인 정부를 상대로 제기한 또 다른 사건에서는 신청인을 도와 항소심에서 변론할 변호사가 없었고, 그 결과 "항소법원에서 항소재판이 제대로 이루어지지 아니한" 사안에서 동일한 조항의 위반이 인정되었다.[233]

그러나 ***항소허가제(leave to appeal)***에 관하여 자유권규약위원회는, "항소허가 신청을 심사함에 있어서 충분한 심사를 하는 경우, 즉 증거와 법률 양자 모두를 바탕으로 유죄판결에 대하여 심사를 하는 경우로서 심사절차가 당해 사건의 성질을 적절

230) Communication No. 701/1996, *Gómez v. Spain* (Views adopted on 20 July 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. II), p. 109, para. 11.1.

231) Communications Nos. 623, 624, 626, 627/1995, *V. P. Domukovsky et al. v. Georgia* (Views adopted on 6 April 1998), in UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. II), p. 111, para. 18.11.

232) Communication No. 701/1996, *Gómez v. Spain* (Views adopted on 20 July 2000), in UN doc. A/55/40 (vol. II), p. 109, para. 11.1.

233) Communication No. 526/1993, *M. and B. Hill v. Spain* (Views adopted on 2 April 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. II), p. 18, para. 14.3.

하게 감안하는 경우에는, 항소권을 당연히 인정하지는 않는 제도 역시 규약 제14조(5)에 합치될 수 있다."고 설시한 바 있다.[234]

5.2 판결문의 이용가능성

앞서 3.10과 3.10.1에서 보았듯, 상소권이 ***실질적으로*** 보장되기 위해서는, 유죄판결을 받은 피고인이 합리적인 기간 내에 적절하게 이유가 기재된 판결문을 받아볼 수 있어야 한다. 만일 이러한 판결문을 받아볼 수 없다면, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(5)의 위반이 된다. 피고인의 변호인이 모든 항소이유를 포기한 경우, 이러한 포기가 피고인의 의사에 따라 이루어진 것이라는 점을 국내 법원이 확인하지 못한 경우에도 규약 제14조(5)의 위반이 된다. 그러나 적당한 국내 법원이 "신청인을 위하여 항소할 근거가 없다는 점에 대하여 (변호인이) 신청인에게 알려주었고, 신청인이 이를 수긍한 사실을 확인한" 경우에는 위 조항 위반으로 되지 않는다.[235]

5.3 재판기록

재판기록을 늦게 만드는 경우 상소권에 영향을 줄 수 있다. *Pinkney* 사건에서는 신청인이 항소허가를 신청하였음에도 위와 같은 이유로 34개월간 심리가 이루어지지 아니하였다. 이러한 지연은 부당한 지연 없이 재판 받을 권리와 양립할 수 없는 것으로서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(c), (5)의 위반이 된다.[236]

5.4 증거의 보존

나아가 자유권규약위원회는 "유죄판결에 대하여 다시 재판을 받을 권리가 실질적인 것으로 되기 위해서는, 당사국은 유죄판결에 대한 실질적인 심사가 가능하도록 증거자료를 충분히 보존할 의무를 부담"한다.[237] 그러나 "항소심 절차가 종결될 때까지 증거자료를 보존하지 못하였다고 하여" ***항상*** 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규

234) Communication No. 662/1995, *P. Lumley v. Jamaica* (Views adopted on 31 March 1999), in UN doc. *GAOR*, A/54/40 (vol. II), p. 145, para. 7.3.

235) Communication No. 731/1996, *M. Robinson v. Jamaica* (Views adopted on 29 March 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. II), p. 129, para. 10.5.

236) Communication No. R.7/27, *L. J. Pinkney v. Canada* (Views adopted on 29 October 1981), in UN doc. *GAOR*, A/37/40, p. 113, para. 35, p. 103, para. 10.과 연결하여 읽을 것.

237) Communication No. 731/1996, *M. Robinson v. Jamaica* (Views adopted on 29 March 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. II), p. 130, para. 10.7. 강조는 추가됨.

약 제14조(5)에 대한 위반이 되는 것은 아니고, "그러한 보존 미비로 인하여 피고인의 항소심 재판을 받을 권리가 저해되는 경우, 예컨대 문제된 증거가 항소심 재판에 없어서는 아니 되는 것인 경우"에 위 조항 위반이 된다. 그리고 자유권규약위원회가 보기에, "위와 같이 문제된 증거가 재판에 없어서는 안 되는 것인지 여부, 즉, 위 조항 위반이 되는 경우인지 여부는 재판을 담당하는 항소심 법원이 1차적으로 판단할 부분"이다.[238] 이에 따라 당사국이 "피고인 자백이 기재된 자료를 보존하지 못한 것이 항소 이유의 하나로 되었고," 항소심 법원에서 항소가 이유 없다고 보아 항소를 기각하면서 "추가로 판결이유를 제시하지는 않은" 사안에서, 자유권규약위원회는 자신이 "이 점에 관한 사실인정에 대하여 다시 평가할 지위에 있지 않다"라고 하면서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(5)가 위반되지 않았다고 결론 내렸다.[239]

5.5 법률조력을 받을 권리

자유권규약위원회는 일관되게 "사형선고를 받은 구속 피고인에게는 법률조력이 반드시 제공되어야 하고, ***이는 법적 절차의 모든 단계에서 마찬가지이다.***"라고 설시하였다.[240] *LaVende* 사건에서 신청인은 추밀원 사법위원회(the Judicial Committee of the Privy Council)에 불복하기 위한 법률조력 제공을 거부당하였다. 자유권규약위원회가 보기에, 이러한 거부는 신청인이 유죄판결에 대하여 다시 재판받는 것을 실질적으로 막았기 때문에, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(d)뿐만 아니라 제14조(5)를 위반한 것이었다.[241]

*****

Castillo Petruzzi et al. 사건에서는 미주인권협약 제8조(2)(h)에서 보장하는 상소권 침해가 인정되었다. 위 사건에서 피해자(신청인)들은 하급 군사법원의 판결에 대하여 군사최고법원에만 상소를 할 수 있었다. 미주인권재판소가 설시한 것처럼, 위 협약에서 보장하는 상소권은 "단지 유죄판결을 내린 법원보다 상급의 법원이 존재한다는 점만으로 충족되는 것이 아니다." 반대로, "위 협약에서 요구한 것처럼, 상소가 실질적으로 이루어지기 위해서는 상급법원이 문제된 사건을 담당할 수 있는 관할권을

238) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

239) Ibid., para. 10.8.

240) Communication No. 554/1993, *R. LaVende v. Trinidad and Tobago* (Views adopted on 29 October 1997), in UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. II), p. 12, para. 5.8. 강조는 추가됨.

241) Ibid., pp. 12–13, para. 5.8.

가져야 한다."[242] 이 사건에서 피해자들은 군사법원에서 재판받았고 위 군사최고법원에 상소할 권리를 보유하였는데, "그 상급법원은 군사조직의 일부에 속해 있었고, 그러했기 때문에 민간인에 대한 관할권을 가지고, 사전에 설립된 재판소처럼 되기 위하여 필요한 독립성을 보유하지 못하였다." 그 결과 "위 사건이, 협약에서 요구하는 권한, 공정성, 그리고 독립성을 갖춘 상급법원에서 다시 심사될 것이라는 점이 실질적으로 보장되지 아니하였다."[243]

*****

비록 유럽인권협약 제6조에서 상소권을 보장하고 있지는 않지만, 유럽인권재판소는 일관되게 "항소제도를 마련하고 있는 체약국은, 자신의 관할권 내에 있는 사람이 항소법원에서 위 조항에서 규정한 기본적 사항을 누릴 수 있도록 보장하여야 한다."고 설시하였다. 다만 "항소법원의 재판절차에 협약 제6조를 적용하는 구체적인 방식은 문제된 절차의 개별적 성질에 따라 달라지고," "국내법상 재판절차에서의 전체적 관점과 항소법원의 역할을 고려하여야 한다."[244] 그러나 앞서 살펴본 것처럼, 상소권은 이제 유럽인권협약 제7 추가의정서 제2조에 포함되었다.

국제인권법은 유죄판결에 대하여 상소할 권리를 보장한다. 항소심 절차는 사실의 문제와 법률의 문제에 대하여 충분히 심리하여야 한다. 그 중에서도 상소권을 실질적으로 행사하기 위해서는, 최소한, 합리적인 기간 내에 판결문을 받아볼 수 있어야 한다. 또한, 재판기록을 받아 볼 수 있어야 하고, 증거자료에 접근할 수 있어야 하며, 무료로 법률조력을 받을 수 있어야 한다.

상급법원에서 상소권이 행사되는 것만으로는 충분하지 않다. 상급법원이 독립하고 공평하며, 적법절차 원리에 따라 사법을 운용하여야 한다.

242) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, judgment of May 30, 1999, Series C, No. 52*, p. 208, para. 161

243) Ibid., loc. cit.

244) *Eur. Court HR, Case of Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom, judgment of 13 July 1995, Series A, No. 316-B*, p. 79, para. 59.

6. 오심의 경우 보상을 받을 권리

이 장에서 살펴본 주요한 인권규약 중 오직 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약만이 오심의 경우 보상을 받을 권리를 규정하고 있다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(6)은 다음과 같이 규정한다.

> "어떤 사람이 최종판결에서 유죄판결을 받았으나, 그 후 새로운 사실 또는 새로 발견된 사실에 의하여 오심이 있었음을 결정적으로 입증함으로써 그에 대한 유죄판결이 파기되거나, 사면을 받았을 경우에는 위 유죄판결에 따른 처벌을 받은 자는 법률에 따라 보상을 받는다. 다만, 그 알지 못한 사실이 제 때 밝혀지지 아니한 것이 전체적으로 또는 부분적으로 그에게 책임이 있었다는 것이 증명된 경우에는 그러하지 아니한다."

위 문언을 통해 알 수 있듯, 사면은 오심이 발생하였다는 점에 근거하여 이루어져야 한다. 따라서 이러한 이유가 아니라 ***형평(equity)***의 고려에 따라 대통령 사면이 이루어진 경우, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(6)의 보상 문제는 발생하지 않는다.[245)]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 의하면 어떤 사람이 오심의 피해자라는 결정적인 증거가 있는 경우 보상을 받을 권리를 가진다. 그 피해자는 오심에 책임이 없었어야 한다. 형평에 근거한 사면은 보상의 근거가 될 수 없다.

7. 공정한 재판을 받을 권리와 특별재판소

자유권규약위원회는 일반논평 제13호에서 군사법원 및 기타 특별재판소의 창설에 관하여 다음과 같이 설시하였다.

> "일반법원이든 특별재판소든, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조는 그 조항의 적용범위 내에 있는 모든 법원과 재판소에 적용된다. 본 위원회는 많은 나라에서 민간인을 재판하는 군사법원 또는 특별재판소를 두고 있는 점에 주목하고 있다.

245) Communication No. 89/1981, *P. Muhonen v. Finland* (Views adopted on 8 April 1985), in UN doc. *GAOR*, A/40/40, pp. 169–170, paras. 11.2–12.

형평에 부합하고, 공평하며, 독립한 사법의 운용이 문제되는 한, 이는 심각한 문제를 일으킬 수 있다. 이러한 특별재판소를 설치하는 이유는 종종 일반적인 정의의 기준에 부합하지 못하는 예외적인 절차를 적용할 수 있도록 하려는 데에 있다. 규약이 이러한 종류의 법원을 금지하고 있지는 않지만, 규약의 취지에 따르면 그러한 법원에서 민간인을 재판하는 것은 매우 예외적으로, 규약 제14조에 규정된 보장사항을 진정으로 완전히 보장할 수 있는 조건 하에서만 이루어져야 한다."[246]

자유권규약위원회는 니카라과 인민재판소(Peoples' Tribunals)가 위 조항이 규정한 "공정한 재판을 보장하지 않았다"라고 결론 내렸는데, 다만 위 재판소의 절차 중 어떤 면이 규약 제14조에 부합하지 않는지를 밝히지는 않았다. 위 사건에서 신청인은, 마르크스주의를 지향하였다고 주장하며 산디니스타(Sandinistas) 정권을 공개 비판하였다는 이유로 30년 형을 선고받았다.[247]

*****

아프리카 인권위원회의 사례들을 통해 알 수 있듯이, 아프리카헌장 제7조는 이탈이 불가능한 것으로 해석하여야 함이 분명하고, 군사법원을 포함한 모든 특별재판소는 항상 공평하여야 하고 공정한 법절차를 보장하여야 한다.[248]

*****

미주인권재판소는 반역죄를 이유로 민간인에 대한 관할권을 부여받은 페루 군사법원은 미주인권협약 제8조(1)을 위반한 것이라고 결론 내렸다. 왜냐하면 위 군사법원은 공평하고 독립된 법원이 아니었고, 법관들은 "정체불명"(faceless)이어서 피고인들이 법관의 정체를 알거나 법관이 자격 있는 사람인지 판단할 수 없었기 때문이었다.[249]

*****

유럽인권재판소는, 여러 사건에서 민간인을 재판하는 터키 국가안보법원(National Security Courts)이 유럽인권협약 제6조(1)에서 규정한 독립성과 공평성을 갖추지 못하였고, 그 결과 신청인들의 공정한 재판을 받을 권리를 보장하지 못하였다

246) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 123, para. 4.

247) Communication No. 328/1988, *R. Z. Blanco v. Nicaragua* (Views adopted on 20 July 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. II), p. 18, para. 10.4.

248) *ACHPR, Civil Liberties Organisation and Others v. Nigeria, Communication No. 218/98, decision adopted during the 29th Ordinary session, 23 April–7 May 2001*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html에 게재된 결정문 p. 3. 참조

249) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. judgment of May 30, 1999, Series C, No. 52*, pp. 196–197, paras. 129–134.

고 설시하였다. 위 국가안보법원이 협약 제6조(1)에서 규정한 위 측면을 갖추지 못한 이유는, 소속 법관 3명 중 1명이 육군에 소속된 군판사여서 군대의 규율과 평가보고서에 따라야 했기 때문이다. 나아가 위 법관들의 임기도 4년마다 갱신되어야 했다.[250]

*****

이 문제에 관한 위와 같은 몇 가지 국제적 사례를 통해 알 수 있는 것은, 일반법원이든 군사법원을 포함한 특별재판소든, 민간인을 재판하는 모든 법원은 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 항상 보장할 수 있도록 독립하고 공평하여야 한다는 것이다.

일반법원이든 특별재판소든, 민간인을 재판하는 모든 법원은 항상 독립하고 공평하여야 하며, 적법절차를 준수해야 한다.

8. 공공의 비상사태시에 공정한 재판을 받을 권리

공공의 비상사태시에 적법절차를 보장받을 권리는 제16장에서 다루도록 한다. 여기서는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 미주인권협약, 유럽인권협약의 공정한 재판에 관한 조항들이 비록 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2), 미주인권협약 제27조(2), 유럽인권협약 제15조(2)에 규정된 이탈이 불가능한 항목에 포함되지는 않지만, 그렇다고 해서 위 조항들이 임의로 이탈될 수 있다는 의미는 결코 아니라는 점을 지적하는 것으로 충분하다.

*****

자유권규약위원회는 일반논평 제13호에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 관하여 다음과 같이 설시하였다.

> "만일 당사국이 규약 제4조에서 예정한 공공의 비상사태가 발생하였을 때 규약 제14조에서 요구하는 통상적인 절차를 이탈하기로 결정하는 경우, 당사국은 그러한 이탈이 실제 상황의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 것 이상으로 지나치지 않을 것을

250) *Eur. Court HR, Case of Çiraklar v. Turkey, judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VII*, pp. 3072-3074, paras. 37-41.

보장하고, 규약 제14조(1)의 다른 요건을 존중하여야 한다."[251]

자유권규약위원회는 또한, ***"독립하고 공평한 재판소에서 재판받을 권리는 예외가 인정되지 않는 절대적 권리"***라는 점을 아주 분명히 밝혔다.[252] 나아가, 비록 자유권규약위원회가 "규약 제14조에 규정된 모든 사항이 어떤 종류의 긴급상황에서도 전면적으로 유효할 것으로 기대하는 것은 불가능하다"는 점을 인정하였지만, 규약 제14조에 규정된 공정한 재판을 받을 권리의 기본적인 부분은 중대한 위기상황에서도 보장되어야 한다는 점에는 의문의 여지가 없다.[253] 그러나, 자유권규약위원회는 공정한 재판을 받을 권리 중 어떤 측면이 국가의 존속을 위협하는 공공의 비상사태에서 적용되지 않을 수 있는지에 대해서는 구체적으로 밝히지 않았다.

*****

앞서 살펴본 것처럼, 아프리카헌장 제7조는 이탈의 대상이 아니라고 아프리카인권위원회가 해석한 이상, 위 조항에 담긴 공정한 재판을 받을 권리는 언제나 보장되어야 한다.[254]

*****

미주인권재판소은 "재판에 회부된 모든 사람이 누려야 할 보장사항은 ***필수적인*** 것일 뿐만 아니라 ***사법적인(judicial)*** 것이어야 함"을 강조하였는바, 이는 "긴급 상황 시에 적용된 조치의 적법성에 관하여 판단할 권한을 갖는 독립적이고 공평한 사법기관의 능동적 관여"를 시사하는 개념이다.[255] *Castillo Petruzzi* 사건에서, "반역죄로 신청인들을 재판한 군사법원은 미주인권협약 제8조(1)에서 적법절차의 필수요소로 인정한 독립성과 공평성의 요소를 흠결하였다."[256] 미주인권협약 제27조와 관련된 미주

---

251) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 123, para. 4.

252) Communication No. 263/1987, *M. González del Río v. Peru* (Views adopted on 28 October 1992), in UN doc. *GAOR*, A/48/40 (vol. II), p. 20, para. 5.2. 강조는 추가됨.

253) UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. I), p. 5, para. 24. 이는 이탈이 불가능한 권리에 특히, 규약 제14조를 포함하는 것으로 규정된 새로운 선택의정서를 제정하자는 '차별금지 및 소수자 보호를 위한 소위원회'(the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities)의 제안에 의해 촉구된 것이다

254) *ACHPR, Civil Liberties Organisation and Others v. Nigeria, Communication No. 218/98, decision adopted during the 29th Ordinary session, 23 April-7 May 2001,* http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/218-98.html에 게재된 결정문 p. 3. 참조

255) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. case v. Peru, judgment of May 30, 1999, Series C, No. 52,* p. 197, para. 131; emphasis added.

256) Ibid., para. 132.

인권재판소의 흥미로운 법리는 제16장에서 다루도록 한다.

공정한 재판을 *누릴 권리는 국가의 존속을 위협하는 공공의 비상사태에서도 보장되어야 한다. 다만 위와 같은 상황에서는 권리의 일부 측면은 제한적으로만 집행될 수도 있다.*

독립하고 공평한 재판소*에서 재판받을 권리는 언제나 보장되어야 한다. 국가의 존속을 위협하는 공공의 비상사태의 경우에도 마찬가지이다.*

9. 맺음말

이 장에서는 형사상 혐의를 판단함에 있어 실질적으로 보장되어야 할 피고인의 주된 권리들을 살펴보았다. 위 권리들은 재판의 개시 단계부터 유 · 무죄 판결 단계에 이르기까지 모든 단계에서 보호되어야 한다. 또한, 이 장에서는 사법의 공정한 운용 과정에서 국내 법원의 법관의 역할을 빼 놓을 수 없다는 점을 살펴보았다. 이러한 법관의 역할은 앞으로 살펴볼 4개의 장에서도 계속된다. 검사와 변호인의 역할의 중요성 역시 관련된 부분에서 강조하였다.

그러나 국내 법원의 법관은 엄밀한 의미에서 자신의 행위로 인한 책임만 지는 것이 아니다. 그는 어느 정도는 검사와 변호인의 행위로 인한 책임을 지기도 한다. 즉, 검사가 불법적인 수사 방법을 사용함으로써 범죄혐의를 조사하는 과정에서 실수를 범하였거나, 변호인이 피고인과 제대로 상담하지 않았거나 피고인을 위하여 전문가답게 변호활동을 하지 아니하였음을 법관이 어떤 식으로든 알게 된 경우, 법관은 위와 같은 검사의 실수나 변호인의 부족함을 시정하기 위하여 관여하여야 한다. 왜냐하면 공정한 재판과 검사 · 변호인 사이의 무기대등을 보장하기 위해서는 이러한 관여가 필수적이기 때문이다.

이 장에서 다룬 권리들은 여러 가지여서, 다른 권리보다 중요한 권리를 추려내는 것은 어렵거나 불가능하다. 이러한 권리들이 모여 전체를 형성하고, 제4장부터 제6장까지 살펴본 권리들과 함께, 법의 지배를 포함하여 일반적인 인권을 존중하는 사회의 기반이 되는 토대를 형성하게 된다.

Human Rights in the Administration of Justice
A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

제 8장

자유를 박탈당한 사람을 보호하기 위한 국제법상 기준

제8장

자유를 박탈당한 사람을 보호하기 위한 국제법상 기준

학습 목표

- *자유를 박탈당한 사람의 처우에 관련된 가장 중요한 국제법상 기준의 위반을 방지, 처벌 및 구제하는 국가의 법적 의무를 포함하여 이러한 국제법상의 기준에 익숙해지게 한다.*
- *자유를 박탈당한 사람의 권리를 보호하기 위한 많은 법규정이 실제로 어떻게 시행되는지 설명한다*
- *법관, 검사, 변호사가 자유를 박탈당한 사람의 권리를 보호하기 위하여 취하여야 할 법적 절차와 수단 그리고(또는) 행동들을 살펴본다.*

질문

- *당신은 학대당하였다고 주장하는 자유를 박탈당한 사람을 만난 적이 있는가?*
- *그렇다면 그와 같은 학대가 언제, 어떤 목적에서 가해졌다고 주장하는가?*
- *그러한 상황을 구제하기 위하여 어떠한 조치가 강구되었고, 그러한 조치가 어떤 효과가 있었나?*
- *구금 장소의 승인 및 자유를 박탈당한 사람의 등록과 관련하여 당신의 국가에는 어떠한 규정이 있는가?*
- *독방수용과 관련한 당신 국가의 규정은 어떠한가? 예를 들어, 어떠한 이유에서, 얼마나 오랫동안, 어떠한 조건으로 독방구금이 부과될 수 있는가?*

질문

- *당신의 국가에서는 외부와 단절된 구금이 허용되는가? 만일 그렇다면, 얼마나 오랫동안 허용되는가? 그러한 구금의 대상이 되는 사람의 처분에 있어 법적 구제책은 무엇인가? 국가는 미결구금자 또는 수형자가 외부와 단절되어 독방에 있는 동안 아무런 신체적, 육체적 학대가 없을 것이라고 어떻게 보증하는가?*
- *변호사로서, 당신은 구속된 의뢰인과의 자유롭고 비밀스런 접견과 관련한 문제에 직면한 적이 있는가? 만일 그렇다면, 당신은 그런 문제에 대하여 어떻게 대처하였는가?*
- *당신의 국가에서는 아동과 여성 피구금자의 처우와 관련하여 어떠한 특별한 문제가 있는가?*
- *만일 그렇다면, 그 문제는 무엇인가? 그러한 상황에 대한 구제책들은 무엇인가?*
- *아동과 여성을 포함하여 미결구금자와 수형자에 대하여 주장되는 학대에 관하여 당신의 국가에서는 어떠한 정식의 이의제기 절차가 있는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)
- 1984년 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984)
- 1949년 제네바협약 및 1977년 2개의 추가의정서(The 1949 Geneva Conventions and the two Protocols Additional of 1977)
- 1998년 국제형사재판소에 관한 로마규정(Statute of the International Criminal Court, 1998)
- 1948년 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 1948)

*****

- 1955년 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955)
- 1990년 수형자 처우에 관한 기본원칙(Basic Principles for the Treatment of Prisoners, 1990)

관련 법률문서

보편 문서

- 1988년 모든 형태의 억류 · 구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙(Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment, 1988)
- 1982년 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 당하지 않도록 수형자와 피구금자를 보호함에 있어 보건인력, 특히 의사의 역할에 관한 의료윤리의 원칙(Principles of Medical Ethics relevant to the Role of Health Personnel, particularly Physicians, in the Protection of Prisoners and Detainees against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1982)
- 1979년 법집행관 행동강령(Code of Conduct for Law Enforcement Officials, 1979)
- 1992년 강제실종으로부터 모든 사람들의 보호에 관한 선언(Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, 1992)
- 1989년 비사법적, 자의적인 즉결처형의 효과적인 방지와 조사에 관한 원칙(Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions, 1989)

*****

지역 문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)
- 1985년 고문 방지 및 처벌에 관한 미주협약(Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 1985)
- 1994년 강제실종에 관한 미주협약(Inter-American Convention on the Forced Disappearance of Persons, 1994)
- 1950년 유럽인권협약(European Convention on Human Rights, 1950)
- 1987년 고문과 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지를 위한 유럽협약(European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1987)

1. 들어가며

이 장에서는 자유를 박탈당한 사람의 처우에 적용되는 주요 국제법 규정을 설명하고, 이러한 법 규정이 국제감시기구에 의하여 어떻게 해석되는지 그 예를 살펴볼 것이다.

미결구금자 및 수형자에 대한 모든 방면에서의 처우는 인격 존중의 전반적인 향상 부문에서 주요한 과제로 남아있다. 열악하고 심약한 상황 하에서 미결수 또는 기결수들은 경찰이나 교도관들의 재량에 상당 부분을 맡겨진다. 피구금자 또는 수형자는 사실상 외부 생활과 단절되고, 그리하여 그의 권리를 침해당하는 처우를 받기 쉽다. 이러한 부류의 사람들에게 계속적으로 널리 행해지는, 고통스러운 상황에서 도움을 구하는 그들의 외침은 동료 피구금자를 제외하고는 아무에게도 들리지 아니하는데, 이러한 고문 및 그 밖의 잔혹한 · 비인도적인 또는 굴욕적인 처우 내지 처벌은 인간의 존엄성에 참을 수 없는 모욕을 가한다.

그러나 국제인권법은 미결구금자와 수형자들에 대한 처우에 관하여 언제나 적용될 수 있는 엄격한 규정을 두고 있고, 국가는 이러한 규정들을 위반하는 모든 관행을 중단시키기 위하여 필요한 입법적, 실무적 수단을 강구해야 할 법적 의무가 있다. 이러한 점에서, 법관, 검사 및 변호사의 임무는 자유를 박탈당한 사람들의 생명, 안전, 존엄성을 보호하기 위한 법 규정에 대한 존중을 높이는 데에 기여한다는 점에서 근본적으로 중요하다. 이러한 법조인들은 그들의 일상 업무에 있어 피의자 또는 피고인을 대면할 때, 고문, 열악한 처우나 구속 하에서의 강요된 자백, 기타 어떠한 신체적, 정신적 가혹행위가 있었는지 여부에 대하여 끊임없는 경계를 하여야 할 것이다. 이와 같이 법관, 검사 및 변호사는 이러한 측면에 있어 핵심적인 역할을 할 뿐만 아니라, 자유를 박탈당한 사람들의 권리를 보호하기 위한 현존하는 국내 및 국제 규정의 효과적인 이행을 담보할 직업적 의무가 있다.

이 장에서는 고문 및 그 밖의 잔혹한 · 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 개념에 대하여 살펴보고, 특별히 독방수용, 그 중에서도 특히 엄정독방구금(외부와 단절된 독방구금)이 야기하는 문제에 대하여 살펴볼 것이다. 아울러 아동과 여성들과 같은 취약계층이 구금되어 있는 동안 직면하게 되는 특수한 문제들에 대하여도 간략히 살펴볼 것이다. 그러나 사법의 운용에 있어 아동과 여성들의 권리에 대하여는 또한 제10장 및 제11장에서 각기 상세하게 다루어진다. 따라서 이 장에서는 수용시설, 운동, 피구금자 및 수형자의 건강과 면회 및 통신을 통한 외부와의 접촉 등과 같은 구금의 여러 측면에 대하여 살펴볼 것이다. 세 번째로, 이 장에서는 자유를 박탈당한 모든 사람들이 항상 이용할 수 있는 고충처리 절차에 대하여 살펴볼 것이다. 마지막으로 이

장에서는 법관, 검사 및 변호사가 피구금자 및 수형자들에 대한 고문과 기타 다른 형태의 불법적 처우를 보다 효과적으로 근절하기 위하여 어떠한 역할을 하여야 하는가에 관한 의견을 제시하기로 한다.

1.1 용어의 사용

이 장에서 "detainee"와 "detained person"은 범죄행위로 인한 유죄판결에 의하지 아니하고 개인적인 자유를 박탈당한 이들을 의미하며, 반면에 "prisoner" 및 "imprisoned person"은 범죄행위로 인한 유죄판결에 따라 개인적인 자유를 박탈당한 이들을 의미한다. 그러나 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 1955. 이하, '최저기준규칙'이라 한다)에서 "prisoner"라는 용어는 미결수 및 기결수를 모두 포함하는 일반적인 의미로 사용된다는 점을 염두에 두고, 위 규칙이 인용되거나 그 밖의 방법으로 참조될 때마다 이러한 점을 유념해야 한다.

2. 고문 및 그밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 금지

2.1 머리말

생명에 대한 권리 및 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 금지는 모든 주요한 일반적 인권조약과 수많은 다른 인권문서에서 발견될 뿐만 아니라, 이러한 기준은 국제인도법 전반에 걸쳐 언급되고 있다. 예를 들어, 1949년 제네바협약의 공통규정 제3조(1)(a)에 의하면, 비국제적 성질의 군사 분쟁과 관련하여 "생명과 신체에 대한 폭력, 특히 모든 종류의 살인, 신체훼손, 잔혹한 취급과 고문"은 "적대행위에 적극적으로 가담하지 아니한 사람"에 대하여 무엇으로라도 어느 때, 어느 장소에서도 여전히 금지된다. 게다가 각기 국제적, 비국제적 군사 분쟁과 관련된 제1 추가의정서 제75조(2)(a)와 제2 추가의정서 제4조(2)(a)에서도 이와 유사하게 "생명, 건강, 신체적 · 정신적 안녕에 대한 폭력", 특히 살인, 고문, 체형(體刑), 신체훼손을 금지하고 있다.

생명에 대한 권리 및 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터 자유로울 권리의 핵심적인 본질은 위 권리들이 심지어 가장 중대

한 위기상황 하에서도 국제인권법에 따라 제한될 수 없다는 사실에 의하여 더욱 강조된다. 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2), 미주인권협약 제27조(2), 유럽인권협약 제15조(2)에 의하여 분명해진다. 고문 및 그 밖의 잔혹한 · 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984. 이하, '고문방지협약'이라 한다) 제2조(2) 또한 "전쟁상태, 전쟁의 위협, 국내의 정치 불안정 또는 그 밖의 사회적 긴급 상황 등 어떠한 예외적인 상황도 고문을 정당화하기 위하여 원용될 수 없다."고 규정하고 있다. 게다가 고문 방지 및 처벌에 관한 미주협약(Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 1985) 제5조는 "피구금자 또는 수형자의 위험성과 교도소의 안보시설 부족 모두 고문을 정당화할 수 없다."고 규정하고 있다.

고문금지의 본질은, 국제형사재판소에 관한 로마규정 제7조에서 고문이 "민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서 그 공격에 대한 인식을 가지고 범하여질 때" ***인도에 반한 죄***에 해당한다고 규정하고 있는 사실에 의해 더욱 강조된다. "생물학적 실험을 포함한 고문 또는 비인도적인 대우" 또한 ***전쟁범죄*** 및 동일한 입법취지의 1949년 제네바협약의 ***중대한 위반***에 해당한다[위 로마규정 제8조(2)(a)(ii)].

이러한 다수의 국제법 규정 이외에, 고문에 의지하는 것은 국내적으로도 종종 금지되어 있다. 고문의 존재는 그것 자체의 법적 문제라기보다는, 법규범 이행의 문제로써 국제사회에 본질적인 문제를 시사한다.

2.2 국가의 법적 책임

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 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 있다. 위 조항에 관한 일반논평 제20호에서 자유권규약위원회는 위 조항의 입법취지에 대하여 "개인의 존엄과 신체적, 정신적 고결함을 보호하기 위함"이라고 설명하였다.[1] 더욱이 위원회는 "공식적인 지위나 그 지위를 넘어서는 또는 개인적 지위에서 행하는 사람들에 의하여 이루어지는 위 규약 제7조에서 금지되는 행위를 방지하기 위하여 입법적 방법과 기타 필요한 수단을 강구하여 모든 사람들을 보호하는 것이 당사국의 의

1) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 139, para. 2.

무"라고 강조한다.[2] 위 규약 제7조상의 금지는 "자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급된다."고 규정하고 있는 같은 규약 제10조(1)의 적극적 요구에 의하여 보완된다.[3]

*****

고문방지협약 제2조는 "당사국은 자기 나라 관할하의 영토 내에서 고문 행위를 ***방지***하기 위하여 실효적인 입법, 행정, 사법 또는 그 밖의 조치를 취한다."고 규정하고 있다(강조는 추가됨). 위 협약 제12조에서는 "당사국은 자기 나라 관할하의 영토 내에서 고문이 자행되었다고 믿을 만한 타당한 근거가 있는 경우에는 권한 있는 당국이 ***신속하고 공평한 조사***를 진행하도록 보장한다."라고 규정하고 있다. 고문방지위원회는 당사국에 위 조항의 권고문을 만듦에 있어 당사국들이 "확실한 조사와, 시민이든, 군인이든, 고문이나 열악한 처우가 의심되는 모든 보고되는 사건에 대하여 당국에 의한 소추를 보장"하여야 한다고 일관되게 강조하였다.[4] 이를 보증하기 위하여 고문자 행자는 ***면책***(immunity)을 누릴 수 없고, 고문방지위원회는 당사국들로 하여금 고문에 대하여 "사면법의 적용을 배제하여야 한다."고 권고한다.[5]

게다가 고문방지위원회가, 고문방지협약 당사국들은 ***사법부의 독립을 약화시키는 법률을 폐기하고***,[6] 특히 임기를 제한한 임명과 관련한 문제에 관하여 1985년의 사법부의 독립에 관한 기본원칙과 1990년의 검찰의 역할에 관한 지침(Guidelines on the Role of Prosecutors)을 국내법으로 가져오는 것에 대하여 고려해야 한다고 반복적으로 권고하는 점은 주목할 만하다.[7]

*****

일반논평 제20호에서 자유권규약위원회는, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조는, 권리와 자유가 침해된 사람들에게 ***효과적인 구제조치***를 제공하여야 하는 당사국의 의무에 관해 규정하고 있는 규약 제2조(3)과 연결하여 읽어야 한다고 지적한다.[8] 이는 특히 "제7조에 의하여 금지되는 ***학대에 이의를 제기할 수 있는 권리***는

2) Ibid., loc. cit.

3) Ibid.

4) Peru에 관한 UN doc. *GAOR*, A/55/50, p. 15, para. 61(a) 참조

5) Ibid., p. 17.

6) Peru에 관한 UN doc. *GAOR*, A/55/44, p. 15, par. 60; and, Azerbaijan에 관하여, see ibid., p. 17, para. 69(d) 참조

7) Kyrgyzstan에 관하여, ibid., p. 19, para. 75(d). 참조

8) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 141, para. 14.

국내법적으로 인정되어야 하고," "그러한 이의에 대하여는 효과적인 구제조치를 강구할 수 있는 합당한 기관에 의하여 신속하고 공평하게 조사가 이루어져야 함"을 의미한다.[9] 고문방지위원회는 또한 "고문 및 그밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 희생자들이 이의를 제기할 수 있는 효과적이고 믿을만한 고충처리제도 도입"의 중요성을 강조한다.[10]

끝으로 ***형벌면책***(impunity) 문제와 관련하여 자유권규약위원회는, "사면제도(amnesties)는 일반적으로 관할권 내에서의 그와 같은 행위를 조사하고, 그러한 행위로부터 자유로울 것을 보장하며, 향후 그러한 일이 발생하지 않을 것을 보장해야 할 국가의 의무와 맞지 않는다."고 언급하였다.[11] 결국 사면법의 문제와 관련하여 자유권규약위원회와 고문방지위원회는 의견 일치를 보았다. 사면법에 대한 그러한 측면과 관련하여 자유권규약위원회는 "국가는 가능한 범위 내에서의 보상과 모든 명예회복을 포함하여 효과적인 구제조치에 관한 권리를 개인으로부터 박탈할 수 없다."고 언급하였다.[12]

*****

미주인권재판소는 그 중에서도 미주인권협약 제1조에서 규정하고 있는 국가의 의무에 대하여 상세히 해석한 바 있다. 위 재판소는 위 협약에 의하여 보장되는 권리와 자유의 "자유롭고 완전한 행사를 보장"할 의무와 관련하여 다음과 같이 설시하였다.

> " … 사법적으로 인권의 자유롭고 완전한 향유가 보장되도록 정부기구 및 일반적으로 국가권력이 행사되는 모든 기구를 조직하여야 할 당사국의 의무를 내포한다. 이러한 의무 이행의 결과 국가는 그 협약에 따라 인정된 권리의 침해에 대하여 예방, 조사 및 처벌을 해야 하고, 더 나아가 가능한 범위 내에서 침해된 권리를 회복시키기 위하여 노력하고, 그러한 침해로 인하여 입은 손해에 대한 적절한 배상을 하여야 한다."[13]

위 재판소는 이에 관하여 다음과 같이 덧붙였다.

---

9) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

10) Poland에 관한 UN doc. *GAOR*, A/55/44, p. 22, para. 94. 참조

11) General Comment No.20, *United nations Compilation of General Comments*, p. 141, para. 15.

12) Ibid., loc. cit.

13) *I-A Court HR, Velasquez Rodrigeuz Case, judgment of July 29, 1988, Series C, No 4*, p. 152, para. 166.

"인권의 자유롭고 완전한 행사를 보장하기 위한 의무는 그 의무를 이행할 수 있도록 고안된 법적 제도의 존재만으로는 실현될 수 없고, 이에는 또한 인권의 자유롭고 완전한 행사를 효과적으로 보장하기 위한 정부 자체의 행동이 요구된다."[14]

이는 특히 사법부와 검찰 및 변호사로 하여금 그들의 업무를 효과적이고 정부로부터 독립하여 수행할 수 있도록 허용함을 의미한다.

*****

여성피구금자에 대한 강간과 학대가 문제된 *Aydin* 사건에서 유럽인권재판소는, 유럽인권협약 제13조가 "위 협약상의 권리와 자유의 실체를 구현하기 위하여 어떠한 형식으로든 국내법령에 따라 보장될 수 있는 국가적 차원의 구제책의 이용가능성을 보장"하는 것이라고 상기하였다.

"비록 체약국에게 이 규정에 따라 그들의 의무에 따르는 방법에 관하여 일정 정도 재량의 여지가 있다고 하더라도, 위 조항의 효과는 국내 구제조치 규정이 합당한 국가기관으로 하여금 관련된 협약상의 사건을 다루고, 적절한 구제방법을 부여함을 허용하도록 요구하는 것이다."[15]

비록 "협약 제13조상의 의무의 범위가 그 협약에 따른 이의제기의 내용에 따라 다양할 수 있으나", 그럼에도 불구하고,

"요구되는 구제책은 ***법적으로뿐만 아니라 실제로도*** '효과적'이어야 하며, 특히 그 구제책의 시행이 상대방 국가의 작위 또는 부작위에 의하여 합리적 근거 없이 방해되어서는 아니 된다. … "[16]

유럽인권재판소는 이 사건에서 다음과 같이 덧붙였다.

"유럽인권협약 제3조에 따라 보장되는 권리의 본질은 제13조와 밀접한 관계가 있다. 고문 금지의 근본적 중요성과 특히 고문 희생자의 열악한 지위를 고려할 때 제13조는 기타 국내 제도에 따라 가능한 구제책에 대한 편견 없이 국가에게 고문 사건에 대한 철저하고 효과적인 조사를 시행할 의무를 부과한다.

14) Ibid., para. 167.

15) *Eur. Court HR, Aydin v. Turkey, Judgment (Grand Chamber. 대재판부) of 25 September 1997, Reports 1997-VI*, p. 1895, para. 103.

16) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

> 따라서 개인이 국가공무원으로부터 고문을 당했다는 주장을 할 경우 '효과적인 구제책'의 개념에는 적절한 보상의 지급 이외에, 사건의 증명과 원인자의 처벌에 이를 수 있는 철저하고 효과적인 조사가 수반되고, 여기에는 조사 절차에 대한 진정인의 효과적인 접근이 포함된다."[17]

끝으로 고문방지협약 제12조와 달리 유럽인권협약 제13조는 "고문이 자행되었다고 믿을만한 합리적인 근거가 있을 경우 '신속하고 공평한 조사를 진행할 의무'"를 부과하고 있지는 아니하나, "제13조의 '효과적인 구제조치'의 개념에는 그러한 요청이 내포되어 있다."[18] 결국 *Aydin* 사건에서는 "진정인의 주장에 대하여 철저하고 효과적인 조사가 이루어지지 아니하였고, … 이처럼 제대로 조사가 이루어지 않음으로써 전체로서의 구제방법 체계에 있어 공적인 검사의 역할의 중립성을 고려할 때 피해배상을 청구하는 것을 포함하여 이미 존재하던 다른 구제책들의 실효성까지 훼손시켰다."[19]는 이유로 제13조 위반이 인정되었다.

*****

인권 침해 방지, 조사, 소추, 처벌 및 구제에 대한 국가의 법적 의무에 관한 보다 자세한 내용에 대하여는 이 매뉴얼 제15장을 참조하라.

[**추록**: 2005년에 유엔 총회는 "국제인권법에 대한 중대한 침해와 국제인도법에 대한 일련의 침해로 인한 피해자들의 구제 및 회복의 권리에 관한 기본 원칙과 지침"을 채택하였다. 비록 이러한 원칙은 국가의 새로운 법적 의무를 창설하지는 못하였으나, "종래부터 존재하던 법적 의무의 이행을 위한 메커니즘, 양식, 절차 및 방법을 확인하였다."(General Assembly resolution 60/147, annex, preamble)]

2.3 고문과 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우 또는 처벌의 개념: 정의 및 이해

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조는 그 조항에서 대상으로 하고 있는 개념들의 정의를 제시하지 않고, 자유권규약위원회도 "금지되는 행위목록을 작성하거나, 여러 가지의 처벌 또는 대우를 엄격히 구별하는 것이 필수적이라고 생각"하지

17) Ibid., pp. 1895–1896, para. 103.

18) Ibid., para. 103 at p. 1896.

19) Ibid., p. 1898, para. 109.

는 않는다고 하였다.[20] "그러한 구별은 문제되는 대우의 성질, 목적 및 강도에 좌우되기 때문이다." 다만, "위 조약 제7조의 금지는 신체적 고통을 야기하는 행위 뿐 아니라 피해자에게 정신적 고통을 야기하는 행위에도 관계되는 것"이고, 더 나아가 "범죄에 대한 형벌 또는 교육적 내지 징계적 조치로 명하여진 과도한 처벌"도 대상이 되는 것은 명확하다고 하였다.[21]

다만, 한 사례에서 자유권규약위원회는, 그러한 행위가 ***비인도적이고 굴욕적인 대우***에 해당하는가의 평가는 "피해자의 성별, 연령과 건강상태는 물론 그러한 취급의 지속기간 내지 방법, 그 신체적 또는 정신적 영향과 같은 사건과 관계된 모든 요소를 종합하여 결정된다."고 지적하였다.[22]

*****

고문방지협약의 적용상 '고문'이란 것은 다음과 같은 것을 의미한다.

> "공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접 또는 이러한 자의 교사 · 동의 · 묵인 아래, 어떤 개인이나 제3자로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적으로, 개인이나 제3자가 실행하였거나 실행한 혐의가 있는 행위에 대하여 처벌을 하기 위한 목적으로, 개인이나 제3자를 협박 · 강요할 목적으로 또는 모든 종류의 차별에 기초한 이유로, 개인에게 고의로 극심한 신체적 · 정신적 고통을 가하는 행위를 말한다. 다만, 합법적 제재조치로부터 초래되거나, 이에 내재하거나 이에 부수되는 고통은 고문에 포함되지 아니한다."[제1조(1)]

고문방지협약 제16조에 의하면, "당사국은 … 제1조에 규정된 고문에 미치지 아니하는 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌이 공무원이나 그 밖의 공무수행자에 의하여 직접 또는 이들의 교사 · 동의 · 묵인 아래 이루어지는 것을 방지한다."

*****

Loayza Tamayo 사건에서, 미주인권재판소는 다음과 같이 설명했다.

---

20) General Comment No. 20, *United Nations Compilation of General Comments*, p. 139, para 4.

21) Ibid., para 5.

22) Communication No. 265/1987, *A. Vuolanne v. Finland*(Views adopted on 7 April 1989), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 256 para 9.2

> "사람의 신체적 내지 심리적 완전성에 대한 권리의 침해는, 고문에서부터 그 밖에 다른 형태의 모욕 또는 잔혹하고, 비인도적이거나 굴욕적인 대우에까지 이르는, 개별적인 구체적 상황에서 증명되어야 하는 내부적 또는 외부적 요인에 의해 야기되는 다양한 정도의 신체적이고 심리적인 효과가 수반되는, 여러 가지 취급을 아우르는 하나의 침해의 범주이다."[23]

Irish and Ribitsch 사건에서, 미주인권재판소는 유럽인권재판소의 판결을 언급하면서, 다음과 같이 덧붙였다.

> "설령 신체적 상해가 없는 경우라도, 심문 중 정신적 동요를 동반하는 심리적 내지 도덕적 고통은 비인도적인 대우라고 여겨질 수 있다. 굴욕적인 측면은, 피해자에게 굴욕을 가하고, 그 품위를 깎아내리고, 나아가 신체적 내지 도덕적 저항을 무너뜨릴 목적으로 발생시킨 공포 · 불안 · 열등감으로 특징지워진다. … 그러한 상황은, 불법적으로 구금된 사람의 취약성에 의해 더욱 악화된다. … 피구금자의 적정한 행동을 확보하기 위하여 실제로 필요로 되지 않는 실력의 행사는 어떠한 것도 인간의 존엄에 대한 공격이고, … 미주인권협약 제5조에 위반된다. 대테러리스트 투쟁에서 신문의 긴급성과 명백한 어려움을 이유로 신체의 불가침성에 대한 인간의 권리보호를 제한하는 것은 허용되어서는 아니 된다."[24]

*****

유럽인권협약 제3조에서의 "고문 또는 … 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌"에 대하여, 유럽인권재판소는, "고문"과 "비인도적인 또는 굴욕적인 대우" 사이의 구별은 "주요하게는 가해진 고통의 강도의 차이에서 기인하는 것"이라고 하였다.[25] 유럽인권재판소의 견해에 따르면, "협약에서 '고문'과 '비인도적인 또는 굴욕적인 대우' 사이의 구별을 둔 것은, 이러한 개념들의 처음에 매우 중대하고 잔혹한 고통을 야기시키는 고의적인 비인도적 대우에 대하여 특별한 오명을 붙여야만 한다는 의도가 있었다고 … 보인다."[26]

유럽인권재판소는, 제3조에 의거한 금지가 절대적이고, 거기에는 "유럽평의회를 구성하는 민주사회의 기본적 가치의 하나가 체현되어 있다"고 일관되게 강조하였

23) *I-A Court HR, Case of Loayza Tamayo v. Peru, Judgment of September 17, 1997*, in OAS/Ser. L/V/Ⅲ 39, doc. 5, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1997,* p. 211, para 57.

24) Ibid., loc. cit.

25) *Eur. Court HR, Case of Ireland v. the United Kindom, Judgment of 18 January 1978, Series A,* No 25, p. 66, para 167.

26) Ibid., loc. cit. 및 *Eur. Court HR, Aydin v. Turkey, Judgment(Grand Chamber) of 25 September 1997, Reports 1997-Ⅵ,* p.1891, para 82

다.[27] "인간 개개인의 보호를 위한 도구로서의 협약의 대상과 목적"이라는 관점에서, 제3조는, 다른 어떤 조항과 마찬가지로, "그 보장이 ***실제적이고 효과적인 것***이 되도록 해석되고 적용되어야 한다."[28]

*****

이하에서는, 자유를 박탈당한 사람을 대상으로 한, 혹은 예외적으로 형벌을 집행하는 과정에서 행하여진, 고문 내지 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우 또는 처벌에 대한 국제적 금지규정에 위반하는 것이라고 인정된 행위에 대한 몇몇 사례들을 제시할 것이다.

2.3.1 고문으로서의 강간

전술한 *Aydin* 사건에서, 쿠르드족 출신의 터키국적인 신청인은, 치안부대에 의해 그녀의 아버지, 새언니(sister-in-law)와 함께 구금되었을 때 단지 17세에 불과했다. 그녀는 구금된 동안 강간을 당했고 부당한 취급을 받았다. 유럽인권재판소는 그 사실조사를 거쳐 다음과 같이 판시하였다.

> "국가공무원에 의한 피구금자 강간은, 가해자가 피해자의 취약성 내지 약화된 저항성을 이용할 수 있는 상황 하에서 행한 것으로 특히 부당한 대우의 중대하고 혐오스러운 형태로 인식되어야 한다. 나아가, 강간은 피해자에게, 다른 형태의 신체적 · 정신적 폭력만큼 빠르게 시간의 흐름에 대응할 수는 없는 깊은 심리적 상처를 남긴다. 신청인 또한 강제적 삽입이라는 극심한 고통을 경험하였고, 이는 신체적 · 감정적 양 측면에서 그녀의 감정을 깎아내리고 침해하였음에 틀림없다."[29]

더구나 신청인은, "그녀의 성별, 연령과 감금된 상황을 고려하면, 터키 Derik의 헌병대본부에서 치안부대의 손에 구금된 동안 특히 공포스럽고 굴욕적인 일련의 경험들"을 당하였다. 신청인이 처한 상황은 다음과 같은 것이었다.

> " … 3일간의 구금 중, 신청인은 눈이 가려져 갈피를 못 잡고 방향감각을 상실하였으며, 신문 중 그녀에게 가해진 구타와 다음에 일어날 일들에 대한 불안감에 의해 유발

27) *Eur. Court HR, Soring v. the United Kingdom, Judgment of 7 July 1989, Series A,* No 161, p. 34, para 88.

28) Ibid, para 87. 강조는 추가됨.

29) *Eur. Court HR, Aydin v. Turkey, Judgment(Grand Chamber) of 25 September 1997, Reports 1997-VI,* p.1891, para 83.

> 된 지속적인 신체적 고통과 정신적 괴로움의 상태에 있었음이 분명하다. 또한 그녀는 발가벗겨진 채 굴욕적이고 따라서 전반적으로 그녀의 취약한 감성을 고조시키는 상황 하에서 전시되었으며, 어떤 때에는 회전하는 타이어 안에서 고수압의 물로 계속 두들겨 맞았다.[30]

그러므로 유럽인권재판소는 다음과 같이 결론 내렸다.

> "(재판소는) 신청인에 대하여 행하여진 신체적 및 정신적 폭력행위의 축적, 그리고 특별히 강간이라는 잔혹한 행위는 고문에 상당하고, 협약 제3조에 위반하는 것으로 판단한다."[31]

*****

미주인권위원회도 페루를 상대로 한 사건에서 군 요원에 의한 강간사건을 다루게 되었다. 비록 그녀는 위와 같이 감금되지는 않았지만, 남편을 납치-최종적으로 살해되었다-한 자들의 수중에서 어떠한 도움도 없는 상황에 처해있었다. 그녀의 남편이 집에서 납치되던 날 밤, Ms. Mejia는 군 장교에 의해 2회 강간을 당했다.[32] 위원회는 신청인이 주장한 사실관계가 진실이라고 추정하였다. "신청인이 제출한 주장의 신뢰성"은, 정부 간 기관 및 비정부간 조직이 "페루의 비상사태지역에서 치안부대요원에 의해 이루어진 여성에 대한 무수한 강간들과 Raquel Mejia에 대한 특정 사건"을 언급하고 묘사하는 여러 보고서들을 작성함으로써 보강되었다.[33] 그리하여 Ms. Mejia에 대한 학대행위에 관하여 페루 군부대의 책임을 추정하고, 나아가 페루에는 효과적인 국내적 해결조치가 존재하지 않는 것을 근거로 하여, 위원회는 다음과 같이 판단하였다.

> "현행 국제법 하에서, 치안부대의 구성원에 의해 행하여진 성적 학대가 국가가 촉진한 의도적인 관행의 결과인지, 그와 같은 범죄를 국가가 방지하지 못한 실패의 결과인지를 불문하고, 피해자의 권리, 특히 신체적 및 정신적 불가침성에 대한 권리의 침해에 해당한다는 것은 확립된 것이다."[34]

---

30) Ibid., para. 84.

31) Ibid., p. 1892, para. 86.

32) *I-A Court HR, Report No. 5/96, Case 10.970 v. Peru, March 1, 1996, in OAS do. OEA/er. L/V/Ⅱ.91, doc. 7 rev, Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1995,* pp. 158-159.

33) Ibid., pp. 174-175.

34) Ibid., p. 182.

이러한 관점을 지지하기 위하여, 위 위원회는 특히, 1949년 제4차 제네바 협약 제27조 및 제147조, 제네바 협약 공통 제3조, 제네바 협약 제1 추가의정서 제76조, 제네바 협약 제2 추가의정서 제4조(2)와 1998년 국제형사재판소 규정 제5조를 언급하고 있다.[35]

위원회는 다음으로 고문방지 및 처벌에 관한 미주협약에 제시된 고문의 정의를 참조하여, 미주인권협약 제5조에 언급된 고문 개념의 해석을 검토하였다. 당해 정의를 근거로 하여, 고문이 행하여졌다고 판단하기 위하여는 아래와 같이 3가지 요소가 존재해야 한다고 하였다.

◈ "그것은 사람에 대하여 신체적 및 정신적 고통과 괴로움을 가할 의도적인 행위여야 한다."
◈ "그것은 목적을 가지고 행하여져야 한다." 그리고
◈ "그것은 공무원 또는 그의 교사에 의해 행동하는 사인에 의해 행하여진 것이어야 한다."[36]

Ms. Mejia 사건에서는 이러한 요소들이 모두 충족되었다. 제1요소에 대하여는, 위원회는 "강간은 폭력행위의 결과로서 가하여진 신체적 및 정신적 학대"라고 판단하였다. 강간은 또한, "피해자에게 신체적 및 정신적 고통도 야기한다. 그 실행시 폭력이 가하여지는데 더하여 피해자는 상해를 입는 것이 통례이고, 경우에 따라서는 임신이 되기도 한다. 그러한 성질의 학대를 받는 것은 또한, 한편으로는 굴욕 및 피해를 당하는 자체로부터 야기되고, 다른 한편으로는 스스로에게 가해진 상황을 신고하는 경우 자신의 공동체 구성원으로부터 비난이라는 괴로움을 당하는 데서 기인하는 심리적 트라우마도 야기한다."[37] Ms. Mejia은 "'신체적 및 정신적 고통과 괴로움'을 (야기시킨) 폭력행위의 결과로서 … 강간 피해를 받았"으므로, 그 요소는 만족되었다.[38] 제2요소에 대하여는, Ms. Mejia에 대한 강간은 "신청인을 개인적으로 처벌하고, 나아가 협박할 목적으로" 행하여진 것이었다. 유죄판결을 받은 가해자는, "신청인도 남편과 마찬가지로 파괴공작활동가로서 지명수배 되었다"는 것과 "신청인의 이름이 테러 관련자 리스트에 있었다."는 것을 Ms. Mejia에게 말하였다. 그는 또한 돌아와 그녀를

35) Ibid., pp. 182–184.
36) Ibid., p. 185.
37) Ibid., p. 186.
38) Ibid., loc. cit.

다시 강간할 것이라고 협박하였다.[39] 마지막으로, 제3요소와 관련하여, 위원회는 Ms. Mejia를 강간한 사람은 많은 수의 병사를 거느린 치안부대의 일원이었다고 결론지었다.[40]

고문의 정의에 대한 세 가지 요소가 이 사건에 모두 나타나 있는 점을 고려하여, 위원회는 페루가 미주인권협약 제5조(인도적 처우를 받을 권리)를 위반하였다고 판단하였다.[41] 위원회는 더 나아가 Ms. Mejia에 대한 강간은 "개인의 존엄을 포함한 신체적 및 정신적 불가침성 모두에 영향을 미쳤다"는 점에서 사생활에 대한 권리와 관련된 협약 제11조 위반도 된다는 결론에 도달하였다. 실제로 위원회가 설시한 것처럼, 성적 학대는 피해자의 신체적 · 정신적 불가침성의 침해임과 더불어, "그 존엄을 고의적으로 훼손하는 것을 의미한다."[42] 최종적으로, 페루는 그러한 침해에 대하여 효과적인 구제조치를 제공하지 않음으로써, 미주인권협약 제1조(1), 제8조(1)[공정한 재판을 받을 권리] 및 제25조[사법적 보호에 관한 권리]에 위반하였다.[43]

[**추록**: *Ana, Beatriz and Celia González Pérez v. Mexico* 사건에서, 미주인권위원회는 군인들에 의한 진정인에 대한 불법 구금, 고문 및 강간과 관련한 혐의가 증거에 의하여 인정될 수 있다고 보았고, 나아가 미주인권협약 제46조(2)에 의하여 규정된 국내 구제절차의 소진이라는 요건의 예외가 적용될 수 있다고 보았다(미주인권위원회 *Ana, Beatriz and Celia Gonzalez Perez v. Mexico*, Report No. 129/99, case 11.565, 1999년 미주인권위원회 연간 보고서)]

2.3.2 미결구금자 · 수형자의 취급

자유를 박탈당한 사람에 대한 고문 그 밖의 불법적 취급의 자행은, 특히 자유권규약위원회의 결정례에서 눈에 띄게 두드러진다. 그 결정례들에는, 특히 자백을 이끌어낼 목적으로 폭력을 사용함으로써 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조와 제10조(1)["자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급된다."]을 위반한 실례가 무수히 포함되어 있다. 구타, 그 밖의 부당한 취급에 대하여 신청인이 충분하게 상세한 설명을 하는 것이 가능하고, 당사국이 그것에

39) Ibid., pp. 186–187.

40) Ibid., p. 187.

41) Ibid., loc. cit.

42) Ibid., pp. 187–188.

43) Ibid., p. 193. 그녀 남편의 살해에 관하여도 같이 적용되었다. Ibid., loc. cit.

대해 제대로 답변을 하지 못할 경우, 또는 그 혐의에 대해 논박하지 않는 경우, 위원회는 그러한 취급의 악질성에 따라 한꺼번에 혹은 개별적으로 규약 제7조와 제10조(1)을 위반한 것으로 판단하고 있다.[44]

*****

피구금자에 대한 억제수단에 관하여, 고문방지위원회는 미국에 대하여, "피구금자의 억제수단으로 이용되는 전기충격벨트와 구속의자"를 폐지할 것을 권고하였다. 그러한 것들을 사용하는 것은 거의 대부분 잔혹한, 비인도적 또는 굴욕적인 대우 또는 형벌을 위법화하는 고문방지협약 제16조 위반으로 이어지기 때문이다.[45]

*****

자이르를 상대로 한 사건에서 아프리카 인권위원회는, "피구금자를 주먹, 막대기와 부츠로 구타하는 것, 수형자를 사슬로 묶거나 전기충격을 가하거나, 매달거나, 물에 빠뜨리는 것은 … 인간의 존엄성을 침해한다." 그러한 행위는 한꺼번에 또는 개별적으로 아프리카헌장 제5조(고문 등을 받지 아니할 권리) 위반에 해당한다고 결론을 내렸다.[46] 유사하게, 말라위를 상대로 한 사건에서, 위원회는 Vera와 Orton Chirwa가 교도소에서 "함께 또는 개별적으로" 당한 행위들은 분명하게 위 헌장 제5조 위반이라고 인정하였다. 규율상의 이유로 두 사람에게 가해진 부당한 대우 및 처벌에는, 식사를 줄이는 것, 이틀 동안 팔다리를 묶어놓고 위생시설에도 접근하지 못하도록 한 것, 자연광이 들어오지 않는 암실에 물도 식사도 주지 않으면서 구금한 것, 강제

---

44) 다른 사례로는, Communication No. 328/1988, R. *Zelaya Blanco v. Nicaragua*(Views adopted on 20 July 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40(vol. Ⅱ), pp. 15-16, paras. 6.5-6.6 and p. 18, para. 10.5: 동료 수감자에 대한 협박, 구타, 암살 등에 의해 자백을 이끌어내려는 시도는 규약 제7조와 제10조(1)에 위배된다. Communication No. 613/1995, *A. Leebong v. Jamaica*(Views adopted on 13 July 1999), in UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol. Ⅱ), p. 60, para. 9.2: 그 부당한 대우 또는 환경은 "*또한 규약 제7조와 제10조(1)에 근거하여 인간 고유의 존엄에의 정당한 존중에 입각하여 대우 받고* ***잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우****를 받지 아니할 신청인의 권리를 침해하였다고 봄이 상당*"하다(강조는 추가됨). 사형수 병동에 수감되어 있던 신청인은 교도관에게 폭행을 당하였고, 그 결과 의사를 대면할 필요가 있었음에도 오로지 한번만 의사를 만나도록 허가받았다. Communication No. 481/1991, *J. Villacnes Ortega v. Ecuador*(Views adopted on 8 April 1997), in UN doc. A/52/40(vol. Ⅱ), p. 4, para. 9.2 as compared with p. 2 para 2.4: 감방 동료의 탈옥시도 이후 교도관에 의한 부당한 대우. 신청인은 그 중에서도 특히 "전기 고문시 방전으로 인하여 복부와 흉부에 여러 개의 둥글고 검은 자국들"*이 생겼다. 그 대우는 규약 제7조와 제10조(1)에 위반한* ***"잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우"***에 해당한다(강조는 추가됨). Communication No. 612/1995, *Arbuacos v. Colombia*(Views adopted on 29 July 1997), in UN doc. GAOR, A 52/40(vol.Ⅱ), p. 181, para. 8.5.: 두 형제에게 가해진 고문, 특히 "눈이 가려진 채 운하에 빠뜨려진" 것은 규약 제7조에 위반한 것이다.

45) UN doc. *GAOR*, A 55/44, p. 32, para. 180(c)

46) *ACHPR, World Organisation against Torture and Others v. Zaire, Communications Nos. 25/89, 47/90, 56/91 and 100/93, decision adopted during the 19th session, March 1996,* http://www.up.ac.za/chr에 게재된 결정문의 para. 65 참조.

로 옷을 벗겨 전라상태로 만드는 것, 나무막대기나 철봉으로 구타하는 것이 포함되어 있다. 이것들은 "고문과 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우 또는 처벌"에 해당한다.[47]

*****

미주인권재판소도, "*거리의 아이들*"*(Street Children)*사건과 같이 고문과 기타 종류의 부당대우와 관련한 사건들을 여러 번 다루어 왔다. 미주인권재판소는 위 사건에서, 과테말라 치안부대에 의해 유괴되어 살해되기까지 4명의 청소년의 "신체적 · 정신적 존엄성"이 침해되었고, 그들은 미주인권협약 제5조(1),(2)(신체적 완전성 등을 존중받을 권리, 고문 등을 당하지 않을 권리)에 반하여 행하여진 "***부당한 대우와 고문***의 희생자들이다"라고 인정하였다.[48]

피해자의 유괴 · 실종과 관련된 *Castillo-Paez* 사건에서, 미주인권재판소는 공용차의 트렁크에 *Castillo-Paez*를 실은 것은 위 협약 제5조에서 보장하고 있는 인도적 취급을 받을 권리에 반한다고 결론 내렸다. 그리고 "비록 신체적 또는 다른 어떤 부당한 취급이 행하여지지 않았다 하더라도, 그 행위만으로도 인간 고유의 존엄에의 정당한 존중에 명백하게 모순되는 것으로 여겨질 수 있다."고 하였다.[49]

*****

유럽인권재판소는 *Irish* 사건에서, 1971년 북아일랜드에서 체포된 사람들에게 다섯 가지의 신문 수단을 조합하여 사용한 것은 유럽인권협약 제3조에서 말하는 ***비인도적 취급***에 해당한다고 인정하였다. 위 재판소는 벽에 신체를 붙여 세워두는 것, 머리에 복면을 씌워두는 것, 소음을 듣게 하는 것, 잠을 재우지 않는 것, 음식 · 음료를 주지 않는 것으로 구성된 이러한 수단들이 "조합되어, 사전 계획 하에, 여러 시간 동안 단숨에 적용되었고," 그것들은 "실제로 신체에 상해를 가하지 않았다 하더라도, 적어도 그 대상이 된 사람에게 극심한 신체적 · 정신적 고통을 야기하였으며, 나아가 신문 중 급성 정신장해에 이르게 하였다."고 판시하였다.[50] 유럽인권재판소의 견해에 따르

47) *ACHPR, Krishna Achutban and Amnesty International(on behalf of Aleke Banda and Orton and Vera Chirwa) v. Malawi, Communications Nos. 64/92, 68/92, and 78/92, decision adopted during the 16th session, Otober-November 1994,* http://www.up.ac.za/chr에 게재된 결정문 para. 33 참조

48) *I-A Court HR, Villagran Morales et al. case v. Guatemala, Judgment of November 19, 1999, series C, No. 63,* p. 180, para 188 read in conjunction with p. 176, para. 186. 강조는 추가됨.

49) *I-A Court HR, Castillo-Paez case, Judgment of November 3, 1997,* in OAS/Ser.L/V/Ⅲ 39, doc. 5, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1997,* p. 264, para 66.

50) *Eur. Court HR, Case of Ireland v. the United Kingdom, Judgment of 18 January, 1978, series A, No. 25,* p. 66, para 167

면, 이러한 신문수단은 또한 "피해자에게 공포감, 괴로움, 열등감을 불러일으키고, 피해자에게 굴욕을 주며, 명예를 훼손하고, 아마도 신체적 또는 도덕적 저항을 무너뜨리는 것이 가능하기 때문에 ***굴욕적***"인 것이다.[51]

Tomasi v. France 사건에서, 신청인은 약 40시간에 걸쳐 경찰신문을 당하는 동안 "손바닥으로 맞고, 발로 차이고, 주먹으로 맞고, 팔뚝으로 강타를 당하였으며, 뒤로 수갑이 채워진 채 아무런 지지대 없이 오랜 시간 세워져 있었다. 침이 뱉어졌고, 개방된 창 앞에 벌거벗겨진 채 세워져 있었으며, 음식이 제공되지 않았고, 소화기로 협박당하는 등의 일이 있었다."[52] 유럽인권재판소는 이러한 행위들이 "비인도적이고 굴욕적인 대우"에 해당한다고 하고, "범죄, 특히 테러와 관련된 수사에서 조사의 필요성과 거기에 내재적으로 수반되는 명백한 어려움이 있다 하더라도, 이에 의해 개인의 신체적 불가침성에 대하여 주어진 보호에 제한을 두는 결과를 초래하게 할 수는 없다."고 중요한 지적을 덧붙였다.[53]

유럽인권재판소는 그 후 *Aksoy* 사건에서, 신청인이 ***고문***을 당하였다고 인정하였다. 이 사건에서, 위 재판소는 "어떤 개인이 건강한 상태로 경찰에 구류되었다가 석방될 때는 상해를 입은 것이 발견된 경우, 그 상해의 원인에 관하여 타당하고 이해할 만한 설명을 제공하여야 하는 것은 국가의 책임이고, 그것을 해태하면 명백하게 협약 제3조상의 문제가 발생한다."고 지적하였다.[54] 유럽인권재판소는 *Aksoy*씨가 특히 "나체 상태에서 뒤로 팔이 묶인 채 공중에 매달리는 것"을 의미하는 "팔레스타인식 공중매달기(Palestian hanging)"를 당했다는 사실을 인정하였다. 유럽인권재판소의 견해는 다음과 같다.

> "이러한 취급은 고의적으로가 아니면 행할 수 없는 것이다. 뿐만 아니라 이를 실행하기 위하여는 어느 정도 준비와 작업이 필요하다. 이러한 취급은, 신청인으로부터 자백 또는 정보를 얻을 목적으로 행하여진 것처럼 보인다. 의학적 증거에 의하면, 당시 야기되었을 심각한 통증에 더하여, 일정 기간 지속되는 양팔의 마비증상이 초래되었다. … 본 재판소는 이러한 취급은 지극히 중대하고 잔인한 성질의 것이고, 고문이라고 부를 수밖에 없다고 본다."[55]

---

51) Ibid., p. 66, para. 167. 강조는 추가됨.

52) *Eur. Court HR, Case of Tomasi v. France, Judgment of 27 August, 1992, series A, No. 241-A,* p. 40, para 108.

53) Ibid., p. 42, para. 115.

54) Eur. *Court HR, Case of Aksoy v. Turkey, Judgment of 18 December, 1996, Reports 1996-VI,* p. 2278, para 61.

55) Ibid., p. 2279, para. 64.

[**추록** : 2004년에 자유권규약위원회는 일반논평 제31호로 당사국은 "어떠한 사람에게 돌이킬 수 없는 위해의 위험이 있다고 여겨질 수 있는 실질적인 이유가 있는 경우에는 그 사람을 자국으로 인도하거나 강제추방, 축출, 제거하는 행위를 하여서는 안 되는 의무"가 있음을 명확히 하였다.(HRI/GEN/1/Rev.8. pp.233-238, para 12.)]

2.3.3 체형

전술한 바와 같이, 자유권규약위원회는 "범죄에 대한 형벌로서 또는 교육상 또는 징계상의 조치로서 명하여진 과도한 징벌을 포함하는 체형"도 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조의 금지대상이라고 판단하고 있다.[56] 이 견해는 *Osbourne* 사건에서도 확인되었다. 그 사건에서 신청인은 화기 불법소지, 가중강도 및 고의적 상해를 이유로 15년의 징역형과 함께 10대의 태형을 선고받았다. 자유권규약위원회는 "처벌받는 범죄가 아무리 잔인한 것이라 하더라도, 그 성질을 불문하고, 체형은 (규약 7조에 반하는) ***잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우 또는 형벌***을 구성하는 것이라는 것이 위원회의 확고한 견해"라고 판시하고, 따라서 규약 제7조 위반이 인정된다고 하였다.[57] 위 위원회는 정부에 대하여, 정부는 "오스본에 대한 태형의 실행을 삼갈 의무가 있고" 나아가 "체형을 인정하는 법 규정을 폐지하는 것에 의해 이후 유사한 위반이 재발하지 않도록 하여야 한다."고 하였다.[58]

*****

고문방지위원회는 나미비아에 대하여, 나미비아의 법률에 의하면 체형을 부과하는 것이 여전히 합법적으로 가능하다는 상황을 전제로 하여, "체형을 즉각적으로 철폐"할 것을 권고하였다.[59] 위원회는 "특히 태형 및 사지절단형을 포함한 체형을 사법기관 및 행정기관이 선고하고 부과하는 것은, … (고문방지협약)과 양립할 수 없"기 때문에 사우디아라비아의 상황에 대하여도 우려를 표명하였다.[60]

*****

56) General Comment No. 20, *United Nations Compilation of General Comments,* p. 139, para 5.

57) Communication No. 759/1997, G. *Osbourne v. Jamaica(Views adopated on 15 March 2000),* in UN doc. *GAOR,* A/55/40(vol. Ⅱ), p. 138, para. 9.1. 강조는 추가됨.

58) Ibid., para. 11.

59) UN doc. *GAOR*, A/52/44, p. 37, para. 250.

60) UN doc. CAT/C/ⅩⅩⅤⅢ/CONCL.6 *Conclusions and Recommendations: Sandia Arabia, adopted on 15 May 2002,* para. 4(b)

'맨'섬(Isle of Man)의 소년재판소가 청소년에게 3대의 태형을 선고하였다. – 그 체형은 실제로 집행되었다. 유럽인권재판소는, 그것은 유럽인권협약 제3조에 규정한 "고문"에도, "비인도적인 대우"에도 해당하지 않지만 ***"굴욕적인 대우"***에는 해당한다고 인정하였다.[61] 위 재판소는 그 형벌을 "굴욕적"이라고 볼 수 있는지 여부에 관하여 상세하게 검토하고, "행하여진 모욕 또는 침해의 정도가 특정수준에 달하여야 하고, 어떤 경우에도 (사법상의 형벌 일반에 수반되는) 모욕이라는 통상의 요소 이외의 것이 있어야 한다."고 판단하였다. 그 평가는 "상대적"인 것이고, "사건의 모든 상황을 고려하여 결정되며, 특히 형벌 그 자체의 성질과 맥락, 그리고 집행의 수단과 방법에 따라 달라진다."[62] 체형의 성질에 대하여 위 재판소는 다음과 같이 설명하였다.

> "사법상 체형의 본질 그것은, 어떤 인간이 다른 인간에게 신체적 폭력을 가하는 것과 관련된다. 더욱이, 이것은 제도적 폭력이고, 이 사건에 있어서는 법률에서 인정되고, 그 국가의 사법기관에 의해 명해지고, 또한 그 국가의 경찰에 의해 실행된 폭력이었다. … 따라서 비록 신청인이 어떠한 중대하고 지속적인 신체적 영향을 받지는 않았다 하더라도, 그 형벌은 – 그것에 의해 신청인은 공적기관의 권력 하에 있는 객체로 취급되었다. – 유럽인권협약 제3조가 보호하고 있는 인간의 존엄과 신체적 불가침성이라는 주된 목적 중 하나에 대한 공격에 해당함이 분명하다. 또한, 그 형벌에 의해 심리적 영향이 없었다고 단정할 수도 없다."[63]

유럽인권재판소의 견해에 따르면, 그 형벌의 제도적 폭력으로서의 성격은 "그 형벌에 수반한 공적 절차 전체의 분위기에 의해서, 그리고 그것을 실행하는 자가 당해 범죄자에 대하여 완전히 낯선 사람이라는 사실에 의해 더욱 악화된다." 그러므로 전체적으로 상황을 종합하면, 유럽인권재판소는 "모욕이라는 요소가 '굴욕적 대우'라는 개념에 해당할 수 있는 수준에 달하였다"고 판단하였다.[64]

[**추록** : 2005년 3월에 미주인권재판소는 고문 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌에 관한 특별보고관의 중간 보고서에 따라 "처음으로 사법적으로 체형을 제재한다고 판결을 내렸다."(A/60/316, para.25). 위 재판소는 "아홉 가닥의 채찍(cat-o'-nine-tails)으로 때리는 태형이라는 형벌은 미주인권협약 제5(1) 및 (2)에 따라 그 자체의 성질, 의도 및 효과로 인하여 인도적인 처우의 기준에 부합하지 아니한다."고 판시하였다(미주인권재판소, *Caesar v. Trinidad and Tobago*, Series C,

61) *Eur. Court HR, Tyrer case, Judgment of 25 April, 1978, series A, No. 26,* p. 14, para 29 and p. 17, para. 35. 강조는 추가됨.

62) Ibid., p. 15, para. 30.

63) Ibid., p. 16, para. 33.

64) Ibid., pp. 16–179, paras. 33 and 35.

No.123, 2005년 3월 11일 선고, para 50(m)]

2.3.4 의학적 또는 과학적 실험

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에 의하면, "누구든지 자신의 자유로운 동의 없이 의학적 또는 과학적 실험을 받지 아니한다." 그러한 동의가 없다면 그 실험은 "고문" 또는 "잔혹하고, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급"의 한 형태를 구성하는 것으로 여겨진다. 자유권규약위원회는, 일반논평 제20호에서 다음과 같이 기술하고 있다. "그와 같은 실험으로부터의 특별한 보호는 유효한 동의를 하는 것이 가능하지 않은 사람, 특히 어떠한 형태로든 억류 · 구금 중에 있는 사람의 경우에 필요로 된다. 이러한 사람은, 그 건강을 해할 우려가 있는 어떠한 의학적 또는 과학적 실험의 대상이 되어서는 아니 된다."[65] 이는 물론 정신병원에 수용된 사람들의 경우에도 특히 적절한 견해이다.

그 문제에 대하여, 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙의 원칙 22는 한발 더 나아가 "억류 또는 구금된 자는 본인의 ***동의가 있는 경우에도*** 건강을 해할 우려가 있는 의학적 또는 과학적 실험을 받지 않도록 해야 한다"고 규정하고 있다(강조는 추가됨).

당연히, 다음과 같은 의문이 생긴다. 즉, 그러한 실험에 수반될 가능성이 있는 부작용을 예상하는 것이 종종 곤란한 것을 고려하면, 그와 같이 취약한 입장에 처해있는 자는 어떠한 의학적 또는 과학적 ***실험도 일체*** 받을 수 없는 것은 아닌가 하는 점이다.

2.4 고문, 법집행관, 보건인력 그리고 검찰

위에서 언급한 바에 의하면, 피의자 또는 수형자의 체포, 신문, 미결구금, 수형에 관한 업무를 하는 사람은 그들의 인간의 존엄성을 존중하여 대우하고, 고문이나 학대에 의지하는 것을 삼가야 할 법적 의무가 있다. ***체포와 억류와 같은 경찰 권한*** 집행자에 관하여는 법집행관 행동강령(Code of Conduct for Law Enforcement Officials, 1979)이 명백히 밝히고 있는데, 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다.

> "법집행관은 고문, 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 하여서는 안 된다. 법집행관은 상사의 명령 또는 전쟁상태, 전쟁의 위협, 국내의 정치 불안

65) *United Nations Compilation of General Comments,* p. 140, para. 7.

> 정 또는 그 밖의 사회적 긴급 상황 등 어떠한 예외적인 상황도 고문 또는 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 정당화하기 위하여 원용할 수 없다."

의료진에 관하여도, 보건인력, 특히 의사의 역할에 관한 의학윤리원칙의 원칙 2는, 고문 또는 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터 수형자와 피구금자를 보호하기 위하여 다음과 같이 규정하고 있다.

> "보건인력, 특히 의사가 고문 또는 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 하려는데 참가하거나, 공모하거나, 교사하거나 또는 범하려고 시도하는 행위에 적극적으로 또는 수동적으로 참여하는 것은 국제협약의 위반에 해당할 뿐 아니라 의학윤리의 중대한 위반에 해당한다."

더 정확히 말하자면, 미결구금자와 수형자의 신체적 · 정신적 건강을 보호하고 그들에게 "구금 또는 구류되지 않은 자에게 주어지는 것과 동일한 질과 기준"의 치료를 제공하는 것은 전문가의 의무이다(원칙 1).

자유권규약위원회가 지적하는 바에 따르면, 당사국이 사람들에게 고문금지에 관한 정보를 제공하는 것이 중요하고, "법집행관, 의료진, 경찰관, 기타 모든 형태의 체포 · 억류 · 구금의 대상이 되는 모든 개인의 감금 또는 처우와 관련된 사람은 ***적절한 지도와 교육을 받아야 한다***."는 것이 더욱 강조된다.[66]

위에서 나타난 바와 같이, 그리고 제4장 및 제7장에서 설명한 바와 같이, 자백은 고문 또는 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌과 같은 불법적인 수단에 의하여 획득되어서는 안 된다. 검찰의 역할에 관한 지침의 지침 16은, ***검찰은*** "그런 방법이 사용된 사람에 대한 증거를 사용하는 것을 거부하여야 하고, 또는 법원에 적절히 알리거나, 그런 방법을 사용한 데 대한 책임을 지우기 위해 법의 심판대로 가져가는 것을 보장하는 모든 필요한 조치를 취하여야 한다."(유사한 규칙으로, 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 제15조 참조)

66) *United Nations Compilation of General Comments,* p. 140, para. 10. 강조는 추가됨.

*국가는 고문 또는 모든 형태의 학대를 **방지**하기 위하여 실효적인 입법, 행정, 사법 및 기타 조치를 취하여야 할 국제법상 의무가 있다.*

*또한, 국가는 고문 또는 모든 형태의 학대를 받았다고 주장하는 경우 **신속하고 실효적으로 조사**하고 그러한 처우의 피해자에게 **실효적인 구제책을 제공**을 하여야 할 법적 의무가 있다.*

*고문 또는 모든 형태의 학대의 가해자들에 대한 **소추의 면제**는 인권침해를 **방지**하고, **조사**하고, **구제**하여야 할 국가의 법적 의무와 모순된다.*

*모든 사람은 고문 또는 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 않을 권리를 가지고, 이러한 권리는 **항상** 보장되어야 하며, 국가의 존립을 위협하는 사회적 긴급 상황에서 조차 침해될 수 없다.*

*일반적으로 개인으로부터 정보나 자백을 얻어내기 위한 목적 또는 개인을 처벌하거나 협박할 목적으로 하는 **고문**은 학대의 특히 심각한 형태라고 할 수 있다. 고문은 공무원이나 그 밖의 공무 수행자가 직접 또는 이러한 자의 교사 · 동의 · 묵인 아래 행해진다.*

*공무원이 저지르는 **강간** 형식의 성적 학대는 고문의 한 유형으로 간주된다.*

학대로부터 자유로울 권리는 체형과 최소한 자유로운 동의 없는 의학적 또는 과학적 실험의 금지를 포함한다.

자유를 박탈당한 모든 사람은 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급되어야 한다.

법집행관과 의료진은 특히 고문과 모든 형태의 학대에 의지하는 것이 항상 금지된다. 그런 처우로 인해 획득한 자백은 검사와 법관에 의해 무시되어야 한다.

고문 기타 모든 형태의 학대로부터 자유로울 권리의 완전한 행사를 보장할 수 있도록 하기 위해, 법관, 검사 그리고 변호사가 효율적이고 독립적으로 자신의 업무를 수행하는 것을 허용하여야 한다.

3. 미결구금자와 수형자의 구금 장소 및 등록에 관한 법적 요건

3.1. 모든 구금 장소의 공인(公認)

자유를 박탈당한 사람들의 개인적 안전을 보호하기 위하여, 그들은 오로지 공인(official recognition)된 구금 장소에만 수용되어야 한다. 이러한 법적 의무를 준수하여야 하는 국가의 책무는 국제감시기구와 다양한 법적 기구에 의해서 인정된다. 예를

들어, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에 관한 일반논평 제20호에서 자유권규약위원회는 다음과 같이 말한다.

> "구금된 사람의 실효적인 보호를 보장하기 위하여, 피구금자가 수용되는 시설은 구금 장소로 공인된 곳이어야 하고, 피구금자의 이름, 구금 장소뿐만 아니라 구금책임자의 이름까지 등록부에 기재하고, 친족과 친구들을 포함하여 그들과 관계있는 사람이 그 등록부를 쉽게 입수 · 이용할 수 있도록 비치하여야 한다."[67]

강제실종으로부터 모든 사람들의 보호에 관한 선언(Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) 제10조와 비사법적, 자의적 즉결집행의 효과적 방지와 조사에 관한 원칙(Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions)의 원칙 6은, 피구금자를 구금 장소로 공인된 곳에 수용하는 것과 유사한 요건을 포함하고 있다. 모든 형태의 억류 · 구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙의 원칙 12(1)(d)는 "구금시설에 관한 정확한 정보"를 기록하여야 한다고 규정하고 있다.

*****

지역적 수준에서, 그 중에서도, 강제실종에 관한 미주협약 제11조에서는 "자유를 박탈당한 모든 사람은 구금 장소로 공인된 곳에 수용되어야 한다.…"고 규정하고 있다. 미주인권재판소는 제소된 국가가 자유를 박탈당한 사람을 구금 장소로 공식 승인받은 곳에만 수용하여야 할 의무를 포함하여 자의적 구금을 배제하는 기본적 보장의무를 준수하지 못하였기 때문에 발생한 실종, 실종자를 포함한 수많은 사건을 처리해야 했다. 미주인권재판소가 강조하는 바에 의하면, 미주인권협약 제1조(1)과 함께 제7조, 제5조, 제4조가 포함하고 있는 바와 같이, "인간의 강제 실종은 당사국이 존중하고 보장하여야 할 의무가 있는 [미주인권]협약에 의한 여러 권리의 중대하고 지속적인 침해이다."[68]

*****

유럽인권재판소는 유럽인권협약 제5조에 포함된 자의적 구금의 금지의 보장에

---

67) United Nations Compilation of General Comments, p. 140, para. 11.

68) *I-A Court HR, Velasquez Rodriguez case, judgment of July 29, 1998, Series C, No. 4*, p. 147, para. 155 and pp. 162-163, para. 194.

비추어 볼 때 "개인에 대한 ***확인되지 않는 구금***은 완전히 금지된다." 그리고 "이것은 제5조의 가장 중대한 위반을 보여준다."고 강조한다. 또한, 공적 기관의 통제 하에 있는 개개인에게 설명해 주어야 할 당국의 의무를 고려할 때 제5조는 실종의 위험에 대비하여 실효적인 보호조치를 취하고, 사람이 구금되어 그 후로 볼 수 없었다는 논쟁의 여지가 있는 주장에 대한 즉각적이고 효과적인 조사를 시행할 것을 요구한다."[69]

[**추록**: 고문방지위원회는 처음으로 피구금자는 고문을 당할 염려가 있는 국가로 이동되어서는 아니 된다고 결정하였다. *Agiza v. Sweden* 사건에서, 진정인은 그가 스웨덴에서 이집트로 축출될 경우 이집트에서 그가 테러리스트에 연루되었다는 혐의로 고문을 받을 것이라고 주장하였다. 위원회는 "이집트는 피구금자에 대하여 고문을 계속적 그리고 광범위하게 사용하는 국가로 알려져 있고, 또한 알려져야 하는 국가이므로 이 사건의 피구금자는 정치적 또는 보안상 이유로 인하여 특별히 그러한 취급을 당할 위험성이 높다"는 이유로 이 사건에서의 피구금자의 이동이 협약 제3조의 위반에 해당한다고 결론 내렸다. 그리고 이에 더하여 "고문의 집행을 위한 메커니즘을 제공하지 않겠다(고문을 하지 않겠다)는 외교적 약속의 확보만으로는 이러한 명백한 위험에 대한 보호로 충분하지 않다"고 언급하였다[Official Records of the General Assembly, Sixtieth session, Supplement No. 44(A/60/44), annex Ⅷ, sect. A, communication No.233/2003, *Agiza v. Sweden*, para 13.4].

3.2 피수감자 · 수형자의 등록

자유를 박탈당한 사람은 공인된 구금 장소에 수용하여야 한다는 요건에 더하여, 자유권규약위원회는 "피구금자의 이름과 구금 장소, 뿐만 아니라 그들의 구금담당자의 이름까지 등록부에 기재하고, 친족이나 친구를 포함한 관계자가 당해 등록부를 쉽게 입수 · 이용할 수 있도록 하여야 한다."라고 결정하였다.[70]

이 의무는, 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙의 규칙 7(1)에서 다음과 같이 상세하게 규정하고 있다.

> "(1) 피구금자를 수용하는 장소에는 항상 페이지 번호를 붙여서 편철한 등록부를 비치하고 수용되는 각 피구금자에 관한 다음 사항을 기입하여야 한다.

69) *Eur. Court HR, Case of Cakici v. Turkey, judgment of 8 July 1999, Reports 1999-IV*, p. 615, para. 104. 강조는 추가됨.

70) General Comment No. 20, in *United Nations Compilation of General Comments*, p. 140, para.11.

(a) 피수용자의 신원에 관한 정보
(b) 수용 이유 및 수용을 결정한 기관
(c) 수용 및 석방 일시

모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙의 원칙 12(1)은 "다음 사항을 정확하게 기록하여야 한다고 규정하고 있다.

(a) 체포 이유
(b) 체포 시간, 피체포자를 구류 장소에 연행한 시간 및 최초 사법기관 등 앞에 인치한 시간
(c) 관계된 법집행관의 성명
(d) 구류시설에 관한 정확한 정보"

또한, 모든 형태의 억류 · 구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙의 원칙 12(2)에 따르면 "위 기록은 억류된 자(만일 변호사가 있는 경우에는 변호사)에게 법에 규정된 형식에 의하여 통지되어야 한다."

강제실종으로부터 모든 사람의 보호에 관한 선언 제10조는 이런 점에서 훨씬 더 자유를 박탈당한 모든 사람에 관한 명시적인 규정을 두고 있다.

"2. 이러한 사람의 구금, 이동을 포함한 모든 구금 장소에 대한 정확한 정보는 그들의 가족구성원, 변호인이나 기타 그 정보에 대해 정당한 이익을 가지고 있는 사람이 즉시 사용할 수 있도록 하여야 한다. 다만 자유를 박탈당한 사람이 반대의사를 명시하는 경우에는 제한될 수 있다.
3. 구금 장소마다 자유를 박탈당한 모든 사람의 공식적인 최신 등록부를 비치하여야 한다. 또한 각 주는 유사하게 통합된 등록부(centralized registers)를 비치하기 위한 조치를 취하여야 한다. 그러한 등록부에 저장된 정보는 피구금자의 행방을 추적하고자 하는 전항에 언급된 사람 또는 사법기관이나 기타 다른 권한 있는 독립적 국가기관, 관련 국가의 법률 또는 관련 국가가 당사자인 국제법률기구에 따라 자격 있는 기타 다른 관할 기관이 사용할 수 있도록 하여야 한다."

*****

강제실종에 관한 미주협약은 1970년대와 1980년대에 미국에서 수만 명의 사람이 실종된 데에 대한 대응으로 정교하게 구성되었다. 제11조는 그에 관하여 다음과 같

이 규정하고 있다.

> "당사국은 수감자의 공적 최신 등록부를 만들어 비치하고, 국내법에 따라 친척, 법관, 변호사, 기타 정당한 이익을 가진 사람 또는 다른 기관에서 사용할 수 있도록 해야 한다."

*****

유럽인권협약과 관련하여, 유럽인권재판소는 다음과 같이 지적하였다.

> "구금의 일시, 장소, 구금의 이유뿐만 아니라 집행담당자의 성명에 관한 정확한 수용정보를 기록하는 것은, 개인의 구금이 제5조(1)의 합법성(lawfulness)의 요건에 적합하도록 하기 위해서 필요하다."[71]

Cakici 사건에서, 신청인—공인되지 아니한 구금으로 수용된—에 대한 기록의 누락은 해당 구금기록이 "전반적인 신뢰성 및 정확성을 흠결하였다는 결론"에 의하여 더욱 악화된 "중대한 결함"으로 드러났다. 유럽인권재판소는 "특정 시기에 피구금자가 있었던 장소를 명확하게 할 수 있는 기록을 작성하지 않는 것은 용인될 수 없다"고 지적하고 있다.[72] 그 결과, 이 사건에서 유럽인권협약 제5조의 특히 중대한 위반이 인정되었다.

자유를 박탈당한 모든 사람은 오로지 공인된 구금 장소에만 구금되어야 한다. 구금의 모든 장소에는 등록부를 작성하여 비치하여야 하고, 특히 피구금자의 이름, 구금이유, 구금, 석방 및 이송 시간, 구금 · 수감담당자의 이름에 관한 상세하고 신뢰할 수 있는 정보를 기재하여야 한다. 이러한 등록부는 항상 변호인, 가족구성원과 같이 관련된 모든 사람이 쉽게 이용할 수 있도록 하여야 한다. 이러한 사람에 대하여는 관련 기록을 직권으로 통지할 것도 요구된다.

71) *Eur. Court HR, Case of Cakici v. Turkey, judgment of 8 July 1999, Reports 1999-IV,* para. 105 at p. 616.

72) Ibid., loc. cit.

4. 미결구금 및 수형의 조건

4.1 미결구금 및 수형을 지배하는 기본원리

이 절(section)에서 다루는 모든 문제들 중에서도 자유를 박탈당한 사람의 대우 조건에 대한 기본원칙은 다음과 같다.

첫째로, 이미 위에서 말한 바와 같이, 자유를 박탈당한 모든 사람은 ***"인도적으로 또한 인간 고유의 존엄성을 존중하여 취급된다."*** [시민적 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(1). 또한 "인도"의 언급은 없지만, 미주인권협약 제5조(2)을 참조. 모든 형태의 억류 · 구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙의 원칙 1 및 수형자 처우에 관한 기본원칙의 원칙 1을 참조. 강조는 추가됨].

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(1)에 관하여, 자유권규약위원회는 제7조에서 학대와 실험의 금지뿐 아니라, 자유를 박탈당한 사람은 "자유의 박탈로 인한 결과 이외에 어떠한 고난이나 제약을 받는 대상"이 될 수 없고, 또한, "자유를 박탈당한 사람의 존엄성에 대한 존중은 자유로운 사람과 동일한 조건으로 보장되어야 한다."고 명시했다. 이는 "자유를 박탈당한 사람은, 폐쇄된 환경에서 피할 수 없는 제한을 받더라도, 규약에 명시된 모든 권리를 향유한다."는 것을 의미한다.[73]

또한, 자유권규약위원회는 "자유를 박탈당한 사람을 인도적이고도 인간의 존엄성을 존중하여 취급하는 것은 기본적이고 보편적으로 적용 가능한 기본적 규칙," 즉 ***"최소한 당사국이 사용가능한 물적 자원에 의존할 수 없고,"*** 또 이는 차별 없이 적용되어야 한다는 것을 강조했다.[74] 이런 점에서 당사국이 조약상의 의무를 이행하였는지 여부를 검토할 때, 위원회는 이 장(chapter) 전반에 걸쳐 언급되는, 피구금자의 처우에 적용되는 관련 유엔기준을 고려해야 한다.

둘째, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1) 및 제26조, 아프리카헌장 제2조, 미주인권협약 제1조(1) 및 제24조, 유럽인권협약 제14조에서 규정하고 있는 ***차별금지***는 당연히 ***모든*** 피구금자 또는 수형자에게 전적으로 적용된다. 차별금지 원칙은 또한 피구금자 처우에 관한 최저기준원칙 제6조(1), 수형자 처우에 관한 기본원칙의 원칙 2, 모든 형태의 억류 · 구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙의 원칙 5(1)에서도 규정하고 있다. ***그러나 차별금지는 다른 미결구금자 및(또는) 수형자 사이***

73) General Comment No. 21, in *United Nations Compilation of General Comments,* para. 3 at p. 142.
74) Ibid., para. 4. 강조는 추가됨.

의 특수한 요구 및 지위에 따른 객관적으로 정당한 합리적인 구별을 배제하는 것은 아니다.

셋째, 미결구금자는 "예외적인 사정이 있는 경우를 제외하고는 기결수형자와 격리되며, 또한 유죄의 판결을 받고 있지 아니한 자로서의 지위에 상응하는 별도의 취급을 받는다."[특히 시민적 및 정치권 권리에 관한 국제 규약 제10조(2)(a), 미주인권협약 제5조(4) 참조]. 자유권규약위원회가 지적하는 바와 같이, "그러한 분리는 ***무죄로 추정받을 권리***를 향유함과 동시에 유죄의 판결을 받고 있지 아니한 사람으로서의 지위를 강조하기 위하여 요구된다."[75] 그 결과 그들은 또한 기결수형자보다 더 좋은 대우를 받을 권리가 있다. 그러한 다른 대우는 차별이 아니라 두 집단 사이의 정당한 구별이다. 이 문제는 아래 4.2.1.에서 더 다룰 것이다.

넷째, 유죄의 판결을 받은 사람에 관하여, 교도소 수감제도는 ***재소자들의 교정과 사회복귀/재적응***을 필수적 목표로 하여야 한다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(3), 미주인권협약 제5조(6)]. 자유권규약위원회에 따르면 "교도소 수감제도는 오직 응보를 목적으로 하여서는 안 되고," "기본적으로 재소자의 교정과 사회복귀를 위해 노력하여야 한다."[76] 정기 보고서를 제출함에 있어서, 당사국은 "수업, 교육 그리고 재교육, 직업지도, 연수를 제공하기 위하여 취한 조치 및 교도소 시설 내 뿐만 아니라 시설 외에 있는 재소자를 위한 작업 프로그램과 관련된 구체적인 정보"를 제공하여야 한다.[77]

이러한 점에서, 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙의 규칙 59는 규칙 58과 함께 해석할 때, 수형자가 석방된 후에 "준법적이고 자활적인 생활로 인도"할 수 있도록 규정하고 있다.

> "시설은 적절하고 가능한 치료적, 교육적, 도덕적, 정신적 및 기타의 능력과 여러 형태의 원조를 모두 이용하여야 하며, 또한, 수형자의 개별적 처우상의 필요에 따라서 이들을 적용하도록 노력하여야 한다."

수형자 처우에 관한 기본원칙의 원칙 8은 또한 "국가노동시장에서 수형자의 재

75) Ibid., pp. 142-143, para. 9. 강조는 추가됨.

76) Ibid., p. 143, para. 10.

77) [역자 주 : 원문에도 각주 77이 누락되어 있음.]

건을 촉진할 의미 있는 보수가 지급되는 일자리와 수형자 및 가족들에 대한 재정지원 제공 허가"에 대한 필요성을 강조한다.

피구금자 처우에 관한 최저기준규칙의 규칙 89에 의하면, "기소되지 않은 미결구금자에게는 항상 노동의 기회가 주어져야 하나, 작업의 의무가 부과되어서는 안 된다. 기소되지 않은 미결구금자가 작업하기로 선택한 경우 보수가 지급되어야 한다." 유죄판결을 받은 사람의 작업에 관한 더 자세한 내용은 피구금자 처우에 관한 규칙의 규칙 71–76을 참조하라.

자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급받을 권리를 가진다. 이는 국가가 사용할 수 있는 물적 자원과는 별개로 항상 보장되어야 하는 기본적이고 보편적인 규칙이다.

모든 미결구금 또는 수형된 사람은 차별을 받지 않을 권리가 있다.

예외적인 상황을 제외하고, 피의자는 수형자와 분리하여 수용하여야 한다. 미결구금자는 유죄로 밝혀질 때까지 무죄로 추정되므로, 수형자보다 좋은 대우를 받을 권리가 있다.

국가는 수형자에게 그들의 교정과 사회 복귀를 목적으로 하는 교육과 훈련을 제공할 의무가 있다.

4.2. 거주설비(accommodation)

일반적인 인권 조약에는 미결구금자와 수형자의 거주설비에 관한 상세한 요건이 정해져 있지 아니한데, 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙의 규칙 제9조 내지 제14조는 특별히 취침, 작업과 위생환경에 관하여 규율하고 있다.

최저기준규칙 제9조(1)은 "취침설비가 각 방마다 설치되어 있을 경우 개개의 피구금자마다 야간에 방 한 칸이 제공되어야 한다. 일시적인 인원과잉 등과 같은 특별한 이유로 중앙교정당국이 이 규정에 대한 예외를 둘 필요가 있을 경우에도 방 한 칸에 2명의 구금자를 수용하는 것은 바람직하지 못하다."라고 규정한다. 공동침실이 사용되는 경우에는 "그 환경에서 서로 원만하게 지낼 수 있는" 피구금자들을 수용하여야 한다[규칙 제9조(2)]. 취침설비를 포함하여 피구금자가 사용하도록 마련된 모든 설비는 "기후상태와 특히 공기의 용적, 최소 바닥면적, 조명, 난방 및 환기에 관하여 적절한 고려를 함으로써 건강유지에 필요한 모든 조건을 충족하여야 한다."(규칙 제10조)

피구금자가 기거하거나 작업을 하여야 하는 모든 장소에는 "창문은 피구금자가

자연광선으로 독서하거나 작업을 할 수 있을 만큼 넓어야 하며, 인공적인 통풍설비의 유무에도 불구하고 신선한 공기가 들어올 수 있도록 설치되어야 한다."[규칙 제11조(a)] "인공조명은 피구금자가 시력을 해치치 아니하고 독서하거나 작업하기에 충분하도록 제공되어야 한다."[규칙 제11조(b)]

마지막으로, "위생설비는 모든 피구금자가 청결하고 단정하게 생리적 욕구를 해소하기에 적합해야 한다."(규칙 제12조)

*****

아프리카 인권위원회는 *Ouko* 사건에서 아프리카헌장 제5조 위반을 인정한 바 있다. 그 사건에서 신청인은 10개월간의 구금기간 동안 구금시설에 250W 전구가 계속 켜져 있었고, 그 기간 동안 목욕시설의 사용을 거부당하여 신체적, 정신적 양 측면으로 고문을 당하였다고 주장하였다. 위원회는 구금시설의 위와 같은 환경들이 위 헌장 제5조에 의하여 보장된 신청인의 존엄성을 존중받을 권리와 비인도적인 또는 굴욕적인 취급을 받지 아니할 권리를 침해하였다고 판단하였다.[78] 게다가 아프리카 인권위원회는 앞서 2.3.2.에서 본 바와 같은 Vera와 Orton Chirwa 사건에서의 구체적 수감환경과 아울러 말라위의 수감환경 전반을 조사한 바 있다. 위 위원회는 "피구금자가 움직일 수 없도록 손을 결박하는 것(종종 밤낮으로), 부패한 음식을 제공하는 것, 독방에 가두는 것 또는 70명을 위한 거실에 200명까지 가두어 과잉수용하는 것"과 같은 환경들은 "인간의 존엄성을 침해하고 위 헌장 제5조를 위반한 것"이라고 판단하였다.[79]

*****

Greek 사건에서 유럽인권위원회는 Lakki에 있는 수용시설의 환경이 "중대한 과잉수용과 그로 인한 여러 결과"로 유럽인권협약 제3조를 위반하였다고 판단하였다. 그 공동침실에는 100명 내지 150명이 수용되어 있었다.[80]

[**추록** : 2003년에 미주인권위원회는, 조사관이 예를 들어 몇몇 10대들이 6피트×6피

78) *ACHPR, John D. Ouko v. Kenya, Communication No. 232/99, decision adopted the 28th Ordinary session, 23 October – 6 November 2000,* http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/232-99.html에 게재된 결정문 paras. 22-33 참조.

79) *ACHPR, Krishna Achuthan and Amnesty International(on behalf of Aleke Banda and Orton and Vera Chirwa) v. Malawi, Communications Nos. 64/92, 68/92 and 78/92, decision adopted during the 16th session, October-November 1994,* http://www.up.ac.za/chr/.에 게재된 결정문 para. 34 참조

80) *Eur. comm. HR, Applications Nos. 3321-3323/67 and 3344/67, Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece, Report of the Commission adopted on 5 November 1969, 12 Yearbook 1969,* p. 497, para. 21 and p. 494, para. 14.

트의 공간에 발가벗긴 채 욕실을 이용할 수 없는 상태로 4년간 구금되어 있었고, 미성년자들은 어른들과 분리되어 구금되었고, 여성 성인들은 강간당하는 등의 사례가 발견된 파라과이의 신경정신과 병원의 환자를 위한 예방적 조치를 허가하였다. 이 결정은 정신과 병원의 조건과 관련되어 내려진 첫 번째의 임시 조치로 기록되었다[2003년 미주인권위원회의 연간 보고서(OEA/Ser.L/V/Ⅱ.118, Doc. 5 rev 2, chap. Ⅲ, para. 60)] 및 Alison A Hillman, "Human rights and deinstitutionalization:a success story in the Americas", *Pan American Journal of Public Health,* vol. 18, No. 4/5(2005), p.374].

2003년에 우크라이나에 대한 몇 가지 판결에서 유럽인권재판소는 수감자가 과도하게 거주하고, 24시간 갇혀 있으며, 위생 상태가 불량하고 가족의 방문이 금지되며, 방 안으로 자연광이 들어오지 않는 조건의 사형수 수감 건물에 수감되도록 한 결정이 협약 제3조의 위반이라고 판단하였다. 위 재판소는 이러한 조건은 진정인으로 하여금 상당한 정신적 고통을 야기하고, 따라서 그들의 존엄성을 침해하는 것이며, 국가의 사회 경제적 문제와 자원의 부족이 이러한 열악한 조건을 정당화할 수 없다고 반복하여 판시하였다(예를 들어, 유럽 인권재판소 *Poltoratskiy v. Ukraine,* No 38812/97, Judgement of 29 April 2003을 참조하라).]

4.2.1. 유형별 격리

앞에서 설명하였듯이, 국제인권법은 원칙적으로 미결구금자는 기결수용자와 격리되며, 유죄의 판결을 받고 있지 아니한 자로서의 지위에 상응하는 별도의 취급을 받을 것을 요구한다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(2)(a), 미주인권협약 제5조(4) 참조, 그리고 특히 최저기준규칙 제8조(b)].

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(2)(b), 미주인권협약 제5조(5)는 ***기소된 아동/미성년자***에 관하여 보다 특별하게, 성인과 격리되고, 가능한 한 신속히 재판에 회부된다고 규정한다. 그러나 일반 인권조약에 비하여 특별법으로 고려되어야 하는 아동의 권리에 관한 협약 제37조(c)에 의하면, "자유를 박탈당한 모든 아동은, 성인으로부터 격리되지 아니하는 것이 ***아동의 최선의 이익에 합치된다고 생각되는 경우를 제외하고는***, 성인으로부터 격리되어야 한다."(강조는 추가됨) 이와 같이 개별 아동의 최선의 이익이라는 사정은 성인과의 격리라는 기본 원칙으로부터의 벗어나는 경우를 정당화할 수도 있다.[81]

81) 구금된 미성년자의 성인으로부터 격리에 관한 쟁점에 관하여는 *Implementation Handbook for the Convention on the Right of the Child(New York, UNICEF, 1998),* pp. 501-501(이하, *UNICEF*

피구금자 처우에 관한 최저기준규칙의 제8조는 보다 일반적으로 적용되는 규정으로서 "상이한 종류의 피구금자들은 그 성별, 연령, 범죄경력, 구금의 법률적 사유 및 처우상의 필요를 고려하여 분리된 시설 또는 시설내의 구역에 수용하여야 한다."고 규정한다. 이는 "***남자와 여자는*** 가능한 한 분리된 시설에 구금하여야 한다. 남자와 여자를 함께 수용하는 시설에서는 여자용으로 할당된 설비의 전체를 완전히 분리하여야 한다.[최저기준규칙의 제8조(a)]"

남성과 여성의 분리, 아동과 성인의 분리는 비록 충분하지는 않지만, 특별히 취약한 사람들의 안전에 관한 권리를 확보하기 위한 필수적인 첫 번째 조치이다. 특히 아동들에 관하여는, 관련된 구금 장소에 적절한 시설이 구비되어야 하고, 아동들의 특수한 요구와 이익을 충족시킬 수 있도록 특별하게 훈련된 직원들이 있어야 한다는 것 역시 필수적이다.[82] 구금된 아동과 여성에 관한 보다 구체적인 내용은 제10장과 제11장에서 설명될 것이다.

일반적으로, 미결구금자와 수형자들의 수용시설은 적절한 취침, 생활, 작업, 위생환경을 구비하여 그들의 존엄성, 안전과 건강을 보장할 수 있어야 한다.

자유를 박탈당한 아동/미성년자는 성인으로부터의 격리가 그들의 최선의 이익에 합치되지 않는 경우가 아닌 한 성인으로부터 격리되고, 지체 없이 재판에 회부된다.

가능한 한 남성과 여성은 별개의 시설에 수용된다.

4.3. 개인위생, 급식, 건강과 의료서비스

자유를 박탈당한 사람들의 개인위생, 급식, 건강과 의료서비스에 관한 규칙들과 사례들을 자세히 검토하기에 앞서, 우선 유엔의 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙에 포함된 다음의 주요 원칙들이 강조될 필요가 있다.

◈ ***개인위생에 관하여***: "피구금자에게는 신체를 청결히 유지할 의무를 부과하여야 하며, 이를 위하여 건강 및 청결유지에 필요한 만큼의 물과 세면용품을 지급하여야 한다."(규칙 제15조)

implementation Handbook)

82) 미성년자 구금에 관하여는 Eric Sottas and Esther Bron, *Exactions et Enfants*, Geneva, OMCT/SOS Torture, 1993, pp. 26-27 참조.

◈ ***의류에 관하여***: "자기의 의류를 입도록 허용되지 아니하는 피구금자에 대하여는 기후에 알맞고 건강유지에 적합한 의류가 지급되어야 한다. 이러한 의류는 결코 저급하거나 수치심을 주는 것이어서는 안 된다."[규칙 제17조(1)] "모든 의류는 청결하여야 하며 적합한 상태로 간수되어야 한다."[규칙 제17조(2)] "예외적인 상황에서 피구금자가 정당하게 인정된 목적을 위하여 시설 밖으로 나갈 때에는 언제나 자신의 사복 또는 너무 눈에 띄지 아니하는 의복을 입도록 허용되어야 한다."[규칙 제17조(3)]

◈ ***침구에 관하여***: "모든 피구금자에게는 지역 또는 나라의 수준에 맞추어 개별 침대와 충분한 전용침구를 지급하여야 하며, 침구는 지급될 때 청결하고 항상 잘 정돈되어야 하고 또 그 청결을 유지할 수 있도록 충분히 자주 교환되어야 한다."(규칙 제19조)

◈ ***급식에 관하여***: "당국은 모든 피구금자에게 통상의 식사시간에 건강과 체력을 유지하기에 충분하고 영양가와 위생적인 품질을 갖춘 잘 조리된 음식을 급여하여야 한다.", "모든 피구금자는 필요할 때 언제나 음료수를 마실 수 있어야 한다."[규칙 제20조(1), (2)]

◈ ***건강과 의료서비스에 관하여***: 모든 시설에서는 "최소한 상당한 정신의학 지식을 가진 1명 이상의 자격 있는 의사"가 있어야 하고, 의료업무는 "지역사회 또는 국가의 일반 보건행정과의 긴밀한 관계 하에 조직되어야 한다."[규칙 제22조(1)] "전문의사의 치료를 요하는 질병을 가진 피구금자는 전문시설 또는 일반병원에 이송되어야 하고," 병원설비가 시설 내에 설치되어 있을 경우, 그 기구, 비품 및 의약품은 "병자의 간호 및 치료에 적합한" 것이어야 하며, "적절히 훈련된 직원"이 배치되어야 한다.[규칙 제22조(2)] 모든 피구금자는 "원할 때 자격 있는 치과의사의 치료를" 받을 수 있어야 한다.[규칙 제22조(3)]

여성을 위한 시설에는 그 중에서도 "산전 및 산후의 모든 간호 및 처치를 위하여 필요한 특별한 설비가 갖추어져 있어야 한다."[규칙 제23조(1)]

다음으로 "의사는 모든 피구금자에 대하여 입소 후 가능한 한 조속히, 그 후 필요에 따라 면접하고 진찰하여, 특히 신체적 또는 정신적 질병이 있는지를 발견하고 필요한 모든 조치를 취하여야 한다."(규칙 제24조) 의사는 또한 "피구금자의 신체적 및 정신적인 건강을 돌보아야 하며, 병자와 질병을 호소하는 자 및 특히 주의를 끄는 자 전원을 매일 진찰하여야 한다."[규칙 제25조(1)] 나아가 의사는 식량의 질, 시설 및 피구금자의 위생과 청결, 시설의 위생관리, 의류와 침구 등의 사

항에 관하여 "정기적으로 검사를 행하고, 소장에게 조언하여야 한다."(규칙 제26조) 더 나아가 모든 형태의 억류 · 구금하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙(보호원칙) 제24조는 "억류 또는 구금된 자에 대하여는 억류 또는 구금시설에 수용된 후 가능한 한 빨리 적절한 의학적 검사가 제공되도록 해야 한다. 이 치료와 진료는 무료로 제공되도록 해야 한다."라고 규정한다.

국제감시기구들은 구금 환경에 관한 문제가 포함된 여러 사건들을 검토하였고, 다음과 같은 그 중 일부의 사건들은 급식의 부족, 불충분한 위생과 의료 서비스의 부족과 같은 주제에 관한 이러한 기구들의 견해를 보여준다.

*****

Freemantle 사건에서 신청인의 아래와 같은 구금 환경은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(1)에 위배된다고 판단되었다. 위 사건에서 신청인은 매일 22시간 동안 2㎡의 감방에 수용되었고, 대부분의 기간 동안 다른 수용자들과 격리되어 있었으며, 깨어있는 시간의 대부분을 암흑 상태에서 보내야 했고, 몰두할 만한 일이 거의 없었으며, 작업을 하거나 교육을 받는 것이 허용되지 않았다.[83]

Robinson 사건에서 자유권규약위원회는 아래와 같은 신청인의 수형 환경은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(1)에 위배된다고 판단하였다. 그 수형시설에는 감방에 매트리스와 다른 침구 및 가구가 부족하였고, 비누, 치약, 화장지가 매우 모자랐으며, 급식과 음료수의 상태가 무척 좋지 않았고, 감방에 필수적인 위생설비가 없었으며, 하수구와 쓰레기 더미에 노출되어 있었고, 수형시설 내에 의사가 없었다. 그리고 신청인은 "다른 사람들과 격리되어 매일 22시간 동안 암흑상태에서 아무런 몰두할 만한 일 없이 독방에 감금되어 있었다."[84]

그 밖의 많은 사건들 중 *Elahie* 사건도 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(1)에 위배된 것으로 판단되었는데, 위 사건에서 신청인은 침구로 "한조각의 스폰지와 오래된 신문지"만을 받았고, "사람이 먹기에 적합하지 않은 음식"을 제공받았으며, "불만을 표시할 때마다 교도관들로부터 잔인한 대우를 받았다"고 주장하였다.[85]

나아가 신청인이 스페인의 경찰서 유치장에서 5일 동안 아무런 음식을 제공

83) Communication No. 625/1995, *M. Freemantle v. Jamaica*(Views adopted on 24 March 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40(vol. II), p. 19, para. 7.3.

84) Communication No. 731/1996, *M. Robinson v. Jamaica*(Views adopted on 29 March 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40(vol. II), p. 128, para. 10.1–10.2.

85) Communication No. 533/1993, *H. Elahie v. Trinidad and Tobago*(Views adopted on 28 July 1997), in UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. II), p. 37, para. 8.3.

받지 못한 *Michael and Brian Hill* 사건도 위 규약 제10조(1) 위반이라고 판단되었다.[86] 그리고 *Tshisekedi wa Mulumba* 사건도 위 규약 제7조 위반이라고 판단되었는데, 위 사건에서 신청인은 "체포 후 4일 동안 음식과 음료수를 제공받지 못하였고," "이후 용인할 수 없는 위생환경의 수용시설에 수용되는" "비인도적 처우"를 받았다.[87] *Kalenga* 사건에서 신청인은 특히 후생시설(recreational facilities)을 사용할 수 없었고 종종 음식을 제공받지 못하였으며 필요한 때 의료적 도움을 받을 수 없었는데, 이 사건 역시 위 규약 제10조(1)에 위반된다고 판단되었다.[88]

Linton 사건에서 위원회는 "교도관에 의하여 허위 처형(mock execution)이 시행되고," 도주하려다가 실패하여 입은 상처에 대하여 "적절한 의료적 치료가 거부된" 신청인에 대한 처우는 "잔혹하고 비인도적"이므로 위 규약 제7조, 제10조(1) 위반이라고 판단하였다.[89]

*****

앞서 2.3.2.와 4.2.에서 다룬 말라위 사건에서 아프리카 인권위원회는 "수형자가 계속해서 14시간 동안 감방을 떠날 수 없는 점, 운동과 의료적 치료가 없는 점, 열악한 위생환경, 접견 불가, 그리고 우편물과 읽을 거리에 대한 접근불가"는 아프리카헌장 제5조 위반이라고 판단하였다.[90] 위 위원회는 또 수용자의 건강이 악화되고 있는데도 의사에게 진찰받는 것을 불허하는 것은 모든 사람에게 "신체적 · 정신적으로 최상의 건강 상태를 누릴 권리"[제16조(1)]를 보장하고 있는 아프리카헌장 제16조를 위반한 것이라고 결정하였다.[91] *Ken Saro-Wiwa* 사건도 헌장 제16조 위반으로 인정된 바 있는데, *Ken Saro-Wiwa*는 수용 중에 생명이 위태로울 정도까지 건강이 악화되었고, 자격 있는 교도소 의무관이 여러 차례 병원에서 진료를 받게 해 줄 것을 요청하

86) Communication No. 526/1993, *M. and B. Hill v. Spain*(Views adopted on 2 April 1997), in UN doc. *GAOR*, A/525/40(vol. II), pp. 17-18, para. 13.

87) Communication No. 241 and 242/1987, *F. Birindwa ci Birhashwirwa and E. Tshisekedi wa Malumba v. Zaire(Views adopted on 2 November 1989),* in UN doc. *GAOR,* A/45/40(vol. II), p. 84, para. 13(b).

88) Communication No. 326/1988, *H. Kalenga v. Zambia*(Views adopted on 27 July 1993), in UN doc. *GAOR*, A/48/40(vol. II), p. 71, para. 6.5.

89) Communication No. 255/1987, *C. Linton v. Jamaica*(Views adopted on 22 October 1992), in UN doc. *GAOR*, A/48/40(vol. II), p. 16, para. 8.5.

90) *ACHPR, Krishna Achuthan and Amnesty International(on behalf of Aleke Banda and Orton and Vera Chirwa) v. Malawi, Communications Nos. 64/92, 68/92 and 78/92, decision adopted during the 16th session, October-November 1994,* http://www.up.ac.za/chr/.에 게재된 결정문 para. 34 참조.

91) *ACHPR, Media Rights Agenda and Others v. Nigeria, Communication No. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, 1998년 10월 31일 채택된 결정.* http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/105-93_128-94_130-94_152-96.htm.에 게재된 결정문 paras. 91 참조

였음에도 그러한 치료가 거부되었다.[92]

그리고 해당 피해자가 밤낮으로 팔과 다리가 바닥에 묶인 채로 147일 동안 수용되었고, 수용기간 동안 목욕 허가가 거부되었으며, 하루에 2번의 식사만이 제공되었고, 재판 전임에도 범죄자용 독방에 수용된 사건에서 피해자가 아프리카헌장 제5조에 따라 가지는 존엄성을 존중받을 권리, 비인도적이고 굴욕적인 처우를 받지 아니할 권리가 침해되었다고 판단하였다.[93]

*****

유럽인권위원회는 *de Varga-Hirsch* 사건에서 "병을 앓고 있는 사람이 구금되어 있다고 하여 유럽인권협약 제3조(고문 등 금지)에 기한 문제제기가 부정되지 않는다"고 판단하였다. 위 사건에서 신청인은 장기간 수용되어 있었고 당뇨병과 심혈관 질환을 앓고 있었으며, "그의 건강상태는 구금기간 내내 좋지 않았고, 악화되고 있었다."[94] 그러나 위 위원회는 당국이 "의료 전문가의 의견을 구하는 신청인의 모든 요청에 응하였고," "보고서가 정밀하지 못하자 바로 새로운 전문가를 지정하였는데," 결국 작성된 총 10개의 보고서 중에서 "어떠한 전문가의 의견도 신청인의 건강상태가 수용을 계속할 수 없는 상황이라는 결론에 도달하지 않았다"라는 점을 지적하였다.[95] 그리고 전문가가 신청인을 병원으로 이송하라고 권고한 경우, 이러한 조치도 행해졌다. 위 원회는 이에 더하여 "신청인은 일정 시기에는 교도소 병원으로의 전원을 거부하였고, 당뇨병의 식이요법을 제대로 따르지 않았으며, 인슐린 치료를 거부함으로써 스스로 자신의 건강상태 악화에 기여하였다"는 정부 측의 언급도 지적하였다.[96] 위 위원회는 "이 사건의 특별한 사정들"을 고려하면, 신청인의 수용기간 동안의 의료적 치료는 유럽인권협약 제3조에 위반되지 않는다고 판단하였다.[97]

---

92) *ACHPR, International Pen and Others(on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organisation) v. Nigeria, Communications Nos. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97, decision adopted on 31 October 1998,* http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139-94_154-96_161-97.html에 게재된 결정문 para. 112 참조.

93) *ACHPR, Media Rights Agenda(on behalf of Niran Malaolu) v. Nigeria, Communication No. 224/98, decision adopted during the 28th session, 23 October - 6 November 2000,* http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html에 게재된 결정문 paras. 70 and 72 참조

94) *Eur. Comm. HR, Application No. 9559/81, P. de Varga-Hirsch v. France, decision of 9 May 1983 on the admissibility, 33 DR*, p. 213, para. 6.

95) bid., loc. cit.

96) Ibid., pp. 213-214, para. 6.

97) Ibid., para. 6 at p. 214.

단식투쟁 중인 수감자에 대한 국가의 책임
R., S., A., C. v. Portugal 사건: 단식투쟁 중인 수감자에 대한 국가의 책임

단식투쟁 중인 수형자의 건강과 안녕에 대한 국가의 책임은, 단식투쟁 26일 만에 의료진의 진찰을 받은 신청인 R을 포함한 4명의 신청인들이 포르투갈을 상대로 한 사건에서 문제되었다. 유럽인권위원회는 "신청인들이 이렇게 긴 시간동안 의료적 진찰을 받지 않았다는 점은 분명히 우려된다." 그러나 이 사건에서 판단해야 할 문제는 "국가기관이 이러한 상황에 대하여 어느 정도까지 책임을 부담하는가"하는 것이라고 하였다.[98] 위원회는 중요한 사정으로 신청인들이 단식투쟁을 시작한 때로부터 "계속하여 교도소 의무관에 의한 진찰을 거부하였고," 신청인 R을 포함한 2명의 신청인은 리스본 대학병원 소속 세 명의 의사들로 구성된 팀이 – 그 중 한명은 신청인들이 선택한 의사명단에 포함되어 있었음에도 – 진찰하는 것도 거부하였다는 점을 지적하였다.[99] 교착상태는 신청인 R의 단식투쟁 26일 째에 "교도소 당국이 신청인들에 대하여 의료협의회(the Medical Council)가 지명한 의사와 교도소 의무관 및 신청인들이 선택한 의사로 구성된 의료진에 의하여 진찰받는 것을 허용함으로써" 해소되었다. 그 의료진은 신청인들에게 "긴급히 입원"할 것을 요구하였고, 며칠 후 입원이 이루어졌다.[100] 이 사건에 관하여 유럽인권위원회가 설시한 판단 이유는 그 전체를 인용할 만한 가치가 있다.

> "18. 위원회가 이미 강조했듯이, 유럽인권협약은 교정당국으로 하여금 수형의 통상적이고 합리적인 요건을 적절하게 고려하여 시위에 참가한 사람을 비롯한 모든 수형자의 건강과 안녕을 당해 상황에서 가능한 범위에서 보호하도록 그 구금권한을 행사할 것을 요구하고 있다. … ***심각한 교착상태에 있는 경우, 공공 당국은 교착상태를 해결하기 위한 목적보다 교도소의 규율에 반대하는 사람을 징벌하기 위한 목적에서 융통성 없이 완강한 태도를 취해서는 아니 된다.*** …
> 19. 이 사건에서 신청인들이 단식투쟁을 하는 오랜 기간 동안 아무런 의료적 처치를 받지 못한 것이 유감이지만, 신청인들 스스로에게 이 상황의 많은 부분에 대한 책임이 있다는 것 역시 사실이다. 신청인들은 그 능력에 의심할 여지가 없는 일정한 의사들에 의한 진찰을 거부하였고, 정부는 신청인들의 그러한 의사를 존중하면서 신청인들이 문제 삼을 수 없는 방식으로 대응하였다. 위원회는 이 사건과 같은 사실관계로부터 포르투갈 정부가 완강함을 보였다거나 신청인들이 유럽인권협약 제3조에 위반되는 비인도적인 처우 또는 고문의 희생자가 되었다고 할 수 있을 정도로 신청인들의 상황을 악화시켰다고 결론내릴 수 없다."[101]

98) *Eur. Comm. HR, Application Nos. 9911/82 & 9945/82(joined), R., S., A. and C. v. Portugal, 36DR,* p. 207, para. 16.

99) Ibid., pp. 207–208, para. 16.

100) Ibid., p. 208, para. 17.

101) Ibid., paras. 18–19. 강조는 추가됨.

위 *Portugal* 사건의 판단이유는 북아일랜드의 극적인 상황을 배경으로 한 McFeeley 사건에 기초하고 있다. 그 사건의 신청인들은 정치범으로 인정받기를 원하였고, 그리하여 죄수복을 착용하는 것과 교도소에서 작업하는 것을 거부하였다. 그 결과 그들은 독방수용 등을 포함한 여러 징벌을 받게 되었다. 그 사건에서 유럽인권위원회는 다음과 같이 판단하였다.

> " … (위원회는) 중대한 교착상태를 해결하기 위한 여러 가지 방법을 모색하는 것이 아니라 교도소의 규율에 반대하는 사람들을 징벌하는 것에 주안점을 둔 국가기관의 융통성 없는 완강한 태도에 우려를 표명하지 않을 수 없다. 더욱이 위원회는 인도주의적인 이유로, 국가기관은 신청인들이 어떤 형태로든 (죄수복 이외의) 의복을 착용한 상태로 옥외에서 통상의 운동을 하거나 유사한 조건에서 교도소의 편의시설을 더 이용할 수 있도록 하는 등의 노력을 해야 한다고 생각한다. 이와 함께 신청인들이 교도소의 죄수복이나 속옷을 착용할 준비가 되어 있지 아니하더라도 교도소 외부의 의료 전문가로부터 진찰받을 수 있도록 주선되었어야 한다."[102]

위에서 본 내용에도 불구하고 "시위가 야기하는 시설관리상 문제의 중대성 및 이에 대처하기 위해 당국이 채택한 감독상, 위생상의 경계조치를 고려하여," 위원회는 이 사건에서 유럽인권협약 제3조가 침해되었다고 판단하지 않았다.[103]

경찰서에 구금된 사람에 대한 의료적 진찰 필요성에 관한 추가사항

자유를 박탈당한 사람들에 대한 고문 또는 다른 형태의 학대가 발생하는 것을 방지하기 위하여 고문방지위원회는 "피의자가 체포된 직후, 또는 매 심문 이후, 그리고 담당 판사 앞에 인치될 때나 석방될 때 독립된 의사로부터 진찰받을 필요성"을 강조하여 왔다.[104]

고문과 비인도적 또는 굴욕적인 대우와 처벌의 방지를 위한 유럽위원회(the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)는 수용장소의 방문 후 유럽 각국의 정부에 제출한 많은 보고서에서 다음의 사항을 권고한 바 있다.

- 경찰서에 구금된 사람은 자신이 선택한 의사에 의한 진찰을 받을 권리를 갖는다.
- 경찰서에 구금된 사람에 대한 모든 의료적 진찰은 경찰관이 들을 수 없거나, 가급적 볼 수 없는 곳에서 행해져야 한다(당해 의사가 달리 요청하지 않는 한).

102) *Eur. Comm. HR, Application No. 8317/78, T. McFeeley and Others v. the United Kingdom, decision of 15 May 1980 on the admissibility*, 20 DR, p. 86, para. 64.

103) Ibid., pp. 86–87, para. 65.

104) Statement as to Switzerland, in UN doc. *GAOR*, A/53/44, p. 12, para. 96.

경찰서에 구금된 사람에 대한 의료적 진찰 필요성에 관한 추가사항책임

• 수용자의 관련 진술과 의사의 결론을 포함한 모든 진찰의 결과는 의사에 의하여 정식으로 기록되고, 수용자와 변호사는 이를 이용할 수 있어야 한다.[105]

자유를 박탈당한 모든 사람은 자신의 신체를 청결하게 유지할 권리와 의무 및 따뜻하게 있을 권리, 그리고 양호한 건강상태에 있을 권리를 갖는다. 이를 위하여 피구금자는 필요한 위생설비, 의류, 침구, 충분한 음식과 의료 및 치과 서비스를 제공받아야 한다.

자유를 박탈당한 모든 사람은 충분한 면적의 감방에 수용될 권리와 햇빛을 누릴 권리를 갖는다.

시위하거나 단식투쟁을 하는 수용자 또는 수형자를 다룰 때, 당국은 완강하고 징벌적인 태도를 취해서는 안 되고, 그 대신 대화의 길을 모색하고 인도적인 지침에 따라야 한다.

경찰서에 구금된 사람은 자신이 선택한 의사에 의하여 진찰받도록 허용되어야 한다. 진찰은 의사가 달리 요청하지 않는 한 다른 사람이 없는 곳에서 행해져야 하고, 진찰의 결과는 의사에 의하여 기록되고 수용자와 그의 변호사가 이를 이용할 수 있어야 한다.

[**추록** : 유럽인권재판소는 암 치료를 받는 수감자의 계속적 구금에 관한 사건에서 중요한 결정을 하였다. 위 재판소는 국가 당국이 유럽인권협약 제3조에 위반하여 신청인에 대한 건강관리를 보장하지 아니하였다고 보았는데, 그 건강관리는 신청인으로 하여금 암 치료를 피할 수 있게 해주는 것이었다. 따라서 계속된 구금은 신청인의 존엄성에 대한 권리의 침해가 되고, 신청인에게 구금결정 및 암 치료와 불가피하게 연결된 것을 초과하는 고통을 야기하였다(*Eur. Court HR, Case of Mouisel v. France, judgement of 14 November 2002,* para. 48 참조).

Papon v. France 사건은 80대 후반의 나이에 반인도적 범죄를 교사, 방조하였

105) 특히 Council of Europe, docs.: (1) CPT/Inf (92) 4, *Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment(CPT) from 5 to 14 May 1991*, p. 52; (2) CPT/Inf (93) 13, *Report to the Government of the Federal Republic of Germany on the visit to Germany carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment(CPT) from 8 to 20 December 1991*, p. 70; (3) CPT/Inf (93) 8, *Report to the Finnish Government on the visit to Finland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment(CPT) from 10 to 20 May 1992*, p. 56 등 참조.

다는 이유로 프랑스 법원에서 징역 10년의 유죄판결을 선고받은 사람의 구금에 관한 것이다. 유럽인권재판소에의 신청에서, 신청인은 90세가 넘는 사람을 교도소에 두는 것은 유럽인권협약 제3조에 위반되고, 그가 구금된 교도소의 조건은 고령의 적합하지 않다고 주장하였다. 위 재판소는 이에 대해 명백히 근거 없다고 하여 기각하였다(*Eur. Court HR, Case of Papon v. France, decision on the admissibility of 7 June 2001.* 참조).]

4.4 종교

피구금자 처우에 대한 최저기준규칙 제6조(1), 수형자 처우에 관한 기본원칙 제2조 그리고 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 사람들을 보호하기 위한 원칙 제5조(1)은 ***종교***에 기초한 차별을 금한다. 게다가 위 기본원칙 제3조는 "지역상황상 요구될 때에는 언제나 수형자의 종교적 신념과 수형자가 속한 집단의 문화적 규범을 존중하는 것이 바람직하다"고 덧붙인다.

최저기준규칙 제41조, 제42조는 이 점에 관하여 다음과 같이 더 상세하게 규정하고 있다. 먼저, "시설 내에 동일 종교를 가진 충분한 수의 피구금자가 있는 경우 그 종교의 자격 있는 대표자가 임명되거나 승인되어야 한다. 피구금자의 인원수로 보아 상당하다고 인정되고 또 여건이 허락하는 경우 그 조치는 상근제를 기초로 하여야 한다."[제41조(1)] 그와 같이 임명되거나 승인된 자격 있는 대표자는 "정규적 의식을 행하고 수시로 직접 그 종교 소속의 피구금자를 목회 방문[pastoral visits. 심방(尋訪)]하도록 허가되어야 한다."[제41조(2)] 나아가, "종교적으로 자격 있는 대표자에 대한 접근은 어떤 종교에서도 어느 피구금자에게도 거부되어서는 아니 된다. 한편 피구금자가 교역자(religious representative)의 방문을 거절하는 경우 그의 태도는 충분히 존중되어야 한다."[제41조(3)] 마지막으로 "실질적으로 가능한 한 모든 피구금자는 시설 내에서 거행되는 종교행사에 참석하고 또 자기 종파의 계율서 및 교훈서를 소지함으로써 종교생활의 욕구를 충족할 수 있도록 허용되어야 한다."(제42조)

자유를 박탈당한 모든 사람은 종교를 이유로 차별당하지 않을 권리가 있다. 가능한 한 수용자와 수형자는 종교적 신념과 문화적 규범을 존중받아야 하며, 여기에는 정규적 의식과 목회 방문이 포함된다.

4.5 여가 활동(Recreational activities)

최저기준규칙 제21조(1)에 따르면 "실외작업을 하지 아니하는 모든 피구금자는 날씨가 허락하는 한 매일 적어도 한 시간의 적당한 실외운동을 하도록 하여야 한다." "소년 피구금자 및 적당한 연령 및 체격을 갖춘 이들"의 경우에는, "운동시간 중에 체육 및 오락 훈련을 받도록 하여야 한다." 그리고 "이 목적을 위하여 필요한 공간, 설비 및 용구가 제공되어야 한다."[제21조(2)].

기본원칙 제6조는 더 나아가 "모든 수형자들은 총체적 인격 발달을 지향하는 문화 활동이나 교육에 참여할 권리가 있다."고 규정한다.

마지막으로 보호원칙 제28조에 따르면, "억류 또는 구금된 자는 공적인 재원의 가능한 범위에서 합리적인 수준의 교육적, 문화적 자료 또는 정보를 얻을 권리를 갖도록 해야 한다. 단, 억류 또는 구금시설의 안전과 규율을 확보하기 위한 합리적인 조건에서만 예외를 인정한다."

*****

고문과 비인도적 또는 굴욕적 대우 또는 처벌 방지를 위한 유럽위원회는 스위스 취리히의 경찰서 유치장에 대하여, 수용자가 사생활을 존중받을 권리를 보장받으며 충분히 이익을 누릴 수 있는 조건 하에 하루에 적어도 한 시간 동안 실외에서 운동할 수 있도록 하는 조치가 시급히 이루어져야 한다고 권고한다.[106] 이는 수용자가 경찰을 동반하고 수갑을 찬 자신의 모습을 대중에게 보이는 것을 두려워하여 야외 운동을 거절하는 것에 대한 대응으로서 이루어진 권고이다.[107]

자유가 박탈된 모든 사람은 사생활을 존중받을 수 있는 조건 하에 매일 적어도 한 시간 이상 실외에서 운동할 권리가 있다. 일정한 범위의 수용자와 수형자에게는 특별한 여가훈련(recreational training)이 필요할 수 있다.

수용자와 수형자는 교육, 문화 및 정보에 관한 자료에 적절하게 접근할 수 있어야 한다.

106) Council of Europe doc. CPT/Inf(93) 3, *Report to the Swiss Federal Council on the Visit to Switzerland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment(CPT) from 21 to 29 July 1991,* p 75 in the French text

107) Ibid., p. 20, paras. 22–23.

4.6 독방수용(solitary confinement)

국제인권조약은 독방수용 그 자체를 규제하지는 않는다. 비록 억류, 구금 기간 동안의 격리에 관해 무수한 진정이 국제감시기구들의 주의를 환기시켜 특히 이 심각한 형태의 구금을 행하는 것에 대해 심도 있는 해석상의 가이드라인을 제시함에도 불구하고 말이다. 우선, 출발점으로 독방수용은 그 자체로 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조, 제10조(1) 같은 국제인권법에 위반되지는 않는다. 그러나 적법한지 여부는 개별 사건에서 구금의 ***목적, 기간 및 환경***에 따라 달라진다.

자유권규약위원회는 그 일반논평 제20호에서 "수용자 또는 수형자를 장기간 독방에 수용하는 것은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조가 금지한 행위에 해당될 수 있다"고 하였다.[108] 나아가 수형자 처우에 관한 기본원칙 제7조가 "***처벌***로서의 독방수용을 폐지하거나 그 활용을 제한하기 위해 노력하고 이를 장려해야 한다"(강조는 추가됨)고 규정하고 있는 점은 주목할 만하다.

자유권규약위원회는 *Vuolanne* 사건에서 독방수용의 문제에 대해 검토하였다. 이는 "10일간 군복무기간 정지의 영창 감금"의 제재를 당한 신병이 제기한 진정에서 비롯된 사건이다. 신청인은 특히 자신이 "작은 창문과 캠프침대, 작은 탁자, 의자, 어둑한 전기불만이 있는 2m×3㎡의 감방에 갇혀 있었다"고 주장했다. 게다가 "그는 식사를 하거나 화장실에 가거나 하루 30분 야외로 나갈 때에만 감방에서 나가는 것이 허락되었다"고 주장하였다.[109] 그러나 자유권규약위원회는 이 사건의 경우 위 규약 제7조 또는 제10조(1) 모두에 위배되지 않는다는 결론을 내렸다. 왜냐하면 우선 "신청인이 당한 독방수용은 그 가혹함과 지속기간 및 지향하는 목적을 고려할 때 신청인에게 신체적 또는 정신적으로 어떠한 부정적인 영향을 준 것"으로 보이지 않고, 다음으로 Vuolanne는 자신이 당했던 징계수단에 내재된 수치심을 제외하고 어떠한 굴욕을 겪거나 존엄성에 손상을 입었다는 점이 입증되지 않았기 때문이다.[110]

그러나 *Antonaccio* 사건의 경우는 결과가 달랐다. 이 사건에서 자유권규약위원회는 신청인이 지하 감방에 갇혔고, 그의 상태에서 필요한 의료조치를 거부당했으며, 석 달 동안 고문까지 당했다는 이유를 들어 규약 제7조, 제10조(1) 모두에 위반된다는 결론을 내렸다.[111] *Gomez de Voituret* 사건의 경우 규약 제10조(1)만이 위반되

108) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 139, para. 6.

109) Communication No. 265/1987, *A. Vuolanne v. Finland*(Views adopted on 7 April 1989), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 249, para. 2.2 and p. 250, para. 2.6.

110) Ibid., p. 256, para. 9.2

111) Communication No. R. 14/63, R. S. *Antonaccio v. Uruguay*(Views adopted on 28 October 1981), in UN doc. GAOR, A/37/40, p. 120, para. 20 as read in conjunction with p. 119, para. 16.2.

었는데, 신청인은 7개월간 "자연광이 거의 없는 감방"에 독방수용되었다. 자유권규약 위원회의 견해에 의하면, 신청인은 "인간의 고유한 존엄성이 존중되지 않는 환경에서 수개월간 독방수용"되었기 때문에 이 사건은 규약 제10조(1)을 위반한 것이었다.[112]

Espinoza de Polay 사건의 경우 독방수용은 규약 제7조, 제10조(1) 모두에 위반되었다. 이는 특히 신청인이 "작은 감방에서 하루 23시간 격리"되었으며, 하루에 10분 이상 햇빛을 보지 못했다는 사실 때문이다.[113]

*****

특히 노르웨이와 스웨덴에 관하여, 고문방지위원회는 ***개인이나 재산의 안전이나 안녕이 위협을 받을 때***와 같이 예외적인 경우를 제외하고는, 독방수용을 폐지할 것을 권고하였는데, 특히 미결구금 기간 동안의 경우에 그러하다. 더 나아가 이 예외적인 조치는 "법에 의해 엄격하고 구체적으로 규정"되어야 하며 사법적 통제를 받아야 한다고 권고했다.[114]

*****

유럽인권위원회는 독방수용이 유럽인권협약 제3조에 위반되는지 여부를 검토함에 있어서, 독방수용의 적법성을 그 ***지속기간, 지향하는 목적, 그 조치가 당해 사람에게 미치는 영향***의 측면에서 지속적으로 검토하였다. 이러한 접근방식은 *R. v. Denmark* 사건에 적용되었는데, 신청인은 미결구금 중 최소 17개월 동안 독방에 수용되었다. 위원회는 이 사건에서 "독방수용이라는 수단을 고려할 때, 수사상의 필요성과 이러한 격리가 수용자에게 미칠 영향 사이의 균형을 이뤄야만 한다."고 지적하였다. 위원회는 비록 "신청인이 바람직하지 못한 기간 동안 격리되었음"을 인정하면서도 "문제된 감금의 특별한 상황을 고려할 때 유럽인권협약 제3조의 범위 내에 들 만한 가혹함은 아니다"라고 결론 내렸다.[115] 위원회에 의하면 이 사건에서 신청인은 "약 6㎡의 감방에 있었고," "라디오 청취와 텔레비전 시청이 허락되었으며," 그 기간 동안 "매일 한 시간씩 실외에서 운동하는 것이 허가되었고," 교도소 도서관에서 책을 빌릴 수 있었으며, 하루에 몇 번씩 구치소 직원과 접촉하였고 또한 때때로 경찰 신문이나 법원

112) Communication No. 109/1981, *T. Gomez de Voituret v. Uruguay*(Views adopted on 10 April 1984), in UNdoc. *GAOR*, A/39/40, p. 168, paras. 12.2–13.

113) Communication No. 577/1994, *R. Espinoza de Polay v. Peru*(Views adopted on 6 November 1997), in UN doc. *GAOR*, A/53/40, p. 42, para. 8.7.

114) UN doc. *GAOR*, A/53/44, p. 17, para. 156(Norway) and GAOR, A/52/44, p. 34, para. 225(Sweden)

115) *Eur. Comm. HR, R. v. Denmark, Application No. 10263/83, R. vo. Denmark, decision of 11 March 1985 on the admissibility, 41 DR*, p. 154.

심리와 관련하여 다른 사람들도 만났다. 그리고 신청인은 의료행위를 제공받았고, 마지막으로 신청인은 위 기간 동안 접견을 제한당하긴 하였으나, "가족들과는 제한된 만남을 허락받았다."[116]

*****

유럽고문방지위원회는 현지조사 후 매우 상세한 권고를 했는데, 예컨대 스위스의 수용 장소에 대하여, 비자발적 격리가 활용되어야 할 사안은 명확하게 정의되어야 하고, 오직 예외적인 상황에서만 사용되어야 하며, 나아가 그 격리는 "가능한 한 최단기간" 동안 이루어져야 하고, 사회-의학적(socio-medical) 보고를 기초로 그 필요성이 석 달마다 재검토되어야 한다고 권고하였다.[117] 나아가 위 위원회는 격리 기간이 연장된 각 수형자들에게 통지하지 않아야 할 불가피한 안전상의 이유가 없는 한 그러한 조치를 한 이유를 서면으로 통지하여야 한다고 권고하였다. 만약 필요하다면 수형자들은 변호인의 조력을 받을 수 있도록 허락되어야 하며, 격리가 연장되는 경우 자신의 입장을 권한 있는 기관에 알리는 것이 허용되어야 한다.[118]

4.6.1 외부와 단절된 구금(Incommunicado detention)

외부와 단절된 구금은 독방수용의 특히 가혹한 형태로서, 자유가 박탈된 사람이 외부로부터 어떠한 접근도 허용되지 않고, 그 결과 인권을 유린당할 위험성이 증가된다. 이 외부와 단절된 구금의 광범위한 사용으로 말미암아 수많은 사람들이 고문당하고 실종되며 심지어 살해당한다. 고문에 관한 유엔특별보고관은 고문이 "외부와 단절된 구금 기간 중 가장 빈번하게 자행된다"고 지적했다. 따라서 그는 그러한 수용은 "불법이고, 외부와 단절된 구금된 사람은 … 지체 없이 석방되어야 한다."고 제안한다.[119] 아래에서 보는 바와 같이, 다른 국제감시기구들도 이런 형태의 수용의 활용을 막으려는 경향이다.

자유권규약위원회는 일반논평 제20호에서 "외부와 단절된 구금을 금지하는 조항을 만들어야 한다."고 강조하고, "당사국은 모든 수용 장소에 고문이나 학대를 가하

116) Ibid., pp. 153-154.

117) Council of Europe doc. CPT/Inf(93) 3, *Report to the Swiss Federal Council on the Visit to Switzrland carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment(BPT) from 21 to 29 July 1991*, p. 77.

118) Ibid., loc. cit.

119) UN doc. E/CN.4/1995/34, *Report fo the Special Rappoteur on the question of torture*, para. 926(d)

기 위해 사용될 수 있는 설비가 없도록 보장해야 한다."고 덧붙였다.[120] 위원회는 칠레의 제4차 정기보고서를 검토한 후, "당사국은 외부와 단절된 구금을 완전히 없애기 위하여 이 문제에 관한 법률을 재검토해야 한다."고 권고하였다.[121] 위 위원회는 최초 스위스 보고서와 관련하여, "여러 주(cantons)에서 수용자들이 8일에서 30일, 심지어 어떤 경우에는 무한정한 기간 동안 연락이 단절된 채로 구금되었음"을 유감스럽게 생각하였다. 그리고 위원회는 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 조항들을 충분히 존중하면서 여러 주의 형사소송법을 조화를 꾀하기 위한 논의가 강화되어야 하고, 특히 경찰서 구금이나 외부와 단절된 구금 동안의 기본적 보장들에 관하여 그러하다"고 권고하였다.[122]

El-Megreisi 사건에서, 신청인의 형제는 3년 넘는 기간 동안 외부와 단절된 채로 리비아에 감금되어 있었고, 1992년 4월 마침내 아내의 방문이 허락되었다. 자유권규약위원회가 이 사건에 대한 입장을 밝혔던 1994년 3월 23일에도 El-Megreisi는 여전히 외부와 단절된 구금 상태였다. 위원회는 이런 사실을 토대로 "모르는 장소에서 장기간 외부와 단절된 구금을 당하였으므로 El-Megreisi는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조, 제10조(1)에 반하는 ***고문 및 잔혹하고 비인도적인 대우***의 피해자"라고 결론 내렸다.[123] *Mukong* 사건에서도 위 규약 제7조가 위반되었는데, 신청인은 "연락 단절 상태에서 고문과 죽음의 협박을 받았고 위협 당하였으며 음식을 제공받지 못한 채로 여가 활동 없이 수일간 계속 감방에 갇혀 있었다." 위원회는 앞에서 본 일반논평을 언급하며 "수용자와 수형자를 완전히 격리시키는 것은 규약 제7조에서 금지한 행위에 해당할 수 있다"고 지적하고, 이 사건에서 Mukong는 위 조항에 반하여 ***"잔혹하고 비인도적이며 굴욕적인 대우"***를 받았다고 결론 내렸다.[124] 위원회는 몇몇 다른 사건들에서 수 주 또는 수개월에 걸친 외부와 단절된 구금은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(1)에 위반되며, 15일간 구금된 사건 또한 여기에 포함된다고 하였다.[125] 그러나 이 사건들은 *El-Megreisi*와 *Mukong* 사건 이전에 발생했기에 위원회가 이제는 외부와 단절된 구금의 활용에 대해 좀 더 엄격한 법적 접근방식을

120) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 140, para. 11.

121) UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol. 1), p. 46, para. 209.

122) UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. 1), p. 20. para. 98 and p. 22, para. 109.

123) Communication No. 440/1990, Y. *EL-Megreisi v. the Libyen Arab Jamabiriya*(Views adopted on 23 March 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40(vol. Ⅱ), p. 130, para. 5.4. 강조는 추가됨.

124) Communication No. 458/1991, *A. W. Mukong v. Cameroon*(Views adopted on 21 July 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40(vol. Ⅱ), p. 180, para. 9.4. 강조는 추가됨.

125) Communication No. 147/1983, *L. Arzuaga v. Urguay*(Views adopted on 1 November 1985), in UN doc. *GAOR*, A/41/40. p. 133, para. 14(15일간); Communication No. 139/1983, *H. Conteris v. Urguay*(Views adopted on 17 July 1985), in UN doc. *GAOR*, A/40/40. p. 202, para. 11(3개월 이상).

채택했다고 결론내릴 수 있다.

마지막으로, *Espinosa de Polay* 사건은 규약 제7조와 제10조(1)을 모두 위반하였는데, 이 사건에서 신청인은 1992년 7월 22일부터 1993년 4월 26일까지, 그리고 형선고 후 다시 1년간 외부와 단절된 상태로 구금되었다.[126]

*****

고문 방지위원회는 페루에게 재판 전 외부와 단절된 구금을 폐지할 것을 권고했다.[127]

*****

Suárez Rosero 사건에서 미주인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "51. 외부와 단절된 구금은 사실 조사를 방해하는 것을 막기 위한 목적에서 행해지는 예외적인 조치이다. 이러한 격리는 법에 명시된 기간으로 제한되어야 한다. 심지어 그 경우에도 국가는 미결구금자가 협약에서 정해진 손상될 수 없는 최소한의 보장, 특히 구금의 적법성에 의문을 제기할 권리와 구금기간 중 효과적인 방어수단에 접근할 권리를 향유하도록 보장할 의무가 있다."[128]

*Suárez Rosero*는 에콰도르 법이 그러한 구금은 24시간을 초과할 수 없다고 명시하고 있음에도 불구하고 36일간 연락 단절 상태로 구금되어 있었다. 그 결과 이 사건은 미주인권협약 제7조(2)에 위배되었다.[129] 미주인권재판소는 다음과 같이 덧붙였다.

> "90. 외부와 단절된 구금이 예외적인 조치로 간주되는 이유 중 하나는 피구금자에게 미치는 심각한 영향 때문이다. 사실 외부로부터의 격리는 모든 개인에게 정신적, 심리적 어려움을 발생시키고, 당사자를 특히 취약한 지위에 놓이게 하며, 감옥 내 자의적 행위와 공격의 위험성을 증가시킨다."[130]

---

126) Communication No. 577/1994, R. *Espinoza de Polay vo. Peru*(Views adopted on 6 November 1997), in UN doc. *GAOR*, A/53/40(vol. Ⅱ), pp. 41-43, paras. 8.4, 9.6 and 9. 신청인의 구금 환경은 또한 여러 가지 측면에서 규약 제7조와 제10조(1)에 위배되었다. 이감 과정에서의 언론에의 노출, 독방수용의 상태.

127) UN doc. *GAOR*, A/55/44, p. 15. para. 61(b).

128) *I-A Court HR, Suarez Rosero case v. Ecuador, Judgment of November 12, 1997,*in OAS/Ser. L/V/Ⅲ 39, doc. 5, *Annual Report of the Inter-American court of Human Rights 1997,* p. 296, para. 51.

129) Ibid., paras. 48 and 52.

130) Ibid., p. 301, para. 90.

미주인권재판소는 다음의 이유를 들어 외부와 단절된 구금은 ***잔혹하고 비인도적이며 굴욕적인 대우***로서 미주인권협약 제5조(2)에 위반된다고 결론 내렸고, 에콰도르는 신청인의 주장에 대해 다투지 않았다.

> "91. 본 재판소는 피해자가 36일간 특히 가족을 포함한 외부와 어떤 종류의 소통도 박탈당했다는 사실만으로도 *Suárez Rosero*가 잔혹하고 비인도적이며 굴욕적인 대우를 당했다고 결론 내렸다. 더욱이, 그의 외부와 단절된 구금은 에콰도르 국내법을 위반한 채 자의적으로 행해졌다는 사실이 증명되었기 때문이다. 피해자는 본 재판소에 변호사 또는 가족과의 소통이 불가함으로 인한 어려움을 토로했다. 또한, 그는 격리기간 동안 필수 위생시설이 없는 약 15㎡의 습기 찬 지하 감방에서 16명의 다른 수감자들과 함께 있었으며 신문지 위에서 자야 했다고 증언했다. 그리고 그는 위 구금기간 동안 받은 구타와 협박에 대해서도 설명했다. 위와 같은 모든 이유로 볼 때 *Suárez Rosero*가 받은 처우는 잔인하고 비인간적이며 굴욕적인 것이라고 할 수 있을 것이다."[131]

비자발적 실종이 우려되는 *Velasquez Rodriguez* 사건에서 미주인권재판소는 다음과 같이 말했다.

"156. … 장기 격리와 소통의 박탈은 ***그 자체로*** 잔혹하고 비인도적인 처우로서, 개인의 심리적 · 정신적 존엄성을 훼손하고 인간의 고유한 존엄성을 존중받아야 할 피구금자의 권리를 침해한다. 따라서 그러한 처우는 인간 존엄성에 대한 권리를 규정한 미주인권협약 제5조에 위반된다. … "[132]

*****

Aksoy 사건에서, ***즉각적 사법의 개입(prompt judicial intervention)의 부재, 격리 및 고문 사이의 관계***가 두드러진다. 앞서 2.3.2에서 본 바와 같이 신청인은 유럽인권협약 제3조에 반하여 고문을 당했다. 이 사건에서 신청인은 적어도 14일간 사법의 개입 없이 연락이 단절된 상태로 구금되었으며, 이후 팔에 상해를 입은 상태로 검사 앞에 출석하였다. 비록 유럽인권재판소가 테러범죄에 대한 조사가 "당국에게 매우 특수한 문제임"을 인정함에도 불구하고, 용의자를 사법의 개입 없이 14일간 구금할 필요성이 있다고는 인정할 수 없었다. 이 기간은 "이례적으로 길며 신청인은 자유에 대

131) Ibid., pp.. 301–302, para. 91.

132) *I–A Court HR, Case of Velasquez Rodriguez v. Honduras, Judgment of July 29, 1988, Series C, No. 4,* p. 148, para. 156. 강조는 추가됨. Cf. ibid., p. 159, para. 187.

한 권리의 자의적 침해뿐만 아니라 고문에 대하여 취약한 지위에 놓여있었다."[133] 결과적으로 자유 박탈의 적법성을 조사하기 위한 즉각적인 사법의 개입은 피구금자의 신체적 · 정신적 존엄에 대한 존중을 확보하는 수단이다.

독방수용은 그 자체로 불법은 아니지만, 이것의 활용은 예외적인 상황으로 제한되어야 하고, 특히 미결구금 동안 그러하다. 독방 수용의 적법성은 그 목적, 기간, 환경에 대한 평가에 달려 있다.

독방수용은 개인이나 재산의 안전이나 안녕이 위협될 때만 사용되어야 하며, 정기적인 사법 감시를 받아야한다.

독방수용은 처벌로 사용되어서는 안 된다.

외부와 단절된 구금은 특히 심각한 독방수용의 한 형태로서 불법으로 선언되어야 한다. 장기간의 격리는 그 자체로 고문 및 잔혹하고 비인도적인 처우를 구성한다.

연락 단절된 상태로 구금된 당사자가 자신에 대한 구금의 적법성에 이의를 제기하거나 효과적인 방어를 준비하는 것을 방해하는 것은 불법이다.

자유 박탈의 적법성을 조사하는 즉각적인 사법의 개입은 피구금자의 신체적·정신적 존엄에 대한 존중을 확보하는 수단이다.

5. 외부와의 교통

수용자 · 수형자가 구금 중에 시설 바깥 세계와 접촉을 유지하는 권리를 다룰 때 기본적인 전제는 자유를 박탈당한 사람도 자유로운 사람과 마찬가지로 국제법으로 보장되는 모든 인권을 향유한다는 것이다. 물론 구금의 불가피한 결과로서의 제한은 당연히 받아야 한다.[134] 이것은 그중에서 특히, 어떤 수용자 또는 수형자도 "그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받을 수 없다"는 것을 의미한다(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제17조).

5.1 가족구성원 및 친구와의 교통: 접견 및 통신

133) *Eur. Court HR, Case of Aksoy v. Turkey, Judgment of 18 December, 1996, Reports 1996-VI*, p. 78.

134) Cf. in particular statement by the Human Rights Committee in its General Comment No. 21 on article 10, in *United Nations Compilation of General Comments*, para. 3 at p. 142.

(visits and correspondence)

피구금자 처우에 관한 최저기준규칙의 제37조는 "피구금자는 필요한 감독 아래 일정한 기간마다 가족 또는 신뢰할 만한 친구와의 접견 및 통신이 허용되어야 한다."고 규정하고 있다. 외국인인 피구금자는 "소속 국가의 외교대표 및 영사" 또는 "자신의 이익을 대변하는 국가의 외교대표 또는 그러한 자의 보호를 임무로 하는 국가기관 또는 국제기관"과 "연락하기 위해 상당한 편의가 허용되어야 한다."[최저기준규칙 제38조(1),(2)]. 게다가 최저기준규칙 제92조에 따르면 다음과 같다.

> "92. 미결피구금자는 구금사실을 즉시 가족에게 알리도록 허용되어야 하고, 가족 및 친구와 통신하고 이들의 방문을 받기 위하여 필요한 편의가 전부 제공되어야 한다. 이에 대한 제한과 감시는 오직 사법 운용상 이익과 시설의 안전질서를 위하여 필요한 경우에 한한다."

모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기 위한 원칙의 원칙 15는 "억류 또는 구금된 자와 외부(특히 가족과 변호사)와의 교통은 수일간 이상 거부되어서는 아니 된다."고 규정하고 있다. 게다가 위 보호원칙의 원칙 16(1)은 다음과 같이 규정하고 있다.

> "1. 체포 후 즉시 그리고 체포 · 억류 · 구금의 장소에서 이송이 있을 때마다 억류 · 구금된 자는 가족 혹은 그가 선택하는 기타의 적절한 사람에게 체포 · 억류 · 구금사실, 이송사실 및 현재 구금되어 있는 장소를 통지하거나 관계당국에 대하여 통지하도록 요구하는 권리를 갖도록 해야 한다."

위 보호원칙의 원칙 16(4)에 따르면 이런 통지는 "***지체 없이*** 실시되고, 허가되어야 한다."(강조는 추가됨) 하지만 "관계기관은 수사를 위하여 예외적인 필요성이 있는 경우에는 통지를 합리적인 기간 지체할 수 있다." 고문에 관한 유엔특별보고관은 이 점에 관해서, "어떠한 상황에서든지 피구금자의 친족에게 18시간 이내에 체포와 구금 장소에 관하여 통지하여야만 한다"[135]고 권고하고 있다. 하지만 대부분의 심각한 고문과 비자발적 실종이 체포 후 몇 시간 내에 일어나는 점을 고려하면, 위와 같은 제한시간도 지나치게 길게 여겨진다.

마지막으로 보호원칙의 원칙 19는 다음과 같다.

"억류 또는 구금된 자는 특히 가족의 방문을 받고 가족과 통신할 권리를 가지며, 외부

135) UN doc. E/CN.4/1995/34, *Report of the Special Rappoteur on torture*, para. 926(d)

> 사회와 교통할 충분한 기회를 부여받아야 한다. 단, 법률 또는 법률에 따른 규칙에 의하여 정해진 합리적인 조건과 제한에 따른다."

교도소 당국이 수용자 또는 수형자에게 가족에게 편지를 쓰거나 접견을 받는 것을 허용하지 않는 경우, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조 및 제10조(1) 모두를 위반하는 것으로 본다. 가령 위에서 언급한 *Espinoza de Polay* 사건의 신청인은 유죄판결이 선고된 후로부터 1년간, 가족과의 접견을 거절당했을 뿐만 아니라 가족과 통신을 주고받는 것도 할 수 없었다. 이것은 위 규약 제7조에 위배되는 ***비인도적 대우***에 해당하고, 규약 제10조(1)에도 위배되는 것이다.[136] 하지만 수형자가 구체적으로 정확하게 언제, 어느 정도의 빈도로 가족과의 접견 및 통신이 허용되어야 하는 지에 대해서는 자유권규약위원회의 견해가 명백하지 않다.

Estrella 사건의 경우, 우루과이의 *Libertad* 교도소에서 신청인의 통신이 과도하게 검열받고 제한되었음을 이유로 규약 제10조(1)와 관련하여 해석되는 규약 제17조에 위반된다고 인정되었다.[137] Estrella는 교도관이 자의적으로 편지 문장을 삭제하고, 또 편지 발송을 거절했다고 주장했다. 2년 4개월의 구금 기간 전체를 통해 그가 받은 편지는 단 35통 뿐이었고, 7개월간은 단 1통도 받지 못했다고 한다.[138] 자유권규약위원회는 Estrella의 통신에 대한 검열에 관하여 다음과 같이 결정하였다.

> "교도소 당국이 피구금자의 통신에 대하여 관리 및 검열 조치를 실행하는 것은 정상적이다. 그럼에도 불구하고 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 17조는 '어느 누구도 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받을 수 없다"고 규정하고 있다. 즉 이러한 관리 및 검열을 위한 모든 조치는 자의적 적용을 막기 위한 법적 안전장치를 따라 행해져야 한다는 것을 요구한다. … 게다가 제한의 정도는 위 규약 제10조(1)이 요구하는 피구금자에 대한 인도적 처우 기준에 합치해야만 한다. 특히 피구금자는 필요한 감독 아래 일정한 기간마다 가족 또는 신뢰할 만한 친구와의 통신 및 접견이 허용되어야 한다. 위원회는 제출된 정보를 기초로 하여 Libertad 교도소에서 Miguel Angel Estrella의 통신에 대한 검열 및 제한의 정도가 규약 제10조(1)와 관련하여 해석되는 제17조와 양립하여 정당화될 수 있는 정도를 넘어섰다고 판단한다."[139]

*****

136) Communication No. 577/1994, R. *Espinoza de Polay v. Peru*(Views adopted on 6 November 1997), in UN doc. *GAOR*, A/53/40(vol. Ⅱ), pp. 42, para. 8.6.

137) Communication No. 74/1980, *M. A. Estrella v. Uruguay*(Views adopted on 29 March 1983), in UN doc. *GAOR*, A/38/40(vol. Ⅱ), p. 159, para. 10.

138) Ibid., p. 154, para. 1.13.

139) Ibid., pp. 158-159, para. 9.2.

피구금자의 통신에 관하여 더욱더 상세한 논의가 있었던 곳은 유럽인권재판소이다. 위 재판소는 관련 진정에 대하여 사법접근권과 통신을 존중받을 권리를 규정한 유럽인권협약 제6조(1) 및 제8조를 근거로 심사하였다. 제6조(1)과 관련한 청구에 관해서는 아래 5.2에서 검토하기로 한다.

유럽인권협약 제8조(1)은 "모든 사람은 그의 사생활 및 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다."고 규정하고 있지만, (2)은 이 권리 행사에 관해 다음과 같은 제한을 인정하고 있다.

> "2. 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니 된다."

그러므로 수용자 또는 수형자의 통신이 제한되거나 지체될 때 그러한 조치가 합법적이기 위해서는, 위에서 열거한 정당한 목적 중 하나 또는 그 이상을 위하여 "법률에 합치되고," 위 목적을 위해 "민주사회에서 필요"하여야만 한다. 하지만 국제감시기구에 제기된 문제의 대부분은 가족과의 통신보다는 변호사와의 통신에 대한 간섭에 관한 것이며, 이 특별한 양상에 대해서는 아래에서 강조하여 살펴본다.

5.1.1 미결구금자와 수형자를 접견할 접견자(visitors)의 권리

자유를 박탈당한 사람을 접견할 ***접견자***의 권리는 미주인권협약 아래에서 아르헨티나를 상대로 한 사건에서 문제되었다. 이 신청은 한 여성과 13세의 딸이 처한 상황에 관한 것이었다. 두 사람은 각자에게 남편이자 아버지가 되는 남성과 접견을 하기 전에 각 질(膣) 검사를 받도록 요구받았다. 신청인들은 미주인권위원회에 이러한 검사는 가족에 대한 권리행사뿐만 아니라 사생활, 명예와 존엄에 대한 권리 및 신체의 불가침성에 대한 권리 행사를 부당하게 간섭하는 것으로서, 미주인권협약 제17조, 제11조, 제5조를 위반한 것이라고 주장하였다.[140]

이러한 주장들에 대하여 미주인권위원회는 ***첫 번째로***, "접견자의 질 수색 또는

140) *I-A Comm HR, Report No. 38/96, Case 10.506 v. Argentina, October 15, 1996,* in OAS/Ser. L/V/Ⅱ 95, doc. 7 rev., *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1996,* pp. 58-59, para 48.

검사와 같은 극단적인 조치는 협약에서 보장하고 있는 많은 권리를 침해할 우려를 일으키므로 법률로 규정되어야만 한다. 그리고 그 법률은 모든 사람이 자의적이거나 남용된 조치를 받지 않도록 충분히 보장하기 위하여 조치가 부과되는 상황과 그 절차를 행하는 과정에서 준수해야 하는 조건들을 명확하게 규정해야만 한다"고 결정하였다.[141] ***두 번째로*** 위 위원회는 교도소로 들어가기 전에 일반적인 수색의 필요성에 대하여는 의문을 품지 않았지만, "그럼에도 불구하고 질 수색 또는 검사는 예외적인 동시에 극히 침해적인 종류의 수색"이고, 비록 "해당 조치가 어떤 특정한 경우에 안전을 보장하기 위하여 예외적으로 취해진 것이라고 하더라도, 제도적으로 모든 접견자를 대상으로 이러한 조치를 취하는 것은 공공의 안전을 확보하기 위하여 필요한 조치라고 볼 수 없다"[142]고 결정하였다.

위원회는 ***세 번째로***, 특정한 경우에 질 수색 또는 검사가 합법적이기 위해서는 다음 4가지 조건을 만족시키지 않으면 안 된다고 설명하고 있다.

◈ "특정한 경우에 보안목적을 달성하기 위하여 절대적으로 필요해야 한다."
◈ "이것을 대체할 수단이 존재하지 않는 상황이어야 한다."
◈ "이것은 법원의 명령에 의해 결정되어야 한다." 그리고 마지막으로,
◈ "적절한 의료 종사자에 의하여 수행되어야 한다."[143]

검토 중인 사건에 이러한 원칙을 적용한 결과, 위원회는 다음과 같은 점을 인정했다.

◈ 이러한 조치는 "Mr. X가 폭발물을 소지하고 있는 것이 발견된 직후에는 정당하다고 인정될 지도 모르지만," "그 이전에 이러한 조치가 수차례 적용된 점"에서 동일하게 판단을 할 수 없다.[144]
◈ "교도소의 보안을 확보하기 위해서 당국이 취할 수 있는 다른 더 합리적인 수단"이 있었다.[145]
◈ 국가는 미주인권협약에 따라 "법원에 수색 실행 명령을 요청할" 법적 의무가 있으나, 이러한 요청을 하지 않았다.[146]

141) Ibid., pp. 63–64, para. 64.
142) Ibid., p. 64, para. 68.
143) Ibid., p. 65, para. 72.
144) Ibid., pp. 65–66, para. 73.
145) Ibid., p. 67, para. 80.
146) Ibid., p. 68, para. 83.

◈ 이러한 침해적 조치에 "적절한 보장"이 수반되지 않았기 때문에 신청자들의 권리가 침해되었다. 위원회는 "어떠한 종류의 신체검사도 … 개인에게 신체적 또는 도덕적 피해를 줄 수 있다는 점에 비추어, 안전 및 위생을 가장 엄격하게 지키면서 의사에 의하여 수행되어야만 한다."[147]고 하였다.

결론적으로 미주인권위원회는 "교도소 당국이 … 제도적으로 Ms. X와 [Ms.] Y에 대하여 질 검사를 실시한 것은 신체적 및 정신적 불가침성에 대한 두 사람의 권리를 침해한 것이고, 협약 제5조를 위반한 것이다"라고 인정했다.[148] 또한, 이러한 검사는 "미주인권협약 제11조가 보장하는 명예 및 존엄에 관한 신청인들의 권리"를 침해한 것이다.[149] 게다가 신청인들이 Mr. X에 대한 개인적인 접견을 희망할 때마다 이러한 검사를 받도록 요구한 것은 협약 제17조가 보장하는 가족에 대한 권리를 "부당하게 간섭"한 것이다.[150] 마지막으로 딸에 관해서는, 이러한 검사가 미주인권협약 제19조가 보장하고 있는 아동의 권리도 침해하고 있다.[151] 바꿔 말하면 당국은 구금 장소에서 가족들이 접견하도록 함에 있어서 접견자의 권리와 자유 또한 존중되도록 주의를 기울여야 한다.

5.2 변호사와의 교통: 접견 및 통신

변호사와 의뢰인 사이의 교통은 특권적(privileged) 지위와 비밀유지가 인정되고, 이러한 기본 원칙은 의뢰인이 자유를 박탈당한 경우에도 여전히 적용된다. 최저기준규칙의 제93조는 이점에 관해 다음과 같이 정하고 있다.

> "93. 미결구금자는 방어를 위하여 이용 가능한 경우 무료법률구조를 신청하고 자기방어를 목적으로 변호인의 방문을 받으며 비밀의 지시문서를 준비하여 변호인에게 전달할 수 있도록 허용되어야 한다. 이를 위하여 미결구금자의 희망이 있으면 필요한 필기용구가 주어져야 한다. 미결구금자와 변호인의 접견은 경찰관 또는 시설직원의 감시 하에 둘 수 있지만, 대화의 청취가 가능해서는 아니 된다."

같은 문제에 대하여 모든 형태의 억류 · 구금 하에 있는 모든 사람들을 보호하기

147) Ibid., paras. 84–85.
148) Ibid., p. 69, para. 89.
149) Ibid., p. 70, para. 94.
150) Ibid., p. 72, para. 100.
151) Ibid., p. 73, para. 105.

위한 원칙의 원칙18도 다음과 같이 규정하고 있다.

> "1. 억류 또는 구금된 자는 자신의 변호인과 연락하고 협의할 권리가 있다.
> 2. 억류 또는 구금된 자는 변호인과의 협의하기 위하여 충분한 시간과 편의를 제공받아야 한다.
> 3. 억류 또는 구금된 자가 지체 없이 검열을 받지 않고 완전한 비밀이 보장되어 자신의 변호인과 접견하고 협의하며 통신할 권리는, 법률 또는 법률에 따른 규칙에 정해지고, 사법기관과 기타 기관 등에 의해 안전과 질서를 유지하기 위해 불가결하다고 판단된 예외적인 상황을 제외하고는 정지되거나 제한되지 않도록 해야 한다.
> 4. 억류 또는 구금된 자와 변호인의 접견은 법집행 공무원이 볼 수는 있지만 들을 수는 없도록 해야 한다.
> 5. 이 원칙에 따른 억류 또는 구금된 자와 변호인의 통신은, 그것이 계속 중이거나 의도적 범죄와 관계되는 경우를 제외하고는 억류 또는 구금된 자에 대한 증거로서는 활용되지 않도록 해야 한다."

형사변호를 준비하기 위하여 변호사의 조언을 구하는 것의 중요성과는 별도로, 자유권규약위원회는 자유를 박탈당한 사람이 학대를 당할 위험과 관련하여 "피구금자를 보호하기 위해서는 … 의사 및 변호사 그리고 수사를 위해 필요한 경우에는 적절한 감독 아래 가족들에게 즉각적이고 정기적인 접근권이 주어질 것이 요구된다."고 강조하고 있다.[152] 외부와 단절된 구금과 관련해서 앞서 언급한 몇 개의 사건은 이 원칙이 항상 실효적으로 적용되어야만 하는 중대한 필요성을 분명히 보여준다.

피의자가 자신을 방어하기 위하여 변호사에게 접근할 권리에 관한 사례들은 이 매뉴얼의 제5장의 7, 제6장의 6.4 및 제7장의 3.5를 참조하라.

*****

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 근거하여 제기된 *Tomlin* 사건은 수형자가 변호사에게 보내는 편지를 간섭받았다고 주장한 사건이다. 신청인의 주장에 의하면, 신청인이 1991년 4월 22일 변호사에게 추밀원 사법위원회에 대한 특별상소허가 신청에 관한 편지를 썼지만, 교도소 당국은 이를 1991년 7월 10일까지 발송하지 않았다. 정부는 이를 부인하고 "신청인의 통신에 그 어떤 자의적인 또는 불법적인 간섭이 있었다는 증거가 전혀 없다"고 주장했다.[153] 자유권규약위원회는 제출된 자료로부

152) General Comments No. 20, *United Nations Compilation of General Comments,* p. 140, para. 11.

153) Communication No. 589/1994, *C. Tomlin v. Jamaica*(Views adopted on 16 July 1996), in UN doc. *GAOR*, A/51/40(vol. Ⅱ), p. 193, paras. 3.7 and 4.5.

터, "당사국의 당국, 특히 교도소 당국이 신청인의 편지를 2개월이 넘는 기간 동안 발송하지 않았다는 점이 밝혀지지 않았다"고 하였다. 따라서 위 규약 제17조(1)에 따른 신청인의 사생활에 관한 권리에 대한 "자의적" 침해가 존재하였다고 결론 내릴 수는 없었다.[154] 그러나 위원회는, 이렇게 장기적인 지연은 "그것이 변호인과 자유롭게 연락할 신청인의 권리를 침해한다는 점에서 규약 제14조(3)(b)와 관련된 문제를 야기할 수 있다"고 덧붙였다. "다만, 이와 같은 지연이 충분히 방어를 준비할 신청인의 권리에 악영향을 미치지는 않았기 때문에" 규약 제14조(3)(b)를 위반한 것이라고 볼 수 없다고 하였다.[155]

Tomlin 사건의 관한 의문

- 수형자인 의뢰인이 변호사에게 보내는 편지에 대하여 발송을 지연하는 것이 ***실제로*** 수형자의 법적 방어권에 악영향을 미치지 않는가?
- 자유권규약위원회는 당국이 편지의 발송을 지연하고 규약 제17조(1)에 따른 신청인의 사생활에 관한 권리에 자의적으로 간섭하였다는 점을 인정할 증거가 없다고 하면서도 이 사건을 규약 제14조에 따라 계속 검토한 이유는 무엇인가?
- 위원회의 판단 이유를 아래의 유럽인권재판소의 그것과 비교해보자. 무엇이 다른가? 그 차이는 법적으로 정당화될 수 있는가?
- 당신은 위원회가 앞으로의 사건에서도 *Tomlin* 사건의 판단을 유지하여야만 한다고 생각하는가?

*****

수형자의 통신 문제는 유럽인권재판소에서도 무수히 검토되어 왔다. 이에 관한 유럽인권재판소의 견해는 미결구금자 또는 수형자가 방어 목적이나 교도소의 환경 및 처우에 관한 불만을 제기할 목적으로 변호사와 연락할 권리에 대하여 중요한 해석을 제공하고 있다. 유럽인권재판소는 원칙적으로 유럽인권협약 제8조(2)에 따라 "무질서와 범죄의 방지"를 위하여 피구금자의 통신에 개입할 필요성이 있을 수 있다는 점을 인정하지만, 그러한 조치는 민주사회에서 추구하는 정당한 목적에 비례하여야만

154) Ibid., p. 195, para. 8.3.
[역주: 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제17조(1)은 "어느 누구도 그의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받거나 또는 그의 명예와 신용에 대한 불법적인 비난을 받지 아니 한다."고 규정하고 있고, 제14조(3)은 모든 사람은 그에 대한 형사상의 죄를 결정함에 있어서 여러 권리를 완전 평등하게 받을 권리를 가진다고 정하면서 (b)에서 "변호의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 것과 본인이 선임한 변호인과 연락을 취할 것"을 정하고 있다.]

155) Ibid., loc. cit.

하고, 이 점에 관하여 정부의 판단재량도 고려되어야만 한다고 판시하고 있다.[156] 통신 제한의 범위에 관해서 유럽인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "45. 또한, 수형에서 요구되는 통상적이고 합리적인 필요를 고려할 때, 수형자의 통신을 통제하는 어떠한 조치가 필요하다는 점과 이것이 그 자체로 협약과 양립될 수 없는 것은 아니라는 점은 인정되어 왔다. … 그러나 이러한 통제가 일반적으로 허용되는 정도인지를 평가함에 있어서 수형자가 편지를 쓰거나 받는 것이 때로는 외부와의 유일한 연결고리라는 점을 간과해서는 아니 된다.
>
> 46. 변호사와 협의하고 싶은 사람은 거리낌 없이 충분히 의논할 수 있는 상황에서 자유롭게 협의할 수 있도록 하는 것이 일반적 이익에 부합한다는 점은 명백하다. 그러하기에 변호사와 의뢰인의 관계는 원칙적으로 특권적 지위를 인정받고 있다. 사실 본 재판소는 1991년 11월 28일의 *S. v. Switzerland* 사건에서 교도소 당국자 대화를 들을 수 없는 상태에서 수형자가 변호인과 이야기할 수 있는 권리의 중요성을 강조하였다. 유럽인권협약 제6조에 따르면, 변호사가 앞서 언급한 감시 없이 의뢰인과 협의할 수 없거나 의뢰인으로부터의 비밀 지시를 받을 수 없다면, 협약이 실제적이고 효과적으로 보장하고자 하는 변호사의 조력은 그 유용성을 상당히 잃게 될 것이다.
>
> 47. 본 재판소의 견해에 따르면, 이와 같은 고려는 계류 전 또는 계류 중인 소송절차에 관한 수형자와 변호사의 통신에도 유사하게 적용된다. 이러한 경우에도 비밀 유지의 필요성은 똑같이 절박하고, 특히 교도소 당국을 상대로 한 주장과 진정에 관한 경우 더욱 그러하기 때문이다. 이러한 통신은 일상적인 감시로부터 영향을 받기 쉽고, 특히 그 안에 포함된 실질적인 내용에 직접적인 이해를 가진 개인 또는 기관에 의하여 감시받는 경우 더욱 그러하기 때문에, 통신에 대한 일상적인 감시는 변호사와 의뢰인의 관계에 부여된 비밀 유지와 직업상의 특권 원칙에 합치하지 않는다.
>
> 48. 물론 예정되어 있는 소송에 관한 편지와 일반적인 성질의 편지 사이에 경계선을 긋는 것은 특히 어렵고, 변호사와의 통신 내용이 소송과 거의 또는 전혀 관계가 없는 사항에 관한 것일 수도 있다. 그럼에도 불구하고 재판소는 변호사와 주고받는 통신은 그 목적과 상관없이 사적이고 비밀의 성격을 갖기 때문에 달리 구별할 이유가 없다고 보았다. 원칙적으로 이런 편지는 협약 제8조에 따라 특권적 지위가 인정된다.

즉, 교도소 당국은 변호사가 수형자에게 보낸 편지에 통상적인 검열수단으로는 발견

156) *Eur. Court HR, Case of Campbell v. the United Kingdom, judgment of 25 March 1992, Series A, No. 233*, p. 18, para. 44. [역주: 유럽인권협약 제8조(1)은 "모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.", (2)는 위 권리들은 "무질서와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리에 필요하여 법률에 따른 경우 이외에는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니 된다."고 규정하고 있다.]

> 할 수 없는 불법적인 물질이 동봉되었다고 믿을만한 합리적인 이유가 있는 경우에 이를 개봉하여야 한다. 그러나 편지를 개봉할 수 있을 뿐 이를 읽어서는 아니 된다. 편지를 읽는 것을 막기 위하여 적당한 보장, 가령 수형자의 입회 아래 개봉하는 등의 방법이 제공되어야 한다. 한편 수형자와 변호사 사이의 편지를 읽는 것은 예외적인 상황에서 허용된다. 즉, 편지의 내용이 교도소의 안보와 다른 사람들의 안전을 위험에 빠지게 하거나 다른 형태의 범죄적 성질을 수반하고 있어 위 특권이 남용되고 있다고 믿을 만한 합리적인 이유가 있는 경우에만 허용된다. 여기서 '합리적인 이유'가 있는지 여부는 여러 사정에 따라 다르겠지만, 객관적 관찰자가 특권적 연락 수단이 남용되고 있다고 납득할 수 있을 만한 사실 또는 정보의 존재가 전제이다.[157]

더구나 유럽인권재판소는 *Campbell* 사건에서 ***통신에 대한 일반적 통제*** *(automatic control of correspondence)*에 관해 다음과 같이 설시하였다. "통신을 존중받을 권리는 교도소의 먼 위치 때문에 변호사가 직접 의뢰인과 접견하는 것이 어려운 교도소의 상황에서 특별히 중요한" 것이고, "연락수단이 일반적 통제의 대상이 된다면 변호사와 비밀리에 연락하는 것의 목적을 달성할 수 없다."[158] 마지막으로 직무상 규칙을 준수하지 않는 변호사에 의한 "단순한 남용 가능성"보다 "변호사와 의뢰인 사이의 비밀을 존중할 필요성이 더 크다."[159] 유럽인권재판소는 교도소 당국이 *Campbell*이 변호사와 주고받은 통신을 개봉해서 읽은 것에 관하여 "긴급한 사회적 필요가 없다"고 보아 유럽인권협약 제8조에 위반된다고 인정하였다.[160]

Golder 사건에서 신청인은, 교도관을 상대로 명예훼손에 기한 민사소송을 제기하는 것에 대해 내무장관이 허가해주지 않은 것에 관하여 진정을 제기하였다. 유럽인권재판소는 *Golder*가 "계획하고 있는 소송의 전망을 평가하는 것은 내무장관이 할 일이 아니고, 제기된 주장에 관하여 판단을 내리는 것은 독립적이고 공평한 법원이 할 일이다. 내무장관은 요청받은 허가를 거부함으로써 유럽인권협약 제6조(1)에 따라 보장되는 법원에서 재판받을 Golder의 권리를 존중하지 않았다"고 결론 내렸다.[161] 유럽인권재판소의 견해에 따르면, 명예훼손 소송에 관한 법적 조언을 구하기 위해 Golder가 변호사와 통신을 하는 것을 거부한 것은 유럽인권협약 제8조도 위반한 것인데, 이는 제8조에 열거된 어떠한 정당한 목적을 위하여 민주사회에 필요한 것으로 정당화

157) Ibid., pp. 18–19, paras. 45–48.

158) Ibid., p. 20, para. 50.

159) Ibid., para. 52 at p. 21.

160) Ibid., p. 21, paras. 53–54.

161) *Eur. Court HR, Golder Case v. the United Kingdom, judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18*, para. 40 at p. 20.

될 수 있는 통신에 대한 개입이 아니기 때문이다.[162]

Silver and other 사건에서 수형자의 통신에 대한 개입의 수많은 예가 제시되었고, 그 중에서 편지를 금지한 것과 관련하여 다음의 주요 이유 또는 부수적인 이유를 근거로 유럽인권협약 제8조에 ***위반***된다고 보았다. 즉 (1) 전국시민자유협회(National Council for Civil Liberties)에게 보내는 편지를 포함하여 어떠한 법률 사무 또는 다른 사무에 관한 연락이 제한되었고, (2) 당국을 비난하는 진정이 금지되었으며, (3) 변호사와 국회의원에게 보내는 편지에 교도소의 내부사전처리제도(prior internal ventilation system)를 거치지 않은 진정 내용이 포함되는 것이 금지되었다.[163] 해당 편지를 금지한 것이 영국 정부가 말한 여러 가지 목적을 위하여 민주사회에 필요한 것이라고 판단되지 않았다.

McCallum 사건에서도 유럽인권협약 제8조가 위반되었는데, 예컨대 신청인이 변호사와 국회의원에게 보내는 편지에 교도소의 처우에 관한 불만이 포함되어 있고, 그 불만이 권한 있는 교도소 당국에게 우선 제출되지 않았다는 이유로(내부사전처리제도) 그 편지가 금지되었다. 그리고 교도소 접견위원회(Visiting Committee)가 신청인에게 ***28일간 모든 통신을 절대적으로 금지***하는 것이 포함된 징계를 부과한 점에서 역시 협약 제8조 위반이다.[164]

*****

마지막으로, 이와 관련하여 아프리카헌장은 사생활, 가정생활 및 통신을 존중받을 권리를 보장하고 있지 않지만, 미주인권협약 제11조에는 이 권리가 포함되어 있다는 점을 유의할 필요가 있다.

자유를 박탈당한 사람은 자유로운 사람과 마찬가지로 인권을 누릴 권리가 있고, 구금에 따른 불가피한 결과로서 부과되는 제한만 따른다.

162) Ibid., pp. 21–22, para. 45.

163) *Eur. Court HR, Case of Silver and Others v. the United Kingdom, jungment of 25 March 1983, Series A, No. 61*, pp. 38–39, para. 99.

164) *Eur. Court HR, McCallum Case v. the United Kingdom, jungment of 30 August 1990, Series A, No. 183*, p. 15, para. 31.

첫째, 미결구금자 · 수형자는 체포 또는 구금 후에 지체 없이 가족 또는 친구와 교통할 권리를 가진다. 나아가 구금 기간 동안 정기적으로 접견 및 통신을 통하여 가족 및 친구와 교통을 유지할 권리도 가진다. 이러한 권리에 대한 간섭은 자의적이어서는 아니 되고(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약), 법률에 근거해야만 하며, 정당한 목적을 위하여 행해지고, 그러한 목적들을 위하여 민주사회에 필요한 것이어야만 한다(유럽인권협약).

두 번째, 자유를 박탈당한 사람은 정기적으로 변호사와 접견하고, 통신을 통해 변호사와 협의하고 연락할 권리가 있다. 그러한 통신은 지체 없이, 또한 변호사와 의뢰인 사이의 완전한 비밀유지를 보장받으면서 전송되어야 한다. 변호사를 접견하는 동안 미결구금자 · 수형자는 법집행 공무원이 볼 수 있으나 대화를 들을 수 없는 장소에서 협의할 수 있어야 한다.

개인의 안전에 관한 권리를 확보하기 위하여, 자유를 박탈당한 모든 사람은 특히 만족스럽지 못한 구금 환경, 고문 및 기타 다른 형태의 학대에 관한 진정을 제기할 목적으로 아무런 제약 없이 연락할 권리가 있다.

가족과 접견함에 있어서, 교도소 당국은 접견을 온 사람의 권리 및 자유가 존중될 수 있도록 보장해야 한다.

6. 구금 장소에 대한 사찰(inspection) 및 진정절차

6.1 구금 장소에 대한 사찰

고문에 관한 유엔 특별보고관이 지적하듯이 "구금 장소에 대한 정기적 사찰은 고문을 방지하는 가장 효과적인 조치 중 하나이고, 특히 이것이 정기 방문제도(periodic visits)의 일환으로서 시행되는 경우에 그러하다. 경찰서 유치장, 구치소, 치안시설, 행정구금구역 및 교도소를 포함한 모든 구금장소에 대한 사찰은 독립된 전문가팀에 의해 시행되어야 하고," 팀의 구성원은 "피구금자와 비밀리에 대화할 수 있는 있어야 하며," 조사 결과를 공식적으로 보고해야 한다.[165] 교정시설에 대한 정기적 사찰이 중요하다는 점을 근거로 자유권규약위원회는 "(a) 경찰관에 의한 인권침해, (b) 소년을 구금하는 시설을 포함한 구금시설의 환경, (c) 교도관에 의한 폭력 기타 학대에 관한 불만을 감독할 독립된 시스템이 존재하지 않는다는 점"에 우려를 표한 바 있

165) UN doc. E/CN.4/1995/34, *Report of the Special Rappoteur on torture*, para. 926(c)

다.[166]

******

고문방지위원회도 "높은 도덕 수준을 가진 사람들로 구성된 독립된 정부기관이 구치소와 교도소의 사찰을 담당해야 한다."고 권고한 바 있다.[167]

******

이와 같이, 고문과 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지를 위한 유럽위원회는 스웨덴 당국에 대하여, "교도소의 시설을 사찰하고 시설 내 처우에 관하여 수형자로부터 고충을 청취할 권한이 부여된 독립된 기관이 정기적으로 각 교도소를 방문하는 시스템을 설치할 가능성을 모색하도록" 권고하고 있다.[168]

6.2 진정절차 (전술한 2. 2. "국가의 법적 책임" 참조)

자유권규약위원회는, 일반논평 제20호에서, "규약 제7조가 금지하는 부당한 처우에 대하여 진정을 제기할 권리가 국내법에서 인정되어야 하고," "효과적인 구제를 위하여 진정은 권한 있는 기관에 의해 신속하고 공평하게 조사되어야 한다."는 점을 강조하였다.[169] 이것은 당사국이 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1) 및 (3)에 따라 부담하는 두 가지 의무, 즉 규약에서 인정되는 권리들을 "존중하고 확보할 의무"와 권리를 침해당했다고 주장하는 사람에게 "효과적인 구제조치를 제공할 의무"로부터 간단히 논리적으로 도출되는 결과이다. 자유권규약위원회는, "권리를 침해당한 모든 사람이 효과적인 구제조치를 이용할 수 있도록 하는 것은 규약 제7조, 제9조 및 제10조에 포함된 의무와 관련하여 특히 긴급하게 필요하다"고 강조하고 있다.[170] 다른 사건에서 위원회는 당사국에게 "경찰과 그 밖의 보안부대에 의한 과도한 실력행사와 그 밖의 권력남용에 대한 모든 진정을 접수하고 조사할 권한을 가진 독립된 기관을 설

166) Japan에 관한 UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol. Ⅰ), p. 67, para. 350. 참조. 고문과 다른 형태의 부당한 대우에 관련된 상당수의 불복신청을 조사할 독립된 기구가 없었던 점에 대해서는 Mexico에 대한 사례 참조, ibid., p. 62.

167) Namibia에 관한 UN doc. *GAOR*, A/52/44, p. 37, para. 244. 참조

168) Council of Europe doc. CPT/Inf(92) 4, *Report to the Swedish Government on the Visit to Sweden carried out by the European Committee for the Prevention or Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment(CPT) from 5 to 14 May 1991,* p. 57, para. 5(a)

169) *United Nations Compilation of General Comments,* p. 141, para. 14.

170) Latvia에 관한 UN doc. *GAOR*, A/50/40, p. 63, para. 344 참조

치할 것"을 권고하였다.[171]

*****

고문방지위원회도 고문방지협약의 당사국에 대하여, "고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우 또는 처벌의 피해자가 진정을 제기할 수 있도록 효과적이고 신뢰할 수 있는 진정제도를 도입할 것"을 권고하고 있다.[172] 예컨대 경찰관에 대한 진정이 있을 수 있다.[173] 나아가 위원회는 "고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우 또는 처벌에 관한 진정, 이러한 진정에 대한 조사, 조사가 행해진 기간, 조사 후 기소여부와 그 결과에 대하여 충분한 통계 자료를 보관할 중앙등록소의 설치"를 제안하고 있다.[174]

*****

미주인권협약 제25조(1)은 "모든 사람은 당사국의 헌법이나 법률 또는 이 협약에 의하여 인정된 자신의 기본권을 침해하는 행위로부터 보호받기 위하여 권한 있는 법원이나 재판소에 간편하고 신속한 구제나 기타 다른 실효적인 구제를 청구할 권리가 있다."고 하여 사법적 보호를 받을 권리를 보장하고 있다.

인권침해에 대하여 효과적인 구제를 받을 권리는 본질적으로 침해를 받았다는 주장에 관하여 조사하고 처벌할 당사국의 의무와 연결되는데, 이 의무는 미주인권협약 제1조(1)에 기초하고 있다.[175] 조사의무는 "효과적이지 않은 그저 형식적인 방법이 아니라 진정한 방법으로 이행되어야만 하고," "객관적으로 이루어져야 하며, 당사국이 자신의 법적 의무로서 부담해야만 한다."[176]

이에 따르면 자유를 박탈당한 사람이 고문 및 그 밖의 다른 형태의 부당한 처우를 당하였다는 모든 진정 또는 인권 기준을 위반할 수 있는 구금 또는 수형에 관한 다른 모든 진정은 앞서 말한 방법으로 조사되어야 하고, 해당 인권침해에 대하여 책임있는 사람에 대하여 "적절한 처벌"이 부과되어야 하며, 피해자들에 대하여 "충분한 배상"이 보장되어야 한다.[177] 조사의무는 "인권침해를 ***방지***하기 위하여 합리적인 조치를

171) Chile에 관한 UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol. Ⅰ), p. 45, para. 206 참조

172) Poland에 관한 UN doc. *GAOR*, A/55/44, p. 22, para. 94 참조

173) Namibia에 관한 UN doc. *GAOR*, A/52/44, p. 37, para. 244 참조

174) Cuba에 관한 UN doc. *GAOR*, A/53/44, p. 14, para. 118(g) 참조

175) *I-A Court HR, Villagran Morales et al. Case(The "Street Children" Case), judgment of November 19, 1999, Series C, No. 63,* pp. 194-195, para. 225.

176) *I-A Court HR, Velasquez Rodriguez Case, judgment of July 29, 1988, Series C, No. 4, p. 156, para. 177.*

177) Ibid., p. 155, para. 174.

취할" 당사국의 의무의 필수적인 요소라는 점이 상기되어야 한다.[178] 만일 인권침해의 가해자가 자신의 행위에 대하여 진정한 조사가 행해지지 않을 것이라는 점을 알게 된다면 그들이 그러한 행위를 그만둘 만한 동기가 없게 될 것이고, 그 결과 그 사회는 ***불처벌***의 분위기가 뿌리내릴 가능성이 높다.

따라서 미주인권재판소는 사람이 유괴되고 불법적으로 구금되어 고문받은 뒤 사망한 채 발견되거나 실종된 몇몇 사건에서 당사국이 이를 조사하고 처벌할 법적 의무를 위반하였다고 판단하였다.[179]

*****

유럽인권협약 제13조도 "실효적인 구제"에 대한 권리를 규정하고 있고, 유럽인권재판소에 따르면 이것은 "협약상의 권리와 자유가 국내법 질서에서 어떠한 형식으로 보장되고 있는지와 무관하게 이러한 권리와 자유의 본질을 집행하기 위한 구제"가 국내적인 수준에서 이용될 수 있어야만 한다는 것을 의미한다. "당사국은 이 규정에 따라 협약상의 의무를 어떠한 방법으로 준수할 것인가 관하여 약간의 재량이 인정되나," 여기서 요구되는 구제는 "특히 그 행사가 상대방인 국가 당국의 작위 또는 부작위에 의해 부당하게 방해되어서는 아니 된다는 의미에서 법적으로는 물론 실제적으로도 '실효적'이어야만 한다."[180] 신청인의 형제가 실종당한 *Çakic* 사건에서 유럽인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "문제가 되고 있는 권리, 즉 생명을 보호할 권리와 고문 및 학대를 받지 않을 자유의 근본적인 중요성에 입각하여, 유럽인권협약 제13조는 국내의 제도에서 이용 가능한 구제를 훼손함이 없이 국가에 대하여 책임자의 특정과 처벌로 이어질 가능성이 높은 철저하고 효과적인 조사를 행하고 또한 신청인이 당해 조사 절차에 효과적으로 접근할 수 있도록 할 의무를 부과한다."[181]

따라서 *Çakic* 사건에서 터키 정부가 "신청인의 형제가 실종된 것에 관하여 효과적인 조사를 행할" 의무를 준수하지 않았음을 이유로 협약 제13조 위반이 인정되었

178) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

179) *I-A Court HR, Velasquez Rodriguez Case, judgment of July 29, 1988, Series C, No. 4 and I-A Court HR, Villagran Morales et al. Case(The "Street Children" Case), judgment of November 19, 1999, Series C, No. 63.*

180) *Eur. Court HR, Case of Cakici, judgment of 8 July 1999-Ⅳ*, p. 617, para. 112.

181) Ibid., p 618, para. 113.

다. 이러한 의무 해태는 "존재했을 다른 구제의 실효성마저 손상시켰다."[182]

따라서 이 점에 관한 당사국의 법적 의무는 두 가지 요소로 이루어져 있고, 이는 인권침해 주장에 대하여 효과적으로 조사할 의무와 실제 피해자에 대하여 실효적인 구제를 제공할 의무이다.

독립된 팀이 모든 구금 장소를 정기적으로 사찰하도록 하는 것은 고문 및 그 밖의 다른 형태의 학대를 방지하기 위한 효과적인 수단이고, 모든 나라에서 제도적으로 조직해야 한다. 이러한 방문의 효과를 극대화하기 위해서는 그 팀원들이 모든 미결구금자와 수형자에게 아무런 제약 없이 비밀리에 접근할 수 있어야하고, 조사 결과를 공식적으로 보고해야 한다.

자유를 박탈당한 사람은 특히 고문과 그 밖의 다른 형태의 학대로부터 자유로울 권리를 포함한 인권 침해에 대하여 효과적인 구제를 받을 권리를 가지고, 이에 따라 그들이 효과적인 진정 절차에 아무런 방해 없이 접근할 수 있어야 하며, 진정에 대하여 공공기관의 신속하고 진정한, 그리고 객관적인 조사가 행해져야 한다.

고문 및 그 밖의 다른 형태의 학대가 있었음이 인정된 경우에는 충분한 처벌과 피해자에 대하여 적절한 배상이 있어야만 한다.

효과적인 진정절차, 자유를 박탈당한 사람의 진정에 대한 일관되고 활발한 조사와 기소는 모든 형태의 고문 및 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우와 처벌의 발생을 강력하게 억제하는 효과를 가진다.

7. 자유를 박탈당한 사람에 대한 불법적인 처우의 방지와 구제에 있어서 법관, 검사, 변호사의 역할

이 장에서 밝힌 바와 같이, 당사국은 자유를 박탈당한 사람의 인권을 보장할 법적 의무와 함께 권리침해 주장을 처리할 수 있는 독립되고 공평한, 그리고 효과적인 진정절차를 제공하고, 권리 침해가 인정되는 경우 충분한 구제를 제공할 의무가 있다. 위법한 강박에 의한 자백의 증거능력을 인정하는 것을 포함하여 미결구금자 · 수형자의 고문 및 그 밖의 형태의 학대가 많은 나라에서 많이 일어나는 점을 감안하면, 이 분야에서의 과제는 아직도 많다. 따라서 이러한 권리가 진정하게 향유되고 진정제도가 효과적으로 기능하도록 하는 것 ***두 가지 모두를*** 확보하기 위하여 법관, 검사, 변호사가 해야 하는 역할은 필수적이고 광범위하다.

182) Ibid., para. 114.

변호사는 어떠한 경우에도 의뢰인의 이익을 보호하고 방어해야 하고, 고문 또는 그 밖의 다른 형태의 학대의 징후가 있는지 경계해야 하며, 그러한 처우에 대하여 항의하기 위하여 이용가능한 모든 수단을 적극적으로 추구해야만 한다. 만일 국내의 신청절차가 기능하지 못하고 있다면 최후의 구제 수단으로서 권한 있는 국제기관에 진정하는 것도 가능하다.

이 매뉴얼 전체를 통하여 본 바와 같이 ***검사***는 고문 또는 잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 대우와 같은 인권침해를 저질렀다고 의심되는 자를 법원에 기소하기 위하여 필요한 모든 조치를 취할 특별한 의무가 있다. 검사의 활동은 과거의 인권침해를 시정하고 장래의 침해를 방지하는 것 둘 다에 있어서 중요하다. 물론 효과적으로 활동하기 위한 전제로서 검사는 행정부로부터 간섭 없이 독립적이고 공평하게 행동하여야 한다(제4장 참조). 검사는 인권침해를 수반하는 불법한 수단에 의해 얻어진 증거에 의존해서는 아니 된다.

끝으로, ***법관***도 인권침해에 관한 모든 주장에 대하여 독립하여 공평하게 판단해야만 한다. 법관은 어떠한 경우에도 고문 또는 모든 형태의 강박을 통하여 피의자로부터 얻어낸 자백을 받아들여서는 아니 된다. 나아가 법관은 검사 및 변호사와 마찬가지로 고문 및 그 밖의 다른 형태의 학대 행해지고 있는 징후가 있는지 끊임없이 살피고 그러한 상황을 종식시키고 구제하기 위하여 필요한 법적 조치를 취해야만 하는데, 특히 고문 및 그 밖의 다른 형태의 학대가 존재한다고 알려져 있는 국가의 경우 더욱 그러하다.

정부가 고문을 근절하기 위한 강력한 대응을 할 의사나 능력이 없는 경우, 법관, 검사, 변호사에게는 이 장에서 설명한 바와 같이 피해자를 돕고 그러한 처우가 장래에 발생하지 않도록 전력을 다할 직업적 책임이 있다. 이를 위해 법관, 검사, 변호사는 국제감시기구에 따라 적용되는 국제적 인권 기준의 의미에 대하여도 계속적으로 정보를 가지고 있어야 한다.

법관, 검사, 변호사는 자유를 박탈당한 사람의 인권을 보호함에 있어서 중요한 역할을 한다. 그리고 그들은 진정한 독립성과 공평성을 가지고 각자의 법적 의무를 수행할 수 있어야 한다.

8. 맺음말

이 장에서는 자유를 박탈당한 사람이 구금기간 동안 계속해서 향유하는 몇 가지 기본적 인권에 대하여 개략적으로 살펴보았다. 이러한 기본권에는 특히 신체의 불가침성 및 안전에 대한 권리, 그 결과로서 향유되는 고문 및 그 밖의 형태의 학대로부터 자유로울 권리가 포함된다. 국가에게는 이러한 권리를 보장하고 효과적인 구제를 포함한 진정 절차를 마련할 국제인권법상의 법적 의무가 있으나, 이러한 절차와 구제를 진정하게 실현하기 위해서는 법조인들의 전면적인 참가가 필요하다. 법조인이 이러한 역할을 담당하지 않으려고 한다면 개인은 법적 공백에 놓이게 되고 쉽게 불법의 희생양이 될 것이다. 법관, 검사, 변호사가 진정한 독립과 공평의 정신에 따라 그 직무를 수행할 수 있도록 보장하는 것은 국제인권법에 따른 국가의 법적 의무이다.

제 9 장

사법 운용에서의 비구금 조치의 이용

제9장

사법 운용에서의 비구금 조치의 이용

학습 목표

- *비구금 조치의 이용을 촉진하는 현행 국제 원칙에 친숙해지도록 한다.*
- *사법 운용의 여러 단계에서 비구금 조치의 목적과 그 이용을 설명한다.*
- *각자의 직업적 책임 영역에서 어떤 종류의 비구금 조치가 유용한지 인식하도록 돕는다.*
- *비구금 조치의 이용과 연관된 법적 보호를 주지시킨다.*
- *비구금 조치 처분을 이행하지 않는 것의 결과에 대해 익숙하도록 한다.*

질문

- *당신이 일하는 국가에는 구금에 대하여 어떠한 대안이 존재하는가, 그리고 어떠한 종류의 범죄에 관하여 그 대안이 존재하는가?*
- *당신은 법관, 검사 또는 변호사의 업무를 수행하면서 비구금 조치의 이용을 조언하거나 실제 사용하였는가?*
- *당신은 특히 어떤 상황에서 그렇게 하는 것이 유용하다고 생각하는가?*
- *비구금 조치를 이용함으로써 더 많은 효용을 얻는 특정 유형의 집단이 있는가?*
- *그렇다면, 그러한 집단을 변별하고, 그들이 구금의 대안조치로부터 더 많은 효용을 얻으리라는 이유를 설명하라.*
- *당신이 일하는 국가에는 비구금 조치의 이용과 관련하여 어떠한 법적 보장책이 존재하는가?*
- *당신이 일하는 국가에서 비구금 조치에 부수된 조건의 위반에 대한 제재는 무엇인가?*

관련 법률문서

- 1990년 비구금 조치에 관한 유엔 최소표준규칙(도쿄 규칙)[United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures(The Tokyo Rules), 1990]
- 1985년 소년사법에 관한 유엔 최소표준규칙(베이징 규칙)[United Nations Standard Minimum Rules for Administration of Juvenile Justice(The Beijing Rules), 1985]
- 1985년 범죄와 권력남용 피해자를 위한 사법의 기본원칙 선언(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 1985)

1. 들어가며

법의 경계를 넘어서는 행위에 대한 처벌 문제는 지속적으로 관심의 대상이 되어 온 주제이다. 범죄자의 구금은 가장 많이 이용되는 형사제재는 아니지만 범죄에 대한 일반적인 처벌의 하나로 남아 있다. 구금은 적법절차를 준수한 재판을 통하여 부과되고 인권 기준에 의해 금지된 처우에 이르지 않으며, 특히 범죄와 형벌의 비례성 원칙에 명백히 어긋나지 아니하는 한 국제인권법에 의해 승인되고 있다.

구금은 강력 범죄자와 관련된 많은 사례에서 필요하지만 범죄의 예방과 범죄자의 사회 복귀에 관한 만병통치약은 아니다. 더욱이 많은 나라에서 구금 제도는 과밀하고 노후한 설비 때문에 중대한 난관에 봉착해 있다. 그 결과 재소자는 종종 매우 열악한 구금 환경에 노출된다. 그러한 환경은 재소자의 신체와 정신 건강에 부정적인 영향을 미치고 그들의 교육 및 직업 훈련을 방해하여, 결국 그들이 장래에 사회에서 평범한 생활에 적응하는 것에 나쁜 영향을 미친다. 장기간의 구금은 재소자의 가족과 직장 생활에도 큰 영향을 미친다.

가장 일반적으로 행해지는 형사제재는 ***비구금 조치(non-custodial nature)*** 이다. 이 장에서는 이러한 수단의 이용에 관하여 다룬다. 구금의 효과에 대하여 회의론이 대두됨에 따라 전문가들은 범죄자를 사회 안에 둔 채로 도울 수 있는 다른 효과적인 수단을 개발하고자 노력해 왔다. 그리고 비구금 조치에 관한 유엔 최소표준규칙(United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures, 이하 '도쿄 규칙'이라고 한다)의 목적 중 하나는 이러한 수단의 중요성을 강조하는 것이다.[1] 이 장에서는 주로 도쿄 규칙과 그 *주석서(Commentary)*에 기초하여 설명하되, 이따금 소년사법에 관한 유엔 최소표준규칙(United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, 이하 '베이징 규칙'이라 한다)과 범죄와 권력남용 피해자를 위한 사법정의의 기본원칙 선언(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)을 참조할 것이다. 그러나 베이징 규칙은 제10장 "사법운용에서의 아동의 권리"에서 더 깊이 다루어질 것이다.

1.1 비구금 조치와 도쿄 규칙의 목적

앞서 본 것처럼, ***일반적으로 비구금 조치가 가지는 목적과, 특히 도쿄 규칙이***

1) UN doc. ST/CSDHA/22, *Commentary on the United Nations Standard Minimun Rules for Non-custodial Measures(the Tokyo Rules)*(이하에서는 *'주석서'*라고 한다), p.2 참조

가지는 목적은 범죄자의 구금을 효과적으로 대체할 수단을 모색하고, 관계 기관으로 하여금 범죄자가 행한 범죄와 비례하는 방식으로 개개의 범죄자의 요구에 부합하도록 형사제재를 조정할 수 있도록 하는 것이다. 이처럼 개별화된 처분이 가질 수 있는 이점은 명백하다. 그러한 처분은 범죄자가 여전히 자유를 누릴 수 있게 함으로써 그들이 일, 학업, 그리고 가정생활을 계속할 수 있도록 한다.[2)]

그러나 비구금 조치에는 다음과 같이 조건 또는 제한이 부가될 수 있고, 범죄자가 그러한 조건이나 제한을 심각하게 위반하는 경우에는 구금될 수 있다. 그렇지만 인권과 인간의 존엄을 보장하기 위해서는 어떠한 조건과 제한의 부과 또는 이행에 관하여 기준이 설정되어야 하는바, 도쿄 규칙의 주요 목적 중 하나는 그러한 기준을 명백히 정하는 것이다. 그러한 기준은 "비구금 조치를 적용함에 있어 현실적인 어려움을 극복하려는 노력"을 장려하는 것을 목적으로 하는 ***최소 기준***으로서 고려되어야 한다. 따라서 도쿄 규칙은 비구금 조치 제도의 상세한 모델로서 받아들여지는 것을 목적으로 하지 않았으며, 단순히 이 영역에서 "무엇이 바람직한 원칙과 현재의 바람직한 관행으로 일반적으로 받아들여지고 있는지"를 정리하는 것을 목적으로 한다.[3)]

*****

이 장에서는 기본적인 용어에 대하여 설명한 후 도쿄 규칙의 일반 원칙, 법적 보호장치, 사법 운용의 다양한 단계에서 선택 가능한 비구금 조치, 그리고 이러한 조치의 시행에 대하여 다룬다. 마지막으로, 구금의 대체수단을 선택함에 있어서 법조인의 역할에 대하여 간략히 언급한다.

2. 용어의 정의

2.1 "비구금 조치"(non-custodial measures)의 개념

이 장의 목적상 '비구금 조치'의 개념은 권한 있는 기관이 범죄로 수사를 받거나 기소되거나 판결을 받은 자에게 구금을 제외한 일정한 조건과 의무를 따르도록 하는 결정을 의미하고, 이러한 결정은 형사사법 운용의 어느 단계에서나 가능하다(규칙 2.1).[4)]

2) Ibid., loc. cit.

3) Ibid., p. 3.

4) Ibid., loc. cit.

2.2 "범죄자"(offender)의 개념

규칙 2.1에 의하면, 도쿄 규칙은 "형사사법 운영의 모든 단계에서 기소, 재판, 형집행의 대상이 된 모든 사람들에게 적용"되고, "이와 같은 사람들은 수사대상이거나 기소되거나 판결을 받은 자인지 여부와 관계없이 '범죄자'라고 부른다." 따라서 "범죄자"란 용어는 무죄 추정의 원칙을 훼손하지 않는 포괄적인 의미로 사용된다.

2.3. "권한 있는 기관"(competent authority)의 개념

권한 있는 기관은 법관, 검사, 또는 법률에 의해 비구금 조치를 부과하거나 이행할 수 있는 권한이 부여된 기관을 의미한다.[5)]

3. 비구금 조치와 관련된 일반 원칙들

도쿄 규칙 제1조에서 제4조까지는 구금의 대체수단으로서 비구금 조치를 활용하는 데에 지침이 되는 일반 원칙을 어느 정도 상세히 규정하고 있는데, 제4조 유보조항(saving clause)을 제외하고 위 원칙은 비구금 조치의 기본적인 목적, 범위, 법적 보호장치를 규정하고 있다. 이 절에서는 이러한 일반 원칙의 가장 핵심적인 내용을 살펴볼 것이다.

3.1 비구금 조치의 기본적인 목적

규칙 1.1에 의하면, 도쿄 규칙의 두 가지 기본적인 목적은 아래 두 가지를 규정하는 것이다.

- "비구금 조치의 사용을 권장하기 위한 일련의 기본적 원칙"
- "비구금 조치의 대상자를 위한 최소한의 보호장치"

도쿄 규칙은 위의 두 가지 기본적인 목적 사이의 중요한 균형을 세우면서 시작되는데, 비구금 조치의 활용을 권장함과 동시에 범죄자의 인권 존중에 바탕을 둔 공정한 적용을 보장하는 것을 목적으로 한다. 그와 같은 보장은 과도하게 통제수단

5) Ibid.

(control measures)에 의존하는 것을 막기 위하여 필요하다.[6]

도쿄 규칙의 *주석서*에 의하면, 비구금 조치는 "지역사회뿐 아니라 범죄자를 위하여도 상당한 잠재적 가치"를 보유하고 있고, 모든 영역의 범죄와 다양한 유형의 범죄자에게 적절한 제재가 될 수 있다. 특히 재범의 가능성이 적은 범죄자, 경미한 범죄자, 의료적 정신의학적 사회적 도움을 필요로 하는 범죄자에게 적절한 제재가 될 것이다.[7] 이와 같은 경우에, 구금은 지역사회와의 관계를 단절시키고 사회로의 복귀를 방해하며 범죄자의 책임감과 스스로 결정할 수 있는 능력을 감소시키기 때문에 적절한 제재로 볼 수 없다.[8] 반면, 비구금 조치는 범죄자를 자연스러운 환경에서 개선하도록 하면서도 범죄자의 행위를 통제하는 것이 가능하게 하는 독특한 특징을 가지고 있다.[9]

또한, 결과적으로 형사사법의 운용이 국가에 무거운 재정적 부담을 주는 점을 고려하면 비구금 조치의 사용은 사회적 비용을 감소시킨다. 개별 범죄자뿐 아니라 사회 전체가 비구금 조치의 사용으로부터 이득을 얻기 때문에 이와 같은 긍정적인 가능성은 그 수행에 있어서 지역사회의 참여를 촉진하게 된다.[10]

다음으로, 규칙 1.2는 범죄자들 사이에 "사회에 대한 책임감은 물론 형사사법의 운용, 특히 범죄자의 처우에 있어 지역사회의 더 큰 참여"를 증진시키는 것을 그 추가적인 목적으로 기술하고 있다. 지역사회의 참여는 범죄자를 사회에 복귀시키는 데 필수적이고, 낙인찍기(stigmatization)의 위험을 감소시킨다.[11]

규칙 1.3에 의하면, 도쿄 규칙은 "각 국가의 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 조건 및 각국의 형사사법 시스템의 목적과 목표를 고려하면서 시행되어야 한다." 따라서 도쿄 규칙은 비구금 조치의 모델 시스템을 만들기 위하여 제정된 것이 아니다. 그리고 각국의 형사사법 시스템의 다양성은 모델 시스템의 구축을 불가능하게 한다. 도쿄 규칙의 의도는 이와 같은 다양성이 방법과 발전에 대한 아이디어의 풍부한 교환을 가능하게 할 것이라는 데 있다.[12]

다양한 개인적 이해관계 사이의 균형과 형사사법 시스템의 목표를 인식하면서, 규칙 1.4는 "규칙을 시행하면서 각 당사국은 개별 범죄자의 권리와 피해자의 권리, 그리고 공공안전 및 범죄예방에 대한 사회의 우려 사이에 적절한 균형을 맞추기 위해 노력을 해야 한다."고 규정하고 있다. ***도쿄 규칙은, 비구금 조치의 권장과 개별화된 형***

6) Ibid., p. 5.
7) Ibid., loc. cit.
8) Ibid., p. 6.
9) Ibid., loc. cit.
10) Ibid.
11) Ibid.
12) Ibid.

사제재의 적용을 강조하는 한편, 범죄의 감소라는 형사사법 시스템의 일반적 목적과 범죄 피해자의 중요한 역할을 인식할 필요성에 대해서도 충분히 뒷받침하고 있다.[13]

마지막으로 규칙 1.5에 따르면,

> "당사국은 인권 보장, 사회정의의 요구, 범죄자의 갱생 필요성을 고려하면서 자국의 법률시스템 안에서 대안을 제공함으로써 구금의 사용을 감소시키고, 형사사법 정책을 합리화하기 위하여 비구금 조치를 발전시켜야 한다."

*주석서*에 의하면, "인권 보장, 사회정의의 요구, 범죄자의 갱생 필요성"을 언급하는 것은 특히, 도쿄 규칙이 비구금 조치의 빈번한 사용의 보장을 목적으로 하지만, 그와 같은 사용이 형사제재를 받는 사람의 증가 또는 형사제재 강도의 증가로 이어져서는 안 된다는 것을 의미한다. 인권 보장을 강조함으로써 도쿄 규칙은 비구금 조치의 시행에 있어서 재량의 남용을 피하고자 한다.[14]

구금을 대체하는 비구금 조치의 주요한 목적은 범죄자의 필요에 따라 형벌 제재를 개별화하고자 하는 것으로, 이를 통해 제재를 보다 효과적으로 만들 수 있다. 또한, 일반적으로 비구금 조치는 구금조치보다 비용이 적게 든다.

비구금 조치를 포함한 개별화된 형벌 제재들은 범죄의 감소라는 형사사법 시스템의 일반적인 목적과 범죄 피해자의 요구와 이익을 고려할 필요성의 관점에서 고려되어야 한다.

비구금 조치의 사용은 국제적으로 인정된 인권을 존중하여야 한다.

3.2 비구금 조치의 범위

3.2.1 비구금 조치의 일반적인 범위

위 2.2 부분에서 언급한 바와 같이 도쿄 규칙은 "기소, 재판 또는 형집행을 받게 될 모든 사람에게" 적용된다(규칙 2.1). 따라서 위 규칙은 유죄로 인정된 사람에게 부과되는 범죄에 대한 처벌로서의 조치뿐만 아니라 피의자와 재판을 앞둔 피고인에

13) Ibid.

14) Ibid., p. 7.

게도 적용될 수 있다. 마지막으로, 위 규칙은 형기의 일부를 지역사회에서 보내게 하는 조치나, 일정한 형태의 감독을 받는 대신 형기를 줄여주는 조치도 대상으로 한다.[15] 재판 전 구금은 무죄추정의 원칙이라는 관점에서 예외적인 조치가 되어야 하기 때문에 재판 전 구금을 대신하는 비구금 조치의 이용은 특히 장려된다.[16]

3.2.2 차별의 금지

규칙 2.2에 따르면, 도쿄 규칙은 "인종, 피부색, 성, 연령, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 견해, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 그 밖의 지위에 근거한 어떠한 차별 없이 적용되어야 한다." 이 매뉴얼에서 본 바와 같이 차별금지는 국제인권법의 모든 방면에 적용되는 조건이다. 따라서 비구금 조치도 차별 없는 방식에 의하여야 한다는 것은 당연한 논리적 귀결이다.

그러나 조치에서의 차이를 모두 차별로 보아서는 안 되고, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조 하에서 자유권규약위원회가 지적한 바와 같이 이 조항에 들어맞는 "합리적이고 객관적인 기준에 근거한 차이는 금지되는 차별에 해당하지 않는다."[17]

비구금 조치의 큰 이점 중 하나가 개개 범죄자의 필요에 따른 맞춤이 가능하다는 것이라는 점을 고려하면 의사결정에 있어서 재량이라는 요소는 개인이나 집단에 대한 차별의 위험을 증가시킬 수 있다. 비구금 조치의 이행 과정에서 지역사회의 관행화된 차별이 반영될 수도 있다.[18] 예를 들면, 소수민족이나 여성은 조치 과정에서 훈련기회나 직장을 찾는 데 더 어려움을 겪을 수도 있다.[19] 이러한 문제점에도 불구하고 비구금 조치를 적용함에 있어서 처우의 평등은 확보***되어야만 한다.***

한편으로, 위에서 지적한 바와 같이 차별금지는 처우에 있어서의 모든 차이가 금지된다는 의미가 아니고, 다만 ***합리적이고 객관적인 정당화 사유가 없는 차이***를 금지할 뿐이다. 실제로 사람의 특별한 배경, 개인적인 필요와 문제라는 관점에서 사람을 다르게 취급하는 것은 상당히 합리적이고 객관적으로 정당화될 것이다.[20]

범죄자가 속한 집단의 종교적인 믿음과 도덕적 계율을 고려하는 것 역시 필요할

15) Ibid., p.8.

16) Ibid., loc. cit. 및 제5장 "인권과 체포, 미결구금과 행정적 구금" 참조.

17) See e. g. Communication No. 172/1984, *S. W. M. Broeks V. the Netherlands*(Views adopted on 9 April 1987), *GAOR*, A/42/40, p.150, para. 13.

18) *주석서*, pp. 8-9

19) Ibid., p.9

20) Ibid., loc. cit.

수 있다.[21] 나아가 구금될 경우 특별히 나쁜 영향을 받을 수 있는 아동, 여성, 노인, 그리고 정신건강상의 문제를 가진 사람과 같은 일정한 집단이 존재하므로, 범죄자의 특별한 필요를 충족하기 위하여 범죄자들 사이에 일정한 차이를 두는 것은 바람직할 뿐 아니라 심지어 필요하다고 할 수 있다.[22]

3.2.3 적용에서의 유연성

규칙 2.3은 "일관성 있는 선고"(consistent sentencing)의 중요성을 강조하는 한편, 다음 네 가지 기준에 근거하여 비구금 조치의 발전과 이용에 있어서 상당한 유연성을 발휘하도록 장려하였다.

- "범죄의 특성과 중대성"
- "범죄자의 개인적 특성과 배경"
- "사회 방위"
- "불필요한 구금"의 지양

예를 들면, 비구금 조치는 규칙 2.3[23]을 통하여 알려진 바와 같이 재판 전 구금보다 훨씬 더 유연할 수 있다. 하지만 일관성은 공평과 정의를 위한 것임이 분명하고, 여러 종류의 비구금 조치들 사이의 형평을 도모하는 양형기준(sentencing guidelines)은 그러한 조치를 부과하는 주체에게 도움을 줄 것이다.[24]

유연한 접근과 더불어 규칙 2.4는 "새로운 비구금 조치의 발전은 권장되어야 하고, 면밀히 감시되어야 하며, 그 이용은 체계적으로 평가되어야 한다."고 규정한다. 비구금 조치에 내재하는 유연성을 고려할 때, 규칙 2.3에 정해진 기준을 충족하는지 여부를 확인하기 위한 정기적인 감시와 체계적인 평가가 필요하다는 점이 특히 중요하다.[25] 합리적인 형사사법 정책의 관점에서 새로운 비구금 조치는 공공 기관이 운영의 실효성을 측정할 수 있도록 하는 체계적인 평가가 수반되는 경우에만 도입되어야 한다.[26]

나아가 규칙 2.5에 따르면, "법적 보호장치 및 법의 지배 원칙에 따라 공동체

21) Ibid.
22) Ibid.
23) Ibid.
24) Ibid.
25) Ibid.
26) Ibid., pp. 9–10.

안에서 범죄자를 다룸에 있어서 가능한 한 법원의 정식 절차나 재판을 피하려는 배려가 있어야 한다." 이 규칙은 "비구금 조치는 최소 개입의 원칙(the principle of minimum intervention)에 따라 이용되어야 한다."고 규정하는 도쿄 규칙 2.6과도 부합된다.[27] 피의자와 그 가족으로 하여금 정식 제재로 인한 부정적인 결과를 모면하게 하고, 사회의 경제적 부담을 줄여주기 위하여 가능하다면 재판은 피해야 한다.[28]

비구금 조치는 그 본질적인 유연성으로 인해 형사절차의 모든 단계에서 활용될 수 있다.

비구금 조치는 공정하고 객관적으로 적용되어야 한다. 즉 적용상의 차별이 있어서는 아니 된다. 차이는 합리적이고 객관적인 정당화 사유가 있을 때에만 적법하다.

국가가 비구금 조치를 활용하고자 할 때에는 일관성 있는 조치가 가능하도록 보장하여야 한다.

비구금 조치는 '최소 개입의 원칙'을 준수해야 한다. 즉 조치가 범행에 비해 과도해서는 안 된다.

비구금 조치를 적용코자 할 때 국가는 다음을 고려해야 한다.

- *범죄의 특성과 중대성*
- *범죄자 개인의 특성과 배경*
- *사회 방위(범죄의 예방)*
- *불필요한 구금의 지양*

3.3 법적 보호장치

3.3.1 법률유보의 원칙

비구금 조치 대상자의 인권을 어떻게 보호할 것인가는 도쿄 규칙의 반복되는 주제이고, 법적 보호장치가 필수적인 것으로 논의되는 이유이기도 하다. 규칙 3.1은 "비구금 조치의 도입, 정의, 적용은 법률로 정하여야 한다."고 규정하고 있다. 비구금 조치의 정의나 적용 요건이 "법률로 정해져야 한다"는 위 요청은 "인권의 행사에 대한 제한은 미리 일반적인 법규(legal standards)의 형태로 규정되어야 한다"는 국제인권

27) Ibid., p. 10.

28) Ibid., loc. cit.

법상 요구에 부합한다.[29] 달리 표현하자면, 국가권력이 개인의 자유와 권리의 행사를 제한하려면 그것이 형사절차상의 제한인지 여부와 관계없이 법률유보의 원칙이 적용되어야 함을 의미한다.

그러나 비구금 조치의 적용과 관련해서는 적용될 조치와 그 적용요건을 법률로 규정하는 것만으로는 충분하지 않다. 법률로서 어떠한 국가 기관에게 이행의 책임이 있는지도 명시하여야 하고, 권한이 제3자에게 위임된 경우 그 위임의 근거도 법률에 규정하고 있어야 한다.[30]

3.3.2 비구금 조치의 적용 기준과 재량의 필요성

비구금 조치를 적용하는 데 두 번째로 중요한 법적 보호장치는, 규칙 3.2에서 규정하는 바와 같이 비구금 조치의 선택이 아래 요소에 관하여 정립된 기준에 의한 평가에 기초해야 한다는 것이다.

- ❖ 범죄의 특성 및 중대성
- ❖ 범죄자의 개인적 특성과 배경
- ❖ 처분의 목적
- ❖ 피해자의 권리

도쿄 규칙은 어떠한 비구금 조치를 선택할 것인가와 관련하여 피해자 및 사회 일반적 요소는 물론, 행위자측 요소까지 모두 고려한 명확한 기준을 제시하고 있다. 이러한 기준은 도쿄 규칙의 또 다른 반복적인 주제 중 하나이며 규칙 1.4 및 2.3에 반영되어 있다.

이러한 기본적인 기준들이 존재한다고 하더라도 비구금 조치의 시행과 관련해서는 그 본질상 사법부 또는 기타 독립적 기관이 상당한 정도의 재량권을 가질 것이 요구된다. 그러나 그런 재량권의 행사도 규칙 3.3에 따르면 "모든 절차에 걸쳐 법의 지배 원칙을 준수하여야 하고, 완전한 법적 책임을 보장하여야 한다."는 한계를 준수해야 한다.

이 규칙은 비구금 조치와 관련된 모든 결정, 즉 처분을 부과하기 위한 원결정

---

29) Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception – With Special Reference to the* Travaux Préparatoires *and Case-Law of the International Monitoring Organs*(The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers), 1998, p. 721.

30) *주석서*, p. 11.

및 그 처분의 집행을 위한 부수적 결정들에 적용된다.[31] ***비구금 조치의 절차의 전반에 걸쳐 법률유보의 원칙이 적용되어야 한다.***

3.3.3 동의 요건

비구금 조치의 성공적 집행을 위해 처분대상자의 동의는 아주 중요한 요소이다. 나아가 규칙 3.4에 의하면 그 동의는 "재판이나 정식 절차 대신, 또는 그 사전에 적용되는" 비구금 조치와 관련해서 반드시 필요하다. 따라서 기소만 되었을 뿐 아직 공판절차가 진행되지 않았거나 형의 선고를 받지 않은 자의 경우에 동의는 특별한 보호장치가 된다.[32] *주석서*는 피의자 또는 피고인의 동의가 필수적이라고 설명하는데, 그 이유는 정식 절차 대신 부과된 비구금 조치의 경우 조치대상자의 동의는 정식 절차가 진행되었더라면 준수되어야 할 법적 보호장치의 포기를 유도할 수도 있기 때문이라고 한다.[33]

나아가 비구금 조치에 동의하지 않을 경우 발생할 수 있는 후속 결과에 대하여 피고인에게 고지하여야 하고, 간접적으로라도 피고인에게 동의를 강요해서는 안 된다.[34] 마지막으로 피고인이 비구금 조치에 동의하지 않더라도 그가 어떤 식으로든 불이익을 받아서는 안 된다.[35]

소년사법에 관한 유엔 최소표준규칙(베이징 규칙) 11.3은 대체처분(diversionary measures)에 대하여 동의가 필요함을 규정하고 있다. 위 조항에서 권고된 대체처분에 동의할 수 있는 사람은 "소년, 부모 또는 후견인"이다(자세한 내용은 제10장 10.3 참조).

3.3.4 심사를 받을 권리

규칙 3.5는 "범죄자가 이의를 신청할 경우 비구금 조치의 부과 결정은 사법 기관 또는 기타 권한이 있는 독립 기관에 의하여 심사(review)되어야 한다."고 규정하고 있다. 이러한 이의신청권은 자의적 결정에 대한 추가적인 보호장치이다. 이러한 보호장치가 적절하게 시행되기 위해서는 범죄자가 이러한 권리를 알고 있어야 한다. 이러

31) Ibid., p. 12.
32) Ibid., loc. cit.
33) Ibid.
34) Ibid.
35) Ibid.

한 점에서, *주석서*는 해당 처분이 부과될 때 범죄자 및 적합한 경우 그 법률상 대리인이 심사권한이 있는 기관 및 그와의 연락 방법에 대한 정보를 포함하여 심사절차의 자세한 사항을 설명하는 문서를 제공받을 것을 권고한다.[36] 범죄자에게는 심사기관에 직접 출두하거나 다른 방법을 통해 해명할 수 있는 기회가 제공되어야 한다. 심사 자체는 신속하여야 한다.[37]

이의신청권은 단지 1차적인 비구금 조치에만 국한되지 아니한다. 규칙 3.6은 또한 범죄자에게 "***비구금 조치의 시행에서*** 그의 개인적 권리에 영향을 미치는 사항에 대하여 사법기관 또는 그 밖의 권한 있는 독립 기관에 탄원하거나 청원할 수 있는 권리"를 보장한다(강조는 추가됨). 범죄자가 비구금 조치의 부과를 받아들인 후에도 그의 인권 및 기본적 자유를 침해하는 부당하거나 자의적인 시행에 항의하기 위하여 청원을 구할 필요가 있을 수 있다.[38]

청원을 심리하는 기관은 처분을 시행하는 당국으로부터 ***독립적***이어야 하며 법원, 심사위원회(review board) 또는 조사 권한을 부여받은 옴부즈맨(ombudsman)이어야 한다. 범죄자 및 그 법률상 대리인에게 이러한 권한의 존재와 행사방법에 대해 명확하고 간단한 용어로 알리는 것 또한 중요하다.[39] 조사는 신속하여야 하며 그 결과는 범죄자가 이해할 수 있는 용어로 전달되어야 한다.[40]

마지막으로, 규칙 3.7은 다음과 같이 규정한다.

> "국제적으로 승인된 인권을 준수하지 않는 것에 관련된 불만에 대해 호소할 수 있거나, 가능하다면 이를 시정할 수 있는 적절한 장치가 제공되어야 한다."

이러한 규칙은 국가로 하여금 규칙 3.5 및 규칙 3.6이 적법하게 시행되고 비구금 조치의 부과 및/또는 시행으로 인하여 초래될 수 있는 국제적 인권보호 의무에 대한 어떠한 위반도 바로 잡을 수 있는 법적 장치가 구비되도록 보장하기 위하여 적절한 청원 절차를 마련하도록 하고 있다. 이러한 규정은 단지 개인 권리 및 자유에 대한 침해를 시정하기 위한 일반적인 국제인권법에 따른 국가적 의무에 대한 표현이다.

---

36) Ibid.

37) Ibid.

38) Ibid.

39) Ibid.

40) Ibid., pp. 12–13.

대체처분에 대한 이의신청권은 청소년 범죄자에 관한 베이징 규칙의 규칙 11.3에 의해서도 보장된다(제10장, 10.3 참조).

3.3.5 비구금 조치 부과의 제한

첫째, 규칙 3.8은 "범죄자에 대한 의료 또는 심리 실험과 육체 또는 정신에 손상을 초래할 위험이 있는 과도한 비구금 조치를 금지하고 있다. 물론, 어떠한 경우에도 비구금 조치는 비인도적 또는 굴욕적 대우나 처벌을 받지 않을 권리를 포함하여 국제인권법에 존재하는 법적 구속력이 있는 규칙[그 중에서도, 특히 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조 및 도쿄 규칙의 규칙 4.1에 포함된 유보조항]을 위반해서는 아니 된다.

새로운 비구금 조치를 찾는 활동을 장려하는 도쿄 규칙의 규칙 2.4는 규칙 3.8의 견지에서 보아야 한다는 점이 매우 중요한데, 범죄자를 실험대상으로 이용해서는 안 되기 때문이다.[41] 비구금 조치의 시행 및 개발은 항상 규칙 3.9("비구금 조치를 받은 범죄자의 존엄성은 항상 보호되어야 한다")가 강조하는 요건인 범죄자들의 권리와 자유를 존중하며 진행되어야 한다.

둘째, "비구금 조치의 시행에 있어서 범죄자의 권리는 원결정을 내린 권한 있는 당국에 의하여 부여된 것 이상으로 제한되어서는 아니 된다"(규칙 3.10). 이는 법률유보의 원칙에 근거한 규칙이다. 인권에 대한 어떠한 간섭도 법률에 근거하여야 하며, 법률에 따라 작동하는 적법한 수권 당국이 행한 결정 없이는 어떠한 추가적인 제한도 부과될 수 없다.

셋째, "비구금 조치 적용에 있어서 범죄자와 범죄자 가족의 사생활 보호에 관한 권리가 존중되어야 한다"(규칙 3.11). 이러한 점에서 주석서는 범죄자를 단지 통제의 대상으로만 취급하는 감시 방법을 사용하지 않을 것을 권고하고 있다. 또한, 감시 방법은 범죄자가 모르는 상태로 사용되어서는 아니 되며, 적절히 승인된 지원자 이외의 자가 범죄자 감시를 위하여 고용되어서는 아니 된다.[42] 그러한 조치는 물론 항상 보장되어야 하는 범죄자의 존엄성을 위태롭게 할 수 있다.

마지막으로, 존엄성에 대한 권리 및 범죄자의 사생활 존중에 대한 권리는 또한

41) Ibid., p. 13.

42) Ibid., loc. cit.

규칙 3.12("범죄자의 개인 기록은 엄격히 비밀로 유지되어야 하며, 제3자에게 공개하지 아니한다. 그러한 기록의 열람은 당해 범죄자 사건의 처리에 직접적으로 관련된 자들 또는 기타 적법한 인가를 받은 자들로 제한된다.")에 의하여도 보호된다. 범죄자 및 그 가족은 그들에 대한 개인 정보가 공개되지 아니하고 그들의 사회 복귀를 방해하는 데 사용되지 아니할 것임을 알 권리가 있다. 따라서 기록을 안전한 장소에 보관하는 것이 중요하며, 합리적인 기간이 경과된 후 이를 폐기하는 것이 바람직한지 여부가 고려되어야 한다.[43]

법률유보의 원칙은 *비구금 조치를 사용함에 있어서 완전히 존중되어야 한다. 즉, 그러한 처분의 활용 및 처분의 시행은 법률에 따라 행해져야 한다.*

비구금 조치는 다음과 같이 기준에 기하여야 한다.

- *범죄의 특성과 중대성*
- *범죄자의 개인적 특성과 배경*
- *처분의 목적*
- *피해자의 권리*

비구금 조치가 정식 법적 절차나 재판의 전 단계에서 또는 정식 법적 절차나 재판을 대체하여 사용되는 경우, 범죄자의 동의가 요구된다.

범죄자는 부과된 비구금 조치에 대한 사법 또는 기타 권한이 있는 독립된 당국의 심사를 요청할 수 있는 권리를 가진다.

비구금 조치를 받은 범죄자의 존엄성은 그의 다른 권리와 자유가 존중되어야 하는 것처럼 항상 존중되어야 한다.

비구금 조치는 원결정에 의해 권한을 부여받은 것 이상으로 범죄자의 권리를 제한하여서는 아니된다.

범죄좌와 그의 가족의 사생활에 대한 권리는 비구금 조치를 이행하는 전 과정에서 보장되어야 한다.

4. 사법절차상 각 단계에서 비구금 조치의 선택

앞서 설명한 것처럼, 비구금 조치는 사법절차의 각 단계에서, 즉 재판 전, 재판

43) Ibid., p. 14.

중, 판결선고 또는 선고 이후의 단계에서 모두 사용될 수 있다. 따라서 비구금 조치는 범죄자가 법을 준수하는 시민으로 지역사회에 복귀하는 데에 있어서 범죄자에게 가장 유익한 것으로 보이는 제재수단을 선택하는 중요하고 유연한 도구가 된다.

4.1 재판 전 단계에서 비구금 조치

재판 전 단계에서 비구금 조치의 사용은 도쿄 규칙의 규칙 5.1에 의하여 아래조건의 규제를 받는다.

> "적절하고 법 제도와 양립 가능한 상황에서, 경찰, 검찰 또는 형사사건을 처리하는 다른 기관들은 해당 사건을 계속 진행하는 것이 사회 방위, 범죄 예방 또는 법률 존중의 증진과 피해자의 권리 측면에서 불필요하다고 생각하는 경우에 범죄자를 석방할 수 있는 권한을 부여받아야 한다. 석방이 적합하다고 결정을 내리거나 절차 진행을 결정하기 위한 일련의 기준이 각각의 법률 제도 내에서 확립되어야 한다. 경미한 사건에 대해서는 검사가 적절한 비구금 조치를 부과할 수 있다."

공식적인 조치가 취해지기 전에 범죄자를 석방하는 것은 재판 전 단계에서 가능한 가장 빠른 비구금 조치이다. 그러나 규칙 5.1에서 알 수 있는 것처럼 그것은 아래 4가지에 의해 좌우된다.

- ❖ 사회 방위
- ❖ 범죄 예방
- ❖ 법률 존중의 증진
- ❖ 피해자의 권리

그 결과, 범죄자가 부과된 조건들에 동의함에 있어 가질 수 있는 개인적인 이익은 모든 사안에서 이러한 4가지 다른 이익과 비교하여 고려되어야 한다. 이러한 이익들은 보편적인 것으로서 국가의 형법에 반영된 사회적 가치의 핵심에 해당한다. 위 4가지 보편적인 이익이 형사절차의 중단[proceedings dismissed. 역주: 공소취소 등 재판(유 · 무죄심리) 이전에 형사절차를 종료시킴으로써 범죄자를 조기에 석방하는 것]을 구하는 범죄자의 개인적인 이익보다 큰 경우 범죄자는 관련 소송절차에 임해야 한다.

[**추록**: *J.G. v. Poland* 사건에서, 유럽인권재판소는 비구금 조치가 구금보다 적절한

상황에 대하여 검토하였다. 위 재판소는 "계속되는 구금은 무죄추정에도 불구하고 당해 사건에서 유럽인권협약 제5조에 규정된 개인의 자유의 존중보다 중요한 공공의 이익을 위하여 진정한 필요가 있다고 볼 만한 일정한 사유가 있는 경우에만 정당화될 수 있다"고 결정하였다. 위 재판소는 이 사건에서 당국이 신청인에게 보석금 또는 경찰 감독과 같은 다른 '예방적 조치'를 부과함으로서 신청인의 재판 출석을 담보할 가능성을 고려하지 않았다고 지적하였다(유럽인권재판소, *J.G. v. Poland*, No. 36258/97, Judgement of 6 April 2004, paras. 50 and 56.).]

공식적으로 인정되는지 여부와 관계없이, 석방은 많은 법 제도에서 ***최소 개입의 원칙***에 따라 특정한 범주의 범죄와 범죄자를 다루는 데에 있어 효과적인 수단으로 자주 이용된다(규칙 2.6).[44] 그것은 특히 청소년들을 다루는 데에 적합한 방법으로 여겨지는데, 이는 청소년들을 정식 형사사법절차에서 분리시키는 것이 그들이 범죄에 보다 깊이 관여하게 될 가능성을 감소시킨다고 생각되기 때문이다.[45]

그러나 형사절차를 종료할 수 있는 기관의 재량권은 앞서 언급한 명확한 기준에 의하여 제한되어야 한다. 그러한 기준은 기관이 의사결정을 함에 있어 지침을 제시하고 규칙 2.3에 따라 일관된 결정을 내릴 수 있도록 하기 위해서 필요하며, 그 결과 국가의 법적 안정성을 증진시킨다.

재판 전 단계에서 비구금 조치를 사용하는 것은 또한 규칙 6.1에 반영된 기본 원칙을 고려하여 검토되어야 하는데, 이에 따르면, "미결구금은 형사절차에서 그 범죄 혐의의 수사와 사회 방위 및 피해자 보호의 관점을 적절히 고려하여 최후의 수단으로 사용되어야 한다." 규칙 6.2에서는 미결구금의 대안을 최대한 빨리 사용할 것을 권장하고 있다.

미결구금에 관련된 다양한 보호장치에 관하여는 보편적인 국제인권법이 도쿄 규칙의 규칙 6.2와 6.3에 비하여 보다 구체적으로 규정하고 있다. 따라서 이러한 관점에서 "인권과 체포, 미결구금 및 행정적 구금"을 다소 깊게 다루고 있는 이 매뉴얼의 제5장을 참조하는 것으로 충분하다.

4.2 재판 및 판결선고 단계에서의 비구금 조치

도쿄 규칙은 판결선고 단계에서 사법당국이 이용 "할 수 있는" 다양한 비구금 조치를 허용하고 있다. 그러나 이러한 조치를 이용할 경우 "범죄자의 갱생상의 필요,

44) Ibid., p. 15.

45) Ibid., loc. cit.

사회 방위, 피해자의 이익 … 을 고려하여야 하고, 언제든 적절한 때 피해자의 의견을 들어야 한다"(규칙 8.1과 8.2). 규칙 8.2(a)부터 (m)까지에 따르면, 판결선고 기관은 사건을 다음과 같은 방법으로 처리할 수 있다.

- ❖ 훈계, 견책, 경고 등 구두 제재
- ❖ 조건부 석방
- ❖ 신분상 제재
- ❖ 벌금, 일수(日數)벌금과 같은 경제적 제재와 벌금형
- ❖ 압수 또는 몰수 명령
- ❖ 피해자환부 또는 배상명령
- ❖ 집행유예 또는 선고유예
- ❖ 보호관찰과 사법감독
- ❖ 사회봉사명령
- ❖ 청소년보호관찰센터
- ❖ 가택구금
- ❖ 기타 여하한 비시설적 조치
- ❖ 위 방법들의 병용

재판 전 단계에서 범죄자 개인의 필요와 이익이 사회의 이익과 비교형량 되어야 하듯, 판결선고 단계에서 범죄자의 "갱생상 필요"는 사회 방위의 필요성 및 "피해자의 이익"과 균형을 이루어야 한다. ***피해자***의 절차 참여는 또한 1985년 유엔 총회에서 채택된 '범죄와 권력 남용의 피해자들을 위한 사법의 기본원칙 선언'(the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime) 중 원칙 6(b)에서도 권장된다. 이 원칙에 의하면, "피고인의 권리를 해치지 아니하고 관련 국내 형사사법제도와 충돌하지 않는 방법으로, 피해자의 개인적 이익에 영향을 미치는 절차 중 적절한 단계에서 피해자의 의견과 관심사가 표명되고 고려되는 것을 허용함으로써 … 피해자의 요구에 사법적, 행정적 절차가 민감하게 반응하도록 하여야 한다." 실제로, 피해자가 참여함으로써 피해자환부 또는 배상을 받을 가능성을 높일 수 있을 것인데, 이는 그 자체로 처벌이 될 수 있고 추가적인 제재를 불필요하게 만들 수도 있다.[46)]

앞서 보았듯이, 규칙 8.2에 열거된 비구금 조치는 비록 완전하지는 않지만, 서로 다른 상황에 맞고 서로 다른 목적을 달성하기 위한 광범위한 비구금 조치를 포함하

46) Ibid., p. 18.

고 있다.[47] 예를 들어, 훈계나 견책 같은 구두상 제재는 젊은 범죄자에게 적합한데, 이는 그들을 범죄자로 낙인찍는 것을 피하면서 그들 스스로 나쁜 짓을 했다는 점을 깨닫도록 하기에 적절할 수 있다.[48]

벌금과 일수벌금 같은 경제적 형벌은 광범위하게 쓰이지만, 돈이 없는 범죄자는 벌금을 내기가 어려울 수도 있다. 일수벌금은 범죄자의 소득 수준과 그들이 낼 벌금을 연동시킴으로써 이 문제를 해결할 수 있다.[49]

사회봉사는 피해자 개인보다는 공동체에게 유익한 보상 형식이고, 범죄자에게 부담을 지움과 동시에 공동체를 위한 작업의 형식으로 유용한 결과물을 생산한다는 장점이 있다.[50]

다양한 감독 조치도 범죄자에게 부과될 수 있다. 물론 이는 범죄자 개개인의 요구에 맞게 조정될 수 있고, 그들의 재사회화를 도울 수 있다.[51]

관심을 가질 만한 다른 비구금 조치의 한 예는 음주운전으로 유죄판결을 받은 범죄자에게 교통안전 교육을 받도록 하는 것이다. 다른 가능한 조치로는, 운전면허 취소 또는 불법수익의 추징처럼 원래는 주된 형벌에 부가되는 부수형이던 제재의 등급을 주된 형벌로 상향시키는 조치가 있다. 마지막으로, 시설수용과 비구금 조치의 병용도 고려될 수 있다.[52]

4.3 판결선고 이후 단계에서의 비구금 조치

판결선고 이후 단계에서도 비구금 조치의 활용이 권장되고, 이러한 관점에서 도쿄 규칙의 규칙 9.1은 "권한 있는 기관은 시설 수용을 피하고, 범죄자의 조기 사회복귀를 돕기 위하여 판결선고 이후 단계에서 사용할 수 있는 광범위한 대안들을 가지고 있어야 한다."고 규정한다. 위 규칙은, 수감기간의 단축이 구금으로 인한 사회부적응의 위험을 감소시킬 수 있다는 원칙에 기초해 있다. 결론적으로 범죄자에게 필요한 감독을 받게 하면서 조기 석방을 허용하는 것이 유익할 수 있다.[53] 규칙 9.4는 또한 범죄자를 가능한 한 빠른 시점에서 구금시설에서 비구금 조치 과정으로 이행시킬 것을 권장한다.

47) Ibid., loc. cit.
48) Ibid.
49) Ibid.
50) Ibid.
51) Ibid., p. 19.
52) Ibid., loc. cit.
53) Ibid., p. 20.

규칙 9.2는 다음과 같은 판결선고 후 조치들을 열거한다.

- ❖ 일시 석방과 중간시설(half-way houses)
- ❖ 노동 또는 교육 목적 석방
- ❖ 다양한 형식의 가석방
- ❖ 감형
- ❖ 사면

이러한 조치 중 일부는 구금의 대체물이다. 범죄자는 여전히 교정 당국의 지휘 아래 있으나, 일을 하거나 교육과정을 이수하면서 교도소 밖에서 생활한다. 이러한 방식의 장점은 이들이 가족에 대한 의무를 이행하거나 석방 후 사회에 복귀하는 데 도움이 되도록 저축할 수 있는 돈을 벌 수 있다는 것이다.[54] 중간시설에서 범죄자는 여전히 엄밀히 말하면 교정 당국의 감시 하에 있으나 공동체에서의 삶에 다시 적응하면서 "반쪽의 자유"(semi-freedom) 속에서 생활한다.[55]

판결선고 후 처분에 관한 결정에 대하여 심사를 요구할 권리는 도쿄 규칙의 규칙 9.3에서 보장하고 있고, 다만 사면의 경우에는 예외이다. 사면 이외의 다른 비구금 조치에 대한 결정은 범죄자의 신청에 따라 사법기관 또는 다른 권한 있는 독립 기관에서 심사되어야 한다. 이 규칙은 위 3.3.4.에서 살펴본 바와 같이 도쿄 규칙의 규칙 3.5와 3.6에 규정된 비구금 조치에 관한 결정 및 그 결정의 시행 모두에 대한 사법심사에 적용되는 일반 원칙과 완전히 부합한다. 이와 관련하여 범죄자가 심사청구권을 효과적으로 행사할 수 있도록 그에게 심사 가능성과 그 청구방법에 관한 명확한 정보가 제공되어야 한다는 점을 상기하여야 한다.[56]

주석서는, 조기석방 또는 가석방에 관한 결정이 기존의 양형결정에 관한 묵시적인 검토를 요구하기 때문에 권한 있는 기관에 의한 공식적인 의사결정 절차가 마련되어야 함을 강조한다. 조기석방 또는 가석방에 관하여 명확한 기준이 정립되어야 하고, 수형자에게 분명하게 설명되어야 한다. 그러한 기준은 권한 있는 기관의 재량권 남용을 최소한으로 억제할 것이고, 또한 수형자로 하여금 어떤 기준을 충족시켜야 하는지를 알고 있는 상태에서 석방을 위해 노력할 수 있게 할 것이다.[57]

54) Ibid., loc. ciy.
55) Ibid.
56) Ibid., p. 21.
57) Ibid., loc. cit.

비구금 조치는 유연한 수단으로서 재판 전 단계, 재판과 판결선고 단계, 또는 판결선고 이후 단계에서 사용될 수 있다. 비구금 조치는 항상 최소 개입의 원칙에 따라 고려되어야 한다.

***재판 전 단계**에서, 형사절차의 중단을 추구하는 범죄자의 이익은 다음의 요소와 비교형량을 해야 한다.*

- *사회 방위*
- *범죄예방/법률 존중의 증진*
- *피해자의 권리*

이 단계에서는 형사소추의 중단이 통상적인 비구금적 조치이다.

***재판**과 **판결선고 단계**에서, 비구금적 조치를 사용할 때는 다음의 요소를 고려하여야 한다.*

- *범죄자의 갱생상의 필요성*
- *사회 방위*
- *피해자의 이익*

적절하다고 인정될 때에는 언제나 피해자의 의견을 청취하여야 한다.

***판결선고 이후 단계**에서는, 당국은 수형자의 사회복귀를 지원하기 위하여 최대한의 신속한 석방을 보장할 목적으로 폭넓은 비구금적 조치에 관한 재량권을 가져야 한다.*

5. 비구금 조치의 집행

도쿄 규칙의 나머지 부분은 연구, 계획, 정책입안 및 평가뿐만 아니라 비구금 조치의 집행, 직원, 자원봉사자 기타 사회적 자원에 관한 것이다. 그러나 이러한 조항들의 일부는 주로 법조인 보다는 비구금 조치의 ***집행***과 관련된 사람을 대상으로 하고 있기 때문에 여기에서는 집행에 관한 몇몇 규칙만을 살펴보기로 한다. 보다 상세한 정보는 도쿄 규칙 전체를 *주석서*과 함께 살펴봄으로써 얻을 수 있다. 따라서 이 장에서는 비구금 조치의 집행과 본질적으로 관련된 다음과 같은 쟁점, 즉 감독, 기간, 조건, 취급절차, 징계 및 조건위반에 관해서만 다루기로 한다.

5.1 비구금 조치에 대한 감독

도쿄 규칙의 규칙 10.1에서 강조한 바와 같이, "감독의 목적은 재범을 감소시키

는 것과 범죄자가 재범가능성이 최소화된 상태로 사회에 복귀하도록 돕는 것이다." 어떤 의미에서 이는 일반적으로 비구금 조치의 근거가 되는 기본 원칙을 되풀이한 것이라고도 할 수 있지만, 위 제도의 목적이 범죄자의 책임을 강화시킴으로서 재범을 방지하고, 그럼으로써 그들의 사회 복귀를 돕는 것이라는 점을 비구금 조치의 집행을 담당하는 당국이 유념하여야 한다는 취지라고도 볼 수 있다.

구두 제재와 벌금과 같은 비구금 조치에는 감독이 불필요하지만, 청소년보호관찰센터 위탁, 보호관찰, 가석방, 사회봉사와 같은 조치는 범죄자가 사회에 복귀하도록 인도하고 지원하는 제도이기 때문에 그에 대한 감독이 필요하다.[58] 이러한 종류의 비구금 조치는 감독을 기초로 하고 있는바, 그 주요 요소는 감독자와 범죄자 사이의 인간적인 관계이다. 위와 같은 비구금 조치는 범죄자의 동의 없이는 집행될 수 없고, 그 성공 여부는 범죄자의 협력과 참여에 달려있다는 점은 분명하다.[59] 감독은 이중의 목적을 가지고 있다고 볼 수 있는데, 하나는 범죄자의 공동체에 대한 책임감에 중점을 두는 것이고, 다른 하나는 범죄자가 공동체 생활에 적응하면서 부딪힐 수 있는 어려움을 극복하도록 도와주는 것이다.[60]

도쿄 규칙의 규칙 10.2에서 "만약 비구금 조치에 감독이 수반된다면 그 감독은 법률에 정해진 구체적인 조건에 따라 권한 있는 기관이 수행하여야 한다."라고 규정하는 바와 같이, 감독은 고도의 기술을 요하는 업무이다. *주석서*에 따르면, 모든 법률상의 권한이 관할 기관에 부여되어 있음이 분명함에도 불구하고 감독과 관련된 권한의 일부는 민간단체나 자원봉사자에게 위임될 수 있다.[61] 한편, 감독기능이 영리 목적의 기구에 위임된다면, 규칙 10.2의 관점에서 신중하게 고려되어야 할 여러 가지 문제가 발생한다.[62]

규칙 10.3은 아래와 같이 규정하고 있다.

> "정해진 비구금 조치의 체계 안에서 개별 범죄자가 저지른 범죄에 따라 범죄자를 돕기 위하여 가장 적합한 감독 및 처우 유형이 결정되어야 한다. 감독관리 및 처우는 주기적으로 검토되고 필요한 것으로 조정되어야 한다."

그런데 위 규정은 "비구금 조치는 최소 개입의 원칙에 따라 사용해야 한다."는

58) Ibid., p. 22.
59) Ibid., loc. cit.
60) Ibid.
61) Ibid., pp. 22–23.
62) Ibid., loc. cit.

규칙 2.6을 고려하여 해석되어야 한다. 따라서 합의된 조치는 범죄자가 법을 준수하는 시민으로 지역사회에 복귀하는 것을 돕기 위하여 필요한 것 이상으로 더 엄격해서는 아니 된다. 과도한 개입은 범죄자의 자신감을 약화시켜 이들이 감독자에게 지나치게 의존하게 되는 결과를 초래할 수 있다.[63]

당국은 자신이 한 비구금 조치 결정의 정당성을 확신하고 불공정한 차별이 이루어지지 않도록 범죄자에게 평등한 처우를 보장하고 있다는 것을 보여주는 것이 중요하다(규칙 2.2와 3.2.2를 참조하라).

범죄자는 처우계획의 입안, 감독, 처우의 강도에 대한 평가와 범죄자의 개선을 고려하여 이루어질 수 있는 조정에 최대한 가능한 범위에서 관여해야 한다.[64] 이것은 감독이 전적으로 범죄자의 바람에 맞추어 기획되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 결정 당국은 원범죄의 성질과 중대성, 범죄자의 성격과 배경, 형을 선고한 목적과 피해자의 권리도 고려해야 한다(규칙 3.2 참조).

성공적으로 사회에 복귀하기 위하여 범죄자가 필요로 할 수 있는 도움과 관련하여, 규칙 10.4는 "심리적, 사회적, 물질적 도움 및 … 공동체와의 관계를 강화할 수 있는 기회"를 언급하고 있다. 범죄자는 다양한 필요와 문제를 갖고 있을 수 있다. 어떤 범죄자는 장기간의 심리상담을 필요로 할 수 있는 반면, 다른 범죄자는 거주지나 직업을 찾는 데에만 도움을 필요로 할 수 있다. 또한, 규칙 10.4에 의하여 범죄자에 대한 지원은 최소 개입의 원칙을 준수해야 하고 범죄자를 돕는 데 반드시 필요한 것으로만 이루어져야 한다.[65]

5.2 비구금 조치의 기간

비구금 조치의 기간과 관련하여 비구금 조치는 "법률에 따라 권한 있는 기관에 의하여 정해진 기간을 초과해서는 아니 된다"(규칙 11.1), 그러나 "범죄자가 비구금 조치에 호의적으로 반응할 경우 그 조치의 조기 종료에 대한 규정을 만들 수 있다"(규칙 11.2).

그리하여 규칙 11.1은 비구금 조치 결정에 있어서 엄격한 법률유보의 원칙을 강화하고 있는데, 비구금 조치는 "법률에 따라" 결정을 내리는 "권한 있는 기관"에 의하여 정해져야 한다. 이로부터 집행 기관은 비구금 조치의 기간을 연장할 권한이 없다는

63) Ibid.

64) Ibid.

65) Ibid.

결론이 도출된다.[66] 그러나 계속 중인 비구금 조치를 연장하는 것이 범죄자에게 이익이 되는 경우 권한 있는 기관은 이를 ***연장***할 수 있다. 예컨대, 범죄자에게 처우 과정을 계속할 수 있도록 할 수 있다. 그러나 그러한 비구금 조치의 연장은 전적으로 자발적으로 이루어져야 하고, 그러한 점이 범죄자에게 완전히 설명되어야 한다.[67]

규칙 11.2에 규정된 바와 같이 비구금 조치는 ***당초 예정된 기간 만료 전에도 종료될*** 수 있고, 이는 비구금 조치가 가능한 최단시간으로 제한되어야 한다는 원칙을 다시 보여준다.[68] 이것이 범죄자로 하여금 사회복귀를 위하여 노력하도록 장려해야 하므로, 관련 절차를 범죄자에게 알기 쉽고 잘 이해할 수 있도록 해야 한다.[69]

5.3 비구금 조치에 부가되는 조건

규칙 12.1에 의하면, 권한 있는 기관이 범죄자가 준수해야 할 조건을 결정하는 경우 "사회의 요구, 범죄자 및 피해자의 요구와 권리를 모두 고려해야 한다." 이것은 다시 다양한 정당한 이익들 사이에서 공정한 균형을 유지하는 문제이다. 범죄자의 이익에 과도한 무게를 두면 사회와 피해자의 요구가 충족될 수 없고, 반대의 경우도 마찬가지이다. 그리하여 개개의 법관이나 결정 권한 있는 기관은 이러한 이해관계들을 형평에 맞게 그리고 객관적으로 형량해야 한다. 집행 기관이 이미 사법기관에 의하여 확정된 요건을 넘어서는 조건을 부가하여서는 아니 된다는 것은 법률유보의 원칙으로부터 도출된다.[70]

범죄자가 준수해야 하는 조건을 규칙 12.2에서 규정한 대로 표현하자면 "실행가능하고, 정확하며, 가능한 한 거의 없어야 한다." 이는 규칙 2.6에 규정된 최소 개입의 원칙의 또 다른 표현이다. 나아가 조건은 "피해자의 요구를 고려하면서, 범죄자의 재범 가능성을 줄이고 범죄자의 사회복귀 가능성을 높이는 것을 목적으로 해야 한다." 즉 조건이 ***현실적***이면서 동시에 ***정확*** 할 것이 기본적으로 중요하다.[71] 조건이 범죄자가 성취할 수 있는지 여부가 처음부터 명확하지 않다면, 조건은 사회 복귀를 향한 범죄자의 개선을 용이하게 하기보다는 방해할 수 있다. 정확성의 요건에 관하여 말하자면 그것은 범죄자가 조건을 명확하게 이해하는 데 도움을 주기 위함과 동시에 범죄자

66) Ibid.
67) Ibid., p. 24.
68) Ibid., loc. cit.
69) Ibid.
70) Ibid.
71) Ibid.

와 감독자 간의 관계에서 장애가 발생하는 것을 막기 위하여서도 중요하다.[72]

도쿄 규칙에서 예상한 조건에는 범죄자의 사회와 가족에 대한 책임감을 강화할 것, 직업을 가질 것, 교육을 추구할 것, 특정한 주소에 살 것, 범죄활동에 연관되는 것을 피할 것과 특정한 장소를 피할 것이 포함된다.[73] 예를 들어, 그 조건이 지역봉사활동이라면 범죄자에게 할당된 일은 사회적으로 유용한 것이어야 하고, 그래서 그의 사회 복귀 가능성을 높일 수 있는 것이어야 한다.[74]

규칙 12.3에 따르면, "비구금 조치의 적용이 시작되는 지점에서 범죄자는 구두 또는 서면으로 범죄자의 권리와 의무를 포함하여 조치의 적용을 규율하는 조건에 관한 설명을 들어야 한다." 그 조치가 성공적이기 위해서는 범죄자가 자신에게 기대되는 것이 무엇인지 아는 것은 필수적이다. 또한, 그 조건을 명확하게 정의하는 것은 의무와 조건들이 준수되고 있는지 여부에 대한 기준을 확립한다는 점에서 집행 기관에게도 중요하다.[75]

마지막으로 규칙 12.4는 그 조건을 "권한 있는 기관이 … 범죄자의 개선에 따라" 변경하는 것을 허용하고 있다. 범죄자가 사회 복귀를 위한 개선이 있는 경우 조건을 완화할 수 있고, 범죄자가 호의적이지 않은 경우에는 그 반대가 가능하다. 이와 같은 유연한 적용은 권한 있는 기관으로 하여금 어려움에 부딪혔을 때 비구금 조치를 취소함으로써 결국 범죄자가 수감되는 상황을 피할 수 있도록 만든다.[76]

5.4 처우 과정

도쿄 규칙 13.1은 "적절한 사례에서 … 보다 효율적으로 범죄자의 필요를 충족시킬 수 있도록 발전되어야 하는" 다음과 같은 다양한 제도의 예를 제시하고 있다.

- ❖ 개별적 처우
- ❖ 집단치료
- ❖ 거주 프로그램(residential programmes)
- ❖ 다양한 범주의 범죄자들에 대한 특화된 처우

72) Ibid.
73) Ibid., p. 25.
74) Ibid., loc. cit.
75) Ibid.
76) Ibid.

이 조항의 목적은 특별한 문제를 가진 범죄자에게 가장 효율적인 도움을 주는 방법을 찾는 것과 마약 중독자나 성범죄자와 같이 특별히 어려운 범주의 범죄자를 위한 새로운 프로그램을 발전시키는 것을 요구하는 것이다.[77]

보다 명백한 원칙은 규칙 13.2에 포함되어 있는데, 그에 따르면 "처우는 적절한 훈련과 실제적인 경험을 가진 전문가에 의해 진행되어야 한다." 그러나 *주석서*에 의하면, 이러한 규칙은 비전문가가 프로그램을 돕는 것을 금지하는 것으로 이해되어서는 안 된다. 왜냐하면 그러한 프로그램의 본질적인 강점은 전문적인 자격보다는 실제적인 경험이 있는 사람에게 있기 때문이다.[78]

"처우가 필요하다고 결정되면, 범죄자의 성장배경, 인격, 적성, 지능, 가치와 특히 범죄에 이르게 된 상황을 이해하려는 노력이 있어야 한다(규칙 13. 3)." 그러한 범죄자 및 범죄에 대한 평가가 이루어지지 않는 한 개별화되고 적합한 처우 프로그램을 선택하기 어려울 것이 분명하다.

형사사법제도, 특히 범죄자 처우에 관한 형사사법제도의 운영에 관하여 지역사회의 참여를 촉진해야 한다는 목적에 따라(규칙 1.2), 도쿄 규칙은 권한 있는 기관에게 "지역사회와 사회지원 시스템을 비구금 조치의 적용에 끌어들일 수 있는" 권한을 부여한다(규칙 13.4). 이는 가족, 이웃, 학교, 직장, 그리고 사회적 · 종교적 단체 등 지역사회가 범죄자의 성공적인 사회 복귀에 크게 기여할 수 있다는 것에 대한 인식에서 비롯되었다.[79]

5.5 제재와 조건 위반

일부 비구금 조치의 부과에 대하여 범죄자가 동의했다고 하더라도 그러한 조치는 대부분 자유의 제한을 포함하기 때문에 범죄자는 자신에게 부과된 조건을 준수하지 못할 수 있다.[80] "범죄자가 준수하여야 할 조건을 위반한 경우 비구금 조치의 변경이나 취소에 이르게 될 수도 있다."(규칙 14.1) 그러나 *주석서*에 따르면, 모든 위반이 변경이나 취소에 귀결될 필요는 없고, 감독자나 권한 있는 기관은 비공식적인 방법으로 사소한 위반을 처리할 수 있다.[81]

비구금 조치의 변경이나 취소를 고려하는 것은 범죄자에게 중대한 결과를 가져

77) Ibid., p. 26.
78) Ibid., loc. cit.
79) Ibid.
80) Ibid., p. 27.
81) Ibid., loc. cit.

올 수 있기 때문에, 이는 권한 있는 기관이 결정해야 하는 문제이다. 그러나 그 결정은 오직 "감독 공무원과 범죄자, 모두로부터 제시된 사실을 면밀히 검토한 후"에 행해져야만 한다(규칙 14.2). 이는 범죄자가 변경이나 취소에 관한 문서를 볼 권리가 있고, 이에 대해 설명하고 의견을 진술할 권리가 있음을 의미한다.[82] 변경 또는 취소 신청을 검토함에 있어서 권한 있는 기관은 예컨대, 범죄자가 부과된 사회봉사를 상당 부분을 만족스럽게 수행했다는 사실과 같이 범죄자가 이미 수행한 비구금 처우의 준수 정도도 고려하여야 한다.[83]

비구금 조치와 관련하여 부과된 조건을 위반한 경우 구금이 최후의 불이익한 조치가 되어야 한다는 원칙은 규칙 14.3의 규정에 의해 명백하다. 규칙 14.3은 "비구금 조치의 실패가 자동적으로 구금적 조치에 이르게 되어서는 아니 된다."고 규정하고 있다. 게다가 "비구금 조치를 변경하거나 취소하는 경우에 권한 있는 기관은 적절한 대안적 비구금 조치를 설계하는 것을 시도해야 한다." 그리고 다른 적절한 대안이 발견되지 않는 경우에만 구금형이 부과되어야 한다(규칙 14.4). 실제로 비구금 조치에 수반된 조건을 위반하였다는 이유로 구금하는 것은 원래 범죄와 균형이 맞지 않을 수 있기 때문에,[84] 권한 있는 기관은 관련 조건을 위반하였다는 이유로 비구금 조치의 변경, 취소 여부를 결정함에 있어서 상당한 주의를 기울여야 한다.

범죄자가 책임질 수 없는 사유로 발생한 조건 위반에 대하여는 범죄자가 책임을 지는 일이 없도록 주의해야 한다. 예를 들어, 범죄자가 벌금을 낼 수 없는 데에는 많은 이유들이 있을 것이고, 그 중 일부는 그가 통제할 수 없는 것일 수 있다. 이러한 측면은 권한 있는 기관이 비구금 조치를 변경 또는 취소할 경우 적절히 고려되어야 한다.[85]

규칙 14.5는 "조건을 위반한 경우에 감독 하에 있는 범죄자를 체포하고 구금할 권한은 법률에 규정되어야 한다."고 정하고 있다. 그와 같은 경우에도 범죄자가 자유를 박탈당한 경우 향유할 수 있는 모든 기본적인 사법적 보장을 포함하여 법률유보의 원칙은 엄격하게 존중되어야 한다.[86] *주석서*는 권한 있는 기관의 조사와 결정 전에 구금할 수 있는 기간의 상한을 정하는 것이 중요하다고 지적한다. 그 기간은 짧아야 하고, 결정은 가능한 한 빨리 이루어져야 한다.[87]

마지막으로, 규칙 3.6의 일반적인 법적 보호장치와 일치하여, 규칙 14.6은 범죄

82) Ibid., p. 28.
83) Ibid., loc. cit.
84) Ibid.
85) Ibid.
86) Ibid.
87) Ibid.

자에게 비구금 조치의 변경이나 취소에 대하여 "사법기관 또는 다른 권한 있고 독립된 기관에 이의를 제기할 수 있는 권리"를 보장한다.

비구금 조치의 감독은 재범을 감소시키고 범죄자의 사회 복귀를 돕는 것을 목적으로 한다. 감독의 필요성 여부는 문제되는 비구금 조치의 성질에 달려 있다.

감독은 법에 정해진 조건에 따라 권한 있는 기관에 의하여 행하여져야 한다.

감독은 범죄자의 요구에 부합하여야 하고, 그 성공여부는 범죄자의 동의, 참여, 그리고 협력에 달려있다. 이것은 정기적으로 점검되어야 한다.

비구금 조치의 기간은 법에 따라 권한 있는 기관에 의하여 정해져야 한다. 비구금 조치는 조기에 종료될 수 있고 범죄자의 이익을 위하여 필요한 경우에는 연장될 수도 있다.

비구금 조치에 부수되는 조건은 사회의 필요, 범죄자와 피해자의 필요와 권리를 고려하여야 한다. 조건은 실현 가능하고 정확하여야 하며 범죄자에게 구두로 또한 서면으로 설명되어야 한다.

특별히 어려운 범주에 속하는 범죄자의 필요와 문제를 다루기 위하여 특별한 치료 제도를 개발하는 것이 필요할 것이다.

비구금 조치에 부수된 조건을 위반하는 경우, 조치가 변경되거나 취소될 수 있다. 그러나 그러한 위반이 자동적으로 자유의 박탈로 이어져서는 안 된다.

6. 구금의 대체수단 선택에 있어서 법관, 검사, 변호사의 역할

법관, 검사, 변호사는 범죄자에게 구금 대신에 비구금 조치를 부과할 것인지 여부를 결정하는 데 핵심적인 역할을 수행한다. 이 주제에 관하여 국내법이 법조인에게 부여하는 권한은 의심할 여지없이 매우 다양하지만, 구금이 특히 청소년에게 종종 미치는 부정적인 영향과 구금에 들어가는 막대한 사회적 비용을 고려할 때, 구금보다 덜 극단적이지만 가능한 한 더 효과적인 사회 복귀의 수단을 범죄자에게 제공할 수 있도록 모든 가능성을 고려하여야 한다.

그러나 비구금 조치를 일반적으로 사용하기 위해서는 사법기관과 소추기관 내부에서뿐만 아니라 사회와 행정기관 내부에서 숙련된 사람들의 네트워크가 상당한 정도로 발달될 것이 요구된다. 개개 범죄자의 특별한 필요를 충족시키면서 탄력적으로 적용될 수 있는 비구금 조치의 범위를 정하기 위해서는 관계 기관이 모든 차원에서 세

심히 협력할 것이 요구된다.

법관, 검사, 그리고 변호사는, 용의자 및 피고인과 특별히 가까운 관계와 경험이 있으므로 이에 비추어 문제점과 적절한 해결책을 밝히고, 사회에서 범죄와 범죄자를 제재하는 수단에 관한 공개 토론을 활성화시키는 데 특히 중요한 역할을 수행한다.

7. 맺음말

이 장은 범죄 예방, 법에 대한 존중, 피해자의 이익 등 공공의 이익을 고려하면서 비구금 조치가 범죄자의 사회 복귀에 도움이 될 경우 그러한 수단의 이용을 강력히 촉진하는 문서인 유엔 비구금 조치에 관한 최소표준규칙의 몇몇 주요 부분을 설명하는 데 초점을 맞추었다. 비구금 조치는 아직 완벽하게 연구되지 않았지만, 공동체와 범죄자 모두가 이익을 얻을 가능성이 있는 중요한 법의 영역이다. 범죄에 대한 제재는 일반적으로, 특히 청소년 범죄자와 관련된 부분에 있어서는(다만 소년범에 대하여만 그러한 것은 아니다) 논쟁과 철저한 검토가 계속되는 주제이다. 우리 사회가 발달하고 변화할수록 일어나는 범죄도 어느 정도 발달하고 변화할 것이고, 넓은 의미에서의 제재 수단에 대한 질문은 계속하여 공동체의 큰 관심과 이익의 대상이 될 것이다.

Human Rights in the Administration of Justice
A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

제 10 장

사법 운용에서의 아동의 권리

제10장

사법 운용에서의 아동의 권리

학습 목표

- *사법 운용에 있어서의 아동의 권리에 관한 주요 국제규범 및 그 목표를 숙지하도록 한다.*
- *사법 운용에 있어서 아동이 보장받아야 할 절차적인 보호장치를 구체적으로 설명한다.*
- *사법절차가 진행 중인 아동과 대면할 때, 아동의 권리와 이에 대한 보호장치를 일상적으로 적용할 수 있는 실무 관행을 발전시켜 나가도록 권장한다.*

질문

- *사법 운용 과정에서 아동과 소년(children and juveniles)에 관한 업무를 하면서 어떤 문제와 직면하게 되는가?*
- *위와 같은 문제를 해결하기 위하여 어떠한 노력을 하였는가?*
- *이와 관련된 문제 해결을 위하여 '아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child)'과 같은 국제규범을 적용하려고 노력하였는가?*
- *당신의 나라에서 위 협약의 법적 위상이 어떠하며, 현재까지 어떠한 법적 효력을 미쳤는가?*
- *당신이 업무를 수행하는 나라의 국내법상 아동의 "최선의 이익"(best interest)이라는 개념이 존재하는가? 만일 존재한다면, 어떤 의미이고 어떻게 적용되는가?*

질문

- *당신이 업무를 수행하는 나라의 사법제도 하에서 아동에 관한 결정을 내릴 때 해당 아동의 참여가 어느 정도까지 허용되는가? 형사절차, 분리(separation)절차, 입양절차의 각 상황별로 검토해 보라.*
- *당신이 업무를 수행하는 나라에서는 몇 세 이상부터 형사책임을 지는가?*
- *당신이 업무를 수행하는 나라에서 18세 미만의 미성년자에게도 징역형이 선고될 수 있는가? 만일 그러하다면 징역형의 기간은 어떠한가?*
- *당신의 나라에서 아동이나 소년의 범죄에 대하여 부과할 수 있는 비구금조치(non-custodial measures)로는 어떤 것들이 있는가?*
- *당신이 업무를 수행하는 나라에서 어떤 경우에 아동이 부모로부터 분리되는가?*
- *당신이 업무를 수행하는 나라에서 입양이 허용되는가? 허용된다면, 아동이 입양의 가부(可否)에 관하여 의견을 표시할 권리를 가지는가?*
- *당신이 업무를 수행하는 나라에서는 법조인들이 '아동의 권리에 관한 협약' 및 그 외의 관련 법률문서에 포함된 법원칙에 익숙해지도록 하기 위하여 어떤 조치가 취해지고 있는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Right, 1966)
- 1989년 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child, 1989)

*****

- 1959년 아동인권선언(Declaration of the Rights of the Child, 1959)
- 1985년 소년사법에 관한 유엔 최저기준규칙(UN Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice, 'The Beijing Rules', 1985)
- 1990년 자유를 박탈당한 소년의 보호에 관한 유엔규칙(United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, 1990)
- 1990년 소년비행의 방지를 위한 유엔 가이드라인(United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency, 'The Riyadh Guidelines', 1990)

관련 법률문서

- 1986년 국내 및 국제적 양육위탁과 입양을 특별히 언급한, 아동의 보호와 복리에 관한 사회적, 법적 원칙 선언(Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally, 1986)
- 형사사법시스템에서 아동에 대한 조치에 관한 가이드라인(소년형사사법에 관한 유엔 경제사회 이사회 결의 1997/30의 부속서) (Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System, Annex to Economic and Social Council resolution 1997/30, on Administration of juvenile justice)

지역 문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1990년 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장(African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1990)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)
- 1950년 유럽인권협약(European Convention on Human Rights, 1950)

*****

- 소년비행에 대한 사회적 반응에 관한 유럽평의회의 각료 위원회 권고 No. R(87)20 (Recommendation No. R (87) 20 of the Committee of Ministers of the Council of Europe to Member States on Social Reactions to Juvenile Delinquency)

1. 들어가며

제목에서 알 수 있듯, 이 장은 보통 말하는 아동의 권리에 관한 내용을 다루는 것은 아니고, ***사법 운용에서의 아동의 권리***에 관한 주요한 국제적 법 기준의 설명에 그 논의를 한정할 것이다.[1] 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 같은 보편적 인권조약들과 지역적 협약들이 아동에게 똑같이 적용되기는 하지만, 이번 장에서는 1990년 9월 2일 발효되고 2002년 2월 8일 현재 191개국에서 비준된 "아동의 권리에 관한 협약"(Convention on the Rights of the Child. 이하, '아동권리협약'이라 한다)을 분석의 출발점으로 삼도록 한다. 위 협약은 아동과 관련된 일반적인 사항뿐만 아니라, 특히 형사절차, 분리(Separation)절차나 입양절차 등의 사법절차에 의하여 중대한 영향을 받는 아동의 권리를 증진하기 위하여 없어서는 안 될 범세계적인 법적 수단으로 발전하였다. 아동 특유의 요구와 이해관계에 전적으로 초점을 맞춘 법적 구속력 있는 문서를 시급히 마련하여야 할 필요가 있었던 점을 고려하면, 위 협약은 오히려 뒤늦은 것이라 할 수 있다. 이하에서 보겠지만 위 협약은 성인을 대상으로 한 협약과는 상당히 다르다. 위 협약의 채택에 앞서 1959년의 아동인권선언(Declaration on the Rights of the Child)에서도 아동이 중심이 되기는 하였으나, 이는 사법 운용 그 자체와 관련된 다양한 문제를 전부 다루지는 못하였다.

이 장에서는 또한, 소년사법에 관한 유엔 최저기준규칙(베이징규칙), 자유를 박탈당한 소년의 보호에 관한 유엔규칙 및 소년비행의 방지를 위한 유엔 가이드라인(리야드 가이드라인)에 포함된 규칙들을 검토할 것이다. 비록 이러한 문서들이 그 자체로 법적 구속력 있는 의무를 발생시키는 것은 아니지만, 이에 포함된 일부 규칙들은 아동권리협약에 포함되어 있기 때문에 구속력이 있고, 다른 부분들은 현존하는 권리[2]의 내용을 더욱 구체적으로 규정한 것으로 간주된다. 또한, 위 문서들은 아동권리위원회(Committee on the Rights of the Child)가 아동권리협약 제37, 39, 40조에 따라 회원국의 보고서를 검토할 때 계속 언급된다. 끝으로 지역적 법률규칙들뿐만 아니라

1) 아동인권에 대한 망라적이고 유용한 참고서적으로는 *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*(New York, UNICEF, 1998), 681 pp.(이하에서는 '*Implementation Handbook*'이라 한다) 참고. [추록: 위 핸드북은 2002년 전면 개정되었다. 미주인권재판소는 1999년에 "거리의 아이들(street children)" 몇 명의 살해 관련 사건에서, 과테말라 정부가 미주인권협약의 몇몇 조항을 위반했다고 판시하였다. 위 사건은 부랑아 및 그 가족 관련 사건으로서는 위 재판소에 제기된 첫 번째 사건이었다. [미주인권재판소, *the "Street Children" (Villagran-Morales et al. v. Guatemala*, Judgement of 19 November 1999, Series C, No. 63]

2) 베이징 규칙에 관한 해설로서, "The United Nations and Juvenile Justice : A Guide to International standards and Best Practice", in *International Review of Criminal Policy, Nos. 49 and 50, 1998-1999*(New York, United Nations, 1999) 5면, 38 para.(이하에서는 "*The United Nations and Juvenile Justice*"이라고 한다).

국제적 · 지역적 법리 역시 필요한 경우 참조하도록 한다.

이 장에서는 소년사법의 운용과 관련된 현재의 문제들을 간단히 언급한 후 '아동(child)'이라는 용어의 의미, 사법 운용상의 기본 원칙, 소년사법의 목표, 소년사법 제도 운영 의무 등에 관하여 살펴볼 것이다. 또한, 기소된 아동과 자유를 박탈당한 아동과 관련된 규칙에 관하여 보다 자세히 살펴보도록 한다. 끝으로 아동의 권리와 형벌, 분리절차와 입양절차에서의 아동의 권리, 사법 운용 과정에서 아동의 권리를 보장하여야 할 법조인들의 역할 등에 관하여 차례대로 살펴보도록 한다.

1.1 용어

혼란을 피하기 위해, '소년사법'(juvenile justice)이란 형사절차(criminal proceedings)를 의미하고, '사법의 운용'(administration of justice)이란 형사절차, 분리 및 입양절차 등 모든 사법절차를 포함하는 의미임을 밝혀 둔다.

2. 사법의 운용과 아동: 사라지지 않는 걱정거리들

아동권리협약이 국제적으로 아동의 권리를 증진하고 보호함에 있어 획기적인 업적임이 밝혀졌지만, 아직도 많은 나라에서는 아동의 권리가 현실화되기 위하여, 특히 아동이 법률을 위반하는 경우 여전히 극복할 문제가 산적해 있다. 아동에 대한 경찰의 폭력은 드문 일이 아니다. 또한, 비자발적 실종, 자의적 구금, 최후의 수단으로 사용되어야 하는 수감(imprisonment)이 매우 어린 아동의 사소한 법위반에 대하여 이루어지는 사례 역시 드물지 않다. 국제법에 반하여, 아동들은 도저히 견디기 어려운 환경 하에 구금되기도 하고, 종종 구금 도중 징계수단으로서의 체형(體刑)을 포함하는 폭력에 그대로 노출되며, 어떤 국가들에서는 18세 미만일 때에 범한 범죄로 인하여 사형을 당하기도 한다. 어린 여성 범죄자들은 특히 취약하므로, 그들의 필요 사항은 진지하게 다루어져야 한다. 따라서 우리 앞에 놓인 과제들은 만만치 않고, 이 중요한 법적 보호 분야의 발전을 위해서 국제적 차원에서뿐만 아니라 국내적 차원에서도 활발하면서도 조율되고 효과적인 노력이 필요하다.[3] 아동의 권리를 실질적으로 실현하는 것은 각국 정부 및 법조인들뿐만 아니라 부모, 친지, 친구, 교사와 같이 아동을 직접 대하는 성인들의 책임이기도 하다.

3) 아동의 권리에 대한 침해 상황을 조사한 것으로서 Eric Scott and Esther Broon, *Exactions et Enfants*, Geneva, OMTC/SOS Torture, 1993. 84.pp.

3. 아동의 정의

3.1 성년이 되는 일반적인 나이

아동권리협약 제1조는 "아동이라 함은 아동에게 적용되는 법에 의하여 보다 조기에 성인 연령에 달하지 아니하는 한 18세 미만의 모든 사람을 말한다."고 규정한다. ***아동기의 시작***이 출생시부터인지 또는 수정과 같은 다른 때부터인지에 관하여, 위 협약은 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 이 장에서는 위와 같은 논의는 필요하지 않다.[4)]

아동기의 종료에 관하여 위 협약은 융통성을 보이고는 있으나, 당사국이 조약에서 부여하는 법적 의무를 피하기 위하여 성년의 나이를 지나치게 낮게 정하는 것은 허용되지 않는다. 협약에 따른 의무 이행 감시기구인 아동권리위원회의 입장에 의하면, 특히 혼인과 고용을 위한 최저연령을 규정함에 있어서 당사국은 협약을 전체적으로 준수하여야 하며, 아동의 최선의 이익과 비차별 원칙을 준수하여야 한다.[5)]

3.2 형사책임연령

형사책임연령(The age of criminal responsibility)에 관하여 아동권리협약은 어떠한 기준을 두고 있지는 않으나, 제40조(3)(a)에서 당사국은 특히 "형법위반능력이 없다고 추정되는 최저 연령의 설정"을 위하여 노력하여야 한다고 규정하고 있다. 그에 따라 아동권리위원회는 아동이 형법을 위반할 능력이 없는 것으로 추정되는 ***최소연령을 정하지 않은 것***에 관하여 우려를 표하면서, 형사책임연령을 법률로 정할 것을 권고했다.[6)] 또한, 형사책임연령을 ***7세 또는 10세***로 정한 일부 국가의 형법 규정에 관하여, 그것이 지나치게 낮게 정해졌다면서 우려를 표명하였다.[7)] 아동권리위원회는, 형사책임연령을 7세에서 10세로 상향하는 남아프리카공화국의 법률안을 검토하면서, 여전히 형사책임연령이 낮다는 이유로 우려를 표명하기도 하였다.[8)] 이처럼 아동권리위원회는 국내법상 형사책임연령을 매우 낮게 정한 경우에 몇 차례 우려를 표명하였으나,

4) 이 주제에 관한 더 자세한 논의를 보려면 *Implementation Handbook* 1~4면 참고

5) UN doc. CRC/C/15/Add. 9, *Concluding Observation of the Committee on the Rights of the Child: El Salvador, para. 10*. 그리고 UN doc. CRC/C/15 Add 44, *Concluding Observation: Senegal*, para. 11. and 25.

6) UN doc. CRC/C/15/Add. 9, *Concluding Observation: Senegal*, para. 11와 para. 25: 강조는 추가됨

7) 인도에 관하여, CRC/C/94, *Committee on the Rights of the Child: Report on the twenty-third session(2000)*, pare.430. 시에라리온에 관하여, ibid., para. 143.

8) Ibid., para. 430.

적절한 형사책임연령 하한이 몇 살인지에 관해서 스스로 기준을 제시하지는 않고 있다.

아동권리위원회는 16세에서 18세의 아동이 형법 적용상 성인과 같은 취급을 받는 것에 대하여 특별히 우려를 표명하였다. 아동권리위원회가 보기에, 협약 당사국은 자국 형법상 아동에게 인정되는 특별한 보호조치를 18세 미만의 모든 미성년자에게도 적용하여야 한다.[9]

*****

이 점에서 자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제24조[아동에 대한 비차별 및 보호조치를 받을 권리]에 대한 일반논평 제17호에서 민사문제, ***형사책임*** 또는 노동법에 관한 연령제한을 "불합리하게 낮게 정하여서는 아니 되고, 18세 미만의 자가 당사국 국내법상 성년이 되었다고 하더라도 당사국은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 따라 18세 미만인 자에 관하여 부담하는 의무를 스스로 면제할 수 없다"고 강조하였음을 주목할 필요가 있다.[10]

다음으로, 자유권규약위원회는 규약 제10조[자유를 박탈당한 사람의 권리]에 대한 일반논평 제21호에서 "규약 제10조는 미성년의 연령 기준을 제시하지는 않는다."라고 하면서도, "미성년의 연령 기준은 각 당사국이 사회적 문화적, 기타 관련 조건에 따라 정할 문제지만, 본 위원회는 규약 제6조(5)가 적어도 형사사법과 관련하여서는 18세 미만의 자를 미성년으로 취급하여야 함을 시사하고 있는 것으로 이해한다."고 밝힌 바 있다.[11] 이 점에서, 위 규약 제6조(5)가 "18세 미만의 자가 저지른 범죄에 대하여 사형선고를 하여서는 아니 된다."고 규정하고 있는 점은 주목할 만하다.

*****

소년사법에 관한 유엔 최저기준규칙(이하 '베이징규칙'이라 한다)의 규칙 4.1은 "소년의 형사책임연령이라는 개념을 가지고 있는 법체계에서 그 연령은 정서적, 정신

9) 몰디브에 관하여, CRC/C/79, *Report on the eighteenth session(1998)*, para. 219 and 240, 북한에 관하여, ibid., para. 83 and 98, 피지에 관하여, ibid., paras. 125 and 145. 그리고 룩셈부르크에 관하여, ibid., para 263.

10) *United Nation Compilation of General Comments*, p.133 para. 4., 또한, *Implementation Handbook*, pp. 4-14. 참조. 규약 제24조는, 특히 아동에 대한 차별을 금지함과 동시에, 아동도 특별한 보호조치를 받을 권리, 출생 직후 등록될 권리, 이름을 가질 권리와 국적을 취득할 권리가 있음을 선언하고 있다.

11) *United Nation Compilation of General Comments*, p.143, para.13.

적, 지적인 성숙도를 고려하되 너무 낮게 설정되어서는 아니 된다."라고 규정하고 있다. 위 규정에 대한 *주석서*(Commentary)에는 다음과 같이 기재되어 있다.

> "형사책임연령은 각국의 역사와 문화에 따라 큰 차이가 있다. 현대적 접근방법은 아동이 형사적 책임의 도덕적, 심리적 요소에 부응할 수 있는가, 즉 아동이 자신의 개인적인 분별력과 이해력에 의해 근본적으로 반사회적인 행동에 대해 책임질 수 있는가를 고려하는 것이다. 형사책임연령을 너무 낮게 정하거나 아예 정하지 않으면 책임이라는 개념은 무의미한 것이 될 것이다. 일반적으로 비행 또는 범죄행위에 대한 책임과, 다른 사회적 권리 및 책임(예를 들어 혼인 여부, 민사법상 성년 등) 사이에는 밀접한 관련성이 있다."
>
> 따라서 우리는 국제적으로 적용 가능한 합리적 최저 연령에 관하여 합의하기 위하여 노력하여야 한다.

*****

그러나 한 지역 내에서도 큰 차이가 계속 존재한다. 즉 유럽의 형사책임연령은 나라별로 7세부터 18세까지로 다양하다. 유럽인권재판소는 "현 단계에서 유럽평의회 회원국들 사이에 분명한 공통 기준이 존재하지 않는다"는 점을 고려하여, 비록 "잉글랜드와 웨일즈가 낮은 형사책임연령을 유지하고 있는 몇 안 되는 나라 중의 하나이기는 하나, 10세가 다른 유럽국가에 비해 균형이 맞지 않을 정도로 너무 낮다고 말할 수는 없다."고 판시하였다.[12] 그러므로 그와 같이 어린 아동에 대하여 형사책임을 인정한다고 하더라도, 그 자체로 비인도적이면서 굴욕적인 대우 및 처벌로부터의 보호를 규정하고 있는 유럽인권협약 제3조에 반하는 것이라고 할 수는 없다.[13] 하지만 앞서 본 아동권리위원회의 입장에 따라 판단하게 되면, 형사책임연령을 10세로 정한 것은 아동권리협약 위반으로 보게 될 것이다.

[**추록**: 유럽인권재판소는 *S.C. v the United Kingdom* 사건에서 "11세의 아동의 형사책임을 인정하더라도, 아동이 재판에 실질적으로 참여할 수 있다면, 그러한 점만으로 유럽인권협약 위반에 해당되지는 않는다."고 판시하였다. 하지만 유럽인권재판소는 형사재판에서의 아동의 처우와 관련해서는 달리 보아, "어린 나이와 지적 능력의 부족으로 인하여 재판에 실질적으로 참여할 수 없을 위험이 있는 아동에 대하여 재판을 하는 경우에는 … 반드시 아동의 불리한 조건을 온전히 고려하고, 이를 적절하게 배려할

12) *Eur. Court HR, Case of T. v. the United Kingdom, judgments of 16 December 1999*, para. 72, 판결문은 www.echr.coe.int.에서 찾아볼 수 있다.

13) Ibid., loc. cit. 또한, *Eur. Court HR, V. v. the United Kingdom, judgments of 16 December 1999, Reports 1999-IX*, p.144, para.4.

수 있으며, 그에 따른 절차를 진행할 수 있는 특별재판소가 그 아동에 대한 재판을 담당하여야 한다."고 설시하였다(유럽인권재판소, *S.C. v. the United Kingdom*, No. 60958/00, Judgement of 15 June 2004, paras. 27 and 35)]

*달리 정해지지 않으면 **민사상 책임연령**은 18세이다. 혼인, 고용, 병역의무의 최저연령을 정함에 있어, 국가들은 아동의 최선의 이익과 비차별 원칙을 준수할 법적 의무가 있다.*

*국가는 **형사책임의 최저연령**을 규정하여야 한다. 이러한 최저연령은 지나치게 낮아서는 아니 되고, 아동의 최선의 이익과 비차별의 원칙을 존중하여야 한다. 18세 미만의 청소년은 형법이 아동에게 부여하는 특별한 보호를 누릴 수 있어야 한다.*

4. 사법 운용에 있어서 아동의 권리에 관련된 몇 가지 기본 원칙

국제인권법은 소년사법 행정을 포함하여 아동의 권리와 관련된 모든 쟁점들을 고려함에 있어서 기준이 되는 몇 가지 일반원칙을 규정하고 있다. 이 절에서는 그 중 가장 중요한 네 가지 원칙, 즉 (1) 비차별 원칙, (2) 아동의 최선의 이익, (3) 생명, 생존 및 발전에 관한 아동의 권리, (4) 아동의 의사를 존중할 의무 등을 살펴볼 것이다. 아동권리위원회는 정기 보고서를 검토할 때 이러한 일반원칙을 계속 고려하고 있다. 당사국은 정책토론과 의사결정시뿐만 아니라 모든 법률개정시, 그리고 사법판단이나 행정결정시, 그 외에 아동에게 영향을 미치는 기획, 프로그램이나 서비스에서 이러한 원칙들이 보장되도록 하여야 한다.[14)]

4.1 비차별 원칙

아동권리협약 제2조는 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 당사국은 자국의 관할권 안에서, 아동 또는 그의 부모나 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적, 인종적, 사회적 출신, 재산, 무능력, 출생 또는 기타의 신분에 관계없이 그리고 어떠한 종류의 차별을 함이 없이 이 협

14) 바누아투(Vanuatu)에 관하여, UN doc. CRC/C/90, *Report on the twenty-second session(1999)*, para. 149.

> 약에 규정된 권리를 존중하고, 각 아동에게 보장하여야 한다.
> 2. 당사국은 아동이 그의 부모나 후견인 또는 가족 구성원의 신분, 활동, 표명된 의견 또는 신념을 이유로 하는 모든 형태의 차별이나 처벌로부터 보호되도록 보장하기 위하여 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

아동권리위원회는 ***소년사법제도 하에 있는 아동들***과 같이 피해를 입기 쉬운 위치에 놓인 아동 집단에 관하여 일반적인 우려를 표명한 바 있다.[15] 아동권리위원회가 1995년 11월 13일 개최한 소년사법의 운용에 관한 일반토의(General Discussion on the administration of juvenile justice)에서, "아동의 형사책임을 평가하고 아동에 적용될 조치를 결정함에 있어 여전히 (사춘기의 도달, 분별능력을 갖춘 나이 또는 아동의 성격과 같이) 주관적이면서 자의적인 성질을 갖는 기준이 만연한 사례들에 관하여 특별한 우려를 표명하기도 하였다.[16] 끝으로, 아동권리위원회는 "불가리아에서 집시 아동, 장애아, 혼외자인 아동에 대하여 행해지고 있는 차별을 예방하고 이를 시정할 조치가 충분하지 못하다."라는 이유로 이에 대하여 우려를 표명했다.[17]

*****

또한, 비차별 원칙은 특히 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제3조와 베이징규칙의 규칙 2.1에도 포함되어 있다. 다른 일반적인 인권 문서에 포함된 비차별 및 평등조항[예를 들어, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1)과 제26조, 아프리카헌장 제2조, 미주인권협약 제1, 24조, 유럽인권협약 제14조] 역시 아동에게 적용될 때에는 중첩해서 적용된다.

평등 및 비차별 원칙에 관하여는 이 매뉴얼 제13장에서 더 자세히 살피도록 한다.

4.2 아동의 최선의 이익

아동권리협약 제3조(1)은 아동의 최선의 이익(The best interests of the child) 원칙에 관한 핵심 조항으로서, 다음과 같이 규정하고 있다.

> 1. 공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 입법기관 등에 의하여 실시되는 아

15) 벨리즈(Belize)에 관하여, UN doc. CRC/C/84, *Report on the twentieth session(1999)*, para. 75.
16) UN doc. CRC/C/46, *Report on the tenth session(1995)*, para. 218.
17) UN doc. CRC/C/15/Add.66, *Concluding Observation, Bulgaria*, para. 12.

동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.

아동권리위원회는 당사국이 국내입법을 하고 아동의 법적 개념, 특히 혼인과 고용, 군복무 가능 연령 등과 같은 분야에서 이를 적용함에 있어서 아동의 최선의 이익 원칙을 충분히 고려하였는지를 검토한다.[18] 예를 들면, 아동권리위원회는 불가리아가 아동의 구금, 시설수용, 유기 등의 상황 및 아동이 법원에서 증언할 권리 등과 관련하여 아동의 최선의 이익 원칙을 충분히 고려하지 않은 것에 대하여 우려를 표명한 바 있다.[19]

아동에게 영향을 끼치는 결정을 함에 있어 아동의 최선의 이익을 "***최우선적으로*** 고려되어야 한다"(강조는 추가됨)는 것은 아동의 최선의 이익이 "언제나 유일하고 다른 요소에 우선하는 고려요소가 되어야 한다"는 의미는 아니다. 이는 "여러 아동 사이에서, 여러 아동집단 사이에서, 아동과 성인 사이에서 상호 인권이 대립하고 충돌할 수 있다"는 의미이다.[20] 그러나 아동의 이익은 "적극적으로 고려되어야 하고, 당사국은 아동의 이익을 최우선의 고려사항으로서 분석하고, 검토하였음을 보일 필요가 있다."[21]

*****

또한, 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제4조(1)은 "아동과 관련된 모든 조치를 함에 있어서, 아동의 최선의 이익이 최우선의 고려사항이 되어야 한다."라고 규정하고 있다. 비록 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에는 아동의 최선의 이익 원칙이 명시적으로 포함되어 있지 않지만, 자유권규약위원회는 부모의 혼인관계를 해소함에 있어서는 "자녀의 이익이 무엇보다 중요하다."는 점을 명심하여야 한다고 강조한 바 있다.[22]

[**추록**: 미주인권재판소는 아동이 적법절차를 누릴 권리에 관하여 권고의견을 제시하였다. 위 재판소는 특히, "아동의 최선의 이익"이라는 문구는, "아동의 삶의 모든 측

18) 예를 들면, CRC/C/15/Add.9, *Concluding Observation, El Salvador*, para. 12.

19) UN doc. CRC/C/15/Add.66, *Concluding Observation, Bulgaria*, para. 12.

20) *Implementation Handbook*, p.40.

21) Ibid., loc. cit.

22) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제24조에 관한 일반논평 제17호 in *United Nation Compilation of General Comments*, p.133, para.6. 참조. 또한, 규약 제23조에 관한 일반논평 제19호, ibid., p.138, para 9

면과 관련된 조항을 만들고 적용함에 있어서 '아동의 발전 및 권리의 완전한 향유'를 지도원리로 고려하여야 한다는 점"을 명확히 하였다(미주인권재판소, *Advisory Opinion OC-17/02*, 28 August 2002, Juridical condition and human rights of the child, Series A, No. 17, para. 137 (2)). 위 재판소는 2004년에 미주인권협약 제19조에서 요구하는 보호조치는 아동의 최선의 이익 원칙에 근거를 두어야 함을 다시 한번 확인하였다(미주인권재판소, *the Gómez-Paquiyauri Brothers v. Peru*, Judgement of 8 July 2004, Series C, No. 110, paras. 163-164).]

4.3 생명, 생존 및 발전에 관한 아동의 권리

아동권리협약 제6조는 "당사국은 모든 아동이 생명에 관한 고유의 권리를 가지고 있음을 인정한다.", "당사국은 가능한 범위 내에서 최대한 아동의 생존과 발전을 보장하여야 한다."라고 규정하고 있다. 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제5조는 모든 아동에 대해 "생명에 관한 고유의 권리"를 보장하면서, 이는 "법률로써 보호된다."라고 규정하고 있다. 나아가 당사국은 "생명, 생존 및 발전에 관한 아동의 권리를 최대한 보장"하기로 약속한다.

물론 아동의 생명권은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조, 아프리카 헌장 제4조, 미주인권협약 제4조, 유럽인권협약 제2조에서도 똑같이 보호된다.

아동권리협약 제6조(2)의 표현도 당사국이 각국에서 아동의 "생존과 발전"을 극대화하기 위하여 ***적극적인 조치***를 취해야 하는 경우가 있음을 분명히 밝히고 있다. 따라서 당사국은 그 중에서도 "유아와 아동의 사망을 줄이거나" 아동에게 "필요한 의료지원이나 의료서비스"를 제공하기 위한 "적절한 조치"를 취해야 하는 경우가 있다(아동권리협약 제24조 참조). 아동이 갖는 고유의 생명권을 보호하기 위하여 당사국이 취하여야 할 다른 조치로는, 무엇보다도 적절한 영양가 있는 음식과 깨끗한 식수를 제공하고, 사형을 금지하고, 사법절차에 의하지 않거나 자의적이거나 약식에 의한 처형과 강제실종을 금지하는 것을 들 수 있다.[23] 나아가 무력충돌의 악영향으로부터 아동을 보호하고, 그와 같은 충돌로 인하여 피해를 입은 아동 피해자의 재활을 위하여 당사국이 효과적인 조치를 취해야 할 경우가 있다.[24]

*****

자유권규약위원회가 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조에 대한 일

23) *Manual on Human rights Reporting 1997*, p.424(또한 *Implementation Handbook*, p.87)

24) 멕시코에 관하여, UN doc. CRC/C/90, *Report on the twenty-second session(1999)*, para. 179.

반논평 제6호에서 지적한 바와 같이, "아동의 생명에 관한 권리는 그간 자주 과도하게 좁은 방향으로 해석되었고, '생명에 관한 고유의 권리'라는 표현은 한정(限定)적인 방식으로는 제대로 이해할 수 없으며, 위 권리를 보호하기 위해서 당사국은 적극적인 조치를 취해야 한다."[25] 따라서 당사국은 "특히 영양실조와 전염병을 없앨 조치를 함에 있어서, 유아사망을 줄이는 한편 평균수명을 연장할 수 있는 가능한 모든 조치를 취할 필요가 있다."[26]

[**추록**: 유엔 총회는 2002년 "아이들에게 꼭 맞는 세상(A World fit for children)"이라는 제목의 문서를 채택하였다. 위 문서는 아동의 건강한 삶의 촉진, 양질의 교육 제공, 학대 · 착취 · 폭력으로부터의 아동 보호, 아동 에이즈 퇴치라고 하는 아동을 위한 4가지의 새로운 범세계적 핵심 아젠다를 설정하였다(resolution S-27/2). 미주인권재판소는 생명권의 보호 필요성으로 인하여 미성년자에 대한 재판에서는 특별한 의무가 부과된다는 점을 강조하면서, 페루는 자국 공무원들이 1991년에 당시 14세, 17세였던 두 형제를 체포하여 고문한 후 약식처형한 사건에서 이러한 의무를 위반하였다고 판단하였다(Inter-American Court of Human Rights, *the Gómez-Paquiyauri Brothers v. Peru*, Judgement of 8 July 2004, Series C, No. 110, para 124).]

4.4 아동의 의견진술권

아래와 같은 아동권리협약 제12조에서 또 하나의 중요한 일반원칙을 찾을 수 있다.

> 1. 당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에 대하여 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 있어서 자신의 견해를 자유롭게 표시할 권리를 보장하며, 아동의 견해에 대하여는 아동의 나이와 성숙도에 따라 정당한 비중을 부여하여야 한다.
> 2. 이러한 목적을 위하여, 아동에게는 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적 · 행정적 절차에 있어서 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치되는 방법으로 주어져야 한다.

아동권리위원회는 지속적으로 아동의 참여권을 신장시켰고, 위 협약 제13, 14, 15조에 포함된 "의견, 표현, 결사의 자유를 포함한 기본적인 자유권을 아동이 효과적

25) *United Nation Compilation of General Comments*, p.115, para.5
26) Ibid., loc.cit.

으로 누릴 수 있도록 보장하여야 할" 당사국의 의무를 강조하였다.[27] 이는 아동이 고유의 권리를 가진 사람, 또는 "권리의 능동적 주체"로 간주되어야 함을 나타낸 것이다.[28]

실제로 위 협약 제12조(2)는 "광범위한 법원의 심리 절차, 그리고 교육 · 건강 · 진로계획 성장환경 등의 분야에서 아동에게 영향을 미치는 공식적 의사결정 절차"를 포괄한다.[29]

그러나 위 협약 제12조에 따른 아동의 의견진술권은 아동이 "자기결정권"을 가진다는 것을 의미하는 것이 아니라, "의사결정에 참가"할 권리를 가진다는 것을 의미한다.[30] 다만 이러한 참가는 진정한 것이어야지, 형식적인 것에 그쳐서는 안 된다. 또한, 아동이 나이가 많고 더 성숙할수록 아동의 견해에 보다 큰 비중을 두어야 한다. 이것은 아동에 대한 절차를 진행함에 있어, 아동 본인의 견해에 특별한 비중을 두고 고려하여야 함을 의미한다.

*****

소년에 대한 재판과 처분과 관련하여 베이징규칙의 규칙 14.2는 다음과 같이 규정하고 있다.

> "절차는 소년의 최선의 이익에 도움이 되는 것이어야 하고, 소년이 그 절차에 참여하고 자신의 의견을 자유롭게 표현하는 것이 허용되는 상호 이해의 분위기 하에서 진행되어야 한다."

앞서 이 매뉴얼의 제5장부터 제7장에 걸쳐 살펴본 것처럼, 사법절차에서의 의견진술권은 성인에게도 인정되는 중요한 절차적 안전장치이다. 그러나 아동과 관련된 사안에서 아동의 의견진술권은 특히 강조될 필요가 있는 권리인데, 이는 아동이 자신의 견해를 실질적으로 진술할 수 있도록 보장하기 위해서는 특별한 노력이 필요할 수 있기 때문이다.

*****

앞서 아동권리위원회가 인정한 4가지 일반원칙 즉, 비차별 원칙, 아동의 최선의

27) 멕시코에 관하여, UN doc. CRC/C/90, *Report on the twenty-second session(1999)*, para. 181
28) *Implementation Handbook*, p.145.
29) Ibid., loc. cit.
30) Ibid.

이익, 아동의 고유한 생명권, 아동의 의견진술권은 이 장 전체를 통하여 반드시 숙지되어야 한다. 왜냐하면, 이러한 원칙들이 소년형사사법과 관련된 각종 절차에 정당성을 부여하기 때문이다. 따라서 이러한 절차에서는 비차별 원칙, 아동의 최선의 이익, 아동의 고유한 생명권, 그리고 아동의 의견진술권을 반드시 존중하여야 한다.

사법의 운영에서, 즉 아동의 입양 및 분리절차는 물론 형사절차에서 당사국은 다음 기본원칙을 준수하여야 한다.

- *비차별의 원칙*
- *아동의 최선의 이익*
- *생명, 생존 및 발전에 관한 아동의 권리*
- *아동의 의견진술권*

5. 소년사법의 목표

국제인권법에서 소년 사법체계 전체의 목표는 ***아동의 사회복귀(rehabilitation) 및 사회재적응(reintegration)***이다. 이는 특히 아래의 아동권리협약 제40조(1)에 의하면 명백하다.

> "1. 당사국은 피의자나 피고인으로 되거나 유죄로 인정받은 모든 아동에 대하여, 아동의 연령 그리고 ***아동의 사회복귀 및 사회에서의 건설적 역할 담당을 촉진하는 것이 바람직하다***는 점을 고려하고, 인권과 타인의 기본적 자유에 대한 아동의 존중심을 강화시키며, 존엄과 가치에 대한 아동의 지각을 촉진시키는 데 부합하도록 처우받을 권리를 가짐을 인정한다.(강조는 추가됨)".

당사국이 제출한 보고서와 관련하여, 아동권리위원회는 소년 범죄자의 신체적 · 정신적 회복 및 사회복귀를 위한 시설, 프로그램이 충분하지 않다는 점에 대하여 우려를 표명하였다.[31] 즉 "소년 범죄자를 위한 사회재적응 수단 및 교육시설이 부

31) Guinea에 관하여, UN doc. CRC/C/84, *Report on the twentieth session, 11-29 January 1999*, para. 126과 남아프리카공화국에 관하여, UN doc. CRC/C/94, *Report on the twenty third session, 10-28 January 2000*, para. 445(h).

족"할 뿐만 아니라, "'잠재적인 비행청소년들'이 사회재적응을 할 수 있도록 세심하게 보살피는 기관에 위탁하는 대신, 구금시설에 가두는 점"에 관하여 우려를 표명하였다."[32]

*****

또한, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(3)은 "교도소 수감제도는 재소자들의 ***교정(reformation)과 사회복귀(social rehabilitation)를 기본적인 목적***으로 하는 처우를 포함하여야 한다."(강조는 추가됨)라고 규정하고 있다.

자유권규약위원회가 언급했듯, "교도소 수감제도는 오직 징벌만을 목표로 하여서는 아니 되고, 죄수의 교정 및 사회복귀를 중요한 목표로 추구해야 한다."[33]

*****

베이징규칙의 규칙 5.1에 의하면,

> "소년사법제도는 아동의 복리를 강조하여야 하고, 아동범죄자에 대한 대응 조치는 범죄자 및 범죄행위와 관련된 상황에 모두 비례하도록 보장되어야 한다."

위 규칙에 첨부된 주석서에 따르면, 위 규칙은 "소년사법의 가장 중요한 두 가지 목적을 언급하고 있다."[34] ***첫 번째 목적은*** "아동의 복리 증진"이다. 이는 아동범죄자를 가정법원이나 행정당국에서 다루는 법체계에서뿐만 아니라 "형사법원에서 다루는 법체계에서도" 강조되어야 하는데, 이는 법체계가 아동범죄자에게 단순히 징벌적 제재를 가하는 것을 피하기 위해서이다.[35]

두 번째 목적은 비례의 원칙이다. 여기서 비례의 원칙이란, "어린 범죄자에 대한 대응 조치의 수준을 정함에 있어서 범죄의 심각성뿐만 아니라, 예컨대 사회적 지위, 가정환경, 범죄로 인한 피해 또는 기타 요소와 같은 개인적인 환경도 고려하여야

32) 예멘에 관하여, UN doc. CRC/C/84, *Report on the twentieth session, 1999*. 1. para 184. 법을 위반한 아동들의 사회재적응을 위한 설비의 부족에 대여여는, 니카라과에 관하여, UN doc. CRC/C/87, *Report on the twenty-firts session. 1999. 5. 4.~1999. 6. 4*. para 247.

33) General Comment No. 21 in *United Nations Compilation of General Comments*, p. 143, para. 10.

34) UN doc. ST/HR/1/Rev.4(vol. I /Part I), *Human Rights-A Compilation of International Instruments*, vol. I (First Part), Universal Instruments, p.360(이하에는 '*Human Rights-A Compilation of International Instruments*'라고 한다).

35) Ibid., loc. cit.

한다."라는 것을 의미한다.[36] 이러한 여러 정황, 가령 피해자에게 배상하고자 하는 범죄자의 노력, 건전하고 유용한 일상으로 복귀하려는 범죄자의 의지 등을 "고려하여 범죄에 대한 대응 조치의 수준을 결정하여야" 한다.[37]

그러나 어린 범죄자의 복리를 보장하기 위해서도 비례의 원칙은 준수되어야 한다. 그래서 어린 범죄자에 대하여 내려진 처벌 등의 조치가 필요한 범위를 넘어 그의 기본권을 침해하여서는 아니 된다.[38]

즉, 규칙 5는 "소년 비행 및 범죄 사안에 대하여, 과도하거나 과소하지 않은, 딱 정당한 수준의 대응 조치를 요청한다. 이 규칙과 결부된 쟁점들은 두 가지 측면에서 발전을 촉진할 것이다. 즉 새롭고 혁신적인 대응 조치는, 소년에 대한 공식적인 사회통제망의 과도한 확장을 예방하는 조치 못지않게 바람직하다."[39]

*****

아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제17조(3)에서도 소년 범죄자의 사회복귀에 주된 초점을 맞추고 있다. 위 조항에 의하면 "재판 중인 아동 및 유죄판결을 받은 아동에 대한 처분의 핵심 목표는, 그 아동의 ***교정, 가족으로의 복귀 및 사회재적응***"이다(강조는 추가됨). 비록 소년 범죄자에 국한되는 것은 아니나 미주인권협약 제5조(6)은 "자유를 박탈하는 형벌은 재소자의 교정과 사회재적응을 기본 목표로 한다."라고 규정하고 있다. 유럽인권협약은 이 점에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 소년비행에 대한 사회적 반응에 관한 유럽평의회의 각료위원회에 대한 권고 No. R(87)20에서 유럽평의회 각료 위원회는 "미성년자에 대한 형사제도의 목표는 교육 및 사회통합이어야 하고, 미성년자에 대한 구금은 가급적 폐지되어야 한다."라는 의견을 표명했다.[40]

국제인권법에서 소년사법체계의 전체적 목표는, 아동 그 자신의 존엄과 가치에 대한 아동의 지각, 다른 사람의 기본적 권리에 대한 아동의 존중의식을 포함하여, 아동의 사회재적응 및 사회복귀를 증진시키는 데에 있다.

36) Ibid.

37) Ibid.

38) Ibid.

39) Ibid.

40) 이 권고안은 유럽평의회 웹사이트 참조: http://cm.coe.int./ta/rec/1987/87r20/htm

6. 소년사법제도의 창설 의무

소년사법 운용을 규율하는 많은 국제법규로부터 유래한 의무를 실정법적으로 효력이 있는 것으로 만들기 위하여, 당사국은 국내적 차원에서 구체적인 법령을 입법하여야 한다. 아동권리협약 제40조(3)에 의하면 "당사국은 피의자나 피고인이 된 아동, 또는 유죄판결을 받은 아동에게 특별히 적용될 수 있는 법률, 절차, 기관 및 기구의 설립을 촉진하도록 노력하여야 한다." 특히 당사국은, 인권과 법적 보장이 완전히 존중된다는 조건하에 형사책임의 최저연령을 설정하고, 위와 같은 아동을 사법절차에 의하지 않고 다룰 조치를 찾기 위해 노력해야 한다[제40조(3)(a),(b)].

아동권리위원회는 위와 같은 소년사법제도의 부재, 특히 관련 법령과 절차, 소년법원의 부재에 대하여 심각한 우려를 표명한 바 있다.[41] 그밖에 아동권리위원회는 효율적 · 효과적인 소년사법 운용이 부족한 점, 특히 소년사법 운용이 아동권리협약 및 다른 유엔 표준에 충분히 부합하지 못하는 점에 대하여 우려를 표명한 바 있다.[42]

당사국은 소년법원을 포함한 소년사법 체계를 수립하고, 형사책임의 최저연령을 설정할 법적 의무를 진다.

7. 소년피고인과 사법의 운용

이 매뉴얼 제5장부터 제7장에서 다루었던 체포, 구금, 수사 및 재판절차와 관련한 절차적 보호장치는 범죄혐의를 받고 있는 사람이 아동인 경우에도 동일하게 적용된다. 다시 말해서 ***아동은 형사절차의 모든 단계에서 성인과 동등한 권리를 가져야 한다***는 것이다. 아동권리위원회는 적법절차가 완전히 보장되지 못했던 여러 사안에서 우려를 표명한 바 있다.[43]

소년사법의 특성상 절차적 보호 장치는 한층 더 중요하다. 왜냐하면, 절차적 보호 장치는 아동의 최선의 이익을 보호함과 아울러 아동의 의견진술권 및 사회복귀에

41) 아르메니아에 관하여, UN doc. CRC/C/94, 23장에 관한 보고(*Report on the twenty-third session(2000)*), para. 350.

42) 그레나다에 관하여, ibid., para. 411(a) 및 남아프리카공화국에 관하여, ibid., para. 455(a).

43) 니카라과에 관하여, UN doc. CRC/C/87, *Report on the twenty-first session(1999)*, para. 247 참조.

대한 권리를 보장하기 때문이다. 이 절에서는 아동 피고인이 갖는 중요한 권리들을 빠짐없이 분석하는 대신, 가장 근본적인 권리 몇 가지를 강조하고자 한다. 특히 아동 피고인이 갖는 고유의 필요에서 유래한 특별한 원칙들을 중심으로 다루도록 한다.

7.1 고문 및 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 않을 권리

아동권리협약 제37조(a)는 "어떠한 아동도 고문, 또는 기타 잔혹하거나 비인도적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 아니한다."라고 규정하고 있고, 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제17조(2)(a)는 "당사국은 억류 또는 구금되거나 기타 자유가 박탈된 아동이 고문, 비인도적이거나 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 않도록 보장하여야 한다."라고 규정하고 있다.

물론 아동은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조, 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약, 아프리카헌장 제5조, 미주인권협약 제5조, 유럽인권협약 제3조에 따라 육체적 및 정신적 학대로부터 일반적인 보호를 받는다. 이러한 금지는 ***절대적인*** 것이고, 어떠한 경우에도 예외를 인정할 수 없다.

부당한 대우의 금지는 아동이 자유를 박탈당한 경우에 특히 의미 있는 것이지만, 예를 들어, 체포 또는 구금되지 않은 상태에서 경찰 수사를 받고 있는 아동의 경우에도 의미가 있다. 실제로 소년피의자나 소년피고인에게 가장 중요한 시기는 경찰 수사 기간 및 재판 전의 미결구금 기간이다. 왜냐하면, 이 기간에 학대 및 기타 형태의 부당한 대우를 받을 가능성이 가장 크기 때문이다. ***아동 특유의 감수성과 취약함 때문에, 같은 행위가 성인에게는 위법한 대우로 되지 않더라도, 아동에게는 용납할 수 없는 행위가 될 수 있음을 인식하는 것이 중요하다.*** 아동권리위원회가 개최한 소년사법의 운용에 관한 일반토의 당시, 아동이 체포 · 구금된 기관을 "정기적으로 방문하고 효과적으로 감시하는 것을 보장하기 위하여 국내적 · 국제적 차원의 독립적인 메커니즘을 발전시키는 방안을 진지하게 고려하여야 한다."라는 의견이 제출된 바 있다."[44] 이와 같은 방문은 아동 학대를 방지할 수 있는 주요 수단이 될 것이다. 법집행 공무원의 아동에 대한 학대를 방지할 수 있는 또 다른 중요 수단은 아동을 건설적으로 대하는 방법에 관하여 법집행 공무원을 훈련시키는 과정을 개설하는 것이다.

아동권리위원회는 인도의 정기보고서를 검토할 당시 "구금시설에 있는 아동에

44) UN doc. CRC/C/46, *Report on the tenth session(1995)*, para. 229.

대하여 일상적으로 부당한 대우, 체형(體刑), 고문, 성적 학대가 자행되고 있다는 수많은 보고와, 법집행 공무원이 길거리에서 살면서 일하는 아동들을 살해하였다는 주장이 있어서," 이에 대해 우려를 표명한 바 있다.[45] 그에 따라 아동권리위원회는 "경찰서에 연행된 개별 아동에 대하여 일시 및 구금이유 등을 담은 개별등록을 의무화하고, 이러한 구금에 관하여 치안판사로부터 수시로 의무적 심사를 받도록 할 것을" 권고하였다. 또한, 아동권리위원회는 당사국이 "구금 당시 및 그 후 정기적으로 나이 확인을 포함한 건강진단을 의무화하는 내용으로" 형사소송법을 개정할 것을 권고하였다.[46] 끝으로 아동권리위원회는 소년 관련 법률을 개정하여 구금 아동 학대에 대한 이의절차 및 형사소추 매커니즘을 마련할 것을 권고하였다.[47]

아동권리협약 제39조에 따르면 당사국은 " … 고문, 그 밖의 모든 형태의 잔혹하거나 비인도적이거나 굴욕적인 학대 · 처벌 … 의 피해자인 아동의 신체적 · 심리적 회복 및 사회복귀를 촉진시키기 위하여 모든 적절한 조치를 취할 법적 의무를 부담한다. … 위와 같은 회복 및 사회복귀는 아동의 건강과 자존감 및 존엄성을 증진하는 환경에서 이루어져야 한다." 아동권리위원회가 보기에 위 조항은 "좀 더 많은 관심을 기울여야 마땅한" 조항이고, 따라서 특히 사법 운용의 대상이 된 아동의 육체적 · 정신적 회복 및 사회복귀를 촉진하기 위한 프로그램과 전략이 개발되어야 한다.[48]

*****

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조를 해석함에 있어서 자유권규약위원회는 학대 금지는 "범죄에 대한 형벌로써, 또는 교육적 조치나 징계로써 행해진, 과도한 매질을 포함한 체형에도 확대 적용되어야 한다."라는 입장을 표명한 바 있고, 나아가 위 조항은 "특히 교육 · 의료시설에 있는 아동 · 학생 · 환자를 보호한다."라고 강조하였다.[49] 체형에 관한 더 자세한 것은 제8장 2.3.3.을 참고하라.

아동은 언제든 고문, 또는 기타 잔혹하거나 비인도적이거나 굴욕적인 대우 · 처벌을 받지 않을 절대적인 권리를 가진다. 범죄에 대한 형벌로써 행해지거나, 교육적 조치 · 징계로써 행해진 체형 모두 금지된다.

45) UN doc. CRC/C/94, *Report on the twenty-third session(2000)*, para. 70.
46) Ibid. para. 71.
47) Ibid. para. 72.
48) UN doc. CRC/C/15/Add. 34, *Concluding Observation: United Kingdom*, para. 39.
49) General Comment No.20, in *United Compilation of General Comments*, p.139, para. 5.

아동 학대 피해자는 육체적 · 정신적 회복 및 사회복귀를 촉진에 도움이 될 적절한 조치를 받을 권리를 가진다.

7.2 아동에 대한 일반적 대우/아동의 최선의 이익

아동권리협약 제3조(1) 및 제40조(1)에 따르면, 아동의 최선의 이익 원칙은 아동과 관련된 모든 조치에 있어서 법원을 포함한 모든 기관과 당국을 이끄는 기본 원칙이 되어야 한다. "피의자 · 피고인으로 되거나 유죄로 인정된 모든 아동"은 "아동의 존엄과 가치에 관한 지각을 증진하고, 다른 사람의 인권과 기본적 권리에 대한 아동의 존중심을 강화하며, 아동의 연령, 아동의 사회복귀 촉진, 사회에서의 아동의 건설적 역할 분담의 바람직하다는 점을 고려하는 방식의 처우를 받을 권리"를 가진다[협약 제40조(1)].

아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제17조(1)은 "피고인으로 되거나 유죄판결을 받은 아동은, 당해 아동의 존엄과 가치에 부합하는 방식으로, 그럼으로써 당해 아동이 다른 사람의 인권과 기본적인 자유를 더 많이 존중하도록 하는 방식으로 대우받을 권리를 가진다."라고 규정하고 있다. 아동의 사회 복귀 문제는 위 헌장 제17조(3)에서 다루고 있는데, 이에 따르면 "피고인으로 되거나 유죄판결을 받은 아동에 대한 대우의 기본적인 목표는 교정, 가족과의 재결합 및 사회복귀이다."

아동의 최선의 이익 문제에 관해서는 위 4.2도 참고하라.

아동의 "최선의 이익"이라는 개념은 아동과 관련된 모든 조치에 있어 법원을 포함한 모든 기관과 당국을 이끄는 기본 원칙이 되어야 한다. 그 최종 목표는 아동의 사회복귀를 촉진하는 것이다.

7.3 몇 가지 기본적인 절차적 권리

피고인으로 되거나 유죄판결을 받은 아동은 ***최소한*** 아동권리협약 제40조(2)(a),(b)에 열거된 사항을 보장받아야 한다. 위와 같은 보장사항 중 일부는 국제인권법에서 일반적으로 확립된 원칙이지만, 다른 일부는 아동의 특수한 필요와 이익에 부응

하기 위하여 고안된 것이다.[50] 이와 동시에 다른 국제인권법 조약에 포함된 절차적 권리 역시 관련성이 있는 경우 소년사법의 운용에서 보장되어야 함을 명심하여야 한다. 그러나 위와 같은 절차적 권리는 이 매뉴얼 제5장부터 제7장에 걸쳐 깊이 있게 다루었으므로, 여기서 다시 다루지는 않도록 한다.

7.3.1 죄형법정주의 원칙

죄형법정주의(The principle of nullum crimen sine lege)는 아동권리협약 제40조(2)(a)에 의해 보장된 기본적인 원칙이다. 위 조항에 따르면 "모든 아동은 행위시의 국내법 또는 국제법에 따라 금지되지 아니하였던 작위 또는 부작위를 이유로 하여 피의자로 되거나, 형사 기소되거나, 유죄로 인정받지 아니 한다." 이것은 너무나 중요한 법원칙이어서, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2), 미주인권협약 제27조(2), 유럽인권협약 제15조(2)에서는 이 원칙으로부터는 이탈할 수 없도록 하였다. 이 원칙에 관하여는 제7장 3.11을 참고하라.

7.3.2 무죄추정의 원칙

"법률에 따라 유죄로 증명될 때까지 무죄로 추정될" 아동의 권리는 아동권리협약 제40조(2)(b)(i)에 포함되어 있고, 한편 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제17조(2)(c)(i)는 "적법절차에 따라 유죄로 인정될 때까지 무죄로 추정될" 아동의 권리를 보장하고 있다.

아동권리위원회는 영국(북아일랜드)의 1988년 형사증거법이 위 협약 제40조, 특히 "무죄추정의 원칙, 증언이나 자백을 강요받지 않을 권리"와 "양립할 수 없는 것으로 보인다."며 우려를 표명했다. 위 형사증거법에 따르면 "북아일랜드에서 10세 이상의 아동이 경찰의 질문에 대답하지 않는 경우 이는 유죄인정의 증거로 사용될 수 있다. 14세 이상의 아동이 재판 중 침묵하는 경우 마찬가지로 불리한 증거로 사용될 수 있다."[51] 따라서 위 위원회는 "북아일랜드에서 운용되고 있는 … 소년사법절차를 포함한 긴급입법 및 기타 입법을 위 협약의 원칙 및 규정에 확실하게 부합하도록 다시 검토"할 것을 권고하였다.[52] 무죄추정의 원칙에 관하여는 제6장의 5를 참고하라.

---

50) *Implementation Handbook*, p. 547

51) UN doc. CRC/C/15/Add. 34, *Concluding Observation: United Kingdom*, para. 20.

52) Ibid., para. 34.

7.3.3 신속하게 정보를 고지받을 권리 및 법률적 지원을 받을 권리

아동권리협약 제40조(2)(b)(ii)는 "피의사실을 신속하게 그리고 직접, 또는 적절한 경우에는 자신의 부모나 후견인을 통하여 고지받을 아동의 권리와, 변론의 준비 및 변론 시 법률적 또는 그 밖의 적절한 지원을 받을 아동의 권리"를 선언하고 있다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(2) 및 제14조(3)(a)와 같은 다른 국제법규의 유사 규정과 비교했을 때 아동권리협약은 다음과 같은 점 즉, 첫째로 적절한 경우에는 아동이 부모나 후견인을 통하여 정보를 고지받을 수 있다는 점, 둘째로 변론의 준비 및 변론 시 받을 조력으로 법률적 지원 외에 "***기타 적절한 지원***"(강조는 추가됨)이 추가되어 일반적인 인권법과 차이가 있다는 점이 다르다.[53] "기타 적절한 지원"이라는 문언상 아동이 변호사 아닌 자를 통하여 방어권을 행사하는 것도 가능하게 되었다. 그러나 아동의 최선의 이익 및 정의의 관념에 비추어 보면, 그러한 지원은 경미한 법 위반의 경우에만 이용되어야 한다.

이와 관련하여 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장은 "소년 피고인은 공소사실의 세부사항을 자신이 이해할 수 있는 언어로 지체 없이 고지받아야 하고[제17조(2)(c)(ii)]," "변론의 준비 및 변론 시 법률적 조력, 기타 적절한 지원을 받아야 한다[제17조(2)(c)(iii)]."라고 규정하고 있다.

7.3.4 지체없이 재판을 받을 권리

아동권리협약 제40조(2)(b)(iii)는 아동이 "권한 있고 독립적이며 공평한 기관 또는 사법기관에 의하여 법률적 또는 기타 적절한 지원 하에 법률에 따른 공정한 심리를 받아 지체 없이 사건이 판결되어야 하며, 아동의 최선의 이익에 반한다고 판단되지 아니 하는 경우, 특히 아동의 연령이나 주변 환경, 부모 또는 후견인 등을 고려하여야 한다."라고 규정하고 있다. 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제17조(2)(c)(iv)는 더 간결하게 "소년 피고인은 공평한 재판부에 의하여 가능한 한 신속하게 재판을 받아야 한다. … "고 선언하고 있다.

제7장에서 본 바와 같이 국제인권조약은 "부당한 지체 없이(without undue delay)"[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(c)] 또는 "합리적인 기간 내에(within a reasonable time)"[유럽인권협약 제6조(1)] 재판받을 권리를 보장하

53) 첫째 요건에 관하여 *Implementation Handbook*, p.548

고 있다. ***그러나 아동의 경우 절차의 신속성은 특히 중요하므로 아동은 "지체 없이 (without delay)" 재판받아야 하고, 유엔아동권리협약 제40조에서 "부당한(undue)" 이라는 형용사는 생략되었다.***

그 외에 제40조(2)(b)(iii)는, ***공정한 심리를 보장하는 권한 있고 독립적이며 공평한 기관***이 피고인을 재판해야 한다는 기본적인 원칙을 반영하고 있다. 이에 관하여 자세한 내용은 이 매뉴얼 제4장, 제7장을 참조하라.

또한, 위 조항은 아동의 부모나 후견인을 재판에서 배제하는 것이 아동의 최선의 이익에 부합할 수 있음을 시사한다. 이 점에 관하여 베이징규칙의 규칙 15.2는 다음과 같이 규정하고 있다.

> "부모나 후견인은 재판에 참여할 권리를 가진다. 또한, 권한 있는 기관은 소년의 이익을 위하여 부모나 후견인에게 재판에의 참여를 요구할 수도 있다. 그러나 부모나 후견인을 재판에서 배제하는 것이 소년의 이익을 위하여 필요하다고 판단할 충분한 이유가 있다면, 권한 있는 기관은 그들의 참여를 불허할 수 있다."

위 규칙 15.2의 *주석서*에 따르면, "부모나 후견인이 재판에 참여할 권리는 아동에 대한 일반적인 심리적, 정서적 조력 수단으로 이해되어야 한다. 즉, 위 권리는 절차 전반에 적용되는 기능이다."[54] 위 *주석서*는 부모나 후견인을 절차에서 배제할 가능성에 관하여 다음과 같이 설명하고 있다.

> "권한 있는 기관이 사건에 관한 적절한 처분이 무엇인지 조사할 때, 특히 소년의 법정대리인(또는 그 사안에 관하여 소년이 신뢰할 수 있고 실제로 신뢰하는 그 밖의 개인적 조력자)의 도움을 받는 것이 유용할 수 있다. 그러나 부모나 후견인이 심리에 출석하는 것이 부정적으로 작용할 때, 예컨대, 부모나 후견인이 아동에게 적대적인 태도를 보이는 경우 등에는, 그러한 배려는 아무런 소용이 없게 된다. 따라서 부모나 후견인을 배제할 가능성도 항상 염두에 두어야 한다."[55]

아동권리협약 제40조(2)(b)(iii)를 근거로 아동의 부모나 후견인을 배제하는 것 역시 마찬가지 이유에서 정당화될 수 있다고 보아야 한다.

---

54) *Human Rights– A Compilation of International Instruments*, p.368

55) Ibid., pp.368~369

물론 아동이 ***신속하게*** 변호사와 접견할 수 있도록 하는 것이 특히 중요하다.[56]

7.3.5 자기부죄 거부의 권리 및 증인을 신문하거나 신청할 권리

아동권리협약 제40조(2)(b)(iv)는 두 가지 별개의 권리를 포함하고 있다. 즉 첫째는 "증언 또는 자백을 강요당하지 않을 권리"이고, 둘째는 "자신에 불리한 증인을 신문하거나 신문받도록 하고, 또한 대등한 조건에서 자신을 위한 증인을 출석시켜 신문할 권리"이다.

앞서 언급한 바와 같이 아동권리위원회는, 경찰의 신문에 대해 묵비권을 행사할 경우 10세 이상의 아동에 대한 유죄의 증거로 사용할 수 있도록 한 법률에 관하여 이는 증언 또는 유죄의 자백을 강요당하지 않을 권리와 양립할 수 없다는 이유로 우려를 표명하였다.[57] 이러한 취지에서 국제인권법은 불법적 수단으로 얻은 자백의 사용을 금지하고 있고, 소년사법의 운용에서는 더욱 엄격하게 금지되어야 한다.

"자기에게 불리하게 진술하거나 자백을 하도록 강요당하지 않을 권리"에 관하여는 제7장 3.7을 참조하라.

7.3.6 심사를 받을 권리(right to review)

제40조(2)(b)(v)는 아동이 형법을 위반한 것으로 인정되는 경우 "그 판결 및 그 판결에 따라 부과된 모든 후속 조치들에 관하여, 법률에 따라 권한이 있고 독립적이며 공평한 상급의 당국이나 사법기관에 의하여 심사를 받을 권리"를 가진다고 규정하고 있다. 상급법원에서 상소재판을 받을 권리는 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제17조(2)(c)(iv)에서도 보장된다.

유죄판결에 대하여 상소할 권리는 나아가 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(5), 미주인권협약 제8조(2)(h), 유럽인권협약 제7 추가의정서 제2조에도 포함되어 있다. 다만 유럽인권협약 제7 추가의정서는 경미한 범죄의 경우 예외를 인정한다.

아동권리위원회는 덴마크에게 위 제40조(2)(b)(v)에 대한 유보를 철회하도록 권고하였는데, 위 유보로 말미암아 일정한 경우 상소권의 제한이 정당화되기 때문이다.[58]

---

56) UN doc. CRC/C/15/Add.66, *Concluding Observation: Bulgaria*, para. 34.
57) UN doc. CRC/C/15/Add 34, *Concluding Observation: United Kingdom*, paras. 20 and 34.
58) UN doc. CRC/C/15/Add. 33, *Concluding Observation : Denmark*, paras. 8 and 16

[**추록**: 덴마크는 2005년까지 상소권을 규정한 위 제40조에 관한 기존의 유보 범위를 줄이는 몇 가지 조치를 시행하였으나, 아동권리위원회는 유보를 완전히 철회할 것을 권고하였다(CRC/C/153, paras. 480-481).]

7.3.7 무료 통역을 지원받을 권리

아동권리협약 제40조(2)(b)(vi)에 따르면 아동은 "사용되는 언어를 이해하지 못하거나 말하지 못하는 경우, 무료통역을 지원받을" 권리를 가진다. 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제17조(2)(c)(ii)에도 동일한 내용이 포함되어 있다.

이 규칙은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3)(f), 미주인권협약 제8조(2)(a), 유럽인권협약 제6조(3)(e)와 같은 다른 국제인권조약에도 이미 존재한다. 이 규칙은 다른 언어를 사용하는 아동뿐만 아니라 장애를 가진 아동에게도 중요하다.[59]

7.3.8 사생활을 존중받을 권리

기소된 아동은 "사법절차의 모든 단계에서 사생활을 충분히 존중받을 권리"를 가진다[제40조(2)(b)(vii)]. 이 권리는 베이징규칙의 규칙 8에서 더욱 발전되었는데, 이에 따르면 "낙인(labelling) 과정 또는 부당한 공표 과정에서 아동에게 해가 발생하는 것을 방지하기 위하여, 아동의 사생활은 모든 단계에서 존중되어야 한다." 원칙적으로 아동 범죄자의 신원을 파악할 수 있는 어떠한 정보도 공표되어서는 아니 된다(규칙 8.1 및 8.2).

*주석서*에서 설명한 것처럼, 위 규칙은 "아동의 사생활 보호의 중요성을 강조하고 있다. 소년들은 특히 낙인화에 민감하다. 낙인 과정에 대한 범죄학적 연구 결과, 아동을 영구적으로 '비행 소년' 또는 '범죄자'로 가리킬 경우 (다양한 종류의) 해로운 영향을 미친다는 증거가 제시된 바 있다."[60] 둘째, 규칙 8은 "사건에 관한 정보(예컨대, 범죄혐의를 받고 있거나, 유죄판결을 선고받은 아동 범죄자의 성명)를 대중매체에 공개하여 초래되는 부정적인 영향으로부터 아동을 보호하는 것의 중요성을 강조하고 있다." 따라서 "적어도 원칙적으로, 해당 아동 범죄자의 이익을 보호 · 유지해 주어야 한다."[61]

---

59) *Implementaiton Handbook*, p.549.

60) *Human Rights- A Compilation of International Instrument*, p.362.

61) Ibid., loc. cit.

아동의 사생활 보호가 필요한 경우, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1), 미주인권협약 제8조(5), 유럽인권협약 제6조(1)에 특히 확립되어 있는 재판절차 공개 원칙의 예외를 인정하는 것이 정당화된다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1)는 이러한 예외를 이미 예상하고 있는데, 이에 따르면 "민주사회에 있어서 … 도덕을 이유로 하거나 또는 당사자들의 사생활 보호를 위하여 필요한 경우, … 보도기관이나 공중에게 재판의 전부 또는 일부를 공개하지 않을 수 있다." 나아가 위 규정은 "형사소송 기타 소송에서 선고되는 판결은 미성년자의 이익을 위하여 필요한 경우 또는 당해 절차가 혼인관계의 분쟁이거나 아동의 후견문제에 관한 경우를 제외하고는 공개된다."라고 정하고 있다.

유럽인권협약 제6조(1)은 판결 선고의 공개에 관하여 아동 피고인의 경우를 상정한 예외를 두고 있지는 않다. 그러나 "미성년자의 이익이나 당사자의 사생활 보호를 위하여 필요한 경우 또는 법원의 견해로 공개가 사법상의 이익(interests of justice)을 해한다고 볼 특별한 사정이 있다고 인정되는 경우, 엄격하게 필요한 한도 내에서" 비공개(*in camera*) 심리를 허용하고 있다. 미주인권협약 제8조(5)는 "형사소송절차는 사법상의 이익을 보호하기 위하여 필요한 경우를 제외하고는 공개해야 한다."라고 규정하고 있어서 재판의 공개 원칙에 관하여 보다 간결하게 규정하고 있다. 재판을 비공개로 진행하는 것이 대부분 아동의 최선의 이익에 부합한다고 보기 때문에, 미주인권협약 제8조(5)에 이러한 점이 논리적으로 포함되어 있다고 할 수 있다. 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제17조(2)(d)는 "당사국은 재판이 보도기관과 공중에게 공개되지 못하도록 막아야 한다."라고 단정적으로 규정하고 있기도 하다.

*****

아동의 사생활을 보호하기 위하여, 베이징규칙의 규칙 21은 ***아동 범죄자 사건의 기록 취급***에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

> "21.1 아동 범죄자 사건의 기록은 엄격하게 비밀로 유지되어야 하고 제3자에게 공개되어서는 아니 된다. 그 기록에 대한 접근은 사건의 처리에 직접 관련된 사람 또는 그 밖의 절차에 따라 권한을 부여받은 사람으로 한정되어야 한다.
>
> 21.2 아동 범죄자 사건의 기록은 그 후 성인이 된 아동의 다른 사건에서 이용되어서는 아니 된다."

*주석서*에 따르면 위 규칙은 "기록이나 서류에 관하여 충돌하는 여러 이익들, 즉

통제를 늘리고자 하는 경찰, 검찰 기타 관련 당국의 이익과, 아동 범죄자의 이익 사이에서 균형을 이루기 위한 시도"이다.[62] "그 밖의 절차에 따라 권한을 부여받은 사람"에는 "일반적으로 연구자(researcher)가 포함된다."[63]

1995년 11월 개최된 아동권리위원회 소년사법의 운용에 관한 일반토의 보고서에서 아동권리위원회는 "전과기록 및 언론보도 가능성을 포함하여, 아동의 사생활은 절차의 모든 단계에서 충분히 존중되어야 한다."라고 강조했다.[64]

*****

위 규정에서 본 바와 같이 기소된 아동이 형사절차 내에서 사생활을 보호받을 권리는 매우 큰 영향력을 갖는 권리이고, 성인 범죄자보다 높은 수준의 보호를 받는다.

범죄혐의를 받고 있거나, 이로 인하여 기소된 아동은 적법절차를 완전히 보장받을 권리를 가진다. 특히 모든 아동은 다음의 권리를 가진다.

- *법적 절차 진행 과정에서 자신의 최선의 이익이 고려되고, 자신의 향후 사회복귀를 촉진할 수 있도록 대우받을 권리*
- ***죄형법정주의** 원칙을 적용받을 권리*
- *무죄로 추정될 권리*
- *지체 없이 정보를 고지받고 법적 조력을 받을 권리*
- *자신에게 공정한 심문절차를 보장하는 권한 있고 독립적이며 공평한 당국 또는 사법기관을 통하여 **지체 없이** 재판을 받을 권리*
- *자기부죄 거부의 권리, 검찰과 동일한 조건에서 증인을 신문하거나 증인신청을 할 권리*
- *상소할 권리*
- *필요한 경우 언제든 무료 통역을 지원받을 권리*
- *사생활을 존중받을 권리*

62) Ibid. p.373.

63) Ibid., p.374

64) UN doc. CRC/C/46, *Report on the tenth session(1995)*, para. 227.

8. 아동과 자유의 박탈

아동의 신체의 자유를 박탈할 경우 아동에게 특별한 문제가 발생할 수 있다. 왜냐하면 아동은 아직 매우 예민한 성장기에 있기 때문에, 구금으로 말미암아 가족과 떨어지게 되면 회복할 수 없는 심각한 심리적 부작용을 겪을 수 있기 때문이다. 이러한 이유에서 국제인권법은 아동의 자유의 박탈을 최소화하려 한다. 또한, 이러한 이유에서 국제인권법은 아동의 자유 박탈로 인한 악영향을 줄이기 위하여 아동의 최선의 이익에 근거를 둔 특별 규정들을 마련하였다. 이 장에서 참조할 주된 법원(法源)으로는 아동권리협약, 자유를 박탈당한 소년의 보호에 관한 유엔규칙(the United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty, 이하 '유엔규칙'이라 한다), 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 등이 있다. 비록 위 유엔규칙이 회원국 정부에 대하여 바로 구속력을 갖지는 않지만, 위 유엔규칙에 포함된 규칙 중 상당수는 아동권리협약에도 포함되어 있는 것이거나, "아동권리협약에 명문화된 권리의 단면"에 해당하기 때문에 구속력을 가진다.[65]

이 장이 주로 범죄 혐의를 받는 아동에 관한 것이기는 하지만, 이하의 규칙들은 자유박탈의 근거로 제시된 이유(범죄 혐의, 아동의 복리, 정신건강상 이유, 기타 이유)가 무엇인지 관계없이 모든 형태의 자유 박탈에 적용된다.

8.1 자유 박탈의 의미

아동권리협약 제37조에는 아동과 소년에게 적용되는 자유 박탈의 개념이 정의되어 있지는 않지만, 유엔규칙의 규칙 11(b)는 다음과 같이 규정한다.

> "자유의 박탈이란, 사법기관이나 행정기관 또는 다른 공적기관의 명령에 의하여, 사람을 억류 또는 구금하거나, 공적, 사적 감금 상황에 인치하는 것으로서, 대상자가 임의로 그 장소를 벗어나는 것이 허용되지 않는 상태를 의미한다."

따라서 유엔규칙은 "그 시설의 종류가 무엇이든, 모든 형태의 자유 박탈에 적용된다."[66]

65) *The United Nations and Juvenile Justice: A Guide to International Standards and Best Practice*, 24면, para 243.

66) Ibid., para. 240.

8.2 자유의 박탈: 최후의 수단

아동의 권리에 관한 협약 제37조(b)는 우선 "어떠한 아동도 위법하거나 자의적으로 자유를 박탈당하지 아니한다."라고 규정한다. 다음으로 위 조항은 이와 관련하여 다음과 같이 세부적으로 규정하고 있다.

> "아동의 체포, 억류, 구금은 법률에 따라 행해져야 하고, 오직 최후의 수단으로서만, 그리고 필요최소한의 기간 동안 사용되어야 한다."

따라서 국제적 기준에 부합하기 위하여 아동의 자유 박탈은 다음 요건을 충족하여야 한다.

- ❖ 합법적이어야 하며, 자의적이어서는 아니 된다.
- ❖ 최후의 수단으로 부과되어야 한다. 즉, 당해 아동에 대하여 당국이 취할 수 있는 적절한 다른 조치가 없어야 한다.
- ❖ "필요최소한의 기간" 동안만 지속되어야 한다.

아동의 자유 박탈이 최후의 수단이 되어야 한다는 규칙은 유엔규칙의 규칙 1, 2에서도 확인된다. 나아가 규칙 2에 의하면 자유의 박탈은 "필요 최소한의 기간이어야 하고, 예외적인 경우에만 행해져야 한다." 마지막으로, 위 규칙에 따르면 제재 기간은 사법기관에서 정해야 하고, 조기 석방 가능성을 배제하여서는 아니 된다."

소년사법의 운용에 관한 일반토의 보고서에서 아동권리위원회는 "자유의 박탈, 특히 재판 전 구금은 절대로 위법하거나 자의적이어서는 아니 되고, 다른 모든 대안이 부적절하다고 증명된 경우에 한하여 사용되어야 한다."라는 점을 강조하였다.[67] 당사국들의 보고서를 검토하는 과정에서 아동권리위원회는, (제도적으로) 자유의 박탈이 최후의 수단으로서,[68] 필요최소한의 기간 동안만[69] 이루어지지 않은 점에 대하여 여러 차례 우려를 표명하였다. 또한, 아동권리위원회는 "검사의 재량에 따라 소년 피구금자에 대한 재판 전 구금 기간을 연장할 수 있는" 러시아 연방의 상황에 우려를 표명하였다.[70] 이러한 우려와 더불어, 아동권리위원회는 자유의 박탈을 대체할 조치를 개발하

67) UN doc. CRC/C/46, *Report on the tenth session(1995)*, para. 227.

68) 참고로 예를 들면, 베네수엘라에 관하여, UN doc. CRC/C/90, *Report on the twenty-second session(1999)*, para. 61(b) 그리고 멕시코에 관하여, ibid., para. 192(b).

69) 이라크에 관하여, UN doc. CRC/C/80, *Report on the nineteenth session(1998)*, para. 86.

70) UN doc. CRC/C/90, *Report on the twenty-second session(1999)*, para. 130.

려는 노력을 강화하고, 증진하여야 필요성을 강조하였다.[71]

유엔규칙의 규칙 30에 의하면, "보안 조치(security measure)가 없거나 최소한으로만 이루어지는 개방형 구금시설(open detention facilities)을 설치하여야 한다. 또한, 그러한 구금시설에는 가급적 적은 인원만 수용해야 한다. 폐쇄형 구금시설에 구금된 소년의 수는 개별적 처우가 가능할 정도로 적어야 한다."

아동권리협약 제2조에 부합하도록 자유의 박탈은 차별 없이 시행되어야 한다.

8.3 자유가 박탈된 아동의 권리

앞서 제5장부터 제7장에 걸쳐 설명한 피구금자의 인권은 아동에게도 인정되지만, 체포, 억류, 구금된 아동은 어린 나이를 고려하여 추가적인 권리를 가진다. 즉 당해 아동의 개별적인 필요에 따라 처우를 조정해야 한다. 즉, 아동에 대한 처우는 항상 아동의 최선의 이익을 실현할 수 있도록 정해져야 한다.

8.3.1 인도적인 처우를 받을 권리

아동권리협약 제37조(c)는 "자유를 박탈당한 모든 아동은, 인도주의와 인간 고유의 존엄성에 대한 존중에 입각하여, 그리고 ***그들의 연령상의 필요를 고려하여 처우를 받아야 한다.***"라고 규정하여, 아동에 대한 부당한 처우를 금지하고 있는 제37조(a)를 보완한다(강조는 추가됨). 인도적인 처우를 받을 적극적 권리는, 일반적으로 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(1)과 미주인권협약 제5조(2)에서도 명시적으로 보장하고 있는 것이다. 한편, 아동의 권리와 복지에 대한 아프리카 헌장 제17조(1)는 앞서 살펴본 것처럼, "형사피고인이나 유죄판결을 받은 모든 아동은 자신의 존엄과 가치에 상응하는 방식으로, 그리고 당해 아동이 다른 사람의 인권과 기본적인 자유를 존중할 수 있도록 하는 방식으로 특별한 처우를 받을 권리를 가진다."라고 규정한다.

8.3.2 성인들로부터 격리될 권리

이 점에 관하여 협약 제37조(c)는 "특히, 자유를 박탈당한 모든 아동은, 성인들

71) 페루에 관하여, UN doc. CRC/C/94. *Report on the twenty-third session(2000)*, para. 381(c) 그리고, 온두라스에 관하여, UN doc. CRC/C/87. *Report on the twenty-first session(1999)*, para. 130.

로부터 격리되지 아니하는 것이 아동의 최선의 이익에 합치한다고 생각되는 경우를 제외하고는 성인으로부터 격리되어야 한다."라고 규정한다. 한편, 아동의 권리와 복지를 위한 아프리카 헌장 제17조(2)(b)는, 당사국은 "아동이 피구금 장소에서 성인들로부터 격리될 것을 … 보장하여야 한다."라고 규정한다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(2)(b)는 "미성년 피고인은 성인과 격리되어야 하고, 가능한 신속하게 재판에 회부되어야 한다."라고 규정한다. 이 점에서 미주인권협약 제5조(5)는 "형사소송에 계속 중인 미성년자는 성인과 격리되며, 가능한 한 신속하게 특별법원에 회부되며, 미성년자로서의 지위에 알맞은 처우를 받는다."라고 규정한다.

*****

아동권리위원회는, 구금 과정에서 아동을 성인들로부터 격리시킬 의무를 부과하고 있는 협약 조항에 관하여 일부 당사국이 유보를 하기로 한 점에 대하여 우려를 표명하면서, 유보를 철회할 것을 권고하였다.[72] 또한, 아동권리위원회는 아동이 성인과 함께 구금된 사안에서 여러 차례 우려를 표명한 바 있다.[73] 아동권리위원회는 스웨덴에 "아동의 최선의 이익 이념과 구금조치에 대한 대체 수단을 감안하여, 아동이 성인들로부터 격리되는 것을 보장할 수 있도록 더 많은 노력을 기울일" 것을 제안하였다.[74] 아동권리위원회는 요르단에서 아직 재판을 받지 않은 아동들이 유죄판결을 받은 수용자들과 같은 장소에 수용되어 온 사실에 개탄한 바 있다.[75] 아동권리위원회의 이러한 입장에 의하면, 아동이 성인들로부터 격리되어야 한다는 요건은 정신치료시설을 포함한 ***모든 구금시설***에 적용되어야 한다.[76]

*****

고문방지위원회는 미국의 아동들이 "통상적인 교도소 수용자들과 함께 구금되지 않도록 할 것을" 권고하기도 하였다.[77]

---

72) 예를 들면, UN doc. CRC/C/15/Add.37, *Concluding Observation: Canada*, paras. 10 and 18.

73) Guinea에 관하여, UN doc. CRC/C/84, *Report on the twentieth session(1999)*, para. 126; 볼리비아에 관하여, UN doc. CRC/C/80, *Report on the nineteenth session(1998)*, para. 117 그리고 멕시코에 관하여, UN doc. CRC/C/90, *Report on the twenty-second session(1999)*.

74) UN doc. CRC/C/15/Add 2. *Concluding Observation: Sweden*, para. 12.

75) UN doc. CRC/C/15/Add.21, *Concluding Observation: Jordan*, para 16.

76) UN doc. CRC/C/15/Add.53, *Concluding Observation: Finland*, paras 16 and 27.

77) UN doc. *GAOR*, A/55/44, p.32, para. 180(c)

*****

이에 더하여 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(2)(a)에 의하면, 피고인은 "예외적인 사정이 있는 경우를 제외하고는 기결수와 격리되어야 하고, 또한 유죄판결을 받고 있지 아니한 자로서의 지위에 맞는 별도의 처우를 받아야 한다."라고 규정한다. 유사한 규정이 미주인권협약 제5조(4)에도 포함되어 있다. 유엔규칙의 규칙 17은 "아직 재판을 받지 않은 피구금자는, 유죄판결을 받은 아동으로부터 격리되어야 한다."라고 규정한다.

[**추록**: 캐나다는 2003년까지 새로운 범죄예방 입법을 하면서 사법절차의 대안절차를 마련한 바 있다. 그러나 아동권리위원회는 "14세의 아동에 대해서도 성인에 적용되는 유죄판결을 확장하여 적용하고 있는 점, 구금중인 미성년자의 수가 문명국 중 가장 높은 점, 아동과 성인 범죄자를 구금시설에 함께 수용하는 것이 여전히 허용되고 있는 점, 아동 범죄자의 범죄정보 공개가 가능하고 그 신원도 공개될 수 있는 점"에 관하여 지속적으로 우려를 표명하였다.

한편 아동권리위원회는 2005년에 볼리비아가 범법행위를 한 아동에게 적용되는 법령을 개선한 것을 환영한 바 있다. 그러나 아동권리위원회는 소년사법제도의 "실무상 결점들 즉, 재판 전 구금 및 기타 종류의 구금을 대체할 적절한 수단의 부재, 경찰서나 다른 시설에 구금된 아동의 열악한 처우, 재판 전의 과도한 구금기간, 서면 답변에 의하면 18세 미만의 수천 명의 미성년자가 성인과 함께 구금되어 있는 것으로 알려진 점 등"에 관하여 우려를 표명하였다(CRC/C/146, para. 660).]

8.3.3 가족들과 접촉을 유지할 권리

협약 제37조(c)에 의하면, 자유가 박탈된 모든 아동은 "예외적인 경우를 제외하고는, 서신과 방문을 통하여 가족과의 접촉을 유지할 권리를 가진다."라고 규정한다. 여기서 예외적인 경우에 해당하는지 여부는 협약에 내포된 기본적 원칙들, 특히 아동의 최선의 이익 이념에 비추어 검토하여야 한다.[78)]

아동권리위원회는 아동이 구금 기간 동안 부모 및 가족들과 접촉할 권리를 제대로 보장받지 못한 몇몇 사례에서 우려를 표명한 바 있다.[79)] 예를 들어, 아동권리위원회는 아프리카 서부의 베냉(Benin) 정부에 "소년사법절차를 거치는 기간 동안 해당

78) *Implementation Handbook*, p.502 참조

79) UN doc. CRC/C/15/Add.4, *Concluding Observations: Russian Federation*, para. 14 and UN doc. CRC/C/15/Add. 61, *Concluding Observations: Nigeria*, para. 23.

아동이 가족과 접촉할 권리를 보장할 것을" 권고한 바 있다.[80]

유엔규칙의 규칙 59 내지 62는 구금 · 억류된 아동이 가족과 친구를 포함하여 더 넓은 범위의 사람들과 접촉할 권리에 관하여 더욱 상세한 지침을 담고 있다.

8.3.4 신속하게 법률적 구조를 받고, 구금에 대하여 이의제기할 권리

아동의 권리에 관한 협약 제37조(d)는 다음과 같이 규정한다.

> "자유를 박탈당한 모든 아동은 신속하게 법률적 및 그 밖의 적절한 구조에 신속하게 접근할 권리를 가짐은 물론 법원이나 그 밖에 권한 있고 독립적이며 공평한 당국 앞에서 자신에 대한 자유박탈의 적법성에 관한 이의를 제기할 권리와 이러한 이의에 관하여 신속한 결정을 받을 권리를 가진다."

이에 더하여 유엔규칙의 규칙 18(a)는, 소년은 "가능한 경우 무료 법률 조력을 신청할 수 있어야 하고, 법률 조력인과 정기적으로 의사소통할 수 있어야 한다. 이러한 의사소통은 사생활과 비밀로 유지되어야 한다."라고 규정한다.

법률적 조력을 받고 자유의 박탈에 대하여 이의제기할 기본권에 관해서는 제5장 제6, 7절에서 상세히 살펴보았으므로 여기서는 반복하지 않는다. 그러나 아동권리협약 제37조(d)와 일반적인 국제인권법 규정들 사이에는 두 가지 차이점이 있다. 첫째, 제37조(d)는 "법률적 ***및*** 그 밖의 적절한 구조"(강조는 추가됨)이라고 규정하는바, 여기서 '그 밖의 적절한 구조'이라는 문구를 통해, 예컨대, 소년이 특히 신뢰하는 사회의 조력자를 포함시킬 수 있다. 변호사의 법률적 조력에 더하여 이러한 조력자의 도움을 받는 것이 아동에게 최선의 이익이 될 수 있는 것이다.

두 번째 차이점은 자유 박탈의 적법성에 대하여 이의제기할 권리와 관련된다. 예를 들어, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(4)에 따르면, 자유박탈의 적법성에 관한 결정은 반드시 "법원"이 하여야 한다. 반면 아동권리협약 제37조(d)에 의하면, "법원 ***또는*** 그 밖에 권한 있고 독립적이며 공평한 기관"(강조는 추가됨)이 이러한 결정을 하게 된다. 베이징규칙의 규칙 10.2.도 이에 관한 규정을 두고 있는데, 이에 의하면 "법관 또는 권한 있는 공무원이나 기관은" 소년이 체포되었을 때 "석방 여부를 지체 없이 판단하여야 한다." 이 규정의 *주석서*에 의하면, "권한 있는 공무원이나 기관"이라는 문구는 "체포된 사람을 석방할 권한을 갖는 지역 위원회나 경찰 당국

80) UN doc. CRC/C/87, *Report on the twenty-first session(1999)*, para. 165.

을 포함하여, 가장 넓은 의미의 사람 또는 기관"을 가리킨다.[81]

그러나 지역 위원회나 경찰 당국이 구금의 적법성 및/또는 해당 소년의 석방을 결정하기 위해 필수적으로 갖추어야 할 요건인 독립성이나 공정성을 갖추고 있는지는 의문이다.

*****

아동권리위원회는 멕시코에서 소년들이 "법률적 조력을 충분히 받지 못하고 있는" 점에 대하여 우려를 표명하였다.[82]

8.3.5 아동과 구금의 일반적인 환경

억류 · 구금된 아동의 필요에 맞추어 개별적인 처우를 제공해야 할 국가의 의무는, 아동권리협약 전체를 관통하고 있는 "최선의 이익" 접근방식을 표현한 것이다. 소년사법제도가 "소년의 권리와 안전을 옹호하고, 육체적 · 정신적 복리를 증진하여야 한다."(유엔규칙의 규칙 1)는 점과, 나아가 관련된 법적 규칙 전체가 "모든 형태의 구금이 갖는 악영향을 완화하고, 사회로의 통합을 촉진하는 것을" 목적으로 하는 것(유엔규칙의 규칙 3)임을 고려하면, 이러한 규정은 근본적으로 합리적인 것이다.

나아가 이처럼 특히 아동 중심의 접근방식은, "시설에 구금된 소년이, 자신의 건강과 자존감을 유지 · 촉진하고 책임감을 길러주며 나아가 사회구성원으로서의 잠재력을 개발하는 데에 도움이 되는 태도 · 기술을 장려하는 유의미한 활동과 프로그램의 혜택을 보장받아야 한다."라는 점을 시사한다(유엔규칙의 규칙 12).

게다가 아동권리협약 제24조(1)에 따르면, 아동은 "도달 가능한 최상의 건강수준과 질병치료 및 건강회복을 위한 의료시설"을 누릴 권리를 가진다. 나아가 당사국은 "어떠한 아동도 건강관리지원의 이용에 관한 권리를 박탈당하지 않도록" 노력하여야 한다. 따라서 위 규정은 구금된 아동에게도 적용된다. 나아가 유엔규칙의 규칙 31은 "자유를 박탈당한 소년은, 건강과 인간의 존엄에서 유래한 조건들을 모두 만족시키는 시설 및 처우를 받을 권리가 있다."라고 규정한다. 위 유엔규칙은 의료서비스(규칙 49~55)뿐만 아니라 물리적 환경과 수용시설(규칙 31~37), 교육, 직업훈련 및 작업(규칙 38~46), 휴식(규칙 47)과 종교(규칙 48)에 걸쳐 상세한 규정을 두고 있다.

*****

81) *Human Rights-A Compilation of International Instruments*, p.363

82) UN doc. CRC/C/90, *Report on the twenty-second session(1999)*, para. 192(f)

물론, 억류 또는 구금된 소년이 석방을 준비하는 과정에서 ***교육을*** 받을 수 있는지의 문제가 특히 중요하다. 이 점에 관하여 유엔규칙의 규칙 38은 다음과 같이 규정한다.

> "의무교육을 받아야 할 나이의 모든 소년은 그의 필요와 학습능력에 맞고, 사회복귀를 위하여 고안된 교육을 받을 권리를 가진다. 그러한 교육은 가능하면 언제나 구금시설 밖에 있는 지역사회 학교에서 이루어져야 하고, 모든 경우에 자격을 갖춘 교사들에 의하여 국가의 교육 제도에 맞추어진 프로그램을 통해 이루어져야 한다. 그래야만 석방 이후 소년이 어려움 없이 학업을 이어갈 수 있기 때문이다. 구금시설의 관리자는 외국 출신의 소년이나 문화적 · 인종적 특성에 따른 특유의 필요가 있는 소년을 교육하는 경우 더욱 특별한 주의를 기울여야 한다. 문맹이거나, 인지 및 학습능력에 장애가 있는 소년은 특수교육을 받을 권리를 가진다."

의무교육을 받아야 할 나이를 ***이미 지난*** 소년이 계속 교육을 받기 원하는 경우, "계속 교육을 받도록 허용되고 장려되어야 하며, 적절한 교육 프로그램을 제공하기 위하여 모든 노력을 기울여야 한다"(유엔규칙의 규칙 39). 너무 당연한 것이지만, "구금기간 동안 소년이 받은 학위증명서나 교육훈련이수증명서에는 그 소년이 시설에 수용되어 있었던 사실이 기재되어서는 아니 된다"(유엔규칙의 규칙 40).

자유가 박탈된 소년은 "장래의 취업에 도움이 될 만한 직업군에 관한 직업훈련을 받을 권리를 가진다"(규칙 42). 그리고 "직업에 대한 적절한 선별과 시설관리상 요청을 충분히 고려하여, 소년은 자신이 수행할 작업의 종류를 선택할 수 있어야 한다"(규칙 43).

구금된 아동과 소년의 교육받을 권리를 자유박탈 기간 ***내내*** 보장하는 것은 매우 중요하다.

******

아동권리위원회는 억류 또는 구금된 동안 소년들이 받는 처우 및 구금의 일반적인 환경, 특히 러시아 연방 내의 교육시설의 환경에 관하여 자주 우려를 표명하였다.[83] 또한, 구금시설이 지나치게 과밀하다는 점도 자주 지적된다.[84]

마찬가지로 아동권리위원회는, 소년의 육체적 · 정신적인 회복과 사회 재통합을

83) 러시아 연방에 관하여, UN doc. CRC/C/90, *Report on the twenty-second session(1999)*, para. 130. 참조

84) 남아프리카공화국에 관하여, UN doc. CRC/C/94, *Report on the twenty-third session(1999)*, para. 455. 그리고 벨리즈에 관하여, UN doc. CRC/C/84, *Report on the twentieth session(1999)*, para. 89.

위한 시설 및 프로그램이 부족한 것에 관하여 반복하여 우려를 표명하였다.[85] 이러한 시설 및 프로그램은 사법의 운용을 위한 모든 제도의 기초로 된다.

8.3.6 아동의 권리와 징계조치

자유를 박탈당한 소년에 대한 징계조치가 "안전과 질서정연한 공동체 생활이라는 이익"을 유지하기 위한 경우에는 적법하지만, 징계조치는 "소년 고유의 존엄, 구금시설 수용의 근본적 목표, 즉 정의 관념의 교육, 자존감과 모든 사람의 기본적 권리에 대한 존중의 고취에 부합하여야 한다"(유엔규칙의 규칙 66). 유엔규칙의 규칙 67에 의하면, 다음의 조치들은 "엄격하게 금지되어야 한다."

- 잔인하고, 비인도적이며, 굴욕적인 처분에 해당하는 조치
- 체형
- 어두운 방에의 수용
- 폐쇄된 방 또는 독방에의 수용
- 해당 소년의 육체적 · 정신적 건강을 해칠 우려가 있는 모든 처벌

또한, 다음의 조치들 역시 "금지되어야" 한다.

- "어떤 목적으로든" 식사 배급량을 줄이거나 가족들과 만날 수 없도록 하는 조치
- 작업. 왜냐하면 작업은 "소년이 사회복귀를 준비함에 있어서 교육을 위한 수단 및 소년의 자존감을 높여주는 수단이어야 하고, 징계로써 부과되어서는 아니 되기 때문임"
- 동일한 위반 행위에 대하여 두 가지 이상의 징계를 부과하는 행위
- 연대책임에 근거한 집단 징계

국가는 "소년의 근본적 특성, 필요, 권리를 충분히 고려하여" 다음 사안들에 대한 규범을 정립하는 법령을 입법하여야 한다. (1) 징계의 대상이 되는 행위, (2) 징계의 종류 및 기간, (3) 징계를 부과할 권한을 갖는 기관, (4) 징계에 대한 이의신청을 심사할 기관 (규칙 68)

"유효한 법령상 요건이 엄격하게 충족되고, 당해 소년이 완전히 이해할 수 있도

85) 베넹에 관하여, UN doc. CRC/C/87, *Report on the twenty-first session(1999)*, para. 165(f). 참조

록 적절한 방법으로 징계 혐의가 통보되고, 당해 소년이 자신을 변호할 적절한 기회를 제공받은 후에만" 소년에 대하여 징계를 할 수 있다. 소년은 "징계에 대하여 권한 있는 공정한 기관에 이의제기할 권리"를 가져야 하고, "징계 절차의 모든 내용이 기록으로 보존되어야 한다"(규칙 70).

*****

아동권리위원회는 소년사법제도에서 채찍질(whipping)과 같은 체형 사용을 근절할 것을 그레나다에 권고하였고, 예멘의 "구금시설 내에서 태형(flogging)을 포함한 체형이 이루어지고, 고문이 자행된 점"에 관하여 특히 우려를 표명하였다.[86] 위 사례에서 육체적 가혹행위가 징계로써 가해진 것인지 형벌로써 가해진 것인지 분명하지는 않지만, 어느 경우이든 위와 같은 조치는 위법하다. 아동권리위원회는 "짐바브웨에서 소년들에 대한 징계 방법으로 채찍질을 허용하는 점"에 관하여 우려를 표명하였다.[87]

체형의 문제에 대하여는 이 매뉴얼의 제8장 2.3.3.을 참고하라.

[**추록**: 아동권리위원회는 2005년 예멘에서 "공식적으로는 금지하고 있음에도, 아직도 학교에서 체형이 징계의 일환으로 이루어지고 있는 점"과, "태형을 포함한 체형이 아직도 형벌의 일종으로 허용되고 있는 점"에 관하여 다시 우려를 표명하였다.

아동권리위원회는 같은 해, "중국이 18세 미만의 나이에 범죄를 저지른 범죄자에 대한 사형제도를 폐지한 것"을 환영하면서, 흔치는 않겠지만 여전히 무기징역을 선고받을 수 있다는 점에 대해서는 우려를 표명하였다(CRC/C153, para. 370).]

소년의 자유박탈은 최후의 수단으로 사용되어야 한다. 즉, 당해 아동에 대하여 취할 적절한 다른 조치가 없는 경우여야 한다.

자유를 박탈당한 아동은, 자신의 고유한 필요를 고려한 방식에 따라 인도적으로 대우받을 권리를 가진다.

자유를 박탈당한 아동은 성인과 격리 구금되어야 한다. 또한, 유죄판결을 받기 전에는 유죄판결을 선고받은 수용자와 함께 구금되어서는 아니 된다.

자유를 박탈당한 아동은 가족과 정기적으로 접견 · 교통할 권리를 가진다. 다만 그러한 접견 · 교통이 아동의 최선의 이익에 부합하지 않는 경우에는 예외이다.

86) Grenada에 관하여, UN doc. CRC/C/94, *Report on the twenty-third session(2000)*, para. 412(b) (채찍질). 그리고 예멘에 관하여, UN doc. CRC/C/84, *Report on the twentieth session(1999)*, para. 184(체벌, 태형, 구금시설에서의 고문)

87) UN doc. CRC/C/15/Add. 55, *Concluding Observation: Zimbabwe*, para. 21.

자유를 박탈당한 아동은 법률적 조력에 신속하게 접근할 권리를 가지고, 법원 기타 권한 있고 독립적이며 공평한 기관 앞에서 자신에 대한 구금의 적법성에 관하여 이의제기할 권리를 가진다.

자유를 박탈당한 아동은, 자신의 육체적 · 정신적 복리를 증진시키고 사회로의 재통합을 촉진시킬 수 있는 구금 환경을 제공받을 권리를 가진다. 이 점에서, 자유를 박탈당한 기간 동안 ***계속적인 교육을*** *실질적으로 받을 수 있도록 하는 것은 모든 사법 운용의 기초이다.*

자유를 박탈당한 아동은 체벌이나 독방수용 등과 같은 징계를 받아서는 아니 된다.

징계 조치는 아동 고유의 존엄성을 존중하여야 한다.

9. 아동의 권리와 형사제재

국제인권법은 범죄를 저질러 유죄판결을 받은 아동에게 부과할 수 있는 형사제재의 종류에 일정한 제한을 두고 있다. 예를 들어, 아동권리협약 제37조(a)는 "사형 또는 석방의 가능성이 없는 종신형은 18세 미만의 사람이 범한 범죄에 대하여 과하여져서는 아니 된다."라고 규정한다.

사형에 관하여, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조(5)는 "18세 미만의 사람이 범한 범죄"에 대하여 사형을 부과하는 것을 금지한다. 지역적 차원에서는, 미주인권협약 제4조(5)에서 "범죄를 저지를 당시 18세 미만이었던 사람에 대하여" 사형을 부과하는 것을 금지하고 있다.

석방 가능성 없는 종신형의 금지에 관하여 살펴본다. 아동권리협약 제37조(b)에 의하면 아동의 억류 · 구금은 "오직 최후의 수단으로 사용되어야 하고, 필요최소한의 기간 동안만 사용되어야 한다는" 점을 고려하면, 석방 가능성 없는 종신형의 금지는 매우 타당한 원칙이라 할 것이다. 종신형은 이러한 이유로 위 원칙에 반하고, 사회복귀를 위하여 아동에게 심리적 회복 기회를 부여해야 함을 시사하는 아동의 최선의 원칙 이념에도 반한다(특히 아동권리협약 제39조 참조). 아동의 구금기간은 가급적 단기여야 한다는 원칙과 어긋나지 않도록 아동권리위원회는 짐바브웨에서 "석방 가능성 없는 종신형과 부정기형 선고가 법률을 통해 명확히 금지되지 않고 있는 점"에 관하여 우려를 표명하였다.[88]

이와 유사하게, 아동권리위원회는 법률에서 ***사형*** 부과를 명확히 금지하고 있지

88) Ibid., loc. cit.

않았던 사례와,[89] 16~18세 사이의 청소년을 "성인과 마찬가지로 재판하고, 그들에게 사형이나 종신형을 선고할 수 있도록 법률에서 허용하고 있었던 사례"에 관하여 우려를 표명하였다.[90] 또한, 중국은 16~18세 사이의 청소년들에 대하여 사형 선고를 하되 2년간 유예할 수 있도록 하는 제도를 국내법상 두고 있었는데, 아동권리위원회는 이러한 제도가 "잔인하고, 비인도적이며 굴욕적인 처우 또는 형벌이다."라는 의견을 제시하였다.[91] 또한, 아동권리위원회는 과테말라에서 사형이나 석방 가능성 없는 종신형이 국내법상 금지되지 않은 점에 관하여 "깊은 우려"를 표명하였다.[92]

앞에서 지적한 것과 같이, 채찍질이나 태형과 같은 ***체형*** 역시 특히 아동권리협약과 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 따라 금지된다. 나아가 *Tyrer* 사건에서 유럽인권재판소는 영국 '맨'섬(the Isle of Man)의 소년법원이 명한 체형(회초리로 3회 때리는 형벌)은 유럽인권협약 제3조에서 정한 굴욕적인 처우에 해당한다고 판단하였다(제8장 2.3.3. 참조).

국제인권법은 18세 미만의 자가 저지른 범죄에 대하여 사형을 부과하는 것을 금지한다.

석방 가능성 없는 종신형은 18세 미만의 자에 대하여 부과되어서는 아니 된다.

체형은 국제인권법에 어긋난다.

10. 아동 피고인과 다이버전(Diversion)의 문제

10.1 "다이버전"의 의미

베이징규칙의 규칙 11에 관한 *주석서*에서 설명한 바와 같이, 다이버전(역주 : 'diversion'이라고 함은 형사사건처리의 흐름을 통상의 형사사법절차로부터 이탈 · 회피시키는 것을 말한다. 다시 말하자면, 체포 → 공소제기 → 판결 → 교도소 수용이라고 하는 전통적인 범죄자 처리 절차에서 벗어나 일단 사회에 먼저 복귀시켜 사회 속에서 개선 · 교화시키는 것을 목적으로 하는 일련의 조치를 의미한다. 이하에서는 이를

89) Ibid.

90) UN doc. CRC/C/15/Add. 38, *Concluding Observation: Belgium*, para. 11.

91) UN doc. CRC/C/15/Add. 56, *Concluding Observation: China*, para. 21.

92) UN doc. CRC/C/15/Add. 58, *Concluding Observation: Guatemala*, para. 15.

'다이버전'으로 그대로 번역한다.)의 의미는 "형사사법절차에서 벗어나, 흔히 사회봉사(community support services)로 이를 대신하는 것"을 의미하고, "많은 법체계에서 공식적이거나 비공식적으로 널리 활용되고 있다. 이러한 실무는 소년사법의 후속 절차로 인한 악영향(예컨대, 유죄판결로 인한 낙인 등)을 방지하는 역할을 한다."[93]

아동권리협약 제40조(3)(b)는 다이버전 문제를 다루고 있는데, 다음과 같이 규정하고 있다.

> "3. 당사국은 피의자나 피고인이 된 아동, 또는 유죄로 인정받은 아동에게 특별히 적용될 수 있는 법률, 절차, 기관과 기구의 설립을 촉진하도록 노력하여야 한다.
> ...
> (b) 적절하고 바람직한 경우 인권과 법적 보호 장치가 완전히 존중된다는 조건하에 아동을 사법절차에 의하지 아니하고 다루기 위한 조치."

베이징규칙의 규칙 11.1에서는 대안적 접근방식(alternative approach)을 확인할 수 있다. 이에 의하면, "적절한 경우에는 소년 범죄자들을 권한 있는 기관에 의한 정식 재판절차가 아닌 다른 방법으로 다루는 것을 고려하여야 한다. … "라고 규정하고 있다. 위 규칙의 *주석서*는 "많은 유형의 사례에서는, 불개입(non-intervention), 즉 최초 단계부터 다이버전을 하고 대안적 사회봉사명령[referral to alternative (social) services]도 부과하지 않는 것이 최선의 방안"이라고 설명한다.[94] 특히 "범죄가 경미하고, 가족이나 학교 또는 다른 비공식적인 사회적 통제 기관들이 적절하고 건설적인 방식으로 이미 이에 대응하였거나 대응할 것으로 보이는 경우"에 그러하다.[95]

아동권리협약 제40조(4)는, "아동이 그의 복리에 적합하면서도 그가 처한 환경과 범행에 비례한 방식으로 다루어지고 있다는 점을 보장하기 위하여 이용 가능해야 하는" 비시설수용 조치(non-institutional measures)의 몇 가지 다른 예를 들고 있다. 많은 유형의 상황에서 가장 적절한 대안이 될 불개입 접근방법(non-intervention approach)에 더하여, 언제나 최후의 수단으로 사용되어야 할 형사소송절차를 대신할 수 있도록 다음의 몇 가지 조치가 고안되어야 한다.

❖ 보호

93) *Human Rights- A Compilation of International Instruments*, pp. 364-365.
94) Ibid. p.365.
95) Ibid. loc. cit.

- ❖ 지도 및 감독명령
- ❖ 상담
- ❖ 보호관찰
- ❖ 보호양육(foster care)
- ❖ 교육과 직업훈련 프로그램

실현 가능한 다이버전에 관하여, 베이징규칙의 규칙 11.4는 소년사법절차에 대한 지역사회 기반의 대안 조치의 중요성을 강조한다. 위 규칙은 "소년사건에서 많은 재량권이 인정되는 점에 부합할 수 있도록, 임시적 감독과 지도, 원상회복, 피해자 배상과 같은 지역사회 프로그램들을 갖추려는 노력이 이루어져야 한다."라고 규정한다. 이 규칙에 대한 *주석서*에 따르면, "특히 피해자 배상에 의한 당사자 간 합의를 포함하는 프로그램, 임시적 감독과 지도를 통해 장래의 위법행위를 방지하고자 하는 프로그램이 권장된다. 개별 사건의 구체적인 내용에 따라서는 보다 중대한 범죄를 저지른 경우에도 다이버전이 적절한 조치가 될 수 있다." 예컨대, 소년이 초범이거나, 또는 또래 친구들의 압박(peer pressure)에 못 이겨 범행을 저지른 경우를 들 수 있다.[96]

10.2 다이버전 및 담당 기관

베이징규칙의 규칙 11.2는 "경찰, 검찰 및 소년사건을 처리하는 기타 기관은 정식 심리를 거치지 않고 자신의 재량으로 사건을 처리할 권한을 부여받아야 한다. 다만 각국의 법체계에서 정한 재량의 행사 기준을 지켜야 하고, 베이징규칙에 명시된 여러 원칙에도 부합해야 한다." 이에 따르면, 담당 기관은 "어느 시점에서든 다이버전을 활용할 수 있고," 이를 한 기관이 단독으로 활용하거나, 여러 기관 또는 전 기관이 함께 활용할 수도 있다.[97] 그리고 "반드시 경미한 사건에서만" 소년에 대한 다이버전을 활용할 수 있는 것은 아니므로, 법적 문제를 일으킨 소년을 다룰 때 "다이버전은 중요한 수단이 된다."[98]

10.3 다이버전과 아동의 동의

베이징규칙의 규칙 11.3은 소년을 적절한 지역 봉사기관 및 그 밖의 기관에 위

96) Ibid.
97) Ibid.
98) Ibid.

탁하기 위하여 해당 소년이나 부모, 후견인의 동의를 얻을 것을 요건으로 한다. 하지만 다이버전에 처하기로 하는 결정에 대하여 "불복이 제기된 경우, 권한 있는 기관에서 재심사를 받아야 한다." *주석서*는 권고된 다이버전에 관한 소년 본인, 부모 또는 후견인의 동의 확보의 중요성을 강조하고 있는데, 그 이유 중 하나는 동의 없이 소년을 지역 봉사기관으로 회부하는 다이버전은 국제노동기구(ILO)의 강제노동철폐협약(Abolition of Forced Labour Convention) 위반이 될 수 있기 때문이다.[99] 물론 이와 별개로 다이버전 대상자의 동의는 다이버전이 실효를 거두기 위하여 반드시 필요하다.

그러나 위와 같은 다이버전에 관한 동의에 대하여 이의제기가 불가능하여서는 아니 된다. 왜냐하면, *주석서*에 기재된 바와 같이 "소년이 단순히 자포자기 심정에서 동의하는 경우"도 생각해볼 수 있기 때문이다.[100] 즉, 규칙의 배경에 있는 사고방식은 "다이버전 절차 내의 모든 과정에서 강박과 위협의 가능성을 최소화하도록 주의를 기울여야 한다"는 것이다. 소년은 "(예를 들면, 법정 출석을 피하기 위하여) 다이버전 프로그램에 동의하도록 압박당하고 있다는 느낌을 받아서는 아니 되고, 실제로 압박을 당해서도 아니 된다."[101]

아동권리위원회는 협약 당사국 보고서를 심사하면서, 소년 범죄자에 대하여 자유박탈을 대체할 수 있는 어떤 대안적 조치가 해당 국가에 존재하는지 항상 살피고 있고, 그러한 대안적 조치를 강화할 것을 계속 요청하고 있다.[102]

적절하고 바람직한 경우에는, 소년 범죄자는 통상의 형사절차로부터 벗어나 대안적인 봉사명령과 보호조치를 받아야 한다.

권한 있는 기관은 절차의 어느 단계에서든 이러한 다이버전 조치를 명할 수 있다.

다이버전을 위해서는 해당 소년이나 부모 또는 후견인의 동의를 얻어야 하나, 동의의 의사표시에 찬성하지 않는 사람이 있을 경우 권한 있는 기관에 이의제기할 수 있다.

99) Ibid.

100) Ibid.

101) Ibid.

102) 온두라스에 관하여, UN doc. CRC/C/87, *Report on the twenty-first session(1999)*, para. 130, 쿠웨이트에 관하여, UN doc. CRC/C/80, *Report on the nineteenth session(1998)*, para. 150., 페루에 관하여 UN doc. CRC/C/94, *Report on the twenty-third session(2000)*, para. 381.

11. 소송절차에서 피해자 또는 증인이 된 아동

아동이 소송절차에서 피해자나 증인으로 출석하는 경우 특별한 문제가 야기될 수 있다. 왜냐하면 아동기는 소송을 접하는 것만으로도 트라우마를 받을 수 있을 정도로 민감한 나이이기 때문이다. 그러나 형사소송절차가 아동 피해자나 증인에게 악영향을 미칠 수 있음에도, 이 중요한 문제는 최근 들어서야 국제적인 관심을 받게 되었다. 이러한 관심의 예로 소년사법의 운용에 관한 유엔 경제사회이사회 의결(1997/30)에 부속된 '형사사법제도에서의 아동에 대한 행위 가이드라인(Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System, 이하 이 항목에서는 '가이드라인'이라 한다)'을 들 수 있다. 위 가이드라인은 회원국에 대한 법적 구속력을 갖지는 않으나, 경찰, 검사, 변호사, 법관들이 국내에서 자신의 업무를 수행할 경우 참고가 될 만한 유용한 원칙들을 제시하고 있다.

가이드라인은 '범죄 및 권력남용 피해자를 위한 사법의 기본원칙 선언(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 이 매뉴얼 제15장에서 상세히 검토한다)에 근거한 것이다. 가이드라인 43문은 "국가는 아동 피해자 및 아동 증인에게 사법에 대한 적절한 접근권과 공정한 처우, 원상회복, 배상, 그리고 사회적 지원 조치를 제공할 것을 약속해야 한다. 또한 국가는 형사 문제를 재판 외의 배상을 통해 해결하는 것이 아동의 이익에 부합하지 않는 경우에는, 그러한 방식의 해결을 방지하는 조치를 취해야 한다."라고 규정한다.

특히 아동 피해자와 관련하여 가이드라인 45문은 "아동 피해자를 대할 때 동정심을 가져야 하고, 아동의 존엄성에 대한 존중을 가져야 한다. 아동 피해자는 사법절차에 호소할 권리, 자신이 입은 피해에 대하여 국내법이 허용하는 범위 내에서 신속한 구제를 받을 권리를 가진다."라고 규정한다. 나아가 아동 피해자는 "변호, 보호, 경제적 지원, 상담, 의료서비스와 사회복지서비스, 사회복귀, 육체적 · 정신적 회복을 위한 서비스와 같은 자신의 필요에 부합하는 지원을 받을 수 있어야 한다. 장애가 있거나 아픈 아동은 특화된 도움을 받아야 한다. 시설수용보다는 가정 및 지역사회를 기반으로 한 회복이 우선시되어야 한다"(46문).

나아가 "필요한 경우, 아동 피해자가 신속하고 공정하며 쉽게 이용할 수 있는 공식적 · 비공식적 절차를 통하여 구제받을 수 있도록 사법적, 행정적 제도가 설치되고, 강화되어야 한다. 아동 피해자 및/또는 그들의 법정대리인은 이러한 정보를 안내받아야 한다"(47문). 따라서 권한 있는 기관은 피해자에게 필요한 정보를 제공할 적극적인 의무를 부담한다.

가이드라인 48문에 따르면, "인권침해, 특히 강간과 성적 학대를 포함하여 고문 기타 가혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 처우 또는 처벌, 위법하거나 자의적인 자유의 박탈, 정당한 이유 없는 구금 및 오심(誤審) 등으로 인하여 피해를 입은 모든 아동에게 공정하고 적절한 보상을 받을 수 있는 제도가 ***마련되어야*** 한다(강조는 추가됨). 필요한 경우 적절한 법원이나 재판소에 소송을 제기하기 위하여 필요한 소송대리뿐만 아니라, 아동의 모국어로의 통역도 제공되어야 한다."

주의할 점은 48문의 문언이 법적 구속력을 가진 여러 인권조약의 문언보다 약하다는 점이다. 이러한 인권조약들의 문언은 인권침해의 피해자에게 실질적인 구제를 받을 권리를 부여한다. 물론 이러한 권리는 위와 같은 피해를 입은 아동에게도 마찬가지로 적용된다. 이러한 권리에 관한 상세한 설명은 이 매뉴얼 제15장을 참조하라.

아동 피해자가 포함된 사건을 다루기 위해서 "경찰, 변호사, 법관, 법원 공무원은 훈련을 받아야 하는바," 이는 가이드라인 44문에서도 규정하고 있다. 이에 덧붙여, 위 조항에 의하면 "국가는, 만일 아직 설립하지 않았다면, 아동 상대 범죄를 다룰 특별기관이나 부서를 설립하여야 한다." 마지막으로 "국가는 피해자가 아동인 사건을 적정하게 처리하기 위하여, 적절한 경우, 실무 규범을 제정하여야 한다."

아동 증인과 관련하여, 가이드라인 49문은 "아동 증인은 사법적, 행정적 절차에서 조력을 필요로 한다."라고 규정한다. 따라서 "국가는 아동의 권리가 완전히 보호되도록 보장하기 위하여, 필요한 경우, 범죄의 목격자인 아동이 자국의 증거법과 절차법 내에 처해 있는 상황을 검토, 평가, 개선하여야 한다. 국가별로 다른 법적 전통, 실무 관행, 법체계를 존중하되, 아동 증인이 수사 · 기소절차뿐만 아니라 가급적 공판절차에서도 범죄자와 직접 대면하지 못하도록 하여야 한다. 아동의 사생활을 보호할 필요가 있는 경우 언론에 아동 피해자의 신상을 공개하는 것은 금지된다. 전면적인 금지가 당사국의 근본적 법원칙에 반하는 경우에는 이러한 신상공개를 금지하지는 않더라도 자제하여야 한다.

가이드라인 50문에 따르면, 국가는 "필요한 경우, 아동의 증언을 촬영한 후 이를 법정에서 재생하여 증거로 삼을 수 있도록 국내 형사소송법을 개정할 것을 검토하여야 한다." 특히 경찰, 검사, 법관 및 치안판사는 예를 들어, 경찰 업무를 수행하거나 아동 증인을 조사할 때, 보다 아동 친화적인 실무를 적용하여야 한다.

마지막으로 가이드라인 51문은 "다음과 같은 방법을 통해, 아동 피해자와 아동 증인의 필요에 대하여 사법·행정절차가 보다 민감하게 반응하여야 한다."라고 규정한다.

(a) 아동 피해자에게 자신의 역할과 절차의 범위, 시기, 진행상황과 아울러 사건의 처분결과를 알려줄 것, 특히 중한 범죄가 관련된 경우.
(b) 아동이 증언하기 전에 우선 형사소송절차에 익숙해질 수 있도록, 아동증언 준비제도 개발을 장려할 것. 법적 절차가 진행되는 동안 계속하여 아동 피해자 및 증인에게 적절한 조력을 제공할 것.
(c) 아동 피해자 자신의 이해관계가 영향을 받을 수 있는 사건의 경우, 피고인의 권리를 침해하지 않고 자국의 형사사법절차에 어긋나지 않는 한도 내에서, 절차의 적절한 단계에서 아동으로 하여금 자신의 견해나 염려를 진술하여 이를 고려할 수 있도록 할 것.
(d) 형사사법제도의 지연을 최소화하기 위한 조치를 취할 것. 아동 피해자와 증인의 사생활을 보호할 것. 필요한 경우에는 협박이나 보복으로부터 당해 아동의 안전을 보장할 것.

아동이 피해자나 증인의 자격으로 법정에 출석하는 경우가 (특히 아동학대 사건의 경우) 점점 늘어나고 있는 점을 고려하면, 법조인들이 아동의 이와 같은 권리 및 필요를 존중할 수 있는 수단과 방법을 고안하는 것은 너무나 중요하다. 다만 이와 동시에 적법절차를 보장받아야 할 피고인의 권리와 필요 역시 존중되어야 한다.

아동이 피해자 또는 증인의 자격으로 형사소송절차에 출석하는 경우 트라우마를 입게 될 수 있음을 명심하여야 한다. 따라서 법조인들은 아동의 권리와 필요를 존중하여야 하고, 그들을 이해와 공감으로 대해야 한다.

***아동 피해자**는 그가 받은 피해를 신속하게 구제받아야 한다. 이를 위해, 법적 절차가 진행되는 도중, 또는 종료 이후 아동 피해자는 자신의 필요를 충족시킬 수 있는 다양한 조력을 받아야 한다.*

아동 피해자는 신속 · 공정하면서 쉽게 이용할 수 있는 공식적 · 비공식적 절차를 통해 구제를 받을 수 있어야 한다. 아동 피해자 및/또는 법정대리인은 이러한 절차를 이용할 수 있음을 안내받아야 한다.

인권침해 피해를 입은 아동은 자신이 받은 피해에 대하여 국제인권법에 따라 실질적인 피해보상을 받을 권리를 가진다.

***아동 증인**은 사법 · 행정절차에서 특별한 조력을 필요로 한다. 법조인들은 아동 증인의 권리가 완전히 보호될 수 있도록 보장하여야 한다.*

경찰, 검사, 법관과 치안판사들은 증인이 아동인 경우 더욱 아동 친화적인 실무 관행을 적용하도록 노력하여야 한다.

아동 피해자와 아동 증인은 그들이 관련된 법적 절차의 처음부터 끝까지 특별한 조력을 필요로 한다.

12. 아동과 부모: 언제 분리가 정당화되는가?

법관과 변호사는 형사소송절차 및 다이버전 절차뿐만 아니라, 부모와 아동의 분리 및 입양과 관련한 절차에서도 아동을 대하게 된다. 후자의 문제는 다음 장에서 간략하게 살펴보도록 한다.

아동권리협약 제9조는 아동이 부모로부터 분리될 수 있는 예외적인 경우를 다음과 같이 규정하고 있다.

> "1. 당사국은 사법심사의 대상이 되는 권한 있는 당국이 적용 가능한 법률과 절차에 따라 분리가 아동의 최선의 이익을 위하여 필요하다고 결정한 경우 외에는, 아동이 그들의 의사에 반하여 부모로부터 분리되지 아니하도록 보장하여야 한다. 이러한 분리 결정은 부모가 아동을 학대 또는 유기하는 경우나 부모가 별거하고 있어서 아동의 거소에 관한 결정을 내려져야 하는 등 특별한 경우에 필요할 수 있다."

12.1 아동의 최선의 이익

위 협약이 아동 중심적 접근방법을 취하고 있는 점을 고려하면, 위 조항으로부터 "분리가 아동의 최선의 이익을 위하여 필요하여야 한다."라는 기본적 원칙이 도출된다고 볼 수 있다. 그러나 "의사에 반하여"라는 문구는 "부모의 의사에 반하여, 또는 부모와 아동 모두의 의사에 반하여"로 해석될 수 있으나, 단지 "아동의 의사에 반하여"로 해석될 수 없음은 분명하다는 점을 유념하여야 한다.[103] 아동은 양육자를 선택할 수 없고, "가족, 지역사회나 국가가 자신을 위하여 양육자를 결정하면 이에 따르게 된다"[104]는 점을 감안하면, 이러한 해석을 수긍할 수 있다.

12.2 분리를 정당화하는 근거

위 협약 제9조(1)은 아동을 그의 부모로부터 분리할 수 있는 첫 번째 사유로 부모의 "아동에 대한 학대나 유기"를 들고 있고, 두 번째 사유로 부모가 별거하고 있어서 아동의 거소를 지정해야 하는 경우를 들고 있다. 그러나 "…와 같은(such as)"이라는 위 조항 문언에서 알 수 있듯, 분리를 정당화할 수 있는 사유는 위 두 가지로 한정된 것이 아니라 예시일 뿐이다. 따라서 예컨대 부모가 아동에 대한 거소 지정에 합의

103) *Implementation Handbook*, p.121.
104) Ibid., loc. cit.

하였다고 하더라도 아동이 이러한 합의에 불만이 있는 경우처럼 거소 지정 문제를 해결하기 위하여 국내법원의 법관이 개입할 수도 있다.[105] 이러한 사건에서 "아동이 스스로 중재 신청을 할 수 있도록 하기 위한 사법적 기구를 설치"함으로써,[106] 국가는 아동과 부모 사이의 분쟁을 해결하기 위한 중재자로서의 중요한 역할을 담당할 수 있다.

12.3 법적 보호장치

위 협약 제9조는 남용을 방지하고 절차의 공정성을 보장하기 위하여 세 가지 법적 보호장치를 규정한다. 따라서 부모로부터 아동을 분리하기로 하는 결정은 반드시 다음의 요건을 충족해야 한다. 즉,

- ❖ 권한 있는 당국이 현행 법률 및 절차를 적용하여 결정하여야 하고[제9조(1)],
- ❖ 위 결정의 적법성에 관하여 사법심사가 가능하여야 하며[제9조(1)],
- ❖ 모든 이해관계인이 "그 절차에 참가하여 자신의 의견을 진술할 기회"를 가진 후에 결정이 이루어져야 한다[제9조(2)].

여기서 ***권한 있는 당국***이라 함은, 분리가 아동의 최선의 이익에 부합하는지를 판단할 법적 권한 및 그러한 판단을 위한 능력을 가진 기관을 의미한다.[107]

분리에 관한 결정이 ***적용 가능한 법률과 절차에 맞게*** 이루어져야 한다는 요건은, 국가가 이 분야에 관한 입법을 할 때 분리라는 과감한 조치를 정당화할 수 있는 근거와 상황을 주의 깊게 규정하여야 함을 의미한다. 그러나 개입이 필요한 다양한 상황들을 모두 예상하여 구체적인 지침을 제공할 정도로 법률을 세밀하게 만드는 것은 어려우므로, 권한 있는 당국과 법원은 사회복지사(social workers), 법관, 변호사로 하여금 아동의 최선의 이익에 부합하는 대안을 찾을 수 있도록 어느 정도의 재량권을 가질 필요가 있다.

분리에 관한 법률은 차별적이어서는 아니 되고 차별적인 방법으로 적용되어서도 아니 된다(협약 제2조 참조). 따라서 예컨대, 무주택자라거나, 극빈층이라거나, 특별한 민족 출신이라는 사정 그 자체만으로는 아동을 부모로부터 분리하는 근거가 될 수 없다.[108] 아동권리위원회는 크로아티아에 관하여 "아동이 자신의 건강상태 또는 부

105) Ibid.
106) Ibid.
107) Ibid. p.124.
108) Ibid. p.125.

모의 어려운 경제사정 때문에 가족으로부터 분리될 가능성이 있다"면서 우려를 표명하였다.[109] 영국에 관하여는 "특정 소수 민족의 아동들이 보호시설에 더 많이 인치되는 경향이 있다"면서 우려를 표명하였다.[110] 벨기에의 보고서를 심사하면서는 "사회적 약자군에 속하는 아동들이 보호시설에 더 많이 인치되는 경향이 있다"고 지적하였고, "가족으로부터 아동을 분리함에 있어서는 아동의 최선의 이익을 최우선으로 고려하여야 한다"는 점을 강조하면서, "아동의 양육에 있어서의 가정의 중요성"을 상기시켰다.[111]

다음으로 권한 있는 당국이 행한 결정에 관하여 ***사법심사***가 가능하여야 한다는 요건을 통해, 현행 법률 및 절차를 적용하여 위 결정의 적법성에 관한 결정을 할 수 있게 된다. 이러한 사법심사는, 독립하고 공정한 기관에서, 적법절차 원칙을 적용하여 이유를 설시한 결정을 하는 방식으로 이루어진다. 이러한 사법심사에서는 권한 있는 당국이 분리에 관한 문제를 판단할 당시 아동의 최선의 이익을 위하여 재량권을 주의 깊게 행사하였는지 검토하여야 한다.

위 협약 제9조(2)는 "모든 ***이해관계인은*** 절차에 참가하여 자신의 의견을 진술할 기회를 가져야 한다."라고 규정하여, 분리에 관한 절차의 공정성을 위한 보호장치를 추가하였다. 위 협약에서는 "이해관계인"의 의미를 밝히고 있지 않으나, 우선 당해 아동은 포함된다. 이는 "아동은 특히 아동에게 영향을 미치는 어떠한 사법적, 행정적 절차에 있어서도 직접 또는 대표자나 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 합치하는 방법으로 주어져야 한다."라고 정한 협약 제12조(2)에 비추어 제9조(2)를 해석한 결과이다. 아동의 의견은 "그 아동의 나이와 성숙도에 따라 정당한 비중이 부여되어야 한다"[제12조(1)]. 나아가, 부모가 별거중인 경우 부모가 모두 의견을 진술할 기회를 가져야 한다. 위 조항을 근거로 하여, 아동의 친척들이나 "아동에 관한 전문지식을 가진 전문가" 역시 의견 진술권을 가지게 될 수 있다.[112]

12.4 부모와 접촉을 유지할 권리

위 협약 제9조(3)은 "당사국은, 아동의 최선의 이익에 반하는 경우가 아닌 한, 부모의 일방 또는 쌍방으로부터 분리된 아동이 정기적으로 부모 ***모두와*** 개인적 관계 및 직접적인 면접교섭을 유지할 권리를 가짐을 존중하여야 한다."(강조는 추가됨)라고

109) UN doc. CRC/C/15/Add. 52, *Concluding Observation: Croatia*, para. 17.
110) UN doc. CRC/C/15/Add. 34, *Concluding Observation: United Kingdom*, para. 12.
111) UN doc. CRC/C/15/Add. 38, *Concluding Observation: Belgium*, para. 10.
112) *Implementation Handbook*, p.126.

규정하고 있다. 여기서 강조되는 것은 아동과 접촉할 부모의 권리가 아니라, 부모 모두와 접촉할 아동의 권리이다. 위 권리로 인하여 아동은 부모 중 자신과 함께 사는 일방뿐만 아니라, 같이 살지 않는 나머지 부모와도 계속 접촉할 수 있다.[113]

분리가 아동의 최선의 이익에 부합할 경우, 아동은 예외적으로 부모로부터 분리될 수 있다. 이러한 분리를 정당화하는 상황으로는 특히 학대 또는 유기를 들 수 있다.

분리에 관한 법률은 차별적이어서는 아니 되고, 차별적인 방식으로 적용되어서도 아니 된다. 예컨대, 무주택자라거나, 극빈층이라거나, 특정 민족 출신이라는 사정 ***그 자체만으로는*** *아동을 부모로부터 분리하는 근거가 될 수 없다.*

분리 여부 결정은 법률에 따른 권한 있는 당국에 의하여 이루어져야 하고, 사법심사의 대상이 되어야 한다. 아동을 부모로부터 분리하는 결정은 모든 이해관계인이 절차에 참여하여 의견을 진술할 기회를 보장받은 후에 이루어져야 한다.

부모로부터 분리된 아동은 부모와의 접촉이 아동의 최선의 이익에 반하는 경우가 아닌 이상, 부모와 정기적으로 면접교섭할 권리를 가진다.

13. 입양절차와 아동의 권리

법관과 변호사의 개입이 필요한 분야 중 이 장에서 마지막으로 다룰 분야는 ***입양***이다.[114] 아동권리협약 제21조는 몇 가지 기본원칙을 규정하는데, 이는 "입양제도를 인정하거나 허용하는 당사국"에 적용된다.[115] 제20조는 가족적 환경을 박탈당한 아동을 보호하기 위한 여러 조치 중 하나로 입양을 언급하고 있으나, 아동권리협약은 입양이 바람직하다는 것인지, 그렇지 않다는 것인지 직접 견해를 밝힌 바는 없다. 다만 입양이 이루어진다면 국내법에 따른 규제를 받아야 하는데, 그 국내법은 경제적 이익과 같은 다른 이해관계를 배제한 채 아동의 최선의 이익을 최우선적으로 고려하여야 한다.[116] 입양 관련 법률은 적어도 아래의 최소 규칙을 존중하여야 한다.

113) Ibid., p.127, 부모와 아동의 소재에 관한 중요한 정보를 제공받을 수 있는 아동, 부모, 기타 다른 가족들의 권리에 관하여는 협약 제9조(4) 및 *Implementation Handbook p.127.*

114) 이 장에서는 입양 문제를 다룬 다른 국제조약들에 관하여는 언급하지 않고, 오로지 아동권리협약에 근거하여 서술하도록 한다.

115) 예를 들면, 이슬람법을 적용하는 국가들은 양자관계를 인정하지 않는다. *Implementation Handbook*, p.271.

116) 입양에 있어서 아동의 최선의 이익의 개념에 관하여는 *Implementation Handbook*, p.272.

첫째, 입양 관련 법률은, "권한 있는 당국만이 아동의 입양을 허가할 수 있도록 하되, 그 당국은 적용 가능한 법령 및 절차에 따라 신뢰할 수 있는 모든 관련 정보를 토대로, 입양이 아동의 부모 친척 및 후견인에 대한 아동의 신분에 비추어 허용될 수 있음을, 그리고 요구되는 경우 관계자들이 필요한 협의를 거쳐 입양에 대한 충분한 정보에 입각한 동의를 하였음을 결정하는 당국에 의하여만 허가되도록" 보장하여야 한다[제21조(a)].

권한 있는 당국의 개념에 관하여 보건대, 이는 사법기관뿐만 아니라, 아동의 최선의 이익이 무엇인지 결정할 수 있고 입양에 관한 적절한 동의가 있었음을 확인할 자격을 갖춘 전문기관도 포함하는 개념이다.[117] 아동권리위원회가 파나마에 권고한 것처럼, 관련 전문가들에게는 적절한 훈련이 제공되어야 한다.[118]

입양이 이해관계인들의 ***충분한 정보에 입각한 동의***에 근거하여야 한다는 요건은 아동이 "부당하게 부모로부터 분리"되는 것을 방지하기 위해 삽입되었다. 다만 아동권리협약은 국내법에 위 요건을 포함시킬 것인지 여부는 당사국에 일임하였다.[119] 다만 국내법에 위 요건이 삽입되지 않더라도, 입양에 관하여 충분한 정보에 입각한 동의가 없다면, 아동권리협약 중 특히 제7조, 제9조(위 조항들은 "아동의 최선의 이익은 가능하면 어디에서건 부모와 함께 살아감으로써 실현된다."는 추정에 근거한다)에 보장된 아동과 친부모 둘 다의 권리를 침해하게 될 가능성이 높다.[120] 아동 자신의 의견에 관하여 보건대, 앞서 언급한 바와 같이 협약 제12조는 이미 이를 요건으로 포함시켰는바, 이는 협약 제21조가 예정하고 있는 입양절차에서 핵심적인 것으로 고려되어야 한다.[121] 몇몇 국가에서는 아동이 일정한 나이에 이른 경우 입양에 대하여 아동 자신의 동의를 요건으로 하고 있음은 주목할 만하다. 예를 들어 몽고에서는 아동이 9세 이상이면 아동의 동의가 필요하다.[122] 캐나다의 Nova Scotia 주에서는 입양 대상 아동이 12세 이상일 경우 아동의 "서면 동의서를 받아야 한다."[123] 크로아티아에서는 "입양에 대한 아동의 동의와 관련하여, 10세 이상인 아동의 태도를 고려해야 한다."[124] 아동권리위원회는, 당사국들이 협약 중 특히 제3조, 제12조, 제21조에 부합하는 국내 입

117) Ibid., p.273.
118) UN doc. CRC/C/15/Add. 68, *Concluding Observation: Panama*, para. 31.
119) *Implementation Handbook*, p.273.
120) Ibid., loc. cit.
121) Ibid.
122) UN doc. CRC/C/3/Add. 32, *Initial reports of States parties due in 1992: Mongolia*, para. 136.
123) UN doc. CRC/C/11/Add. 3, *Initial reports of States parties due in 1994: Canada*, para. 1129.
124) UN doc. CRC/C/8/Add. 19, *Initial reports of States parties due in 1993: Croatia*, para. 103.

법을 할 것과,[125] 이에 따라 가족간 재결합절차나 입양절차를 포함하여 아동에게 영향을 미치는 가족 관련 결정에 있어서 아동의 의사를 보다 넓게 존중할 것을 권고하고 있다.[126]

둘째, 협약 제21조(b)는 "국제입양은, 아동이 출생국에서 위탁가정이나 입양가정을 찾을 수 없거나 적절한 방법으로 양육될 수 없는 경우에는 아동양육의 대체수단으로 고려될 수 있음"을 인정하고 있다. 아동권리위원회가 멕시코에 대한 권고에서 지적한 바와 같이, 국제입양은 아동을 보살피기 위한 수단 중 최후의 것이어야 하고,[127] 따라서 당사국은 국제입양을 허가할 의무는 없다. 아동권리위원회는 여러 사례를 통해, 입양 전반, 특히 국제입양 분야와 관련된 협약 규정을 이행하기 위한 규범구조 및 충분한 수단이 부족하고, 그 결과 아동에 대한 불법적인 국제입양과 인신매매의 위험이 있다면서 우려를 표명하였다.[128] 아동권리위원회는 덴마크와 스웨덴에, 두 국가의 가정에 입양된 외국인 아동들의 상황을 잘 관찰할 것을 권고하였다.[129]

셋째, 당사국은 "국제입양의 대상이 된 아동이 국내입양의 경우와 대등한 법적 보호장치와 기준을 누리도록 보장하여야 한다." 이는 "출생국의 권한 있는 당국이 당해 국제입양이 아동의 최선의 이익에 부합한다는 점을 승인하여야 하고, 이러한 승인은 적정한 조사와 정보에 근거한 것이어야 하며, 필요한 경우 상담을 거쳐 적정한 동의를 받아야 한다."라는 것을 의미한다[제21조(a) 참조].[130] 이 점과 관련하여 아동권리위원회는 당사국들이 이 문제에 관하여 구체적으로 규율하고 있는 1993년 헤이그 국제아동입양협약(the Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption 1993)을 비준할 것을 권고하였다.[131]

---

125) UN doc. CRC/C/15/Add. 43, *Concluding Observation: Germany*, para. 29. 및 UN doc. CRC/C/15/Add 24, *Concluding Observation: Honduras*, para. 26.

126) UN doc. CRC/C/15/Add. 43, *Concluding Observation: Germany*, para. 29.

127) UN doc. CRC/C/15/Add. 13, *Concluding Observation: Mexico*, para. 18.

128) UN doc. CRC/C/15/Add. 27, *Concluding Observation: Paraguay*, para. 11; UN doc. CRC/C/15/Add. 36, *Concluding Observation: Nicaragua*, para. 18; 그리고 UN doc. CRC/C/15/Add. 42, *Concluding Observation: Ukraine, para*. 11.을 볼 것.

129) UN doc. CRC/C/15/Add. 33, *Concluding Observation: Denmark*, para. 27.; 그리고 UN doc. CRC/C/15/Add. 2, *Concluding Observation: Sweden*, para. 13.

130) *Implementation Handbook*, p.275

131) UN doc. CRC/C/15/Add. 68, *Concluding Observation: Panama*, para. 31. 그리고 UN doc. CRC/C/15/Add. 33, *Concluding Observation: Denmark*, para. 27. 헤이그 협약에 관한 더 자세한 정보는, 아동의 유괴, 입양에 관한 협력절차 및 아동의 보호 관련 조례들에 관한 국제사법(國際私法)에 관한 헤이그 회의가 출간한 CD인 "*Proceedings*" 참조,

넷째, 당사국은 "국제입양에 있어서 양육지정이 관계자들에게 부당한 경제적 이익을 주는 결과가 되지 아니하도록 모든 적절한 조치를 취해야 한다"[제21조(d)]. 위 조항은 아동권리협약 제35조가 요구하는 것처럼 "그 목적과 형태를 불문하고 아동의 매매 또는 거래"를 방지하기 위한 것이다. "양부모가 선의에 따라 아동에게 어떠한 위해도 가하지 않도록 금원을 지급하는 것은 허용될 수 있지만, 아동 1명당 가격을 매기는 식의 방식으로 되면 범죄, 부패 및 착취를 조장할 가능성이 크다"는 점은 명백하다.[132)]

마지막으로, 입양을 인정하거나 허용하는 당사국들은 "적절한 경우에는 양자 또는 다자간 약정이나 협정을 체결함으로써 협약 제21조의 목적 달성을 촉진하도록 노력하여야 하고, 이러한 법적 테두리 안에서 아동의 타국 내 양육지정이 관계당국이나 기관에 의하여 실시되는 것을 확보하기 위하여 노력하여야 한다"[제21조(e)]. 이와 관련하여 가장 중요한 조약은 위 헤이그국제아동입양협약이다. 이 협약은 아동권리협약 제21조와 '국내적 · 국제적 양육위탁 · 입양과 관련된 아동의 보호 · 복지에 관한 사회적 · 법적 원칙에 관한 1986년 유엔 선언'[1986 United Nations Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally. 역주: 아동의 권리에 관한 국제협약 전문(preamble)에 규정된 선언이다.][133)]를 기반으로 한다. 아동권리위원회는 위 헤이그국제아동입양협약을 비준하지 않은 국가들에게 협약을 비준하도록 계속 권고하고 있다.

[**추록**: 아동권리위원회는 니카라과가 2005년에 성적 착취와 인신매매를 퇴치하기 위한 조치를 취한 것을 환영하면서도, 더욱 강력한 입법을 촉구하였다. 아동권리위원회는 "아동들이 지속적으로 성폭력, 음란물, 성매매, 매춘관광의 피해자가 되고 있고, 인신매매, 음란물, 매춘관광을 포함한 다양한 형태의 성적 학대 및 착취가 아직 형법상 범죄로 규정되지 않고 있는 점"에 관하여 우려를 표명하였다(CRC/C/150, para. 660).]

입양을 인정하거나 허용하는 국가들은 아동의 최선의 이익을 가장 중요한 고려요소로 삼아야 한다.

132) *Implementation Handbook*, pp.275~276

133) Ibid., p. 276

입양에 관한 국내법은 다음 요건이 충족된 경우에만 아동의 입양을 승인해야 한다.

- *입양 가능 여부를 결정할 권한 있는 당국으로부터 허가를 받을 것*
- *적용 가능한 법령과 절차를 준수하고, 신뢰할 수 있는 모든 관련 정보를 토대로 할 것*
- *법에서 요구할 경우, 입양에 대한 관계자들의 충분한 정보에 근거한 동의를 갖출 것*

국제입양은 아동을 보살피기 위한 수단 중 최후의 수단으로 고려되어야 한다.

국제입양의 대상이 된 아동은 국내입양의 경우와 동등한 법적 보호장치와 기준을 누릴 권리가 있다.

당사국은 국제입양을 통해 관계자들이 부당한 경제적 이득을 얻는 결과가 되지 않도록 모든 적절한 조치를 취해야 한다.

그 목적이나 형태를 불문하고, 아동의 매매 · 거래는 국제법에 따라 엄격히 금지된다.

14. 사법 운용 과정에서 아동의 권리를 보호하기 위한 법관, 검사 및 변호사의 역할

이 매뉴얼 제4장부터 제8장에 걸쳐 살펴본 것처럼, 범죄혐의를 받거나 기소된 사람들의 인권을 보호하기 위한 법관, 검사와 변호사의 역할은 극히 중요하다. 이러한 법조인들의 책임은, 법을 위반하거나 분리 · 입양절차의 대상이 된 미성년 아동과 관련된 사법절차에서 더욱 중요하다. 이러한 절차에서 법관, 검사, 변호사 및 관련 전문가는 특별한 지식과 기능을 갖출 필요가 있다. 따라서 아동권리위원회는 당사국이 소년사법제도에 관련된 모든 전문가를 대상으로 관련 국제기준에 관한 연수 프로그램을 도입하고, 강화할 것을 자주 권고하고 있다.[134] 또한, 아동권리위원회는 당사국이 특히 유엔 인권최고대표 사무실(인권고등판무관실)이나 유엔아동기금(United Nations Children's Fund)으로부터 경찰분야를 포함하여 소년사법 분야에 관한 기술적 조력을 얻을 것도 지속적으로 제안하고 있다.[135]

134) 베네수엘라에 관하여, UN doc. CRC/C/87, *Report on the twenty-second session(1999)*, para. 61, 멕시코에 관하여, Ibid., para. 192,

135) 앞의 참고문헌을 볼 것.

15. 맺음말

이 장에서는 사법 운용에서의 아동의 권리와 관련된 몇 가지 중요한 국제적 법 원칙에 관하여 살펴보았다. 이러한 법 제도의 출발점은, 아동은 자기 스스로 권리를 가진 독립된 인격체이고, 행정기관 및 사법기관 모두로부터 존중받아야 하는 권리 및 의무를 보유하고 있다는 점이다. 게다가 아동은 특별한 권리, 필요, 이익을 가지므로, 이 점 역시 고려하여야 한다. 당해 사법절차가 형사절차이든 아니면 다른 종류의 절차이든, 차별금지 원칙, 아동의 최선의 이익 이념, 생명과 발전에 대한 아동의 권리, 아동의 의견진술권과 같은 원칙들이 사법절차 운용에서 항상 가장 중요한 지침이 되어야 한다.

그러나 전 세계의 아동에게 이러한 원칙들이 현실적인 것으로 되기 위해서, 당사국들은 관련 국제규범을 국내법에 수용하여야 하고, 이와 동시에 법조인 · 경찰 · 사회기관에 적절한 훈련과 재정적 지원을 제공하여야 하며, 이러한 제공을 통해 법조인 · 경찰 · 사회기관이 당사국의 법적 의무에 부합하는 직무를 수행하기 위해 필요한 지식과 기능을 획득할 수 있도록 하여야 한다. 더 나아가, 보다 일반적으로, 당사국들은 빈곤과 사회적 부조리, 만연된 실업을 근절하기 위하여 최선의 노력을 하여야 한다. 그렇지 않으면, 비행청소년의 재교육과 사회복귀를 위해 아무리 노력해도 별 성과를 얻지 못할 수 있다.

"아동에게 최고의 것을 줄 의무가 있는"[136] 인류가 이와 같이 전력으로 합심하여 노력하지 않으면, 날로 늘어가는 세계의 아동인구와 관련하여 마주치게 될 여러 문제를 극복하는 것은 거의 불가능할 것이다.

136) 아동의 권리선언 전문(前文)의 제5문.

Human Rights in the Administration of Justice
A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

제 11 장

사법 운용에서의 여성의 권리

제11장

사법 운용에서의 여성의 권리

학습 목표

- *삶의 다른 영역들에서 여성이 직면한 특별한 인권 문제들에 대하여 민감하게 만든다.*
- *여성의 권리를 보호하기 위하여 만들어진 현존하는 국제법적 규칙에 대하여 익숙하게 한다.*

질문

- *당신이 일하고 있는 국가에서는 법률에 의하여 여성의 권리를 어떻게 보호하고 있는가?*
- *당신의 견해에 의하면, 그 법률이 효과적으로 시행되고 있는가?*
- *당신이 일하고 있는 국가에서 여성이 직면한 특별한 문제들은 무엇인가?*
- *이러한 문제들은 여성 보호 법률의 결함이나 현존하는 법 규칙의 시행 실패 때문인가?*
- *당신이 일하고 있는 국가에서 여성이 직면한 문제의 이유가 되는 다른 요인이 있는가?*
- *만약 있다면, 그것은 무엇인가?*
- *당신이 일하고 있는 국가에서 여아(女兒)가 직면한 특별한 문제들이 있는가?*
- *만약 있다면, 그러한 문제들은 무엇이고, 그 근본원인은 무엇인가?*
- *어떻게, 어느 정도로, 법률이 여아의 특별한 문제에 대하여 다루고 있는가?*
- *법관, 검사 또는 변호사로서 당신은 당신이 일하고 있는 나라에서 여성의 권리 보호를 증진하기 위하여 어떤 일을 할 수 있는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1945년 유엔헌장(Charter of the United Nations, 1945)
- 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)
- 1966년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966)
- 1949년 인신매매금지 및 타인의 매춘행위에 의한 착취금지에 관한 협약(Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others)
- 1953년 여성의 정치적 권리에 관한 협약(Convention on the Political Rights of Women, 1953)
- 1957년 기혼 여성의 국적에 관한 협약(Convention on the Nationality of Married Women, 1957)
- 1962년 혼인에의 동의, 혼인과 혼인신고의 최연소연령에 관한 유엔 협약(Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages, 1962)
- 1989년 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child, 1989)
- 2000년 아동매매, 아동매춘 및 아동음란물에 관한 선택의정서(the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, 2000)
- 1979년 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약(The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979)
- 1999년 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약의 선택의정서(Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1999)
- 1960년 교육상의 차별금지에 관한 유네스코 협약(UNESCO Convention against Discrimination in Education, 1960)
- 1998년 국제형사재판소에 관한 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court, 1998)
- 2000년 유엔 국제조직범죄방지협약(United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000)

관련 법률문서

- 2000년 유엔 국제조직범죄방지협약을 보충하는 인신, 특히 여성 및 아동의 매매 예방 · 억제 처벌 의정서(Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000)

*****

- 1993년 구 유고슬라비아 국제재판소규정(the Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, 1993)
- 1994년 르완다 국제재판소규정(the Statute of the International Tribunal for Rwanda, 1994)

*****

- 1948년 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 1948)
- 1993년 여성에 대한 폭력철폐선언(Declaration on the Elimination of Violence against Women, 1993)
- 1993년 비엔나 선언과 실행계획(The Vienna Declaration and Programme of Action, 1993)
- 1995년 베이징 선언과 행동강령(The Beijing Declaration and Platform for Action, 1995)

지역 문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter of Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)
- 1994년 여성에 대한 폭력의 방지, 처벌 및 철폐에 관한 미주협약(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, 1994)
- 1950년 유럽인권협약(European Convention on Human Rights, 1950)

1. 들어가며

당연히 모든 국제인권법은 여성에게 완전히 적용된다. 그러므로 이 매뉴얼의 다른 장에서 설명한 권리들은 여성과 여아에게도 똑같이 적용된다. 그러나 다수의 국가에서 광범위한 차별적 관행을 비롯한 여성에 대한 다양하고 심각한 권리침해가 존재하고 있으므로, 그 같은 여성의 권리에 대한 침해에 효과적으로 대응하기 위하여 여성의 특별한 요구에 초점을 맞춘 여성에 국한된 별개의 법률문서를 작성할 필요가 있다고 인식되었다. 이는 앞서 열거한 조약과 선언의 목록을 통해서도 드러나는 바이다. 일부 국가의 여성은 가족법 및 상속법 분야, 교육과 충분한 의료 서비스 및 노동시장에의 접근과 같은 분야에서 남성과 평등하게 취급받을 권리를 포함하여 자신들의 인권이 한층 존중되는 방향으로 커다란 진보를 이루어왔지만, 대부분의 여성은 아직도 가장 기본적인 인권마저도 침해당하고 있다. 예를 들면, 여성에게 남성과 동등한 조건에서 자유롭게 혼인하거나 이혼할 권리가 인정되지 않거나, 남성과 동등하게 상속받을 권리가 인정되지 않는 나라도 있다. 생명, 신체의 자유와 안전에 대한 여성의 권리(보건 · 의료에 대한 권리를 포함)도 지참금 살인(dowry killing), "명예" 살인(honour killing), 구타, 성폭력, 전통적 관행, 인신 매매, 강제 매춘과 같은 가족 내의 폭력, 제도적 폭력, 그리고 공동체 내의 폭력에 의해 종종 침해되고 있다. 더 나아가 여성은 교육을 받을 권리나 심지어는 가장 기본적인 의료 서비스를 받을 권리마저 인정받지 못하기도 한다. 또한, 여성은 엄격한 복장규칙에 복종하여야 하고, 이에 위반할 경우 혹독한 체벌을 받아야 하기도 한다. 여성에 대한 성차별은 때때로 산전 검사(産前 檢査)를 통해 여자인 태아를 낙태하는 모습으로 출생 전부터 일어나기도 한다.

이러한 인권침해의 심각성을 더욱 악화시키는 것은, 많은 피해자가 가난 또는 극심한 빈곤 아래 생활하고 있어서 그들의 상황을 바꿀 만한 재정적 수단이 결여되어 있다는 사실이다. 예를 들면, 그들은 자신의 권리 주장을 도와줄 변호사를 고용할 능력이 없고, 설사 고용할 능력이 있다고 하더라도 법 제도 내에서 여성의 권리가 남성의 권리나 사회 부유층의 권리와 같은 정도로 다루어지지 않는 경우도 많다. 법 제도가 부당하게 남성에게 유리하게 되어 있어서 강간을 포함한 폭력사건에서 여성에게 과중한 입증책임을 부담시키는 경우도 있다. 더욱이 변호사가 여성을 변호할 경우 살해를 포함한 다양한 방법으로 위협을 당하기도 한다.

여성이 처한 법률상, 사실상의 상황은 특히 그들이 이주자, 난민 또는 국내 피난민이거나 민족적 · 인종적 소수자라는 이유만으로 불안정해지는 경우도 많다. 따라서 정부와 법조인은 이러한 문제를 인식하고 가능한 해결책을 찾아내야 할 의무가 있다.

여성의 권리가 그다지 효과적으로 촉진, 보호되지 않고 실패로 끝나는 이유는, (비록 정당한 것은 아니지만) 여성의 권리가 기존의 사회적 가치나 이익을 위협하지 않을까하는 두려움 때문이라고 설명되는 경우가 많다.[1] 하지만 이와 같이 여성이 소외됨에 따른 인적, 사회적, 재정적 손실은 해당 여성 개인의 삶을 넘어설 정도로 심각하다. 즉, 여성이 의사결정과정에서 배제됨에 따라 공포, 빈곤, 불관용이 없는 사회를 만드는 데 건설적인 역할을 수행할 수 없게 되어 사회 전체에 영향을 미치는 것이다.

산업화된 국가에서 살아가는 여성들도 결코 권리 침해와 무관하지 않다. 그들은 어쩌면 시스템 전체나 사람들의 사고방식과 관계된 다양한 문제를 감수해야 할 것이고, 차별을 받는 경우도 있을 것이다. 다만, 그 차별은 직접적이기 보다는 간접적인 경우가 많을 것이다.

*****

이와 같이 여성은 빈번히 사회적, 문화적, 종교적, 정치적, 법적인 악순환의 고리에 빠져 혼자의 힘으로는 벗어날 수 없는 경우가 있다. 그들이 악순환의 고리에서 벗어나기 위해서 특히 필요한 것은, 국제인권법을 잘 알고 그것을 여성에게 적용하는 데에 숙련되어 있으며, 두려움 없이 성실하게 직무를 수행할 수 있는 독립적이고 공평한 법조인의 조력이다. 여성 · 여아의 가장 기본적인 권리를 침해하는 행위나 관행에 관하여 법관, 검사, 변호사의 의식을 증진시키는 것은 인류의 절반을 차지하는 집단에게 절실하게 필요한 구제방법과 시정수단을 제공하기 위한 중요한 한 걸음이 된다.

*****

여성의 권리의 촉진과 보호에 관한 문제는 너무나 다양하고 많아서 이 장에서 상세하게 다룰 수는 없으므로 여성이 직면한 고충 가운데 가장 심각한 몇 가지 상황과 그에 대하여 국제법이 어떻게 대응하고 있는지를 강조하는 것으로 논의를 한정한다. 먼저 법적 인격(legal personality)에 대한 여성의 권리에 관하여 개괄적으로 설명한 후 법 앞에서의 평등 및 법의 평등한 보호에 대한 여성의 권리에 관하여 다루기로 한다. 다음 부분에서는 생명과 신체적 · 정신적 불가침성을 존중 받을 여성의 권리, 노예제도 · 노예매매 · 강제노동 · 인신매매의 대상이 되지 않을 여성의 권리, 혼인과 민사상 문제 및 공무에의 참여에 있어서 여성의 평등권에 대하여 다룬다. 성차별이 만연한 다른 여러 법 영역에 관하여 살펴본 후 사법 접근권을 포함하여 효과적인 구제방법에 대한 여성의 권리에 관하여 간단히 설명한다. 마지막으로 여성의 권리 촉진 및 보

1) 이 문제에 관해서는 *United Nations Development Programme's Human Development Report 2000* (New York/Oxford University Press, 2000), p.30 참조.

호에 있어서 법조인의 역할을 강조하고, 약간의 맺음말로서 이 장을 마무리하기로 한다. 관련성이 있는 경우에는 이 매뉴얼의 다른 장에서 다룬 성에 관련된 이슈(gender issues)도 언급하도록 하겠다.

*****

비록 고용 및 보건 · 의료 분야에서의 여성의 권리와 경제적, 사회적 및 문화적 분야에 관계된 여성의 다른 권리도 중요하기는 하지만 지면 관계상 여기서는 검토하지 않고 관련된 경우에 언급하는 것으로 그친다. 그 대신에 배포자료1(Handout No.1)에서 관련된 법적 문서에 관한 짧은 목록을 제공하였다. 여성의 권리에 관한 추가적인 참고자료가 필요하다면 유익한 서적, 보고서, 웹사이트의 목록을 게재한 배포자료2(Handout No.2)를 참조하기 바란다.

2. 법적 인격에 관한 여성의 권리

법 앞에서 인간으로 인정받을 권리는 인권과 기본적 자유를 전면적으로 누리기 위한 여성의 권리의 기초가 된다. 법적 인격에 관한 권리는 국제인권법에 내재하는 것이기는 하지만, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제16조와 미주인권협약(American Convention on Human Rights) 제3조에 명시적으로 포함되어 있다. 그뿐만 아니라 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2) 및 미주인권협약 제27조(2)에 따르면, 이것은 공공의 비상사태인 경우에도 결코 무시될 수 없는 권리이다. 다시 말하면 남성과 평등하게 법적 인격을 인정받을 여성의 권리는 평화시 뿐만 아니라 전시 또는 전시에 준하는 상황에서도 존중되어야만 한다.

자유권규약위원회가 강조하는 것처럼 "모든 사람이 모든 장소에서 법 앞에서 인간으로서 인정받을 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제16조상의 권리는 특히 성별이나 혼인여부를 이유로 종종 권리를 제한받는 여성과 관련성이 높다."[2)]

자유권규약위원회는 다음과 같이 지적하고 있다.

> "이 권리는, 여성이 재산을 소유하거나, 계약을 체결하거나 또는 다른 시민적 권리를 행사하는 것이 혼인여부나 그 밖의 다른 차별적 사유에 근거하여 제한되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 또한, 여성이 사망한 남편의 재산과 함께 남편의 가족에게 상속

2) General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), in UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies* (이하, *'United Nations Compilation of General Comments'*라 한다), p.171, para. 19.

되는 물건으로 취급되어서는 안 된다는 것을 의미하기도 한다."[3]

또한, 법적 인격에 관한 권리는 여성이 권리를 주장하거나 침해당한 권리의 보상 또는 회복을 목적으로 자국의 법 제도를 이용하는 것이 전면적으로, 제약 없이 허용되어야 한다는 것을 의미한다.[4]

여성은 남성과 평등하게 법적 인격을 인정받을 권리를 가진다.
이 권리는 절대적이고, 어떠한 상황에서도, 어떠한 경우에도 보장되지 않으면 안 된다.

3. 법 앞에서의 평등 및 법의 평등한 보호에 대한 여성의 권리

3.1 유엔 헌장 및 국제인권장전

유엔 헌장 제1조(3)에 의하면, 유엔의 목적 중 하나는 "경제적, 사회적, 문화적 또는 인도적 성질을 가지는 국제문제를 해결함에 있어서, 그리고 인종, ***성***, 언어 또는 종교에 따른 차별 없이 모든 사람의 인권과 기본적 자유를 존중하도록 고취함에 있어서, 국제협력을 달성하는 것"(강조는 추가됨)이다. 마찬가지로 남녀평등의 원칙은 유엔헌장 제13조(1)(b), 제55조(c) 및 제76조(c)에도 규정되어 있다. 이와 같이 유엔헌장의 입안자는 전쟁 후의 세계에서의 권리 향유에 있어서 성 평등이 필요하다고 확신하고 있었다. 세계적으로는, 성을 이유로 한 차별 금지가 세계인권선언 제2조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1), 제4조(1) 및 제26조, 그리고 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2조(2)에 포함되기에 이르렀다. 더 나아가 당사국은 양 규약의 제3조에 의해 각 규약에서 보장된 모든 권리의 향유에 있어서 남녀평등을 확보할 것을 명시적으로 약속하였다.

3.2 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약(1979년)

1981년 9월 3일에 발효된 ***여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약***

3) Ibid., loc. cit.
4) 아래 10. 참조.

(The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979. 이하, '여성차별철폐협약'이라 한다)은 성을 이유로 한 차별에만 초점을 맞추었다. 2001년 5월 10일 기준으로 체약국 수는 168개국이다.

[**추록**: 2007년 말까지 185개 국가가 위 협약에 가입하였다. 그 중 89개 국가가 위 협약의 선택의정서를 비준하였다. 위 선택의정서는 개인과 단체가 위 협약 위반에 관하여 진정을 제기할 수 있는 수단인 통보절차를 규정하고 있다. 또한, 위 선택의정서는 여성차별철폐위원회가 중대하거나 조직적인 악습에 관하여 조사할 수 있는 절차를 규정하고 있다. 이 협약과 선택의정서에 관한 추가적인 정보는 유엔 인권최고대표 사무실(인권고등판무관실. OHCHR)의 웹사이트(http://www.ohchr.org, or the Division for the Advancement of Women's website, at http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/)를 참조하라.]

이 협약에 앞서 유엔총회는 1967년 ***여성에 대한 차별 철폐에 관한 선언***을 채택하였다. 이 협약은 유엔의 체계 속에서 여성의 평등권 보호를 촉진하는 중요한 법적 수단이 되었다. 협약 규정의 실시상황을 심사하는 것은 여성차별철폐위원회이다.

제1조는 이 협약의 목적을 다음과 같이 규정하고 있다.

> "'여성에 대한 차별'이라 함은 정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 또는 *기타 분야에 있어서* 혼인여부에 관계없이 남녀평등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인식, 향유 또는 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 그러한 목적을 가지는 성에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한을 의미한다."(강조는 추가됨)

여성차별철폐위원회는 '여성에 대한 차별'의 정의에 성에 근거한 폭력이 포함된다고 설명하는데,

> "성에 근거한 폭력이란 여성이라는 이유로 여성에게 직접적으로 행해지는 폭력 또는 부적절한 영향을 미치는 폭력을 의미한다. 여기에는 신체적, 정신적 또는 성적인 해악 또는 고통과 그러한 행위를 하겠다는 위협, 강박 또는 그 밖의 자유를 박탈하는 행위가 포함된다."[5)]

5) General Recommendation No. 19(여성에 대한 폭력), *United Nations Compilation of General Comments*, p.216, para.6.

주의해야 할 중요한 점은, 이와 같이 차별의 정의가 넓게 해석됨에 따라 "성에 근거한 폭력은 조약의 다른 특정 조항이 폭력을 명시적으로 언급하고 있는지 여부와 관계없이 그 다른 특정 조항의 위반으로 인정될 수 있다."[6]는 것이다.

이와 같이 여성에 대한 차별 금지는 전통적 범주의 인권분야뿐 아니라, 차별이 발생할 가능성이 있는 다른 분야에도 미친다. 그러나 이 협약에서 정하고 있는 바와 같이, "남성과 여성 사이의 사실상의 평등을 촉진할 목적으로 하는 잠정적인 특별조치는 이 협약에서 정의한 차별로 보지 아니한다." 그러나 이러한 조치는 "기회와 대우의 평등이라는 목적이 달성되었을 때 중단되어야 한다"[제4조(1)].

하나 더 지적해야 할 중요한 점은 '모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약'(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. 이하, '인종차별철폐협약'이라 한다)이 "공공생활(public life)의 분야"에서의 차별에 관하여만 다루고 있음[제1조(1)]에 반하여, 여성차별철폐협약은 적용범위가 그보다도 넓어서 사적 분야에서의 행위도 그 대상으로 한다는 점이다. 여자차별철폐위원회는 다음과 같이 강조하고 있다.

> "이 협약상 차별은 정부가 한 행위 또는 정부를 대신하여 한 행위에 한정되지 않는다[제2조(e), (f) 및 제5조 참조]. 예를 들어, 이 협약 제2조(e)는 당사국에게 개인이나 단체 또는 기업에 의해 행하여지는 여성 차별을 철폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 국가가 권리침해 행위를 방지하거나 그러한 침해행위를 조사하고 처벌하거나 배상을 제공하기 위하여 적절한 노력을 하지 않는 경우 일반 국제법 및 개별 인권조약에 따라 사적 행위에 대하여 책임을 지기도 한다."[7]

이 협약 제2조에서는 더 구체적으로 당사국은 "여성에 대한 차별을 철폐하기 위한 정책을 모든 적절한 수단을 통해 지체 없이 추진하기로 합의"하고, 이러한 목적을 위하여 다음 사항을 약속하였다.

- "남녀평등의 원칙을 헌법이나 다른 적절한 입법으로 구현하며 … 동 원칙의 실질적 실현을 확보할 것"[제2조(a)]
- "여성에 대한 모든 차별을 금지하는 적절한 입법 및 기타 조치를 취하고 필요한 경우 제재를 포함시킬 것"[제2조(b)]
- "여성의 평등권을 위한 법적 보호를 확립하며 … 권한 있는 국내 재판소와 기타 공공기관을 통하여 여성을 여하한 차별행위로부터 효과적으로 보호하도록 할 것"[제

6) Ibid., loc. cit.

7) Ibid., p.217, para.9. 국제인권법상 사인의 행동에 대한 국가의 책임에 관하여는 제1장 2.9.와 제15장 참조.

2조(c)]

- ❖ "여성에 대한 여하한 차별행위 또는 관행을 따르는 것을 삼가고, 공공 당국과 기관이 이 의무에 부합되게 행동하도록 확보할 것"[제2조(d)]
- ❖ "여하한 개인, 조직 또는 기업에 의한 여성 차별 역시 철폐되도록 모든 적절한 조치를 취할 것"[제2조(e)]
- ❖ "여성에 대한 차별을 구성하는 현행 법률, 규칙, 관습 및 관행을 수정 또는 폐지하도록 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취할 것"[제2조(f)]
- ❖ "여성에 대한 차별을 구성하는 모든 국내 형사법 규정을 폐지할 것"[제2조(g)]

그 이하의 조항에서는 여성차별을 철폐하는 당사국의 의무에 관하여 다음과 같은 사항을 포함하여 더욱 상세한 규정을 두고 있다.

- ❖ "일방의 성이 열등하거나 우월하다는 관념 또는 남성과 여성의 고정적 성역할에 근거한 편견, 관습 및 기타 모든 관행을 없애기 위하여, 남성과 여성의 사회적 및 문화적 행동양식을 수정할 것"[제5조(a)]
- ❖ "사회적 기능으로서의 모성에 대한 적절한 이해, 자녀의 양육과 성장에 있어서 남성과 여성이 공동으로 책임을 갖는다는 인식이 가족교육에 포함되도록 하되, 모든 경우에 있어서 자녀의 이익이 최우선적으로 고려되도록 할 것"[제5조(b)]
- ❖ "여성에 대한 모든 형태의 인신매매 및 매춘에 의한 착취를 금지하기 위하여 입법을 포함한 모든 적절한 조치"를 취할 것(제6조), 정치적 및 공적 활동(제7조, 제8조), 교육(제10조), 고용(제11조), 보건 · 의료(제12조) 및 경제적 · 사회적 활동(제13조)에 있어서 여성 차별을 철폐할 것, 그리고 시골여성(women in rural areas)에 대한 협약의 적용을 확보할 것(제14조)

협약 중 많은 조항은 여성차별철폐를 위하여 당사국에게 "적당한 조치를 취하여야 할" 일반적인 법적 의무를 부과하는 형식을 취하고 있지만, 일부 조항에서는 남녀평등의 기초로서 보장되어야만 하는 다음과 같은 권리를 특별히 규정하고 있다.

- ❖ 교육을 받을 권리: 여성은 특히 직장생활이나 직업지도, 교육에 있어서 동일한 조건과 장학금 기타 교육 혜택에 있어서 동일한 기회의 권리를 가진다(제10조).
- ❖ 근로의 권리, 동일한 고용기회를 보장받을 권리, 직업과 고용의 자유로운 선택권, 동등한 보수를 받을 권리, 사회보장에 관한 권리, 건강보호와 근로환경의 안전에 관한 권리(제11조).

- ❖ 가족수당에 대한 권리, 은행대출, 담보대출 및 기타 형태의 금융대부에 대한 권리, 레크레이션 활동, 체육, 각종 문화생활에 참여할 권리(제13조).
- ❖ 시골여성이 모든 단계에서 개발계획의 작성과 실시에 참여하고, 보건시설의 혜택을 누리며, 사회보장 제도로부터 직접적인 혜택을 받고, 모든 형태의 훈련과 교육을 받으며, 자조(自助)적인 집단을 조직하고, 모든 지역사회 활동에 참여하며, 농업신용 및 대부를 누리며, 적절한 생활조건을 누릴 권리(제14조).

마지막으로 이 협약은 "법 앞에서의 남성과의 평등"과 여성에게 남성과 동일한 민사상 법적 능력을 인정할 의무를 당사국에게 특별히 부과하고 있다[제15조(1), (2)]. 또한, 당사국에게 "남녀평등의 기초 위에" 혼인과 가족에 관한 권리를 보장해야 할 의무를 부과하고 있다(제16조). 이러한 몇 가지 의무가 무엇을 의미하는가에 대해서는 이하에서 더욱 상세히 다루기로 한다.

특정 권리의 향유와 관련하여 여성평등을 보장하는 것을 목적으로 하는 다른 관련 국제조약은 이하의 적당한 절에서 검토하겠다.

3.3 지역적 인권 조약들

지역적인 수준에서, 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(이하 '아프리카 헌장'이라 한다) 제2조, 미주인권협약 제1조, 유럽인권협약 제14조, 1996년 개정된 유럽사회헌장 제5장 제E조는 모두 위 조약들에서 나오는 권리와 자유가 ***성***에 근거한 차별 없이 향유되어야 한다고 규정하고 있다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조와 마찬가지로, 유럽인권협약 제12 추가의정서는 위 협약에 의하여 보장된 권리를 향유하는 것과 무관한 어떠한 이유를 근거로 한 차별을 일반적이고 독립적으로 금지하는 내용을 포함하고 있다. 그러나 위 의정서가 효력을 발생하기 위해서는 10개 회원국의 비준이 필요함에도 2002년 6월 8일을 기준으로 키프로스(Cyprus)와 조지아(Georgia)만이 위 의정서를 비준하였을 뿐이다. 유럽인권협약 제14조에 포함되어 있는 차별금지 조항은 위 협약과 추가의정서에 의하여 보장되는 권리와 자유를 누리는 것과 연관되어 있으므로, 그러한 권리 및 자유와 독립해서는 존재 의미가 없다는 점이 강조되어야 한다.

아프리카헌장 제3조, 미주인권협약 제24조는 더 나아가 법 앞에서의 평등권 및 법으로부터 평등한 보호를 받을 권리를 보장하고 있다.

3.4 성 평등 및 남녀 간 차별금지 원칙의 의미

평등 및 차별금지의 일반적인 의미는 제13장에서 어느 정도 다루어지게 되고, 그곳에서 관련된 국제 판례법과 법적 의견들의 예가 언급된다. 그러므로 이 장에서는 국제인권법에 있어서의 평등한 대우 및 차별금지의 일반적인 개념에 관하여 요약한 후 국제감시기구가 성 평등에 관한 특정 사건을 어떻게 다루었는지에 관해서만 살펴보겠다.

3.4.1 평등 및 차별금지의 일반적인 의미

자유권규약위원회는 차별금지가 "어떠한 차별도 없는 법 앞에서의 평등 및 법의 평등한 보호와 함께 인권 보호에 관한 기본적이고 일반적인 원칙을 구성한다."[8]고 강조하여 왔다. 그러나 사람들 또는 사람의 집단들 사이에 존재하는 모든 구별을 진정한 의미에서의 차별이라고 볼 수는 없다. 이는 일반적으로 사람들 사이의 구별이 합리적이고 객관적이며 정당한 목적을 위하여 부과된 경우에는 정당화 된다는 국제감시기구의 일관된 판례법에 따른 것이다. 자유권규약위원회, 미주 및 유럽인권재판소의 판례법(여성의 평등권에 관한 것)의 평등대우 및 차별금지의 개념에 관한 가장 상세하고 권위 있는 결정들에 비추어 보면, 이들의 공통된 특징은 제13장에 있는 것처럼 아래와 같이 요약될 수 있다.

평등 및 차별금지의 원칙이 사람들 사이의 모든 구별이 국제법에 의하여 불법이라는 것을 의미하지는 않는다.

구별은 아래와 같은 조건 하에서 정당하고 그에 따라 합법적이다.

- *예를 들어, 사실상의 불평등을 해소하기 위한 사회적 약자 우대정책과 같이 정당한 목적을 추구할 것. 그리고*
- *차별이 주어진 정당한 목적에 비추어 합리적일 것.*

목적이 객관적으로 정당화될 수 없거나, 정당한 목적을 달성하기 위한 수단이 비례성의 원칙에 부합하지 않는 경우의 그 구별은 위법하며 국제인권법에 위배된다.

평등권을 보장하기 위해서, 국가는 현저히 다른 상황에 있는 사람들을 다르게 대우할 수 있다.

이와 같은 기본적인 해석은 권리와 자유를 행사함에 있어서 성에 근거한 차별을 비롯하여 차별을 받았다는 주장을 살펴야 하는 모든 법조인들의 출발점이 될 것이다.

8) General Comment No. 18(비차별), United Nations Compilation of General Comments, p.134, para.1. 참조

3.4.2 남녀 간 평등의 의미

일반적인 인권 조약에서의 평등 및 차별금지의 원칙은 차별이 남성이라는 이유로 비롯된 것인지 여성이라는 이유로 비롯된 것인지 여부와 관계없이 차별로 의심되는 경우에 동등하게 적용될 수 있다는 점에 있어서 성에 대해 중립적이지만, 앞서 언급한 바와 같이, 두 국제규약에는 각 규약에 의하여 보장되는 모든 권리를 향유함에 있어서 남녀에게 평등한 권리를 보장하여야 할 국가의 의무를 강조하는 구체적인 조항이 포함되어야 한다고 여겨졌다.

자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 있어서 차별이란 특정한 사유에 근거한 차별 문제만을 다루는 '인종차별철폐협약' 및 '여성차별철폐협약'과 다르다고 생각한다.

> "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에서 사용되는 차별이라는 단어는, 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적인 또는 그 밖의 의견, 국적 또는 사회적 신분, 재산, 출생 또는 그 밖의 신분 등에 근거한 구별, 배제, 제한 또는 선호로서 사람들이 동등한 지위에서 모든 권리와 자유를 인정하고, 향유하고, 행사하는 것을 무효화하거나 저해하는 의도 또는 효과를 가진 것으로 이해되어야 한다."[9]

그리하여 자유권규약위원회는 차별 문제를 다룸에 있어서 다른 두 협약(인종차별철폐협약 및 여성차별철폐협약)의 이행을 감독하는 위원회에 비하여 더 넓은 분야에 대한 권한을 가지고 있다.

자유권규약위원회에 따르면 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제3조에 의하여 규정되는 남녀 간 권리의 평등은 다음과 같은 내용을 함축하고 있다.

> "모든 인간은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 따라 허용되는 권리를 동등한 기초에서 완전하게 향유하여야만 한다. 누구에게라도 어떠한 권리의 완전하고 평등한 향유가 거절될 경우 이 조항은 완전한 기능을 수행하지 못하고 있는 것이다. 결국, 국가는 남성과 여성 모두에게 위 규약에 의하여 제공되는 모든 권리의 동등한 향유를 보장하여야 한다."[10]

위 규약에 포함된 권리를 차별 없이 보장하여야 할 의무는,

> "당사국에게 모든 사람이 그러한 권리를 향유할 수 있도록 필요한 모든 조치를 취할

9) Ibid., p.135, para.7.

10) Ibid., General Comment No.28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), p. 168, para. 2.

> 것을 요구한다. 그러한 조치는 위 권리의 평등한 향유를 방해하는 장애물의 제거, 국민과 공무원에 대한 인권 교육, 위 규약에 따른 약속이 실효를 거둘 수 있도록 국내법을 정비하는 것을 포함한다. 당사국은 여성에게 효과적이고 평등한 권한을 부여하기 위하여 모든 분야에서 보호 조치뿐만 아니라 적극적 조치를 취할 것이 요구된다."[11]

나아가 자유권규약위원회의 견해에 의하면, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2, 3조는 당사국에게 "***공적 영역 뿐 아니라 사적 영역에서도*** 권리의 평등한 향유를 방해하는 모든 차별적 행위를 종식시키기 위하여 성에 근거한 차별 금지를 포함한 모든 필요한 조치를 취할"[12] 의무를 부과한다.

자유권규약위원회는 이 점에 대하여 아래와 같이 덧붙인다.

> "전 세계적으로 여성이 권리를 향유함에 있어서 겪는 불평등은 전통, 역사, 문화, 종교적 사고방식에 깊이 기원한다. 몇몇 국가에서 여성이 갖는 종속적인 지위는 높은 비율의 출생전 성 감별 및 여자 태아에 대한 낙태로 설명된다. 당사국은 전통적, 역사적, 종교적 또는 문화적 성향이 법 앞에서 평등 및 모든 규약상의 권리를 향유함에 있어 평등해야 할 여성의 권리를 침해하는 행위를 정당화할 수 없도록 해야 한다."[13]

그리하여 모든 사람들에게, 특히 남자와 여자라는 측면에서 완전하고 평등한 권리의 향유를 보장하는 당사국의 법적 의무는 사회의 모든 분야에 적용된다. 이러한 의무는 즉각적인 것으로서, 점진적인 것이 아닐 뿐 아니라 관련 당사국의 가용자원에 의하여 좌우되는 것도 아니라는 점을 주의해야 한다.

*****

여성차별철폐협약의 이행을 감시하는 위원회는 위 협약 제1조 등에 관하여 아직 어떠한 일반적 권고도 만들지 않았다. 그러므로 위 위원회가 "여성에 대한 차별"의 개념을 어떻게 이해하고 있는지를 알 수 있는 가장 좋은 자료는 당사국이 제출한 보고서에 대한 논평과 구체적인 사안에서 한 일반적인 권고들이다.

이와 관련하여 다음과 같은 점을 상기시키는 것으로 충분하다. 위 위원회가 지적하였다시피 "위 협약에서 차별이라고 하는 것은 정부가 한 행위 또는 정부를 대신하여 한 행위로 제한되지 않고"[14] 사적인 영역까지 확장된다. 이러한 관점에 따라, 위 위원회는 당사국에게 "개인, 조직 또는 기업에 의하여 행하여지는 모든 여성 차별을 철

11) Ibid., p.168, para.3.

12) Ibid., p.168, para.4. 강조는 추가됨.

13) Ibid., pp.168-169, para.5.

14) Ibid., General Recommendation No.19 (여성에 대한 폭력), p.217, para.9.

폐"하기 위한 적절한 모든 조치를 취할 법적 의무와 여성 차별을 조장하는 사회적, 문화적 관행뿐 아니라 법, 규칙, 관습들을 수정할 법적 의무를 부과하는 위 협약 제2조 (e),(f), 제5조를 주목한다.[15]

또한, 이러한 조항들은 위 협약의 당사국이 성 차별이 존재하는 사회의 모든 분야에서 구체적이고 적극적인 조치를 취할 법적 의무를 가진다는 것을 보여 준다. 이는 여성이 심각한 고통, 특히 폭력으로 인한 고통을 겪고 있는 사적 영역에서 확고하게 자리잡은 차별적인 관습들을 변화시키기 위한 적극적인 조치를 포함한다.

*****

그것 자체로는 법적인 구속력이 있는 것은 아니지만, ***비엔나 선언과 실행계획 (The Vienna Declaration and Programme of Action)***은 1993년 개최된 세계인권회의(World Conference on Human Rights)에 참가한 국가들에 의하여 만장일치로 채택된 중요한 행동지침과 방침이고, 위 선언에 따르면 "여성 및 여아의 인권은 양도될 수 없고, 불가결한 것이며 분할될 수 없는 보편적인 인권의 한 분야"이고, "국가적, 종교적, 국제적인 차원에서 정치적, 시민적, 경제적, 사회적 및 문화적 삶에 대한 완벽하고 평등한 여성의 참여 및 성에 근거한 모든 형태의 차별을 근절하는 것이 국제사회의 우선적인 목표"이다.[16] 마찬가지로 ***베이징 선언과 행동강령(The Beijing Declaration and Platform for Action)***은 참가한 국가들에 의하여 만장일치로 채택되었는데, 이 행동강령을 시작하는 목적 규정의 첫 번째 문단은 이것이 특히 "경제적, 사회적, 문화적 및 정치적 의사결정에 있어서 완전하고 평등한 몫을 위하여 공적 또는 사적 분야에서 행해지는 여성의 적극적인 참여를 방해하는 모든 장해물을 제거함"을 목적으로 한다고 선언하고 있다.[17]

*****

세계의 정부들이 자신의 나라에서 성에 근거한 차별을 제거하여야 할 포괄적인 법적 의무를 부담하는 점을 감안하면, 법관, 검사, 변호사 또한 성에 근거한 차별금지

15) Ibid, 더 상세한 법적 규정에 관하여는 위의 3.2. 참조.

16) See UN doc. A/CONF.157/23, Part 1, para.18; 강조는 추가됨. The United Nations General Assembly subsequently endorsed the Declaration and its recommendations without a vote by resolution 48/121 of 20 December 1993.

17) 베이징 선언과 행동강령의 내용은 www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform 참조. the Declaration and Platform for Action was subsequently endorsed by the United National General Assembly without a vote by resolution 50/42 of 8 December 1995. For information about the Special Session of the General Assembly that assessed progress made since the 1995 Beijing Conference, see www.un.org/womenwatch/confer/beijing5/.

및 평등권이 침해되었다는 주장에 대하여 원인과 관계없이 이를 조사하여야 할 직업적인 의무를 부담한다.

여성은 법 앞에서 남성과 평등한 권리를 가진다. 이러한 법적 평등권은 여성의 사회적 지위와 무관하다.

성에 근거한 차별의 금지는 성에 근거한 폭력의 금지를 포함하는 것이다.

남성과 법적으로 동등한 여성의 평등권은 국가가 공적 및 사적 영역 모두에서 여성에 대한 모든 법적, 사실적인 차별을 제거하여야 한다는 것을 의미한다. 또한, 국가가 적어도 여성 평등권의 완전한 실현을 방해하는 지역적인 관습과 전통을 개선하기 위한 모든 적절한 조치를 취해야 한다는 것을 의미한다.

4. 생명과 신체적 · 정신적 존엄을 존중받을 여성의 권리

4.1 중요한 법적 규정

여성은 모든 인권에 관한 일반적인 협약(예를 들어, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조, 제7조 및 제9조, 아프리카헌장 제4조, 제5조 및 제6조, 미주인권협약 제4조, 제5조 및 제7조, 유럽인권협약 제2조, 제3조 및 제5조)에 의하여 보장되고 있듯이 그들의 생명을 존중받을 권리, 고문과 잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 대우와 처벌로부터 자유로울 권리 및 자유와 안전에 대한 권리를 가진다.[18]

직접적으로 여성에 대한 폭력을 다루고 있는 유일한 세계적 법적 문서는 "***여성에 대한 폭력철폐선언(Declaration on the Elimination of Violence against Women)***"이다. 이 선언은 1993년[19] 유엔총회에서 채택되었는데, 다음과 같이 말하고 있다.

> "'여성에 대한 폭력'이라는 용어는 여성에 대한 육체적, 성적 또는 정신적인 해악이나 고통을 가져오거나 이를 가져올 가능성이 있는 성에 근거한 모든 폭력 행위를 말한다. 여성에 대한 폭력은 공적 영역에서 발생하건 사적 영역에서 발생하건 상관없고, 위에서 언급한 행위를 하겠다는 협박, 강압 또는 자의적 자유박탈을 포함한다."

18) 이 주제에 관하여는 이 매뉴얼의 제5장과 제8장을 참조하라.

19) General Assembly resolution 48/104 adopted on 20 December 1993.

여성에 대한 폭력철폐선언 제2조는 여성에 대한 폭력을 아주 넓게 정의하고 있다. 여성에 대한 폭력에 다음 내용이 모두 포함된다고 이해되나, 반드시 이에 한정되는 것은 아니다.

> "(a) 가정 내에서 발생하는 신체적, 성적, 정신적 폭력. 구타, 가정 내 여아에 대한 성적 학대, 지참금 관련 폭력, 부부강간, 여성의 생식기 절단과 그 밖에 여성에게 해가 되는 전통적인 관습, 비배우자에 의한 폭력 및 착취와 관련된 폭력을 포함한다.
> (b) 일반 공동체에서 발생하는 육체적, 성적 및 정신적 폭력. 강간, 성적 학대, 직장 및 교육기관 등에서의 성적 괴롭힘과 위협, 여성 인신매매 및 강제 매춘을 포함한다.
> (c) 발생장소와 관계없이 국가에 의하여 자행되거나 용인되는 육체적, 성적 및 정신적 폭력."

여성에 대한 폭력철폐선언 제3조는 "여성이 모든 인권의 보호와 향유의 측면에서 동등한 권리를 가지고, 정치적, 경제적, 문화적, 시민적 혹은 다른 모든 영역에서 동등한 자유를 누릴 권리를 가진다."는 국제인권법의 일반적인 적용에 있어서 이미 명백한 내용을 제한된 방식으로 확인하고 있다. 제3조가 한정적 열거규정이 아님은 분명하지만, 의견, 신념, 종교, 표현 및 이동의 자유와 같은 중요한 권리에 관하여는 언급을 하고 있지 않고 있는바, 이러한 권리에 대한 언급이 없다면 여성이 그들의 권리를 효과적으로 주장하기 어렵다는 점에 유의해야 한다.

이 선언은 또한, 각 국가, 기구, 유엔의 특화된 기관이 공적인 영역과 사적인 영역에서 여성에 대한 폭력을 없애기 위한 방법을 확인한다(제4, 5조).

비록 그 자체로 법적 구속력이 있는 것은 아니지만, 이 선언은 유엔 회원국이 국제인권법을 위반하였다고 볼 수 있는 폭력적인 행동에 대한 강력한 증거를 제공한다.

세계적인 수준에서 성 폭력을 명확히 다룬 조약은 없으나, 앞선 3.2에서 본 바와 같이, 여성차별철폐위원회가 여성차별철폐협약의 조문에 명확한 언급이 없음에도 불구하고 위 협약 제1조에 포함되는 차별의 정의에 성에 근거한 폭력이 포함된다고 함으로써 이를 명확히 하였다. 위 위원회는 또한 위 협약 제2, 5, 11, 12, 16조가 당사국에게 "가족, 직장, 또는 그 밖의 사회적 생활 내에서 발생할 수 있는 폭력으로부터 여성을 보호하기 위한 행동"을 요구한다고 해석하였다.[20] 위 위원회는 더 나아가 "성에 근거한 폭력은 여성이 남성과 동등하게 권리와 자유를 향유할 능력을 심각하게 억제하는 것으로서 차별의 일종"이라고 하였다.[21] 그리고 그러한 폭력 즉, "일반적인 국제

20) General Recommendation No.12 (여성에 대한 폭력), *United Nations Compilation of General Comments*, p.209.

21) Ibid., General Recommendation No.19 (여성에 대한 폭력), p.216, para.1.

법이나 국제인권조약에서 보장되는 여성의 인권과 기본적 자유의 향유를 저해하거나 무효화시키는 폭력은, 협약 제1조가 의미하는 차별에 해당한다."고 하였다[22].

*****

지금까지, 오직 하나의 조약만이 여성에 대한 폭력 문제를 광범위하고 배타적으로 다루었다. 그것은 ***여성에 대한 폭력의 방지, 처벌 및 철폐에 관한 미주협약 (Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women)***으로서, "Belém do Para 협약"으로 불리기도 하며, 1994년 미주기구 총회에서 채택되었다. 이 협약 제2조에 따르면,

> "여성에 대한 폭력은 반드시 다음과 같은 육체적, 성적, 그리고 정신적 폭력을 포함하는 것으로 이해되어야한다.
> a. 가족 또는 가족 단위 내 또는 그 밖의 대인관계 내에서, 가해자가 피해 여성과 함께 거주하고 있거나 거주하였는지 여부와 상관없이 발생하는 폭력. 특히, 강간, 구타, 그리고 성적 학대.
> b. 공동체 내에서 발생하고, 자행되는 폭력. 특히, 직장 · 교육기관 · 병원시설 · 기타 장소에서의 강간, 성적 학대, 고문, 인신 매매, 강제 매춘, 납치, 성적 괴롭힘.
> c. 발생지와 무관하게 국가 또는 국가의 대리인에 의하여 저질러지거나 용인된 폭력."

계속하여 위 협약은 "모든 여성은 공적 영역과 사적 영역 모두에서 폭력으로부터 자유로울 권리를 가지고"(제3조), 당사국은 "여성에 대한 폭력이" 지역적, 보편적 인권문서에 따라 여성이 향유할 수 있도록 보장된 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 그리고 문화적 권리의 "자유롭고 완전한 행사를 방해하고 무효화한다."는 점을 승인하여야 한다고 규정한다(제5조).

위 협약 제6조에 따르면, 폭력으로부터 자유로울 여성의 권리에는 "모든 형태의 차별로부터 자유로울 권리"와 "(여성이 남성에 비하여) 열등하거나 종속적이라는 인식을 기초로 한 정형화된 행동양식 및 사회적 · 문화적 관습으로부터 자유롭게 평가되고 교육받을 권리"가 포함된다.

제7, 8조는 당사국이 여성에 대한 폭력을 방지하고, 처벌하고, 근절하기 위하여 "즉각적이고"(제7조), "계속적으로"(제8조) 취해야 할 조치들을 규정하고 있다.

---

22) Ibid., p.217, para.7. The General Recommendation은 폭력이 위 협약 제6, 11, 12, 14조, 제16조(5)와 같은 여러 권리의 향유에 어떻게 부정적 효과를 미치는지 보여주고, 성에 근거한 폭력을 극복하기 위한 목적으로 국가에 대한 여러 특별한 권고를 제공한다.

"당사국은 인종, 민족적 배경 또는 이주자, 난민, 추방된 사람이라는 지위 등을 이유로 한 폭력에 취약한 여성을 위하여 특별 예산을 마련하여야 한다. 비슷한 배려는 임신, 장애, 미성년, 노년, 사회경제적 약자, 무력분쟁으로부터 해를 입거나 자유를 박탈당한 상황에 있는 여성에게도 주어져야 할 것이다."

이 조항은 특별히 극적인 상황에 처해 있고, 그 결과 폭력행위로부터 법조인의 특별한 보호를 필요로 하는 특별한 집단에 속한 여성의 불안정성('1. 들어가며'에서도 언급하였다)에 대한 중요한 승인이다.

모든 여성은 그들의 생명과 신체적, 정신적 불가침성을 존중받을 권리를 남성과 동등하게 가지고 있다.

성에 근거한 폭력과 그러한 폭력을 행사하겠다는 위협은 공적 영역에서 발생하거나 사적 영역에서 발생하였는지 여부 와 관계없이 국제인권법에 의하여 금지된다.

여성에 대한 폭력은 권리와 자유를 남성과 평등하게 향유할 여성의 권리를 악화시키고 무효화시킨다.

취약한 상황에 놓여있는 여성에게는 특별한 주의와 폭력으로부터의 보호가 주어져야 한다.

4.2 생명권

다양한 인권 조약이 다양하게 규정하고 있지만, 그들의 일반적인 기본 원칙은 여성이 남성과 마찬가지로 자의적으로 생명을 박탈당하지 않을 권리를 가지고 있다는 것이다(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조, 아프리카헌장 제4조, 유럽인권협약 제2조). 여성에 대한 폭력의 방지, 처벌 및 철폐에 관한 미주협약 제4조(a)는 모든 여성은 "자신의 생명을 존중받을 권리"를 가지고 있다고 규정한다.

사형제도에 대하여, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조(5), 미주인권협약 제4조(5)은 임신한 여성에 대해 사형의 적용을 금지하는 특별한 조항을 포함하고 있다. 그 경우에 "동등한 기초에서 권리와 자유의 향유는 … 모든 경우에 있어서 동일한 대우를 의미하지는 않는다."[23]

자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조에 의하여 보장된 "내재된 생명권은 제한적인 방식으로는 적절히 이해될 수 없고," 이를 보호하

23) 자유권규약위원회, General Comment No.18(비차별), *United Nations Compilation of General Comments*, p.135, para.8.

기 위하여 "당사국은 적극적인 조치를 취해야 한다."고 한다.[24] 또한, 위 위원회는 이러한 넓은 해석에 기초하여, 예컨대, "당사국은 유아 사망률을 줄이고, 기대수명을 늘리기 위하여 가능한 모든 조치, 특히 영양실조와 전염병을 제거하기 위한 조치를 취하는 것이 바람직하다."고 한다.[25]

4.2.1 유괴와 살해

유괴와 살해뿐 아니라 치안부대에 의해 사법절차에 의하지 않은 살인을 포함한 여성에 대한 폭력은 당연히 국제인권법에 의하여 엄격하게 금지된다. 정부 공무원에 의하여 행해진 것인지 가족에 의하여 행해진 것인지 여부와 상관없이 이러한 불법적인 행위는 반드시 조사되고 처벌되어야 한다. 나아가 정부는 국제법에 따라 이러한 행위가 일어나는 것을 막아야 할 법적 의무를 부담한다.[26]

자유권규약위원회는 멕시코에 대하여 "유괴와 살해의 가해자가 체포되거나 재판받지 않는 수많은 사건들에 대한 보고를 포함하여 여성에 대한 폭력의 수준에 대하여" 우려를 표하였다. 즉, 멕시코는,

> "여성의 안전을 보호하고, 여성이 폭력을 참거나 이를 알리는 것을 포기하도록 하는 어떠한 압력도 없도록 보장하며, 학대를 받았다는 모든 주장이 조사되고 그 가해자가 법정에 서도록 하기 위한 효과적인 조치를 취해야 한다."고 언급하였다.[27]

자유권규약위원회는 베네수엘라에 대하여도 "유괴와 살해 범죄에 대하여 가해자가 체포되거나 고발되지 않는 수많은 사건들에 대한 보고"를 포함하여 여성에 대한 폭력의 수준에 대하여 우려를 표하였다. 위 위원회는 베네수엘라가 "여성의 안전을 보장하기 위한 효과적인 조치를 취해야 한다."고 권고함과 동시에 이 사안이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조에 대한 "심각한 우려"를 일으켰다고 말하였다.[28]

*****

Velasquez Rodriguez 사건에서, 미주인권재판소는 실종 관행이 많은 규정을

24) Ibid., General Comment No.6(art.6), p.115, para.5.

25) Ibid., loc. cit.

26) 인권침해에 대한 예방, 조사, 개선에 관한 정부의 의무에 관하여는 이 매뉴얼 제15장 참조.

27) UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol. I), p.64, para.328.

28) UN doc. *GAOR*, A/56/49(vol. I), p.52, para.17.

위반하고 미주인권협약을 "심각하게 위반"하고 있으며, "인간 존엄의 가치와 미주인권협약과 그 시스템의 가장 기본적인 원칙에서 나오는 가치의 무신경한 포기"를 보여준다고 판시하였다.[29] 미주인권협약 아래에서 당사국은 제기되는 실종문제에 대하여 책임을 져야 하지만, 당사국이 그 행위에 대하여 곧바로 책임을 져야하는 근거가 명확한 것은 아니다. 미주인권재판소는 "미주인권협약에 의하여 보장된 권리의 침해가 정부의 지지나 묵인 하에 이루어졌거나 또는 국가가 위와 같은 행위를 방지하거나 행위자를 처벌하기 위한 조치를 취하지 않은 채 그와 같은 행위가 발생하는 것을 용인하였는지 여부에 따라 결정된다."고 설시하였다. 다시 말하면, 당사국은 "인권침해를 방지하기 위한 합리적인 조치를 취하고, 관할구역 내에서 저질러진 침해행위를 처리함에 있어서 진지한 수사를 위한 수단을 사용하며, 책임 있는 자를 확인하고 적절한 처벌을 부과하며, 피해자에게 적절한 보상을 보장해야 할 법적인 의무"를 진다.[30] 이와 같은 국가의 법적 의무는 예컨대 유괴와 같이 그들과 직접적으로 연관되어 있지 않다 하더라도 굉장히 중요하다. 인권침해를 방지하고, 조사하고, 처벌하고, 그리고 보상해야 할 국가의 의무에 관한 더 자세한 정보는 이 매뉴얼의 제15장을 참고하라.

4.2.2 지참금 폭행과 "명예" 살인

어떤 나라에서는 신부의 가족이 신랑의 가족에게 지참금을 지불해야 하며 그 금액은 가족들에 의해서 결정된다. 만약 어떠한 이유에서 지참금이 지불되지 않거나 그 금액이 너무 적다고 생각되는 경우 신부에 대한 폭행이 뒤따를 수 있으며, 심지어 몇몇 공동체에서는 신부가 산 채로 화형에 처해지거나, 남편 또는 그의 가족에 의해 황산으로 외모가 흉하게 되기도 한다.[31] "명예" 살인은 소수의 국가에서 이루어진다. 소녀 또는 여성이 죽임을 당하는 것이 정당화 되는 행동의 실수를 저질렀다고 생각되는 경우 가족 구성원 중 남자가 그 소녀 또는 여성을 살해하거나, 가족 구성원이 아닌 남자를 고용하여 대신 살해하도록 한다.

*****

여성차별철폐위원회는 여성차별철폐협약 제2조(f), 제5조, 제10조(c)에 관하여 다음과 같이 말하고 있다. "여성이 남성에게 종속되었다고 여기거나 정형화된 성역할

29) *I –A Court HR, velasquez Rodriguez Case, Judgment of July 29, 1998, Series C, No.4*, p.149, para.158.

30) Ibid., pp.154–155, paras.173–174.

31) Carin Benninger–Budel and Anne–Laurence Lacroix, *Violence against Women–A Report*(Geneva, World Organization against Torture(OMCT), 1999), pp.119–120 참조

을 갖는다고 여기는 전통적인 사고방식이 가정폭력, 학대, 강제 혼인, 지참금 살인, 황산 공격, 그리고 여성 할례(female circumcision)와 같은 폭력이나 억압에 관한 일반적인 관습을 영속화시킨다. 이러한 편견과 관습은 성을 근거로 한 폭력을 여성에 대한 보호 또는 통제라는 형식으로 정당화한다. 여성의 육체적, 정신적 불가침성에 대한 폭력의 영향으로 여성은 인권과 기본적인 자유를 동등하게 향유하고 행사할 권리와 그것에 대해 권리를 박탈당하게 된다."[32]

여성차별철폐위원회는 "명예" 살인이라는 방식으로 요르단과 이라크에서 행해지는 여성에 대한 폭력에 대하여 우려를 표하였다. 예컨대, 요르단 형법 제340조에 의하면, "간통으로 잡힌 자신의 아내나 여성 친척을 다치게 하거나 살해한 남자"는 용서된다.[33] 위 위원회는 요르단에 "위 제340조의 신속한 폐지를 위한 모든 가능한 지원을 제공하고, '명예 살인'이 사회적 · 도덕적으로 용납될 수 없다는 인식 고취 운동에 착수할 것"을 촉구하였다.[34] "명예" 살인으로 위협받는 요르단 여성은 감옥에 가는 것으로 자신을 보호하고 있으며, 위 위원회는 정부에게 "여성을 보호할 다른 방법으로 보호구류(protective custody)를 대체할 조치를 취할 것" 촉구하였다.[35] 위 위원회는 이라크에게 "특히 명예살인을 규탄하고 근절하며, 이러한 범죄는 다른 살인 범죄와 마찬가지로 반드시 기소되고 처벌되어야 한다."고 촉구하였다.[36]

*****

또한, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회(the committee on economic, social and cultural rights. 이하, '사회권규약위원회'라고 한다)는 요르단에 대하여 "명예라는 미명 하에 계속되는 여성에 대한 범죄가 처벌받지 않는다는 점"에 우려를 표하였다.[37]

4.2.3 여성 성기 절제

여성 성기 절제 관습은 세계의 일부 지역에 광범위하게 존재하고, 소녀의 건강에 심각한 영향을 초래할 수 있으며, 심지어 소독되지 않은 수술 도구를 사용하거나

32) General Recommendation No.19(여성에 대한 폭력), *United Nations Compilation of General Comments*, pp.217-218, para.11.

33) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p.20, para.178(Jordan), and p.69, para.193(Iraq)

34) Ibid., p.20, para.179.

35) Ibid., loc. cit.

36) Ibid., p.69, para. 194.

37) UN doc. E/2001/22(E/C.12/2000/21), p.51, para. 236.

수술 도중 열악한 위생 환경 때문에 죽음을 초래하기도 한다. 여성 성기 절제의 해로움은 세계보건기구(World Health Organization)에 의하여 기록되고 있다.[38]

여성차별철폐위원회는 여성차별철폐협약의 당사국에게 "반드시 여성 성기 절제를 금지하는 법률을 제정하고 그러한 법률을 효과적으로 집행할 것을" 권고하고 있다.[39] 또한, 위 위원회는 여성 할례 관습을 근절하기 위한 적절하고 효과적인 수단을 채택할 것을" 당사국에게 권고한다.

예를 들면 다음과 같은 방법이 있다.

- ❖ 이러한 전통적인 관습에 대한 기본적인 자료의 수집 및 보급
- ❖ 여성 할례와 그 밖의 여성에게 해로운 관습을 근절하기 위한 여성 조직의 활동을 지원
- ❖ 정치인, 전문직, 종교인, 그리고 언론계, 예술계를 포함한 모든 분야의 지역사회 리더들이 여성 할례 근절에 대한 태도에 영향을 미치도록 협동하는 것을 장려
- ❖ 여성 할례로 인하여 발생하는 문제에 대한 연구결과를 기초로 적절한 교육 및 훈련 프로그램과 세미나의 소개
- ❖ 공중보건에서 여성 할례 근절을 위한 적절한 정책을 국민 건강 정책에 포함시킬 것[40]

[**추록** : 여성과 여아의 건강에 영향을 미치는 전통적 관습 또는 관행이라는 제목의 유엔 사무총장 보고서(A/58/169)는 당사국이 여성 성기 절제와 같은 전통적 관습 또는 관행을 해결하기 위하여 취한 법적 조치와 정책에 관한 정보를 제공한다. 또한, 이 보고서는 더 많은 노력이 필요한 영역을 제시한다.]

위 위원회는 이집트와 관련하여, 보건복지부 법령을 통해 1996년 여성 할례를 금지한 점은 환영하지만, 위 법령의 시행에 대한 정보가 없는 점에 대하여 여전히 우려를 표하였다.[41]

[**추록** : 2003년 이집트는 성기 절제의 위험에 처한 여성을 위한 변호와 역량강화를 지원하고 여성 성기 절제의 사회 문화적 근원을 해결할 것을 목적으로 아동과 모성에 관한 국가위원회(the National Council for Childhood and Motherhood)를 출범시켰다. 또한, 이집트 국가 의사 연합(The National Syndicate of Egyptian Doctors)

38) 일반적으로는 WHO web site: www.ilo.int와 references in Handout No.1. 참조

39) General Recommendation No.24(제12조 – 여성과 건강), *United Nations Compilation of General Comments*, p.248, para.15(d)

40) Ibid., General Recommendation No.14(여성 할례), pp.211–212, subparagraphs (a) and (b).

41) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p.36, para.348.

은 의사가 여성 성기 절제를 시술하는 것을 금지하는 결정을 내렸다(A/58/169, para. 6).]

4.2.4 낙태

낙태 문제가 일반적인 국제인권법에서 명시적으로 다루어지지는 않았지만, 미주인권협약의 제4조(1)은 생명권은 "이 권리는 법률에 의하여 보호되며, 일반적으로 임신의 순간부터 보호되어야만 한다."고 규정하고 있다. 이는 심지어 임신 첫 주의 어쩔 수 없는 상황에서의 낙태도 무조건 배제하고 있는 것으로 보인다. 반면에, 낙태를 지나치게 금지하는 법률은 임산부로 하여금 비밀리에 임신 중단(interruptions)을 할 수밖에 없게 하여 임산부의 생명과 건강을 위태롭게 할 수 있다는 주장이 제기되고 있다.

*****

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조와 관련하여 위 쟁점을 검토하면서 자유권규약위원회는 과테말라의 상황과 관련하여 다음과 같이 언급하였다. "임산부의 생명이 위험에 처한 경우를 제외하고 모든 낙태를 법적으로 금지하고 법률에 따라 가혹한 처벌을 부과하는 것은 심각한 문제를 야기한다. 특히, 가족계획에 대한 정보 부족과 은밀한 낙태가 산모의 사망에 미치는 심각한 영향에 대한 논란의 여지없는 보고들을 고려하면 그러하다." 결과적으로 위 위원회에 견해에 따르면 당사국은 다음과 같은 의무를 갖는다.

> "임신을 중단하기로 결정한 임산부에게 그들이 권리를 보장받기 위하여 필요한 정보와 재원을 제공하고, 임산부의 생명이 위험한 경우를 제외한 모든 낙태에 대한 일반적인 금지에 대하여 예외를 인정하도록 법률을 수정하며, 생명권(제6조)을 보장하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다."[42)]

또한, 위 위원회는 자국 내에서 일반적인 임신 중절을 금지하는 코스타리카의 낙태에 관한 법에 대하여 예외를 허용하도록 수정되어야 한다고 하였다.[43)] 강간에 의해 생긴 태아를 낙태하는 것마저 처벌하는 페루의 법률도 위 위원회의 중요한 관심의 대상이다. 페루에서 은밀한 낙태가 임산부의 사망의 주된 원인이 되어왔다는 점에서

42) UN doc. *GAOR*, A/56/40(vol. I), p.96, para.19.
43) UN doc. *GAOR*, A/56/40(vol. I), p.55, para.280.

[44] 위원회는 위와 같은 법 규정이 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제3조, 제6조, 제7조와 양립할 수 없다."고 되풀이하여 언급하고, "위 법률은 낙태의 금지와 처벌에 관하여 예외를 인정하는 내용으로 수정되어야만 한다."고 권고하였다.[45]

[**추록**: 낙태와 관련된 첫 번째 사건에서, 자유권규약위원회는 국가 의료 당국이 산부인과 의사가 권장한 치료적 낙태의 허가를 거부한 것이 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약을 위반한 것이라고 판단하였다. *K.N.L.H. v. Peru* 사건에서 위 위원회는 낙태 허가 거부가 위 규약 제2조에 따라 제7, 17, 24조 위반에 해당한다고 결정하였는데, 위 사건에서 신청인은 낙태 허가 거부로 인하여 출산 직후 갓난 딸의 기형과 뒤이은 죽음을 목격하였을 뿐 아니라 심각한 우울증으로 고통 받았다[*Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 40* (A/61/40), vol. II, annex V, sect. BB, communication No. 1153/2003, K.N.L.H. v. Peru.]

*****

여성차별철폐위원회는 요르단에서 "낙태의 금지가 강간 또는 근친상간에 의한 임신에 대해서도 적용되는 것"에 대하여 우려를 표하고, 요르단 정부에게 "강간이나 근친상간의 피해자들에게 안전한 낙태를 허용하는 입법조치에 착수할 것"을 요청하였다.[46]

4.2.5 유아 사망과 기대 수명

생명권에 대한 폭넓은 이해와 당사국에게 이 권리를 보호하기 위하여 적극적으로 행동할 책임이 있다는 점(여기에는 앞서 언급한 유아 사망률을 낮추고 기대수명을 높일 의무가 포함된다)에 비추어, 자유권규약위원회는 북한에 대하여 "북한이 북한 내의 식량과 영양상태를 해결하기 위하여 아무런 조치를 취하고 있지 않고, 1990년대 인구에 심각한 영향을 끼친 가뭄과 다른 자연 재해들의 원인과 결과를 국제 사회와의 협력 아래 해결하기 위하여 아무런 조치를 취하고 있지 않은 점에 관하여 심각하게 우려"하고 있다고 말하였다.[47] 당사국들은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조에 따라 유아 사망을 줄이고 기대 수명을 늘리기 위하여 인구의 생명 주기에 영향을

44) UN doc. *GAOR*, A/56/40(vol. Ⅰ), p.48, para.20.
45) Ibid., loc. cit.
46) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p.20, para.180-181.
47) UN doc. *GAOR*, A/56/40(vol. Ⅰ), p.100, para.12.

미치는 근본 원인을 다룸으로써 적극적인 조치를 취해야 할 의무를 갖는데, 이 의무는 여성과 여아의 경우에 있어서 특별히 중요하다. 왜냐하면 여성과 여아는 종종 식량이 부족하거나 보건조치가 충분하지 아니한 시기에 부당한 부담을 지기 때문이다. 따라서 여성과 어린이에게는 항상 남성과 동등하게 식량과 보건에 대한 접근이 보장되어야 한다.

여성의 생명권은 항상 존중되어야 한다.

국가는 여성의 생명을 적극적으로 보호해야 할 법적 의무를 가지고 있다.

유괴, 살해, 사법절차에 의하지 않은 살인을 포함하는 폭력은 항상 절대적으로 금지되어야 한다.

지참금 또는 "명예" 살인에 관련된 폭력은 국제법에 의해 엄격히 금지되며 관련 국가에 의해 방지되고, 기소되고, 처벌되어야만 한다.

여성 성기 절제는 여성의 생명과 건강을 위협하고 국제법에 반한다. 국가는 이러한 관습을 근절하기 위하여 적절하고 효과적인 조치를 취해야 한다.

임산부 사망을 막기 위해서 국내 법률은 최소한의 범위 내에서 낙태 가능성을 열어두어야 한다. 예를 들면 산모의 건강에 문제가 있거나 강간, 근친상간에 의한 임신의 경우이다.

임신한 여성에게 사형을 부과하여서는 안 된다.

국제법에 따라 국가들은 여성에게 식량과 보건에 대한 동등한 접근을 제공하고, 근본원인을 다룸으로써 유아 사망률을 줄이고 기대수명을 높이기 위한 적극적인 조치를 취해야 할 법적 의무가 있다.

4.3 고문 및 그 밖의 잔혹한 · 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌로부터 자유로울 권리

여성은 잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 대우나 처벌로부터 자유로울 권리를 언제나 효과적으로 향유할 기본 권리가 있다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조, 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 이하 '고문방지협약'이라 한다), 아프리카 헌장 제5조, 미주인권협약 제5조(2), 여성에 대한 폭력의 방지, 처벌 및 철폐에 관한 미주협약 제4조, 유럽인권협약 제3조과 고문 및 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지를 위한 유럽협약(the European Convention for the Prevention of

Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment) 참조]. 고문과 다른 부당한 대우로부터 자유로울 권리는 항상 보장되어야 하고, 공공의 비상사태시에도 훼손되어서는 아니 된다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2), 미주인권협약 제27조(2) 그리고 유럽인권협약 제15조(2)].

아래에서는 여성에 대한 제도적, 제도화된, 가정 또는 사회 내에서의 폭력에 대하여 대략적으로 살펴본다.

4.3.1 자유를 박탈하는 여성에 대한 폭력

일반적인 국제인권조약은 자유를 박탈당한 여성의 경우 특히 취약한 상황에 있어 교도관에 의하여 자행되는 성적 학대와 같은 폭력으로부터 특별한 보호가 필요하다는 사실을 분명하게 인식하고 있지 않다. 단지 여성에 대한 폭력의 방지, 처벌 및 철폐에 관한 미주협약 제7조(a)에 의하여 당사국은 여성에 대한 어떠한 폭력 행위에도 관여하지 않을 것을 약속하고, 당국, 공무원, 직원, 대리인, 그리고 기관이 여성에 대한 폭력을 방지, 처벌, 철폐해야 할 의무에 따라 행동할 것을 약속한다.

피구금자에 대한 대우와 관련해서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조(1)은 "자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 대우받고 인간의 고유한 존엄성을 존중받아야 한다."고 분명하게 규정하고 있다. 유사한 맥락에서 미주인권협약 제5조(2)은 "자유를 박탈당한 모든 사람은 인간의 고유한 존엄성을 존중 받아야 한다."고 규정하고 있다. 마지막으로 유엔 피구금자 처우에 관한 최저기준규칙(the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners) 제8조(a)에 따르면

> "남성과 여성은 가능한 한 분리된 시설에 구금되어야 한다. 남성과 여성을 함께 수용하는 시설에서는 여성용으로 할당된 설비 전체를 완전히 분리하여야 한다."

피구금자의 영역분리 원칙이 엄격하게 적용된다면 이는 여성을 보호하는 데 도움이 될 것이다. 그러나 여성 피구금자는 여전히 교도관, 감시원으로부터 학대를 당할 위험이 있고, 특히 그들이 남성일 경우에 그러하다.

*****

국제감시기구는 지금까지 상대적으로 경찰서 구금 상태 또는 그 밖의 자유 박탈 상태에서의 여성 학대 문제에 거의 관심을 기울이지 않았다. 그러나 자유권규약위원

회는 일반논평 제28호에서 다음과 같이 강조하였다. 즉, "당사국은 자유를 박탈당한 사람이 남성과 여성 모두 동등한 조건에서 권리를 보장받을 수 있도록 관련된 모든 정보를 제공해야 한다. 특히 당사국은 남성과 여성이 수용소에서 분리되어 있는지 여부와 구금된 여성이 오직 여성 감시원에 의하여 감시되는지 여부를 보고해야 한다. 또한 당사국은 ***여성인 미성년 피고인***을 성인과 분리하여 수용해야 한다는 원칙이 준수되고 있는지와 남성과 여성 사이에 어떠한 대우의 차이가 있는지를 보고하여야 한다. 예컨대, 사회 복귀 및 교육 프로그램의 제공과 배우자와 가족의 방문에 있어서의 대우 등이 있다. ***임신한 자유 박탈 여성***은 항상 인도적인 대우와 그들의 고유한 존엄성을 존중받아야 하고, 특히 출산과 갓난아기를 돌보는 동안 그러하다."[48]

자유권규약위원회는 멕시코와 베네수엘라에서 구금된 여성이 치안부대원에 의하여 강간과 고문을 당하였다는 많은 혐의들이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에 대한 "심각한 우려"를 일으킨다고 말하였다. 이에 따라 당사국은 "여성의 안전을 보장하기 위한 효과적인 조치를 취하고 여성이 그러한 폭력을 신고하는 것을 주저하게 하는 어떠한 압력도 없도록 보장하여, 모든 학대에 관한 혐의가 조사되고 재판받을 수 있도록 해야 한다"고 하였다.[49]

*****

고문방지위원회는 고문방지협약의 당사국들에게 "미성년자 구금 센터와 그 밖에 고문과 부당한 대우가 일어나기 쉬운 기관뿐 아니라 민간 또는 군사 지역에서의 구금"과 관련하여 성별에 따라 분류된 자료의 제공을 요청하였다.[50] 카자흐스탄의 최초 보고서를 검토한 결과, 위 위원회는 "특히 여성의 구금률이 증가하고 있고, 경찰서 구금 중 폭력적 대우를 받았다는 주장이 증가하고 있는 상황에서 위 보고서에 여성과 소녀에 대한 고문과 부당한 대우에 관한 정보가 없다는 점"에 대하여 우려를 표하였다.[51] 그리고 캐나다에 대하여는, 여성 피구금자가 "당국으로부터 가혹하고 부적절한 대우를 받고 있다."는 주장들과 "Arbour 보고서의 많은 권고들이 (아직) 실행되고 있지 않다는 점"에 대하여 우려를 표하였다.[52]

---

48) General Recommendation No.28(규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p.170, para.15. 강조는 추가됨.

49) UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol. I), p.64, para.328(Mexico)과 GAOR, A/56/40(vol. I), p.52, para.17. (Venezuela). 인용 부분은 베네수엘라의 보고서에 대한 것이나, 멕시코의 보고서에 대하여도 같은 내용이 있다.

50) 카자흐스탄에 관한 UN doc. *GAOR*, A/56/44, p.55, para.129(m) 참조

51) Ibid., p.54, para.128(j)

52) Ibid., p.26, para.58(b); the report referred to was: *Commission of Inquiry into Certain Events at the Prisons for Women at Kingston, Commissioner*: The Honorable Louise Arbour, Canada,

고문방지위원회는 또한 미국에 대하여, 여성 수용자와 수형자가 법집행 공무원과 교도소 직원에 의하여 강간을 당하였다고 주장한 사례들에 대하여 우려를 표하였다. 위 위원회의 견해에 의하면 여성 "수용자와 수형자는 모두 굴욕적이고 모멸적인 상황에 자주 놓인다."[53] 위원회는 일반적으로 당사국이 "고문방지협약을 위반한 사람, 특히 차별적 목적과 성적 만족을 목적으로 위반한 사람이 반드시 조사되고, 기소되고, 처벌되도록 하기 위하여 필요한 조치를 취할 것"을 권고하였다.[54] 네덜란드에 대하여는, "여성 공무원(법집행 공무원)의 부당한 배치"에 관하여 우려를 표하였다.[55]

*****

이집트의 세 번째 정기보고서의 검토에서, 고문방지위원회는 세계고문방지기구(World Organization against Torture)가 제기한 "경찰과 국가안전요원이 여성 피구금자의 남편이나 다른 가족원에 관한 정보를 얻기 위하여 때때로 여성 피구금자를 성적으로 학대하거나 그러한 학대의 위협을 한다"는 혐의에 관하여 더욱 우려를 표하였다. 이에 따라 위 위원회는 "경찰과 국가안전요원이 정보를 얻기 위하여 저지르는 성적 학대 위협으로부터 여성을 보호하기 위한 효과적인 조치를 취할 것"을 권고하였다.[56]

*****

고문으로서의 강간에 관한 판례법에 관한 것은 이 매뉴얼의 제8장의 2.3.1을 참고하라.

*****

법관, 검사 그리고 변호사는 구금 중인 여성의 특별한 어려움과 취약성에 특히 주목해야 한다는 점이 매우 중요하다. 이들이 성적 학대를 포함한 부당한 대우를 받았다는 주장에 대하여 성실하고 효율적으로 조사하고, 가해자를 고발할 엄두를 내지 못하는 여성에게서 고문 또는 그 밖의 부당한 대우를 받은 징후가 있는지 주의를 기울여야 한다.

1996.

53) UN doc. *GAOR*, A/55/44, p.32, para.179(d).

54) Ibid., p.32, para.180(b).

55) Ibid., p.34, para.187(a).

56) UN doc. *GAOR*, A/54/44, p. 23, para. 209 and 212.

4.3.2 불법적인 처벌

자유권규약위원회에 따르면 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에서 금지하는 행위에는 "피해자에게 육체적 고통을 가하는 행위뿐만 아니라 정신적 고통을 가하는 행위"까지 포함된다. 게다가 위 위원회의 견해에 의하면, "위 금지는 범행에 대한 처벌 또는 교육이나 훈육의 수단으로 명해진 과도한 체벌을 포함하는 체형(體刑)으로 확장되어야 한다."[57] 이러한 견해는 *Osbourne* 사건에서 확인되었는데, 신청인은 총기 불법 소지, 중대한 강도, 고의에 의한 상해로 가혹한 노동을 포함한 15년형을 선고받고, 타마린드(tamarind. 역주: 콩과 나무의 일종이다) 회초리로 채찍질 10대를 명받았다. 이 사건에 대한 "자유권규약위원회의 확고한 견해"는 "처벌되는 범죄의 성질과 무관하게, 그것이 아무리 악랄하다 할지라도, 체형은 ***잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 대우 또는 처벌***에 해당하고," 따라서 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에 위반된다는 것이다.[58] 위 위원회는 당해 정부에 "*Osbourne*에 대한 채찍질형을 집행하지 않을 의무"가 있고, 더 나아가, 체형을 허용하는 법률 조항을 폐지함으로써 유사한 침해가 향후 다시 발생하지 않도록 해야만 한다."고 고지하였다.[59]

*****

나미비아와 관련하여 고문방지위원회는 여전히 나미비아 법에 따라 가능한 "체형의 즉각적 폐지"를 권고하였다.[60]

*****

체형의 금지는 당연히 여성에게 동등하게 적용된다. 예컨대, 특정한 ***복장규정(dress code)***에 따르지 않거나 아래에서 설명될 두 사건과 같이 ***간통***을 저질렀다는 이유로 태형이나 돌로 쳐 죽이는 석살(stoning)에 처해질 위험이 있는 여성에게도 동등하게 적용된다. 이에 따라 자유권규약위원회는 당사국에 "공공장소에서 여성이 입는 의복에 관한 모든 특정한 규제"에 관한 내용을 보고서에 포함시킬 것을 요청하였다. 그리고 그러한 규제는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 담긴 "다수의 권리에

57) General Comment No.20(Article 7), *United Nations Compilation of General Comments*, p.139, para.5.

58) Communication No.759/1997, *G. Osbourne v. Jamaica*(views adopted on 15 March 2000), in UN doc. *GAOR*, A/55/40(vol. Ⅱ), p.138, para.9.1. 강조는 추가됨.

59) Ibid., p.138, para.11.

60) UN doc. *GAOR*, A/52/44, p.37, para.250.

대한 침해로 연결될 수 있다"고 강조하였다. "만일 그러한 규제를 강요할 목적으로 체형이 부과된다면" 위 규약 제7조에 위반될 수 있다.[61] 간통으로 인한 체형의 부과와 관련된 다음의 두 사례에는 각각 고문방지협약과 유럽인권협약이 적용되었다. 이 사례들은 국제감시기구들이 국제인권법에서 금지하는 "고문"의 의미와 다른 종류의 부당한 대우들의 의미를 일관성 있게 이해하고 있음을 보여준다는 점에서 매우 중요하다.

*****

여성 난민과 망명 신청자는 고문 또는 잔혹한 처벌 등을 받을 위험이 있기 때문에 그들의 출신국가로 송환되지 않을 이익을 가진다. 고문방지협약 제3조(1)은 이에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

> "1. 어떤 당사국도 고문을 받을 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 다른 나라로 개인을 추방, 송환 또는 인도하여서는 아니 된다.
> 2. 위와 같이 믿을 만한 근거가 있는지 여부를 결정하기 위하여, 권한 있는 당국은 가능한 경우 관련 국가에서 현저하며 극악한 또는 대규모 인권 침해 사례가 꾸준하게 존재하여 왔는지 여부를 포함하여 모든 관련 사항을 고려한다."

고문방지위원회는 제3조에서 규정하고 있는 위험이 있는지에 관한 결정에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.

> "그러나 결정의 목적은 개인이 개인적으로 송환될 국가에서 고문을 받을 위험이 있는지 여부를 규명하는 것에 있다. 이에 따라 어떤 국가에 현저하며 극악한 또는 대규모 인권 침해 사례가 꾸준하게 존재한다는 것만으로는 특정 개인이 그 국가로 송환될 경우 고문을 받을 위험이 있다고 결정하기 위한 충분한 근거가 되지 않는다. 그 개인이 개인적으로 위험에 처해있다고 보기 위해서는 추가적인 근거가 있어야 한다. 마찬가지로 대규모 인권 침해가 존재하지 않는다는 것이 그 개인이 그가 처한 구체적인 상황에서 고문을 받을 위험이 없다는 것을 의미하지 않는다."[62]

이 특정 사건에서 이란인인 신청인은 자신과 아들을 위하여 스웨덴에 망명을 신

61) General Recommendation No.28(규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p.170, para.13. 복장규정 규제로 인하여 침해될 수 있는 이 협약의 다른 조항: 제26조 차별금지, 제9조 "그 규제를 따르지 않아 체포된 경우," 제12조 "그러한 규제로 인하여 이동의 자유가 제한된다면," 제17조 "모든 사람에게 자의적이거나 불법적인 간섭을 받지 않을 사생활의 권리를 보장," 제18, 19조 "여성에게 종교나 자기표현을 할 권리와 일치하지 않는 복장을 따라야 하는 경우," 그리고 마지막으로 제27조 "그 복장이 여성이 주장할 수 있는 문화와 충돌하는 경우."

62) Communication No. 149/1999, *A.S. v Sweden* (Views adopted on 24 November 2000), in UN doc. *GAOR*, A/56/44, pp.184–185, para. 8.3.

청하였다. 신청인은 자신이 순교자의 미망인이어서 *Bonyad-e Shahid*라는 순교자위원회의 지원과 감독을 받았다고 말하였다. 그녀는 *sighe* 또는 *mutah* 혼인(역주: 이슬람권 국가에서 일부다처를 인정하기 때문에 여러 명의 정식 아내를 둘 수 있고, 정식 혼인 외에도 임시 혼인계약을 맺고 일시적인 부부로 지낼 수 있는데, 이를 아랍권에서는 *Mutah*, 이란에서는 *Sighe*라고 한다)을 강요당하고, 간통죄를 범하여 돌팔매형을 선고받았다고 주장하였다.[63] 스웨덴 정부는 그녀의 신빙성에 의문을 품었으나, 고문방지위원회는 그녀의 편을 들어 "스웨덴 당사국은 고문방지협약 제3조에 따라 신청인을 이란 또는 이란으로 추방, 송환할 위험이 있는 나라로 강제로 송환하지 않을 의무"가 있다고 결정하였다.[64] 위 위원회는 위 신청인이 고국으로 송환될 경우 간통으로 인한 돌팔매형에 처해질 위험이 있다고 인정한 것이다. 이같은 결정을 하면서 위 위원회는 "수많은 민간기구의 보고서"뿐만 아니라 이란에서의 인권의 상황에 관한 유엔 특별대표(Special Representative)의 보고서들을 인용하였는데, 위 보고서들은 최근 기혼여성이 간통죄로 돌팔매질에 의한 사형에 처해지고 있음을 입증하고 있다.[65]

*****

유럽인권협약 제3조(어느 누구도 고문, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌을 받지 아니한다)가 문제된 *Jabari* 사건의 상황은 이란인인 신청인이 "자신이 터키에서 이란으로 추방될 경우 부당한 대우와 돌팔매질에 의한 사형을 당할 현실적인 위험이 있다."고 주장하였다는 점에서 유사하다.[66] 이란에서 비서 학교를 다니던 신청인은 한 남자를 만나 사랑에 빠졌고 얼마 후 혼인하기로 하였으나, 남자의 가족이 혼인을 반대하였고, 그 남자는 다른 여자와 혼인하였다. 그러나 신청인과 그녀의 전 남자친구는 계속 만나면서 성관계를 갖던 중 경찰에 발각되어 구속되었다.[67] 신청인은 구금된 상태에서 처녀성 검사를 당했지만, 가족의 도움으로 결국 석방되었다. 그녀는 터키에 불법 입국하여 프랑스를 거쳐 캐나다로 가려고 하였으나, 위조된 캐나다 여권의 사용으로 프랑스에서 체포되었다.[68] 그녀는 곧 이스탄불로 돌려보내졌다. 터키에서 유엔 난민고등판무관(the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, UNHCR)은 그녀가 돌팔매질에 의한 사형, 채찍질형 또는 태형과 같은 비

63) Ibid., p.185, para.8.4.

64) Ibid., pp.185-185, paras.8.5. and 9.

65) Ibid., p.185, para.8.7.

66) *Eur. Court HR, Case of Jabari v. Turkey, Judgment of 11 July 2000*, para. 3. 유럽인권재판소 웹사이트 www.echr.coe.int/에 있는 결정문 para. 3 참조.

67) Ibid., paras.9-11

68) Ibid., paras.12-14

인도적인 처벌을 받을 위험이 있으므로, 이란으로 보내질 경우 박해를 받을 것이라는 충분한 근거가 있다."고 보아 그녀에게 난민 지위를 부여하였다.[69]

유럽인권재판소는 다음과 같이 확립된 판례법을 상기시켰다.

> "당사국에 의한 추방은 유럽인권협약 제3조상의 문제를 일으킬 수 있고, 그에 따라 당해 사람이 추방될 경우 그를 받아들인 국가에서 그가 위 협약 제3조에 반하는 대우를 받을 실질적인 위험에 직면하였다고 믿을 만한 상당한 근거가 있는 경우 당사국의 책임이 문제된다. 이와 같은 상황에서는 위 협약 제3조는 해당 사람을 그 국가로 추방하지 않을 의무를 내포한다."[70]

유럽인권재판소는 중요하게 다음과 같이 덧붙였다.

> "유럽인권협약 제3조가 민주사회의 가장 기본적인 가치 중 하나를 소중히 하고, 고문이나 비인도적이거나 굴욕적인 대우 또는 처벌을 절대적으로 금지한다는 점에 유념하면서, 자신이 제3국으로 추방될 경우 위 협약 제3조가 금지하는 대우에 노출될 것이라는 사람의 주장에 대하여 반드시 엄격한 조사가 이루어져야 한다."[71]

앞선 사례에서 유럽인권재판소는 "당국이 신청인의 주장과 이유에 대하여 제대로 판단하였다고 믿지 않았고," 결과적으로 "신청인이 추방될 경우 직면하게 될 위험에 대하여 자체적으로 평가한 유엔 난민고등판무관의 결정에 더욱 무게"를 두었다. 유엔 난민고등판무관은 "신청인을 상담하고 그녀가 갖는 두려움의 신뢰성과 간통을 이유로 이란에서 그녀에 대하여 개시된 형사절차에 관한 설명의 진실성을 조사하였다."[72] 끝으로, 유럽인권재판소는 간통에 대한 돌팔매형이 법에 남아있어 당국이 이를 적용할 수 있기 때문에, "신청인의 국가에서의 상황이 간통 행위를 더 이상 비난받을 만한 이슬람법에 대한 모욕으로 간주되지 않을 정도로 발전하였다고 믿을 수 없다"고 판시하였다.[73] 결과적으로, 유럽인권재판소는 "신청인이 이란으로 송환될 경우 위 협약 제3조에 반하는 대우를 받을 실제적인 위험"이 있으므로, 신청인을 이란으로 추방하는 것은 위 협약 제3조 위반된다고 봄이 상당하다고 하였다.[74]

69) Ibid., para.18.
70) Ibid., paras.38.
71) Ibid., para.39.
72) Ibid., para.40-41.
73) Ibid., para.41.
74) Ibid., para.42.

4.3.3 가정과 일반 공동체에서의 여성과 여아에 대한 폭력

여성과 여아에 대한 성적 학대를 포함한 폭력 또한 가정, 학교, 사회에서 모두 흔히 일어나는 것으로서, 이는 앞서 보았듯이 부당한 대우로부터 자유로울 권리와 개인의 안전에 대한 권리와 같은 국제인권법의 다양한 규정에 대한 명백한 위반이다. ***비록 이러한 폭력의 많은 부분이 가정의 영역에서 발생하지만, 정부는 이를 근절하기 위하여 상당한 주의를 기울여야할 의무를 진다.***

*****

이에 관하여 여성차별철폐위원회는 여성차별철폐협약의 당사국은 그 폭력이 공적 행위 또는 사적 행위에 의한 것인지 여부를 불문하고 성에 근거한 모든 형태의 폭력을 극복하기 위한 적절하고 효과적인 조치를 취해야 한다고 권고하였다. 그리고 그 중에서도 특히 다음을 권고하였다.

> "가정폭력과 학대, 강간, 성폭행 및 기타 성에 근거한 폭력에 관한 법은 모든 여성에게 적정한 보호를 제공하고, 여성의 완전성과 존엄성을 존중해야 한다. 피해자에 대하여 적절한 보호 및 지원 서비스가 제공되어야 한다. 협약의 효과적인 이행을 위해서는 사법부와 법집행공무원 및 그 밖의 공무원에 대하여 성 관련 문제를 민감하게 받아들이는 훈련(gender-sensitive training)을 하는 것이 절대적으로 필요하다."[75]

위 권고안에 따라 위 위원회는, 예를 들어 이라크에 "그 나라에서 여성에 대한 폭력과 관련한 법률 정보, 여성에 대한 폭력의 유형 및 발생에 관한 통계 자료 및 그러한 폭력에 대한 법집행공무원, 사법부, 사회복지사 그리고 의료인의 대응 등을 포함한 포괄적인 상황"을 제공할 것을 요청하였다. 위 위원회는 이라크 정부로 하여금 "매 맞는 여성을 위한 보호소와 상담전화 같은 여성 가정폭력 피해자를 위한 시설의 설립을 촉진하고 지원하며, 여성 폭력 문제와 이를 근절해야 할 필요성에 대한 인식을 효과적으로 높이기 위하여 여성 폭력에 관한 불관용 운동(zero-tolerance campaign)을 시작할 것을 촉구하였다.[76]

또한, 위 위원회는 몰도바 정부에게 "가정과 사회에서의 여성에 대한 폭력을 해결하기 위한 조치에 우선 순위를 두고, 가정 내 폭력을 포함한 여성 폭력이 협약상 여성의 인권을 침해한다는 점을 승인할 것"을 촉구하였다. 위 위원회는 몰도바 정부에게

75) General Recommendation No. 19(여성에 대한 폭력), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 219, para. 24(a) and (b)

76) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p.68, para.190.

"그러한 폭력이 형법에 의하여 처벌되는 범죄에 해당되고 엄격하고 신속하게 기소되고 처벌되며, 여성 폭력 피해자가 즉각적인 구제수단과 보호수단을 갖도록 보장할 것을" 요청하였다.[77] 더 나아가 위 위원회는 "공무원, 특히 법집행공무원과 사법부가 여성에 대한 모든 형태의 폭력에 완전히 민감해 질 수 있도록 하는 조치를 취해야 한다."고 권고하였다. 마지막으로 위 위원회는 몰도바 정부에게 "그러한 폭력이 사회적, 도덕적으로 용인될 수 없도록 불관용 운동을 포함한 인식고양조치에 착수할 것"을 요청하였다.[78]

여성차별철폐위원회는 또한 리투아니아의 여성에 대한 폭력, 특히 가정폭력에 관해 우려를 표하면서, 리투아니아 정부에 형법 제118조를 수정하여 "강간을 동의 없는 성관계로 명확히 규정"할 것을 촉구하였다. 나아가 "경찰, 장래의 법률가와 법관에 대한 지속적인 훈련과 가정폭력 피해자의 손쉬운 사법 접근성을 위한 조치 등을 포함하여, 정부가 여성에 대한 가정폭력에 계속적으로 상당한 주의를 기울일 것"을 촉구하였다.[79] 마지막으로 위 위원회는 "여성에 대한 가정폭력을 금지하는 특별법의 도입"을 권고하였는데, "그 특별법은 보호, 접근금지명령, 법적 원조 및 보호소에 관하여 규정할 것이다."라고 하였다.[80]

또한, 여성차별철폐위원회는 루마니아에서 "부부 강간과 같은 가정폭력을 범죄로 규정하는 입법의 부재와 강간 피해자가 강간범과의 혼인에 동의할 경우 강간범의 책임을 면제해주는 소위 형법상 '보상혼인'(reparatory marriage)의 항변을 인정하는 것" 뿐 아니라 여성에 대한 폭력이 증가하는 것에 대하여 역시 우려하였다. 나아가 루마니아에 성적 괴롭힘에 관한 입법이 없다는 점도 우려하였다.[81]

마지막으로 여성차별철폐위원회는 무력 폭동 지역에서 여성이 고도의 폭력, 강간, 성적 괴롭힘, 모욕 및 고문을 당한 위험에 노출되어 있는 인도의 사례에 대해서도 우려를 표하였다. 이에 따라 여성차별철폐위원회는 "테러방지법 및 무장군 특별규정법(the Armed Forces Special Provisons Act)을 검토하여 … 보안부대에게 주어진 특권이 분쟁지역 내에서와 구금 · 체포된 상태의 여성에 대한 폭력 행위에 관하여 조사하고 기소하는 것을 저지할 수 없도록 할 것을" 권고하였다.[82]

---

77) Ibid., p.59, para.102.

78) Ibid., loc. cit.

79) Ibid., p.64, para.151.

80) Ibid., loc. cit.

81) Ibid., p.80, para.306.

82) Ibid., p.11, paras.71-72. On the issue of "Violence against women perpetrated and /or condoned by the State during times of armed conflict(1997/2000)", see, for example, UN doc. E/CN.4/2001/73, *Violence against women-Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms, Radhika Coomaraswamy*, 45pp.

*****

자유권규약위원회는 ***사적 영역***에서의 여성에 대한 폭력에 대하여도 초점을 맞추어왔다. 예를 들어, 위 위원회는 캄보디아에서 부부 강간이 범죄가 아니고, 당국이 가정폭력을 호소하는 여성에게 지원을 제공하지 않는 것에 대하여 우려를 표하였다. 이에 따라 위 위원회는 당사국이 "가정폭력 사건에서 여성이 효과적인 법적 보호를 찾을 수 있도록 하는 조치를 도입"해야 한다고 밝혔다.[83] 위 위원회는 "코스타리카에서 여성에 대한 폭력, 특히 가정폭력이 증가하고 있는 것" 역시 우려하였고, "적절한 입법을 포함하여 위 지역에서 여성을 보호하기 위하여 필요한 모든 조치를 취할 것"을 권고하였다.[84]

위 위원회는 베네수엘라에 "강간범이 피해자와 혼인할 경우 처벌이 면제되는 법"이 계속 존재하는 것에 우려를 표하면서, 베네수엘라 당국은 특히 여성이 혼인할 수 있는 최소연령을 고려하여 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제3조, 제7조, 제23조, 제26조, 제2조(3), 제24조와 충돌하는 위 규정을 즉각 폐지해야 한다고 덧붙였다.[85] 더군다나 강간 범죄가 저질러졌다고 인정되기 위해서는 여성이 "정숙하여야" (honest) 할 것을 요건으로 하는 과테말라의 입법에 관하여도 똑같은 우려를 표시하면서 당국에 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 제3조, 제23조, 제26조, 제2조(3)조와 충돌하는 위 법률을 즉각 폐지"해야 한다고 고지하였다.[86]

[**추록**: 여성 폭력에 관한 특별보고관은 개선에도 불구하고 여성에 대한 폭력이 계속하여 여성의 인권, 신체의 완전성과 존엄성에 대한 가장 심각한 침해라고 우려를 표하는 보고서를 발표하였다. 위 보고서는 "여성에 대한 폭력의 보편성과 그 형태의 다양성, 그리고 다양한 종류의 여성 차별과 그것이 여성 경시와 불평등에 근거한 통치 시스템으로 연결되는 교차점"을 강조하였다. 에이즈(HIV/AIDS)는 현대 역사상 가장 파괴적인 전염병으로 강조되고, 다양한 형태의 차별의 교차점을 구성한다((E/CN.4/2004/66, 요약).]

*****

사회권규약위원회는 이집트에서의 여성에 대한 가정폭력 문제가 "충분하게 보고되지 않고 있으며, 부부 강간이 범죄에 해당되지 않는 것"에 대하여 "우려"를 표하

83) UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol. Ⅰ), p.60, para.309.

84) Ibid., p.55, para.281

85) UN doc. *GAOR*, A/56/40(vol Ⅰ), p.52, para.20.

86) Ibid., p.97, para.24.

였다.[87] 위 위원회는 몽고에 대하여 "여성에 관한 지배적인 전통가치와 관습의 부작용 및 여성의 빈곤에 대하여 깊이 우려하고 있고," "가정폭력의 피해자를 위한 시설의 부족과 구제방법의 비효율성"이 그 나라 여성의 3분의 1에게 영향을 미치는 것으로 추산된다고 비판하였다. 위 위원회는 몽고 정부에게 "가정폭력에 대한 의식을 고양하기 위한 공공 캠페인을 만들고, 부부 강간을 범죄로 규정하며, 피해자에게 보호소와 적정한 구제수단을 제공할 것"을 촉구하였다.[88] "부부 사이의 폭력을 포함한 여성에 대한 폭력 현상"은 포르투갈에 있어서도 우려가 되는 문제였다.[89]

[**추록** : 2002년 자유권규약위원회는 이집트가 시작한 다양한 시도를 환영하면서, 여성을 위한 국가위원회의 창설과 법적 개선의 도입, 특히 여성이 일방적으로 이혼할 수 있도록 하는 법안의 통과, 그리고 "범죄자가 피해자와 혼인할 경우 납치와 강간에 대한 책임을 면제받을 기회를 제공하는" 법률의 폐지에 주목하였다(*Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth Session, Supplement No. 40* (A/58/40), vol. I, para. 77.).

미주인권위원회는 여성에 대한 제도적인 폭력이 벨렘 도 빠라 협약(the Convention of Belém do Paráa)의 실사 요구사항(the due diligence requirements) 위반이라고 판단하였다(Ciudad Juárez, 멕시코에서 여성의 인권 상황, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 March 2003). 그리고 1994년 미주인권위원회는 여성의 권리에 관한 특별보고관을 지정하였는데, 그는 그 중에서도 여성의 사법 접근권에 관한 연구를 맡았다.

포르투갈은 최근 가정폭력의 경우 기소의 전제조건으로 피해자의 정식 고소가 있어야 한다는 요건을 없애고 피해자를 위한 보상 제도를 도입하는 새로운 조치를 취하였다(*Official Records of the General Assembly, Fifty-seventh Session, Supplement No. 38* (A/57/38), para. 313.).

유럽인권재판소는 *M.C. v. Bulgaria* 사건에서 국가의 적극적 의무에 따라 불가리아는 피해자의 물리적 저항이 있었다는 점에 대한 입증여부와 관계없이 동의 없는 성행위를 기소하고 처벌해야 한다고 판단하였다. 이 사건은 미성년자에 대한 강간혐의에 대한 것인데, 남성이 폭력 또는 위협을 행사하였고 신청인이 성관계를 원하지 않았다는 점을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 수사가 종결되었다. 위 재판소는 역사적으로 형사책임을 묻기 위하여 물리적 폭력 또는 저항이 존재할 것이 요구되었지만,

87) UN doc. E/2001/22/E/C.12/2000/21, p.41, para.162.

88) Ibid., p.55, para.270, and p.56, para.281.

89) Ibid., p.72, para414.

동의가 없었다는 것에 대한 증거로서 물리적 저항이 있었을 것이라는 요건이 사라지고 있는 변화 추세를 주목해야 한다고 말하였다. 특히 미성년인 여성의 경우 "가해자의 폭력에 대한 두려움 또는 다양한 심리적 요인 때문에 종종 물리적 저항을 하지 않는다."고 설시하였다. 위 재판소는 "모든 상황에서 물리적 저항의 입증을 요구하는 것과 같이 성 범죄의 기소에 엄격하게 접근하는 것은 특정한 유형의 강간이 처벌되지 않게 하고, 그 결과 개인의 성적 자율성을 효과적으로 보호하기 어렵게 만들 위험이 있다."고 결론 내렸다(유럽인권재판소, *M.C. v. Bulgaria*, No. 39272/98, Judgement of 4 December 2003, paras. 64, 164 and 166.).

인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 위원회(이하 '아프리카 인권위원회'라 한다)는 이슬람 법(sharia)에 따라 여성에 대하여 돌팔질을 하는 것에 대하여 우려를 표하였다(*아프리카 인권위원회의 제18차 활동 보고서 헌장, annex III, communication No. 269/2003, Interights on behalf of Safia Yakubu Husaini et al./Nigeria – 진정은 철회되었다*).]

*****

유럽인권재판소는 *X and Y v. Netherlands* 사건에서, ***개인에 의하여 야기된 학대의 피해자들에게 "실질적이고 효과적인 보호"를 제공할 유럽인권협약의 당사국의 의무***에 관한 중요한 판결을 하였다. 이 사례는 정신지체 소녀인 Y에 대한 강간의 가해자로 혐의를 받은 자에 대한 형사절차의 불가능에 관한 것이었다. 가해자로 주장된 자는 Y가 거주하던 정신지체아를 위한 사설 보호소 운영자의 사위였다. 경찰은 Y는 스스로 고소를 할 수 있는 능력이 없고 16세 이상이기 때문에 그녀의 아버지의 고소로 대체할 수도 없다는 견해를 취하였다. 따라서 아무도 법적으로 Y를 위하여 형사고소를 할 수 있는 권한이 없었다.[90]

유럽인권재판소는 다음과 같이 판결하였다.

> "유럽인권협약 제8조(사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리)의 목적은 본래 공공 당국에 의한 자의적인 개입으로부터 개인을 보호하기 위한 것이지만, 이것이 단지 국가가 그러한 개입을 하지 않도록 강제하는 것은 아니다. 기본적으로 소극적인 역할에 덧붙여, 개인 또는 가족의 삶에 대한 효과적인 존중에 내재된 적극적인 의무가 있고, 이러한 의무에는 개인들 사이의 영역에서도 개인의 삶이 존중되도록 조치를 취하는 것이 포함 수 있다."[91]

90) *Eur. Court HR, Case of X and Y v. the Netherlands, Judgment of 26 March 1985, Series A*, No. 91, pp.8–9, paras. 9–13.

91) Ibid., pa.11, para.23.

그리고 다음과 같이 판결하였다.

> "Y에게 가해진 종류의 범죄 사례에서 민법에 의해 주어진 보호는 불충분하다. 이는 개인의 삶에 대한 기본적인 가치와 본질적인 면이 위험에 처한 사례이다. 이 분야에서는 효과적인 제지가 필수불가결한데, 이는 오직 형법 규정에 의해서만 달성될 수 있다. 사실 이 문제는 일반적으로 그러한 규정들에 의하여 규율된다."[92]

유럽인권재판소는 Y와 같은 상황에 처한 사람의 경우에는 범죄의 가해자로 주장된 자에 대한 형사적 절차를 제기하는 것에 절차적인 장애가 있다는 점을 고려하여, 네덜란드 형법이 Y에게 "실질적이고 효과적인 보호"를 제공하지 않았다고 결론지었다. 위 재판소는 "해당 범죄의 성질을 감안하여" Y는 유럽인권협약 제8조의 위반에 따른 피해자라고 판결하였다.[93]

이에 대한 또 하나의 주목할 만한 사례는 *A v. the United Kingdom* 사건인데, 이는 남자 아이가 의붓아버지에 의하여 구타당한 사건이지만, 여아를 보호해야 할 국가의 의무와 관련하여 똑같이 중요한 의미를 가진다. 사건 당시 9세였던 신청인은 "소아과 상담의에게 발견되었는데" … 상당한 힘으로 휘두른 막대기로 1회 이상 구타를 당한 상태였다. 유럽인권재판소의 입장에서 이러한 처우는 유럽인권협약 제3조에서 금지되는 심각한 수준에 해당하였다.[94] 이에 따라 유럽인권재판소는 의붓아버지가 신청인을 구타한 것에 대하여 국가에게 위 협약 제3조에 따른 책임이 있는지 여부를 결정하여야 하였다.[95] 유럽인권재판소는 다음과 같이 판결하였다.[96]

> "유럽인권협약 제1조 및 제3조에 따라 당사국이 자신의 관할권 내의 모든 사람에 대하여 이 협약이 규정한 권리와 자유를 보장해야 할 의무는, 당사국에게 그들의 관할권 내에 있는 사람이 ***사적으로 개인에 의해 행해진 부당한 대우를 포함하여*** 고문 또는 비인도적이거나 굴욕적인 대우 또는 처벌을 받지 않도록 보장하기 위한 조치를 취할 것을 요구한다. … 특히 아동 및 그 밖의 취약한 개인은 위와 같이 인간의 완전성을 심각하게 침해하는 행위로부터 이를 효과적으로 제지하는 방식으로 국가의 보호를 받을 권리가 있다."

영국법 하에서는, 아동에 대한 폭행이 "합리적인 징벌"에 해당한다는 항변이 있

92) Ibid., p.13, para.27.

93) Ibid., pa.13, para.27, and p.14, para.30.

94) *Eur. Court HR, Case of A v. the United Kingdom, Judgment of 23 September 1998, Reports 1998-Ⅵ*, pa. 2699, para 21.

95) Ibid., p.2699, para.22.

96) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

었고, 검찰은 그러한 폭행이 합법적인 처벌의 범위를 넘어선 폭행이었다는 점에 대하여 합리적으로 의심할 여지없이 입증하여야 했다. 신청인은 유럽인권협약 제3조의 범위에 해당하는 충분히 심각한 처우를 받고 있었음에도 불구하고, 그의 의붓아버지는 배심원단에 의해 무죄판결을 받았다.[97] 이에 대한 유럽인권재판소의 견해는, 위 법률이 신청인에게 적정한 보호를 제공하지 않았으며, 이는 유럽인권협약 제3조 위반에 해당된다는 것이다.[98]

국가의 인권보호의무에 대한 자세한 내용은 아래 제15장을 참조하라.

4.4 비인도적 범죄와 전쟁범죄 같은 여성에 대한 폭력

마지막으로 이와 관련하여, 구 유고슬라비아 국제재판소 규정 제5조(f), (g)와 르완다 국제재판소 규정 제3조(f), (g)에 따라, 무력 충돌 과정에서 민간인을 상대로 저질러진 ***고문***과 ***강간***은 ***비인도적 범죄***로 간주된다는 점을 지적하는 것이 중요하다. 게다가 르완다 국제재판소 규정 제4조에 의하여, 르완다 국제재판소는 1977년 추가의정서를 포함한 1947년의 제네바협약 제3조를 심각하게 위반한 사람이나 이를 위반하도록 명령한 사람을 기소할 수 있는 권한이 있다. 제4조(e), (h)는 이러한 위반에 인간의 존엄성을 해치는 행위, 특히 굴욕적인 대우, 강간, 강제 매춘과 그 밖의 부적절한 폭행을 저지르는 행위 또는 그러한 행위를 저지르겠다는 위협이 포함된다고 명시하고 있다.

1998년 국제형사재판소 규정 제7조에 의하면, ***인도에 반하는 범죄***의 개념에는 살해, 절멸(extermination), 노예화, 고문과 추방, 강제이주 뿐만 아니라 강간, 성적 노예화, 강제 매춘, 강제 임신, 강제 불임 또는 "이에 상당하는 기타 중대한 성폭력"을 포함한다[제7조(g)]. 그러나 "인도에 반하는 범죄"를 구성하기 위해서는 이러한 행위가 "공격에 대한 인식을 가지고, 민간인에 대하여 광범위하거나 체계적인 공격의 일부로서" 행해져야 한다. 이러한 행위는 국제적 및 비국제적인 무력충돌 모두에서 심각한 ***전쟁범죄***를 구성할 수도 있다[각 제8조(2)(b)(xxii), (e)(vi)].

[**추록**: 2004년 5월 시에라리온 특별재판소의 재판부(the Trial Chamber of the Special Court for Sierra Leone)는 처음으로 국제법 아래서 강요된 혼인은 인도에 반하는 범죄라고 판단하였다(Press release of the Special Court for Sierra Leone

97) Ibid., pp.2699–2700, para.23.

98) Ibid., p.2700, para.24.

(7 May 2004), available at http://www.sc-sl.org.).]

위급한 상황에서 인권 보호에 대한 자세한 내용은 제16장 "비상사태에서의 사법 운용"을 참조하라.

여성은 비상상황을 포함하여 언제나 고문과 잔혹하고 비인도적이거나 굴욕적인 대우 또는 처벌로부터 자유로울 권리를 가진다.

자유를 박탈당한 여성은 인도적으로 대우받고, 폭력과 성적 학대로부터의 특별한 보호를 제공받아야 한다.

체형은 국제법에 의하여 금지되고, 여성이 간통 또는 특정한 복장규정을 위반한 경우에 부과되는 체형도 마찬가지로 금지된다.

여성은 고문이나 그 밖에 국제법에 반하는 처우를 당할 위험이 있는 나라로 송환되어서는 아니 된다.

여성에 대한 가정과 공동체 내에서의 폭력은 국제법에 위반되는 것이다. 국가는 사회에서 성을 근거로 한 모든 형태의 폭력을 근절하기 위하여 즉각적이고 효과적인 조치를 취해야 할 법적 의무가 있다.

이러한 의무는 특히 국가가 사적 개인에 의하여 가해진 폭력의 피해자에게 형법에 따라 적절하고 효과적인 보호를 제공해야 한다는 것을 의미한다.

5. 노예제도, 노예매매, 강요되고 강제적인 노동과 인신매매로부터 자유로울 여성의 권리

노예제도, 노예매매, 예속상태, 강요되고 강제적인 노동의 개념을 검토하는 것은 이 매뉴얼의 범위를 벗어나지만, 많은 사람들이 생각하는 것과 달리 아직도 많은 나라에서 일어나는 이러한 관행을 금지하는 국제적 법규정이 있다는 사실을 법조인이 아는 것은 중요하다. 역시 그러한 관행은 자주 여성과 아동의 인신매매와 강제매춘으로 여러모로 연관된다. 따라서 노예상태와 매춘의 목적을 포함하여 노예제도, 노예매매, 강요되고 강제적인 노동과 인신매매의 개념은 사실 매우 복잡하게 뒤얽혀 있고, 관련된 법 원칙을 적용함에 있어서 어려움이 있을 수 있다. 주요한 법규정을 검토한 후에, 이 절에서는 소련의 붕괴와 국경 개방 이후 유럽에서 특히 극심해지고 있는 심각하고 점점 더 광범위해지는 인신매매 현상에 대해 특별히 주목할 것이다.

5.1 관련 법 규정

5.1.1 노예제도, 노예매매와 예속상태

노예제도는 모든 일반적인 인권 조약[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제8조(1), 아프리카헌장 제5조, 미주인권협약 제6조(1), 유럽인권협약 제4조(1)]에 의하여 금지된다. ***노예매매***는 명시적으로 위 규약 제8조(1), 아프리카헌장 제5조와 미주인권협약 제6조(1)에 의하여 금지된다. ***예속상태***는 위 규약 제8조(2), 미주인권협약 제6조(1), 유럽인권협약 제4조(1)에 의하여 금지된다.

이러한 관행은 1953년 의정서에 의하여 수정된 1926년 노예협약(the Slavery Convention)과, 1956년 노예제도, 노예매매, 그리고 노예제도와 유사한 제도와 관습의 폐지를 위한 추가협약(the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery)에 의하여 금지된다. 1926년 협약이 노예제도와 노예매매의 예방과 억제를 다룬 반면, 1956년 협약은 그중에서도 명확하게 ***부채노예***, ***농노제도***와 ***돈에 의한 강제혼인***과 같은 제도와 관습을 다룬다. 제1조는 당사국에 대하여 계속적으로 가능한 빨리 아래 제도와 관습이 완전히 폐기되거나 포기될 수 있도록 모든 실행가능하고 필수적인 입법 및 기타 조치를 취할 것을 요구한다.

> "(a) 부채노예, 즉, 채무자가 자신의 개인적 노무제공이나, 채무를 변제하기 위하여 그의 통제 하에 있는 사람의 개인적 노무제공을 약속함에 따라 발생하게 된 지위 또는 상태. 이러한 노무제공의 가치가 합리적으로 평가되어 빚의 청산에 적용되지 않는다면 노무제공의 기간과 종류가 각각 제한되거나 정해지지 않는다.
>
> (b) 농노제도, 즉, 법, 관습 또는 계약에 의하여, 보상이 있는지 여부과 무관하게, 다른 사람 소유의 땅에서 거주하고 일하며 다른 사람에게 정해진 노무를 제공할 의무가 있고, 자신의 지위를 변경할 자유가 없는 소작인.
>
> (c) 어떤 제도 또는 관행에 따라,
>
> (i) 그녀의 부모, 보호자, 가족 또는 그 밖의 사람이나 단체에게 돈이나 현물로 보답을 지급하는 혼인을 하거나 약혼을 하는 여성으로서, 그 혼인이나 약혼을 거부할 권리가 없는 여성,
>
> (ii) 여성의 남편, 남편의 가족이나 일족이 대가를 받고 다른 사람에게 여성을 넘겨줄 권리가 있거나,
>
> (iii) 남편의 사망으로 다른 사람에게 상속되어야 하는 여성.
>
> (d) 보상이 있는지 여부와 상관없이, 아동 또는 18세 미만의 청소년이 그들의 친부모 중 한사람 또는 모두에 의하여 또는 보호자에 의하여 그들이나 그들의 노동을 착취할 목적으로 다른 사람에게 넘겨지는 제도 또는 관행.

노예제도, 노예매매, 예속상태로부터 자유로울 권리는 ***언제나*** 보장되어야 하고, 공공의 비상사태에서도 이탈되어서는 아니 된다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2), 미주협약 제27조(2), 유럽인권협약 제15조(2)].

[**추록**: *Siliadin v. France* 사건에서 유럽인권재판소는 국가가 유럽인권협약 제4조(노예제도와 예속상태의 금지)에 따라 금지되는 행위를 법률로 금지해야 할 적극적 의무가 있다는 점을 확인하였다. 토고 국적의 신청인은 프랑스에서 가사도우미로 채용되었다. 그러나 프랑스에 도착한 후 신청인은 여권을 빼앗긴 채 보수 없이 하루에 15시간 동안 일하도록 강요되었다. 재판에서 프랑스 법원은 가해자가 임금을 지불하지 않은 점에 대해서만 유죄를 선고하였는데, 이는 가정 내 예속상태를 금지하는 법률이 없었기 때문이다. 프랑스가 이 사건에서 기존 법률에 따라 충분한 보호를 제공하지 못한 것은 위 협약 제4조를 위반한 것이라고 인정되었다(유럽인권재판소, Siliadin v. France, No. 73316/01, Judgement of 26 July 2005.).]

5.1.2 강요되고 강제적인 노동

강요되고 강제적인 노동은 4가지 보편적 인권조약 중 3가지 조약에 의하여 명시적으로 금지되어 있다. 즉, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제8조(3), 미주인권협약 제6조(2), 유럽인권협약 제4조(2)이다. 이러한 관행은 더 나아가 1930년의 ILO 강제노동협약(ILO Forced Labour Convention) 제29호, 1957년의 ILO 강제노동철폐협약(ILO Abolition of Forced Labour Convention) 제105호에 의하여 금지된다. 세 가지 보편적 인권조약 및 ILO 협약은 군복무와 같이 일반 시민의 의무로서 요구되거나 비상시나 재난시에 요구될 수 있는 노동은 "강요되고 강제적인 노동"의 개념에서 제외한다. 이러한 금지는 모두 여성에게 차별 없이 적용되어야 한다.

5.1.3. 인신매매

1949년의 인신매매금지 및 타인의 매춘행위에 의한 착취금지에 관한 협약(Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others) 제1조에 의하면, 체약국은 타인의 욕정을 만족시키기 위하여 다음 행위를 하는 자를 처벌하는 것에 합의하였다.

"(1) 매춘을 목적으로 다른 사람을 알선하거나 유인한 자(그 사람의 동의가 있더라도)

(2) 다름 사람의 매춘행위를 착취하는 자(그 사람의 동의가 있더라도)"

본 협약의 체약국은 또한 다음 행위를 하는 자를 처벌하는 것에 합의한다.

"(1) 매춘소를 소유하거나 경영하거나 또는 고의적으로 자금을 대거나 자금조달에 관여한 자
(2) 다른 사람의 매춘을 목적으로 건물이나 장소 또는 그 일부를 빌려준 자"

이러한 행위는 인도되어야 할 범죄로 간주된다(제8, 9조).

뿐만 아니라, 여성차별철폐협약 제6조에 의하여, 당사국은 모든 형태의 여성에 대한 인신매매와 매춘행위 착취를 억제하기 위하여 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다.

이 분야에서 잠재적인 관련성이 있는 또 다른 국제조약은 2000년 11월 15일 유엔 총회에서 채택되고, 2000년 12월 13일 서명에 개방된 유엔 국제조직범죄방지협약을 보충하는 ***인신, 특히 여성 및 아동의 매매 예방 · 억제 · 처벌 의정서*** (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime)이다. 위 협약과 같이 이 의정서가 발효되려면 40개국의 비준이 필요하고, 협약 전에는 발효될 수 없다(의정서 제17조). 2001년 11월 15일까지 단지 4개국만이 이 협약을 비준하였다(모나코, 나이지리아, 폴란드, 유고슬라비아).

[**추록**: 위 의정서는 2003년 12월에 발효되었다. 유엔 국제조직범죄방지협약 또한 2003년 12월에 발효되었다. 위 조약들에 대한 추가 정보는 유엔 마약범죄사무소(UNODC, the United Nations Office on Drugs and Crime)의 웹 사이트를 참조하라(http://www.unodc.org.).]

마지막으로, 아동의 권리에 관한 협약 제35조는 "당사국은 모든 목적과 형태의 아동의 유괴나 매매 또는 거래를 방지하기 위한 모든 적절한 국내적, 양국 간, 다국 간 조치를 취하여야 한다."고 규정하고 있다. 특히 여아를 포함한 아동 인신매매와 관련한 마지막으로 중요한 진전은 2002년 1월 18일 발효된 아동매매, 아동매춘 및 아동음란물에 관한 선택의정서(the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography)이다. 위 선택의정서가 인신매매를 구체적으로 언급하지는 않지만, 아

동의 인신매매와 아동매춘 및 아동음란물 사이의 관계는 직접적이며, 이러한 현실을 유념한 위 선택의정서의 입안자들은 위 의정서가 인신매매와 관련 아동착취와의 투쟁에서 하나의 추가적인 도구가 되기를 희망하였다.[99] 2002년 2월 8일까지 위 의정서는 17개국에서 비준되었다.

[**추록**: 2006년 유엔 총회 산하에 인권이사회(Human Rights Council)가 생기기 전 유엔에서 인권 업무를 주로 담당하던 인권위원회(The Commission on Human Rights)는 인신매매의 실제 피해자와 잠재적 피해자의 권리를 보호할 목적으로 인신매매, 특히 여성과 아동의 매매에 관한 특별보고관을 3년의 기간으로 임명하였다(decision 2004/110, at http://www.ohchr.org).

2005년 유엔 총회는 여성과 여아의 인신매매에 관한 결의안을 채택하였는데, 이는 국제적 인신매매의 증가와 국내적 및 국제적 협력 필요성의 증가에 대하여 다루고 있다. 위 결의안은 "다른 사람의 매춘을 통한 착취, 아동음란물, 소아성애와 그 밖의 다른 형태의 아동 성 착취, 혼인과 섹스 관광을 위한 인신매매를 목적으로 인터넷을 포함한 새로운 정보 기술"이 사용되는 것에 대하여 우려를 표하고 있다(resolution 59/166, preamble).

인신매매방지에 관한 미주기구(The Organization of American States Anti-Trafficking in Persons Section)는 지역의 인신매매 방지 정책을 지원하기 위하여 2004년에 설립되었다. 인신매매방지에 관한 미주기구에 대한 자세한 내용은 웹사이트(www.oas.org)에서 확인할 수 있다. 유럽평의회의 인신매매방지조치협약[Convention on Action against Trafficking in Human Beings(ETS 197)]은 2005년 5월에 각료위원회에서 채택되었다. 위 협약이 발효되기 위해서는 유럽평의회 회원국 8개를 포함하여 10개국의 비준이 필요하다. 2007년 말경을 기준으로, 위 협약은 11개국이 비준하였고 2008년 2월부터 발효될 예정이었다. 유럽 협약들에 관한 자세한 정보는 유럽 평의회 웹사이트(http://conventions.coe.int)에서 볼 수 있다.]

5.2 노예제도의 관행, 강요되고 강제적인 노동, 여성의 인신매매

노예제도, 강요되고 강제적인 노동, 여성과 아동의 인신매매의 공공연하고 위장된 형태는 국제감시기구가 지속적인 우려하는 불법적인 관행이다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제8조에 따른 법적 의무를 분석함에 있

99) UN doc. E/CN.4/2001/72, *Traffic in women and girls, Report of the Secretary-General*, p. 3, para 8.

어 자유권규약위원회는, 당사국은 국내적 또는 국경을 넘어 여성과 아동의 인신매매 및 강요된 매춘을 없애기 위하여 취한 조치를 자유권규약위원회에 알려야 한다는 점을 강조한다. 당사국은 외국인을 포함한 여성과 아동을 노예제도 특히 가사나 그 밖의 개인적인 노무로 위장한 것으로부터 보호하기 위하여 취해진 조치에 관한 정보도 제공하여야 한다. 여성과 아동을 모집하여 데리고 온 당사국과 그들을 받아들인 당사국은 여성과 아동의 권리에 대한 침해를 막기 위하여 취해진 국가적 또는 국제적인 조치에 대한 정보를 제공하여야 한다.[100]

자유권규약위원회는 베네수엘라에 대하여, 주변 국가로부터 입수한 여성의 인신매매에 관한 정보, 그리고 문제의 심각성과 이를 방지하기 위한 조치에 관하여 베네수엘라 대표단의 정보가 부족한 점에 대하여 깊은 우려를 표하였다.[101] 위원회는 또한 크로아티아가 "특히 성적 착취를 목적으로 자신의 영토 안으로 그리고 영토를 통하여 이루어지는 여성의 인신매매 관행을 막기 위한 형사법적 처리에 있어서 다양한 조치"를 취하고 있다는 점에 주목하였다. 그러나 그러한 관행의 심각성과 정도에 대한 광범위한 보고가 있었음에도 불구하고, 관련자를 기소하기 위하여 취해진 실질적인 조치에 관한 정보가 제공되지 않았다는 점에 대하여는 유감을 표하였다. 따라서 당사국은,

> "노예제도와 예속상태로부터 자유로울 규약 제8조에 따른 권리를 포함한 몇몇 규약상의 권리를 위반하는 이러한 관행을 방지하기 위한 적절한 조치를 취해야 한다."[102]

자유권규약위원회는 네덜란드가 "적절한 조사와 연구 권한이 있는 인신매매에 대한 독립된 국가 조사위원"을 약속한 것은 환영했지만, "네덜란드에서 외국인 여성에 대한 성적 착취에 관하여 계속되는 아주 많은 숫자의 보고"는 여전히 우려하였다. 이러한 착취는 규약 제3조, 제8조, 제26조에 따른 문제를 일으키기 때문에, 네덜란드는 국가 조사위원이 "이 부분에서 현실적이고 구체적인 개선을 이루는데 필요한 모든 수단을 갖추도록" 보장해야 한다.[103] 위원회는 심지어 체코에서의 인신매매 상황에 관하여는 더욱 명확하게 체코가 인신매매의 근원국과 운반국 및 수령국이 된다는 이유로 깊이 우려하였다. 위원회는 다음과 같이 권고하였다.

> "당사국은 노예제도와 예속상태로부터의 자유로울 규약 제8조 및 제3조에 따른 권리

100) General Recommendation No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 170, para. 12.

101) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p. 51, para. 16.

102) Ibid., p. 67, para. 12.

103) Ibid., p. 79, para. 10.

> 를 포함한 몇몇 규약상 권리를 위반하는 이러한 관행을 방지하기 위한 확고한 조치를 취하여야 한다. 또한, 당사국은 어려운 상황에 처한 여성, 특히 매춘을 목적으로 다른 나라에서 당사국의 영토 안으로 데려와진 여성을 지원하기 위한 프로그램을 강화하여야 한다. 이러한 형태의 인신매매를 방지하고, 이러한 방식으로 여성을 착취하는 자를 처벌하기 위하여 강력한 조치가 취해져야 한다. 인신매매의 피해자인 여성이 피난처를 가지고 민, 형사상 절차에서 책임이 있는 자에게 맞서 증언할 수 있는 기회를 가질 수 있도록 그들에 대한 보호가 확대되어야 한다. 위원회는 취해진 조치와 그 결과에 대하여 보고받기를 희망한다."[104]

*****

여성차별철폐위원회는 빈곤과 실업이 여성의 인신매매 기회를 증가시킨다고 지적하였다.[105] 확립된 인신매매의 형태에 더하여 "섹스 관광, 선진국에서 일하기 위해 개발도상국으로부터 가사 노동 채용, 개발도상국 여성과 외국인 사이의 조직화된 혼인"과 같은 새로운 성적 착취의 형태가 드러나고 있다. 이러한 관행들은 여성의 권리의 동등한 향유와 그들의 권리와 존엄성에 대한 존중과 양립할 수 없다. 이것들은 여성을 폭력과 학대의 특별한 위험에 밀어 넣는다.[106]

위 위원회는 더 나아가 "빈곤과 실업이 어린 소녀들을 포함한 많은 여성으로 하여금 매춘을 하도록 강요한다."고 지적한다. 매춘부는 불법적이고 하찮게 여겨지는 그들의 사회적 지위 때문에 폭력에 특히 취약하다. 그들은 강간 및 그 밖의 다른 형태의 폭력으로부터 동등한 법의 보호가 필요하다.[107]

여성차별철폐위원회는 이 점과 관련하여 "전쟁, 무력충돌과 영토점령은 종종 매춘, 여성 인신매매와 여성에 대한 폭행을 증가시키므로, 구체적인 보호와 처벌 조치가 필요하다"는 점을 지적한다.[108] 자유권규약위원회는 여성이 "국내적 또는 국제적 무력충돌 시기에 특별히 취약"하기 때문에, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 당사국은 "이러한 상황에서 강간, 유괴 및 그밖에 성에 근거한 폭력으로부터 여성을 보호하기 위하여 취해지는 모든 조치"를 위원회에 보고하도록 권고한다.[109]

[**추록**: 발전에 있어서 여성의 역할에 관한 2004년 세계 조사에 관한 사무총장 보고서 [The Secretary-General, in the 2004 World Survey on the Role of Women in

104) Ibid., p. 86, para. 13. 인신매매는 북한에서도 심각한 문제이다, p. 104, para. 26.

105) General Recommendation No. 19 (여성에 대한 폭력), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 218, para. 14.

106) Ibid., loc. cit.

107) Ibid., p. 218, para. 15.

108) Ibid., p. 218, para. 16.

109) Ibid., General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), p. 169, para. 8.

Development (A/59/287)]는 여성과 국제 이주에 관한 문제를 다루고 있다. 이 보고서는 여성과 아동이 특히 인신매매에 취약하게 되는 요인으로, 여성을 소외시키는 계층, 성별, 민족에 따라 구분되는 발전 과정, 자연과 인간이 만든 재앙의 결과에 따른 변화, 해체 가정(dysfunctional families), 성별에 따른 문화 관습, 가족과 공동체 내에서의 성 차별과 성에 근거한 폭력 등으로 언급하고 있다(para 63).]

여성차별철폐위원회는 우즈베키스탄에 대하여 그 지역에서 여성과 여아에 대한 인신매매 상황과 진척에 관하여 좀 더 많은 정보와 자료를 제공할 것을 촉구하였다. 위원회는 "인신매매의 예방과 복구 및 인신매매에 책임 있는 자에 대한 기소를 포함하여 이 문제를 효과적으로 다루기 위한 종합적인 조치"가 개발되고 도입되어야 한다고 여겼다.[110] 또한, 위원회는 네덜란드에서 인신매매를 당한 비유럽국가 여성에 대하여 우려를 표하였는데, 이들은 "출신 국가로 추방될 것을 두려워하고, 돌아갈 경우 정부의 효과적인 보호가 부족한 것으로 보였다." 위원회는 네덜란드 정부에게 "인신매매를 당한 여성이 출신 국가로부터 완전한 보호를 받게 하거나 그들에게 망명인 또는 난민 지위를 인정할 것"을 촉구하였다.[111]

[**추록**: 2004년 6월에 발행된 여성과 여아의 인신매매에 관한 사무총장 보고서는 국가적, 지역적, 국제적으로 여성과 여아의 인신매매를 막기 위한 노력의 발전 현황을 제공한다. 이것은 이후 조치에 관한 일련의 권고로 끝을 맺는다.]

*****

사회권규약위원회는 1998년 이탈리아에서 이민법안이 채택된 것을 환영하였는데, 위 법에 따르면 인신매매 피해자와 그들의 착취자를 고발한 여성에게 1년의 체류허가와 취업허가를 부여하고, 형법으로 이주자에 대한 인신매매를 금지하였다. 그러나 위 위원회는 이탈리아에서 일어나는 여성과 아동의 인신매매의 규모에 대하여 여전히 우려하였다.[112]

110) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 21, para. 179.

111) Ibid., p. 66, paras. 211–212.

112) UN doc. E/2001/22 (E/C.12/2000/21), p. 34, para. 109, para. 121.

여성은 노예제도, 노예매매, 예속상태, 그리고 강요되고 강제적인 노동으로부터 자유로울 권리를 가진다.

그러므로 여성은 모든 종류의 노예제도 또는 이와 유사한 관행의 대상이 되지 않는다. 여기에는 매춘, 노예제도나 예속상태를 위장한 가사나 그 밖의 노무도 포함된다.

여성과 여아에 대한 인신매매는 국제법에 의하여 엄격하게 금지된다.

여아를 포함한 여성과 아동에 대한 노예제도, 노예매매, 예속상태, 강요되고 강제적인 노동, 그리고 인신매매는 국내법에 의하여 처벌되어야만 하는 관행이고, 그러한 불법적 행위에 책임 있는 자는 국가 당국에 의하여 엄격하게 기소되고 처벌되어야 한다.

국가는 모든 수준의 이러한 불법 관행을 방지하기 위하여, 국제적 협력을 포함한 즉각적이고 적절하며 효과적인 조치를 취하고, 외국인을 포함한 피해자에게 충분한 도움과 보호를 제공해야 할 법적 의무가 있다.

6. 혼인에 관한 평등권

6.1 자유롭게 배우자를 선택하고, 가정을 구성할 권리

혼인적령기의 남녀가 혼인을 하고, 가정을 구성할 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조(2), 미주인권협약 제17조(2)["구성한다"(to found a family)는 표현 대신에 "가정을 부양한다"(to raise a family)고 표현하고 있다]과 유럽인권협약 제12조에 의하여 인정된다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조(3)과 미주인권협약 제17조(3)은 나아가 "혼인은 양 당사자의 자유롭고 완전한 합의 없이는 성립되지 아니 한다."고 명문화하였다. 비록 유럽인권협약이 혼인이 자유롭게 시작되어야 한다는 사실을 명시적으로 언급하지는 않았지만, 이는 혼인할 권리의 향유에 있어서 여성과 남성 사이의 법 앞의 평등을 보장해야 한다는 위 협약 제14조에 포함되어 있는 비차별 조항의 시각에서 해석되어야만 하는 "혼인할 ***권리***"(강조는 추가됨)라는 용어에 그 의미가 내포되어 있다.

여성차별철폐협약 제16조는, "혼인과 가족관계에 관한 모든 문제에 있어 여성에 대한 차별 철폐"에 관한 당사국의 의무를 규정하고 있다. 당사국은 남녀평등의 원칙에 근거하여, 특히 혼인을 함에 있어서의 동일한 권리, 즉 배우자를 선택함에 있어서의 동일한 권리와 자유롭고 온전한 동의에 의해서만 혼인할 권리를 보장해야 할 의무가 있다[제16조(1)(a),(b)].

이와 관련된 또 다른 국제협약은 유엔 총회에서 1962년 채택되어 1964년 12월

9일 발효된 ***혼인에 관한 동의, 혼인 최소 연령, 혼인 등록에 관한 국제협약***이다. 위 협약은, 그중에서도, 다음과 같은 법적인 내용을 포함하고 있다.

- ❖ "어떠한 혼인도 법에서 정한 바에 따라 양 당사자의 자유롭고 온전한 동의 없이는 적법하게 시작될 수 없으며, 그러한 동의는 적절하게 공개된 상태로 혼인 의식을 엄숙하게 진행할 권능이 있는 자와 증인 앞에서 혼인 당사자의 의사에 따라 표현되어야 한다[제1조(1)]."
- ❖ "당사국은 … 혼인 최소 연령을 정하는 입법을 하여야 한다. 중요한 이유로 권한 있는 기관이 혼인을 하려는 자의 이익을 위하여 혼인 최소 연령에 관하여 면제를 부여한 경우를 제외하고는 그 연령 이하의 사람에 대한 어떠한 혼인도 합법적으로 인정될 수 없다(제2조)."

*****

여성이 충분한 정보를 제공받고 억압되지 않은 상태에서 혼인을 결정할 수 있는 능력에 영향을 끼치는 요소에는 아래에서 보는 바와 같이 부당하게 낮은 여성의 최소 혼인 연령이 포함된다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조의 해석에 관하여 자유권규약위원회가 언급한 바와 같이, 혼인에 있어서 여성의 "자유롭고 온전한 동의"를 저해할 수 있는 또 다른 요소로는, "강간범이 피해자와 혼인하면 형사책임을 경감하거나 면제하는 법"뿐만 아니라 "강간의 피해자가 된 여성을 존중하지 않고, 이들에게 강간범과 혼인을 하도록 압력을 가하는 경향이 있는 사회적 태도의 존재" 등이 있다.[113] 또한, 자유권규약위원회는 특정 종교의 여성이 다른 종교 또는 종교가 없는 남성과 혼인하는 것을 금지하는 법률과 관습이 배우자를 선택할 권리를 침해할 수 있다고 지적하였다.[114]

*****

자유로운 동의와 관련하여, 여성차별철폐위원회는 "여성의 배우자를 선택할 권리와 자유롭게 혼인을 시작할 권리는, 여성의 삶과 여성의 존엄성 및 인간으로서의 평등권의 핵심"이라고 강조하였다.[115] 대부분의 국가는 국내 헌법과 법이 여성차별철폐협약에 부합한다고 보고했지만, "관습, 전통과 이런 법들의 적용 실패는 위 협약에 반

113) General Comment No. 28 (규약 제23조 – 남녀 간 권리 평등), *United Nations Compilation of General Comments* p.172 para 24.

114) Ibid., loc. cit.

115) Ibid., General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등권), p. 226, para. 16.

한다." 당사국의 보고서에 대한 조사는 다음과 같은 국가가 존재한다는 것을 보여준다.

- 관습, 종교적 신념이나 특정 집단의 종족적 기원을 이유로 강제된 혼인이나 재혼이 용인되는 국가
- 여성의 혼인이 금전적인 대가나 신분(preferment)에 의하여 이루어지는 것이 허용되는 국가
- 빈곤 때문에 여성에게 경제적인 안정을 위하여 외국인과 혼인하도록 강요하는 국가[116]

자유권규약위원회는 이러한 맥락에서 "혼인을 할 것인지, 한다면 언제, 누구와 할 것인지를 선택할 여성의 권리는 법에 의해 보호되어야 하고," 여기에는 오직 "여성의 어린 나이, 배우자의 혈족 등에 근거한 합리적인 제한"만이 가능하다고 덧붙였다.[117]

*****

인종차별철폐위원회는 "통가인(Tongan)과 비통가인 사이의 혼인은 이민국 장관의 서면에 의한 동의에 의해 결정된다고 한 통가의 이민법 제10조(2)(c)"가 인종, 피부색, 국적 또는 민족에 따른 차별 없이 배우자를 선택하고 혼인할 권리의 향유를 보장해야 한다고 규정하고 있는 인종차별철폐협약 제5조(d)를 위반한다면서 이에 대한 각별한 우려를 표하였다.[118]

*****

사회권규약위원회는 "키르기스(kyrgyz) 사회에서 여성에 대한 전통적인 태도가 재주장되는 것에 대하여 당혹해 하였고," 이와 관련하여 "'신부 납치'라는 오래된 전통의 재출현"에 깊은 우려를 나타냈다. 위 위원회는 당사국으로 하여금 계속적으로 이런 현상에 대하여 좀 더 적극적으로 법을 이행할 것을 촉구하였다.[119]

6.1.1. 일부다처제

116) Ibid., p. 226, paras. 15–16.

117) Ibid., p. 226, para. 16.

118) UN doc. *GAOR*, A/55/18, p. 38, para. 182.

119) UN doc. E/2001/22 /E/C.12/2000/21), p. 64, para. 344, and p. 65, para. 358.

자유권규약위원회는 "일부다처제는 혼인할 권리에 관한 대우에 있어서의 평등권이라는 원칙과 서로 모순된다. 일부다처제는 여성의 존엄성을 침해한다. 이는 여성에 대한 허용될 수 없는 차별이다. 결론적으로 일부다처제는 어느 곳에 존재하든 절대적으로 폐지되어야 한다."고 하였다.[120] 위원회는 가봉의 상황에 대하여 "일부다처제는 혼인할 권리에 있어서 동등하게 대우받아야 한다는 원칙과 모순된다"는 점을 반복적으로 지적하였다. 정부는 혼인과 같은 문제에 있어서 관습법에 따른 어떠한 차별도 없도록 보장하여야 한다. 그리고 일부다처제는 "폐지되어야 하고," 민법상 관련 규정도 폐지되어야 한다.[121]

*****

여성차별철폐위원회는 일부다처제는 "남성과의 평등권을 침해하고, 여성과 그 여성의 가족에게 심각한 정서적, 경제적 결과를 초래할 수 있기 때문에 중단되어야 하고, 금지되어야 한다"고 언급하였다. 헌법적으로 보장된 평등권에도 불구하고 일부다처제를 허용하는 국가는 여성의 헌법적 권리를 침해할 뿐 아니라, 당사국으로 하여금 성에 근거한 차별을 금지하기 위하여 남성과 여성의 사회적, 문화적 행동 양식을 수정하도록 규정한 여성차별철폐협약 제5조(a)를 위반하는 것이다.[122] 그러므로 위원회는 이집트에서 계속하여 이루어지는 일부다처제에 대한 법적 허용에 대한 우려를 표명하고, 일반권고 제21호에 따라 이집트 정부가 이를 금지하는 조치를 취할 것을 요구하였다.[123] 위원회는 또한 부르키나 파소(Burkina Faso)에 대해 "일부다처제의 금지를 위해 힘쓰고," "일부다처제에 대한 현존하는 인식을 바꾸기 위하여 당사국이 광범위한 공적인 노력, 특히 여성에게 자신의 권리 및 그 권리가 그들을 얼마나 이롭게 하는지 교육시키는 일에 특히 노력을 기울일 것을 권고하였다.[124]

6.1.2 혼인 가능 연령

비록 혼인 가능한 최저 연령이 여성이 자유롭게 혼인을 결정할 수 있게 하는 것을 제한하는 한 요소이긴 하나, 국제조약은 그 최소 연령을 특정 나이로 정하지는 않

120) General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), *UN Compilation of General Comments*, pp. 172–173, para. 24.

121) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), pp. 42–43, para. 9.

122) General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에 있어서의 평등), United Nations Compilation of General Comments, p. 226, para. 14.

123) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 37, paras. 354–355.

124) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 28, para. 282.

았다. 그러나 여성차별철폐협약 제16조(2)는 아래와 같이 규정하고 있다.

> "2. 아동의 혼인과 약혼은 법적인 효력이 없고, 혼인 최저 연령을 정하고, 공적 등록소에 혼인등록을 의무화하기 위하여 입법을 포함한 필요한 모든 조치를 취하여야 한다."

*****

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조의 해석에 관하여, 자유권규약위원회는 아래와 같이 언급하였다.

> "규약 제23조는 남녀에 대하여 특정한 혼인 가능 연령을 정하지는 않았지만, 혼인 가능 연령은 혼인을 하려는 자가 법에 의해 정해진 조건 아래 서면에 의한 자유롭고 온전한 동의를 하는 것이 가능한 정도여야 한다."[125]

더욱이 그런 규정은 사상, 양심, 종교의 자유와 같이 "규약에 의해 보장된 다른 권리의 온전한 행사와 조화되어야 한다."고 언급하였다.[126]

자유권규약위원회는 베네수엘라가 혼인 최소 연령을 여성은 14세, 남성은 16세로 정하고, "임신이나 출산을 한 여성에 대하여는 어떤 제한 없이 혼인 가능 연령을 낮출 수 있도록 한 것은 당사국이 무능력자 보호를 위한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제24(1)에 따른 의무를 이행한 것인지에 관한 문제를 일으킨다."고 지적하였다. 게다가, 자유권규약위원회는 그런 어린 나이에 혼인하는 것은 배우자 선택에 있어 자유롭고 온전한 동의를 요구하는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조에도 부합하지 않는다고 보았다.[127] 자유권규약위원회는 또한 시리아 공화국에서 혼인 가능 연령을 남성에 대하여는 18세, 여성에 대하여는 17세로 하고, 나아가 아버지의 동의에 의해 법관이 이를 남성은 15세, 여성은 13세로 낮출 수 있도록 한 것이 혼인 가능 연령에 관한 규약 내용에 부합하는지 의문을 제기하였다.[128] 이 법이 위 규약을 따르는지 여부에 관한 문제가 제기되었으므로, 당사국은 위 법을 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제3, 23, 24조의 내용에 맞게 개정할 것을 요구받았다.[129] 혼인할 수 있는 법적 연령을 여성은 15세, 남성은 18세로 정한 모나코 또한 성별에 상관없이

125) General Comment No. 19 (Article 23), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 138, para. 4.

126) Ibid., loc. cit.

127) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p. 52, para. 18.

128) Ibid., p. 74, para. 20.

129) Ibid., loc. cit.

18세를 법적 연령으로 하여 남성과 여성을 동등하게 취급하도록 법을 개정할 것을 요구받았다.[130]

*****

여성차별철폐위원회에서 지적한대로, 아동의 권리에 관한 관련 규정과 마찬가지로 여성차별 철폐협약 제16조(2)는, "당사국이 성년에 이르지 못한 사람들 사이의 혼인을 허용하거나 이에 대해 합법성을 부여하는 것을 금지하여야 한다는 것을 의미한다." 또한, 위원회는 "남녀 모두 혼인 최소 연령을 18세로 해야 한다"고 하였다.[131] 혼인할 경우 남녀 모두 "중대한 책임을 부담하기 때문에," "혼인은 그들이 완전히 성숙하고, 행위능력을 얻을 때까지 허용되어서는 아니 된다."[132] 남녀에 대하여 혼인 연령을 달리하는 법은 폐지되어야 한다.[133]

여성차별철폐위원회는 이집트에서의 많은 수의 조혼(早婚), 특히 시골에서 이루어진 조혼에 관하여 우려를 표하고, 정부가 조혼을 방지하기 위해 혼인이 가능한 법적인 나이를 규약에 따른 당사국의 의무에 따라 수정할 것을 권고하였다.[134] 몰도바 공화국에 대하여, 위원회는 "친족법에 따라 남녀의 혼인 연령에 차이를 두는 것과 여아의 혼인을 법적으로 인가를 하는 것"은 여성차별철폐협약 제16조(2)에 부합하지 않는다고 우려하였다. 따라서 위원회는, "정부는 남녀의 혼인 연령을 일반권고 제21호를 고려하여 협약에 일치하도록 하는 입법 조치를 취하라"고 권고하였다.[135] 마지막으로 위원회는 협약상 의무에 따라 몰디브에 대하여 "혼인법과 여타 프로그램에 혼인 최소 연령을 도입하여 조혼을 금지할 것"을 요구하였다.[136]

6.1.3 자유롭게 혼인할 권리에 관한 그 밖의 법률상, 사실상의 장애

자유권규약위원회는 캄보디아에서 혼인이 부모에 의해 결정되는 것에 대하여 우려하고, 당사국이 당사자의 자유롭고 온전한 동의 없는 혼인을 금지하는 법을 마련

130) Ibid., p. 91, para. 12.

131) General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에 있어서의 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, pp. 229–230, para. 36.

132) Ibid., p. 229, para. 36.

133) Ibid., p. 230, para. 38.

134) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 36, paras. 352–353.

135) UN doc. *GAOR*, A/55/38, pp. 60–61, paras. 113–114.

136) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 17, para. 136.

할 것을 촉구하였다.[137]

자유권규약위원회는 또한 칠레법에서 이혼을 규정하지 않은 것은, 혼인 적령기의 남녀는 혼인하고 가정을 구성할 권리를 가진다는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조(2)에 위반된다고 하였다. 이는 혼인한 여성으로 하여금 "영원히, 심지어 혼인관계가 회복불능한 상태로 깨진 경우에도 차별적인 재산법에 따를 수밖에" 없게 하는 것이었다.[138]

*****

인종차별철폐위원회는 키프로스에 대한 15, 16번째 정기보고서를 심사하고 이를 "승인하면서," "그리스 정통 기독교인과 터키 무슬림 사이의 혼인을 허용하는 혼인법 초안이 각료회의에서 승인되고, 입법을 위해 의회에 계류되어 있다"고 언급하였다.[139] 다른 종교적 신념을 가진 사람들 사이의 혼인의 금지는 자유롭게 혼인할 권리를 침해할 뿐 아니라 종교의 자유에 대한 침해도 된다.

*****

여성차별철폐위원회는 콩고민주공화국에 "지참금, 역연혼(levirate. 逆緣婚, 역주: 죽은 자의 형이나 아우가 그 미망인과 혼인하는 관습), 일부다처제, 강제혼인 등 여성의 기본권을 침해하는 전통적 관습과 관행을 금지하는" 법을 제정할 것을 권고하였다.[140]

6.1.4 재혼에 대한 제한

자유권규약위원회는 베네수엘라에 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조, 제3조, 제26조에 따른 의무에 부합하도록 "간통에 대한 법과 혼인 해소 후 10개월 동안의 혼인 금지를 포함하여, 여성을 차별하는 모든 법률을 개정할 것"을 촉구하였다.[141] 위원회는 일본에서 이혼 또는 혼인무효 이후 6개월 동안의 여성에 대한 재혼을 금지하는 규정도 위 규약 제2조, 제3조, 제26조에 반한다고 하였다.[142] 여성차별철폐위원회는 룩셈부르크에서 과부나 이혼한 여성이 재혼을 위해 최소 300일을 기다려

137) UN doc. *GAOR*, A/54/40/ (vol. I), p. 60, para. 309.
138) Ibid., p. 46, para. 213.
139) UN doc. *GAOR*, A/56/18, p. 49, para. 264.
140) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 23, paras. 215–216.
141) UN doc. *GAOR*, A/56/49 (vol. I), p. 53, para. 22.
142) UN doc. *GAOR*, A/54/40 (vol. I), p. 38, para. 158.

야 하는 법률은 "시대착오적"이라고 언급하였다.[143]

*****

F. v. Switzerland 사건에서, 신청인은 로잔 지방 민사법원에 의한 3년 간의 재혼 금지는 유럽인권협약 제12조 위반이라고 주장하였다. 유럽인권재판소는 이 사건에 대한 판결에서, 유럽인권협약 제12조에 의해 보장된 남녀가 혼인을 하고 가족을 구성할 권리의 행사는 "개인적, 사회적, 법적 결과에 관한 권리를 부여한다."고 판시하였다. 즉 이 권리는

> "'체약국의 국내법에 따르게' 되지만, '그 제한은 그 권리의 핵심을 제한하거나 축소시키지 않는 방법과 범위 내에서 이루어져야 한다'고 하였다."[144]

위 재판소는 이어서 다음과 같이 판시하였다.

> "모든 유럽 평의회 회원국에서, 이러한 '제한'이 조건으로서 나타나기도 하고, 절차적, 실체적 법에 포함되기도 한다. 전자는 주로 혼인의 공표와 거행과 관련된다면, 후자는 주로 혼인 능력, 동의 그리고 일정한 혼인 장애사유와 관련되어 있다."[145]

긴 이유의 설시 끝에 위 재판소는, 다른 체약국 내에서는 재혼을 위한 대기기간이 더 이상 존재하지 않음을 지적하면서, "협약은 오늘날의 조건에 따라 해석되어야 한다."고 상기시킨 후, "혼인할 권리의 핵심을 침해하는 당해 분쟁 사안은 달성하고자 하는 목적에 비례하지 않는다."고 결론지어 위와 같은 사안이 협약 제12조를 위반한다고 판단하였다.[146]

6.1.5 혼인의 등록

혼인에 관한 동의, 혼인 최소 연령, 혼인 등록에 관한 국제협약 제3조에 따라,

143) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 41, para. 406.

144) *Eur. Court HR, Case of F. v. Switzerland, judgment of 18 December 1987, Series A, No. 128, p. 16, para. 32.*

145) Ibid., loc. cit.

146) Ibid., p. 16, para. 33, and p. 19, para. 40. 이유 설시에서, 유럽인권재판소는 "혼인의 안정성이라는 것은 공익의 일종으로 볼 수 있는 정당한 목적"이라고 판시하였으나 "그 목적을 달성하기 위하여 사용된 수단이 적절한지는 의문이 있다."고 판시하였다. p. 17, para. 36.

당사국은 모든 혼인에 관하여 관할 기관이 정해 놓은 공식적인 절차에 따라 등록할 것을 약속하였다. 여성차별철폐협약 제16조(2)에 따라 당사국은 공식적인 혼인등록 절차를 준비해야 할 법적 의무가 있다. 여기에는 다른 인권조약과 비교할 만한 조항은 없다.

여성차별철폐위원회는 여성차별철폐협약 제16조(2)와 관련하여 당사국은 "민법상의 계약, 관습 또는 종교법에 따라 성립된 모든 혼인에 대하여 등록을 의무화해야 한다. 따라서 당사국은 협약 준수를 보장하며, 혼인 당사자 사이의 평등, 혼인 최소 연령, 중혼과 일부다처제의 금지, 그리고 아동의 권리 보호의 실현을 보장하여야 한다."고 하였다.[147] 위원회는 "인도에서 아직 출생과 혼인의 의무 등록제도가 널리 정착되지 않았다"고 우려를 표하면서, "문서에 의하여 그러한 중요한 사실을 증명할 수 없기 때문에, 성적 착취와 인신 매매, 아동 노동, 강제 혼인 및 조기 혼인으로부터 소녀를 보호하기 위한 효과적인 법적 이행에 이르지 못하고 있다."고 하였다.[148]

*****

이와 관련하여, 자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조에 따르면, 종교적 권리에 따라 거행된 혼인에 관하여 국가가 민법에 따라 행해지고, 승인되고, 등록될 것을 요구하는 것은 규약에 반하는 것은 아니라고 하였다.[149]

6.1.6 가정을 이룰 권리의 의미

앞서 본 바와 같이 가정을 구성할 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조(2)와 미주인권협약의 제17조(2)에 의해 보장된다. 여성차별철폐협약의 제16조(1)은 당사국에게 "남녀 평등의 기초 위에서," "자유롭고 자신의 책임 하에 몇 명의 자녀를, 얼마간의 간격을 두고 가질지 여부를 선택할 동등한 권리와 이러한 권리를 행사할 수 있게 하는 정보, 교육, 제 수단에 접근할 동등한 권리를 보장할 것"을 요구한다.

*****

147) General Recommendation No. 21(혼인과 가족생활에서의 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 230, para. 39.

148) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 10, para. 62.

149) General Comment No. 19 (Article 23), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 138, para. 4.

자유권규약위원회에 따르면, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 제23조(2)는 "원칙적으로, 아이를 낳고 함께 살 수 있는 가능성을 내포한다. 당사국이 가족계획 정책을 채택할 때에는 위 규약 내용에 일치하도록 해야 하며, 특히 차별이나 강요가 있어서는 안 된다."[150] 위원회는 가족이 함께 살 수 있는 가능성은 "가족의 구성과 재결합을 보장할 수 있도록 국내적 수준은 물론 다른 국가와의 협력에서도 적절하게 채택되어야 함을 포함하는데, 특히 가족 구성원이 정치적, 경제적 또는 유사한 이유로 떨어져 있는 경우에 더욱 그러하다"고 하였다.[151]

*****

여성차별철폐위원회는 여성차별철폐협약 제16조(1)에 근거하여 "아이를 낳아서 길러야하는 여성의 책무는 여성의 교육받을 권리, 직업에 관한 권리, 그리고 자기계발과 관련된 활동을 할 권리에 영향을 주기 때문에" 여성이 그들의 자녀의 수와 출산 간격을 결정할 권리를 갖는다고 설명하였다. 또한, 여성에게 일의 부담이 불평등하게 부과된다. 자식의 수와 간격은 아이들에게 영향을 주는 것은 물론 여성의 삶과 신체적 그리고 정신적 건강에 영향을 준다.[152] 위원회는 나아가 "아이에 관한 결정은 우선적으로 배우자 또는 파트너와의 협의를 통해 이루어지기는 하지만, 배우자나 부모, 파트너 또는 정부에 의하여 제한되어서는 안 된다"(예컨대, 임신, 낙태 또는 불임수술의 강요)고 강조하였다.[153]

*****

강제 가족계획에 관하여, 자유권규약위원회는 "특히 페루 시골지역의 여성 원주민과 취약한 사회 분야의 여성"에 대한 강제불임시술에 대해 우려를 표하였다. 그리고 당사국은 "피임시술을 받는 사람이 충분한 정보를 듣고 자유로운 동의에 따라 시술이 이루어지도록 보장하기 위한 필요한 조치를 취해야 한다."고 하였다.[154] 베트남의 산악 소수 민족 여성에 관하여 유사한 혐의가 제기되고 당사국이 그 혐의를 부인한 사례에서, 인종차별철폐위원회는 "인구 계획 정책이 그러한 소수민족 사람들이 출산할 권리를 향유함에 있어 어떠한 영향을 미치는지에 관한" 정보를 환영할 것이라고 간단

150) Ibid., p. 138, para. 5.

151) Ibid., loc. cit.

152) General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 227, para. 21.

153) Ibid., p. 227, para. 22.

154) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p. 48, para. 21.

히 언급하였다.[155] 인종차별철폐위원회는 "인종차별이 여성과 남성에게 항상 동등하거나 같은 방식으로 일어나는 것은 아니다"고 명백하게 언급하였다. 위원회는 그러한 이유로 "원주민 여성에게 행하여지는 강압적 불임시술"을 "성을 근거로, 특히 여성에게 직접 이루어질 수 있는" 인종차별의 한 형태라고 언급하였다. 따라서 위원회는 자신의 업무로서 "인종차별과 연결될 수 있는 성적 요소나 쟁점을 살피기 위하여" 노력할 것이라고 했다.[156]

여성은 자유롭고 완전한 의사에 따라 남성과의 평등에 기초하여 혼인할 권리가 있다. 강제 혼인은 국제법에 의해 금지되며 국가적 차원에서 금지되어야 한다. 이는 지참금 및 기타 유사 전통에도 동일하게 적용된다.

전통, 관습, 종교적 신념은 국제법에 의하여 강제혼인을 정당화하는 것으로 허용될 수 없다.

마찬가지로, 일부다처제는 남녀평등의 기본원칙에 위배되므로 국제법에 의하여 금지된다.

혼인 가능 연령을 너무 낮게 설정하면 자유로운 동의의 원칙을 침해하기 때문에 혼인 가능 연령은 남녀 모두 18세로 하는 것이 좋다.

국내법에 의하여 이혼을 허용하지 않는 것은 혼인과 가정을 구성할 권리에 위배된다. 재혼 전 일시적 혼인 금지기간을 두는 것도 국제법에 반한다.

민사적 혼인이든 종교적 혼인이든, 모든 혼인의 기록은 공식적으로 등록된 채 유지되어야 한다. 그러한 등록제도는 특히 강제혼인, 중혼, 일부다처제를 방지하기 위하여 필수적이다.

가정을 구성할 권리는 특히 여성이 자녀의 수와 출산 간격을 결정할 수 있다는 것을 의미한다(가급적 그들의 파트너와의 상의에 따라). 강제불임시술과 같은 강제가족계획은 국제법에 의해 금지된다.

6.2 국적법에 관한 동등한 권리

기혼 여성의 국적에 관한 협약(The Convention on the Nationality of Married Women)은 1957년 유엔 총회에서 채택되어 1958년 8월 11일 발효되었다.

155) UN doc. *GAOR*, A/56/18, p. 69, para. 417.

156) General Recommendation No. XXV (인종차별의 성 관련 측면), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 194, paras. 1–3.

당사국은 다음과 같은 내용의 이 협약에 동의하였다.

- ❖ "자국민과 외국인 사이의 혼인이나 이혼 및 혼인생활 중 남편의 국적변경은 아내의 국적에 자동적으로 영향을 주지 않는다."(제1조)
- ❖ "자발적인 다른 나라 국적의 취득이나 복수 국적 중 하나의 포기는 아내가 그 국적을 유지하는 것을 방해하지 아니한다."(제2조)
- ❖ "외국인 아내는 요청에 따라 특권적 귀화 절차를 거쳐 남편의 국적을 얻을 수 있다. 국적취득은 국가보안과 공공정책과 관련하여 제한이 있을 수 있다."[제3조(1)].

국적에 관한 평등권과 관련하여, 여성차별철폐협약 제9조는 다음과 같이 규정하고 있다

> "1. 당사국은 여성에게 남성과 평등하게 국적을 변경하거나 유지할 수 있는 권리를 부여한다. 그들이 남편에 의한 국적 변경이나 외국인과의 혼인에 의하여 자동적으로 자신의 국적이 변경되거나, 국적이 없어지거나 남편의 국적이 강제되지 아니하도록 보장한다.
> 2. 당사국은 여성에게 자녀의 국적에 대하여 남성과 동등한 권리를 부여한다."

비록 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조에 국적법에서의 평등권에 대하여 명백한 언급이 존재하지는 않지만, 위원회는 혼인에 의한 국적취득과 포기에 있어서 성차별이 없어야 한다고 하였다.[157]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 제23조(1)은 가정에 "사회와 국가에 의한 보호"를 부여하고, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1), 제3조 그리고 제26조에 따라 "그러한 보호는 예컨대, 성별에 따른 차별과 같은, 차별 없이 평등하게 보호받아야 한다."[158] 모리셔스(Mauritius)에의 접근에 대한 법적 제한이 모리셔스 여성의 외국인 남편에게는 부과되고 모리셔스 남성의 외국인 부인에게는 부과되지 않는 것에 대해, 자유권규약위원회는 그 법이 모리셔스 여성을 차별하고 있으며 이는 안보를 이유로는 정당화될 수 없다고 결론지었다.[159] 즉 세 명의 기혼자인 공

157) Ibid., General Comment No. 19 (art. 23), p. 138, para. 7.

158) Communication No. 35/1978, Shirin Aumeeruddy-Cziffra and 19 other Mauritian women v. Mauritius (Views adopted on 9 April 1981), in UN doc. CCPR/C/OP/1, Selected Decisions under the Optional Protocol (Second to sixteenth sessions), p. 71, para. 9.2 (b) 2 (ii) 2.

159) Ibid., p. 71, paras. 9.2 (b) 2 (ii) 3 and 4.

동신청인이 관련된 이상, 결론적으로 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조와 함께 위 규약 제2조(1), 제3조 그리고 제26조를 위반한 것에 해당한다. 문제가 된 법은 오직 모리셔스 남성의 부인만이 모리셔스인으로 인정되어 추방에서 자유로우며, 반면에 모리셔스 여성의 외국인 남편은 내무부 장관에게 신청하여 거주 허가를 받아야 하며, 거주 허가를 받지 못할 경우 법원을 통해서도 구제를 받을 수 없도록 하는 내용을 포함하고 있다.[160] 따라서 이 사례는 특히 가정에 관한 권리를 보장하는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제17조(1)과 관련하여 위 규약 제2조(1), (3)을 위반한 것이다. 자유권규약위원회는, 이 법은 주장된 피해자에게 그들의 권리 중 하나를 향유하는 것에 영향을 주는 "성에 근거한 불리한 차별을 만들었다"고 언급하였다. 그리고 이러한 차별에 대하여 "충분한 정당화 근거"가 제시되지 않았기 때문에, 앞서 말한 법 조항은 규약에 위반된 것이다.[161]

*****

앞서 여성차별철폐위원회가 지적한 것과 같이, 국적은 "사회에의 온전한 참여에 있어 매우 중요하다." 왜냐하면, "국적자 내지 시민권자의 지위에 있지 않은 여성은 투표할 권리와 공직에 입후보할 권리를 부여받지 못하고 공적인 이익을 누리거나 거주지 선택을 거부당할 수 있기 때문이다."[162] 이러한 관점에서 "국적은 성인 여성에 의하여 변경될 수 있어야 하고, 혼인이나 이혼 또는 여성의 남편이나 아버지가 국적을 변경하는 사정에 의하여 비자발적으로 박탈되어서는 안 된다."[163]

여성차별철폐위원회는 기니에 "국적과 관련한 규정에 있어서 외국인과 혼인한 여성과 남성을 평등하게 대우해야 한다."고 권고하고, 기니 정부가 혈통주의(jus sanguinis)의 개념이 "나라 밖에서 혼혈로 태어난 아이의 어머니가 기니인인 경우에도 어머니를 통하여 기니 국적을 취득할 수 있는 것으로" 적용되도록 할 것을 촉구하였다.[164] 또한, 위원회는 "요르단 법은 요르단 여성으로 하여금 남편이 요르단인이 아닐 경우 자녀에게 요르단 국적을 부여하는 것을 금지하는데" 이러한 상황을 "시대착오적"으로 보아 우려를 표하였다.[165]

160) Ibid., p. 69, para. 7.2.

161) Ibid., p. 70, para. 9.2 (b) 2 (i) 8.

162) General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 223, para. 6.

163) Ibid., loc. cit.

164) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 58, para. 125; see also regarding Singapore, p. 54, para. 75.

165) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 19, para. 172. 사회권규약위원회는 위 법에 대하여 우려를 표명하였다. 자세한 사항은 UN doc. E/2001/22 (E/C.12/2000/21), p. 50, para. 234 참조.

그리고 여성차별철폐위원회는 "가족의 구성원 모두가 하나의 국적이어야 한다는 원칙에 기초하여 어느 누구도 이중 국적을 가질 수 없고, 그들의 국적을 잃을 수 없으며, 여성에게 그들의 국적을 취득하거나 변경하거나 유지할 독립적 권리를 부여하지 않고 국적을 자신의 자녀들에게 물려줄 권리를 보장하지 아니하는 이라크의 국적법"에 관하여 우려를 표하였다. 따라서 위원회는 이라크 정부에 대하여 완전한 이행을 위하여 여성차별철폐협약 제9, 16조는 물론 제2조(f),(g)에 대한 유보를 철회할 것을 권고하였다.[166]

*****

자유권규약위원회는, 모나코의 국적의 계승과 관련한 여성의 법적 지위에 관한 차별에 관하여 우려를 표하면서, 모나코에 "그들의 자녀에게 국적을 계승하는 데에 있어 남성과 여성에게 동등한 권리를 부여하는 입법을 채택할 것"을 권고하였다. 이 문제는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제3조, 제26조에 대한 우려를 야기하였다.[167]

*****

인종차별철폐위원회는 "외국인과 혼인한 이집트인 어머니로 하여금 자녀에게 이집트 국적을 주는 것을 금지한 이집트 국적법"에 대한 우려를 표하였다.[168] 위 위원회는 "외국인과의 혼인에 대한 차별을 철폐한" 키프로스의 1967년 민법 개정에 만족을 표하였다. 위 개정의 결과 외국인 배우자로 하여금 배우자의 국적인 키프로스의 시민권을 취득하게 할 권리는 양 배우자 모두를 위하여 인정되었다. 즉 "그들의 자녀에게 국적을 승계하는 데에 있어 양 배우자에게 동등한 권리"가 인정되었다.[169] 위 위원회는 또한 "자녀의 귀화에 있어서 남성과 여성의 권리의 불평등성을 언급하면서 귀화의 조건으로 아이슬란드 아버지의 성(姓)을 따르도록 하는 조건을 폐지"한 아이슬란드의 1998년 개정 입법에 환영의 뜻을 표하였다.[170]

성 차별에 관한 더 많은 사례는 이 매뉴얼의 제13장을 참조하라.

---

166) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 68, paras. 187–188.

167) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p. 90, para. 10.

168) UN doc. *GAOR*, A/56/18, p. 52, para. 288. 사회권규약위원회는, 여성차별철폐위원회와 마찬가지로(UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 35, para. 330), 위 법에 대하여 우려를 표명하였다.(UN doc. E/2001/22 (E/C.12/2000/21), p. 40, para. 159).

169) UN doc. *GAOR*, A/56/18, p. 49, para. 263.

170) Ibid., p. 33, para. 150.

6.3 성명에 관한 동등한 권리

여성차별철폐협약 제16조(1)(g)에 따라 당사국은 "남여 평등의 기초"와, "성(姓)을 선택할 권리를 포함한 남편과 아내의 동등한 개인적 권리"를 보장할 것이 법적으로 요구된다. 여성차별철폐위원회에 따르면, 위 조항은 "각 배우자는 자신의 이름을 선택할 권리를 가져야 하고, 그로써 사회 내에서의 개성과 정체성을 보전하고, 다른 사회 구성원들로부터 자신을 구별할 수 있다"는 것을 의미한다. "여성이 법률이나 관습에 따라 혼인하거나 이혼할 때 이름을 바꿔야 한다면, 그녀는 이러한 권리를 인정받지 못한 것이다."[171]

*****

자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조에 관하여 "각 배우자가 가지는 자신의 원래 성(姓)을 보유할 권리 또는 새로운 성(姓)을 선택함에 있어 동등하게 참여할 권리는 보호되어야만 하고,"[172] "당사국은 각 배우자가 가지는 원래의 성(姓)을 유지할 권리 또는 새로운 성을 선택함에 있어 동등하게 참여할 권리에 관하여 어떠한 성(性)에 근거한 차별이 없도록 보장하여야 한다."[173] 당사국은 또한 "아이에게 부모의 국적을 물려줄 수 있는 능력"을 차별 없이 보장하여야 한다[174]고 언급하였다.

*****

여성차별철폐위원회는 "자메이카의 여권법은 혼인한 여성이 혼인 전의 성(姓)을 고집하거나 직업적인 이유가 있는 경우에만 여권에 혼인 전의 성(姓)을 계속 기재하고, 이러한 경우 남편의 성명과 혼인 사실이 여권에 기재된다"는 것에 대하여 우려를 표하였다. 위원회는 자메이카 정부에게 위 여권법을 여성차별철폐협약 제16조(1)(g)에 합치되게 개정할 것을 요청하였다.[175] 위원회는 네덜란드의 새로운 성명법(Law on Names)이 같은 조항에 위반된다고 믿었는데, 위 법은 특히 부모가 합의할 수 없을 때 아이에게 이름을 줄 수 있는 궁극적인 결정을 아버지가 할 수 있도록 하였다. 이에 따라 위원회는 네덜란드 정부에 위 법을 위 협약에 일치하도록 개정할 것을 요청하

171) General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등), *United Nations Compilation of General Comments*,p. 228, para. 24.

172) Ibid., General Comment No. 19 (Article 23), p. 138, para. 7.

173) Ibid., General Comment No. 26 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), p. 173, para. 25.

174) Ibid., loc. cit.

175) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 24, paras. 213–214.

였다.[176]

[**추록** : *Unal Tekeli v. Turkey* 사건에서 유럽인권재판소는 혼인한 남성과 여성을 다르게 취급하는 것이 "가족의 통합," "공공질서의 보장"을 위하여 허용되어야 한다는 터키의 주장을 받아들이지 않았고, 이러한 취급에서의 차이는 객관적이고 합리적으로 정당화할 근거가 없다고 판시하였다. 이 사건은 혼인한 여성으로 하여금 그녀의 남편의 성(姓)을 따르도록 하는 터키의 민법에 관한 것이었다. 유럽인권재판소는 이 법이 여성의 사생활을 부당하게 간섭하고, 혼인한 남자는 그의 성(姓)을 유지하도록 허용한다는 점에서 여성에 대한 차별에 해당한다는 진정인의 주장에 동의하였다(유럽인권재판소, *Unal Tekeli v. Turkey*, No. 29865/96, Judgement of 16 November 2004, paras. 57–58).]

국제법 하에서, 여성과 남성은 국적법에 관하여 동일한 권리를 가진다. 이것은 여성과 남성이 외국인과 혼인하였을 때 동일하게 대우받아야 하고, 그들의 국적을 아이에게 물려줄 수 있다는 것을 의미한다.

국제법 아래에서, 여성과 남성은 성(姓)을 선택할 동등한 권리가 있다.

6.4 혼인할 때, 혼인 중, 혼인의 해소시 배우자의 동등한 권리와 책임

6.4.1 관련 법 조항

당사국은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조(4)에 의하여 "혼인할 때, 혼인 중 및 혼인의 해소시 동등한 권리와 책임을 보장하기 위하여" 적절한 조치를 취할 것이 요구된다. 미주인권협약 제17조(4)는 이에 관하여 "당사국은 혼인할 때, 혼인 중, 혼인의 해소시 배우자가 동등한 권리와 책임의 적정한 균형을 보장하기 위하여 적절한 조치를 취하여야 한다."고 규정한다. 유럽인권협약 제7 추가의정서 제5조는 "배우자들은 그들간의 사법적 성격의 권리와 책임을 동등하게 향유하며, 혼인할 때, 혼인 중, 혼인의 해소시 그들의 자녀와의 관계에 있어서의 권리와 책임을 동등하게 향유한다."고 정하고 있다. 이 세 가지 협약은 모두 혼인의 해소시 자녀를 위한 특별한 조항이 만들어져야만 한다는 점에 동의하였다. 여성차별철폐협약 제16조의 더 자세한 규정에 따르면, 당사국은 "남녀평등의 기초"를 보장할 것이 요구된다.

176) Ibid., p. 67, paras. 223–224.

- ❖ 혼인 중과 혼인의 해소시의 동등한 권리와 책임[제16조(1)(c)]
- ❖ 혼인 여부와 관계없이 그들의 자녀와 관련된 문제에 있어 부모로서의 동등한 권리와 책임. 모든 경우에 있어 자녀의 이익이 최우선적이어야 한다[제16조(1)(d)].
- ❖ 자녀의 후견, 보호, 재산관리, 입양 및 이와 유사한 국내법상 제도에 관한 동등한 권리와 책임. 모든 경우에 있어 자녀의 이익이 최우선적이어야 한다[제16조(1)(f)].
- ❖ 무상이든 유상이든 간에 재산의 소유, 취득, 운영, 관리, 향유, 처분에 관한 양 배우자의 동등한 권리[제16조(1)(h)]

6.4.2 평등한 권리와 책임 원칙에 관한 일반적인 이해

자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조(4)에 관하여 "혼인 중 배우자는 가족 내에서 동등한 권리와 책임을 가져야 한다. 이러한 동등함은 그들의 관계로부터 나오는 주거의 선택, 집안의 운영, 자녀 교육, 자산의 관리 등과 같은 모든 문제들로 확장된다. 또한, 동등한 권리는 법적인 별거나 혼인의 해소에 관한 문제에서도 계속해서 적용된다"고 한다.[177] 위원회에 따르면, "자녀의 이익이 다른 무엇보다 중요하다는 점을 명심하면서, 별거 또는 이혼, 자녀양육, 생활비 또는 위자료, 방문권 또는 친권의 상실 또는 회복의 이유와 절차에 관한 모든 차별적인 대우가 금지되어야 한다."[178]

이러한 관점은 자유권규약위원회의 일반논평 제28호에 따라 확장되었다. 규약 제23조(4)의 의무를 이행하기 위하여, "당사국은 부부재산제도가 자녀의 양육과 보호, 자녀의 종교적, 도덕적 교육 … 그리고 공동소유이건 일방의 단독재산이건 간에 재산의 소유와 관리에 관하여 각 배우자가 동등한 권리와 의무를 가지도록 보장하여야 한다"는 점을 강조한다. 나아가 당사국은 주거권과 관련하여 성에 근거한 차별이 없을 것을 보장하여야 한다. 요약하면, "혼인 중의 평등은 남편과 아내가 가정 내에서 동등한 권한과 책임을 가지고 참여해야만 한다는 것을 의미한다."[179]

위원회는 여성차별철폐협약 제16조(1)(c)의 해석을 설명하면서, 혼인한 당사자에게 권리와 책임을 부여함에 있어 많은 나라들이 위 협약에 포함되어 있는 원칙을 적용하기보다는 보통법 원칙, 종교법 또는 관습법을 적용하는 것에 의존한다고 지적하

177) General Comment No. 19 (art. 23), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 138, para. 8.

178) Ibid., p. 138, para. 9.

179) Ibid., General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), p. 173, para. 25.

였다. 위원회의 관점에서 보면, 법과 관습에 있어서 이러한 다양한 변용은 언제나 협약에 위반하여 남편이 가장(家長)이 되고 주요한 결정권자가 됨에 따라 여성이 혼인생활 내에서 동등한 지위와 책임을 가질 권리를 언제나 가로막는 광범위한 결과를 가져온다.[180]

가능한 범위 내에서, 배우자의 동등한 권리와 책임의 다양한 요소는 아래의 세부 항목에서 특히 자세히 다루어질 것이다.

6.4.3 결정권에서의 동등한 권리

자유권규약위원회는 모나코 민법 제182조와 제196조에 관하여 우려를 표하였는데, 이는 각각 "남편이 가장"이라고 규정하고 남편에게 부부가 살 곳을 선택할 권리를 가지도록 하였다. 모나코는 자유권규약위원회로부터 그러한 조항을 폐지하고 여성과 남성 사이에 실질적 평등을 보장할 것을 요구받았다.[181]

*****

사회의 기본 구성단위로서의 가정의 중요성을 인식하면서 여성차별철폐위원회는 싱가포르에 관하여 다음과 같은 우려를 표하였다. "남자가 가장이라는 법률적 지위를 가지는 것을 포함한 가정에 관한 아시아적 가치관은, 가족 내에서의 성(性) 역할에 관한 고정관념을 영속화시키고, 여성에 대한 차별을 강화하기 위한 것으로 이해될 여지가 있다."[182]

6.4.4 부모로서의 동등한 권리와 책임

부모로서의 권리와 책임의 분배에 관하여 정의하고 있는 여성차별철폐협약 제16조(1)(d), (f)와 관련하여, 여성차별철폐위원회는 "위 조항들은 후견, 보호, 신탁 및 입양의 법적 개념을 통하여 법으로 적절히 시행되어야 한다. 당사국은 부모의 혼인 여부와 부모가 자녀와 함께 살고 있는지 여부와 관계없이 법을 통하여 부모 모두에게 그들의 자녀에 관한 동등한 권리와 책임을 보장하여야 한다"고 언급한다.[183] 나아가 대부분의 당사국이 자녀를 돌보고, 보호하고, 부양함에 있어서 부모가 책임을 공유한다

180) Ibid., General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), p. 173, para. 25.

181) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p. 90, para. 9.

182) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 54, para. 79.

183) General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 227, para. 20.

는 점을 인정하지만, 실제로 몇몇 국가는 이 원칙을 지키지 않고 있고, 특히 부모가 혼인하지 않은 경우에 그러하다. 결국, "부모가 혼인하지 않은 상태에서 태어난 자녀는 혼인 상태에서 태어난 자녀와 항상 같은 지위를 누리지는 못하고 있고, 어머니와 이혼했거나 별거하는 경우 많은 아버지는 자녀에 대한 돌봄과 보호 및 부양의 책임을 공유하지 못하고 있다."[184]

*****

자유권규약위원회는 "아버지에게 자녀에 관한 친권을 부여하는" 모나코 민법 제301조의 규정에 대하여 우려를 표하고, 모나코에게 이 조항을 폐지할 것을 권고하였다.[185]

6.4.5 부부재산에 대한 동등한 권리

자유권규약위원회에 따르면, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조(4)는 당사국에게 각국의 부부재산제도가 각 배우자의 공동재산이나 단독재산에 대한 소유권, 관리권에 관하여 양 배우자에게 동등한 권리와 의무를 포함할 것을 보장하도록 요구하는바, "당사국은 필요한 경우 소유권과 그 재산의 관리권에 대하여 혼인한 여성에게 동등한 권리를 보장하기 위하여 자국의 법률을 검토해야 한다."[186] 또한, 여성은 당연히 법정에서도 부부재산에 관하여 대표할 동등한 권리가 있다. 이 쟁점에 대하여는 아래 10절에서 다루어지는 Ato del Avellanal 사건과 제13장을 참조하라.

*****

여성차별철폐위원회는 여성차별철폐협약 제16조(1)(h)에서 인정되는 재산과 관련한 배우자의 동등한 권리가, "당사국은 여성에게 계약을 체결하고 재산을 관리할 동등한 권리를 주어야 할 의무"가 있다고 규정한 협약 제15조(2)와 중첩되고 상호보완적이라는 점을 지적한다(자세한 내용은 아래의 7절을 참조하라).[187] 또한, 위원회는 부부재산에 관하여, "혼인 중, 사실혼 관계 중 및 위와 같은 혼인 또는 관계가 끝날 때 여성이 남편과 동등한 지분의 재산을 가질 권리가 있다는 것을 인지하지 못하는 국가들이 있다. 그리고 많은 국가들은 그 권리를 인정하지만 실제로 여성이 이를 행사함에

184) Ibid., p. 227, para. 19.

185) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p. 90, para. 9.

186) General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 173, para. 25.

187) Ibid., General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등), p. 228, para. 25.

있어서 법적 선례나 관습에 의하여 제한되기도 한다"고[188] 언급하였다.

위원회는 또한 "여성에게 이러한 법적 권리가 주어지고 법원이 이를 강제하더라도, 여성이 혼인 중 또는 이혼할 때 가지는 재산은 남성에 의하여 관리되기도 한다. 부부공동재산제도를 채택하고 있는 국가를 포함한 많은 당사국에서 혼인 중 또는 사실혼 관계 당시 취득한 재산을 매도하거나 다른 방법으로 처분할 때 여성의 의사를 확인해야 한다는 법률 요건이 없다. 이것은 여성의 재산 또는 그로부터 얻은 이익에 대한 처분권을 제한한다"고 언급하였다.[189]

여성차별철폐위원회는 "몇몇 국가에서는 부부재산의 분배에 있어 혼인 중 취득한 재산의 증식에 대한 재정적 기여에 보다 큰 강조점을 두는 반면, 아이들의 양육, 노인들의 부양, 가사부담의 이행과 같은 기여를 폄하한다. 종종 아내의 그러한 비재정적인 기여는 남편이 수입을 얻고 재산을 증식시키는데 기여한다. 재정적 기여와 비재정적 기여는 동등한 무게로 취급되어야 한다"고 지적한다.[190]

위원회는 나아가 "많은 국가에서 사실혼 관계 중에 축적된 재산을 혼인 중에 축적된 재산과 동일하게 취급하지 않는다. 즉, 사실혼 관계가 끝나면, 여성은 자신의 파트너보다 훨씬 적은 부분만을 분배받는다. 아이가 있든지 없든지 간에 이러한 방법으로 혼인한 여성과 혼인하지 않은 여성을 차별하는 재산법과 관습은 폐지되거나 포기되어야 한다"고 말한다.[191]

마지막으로, 위원회는 이집트 여성은 "미망인을 포함하여 Law No.1 of 2000(khul)법에 따라 혼인계약을 일방적으로 종료하는 방식으로 이혼을 청구하는 모든 경우 경제적 권리를 포기해야 한다"는 점에 대하여 우려를 표하였다. 위원회는, 이집트 정부에게 여성에 대한 재정적인 차별을 제거하기 위하여 법 개정을 고려할 것을 권고하였다.[192]

6.4.6 직업에 대한 동등한 권리

당사국은 여성차별철폐협약 제16조(1)(g)에 의하여 "남녀 평등의 기초"와, "성(姓), 직업(a profession and an occupation)을 선택할 권리를 포함한 남편과 아내의 동등한 개인적 권리"를 보장한다. 여성차별철폐위원회가 언급했듯이 "안정적인 가족

188) Ibid., p. 228, para. 30.
189) Ibid., pp. 228–229, para. 31.
190) Ibid., p. 229, para. 32.
191) Ibid., p. 229, para. 33.
192) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 35, paras. 328–329.

은 공평, 정의, 각 구성원의 개인적인 성취라는 원칙에 기초한다." 그러므로 각 배우자는 위 협약의 제11조(a)와 (c)에서 규정하였듯이 그들의 능력, 자격, 희망에 가장 잘 맞는 직업을 선택할 권리를 가져야만 한다.[193]

6.4.7 사실혼 관계에서의 여성

사실혼 관계의 여성에 관하여, 자유권규약위원회는 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조의 문맥에서 가족을 인식할 때 혼인하지 않은 커플과 그 자녀, 편부, 편모와 그 자녀를 포함한 다양한 형태의 가족의 개념을 받아들이는 것, 그리고 이러한 상황에서 여성에게 동등한 대우를 보장하는 것은 중요하다"고 말한다.[194] 같은 주제에 관하여, 여성차별철폐위원회는 "가족의 형태와 개념은 주마다, 심지어는 같은 주 내의 지역마다 다양하다. 그 형태가 어떠하건, 그 국가의 법률 체계, 종교, 관습, 전통이 어떠하건 상관없이 가족 내에서의 여성의 처우는 법적으로, 사적으로 모두 여성차별철폐협약 제2조에 따라 요구되는 모든 사람에 대한 평등과 정의의 원칙에 부합해야 한다."[195] 사실혼 관계에서의 여성은 "가정생활과 법적으로 보호되는 자산과 수입의 분배 모두에서 남성과 동등한 지위를 가져야 한다. 이 경우 여성은 자녀 또는 가족 구성원의 양육과 돌봄에 있어 남성과 동등한 권리와 책임을 가져야 한다."[196]

6.4.8 이혼에 있어서의 동등한 권리

자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조(4)의 의미를 다음과 같이 설명한다. 당사국은 "혼인관계의 해소에 있어서의 평등을 보장할 의무를 부담하는데, 그 평등은 ***축출의 가능성을 배제한다***. 재산분할, 부양금, 자녀 양육권에 관한 결정뿐 아니라, 이혼과 혼인무효의 근거도 여성과 남성에게 동등하게 적용되어야 한다. 자녀와 비양육권자인 부모 사이에 접견을 계속할 필요가 있는지 여부를 결정할 때도 동등한 고려에 기초하여야 한다."[197]

6.4.9 배우자 간의 상속에 있어서의 동등한 권리

193) General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 228, para. 24.

194) Ibid., General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), p. 173, para. 27.

195) Ibid., General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등), p. 226, para. 13.

196) Ibid., p. 227, para. 18.

197) Ibid., General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), p. 173, para. 26. 강조는 추가됨.

자유권규약위원회에 따르면, "여성은 혼인관계의 해소가 배우자의 사망으로 인한 것일 때에도 남성과 동등하게 상속권을 가진다(상속권의 일반적인 내용에 관하여는 아래 7.2.를 참고하라)."[198]

*****

여성차별철폐위원회는 다음과 같이 지적하였다. "많은 나라들이 상속과 재산에 관하여 여성을 심각하게 차별하는 법률과 관행을 가지고 있다. 이러한 불평등한 대우에 따라, 여성은 남편이나 아버지가 사망하였을 때 부인이 사망한 경우의 남편이나 아버지가 사망한 경우의 아들보다 적게 상속받는다. 어떤 사례에서는, 여성은 제한되고 통제된 권리를 부여받고 망인의 재산에서 나오는 수익만을 받기도 한다. 미망인의 상속권에 관한 규정은 종종 혼인기간 중 얻은 재산을 동등하게 소유한다는 원칙을 반영하지 않고 있다. 그러한 규정은 협약을 위반한 것이므로 폐지되어야 한다."[199]

*****

사회권규약위원회는, 모로코 법률에 관하여 "상속법 뿐 아니라 특히 가족법에 있어서 여성에 대한 차별경향이 여전히 남아 있다"면서 우려를 표하였다.[200]

여성과 남성은 혼인, 혼인 중, 혼인의 해소에 있어서 동등한 권리를 가진다. 즉, 여성과 남성은 주거, 경제력, 자산, 자녀 등과 같이 그들 사이의 관계에서 발생하는 모든 문제에 관하여 동등한 권리와 의무를 가진다.

기혼 여성은 자신의 능력에 맞게 직업을 선택하고 그 업무를 수행하는 데 있어서 배우자와 동등한 권리를 가진다.

국제법은 비혼인 커플을 비롯하여 다양한 가족 형태를 인정한다. 사실혼 관계를 유지하는 여성은 가정생활과 재산과 수입의 분배에 있어 상대방 남성과 동등한 권리를 가져야 한다. 법은 이러한 권리를 보장하여야 한다.

국제법 아래에서 여성과 남성은 이혼에 있어서 동등한 권리를 가진다. 국제법은 축출을 금지한다.

여성은 배우자의 사망으로 혼인이 해소되었을 때 상속에 있어서 동등한 권리를 가진다.

198) Ibid.

199) Ibid., General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등), p. 229, para. 35.

200) UN doc. E/2001/22 (E/C.12/2000/21), p. 84, para. 527.

7. 민사문제에 있어서 동등한 법적 능력

7.1 재산관리 및 계약체결에 있어서의 동등한 권리

이 장 처음에 언급하였다시피, 여성은 남성과 동등하게 법적 능력(a right to legal personality)을 가진다. 물론, 이러한 능력은 가족 문제뿐 아니라 일반적인 민사문제에 있어서도 마찬가지이다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제16조는 법적 능력에 관한 권리 보장을 내포하고 있다. 여성차별철폐협약 제15조(2), (3)은 다음과 같이 규정하고 있다.

> "2. 당사국은 민사문제에 있어서, 여성에게 남성과 동등한 법적 능력(legal capacity) 및 그 능력을 행사할 동일한 기회를 부여하여야 한다. 특히, 당사국은 계약을 체결하고 재산을 관리할 동등한 권리를 여성에게 부여하여야 하고 법원과 재판소의 절차상 모든 단계에서 여성을 동등하게 취급하여야 한다.
> 3. 당사국은 여성의 법적 능력을 제한하는 법적 효과를 가지는 모든 계약과 기타 모든 종류의 사적 문서를 무효로 간주하는 데 동의한다."

위 조항들의 해석에 있어서, 여성차별철폐위원회는 "여성이 계약을 전혀 체결할 수 없거나 금융신용을 받지 못하거나 또는 남편이나 남성 친척의 동의나 보장 하에서만 그러한 행위를 할 수 있다면, 그 여성은 법적 자율성을 인정받지 못한 것이다. 이러한 제한 때문에 여성은 재산을 단독으로 소유하지 못하고 자신의 사업을 법적으로 관리하거나 계약을 체결하지 못한다. 이러한 제한은 자신과 부양가족을 부양할 여성의 능력을 심각하게 제한하는 것이다."라고 설시하였다.[201]

위원회는 요르단에게 여성이 자신의 이름으로 계약을 체결하지 못하도록 하는 규정을 폐지할 것을 촉구하였다. 왜냐하면 그 규정은 요르단 헌법과 여성차별철폐협약에서 정한 여성의 법적 지위에 부합하지 않기 때문이다.[202] 위원회는 콩고민주공화국의 사례에서 "근로의 권리에 있어서 여성에 대한 법률상, 사실상의 차별, 특히 아내의 고용에 대하여 남편의 인가를 요구하고 출산휴가 기간 동안 임금을 삭감하는 등의 차별"에 관하여 우려를 표하였다. 그러한 차별적인 법률은 여성차별철폐협약 제11조에 합치되도록 개정되어야 한다.[203] 위원회는 부르키나 파소(Burkina Faso)에 대하여

201) General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등), *United Nations Compilation of General Comments*,p. 224, para. 7.

202) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 19, paras. 172–173.

203) Ibid., p. 24, paras. 225–226.

도 "여성과 남성에게 동등한 권리를 보장하는 농지 및 토지개혁에 관한 법률에도 불구하고, 편견과 관습이 그러한 법률의 시행을 방해하고 있다"고 우려하였다. 그래서 위원회는 부르키나 파소에게 "재산에 관한 여성의 권리를 고려하고 여성에게 필요한 신용을 제공하는 관련 서비스를 마련할 것을 권고하였다."[204]

*****

자유권규약위원회는 법적 자율의 문제에 관하여 다음과 같은 의견을 표명하였다. "모든 사람은 어디에서나 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리를 가진다"는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제16조가 정하는 권리는, "성별이나 혼인 여부에 따라 차별받는 여성을 위하여 특히 필요하다." "이 권리는 재산을 소유하거나 계약을 체결하거나 또는 다른 민사적인 권리를 행사하는 여성의 능력은 혼인 여부나 다른 차별적인 이유를 근거로 제한되어서는 안 된다"는 점을 내포한다.[205] 위원회는 레소토(Lesotho)의 보통법과 관습법이 여성을 무능력자로 취급함으로써 여성 차별을 허용하고 있는 점에 대하여 심각하게 우려하였다. 이와 관련하여 위원회는 "관습법 아래에서 여성의 상속과 재산에 관한 권리는 심각하게 제한당하고 있고, 보통법은 물론 관습법까지 모두 여성이 남편의 허락을 받지 않고는 계약을 체결하거나 은행계좌를 개설하지 못하며, 대출을 받거나 여권발급 신청을 할 수 없도록 하고 있다"고 지적하였다. 그래서 위원회는 레소토에 위 규약 제3조와 제26조를 위반하는 차별적인 법률을 폐지하거나 개정하고 법률의 차별적인 집행을 근절할 조치를 취할 것을 촉구하였다.[206]

*****

사회권규약위원회는 "카메룬 정부가 아직도 여성에게 불평등한 법적 지위를 부여하는 법률(특히 그 중에서도 생산수단에 관한 접근을 제한하는 신용, 파산에 관련된 법률과 재산을 소유할 권리에 관한 민법과 상법의 측면에서)의 개정작업을 착수하지 않은 것에 대하여 깊은 유감"을 표하였다. 위원회는 이러한 법률에 관하여 "이 규약의 차별금지와 동등한 대우에 관한 조항을 명백하게 침해한 것이고, 모든 시민에게 동등한 권리를 보장하는 카메룬의 최근 개정 헌법에도 합치하지 않는다"고 하였다. 위원회는 카메룬에게 여성을 차별하는 모든 민법과 상법 규정을 폐지할 것을 권고하였다.[207]

---

204) Ibid., p. 28, paras. 277–278.

205) General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 171, para. 19.

206) UN doc. *GAOR*, A/54/40 (vol. I), p. 52, para. 253.

207) UN doc. E/2000/22 (E/C.12/1999/11), p. 58, para. 327, and p. 60, para. 346.

7.2. 일반적으로 상속에 관한 동등한 권리

여성이 상속에 있어서 남성과 동등한 권리를 가져야 한다는 것은 법 앞에서의 평등권에서 나온다. 앞서 언급한 여성차별철폐협약 제16조(1)(h)를 제15조(1)의 관점에서 보면, "혼인이나 사실혼이 해소될 때나 친족이 사망하였을 때 남성에게 더 많은 상속분을 주는 법이나 관습은 여성에 대한 차별이고, 그러한 법과 관습은 여성에게 이혼하고, 스스로를 부양하며, 독립된 인간으로서 존엄하게 생활할 수 있는 실제적 능력에 심각한 영향을 미칠 것이다."[208] 동등하게 상속할 권리를 포함하는 "이러한 모든 권리는 여성의 혼인 여부와 관계 없이 보장되어야 한다."[209]

여성차별철폐위원회는 인도에 관하여 "빚을 담보로 노예를 삼는 관습과 토지에 관한 상속권 부정은 결국 여성 노동력의 총체적인 착취와 여성의 빈곤으로 귀결된다"면서 우려를 표하였다. 위원회는 인도 정부에게 "상속에 관한 법률을 즉시 재검토하고 농촌 여성에게 토지와 신용에 대한 권리를 보장할 것"을 요구하였다.[210] 또한, 위원회는 "혼인신고를 하지 못한 경우 … 여성의 상속권을 제한"하는 점에 대해서도 우려하였다.[211]

*****

자유권규약위원회는 가봉(Gabon)에 관하여 "여성이 소유권과 상속권을 포함하여 남성과 동등한 권리를 가지도록 보장하고, 혼인, 이혼, 상속에 관한 문제에 있어서 관습법에 근거한 차별이 없도록 보장하기 위하여 자국의 법률과 관습을 검토해야만 한다"고 판시하였다.[212] 위원회는 리비아에 관하여 "상속을 비롯한 많은 문제에 있어" 여성과 남성 사이의 지속적인 불평등이 있음에 우려를 표하였고, "여성과 남성이 모든 인권을 완전히 동등하게 향유할 수 있도록 보장하기 위하여 더욱 노력해야 한다."고 권고하였다.[213]

*****

사회권규약위원회는 튀니지의 상속법에 "여성은 남성의 상속분의 절반을 받도

208) General Recommendation No. 21 (혼인과 가족생활에서의 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 228, para. 28.

209) Ibid., p. 228, para. 29.

210) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 12, paras. 82–84.

211) Ibid., p. 10, para. 62.

212) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), pp. 42–43, para. 9.

213) UN doc. *GAOR*, A/54/40 (vol. I), pp. 35, para. 137.

록" 규정되어 있는 부분에 관하여 우려를 표하였다. 위원회는, "여성과 남성 그리고 남아와 여아 모두가 평등에 기초한 상속권을 향유할 수 있도록 할 것"을 강력하게 권고하였다.[214]

여성은 민사적인 문제에 있어 남성과 동등한 법적 능력을 가진다.

이것은 여성이 재산을 소유하고 관리할 권리, 계약을 체결할 권리, 신용을 부여받을 권리를 가지고, 남편이나 다른 친척의 동의 없이 일하는 것이 허용되어야 한다는 것을 의미한다.

동등한 법적 자율권은 또한 여성이 남성과 완전히 동등한 상속권을 가진다는 것을 의미한다.

관습과 전통이 이러한 권리의 효과적인 행사를 막는 것은 허용되지 않는다.

8. 선거를 포함한 공적인 업무에 동등하게 참여할 권리

8.1 관련 조항

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제25조는 다음과 같이 규정하고 있다. "모든 시민은 불합리한 제한이나 제2조에서 규정하는 어떠한 차별도 받지 아니하고 다음의 권리와 기회를 가진다.

(a 직접 또는 자유로이 선출한 대표자를 통하여 정치에 참여하는 것
(b) 보통, 평등 선거와 비밀투표에 따라 행하여지고, 선거인의 자유로운 의사 표명을 보장하는 진정한 정기적 선거에서 투표하거나 선출되는 것
(c) 일반적으로 평등한 조건하에 자국의 공무에 취임하는 것"

여성차별철폐협약 제7조는 다음과 같이 규정하고 있다.

"당사국은 국가의 정치적 및 공적 생활에서 여성에 대한 차별을 철폐하기 위하여 모든 적절한 조치를 취하여야 하며, 특히 남성과 동등한 조건으로 다음의 권리를 여성에게 확보하여야 한다.

214) UN doc. E/2000/22 (E/C.12/1999/11), pp. 37–38, para. 165, and p. 39, para. 173.

(a) 모든 선거 및 국민투표에서의 투표권 및 선거에 의해 선출되는 모든 공공기구에의 피선거권
(b) 정부정책의 입안 및 그 정책의 시행에 참여하며 공직에 봉직하여 정부의 모든 직급에서 공공직능을 수행할 권리
(c) 국가의 공적, 정치적 생활과 관련된 비정부기구 및 단체에 참여할 권리"

같은 협약 제8조는 아래와 같이 규정한다.

"당사국은 여성이 남성과 동등한 조건으로 또한 아무런 차별 없이 국제적 수준에서 그들 정부를 대표하며 국제기구의 업무에 참여할 기회를 확보하기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다."

이와 관련한 또 다른 일반적인 규약은 ***여성의 정치적 권리에 관한 협약 (Convention on the Political Rights of Women)***이다. 이 규약은 1953년 유엔 총회에서 채택되었고, 1954년 7월 7일 발효되었다. 이 규약은 다음과 같은 권리로 시작되는 짧은 규약이고, 그 권리는 "남성과 동등한 조건으로 어떠한 차별도 없이" 보장되어야 한다.

❖ 모든 선거에서 투표할 권리(제1조)
❖ 국내법에 따라 설립된 모든 선출직 공직에 입후보할 권리(제2조)
❖ 공직에 나아가서 공무를 수행할 수 있는 권리(제3조)

*****

지역적 차원에서 보면 다음과 같다. 미주인권협약 제23조는 공직 참여에 있어서의 동등한 권리와 "진정한 정기적 선거"에서의 선거권과 피선거권을 보장한다. 아프리카헌장 제13조는 선거권과 피선거권을 명확하게 보장하지는 않지만, "직접 또는 법률에 따라 선출된 대표자를 통하여" 정부에 자유롭게 참여할 권리를 인정한다. 위 헌장 제13조는 또한 공공서비스에 대한 동등한 접근권을 규정하고 있다. 유럽인권협약 제1 추가의정서 제3조는, "체약국은 입법부의 선출에 있어서 국민의 자유로운 의사 표명이 보장되는 상황에서 합리적인 간격을 두고 비밀투표에 의한 자유선거를 실시할 것을 약속한다."고 규정하고 있다. 위 협약의 제14조는, 위와 같은 권리가 여성과 남성 사이에 아무런 차별 없이 보장될 것을 요구한다.

*****

이와 같이, 선거권과 피선거권을 포함하여 여성의 공적인 업무에 관한 동등한 참여권은 국제인권조약에 확고하게 뿌리내리고 있다. 그러나 이 중요한 권리에 관하여 여기서 자세하게 논의할 수는 없고, 그 주된 특징들을 간략하게나마 소개하고자 한다.[215]

8.2. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제25조의 해석

자유권규약위원회가 지적한 바와 같이, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제25조는 국민의 동의에 기초한 민주 정부의 핵심과 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약상의 여러 원칙들에 대한 존중 내에 자리 잡고 있고, 이는 성에 근거한 차별 없이 보장되어야 한다.[216] 여성은 남성과 동등한 조건으로 특히 아래와 같은 권리를 향유하여야 한다.

- ❖ 정치적 권력, 특히 입법적, 행정적 및 집행적 권력을 행사할 권리. 이 권리는 행정의 모든 단계, 즉 지방적, 지역적, 전국적 그리고 국제적 단계를 포함하고, 예컨대 입법부의 일원으로 또는 행정공무원의 지위에 취임함으로써 행사될 수 있다.[217]
- ❖ 대표자들과의 공적인 논쟁이나 논의 또는 스스로 조직할 수 있는 능력을 통해 영향력을 행사할 권리. 이러한 참여는 표현의 자유와 집회 · 결사의 자유의 보장을 통하여 뒷받침된다.[218]
- ❖ 선거에 출마하거나 투표할 권리. 진정한 정기적 선거는 수여된 입법권 또는 집행권의 행사에 대한 대표자의 책임을 확보하기 위해 본질적이다.[219]
- ❖ 표현의 자유와 집회 · 결사의 자유에 대한 권리. 이는 투표권의 효과적인 행사와 그것의 완전한 보장을 위한 본질적인 조건이다.[220]
- ❖ 일반적인 평등 조건하에 공적 지위에 취임할 권리. 일반적인 평등 조건으로 취임할 권리를 보장하기 위하여, 임명, 승진, 정직, 해고를 위한 기준과 절차는 객관적이고 합리적이어야 한다.[221]

---

215) 규약 제25조의 해석에 관한 상세는 General Comment No. 25 (Article 25), *United Nations Compilation of General Comments*, pp. 157–162. 여성차별철폐협약 제7, 8조에 관하여는 General Recommendation No. 23 (Political and public life), pp. 233–244.

216) Ibid., General Comment No. 25(Article 25), p. 157, paras. 1 and 3.

217) Ibid., pp. 157–158, paras. 5–6.

218) Ibid., p. 158, para. 8.

219) Ibid., p. 158, para. 9.

220) Ibid., p. 159, para. 12.

221) Ibid., p. 161, para. 23.

그러나 오랜 경험에 기초하여 자유권규약위원회는 동등하게 정치에 참여할 권리가 모든 곳에서 완전하게 이행되지는 못하였음을 확인하여 왔다. 당사국은 법이 여성에게 남성과 동등한 조건하에 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제25조에 포함된 권리를 보장하도록 해야 하고, 적절한 차별 철폐 조치를 포함하여 공무나 공직에 대한 여성의 참여를 증진하고 확보하기 위한 효과적이고 적극적인 조치를 취해야 한다. 투표권을 부여받은 모든 사람이 그러한 권리를 행사할 수 있도록 하기 위하여 당사국이 취하는 실효적 조치는 성에 근거하여 차별적이어서는 안 된다.[222]

자유권규약위원회는 크로아티아에서 정치적, 공적 생활에 대한 여성의 평등권 획득에 약간의 진전이 있음을 인정하면서도, "의회나 사법부를 포함한 고위 공직에서 여성 대표가 여전히 적은 것"에 대하여 여전히 우려하였다. 그에 따라 크로아티아는 규약 제3조, 제26조에 따른 의무를 이행하기 위하여 공적 영역에서 여성 대표를 늘리기 위한 모든 노력(필요한 경우 적절하고 적극적인 조치)을 할 것이 촉구되었다.[223] 체코공화국에 대하여도 행정부의 고위직에 충분치 않은 여성 대표자 수뿐만 아니라 정치 분야에서 여성들의 낮은 참여 때문에 유사한 권고가 있었다.[224]

8.3. 여성차별철폐협약 제7조, 제8조의 해석

여성차별철폐위원회는 "정치적 및 공적 생활"에 관한 일반권고 제23호에서 여성차별철폐협약 제7, 8조를 어떻게 해석할 것인지에 관한 자신의 견해를 표명하였다. 제7조에 따라 정치적 및 공적 생활에서 여성에 대한 차별 철폐를 위하여 모든 적정한 수단을 취해야 할 당사국의 의무에 대하여 위원회는 다음과 같이 말하였다.

> "위 의무는 공적, 정치적 생활에 관한 모든 부분으로 확장되고, 제7조(a), (b), (c)에 명시된 영역으로 한정되지 않는다. 국가의 정치적, 공적 생활이란 넓은 개념이다. 그것은 정치적 권력, 특히 입법권, 사법권, 행정권, 집행권의 행사를 가리킨다. 이 용어는 공적 행정의 모든 측면과 국제적, 국내적, 지역적, 지방적 단계에서의 정책 입안 및 이행을 포함한다. 또한, 이 개념은 공공위원회, 지방의회와, 정당, 상인조합, 직업단위 또는 산업 단위의 협회, 여성단체, 지역위원회 및 그 밖에 공적 · 정치적 생활에 관련된 조직과 같은 단체의 활동을 포함한 시민사회의 여러 측면을 포함한다."[225]

222) Ibid., General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀간 평등), pp. 173–174, para. 29.

223) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p. 69, para. 21.

224) Ibid., p. 86, para. 12. 루마니아에 대한 유사한 우려는 in UN doc., *GAOR*, A/54/40 (vol. I), p. 69, para. 366. 참조.

225) General Recommendation No. 23 (Political and public life), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 234, para. 5.

위원회는 더 나아가 다음과 같이 언급하고 있다.

> "이러한 평등이 실효적이기 위해서는, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제25조와 같은 국제인권문서가 정하는 것과 같이 선거인의 자유로운 의사 표현이 보장되고 비밀투표와 보통선거에 따라 시행되는 진정한 정기적 선거에서 각 시민이 투표하고 선출될 권리를 향유하는 정치 시스템의 구조 내에서 성취되어야 한다."[226]

"남성과의 평등에 기초"하여 투표하거나 선출될 권리는 법률상은 물론 사실상으로도 향유되어야 한다. 그러나 위원회의 경험에 의하면, 많은 나라에서 여성은 여성의 이중적 업무부담, 재정적 제약, 남성이 여성의 투표에 영향을 미치거나 통제하는 "전통과 사회 · 문화적 고정관념"("근절되어야 하는" 관행), 그리고 여성의 이동의 자유에 대한 제한과 같은 요인들로 인하여 "이 권리를 수행함에 있어 여전히 여러 가지 어려움을 겪고 있다."[227]

제7조(b)가 보장한 바와 같이, 정부 정책의 입안에 참여할 권리에 관하여 당사국은 다음과 같은 의무를 부담한다.

- "모든 분야와 모든 직급에서 공공 정책을 입안함에 있어 여성이 전적으로 참여하거나 대표가 될 권리를 보장하는 것"
- "당사국이 할 수 있는 경우, 여성을 상위 의사결정 역할에 임명할 것, 그리고 당연히 일상적으로 여성의 의견과 이익을 널리 대표할 수 있는 그룹의 조언을 구하거나 받아들이는 것"
- "정부 정책을 입안함에 있어 여성의 완전한 참여를 막는 장애물을 확인하고 극복하는 것"[228]

마찬가지로 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조(b)에 의해 보장되는 공직을 맡고 모든 공무를 수행할 권리에 관하여, 자유권규약위원회는 당사국들의 보고서를 검토한 결과가 "정부 각료, 공무원, 공공기관, 사법부와 사법시스템의 최고위직에서 여성이 배제되었음"을 보여준다고 하였다.[229] 또한, 어떤 사례에서는 법률이

226)) Ibid., p. 234, para. 6.
227)) Ibid., p. 237, paras. 18–20.
228)) Ibid., p. 238, paras. 25–27.
229)) Ibid., p. 239, para. 30.

"여성으로 하여금 왕의 권력을 행사하거나, 국가를 대신하여 사법권을 부여받은 종교적 또는 전통적 재판소에서 재판관으로 직무를 수행하거나, 군대에 완전히 참여하는 것을 배제하고 있다. 이런 조항은 여성에 대한 차별이며, 협약의 원칙들에 대한 위반이다."[230]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제8조에 관하여, "정부는 경제적 · 군사적 문제, 다자간 · 양자 간 외교, 국제적 · 지역적 회의에서의 공식 사절과 같은 모든 영역과 모든 단계의 국제적 업무에 여성의 참여가 보장되도록 할 의무를 부담한다." 위원회의 경험에 의하면, "대부분 정부의 외교 또는 외국 관련 업무, 특히 최고위 직책을 여성이 차지하는 비율이 현저히 적고," 많은 국제기구 대표부의 외교관이나 고위직에는 여성이 없거나 거의 없다는 것이 명백하다."[231] 여전히 "당사국은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7, 8조에 부합되도록 적절한 법률의 제정을 포함한 모든 적절한 조치를 취할 의무를 부담한다."[232]

인도의 상황에 관련하여 위원회는, "행정부와 가정법원, 대중재판(*lok adalats*, 역주: 인도의 대체분쟁해결시스템), 조정법원을 포함한 사법부에 자격 있는 여성의 참여가 적은 것"에 관하여 우려를 표하였다.[233] 몰디브와 관련하여 위원회는 "정치적 참여에 관한 규약 제7조(a)를 유보하는 것은 여성이 자국의 대통령과 부통령이 될 수 없도록 하는 법률의 유지를 뒷받침한다"는 점에 대하여 우려하였다.[234]

여성은 그들 국가의 정치에 남성과 동등하게 참여할 권리와 그들이 직접 또는 자유로이 선택한 대표를 통해 참여할 권리를 가진다.

여성은 모든 선거와 투표에서 남성과 동등한 기초에서 투표하거나 선출될 권리를 가진다.

여성은 공직에 봉직하거나 모든 직급에서 공적 기능을 수행함에 있어서 남성과 동등한 권리를 가진다.

여성은 정부정책을 입안하고 시행함에 있어 동등하게 참여할 권리를 가진다.

여성은 표현, 집회, 결사의 자유를 효과적으로 향유하기 위하여 전제되는 권리로서, 단독으로 또는 여러 단체를 통하여 대중토론에 동등하게 참여할 권리를 가진다.

230)) Ibid., p. 239, para. 31.
231)) Ibid., p. 240, paras. 35–37.
232)) Ibid., p. 241, paras. 41–42.
233)) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 12, para. 80.
234)) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 17, para. 130.

국가는 여성이 국제적 수준에서 자국 정부를 대표함에 있어서 남성과 동등한 기회를 가질 수 있도록 보장하여야 한다.

한 국가의 공적, 정치적 생활에 대한 동등한 참여권은 관련 있는 사람들이 자유롭게 표현한 의사에 대한 존중에 기반을 둔 민주사회의 초석이다.

9. 그 밖의 다른 인권을 동등하게 향유할 여성의 권리

다른 인권을 동등하게 향유할 여성의 권리는, 당연히 앞에서 본 바와 같은 세부적 영역에 관한 권리로 제한되는 것이 아니라, ***국제적으로 보장된 인권과 기본적 자유에 관한 모든 영역을 포함하는 것이다***. 이것은 모든 권리(그것이 시민적 권리이거나 정치적, 경제적 권리이건, 문화적 권리이건 간에)가 남성과 동등한 위치에서 여성에게 보장되어야 한다는 것을 의미한다. 제14장에서 설명하는 바와 같이, 이런 권리들은 모두 본질적으로 연관되어 있고 상호의존적이므로, 그 결과 서로 완전한 이행을 위하여 의존하고 있다. ***여성에게 부여된 기본권과 자유와 지방, 지역, 국가 또는 국제적 단계에서의 그 실현에 있어 여성이 정당한 이익을 가지는 역할 둘 다에 관한 전반적인 접근이 없이는, 여성의 권리는 완전히 보장될 수 없고, 안전하고, 평화로우며 번영하는 세계 건설에 있어 긍정적 요소인 여성의 잠재력이 충분히 보장될 수 없다***.

앞서 다룬 권리들에 더하여 아래에서 살펴볼 권리의 동등한 향유는 여성에게 특별히 중요하다. 그러나 그 목록은 포괄적인 것은 아니다. 예컨대, 그것은 동일노동 동일임금과 같은 고용분야에서의 동등한 권리와 소녀의 발달에 있어 기본적으로 중요한 건강에 대한 동등한 접근권과 같은 국제인권법에 의하여 보호되는 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 동등한 향유를 포함하지 않는다. 여성의 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 향유에 대한 더 많은 정보는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회나 여성차별철폐위원회의 적절한 권고 또는 국제노동기구에 의하여 수행된 연구를 참고하라.

그러므로 이 장에서는 이동 및 거주의 자유, 사생활을 존중받을 권리, 사상, 양심, 신념, 종교, 의견, 표현, 집회와 결사의 자유, 교육의 권리에 대한 동등한 향유만 한정하여 살펴본다.

9.1 이동 및 거주의 자유

이동 및 거주의 자유에 관한 동등한 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제12조와 여성차별철폐협약 제15조(4), 아프리카헌장 제12조, 미주인권협약 제22조, 유럽인권협약 제4 추가의정서 제2조에 의하여 보장된다. 이 권리의 행사는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제12조(3), 미주인권협약 제22조(3), 유럽인권협약 제4 추가의정서 제2조(3)이 정한 바와 같은 특정 근거에 의하여 제한될 수 있다.

*****

자유권규약위원회에 따르면, 당사국은 "규약 제12조에 보장된 권리들이 공적 개입뿐만 아니라 사적인 개입으로부터도 보호되도록" 해야 한다. 여성의 경우 이러한 보호 의무와 특히 관련이 있다. 예컨대, 규약 제12조(1), 즉 여성이 자유롭게 이전할 권리는 법이나 관행에 의하여 친척을 포함한 다른 사람의 결정에 따라 자신의 주거를 선택하는 것과 조화되지 않는다.[235] 이것은 자유로이 여행하거나 자신의 이름으로 발행된 여권이나 여행증명서를 가지기 위하여 배우자나 부모 또는 누군가의 동의가 필요 없는 기혼여성이나 성년의 딸 모두에게 적용된다. 그와 같은 법적 또는 사실적 요구는 규약 제12조(3)와 조화되지 않을 것이다.[236] 당사국의 보고서에 대한 심사에서 "자유권규약위원회는 몇몇의 경우에 규약 제12조 위반을 구성하는 남성의 동의나 호위를 요구함으로써 여성의 자유로운 이동이나 당해 국가에서 떠나는 것을 방해하는 조치들을 발견하였다.[237] 구체적으로는, 이동의 자유에 관한 리비아에서의 남성과 여성 사이의 불평등에 관하여 우려를 표하였고, 리비아 정부에 이 분야와 다른 분야에서 완전한 평등이 확보되기 위한 노력을 강화할 것을 요청하였다.[238]

*****

여성차별철폐위원회는 "요르단의 법이 요르단 헌법과 여성차별철폐협약에서 인정된 여성의 법적 지위와 조화되지 않는 제한, 즉 여성 혼자 여행하는 것을 금지하고 거주지 선택을 금지하는 것"에 대하여 우려를 표하였다.[239]

---

235) General Comment No. 27 (Article 12 – 이동의 자유), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 164, para. 6.

236) Ibid., General Comment No. 28 (Article 3 – 남녀 간 권리 평등), pp. 170–171, para. 16.

237) Ibid., General Comment No. 27 (Article 12 – 이동의 자유), p. 166, para. 18.

238) UN doc. *GAOR*, A/54/40 (vol. I), p. 35, para. 137.

239) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 19, para. 172.

여성은 남성과 동일한 기초에서 이동의 자유 및 거주의 자유에 관한 권리를 가진다.
누구도 성인 여성에게서 여행이나 거주지 선택을 박탈할 권리를 가지지 않는다.
어떠한 관습이나 전통도 이 권리의 제한을 정당화할 수 없다.

9.2. 사생활에 관한 권리

개인의 사생활을 존중받을 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제17조, 미주인권협약 제11조(2), 유럽인권협약 제8조에 의해 보호된다.

여성의 사생활을 존중받을 권리가 성에 근거하여 제한된 사례는 "여성의 성생활이 강간으로부터의 보호를 포함하여 그녀의 법적 권리나 보호의 범위를 결정함에 있어서 고려되는 곳"에 있다. 국가가 여성의 사생활을 존중하는 데에 실패하는 다른 영역은 여성의 생식기능(reproductive functions)과 관련이 있다. 예를 들면, 불임시술을 결정함에 있어 남편의 승인을 요구하거나, 여성에 대해 불임시술을 할 경우 몇 명의 자녀를 가지고 있는지 또는 일정 나이가 되었는지와 같은 일반적인 조건을 부여하거나, 또는 국가가 의사나 보건담당자에게 낙태를 한 여성의 사례를 보고하도록 법적 의무를 부과하는 경우가 그러하다."[240]

*****

4.3.3.에서 본 바와 같이, 사생활을 존중받을 여성의 권리는 특히 국가로 하여금 성폭행 가해자에 대한 형사절차를 진행할 수 있도록 할 것과 같이 실질적이고 효과적인 조치를 취할 것을 요구한다.

여성은 남성과 동등한 기초에서 사생활을 존중받을 권리를 가진다. 이 권리는 효과적으로 보장되어야 한다.
여성의 생식은 사생활의 영역을 구성하고, 여성은 이것에 관하여 궁극적인 결정권을 가진다.

9.3 사상, 양심, 신념, 종교, 의견, 표현, 결사 및 집회의 자유

사상, 양심, 신념, 종교, 의견, 표현, 결사 및 집회의 자유는 민주사회의 주춧돌

240) General Comment No. 28 (규약 제3조 – 남녀 간 권리 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 171, para. 20.

이다. 이러한 자유는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18, 19, 21, 22조, 아프리카헌장 제8 내지 11조, 미주인권협약 제12, 13, 15, 16조, 그리고 유럽인권협약 제9 내지 11조에 의하여 보장되고 있다.

자유권규약위원회에 따르면, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 당사국은 사상, 양심 및 종교의 자유를 보장하기 위한 조치를 취하여야 하고, 종교 또는 신념을 바꾸거나, 자신의 종교 또는 신념을 표현하는 것을 포함하여 자신의 선택에 따라 신념이나 종교를 받아들일 자유는 "남녀 모두에 대하여 동일한 조건에서 차별 없이 법과 실제에서 보호되고 보장되어야 한다." 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조에 의하여 보호되는 이러한 자유는 "규약에 의하여 인정되는 제한을 제외하고는 어떠한 제한도 받아서는 아니 되고, 그 중에서도 특히 제3자로부터 허락을 받도록 하는 규칙이나 아버지, 남편, 남자형제 또는 그 밖의 사람들의 간섭에 의하여 제한되어서는 안 된다. 여성에 대한 차별을 정당화하기 위하여 사상, 양심 및 종교의 자유를 핑계로 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조를 그 근거로 들 수는 없다"[241]

이 장의 8절에서 살핀 바와 같이, 표현, 집회 및 결사의 자유는 여성으로 하여금 공공생활에 남자와 동등한 조건으로 적극 참가할 수 있도록 함에 있어 아주 중요한 역할을 한다. 그래서 이러한 자유는 남성과 여성에게 똑같이 효과적으로 보장되어야 한다. 이러한 자유를 행사하는 데 있어 여성이라는 이유로 차별되어서는 안 된다.

사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사 및 집회의 자유가 무엇인가라는 실질적인 해석에 관하여는 이 매뉴얼의 제12장을 참고하면 된다.

[**추록**: 유럽인권재판소는 *Leyla Sabin v. Turkey* 사건에서 이슬람 여성의 머리 스카프(headscarves)를 규제하는 것이 위 권리의 침해가 아니라고 판단하였다. 이 사건은 한 학생이 대학교에서 머리의 스카프를 제거할 것을 거부하였다는 이유로 징계를 받은 사안에 관한 것이었다. 신청인은 위 규제가 유럽인권협약 제9조에 의하여 보장된 자신의 사상과 양심 및 종교의 자유를 침해한 것이라고 주장하였다. 유럽인권재판소는 이러한 간섭은 인권 침해에 해당하지 않는다고 판시하면서 신청인의 위 주장에 동의하지 아니하였다. 위 재판소는 당사국이 보유하고 있는 판단 재량을 고려할 때, 대학의 규제와 조치는 터키의 세속적인 삶의 유지라는 목표을 반영하는 것이고, 위 규제는 그들의 이러한 원칙과 그들의 목표에 비례하는 조치로서 정당화될 수 있다고 보았다.(유럽인권재판소, *Leyla Sabin v. Turkey*, No. 44774/98, Judgement of 10 November 2005, paras 112–123.)]

241) Ibid., p. 172, para. 21.

여성은 남성과 동등한 지위에서 사상, 양심, 신념, 종교, 의견, 표현, 결사 및 집회의 자유를 행사할 권리를 가진다. 누구도 여성이 이러한 자유를 행사하는 것에 간섭할 권리를 가지지 못한다.

이러한 자유를 행사하는 것에 대한 제한은 국제인권법이 규정하고 있는 조건들을 충족시켜야 한다. 그러한 제한은 차별적이어서는 아니 된다.

9.4. 교육을 받을 권리

교육을 받을 권리는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제13조, 여성차별철폐협약 제10조, 아프리카헌장 제17조 및 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서 제13조에 의하여 보장되고 있다. 이러한 조약들을 살펴보면, 교육을 받을 권리는 성에 근거한 차별 없이 보장되어야 한다. 나아가, 1962년 5월 22일에 발효된 '1960년 교육상의 차별금지에 관한 유네스코 협약'은 교육의 영역에서 성에 근거한 차별을 포함하여 일반적으로 모든 차별을 제거하는 것을 목적으로 하고 있다.

*****

사회권규약위원회는 근심스럽게 "이집트가 교육의 영역에 있어서 굉장한 성취를 달성하였음에도 불구하고, 남아와 여아 사이의 교육에 대한 접근 가능성에 있어서의 불평등, 남아의 높은 중퇴율 및 성인, 특히 여성 성인의 높은 문맹률이 여전히 존재한다."고 지적하였다. 위원회는 이집트 정부에게 이러한 문제들의 근본적인 이유가 되는 경제적, 사회적 및 문화적인 요소를 해결하기 위한 조치를 취할 것을 촉구하였다.[242] 위원회는 또한 아이들이 가족의 생계를 책임지기 위하여 학교를 자퇴하는 키르키즈스탄(Kyrgyzstan)의 상황에 대하여도 우려를 표하였다. 즉, "조혼의 전통이 되살아나고 정규교육을 받는 것의 장점이 감소함에 따라 여아의 교육에 대한 접근권이 줄어든" 여아에 대한 상황이 특히 우려스러웠다.[243]

*****

인종차별철폐위원회는 "이집트 어머니와 외국인 아버지 사이에서 태어난 아이

242) UN doc. E/2001/22(E/C.12/2000/21), p.41, para. 166, and p. 43, para. 182.

243) Ibid., p. 64, para. 351.

들이 교육의 영역에서 차별을 받고 있다"는 사실에 대하여 우려를 표하였다.[244]

*****

자유권규약위원회는 "약간의 진보는 있었지만, 여성은 법률상 그리고 사실상 차별의 객체가 되고 있고, 특히 교육에 관하여는 더욱 그러하다"라고 하면서 잠비아(Zambia)의 상황에 대하여 우려를 표하였다. 자유권규약위원회는 당사국에게 "사회적 및 경제적 관계의 모든 측면에서 여성에 대한 완전한 법적 및 사실적 평등권"을 보장하기 위하여 각국의 법률을 검토할 것을 권고하였다.[245]

*****

여성차별철폐위원회는 "고등교육에 있어 특정 과정에 대한 여성의 입학을 제한하여" 여성차별철폐협약 제10조(b)와 (c)를 위반한 미얀마의 상황에 대하여 우려를 표하였다. 위원회는 미얀마 정부에게 "여성에게 스스로 어떤 과목을 수강하고 어떠한 전공을 선택할 것인지를 결정할 권한이 부여되어야 한다고 말하면서, 여성의 입학을 제한하고 있는 정책을 수정할 것을" 촉구하였다.[246] 교육의 영역에 있어서 카메룬 정부의 노력에도 불구하고, 위원회는 "문자를 가독할 수 있는 여성의 비율이 낮은 것, 여성의 높은 중퇴율 및 기초교육에 대한 여성의 입학률이 낮은 것에 관하여 여전히 우려를 표하였다." 위원회는 정부에게 "여성의 기초교육 및 중등교육에 대한 접근권을 향상시키기 위한 노력을 강화하고 특히 여성의 문맹률을 낮출 수 있도록 고안된 프로그램을 개발하도록 권장하였다."[247] 위원회는 또한 높은 여성문맹률이 존재하고 여자아이들이 학교에 가는 비율이 아주 낮은(특히 시골지역의 경우 더욱 그러하다) 브룬디(Burundi)의 상황에 대하여도 우려를 표하였다. 위원회는 "교육은 여성이 힘을 가질 수 있도록 해 주는 열쇠이고, 여성의 낮은 교육수준은 국가의 발전을 가로막는 가장 심각한 장애물 중 하나"라고 말하였다.[248] 그런 까닭에 위원회는 정부에게 "여자아이의 모든 단계의 교육에 대한 접근권을 향상시키기 위한 노력을 계속하고, 학교를 중퇴하지 못하도록 조치를 취할 것"을 촉구하였다.[249]

---

244) UN doc. *GAOR*, A/56/18, p. 52, para 288.

245) UN doc. *GAOR*, A.51/40, p. 40, para. 195, and p. 41, para. 207.

246) UN. doc. *GAOR*, A/55/38, p. 15, paras. 125–126.

247) Ibid., p. 56, paras. 57–58.

248) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 10, 57.

249) Ibid., p. 10, para. 58.

여아와 여성은 남아와 남자와 마찬가지로 동등하게 초등, 중등 및 고등교육에 접근할 권리를 가진다.

국제인권법에 따르면, 여성은 그들이 수강하고 싶은 과목과 추구하고 싶은 전공을 선택할 권리를 가진다. 고등교육에 대한 접근권에 관하여 성에 근거한 제한이 존재하여서는 안 된다.

교육은 여성이 다른 인권을 효과적으로 향유하기 위하여 꼭 필요한 것이고, 국가의 발전을 위하여 여성이 건설적인 역할을 할 수 있도록 돕는다.

10. 법원에 대한 접근권과 적법절차를 포함한 효과적인 구제수단에 대한 여성의 권리

권리와 자유가 침해된 자에게 효과적인 구제수단을 부여할 의무는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(3), 아프리카헌장 제7조(a), 미주인권협약 제25조 및 유럽인권협약 제13조에 규정되어 있다. 여성차별철폐협약 제2조(b)와 (c)는 당사국이 "여성에 대한 모든 차별을 금지하기 위하여 필요한 경우 제재를 포함하여 적절한 입법적 조치 및 다른 조치를 수용할 것과 남성과 동등하게 여성의 권리를 보호할 법적 장치를 마련할" 의무를 규정한 조항을 포함하고 있다.

또한, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조, 미주인권협약 제8조 및 유럽인권협약 제6조는 성을 포함한 어떠한 것에 근거한 차별 없이 모든 사람에게 보장되어야 하는 적법절차의 보장을 담고 있다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1), 제3조 및 제14조(1), 미주인권협약 제1조 및 유럽인권협약 제14조와 비교하라]. 아래에서 보는 바와 같이, 이러한 규정들은 또한 법원에 대한 접근권, 달리 말하자면 사법에 대한 접근권을 보장하고 있다.[250)]

국내 구제수단의 유효성에 관한 의문점은 "인권침해 피해자에 대한 보호와 구제"라는 제목의 이 매뉴얼 제15장에서 구체적으로 다루어지겠지만, 이 장에서는 여성은 법원에 접근할 수 없거나 적법절차를 보장받지 못할 수 있기 때문에 많은 경우에 자신의 권리를 실현함에 있어 특별히 불리한 지위에 놓일 수 있다는 사실이 언급되어야 한다. 따라서 자유권규약위원회는 당사국에게 다음의 점에 관한 보고서를 제출하도록 요청하였다.

250) 규약 제14조에 관하여는 자유권규약위원회의 General Comment No. 28(규약 제3조 – 남녀간 평등), *United Nations Compilation of General Comments*, p. 171, para. 18) 참조.

- ❖ "여성이 직접 또는 자발적으로 법원에 접근하는 것을 막는 법률규정이 존재하는지 여부"
- ❖ "여성이 남성과 동일한 조건에서 증인으로서 증언을 할 수 있는지 여부"
- ❖ "특히 가족문제를 포함하여 여성에게 법적 조력에 관한 동등한 접근권을 보장하기 위한 조치가 취해졌는지 여부"
- ❖ "특정 범위의 여성에게 규약 제14조(2)에서 규정하고 있는 무죄추정원칙이 부인되고 있는지 및 그러한 경우 그러한 상황을 없애기 위하여 취한 조치"[251]

Ato de Avellanal v. Peru 사건은 사법에 대한 동등한 접근권을 가지지 못한 여성에게 닥칠 수 있는 딜레마를 보여준다. 이 사례는 리마에서 두 채의 아파트를 소유한 페루여성에 관한 것인데, 이 여성에게는 대법원의 최종결정에 따라 임차인을 상대로 연체임료를 징수하기 위한 소송을 제기하는 것이 허용되지 않았다. 왜냐하면, 페루 민법 제168조에 따르면, 여성이 일단 혼인을 하면 단지 그 여성의 남편만이 부부의 재산에 관하여 법원에서 대리할 권한을 가지기 때문이었다.[252] 자유권규약위원회에 따르면 이러한 페루 민법은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 다음과 같은 조항에 위반되는 것이었다.

- ❖ "이 여성은 법원에 소를 제기함에 있어서 남편과 동등하지 않았기 때문에" 모든 사람이 법원과 재판소 앞에 평등하다는 제14조(1)
- ❖ 당사국에게 규약에 규정된 모든 시민적 및 정치적 권리를 향유하기 위하여 남성과 여성에게 동등한 권리를 부여하도록 규정하고 있는 제3조, 모든 사람은 법 앞에 평등하고 법에 의한 동등한 보호에 있어 어떠한 차별도 없어야 한다고 규정하고 있는 제26조.

자유권규약위원회는 페루 민법 제168조를 신청인에게 적용하는 것은 "법원 앞에 그녀가 평등하다는 것을 부정하고 성을 이유로 차별하는 것"이라고 결론 내렸다.[253]

******

251) Ibid., loc. cit.

252) Communication No. 202/1986, *G. Ato del Avellanal v. Peru*(Views adopted on 28 October 1988), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 196, paras. 1 and 2.1

253) Ibid., pp. 198–199, paras. 10.1–10.2

법원에 대한 동등한 접근권을 보여주는 또 다른 중요한 사례는 유럽인권재판소가 심리한 *Airey v. Ireland* 사건이다. 이 사례에서 Airey는 너무 높은 소송비용이 그녀로 하여금, 알콜중독이고 자주 그녀를 협박하고 때로는 육체적 폭력을 행사하였던 남편을 상대로 "법적 별거(judicial separation)를 구하기 위한 소제기를 막고 있기 때문에" 특히 유럽인권협약 제6조(1)에 위반된다고 주장하였다.[254] 법적 별거를 구하거나 또는 다른 민사적 문제에 관하여 아일랜드에는 그 당시 소송구조제도가 존재하지 않았다.[255]

유럽인권재판소는 법적 별거는 아일랜드법에 규정된 구제수단이기 때문에 그 법에 따른 요건을 충족하고 있는 사람이라면 누구에게나 유효한 제도여야 한다고 결론 내렸다.[256] 위 재판소는 신청인은 "변호사의 도움 없이도 법원(High Court)에 소를 제기할 수 있기 때문에" 그녀에게는 사실상 법원에 대한 접근권이 보장되었다는 정부의 주장에 관하여 다음과 같이 답하였다.

> "유럽인권재판소는 그러한 가능성 자체만으로 문제가 해결되었다고 보지 않는다. 협약은 이론적이거나 환상에 불과한 권리를 보장하기 위한 것이 아니라 실제적이고 효과적인 권리를 보장하기 위하여 만들어졌다 … 이것은 공정한 재판에 대한 권리에 의하여 민주사회에서 중요하게 자리 매겨진 장소인 법원에 대한 접근권에 있어서는 더욱 그러하다. … 따라서 Airey가 법원에 변호사의 조력 없이 출석하는 것이 효과적인가는 그녀가 그녀의 사건을 적절하고 만족스럽게 법원에서 설명할 수 있는가하는 관점에서 살펴봐야 한다."[257]

유럽인권재판소는 "Airey와 같은 입장에 처한 사람이 자신의 사건을 효과적으로 법원에서 설명할 수 있다고 보는 것은 거의 불가능하다"고 설시하였다. 위 재판소는 그에 따라 법원에 직접 출석할 수 있다는 것만으로는 신청인에게 효과적으로 법원에 접근할 권리를 부여하였다고 볼 수 없다고 결론 내렸다. 그리고 그것만으로는 유럽인권협약 제26조가 목적하고 있는 국내적인 구제수단을 주었다고 볼 수는 없다고 하였다.[258] 그러나 이러한 결론이 "시민의 권리"와 관련된 모든 다툼에서 무료 법률구조를 제공하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 다만, 유럽인권협약 제6조(1)은 "각종 소송에서 당사국의 국내법이 법적 대리를 강제하고 있거나 사건의 복잡성이나

254) *Eur. Court HR, Case of Airey v. Ireland, judgment of 9 October 1979, Series A, No. 32*, p. 12, para. 20, and p. 6, para. 8.

255) Ibid., p. 7, para. 11.

256) Ibid., p. 12., para. 23.

257) Ibid., pp. 12–13, para. 24.

258) Ibid., pp. 12–13, para. 24.

절차의 복잡성 때문에 법원에 대한 효과적인 접근을 함에 있어 그러한 법적 구조가 없어서는 안 되는 경우에는 국가에게 변호사의 도움을 제공하도록 강제한다."[259] Airey 사례에서 유럽인권재판소는 신청인이 "법적 별거 명령을 요청하기 목적으로 법원에 효과적으로 접근할 수 있는 권리를 향유할 수 없었기 때문에" 협약 제6조(1)이 위반되었다고 판시하였다.[260]

*****

구제수단의 효과적인 보장에 관하여, 여성차별철폐위원회는 벨라루스 정부에 "여성에 대한 직접적 · 간접적인 차별, 특히 고용에 있어서의 차별에 대한 배상을 획득하는 데 있어 여성을 위한 적절한 구제수단을 만들도록 요청하였고," "여성에 대한 법적 도움을 활성화하고 법적인 교육을 개시하여 법원에 대한 접근권을 포함한 구제수단에 대한 여성의 접근권을 강화할 것을 요청하였다."[261] 위원회는 카메룬 정부에 "폭력의 피해자인 여성에 대하여 법적 구제를 제공할 것을" 요청하였다.[262] 위원회는 우즈베키스탄 정부에 "특히 부부 강간을 포함하여 국내적 폭력에 대한 반폭력법을 가능한 빨리 만들 것과 여성과 여아에 대한 폭력이 형법상의 범죄가 되고 그러한 폭력의 피해자인 여성과 여아가 즉각적인 배상 및 보호수단을 가질 수 있도록 보장할 것"을 요구하였다.[263] 또한, 위원회는 비록 모든 시민의 평등권이 헌법에 의하여 보장되고 있지만, "여성에게 유효한 헌법적 구제수단이 존재하지 않는" 자메이카에 관하여도 우려를 표명하였다.[264]

국제인권법 하에서 여성은 남성과 동등한 조건에서 사법에 대한 접근권 및 적법절차에 대한 권리를 가진다.

이것은 특히 여성이 자신의 권리를 실현하기 위하여 법원에 대한 효과적인 접근을 포함하여 효과적인 국내적 구제수단에 접근할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 이것은 주장된 인권침해의 경우에 모두 적용되지만, 특히, 그들의 신체에 대한 폭력의 경우에는 더욱 중요한 것이다.

259) Ibid., pp. 15–16, para. 26.
260) Ibid., p. 16, para. 28.
261) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p. 37, para. 360.
262) Ibid., p. 55, para. 50.
263) UN doc. *GAOR*, A/56/38, p. 21, para. 177.
264) Ibid., p. 24, para. 211.

사법에 대한 접근권 또는 법원에 대한 접근권의 효과적인 실현을 보장하기 위하여 국가는 법적인 조력을 제공하여야 할 의무를 진다.

국제인권법에 규정된 적법절차 보장은 모든 남성과 여성에게 동등하다. 이것은 특히, 여성의 증언은 남성의 증언과 동등하게 받아들여지고 평가되어야 하고, 모든 여성은 무죄추정원칙의 이익을 향유할 수 있어야 한다는 것을 포함한다.

11. 여성의 권리를 보호함에 있어서의 법관, 검사 및 변호사의 역할

일반적으로 인권을 보호하기 위한 법관, 검사 및 변호사의 역할은 항상 본질적 중요성을 가진다. 그러나 여성과 여아의 권리를 보호함에 있어 법률가가 행하거나 행해야 하는 역할은 여성이 성에 근거한 차별을 포함한 자신의 기본적 인권 침해에 대한 보호와 구제를 받기 위하여 법률가 외에는 어디에도 호소할 수 없는 사회적 및 문화적 환경에서는 특히 더욱 중요하다.

법관, 검사 및 변호사는 항상 여성에 대한 어떠한 폭력징후도 경계하여야 할 의무가 있다. 여성에 대한 폭력이 국가가 조장하고 제도적이며 국가가 용인하는 공동체적 폭력이든 사적 영역에서의 폭력이든 이는 마찬가지이다. 여성에 대한 법적 보호는 여성의 삶이 남성의 삶과 동등하다는 견해에 반대하는 종교적, 문화적 또는 지역적 관습에 직면하는 경우 더욱 세심하게 적용되어야 한다.

법관, 검사 및 변호사의 중요한 역할은 물론 여성 폭력의 문제에만 그치는 것이 아니다. 법관, 검사 및 변호사의 역할은 예를 들어, 혼인, 이혼, 자녀의 양육, 공공생활에 대한 참여 및 교육에 대한 많은 평등성의 측면을 포함하여 이 장에서 제시된 인권의 모든 영역에 미친다. 게다가 그러한 보호는 분량의 문제 때문에 이 장에서 다루어지지 못한 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 모든 영역에 미친다.

그러나 법률가가 성차별을 포함하여 주장된 여성의 인권침해를 고려함에 있어서는 개인의 인권에 관한 통합적인 접근을 받아들이는 것이 특히 중요하다. 왜냐하면, 이 장에서 살펴본 바와 같이, 국제인권법에 의하여 보장된 권리의 상호의존성은 여성의 권리에 대한 분석을 통하여 명확하게 드러나기 때문이다.

12. 맺음말

이 장은 인권 또한 여성의 권리라는 것, 여성은 국제인권법 하에서 완전하게 법적으로 인식되는 권리를 가진다는 것과 여성은 남성과 동등한 지위에서 취급되어야 한다는 것을 보여주었다. 그러나 여성의 인권향유를 환상에 불과한 것으로 만들어 버리는, 세계의 많은 여성들이 살고 있는 위태로운 상황은 국내의 법률가와 국제적인 감시단체에게 아주 특별한 책임을 부여하고 있다. 인권이 소수의 세계여성을 넘어서서 더 많은 여성에게도 현실이 되려면, 여성이 폭행당하거나 살해당하거나 또는 그나마 가장 나은 사항인 사회적으로 배척되는 상황에 대한 두려움 없이 그들의 권리를 행사할 수 있도록 보장하기 위하여 상호 협력하는 노력이 모든 단계에서 행하여져야 한다.

제 12 장

기타 중요한 권리들 : 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사와 집회의 자유

제12장

기타 중요한 권리들: 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사와 집회의 자유

학습 목표

- *사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사와 집회의 자유를 비롯한 다른 주요 권리들과 이러한 권리들이 일반적으로 인권이 존중되는 사회에서 갖는 중요성에 대해 숙지하도록 한다.*
- *국제감시기구들이 위 자유들과 그 행사에 가해지는 제한을 어떻게 해석하는지를 보여준다.*
- *이 장에서 다루어질 자유를 보호하는 데 있어서 법관, 검사, 변호사의 역할을 설명한다.*

질문

- *당신이 근무하는 국가에서 다음의 자유는 어떻게 보호되는가?*
  - *사상, 양심 및 종교의 자유*
  - *의견과 표현의 자유*
  - *결사 및 집회의 자유*
- *당신이 근무하는 국가에서 위 자유의 효과적인 실현에 관하여 특히 고려되어야 할 사항이 있는가?*
- *당신이 근무하는 국가에서 위 자유 중 하나 또는 그 이상의 침해에 특히 취약한 집단이 있는가?*
- *그렇다면, 그들은 누구이며 그들의 자유는 어떻게 침해되는가?*

질문

- *당신이 근무하는 국가에서 위 자유를 침해당했다고 주장하는 사람들을 위한 어떤 사법적 또는 행정적 구제가 존재하는가?*
- *민주적이고도 인권을 존중하는 사회를 조성, 보존, 강화하는 데에 있어 다음의 자유들이 어떤 역할을 하는 것으로 생각하는가?*
  - 사상, 양심 및 종교의 자유
  - 의견 및 표현의 자유
  - 결사 및 집회의 자유
- *행사가 제한될 수 있는 자유에 관하여: 당신은 개인이 위 자유를 행사할 권리와 사회의 공공이익, 예컨대, 국가안보, 공공질서, 안전, 보건, 도덕 또는 타인의 권리와 자유 사이의 균형이 어떻게 유지될 수 있다고 보는가?*
- *당신은 법관, 검사 또는 변호사로서 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사 및 집회의 자유에 관해 모든 사람이 갖는 권리를 보호하기 위해 무엇을 할 수 있는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1996년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)
- 1966년 경제적 · 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966)
- 1965년 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965)
- 1979년 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979)
- 1989년 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child, 1989)
- 1948년 ILO 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 협약(ILO Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948)
- 1949년 ILO 단결권 및 단체교섭권 협약(ILO Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949)

관련 법률문서

*****

- 1948년 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 1948)
- 1999년 보편적으로 인식된 인권과 기본적 자유를 증진하고 보호하기 위한 개인, 단체 및 사회기구의 권리와 책임에 관한 국제연합 선언(United Nations Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms, 1999)

지역 문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1990년 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장(African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1990)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)
- 1994년 여성에 대한 폭력의 예방, 처벌 및 근절에 관한 미주협약(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women, 1994)
- 1950년 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950)
- 1961년 유럽사회헌장(European Social Charter, 1961), 1996년 개정 유럽사회헌장[European Social Charter, 1996(revised)]

1. 들어가며

이 장은 인권을 존중하는 민주사회의 근간의 일부를 구성하는 여러 기본적 자유에 관하여 다룰 것이다. 다만 지면의 제약으로 인하여 이러한 자유들의 가장 중요한 측면들만이 강조될 것이다.

매뉴얼은 지금까지 자의적 구금을 당하지 않을 권리, 공정한 재판을 받을 권리, 고문과 다른 형태의 학대로부터 자유로울 권리 등과 같은 여러 권리의 중요성을 강조하여 왔다. 그 결과 많은 장들은 법 집행 절차 과정에서의 인간의 보호에 초점을 맞춰 왔다.

반면에 이 장은 사회의 모든 단계 및 다양한 경우와 상황 속에서 행사되는 권리를 내용으로 하고 있다. 즉, 이 장에서 다루는 권리는 한 개인의 종교 또는 철학적 활동, 교육적 활동 또는 그 개인의 발언 또는 집필과 같은 영역에 관계되는 권리이다. 그러나 법 집행 절차에서 인권의 효과적인 보호에 문제가 있는 경우를 보면, 그 수준에 대응하여 개인이 자신의 종교적, 정치적 신념, 기타 의견들을 공적 모임 또는 도서 및 대중 매체를 통해 표현하는 것에 대한 관용도 마찬가지로 부족한 상관관계가 있다. 그러므로 개인의 권리와 자유를 완전하고 종합적으로 보호하는 방향으로 나아가기 위해서는 국가가 사회의 관련된 모든 영역에서 인권을 증진하기 위한 적절한 조치를 취해야한다.

이 장은 우선 사상, 양심 및 종교의 자유를 다루고, 그다음으로 의견 및 표현의 자유를 다룰 것이며, 세 번째로는 결사 및 집회의 자유를 다룰 것이다.

마지막으로, 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사 및 집회의 자유를 보호하는 법조인들의 역할을 강조한 후 결론을 맺을 것이다.

2. 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리

2.1 관련 법 조항

이 절에는 사상, 양심 및 종교의 자유에 관한 가장 중요한 법 조항들이 담겨 있다.

세계인권선언 제18조

"모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자신의 종교 또는 신념을 바꿀 자유와 선교, 행사, 예배, 의식에 있어서 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적으로 또는 사적으로 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다."

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조

"1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다.
2. 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다.
3. 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.
4. 이 규약의 당사국은 부모 또는 경우에 따라 법정 후견인이 그들의 신념에 따라 자녀의 종교적, 도덕적 교육을 확보할 자유를 존중할 것을 약속한다."

인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(이하, '아프리카헌장'이라 한다) 제8조

"양심의 자유와 종교를 표명하고 자유로이 실행할 자유가 보장된다. 법과 질서를 따르면 어느 누구도 이러한 자유의 행사를 제한하는 조치에 구속되지 아니한다."

미주인권협약 제12조

"1. 모든 사람은 양심과 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 자신의 종교나 신념을 유지하거나 변경할 자유와 자신의 종교나 신념을 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 고백하거나 전파할 자유를 포함한다.
2. 어느 누구도 자신의 종교나 신념을 유지하거나 변경할 자유를 침해하게 될 제한을 받지 아니한다.
3. 자신의 종교와 신념을 표명할 자유는 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 보건, 도덕 또는 타인의 권리나 자유를 보호하는 데 필요한 경우에만 제한받을 수 있다.
4. 부모 또는 경우에 따라서 후견인은 그들의 신념에 따라 자녀나 피후견인에게 종교적, 도덕적 교육을 제공할 권리를 가진다."

인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(이하, '유럽인권협약'이라 한다) 제9조

> "1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자기의 종교 또는 신념을 변경하는 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명하는 자유를 포함한다.
> 2. 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한받을 수 있다."

종교의 자유에 대한 권리는 다음에 의해 더 보장된다.

- ❖ 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제5조(d)(vii)
- ❖ 아동의 권리에 관한 협약 제14조
- ❖ 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장 제9조
- ❖ 여성에 대한 폭력의 예방, 처벌 및 근절에 관한 미주협약 제4조(i)

또한, 제13장에서 좀 더 살펴보는 바와 같이, 국제인권법은 종교에 근거한 차별을 금지한다[그 중에서도, 유엔 헌장 제1조(3), 제13조와 제55조(C), 세계인권선언 제2조, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1), 제4조(1), 제24조(1), 제26조, 아프리카헌장 제2조, 미주인권협약 제27조(1), 유럽인권협약 제14조 참조].

2.2 사상, 양심 및 종교의 자유에 관한 권리의 일반적인 의미

2.2.1 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조

자유권규약위원회에 의해 지적된 바와 같이, 위 규약 제18조(1)에 의해 보장되는 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리는 "광범위하고 심오하다. 그것은 모든 문제에 관한 사상의 자유를 포함하며, 그 표현방식의 개별성, 집단성을 불문한 개인적 신념 및 종교 또는 믿음을 포함한다." 나아가 "사상의 자유와 양심의 자유는 종교 및 신념의 자유와 동등하게 보호된다."[1] 위원회는 "공공의 긴급한 필요가 있는 경우에도 위

1) General Comment No. 22(제18조) in UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Bodies,* p. 144, para. 1 (이하에서는

조항은 이탈할 수 없다는 점에서 위 자유는 근본적인 성격을 갖는다."고 지적하였다.[2] 이 문제는 제16장에서 상술될 것이다.

제18조에 규정된 "사상과 양심의 자유 또는 자신의 선택에 따라 종교 또는 신념을 가질 자유에 관하여는 ***그 어떠한 제한도 허용되지 않는다.*** 이러한 권리들은 무조건적으로 보호된다."[3]는 점은 주목할 만하다. 반면에 ***양심의 자유에 관한 권리***에 관하여 자유권규약위원회는 Westerman 사건에서, 그것이 법률에 의해 부과하는 모든 의무를 거부할 수 있는 권리를 내포하지 않으며, 법률에 의해 부과되는 의무를 거절하는 모든 경우에 있어서 형사책임이 면제되는 것은 아니라고 판시하였다.[4]

자유권규약위원회는 또한 위 규약 제18조(2)과 제17조에 따라 "그 누구도 자신의 생각이나 종교 또는 신념을 공개하도록 강요받지 아니 한다."는 것을 강조한다.[5] 달리 말하면, 모든 사람은 그 어떠한 상황에서도 자신의 종교 또는 신념을 전적으로 사적인 문제로 유지할 권리를 가진다.

자유권규약위원회는 더 나아가 다음과 같이 설시한다. "제18조는 유신론, 무신론은 물론, 종교 또는 신념을 갖는지 여부 자체를 진술하지 않을 자유도 보호한다. '신념'과 '종교'라는 용어는 광범위하게 해석되어야 한다. 제18조는 전통적 종교, 제도권적인 성격 및 관행을 갖는 종교 또는 전통적인 종교와 유사한 종교 및 신념에만 국한되어 적용되는 것이 아니다. 따라서 위 위원회는

> 특정 종교 또는 신념이 새로 만들어졌다거나 그 종교 또는 신념이 해당 사회의 지배적인 종교 공동체로부터 적대시되는 종교적 소수자를 대표하고 있다는 등 그 어떠한 이유로든, 종교 또는 신념에 근거한 차별을 하려는 시도에 우려를 표한다.[6]

자유권규약위원회는 더 나아가 다음과 같이 설시한다.

> "종교 또는 신념을 '갖거나 받아들일' 자유는 종교 또는 신념 선택의 자유를 수반하며, 이에는 자신의 종교 또는 신념을 유지할 수 있는 권리뿐만 아니라 자신의 현재의 종교 또는 신념을 다른 것으로 바꾸거나 무신론을 택할 권리를 포함한다. 제18조(2)은 종교 또는 신념을 자유로운 선택에 따라 가질 권리를 침해하는 강제를 금지한다. 위

United Nations Compilation of General Comments이라 한다) 참조.

2) Ibid.,loc. cit.

3) Ibid., p. 144, para. 3. 강조는 추가됨.

4) Communication No. 682/1996, *P. Westerman v. the Netherlands* (1999년 11월 3일에 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*,A/55/40 (vol. II), p. 46, para 9.3.

5) *United Nations Compilation of General Comments,* p. 144, para 3.

6) Ibid., p. 144, para. 2.

> 금지의 범위에는 신자 또는 비신자들로 하여금 그들과 다른 종교적 신념과 집회를 따르게 하거나 그들의 종교 또는 신념을 철회하게 하거나 개종하도록 강요하기 위하여 물리적인 힘 또는 형사 제재의 위협을 사용하는 것을 포함한다."[7]

위원회는 더 나아가 "그와 유사한 의도를 갖고 교육, 의료, 취업, 제25조(참정권 및 공무담임권) 등 협약의 다른 조항들에 의해 보장되는 권리에 대한 접근을 제한하는 정책 및 관행들도 동일하게 제18조(2)에 위반된다. 이와 같은 보호는 비종교적 성질의 믿음을 갖는 사람들에게도 동일하게 향유된다."고 덧붙였다.[8]

2.2.2 아프리카헌장 제8조

아프리카헌장 제8조는 간략하다. 아프리카헌장은 "양심의 자유와 종교를 표명하고 자유로이 실행할 자유가 보장된다. 법과 질서를 따르면 어느 누구도 이러한 자유의 행사를 제한하는 조치에 구속되지 아니 한다."고 규정하고 있다. 이 조항이 사상의 자유의 문제와 자신의 확신에 따라 종교 또는 신념을 채택하거나 변경할 수 있는 자유에 대하여 침묵하고 있다는 것은 주목할 만하다.

자이르(Zaire. 역주: 현재는 콩고 민주공화국)를 상대로 한 사건에서, 아프리카 인권위원회는 "여호와의 증인과 그 종교 지도자들에 대한 암살, 종교 구조물의 파괴, 살해 위협을 포함한 각종 탄압"은 헌장 제8조 위반에 해당한다고 평가했다. 자이르 정부는 여호와의 증인의 종교의 수행이 어떤 방식으로 법과 질서를 위협하는지에 대한 어떤 증거도 제출하지 못하였기 때문이다.[9]

2.2.3 미주인권협약 제12조

미주인권협약 제12조에 의해 보호되는 양심 및 종교의 자유에 관한 권리는, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조에 의해 보장되는 자유들과 여러 면에서 유사하다. 그러나 미주인권협약상 사상의 자유는 위 자유들에 연결되어 있지 않고, 제13조에 명시된 표현의 자유에 관한 권리에 연결되어 있다.

미주인권협약 제12조 이하의 양심 및 종교의 자유에 관한 권리는 또한 "자신의 종교나 신념을 유지하거나 변경할 자유"를 포함하는데, 이 자유는 "어느 누구도 자신

7) Ibid., p. 145, para. 5.

8) Ibid., loc. cit.

9) *ACHPR World Organisation against Torture and Others v. Zaire, Communications Nos. 25/89, 47/90, 56/91, 100/93, 1996년 4월 19번째 회기 동안 채택된 결정*, para. 71. http://www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.html에 게재된 것.

의 종교나 신념을 유지하거나 변경할 자유를 침해하게 될 제한을 받지 아니 한다."고 규정한 협약 제12조(2)에 의해 강화된다. 이에 따라 누군가의 종교 또는 신념을 유지 또는 변경하게 하거나 이를 금지할 목적으로 "강제" – 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조(2)에 사용된 용어 – 하여서는 안 된다는 점이 더욱 강조된다. 달리 말하면, 사람의 종교 또는 신념은 항상 완전히 자발적이어야 한다는 것이다.

미주인권협약 제12조에 의해 보호되는 양심 및 종교의 자유는 협약 제27조(2)에 있는 의무이탈이 불가한 권리들의 목록에 포함되어 있으며, 이에 따라 "당사국의 독립이나 안보를 위협하는 전쟁, 공적인 위험 또는 기타의 비상사태의 경우에도" 보장되어야 한다[협약 제27조(1)].

미주인권협약 제12조는 *Olmedo Bustos et Al. v. Chile* 사건–*그리스도 최후의 유혹* 사건이라고도 불림–에서 다뤄지기도 하였는데, 이는 영화분류위원회가 영화 '*그리스도 최후의 유혹*'에 대하여 18세 이상의 관객을 위한 상영허가 결정을 한 것에 대하여 칠레 법원이 이를 취소(역주: 상영금지결정)한 사건이다. 신청인들은 영화에 대한 사전검열은 특정 종교 집단에 다른 사람들이 무엇을 볼 수 있는지에 대한 결정권을 부여하는 것을 내포하고 있고, 이로 인해 자신들의 ***양심의 자유***가 침해되었다고 주장하였다.[10] 미주인권재판소는 이 판결에서, "양심 및 종교에 대한 권리는 모든 사람이 자신의 종교 또는 신념을 유지 · 변경 · 고백 · 전파하는 것을 허용하는 것"이라고 설시하면서, 이는 민주사회의 기초를 이루는 권리라고 덧붙였다. 왜냐하면, 그 권리는 종교적 영역에 있어서 "종교인들의 신념과 그들의 삶의 방식에 대한 보호를 제공하는 광범위한 요소"를 구성하기 때문이다.[11] 그러나 위 재판소는 이 사건에 있어서는 위 조항에서 규정된 어떤 자유도 침해되었다는 증명이 없었다고 판단하였다. "영화 '그리스도 최후의 유혹'의 상영금지는 그들의 종교 또는 신념을 완전히 자유롭게 유지 · 변경 · 고백 · 전파할 권리 중 어느 것도 침해하거나 박탈하지 않았다."[12]고 본 것이다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이, 위와 같은 상영금지는 미주인권협약 제13조에서 정한 사상과 표현의 자유에 대한 권리를 침해한 것으로 인정되었다.

2.2.4 유럽인권협약 제9조

유럽인권협약 제9조(1)은 "사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리"를 보장하며,

10) *I–A Court HR, The Case of Olmedo Bustos et Al. v. Chile, judgment of 5 February 2001, Series C, No. 73.* 사용된 텍스트는 위 재판소의 웹 사이트: www.corteidh.or.cr/seriecing/C에 게재된 편집되지 않은 것이다. para. 45.

11) Ibid., pare. 79.

12) Ibid. loc. cit.

"이러한 권리는 자신의 종교 또는 신념을 변경하는 자유"를 포함한다고 규정한다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조(1)에서 사용된 용어와 매우 유사하며, 유럽인권협약 제9조(1)은 또한 모든 사람이, "단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명하는" 자유를 보호한다.

Kokkinakis v. Greece 사건에 있어서, 유럽인권재판소는 위 협약 제9조에 규정되어 있는 "사상, 양심 및 종교의 자유"와 관련하여 다음과 같이 설시하였다.

> "(위 자유들은) 유럽인권협약에서 말하는 '민주사회'의 기초를 이루는 요소 중 하나이다. 그것은 종교적 차원에서 종교인들의 정체성 및 종교인들이 삶을 이해하는 방식을 구성하는 가장 중요한 요소 중 하나이다. 그러나 이것은 또한 무신론자, 불가지론자, 회의론자, 종교에 무관심한 사람들에게도 소중한 자산이다. 다원주의는 수세기에 걸쳐 획득된 민주사회와 분리될 수 없는 것이며, 그것에 의존한다."[13]

그러나 *Kala v. Turkey* 사건에서 위 재판소는 제9조에 대하여 다음의 점을 명백히 했다.

> "종교 또는 신념에 의해 동기가 부여되거나 영감을 얻은 모든 행위를 보호하지는 않는다. 또한, 자신의 종교를 신봉할 자유를 행사함에 있어, 개인은 자신의 구체적인 상황을 고려할 필요가 있다."[14]

Kala는 터키 군대에서의 군법무관이었는데, "위법한 근본주의적 신념"을 가졌다는 이유로 강제 퇴직당하였다. 그는 적어도 이슬람 술레이만(Sleyman)파의 실질적 회원으로 여겨졌다.[15] 정부에 따르면 그의 강제 퇴직은 "터키국의 근간을 구성하는 세속주의 원칙을 지키고자 하는 군대에서 이에 대한 신념이 부족한 사람을 군사법에 관한 업무에서 배제하기 위해" 이루어진 조치였다.[16] 이에 신청인은 자신이 "술레이만(Sleyman)파의 존재를 알지도 못했고, 국내법은 그의 강제 퇴직의 근거가 된 '위법한 근본주의적 신념'의 의미에 대해 아무런 기준도 제공하지 않았다"고 주장했다.[17]

그러나 유럽인권재판소는 "이 사건의 경우 유럽인권협약 제9조를 위반하지 않

13) *Eur. Court HR, Case of Kokkinakis v. Greece, judgment of 25 May 1993, Series A, No. 260-A*, p. 17, para. 31.

14) *Eur. Court HR, Case of Kala v. Turkey, judgment of 1 July 1997, Reports 1997-IV*, p. 1199 at p. 1209, para.27.

15) Ibid., p. 1203, para. 8 and p. 1208, para 25.

16) Ibid., p. 1208, para. 25.

17) Ibid., p. 1208, para. 24.

았다."고 결론지었다. 재판소는 특히 다음과 같이 설시하였다.

> "군대규율체계는 민간인에게는 가해질 수 없는 권리 및 자유에 대한 제한이 군대 구성원에게는 가능하다는 것을 그 본질적 속성으로 하는데, Kali 는 군인이라는 직업을 선택함에 따라, 위와 같은 군대규율체계를 자발적으로 받아들였다. … 국가는 군대에 대하여는 특정 행동 유형을 금지하는 징계 규정을 제정할 수 있으며, 군 복무의 특성을 반영하여 기존 질서에 적대적인 행위도 금지할 수 있다."[18]

재판소는 "군대 생활의 요청에 의해 부과되는 한도 내에서는, 신청인이 무슬림으로서 자신의 종교를 행사하는 정상적인 형태의 의무를 이행할 수 있다"는 사실에 대하여 당사자들 사이에 다툼이 없다는 점도 지적했다. 그는 특히 하루에 5번 기도하고, 라마단의 금식을 지키거나 모스크에서의 금요일 기도에 참석하는 등 그의 다른 종교적 의무를 수행하는 것이 허락되었다.[19] 마지막으로, 최고군사위원회의 명령은 신청인의 "종교적 견해와 신념 또는 그의 종교적 의무를 수행하는 방식이 아니라, 그의 행동과 태도"에 근거하여 이루어진 것으로서 터키 당국에 따르면 그의 행동과 태도는 군대규율을 위반하고, 세속주의 원칙을 위반하는 것이었다.[20] 그러므로 이 사건의 경우 유럽인권협약 제9조 위반이 인정되지 않았다. 재판소가 신청인에 대한 강제 퇴직이 종교의 자유에 대한 제한에 해당되지 않는다고 결론지었기 때문에 유럽인권협약 제9조 (2) 이하의 문제는 다룰 필요가 없게 되었다.

> *사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리는 광범위하고, 한 사람의 개인적 신념과 관련된 모든 사항을 다루고 있다. 그것은 종교인뿐만 아니라, 예를 들어, 무신론자, 불가지론자, 회의론자 그리고 종교에 무관심한 사람도 보호한다.*
>
> *사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리는 또한 모든 사람이 자신의 선택에 의해 종교를 가지거나 채택할 수 있는 무조건적인 권리를 내포한다. 이 자유는 자신의 종교를 변경할 수 있는 권리를 포함한다.*
>
> *모든 사람은 종교를 유지 · 선택 · 변경하도록 강제당하거나 강요받지 않을 권리를 가진다.*
>
> *자신의 선택에 따라 종교를 보유 · 채택 · 변경할 수 있는 자유를 포함하여 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리는, 비록 양심의 자유가 법률에 의해 부과하는 모든 의무를 거부할 권리를 내포하지 않는다 할지라도, 무조건적으로 보호된다.*

18) Ibid., p. 1209, para. 28.
19) Ibid., p. 1209, para. 29.
20) Ibid., p. 1209, para. 30.

자신의 선택으로 종교를 채택하거나 변경할 자유에는 어떤 제한도 부과될 수 없다.

시민적 및 정치적 권리와 관한 국제규약과 미주인권협약 하에서, 사상, 양심 및 종교의 자유는 어떤 상황에서도 제한될 수 없다.

사상, 양심 및 종교의 자유는 민주사회/인권을 존중하는 사회의 초석이다.

2.3 종교와 신념을 표명할 권리

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조(1)은 "단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로" 자신의 종교와 신념을 표명할 자유를 보장하고, "예배, 의식, 행사 및 선교"를 통해 그의 종교나 신념을 표명할 자유를 보장한다. 자유권규약위원회가 지적했듯이, 이는 넓은 범위의 행위를 포괄하는 자유이다. "***예배***의 개념은 신념을 직접적으로 표시하는 제식과 예식뿐 아니라 예배장소의 건립, 제식과 제식형상의 사용, 상징의 전시, 휴일과 안식일의 준수와 같은 예배에 내재된 다양한 행위까지 포함한다. 종교와 신념에 대한 ***의식과 행사***는 예식행위뿐 아니라 식생활에 관한 규율의 준수, 특별한 의복과 모자의 착용, 특정 연령단계와 관계된 예식에의 참여, 특정 단체에서 관습적으로 사용되는 특정 언어의 사용과 같은 관례를 포함한다. 나아가, 종교와 신념에 대한 ***행사와 선교***는 종교지도자, 성직자, 선교자를 선출할 자유, 신학대학이나 종교학교를 설립할 자유, 종교적 책자나 간행물을 준비하여 배포할 자유 등과 같이 종교단체의 기본적 사무에 필수적인 행위를 포함한다."[21]

예를 들어, 자유권규약위원회는 우즈베키스탄의 "양심의 자유와 종교조직법"상 종교단체들이 종교와 신념을 표명하기 위해서는 등록할 것을 요구하는 규정들이나 우즈베키스탄 형법 제240조에 의해 "정관을 등록하지 않은 종교단체의 지도자가 처벌"되는 것에 대해 우려를 표시하였다. 위원회는 위 규정들이 규약 제18조(1)과 (3)을 위반했다는 이유로 폐지할 것을 강력히 권고하였다. 위원회는 나아가 위 규정에 근거하여 개시된 형사절차도 중지되어야 하며, 피고인들은 사면되고 보상을 받아야 한다고 권고하였다.[22]

*****

위에서 기술한 바와 같이, 아프리카헌장 제8조는 단순히 "종교를 표명하고 자유로이 실행할 자유"만을 보장하고, 이어서 "법과 질서를 따르면 어느 누구도 이러한 자

21) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 144, para. 4. 강조는 추가됨.

22) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), pp. 63-64, para. 24.

유의 행사를 제한하는 조치에 구속되지 아니 한다"고 규정하고 있어, 이 장에서 검토된 조항들 중 가장 간결한 규정을 가지고 있다.

*****

미주인권협약 제12조(1)에 따르면, "양심과 종교의 자유권은 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 종교와 신념을 고백하거나 전파할 자유"를 포함한다.

*****

유럽인권협약 제9조(1)에 따르면, 종교의 자유는 "단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 공적으로 예배, 선교, 행사, 의식에 있어 자신의 종교와 신념을 표명할 자유"를 포함한다. *Kokkinakis v. Greece* 사건에서, 유럽인권재판소는 "종교의 자유가 주로 개인의 양심의 문제이지만, 그것은 또한 무엇보다 자신의 종교를 표명할 자유를 의미한다."고 판시하였다. 말과 행동으로 증언하는 것은 종교적 신념의 존재와 연관되어 있다.[23] 위 재판소는 유럽인권 협약 제9조에 대해 추가로 아래와 같이 판시했다.

> "자신의 종교를 표명할 자유는 공동체에서 다른 사람과 공적으로 신념을 나누는 집단 내에서 실행될 수 있을 뿐 아니라 '단독으로', '사적으로도' 주장될 수 있다. 나아가, 그것은 원칙적으로 설교 등을 통해 이웃을 설득하려고 할 수 있는 권리를 포함하고, 이를 금지할 경우 특히 제9조에 담긴 종교와 신념을 바꿀 자유는 사문화될 가능성이 있다."[24]

Cha'are Shalom ve Tsedek v. France 사건은 프랑스에서 도축 의식의 수행 권한을 부여하는 허가권에 관한 사건이다. 신청인 단체는 "신청인 단체가 도축업자들에게 자신의 종교적 교칙에 따른 도축 의식을 수행할 권한을 부여"하는 데에 필요한 승인을 프랑스 당국에 신청했는데, 프랑스 당국은 신청인 단체에 대하여는 이를 거부한 반면, 합동랍비위원회(ACIP)에 대하여는 이를 허가해주었다. 이에 신청인 단체는 프랑스 당국의 위와 같은 조치가 유럽인권협약 제9조, 제14조(차별의 금지)를 위반했다고 주장하였다.[25] 신청인은 ACIP에 의해 권한을 부여받은 자들이 행하는 도축 의

23) *Eur. Court HR, Case of Kokkinakis v. Greece, judgment of 25 May 1993, Series A, No. 260–A,* p. 17, para. 31.

24) Ibid., loc. cit.

25) *Eur. Court HR, Case of Cha"are Shalom Ve Tsedek v. France, judgment of 27 June 2000*. 사용된 텍스트는 위 재판소 웹 사이트에서 볼 수 있는 편집되지 않은 것이다. http://hudoc.echr.coe.int, para. 58.

식은 "더 이상 유대교의 엄격한 요건을 충족시키지 않아" 초정통파 유대인들(ultra-orthodox Jews)이 글라트(*glatt*, 역주: 일부 정통파 유대인들이 요구하는 엄격한 종교적 교칙에 따라 도축된 육류, 이하 '*글라트*'라 한다)를 얻을 수 없게 되었다고 주장하였다.[26] 그들이 보기에, 도축을 목적으로 한 위 신청을 거절한 것은 협약 제9조(2)에 기하여 정당화될 수 없었고 제14조에 배치될 뿐 아니라 그에 반하는 차별적 조처였다.[27]

유럽인권재판소는, 제9조(1)과 관련하여, 도축의식은 "그 명칭이 가리키는 바와 같이 하나의 의식을 구성하는 것"이고, 그 목적은 유대인들이 종교적 교칙에 따라 도축된 동물로부터 육류를 공급받는 것이며, 이는 유대교 신앙생활의 핵심적인 특징이라고 설시하였다.[28]

그 다음 문제는 신청인 단체에게 도축 의식을 수행하는 자들과 관련하여 그 선정 권한을 부여하지 않은 것이 협약 제9조(1)을 위반한 것인지 여부였다. 위 재판소의 의견에 따르면, 위와 같은 거절로 인해 "초정통파 유대인들이 자신들의 종교적 교칙에 따라 도축된 육류를 공급받는 것이 불가능할 정도에 이르게 되는 경우에만 종교를 표명할 자유를 침해하는 것"이었다. 하지만 신청인 단체는 벨기에에서 *글라트* 육류를 쉽게 얻을 수 있었기 때문에 이 사건의 경우는 이에 해당하지 않았다. 나아가, 재판소에 제출된 자료에 따르면 ACIP에 의해 선정된 일부 정육점들에서도 *글라트*로 인증된 육류를 생산하고 있었다.[29] 비록 신청인 단체가 ACIP로부터 공인된 도축의식을 신뢰하지 않았더라도, 재판소는 다음과 같은 견해를 취하였다.

> "신청인 단체와 회원들에게 있어, 자신들의 종교적 교칙에 보다 부합하는 것이라고 여겨지는 육류의 수급 및 섭취 가능성이 완전히 박탈당하지 않았던 점을 고려하면, 유럽인권협약 제9조에 의해 보장되는 종교의 자유에 관한 권리가 개인이 도축의식을 수행할 권리나 이를 인증할 권리에까지 확장된다고 할 수 없다."[30]

신청인 단체에 속하는 유대인들이 글라트 육류를 공급받을 수 없었거나 ACIP와의 협약 체결 등을 통해 ACIP가 인증절차를 수행함으로써 *글라트* 육류를 공급받을 가능성이 전혀 없다는 점이 입증되지 않았다는 이유로, 재판소는 다툼의 대상이 된 권한부여 거부처분이 "신청인 단체의 종교를 표명할 자유에 관한 권리를 제한한 것이 아

26) Ibid., para. 60.
27) Ibid., para. 61.
28) Ibid., para. 73.
29) Ibid., paras. 80–81.
30) Ibid., para. 82.

니"라고 결론지었다.[31] 따라서 재판소는 종교의 자유에 관한 제약이 협약 제9조(2)의 요건을 충족하는지 여부에 대하여는 별도로 판단하지 않았다. 하지만 유럽인권재판소는, 위 조치가 "종교를 표명할 자유를 제한한 것으로 볼 수 있다 하더라도," 그것은 법률에 규정된 것이고, "공중 보건과 공공질서의 보호라는 정당한 목적을 추구하는 것으로서, 국가가 종교적 화합과 관용을 증진하기 위해 신앙 활동을 조직할 수 있는 범위 내에 있다고" 보이므로, 그와 같은 제약이 종교의 자유의 행사를 침해하는 것은 아니라고 판단하였다. 특히, 국가와 종교 사이의 관계를 어떻게 설정할 것인지와 같은 민감한 문제에 있어서 당사국들에 유보된 판단 재량을 고려하면 프랑스의 조치가 과도하거나 비례의 원칙에 반하는 것이라고 볼 수 없고, 따라서 그 조치가 제9조(2)를 위반하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.[32]

위 사안과 관련하여 위 조치가 차별인지 여부도 문제가 되었는데, 위 재판소는 협약 제14조와 관련하여 제9조의 위반이 없었다고 결론 내렸다. 특히 문제가 된 조치로 인해 야기되는 차등적 처우의 "범위가 제한적"이라는 점을 지적했다. 그리고 그와 같은 차등적 처우가 있는 범위 내에서는, 정당한 목적이 추구되었고, 채용된 수단과 추구하는 목적 사이에 합리적인 비례관계가 있었다. 따라서 위와 같은 차등적 처우는 유럽인권재판소의 판례법에 의해 수차례 확인된 의미 내에서의 객관적이고도 합리적인 정당성을 가진다고 판단되었다.[33]

2.3.1 종교와 신념을 표명할 권리의 제한

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조에 의해 보장되는 자유 중에서는 종교나 신념을 표명할 자유만이 유일하게 제한될 수 있다. 제18조(3)에 따르면, 이 자유는, "법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한될 수 있다." 자유권규약위원회는 이 규정이 "엄격히 해석되어야 한다"고 강조하였다. "규약이 보호하는 다른 권리에 대한 제한이 가능할지라도, 국가안보와 같이 위 규정에 명시되어 있지 않은 근거에 의한 제한이 허용될 수는 없다. 제한은 명시된 목적을 위해서만 적용될 수 있고, 제한의 근거가 되는 당해 필요에 직접적이고 적합해야만 한다."[34] 위원회는 이에 더하여, 종교나

31) Ibid., para. 83.

32) Ibid., para. 84.

33) Ibid., paras. 87–88. 위 재판소 대재판부(Grand Chamber)는 본 사건에서 만장일치는 아니었다. 제14조와 관련된 제9조에 대한 의견은 12 대 7인 반면, 위 건에 대하여는 12 대 5로 협약 제9조의 위반이 아니라고 결론 내렸다.

34) *United Nations Compilation of General Comments,* p. 145, para. 8.

신념을 표명할 권리를 제한하는 것이 "제18조에 보장된 권리들을 무력화시키는 방식으로 적용될 수 없다."는 점을 강조하였다.[35] 마지막으로, 제한은 당연히 "차별적 목적으로 부과되거나 차별적 방식으로 적용될 수 없다."[36] 따라서 당사국들은 종교나 신념을 표명할 권리에 제한을 가하고자 할 때는 다음 사항을 확보해야 한다.

- ❖ 법률유보의 원칙을 준수할 것('법률에 규정'되어 있을 것)
- ❖ 제한이 제18조(3)에 열거된 하나 이상의 목적에 따라서만 부과될 것
- ❖ 제한이 그 목적 달성을 위해 필요한 것일 것(비례의 원칙)
- ❖ 마지막으로, 차별적이지 않고 객관적이고 합리적 방식으로 적용될 것

종교 또는 신념을 표명할 자유를 제한할 수 있는 근거 중 하나인 ***도덕***이라는 개념에 관해서, 위원회는 도덕이라는 것은 다양한 사회적, 철학적, 종교적 전통으로부터 유래하는 것이므로, "도덕을 보호하기 위한 목적으로 종교 또는 신념을 표명할 자유를 제한하는 경우 그 도덕은 오로지 하나의 전통으로부터 유래하는 원칙에 입각해서는 아니 된다."고 언급하였다.[37]

자유권규약위원회는 나아가, "수형자들과 같이 이미 적법한 통제 하에 있는 사람들은 그 통제가 정한 특수한 상태와 양립할 수 있는 모든 범위 내에서 자신의 종교나 신념을 표명할 권리를 계속하여 향유할 수 있다."고 언급하였다.[38]

Sing Bhinder v. Canada 사건에서 시크교도인 신청인은 근무 중 안전모 착용을 거부했다는 이유로 근로계약을 종료시키는 것이 규약 제18조 위반이라고 진정을 제기하였다. 자유권규약위원회는 이 사건을 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조와 제26조(평등보호 및 차별금지)에 기하여 심리한 후, 안전모 착용을 요구하는 것은 제18조(3)의 근거에 따라 정당화되는 제한이라고 결론 내렸다. 다른 한편, 그것이 시크교도인 사람들에 대한 사실상의 차별인지 여부에 대해서도, "연방고용근로자들로 하여금 안전모를 착용하게 하여 상해와 전기쇼크로부터 보호하는 규정은 합리적일 뿐 아니라 국제규약이 허용하는 객관적 목적에도 부합하는 것"으로 보았다.[39]

35) Ibid., loc. cit.

36) Ibid.

37) Ibid.

38) Ibid., pp. 145–146, para. 8.

39) Communication No. 208/1986, *K. Sing Bhinder v. Canada* (1989년 11년 8일 채택된 견해), UN doc. *GAOR*, A/45/40(vol. II), p. 54, para. 6.2.

*****

미주인권협약 제12조(3)에 규정된 종교나 신념을 표명할 자유에 대한 제한 근거는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조(3)에 규정된 것과 유사하다. 따라서 제한은 그것이 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 가해질 수 있다. 즉, 그 조치들은 정당한 목적과 부합하여야만 한다.

*****

유럽인권협약 제9조(2)에 따르면, "종교나 신념을 표명할 자유는 오직 법률에 규정되고, 공공의 안전, 질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 기본적 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 경우에만 제한될 수 있다." 열거된 근거들의 실질적 내용은 위에서 언급된 다른 두 조약에 규정된 것들을 포함한다. 따라서 종교나 신념을 표명할 자유에 대한 제한에 관한 주요 쟁점에 있어 각 조약이 서로 수렴하는 경향을 볼 수 있다. 그런데 유럽인권협약 제9조(2)는 위와 같은 자유에 대한 제한은 그것이 "민주사회에서" 필요한 것인지를 살펴봐야 한다는 요건을 추가하였다. 따라서 위 필요성 요건은 민주적 헌법 질서에 기초한 사회의 필요를 고려하여 검토되어야 한다.

유럽인권협약 제9조는 유럽인권재판소에 의해 그리스에서 개종강요죄로 처벌받은 여호와의 증인 신도에 관한 *Kokkinakis v. Greece* 사건에서 검토되었다. 그리스는 메탁사스(Metaxas)의 독재시절(1936–1940)에 법률 제1636/1938호(이후 법률 제1672/1939호로 수정됨)로 개종강요를 형사처벌하도록 규정하였다.[40] 신청인은 라시디(Lasithi) 형사법원에서 징역 4월(금전적 형벌로 전환가능) 및 10,000 드라크마의 벌금형에 선고되었다. 항소심에서, 크레타 항소법원은 징역형을 3월(마찬가지로 금전적 형벌로 전환 가능)로 감경하였다.[41] 신청인과 그의 부인은 지역 동방정교회의 성가대 선창자와 결혼한 여자의 집에서 체포되었다. 신청인은 위 유죄판결이 종교의 자유에 관한 권리에 대한 위법한 제한이라고 주장하였다.[42]

유럽인권재판소는 (1) "법률에 규정되어 있고," (2) 유럽인권협약 제9조(2)에 규정된 하나 이상의 정당한 목적에 부합하며, (3) 이를 이루기 위해 "민주사회에서 필요

40) *Eur. Court HR, Kokkinakis v. Greece, judgment of 25 May 1993, Series A,* No. 260–A, p. 12, para. 16.

41) Ibid., pp.8–10, paras. 9–10.

42) Ibid., p. 16, para. 28.

한" 경우가 아니면, Kokkinakis의 유죄판결은 협약 제9조를 위반하여 종교나 신념을 표명할 권리를 침해하는 것이라고 판단하였다.[43] 위 재판소는 위와 같은 다양한 쟁점들에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

그 제한이 법률에 규정되어 있었나? 그리스의 법률이 개종강요죄의 객관적 실체를 규정하고 있지 않다는 신청인의 주장에 대해,[44] 재판소는 아래와 같이 판시하였다.

> "많은 법 규정의 기술(記述)이 절대적으로 엄밀하지는 않다. 지나친 경직성을 피하고 변화하는 환경에 맞추기 위해 많은 법률이 불가피하게 다소 모호한 용어에 기대고 있다. 개종강요죄에 대한 형법 규정도 이러한 범주에 속한다. 그러한 법률에 대한 해석과 적용은 실무에 의존하게 된다."[45]

위 사건에서는 일련의 국내 판례법이 공간(公刊)되어 접근 가능한 상태로 있었고, 그로 인해 1936년 법률 규정들의 용어에 대한 해석이 보완되었으며, 위 사안에서 신청인이 그에 따라 자신의 행동을 규율할 수 있었다. 결국, 제소된 조치는 유럽인권협약 제9조(2)에서 의미하는 '법률에 규정된 것'이었다.[46]

제한이 정당한 목적을 위해 부과된 것이었나? 유럽인권재판소는 위 사건의 정황과 관련된 법원 판결들의 실제 판시내용을 고려하여, 문제된 조치는 그리스 정부가 원용한 타인의 권리와 자유를 보호하고자 하는 협약 제9조(2)의 정당한 목적에 부합하는 것이라고 결론 내렸다. 그리스 정부는 실제로, 민주국가는 영토 내에 거주하는 모든 사람이 개인적 자유를 평화적으로 향유할 수 있도록 보장하여야 하며, 국가가 위 자유에 대해 비도덕적이고 기만적 수단으로 영향을 미치려 하는 시도들로부터 개인의 종교적 신념과 존엄을 보호하지 않을 경우 협약 제9조(2)의 규정이 사문화될 수 있다고 주장하였다.[47]

그 제한은 "민주사회에서 필요한" 것이었나? 이는 유럽인권협약상 다양한 조항들과 관련하여 제기되는 수많은 사건이 통과하지 못하는 결정적 심사기준이다. '민주사회에서 필요한 것'이라는 기준은 다원적이고 관용적인 사회에서 개인이 누리는 기본

43) Ibid., p. 18, para. 36.
44) Ibid., p. 19, para. 38.
45) Ibid., p. 19, para. 40.
46) Ibid., pp. 19–20, paras. 40–41.
47) Ibid., p. 20, paras. 44, 42.

적 자유에 대한 불필요한 침해에 대항하는 최종적 안전장치다.

비록 당사국이 침해의 필요성 및 정도를 평가함에 있어 일정한 판단 재량을 가진다고 하더라도, 당사국이 입법 및 이를 집행하는 결정(독립된 법원의 결정을 포함한다) 등을 통해 그 재량을 행사할 경우 이는 모두 유럽 차원의 심사 대상이 된다. *Kokkinakis v. Greece* 사건에서 유럽인권재판소는 결국 국내 수준에서 취해진 조치가 원칙상 정당화되는 것인지, 비례의 원칙에 맞는 적절한 것이었는지 여부를 결정해야 했다.[48]

> 개종강요의 의미에 대하여, 재판소는 무엇보다도 다음과 같이 판시하였다.
>
> "기독교적 증언을 하는 것과 부당한 개종강요는 구별되어야 한다. 세계교회협의회의 후원에 의해 1956년에 작성된 보고서에서도 나타났듯이, 전자는 모든 기독교인과 교회의 본질적인 임무와 책임으로서 진정한 전도에 부합하는 것이다. 후자는 그것의 변질이나 변형에 해당한다. 위 보고서에 따르면, 이는 새로운 교회신도를 얻기 위해 물질적 또는 사회적 이득을 제공하거나 곤경이나 어려움에 처한 사람들에게 부당한 압력을 행사하는 형태를 보인다. 그것은 폭력이나 세뇌의 사용을 야기할 수 있고, 보다 일반적으로는, 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 존중에 배치된다."[49]

법률 제1363/1938호 제4조를 검토해 보면, 그리스 정부에 의해 채택된 기준이 오로지 부당한 개종강요(재판소는 당해 사건에서 위 개념을 추상적으로 정의할 필요는 없다고 설시하였다)를 처벌하기 위해서 마련된 것으로 해석되는 것이라면 위에 기술된 요건과 조화될 수 있었다.[50] 하지만 유럽인권재판소는 그리스 법원들이 신청인의 책임을 설정하기 위한 논리를 전개함에 있어 단순히 제4조의 규정을 되풀이했고, 피고인이 어떤 방식으로 부당하게 이웃을 개종시키려고 했는지에 대하여 충분히 특정하지 않았다고 판시했다. 실제로 "위 사건에 관한 사실관계들은 이를 전혀 뒷받침하지 않았다."[51] "신청인에 대한 유죄판결은 정황상 긴급한 사회적 요구(pressing social need)에 의해 정당화되었던 것으로" 보이지 않았고, 그 결과 문제된 조치는 "추구되는 정당한 목적에 비례하는 것으로 보이지도 않았으며, 결국 '다른 사람들의 권리와 자유

48) Ibid., p. 21, para. 47.

49) Ibid., p. 21, para. 48.

50) Ibid., p. 12, para. 16. 제1363/1938호 법 제4조 제2항에 따르면, '개종강요'는 '특히 직간접으로 유인, 유인의 약속, 도덕적 후원, 물질적 지원과 같은 종류 또는 사기적 수단이나 무경험, 신뢰, 요구, 무지 또는 순진함을 이용하여 다른 사람의 신념을 흔들 목적으로 다른 종교적 신념을 가진 사람의 종교적 신념을 침해하는 시도'를 의미한다.

51) Ibid., p. 21, para. 49.

를 보호하기 위해 민주사회에서 필요한 것'으로" 보이지도 않았다. 즉, 위 사건에서는 협약 제9조 위반이 인정되었다.[52]

유럽인권협약 제9조 위반은 *Serif v. Greece* 사건에서도 볼 수 있는데, 복잡한 역사적 배경을 가진 위 사건은 로도피(Rodopi)라는 지역에서 이슬람교도들이 이슬람 율법 고문(Mufti)을 선출하는 선거를 조직할 권리를 갖는지 여부와 관련된 것이었다. 그리스 정부는 1990년 12월 24일 위 권리를 부인하는 내용의 행정명령을 내렸는데, 위와 같은 그리스 정부의 조치는 그리스 국회가 1991년 2월 4일 법률 제1920호를 통과시키면서 소급적으로 추인되었다. 전직 율법 고문이 사망하자, 로도피에서는 그리스 정부에 이슬람 율법 고문을 선출하기 위한 선거를 조직하기 위한 요청이 있었다. 그리스 정부로부터 아무런 답변이 없는 가운데, 선거는 1990년 12월 28일 기도 후 모스크에서 치러졌다. 율법 고문으로 선출된 신청인과 다른 이슬람교도들은 위와 같이 선출된 자가 아닌 다른 사람을 위 직위에 임명한 그리스 정부의 결정에 대하여 대법원에 제소하였다.[53] 한편 1994년 12월 12일 살로니카(Salonika) 형사법원은 신청인이 "공인된 종교의 성직자 역할을 찬탈하였고, 권한 없이 그 성직자의 의복을 입었다는 이유로" 형법 제175조 및 제176조에 기하여 유죄를 선고하였다.[54] 신청인은 감형 가능한 8개월의 금고형을 선고받았고, 항소심에서 유죄가 유지되었으며 6개월로 감형되었다. 위 선고형은 다시 벌금형으로 감형되었다.[55]

신청인은 유럽인권재판소에 위와 같은 유죄선고로 인해 자기 자신은 물론 그로부터 종교적 지도를 받고자 하는 모든 사람이 종교 활동을 자유롭게 수행할 권리를 부당하게 침해당했다며 제소했다.[56]

유럽인권재판소는 먼저, 신청인에 대한 유죄선고가 '다른 사람과 공동으로, 공적으로 예배와 선교를 함에 있어 자신의 종교를 표명할' 유럽인권협약 제9조(1)의 권리를 ***제한***하는 것이라고 판시하였다. 위와 같은 판단은 앞서 본 유죄판결이 인정한 사실들을 근거로 한 것이었다. 즉, 신청인은 축일의 종교적 중요성에 대한 메시지를 보내고, 종교 집회에서 연설하였으며, 종교지도자의 의복을 착용하기도 하였다.[57] 그러나 재판소는 위 제한이 어느 모로 보나 제9조에 위배되는 것이기 때문에 그 제한이 ***'법***

52) Ibid., pp. 21–22, paras. 49–50.

53) *Eur. Court HR, Case of Serif v. Greece, judgment of 14 December 1999, Reports 1999–IX*, p. 79, paras. 9–12.

54) Ibid., pp. 79–80, paras. 13, 15 and 16; 인용 부분은 para. 13.

55) Ibid., p. 80, paras. 16–17.

56) Ibid., p. 84, paras. 36.

57) Ibid., p. 85, para. 39. 강조는 추가됨.

률에 규정된 것'인지 여부에 대하여는 별도로 판단하지 않았다.

위 재판소는 다음으로 위 제한이 협약 제9조(2)에 기한 '공공질서'라는 ***정당한 목적을 위한 것***임을 인정하였는데, 이는 그리스 당국이 이슬람 율법 고문을 임명한 상태에서 신청인뿐만 아닌 다른 사람들도 지역 이슬람교도 공동체의 종교적 지도자라고 주장하고 나서고 있었기 때문이다. 그리스 정부는 문제된 제한조치가 법원으로 하여금 적법한 율법 고문의 권위를 보장하게 함으로써 전체적으로 그 특정 종교 공동체와 사회의 질서를 유지하고자 하는 것이므로 위 제한은 정당한 목적에 봉사하는 것이라고 주장하였다.[58)]

마지막으로, ***위 제한이 민주사회에서 필요한 것***이었는지 여부에 대하여, 재판소는 *Kokkinakis* 사건의 판결을 인용하여, 사상, 양심 및 종교의 자유는 민주사회의 근간 중 하나이고, 다원주의는 그러한 사회에서 분리할 수 없는 것이라고 판시하였다.[59)] 그럼에도 아래와 같은 점이 지적되었다.

> "민주사회에서 다양한 종교적 집단의 이해를 조화시키기 위해 종교의 자유에 제한을 가할 필요가 있다. 하지만 어떠한 제한도 '긴급한 사회적 필요'에 부응해야 하며 '추구되는 정당한 목적에 비례'하여야 한다.[60)]

유럽인권재판소의 견해에 의하면, 개인이 자신이 선택한 어떤 집단의 종교지도자로서 행동했다는 이유만으로 처벌하는 것은 민주사회에서의 종교적 다원주의의 요청과 양립하기 어렵다.[61)] 그리스 정부는, ① 로도피 지역에서 신청인 외에 공식적으로 임명된 율법 고문이 있고, ② 신청인의 행동으로 인해 국가가 해당 지역 이슬람공동체의 종교적 생활을 조직하기 위해 마련한 체계가 불안정해졌으므로 민주사회에서 신청인에 대한 유죄판결이 필요하다고 주장하였는바, 유럽인권재판소는 위와 같은 사정들을 고려하지 않은 것은 아니라고 하였다. 오히려 위 재판소는 신청인이 율법 고문과 같이 공인된 종교의 성직자에게 법률이 부여하는 사법적, 행정적 기능을 행사하려고 시도했다는 점을 인정할 아무런 자료가 없다고 지적하였다. 위 재판소는 민주사회에 있어서 국가가 종교적 공동체로 하여금 통일된 지도 하에 유지되거나 유도되도록 어

58) Ibid., p. 86, paras. 43, 45.
59) Ibid., p. 87, para. 49.
60) Ibid. loc. cit.
61) Ibid., p. 88, para. 51.

떤 조치를 취할 필요가 있다고 보지 않았다.[62]

이에 따라 이 사건에서는 로도피 지역에서의 이슬람교도들 사이의 긴장, 이슬람교도들과 기독교도인들 사이의 긴장 및 그리스와 터키 사이의 긴장이 조성되는 것을 피하기 위해 특별히 당국이 개입할 필요가 있었다는 그리스 정부의 주장만이 판단대상으로 남겨졌다. 이에 대하여 유럽인권재판소는 아래와 같은 중요한 판시를 하였다.

> "이 재판소가 종교적 또는 다른 공동체가 나누어져 있는 상황에서 긴장이 조성될 가능성을 인식하였더라도, 이것은 다원주의의 피할 수 없는 결과 중 하나라고 본다. 그러한 상황에서 당국의 역할은 다원주의를 부정함으로써 긴장의 원인을 제거하는 것이 아니라 경쟁 집단들이 서로 관용할 수 있도록 하는 것이다."[63]

위 재판소는 나아가 그리스 정부가 이 사건에 있어서 긴장이 조성될 수 있다고 일반적으로 언급하는 것 외에, 종교 지도자가 두 명이 존재하게 됨으로써 구체적으로 로도피 지역에서 이슬람교도들 사이에 어떤 혼란이 발생하였는지, 또는 발생할 가능성이 있는지에 대해 아무런 언급을 하지 않았다는 점도 지적하였다. 또한, 위 재판소는 이슬람교도들과 기독교인들 사이 또는 그리스와 터키 사이의 긴장의 위험성을 입증할 근거와 관련하여서는 그것이 희박한 가능성 이상의 위험이 있다는 점을 인정할 자료가 전혀 제출되지 않았다고 판단하였다.[64]

재판소는 위 판시사항들을 모두 고려해 볼 때, 위 사건의 정황상 신청인에 대한 유죄선고가 긴박한 사회적 필요에 의해 정당화되지 않는다고 결론 내렸다. 결국, 다른 사람과 공동으로, 그리고 공적으로 예배와 선교에서 자신의 종교를 표명할 신청인의 권리를 제한한 것은 협약 제9조(2)에 기한 공공질서의 보호를 위해 민주사회에서 필요한 것이 아니었다.[65] 따라서 이 사건에서도 제9조는 위반되었다.

유럽인권협약 제9조와 관련된 세 번째 사건은 *Buscarini and Others v. San Marino* 사건인데, 신청인들은 복음서의 문구가 포함된 선서를 할 의무를 부담하게 되었고, 이를 위반하면 산마리노 공화국에서의 의원직을 박탈당할 위험이 있었다. 신청인들은 공화국에서 국회의원 직무를 수행하는 것과 같은 기본적인 정치적 권리가 공적으로 특정 신념을 공표하는 행위에 좌우되도록 규정한 것은 협약 제9조를 위반하는

62) Ibid., p. 88, para. 52.
63) Ibid., p.88, para. 53.
64) Ibid. loc. cit.
65) Ibid., p. 88, para. 54.

것이라고 주장하였다.[66] 이에 대하여, 산마리노 정부는 당해 선서의 문구는 종교적인 것이 아니고, 그 의미상 역사적이고 사회적이며 전통에 기초한 것이므로, 이로 인해 신청인들의 종교적 자유가 침해되는 것은 아니라고 주장하였다.[67]

유럽인권재판소는 *Kokkinakis* 사건에서의 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 기본적 판시 사항을 재강조하면서, 이 자유는 무엇보다도 "종교적 신념을 가지거나 가지지 않을 자유 및 종교 활동을 하거나 하지 않을 자유를 포함"한다고 덧붙였다. 신청인들이 복음서에 기하여 선서를 할 의무는 실제로 협약 제9조(2)가 의미하는 제한에 해당하였는데, 왜냐하면, 그 의무에 응하지 않을 경우 의원직을 박탈당할 위험이 있었기 때문이다.[68] 따라서 법률에 규정되어 있는 위와 같은 제한이 제9조(2)에 규정된 하나 이상의 정당한 목적을 달성하기 위해 민주사회에서 필요한 것인지 여부가 문제되었다.

유럽인권재판소는 위 제한이 국회의원의 선서 문구를 명시한 1909년 6월 27일자 칙령을 인용하는 1958년 선거법 제55조에 근거한 것이므로 이는 ***법률에 규정된 것***으로 보았다.[69] 유럽인권재판소는 협약 제9조(2)가 의미하는 제한을 정당화하는 ***정당한 목적***이 있었는지를 판단하기 전에 산마리노의 법 체계가 일반적으로 양심과 종교의 자유를 보장하고 있다는 점은 의심할 여지가 없다고 설시하였다. 그러나 위 구체적 사건에서 "신청인들에게 복음서에 기한 선서를 요구하는 것은 국민의 대표인 위 두 사람에 대하여 특정 종교에 충성맹세를 하도록 요구하는 것과 마찬가지인 조치"이고, 그러한 요구는 협약 제9조와 양립할 수 없는 것으로서 위 조항을 위반하는 것이었다고 하였다.[70] 다시 말해, 위 제한은 민주사회에서 필요한 것이 아니었다.

2.3.2 종교나 신념을 표명할 자유에 대한 금지

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조는 제20조와 함께 봐야 하는데, 이에 따르면 아래 사항들은 반드시 '법률'에 의해 금지되어야 한다.

- ❖ 전쟁을 위한 그 어떠한 선전[제20조(1)]
- ❖ 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취[제20

66) *Eur. Court HR, Case of Buscarini and Others v. San Marino, judgment of 18 February 1999, Reports 1999-I*, p. 612, paras. 12-13, 및 p. 615, para. 30.

67) Ibid., p. 616, para. 32.

68) Ibid., p. 616, para. 34.

69) Ibid., p. 616, para. 35.

70) Ibid., p. 617, para. 39.

조(2)][71]

어떤 경우에도 종교나 신념의 자유가 전쟁의 선전이나 적의의 고취를 위한 수단으로 사용되어서는 아니 된다. 자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(1)에 따라 규약상 의무를 이탈하는 조치가 허용되는 경우[역주: 위 규약 제4조(1) 본문은 "국민의 생존을 위협하는 공공의 비상사태의 경우에 있어서 그러한 비상상태의 존재가 공식적으로 선포되어 있을 때에는 이 규약의 당사국은 당해 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 한도 내에서 이 규약상의 의무를 이탈하는 조치를 취할 수 있다."고 규정한다]에도 당사국이 이를 근거로 제20조에 반하여 전쟁의 선전이나 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취를 할 수 없다고 단언하였다.[72] 당사국들이 전쟁의 선전과 차별, 적의 및 폭력의 종교적 선동을 금지해야 할 법적 의무가 있다는 사실은 당사국들이 또한 위 금지가 실제로 존중되도록 보장할 법적 의무가 있다는 것을 시사한다.

모든 사람은 사적 또는 공적으로, 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 그의 또는 그녀의 종교를 표명할 권리를 가진다.

종교나 신념의 표명은 예배, 의식, 행사, 선교, 선도 및 예식과 같은 활동을 포함한다.

종교를 표명할 권리는 아래와 같은 제한을 받을 수 있다.

- *법률에 규정되고,*
- *정당한 목적, 즉 공공의 안전, (공공)질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여,*
- *정당한 목적을 보호하기 위해 필요한 경우*

유럽에서는, 민주사회의 개념이 그의 종교나 신념을 표명할 권리를 제한하는 조치의 필요성을 결정하는 데 있어 중심적인 역할을 한다.

2.4 종교의 자유와 공립학교의 수업

자유권규약위원회에 따르면, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조(4)에 기한 "부모 또는 법정후견인이 그들의 신념에 따라 자녀의 종교적, 도덕적 교육을

71) *United Nations Compilation of General Comments,* p. 145, para. 7.

72) General Comment No. 29 (72) (비상사태 동안 규약 규정에서의 이탈), in UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p. 206, para. 13(e).

확보할 자유"는 제18조(1)의 종교나 신념을 선교할 자유의 보장과 관련되어 있다. 무엇보다도, 규약 제18조(4)에 따르면 공립학교가 종교와 윤리의 일반적인 역사와 같은 주제에 있어서 중립적이고 객관적인 방식으로 수업하는 것은 허용되지만, 특정 종교나 신념에 관한 수업을 포함하는 공교육은 규약 제18조(4)에 위배된다는 것을 의미한다.[73] 다만 당해 부모와 법정후견인들을 위하여 차별적 성격을 갖지 않는 예외조항 또는 대안이 마련되어 있는 경우는 위 조항에 위배되지 않을 것이다.

Hartikainen v. Finland 사건에서, 신청인은 종교적 수업에 반대하는 부모나 법정후견인의 학생들에게 종교적 수업 대신 종교와 윤리의 역사에 관한 수업을 받도록 요구하는 핀란드 법률이 결과적으로 규약 제18조(4)를 위반하였다고 주장하였다. 교사이자 핀란드 자유사고인연합(Union of Free Thinkers in Finland)의 회원이기도 한 신청인은 그러한 대체수업이 중립적이고 비강제적이기를 원했다. 신청인의 의견과 달리, 위원회는 어떠한 종교도 믿지 않는 부모와 후견인들의 신념을 존중하면서도, 종교와 윤리의 역사에 관한 대체수업이 중립적이고 객관적인 방식으로 주어지는 이상 그 자체로 규약 제18조(4)에 위반되는 것은 아니라고 결론 내렸다. 어차피 문제된 법률 규정은 자신의 자녀가 종교적 수업이나 종교와 윤리의 역사에 관한 수업을 받는 것을 원하지 않는 부모와 후견인들에게 그에 상응하는 교외수업을 받게 함으로써 명시적으로 예외를 인정한 경우에 해당하였다.[74]

*****

미주인권협약 제12조(4)는 부모 또는 경우에 따라 후견인들이 그들의 신념에 따라 자녀나 피후견인의 종교적, 도덕적 교육을 제공할 권리를 보장한다.

*****

유럽인권협약 제9조에는 유사한 보장이 포함되어 있지 않지만, 협약의 제1 추가의정서 제2조 후문은 아래와 같은 규정을 두고 있다.

> "국가는 교육 및 교수와 관련된 어떠한 기능을 수행하는 데 있어서도 부모가 자기의 종교적 및 철학적 신념에 일치하는 교육 및 교수를 확보할 부모의 권리를 존중하여야 한다."

---

73) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 145, para. 6.

74) Communication No. R.9/40, *E. Hartikainen v. Finland* (1981년 4월 9일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 152, para. 10.4.

유럽인권재판소에 따르면, 위 조항 전문에서 보장된 기본적 교육권에 부가된 위 문장은 다음과 같은 의미를 갖는다고 한다.[75]

> "당사국들은 공교육의 조직과 재정을 포함하여, 교육과 교수의 분야에서 담당하고 있는 모든 기능 – 협약은 '그 어떠한 기능'이라고 정하고 있다 – 을 수행함에 있어 위 조항에 구속된다."[76]

요컨대, 위 규정은 "교육에 있어서 다원주의의 가능성을 보장하기 위한 목적을 가지며, 위와 같은 가능성은 협약에서 의미하는 '민주사회'의 보전에 있어 필수적이다. 근대 국가가 갖는 권력에 비추어 볼 때, 위 목표는 무엇보다 국가에 의한 공교육을 통해 실현되어야 한다.[77] 따라서 유럽인권협약 제1 추가의정서 제2조는 당사국으로 하여금 자국의 교육 정책 전반에 걸쳐 부모들의 종교적, 철학적 신념을 존중할 것을 요구하고, 종교적 수업과 다른 주제를 구분하는 것을 허용하지 않는다."[78]

그러나 위 추가의정서 제2조 후문에 따라

> "교수 및 교육에 있어 직접 또는 간접적으로 종교적이거나 철학적 종류의 정보나 지식을 전달하는 것까지 금지하는 것은 아니다. 나아가, 위 규정은 부모들이 학교 교육 과정에 그러한 교수나 교육을 포함하는 것을 반대하는 것까지 허용하는 것도 아니다. 그와 같은 반대가 허용될 경우 제도권 교육이 실행 불가능하게 될 위험이 있기 때문이다."[79]

위 규정은

> "다른 한편, 당사국이 교육과 교수와 관련하여 그 기능을 수행함에 있어, 교육과정에 포함된 정보나 지식이 객관적, 비판적, 다원적 방식으로 전달되도록 주의할 것을 시사한다. 당사국이 부모들의 종교적 또는 철학적 신념을 존중하지 않는 것으로 간주될 수 있는 주입식 교육을 추구하는 것은 금지된다. 그것은 위반되어서는 안 되는 한계다."[80]

---

75) *Eur. Court HR, Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, judgment of 7 December 1976, Series A, No. 23*, p. 26, para. 52.

76) Ibid., p. 24, para. 50.

77) Ibid., p. 25, para. 50.

78) Ibid., p. 25, para. 51.

79) Ibid., p. 26, para. 53.

80) Ibid. loc. cit.

Kjeldsen, Busk, Madsen and Pedersen v. Denmark 사건에서, 신청인들은 덴마크 초등학교에서의 통합적, 의무적 성교육에 반대하였고, 이는 무엇보다도 협약의 제1 추가의정서 제2조에 기한 자신들의 권리를 침해한 것이라고 주장하였다. 그러나 유럽인권재판소는 덴마크 법률을 검토한 후, 위 규정이 위반되지 않았다고 결론 내렸다. 위 재판소의 입장에 따르면, 위 법률은 "민주국가가 공공의 이익으로 간주할 수 있는 것의 경계를 넘지 않았으며," 그것이 "특정한 종류의 성행위를 옹호하고자 하는 주입식 교육의 시도"가 된다고 할 수 없었다.[81] 하지만 위 재판소는 해당 학교나 교사에 의해 위 정책이 실행되는 단계에서의 남용을 방지하기 위해, 권한 있는 당국이 부모들의 종교적, 철학적 신념이 교사들의 무관심, 판단 미숙 또는 잘못된 개종 권유에 의해 무시되지 않도록 최대한 주의를 기울일 의무가 있다는 점을 부언했다.[82]

한편 *Campbell and Cosans* 사건에서, 유럽인권재판소는 신청인들의 자녀가 다니고 있는 학교에서 훈육방법으로 신체적 체벌을 가하는 것은 부모들의 철학적 신념에 어긋나는 것으로서 제1 추가의정서 제2조 후문에 위반되는 것이라고 판결하였다.[83]

> *시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 미주인권협약에 기하여 부모나 법정후견인은 그들 자녀의 종교적, 도덕적 교육이 그들 자신의 신념에 맞도록 시행되도록 할 권리를 가진다.*
>
> *그러나 종교와 윤리의 일반적 역사와 같은 주제에 관하여 공립학교에서 수업하는 것은 그것이 중립적이고 객관적인 방식으로 하는 것인 이상 국제규약에 위배되지 않는다.*
>
> *유럽인권협약에 기하여 당사국들은 교육과 교수의 분야에서 실행하는 모든 기능에 있어 부모나 법정후견인의 종교적 또는 철학적 신념이 존중되도록 할 법적 의무가 있다.*
>
> *이것은 당사국들이 객관적, 비판적, 다원적 방식으로 정보나 지식을 전하도록 주의하여야 하며, 주입식 교육을 목표로 하는 것은 금지된다는 것을 의미한다.*

2.5 국교 및 종교적 소수자

특정 종교를 이른바 '국교'로 인정하거나 국가가 특정 종교를 공식적이거나 전통적 또는 국민 다수가 믿는 종교로 인정하게 되면, 이로 인해 다른 종교가 차별받을

81) Ibid., p. 27, para. 54.

82) Ibid., p. 28, para. 54.

83) *Eur. Court HR, Case of Campbell and Cosans, judgment of 25 February 1982, Series A, No. 48*, pp. 14–18, paras. 32–38.

수 있다는 것은 쉽게 추론할 수 있다. 그러나 자유권규약위원회가 지적했듯이, 이러한 상황이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조 및 제27조(역주: 종족적, 종교적 또는 언어적 소수민족이 자신의 문화를 향유하고, 자신의 종교를 표명하거나, 실행하고, 그들 자신의 언어를 사용할 권리)를 포함하여 규약에 기한 권리의 향유를 해치는 것이 되어서는 안 되고, 다른 종교인들이나 종교가 없는 자들에 대한 차별이 되어서도 안 된다.[84] 예컨대, 지배적 종교의 신도들만으로 공무원의 자격을 제한하거나, 그들에게 경제적 특권을 주거나 그에 속하지 않는 종교적 활동에 특별한 제한을 가하는 조치들은 위 규약 제26조의 비차별 규정에 위반될 것이다.[85]

자유권규약위원회는 이와 관련하여, 위 규약 제20조(2)는 종교적 소수자와 단체들이 규약 제18조 및 제27조에서 보장된 권리를 침해당하지 않고, 그와 같은 단체들에 대한 폭력이나 박해가 발생하지 않도록 중요한 안전망을 제공하는 것이라고 지적하였다.[86]

끝으로, 위원회는 "일련의 신념들이 헌법, 법령, 집권당의 정강(政綱) 또는 실제 실무에서 공식적인 이념으로 받아들여지더라도, 이를 통해 규약 제18조에 의한 자유나 규약에 의하여 인정되는 다른 권리들을 제한할 수 없고, 공식 이념을 받아들이지 않거나 이에 반대하는 사람들에 대해 차별을 할 수도 없다."라고 강조하였다.[87]

자유권규약위원회는 시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약의 당사국들이 다른 종교의 신도들이나 무신론자들에 대한 차별이 없도록 해야 할 법적 의무가 있다고 강조하였다.

2.6 종교적 근거에 의한 양심적 병역거부

양심적 병역거부의 권리가 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 의해 명시적으로 보장되지 않고 있다고 하더라도, 자유권규약위원회는 "살상무기를 사용할 의무가 양심의 자유 및 종교, 신념을 표명할 권리와 심각하게 충돌되는 경우 그러한 권리가 규약 제18조로부터 도출될 수 있다고 믿는다." "이러한 권리가 법률이나 실무에서 인정된다면, 특정 신념의 특성에 기초하여 양심적 병역거부자들을 구별하여서는

84) United Nations Compilation of General Comment, p. 146, para. 9.

85) Ibid., loc. cit.

86) Ibid.

87) Ibid., para. 10.

아니 된다. 마찬가지로 그들이 병역의무를 이행하지 않았다는 이유로 한 양심적 병역거부자들에 대한 차별도 없어야 한다."[88]

이러한 견해들은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 선택의정서에 근거하여 제기된 개인통보사건인 *Westerman v. the Netherlands*과 같은 몇몇 사건들에서 확인되는데, 위 사건에서 신청인은 장교의 명령에 위반하여 군복의 착용을 거부했다는 이유로 9월의 징역형에 처해진 것이 위 규약 제18조 위반이라고 주장하였다. 신청인은 입대하기 전에 군대라는 것은 인간의 목적을 거스르는 것이라고 주장하며 양심적 병역거부를 하려 하였으나, 네덜란드 당국이 이를 인정하지 않은 적이 있다.[89]

자유권규약위원회가 결정해야 할 쟁점은 "병역을 거부하는 신청인에게 제재를 가하는 것이 양심의 자유에 관한 권리를 침해하는 것인지 여부"였다. 위원회는 이 사건에서 "네덜란드 당국이 신청인이 양심적 병역거부자로 인정받기 위해 제시한 사실과 주장들을 양심적 병역거부와 관련한 자국 법률에 비추어 충분히 고려하여 평가했다는 점과 그와 같은 법률 규정들이 규약 제18조의 규정을 준수하고 있다."는 점을 지적했다. 이어 위원회는 신청인이 네덜란드 당국에 대하여 "무력사용이라는 점으로 인해 병역 수행에 극복할 수 없는 양심상의 장애"가 있었는지 여부에 관하여 소명하지 못하였다고 보았다. 이를 기초로, 위원회는 네덜란드 당국의 판단을 변경하기 위해 요구되는 사정이 존재하지 않는다고 결론 내렸다.[90] 즉, 이 사건에 있어서 제18조 위반은 인정되지 않았다.

그러나 양심적 병역거부는 규약 제8조와 제26조에 기해서도 심사될 수 있다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제8조(3)(c)(ii)에 의하여, "강제 노동"에는 "군사적 성격의 역무 및 양심적 병역거부가 인정되고 있는 국가에 있어서는 양심적 병역거부자에게 법률에 의하여 요구되는 국민적 역무"가 포함되지 않는다. 그러나 위원회는 일관하여 대체복무가 병역보다 ***불균형적으로 길 경우*** 규약 제26조 위반이라고 판단하였다. 예컨대, *R. Maille v. France* 사건이 그와 같은 상황이었다. 프랑스 법률은 양심적 병역거부자들에게 12개월의 병역 대신 24개월의 대체복무를 완수할 것을 요구하였다. 이 사건에서 위원회는, 프랑스 정부가 긴 복무기간을 정당화할 합리적이고 객관적인 기준을 근거로 하여 차별을 하였다는 점을 보여줄 아무런 근거를 제시하지 않았다고 하면서, 양심에 근거하여 신청인을 차별하는 것은 규약 제26조를 위반하

88) Ibid., para. 11.

89) Communication No. 682/1996, *Westerman v. the Netherlands* (1999년 11월 3일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*,, A/55/40 (vol. II), pp. 41–43, paras. 2.1–2.7 and p. 46, para. 9.4.

90) Ibid., p. 47, para. 9.5.

는 것이라고 결론 내렸다.[91]

양심적 병역거부와 관련하여, 위원회는 특정 신념의 성질에 근거하여 양심적 거부자들 사이에 구별이 있을 수 없기 때문에, 여호와의 증인 신도들과 같은 집단은 양심적 병역거부를 인정해 주고, 다른 사람들은 인정해 주지 않는 것은 합리적이지 않다고 판단하였다.[92] 그럼에도 신청인이 "평화주의자로서의 신념이 대체복무체제와 양립할 수 없다거나 여호와의 증인 신도들에 대한 특권적 대우가 양심적 병역거부자로서의 자신의 권리에 불리하게 영향을 미쳤다는 점"을 입증하지 못하는 경우에는, 위원회는 신청인이 규약 제26조의 위반에 따른 피해자가 아니라고 판단했다.[93]

자유권규약위원회는 양심적 병역거부권이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조로부터 도출될 수 있다는 점을 인정하였다. 이 권리는 무조건적인 것이 아니므로 위원회는 이와 같은 관점에서 당국에 의해서 내려진 결정을 심사하지 않을 수 있다. 그러나 양심적 병역거부가 국내법에서 인정되고 있다면, 특정 신념에 기초하여 사람들 사이에 차별이 있어서는 안 된다.

대체복무는 통상적인 병역보다 불균형적으로 장기간이 되어서는 안 된다. 이에 따라 이루어지는 구별도 합리적이고 객관적인 기준에 기초하여야 한다.

3. 의견과 표현의 자유에 관한 권리

3.1 관련 법률 조항

이 절에서 다루어지는 주요 법률 조항은 다음과 같다.

세계인권선언 제19조

"모든 사람은 의견과 표현의 자유를 가진다. 이러한 권리는 간섭받지 않고 의견을 지닐 자유와 어떤 매체를 통해서든 그리고 국경에 관계없이 정보와 사상을 찾고, 주고받는 자유를 포함한다."

91) Ibid., Communication No. 689/1996, *R. Maille v. France* (2000년 7월 10일 채택된 견해), p. 72, para. 10.4.

92) Communication No. 402/1990, *H. Brinkhof v. the Netherlands* (1993년 7월 27일 채택된 견해) in UN doc. *GAOR*, A/48/40(vol. II), p. 129, para. 9.3.

93) Ibid., loc. cit.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조

"1. 모든 사람은 간섭 없이 의견을 가질 자유를 가진다.
2. 모든 사람은 표현의 자유에 관한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 찾고 주고받는 자유를 포함한다.
3. 제2항에서 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만 그 제한은 법률로 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 것이어야 한다.
(a) 타인의 권리와 명예의 존중을 위하여
(b) 국가안보, 공공질서 또는 공중보건, 도덕의 보호를 위하여"

아프리카헌장 제9조

"1. 모든 개인은 정보를 받을 자유를 가진다.
2. 모든 개인은 법률의 범위 내에서 의견을 표명하고, 전파할 권리를 가진다."

미주인권협약 제13조

"1. 모든 사람은 사상과 표현의 자유에 관한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면, 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 매체를 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 찾고 주고받는 자유를 포함한다.
2. 위의 조항에서 규정된 권리의 행사는 사전검열을 받지 아니하나, 사후적 책임부과에는 복종하여야 한다. 이는 다음을 보장하는 데 필요한 범위 내에서 법률에 의하여 명시적으로 규정되어야 한다.
a. 다른 사람들의 권리나 명예의 존중을 위하여
b. 국가안보, 공공질서 또는 공중보건, 도덕의 보호를 위하여
3. 표현의 권리는 신문용지, 무선방송 주파수 또는 정보의 보급용 장비에 대한 정부나 민간의 규제 남용과 같은 간접적인 수단 · 방법이나 사상과 의견의 전달과 유포를 저해할 수 있는 다른 수단에 의하여 제한될 수 없다.
4. 위 제2항의 규정에도 불구하고, 공공오락은 어린이와 청소년의 도덕적 보호를 위하여 이에 접근을 규율할 목적에서만 법률에 의하여 사전검열을 받게 할 수 있다.
5. 인종, 피부색, 종교, 언어 또는 민족적 출신 등을 이유로 개인 또는 집단에 대하여 불법적인 폭력이나 그 밖의 유사한 행동을 선동하는 전쟁의 선전과 민족적, 인종적 또는 종교적인 증오의 고취는 법률에 의하여 처벌되는 범죄로 간주된다."

유럽인권협약 제10조

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 관한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보와 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조항은 방송, 텔레비전 또는 영화사업에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로 무질서와 범죄의 방지, 보건이나 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전에 필요하여 법률에 규정된 바와 같은 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다."

표현의 자유에 관한 권리는 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제5조(d)(viii)와 아동의 권리에 관한 협약 제13조에 의하여도 보장된다.

*****

표현의 자유의 실질적 내용은 본질적으로 그 행사의 제한과 관련되어 있어, 이들 두 주제는 폭넓은 법 이론과 국제감시기구의 법적 견해를 감안하여 함께 다루어질 것이다.

3.2 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조

위 규약 제19조(1)에 의하여 보장되는 "간섭 없이 의견을 지닐" 권리는 "동 규약이 어떠한 예외나 제약도 허용하지 않는 권리이다."[94]

한 사람의 마음에서 일어나는 일을 통제하기란 불가능하기 때문에 이는 논리상 당연하다.

제19조(2)에 의하여 보장되는 표현의 자유에 관한 권리는 다차원적이고 광범위하며, "구두, 서면, 인쇄, 예술의 형식 또는 스스로 선택한 어떠한 매체를 통하든 또한 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 구하고 받으며 나눌 자유"를 포함한다. 자유권규약위원회는 이 조항에 관한 1983년 일반논평에서, 당사국이 정기보고서에서 표현의 자유가 헌법으로 보장된다고 주장하는 것만으로는 충분하지 않다고 지적한다. "위원회는, 표현의 자유에 관한 법률상, 실무상 정확한 상황을 알기 위하여, 실무상 이 권리의 행사에 영향을 미치는 여하한 조건들뿐만 아니라 표현의 자유의 범위를 규정하거나 특정한 제약을 부과하는 규정들에 관한 관련 정보를 추가로 요구한다."[95]

94) General Comment No. 10 (제19조), UN doc. *United Nations Compilation of General Comments*, p. 119, para. 1.

95) Ibid., p. 120, para. 3.

규약 제19조(3)에 의하여 허용되는 제한들은 "타인의 권리 또는 명예의 존중을 위하여" 또는 "국가안보, 공공질서 또는 공중보건, 도덕의 보호를 위하여 … 법률로 규정되고 필요한 경우에 한한다." ***달리 말하면 적법하여야(lawful) 하는데, 표현의 자유에 관한 제한들은 법률유보의 원칙(principles of legality)과 비례성의 원칙을 따라야 하며, 제19조(3)에 열거된 하나 또는 그 이상의 정당한 목적을 위하여 부과되어야 한다.*** 위원회는 더 나아가, 표현의 자유에 관한 권리는 "어떠한 민주사회에서도 최고의 중요성을 가지며, 이의 행사를 제한하는 것은 엄격한 정당화 심사에 부합되어야 한다."라고 강조하고 있다.[96]

그러나 표현의 자유도 위 규약 제20조에 의하여 제한될 수 있는데, 이에 따르면 "전쟁을 위한 선전"과 "차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오에 대한 어떠한 고취도 법률에 의하여 금지된다."

다양한 맥락에서 제19조의 범위는 시민적 및 정치권 권리에 관한 국제규약 선택의정서에 의해 제기된 여러 개인통보(communication) 사건들과 정부 측 정기보고서에 대한 검토와 관련하여 위원회가 한 여러 권고에 의하여 보다 심층적으로 설명될 것이다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조(1)은 간섭 없이 의견을 지닐 권리를 보장한다. 이 권리는 어떠한 예외나 제약에도 얽매일 수 없다.

출발점으로서 규약 제19조(2)의 표현의 자유에 관한 권리는 구두, 서면, 인쇄 또는 출판의 형식, 또는 스스로 선택한 어떠한 매체를 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 구하고 받으며 나눌 권리를 포함한다는 점에서 모든 것을 아우르는 것으로 설명될 수 있다. 예술은 제19조(2)에 의하여 보호되는 표현 형식이다.

표현의 자유는 규약 제19조(3) 및 제20조에 의해서만 제한될 수 있다.

3.2.1 법정에서의 언어 선택

Cadoret and Le Bihan v. France 사건에서, 신청인들은 프랑스 법정에서 브르타뉴(Breton)어를 사용하는 것이 허용되지 않았기 때문에 그들의 표현의 자유가 침해되었다고 주장했다. 자유권규약위원회는 신청인들이 자신들이 선택한 언어로 말할

96) Communication No. 628/1995, *T. Hoon Park v. the Republic of Korea*(1998년 10월 20일 채택된 견해) in UN doc. GAOR, A/54/40(vol. Ⅱ), p.91, para. 10.3.

수 없었다는 사실이 제19조(2)상 어떠한 문제도 되지 않는다고 밝혔다. 그리하여 신청은 받아들일 수 없다고 선언되었다.[97] 오스트레일리아에서 청각장애인들을 위한 법정에서의 수화 조항(sign language)에 관하여 같은 결정이 내려졌다.[98] 그러나 법정에서 사용되는 언어를 이해하지 못하는 사람은 무료로 통역인의 도움을 받을 권리를 갖는다는 점을 유의해야 한다(제7장 3.9절을 보라).

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조에 의하여 보장되는 정보의 자유는 법정 내의 절차에서 자신이 선택한 언어로 말할 권리를 포함하지 않는다.

3.2.2 광고

Ballantyne, Davidson and McIntyre v. Canada 사건에서, 신청인들은 퀘백에 거주하고 있었는데, 예를 들어, 사업장 밖의 상업 표지판 또는 회사 이름에 관한 광고를 목적으로 영어를 사용하는 것을 금지당했기 때문에, 특히 규약 제19조 위반이라고 주장했다.[99] 자유권규약위원회는 상업 활동에는 제19조가 적용되지 않는다는 캐나다 정부의 견해를 채택하지 않았다. 위원회는 다음과 같이 판시하였다.

> "제19조(2)는, 규약 제20조와 양립할 수 있고 다른 사람들에게 전달 가능한 주관적인 사상과 의견의 모든 형태, 뉴스와 정보, 상업적 표현과 광고, 또는 예술작품 등의 모든 형태를 포괄하는 것으로 해석되어야 한다. 그것은 정치적 수단, 문화적 또는 예술적 표현에 한정되어서는 아니 된다. 위원회의 견해에 따르면, 옥외광고 형식을 취하는 표현에서의 상업적 요소가 이러한 표현을 보호의 영역에서 제외하도록 할 수는 없다. 위원회는 또한 위의 표현 형식 중 어떠한 것도 다양한 수준의 제한을 받을 수 있다거나, 그 결과 어떠한 표현 형식은 다른 것보다 더 광범위한 제한을 받을 수 있다는 것에 동의하지 않는다."[100]

제19조(2)에 나타난 표현의 자유에 관한 권리는 이같이 제한되어 왔으므로, 위원회는 규약 제19조(3)에 의할 때 특정한 제한이 정당화될 수 있는지를 결정해야 했

97) Communications Nos. 221/1987 and 323/1988, *Y. Cadoret and H. Le Bihan v. France*(1991년 4월 11일 채택된 견해) in UN doc. *GAOR*, A/46/40, p. 224, para. 5.2.

98) *Grandidge v. Grace Bros. Pty. Ltd.* (1988) 참조, *Federal Law Reports,* vol. 92, p. 414.

99) Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, *J. Ballantyne and G. McIntyre v. Canada* (1993년 3월 31일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/48/40(vol. Ⅱ), p. 91, para. 1.

100) Ibid., pp. 102–103, para. 11.3.

다. 관련 기준들은 "법률 즉, section 1 of Bill No.178에 의하여 개정된 Charter of the French Language의 Section 58에 의하여 실제로 규정"되는데, 다른 사람들의 권리 즉, "캐나다 내의 프랑스어권 소수자의 권리"를 존중하기 위하여 그 제한이 필요한지의 문제가 제기되었다. 위원회는 "프랑스어권 집단의 캐나다에서의 취약한 지위를 보호하기 위하여 영어로 된 상업광고를 금지하는 것은 필요하지 않다"고 판단했는데, 왜냐하면, 그러한 보호는 "상업과 같은 분야의 종사자들 스스로 선택한 언어에 의한 표현의 자유"를 배제하지 않는 다른 방법으로 달성될 수 있었기 때문이다. 예를 들면, 법률은 광고에 프랑스어와 영어 두 가지 모두를 사용하도록 요구할 수 있었다. 위원회는 "국가는 하나 이상의 공식 언어를 채택할 수 있으나, 공적 생활 영역 외에서 자신의 선택에 따른 언어로 자기 자신을 표현할 자유를 배제할 수 없다"고 덧붙였다.[101] 위원회는 위 사건에서 제19조(2)이 침해되었다고 결론 내렸다.[102]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조(2)에 의하여 보장되는 표현의 자유는, 정치적 수단, 문화적 및 예술적인 표현에 제한되지 않고, 상업광고와 같이 다른 사람들에게 전달될 수 있는 주관적인 사상과 의견의 모든 형태를 포괄한다.

공적 영역 밖에서 개인은 자신을 표현하고자 하는 언어를 선택할 권리를 가진다. 그러나 공적 생활에서는 국가가 하나 이상의 공식 언어를 선택할 수 있다.

3.2.3 명예훼손과 허위정보의 유포

자유권규약위원회는, 비방(slander)에 대해 소송을 허용하는 크로아티아 형법 규정이 어떤 상황에서는 규약 제19조(3)에 의해 허용되는 것을 넘어서는 제한으로 나아갈 수 있다고 의견을 밝혔다. 그러나 *D. Paraga v. Croatia* 사건에서 신청인 측에 특정 정보가 부재하였고 신청인에 대한 공소가 기각되었기 때문에, 위원회는 신청인에 대한 그러한 형사절차의 개시가 그 자체로 제19조 위반에 이른다는 결론을 내릴 수 없었다. 형사소송은 그가 크로아티아 대통령을 "독재자"로 언급했기 때문에 제기되었다.[103]

크로아티아에 관한 최초 보고서를 검토할 당시, 위원회는 표현의 자유에 관한

101) Ibid., p. 103, para. 11.4.

102) Ibid., loc. cit.

103) Communications No. 727/1996, *D. Paraga v. Croatia* (2001년 4월 4일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/56/40(vol. Ⅱ), p. 66, para. 9.6.

권리가 헌법적으로 보장되었음에도, "명예훼손, 비방, 모욕 등의 영역을 포함하여 명예와 평판에 대한 침해를 다루고 있는 형법의 다양한 규정들은, 특히 정부 당국자를 상대로 한 언론과 표현에 관련하여서는 그 적용 범위가 불확실하다."고 지적했다. 그리하여 위원회는 당사국에, 언론과 표현의 자유에 관한 제한들을 명확하고 정확하게 밝힐 "종합적이고 균형 잡힌 규정"을 계발하고, 그러한 제한들이 규약 제19조(3)에 의해 허용되는 제한들을 초과하지 않도록 보장할 것을 권고했다.[104] 위원회는 또한 도미니카 공화국에 당국자에 대한 무례(*desacato*)[역주: 스페인어권인 중남미 지역에 실행되고 있는 desacato law를 말하는데, 공무원에 대한 비방, 중상을 포함한 명예에 대한 침해(offenses against honor)라고 정의할 수 있다]라는 범죄가 존재하는 것을 지적했는데, 위원회는 이를 규약 제19조에 반하는 것으로 여겼다. 당사국에 그러한 범죄를 폐지하는 조치를 취할 것이 요청되었다.[105]

위원회는 이라크 사안에서 "정부 또는 그 정책에 대한 반대나 비판을 표현할 권리에 대한 심한 제한들"에 관하여, 그리고 "법률이 공화국 대통령을 모욕했다는 이유로 종신형을 부과하고, 어떤 경우에는 사형을 부과한다."는 사실에 관하여 우려를 표명했다. 위원회는 또한 법률이 "대통령에게 해가 되는 글과 같이, 당국에 의한 폭넓은 해석에 노출되어 있어 모호하게 정의되는 범죄를 이유로 가혹한 처벌을 부과한다."고 지적했다. 위원회의 견해로는, "표현의 자유에 대한 그러한 제한들은 사상 토론이나 집권 Ba'ath 당을 반대하는 정당들의 활동을 효과적으로 저지하는 것으로서, 규약 제6조(역주: 생명권과 사형에 관한 규정이다)와 제19조에 위반이 되며, 평화적 집회 및 결사의 자유를 보장하는 규약 제21조와 제22조의 실현을 방해한다." 위원회는 표현의 자유, 평화적 집회 및 결사의 자유에 대한 제한을 부과하는 형법과 명령은 규약의 관련 조항들에 합치되도록 개정되어야 한다는 의견을 표명했다.[106]

위원회는 국익을 해하는 허위정보(false information)를 국외에 유포하는 것을 범법행위로 정한 형법 제98조와 같이, 슬로바키아에서의 표현의 자유의 여러 가지 측면들에 관하여 우려를 표명했다. 위원회의 견해로는 "이 용어는 … 매우 광범위하게 표현되어 명확성이 결여되었고, 제19조(3)에 의해 허용되는 것을 넘어서 표현의 자유를 제한할 위험을 가져온다." 위원회는 제19조에서 문제로 제기된 "정부에 대한 비판

104) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p. 68, para. 17.
105) Ibid., p. 58, para. 22.
106) UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. I), p. 21, para. 105.

적 표현을 이유로 한 명예훼손 소송"에 관하여도 우려를 표명했다.[107]

> *당사국은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 대하여 명예훼손 및 허위정보 유포에 관한 법률이 법적 명확성 원리에 부합되도록 보장해야 한다. 달리 말하면, 그러한 법률은 사람들로 하여금 법률에 위반되지 않는 행동을 택할 수 있도록 충분히 상세해야 한다.*
>
> *예를 들어 "당국자에 대한 무례"와 정부 기관이나 집권당에 대한 비판을 일반적으로 범죄화함으로써 표현의 자유를 제한하는 법률 조항들은 규약 제19조에 합치되지 않는다.*
>
> *표현의 자유에 대한 효과적인 보호는 규약 제21조 및 제22조에 표명된 평화적인 집회 및 결사의 자유에 관한 권리의 실현을 위해서도 필수불가결하다.*

3.2.4 인도에 반하는 범죄(crime against humanity)와 '증오의 고취(advocacy of hatred)' 에 대한 부인

인도에 반하는 범죄에 대한 부인하는 것이 허용되는지는 *Faurisson v. France* 사건에서 제기되었는데, 이 사건은 이른바 "게쏘 법"(Gayssot. 역주: 프랑스의 정치가로 위 법의 제안자이다)에 기초하여 프랑스 법원에서 선고된 신청인에 대한 유죄판결과 관련된 것으로, "게쏘 법"은 1881년의 언론자유법을 개정하여 "1945년 8월 8일의 런던헌장에서 정의된 바와 같은 인도에 반하는 범죄라는 범주의 존재에 대해 이의를 제기하는 것"을 범죄로 정하였다. 한 인터뷰에서 신청인(Faurisson)은 "나치가 만든 집단수용소에 유대인 말살을 위한 살인 가스실은 없었다."는 그 자신의 개인적인 확신을 되풀이하였다."[108]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조(2)에서 보장하는 신청인의 표현의 자유에 대한 이러한 제한은 제19조(3)의 견지에서 심사되어야 하는데, 이에 의하면 앞서 본 바와 같이 어떤 제한도 (1) 법률에 의하여 규정될 것, (2) 거기에 열거된 정당한 목적들 가운데 하나를 위하여 부과될 것, (3) 하나 이상의 그러한 목적을 위하여 필요할 것이라는 세 가지 조건을 중첩적으로 충족하여야 한다. 위원회는 우선 ***법률유보의 원칙***은, 그 제한이 "게쏘 법"에 의하여 규정되고, 그 법률을 기초로 신청인이 다른 사람들의 권리와 명예를 훼손하였다는 이유로 유죄선고를 받았다는 점에서 준수되었

107) UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. Ⅰ), p. 61, para. 383.

108) Communications No. 550/1993, R. *Faurisson v. France* (1996년 11월 8일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. Ⅱ), p. 85, paras. 2.3 and 2.5.

다고 인정했다.[109] 위원회는 다음으로 ***정당한 목적*** 즉, 규약 제19조(3)에 의한 다른 사람들의 권리나 명예의 존중을 위하여 제한이 가해졌다고 인정하였다. 위원회는 이와 관련하여, "제19조(3)에 의하여 표현의 자유에 관한 제한이 허용됨으로써 보호되는 권리는 다른 사람의 이익 또는 전체로서의 공동체의 이익과 관련될 수 있다"고 지적하였다. 신청인이 한 진술은 "전체적인 맥락에서 반유대 감정을 고취시키거나 강화하는 것이 당연한데, 그에 대한 제한은 반유대주의 분위기를 두려워하지 않고 살아가는 유대인 공동체를 존중하는 역할을 한다."[110]

그런데 결정되어야 할 마지막 쟁점은 ***그 제한이 이러한 정당한 목적을 위하여 필요하였는지 여부***였다. "게쏘 법은 인종주의와 반유대주의에 대해 투쟁하기 위한 것이다."라는 정부의 견해나, "대량학살의 존재를 부인하는 것은 반유대주의를 위한 주요한 수단"이라고 표현한 전 법무장관의 진술의 타당성을 약화시키는 어떠한 다툼도 없는 상황에서, 위원회는 Faurisson의 표현의 자유에 대한 제한은 규약 제19조(3)의 의미 내에서 필요했다고 확신하였다.[111]

교사의 표현의 자유와 관련한 사건인 the *Ross v. Canada* 사건에서, 자유권규약위원회는 마찬가지로 제19조를 위반하지 않았다고 결론지었다. 결정되어야 할 문제는 신청인의 표현의 자유에 관한 권리가 캐나다 대법원이 지지한 인권조사위원회(Human Rights Board of Inquiry)의 결정 때문에 규약 제19조에 반하여 제한되었는지 여부였는데, 그 결정으로 신청인은 1주일간의 무급 휴가 후 비교수(non-teaching) 직위로 전보되었다.[112] 위 조사위원회의 평가에 의하면, 신청인이 교수활동의 틀 밖에서 발간한 여러 책과 팸플릿에서 언급한 내용이 유대인들의 신앙과 신념을 폄하한 것으로 보인다.[113]

당사국과 달리 자유권규약위원회는 "교수직(teaching position)을 잃는 것은 금전적 손실이 전혀 없거나 미미한 정도에 그친다 할지라도 심대한 손상"이며, 따라서 신청인을 교수직에서 배제하는 것은 제19조(3)에 의해 정당화될 필요가 있는 표현의 자유에 대한 제한이라는 입장이었다.[114] 위원회는 그 조치는 나중에 대법원이 해석한 New Brunswick Human Rights Act라는 ***법률에 의하여 규정되었음***을 인정했다. 그 조치가 ***정당한 목적***을 추구했는지의 문제에 관하여는, 위원회는 "[제19조(3)에서] 다

109) Ibid., pp. 95-96, para. 9.5.

110) Ibid., p. 96, para. 9.6.

111) Ibid., p. 96, para. 9.7.

112) Communication No. 736/1997, *M. Ross v. Canada* (2000년 10월 18일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/56/40(vol. Ⅱ), pp. 72-75, paras. 4.1-4.6, and p. 83, para. 11.1.

113) Ibid., p. 73, para. 4.2.

114) Ibid., p. 83, para. 11.1.

른 사람의 권리 또는 명예라는 규정은 다른 사람이나 전체로서의 공동체와 관련될 수 있다."라는 *Faurrisson* 결정을 재확인하였다. 위원회는 다음과 같이 덧붙였다.

> "제한은 성질상 반유대주의 감정을 불러일으키거나 강화하기 위한 표현에 대해 허용될 수 있는데, 이는 종교적 증오로부터 보호되어야 하는 유대공동체의 권리를 옹호하기 위한 것이다. 그러한 제한은 규약 제20조(2)에 반영된 원리들로부터도 지지된다. 위원회는 조사위원회와 대법원 양자 모두 신청인의 표현들이 유대 신앙과 혈통을 가진 사람들에 대하여 차별적이고, 유대인들의 신앙과 혈통을 비하하며, 단지 유대인들의 신념과 가르침의 타당성에 의문을 던지는데 그치지 않고 진정한 크리스천들에게 유대 신앙과 혈통이 자유, 민주주의와 크리스천의 신념과 가치를 훼손하는 것처럼 상기시킨다는 점을 인정했다고 지적한다. 위원회는 신청인의 공적 표현의 성격과 효과에 관한 결정들을 고려하여, 그에게 가해진 제한들이 편향, 편견 및 불관용이 없는 공교육 제도에서 교육받을 권리를 포함하여 유대 신앙을 가진 사람들의 '권리와 명예'를 보호할 목적을 위한 것이라고 결론 내렸다."[115]

마지막으로, 제한의 ***필요성*** 문제에 관하여, 위원회는 "표현의 자유에 관한 권리의 행사는 특별한 의무와 책임을 수반한다. 이들 특별한 의무와 책임은 특히 어린 학생들에 대한 교수와 관련하여 학교 제도와 특별한 관련성이 있다."고 판시하였다. 그리하여 교사들의 영향력은 "학교 제도는 차별적 견해의 표명에 정당성을 부여하지 않는다는 점을 보장하기 위해 그 제한이 정당화될 수 있다."[116] 위원회는 이 점을 지적한다.

> "캐나다 대법원은 신청인의 표현과 학교 구역에서 유대인 아동이 겪게 되는 '오염된 학교 환경' 사이에 일상적인 연관성이 있다고 예상하는 게 합리적이라고 판단하였다. 그러한 맥락에서 교수직에서 신청인을 배제한 것은, 편향, 편견 및 불관용이 없는 학교 제도를 누릴 유대인 아동의 권리와 자유를 보호하는 데 필요한 제한이라고 볼 수 있다."[117]

위원회는 더 나아가 "신청인이 최소한의 무급 휴가 기간을 거친 후에 비교수직에 임명되었고, 따라서 제한은 그것의 보호적 기능을 달성하기 위해 필요한 한도를 벗어나지 않았다는 점"을 지적하였다. 위원회는 규약 제19조 위반은 없었다고 결론 내렸다.[118]

115) Ibid., p. 84, paras. 11.3.–11.5.
116) Ibid., p. 84, para. 11.6.
117) Ibid., pp. 84–85, para. 11.6.
118) Ibid., p. 85, paras. 11.6.

표현의 자유의 행사는 특별한 의무와 책임을 수반한다.

인도에 반하는 범죄와 차별의 조장에 대한 부인은 다른 이들의 권리와 자유를 보호하기 위하여 특정한 상황에서 표현의 자유의 행사를 제한하는 것을 정당화한다. 규약 제19조(3)의 "타인의 권리 또는 명예"라는 규정은 이 점에서 다른 사람들이나 공동체 전체와 관련된다.

당사국이 아동에 대한 공교육을 편향, 편견 및 불관용이 없도록 보장하는 것은 특히 중요하다.

3.2.5 국가안보 및 공공질서에 대한 위협

본 항에서 인용할 사례에서 보겠지만, 표현의 자유의 행사에 대한 제한을 정당화하기 위하여 당사국이 제19조(3)에 열거된 정당한 목적 중 한 가지를 주장하기만 하면 되는 것은 아니다. ***당사국은 구체적이고 신뢰할 만한 상세한 이유를 제시함으로써, 당해 사안에서 제한이 확실히 "법률에 의해 규정되고" 특정의 정당한 목적을 위해 필요하다는 점을 밝혀야 한다***.

국가안보의 개념은 *K-T Kim v. the Republic of Korea* 사건에서 핵심 쟁점이었는데, 위 사건은 대한민국의 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항에 의한 신청인에 대한 유죄판결과 관련되었다. 서울형사지방법원은 신청인에게 징역 3년 및 자격정지 1년을 선고하였고, 위 형은 항소심에서 징역 2년으로 감경되었다. 신청인의 범죄사실은 그가 전국민주화운동연합의 다른 회원들과 함께 정부 및 우방국들을 비판하고 남북통일을 호소하는 문서를 작성했다는 것이다.[119] 국가보안법 제7조 제1항 및 제5항은 "누구든지 반국가단체의 활동을 찬양 또는 고무함으로써 그 단체를 돕는 경우 처벌된다.", "누구든지 반국가단체를 이롭게 하는 문서, 도화 또는 기타 표현물을 제작 반포하는 경우 처벌된다."고 규정하고 있다.[120]

이에 자유권규약위원회는 신청인에 대한 유죄판결은 그의 표현의 자유에 대한 제한으로서 규약 제19조(3)에 의하여 허용되는지 여부를 판단하여야 했다. 그것은 국가보안법이라는 ***법률에 의해 규정***되었기 때문에, 규약 제19조(3)에 구체화된 ***정당한 목적들*** 중의 하나를 위하여 ***필요한*** 것이었는지 여부를 결정해야 했다. 위원회는 국가보안법의 구성요건이 광범위하고 다의적인 문구를 포함하고 있기 때문에 위 쟁점에

119) Communication No. 574/1994, *K-T Kim v. the Republic of Korea* (1998년 11월 3일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol. Ⅱ), p. 2, paras. 2.1-2.2

120) Ibid., p. 2, para. 2.3.

대하여는 "면밀한 검토"가 필요하다고 하였다.[121]

위원회는 신청인이 "당사국과 전시 상태에 있는 북한의 정책강령과 일치하는 것으로 보이는 유인물을 탐독하고 배포한 사실로" 유죄판결을 받았다는 점에 주목하였다. 대법원은 "그 활동이 북한에 이로울 수 있다는 것을 단순히 아는 것만으로도 유죄를 구성하기에 충분하다"고 판시하였다. 그럼에도 위원회는 "신청인의 정치적 연설과 정치적 문서의 배포행위가 규약 제19조(3)의 제한사유, 즉 국가안보의 보장이라는 사유를 이끌어내는 성격의 것인지를 검토해야 했다. 위원회는 이 점에 관하여 다음과 같이 언급하였다.

> "북한의 정책이 당사국 내에서 잘 알려져 있는 것은 분명하고, 북한의 정책에 유사한 견해를 출판함으로써 발생시킬 수 있는 북한의 (불명확한) '이익'이 어떻게 국가안보에 위험을 야기하였는지와, 그러한 위험의 성격과 범위가 어떤 것인지는 명확하지 않다. 당사국 법원이 어떤 심급에서든 위 문제들을 다루었다거나, 당해 연설이나 문서의 내용이 청중이나 독자에게, 그것의 보호를 위해서는 규약의 규정에 의하여 제한이 필요한 것으로 정당화되는 공공의 안전을 위협한다는 등과 같은 어떤 추가적인 효과가 있었는지 여부를 검토한 정황이 전혀 없다."[122]

위원회는, 당사국이 신청인이 표현의 자유를 행사함으로써 야기했다는 위협에 대하여 정확한 성격을 밝히지 못하였고, 표현의 자유의 행사를 기소하는 것이 왜 국가안보를 위해 필요한 것인지에 대해 구체적인 정당화 사유를 제시하지도 못하였으므로, 당해 제한은 규약 제19조(3)의 요건에 부합하지 않는다고 결론 내렸다. 결국 제19조가 위반된 것이다.[123]

T. Hoon Park v. the Republic of Korea 사건에서, 신청인은 자신이 1983년부터 1989년 동안 "미국 일리노이 대학교에서 유학하던 중 한국청년연합[Young Koreans United(YKU)]에 가입하고 활동에 참여했다는 것을 근거로" 국가보안법 제7조 제1항 및 제3항에 의해 유죄판결 받은 것을 문제 삼았다. 신청인에 의하면 위 단체는 미국의 단체로서 한국인 청년들이 남북한의 평화와 통일에 관하여 토론하는 것을 목적으로 조직한 것이었다.[124] 위 유죄판결에 의하면, 신청인이 미국에서 벌어진 특정의 평화적 시위 및 기타 집회에 참여하여 특정한 정치적 슬로건과 입장을 표명하

121) Ibid., p. 9, para. 12.3.

122) Ibid., p. 10, para. 12.4.

123) Ibid., p. 10, paras. 12.5.

124) Communication No. 628/1995, *T. Hoon Park v. the Republic of Korea*(1998년 10월 20일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/54/40(vol. Ⅱ), p. 86, para. 2.2.

였다는 사실에 근거한 것으로 보인다.[125]

위원회는 위 사건을 규약 제19조(3)과 관련하여 심리하면서 다음과 같이 강조하였다.

> "표현의 자유에 관한 권리는 어떤 민주사회에서도 핵심적 중요성을 가지는 것이므로, 그 권리의 행사에 대한 제한은 어떠한 것이라도 정당화 사유에 대한 엄격한 심사를 거쳐야 한다."[126]

신청인의 표현의 자유 행사에 대한 제한을 정당화하기 위하여, 정부는 국가안보를 위하여 필요한 조치였음을 주장하였으나, 그 근거로 단지 "남한이 처한 일반적인 상황과 '북한 공산주의자'가 제기하는 위협"만을 들었다. 위원회는 다시 한 번 당사국은 "위협의 정확한 성격이 무엇인지 밝히지 못하였다"면서, 당사국의 어떤 논거도 규약 제19조(3)에 의하여 신청인의 표현의 자유를 제한하는 것을 정당화하기에 충분하지 않다고 판단하였다. 마지막으로 당사국의 판결이나 제출 서류 중 어떤 것도 당해 유죄판결이 제19조에 규정된 정당한 목적을 위해 필요한 것이었음을 입증하지 못하였다. 그러므로 신청인의 "표현 활동"에 대한 유죄판결은 규약 제19조 위반으로 평가되어야 했다.[127]

V. Laptsevich v. Belarus 사건에서, 신청인은 벨라루스 독립선언기념일 관련 유인물의 몰수에 이은 제재 조치가 그의 표현과 의견의 자유에 관한 권리를 침해한 것이라고 주장하였다. 그는 "출판 관련 정보가 없는 유인물을 배포한 행위로" 관련법(Code of Administrative Offences)에 따라 390,000루블의 벌금형을 받았다. 신청인은 출판법(Press Act)이 자신의 출판물에는 적용되지 않는다는 점을 명확히 하기 위한 정보는 기재하였다고 주장하였다.[128] 당사국이 제출한 자료에서 "당해 제재조치가 국가안보를 위하여 필요한 것"이라는 점을 "암시"하고는 있지만, "경찰의 대처나 법원의 판결이 필요한 출판 정보가 없다는 것 외의 다른 것에 근거하였음을" 드러내주는 자료는 전혀 없었다. 따라서 위원회의 판단대상이 된 유일한 쟁점은 신청인이 출판법에서 요구하는 정보를 포함하지 않은 행위에 대해 제재를 가한 것이 공공질서 또

125) Ibid., p. 87, para. 2.4.

126) Ibid., p. 91, para. 10.3.

127) Ibid., loc. cit.

128) Communication No. 780/1997, *V. Laptsevich v. Belarus*(2000년 3월 20일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/55/40(vol. Ⅱ), pp. 178–180, paras. 2 and 4.

는 타인의 권리나 명예를 보호하기 위하여 필요한 것으로 볼 수 있는지 여부였다.[129]

자유권규약위원회는 "당사국이 신청인의 특별한 사정을 고려하거나, 200부의 유인물을 인쇄, 배포하기에 앞서 인쇄물을 행정당국에 등록하고 등록번호 등을 부여받게 한 이유를 설명하려는" 어떠한 시도도 하지 않았음을 지적하였다. 게다가 당사국은 "이러한 제한이 규약 제19조(3)에 규정된 정당한 목적을 위하여 왜 필요한 것인지, 위 제한에 대한 위반행위가 왜 벌금형뿐만 아니라 여전히 신청인의 수중에 있는 유인물의 몰수형까지 필요로 하는 것인지에 관하여 충분히 설명하지 못하였다."[130] 이러한 설명이 부족한 결과, 위원회는 앞서 본 제재조치들이 "공공질서 또는 타인의 권리나 명예를 보호하기 위하여" 필요한 것이 아니라고 판단하였다. 따라서 규약 제19조(2)가 위반된 것이다.[131]

자유권규약위원회에 의하면, 표현의 자유는 어떤 민주사회에서도 핵심적인 중요성을 가지는 것이므로, 이러한 자유의 행사에 대한 제한은 매우 엄격한 정당화 심사를 거쳐야 한다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조(3)에 열거된 정당화 사유를 적용함에 있어서 표현의 자유의 행사를 제한하는 것이 정당화되려면, 당사국은 주장을 뒷받침할 수 있는 충분히 구체적이고 신뢰할 만한 상세한 이유를 제시하여야 한다. 국가안보 및 공공질서와 같은 개념을 일반적으로 언급하는 것만으로는 충분하지 아니하고, 표현의 자유의 행사에 대한 제한을 정당화하는 요소로 받아들여질 수 없다.

3.2.6 출판의 자유

R. Gauthier v. Canada 사건은 캐나다의 *National Capital News*의 발행인에 관한 것인데, 그는 자신이 캐나다의 Parliamentary Press Gallery에 가입을 신청하였을 때 권한이 제한된 임시회원 자격만을 부여받은 것은 규약 제19조 위반이라고 주장하였다.[132] 당사국은 실제로 "사적 단체인 Canadian Press Gallery의 회원들에게, 의회의 회의 방청시 기록할 수 있는 권리를 포함하여, 공적 자금으로 설치된 의회의 미디어 설비를 이용할 권리를 제한하도록 하였다." 신청인은 Press Gallery의 정회원 자격을 부여받지 못하고, 경우에 따라 위 단체의 일부 설비만을 이용할 수 있는 임

129) Ibid., p. 181, para. 8.4.

130) Ibid., pp. 181–182, para. 8.

131) Ibid., p. 182, para. 8.

132) Communication No. 633/1995, *R. Gauthier v. Canada*(1999년 4월 7일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/54/40 (vol. Ⅱ), pp. 93–94, paras. 1–2.2.

시회원 자격을 보유하였다. 또한, 그 임시회원 자격이라도 없으면 의회의 미디어 설비를 이용할 수 없고, 의회의 회의 절차를 기록할 수도 없었다.[133] 따라서 위원회는 신청인이 의회의 미디어 설비 이용을 제한받는 것이 규약 제19조가 정한 정보를 "찾고, 주고, 받는" 권리를 침해하는 것인지에 대하여 판단하여야 했다. 위원회는 이에 관하여 우선 다음과 같이 언급하였다.

> "공적 활동에 참여할 권리는 규약 제25조에 규정되어 있고, 특히 일반논평 제25호(57)는 '규약 제25조의 권리를 보장하기 위하여 시민, 입후보자와 당선자 사이의 공적, 정치적 이슈에 관한 정보나 의견의 자유로운 교환이 필수적이다. 여기에는 공적 이슈에 대하여 검열이나 제한 없이 의견을 개진하고 다중에게 알릴 수 자유로운 언론 및 기타 매체 활동이 포함된다.'라고 밝히고 있다. … 제19조와 함께 보면, 시민은 특히 언론을 통하여, 선출된 기관 또는 그 구성원에 관한 정보에 광범위하게 접근하고 그 활동에 대한 정보와 의견을 전파할 기회를 가져야 한다. 그러나 위원회는 그러한 접근권으로 인하여 선출된 기관의 활동 수행을 방해하여서는 아니 되므로 당사국이 접근권에 대한 제한을 가할 수 있다고 본다. 다만 당사국이 가한 제한은 규약의 규정과 모순되지 않아야 한다."[134]

위원회는 다음으로 신청인이 자격 제한을 받은 것이 규약 제19조(2)의 ***정보접근권***에 대한 제한이 된다는 주장을 받아들이고, 정보기술의 발달로 인하여 의회 회의에 관한 정보가 이미 접근 가능하기 때문에 신청인은 아무런 불이익도 입지 않았다는 당사국의 주장을 배척하였다.[135]

위원회는 당해 조치가 의회의 특권에 관한 법률에 근거하여 이루어졌으므로 "법률에 의하여 부과된" 것으로 보고, "의회의 회의 절차에 대한 보호는 공공질서라는 정당한 목적에 해당"하며, "승인제도는 이러한 목적 달성을 위한 정당한 수단이 될 수 있다."고 하였으나, 반면 이러한 조치가 "전적으로 당사국이 결정할 사안"이라는 주장은 다음 견해를 채택함으로써 배척하였다.

> "승인절차에 관한 기준은 구체성, 공정성 및 합리성이 있어야 하고, 그 기준 적용이 투명하여야 하는데, 이 사건에서 당사국은 별도의 관리 없이 사적 단체로 하여금 의회의 보도설비에 대한 접근권을 통제하도록 하였다. 이러한 방법으로는 보도설비에 대한 자의적인 접근 배제가 없을 것임을 보장할 수 없다. 이러한 상황에서 위원회의 의견은, 당해 승인절차가 규약 제19조(3)의 의미 내에서 의회의 효율적인 활동과 그

133) Ibid., p. 104, para. 13.5.

134) Ibid., p. 104, paras. 13.3–13.4. 각주는 생략됨.

135) Ibid., pp. 104–105, para. 13.5.

구성원의 안전을 위해 필요하고 비례적인 제한임이 증명되지 않았다고 본다. 결국, 신청인이 Canadian Press Gallery의 회원자격을 받지 못하여 의회의 보도설비에 대한 접근을 제한받은 것은 규약 제19조(2)의 위반에 해당한다."[136]

*****

위원회는 가봉의 "국가통신위원회(National Council of Communication)에 언론기관에 대하여 감독을 하고 형벌을 부과할 권한을 부여한 것이 언론의 자유의 행사에 장애가 된다"고 "유감"을 표시하였고, "언론인들에 대한 탄압행위"를 개탄하였으며, 당사국에 대하여 "언론에 대한 검열과 제재를 폐지함으로써 제19조에 부합하도록 법규를 개선하고 언론이 자신의 활동을 자유롭게 할 수 있도록 보장하라"고 권고하였다.[137] 위원회는 또한 페루에서 "표현의 자유를 무색하게 하기 위한 언론인에 대한 조직적 탄압 및 살해 위협이 증가되고 있음"에 대한 우려를 표하였고, 당사국에 대하여 "표현의 자유에 대한 직 · 간접적 제한을 종식하기 위한 필요한 조치를 취할 것과 제기된 진정에 대하여 조사하여 책임자를 처벌받도록 할 것을" 요청하였다.[138] 위원회는 "페루가 관련자의 국적을 박탈하는 등 정부 인사들로부터 언론인을 떼어내려 통제하는 방법을 사용하는 것에 대하여" 개탄을 표하였고, "표현의 자유를 침해하는 이런 상황들을 제거하고 … 관련자들에 대하여 효율적인 구제수단을 마련하라"고 요구하였다.[139]

자유권규약위원회는 규약 제19조 규정과 모순되는 북한의 언론법 규정들에 대하여 우려를 표하였다. 관련 규정은 '국가안전에 대한 위협'이라는 개념이 표현의 자유를 제한하는 방법으로 사용될 수 있어, 외국 언론인의 제한 없는 체류가 오직 3개국의 언론인에 대하여만 한정되어 있고, 일반 대중이 외국 신문 및 간행물에 대하여 접근할 수 없게 되어 있다. 또한, 위원회는 북한 언론인이 외국으로 자유롭게 출국할 수 없는 점 또한 지적하였다. 당사국으로서는 어떤 출판물을 금지하여야 하는지 구체화하여 외국 간행물을 대중에게 허용하지 않는 조치를 중단하도록 하여야 한다고 덧붙였다. 또한, 언론인들에 대한 외국 여행의 제한을 완화하고, '국가안보에 대한 위협'이라는 개념이 규약 제19조에 반하는 표현의 자유에 대한 억압으로 사용되지 않도록 할 것을 요구하였다.[140]

위원회는 벨라루스에서의 표현의 자유에 대한 심각한 침해에 대하여 깊은 우려

136) Ibid., p. 104, para. 13.5. at p.105 and p. 105, para. 13.6.
137) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ), p. 44, para. 19.
138) Ibid., pp. 47-48, para. 16.
139) Ibid., p. 48, para. 17.
140) Ibid., p. 103, para. 23.

를 표하였다. "특히 인쇄, 출판 및 방송 시설이 정부의 소유이고 그 운영자 또한 공무원이라는 점이 언론에 강한 정치적 영향력을 행사하게 되고 그 독립성을 해한다."고 하였다. 언론에 대한 여러 제한 사항들, 특히 불명확하게 규정된 것들은 제19조(3)과 합치되지 않는다. 더군다나 위원회는 학대행위, 지역 및 외국 언론인들에 대한 협박행위, 그리고 정치적 반대세력의 방송시설에 대한 접근거부행위에 대한 우려도 표하였고, 당사국들로 하여금 규약 제19조와 양립할 수 없는 표현의 자유에 대한 제한행위를 제거하기 위하여 필요한 입법적 및 행정적 모든 조치를 우선적으로 취하도록 촉구하였다.[141]

위원회는 짐바브웨에서 대중매체(mass media)가, 예술적 표현을 포함한 다른 표현 형태와 마찬가지로 검열의 대상이 되고 국가에 의하여 통제된다는 점에 대하여 우려를 표하였고, 관련 법률을 규약 제19조(3)에 부합되도록 개정할 것을 권고하였다.[142] 마지막으로 슬로바키아 정부가 정부 소유의 텔레비전 방송국을 통제하는 것이 제19조를 위반할 위험이 있다고 하였다.[143]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조에 보장된 언론의 자유를 포함한 표현의 자유는 공무담임권과 관련한 제25조와 같은 다른 규정들과 연관하여 해석될 수 있다. 위 자유에 대한 효율적 행사는 공공 및 정치적 이슈에 관한 정보 및 사상의 자유로운 흐름(검열이나 제한 없이 공공 이슈에 대하여 의견을 제시할 수 있는 자유로운 언론 및 기타 미디어를 포함)을 전제로 한다.

*규약 제19조(2)에 부합하는 언론인의 **정보에 대한 접근권**은 특히 승인기준이 구체성, 공정성 및 합리성을 가져야 하고, 의회 토론에 대한 접근을 자의적으로 배제하여서는 아니 된다.*

언론의 자유는 규약 제19조에 따라 언론인에 대한 박해가 엄격하게 금지된다는 것을 의미한다. 언론에 대한 자유는 언론인들이 자신의 권리를 자유롭게 행사할 수 있고 자유로이 여행할 자유를 행사할 수 있음을 전제로 한다.

언론에 대한 검열 및 형벌부과는 언론의 자유의 효율적 행사에 대한 장애요소이다. 제19조(3)은 정부에 대한 비판을 잠재우기 위하여 대중매체에 대하여 모호하게 정의된 제한을 가하는 것을 금하고 있다.

3.2.7 인권옹호자(Human Rights Defender)

141) UN doc. *GAOR*, A/53/40 (vol. I), pp. 28–29, para. 153.

142) Ibid., p. 37, para. 224.

143) UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. I), p. 61, para. 383.

인권옹호자들의 표현의 자유는 필수적인데, 그 이유는 만일 그들이 구두로, 그리고 서면 또는 인쇄물의 형태로 표현하는 것이 자유롭지 않다면 실효성 있는 인권 보호활동은 환상에 불과한 것이 될 것이기 때문이다. 시리아 아랍공화국(Syria Arab Republic)의 정기보고서를 검토함에 있어서, 자유권규약위원회는 인권을 위하여 발언하는 인권옹호자들과 언론인들의 활동이 심각한 제한을 받고 있는 것을 우려하였다. 위원회는 국가기관에 대하여 비판적인 의견을 비폭력적으로 표현을 한 사람에 대하여 10년 형을 선고한 사례를 언급하며, 그러한 제재는 규약 제19조가 보장하는 표현 및 의견의 자유와 양립할 수 없다고 하였다. 따라서 당사국은 인권옹호자들과 언론인들이 자신들의 활동에 대한 제재를 받지 않고 또한 정부 정책에 대해 비판을 하였다는 이유로 법정에 서거나 또는 기소될 염려 없이 자신들의 활동을 할 수 있도록 보장하여야 한다.[144)]

이러한 맥락에서 1998년 12월 UN 총회 결의 53/144에 의하여 채택된 United Nations Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedoms이 특히 인권옹호자들을 보호하고 모든 사람에게 (1) 비정부 또는 정부 간 단체와 의사소통할 권리, (2) 모든 인권 및 기본적 자유에 관한 정보를 알고, 찾고, 취득하고, 수령하고 보유할 권리, 그리고 (3) 인권 및 기타 국제조약 등에 나타난 인권 및 기본적 자유에 관한 견해, 정보 및 지식을 타인에게 발표, 전달 및 배포할 권리(제5조 및 제6조)를 보장하기 위하여 마련된 것은 주목할 만하다.

표현의 자유는 인권 및 기본적 권리를 보호하는 자들 모두에게, 그들의 활동이 정부 정책을 비판하는 취지라 하더라도 실효성 있게 보장되어야 한다. 그들의 표현의 자유의 행사는 적용 가능한 국제규약 등에 포함된 것 이외의 다른 근거에 의하여는 제한되어서는 아니 된다.

3.3 아프리카헌장 제9조

아프리카헌장 제9조는 모든 개인에게 '법률의 범위 내에서 자신의 의견을 표명하고 전파할 권리'뿐만 아니라 '정보를 받을 권리' 또한 보장한다. 주목할 것은 '법률의 범위 내'라는 용어가 정당한 목적의 열거 또는 필요성의 개념과 같은 다른 기준에 좌

144) UN doc. *GAOR* A/56/40 (vol. I), p. 75, para. 23.

우되는 것이 아니라는 것이다.

3.3.1 보도의 자유

Media Rights Agenda vs. Nigeria 사건은 나이지리아의 독립신문사의 편집장인 Malaolu에 대한 심리와 유죄 선고에 관한 것으로, 그는 특별군사재판소에서 반역은폐의 혐의로 유죄 평결을 받고 종신형을 선고받았다. 아프리카 인권위원회에서 Malaolu는 그가 간행한 신문에서 다루어진 기사가 특정인들이 연루된 것으로 주장된 쿠데타와 관련 있다는 이유만으로 처벌받은 것이므로 아프리카헌장 제9조가 위반되었다는 주장이 제기되었다. 한편 나이지리아 정부는, Malaolu는 다른 언론인을 포함하여 쿠데타에 연루된 것으로 기소된 사람들과 함께 심리 받았고, 그의 사건은 언론인에 대한 탄압 사건이 아니라고 항변하였다.[145] 그러나 아프리카 인권위원회는 Malaolu에 대한 체포, 심리와 유죄 선고의 유일한 이유가 그가 발행한 쿠데타에 관한 기사에 있다고 보았고, 위 헌장 제9조가 위반되었다고 결론 내렸다.[146]

보도의 자유는, 선거 무효화에 대한 언론인들의 항의가 있자 수천부의 잡지가 압수된 사건인 *Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation v. Nigeria* 사건에서 또 한 번 문제가 되었다. 'The News' 지는 1993년 6월 군사법령에 의하여 폐간되었다. 폐간되기 전 비밀요원들에 의하여 위 잡지들이 압수되었고 그 편집자들은 경찰에 의하여 수배되었다. 그와 비슷하게 주간 뉴스잡지인 'Tempo'지 수천부 또한 몰수되었다고 추정되었다. 정부는 선거가 무효화된 후 나라를 휩쓴 "혼란한" 상황을 언급하며 이러한 조치들을 정당화하였다.[147] 아프리카 인권위원회는 정부의 위 주장에 동의하지 않으면서 당사국은 헌법규정을 뒤엎거나 헌법 및 국제인권기준에 의하여 보장된 기본권을 훼손하는 등으로 권리 행사를 제한하여서는 아니 된다는 일반원칙을 상기시켰다. 위원회의 의견은 "정부는 권리를 제한하지 말아야 하고, 헌법 또는 국제인권기준에 의하여 보호되는 권리들에 관해서는 특별히 유의할 필요가 있다. 어떠한 상황도 인권에 대한 전면적인 침해를 정당화시키지는 못한다. 실제로 권리에 대한 전반적인 제한은 법의 지배에 대한 공공의 신뢰를 약화시키며 때로는 역효

145) *ACHPR, Media Rights Agenda (on behalf of Mr. N. Malaolu) v. Nigeria, No. 224/98*, 2000년 10월 23일부터 11월 6일까지 개최된 28차 정기총회에서 채택된 결정, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/224-98.html에 게재된 텍스트 paras. 67-68.

146) Ibid., para. 69.

147) *AHCPR, Constitutional Rights Project and Civil Liberties Organisation v. Nigeria, Communication No. 102/93*, 1998년 10월 31일 채택된 결정, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/102-93.html에 게재된 텍스트 pars. 6, 7, 57.

과를 불러일으키기도 한다.[148]"는 것이다. 아프리카 인권위원회의 결론에 의하면, 국내법위반을 다룰 수 있는 명예훼손소송에 관한 모든 전통적 규정이 나이지리아 법에 있었다는 점을 고려하면, 정부의 어느 한 특정 출판물에 대한 발행금지는 특별한 우려사항이고, "특정 개인이나 법인에 적용되도록 제정된 법률은 차별이라는 심각한 위험과 아프리카헌장 제3조에 의하여 보장된 법 앞에서의 평등한 처우에 대한 위반을 초래한다." 'The News'지의 발행금지와 'Tempo'지와 'The News'지의 5만 부 압수는 위헌장 제9조를 위반한 것이다.[149]

"신문창간 및 발행에 관한 등록비 및 벌금 또는 손해배상을 위한 사전등록보증금의 납부 그 자체는 표현의 자유에 관한 권리에 배치되는 것이 아니다." "그러나 등록비가 등록제도 운용에 필요한 비용보다 높아서는 아니 되고, 사전등록보증금도 출판사 소유자, 인쇄업자, 발행인 등에 대한 벌금 또는 손해를 담보함에 필요한 금액을 초과해서는 아니 된다. 과다하게 높은 비용은 필연적으로 뉴스매체의 발행에 대한 제한이 된다."는 것이 아프리카 인권위원회의 견해이다. 그러나 위원회에서 문제된 사례에서 비용이 높기는 하였으나, "심각한 제한"이라고 볼 만큼 "명백하게 과대하지는 않았다"는 것이 아프리카 인권위원회의 견해이다.[150]

그러나 아프리카 인권위원회가 더 우려하였던 것은, 사실상 정부에 정부가 선택한 어떠한 신문 또는 잡지의 발행도 금지할 권한을 주는 것과 같은, "등록위원회가 결정하는데 가지는 전적인 재량과 그 결정의 종국성(終局性)이었다." 이는 검열을 야기하고, 헌장 제9조(1)에서 보호되는 정보를 받을 공중의 권리를 심각하게 위협한다. 즉 헌장 제9조(1)에 대한 위반이 있게 되는 것이었다.[151]

같은 사건 중 신문발행의 금지에 관하여, 아프리카 인권위원회는 헌장 제9조(2)에 따라 "모든 개인은 법률의 범위 내에서 자신의 의견을 전파할 권리를 가진다."는 점을 상기하였다. 아프리카 인권위원회는 "위 조항이 국내법이 개인의 의견을 표명하고 전파할 권리를 무시할 수 있다는 뜻은 아니며, 그렇게 본다면 개인의 의견을 표명할 권리에 대한 보호는 덜 효과적이 될 것이다."라고 하였다. 게다가 "국제인권기준은 그와 모순되는 국내법에 항상 우선하여야 한다. 헌장상의 권리에 대한 어떠한 제한이라도 반드시 헌장 규정에 합치해야 한다."[152] 더 나아가 헌장은 이탈조항(derogation

148) Ibid., paras. 57–58.

149) Ibid., para. 59

150) *ACHPR, Media Rights Agenda and Others v. Nigeria, Communications Nos. 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, 1998년 10월 31일 채택된 결정.* http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/에 게재된 텍스트 paras. 55–56 등록비는 100,000 Naira(= 약 665 미국달러)이고, 위약금으로서 예비등록비는 대략 250,000 Naira(= 약 1,664 미국 달러)이다. para.6.

151) Ibid., para 57.

152) Ibid., paras. 63, 66.

clause)을 포함하고 있지 않기 때문에 "헌장에 명시된 권리와 자유에 대한 제한은 비상상황 또는 특별사정에 의하여 정당화될 수 없다."[153]

실제로, "아프리카헌장상의 권리와 자유에 대한 제한의 유일한 정당화 사유는 아프리카헌장 제27조(2)에서 발견된다." 위 조항에 의하면 "권리와 자유는 타인의 권리, 집단의 안전, 도덕과 공통의 이익을 존중하면서 행사되어야 한다." "가능한 제한 사유는 정당한 공익에서 확인되어야 하고, 권리 제한으로 인한 해악은 그것으로 인하여 얻게 될 이익에 엄격히 비례하며, 그 이익을 위하여 절대적으로 필요한 것이어야만 한다." 특히, "제한으로 인하여 권리 자체가 형해화되는 결과가 있어서는 아니 된다."[154]

이 사건에서 나이지리아 정부가 아프리카헌장 제27조(2)에 기하여 'The News' 지의 발행금지를 정당화할 수 있는 근거를 제시하지 못한 점을 고려하고, 나이지리아 명예훼손법의 이용 가능성을 고려하면, 특정 출판물에 대한 발행금지는 비례원칙에 반하고 부적절하며 헌장 제9조(2)에 위반하는 것이다.[155]

3.3.2 의견표명의 자유

개인이 야당 또는 노동조합에 소속되었다는 이유로 구금된 사례에서 아프리카 인권위원회는 표현의 자유에 관한 그와 같은 "총체적 제한(blanket restriction)"은 헌장 제9조(2)를 위반한다고 결론 내렸다. 이와 관련하여, 아프리카 인권위원회는 제한이 필요하다면 그러한 제한은 "가능한 한 최소한"에 그쳐야 하며 "국제법으로 보장된 기본적 권리를 훼손하는 것"이어서는 안 된다는 원칙을 상기시켰다.[156] 비슷하게 케냐에서 학생연합의 대표로 알려진 사람이 그의 견해 때문에 체포되어 수개월간 구금되었다가 결국 케냐를 떠나야 했던 사건이 있었는데, 아프리카 인권위원회는 그러한 처우를 헌장 제9조 위반이라고 판단하였다. 어떤 개인의 견해가 국내법과 반대된다면, 그 영향을 받은 개인이나 정부는 법정(court of law)에서 구제책을 찾아야 한다.[157] 마

153) Ibid., para 67.

154) Ibid., paras 68–70.

155) Ibid., para 71. 이 개인통보사건과 Communication No.102/92이 부분적으로 같은 신문에 대한 금지를 다루고 있어 이 개인통보사건이 어떻게 Communication No.102/92과 관련되는지는 명확하지 않다.

156) *Amnesty International and Others v. Sudan, Communications Nos. 48/90, 50/91, 52/91 and 89/93*, 결정 채택일자 불명, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/에 게재된 텍스트 paras. 77–80.

157) *John D. Ouko v. Kenya, Communication No. 232/99*, 2000년 10월 23일부터 11월 6일까지 개최된 28차 정기총회에서 채택된 결정, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/232-99.html에 게재된 텍스트 paras 27–28.

지막으로, 작가 Ken Saro-Wiwa Jr.와 Civil Liberties Organisation을 대리하여 제기된 사건에서, 아프리카 인권위원회는 헌장 제9조 내지 제11조에 의하여 보장되는 표현, 결사 및 집회의 각 자유 상호 간의 밀접한 관계를 강조하고, 정부가 헌장 제10조(1)[결사의 자유]과 제11조[집회의 자유]를 위반하는 순간 묵시적으로 제9조도 위반하였던 것이라고 결정하였다. 희생자들이 재판을 받고 사형을 선고받은 것은 그들이 자신들의 견해를 평화적으로 표현하였기 때문이라고 주장되어 왔다. 집회기간 동안 희생자들은 Ogoni 민족의 생존을 위한 단체의 운동을 통하여, 그 나라의 석유가 생산되는 지역에 거주하는 사람들의 권리에 관한 정보와 견해들을 전파하였다. 아프리카 인권위원회는 국가가 위와 같은 주장들을 반박하지 않았음을 지적하였다.[158]

3.3.3 인권옹호자

Huri-Law vs. Nigeria 사건은 나이지리아의 인권단체의 구성원에 대한 탄압과 박해에 관한 것이다. 신청인에 의하면, Civil Liberties Organisation은 그 구성원들이 사람들에게 인권을 알려주는 것을 목적으로 한 조직화된 프로그램을 통하여 인권에 대한 존중을 보장하기 위해 함께 일한 인권단체이었다고 한다. 아프리카 인권위원회는 그러한 기능을 훼손시키려는 시도로서 구성원을 박해하고 그 사무실을 습격한 것은 헌장 제9조와 제10조에 보장된 표현의 자유에 대한 권리와 결사의 자유에 대한 권리 모두를 위반한 것이라고 결론지었다.[159]

아프리카헌장 제9조에서 보장되는 표현의 자유는 언론의 자유도 보장한다.

그러나 신문의 등록을 위한 적정한 수준의 등록비는 과다하지 않다면 헌장 제9조 위반이 아니다. 다른 한편으로, 신문의 등록이 헌장 제9조(1)에서 보장하는 정보를 받을 공중의 권리를 위협하는 수단으로 사용되지 않을 수도 있다. 정부는 권리 행사에 가해진 제한이 헌장 제27조(2)에 의하여 정당화될 수 있음을 증명해야 한다.

국제인권기준이 국내법보다 우위에 있기 때문에, 국내법은 표현의 자유 및 개인의 견해를 전파할 권리를 무효화시키지 못한다.

158) *International Pen and Others (on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr and Civil Liberties Organisation) v. Nigeria, Communications Nos. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97*, 1998년 10월 31일 채택된 결정. http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/에 게재된 텍스트 para 110.

159) *Huri-Laws (on behalf of Civil Liberties Organisation) v. Nigeria, Communication No. 225/98,* 2000년 10월 23일부터 11월 6일까지 개최된 28차 정기총회에서 채택된 결정. http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/225-98.html에 게재된 텍스트 para. 47.

아프리카헌장상 권리행사에 대한 제한은 본질적인 권리를 위축시켜서는 아니 되고, 헌장 제27조(2)에 규정된 정당한 근거에 의하여서만 제한될 수 있다. 이러한 제한은 이를 통해 얻고자 하는 정당한 이익에 엄격하게 비례하여야만 한다.

개인의 의견을 표명하는 자유는 체포, 기소 및 탄압에 대한 우려 없이 공개적으로 개인의 의견을 평화롭게 표현할 자유를 의미한다.

아프리카헌장상 인권옹호자는 인간의 권리와 자유에 관한 이해의 향상을 위하여 일하는 데 있어서 표현의 자유에 대한 권리를 가진다.

3.4 미주인권협약 제13조

미주인권협약 제13조(1)의 표현의 자유에 대한 권리의 정의는 위 조항이 사상의 자유에 관하여도 언급하고 있음은 별론으로 하더라도, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조(2)의 그것과 매우 유사하다. 그러므로 권리는 "구두, 서면, 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 어떠한 매체를 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 찾고 주고받는 자유"를 포함한다.

미주인권협약 제13조(2)에 따른 제한조항은 다음과 같은 점에서 특히 중요하다. 즉, 제13조(2)는 제13조(1)에서 규정한 권리의 행사가 "사전검열을 받지 아니하나, (a) 타인의 권리 또는 명예에 대한 존중, (b) 국가안보, 공공질서 또는 공중보건이나 도덕의 보호를 보장하기 위하여 필요한 범위 내에서 법률에 의하여 명시적으로 규정된 사후적 책임부과에는 복종하여야 한다는 점을 명시적으로 언급하고 있다." 그러므로 표현의 자유의 행사에 관한 제한을 정당화할 수 있는 근거는 위 규약 제19조(3)에서의 그것과 같다. 사전검열금지에 관한 예외는 "공공오락은 어린이와 청소년의 도덕적 보호를 위하여 이에 대한 접근을 규율할 목적에서만 법률에 의하여 사전검열을 받게 할 수 있다."고 규정한 미주인권협약 제13조(4)에 포함되어 있다.

미주인권재판소에 의하면 위 협약 제13조(4)에 규정된 예외를 제외하고, ***"사전검열의 목적이 표현의 자유가 남용되는 것을 막는 데 있다고 할지라도 … 사전 검열은 항상 제13조에 열거된 권리의 완전한 향유와 양립할 수 없다."*** 또한, "표현의 자유 영역에서 어떠한 예방적 조치도 필연적으로 협약에 의하여 보장된 자유의 침해로 이어진다."[160] 이 점에 관련된 사건이 칠레법원이 *'The Last Temptation of Christ'* 라는

160) *I–A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC–5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5*, pp. 103–104, para. 38. 강조는 추가됨.

영화의 상영을 금지한 *Olmedo Busto et Al. vs Chile* 사건이었다. 미주인권재판소는 이러한 사전검열이 미주인권협약 제13조에 구현된 사상과 표현의 자유에 대한 권리를 침해하였다고 결론 내렸다.[161]

미주인권재판소는, 표현의 자유에 관한 권리의 남용이 오로지 남용한 자에 대한 사후적 제재의 부과만을 통해 통제될 수 있는 반면, 이러한 사후적 책임부과가 유효하기 위해서는 다음과 같은 요건들이 충족되어야 한다고 한다.

- "책임을 묻기 위한 근거가 사전에 규정되어 있을 것"
- "법률로 위의 근거가 분명하고 정확히 명시되어 있을 것"
- "성취하게 될 목적의 정당성" 그리고,
- "위와 같은 법적 책임의 근거가 위 목적들을 '보장하는 데 필요'하다는 점을 나타낼 것"[162]

나아가 미주인권협약 제13조(3)은 특히 표현의 자유를 "신문용지에 대한 정부나 민간의 규제 남용과 같은 간접적 수단이나 방법" 또는 "사상과 의견들의 전달과 유포를 저해할 수 있는 다양한 종류의 대중매체"에 의하여 제한하는 것을 금지한다. 그러므로 이러한 규정은 간접적인 정부의 통제뿐만 아니라 같은 결과를 초래하는 대중매체에 대한 "민간의 통제"도 금지한다. 이는 정부가 사상과 의견의 전달과 유포를 저해하고자 하는 간접적인 성격의 제한들을 가할 때 협약에 대한 위반이 발생할 수 있다는 것뿐만 아니라, 정부가 협약 제13조(3)에 언급된 "민간의 규제"로 인한 협약 위반이 일어나지 않도록 할 의무를 부담하고 있음을 의미하는 것이다.[163]

전쟁의 선전과 증오의 고취가 "법률에 의하여 처벌되는 범죄로 간주된다."고 규정한 점에서, 미주인권협약 제13조(5)은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제20조의 그것과 유사한 제한을 허용하고 있다.

[**추록**: 미주기구(OAS) 총회는 2004년 미주인권협약 제13조상 "모든 사람은 정보를 찾고, 주고받을 권리를 가지며, 공적 정보에 대한 접근은 민주주의 작동에 본질적 요소"임을 재확인하는 결의안을 통과시켰다. 또한, "국가는 모든 사람의 공적 정

161) *I-A Court HR, The Case of Olmedo Bustos et Al. v. Chile, judgment of 5 February 2001, Series C, No. 73*, paras. 71-73

162) *I-A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5*, pp. 104, para. 39.

163) Ibid., pp. 110-111, para. 48.

보에 대한 접근을 존중하거나 존중을 장려할 의무가 있고, 공적 정보 접근에 대한 승인과 그것의 실효적인 적용을 보장하기 위해 필요한 입법 또는 다른 형태의 규정들을 채택하도록 촉진할 의무를 진다."고 재천명하였다[Access to public information: strengthening democracy, AG/REG. 2057(XXXIV-0/04), 8 June 2004, paras 1-2]. *Marcel Claude Reyes and Others v. Chile* 사건에서 미주인권재판소는 미주인권협약 제13조는 공적 기구가 보유하고 있는 정보에 대한 접근권을 보장한다고 판시하였다.

칠레 정부가 외국기업에 의해 수행되는 대량 벌목 계획에 관한 정보에 대한 신청인의 요청을 계속 거부한 사건에서 미주인권재판소는 칠레 정부가 위 권리를 침해하였다고 판시하였다(Inter-American Court of Human Rights, *In Marcel Claude Reyes and Others v. Chile*. Judgement of 19 September 2006, Series C, No. 151).

표현의 자유에 관한 특별보고관은 2004년 "대중매체 소유에 관한 독점적이고 과점적인 관행이 표현의 자유와 당사국 시민의 정보에 관한 권리에 심각하게 해로운 영향을 미친다."는 우려를 표한 보고서를 제출하였다.

위 보고서는 당해 지역에서 대중매체에 대한 소유 집중과 그것이 표현의 자유의 본질적 요소인 다원주의에 대해 미치는 영향에 관한 심각한 우려가 원인이 되어 그러한 관행에 관한 지속적인 진정의 원인이 되고 있다고 보고하였다. 위 보고서는 미주기구 회원국에게 "대중매체에 관한 독점적이고 과점적인 소유관계를 방지할 조치를 취할 것과 그 조치들의 이행을 위한 효과적인 메커니즘을 채택할 것"을 권고하였다[Report of the Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression(2004), chap. V. conclusions, para 1-3].

*****

마지막으로, 미주인권협약의 독특한 특징은 아래에서 보는 바와 같이, 제14조는 반론할 권리를 보장한다는 점에 있다.

> "법률로 규율되는 통신매체를 통하여 대중 일반에게 유포된 부정확하거나 공격적인 발언 또는 사상에 의하여 피해를 입은 자는 법률이 정한 요건에 따라 동일한 통신매체를 이용하여 반론하거나 정정한 권리를 가진다."

나아가, "위 정정이나 반론은 어떠한 경우에도 이미 초래된 다른 법적 책임을 면제시켜 주지 아니한다."[제14조(2)]. 마지막으로 "명예와 명성을 효과적으로 보호하기 위하여 모든 출판사, 신문, 영화, 라디오와 텔레비전 회사는 면제나 특권에 의하여 보호되지 않으면서 책임을 질 사람을 둔다."[제14조(3)]. 협약 제1, 2조와 관련하여 제

14조의 해석을 위하여, "반론 또는 정정권의 시행 가능성"에 관한 미주인권재판소의 보충의견을 참고할 수 있다.[164]

미주인권협약 제13조상 표현의 자유의 행사는 사전검열의 대상이 아니다. 표현의 자유의 행사의 남용은 남용한 자에 대한 사후제재를 통해서만 법적으로 통제될 수 있다.

그러나 이러한 사후 책임부과가 적법하기 위해서는 다음과 같은 요건들이 충족되어야 한다.

- *"책임을 묻기 위한 근거가 사전에 존재하고 있을 것"*
- *"법률로 위의 근거가 분명하고 정확하게 명시되어 있을 것"*
- *"성취하게 될 목적의 정당성" 그리고,*
- *"위와 같은 책임의 근거가 상기 목적들을 보장하는 데 필요하다는 점을 나타낼 것"*

미주인권협약 제14조는 대중에 전파된 부정확하거나 공격적인 발언 또는 사상으로 인하여 손해를 입은 개인에게 반론할 권리를 보장한다.

3.4.1 대중매체의 역할을 포함한 개인과 집단의 관점에서 본 표현의 자유

Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism 사건(이하, *Compulsory Membership* 사건이라고 한다)에서의 권고적 의견에 기초하여, 미주인권재판소는 *Ivcher Bronstein vs. Peru* 사건에서 미주인권협약 제13조에서 보호되는 개인은 "그들 자신의 사상을 표현하는 권리와 자유뿐만 아니라 모든 형태의 정보와 사상을 찾고 받고 전파할 권리와 자유를 가진다."는 견해를 확인하였다. 결과적으로 표현의 자유는 ***개인적인 측면***과 ***사회적인 측면***을 모두 가진다. 즉,

> "한편으로는 아무도 그 자신의 사상을 표현하는 데 있어 자의적으로 해를 입거나 방해받지 않는다는 것은 개인적인 권리를 의미하고, 다른 한편으로는 정보를 받고 타인의 사상에 관한 표명을 아는 것은 집단적인 권리를 의미한다."[165]

164) *I-A Court HR, Enforceability of the Right to Reply or Correction (arts. 14(1), 1(1) and 2 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-7/86 of August 29, 1986, Series A, No. 7.* 미주인권재판소 웹 사이트 www.corteidh.or.cr/seriecing/A_7_ING.html.에서 볼 수 있다.

165) *I-A Court HR, Ivcher Bronstein Case v. Peru, judgment of February 6, 2001, Series C, No. 74.* 사용된 텍스트은 미주인권재판소 웹 사이트 www.corteidh.or.cr/seriecing/C_74_ENG.html, para. 146에서 볼 수 있다(강조는 추가됨). *The Compulsory Membership* 사건에 관한 더 깊은 논의는 아래 3.4.5. 참조.

제13조 권리의 첫 번째 측면, 즉 ***개인적 권리***(individual right)에 관하여, 위 재판소는 다음과 같이 언급하였다.

> "표현의 자유는 말하거나 쓸 권리의 이론적 인식에 그치는 것이 아니라 사상을 전파할 모든 적절한 수단을 사용하여 최대한 많은 사람이 그 사상에 도달하게 하는 권리를 불가분적으로 포함하는 것이다. 이러한 점에서 사상, 정보의 표현 및 전파는 가분될 성질의 것이 아니며, 따라서 전파 가능성을 제한하는 것은 직접적으로, 그리고 같은 정도로 표현의 자유를 제한하는 셈이 된다."[166]

제13조의 권리의 두 번째 측면 즉 ***사회적 요소***(social element)에 관하여, 인권재판소는 언급하였다.

> "표현의 자유는 개인들 간의 사상과 정보를 교환할 수 있는 매개체이다. 표현의 자유는 한 개인의 관점을 타인에게 시험해보고 전달할 권리를 포함할 뿐만 아니라 의견, 기록과 뉴스를 알 수 있는 모든 이의 권리를 의미하기도 한다. 일반시민에게 있어서, 다른 의견과 다른 사람이 가지고 있는 정보를 알 수 있는 권리는 그들 자신의 것을 전파할 권리만큼이나 중요하다."[167]

미주인권재판소의 견해에 따르면, 이러한 두 측면은 "같은 정도로 중요하며 협약 제13조가 정한 표현의 자유에 관한 권리를 총체적으로 행사하기 위하여 동시에 보장되어야 한다." 이 권리의 중요성은 다음과 같은 점에서 매우 강조된다.

> "민주사회에서 미디어의 역할에 관하여 보건대, 미디어가 표현의 자유를 제한하는 방식이 아니라 표현의 자유의 진정한 도구로 사용될 때 가장 다양한 정보와 의견을 모을 수 있게 된다는 점은 중요하다."[168]

게다가 "미디어에서 일하는 언론인은, 사회에 정보를 제공하므로 그들의 기능이 충분히 발휘될 수 있도록 필요한 보호와 독립성을 누릴 수 있게 하여야 하고, 이는 사회가 충분한 자유를 누릴 수 있게 하는 필요불가결한 요소이다."[169]

Compulsory Membership 사건에 관한 미주인권재판소의 권고적 의견에서, 위 재판소는 표현의 자유에 관한 개인적 측면과 집단적(collective) 측면이 동시에 보

166) Ibid, para 147.
167) Ibid, para. 148.
168) Ibid, para. 149.
169) Ibid, para. 150.

장되어야 한다는 사실은, 한편으로는 "검열관에게 허위로 보이는 정보를 제거하게 할 의도로 사전검열제도를 구축하여 진실한 정보만 제공받을 사회라는 권리에 의존할 수 없다는 것"과, 다른 한편으로는 "정보와 사상을 전달할 권리는 하나의 견해만을 전달하여 여론을 조작하도록 고안된 전달매체의 사적 독점 또는 공적 독점의 확립을 정당화하는 것에 적용되어서는 안 된다는 것"을 의미한다고 하였다.[170]

바로 "대중전달매체가 표현의 자유의 행사를 실제적인 것으로 만들어 주기" 때문에 그것의 이용 조건은 이 자유의 요구와 합치하여야 한다. 그 결과, "***특히*** 다양한 종류의 전달수단이 존재하고, 어떤 형태이든지 간에 앞서 본 모든 독점을 금지하며, 언론인의 자유와 독립에 대한 보호가 보장되어야 한다."[171]

> *미주인권협약 제13조의 표현의 자유에 대한 권리는 한 개인의 사상을 표현할 권리뿐만 아니라 적절하다고 생각되는 모든 수단을 통하여 모든 형태의 정보와 사상을 찾고 전파하고 받는 권리와 자유를 포함한다.*
>
> *또한, 이는 표현의 자유가 동시에 보장되어야 하는 **개인적** 및 **사회적 측면**을 가지고 있다는 것을 의미한다. 즉, 한편으로는 어떠한 개인도 그 자신의 사상을 표현하는데 자의적인 방해를 받아서는 안 된다는 것과 다른 한편으로는 타인으로부터의 정보와 타인에 의하여 표현된 사상과 의견을 수용할 수 있는 집단적인 권리가 존재한다는 것이다.*
>
> *나아가 표현의 자유에 관한 개인적 및 사회적 측면 사이의 상호 관련성은 정보의 전달 가능성을 제한하는 것은 그만큼 표현의 자유를 제한한다는 것을 암시한다.*
>
> *민주사회에서 미디어는 표현의 자유의 진정한 도구이며, 자유로운 사회를 위하여 언론인이 안전한 환경에서 독립적으로 그 직업적인 책임을 다할 수 있어야만 한다.*
>
> *정보를 전달할 권리가 사전검열, 미디어 내에서의 독점 확립을 정당화하는 근거가 될 수는 없다.*

3.4.2 민주사회에서 표현의 자유와 공공질서의 문제

앞에서 전개한 미주인권재판소의 논증으로부터 도출된 해석에 의하면,

> "민주사회에서 공공질서라는 개념은 뉴스, 사상, 의견들의 가장 광범위한 순환뿐만 아니라 그 정보에 대한 사회 전체의 가장 광범위한 접근의 보장을 필요로 한다. 표현의 자유는 민주사회에서 공공질서의 주요하고 기본적인 요소를 구성하는데, 이는 자

170) *I–A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC–5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5*, pp. 101–102, para. 33.

171) Ibid, p. 102, para. 34.

> 유로운 토론이나 반대의견이 충분히 경청될 가능성이 없다면 상상할 수 없는 것이다."[172]

미주인권재판소는 위 견해를 보충하면서, 표현의 자유는 "민주사회의 필수적인 기둥의 하나"이며 "민주사회의 발전과 개개인의 개발의 기본적인 조건"이라는 유럽인권재판소의 법리를 인용하였다. 미주인권재판소가 언급한 것과 같이, 유럽인권재판소 또한 "표현의 자유는 우호적으로 또는 불쾌하지 않거나 무관심하게 받아들여질 정보과 사상뿐만 아니라 공격적 또는 불쾌하거나, 국가 또는 어느 분야의 대중을 충격에 빠뜨리는 정보와 사상을 전파하는 것에 대하여도 보장되어야 한다."라고 결정해 왔다. 나아가 유럽인권재판소는 이러한 원칙이 "언론에 적용될 때 특히 중요하다"고 판시하여 왔다.[173]

Compulsory Membership 사건에서, 미주인권재판소는 표현의 자유의 역할에 대하여 다음과 같이 표명하였다.

> "표현의 자유는 민주사회의 존재 자체를 지탱하는 초석이다. 그것은 여론 형성에 필수적이다. 그것은 또한 정당, 노동조합, 과학과 문화 단체, 일반적으로 공중에 영향력을 행사하고자 하는 사람들의 발전에 ***필수적 조건(conditio sine qua non)***이기도 하다. 간단히 말해서 그것은 선택권을 행사할 때 그 사회에 충분하게 정보가 소통할 수 있게 하는 수단인 것이다. 결론적으로, 정보소통이 원활하지 않은 사회는 진정으로 자유로운 사회가 아닌 것이다."[174]

*표현의 자유는 **민주사회의 공공질서**의 기본적인 요소이다. 그것은 뉴스, 사상과 의견의 가장 광범위한 순환과, 사회 전체의 정보에 대한 가장 광범위한 접근 모두를 전제로 한다.*

민주사회에서 공공질서라는 개념의 특징은 자유로운 논쟁에 있다, 즉 반대의견이 충분히 경청될 수 있고, 그래서 그 반대의견이 충격적이고 공격적이거나 불쾌하더라도 어떠한 견해에 대하여 제기될 수 있는 논쟁에 있다.

정보소통이 원활하지 않은 사회는 진정으로 자유로운 사회가 아닌 것이다.

172) *I-A Court HR, Ivcher Bronstein Case v. Peru, judgment of February 6, 2001,, Series C, No. 74,* para. 151.

173) Ibid, para. 152-153.

174) *I-A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5*, p. 123, para. 70.

3.4.3 표현의 자유에 대한 제한: "보장에 필요한"이라는 용어의 의미

미주인권협약 제13조(2)에 의하면, 정부가 표현의 자유를 제한하기 위하여 필요한 조건 중의 하나는 그 제한이 조항에 언급된 하나 이상의 정당한 목적을 "보장하는 데 필요한 것"이어야 한다. 그렇다면 여기서 "보장에 필요한"이라는 용어의 의미는 무엇인가?

미주인권재판소는 *Compulsory Membership* 사건에서 해석의 제한에 관한 미주인권협약 제29조, 의무와 권리의 관계에 관한 협약 제32조, 협약 전문을 함께 고려하여 제13조(2)의 조건을 해석하여야만 한다고 한다.

> "'민주기관', '대의제 민주주의', '민주사회' 등이 반복하여 언급되는 점에서 정부에 의하여 표현의 자유에 대하여 가해진 제한이 (a) 타인의 권리 또는 명예의 존중 또는 (b) 국가안전, 공공질서, 공공안전 또는 도덕의 보호라는 목적 중 '하나를 보장하기에 필요'한지는 민주사회와 기관들의 정당한 필요성과 비교하여 판단되어야 한다."[175]

위 견해에 따르면 "민주주의의 정당한 요구"는 특히 "민주적 기관들의 보존 및 기능과 대단히 밀접한 관계를 가지는" 미주인권협약의 규정들을 해석함에 있어 지침이 된다.[176]

미주인권재판소는, 미주인권협약 제13조(2)의 해석에 있어서 민주사회라는 개념의 역할을 위와 같이 확립한 후, "필요한"(necessary)이라는 용어를 분석하였다. 분석에 있어 미주인권재판소는 유럽인권재판소의 판례법을 참조하였는데, 이에 따르면 유럽인권협약 제10조의 "필요한"이라는 단어는 "필수적인"(indispensible)과 동의어는 아니고, "긴급한 사회적 요구"(pressing social need)가 존재함을 의미하며, "유용성"(useful), "합리적"(reasonable) 또는 "바람직함"(desirable)만으로는 제한의 "필요성"을 나타내기에 충분하지 않다. 미주인권재판소의 견해에 의하면,

> "그러한 결론은, '필요성' 및 제13조(2)에 따른 표현의 자유를 제한하기 위한 정당성은 제한을 위해 요구되는 필수불가결한 공익(compelling governmental interest)이

---

175) *I–A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC–5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5,* p. 106, para. 42. 미주인권협약 제29조(c)는 "이 협약의 어떠한 규정도 다음과 같이 해석되어서는 아니 된다. … 인간성으로부터 고유하거나 정부형태로서 대의민주주의로부터 나오는 기타의 권리나 보장을 배제시키는 것"이라 규정하고 있다. 위 협약 제32조(2)에 의하면 "각 개인의 권리는 민주사회에서 다른 사람의 권리, 모든 사람의 안전 및 일반복지의 정당한 필요성에 의해 제한된다."고 규정하고 있다.

176) Ibid., p. 108, para. 44.

어떠한 정도인가에 따라 달라짐을 시사한다. 만약 이러한 목적을 달성하기 위하여 선택할 수 있는 다양한 방법이 있다면, 그중에서 권리가 가장 덜 제한되는 수단을 선택하여야 한다. 이러한 기준에 의하면 법률이 유용하거나 바람직한 목적을 수행함을 입증하는 것만으로는 충분하지 않다. 미주인권협약과 양립하기 위해서는 제한이 그 자체의 중요성 때문에 제13조가 보장하는 권리를 완전하게 향유하는 사회적 요구를 능가할 만한 공적 목적과 비교하여 정당화되어야 한다. 나아가 이러한 기준에는 제한이 필수불가결한 공익에 의하여 정당화될지라도 필요 이상으로 제13조에서 보호되는 권리를 제한하여서는 안 된다는 점이 내포되어 있다. 즉 제한은 제한을 필요로 하는 정당한 공적 목적의 성취에 비례하여야 하고, 세심하게 조절되어야 한다는 것이다."[177]

"보장에 필요한"이라는 용어는 표현의 자유의 행사에 가해지는 제한은 반드시 민주사회의 정당한 요구라는 관점에서 해석되어야만 한다는 것을 의미한다. 제한은 필수불가결한 공익에 의하여 정당화되어야 하며, 그 필수불가결한 공익은 표현의 자유의 완전한 향유로 인한 사회의 이익을 명백히 능가하는 것이어야 한다. 제한은 목적이 단순히 유용하다거나 바람직한 것만으로는 "필요한"것이 아니다.

그러므로 "필요한"이라는 용어는 제한이 그것을 필요로 하는 정당한 공익에 비례해야 하며, 정부는 목표를 이루는 데 있어서 가장 덜 침해적인 제한을 선택해야만 한다는 것을 의미한다.

3.4.4 대중매체의 간접적 통제: Ivcher Bronstein vs. Peru 사건

표현의 자유에 관한 쟁점이 미주인권재판소에서 제기된 적은 거의 없었다. 그러나 *Ivcher Bronstein* 사건에서 페루 정부는 미주인권협약 제13조(1), (3)을 위반하였다.

Ivcher는 페루의 채널 2를 운영하는 회사의 대주주였고, 그 회사 이사회의 의장이자 임원으로서 프로그램에 관한 편집권을 가지고 있었다. 1997년 4월 '*Contraputo*'라는 프로그램에서, 채널 2는 육군정보부에 의하여 자행되는 고문, 저명인사에 대한 암살의혹 및 페루 정보부에게 자문을 제공한 자가 막대한 수익을 얻었다는 주장 등과 같은 국민적 관심사에 관한 탐사보도물을 방영하였다.[178] 채널 2는 1997년 페루 전체에 많은 청취자를 가지고 있었고, 편집책임자로서 Ivcher는 온갖 종류의 협박을 받아야 했다. 이스라엘 태생의 페루 국적자였던 그는 결국 페루시민권을 박탈당하고, 법관으로부터 회사의 대주주이자 회장으로서의 권리행사를 정지하는 명령을 받았다. 그의

177) Ibid., p. 109, para. 46.

178) *I-A Court HR, Ivcher Bronstein Case v. Peru, judgment of February 6, 2001, Series C, No. 74,* para. 156.

임원으로서의 지위는 철회되었고, 새로운 이사회가 구성되었다.[179] 미주인권재판소는, 소수 주주가 회사의 경영권을 넘겨받은 후 *Contraputo*를 제작하던 언론인들의 방송사 출입을 금지했고, 프로그램의 편집자들도 교체되었다고 설시하였다.[180]

미주인권재판소는 Ivcher의 국적을 박탈한 것은 "Ivcher 뿐만 아니라 *Contraputo*에서 근무하고 조사를 수행한 언론인들의 표현의 자유를 제한하는 ***간접*** 수단이고, Ivcher가 채널 2를 통제하지 못하도록 격리하고, *Contraputo* 제작관계자들을 배제함으로써, 페루 정부는 정보, 사상, 의견의 순환뿐만 아니라 정보를 수용하는 모든 페루인의 권리에 영향을 끼침으로써 페루인들이 정치적 선택을 하고 민주사회에서 온전히 발전할 수 있는 권리를 제한하였다." 그러므로 미주인권협약 제13조 제1항과 제3항을 침해하였다고 결론 내렸다.[181]

> *공익적인 사상과 의견의 소통과 유포를 방해시킬 목적으로 대중매체를 통제하는 간접 수단은 미주인권협약 제13조(1),(3)에 반하는 것이다. 그러므로 대중매체에 대한 정부나 개인의 간접적 통제와 신문사, 라디오, 텔레비전 방송국의 소유자와 언론인을 탄압하는 등의 조치는 금지되어야 한다.*

3.4.5 미주인권협약 제13조(2)과 언론인의무등록제도 사건

언론인의무등록제도(Compulsory Licensing of Journalists) 사건과 관련하여 미주인권재판소는 권고의견에서, 코스타리카에서 있었던 언론인의무등록제도와 미주인권협약 제13조(2)의 양립 가능성을 검토한 바 있다. 이러한 제도는 언론인조합(Colegio de Periodistas)의 조합원이 아닌 사람이 언론활동의 전문영역에 관여하는 경우 형사책임을 비롯하여 법적 책임을 부담하는 결과를 발생하게 한다.182) 미주인권재판소는 이러한 제한이 미주인권협약 제13조(2)에 열거된 근거로서 정당화될 수 있는지에 관하여 심사하였다.

"일반적으로 'colegio 조합'이라는 수단으로 전문직 단체를 구성하는 것은 ***그 자***

179) Ibid., paras., 158–160.

180) Ibid., paras., 161.

181) Ibid., paras., 162–164. 강조는 추가됨

182) *I–A Court HR, Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC–5/85 of November 13, 1985, Series A, No. 5,* pp. 114–115, para. 58.

체로는 협약에 반하지 않으나, 그것은 언론인들이 선의와 직업 윤리적 요구에 따라 행동할 것을 보장하는 규제 및 통제수단이다." 제13조(2)(b)의 공공질서라는 개념이 "가치와 원칙의 일관된 체계를 바탕으로 그 같은 기관들의 상식적이고 조화로운 기능을 보장하는 상태 … 로 간주될 수 있다면, 그러한 조직 구성은 공공질서에 포함되어 있다고 볼 수 있다."[183]

한편 미주인권재판소는 특히 민주사회에서 공공질서라는 개념은 "정보, 사상, 의견의 광범위한 순환뿐만 아니라 그 정보에 대한 사회 전체의 광범위한 접근의 보장"을 필요로 하고, "표현의 자유는 민주사회가 존재할 수 있도록 하는 초석이다."라고 설시하였다.[184] 위 재판소에 따르면, "저널리즘은 사상의 표현의 자유에 관한 기본적이고 중요한 지표이다. 저널리즘은 개개인의 천부적 권리인 표현의 자유에 연결되어 있으므로, 언론을 그저 대학에서 획득한 지식, 훈련의 응용을 통하여, 또는 변호사나 의사의 양성과 같이 어떤 전문적인 'colegio'에 등록된 이들을 통하여 대중에게 서비스를 제공하도록 승인받은 직업과 동일시해서는 안 된다.[185]. 그러므로 위 재판소는 아래와 같이 결론 내렸다.

> "언론인의무등록제도는 등록하지 아니한 자에 대해 미주인권협약 제13조가 개개인에게 부여한 권리를 완전하게 누릴 권리를 영원히 박탈하는 결과를 가져오기 때문에, 다른 직업군의 의무등록제도를 정당화하는 데 유효한 공공질서라는 근거를 언론인의 경우에는 적용될 수 없다. 즉 미주인권협약이 기초로 삼은 민주적 공공질서라는 기초 원칙에 반한다는 것이다."[186]

그럼에도 불구하고 위 재판소는 "언론인의 직업적 책임과 윤리를 확보하는 규정 및 이를 위반한 경우 처벌을 내리는 규정을 제정할 필요성"을 인정하고, 정부가 직업적 책임과 윤리에 관한 규정 위반을 제재할 권한을 법률로 위임하는 것이 적절하다고 보았다. 한편 언론인의 경우를 처리하는 데 있어서, 제13조(2)의 제한들은 "반드시 참작되어야 한다."[187] 그렇다면 "언론인에게 면허를 주는 법률, 즉 'colegio'의 회원이 아닌 사람들에게 언론활동을 할 수 없게 하거나 특정 분야에 전문화된 대학졸업생들만이 'colegio'에 등록할 수 있도록 제한하는 것은 협약에 합치하지 않는다." 그러한 법률은 제13조(2)이 허용하지 않은 표현의 자유에 대한 제약이고, "개인의 선택수단에

183) Ibid., p. 122, para. 68.
184) Ibid., p. 122–123, paras 69–70.
185) Ibid., p. 123–124, paras. 71–73.
186) Ibid., p. 125–126, para. 76.
187) Ibid., p. 127–128, para. 80.

따라 정보와 의견을 찾고 전달할 개인의 자유뿐만 아니라 아무런 간섭 없이 정보를 수용할 대중의 권리"를 침해하는 것이다.[188] 결국, 위 재판소는 만장일치로, "만약 언론인의무등록제도에 의하여 어떤 사람이 의견을 표현하거나 정보를 전달할 수단으로서 정보매체를 충분히 활용할 수 없다면 … 미주인권협약 제13조와 양립할 수 없다"고 할 것이고, "코스타리카의 언론인협회 기본법(Organic Law of the Association)이 어떤 개인이 위 협회에 가입하는 것을 막고, 결과적으로 표현 및 정보전달 수단으로서 대중매체를 완전하게 이용하는데 방해가 된다면, 위 기본법 또한 미주인권협약 제13조와 양립할 수 없다."고 판단하였다.[189]

변호사나 의사와 같은 직종별 조직은, 그 조직이 그 구성원이 선의와 직업 윤리적 요구에 따라 행동하는 것을 보장하는 수단이 된다는 전제하에, 그 자체로 미주인권협약 제19조에 배치되는 것은 아니다.

반면 저널리즘은 표현의 자유에 관한 기본적이고 중요한 지표이다. 만약 의무등록제도를 통하여 공중이 그들의 견해를 표현하고 정보를 전달함에 있어 정보매체에 접근하는 것을 차단한다면 공중이 그러한 특정조직에 소속되어 있을 것을 요구하는 것은 미주인권협약의 토대인 민주적 공공질서라는 원칙에 반하는 것이다.

3.5 유럽인권협약 제10조

유럽인권협약 제10조의 해석과 관련한 사례는 매우 많다. 유럽 차원에서 표현의 자유의 실질적 내용 중 중요한 몇몇 측면을 보여주기 위해 몇 가지 사례를 살펴보고자 한다.

제10조에 의하면, "모든 이는 표현의 자유에 관한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공 당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다." 그러나 위 규정에 의하여 국가가 "방송, 텔레비전 또는 영화 사업에 대한 허가제도를 두는 것"이 금지되는 것은 아니다.

이러한 자유의 행사에는 "의무와 책임이 따르므로", 제10조(2)는 사회에 필요하고 법률에 규정된 형식, 조건, 제약 또는 형벌"를 가할 수 있는 정당한 근거를 열거하고 있다. 이러한 근거는 다음과 같다.

❖ "국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전에 관한 이익"

188) Ibid., p. 128, para. 81.

189) Ibid., p. 131–132, para. 85.

- "무질서나 범죄의 방지"
- "보건이나 도덕의 보호"
- "타인의 명예나 권리의 보호"
- "비밀리에 받은 정보의 공개 방지"
- "사법부의 권위 및 공정성 유지"

제10조(2)에 합치하려면, "형식, 조건, 제약 또는 형벌"은 ***법률유보의 원칙, 정당한 목적의 조건 및 민주사회에서 필요성의 원칙을 중첩적으로 충족하여야 한다.***

미주인권협약 제13조와는 달리 유럽인권협약 제10조는 출판에 대하여 사전제약을 금지하지 않는다는 점은 주목할 만하다. 유럽인권재판소가 밝혔듯이, 이는 규정에 명시된 '조건', '제약', '금지' 등의 단어뿐만 아니라 유럽인권재판소의 판례법에서도 찾아볼 수 있다. 한편,

"유럽인권재판소도 사전제약이 가진 내재적 위험성 때문에 사전제약을 매우 엄격하게 심사한다. 특히, 뉴스는 잘 손상되기 쉬운 상품과 같아서 아주 단기간이라도 출판이 지연되면 그 가치와 이익이 저하되므로, 보도와 같은 경우 더욱더 그러하다."[190]

미주인권협약 제13조와는 달리 유럽인권협약 제10조는 출판에 대하여 사전제약을 명시적으로 금지하지 않는다. 그러나 사전제약의 내재적 위험 때문에 유럽인권재판소는 사전제약에 대하여 매우 엄격하게 심사한다.

체약국이 유럽인권협약 제10조가 규정한 표현의 자유에 대하여 부가하는 형식, 조건, 제약 또는 형벌이 적법하기 위해서는 법률유보의 원칙, 정당한 목적의 조건 및 민주사회에서 필요성의 원칙을 모두 충족하여야 한다.

3.5.1 표현의 자유에 대한 기본적인 해석적 접근법

유럽인권협약 제10조에 관한 판결례들을 분석하기 전에, 유럽인권재판소가 표현의 자유에 관한 쟁점을 심리하면서 채택한 기본적인 해석지침에 대해 살펴보는 것

190) *Eur. Court HR, Case of the Observer and Guardian v. the United Kingdom, judgment of 26 November 1991, Series A, No. 216,* p. 30, para. 60.

이 유용할 것이다. 그 해석지침은 민주사회에서의 표현의 자유의 역할, 당사국들의 판단 여지(재량의 정도), 유럽인권재판소 자체의 감독적 역할 등을 고려하여 이루어진 것이다. 유럽인권재판소는 무수히 많은 판시를 통하여 지속적으로 이러한 기본적인 해석지침을 적용해 왔다.[191]

민주사회에서 표현의 자유의 역할 : 유럽인권재판소는 초기부터 민주사회에서 표현의 자유가 수행하는 역할의 중요성에 대하여 강조해 왔다. 그래서 재판소는 일찍이 *Handyside* 사건에서 다음과 같이 판시하였다.

> "유럽인권재판소는 감독 기능을 수행하기 때문에 '민주사회'를 특징짓는 원칙들에 대하여 최대한의 주의를 기울일 의무가 있다. 표현의 자유는 민주사회의 본질적인 기초가 되고, 사회의 진보와 모든 구성원의 발전을 위한 기초적인 조건이 된다. 제10조 제2문에 따르면, 표현의 자유는 비단 우호적으로 받아들여지는 또는 공격적이지 않거나 무심한 것으로 받아들여지는 '정보'나 '사상'에만 적용되는 것이 아니라, 국가나 일부 국민들을 공격하거나 충격에 빠뜨리거나 방해를 하는 정보나 사상에도 적용된다. 이는 '민주사회'에서 없어서는 안 되는 다원주의, 관용 그리고 관대함의 요구에 따른 것이다. 무엇보다도 이 영역에서 가해지는 모든 '형식', '조건', '제약', '형벌'은 그 정당한 목적에 비례하여 이루어져야 한다."[192]

재판소는 *Sunday Times* 사건에서 다음과 같이 확인하였다.

> "이러한 원칙들은 언론에 관하여 특히 더 중요하다. 그러한 원칙들은 다수 공동체의 이익을 대변하고 계몽된 대중의 협력을 요구하는 사법운용의 영역에도 똑같이 적용될 수 있다. 법원이 외부와 단절된 상태에서 제대로 기능할 수 없다는 사실은 일반적으로 인정된다. 법원이 분쟁 해결의 장이기는 하지만, 그렇다고 하여 다른 곳에서 분쟁에 관한 사전 토론을 금지하는 것은 아니다. 그 다른 것은 전문적인 신문(journals)일 수도 있고, 일반적인 언론이나 대중 속에서 이루어질 수도 있다. 나아가 대중매체는 사법운용이 적절하게 이루어질 수 있도록 하기 위하여 대중매체에 주어진 한계를 넘어서는 안 되는 한편, 공적인 관심의 대상이 되는 다른 분야와 마찬가지로 법원의 경우에도 그곳에서 나온 문제들과 관련된 정보와 견해들을 전하는 것 역시 그들에게 주

191) 유럽인권협약 제10조에 관련된 더 많은 사례는 유럽인권재판소 웹 사이트(http://hudoc.coe.int)에서 볼 수 있다.

192) *Eur. Court HR, Handyside Case v. the United Kingdom, judgment of 7 December 1976, Series A, No. 24,* p. 23, para. 49. 이 사건은 민주사회에서의 도덕 보호를 위하여 신청인에 대한 유죄판결, 체포와 그 후속적인 몰수 및 Little Red Schoolbook 수백 권에 대한 파기에 관한 것이다. 위 책은 주로 12~18세의 어린이들을 대상으로 성(性)에 관한 부분을 포함하고 있다. 위 재판소는 이 사건에서의 조치들이 제10조를 위반하지 아니하였다고 결론 내렸다. p. 28, para. 59. 참조.

어진 임무이다. 대중매체는 이러한 정보와 견해를 전달하는 일을 맡고 있을 뿐 아니라 대중은 그와 같은 정보와 견해를 알 권리를 가진다."[193]

그 후 *Observer and Guardian* 사건에서, 유럽인권재판소는 "그렇지 않으면, 언론은 '공적인 감시인'이라는 필수적인 역할을 할 수 없을 것이다."라고 덧붙였다.[194]

당사국의 판단 재량 v. 유럽 차원의 감독: 유럽인권협약 제10조(2)의 제한규정을 해석함에 있어, 위 재판소는 예외에 다음과 같은 것들이 포함된다고 판시하였다.

"예외는 좁게 해석되어야 하고, 제한의 필요성은 설득력 있게 증명되어야 한다."[195]

한편 "제10조(2)의 의미와 관련하여 '필요한'(necessary)이라는 형용사는 '긴급한 사회적 필요'가 존재함을 의미한다."[196]

"이는 '필수불가결한(indispensable)'이라는 단어[제2조(2) 및 제6조(1)에서 사용된 '절대적으로 필요한'(absolutely necessary), '엄격하게 필요한'(strictly necessary)이라는 단어들, 그리고 제15조(1)에서 사용된 '상황의 긴급성에 의하여 엄격하게 필요한 정도'라는 문구]와 같은 뜻을 가지는 것은 아닌 한편, '인정되는'(admissible), '통상적인'(ordinary)[제4조(3)], '유용한'(useful)(제1 선택의정서 프랑스판의 제1조 첫 번째 문단), '합리적인'(reasonable)[제5조(3) 및 제6조(1)] 또는 '바람직한'(desirable)과 같은 표현처럼 유연성을 가지는 것도 아니다. 그럼에도 불구하고, 이는 국가 당국으로 하여금 '필요성'이라는 개념에 함축되어 있는 긴급한 사회적 필요가 있는지를 일차적으로 판단하도록 하고 있다.

결국 제10조(2)는 당사국에 판단 재량을 주고 있는 것이다. 이러한 판단 재량은 입법부와 법을 해석하고 적용하는 사법부 모두에게 주어져 있다."[197]

그러나 제10조(2)이 "당사국에 무한정의 판단 권한을 주고 있는 것은 아니다. '제약'이나 '형벌'이 제10조에서 보장하고 있는 표현의 자유와 조화를 이루고 있는지를 판단할 최종권한은 유럽인권재판소에 있다. 그래서 당사국의 판단 재량은 유럽인권재

193) *Eur. Court HR, the Sunday Times Case v. the United Kingdom, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30, p. 40, para. 65.*

194) *Eur. Court HR, Case of the Observer and Guardian v. the United Kingdom, judgment of 26 November 1991, Series A, No. 216,* p. 30, para. 59(b).

195) Ibid., p. 30, para. 59(a).

196) Ibid., p. 30, para. 59(c).

197) *Eur. Court HR, Handyside Case v. the United Kingdom, judgment of 7 December 1976, Series A, No. 24,* p. 22, para. 48.

판소의 감독과 관련되어 있다. 이러한 감독은 문제된 조치의 목적과 그 '필요성'과 관련하여 이루어지는데, 이는 입법행위뿐 아니라 그 법률을 적용하는 행위, 더 나아가 독립된 법원의 판단행위도 그 대상으로 한다."[198]

게다가 유럽인권재판소의 감독은 "당사국이 판단 재량을 합리적이고 주의 깊게, 그리고 신의칙에 맞게 행사하였는지를 확인하는 것에 그치지 않는다. 당사국이 그와 같이하였다고 하더라도, 그것이 협약 하에서 이루어진 약속과 조화를 이루는 것으로 볼 수 있는지에 대해서 재판소의 통제를 받아야 한다."[199]

요컨대, 표현의 자유를 행사하는 것에 대한 제한이 "확실하게 증명된" 것이기 위해서는, 문제된 조치가 "정당한 목적에 비례하고," 국가 당국이 그러한 조치를 취한 것을 정당화하기 위하여 제시하는 이유가 "관련성이 있고 충분한" 것임을 유럽인권재판소가 인정할 수 있어야 한다.[200]

마지막으로, 당사국의 판단 재량은 제10조(2)에서 열거하고 있는 각 목적에 따라 달라질 수 있는 것임을 주목해야 한다. 다음 항에서 보는 것과 같이, 목적이 객관적일수록 당사국에 주어지는 판단 재량은 적어진다.[201]

유럽인권협약 제10조에서 보장하고 있는 표현의 자유는 민주사회의 본질적인 기초 중 하나이다.

그리고 표현의 자유는 민주사회의 진보와 개개인의 발전을 위한 기초적인 조건 중 하나이다.

민주사회의 특징은 다원주의, 관용 그리고 관대함을 포함하는데, 이는 유럽인권협약 제10조(2)에서 규정된 제한과 관련하여 표현의 자유는 받아들일 만하거나 공격적이지 않은 정보와 생각뿐 아니라 국가나 국민 중 일부에게 공격을 가하고 충격을 주며 방해를 하는 정보와 생각에도 적용됨을 의미한다.

이러한 원칙들은 정보와 생각을 전함으로써 공적인 감시자의 역할을 하는 언론과 관련하여 특히 중요하다. 또한, 그러한 정보와 생각들을 알 권리를 가지는 일반 대중의 입장에서도 중요하다.

198) Ibid., p. 23, para. 49.

199) *Eur. Court HR, the Sunday Times Case v. the United Kingdom, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30,* p. 36, para. 59.

200) *Eur. Court HR, Case of the Observer and Guardian v. the United Kingdom, judgment of 26 November 1991, Series A, No. 216,* p. 30, paras. 59(a) and (b).

201) *Eur. Court HR, the Sunday Times Case v. the United Kingdom, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30*, pp. 36–37, para. 59.

유럽인권협약 제10조(2)의 "민주사회에 필요한"이라는 문구는 표현의 자유의 행사에 제한을 가하기 위해서는 "긴급한 사회적 필요"가 있어야 함을 의미한다. 다시 말하여, 그러한 제한은 정당한 목적에 비례하도록 "확실하게 증명된" 것이어야 한다. 그러기 위하여 당사국은 그러한 조치를 취한 이유로 제시된 것들이 '관련성이 있고' '충분한' 것이라는 점을 보여주어야 한다. 당사국이 주의 깊게 또는 신의칙에 맞게 행동하였음을 보여주는 것만으로는 충분하지 않다.

표현의 자유를 제한하는 조치가 필요한지 여부를 판단하는 데에는 당사국이 판단 재량을 가진다고 하더라도, 그 권한은 유럽인권재판소의 감독에 의하여 제한된다.

당사국의 판단 권한은 개별 상황에 있어 동일하지 않고 목적에 따라 달라진다. 목적이 객관적일수록, 제한조치의 필요성을 판단함에 있어 당사국에 주어지는 판단 재량은 적어진다.

3.5.2 언론의 자유

언론(press)의 자유는 유럽인권협약 제10조가 문제된 여러 사례에서 중심 주제가 되어 왔는데, 그 사례들은 유럽에서 자유롭고 비판적인 언론이 가지는 취약성뿐 아니라 기본적인 중요성을 보여준다. 이 항에서 제시하는 사례들은 사법부의 권위를 유지하기 위해서 그리고 타인의 명예나 권리를 보호하기 위해서 언론의 자유에 제한을 가하였던 사건들이다.

사법부의 권위 유지: *Sunday Times* 사건은, 신문사가 탈리도마이드(thalidomide)의 비극에 관한 기사를 보도하는 것이 법정모독이 될 수 있다는 이유를 들어 법원이 신문사에 그 기사의 보도금지를 명한 사건이다. 그 기사는 탈리도마이드에 중독된 아이들과 그들이 영국에서 제기한 손해배상청구 사건에서의 합의를 다루고 있었다. 탈리도마이드는 출산을 앞둔 산모들에게 처방되던 약물이었는데, 이후 그 약물을 처방받은 산모들은 심각한 기형을 가진 아이를 출산하였다. 영국에서 그 약물을 제조하여 판매하였던 Distillers Company (Biochemicals) Limited는 결국 그 약물로 인하여 피해를 입은 다수의 피해자와 합의를 하였다. 신청인들은 영국 고등법원(High Court)의 보도금지명령과 그에 대한 상원(House of Lords. 역주: 영국에서 대법원이 설립되기 전으로 상원이 대법원의 역할을 할 시기이다)의 지지 결정이 유럽인권협약 제10조 위반한다고 주장하였다.[202)]

유럽인권재판소는 이 사건에서 신청인들이 유럽인권협약 제10조(1)에서 보장

202) *Eur. Court HR, the Sunday Times Case v. the United Kingdom, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30,* p. 27, para. 38.

된 표현의 자유를 행사하는 데 있어 "공권력에 의한 간섭"이 있었음을 어렵지 않게 인정하였다. 이러한 간섭이 정당화되기 위해서는 제10조(2)의 요건들을 충족하여야 했다.[203]

그러한 간섭이 ***"법률에 의하여 규정되어야"*** 한다는 요건과 관련하여 유럽인권재판소는 제10조(2)에서 말하는 "법률"은 "형식적 의미의 법률뿐 아니라 불문법도 포함한다."고 하였다.[204] 나아가 "법률에 의하여 규정된다"는 표현은 "그 법률이 적절하게 이해되어야 하고" "시민이 그들의 행동을 규율할 수 있을 정도로 충분히 명확하게 규정되어 있어야 한다."는 것을 요구하고 있다고 하였다.[205] 유럽인권재판소는, 영국법 중 법정모독에 관한 법이 이러한 ***"이해가능성"***(*accessibility*)과 ***"예측가능성"***(*foreseeability*)의 기준을 충족하는지 여부에 대하여 면밀히 심사한 후, 이를 인정할 수 있다는 결론을 내렸고, 따라서 문제된 법원의 간섭은 제10조(2)에서 요구하는 "법률에 의하여 규정된" 것이라는 요건을 충족하였다고 판단하였다.[206]

예측가능성이라는 기준은 "필요한 경우 적절한 조언이 있다면, 개개인이 어떤 특정행동이 초래할 수 있는 결과를 그 상황에서 합리적인 정도로 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 그러한 결과는 완벽한 정도로 확실하게 예측될 필요는 없다. 경험적으로 볼 때 완벽한 예측은 불가능하다."[207] *Sunday Times* 사건에서 적용된 것과 같이, 예측가능성의 원칙은 어떤 행동으로 인한 위험성을 "그 상황에서 합리적인" 정도로 예측할 수 있어야 함을 말하는 것이다.[208]

다음으로 문제되는 것은 그러한 간섭이 제10조(2)에 부합하는 ***정당한 목적***을 가지고 있는지 여부이다. 신청인들과 정부는 모두 법정모독에 관한 법률이 "사법부의 공정성과 권위를 지키는 것뿐만 아니라 소송관계인들의 권리와 이익을 보호하려는" 목적을 가지고 있음을 인정하였다.[209] "사법부"(judiciary)(프랑스어로는 "pouvoit judiciaire")라는 단어에 대하여 설명하면서, 유럽인권재판소는 그것이 다음과 같은 것들로 구성된다고 설시하였다.

> "사법부는 공적인 지위로서의 법관뿐 아니라 사법부의 기관 또는 정부의 사법분과를 포함한다. 특히 '사법부의 권위'라는 구절은, 법원이 원래부터 그리고 일반대중에 의

203) Ibid., p. 29, para. 45.
204) Ibid., p. 30, para. 47.
205) Ibid., p. 31, para. 49.
206) Ibid., pp. 31–33, paras. 50–53.
207) Ibid., p. 31, para. 49.
208) Ibid., p. 33, para. 52.
209) Ibid., p. 33, para. 54.

하여 받아들여진 바와 같이 법적 권리와 의무에 관한 확인 및 그와 관련된 분쟁의 해결을 위한 적절한 토론의 장이고, 나아가 일반 대중은 법원의 그러한 능력을 존중하고 신뢰한다는 개념을 포함한다."[210]

유럽인권재판소는 쟁점이 된 국내법(영국의 법정모독에 관한 법률)을 심리하면서 다음과 같은 견해를 채택하였다. "법정모독에 관한 법률이 규율하고 있는 행동 대부분은 판사들의 지위와 관련된 것일 뿐 아니라 법원과 사법부 기관의 기능에 관련된 것이다. 따라서 '사법부의 권위와 공정성을 유지하는 것'은 그 법률의 목적이 된다. 법정모독에 관한 법률이 소송관계인의 권리를 보호할 목적을 가지는 한 이러한 목적은 '사법부의 권위와 공정성을 유지한다'는 구절 안에 이미 포함되어 있다." 따라서 법정모독에 관한 법률이 타인의 권리를 보호할 목적을 가지는지 여부를 별도의 쟁점으로 고려할 필요가 없다.[211] 유럽인권재판소에서 "공정성"에 대한 문제 제기는 없었기 때문에, 유럽인권재판소는 영국 상원이 그 기사가 부적당한 것이었다는 결론을 내린 이유로 제시한 것들이 "유럽인권재판소가 해석한 '사법부의 권위'를 유지하기 위한 목적 범위 내에 있었는지" 여부만을 고려하면 되었다. 유럽인권재판소는 이를 긍정하였고, 특히 영국 상원이 제시한 다음과 같은 이유를 받아들였다.

- "과실이 있는지에 관한 쟁점을 '섣불리 예단함'으로써 [그 기사는] 법적인 절차에 대한 불신을 초래하거나 사법작용을 방해할 수 있다."
- "이러한 사건에서 언론의 예단은 필연적으로 당사자들의 답변으로 이어지고, 이는 적절한 사법작용과 양립할 수 없는 '언론에 의한 재판'이 이루어질 위험성을 초래한다.
- "법원은 재판 전 언론보도에 의한 혼란에 관여하게 됨으로써 형성된 편견으로부터 당사자들을 보호해야 한다."[212]

이 사건에서 법원의 간섭은 ***법률유보의 원칙***과 ***정당한 목적의 요건***을 모두 충족하게 되므로, 남아 있는 핵심 쟁점은 그것이 ***"민주사회에서 필요한"*** 것이었는지 여부이다. 다시 말하면,

- 그 간섭은 "긴급한 사회적 필요"에 따른 것이었는가?
- 그것은 "추구하는 목적에 비례한" 것이었는가?
- 국내 당국이 제시하고 있는 이유가 "관련성이 있고", "충분한" 것이었는가?[213]

210) Ibid., p. 34, para. 55.

211) Ibid., p. 34, paras. 55–56.

212) Ibid., pp. 34–35, paras. 56–57.

213) Ibid., p. 38, para. 62.

이와 관련하여 유럽인권재판소는 당사국의 "판단 재량은 제10조(2)에서 열거하고 있는 각 목적에 따라 달라진다."고 밝혔다. 예를 들어, "도덕에 대한 보호"와는 달리, 사법부의 "권위"는 "국내법과 당사국의 그 적용이 공통적인 근거로 상당히 실질적인 조치로 나타난다는 점에서 "훨씬 더 객관적인 개념이다." "따라서 이러한 경우 당사국의 판단 재량은 적어지고, 유럽인권재판소의 감독 권한은 더 커진다."[214]

유럽인권재판소는 세부적인 판시를 하면서 민주사회에서 표현의 자유가 가지는 중요성과 관련된 원칙들은 "사법작용에도 동등하게 적용되어야 한다."는 점을 상기하였다. 표현의 자유에 대한 유럽인권협약 제10조(2)에 규정된 예외는 "좁게 해석되어야 한다."[215] 그리고 유럽인권재판소는 제10조가 "대중에게 정보를 제공하는 언론의 자유를 보장하고 있을 뿐 아니라 그러한 정보를 적절하게 제공받을 대중의 권리도 보장하고 있음"을 지적하였다. "이 사건에서, 그 비극과 관련된 법적 어려움에 대하여 알지 못하고 있던 수많은 피해자의 가족들은 기초사실과 다양한 해결가능성을 알아야 할 중대한 이익을 가진다. '사법부의 권위'에 대한 위협이 될 수 있음이 절대적으로 확실한 경우에만 피해자 가족들을 그러한 정보로부터 차단할 수 있다."[216] 따라서 유럽인권재판소는 "관련 이익들을 형량하고 각각의 무게를 평가하여야" 한다. 그러한 작업을 하면서 재판소는 특히 "그 사건의 사실들이 계속 중인 사건의 배경을 구성한다는 이유만으로 그것을 알 대중의 권리가 제한되는 것은 아니"라는 사실을 지적하였다. "확실한 사실들을 밝혔더라면 그 기사는 추측에 근거한 그리고 편견에 찬 논란들을 명백하게 하는 데 도움을 줄 수 있었을 것이다."[217] 유럽인권재판소는 "문제가 된 간섭조치는 협약이 보장하고 있는 표현의 자유에 포함되어 있는 대중의 이익을 넘어서는 정도로 충분하게 긴급한 사회적 필요에 따른 것이었다고 보기는 어렵다."고 결론지었다. 따라서 유럽인권재판소는 신청인들에게 가해진 제한의 이유는 제10조(2)의 요건을 충족하지 못한다고 판시하였다. 이와 같이 그러한 제한이 입법목적에 비례하는 것으로 입증되지 못하였다는 것은, 그것이 민주사회에서 사법부의 권위를 유지하기 위하여 필요한 것이었다고 보기는 어렵다는 것이다.[218] 결국, 유럽인권재판소는 당사국이 제10조를 위반하였다고 판단하였다.

214) Ibid., pp. 36–37, para. 59.
215) Ibid., pp. 40–41, para. 65.
216) Ibid., pp. 41–42, para 66.
217) Ibid., p. 42, para. 66.
218) Ibid., p. 42, para. 67.

타인의 명예 또는 권리의 보호: *Lingens v. Austria* 사건은 당시 오스트리아의 수상이었던 Kreisky의 명예를 훼손하였다는 이유로 유죄판결을 받은 신청인이 제기한 사건이었다. 신청인은 몇몇 기사에서 오스트리아 정치에 참여하였던 나치당원에 대한 Kreisky의 우호적인 태도를 비판하면서 "야비한 기회주의자", "비도덕적인" 그리고 "품위 없는"과 같은 단어를 사용하였다. 이로 인하여 신청인은 벌금형을 받았고, 그의 기사는 압수되었다.[219]

유럽인권재판소는 Lingens가 표현의 자유를 행사하는 데 있어 "공공 당국의 간섭"이 있었음을 인정하였는바, 그것이 협약 위반을 구성하지 않기 위해서는 제10조(2)에 따라 정당화될 필요가 있다. 유럽인권재판소는 신청인에 대한 유죄판결이 오스트리아 형법 제111조에 근거하여 이루어진 것이기 때문에 "법률에 의하여 규정된" 것이었다고 볼 수 있다고 하였고, 그러한 조치가 "타인의 명예나 권리"를 보호하기 위한 목적을 달성하기 위하여 고안된 것이라는 점도 인정하였다.[220] 따라서 남아 있는 쟁점은 유죄판결이 그 입법목적을 달성하기 위하여 ***"민주사회에서 필요한"*** 것이었다고 볼 수 있는지 여부였다.

유럽인권재판소는 *Handyside* 사건과 *Sunday Times* 사건에서의 판시를 상기시키면서, 비엔나 항소법원의 판결에서 표현된 "언론의 일이 정보를 전달하려는 의도로 이루어진 것이라면, 그것에 대한 해석은 일차적으로 독자들의 몫이다."라는 견해는 받아들일 수 없다고 강조하였다.[221] 유럽인권재판소는 다음과 같이 덧붙였다.

> "언론의 자유는 대중들에게 정치지도자의 생각과 태도에 관한 의견을 발견하고 형성하는 데 가장 중요한 수단 중의 하나가 된다. 보다 일반적으로, 정치적 토론의 자유는 규약 전반에 걸쳐 민주사회 개념의 요체를 이루는 것이다.
>
> 따라서 사인의 경우보다 공인의 경우 허용되는 비판의 범위가 더 넓다. 사인의 경우와는 달리, 공인은 비평가들이나 일반 대중들로부터 그의 모든 언행을 상세히 검증받을 수 있도록 자신을 공개해 두고 있고, 이는 필연적이며, 그들 자신도 이를 인식하고 있다. 따라서 공인은 더 많은 관용을 보여주어야만 한다. 제10조(2)이 모든 개인의 명예가 보호되어야 한다고 말하고 있는 것은 의심의 여지가 없고, 이러한 보호는 정치인들에게도 미치는 것이며, 그것이 그들의 사생활의 영역에 관한 것이 아닌 경우에도 적용되는 것이기는 하나, 이와 같은 사건에서 그러한 보호의 필요성은 정치적 논점에 관한 공개된 토론이 가지는 이익과 형량하여야 한다."[222]

219) *Eur. Court HR, Case of Lingens v. Austria, judgment of 8 July 1986, Seris A, No. 103*, pp. 21–23, paras. 26–30.

220) Ibid., p. 24, paras. 35–36.

221) Ibid., p. 24, para. 41.

222) Ibid, p. 26, para. 42.

Lingens 사건의 사실관계에 관하여, 유럽인권재판소는 그의 기사가 "오스트리아에서 공익에 관한 정치적 이슈를 다루고 있었고, 이는 국가사회주의(National Socialism) 및 나치가 국가통치에 참여했던 것에 대한 일반 국민의 태도–특히 수상의 태도–와 관련한 격렬한 논쟁을 불러일으켰다. 그 기사의 내용과 논조는 대체로 공정하게 균형 잡힌 것이었으나, 앞서 언급한 표현들의 사용은 Kreisky의 명예를 훼손할 가능성이 있는 것처럼 보인다. 그러나 이 사건은 정치인으로서의 Kreisky에 관한 것이기 때문에, 이러한 기사가 작성된 배경에 관하여 살펴보아야 한다."고 설시하였다. 1975년 총선 당시 the Jewish Documentation Centre의 대표인 Wiesenthal가 Kreisky의 연립내각 파트너 후보였던 오스트리아 자유당 대표의 과거와 관련하여 몇 가지 폭로를 하자 Kreisky는 Wiesenthal를 "마피아적인 수법"이라는 표현을 사용하며 비판하였다. 문제된 기사는 그와 같은 상황 직후에 발표된 것들이다. "비난 섞인 표현은 총선 이후 정치적 논쟁을 배경으로 하여 이루어진 것이다. 이 싸움에서 양측은 모두 그와 같은 무기를 마음대로 사용하였다." 협약 제10조(2)에 따라 "신청인에게 내려진 형벌과 국내 법원이 그와 같은 형벌을 내린 이유"를 평가함에 있어 이러한 상황은 "간과해서는 안 된다."[223]

이와 관련하여 유럽인권재판소는 문제된 기사들이 "널리 배포되었기" 때문에 신청인에게 내려진 압수명령이 "엄격히 말하여 그가 표현을 하지 못하도록 막았다고 보기는 어렵다고 하더라도, 이는 일종의 징계와 같은 것이어서 그가 앞으로 비슷한 종류의 비판을 할 수 없도록 하는 효과를 가져 올 수 있다."고 지적하였다. 그리고 다음과 같이 덧붙였다.

> "정치적 논쟁이라는 맥락에서 보았을 때, 그와 같은 명령은 비평가가 공동체의 삶에 영향을 미치는 논점에 관한 공적인 토론에 기여하는 것을 막는다. 마찬가지로, 이와 같은 종류의 제재는 언론이 정보제공자 및 공공의 감시자의 역할을 수행하는 것을 막는다."[224]

유럽인권재판소는 "Lingens가 가치판단의 근거로 삼았던 사실들과 그의 좋은 의도는 명백했다."고 하였다. 유럽인권재판소의 견해에 따르면, 오스트리아 형법 제111조에서 유죄판결을 피하기 위하여 요구하고 있는 것과 같이 가치판단이 진실함을 입증하는 것은 불가능하다. 게다가 그와 같은 입증을 요구하는 것은 "규약 제10조에서

223) Ibid, pp. 26–27, para. 43.
224) Ibid, p. 27, para. 44.

보장하고 있는 권리의 기초적인 부분인 의견을 가질 자유를 위축하는 것이다."[225] 따라서 유럽인권재판소는 Lingens의 표현의 자유에 대한 간섭은 "민주사회에서 필요한 것"이었다고 볼 수 없고, "입법목적에 비례하지 않는 것이었다."고 결론 내렸다.[226]

Jersild v. Denmark 사건에서, "Greenjackets"이라는 이름의 단체에 소속된 세 명의 청소년이 외국 태생의 사람들에게 모욕적 또는 굴욕적인 발언을 했다는 혐의로 유죄판결을 받았는데, 신청인은 위 청소년들을 교사하고 방조한 혐의로 유죄판결을 받았다. 위와 같은 발언은 신청인이 제작한 텔레비전 프로그램에서 방송되었는데, 신청인은 위 프로그램의 목적이 사회문제의 실상을 보여주는 데에 있었다고 주장하였다. 신청인은 위 행위에 대하여 일수(日數) 벌금 1,000 덴마크 크로나 또는 이를 대체하는 5일의 구금형을 선고받았다.[227]

위 사건에서 신청인에 대한 유죄판결이 신청인인 Jersild의 표현의 자유에 대한 간섭에 해당하고, 덴마크 형법 제266조(b), 제23조(1)에 규정되어 있으며, 다른 사람들의 명예 또는 권리를 보호하려는 정당한 목적을 추구하였다는 점에 관하여는 다툼이 없었다.[228]

사건의 유일한 쟁점은 신청인에 대한 처벌이 ***민주 사회에서 필요한 것***이었느냐이다. 유럽인권재판소는, 모든 형태와 표명의 인종차별 근절이 매우 중요하다는 점을 잘 알고 있고, 결과적으로 모든 형태의 인종 차별 철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)의 "대상과 목적"은 다음과 같은 측면에서 매우 중요하다고 강조하였다.

> "모든 형태의 인종 차별 철폐에 관한 국제협약의 대상과 목적은 신청인에 대한 유죄판결이 덴마크가 위 국제협약에 부합하기 위해 제정한 법률 규정에 근거하여 내려진 것인지, 유럽인권협약 제10조(2)의 의미 내에서 '필요'한지 여부를 결정하는 데 매우 중요하다."[229]

유럽인권협약 제10조에 의한 덴마크의 의무는 "가능한 한 위 국제협약상의 의

225) Ibid, p. 27, para. 46.

226) Ibid, p. 28, para. 47.

227) *Eur. Court HR, Case of Jersild v. Denmark, judgment of 23 September 1994, Series A, No. 298,* p. 14–15, paras. 13–14.

228) Ibid, p. 20, para. 27.

229) Ibid, p. 22, para. 30.

무와 조화될 수 있도록 해석되어야 한다."[230]

위 재판소는 민주사회에서 표현의 자유와 언론의 역할이 중요하다고 다시 서술하면서, 두 원칙은 "시청각 매체에도 당연히 적용된다."고 강조하였고, 다음과 같이 덧붙였다.

> "언론인의 의무와 책임을 고려함에 있어, 관련 매체의 잠재적 영향력은 매우 중요한 요소가 된다. 문제된 매체의 잠재적 영향력은 중요한 요소이고, 시청각 매체가 종종 인쇄매체보다 훨씬 즉각적이고 강력한 영향을 미친다는 점은 널리 알려져 있다. 시청각 매체는 이미지를 통한 생각의 전달을 가능하게 하는데, 인쇄매체는 이러한 방법이 불가능하다.
>
> 동시에 객관적이고 균형 있는 보도의 방법은 무엇보다도 문제가 된 매체가 어떤 것인가에 따라 상당히 다양할 수 있다. 언론인이 보도의 수단으로 어떤 기술을 사용할 것인지는 이 재판소 또는 국내 법원이 결정할 사항이 아니다. ***이러한 맥락에서 유럽인권협약 제10조는 표현되는 사상과 정보의 내용뿐 아니라 그러한 사상, 정보의 전달 방식까지도 보호한다는 점을 상기시키고자 한다.***"[231]

그래서 유럽인권재판소는 Jersild에 대한 유죄판결이 정당하다고 주장하는 덴마크 당국의 근거들이 관련성 있고 충분하며 비례의 원칙에 입각하였는지 여부를 판단하여야 했다. 그렇게 함에 있어서 "위 재판소는 덴마크 당국이 협약 제10조에 내재된 원칙들에 부합하고 관련사실에 대한 적절한 평가에 기초한 기준들을 채택하고 있는지를 검토해야 한다."[232]

재판소는 "Greenjackets에 관한 방송편이 준비된 방식, 그 내용, 방영되는 맥락, 프로그램의 목적"을 고려하여 평가했다. 또한, 재판소는 "모든 형태의 인종차별을 철폐하고 인종차별주의와 그에 따르는 행동을 예방하기 위하여 효과적인 조치를 취하도록 한 모든 형태의 인종 차별 철폐에 관한 국제협약을 비롯한 다른 국제조약에 따른 당사국의 의무도 고려하였다."[233]

그렇게 하는 과정에서 재판소는 우선, 국가 당국이 내세운 이유들이 그 처벌과 "관련성"이 있다고 판단했다. "덴마크 법원은 신청인 스스로 Greenjackets 방송편을 준비할 계획을 세웠고, 인터뷰 과정에서 인종차별적 발언이 나올 것을 미리 알고 있었을 뿐만 아니라, 그러한 발언을 장려하기까지 하였다는 사실을 상당히 강조했다. 그는

230) Ibid, pp. 22–23, para. 30.
231) Ibid, p. 23, para. 31. 강조는 추가됨.
232) Ibid, pp. 23–24, para. 31.
233) Ibid, p. 24, para. 31.

프로그램을 편집하면서 그러한 모욕적인 주장들을 포함시켰다. 그가 프로그램을 만들지 않았더라면 그러한 발언들이 사람들 사이에 퍼지지 않았을 것이고, 처벌 대상이 되지도 않았을 것이다."[234]

반면에 사회자의 소개사를 포함하여 프로그램의 맥락을 고려할 때, (Greenjackets 회원들과의) 인터뷰는 신청인이 주장하는 바와 같이 덴마크의 인종차별주의 문제를 다루고자 했던 목적을 달성하였음은 분명하다. "전체적으로 볼 때, 그 프로그램이 인종차별적인 입장과 생각을 전파하기 위하여 만들어졌다고 보기는 어려웠다."

왜냐하면,

> "그 프로그램은, 자신의 사회적 상황에서 억압당하고 좌절당한, 전과가 있고 폭력적인 태도를 지닌 청소년으로 구성된 단체를 인터뷰라는 수단을 통하여 노출시키고, 분석하고, 설명하고자 하였고, 그럼으로써 그 당시 이미 상당한 대중적 관심사이던 인종차별주의의 특정한 측면을 다루고자 했기 때문이다."[235]

게다가 유럽인권재판소는 덴마크 법원이 강조한 바와 같이 Greenjackets편이 극단적인 시각들 사이에서 균형을 잡으려는 어떠한 시도도 하지 않은 채 방영되었다는 주장은 받아들이기 어렵다고 하였다. 텔레비전 사회자의 소개와 인터뷰 도중에 보인 신청인의 행동으로 볼 때, 신청인은 분명히 인터뷰 대상인 사람들과 구분되었기 때문이다.[236] 재판소는 다음과 같이 덧붙였다.

> "인터뷰에 기초한 뉴스보도는 편집 여부와 관계없이, 언론이 공공의 감시자라는 기본적인 역할을 수행하기 위한 가장 중요한 방법 중 하나이다. 인터뷰 과정에서 나온 발언을 전파하는 데에 방조하였다는 이유로 언론인을 처벌하는 것은 공공의 관심사인 문제를 공론화시키는 언론의 역할을 심각하게 제한하는 것이고, 그런 이유로 언론인을 처벌하는 데에 특별히 중요한 이유가 있지 않은 이상 그러한 처벌이 있어서는 아니 된다. ***재판소는 이러한 점을 고려하여 해당 벌금이 적절하였다는 정부의 주장을 받아들이지 않았다. 중요한 것은 언론인이 처벌받았다는 자체이다.***"[237]

"유죄판결을 받은 Greenjackets 회원들이 한 발언이 발언의 대상인 사람들에게 모욕적이었고, 그러한 발언이 유럽인권협약 제10조에 따라 보호되는 개인의 권리

234) Ibid, p. 24, para. 32.
235) Ibid, p. 24, para. 33.
236) Ibid, p. 25, para. 34.
237) Ibid, p. 25, para. 35. 강조는 추가됨.

를 침해하였다"는 데에는 의심의 여지가 없다. 그러나 "그 프로그램 전체를 고려하였을 때 그러한 점이 신청인에 대한 형법상 기소와 처벌이 정당화될 수 있다는 점은 증명되지 않았다."238) "신청인에 대한 기소 및 처벌을 뒷받침하기 위하여 주장된 이유는 신청인의 표현의 자유를 제한하는 것이 민주사회에 있어 필요하다고 보기에 충분하지 않았다. 특히 권리를 제한하기 위하여 채택한 방법은 '다른 사람들의 명예나 권리'를 보호하고자 하는 목적과의 관계에서 균형이 맞지 않았다." 따라서 그러한 방법은 유럽인권협약 제10조를 위반하였다.[239]

타인의 명예나 권리에 대한 보호는 노르웨이 신문사 편집장과 그 소속 기자가 관련된 *Bergens Tidende and Others v. Norway* 사건에서도 문제되었다. 문제는 성형수술에 만족하지 못한 여성에 관한 신문기사에서 비롯되었다. 당해 신문사는 앞서 그 성형외과 의사의 수술과 성형수술의 이점에 관한 기사를 실은 적이 있었는데, 그 후 많은 여성이 성형수술에 관한 제보를 하였다.[240] 성형수술에 대하여 비판적인 입장을 지닌 두 번째 신문기사는 '예뻐지려다가 외모가 망가졌다'라는 제목으로 신문의 첫째 면에 게재되었다. 그 기사에서 여성들은 외모가 손상되고 인생도 망쳤다고 진술하였다.[241] 그에 따른 부정적 평판으로 인하여 해당 성형외과 의사는 환자들을 잃었고 결국 병원 문을 닫아야 했다. 불만을 품은 환자들이 보건당국에 그 성형외과 의사를 고발했는데, 보건당국은 조사를 거쳐 그의 수술이 잘못되지 않은 것으로 결론내리고 아무런 조치를 취하지 않았다.[242] 그 의사는 신청인 언론사에 대하여 명예훼손에 관한 소를 제기하였는데, 항소심이 언론사에 유리하게 결론을 내린 것과 달리, 대법원은 그 의사의 손을 들어주면서 언론사는 의사에게 손해와 비용으로 4,709,861 노르웨이 크로네를 배상하라고 판결하였다.[243]

유럽인권재판소에서 이러한 조치가 협약 제10조(2)에 따라 정당화되어야 하는 것으로, 신청인의 표현의 자유를 제한하는 것이고, 1969년 손해배상법 section 3(6)이라는 법률에 따른 것이며, 타인의 명예 및 권리를 보호한다는 정당한 목적을 추구한다는 데에는 이견이 없었다. 유럽인권협약 제10조와 관련되어 문제된 수많은 다른 사건

238) Ibid, pp. 25–26, para. 35.

239) Ibid, p. 26, para. 37.

240) *Eur. Court HR, Case of Bergens Tidende and Others v. Norway, judgment of 2 May 2000,* 사용된 텍스트는 위 재판소의 웹 사이트 http://hudoc.echr.coe.int/, paras. 9–11에서 볼 수 있는 편집되지 않은 것이다.

241) Ibid., para. 12.

242) Ibid., paras. 17–19.

243) Ibid., paras. 20–24.

에서와 마찬가지로, 이 사건에서 남은 문제는 그러한 제한이 ***"민주사회에서 필요하다"*** 고 여겨질 수 있는지 여부이다.[244]

유럽인권재판소는 표현의 자유에 대하여 기존에 설시한 사례들과 민주사회에서 언론의 의무와 책임을 포함한 중요한 역할을 상기하며, 다음과 같이 판시하였다.

> "이 재판소는 언론의 자유가 어느 정도의 과장, 자극까지 포함한다는 점을 인식하고 있다. 문제된 사건 같은 경우 당사국의 판단 재량은 언론이 중대한 공적 관심사에 관한 정보를 알리는 공공의 감시자라는 중요한 역할을 수행하는 것을 가능하게 하는 범위 내로 제한된다."[245]

재판소의 견해에 따르면, "당해 기사는 건강이라는 중요한 문제에 관한 것이고, 공익과 관련한 진지한 문제 제기를 했다." 이 사건에서와 같이 "국가 당국이 취한 조치가 공공의 정당한 관심사에 관한 정보를 전파하는 언론을 위축시킬 수 있다면, 법원은 수단이 적절한지를 엄격한 비례의 원칙에 따라 심사하여야 한다."[246]

그러나 표현의 자유를 실현하는 데에는 의무와 책임이 뒤따르고, 이는 언론에 대하여도 마찬가지이다. 이러한 의무와 책임은 이 사건에서와 같이 개인의 명예를 공격하거나 타인의 권리를 제한하는 경우에 특히 의미가 있다. 결과적으로,

> "표현의 자유를 행사함에는 내재적으로 '의무와 책임'이 따르기 때문에, 협약 제10조가 일반적 관심사에 관한 문제를 보도하는 것과 관련하여 언론인에게 제공하는 안전장치는 언론인들이 언론의 윤리를 지키면서 정확하고 믿을 만한 정보를 제공하기 위하여 선의로 행동한다는 것을 조건으로 한다."[247]

재판소는 이 사건에서 "R 의사의 수술에 관한 여성들의 설명이 기본적으로 정확했을 뿐 아니라 신문기사에도 정확히 기재되었다."는 사실에 상당한 무게를 두었다. 재판소는 기사를 전체적으로 보았을 때 그 내용이 과도하거나 허위라는 점을 발견하지 못했다.[248] "나아가 재판소는 여성들의 진술을 보도한 것이 형평에 맞지 않는다는 주장을 받아들이지 않았다." 재판소는 "인터뷰에 기초한 보도는 언론이 공공의 감시자 역할을 수행하는 데에 가장 중요한 수단 중의 하나"라고 지적하였다.[249] 재판소는 Jersild 사건에서의 판시를 인용하면서, "객관적이고 균형 있는 보도의 방법은 무엇보다도 문

244) Ibid., para. 33.
245) Ibid., para. 49.
246) Ibid., paras. 51–52.
247) Ibid., para. 53.
248) Ibid., para. 56.
249) Ibid., para. 57.

제가 된 매체가 어떤 것인가에 따라 상당히 다양할 수 있고," "언론인이 보도의 수단으로 어떤 기술을 사용할 것인지는 이 재판소 또는 국내 법원이 결정할 사항이 아니다." 라고 판시하였다. 마지막으로 재판소는 첫 번째 문제된 기사의 같은 면에 그 성형외과 의사가 한 모든 수술 중 15-20% 정도는 합병증이 발생할 수 있다고 언급하여 주의를 환기시키는 내용의 인터뷰를 실음과 동시에 이 분야에서 수술의 성공과 실패는 작은 차이일 뿐이라는 내용의 다른 성형외과 의사의 인터뷰가 게재되었음을 언급하였다. 게다가 R 의사를 옹호하는 두 개의 기사가 그 신문에 게재되기도 하였다.[250]

유럽인권재판소는, "당해 기사가 R 의사의 직업 수행에 심각한 결과를 초래하였음"을 인정하면서도, "그의 수술 후 조치 및 후속대처에 대한 정당한 비판을 고려할 때 그의 직업적 명성에 중대한 피해가 발생할 수도 있다는 점은 불가피하다"는 의견이었다.[251] 유럽인권재판소는, 이와 같은 점을 모두 고려한 후, "R 의사의 직업적 명성을 보호하려는 이익이 정당한 공공의 관심사에 대한 정보를 알리려는 언론의 자유라는 공적 이익보다 중대한 것으로 보이지 아니한다고 결론 내렸다. 간단히 말해서, 국가 당국이 내세운 이유는 그것이 관련성이 있더라도 위와 같은 언론의 자유에 대한 제한이 민주사회에서 필요하였다는 점을 인정하는 데에 충분하지 아니하였다. 또한, 재판소는 "노르웨이 대법원에 의해 취해진 신청인의 표현의 자유에 대한 제한은 정당한 목적과의 관계에서 합리적인 비례관계를 찾아볼 수 없었다."고 판시하였다.[252] 결국, 신청인에 대한 조치는 유럽인권협약 10조를 위반한 것이다.

유럽인권협약 제10조(2)에 명시된 제한들을 전제로, 표현의 자유는 언론이 정보제공자이자 공공의 감시자로서의 역할을 수행할 수 있도록 보장되어야 한다.

정치적 토론에 관한 자유는 유럽협약에 스며들어 있는 민주사회 개념 중에서도 중추적인 위치에 있다.

언론의 자유는 대중들이 정치지도자들의 생각과 태도에 대한 의견을 형성하고 발견할 수 있게 하는 최고의 수단 중 하나이다.

언론의 자유는 사상과 정보의 내용을 보호할 뿐 아니라 그것들이 전달되는 방식까지 보호하므로, 언론인들은 어떤 방법으로 보도할 것인지를 결정할 권리를 가진다.

250) Ibid., para. 57.

251) Ibid., para. 59.

252) Ibid., para. 60.

표현의 자유를 행사하는 데에는 의무와 책임이 뒤따른다. 언론인이 일반적 관심사에 대해 보도를 하면서 유럽인권협약 제10조의 보호를 받기 위해서는 언론인의 직업윤리에 따라 정확하고 믿을 만한 정보를 제공하고자 하는 선의에서 행동할 것을 요구받는다.

인터뷰에 기초한 뉴스보도는 그것이 편집의 과정을 거쳤는지를 불문하고, 언론이 공공의 감시자 역할을 수행하는 데에 가장 중요한 수단 중의 하나이다. 타인의 발언을 전파하는 데에 방조하였다는 이유로 언론인을 처벌하는 것은 처벌에 특별히 중대한 이유가 있지 않고서는 허용되어서는 아니 된다.

보도에 대한 처벌 또는 제재는 언론이 공공의 감시자 역할을 수행하는 것을 방해할 수도 있다.

민주사회에서는, 사법의 공정성과 권위를 유지하거나 타인의 명예 및 권리를 보호하는 등의 목적으로, 표현의 자유를 제한하는 것이 필요할 때가 있다.

그러나 진행 중인 소송과 관련된 문제라는 이유만으로 공공의 관심사가 되지 않는 것은 아니다. 그러한 이유로 표현의 자유를 제한하는 것은 정보의 자유로운 흐름에 대한 공공의 관심이라는 이익보다 그러한 제한에 대한 사회적 필요가 더욱 중대한 경우에만 정당화될 수 있다.

비록 유럽인권협약 제10조(2)에 의한 명예와 권리의 보호에 대한 권리를 정치인들도 누리지만, 사회적으로 용인되는 비판은 개인들의 경우보다 정치인의 경우에 더 폭넓게 인정된다. 정치인들이 공식적인 범위 내에서 활동하는 한, 유럽인권협약 10조(2)에 따른 보호는 정치적 문제에 관한 자유토론이라는 이익보다 더 중대한 경우에만 허용될 수 있다.

3.5.3 전문기관에서 선출된 구성원의 표현의 자유

Nilson and Johnson v. Norway 사건에서 전문기관 구성원의 표현의 자유에 대한 문제, 특히 이 경우에 경찰관의 경우가 쟁점이 되었다. 첫 번째 신청인은 경감으로 노르웨이 경찰협회 회장이었고, 두 번째 신청인은 순경으로 베르겐 경찰협회 회장이었다. 그들은 오슬로 시법원이 노르웨이 형법에 따라 그들에 대하여 명예훼손을 인정하여 유죄판결을 내린 것이 유럽인권협약 제10조에 기초하여 문제가 있다고 주장하였다. 그 명예훼손적 발언은 세 개의 신문사에 의하여 보도되었는데, 그 내용은 어떤 교수의 경찰만행에 관한 보고서를 비판한 것이었다. 한 신청인은 교수에게 비금전적 손해에 대한 배상금을 지급하라는 판결을 받았고, 두 신청인 모두 교수에게 법률비용으로 상당한 금액을 지급하라는 판결을 받았다.[253)]

당사자들은 문제된 법원의 조치가 신청인들의 표현의 자유를 제한하고, 그러한

253) *Eur. Court HR, Case of Nilsen and Johnsen v. Norway, judgment of 25 November 1999, Reports 1999–VIII,* pp. 72–75, para. 25, and p. 76, para. 27.

제한은 법률에 규정되어 있으며, 타인의 명예와 권리를 보호한다는 명목의 정당한 목적을 추구하였다는 점에 동의하였다. 따라서 유럽인권재판소에서 결정해야 할 것은 그러한 조치가 ***민주사회에서 필요한 것***이었는지 여부만 남아있었다.[254] 이 쟁점은 이 사건에서 특히 중요성을 가졌는데, 이는 신청인들이 노르웨이 베르겐시 경찰의 직권남용이라는 심각한 혐의에 반박하여 왔기 때문이다. 재판소는 이러한 고려에서 다음과 같이 언급하였다.

> "이 사건의 특징은, 신청인들이 경찰의 직권남용 혐의를 보도하는 어떤 기사에 대하여 경찰조직의 대표자로서 이에 대응하는 과정에서 이루어진 발언들 때문에 제재를 받았다는 점이다. 법원은 다툴 만한 여지가 있는 경찰의 직권남용혐의에 관한 정보를 유포하고 제공받을 권리를 제한하는 것에 관하여 엄격한 심사를 하여야 하는 한편, 그러한 혐의를 반박하기 위한 발언들이 논쟁의 한 부분을 담당한다는 점에서 그 발언들에 대한 제한에도 위와 같은 원칙이 적용되어야 한다. 특별히 이 사건에서는 전문조직에서 선출된 대표자들이 그 직업의 수행과 고결성에 의문을 제기하는 혐의에 대응하여서 한 발언이 문제되었다. 당연히도 제10조 하에서의 표현의 자유에 대한 권리는 협약 제11조에 규정된 집회 결사의 자유에 대한 권리를 향유하는 데에 가장 중요한 수단이라는 점을 명심해야 한다."[255]

유럽인권재판소는 노르웨이 법원이 그 교수의 명예를 보호하기 위하여 주장한 이유가 그 목적을 달성하는 것과 ***명백한 관련***이 있다고 보았다. 예를 들면 노르웨이 대법원은 명예훼손적 발언들은 거짓, 의도적 거짓말, 무가치하고 악의적인 동기, 부정직한 동기에 해당된다고 보았다.[256] 그러나 이러한 이유가 협약 제10조(2)에 규정된 목적들을 달성하는 데에 ***충분한 것***인가? 유럽인권재판소는, 이 사건이 노르웨이 특히 베르겐시 경찰의 폭력 혐의에 관한 오래되고 격렬한 논쟁을 배경으로 하고 있고, 따라서 이 사건에서 문제된 발언은 중대한 공공의 관심사에 관한 것이라고 보았다. 그러나 재판소는 중요하게도 다음과 같은 언급을 하였다.

> "유럽인권재판소(the Strasbourg Court)의 판례법에 의하면, 유럽인권협약 제10조(2)에 의하면 정치적 견해표명이나 공공의 관심사에 관한 토론을 제한하는 것은 매우 한정된 범위 내에서만 허용된다."[257]

---

254) Ibid., p. 82, para. 39.

255) Ibid., pp. 85–86, para. 44.

256) Ibid., p. 86, para. 45; 강조는 추가됨.

257) Ibid., pp. 86–87, para. 46.

그러나 "중대한 공공의 관심사에 관한 토론일지라도, 표현의 자유에 대한 한계는 있다." 그러므로 쟁점은 "신청인들이 그러한 허용되는 비판의 한계를 넘었는지 여부"이다.[258]

유럽인권재판소는 노르웨이 법원이 그 교수가 고의적인 거짓말을 하였다며 비난하는 발언이 표현의 자유의 범위를 넘어선 것으로 선언한 것은 정당하다고 보았는데, 이는 "허용되는 비난의 한계를 넘었기" 때문이었다. 그러나 나머지 발언에 대해서는 위와 같은 결론이 나지 않았는데, 이는 나머지 발언들이 가치 판단에 가까운 발언들이었기 때문이다.[259]

유럽인권재판소는 제한의 필요성을 평가함에 있어 이 사건에서 피해당사자의 역할을 고려하였다. 재판소는 "그가 '오보, 폭정'과 같은 다수의 경멸적 표현을 사용하였고, 베르겐 시 경찰에 '범죄 하위문화'가 있다고 주장하였다"고 판시하였다.[260] 그러나,

> "신청인들이 전문기관의 선출된 대표로서의 자격에서 직업수행방법 및 윤리를 비판하는 것에 대응한 것임을 고려하여, 재판소는 유럽인권협약 제10조(2)의 필요성이라는 요건 아래에서 자유 토론의 이익과 명예보호의 이익 중 어느 것이 더 중요한지를 형량함에 있어, 노르웨이 법원이 국내법을 적용할 때보다 신청인들의 공공 토론에 대한 적극적인 참여에 보다 비중이 실려야 한다는 결론에 이르렀다. 신청인들의 발언으로 신청인들은 그러한 토론에 의견제시를 하게 된 것이다. 재판소로서는, 양측의 직업적 명예가 달려있는 상황에서, 일반적인 관심사에 관한 지속적이고 뜨거운 공공토론이라는 맥락에서 본다면 어느 정도의 과장은 허용되어야 한다."[261]

유럽인권재판소는 나머지 발언이 협약 제10조에 규정된 허용되는 비판의 한계를 넘었다고 보기 어렵다고 하였다. 경찰 폭력에 대한 길고 뜨거운 공공 토론의 중심에는 그 폭력 혐의가 사실에 근거한 것인가에 대한 의문이 자리 잡고 있었고, 제보자들이 거짓된 혐의를 만들어 냈다는 추측을 뒷받침하는 사실도 존재하였다. 문제된 발언은 이러한 문제를 제기한 것이고, 그 과정에서 사용된 다소 험한 어휘들은 그 토론에서 일찍부터 선도적 지위를 차지하고 있는 상대방 교수가 사용한 앞에서 본 어휘들에 상응하는 것이기도 했다. 위 재판소는 신청인들의 표현의 자유를 제한하기 위한 충분한 이유가 없으므로 그러한 제한이 민주사회에서 필요한 것이 아니라는 이유로, 결

258) Ibid., p. 87, para. 47.
259) Ibid., p. 87, para. 49–50.
260) Ibid., p. 88–89, para. 52.
261) Ibid., p. 89, para. 52.

국 노르웨이법원의 판결이 협약 제10조를 위반한 것이라고 결론 내렸다.[262]

> *유럽인권협약 제10(2)에 의하면, 정치적 의견 표명 또는 공공의 관심사에 대한 토론에 대하여 제한을 가하는 것은 매우 한정된 범위 내에서만 가능하다.*
>
> *그러나 타인을 비판할 때에도 넘지 않아야 할 한계가 있다.*
>
> *예컨대 경찰의 직권남용 행위와 같이 다툴 여지가 있는 혐의에 관한 정보를 주고받을 권리를 제한하는 데에는 엄격한 유럽의 감독이 요구된다. 그러한 혐의에 반대하는 것을 목적으로 하는 의견표명을 제한하는 데에도 같은 원칙이 적용되는데, 이는 그러한 의견 표명이 같은 토론의 일부를 구성하기 때문이다.*
>
> *이러한 접근방식은 특히 직업적 진실성과 윤리를 위반하였다는 주장에 대응하여 전문가 조직의 선출된 대표들이 한 발언에 대해서도 유효하게 적용된다. 게다가 유럽인권협약 제10조에 의하여 보장된 표현의 자유는 제11조에 규정된 집회결사의 자유를 효과적으로 향유하는 데에 가장 중요한 수단 중 하나이다.*

3.5.4 선출된 정치인들의 표현의 자유

유럽인권재판소는 다음과 같이 언급하였다.

> "표현의 자유는 누구에게나 중요하지만, 그것은 선출된 국민의 대표에게 특히 그러하다. 그 또는 그녀는 유권자들을 대표하고, 그들의 관심사에 관한 주의를 끌어내며, 그들의 이익을 옹호한다. 그래서 야당 의원의 표현의 자유에 대한 간섭은 … 재판소에서 가장 철저한 검토를 요구한다."[263]

문제의 *Jerusalem v. Austria* 사건에서, 지방의회로도 기능하는 비엔나 시의회(Vienna Municipal Council)의 의원인 신청인은, 오스트리아 법원에 의하여 오스트리아 민법 제1330조를 근거로, IPM과 스위스의 VPM 같은 두 유명 단체가 "전체주의적 성격의 종파들"이라는 취지의 발언을 되풀이하는 것을 금지당하였다.[264] 비엔나 시의회에서 자녀가 종파에 연관된 부모들을 지원하는 단체에 대한 보조금 승인을 주제로 토의하는 동안, 신청인은 비엔나에 "정신병적 종파들"(psycho-sects)이 존재하며, 그들은 "전체주의적 성격"과 "파시스트적 경향"과 같은 공통점들을 가지고 있다고

262) Ibid., p. 89, para. 53.

263) *Eur. Court HR, Case of Jerusalem v. Austria, judgement of 27 February 2001.* 사용된 텍스트는 위 재판소 웹 사이트 http://hudoc.echr.coe.int/, para. 36.에서 볼 수 있는 편집되지 않은 것이다.

264) Ibid., para. 18.

발언하였다. 신청인은 또한 IPM은 "오스트리아 국민당(Austrian people's Party)의 약물정책에 대하여 영향력을 획득하였다"고 말했다.[265] IPM 뿐만 아니라 스위스의 대등 단체인 VPM도 비엔나 지방법원에 신청인이 IPM이 종파라는 발언을 되풀이하는 것을 금지하는 명령을 내려줄 것을 신청하였다. 위 신청은 받아들여졌다.

유럽인권재판소는 이 사건에서 위 명령은 유럽인권협약 제10(1)에 의해 보장되는 신청인의 표현의 자유에 대한 간섭이 되고, 그 간섭은 "법률에 의해 규정되어야" 함은 물론, 위 협약 제10조(2)의 의미 내에 있는 "타인의 평판이나 권리에 대한 보호"라는 정당한 목적을 추구한다는 의견을 지지하였다. 그 결과, 그 명령이 "민주적인 사회에서도" 특별한 목적을 위해 필요한가"를 밝히는 문제가 남게 되었다.[266]

선출된 국민의 대표자들을 위한 표현의 자유의 중요성을 강조한 후에, 재판소는 다음과 같이 상기하였다.

> "허용할 수 있는 비판의 한도는 공적 지위에서 활동하는 의원들의 경우에 사적인 개인들과 비교하여 더 넓다. 전자는 불가피하게 그리고 의도적으로 자신들의 언행에 대한 언론과 광범위한 대중의 철저한 검증 앞에 자신을 드러내어 두기 때문이다. 정치인들은 특히 그들 스스로 비판에 민감한 공적 발언을 할 때에는 더 큰 수준의 관용을 보여야 한다."[267]

그러나 *Nilsen and Johnsen* 사건에서의 위와 같은 판단과 관련하여 유럽인권재판소는, "사적인 개인들이나 단체들은 공적 토론의 장에 들어갈 때는 철저한 검증 앞에 그들 자신을 드러내어 둔다."고 판시하였다. 앞의 당해 사건에서 재판소는, 그 두 단체는 "공적 관심사 즉, 약물 정책 분야에서 활동적이었다. 그들은 이 문제에 관한 공적인 토론에 참여하였고, 정부가 인정한 바와 같이 어느 정당과 협력하였다. 그 단체들이 공적 영역에서 이런 식으로 활동적이었기 때문에, 상대방이 그들의 목표와 그 토론에서 활용된 수단을 고려할 때 그들은 비판에 대해 더 높은 수준의 관용을 보여주어야 했다."[268]

재판소는 그다음에, 비엔나 시의회에서의 정치토론 과정에서 행해진 문제의 그 발언들은, "참가자들의 공적 표현의 자유 보호라는 공익에 관해서는 적어도 의회와 비교할 만한 토론장에서도 행해진다."고 언급했다. 재판소는 다음과 같이 덧붙였다.

265) Ibid., para. 10.

266) Ibid., para. 30.

267) Ibid., para. 38.

268) Ibid., para. 38–39.

"민주주의에 있어서, 의회 또는 그에 비교할 만한 기관들은 정치토론을 위한 필수적인 장이다. 그 안에서 행사되는 표현의 자유에 대한 간섭이 정당화되기 위해서는 매우 중대한 사유들이 제시되어야 한다."[269]

오스트리아 법원들과는 반대로, 유럽인권재판소는 신청인의 발언들은 "선출된 지방의회 의원에 의한 공적 관심사에 관한 공정한 논평들을 반영하는 것으로서, 사실의 표현이라기보다는 가치 판단으로 간주되어야 한다."고 받아들였다. 따라서 결정되어야 할 문제는 "그와 같은 가치 판단을 위한 충분한 사실적인 근거가 존재하느냐 여부"이다.[270]

위 재판소는, 신청인이 그녀의 가치 판단을 증명하기 위하여 그 문제에 관한 독일 법원의 판결을 포함하여 소송의 원고들인 위 두 단체의 내부적 구조와 활동들에 관한 증거서류를 제출했다고 언급했다. 오스트리아 지방법원은 이 증거는 받아들인 반면, 신청인이 제안한 전문가 의견뿐만 아니라 증인신청은 기각하였다.[271] 유럽인권재판소는 그것은, 한편으로는 진술 증거를 요구하면서도 다른 한편으로는 확보 가능한 모든 증거에 대한 고려를 거부하는 "자국 법원들의 일관성 없는 접근법에 기인한 것"이라고 적시하였다. 재판소는 다음과 같이 결론을 내렸다.

"신청인에게 그녀의 진술의 진실성에 대한 입증을 요구하면서, 동시에 그녀의 진술을 뒷받침하는 증거를 제시하고 그럼으로써 그 진술이 공정한 논평을 이룬다는 것을 보여줄 효과적인 기회를 박탈함으로써 오스트리아 법원들은 재량의 범위를 넘어섰고, 신청인에게 내려진 명령은 결과적으로 그녀의 표현의 자유에 대해 비례의 원칙에 반하는 간섭이 되었다."[272]

따라서 협약 제10조 위반이 되었다.

유럽인권협약 제10조에 의해 보장되는 표현의 자유는 유권자들의 이해를 대표하고 대변하는 지역적, 전국적 의회의 의원들과 같은 선출된 국민의 대표자들에게 특히 중요하다.

공적 토론의 장에 들어갈 때, 정치인들은 그들이 행하고 말한 것에 대한 엄격한 검증에 자신을 드러내어 둔다. 따라서 그들은 더 넓은 비판의 한도만이 아니라 그에 상응하는 더 큰 수준의 관용을 허용해야 한다. 그것은 공적 관심사에 대한 정치 토론에 참여하는 사적 개인들이나 단체들에도 마찬가지이다.

269) Ibid., para. 40.
270) Ibid., para. 44–45.
271) Ibid., para. 45.
272) Ibid., para. 46.

의회와 그 외 선출된 기관들이 정치토론을 위한 최우선적인 토론의 장이 되는 민주적인 사회에서, 그러한 토론의 장에서의 표현의 자유의 행사에 대한 제한을 정당화하기 위해서는 매우 중대한 사유들이 제시되어야 한다.

3.5.5 예술적 표현의 자유

유럽인권협약 제10조에는,

> "문화적, 정치적 및 사회적 정보와 모든 종류의 사상을 공적으로 교환하는데 참여할 기회를 제공하는, 특히 정보와 사상을 접수하고 전달할 자유 내에는 예술적 표현의 자유가 포함된다. … 예술품을 창조하고, 수행하고, 배포하며, 전시할 자유는 민주사회에서 필수적인 사상과 의견의 교환에 기여한다. 이런 이유로 국가에게는 표현의 자유를 과도하게 침해해서는 아니 될 의무가 있다."[273]

Karatas v. Turkey 사건에서 신청인은 *Dersim – 반란의 노래(The song of a rebellion)*라는 제목으로 시(詩) 선집을 출간한 것이 테러리즘 방지법(Prevention of Terrorism Act. Law No. 3713) 제8절을 위반했다는 이유로 이스탄불 국가안전법원(Istanbul National Security Court)에 의하여 유죄판결을 받았다[역주: 터키는 1934년 소수민족을 통합하기 위해 이주를 강제할 수 있는 조치 등을 할 수 있는 재정착법(Resettlement Law)을 시행하였는데, 그에 반대한 터키 남동부 지역 거주 소수민족(쿠르드족)이 항의하던 과정에서 지도자들이 체포되고 교수형을 당하자, 경찰을 습격하는 등으로 반란을 일으켰다(Dersim rebellion). 이에 대한 터키군의 진압에 의하여 1936년부터 1939년 사이에 터키 남동부 지역 Dersim에서 쿠르드족 반군 14,000명을 살해되었다고 한다].

위 법률 수정조항에 따라 선고형은 1년 1개월 10일로 감경되었으나, 부과된 벌금이 111,111,110 터키 리라로 증액되었다.[274]

테러리즘 방지법 제8절은 터키공화국 영토의 온전함이나 국가의 분할될 수 없는 통일성을 훼손할 목적으로 인쇄되고 구술된 선전, 회합, 집회 및 시위를 불법화했다.

유럽인권재판소는 유죄판결이 표현의 자유에 대한 신청인의 권리 행사에 대해 "간섭"으로 여겨지고, 유죄판결은 "법률에 의해 규정된," 다시 말해 테러리즘 방지법

273) *Eur. Court HR, Case of Karatas v. Turkey, judgment of 8 July 1999, Reports 1999–IV,* p. 108, para. 49.

274) Ibid., pp. 90–95, para. 9–15.

제8조에 의해 정당한 목표를 추구하는 조치이라고 인정했다. 마지막 논점과 관련하여 보면, 위 재판소는 아래와 같이 여긴다.

> "터키 남동부 지역의 민감한 안보 상황과 관련하여 … 정부 당국에는 추가적 폭력을 선동할 수 있는 행동들에 대해 경계해야 할 필요가 있고, 신청인에 대해 취해진 조치는 정부에 의해 언급된 특정 목표, 즉 국가안보의 보호와 영토 보전, 그리고 무질서나 범죄의 예방이라는 목표의 진척을 위한 것이라고 말할 수 있다. 이 사안의 상황과 같은 터키 남동부 지역의 경우 분리주의자의 활동은 폭력 사용에 의존하는 방법을 사용하고 있음을 확실히 보여주는 바이다."[275]

따라서 신청인에 대한 유죄판결이 정당한 목적에 부합하는 것인지, 그리고 민주사회에서 필요한 것인지를 결정하는 것이 유럽인권재판소의 과제로 남게 되었다. 신청인이 "그의 견해를 대중매체를 통해서가 아니라 아주 적은 청중에게 이야기하는 것으로 정의되는 시(詩)를 통해 표현하는 사적 개인이었고, 시의 그러한 특성상 국가안보, 공공질서, 영토 보존에 대한 잠재적 영향은 제한적이라는 것은 사실로 보였다."

비록 몇몇 문장은 "매우 공격적인 어조이고 폭력 사용을 촉구하는 것으로 보이나, 위 재판소는 그것들이 본질에 있어서 예술적이고 제한적 영향을 미친다는 사실로 인하여 반란을 선동하였다기보다는, 어려운 정치적 상황에 직면한 깊은 고통의 표현이라고 판단하였다."[276] 게다가 재판소는 신청인이 "폭력을 선동한 것이 아니라, 오히려 'Kurdistan'과 같은 터키의 특정지역을 언급함으로써 분리주의자의 선전을 전파하였고, 그 지역의 반란 운동을 미화하였다."는 점으로 유죄판결을 받았음을 지적하였다.[277] 유럽인권재판소는 "무엇보다도 … 신청인에게 가해지는 처벌의 가혹함이 충격이었다."[278] 이러한 이유로 신청인에 대한 유죄판결은 "추구하는 목적과 부합하지 않는, 따라서 '민주사회에 필요한 것'이 아니라고 결론 내렸다. 그러므로 협약 제10조에 위반된 것이다."[279]

예술적 표현의 자유는 또한 신청인이 전시장에서 "외설적" 항목을 공표하여 스위스 형법 제204조 제1항에 의해 유죄판결이 선고된 *Muller and Others v. Switzerland* 사건에서 쟁점이 되었다. 유럽인권재판소는, 비록 후에 취소되었지만 그

275) Ibid., pp. 105–106, paras. 36, 40 and 44.
276) Ibid., p. 109, para. 52.
277) Ibid., pp. 109–110, para. 52.
278) Ibid., p. 110, para. 53.
279) Ibid., p. 110, para. 54.

림을 압수하는 명령뿐 아니라, 유죄판결도 합법적이기 위해 협약 제10조(1)에 따라 정당화되어야 할 신청인의 표현의 자유에 대한 간섭에 해당한다는 것을 수긍하였다.[280]

위 재판소는 조치는 법률에 의해 규정되었고, 유죄판결은 공중도덕을 보호하기 위해 고안되었다는 점에서 정당한 목적을 추구한다는 것을 인정하였다.[281]

민주사회에서 표현의 자유의 근본적인 역할을 상기하면서 재판소는 "예술가들과 그들의 일을 홍보하는 사람들은 [협약 제10조(2)]에 규정된 바와 같이 제한 가능성으로부터 확실히 면제될 수는 없다고 인정했다. 표현의 자유를 행사하는 사람이라면 누구나 '의무와 책임'이라는 그 문구의 분명한 용어에 일치하도록 약속하여야 한다. 그 '의무와 책임'의 범위는 그의 상황과 그가 사용한 의미에 달려 있을 것이다.[282]

도덕이란 용어에 관하여,

> "도덕에 관한 통일적인 유럽적 개념을 체약국의 법적 · 사회적 규범 내에서 발견하는 것은 불가능하다. 도덕의 요건에 관한 관점은 시간마다, 그리고 장소마다 다양하고, 특히 우리 시대는 도덕의 요건에 관하여 넓은 범위에서 의견이 발전되고 있는 것이 특징이다. 당해 국가의 중요한 권력과 직접적 · 지속적으로 접촉하므로 국가 당국은 도덕에 부합하려는 의도의 '제한'이나 '처벌'의 필요성에 관하여 뿐만 아니라 그 요건의 정확한 내용에 관한 의견을 제시함에 있어 국제재판소의 재판관보다 원칙적으로 나은 위치에 있다."[283]

유럽인권재판소는, "스위스 법원이 그러했듯이, 최근 성(性)도덕의 개념이 바뀌었다. 그럼에도 그림들을 조사함에 있어서 재판소는, 어느 정도 극단적으로 상스러운 형식의 성적 표현을 강조한 그 그림들은 '일반적 감수성을 지닌 사람들의 성적 관념에 어긋나는 것으로 법적 책임이 있다'고 한 스위스 법원이 취한 견해에 대해 불합리함을 발견하지 못했다."고 인정하였다. 이 쟁점에서 스위스 법원에 판단의 재량을 허용함으로써 유럽인권재판소는 논쟁이 된 조치들이 협약 제10조에 위반되지 않는다고 결론 내렸다.[284]

---

280) *Eur. Court. HR, Case of M ller and Others v. Swutzerland, judgment of 24 May 1988, Series A, No. 133,* p. 19, para. 28.

281) Ibid., pp. 20–21, paras. 29–30.

282) Ibid., p. 22, para. 34.

283) Ibid., p. 22, para. 35.

284) Ibid., pp. 22–23, paras. 36–37. "도덕"의 개념에 관하여는 *Eur. Court HR, Handyside Case, judgment of 7 December 1976, Series A, No. 24*, pp. 23–28, paras. 49–59.도 참조. 표현의 자유에 관한 더 많은 정보는 "Article 19"의 웹사이트 참조(www.article19.org).

예술적 표현의 자유는 유럽인권협약 제10조에 의해 보호되고, 민주사회의 필수적인 요소이다.

예술적 표현의 자유는 특히, 사람들로 하여금 문화적·정치적 그리고 사회적 정보와 모든 종류의 사상의 공적 교환에 참여할 수 있게 하는 정보와 사상을 접수하고 전달할 자유를 포함한다.

예술적 표현 자유의 행사는 유럽인권협약 제10조(2)에 명시된 것들 외에는 어떠한 근거에 의해서라도 합법적으로 간섭받지 아니한다.

체약국은, 객관적 성격을 가진 정당한 목적을 위한 표현의 자유의 행사에 대한 제한을 부여할 때보다는 공공의 도덕을 보호하기 위해 민주사회에서 필요한지를 결정할 때 더 넓은 판단 재량을 가진다.

4. 결사와 집회의 자유

결사와 집회의 자유는 밀접하게 관련이 있으므로 이 장에서 함께 살펴보기로 한다. 위 두 자유는 관련된 조약들에서 같은 순서로 다뤄지고 있지 않은바, 일관된 서술을 위해 결사의 자유를 집회의 자유에 우선하여 서술하기로 한다.

4.1 관련 법 규정

세계인권선언 제20조

"1. 모든 사람은 평화적 집회와 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.
2. 어느 누구도 어떤 결사에 소속될 것을 강요받지 아니한다."

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제22조는 결사의 자유에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

"1. 모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 가진다.
2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건이나 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니 된다. 이 조는 군대와 경찰의 구성원이 이 권리를 행사하는 데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을

방해하지 아니한다.
3. 이 조의 어떠한 규정도 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 1948년의 국제노동기구협약의 당사국이 동 협약에 규정하는 보장을 저해하려는 입법조치를 취하도록 하거나 또는 이를 저해하려는 방법으로 법률을 적용할 것을 허용하는 것은 아니다."

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제21조는 평화적 집회의 자유에 관하여 다음과 같이 규정하고 있다.

"평화적인 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라 부과되고, 또한 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건이나 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니 된다."

아프리카헌장 제10조는 결사의 자유를 보장한다.

"1. 모든 개인은 법률을 준수하는 한 자유로운 결사의 권리를 가진다.
2. 제29조에 규정된 연대의무를 전제로 하여 어느 누구도 특정결사에 가입할 것을 강요받지 아니한다."

아프리카헌장 제11조는 집회의 자유를 규정하고 있다.

"모든 개인은 다른 사람들과 자유롭게 집회할 권리를 가진다. 이 권리의 행사는 법률에 규정된 필요한 제한, 특히 국가안보, 안전, 보건, 윤리 및 타인의 권리와 자유를 위하여 규정된 제한에만 구속된다."

미주인권협약 제16조는 결사의 자유를 보장하고 있다.

"1. 모든 사람은 이념적, 종교적, 정치적, 경제적, 노동, 사회적, 문화적, 체육 또는 기타의 목적을 위하여 자유로운 결사의 권리를 가진다.
2. 이 권리의 행사는 법률에 의하여 규정되고 국가안보, 공공의 안전이나 공공질서를 위하여 또는 공중보건이나 도덕, 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 제한에만 복종한다.
3. 이 조의 규정은 군대와 경찰의 구성원에 대한 결사의 권리의 행사금지를 포함하여 합법적 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다."

미주인권협약 제15조는 평화적 집회에 관한 권리를 보장한다.

"비무장의 평화로운 집회의 권리가 인정된다. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 따라서 부과되고, 국가안보, 공공의 안전이나 공공질서를 위하여 또는 공중보건이나 도덕, 타인의 권리나 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 과하여져서는 아니 된다."

유럽인권협약 제11조는 양 권리를 모두 보장하고 있다.

"1. 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고, 이에 가입하는 권리를 포함하여 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.
2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 가하여져서는 아니 된다. 이 조는 국가의 군대, 경찰 또는 행정부의 구성원이 이러한 권리를 행사하는 데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다."

평화로운 결사 및 집회의 자유에 관한 권리는 "모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약"의 제5조(d)(ix), "아동의 권리에 관한 협약" 제15조와 "아동의 권리 및 복지에 관한 아프리카 헌장" 제8조에 의하여 보장되며, 집회의 자유는 "여성에 관한 폭력의 예방, 처벌 및 근절에 관한 미주협약" 제4조에 의하여서도 보장된다. 노동조합을 결성하고 본인이 선택한 노동조합에 가입할 권리는 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약" 제8조, "경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서" 제8조 및 "1961년 유럽사회헌장(European Social Charter)" 제5조 및 (개정된) "1996년 유럽사회헌장" 제5조에 의하여서도 인정되고 있다.

결사의 자유는 당연히 "1948년 ILO 결사의 자유 및 단결권의 보호에 관한 협약 제87호" 및 "1949년 ILO 단결권 및 단체교섭권에 관한 협약 제98호"에 의해서도 보호받는다. ILO는 특히 그 이사회에 결사의 자유 위원회(Freedom of Association Committee)라는 기구를 통하여 결사의 자유의 영역에서 광범위한 작업을 하고 있다. 그러나 이 매뉴얼의 취지상 여기서 다루는 집회 및 결사의 자유는 주요 국제인권 조약상의 감시기구가 다루는 범위 내에서만 고려될 것이다.

4.2 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약 제21조 및 제22조

4.2.1 "민주사회에서"라는 개념의 기원 및 의미

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약 제21조 및 제22조의 문구는 서로 밀접하게 관련되어 있으며, 표현의 자유에 관한 제19조(3)과는 달리, 위 두 조항은 제한 사유로서 "민주사회"를 언급하고 있다. 이 용어는 1949년 유엔 인권위원회 제5차 회의에서 해당 개념을 삽입하려 했던 프랑스의 제안에 따라 1952년 유엔 인권위원회 제8차 회의에서 삽입되었다.[285] 당시 프랑스는 해당 개념이 세계인권선언의 제29조의 일반적인 제한 규정에 이미 포함되어 있기 때문에 해당 개념을 삽입하는 것이 "매우 중요하다."고 주장하였다.[286] 이러한 제안은 1950년 유엔 인권위원회 제6차 회의에서 다시 제출되었는데, 그 당시 호주는 "민주주의"라는 개념이 두 개의 서로 정반대의 개념을 포함하고 있기 때문에 반대하였다. 그러나 칠레는 "각 국가가 해당 헌장, 세계인권선언 및 해당 규약에 정한 원칙들을 준수하는지를 고려함으로써 해당 국가가 민주적 또는 비민주적인지 구분할 수 있다는 이유로 위 제안에 찬성하였다."[287] 프랑스 대표는 다음과 같이 진술하였다.

> "63. … 그는 민주적인 사회를 인권에 대한 존중에 기반을 둔 사회라고 정의하였다. 해당 사회에서 공공의 질서는 당국이 개인들의 존엄을 인정하고 그 권리들을 보호하는 것에 근거하고 있었다. 비민주적인 사회는 인권에 대한 무시가 그 특징이다."
>
> 64. … 세계인권선언의 정신을 준수하고, 공공의 질서도 인권에 부차적이라고 단도직입적으로 선언하는 것이 중요했다. 그러므로 민주사회라는 문구는 포함되어야 한다."[288]

그러나 레바논 대표는 프랑스식 정의가 "때때로 가장 극심한 독재국가들도 그들의 방식대로 인권을 존중한다고 주장하기 때문에" 남용될 여지가 있다고 여겼다. 반면, 그는 프랑스가 제안한 개정안이 세계인권선언에 규정된 것과 같은 인권에 관한 총체적 원칙을 의미하는 것이라면, "그와 같은 점이 명시적으로 규정되어야 한다"고 느꼈음에도 이를 수용하기로 하였다.[289]

1952년에, "민주사회에서"라는 문구는 그 "모호함" 때문에 반대하는 미국의 견해에도 불구하고 결사의 자유에 관한 권리를 정한 조항에 삽입되었다.[290] 유엔 총회

285) 개정본은 UNdoc.E/CN.4/L.201 참조, 투표 결과는 UN doc.E/CN.4/SR.325, p. 20 참조.

286) UN doc.E/CN.4/SR.120, p. 9. 해당 제안을 거부하는 투표는, UN doc.E/CN.4/SR.121 p. 5 참조.

287) UN doc.E/CN.4/SR.169, p. 10, para. 41(호주) 및 p13, para. 54(칠레).

288) Ibid., p. 14, paras. 63-64.

289) Ibid., p. 4, para. 65.

290) UN doc.E/CN.4/SR.325, para. 15(미국). 프랑스의 개정안은, UN doc.E/CN.4/L.202 참조. 표결 안은 UN doc.E/CN.4/SR.326, p. 5 참조.

제3 위원회의 추후 토론에서, 스웨덴은 "결사체를 결성하고 그가 선택한 결사체에 가입할 수 있는 권리는 민주사회에서 중요한 권리"라고 지적하였다.[291] 이탈리아는 "정치적 결사의 자유는 의견, 표현 및 결사의 자유를 완성하는 것이며, 그에 대한 존중은 진실로 민주적인 국가의 본질적인 특징이다"라고 논평하였다.[292] 이 장에서 보듯이, 국제감시기구들은 표현, 결사 및 평화로운 집회의 자유 사이의 내재적인 관계를 지속적으로 강조하였다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 입안자들은 결사 및 평화로운 집회의 자유가 민주사회의 근본적인 요소라고 간주하였고, 민주사회를 인권을 존중하는 사회라고 설명하였다.

4.2.2 결사의 자유

자유권규약위원회는 시리아 아랍공화국(Syrian Arab Republic)에서 "정당에 관한 구체적 입법이 없는 것"과 Baath 당이 이끄는 국가진보전선(National Progressive Front)의 정치적 활동에 참가하기를 원하는 정당들만이 허용된다는 사실"에 우려를 표시하였다. 위원회는 또한 독립적인 비정부 기구, 인권기구 등의 사적인 단체와 기관의 설립에 부여된 제한들에 대하여도 우려를 표했다. 이에 위원회는, "시리아는 정당에 대하여 제안된 법률이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 조항들과 양립될 수 있도록 해야 한다. 시리아는 또한 1958년 사적인 단체 및 기관에 관한 법률 제93호의 집행이 위 국제규약 제22조 및 제25조를 완전히 준수하도록 해야 한다."고 언급하였다.[293]

자유권규약위원회는 이라크에 존재하는 표현의 자유에 대한 제한이 위 규약 제19조를 위반했을 뿐만 아니라 평화적 결사 및 집회에 대한 자유에 관한 권리를 보호하는 위 규약 제21조 및 제22조의 실현을 또한 방해한다고 논평했다. "그러므로 표현, 평화적 집회 및 결사에 대한 자유에 대한 권리를 제한하는 형법 및 시행령은 위 규약 제19조, 제21조 및 제22조를 준수하기 위하여 개정되어야 한다."고 하였다.[294]

위원회는 벨라루스에서 비정부 기구 및 노동조합이 준수해야 하는 등록절차로

291) UN doc. *GAOR*, 16차 회의, 1961–1962, 1차 버전, doc./A/C.3/SR.1087, p. 134, para. 16.
292) Ibid, UN doc/A/C.3/SR.1088, p. 139, para. 8.
293) UN doc. *GAOR*, A/56/40(vol. I), pp. 75–76, para. 26.
294) UN doc. *GAOR*, A/53/40(vol. I), p. 21, para. 105.

부터 발생하는 어려움에 대하여 우려를 표시하였다. 위원회는 또한 인권활동가들에 대한 체포와 특정 비정부기구들의 사무실에 대한 폐쇄를 포함하여, 정부 당국이 해당 활동가들을 위협하고 탄압하는 사례들이 보고되는 것에도 우려를 표시하였다. 이러한 점에서, 위원회는 비정부 기구의 자유로운 기능이 인권의 보호 및 대중 사이에서 인권과 관련한 정보의 보급에 필수적이라는 것을 재차 강조하면서, 비정부 기구의 등록과 활동에 관련한 법률, 규정 및 행정적인 관행을 지체 없이 검토하여 위 규약 제22조에 따라 비정부 기구의 설립과 자유로운 운영이 활성화될 수 있도록 해야 한다고 권고하였다.[295]

위원회는 노동조합장의 자유로운 선출을 포함한 노동조합활동에 대한 [베네수엘라] 당국의 간섭에 대해 매우 우려하고 있으며, 베네수엘라는 해당 규약 제22조에 따라 노동조합이 당국의 간섭 없이 자유로이 그들 사업을 수행하고 사업을 선택할 수 있도록 보장해야 한다고 [권고하였다].[296] 위원회는 또한 독일에서 "국가의 이름으로 권한을 행사하지 않고 필수공익사업에 종사하지도 않는 공무원에 의한 파업을 절대적으로 금지하는 것은 규약 제22조를 위반할 수 있다는 점"에도 우려하였다.[297] 위원회는 또한 레바논의 공무원들에게 여전히 결사를 형성하고 단체협상을 할 권리가 부정되고 있으며, 이는 해당 규약 제22조를 위반한 것이라며 유감을 표시했다.[298]

4.2.3 집회의 자유

자유권규약위원회는 집회의 자유가 시리아 아랍공화국에서 "완전히 존중된다는" 취지의 시리아의 성명서에 주목하면서도, 대중 집회 및 시위를 개최하는 데 대한 형법상의 제한이 위 규약 제21조에서 허용된 범위를 초과하기 때문에 해당 제한에 대하여 여전히 우려를 표한다고 하였다.[299] 위원회는 네덜란드 앤틸레스 제도(Netherlands Antilles)의 평화적 집회에 관한 권리에 대한 법규가 "현지 경찰서장으로부터 사전 허가를 받을 것을 일반적으로 요구하는 규정을 포함한다는 사실"에 우려를 표시하였고, "위 체약국이 평화적 집회의 권리가 규약 제21조의 기준을 엄격하게 준수하여 행사될 수 있도록 보장해야 한다고 [권고하였다.]"[300]

위원회는 나아가 "조선민주주의인민공화국의 경우 집회에 관한 법률 요건이 남

295) Ibid., para. 155.
296) UN doc. *GAOR*, A/56/40(vol. I), p. 53, para. 27.
297) UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. I), p. 34, para. 188.
298) Ibid., p. 57, para. 357.
299) UN doc. *GAOR*, A/56/40(vol. I), p. 75, para. 25.
300) Ibid., p. 82, para. 20.

용될 우려를 포함하여, 대중 집회 및 시위에 관한 제한"에 관하여 우려를 표시했다. "위원회는 위 체약국에 대중 집회가 허용되는 요건에 관한 추가적인 정보를 제공하고, 대중 집회를 개최하는 것이 사전에 금지될 수 있는지, 또한 그렇다면 어떠한 조건에서 금지될 수 있는지, 금지조치에 대해 불복할 수 있는지 여부를 명시해 달라고 요청했다."[301] 위원회는 "적법한 집회를 규제하고 대중 집회의 개최를 위하여 허가를 조건으로 하는" 1958년 키프로스 법률이 규약 제21조를 준수하지 않는다고 우려하였다. "이러한 점에서 위원회는 집회의 자유에 대한 제한은 규약에서 정한 바와 같이 필요한 범위 내로 한정되어야 한다고 [강조하였다]."[302] 몇 년 후 위원회는 대중 집회 및 시위를 규제하는 키프로스 새 법률의 제정과 관련하여, 관할당국이 "법률에서 요구되는 사전 신고를 수령한 즉시 당해 집회 및 시위와 관련하여" 조건을 부과할 수 있다는 점에 대하여 우려를 표시하였다. 위원회는 또한 사전 신고가 지나치게 빨리 이루어지도록 규정되어 있는바 이는 집회의 자유를 부적절하게 제한할 수 있다고 [주목하였다]. 위원회는 집회의 자유에 관한 제한이 해당 규약 제21조를 준수하는 제한에만 한정되어 한다고 반복하여 강조하였다."[303]

자유권규약위원회는 몽골과 관련하여 몽골 법률에서 규약이 보장하는 특정 권리의 행사에 가해질 수 있는 제한들의 "범위가 너무 넓고 그 수가 많아서 해당 권리의 효과적인 행사를 심각하게 제한할 수 있다."고 언급하였다. 이러한 지적은, 예를 들면, "대중 집회를 개최할 때 사전 허가를 요구하는 것과 집회의 개최를 금지할 수 있는 기준"에 대한 것들이었다. 또한, 그와 같은 행정적 결정에 대해 불복할 수 있는 절차가 존재하지 않기 때문에 집회, 결사 및 시위의 자유와 같은 기본적인 권리가 실제로 완전히 향유될 수 있는지에 대하여 불확실하게 하였다.[304]

자유권규약위원회는 벨라루스의 경우 "집회의 자유에 부여된 심각한 제한"에 대하여 우려를 표시하며 벨라루스가 위 규약을 준수하지 않고 있다고 하였다. 위원회는 특히 "시위 개최 허가를 위한 신청서는 해당 시위 15일 전에 제출되어야 하는데, 종종 당국에 의해 거절되기도 하였으며 1997년 3월 5일자 시행령 제5호는 시위의 조직 및 준비에 엄격한 제한을 두고, 시위자들이 준수해야 하는 규칙을 제정하였으며, '국가기관 관료들의 명예 및 권위를 모욕하거나,' '국가 및 공공질서와 시민의 권리 및 법적 이익을 훼손하는' 포스터, 배너나 깃발의 사용을 금한다는 것에 주목하였다. 이러한 제한들은 규약 제21조에 언급된 가치들을 보호하기 위하여 민주사회에서 필요하다

301) Ibid., p. 103, para. 24.

302) UN doc. *GAOR*, A/49/40(vol. I), p. 54, para. 323.

303) UN doc. *GAOR*, A/53/40(vol. I), p. 34, para. 194.

304) UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 151, para. 601.

고 간주될 수 없다. 그러므로 위원회는 벨라루스에서 평화로운 집회의 권리는 법률상은 물론 실제로도 완전히 보호되고 보장되어야 하고, 그에 대한 제한은 규약 제21조를 엄격히 준수해야 하며, 1997년 3월 5일자 시행령 제5호는 해당 조항을 준수하기 위하여 폐지되거나 수정되어야 한다고 [권고했다].[305)]

마지막으로, 위원회는 레바논에서의 "공공의 안전 및 국가 안보"라는 차원에서 "시위에 대한 전면적인 금지"가 규약 제21조의 집회의 자유에 대한 권리와 양립할 수 없으며, 가능한 한 빨리 폐지되어야 한다고 설시하였다.[306)]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조(3)의 표현의 자유의 행사에 관한 제한은 규약 제22조 및 제21조가 보장한 결사의 자유 및 평화로운 집회의 자유의 완전하고 효과적인 향유를 저해하지 아니한다.

위 규약 제22조의 집회의 자유에 관한 권리는 무엇보다도, 정당, 노동조합 및 인권단체를 포함한 비정부기구와 같은 사적 단체를 결성할 권리를 보호한다.

위 규약 제22조는 국가가 공무원들로 하여금 집회를 결성하고 단체협상에 참여하는 것을 금지할 권한을 부여하지 아니한다.

결사의 자유에 관한 권리의 제한은 위 규약 제22조(2)에 명시된 조건들을 엄격하게 존중해야 한다.

체약국들은 또한 평화로운 집회에 대한 권리가 규약 제21조에 명시된 엄격한 조건 하에 보장되고, 그 행사에 대한 제한이 규약 제21조에 의하여 명시적으로 허용된 제한의 범위를 초과하지 아니하도록 해야 한다.

이는 특히, 집회나 시위의 개최에 관한 사전 허가를 요구하는 규칙이나 공적 집회의 개최나 실행에 관한 기타 다른 규칙이나 요건이 규약 제21조에 열거된 정당한 목적을 위하여 민주사회에서 필요한 규칙이나 요건에 제한되어야 한다는 것을 뜻한다.

공공의 안전 및 국가안보와 같은 사유로 시위를 전면적으로 금지하는 것은 규약 제21조가 보장하는 평화로운 집회의 자유와 양립하지 아니한다.

체약국은 결사의 자유나 평화로운 집회의 자유가 침해되었다고 간주되는 사람들에게 효과적인 구제책을 제공할 법적 의무를 진다.

4.3 아프리카헌장 제10조 및 제11조

아프리카헌장 제10조(1)은 모든 개인에게 "법률을 준수하는 한 자유로운 결사의

305) UN doc. *GAOR*, A/53/40(vol. I), p. 29, para. 154.
306) UN doc. *GAOR*, A/52/40(vol. I), pp. 56–57, para. 356.

권리를 가진다."고 규정하고 있고, 제10조(2)는 "제29조에 규정된 연대의무를 전제로 하여 어느 누구도 특정결사에 가입할 것을 강요받지 아니 한다."고 규정한다. "법률을 준수하는 한" 이라는 문언은 모호하다고 볼 수 있으며, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 미주인권협약 및 유럽인권협약의 그에 상응하는 조항들에 규정된 제한과는 달리, 결사의 자유에 관한 권리를 "법률"로서 제한할 때 그 제한이 "필요성", "민주사회" 등과 같이 특정 목적을 위해 이루어져야 한다는 제약을 받지 아니한다.

어떠한 상황에서 개인의 가족, 공동체 및 국가에 대한 의무가 제29조에서 정한 바와 같이 결사에의 강제 가입을 정당화하는지는 명확하지 않다.

아프리카헌장 제11조에서 정한 "다른 사람들과 자유롭게 집회할 권리"의 행사는 "법률에 규정된 필요한 제한, 특히 국가안보, 안전, 보건, 도덕 및 타인의 권리와 자유를 위하여 규정된 제한"에 의해서만 구속될 수 있다. 아프리카헌장은 법률유보의 원칙("법률에 의하여 규정됨")의 원칙에 비례의 원칙("필요한")을 추가하며, 이는 지나친 제한에 대하여 일정한 보호장치를 제공한다. 한편, "특히"라는 단어가 지시하듯이 제11조에 명시된 정당한 목적은 망라적이지 않으며, 그러므로 해당 조항은 법적 불확실성의 영역을 열어놓았다.

단, 아프리카헌장 제60조[역주: "위원회는 … 국제법, 다양한 아프리카 문서의 규정, 유엔 헌장 … 유엔 전문기구에서 채택된 다양한 문서들의 규정으로부터 착안을 얻는다."]에 따라 아프리카 인권위원회는 해당 헌장의 용어를 해석할 때 인권 분야의 기타 국제적인 법적 표준으로부터 "착안을 얻는다"는 것이 지적되어야 한다. 일부 이전 장에서 지적된 바대로, 아프리카 인권위원회는 집회의 자유의 행사에 관한 제한에 관하여 아래에서 검토되는 것과 같이 어느 정도 국제표준으로부터 착안을 얻어왔다.

4.3.1 결사의 자유

아프리카헌장 제10조에 의하여 보호되는 결사의 자유는 수많은 경우에 침해되어 왔다. 예를 들어, 아프리카 인권위원회는 *World Organization against Torture et Al. v. Zaire* 사건에서 제10조(1)이 침해되었다는 결정을 내렸다. 자이르 정부는 정당의 수에 제한을 가해서 집권 중인 정권을 지지하는 정당들만이 운영될 수 있도록 하였다. "반대 정당들은 공적으로나 사적으로 회합을 하는 것이 허용되지 않았고, 정부는 이러한 그룹들을 괴롭힘으로써 와해시키려 했다는 증거가 있었다. 또한, 인권 그룹들이 결성되는 것이 금지되기도 하였으며 특정 분야에서 설립된 기구들은 인권 문제들에 관하여 교육 강좌를 개최할 수 없었다." 위 인권위원회의 견해로는, 자이르 정부에 의한 해당 조치들은 아프리카헌장 제10조(1)에 대한 "명백한 침해"에 해당하였

다.[307] 아프리카 인권위원회는 또한 *John D. Ouko v. Kenya* 사건에서 제10조의 명백한 위반 사례를 발견하였다. Ouko는 케냐의 학생 노조간부였는데, 그는 정치적 견해 때문에 재판도 없이 체포되고 10개월간 구류된 후에 케냐를 떠나야만 했다. 케냐 정부도 해당 사건의 사실관계에 대하여 반박하지 않았고, 위 인권위원회는 Ouko를 박해하고 국외로 추방한 것은 아프리카헌장 제10조가 보장한 "결사의 자유에 관한 권리를 향유할 기회를 매우 위태롭게 하였다"고 결론 내렸다.[308]

나이지리아 변호사협회에 관한 사건에서도 아프리카헌장 제10조가 위반되었다. 이 개인통보사건은 나이지리아 변호사협회에 신설된 이사회인 Body of Benchers에 관한 것이었는데, 위 협회는 정부대표들이 장악하고 있었다. Body of Benchers는 "변호사를 규율"하는 등 "광범위한 재량적 권한"을 가지고 있었다.[309] 아프리카 인권위원회는 정부로부터 법적으로 독립적인 나이지리아 변호사협회는 그 자신의 이사회를 구성할 수 있어야 한다고 보았다. 변호사협회의 자치를 간섭하는 것은 변호사들이 해당 협회를 구성하는데 우선적으로 바랐던 이유를 제한하거나 부정할 수 있다."[310] 아프리카 인권위원회는 다음과 같이 잘 정립된 원칙을 환기시켰다.

> "결사의 자유에 관한 권리가 규제되어야 하는 경우, 관할 당국은 해당 자유의 행사를 제한하거나 아프리카헌장에 따른 의무에 반하는 규정들을 제정해서는 아니 된다. 관할 당국은 헌법상의 규정들을 무시하거나, 헌법과 국제적인 인권기준이 보장한 기본적인 권리를 침해해서는 아니 된다."[311]

아프리카 인권위원회는 나이지리아 변호사협회의 운영에 정부가 간섭하는 것은 "아프리카헌장의 서문에 반하는" 것이라고 보았다. 왜냐하면, 아프리카헌장 서문은

---

307) *ACHPR, World Organization against Tortureet Al. v. Zaire Communications Nos .25/89, 47/90, 56/91, 100/93, decisions adopted during the 19th session, March 1996*, www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.html.에 게재된 텍스트 para. 75. 인권단체의 직원들을 박해한 결과로 아프리카헌장 10조를 위반한 것에 관하여는 *ACHPR, Huri-Laws(on behalf of Civil Liberties Organization) v. Nigeria, Communication No. 225/98, decisions adopted during the 28th Ordinary session, 23 October 6 November 2000, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/225-98.htm*에 게재된 텍스트 paras. 48-49.

308) *ACHPR, John D. Ouko v. Kenya, Communications No. 232/99, decisions adopted during the 28th Ordinary session, 23 October 6 November 2000*. http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcase/232-99.html에 게재된 텍스트 para. 30.

309) *ACHPR, Civil Liberties Organisation (on behalf of the Nigerian Bar Association) v. Nigeria, Communication No. 101/93, decisions adopted during the 17th Ordinary session, March 1995,* www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.hetml에 게재된 텍스트 para. 24.

310) Ibid., loc. cit.

311) Ibid., para. 25.

"체약국들이 '사법부의 독립에 관한 유엔 기본원칙'과 같은 선언에 포함된 인간 및 인민들의 권리에 관한 원칙들을 준수해야 함을 재확인"한 것이기 때문이다.[312]

마지막으로, 아프리카 인권위원회는 나이지리아 법원이 피고인들이 'Ogoni 민족의 생존을 위한 운동'(MOSOP)이라는 단체의 회원이었다는 단순한 이유로 살인 혐의에 대해 유죄라고 판결을 한 사건과 관련하여 이는 아프리카헌장 제10조를 위반한 것이라고 인정하였다. 위 인권위원회에 따르면 "정부 관리들은 재판 도중에 공식적인 판결을 기다리지 않고, 여러 번에 걸쳐 MOSOP 및 피고인들이 유죄임을 선언한 것으로 보인다." 이는 MOSOP 단체에 대하여 명백한 편견을 드러낸 것이고, 정부는 이를 방어하거나 정당화하기 위한 아무런 행동을 취하지 않았다.[313] 그러므로 이는 아프리카헌장 제10조(1)을 위반한 것이다.[314]

아프리카헌장 제10조에 따르면, 결사의 자유는 정당들이 집권 정당을 지지하지 않는 경우에도 그 결성 및 운영이 허용되어야 한다는 것을 내포하고 있다. 정당들을 박해하는 것은 결사의 자유의 침해에 해당한다.

또한, 아프리카헌장 제10조상의 결사의 자유는 인권 단체들이 무엇보다도 인권 교육을 위한 목적으로 효과적으로 기능해야 함을 의미한다.

나아가 위 헌장 제10조 상의 결사의 자유는 변호사협회가 자유롭게 운영될 수 있어야 하며, 그들의 자치에 정부의 간섭이 존재해서는 아니 됨을 의미한다.

아프리카헌장 제10조에 인정된 결사의 자유에 관한 권리에 대한 제한은 기본적인 인권 및 헌법이나 국제적 법적 기준이 보장하는 자유를 침해하여서는 아니 된다.

특정인이 특정 결사의 회원이라는 이유만으로 살인과 같은 형법을 위반하였다는 혐의로 유죄판결을 내리는 것은 아프리카헌장의 제10조에 의해 인정된 결사의 자유에 관한 권리를 침해하는 것이다.

4.4 미주인권협약 제15조 및 제16조

미주인권협약 제15조는 "비무장의 평화로운 집회의 권리"를 보장한다. "평화로운"이라는 단어가 폭력의 위협이라고 간주될 수 있는 무기의 소지를 포함하여, 폭력

312) Ibid., para. 26.

313) *International Pen and Others(on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organization) v. Nigeria, Communications Nos. 137/94, 139/94, 154/96 and 161/97, decision adopted on 31 October 1998*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/137-94_139/94_154-96_161-97.html에 게재된 텍스트 para. 108.

314) Ibid., loc. cit.

및 폭력의 위협이 존재하지 않아야 한다는 것을 필연적으로 암시한다는 점에서 "비무장"이란 단어는 불필요한 것처럼 보인다.

미주인권협약 제16조에 의하여 보장된 바와 같이 "자유로운 결사의 권리"는 "이념적, 종교적, 정치적, 경제적, 노동, 사회적, 문화적, 체육 또는 기타의 목적을 위하여" 결사할 권리와 같은 모든 사회적 차원을 망라한다. "또는 기타의 목적을 위하여"라는 단어가 명백히 드러내는 것과 같이, 이러한 열거는 한 개인이 타인들과 자유롭게 결사할 수 있도록 허용되어야 하는 사유를 예시적으로 보여주는 것이다.

평화로운 집회에 관한 권리와 자유로운 결사의 권리의 행사는 일정한 경우 제한될 수 있으나, 그와 같은 제한은 "법률에 따라서 부과되거나"(imposed in conformity with the law, 집회의 자유) "법률에 의하여 규정되어야"(established by law, 결사의 자유)하며, "국가안보, 공공의 안전이나 공공의 질서를 위하여 또는 공중보건이나 도덕, 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요할 경우에만" 제한될 수 있다.[315] 제16조(3)은 "군대와 경찰의 구성원들에 대한 결사의 권리의 행사***금지***를 포함하여 합법적 제한을 부과하는 것"을 허용한다.(강조는 추가됨).

미주인권협약 제15조 및 제16조는 1990년 12월 14일자 파나마 법률 제25호를 다룬 *Baena Ricardo and Others v. Panama* 사건의 핵심 쟁점이 되었다. 1990년 12월 5일 국가적 파업에 참가한 270명의 노동자는 위 파나마 법률에 근거하여 해고되었다. 논란이 제기된 법률은 자치적 또한 반(半) 자치적 기관들, 국가, 국영 및 시영 기업들의 임원과 이사들에게, 소속 공무원들이 민주주의 및 헌법 질서에 반하는 행위를 조직하는 데에 참가한 경우 그들을 해고할 수 있는 광범위한 권한을 부여하였다. 해고는 관련자들이 노동조합의 관리위원회와 공무원협회의 회원인지 여부에 관계없이 이루어졌다. 해고라는 행정적인 제재를 위하여 어떤 행위가 민주주의 및 헌법 질서에 반하는지를 결정하는 권한은 임원들에게 있었다. 노동자들은 1990년 12월 4일 노동자 측의 요구를 위한 시위에도 참가하였다.[316] 해고된 노동자들은 미주인권협약 제15조 및 제16조를 포함하여 몇 개의 조항이 침해되었다고 주장하였다.

평화로운 집회의 자유에 관하여, 미주인권재판소는 제소를 한 270여 명의 노동자와 관련하여서는 파나마가 협약 제15조를 위반하지 않았다는 점을 인정하였다. 문

315) 정당한 목적의 목록은 미주인권협약 제16조에서 인용되었다. 미주인권협약 제15조는 "타인들의 권리 ***및*** 자유"가 아니라 "타인들의 권리***나*** 자유"를 언급하고 있다. 강조는 추가됨.

316) *I-A Court HR, Caso Baena Ricardo y Otros (270 trabajadores v. Panama, sentencia de 2 de febrero de 2001 ,Serie C, No. 72*), 사용된 스페인어 텍스트는 위 재판소 웹 사이트 www.corteidh.or.cr/srie_c/C_72_ESP.html, paras.1 및 104에서 볼 수 있다.

제가 된 조치는 1990년 12월 5일 파업을 근거로 이루어진 것이었는데, 위 파업은 "어떤 중단이나 제한 없이" 이루어진 12월 4일 행진과는 달리 민주주의와 헌법 질서를 침해하는 것으로 여겨졌다. 미주인권재판소에 따르면, 관련 노동자에 대한 해고 서신은 1990년 12월 4일의 행진을 언급하지 아니하였고, 노동자들의 12월 5일 파업의 조직이나 실행에 참가하였기 때문에 그들의 고용을 무효화한 것이다.[317]

미주인권협약 제16조가 보장하는 ***결사의 자유***에 관하여, 미주인권재판소는 무엇보다도, 파나마 법률 제25호가 노동조합간부들에 대한 해고를 허용하였을 뿐만 아니라 노동법상 노동조합의 특권을 누리는 노동자들을 해고할 경우에 노동자들이 갖는 절차적 권리를 박탈하였다고 보았다. 또한, 해당 법률은 소급효를 가져서 당국으로 하여금 해당 사건이 발생하였을 당시 효력을 가지는 법률에 따라 준수되어야 하는 절차를 무시할 수 있게 하였다. 그로 인하여 상당한 수의 노동조합 간부들이 해고되자 관련 노동조합의 조직 및 활동에 "심각한 영향"을 미쳤으며, 이에 따라 노동 목적의 결사의 자유에 대한 제한이 발생하였다.[318] 미주인권재판소는 해당 제한이 미주인권협약의 제16조(2)에 근거하여 정당화될 수 있는지의 여부를 검토해야만 했다.

미주인권재판소는 먼저 "법률"의 개념에 관한 그의 견해를 검토하였는바, 미주인권협약상 법률이 존재한다고 하여 권리와 자유의 향유 및 행사에 대한 제한을 정당화하는 데에 충분한 근거가 되지는 않았다. 법률은 또한 일반적인 이익(general interest)이라는 이유에 근거하여야만 한다.[319] 다음으로 미주인권재판소는 Case 1569에서 'ILO 결사의 자유위원회'가 채택한 권고안과 보고서에서 인정한 사실들(파나마 정부는 이에 대해 반박하지 않았다)을 고려하였다. 그에 따르면 (1) 파나마 법률 제25호는 이 사건의 원인이 되는 사실이 발생한 지 15일 만에 통과되었다. (2) 당국은 노동자들에 대한 해고에 관한 현행 규범을 적용하지 아니하였다. (3) 노동조합 사무실과 은행 계좌가 침해되었고, 그리고 (4) 해고 노동자 중 상당수가 노동조합 간부였다.[320] 미주인권재판소는 위와 같은 사실들 및 관련 사건들의 진행경과 등에 비추어 볼 때, 파나마 당국이 취한 조치가 "공공의 질서"를 보호하기 위하여 필요하였다고 볼 수 없으며, 비례의 원칙이 존중되었다는 것을 보여주지 못했다고 결론을 내렸다. 결국 위 조치는 미주인권협약 제16조(2)가 요구하는 "민주사회에서 필요"하지 아니하며,

317) Ibid., paras. 148–150.

318) Ibid., para. 166.

319) Ibid., para. 170.

320) Ibid., para. 171.

270명의 노동자의 사건에서 미주인권협약 제16조가 위반된 것으로 보았다.[321]

4.5 유럽인권협약 제11조

"평화로운 집회의 자유 및 결사의 자유"에 관한 권리는 "자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고 이에 가입할 권리"와 마찬가지로 유럽인권협약 제11조에 규정되어 있다. 이러한 권리들의 행사에 허용된 제한들은 위 협약 제11조(2)에 열거적으로 명시되어 있는바, 그러한 제한들은 "법률에 의하여 규정되어야 하며" 또한 그에 명시된 하나 또는 그 이상의 목적을 추구하기 위하여 "민주사회에서 필요한 것이어야 한다." 또한, 해당 조항은 "군대, 경찰 또는 행정부의 구성원이 이러한 권리를 행사하는 데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다." 미주인권협약의 제16조(2)와 대비되게, 유럽인권협약 제11조(2)는 "금지"(deprivation)이라는 용어 대신에 "제한"(restrictions)이라는 용어를 사용하는바, 이는 해당 권리의 본질이 타협될 수 없다는 점을 나타낸다. 한편 유럽인권협약 제11조(2)는 이 점과 관련하여 "행정부"(the administration of the state)를 언급하고 있다는 점에서 더 나아간다고 할 수 있다. 유럽인권재판소의 법리를 볼 수 있는 몇 가지 예는 유럽인권협약 제11조의 용어의 의미를 분명히 보여줄 것이다.

4.5.1 결사의 자유, 노동조합 및 클로즈드샵 규정

Young, James and Webster v. The United Kingdom 사건은 세 개의 노동조합 중 하나의 노동조합의 조합원이 되지 않았다는 이유로 해고된 영국철도위원회("영국철도") 직원 3명에 관한 사건이다. 영국철도는 세 개의 노동조합과 "클로즈드샵 협약"(closed shop agreement)을 체결하였는데, 해당 협약에 따르면, 세 개 중 하나의 노동조합에 가입하는 것이 고용의 조건이 되었다. 신청인들은 이러한 클로즈드샵 조항이 유럽인권협약 제11조를 침해하였다고 주장하였다. 쟁점은 제11조가 "적극적 의미로서 노동조합을 결성하고 그에 가입할 권리로서의 결사의 자유뿐만 아니라 결사나 노동조합에 가입하기를 강요받지 아니하는 '소극적인 권리'도 내포하는지였다."[322]

그러나 유럽인권재판소는 위 쟁점을 판단하는 것이 필요하다고 보지 않고, "노

321) Ibid., paras. 172–173. 미주인권재판소는 또한 파나마가 미주인권협약 제8조(1), 제8조(2), 제25조 및 제1조(1)과 제2조에 명시된 법률유보의 원칙 및 사후 소급법률의 금지 원칙을 위반하였다고 판단하였다, para. 214.

322) *Eur. Court HR, Case of Young, James and Webster, judgment of 13 August 1981, Series A, No. 44,* p.21, para.51.

동조합을 결성하고 그에 가입하는 권리는 결사의 자유의 특별한 측면에 해당하는바, 자유라는 개념에는 이를 행사함에 있어 선택의 자유가 어느 정도 있을 것이 내포되어 있다."고 지적하였다.[323] 재판소는 클로즈드샵 조항의 본질에 관한 검토를 자제하면서 해당 시스템이 신청인들에게 적용되는 한도 내로 심사의 범위를 제한하였다.[324] 유럽인권재판소는 영국철도와 세 노동조합들 간의 협약 체결 후에, 신청인들은 해고당하거나 그들이 가입하기를 거부했던 노동조합 중 하나에 가입해야 하는 것을 선택해야 한다고 보았다. "그들이 불공정하다고 여긴 압력에 굴복하기를 거부한 결과, 그들은 해고통지를 수령하였다. 그 당시의 법률에 따르면 그들에 대한 해고는 '공정'하였으므로, 복직은 말할 것도 없고, 보상 청구도 할 수 없었다."[325]

유럽인권재판소는 유럽인권협약 제11조가 결사의 자유의 적극적인 측면과 동일한 근거에서 결사의 자유의 소극적인 측면을 보장하지 않는다는 전제 하에서, 특정 노동조합에 가입해야 한다는 강제가 유럽인권협약을 언제나 위반하는 것은 아니라고 결론 내렸다.

> "단, 생계수단의 상실을 포함하는 해고의 위협은 강제의 가장 심각한 형태인바, 이 사건에서 위 위협은 특정 노동조합에 가입해야 하는 의무를 부과하기도 전에 영국철도가 고용하는 노동자들에 대하여 이루어졌다.
>
> 유럽인권재판소의 견해에 따르면, 이 사건에서 이루어진 강제의 형태는 협약 제11조가 보장하는 자유의 본질을 침해한다. 이러한 사유만으로도 세 명의 신청인들 각자와 관련하여 해당 자유에 대한 제한이 있었다."[326]

이 사건의 또 다른 측면은 "자신들의 자유 의지로 가입할 수 있는 노동조합과 관련한 신청인들의 선택의 폭이 제한"되어 있다는 점과 관련이 있다. 왜냐하면, 유럽인권재판소가 판결한 대로, 결사의 자유와 관련하여 개인에게 허용된 행동이나 선택의 자유의 폭이 현실적으로 존재하지 않거나 실질적인 가치가 없을 정도로 감소되어 있는 경우에는 개인은 결사의 자유에 관한 권리를 누리지 못하는 것이기 때문이다.[327] 이 문제는 Young과 Webster가 노동조합의 정책 및 활동에 반대하였고, Young은 또한 두 노동조합의 정치적 노선에 반대하였다는 사실과 관련이 되어 있다. 이는 유럽인

323) Ibid., p. 21, para. 52.
324) Ibid., p. 22, para. 53.
325) Ibid., p. 22, para. 54.
326) Ibid., pp. 22–23, para. 55
327) Ibid., p. 23, para. 56.

권협약 제11조의 독자적 역할에도 불구하고, 이 사건에서는 유럽인권협약 제9조 및 제10조의 견지에서 제11조가 고려되어야 함을 의미한다.

> "제9조 및 제10조는 사상, 양심, 종교의 자유 및 표현의 자유의 형태로 개인적 견해를 보호하고 있는데, 이는 제11조가 보장한 결사의 자유의 목적들 중 하나에도 해당한다. 따라서 신청인들에게 적용된 것처럼 특정인이 그 신념에 반하여 결사에 가입하도록 강요하기 위해서 압력을 행사하는 것은 해당 조항의 본질을 침해하는 것이다."[328]

그러므로 유럽인권재판소는 결사의 자유에 관한 신청인들의 권리에 대한 제한이 유럽인권협약 제11조(2)에 명시된 여하한 사유로 ***"민주사회에서 필요한"*** 것으로서 정당화될 수 있는지를 검토해야만 했다. 이러한 점에서, 유럽인권재판소는 다음과 같이 설시하였다.

> "***첫째로*** 이 문맥에서 '필요하다'는 단어는 '유용한'이나 '바람직한'이라는 표현과 같은 유연성을 가지고 있지 않다. 영국 철도의 클로즈드샵 협약이 일반적으로 어떠한 편익을 가져올 수 있다는 사실은 문제가 된 제한조치의 필요성 판단에 있어 결정적인 요소로 작용하지 않는다.
>
> ***둘째로***, 다원주의, 관용 및 포용력은 '민주사회'의 특징이다. 때때로 개인적인 이익이 집단의 이익에 종속되어야 하지만, 민주주의는 단순히 다수의 관점이 항상 지배적이 되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 소수가 공정하고 적절하게 대우받고 지배적인 지위의 남용을 피할 수 있도록 적절한 균형이 이루어져야 한다. 따라서 신청인들의 관점이 그들의 동료에 의하여 거의 채택되지 않았다는 사실 또한 위 문제에 관한 재판소의 결론에 결정적인 요소로 작용하지 않는다.
>
> ***셋째로***, 협약상 권리에 부과된 제한은 그 추구되는 정당한 목적과 비례해야 한다."[329]

유럽인권재판소는 "국가의 '판단 재량'을 적절하게 참작하더라도 진정이 제기된 제한은 유럽인권협약 제11조(2)의 '민주사회에서 필요한' 이라는 요건을 충족하지 못한다고 결론 내렸다. 유럽인권재판소는 특히 클로즈드샵 조항의 강요를 정당화하는 어떠한 사유도 발견하지 못하였다는 점도 언급하였다. 유사한 제도 중에서 비조합원 노동자들로 하여금 특정 노동조합에 가입할 것을 요구하지 않는 제도도 많았고, "노동조합원들의 대다수조차 노동조합에 가입하기를 강력하게 거부하는 노동자들이 해고

328) Ibid., pp. 23–24, para. 57.
329) Ibid., p. 25, para. 63; 강조는 추가됨.

되어야 한다는 주장에 동의하지 않았다."[330]

유사한 문제가 *Sigurj nsson v. Iceland* 사건에서 발생하였는데, 해당 사건에서 택시운전사였던 신청인은 "Frami"라고 불리는 단체에 가입해야 할 법률상의 의무가 있었고, 가입하지 않을 경우 택시운전사로서 면허를 잃게 되었다. 유럽인권재판소는 "해당 사건과 같은 상황에서, 강요의 형태는 제11조가 보장하는 권리의 본질을 건드리는 것으로서 그 자체로서 해당 권리의 제한에 해당한다."고 결론 내렸다. 나아가, 해당 사건은 유럽인권협약 제9조 및 제10조와 종합적으로 고려되어야 하는데, 왜냐하면, 신청인은 "택시의 수를 제한하여 해당 직업으로의 진입을 제한하는 정책에 부분적으로 동의하지 않는다는 이유로 문제가 된 결사의 회원이 되는 것을 반대"하였기 때문이다.[331]

Young, James and Webster 사건에서와 마찬가지로 유럽인권재판소는 협약 제11조가 위반되었다고 결론을 내렸다. 유럽인권재판소는 위 결사에 가입해야 하는 의무가 "법률(1989년에 통과됨)에 의하여 규정되어 있으며," 해당 법률은 정당한 목적, 즉 "타인의 권리 및 자유"의 보호를 추구하였다는 것은 인정하였다.[332] ***다만 그것이 민주사회에서 필요한 것이었을까?*** 라는 문제에 대해, 정부는 필요한 것이었다고 보면서 "그 지역 내에 모든 택시면허 소지자들이 회원이 아니라면 Frami가 수행해야 할 감독적인 기능을 수행할 수 없기 때문에 회원 가입은 정부와 Frame 간의 중요한 연결 고리가 된다."고 주장하였다.[333]

우선, 유럽인권재판소는 "문제된 회원가입의무는 법률에 의하여 부과되었으며, 이를 위반할 경우 신청인은 면허가 취소될 가능성이 있다. 신청인은 당사국들 사이에는 매우 드문 형태의 강요를 받았는데, 이는 표면적으로 유럽인권협약 제11조와 양립되지 않는 것으로 보인다."고 하였다. Frami가 그 회원들의 직업적인 이익과 공익이라는 두 목적을 위해 존재한다는 점은 수용하면서도, 유럽인권재판소는 "Frami에 대한 의무적 회원가입이 이러한 기능을 수행하기 위하여 필요한 것"으로 보기에는 부족하다고 하였다. 이러한 판단을 뒷받침하기 위하여 유럽인권재판소는 특히, "면허소지자들로 하여금 필요한 의무 및 책임을 수행하도록 하는 방법으로 강제적 회원 가입만을 상정할 수 있는 것도 아니며," "신청인이 가지고 있는 의견에도 불구하고 강제적으로 위 단체에 가입시키는 제도가 존재하지 않을 경우 Frami가 회원들의 직업적 이익을 적절히 보호할 수 없다는 다른 이유가 존재"하는지도 증명되지 않는다고 하였

330) Ibid., pp. 25–26, para. 64–65.

331) *Eur. Court HR, Case of Sigurdur A. Sigurj nsson v. Iceland, judgment of 30 June 1993, Series A, vol. 264*, pp. 16–17, paras. 36–37.

332) Ibid., p. 17, para. 39.

333) Ibid., p. 18, para. 40.

다.[334]

결국, 신청인에게 면허 박탈이라는 불이익을 가하면서까지 그의 의견에 반하는 단체인 Frami에 가입하도록 강제하는 것이 "필요"했는지를 입증하는 데에 있어 정부가 제시한 사유는 ***비록 관련성이 있다***고 볼 수는 있어도 ***충분하지는 않다***는 결론을 내렸다. 따라서 문제된 조치는 "추구한 정당한 목적에 대한 비례성을 상실하여" 제11조를 위반하였다.[335]

> *유럽인권협약 제11조에서 규정된 노동조합을 결성하고 가입할 권리는 결사의 자유의 특별한 측면이다.*
>
> *"자유"라는 개념에는 이를 행사함에 있어 선택의 자유가 어느 정도 있을 것이 내포되어 있으나, 특정 노동조합에 가입하라고 강요하는 것이 반드시 유럽인권협약에 위반된다는 것을 의미하지는 않는다.*
>
> *생계의 상실을 포함하여 해고의 위협을 통해 특정 노동조합에 가입해야 하는 의무는 유럽인권협약 제11조가 보장하는 결사의 자유의 본질을 제한하는 것으로 간주된다. 개인의 결사의 자유에 대한 행사를 제한하는 조치가 적법하기 위해서는 유럽인권협약의 제11조(2)에 명시된 조건들을 준수해야 한다.*
>
> *독자성이 있음에도 불구하고, 유럽인권협약 제11조는 사상, 양심, 종교 및 표현의 자유를 보장하는 유럽인권협약 제9조 및 제10조의 견지에서 고려되어야 한다. 이는 개인의 집회 및 결사의 자유를 존중함에 있어서, 그 개인의 다른 기본적인 자유에 대한 존중도 관련되어 있음을 의미한다.*

4.5.2 노동조합 및 단체협약

Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden 사건에서, 신청인인 노동조합은 스웨덴 단체협약 담당 부서가 대규모 노동조합연맹이나 때로는 독립적인 노동조합과도 단체협약을 체결했음에도 불구하고, 신청인 노동조합과는 단체협약을 체결하기를 거부했다는 것에 대하여 제소하였다. 신청인 노동조합에 따르면, 위 거절로 인해 여러 불이익을 초래되었고, 이는 유럽인권협약 제11조 위반에 해당되었다.[336]

유럽인권협약이 "체약국의 기능과 관련하여 공적 권한의 보유자로서의 기능이

334) Ibid., p. 18, para. 41.

335) Ibid., pp. 18–19, para. 41.

336) *Eur. Court HR, Swedish Engine Drivers' Union Case v. Sweden, judgment of 6 February 1976, Series A, No. 20*, p .13, para. 32.

라는 측면과 고용주로서 책임을 지는 측면 간에 명시적인 구별을 하지 않는다."는 점은 주목할 만하다. 따라서 고용주로서 피고용인들과의 관계가 공법 또는 사법에 의하여 규율을 받는지의 여부를 불문하고 제11조는 고용주로서의 국가를 구속한다.[337] *Swedish Engine Driver' Union* 사건은 위 노동조합이 단체협약에 참여할 권리가 있는지, 또는 그 조합원들의 이익을 위하여 단체협약을 체결할 법적 능력이 있는지에 관한 것이 아니었다. 왜냐하면, 상기 권리들은 스웨덴 법에 따라 이미 부여되어 있었기 때문이다. 오히려 위 사건은 "제11조(1)상 '고용주로서의 국가'와 근로자들의 일부를 대표하는 노동조합과 사이에서 실질적 사안에 관하여 합의가 될 때마다 국가가 위 노동조합과 반드시 단체협약을 체결해야 하는지에 관한 문제"만을 다루게 되었다.[338]

유럽인권재판소는 제11조(1)이 "노동조합의 자유를 결사의 자유의 한 형식이나 특정 측면으로 제시"하고 있기는 하나, 그렇다고 하여 "국가에 대하여 노동조합과 특정 단체협약을 체결할 것을 구할 권리"와 같이 국가가 노동조합이나 그 조합원들을 특별히 대우해야 한다고 규정하는 것은 아니다."라고 지적하였다. 나아가 유럽사회헌장 제6조(2)는 노동조합의 자유를 다루는데, 위 조항은 단체교섭 및 단체협약의 자발적 성질을 확인하고 있다." 유럽사회헌장 제6조(2)의 신중한 문언에 비추어 보면 "협상된 사안에 관해 당사자 간의 의견 불일치가 없는 경우에도 단체협약의 체결을 구할 실질적인 권리가 보장되지는 않는다."[339]

유럽인권협약 제11조(1)에 포함된 "자신의 이익을 보호하기 위하여"란 문구에 관하여, 유럽인권재판소는 다음과 같이 설시하였다.

> "위 문구는 명확한 목적을 드러내고 있다. 즉, 유럽인권협약은 노동조합원들이 단체행동을 통해 자신의 직업적 이익을 방어할 자유를 보호하고 있고, 체약국들은 노동조합 활동의 수행 및 발전을 허용하고 그것이 가능하도록 보장해야 한다는 것이다. 이에 따라 유럽인권재판소의 의견으로는, 노동조합원들은 그들의 이익을 보호하기 위하여 노동조합의 의견이 청취될 것을 구할 권리를 가진다고 본다. 물론 제11조(1)은 각 국가가 이러한 목적을 달성하기 위하여 사용할 수 있는 수단을 자유롭게 선택할 수 있도록 한다. 단체협약을 체결하는 것이 한 방법인 반면, 다른 방법들도 있다. 유럽인권협약이 요구하는 것은 해당 국가의 법률상으로 노동조합이 제11조를 위반하지 않는 범위 내에서 조합원들의 이익을 보호하기 위해 노력할 수 있도록 보장해야 한다는 것이다."[340]

337) Ibid., p. 14, para 37.

338) Ibid., pp. 14–15, paras. 38–39.

339) Ibid., p.15, para. 39.

340) Ibid., pp. 15–16, para.40.

Swedish Engine Drivers' Union이 "정부와 대면하여 다양한 종류의 활동에 참여할 수 있다"는 사실에 대하여는 다툼이 없었다. 유럽인권재판소는 단체협약 담당 부서가 지난 몇 년간 해당 노동조합과 단체협약을 체결하는 것을 거부했다는 사실만으로는 제11조(1)의 위반에 해당하지는 않는다고 결론 내렸다. 마지막으로, 단체협약을 체결할 수 있는 단체의 수를 제한하는 해당 부서의 정책이 "그 자체만으로 노동조합의 자유와 양립할 수 없는 것은 아니다."[341]

유럽인권협약의 체약국들은 고용주로서 피고용인들과의 관계가 공법 또는 사법에 의하여 규율을 받는지와 관계없이 그들이 고용주로서 행동할 때에는 유럽인권협약 제11조(1)에 명시된 결사의 자유를 존중해야 한다.

유럽인권협약은 체약국의 국내법상 노동조합이 협약 제11조를 위반하지 않는 범위 내에서 조합원들의 이익을 보호하기 위해 노력할 수 있도록 보장해야 한다는 것이다. 이는 체약국들이 해당 목적이 달성되기 위한 수단을 자유롭게 선택할 수 있지만, 노동조합의 의견이 청취되어야 함을 의미한다.

단체협약의 체결은 노동조합의 의견이 청취될 수 있도록 하는 몇 가지 수단 중 하나이다. 모든 노동조합이 제11조에 따라 조합원의 이익을 보호하기 위해 노력할 수 있다면, 고용주로서의 국가가 자신과 단체협약을 체결할 수 있는 노동조합의 수를 제한한다 하여도 이는 유럽인권협약 제11조가 보장하는 노동조합 자유와 상충하지 아니한다.

4.5.3 결사의 자유와 정당

최근 수년간 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제11조와 관련하여 정당의 해산을 포함한 많은 중요한 사건들을 심리하였는데, 아래의 사례들은 유럽의 기준에서 정당을 설립할 권리의 범위와 한계를 잘 설명해 준다.

이에 관한 리딩 케이스는 *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* 사건으로, 이 사건에서 터키 헌법재판소는 연합공산당(TBKP)에 대한 해산결정을 하였는데, 이에 따라 위 정당은 법률에 의해 청산되고, 그 재산은 국고에 귀속되게 되었다.

터키 헌법재판소는 "정당이 정당의 규율에 관한 법률 제2820호 제96조 제3항에 의해 금지되는 단어, 즉 '공산주의'라는 용어를 그 정당의 이름에 사용한다는 것" 자체만으로 그 해산을 정당화하기에 충분하다고 결정하였다. 나아가 연합공산당의 당

341) Ibid., p. 16, paras. 41–42. 유사한 사례로는 *Eur. Court. HR, National Union of Belgian Police Case, judgment of 27 October 1975, Series A. No. 19*.

헌과 강령은 쿠르드 국민(nation)과 터키 국민(nation)이라는 두 국민을 언급하고 있었는데, "그 민족적 기원에도 불구하고 이들을 모두 터키 국민으로 보는 터키공화국에서는 받아들일 수 없는 내용이었다. 실제로 연합공산당의 공약은 비(非)터키 언어와 문화를 후원하는 내용을 포함하고 있는데, 이는 터키의 통합에 손상을 주고, 소수자를 만들어낼 의도가 있었다." 그러한 목표는 "터키의 분열과 분리주의를 장려하기 위한 것으로 허용될 수 없는 것이었고, 관련된 정당의 해산은 정당화"되었다.[342]

터키 정부는 유럽인권협약 제11조는 노동조합에 관한 것으로 정당에는 적용할 수 없다고 주장하였으나, 유럽인권재판소는 위 조항 중의 '포함하여'(including)라는 단어는 노동조합이 결사의 자유가 적용되는 한 예임을 잘 보여준다고 강조하였다. 유럽인권재판소의 견해로는 유럽인권협약 제11조의 문언보다 더 설득력 있는 것은,

> "정당이 민주주의의 올바른 작동을 위해 필수적인 결사의 한 형태인 사실이란 점에 있다. 나아가 유럽인권협약의 체계에 있어서 민주주의의 중요성을 고려할 때 … 정당이 유럽인권협약 제11조의 범위 내에 있음은 명백하다."[343]

터키 정부의 추가 주장에 대하여, 재판소는 특히 "정당을 포함한 결사는 그 활동이 정부 당국에 의하여 국가의 헌법 질서를 약화시키고, 그 결과 제제가 요구되는 것으로 여겨진다고 하더라도 유럽인권협약에 의하여 제공되는 보호로부터 제외되어서는 아니 된다."고 판시하였다.[344] "그러나 유럽인권협약 제11조가 있다 하여도 특정 결사가 활동을 통하여 국가의 제도를 위험에 빠뜨리는 경우까지 정부 당국으로 하여금 자국의 제도를 보호하기 위한 조치를 취할 권리를 박탈당하는 것은 아니다." 유럽인권재판소에 따르면, "유럽인권협약 체계 내에는 민주사회를 방어하고자 하는 요구와 개인의 권리 사이에는 약간의 타협이 내재하고 있다."고 한다. 그러나 그러한 종류의 타협으로 인하여 당국에 의한 개입은 유럽인권협약 제11조(2)의 요건을 충족해야 한다고 하였다.[345]

유럽인권재판소는 TBKP의 해산은 유럽인권협약 제11조(1)에 비추어 세 명의 신청인 – 정당 본인과 그 정당을 설립한 2명의 정치인, 위 두 정치인은 다른 정치 단체에서 유사한 직책을 수행하는 것이 금지되었다 – 에 대한 ***결사의 자유에 대한 제***

342) *Eur. Court. HR, Case of the United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, judgment of 30 January 1998, Reports 1998–I*, pp. 9–10, para. 10.

343) Ibid., pp. 16–17, paras. 24–25.

344) Ibid., p. 17, para. 27.

345) Ibid., p. 18, para. 32.

한에 해당한다고 인정하였다.[346] 이러한 제한이 유럽인권협약 제11조(2)에 의해 정당화될 수 있는지에 대하여, 재판소는 그 제한이 법률, 즉 터키 헌법과 앞서 본 법률 제2820호의 다양한 조항에 의하여 명시되어 있으므로 ***법률에 규정된 점***을 인정하였다. 위 재판소는 또한 TBKP의 해산이 ***유럽인권협약 제11항에 의하여 인정되는 정당한 목적, 즉 국가안보의 보호라는 목적을 위하여 추구되었다는 점***도 인정하였다.[347] 그와 같은 제한이 민주사회에서 필수적인지 여부에 관한 마지막 요건에 관한 심리에서 재판소는 민주사회 개념과 관련되는 일반원칙들을 체계화하고 확장시켰다. 유럽에서 이러한 원칙들이 갖는 중요성을 고려하여 아래에서 상세하게 인용하기로 한다.

> "42. 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제11조가 갖는 독자적인 역할과 고유한 영역에 적용되는 점을 고려한다 하더라도, 위 조항은 유럽인권협약 제10조에 비추어 해석되어야 한다고 재차 강조하였다. 의견을 보호하는 것과 그것을 표현하는 자유는 유럽인권협약 제11조에서 보장되는 결사의 자유의 목적 중 하나이다.
>
> 43. 이는 정당에 대하여 한층 더 보장되어야 하는데, 왜냐하면, 정당이란 민주주의의 올바른 작동과 다원주의의 보장에 있어서 핵심적 역할을 수행하기 때문이다. …
> 이 재판소가 수차례 결정에서 밝혔듯이, 다원주의의 보장 없이는 민주주의가 있을 수 없다. 그러한 이유로 유럽인권협약 제10조에 의해 보장되는 표현의 자유는, 제2문에 따라, 무해하거나 무의미한 것으로 여겨지는 정보, 사상뿐만 아니라 불쾌감을 주고, 충격적이며 또는 혼란을 가져오는 것들에 대하여도 적용될 수 있는 것이다. … 정당의 경우 활동 그 자체로 표현의 자유의 집단적 표출을 형성하기 때문에 정당은 유럽인권협약 제10조, 제11조의 보호를 모두 구할 수 있다.
>
> 44. *Informationsverein Lentia and Others v. Austria* 사건에 대한 판결에서, 재판소는 국가는 다원주의 원칙의 궁극적인 보장자라고 설시하였다. 정치적인 의미에서 그 책무는 국가가 그 무엇보다도 유럽인권협약 제1 추가의정서 제3조[역주: 제3조(자유선거의 권리) "체약국들은 입법부의 선출에 있어서 국민의 자유로운 의사 표시를 확보할 수 있는 조건 하에 합리적인 간격을 두고 비밀투표에 의한 자유선거를 시행할 것을 약속한다."]에 근거하여 합리적 기간을 정하여 주기적으로 비공개, 자유선거를 보장할 의무가 있다는 것이고, 위와 같은 선거는 국민이 입법기관을 구성함에 있어 자유로운 의견 표현이 가능한 조건 아래에서 치러져야 한다는 것을 의미한다. 그러한 의견 표현은 한 국가의 구성원들에서 발견되는 각기 다른 의견들을 대표하는 수많은 정당의 참여 없이는 상상할 수 없는 것이다. 단지 정치제도 내에서만 아니라, 미디어의 도움을 받아, 사회적 삶의 수준에서 폭넓은 범위의 의견을 전달함으로써 정당은 민주사회라는 개념의 핵심을 구성하는 영역인 정치적 논쟁에 있어 대체될 수 없는

346) Ibid., p. 19, para. 36.
347) Ibid., pp. 19–20, paras. 38–41. 강조는 추가됨.

기여를 한다.

45. 민주주의는 의심할 여지없이 유럽 공공질서의 기본적 특징이다. 그것은 먼저 유럽인권협약과 민주주의의 관계를 설정하고 있는 유럽인권협약의 서문에 의하여도 명백하다. 위 서문은 인권과 기본적 자유는 한편으로는 실효적인 정치적 민주주의와 다른 한편으로 인권에 대한 공통적인 이해와 준수에 의하여 가장 잘 보장된다고 언급하고 있다. … 서문은 한발 더 나아가 유럽 국가들은 정치적 전통, 이상, 자유 그리고 법에 의한 지배라는 공통된 유산을 가지고 있다고 언급하고 있다. 재판소는 그러한 공통된 유산에서 협약의 기초가 된 가치가 발견된다고 언급하였고, 수차례에 걸쳐 협약은 민주사회의 이상과 가치를 유지하고 촉진하기 위하여 고안되었다는 점을 지적하였다.
그뿐만 아니라 협약 제8, 9, 10, 11조는 당해 권리들의 행사에 대한 제한은 '민주사회에서 그 제한이 필요한지 여부'라는 기준에 의하여 평가되어야 한다고 요구하고 있다. 따라서 이 권리들에 대한 제한을 정당화하기 위하여 그 제한이 '필요하다'는 것은 오로지 민주사회로부터 도출될 수밖에 없다. 따라서 민주주의는 협약에 의하여 신중하게 고려된 유일한 정치체제이고, 그와 양립할 수 있는 유일한 것이다.

유럽인권재판소는 협약의 특정 조항들을 민주사회에 있어 특징적인 조항이라고 보고 있다. 이 재판소가 최초로 내린 결정에서 재판소는 '협약의 서문과 다른 조항들이 의미하는 민주사회'에서 사법절차는 당사자들의 참석 하에 공개적으로 이루어져야 하며, 그러한 기본원칙은 협약 제6조에 의하여 보장된다는 점을 판시하였다. 이 사건과 보다 인접한 분야의 예를 들자면, 재판소는 많은 경우에 있어 표현의 자유는 민주사회의 필수적 기초의 한 부분을 이루고, 그 발전과 개개인의 자기성취의 조건이라고 하였다. 한편 the Mathieu-Mohin and Clerfayt judgment에서 재판소는 협약의 제1 추가 의정서의 제3조가 갖는 중요성을 강조했는데, 이는 위 조항이 실효적인 정치적 민주주의 원칙의 특징을 가장 잘 구현한 조항이기 때문이었다.

46. 결국, 제11조에서 규정하고 있는 예외는 정당과 관련하여 엄격하게 해석되어야 한다. 즉, 설득력 있고 확실한 이유만이 정당의 결사의 자유에 대한 제한을 정당화할 수 있다. 협약 제11조(2)에서 정하는 '필요성'의 존부의 판단에 있어서 체약국들은 제한된 판단 재량만을 갖는바, 이에 따라 유럽은 위와 같은 제한을 실행하는 법률과 결정들을 엄격하게 감독할 권한을 가지며, 이는 그와 같은 제한이 독립된 법원에 의하여 이루어진 경우도 마찬가지이다. 재판소는 이미 모욕 혐의를 받고 있는 의회 구성원에 관한 사건에서 그러한 엄격한 심사가 필요하다고 설시하였는데, 그러한 엄격한 심사는 정당 전체가 해산되고, 그 지도자가 장래에 유사한 활동을 하는 것을 금지하는 경우에 더욱더 필요하다.

47. 유럽인권재판소가 엄격한 심사를 한다는 것은 관계 당사국의 견해를 그 자신의 견해로 치환하는 것이 아니라 그들의 재량권 행사에 의한 결정을 협약 제11조에 비추어 심사하는 것을 의미한다. 그렇다고 하여 재판소의 역할이 제소된 국가가 합리적이

> 고 신중하며 신의성실에 따라 결정을 하였는지 여부를 확인하는 데만 한정된다는 것은 아니다. 재판소는 문제된 제한을 사건 전체에 비추어 조사하여야 하고, 그 제한이 추구되는 정당한 목적에 비추어 적정하였는지, 그리고 그 제한을 정당화하기 위하여 국가기관이 제출한 이유가 상당하고 충분한지를 들여다보아야 한다. 그렇게 함으로써 재판소는 국가기관이 협약 제11조에 규정된 원칙에 따라 기준을 적용하고, 더 나아가 사실관계에 대한 합리적인 평가에 기초하여 결정을 하였는지 여부를 스스로 확인할 의무가 있다."[348]

유럽인권재판소는 위 원칙들을 *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* 사건에 적용하였다. 재판소는 해당 정당이 활동을 개시하기 전에 해산이 명해졌으므로 위 해산명령은 ***오로지 그 당헌과 강령에 기초하여 이루어졌다고 볼 수밖에 없다고*** 보면서, 위 당헌과 강령은 해당 정당의 진정한 목적과 그 지도자들의 진정한 의도를 반영하는 것으로 볼 수밖에 없다고 지적하였다. 따라서 유럽인권재판소도 터키 헌법재판소처럼 문제가 되는 제한이 필요성 요건을 충족하는지 여부를 판단하기 위해서 위 문서들을 판단의 기초로 삼았다.[349]

터키 헌법재판소가 해산을 결정한 ***첫 번째 근거로서 TBKP가 '공산주의자'(communist)라는 단어를 명칭에 사용하였다는 점***과 관련하여 유럽인권재판소는 다른 적절하고도 충분한 조건이 없다면 정당의 명칭은 원칙적으로 해산이라는 극단적인 조치를 정당화할 수 없다고 보았다. 이와 관련하여 여기서 먼저 언급되어야 할 것은 공산주의 이념에 근거한 정치활동을 하는 것을 범죄로 규정하던 형법 조항이 테러리즘의 예방에 관한 법률 제3713호에 의하여 대체되었다는 점이다. 재판소는 또한 TBKP가 그 명칭에도 불구하고 한 계급의 다른 계급들에 대한 지배를 추구하지는 않을 뿐만 아니라 오히려 정치적 다원주의, 보통 선거와 정치참여의 자유를 포함하는 민주주의의 요청을 충족하고 있었다는 헌법재판소의 사실인정에 무게를 두었다. 따라서 TBKP가 명칭에 '공산주의'라는 용어를 사용함으로써 터키 국가나 사회에 실질적인 위협이 될 정책들을 채택하였다는 점에 대한 확실한 증거가 없는 상황에서 재판소는 정당의 명칭만으로 정당을 해산할 수 있다는 주장은 받아들일 수 없다고 판시하였다.[350]

터키 헌법재판소에 의하여 ***TBKP의 해산의 근거가 된 두 번째 이유***는 터키의 분리주의와 분할을 추구하였다는 것인데, 유럽인권재판소는 그 정당이 비록 강령에 "쿠르드 '인민'(people)과 '국가'(nation) 그리고 쿠르드 '시민'(citizen)"을 언급하였으나,

348) Ibid., pp. 20–22, paras. 42–47.

349) Ibid., p. 25, para. 51.

350) Ibid., p. 26, para. 54.

그들을 "소수"로 표현하지도 않았고, "그들의 존재를 인정해줄 것 이상의 특별한 처우나 권리를 요구하지도 않았을 뿐만 아니라 더구나 터키 국민으로부터의 분리를 요구하지도 않았다는 사실을 인정하였다. 오히려 그 강령은 'TBKP는 쿠르드 문제에 대하여 평화적이고 민주적이며 공정한 해결을 위해 노력하고, 이를 통해 쿠르드인과 터키인들이 그들의 공통된 이해에 기반을 둔 민주적 재건의 관점에서 동등한 권리에 기초하여 터키공화국 국경 안에서 그들의 자유의지에 따라 함께 살아갈 수 있도록 한다.'" 고 언급하고 있다. 또한, "TBKP는 그 강령에서 '쿠르드 문제의 해결책은, 관계 당사자들이 그들의 의견을 자유롭게 말할 수 있고, 그들이 문제 해결을 위하여 어떠한 형태의 폭력에도 의지하지 않으며, 그들이 그들 자신의 민족적 정체성을 가지고 정치에 참여할 수 있을 경우에만 발견될 수 있다.'"고 언급하고 있다.[351]

유럽인권재판소는 민주주의의 원칙적 특징이 아래와 같다고 언급하는 데까지 나아갔다.

> "비록 귀찮더라도 폭력에 의존하지 않고 대화를 통하여 한 국가의 문제들을 풀어나갈 수 있는 가능성이다. 민주주의는 표현의 자유 위에서 번성한다. 이러한 사정들로 비추어볼 때, 어느 정치적 단체가 자국의 특정 집단에 속하는 사람들의 상황에 관하여 이를 공적으로 토론하고자 한다거나 이와 관련된 모든 당사자를 만족하게 하기 위한 해결책을 민주적 절차에 따라 모색하기 위해 정치에 참여하려 한다는 이유만으로 당해 정치단체를 방해하는 것은 정당화될 여지가 없다. 강령으로 판단하건대, TBKP의 목적은 앞에서 설시한 영역 내에 있는 것으로 여겨진다."[352]

비록 정당의 정강이 실제 그 정당이 추구하는 목적과 의도를 감추는 역할을 할 수 있다는 사실을 배제할 수는 없지만, 이 사건에 있어서는 문제된 정당이 창당 직후 해산되어 실제 활동하지 못하였으므로 그와 같은 사정은 소송에서 증명되지 못하였다. "결국, 위 정당은 표현의 자유를 행사하였다는 이유만으로 처벌받은 셈이 되었다."[353]

마지막으로 유럽인권재판소는 "이 사건과 관련된 배경, 특히 테러와의 전쟁과 관련된 어려움 등을 참작하려 하였으나, TBKP의 활동이 존재하지 않는 상황에서 그 정당이 터키에서의 테러문제에 대하여 책임이 있다고 추론할 수 있는 그 어떤 증거도 발견할 수 없었다."고 하였다.[354]

---

351) Ibid., pp. 26–27, paras. 55–56.

352) Ibid., p. 27, para. 57.

353) Ibid., p. 27, para. 58.

354) Ibid., p. 27, para. 59.

이에 따라 "TBKP의 활동 이전에 내려진 즉각적이고 영구적인 해산명령 및 그 지도자들로 하여금 다른 어떤 정치적 활동을 하는 것을 금지하는 극단적인 조치는 그것이 이루고자 하는 목적에 비추어 보아 비례성을 상실하였으며, 결과적으로 민주사회에서 불필요하다."고 보았다.[355] 그리하여 유럽인권재판소 대재판부는 ***만장일치***로 유럽인권협약 제11조가 위반되었다고 결정하였다.[356]

*****

United Communist Party of Turkey 사건에서 적용된 일반 원칙은 나중에 *Socialist Party and Others v. Turkey* 사건과 같은 유사 사건에서도 확인되었다. SP로 약칭되는 이 정당은 마찬가지로 터키 헌법재판소의 결정에 의하여 해산되었고, 그 지도자들에게는 다른 어떤 정당에서도 유사한 직책을 수행하는 것이 금지되었다. 그 자산은 청산을 거쳐 국고로 귀속되었다.[357] 그러나 앞서 본 사건과는 달리 터키 헌법재판소의 결정은 ***SP의 당헌이나 강령에 근거하지 않고 SP의 정치적 활동을 근거로 이루어졌다.*** 위 헌법재판소는 SP가 두 민족 즉, 쿠르드족과 터키 민족을 구별하고, 터키의 통일과 영토의 완전성에 대한 훼손을 초래하는 연방제를 옹호함으로써 그 목적이 테러조직의 그것과 유사하다고 언급하였다. 터키 헌법재판소에 따르자면 위 정당은 "분리주의와 폭동을 추구하였으므로 그 해산은 정당"한 것이었다.[358]

유럽인권재판소는 SP의 해산결정이 정당한지 여부를 판단하기 위하여 SP의 성명서들을 조사하여야 했다. 즉, 유럽인권재판소는 관할 당국이 관련 사실들에 대하여 합리적으로 수긍할 만한 평가를 통해 그 결정을 하였는지 여부를 스스로 판단하였다는 것이다.[359]

유럽인권재판소는 관련된 성명서들을 분석한 결과 "폭력의 선동, 폭동 또는 민주주의 원칙에 대한 거부"로 인정할 만한 그 어떤 것도 발견하지 못하였고, 오히려 그 반대의 사실들을 발견하였다. 쿠르드 민족과 터키 민족을 구별한 것과 관련하여 재판소는 "그 성명서들은 민주적인 절차에 따라 터키 민족과 쿠르드 민족이 동등하고 자발적인 기초 위에 대표되는 연방제의 구현이라는 핵심적인 목적을 정강으로 제시하고 있다."고 보았다. "자결권"(self-determination)에 관한 언급과 쿠르드 민족의 "분리

355) Ibid., pp. 27-28, para. 61.

356) Ibid., p. 31. p. 5와 함께 볼 것.

357) *Eur. Court. HR, Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, judgment of 25 May 1998, Reports 1998-III*, p. 1250, para. 24 및 p. 1258, para. 51.

358) Ibid., p. 1256, para. 43.

359) Ibid., p. 1256, para. 44.

독립"할 권리에 관하여 유럽인권재판소는 "위와 같은 어휘를 사용하는 성명서들을 그 문맥을 종합하여 파악할 경우, 이는 터키로부터의 분리 독립을 조장하려 한 것이 아니라, 제안된 연방제도가 쿠르드 민족의 자유로운 의사에 기반을 둔 동의 없이는 달성될 수 없다는 사실과 그와 같은 자유로운 의사는 국민투표를 통해 표현되어야 한다는 사실을 강조한 것으로 볼 수 있다."고 하였다.[360] 더욱이

> "그러한 정강이 현재 터키의 원칙이나 체제와 양립할 수 없다는 사실만으로 그것이 민주주의 원리와 양립하지 않는다고 볼 수 없다. 민주주의는 다양한 정치적 강령들이 제안되고 논의되는 것을 핵심으로 삼고 있으므로, 해당 정강이 민주주의 자체를 위험에 빠뜨리지만 않는다면 그것이 현재 국가의 조직 방법에 대하여 의문을 제기하는 것이라 하더라도 허용되어야 한다."[361]

나아가 위 성명서들의 진실성에 모순되는 확실한 활동 없이는 그러한 진실성은 의심되어서는 안 된다. 유럽인권재판소의 관점에서 보면 "SP는 단지 표현의 자유를 행사한 행위만으로 불이익을 받은 것"이었다.[362]

"민주주의가 온전하게 기능하기 위해서 정당이 수행하는 핵심적인 역할"을 강조하면서, 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제11조의 예외는 정당과 관련된 경우 엄격하게 해석되어야 한다고 판시하였다. 이에 대응하는 "엄격한 유럽의 심사기준"(rigorous European Supervision)을 적용함에 있어서 재판소는 제소된 사건에 적용된 극단적인 조치는 ***"가장 심각한 사건에 대하여만 적용되어야 한다."***고 판시하였다.[363] 그러나 그 당의 지도자들이 발표한 논란이 된 위 성명서들만으로는 "해당 정당에 대하여 민주주의 원칙 및 규칙들을 준수하도록 하는 조치가 필요할 수 있다는 의심을 갖게 하지도 못하였고," "작성자들이 위 성명서를 발표함에 있어 폭력을 명시적으로 거부하고 민주주의에 대한 애착을 밝혔음에도 불구하고 문제된 성명서들이 터키에서 일어난 테러문제에 어떤 책임이 있는지도" 입증되지 않았다.[364] 따라서 SP에 대한 해산은 추구되는 목적에 비추어 보아 비례성을 상실하였고, 결과적으로 민주사회에서 불필요한 것이어서 협약 제11조에 위반된다는 결론이 도출되었다.[365] 이는 ***대재판부***에

360) Ibid., pp. 1256–1257, paras. 46–47.
361) Ibid., p. 1257, para. 47.
362) Ibid., pp. 1257–1258, para. 48.
363) Ibid., p. 1258, paras. 50–51. 강조는 추가됨.
364) Ibid., ppa. 1258–1259, para. 52.
365) Ibid., p. 1259, para. 54.

서 ***만장일치***로 결정되었다.[366]

앞서 본 두 사건에서 유럽인권재판소는 정부 측이 주장한 것과는 달리 협약 제17조(권리남용의 금지)를 고려할 필요가 없었다고 판단한 것은 주목할 만하다. 이는 당해 정당들이 협약상 보장된 자유 및 권리를 파괴하기 위한 활동을 수행하기 위해 위 협약을 근거로 들었다는 점을 인정할 만한 증거가 없었기 때문이다.[367]

*****

그러나 Refah의 해산 및 그 지도자들로 하여금 다른 정당에서 재직하는 것을 금지한 *Refah Partisi (Prosperity Party) and Others v. Turkey* 사건에서는 결론이 달랐다. ***이 사건은 특정 정당이 복수(複數)의 사법 체계***(역주: 종교, 성별 등을 이유로 전혀 다른 법률 및 절차를 적용받는 사법체계)***를 도입하길 원하면서, 정치적 무기로서 폭력의 사용을 요구하는 당원에 대하여 즉각적인 조치를 취하지 않고, 정적(政敵)에게 무례함을 보이는 경우에는, 유럽인권협약 체제의 보호를 받을 수 없다는 것을 명확히 하였다는 점에서 중요하다.***

이러한 정당해산조치가 유럽인권협약 제11조(2)에 따라 정당화될 수 있는지에 관하여 유럽인권재판소는 우선 위 조치가 ***법률에 규정***(터키 헌법과 정당의 규율에 관한 법률 제2820호)되어 있다고 인정하였다. 또한, 재판소는 "터키에서의 민주주의와 관련하여 세속주의 원칙(principle of secularism)이 갖는 중요성"에 비추어 볼 때, ***"Refah의 해산이 제11조에 기재된 여러 정당한 목적들, 즉 국가의 안전 보장, 공공의 안전, 무질서와 범죄의 예방 그리고 다른 사람들의 권리와 자유의 보호를 추구하기 위한 것"***이라고 판단하였다.[368]

민주사회에서의 필요성이라는 개념에 관하여 재판소는 아래와 같은 일반원칙

366) Ibid., p. 1262. p. 1236과 함께 볼 것.

367) Ibid., p. 1259, para. 53 및 *Eur. Court HR, Case of the United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, judgment of 30 January 1998, Reports 1998-I*, p. 27, para. 60. 터키를 상대로 유사한 쟁점이 제기된 사안과 관련하여서는 *Eur. Court HR, Case of Freedom and Democracy Party (ZDEP) v. Turkey, judgment of 8 December 1999, Reports 1999-VIII, p. 293* 및 *Eur. Court HR, Case of Yazar, Karatas, Aksoy and the People's Labour Party (HEP) v. Turkey, judgment of 9 April 2002*; 위 판결문들의 텍스트는 http://hudoc.echr.coe.int/hudoc에서 볼 수 있다. 위 두 사안에서도 제11조 위반이 인정되었다. 한편 제17조는 다음과 같이 규정하고 있다. "이 협약 중의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 협약에 규정된 권리 및 자유를 파괴하거나, 또는 이 협약에 규정된 범위 이상으로 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 수행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다." 이와 유사한 규정은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제5조(1) 및 미주인권협약 제29조(a)에서도 볼 수 있다.

368) *Eur. Court HR, Case of Refah Partisi (Prosperity Party) and Others v. Turkey, judgment of 31 July 2001*. 사용된 텍스트는 재판소 홈페이지인 http://hudoc.echr.coe.int/에서 볼 수 있는 편집되지 않은 것이다. paras 39 및 42, 강조는 추가됨.

을 설시하였는바, 재판소는 이를 통해 인권보호에 있어서 민주주의와 법치주의가 수행하는 역할에 관한 관점을 보다 상술하였다.

> "43. 유럽인권협약은 전체적으로 해석되고 이해되어야 한다. 인권은 인간의 존엄을 보호하기 위하여 통합된 체계를 형성한다. 그러한 관계에서 민주주의와 법치주의는 핵심적인 역할을 한다.
>
> 민주주의는 국민에게 역할이 부여될 것을 요구한다. 국민에 의하여, 그리고 국민을 위해 설립된 기관만이 국가의 권력과 권위를 부여받을 수 있다. 성문법은 독립된 사법권력에 의하여 해석되고 적용되어야 한다. 특정 국가의 국민이 비록 다수결로 결정하였더라도, 국민에게 책임을 지지 않는 단체를 위해 입법적, 사법적 권한을 포기하는 결정을 한 경우에는, 그 단체가 세속적이든 종교적이든지 여부와 관계없이 민주주의는 더 이상 존재하지 않는다고 보아야 한다.
>
> 법의 지배는 모든 인간은 법 앞에서 그들의 의무뿐만 아니라 그들의 권리에 있어서도 평등하다는 것이다. 그러나 특정 개인들과 상황들을 구분해야 할 객관적이고 합리적인 이유가 있다면, 법률은 그러한 차이점들을 고려하여야 한다. 물론, 그와 같은 차이를 둘 때에는 정당한 목적을 추구하며, 민주사회에서 일반적으로 확립된 원칙들과 모순이 없고, 비례의 원칙을 지켜야 한다. 그러나 일부 국민이 성별, 정치적 또는 종교적 신념의 차이만을 이유로 차별당한다면, 세속사회(secular society)에서 법치주의가 구현되고 있다고 보기 어렵다. 그러한 사람들을 위하여 완전히 다른 사법체계가 설정된 경우에 있어서도 법치주의가 준수된다고 할 수 없다."[369]

United Communist Party of Turkey 사건에서 내린 결정과 관련하여 재판소는 "민주주의는 의심할 여지없이 '유럽 공공질서'의 기본적 특징"이고, "민주주의의 주요한 특징 중 하나는 귀찮더라도 폭력에 의지하지 않고 대화를 통하여 국가의 문제를 해결할 수 있다는 가능성이라는 관점을 제공한다는 것"[370]이라는 점을 다시 확인하였다. 그 결과 재판소는 아래와 같은 설시를 하였다.

> "정당은 두 가지 조건하에서 법률과 국가의 법적, 헌법적 기초의 변화를 위한 활동을 할 수 있는데, (1) 그 수단은 반드시 모든 측면에서 합법적이고 민주적이어야 하고, (2) 그 변화는 그 자체로 기본적인 민주주의 원칙과 양립할 수 있어야 한다. 따라서 특정 정당의 지도자들이 폭력에 의지할 것을 선동하거나 민주주의 원칙들을 따르지 않는 정책을 제안하는 경우, 또는 그 정당이 민주주의의 파괴 및 민주주의 하에서 주어지는 자유와 권리의 침해와 같은 목적을 가지는 경우에는 이를 이유로 부과되는 제재

369) Ibid., para. 43.
370) Ibid., paras. 45–46

(penalties)에 대하여 유럽인권협약상의 보호를 주장할 수 없다."[371]

유럽인권재판소는 협약 제9조의 사상, 양심, 종교의 자유는 "협약의 의미 내에서 민주사회의 기초 중 하나"라고 다시 판시하였다. 재판소는 "구성에 있어서 다양한 종교가 공존하는 민주사회에서는 다양한 집단의 이해를 조정하고, 모든 사람의 신념이 존중받게 하기 위해 위와 같은 자유에 제한을 두어야 하는 경우가 있을 수 있다. … 국가는 다양한 종교, 교파, 신앙의 실현에 있어 중립적이고 공정한 조정자로서의 역할을 수행함으로써 민주사회에서의 종교적인 조화와 관용에 이바지한다."[372] 이러한 관점을 설명하기 위하여 재판소는 아래와 같은 기존 법리를 설시하였다.

> "민주사회에서는 공교육의 중립성과 같이 타인의 권리, 질서 및 공공의 안전을 보호하기 위한 목적으로 종교를 표명할 자유를 제한할 수 있다. … 그와 유사하게, 세속대학에서 근본주의 종교 운동 단체가 공공질서를 해치거나 다른 이들의 신념을 훼손시키지 않도록 한 조치는 협약 제9조를 위반하는 것이 아니다. 이에 따라 재판소는 알제리 정부가 무슬림 반대자들에 대해 스위스 영토 내에서 선전을 펼치는 것을 금지한 것은 민주사회에서 국가의 안전과 공공의 질서를 위하여 필요하다고 판시하였다."[373]

터키의 상황과 관련하여 유럽인권재판소는 "세속주의 원칙은 의심할 여지없이 터키국의 기본 원리이고, 이것은 법치주의 및 인권에 대한 존중과도 조화되고 있다. 그 원칙을 존중하지 않는 어떠한 행위도 종교를 표명할 자유의 일부로 받아들여질 수 없고, 협약 제9조에 의하여 보호되지도 않는다."[374]고 설시하였다.

Refah 사건과 관련하여 터키 정부는 "그 정당이 '기존의 질서에 대하여 공격적이고도 호전적인 태도'를 가지고 있었고, 기존의 질서를 종국에 파괴하기 위하여 '그 질서가 정상적으로 기능하지 못하도록 방해하기 위한 조직적인 시도를' 하였기"[375] 때문에 그 정당의 해산은 민주주의를 보호하려는 예방적인 조치였다고 주장하였다. 신청인들은 그들이 터키에 있어서 '세속주의 원칙이 갖는 핵심적 중요성'을 부정한 것은 아니라고 하였다. 그 정당은 "1996년 6월부터 1997년 7월까지 완벽하게 합법적으로 집권하였고, 신청인 중 한명은 그 시기 수상이었다."[376]

Refah의 해산의 ***필요성***을 평가함에 있어 유럽인권재판소는 "세속주의를 유지

371) Ibid., para. 47.
372) Ibid., paras. 49–51
373) Ibid., para. 51.
374) Ibid., para. 52.
375) Ibid., para. 63.
376) Ibid., para. 54–55.

하는 것이 터키에서 민주주의를 보호하기 위하여 필요하다."는 점에 관하여 당사자들 사이에 다툼이 없다는 점을 지적하였다. 그러나 그들은 "세속주의 원칙의 내용과 해석 및 적용에 대하여는 동의한 것이 ***아니었다***."[377] *Socialist Party and Others* 사건과 같이 재판소는 정당의 당헌과 정강이 아닌 Refah의 의장과 지도자들의 선언과 정책성명(policy statements)에 기초하여 판단하였다. 터키 헌법재판소에 의하여 세속주의 원칙을 침해한 것으로 판단된 이 성명서들은 아래의 세 가지 범주에 포함되었다.

- "Refah가 복수의 사법체계를 구축함으로써 신앙을 이유로 한 차별을 시행하고자 한 것으로 볼 수 있는 것들"
- "Refah가 무슬림 공동체에 대하여 이슬람 율법(sharia)을 적용하기를 원한다는 것으로 볼 수 있는 것들"
- "Refah 구성원들이 지하드(jihad. 聖戰)에 대하여 언급하면서 지하드가 정치적 수단이 될 수 있다고 한 것들."[378]

첫 번째 범주와 관련하여, 재판소는 정부가 주장한 바와 같이 "Refah의 제안에 따라 복수의 사법체계가 존재하게 되면 모든 법적 관계에 있어서 개인은 종교에 따라 구별되는 결과가 초래되고, 모든 사람은 종교에 따라 분류될 것이며, 개인으로서가 아니라 종교적 운동에의 소속 여부에 따라 개인에게 권리와 자유를 부여하게 된다."는 점을 인정하였다. "재판소는 그러한 사회 모델은 두 가지 이유에서 유럽인권협약 체계와 양립할 수 없다고 판단하였다."

> "먼저, 그와 같은 제도 하에서 국가는 민주사회에서 개인의 권리와 자유를 보장하고, 다양한 신념과 종교들의 실천을 불편부당하게 조직해야 한다는 역할을 방기하게 된다. 왜냐하면, 이는 개인으로 하여금 국가가 앞서 언급한 역할의 행사를 통해 만든 법률이 아니라 해당 종교에서 부과한 고정된 법에 따른 규칙에 복종하게 하기 때문이다. 그러나 국가는 자국 내에 있는 모든 사람이 협약상 보장된 권리와 자유를 ***완전하고도 포기할 수 없게끔*** 누릴 수 있도록 보장해야 할 적극적인 의무가 있다.
>
> 다음으로, 그러한 제도는 틀림없이 공적인 자유의 향유와 관련되어 있는 민주주의의 근본적 원칙의 하나인 차별금지의 원칙을 침범한다. 공법, 사법을 불문하고 종교나 신념에 따라 개인들을 다르게 대우하는 것은 명백하게 협약상 정당화될 수 없으며, 특히 이와 관련하여 차별을 금지한 협약 제14조에 비추어보면 더욱 그렇다. 그와 같은 차등적 대우는 한편으로 그들만의 규칙에 따라 자치적으로 운영되기를 원하는 종

377) Ibid., para. 65. 강조는 추가됨.
378) Ibid., para. 68.

교 단체와 다른 한편으로는 다양한 신앙과 종교 사이에서 평화와 관용에 기초하고 있는 사회 전체로서의 이익 사이에 균형을 유지할 수 없게 만든다."[379]

이슬람 율법인 샤리아를 일반적으로 적용될 수 있는 법률 및 무슬림 공동체에 적용될 수 있는 법률로 도입하려는 것과 관련된 성명들인 ***두 번째 범주***와 관련하여 재판소는 아래와 같이 판단하였다.

"종교에 의하여 정해진 교리와 신성한 규칙을 충실하게 반영하는 샤리아는 고정적이고 불변한다. 정치적 측면의 다원주의나 공공의 자유의 지속적 발전과 같은 원칙들은 그 안에서 자리를 잡을 수 없다. 재판소는 샤리아의 도입에 관한 명백한 언급을 담고 있는 문제의 성명서들을 전체적으로 고찰하였는바, 이는 협약이 전체에서 담고 있는 민주주의의 기본적 원칙과 조화되기 어렵다고 판단된다. 한편으로 민주주의와 인권을 존중한다고 하면서, 다른 한편으로 샤리아에 기초한 체제를 옹호하기란 쉽지 않다. 그와 같은 체제가 형법, 형사소송절차 및 여성의 법적 지위에 대하여 갖는 태도나, 개인의 사적 공적 삶의 모든 측면을 종교적인 관점에서 개입하는 점들에 비추어 보면 이는 협약상의 가치로부터 명백하게 이탈하는 것이기 때문이다. 게다가 '정의로운 질서', '정의의 질서', '신의 질서'를 세워야 한다는 성명서들을 살펴보면, 비록 다양한 해석이 가능하겠지만 우리는 그 문맥을 통해 그들이 공통분모로서 자신들이 옹호하는 정치체제를 정의하기 위해 종교적 또는 신성한 규칙을 언급하고 있다는 점을 알 수 있다. 그들은 자신들이 종교적인 규범에 기초하지 않는 질서를 받아들이는지에 관하여는 모호한 입장을 드러낸다. 재판소의 입장에서는 협약상 체약국에서 샤리아를 도입하려고 행동하는 정당은 협약 전체에 내재된 민주주의 이념에 부응하는 조직이라고 보기 어렵다."[380]

나아가 재판소는 Refah 지도자들의 정책 성명서 중 히잡(Islamic headscarves) 문제나 이슬람 기도시간을 준수하는 자들을 위하여 공공 부분에서 근로시간을 조정하는 문제에서 그들이 보인 태도나 그 당시 법무부 장관이었던 Kazan이 종교적 차별에 근거한 증오를 조장하였다는 혐의로 기소된 당원을 방문한 행위, Erbakan가 다양한 이슬람 운동의 지도자들을 접촉하였던 행위 등은 개별적으로 보았을 때에는 터키의 세속 정부에 대한 즉각적인 위협을 구성하지 않는다고 보았다. 그러나 재판소는 이러한 행동과 정책 성명서들은 샤리아에 기초한 정권을 설립하려는 Refah의 숨겨진 의도와 일치한다는 정부의 주장이 설득력이 있다고 보았다.[381]

379) Ibid., para., 70. 강조는 추가됨.

380) Ibid., para. 72.

381) Ibid., para. 73.

성전의 개념과 관련된 ***세 번째 범주***와 관련하여, 재판소는 물론 "Refah의 지도자들이 정부 공식 문서에서는 정치적 무기로서 강제와 폭력을 사용할 것을 요구하지 않았지만, 그들은 자신들을 반대하는 정치인들에 대하여 폭력을 사용할 수 있다고 공공연하게 언급한 구성원들과 거리를 두는 실질적 조치를 취하지도 않았다. 결과적으로 Refah의 지도자들은 권력을 획득하고 이를 유지하기 위해 폭력적인 수단에 의지할 가능성에 관하여 위 성명들이 갖는 모호함을 제거하지 않았다."[382]고 언급하였다.

"이슬람 정권의 반대자라고 여겨지는 자들에 대한 깊은 증오를 드러낸" 앙카라 지역 의원의 특정 표현에 관하여 재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "문제의 행동들이 모욕적인 수준에 이르고, 다른 사람들의 종교의 자유를 부정하는 데까지 이르면 이는 사회의 관용을 누릴 권리를 잃게 된다."[383]

따라서 유럽인권재판소는 "Refah의 지도자들에 의해 이루어진 문제의 발언들과 정책성명들을 통해 보면, 전체적으로 Refah가 고안하고 제안하는 국가와 사회란 곧 종교적 규율에 따라 조직되는 형태임을 상당히 명백하게 알 수 있다."고 결론 내렸다. 더욱이 위 정당에 대한 해산 결정 당시 의회에서 차지하고 있던 의석수(터키 의회의 3분의 1에 육박하는 수)나 종교적 근본주의에 기초한 정치세력도 정권을 잡은 적이 있는 과거 경험에 비추어 볼 때, Refah의 정치적 목표는 "이론적이거나 비현실적인 것이 아니라 실제 달성 가능한 것"이었다.[384]

이러한 고려 하에 위 재판소는 아래와 같이 결론을 도출하였다.

> "Refah의 지도자들이 세속주의 원칙을 재정의한다는 핑계 하에서 복수의 사법제도를 정착시키고, 이슬람 율법(샤리아)을 도입하려는 그들의 의도를 공공연히 하고 있는 점, 권력을 획득하고 유지함에 있어 폭력을 사용하는 것에 대해 모호한 태도를 취하는 점 등에 비추어 보면, 신청인들에 대하여 부과된 제재는 '긴급한 사회적 필요성'을 충족시키기 위하여 합리적으로 고려된 것이다. 비록 정당의 해산이 관련된 경우 국가에 허용되는 판단 재량이 좁지만, 이념과 정당의 다원주의는 그 자체로 민주주의의 본질적 요소이므로 국가는 그것들이 시민의 평화와 국가의 민주적 체계를 위협하는 구체적인 단계로 이행되기 이전에 협약의 규정들과 양립할 수 없는 정책의 실행을 사전에 합리적으로 저지하여야 한다."[385]

382) Ibid., para. 74.
383) Ibid., para. 75.
384) Ibid., paras. 76–77.
385) Ibid., para. 81.

마지막으로 Refah에 대한 해산결정이 입법 목적에 비추어 비례원칙을 준수하였는지와 관련하여 유럽인권재판소는 아래와 같이 판시하였다.

> "그 지도자들의 정치적 활동에 대한 일시적 금지를 수반하는 정당의 해산이 극단적인 조치이고, 그러한 가혹한 조치는 매우 심각한 사안의 경우에만 적용되어야 한다. 이 사건에서 그 조치는 '긴급한 사회적 필요성'을 충족하였다. Refah의 해산 직후 신청인들을 비롯한 단지 5명의 의원이 임시적으로 의원실과 정당의 지도자의 역할을 잃었다는 사실도 주목된다. 나머지 152명의 의원들은 여전히 국회에서 일상적으로 자신의 업무를 수행하고 있다. 더욱이 신청인들은 Refah나 그 당원들이 그들의 자산을 몰수당하여 상당한 재정상의 어려움을 겪고 있다는 주장도 하지 않았다. 이 재판소는 비례성의 원칙을 심사함에 있어서 기본권에 대한 제한의 본질적 특성과 가혹함의 정도도 하나의 요소로 파악한다."[386]

이로써 유럽인권재판소는 다투어진 제한조치가 입법 목적에 비추어 보아 비례성의 원칙을 준수한 것으로 판단하였다. 따라서 협약 제11조는 위배되지 않았다.[387] 이 결정은 일반재판부(Chamber of the Court)에서 4대 3으로 이루어졌다.

[**추록**: *Refah Partisi(Prosperity Party) and others v. Turkey* 사건에 관하여 유럽인권재판소 일반재판부가 선고한 판결에 대하여 2001년 7월 31일 항소가 제기되었다. 2003년 2월 13일자 판결에서 유럽인권재판소 대재판부는 ***만장일치***로 이 사건에서 유럽인권협약 제11조가 위반되지 않았다고 판단하였다(*Eur. Court HR, Case of Refah Partisi(Prosperity Party) and others v. Turkey, 2003. 2. 13.* 결정 참조: 텍스트는 웹사이트에 있다: http://hydoc.echr.coe.int.]

민주주의는 유럽 공공질서의 기본적 특징이자 유럽인권협약과 양립할 수 있는 유일한 정치모델이다.

특정 국가의 국민이 비록 다수결로 결정하였더라도, 국민에게 책임을 지지 않는 단체를 위해 입법적, 사법적 권한을 포기하는 결정을 한 경우에는, 그 단체가 세속적이든 종교적이든지 여부와 관계없이 민주주의는 더 이상 존재하지 않는다고 보아야 한다.

386) Ibid., para. 82.

387) Ibid., paras. 83-84.

민주사회에서는 국가는 다원주의의 궁극적인 보장자이다. 또한, 국가는 인권과 자유의 보장자이고 사회의 다양한 신념과 종교의 실천에 있어 공정한 조직자이다. 이것은 국가가 그 영역 내에 있는 사람들이 헌법이 보장하는 권리와 자유를 충분히 누릴 수 있도록 보장하여야 한다는 것을 의미한다. 이러한 권리와 자유는 어느 누구에 의하여도 포기될 수 없다.

법의 지배는 민주사회에서 핵심적인 역할을 한다. 예를 들어, 모든 사람은 법과 권리, 의무에 있어서 평등하고, 따라서 그들 사이에 차별이 있어서는 아니 된다.

정당은 민주사회에서 본질적인 결사의 형태이고, 유럽인권협약 제11조에 의하여 보호된다.

정당설립의 자유는 유럽인권협약 제9조, 제10조에 의하여 보장되는 종교, 사상, 의견, 표현의 자유에 비추어 고려되어야 한다. 이는 다원주의를 보장하고 민주주의를 기능하게 함에 있어 정당이 행하는 핵심적 역할 때문이다.

민주사회에서 정당이 갖는 중요한 역할이라는 관점에 비추어 볼 때, 설득력 있고 확실한 이유만이 정당의 결사의 자유에 대한 제한을 정당화할 수 있다. 이에 따라 체약국은 결사의 자유에 관한 권리의 행사에 대한 제한의 필요성을 결정함에 있어 좁은 판단재량을 가지고 있고, 이에 관련된 유럽의 감독은 엄격하다. 다시 말해, 그 중에도 협약 제9 내지 제11조에 담긴 권리의 행사에 대한 제한은 민주적 헌법 질서의 긴급한 사회적 필요성에 따라 이루어져야 한다는 것이다.

민주주의의 중요한 특징의 하나는 국가의 문제를 대화를 통하여 폭력에 의존하지 않고 해결할 수 있는 기회를 제공한다는 것이다. 민주주의는 관용과 실질적인 표현의 자유 위에서 번성한다. 따라서 민주적 규칙에 따르는 이상 일반적 관심의 대상이 되는 문제에 관하여 정당이 대중의 토론을 추구하려는 것을 허용하지 않는 것은 정당화될 수 없다.

정당의 당헌과 강령이 체약국의 체제 및 원칙과 양립할 수 없는 것으로 여겨지는 경우도 유럽인권협약에 의하여 이해되는 민주주의 원칙과 양립할 수 없는 것은 아니다.

정당이 그 당헌과 강령 또는 행동에서 복수의 사법체제를 도입하려고 하거나 정치적 목적을 위한 폭력을 거부하지 아니하거나 이를 공언하는 경우, 그리고 정치적 반대자를 증오하거나 무시하는 행동을 보이는 경우, 그 정당은 유럽인권협약 제11조에 의하여 보장되는 결사의 자유에 따른 보호를 누릴 수 없다.

4.5.4 집회의 자유에 관한 변호사의 권리

집회의 자유는 신청인에게 가해진 문책성 징계를 다룬 *Ezelin v. France* 사건에서 쟁점이 되었다. 신청인은 변호사로서 과델로프(Guadeloupe) 변호사회 노동조합의 부회장이었는데, 위 노동조합의 요청에 따라 두 건의 법원 결정에 반대하는 시위에 참가하였다. 신청인은 폭력에 개입하지는 않았으나 위 시위는 난폭한 시위로 변질되었다. 문제가 된 징계처분은 "신청인이 시위 계속 중에 발생한 난폭한 사건들과 명확

하게 선을 긋지 않았다"는 이유로 이루어졌다. 그는 유럽인권재판소에 유럽인권협약 제10조, 제11조에 위반하여 그의 권리가 침해당하였다고 주장하였다.[388]

유럽인권재판소는 서두에 "제11조의 독립적인 역할과 그 고유한 적용 범위에도 불구하고, 이 사례에서 제11조는 제10조의 맥락에 비추어 해석되어야 한다. 왜냐하면, 제11조가 규정한 평화로운 집회에의 자유가 달성하고자 하는 목적 중 하나는 제10조에서 규정한 의견의 자유를 보호하기 위한 것이기 때문이다."고 판시하였다.[389]

재판소는 문제된 조치는 1971년 12월 31일자 특정 법원 및 법조 직역 개혁에 관한 법률을 시행하기 위해 마련된, 1972년 6월 9일자 변호사 직역 규제에 관한 명령에 근거한 것이므로, 이는 ***"법률에 의해 규정된 것"***이라고 판단하였고, 위 조치가 "무질서의 예방"이라는 ***정당한 목적***을 추구하는 것이라고 보았다.[390] 그러나 그것이 위와 같은 정당한 목적을 달성하기 위해 ***민주사회에서 필요한 것이었는가?*** 정부는 "Ezelin의 변호사로서의 지위 및 지역적 배경"을 특별히 고려하였다고 주장하였다. 신청인이 시위 도중에 발생한 난폭한 사건들에 대해 비난하지 않음으로써, 사실상 그와 같은 사건들을 승인했다는 것이다. 정부는 또한 "사법기관으로서는 법조인이 사법부의 권위와 법원 결정에 대한 존중을 심각하게 훼손하는 행위에 대응하는 것이 반드시 필요하다"고 주장하였다.[391]

유럽인권재판소는 이에 동의하지 않았다. 재판소는 Ezelin에게 가해진 징계조치에 관하여, "당해 조치가 추구한 정당한 목적에 비례하는지를 결정하기 위하여 사안을 전체적으로 살펴볼 필요가 있고, 그 과정에서 이 사건에서 서로 밀접한 관련성이 있는 결사의 자유 및 표현의 자유의 중요성을 고려해야 한다."고 판시하면서, 다음과 같이 덧붙였다.

> "비례의 원칙은, 제11조(2)에 열거된 목적들의 법익과 길거리 기타 공공장소에서의 언동, 심지어 침묵에 의한 표현의 자유가 갖는 법익 사이에 균형을 이룰 것을 요구한다. 변호사가 그런 특정한 상황에서 징계처분에의 두려움으로 인해 자신의 신념을 명확히 하지 못하게 된다면 그와 같은 정당한 균형이 달성되었다고 볼 수 없다."[392]

위 재판소는 이 사건에서 신청인에 대한 징계가 관련법에 의해 예상되는 "징계조치의 가장 낮은 정도"였고, 위 징계조치가 "업무 수행 및 변호사협회 위원회 참석에

388) *Eur. Court HR, Case of Ezelin v. France, judgment of 26 April 1991, Series A, vol. 202*, p. 8, paras. 9–10, 및 p. 22, para. 47.

389) Ibid., p. 20, para. 37.

390) Ibid., p. 21–22, paras. 43–47.

391) Ibid., p. 22, para. 49.

392) Ibid., p. 23, para. 51–52.

있어 일시적 금지조차 수반하지 않는 것으로서, 주로 도덕적인 제재로서의 효력만을 갖는 것"이라고 인정하였다. 그러나 유럽인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "평화로운 집회 – 이 사건에서는 금지된 시위도 아니었다. – 에 참가할 자유는 매우 중요하기 때문에, 그 사람이 그 집회에서 비난받을만한 행위를 스스로 저지른 것이 아닌 이상, 그와 같은 자유는 그 어떤 방법으로도 제한받아서는 아니 되고, 이는 당사자가 변호사인 경우에도 마찬가지이다."[393]

문제된 징계조치는, 그 정도가 아무리 낮다 하여도 "민주사회에서 필수적인 것으로 보이지는 않으므로," 협약 제11조를 위반한 것으로 판단되었다.[394]

유럽인권협약 제11조에서 보장하는 집회의 자유에 관한 권리는 그들이 비난받을 만한 행위를 하지 않는 한 변호사에게도 보장되어야 한다.

협약 제11조는 제10조의 맥락에 비추어 해석되어야 한다. 왜냐하면, 평화로운 집회의 자유가 달성하고자 하는 목적 중 하나는 제10조에서 규정한 의견의 자유를 보호하기 위한 것이기 때문이다.

비례의 원칙은 집회의 자유의 제한 요건 중의 하나로 제11조(2)에서 제시되고 있는데, 이는 같은 조 같은 항에서 열거된 목적들의 법익과 길거리 기타 공공장소에서의 언동, 심지어 침묵에 의한 표현의 자유가 갖는 법익 사이에 균형을 이룰 것을 요구한다.

5. 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사와 집회의 자유의 보장과 관련한 법관, 검사, 변호사의 각 역할

지금까지 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사와 집회의 자유라는 기본적인 자유들의 주된 측면들을 살펴보았다. 이러한 자유들은 모든 인류와 사회 전체의 삶의 초석을 구성하고, 이들이 적절하고 효율적으로 작동하는 것은 위와 같은 자유들의 보장에 달려있다. 위 자유들은 법조직역 자체와 연관되어 있을 뿐만 아니라 필수적이다. 왜냐하면, 법조인들이 자신들의 업무를 독립적이고, 공평하고, 효율적으로 수행할 수 있기 위해서는 위 자유들이 보장되어야 하기 때문이다.

그러나 이 장에서 보았듯이, 심지어 다른 경우에 있어서는 상당한 인권 수준에

393) Ibid., p. 23, para. 53.

394) Ibid., loc. cit.

이른 국가들에 있어서도 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사와 집회의 자유의 향유는 위협받기 쉽다. 그러므로 모든 사회의 법관, 검사, 변호사들이 위 자유들의 실효적 보장이 가지는 중요성을 인식하는 것이 필수적이다. 비록 몇몇 자유들에 대하는 정당한 목적을 위해 필요한 제한이 가해질 수 있다. 그와 같은 제한이 가해지는 경우, 당해 자유를 최대한 누리고자 하는 개인의 이익과 모든 개인에 대한 당해 자유의 존중을 확보하고자 하는 사회의 일반적인 이익 사이에 공평하고도 필수적인 균형이 이루어져야 하는바, 법률가들은 그와 같은 균형점을 찾는 데에 적합한 위치에 있다. 이 장에서도 일부 다룬 바 있지만, 이 분야에 축적된 방대한 양의 국제법의 법리는 위 균형점의 모색과 관련하여 법조인들에게 귀중한 지침이 될 수 있을 것이다.

6. 맺음말

사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사와 집회의 자유는 개인과 사회생활의 거의 모든 면에서 적용된다. 이러한 자유의 완전하고 효율적인 보호를 차별 없이 보장하는 것은 관점, 의견, 사상의 차이를 인정한다는 것이고, 이는 우리 개인적 삶뿐만 아니라 사회 전반적인 생활의 수준을 윤택하게 해준다. 더 나아가 이는 서로 다른 의견, 신념, 종교를 가진 사람들에 대한 이해와 존중을 고양하는 데도 도움이 된다. 사람들이 언제나 타인의 관점, 종교적 신념 또는 의견을 공유한다고 볼 수 없고, 심지어 어떤 경우에는 그것들을 혐오스럽고, 받아들일 수 없다고 여길 수도 있다. 그러나 정보의 자유로운 흐름과 의견, 생각, 정보의 교환을 허용함으로써 사회는 공공의 이익을 위해 그 구성원들로 하여금 다양한 의견을 개진하며 참여할 수 있도록 한다. 그러므로 구성원들이 관용, 평화 및 안전 속에서 생활할 수 있는 사회를 이루기 위한 전제로써 위 자유들에 대한 실효적인 보장이 이루어져야 한다.

나아가, 개인이 국내 · 국제 재판소 및 기타 권한 있는 당국에 대해 자신의 인권을 주장하기 위해서는 사상, 양심, 종교, 의견, 표현, 결사와 집회의 자유가 효과적으로 보호되어야만 한다. 이는 인권과 기본적 자유의 보호 및 증진을 위해 다른 사람들이 역할을 수행할 수 있도록 하기 위해서도 마찬가지다. 또한, 고문, 자의적 구금, 불공정한 재판절차, 사법절차를 거치지 않은 처형 등에 관련된 인권침해 사안을 살펴보면, 대체로 타인의 관점과 신념에 대한 관용의 부재에 기인한다는 것을 주목할 필요가 있다. 그러므로 모든 당사국이 이 장에서 다루어진 기본적 자유들의 완전하고 실효적인 행사를 보장하는 것은 인권의 발전을 위하여 중요한 발걸음이 될 것이다.

Human Rights in the Administration of Justice
A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

제 13 장

사법 운용에서의 평등권과 비차별에 대한 권리

제13장

사법 운용에서의 평등권과 비차별에 대한 권리

학습 목표

- *법 앞의 평등 및 국제인권법상 비차별의 원리 개념을 익히도록 한다.*
- *세계적 · 지역적 실무에서 이들 원리가 어떻게 적용되는지 실제를 보여준다.*
- *차별 대우에 특히 취약할 수 있는 집단들을 식별한다.*
- *법관, 검사, 변호사들이 법 앞의 평등과 비차별의 원리를 보호하기 위하여 어떤 절차, 수단, 조치를 취해야 하는지 설명한다.*

질문

- *당신은 대우의 차별 및/또는 불평등을 어떻게 정의할 것인가?*
- *당신이 활동하는 국가에서 보호되는, 법 앞의 평등과 비차별의 원리 개념은 어떠한가?*
- *당신의 경력에서 차별 사건들을 접해본 적 있는가?*
- *당신이 활동하는 국가에는 특히 취약한 집단이 있는가?*
- *만일 그렇다면, 그들은 누구이고 어떻게 차별받는가?*
- *당신이 활동하는 국가에는 성(性)에 근거한 특정한 차별 문제가 있는가?*
- *만일 그렇다면, 그 문제는 무엇인가?*
- *모든 사람의 법 앞의 평등권을 보호하고, 개인과 집단이 차별당하지 아니할 권리를 보장하기 위하여 당신은 법 실무가로서 어떠한 조치를 취할 수 있는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1945년 유엔 헌장(Charter of the United Nations, 1945)
- 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)
- 1966년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Convention on Economic, Social and Cultural Rights, 1966)
- 1965년 모든 형태의 인종 차별 철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965)
- 1979년 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979)
- 1989년 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child, 1989)
- 1993년 구 유고슬라비아 국제재판소 규정(Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, 1993)
- 1994년 르완다 국제재판소 규정(Statute of the International Tribunal for Rwanda, 1994)
- 1998년 국제형사재판소에 관한 로마 규정(Rome Statute of the International Criminal Court, 1998)
- 1949년 8월 12일 4개의 제네바 협약(The Four Geneva Conventions of 12 August, 1949)
- 1977년 1949년 8월 12일 제네바 협약 추가 의정서(The 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 12 August[1])

*****

- 1948년 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 1948)
- 1981년 종교 또는 신념에 근거한 모든 형태의 불관용 및 차별의 철폐 선언(Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination based on Religion or Belief)
- 1992년 국민적 또는 민족적, 종교적 및 언어적 소수집단에 속하는 사람들의 권리 선언(Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities)

1) 차별에 관련된 더 많은 법률 문서에 관하여는 Trainers' Guide, **Annex II – Handout No. 1.** 참조.

관련 법률문서

지역 문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1990년 아동의 권리와 복지에 관한 아프리카 헌장(African Charter on the Rights and Welfare of the Child, 1990)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)
- 1994년 여성에 대한 폭력의 예방, 처벌, 근절에 관한 미주협약(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women, 1994)
- 1999년 장애인에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 미주협약(Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities, 1999)
- 1950년 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950)
- 1991년 유럽사회헌장, 1996년 (개정) 유럽사회헌장[European Social Charter, 1961, and European Social Charter (Revised)]
- 1995년 소수민족 보호를 위한 기본협약(Framework Convention for the Protection of National Minorities, 1995)

1. 들어가며

1.1 차별, 끊임없이 지속되는 심각한 인권 침해

개인과 집단을 차별로부터 법적으로 보호하는 것이 국제적 차원에서 증진되고는 있지만, 세계 모든 지역에서 오는 보고들은 차별적 조치와 관행이 결코 과거의 추억이 아님을 확인해 주고 있다. 차별은 다면적이고, 국가나 공적 기구에서뿐만 아니라 시민 사회에서도 일반적으로 현존한다. 따라서 차별은 정치, 교육, 고용, 사회 및 의료 서비스, 주거, 교정 시스템, 법집행, 사법과 같은 사회의 모든 영역에서 일반적으로 사람들이 취급되는 방식에 크고 작은 영향을 미칠 수 있다.

차별은 많은 다양한 원인을 갖고 있을 수 있으며 아시아나 아프리카 혈통, 집시(Roma), 토착인, 오스트레일리아 원주민, 다양한 카스트에 속한 사람들의 공동체 같은 다양한 인종적, 민족적, 국가적 또는 사회적 출신의 사람들에게 영향을 미칠 수 있다. 차별은 다양한 문화적, 언어적 또는 종교적 출신의 사람들, 장애인들 또는 노인들 및 예컨대, HIV 바이러스 또는 AIDS를 앓고 있는 사람들을 대상으로 할 수도 있다. 게다가, 사람들은 그들의 성적 성향이나 취향을 이유로 차별받을 수도 있다.

많은 국가에서 발전이 이루어졌지만, 성에 기초한 차별 또한 흔히 일어나는 일이다. 여성에 대하여 부부재산을 '대표할 권리', 남성과 동등한 입장에서 상속할 권리 및 남편의 허락 없이 일하고 여행할 권리를 부인하는 법들이 여전히 존재한다. 여성들은 또한 폭력적이고 학대적인 관습에 처해지기 쉬운데, 이들 관습은 많은 국가에서 감소되지 않고 계속되고 있고, 그에 따라 여성들은 인종 또는 출신뿐 아니라 그들이 여성이라는 이유로 이중의 차별을 종종 겪는다.

많은 사람, 특히 여성과 아동에 대하여, 그들이 빈곤 또는 극심한 빈곤 속에 살아간다는 이유로 가해지는 차별 또한 오늘날 세계의 주요 문제이다. 이러한 환경은 그들로 하여금 이주하도록 강제하고 인신매매, 특히 여성과 아동 매매를 증가시키는 원인이 되고, 여성과 아동들은 또한 종종 신체적 제한, 폭력 및 협박을 당한다.

여러 유럽 국가에서, 특히 최근 대개 신나치주의자와 주로 젊은이들로 구성된 그 밖의 집단들에 의한 망명자와 외국인들에 대한 인종차별적이고 외국인 혐오적인 공격들이 급증하고 있다. 그러나 그러한 공격들은 외국 출신 사람들뿐만 아니라 특정 집단에 의해 범해진 행동들의 정당성과 그들이 내세우는 차별적이거나 우월적인 철학에 대해 도전하고자 하는 이들에게도 자행됐다. 차별 대우에 관한 그러한 철학과 근거들은 최근 10년간 국외 피난자들과 국내 강제추방자들이 비극적으로 급증한 근본 원인 중 하나이다.

2001년 남아프리카 더반에서 열린 세계 인종주의 반대 회의(World Conference against Racism in Durban)에서 보인 바와 같이, 정부, 비정부기구, 시민 사회가 차별의 조류를 막는데 직면한 도전들은 상당하며, 모든 관계자의 진지하고, 효과적이며, 일치된 노력이 필요하다.

[**추록**: 컴퓨터 시스템의 확산으로 인터넷을 통한 인종주의와 외국인 혐오적인 의사소통이 법집행기관에 큰 문제로 제기되었다. 컴퓨터 시스템을 통해 범해지는 인종주의와 외국인 혐오적 성격의 행동을 범죄화하는 것에 관해 사이버범죄에 관한 협약의 추가의정서(Additional Protocol to the Convention on Cybercrime)가 2006년 4월에 발효되었다. 2007년 말까지 11개의 유럽국가가 비준했다(더 많은 정보는 유럽평의회 웹사이트 http://convention.coe.int 참고.)]

1.2 차별에 맞서 사람들을 보호함에 있어 법관, 검사, 변호사의 역할

법관, 검사 그리고 변호사는 차별에 맞서 사람들을 보호하는 데 당연히 중요한 역할을 담당한다. 그들의 임무는 차별을 금지하는 현행 법률과 규칙들이 법 실무상 반드시 존중되도록 하는 것이다. 몇몇 국가들에서는 법적으로 차별이 금지되어 있지만, 법이 적절히 집행되지 않는다. 법관, 검사, 변호사는 이러한 상황을 개선하고, 차별에 대한 면책이 용인되지 않으며, 차별적 조치들이 적절히 조사되고 처벌되고, 피해자들이 그들이 취할 수 있는 효과적인 구제를 받는 것을 보장하는데 핵심적인 역할을 한다.

차별에 대한 국내법이 존재하지 않거나 명확성이 부족할 경우, 법률가들은 특히 상대적으로 풍부한 현존 판례법 – 그 일부는 아래에서 다루어질 것인데 – 을 포함한 국제적인 법 문서들에 의존하여 지침을 구할 수 있다.

1.3 국제법 역사의 일별

국제 공동체에서 평등과 차별금지에 관한 권리가 쉽게 받아들여지지는 않았다. 제1차 세계대전 후 열린 1919년 파리 회의 중, 일본은 인종적 평등 원칙이 국제연맹 협약(Covenant of the League of Nations)에 삽입되도록 집중적으로 활동했다. 위 회의의 이사국 17개국 중 다수인 11개 회원국이 일본 측 제안에 찬성표를 던졌으나, 미국 대통령 윌슨은 "의장석에서 개정은 실패했다고 갑자기 선언했다." 이 개정 거부에 대하여 몇몇 대표들이 격렬히 반대했음에도, 윌슨 대통령은, 일본 대표단이 크게

실망스럽게도, 개정이 채택되지 않았다고 고집했다.[2] 필연적으로 국제연맹 협약은 국가 간 평등 원리에 관한 어떠한 명시적 표현도 담고 있지 않았다.[3]

그러나 전 국가 체계를 아우르는 고의적이고 신중하게 체계화된 차별 관행에 그 원인이 있는, 말로 형언할 수 없는 충격의 또 다른 세계 대전(제2차 세계대전을 말한다) 이후, 유엔 헌장을 제정하면서 발전이 이루어졌다. 세계는 그와 같은 사악한 관행과 그것이 나타냈던 평화에 대한 위협에 더 이상 눈을 감을 수 없었다.

유엔 헌장 서문의 제2문에서, 연합 구성원들은 다음과 같은 그들의 결단을 천명하였다.

> "기본적 인권, 인간의 존엄과 가치, 남녀 및 대소 각국의 평등권에 대한 신념을 재확인한다."

헌장 제1조(2)과 (3)에 의하면, 유엔의 목표는 특히 "사람들의 평등권과 자결의 원칙의 존중에 기초하여 국가 간의 우호관계를 발전시키는 것"이고,

> "경제적 · 사회적 · 문화적 또는 인도적 성격의 국제문제를 해결하고, ***그리고 인종, 성별, 언어 또는 종교에 따른 차별 없이 모든 사람의 인권과 기본적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려함에 있어***(강조는 추가됨) 국제적 협력을 달성하는 것"이다.

한편 헌장 제2조(1)은 "이 기구(유엔)는 모든 회원국의 주권 평등의 원칙에 기초한다"라고 명시적으로 확인하고 있으며, 인권 준수에 있어서 차별금지 원리는 제13조(1)(b), 제55(c) 및 제76조(c)에서 재확인되고 있다. 유엔 헌장은 국제 평화와 안전은 상당 부분 "인종, 성, 언어 또는 종교에 관한 차별 없는 모든 사람을 위한 인권 및 기본적 자유에 대한 보편적 존중과 준수"[제55조(c)]에 달려있다는 사실을 천명하고 있다.

따라서 약간의 정당화를 덧붙여 '국제 헌법(international constitution)'이라고 불릴 수 있는 것은, ***국가 간 평등의 원리와 모든 인간의 동등한 가치 원리***에 현재 굳게 기초를 두고 있는데, 이번 장에서는 후자에 대해서만 다루기로 한다.

---

2) Paul Gordon Lauren, *Power and Prejudice – The Politics and Diplomacy of Racial Discrimination*, 2nd edn. (Boulder/Oxford, Westview Press), pp. 99–100, and, in general on the issue of racial discrimination, Chapter 3 on "Racial Equality Requested – and Rejected"

3) Keba Mbaye, "ARTICLE 2, Paragraph 1", *La Charte des Nations Unies – Commentaire article par article,* 2nd edn, Jean–Pierre Cot and Alain Pellet, eds. (Paris, ECONOMICA, 1991), p. 83. 참조

1.4 이 장의 목적과 범위

이 장에서는 차별에 관한 광범위하고 복잡하며 다면적인 주제에 관해서 심층적인 분석을 하지는 않기로 한다. 이 장의 목표는 법조인들을 대상으로 일반 국제인권법에서의 평등과 차별금지 권리에 관한 가장 중요한 법 조항들에 대해 간략하게 서술하고, 국제감시기구의 관련 결정, 견해, 의견 표명에 초점을 맞추는 것이다. ***궁극적 목표는 법관, 검사, 변호사들에게 현존하는 불평등하고 차별적인 처우의 다양한 측면 일부를 환기시키고, 그럼으로써 그들이 앞으로 국내에서 업무를 담당하는 데에 필요한 기본적인 법적 틀을 제공하는 것이다.***

2. 법 앞의 평등권과 비차별을 보장하고 있는 보편적인 법 규정들의 엄선

2.1 1948년 세계인권선언

유엔 헌장의 ***인종, 성, 언어 및 종교***를 근거로 한 차별 금지에 뒤이어, 1948년 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)의 채택과 함께 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)의 채택은 법 앞의 평등과 그에 따른 차별 금지 원리의 법적 정착에 있어 중요한 다음 단계가 되었다.

세계인권선언 제1조는 "모든 인간은 태어나면서부터 자유롭고, 존엄성과 권리에 있어 평등하다."라고 선언하는 한편, 제2조에 따르면,

> "모든 사람은 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 그 밖의 지위와 같은 어떠한 종류의 차별도 없이, 이 선언에서 규정된 모든 권리와 자유를 가진다.
> 더 나아가, 한 개인이 속한 국가나 영토가 그것이 독립국이든, 신탁통지지역이든, 비자치지역이든 또는 그 밖의 다른 주권상의 제약을 받고 있는 지역이든, 이의 정치적, 관할권적, 국제적 지위를 근거로 어떠한 차별이 행하여져서는 아니 된다."

평등권과 관련하여, 세계인권선언 제7조는 다음과 같이 규정한다.

> "모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떤 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를

가진다. 모든 사람은 이 선언에 위반하는 모든 차별에 대하여 그리고 그러한 차별의 선동에 대하여도 평등한 보호를 받을 권리를 가진다."

세계인권선언 제2조가 ***"어떠한 종류의 차별"***(강조는 추가됨)도 금지하고 있음을 주목할 필요가 있는데, 이는 어떠한 차등대우도 법적으로 용인될 수 없다는 의미로 읽힐 수 있다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이, 그러한 엄격한 해석은 국제감시기구에 의해 채택되지 않고 있다.

2.2 1948년 집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약

집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 제1조에서는 "체약국은, 집단살해가 평시에 행하여졌든가 전시에 행하여졌든가를 불문하고, 이것을 방지하고 처벌할 것을 약속하는 국제법상의 범죄라는 사실을 확인한다."라고 규정하고 있다. 제2조(a) 내지 (e)는 집단살해죄로 간주되는 행위들을 열거하고 있는데, 이들은 "전체적 또는 부분적으로라도 국민적, 민족적, 인종적 또는 종교적 집단 등을 파괴하려는 의도로" 범해지는 것이다. 이들 조항은 다음과 같다.

- ❖ 집단구성원을 살해하는 것
- ❖ 집단구성원에게 심각한 육체적 또는 정신적 위해를 가하는 것
- ❖ 전부 또는 부분적으로 육체적 파괴를 초래할 목적으로 의도된 생활 조건을 고의적으로 과하는 것
- ❖ 집단 내에 있어서의 출생을 막기 위해 의도된 조치를 부과하는 것
- ❖ 집단의 아동을 강제적으로 타 집단으로 이동시키는 것

다음 행위들은 제3조(a) – (e)에 의하여 처벌될 수 있다.

- ❖ 집단살해
- ❖ 집단살해를 범하기 위한 공모
- ❖ 집단살해를 범하기 위한 직접 또는 공공연한 교사
- ❖ 집단살해의 미수
- ❖ 집단살해 공범

집단살해라는 용어에 대한 동일한 정의가 국제형사재판소에 관한 로마규정[4] 제

4) 예컨대 UN doc. A/CONF.183/9. 위 로마규정은 2002년 1월 1일부터 발효되었다.

6조, 구 유고슬라비아 국제재판소 규정 제4조(2), 르완다 국제재판소규정 제2조(2)에 들어 있다. 로마규정 제6조와 달리, 두 재판소의 각 규정 제4조(3) 및 제2조(3)는 처벌할 수 있는 행위들에 관하여 위 협약과 동일한 목록을 두고 있다.

비록 집단살해는 평등권에 대한 극단적인 부정이지만, 이 장에서 더 이상 다루어지지는 않는다. 이 장에서는 대부분의 사회가 직면하는 일상적 유형의 차별을 더 고찰하기로 한다. 이 장에서는 2001년 8월 2일 *Radislav Krstic* 사건에서 구 유고슬라비아 국제재판소가 Radislav Krstic 장군이 1995년 보스니아 헤르체고비나의 Srebrenica 함락 후 집단살해죄를 범했다고 유죄로 판단하였다는 것을 덧붙이는 것으로 충분하겠다.[5] 그는 또한 살인과 같은 다른 심각한 범죄에 대해서도 유죄 판단을 받았고, 46년 형을 선고받았다. 이 판결은 재판소가 집단살해죄를 유죄로 인정한 첫 사례라는 점에서 의미가 깊다.

[**추록**: 구 유고슬라비아 국제형사재판소 항소심에서 Krstic 장군은 집단살해의 직접 가해자라는 혐의에 대해서는 유죄로 인정되지 아니하였으나, 집단살해를 교사하고 방조하였다는 사실로 유죄판결을 받았고, 징역 35년형을 선고받았다(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Prosecutor v. Radislaw Krstic.* Case No. IT-98-33-A, 19 April 2004.).]

2.3 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약

평등권 및 차별로부터 자유로울 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 다양한 규정들에 따라 보호된다.[6] 먼저 제2조(1)에 의하면 각 체약국은,

> "자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 그 밖의 지위 등에 근거한 어떠한 종류의 차별도 없이, 이 규약에서 인정되는 권리들을 존중하고 보장할 것을 약속한다."

규약 제26조는 위 규약에 있어 차별금지에 관한 핵심인바, 그 조항은 다음과 같다.

---

5) 위 판결에 대한 자료는 http://www.un.org/icty/krstic/TrialC1/judgement/ 참조.

6) 차별금지 쟁점에 관하여는 자유권규약위원회의 일반논평 제18호(General Comment No. 18), UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies,* pp. 134-137(이하 *United Nations Compilation of General Comments* 라고 한다) 참조.

> "모든 사람은 법 앞에 평등하고, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 어떠한 차별도 금지하고, 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 그 밖의 지위 등 어떠한 이유에 의한 차별에 대해서도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장하여야 한다."

규약에 나타나는 권리들과 연계되어 규정된 제2조(1)과는 달리, 제26조는 평등에 관한 "독자적인 권리"를 규정하고 있고, 공적 기관이 규제하고 보호하는 모든 분야에서 법률상 또는 사실상의 차별을 금지하고 있다.[7]

규약 제20조(2)는 체약국으로 하여금 "차별, 적의 또는 폭력을 선동하는 민족적, 인종적 또는 종교적 증오를 고취"하지 못하도록 법률로 정하게 하였다.

양성평등은 규약 제3조에 강조되어 있는데, 이에 따르면 체약국은 "규약에 규정된 모든 시민적 및 정치적 권리를 향유함에 있어 남녀에게 동등한 권리를 확보할 것을 약속한다."[8]

규약 제14조(1)은 "모든 사람은 법원 및 재판소 앞에서 평등하여야 한다."고 규정하고 있는데, 이는 경우에 따라 체약국으로 하여금, 예컨대 경제적으로 어려운 계층에 대해서 공정한 재판절차를 보장하기 위하여 법률적 구조를 제공하도록 하는 중요한 조항이기도 하다. 또한, 제14조(3)은 "모든 사람은 그에 대한 형사상의 혐의를 결정함에 있어 규약에 열거된 최소한도의 보장사항을 완전히 평등하게 누릴 권리가 있다."라고 정하고 있다.

규약 제25조는 모든 시민이 "제2조에 규정된 어떠한 차별 없이 그리고 불합리한 제한 없이" 공무에 평등하게 참여할 권리를 보장하고 있다.[9]

마지막으로 제27조는 ***종족적, 종교적 또는 언어적 소수집단***을 위한 보호를 명시하고 있다. 제27조에 의하면,

> "소수집단에 속하는 사람들이 그 집단에 속하는 다른 사람들과 함께 그들 자신의 문화를 누리고, 그들 자신의 종교를 표명하고 실행하거나 또는 그들 자신의 언어를 사용할 권리가 부인되지 아니 한다."[10]

---

7) Ibid., p. 136, para. 12.

8) Ibid., General Comment No. 28 (남녀 간의 권리 평등), pp. 168-174.

9) Ibid., General Comment No. 25 (Article 25), pp. 157-162.

10) Ibid., General Comment No. 23 (Article 27), pp. 147-150.도 참조

2.4 1966년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약

위 규약 제2조에 의하면 체약국은 다음 의무를 진다.

> "이 규약에서 선언된 권리들이 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 그 밖의 지위 등에 의한 어떠한 차별도 없이 행사되도록 보장할 것을 약속한다."

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 용어와 일관되게, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 규약의 체약국은 마찬가지로 제3조에 따라 다음 의무를 진다.

> "규약에 규정된 모든 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 향유함에 있어서 남녀에게 동등한 권리를 보장하여야 한다."

차별금지원칙은 제7조(a)(i)에도 역시 포함되어 있는데, 동 조항은 "공정한 임금과 어떠한 차별도 없는 동등한 가치의 노동에 대하여 동일한 보수를 받을 것, 특히 여성에 대하여는 동등한 노동에 대한 동등한 보수와 함께 남성이 향유하는 것보다 열등하지 아니한 근로조건의 보장"하고 있다. 마지막으로 제7조(c)는 근로와 관련하여 "연공서열(seniority)과 능력 이외 다른 고려에 의하지 아니하고, 모든 사람이 자기의 직장에서 적절한 상위직으로 승진할 수 있는 동등한 기회를 제공받을 권리를 보장하고 있다.[11)]

2.5 1965년 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약

모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. 이하, '인종차별철폐협약'이라 한다) 제1조(1)에 의하면 '인종차별'이라는 용어의 정의는 다음과 같다.

11) 차별금지에 관련된 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회(사회권규약위원회)의 견해에 대해서는 the *United Nations Compilation of General Comments* 중 다음 일반논평들 참조. General Comment No. 3 (The nature of States parties" obligations (art. 2(1)), pp. 18–21; General Comment No. 4 (The right to adequate housing (art. 11(1)), pp. 22–27; General Comment No. 5 (Persons with disabilities), pp. 28–38; General Comment No. 6 (The economic, social and cultural rights of older persons), pp. 38–48; General Comment No. 12 (The right to adequate food (art. 11)), pp. 66–74; General Comment No. 13 (The right to education (art. 13)),

> "인종, 피부색, 혈통 또는 민족이나 종족적 기원에 근거를 둔 어떠한 구별, 배제, 제한 또는 선호행위를 말하며, 정치, 경제, 사회, 문화 또는 ***기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든***(강조는 추가됨) 평등하게 인권 및 기본적 권리를 승인, 향유 또는 행사하는 것을 무효화하거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우이다"

그러나 협약은 체약국이 "자국의 시민과 시민 아닌 자 사이에서의 구별, 배척, 제한 또는 선호행위에 대하여는 적용"되지 않고[제1조(2)], ***"특정 국적자만을 대상으로 차별하는 것이 아닌 한***[(제1조(3), 강조는 추가됨], 협약 어느 규정도 국적, 시민권 또는 귀화와 관련한 체약국의 특정 법 규정에 어떠한 영향도 주는 것으로 해석되어서는 아니 된다." 협약은 "공공생활의 분야"에서 발생하는 차별에만 적용된다는 점과 원칙적으로 사적 영역에서의 차별에까지 적용되는 것은 아니라는 점에도 유의하여야 한다.

협약에서는 인종적 차별을 폐지할 체약국의 의무를 어느 정도 상세히 규율하고, 제5조에서 "인종, 피부색 또는 민족이나 종족적 기원에 구별 없이" 누려야 할 주요한 시민적, 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 열거하고 있다.[12)]

[**추록**: 인종차별철폐위원회는 2004년 비시민권자(non-citizens)에 대한 차별에 관하여 1993년의 일반권고 제11호를 대체하는 일반권고 제30호를 채택하였다. 이전의 일반권고가 시민권 없는 사람의 권리에 중점을 둔 것인데 비해, 새로운 일반권고는 적용범위가 더 넓고, "그들이 거주하는 영토가 속한 국가의 국적을 증명하지 못하는 사람들과 (이주)증명서가 없는 비시민권자를 포함하는" 난민이나 망명신청자의 권리를 포함하고 있다(HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 272-277, 서문).]

2.6 1989년 아동의 권리에 관한 협약

아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child. 이하, '아동권리협약'이라 한다) 제2조(1)은 다음과 같이 규정하고 있다.

12) 인종차별철폐위원회(the Committee on the Elimination of Racial Discrimination)의 위 규약에 관한 해석에 관한 상세는 the *United Nations Compilation of General Comments* 중 다음 일반적 권고 참조. General Recommendation XI (Non-citizens), p. 182; General Recommendation XIV (art. 1(1)), pp. 183-184; General Recommendation XV (art. 4), pp. 184-185; General Recommendation XIX (art. 3), p. 188; General Recommendation XX (art. 5), p. 188-189; General Recommendation XXI (The right of self-determination), pp. 189-191; General Recommendation XXIII (The rights of indigenous peoples), pp. 192-193; General Recommendation XXIV (art. 1), pp. 193-194; General Recommendation XXV (Gender-related dimensions of racial discrimination), pp. 194-195; General Recommendation XXVI (art. 6), p. 195; and General Recommendation XXVII (Discrimination against Roma), pp. 196-202.

"체약국은 자국의 관할권 내에서 아동 또는 그의 부모 또는 후견인의 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적, 종족적 또는 사회적 출신, 재산, 무능력, 출생 또는 그 밖의 지위에 관계없이, 어떠한 종류의 차별을 함이 없이 이 협약에 규정된 권리를 존중하고, 각 아동에게 보장하여야 한다."

여기에는 "무능력"(disability)이라는 용어가 차별을 금할 근거로 추가되어 있다. 협약 제2조(2)에 의하면 체약국은 다음 조치를 취하여야 한다.

"아동이 그 부모, 후견인 또는 가족 구성원의 신분, 활동, 표명된 의견이나 신념을 이유로 하는 모든 형태의 차별이나 처벌로부터 보호되도록 보장하는 모든 적절한 조치."

아동의 교육에 관하여 체약국은 제29조(1)(d)의 따라 특히 다음과 같은 의무를 부담한다.

"(d) 아동이 인종적, 민족적, 종교적 집단과 원주민 등 모든 사람과의 관계에 있어서 이해, 평화, 관용, 양성평등과 우애의 정신에 입각하여 자유로운 사회에서 책임 있는 삶을 준비할 수 있게 할 것."

마지막으로, 제30조는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제25조와 같지는 않지만 유사한 규정으로 소수자의 권리를 보호하고 있다. 그 규정은 다음과 같다.

"인종적, 종교적 또는 언어적 소수집단 또는 원주민이 있는 국가에서 그러한 소수자 집단에 속하거나, 원주민인 아동은 자기 집단의 다른 구성원과 함께 자기 고유의 문화를 향유하고, 고유의 종교를 믿고 실천하며, 고유의 언어를 사용할 권리를 부인당하지 아니 한다."[13]

2.7 1979년 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약

여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. 이하, '여성차별철폐협약'이라 한다) 제1조에는 "여성에 대한 차별"을 다음과 같이 규정한다.

13) 교육 목적에 관한 아동권리위원회(Committee on the Rights of the Child)의 견해에 관하여는 위 위원회의 General Comment No. 1, which deals, inter alia, with discrimination, in *United Nations Compilation of General Comments*, pp. 255-262. 참조

> "정치적, 경제적, 사회적, 문화적, 시민적 ***기타 모든 분야에 있어***(강조는 추가됨) 혼인 여부와 관계없이 남녀평등의 기초 위에서 인권과 기본적 자유를 인정, 향유, 행사하는 것을 저해하거나 무효화하는 효과 또는 목적을 가지는 성(性)에 근거한 모든 구별, 배제 또는 제한 조치"

제11장 3.2에서 언급한 바와 같이, 위 협약의 적용범위는, 사적 영역에도 적용된다는 점에서, 인종차별철폐협약의 것보다 더 넓다.

사법 운용에 있어서의 여성의 권리의 중요성 및 위 권리들을 보장함에 있어서 여성차별철폐협약의 역할에 관하여는 이 매뉴얼 제11장에서 특별히 다룬 바 있다. 다만 국제감시기구가 처리한 성차별 관련 사례들은 이 장에서 소개하기로 한다.[14)]

2.8 1981년 종교나 신념에 근거한 모든 형태의 불관용 및 차별 철폐에 관한 선언

종교나 신념에 근거한 모든 형태의 불관용 및 차별 철폐에 관한 선언(Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief) 제1조(1)은 모든 사람에 대하여 "사상, 양심 및 종교의 자유", 즉 "종교 또는 자기가 선택한 여하한 신념을 자유롭게 가질 권리와 개인적 또는 다른 사람과 함께 공적으로 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에서 종교나 신념을 표명하는 자유"를 보장하고 있다. 제1조(2)는 "어느 누구도 자신이 선택한 종교 또는 신념을 가질 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니 된다."라고 하고 있고, 한편 제1조(3)은 "자신의 종교 또는 신념을 표명"할 자유에 대한 제한을 허용하되, 그 전제로 "그러한 제한이 법률로 규정되고, 또한 공공의 안전, 질서, 보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에 한하여 허용될 수 있다"고 하고 있다.

"종교 또는 그 밖의 신념에 근거하여 어떠한 국가, 기관, 집단 또는 개인에 의하여도" 차별받지 아니할 권리는 위 선언 제2조(1)에 규정되어 있다. 위 선언의 목적과

14) 여성차별철폐협약에 관한 해석의 상세는 the *United Nations Compilation of General Comments*: 중 다음의 권고들 참조. General Recommendation No. 12 (Violence against women), p. 209; General Recommendation No. 14 (Female circumcision), pp. 211–212; General Recommendation No. 15 (Avoidance of discrimination against women in national strategies for the prevention and control of acquired immuno-deficiency syndrome (AIDS)), pp. 212–213; General Recommendation No. 16 (Unpaid women workers in rural and urban family enterprises), pp. 213–214; General Recommendation No. 18 (Disabled women), pp. 215–216; General Recommendation No. 19 (Violence against women), pp. 216–222; General Recommendation No. 21 (Equality in marriage and family relations), pp. 222–231; General Recommendation No. 23 (Political and public life), pp. 233–244; and General Recommendation No. 24 (Women and health: article 12), pp. 244–251.

관련하여 제2조(2)는 다음과 같이 되어 있다.

> "'종교나 신념에 근거한 불관용 및 차별'이라는 표현은 종교 또는 신념에 근거를 둔 모든 구별, 배제, 제한 또는 특혜, 그리고 평등한 기초 위에 인권 및 기본적 자유를 인정하거나 향유 또는 행사하는 것을 무효화하거나 침해하는 것을 목적으로 하거나 그 효과로 갖는 것을 의미한다."

1987년 이래 유엔인권이사회(Commission on Human Rights)가 임명한 특별보고관이 각국의 위 선언 규정 위반사례를 조사하고 그 시정조치를 권고하고 있다.[15)]

사상, 양심, 종교의 자유는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조에 의하여도 보장된다는 점[위 규약 제4조(2)에 의하면 어떤 경우에도 예외가 허용되지 않는 권리라고 하고 있다.]을 강조할 필요가 있다. 차별에 관한 조항들은 이러한 자유에 대하여도 규약 당사국에 당연히 전면적으로 적용된다.

2.9 1992년 국민적 또는 민족적, 종교적 및 언어적 소수자의 권리에 관한 선언

국민적 또는 민족적, 종교적 및 언어적 소수자의 권리에 관한 선언(Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities) 전문 중 여섯 번째 문단에서 유엔 총회는 다음을 강조하였다.

> "국민적, 민족적, 종교적 및 언어적 소수자의 권리의 지속적인 증진과 실현은 사회 전반의 발전과 법치주의에 기반을 둔 민주체제 내에서의 필수적 부분으로 인민과 국가 간의 우호와 협력을 강화하는데 기여할 것이다."

위와 같이 유엔은 법치주의 및 소수자의 권리를 존중하는 민주적 헌법 질서가 국가 간 평화와 안전을 향상하는 데 필수적인 역할을 한다는 점을 밝히고 있다.

위 선언 제1조(1)에 의하면, "국가는 자국의 영토 내에서 소수자의 존재와 그들의 국민적 또는 민족적, 문화적, 종교적 및 언어적 정체성을 보호하고, 또한 그들의 정체성을 고취하기 위한 여건을 조성하여야 한다." 이러한 목표를 달성하기 위하여 당사국은 제1조(2)에 따라 "적절한 입법 또는 그 밖의 조치를 취하여야 한다." 제2조와 제3조는 보호받는 소수자의 권리를 구체화하고 있고, 한편 제4조부터 제7조는 위 선언의 목적을 달성하기 위하여 당사국이 독자적으로 또는 타국과 상호 협력하여 취해야 할

15) 특별보고관의 업무에 관하여는 예컨대 Mr. Abdelfattah Amor가 제출한 보고서 Special Rapporteur, in accordance with Commission on Human Rights resolution 2000/33 (UN doc. E/CN.4/2001/63) 참조.

조치들을 정하고 있다.

그러한 예를 들어보자면, 위 선언 제2조(1)은 다음과 같이 정하고 있다.

> "국민적 또는 민족적, 종교적 및 언어적 소수자들은 … 공적으로나 사적으로나 자유롭게 간섭이나 어떠한 형태의 차별도 없이 자신의 문화를 향유하고, 자신의 종교를 표명하고 실천하며, 자신의 언어를 사용할 권리를 가진다."

3. 법 앞에 평등할 권리 및 차별받지 않을 권리를 보장하는 지역적 법 규정들의 엄선

3.1 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장

인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 인권헌장(African Charter on Human and Peoples" Rights. 이하 '아프리카헌장'이라 한다) 제2조는 다음과 같다.

> "모든 개인은 인종, 종족 집단, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 및 사회적 출신, 재산, 출생 또는 그 밖의 지위로 인한 차별 없이 이 헌장에서 인정되고 보장되는 권리와 자유를 누릴 권리를 가진다."

제3조는 다음을 명시하고 있다. "모든 개인은 법 앞에 평등"하고, 또한 "법의 평등한 보호를 받을 권리가 있다"[제3조(1)과 (2)].

제18조(3)에 의하면, 당사국은 나아가 "여성에 대한 모든 차별을 철폐"를 보장할 의무를 진다.

위 헌장 역시 사람의 권리를 다루고 있음을 고려하면, 제19조가 "모든 사람은 평등하다. 이들은 동등한 존중을 받고 동등한 권리를 가진다. 어떤 사람이 다른 사람을 지배하는 것은 어떤 이유로도 정당화될 수 없다."고 규정하는 것은 당연한 논리적 귀결이다.

3.2 1990년 아동의 권리 및 복지에 관한 아프리카 헌장

아동의 권리 및 복지에 관한 아프리카 헌장(African Charter on the Rights and Welfare of the Child) 제3조에는 차별금지 관련 일반조항이 마련되어 있다.

> "모든 아동은 자신 또는 부모나 후견인의 인종, 종족집단, 피부색, 성별, 언어, 친족관계, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 및 사회적 출신, 재산, 출생 또는 그 밖의 지위에 관계없이 이 헌장에서 인정된 권리와 자유를 향유할 권리를 가진다."

또한, 제21조(1)에는 당사국이 "아동의 복지, 존엄성, 정상적 성장 및 발달에 영향을 미치는 유해한 사회적 및 문화적 관행들, 특히 성별이나 기타 신분을 근거로 하여 아동을 차별하는 관습 및 관행을 제거하기 위한 모든 적절한 조치를 취할 의무가 있다"라고 규정되어 있다.

3.3 1969년 미주인권협약

미주인권협약(American Convention on Human Rights) 제1조에 의하면 당사국은 "협약에서 인정된 권리 및 자유를 존중할 것"과

> "자국 관할권 내에 있는 모든 사람이 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 경제적 지위, 출생 또는 다른 사회적 조건을 이유로 한 어떠한 차별도 없이 그러한 권리 및 자유를 자유롭고, 완전한 행사를 보장할 것을 약속한다."

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약과는 달리, 위 협약 제1조에는 "재산"이라는 문구는 들어 있지 않지만, "경제적 지위"라는 문구가 "재산"이라는 문구보다 넓은 경우를 규율할 수 있을 것이다.

"평등"이란 개념이 제8조(2)에 나오는데, 그에 따르면 형사소추를 받는 모든 사람은 재판절차 중 최소한의 보장사항을 "완전히 평등하게" 누릴 수 있다.

마지막으로 제24조는 "모든 사람은 법 앞에 평등하다. 따라서 모든 사람은 차별 없이 법의 평등한 보호를 받는다."고 규정하고 있다.

[**추록**: 미주인권재판소는 이주노동자가 특히 인권침해에 취약하다는 사실을 인정하였다. 수백만 명의 이주노동자에 대한 멕시코의 우려에 답하면서 위 재판소는 2003년 "당사국들은 국적, 사회적, 민족적, 인종적 출신, 그리고 이민자라는 신분에 관계없이 노동자를 위한 최선의 보호를 제공하는 노동법규에 대한 엄격한 준수를 보장하여야 한다. 그러므로 당사국들은 지방적, 지역적, 국가적, 국제적 차원에서 개개의 피고용인이든 피고용인 집단이든 간에 이주노동자에 대한 차별적 지위를 법에 따라 바로 잡거나, 차별적 실태(관행)를 근절하기 위해 필요한 행정적, 입법적 또는 사법적 조치를 하여야 할 의무가 있다."고 역설하는 권고적 의견을 공표하였다. 나아가, 그러한

조치를 하지 아니한 당사국은 국제적인 책임을 야기한다(미주인권재판소, 권고적 의견 OC-18/03. Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants, Series A, No. 18, 17 September 2003, para. 149.)]

3.4 1988년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서(Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights. "산살바도르 의정서"라 불리기도 한다)는 노동, 사회보장, 의료, 음식 및 교육에 관한 권리 및 노인과 장애인이 특별한 보호를 받을 권리를 원 협약에 추가하고 있다. 차별금지의무는 제3조에 규정되어 있는데, 그 조항에 의하면 당사국은 위 추가의정서에 규정된 권리의 행사를

> "인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 경제적 지위, 출생 또는 그 밖의 어떤 사회적 조건 등을 근거로 한 어떠한 차별 없이"

보장할 것을 약속한다.

3.5 1994년 여성에 대한 폭력의 예방, 처벌 및 근절에 관한 미주협약

여성에 대한 폭력의 예방, 처벌 및 근절에 관한 미주협약(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women)은 공적, 사적 영역에서 성(性)에 근거한 폭력의 방지를 목적으로 하고 있으며, 보다 자세하게 제6조(a)와 (b)에서 "여성이 폭력으로부터 자유로울 권리는, 특히 모든 형태의 차별로부터 자유로울 권리 및 전형적 행동양식과 열등 또는 복종 개념에 바탕을 둔 사회적 및 문화적 관습에서 탈피한 평가와 교육을 받을 권리를 포함한다."고 규정하고 있다.

협약 제7조 및 제8조는 당사국으로 하여금 여성을 상대로 한 모든 형태의 폭력을 방지, 처벌 및 근절할 의무를 상세하게 정하고 있다. 더욱이 당사국은 필요한 조치를 취함에 있어서 제9조에 따라,

> "여성이 인종, 종족적 배경 또는 이민, 난민 또는 추방자라는 그들의 지위를 이유로

> 한 폭력에 취약함을 특별히 고려하여야 한다. 임신 동안 또는 장애, 미성년, 노인, 사회경제적 취약계층, 무력충돌에 처하였거나 자유를 박탈당하는 등 폭력의 영향을 받기 쉬운 여성에게도 유사한 고려를 하여야 한다."

위 협약은 여성에 대한 폭력의 심각한 문제점을 명시적으로, 그리고 유일하게 언급하고 있는 단 하나의 국제적 협약이란 점에서 특히 주목할 필요가 있다.

3.6 1999년 장애인에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 미주협약

장애인에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 미주협약(Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities[16])의 목적은 제2조에 기술된 바와 같이 "장애인에 대한 모든 형태의 차별을 방지하고 철폐하며, 장애인들의 사회로의 완전한 통합을 증진하는 것"이다. 협약의 목적과 관련하여 '장애인들에 대한 차별'이란 다음을 의미한다.

> "현재 또는 과거의, 장애, 장애 전력, 과거 장애로 인하여 초래된 상태, 장애의 인지에 기초한 모든 형태의 구별, 배제, 제한으로서 장애가 있는 개인으로 하여금 그의 인권과 기본적인 자유를 인식, 향유, 행사하는 것을 무효화하거나 침해하거나 그러한 목적을 가진 것[I (2)(a)]"

그러나

> "정부가 장애인의 사회통합 및 자기 계발을 증진할 목적으로 채택하는 구별이나 특혜는 만약 그러한 구별이나 특혜 그 자체가 장애인의 권리를 제한한다거나 장애인들에게 그러한 구별이나 특혜를 받아들이도록 강요하지 아니하는 한 위 차별에 해당하지 않는다[I (2)(b)]."

3.7 1950년 유럽인권협약

인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(Convention for the Protect of Human Rights and Fundamental Freedoms. 약칭, European Convention on Human Rights. 이하, '유럽인권협약'이라 한다)은 차별에 대한 독립적인 금지조항을

16) 2002년 6월 17일 기준으로 9개국이 비준하였다. http://www.oas.org/Juridico/english/sigs/a-65.html 참조. [추록: 2007년 말 17개국이 위 협약을 비준하였다. 이것과 다른 미주 인권조약에 관하여는 미주기주(OAS) 웹 사이트 http://www.oas.org. 참조]

두지 않고 협약과 그 의정서에 의하여 보장되는 권리, 자유의 향유와 연계된 금지조항만 두고 있다는 점에서 여타의 일반 인권조약과 구별된다. 이는 위 권리와 자유의 행사와 관계되지 아니한 차별에 대한 다툼은 유럽인권재판소의 권한 밖에 있다는 것을 의미한다. 위 협약 제14조는 다음과 같다.

> "이 협약에서 규정된 권리와 자유의 향유는 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 그 밖의 지위 등에 기초한 차별 없이 보호되어야 한다."

흥미로운 것은 제14조에서 규정하는 차별의 금지가 "소수민족에의 소속"이라는 이유를 근거로 한 것을 포함한다는 것인데, 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1), 제26조나, 미주인권협약 제1조, 아프리카헌장 제2조에도 명시적으로 기재되지 않은 것이다. 하지만 앞에서 본 바와 같이 아프리카헌장 제2조는 "소수민족"보다는 제한된 범위이긴 하나, "종족적 집단(ethnic group)"이라는 단어를 사용하고 있다.

그러나 유럽평의회(Council of Europe) 회원국들은 위에 언급된 협약의 빈틈을 메우기 위한 중요한 조치를 취했다. 협약 채택 15주년 기념일인 2000년 11월 4일 유럽평의회는 유럽인권협약 제12 추가의정서를 채택하였는데, 이는 다음과 같은 일반적인 차별금지 조항을 포함하고 있었다.

> "1. 법률에 규정된 어떤 권리의 향유도 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 다른 신분 등에 따른 차별 없이 보장되어야 한다.
> 2. 어느 누구도 제1항에서 언급된 사유로 인하여 공공 당국으로부터 차별당하지 아니한다."

위 의정서가 시행되려면 10개국 이상의 비준이 필요한데{제5(1)}, 2002년 6월 17일 현재 키프로스(Cyprus)와 조지아(Georgia)만이 비준을 하였다.[17)]

3.8 1961년 유럽사회헌장, 1996년 (개정) 유럽사회헌장

개정된 1996년 유럽사회헌장[European Social Charter (revised), 1996]은 단지 1961년 유럽사회헌장(European Social Charter, 1966)을 발전적으로 대체한 것

17) 비준 상황에 대해서는 유럽평의회 웹사이트: http://www.coe.int/ 참조

뿐이다. 즉 개정 헌장은 1961년 헌장에 포함되어 있던 권리에, 빈곤과 배제로부터의 보호에 관한 권리(제30조)와 같이 지난 세기말 산업화된 국가에서 점점 많은 사람이 경험하게 된 새로운 형태의 차별에 관한 사회적 권리를 추가하였다.

1961년 헌장 조항 중 그 어느 것도 차별에 대한 일반적인 금지를 포함하고 있지는 않지만, 조인국들은 다음과 같은 서문 세 번째 문단에 동의하였다.

> "사회적 권리의 향유는 인종, 피부색, 성별, 종교, 정치적 의견, 민족적 또는 사회적 출신에 따른 차별 없이 보장***되어야 한다***."(강조는 추가됨)

그러나 개정 헌장의 제5부 제E조에서는 다음과 같이 차별금지 조항을 포함하고 있다.

> "이 헌장에 규정된 권리의 향유는 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 신분, 건강, 소수민족에의 소속, 출생 또는 기타 신분 등과 등에 근거한 차별로부터 보호되어야 한다."

개정 헌장의 부칙(appendix)은 "객관적이고 합리적 이유에 근거한 차등적 대우는 차별적인 것으로 간주되지 아니 한다."고 밝히고 있다.

1961년 헌장 서문에 규정된 법적 구속력 없는 차별금지 원칙과 비교하면, 유럽평의회의 회원국들은 개정된 헌장을 채택함으로써 드디어 사회적 권리 영역에서 위 원칙을 완전히 받아들이게 되었다.

3.9 1994년 소수민족 보호를 위한 기본협약

소수민족 보호를 위한 기본협약(Framework Convention for the Protection of National Minorities)은 "일반적인 소수민족 보호를 위한 최초의 법적 구속력 있는 다자간 법률문서라는 점"에서 특별하다.[18] 이 협약 제1조는 "소수민족과 그에 속한 사람들의 권리 및 자유를 보호하는 것은 인권의 국제적 보호에 있어 중요한 부분이고, 그렇기 때문에 이를 위하여 국제적인 상호협력이 필요하다"고 명시하고 있다. 게다가 협약의 서문 여섯 번째 문단은 다음과 같이 적시하고 있다.

18) http://www.humanrights.coe.int/Minorities/Eng/Presentation/FCNMintro.htm.에 게재된 "소수민족 보호를 위한 기본협약", p. 1. 참조.

"다원적이고 진정으로 민주적인 사회는 소수민족에 속한 각 사람의 민족적, 문화적, 언어적, 종교적 정체성을 존중할 뿐 아니라, 그들이 그러한 정체성을 표현하고, 보존하고 계발할 수 있는 적절한 조건을 형성하여 주어야 한다."

즉, 소수민족의 정당한 보호를 위하여 구체적이고 적극적인 조치가 취해져야 한다. 이 협약은 법적 구속력 있는 국제 조약임에도, '기본협약'이라는 단어 자체가, 협약에 포함된 원칙들이 "회원국의 내부에 직접적으로 적용되는 것은 아니고, 국내적 입법 절차와 적절한 정부의 조치를 통하여 이행되어야 하는 것"임을 의미하고 있다.[19] 제2절에 프로그램적 규정들이 있는데, 그 중 제4조에서 차별을 다루고 있다. 다음과 같다.

"1. 회원국은 소수민족에 속한 사람들에게 법 앞의 평등에 대한 권리와 법의 평등한 보호를 보장할 것을 약속한다. 이를 위하여 소수민족에 속한다는 것을 근거로 하는 어떤 형태의 차별도 금지된다.

2. 회원국들은 필요한 경우에 소수민족에 속한 사람과 다수민족에 속한 사람 사이에 경제적, 사회적, 정치적, 문화적 생활 등 모든 분야에서 완전하고 효과적인 평등을 증진하기 위한 적절한 조치를 취할 것을 약속한다. 이를 위하여 소수민족에 속한 사람들의 특정한 환경에 대해 적절한 고려를 해야 한다.

3. 위 2항에 따라 취하는 조치는 차별 행위로 간주되지 아니한다."

차별금지를 포함하여 법 앞의 그리고 법에 의한 평등에 대한 권리는 매우 중요한 원칙이다.

- *그것은 국제 평화와 안전의 필수조건이고,*
- *시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 등 모든 인권의 향유를 위한 조건이며,*
- *당사국들이 국제법에 따라 보장하고 존중해야 할 의무가 있는 원칙이다.*

4. 차별금지와 공공의 비상사태

이 장에서 다룰 네 개의 조약은 엄격한 특정 조건하에서 당사국으로 하여금 관련 조약에 의한 국제법적 의무로부터 이탈할 수 있도록 하는 조항을 포함하고 있다. 관련된 조항은 다음과 같다.

19) Ibid., loc. cit.

❖ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조
❖ 미주인권협약 제27조
❖ 유럽인권협약 제15조
❖ 1961년 유럽사회헌장 제30조, 1996년 개정 유럽사회헌장 제F조

앞의 세 조약에 규정된, 조약의 이탈에 관한 주제는 이 매뉴얼의 제16장에서 분석할 것이다. 여기에서는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(1) 하에서 그러한 이탈 조치가 "***오로지*** 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 사회적 신분에만 근거한 차별"(강조는 추가됨)이 아닌 경우에만 허용될 수 있다는 점을 지적하는 것으로서 충분하다고 본다. 따라서 이 조항은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1), 제26조에 규정된 다음의 사유들은 포함하지 않는다.

❖ 정치적 또는 그 밖의 의견
❖ 민족적 출신(national origin)
❖ 재산
❖ 출생 또는 그 밖의 다른 지위

제4조(1)을 입안하는 과정에서, 칠레는 "비상사태시에도 차별이 금지되는 사유로서 사회적 출신과 출생이라는 두 가지 요소를 추가로 포함시켜야"한다고 제안하였다.[20] 레바논은 "오로지" 부분을 삭제할 것을 제안했는데 이는 "문언에 나타난 차별의 사유 중 하나만을 근거로 하는 차별은 허용되지 아니하지만, 두 가지를 근거로 하는 경우에는 허용되는 것으로 해석될 수 있기 때문"이라고 하였다.[21]

초안을 제안한 영국은 사회적 신분에 대한 의견을 수용하였으나, 출생에 관한 의견은 수용하지 아니하였는데 이는 "경우에 따라 어떤 사람이 외국에서 출생하였다면, 그가 더 이상 그 나라 국민이 아니게 되었다고 하더라도 그로 인한 합법적 제한이 있을 수 있기 때문"이었다.22) "오로지"라는 단어에 관하여는 영국은 위 단어가 "비상사태에 국가가 필요에 의하여 어떤 민족적 집단에 대하여 제한을 가하였는데 우연히도 결과적으로 그 집단이 하나의 인종으로 구성되는 경우가 쉽게 발생할 수 있는데,

20) UN doc. E/CN.4/SR.330, p. 4. 우루과이는 "규약의 다른 규정과의 일관성을 보장하기 위하여 … 영국이, 차별금지 규정에 사회적 출신과 출생에 관한 언급을 추가하는 것에 동의할 것을 희망하였다"(p. 5). 레바논은 "사회적 출신"을 추가하자는 칠레의 제안에 동의하였다(p. 8). 프랑스는 "사회적 출신에 관한 특별한 연관성"에 동의하였다(p. 7).

21) Ibid., p. 8.

22) Ibid., p. 10.

위 단어는 그러한 집단으로 하여금 오로지 인종에 근거하여 박해받았다고 주장하는 것을 불가능하게 하기 때문"에 위 단어는 "중요한 가치가 있다."고 하였다.[23] 영국의 주장에 따라 칠레와 우루과이는 위 조항에 "출생"을 넣는 것이 부적절하다는 데에 동의하였다.[24]

*****

미주인권협약 제27조(1)에 따라서, 이탈하는 조치는 "인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 사회적 신분"에 근거한 차별이어서는 아니 된다. 위 국제규약 제4조(1)과 유일한 차이점은 "오로지"라는 단어가 없다는 점이다.

*****

유럽인권협약 제15(1)은 차별금지에 관한 어떠한 언급도 없다. 그러나 이러한 흠결이 있다고 하여, 진정한 공공의 비상사태를 맞닥뜨렸을 때 체약국들이 차별금지 의무를 임의로 이탈할 수 있다는 것을 의미하는 것으로 해석될 수는 없다. 엄격한 비례원칙 등과 같은 다른 조건들이 그러한 이탈이 합법화되는 것을 거의 불가능하도록 한다. 게다가 아래에서 보는 바와 같이 예를 들어 유럽인권협약 제14조의 "차별"이라는 문구는 그 자체로 객관적 목적에 의하여 합리적으로 정당화되지 않는 어떠한 구별도 배척한다.

마지막으로 1961년 유럽사회헌장의 제30조나 개정 유럽사회헌장의 제F조 중 어느 것도 차별금지에 관한 원칙을 언급하는 조항을 포함하지는 않는다.

*****

아프리카헌장에 이탈에 관한 규정이 없는 점과 관련하여, 아프리카 인권위원회는, 위 헌장은 "당사국들로 하여금 비상사태의 경우에도 헌장에 규정된 의무를 완화하는 것을 허용하지 않는다. 따라서 내전조차도 당사국으로 하여금 아프리카헌장에 규정된 권리를 침해하거나 그러한 침해를 허용하도록 하는 핑계가 될 수 없다.[25] 이는 아프리카헌장 제2조, 제3조, 제19조에 규정된 차별금지 조항은 언제나 온전히 지켜져야 한다는 것을 의미한다.

---

23) Ibid., loc. cit.

24) Ibid., p. 11.

25) *ACHPR, Commission Nationale des Droits de l"Homme et des Libertés v. Chad, Communication No. 74/92, decision adopted during the 18th Ordinary session, October 1995*, p. 50, http://www.up.ac.za/chr/ahrdb/acomm_decisions.html에 게재된 텍스트 para. 40 참조.

[**추록**: 아프리카헌장은 그 규정에 있어 많은 경우, 당사국에 대해 "국내 법률에 의해 허용된 권리들을 제한"하도록 허용하는 이른바 환수 조항(clawback clause)들을 두고 있다. 실제로 그 조항들은 각 정부에 여러 권리를 침해할 수 있는 재량을 주고 있다(아프리카헌장: 실제 조항들에 대한 해석적 분석, 프레토리아 대학, 인권센터. sect.6.2, http://www.chr.up.ac.za 참고).]

*****

비록 국제인도법(國際人道法)이 엄격한 의미에서 볼 때 이 매뉴얼이 다루는 범위 내에 속해있지는 않지만, 차별금지의 원칙이 네 개의 1949년 제네바협약(the four 1949 Geneva Conventions)과 그 두 개의 1977년 추가의정서 속에 뚜렷하게 포함되어있다는 점을 주목할 만하다. 그중에서도 다음 조항에 포함되어 있다.

- 4개 제네바협약의 공통조항 제3조
- 1949년 전쟁포로의 대우에 관한 제네바협약(제3협약) 제16조
- 1949년 전시에 있어서의 민간인 보호에 관한 제네바협약(제4협약) 제27조
- 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 국제적 무력충돌의 희생자보호에 관한 의정서(제1의정서) 제9조(1), 제75조(1)
- 1949년 8월 12일자 제네바협약에 대한 추가 및 비국제적 무력충돌의 희생자보호에 관한 의정서(제2의정서) 제2조(1), 제4조(1), 제7조(2)

위 조항들은 진퇴양난 및 국제적, 비국제적 무력충돌의 상황에서도 회원국들은 평등한 대우에 대한 권리 및 차별금지의 원칙 등 어느 정도의 법적, 인도적 기준을 엄격히 준수할 의무가 있다는 것을 보여준다.

법 앞의 평등 및 차별금지에 대한 권리는 원칙적으로 공공의 비상사태, 국제적, 비국제적 무력 충돌의 상황을 포함한 모든 상황에서 준수되어야 한다.

5. 평등과 차별금지의 일반적 의미

위에서 언급하고, 자유권규약위원회에 의하여 강조된 바와 같이 "차별금지의 원칙은 법 앞의 평등과 법에 의한 차별 없는 평등한 보호와 함께 인권보호를 위한 기

본적이고 일반적인 원칙을 구성한다."[26] 그러나 평등과 차별금지 문제를 논의하는 과정에서 특히 세계인권선언 제2조와 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1)의 문언에 불구하고, 사람 및 집단에 대한 모든 구별이 그 용어의 진정한 의미에서 차별로 간주되는 것은 아니라는 점을 인식하는 것이 중요하다. 이러한 점은 국제감시기구들의 판례법에서 알 수 있는데, 이에 따르면 사람 사이의 구별은, 그것이 일반적 용어로 규정되고, 합리적이며, 객관적이고 합법적인 목적으로 이루어진 때에는 정당화된다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약상 "차별"이라는 단어에 대하여 자유권규약위원회는 다음과 같은 믿음을 표명했다.

> "규약에서 사용된 '차별'이라는 단어는 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 그 밖의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 근거한 모든 구별, 배제, 제한, 선호를 의미하는 것으로서, ***모든 사람이 평등한 기반에서 모든 권리와 자유를 인식, 향유, 행사하는 것을 무효화하거나 침해하는 효력을 갖거나 그러한 목적을 가진 것***을 의미한다."[27]

그러나 위원회가 언급한 바와 같이, "평등한 기반에서 권리와 자유를 향유하는 것은 ***모든 경우에 있어서의 똑같은 대우를 의미하는 것은 아니다.***" 위 언급을 뒷받침하기 위하여 위원회는 규약의 일부 조항들 자체가 사람들에 대해 구별을 하고 있다는 점을 지적하는데, 예를 들면, 18세 미만의 자에 대한 사형의 선고를 금지하고, 임산부에 대한 사형의 집행을 금지하는 제6조(5)와 같은 것이다.[28]

게다가, "평등의 원칙은 때로 당사국에 규약에 의하여 금지된 차별을 영구화하거나 조장하는 상황들을 감소하거나 제거하기 위한 ***적극적인 조치***를 취할 것을 요구한다. 예를 들면, 어느 국가의 특정 사람들이 처한 일반적 상황들이 그들의 인권 향유를 막거나 제한하고 있을 때 그 국가는 그러한 상황들을 교정하기 위한 구체적인 조치를 취해야 한다. 그러한 조치는 그 사람들에게 다른 사람들과 비교하여 특정 문제에 대한 특혜적 조치를 일정 기간 허용하는 형태로 이루어질 수 있다. 그러나 그러한 조치는 사실상의 차별을 교정하기 위하여 필요한 동안에는, 규약에 의한 ***정당한 차등대우***의 사례가 된다."[29]

---

26) General Comment No. 18, in *United Nations Compilation of General Comments*, p. 134, para. 1. 참조

27) Ibid. p. 135, para 7. 강조는 추가됨.

28) Ibid. p. 135–136, para 8. 강조는 추가됨.

29) Ibid., p. 136. para 10. 강조는 추가됨.

위 규약의 선택의정서에 따라 개인통보가 제기된 규약 제26조 위반 혐의의 사례들에 대하여, 자유권규약위원회는 "법 앞의 평등과 어떠한 차별도 없이 법에 의한 평등한 보호에 관한 권리는 차등적 대우 전부를 차별적인 것으로 만들지는 않는다. ***합리적이고 객관적인 기준에 근거한 차등은 제26조가 금지하는 차별에 해당하지 않는다***"고 확인하였다.[30] 따라서 위원회에 제기된 관련 사건에서 당사국이 이러한 기준을 준수했는지 여부를 판단하는 것이 위원회의 몫이다.

*****

미주에서는, 미주인권협약 제24조에 의하여 보장된 법에 의한 평등한 보호에 대한 권리가 미주인권재판소의 '코스타리카 헌법상 귀화에 관한 수정조항 제안'(*the Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*)에 대한 권고의견에서 언급되었다. 위 의견에서 위 재판소는 차별과 평등에 대하여 서술적이고 자세히 판시하였다.

위 재판소는 우선, 미주인권협약 제24조는 협약에 규정된 권리, 자유의 행사와 관련된 일반적 차별금지를 포함하고 있는 제1조(1)과 개념상 동일하지 않음에도, "제24조는 제1조(1)에 의하여 인정된 원칙을 어느 정도 다시 언급하고 있다. 법 앞의 평등을 인정하는 데에 있어서 위 조항은 법 규정에서 발생된 모든 차별적 대우를 금지한다."는 점을 지적하였다.[31] 그리고 위 재판소는 뒤이어 평등 개념의 기원과 그 의미에 대하여 다음과 같이 설명했다.

> "55. 평등의 개념은 인류의 일체성으로부터 직접 도출되고, 개인의 본질적 존엄과도 연결된다. 이 원칙은 어떠한 집단이 우월성을 인정받아 특권적 대우를 받을 권리를 가진다는 개념과 조화될 수 없다. 또한, 특정 집단을 열등한 것으로 특징짓고 적대적으로 대하거나 그 집단에 속한 사람들에게 그 외의 사람들에게 주어지는 권리의 향유에 있어서 차별적 대우를 하는 것과도 조화될 수 없다. 인간의 특징적이고 협동적 기질과 일치하지 않는 차별적 대우에 인간을 복속시키는 것은 허용될 수 없다.
>
> 56. 평등과 차별금지는 모든 인간의 가치와 존엄의 일체성이라는 개념에 내재하기 때문에, 법적 대우에 있어서의 모든 차등이 항상 차별이 되는 것은 아니다. 왜냐하면, 모든 차등 대우가 인간의 존엄을 해하는 것은 아니기 때문이다. 유럽인권재판소는 '다수의 민주 국가의 법적 경험에 의하여 추출된 원칙을 고려할 때,' 차등적 대우는 '객관

30) Communication No. 172/1984, S. *W. M. Broeks v. the Netherlands* (1987년 4월 8일 채택된 견해), UN doc. *GAOR*, A/42/40, p. 150, para. 13. 강조는 추가됨.

31) *I-A Court HR, Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984, Series A, No. 4,* p. 104, para. 54.

적이지 않고, 합리적으로 정당화되지 못하는 경우'에만 차별이 된다고 하였다. … 경우에 따라서는 법적 처우에 합법적으로 불평등을 야기하지만 정의의 원칙을 위반하지 않는 사실적 불평등이 존재할 수 있다. 이는 사실 약한 법적 지위에 있는 자들을 보호하거나 정의를 실현하기 위한 수단이다. 예를 들면, 미성년자의 행위능력에 제한을 가하거나 스스로의 이익을 보호할 정신적 능력이 부족한 자에게 제한을 가하는 법은 연령이나 사회적 지위에 근거한 차별로 보지 않는다.

57. 따라서 합법적 목적이 있고, 정의, 이성, 사물의 본질에 반하는 상황을 발생시키지 않는 차등적 대우는 차별이 아니다. 선택된 차등 대우가 ***중요한 사실적 차이에 기반을 두고 있고, 그 차이와 검토된 법률의 목적 사이에 합리적인 비례의 원칙을 준수*** 하고 있는 차등적 대우 역시 차별이 아니다. ***위 법률의 목적은 불공정하거나 비합리적인 것, 즉 자의적, 불규칙적, 전제적(despotic), 또는 인류의 일체성과 존엄성에 반하는 것이어서는 아니 된다.***"[32]

그러나 위 재판소는 어느 정부라도 특유한 상황에 놓일 수 있다는 현실을 인정하였다.

"58. 비록 어떠한 사실적 맥락에서는 당사국들이 위에서 언급한 상황에 놓인 것인지 여부를 결정하기 다소 어렵다는 점을 부인할 수 없더라도, 인류의 존엄 및 본질적 일체감이라는 개념에서 시작할 때, 공공복리가 위에 언급된 기준과의 괴리를 어느 정도 정당화할 수 있는 상황들이 있다. 그 중 하나는 위 기준들이 적용되어야 하는 실제 상황 하에서 구체적인 측면을 갖게 되고, 사건마다 어느 정도 재량의 여지가 있는 가치들을 다루는 경우이다."[33]

*****

유럽에서는 유럽인권재판소가 *Belgian Linguistic* 사건에서 처음으로 유럽인권협약 제14조를 다루었는데, 위 조항에 포함된 (차별금지에 관한) 보장은 "제14조 문언에 따라 오로지 협약에 규정된 권리와 자유에 대한 것이기 때문에 독립적으로 존재하는 것은 아니다"라고 하였다.[34] 그러나 "문제된 권리나 자유를 규정하는 조항의 요건에 맞는 조치들도 제14조와 연계하여 이해할 때 차별적 조치로서 제14조에 위반될 수 있다. … 이것은 마치 제14조가 권리와 자유를 규정한 조항들 각자의 필수불가결한 부분을 차지하고 있는 것과 같다."[35]

32) Ibid., pp. 104–106, paras. 55–57. 강조는 추가됨.

33) Ibid., p. 106, para. 58.

34) *Eur. Court HR, Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (Merits), judgment of 23 July 1968, Series A, No. 6*, p. 33, para. 9.

35) Ibid., p. 34, para 9.

그러고 나서 유럽인권재판소는 제14조가 모든 차등적 대우를 불법으로 하는 것인지에 관하여 다음과 같은 판단을 내렸다.

> "10. 프랑스어 문언 "sans distinction aucune"(역주: '어떠한 차별도 없이')은 매우 포괄적 문구로 되어 있으나, 제14조는 인정된 권리와 자유의 행사에 있어 모든 차등을 금지하는 것은 아니다. 위 구문은 다소 제한적인 영어 문언 "without discrimination"의 의미로 이해되어야 한다. 게다가 특히, 제14조에 대하여 프랑스어 문언처럼 의미를 넓게 해석하려고 하다가는 엉뚱한 결론에 이르고 말 것이다. 인정된 권리와 자유를 향유함에 있어 모든 사람에 대해 완전히 평등한 대우를 받도록 보장하지 않는 많은 법적, 행정적 규정들에 대하여, 협약이 의도하는 바와 반대로 실제 판단하게 되는 것이다. 결정권한 있는 당국은 종종 그 안에 내재된 차이 때문에 차등적인 법적 해결책을 필요로 하는 상황이나 문제를 맞닥뜨리게 된다. 더욱이 그러한 법적 불평등은 사실적 불평등을 교정하기 위한 의도만을 가지고 있는 경향이 있다. 따라서 위에 언급된 확장적 해석은 결과적으로 받아들일 수 없다.
>
> 그렇다면 어떠한 차등적 대우가 제14조를 위반한 것인지 여부를 결정짓는 기준을 찾는 것이 중요하다. 이러한 질문에 대하여 이 재판소는 다수 민주국가의 법적 경험에서 나오는 원칙들을 따라 구별이 객관적이고 합리적으로 정당화되지 않는다면 평등대우의 원칙에 위반되는 것이라고 판시한다. 위 정당화는 고려된 그 차등적 조치의 목적과 효과 및 민주사회에서 일반적으로 널리 퍼져있는 원칙들과 관련하여 평가되어야 한다. 협약에 규정된 권리의 행사에 관한 차등적 대우는 ***정당한 목적을 추구하는 것만으로는 아니 된다.*** 만약 ***선택된 수단과 실현하고자 하는 목적 사이에 합리적인 비례의 원칙을 지키지 못한 것***이 명백히 입증된 경우에도 제14조를 위반한 것이 된다.
>
> 당해 사건에서 자의적 차별이 있었는지 여부를 판단함에 있어서, 유럽인권재판소는 문제된 조치에 대하여 답을 내려야 하는 당사국의 삶을 특징짓는 법적, 사실적 특징들을 고려하지 않을 수 없다. 이 재판소가 결정권한 있는 당국의 역할을 맡을 수는 없는데, 이는 협약에 규정된 집단적 시행에 관한 국제기구의 보조적 성격을 망각하게 되는 것이기 때문이다. 국내 당국은 여전히 협약에 규정된 문제에 관하여 적절하다고 여겨지는 조치를 자유로이 선택할 수 있다. 재판소는 당사국에 의하여 선택된 조치가 협약의 요구사항에 부합하는가 여부만을 검토할 뿐이다."[36]

그러나 유럽인권재판소는 차별에 대한 해석을 보다 발전시켰다. 즉, 유럽인권재판소는 오랫동안 "국가가 객관적이고 합리적인 정당성 없이 유사한 상황에 있는 사람들을 다르게 대우한 것"이 제14조에 규정된 권리를 침해하였다고 보았으나, 이제는 이것만이 "제14조에 규정된 차별금지의 유일한 측면이 아니며,"

36) Ibid., p. 34-35, para. 10. 강조는 추가됨.

> "협약이 보장하는 권리의 향유에 대한 차별을 받지 않을 권리는 국가가 객관적이고 합리적인 정당화 없이 상당히 다른 상황에 놓인 개인들을 다르게 대우하지 못하는 경우에도 침해된다."[37]

그러나 미주인권재판소와 같이 유럽인권재판소도 "체약국은 유사한 상황에서의 차이가, 차등 대우를 정당화하는지 및 어느 정도까지 정당화하는지를 결정하는 데에 일정 범위의 재량을 가진다."는 점을 인정하였다.[38] 다른 한편으로는 유럽인권재판소가 해당 국가의 차등적 대우, 특히 그 차등이 오직 성(gender)[39] 또는 혼외 출생[40]에만 근거한 것인 경우 그것이 제14조 하에서 정당한 차등대우인지 여부를 판단하는 데에 있어 해당 국가는 "매우 중대한 사유"가 있음을 위 재판소에 증명하여야 한다.

이들은 국제인권법상 평등한 대우 및 차별금지 개념에 관한 법적 해석 중 가장 상세하고 권위 있는 판결 중 일부로, 자유권규약위원회와 미주인권재판소, 유럽인권재판소의 판례들로부터 나오는 다음 원칙들의 기초가 된다. 위 기관들이 다룬 사례들에서 보이는 공통적 특징은 다음과 같이 요약될 수 있다.

평등과 차별금지의 원칙이 국제법 하에서 사람들에 대한 모든 구별이 불법적임을 의미하는 것은 아니다.

차등대우는 다음과 같은 경우에 정당하고 따라서 합법적이다.

- *사실적인 불평등을 해소하기 위한 적극적 조치와 같이 정당한 목적을 추구할 때*
- *그러한 정당한 목적을 추구하기 위하여 합리적일 때*

차등대우의 목적이 객관적으로 정당화될 수 없거나, 목적이 정당하더라도 이를 달성하기 위한 수단이 비례의 원칙에 위반될 때 그러한 차별대우는 불법적이고, 국제인권법에 반하게 된다.

평등권을 보장하기 위하여 당사국은 상당히 다른 상황에 놓은 사람들에 대하여 다르게 대우하여야 할 것이다.

37) *Eur. Court HR, Case of Thlimmenos v. Greece, judgment of 6 April 2000*, (판결 중 편집되지 아니한 버전), para. 44. 강조는 추가됨.

38) *Eur. Court HR, Case of Karlheinz Schmidt v. Germany, judgment of 18 July 1994, Series A, No. 291–B*, pp. 32–33, para. 24.

39) *Eur. Court HR, Case of Van Raalte v. the Netherlands, judgment of 21 February 1997*, p. 186, para. 39.

40) *Eur. Court HR, Case of Inze v. Austria, judgment of 28 October 1987, Series A, No. 126*, p. 18, para. 41.

6. 평등권과 차별금지에 관한 엄선된 국제판례법 및 법적 견해

여기에서는 지금까지 주요 국제감시기구에 의하여 다뤄진 차별에 관한 많은 사례를 살펴볼 것이다. 특히 그 중 사법기관 혹은 준사법기관에 대하여 집중적으로 살펴보기로 한다.

선택된 사례들은 상대적으로 중요도가 떨어지는 것처럼 보일 수 있는데, 이는 사실 국제감시기구에서 다룬 사례들에서보다는 그렇지 않은 사례들에서 많은 사람이 계속적으로 대규모의 차별을 받고 있기 때문이다. ***그러나 위 판례들은 위와 같은 심각한 상황에서 우리가 나아갈 방향을 명확히 제시해준다. 이들은 법을 만들고 평등권과 차별금지의 원리를 실제로 집행하는 데에 있어서 입법자와 법률가 모두에게 보편적인 법적 기준을 제시하기 때문이다.***

6.1 인종, 피부색 또는 종족적 출신

6.1.1 인종적 비방

Ahmad 사건에서 덴마크는 인종차별철폐협약 제6조를 위반한 것으로 밝혀졌다[역주: 위 협약 제6조는 "체약국은 권한 있는 법원 및 기타 기관을 통하여 본 협약에 반하여 인권 및 기본적 자유를 침해하는 인종차별행위로부터 만인을 효과적으로 보호하고, 구제하며, 또한 그러한 차별의 결과로 입은 피해에 대하여 재판소로부터 공정하고 적절한 보상 또는 변제를 구하는 권리를 보증한다."라고 규정하고 있다].

파키스탄에서 태어난 덴마크 국민인 신청인은 학교에서 교장과 다른 교사가 자신과 동생을 '원숭이 무리'이라고 불렀다며 진정을 제기하였다. 이 사건은 위 두 소년이 비디오카메라를 가진채, 시험을 치고 있던 다른 친구를 기다리고 있었는데, 학교 교사가 두 소년에게 (증명되지는 않았으나 시끄럽다는 이유로) 그 장소를 떠나라고 말했음에도 이를 따르지 않는 과정에서 발생하였다.[41]

신청인은, 위의 단어들이 모욕적이거나 비하하는 발언을 처벌하는 덴마크 형법 266b절에 포함되지 않는다고 결론을 내리고 사건조사를 중단한 경찰에 대해 진정을 하였다.[42] 경찰로부터 온 서면에는 "그 표현이 예민한 상황에서 사용된 점을 감안해야

41) Communication No. 16/1999, *K. Ahmad v. Denmark* (2000년 3월 13일 채택된 견해) UN doc. *GAOR*, A/55/18, p. 110, para. 2.1.

42) Ibid., p. 110, paras. 2.2와 2.4. p. 116, para. 6.3.와 함께 읽을 것.

하고, 또 덴마크 출생의 사람이 신청인과 같은 행동을 하였더라도 똑같은 표현이 사용되었을 것이라는 점에서 그 표현이 인종, 피부색, 민족적 또는 인종적 출신에 대한 모욕적이거나 비하하는 발언이라고 보기 어렵다"고 언급되어 있었다.43) 이후 주 검사도 경찰의 결정을 유지하였다.[44)]

인종차별철폐위원회는 "조사를 계속하지 않은 경찰의 잘못과 이의를 허락하지 않은 검사의 최종결정으로 인하여, 신청인은 침해된 협약상의 권리를 증명할 기회를 부인당하였다. 그 결과 신청인은 당사국으로부터 인종차별에 대한 효과적인 보호와 구제를 받지 못하였다."고 결론 내렸다.[45)] 위 위원회는 당사국이 경찰과 검찰이 인종차별과 관련된 혐의 및 진정을 적절히 조사하여 인종차별철폐협약 제4조에 따라 법에 의하여 처벌받도록 보장해줄 것을 권고하였다.[46)]

[**추록**: *Stephen Hagen v. Australia* 사건에서 인종차별철폐위원회는 언어의 변화와 그것이 현시대에 주는 영향에 관한 이해를 보여주었다. 이 사건은 "E.S. 'Nigger' Brown Stand"라는 스포츠 시설의 명칭에 관한 것이다. 호주원주민인 신청인은 위 시설의 명칭이 극도로 모욕적이라고 주장하였다. 위 위원회는 그 명칭의 역사적 맥락을 검토하고, "(사실 백인들이 사용하여 온) 이 문제의 용어는 그런 명칭의 범주에 속하는 사람을 깎아내리거나 비하하기 위하여 고안된 것은 아니다. 그럼에도 위원회는, 현대에는 이 문제의 용어를 사용하거나 유지하는 것은 불쾌하고, 모욕적인 것이 될 수 있다고 간주한다. 인종차별철폐협약은 현시대에 상황을 고려하여 적용되고 해석되어야 한다. 이런 점에서 위원회는 현 시대적 맥락 안에서 그 같은 문제의 용어에 대한 증가된 민감성을 환기시킬 의무가 있다고 평가한다."고 설시하면서 그 문제된 용어를 제거할 것을 권고하였다(*Official Records of the General Assembly, Fifty-eight Session, Supplement No.18*(A/58/18), para. 575, and annex III, sect.A, communication No.26/2002, *Stephen Hagen v. Australia*.).]

6.1.2 거주이전의 자유

역시 인종차별철폐협약에 근거하여 제기된, Koptova v. the Slovak Republic

43) Ibid., p. 110, para. 2.4.
44) Ibid., p. 110, para. 2.5.
45) Ibid., p. 116, para. 6.4.
46) Ibid., p. 116, para. 9.

사건에서, 신청인은 슬로바키아의 두 지방자치단체가 집시 태생의 시민이 자신들의 지역 내에 정착하는 것을 금지하는 결의를 채택한 것에 대하여 위 협약 규정을 위반하였다고 진정을 하였다. 결의 중에는 집시 태생 시민이 마을로 들어오는 것조차 금지하는 내용도 있었다.[47]

인종차별철폐위원회는 위 결의를 조사한 후 그 결의가 "인종, 피부색, 민족적 및 종족적 출신에 근거한 차별 없이" 모든 사람에게 거주이전의 자유에 관한 권리를 보장하는 위 협약 제5조(d)(i)를 위반하였다고 하였다[역주: 위 협약 제5조는 "체약국은 특히 아래의 제 권리를 향유함에 있어서, 인종, 피부색, 또는 민족적 · 종족적 출신에 구별 없이 만인의 권리를 법 앞에 평등하게 보장하고 모든 형태의 인종차별을 금지하고 폐지할 의무를 진다."라고 규정하고 있고, (d)(i)는 '당해 체약국 국경 이내에서의 거주이전의 자유에 관한 권리'를 규정하고 있다].

위원회는 "결의가 명시적으로 해당 지방자치단체에서 전에 거주한 집시 태생 시민을 언급하고 있으나, 채택된 맥락이 다른 집시 태생 시민 또한 똑같이 정착이 금지된다는 점이 명확하게 드러나 있다"고 하였다[48]. 그러나 위원회는 의문이 제기된 위 결의가 1999년 4월에 폐지되었으며, 거주이전의 자유는 슬로바키아 공화국 헌법 제23조에 의하여 보장된다고 언급하였다. 위원회는 당사국이 "그 관할 내에서 집시 태생 시민의 거주이전의 자유를 제한하는 관습을 완전하고도 신속하게 제거하기 위한 필요한 조치를 취해야 한다."고 권고하였다.[49]

6.1.3 법집행에 있어서의 인종적 및 종족적 차별

인종차별철폐위원회는 미국에 대한 1~3차 정기보고서의 최종의견(concluding observations)에서 "특히 소수집단이나 외국인에게 영향을 줄 수 있는, 법집행 공무원의 과도한 무력사용으로 인한 사망을 포함하여 경찰의 폭력과 야만성 사례들에 우려를 표명하였다." 위원회는 당사국이 "인종차별과 궁극적으로 신체의 안전에 관한 권리 침해로 이어질 수 있는 편견과 싸우기 위하여 경찰력을 적절히 훈련할 수 있는 즉각적이고 효과적인 조치들을 취해야 한다."고 권고하였다. 나아가 위원회는 인종차별로 촉발된 폭력을 처벌하고, 피해자가 효과적인 법적 구제를 받고, 그러한 폭력의 결과로 피해를 입은 경우 정당하고 적절한 배상을 받을 수 있는 권리를 보장하기 위한

47) Communication No. 13/1998, *A. Koptova v. the Slovak Republic* (2000년 8월 8일 채택된 견해), UN doc. *GAOR*, A/55/18, p. 137, paras. 2.1–2.3.

48) Ibid., p. 149, para. 10.1.

49) Ibid., p. 149, para. 10.3.

단호한 조치를 취해줄 것을 권고하였다.[50]

위원회는 또한 "연방, 주, 지역의 감옥이나 교도소 수감자들의 대다수가 종족적 또는 민족적 소수자들이고, 아프리카계 미국인과 히스패닉계의 수감률이 특히 매우 높다"는 점에 우려를 표하였다. 위원회는 당사국이 "인종, 피부색, 민족적 또는 종족적 출신에 근거한 차별 없이 모든 사람이 재판소 및 다른 법집행 기관으로부터 동등한 처우를 받을 권리가 보장받을 수 있도록 단호한 조치를 취해야 할 것"을 권고하였다. 나아가 위원회는 당사국이 "높은 수감률이 위 소수집단의 경제적, 사회적, 교육적으로 혜택을 받지 못한 지위에 의한 결과여서는 아니 되도록" 할 것을 권고하기도 하였다.[51]

마지막으로, 인종차별철폐위원회는 "비사법적, 자의적인 즉결처형에 관한 유엔 인권이사회 소속 특별조사관에 따르면, 특히 앨라배마, 플로리다, 조지아, 루이지애나, 미시시피 그리고 텍사스 주에서 피해자 및 피고인의 인종과 사형 부과 사이에 충격적인 상관관계가 있다"고 한 점에 우려를 표했다. 위원회는 당사국에 사형이 검사, 법관, 배심원과 변호인 측의 인종적 편견에 의한 결과이거나 유죄선고를 받은 자가 처한 경제적, 사회적 및 교육적으로 불리한 지위에 따른 결과가 되지 않도록 할 조치, 예를 들어, 사형집행을 유예(moratorium)하는 조치 등을 취할 것을 권고하였다.52)

[**추록**: 인종차별철폐위원회는 사우디아라비아에서 사형에 직면한 외국인의 수가 비율적으로 많은 것에 대하여 우려를 표명하였다. 위원회는 위 정부에게 법적 조력을 받지 못하고 사형에 직면한 이주노동자에 관한 몇몇 사건에 관하여 '비사법적, 자의적 즉결처형에 관한 특별보고관'과 함께 조사할 것을 촉구하였다(*Official Records of the General Assembly, Fifty-eight Session, Supplement No.18*(A/58/18), para. 218.)

두 명의 집시 남자에게 치명적이었던 경찰관의 발포에 관한 *Nachoba and Others v. Bulgaria* 사건에서 유럽인권재판소 대재판부는 만장일치로, 유럽인권협약 제14조는 국가에게 그 살해에 관하여 차별이 중대한 역할을 하였는지 여부를 조사할 것을 요구하는 절차적 요소를 가지고 있다고 판시하였다. 위 재판소는 이 사건에서 인종주의적 동기가 있다는 단서에도 불구하고, 국가가 그에 대해 조사하지 아

50) 인종차별철폐위원회의 최종의견의 편집되지 않은 버전: 미합중국, UN doc. CERD/C/59/Misc.17/Rev.3, para. 15. 참조

51) Ibid., para. 16.

52) Ibid., para. 17. [역주: 유엔은 2007년 각 국가가 사형제도는 유지하되 가까운 미래에 사형제도의 폐지를 목표로 한 모라토리엄을 요구하는 '사형에 대한 모라토리엄'(moratorium on the death penalty)에 관한 결의안을 채택하였고, 2008년, 2010년에도 각각 유사한 결의를 채택하였다.]

니한 것은 차별에 해당하고, 따라서 협약 14조의 위반이라고 판시하였다(European Court of Human Rights, *Nachoba and Others v. Bulgaria*, Nos.43557/98 and 43579/98, Judgement of 6 July 2005).]

6.1.4 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 보장함에 있어서 인종적 차별

인종차별철폐위원회의 덴마크의 14차 정기보고서에 관한 최종의견은 다음과 같다. "위원회는 [인종차별철폐협약] 제5조에 열거된 경제적, 사회적 및 문화적 권리에도 동일한 주의를 기울여야 한다는 점에 주목한다. 특히 위원회는 외국인들의 실업수준과 종족적 소수에 속하는 사람이 취업에 겪는 어려움에 우려를 표한다." 위원회는 "당사국이 외국인 거주자들에게 취업허가를 제공할 의무는 지지 않을지라도, 취업허가를 얻은 외국인이 취업에 있어 차별을 받지 않도록 할 의무는 있다."고 지적한다.[53)]

위 위원회는 특히 호주의 10, 11, 12차 정기보고서에 관한 최종의견에서 "경제적, 사회적, 문화적 권리를 향유함에 있어 호주원주민들이 직면하는 차별의 증가 정도에 대하여" 심각한 우려를 표한다. 위원회는 또한 고도로 개발되고 산업화된 주의 전체 인구 중 2.1%에 불과한 원주민들이 여전히 경험하는 극렬한 불평등의 정도에 대하여 심각히 우려하고 있다. 위원회는 당사국이 가능한 한 단기간 내에 이러한 불평등을 종식시키기 위하여 충분한 자원의 할당을 보장하기를 권고한다.54)

[**추록**: 인종차별철폐위원회는 또한 교육, 고용, 거주, 보건 등 여러 분야에서 나타나는 집시에 대한 차별에 관하여 우려를 표명하였다. 슬로바키아의 보고서에 나타난 "집시 공동체에 속한 사람들의 매우 높은 실업률뿐만 아니라 집시에 대한 사실상 차별"에 대해 위원회는 놀라움을 표시하였다(*Official Records of the General Assembly, Fifty-eight Session, Supplement No.18*(A/58/18), para. 386. 및 *Official Records of the General Assembly, Fifty-eight Session, Supplement No.18*(A/58/18), para. 543). 이에 더하여 위원회는 네팔에서의 카스트계급에서 사회적으로 배제된 Dalits(불가촉천민)를 위한 분리거주지역의 존재, 고용 형태의 제한, 공공장소와 기도장소에 대한 접근거부 및 음식과 물 등 공적 자원에 대한 거부뿐만 아니라 공공 자금이 Dalits만을 위한 분리된 수도 건설에 사용되었다는 점에 대해 우려하였고, 네팔 정부에 대해 어떤 종류이든 분리가 행해지는 사적 및 공적 관행을 금지하고 근절하기 위한 조치를 취할 것을 촉구하였다.(*Official Records of the General Assembly, Fifty-eight Session, Supplement No.18*(A/58/18), para. 127).]

---

53) See UN doc. *GAOR*, A/55/18, p. 23, para. 67.

54) See UN doc. *GAOR*, A/55/18, pp. 19-20, para. 41.

6.2 성(gender)

6.2.1 부부재산권을 대표할 권리

Ato del Avellanal v. Peru 사건에서 페루의 수도 리마에 아파트 두 채를 소유한 페루 여인은, 밀린 차임을 받기 위하여 임차인을 상대로 소송을 제기하려 하였으나, '여자가 혼인하면 오직 남편만이 법정에서 부부재산권에 관해 대표할 수 있다'는 페루 민법 제168조로 말미암아 대법원의 결정으로 소를 제기할 수 없었다.55) 자유권규약위원회에 의하면 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 중 다음과 같은 규정을 위반하였다.

- ❖ "모든 사람은 법원과 재판소 앞에서 평등하다"는 규약 제14조(1). 그런데 "(위 사건에서) 아내는 법원에 소를 제기함에 있어서 그녀의 남편과 동등하지 않았다."
- ❖ 규약 제3조에 따르면, 체약국은 "규약 … 에 규정된 시민적 및 정치적 권리를 향유함에 있어 남성과 여성의 동등한 권리를 보장할 것을 약속한다." 제26조는 "모든 사람은 법 앞에 평등하며, 어떠한 차별도 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리를 가진다." 위 위원회는 신청인에 대한 페루 민법 제168조의 적용은 "법원 앞에서의 그녀의 평등권을 부인하는 결과를 가져왔고, 성에 근거한 차별에 해당한다."고 하였다.[56]

6.2.2 가족생활을 존중할 권리

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom 사건에서 유럽인권재판소는 영국의 이민법이 오로지 유럽인권협약 제8조에 의해서만 또는 제8조와 제14조의 차별금지 규정을 결합하여 보장되는 가족생활을 존중할 권리를 침해하였는지 결정해야 했다. 그들의 각 남편과 함께 영국에 거주지를 마련하고 싶었던 위의 3명의 여인이 있었다. 그들이 진정을 제기하였을 당시 신청인들은 말라위, 필리핀, 이집트 태생으로 영국 영주권자였다. 그들의 문제는 그들이 혼인한 외국 태생의 남자들이 영국에서 그들과 합류하거나 그들과 함께 체류하는 것에 대해 허가를 거절당하였다는 것이다. 그 남편들은 포르투갈, 필리핀, 터키사람이었다.

---

55) Communication No. 202/1986, G. *Ato del Avellanal v. Peru* (1988년 10월 28일 채택된 견해) in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 196, paras. 1 and 2.1.

56) Ibid., pp. 198–199, paras. 10.1–10.2.

유럽인권협약 제8조에 의하여 보장받는 가족생활을 존중할 권리와 관련하여 유럽인권재판소는 "신청인들이 혼인서약을 한 것은 바로 그들이 독신으로 영국에 정착한 이후였다."고 하였다. 위 재판소에 의하면,

> "제8조에 의한 의무는 체약국이, 부부가 그들이 혼인생활을 할 거주국을 선택하고 그 국가에서 정착하기 위하여 비국적 배우자를 받아들이는 일반적인 의무로 확장하여 해석할 수는 없다.
>
> 이 사건에서, 신청인들은 그들 자신 또는 그들 남편의 모국에서 가족생활을 하는 데 장애가 있다거나 그것을 기대할 수 없는 특별한 이유를 소명하지 않았다.
>
> [...]
>
> 가족생활을 위한 '존중의 결핍'은 없었고, 따라서 제8조만 놓고 보면 이를 위반한 것은 아니다."[57]

그러나 위 재판소가 협약 제8조와 연계하여 제14조를 검토하였을 때의 결론은 달랐다. 신청인들이 주장한 대로, 다음과 같은 의문, 즉 "성별, 인종 그리고 Balkandali 부인의 경우 출생에 근거하여, 가족생활을 존중할 권리를 보장함에 있어서 부당한 차등적 대우를 받은 것"이 이들 규정을 위반한 것은 아닌지에 관한 의문이 제기되었다.[58]

잘 정립된 판례법을 근거로 들며, 유럽인권재판소는 다음과 같이 판단하였다.

> "제14조의 취지에 의하면, 객관적이고 합리적인 정당화 근거가 없다면, 즉 정당한 목적을 추구하는 것이 아니라면, 또는 채택된 수단과 추구하는 목적 사이에 합리적인 비례관계가 없다면, 차등 대우는 차별적이다."[59]

그러나 체약국은 "또 다른 유사한 상황에서 법에 의한 차등 처우를 정당화시킬 것인지 그리고 어느 정도까지 차이를 허용할 것인지에 관하여 판단할 재량이 있다."[60]

관련 규정(영국 이민법)하에서 그 또는 그녀의 비국적 배우자가 정착을 위한 입국 또는 체류 허가를 받는 데 있어서 영국에 정착한 여자보다는 남자의 경우가 더 쉽

57) *Eur. Court HR, Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, judgment of 28 May 1985, Series A, No. 94*, p. 34, paras. 68–69.

58) Ibid., p. 35, para. 70.

59) Ibid., p. 35, para. 72.

60) Ibid., p. 35, para. 72.

다는 것은 다툼이 없는 사실이다[61]. 따라서 쟁점은 이러한 차이에 객관적이고 합리적인 정당화 근거가 있는지에 관한 문제로 귀결된다. 정부는 차등적 조치가 "초기이민[primary immigration, 역주: 가족의 가장 등 수입원이 있는 사람이 먼저 이민을 가서 정착한 뒤 나머지 가족을 부르는 형태, 후자를 secondary immigration이라고 한다]"을 제한하는 목적이 있고, "고실업 시대에 ***국내노동시장을 보호***할 필요"에 의해 정당화된다고 항변하였다.[62] 유럽인권재판소는 국내노동시장 보호라는 목적이 의심의 여지없이 정당하다고 본 반면, 그것만으로는 시행 중인 법에 의하여 발생하는 차이의 정당성을 인정할 수 없다고 보았다.[63] 게다가 "오늘날 양성평등의 진보는 유럽평의회의 회원국의 주요한 목표이다. 이는 성에 근거한 차등적 조치가 협약과 양립하는 것으로 볼 수 있으려면 매우 중대한 근거가 있어야 함을 의미한다."[64]

유럽인권재판소는 정부의 주장을 검토한 후, 그 주장이 "그럼에도 국내노동시장에 관하여 남성과 여성 사이에서 그 영향력에 있어서 존재할지도 모르는 차이가, 이 사건에서 그러하듯이, 그의 아내 또는 그녀의 남편이 영국에 합류할 가능성에 관하여, 신청인들이 주장한 것처럼, 차등적 조치를 정당화시킬 정도로 매우 중요하다는 점을 확신시키지는 못하였다."[65]고 판시하였다. 위 재판소는 그 규정들이 ***공공의 평온을 높이는*** 목적도 있다는 정부의 주장은 받아들였으나, "그 목적이 남편과 아내 사이에서 그러한 규정들로 인하여 도출되는 차이에 의하여 성취된다는 점은 받아들이지 않았다." [66]

그러므로 유럽인권재판소는 신청인들이 유럽인권협약 제8조와 제14조를 함께 고려할 때 ***성***에 근거한 차별의 피해자라고 결론지었다. 그러나 위 재판소는 신청인들이 인종이나 출생에 근거하여 차별을 받은 것은 ***아니***라고 덧붙였다.[67]

6.2.3 연금을 우선하여 수령할 권리

Pauger v. Austria 사건에서 신청인은 그가 유급으로 고용되었다는 사유로, 아내 사망에 따른 연금 수령을 거절당하였다. 신청인은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조에 반하여 1965년 제정된 오스트리아 연금법은 "과부들은 그들의 수

61) IIbid., p. 36, para. 74.
62) IIbid., p. 36, para. 75. 강조는 추가됨.
63) IIbid., p. 36, para. 78
64) IIbid., p. 36, para. 78.
65) IIbid., p. 36, para. 79.
66) IIbid., p. 36, para. 81.
67) Ibid., p. 39, para. 83, and p. 41, paras. 86 and 89.

입과 상관없이 연금을 받을 수 있는 반면, 홀아비들은 그들이 어떤 형태로든지 수입이 없어야만 연금을 받을 수 있다는 점에서 과부에게 우선적인 조치를 취한 것이다"라고 주장하였다.[68]

자유권규약위원회는 위 규약 제26조에 반하여 신청인은 "홀아비로서 과부와 같은 입장임에도 완전한 연금수당을 거절당하였다."고 판단하였다.[69] 이 사건에서의 연금법의 적용이 "비합리적이거나 객관적이지 못한 기준에 근거한 차별을 수반하였는지"를 결정함에 있어, 위원회는 오스트리아 가족법이 각자의 수입과 상호 부양에 관하여 양쪽 배우자에 동등한 권리와 의무를 부과하는데 반하여, 1985년 개정된 연금법은 과부에게는 적용되지 않는 요건인 홀아비가 다른 수입이 없을 때에만 완전한 연금수당을 지급하게 되어 있다고 언급하였다. 사실 홀아비는 1995년 1월 1일부터 과부와 동등하게 처우될 것이었다.

위원회는 이는 "사회적으로 유사한 상황의 남자와 여자가 단지 성별에 근거하여 다르게 처우 받고 있는 것"을 의미한다고 보았다.[70] 그러한 차별은 합리적인 것이 아니고, 당사국이 "그 연금법의 궁극적인 목적은 1995년에 남성과 여성의 완전한 평등을 성취하기 위한 것이었다."고 지적하였을 때 "암묵적으로 (비합리성을) 인정"하였던 것이다.[71]

6.2.4 사회보장연금

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조는 *S W M. Broeks v. the Netherlands* 사건에서 위반되었는데, 이는 Broeks 부인이 당시 유효했던 네덜란드 실업수당법(Netherlands Unemployment Benefits Act)의 적용에 있어 성별에 근거한 차별의 피해자였기 때문이다.[72] 이 법에 의하여 수당을 받기 위해서는, 유부남에게는 적용되지 않는 조건임에도, 유부녀가 "자신이 '가장'(家長)임을 증명해야만 했다." 자유권규약위원회에 따르면, 이러한 차별은 유부남과 비교하여 유부녀를 불리한 위치에 놓은 것이고, 합리적이지 못하였다.[73]

---

68) Communication No. 415/1990, *D. Pauger v. Austria* (1992년 3월 26일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 333, paras. 1.– 2.1

69) Ibid., P. 336, para. 8.

70) Ibid., P. 335, 336, para 7.4.

71) Ibid., P. 335, 336, para 7.4.

72) Communication No. 172/1984, *S. W. M. Broeks v. the Netherlands* (1987년 4월 9일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/42/40, p. 150, paras. 14–15.

73) Ibid., P. 150, para. 14. Communication No. 182/1984, *F. H. Zwaan–de Vries v. the Netherlands* (1987년 4월 9일 채택된 견해), pp. 160–169에도 같은 쟁점이 제기되었다.

6.2.5 보편적 양육수당 제도에 대한 부담금

Van Raalte v. the Netherlands 사건에서, 신청인은 45세의 독신의 아이가 없는 남자인 자신에게 네덜란드 보편적 양육수당법(Netherlands General Child Care Benefits Acts)에 의하여 부담금이 부과되는 것은, 당시 같은 나이의 독신의 아이가 없는 여자로부터 어떠한 유사한 부담금을 받아낸 적이 없는 점을 고려할 때, (위 부과는) 유럽인권협약의 제1 추가의정서 제1조(article 1 of Protocol No.1)와 결부한 위 협약 제14조에 위반한 것이라고 제소하였다.[74][역주: 제1 추가의정서 제1조는 "모든 자연인 또는 법인은 자신의 재산을 평화적으로 향유할 권리를 가진다. 어느 누구도 공익을 위하여 그리고 법률 및 국제법의 일반원칙에 의하여 규정된 조건에 따르는 경우를 제외하고는 자신의 재산을 박탈당하지 아니 한다. 단 위의 규정은 국가가 일반의 이익에 따라 재산의 사용을 규제한다거나, 세금이나 기타의 부담금 또는 벌금을 확보하기 위하여 필요한 법률을 시행할 권리를 결코 해하지 아니한다."라고 규정하고 있다].

유럽인권재판소는 제1 추가의정서 제1조가 세금 또는 다른 부담금 확보에 관한 국가의 권리에 관한 것이기 때문에 위 규정에 따라 이 사건을 보는 것에는 문제가 없다고 보았다.[75] 게다가 문제가 된 상황은 의심의 여지가 없이 성에 근거하여, 유사한 상황의 개인 간에 "처우의 차이"를 두는 것이었다. 문제된 차등적 조치가 정당화될 수 있는지가 문제의 핵심이었음이 명백하였기 때문에, 정부가 지지한, 이를테면 "생물학적 출산 가능성"에 기초하여 분류한 두 개의 범주, 즉 남성과 여성 사이에 실제적인 차이는 재판소의 결론에 영향을 미치지 않았다[76].

위 재판소는 이 제도에 관한 "가장 중요한 특징"은 "부담금 납부의무가 개인이 얻게 될 수당의 잠재적 자격에 의존하지 않는다는 것이다 … 따라서 이 사건에서 여성에 대한 면제는 이 제도의 근본취지에 정면으로 반하는 것이다"라고 판단하였다[77].

유럽인권재판소는 체약국이 "그러한 부담금 납부의무를 면제하는 것에 대하여 협약 하에서 어느 정도 재량을 가지지만, 협약 제14조에 의하면 차등적 조치를 정당화할 중대한 근거가 제시되지 않는 한 (면제 등) 어떠한 수단이라도 원칙적으로 남성과 여성에게 공평하게 적용되어야 한다."고 하였다. 재판소는 이 사건에 그러한 근거가 존재한다고 보지 않았고, 따라서 협약의 제1 추가의정서 제1조와 협약 제14조를 함께

74) *Eur. Court HR, Case of Van Raalte v. the Netherlands, judgment of 21 February 1997, Reports 1997–I*, p. 183, para. 32.

75) Ibid., p. 184, paras. 34, 35.

76) Ibid., p. 186, paras. 40.

77) Ibid., p. 187, paras. 41.

위반하였다고 결론 내렸다.[78]

6.2.6 육아휴직수당

Petrovic v. Austria 사건의 결과는 달랐다. 그 사건에서 유럽인권재판소는 오스트리아 정부가, 육아휴직수당은 오직 어머니들에게만 지급된다는 이유로, 아버지에 대한 육아휴직수당의 지급을 거절한 것은 협약 제8조와 관련하여 협약 제14조에 따라 당사국에 부여된 재량의 범위를 넘어서지 않았다고 판단하였다.[79]

재판소는 "출산 후 8주가 지나고 출산수당을 모두 받고 나면, 중요한 시기에 육아휴직수당은 아버지가 아닌 어머니에게만 지급 된다."고 지적하였고, 그것이 성별에 근거하여 다른 취급을 하는 것이라는 점에는 다툼이 없었다.[80]

재판소는 양친이 문제되는 기간 동안 양육에 있어 "비슷한 지위"에 있음을 인정하였다. 더구나, 다음과 같은 점을 고려하였다.

> "오늘날 양성평등의 진보는 유럽평의회 회원국에 주요한 목표이다 … 성에 근거한 차등적 조치가 협약과 양립하는 것으로 볼 수 있으려면 매우 중대한 근거가 있어야 한다."[81]

그럼에도 재판소는 다음과 같이 설시하였다.

> "체약국들은 여타의 면에서는 비슷한 상황의 어떠한 차이가, 법적 차등 대우를 정당화할 수 있는지, 그렇다면 어느 정도까지 정당화할 수 있는지를 판단하는 데 있어 재량권을 가진다. 그 재량권의 범위는 상황, 주제, 그리고 배경에 따라서 달라진다. 이러한 관점에서 고려해야 할 요소 중 하나는 체약국들의 법제에 공통된 근거가 있는지 여부이다."[82]

재판소에 따르면 "문제된 시기인 1980년대 후반에는 대부분 체약국이 아버지에게 육아휴직수당을 제공하지 않고 있었기 때문에 그에 대한 공통의 기준은 없었다."는 점은 명백했다. 다만 유럽 국가들은 서서히 "남성과 여성이 아이들의 양육에 대한 책

78) Ibid., p. 187, paras. 42, 43

79) *Eur. Court HR, Case of Petrovic v. Austria, judgment of 27 March 1998, Reports 1998–II*, p. 588, para. 43.

80) Ibid., p. 587, paras. 34, 35.

81) Ibid., p. 587, paras. 36, 37.

82) Ibid., p. 587, paras. 38.

임을 더 평등하게 부담하는 방향으로 나아가고 있을 뿐이었다." "따라서 사회의 발전을 반영하여 점진적인 방법으로 도입된 오스트리아의 입법, 모든 상황을 고려했을 때 당시 유럽에서는 매우 앞서나가고 있었던 입법을 비판하기는 어렵다."[83] 따라서 유럽인권재판소는 오스트리아 정부가 "그들에게 주어진 재량권을 일탈하지 않았고," 결국 "문제된 차별취급은 협약 제14조의 의미 내에서 차별적인 것이 아니다"라고 설시하였다.[84]

6.2.7 시민권의 취득

미주인권재판소는 코스타리카 헌법의 귀화 조항에 대한 개정안(*Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*)에 관한 권고의견에서, 개정안이 배우자 중 일방에게만 유리한 이상, 미주인권협약 제17조(4)(혼인기간 중 배우자 간의 평등권) 및 제24조(평등한 보호를 받을 권리)를 위반하여 차별에 해당한다고 판단하였다. 위 개정안 제14조(4)에 따르면, "코스타리카 사람과 혼인함으로써 자신의 국적을 잃었거나 코스타리카 사람과 혼인하여 코스타리카에서 2년 이상 거주함으로써 국적을 취득하고자 하는 희망을 표시한 외국인 여성"은 귀화를 통하여 코스타리카인이 될 수 있었다.[85] 위 재판소의 견해에 따르면, 개정안이 "코스타리카 사람과 혼인한 모든 '외국인'은"이라는 표현을 사용하였으면 협약에 합치할 수 있었을 것이었다.[86]

6.3 언어

언어의 사용은 *Diergaardt et al. v. Namibia* 사건에서 문제되었다. Rehoboth Baster 공동체의 구성원인 신청인들은 행정, 사법, 교육 그리고 공적 영역에서 그들의 모국어인 아프리카어(Afrikaan)의 사용을 거부하는 나미비아 정부의 행위가 시민

83) Ibid., p. 588, paras. 40, 41.

84) Ibid., p. 588, paras. 43.

85) *I-A Court HR, Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica, Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984, Series A, No. 4*, p. 111, para. 67 read in conjunction with p. 82, p. 109, para. 64, and p. 113, point 5.

86) Ibid., pp. 111-112, para. 67. 국적법은 다른 근거에 따른 차별을 하여서는 아니 된다, 에스토니아의 1차부터 4차까지의 정기보고서에 관한 최종의견에서 인종차별철폐위원회는, 유럽연합 소속 국가, 노르웨이, 아이슬란드, 스위스를 제외한, 세계 대부분 국가의 시민에게 적용되는 1993년 외국인법(1993 Aliens Act)에 설정된 제한된 이민 쿼터에 관한 법 규정에 대해 특별히 우려를 표하였다. 위원회는 "위 쿼터 시스템은 인종, 종족적 또는 민족적 출신에 근거한 차별 없이 적용되어야 할 것"을 권고하였다. UN doc. *GAOR*, A/55/18, p. 25, para. 81.

적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조를 위반한 것이라고 주장하였다.[87] 당사국이 답변하지 않은 상황에서 신청인들의 주장에 상당한 고려를 해야 했던 이 사건에서, 자유권규약위원회는 당사국이 "공무원들에게 아프리카어로 된 신청인들의 서면 또는 대화에 대하여 공무원들이 답변할 수 있는 완전한 능력이 있었음에도 답변을 하지 않도록 지시하였다."는 것을 신청인들이 입증하였다고 지적하였다. 위 지시는 공적 문서의 작성에서뿐만 아니라 전화를 통한 대화에 있어서까지도 아프리카어 사용을 금지하는 것이었다.[88] 결국, 아프리카어를 사용하는 신청인들은 규약 제26조의 위반에 따른 피해자들이었다.[89]

브르타뉴 어(Breton)를 모국어로 사용하는 한편 프랑스어도 할 수 있는 사람이 재판절차에서 브르타뉴 어의 사용이 허용하지 않았다는 이유로 규약 제26조 위반을 주장하였다. 그러나 자유권규약위원회는 신청인이 "자신 또는 그가 신청한 증인들이 간단하지만 정확한 프랑스어로 재판에서 진술할 수 없었다는 점을 입증하지 못하였다"고 지적하였다.[90] 위원회의 견해에 의하면, 규약 제14조(1)에 따른 공정한 재판을 받을 권리는, 제14조(3)(f)[역주: 법정에서 사용되는 언어를 이해하지 못하거나 또는 말할 수 없는 경우에는 무료로 통역의 조력을 받을 권리]과 함께 종합적으로 해석할 때 "피고인이 그가 평소에 사용하는 언어 또는 가장 편하게 사용할 수 있는 언어로 자신을 표현할 수 있는 기회까지 제공받아야 하는 것까지 의미하는 것은 아니다." 이 사건에서 문제되었던 두 법원처럼, 법원이 "피고인이 법정의 언어에 충분히 능숙함을 확인하였다면, 피고인이 법정의 언어가 아닌 다른 언어로 그를 표현하기를 더 원하는지 여부를 확인할 필요가 있는 것은 아니다."[91] 프랑스법에 따르면, 신청인은 그가 필요한 경우 통역 서비스를 받을 수 있었다. 그런 경우가 아니었기 때문에 그는 규약 제26조 또는 다른 조항의 위반에 따른 피해자라고 볼 수 없었다.[92]

Ballantyne et al. v. Canada 사건에서 신청인들은 퀘벡에 살지만, 영어를 모국어로 사용하는 사람이었다. 신청인들은 광고 목적으로 영어를 사용하는 것을 금지하는 것은 위 규약 제26조 위반이라고 주장하였다. 자유권규약위원회는 그러한 금지가 "영어를 사용하는 고객을 위하여 영어로 광고하고자 하는 프랑스어 사용자들도 영

87) Communication No. 760/1997, *J. G. A. Diergaardt et al. v. Namibia* (2000년 7월 25일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/55/40 (II), p. 147, para. 10.10.

88) Ibid., loc. cit.

89) Ibid.

90) Communication No. 219/1986, *Dominique Guesdon v. France* (1990년 7월 25일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/45/40 (II), p. 67, para. 10.3.

91) Ibid., loc. cit.

92) Ibid., p. 68, paras. 10.4–11.

어를 사용하여 광고할 수 없도록 함으로써" 프랑스어를 사용하는 사람과 영어를 사용하는 사람 모두에게 적용되는 것이기 때문에 신청인들은 그들의 언어를 이유로 차별을 받는 것은 아니라고 판단하였다.[93]

[**추록**: 일반적으로, 자유권규약위원회는 당사국에 대해, 고용을 위하여 언어능력시험을 보게 하는 등과 같이 언어적 요구조건을 통해 차별이 행해지지 않도록 하고, 당사국으로 하여금 소수자들에게 공식적 의사소통에 있어 그들 고유의 언어를 사용할 수 있는 기회를 부여하도록 장려하였다.(*Official Records of the General Assembly, Fifty-eight Session, Supplement No.40*(A/60/40), vol.I, para. 82(22) and 85(20).]

6.4 종교 또는 신념

6.4.1 양심적 병역거부

자유권규약위원회는 지속적으로 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제8조 하에서 당사국들은 "병역의무를 요구할 수 있고, 양심적 병역거부를 하는 경우, ***차별적인 것이 아니라면***, 대체복무를 요구할 수 있다"고 결정해 왔다.[94] *F. Foin v. France* 사건에서 신청인은, 병역의무가 12개월인데 비하여 대체복무의 경우 24개월을 요구하는 프랑스법에 대하여, 이는 차별이고, 위 규약 제26조에 보장된 법 앞의 평등 원칙과 법의 평등한 보호 원칙을 위반한 것이라고 주장하였다.[95] 위원회는 다음과 같이 지적하였다.

> "법과 그 실행에 있어 당사국은 병역과 대체복무 사이에 차이를 둘 수 있고, 특별한 경우 그러한 차이는 장기간의 복무기간을 정당화할 수 있다. 그러한 차등화는 문제된 특정 대체복무의 성격이나 그와 같은 복무를 수행하기 위한 특수한 훈련의 필요성 등과 같은 합리적이고 객관적인 기준에 따른 것이어야 한다."[96]

---

93) Communications Nos. 359/1989 and 385/1989, *J. Ballantyne and E. Davidson, and G. McIntyre v. Canada*, in UN doc. *GAOR*, A/48/40 (II), p. 103, para. 11.5.

94) 예컨대 Communication No. 666/1995, *F. Foin v. France* (1999년 11월 3일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/55/40 (II), p. 37, para. 10.3. 강조는 추가됨. [역주: 위 규약 제8조(3)(c)는 "이 항의 적용상 " 강제노동"이라는 용어는 다음의 사항을 포함하지 아니 한다."라고 규정하고 있고, (ii)는 "군사적 성격의 역무 및 양식적 병역거부가 인정되는 있는 국가에서는 양심적 병역거부자에게 법률에 의하여 요구되는 국민적 역무"를 그 중 하나로 규정하고 있다.]

95) Ibid., loc. cit.

96) Ibid.

그러나 *Foin* 사건에서 정부가 펼친 주장은 "복무기간을 두 배로 하는 것이 개인의 신념의 진실성을 확인하는 유일한 방법"이라는 것이었다. 위원회의 견해에 따르면, 그와 같은 주장은 "차등적 처우는 합리적이고 객관적인 기준에 따라 이루어져야 한다"는 요건을 충족시킬 수 없었다. 따라서 위와 같은 내용의 프랑스법은 "신청인을 그의 양심에 근거하여 차별한 것으로" 규약 제26조를 위반한 것이다.[97]

반면, 위원회는 *Järvinen v. Finland* 사건에서는 규약 제26조 위반이 아니라고 하였다. 신청인은 병역의무가 8개월인데 비하여 자신은 16개월 동안 대체복무를 하여야 했으므로 차별을 받았다고 주장하였다. 신청인들이 그들의 신념에 관해 입증할 필요 없이 그들의 주장에만 기초하여 대체복무를 할 수 있도록 법이 개정되면서 대체복무의 기간이 12개월에서 16개월로 연장된 것이었다.[98] 입법자는 그러한 연장이 "병역의무자의 신념에 대한 가장 적절한 표지"가 된다고 보았다.[99] 위원회는 이러한 특별한 입법목적을 고려할 때 "새로운 방식은 대체복무제도의 운용을 원활하게 하기 위한 것"이라고 판단하였다. 따라서 그러한 입법은 "실용적인 고려에 근거한 것이고 차별적인 목적은 없었다."[100] 그러나 위원회는 다음과 같은 점을 인식하였다.

> "차등을 두는 입법의 효과는 자신들의 철학으로 인하여 대체복무를 할 수밖에 없는 진정한 양심적 병역거부자에게 손해를 입힌다. 그러나 새로운 방식은 국가의 편의만을 위한 것이 아니다. 이러한 제도는 양심적 병역거부자가 그들의 신념의 진정성을 입증하는 어려운 작업을 하지 않아도 되게 해 준다. 그리고 이러한 제도는 대체복무의 가능성을 선택할 수 있는 사람들의 범위를 더 넓혀 준다."[101]

[**추록**: 비차별의 원칙에 더하여, 자유권규약위원회는 당사국에 대체복무가 처벌이 아님을 보장할 것을 요구하고 있다(*Official Records of the General Assembly, Fifty-eight Session, Supplement No.40*(A/59/40), vol. I, para. 67(17) and 71(17)).]

*****

97) Ibid. For identical reasoning see Communication No. 689/1996, *R. Maille v. France* (2000년 7월 10일 채택된 견해), p. 72, para. 10.4.

98) Communication No. 295/1988, *A. Järvinen v. Finland* (1990년 6월 25일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/45/40 (II), p. 101, para. 2.1, p. 102, para. 3.1, and p. 104, para. 6.1.

99) Ibid., p. 102, para. 2.2.

100) Ibid., p. 105, para. 6.2.

101) Ibid., p. 105, para. 6.5.

Thlimmenos v. Greece 사건에서는 다른 법률적 관점이 제기되었다. 이 사건은 국가 총동원 당시 군복을 입는 것을 거부하여 아테네 군사재판소(Athens Permanent Army Tribunal)에서 명령 불복종으로 유죄판결을 받은 여호와의 증인 신도에 관한 것이었다. 그는 4년형을 선고받았으나 2년 1일을 복역한 후 가석방으로 풀려났다.[102] 그는 112명의 공인회계사를 선발하는 국가시험에서 60명의 후보 중 2등을 하였음에도 그리스 공인회계사협회의 집행부는 그가 중범죄로 유죄판결을 받은 적이 있다는 이유로 공인회계사로 임명하는 것을 거부하였다.[103] 그는 종교의 자유와 법 앞에 평등할 권리가 침해되었다고 행정대법원(Supreme Administrative Court)을 설득하는 데 실패하였다. 행정대법원은 그가 유죄판결을 받았음을 고려하여 공무원규정 제22조(1)을 적용하여 판단한 것이라면 그러한 집행부의 조치는 법에 합치하는 것으로 판단하였다.[104] 위 조항에 따르면, 중범죄로 유죄판결을 받은 사람은 공무원으로 임명될 수 없고, 개정 국회법령 3329/1955에 따르면, 공무원으로 임명될 수 없는 사람은 공인회계사로 임명될 수 없었다.[105]

유럽인권재판소에서 신청인은 명령 불복종으로 처벌을 받았던 것에 대하여는 다투지 않았고, "중범죄로 유죄판결을 받은 사람의 경우 공인회계사로 임명될 수 없도록 하고 있는 법이 자신의 종교적 신념의 결과로 유죄판결을 받게 된 사람과 다른 이유로 유죄판결을 받은 사람을 구별하지 않고 있는" 사실에 대하여만 다투었다.[106] 유럽인권재판소는 신청인의 주장을 유럽인권협약 제9조(사상, 양심과 종교의 자유)와 제14조와 관련하여 검토하였다. 신청인이 평화주의를 주장하는 종교적 집단인 여호와의 증인의 신도였기 때문에 제9조가 관련성이 있었다.[107] 앞서 지적한 바와 같이 유럽인권재판소는 이 사건에서 "당사국이 객관적이고 합리적인 정당화 사유 없이 상당히 다른 상황에 있는 사람들을 다르게 취급하지 않았다면 그것 역시 규약에서 보장된 권리들을 향유함에 있어서 차별을 받지 않을 권리를 침해한 것이다"라고 밝혔다.[108] 따라서 재판소는 다음과 같은 점들을 심사해야 했다.

❖ "중범죄로 유죄판결을 받은 다른 사람들과 다르게 취급하지 않은 것에 정당한 목적

102) *Eur. Court HR, Case of Thlimmenos v. Greece, judgment of 6 April 2000*, 유럽인권재판소 웹사이트 http://www.echr.coe.int/에 게재된 텍스트 para 7. 참조

103) Ibid., para. 8.

104) Ibid., paras 9–13.

105) Ibid., paras. 15–16.

106) Ibid., para. 33.

107) Ibid., para. 42.

108) Ibid., para. 44.

이 있는지 여부" 그리고, 만약 있다면,

❖ "추구하는 정당한 목적과 취한 수단 사이에 합리적인 비례관계가 있는지 여부"[109]

유럽인권재판소는 "당사국은 공인회계사라는 전문직에서 일정한 수준의 범죄자를 배제할 입법적 이익을 가진다."고 지적하였다. 그러나 재판소는 다음과 같이 설시하였다.

> "심각한 형사범죄로 인하여 유죄판결을 받은 다른 경우들과는 달리 종교적 또는 철학적인 이유로 군복을 입는 것을 거부한 행위에 대하여 유죄판결을 받은 것은 공인회계사로서의 일을 수행하는 능력을 약화시키는 어떠한 불성실함이나 심한 부도덕성을 내포하고 있다고 보기 어렵다. 따라서 신청인이 부적합하다는 이유로 신청인을 배제한 조치는 정당화될 수 없다."[110]

"국가에 대하여 봉사하기를 거부한 사람은 적절한 처벌을 받아야 한다"는 정부의 주장에 대하여 재판소는, 신청인이 이미 거부 행위로 인하여 징역형을 복역하였다는 사실을 지적하였다. 재판소는 이러한 상황에서 "신청인에게 추가적인 제재를 가하는 것은 비례성의 원칙을 위반한 것이다. 공인회계사라는 전문직에서 신청인을 배제한 것에는 정당한 목적이 없고, 따라서 신청인을 다른 중범죄로 유죄판결을 받은 사람들과 다르게 취급하지 않은 데에는 객관적이고 합리적인 정당화 사유가 있다고 볼 수 없다."고 설시하였다.[111] 그러므로 유럽인권협약 제9조와 관련하여 제14조를 위반한 것이다.

6.4.2 직장에서 안전장치를 착용할 의무

시크교도인 한 남자는 직장에서 터번 대신 안전모를 착용하도록 한 안전규칙으로 인하여 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조(사상, 양심 및 종교의 자유)에 의하여 보장된 종교를 표명할 권리가 침해당하였다고 주장하며, 자유권규약위원회에 진정하였다. 신청인의 일은 기차 레일 사이에 있는 홈(pit)이나 기차의 장치 등을 매일 밤 점검하고, 기차의 안과 밖에서 엔진과 같은 장비들이 잘 유지되도록 하는 것이었다. 위원회는 신청인의 주장을 규약 제18조에 따라 심사하는 한편, 직권으로 제26조에 따라서도 심사를 하였는데, 그 결과는 같았다. 규약 제18조(3)과 관련하여 신

109) Ibid., para. 46.
110) Ibid., para. 47.
111) Ibid., loc. cit.

청인의 종교 표명의 자유가 제한되는 것은 같은 항에 규정된 근거들에 의하여 정당화될 수 있고, 제26조와 관련하여서도 그러한 조치는 규약에 합치하는 객관적인 목적을 달성하기 위한 합리적인 수단이라고 판단하였다.[112] 다시 말하면, 근로자들을 부상이나 감전으로부터 보호하기 위하여 안전모를 착용하도록 하는 것은 합리적이고 객관적인 수단이라는 것이다.[113]

6.4.3 종교 학교에 대한 공적 자금지원

A.H. Waldman v. Canada 사건은 캐나다 온타리오 주에 있는 종립(宗立) 학교에 대한 공적 자금지원에 관한 것이었다. 온타리오 로마 가톨릭 학교는 직접적인 전액 자금지원을 받는 유일한 비세속 학교였다. 반면, 신청인이 두 아이를 보내는 사립 유대인 학교는 공적 자금지원을 전혀 받지 못하였고, 따라서 신청인은 등록금을 모두 내야 했다.[114] 쟁점은 신청인의 종교에 관련된 학교와 달리 로마 가톨릭 학교에 공적 자금 지원을 해 주는 것이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조를 위반하는 것인지 여부였다.

자유권규약위원회는 로마 가톨릭 학교에 대하여 주어지는 특혜적 대우는 헌법에 명시되어 있기 때문에 객관적이고 합리적인 기준에 의한 구별이라는 정부 측의 주장을 받아들이지 않았다. 위원회는 이러한 구별이 1867년부터 시작되었고, "로마 가톨릭 공동체나 그 일부의 구성원들이 현재 유대인 공동체의 구성원들보다 자신들의 자녀를 종립 학교에서 교육을 시키는 데에 있어 불리한 지위에 있다는 점"을 인정할 수 있는 증거가 없다고 지적하였다.[115] 따라서 위원회는 "공교육 시스템 중 특정의 부분으로서 공적 자금지원을 받는 로마 가톨릭 학교와 사립일 수밖에 없는 신청인의 종교 관련 학교를 다르게 취급하는 것은 합리적이거나 객관적이라고 볼 수 없다"고 판단하였다.[116]

마지막으로 캐나다 정부는 세속적 공교육 시스템의 목적이 위 규약상의 비차별 원칙과 합치하는 것이라고 주장하였으나, 이에 대하여 위원회는 "그 시스템의 목적이 로마 가톨릭 종립 학교에 대한 배타적인 자금지원을 정당화하지는 않는다"고 답변

112) Communication No. 208/1986, *K. Singh Bhinder v. Canada* (1989년 11월 9일 채택된 견해), UN doc. *GAOR*, A/45/40 (II), p. 54, para. 6.2.

113) Ibid., loc. cit

114) Communication No. 694/1996, *A. H. Waldman v. Canada* (1999년 11월 3일 채택된 견해), UN doc. *GAOR*, A/55/40 (II), p. 87, para. 1.2.

115) Ibid., p. 97, paras. 10.3–10.4

116) Ibid., p. 97, paras. 10.5.

하였다.[117] 나아가 위원회는 "규약이 당사국에 종교적인 기반에 의하여 설립된 학교에 대하여 자금지원을 할 것을 강제하고 있지는 않다. 그러나 만일 당사국이 종립 학교에 대하여 공적 자금을 지원하기로 하였다면, 이는 차별 없이 이루어져야 한다. 어느 종교적 집단과 관련된 학교에는 자금지원을 하면서 다른 종교와 관련된 학교에는 자금지원을 하지 않으려면 합리적이고 객관적인 이유가 있어야 한다는 것이다."라고 설시하였고, 신청인의 종교 관련 학교의 경우에는 합리적이고 객관적인 이유가 없다고 판단하였다.[118]

6.4.4 소송을 위한 공법적 지위의 흠결

유럽인권재판소는 *Canea Catholic Church v. Greece* 사건에서 유럽인권협약 제6조(1)(공정한 재판을 받을 권리)과 관련하여 제14조의 위반이 있었다고 결정하였다. 문제된 교회는 로마 가톨릭 크레타 교구 교회의 담벼락 중 하나를 파괴한 옆집에 사는 두 사람에 대하여 소송을 시도하였다. 소송의 목적은 피고들에게 더 이상의 소란행위를 금지하고 기존의 행위로 인한 피해를 복구하도록 명하는 판결을 받고자 하는 것이었다.[119]

그러나 그리스 파기원(Court of Cassation)은 교회는 법인격의 취득과 관련 당사국의 법이 정한 요건에 맞지 않아 당사자능력이 없다고 판단하였다.[120]

유럽인권재판소에서 신청인 교회는, "소를 제기하거나 피고가 될 수 있는 법적 지위를 인정하지 않는 것은 전적으로 종교적인 기준에 근거한 것이기 때문에 교회는 협약 제14조 위반에 따른 차별의 피해자이다"라고 주장하였다.[121] 재판소로서는 "신청인 교회가 토지와 건물을 소유하고 있음에도 그것을 보호하기 위한 법적 절차를 취할 수 없는 반면, 동방정교회나 유대인 공동체는 아무런 형식이나 절차 없이 그들의 소유권을 보호하기 위한 조치를 취할 수 있었다."는 것을 지적하는 것으로 충분하였다. 당사국 정부가 "이와 같은 다른 취급을 정당화할 수 있는 아무런 객관적이거나 합리적인 이유"를 제시하지 못하였기 때문에 당사국은 협약 제6조(1)과 관련하여 협약 제14조를 위반한 것이었다.[122]

---

117) Ibid., p. 97, paras. 10.6.

118) Ibid., p. 97–98, para. 10.6.

119) *Eur. Court HR, Case of Canea Catholic Church v. Greece, judgment of 16 December 1997, Reports 1997–VIII*, pp. 2847–2848, paras. 6–8.

120) Ibid., pp. 2849–2850, para. 13.

121) Ibid., pp. 2860, para. 44.

122) Ibid., pp. 2861, para. 47.

6.5 재산

Chassagnou and Others v. France 사건은 프랑스에서 재산의 이용과 수렵권(hunting rights)에 관한 복잡한 사건이었다. 신청인들 모두 프랑스에서 사는 농부이거나 지주였는데, "베르다이유 법(Loi Verdeille)"이라는 프랑스 법률 1964년 제64-696호에 따라서, 윤리적인 이유로 수렵에 반대함에도 불구하고 신청인들은 "그들 소유 토지에서 사냥할 권리를 허가받은 지역사냥단체에 양도하도록 강제되었고, 자동으로 그 단체의 회원으로 가입되었으며, 그들 소유 토지 위에서의 수렵을 막을 수 없었다." "오직 일정한 면적 이상을 가진 지주들만이 지역사냥단체에 위와 같은 사냥할 권리를 양도하지 않을 수 있었고, 그 결과가 자신들 소유의 토지 위에서 사냥하는 것을 방지하고 그 단체에 자동으로 가입되는 것을 피할 수 있었다"는 점에서 신청인들이 보기에 유럽인권협약 제11조, 그리고 당연히 제1 추가의정서 제1조와 협약 제14조를 위반한 것이었다.[123]

이 장에서 다루는 범위를 넘는 근거들에 의하여, 유럽인권재판소는 우선 제1 추가의정서의 제1조와 유럽인권협약 제11조를 위반하였다고 판단하였다.[124] 또한, 넓은 면적을 소유한 지주와 적은 면적을 소유한 지주 사이에 다른 대우를 하는 것은 결국 넓은 면적을 소유한 지주에게만 그들 양심에 따라 그들의 토지를 이용할 권리를 부여한 것이 되고, 이는 결국 유럽인권협약 제14조가 의미하는 재산에 따른 차별이라고 판단하면서, 유럽인권협약 제14조와 관련된 제1 추가의정서 제1조도 위반하였다고 판단하였다.[125] 마지막으로 위 재판소는 유럽인권협약 제14조와 관련된 제11조(집회와 결사의 자유)도 위반하였다고 판단하였다. 정부는, 적은 면적의 토지를 소유한 지주들에게 지역사냥단체의 회원이 되도록 강제하면서, 넓은 면적의 토지를 소유한 지주들은 그러한 강제적 가입을 피할 수 있게 하여 그들이 소유 토지에서 독점적인 수렵권을 행사하거나, 양심에 따라 소유 토지를 자연보호구역이나 사냥금지구역으로 설정할 수 있게 하는 것에 대해 그 차등 대우를 정당화할 어떤 객관적이고 합리적인 명분을 제시하지도 않았다.[126]

---

123) *Eur. Court HR, Case of Chassagnou and Others v. France*, judgment of 29 April 1999, Reports 1999-III, p. 50, para. 66.

124) Ibid., pp. 57-58, para. 85 (제1 추가의정서 제1조: 적은 토지소유자들에게 비례의 원칙에 반하는 부담이었다), p. 67, para. 117 (협약 제11조: 결사에 대한 가입 강제는 관계인의 신념에 근본적으로 반하는 것이다).

125) Ibid., p. 60, para. 95.

126) Ibid., p. 68, para. 121. 위 법률이 "토지소유권이나 수렵권에 있어 비교가능한 상황에 있는 사람들 간에 차별을 야기하였다. 왜냐하면 한 필지당 20헥타르 또는 그 이상 면적의 토지를 소유한 사람들은 그들의 토지가 지역사냥협회의 사냥구역에 편입 되는 것을 거절할 수 있었으나, 신청인들과 같은 20헥타르보다 적은 토지를 소유한 사람들은 그렇게 할 수 없었다." p. 68, para. 120.

6.6 출생 또는 다른 지위

6.6.1 혼인 커플과 비혼인 커플을 위한 사회보장급부

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약은 당사국에 대하여 사회보장법을 채택할 것을 요구하지는 않는다. 그러나 일단 당사국이 사회보장법을 제정하게 되면 그 법은 위 규약 제26조에 부합하여야 하고, 사회보장급부를 받을 권리에 있어서의 차등대우는 합리적이고 객관적인 기준에 의하여야 한다.[127] *M. Th. Sprenger v. the Netherlands* 사건에서 혼인하지 않은 채 남성과 동거 중인 신청인은, 다른 사회보장법은 이미 사실혼(common law marriage)과 공식적인 혼인 사이의 지위가 동등함을 인정하고 있음에도, 건강보험법이 혼인커플과 비혼인커플을 구별함으로써 공동보험(co-insurance)을 거절하는 것은 규약 제26조를 위반한 것이라고 주장하였다.[128]

그러나 자유권규약위원회는 사회 발전은 당사국 내에서 일어나고 위원회는 이러한 맥락에서 당사국이 그러한 사회 발전상을 반영하여 사실혼과 공식적인 혼인 사이의 지위가 동등함을 인정하는 1988년 1월 1일자 건강보험법의 개정을 비롯하여 그러한 입법을 하고 있는지를 주목한다.[129] 위원회는 또한 혼인한 사람들과 혼인하지 않고 동거하는 사람들 사이의 구별이 일반적으로 폐지되지 아니하여 왔고, 그러한 차등대우가 지속된 데에는 여러 이유가 있다는 정부의 주장을 인정하였다. 위원회는 이러한 차별이 합리적이고 객관적인 근거에 따른 것임을 인정하였다.[130] 마지막으로 위원회는, 법 개정에 관한 입법부의 결정이 법이 필연적으로 규약에 배치된다는 것을 의미하지는 않고, 당사국은 규약이 요구하지 않는 추가적인 권리와 급부를 제공함에 있어 규약에 부합하도록 하거나 규약상 의무를 벗어나서 법을 개정할 자유가 있다.[131]

6.6.2 상속권

Mazurek v. France 사건은 어머니의 재산을 상속함에 있어 의붓 남자형제보다 신청인의 상속분을 제한하는 프랑스법 규정에 관한 것이다. 그 법에 따르면, 혼외관계에서 태어난 자녀는, 망인(피상속인)의 전체 자녀가 적자인 경우라면 받을 수 있

127) Communication No. 395/1990, *M. Th. Sprenger v. the Netherlands*(1992년 3월 31일 채택된 견해), UN doc. *GAOR*, A/47/40, p. 321, para. 7.2.

128) Ibid., p. 320, para. 3.

129) Ibid., p. 322, para. 7.4., read in conjunction with p. 320, para. 2.5.

130) Ibid., p. 322, para. 7.4.

131) Ibid., p. 322, para. 7.5.

는 상속분의 절반만을 받게 된다(the Civil Code 제760조).[132] 신청인은 간통으로 태어난 혼외자였고, 그의 남자형제는 혼외자이기는 하였지만, 어머니의 혼인을 통하여 적자와 동등하게 되었다.

유럽인권재판소는 유럽인권협약 제14조에 포함된 비차별 원칙과 관련하여 제1 추가의정서 제1조 아래에서는 신청인의 몫을 평화롭게 보유할 권리가 침해되었다고 추정하는 관점에서 사례를 다루었다. 피상속인인 어머니의 유산은 의붓 형제들의 공동재산이기 때문에 제1 추가의정서 제1조가 관련되었다.[133]

이 같은 차등대우가 차별인지에 관하여 심리함에 있어, 재판소는 "협약은 현재 상태를 반영하여야 하는 살아있는 도구"라는 점과 "오늘날 유럽평의회의 당사국은 혼외자와 혼인 중의 자 사이에 그들의 시민적 권리와 관련된 평등을 중요시하고 있음"을 강조하였다.[134] "혼외자인지 여부에 따라 차별을 두는 것이 협약에 부합한다고 여겨지기 위하여는 매우 강력한 근거가 제시되어야 한다."[135]

재판소는, 위 프랑스 법률은 전통적인 가정을 보호하기 위한 것이라는 프랑스 정부의 주장을 받아들이기는 하였지만, "채택된 수단들에 관하여 상속에 있어서 간통으로 태어난 자녀와 혼인 중 또는 혼외자이지만 간통으로 태어나지 않은 자녀 사이에 대우에 있어 차이를 두는 것이 전통적인 가정을 보호한다는 목적과 관련하여 비례성을 가지는가의 문제와 적정한 것으로 보이는가의 문제"에 관하여는 의문은 여전히 남았다.[136]

이에 유럽인권재판소는 "역사적으로나 사회학적으로, 심지어 법적으로도 가족의 구성은 고정되지 않는다"고 지적하고, 혈통이 다른 자녀 간에도 증진된 평등을 선호하고 있는 프랑스 및 세계 수준에서의 법적 발전에 관하여 언급하였다.

프랑스 정부의 주장과는 달리, 위 재판소는 유럽평의회의 다른 회원국의 상황을 언급하면서 "간통으로 태어난 자녀에 대한 차별을 없애려는 분명한 경향이 있고, 협약의 관련 조항을 필연적으로 동적으로 해석함에 있어서 그러한 경향은 무시해선 안 된다"고 판시하였다[137]. 그 결과 위 재판소는 당해 사건에서 혼외자인지에 따른 차별을 정당화할 아무런 근거가 없다고 결론지었다. 어떤 사건이든 간에 "간통으로 태어난 자녀는 그의 책임이 아닌 환경 때문에 비난받아서는 안 되고, 신청인은 재산상속에 있

132) *Eur.Court HR, Case of Mazurek v. France, judgment of 1 Februry 2000*, http://www.echr.coe.int/에 게재된 텍스트 paras. 17 and 23 참조.

133) Ibid., para. 41~43

134) Ibid., para. 49

135) Ibid., loc. cit.

136) Ibid., paras. 50-51.

137) Ibid., para. 52.

어서 간통으로 태어난 자녀라는 이유 때문에 불이익을 받았다는 것이 피할 수 없는 사실이다"라고 판시하였다.[138] 재판소는 "추구하는 목적과 채택된 수단 사이에 적정하고 합리적인 관계가 없고," 제1 추가의정서 제1조와 관련한 협약 제14조가 위반되었다고 판시하였다.[139]

Marckx v. Belgium 사건에서, 유럽인권재판소는 벨기에 법률이 재산상속에 있어서 "적자"와 "비적자"를 차별하는 한 여러 가지의 위반 중에서도 유럽인권협약 제8조에 따라 보장되는 가족생활을 위한 권리와 관련한 제14조가 침해되었다고 판시하였다.[140] 두 번째 신청인인 Alexandra는 그의 생물학적 어머니로부터 재산을 받음에 있어, 어머니가 그녀를 입양하기에 앞서, 제한된 권리만을 향유하였고, 입양 전이든 입양 이후이든 간에 어머니의 가족구성원들의 유언 없는 상속재산(intestacy)에 대하여 한 번도 그리고 어떠한 권리도 주장할 수 없었다.[141] 위 재판소는 그러한 차별은 "객관적이고 합리적인 정당성"을 결여하였다고 결론 내렸다. 결국, 협약 제8조와 관련된 제14조를 위반하였다고 판시하였다.[142]

Alexandra의 어머니인 Paula가 딸을 승인한 때부터 입양하기까지 딸의 이익을 위한 처리를 하는 데에는 제약이 있었고, 그러한 제약은 차별받지 아니할 Paula의 권리를 침해한 것이라고 판시하였다. 유럽인권재판소의 견해로는, 이러한 측면에서 비혼 어머니와 기혼 어머니 사이에는 분명한 차이가 있는데, 그 차이는 "객관적이고 합리적인 정당성"을 결여한 것이고, 그러므로 협약 제8조와 관련한 제14조에 반한다는 것이다.[143] 기혼 어머니와 비교할 때 자녀를 위하여 증여 또는 상속함에 있어 비혼 어머니의 권리에 대한 제한은, 소유재산에 관한 평화로운 향유라는 관점에서 제1 추가의정서 제1조와 관련된 제14조 위반이다.[144]

[**추록**: 유럽인권재판소는 유언과 관련하여 입양 제도의 변화와 그것의 현대적인 영향에 관한 사건을 검토하였다. *Pla and Puncernau v. Andorra* 사건은 합법적이고 교회법적인(canonical) 혼인에 의한 아들과 손자에게 잔여분을 주도록 고안된 1939년의 유언을 둘러싼 입양된 후손과 입양되지 않은 후손 사이의 분쟁에 관한 것이다. 항

138) Ibid., para. 54.
139) Ibid., para. 55.
140) *ECHR, Marckx Case v. Belgium, judgement of 13 June 1979, Series A*, No. 31, p. 22, para. 48.
141) Ibid., pp. 24–25, paras. 55–56.
142) Ibid., loc. cit. and p. 2, para. 59.
143) Ibid., pp. 26–27, paras. 60–62.
144) Ibid., pp. 27–28, paras. 63–65.

소법원은 입양은 20세기 전반기 동안 일반적이지 않았다는 이유로 유언자는 입양된 손자에게 그녀의 재산을 물려줄 수 없다고 판결하였다. 그러나 유럽인권재판소는 "유언을 한 시기 또는 유언자의 사망 시기 … 에 존재하였던 사회적 상황을 고려함에 있어 해석은 배타적인 것이 될 수 없다. 특히 유언을 한 일시와 상속인에게 재산이 이전된 일시 사이에 57년이 경과하였다. 사회적, 경제적 및 법적으로 지대한 변화가 나타난 이런 긴 시간이 경과하였으므로, 재판소는 이러한 새로운 현실을 무시할 수 없다"고 설시하면서 위 판결은 유럽인권협약 제8조와 연결된 제14조에 합치되지 않는다고 판시하였다(유럽인권재판소, *Pla and Puncernau v. Andorra*, No.69498/01, Judgement of 13 July 2004, para. 62.).]

6.6.3 대통령 후보들의 출생 또는 혈통 조건

Legal Resources 재단이 잠비아를 상대로 제기한 사건에서, 아프리카 인권위원회는 1996년 개정 잠비아 헌법을 고려해야만 했는데, 그 개정 헌법에 따르면 누구든 잠비아 대통령 후보로 출마하고자 하는 자는 양친의 출생이나 혈통에 따라 잠비아 국민이라는 점을 입증해야 했다. 그 개정은 잠비아 유권자의 35%에 대해 대통령 후보로 나서는 권리를 박탈하는 것이었다.[145]

아프리카 인권위원회는 아프리카헌장 제2조가 "'언어 … 민족적 그리고 사회적 출신… 출생 또는 다른 신분'을 이유로 차별하는 것을 금지한다. 평등권은 매우 중요하다. 그것은 국민이 어떤 법률 시스템 내에서 공평하고 정당하게 대우받고, 법 앞에서 평등한 대우와 모든 다른 국민에게 부여된 권리를 동등하게 향유할 수 있는 것이 보장되는 것을 기대할 수 있어야만 한다는 것을 의미한다."고 지적하였다.[146] 위원회의 관점에서, 평등권은 다른 권리를 향유할 수 있는 지위에 영향을 미칠 수 있기 때문에 또한 중요하다. 예를 들어, 출생 장소 또는 사회적 출신을 이유로 불이익을 받고 있는 이는 "투표권을 행사할 수는 있지만, 공직에 출마하고자 할 때는 제한을 받는다. 달리 말해, 국가는 그런 사람들이 국민으로서 국가에 이바지할 수 있는 리더쉽과 능력을 박탈할 수 있다." 위원회는 이러한 관점에서 "더 많은 아프리카 국가에서 이러한 형태의 차별은 그 누구에게도 이롭지 못한 폭력과 사회적, 경제적 불안정을 야기하고 있다."고 지적했다.[147]

---

145) *ACHPR, Legal Resources Foundation v. Zambia, Communication No. 211/98*(2001년 4월 23일부터 5월 7일까지 열린 제29회 보통회기 동안 채택된 결정) http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/211-98.html에 게재된 텍스트 para. 52 참조

146) Ibid., paras. 63.

147) Ibid., loc. cit.

위원회는 이러한 주장을 위 헌장 제2조뿐만 아니라 모든 국민이 "직접 또는 자유롭게 선출된 대표를 통해 자국 정부에 참여"할 수 있는 권리에 관한 제13조에 따라 면밀히 심사하였다. 잠비아의 역사를 고찰해볼 때, 30년 동안 향유된 권리들은 "쉽게 박탈"될 수 없고, 정당성이 의심되는 조치들의 소급적용은 아프리카헌장에 따라 정당화될 수 없다. "그런 사건에서 고통은 출신지역을 이유로 차별을 겪는 시민에게만 생기는 것이 아니라" 잠비아 시민이 그들의 정치적 대표자를 자유롭게 선택할 권리도 침해된 것이다.[148] 그러므로 헌장 제2조와 제13조뿐만 아니라 제3조(1)에 따라 보장되는 법 앞의 평등권 역시 침해되었다.

6.7 국민적 지위

Gueye et al v. France 사건은, 프랑스 법률이 "1960년 세네갈 독립 이전에 프랑스 군대에서 복무한 세네갈 국적을 가진 퇴역 군인들의 연금을 결정함에 있어 차등대우를 규정하고 있기 때문에 프랑스 국적을 가진 퇴역 프랑스 군인들이 누리는 연금에 비해 열악한 연금을 받았다는 점에서" 프랑스가 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조를 위반하였다고 주장하는 743명의 세네갈 출신 프랑스 퇴역군인이 제기하였다. 신청인들의 입장에서 이것은 인종적 차별에 해당하는 것이었다.[149]

자유권규약위원회는 인종적 차별이라는 주장을 뒷받침할 증거를 찾지 못했지만, 여전히 그 상황이 어떤 근거에서든 규약 제26조의 범주 내에 포함되는지를 판단해야만 했다.[150] "국적"(nationality)이라는 것 자체가 규약 제26조에 열거된 차별 금지의 근거에 포함되지는 않음에도, 위 위원회는 국적을 근거로 한 구별이 세네갈의 독립과 관련하여 이루어졌고, 이것은 "다른 지위"와 관련되는 범주에 속하는 쟁점이라는 점을 받아들였다. 그래서 자유권규약위원회는 그 구별이 합리적 근거와 객관적 기준에 기반을 둔 것인지를 판단해야 했다.[151]

그와 같이함에 있어, 위 위원회는 "신청인들에게 대한 연금지급을 결정하는 것은 국적의 문제가 아니라 과거 그들이 제공한 군 복무의 문제이다. … 이후의 국적 변경은, 연금지급의 근거가 그들과 프랑스인으로 남은 군인들 모두가 마친 동일한 군 복무라는 이유에서, 그 자체로 차등대우에 대한 충분한 이유가 되지 못한다."[152]고 지적

148) Ibid., paras. 71 and 72.

149) Communication No. 196/1985, *I. Gueye et al. v. France* (1989년 3월 3일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/44/40, p. 189, paras. 1.1–1.2.

150) Ibid., pp. 193–195, para. 9.4.

151) Ibid., p. 194, para. 9.4.

152) Ibid., p. 194, para. 9.5.

하였다. 차등대우를 정당화할 아무런 합법적 근거를 찾을 수 없다는 점을 고려하여, 자유권규약위원회는 차이는 "합리적 근거와 객관적인 기준"에 기반을 둔 것이 아니고, 그렇기 때문에 제26조에 의해 금지되는 차별을 구성한다고 결론 내렸다.[153]

서아프리카인들을 앙골라로부터 추방한 사건과 관련된 사례에서, 아프리카 인권위원회는 아프리카헌장 제2조는 당사국이 그 영토 내에 거주하고 있는 사람들이 그들이 국적자인지 비국적자인지에 무관하게 위 헌장에서 보장되는 권리를 누릴 수 있도록 해야 한다고 요구하고 있다. 위원회에 제기된 사건에서 추방된 사람들의 헌장 제2조에 따른 법 앞의 평등권은 그들의 "출신"을 이유로 침해되었다.[154]

6.8 성적 지향

성적 지향을 이유로 차별받지 않을 권리는 이 장에서 살펴보고 있는 법 규정에 명시적으로 포함되어 있지는 않다. 그러나 예를 들어, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조에 열거된 근거들, 아프리카헌장 제2조, 그리고 유럽인권협약은 모든 것을 망라하고 있다. 이러한 조항들의 "~와 같은(such as)"라는 용어에서 분명히 알 수 있듯이, 열거된 차별금지 근거들은 예시적인 것에 불과하고, 그러한 사실은 유럽인권협약 제14조에 관한 *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* 사건에서 유럽인권재판소에 의해 강조되었고, 그 사건에서 유럽인권재판소는 성적 지향은 의심할 여지없이 위 조항에 의해 포섭되는 개념이라고 판단하였다.[155]

이 사건에서, 신청인은 리스본 항소법원이 신청인과 그의 전처 사이의 딸에 대한 양육 · 접견권(parental responsibility. 역주: 유럽법계 개념으로 접견과 거주를 포함한다고 한다)을 신청인이 아닌 전처에게 부여하기로 한 결정이 오로지 신청인의 성적 지향에만 근거한 것이라고 주장하였다. 제1심 법원인 리스본 가정법원은 일찍이 양육 · 접견권을 신청인에게 준 바 있었다.[156] 신청인은 가족생활을 존중할 권리가 침해되었고, 협약 제14조에 위반하여 차별받았다고 여겼다.

153) Ibid., loc. cit

154) *ACHPR, Union Inter-Africaine des Droits de l"Homme et al v. Angola, Communication No. 159/96, decision adopted on 11 November 1997*, http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/159-96.html에 게재된 텍스트 para. 18 참조. 이 사건은 아프리카헌장 제7조(1)(a)[역주: 제7조 "모든 개인은 자신의 주장을 심리받을 권리를 가진다. 이는 다음을 포함한다. (a) 현행의 조약, 법률, 규정 및 관습에 의하여 인정되고 보장되는 자신의 기본적 권리를 침해한 행위에 대하여 권한 있는 국가기관에 호소할 권리")]와도 관련되어 있다. 왜냐하면, 추방된 사람들은 권한 있는 법률상 기관에 대해 그들의 추방에 대하여 이의를 제기할 기회를 갖지 못하였기 때문이다. paras. 19-20 참조.

155) *Eur. Court HR, Case of Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, judgment of 21 December 1999, Reports 1999-IX*, p. 327, para. 28.

156) Ibid., pp. 324-325, paras. 21-22.

협약 제14조와 함께 제8조 위반 주장을 심리하면서, 유럽인권재판소는 "리스본 항소심 법원이 양부모 중 일방에게 유리한 결론에 이르게 할 수 있는 사실문제와 법률 문제를 심리함에 있어 아이의 이익을 최우선으로 고려하였다"고 인정하였다. 그러나 제1심 법원의 결정을 파기하면서, "항소심은 신청인이 동성애자이고 다른 남성과 동거하고 있다는 새로운 요소를 도입하였다."[157]

유럽인권재판소는 신청인과 전처를 대우함에 있어 신청인의 성적 지향에 근거한 차이가 존재하였다고 판단하지 않을 수 없었다. 그래서 유럽인권재판소는 이 대우상의 차이가 객관적이고 합리적인 이유, 즉, (1) 정당한 목적을 추구했고, 만일 그렇다면, (2) 적용된 수단과 추구된 목적 사이에 비례성이 있었느냐"를 고려해야만 했다.[158]

위 재판소는 리스본 항소심 법원의 결정이 "의심할 여지없이 추구한" 목적은, 아동의 건강과 권리를 보호하기 위한 것이라는 점에서 정당하였다고 판단하였다.[159] 그러나 그 결정이 목적과 수단 사이에 비례성이 있느냐에 관하여는 그렇지 않다고 결론 내렸다.[160] 리스본 항소심 법원 결정의 관련 구절들은 "단지 어설프거나 유감스러운 것이거나, 방론에 지나지 않는 것이 아니다"는 견해를 취하였다. 그 구절들은, 오히려 반대로, "신청인의 동성애 성향이 최종 결정에 있어 결정적인 요소라는 것"을 암시하였다. 신청인의 성적 지향에 관한 고려에 근거한 구별은 협약에 의해서는 용인될 수 없다.[161] 그에 따라 위 재판소는 유럽인권협약 제14조와 함께 제8조가 위반되었다고 결론 내렸다.[162]

[**추록**: *Goodwin v. the United Kingdom* 사건에서 유럽인권재판소는 성전환자(transsexuals)에 관한 사회적 인식의 발전을 고려하여 선례로부터 벗어날 수 있는 이유를 발견하였다. 위 재판소는 국가는 새로운 성적 정체성 아래 인정되어야 할 성전환자의 권리를 보장할 적극적인 의무가 있다고 판시하였다. 위 재판소는 "21세기에서 개인적 발전을 위한 성전환자의 권리와 그 사회의 다른 사람들이 누리는 진정한 의미의 신체적 및 도덕적 안전은 더 이상 관련 쟁점에 관한 해결의 실마리를 보여주기 위해 시간의 경과가 요구되는 논쟁적인 문제로 여겨져서는 아니 된다. 요약하자면, 수술 후의 성전환자가 완전한 하나의 성이나 다른 성에 속하지 않는 중간영역에 살고 있다는 불만스러운 상황은 더 이상 유지될 수 없다."고 판시하였다(유럽인권재판

157) Ibid., pp. 327, paras. 28.
158) Ibid., pp. 327, paras. 28-29.
159) Ibid., pp. 327, paras. 30.
160) Ibid., pp. 327, paras. 36.
161) Ibid., pp. 328, paras. 35-36
162) Ibid., pp. 329, paras. 36.

소, *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, No.28957/95, Judgement of 11 July 2002, para. 90.).]

6.9 소수자들

6.9.1 고유의 문화를 누릴 권리

자유권규약위원회는, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제27조는 "소수자 집단의 구성원이 그 고유의 문화를 누릴 권리를 부정당해서는 아니 된다는 것을 요구한다"고 밝힌 바 있다. 그래서 "그 권리를 부정하는 정도에 이르는 영향력이 있는 조치들은 제27조에 따른 의무와 양립할 수 없다." 그러나 "소수자 집단에 속한 사람들의 삶과 생계에 제한적인 영향을 미치는 조치들이 필연적으로 제27조에 따른 권리를 부정하는 정도에 이르지는 않는다."[163]

고유의 문화를 누릴 권리는 *Länsman et al v. Finland* 사건에서 쟁점이 되었는데, 이 사건은 합법적인 겨울 방목지 안에 있는 3,000헥타르에 이르는 지역에서 벌목하도록 한 결정에 관해 불만이 있는 Sami족 출신 순록 사육사들이 제기한 것이었다. 그들의 입장에서, 이 결정은 위 규약 제27조에 따른 권리를 침해한 것이었다. 위원회가 판단해야만 했던 "결정적인 문제"는 승인되어 장래에 이루어질 벌목뿐만 아니라 이미 이루어진 벌목행위도 제27조에 따라 보장되는 신청인들이 고유의 문화를 누릴 권리를 부정하는 정도에 해당하는지였다.[164] 위원회는 이 점에서 규약 제27조에 대한 일반논평의 제7문의 용어를 상기시켰는데, 그에 따르면, "소수자들이나 토착민 집단들은 사냥, 낚시, 순록 사육 등과 같은 전통적인 활동을 보호받을 권리가 있고, '그들에게 영향을 미치는 결정을 함에 있어 소수자 사회의 구성원이 효율적으로 참여할 수 있도록 보장'해주는 조치를 취해야 한다."[165]

그러나 이 사건을 "심사숙고"한 끝에, 위원회는 "승인된 행위뿐만 아니라 이미 이루어진 행위가 신청인들이 고유의 문화를 누릴 권리를 부정한다"고 결론을 내릴 수

163) Communication No. 671/1995, *J. E. Länsman et al. v. Finland* (1996년 10월 30일 채택한 견해), in UN doc. *GAOR*, A/52/40 (II), p. 203, para. 10.3.

164) Ibid., p. 203, para. 10.4.

165) Ibid., loc. cit. 일반논평 제23조의 해당 부분은 다음과 같다. "규약 제27조가 보호하는 문화적 권리의 행사에 관하여, 자유권규약위원회는 특히 토착민의 경우에는 문화가, 특정한 삶의 방식이 토지 자원의 사용과 연관되는 것을 포함하여 여러 형식의 삶 자체를 표상한다는 점에 주목하였다. 그 권리에는 낚시, 사냥 등의 전통적 활동을 하는 것과 법률에 의하여 보호되는 구역 내에서 살 권리를 포함한다. 이러한 권리들을 누리기 위해서는 보호를 위한 적극적인 법적 조치와 소수민족에게 영향을 미치는 결정을 함에 있어 당해 소수민족 공동체 구성원의 실질적인 참여의 확보를 요구한다.", *United Nations Compilation of General Comments*, p. 149, (각주는 생략).

는 없었다. 신청인들이 속한 방목인 위원회가 벌목계획을 수립하는 데 협의를 하였고, 이를 거부하지 않았다는 점은 다툼이 없었다. 더군다나, 국내법원들은 계획된 벌목이 규약 제27조 위반에 해당하는지 고려하였고, 국내법원들이 그 조항을 "잘못 해석 · 적용"하였다고 볼 아무런 근거가 없었다.[166]

그러나 위원회는 벌목행위가 더 넓은 범위에서 승인되었거나 계획된 벌목의 결과가 예상된 것보다 더 심각하였다면, "제27조의 의미 내에서 신청인들이 고유의 문화를 누릴 권리 침해에 해당하는지 고려했어야 할지도 모른다."고 첨언하였다.[167]

6.9.2 인디언 보호구역에 거주할 권리

자유권규약위원회가 결정한 초창기 사례 중 하나는 *Lovelace v. Canada* 사건인데, 그 사건은 Maliseet 인디언으로 태어나 등록되었으나 캐나다 인디언법에 따라 비인디언과 혼인 후 인디언 지위를 상실한 한 여성이 제기한 것이었다. 비인디언 여성과 혼인한 인디언 남성은 인디언 지위를 상실하지 않기 때문에, 신청인은 위 인디언법이 차별적이고 그 중에서도 규약 제26, 27조를 위반하였다고 주장하였다.[168] 그녀가 이혼한 후에도, 신청인은 그들 부족이 있는 곳으로 이사하는 것이 허락되지 않았다.

비록 자유권규약위원회는, 캐나다에서는 규약이 1976년 8월 19일에야 효력이 발생하였기 때문에, 신청인이 1970년 인디언 지위를 상실한 (소송에 이르게 된) 최초 원인을 심리할 수는 없었지만, 그 원인의 ***지속적인 영향력***을 고려하고 그것이 규약에 부합하는지는 심리할 수 있었다.[169] 위원회는 그 진정에 대해 실제로는 전적으로 규약 제27조의 견지에서만 고려하였고, 그에 관련된 의문은 신청인이 "Tobique 보호구역에 거주할 법률상 권리를 부정당하였기 때문에 그 사실로 인해 그녀가 제27조에 따라 보장되는 소수자에 속하는 사람이 고유한 문화를 누리고, 그들 집단 구성원들과 그들의 지역사회에서 고유의 언어를 사용할 권리가 부정되었는지 여부였다."[170]

신청인과 비인디언의 혼인이 파경에 이르렀다는 사실의 입장에서 그 사건을 살펴보고, 위원회는 그녀가 규약 제27조에 위반하여 Tobique 보호구역에 거주할 권리

166) Communication No. 671/1995, *J. E. Länsman et al., in UN doc. GAOR*, A/52/40 (II), p. 203-4, para. 10.5.

167) Ibid., p. 204, para. 10.7.

168) Communication No. R.6/24, *S. Lovelace v. Canada* (1981년 7월 30일 채택된 견해), in UN doc. *GAOR*, A/36/40, p. 166, para. 1.

169) Ibid., p. 172, paras. 10-11.

170) Ibid., p. 173, paras. 13. 2.

를 부정당하였다고 결론 내렸다.171) 비록 제27조가 보호구역에 살 권리를 보장해주지는 않지만, 위원회는 아래와 같이 판시하였다.

> "관련 소수자 집단에 속하는 사람의 보호구역 내 거주에 영향을 미치는 성문법적 규제는 합리적이고 객관적인 근거를 가져야 하고, 전체적으로 규약의 다른 조항에 부합하여야 한다. 제27조는 경우에 따라 제12, 17, 23조가 특정 사례에 관련이 있을 수 있는 한 그와 같은 다른 조항과의 관계에서, 또한 제2, 3, 26조와 같이 차별을 금지하는 조항들과의 관계에서 해석되고 적용되어야 한다."[172]

자유권규약위원회에게는 "Sandra Lovelace가 보호구역에 거주할 권리를 부정하는 것이 합리적이거나, 종족의 정체성을 보존하는 데에 필요하다고 보이지 않은 듯하다. 그래서 위원회는 그녀가 그 부족에 속한다는 사실을 인정하는 것을 가로막는 것은, 언급된 다른 조항과의 맥락에서 제27조를 해석할 때, 제27조에 따른 그녀의 권리를 정당한 이유 없이 부인한 것"이라고 결론 내렸다.[173]

7. 맺음말

이 장에서 보편적 또는 지역적 차원에서 광범위하고 다차원적인 차별 현상을 다루는 주요 법 규정들을 일반적으로 살펴보았다. 또한, 합리성 없는 구별, 즉 차별에 이르거나 그렇지 않은 다양한 상황에 관한 국제적인 판례법의 사례들도 살펴보았다. 차별적인 사건들 또는 관습들은, 자주 피해자들의 독특한 인간적 특성을 부정하고, 피부색, 출신, 성, 종교 등과 무관하게 모두 동등한 가치를 지닌 인간들 사이에서 다를 수 있는 고유한 권리를 부인하기 때문에, 언제나 피해자에게 어떤 특정한 부정적인 방식으로 영향을 미친다.

이 장은 평등권과 차별받지 않을 권리를 보장하는 국제적인 법 조항들이 많이 존재한다는 것을 보여준다. 그렇기 때문에, 만일 차별적인 관습이 이 세상에 존재한다면, 그것은 법적 규정이 부족하기 때문이 아니라 우리 사회 일상에서 이러한 법 규정이 제대로 집행되지 않기 때문이다. 불가피하게, 이렇게 인권법에 있어 가장 근본적인 원칙들이 국내적 차원에서 집행하지 못하는 것은 내부적 그리고 국제적인 평화와 안

171) Ibid., p. 174, paras. 17 and 19.

172) Ibid., pp. 173–174, paras. 15–16.

173) Ibid., p. 174, para. 17. For the response of the Government of Canada, dated 6 June 1983, to the Views adopted by the Committee in the *Lovelace* case, UN doc. *GAOR*, A/38/40, pp. 249–253 참조

보에 부정적인 영향을 끼친다.

국내법원의 법관들, 검사들 그리고 변호사들은 평등과 비차별에 관한 권리에 대한 기존의 국내 법적 규정을 실질적으로 효력이 있는 법적 개념으로 바꾸어가야 하고, 가능할 때마다, 이러한 사안들에 대한 국제법 규칙들을 적용하거나 적어도 이를 지침으로 삼아야 한다. 만일 이것이 지속적이고 효과적으로 이루어진다면, 이 세상을 점차 모든 이들에게 더 우호적인 곳으로 만들어갈 수 있을 것이다.

제 14 장

경제적, 사회적 및 문화적 권리를 보호하기 위한 법원의 역할

제14장

경제적, 사회적 및 문화적 권리를 보호하기 위한 법원의 역할

학습 목표

- *경제적, 사회적, 문화적 권리를 보호하기 위한 주요 국제적 법률장치에 익숙해진다.*
- *경제적, 사회적, 문화적 권리와 시민적, 정치적 권리의 밀접한 관계를 설명한다.*
- *경제적, 사회적, 문화적 권리의 실행과 관련하여 당사국들의 법적 의무를 숙지시킨다.*
- *경제적, 사회적, 문화적 권리의 내용을 알린다.*
- *경제적, 사회적, 문화적 권리의 재판회부가능성(justiciability)에 대한 문제를 논의한다.*
- *경제적, 사회적, 문화적 권리를 보호함에 있어 국내 법원의 중요한 역할에 익숙해진다.*
- *국내 차원에서 경제적, 사회적, 문화적 권리의 실행에 기여할 수 있는 법관과 법률가들의 잠재력에 대한 인식을 함양한다.*

질문

- *당신이 일하고 있는 국가에서는 경제적, 사회적, 문화적 권리가 어떻게 보호되고 실현되는가?*
- *위 권리들의 실현에 있어 법원은 어떤 역할을 하는가?*
- *경제적, 사회적, 문화적 권리의 증진 및/또는 실현을 위해 당신 국가에서는 법원 외에 다른 장치가 존재하는가?*
- *당신이 일하고 있는 국가에서는 경제적, 사회적, 문화적 권리의 어떤 측면에 특히 의의를 두고 있는가?*

질문

- *경제적, 사회적, 문화적 권리의 영역에서 특히 법적 보호가 필요한 취약집단이 존재하는가?*
- *존재한다면, 누가 그들이며 어떤 점에서 그들이 특별한 보호를 필요로 하는가?*
- *그렇다면, 그들은 보호되고 있는가? 그것이 충분한가?*
- *개인의 경제적, 사회적, 문화적 권리를 충분히 보호하기 위해 국내 차원에서 어떤 구제책이 검토될 것인가?*

관련 법률문서

보편문서

- 1966년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Culture Rights, 1966)
- 1948년 세계인권선언(The Universal Declaration of Human Rights, 1948)

지역문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)
- 1988년 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 영역에 관한 미주인권협약의 추가의정서(Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Culture Rights, 1988)
- 1961년 유럽사회헌장(European Social Charter, 1961), 1966년 유럽사회헌장(개정)[European Social Charter(Revised), 1996]

1. 들어가며

이 장의 기본 목적은 국내 차원에서 경제적, 사회적, 문화적 권리를 보호하기 위한 국제감시기구와 국내 법원들의 중요한 역할을 기술하는 것이다.

이 장은 왜 하나의 인권규약이 종국적으로 시민적, 정치적 권리를 보장하는 규약과 경제적, 사회적, 문화적 권리를 보호하는 규약으로 나뉘게 되었는지를 개괄적으로 설명하는 것으로 시작한다. 그리고 상호적, 효율적 실현을 위해 서로 의존하는 위 두 가지 권리들 사이의 밀접한 관계를 간략하게 서술한다. 세 번째로, 이 장은 보편적, 지역적 인권조약들에 의해 보장되는 경제적, 사회적, 문화적 권리를 조사하고 위 권리들을 보호하기 위한 당사국들의 법적 의무를 분석한다. 네 번째로, 재판회부가능성[justiciability. 역주: justiciability는 법원이 어떤 쟁점에 관하여 사법적 권한을 행사하여 적절한 결정할 수 있는지에 관한 문제로, 별다른 추가 규정이나 조치 없이 이미 존재하는 법률(당해 규정)을 통하여 법원에 의해 분쟁 등이 해결될 수 있는 경우를 말한다. '제소가능성' 또는 법원이 당해 규정만을 근거로 직접 판결이나 결정을 할 수 있다는 측면에서 보면 '구체적 재판규범성'이라는 용어도 고려할 수 있겠으나, 여기서는 사전적 의미에 따라 '재판회부가능성'이라고 번역하였다.]을 포함한 경제적, 사회적, 문화적 권리의 법적 성질을 검토한다. 적당한 주거권 및 건강권에 대한 국제감시기구들의 해석도 검토한다. 관련하여, 법원이 경제적, 사회적, 문화적 권리의 영역과 관련한 문제에 대해 판결할 것이 더욱 요구된다는 점을 시사하는 국내 판례법의 예시들이 언급될 것이다. 마지막으로 위 권리들의 효과적인 보호를 확실히 함에 있어 법률전문가들이 해야 할 중요한 역할에 대하여 기술한다.

그 근본적 중요성에도 불구하고, 이 장은 노동자들의 권리를 광범위하게 보호하기 위해 국제노동기구의 틀 안에서 채택된 많은 규약과 권고들에 대하여는 다루지 않는다. 그러나 주요한 국제노동기구 규약들의 목록은 Handout 1에 담겨있다.

2. 역사적 재논의: 왜 두 개의 국제인권규약이 존재하는가?

2.1 연대기적 개관

2차 세계대전의 뼈아픈 교훈은 국제적 평화와 안정이 아래 사항의 증진에 의존한다는 점을 강조한 유엔 헌장에 반영되었다.

- ❖ "보다 나은 생활수준, 완전한 고용 및 경제적, 사회적 진보와 발전의 상태"[제55조(a)]
- ❖ "국제적 경제, 사회, 건강과 관련 문제에 대한 해결 및 국제적 문화, 교육의 협력[제55조(b)]
- ❖ "인종, 성, 언어 또는 종교에 따른 차별 없이 인권과 모든 기본적 자유의 전 세계적 존중과 준수"[제55조(c)]

또한, 인간의 모든 주요한 면을 만족시키고자 하는 인식이, 더 전통적인 시민적, 정치적 권리뿐만 아니라 일할 권리, 사회적 안전에 대한 권리, 충분한 생활수준에 대한 권리, 교육에 대한 권리 등(제22~27조) 많은 경제적, 사회적, 문화적 권리도 포함하는 1948년의 세계인권선언에 반영된 것은 당연한 것이었다.

국제인권규약의 초안에서 추구된 목표는 세계인권선언에 담긴 다소 일반적으로 기술된 권리들을 보다 구체적이고 법적으로 기속력 있는 규칙으로 옮기는 것이었다. 유엔인권위원회[The Commission on the Human Rights. 역주: 2006년 총회 보조기관으로 인권이사회(Human Rights Council)가 만들어지기 전까지 인권문제를 다루던 경제사회이사회의 하부기구가 위 인권위원회이다. 2006년 인권이사회가 만들어지면서 경제사회이사회의 인권기능은 인권이사회로 이전되었다.]는 신속하게 시민적, 정치적 권리가 규약에 포함되도록 초안을 작성하였고, 1949년의 5번째 회기에서, 12대 0(기권 3)으로 경제적, 사회적 권리의 충족을 위한 규정도 규약에 포함될 필요가 있다는 견해를 밝히는 결의안을 채택하였다.[1] 하지만, 1950년에 개최된 6번째 회기에서의 논쟁을 거쳐, 위원회는 그 견해를 바꾸어 13 대 2로 첫 번째 규약에 경제적, 사회적, 문화적 권리를 포함시키지 않았고, 그로 인해 위 규약은 시민적, 정치적 권리로 한정되었다. 이 규약은 "세계인권선언 전체를 포괄하기 위해 채택되었던 일련의 규약과 조치들 중 첫 번째의 것"이었다.[2] 되돌아보면, 전 세계 사람들에게 실질적인 결과를 내 놓을 수 있다는 것을 보여줘야 한다는 심한 압박 아래에 있었던 위원회에게 다양한 스펙트럼의 경제적, 사회적, 문화적 권리들을 짧은 시간 안에 포괄하는 법적 기속력 있는 문서를 작성한다는 것은 분명 매우 어려운 작업이었을 것이다.

1950년에 개최된 총회의 5번째 회기 동안, 제3위원회는 규약을 하나로 할 것인

1) UN doc. E/1371 (E/CN.4/350), 유엔인권위원회의 5번째 회기 보고서, 15쪽. 투표결과는 12 대 0이었고, 기권 3이었다.

2) 경제적, 사회적, 문화적 권리를 규약에 포함시키는 문제에 관한 6번째 회기에서의 인권위원회의 논쟁에 관하여는 UN docs. E/CN.4/SR.181 및 184-187, 투표에 대하여는 UN doc. E/CN.4/SR.186, 21쪽 참조.

지 두개로 할 것인지에 대하여 토론하였다. 다수는 하나의 동일한 규약에 두 가지 종류의 권리를 포함시키는데 찬성하였다.[3] 제3위원회의 권고에 따라, 총회는 "인간이란 시민적, 정치적 자유뿐 아니라 경제적, 사회적, 문화적 권리도 당연히 가지는 개인으로 인식한다는 세계인권선언의 정신과 원칙에 따라 규약이 작성되어야 한다"고 선언한 결의안 421(V)을 채택하였다. 또한, "시민적, 정치적 자유의 향유와 경제적, 사회적, 문화적 권리의 향유는 서로 관련되어 있고 의존되어 있다"는 점 및 "경제적, 사회적, 문화적 권리가 박탈되면 인간은 세계인권선언이 자유로운 인간의 이상으로 보는 개인이 될 수 없다"는 점을 추가하였다. 이와 같은 이유로, 총회는 관련 권리들에서의 남녀평등에 대한 분명한 인식과 함께 인권규약에 경제적, 사회적, 문화적 권리를 포함시키기로 결의하였다. 그 결과 경제사회이사회에 "세계인권선언의 정신에 맞게 규약 초안에 선언된 시민적, 정치적 권리와 같은 방식으로 경제적, 사회적, 문화적 권리에 대한 분명한 표현이 규약 초안에 포함되어야 한다고 인권위원회에 주문할 것"을 요청하였다. 결의안 421(V) 전체가 38대 7, 기권 12로 채택되었고, 그 중 경제적, 사회적, 문화적 권리에 대한 규정이 포함된 (E)절이 35 대 9, 기권 7로 채택되었다.[4] 다시 말해, 그 당시 대다수는 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 권리를 포괄하는 하나의 법적 장치를 초안하는 데 찬성하였다.

총회의 요청에 따라, 경제사회이사회는 결의안 349(XII)로 인권위원회에 "총회가 지적한 점에 대하여 수정된 규약초안"을 마련할 것을 요청하였다.

1951년의 7번째 회기에서, 총회의 결의에도 불구하고, 위원회는 이미 시민적, 정치적 권리에 관한 8개의 조문이 담긴 규약에 경제적, 사회적, 문화적 권리를 포함시킬 것인지에 대하여 광범위하게 토의하기 시작하였다.[5] 위원회는 결국 이미 존재하던 시민적, 정치적 권리에 다수의 경제적, 사회적, 문화적 권리를 포함하면서 단일의 규약초안을 진행하였다.[6] 하지만 위원회에서의 논쟁은 하나의 규약보다 두개의 규약이 존재하는 이유에 대한 답이 생각보다 복잡하다는 것을 보여준다.

위원회의 보고를 검토한 후, 경제사회이사회는 "두 가지 다른 종류의 권리와 의무를 하나의 규약에 일체화시키는 데 따르기 어렵다"고 보아, 총회에 "시민적, 정치적 권리에 관한 규정과 함께, 경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 규정들을 하나의 규약에 포함시킨다는 결의안 421 E(V)의 결정을 재고해 줄 것"을 요청하였다[ECOSOC 결의안 384 C(XIII)].

---

3) 예컨대, *GAOR, fifth session, 1950, 제3위원회*, docs. A/C.3/SR.297-299 및 313. 참조

4) *GAOR, 5번째 회기, 1950, Plenary Meetings*, doc. A/PV.317, p. 564, para. 170 및 162

5) 상세한 토의내용에 대하여는 특히 UN docs. E/CN.4/SR.203-208, 237 및 248 참조

6) UN doc. E/1992 (E/CN.4/640), 인권위원회 7번째 회기 보고서, 1951, 부록, 57-85쪽 참조.

6번째 회기 동안, 오랜 시간, 그리고 정치적 관점에서 특히 사회주의 국가와 일부 서방국가 사이의 깊은 불신으로 오염된 극단적 논쟁 끝에, 총회는 경제사회이사회에 "하나는 시민적, 정치적 권리를 담고, 다른 하나는 경제적, 사회적, 문화적 권리를 담은 2개의 인권규약 초안을 마련하여 7번째 회기에 총회가 검토할 수 있도록 동시에 제출해 줄 것을 요구해 달라"고 요청하였다. 규약들은 "목표의 통합을 강조하고 인권의 존중과 준수를 확실하게 하기 위하여" 동시에 총회에서 승인되어야 했다[총회 의결 543(Ⅵ)]. 위원회는 그 결과 1952년에 개최된 8번째 회기에서 두 가지 초안의 기초를 진행시켰다.

2.2 논쟁의 실체

초반에는 경제적, 사회적, 문화적 권리의 중요성과 시민적, 정치적 권리와의 밀접한 관련성에 대하여 이의를 제기하는 사람이 없었다는 점에 주목하여야 한다. 그러나 위원회가 규약의 초안 작성에 착수하자마자, 경제적, 사회적, 문화적 권리의 성격 자체로 인해 위 권리들의 실현 및 위 권리들이 시민적, 정치적 권리와 같은 규약에 포함되어야 하는지 분리된 조약에 포함되어야 하는지를 따져야만 경제적, 사회적, 문화적 권리의 실체에 대해 논할 수 있다는 점이 분명해졌다.

2.2.1 단일 규약을 찬성하는 주요 논거

시민적, 정치적 권리와 경제적, 사회적, 문화적 권리가 하나의 분리 불가능한 전체를 형성한다는 점에서, 단일 규약을 선호하는 국가들에 의해 제시된 가장 중요한 논거는 권리들의 통합 필요성이었다. 몇몇 국가들은 2개의 규약이 권리의 상호의존성을 반영한 세계인권선언의 도덕적 권위를 약화시킬 것이라고 믿었다.[7] 이 국가들은 일반적으로 시민적, 정치적 권리와 경제적, 사회적, 문화적 권리를 구분하는 것은 작위적이며 후자 없이 전자는 아무런 의미나 가치가 없다고 지적하였다.[8] 어떤 국가들은

7) 이와 관련하여, 예컨대, *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 174, paras. 35–41 (Poland); pp. 175–176, paras. 48–60 (USSR); doc. A/C.3/SR.298, p. 178, paras. 9–15 (Mexico); pp. 178–179, paras. 16–19 (Yugoslavia); p. 181, para. 49 (Iran); pp. 182–183, paras. 63–65 (Iraq); *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 81, para. 44 (Mexico); doc. A/C.3/SR.366, p. 114, paras. 13–14 (Indonesia) doc. A/C.3/SR.366, p. 116, paras. 37–40 및 doc. A/C.3/SR.393, p. 275, para. 46 (Cuba) 참조. 단일 규약에 찬성하는 다른 국가들은, 예컨대, *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.299, p. 187, para. 27 (Saudi Arabia); p. 187, para. 31 (Czechoslovakia); p. 188, para. 40(Argentina); p. 189, para. 53 (Syria) 참조.

8) 예컨대, UN doc. E/CN.4/203, p. 22 (Ukrainian SSR); *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*,

하나의 규약이 기초되어야 하는지 두개의 규약이 기초되어야 하는지에 대한 문제는 총회 결의안 421(V)에서 이미 끝났고 다시 재논의할 수 없는 것이라고 생각했다.[9] 나아가 "단일의 규약에 반대하는 모든 국가는 자동으로 경제적, 사회적, 문화적 권리와 시민적, 정치적 권리의 근본적 통합에 반대하는 것"[10]이며, "캐나다, 프랑스, 영국 및 미국을 포함한 몇몇 국가들이 자신들의 국가적 이익을 다른 모든 사항 위에 두어 경제적, 사회적, 문화적 권리를 분리하려고 하고 있다"고 주장했다.[11] 어떤 국가들은 두개의 규약이 채택되어 동시에 승인받기 위해 제출되어야 한다는 제안이 승인 과정의 심각한 지연을 초래할 것이라고 우려하였다. 구 소련은 그와 같은 발상은 "경제적, 사회적, 문화적 권리를 보류하기 위한 시도" 외에 아무것도 아니라고 거부하였다. 그와 같은 관점에서 보면, 미국과 영국은 "세계인권선언 과정에서 의지했었던 태업과 지연전술에 다시금 의존하는"[12]상황이었다.

시민적, 정치적 권리와 경제적, 사회적, 문화적 권리 양자를 포함하는 단일 규약을 만들자는 의견 내에서도, 그 실현 방식에 관해서는 이견이 존재하였다. 몇몇 국가는 통합된 실현 수단을 원했고,[13] 다른 국가들은 두 종류의 권리들에 대한 다른 실현 수단을 원했다.[14] 하지만, 소련의 견해에 따르면 "국제법을 따르는 오직 하나의 실현 수단만 있고," 그것은 "각 영토 내에서 사람들이 모든 권리를 향유할 수 있도록 보장하기 위해 필요한 모든 입법 및 기타 조치에 대한 각 정부의 승인"이었다.[15] 권리 실현의 문제와 관련하여, 소련은 또한 시민적, 정치적 권리를 실현하는 것은 입법행위만으로 충분하기 때문에 보다 용이할 것이라는 견해를 부정하였고, 이를 뒷받침하기 위

---

doc. A/C.3/SR.297, p. 176, paras 69–72 (Chile); doc. A/C.3/SR.298, p. 178, para. 13 (Mexico); *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.362, p. 91, para. 23 (Iraq); doc. A/C.3/SR.368, p. 127, paras.1–2 (Byelorussian SSR); p. 130, paras. 30–31 (Poland); doc. A/C.3/SR.370, p. 135, para. 3, and doc. A/C.3/SR.395, p. 285, paras. 2–4 (USSR); doc. A/C.3/SR.393, p. 272, paras. 10–11 (Saudi Arabia) 참조.

9) 예컨대, *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.367, p. 123, para. 24 (Ukrainian SSR);doc. A/C.3/SR.368, p. 127, paras.1–2 (Byelorussian SSR); p. 130, para. 38 (Poland) 참조.

10) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.365, p. 108, para. 8 (Yugoslavia)

11) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.368, p. 127, para. 1 (Byelorussian SSR).

12) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.370, pp. 135–136, para. 6. 두개의 규약을 연결시키는데 따른 지연 우려에 대하여는, doc. A/C.3/SR.366, p. 118, para. 57 (Czechoslovakia) and doc. A/C.3/SR.393, p. 272, para. 16 (Syria) 참조.

13) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.365, p. 108, para. 9 (Yugoslavia).

14) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 79, para. 23 (Guatemala); doc. A/C.3/SR.393, p. 273, para. 30 (Philippines)

15) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.370, p. 135, para. 5.

해 몇 가지 사례들을 인용하였다.[16]

2.2.2 두 개의 규약을 찬성하는 주요 논거

앞에서 언급한 바와 같이, 두 개의 규약 작성을 주장하는 국가들도 경제적, 사회적, 문화적 권리를 보장하는 국제적 장치의 필요성 뿐 아니라 두 권리들 사이의 밀접한 관련성을 강조하였다. 이 권리들의 동등한 가치를 강조하기 위해, 위 국가들은 두 개의 규약이 서명을 위해 동시에 제안되기를 원했다.[17] 한편 몇몇 발언자들은 "인권의 통합과 실무상 그 각 권리 실현 방식의 분리"는 구별해야 한다면서, "인권의 통합이라는 원칙과 그 실현 방식의 통합"을 혼동하는 것을 주의할 필요가 있다고 경고하였다.[18]

경제적, 사회적, 문화적 권리에 대한 규약을 분리시키는 것을 선호하는 많은 나라들[19]은 모든 권리를 포괄하는 조약을 기초하는 시도가 심각한 지연을 초래할 수 있기 때문에 시민적, 정치적 권리에 대한 조약을 완결하는 것이 낫다고 생각했다.[20] 하지만, 그들의 주요 논거는 경제적, 사회적, 문화적 권리 자체의 특성 때문에 시민적, 정치적 권리보다 정의하기가 더 어렵고, 실현하기가 더 복잡하고 시간을 요하며, 그 결과 이행을 위한 다른 장치가 필요하다는 것이었다.[21] 라이베리아에 따르면, 시민적,

---

16) 위 p. 135, para. 4.

17) 예컨대, *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, para. 8 (Netherlands), 또 벨기에, 인도, 레바논, 미국이 제출한 수정안 UN docs. A/C.3/L.184 and A/C.3/L.184/Rev.1 및 레바논의 의견 *GAOR, sixth session*, 1951–1952, *Third Committee*, doc. A/C.3/SR.370, pp. 138–139, paras. 35–37.

18) *GAOR, sixth session 1951–1951, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.394, pp. 280–281, para. 20 (Lebanon).

19) 2개 이상의 규약을 선호하는 국가들은 예컨대, UN doc. E/CN.4/SR.205, pp. 8–9 (Denmark); *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 172, para. 17 (USA); p. 173, para. 29 (Netherlands); p. 174, para. 34 (United Kingdom); doc. A/C.3/SR.298, p. 180, paras. 39–40 (Venezuela); p. 182, para. 60 (Dominican Republic); doc. A/C.3/SR.299, p. 186, paras. 8–12 (India).

20) *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.297, p. 172, para. 17 (United States); p. 174, para. 34 (United Kingdom); doc. A/C.3/SR.298, p. 182, para. 60 (Dominican Republic); doc. A/C.3/SR.299, p. 186, para. 10 (India); *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.362, p. 89, para. 3 (Denmark); p. 91, para. 32 (Canada); doc. A/C.3/SR.367, p. 123, para. 25 (Dominican Republic).

21) 예컨대, 덴마크의 제안에 대하여 UN doc. E/CN.4/SR.205, p. 9, 경제적, 사회적, 문화적 권리의 다른 형식이 필요하다는 오스트레일리아의 견해에 대하여 UN doc. E/CN.4/SR.203, p. 21 and *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.363, pp. 100– 101, paras. 39–41 참조. 그러나 오스트레일리아는 초반에 하나의 규약을 선호하였다. UN doc. E/CN.4/SR.203, p. 21. 다른 예로는, UN doc. E/CN.4/SR.248, p. 10 (United Kingdom); *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 78, paras. 9–12 (United States); doc. A/C.3/SR.362, p. 89, para. 3 (Denmark); p. 91, paras. 27–31 (Canada); doc A/C.3/SR.367, p. 121, paras. 3–5 (New

정치적 권리와 경제적, 사회적, 문화적 권리를 하나의 제도에 포함시키는 시도는 세계 공동체를 구성하는 다양한 국가들의 다른 발전 속도를 감안할 때 무용한 것이었다.[22]

어떤 국가들은 시민적, 정치적 권리들은 원칙적으로 적절한 입법 및 행정 작용만으로 보호하기에 충분하지만, 경제적, 사회적, 문화적 권리들의 보호는 무엇보다도 각 국가의 재정적 자원과 발전 단계에 의존하게 되며, 사회적 개혁, 다소간의 장기적 계획 및 가능한 한 국제적 협력이 요구된다고 주장하였다.[23] 같은 맥락에서, 시민적, 정치적 권리들의 실현에 관해서는 개인에 대한 정부권력의 자제가 요구된다는 점에서 정부가 수동적 역할을 하는 반면에, 경제적, 사회적, 문화적 권리들을 보장하는데 있어서는 정부가 시민의 물적 안녕(well-being)을 책임져야 하기 때문에 일반적으로 훨씬 적극적 역할을 하여야 한다는 점도 검토되었다.[24]

경제적, 사회적 권리의 실효성에 대한 커다란 어려움과 점진적 실행의 소극적 입장을 설명함에 있어, 프랑스 대표는 "프랑스가 사회적 보장의 다소 완전한 시스템을 구축하는데 적어도 40년이 걸렸다는 점"[25]과 "예컨대, 문맹 퇴치를 위하여는 학교의 설립과 교사들에 대한 훈련이 요구되는데, 이는 어떤 국가들에서는 20~25년이 소요된다는 점"을 지적하였다.[26] 프랑스의 관점에서 볼 때, 경제적, 사회적, 문화적 권리들의 실현은 항상 시간이 걸린다는 사실을 무시하고서는 규약 초안의 비준이 가능하지 않다.[27] 미국 또한 의료보장, 교육 접근권과 같은 권리들은 "명백히 모든 국가에서 충분한 조치가 잇따를 수 없는 재정적 자원, 시설 및 인력에 크게 의존할 수밖에 없다는 점"을 지적하였다.[28]

어떤 국가들은 또한 시민적, 정치적 권리들이 그 자체만으로는 가치를 가지지 않는다는 주장이 성립할 수 없는 것이라고 거부하였고, 레바논은 비록 상호보완적이

Zealand). 프랑스는 경제적, 사회적, 문화적 권리들이 그 특성이 매우 다르고, 실제화시키기 위해 전체적인 입법적 및 기술적 구조(構造)가 요구된다는 의견이었다. UN doc. E/CN.4/203, p. 10 참조.

22) *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.366, p. 115, para. 21.

23) 이와 관련하여, 예컨대, UN doc. E/CN.4/SR.205, p. 10 (Denmark); *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.298, pp. 177-178, paras. 6-8 (France) (프랑스는 처음에는 두 개의 병렬적 문서가 낫겠다는 의견처럼 보였지만 규약의 숫자에 대하여는 열린 자세를 견지하였다. para. 7); p. 98, para. 14 (France); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 78, paras. 9-13 (USA); doc. A/C.3/SR.362, p. 91, paras. 30-31 (Canada).

24) 예컨대, UN doc. E/CN.4/SR.207, p. 10 (Denmark); *GAOR, sixth session, 1951-1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.367, p. 121, para. 3 (New Zealand). 효력에 대한 베네수엘라의 진술 참조. "시민적, 정치적 권리는 국가의 선의에 달려있지만, 그 선의는 그 자체로 경제적, 사회적, 경제적 권리의 실행을 위해서는 불충분하다." p. 122, para. 12.

25) UN doc. E/CN.4/SR.237, p. 7.

26) UN doc. E/CN.4/SR.203, p. 11.

27) UN doc. E/CN.4/SR.237, p. 8.

28) UN doc. E/CN.4/SR.203, p. 15.

긴 하지만 시민적, 정치적 권리들은 다른 권리들과 달리 절대적 특징을 가진다고 강조하였다.[29]

2.2.3 실무적 해결을 선호하는 요청들

몇몇 국가들에 의해 강조된 것처럼, 이미 세계인권선언에 담겨 있던 것과 같은 일반적 권리들의 일반적 나열과 많은 국가들이 규약을 비준하지 못하도록 하는 지나치게 세부적인 규정들 사이의 중간지대를 설정할 필요성이 분명 있었다.[30] 우루과이는 "주요 관심사는 국제적 보호는 가능한 많은 국가에서 가능한 많은 인권으로 즉시 확대되어야 한다"라는 현실적 접근을 지지하였다.[31] 같은 맥락에서 프랑스는 "첫 번째 규약 초안(그 범위가 제한적일지라도)을 만드는 작업이 지나치게 지연될 위험"[32]에 대해 경고하였고, 채택된 규정들을 가능한 많은 국가가 비준함으로써 세계인권선언의 보편성을 확보하는 것이 필요하다고 강조하였다.[33]

이와 같은 논쟁을 통하여, 프랑스는 시민적, 정치적 권리들과 함께하건 분리하건 경제적, 사회적, 문화적 권리들을 포함하는 규약을 채택하지 않는 것은 "용서할 수 없는 시대착오"라고 주장하면서 실무적인 접근법을 채용하였다. 그것은 "꾸준한 노력"으로만 성취될 수 있는 "옳은 길"을 찾는 문제였다.[34] 논쟁들은 "모든 인권의 실질적 통합, 세계인권선언 그 자체를 고무시킨 통합"이 중요하다는 점을 보여주었다. 그러나 "그 통합은 반드시 세부내용에까지 확장될 필요는 없었고, 2개 이상의 인권규약이 공통의 기저를 흐르는 기획에 의해 서로 잘 연결될 수 있으므로 하나 또는 두 개의 규약이 존재해야 하는지 여부의 문제도 근본적으로는 기술적 문제였다."[35] 프랑스는 또 규약에 자의적 체포로부터 자유로울 권리를 포함하는 것을 거부했을 때처럼, "끝내 통합 주장 측 일부 국가들이 그들의 원칙을 함께 고수하지 못할 것"이라고 전망했다.[36] 다른 한편, 프랑스는 경제적, 사회적, 경제적 권리는 즉각적 이행에 민감한 부분이 많아 두 개의 규약을 찬성하는 측에서 시민적, 정치적 권리와 경제적, 사회적, 경제

29) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.370, p. 139, paras. 36–37.
30) 예컨대, UN docs. E/CN.4/SR.203, p. 20 (Australia); E/CN.4/SR.204, p. 10 (Sweden).
31) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.365, p. 110, para. 31.
32) *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.304, p. 211, para. 8.
33) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, para. 12.
34) *GAOR, fifth session, 1950, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.298, p. 177, paras. 1–2.
35) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.371, p. 142, para. 14.
36) 위 p. 142, para. 15

적 권리 사이의 차이를 과장하는 경향이 있다고 생각했다.[37] 다양한 권리들의 근원과 발전의 차이에 매몰되지 않는 것이 중요했고, 유일하게 진정으로 타당한 기준은 어떤 상태에서 주어진 권리가 실현될 수 있는지 여부였다.[38] 두 개의 규약을 채택하는 것이 "따라서 편의의 측면에서 용인될 수 있었고," 그것이 "반대의 숫자를 줄이고 많은 지지를 끌어낼 수 있을 것으로 보였다."[39]

그 결과 프랑스에게는 "인권의 문제가 원칙의 관점에서 보면 하나의 문제이지만 형식의 관점에서 보면 복수의 문제를 가지고 있다"는 것이 논리적이었다. 따라서 통합에 동의하는 발언을 하면서도, 프랑스는 "가장 중요한 문제는 규약의 숫자가 아니고 권리들의 실현이다"라는 입장을 취하였다.[40] 따라서 앞으로 나가기 위해 해야 할 가장 본질적인 것 중 하나는 "각 의무의 성격에 맞춘 이행수단"을 기획하는 것이었다.[41]

"각 국가들이 권리들의 성격, 이행방식, 권리실현에 대부분 장시간이 소요된다는 사실에 대하여 각기 다른 생각을 가지고 있다"는 관점에서, 프랑스는 초기에 경제적, 사회적, 문화적 권리의 점진적 실현을 규정할 일반조항을 도입하는 것이 필요하다고 여겼고,[42] 그와 같은 제안은 유고슬라비아에 의해 비판되었지만,[43] 수정된 채로 위원회에 의해 채택되었다.[44] 오스트레일리아는 "점진적 실현의 관념은 긍정적 가치가 있고 유지되어야 한다"는데 동의하였다. 추가로 "점진적이라는 말로 표현된 생각은 권리들의 완전한 실현이라는 말과 연관성이 있어야 하며, 정지된 것이 아니고, 결국 예컨대, 노령연금과 같은 권리나 방식을 즉시 실현하는 것은 실무적으로 불가능하기 때문에, 어떤 권리들은 즉시 적용되어야 하고, 다른 것들은 가능한 한 빨리 적용되어야 한다는 것을 의미하였다.[45]

2.2.4 재판회부가능성(justiciability)의 문제

유엔인권위원회의 7번째 회기에서 한 논쟁 중에, 인도는 경제적, 사회적, 문화

37) 위에서 인용.
38) 위와 같음.
39) 위 p. 142, para. 16.
40) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.395, p. 286, para. 7.
41) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.363, p. 98, para. 12.
42) UN doc. E/CN.4/SR.237, p. 7.
43) 위 p.8
44) 위, p. 13; for the text of the French proposal see UN doc. E/CN.4/618.
45) UN doc. E/CN.4/SR.237, p. 6.

적 권리는 재판회부 가능성이 없는 만큼 시민적, 정치적 권리와 다르다는 점을 강조하면서 두 개의 규약을 기초할 것을 강력히 희망하였다. 인도는 하나의 동일한 규약에 두 유형을 모두 포함시키는 것은 균형을 상실하게 될 것이라 보았다. 그리하여 인도는 위원회가 경제사회이사회에 모든 권리들을 하나의 규약에 담아야 한다는 결정을 재고해 줄 것을 요청해 주기를 원하였다.[46]

유고슬라비아는 경제적, 사회적, 문화적 권리의 침해가 법원으로 회부될 수 없다는 인도의 견해를 받아들이지 않았다. 그와 같은 관점에서, "정부가 권리들의 준수와 관련하여 확실한 의무를 부담해야 한다면, 위반과 관련하여 소를 제기할 수 있고 구제가 가능하도록 하는 입법 및 기타 조치를 취해야 했다."[47] 과테말라 또한 경제적, 사회적, 문화적 권리를 인도가 제안한 서문에서처럼 재판에서 구제받을 수 없는 권리라면 그것은 "잘못"된 것이고 "위험성을 드러내는 것"이라고 주장했다.[48] 구 소련은 그와 같은 구분은 "완전히 자의적인 것"이라고 주장하면서, "많은 국가에서 투표권과 같은 시민적, 정치적 권리가 개인이 제기한 소송을 통해 쉽게 보장될 수는 없기 때문에" 경제적, 사회적, 문화적 권리를 제외한 시민적, 정치적 권리만 법적 소송을 통해 보장될 수 있다는 생각은 "철저한 검토를 하지 않은 결과"라고 덧붙였다.[49]

인도는 "재판회부가 가능한 권리"(justiciable rights)는 "정부가 이를 위반하였음을 이유로 정부를 상대로 제소할 수 있는 권리"를 의미한다고 설명했다. 그러나 "경제적, 사회적, 문화적 권리를 이행하지 못한 책임 있는 주체는 예를 들어, 고용주와 같은 사인일 것이기 때문에" 정부는 소송의 상대방이 될 수 없을 것이라고 보았다.[50]

공식적인 인도의 제안은 다음과 같다.[51]

"*인권위원회*는,
경제적, 사회적, 문화적 권리가 비록 동일하게 근본적이고 중요하지만, 재판회부가 가능하지 않으므로 시민적, 정치적 권리와 다른 종류의 권리를 형성한다는 점을 인식하고,
그 결과 그 이행수단도 다르다는 점을 인식하여,
경제사회이사회에 경제적, 사회적, 문화적 권리를 시민적, 정치적 권리와 동일한 규약에 포함시키는 결정을 재고해 줄 것을 권고한다."

46) UN doc. E/CN.4/SR.248, p. 6.
47) 위 p. 19.
48) 위 p. 21.
49) 위 p. 13.
50) 위 p. 25.
51) UN doc. E/CN.4/619/Rev.1 참조.

위원회는 위 제안을 12 대 5, 기권 1로 ***거부***하였다.[52] 위원회는 또한 경제적, 사회적, 문화적 권리가 재판회부가능성이 없다는 본 결의안 초안의 견해도 거부하였다. 비록 위원회가 경제적, 사회적, 문화적 권리가 시민적, 정치적 권리와 다른 실현과정을 요구한다는 점을 인정하였더라도, 그와 같은 견해는 경제적, 사회적, 문화적 권리 자체의 재판회부가능성 여부에 기초한 것이 아니고, 그 성격상 많은 경우에, 아마도 국제기구의 도움을 받을 테지만, 권리실현을 위해 적극적으로 종합적이고 지속적이며 오랜 시간이 소요되는 계획을 해야 하는 국가들의 상당한 노력을 요구한다는 단순한 사실에 기초한 것이었다.

이스라엘과 프랑스는 총회에서 시민적, 정치적 권리와 경제적, 사회적, 문화적 권리 사이의 차이를 지나치게 강조하는데 대하여 우려를 제기하였다. 이스라엘은 시민적, 정치적 권리 뿐 아니라 경제적, 사회적, 문화적 권리도 입법적 또는 행정적 방식에 의해 보장되어야 한다고 주장했다. 그 부분에 대하여, 앞서 본 바와 같이, 프랑스는 후자 중 다수가 "즉시 이행할 수 있는 것들"[53]이며, 또한 재판회부가 가능한 것들이라고 주장하였다.[54]

모든 시민적, 문화적, 경제적, 정치적, 사회적 인권은 동등한 가치가 있으며, 상호 실현을 위해 서로에 의존한다.

특히 주의 깊은 기초(起草)의 필요와 그 특성에 맞춘 이행 메커니즘을 요하는 경제적, 사회적, 문화적 권리의 보다 복잡한 성격으로 인해 두 개의 국제인권규약이 존재한다.

국가 간의 발전 수준이 다르다는 점을 고려하여 규약은 점진적 이행 가능성을 제공하고 있기는 하나, 이러한 규약의 내용이 국가들이 즉각적인 의무가 없음을 의미하는 것은 아니다.

경제적, 사회적, 문화적 권리가 재판회부 가능성이 없다는 의견은 경제적, 사회적, 문화적 권리에 대한 국제규약의 제정과정에서 결코 받아들일 수 없었다.

3. 인권의 상호의존성과 개인성

52) UN doc. E/CN.4/SR.248, p. 26. 찬성: 덴마크, 그리스, 인디아, 영국, 미국, 반대: 칠레, 중국, 이집트, 프랑스, 과테말라, 레바논, 파키스탄, 스웨덴, 우크라이나, 소련, 우루과이, 유고슬라비아, 기권: 오스트레일리아

53) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.360, p. 82, paras. 54–55 (Israel) and doc. A/C.3/SR.371, p. 142, para. 15 (France).

54) *GAOR, sixth session, 1951–1952, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.390, p. 254, para. 30.

두 개의 국제인권협약의 기안자들에 의하여 분명해졌듯이, 한편으로는 경제적, 사회적, 문화적 권리와 다른 한편으로 시민적, 정치적 권리는 서로 반대되는 것이 아니고, 그것들이 완전히 존중받는 것을 보장하는 점에서 본질적으로 상호의존적인 것으로 이해되어야 한다. 이러한 국제인권법의 기본 원리의 중요성은 실제와 일치한다. 시민적, 정치적 권리를 누리는데 장애가 있는 국가들은 경제적, 사회적, 문화적 권리가 발전하는데 취약하고, 반대로, 경제적, 사회적, 문화적 권리가 살아남기 어려운 국가들에서는, 완전한 시민적, 정치적 권리가 충분히 발전할 수 없다.

비록 인권의 "상호의존성과 불가분성"이라는 용어가 명시적으로 보편적 인권선언에 포함되어 있는 것은 아니지만, 전체적인 선언의 표현, 구조 및 정신은 고안자들이 이 두 가지 카테고리의 권리들을 동일한 무게로 여기고 싶어 한다는 것을 보여준다. 그들은 "인류가 표현과 신념의 자유, 공포, 결핍으로부터의 자유를 향유하여야만 하는 세상"을 구상하였다(두 번째 서론 문단). 위에서 보듯이, 유엔총회는 1950년대 초반에 경제적, 사회적, 문화적 권리와 시민, 정치에 관한 권리들은 서로 연결되어 있고, 상호의존적이라는 것을 강조하였다. 그러한 관점은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 각 세 번째 서문에서 확인된다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 서문 세 번째 문단에 의하면 당사국들은 다음을 인식하여야 한다.

> "세계인권선언에 따라 공포와 결핍으로부터의 자유를 향유하는 자유로운 인류의 이상은 모든 사람이 그의 시민적, 정치적 권리뿐만 아니라 그의 경제적, 사회적, 문화적 권리를 향유할 수 있는 여건이 조성되는 경우에만 성취될 수 있다."

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 서문에 대응하여, 당사국들은 다음을 인식해야 한다.

> "세계인권선언과 일치하도록 시민적, 정치적 자유 및 공포와 결핍으로부터의 자유를 향유하는 자유로운 인류의 이상은 모든 사람이 경제적, 사회적, 문화적 권리뿐만 아니라 시민적, 정치적 권리를 누릴 수 있는 여건이 조성되는 경우에만 성취될 수 있다."

두 가지 권리 사이의 내재적 관계는 1986년 12월 4일의 유엔 총회 결의안 41/128과 같은 몇몇 결의안에서 지속적으로 강조된다. 선언문 6항은 이를 명백하게 보여준다.

"1. 모든 당사국들은 인종, 성별, 언어, 종교의 차별 없이 모든 사람에게 기초적인 자유, 인권에의 복종과 보편적인 존중을 강화, 고무, 촉진하는 관점을 가지도록 협력하여야 한다.
2. 모든 인권과 기본적인 자유는 불가분이고 상호의존적이다. 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 권리를 이행, 촉진, 보호하는 것에 동등한 관심과 중요성이 부여되어야 한다.
3. 당사국들은 경제적, 사회적, 문화적 권리는 물론 시민적, 정치적 권리를 지키는 것을 방해하는 장애물을 제거하는 조치를 취하여야만 한다."

세계인권회의(World Conference on Human Rights)의 합의에 의하여 1993년 6월 25일 채택된 비엔나 선언과 실행계획(The Vienna Declaration and Programme of Action. 이하, '비엔나 선언'이라 한다)은 많은 유엔의 당사국들이 모든 인권의 통합성을 훨씬 더 최근에 확인한 사례이다. 비엔나 선언 Ⅰ부의 5번째 문단에서 당사국들은 다음과 같이 인식하였다.

"5. 모든 인권은 보편적이고, 불가분하고, 상호의존적이며, 상호 연결되어 있다. 국제공동체는 인권을 전 세계적으로 공정하고 동등한 방법, 동일한 기초, 동일한 강조점으로 다뤄야 한다. 당사국들은 국가적, 지역적 특징들과 다양한 역사적, 문화적, 종교적 배경들이 있다는 것을 유념하여야 하는 반면, 그들의 정치적, 경제적, 문화적 체계에 관계없이, 모든 인권과 기초적인 자유를 촉진하고 보호하여야 한다."

그와 같은 강조점 하에 1940년대에 국제인권의 초안 작업이 시작된 이래 경제적, 사회적, 문화적 권리와 시민적, 정치적 권리 사이의 내재적 관계와 관련하여, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 위원회(Committee on Economic, Social and Culture Rights. 이하, '사회권규약위원회'라 한다)가 ***인권과 기술적 협력활동***의 분야에 있어 다음의 두 가지 일반원칙을 따르는 것의 중요성을 강조하는 것은 타당하다.

❖ ***첫 번째 일반원칙***은 "두 가지 인권분야는 불가분적이고 상호의존적이라는 것이다. 이는 한 종류의 권리를 증진시키는 노력에 있어서 그 밖의 다른 종류의 권리가 충분히 고려되어야 한다는 의미이다. 경제적, 사회적, 문화적 권리의 촉진과 관련된 유엔 기구는 그들의 활동이 시민적, 정치적 권리를 향유하는 것과 충분히 일치하도록 보장하는 것에 최선을 다하여야 한다."[55)]

❖ ***일반적 관련성의 두 번째 원칙***은 "발전협력활동이 자동적으로 경제적, 사회적, 문

55) 사회권규약위원회의 General Comment No. 2 [국제적 기술원조 조치 (규약 제22조)] in UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, p. 16, para. 6 (이하, *United Nations Compilation of General Comments*라 한다)

화적 권리의 존중을 촉진하는 것은 아니라는 점이다. 발전이라는 이름으로 수행되는 많은 활동들은 인권의 관점에서는 계획이 잘못되거나 역효과를 낳았던 것으로 인식되고 있다."[56] 따라서 개발프로그램은, 본질적으로는, 국내 사법체계의 소관인 법 앞의 평등, 비차별에 대한 권리 등을 포함하는 등의 개인적 인권을 고양시키는데 효과적인 방법으로 고안되어야 한다.

경제적, 사회적, 문화적 권리와 시민적, 정치적 권리 사이에 내재하는 연결고리는 특히 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조(1)의 ***생명권***과 관련하여 분명하게 드러난다. 이러한 연결고리는 자유권규약위원회의 "생명권은 자주 협소하게 해석된다"는 지적에서 벗어나지 못하였다.[57] 자유권규약위원회의 관점에서는

> "'고유한 생명권'(inherent right to life)이라는 표현은 제한적인 방법으로 적당히 이해될 수 없고, 이러한 권리의 보호를 위하여 당사국들에게 적극적인 조치를 취할 것을 요한다. 이와 연결하여 위원회는 당사국들에게, 특히 영양실조와 전염병을 제거하여, 기대수명을 늘리고, 유아 사망률을 감소케 하는 모든 가능한 조치를 취하는 것이 바람직하다고 판단한다."[58]

이러한 생명권에 대한 광범위한 해석을 새겨볼 때, 자유권규약위원회는 당사국들에게 그들의 최초의 또는 정기보고서에 대한 검토와 관련하여 어떤 조치를 취하였는지에 관한 질문을 한다. 예를 들면, 사람들의 건강조건 증진과 수명연장,[59] 유아사망률의 감소, 식량수요의 충족,[60] 전염병의 예방 등이다.[61] 2000년 3월 몽골의 네 번째 정기보고서와 관련하여 자유권규약위원회는 "안전하지 않은 낙태, 가족계획에 관한 사회적 지식과 시설의 미비로 인한 임산부 사망의 심각성"에 대하여 우려를 표명했다.[62] 이러한 문제는 "도달가능한 최고 수준의 신체적, 정신적 건강을 향유할 권리가 있다"고 규정하는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제12조에서 고려되어지는바, 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조(1)에서 보호되는 '고유한 생명권'과 이 권리의 내재적 연결고리에도 존재한다.

---

56) Ibid., p. 16, para. 7. 강조는 추가됨.

57) Ibid., General Comment No. 6 (제6조 생명권), p. 115, para. 5.

58) Ibid., loc. cit.

59) With regard to the Gambia, UN doc. *GAOR*, A/39/40, pp. 61–62, para. 327.

60) with regard to Peru, UN doc. *GAOR*, A/38/40, p. 61, para. 264.

61) With regard to Sri Lanka, UN doc. *GAOR*, A/39/40, p. 21, para. 105; Congo, *GAOR*, A/42/40, p. 61, para. 230; and Belgium, UN doc. *GAOR*, A/47/40, p.105, para. 408.

62) UN doc. *GAOR*, A/55/40 (I), p. 50, para. 323(b).

노동조합권 또한 두 가지 카테고리의 권리 사이에 기초적인 관계를 잘 설명한다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제22조는 모든 사람이 '그의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 가입할' 결사의 자유를 누린다고 규정하고, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 규약 제8조(1)(a)에 의하면, "모든 사람이 그의 선택에 의하여 노동조합을 결성하고 가입할 수 있는 권리"라고 규정한다. 사용자와 노동자들이 결사를 형성할 권리와 노동조합을 결성할 권리를 허용하지 않는 것은 민주사회의 기초적인 권리로서 규약 제22조가 입안될 때 유엔 총회에서 강조되던 결사의 자유를 심각하게 약화시킨다.[63]

노동조합권과 시민적 권리 사이에 내재하는 연결고리는 국제노동기구(ILO)의 다양한 기관들, 특히 협약과 권고의 적용에 관한 전문가위원회(Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendations) 등에 의하여 지속적으로 강조되고 있다. 예를 들면, 1994년 결사의 자유에 관한 일반적인 조사에 의하면, 위원회는 "시민적, 정치적 자유의 제한은 결사의 자유를 위반하는 주요한 요인"이라는 결과를 보여주었다.[64] 노동조합권과 시민적 자유에 관한 장(章)은 다음과 같은 결론을 도출한다.

> "43. 위원회는, 세계인권선언 및 다른 국제적 문서들, 그 중에서도 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 명시된 시민적, 정치적 권리들이 진정으로 승인되고 보호받기 위해서는, 국제노동협약, 특히 결사의 자유에 관련된 것들이 실효적으로 보장되어야 한다. 이러한 무형의 보편적인 원칙들은 … 모든 사람들과 국가들이 염원하는 공통의 이상을 구성하여야 한다고 판단한다."[65]

당연한 이야기지만, 결사의 자유가 효과적으로 보장되기 위해서는, 노동조합원들이 의견, 정보, 표현과 행동의 자유를 향유하고, 그들의 이익과 관련된 주제에 대하여 자유롭게 토론하기 위하여 모일 수 있어야 한다. 나아가 그들이 자의적인 체포로부터 보호되어야 하고, 노동조합원이 어떠한 이유로 체포되었다면 ***이 매뉴얼의 제8장부터 규정되어 있는 인간적인 처우를 받을 권리를 포함하여 제4장부터 제7장에 규정되어 있는 적법절차의 원칙에 따른 권리를 보장하여야 한다.***

63) 예를 들어, *GAOR, sixteenth session, 1961, Third Committee*, doc. A/C.3/SR.1087, p. 134, para. 16 (Sweden) and doc. A/C.3/SR.1088, p. 139, para. 7 (Italy). Italy referred here to "freedom of political association" which "completed the freedoms of opinion, expression and assembly".

64) General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), 1949, Report III (Part 4B), International Labour Conference, eighty-first session, Geneva, 1994, p. 13, para. 23.

65) Ibid., p. 21, para. 43; italic omitted.

여기에 경제적, 사회적, 문화적 권리와 시민적, 정치적 권리 사이에 있는 기초적이고 복잡한 관계에 관한 두 가지 실제적인 예가 있다. 이론적으로는 물론 실용적으로도, 재원과 관심에서 경쟁하는 두 개의 분리된 권리 영역으로 여겨져서는 안 되고, ***인간의 모든 측면을 보호하기 위한 전체로서의 법적 규칙을 구성하는 것으로 보아야 한다. 이는 정의, 안전, 안녕의 성취를 목표로 한 지속적인 변증법적 관계에 있다.***

국제감시기구의 해석을 포함하여 국제인권법의 발전은 시민적, 정치적 권리와 경제적, 사회적, 문화적 권리 사이의 본질적인 연결고리를 확인하여 왔다.

정부는 인류의 생활과 인간의 가장 기본적인 측면을 보호하기 위해 모든 권리들의 이행을 동시에 수행해야 하는 근본적인 법적 의무가 있다.

4. 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 보호를 위한 보편적 또는 지역적 조약들: 보장된 권리들

이 절은 주요한 보편적, 지역적 조약들에 의하여 보장되는 경제적, 사회적, 문화적 주요한 권리들의 목록이다. 이 조약들이 보호하는 권리들의 범위는 넓고, 모두를 분석하는 것은 이 매뉴얼의 범위를 벗어난다. 권리들을 형성하는 더 엄격한 것들은 아래 6과 7에서 더 광범위한 분석을 하겠다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리들을 위한 보편적 또는 지역적 조약의 이행을 위한 절차들의 세부사항은 이 매뉴얼의 제2장과 제3장을 참조하면 된다.

4.1 보편적 수준

4.1.1 1966년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약

이 절에서는 보편적인 차원에서 다루어지는 당사국들이 제출한 보고서에 기초하여 사회권규약위원회에 의하여 감시되는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 이행에 대하여 조명한다. 더 나아가 협약의 다양한 조항들에 관한 위원회의 해석에 관하여 2001년 4월 26일까지 채택된 위원회의 모든 일반논평을 포함한 Handout 2를 참조한다. 2002년 2월 8일 현재 위 규약의 가입국은 145개이고, 특히 다음과 같은 권리들을 보장한다.

- ❖ 권리를 향유함에 있어 평등권과 차별을 받지 않을 권리 – 제2조(2)(일반적으로 차별을 받지 않을 권리)과 제3조(남녀 간)
- ❖ 근로의 권리, 자유롭게 선택하고 수락한 노동에 의하여 생계를 영위할 권리 – 제6조
- ❖ 어떠한 종류의 차별 없는 동등한 가치의 노동에 동등한 보수와 임금을 포함하여 공정하고 유리한 근로조건에 관한 권리, 노동자들과 그 가족의 품위 있는 생활. 안전하고 건강한 근로조건, 승진할 수 있는 동등한 기회, 휴가, 여가와 근로시간의 합리적인 제한 및 정기적인 유급휴가 – 제7조
- ❖ 전국적 연합 또는 총연합을 설립할 권리를 포함한, 노동조합을 결성하고 그가 선택한 조합에 가입할 수 있는 권리 – 제8조(1)(a), (b)
- ❖ 파업할 수 있는 권리 – 제8조(1)(d)
- ❖ 사회보험을 포함한 사회보장에 관한 권리 – 제9조
- ❖ 가족을 보호하고 지원할 권리, 자유롭게 결혼할 권리, 모성보호, 어린이와 연소자에 대한 보호와 지원 – 제10조(1) 내지 (3)
- ❖ 적당한 의식주를 포함하여 적당한 생활수준을 누릴 권리, 생활조건을 지속적으로 개선할 권리 – 제11조 제1항
- ❖ 도달 가능한 최고 수준의 신체적, 정신적 건강을 누릴 권리 – 제12조
- ❖ 교육에 대한 권리 – 제13조
- ❖ 문화생활에 참여하고, 과학적 진보의 이익을 누리고, 자신이 창작한 과학적, 문학적, 예술적 창작물로부터 나온 정신적, 물질적 이익의 보호로부터 이익을 누릴 권리 – 제15조(1)

[**추록**: 2002년 이래, 물에 대한 권리(제11, 12조), 모든 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 남녀의 동등한 권리(제3조), 근로의 권리(제6조), 저작자들의 정신적, 물질적 이익의 보호에 대한 권리[제15조(1)(c)]에 대한 이해가 사회권규약위원회에 의하여 받아들여져 왔다. General comment Nos. 15 (2002), 16 (2005), 18 (2005) and 17 (2005), respectively (HRI/GEN/1/Rev.8).]

4.2. 지역적 차원

4.2.1 1981년 인간과 인민의 권리를 위한 아프리카헌장

지역적 차원에서 인간과 인민의 권리를 위한 아프리카 헌장(이하, '아프리카헌장'이라 한다)은 경제적, 사회적 및 문화적 개인의 권리를 보호할 뿐만 아니라 집단을

위한 권리도 보장한다(제22조 참조). 그러나 다음의 목록에서는 개인의 권리에 관련한 것만 다룬다.

- ❖ 헌장에 의하여 보장되는 권리들을 차별받지 않고 향유할 수 있는 권리 – 제2조
- ❖ 결사의 자유 – 제10조
- ❖ 공평하고 만족스러운 조건에서 일할 권리, 동일 노동에 동일 보수를 받을 권리 – 제15조
- ❖ 도달 가능한 최상의 신체적, 정신적 건강을 누릴 권리 – 제16조
- ❖ 교육에 대한 권리 – 제17조(1)
- ❖ 공동체의 문화생활에 자유롭게 참여할 권리 – 제17조(2)
- ❖ 노인과 장애인들의 신체적, 정신적 필요를 충족하기 위하여 특별한 보호조치를 받을 권리 – 제18조(4)

아프리카헌장의 제18조에 포함된 다른 조항은 권리가 아니라 당사국의 의무로 규정되어 있다. 예를 들면, 가정의 신체적, 정신적 건강을 돌볼 의무[제18조(1)], 가정을 지원할 의무[제18조(2)], 그리고 여성에 대한 차별을 철폐하고 국제선언과 협약을 명기함으로써 여성과 아동의 권리를 보호할 의무[제18조(3)].

[**추록**: 2004년 12월 7일 인간과 인민의 권리를 위한 아프리카 위원회(이하, '아프리카 인권위원회'라 한다)는 아프리카에서의 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 프레토리아 선언(Pretoria Declaration)을 채택하였다(ACHPR /Res.73 (XXXVI) 04). 위원회는 인간의 모든 권리의 불가분성을 인식하고, 경제적, 사회적 및 문화적 권리들이 당사국들의 불충분한 인식으로 소외되고 있는 점을 주목하였다. 위원회는 국가보고절차 등을 포함하여, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 원칙과 가이드라인의 초안을 마련하고 제출하기 위하여 아프리카 인권위원회와 NGO의 구성원들로 구성된 특별조사위원회를 설립하고 있다.]

4.2.2 1969년 미주인권협약(1988년 경제적, 사회적, 문화적 권리에 관한 추가의정서 포함)

미주의 경우, 시민적, 문화적, 경제적, 정치적, 사회적 권리가 1948년 인간의 권리와 의무에 관한 미주 선언(American Declaration of the Rights and Duties of Man)에 포함되어 있다. 미주인권선언이 1969년에 채택될 당시, 제3장은 '경제적, 사

회적, 문화적 권리'라는 표제 하에 제26조에서 다음과 같이 규정하였다.

> "당사국들은 부에노스 아이레스 의정서에 의하여 수정된 미주기구헌장(the Charter of the Organization of American States)에 기술된 경제적, 사회적, 교육적, 과학적, 문화적 기준들이 내포하는 권리들의 완전한 실현을 위하여, 진보적인 관점에서 법률 및 다른 적절한 수단들을 통하여, 특히 경제적, 기술적 성질과 관련한 내부적이고 국제적인 협동을 통한 조치를 취하여야 한다."

이러한 권리들은 "산살바도르 의정서"라고 불리는, 1988년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 미주인권협약 추가의정서(Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in Area of Economic, Social and Culture Rights)에서 더 상세하게 규정되었다.

[**추록**: 경제적, 사회적 및 문화적 권리들을 지지하는 미주인권위원회와 미주인권재판소의 여러 선언과 판결이 있어 왔다(예컨대, 2003년 파라과이의 한 정신병원에 수용된 환자들을 위하여 승인된 예방적 조치들이었던 강제불임에 관한 *Mar ia Maméerita Mestanza v. Peru* 사건).]

위 의정서는 1999년 11월 16일부터 발효하였는데, 보장되는 세부적인 권리들은 다음과 같다.

- ❖ 차별 없는 권리 행사를 보장받을 권리 – 제3조
- ❖ 위엄 있고 품위 있는 생계수단들을 확보할 기회를 포함한 근로의 권리 – 제6조
- ❖ 모든 노동자와 그 가족들이 위엄 있고 품위 있는 생활조건을 영위하기 위한 최소한의 임금을 보장하는 것을 포함한 정당하고, 공평하고, 만족스러운 조건에서 근로할 권리, 동일한 노동에 대한 동일한 임금, 승진의 권리, 직장에서의 안전과 위생, 18세 미만의 사람에 대한 야간작업과 건강하지 못하고 위험한 근로 조건의 금지, 노동시간에 대한 합리적인 제한과 휴식, 여가 및 유급휴가 – 제7조
- ❖ 노동자들이 자신들의 이익을 보호하고 증진하기 위하여 노동조합을 조직하고 그들이 선택한 노동조합에 가입할 수 있는 권리와 같은 노동조합권과 파업권 – 제8조(1)
- ❖ 사회보장에 대한 권리 – 제9조
- ❖ "최고 수준의 신체적, 정신적, 사회적 안녕을 향유하는 것"을 의미하는, 건강에 대한 권리 – 제10조

- 건강한 환경에 대한 권리 – 제11조
- "최고 수준의 신체적, 정신적, 지적 계발을 향유할 가능성을 보장하는 적절한 영양에 관한 권리"를 의미하는, 음식에 관한 권리 – 제12조
- 교육에 대한 권리 – 제13조
- 과학적, 기술적 진보를 포함한 문화의 혜택을 누릴 권리 – 제14조(1)
- 가정의 구성과 보호에 관한 권리 – 제15조
- 아동의 권리 – 제16조
- 노인에 대한 특별한 보호권– 제17조
- 장애인의 "인격이 가장 잘 발현될 수 있도록 특별한 주의"를 받을 권리 – 18조

4.2.3 1961년 유럽사회헌장, 1996년 유럽사회헌장(개정)

2002년 6월 19일 현재 1961년 유럽사회헌장이 유럽의 25개 회원국들에 의하여 비준되었고, 아래에 열거된 권리들을 포함하고 있다.

[**추록**: 2007년 말까지, 크로아티아와 마케도니아가 비준하였고, 이로써 27개의 체약국으로 늘게 되었다(추가적 정보에 관하여는 유럽평의회 웹 사이트 http://conventions.coe.int 참조.).]

- 근로의 권리 – 제1조
- 적절한 조건에서 일할 권리 – 제2조
- 안전하고 건강한 조건에서 일할 권리 – 제3조
- 공평한 보수를 받을 권리 – 제4조
- 단결권 – 제5조
- 단체교섭권 – 제6조
- 아동과 청소년을 보호할 권리 – 제7조
- 고용된 여성을 보호할 권리 – 제8조
- 취업지도를 받을 권리 – 제9조
- 취업훈련을 받을 권리 – 제10조
- 건강보호를 받을 권리 – 제11조
- 사회보장에 관한 권리– 제12조
- 사회적, 의료적 지원을 받을 권리 – 제13조
- 사회보장제도의 이익을 누릴 권리 – 제14조

❖ 신체적, 정신적 장애인에게 사회복귀와 사회적 정착을 하게 할 권리 – 제15조
❖ 가정이 사회적, 법적, 경제적 보호를 받을 권리 – 제16조
❖ 모성과 어린이들이 사회적, 경제적 보호를 받을 권리 – 제17조
❖ 다른 체약 당사국에서 소득 있는 직업을 얻을 수 있는 권리 – 제18조
❖ 이주 노동자들과 그 가족이 보호와 지원을 받을 수 있는 권리 – 제19조

1988년 추가의정서는 1992년 9월 4일 발효되었고, 2002년 6월 19일 현재 10개의 당사국에 의하여 비준되었다. [추록: 1988년 추가의정서의 비준국은 2007년 말까지 13개국으로 증가하였다. 크로아티아, 헝가리가 마지막으로 비준한 국가이다. 1988년 추가의정서에 관한 추가 정보는 유럽평의회 웹사이트 http://conventions.coe.int. 참조]

유럽사회헌장의 조항들을 훼손하지 않는 이 의정서에서 체약 당사국들은 다음의 권리들에 관한 하나 이상의 조항들에 구속된다는 점을 인지해야 한다.

❖ 고용과 직업에 있어 성적 차별이 없는 상태에서 동등한 기회와 대우를 받을 권리 – 제1조
❖ 노동자를 위한 정보권와 상담권 – 제2조
❖ 노동자가 노동조건과 환경의 결정 및 향상에 참여할 권리 – 제3조
❖ 노인의 사회보장에 대한 권리 – 제4조

개정된 유럽사회헌장은 1996년 채택되고, 1999년 6월 1일 발효되었으며, 2002년 6월 19일 13개의 당사국들이 비준하였다. [추록: 개정 유럽사회헌장의 비준국은 2007년 말 현재 24개국으로 증가하였다. 추가 정보는 유럽평의회 웹사이트 http://conventions.coe.int. 참조]

개정된 유럽사회헌장은 종전의 헌장 용어들을 최신화하고 확장하여 진보적으로 대체하였다. 새로운 사회적, 경제적 발전을 고려하여 개정된 헌장은 몇 개의 조항을 수정하였고, 새로운 것들을 더하였다. 새로운 헌장의 특징은 종전 헌장의 Part I 에 비하여 꽤 긴 권리의 목록을 포함하였다(1961년의 19개에 비교하여 31개의 권리와 원칙이 포함되어 있다). 이에 더하여 1988년에 추가의정서에 있는 권리들을 더하였는바, 새로운 중요한 특징들은 다음과 같다.

❖ 고용이 종료될 경우 보호를 받을 권리 – 제24조
❖ 고용주 파산의 경우 노동자가 자신의 청구권을 보호받을 권리 – 제25조

- ❖ 직장에서의 품위를 유지할 권리 – 제26조
- ❖ 가족을 부양하는 노동자가 동등한 기회와 동등한 대우를 받을 권리 – 제27조
- ❖ 노동자의 대리인이 그들에 대한 약속과 허용된 시설을 보호받을 권리 – 제28조
- ❖ 정리해고절차에 있어 정보권과 상담권 – 제29조
- ❖ 빈곤과 사회적 배제로부터 보호를 받을 권리 – 제30조
- ❖ 주택에 관한 권리– 제31조

국제인권법에 의하여 보장되는 경제적, 사회적 및 문화적 권리는 근로의 권리, 만족스러운 조건에서 일할 권리, 적절한 생계기준에 관한 권리, 적절한 신체적, 정신적 건강에 관한 권리, 교육에 대한 권리, 가정과 아동에 관한 특별한 지원을 받을 권리 등 인간의 생활에 본질적이고 넓은 분야를 포괄한다.

법의 적용과 법 앞의 평등의 원칙을 존중하는 조건에서만 이들 권리를 향유할 수 있다.

5. 경제적, 사회적 및 문화적 권리 보호를 위한 국가의 법적 의무

5.1 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약

5.1.1 들어가는 말

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2조는 아래와 같이 그 규약하에서 당사국의 의무를 발효시켜야 할 법적 책임에 대하여 규정하고 있다.

> "1. 이 규약의 각 당사국은 특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, 개별적으로 또한 특히 경제적, 기술적인 국제지원과 국제협력을 통하여, 자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다.
> 2. 이 규약의 당사국은 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 다른 견해, 국가 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 다른 이유로 인한 어떠한 차별도 없이 규약에 선언된 권리들이 실현되도록 보장하여야 한다.
> 3. 개발도상국은 인권 및 국가경제를 충분히 고려하여 규약에서 인정된 경제적 권리를 어느 정도까지 자국민이 아닌 자에 대하여 보장할지에 대하여 결정할 수 있다."

총론적으로 밝혀둘 점은, 권리보장을 ***즉시 시행***하도록 법적 의무를 부과하고 있

는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(1)과 달리, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2조(1)은 보장되는 권리가 ***점진적으로 실현***되는 것을 허용하고 있다는 점이다. 그러나 앞의 2.에 요약되어 있는 위 규약 입안과정의 토론에서 밝혔듯이, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약이 즉각적인 조치를 할 의무 부과 없이 점진적 실현만을 의무화한 것이라고 결론짓는 것은 지나친 단순화일 뿐만 아니라 법적으로 부정확한 것이기도 하다. 권리 그 자체의 성격, 문언의 규정 방식, 입안자의 견해 및 사회권규약위원회가 밝힌 의견 등을 고려해보면, 당사국이 비준하거나 또는 다른 방법으로 규약을 지지하는 과정에서 상정한 법적 의무의 성질 및 그 수준은 훨씬 더 역동적이었음을 알 수 있다. 각국 정부에 당면한 많은 경제적 · 사회적 문제들에도 불구하고, 이 규약이 세계인의 생활환경에 있어 꾸준한 개선을 목표로 하는 법적 장치로서 역할을 해 왔고, 아직까지도 장치로 남아 있는 점에 비추어 볼 때, 이렇게 이해하는 것만이 논리적이라 할 것이다.

사회권규약위원회가 초기의 일반논평에서 이미 밝힌 바와 같이, 위 규약 제2조의 법적 의무는 ***"행위의무 및 결과의무"***[66] 모두를 포함하는 것이다. 달리 말하면, "비록 규약이 점진적인 실현을 규정하고 있고, 또한, 가용자원의 한계로 인한 제약이 따름을 인정하고는 있으나, 규약은 ***한편으로 즉시 발효시켜야 할 여러 가지 의무도 함께 부과하고 있는 것이다***."[67] 규약에 규정된 권리가 차별 없이 행사되도록 제2조(2)에 따라 보장할 의무는 즉시 효력이 있는 의무 가운데 하나이다.[68] 즉시 발효될 의무 중 두 번째 것은 제2조(1)에 따라 '단계적 조치'(그 자체의 문언상으로는 조건이나 제한이 붙어 있지는 않다)를 할 의무이다.[69] 위원회의 설명에 따르면, 당해 문구의 완전한 의미는 영어본과 프랑스어본 및 스페인어본을 비교해 볼 때 잘 드러난다고 하는데, 즉, 당사국은 "입법"(프랑스어로 "s'engage à agir") 및 "법적 수단을 강구할"(스페인어로 "a adoptar medidas") 의무가 있는 것이다.[70] 이러한 법적 의무는 다음과 같은 의미를 가지는 것이다.

> "당해 권리가 완전히 실현되는 것은 점진적으로 이루어진다 하더라도, 그러한 권리의 완전한 실현이라는 목표를 향한 조치는 해당 당사국이 규약을 발효시킨 후 합리적이

66) General Comment No. 3 [당사국의 의무의 성격 – 규약 제2조(1)], *United Nations Compilation of General Comments*, p. 18, para. 1. 강조는 추가됨.

67) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

68) Ibid.

69) Ibid., p. 18, para. 2.

70) Ibid., loc. cit.

고 조속한 기간 내에 취하여져야 한다. 이러한 조치는 규약상 의무를 지향하는 ***의도적, 구체적, 목적적***인 것이어야 한다."[71]

행위의무 및 결과의무에 부가되어야 할 세 번째 의무는 바로 ***국내적 구제절차를 규정하는 것을 포함한 관련 법적 의무를 발효시킬 의무이다.*** 기술한 당사국의 법적 의무의 세 가지 측면은 상호 연관되어 있고 어떤 면에서는 중복적이기도 하나, 위원회가 밝히는 바와 같이, 각기 상이한 특징이 있다.

5.1.2 행위의무

당사국들이 "단계적 조치를 취할" 의무를 이행하기 위하여 사용하여야 할 수단과 관련하여, 규약 제2조(1)는 "입법적 조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단"이라고 규정한다. 무엇이 가장 "적절한" 수단인지를 평가하는 것은 당사국들이 정하여야 할 것이나, 규약 하에서 각국이 조약상 의무를 완수하기 위하여, 위원회는 그러한 조치에는 "***행정, 재정, 교육*** 및 ***사회적*** 조치를 포함하고 이에 한정되지 아니한다."고 밝히고 있다.[72]

위원회가 "적절"하다고 보는 또 다른 수단으로서는 "권리가 당해 국가의 법적 절차에 따라 재판을 통하여 사법적으로 구제받게 하는 것"이 있다. 예컨대, 위원회는 사법적 또는 다른 유효한 구제수단이 제공되면 권리가 적절하게 차별 없이 행사되는 데에는 크게 기여한다고 하고 있다.[73] 또한, 규약 상에는 제3조, 제7조(a)(i), 제8조, 제10조(3), 제13조(2)(a), (3), (4)과 제15조(3)를 비롯한 수개의 규정들이 있는데, 이는 각국의 사법기관 등에서 즉시 적용할 수 있는 것들이라 할 수 있다. 이러한 규정들이 속성상 그대로 적용될 수 없다는 주장은 받아들여지기 어려울 것이다.[74]

5.1.3 결과의무

제2조(1)에 규정된 "주된 결과의무"는 "규약에 나타난 '권리를 점진적으로 완전하게 실현하기 위한 목적으로' 단계적인 조치를 하여야 하는 것"이다.[75] 그러나 위원회

71) Ibid. 강조는 추가됨.
72) Ibid., p. 19, para. 7. 강조는 추가됨.
73) Ibid., p. 19, para. 5.
74) Ibid., loc. cit.
75) Ibid., p. 20, para. 9.

에서 강조하는 바와 같이, 규약이 권리를 "점진적으로 실현"한다는 것, 즉 시간을 두고 실현한다는 것을 허용한다고 해서 이것이 실질적 의무를 부정하는 것으로까지 오해해서는 안 된다.[76] 위원회는 여기에서의 의무를 다음과 같이 설명한다.

> "한편으로는 이러한 규정이 현실 세계의 실상과 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 완전히 실현하기 어려운 국가들의 어려움을 반영하는 유연하고도 필요한 장치일 것이다. 반면, 이 문구는 당해 권리를 완전하게 실현시키기 위한 각국의 명확한 의무를 설정한다고 하는 규약의 총체적인 목적, 그야말로 존재이유적 차원에서 해석되어져야 할 것이다. 이처럼 위 조항은 목표달성을 위하여 가능한 한 신속하게 그리고 효율적인 조치를 취할 의무를 부과하고 있는 것이다. 또한, 그러한 관점에서 보았을 때 조금이라도 퇴보적인 조치가 있는 경우 이에 대하여는 가장 신중한 검토가 이루어져야 하고, 규약상 규정된 권리의 전체적 맥락 및 최대 가용자원의 활용여부 측면에서 그러한 조치가 충분히 정당화될 수 있어야만 할 것이다."[77]

또한, 위원회는 각 당사국이 "규약에 규정된 최소한의 근본적 수준의 권리라도 실현시켜야 하는 핵심적 의무"가 있다는 견해를 가지고 있고, 그렇게 하지 못하는 경우 당사국에는 규약상 존재이유(raison d'être)가 결여된 상태라고 본다.[78] 이는, 예컨대, 위원회의 결정 중에서 다음과 같이 나타난다.

> "어느 당사국의 상당수 개인들이 기본적 음식, 기본적 보건조치, 기본적 주거 또는 최소한도의 기본교육을 제공받지 못하는 경우, 이러한 사실만으로도 그 당사국은 규약상 의무를 유기하고 있는 것으로 추정된다."[79]

같은 맥락에서 위원회는 나아가 다음과 같이 설명하였다. 제2조(1)이 각 당사국에 대하여 "모든 적절한 수단을 동원하여 필요한 단계적 조치를 취할 의무"를 부여하고 있으므로, 당사국이 그러한 최소한의 핵심적 의무가 가용자원이 부족하여 이행되지 못하고 있다고 주장하기 위해서는, 당사국은 "그러한 최소한의 의무를 우선적으로 이행하기 위하여 동원할 수 있는 모든 자원을 사용하기 위한 모든 노력을 다 해 보았음을 입증"하여야 한다.[80] 그러나 위원회가 강조하는 바와 같이, "가용한 수단이 부족

76) Ibid., loc. cit.
77) Ibid.
78) Ibid., p. 20, para. 10.
79) Ibid., loc. cit.
80) Ibid.

하였음이 증명되는 경우라 하더라도, 여전히 당사국이 처한 상황 하에서 적절한 권리가 가능한 수준에서 행사될 수 있도록 보장할 의무는 남게 되는 것이다.[81]

5.1.4 의무의 이행: 국내적 구제에 관한 규정

규약의 국내적용에 관한 일반논평 제9호에서 사회권규약위원회는 일반논평 제3호에서 언급한 일부 의견을 상술한 바 있다. 구체적으로는, 규약이 각국 정부로 하여금 규약에 보장된 권리를 모든 적절한 수단을 동원하여 실현할 의무를 부과함으로써 광범위하고 유연한 (각국의 법규 및 행정제도 등의 특수성을 허용하는) 접근법을 취하고 있다.[82] 그러나 각국에 대하여 이러한 유연성을 허용하는 동시에 모든 수단을 활용하여 규약에 규정된 권리들을 실현할 의무 또한 부과하고 있는 것이다. 이러한 의미에서, 국제인권법의 기본적 요소들은 반영되어야만 한다. 따라서 규약 규범들은 국내 법제상 적절한 방법을 통하여 승인되어야 하며, 권리를 주장하는 개인이나 단체에 대한 적절한 구제수단 내지 보상수단이 마련되어야 하고, 국가의 책임을 부과하는 실효성 있는 방안도 구비되어야 한다.[83]

위원회에 의하면, 규약의 국내법적 적용에 관한 문제점은 국제법의 두 가지 원칙에 비추어 따져 보아야 한다.

- ***첫째***, 조약법에 관한 비엔나협약 제27조에 따라 당사국은 조약상 의무 불이행을 정당화하기 위한 수단으로 국내법 규정을 근거로 삼을 수 없다. 따라서 조약상 의무를 발효시키기 위하여 당사국은 필요한 경우 국내 법규를 고쳐야 한다.[84]
- ***둘째***, 세계인권선언 제8조에 따라 "누구나 관할법원에서 헌법, 법률에 의하여 보장된 기본적 권리의 침해행위에 대한 실효성 있는 구제수단을 가질 권리가 있다." 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 국제규약이 직접적으로 당사국에 대하여 당해 규정의 침해행위에 대한 사법적 구제수단을 마련하고 있지는 않고 있으나, 위원회는 "당사국이 국내법적으로 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 침해행위에 대한 구제수단을 마련하지 못하는 데에 정당한 이유가 있다고 주장하기 위해서는, 제2조(1)에 따라 그러한 구제수단이 '적절한 수단'이 아님을 증명하거나 또는 다른 수단과 비교하여 보았을 때 당해 구제수단이 불필요함을 증명하여야 한다고 하고 있다. 다만 이를 증명하기는 어려울 것이며, 위원회는 대부분의 경우 사법적 구제수단에

81) Ibid., p. 20, para. 11.
82) Ibid., p. 58, para. 1.
83) Ibid., p. 58, para. 2.
84) Ibid., p. 58, para. 3.

의해 보충되지 않는다면 다른 수단만으로는 실효성이 없을 것으로 보았다.[85]

위원회의 일반논평에 의하면, ***일반론적으로 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약이 실효성을 갖기 위해서는 국가에 의해 권리를 침해당하였다고 주장하는 자가 국내법적 구제수단을 이용할 수 있어야 한다고 본다***. 위 규약은, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과는 달리, 권리를 침해받은 당사자에 대한 법적 또는 기타 구제수단을 명시적으로 규정하고 있지 않는데, 이는 위 규약의 입안자들이 각국의 재정상황 및 개발단계의 수준에 많은 영향을 받는 부분에 관한 반대견해를 무시하기를 꺼렸음을 나타낸다. 이러한 태도는 국제적으로 개인적 및 집단적 진정절차를 규정하기 위한 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에 관한 선택의정서를 채택함에 있어서 직면한 어려움들을 볼 때 다시금 알 수 있다.

경제, 사회 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 당사국들은 자국의 국내법을 이유로 규약 실현이 불가능함을 정당화하기 할 수 없다.

*당사국은 **실행의무**, 특히 입법적, 행정적, 재정적, 교육적 및 사회적 모든 수단을 동원하여 규약을 실현시킬 의무가 있다.*

당사국은 가능한 한 신속하고 유효적절하게 가용한 모든 자원을 사용하여 규약상 권리가 실현되도록 할 의무를 진다.

*각 당사국은 규약상 나타난 **최소한의 핵심적 의무사항**을 **즉시** 보장할 의무를 진다.*

자원이 부족한 것으로 나타나는 경우라 하더라도 당사국은 규약에 규정된 권리를 가능한 한 가장 넓게 보장하기 위하여 노력하고 있음을 증명하여야 한다.

*당사국은 활용가능한 모든 수단을 사용하여 규약을 실현시킬 법적 의무를 진다. 이 의무에는 개인들이 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 국내에서 실효적으로 주장할 수 있는 **개선 또는 구제수단**을 마련할 의무도 포함된다.*

5.2 아프리카헌장

위 헌장 제1조는 당사국이 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 포함하여 헌장에 포함된 모든 권리, 의무 및 자유에 관해 부담하는 법적 의무를 정의하고 있다. 즉 당사국은 위 권리들을 인정하고 이러한 권리들을 실현하기 위한 입법적 또는 다른 수단을 사용해야 한다는 것이다. 위 조항뿐 아니라 각 권리에 대해 규정하고 있는 다른 조항

85) Ibid., pp. 58–59, para. 3.

들도 이러한 법적 의무를 즉시 시행할 의무 이외에는 규정하고 있지 않다.

5.3 미주인권협약 및 경제적, 사회적 및 문화적 권리 영역에 관한 추가의정서

경제적, 사회적 및 문화적 권리 영역에 관한 미주인권협약 추가의정서 제1조에는 미주기구(OAS) 회원국들은 ***점진적 접근법***을 채택하였는바, 당사국들은

> "이 의정서에 나타난 권리들이 점진적으로, 그리고 국내 입법 상황에 따라 완전하게 성취되도록 하기 위한 목적으로, 특히 경제적 및 기술적인 수단을 포함한 국내적 및 국제적 협력을 통하여 필요한 조치들을 각국의 발전 정도에 따라 가용자원이 허용하는 한도까지 취하기로 한다."

비록 위 접근법은 점진적으로 되어 있기는 하나, 당사국은 위 의정서에 나타난 "권리들의 완전한 보장"을 실현하기 위한 목적으로 "필요한 조치를 취하기로 하였다"는 점에서 이는 분명히 결과지향적인 것이기도 하다.

5.4 유럽사회헌장 및 개정 유럽사회헌장

개정 유럽사회헌장이 그 "보호수준을 낮추기" 위한 의도로 만들어졌다고 평가하는 경우도 있으나, 오히려 그와 반대로 "개정으로 인하여 다른 국제조약 등에 나타나거나 또는 회원국의 입법에 반영된 사회적, 경제적 권리의 발전 정도를 반영하게 되고, 또한, 이미 발효된 다른 국제조약 등에서 규정하지 않은 사회문제들도 반영할 수 있게 되었다"고 평가될 수도 있는 것이다.[86] 더불어 "모든 개정사항은 남성과 여성을 평등하게 대우한다는 필요성을 염두에 두고 이루어져야 한다"는 점 또한 의견일치를 보았다.[87]

정확한 법적 의무와 관련하여, 유럽사회헌장 1961 및 1966 버전은 당사국으로 하여금 열거된 권리를 점진적으로 실현시킬 의무를 진다는 구체적 사항에 대한 이해를 포함하고 있다. 그러나 비록 각 당사국은 각 헌장의 Part I을 "각국이 적정한 수단을 모두 동원하여 추구하여야 할 목표로서 선언한다는 점"으로 생각하고 있다고 인정하기는 하나, 위 두 헌장은 ***당사국이 된 국가들이 핵심적으로 지켜야할 의무에 대해***

86) *유럽사회헌장: 설명보고서(ETS No. 163), 유럽평의회 웹사이트* http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/163.htm p. 1. 참조.

87)Ibid., loc. cit.

정의하고 있다.

1961 헌장에 의하면, 회원국들은 다음 조항 중 최소 5개에 대한 의무를 부담한다.

❖ 근로에 대한 권리 – 제1조
❖ 단결권 – 제5조
❖ 단체교섭에 대한 권리 – 제6조
❖ 사회보장에 대한 권리 – 제12조
❖ 사회적 및 의료적 지원에 대한 권리 – 제13조
❖ 가정의 사회적, 법률적 및 경제적 보호에 관한 권리 – 제16조
❖ 이주노동자 및 그 가족에 대한 보호 및 지원에 관한 권리 – 제19조

또한, 당사국은 합계 10개 조항 또는 45개 항목 이상을 의무적으로 이행하기로 하여야만 한다[제20조(1)(c)].

1996년 개정된 헌장에 의하면, 핵심적 의무의 수가 증가하였고, 당사국은 그 중 최소 6개 조항에 대한 의무를 이행하기로 하여야 하는데, 그 조항에는 개정 전 헌장에 없던 다음 권리가 추가되었다

❖ 어린이 및 연소자의 보호에 관한 권리 – 제7조
❖ 성별을 이유로 한 고용 및 직업과 관련한 기회 및 대우의 평등에 관한 권리 – 제20조

이제 체약국은 추가적으로 의무를 합계 16개 조항 또는 63개 항목 이상 이행하여야 한다. [Part III (A)].

따라서 체약국은 위 각 헌장의 비준일로부터 상당한 수의 조항들에 대한 이행의무를 부담하기로 동의하여야만 하고, 물론 그 이후에는 이행할 조항의 수를 더 늘리는 것은 자유이다. [1961년 헌장 제20조(3) 및 1996년 헌장 A(3) 참조]

유럽사회헌장은 국제적인 법적 의무에 관하여 혼합적인 접근법을 채택하고 있는데, 이는 위 헌장이 당사국으로 하여금 일정 수의 권리에 대한 즉시 이행의무를 지게 함과 동시에 다른 권리들에 대하여는 점진적 이행을 허락하고 있기에 그러하다.

6. 경제적, 사회적 및 문화적 권리: 위 권리들은 재판에 회부되어 사법적으로 구제받을 수 있는가?

앞선 2.2.4.에서 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 재판회부가능성 문제를 위 규약의 입안 과정과 관련하여 설명한 바 있다. 유엔 인권위원회 소속 몇몇 회원국이 위 권리들은 재판회부가능성이 없다는 점을 명시하자는 의안에 대하여 찬성표를 던진 바 있기는 하지만, 그런 회원국은 소수에 불과하였다. 다른 나라들은 경제적, 사회적 및 문화적 권리가 재판회부가능성이 없다고 규정짓는 것은 정확하지 않을 뿐만 아니라 위험하기까지 하다고 강조하였고, 프랑스는 위 권리들의 상당 부분이 재판회부가 가능한 것들이라고 지적하였다. 거의 반세기가 흘렀지만, 지금도 각국의 법원이 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 침해 관련 사건에서 이를 재판에 회부하여 사법적으로 구제하고 있는지 또는 그렇게 해야 하는 것인지에 관하여는 국가 간에 견해가 일치되지 않고 있다. 이런 의견 불일치는 2001년 2월 스위스 제네바에서 열린 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 선택의정서와 관련한 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 재판회부가능성에 관한 워크샵에서도 부각되었다. 위 워크샵은 유엔 인권최고대표 사무소와 국제법률가위원회(International Commission of Jurists)가 개최하였다. 워크샵에 제출된 보고서에 나타난 바와 같이, 각국 법원에는 예컨대, 적당한 주거에 대한 권리 및 법 앞의 평등에 대한 권리 등과 같이 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 사법적 청구가 늘어나고 있다. 이러한 현실과 함께 당해 권리들을 객관적으로 분석해 보면, 이러한 증가 추세는 재판회부가능성 문제의 당부가 명확하지만은 않다는 점, 그리고 그런 재판회부를 허용할 것인지 여부가 엄격한 법률문제라기보다는 정치적 편의에 의하여 결정된다는 점을 나타내는 것이라고 볼 수 있다.

흥미롭게도 이러한 이슈는 시민적 및 정치적 권리 영역에서도 어느 정도 동일하게 나타나고 있다. 비상사태에 당사국이 비상조치권을 행사하는 것에 관한 적법성 여부는 재판회부의 대상이 아니라고(non-justiciable) 판단되고 있다. 그러나 특히 유럽인권재판소 및 미주인권재판소는 공공의 비상사태를 선포하고 인권 행사에 관한 특별한 제한을 가함으로써 국제법적 의무에서 이탈하게 되는 것은 그 당해 국가의 조약상 의무와 관련하여 재판에 회부되어 사법적 판단을 받는 쟁점이라고 판시하였다.[88]

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약과 관련하여, 사회권규약위원회는 일반논평 제9호에서 재판회부가능성 문제를 법적 구제의 역할과 관련하여 고려하고 있다. 비록 위원회는 "유효한 구제라 하여 반드시 사법적 구제를 의미하는 것은 아니다"라고 하고, 또한, "행정적 구제도 많은 경우 충분할 수 있다"라고 하고 있기는

88) 이 쟁점에 관한 추가적 정보는 이 매뉴얼 제16장 참조.

하나, 다음과 같은 견해도 아울러 밝히고 있다.

> "규약상 권리가 사법부의 역할 없이는 충분히 실효적이라고 볼 수 없는 경우라면 사법적 구제가 필요하다고 할 수 있다."[89]

위 일반논평에서 위원회는, 시민적 및 정치적 권리와 대조하여 볼 때 양자 간 차이점이 권리의 성질 또는 규약 조문에 명확히 나타나지도 않고 있는데도, 사법적 구제 여부에 있어 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 침해와 관련한 재판회부가 필수적이 아니라는 "가정이 너무 자주 사용된다"는 점에 관하여 유감을 표하였다.[90] 위원회는 위 규약의 많은 조항들[예컨대 제3조, 제7조(a)(i), 제8조, 제10조(3), 제13조(2)(a), 제13조(3) 및 제15조(3)]이 즉시 이행가능한 것이라는 점을 분명하게 밝힌 바 있다고 하였다.[91] 위원회가 ***예를 들어*** 밝힌 위 조항들은 다음 권리에 관한 것이다.

- 권리 향유에 있어서 남성과 여성의 평등에 관한 권리 – 제3조
- 동일한 가치의 근로에 대한 공평한 임금 및 동일한 보수에 관한 권리 – 제7(a)(i)
- 자유로운 활동이 가능한 노동조합결성권, 파업권 – 제8조
- 어린이 및 연소자가 차별 없이 특별한 보호와 지원을 받을 권리 – 제10조(3)
- 누구든지 무상으로 초등의무교육을 받을 수 있는 권리 – 제13조(2)(a)
- 부모 또는 법적 후견인이 신념에 따라 종교적 및 도덕적 교육을 확보하기 위하여 자녀의 학교를 선택할 수 있는 권리 – 제13조(3)
- 개인과 단체가 법적 기준에 부합하는 교육기관을 설치 또는 운영할 권리 – 제13조(4)
- 과학 연구 및 창작활동을 위하여 필수불가결한 자유 – 제15조(3)

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 재판회부가능성 문제에 대하여 위원회는 다음과 같은 언급도 하였다.

> "재판회부가능성 여부(당해 사건이 법원이 적절하게 결정하는 조치들에 의해 해결되는 것)와 자기집행력 있는 규범(추가 고려 없이 법원에 의하여 적용 가능한 것)을 구별하는 것이 중요하다. 당해 국가의 사법제도를 고려하여야 하겠으나, 대부분의 국가 제도 하에서 규약상 권리가 전혀 사법적으로 무용하게 평가될 수는 없을 것이다. 권리실현을 위한 자원 배분 문제는 법원보다는 정치권력에게 맡겨져 있는 경우가 종

89) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 60, para. 9.
90) Ibid., p. 60, para. 10.
91) Ibid., loc. cit.

> 종 있다. 정부의 각 분립체계가 존중되어야 하나, 일반적으로 법원은 위 권리의 실현과 관련하여 중요한 역할을 한다는 점을 명확히 인식하여야 한다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리가 엄격하게 구분되어 법원이 관여할 수가 없다고 하는 것은 자의적이고, 또한, 두 형태의 인권이 분리불가능하고 상호의존적이라는 원칙에도 위배되는 것이라고 할 수 있다. 또한, 이런 견해는 사회에서 가장 취약하고 불리한 위치에 있는 자들의 권리를 보호한다는 법원의 능력을 상당 부분 감소시키는 것이기도 하다."[92]

규약 조항의 자기집행적 성질에 관하여, 위원회는 다음과 같이 지적한 바 있다. "규약은, 정부 제도에 따라서, 규약에 규정된 권리들이 자기집행적인 성질을 가진 것으로 고려되는 것을 부인하지 아니 한다. 실제로 입안 당시 규약에 (규약이) 자기집행적 성질을 가지지 않음을 명시하는 특별 조항을 포함하자는 제안이 강한 반대에 부딪힌 바 있다."[93] 위원회는 또한 다음과 같은 언급을 하였다.

> "대부분의 국가에 있어서 조약이 자기집행적인지를 결정하는 문제는 법원에 관한 문제이지, 행정부 또는 입법부의 문제가 아니다. 그러한 작용을 효율적으로 수행하기 위하여 해당 법원은 규약의 성질과 내용 및 그 권리실현에 관한 사법적 구제의 중요성에 대하여 인식하여야 한다. 따라서 예컨대, 당사국 정부가 사법절차에 관련되어 있는 경우, 관련 국내법은 규약상 의무를 다하는 방향으로 해석되도록 하여야 한다. 마찬가지로 규약의 재판회부가능성에 관하여 법관들은 연수를 하여야 한다. 특히 규약이 사전에 자기집행적 조항이 아니라고 추정되지 않게 하는 것이 매우 중요하다. 사실, 규약의 많은 조항들이 법원에 의하여 자기집행력 있는 조항이라고 인정되는 다른 인권조약의 조항들만큼 분명하게, 그리고 구체적으로 입안되었다."[94]

위에서 논한 바와 같이 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 재판회부 가능성 문제는 다음과 같이 요약될 수 있다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리의 성질 또는 경제적, 사회적 및 문화적 국제규약의 조항 (또는 그 입안과정) 어느 것도 위 권리들의 재판회부 가능성을 부정할 근거가 될 수 없다.

반대로, 위 권리는 많은 부분이 사법적 판단의 대상이 된다.

92) Ibid.

93) Ibid., p. 61, para. 11.

94) Ibid., loc. cit.

당사국은 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 침해가 있다고 의심되어 실효적인 실현을 위해 조치가 필요하다고 인정되는 경우, 사법적 구제방법을 제공하여야 한다. 그러한 구제방법은 충분한 행정적 구제수단과 병존하여야 한다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리를 재판회부가 불가능한 권리로 분류하는 것은 위 권리들과 시민적, 정치적 권리들의 불가분성과 상호의존성을 부인하는 것과 같다.

7. 사례분석 I : 적당한 주거에 대한 권리 (The Right to Adequate Housing)

7.1 들어가는 말

아래에서는 두 가지 권리, ***적당한 주거에 대한 권리와 건강에 관한 권리***에 대하여 알아보고자 한다. 우선, 권한 있는 국제감시기구의 해석을 통하여 용어의 의미를 분석하고, 이러한 권리의 적용에 관한 국내 법원들의 판결례들을 제시하겠다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리의 집행에 관한 국내 법원의 다양한 역할에 대하여 완벽한 설명을 하는 것은 이 글의 범위를 벗어난다.

그러나 일반적으로 많은 국가에서 일반법원이나 행정법원은 질병을 가진 사람, 노인, 장애인에 대한 사회적 보장, 문화적 소수자의 권리, 적당한 주거에 대한 권리와 같은 다양한 형태의 사회보장 문제나 평등과 비차별의 문제와 관련한 수많은 질문들에 대하여 판결을 하곤 한다. 나아가 노동법원은 노동조합의 단결권과 단체교섭권, 단체행동권과 산업재해보상권 등 직업적 생활에서의 권리들과 관련한 이슈에 대해서 판단을 하는 법원이다. 국내법이 국제인권법에서 정의하고 있는 것과 같이 음식이나 주거에 대한 권리를 명시적으로 언급하지 않고 있다고 하더라도, 국내법은 대체로 국내법원의 법관들이 해석을 통하여 실질적으로는 동일하거나 유사한 결론에 도달할 수 있도록 하는 법적 장치들을 제공하고 있다. 다시 말하면, 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 영역은 행정적인 절차와 함께 사법부의 역할이 중요한 법 영역이다.

아래에서 다루는 권리들을 선정한 것은, 비교적 상세하게 규정되어 있는 노동자의 권리들과 같이 사법적 판단을 통하여 보다 쉽게 받아들여진 다른 경제적, 사회적 권리들에 비하여 법적인 윤곽을 그리는 것이 보다 어렵기 때문이다.

7.2 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약: 제11조(1)

적당한 주거에 대한 권리는 세계인권선언 제25조에서 인정된 이후 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제11조(1)에서 적당한 생활수준을 누릴 권리의 구성요소 중 하나로 명문화되었다. 전 세계적인 차원에서 주거에 대한 권리는 인종차별금지협약 제5조(e)(iii), 여성차별철폐협약 제14조(2)(h), 아동권리협약 제27조(3)에서 찾아볼 수 있다. 지역적인 차원에서는 1996년 개정 유럽사회헌장에서만 주택에 대한 권리를 명시적으로 규정하고 있다(제31조).

주택에 대한 권리는 발전의 권리에 관한 선언(the Declaration on the Right to Development) 제8조(1)과 같이 다른 여러 문서들에서도 확인되어 왔다. 1996년 인간 정착에 관한 유엔 회의(UN Conference on Human Settlements)(Habitat Ⅱ)에서도 회의에 참석한 정부들이 만장일치로 "적당한 주거에 대한 권리를 국제기구에서 제공되는 것과 같이 완전하게 그리고 발전적으로 실현하는 것에 대한 약속"을 재확인하는 데 찬성하였다.[95] 나아가 그들은 정부에게 "사람들이 주거를 가질 수 있고, 주거환경을 보호하고 개선할 수 있도록 해 줄 의무가 있음"을 인정하였다. 그리고 그들은 다음과 같이 약속하였다.

> "생활과 근로의 조건을 공정하고 지속 가능한 수준으로 개선하는 목표는, 모두가 건강하고, 편안하고, 안전하고, 접근 가능하고, 지불 가능한, 그리고 기본적인 서비스, 설비, 편의시설을 갖춘 적당한 주거를 가질 수 있고, 주거에 있어서의 차별로부터 자유로울 권리와 주거권의 법적 안정성을 누릴 수 있도록 하는 것이다."[96]

마지막으로, 당사국들은 "이러한 목표를 인권기준에 완전히 일치하는 방식으로 시행하고 증진할 것"에 동의하였다.[97]

위와 같은 선언에도 불구하고 여기서 고려할 가장 중요한 법문서는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제11조(1)이다. 다른 관련 조약이나 선언의 문언은 Handout 3을 참조하라.

*****

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제11조(1)의 내용은 다음과 같다.

95) UN doc. A/CONF.165/14, report of the United Nations Conference on Human Settlements (Habitat II), Istanbul, 3–14 June 1996, p. 17, para. 39.

96) Ibid., loc. cit.

97) Ibid.

> "이 규약의 당사국은 모든 사람이 적당한 식량, 의복 및 주거를 포함하여 자기 자신과 가정을 위한 적당한 생활수준을 누릴 권리와 생활조건을 지속적으로 개선할 권리를 가지는 것을 인정한다. 당사국은 그러한 취지에서 자유로운 동의에 입각한 국제적 협력의 본질적인 중요성을 인정하고, 그 권리의 실현을 확보하기 위한 적절한 조치를 취한다."

이 조항은 다음과 같은 내용의 제2조(1)과 함께 읽어야 한다.

> "이 규약의 각 당사국은 특히 입법조치의 채택을 포함한 모든 적절한 수단에 의하여 이 규약에서 인정된 권리의 완전한 실현을 점진적으로 달성하기 위하여, 개별적으로 또한 특히 경제적, 기술적인 국제지원과 국제협력을 통하여, 자국의 가용자원이 허용하는 최대한도까지 조치를 취할 것을 약속한다."

규약 제11조(1)의 "적당한 생활수준"에 대한 권리는 여러 가지 구성요소로 이루어진 권리이다. 이 항에서는 사회규약위원회의 일반논평 제4호에서 다루고 있는 적당한 주거에 관한 문제만을 다룰 것이다. 이 문제는 강제퇴거에 관한 일반논평 제7호에서도 다루어졌다. 위원회의 위 작업은 적당한 주거에 관한 문제는 모든 국가에서 실제로 존재하고, 인간성(humanity)의 상당한 부분에 영향을 미친다는 점을 보여주었다. 위원회가 일반논평 제4, 7호에서 언급한 바에 따르면, 적당한 주거에 대한 권리의 인적, 물적 적용범위는 아래에서 보는 바와 같다.

7.2.1 권리의 인적 적용범위

주거에 대한 권리는 "모든 사람"에게 적용되고, '가정'의 개념은 넓은 의미로 이해되어야 한다. 나아가 가족들과 마찬가지로 개인들에게도 나이, 경제적 상황, 정치적 또는 종교적 집단이나 소속 등과 관계없이 적당한 주거가 주어져야 한다. 특히 이 권리는 규약 제2조(2)에 부합하도록 어떠한 형태의 차별 없이 향유되어야 한다.[98)]

7.2.2 권리들의 상호의존성을 포함한 해석적 접근

위원회는 적당한 주거에 대한 권리의 "협소하거나 제한적인" 해석, 예를 들어, 사람의 머리를 가릴 지붕이 있는 주거지를 제공하면 된다는 식의 해석이나 주거지를

98) *United Nations Compilation of General Comments*, p. 23, para. 6.

"상품"의 하나로 바라보는 시각을 거부하여 왔다.[99] "오히려 이 권리는 사람이 안전하고, 평화롭고, 위엄을 갖춘 곳에서 살 수 있는 권리로 해석되어야 한다." 이러한 해석은 아래와 같은 최소한 두 가지의 요소로 이루어져 있다.

- "주거에 대한 권리는 본질적으로 다른 인권이나 규약이 전제하고 있는 기본적인 원칙들과 연결되어 있다"는 사실
- 적당함(adequacy)이라는 개념[100]

첫 번째 요소와 관련하여, 위원회는 적당한 주거에 대한 권리를 제대로 향유하기 위해서는 이를 독립적으로 고려할 수는 없고, "인간의 존엄성이라는 개념이나 비차별의 원칙, 그리고 표현의 자유, 결사의 자유(임차인들의 모임이나 다른 공동체 중심의 단체 등), 거주ㆍ이전의 자유, 공동체의 의사결정에 참여할 권리" 등과 같은 다른 권리들의 보장도 함께 이루어져야 한다고 하였다. 그리고 "개인의 사생활, 가족, 가정 또는 서신 등이 자의적이거나 불법적으로 방해받지 않을 권리도 적당한 주거에 대한 권리를 정의하는 데 있어 매우 중요한 부분이다.[101] 이와 같이 특별한 복합성을 가지는 권리라는 측면에서, 적당성의 개념은 따로 다루어 보겠다.

7.2.3 적당함의 개념

위원회의 견해에 따르면, "적당함의 개념은 주거에 대한 권리에서 특히 중요하다. 그 개념은 어떤 주거지가 규약의 목적에 부합하는 '적당한 주거'에 해당하는지 여부를 판단할 때 고려되어야 하는 여러 요건을 제시해 주기 때문이다. 한편, 적당하다는 개념은 사회적, 경제적, 문화적, 기후적, 생태학적 등의 요소에 따라 달라질 수 있다. 그럼에도 불구하고 위원회는 어떤 특정한 맥락에서 고려되어야 하는 그 권리의 양상을 밝히는 것이 가능하다고 하였다. 그들은 다음과 같은 것들을 포함한다."[102]

- ***거주기간(tenure)의 법적 보장***: 이것은 "모든 사람은, 거주권의 형태에 관계없이, 강제퇴거, 괴롭힘, 기타 위협에 대항할 수 있는 법적으로 보장받는 거주기간을 확

99) Ibid., p. 23, para. 7.
100) Ibid., loc. cit.
101) Ibid., p. 25, para. 9.
102) Ibid., p. 23, para. 8.

보할 수 있어야 한다."는 것을 의미한다.[103]

- ***서비스, 물적 시설, 편의시설, 공공시설의 제공***: "적당한 주거는 건강, 안전, 편안함과 영양을 위한 필수적인 시설들을 갖추고 있어야 한다. 적당한 주거에 대한 권리를 가지는 모든 수익자들은 자연자원과 공공자원, 안전한 마실 물, 요리 · 난방 · 점등(lighting)을 할 수 있는 전력, 위생시설, 음식을 저장하고 쓰레기를 버릴 수 있는 수단, 배수시설과 응급서비스 등에 대한 지속 가능한 접근이 가능해야 한다."[104]
- ***지불가능성***: "개인 또는 가정의 주거와 관련한 경제적 비용은 다른 기본적인 필요를 만족시키는 데 위협이 되거나 다른 필요를 희생해야 하지 않을 정도의 수준이어야 한다. 당사국들은 주거와 관련하여 드는 비용의 비율이 급여 수준에 상응할 수 있도록 하는 조치를 취하여야 한다." 나아가 "임차인들이 비합리적인 차임 수준이나 차임의 인상으로부터 보호받을 수 있도록 적절한 수단을 강구해야 한다."[105]
- ***거주가능성(Habitability)***: "적당한 주거는 거주 가능하여야 한다. 거주자에게 적당한 공간이 제공되어야 하고, 그들을 추위, 습기, 열, 비, 바람, 건강에 대한 위협, 구조적인 위험, 질병의 감염 등으로 보호할 수 있어야 한다. 거주자의 신체적인 안전도 보장되어야 한다. 위원회는 당사국들에게 WHO 주거의 건강기준(Health Principles of Housing)을 완전히 적용할 것을 권유한다."[106]
- ***접근가능성***: "적당한 주거는 거주자에게 접근 가능해야 한다. 사회적 조건이 불리한 집단은 적당한 주거 자원에 완전하고 지속 가능한 접근성을 보장받아야 한다. 그래서 노인, 아동, 장애인, 위독한 사람, HIV 보균자, 지속적인 치료를 받아야 하는 사람, 정신적인 질병이 있는 사람, 자연재해로 인한 이재민들, 재해가 발생하기 쉬운 지역의 사람들 등 취약 집단의 사람들은 주거의 영역에 있어서 우선적인 고려가 이루어져야 한다. 주거에 관한 법과 정책은 모두 이러한 집단들의 주거에 대한 특별한 필요를 충분히 고려하여야 한다."[107]
- ***위치***: "적당한 주거는 직장, 건강증진시설, 학교, 아동시설, 그리고 다른 사회적인 편의시설에 접근할 수 있는 위치에 있어야 한다. 이러한 원칙은 큰 도시와 시골에 모두 적용되어야 한다." 나아가 "주택을 지을 때는 오염된 장소나 주거자의 건강권을 위협하는 오염원과 근접한 곳은 피하여야 한다."[108]

---

103) Ibid., p. 23, para. 8(a).

104) Ibid., p. 24, para. 8(b).

105) Ibid., p. 24, para. 8(c).

106) Ibid., p. 24, para. 8(d).

107) Ibid., p. 24, para. 8(e). 장애를 가진 사람이 ***접근 가능해야*** 할 권리에 관하여는 General Comment No. 5, p. 35, para. 33. 참조

108) Ibid., General Comment No. 4, p. 24, para. 8(f).

❖ ***문화적 충분함***: "주택이 지어지는 방식, 건축물의 자재, 그리고 이러한 것들을 뒷받침하는 정책들은 주거를 통하여 문화적 정체성과 다양성을 표현하는 것이 가능하도록 이루어져야 한다. 주거의 발전이나 현대화를 꾀하는 활동들은 주거의 문화적 다양성이 희생되지 않도록 이루어져야 하고, 그 중에서도 현대적인 과학기술을 이용한 시설들은 적절히 보장되어야 한다."[109]

7.2.4 즉각적인 법적 의무

규약 당사국들이 취해야 하는 법적 조치의 점진적인 성격에도 불구하고, 위원회는 몇몇의 조치들은 당사국의 발전단계에 관계없이 ***즉각적인 효력***을 가질 필요가 있다고 명시적으로 밝혀 왔다.[110] 예를 들어,

❖ "당사국은 불리한 조건에 있는 사회적 집단에 특별한 고려를 부여함으로써 우선권을 주어야 한다. 그리고 기득권을 가진 집단에게 다른 집단의 비용으로 이익을 주는 방식으로 정책이나 입법이 이루어져서는 안 된다."[111]

❖ "적당한 주거에 대한 권리를 완전하게 실현하기 위한 가장 적절한 수단이 무엇인지는 당사국에 따라 달라질 수밖에 없기는 하나, 규약은 당사국들이 그 목적을 위하여 필요한 조치를 취할 것을 분명하게 요구하고 있다. 국가적인 주거 계획을 수립할 것을 필수적으로 요구하는 것이다." ***국가적인 주거정책***은 "주거환경 조건의 발전을 위한 목표를 정하고, 이러한 목표를 달성하기 위하여 활용 가능한 자원과 그러한 자원을 이용하는 가장 효율적인 방법, 그리고 필요한 조치를 취할 책임과 시간계획 등을 정하기 위한 것이다." 이러한 국가적인 주거계획은 "노숙자, 적당하지 못한 주거에 살고 있는 사람, 그리고 그들의 대표를 포함하여, 주거 계획의 영향을 받는 사람들의 참여 하에 이루어진 대규모의 진정성 있는 협의절차를 거쳐 수립되어야 한다."[112]

❖ ***효과적인 감시***: "주거 관련 상황에 대한 효과적인 감시활동은 또 하나의 즉각적인 의무이다. 당사국이 제11조(1)의 의무를 다하기 위해서는 무엇보다도 관할권 내에 있는 노숙자와 부적절한 주거에 대한 전체적인 정보를 알아내기 위하여 단독으로나 국제적 협력에 기초하여서나 필요한 조치를 취하였음을 입증하여야 한다.[113]

109) Ibid., p. 25, para. 8(g).
110) Ibid., p. 25, para. 10.
111) Ibid., p. 25, para. 11.
112) Ibid., pp. 25–26, para. 12. 강조는 추가됨.
113) Ibid., p. 26, para. 13.

7.2.5 국내적 구제조치

국내적 구제조치에 관한 문제에 있어서 "위원회는 적당한 주거에 대한 권리의 많은 구성요소는 최소한 구제조치와 관련되어 있다고 본다." 예를 들어, 다음과 같은 것들을 포함할 수 있다.

- "법원의 잠정적 결정에 따른 퇴거나 철거를 당하지 않기 위하여 불복할 권리"
- "불법적인 퇴거를 당한 경우 배상을 구하기 위한 법적 절차"
- "차임 수준이나 주거환경의 유지, 그리고 인종이나 다른 형태의 차별과 관련한 임대인의 불법적인 행동에 대한 소송"
- "주거의 분할과 접근가능성에 있어서의 차별에 대한 주장"
- "건강하지 못하거나 부적당한 주거조건과 관련한 임대인을 상대로 한 소송"[114]

__적당한 주거에 대한 권리__는 적당한 생활수준을 누릴 권리의 필수적인 구성요소이다. 이 권리는 다른 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 측면에서만 해석될 것이 아니라 시민적, 정치적 권리의 측면에서도 해석되어야 한다.

__적당함의 원칙__은 다음과 같은 것들을 의미한다.

- *거주기간의 법적 보장이 있어야 한다.*
- *기본적인 서비스, 물적 시설, 편의시설, 공공시설에 대한 접근가능성이 있어야 한다.*
- *주거는 지불가능하고, 거주가능하며, 접근가능하고, 직장이나 다른 편의시설들과 가까운 곳에 위치해야 한다.*
- *주거는 거주자의 건강을 위협하는 곳에 지어져서는 안 된다.*
- *주거는 문화적으로도 적당해야 한다.*

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약은 특히 다음과 같은 __즉각적인 의무__를 당사국들에게 부여하고 있다.

- *당사국은 불리한 조건에 살고 있는 사회적 집단에 대하여 특별한 고려를 하여야 한다.*
- *당사국은 그들이 취할 조치의 목적, 자원, 책임 그리고 시간 계획을 정하기 위한 국가적인 주거계획을 수립하여야 한다.*
- *당사국은 주거상황을 효과적으로 감독하여야 한다.*

당사국은 특히 퇴거 및 주거의 철거, 차별, 임대인의 불법적인 행위 그리고 건강하지 못하고 불충분한 주거 조건 등의 경우를 위한 __국내적 구제조치__를 제공해야 한다.

114) Ibid., pp. 26–27, para. 17.

7.2.6 강제퇴거

위원회는 일반논평 제4호에서 "강제퇴거는 일응 규약의 요구와 양립 불가능한 것으로 보이고, 매우 예외적인 상황에서, 국제법의 관련 원칙들에 따라 이루어진 경우에만 정당화될 수 있다."고 말했다.[115] 위원회는 일반논평 제7호에서 "강제퇴거"라는 단어를 다음과 같이 정의하였다.

> "개인이나 가족, 그리고/또는 공동체의 의사에 반하여, 그들에게 적절한 형태의 법적인 또는 다른 보호수단을 제공하거나 그에 대해 접근할 수 있도록 하지 않은 채, 그들이 점유하고 있는 집, 그리고/또는 토지에서 영구적으로 또는 일시적으로 그들을 내보내는 것. 그러나 강제퇴거의 금지가 법률에 따라 인권에 관한 국제규약들의 조항들에 부합하여 이루어지는 퇴거에까지 적용되는 것은 아니다."[116]

위원회는 이와 같은 퇴거는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에 명시되어 있는 권리들을 "명백히 위반"하는 것인 동시에, 모든 인권들 사이에 존재하는 연관성과 상호의존성으로 인하여, "생명권, 안전할 권리, 사생활 · 가족 · 가정을 간섭받지 않을 권리, 평화롭게 소유할 권리 등과 같은 시민적, 정치적 권리도 침해하는 결과를 낳기도 한다"는 점을 지적하였다.[117] ***다시 말하면, 강제퇴거의 사안에서 당사국은 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 요건들뿐 아니라 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 관련 조항들도 준수하여야 한다.***

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제11조(1)에서 보장하고 있는 적당한 주거에 대한 권리와 강제퇴거를 당하지 않을 권리를 제한할 필요성이 있는 경우 당사국은 "규약 제4조를 완전히 준수하여" 그러한 권리제한을 하여야 한다. 따라서 권리제한은 "그러한 권리의 본질과 양립할 수 있는 한도 내에서, 또한 오직 민주사회에서의 공공복리 증진의 목적으로 반드시 법률에 의하여 정하여지는 제한에 의해서만" 이루어져야 한다.[118]

그리하여 규약 제11조(1)에 근거한 강제퇴거와 관련한 당사국의 의무는 "다른 관련 조항과 함께 해석되어야 한다." 특히 이러한 의무는 다음과 같은 점들을 포함한다.

---

115) Ibid., p. 27, para. 18.

116) Ibid., pp. 49–50, para. 3.

117) Ibid., p. 50, para. 4.

118) Ibid., p. 50, para. 5.

❖ "국가 스스로는 강제퇴거 조치를 삼가야 하고, 강제퇴거를 실행에 옮긴 집행관이나 제3자에 대한 법 집행을 확보하여야 한다."[119]

❖ 위원회는 규약 제2조(1)의 "모든 적절한 수단"의 의미를 해석하면서 "효과적인 보호 시스템을 구축하기 위하여 강제퇴거를 금지하는 입법은 필수적인 기초가 된다. 이러한 입법은 다음과 같은 조치들을 포함하고 있어야 한다. (a) 주택과 토지의 점유자에게 최대한도로 가능한 주거의 안정성을 제공하여야 하고, (b) 규약에 합치하여야 하며, (c) 퇴거조치를 행할 수 있는 요건을 엄격히 통제할 수 있도록 규정하여야 한다. 이러한 법률은 국가의 권위 하에서 행동하는 모든 집행관 또는 책임질 수 있는 사람에게 적용되어야 한다. 나아가 당사국은 사적인 개인이나 기구에 의하여 적절한 보호조치 없이 행해지는 강제퇴거를 예방하고, 이미 행해진 경우에는 이를 처벌하기 위하여 적당한 입법적인 또는 다른 조치들을 확보하여야 한다"고 언급하였다.[120]

❖ 당사국들은 규약 제2조(2)과 제3조를 준수하여야 한다. 이들 조항은 당사국들에게 "퇴거조치가 실행될 때 어떠한 형태의 차별도 없이 이루어지도록 적절한 조치를 확보할" 추가적인 의무를 부과하고 있다. 위원회는 "여성, 아동, 청소년, 노인, 원주민, 종족적 및 다른 소수자들, 그리고 기타 사회적 약자들은 강제퇴거의 실행으로 인하여 비례의 원칙에 부합하지 않게 심한 고통을 받는다."는 점에 주목하였다.[121]

❖ "지속적인 차임의 연체나 아무런 합리적인 이유 없는 임차목적물에 대한 손괴가 있었던 사안에서와 같이 경우에 따라서는 퇴거조치는 정당화될 수 있으나," 권한 있는 당국은 "퇴거조치가 법에 정해진 방식에 따라 실행되고, 퇴거당한 사람들에게 구제조치가 제공될 수 있도록 하여야 한다."[122]

❖ "징벌적 수단으로서의 강제퇴거와 주거의 철거는 규약의 기준에 부합하지 아니한다."[123]

❖ "당사국은 퇴거조치를 실행에 옮기기 전에, 특히 다수의 집단이 관련되어 있는 경우에는, 퇴거 대상자들과의 협의를 통하여 강제력의 사용을 피하거나 또는 최소화하도록 모든 실현가능한 대체수단을 검토하여야 한다. 퇴거명령의 대상자들에게는 법적 구제조치와 절차가 제공되어야 한다." 또한, "그 과정에서 영향을 받은 개인적 · 물적 재산에 대해 적당한 보상이 이루어져야 한다. 이러한 관점에서, 시민

119) Ibid., p. 50, para. 8.
120) Ibid., p. 51, para. 9.
121) Ibid., p. 51, para. 10. 강조는 추가됨.
122) Ibid., p. 51, para. 11.
123) Ibid., p. 51, para. 12.

적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(3)을 상기할 필요가 있다. 그 조항은 당사국들에게 권리를 침해당한 사람을 위한 '효과적인 구제조치'를 제공하고, '그러한 구제조치가 주어진 경우 권한 있는 당국이 이를 집행할' 것을 요구하고 있다."[124]

- "정당화될 수 있는 퇴거가 고려되는 사건에서 퇴거조치는 국제인권규범의 관련 조항들과 엄격한 조화를 이룰 수 있도록, 그리고 ***합리성과 비례성이라는 일반원칙*** 에 따라 행해져야 한다." 이러한 관점에서 사회권규약위원회는 자유권규약위원회의 일반논평 제16호에서의 언급을 적용하는 것이 "특히 적절하다"고 하였다. 그에 따르면, "개개인의 가정을 간섭하는 것은 '법률에 의하여 예견된 사건'에서만 이루어져야 하고," 법률은 "규약의 조항들과 목적들에 부합하여야 하며, 어떤 경우에도 개별 사안에 있어 합리적이어야 한다." 또한, 자유권규약위원회는 관련 입법은 "이러한 간섭이 허용될 수 있는 특정한 상황을 세세한 부분까지 명시하여야 한다."고 지적하였다.[125]
- "강제퇴거 조치는 개개인이 노숙자가 되거나 다른 인권을 침해당하기 쉬운 환경에 놓이도록 하는 결과를 초래해서는 안 된다. 그들이 스스로 살 곳을 찾을 수 없는 경우에는 당사국은 대체 가능한 적당한 주거, 재정착 또는 생산적인 토지에 대한 접근 등이 가능할 수 있도록 가능한 자원을 최대한도로 활용하여 적절한 모든 조치를 취하여야 한다."[126]
- "적절한 절차적 보호와 적법절차는 모든 인권의 측면에서 필수적이나, 두 개의 국제인권규약에서 인정된 여러 권리들과 직접적인 관련이 있는 강제퇴거와 같은 문제에 있어서는 특히 중요하다. 위원회는 강제퇴거와 관련하여 적용되어야 하는 절차적 보호에는 다음과 같은 것들이 포함된다고 보았다."
  - (a) 퇴거 대상자들에게 진정한 협상의 기회를 제공할 것
  - (b) 예정된 퇴거조치가 이루어지기 전에 모든 퇴거 대상자들에게 적당하고 합리적인 예고통지를 할 것
  - (c) 가능한 합리적인 시간 내에 예정된 퇴거조치 및 그 토지와 건물이 다르게 사용되는 목적에 대한 정보를 제공할 것
  - (d) 집단적인 퇴거조치가 이루어지는 경우, 공무원이나 다른 대표자들이 퇴거조치를 행하는 동안 참석해 있을 것
  - (e) 퇴거조치를 집행하는 모든 사람들의 신원을 확인시켜줄 것
  - (f) 퇴거 대상자들이 동의를 한 경우가 아닌 한 특히 날씨가 나쁜 날이나 야간에

124) Ibid., pp. 51–52, para. 13.

125) Ibid., p. 52, para. 14. 강조는 추가됨.

126) Ibid., p. 52, para. 16.

는 퇴거조치를 행하지 말 것

(g) 법적 구제조치의 제공

(h) 법원으로부터 구제를 받고자 하는 사람에게 법률적인 도움을 제공할 것[127]

강제퇴거는 일응 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약뿐 아니라 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약도 위반하는 것으로 보인다.

국내적 입법은, 사인에 의하여 행해지는 퇴거조치를 포함한 강제퇴거에 대한 효과적인 보호를 제공하여야 한다. 특히 법률은 다음 사항들을 보장해야 한다.

퇴거조치가 이루어질 때는 항상 국제인권규범을 준수하여야 하고 어떠한 형태의 차별도 없어야 한다.

징벌적 수단으로서의 강제퇴거와 주거의 철거는 금지된다.

퇴거조치는 관련자들에 대한 적절한 예고와 그들과의 협상을 거친 후에만 집행되어야 하고 적당한 국내적 구제조치와 퇴거조치에 따라 영향을 받은 재산에 대한 보상이 제공되어야 한다.

퇴거조치로 인하여 사람들이 노숙자가 되어서는 안 된다.

7.3. 관련 유럽 판례법: *Selçuk and Asker* 사건

비록 유럽인권협약 자체가 적당한 주거에 대한 권리를 보장하지는 않더라도, 유럽인권협약 제8조는 개인의 사생활과 가정생활이 존중받아야 할 권리를 보장하고, 위 협약 제1 추가의정서(Protocol No.1) 제1조는 개인이 자신의 재산을 평화적으로 향유할 권리를 보장한다. 더구나 유럽인권협약 제3조는 누구도 "고문이나 비인도적이고 또는 굴욕적인 취급이나 형벌을 받지 아니한다."고 규정하고 있다.

Selçuk and Asker v. Turkey 사건에서, 유럽인권재판소는 터키 보안군이 자신의 재산을 파괴하였다는 주장을 다루었다. Selçuk은 다섯 아이를 가진 과부이고, Asker는 일곱 아이가 있는 기혼자(남자)이다. 두 사람 모두 Islamköy라는 마을에 살던 쿠르드족 출신의 터키국민이었다. 합리적인 의심의 여지가 없이 입증된 사실은 다음과 같다.[128]

1993년 6월 16일 아침에 대규모의 헌병이 Islamköy에 도착하였다. 그들 중 몇

127) Ibid., p. 52, para. 15.

128) 규명된 사실의 요약을 보려면, *Eur. Court HR, Case of Selçuk and Asker v. Turkey, judgment of 24 April 1998, Reports 1998–II*, p. 900, paras. 27–30; see also pp. 904–905, paras. 50–57. 참조

명이 Cömert라는 지휘관의 '분명한 명령'에 따라 Asker의 집에 가서 불을 질렀고, 이에 집과 그 안의 재산 대부분이 파괴되었다. 무슨 일이 발생했는지 보러 온 마을 사람들이 불을 끄려 하자 헌병들은 이를 막았다. Asker 부부는 그들의 소유물을 건지기 위하여 집 안으로 달려들었는데, 이는 헌병들이 집에다 휘발유를 뿌리고 불을 지르기 직전이거나 불을 지르는 중에 발생한 일이었다. 그때 Cömert라는 지휘관을 포함한 많은 헌병은 Selçuk의 집으로 접근하였고, 그녀의 항의에도 'Cömert라는 지휘관의 명령에 따라' 휘발유를 뿌리고 불을 질렀다. 이번에도 마을 사람들이 불을 끄려는 것이 제지되었고, 이에 따라 Selçuk의 집과 그 안의 재산이 완전히 파괴되었다. 10일 후 일군의 헌병이 Islamköy로 되돌아왔고, 그들은 Selçuk과 다른 사람들의 소유물인 방앗간에 불을 질러 이를 파괴하였다. 그때 Cömert라는 지휘관은 방앗간에서 헌병들과 함께 있었다.

유럽인권재판소는, 유럽인권협약 제3조가 '민주사회의 근본적 가치를 지니고 있다는 점' 및 '심지어 테러조직이나 범죄에 대항하여 싸우는 등의 몹시 어려운 상황에서조차도 유럽인권협약은 절대적으로 고문이나 비인도적 또는 굴욕적인 취급이나 형벌을 금한다는 점'을 강조하면서, 먼저 유럽인권협약 제3조에 관련하여 여러 사실을 조사하였다.129) 유럽인권재판소는 이 사건에서 신청인들이 당한 고통은 매우 심하여 유럽인권협약 제3조 위반에 이른다고 결론 내렸다. 유럽인권재판소는 특히 신청인들의 가정과 그들의 대부분의 재산이,

> "보안군에 의해 파괴되었고, 이는 신청인들의 생계를 박탈하고 그들로 하여금 마을을 떠나도록 강제하였다"는 사실을 언급하였다. 이와 같은 조치는 사전에 계획되었고, 경멸스러운 방법으로, 또한, 신청인들의 감정에 대한 고려 없이 실행된 것으로 보였다. 신청인들은 아무런 준비 없이 그 조치를 감수하여야 하였다(그들은 그들의 가정이 불타는 것을 보고 서 있어야만 하였다. Asker 부부의 안전을 확보하기 위한 그 어떤 조치도 취해지지 않았다. Selçuk의 항의는 무시되었다. 나중에라도 신청인들에게 어떤 원조도 제공되지 않았다)."[130]

> "신청인들의 가정이 파괴된 방식 … 그리고 그들의 개인적인 사정을 유념한다면, 그들이 보안군의 조치로 인하여 받은 충분한 정도의 고통은 유럽인권협약 제3조가 의미하는 ***비인도적 처우***로 규정될 수 있음이 명백하다."[131]

129) Ibid., p. 909, para. 75.

130) Ibid., p. 910, para. 77.

131) Ibid., p. 910, para. 78. 강조는 추가됨.

더구나, "비록 문제 되고 있는 조치가 신청인들을 벌하기 위한 의도가 없고, 신청인들의 집이 테러리스트에 의하여 사용되는 것을 방지하기 위한 것이라 하더라도, ***그것만으로는 부당한 처우를 정당화할 수 없다***."[132]

유럽인권재판소는 또한, 유럽인권협약 제8조와 위 협약 제1 추가의정서 제1조가 침해되었다고 판단하였다. 유럽인권재판소는 이 같은 맥락에서 다음과 같은 점을 상기시켰다. "유럽인권재판소는 보안군이 고의로 신청자들의 가정과 가재도구 및 Selçuk이 부분적으로 소유하는 방앗간을 파괴함으로써 신청인들로 하여금 Islamköy를 떠나지 않을 수 없도록 하였다는 점을 분명히 밝힌다. 이러한 조치는 유럽인권협약 제3조를 침해하는 것일 뿐만 아니라 신청인들의 사생활과 가정생활이 존중받아야 할 권리 및 그들의 재산을 평화적으로 향유할 권리에 대한 심히 중대하고 부당한 간섭이라는 점에 의문의 여지가 없다."[133]

유럽인권재판소는 터키 정부가 유럽인권협약 제13조에 의해 요구되는 '철저하고 실효적인 조사'를 하지 않았다는 이유로 터키 정부가 위 조항을 침해하였다고 결론내렸다. 신청인들은 결국 터키 정부로부터 유럽인권협약 제13조에 따른 실효적인 구제를 받지 못하였다.[134]

Selçuk and Asker 사건은, 개인의 가정이 존중받아야 할 권리를 간섭하는 조치가 재판에 회부될 가능성이 있는가에 관한 우수한 사례일 뿐만 아니라 근본적으로 권리는 상호의존적이라는 것과 개인의 가정과 소유물에 대한 파괴가 초래하는 지대하고 파괴적인 영향에 관한 우수한 사례이다. 남아프리카공화국의 판례에서 고른 다음의 사건은 이러한 결론을 확인하여 주고 있다.

7.4. 관련 내국 판례법: 남아프리카 공화국의 판례

강제퇴거의 문제는 남아프리카 공화국 헌법재판소에서 문제된 *Grootboom and Others* 사건에서 검토되었다. 위 사건은 Grootboom(기혼여성)이 본인과 510명의 아이들, 그리고 390명의 어른들을 위하여 제소되었는데, 이들은 자신들의 비공식적인 집으로부터 퇴거당한 결과 집 없는 신세가 된 사람들이다.[135] 이 사건의 분석은 광범위하고 세세하게 고려되어야 할 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 사법적 보호와 큰 관련이 있다.

132) Ibid., p. 910, para. 79.

133) Ibid., p. 911, para. 86–87.

134) Ibid., p. 913, para. 96–98.

135) *The Government of South Africa v. Irene Grootboom and Others, Case CCT 11/00, judgment of 4 October 2000*, para. 4.

다음은 이 사건의 사실관계에 관한 요약 기술이다.[136] Grootboom과 대부분의 다른 피상고인(respondent)은 Wallacedene라고 불린 비공식적 무단거주민 정착지에서 살아왔다. 그곳의 판잣집들에는 상하수도나 쓰레기 처리시설이 갖춰지지 않았다. 단지 5%의 집에만 전기가 들어왔다. 저비용 주택 마련 자금을 지원받는데 실패하자, 피상고인들은 어느 날 Wallacedene를 떠나, 나대지에 그들의 판잣집과 피난처를 세웠는데, 거기는 사유지로서 저비용 주택용 택지지구로 예정하고 있던 곳이었다. 그들은 그 땅을 "새로운 쉼터(New Rust)"라고 불렀다. 그 땅의 소유주는 퇴거명령을 받은 후 피상고인들의 가옥을 불도저로 밀고 불태웠으며, 소지하던 물건들은 파괴되었다. 피상고인들은 Wallacedene sports field 위에 그나마 임시 구조물로 새로운 피난처를 세웠는데, "겨울비가 내리기 시작하자 그들이 세운 플라스틱 울타리는 보호처가 제대로 되지 못하였다." 구조의 손길을 얻는데 실패하자, Grootboom과 다른 모든 피상고인들은 남아프리카 공화국 헌법 제26조에 기하여 당국에 "이들 피상고인들 및 그 자녀들이 영구적인 거주지를 확보하기 전까지 이들에게 충분히 기본적인 임시 보호소 또는 주거지"를 제공하여 달라는 신청을 하였다.[137]

Yacoob 재판관은, 재판관 전원의 의견 일치로 된 결정문을 작성하였는데, 위 결정문은 남아프리카 공화국 헌법 하에서 적당한 주거에 관한 권리에 관한 풍부한 법적 분석을 담아낸 것이다. 하지만, 그 중 주요한 부분과 남아프리카 공화국 헌법 제26조와 관련된 것만을 여기에 소개한다. 위 헌법 제26조는 규정하기를,

> (1) 모든 사람은 적당한 주거를 이용할 권리를 가진다.
> (2) 국가는 가용자원의 범위 내에서 이러한 권리의 점진적 실현을 위하여 합리적 입법 조치 및 그 밖의 조치를 취해야 한다.
> (3) 모든 관련 상황을 검토한 후 이루어진 법원의 명령 없이는, 누구도 자신의 집에서 퇴거당해서는 안 되며, 집이 파괴되어서도 안 된다. 어떠한 법도 자의적인 퇴거조치를 허용해서는 안 된다.

재판회부가능성 문제에 관하여: 남아프리카에서 사회-경제적(socio-economic) 권리에 관하여, 모두 재판회부가능성이 있는가라는 쟁점에 관하여, 헌법재판소는 이는 분명히 "증명 판단"(the *Certification Judgement*)으로 이해되는 것으로서 헌법 텍스트에 의한 문제를 넘어서는 것이라고 판시하였다.

이 사건에서 이들 권리들은 재판회부가 가능하지 않으며, 새 헌법 속에 담겨진

136) Ibid., paras. 7-11.

137) Ibid., para. 13. 이 장에서는 남아프리카공화국 헌법 제28(1)(c)의 아동 주거권과 관련된 부분은 다루지 아니한다.

권리가 아니라고 다투는 주장에 대하여 답하기를,

> "이들 권리는, 적어도 어느 정도는, 재판회부가능성이 인정되는 것이다. 우리가 밝혀 왔듯이 … (당해 사건에서 증명되기 위해 재판소 앞에 놓인 헌법적 텍스트) 속에 확고하게 자리 잡은 많은 시민적, 정치적 권리들은 유사한 예산상 함의를 가지지만 그에 대한 재판회부가능성은 손상되지 않았다. 사회-경제적 권리들의 상당 부분이 불가피하게 예산상 함의를 가져온다는 사실이 재판회부가능성에 대한 장애가 된다고 보기 어렵다. 사회-경제적 권리들이 부적절한 침해로부터 제대로 보호받지 못하게 될 수 있으나, 이는 매우 드문 경우에서야 그렇다."[138]

따라서 문제는 사회-경제적 권리들이 남아프리카 공화국 헌법 하에서 재판회부가 가능한가가 아니라 "주어진 사건에서 그 권리들을 어떻게 실현할 것인가"에 있다.[139]

권리 간의 상호의존성에 관하여: 위 헌법 제26조에 기하여 국가에게 부과되는 의무를 해석함에 있어서, 위 헌법재판소는 헌법에는 시민적, 정치적 권리들 및 사회적, 경제적 권리들이 둘 다 확고하게 자리 잡고 있고, 이 모든 권리들은 "상호 관련되며 상호 지지한다"고 밝혔다. 위 재판소의 견해로는, "의식주가 결여된 자에게 인간의 존엄, 자유와 평등, 우리 사회의 기본적인 가치들이 부정된다는 것은 분명하다. 따라서 모든 사람에게 사회-경제적 권리를 누릴 수 있게 하는 것은 [헌법] 제2장에 명시된 다른 권리들을 향유할 수 있게 한다. 사회-경제적 권리의 실현은 또한, 인종 간 및 양성 간의 평등을 진척시키고, 남성과 여성이 동등하게 사회 내에서 그들의 잠재력을 최대한 끌어내 달성하게 한다는 점에서 사회 진보의 핵심이다."[140]

위 재판소는 "적당한 주거에 접근할 수 있는 권리는 그 하나만을 떼어놓고 보아선 안 된다. 이 권리와 그 밖의 사회-경제적 권리들은 매우 밀접한 관계에 있으며, 반드시 헌법 전체적인 구조 속에서 함께 해석되어야 한다"고 덧붙였다. 판결문에 의하면,

> "국가는 극히 가난하고, 집 없고, 참기 힘든 주거환경 속에서 살아가야 하는 사람들의 요구를 만족시키기 위하여 ***적극적인*** 조치를 취할 의무를 부담한다. 사회-경제적 권

138) Ibid., para. 20.
139) Ibid., loc. cit.
140) Ibid., para. 23.

리들을 해석하고, 특히 국가가 그로부터 도출되는 의무를 이행했는가를 판단함에 있어서 권리들의 상호관련성에 대한 검토가 필요하다."[141]

국제법이 남아프리카 공화국 헌법에 미치는 영향에 관하여: 남아프리카 공화국 헌법 제39(1)(b)조는 "기본권 조항(Bill of Rights)을 해석함에 있어 법원, 재판소 또는 법정(forum)은 … 국제법을 존중하여야 한다."고 규정하고 있다. 재판소는 "사안과 관련 있는 국제법은 해석의 지침이 될 수 있지만, 특정한 국제법 원칙이나 법규의 중요성은 다양하다. 그러나 관련되는 국제법 원칙이 남아프리카 공화국에서 구속력을 가진다면 그것은 사안에 직접 적용될 수 있다"고 판시하였다.[142]

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제11조(1)과 제2조(1)이 남아프리카 공화국 헌법 제26조의 해석 지침이 되는 정도에 관하여, 위 헌법재판소는 주거 문제에 관련되는 한, 위 규정들 사이에는 두 가지 차이점이 있다고 보았다. **첫째**, "헌법 제26조는 적당한 주거에 접근할 권리(*right of access to adequate housing*)를 보장하고 있는 반면, 규약은 적당한 주거에 대한 권리(*right to adequate housing*)를 보장하고 있고", **둘째**, "남아프리카 공화국 헌법은 정부에 합리적인(*resonable*) 입법 및 기타 조치를 부과하고 있는 반면, 규약은 당사국에 입법을 포함하는 적절한(*appropriate*) 조치를 취할 것을 규정한다."[143]

사회권규약위원회가 밝힌 바와 같이, 규약 당사국은 적어도 규약에서 정한 각 권리의 최소 필요적인 수준을 충족시키기 위한 ***최소한의 핵심의무***를 보장할 의무를 부담한다는 주장에 관하여, 재판소는 "'적당한 주거에 접근할 권리'에 있어 최소한의 핵심의 내용을 결정하는 것은 어려운 문제이다"라고 밝혔다. 재판소는 "재판소가 나서서 권리의 최소한의 핵심적 내용을 설정하는 것이 적절한지" 여부를 결정하는 것은 필요하지 않다고 판시하였다.[144] 그러나 재판소는 위원회가 최소한의 핵심이 정확히 무엇을 의미하는지 명시하지 아니하였다고 밝혔다.[145]

적절한 주거에 접근할 국내법적 권리에 관하여: 헌법에서 정한 누구나 적당한 주거에 접근할 권리를 가진다는 내용의 필요조건에 관하여, 재판소는 다음의 요건들이 충족되어야 한다고 판시하였다.

141) Ibid., para. 24. 강조는 추가됨.
142) Ibid., para. 26. 각주는 생략됨.
143) Ibid., para. 28.
144) Ibid., para. 33.
145) Ibid., para. 30.

- "***토지***의 존재"
- "***서비스***의 존재"
- "***주택***의 존재"
- "주거를 위한 토지에의 접근은 헌법 제26조의 적당한 주거에 접근할 권리에 포함된다."[146]

나아가, 위 재판소는 "국가는 모든 경제적 수준에 있는 국민의 적당한 주거에 접근할 권리를 위한 여건을 만들어야 하고,"[147] 비록 이러한 의무가 개별적인 환경이나 각각의 장소적, 인적 사정에 의존하지만, "빈곤층은 특히 취약하고, 그들의 요구는 특별한 관심을 필요로 한다."[148]라고 보았다.

국가의 적극적인 헌법적 의무에 관하여: 남아프리카 공화국 헌법 제26조(2)에 의하여 부과되는 적극적 의무는 "국가로 하여금 의무 이행을 위한 포괄적이고 실행가능한 계획을 수립할 것을 요구한다." 그러나 이 의무는 "절대적이고 무조건적인 것은 아니며, 세 가지의 핵심요소로 구성된다"

- "***합리적인*** 입법 및 기타 조치를 취할" 의무
- 권리의 "***점진적인*** 실현을 행할" 의무
- "***가용가능한*** 자원의 범위 내에서" 실행할 의무[149]

국가가 취해야 할 ***"합리적인 입법 및 기타 조치"***에 관하여, 재판소는 "합리적인 계획은 … 정부 각 부처에 명확하게 책임과 임무를 분배하여야 하고, 적절한 재정적, 인적 지원이 이루어지도록 하여야 한다."[150]고 판시하였다. 나아가 그것은 "종합적인" 계획이어야 하고, "정부의 이용 가능한 수단 내에서 적당한 주거에 접근할 권리를 점진적으로 실현하는데 필요한 일관성 있는 방법이 수립되어야 한다. … 구체적으로 채택될 방법의 윤곽과 내용은 주로 입법부와 행정부가 담당할 몫이다. 입법부와 행정부는 그들이 채택하는 방법이 합리적이어야 한다는 점을 명심하여야 한다."[151] 한편 "국가가 위와 같은 의무를 이행하기 위한 정책을 선택함에 있어서는 광범위한 재량이 인

146) Ibid., para. 35. 강조는 추가됨.
147) Ibid., loc. cit.
148) Ibid., paras. 35–37. quote from para. 36.
149) Ibid., para. 38. 강조는 추가됨.
150) Ibid., paras. 39. 강조는 추가됨.
151) Ibid., paras. 40–41.

정된다. 많은 방법들이 이러한 합리성 요건을 충족할 수 있다."[152] 다만 헌법재판소는 "단순한 입법만으로는 충분하지 않다. 국가는 의도된 목표를 달성하기 위하여 행동할 의무가 있고, [그러므로] 입법적 수단은 언제나 행정부의 타당하고 적절한 정책과 계획에 의하여 뒷받침되어야 한다. 이러한 정책과 계획은 그 내용적인 측면과 실행의 측면에 있어서 모두 합리적이어야 한다. … 계획의 내용이 합리적이라도, 실행되지 않는다면 국가의 의무를 이행하는 조치라고 볼 수 없다"고 판시하였다.[153]

그렇다면 위에서 말하는 "합리성"은 무엇을 의미하는가? 재판소는 다음과 같은 견해를 취하고 있다.

> "43. 수단의 합리성 여부를 결정함에 있어서는, 주택문제를 사회적, 경제적, 역사적 맥락에서 검토하고, 구체적인 계획을 실행할 기관의 역량을 고려하여야 한다. ***계획은 균형 있고 탄력적이며 주택 위기와 단기 · 중기 · 장기에 이르는 주택 수요를 위한 적절한 대비를 하여야 한다***. 사회의 상당한 계층을 배제하는 내용의 계획은 합리적이라고 할 수 없다. 상황은 항상 변화하므로, 계획에 대한 지속적인 검토가 이루어져야 한다.
>
> 44. ***또한, 합리성은 기본권 조항 전체의 체계 아래에서 그 의미가 결정되어야 한다***. 적당한 주거에 접근할 권리는, 인간으로서의 가치를 존중하고, 기본적인 인간적 욕구를 충족시켜야 한다는 취지에서 형성되었다. 인간의 존엄, 자유와 평등에 기초한 사회를 위해서는, 모든 사람에게 기본적 필수품을 공급하기 위한 노력이 요구된다. 어떤 수단이 합리적이기 위해서는, 실현하고자 하는 권리가 현실적으로 부인되는 정도를 도외시하여서는 아니 된다. 당해 기본권 실현을 위한 수단은, 사회적으로 취약하여 기본권을 향유할 여유가 없는 계층을 외면하여서는 아니 된다. 어떠한 수단이 권리의 실현에 있어 통계적인 발전을 이루었다는 점만으로 합리성 심사요건을 통과하기에 충분하지는 않다. 나아가 헌법은 모든 사람이 보살핌과 배려를 받아야 할 것을 요구하고 있다. 통계적으로 성공적인 수단이라도 가장 절박한 처지에 있는 사람들의 필요에 응답하지 못한다면 합리성 심사를 통과하지 못할 수도 있다."[154]

적당한 주거에 접근할 권리의 점진적인 실현을 이루어 낼 의무에 관하여, 재판소는 "'점진적인 실현'이란 그 권리가 즉각적으로 실현될 수 없다는 것을 의미한다. 헌법의 목표는 모든 사회계층의 기본적 필요가 효과적으로 충족되는 것이고, 점진적 실현 요건은 국가가 이러한 목표를 달성하기 위하여 단계적인 조치를 취해야만 한다는

152) Ibid., para. 41.
153) Ibid., para. 42.
154) Ibid., paras. 43–44. 강조는 추가됨.

것을 뜻한다"고 판시하고, 보다 구체적으로는,

> "접근성은 점진적으로 용이해져야 한다. 법적, 행정적, 운영상의 재정적 장애가 검토되어야 하고, 점차 낮아져야 한다. 주거는 시간이 지남에 따라 더 많은 사람뿐만 아니라 더 넓은 범위의 사람들에게 더욱 접근 가능하여야 한다."[155]

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 제2조(1)의 영향을 받아 남아프리카 공화국 헌법 제26조(2)에 규정된 "점진적 실현"에 대한 이러한 논증을 뒷받침하여, 헌법재판소는, 사회권규약위원회가 "주거의 문제에 있어 위 요건을 유용하게 분석한" 일반논평 제3호 중 9문을 언급하였다.[156] 비록 일반논평은 규약에 따른 당사국의 의무를 설명하기 위한 것이지만, 남아프리카 공화국 헌법에 있어서 "'점진적 실현'의 의미를 살피는데 도움이 된다." 위 재판소는,

> "위 구절의 의미는 우리 헌법에 쓰인 텍스트와 조화를 이룬다. 우리 헌법상 그 구절이 그것이 유래된 규약에 있어서의 의미와 같다고 보지 않을 이유가 없다"고 설시하였다.[157]

"의무의 세 번째 요건", 즉 ***"그 의무로 인하여 국가는 충당할 수 있는 재원을 초과하는 부담을 질 수는 없다"***[158]는 부분에 대한 헌법재판소의 견해를 살펴본다. 재판소는 "결과를 달성하기 위하여 필요한 수단의 합리성뿐만 아니라 그 결과의 달성 정도라는 두 가지 측면에 관련된 의무의 내용이 모두 재정의 충당가능성에 의하여 규율된다"고 하였다. 바꿔 말하면, "목표와 수단 사이에는 균형이 존재한다. 방법은 목표를 효율적이고 효과적으로 달성하기 위한 것이어야 하나, 재원의 충당가능성은 어떤 방법이 합리적인지를 결정함에 있어서 중요한 요소이다."[159]

국가주택공급법(National Housing Act)에 대하여 헌법적 요청을 적용하는데 관하여: 위 재판소는 주택공급과 관련하여 정부의 각 분야의 책임과 기능을 설정하는 틀을 규정하는 국가주택공급법을 분석하였다. 재판소는 "위 법상의 주택단지(housing development)의 개념이 위 법에 중심적이라는 것은 국가 및 지방 또는 지역정부의

155) Ibid., para. 45.
156) Ibid. 위 5.1.3에서 본 General Comment No. 3. 참조.
157) Grootboom judgment, para. 45.
158) Ibid., para. 46, 강조는 추가됨.
159) Ibid., loc. cit.

기능과 함께 판독되는 일반적인 원칙들로부터 나온다."고 하였다. "위 법상의 주택단지는 시민권자와 영주권자에게 대내적, 대외적 사생활을 보장하는 확실한 사용권을 갖춘 영적인 거주 시설에 대한 접근권과 자연으로부터의 적절한 보호를 제공하고자 한다."[160] 그러나 위 법은 "위 법상의 주택단지의 정의에 미치지 못하는 주거에 관한 조항"을 고려하고 있지 않다. 달리 말해서, 아래와 같은 이유로, 그에 관한 명시적인 조항이 없다.

> "토지, 그들 머리 위의 지붕에 대한 접근권이 없는 사람들, 참을 수 없는 상태에서 살고 있는 사람들, 그리고 홍수와 화재 같은 자연재해로 인하여, 또는 그들의 집에 강제철거의 위협이 있기 때문에 위기에 처한 사람들을 위한 ***일시적인 구제수단***에 대한 접근권을 용이하게 하기 위해서이다. 이러한 사람들은 절박한 필요 하에 있다. 그들의 즉각적인 필요는 위 법상 주택단지의 정의에 망라된 내구성, 거주가능성, 그리고 안정성의 필수 기준을 충족하는 주거에는 미치지 못하는 구제수단에 의하여 충족될 수 있다."[161]

주택공급 프로그램의 집행을 "중대한 성취"로 특징지우면서, 그럼에도 불구하고 위 재판소는 채택된 수단이 "헌법 제26조의 취지에 비추어 합당한지" 여부에 관한 질문에 답변해야만 했다.[162] 그렇게 함에 있어서, 특히 위 재판소는 책임과 기능의 분배가 "일관되게, 그리고 포괄적으로 다루어져왔다"는 것, 그 프로그램이 "무계획적인 것이 아니라," "긴박한 사회적 필요에 대한 체계적 대응"을 보여주고 있다는 것, 그리고 이행상의 문제점들이 몇몇 분야에 존재하였음에도 불구하고, 국가가 "이러한 어려움들과 적극적으로 싸우고자 하고 있다"는 것이 입증되었다고 보았다.[163]

그러나 ***전국적 주택공급 프로그램이 "우리 사회에서 절박한 필요 하에 있는 사람들에게 부응하고, 즉각적이고 단기적인 필요를 적절하게 만족시키기에 충분하게 융통성이 있었는지" 여부***가 여전히 판단되어야 했다. 이는 "격심한," "절박한" 그리고 "만연한 실업과 빈곤에 의하여 악화된" 케이프 메트로(Cape Metro)의 "주거문제의 영역이라는 맥락에서" 이루어져야 했다.[164] *Grootboom* 사건이 일어났을 때는 존재하지 않았던, 새롭게 설계된 케이프 메트로의 토지 프로그램의 경우를 제외하고, "케이프 메트로 내에 적용되는 전국적 주택 공급프로그램에는 절박한 필요 하에 있는 사람들

160) Ibid., para. 51.
161) Ibid., para. 52. 강조는 추가됨.
162) Ibid., paras. 53–54.
163) Ibid., para. 54.
164) Ibid., paras. 56, 58–59 강조는 추가됨.

을 위한 조항이 없다"는 것은, "공통의 명분"이었다.[165] 그러므로 그 프로그램은 또한, "정부가 절박한 필요 하에 있는 사람들을 위하여 구제수단을 제공하여야만 한다는 것을 인정하지 못한 범위에서 정부에 부과된 의무에" 미치지 못하였다. 위 재판소가 설시한 바와 같이, 그러한 사람들은 "중기 그리고 장기적인 목적에 초점을 맞춘 전체 프로그램의 이익을 위하여 무시되어서는 안 된다. 국가 주택공급 예산의 상당한 부분이 여기에 충당되어야 하되, 세밀한 분배는 정부가 우선 결정해야 한다는 것은 매우 중요하다."[166]

이 사건에서 ***상고인들의 피상고인들에 대한 행위***와 관련하여, 위 재판소는 "각급 정부는 주택공급 프로그램이 헌법의 모든 조항에 비추어 합리적이고 적합하게 이행되도록 보장하여야만 한다. … 각급 정부에서의 모든 조치는 적당한 주거를 제공하기 위하여 합리적인 조치를 취할 헌법상 의무에 합치하여야 한다."고 강조하였다.[167] 그러나 헌법 제26조는 "어느 특정한 정부가 취한 조치가 합리적이고 헌법에 합치하는지에 대한 결정과 관련된 유일한 조항이 아니었다."

> "83. … 권리들이 상호 관련되고 모두 동등하게 중요하다는 전제는 단순히 이론적으로 상정된 것이 아니다. 그 개념은 인간의 존엄성, 평등과 자유에 기초한 사회에서 헤아릴 수 없이 인간적이고 실제적인 중요성을 가진다. 인간의 고유한 존엄성을 고려한다는 것은 국가적 조치의 합리성을 평가함에 있어서 근본적이다. 만일 주거와 관련한 국가 조치의 합리성이 인간의 존엄성이라는 기본적인 헌법적 가치와 무관하게 결정된다면 헌법은 종이 조각만도 못한 가치를 갖게 될 것이다. 헌법 제26조는, 기본권 규정(권리장전) 전체의 맥락에서, 피상고인들이 어떤 상황에서라도 인간의 존엄성에 관한 특별한 고려를 가지고 국가에 의하여 취하여지는 합리적인 조치에 대한 권리를 가진다는 의미로 해석되어야만 한다. 간단히 말해서, 나는 인간을 인간으로 대우할 것이 요청된다고 강조한다. 이것을 배경으로 상고인들에 대한 피상고인들의 행위를 보아야만 한다."[168]

국회가 이를 승인하였음에도 불구하고, 피상고인들과 관련하여 국가의 조치 또는 부작위가 "요청되는 헌법적 수준을 충족하였는지 여부를" 고려하여야만 한다.[169] 위 재판소는 "그러나 피상고인들이 New Rust로 이주하기 이전에 그들의 상황이 결코

165) Ibid., para. 63.
166) Ibid., para. 66.
167) Ibid., para. 82.
168) Ibid., para. 83.
169) Ibid., paras. 84–85.

절망적이 않았다는 어떠한 암시도 없다"고 지적하였다. "기록상 만일 공한지(空閑地. vacant land)의 점유가 일어난다면 시 정부가 어떻게 처리할 것인지에 관한 계획을 보여주는 어떠한 자료도 없다."[170] 게다가, 기대될 수 있는 것과는 대조적으로, 시 정부는 피상고인들이 New Rust로 이주하고 "정착촌이 비약적으로 발전하도록" 아무것도 하지 않았다.[171] 퇴거 자체에 대하여는, 시 정부에 의하여 자금지원이 되었고, 효과적인 중재를 했다는 어떠한 증거도 없이 실행되었다. "국가는 적어도 퇴거가 인도적으로 집행될 것을 보장할 의무가 있었다. 그러나 당해 퇴거는 과거를 연상시켰고, 헌법의 가치와 부합하지 않았다. 피상고인들은 하루 일찍 퇴거를 당하였고, 설상가상으로, 그들의 소유물과 건축자재가 단순히 치워진 것이 아니라, 파괴되고 불태워졌다."[172] 헌법 제26조(1)은 "국가에 적어도 주거와 관련한 소극적인 의무를 지운다. 당해 퇴거가 실행된 방식은 결과적으로 이러한 의무를 위반하였다."[173]

당해 사건을 요약하면서, 남아프리카 헌법재판소는 그것이 "이 나라 전체의 개탄스러운 상황에서 살고 있는 수많은 사람들의 절망을" 보여주었고, "헌법은 국가가 이러한 상황을 개선하기 위하여 적극적으로 행동하도록 의무 지웠다. 그 의무는 그들 자신과 가족들을 부양할 수 없는 사람들에게 주거, 의료, 충분한 음식과 물, 그리고 사회보장에 대한 접근권을 제공하는 것이다. 국가는 또한, 시민들이 공평하게 토지에 대한 접근권을 얻을 수 있도록 조건을 양성하여야만 한다. 궁핍한 사람들은 이것이 행해져야 한다고 요구할 상응하는 권리를 가진다."고 설시하였다.[174] 위 재판소는 그 나라의 지배적인 조건 하에서 "국가가 이러한 의무를 충족하는 것은 극도로 어려운 작업"이라는 것을 인식하고 있었으나, 그러나 이는 "국가가 가용자원을 넘어서거나 또는 즉시 이러한 권리들을 실현해야 할 의무가 있는 것은 아니라고 명시적으로 규정한" 헌법에 의하여 인정되고 있는 측면이었다.[175] 그럼에도 불구하고 위 재판소는 "이러한 모든 조건들에도 불구하고, 이것은 권리이고, 헌법은 국가가 그것을 실행하도록 의무 지운다. 이것은 법원이 강제할 수 있고, 그리고 적정한 상황에서는 강제해야만 하는 의무이다."라고 강조하였다.[176]

위 재판소는 헌법 제26조가 피상고인들에게 "필요한 즉시 대피처 또는 주거를

170) Ibid., para. 86.
171) Ibid., para. 87.
172) Ibid., para. 88.
173) Ibid.
174) Ibid., para. 93.
175) Ibid., para. 94.
176) Ibid., loc. cit.

청구할" 권리를 부여하지는 않지만, 국가로 하여금 "당해 조항에 의한 의무를 충족하도록 설계된 일관되고, 조율된 프로그램을 고안하고 실행할" 의무를 부과한다고 판단하였다. 그러나 당해 청구가 접수된 때에 케이프 메트로에서 실행 중이던 프로그램은 "그것이 주거에 대한 접근권이 절실하게 요구되었던 사람들에게 어떠한 형태의 구제수단이라도 제공하는데 실패하고 있다는 점에서 헌법 제26조(2)에 의하여 국가에 부여된 의무에 미치지 못하였다."[177]

이러한 이유들로 인하여, 위 재판소는 국가가 그에 따라 "헌법 제26조(2)에 의하여 부과된 의무를 충족시키기 위하여 행위할 것"이 요청되는, "선언적 명령(declaratory order)을 발령하는 것이 필요하고 적절하다"고 보았다.[178]

사회권규약위원회, 유럽인권재판소와 적당한 주택공급에 대한 권리에 관한 남아프리카 공화국 헌법재판소의 앞서 본 결정은 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 이행할 국가의 일반적인 법적 의무의 몇 가지 중요한 측면을 확인한다. 즉,

- *시민적, 정치적 권리의 효과적인 이행의 측면에서도 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 실효적인 이행을 고려하는 것이 불가피하다.*
- *경제적, 사회적 및 문화적 권리 또는 이러한 권리들의 적어도 몇 가지 측면은 재판회부가 가능하고, 결과적으로 사법심사를 받을 수 있다.*
- *법률용어는 효력을 갖도록 의도되었고, 그리하여 결과적으로,*
- *"점진적으로" 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 "조치를 취할 것"과 같은 용어는 행위, 결과 및 효력의 측면에서 정부에 대하여 즉각적이고 적극적인 의무를 부과한다.*
- *"모든 적절한 수단"에 대한 언급은 어떤 주어진 사안에 있어서도 해당 국가의 법적 의무와 이용 가능한 수단 사이에 공정한 균형을 맞추는 것을 가능하게 하는 내재적 융통성이 있음을 암시한다.*

8. 사례연구 Ⅱ: 건강에 대한 권리

이 장에서 더 자세하게 고찰되어야 할 두 번째 권리는 건강에 대한 권리이다. 이 분석은 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 국제규약의 제12조에 기초한 것이며, 캐나다와 인도의 대법원이 건강에 대한 권리를 어떻게 취급했는지를 보여줄 것이다. 남아프리카 공화국의 헌법과는 달리 캐나다와 인도의 헌법은 건강에 대한 권리를

177) Ibid., para. 95.
178) Ibid., para. 96.

규정하고 있지 않다.

8.1 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 국제 규약: 제12조

건강에 대한 권리는 위 규약의 제12조에 다음과 같이 규정되어 있다.

> 1. 이 규약의 당사국은 모든 사람이 도달 가능한 최고 수준의 신체적, 정신적 건강을 향유할 권리를 가지는 것을 인정한다.
> 2. 이 규약의 당사국이 위 권리의 완전한 실현을 달성하기 위하여 취할 조치에는 다음 사항을 위하여 필요한 조치가 포함된다.
> (a) 사산율과 유아 사망률을 낮추고 어린이의 건강한 발육
> (b) 환경과 산업 위생의 모든 부분에 대한 개선
> (c) 전염병, 풍토병, 직업병 및 기타 질병에 대한 예방, 치료 그리고 통제
> (d) 질병 발생 시 모든 사람에게 의료와 간호를 확보할 여건의 조성

사회권규약위원회는 건강에 대한 권리를 몇 개의 일반논평에서 다루고 있는데, 이 절에서는 상대적으로 넓게 다룰 예정이다. 좀 더 자세하게 알아보고 싶은 독자들은 일반논평 제5, 6, 14호를 참조할 수 있다.[179]

위 규약 제12조에 의해 보장되는 권리는 "최고 수준의 신체적, 정신적 건강"을 누릴 권리이다. 위 위원회는 일반논평 제14호에서 제12조의 표준적 내용과 당사국의 법적인 의무를 넓게 다루고 있다.

건강에 대한 권리는 아래와 같은 수많은 다른 국제 규약들에도 포함되어 있다.

- ❖ 세계인권선언 제25조(1)
- ❖ 인종차별철폐협약 제5조(e)(iv)
- ❖ 여성차별철폐협약 제11조(1)(f)
- ❖ 아동권리협약 제24조
- ❖ 아프리카헌장 제16조
- ❖ 경제적, 사회적 및 문화적 권리 영역에 관한 미주인권협약 추가의정서 제10조
- ❖ 개정 유럽사회헌장 제11조

사회권규약위원회는 출발점으로서 "건강은 다른 인권의 행사를 보장하기 위한

179) 예를 들어, United Nations Compilation of General Comments by Human Rights Treaty Bodies, pp. 28, 38 and 90 각 참조

기본적인 권리"이며, "모든 인간은 존엄 있는 삶을 살기 위해 도달 가능한 최고 수준의 건강을 누릴 수 있어야 한다"고 강조하였다.[180] 특히,

> "건강에 대한 권리는 국제인권규약에 포함되어 있는 권리장전들 중 의식주, 근로, 교육, 인간의 존엄성, 생명, 비차별, 평등, 고문받지 아니할 권리, 사생활, 정보에 대한 접근 및 집회 · 결사 · 이전의 자유 등과 같은 다른 인권과 밀접하게 관계되어 있고, 상호 의존적이다. 이 권리들과 다른 권리들은 건강에 대한 권리에 필수적인 요소를 이룬다."[181]

위원회의 관점에서 "도달 가능한 최고 수준의 신체적, 정신적 건강"은 의료적인 조치에 한정되는 것이 아니라 "사람이 건강한 삶을 영위할 수 있도록 여건을 조성하는 넓은 범위의 사회-경제적 요소, 음식과 영양, 주거, 안전한 마실 물, 적절한 위생, 안전하고 건강한 직업환경 및 건강한 자연환경과 같은 건강의 결정요소를 포함한다."[182]

또한, 위원회에 따르면 건강에 대한 권리는 법적으로 시행 가능한 몇몇 요소들을 포함하고 있다. "예를 들면, 의료시설, 용품, 서비스의 사용에 대한 차별금지의 원칙은 많은 국가에서 법적으로 시행될 수 있다."[183]

8.1.1 규약 제12조(1)의 표준적인 내용

먼저, 규약 제12조(1)에 규정된 건강에 대한 권리는 "*건강하기 위한* 권리로 해석되어서는 안 된다." 둘째로, 건강에 대한 권리는 자유와 자격(entitlements) 둘 모두를 포함하는 권리이다.[184] 그 중 ***자유***에는, 성적(sexual) 및 생식적인(reproductive) 자유, 고문과 합의에 의하지 않은 의학적 치료 및 의학적 실험으로부터의 자유 등을 포함하는 간섭으로부터 자유로울 권리를 포함한, 자신의 건강과 신체에 대해 통제할 자유를 포함한다. 이와 비교하여 ***자격***은 사람들에게 도달 가능한 최고 수준의 건강을 향유할 기회의 평등을 제공하는 건강 보호 시스템에 대한 권리를 포함한다.[185]

또한, "도달 가능한 최고 수준의 건강이라는 개념"은 … 개인의 생물학적 및 사회-경제적 전제조건과 국가의 가용가능한 자원 모두를 고려한다. 다양한 이유로 국가가 건강한 삶을 보장할 수 없기 때문에, 건강에 대한 권리는 ***도달 가능한 최고 수준의***

180) Ibid., General Comment No. 14, p. 90, para. 1.

181) Ibid., p. 90, para. 3.

182) Ibid., pp. 90-91, para. 4. 상세는 p. 92, para. 11. 참조.

183) Ibid. p. 90, para. 1, p. 106.의 각주를 포함하여 참조.

184) Ibid., p. 91, para. 8.

185) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

건강을 성취하기 위한 여러 가지 시설, 용품, 서비스와 여건들을 누릴 수 있는 권리로 이해되어야 한다.[186]

[**추록**: 사회권규약위원회는 2002년 일반논평 제15호에서 물에 관한 권리는 "도달 가능한 최고 수준의 건강을 누릴 권리와 불가분의 관계에 있다"고 기술하였다(HRI/GEN/1Rev.8, p. 105-122, para. 3]

더 자세하게 보면, 다양한 형태와 다양한 수준에서 건강에 대한 권리는 특정 당사국에서의 제반요소에 의존하는 다음과 같은 상호 관련적이고, 필수적인 요소들과 그 세밀한 적용을 포함한다는 것을 의미한다.

- ***이용가능성***: 프로그램들뿐만 아니라, 공공의료와 의료시설, 용품 및 서비스는, 당사국 내에서 충분히 이용가능해야 한다.
- ***접근성***: 의료시설, 용품 및 서비스는 당사국의 관할 내에 있는 모든 사람들에게 접근이 가능해야 한다. 접근성의 네 가지 측면은 ***비차별의 원칙, 신체적 접근성, 경제적 접근성***, 그리고 건강에 대한 정보와 의견을 찾고 주고받은 권리를 포함하는 ***정보 접근성***이다.
- ***수용가능성***: 모든 의료시설, 용품 및 서비스는 의학윤리를 존중하고 문화적으로 적절해야 한다.
- ***질적 수준***: 의료시설, 용품 및 서비스는 문화적으로 받아들여질 뿐만 아니라 과학적이고, 의학적으로 적절하며 좋은 질적 수준을 유지해야 한다.[187]

8.1.2 규약 제12조(2)의 의미

규약 제12조(1)이 건강에 대한 권리의 정의를 내려주는 반면, 제12조(2)는 국가의 의무에 관하여 순차적으로 설명적, 예시적으로 열거하고 있다.[188] 이 의무는 다음과 같이 요약된다.

- ***사산율와 유아사망률의 감소 및 어린이의 건강한 발육을 위한 조항 – 제12조(2)(a)***: 위원회에 따르면 이것은, "가족계획, 출생 전후 및 조산 치료, 정보에 관한 조

186) Ibid., p. 91, para. 9. 강조는 추가됨.
187) Ibid., pp. 92-93, para. 12. 강조는 추가됨. 각주는 생략됨.
188) Ibid., p. 91, para. 7.

치를 위한 필요한 지원 등 정보에 관한 접근 등을 포함한 아동과 모성 건강, 성적 및 생식적 건강에 대한 서비스를 증진하기 위한 조치를 요구하는 것으로 이해되어야 한다." 이 조항의 이해를 위해서는 아동권리협약의 내용에 대한 고려가 필요하다.[189]

- ***환경적 및 산업적 위생 모든 부분의 개선 – 제12조(2)(b)***: 이 의무는 특히, "직업적 사고와 질병에 대한 예방적 조치, 안전하고 마실 수 있는 물과 기본적인 위생의 확보를 위한 요구, 그리고 유해 물질에 대한 노출의 감소"를 포함한다. "산업 위생"은 가능한 범위 안에서 직업 환경에 내재된 건강위험요소를 최소화하는 것이다. 이 조항은 특히, 적당한 주거 및 안전하고 위생적인 직업 환경을 포함한다.[190]
- ***전염병, 풍토병, 직업병 및 기타 질병에 대한 예방, 치료 및 통제 – 제12조(2)(c)***: 이 조항은 "HIV와 에이즈 같은 성관계를 통하여 전염되는 질병이나 성적 및 생식적인 건강에 악영향을 주는 질병에 대한 예방이나 교육 프로그램의 설립, 건강의 사회적인 요소인 환경적 안전, 교육, 경제 발전과 성 평등의 장려를 필요로 한다. 치료에 대한 권리는 사고나 전염병이나 그에 유사한 건강위험요소가 발생한 경우의 응급의료 시스템의 조성, 재난구조에 관한 조항, 긴급 상황에서의 인도주의적인 지원을 포함한다. 질병에 대한 통제는 특히, 관련된 기술을 이용하려는 각 나라의 개별적 또는 상호협력적인 노력을 의미하고 … 면역 프로그램이나 전염병 통제를 위한 다른 전략들의 시행과 강화를 의미한다."[191]
- ***질병 발생 시 모든 사람에게 의료와 간호를 확보할 여건의 조성 – 제12조(2)(d)***: 이 조항은 신체적 및 정신적 건강이 모두 관련되며, "기본적인 예방, 치료 및 재활과 건강교육, 주기적 검사 프로그램, 주요한 질병, 상해, 장애에 대한 지역 공동체 차원에서의 적절한 치료, 필요한 약품의 처방, 그리고 정신적인 질병에 대한 치료와 간호의 공평하고, 신속한 제공을 의미한다." 이 의무의 더욱 중요한 점은 의료분야조직이나 보험시스템과 같은 의료서비스 분야에서의 대중적 참여의 발전에 있다.[192]

규약 제12조를 이행함에 있어 당사국은 자연히 ***일반적인 차별이나 성별에 따른 차별을 하지 않아야 할 법적 의무***를 고려해야만 한다[제2조(2)과 제3조].193) 여성에

189) Ibid., p. 93, para. 14, and pp. 95–96, para. 22. 각주는 생략됨.
190) Ibid., pp. 93–94, para. 15.
191) Ibid., p. 94, para. 16. 강조는 추가됨.
192) Ibid., p. 94, para. 17.
193) Ibid., pp. 94–95, paras. 18–19.

대한 건강 분야에서의 차별을 없애기 위해서 특히, 여성들의 건강을 평생 동안 보장하는 전 국가적인 계획을 수립하고 실현하여야 한다. 그와 같은 계획은 성적 및 생식적 서비스를 포함하는 고품질의 적절한 건강보호에 대한 충분한 접근을 보장하기 위한 정책뿐만 아니라 여성들에게 만연한 질병의 치료와 예방에 대한 활동을 포함해야 한다.[194]

나아가 ***장애인과 노인***은 규약 제12조(1)에 따라 건강에 대한 권리를 가지고, 그들이 살고 있는 사회의 구성원들과 같은 수준의 보건의료를 받을 권리가 있다. 게다가 신체적 및 정신적인 건강에 대한 권리는, 예를 들어 "장애인들이 자활할 수 있고, 악화를 방지하며, 그들의 사회적 통합을 지원하는 의학적 및 사회적인 서비스(정형외과적 수단을 포함한다)에 접근할 권리와 그것을 이용할 권리"를 포함한다.[195] 노인의 경우에는 그들의 필요에 따른 정기적인 검사들을 통한 예방이 노인의 활동 능력을 유지하기 위한 재활에 "결정적인 역할을 하고," "의료적 조치와 사회적 서비스에서 비용의 감소라는 결과"를 가져온다.[196] ***원주민들*** 또한 규약 제12조에 따라 그들의 "의료서비스와 보호에의 접근을 개선할 특별한 수단에 대한 권리를 갖는다. 이들 건강서비스는 문화적으로 적절해야 하며, 전통적인 예방의학, 치료방식, 약품 등을 고려해야 한다."[197]

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약이 보장한 건강에 대한 권리는 인간이 도달 가능한 최고 수준의 건강을 성취하기 위한 의학적 시설, 용품, 서비스 및 여건을 누릴 권리를 의미한다. 이 권리는 자신의 건강과 신체에 대한 자유로운 지배, 차별 없는 건강보호시스템에의 접근권을 포함한다.

의료시설은 ***이용가능하고, 접근가능하며, 수용가능하며, 좋은 질적 수준****이어야 한다.*

장애인, 여성, 노인과 원주민 등 취약계층은 그들의 필요에 맞는 특별한 수단을 가져야 한다.

8.1.3 국가의 의무

사회권규약위원회는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에 의한 당사국의 법적 의무를 다음과 같은 네 가지 범주로 나눈다. 일반적(general), 세부적

194) Ibid., p. 95, para. 21.

195) Ibid., p. 96, para. 26, read in conjunction with General Comment No. 5, p. 35, para. 34.

196) Ibid., General Comment No. 14, p. 96, para. 25, read in conjunction with General Comment No. 6, p. 45, para. 35.

197) Ibid., General Comment No. 14, pp. 96–97, para. 27.

(specific), 국제적(international), 핵심적(core) 의무가 이것이다. 앞의 세 가지 의무의 주된 요소들은 이하에서 요약할 것이지만, 핵심적 의무는 따로 다루어질 것이다.

❖ ***일반적 법적 의무***: 규약은 점진적인 실현을 요구하고, 한정된 자원에 의한 제약을 자각하고 있지만, 당사국에게 몇몇 의무들은 ***즉각적인 시행***을 요구하고 있다. 따라서 규약 제12조에서 보장받고 있는 건강에 대한 권리는 어떠한 차별도 없이 행사되어야 하고[제2조(2)], 그의 완전한 실현을 위해서 충분한 조치가 취해져야 한다[제2조(1)]. "이러한 조치들은 건강에 대한 권리의 ***완전한 실현을 위해 신중하고, 구체적이며, 목표 지향적***이어야 한다. … 점진적인 실현은 당사국이 제12조의 완전한 실현을 위해 신***속하고, 가능한 효과적으로 행동할 구체적이고, 지속적인 의무***를 지고 있는 것을 의미한다. 원칙적으로 허용되지 아니하는 의도적인 퇴보적 조치는 규약이나 당사국의 '가용 가능한 최대한 자원'에 의해 정당화되는 권리일 때에만 적절하게 정당화될 수 있다.[198]

마지막으로 당사국은 존중, 보호, 그리고 이행의 의무가 있다. … 존중의 의무는 국가가 건강에 대한 권리의 향유에 직접적 또는 간접적으로 간섭하지 않는 것을 의미한다. 보호의 의무는 제3자가 규약에서 명시된 권리에 간섭하는 것을 막는 것을 의미한다. 이행의 의무는 건강에 대한 권리의 완전한 실현을 위해서 법적, 행정적, 재정적 및 사법적, 증진적 및 기타 조치를 취하도록 하게 한다.[199]

❖ ***세부적 법적 의무***: 건강에 대한 권리의 존중, 보호 및 이행의 의무는 일반논평 제14호에 자세하게 다루어져 있다. 건강에 대한 권리의 ***존중***의 의무란, 예를 들어 국가들이 "수감자, 소수자, 미성년자, 망명자, 불법이민자들을 포함한 모든 사람들에게 예방적이고, 치료 또는 치유적인 의료서비스를 공평하게 누릴 수 있도록 보장"하는 것이고, 차별적인 국가정책을 자제하는 것이며, 여성의 건강상태에 대한 요구와 관련하여 차별적 정책을 포기하는 것이다. 국가들은 나아가 "정신적 질병의 치료나 전염병의 통제와 같은 예외적 경우가 아니라면 위험한 약품판매나 강제적인 치료"를 삼가야 한다. 또한, "성적인 또는 생식적 건강을 유지하기 위한 피임이나 다른 수단을 보장"해야 하고, "불법적인 산업폐기물에 의한 공기, 수질 및 토양 오염을 금지"시켜야 한다. 그리고 핵, 생물학적, 화학적 무기는 실험되거나 사용되어서는 아니 된다.[200]

보호의 의무는 "제3자에 의해서 제공된 의료서비스들이 평등하게 적용되게 하기

198) Ibid., pp. 97–98, paras. 30–32. 강조는 추가됨.

199) Ibid., p. 98, para. 33.

200) Ibid., p. 98, para. 34.

위해서, 의료 분야의 민영화가 의료시설의 ***이용가능성, 접근성, 수용가능성***과 ***질적 수준***을 해치지 않도록 하고, 제3자에 의해서 유통되는 의료 기계와 약품을 통제하며, 의료 분야의 종사자들이 충분한 교육과 실력, 도덕을 갖추도록 하기 위하여 입법 등 다양한 수단을 당사국이 취하여야 할 의무를 포함한다. 국가들은 출산전후의 치료나 가족계획을 유해한 사회적 및 문화적인 관습이 막지 않도록 해야 하고, 제3자들이 여성들에게 성기훼손 같은 전통적 관행을 강요하지 못하도록 해야 하고, 또한, 특히 폭력의 성에 근거한 표현이라는 관점에서 여성, 아동, 청소년, 그리고 노인과 같은 사회의 취약계층을 보호할 수단을 마련하는 것을 포함한다."[201]

이행의 의무는 당사국이 건강에 대한 권리를 "정치적 또는 법적으로 중요하게 인식하고, 바람직하게는 입법적 조치를 통해, 건강에 대한 권리를 실현할 구체적 계획을 가진 국가 건강 정책을 채택하기를 요구한다. 국가들은 주요 전염병에 대한 예방을 포함하는 건강보호계획을 확립하고, 건강한 음식, 마실 수 있는 물, 기본적인 위생, 적당한 주거환경 같은 건강의 주요 요소들에 대한 공평한 접근을 보장해야 한다." 또한, "이것은 모든 사람이 이용 가능한 국영, 민영 또는 혼용의 의료 보험 시스템의 보장에 대한 의무를 포함한다." 마지막으로 ***이행***의 의무는 또한 건강에 대한 권리를 ***촉진하고, 제공하며, 증진***할 의무를 포함한다.[202]

❖ ***국제적 의무***: 당사국은 특히 경제적 또는 기술적으로 개별적 또는 국제 지원이나 협력에 의해 건강에 대한 권리와 같은 규약이 인정하는 권리들의 충실한 실현을 위해 노력할 의무가 있다. 유엔 헌장 제56조의 정신에서, 규약 제12조, 제2조(1), (2), 제23조와 주요 건강보호에 관한 알마아타 선언(Alma-Ata Declaration on Primary Health Care)은 "당사국은 국제협력의 핵심을 인식하고, 건강에 대한 권리의 실현을 달성하기 위한 상호적 또는 독립적인 노력을 위한 다짐에 부응해야 한다." 당사국은 만약 국제법에 따라 할 수만 있다면, "다른 나라에서의 건강에 대한 권리의 향유를 존중해야 하고, 제3자들이 다른 나라에서 그 권리를 침해하지 않도록 해야 한다." 국가들은 유엔 헌장과 총회나 세계건강총회(World Health Assembly)가 채택한 결의에 기초해서 "난민이나 이재민들에 대한 지원을 포함하여 질병에서 벗어나고 긴급한 경우 인도적 지원을 제공하는데 협력"할 "개별적 또는 협력적 의무"가 있다. 마지막으로 당사국은 언제나 다른 나라에 적절한 약품과 의료기구를 제공하는 것을 금지하는 것을 내용으로 하는 통상금지를 부과하는 것

201) Ibid., pp. 98-99, para. 35. 강조는 추가됨.

202) Ibid., p. 99, paras. 36-37. p. 98, para. 98.도 참조

을 삼가야 한다.[203]

8.1.4 핵심 의무

건강에 대한 권리와 관련된 핵심 의무는 이 권리의 가장 필수적인 최소한의 수준을 만족시키려는 의도를 가지고 있다. 이 의무는 이탈이 불가능하다고 생각되기 때문에 국가는 항상 이 의무에 따라야 한다.[204] 이 핵심적 의무는 인구와 개발에 관한 국제회의의 실행프로그램(Programme of Action of the International Conference on Population and Development)과 알마아타 선언과 결합하여 읽어지는 규약 제12조에 기초하여 위원회에 의해서 규정되었다. 여기에는 다음과 같은 의무들이 포함된다.

- "의료시설, 용품 및 서비스에 대하여 특히 취약하거나 한계에 처한 집단이 차별 없이 접근할 수 있도록 하는 것"
- "기아로부터의 해방을 위해, 영양적으로 적절하고 안전한 최소한의 음식의 공급을 보장하는 것"
- "기본적 주거(shelter and housing)와 공공위생, 안전하고 마실 수 있는 식수의 공급 보장"
- "WHO Action Programme에서 필수 약품으로 지정된 약품의 공급"
- "의료시설, 용품 및 서비스의 공평한 배분 보장"
- "역학적인 증거에 기초하여, 모든 사람들의 건강과 관련된 국가적 차원의 공중보건 전략과 행동계획을 채택하고 실행하는 것, 그 전략과 행동계획은 참여적이고 투명한 절차에 기초하여 마련되고 주기적으로 재검토되어야 한다. 그에는 개선 여부가 면밀하게 점검되는 건강지표와 표준에 대한 권리와 같은 수단을 포함해야 한다. 전략과 행동계획이 고안되는 절차는 그 내용과 마찬가지로 취약하거나 한계에 처한 집단에 특별한 주의를 기울여야 한다."[205]

위원회는 "다음의 의무는 비교적 우선권을 갖는다."고 확인하였다.

- "생식적, 모성적(출산 후 뿐만 아니라 출산 전 포함), 그리고 아동 건강보호의 보장"

203) Ibid., pp. 99–100, paras. 38–41.
204) Ibid., p. 101, para. 43, and p. 102, para. 47.
205) Ibid., p. 101, para. 43.

- "그 공동체에서 발생하는 주요한 전염병의 방지를 위한 예방책 제공"
- "전염병과 풍토병에 대한 예방, 치료 및 통제 수단의 보장"
- "예방이나 통제 수단을 포함하는 그 공동체에서의 주된 건강문제에 관련된 정보에 대한 교육과 접근을 제공"
- "건강과 인권에 대한 교육을 포함하는 의료인에 대한 적절한 훈련의 제공"[206]

이들 11개의 건강에 대한 권리 관련 핵심적 의무들은 당사국에 조약의 실행과 관련된 그들의 국내적 의무에 대해 유용한 지침을 준다. 특히, 주거에 대한 권리는 건강에 대한 권리를 효과적으로 보장하기 위한 선제적인 것으로 언급되고 있음을 주목해야 한다. 개인의 건강을 위해 적당한 주거에 대한 접근의 본질적인 중요성은 WHO에 의해서도 강조되고 있다.

8.1.5. 규약 제12조의 위반

다음은 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 하에서 건강에 대한 권리와 관련하여 법적인 의무의 위반에까지 이른 당사국 행동의 일부 예이다.

- "가용 가능한 자원을 최대한으로 활용해 건강에 대한 권리를 실현하지 않은 나라." 만약에 어떤 국가가 자원부족의 문제를 갖고 있다면, "위에 언급된 의무들을 만족시키기 위해 우선적으로 최대한 자원을 활용하기 위한 모든 노력을 기울여야 한다."
- 어떤 상황에서도 지켜져야 할 위에서 언급된 11개의 핵심의무를 위반하는 행동
- "제12조에서 설정된 기준을 위반하는 … 신체에 대한 상해, 불필요한 이환율(morbidity. 罹患率)과 예방 가능한 질병을 초래할 가능성이 있는 국가의 조치, 정책 및 법률. 법률적, 사실적 차별, 즉 건강보호와 치료에 중요한 정보의 부정확한 제공이나 의도적인 보류의 결과에 의하여 특정 개인이나 집단의 의료시설, 용품 그리고 서비스에 대한 접근을 거절하는 것이 그 예이다"(***존중 의무의 위반***).
- "국가가 관할 내의 개인이 제3자에 의해 건강에 대한 권리를 침해당하는 것을 막기 위해 필요한 수단을 취하지" 못하여 발생한 실패." "이것은 개인, 집단이나 회사가 타인의 건강에 대한 권리를 침해하는 것을 예방하지 못한 것과 같이 제3자를 규제하지 못한 것, 예컨대, 고용주나 음식 및 약품의 생산자들에 의해 행해진 건강에 악영향을 미치는 행동으로부터 소비자나 노동자를 보호하지 못하는 것, 폭력으로부

206) Ibid., pp. 101–102, para. 44.

터 여성을 지키지 못하거나 위반자들을 기소하지 못하는 것을 포함한다"(***보호 의무의 위반***).

❖ "건강에 대한 권리의 실현을 위해 필요한 모든 조치를 다하지 못한 국가의 실패. "여기에는 건강에 대한 권리를 모두에게 보장하는 전국적인 의료 정책의 부재, 공공재의 부적절한 쓰임이나 분배의 오류로 특히, 취약계층에 속하는 개인이나 집단이 건강에 대한 권리를 누리지 못하는 것, 그리고 건강에 대한 권리의 전국적인 차원에서의 실현을 감독하지 못하는 것 등을 포함한다"(***이행 의무의 위반***).[207]

8.1.6 국가적인 시행

위원회는 "건강에 대한 권리를 가장 적절하고 유용하게 실현할 수단은 국가별로 다양할 수밖에 없음"을 인정하고 있다. 각 국가는 각각의 상황에 가장 적절한 수단을 선택할 수 있는 재량을 가지고 있다. 하지만 규약은 각 국가에 모든 사람이 건강에 대한 시설, 용품 및 서비스에 접근해서 가능한 한, 그들이 도달 가능한 최고 수준의 신체적, 정신적 건강을 향유할 수 있도록 보장하는데 필요한 조치를 취할 의무를 분명하게 부과하고 있다.[208] 이러한 목적을 위해 각 국가는 건강에 대한 권리지표와 평가기준과 함께 국가적 전략과 정책을 수립해야 한다. 국가적 건강정책과 계획은 "특히, 차별금지와 국민 참여의 원칙을 존중하고, 책임성, 투명성 및 사법의 독립성의 원칙에 기초하여야 한다."[209] 마지막으로, "각 국가들은 건강에 대한 권리의 국가적 전략을 실현할 기본법(framework law)의 채택을 고려하여야 한다." 그 법은 전략과 그 실현계획의 실행을 감독할 메커니즘을 만들어야 한다.[210]

구제방법과 책임과 관련하여, 위원회는 "건강에 대한 권리를 침해당한 어느 개인이나 집단도 국가적 및 국제적 차원에서 효과적인 사법적 또는 적절한 구제방법이 제공되어야 한다. 그러한 침해를 받은 모든 피해자들은 손해배상, 보상, 원상회복 또는 재발 방지 등 적절한 회복조치(reparation)가 제공되어져야 한다."[211]고 언급하였다. 이러한 점에서 위원회는 당사국을 그들의 국내적 법적 질서 내에서 건강에 대한 권리를 인정하는 국제적 기구들과 협력하도록 촉구하는데, 왜냐하면, 그러한 협력이

207) Ibid., pp. 102–103, paras. 46–52.
208) Ibid., pp. 103–104, para. 53.
209) Ibid., p. 104, paras. 54–55.
210) Ibid., p. 104, para. 56.
211) Ibid., p. 105, para. 59.

"구제 수단의 범위와 효율성을 크게 높일 수 있기" 때문이다. "국제적 협조는 법원으로 하여금 규약을 직접적인 근거로 하여, 건강에 대한 권리나, 적어도 그 핵심적 의무에 대한 침해 또는 위반에 관하여 판결을 내릴 수 있도록 한다."[212] 위원회는 나아가 "법관과 법조계 구성원들은 당사국에 의해 그들의 업무 중에서 건강에 대한 권리의 침해에 더 많은 주의를 기울이도록 독려되어야 한다."고 언급하였다.[213]

당사국은 건강에 대한 권리의 완전한 실현을 위한 신중하고, 구체적이며, 목표지향적인 조치를 취할 법적 의무를 갖는다. 어떤 의무는 점진적으로 실현될 수 있고, 어떤 의무는 즉시 실행되어야 한다.

당사국은 그들의 법적 약속을 존중하고, 보호하고 실현시켜야 한다. 실현의 의무는 당사국이 건강에 대한 권리를 촉진하고, 제공하며, 증진해야 할 의무를 갖는다는 것을 의미한다.

국제협약의 당사국은 최소한 항상 준수해야 할 11개의 핵심의무를 갖는다.

건강에 대한 권리를 침해받았다고 주장하는 사람들은, 국가적인 차원에서 실효적인 사법절차나 다른 적정한 구제수단 및 적절한 보상에 대한 권리에 접근할 수 있어야 한다.

법관이나 법조계 종사자들은 일반적으로 그들의 책임을 수행함에 있어 건강에 대한 권리의 침해에 대해 더 많은 주의를 기울이도록 고무되어야 한다.

비록 아래의 국내 판례에서 선택된 두 개의 사례는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 대한 국제규약에 관한 해석을 포함하고 있지는 않지만, 두 사례 모두에서 법관들이 이미 존재하는 국내의 헌법적 인권 조항을 폭넓게 해석하는 방법을 발견하고, 그에 따라 평등권(캐나다)과 생명권(인도)의 폭넓은 의미 안에서 건강에 대한 권리를 도입하기 위한 방안을 모색하고 있다.

8.2 관련 국내 사례 I : 캐나다의 사례

캐나다 대법원의 1997년 *Eldridge v. British Columbia* 사건은 ***신체적 장애를 가진 개인을 위한 의료서비스의 제공에 관한 평등권***에 관련된 것이다.[214] 이 판결에 내포된 분석은 상당히 흥미로운 것이어서 어느 정도 깊이 있는 검토를 요한다. 이 판결

212) Ibid., p. 105, para. 60.

213) Ibid., p. 105, para. 61.

214) (1997) 3 S.C.R. Eldridge v. British Columbia (Attorney General) 624. 사용된 판결의 텍스트는 http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_0624.html에 게재된 것이다.

은 대법관의 만장일치 의견을 대표하여 La Forest 판사가 작성하였다.

사실관계[215] : 상고인들은 선천적으로 청각장애인이었고, 그들이 선호하는 의사소통수단은 수화(手話)였다. 그래서 그들은 수화통역인의 부재가 의사나 다른 의료서비스 제공자와의 의사소통능력에 장애를 초래하여, 비효율적인 치료와 오진(誤診)의 위험성을 높인다고 주장하였다. British Columbia에서 의료서비스는 두 가지 주된 메커니즘에 의해 제공되는데, 공공의 필요에 의한 의료서비스를 제공하는 병원에 대하여 상환하여 주는 것을 내용으로 하는 병원보험법(the Hospital Insurance Act), R.S.B.C. 1979, c. 180(후에 1996, c. 204 R.S.B.C.로 재명명된 것)과 보건의료서비스법(the Medical and Health Care Service Act), S.B.C. 1992, c.76(후에 의료보험보호법 the Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c.286으로 재명명된)이 그것이다. 이 중 어떤 프로그램도 청각장애인을 위한 수화통역인 비용을 지불하지 않았다. 한 의사는 법정에서, 통역인 없는 의사소통은 "불안하고, 좌절스러운 것"이었다고 증언하였고, 또 다른 의사는 "특히 출산의 경우에 환자의 분만을 돕고, 뒤이어 합병증의 위험을 줄이기 위해 적절한 의사소통이 대단히 중요하다"고 강조하였다.[216]

상고인은 British Columbia 대법원에, 특히 "의료 서비스 플랜(Medical Service Plan)에서 보장되는 혜택으로서 수화통역인을 제공하지 않는 것"이 캐나다 자유와 권리 헌장(the Canadian Charter of Rights and Freedoms) 제15(1)항을 위반한 것임을 선언하기를 구하였다.[217] 위 헌장의 내용은 다음과 같다.

> "모든 개인은 법 앞에서 그리고 법 아래에서 평등하고, 특히 인종, 국적 또는 민족적 태생, 피부색, 종교, 성별, 나이 또는 정신적 · 신체적 장애에 근거한 차별 없이, 법의 동등한 혜택과 보호에 대한 권리를 가진다."

그 청구는 제1심 법원에서 기각되었고, British Columbia 항소법원의 다수의견은 "병원보험법은 헌장 제15(1)의 의미상의 '어떠한 법적 혜택'도 제공하고 있지 않기 때문에" 병원에서의 통역인 부재가 차별적인 것이 아니라고 판시하였다.[218]

캐나다 대법원에의 상고가 허락되었고, 거기서도 보건의료서비스법이나 병원보험법 어느 것도 헌법적으로는 의심스럽지 않다고 판단하였다. ***헌장 제15조(1)의 잠재***

215) Ibid. 판결에 언급된 사실에 기초한 요약이다. paras. 2-7.

216) Ibid., paras. 5 and 7.

217) Ibid., para. 11.

218) Ibid., para. 13.

적인 위반은 오히려 하부기관에 위임된 의사결정권한에서 나왔다. 다시 말해, 입법 자체는 "명확히 또는 필연적인 함축성에 의해" 병원(병원보험법)이나 의료서비스위원회(보건의료서비스법)로 하여금 수화통역인을 개별적으로 제공하는 것을 금지하거나, 그러한 통역이 '의학적으로 요구되는' 서비스이고, 그리하여 혜택"이라고 결정하도록 금지하고 있지는 않았다.[219]

위 대법원은 권리와 자유에 관한 헌장이 병원에 적용되지 않는다는 피상고인의 주장을 받아들이지 않았다. 위 대법원은 "'직접적이고 정확하게 정의되는 관련성'이 구체적 정부정책과 문제가 제기된 병원의 행위 사이에 존재한다"고 보았다. 문제된 차별, 즉 수화통역 제공의 불이행은 "입법에 의해 도입된 의료서비스 제공시스템과 밀접하게 연관되어 있다."[220] 이러한 서비스의 제공은 "정부정책의 표현"으로서, "(병원보험)법률 내에 제시된 구체적 의료서비스를 제공하는 데에 있어서 정부의 대리인 역할을 하는 병원들과 함께 이루어졌다. 의회는 그러한 목표를 수행하기 위한 병원들을 지정함으로써 차별 없는 서비스를 제공해야하는 헌장 제15조(1)에 의한 의무를 피할 수 없었다."[221] 보건의료서비스법 하에서 구성된 의료서비스위원회와 관련하여, 서비스가 법률에 따른 "혜택"인지, 따라서 무료로 제공되어야 하는 "의학적으로 요구되는" 서비스인지를 결정하는, 정부에 의해 위임된 권한을 행사함에 있어서 헌장에 합치해야 한다는 데에 다툼이 있지는 않았다.[222]

캐나다 대법원은 "헌장은 병원 및 의료서비스위원회가 수화통역사를 제공하지 아니하는 점에 대하여 적용된다"고 판시하면서도, 그러한 점이 헌장 제15조(1) 상의 평등권을 침해하는 것인지에 대해서는 결론을 내리지 않았다. 처음부터 대법원은 다른 헌장 상의 권리와 마찬가지로 제15조(1)은 "폭넓게, 목적적으로 해석되어야"한다고 강조하였다. 이는 권리장전을 포함하는 헌법을 해석하는 데에 있어서 개인들에게 기본적 권리와 자유를 최대한으로 보장하기 위하여 '도식화된 형식적 법률주의의 엄격성을 배제한 폭넓은 해석'이 적합한 것으로 여겨지기 때문이다.[223]

대법원은 나아가 헌장 제15조(1)이 두 가지의 개별적인, 그러나 연관된 목적을 가지고 있다고 언급했다. 첫째는, 우리의 사회적, 정치적, 법적 문화에 깊게 각인된 개인의 평등한 가치와 존엄성의 보호에 대한 약속을 표현하는 것이다. 둘째로, 우리 사

219) Ibid., para. 29 (regarding the Medical and Health Care Services Act) and para. 34 (regarding the Hospital Insurance Act).

220) Ibid., para. 51.

221) Ibid., loc. cit.

222) Ibid., para. 52.

223) Ibid., para. 53.

회에서 사회적, 정치적, 법적인 불이익으로 고통받는 특정 집단에 대한 차별을 방지하고, 개선하려는 바람을 설명하는 것이다.[224] 장애를 가진 개인의 특수한 상황과 관련하여 위 대법원은 다음과 같이 언급하였다.

> "56. 캐나다에서 장애인들이 그동안 광범위하게 배제되고 주변화 되어왔다는 것은 불행한 진실이다. 장애를 가진 사람들은 너무나 자주 노동력으로부터 배제되었고, 사회통합과 발전을 위한 기회에 접근하는 것을 거부당했으며, 부당한 고정관념에 시달렸고, 보호시설로 밀쳐져 왔다. … 이러한 역사적인 불이익은 상당 정도 장애가 비정상적인 것이거나 결함이 있는 것이라는 관념에 의하여 형성되고 유지되어 왔다. 결과적으로 장애인들은 일반적으로 헌장 제15조(1)이 요구하는 '평등한 관심, 존중, 배려'를 일반적으로 누려올 수 없었다. 대신 그들은 동정과 자선이라는 가부장적인 태도에 종속되어 있었고, 그들이 사회적 주류로 진입하는 것은 신체가 건장한 사람들의 기준을 따라잡는지 여부에 달려있었다. 이러한 태도의 결과로 장애인들은 계속적인 사회적 · 경제적 불이익에 마주해왔다. 통계에 따르면, 장애를 가진 사람은 그렇지 않은 사람에 비해, 교육을 덜 받고, 노동력에서 배제되기 쉬우며, 더 높은 실업률을 겪고, 고용되었을 때에도 급여 정도는 가장 낮은 수준에 속해있다."[225]

대법원은 청각장애인들은 이러한 일반적인 어려움으로부터 벗어나지 못했고, 그들이 겪는 불이익은 그렇지 않은 대중과의 의사소통에의 장벽에서 기인한다고 덧붙였다.[226]

상고인들이 헌장 제15조(1)과 합치되는 차별 없는 동등한 법적 혜택을 누려왔는지에 대한 의문에 관하여, 대법원은 그러한 주장은 차별의 '부작용' 중의 하나라고 지적했는데, 왜냐하면 British Columbia에서 의료보험제도는 청각장애가 있는 사람들과 그렇지 않은 사람들에게 모두 동등하게 적용되는 것이기 때문이고, 이는 청각장애인만을 따로 떼어 다른 취급을 함으로서 장애에 근거해 명백한 '구별'을 하는 것은 아니기 때문이라고 하였다.[227] 대법원은 "헌장 제15조(1)은 단지 형식적인 평등이 아니라 실질적인 수단을 보장하도록 의도되었기 때문에, 위 조항은 이러한 종류의 차별로부터 보호하는 것"이라는 입장을 지속적으로 판시하여 왔다고 덧붙였다.[228] 이러한 원칙의 귀결로서, 차별적 목적이나 의도는 제15조(1) 위반의 필수적 요건이 아니며, … 입법의 효과가 누군가에 대한 평등한 보호나 법적인 혜택을 거부하는 것이면 제15조(1)

224) Ibid., para. 54.
225) Ibid., para. 56.
226) Ibid., para. 57.
227) Ibid., para. 60.
228) Ibid., para. 61.

을 위반하였다고 보기에 충분하다고 보았다.[229]

Eldridge 사건에서, 청각장애인들이 겪는 '부작용'은 주류 대중이 직면하지 아니하는 부담의 부과에서 기인한 것이 아니라, 오히려 청각장애인이 모두에게 제공되는 서비스로부터 동등하게 혜택받지 못한 점에 기인하는 것이었다.[230] 그래서 대법원은, 수화통역이 별개의, 비의료적인 '부수적' 서비스이어서, 가청(可聽) 대중에게는 가능한 혜택을 청각장애인에게만 거부한 것이 아니라는 하급심의 견해를 거부하였다. 반대로, 대법원은 수화통역을 청각장애인으로 하여금 가청 대중과 같은 질의 의료서비스를 받을 수 있게 하는 수단으로 보았다.[231] 다시 말해 효과적인 의사소통을 위해 필요한 경우, 수화통역이 '보조적' 서비스로 간주되어서는 안 된다는 것이다.[232]

"정부는, 불이익을 받는 사회구성원들에게 혜택을 완전하게 이용할 수 있는 자원을 보장해주지 않더라도, 일반 대중에게는 그 혜택을 부여해야 한다"는 피상고인들의 주장에 대하여, 대법원은 "이러한 입장은 제15조(1)에 대한 빈약하고 저급한 관점에서 나타난 것이고, 보다 중요한 것은 우리 대법원이 견지한 평등에 대한 법리에 의해 그것은 허황된 것임이 드러났다"고 판시하였다.[233]

평등과 비차별의 개념에 대한 심도 있는 분석 과정에서, 대법원은 나아가 "불이익을 받는 집단이 일반대중에게 제공된 서비스와 동등하게 혜택을 받도록 보장하는 적극적인 조치를 취하는 데에 실패하면, 차별이 축적될 수 있다는 원칙은 인권 분야에서 널리 받아들여지고 있다"고 언급했다. 대법원에 의하여 강조되었다시피, "불이익을 받는 사회 구성원들이 일반 대중에게 제공되는 서비스로부터 동등하게 혜택받도록 보장하는 적극적인 조치를 취할 의무는 합리적 편의제공의 원칙(문맥상 '합리적 한계의 개념'에 상응한다)의 적용을 받는 것으로, 이는 인권법의 초석이다."[234]

따라서 대법원은, "의료서비스위원회와 병원이 효과적인 의사소통을 위하여 필요한 수화통역을 제공하지 못한 것은 청각장애인의 제15조(1)의 권리를 *명백하게 (prima facie)* 침해한다."고 결론 내렸다. 이는 그들에 대한 법의 동등한 혜택을 부인하고, 가청인들과 비교하여 그들을 차별하는 것이기 때문이다.[235] 하지만, 이 판결은 "수화통역이 모든 의료 상황에 제공되어야 함"을 의미하는 것은 아니다. '효과적인 의

229) Ibid., para. 62.
230) Ibid., para. 66.
231) Ibid., paras. 68 and 71.
232) Ibid., para. 71.
233) Ibid., paras. 72–73.
234) Ibid., paras. 78–79.
235) Ibid., para. 80.

사소통' 기준은 유연한 것으로, 전달되어야 하는 정보의 복잡성과 중요성, 소통이 이루어지는 맥락, 관련된 사람의 수와 같은 요소들이 고려되어야 할 것이다. … 그렇지만, 글을 읽고 쓰는 능력이 제한적인 청각장애인들에게는 대부분의 사안에서 수화통역이 요구될 것으로 추측하는 것이 아마도 공정할 것이다.[236]

마지막으로, 캐나다 자유와 권리 헌장 제1장 하에서 이러한 자명한 위반이 합리화될 수 있는지에 관하여 대법원은 부정적인 입장을 취하였는데, 이는 ***위 헌장에서 보장되는 자유와 권리는 법에 의하여 미리 정해진 바에 따라 자유로운 민주사회에서 명백히 정당화 될 수 있는 합리적 한계 하에서만 제한될 수 있기 때문이다***(강조는 추가됨). 이 점에 관한 La Forest 대법관의 요약은 인용할만한 가치가 있는데, 그의 논증의 요지는 의료서비스로부터 동등하게 혜택받지 못하는 우리 사회의 다른 집단에 대해서도 가치를 가지기 때문이다.

> "94. 요약해서, 수화통역에 재정적 지원을 하지 않는 것은 청각장애인의 신체적 장애에 근거한 차별 없는 법의 동등한 혜택에 관한 권리에 대한 헌장 제15(1) 상의 '최소한의 침해'(minimum impairment)가 아니라는 것이 나의 의견이다. 집단으로서의 청각장애인이 가청대중이 받는 것에 비하여 열악한 의료서비스를 받는다는 사실은 증거에 의해 명백하게 증명된다. 우리 사회 모든 사람의 삶의 질에서 좋은 건강이 차지하는 위치의 중요성을 감안하면, 청각장애인에 대한 표준 이하의 의료서비스 제공은 필연적으로 그들의 전체적 삶의 질을 떨어뜨리는 것이다. 정부는 이 좋지 못한 상태가 의료서비스 비용 제한 목표를 달성하기 위해 용인될 수밖에 없다는 점을 증명하지 못했다. 달리 말하자면, 정부는 상고인의 장애에 대하여 '합리적인 편의제공'을 하지 못했다. 이 법원의 인권 법리의 관점에서, 정부는 상고인들이 '부당한 곤경'에 이를 정도로 그들의 필요를 수용하지 못하였다."[237]

8.3. 관련 국내 사례 II: 인도의 사례

석면 산업에 종사하는 노동자에게 미치는 직업적인 건강 위해와 질병에 관한 *Consumer Education & Research Centre and Others v. Union of India and Others* 사건에서, 인도 대법원은 인도 헌법 제21조의 생명권에 대한 확장적인 해석을 하였다.[238] 대법원은 "제21조 하에서, 그리고 제39조(e), 제41조, 제43조, 제48조-A

236) Ibid., para. 82.

237) Ibid., para. 94.

238) (1995) 3 Supreme Court Cases 42.

및 관련조항, 그리고 노동자의 삶이 개인의 존엄성과 함께 의미 있고 목적지향적일 수 있도록 해야 한다는 기본적 인권의 관점에서, 노동자가 근무 중 또는 퇴직 후에 그의 건강, 체력을 보호받기 위하여 보건, 의료지원을 요구하는 것은 기본적인 권리"라고 결론지었다.[239]

사건의 세세한 부분까지 살펴보지 않아도 상고인이 "광산과 석면 산업에 종사하는 노동자들의 건강을 보호하기 위하여 소리 없는 살인자라 불리는 석면증의 진단 및 방지를 위한 적절한 조치"를 요구하였다는 점을 알 수 있다.[240] 대법원은 석면에의 노출이 가져오는 위해에 관한 장시간의 분석 끝에, 그러한 위해는 '불리한 의료, 법적, 사회적 요소의 비극적 결합'의 결과로 발생하고, 따라서 '고용자(employer) 또는 사용자는 그 피용자뿐만 아니라 그가 속한 지역 또는 사회를 위험에 빠뜨리지 않을 법적, 사회적 책임이 있다'는 점을 환기시켰다. 위 판결은 또한 다음과 같은 점을 언급하였다.

> "고용자 또는 사용자는 석면에 노출된 노동자 또는 그러한 사회 구성원 전반에 대한 책임으로부터 자유로울 수 없다. 그들에게는 노동자뿐만 아니라 그들의 생산물로부터 발생된 유해한 결과에 노출된 공중에 대하여 보호조치를 제공해야 할 법적, 도덕적, 사회적 책임이 있다. 그러한 의무의 이행을 강제하는 법률을 단순히 도입하는 것으로는 아무런 의미와 효율이 없으므로, 전문적, 산업적, 정부 차원에서의 지원 그리고 그러한 법률의 적용을 위한 법적, 도덕적 결단이 필요할 것이다."[241]

그리고 대법원은 특히 인도 헌법의 서문과 제38조, 제21조에 입각하여 위 사건을 살펴보았다. 서문 첫 문단에 의하면, 인도의 모든 시민은 "사회적, 경제적, 정치적 정의"를 누리도록 규정되어 있다. "국가정책의 원칙"에 관한 장에 포함되어 있는 제38조는 국민의 복지를 향상시켜야 하는 사회적 명령을 준수할 국가의 의무를 규정하고 있다. 제21조는 생명권을 보호하고 있다.

대법원은 헌법의 서문, 제38조를 고려하여 특히 다음과 같이 판결하였다.

> "18. … 최고법률은 개인의 삶을 그 개인의 존엄성을 유지하면서 의미 있게, 살만한 것이 되도록 보장하는 것을 사회적 정의라고 보고 있다. … 법은 그 시대에 중요한 시스템으로서 당대의 필요와 요구를 충족시키기 위한, 모든 문명화된 사회에서의 최종적 목표이다. … 헌법은 평등주의에 입각한 사회, 경제, 정치적 민주주의로 향하기 위하여 정의, 자유, 평등, 박애가 최고의 가치가 될 것을 요구한다. 사회적 정의, 평등, 인간의 존엄은 사회적 민주주의의 초석이다. … 사회적 정의는 가난한 자, 힘없는 자,

239) Ibid., p. 70.
240) Ibid., p. 47.
241) Ibid., pp. 66–67.

달리트(dalits. 역주: 인도 카스트 제도의 최하위 계급), 부족 및 사회적 약자들의 고통을 완화할 수 있고, 그들로 하여금 개인의 존엄성을 유지하는 삶을 평등을 누릴 수 있는 단계로 이끌 수 있는 역동적 기제이다. 사회적 정의는 사회의 단순한 하나의 개념이 아니라, 경제적 약자 등을 장애, 극빈으로부터 구제하여 그들의 정신적 고통을 피할 수 있게 하고, 그들의 삶을 살만한 것으로 만들어, 보다 큰 사회의 선을 실현시키고자 하는 사회적 변화의 중요한 일부이다. 달리 말하면, 사회적 정의의 목표는 상당한 정도의 사회적, 경제적, 정치적 평등을 실현하는 것이고, 이는 정당한 기대이다. 노동자의 일과 여가에 관한 공정하고 인도적인 조건을 포함하는 사회보장은 생명권, 자기표현의 권리, 존엄성 있는 삶을 누릴 권리의 의미 있는 일부이다. 따라서 국가는 국민들로 하여금 최소한의 건강, 경제적 안전, 국민들의 능력, 사회적, 문화적 전통에 입각한 문화적 삶을 누릴 수 있는 시설과 기회를 제공하여야 한다.

19. 우리와 같은 개발도상국에서는 사회적 지위와 기회에 있어 해결하기 어려울 정도로 불평등이 지속적으로 심화되고 있어, 법률은 경제적 약자 등이 사회적 정의의 사다리에 닿기 위한 촉매제이다. … 사회적 정의의 실현을 위하여 해야 할 일이 절대적인 기준에 의하여 정해질 수 없는 것은, 이것이 시간, 장소, 환경에 따라 계속 달라지기 때문이다. 사회적 정의의 실현을 위한 유동적이고 계속적인 과정으로서의 헌법적 관심은 경제적 약자 등이 겪고 있는 장애물들을 제거하고, 그들의 존엄성을 지킬 수 있는 시설과 기회를 사회 전반에 제공하는 데에 있다. 그러므로 헌법은 국가에 사회의 모든 구성원이 행하는 모든 활동의 측면에서 정의를 구현할 것을 요구한다. 사회적 정의의 개념은 '삶'의 현실적인 내용을 보다 풍부하게, 생동감 있게 하기 위하여 평등을 요구한다. 사회적 정의와 평등은 상호보완적이어서 그 둘은 각자의 활력을 잃지 않아야 한다. 그러므로 법의 지배란 결과적으로 평등을 실현시키기 위한 사회적 정의의 강력한 수단이다."[242]

그리고 대법원은 세계인권선언 제1조가 "기본적인 인권, 헌법의 일부인 국가정책의 원칙에 규정된 인간의 존엄과 가치에 대한 신념을 강화한다. 게다가 개성에 관한 법학적 논거, 제21조에 규정된 생명권에 관한 철학은 개성을 추구할 권리, 생명권의 범위를 보다 확대하여 노동자에게 있어 생계를 꾸리고, 개인의 존엄성을 유지하며, 존엄성 있고 평등한 삶을 살 수 있도록 해주는 하나의 재화(wealth)와 같은 건강한 신체를 통하여 자신의 개성을 추구하고, 결국 그 꽃을 피울 권리까지 포함한다."고 설시하였다.[243] 또한, 대법원은 다음과 같이 덧붙였다.

"22. 헌법 21조에서 의미하는 '생명'은 단순한 동물적인 존재 또는 계속되는 힘겹고 단조로운 생존을 의미하는 것이 아니다. 그것은 생계를 꾸릴 권리(right to

242) Ibid., pp. 67–68.
243) Ibid., p. 68.

livelihood), 보다 나은 삶의 기준, 일터와 여가에서의 위생적인 조건들을 포함하는 넓은 의미를 가지고 있다. … 만약 생계를 꾸릴 권리가 헌법적인 생명권의 일부로서 이해되지 않는다면, 개인으로부터 생명권을 박탈하는 가장 쉬운 방법은 폐기(abrogation)라고 생각될 정도로 그의 생계수단을 빼앗는 것일 것이다. 그러한 박탈은 그 개인의 생명의 의미와 내용을 상실하게 할 뿐 아니라 무엇이 살만한 삶인지를 제쳐두고, 일단 그 생명을 지속하는 것이 불가능하게 만들어 버린다. 존엄성 있는 생명권이란 삶을 살만한 것으로 만드는 인간 문명의 섬세한 면들을 포함하고 있다. 삶의 확장된 내연은 그 개인이 관련된 전통과 문화적 유산까지 포함하고 있을 것이다."[244]

대법원은 노동자의 건강권과 생명권과 관련하여 다음과 같이 설시하였다.

"24. 노동자의 건강권은 생명권의 필수적인 일면으로서 의미 있는 존재로서 뿐만 아니라 그의 삶이 절망의 나락으로 떨어지지 않도록 유지시켜 주는 건강과 활력을 갖도록 하는 것을 의미한다. 건강하지 않으면, 노동자는 생계수단을 잃게 된다. 노동자가 그 스스로와 그에게 의존하고 있는 사람들의 빵을 벌기 위하여(bread-winning) 건강에 위해를 가할 수 있는 위험에 노출된 산업에 종사할 수밖에 없도록 만드는 경제적인 압박이 그의 건강과 활기를 대가로 요구해서는 안 된다. 제38조에서 의미하는 바와 같이, 노동자의 건강을 보호하기 위한 시설과 기회가 제공되어야 한다. 노동자에 대하여 의학적 검사와 치료를 제공함으로써 노동자가 건강해지면 보다 높은 생산성과 효율적인 서비스를 기대할 수 있다. 노동자가 고용 상태이거나, 퇴직 이후라도 의학적 치료를 계속 제공해야 하는 것은 이에 수반되는 국가와 사용자의 도덕적, 법적, 헌법적 의무이다. 따라서 ***헌법 제21조를 제39조(e), 제41조, 제42조와 연계하여 이해할 때 건강관리, 의료에 대한 권리는 기본적인 권리이고, 이는 노동자의 삶을 의미 있게 하고 그 삶에 있어 존엄성 있는 목적의식을 갖도록 도와준다. 생명권은 노동자의 건강과 체력에 대한 보호를 포함하고, 이것은 노동자로 하여금 존엄성 있는 삶을 살기 위한 가장 기본적인 요구사항이다.***"[245]

노동자의 건강과 체력이 생명권의 필수불가결한 일면이기 때문에, 대법원은 "국가(그것이 중앙정부이건, 지방자치단체이건 불문하고)나 기업이나, 공공의 영역 및 사적인 영역 모두에서 노동자의 건강, 체력, 활력을 증진시킬 수 있는 모든 조치를 취하기 위하는 데에 참여하여야 하고, 그 시간적 범위는 노동자가 고용 또는 휴가 상태에 있거나, 퇴직 후를 포함하며, 이는 노동자들로 하여금 건강하고 행복한 삶을 살기

244) Ibid., pp. 68-69.

245) Ibid., p. 70. 강조는 추가됨. 헌법 제41조는 일할 권리, 교육에 대한 권리, 어떤 사건들에서 대중으로서 참여한 권리에 관한 것이다. 제43조는 국가는 노동자들에 대하여 적정한 생활수준, 여가를 통한 행복과 문화적 기회를 보장해 주기 위하여 적절한 법 제정 및 경제적인 조직 그 밖의 다른 방식으로 모든 노동자들을 보호하기 위한 노력을 하여야 한다고 규정한다. p. 68.

위한 기본적 필수조건이다."라고 설시하였다.[246]

대법원이 내린 직접적 명령 가운데 하나는 "모든 공장은 사용자국가보험법 또는 노동자보상법 등의 적용을 받는지를 불문하고 의무적으로 모든 노동자를 위한 건강보험을 들 것"을 명령한 것이다.[247]

캐나다와 인도 대법원의 위 사건들은 건강권이 국내법에 포함되어 있지 않다 하더라도, 그러한 점 때문에 법관이 사회적 약자로부터 건강권을 보호할 수 있는 법률적 근거를 상실한 것은 아니라는 것을 보여준다.

- *캐나다의 경우 의료서비스에 대한 평등한 접근권 및 평등권으로부터 적극적이고 목적적인 해석을 통하여 건강권을 도출하였고,*
- *인도의 경우 생명권을 관련된 다른 헌법적 조문들, 특히 사회적 정의와 관련하여 넓은의미로 해석하는 방법으로 건강권을 도출하였다.*

9. 경제적, 사회적, 문화적 권리를 보호하기 위한 법관, 검사, 변호사의 역할: 교훈

이 장에서 볼 수 있는 것처럼, 법조인들은 경제적, 사회적 및 문화적 권리의 보호를 증진하는 데에 핵심적인 역할을 할 수 있는데, 그 역할은 특히 사회적 약자들을 위하여 중요하다. 비록 일부 국가들에서는 사법부가 위 권리들을 침해한 혐의로 제기된 사건들에 대하여 행정부의 권한 범위 내에 있는 것이라는 논리 하에 권리구제에 다소 부정적인 입장을 취하는 경우가 있기는 하나, 사회적 문제에 관한 사법부의 그러한 소극적 역할은 시대착오적인 것일 뿐 아니라 법률적으로 보았을 때에도 지속되기 어렵다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리와 관련된 모든 문제들이 사법적 결정에 적합하다고 결론내리지 않더라도, 이 장은 많은 것이 그러하고, 특히 가난하거나 취약한 사람들을 위한 효율적인 법적 해결책을 만들지 않는다면, 그러한 사람들은 절망과 박탈 속에서 그들 스스로를 보호하기 위하여 남아프리카 공화국의 사례에서처럼 사적인 조치를 취하는 방법 밖에는 다른 해결책을 찾지 못할 것임을 명백히 하고 있다.

246) Ibid., p. 70.
247) Ibid., p. 73.

10. 맺음말

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 주제들이 상당히 폭넓고 복잡하기 때문에, 이 장이 다루는 범위를 제한할 필요가 있었고, 그래서 위 권리들의 중요한 면 중 극히 일부를 살펴보았다. 특히, 유엔 헌장이 고안될 때부터, 시민적, 정치적 권리와 경제적, 사회적 및 문화적 권리는 그 각자의 진정한 실현을 위해서 본질적으로 상호의존적이라는 시각이 있었다는 점을 보여주었다. 사회권규약위원회에서도 이러한 통합적인 접근을 강조하여왔고, 이 장에서 분석한 국내 법학도 이를 지지하였다.

사회권규약위원회는 일반논평을 통해, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약에 포함된 여러 권리들과 관련한 당사국의 법적 의무에 관한 상세한 해석을 제공하여 왔다. 그것은 정부뿐만 아니라 위 규약 또는 다른 법률 등을 해석하고 적용을 해야 하는 국내법관에게 대해서도 위 권리들에 관한 표준적 내용의 법적 명확성을 증가해주는 유용한 수단을 제공하여 줄 것이다.

그러나 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 정부의 이와 같이 증대된 법적 의무의 명확성은 시민적 및 정치적 권리에 관한 확고한 결정과 더불어 나아가야 한다. 왜냐하면 법의 지배에 근거한 위 권리들의 실효적인 보장 없이는 경제적, 사회적 및 문화적 권리는 공허한 약속이 될 것이기 때문이다.

Human Rights in the Administration of Justice
A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

제 15 장

일반범죄 및 인권침해의 피해자에 대한 보호 및 구제

제15장

일반범죄 및 인권침해의 피해자에 대한 보호 및 구제

학습 목표

- *범죄와 인권침해가 피해자에게 미치는 영향에 대하여 참가자의 관심을 높인다.*
- *참가자들로 하여금 범죄와 인권침해피해자의 보호 및 구제에 관하여 정한 현행 국제법 규범에 관하여 익숙해지도록 한다.*
- *범죄와 인권침해의 피해자에 대한 보호 및 구제를 제공하기 위하여 당사국이 취해야 할 조치를 확인한다.*
- *범죄와 인권침해의 피해자를 보호하기 위하여 법관, 검사, 변호사가 어떤 역할을 할 수 있는지에 대한 참가자의 인식을 높인다.*

질문

- *일반범죄의 피해자는 어떠한 필요와 문제 및 이익을 갖고 있다고 생각하는가?*
- *당신의 국가에서는 일반범죄의 피해자에 대하여 어떠한 법적 보호 및 구제조치가 존재하는가? 예컨대, 일반범죄의 가해자에 의한 학대, 부당한 처우를 받은 사람 등에 대한 예를 들어보라.*
- *당신이 일하는 국가에서 범죄 피해자는 어떠한 특별한 문제에 직면해 있는가?*
- *그러한 문제가 있다면, 그것은 어떠한 문제이며, 상황을 시정하기 위한 어떠한 대응이 취해지고 있는가?*

질문

- *당신의 국가에서는 학대 받은 여성, 아동과 같이 특히 권리를 침해 받기 쉬운 위치에 있는 피해자 집단이 존재하는가?*
- *존재한다면, 그러한 집단이 학대가해자를 고발한 경우 고발자에게 어떠한 보호조치가 취해지고 있는가?*
- *당신이 활동하고 있는 국가에서 증언 후에 생명이 위험에 처할 수 있는 증인(정보제공자 등)을 보호하기 위하여 어떠한 조치가 취해지고 있는가?*
- *당신이 활동하고 있는 국가에서는, 다음의 유형에 속해있는 사람들이 인권을 침해당하는 경우, 어떠한 법적 보호 및 구제조치가 준비되어 있는가?*
  - *자의적으로 구금되었다고 생각되는 피구금자*
  - *부당한 처우를 받은 피구금자 (특히 여성과 아동)*
  - *외부와 단절되어 구금되어 있는 피구금자*
  - *납치, 사법절차에 의하지 않은 살해의 피해자 또는 그 피부양자*
  - *재판 중에 기본적인 적법절차 상의 보호를 향유할 수 없었던 범죄자*
  - *국가나 지역공동체 또는 가정에서 학대를 받고 있는, 또는 그러한 학대의 위협에 직면해 있는 여성 및 아동*
  - *성차별, 인권차별 그 밖의 종류의 차별을 받고 있는 사람들*
- *당신의 국가에서 인권침해 피해자는 어떠한 특별한 문제에 직면해 있는가?*
- *그러한 문제가 있다면, 그것은 어떠한 문제이며, 상황을 시정하기 위하여 어떠한 대응이 취해지고 있는가?*
- *당신의 국가에서 이 점에 관하여 특히 권리를 침해 받기 쉬운 위치에 있는 집단이 존재하는가?*
- *존재한다면, 그것은 어떠한 집단이며, 어떠한 문제가 있고, 이러한 집단을 돕기 위하여 어떠한 대응이 취해지고 있는가?*
- *당신은 인권침해 피해자에 대한 효과적인 보호 및 구제를 위하여 법관, 검사, 변호사로서 자신의 효과적인 역할을 무엇이라고 생각하고 있는가?*
- *범죄자, 인권침해의 가해자의 범죄행위에 대하여 기소하지 않도록 하는 사면 또는 면책에 관한 법률에 대하여 당신은 어떻게 생각하는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)
- 1966년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966)
- 1965년 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965)
- 1979년 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1979)
- 1984년 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment, 1984)
- 1989년 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child, 1989)
- 2000년 국제적인 조직범죄 방지에 관한 유엔 협약과 이를 보충하는 인신매매, 특히 여성과 아동의 인신매매의 방지, 억제, 처벌을 위한 의정서(United Nations Convention against Transnational Organized Crime, 2000, and Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the Convention)

******

- 1948년 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 1948)
- 1985년 범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언(Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, 1985)
- 비엔나 선언 및 행동계획 (Vienna Declaration and Programme of Action, 1993)

지역 문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)

관련 법률문서

- 1994년 여성에 대한 폭력 방지, 처벌 및 근절에 관한 미주협약(Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women, 1994)
- 1950년 유럽인권협약(European Convention on Human Rights, 1950)
- 1983년 폭력범죄 피해자의 보상에 관한 유럽협약(European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes, 1983)

******

- 1985년 형사법 및 형사소송법에서의 피해자의 지위에 관한 유럽평의회 회원국에 대한 각료위원회 권고 No. R (85) 11. (Committee of Ministers Recommendation No. R (85) 11 to the Member States of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure, 1985).

1. 들어가며

이 장에서는 범죄 피해자의 보호(protection) 및 구제(redress)와, 인권침해 피해자의 보호 및 구제라는 두 주제에 대해 다룰 것이다. 위 두 주제는 기본적으로 차이는 있지만 서로 관련되어 있다는 점은 명백하다. 일반적으로, 통상적인 범죄는 개인이 국내형법을 위반하는 경우를 말하며, 정부는 이러한 범죄행위에 대한 책임을 지지 않는 것을 원칙으로 하고 있었다. 인권침해를 구성하는 행위는 정부의 명의 또는 국가를 대표하는 기관이나 사람, 예컨대 행정부, 의회, 법원, 검찰, 경찰이나 그 밖의 법집행 공무원에 의해 행해진다. 단, 뒤에서 언급하는 바와 같이, 특별한 경우에는 개인의 행위에 대하여 정부에게도 책임을 묻는 경우가 있다. 국제인권법이나 국내헌법 또는 일반적인 법률에 따라 보호되는 기본권 및 자유를 침해하는 행위의 경우가 그러하다. 물론 범죄 피해자와 인권침해 피해자 간의 구별이 항상 명확한 형태로 존재하는 것은 아니지만, 이 장에서 다룰 법적 문제를 제시하는 데에 있어서 이는 손쉬운 출발점이 될 것이다.

이상의 것을 고려하며 이 장 전체를 통하여 염두에 두어야 할 점은 범죄 피해자와 인권침해 피해자 사이에는 공통된 이익 및 필요가 많다는 점이다. 즉, 위 두 유형의 피해자들에게는 정서적 문제를 치유하기 위한 조치를 포함한 의학적 대응, 금전적 손해의 배상 및 다양한 형태의 특별한 보호 및 도움이 필요할 수 있다. 이와 같이, 일반범죄 피해자와 인권침해 피해자 사이에 공통점들이 있기 때문에 다음에서 다룰 원칙들과 관련하여, 각 피해자의 필요가 무엇이고 이에 대한 사회의 적절한 대응이 어떤 것이 있을지에 대한 검토가 이루어질 때마다 일반범죄 피해자에 관한 논의와 인권침해 피해자에 관한 논의는 서로를 강화해 나갈 수 있다.

한편, 이 장의 제한적 분량 내에서는 일반범죄와 인권침해 피해자들의 필요가 무엇인지, 피해자 프로그램의 확립 등과 같이 피해자에 대한 적절한 조치가 무엇인지에 관하여 포괄적으로 기술 및 분석하는 것이 불가능하다는 것도 함께 주의해야만 한다. 최근 피해자의 권리에 대한 의식이 점차 증가하고 있는 것과 함께 많은 조사연구가 시행되고 있다. 이러한 조사연구는 범죄와 인권침해 피해자가 위법행위의 부정적 영향으로부터 벗어나는 것을 돕고자 하는 법조인이나 사회활동가나 그 밖의 전문가 집단에게 도움과 자극을 줄 것이다. 이 쟁점에 관하여는 **배포자료**(Handout) 1을 참고하면 된다.

*****

이 장의 ***전반부***에서는 범죄 피해자의 보호 및 구제에 대하여 다룰 것이다. 국제

법은 각국으로 하여금 피해자에게 충분한 조력과 지원을 제공하도록 하기 위해 피해자가 처하게 되는 곤경에 보다 주목하려는 시도가 이루어지고 있기는 하나, 아직은 일반범죄 피해자의 보호 및 구제의 문제에 관한 상세한 규정이 없다. 이 장에서는 범죄피해자가 직면하고 있는 문제에 대하여 새로운 논의가 환기되기를 바라는 차원에서 현재 존재하는 한정된 규정들에 대하여 다룰 것이다. 이 장의 주목적은 사법절차의 모든 단계에서 피해자의 감정, 필요 및 이익에 정당한 주의를 갖는 것이 중요하다는 점에 관한 참가자의 인식을 높이는 것이다.

게다가 일반범죄라는 것은, 부당한 처우, 살인, 인신매매, 성적 또는 기타의 학대, 절도, 강도 등의 전통적인 범죄뿐만 아니라, 다양한 종류의 조직범죄 및 부패 또는 상대적으로 새로운 유형의 범죄라 볼 수 있는 사이버 범죄도 대상으로 하고 있다.[1] 다만, 이 장에서는 서로 다른 유형의 피해자가 갖는 이해관계에 대해 구체적으로 다루는 것은 불가능하므로 범죄 피해자의 문제에 관하여는 상대적으로 일반론적인 언급에 그칠 것이다.

이 장의 ***후반부***에서는 인권침해 피해자에 대한 효과적인 보호 및 구제의 제공과 관련한 당사국의 법적 의무를 정하고 있는 국제법상의 규범에 대해 다룰 것이다. 이 점에 관해서는 국제인권법상 비교적 명확한 규정들이 있으며, 그 내용은 국제감시기구에 의해 결정 · 선고된 상당한 양의 판례법에 의해 더욱 명확해지고 있다. 이 장에서는 인권의 효과적 보호를 ***보장***하기 위한 당사국의 일반적인 법적 의무에 대하여 분석할 것이다. 즉, 인권침해를 ***예방***하고, 인권침해에 대하여 ***실효적인 국내법적 구제수단***을 제공하며, 그러한 침해를 ***조사, 기소, 처벌***하고, 관련 피해자의 ***피해회복***을 제공하는 등의 구체적인 의무를 다룰 것이다. 그리고 인권침해자에 대한 면책 문제에 관하여도 다룰 것이다. 마지막으로 범죄, 인권침해 피해자에 대한 보호 및 구제의 제공에 관하여 법조인이 수행해야 할 역할에 관하여 권고하면서 결론을 맺을 것이다.

[**추록**: 근래에 인권침해 피해자의 구제 영역에 중요한 발전이 있었다. 그 중에는 법적 기준 및 원칙, 지침과 모범규준을 정리한 국제적 자료가 공개되었다. 이들 자료는 구제의 중요성 및 다양한 구제수단들의 활용 가능성을 강조하고 있다. 이와 관련한 중요한 자료들은 아래와 같다.

- 면책에 대항함으로써 인권을 보호하고 증진하기 위한 원칙 개정본(Updated

1) 이 문제에 관한 국제조약으로는, 2001년 11월 23일에 부다페스트에서 조인된 ***사이버에 관한 범죄협약*** (Convention on Cybercrime. ETS No. 185) 참조. 동 협약은, 유럽평의회 회원국 및 기안에 참가한 비회원국에 의한 서명을 위하여 개방되었으며, 그 밖의 비회원국의 가입을 위하여 개방되어 있다. 발효를 위해서는 유럽평의회 회원국 가운데 적어도 3개국 포함하여 5개국의 비준이 필요하다. 2002년 6월 23일 현재, 동 협약은 알바니아만 비준하였다. http://conventions.coe.int 참조.

Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity. E/CN.4/2005/102/Add.1)

- 법관과 변호사의 독립에 관한 특별보고관 보고서(Report of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers. E/CN.4/2006/52)
- 진실에의 권리에 관한 연구(Study on the right to the truth. E/CN.4/2006/91)
- 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반 피해자의 구제 및 피해회복에 관한 권리를 위한 기본원칙 및 지침(Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law. General Assembly resolution 60/147)
- 강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 협약(International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance. General Assembly resolution 61/177)

사이버범죄에 관한 협약(Convention of Cybercrime. ETS No. 185)은 2004년 7월에 발효되었고, 2007년 말 기준으로 비회원국 1개국을 포함한 21개 국가에 의해 비준되었다. 위 협약은 사이버범죄에 관한 협약 추가의정서에 보충되었다. 위 추가의정서는 컴퓨터 시스템을 통한 인종차별적 · 외국인혐오적 행동들을 범죄화 하고 있는바, 2006년에 발효되었고, 2007년 말 기준으로 11개 국가에 의해 비준되었다. 이에 관한 보다 상세한 정보는 유럽평의회 웹사이트에서 볼 수 있다. http://conventions.coe.int 참조]

2. 범죄 피해자의 보호 및 구제

2.1 관련 법 규정

2.1.1 보편적 차원

일반범죄 피해자의 권리를 다룬 국제조약은 없지만, 유엔 총회는 1985년 범죄

와 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언(the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power)을 채택하였다. 이 선언은 제7회 유엔 범죄방지 및 범죄자처우 회의(United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders)의 컨센서스에 의해 승인된 것이다.[2] 이 선언의 실시를 촉진하기 위하여 「기본원칙선언의 실시에 관한 실무자를 위한 가이드」가 작성되었고,[3] 유엔경제사회이사회는 1990년 5월 24일의 결의 1990/22를 통해 이 가이드를 널리 배포하도록 제8회 유엔 범죄방지 및 범죄자처우 회의에 권고하였다.[4]

위 선언은 범죄 및 권력남용 피해자의 개념을 정의함과 동시에 피해자의 사법접근권 및 공정한 대우를 받을 권리, 피해회복 · 손해배상 · 조력(restitution, compensation and assistance)에 대한 권리에 관해 정하고 있다. 권력남용의 피해자에 대한 처우에 관해서는 후반의 3절에서 검토할 것이다.

「실무자를 위한 가이드」가 언급하고 있듯이, 위 선언이 포함하고 있는 기본원칙은 "발전단계 및 제도에 관계없이 모든 국가에 대하여, 동시에 모든 피해자에 대하여 차별 없이 적용"된다.[5] 게다가 "중앙 및 지방 정부와 형사사법제도의 운영을 담당하는 기관, 또는 피해자와 접촉하는 기관과 각각의 실무자에게 그들이 속한 제도, 단계에 대응하여 일정한 의무를 부과"하고 있다.[6] 위 선언의 제3조는 다음과 같이 명시적으로 정하고 있다.

> "본 규정은, 인종, 피부색, 성, 연령, 언어, 종교, 국적, 정치적 또는 그 밖의 의견, 문화적인 신념 또는 관행, 재산, 출생 또는 가족의 지위, 민족적 또는 사회적 출신 및 장애 등에 의한 어떠한 구별도 없이 모든 사람에게 적용된다."

마지막으로 흥미로운 점은 2002년 6월 24일 현재 발효되지는 않았으나, 유엔 총회에서 2000년 11월 15일 채택된 ***국제적 조직범죄 방지에 관한 유엔협약(the United Nations Convention against Transnational Organized Crime)*** 제25조에서 "피해자에 대한 원조 및 그 보호"에 관하여 구체적인 규정을 두고 있다는 것이다.

---

2) UN doc. E/CN/1997/16, Use and application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victioms of Crime and Abuse of Power, note by the Secretary-Gencral, para.1 참조

3) UN doc. A/CONF,144/20, Annex, Guide for Prectitioners Regarding the Implementation of the Declaration of Basic Principles of Justice for Vicitims of Crime and Abuse of Power (이하 'UN doc. A/CONF, 144/20, Annex, Guide for Practitioners').

4) UN doc. A/CONF, 144/20.

5) UN doc. A/CONF, 144/20, Annex, Guide for Practitioners, p.3, para.1.

6) Ibid., p.3, para.2.

위 협약을 보충하는 ***인신매매, 특히 여성과 아동 인신매매의 방지, 억제, 처벌을 위한 의정서(the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children)*** 제6조는 "인신매매의 피해자에 대한 원조 및 보호"에 관하여 보다 상세한 규칙을 정하고 있다. 관련 규정은 **배포자료 2**에서 참조할 수 있다. 그러나 2002년 6월 24일 현재, 발효를 위해 필요한 40개국 가운데, 국제적 조직범죄 방지에 관한 협약을 비준한 국가는 15개국에 지나지 않기 때문에, 이 장에서는 더 이상 다루지 않을 것이다. 2002년 6월 24일 현재를 기준으로, 위 의정서는 12개국에서 비준되었다.

[**추록**: 국제적 조직범죄 방지에 관한 유엔협약은 2003년에 발효되었고, 2007년 말 기준으로 체약국이 138개국에 달한다. 인신매매, 특히 여성과 아동 인신매매의 방지, 억제, 처벌을 위한 의정서는 2003년에 발효되었고, 2007년 말 기준으로 체약국이 116개국에 달한다. 이에 관한 보다 상세한 정보는 UNODC 웹사이트에서 구할 수 있다: http://www.unodc.org 참조]

2.1.2 지역적 차원

지역적 차원에서는 유럽평의회 회원국이 1983년에 ***폭력범죄 피해자의 보상에 관한 유럽협약(the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes)***을 체결하였으며, 1988년 2월 1일 발효되었다. 2002년 6월 23일 현재의 비준 및 가맹국수는 15개국에 이르고 있다.[7] 위 협약은 피해자에 대한 원조가 "범죄자의 형사처우와 동등하게 범죄정책에서도 일관된 관심사가 되어야 한다"는 점과 "이러한 원조에는 피해자의 신체적 상해에 대한 보상 · 배상은 물론 심리적 고충을 완화하기 위한 조치가 포함되어야 한다"는 점에 대한 인식이 높아지자 이에 대응하여 마련된 것이다.[8] 또한, 위 협약은 "범죄에 의해 발생하는 사회적 분쟁을 억제하고, 이성적이고 효과적인 범죄정책을 보다 용이하게 적용"하기 위해 피해자에게 배상 또는 보상을 하는 것이 필요하다고 규정하였다.[9]

협약의 기조를 이루는 관심사 중 하나는, 범죄자가 체포되지 않거나 실종 또는

7) ETS. No.116, Treaty Office, http://conventions.coe.int 참조.

8) Explanatory Report on the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes, http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/116.htm(유럽평의회 홈페이지), p.1, para.1(이하 'Explanatory Report'라 한다) 참조. 그러나 이 보고서는 "협약에 나온 규정의 적용을 용이하게 하는 성질의 것일 수 있으나, 협약의 유권적 해석을 나타내는 문서는 아니다." p.1, para.2.

9) Ibid., p.3, para.7.

자력이 없어 실제로 피해자 또는 그 피부양자가 실질적인 배상을 받지 못한 경우 당사국이 개입하여 보상할 수 있도록 하는 보상체계에 관한 것이다.[10] 또 하나의 관심사로서, 유럽평의회 회원국 간을 왕래하는 외국인에 대한 보호를 향상시키는 것이 있었다.[11]

유럽평의회의 유럽범죄문제위원회(the European Committee on Crime Problems)는 "협약의 적용에 관하여 계속적인 정보"를 받으며, 당사국은 "협약의 대상이 되는 법률 또는 규칙의 규정에 관련된 모든 정보"를 유럽평의회 사무총장에게 통지하여야 한다(제13조).

위 협약에서 정하고 있는 원칙 중 ***보상(compensation)***에 관하여 보다 상세한 것은 후술할 2.2 및 2.4.3을 참조하라.

유럽평의회 각료위원회는 ***형사사법체계 내에서의 피해자의 지위에 관한 권고 8(85) 11호 (Recommendation No.R(85) 11 on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure)***를 제정함으로써, 신체적, 심리적, 물질적, 사회적 고통을 받고 있는 범죄 피해자를 보호할 필요성을 더욱 확대시키고, 이들의 요구사항이 "형사사법절차의 모든 단계를 통하여 더욱 고려되어야"[12] 한다고 하였다. 권고 서문은 형사사법제도가 운용됨에 따라 "피해자의 문제가 완화되기보다 오히려 악화되는 경향이 간혹 있었다"면서 "피해자의 요구사항을 충족함과 동시에 그들의 이익을 보호하는 것이 형사사법의 기본적 기능이어야 한다"는 점과 "피해자에게 형사사법에 대한 신뢰를 높이고 특히, 증인으로서의 피해자의 협력을 장려하는 것도 중요하다"는 점을 지적하고 있다.[13] 또한, 피해자를 돕기 위한 조치는 "사회규범의 강화 및 범죄자의 재활과 같은 형사사법체계의 다른 목표와 반드시 대립하는 것이 아니며, 그와 같은 조치들이 실행되고 피해자와 범죄자간의 최종적 화해가 이루어짐에 따라 형사사법의 다른 목표들에도 이바지할 수 있다."[14] 따라서 위 권고와 관련한 다음의 지침사항에 대해 유럽평의회 회원국에게 "자국의 입법 및 실무를 재점검할" 것을 요청하고 있다.

❖ 경찰단계

10) Ibid., p.1, para.1.
11) Ibid., p.2, para.3.
12) 전문 제5, 7문단.
13) 전문 제2, 3, 4문단.
14) 전문 제6문단.

- 기소
- 피해자 신문
- 법원절차
- 집행단계
- 사생활의 보호
- 피해자에 대한 특별 보호
- 분쟁해결체제
- 조사연구

형사사법의 운영단계 중 위 7가지 권고에 관해서는 적당한 부분에서 다룰 것이다. 이 장에서는 분쟁해결체계 및 관련 조사연구의 촉진에 대해서는 다루지 않을 것이나, 비교적 경미한 사건에 있어서는 범죄자와 피해자 간의 조정이 정의를 추구하는 동시에 반사회적 행동을 다룰 수 있는 흥미로운 방법이 될 수 있다는 점은 지적하고자 한다. 그렇지만 형사사법 분야에서 분쟁해결체계를 이용하는 것의 장단점은 이 장의 범위를 넘어서는 다면적인 문제이다.

[**추록**: 2007년 말 기준으로 '폭력범죄 피해자의 보상에 관한 유럽협약'의 체약국이 21개국이 되었다. 추가 정보는 유럽평의회 웹사이트 참조. http://conventions.coe.int]

2.2 피해자의 개념

"범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언" 제1조에 의하면, "피해자"란 다음의 사람을 말한다.

> "회원국의 형사법(위법한 권력 남용을 금지하는 법률 포함)을 위반하는 작위 또는 부작위로, 개인 또는 집단으로서 신체적 또는 정신적 위해, 정신적 고통, 경제적 손실, 기본적 권리의 실질적 침해를 포함하여, 범죄 및 권력 남용 피해를 입은 자"

이 정의는 범죄행위의 결과로 사람들이 입을 수 있는 수많은 피해유형을 망라한 것이다. 그 유형은 위해 또는 손해가 작위 또는 부작위의 어느 쪽의 결과에 의한 것인지를 불문하며 신체적, 심리적 위해와 금전 기타 유형의 권리에 대한 침해까지 포함한다.

가장 중요한 것은, 선언 제2조에 따르면 "가해자가 식별되고, 체포, 기소되거나 유죄판결을 받은 것에 관계없이, 또한 가해자와 피해자 간의 가족관계 유무에 관계없이," 피해자로 간주될 수 있다는 점이다. 위 규정은 다음과 같이 규정하고 있다.

> "'피해자'에는 직접적 피해자의 부모 또는 피부양자, 고통을 받고 있는 피해자를 돕거나 피해를 방지하기 위하여 개입한 것 때문에 피해를 입은 자를 포함한다."

마지막으로 앞의 2.1.1에서 지적한 것과 같이, 위 선언은 이 매뉴얼 제13장에서 다룬 국제인권법상의 평등 및 차별금지 원칙에 따라 제3조를 규정하고 있는바, 위 조항에 따라 위 선언은 위 제3조에서 열거된 사유 및 기타 사유에 근거한 차별 없이 모든 사람에게 적용된다.

*****

"폭력범죄 피해자의 보상에 관한 유럽협약"은 "피해자" 개념에 대한 명시적인 정의를 하지 않는다. 또한, 그 명칭에서 분명히 나타난 바와 같이, 협약의 틀은 보상을 다른 곳으로부터 완전히 얻을 수 없는 경우"에 한하여 범죄 피해자에게 보상을 시행하도록 각국에게 의무를 부과하는 것에 그치고 있다. 게다가, 보상을 받을 자격이 있는 경우는 다음 두 가지 유형에 해당하는 피해자에 한한다.

- ❖ 고의적인 폭력범죄를 직접원인으로 하여 중대한 신체적 상해 또는 건강상의 피해를 입은 자
- ❖ 당해 범죄의 결과로 사망한 자의 피부양자(제2조 제1항(a) (b))

그러나 위 협약상의 피해자는, 범죄를 방지하려는 시도를 한 경우 또는 "범죄의 방지, 용의자를 체포하기 위하여 또는 피해자를 돕기 위하여 경찰을 도운" 경우에 상해를 입거나 사망한 자도 포함하는 경우가 있다.[15)]

제2조에서 명확하게 하고 있듯이, 위 협약은 범죄 일반이 아닌 폭력범죄에 한하여 보상에 관한 권리를 인정하고 있으며, 피해자에 대한 그 밖의 다른 종류의 조력이나 지원은 정하고 있지 않다. 당초에 위 협약은 형사사법체계 전반에서 피해자를 지원함으로써 범죄 피해자를 건설적으로 지원하고자 한 것인데, 위와 같은 제한적인 조치로 인해 협약이 가질 수 있는 영향력이 제한되었다. 그러나 "형사법 및 형사소송법에서의 피해자의 지위에 관한 유럽평의회 회원국에 대한 각료위원회권고(1985)"는 비록

15) Explanatory Report, p.6, para.20.

법적 구속력은 없지만, 범죄 피해자가 직면하고 있는 문제에 대한 보다 전반적인 접근을 취하고 있다. 이는 피해자 중심의 접근으로써 경찰단계부터 집행단계에 이르는 형사절차의 모든 단계를 망라하였고, 피해자가 필요로 하는 특별한 보호에 대한 요구사항도 고려한 것이다.

*****

법조인이 중요하게 인식해 두어야 하는 것은 범죄 피해자에게 미치는 영향이 반드시 신체적 상해 및 재산의 손실에 그치는 것이 아니라, "금전적 구제를 받고 손해를 입은 재산을 대체하는 동안의 시간적 손실"도 포함하는 경우가 있다는 것이다.[16] 게다가 심리적으로 피해자는 불신감에 괴로워하면서 이후에는 충격, 혼돈상태 또는 공포 및 분노상태에까지도 이를 수 있다.[17] 또한, 범죄가 일어난 원인에 대해 생각하면서 피해자 스스로 범죄에 대한 죄책감을 느낄 수도 있다.[18] 범죄에 대한 사람들의 대응은 각기 다르기 때문에 모든 사람이 심각하거나 장기적인 고통을 받지는 않는다 하더라도, 그와 같은 정서적 요소는 모든 사람에게 영향을 미칠 수 있으므로 담당기관이 이러한 감정에 전혀 대응하지 않거나 또는 불충분하게 대응한다면, 피해자의 분노와 공포의 감정이 더욱 악화될 수 있다.[19] 「실무자를 위한 가이드」는 다음과 같이 언급하고 있다.

> "분쟁을 평화적이고 질서 있는 형태로 해결할 수 있는지 여부는 피해자의 기대에 부응하는지, 그들의 존엄에 대한 공감과 존중을 표현하는 지에 따라 달라진다."[20]

[**추록**: 1985년 형사법 및 형사소송법에서 피해자의 지위에 관한 각료위원회 권고안(The 1985 Recommendation of the Committee of Ministers on the Position of Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure(No. R (87) 21))은 그 규범력을 점점 잃어가고 있다. "No. R (87) 21 권고안이 채택된 후 유럽에서 해당 분야에 중요한 발전이 있었다. 이 분야에 관한 몇몇 조사결과에서 볼 수 있듯이, 회원국의 법률 및 관행이 발전하였다. 각료위원회는 'No. R (91) 11 아동 및 청소년에 대한 성적 착취, 포르노 및 성매매에 관한 권고'와 'No. R (2000) 11 성적 착취를 목적으

16) UN doc. A/CONF,144/20, Annex, Guide for Prectitioners, p.3, para,5.
17) Ibid., p.3, para,6.
18) Ibid., loc, cit
19) Ibid., p.4, paras 7~8 및 11.
20) Ibid., p.4, para,9.

로 한 인신매매에 대항하기 위한 권고'를 채택하였다. 위 두 권고안은 명시된 특정 영역의 피해자에 대한 지원을 규정하고 있다. 유럽의 법무부 장관들은 각료위원회로 하여금 필요한 경우 테러의 피해자 및 그 가족들을 위한 지원을 강화하기 위한 새로운 규칙들을 정립하도록 하였다. 유럽평의회는 형사절차에서 피해자의 지위에 관한 결정(Framework Decisions on the standing of victims in criminal proceedings)을 내렸는데, 위 결정 제13조는 전문가에 의한 지원 및 피해자 지원 단체들에 관해 규정하고 있다. 나아가, 피해자 지원을 위한 유럽 포럼(European Forum for Victim Services)도 설립되었다."(Council of Europe, European Committee on Crime Problems, Specific Terms of Reference of the Group of Specialists on Assistance to Victims and Prevention of Victimisation (PC-S-AV(2005) 1).)]

2.3 사법 운용에서의 피해자에 대한 처우

최근에 들어서야 사법 운용에 있어 피해자의 지위를 향상시키기 위한 국제적 수준의 시도가 이루어지고 있다는 점이야말로 그동안 각국의 사법제도가 피해자의 권리, 필요 및 이익을 배제한 채, 가해자 및 국가와 가해자의 관계에만 초점을 맞춰 운용되어 왔다는 점을 보여준다 할 것이다. 이 분야의 국제법은 아직 초보적인 수준에 있으나, 다소 유익한 지침이 마련되고 있으며, 이하는 사법이 실제 운영되는 논리적 순서에 따라 서술하겠다.

우선, 이 부분에 있어서 주된 관심은 권리를 침해 받은 자가 정의로운 대응이 이루어졌다고 느꼈는지에 있어야 한다는 점을 지적해두고자 한다. 따라서 범죄 피해자가 더 이상 실망하지 않도록 하기 위하여 항상 염두에 둘 것은, 형사사법제도에 종사하는 모든 사람들이 피해자를 존중하고 그들의 관심과 필요 및 이익에 대하여 이해를 해야 한다는 것이다. 무심한 행동이나 배려심의 부족은 피해자의 고통과 실망을 더욱 키울 수 있다.[21)]

피해로 고통 받고 있는 사람들을 위한 정의를 확보하기 위하여 사법 및 행정상의 기구를 확립, 강화하는 것도 매우 중요하다. "범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언" 제5조에 따라 범죄 피해자는, "공식적 또는 비공식적인 절차를 통한 구제를 받을 수 있도록 해야 하며, 그 구제절차는 신속 · 공정하며, 경제적이어야 한다." 같은 규정에 따르면 피해자는 "그러한 절차를 통해 구제를 받을 때 자신의 권리에 대하여 정보를 제공 받아야 한다." 후술하겠지만 이러한 정보제공의무는 범죄 피해자에 대한 여러 법집행 기관의 의무 중 중요한 일부를 차지하고 있다.

21) Ibid., p.10, para.31 참조.

2.3.1 경찰에 의한 피해자의 처우

범죄가 발생한 후 피해자는 보통 경찰을 통해서 사법제도와 최초로 접촉한다. 이러한 접촉은 사법절차가 진행되는 상당한 기간 동안 계속된다. 이 최초의 접촉시 경찰이 어떠한 대응을 보이는지에 따라 형사사법제도 자체에 대한 피해자의 태도에 결정적인 영향을 미칠 수 있다. 따라서 형사절차 초기 단계에서 경찰의 역할은 매우 중요하다.[22)]

"범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언" 중 경찰의 행동에 관한 지침은 드물지만, 제4조에서는 피해자에 대한 "공감 및 그 존엄에 대한 존중을 가지고 임해야 한다."는 일반적 언급이 있으며, 이 규칙은 경찰에 대해서도 동일하게 적용된다. 경찰에 대한 명시적 언급이 보이는 것은 제16조에 한하며, 제16조에서는 경찰이 피해자의 요구사항에 대한 인식을 높이기 위한 훈련을 받아야 하고, 적절하고도 신속한 원조를 보장하기 위한 지침이 제공되어야 할 집단 중 하나로 거론되고 있다.

한편, 경찰의 범죄수사에도 적용되는 것으로 해석되는 제6조에 의하면, "피해자의 요구사항에 대한 사법 및 행정절차의 대응은 다음과 같은 조치에 의하여 뒷받침되어야만 한다."

- ❖ 피해자의 역할, 소송절차의 범위, 시기 및 진전 또는 사건의 처리에 관하여 피해자에게 알릴 것. 이는 심각한 범죄에 관련되어 있는 경우 및 피해자가 이러한 정보를 구할 경우에 더욱 강조된다. – 제6조(a)
- ❖ 소송절차에서 피해자의 개인적 이익이 영향을 받는 경우 절차의 적절한 단계에서 피고인의 이익을 해하지 않는 범위 내에서, 관련 국내 형사법제도에 부합하는 형태로 피해자의 의견 및 관심사가 제출 및 검토되도록 할 것 – 제6조(b)
- ❖ 법적 절차 전체를 통하여 피해자에게 적절한 지원을 제공할 것 – 제6조(c)

*****

"유럽평의회의 피해자의 지위에 관한 권고"에 따르면,

- ❖ 경찰관은 피해자에 대하여 공감할 수 있고, 건설적이면서 피해자를 안심시킬 수 있는 방법으로 피해자를 대하는 훈련을 받아야 한다. – Part I A, 제1조
- ❖ 경찰은 피해자에게 지원을 받을 수 있는 절차, 실무적 및 법적 조언을 받을 수 있는 절차, 범죄자로부터 배상 및 국가로부터 보상을 받을 수 있는 절차에 대하여 알려

22) Ibid., p.10, para.36.

야 한다. – Part I A, 제2조

❖ 피해자는 경찰의 수사 결과에 대한 정보를 얻을 수 있어야 한다. – Part I A, 제3조

❖ 검찰에 대한 모든 보고서에서도 경찰은 피해자가 입은 피해 및 손실에 대하여 가능한 한 명확하고 완전한 보고를 해야 한다. – Part I A, 제4조

이상의 규정으로부터, 경찰의 역할에서 ***첫 번째로*** 중요한 측면은 적절한 예의와 존중을 나타내야 하는 것임을 알 수 있다. 또한, 경찰은 "범죄가 개별적이고도 적절하게 다루어지고 있다."라고 피해자가 느낄 수 있도록 해줘야 한다. 따라서 경찰은 피해자의 좌절과 분노, 공포, 불안감의 증폭을 막기 위하여, 범죄피해가 대단한 것이 아니라는 인상이나 범죄 처리가 적절하게 처리되지 않고 있다는 듯한 인상이 피해자에게 전달되지 않도록 해야 한다.[23] 피해자에 대한 존중, 공감 및 이해는 이러한 단계에 있는 경찰의 행동에서 나타나야 한다. 여기에는 전문용어를 가능한 한 자제하고, 피해자가 이해할 수 있는 언어로 말하는 자세 역시 포함된다.

두 번째로, 경찰은 범죄 피해자에게 지원, 보상 및 그 밖의 도움을 어떻게 받을 수 있는가에 대하여 고지할 수 있는 적절한 위치에 있다. 예를 들면, 경찰은 피해자를 전문지원기관에 소개할 수도 있다. 또한, 피해자는 경찰 수사단계에서 평정을 잃어 구두로 전해진 정보를 모두 이해할 수 없는 경우도 있기 때문에, 경찰은 정보를 구두와 서면으로 동시에 제공하는 것이 바람직하다.[24] 이렇게 함으로써 경찰은 범죄수사를 소홀하게 다루지 않으며,[25] 피해자의 사건을 전력으로 수사하고 있음을 강조하면서 피해자를 안심시킬 수 있을 것이다.

세 번째로 경찰의 중요한 역할은 사법절차에 관한 다양한 중요 정보를 피해자에게 전달하는 것이다. 피해자와 그들의 필요 및 이익에 관련이 있는 정보를 계속적으로 공유하는 것은 피해자가 형사절차에 참여하고 있음을 느끼게 해준다는 점에서 매우 중요하고, 이 측면은 여태껏 형사사법제도에서 경시되어 왔던 면이기도 하다. 특히, 피해자가 소송절차에서 어떠한 역할을 담당할 가능성이 있는지에 대한 충분한 정보가 알려질 필요가 있다.[26] 이때에도 모든 정보는 구두와 함께 서면으로 피해자에게

23) Ibid., p.11, para.38.

24) Ibid., p.11, para.39~41.

25) Ibid., p.11, para.39 참조.

26) Ibid., p.11, para. 41 참조.

전해지는 것이 바람직하다. 이를 위해서 잘 만들어진 가이드가 있다면 도움이 될 것이다.[27]

정보의 문제와 관련하여, "유럽평의회의 피해자의 지위에 관한 권고"에 의하면, 피해자는 경찰의 수사 결과에 관한 정보를 입수할 수 있어야 하고, "검찰에 대한 모든 보고서에서도, 경찰은 피해자가 입은 피해와 손실에 대하여 가능한 한 명확하고 완전한 보고를 해야 한다"는 규정이 있다는 점을 다시 강조하고자 한다. 두 가지 점 모두, 소관관청이 피해자의 문제와 필요를 정당하게 고려하고 있다고 피해자를 안심시켜 준다는 면에서 매우 중요하다. 경찰수사 결과에 대하여 피해자에게 정보를 제공하지 않는 경우, 피해자의 형사사법제도 및 그 형사사법제도의 범죄 및 그 영향에의 대응 능력에 관한 신뢰를 저해할 가능성이 있다. 게다가, 검찰이 범죄가 피해자에게 미치는 영향에 대하여 상세하고 충분한 보고를 받지 않으면 검찰은 범죄행위의 중요성을 충분하게 평가하지 못할 가능성이 있고, 이때에도 역시 피해자는 자신이 경시되고 있다고 느끼거나 사법절차에 대한 신뢰를 잃을 수 있다.

경찰은 어느 때에나 범죄 피해자에 대한 존중과 예의를 표해야 한다.

경찰은 범죄의 결과로 입은 피해 및 손실에 대한 모든 이용 가능한 조력, 지원 및 보상에 관한 정보를 범죄 피해자에게 제공해야만 한다.

경찰은 형사소송절차에서 피해자가 할 수 있는 역할에 관한 정보를 포함하여, 그 밖의 관련 있는 정보를 범죄 피해자와 공유해야만 한다.

경찰은 수사의 결과에 관하여 피해자에게 알림과 동시에, 검찰에 대해 당해 범죄가 피해자에게 미친(또는 미치고 있는) 영향에 관한 상세한 정보를 제공해야만 한다.

경찰이 존중과 이해를 가지고 피해자를 대하고, 피해자와 관련이 있는 정보를 공유하는 것은 형사 사법제도에 대한 신뢰를 촉진하는 것에 일조할 것이다.

2.3.2 검찰에 의한 피해자의 처우

경찰의 경우처럼, "범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언"은 검찰이 범죄 피해자에게 어떠한 대응을 해야 하는가에 관하여 명시적으로 다루고 있지는 않으나, 경찰단계에서와 같은 일반적 원칙은 유효하다. 따라서 검찰도 역시 피해자 대하여 "공감하고 그 존엄에 존중을 가져야" 하며, 피해자의 역할, 절차의 범

27) Ibid., loc, cit.

위, 시기 및 진전, 수사 결과에 관한 정보 등을 제공하지 않으면 안 된다. 게다가, 앞에서 언급하였듯이 피해자가 자신의 의견 및 관심사를 전달할 수 있도록 하여야 한다.

*****

"유럽평의회의 피해자의 지위에 관한 권고"에 의하면 다음과 같다.

- ❖ 범죄자를 소추할지 말지의 재량적 결정은, 피해자가 보상을 받았는지 여부(범죄자가 이를 위해 수행한 모든 진정한 노력을 포함하여)를 충분하게 고려한 후 이루어져야 한다. – Part I B, 제5조
- ❖ 피해자는 소추에 관한 최종결정을 고지 받아야 한다. 단, 피해자가 이러한 정보를 바라지 않는 경우는 예외로 한다. – Part I B, 제6조
- ❖ 불기소결정이 있는 경우 피해자에게는 권한 있는 기관에 의한 재심사를 청구할 권리 또는 사적 소추의 권리(the right to institute private proceedings)가 인정되어야 한다. – Part I B, 제7조

*****

「실무자를 위한 가이드」에 서술된 바와 같이, 형사사법제도는 국가에 따라 다르며, 피해자의 역할 역시 마찬가지이다. 예를 들면, 피해자가 검찰 측 증인으로밖에 기능할 수 없는 국가가 있다면, 피해자 스스로 소추할 수 있는 국가도 있다.[28] 그러나, 당해 국가의 사법제도와 관계없이, 피해자에 대한 정보제공의 문제는, "피해자의 지위에 관한 기본원칙선언"과 "유럽평의회의 피해자의 지위에 관한 권고"의 규정에서 볼 수 있듯이 절차 전반에 있어 기본적 중요성을 가진다. 사건이 검찰에 의해 처리되는 경우에도 마찬가지이다. 검찰은 피해자에게 제공하는 일반적 가치를 지닌 정보뿐만 아니라, 피해자의 사건에 관한 구체적인 자료 또한 제공하여야만 한다. 피해자가 수사에서 건설적인 역할을 담당할 수 있도록 함과 동시에 형사사법제도에 대한 환멸을 방지하기 위하여, 검찰이 전달하는 정보는 충분히 관련성이 있는 것이어야만 한다.[29]

특히 중요한 것은 "자신의 사건이 전면적이고도 주의 깊게 검토되고 있다고 피해자가 믿는 것과 기소 여부의 결정에 대하여 피해자가 신뢰를 갖는 것이다."[30] 유럽 차원에서 인정되고 있듯이, 불기소 결정에 만족하지 않는 피해자에 대하여, 재심사를 청구할 권리 또는 사적 소추의 권리가 인정되는 것도 중요하다. 재심사의 권리에 관해

28) Ibid., p.14, para. 51.
29) Ibid., p.14, para.52 참조.
30) Ibid., p.15, para.54.

서는, 상급검찰기관, 법원 또는 경우에 따라 옴부즈맨에 의한 심사 등 실무상에서는 다양한 기관이 활용되고 있다. 또 다른 가능성은 사적 소추권이다.[31]

검찰기관은 어느 때에나 범죄 피해자에 대한 존중과 예의를 표해야 한다.

검찰기관은 수사에 있어서의 피해자의 역할 및 절차의 범위, 시기 및 진전에 대하여, 피해자에게 항상 정보를 알려야만 한다.

검찰기관은 피해자에게 수사의 결과에 관하여 알려야만 한다. 단, 적어도 유럽의 경우 피해자가 이러한 정보를 알고 싶어 하지 않는 경우에는 이에 해당하지 않는다.

권한 있는 기관이 불기소 결정을 한 때에는 피해자는 당해 결정을 재심사 받을 권리를 부여 받아야 하거나 또는 사적 소추를 진행하는 것이 가능해야 한다.

2.3.3 형사절차에서의 피해자의 신문

범죄 피해자에 대해 "공감 및 그 존엄에의 존중을 가지고" 대할 의무("범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언"의 원칙 4)는, 피해자 신문의 맥락에 있어서 특히 관련성을 갖는다. 이것은 경찰, 검찰 또는 법관이 신문을 수행할 경우에도 마찬가지이다. 법정에서 증언하는 것은, 특히 피해자가 그 이전에 형사사법제도를 경험한 적이 없는 경우에는, 위협적으로 느껴지기 쉽다.[32] 법정에서 증언해야만 하는 피해자에게 구체적 조력을 제공함으로써 피해자는 "자신이 적절하게 참가하고 있으며, 법원이 최선의 증거를 수집하고 있다고 느끼게 될 것이다."[33] 법정에서 증언해야 할 피해자에 대한 특별한 조력은, 강간이나 아동학대의 피해자에게 특히 의미 있는 일이 될 것이다. 이러한 점에서 훈련을 받은 진술조력인, 영상녹화물, 비디오 등 중계장치의 활용이 도움이 될 수 있고, 피해자가 자신의 법적 조력자를 구할 수 있도록 법률 구조를 제공하는 것 또한 고려될 수 있다. 이것은 특히 피해자의 민사상의 청구가 형사소추와 동시에 심리될 때에 중요하다.[34]

*****

"유럽평의회의 피해자의 지위에 관한 권고"에 의하면, 피해자는 형사절차의 모

31) Ibid., loc, cit

32) Ibid., p.15, para.55.

33) Ibid., loc, cit.

34) Ibid.

든 단계에서 "신문을 받음에 있어 그의 개인적 상황, 권리 및 존엄이 충분히 고려되는 방식에 따라 신문받아야 한다. 아동 및 정신지체장애인의 신문은, 가능하고 적절한 경우에는 항상, 그 부모 또는 보호자 또는 조력의 자격을 갖는 타인의 존재 하에 이루어져야만 한다(Part I C, 제8조).

상술한 유형에 해당하는 범죄 피해자와는 별도로, 인신매매, 인종적 동기에 기한 범죄행위 또는 테러행위의 피해자는 신문에 관련하여 특별한 조력 및 지원을 필요로 할 수 있다.

예를 들면, 피해자가 외국인으로서 해당 지역의 언어를 말할 수 없을 때에는 언제나 피해자의 존엄이 존중되고, 모든 관련 정보가 피해자가 이해할 수 있는 언어로 전달되도록 보장되어야 한다. 소수집단에 속한 범죄 피해자를 돕고, 안심시키기 위한 특별 조력도 필요할 수 있다.

경찰, 검사 또는 법관에 의한 범죄 피해자의 신문은 공감 및 그 존엄에의 존중을 가지고 행해져야만 한다. 피해자를 안심시키고 피해자가 소송에 있어서 적절한 역할을 다할 수 있도록 하기 위하여, 법정에서 증언하는 피해자에 대한 특별한 조력이 필요한 경우도 있다. 특별한 조력이 필요한 것은 특히, 성범죄, 아동학대, 인신매매 또는 테러행위의 피해자 및 외국 국적, 소수 집단의 구성원 및 장애인 등과 같은 피해자의 경우 등이 있다.

2.3.4 피해자와 형사재판절차

"범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언" 제6조는 재판절차도 다루고 있다. 즉 예를 들면, 피해자는 그 절차의 시기 및 범위 및 피해자에게 기대되는 역할에 대하여 정보를 받아야 한다는 것이다. 전술한 바와 같이, 피해자에게 특별한 조력을 제공하는 것은 이러한 단계에서 유익할 수 있다. 이러한 조력은 위 기본원칙선언 제6조(c)에서 구상되고 있다. 피해자에게 사건의 처분이 불필요하게 지연되지 않도록 하는 것 또한 중요하다.

*****

"유럽평의회의 피해자의 지위에 관한 권고"에 의하면, 피해자는 다음에 관한 정보를 제공받아야 한다.

❖ 피해자에게 피해를 초래한 범죄에 관한 심리의 시기 및 장소

❖ 형사사법절차에 대한 피해회복, 배상 보상, 법률적 조력 및 조언을 얻을 기회
❖ 사건의 결과를 알 수 있는 방법(Part I D, 9문단)

"형사법원은 범죄자에게 피해자에 대한 배상을 명할 수 있어야 하고", "법률은 위와 같은 배상이 형사제재의 일환으로서 또는 이를 대신하거나 이와 함께 내려지는 것이 가능하도록 해야 한다"(Part I D, 제10 11문단).

*****

사법제도에 대한 신뢰를 제고하기 위하여, 재판장은 피해자가 재판절차에 대하여 지체 없이 통지 받고, 동시에 그 의견이 법원에 충분히 전달될 수 있도록 해야 한다. 절차의 지연 또는 연기에 관하여 피해자는 지체 없이 통지를 받아야 하며, 판결의 입수 방법에 대해서도 알 수 있도록 고지 받아야 한다. 예를 들면, 피해자가 배상 · 보상 및 피해회복에 대한 권리를 가질 경우, 재판장은 피해자가 그 권리를 적절하게 행사할 수 있도록 그 권리에 대하여 피해자에게 충분히 고지해야 한다.

범죄 피해자는 자신에게 피해를 준 범죄에 대한 재판 절차의 일시 및 장소의 정보를 제공받아야 하며, 또한, 절차의 지연 및 연기에 관해서도 알 수 있어야 한다.

범죄 피해자는, 당해 범죄에 관한 피해 배상 및 보상을 받을 권리를 갖는 경우, 그 권리에 대하여 충분히 알 수 있어야 한다.

범죄 피해자는 당해 범죄에 관한 판결의 사본을 입수하는 방법에 대하여 알 수 있어야 한다.

2.3.5 사생활 및 안전의 보호에 대한 피해자의 권리

"범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언" 제6조(d)에 의하면, 피해자의 요구사항에 관한 사법절차 및 행정절차의 대응은 다음의 조치에 의해 뒷받침되어야 한다.

> "피해자의 불편을 최소화하고, 필요한 경우에는 그들의 사생활을 보호하며, 위협 및 보복으로부터 피해자의 가족 및 피해자에게 유리한 증인의 안전을 확보하기 위한 조치를 취할 것"

이 문제에 대하여 "유럽평의회의 피해자의 지위에 관한 권고"는 다음과 같이 논하고 있다.

> "범죄의 수사 및 공판에 관한 정보 및 공보 정책에 관해, 사생활과 존엄성에 부당한 영향을 미칠 수 있는 사항의 공표로부터 피해자를 보호할 필요가 충분히 고려되어야 한다. 범죄의 유형 또는 피해자의 특별한 지위나 그의 개인적 상황, 안전에 비추어 보아 특별한 보호가 필요하다고 판단되는 때에는, 판결선고 이전의 공판절차를 비공개로 진행하거나, 개인정보의 공표 또는 공개를 필요한 한도로 제한하는 등의 조치를 취해야만 한다."(Part I F, 제15조).

정보의 공개는 법조인과 일반대중 모두에게 범죄 피해의 영향에 관한 중요한 교육자료로 활용될 수 있다. 그러나 이는 피해자에게 있어서는 커다란 고통을 안겨주는 것이므로, 피해자 신원의 공개는 자제되어야 한다.[35] 특히, 아동학대를 포함한 성적 학대나 신원 공개에 따라 피해자의 생명이 위험해 질 수 있는 조직범죄, 테러리즘의 경우, 정보가 공개됨에 따라 막대한 피해가 초래될 가능성이 있다. 원칙적으로 언론에 피해자의 신원을 공개하기 전에 피해자 본인의 동의를 얻는 것이 가장 바람직하다.[36]

피해자와 증인 및 그 가족 구성원의 생명, 안전이 보복에 의한 위험에 처할 때에는, 그 신원 공개를 제한하는 것만으로 충분하지 못한 경우가 있다. 사법기관은, 그 밖의 관련 정보를 비공개로 유지하거나, 그 밖의 다른 형태의 특별한 보호를 제공하는 것과 같은 추가적 조치를 취해야 할 수도 있다. 특히 중대한 사안에서는 재판절차를 *비공개로* 실시하는 것도 필요할 것이다. 단, 국제인권법은 그러한 결정에 관한 구체적이 제한을 부과하고 있다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(1), 미주인권협약 제8조(5), 유럽인권협약 제6조(1) 참조]. 극단적인 경우, 권한 있는 기관은 관련 피해자 및 가족, 증인에 대하여 경찰에 의한 특별보호를 제공해야만 할 필요가 있는 경우도 있다.

필요한 때에는 항상, 권한 있는 기관은 범죄 피해자의 사생활을 보호하고, 또한, 협박 및 보복으로부터 피해자, 그 가족 및 피해자에게 유리한 증인을 보호해야만 한다.

사생활 및 안전에 대한 특별한 보호는 성적 학대 및 조직범죄, 테러리즘의 경우 특히 필요한 경우가 있다.

원칙적으로 피해자의 이름을 언론에 공개하기 전에 피해자의 동의를 얻는 것이 필요하다.

35) Ibid., p.15, para.56~57.

36) Ibid., p.15, para.57.

2.4 범죄 피해자에 대한 피해회복, 손해배상 · 보상 및 지원

2.4.1 일반적 논의

범죄 피해자에 대한 피해회복, 손해배상 · 보상, 지원의 문제는 매우 복잡하여 여기에서는 상세한 분석이 가능하지 않으므로 일반적인 수준의 논의만을 하고자 한다. 따라서 이 절에서는 범죄 피해자에게 정의감을 제공할 수 있도록 국내 사법기관의 지침이 될 수 있는 일반원칙의 개요를 서술하여 둘 것이다. 범죄 피해자의 필요는 발생한 범죄의 성질, 범행 장소 및 피해자 자신의 상황에 따라 다양하다.

2.4.2 피해 회복

"범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언" 제8조는 다음과 같이 규정하고 있다.

> "범죄자 또는 그에 책임을 지는 제3자는 적절한 경우, 피해자, 그 가족 또는 피부양자에 대하여 공정한 피해 회복을 해야 한다. 이러한 피해 회복에는 재산의 반환 또는 발생한 위해 또는 손실에 대한 지불, 피해의 결과 발생한 비용의 변제, 서비스의 제공 및 권리의 회복을 포함하여야만 한다."

제9조에 의하면, "정부는 다른 형사제재에 더하여, 형사사건에서 가능한 양형의 선택지로서 피해 회복을 명할 수 있도록 자국의 실무, 규칙 및 법률을 재검토해야만 한다."

여기에서 "피해 회복(restitution)"이란, 범죄자가 범죄행위에 의해 침해한 피해자의 권리를 회복하는 것을 의미한다. 물론 피해 회복이 가능한 경우는 도난당한 재산 또는 금전이 여전히 존재하는 경우에 해당할 것이다. 따라서 권리의 회복이 불가능한 살인과 같은 폭력 범죄의 경우, 피해 회복은 의미 있는 해결책이 될 수 없다.

재산의 반환이나 발생한 피해나 손실에 대한 금전지급에 추가하여, 피해자는 일정의 비용의 변제도 청구할 수 있다. 이러한 청구를 위해서는, 피해의 결과 발생한 비용의 명확한 일람(一覽)이 필요할 수도 있다.[37]

37) 범죄행위에 의해 "환경에 상당한 위해가 발생한 경우에 배상을 명령할 때는 다음을 포함하여야 한다. 가능한 환경의 복구, 인프라의 재건, 지역공동체 시설의 교체 및 위해의 결과 공동체가 이전하지 않을 수 없게 된 때의 이전비용의 변제."(기본원칙선언 제10항). 이러한 경우에 배상은, 기업이 환경 친화적인 생산수단을 사용하고 환경재해의 위험을 방지 또는 최소화하는 조치를 취하도록 장려하는 강력한 수단이 될 수 있

범죄에 책임 있는 자는, 적절한 경우에 항상, 발생한 위해 또는 손실에 대하여 범죄 피해자에게 공정한 피해회복을 행해야 한다. 피해회복을 통하여 범죄자는 피해자에게 침해한 권리를 회복하게 한다.

2.4.3 손해배상 및 보상

국가로부터 보상을 받았는지 여부를 불문하고, 가해자로부터 범죄로 입은 신체적 · 심리적 기타 피해에 대하여 금전적 배상을 받는 것은 피해자에게 중요하다. 왜냐하면 그러한 배상은 "가해자가 피해자에게 가한 피해를 인정한 것으로 볼 수 있기" 때문이다. 그러한 배상이 법원에 의하여 명령된 것이라면, "그것은 국가의 피해자에 대한 관심의 상징"이 될 수 있다.[38] 이러한 유형의 관심은 관련 피해자에게 중요한 치유의 효과를 가지며, 형사사법제도에 대한 피해자의 신뢰를 높일 수 있다.

이 문제에 대하여 "범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 기본원칙선언" 제12조는 "손해배상이 범죄자나 그 밖의 관계인으로부터 충분히 얻어질 수 없는 경우에, 국가는 다음 사람들에 대한 금전적 보상을 행하도록 노력해야 한다."고 규정하고 있다.

(a) 중대범죄에 의하여 상당한 신체적 상해 또는 신체적, 정신적 건강상의 장애를 입은 피해자
(b) 당해 피해에 의하여 사망하거나 신체적, 정신적으로 무능력하게 된 자의 가족, 특히 피부양자

마지막으로, 위 선언 제13조는 다음과 같이 규정하고 있다. "피해자에 대한 보상을 위한 국가기금의 설치, 강화 및 확대를 장려해야 한다. 피해자 국적의 국가가 피해보상을 시행하지 않거나, 시행할 수 없는 등의 경우 앞의 목적을 위한 별도의 기금을 설치할 수 있다."

*****

"폭력범죄 피해자의 보상에 관한 유럽협약"(1983) 제1조는, 당사국에게 "이 협약의 제1부에서 정한 원칙을 실시하기 위해 필요한 조치를 취할 것"을 정하고 있다.

다. 또 하나의 좋은 예는, 독성 물질이나 안전조치를 준수하지 않은 수송수단에 의한 위험 물질의 수송이다. 단, 복수의 개인에 의한 여러 건의 방화가 광범위한 숲이나 다수의 주택을 소실시킨 경우, 범죄자에 의한 배상은 공론에 그칠 수밖에 없다.

38) UN doc. A/ CONF. 144/20, annex, Guide for Practitioners, p.21, para.83.

즉, 배상이 다른 재원으로부터 충분히 얻어지지 않을 경우, 국가가 다음에 해당하는 자들에 대한 보상을 위하여 자금을 마련해야 한다는 것이다.

a. 고의적인 폭력범죄를 직접원인으로 하여 중대한 신체적 상해 또는 건강피해를 입은 자
b. 당해 범죄로 인하여 사망한 자의 피부양자 [제2조(1)]

이 규정에 따르면, 피해자가 국가로부터 보상을 받을 자격을 얻기 위해서는 범죄가 다음과 같은 성질의 것이 되어야 한다.

- "고의적"일 것
- "폭력"범죄일 것
- "중대한 신체적 상해 또는 건강피해의 직접적 원인"일 것[39]

협약의 적용을 고의적인 범죄에 한하는 이유는, "그것이 특히 중대하고, 도로교통범죄와 같이 보험이나 사회보장으로 보상이 이루어지는 과실범죄에 비하여 보상이 적게 행해지기" 때문이다.[40]

상해는 반드시 신체적일 필요는 없으며, "상해 또는 사망을 일으킨 심리적 폭력(예컨대, 중대한 협박)의 경우"에도 보상받을 수 있다.[41] 단, 그러한 상해는 항상 "중대하고, 범죄의 직접적 원인"이 되어야 한다. 바꿔 말하면, 범죄와 그 영향 간에 인과관계가 있음이 증명되어야만 한다.[42]

다시 말해, 위 협약은 "경미한 상해 또는 범죄에 직접 기인하지 않은 상해"나 "다른 이익, 특히 재산에 대한 피해"를 대상으로 하지 않는다는 것이다. 단, 독극물의 투여, 강간 및 방화는 "의도적인 폭력으로서 취급된다."[43]

협약 제2조(2)에 의하면, 보상은 "상기의 경우에 있어, 설령 범죄자를 기소하거나 처벌할 수 없는 경우에도 이루어져야 한다." 예를 들면, 미성년자나 심신상실자의 경우 기소될 수 없거나 책임능력이 없다고 볼 수 없는 경우가 있고, 정당방위나 긴급

39) Explanatory Report, p.5. para.16.
40) Ibid., p.5, para.17.
41) Ibid., p.5, para.18.
42) Ibid., p.5, para.19.
43) Ibid, loc, cit.

피난 같이 필요에 의해 행동한 경우에도 기소되지 않을 수 있다. 물론 이러한 때에도, 피해자는 다른 재원으로부터 배상을 받을 수 없다면, 국가로부터 보상 받을 수 있도록 해야 한다.[44]

더 나아가, 위 협약 제3조는 "범죄가 발생한 장소의 국가는 그 범죄 피해자가 이 협약 당사국의 국민이거나 유럽평의회 회원국의 국민으로서 범죄가 발생한 국가의 영주권자인 경우에는 언제나 보상을 하여야 한다."고 정하고 있다.

후자의 피해자 집단을 포함한 목적은 이주노동자 보호의 증진이다.[45] 협약은 최소한의 기준을 정한 것일 뿐이고, 당사국이 이용 가능한 보상의 범위를 넓히는 것을 금지하거나 외국에서 발생한 폭력범죄의 피해자인 자국민 또는 국내의 모든 외국인에 대한 보상을 시행하는 것을 금지하는 것은 아니다.[46] 이와 관련하여, "범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 기본원칙선언" 제3조가 국적에 의거한 차별을 금지하고 있는 것에 대해서도 주의해야 한다.

또 한 가지 주목해야 하는 것은, 1985년 "유럽평의회의 피해자의 지위에 관한 권고"에 따라, 형사제재로서의 배상은 "벌금과 마찬가지로 징수되어야 하며, 범죄자에게 부과된 다른 모든 금전적 제재에 우선하여 징수되어야 한다. 다른 경우에 있어서도, 피해자는 금전의 회수에 관하여 최대한의 조력을 받을 수 있어야 한다"(Part I E, 제14조).

보상대상: 유럽평의회 협약에 의해 행해지는 보상은, "최소한 다음의 항목"으로 구성되어야 한다.

- ❖ 일실(溢失)소득
- ❖ 의료비 및 입원비
- ❖ 장례비
- ❖ 피부양자에 관한 부양료의 일실분(제4조)

이는 각 사안에 대한 손실이 입증될 것을 조건으로 "합리적인 보상"이 행해지기 위한 ***최저요건***이다.[47] 국내법의 규정에 의하면, 다음과 같은 항목도 보상대상으로 되는 경우가 있다.

---

44) Ibid., p.6, para.21 참조.
45) Ibid., p.7, para.25.
46) Ibid., p.7, para.27.
47) Ibid., p.7, para.28.

❖ 위자료
❖ 기대수명의 단축
❖ 범죄에 기인한 장해로 발생한 추가지출[48)]

설명보고서(Explanatory Note)에 의하면, "이러한 항목에 대한 보상은, 민사법에 의거한 통상의 관행에 따라 사회보장이나 사적 보험에 보통 적용되고 있는 계산법에 의하여, 보상을 행하는 국가가 산정하게 된다."[49)]

보상의 조건: 협약은 보상의 지급에 대하여 다양한 조건을 부과하고 있다. 첫째로, 협약은 "보상의 지급에 관한 상한 및 하한"을 보상제도에 정하는 것을 인정하고 있다(제5조). 두 번째로 "동 제도에 대하여, 보상의 신청기한을 정할 수 있다"(제6조).

보상을 위한 자금은 무한한 것이 아니므로, 상한이 필요할 수 있다. 하한의 설정은, 피해자 자신이 보충할 수 있는 경미한 손해는 법관의 관심사로 될 수 없다는(de minimis non curat praetor) 원칙에 의하여 정당화될 수 있다.[50)] 협약은 "엄격한 양적 제한"을 정하고 있지는 않은데, 이는 각 국가별로 재원이나 생활수준이 다르다는 단순한 이유에 근거하고 있다.[51)]

보상의 신청기한에 관하여, 다음의 이유로 범행 후 가급적 빨리 보상 신청을 행하는 것이 중요하다.
❖ "피해자가 신체적, 심리적 고통을 겪고 있을 때에 원조를 받을 수 있도록" 하기 위하여
❖ "부당한 어려움 없이 손해를 확인 및 평가 받을 수 있도록"하기 위하여[52)]

범죄 피해자에 대하여 조기에 전문적 지원이 제공되면, 신속한 회복의 가능성이 높아질 수 있기 때문에 회복에 드는 의료비나 그 밖의 비용을 줄일 수 있다.

세 번째로, 1983년 협약에 의하여 보상은 "신청인의 재정 상태를 이유로" 감액 또는 거절 될 수 있다(제7조). 이것은 공적 자금을 이용하여 범죄 피해자에게 보상을

48) Ibid., loc, cit.
49) Ibid., p.8, para.28.
50) Ibid., p.8, para.29.
51) Ibid., p.8, para.30.
52) Ibid., p.8, para.31.

행하는 것은 "사회연대의 행위이기 때문에, 피해자 또는 그 피부양자가 명백하게 충분한 소득을 얻고 있는 경우에는 불필요할 수 있다"는 사고방식에 의거하고 있다. 물론, 협약의 어떠한 규정도 "피해자 또는 그 피부양자의 재정 상태에 관계없이" 보상하는 것을 금지하고 있지 않다.[53]

마지막으로, 보상은 다음의 사항을 고려하여 마찬가지로 "감액 또는 거절" 될 수 있다.

- "범죄의 전후 또는 진행에 있어서, 또는 당해 상해나 사망에 관련한 피해자 또는 신청인의 행위" – 제8조(1)
- "피해자 또는 신청인이 조직범죄에 관여하고 있거나 폭력범죄에 가담한 조직의 구성원인 경우" – 제8조(2)
- "지급 또는 전액지급이 정의감이나 공서에 반할 경우" – 제8조(3)

첫 번째 이유는 범죄나 발생한 손해에 피해자의 부적절한 행동이 개입된 경우에 해당한다. "예를 들어, 피해자가 특이할 정도로 도발적, 공격적인 행동을 함으로써 당해 범죄를 유발한 경우 또는 범죄적 보복을 통하여 폭력의 악화를 초래한 경우, 피해자가 손해의 발생 또는 악화를 조장한 경우(예컨대, 합리적 이유 없이 치료를 거부하는 경우)" 등을 꼽을 수 있다. 위 사유를 근거로 보상을 감액하거나 지급하지 않을 수 있는 또 다른 경우로는, 피해자가 "범죄를 경찰에게 통보하지 않거나 사법운영에 협력하지 않는" 것을 들 수 있다.[54]

보상을 감액하거나 경우에 따라 거절되는 두 번째 이유는, 피해자가 "조직범죄(예컨대, 마약밀매) 또는 폭력행위를 행하는 단체(예컨대, 테러조직)에 속한 경우"가 있다. 이러한 경우, 피해자는 "사회 전체의 동정 또는 연대를 상실한 것으로 간주되어, 설령 손해를 발생시킨 범죄가 앞서 말한 활동과 직접 관련되어 있지 않다고 해도, 보상이 거절되거나, 감액될 수 있다."[55]

마지막으로 당사국은 보상이 정의감 또는 공공정책(*공서. 公序*)에 반할 경우, 범죄 피해자에게 보상을 감액 또는 거절할 수 있다. 이러한 경우, 당사국은 보상의 지급에 대하여 재량권을 다소 보유하는바, "연대를 표시하는 것이 공중의 감정 또는 이익에 반하거나, 당사국 입법의 기본원칙에 반하는 것이 명백한 경우" 보상을 행하지 않을 수 있다. 예를 들어, "범죄자로서 알려진 자가 폭력범죄의 피해를 당한 경우, 설

53) Ibid., p.8~9, para.32.

54) Ibid., p.9, para.34.

55) Ibid., p.9, para.35.

령 당해 범죄가 피해자의 범죄활동과 관련이 없다고 해도 보상이 거절될 수 있다."[56]

범죄 피해자에 대한 보상의 감액 또는 거절에 관한 이상의 원칙은 폭력범죄에 의해 사망한 피해자의 피부양자에게도 동일하게 적용된다.[57]

그 밖의 관련 쟁점들: 위 협약은 이중보상의 방지 및 대리인에 의한 권리의 행사에 관한 규정도 마련하고 있고, 당사국들로 하여금 "보상을 신청할 수 있는 자들에 대해 관련 정보가 제공될 수 있도록" 적절한 조치를 취하도록 하고 있다(제9 내지 11조).

예를 들면, 제9조는 이중보상을 방지하기 위해, "범죄자나 그 밖의 재원으로부터 받은 보상액은 공적 자금으로부터 지불될 보상액에서 공제될 수 있다. 공제 금액을 얼마로 정할 것인지는 당사국이 정한다."고 규정하고 있다.[58] 나아가, 피해자가 공적 자금으로부터 보상을 받은 ***후에*** 범죄자로부터 배상을 받은 경우, 국가는 보상금의 전부 또는 일부의 반환을 구할 수 있다.[59] 이러한 상황은 예를 들면, "가해자 또는 가해기관에 대한 판결이 계류 중에 있는 동안, 심한 어려움을 겪는 피해자에게 국가가 보상을 먼저 하는 경우나, 공적 자금으로부터의 보상 지급 시에는 알지 못했던 범죄자가 그 후에 발견되어 유죄판결을 받아 피해자에게 전부 또는 일부의 배상을 하는 경우"에 발생할 수 있다.[60]

공적 보상제도가 활용되기 위해서는, 공중이 그 존재에 대하여 알고 있어야 한다. 그러나 연구에 의하면, 공중이 이러한 제도를 잘 알지 못하기 때문에 거의 활용되지 못하고 있음을 알 수 있다.[61] 이러한 상황을 시정하기 위하여, 협약 제11조는 잠재적 피해자에게 공적 보상제도에 대한 정보가 전달될 수 있도록 조치를 취할 의무를 당사국에 부과하고 있다. 설명보고서(Explanatory Report)에 의하면, "보상에 관한 권리를 피해자에게 알리는 주 책무는 범죄 직후에 피해자를 다루는 기관(경찰, 병원, 수사판사, 검찰 등)에 있다. 이들은 권한 있는 기관이 공개한 정보를 잠재적 피해자들이 이용할 수 있도록 해야만 한다."[62] 범죄 피해자가 이용할 수 있는 금전적 도움이나 그 밖의 원조를 홍보하기 위해 언론도 유익한 역할을 할 수 있을 것이다.[63]

---

56) Ibid., p.9, para.36.
57) Ibid., p.9, para.37.
58) Ibid., p.9, para.38.
59) Ibid., p.10, para.39.
60) Ibid., loc. cit.
61) Ibid., p.10, para.42.
62) Ibid., loc. cit.
63) Ibid.

범죄의 결과로 인한 신체적, 심리적 피해에 대하여 범죄 피해자에게 배상을 행하는 것은 피해자에 대한 관심을 드러내는 중요한 방법 중 하나다.

그러한 배상이 가해자 또는 사적보험과 같은 기타의 재원으로부터 충분히 주어질 수 없는 경우, 필요에 따라 국가가 피해자나 그 피부양자에게 보상을 해야만 한다.

유럽에서는 폭력 범죄의 피해자가 위의 기타 재원으로부터 배상을 받지 못하면, 유럽평의회 회원국들이 보상해야 할 협약상의 의무를 부담하는 경우가 있다.

단, 특히 범행에 관련한 피해자의 행동이나, 피해자가 마약밀매나 테러리즘 등의 조직범죄에 관여하는 경우에 따라서는 보상이 감액 또는 거절될 수 있다.

2.4.4 지원

폭력범죄의 피해자는 다양한 금전상의 필요뿐만 아니라, 즉각적인 또는 장기적인 의료서비스나 기타의 지원이 필요한 경우가 있다. 이러한 필요는 "범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언" 제14조에서 다음과 같이 인정되고 있다.

> "피해자는 정부, 자원봉사자, 지역공동체 및 지역 고유의 수단을 통하여 필요로 하는 법적, 물적, 의학적, 심리적 및 사회적 지원을 받을 수 있어야 한다."

이 규정은 국가로부터의 지원에 그치지 않고, 지역공동체 및 전문단체로부터의 다양한 형태의 지원을 구상하고 있다. 범죄 피해자의 구체적인 필요가 무엇인지에 관해 숙달된 전문가로 구성된 지역단체 · 기관을 발전시킴으로써 범죄 피해자에게 많은 도움을 줄 수 있다.[64] 필요한 지원의 양태는 피해자 및 피해의 영향에 따라 달라질 수 있다. 신체적 상해를 입은 피해자가 신속한 의료적 지원을 필요로 하는 것은 말할 것도 없다. 이러한 지원은 범죄자에 대한 형사소추 또는 민사상의 청구의 증거를 확보하고 피해자에게 미친 범죄의 영향을 기록하기 위해서도 필수적이다.[65]

위 기본원칙선언 제17조는 "피해자에게 서비스 및 지원을 제공함에 있어서는 피해자가 받은 피해의 성질에 따라 특별한 필요가 있는지 주의해야 한다."고 강조한다. 위 조항은 위 기본원칙선언 제3조에서 언급한 차별과 같은 사유로 피해자에게 특별한 필요가 있는지도 주의해야 한다고 강조한다. 실제로 성범죄 피해자와 같은 일정한 유형의 피해자의 경우 전문적인 조치가 필요할 수 있는바, 예컨대, 강간 피해자 등

64) UN doc. A/CONF.144/20, annex, Guide for Practitions, p.23, para.92 참조.
65) Ibid., p.25, para.99~100.

을 대하는 데에는 숙련된 의료종사자에 의한 장기적인 정서적 지원 등이 포함된다. HIV 바이러스 · 후천적 면역결핍 증후군(AIDS) 문제를 고려하면, 중대한 성범죄 피해자 가운데에는 장기간의 의학적 보조가 필요한 경우가 있을 수도 있다.[66] 테러공격의 피해자는 많은 경우 광범위한 치료뿐만 아니라 트라우마와 같은 경험에 익숙해질 수 있도록 도움을 받아야 하기 때문에, 특별훈련을 받은 전문가에 의한 즉각적이고도 장기간의 심리적 치료가 필요할 수 있다. 테러행위와 같은 대규모의 범죄사건에서는 임시주택, 시체안치소, 식량배급센터 등의 특별설비를 필요로 할 수도 있다. 당사국은 국가, 광역권, 지역의 각 단계에서 비상계획에 대응하는 준비를 갖추어 두어야 하며, 장비나 자격요원의 목록을 정기적으로 갱신해 두어야 한다.[67]

피해자는 범행의 발생 후 다양한 ***실제적*** 지원도 필요로 할 것이다. 강도의 경우는 열쇠나 손상된 기타 재산을 수리하지 않으면 안 될 것이고, 방화나 가정폭력의 피해자에게는 일시적인 숙박 장소가 필요할 것이다.[68] 그 밖의 피해자에게도 범행 직후 일정 기간 동안은 장보기, 가사와 육아 보조와 같은 사회적 지원서비스가 필요할 수 있다.

지원제도가 유효하게 기능하기 위해서는, 이 장 전체를 통하여 강조하고 있듯이, 제도 존재에 대한 정보가 필수적이다. 기본원칙선언 제15조는 다음과 같이 정하고 있다.

> "피해자는 이용 가능한 보건서비스 및 사회서비스 기타 관련 지원에 대하여 정보를 받고, 동시에 그것에 용이하게 접근할 수 있어야 한다."

상술한 것처럼, 범죄 피해자를 대하는 인력을 훈련하는 문제도 중요한바, 선언 제16조는 다음과 같이 규정하고 있다.

> "경찰관, 사법, 보건, 복지서비스 종사자 및 기타 관련 요원은, 피해자의 필요에 대한 감각을 높이기 위하여 훈련을 받아야 하며, 위 요원들에게는 적절하고 신속한 지원을 위한 지침이 제공되어야 한다."

즉 중요한 것은, 경찰관 및 법관, 검사, 변호사 등의 법조인이 알맞은 훈련을 받고, 범죄가 인간에게 미치는 영향에 대한 건전한 이해를 가져야 한다는 것이다. 또한,

66) Ibid., p.25, para.101~102.
67) Ibid., p.26, para.104 참조.
68) Ibid., p.26, para.107.

피해자가 이용할 수 있는 보상, 지원제도에 관하여 충분히 숙지해야 하고, 그 정보가 관련 피해자에게 일관되고 효과적으로 전달될 수 있도록 해야 한다.

[**추록**: 2005년에 경제사회이사회는 범죄의 아동피해자 및 증인에 관한 사법지침을 채택하여, 아동의 특별한 필요에 부응하고자 하였다(resolution 2005/20, annex).]

범죄 피해자는 금전상의 필요뿐만 아니라, 물적, 의학적, 심리적 및 사회적 성질의 다양한 필요를 가질 수 있다.

이러한 지원에 대한 필요는 피해자의 상황 및 범죄의 성질에 의해 다르다. 범죄 피해자에게 신속하고 효과적인 지원을 제공할 수 있기 위해서는 법관, 검사, 변호사를 포함한 모든 관련 전문직 집단이 피해자의 필요 및 이용 가능한 지원 제도에 대해 민감해져야 한다.

3. 인권침해 피해자의 보호 및 구제

이 장의 후반에서는 전적으로 인권침해의 피해자에 대해 다룰 것이다. 일반범죄 피해자의 상황과는 반대로, 국제법에는 개인의 권리, 자유의 침해를 구성하는 권력남용에 관한 국가의 책임에 대하여 명확한 법적 규칙이 확립되어 있다. 게다가, 그 규칙은 국제적 감시기구가 다룬 많은 사건을 통하여 더욱 발전해 왔다. 그러나 여기에서는 당사국의 일반적인 법적 의무를 간단하게 들 것이다. 그러한 의무로서는, ***인권의 효과적 보호를 보장하기 위한*** 국가의 일반적 의무 및 이와 관련성이 높은 구체적인 법적 의무, 인권침해를 ***방지***할 의무, ***국내적 구제***를 제공할 의무, 인권침해 사실을 ***수사***하고, 인권침해를 범한 것으로 의심되는 자를 ***기소***하며, 유죄로 판명된 자를 ***처벌***할 의무가 있다. 마지막으로 인권침해의 피해자에 대한 ***피해회복***이나 ***배상***을 행할 의무, 인권침해의 ***면책***의 문제에 대하여 검토할 것이다.[69)]

인권보호에 관한 당사국의 다양한 의무에 대하여 검토하기 전에 "피해자"의 개

69) 이 장에서는 국제적 감시기구가 해석의 대상으로 삼는 법적 규칙 이외에는 다루지 않는다. 그러나 인권침해의 피해자에 대한 구제의 문제에 대해서는 특별히 유엔인권위원회[UN Commission on Human Rights. 역주: 2006년 총회의 보조기관으로 인권이사회(Human Rights Council)가 생기기 전 경제사회이사회 소속의 위원회이다]에 의해 다루어져 오고 있다. 예를 들면, UN doc. E/CN. 4/2000/62, The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms, Final report of the Special Rapporteur. Mr. M. Cherif Bassiouni 참조. 특히 위 보고서에 첨부된 "국제인권과 인도법 위반의 피해자에 대한 구제 및 배상에 관한 기본원칙과 지침안" 참조.

념에 대하여 분석하겠다.

3.1 피해자의 개념

유엔의 "범죄 및 권력남용의 피해자를 위한 정의에 관한 기본원칙선언" 제18조는 다음과 같이 규정한다.

> "'피해자'란 비록 국내 형사법의 위반에는 이르지 않지만, 인권에 관하여 국제적으로 인정된 규범을 위반하는 작위 또는 부작위를 통해 개인이나 집단으로서, 신체적, 정신적 피해와 정신적 고통, 경제적 손실 또는 기본적 권리의 실질적 침해를 받은 자를 말한다."

이 정의는 어떤 의미에서는 특이하다. 첫 번째로 국제인권기준의 위반은 형사법 분야에 한정된 것으로 생각할 수도 있으나 꼭 그렇지만은 않다. 이러한 위반은 가족법이나 상속법과 같은 민사법의 분야에서도 발생할 수 있다. 관련 가능성이 있는 다른 법률 분야로서는 언론법, 행정법, 노동법, 사회보장법, 환경법 등이 있다.

두 번째로는, 국내법을 위반하지 않는 작위 또는 부작위이더라도 국제인권법 위반을 구성하는 경우가 있다. 국내법 규정의 여하에 관계없이, 국제적으로 인정된 인권기준을 위반하는 작위 또는 부작위가 일어난 경우에 있어 그 피해자에게 효과적인 구제절차를 제공하지 않으면 당해 국가는 국제적 차원에서 책임을 지게 된다.

세 번째로, "실질적" 침해에 대한 해석이 다소 곤란하며 추상적인 것으로 생각되어 충분한 이해가 어려울 수 있다. 실제로 피해자에 대한 침해가 "실질적"이지 않더라도, 당사국에 의한 작위 또는 부작위가 국제인권기준을 위반할 수 있다. 피해자는 여전히 국제법상으로 "피해자"이지만, 당해 위반에 대한 대응은 상황에 따라 다를 것이다. 국제감시기구는 피해회복이나 배상을 명하는 대신, 예를 들어, 특정 사건에서 발생한 피해가 인정되는 것만으로도 그 피해에 대한 적절한 대응이 이루어졌다고 볼 수도 있다. 그렇다고 하더라도 많은 경우에 실제로 중대한 위반이 행해지고 있고, 후술하는 바와 같이 이러한 위반이 피해자 또는 그 가까운 친족에게 미치는 악영향을 시정하거나 또는 최소한 경감하기 위한 다양한 조치가 필요하다.

이상의 것으로부터, 이 장의 후반부에서는 인권침해의 "피해자"에 대하여 다음과 같은 보다 간결한 정의를 채택하기로 한다.

"피해자"는 정부의 작위 또는 부작위에 의하여 국내적 또는 국제적으로 인정된 인권

및 기본적 자유를 침해 받은 자를 말한다.

중요하게 지적해야 할 것은 "피해자"가 실종 및 자의적 살해로 고통 받고 있는 가족구성원이 될 수도 있다는 것이다. 자유권규약위원회, 미주인권재판소 및 유럽인권재판소 등도 인권침해 피해자의 모(母)도 피해자로 간주될 수 있다고 인정하고 있다. 이러한 심각한 인권침해에 따라 모가 경험한 깊은 슬픔, 스트레스 및 고통은 그 자체로도 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조, 미주인권협약 제5조(2), 유럽인권협약 제3조 등의 국제적 법적 기준이 금지하고 있는 부당한 처우를 받지 않을 권리에 대한 침해에 해당한다.[70]

*****

인권침해와 같은 권력남용에서 특히 심각한 것은, 그와 같은 권리 침해가 오히려 개인의 권리를 ***보호***할 의무가 있는 사람이나 기관에 의해 또는 그 묵인 하에 이루어진다는 점이다. 바꿔 말하면, 존재해야 할 신뢰감이 심각하게 배신당하는 셈이 된다. 생명에 대한 권리 및 신체의 안전, 자유에 대한 권리의 침해가 광범위하게 행해지는 경우에는 그 상황이 매우 심각하다. 납치, 비자발적 실종 및 고문이 국가의 행정관행의 일부로 되는 경우가 그러한 경우이다. 이러한 경우 피해자가 입을 악영향은 "단순히" 일반범죄의 피해자의 경우보다 상당히 심할 것이다. 국가에 의한 또는 국가가 지원하는 폭력의 피해자의 재활을 위해서는 국가가 당해 권리 침해에 대해 인정을 하고, 피해자가 다양한 형태의 조력, 지원을 받는 것이 중요하다.

[**추록**: '국제인권법의 중대한 위반 및 국제인도법의 심각한 위반 피해자의 구제 및 피해회복에 관한 권리를 위한 기본원칙 및 지침'의 8문은 피해자를 다음과 같이 정의한다.

> "국제인권법의 중대한 위반 또는 국제인도법의 심각한 위반을 구성하는 작위 또는 부작위를 통해 개인적 또는 집단적으로 신체적 · 정신적 손상, 감정적 고통, 경제적 손실 또는 기본권의 상당한 제약을 받은 자. 적절한 경우, 국내법에 반하지 않는 범위 내에서, '피해자'라는 개념은 가까운 가족 또는 직접적 피해자의 피부양자, 고통받고 있는 피해자를 구제하거나 피해를 미연에 방지하기 위해 개입을 시도하다 피해를 입은 자도 포함한다."

70) Communication No. 107/1981. *Quinteros v. Uruguay*(Views adapted on 21 Jul 1983) in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p.224, para.14; *I-A Court HR, Case of Villagran Moraless et al., judgment of Novemver 19, 1999, Series C, No.63, pp.179~180, paras.176~177; Eur. Court HR. Case of Kurt v. Turkey, judement of 25 may 1998. Reports 1988-111*, pp.1187~1188. paras.130~134 참조.

직접적 피해자뿐만 아니라 가족구성원, 피부양자 또는 조력하기 위해 개입한 자도 피해자의 개념에 포함된다는 것은 중요하게 보아야 한다.

강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 협약(International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance) 제24조에 따르면 "피해자"를 "실종된 사람 및 강제실종의 직접적 결과로 피해를 입은 사람"으로 정의하고 있다.

피해자의 개념은 판례에 의해서도 발전되어 왔다. *Moiwana Community v. Suriname* 사건은 수리남의 모이와나 마을에서 일어난 대량학살에 관한 사건이다. 미주인권재판소는 '피해자'가 그 사건의 생존자들은 물론 살해당한 자의 가족들까지 포함하는 개념이라고 판시하였다(Inter-American Court of Human Rights, the *Moiwana Community v. Suriname*, Judgement of 15 June 2005, Series C, No. 124.)]

"피해자"란 정부의 작위 또는 부작위에 의하여 국내적 또는 국제적으로 인정된 인권 및 기본적 자유를 침해 받은 자이다.

실종, 고문, 자의적 살해의 피해자의 가까운 친족도 부당한 처우를 받지 않을 자신의 권리를 침해당한 피해자로 간주될 수 있는 경우가 있다.

인권침해와 같은 권력남용에서 특히 심각한 것은, 개인을 보호해야 할 사람이나 기관에 의해 또는 묵인 하에 이러한 침해가 행해진다는 점이다.

인권침해의 피해자는 국가로부터 권리 침해에 대한 인정을 받는 등 피해의 영향에 대처하기 위하여 다각적 형태의 조력, 지원을 필요로 할 수 있다.

3.2 인권의 효과적 보호의 보장을 위한 일반적인 법적 의무

이 절에서는 인권과 기본적 자유를 효과적으로 보호하기 위한 국가의 법적 의무에 관한 일반적 고려사항을 다룰 것이다. 예방, 국내적 구제, 조사 등의 문제를 구체적으로 다룬 규정에 관하여는 다음의 관련 소주제에서 상세히 다룰 것이다.

3.2.1 보편적 차원

"시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약" 제2조(1)에 의거하여, 각 당사국은 "자국의 영토 내에 있으며, 그 관할권 하에 있는 모든 개인에 대하여 이 규약에서 인정되는 권리들을 ***존중***하고, ***보장***할 것을 약속"하고 있다. 자유권규약위원회는 위 규약

제2조를 해석하면서 다음 사항에 대해 당사국들의 주의를 환기할 필요가 있다고 했다. 즉, "규약에서 정한 의무는 인권의 ***존중***에 한정되는 것이 아니고, 당사국들은 그 관할 내에 있는 모든 개인에게 이러한 권리의 향유를 ***보장***할 것도 약속하고 있다. 이에 따라 당사국들은 개인이 그 권리를 향유할 수 있도록 하기 위한 구체적 조치를 취해야 한다."[71] 이와 같이 보장에 관한 의무는 당사국들이 그 관할 내에 있는 모든 사람들로 하여금 규약에서 보장된 권리 및 자유를 향유할 수 있도록 할 ***적극적인*** 의무를 의미한다. 이 기본적이고 적극적인 법적 의무로부터 당사국이 개인의 권리 및 자유의 침해를 효과적으로 수사, 기소, 처벌해야 한다는 의무가 도출될 수 있다.[72]

[**추록**: 전술한 바와 같이 규약상 권리를 존중하고 보장할 의무는 위 규약 제2조(1)로부터 도출된다. 조약법에 더해, "구제에 관한 권리를 위한 기본원칙 및 지침(Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy)"은 위 의무가 국제관습법 및 국내법으로부터도 도출될 수 있다고 규정한다. 이에 따르면 당사국은 아래와 같은 의무를 부담한다.

> "당사국은 국제법이 요구하는 바에 따라 자국의 국내법이 국제법상 의무를 준수하도록 다음과 같은 조치를 취해야 한다.
> *(a)* 국제인권법 및 국제인도법상 규범을 국내법에 도입하거나, 이를 기타 방법으로 국내 사법체계에 적용할 것.
> *(b)* 사법에의 접근을 공평하고, 효율적이며 신속하게 제공할 수 있도록 적절하고 효과적인 입법 · 행정 기타 조치를 취할 것.
> *(c)* 피해회복 등과 같이 적합하고, 효과적이며, 신속하고 적절한 구제가 가능하도록 할 것.
> *(d)* 국제의무가 피해자의 보호와 관련하여 요구하는 수준과 최소한 동일한 수준으로 국내법을 정비할 것."

NOTE: 71번 각주와 관련하여, 일반논평 제3호는 '규약 당사국들에게 부과된 일반적 법적 의무의 성격에 관한 일반논평 제31호'로 대체되었다(General comment No. 31 on the nature of the general legal obligation imposed on State parties

71) General Comment No.3(규약 제2조: 국내차원에서의 이행) in UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5. *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies* (이하 '*United Nations Compilation of General Comments*), p.112, para.1 참조. 강조는 추가됨

72) 예를 들면, Communication No. 821/1998. *Chongwe v. Zambia* (Views adopted on 25 October 2000), in *GAOR*, A/56/40 (vol,11), p.143, para.7~8 참조.

to the Covenant(HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 233-238).]

3.2.2 지역적 차원

지역적 차원에서 보면, 아프리카헌장 제1조에서 당사국들은 "헌장에 규정된 권리, 의무와 자유를 승인하며, 이를 실행하기 위한 입법 또는 기타의 조치를 취할 것을 약속한다."고 규정하고 있다. 위와 같은 규정은 일견 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약보다도 다소 약한 표현을 사용하고 있다고 생각될 수 있다. 그러나 "기타의 조치"에 대해 언급함으로써 아프리카헌장에서 정하고 있는 의무를 준수하기 위하여서는 적극적 조치를 취할 명백한 의무가 있다는 것을 시사한다. 이 견해는 아프리카 인권위원회도 확인하고 있고, 당사국은 아프리카헌장 제1조에 의거하여 "헌장에서 선언한 권리와 의무 및 자유를 인정하는 것에 그치지 않고, 그것들을 존중하고 실효성을 갖도록 하기 위한 조치를 취할 것"을 정하고 있다.[73)]

일반적 규칙으로서 강조해야 하는 것은, 관련 조약에서 인권을 "존중" 및 "보장"할 법적 의무가 *명시적으로* 포함되어 있는지 여부에 관계없이, 국가는 어떠한 협약상의 의무를 성실히 수행할 법적 의무를 지고 있다는 것이다. '약속은 지켜져야 한다'는 원칙(*pacta sunt servanda*)으로부터 도출되는 이 국제법상의 기본원칙은 "조약법에 대한 비엔나 조약" 제26조에 성문화되어 있으며, 이는 물론 인권조약에 대해서도 다른 국제조약과 마찬가지로 적용된다. 예를 들면, 인권침해를 방지하지 않고 그에 대한 강력한 수사도 하지 않으며, 필요한 경우 수사 후에 기소도 행하지 않는 국가는 조약상의 의무를 불이행하는 것이며, 따라서 법위반에 대한 국제적 책임도 질 수 있다.

[**추록**: 아프리카 인권위원회는 *Lawyers for Human Rights/Swaziland*에서 "제1조가 '기타 조치'를 규정한 것을 보면, 당사국에 인권 문제에 관해 선택할 수 있는 넓은 범위의 수단이 있다는 것을 알 수 있다. 아프리카헌장을 비준하면서 그와 동시에 국내법을 헌장상의 의무의 수준 부합하도록 정비하지 않을 경우 이는 헌장의 조약과 정신에 반하는 것"으로 제1조를 위반한 것이라고 하였다(Eighteenth Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, annex III, communication No. 251/2002, Lawyers for Human Rights/Swaziland, paras. 50-51).]

73) ACHPR. *Avocats Sans Frontieres (on behalf Geaten Bwampamye) v. Burundi, Communication No,231/99 decision adopted during the 28th Ordinary session, 23 Octover-6 November 2000, para.31:* http://www1.umn.edu/huanrts/africa/comcases/231-99.html.

*****

미주인권협약 제1조는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조를 연상케 하는 문언을 사용하고 있다. 위 조항에 따르면 당사국은 "협약에서 인정된 권리와 자유를 ***존중***하고, 자국 관할권 내의 모든 사람에게 그러한 권리와 자유의 자유롭고 완전한 행사를 ***보장***할 것을 약속한다."고 규정하고 있다(강조는 추가됨).

미주인권재판소는 *Velásquez Rodr guez* 사건에서 위 조항을 해석하였다. 위 사안은 온두라스 국가조사 및 군사국(the Honduran National Office of Investigation and the Armed Forces)의 구성원에 의하여 Velásquez가 실종되었거나 살해된 것으로 추정된 사건이었다. 협약에서 인정된 "권리와 자유를 존중"할 의무에 관하여 미주인권재판소는, "공적 권력의 행사는 일정한 제약을 갖는다. 인권이 인간 존엄의 불가결한 속성이며 국가의 권력에 앞서기 때문이다."라고 강조하였다. 즉, "인권의 보호는 필연적으로 국가의 권한 행사에 제한을 수반할 수밖에 없다."는 것이다.[74]

게다가 협약에서 보장하는 권리의 자유롭고 완전한 행사를 "보장할" 의무는 다음의 의미도 가진다고 했다.

> "공적 권력이 행사되는 정부의 기구 등의 체계 전반을 조직함에 있어 당사국은 인권의 자유롭고 완전한 향유를 사법적으로 보장할 수 있도록 해야 한다는 의무를 내포한다. 이 의무의 결과로써 당사국은 협약에서 인정하는 권리의 모든 침해를 방지, 조사 및 처벌해야만 하고, 가능한 한 침해된 권리를 회복하고 침해로부터 발생한 손해에 적합한 배상을 제공해야 한다."[75]

미주인권재판소는 이것에 부가적으로 다음을 논하고 있다.

> "인권의 자유롭고 완전한 행사를 보장할 의무는 그것을 준수할 수 있도록 하는 법제도가 존재한다고 해서 완성되는 것이 아니다. 인권의 자유롭고 완전한 향유를 효과적으로 보장할 수 있도록 정부가 행동할 것도 요구된다."[76]

미주인권재판소에 의하면 협약에서 인정된 권리가 침해되었는지의 여부를 판단

74) I-A *Court HR, Velasquex Rodrigues case, judgment of July 29, 1988, Series C. No.4*, pp. 151~152, para.165.

75) Ibid., p.152, para.166.

76) Ibid., p.152, para.167.

함에 있어 "결정적"인 것은, 당해 침해가 "정부의 지지 또는 묵인에 따라" 행해졌는지 또는 "당사국이 당해 침해를 예방 또는 그 책임자를 처벌하는 조치를 취하지 않고 당해 행위의 발생을 용인했는지"의 관한 것이다.[77]

이렇게 미주인권협약 제1조에 의거하는 당사국의 법적 약속은 인간의 권리의 효과적 보호를 목적으로 한 일련의 예방, 조사, 처벌 및 배상의 의무를 구성하고 있으며, 각각에 대하여는 아래에서 상세히 논할 것이다.

*****

마지막으로 유럽인권협약 제1조에서는 "당사국은 자신의 관할에 속하는 모든 자에 대하여 이 협약 제1절에 규정된 권리와 자유를 ***보장***한다."고 규정하고 있다(강조는 추가됨). 유럽인권재판소는 제1조에 있는 "보장한다"의 문언에 대하여 독립적으로 해석하기보다는 협약 및 의정서의 다른 실체 규정에 이 문언을 적용하여 이해하는 방식을 택해왔다. 예를 들어, 협약 제2조에서 보장한 생명에 대한 권리를 해석할 때에 유럽인권재판소는, 제2조(1) 1문은 "국가에 대하여 의도적이고 불법적으로 생명을 해하지 않는 것뿐만 아니라, 그 관할 내에 있는 자의 생명을 보호하기 위하여 적절한 조치를 취할 것도 정하고 있다."고 판시하고 있다.[78] 유럽인권재판소는 다음과 같이 설시하고 있다.

> "이는 사람에 대한 범죄를 억제하기 위하여 형법상 효과적인 규정을 두고 이를 뒷받침하기 위해 그와 같은 규정 위반을 예방, 억제 및 처벌하기 위한 법집행 기구를 두어 생명에 대한 권리를 ***보장할*** 국가의 우선적 의무를 수반한다. 또한, 일정한 경우 위 의무는 다른 개인의 범죄행위로 인해 생명의 위협을 받는 개인을 보호하기 위하여 공적 기관이 예방적인 작전 조치를 취할 적극적인 의무도 포함한다."[79]

McCann and Others v. the United Kingdom 사건에서 유럽인권재판소는 "국가기관에 의한 자의적 살해가 법률상 일반적으로 금지되어 있다 하더라도, 당해 국가기관이 저지른, 생명에 치명적 영향을 미친 행위의 합법성을 심사할 절차가 존재하지 않는다면 그 규정은 실효성이 없다."고 판시하고 있다. "[제2조(1)의] 생명에 대한 권리를 확보할 의무는, 당사국이 '자신의 관할에 속하는 모든 자에 대하여 이 협약에

77) Ibid., p.154, para.173.

78) *Eur. Court HR, Case of Mahmut Kaya v. Turkey, judgment of 28 March 2000*, para.85; http://echr.coe.int/.

79) Ibid., loc. cit. 강조는 추가됨.

서 규정된 권리와 자유를 보장'해야 한다고 규정한 협약 제1조에 따른 당사국의 일반적 의무에 비추어 이해되어야 한다. 이에 따르면, 개인이 살해된 경우, 특히 국가기관에 의하여 살해된 경우에는 어떤 형태로든 효과적인 공식 조사가 행해져야 한다는 의무가 도출된다."[80]

이렇게 협약 제2조에서 정한 생명에 대한 권리를 ***보장***하기 위하여, 당사국들은 이 권리의 침해를 예방, 조사, 억제 및 처벌할 효과적인 조치를 취할 의무가 있다. 주의해야 할 것은 범죄의 일반적 예방을 위한 정책조치를 실시하였다 하여 그것만으로 사람에 대한 범죄를 방지할 의무를 모두 이행했다고 볼 수 있는 것은 아니고, 개별사안에 있어 집행행위로서의 성질을 갖는 적극적 조치를 취할 의무도 포함할 수 있다는 점이다(후술할 3.3 참조).

유럽인권협약에서 보장되는 "권리의 효과적 존중에 내재된" 것으로 여겨지는 위 적극적 의무[81]는, 제2조 및 생명에 대한 권리에 한정되는 것이 아니라, 그 밖에 다음과 같은 권리 및 자유의 보호에도 적용될 수 있다. 즉, 고문을 받지 않을 권리(제3조),[82] 가족생활을 존중 받을 권리(제8조),[83] 표현의 자유의 권리(제10조),[84] 평화적 집회 및 결사의 자유의 권리(제11조)[85] 등에도 적용될 수 있다는 것이다. 다만, 이러한 의무의 성질 및 범위는 문제가 되고 있는 권리 및 검토되고 있는 사건의 사실관계에 따라 다르다.

마지막으로, 유럽인권협약 및 그 의정서에 규정된 권리 및 자유를 ***보장***할 의무에는 ***사인 간에도*** 이러한 권리 및 자유가 존중될 수 있도록 당사국이 적극적 조치를 취할 의무도 수반되는 경우가 있다.[86]

---

80) *Eur. Court HR, McCann and Others v. the United Kingdom, judgment of 27 September 1995, Series A, No.324, p.49, para.161.*

81) *Eur. Court HR, Case of Assenov and Others v. Bulgaria, judgment of 28 Octover 1998. Raports 1998~VIII*, p,3290. para.102.

82) *Eur. Court HR, Case of Gaskin and v. the United Kingdom, judgment of 7 July 1989. Series A, No.160, pp.16~20*, paras.41~49.

83) *Eur. Court HR, Case of Gaskin v. the United Kingdom, judgment of 7 July 1989. Series A. No.160. pp.16~20. paras.41~49.*

84) 예를 들면, *Eur; Court HR, Case of Ozgur Gundem v. Turkey, judgment of 16 March 2000*. para.43 참조:http://echr.coe.int/.

85) *Eur. Court HR, Case of Plattform "Arzte fur das Leben" v. Austria, judgment of 21 June 1998. Series A. No.139, p.12, para.32.*

86) *Eur. Court HR, Case of X and Y. the Neherlands, judgment of 25 March 1985, Series A, No.91:* 이 사건은 정신장애자인 소녀가 강간을 당했지만 스스로 가해자에 대하여 형사절차를 개시할 수 없었던 사안이다. 위 사안에서 유럽인권재판소는 당해 정부가 위 소녀의 사생활에 관한 권리를 보호할 적극적인 법적 의무가 있다고 하여, 국내법상의 미비한 조치는 유럽인권협약 제8조 위반으로 인정되었다.(p.14, para.30) 또한 *Eur. Court HR, A.v. the United Kingdom, judgment of 23 September 1998, Reports 1998-VI* 참조: 이 사건에서는 의붓아버지에 의해 폭행을 당한 아이에 대하여 국내법에서 충분한 보호가 제공되지 않고 있다고 하여, "충분한 보호를 제공하지 않는 것"이 유럽인권협약 제3조 위반에 해당한다고 하였다.

[**추록**: *Siliadin v. France*에서 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제4조에 '노예제도 및 노동착취로부터 자유로울 권리'가 규정되어 있으므로 당사국들은 자국 형법의 개정 · 집행을 통해 제4조에 적시된 행위가 처벌되도록 할 의무가 있다고 하였다(유럽인권재판소, *Siliadin v. France*, No. 73316/01, Judgement of 26 July 2005.)]

국제인권조약에서 어떤 문언이 사용되고 있는지에 상관없이, 당사국은, 그 관할 내에 있는 모든 자에 대하여, 해당 조약에서 인정되는 권리 및 자유의 효과적 보호를 제공할 의무를 가진다.

이러한 법적 의무는 인권침해를 효과적으로 ***예방, 조사, 기소, 처벌*** *및* ***구제할*** *의무로 구성된다.*

적극적 의무는 국제법상 인정되는 인권을 효과적으로 보호할 의무에 내재된 것으로 볼 수도 있다.

3.3 인권침해 방지 의무

방지(prevention)는 개인의 권리와 자유를 효과적으로 보호하기 위한 시작과 끝이라고 할 수 있다. 방지는 국제인권법의 궁극적인 목적임은 물론이고, 모든 사람이 자유와 평화, 안전 속에서 살 수 있는 국내 · 국제 사회를 창출하기 위한 열쇠이기도 하다. 그동안 모든 국제감시기구들은 방지의 중요성을 강조해왔는데, 이러한 방지는 국제인권의무를 국내법 체계에 받아들이는 것으로 시작된다.[87] 그 연후에 국내법은 모든 권한당국에 의해 일관성 있고 주저 없이 적용되어야 한다. 즉, 일례로 그 법은 행정부로부터 독립되어 적용되어야 하는데, 왜냐하면 특정한 법률이 아무리 잘, 명쾌하게 고안되었다 하더라도, 그 법을 위반하면 그 위반행위 및 범죄로 인해 사법절차에 따라 처벌될 것이 확실하지 않으면 당해 법만으로는 예방적 효과를 갖기 어렵기 때문이다. 실제로 이 장의 후반부는 방지의 핵심적 요소로서, 효과적인 국내법적 구제수단 및 인권침해혐의에 대한 신속하고, 강력하며 공정한 수사에 관하여 기술할 것이다.

그러나 많은 사례들에서 효과적인 방지는 관련국의 필요와 문제, 상황 등에 따라서, 사회적 · 행정적 · 교육적 · 국제적이고 국경을 넘는 협력[88] 등의 다른 조치를 필

(p.2700, para/24)

87) 인종 우월주의에 근거를 둔 사상을 범죄로 규정하는 입법의 예방적 역할에 관해서는, 인종차별철폐위원회의 UN doc, *GAOR*, A/56/18, p. 59, para. 349 참조.

88) 여성의 인신매매를 방지하기 위하여 국제적이고 국경을 넘는 협력이 가진 중요성에 대하여는, 여성차별철폐위원회의 UN doc, *GAOR*, A/55/38, p.38. para.372 참조.

요로 한다. 후술할 자의적 살인, 실종 및 고문을 방지하기 위한 국제감시기구의 노력들을 통해 그 예를 볼 수 있을 것이다.

3.3.1 보편적 차원

비록 자유권규약위원회가 일반적인 인권침해를 방지하기 위한 당사국의 의무에 대해 의견을 자세히 기술하지는 않았지만, 구체적인 주제들에 대해서 방지의 필요가 있다는 것은 강조한 바 있다. 그리하여 당사국들은 자유권규약위원회에 "고문행위"를 포함한 기타 학대 행위를 "방지하고 처벌하기 위해 취한 입법, 행정, 사법 기타 조치"를 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 따라 취하였는지 여부를 정기보고서를 통해 보고해야 한다.[89] 더욱 구체적으로, 자유권규약위원회는 우즈베키스탄에 다음과 같이 권고한 바 있다. "우즈베키스탄은 고문이나 법집행자에 의한 기타 권력 남용을 방지하기 위해서 독립기구를 설치하여 정기적으로 구금 장소들과 처벌 시설들을 감시하고 점검해야 한다."[90]

자유권규약위원회는 또한 다음과 같이 권고했다.

> "3. 규약 제6조(1)은 자의적인 생명권의 박탈을 방지할 의무를 명백히 규정하고 있는데, 이는 가장 중요하다. 자유권규약위원회는 당사국들이 단지 형사 범죄로 인한 생명의 침탈을 방지하고 처벌해야 할 뿐만 아니라, 당사국의 치안당국이 스스로 행하는 자의적인 살인을 방지하기 위한 조치도 취해야 한다고 본다. 국가권력에 의한 생명의 박탈은 무척 중대한 문제이다. 그러므로 법은 그러한 권력기관이 개인의 생명을 박탈할 수 있는 상황을 엄격하게 제한하고 통제해야만 한다."[91]

자유권규약위원회는 "당사국은 불행하게도 너무나 빈번하게 일어나고, 많은 경우 생명권의 자의적 박탈로 이어지는 개인의 실종을 방지하기 위해 구체적이며 효과적인 조치를 취해야 한다."는 의견을 표명했다.[92]

마지막으로 자유권규약위원회가 선택의정서에서 규정하고 있는 개별통보제도를 통해 당사국이 협약상 의무를 침해했다고 판단하게 되면, 자유권규약위원회는 관

89) General Comment No.20 (Article 7). *United Nations Compilation of General Comments*. p.140, para.8.

90) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p.60, para.7.

91) General Comment No.6 (Article 6). *United Nations Compilation of General Comments*. p.115, para.3.

92) Ibid., p.155, para.175.

련 당사국에게 장래에 그와 같은 위반이 일어나지 않도록 방지할 의무가 있음을 계속적으로 알리게 된다.[93]

[**추록**: 부패가 성장, 민주주의, 윤리적 가치 및 정의에 부정적 영향을 미친다는 점을 인식하면서, 부패방지를 위한 유엔협약(United Nations Convention against Corruption)이 2003년 10월 31일 채택되었다. 위 협약은 "부패를 더욱 효율적 · 효과적으로 근절하고 방지하기 위한 조치를 증진하고 강화하기 위해" 채택되었다(General Assembly resolution 58/4, article 1(a)). 2005년 12월에 발효되었다. 위 협약에 관한 추가 정보는 UNDOC 웹사이트에서 구할 수 있다: http://www.undoc.org

자유권규약위원회는 일반논평 제31호에서 규약 제2조(1)에서 도출되는 존중 및 보장의무의 범위를 보다 상술하였다.

> "규약상 권리를 보장할 당사국들의 의무는 개인이 국가기관으로부터 보호받을 뿐만 아니라, 개인이 규약상 권리를 침해하는 사인의 행위로부터도 보호받을 수 있을 때에 비로소 완전히 이행되었다고 할 수 있다. 물론, 후자의 경우 문제되는 권리가 사인 간에 적용될 수 있는 성질의 것임을 전제로 한다."(para. 8)

이에 더해 '구제에 대한 권리를 위한 기본원칙 및 지침' 3문은 국제인권법 및 국제인도법의 존중, 보장 및 집행할 의무는 다음과 같은 의무를 포함한다고 규정하고 있다.

> "(a) 위반을 방지하기 위한 입법 · 행정 기타 조치를 취하여야 한다."

테러리즘을 방지, 억제, 척결하기 위한 노력의 일환으로, 유엔 총회는 '핵테러 행위의 억제를 위한 국제협약'(International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism(resolution 59/290))을 채택하였다. 위 협약 제6조는 당사국들에 대하여, "테러를 야기하고자 의도 또는 계획된 범죄행위는 그 어떤 정치적, 철학적, 이데올로기적, 인종적, 민족적, 종교적 또는 이와 유사한 근거로도 정당화될 수 없고, 그 중대한 성질에 대응하는 형벌을 받을 수 있도록" 필요한 조치를 취하여야 한다고 규정한다.]

93) Communication No. 687/1996, *Rojas Gercia v. Colombia* (Views adopted on 3 April 2001) in UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅱ), p.54, para.12, 그리고 Communication No. 821/1998, *Chongwe v. Zambia* (Views adopted on 25 October 2000), p.143, para.7.

3.3.2 지역적 차원

방지의 개념은 *Velasquez Rodriquez* 사건에서 미주인권재판소에 의해 더 자세히 분석된 바 있다. 위 재판소에 따르면, 미주인권협약의 당사국은 "인권침해를 방지하기 위한 합리적인 절차를 취할 의무, 관할 내에서 발생한 인권침해를 진지하게 수사하기 위해 이용 가능한 수단들을 사용할 의무, 책임자를 규명하여 적절한 처벌을 하며, 피해자에게 적당한 보상을 보장할 의무가 있다."[94] 미주인권재판소는 이에 대해 다음과 같은 중요한 설시를 덧붙였다.

> "175. 이러한 방지 의무에는, 인권보호를 증진하고, 인권침해가 위법한 행위로 간주될 수 있도록 하는 모든 종류의 법적, 정치적, 행정적, 문화적 수단을 포함한다. 이러한 수단을 취함에 따라 책임자를 처벌하고 피해자들의 손해를 배상하도록 하는 결과가 나타날 수 있을 것이다. 당사국 각자가 놓인 법과 상황이 다르기 때문에, 그러한 모든 수단들에 대해서 상세히 기술된 목록을 만들 수는 없을 것이다. 당사국에게 인권침해를 방지할 의무가 있기는 하지만, 개별적인 인권침해 사례가 발생하였다는 사실만으로 당사국이 그 방지 의무를 다하지 못하였다고 할 수 없음은 당연하다. 그 반면, 법적 틀 바깥에서 고문과 암살을 행하는 공적 · 억압적 기구가 특정 개인을 다루게 되는 경우, 설사 그 개인이 고문 및 암살을 당하지 않았거나 그와 같은 사실을 증명할 수 없다 하더라도 그 자체로 생명과 신체적 완전성에 대한 권리 침해를 방지할 의무를 위반한 것이 된다."[95]

Street Children 사건에서 미주인권재판소는 자의적인 생명 박탈로부터의 보호와 관련한 위 자유권규약위원회의 기술을 언급하면서, 이 사건의 "각별한 심각성"을 강조하였다. 이 사건은 아동들에 대한 유괴, 고문, 살인에 관한 것이었는데, 이는 당사국이 "관할 내의 아동을 보호하고 지원하기 위해 특별한 조치를 취할 의무" 또한 위반한 것이었다.[96]

또한, 미주인권재판소는 특히 인신보호영장과 관련하여 방지 목적을 위한 효과적인 국내법적 구제수단을 강조하였다. 인신보호영장의 목적은 "개인의 자유와 신체적 완전성을 존중하는 데에 있을 뿐 아니라, 개인의 실종이나 개인의 행방을 비밀로 부치는 관행을 방지하고, 궁극적으로 그의 생명권을 보장하는 데에 있다."고 판시하였

94) *I-A Court HR, Velasquez Rodriguez Case. judgment of July 29. 1988. Series C, No.4*. p.155, para.174.

95) Ibid., p.155, para.175.

96) *I-A Court HR, Villagr n Morales et al. Case (the "Street Children" case). judgment of judgment of November 19. 1999. Series C, No.63*. pp.170~171. paras,145~146.

다.[97]

*****

피해자가 실종되어, 고문당한 후 사망한 *Kaya v. Turkey* 사례에서 유럽인권재판소는, 유럽인권협약 제3조가 정한 고문금지의무에 비추어 해석된 위 협약 제1조에 따라 터키가 다음과 같은 의무를 부담한다고 판시하였다.

> "115. 유럽인권협약 제1조는 당사국들이 그 관할 내에서 위 협약에 규정된 권리와 자유를 보장할 의무를 부과하고 있다. 이를 협약 제3조에 비추어 해석할 경우, 당사국들은 관할 내의 개인이, 고문이나 비인도적 또는 굴욕적인 취급(이는 사인이 저지르는 것도 포함한다)을 받지 않도록 하기 위한 조치를 취할 것을 요구한다. 그러므로 국가의 책임은 법이 적절한 보호를 제공하지 못하거나, 당국이 알았거나 알았어야 했던 학대의 위험을 피하기 위해 합리적인 조치를 취하는 데 실패했을 경우에만 발생할 것이다.
>
> 116. Hasan Kaya는 PKK의 부상당한 구성원을 도왔으므로 그와 같은 학대의 표적이 될 위험이 있었고, 당국은 이를 알았거나 알아야만 했다고 판단된다. 당국은 그의 생명을 보호하기 위한 구체적인 조치를 취하지도 않았고, 일반 형사법도 그의 생명을 보호하는 데에 실패하였다. 이로 인해 그는 사법절차에 의하지 않고 생명이 박탈될 위험에 처해졌음은 물론, 그 행위에 대해 책임을 물을 수 없는 사람들로부터 학대를 받을 위험에 처해졌다. 따라서 정부는 Hasan Kaya가 실종된 때로부터 사망에 이를 때까지 당한 학대에 대한 책임이 있다."[98]

이 판결의 중요한 결론은, 인권침해를 방지하기 위한 의무에는 국가공무원뿐 아니라 사인이 행한 고문으로 고통 받는 사람들을 보호할 의무도 포함된다는 점에 있다. 요컨대, 당사국은 개인이 협약 제3조에서 금지한 행위의 대상이 되는 위험에 처하지 않도록 하여야 한다.

[**추록**: 아프리카연합(African Union)은 '부패의 예방 및 근절에 관한 협약(Convention on Preventing and Combating Corruption)'을 채택하였다. 위 협약은 2006년 8월에 발효하였고, 2007년 말 기준으로 24개국이 비준하였다. 위 협약을 포함한 다른 협약들에 대한 정보는 아프리카연합 웹사이트에서 제공하고 있다.

97) *I-A Court HR, Suárez Rosero Case. judgment of November 12. 1997. Series C, No.35.* p.75, para.65.

98) *Eur. Court HR, Case of Mahmut Kaua v. Turkey.. judgment of July 28 March 2000*. paras. 115~116: http://echr.coe.int/.

http://www.africa-union.org]

*****

앞서 말한 인권침해 방지와 관련한 사례들이 고문, 납치, 자의적 살인처럼 특별히 심각한 범죄를 주로 다루고 있으나, 침해를 방지하기 위한 노력은 국내법과 국제법에서 인정되는 모든 기본 권리와 자유에도 동등하게 적용되어야 할 것이다.

인권침해를 방지하기 위한 의무는 인권을 효과적으로 보호하기 위한 의무에 내재되어 있다.

방지 조치들은, 법적, 행정적, 정치적, 문화적, 사회적, 교육적, 보상적 또는 기타 성격의 조치들이 될 수 있는바, 이는 개별적인 문제 및 당사국의 상황에 따라 달라질 수 있다.

인권침해를 방지하기 위한 의무는 개인을 실종되거나 고문당하거나 자의적으로 살해당할 위험이 있는 환경에 처하지 않게 할 의무를 수반하는데, 이는 심지어 사인에 의해 행해진 불법행위에도 적용된다.

3.4 국내적 구제수단을 갖출 의무

앞서 살펴본 것처럼, 피해자에 대해 국내법적인 구제수단을 제공할 법적 의무는 효과적으로 인권을 보호하기 위한 일반적인 의무에 내재되어 있다. 실무를 살펴보면, 개인이 침해받은 인권을 구제 받기 위해 독립적이고 공평한 법원이나 행정당국에 호소할 실질적 권리를 국내법적으로 가지지 않는 한, 인권의 진정한 향유는 허상에 불과할 것이라는 점을 일관되고 확실하게 보여준다. 당사국의 입장에서는, 유효한 국내 구제수단을 통해 이미 저질러진 잘못을 바로잡음으로써 국제법적 책임을 면하고, 국제감시기구로부터의 비난을 피할 수 있다는 이점이 있다.

이 절에서 언급하는 판결과 설시사항 등을 통해 보면, 국내법적 차원에서 인권침해에 대한 효과적인 구제수단들이 존재하는지 여부에 대해 국제감시기구가 부여하는 의미가 어느 정도인지에 대해 일반적인 감각을 익히게 될 수 있을 것이다.

[**추록**: 자유권규약위원회는 2004년에 일반논평 제31호에서 다음과 같이 명확히 하였다. "규약상 권리를 보장해야 한다는 당사국의 의무는 개인이 국가에 의해 보호될 경우에만 완전히 이행되었다고 할 수 있다. … 당사국이 사인이 저지른 범죄의 피해를 허용하거나 이를 예방, 처벌, 수사 또는 구제하기 위한 적절한 조치 또는 주의의무를

취하지 않은 경우 해당 당사국이 그 권리를 보장한 규약상 의무를 위반한 것으로 인정될 수 있다." (HRI/GEN/1/Rev.8, pp. 233-238, para. 8.)]

3.4.1 보편적 차원

보편적 차원에서, 국내적 구제수단에 대한 권리는 세계인권선언 제8조에 처음 규정되었다. 이에 따르면 모든 사람은 "헌법이나 법으로써 그 사람에게 주어진 기본적 권리를 침해하는 행위에 대하여 권한 있는 국내법원에 의해 효과적인 구제를 받을 권리를 지닌다." 이는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(3)에서도 확인할 수 있다. 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 보장할 것.
>
> (b) 그러한 구제조치를 청구하는 개인에 대하여, 권한 있는 사법, 행정 또는 입법당국 또는 당해 국가의 법률제도가 정하는 기타 권한 있는 당국에 의하여 그 권리가 결정될 것을 보장하고, 또한 사법적 구제조치의 가능성을 발전시킬 것.
>
> (c) 그러한 구제조치가 허용되는 경우, 권한 있는 당국이 이를 집행할 것을 확보할 것."

이 조항은, 이용 가능한 구제조치가 반드시 ***효과적***이어야 하고, 권한 있는 당국에 의하여 그 집행이 ***보장***되어야 한다고 명백히 규정하고 있다. 비록 제2조(3)(b)의 말미를 보면 규약의 초안자가 사법 조치를 선호한 것이라고 볼 수도 있으나, 구제조치는 사법적, 행정적인 조치를 모두 포함한다. 위 규약의 선택의정서 제5조(2)(b)에서 정한 국내구제수단 소진의 원칙을 준수함에 있어서, 자유권규약위원회는 피해자가 거칠 것으로 요구되는 구제수단은 그것이 "효과적"일 것이라는 "합리적인 전망"을 가지는 구제수단에 한정된다고 하였는바, 이와 같은 설시는 주목할 만하다. 게다가, 정부가 국내구제수단이 있었다고 주장하는 경우 그 구제수단의 유효성에 대한 입증책임은 정부에 있다.[99)]

물론 위와 같은 구제조치는 규약에서 보장된 권리를 침해받았다고 주장하는 모

99) 예를 들면, Communication No. R.1/4, *W. Torres Ramirez v. Uruguay* (Views adopted on 23 July 1980), in UN doc. *GAOR*, A/35/40, pp. 122~123, para.5 참조.

든 사람을 위해 취해져야 하지만, 이용 가능하며, 효과적이고, 독립적이며 공평한 구제조치는 그 중 특히 자유를 박탈당한 사람들에게 긴급한 필요가 있다. 이에 따라 자유권규약위원회는 구금된 사람에 대해 규약 제7조에서 금지한 행위, 즉 고문이나 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 대우 또는 형벌이 가해질 경우 그들의 권리에 대한 효과적인 보장책과 구제조치가 필요하다고 강조했다. 예를 들어, 당사국들은 정기보고서를 통해 "그들의 법적 체계가 얼마나 효과적으로 규약 제7조에서 금지하는 행위를 즉각적으로 종결시키고 그에 대한 적절한 보상을 하는지에 대해 알려야" 한다.[100] 자유권규약위원회가 볼 때, 규약 제7조 위법행위에 대하여 진정할 권리(right to bring complaint)는 "국내법상 인정되어야 하고," 그와 같은 진정이 이루어지면,

> "권한 있는 당국은 효과적인 구제를 위해 이를 신속하고 공평하게 수사하여야 한다."[101]

당사국의 보고서는 "부당한 대우를 받은 피해자가 이용할 수 있는 구제 조치가 무엇인지, 진정 · 고소 또는 소를 제기한 사람이 어떤 절차를 따라야 하는지, 진정 · 고소 또는 소가 얼마나 많이 제기되었고, 그것이 어떻게 처리되었는지에 관한 통계와 같은 구체적인 정보를 제공해야 한다."[102]

자유권규약위원회는 베네수엘라의 법집행 공무원들이 "고문을 하고 무력을 과도하게 행사했다는 보고" 및 "그와 같은 상황에 대한" 베네수엘라의 "대응이 명백히 지연되었고, 문제된 사건들이 보고되었음에도 이를 조사할 독립적 기구가 부재하였다는 점에 대해 깊이 우려한다"고 하였다. 나아가, 자유권규약위원회는 "법원에 호소할 권리가 있다고 하여 그러한 기구를 대체할 수 없다. 당사국은 독립기관을 설립하여, 그 기관으로 하여금 경찰 기타 치안당국이 과도하게 무력을 사용하거나 권한을 남용하는 행위에 관한 모든 보고를 접수하고 수사할 권한은 물론, 그 수사 결과 적절한 경우에는 책임 있는 자를 기소할 권한을 갖게 해야 한다."고 설시하였다.[103]

자유권규약위원회는 또한 트리니다드 토바고가 관련된 사건에서 "규약 제2조(3)과 제26조에서 정한 차별을 받은 피해자에 대해 헌법을 포함한 국내법상 구제조치

100) General Comment No. 20 (Article 7), *in United Nations Compilation of General Comments*, p.141, para.14.

101) Ibid., loc. cit.

102) Ibid.

103) UN doc. GAOR, A/56/40 (vol. Ⅰ), p.50, para.8.

가 미비한 것"에 대해서도 우려했다. 나아가 위원회는 "당사국은 위 조항의 보호 범위 내에 있는 모든 차별적 상황에 대해 이용 가능한 구제조치를 보장해야만 한다."고 설시하였다.[104]

*****

"고문 및 그 밖의 잔혹한 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약"(고문방지협약) 제13조에 따르면 모든 당사국은 아래와 같은 의무를 부담한다.

> "자기 나라 관할하의 영토 내에서 고문을 받았다고 주장하는 개인이 권한 있는 당국에 진정하여 신속하고 공평하게 조사를 받을 수 있는 권리를 보장하며, 고소인이나 증인이 고소 또는 증거제공으로 인하여 부당한 취급이나 협박을 받지 아니하도록 보장조치를 취한다."

고문방지위원회는 이와 관련하여 중국에 대해 "수감자가 부당한 대우를 받았다고 진정을 제기하면 그 수감의 유형에 관계없이 그 진정을 검토, 수사하고 효과적으로 처리하기 위한 포괄적인 체계"를 수립할 것을 권고한 바 있다.[105] 또한, 요르단에 대해서는 "수용자의 권리를 보호하기 위한 조치를 더욱 강화하도록 권고하는바, 특히 법관, 변호사, 필요시에는 의사와 접근할 수 있는 권리를 강화할 것을 권고한다."고 한 바 있다.[106] 법조인에 대한 접근권은 수용된 사람들이 그들의 권리를 주장하기 위해 중요하다. 그리하여 고문방지위원회는 파나마 검찰이 "'감옥 우체통'(prison mailbox) 제도를 만들어 수용자들로 하여금 진정 청원권 행사를 용이하게 한 것을 환영한다."고 한 바 있다.[107]

[**추록**: *Thabti v. Tunisia* 사건에서 고문방지위원회는 다음과 같이 설시하였다. "고문방지협약 제13조가 고문에 대한 진정이 반드시 국내법에 규정된 공식적인 절차에 따라 이루어져야 한다거나 그 행위에 대해 형사절차를 개시하고 유지하겠다는 명시적 의사표시를 요구하는 것은 아니다. 피해자는 단순히 국가기관에 대해 사실관계를 밝히고 이에 대한 주의를 끌면 충분하다. 이것만으로 국가기관은 사실관계가 신속하고 공정하게 수사되어야 한다는 피해자의 의사가 묵시적이지만 분명하게 표현되었

104) Ibid., p.32, para.10.
105) UN doc. *GAOR*, A/51/44, p.24, para.150(b)
106) UN doc. *GAOR*, A/50/44, p.24, para.174
107) UN doc. *GAOR*, A/53/44, p.22, para.150(b)

다고 보아야 한다. … "(*Official Records of the General Assembly, Fifty-ninth Session, Supplement No. 44*(A/59/44), annex VII, sect. A, communication No. 187/2001, *Dhaou Belgacem Thabti v. Tunisia*, para. 10.6.)]

*****

모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(인종차별철폐협약) 제6조는 또한 당사국에게 "권한 있는 국내법원 및 기타 기관을 통하여 본 협약에 반하여 인권 및 기본적 자유를 침해하는 인종차별행위로부터 만인을 효과적으로 보호하고 구제할 의무"를 부과하고 있다. 이러한 맥락에서, 인종차별철폐위원회는 수단에 대하여 "협약 조항(제4 내지 6조)이 완전한 효력을 가질 수 있도록 국내 법적 체계를 설립하기 위한 노력을 계속하고, 인종차별행위 또는 이를 용인하는 행위가 발생할 경우 국내 재판소나 그와 같은 국가기관을 통해 효과적이고 평등하게 구제 받을 수 있도록 하기 위한 노력을 계속해야 한다."고 권장했다.[108] 인종차별철폐협약 제6조와 관련하여, 위 위원회는 또한 프랑스에 대해 "인종차별의 피해자가 이용 가능한 구제조치의 실효성을 강화하여야 한다."고 권고하였다.[109] 한편, 위 위원회는 "인종차별에 있어서 성(gender) 관련 측면"을 고려하기 시작하였는바, 그 일환으로 특히 "인종차별의 구제조치 및 진정 · 고소절차의 이용 가능성과 접근성"에 관하여 "특별한 고려"를 할 것이라고 했다.[110]

[**추록**: 인종차별철폐위원회 또한 차별을 철폐하고, 법적 권리 및 구제에 관한 공적 교육을 강화하도록 적극적으로 노력할 국가의 의무를 강조하였다. "인종차별의 피해자로부터 진정 또는 법적인 대응이 없다는 것은 이에 관한 특정 법률의 부존재, 가능한 법적 구제에 대한 인식 부족 또는 국가기관이 이를 기소하고자 하는 의지의 부족을 반증하는 것일 수도 있다."(*Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth Session, Supplement No. 18*(A/58/18), para. 343.)]

*****

여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(여성차별철폐협약) 제2조(c)는 당사국에 대해 "남성과 동등한 기초 위에서 여성의 권리에 대한 법적 보호를 확립하며 권한 있는 국내 법원과 기타 공공기관을 통하여 여성을 그 어떠한 차별행위로부터 효

108) UN doc. *GAOR*, A/56/18, p.41, para.210

109) UN doc. *GAOR*, A/55/18, p.27, para.103

110) General Recommendation No. XXV (인종차별의 성(性)과 관련된 측면), in *United Nations Compilation of General Comments*, p.195, para.5(d)

과적으로 보호하도록 보장할 것"을 규정한다. 여성차별철폐위원회는 벨라루스가 "특히 일자리를 포함하여 이루어지는 직접적 · 간접적 차별에 대해 손쉽게 구제를 받을 수 있도록 하기 위한 적절한 구제절차를 마련하고, 나아가 여성에 대한 법률구조를 정비하고 그러한 법률 및 제도에 대한 인식을 높이는 캠페인을 펼침으로써 법원을 포함한 구제절차에 대한 여성의 접근권을 높여야 한다."고 촉구했다.[111] 위 위원회는 또한 카메룬에 대해 다양한 형태의 폭력에 노출된 여성들에게 "법적 구제조치에 접근할 수 있도록 할 것"을 권고했다.[112]

*****

마지막으로, 인권침해의 효과적인 구제조치 문제가 '비엔나 선언과 실행 계획(Vienna Declaration and Programme of Action)' Part I, 27문에서 또한 다뤄졌다는 점이 흥미롭다. 참가국은 컨센서스로 다음 사항에 동의하였다.

> "모든 당사국은 인권침해 및 고충을 제거하기 위해 효과적인 구제조치의 틀을 제공하여야 한다. 국제인권법의 법률문서에서 규정된, 적용 가능한 기준을 모두 준수하는 법집행기관과 검찰, 특히 독립적인 사법부 및 법조인을 요소로 하는 사법의 운용은 인권의 전면적이고 비차별적인 실현을 위해서 가장 중요하며, 민주주의의 진전과 지속가능한 발전을 위해서 필수불가결하다.[113]

[**추록**: "면책에 대항함으로써 인권을 보호하고 증진하기 위한 원칙 개정본"의 원칙 31은 다음과 같이 규정하고 있다. "인권침해가 발생하면 그에 따라 피해자 또는 피해자의 피부양자들의 보상 · 배상에 관한 권리가 발생한다. 이는 국가가 보상할 의무와 피해자가 가해자를 상대로 구제를 구할 가능성을 제공할 의무를 암시한다."

> "구제에 관한 권리를 위한 기본원칙 및 지침" 3문은 국제인권법 및 국제인도법을 존중, 보장 및 집행할 의무의 범위는 다음과 같은 의무를 포함한다고 규정한다.
> *(c)* 인권법 또는 인도법 위반의 피해자라고 주장하는 자들에 대해 아래에 기술된 바와 같이 평등하고 효과적인 사법에의 접근을 제공해야 하며, 이는 위반행위에 대한 책임의 궁극적 귀속주체가 누구인지 여부에 관계없이 적용되어야 한다.
> *(d)* 피해자에 대해 배상 · 보상을 포함하여, 아래와 같은 효과적인 구제를 제공해야 한다.]

111) UN doc. *GAOR*, A/55/38, p.37, para.360
112) Ibid., p.55, para.50.
113) UN doc. A/CONF.157/53 참조.

3.4.2 지역적 차원

물론 국내법적 구제수단에 대한 권리는 지역적인 인권조약에서도 보장되어 있다. 아프리카헌장 제7조(2)(a)는 모든 개인이 "협약과 법, 규칙, 유효한 관습에 의해서 인식되고 보장되는 개인의 근본적인 권리를 침해하는 행위에 대하여 권한 있는 국내기관에 청원할 권리"를 갖는다고 규정한다. 이 조항은 특히 잠비아에 대한 사례에서 위반되었는데, 피해자 중 한 사람이 퇴거명령(국외추방)에 항소할 기회를 부정당했다. 아프리카 인권위원회는 공정한 심리권의 박탈이 잠비아의 국내법은 물론 아프리카헌장 제7조(1)(a)를 포함한 국제인권법을 위반했다고 보았다.[114] 위 헌장 제7조(1)(a)에서 보호되는 '자신의 주장을 호소할 권리'는 나이지리아에 대한 사건에서도 위반되었다. 나이지리아는 "행정명령"으로써, 법원에 대해 신문 출판금지를 포함한 다수의 행정명령에 대해서는 심리할 수 없도록 규정하였다. 아프리카 인권위원회는 "군사정부의 성격상" 과도한 소송을 막기 위해 그러한 "배제 조항"을 둔 것이라는 정부의 주장을 받아들이지 않았다. 위 위원회에 따르면,

> "진정으로 인민의 최상의 이익을 위해 통치하는 정부는 독립적인 사법부에 대한 두려움을 가져서는 아니 된다. 사법부와 행정부는 조화로운 사회를 위한 협력자가 되어야 한다. 법원의 재판권을 광범위하게 박탈하는 정부는 국가 행위의 정당성에 대해 자신감이 부족하다는 것을 보여주며, 법원이 공공의 이익과 법치를 준수한다는 점에 대해 확신이 없음을 보여준다."[115]

그러므로 위원회는 법원의 재판권 박탈이 아프리카헌장 제7조(1)의 '자신의 주장을 호소할 권리'를 위반하였다고 결정했다.[116]

[**추록**: 나이지리아와 관련된 또 다른 사건에서, 아프리카 인권위원회는 "당사국이 인권침해 피해자에 대해 진정으로 효과적인 구제를 제공하였다면, 당해 국가는 인권에 관한 의무를 위반했다고 여겨지지 않는다"고 명확히 하였다. 이에 더해 다음과 같

114) *ACHPR, Amnesty International (on behalf of W. S. Banda and J. L. Chinula) v. Zambia. Communication No. 212/98. decision adopted on 5 May 1999*. paras.60~61: 결정문은 아래 링크에 게시되어 있다. http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/212-98/html.

115) *ACHPR, Media Rights Agenda and Others v. Nigeria, Communication Nos. 105/93. 128/94. 130/94 and 152/96. decision adopted on 31 Octover 1998*. paras.78 and 81. 위 결정은 아래 링크에 게시되어 있다. http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/105-93_128-94_130-94_152-96.html.

116) Ibid., para.82.

은 설시를 부가하였다. "그러나 국제기구들은 많은 국가들의 경우 구제가 아예 존재하지 않거나 허상에 불과할 수 있다는 점을 인정하고 있다. 이에 따라 국제기구들은 구제절차가 가져야 하는 성질, 거쳐야만 하는 구제절차 및 이를 거치지 않아도 되는 특별한 상황에 대한 규칙들을 발전시켜왔다. 아프리카 인권위원회는 거쳐야만 하는 국내 구제절차는 이용 가능하고 효과적이며 충분해야 한다고 설시한 바 있다. 만약 존재하는 국내 구제절차가 위 기준을 충족하지 않을 경우, 피해자는 국제기구에 소를 제기하기 전에 국내 구제절차를 거치지 않아도 된다."(Eighteenth Activity Report of the African Commission on Human and Peoples' Rights, annex III, communication No. 268/2003, *Ilesanmi/Nigeria*, paras. 44–45.)

"아프리카헌장의 아프리카 여성의 권리에 관한 의정서(The Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa)"는 아프리카 여성의 국내 구제에 관한 권리를 특별히 규정하고 있다. 위 의정서 제25조는 당사국들에 대해 다음과 같이 요구한다. "본 의정서에서 인정된 권리와 자유를 침해당한 여성들을 위해 적절한 구제를 제공하고, 그러한 구제절차는 사법적, 행정적, 입법적 기타 법률에 정해진 권한 있는 기구에 의해 심판되어야 한다." 위 의정서는 아프리카 인권위원회 웹사이트에서 볼 수 있다. http://achpr.org]

*****

미주인권협약 제25조는 사법적 보호에 대한 권리에 대해 다음과 같이 규정한다.

> "1. 모든 사람은 관련국의 헌법이나 법률 또는 이 협약에 의하여 인정된 자신의 기본권을 침해하는 행위에 대한 보호를 받기 위하여, 권한 있는 법원이나 재판소에 간단하고 신속하거나 여타의 효율적인 구제를 구할 권리가 있다. 그러한 침해가 공무수행중인 자에 의하여 이루어진 경우에도 동일하다.
>
> 2. 당사국은 다음 사항을 약속한다.
>
> a) 그러한 구제를 청구하는 자에게 국가의 법제도에 의하여 규정된 담당기관에 의하여 자신의 권리가 결정되도록 보장한다.
>
> b) 사법적 구제의 가능성을 확대시킨다. 그리고
>
> c) 구제가 부여되면 담당기관이 그러한 구제를 집행할 것을 보장한다."

미주인권재판소는, 미주인권협약 제25조(1)이 보장하고 있는 사법적 보호에 대

한 권리는 "인권을 보장하기 위한 절차적 기구나 수단이 효과적이라는 국제인권법상의 원칙을 반영한 것"이라고 밝혔다.[117] 이는 즉, 특히,

> "미주인권협약상 당사국은 인권침해 피해자에게 효과적인 사법적 조치를 제공할 의무(제25조)와, 적법절차의 원칙을 준수하여 구제절차를 진행할 의무[제8조(1)]를 부담하는바, 이는 모두 자국 관할권 내의 모든 사람이 협약에서 인정된 권리를 완전하고 자유롭게 행사할 수 있도록 보장해야 한다는 당사국의 일반적 의무(제1조)에 따라 부담하는 것이다."[118]

이러한 원칙에 의하면, 나아가

> "협약에서 규정된 권리의 침해를 효과적으로 구제하기 위한 수단의 부재는 그 자체로 해당 당사국의 협약 위반이 된다. 이러한 맥락에서, 구제조치는 단지 헌법이나 법률로 규정되어 있거나 공식적으로 인정되고 있다는 것만으로는 충분하지 않다. 오히려, 인권침해가 있었는지 여부를 밝혀내고, 이를 시정함에 있어 진정으로 효과적인 구제수단이 되어야 한다. 당해 국가를 압도하는 일반적인 상황이나, 주어진 사례의 특별한 사정이 있다 하여도 구제조치가 허상에 불과할 경우에는 그 구제조치가 '효과적'이라고 할 수 없다. 예를 들어, 실무상 그 수단이 효과적이지 않다고 여겨지는 경우가 그와 같은 경우라 할 수 있다. 즉, 사법부가 공정한 판결을 내리기 위해 필요로 하는 독립성 또는 그 판결의 집행을 가능하게 하는 수단들을 보장받지 못하거나, 판결을 정당한 사유 없이 지연시키는 경우 또는 어떠한 이유에서든지 피해자가 사법적 구제조치에 접근하는 것이 부정되는 상황 등이 그러한 경우라 할 것이다."[119]

"정상적인 상황에서는" 위와 같은 결론들이 "협약에서 승인된 모든 권리에 대하여 일반적으로 유효하다."[120] 공공의 비상사태 하에서 효과적인 국내 구제조치를 취하기 위한 조건들에 대한 자세한 내용은 이 매뉴얼 제16장에서 다루어진다.

---

117) *I-A Court HR, Judicial Guarantees in States of Emergency (arts. 27(2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-9/87. Series A. No.9*. p.32. para.24.

118) *I-A Court HR, Godinez Cruz Case, Preliminary Objections. judgment of June 26, 1987, Series C, No.3*, p.78, para.93.

119) *I-A Court HR, Judicial Guarantees in States of Emergency (arts. 27(2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-9/87. Series A. No.9*. p.33. para.24.

120) Ibid. pp.33~34, para.25.

미주인권재판소는 Castillo-Paez의 유괴와 실종을 다룬 *Castillo-Paez v. Peru* 사건에서 미주인권협약 제25조를 해석하였다. 위 재판소는 다음과 같이 결론 내렸다. "Castillo-Paez의 직계친족이 Castillo-Paez의 구금에 대해 받고자 한 구제조치(인신보호, habeas corpus)는 국가기관이 수용기록을 훼손함으로써 피해자를 찾는 것이 불가능해짐에 따라 방해받았다." 이에 따라 위 재판소는 "인신보호 구제가 Ernesto Rafael Castillo-Paez를 풀려나게 하거나, 그의 생명을 구하는 데 있어서 효과적이지 못했다."는 점이 입증되었다고 보았다.[121] 위 중요한 쟁점에 관하여 위 재판소는 다음을 첨언했다.

> "82. 인신보호가 효과적이지 못했던 것이 강압적 실종이라는 특수한 상황 때문이었다고 하여 미주인권협약 제25조 위반이 배제된다 할 수 없다. 권한 있는 국내법원이나 재판소에 효과적으로 호소할 권리에 관한 이 조항은 단지 미주인권협약에서뿐만 아니라 협약상의 용어에 따르면 민주사회에서의 법치주의에 있어서도 근간을 이룬다.
>
> 83. 제25조는 미주인권협약 제1조(1)에서 다루고 있는 일반 의무와도 밀접하게 연결되어 있다. 제1조(1)은 당사국에 대해 국내 법률 제정을 통한 보호 의무를 부과한다. 인신보호의 목적은 단지 개인의 자유나 인도적인 대우만을 보장하기 위해서가 아니라, 실종이나 구금 장소가 특정되지 못하도록 하는 것을 막고, 궁극적으로 생명권을 보장하기 위해서이다."[122]

이 사건에서 미주인권재판소는 Castillo-Paez가 페루의 경찰에 의해 구금되어 왔다는 것을 밝혀냈다. 페루 경찰은 그가 위치한 장소가 특정되지 못하도록 그를 숨겼던 것이다. 그러므로 인신보호구제가 실효성을 발휘할 수 없었던 것은 "국가에 책임이 귀속되었고," 미주협약의 제25조 위반을 구성하였다.[123]

그러나 실종된 Castillo-Paez의 친척이 그의 자유를 보장하기 위해 사법 조치를 취하는 데에 실패한 것이 제25조를 위반하였는지 여부에 대해서는, 신청요건이 충족되지 않았기 때문에 판단되지 않았다.[124]

*****

121) *I-A Court HR, Castillo-P ez Case v. Peru, judgment of November 3. 1997. OAS doc*. OAS/Ser. L/V/Ⅲ.39. doc. 5. 1997 Annual Report *I-A Court HR*. p.266, paras.81~82

122) Ibid., pp.266~267. paras.82~83

123) Ibid. p.267. para.84

124) I-*A Court HR, the Case of Blake v. Guatemala, judgment of January 24. 1998*. in OAS doc. OAS/Ser.L/V/Ⅲ.43, doc. 11, *1998 Annual Report I-A Court HR*. p.100, para.104.

"여성에 대한 폭력의 방지 · 처벌 및 근절에 관한 미주협약" 제7조는 폭력의 객체가 된 여성들을 돕고 구제하기 위한 당사국의 의무를 상술한다. 예컨대, "폭력의 객체가 된 여성들을 위한 공정하고 효율적인 법적 절차, 즉 보호조치, 지체 없는 심리, 그 절차에 대한 효과적인 접근 등"을 수립할 의무를 규정한다[제7조(f)]. 나아가 제7조에서는 당사국에 대하여 "폭력의 객체가 된 여성들이 피해회복이나 손해배상 · 보상 또는 기타 효과적인 구제에 접근하기 위하여 필요한 법적 · 행정적 기구"를 설립할 의무를 부과하고 있다(제7조(g)).

*****

마지막으로, 유럽인권협약 제13조는 다음과 같이 규정한다.

> "이 협약에 규정된 권리와 자유를 침해당한 모든 사람은 그 침해가 공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 국가당국으로부터 실효적인 구제조치를 받아야 한다."

이 조항은 수많은 사건에서 해석되었고, 특히 생명권의 보호와 관련하여 점점 더 많은 사례에서 위반이 발견되었다. 유럽인권협약 제13조의 해석과 관련된 유럽인권재판소의 판결의 분석을 통해 다음의 일반적인 원칙들이 도출될 수 있다.

첫째, *Boyle and Rice v. the United Kingdom* 사건에서 위 재판소가 언급한 것과 같이, 제13조의 문언에도 불구하고, 협약의 다른 조항('실체적' 조항)을 실제로 위반하였다는 것이 제13조를 적용하기 위한 선결조건은 아니다. 왜냐하면 협약 제13조는 어떤 형태로든 국내법 체계에 도입된 협약의 실체적 권리와 자유가 실행되도록 – 그리하여 불합치를 주장할 수 있도록 – 국내적 차원에의 구제절차가 이용 가능해야 한다는 점을 보장하기 때문이다.[125)]

둘째, "개인이 협약에 규정된 권리를 침해당했다고 ***상당한 근거를 갖고*** 주장하는 경우, 그 개인이 자신의 그와 같은 주장에 대한 종국적 결정을 받고, 경우에 따라 구제를 받을 수 있도록 국가기관은 당해 개인에 대해 구제절차를 제공하여야 한다."[126)] 더 정확히 말해 "협약에서 사용하는 표현에 따르자면, 권리침해의 주장은 상당한 근거를 가져야 하며," 따라서 "실제 인용될 여지가 있는지 여부와 관계없이 추측성으로만 제기한 협약상 권리침해 주장"에 대해서는 협약 제13조의 보호를 주장할 수 없

125) *Eur. Court HR. Case of Boyle and Rice v. the United Kingdom. judgment of 27 April 1988, Series A, No.131*, p.23, para.52.

126) *Eur. Court HR. Case of Silver and Others. judgment of 25 March 1983, Series A. No.61*, p.42, para.113(a). 강조는 추가됨

다.[127]

셋째, 위 재판소는 협약 제13조에서 언급된 당국이 "반드시 사법당국일 필요는 없지만, 사법당국이 아닌 경우에는 그 기관이 제공하는 구제가 효과적인지 여부를 판단함에 있어 그 기관이 갖는 권한과 그 기관이 제공할 수 있는 보장수단이 무엇인지 여부를 살펴보아야 한다."고 결론을 내렸다.[128]

넷째, 위 재판소는 "어떠한 단일의 구제조치만으로는 협약 제13조의 조건들을 전적으로 만족시킬 수 없는 경우에도, 국내법 하에서 제공되는 구제조치들의 총합으로 그 조건들을 만족시킬 수 있다."고 설시하였다.[129]

다섯째, 비록 "협약 제13조의 의무의 범위는 협약상 청구인의 권리침해 주장의 유형과 성질에 따라 다양하지만," 협약 제13조에서 요구되는 구제조치는 "법에서뿐만 아니라 그 집행에 있어서도 반드시 '효과적'이어야 하는데, 특히 개인의 그 권리 행사가 당사국의 국가기관의 작위나 부작위로 인해 부당하게 방해받지 않도록 해야 한다."[130]

여섯째, "국내법상 협약의 모든 조항을 효과적으로 실행"할 의무와 관련하여 제13조나 협약 자체는 당사국이 위 의무를 수행할 구체적 방식에 대해서는 규정하고 있지 않는바, 위 협약을 국내법으로 수용하는 것은 그 다양한 방식 중 하나에 불과하다. 그러므로 특정 사안에서 협약 제13조가 적용될지 여부는 당해 당사국이 제1조상 의무, 즉 관할 내 모든 사람들에게 협약과 선택의정서에서 규정한 '권리와 자유'를 직접적으로 보장할 의무를 다하기 위해 어떤 방식을 선택하였는지에 따라 달라진다.[131]

마지막으로, 위 원칙으로부터 다음 원칙이 도출된다. 즉 유럽인권협약 제13조는 "당사국의 법률이 협약이나 이와 동등한 지위를 갖는 국내법 규범을 위반한다는 이유로 국내당국에 대해 그 법률의 효력을 다툴 구제수단"까지 보장하는 것은 아니다.[132]

그러나 구제수단의 문제는 협약 제13조의 틀 안에서 뿐만 아니라, 제6조(공정한

127) *Eur. Court HR. Case of Boyle and Rice. v. the United Kingdom, judgment of 27 April 1988, Series A. No.131*, p.23, para.52.

128) *Eur. Court HR. Case of Silver and Others. judgment of 25 March 1983, Series A. No.61*, p.61, para.113(b).

129) Ibid., p.42, para.113(c).

130) *Court HR, Case of MAhmut Kaya v. Turkey. judgment of 28 March 2000*. para.124: http://echr.coe.int/

131) *Eur. Court HR. Case of Silver and Others. judgment of 25 March 1983, Series A. No.61*, p.42, para.113(d).

132) *Eur. Court HR. Case of James and Others. judgment of 21 February 1986*, Series A. No.98, p.47, para.85.

재판을 받을 권리)와 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리) 등과 같은 다른 조항에 비추어 검토될 수 있다. 예컨대, 유럽인권재판소가 법원에 대한 접근권이 제한되었음을 이유로 협약 제6조(1)이 위반되었다고 하는 경우에는 원칙적으로 이를 협약 제13조에 따라 판단할 필요가 없다. 왜냐하면 "제13조의 요건은 제6조(1)보다 덜 엄격하며, 제6조(1)에 포함되어 있기 때문이다."[133] *X and Y v. the Netherlands* 사건에서 위 재판소는 마찬가지로 제13조 하의 구제조치 문제를 검토할 필요가 없다고 하였다. 왜냐하면, 신청인 중 한 명의 경우 "구제를 받기 위한 어떠한 적절한 수단"도 없었다는 점에서 이미 협약 제8조가 위반되었기 때문이다.[134]

거꾸로 말하면, 만약 제2조 등 기타 조항의 조건들이 제13조보다 덜 엄격하다면, 유럽인권재판소는 권리침해 주장에 대해 제13조에 따라 검토할 것이다. 예를 들어, 위 재판소는 사망한 사람에 대한 효과적인 조사를 하지 못한 것이 협약 제2조 위반을 구성한다고 결론을 내린 연후에, 제13조도 위반되었다고 설시하였다.[135] 왜냐하면 제13조의 요건들이 제2조에서 부과된 조사 의무보다 범위가 넓었기 때문이다.[136] 이 사건에서 위 재판소는 다음과 같이 설시하였다.

> "생명권의 근본적인 중요성에 비추어 볼 때, 제13조는 적절한 경우 보상을 지불하는 것과 더불어 철저하고 효과적인 조사를 요구한다. 이로써 생명을 박탈한 책임자의 신원을 조사하고 처벌할 수 있으며, 진정인은 조사절차에 효과적으로 접근할 수 있다."[137]

신청인의 형제가 사망에 이르게 된 상황에 대해서는 그와 같은 효과적인 조사가 이루어지지 않았고, 신청인은 협약 제13조가 요구하는 효과적인 구제절차도 밟을 수 없었다. 결국, 제13조 위반이 인정되었다.[138]

---

133) *Eur. Court HR. Case of Hentrich v. France, judgment of 22 September 1994, Series A. No.296-A*, p.24, para.65 그리고, 유사하게, *Eur. Court HR. Case of Pudas v. and Sweden. judgment of 27 October 1987, Series A. No.125-A*, p.17, para.43.

134) *Eur. Court HR. Case of Y and Y v. the Netherlands, judgment of 26 March 1985, Series A. No.91*, p.15, para.126 참조.

135) 여러 사례 중, 예를 들면, *Eur. Court HR. Case of Mahmut Kaya v. Turkey, judgment of 28 March 2000*, para.126 참조

136) Ibid., loc. cit.

137) Ibid., para.124.

138) Ibid., para.126. 고문으로부터 생명이나 자유를 보호받을 권리와 관련된 제13조 위반 사례에 관해서는, *Eur. Court HR. Case of Aksoy v. Turkey judgment of 18 December 1996, Reports 1996. Reports 1006-VI*, pp.2286~2287, paras.95~100, 그리고 *Eur. Court HR. Case of Avsar v. Turkey, judgment of 10 July 2001*. paras.421~431 참조: http://echr.coe.int.

국제법상 인권을 효과적으로 보호할 법적 의무는 인권을 침해당한 피해자가 효과적인 국내 구제수단을 이용할 수 있도록 보장할 의무를 구성한다.

이는 국내 헌법이나 기타 법률에 이용 가능한 구제수단이 규정되어 있다는 것만으로는 충분하지 않다는 의미이다. 구제수단은 반드시 실행되어야 하며, 자유롭게 기능할 수 있도록 되어야 한다.

따라서 실효성 있는 구제수단을 제공하기 위해서, 법원 및 일반 법조 직역을 포함한 관련 당국은 반드시 권한 있고, 독립적이며 공평해야 한다.

*당사국은 인권침해가 주장되는 상황에 대해 **사법적** 구제수단을 발전시키도록 노력해야 한다.*

구제수단의 실효성을 위해 구제수단의 행사가 관련국의 작위나 부작위에 의해 방해받지 않아야 한다.

모든 인권침해 상황에서 효과적인 구제수단이 존재해야 하지만, 신속하고 방해받지 않는 구제수단의 실행은, 생명과 개인적 건강 및 안전에 대한 보호가 항시적으로 요구되는 개인들의 자유가 빼앗긴 사례에서 특히 중요하다.

자유의 불법적인 박탈이나 고문 또는 다른 형태의 부당한 처우에 대항하여 수용자가 진정 · 고소 또는 소를 제기할 권리를 박탈하면, 그 사람은 구제가능성이 없는 법적인 진공상태에 빠지게 된다. 그러한 상황은 국제인권법상 국가의 법적 의무를 명백히 위반하는 것이다.

국내 또는 공적 영역에서 제기되는 위반행위를 포함하여 인종이나 성(性) 관련 차별에 대항하는 진정 · 고소 또는 소송에서도 효과적인 국내적 구제조치가 보장되어야 한다.

인권침해가 발생했다는 주장이 있을 경우 이를 실효적으로, 주의를 다하여 처리하는 것은 모든 법관과 검사, 변호사들의 직업적 책임이다.

3.5 조사, 기소 그리고 처벌할 의무

앞에서 언급한 것처럼, 인권침해를 ***조사***하고 ***기소***하며 ***처벌***할 의무는 효과적인 인권보장을 위한 국가의 일반적 책임이며, 국제감시기구들이 줄 곧 강조해 왔던 의무이기도 하다. 이러한 의무가 언제나 관련 조약에 명백히 정의되어 있는 것은 아니기 때문에, 아래에서는 주로 개인의 권리와 자유를 침해한 행위를 조사, 기소, 처벌할 의무를 적용한 국제감시기구의 논평과 판단에 비추어 위 의무를 분석하도록 한다.

3.5.1 보편적 차원

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조에 관한 일반논평 제20호에서,

자유권규약위원회는 일반적으로 "그러한 대우를 금지하거나 범죄로 여기는 것만으로는 규약 제7조를 충분히 이행했다고 볼 수 없다."고 언급했다. 당사국은 자유권규약위원회에 대해 관할 내 모든 영토에서 이루어지는 고문을 비롯한 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 처우를 방지하고 처벌하기 위해 취한 입법, 행정, 사법 기타 조치들을 알려야 한다.[139]

Chongwe 사건에서 잠비아 경찰은 공식적으로는 자유가 박탈되지 않은 작가를 총으로 쐈으나, "가까스로 살인을 면했다." 자유권규약위원회에 따르면, 잠비아는 "독립적인 조사 수행을 거절했으며, 잠비아 경찰이 시작한 조사는 아직 종결되지 않았고, 사건 후 3년이 지나도록 공표조차 되지 않았다."[140] 게다가, 아무런 형사절차도 개시되지 않았고 작가의 손해배상 청구는 기각된 것으로 보인다. 이로써 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제9조(1)의 안전에 대한 권리가 침해되었다.[141]

위 규약 제2조(3)(a)에서 정한 잠비아의 의무와 관련하여, 자유권규약위원회는 다음과 같은 결론을 내렸다.

> "당사국은 Chongwe에게 효과적인 구제조치를 제공하고, 모든 종류의 협박으로부터 개인의 안전과 생명을 보호할 수 있도록 적절한 조치를 취할 의무가 있다. 자유권규약위원회는 당사국이 저격사건에 대한 독립적 조사를 수행하고 저격의 책임자에 대해 신속하게 형사절차를 개시할 것을 촉구한다. 만일 형사절차 결과 개인이 공적인 지위에서 행동하여 작가를 저격하고 상해를 입혔음이 밝혀진다면, 구제조치는 Chongwe에 대한 손해배상을 포함해야 한다. 당사국은 유사한 침해가 장래에 다시 발생하지 않도록 할 의무가 있다."[142]

또한, 자유권규약위원회 1989년 발생한 실종을 다루면서 베네수엘라가 "아무 조치도 취하지 않은 것에 대하여" 우려를 표명했는데, 실종의 조사가 "이루어지고 있다"는 취지의 진술은 만족스럽지 못하다고 언급했다.[143] "위 규약 제6조, 제7조 및 제9조를 고려할 때, 당사국은 실종자의 소재 및 실종에 대해 책임 있는 자를 밝히기 위해 신속하고 효과적으로 수사가 이루어지도록 특히 중점을 두어야 한다. 당사국은 헌법 제45조가 예정한 법률의 입법을 포함하여, 실종을 방지하기 위해 모든 가능한 조치를

139) United Nations Compilation of General Comments, p.140, para.8.

140) Communication No.821/1998, R. *Chongwe v. Zambia* (Views adopted on 25 Octover 2000) in UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅱ), p.142, para.5.3.

141) Ibid., loc. cit.

142) Ibid., p.143, para.7.

143) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ), p.49, para.6.

취해야 한다."[144] 자유권규약위원회는 또한 베네수엘라에서 "사법절차를 거치지 않은 처형이 이루어지고 있고," 베네수엘라가 이에 대응하지 못하고 있다는 "많은 보고서에 대해 깊은 우려를 표명했다." "당사국은 사법절차를 거치지 않은 처형의 책임자를 규명하기 위한 조사를 수행하고, 그 책임자들이 법의 심판을 받을 수 있도록 해야 한다. 또한, 그러한 규약 제6조의 위반행위가 다시 일어나는 것을 방지하기 위해서 필요한 조치를 취해야 한다.[145]

유사하게, 자유권규약위원회는 도미니카 공화국의 수감자들에 대한 사법절차를 거치지 않은 처형이 이루어지고 있는 점과 "경찰, 군대, 국립마약관리소가 권력을 남용하고 면책이 되기 때문에 위 기관들이 살인을 자행하고 있다는 점"을 담은 보고서에 대해서도 우려를 표했다. 따라서 당사국은,

> "규약 제6조의 준수를 보장하고, 위 조항이 보장한 생명권을 침해한 행위의 책임자들을 기소, 처벌함으로써 잘못이 시정될 수 있도록 신속한 조치를 취해야 한다."[146]

그리고 자유권규약위원회는 도미니카 공화국에 고문이 널리 퍼졌으며, "고문을 비롯한 잔인하고, 비인도적이거나 굴욕적인 대우에 대해 조사할 독립적인 기구가 없다는 것에 대해서" 우려를 표명하였다. "당사국은 규약 제7조가 완전히 이행되도록 즉시 조치를 취해야 한다. 또한, 일반법원이 범인들을 재판에 회부하여 처벌하고, 시정조치가 내려질 수 있도록, 침해 행위에 대해 즉시 조사가 이루어져야 한다."[147]

군사정권 동안 행해진 인권침해행위를 면책하기 위해 아르헨티나에서 입법된 사면법에 대해 자유권규약위원회는 다음과 같이 논평하였다. 즉, 군사정권 하에서 이루어진 시민적, 정치적 권리에 대한 중대한 침해와 관련하여 "가해자를 법으로 심판하기 위해서는 그 행위가 일어난 때로부터 아무리 많은 시간이 흘렀더라도 필요하다면 언제든지 기소할 수 있어야 하고, 그 행위가 얼마나 오래 전에 행해졌든 간에 필요하다면 법의 적용을 받을 수 있도록 해야 한다"(3.7.1 참고).[148]

*****

고문방지협약은 고문행위에 대한 처벌, 진정 및 수사 절차에 관하여 구체적으로

144) Ibid., loc. cit.
145) Ibid., pp.49~50. para.7.
146) Ibid., p.55. par.8.
147) Ibid., pp.55~56, para.9.
148) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ), p.39. para.9.

당사국들의 의무를 규정하고 있다. 위 협약 제4조(1)에 따라서, 당사국은 모든 고문행위가 자기 나라의 형법에 따라 범죄가 되도록 하며, 고문 미수, 고문 공모 또는 가담에 해당하는 행위도 마찬가지로 다뤄야 한다. 제4조(2)은 당사국이 "이러한 범죄가 그 심각성이 고려된 적절한 형벌로 처벌될 수 있도록 한다."고 규정한다. 그리고 제12조는 다음과 같이 규정한다.

> "당사국은 자기 나라 관할하의 영토 내에서 고문이 자행되었다고 믿을 만한 타당한 근거가 있는 경우에는 권한 있는 당국이 신속하고 공평한 조사를 진행하도록 보장한다."

마지막으로, 3.4.1에서 이미 상술했듯이, 위 협약 제13조는 고문피해자가 권한 있는 당국에 권리침해를 주장하여 그에 대해 "신속하고 공평하게" 조사를 받을 수 있도록 할 당사국의 의무를 규정한다.

벨라루스의 세 번째 정기보고서에 대한 검토 결과, 고문방지위원회는 "당국에 고문을 당했다고 보고되는 상황에 대해 담당자들이 이를 신속하고, 공평하며, 완전한 조사를 수행하지 못하고 있는 점은 물론 가해자들을 기소하지 못하고 있는 점"에 대해 우려를 표명하였는데, "위 행위는 협약 제12조 및 제13조에 위반된 것"이라고 했다.[149] 따라서 위원회는 다음 사항을 권고했다.

- "완전히 독립적인 진정 · 고소 또는 소송 체계를 확립하고, 당국에 고문당했다고 보고되는 행위에 대해 신속하며 공평하고 완전한 조사를 보장하며, 적절한 경우 가해자를 기소하고 처벌하기 위하여 긴급하고 효과적인 조치가 취해져야 한다."

- "당사국은 독립적이고 공평하며 정부 및 비정부 국가인권위원회를 설립하는 것을 고려하여야 하고, 그와 같은 국가인권위원회에는 인권을 증진하고, 고문방지협약의 이행을 비롯한 모든 인권침해를 조사할 수 있는 실효적인 권한이 부여되어야 한다."[150]

고문방지위원회에 회부되는 많은 유사 사례 중 다른 한 예는 과테말라와 관련된 사건이다. "일반적인 불법행위는 물론, 특히 인권침해에 대해서도 계속하여 면책이 이루어지는 것"에 대해 위원회는 우려를 표명했다. 고문방지위원회는 위와 같은 면책

149) UN doc. *GAOR*, A/56/44. p.21, para.45(e).
150) Ibid., p.21. para.46(b) 및 (c).

이 "위법행위를 방지하고 조사하며 처벌할 책임이 있는 정부기관이 반복적으로 의무를 태만히 하기 때문"에 발생한다고 보았다. 위원회는 또한 "실종자가 납치된 것인지를 사건별로 조사하고, 실종자들의 유해(遺骸)의 위치를 추적하기 위해 필요한 광범위한 권한과 막대한 자원을 가진 독립적 기구가 부족"하다는 점에 대해 우려를 표했다. "이와 같이 불확실한 상황은 실종자 및 그 가족에게 심각하고도 계속적인 고통을 안겨준다."[151] 위원회는 다음 사항을 권고했다.

> "실종자들이 납치된 상황을 조사하고, 그들에게 무슨 일이 일어났으며, 그들은 어디에 위치하고 있는지를 밝히기 위하여 독립적인 기구가 설립되어야 한다. 정부는 그 사건에서 실제로 무슨 일이 벌어졌는지 밝혀내는 데에 노력을 아끼지 말아야 하며, 관련 가족들의 권리를 입법화하고, 발생한 손실이나 상해에 대해 배상하며, 책임자를 기소해야 한다."[152]

마지막으로, 볼리비아의 첫 보고서를 검토하면서, 위원회는 다음과 같이 권고했다. 즉, "고문이나 잔인하고 비인도적 또는 굴욕적인 대우가 이루어졌다는 주장이나 진정이 있을 경우 이에 대해 신속하고 공정한 방식으로 형사적 조사를 수행할 의무와 관련하여, 당사국은 정부대리인이 위 의무를 실질적으로 준수할 수 있도록 필요한 조치를 취하고, 그와 같은 조사가 이루어지는 경우 그 진정의 대상이 된 공무원은 직무가 정지 되어야 한다."[153] 당사국이 "고문이나 부당한 대우에 관한 진정이나 제소 및 그 조사결과를 접수하고 보존할 수 있도록 공식적으로 통합된 공공 기록 접수 및 보존소를 설립할 것이" 권장되었다.[154]

*****

여성차별철폐협약 제2조(b)와 (c)는 당사국이 "여성에 대한 모든 차별을 금지하는 적절한 입법 및 기타 조치를 채택하고 필요한 경우 제재를 포함시킬 것"과 "남성과 동등한 기초 위에서 여성의 권리에 대한 법적 보호를 확립하며, 권한 있는 국내법원과 기타 공공기관을 통하여 여성을 여하한 차별행위로부터 효과적으로 보호하도록 확보할 것"을 규정한다. 비록 이러한 조항들은 모든 형태의 성에 근거한 차별에 적용 가능하지만, 여성에 대한 모든 형태의 폭력 및 여성에 대한 학대의 경우 특히 중요성을 갖

151) Ibid., p.33. para.73(b) 및 (e).
152) Ibid., p.35. para.76(e).
153) Ibid., p.42. para.97(d).
154) Ibid., p.43. para.97(e).

는다.

이 문제에 대해 여성차별철폐위원회는 다음과 같이 권고했다. 즉 협약 당사국들은

> "특히 가정 내에서의 폭력이나 학대, 직장 내에서의 성폭행 및 성희롱을 포함하여, 모든 형태의 폭력에 대해서 여성을 보호하기 위해 형사제재나 민사적 구제절차, 보상조항 등을 포함하는 유효한 법적 조치를 취해야 한다."[155]

몰도바 공화국의 상황에 대해서, 여성차별철폐위원회는 "가정 내 폭력을 포함한 여성에 대한 폭력이 협약상 여성에 대한 인권침해를 구성한다."고 강조했다. 위원회는 정부가 "그러한 폭력을 형사법으로 처벌할 수 있는 범죄로 규정하고, 엄정하고 신속하게 기소되고 처벌되도록 해야 한다."고 설시했다.[156] 위원회는 우즈베키스탄에 대해서 여성들과 소녀들이 가정 폭력을 비롯한 폭력의 피해자가 되는 경우 그들이 "즉각적으로 구제되고 보호받을 수 있는 수단"을 가질 수 있도록 보장할 것을 촉구했다.[157]

[**추록**: 자유권규약위원회는 "(태국에서) 심각한 인권침해가 발생하고 있다는 계속적인 주장들"에 대해 우려를 표했다. 위원회는, "위 인권침해는 사법절차에 의하지 않은 살인, 경찰 및 군부 요인들에 의한 학대 및 2003년 2월에 시작된 '마약과의 전쟁' 중에 일어난 비정상적으로 많은 수의 살인이 포함된다. 인권운동가들, 지역지도자들, 시위참가자들 및 시민사회의 다른 구성원들이 계속적으로 위와 같은 행위의 대상이 되고 있으며, 그 행위를 수사한다고 하여도 기소나 그 행위의 중대성에 대응하는 처벌로 이어지는 경우가 드물었고, 이는 면책 문화를 야기시키고 있다"고 하였다. 자유권규약위원회는 태국으로 하여금 그러한 범죄를 수사 · 기소하고, 피해자의 구제를 보장하며, 법집행 공무원을 계속적으로 교육할 것을 촉구하였다. 나아가, "법집행 공무원들을 상대로 제기된 진정을 수사할 독립적 민간기구를 설립하고자 하는 제안을 적극적으로 검토"해야 한다고 하였다(Official Records of the General Assembly, Sixtieth Session, Supplement No. 40 (A/60/40), vol. I. para. 95 (10)).

155) General Recommendation No.19 (여성에 대한 폭력) *United Nations Compilation of General Comments*. p.221. para.24(t)(i).

156) UN doc. *GAOR* A/55/38, p.59. para.102.

157) UN doc. *GAOR* A/56/38. p.21. para.177.

인권을 보호, 보장함에 있어서 국내 구제절차를 제공해야 한다는 의무 그 자체만으로 충분하지 않다는 것은 명확하다. 예컨대, 면책에 대항함으로써 인권을 보호하고 증진하기 위한 원칙 개정본의 원칙 1은 위반행위를 수사, 기소 및 처벌하는 것의 중요성을 인정하고 있다. 이에 따르면 피해자에 대해 효과적인 구제를 제공하지 못하거나, 피해자가 입은 피해에 대해 배상이 이루어지지 않는 것에 더하여, "위반행위를 수사하고, 범죄행위의 책임자로 의심되는 자들을 기소하여 그들이 재판을 통해 정당하게 처벌받도록 사법의 영역에서 가해자들에게 적절한 조치를 취할 의무를 국가가 지키지 못할 경우 면책이란 문제가 발생한다"고 하였다.

이와 유사하게, "구제에 관한 권리를 위한 기본원칙 및 지침" 3문은 국제인권법 및 국제인도법을 존중, 보장 및 집행하기 위한 의무는 다음 의무를 포함한다고 규정하였다. "(b) 위반행위를 효과적이고, 신속하며, 완전하고 공정하게 수사하고, 적절한 경우 책임자로 여겨지는 자들을 상대로 국내법 및 국제법에 따른 조치를 취할 의무."

나아가, 국제법상 범죄를 구성하는, 국제인권법의 중대한 위반 및 국제인도법의 심각한 위반이 발생한 경우, "구제에 관한 권리를 위한 기본원칙 및 지침" 4문는 다음과 같이 규정하고 있다. "… 국가는 이를 수사할 의무를 부담하고, 충분한 증거가 있는 경우 그 위반행위를 저지른 책임 있는 자를 기소할 의무를 부담하며, 유죄로 판단되는 경우 그를 처벌할 의무를 부담한다."

"강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 협약" 제3조 또한 다음과 같이 규정한다. "각 당사국은 국가의 허가, 지원 또는 묵인 없이 제2조에서 정한 행위를 저지른 개인 또는 집단을 수사하기 위한 적절한 조치를 취하고, 그들을 법정에 세울 수 있도록 하여야 한다."]

3.5.2 지역적 차원

Street Children 사건에서 미주인권재판소는, "당사국은 미주인권협약에 규정된 권리들을 보장하기 위해서 그러한 권리에 대한 모든 침해에 관하여 조사하고 처벌할 의무가 있다."는 점이 미주인권협약 제1조(1)으로부터 명백하게 도출된다고 판단하였다.[158] 그리고 미주인권재판소는 그보다 앞서 *Velásquez Rodríquez* 사건에서 인권침해를 조사할 당사국의 의무에 대해서 상당히 자세하게 설명하기도 하였다. 이 사건에서 Velásquez는 납치된 이후 실종되었다. 이에 대하여 미주인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

158) *I-A Court HR, Villagran Morales et al. Case (The "Street Children" Case), judgment of Novermber 19, 1999, Seriwes C, No.63*, pp.194~195, para.225.

"176. 당사국은 협약에 의해서 보호되는 권리를 침해하는 등의 모든 사태에 대해 조사할 의무가 있다. 만약 국가기관들이 인권침해를 처벌하지 않거나 피해자의 완전한 권리의 향유를 가능한 한 빨리 복구하는 방식으로 행동하지 않는다면, 국가는 관할 지역 내에서 개인의 권리가 자유롭고 충분하게 행사되도록 보장하여야 하는 국가의 의무를 준수하는 데에 실패한 것이다. 또한, 국가가 ***개인이나 사적 단체***로 하여금 협약에 의해 보호되는 권리를 자유롭게 침해하는 행동을 하도록 용인하거나 침해에 대하여 면책권을 부여하는 경우에도 마찬가지로 위와 같은 국가의 의무 준수에 실패한 것이다.

177. 어떤 경우에는, 개인의 권리를 침해한 행위를 조사하는 것이 어려울 수도 있다. 또, 조사가 만족스러운 결과로 이어지지 못하였다고 하여 그 이유만으로 조사의무 자체가 위반되었다고 할 수는 없다. 이는 방지의무의 경우와 마찬가지이다. ***그럼에도 불구하고, 조사의무는 반드시 진지한 방법으로 이행되어야 하며, 처음부터 무용지물일 것으로 예견되는 형식적인 방법으로 이행되어서는 아니 된다. 조사는 반드시 어떤 목적을 가지고 이루어져야 하고, 국가는 이를 자신의 법적 의무로 간주하여야 하며, 실체적인 진실을 효과적으로 규명하지 않은 채 단순히 피해자나 피해자 가족이 제출하는 증거나 그들의 주도력에 의존하는, 다시 말해 사적인 이해관계에 의해 추동되는 절차가 되어서는 아니 된다.*** 이는 개인의 권리 침해에 대한 궁극적인 책임이 누구에게 있느냐와 상관없이 일관되게 주지되어야 할 사항이다. 미주인권협약을 위반한 ***사적인 주체***를 진지하게 조사하지 않는 경우, 어떤 의미에서는 정부가 그 집단에 조력하였다고 볼 수 있다. 국가는 그러한 조력에 대해 국제적인 책임을 져야 한다."[159]

같은 사건에서 미주인권재판소는, 온두라스에 제도화되어 있는 관련 절차들은 "이론적으로는 적절할지 모르지만," 증거들에 의하면, 위 절차들은 Manfredo Velásquez의 실종사건의 전말을 조사하고, 미주인권협약 제1조(1)에서 도출되는 국가의 의무, 즉 위 사건에 대한 손해를 배상하고 책임자를 처벌할 국가의 의무를 이행하는데 있어서는 "완전히 무기력한 절차"라고 결론 내렸다.[160] 예컨대, 관련 절차에서 온두라스의 사법부는 단 한 건의 인신보호영장도 발부한 적이 없고, 어떤 판사도 Velásquez가 억류되어 있었을지도 모르는 감금장소에 접근할 수 없었으며, 형사소송절차와 관련한 신청은 그냥 기각되었다.[161] 미주인권재판소는 "이러한 종류의 사건에서 사실을 조사할 국가의 의무는 ***그 실종된 사람의 운명에 대한 불확실성이 남아있는 한 소멸하지 않고 계속된다.***"고 지적하였다.[162]

159) *I-A Court HR. Valasquez Rodriguez Case, judgmnent of July 29, 1988. Series C. No.4*, pp.155~158. paras.176~177. 강조는 추가됨.

160) Ibid., p.156, para.178.

161) Ibid., p.156, para.179

162) Ibid., p.157. oara.181. 강조는 추가됨.

Velásquez 사건에서, 미주인권재판소는 온두라스가 미주인권협약의 제1조(1), 제4조, 제5조 및 제7조를 위반하였다고 재판관들의 만장일치로 판결하였다.[163]

정부가 사실관계를 밝히기 위해 다양한 사법적인 절차를 수행한 경우라고 하더라도 여전히 미주인권협약 제1조(1)의 범죄를 조사할 의무를 이행하지는 못한 것으로 평가되는 경우가 있을 수 있다. *Street Children* 사건이 바로 그런 경우였다. 위 사건에서 "실제로 내려지고 집행된 사법부의 판결에서 아동들을 유괴하고 살인한 책임자들이 특정되거나 이들에게 형이 선고되지 않았기 때문에" 책임자들은 아무런 처벌도 받지 않았다. 미주인권재판소는 이러한 한 가지 사정만으로도 과테말라가 미주인권협약 제1조(1)을 위반하였다고 인정하기에 충분하다고 판단하였다.[164]

[**추록**: 한편 인권침해를 조사하고 기소하며 처벌할 의무와 인권침해를 면책하는 행위 사이의 관계도 판례법에서 다루어진 바 있다. 예를 들어, 미주인권재판소는 *Barrios Altos v. Peru* 사건에서, 페루의 사면 관련 법률들이 미주인권협약과 양립할 수 없는 것이어서 국제법적인 효력이 없다고 판시하였고, 따라서 페루는 인권침해행위에 대해서 조사하여 책임자들이 누구인지 확정한 뒤 그 조사 결과를 공표해야 하고 나아가 책임자들을 처벌하여야 한다고 판시하였다(미주인권재판소, *Chumbipuma Aguirre et al. (Barrios Altos) v. Peru*, Judgement of 14 March 2001, Series C, No. 75).]

*****

인권침해를 조사하고 기소하며 처벌할 의무는 유럽인권협약의 당사국에게도 인정된다. 예를 들어, 유럽인권재판소는 수많은 사례에서 생명권과 관련하여 조사할 의무를 강조한 바 있다. 이 중요한 문제에 대한 유럽인권재판소의 입장은 *Avsar* 사건에서 잘 요약되어 표현되어 있다.

> "393. 유럽인권협약 제2조에 따른 국가의 생명을 보호할 의무는, 유럽인권협약 제1조에 따른 '관할 지역 내의 모든 사람들의 협약상 보장된 권리와 자유를 보호하기 위한 국가의 일반적인 의무'와 종합하여 보면, 다음과 같은 의무를 내제하고 있다. 즉, 개인이 살해당한 경우 이에 대한 어떤 효과적인 공식 조사절차가 존재하여야 한다는 것이다. 그러한 조사의 중요한 목적은 생명을 보호하고 있는 국내법이 효과적으로 작동되도록 보장하는 데에 있고, 국가기관과 공무원들이 살해에 연루된 사례에 있어서는 그들에게 죽음에 대한 책임을 지게 하는 데에 있다. 이러한 목적을 달성하기 위한 조

163) Ibid., pp.162~163.

164) *I-A Court HR, Villagran Morales et al. Case (The "Street Children" Case). judgment of November 19. 1999. Series C. No.63.* p.195, para.228.

사 절차는 상황마다 다를 수 있다. 하지만, 어떤 경우이든, 조사기관은 일단 문제가 인지가 되면 신청이 없더라도 스스로의 권한으로 조사 활동을 시작해야 한다. 조사기관은 사망자의 가까운 친족이 고소를 할 때까지 조사를 방치하거나, 조사 활동이 개시되도록 만들 책임을 가까운 친족에게 미루어서는 아니 된다.

394. 국가기관에 의해 자행된 것으로 주장되는 불법적 살인을 효과적으로 조사하기 위해서는, 조사를 수행할 책임 있는 사람들을 사건에 연루된 사람들로부터 독립시킬 필요가 있다. 이러한 사건들에서는, 당해 사건의 특정 상황에서 국가기관의 무력 사용이 정당화될 수 있는지, 그렇지 않은지를 결정하고 책임자를 밝히거나 처벌할 수 있도록, 효과적인 조사가 수행되는 것이 중요하다. 이것은 어떤 결과를 담보하여야 할 의무가 아니라, 수단을 담보하여야 할 의무이다. 조사기관은 사건과 관련된 증거를 확보하기 위해 이용 가능한 합리적인 조치를 취하여야 하는데, 여기에는 특히 목격자의 증언과 법의학적 증거들이 포함되고, 적절한 경우에는 상처에 대한 완전하고 정확한 기록과 사망원인 등 임상적인 특징들에 대한 객관적인 분석을 담은 부검도 포함된다. 사망원인을 밝히거나 책임자를 밝히기 위해 필요한 능력의 감소를 초래하는 조사상의 모든 결함은 이 기준을 위반한 것으로 평가될 위험이 있다.

395. 이러한 측면에 비추어 볼 때, 조사에 있어서 즉시성과 합리적인 신속성이 명백하게 요구된다. 만약 특정한 상황에서 조사가 진행되는 것을 막는 장애물이나 어려움이 있어 즉시 조사하지 못하였다면 용인될 수 있기는 하지만, 원칙적으로 법치주의를 유지하고 불법행위에 대한 어떤 형태의 공모나 허용도 방지하는 등 국민의 신뢰를 유지하는 데 있어서는, 조사기관이 치명적인 무력사용 행위에 대하여 즉시 반응하여 조사하는 것이 꼭 필요하다."[165]

게다가 *Avsar* 사건에서 유럽인권재판소가 지적했듯이, "국가기관의 묵인이나 인식 하에 치안당국의 후원을 받으며 수행된 것"으로 주장되는 불법적인 살인사건으로 인하여 "국가의 법치주의 준수 및 생명권에 대한 존중에 대해 심각한 우려가 제기된다." 유럽인권재판소는 이러한 사건과 관련하여서는, 유럽인권협약 제2조에서 도출되는 생명권과 관련한 조사의무는 "보다 광범위한 조사를 요구하는 것으로 해석되어야 한다."고 판시하였다.[166]

위 사건에서 피해자는 그의 집에서 일곱 명의 사람에 의해 잡혀 끌려갔는데, 이 중에는 마을의 호위병들과 MM(자백한 사람), 그리고 한 사람의 치안요원이 포함되어 있었다. 피해자는 경찰서로 끌려갔고, 후에 그 곳으로부터 다른 곳으로 이송되어 살해당하였다. 유럽인권재판소는 "경찰과 검사, 형사법원에 이르기까지 수행된 조사과정

165) *Eur. Court HR, Case of Absar b. Turkey*. judgment of 10 July 2001. paras.393~395. http://echr.coe.int.

166) Ibid., para.404.

에서 Mehmet Serif Avsar의 죽음을 둘러싼 정황사실들에 대하여 신속하고 적절한 조사가 이루어지지 않았기 때문에" 유럽인권협약 제2조가 위반되었다고 결론지었다. 따라서 이 사건에는 "생명권을 보호할 국가의 ***절차적 의무***가 위반된 것이다."[167] 더 나아가 유럽인권재판소는 위 사건에서 정부가 Avsar의 죽음 자체에 대하여도 책임이 있다고 결론지었는데, 이는 정부가 유럽인권협약 제2조에 따른 생명권을 보장할 ***실체적 의무***도 위반하였다는 의미가 된다.[168] 마을의 호위병과 자백한 사람들이 기소되어 유죄가 선고되었음에도, 일곱 번 째 책임자인 치안요원이 기소되지 않았다는 사정은 주목할 만하다. 이러한 사정으로 인하여 "피해자의 형제는 민사적인 절차에 호소하였으나, 이는 피해자의 죽음에 대한 당국의 책임과 관련하여 충분한 구제수단이 되지 못하였고, 효과가 없었다." 이로 인해 피해자의 그 형제는 유럽인권협약 제2조 위반으로 인한 피해자라는 주장을 유지할 수 있었다.[169]

3.5.3 조사 및 재판절차에서의 피해자의 역할

살인이나 고문 또는 성에 근거한 폭력 및 기타 형태의 폭력 사건에서, 범죄자가 개인이든 국가공무원이든 상관없이, 조사나 소송절차가 진행되는 동안 피해자들이나 그들의 가까운 친족의 역할은 중요하다. 법관과 검사 그리고 변호사들은 조사절차가 진행 중일 때, 그리고 그 후의 소송절차가 진행될 때, 관련자들이 의견을 개진할 수 있도록 보장해 주어야 한다. 피해자들과 그들의 유족은 예들 들어, 실종과 관련된 사건에서는 특히 민감하다. 실종자의 가족구성원들이 느끼는 트라우마는 엄청나다. 사랑하는 실종자의 운명을 알 수 없다는 상황에 대한 가족구성원들의 분노는 매우 깊고, 그들의 인생에 있어서 지속적으로 눈에 띄는 영향을 미친다. 법조인들은 그러한 인간적 비극을 겪고 있는 사람들의 감정과 반응, 그리고 실종자에게 무슨 일이 벌어졌는지를 반드시 알아야 한다고 느끼는 그들의 필요를 이해하고, 정중한 예의를 지켜야 한다.

[**추록**: 특히 인신매매 피해자들의 경우, 인신매매행위의 목격자라는 그들의 특성상 추가적인 인권침해의 위험에 놓인다. 태국의 경우, 인신매매를 근절하기 위한 법률과 정책들이 도입되어 있음에도 불구하고 여전히 인신매매의 발생지, 경유지 또는 목적지가 되고 있다. 자유권규약위원회는 태국에 "인신매매의 모든 피해자들과 인신매매행위의 모든 목격자들에게 적절한 보호책을 제공하고, 특히 이들의 피신처와 증거를 제

167) Ibid., para.408. 강조는 추가됨.
168) Ibid., para.416.
169) Ibid., paras.408 및 415.

공할 수 있는 기회를 보호할 것"을 촉구한 바 있다(Official Records of the General Assembly, Sixtieth Session, Supplement No.40(A/60/40), vol. I , para. 95.(20)]

Street Children 사건에서 미주인권재판소는 조사 의무와 관련하여 다음과 같은 내용을 강조하였다.

> "미주인권협약 제8조는, 인권침해의 피해자나 그들의 가까운 친족에게, 진상을 규명하고 책임자를 처벌하며 적절한 배상을 요구하기 위하여 개개의 절차에서 의견을 개진하고 참여할 수 있는 상당한 여지가 주어져야 한다는 점을 명백히 하고 있다."[170]

고소절차에서 실패하거나, 인신보호영장을 발부받는데 실패하거나, 민사 등의 구제절차에서 실패하거나, 인권침해로 주장되는 사례에 대해 조사가 개시되도록 하는데 실패하거나, 그리고 적적한 경우에 책임자에 대한 형사적인 책임을 묻는 절차 또는 다른 절차를 시작하는 것에 실패하게 되면, "독립적이고 공평한 재판소가 피해자나 가까운 친족의 의견을 듣고 검토해주는 것" 자체가 불가능해진다.[171] 이러한 실패는 피해자의 권리를 효과적으로 구제하는 것만을 어렵게 할 뿐 아니라, 정의로운 사회와 법에 의한 지배에 대한 개인들과 국민 전체의 신뢰 역시 무너지게 한다.

[**추록**: 한편 이러한 절차에서 피해자를 대하는 문제와 관련하여, '국제인권법 및 국제인도법 위반 피해자의 구제 및 배상에 관한 권리를 위한 기본원칙 및 지침'(the Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law)의 10문은 다음과 같이 정하고 있다.

> "피해자는 인도적으로 대우받아야 하고, 존엄하고 인권을 가진 존재로 존중받아야 한다. 피해자 및 그의 가족의 안전과 육체적 · 정신적 평온 및 사생활을 보장하기 위한 적절한 조치가 취해져야 한다. 당사국은 폭력과 트라우마로 고통받은 피해자가 사회정의를 세우고 피해회복을 꾀하기 위해 진행되는 사법적 · 행정적 절차에서 2차 트라우마를 겪지 않도록 국내법을 통해 가능한 범위 내에서 그에게 특별한 배려를 해주어야 한다."]

---

170) *I-A Court HR, Villagran Morales et al. Case (The "Street Children" Case). judgment of November 19, 1999. Series C. No.63. p.195, para.227.*

171) Ibid., p.196. para.229.

*효과적으로 인권을 보호할 일반적인 국가의 의무의 핵심적인 내용은 개인의 기본권과 자유를 침해하는 행위가 발생할 경우 이를 **조사하고 기소하고 처벌하는 것**이다.*

이러한 의무의 궁극적인 목적은 피해자의 권리와 자유를 신속하게 회복하는 데에 있다.

국가는 이러한 의무를 이행하기 위해서 인권침해가 발생하였다고 주장되는 모든 상황에 대해 신속하고 효과적인 조사를 하여야 한다. 이러한 의무는 특히 생명권이나 또는 고문, 성에 근거한 폭력 또는 다른 형태의 차별에서 비롯된 폭력 및 기타 부당한 대우를 받지 않을 권리와 관련한 인권침해 주장이 제기될 때 매우 중요하다.

조사 의무는 방법론적인 차원의 것일 뿐 결과론적인 차원의 것은 아니다. 조사 의무에는 다음과 같은 내용이 내제되어 있다.

- *조사는 독립된 기관, 즉 침해행위라고 주장되는 행위에 연루되지 않은 기관에 의해 수행되어야 한다.*
- *조사는 인권침해라고 주장되는 행위의 책임자를 보다 용이하게 규명하고 기소하고 처벌하기 위해서 공정하고 신속하며 충분하게, 그리고 효과적으로 수행되어야 한다.*
- *인권침해라고 주장되는 행위가 발생한 사실을 인지하는 즉시 국가는 조사를 시작하여야 한다. 피해자나 피해자의 가까운 친족이 어떠한 조치를 취하거나 증명서류를 제출하는지 여부에 조사 시작 여부가 결정되어서는 아니 된다.*
- *실체적 진실을 밝힐 의도가 없이 형식적으로 이루어지는 조사는 인권침해를 효과적으로 조사할 의무를 이행한 것이라고 할 수 없다.*
- *자의적인 살인행위가 발생하였다는 주장이 제기되는 경우 이에 대하여 효과적인 조사가 수행되도록 보장하기 위해 취할 필요가 있는 조치들의 예로는, 목격자의 증언, 법의학적 증거, 사망원인 등 임상적인 특징들에 대한 객관적인 분석을 담은 부검 등이 있다.*
- *실종과 같은 심각한 인권침해가 발행한 경우, 이를 조사하고 기소할 국가의 의무는 실종된 피해자에게 실제로 어떤 일이 벌어졌는지가 확실히 밝혀질 때까지 소멸하지 않는다.*

인권침해의 피해자나 그의 가까운 친족은 침해행위에 대한 조사절차 및 소송절차가 진행되는 동안 중요한 역할을 수행한다. 피해자는 형사소송절차에서 의견을 개진하고, 중요한 역할을 수행한다. 피해자에게는 형사소송절차에서 의견을 개진하고, 행동을 취할 충분한 기회가 주어져야 한다.

법관, 검사 그리고 변호사는 인권침해 피해자를 이해하고, 이들에 대하여 예의를 지켜야 하며, 특히 실종이나 기타 심각한 인권학대로 인하여 이들에게 발생한 트라우마에 대해 섬세하게 대처해야 한다.

인권침해를 신속하고 효과적으로 조사하지 못하게 되면, 고통으로부터 구제받을 피해자의 권리가 위태로워지며, 법치주의 자체와 법치주의에 대한 공공의 신뢰도 상처를 입을 수밖에 없다.

3.6 인권침해로부터 피해자를 구제할 의무

3.6.1 피해회복과 배상 · 보상

대부분의 국제인권 관련 조약들은 법적 의무를 위반하는 행위가 발생하는 경우에 이를 어떻게 구제해야 하는지 명시하고 있지는 않다. 어떤 측면에서 보면, 인권조약의 당사국들은 보장된 권리와 자유를 현실에서 어떻게 구현할 것인지 자율적으로 결정할 권한이 있으므로, 이렇게 구제방법을 명시하지 않는 방법이 합리적일 수도 있다. 다만 고문방지협약 제14조(1)은 당사국이 자국의 법체계 안에서 고문행위 피해자가 구제를 받고, "가능한 완전한 재활수단을 포함하여 공정하고 적절한 배상을 받을 수 있는 실효적인 권리"를 보장하여야 한다고 명시하고 있다. 또한, 고문행위의 결과로 피해자가 사망한 경우, 피해자의 부양가족이 "배상받을 권리를 가진다."고 규정하고 있다. 이전에 논의한 것처럼 '여성에 대한 폭력 방지, 처벌 및 근절에 관한 미주인권협약' 제7조 역시 당사국에게 폭력의 대상이 된 여성들이 피해배상이나 금전적인 보상 또는 기타 공정하고 효과적인 구제수단에 효과적으로 접근할 수 있도록 보장할 의무를 부여하고 있다.

일반적인 범죄 피해자의 경우와 마찬가지로, 인권침해의 피해자도 가능한 한 최대한 그들의 권리를 회복해야 한다. 체코 공화국에서의 사유재산 몰수와 관련한 *Blazek* 사건에서 자유권규약위원회는, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(3)(a)에 따라 당사국은 위 규약 제26조를 위반한 차별적 행위에 대하여 "피해보상이나 금전적인 보상을 위한 소를 제기할 수 있는 기회를 포함하여 효과적인 구제조치를 피해자인 신청인에게 제공할 의무가 있다"고 밝혔다.[172] 이 사건은 재산권과 관련된 사례이기 때문에 피해회복이 얼마든지 가능하다. 그러나 이번 장에서 수차례 명백하게 밝혔듯이, 관련자가 살해당했거나 폭력의 대상이 된 경우에는 그렇지 아니하다. 이러한 경우의 구제수단은 대체로 금전적인 보상이나 재활 등으로 제한되고 있다.

172) Communication No. 857/1999, *Blazek et al. v. the Czech Republic* (Views adopted on 12 July 2001), in UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅱ), p.173, para.7.

아래에 엄선된 사례들은 어떻게 각 지역의 인권재판소들이 보상 문제를 다루고 있는지 보여주는 사례들이다. 그러나 우리는 이 사례들에서 인정된 피해배상 의무가 국제인권조약위반으로 입증된 사건에 관한 국제적인 의무에서 도출되었음에 주목할 필요가 있다.[173] 다시 말해서, 피해배상 의무는 국내법에 기초하여 도출된 것이 아니다. 한편, 이하의 판결들은 보상의 대상이 되는 구체적인 피해의 내용을 명확히 하는 데 도움을 주기도 한다. 물론 실제 보상은 항상 사건의 구체적인 사실관계에 따라 달라질 수 있다.

유럽인권재판소는 고문 피해자나 살해당한 피해자의 가까운 친족에게 배상금을 지급하도록 자주 판결해 왔다. 경우에 따라 배상금은 단순히 ***금전적인 손해***뿐만 아니라 ***비금전적이고 정신적인 손해***에까지도 확대된다.[174] 비금전적이고 정신적인 손해는 국제감시기구들의 사실심사만으로는 배상의 대상이 되지 않는 것들이다. 배상금은 피해자 자신뿐만 아니라, 피해자의 가까운 친족도 받을 수 있다.[175] ***경비와 지출***에 대한 보상 또한 가능하다.[176] 다만 유럽인권재판소는 피해자가 죽기 전 피해자의 부양가족이 아니었던 가까운 친족과 관련된 사례에서는 피해자의 죽음으로 인해 발생된 것으로 추정되는 재정적 손해에 대한 배상금을 그러한 가까운 친족에게까지 지급하는 것은 "적절하지 않다."고 판결하였다.[177]

*****

미주 지역에서는 *Velásquez Rodríquez* 사건에서 과연 어느 정도의 배상이 Velásquez 친족에 대한 "공정한 보상"인지에 대한 논의가 이루어졌다. 미주인권법원은 Velásquez의 실종이 우연한 일이 아니라 "온두라스에 책임이 귀속되는 심각한 행위로 인한 결과"였기 때문에 보상의 액수는 "생명보험 등에서 정한 지침에 근거할 것이 아니라 만약 피해자가 자연스럽게 여생을 살았더라면 벌었을 수입에 대한 손실을 계산해서 정해야 한다."는 결론을 내렸다.[178] 다만 미주인권재판소는 다음의 두 상황

173) *I-A Court HR, Velasquez Rodriguez Case, Compensatory damages, judgment of July 21, 1989, Series C. No.7*, p.57, para.54 참조.

174) 여러 사례 중 *Eur. Court HR, Case of Mahmut Kaya v. Turkey. judgment of 28 March 2000*. paras.133~139 및 *Eur. Court HR, Case of Price v. the United Kingdom. judgment of 19 June 2001*. para.34 참조. http://echr.coe.int.

175) *Eur. Court HR, Case of Mahmut Kaya v. Turkey. judgment of 28 March 2000*. paras.133~139. http://echr.coe.int.

176) Ibid. paras. 140~142

177) Ibid. para.135.

178) *I-A Court HR, Velasquez Rodriguez Case, Compensatory damages, judgment of July 21, 1989. Series C, No.7*. p.54, para.46.

을 구별하고 있다. 먼저, 피해자가 "완전한 그리고 영구적인 장애를 갖게 된 경우," "그 보상액은 피해자가 수령할 수 없었던 모든 금액을 포함하되 그의 가능한 기대수명에 근거하여 적절한 조정이 이루어져야 한다."[179] 그러나 수혜자인 가족이 원칙적으로 "현재 또는 미래에 경제활동을 하거나 수입이 생길 가능성이 있을 경우에는" 보상액이 달라져야 한다.[180] 이 경우에는, "엄격한 보상원칙을 고수하는 것이 옳다고 할 수는 없고, 그보다는 차라리 사례별로 주어진 상황에서 보상액을 신중하게 추산하여야 한다."[181]

미주인권재판소는 Velásquez 가족이 겪었던 정신적 피해의 배상 문제에 관련하여, 정신적 피해는 "주로 가족들이 겪은 심리적인 충격의 결과"이고, 특히 "비자발적 실종이라는 극단적인 사건의 특성"에서 비롯된 결과라고 판시하였다.[182] 정신적 피해의 증명은 "전문가가 작성한 서류 증거"와 정신과 의사 및 심리학 교수의 증언 등을 통해 이루어졌다. 이를 기초로 미주인권재판소는 Velásquez의 실종이 "가까운 친족에게 심리적인 악영향을 끼쳤기 때문에 이들의 정신적 피해에 대한 배상이 이루어져야 한다."고 판결하였다.[183] 이에 따라 미주인권재판소는 정부에 대하여 손해를 배상할 것을 명하였다.

*****

국제감시기구들은 엄밀히 말하면 그 위상이 사법기구와는 다르기 때문에 피해배상을 명할 권한이 없다. 따라서 자유권규약위원회 역시 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 선택의정서의 해석상, 인권침해의 책임이 있는 정부에게 막연히 잘못에 대해서 보상하라고 권고할 수 있을 뿐이고, 배상액을 특정할 수 없다.[184]

[**추록**: 한편 국제인권 관련 조약들은 법적 의무를 위반하는 행위가 발생하는 경우에 이를 어떻게 구제해야 하는지 명시하지 않고 있지만, 그 이외의 수많은 국제인권 관련 문서들은 이 문제를 다루고 있다. 예를 들어, 자유권규약위원회는 일반논평 제31호의 16문에서 "구제조치에는 피해회복과 재활, 보상조치 등이 포함될 수 있다. 보상조치의 예에는 공개사과, 공적인 기념행사, 재발방지약속, 관련 법률 및 관습의 변경, 인권침

179) Ibid., pp.54~55, para.47.

180) Ibid., p.55, para.48.

181) Ibid., loc. cit.

182) Ibid., p.55, para.50.

183) Ibid., p.56, para.51.

184) 예를 들면, *Communication No. 107/1981, Quinteros v. Uruguay* (Views adopted on 21 July 1983), in UN doc. *GAOR*, A/38/40, p.224, para.16 참조.

해행위자에 대한 사법처리 등이 있을 수 있다"고 밝혔다.

"면책에 대항함으로써 인권을 보호하고 증진하기 위한 원칙 개정본"의 34문 역시 "구제 받을 권리는 피해자가 겪은 모든 손해에 대해서 적용된다. 여기에는 국제법에 의해 인정되는 피해회복과 배상, 재활, 보상조치 등이 포함된다."고 정하고 있다.

'국제인권법 및 국제인도법 위반 피해자의 구제 및 배상에 관한 권리를 위한 기본원칙 및 지침'은 사안에 따라서 피해회복과 배상 이외에 다른 구제조치가 더 적절하다고 평가되는 경우도 있을 수 있다고 밝히고 있다. 위 지침은 18문에서 구제조치에는 피해회복과 배상 이외에 재활, 보상조치, 재발방지약속 등이 포함된다고 명시하였다.

'강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 협약'의 제24조(4) 역시 당사국은 "실종으로 인한 피해자에게 신속 · 공평 · 적절한 배상과 구제조치를 보장하는 국내법제도를 갖추어야 한다."고 규정하고 있다.

위 협약의 제24조(5)는, 위 제24조(4)에서 규정한 구제를 받을 권리는, 물질적 손해에 대한 배상과 정신적 손해에 대한 배상뿐만 아니라 피해회복, 재활, 피해자의 명예회복, 피해자의 존엄성 회복, 재발방지책 등을 모두 포괄한다고 규정하고 있다.

지역적 차원의 국제인권 관련 조약에 대한 판례법에서도 구제조치의 문제가 다루어지고 있다. 예를 들어, 유럽인권재판소는 *Assanidze* 사건에서 "어떠한 행위가 유럽인권협약을 위반한 것이라고 인정하는 유럽인권재판소의 판결이 내려지면, 그 판결에 의하여 상대 당사국은 관련자들에게 적절한 보상을 할 의무가 생길 뿐 아니라, 적절한 경우에는 더 나아가, 각료위원회의 자문을 받아 그러한 위반행위에 종지부를 찍기 위해 필요한 국내법적인 일반 조치와 개별 조치들(또는 둘 중 한 가지)을 선택하고 위반행위 이전의 상황을 최대한 회복하기 위해 가능한 모든 구제조치를 취할 의무가 생긴다."고 판시하였다(유럽인권재판소, *Assanidze v. Georgia* [GC], No. 71503/01, Judgement of 8 April 2004, para. 198.)

미주인권재판소는 피해회복을 명하는 미주인권재판소의 판결에 대해서 "당사국은 1년 내에 판결에서 명한 조치를 이행하여야 하며, … 당사국이 배상금의 지급을 지체하는 경우 그 국가의 은행 연체이율에 따른 이자를 지급해야 한다. …"고 판시한 바 있다(미주인권재판소의 연례보고서(Annual Report) (2003) (OEA/Ser.L/V/III.61, Chap.II), 9 February 2004).]

3.6.2 재활

많은 사례에서 고문이나 다른 형태의 부당한 대우, 성에 근거한 폭력을 겪은 피해자는 금전적인 보상과 더불어 육체적인 측면과 정신적인 측면에서 재활 조치를 받

을 필요가 있다. 앞에서 언급했듯이, 고문 및 그 밖의 잔혹한 · 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 제13조(1)은 당사국이 고문의 피해자에 대해서 "가능한 완전한 재활수단을 포함한" 배상을 할 의무를 명백히 기술하고 있다.

고문방지위원회는 카메룬이 "위 협약 제14조를 위반하여 고문 피해자에게 재활 및 배상을 제공하는 입법조치를 이행하지 않는 것"에 대해 우려를 표시하였다. 나아가 고문방지위원회는 카메룬 정부에 "고문 피해자에게 가능한 완전한 재활과 배상을 규정하는 입법조치를 이행하기 위한 구체적인 메커니즘"을 갖출 것을 권고하였다.[185] 또, 고문방지위원회는 브라질에게 "지불 가능한, 그리고 공정하고 적절한 배상을 국가로부터 받을 고문 피해자의 권리를 제도화하기 위하여, 그리고 그들의 가능한 완전한 육체적, 정신적 재활을 위한 프로그램을 도입하기 위한" 조치를 취할 것을 권고하였다.[186]

아동권리협약 제39조는 학대 피해자의 재활에 대하여 규정하고 있다. 위 규정은 다음과 기술한다.

> "당사국은 모든 형태의 유기, 착취, 학대, 또는 고문이나 기타 모든 형태의 잔혹하거나 비인간적이거나 굴욕적인 대우나 처벌, 또는 무력분쟁으로 인하여 희생이 된 아동의 신체적 · 심리적 회복 및 사회복귀를 촉진시키기 위한 모든 적절한 조치를 취하여야 한다."

위 조항에 기초하여, 아동권리위원회는 마케도니아에 대해, 구 유고슬라비아 공화국의 범죄 피해자였던 아동들의 "신체적이고 심리적인 회복 및 재통합을 위해서 제공할 적절한 프로그램을 긴급히 마련해야 한다."고 권고하였다.[187] 아동권리위원회는 특히 전쟁 기간 동안 아동들의 재활 조치가 중요하다고 강조하였다.[188]

인신매매의 대상이 되는 여성들 역시 재활이 필요한 인권침해 피해자의 한 부류이다. 자유권규약위원회는 베네수엘라에 인신매매 피해자를 위한 재활 프로그램을 도입하라고 권고하였다.[189] 여성차별철폐위원회 역시 당사국들에게 "폭력의 피해자이거

185) UN doc. *GAOR*, A/56/44, p.29, para.65(e) 및 p.30, para.66(a)
186) Ibid., p.51, para.120(f)
187) UN doc. CRC/C/94, 아동권리위원회: Report on the twenty-third session (2000), paras.286~287.
188) Ibid., Sierra Leone에 관하여는 paras.185~190 참조.
189) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ), p.52, para.16.

나 폭력의 피해자가 될 위험이 있는 여성들을 위해서, 피신, 상담, 재활 등의 보호조치를 취하고 부조사업을 시행해야 한다."고 권고하였다.[190]

*****

지역적인 차원에서 살펴보면, 폭력에 노출된 여성들을 위한 재활조치의 필요성은 여성에 대한 폭력 방지, 처벌 및 근절을 위한 미주인권협약 제8조에 규정되어 있다. 위 규정에 따르면 모든 당사국들은 "폭력의 대상이 된 여성들이 효과적인 재활 및 교육 프로그램을 통해 공적 · 사적 · 사회적 삶에 완전하게 복귀할 수 있도록, 점진적이고 구체적인 조치를 취하는 것에 동의한다."

[**추록**: 3.6.3 보상과 재발방지 보장책

'국제인권과 국제인도법 위반 피해자의 구제 및 배상에 관한 권리를 위한 기본원칙 및 지침'의 22문와 23문은 피해회복, 배상, 재활 등과 같은 형태의 구제조치 외에 보상과 재발방지 보장책이라는 구제조치에 대해서 규정하고 있다. 보상과 재발방지 보장책에는 위반행위에 효과적으로 대처하기 위한 광범한 장치들이 포함된다.

22문에 따르면, 보상에는 다음과 같은 내용 중 일부 또는 그 모든 것이 포함되어야 한다.

> "*(a)* 진행되고 있는 위반행위를 중단시키기 위한 실효성 있는 조치"
> "*(b)* 사건에 관한 사실관계의 확정, 그리고 그 사실관계의 남김 없는 공적인 공개. 다만 다음과 같은 사람들, 즉 피해자와 그 친족, 목격자, 피해자를 보조하기 위해 관여한 사람들 및 추가적인 위반행위를 방지하기 위한 관여한 사람들의 이익과 안전을 해하지 아니하는 범위 내에서 이루어지는 공개를 말함"
> "*(c)* 실종된 사람들의 행방과 납치된 아이들의 신원, 살해된 사람들의 시신 등을 확인하거나 찾아내기 위한 조치, 이들의 생환과 신원확인을 보조하는 조치, 살해된 사람들의 시신을 피해자의 표시되거나 추정되는 의사에 부합하는 방식 또는 그 공동체와 가족의 관습에 따른 방식대로 이장하는 것을 보조하는 조치"
> "*(d)* 피해자와 그에 가깝게 연결된 사람들의 명예와 존엄성, 권리들을 회복하기 위한 공적인 선언 또는 사법적인 결정"
> "*(e)* 사실관계 확인 및 책임 인정이 포함된 공개적인 사과"
> "*(f)* 위반행위의 책임자에 대한 사법적이고 행정적인 제재"
> "*(g)* 피해자를 위한 기념식과 헌사"

190) General Recommendation No.19 (여성에 대한 폭력), *in United Nations Compilation of General Comments*, p.221, para.24(t)(iii)

"*(h)* 국제인권법과 국제인도법 연수자료 및 모든 수준의 교육자료에 위반행위의 정확한 횟수를 명기할 것"

23문에 따르면, 재발방지 보장책에는 다음과 같은 내용이 포함되어야 한다.

"*(a)* 군과 치안부대에 대한 민간의 실효성 있는 통제 확보"
"*(b)* 적법절차와 공정성, 형평성이라는 국제적인 기준에 맞는 군과 민간 사법절차 확보"
"*(c)* 사법부의 독립성 강화"
"*(d)* 법조와 의료 및 보건, 언론 영역의 전문가들과 인권옹호활동가들의 보호"
"*(e)* 군과 치안부대 종사자들, 법집행 업무에 종사하는 공직자들, 그밖의 모든 사회영역에 우선적이고 지속적인 인권 교육 및 국제인도법 교육의 실시"
"*(f)* 법집행 업무, 교정업무, 언론계, 의료계, 정신의학계, 공공서비스 등에 종사하는 사람들, 군에 종사하는 사람들, 경제활동 주체들의 국제적인 기준에 맞는 복무규정 및 윤리강령 준수 독려"
"*(g)* 사회적 갈등과 조정을 감시하고 방지하는 구조적인 장치의 활성화"
"*(h)* 국재인권법 위반행위와 국제인도법의 중대한 위반행위가 발생하도록 용인하거나 그 발생에 기여하고 있는 국내법의 검토와 개혁"

이러한 보상과 재발방지 보장책은 지역적인 차원에서 논의되어 왔다. 예를 들어, 미주인권재판소는 "기타 형태의 구제조치"라는 표제 하에 보상과 재발방지 보장책에 접근해 왔다. *Myrna Mack Chang v. Guatemala* 사건(미주인권재판소, Judgement of 25 November 2003, Series C, No. 101)이 좋은 예인데, 이 사건에서 미주인권재판소는 위반행위와 관련한 완전한 구제조치를 위해서 당사국이 다음과 같이 조치해야 한다고 판시하였다.

"당사국은 이미 처벌받은 사람들을 제외한 나머지 실행행위자들과 방조자들, 그리고 Myrna Mack Chang의 사법절차를 거치지 아니한 처형과 그 은폐 및 기타 행위에 관련된 다른 책임자들을 특정하고 기소하여 처벌하기 위하여, 당해 사건의 사실관계를 효과적으로 조사하여야 한다. 이러한 조사의 결과는 과테말라 사회가 진실을 알 수 있도록 공개되어야 한다."(para. 275)

당사국은 "사면이라는 법적 장치에 의지하여서는 아니 되고, …"(para. 276) "이러한 사건에서 면책권이 부여되도록 실질적으로 작용하는 모든 법적 장치와 장애물을 제거하여야 한다. …"(para. 277)

나아가, 미주인권재판소는 당사국에 "이 사건의 사실관계와 관련한 국가의 책임을 인정하는 공적인 확인 조치를 취할 것 … "을 요구하였다(para. 278). 미주인권재판소는 또, "당사국의 무장된 군부대와 경찰부대, 치안부대와 정보부대가 모두 그들의 권한을 일탈하여 인권 존중에 역행하는 수단과 방법을 사용하였다."고 판시하였다(para. 281).

이에 따라 미주인권재판소는 이 사건의 재발을 막기 위해서, 당사국에 "군부대와 경찰, 치안부대 종사자들에게 비상사태 하에서도 반드시 지켜져야 하는 인권 보호와 관련된 원칙과 규정들을 교육시키려고 하는 담당자들을 위해서 필요한, 그리고 이 사건과 관련하여 필요한 규정들을 제정할 것"을 요구하였다(para. 282).

마지막으로 미주인권재판소는 "당사국은 피해자를 공적으로 기억하기 위한 조치의 일환으로, Myrna Mack Chang의 이름을 딴 장학금을 마련하여 명문 국립대학에서 1년 동안 인류학을 연구하는 모든 비용을 지원해야 한다. 당사국은 이 장학금을 무기한으로 매년 지급해야 한다"고 판시하고(para. 285), "당사국은 Guatemala City의 잘 알려진 거리 또는 광장 한 곳의 명칭을 Myrna Mack Chang의 이름을 기념하기 위한 것으로 지어야 하고, 그녀가 사망한 장소 또는 그 가까운 곳에 그녀의 활동을 언급하는 내용의 눈에 띄는 명판을 설치해야 한다. 이러한 조치들이 유사한 사안의 재발을 방지하기 위해 필요한 공공의 경각심을 일깨우고 피해자를 기억하는데 도움이 될 것이다."라고 판시하였다(para. 286).]

인권침해의 피해자나 가까운 친족은 범법행위에 대해 효과적인 구제조치를 받을 권리가 있다.

가능한 경우라면 그러한 구제조치는 침해된 권리를 회복하는 형태로 이루어져야 하지만, 만약 회복이 불가능한 경우라면 금전적인 피해 및 (또는) 정신적인 피해에 대해 공정한 보상이 이루어져야 한다.

필요한 경우에는, 고문이나 다른 형태의 부당한 대우를 받은 피해자, 성적, 인종적 차별 등을 받은 피해자, 폭력의 대상이 된 피해자들의 재활을 돕는 구제조치가 이루어져야 한다.

3.7 인권침해에 대한 면책의 문제

3.7.1 면책에 대한 법적 고찰

인권침해행위를 면책하는 것은 개인이 권리와 자유를 충분히 향유할 수 있도록 보장하는 노력에 대한 가장 심각한 위협이며, 개인의 권리와 자유를 효과적으로 보호해야 하는 당사국의 법적 의무를 위반하는 것이다. 고문이나 납치, 실종, 그리고 자의적인 살인 등의 형사적 범법행위에 대해 기소하지 않는 것은 피해자와 피해자의 가족들 뿐 아니라 사회 전체에 파괴적인 영향을 끼친다. 면책 문화는 또한 "권력에 밀접한 사람들과 인권학대에 취약한 계층 사이의 불평등을 심화시킨다. 정의를 바로 세우기가 어려워지고, 그에 따라 사람들은 법을 자의적으로 해석하게 되고, 이에 따라 사법 시스템은 더욱 더 훼손되며, 새로운 폭력행위가 야기된다."[191] 인권침해행위를 면책하는 상황은 어느 국가에나 존재할 수 있지만, 특히 군사 비군사 독재 정권이 들어선 국가, 또는 국내 무력 충돌의 여파로 사면법이 도입된 국가에서 흔히 관찰되는데, 그러한 사면법은 국내체제의 재조정 과정에서 필수불가결한 요소라고 주장되기도 한다.

국제감시기구들은 심각한 인권침해행위를 면책하는 것을 일관되게 비난해 왔다. *Rodríguez* 사건을 예를 들면, 자유권규약위원회는 '1986년 우루과이 법 No.15,848'(1986 Uruguay law No. 15,848)이 제한법 또는 만기법(Limitation Act or Law of Expiry, Ley de Caducidad de la Pretensi n Punitiva del Estado)으로서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(3)을 토대로 해석된 위 규약 제7조에 위반된다고 결론 내렸다. 1986년에 채택된 이 우루과이 법은 군부독재시절 국가가 행한 인권침해행위에 대한 사법처리 가능성을 차단하였다. 신청인은 군사독재시절인 1983년에 불법 구금되어 고문을 받았지만, 위와 같은 사면법 때문에 국가에 손해배상을 청구할 수 없었다. 이와 관련하여 자유권규약위원회는 다음과 같은 입장을 재확인하였다.

> "심각한 인권침해행위에 대한 사면과 No. 15.848, *Ley de Caducidad de la Pretension Punitiva del Estado* 등과 같은 법률의 입법은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 하의 당사국의 의무와 양립할 수 없다. 자유권규약위원회는 이 법의 채택이 수많은 사례에서 지난 인권침해행위를 조사할 가능성을 차단하고, 그리하여 인권침해의 피해자에게 효과적인 구제조치를 제공할 당사국의 책임을 방기하게 만든 것에 대해서 깊은 우려를 표한다. 게다가 이 법을 채택하는 당사국은 인권침해행위에 대해 형벌을 부과하지 않는 분위기를 조장하여, 민주질서를 침식하고, 더 심각한 인권침해 상황을 추가로 야기할 가능성이 있다."[192]

191) UN doc. E/CN.4/2000/3, Extrajudicial, summary or arbitrary executions. Report of the Special Rapporteur, Ms. Asma Jahangir, p.30, para.87 참조.

192) Communication No. 322/1988. *H Rodriguez v. Uruguay* (Views adopted on 19 July 1994), in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. Ⅱ), p.10, para.12.4

아르헨티나와 관련해서, 자유권규약위원회는 "군부 통치 하의 심각한 인권침해 행위 책임자가 사면되는 분위기"에 우려를 표명하였다. 많은 책임자들이 아르헨티나의 사면법에 힘입어 "군부 통치 이후에도 특별 사면의 혜택을 받고, 군대나 관공서에서 계속하여 복무하고 있다." 이에 대해 자유권규약위원회는 다음과 같이 권고하였다.

> "군부 시절 자행된 시민적 · 정치적 권리에 대한 심각한 침해행위에 대하여는 필요성이 남아 있는 이상 계속 기소가 이루어져야 하며, 가해자에 대한 정의를 구현하기 위해 필요한 만큼 소급해서 기소할 수 있어야 한다. 자유권규약위원회는 이 지역에서 끈질긴 노력이 계속되어야 하고, 어마어마한 인권침해에 연루된 책임자를 군대나 관공서에서 끌어내기 위한 조치가 취해져야 한다고 권고하는 바이다."[193]

자유권규약위원회는 또한 크로아티아 사면법에 대해서도 우려를 표시하였다. 비록 이 사면법이 전쟁범죄로 유죄판결을 선고받은 사람을 사면한다고 규정하고 있지는 않지만, 이 사면법은 전쟁범죄에 대한 정의를 내리지 않고 있다. 따라서 자유권규약위원회는 크로아티아에 "사면법이 심각한 인권침해행위로 고소된 자를 사면하는 데 적용되거나 이용되지 않도록 보장해야 한다."고 권고하였다.[194]

*****

고문방지위원회는 다음과 같은 이유로 과테말라에 대해 우려를 표시하였다.

> "인권침해행위를 방지하고 조사하며 처벌할 책임이 있는 정부기관의 의무가 반복적으로 태만히 된 결과, 일반적인 범죄나 특히 인권침해에 대해 사면이 계속하여 이루어지고 있다."[195]

이 상황을 개선하기 위하여, 자유권규약위원회는 과테말라에 다양한 권고를 했는데, 그 중에서도 특히 사법권 및 검찰권의 자치와 독립, 그리고 치안유지활동 및 범죄예방활동에 대한 군대의 개입금지 등을 강조하였다.[196]

*****

193) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ). p.39, para.9.
194) Ibid., p.67, para.11.
195) UN doc. *GAOR*, A/56/44, p.33, para.73(b)
196) Ibid, pp.34~35. paras.74~76 참조.

인종차별철폐위원회는 특별히 "대량학살이나 기타 인권침해 범죄자의 사면을 방지하고, 책임자를 재판에 회부하기 위한" 르완다의 노력을 인정하는 언급을 하였다. 하지만 위 위원회는 그와 동시에 르완다에 여전히 만연해 있는 사면행위는 "몇몇 사례에서는 군부대 부대원이 자행한 불법행위에 대해서까지도 적용되고 있다는 점에서" 우려를 나타내기도 하였다. 따라서 르완다는 "군사정부 또는 민간정부의 공무원들이 자행한 불법행위에 대해 적절하게 대응하거나 또는 이를 방지하기 위한 추가적인 노력을 기울여야 한다."[197]

*****

사인에 의해서 행해진 인권침해행위에 대해 사면이 행해질 수 없다는 점은 각 지역에서 채택되고 있는 판례법을 통해 분명하게 드러난다. 인권침해행위를 조사 · 기소 · 처벌하고, 이로 인한 피해를 회복할 당사국의 의무는, 사인이 불법행위를 자행한 경우라고 하더라도 정부가 그러한 불법행위를 알았거나 알았어야 하는 상황이라면 여전히 적용된다.

미주인권재판소는 미주인권협약의 당사국에게 "협약에 의해 보호되는 권리를 침해하는 등의 모든 상황에 대해서 조사할 의무가 있다"고 판시하고, 만약 그런 의무를 이행하지 않을 때에는 "당사국은 관할 내 국민들이 권리를 자유롭고 완전하게 향유하도록 보장할 의무를 위반하게 될 것"이라고 판시하였다. 미주인권재판소의 입장은 다음과 같다.

> "당사국이 미주인권협약에서 승인된 권리를 해치는 사인이나 사적인 집단의 행위를 허용하고, 또한 사면하는 것은 미주인권협약 위반이다."[198]

앞에서 언급한 *Mahumut Kaya v. Turkey* 사건에서, 유럽인권재판소 역시 동일한 입장을 취하였다. 즉, 사인 또는 사적 단체가 수행한 불법행위에 대하여 당국이 알았거나, 또는 "치안부대의 묵인 또는 인지 하에 있는" 사람들이 불법행위를 하였을 때와 같이 적어도 당국이 "발생가능성을 알고 있었어야 하는 상황"에서는 사인에 의한 인권침해에 대해서 국가도 책임이 있다.[199]

---

197) UN doc. *GAOR*. A/55/18. p.32. paras.141 및 144.

198) *I-A Court HR. Velasquez Rodriguez Case. judgment of July 29. 1989. Series C. No.4*. pp.155~156. para.176.

199) *Eur. Court HR. Case of Mahmut Kaya v. Turkey. judgment of 28 March 2000*. paras.91. http://echr.coe.int.

*****

앞서 본 엄선된 사례들이나 판결 등에서 볼 수 있었듯이, 살인, 유기, 실종, 고문, 다른 형태의 비인도적인 대우 등 심각한 인권침해행위에 대한 사면은 국제인권법 하에서 엄격하게 금지되어 있다. 이 제15장에서는 당사국이 모든 사람들의 인권, 그리고 그 중에서도 특히 생명권 · 자유권 · 안전을 효과적으로 보장할 법적 의무가 있다는 점을 명백히 하였다. 국내적인 차원에서 이러한 의무를 위반한 당사국은 국제감시기구들에 의하여 국제적인 책임을 추궁당할 수 있다.

[**추록**: 면책에 대항함으로써 인권을 보호하고 증진하기 위한 원칙 개정본의 원칙 1은 다음과 같이 설시하고 있다.

> "면책이라는 조치는 위반행위를 조사할 당사국의 의무를 이행하지 못하는 상황, 특히 위반자들에 대한 적절한 사법적 조치를 취하고 형사적 책임이 있는 사람들을 기소 · 재판 · 처벌할 의무를 이행하지 못하는 상황, 피해자에게 실효성 있는 구제조치와 그가 입은 피해에 대한 회복조치를 보장할 의무를 이행하지 못하는 상황, 위반행위에 관한 진실을 알 불가침의 권리를 충족시켜 줄 의무를 이행하지 못하는 상황, 위반행위의 재발을 방지하기 위한 다른 필수적인 조치를 취할 의무를 이행하지 못하는 상황에서 비롯된다."]

3.7.2 정의, 면책 그리고 화해

위에서 서술한 것과 같이, 인권침해행위자의 사면 문제는 한 국가가 압제와 무력충돌에서 빠져나와 평화와 안전, 민주주의의 시대로 이동하려고 하는 시점에 많은 논란을 불러일으킨다. 이러한 상황에서 인권침해행위나 전쟁범죄, 인도에 반한 죄로 인한 피해자들은 그들의 고통이 사회적으로 인지되기를 열망하고, 자행된 범법행위에 대하여 궁극적인 정의가 실현되기를 열망한다. 특히 가까운 가족 구성원이 실종된 경우, 괴한에 의해 살해된 경우 등에 이들은 강하고 처절한 분노를 느끼게 되고, 그들의 사랑하는 가족에게 도대체 무슨 일이 일어났는지 진실을 알고 싶어 한다. 한편, 인권침해행위나 다른 범법행위의 책임자는 일반적으로 면책이나 사면을 요구한다. 하지만 그 사회가 전체의 공익을 위해 진전하기 위해서는, 외견상의 긴장관계 속에서도 타협점(*modus vivendi*)을 찾을 필요가 있다.

지금 여기서 우리는 법적인 책임 그 자체 · 책임의 인정을 위한 과정 · 응징 · 배상 · 재활 · 화해 등의 복잡하고 다양한 문제들을 해결하고자 하는 것은 아니다. 다만 최소한의 기준으로서, 고문이나 기타 부당한 대우로부터 자유로울 권리 또는 생명권,

자유권, 개인의 안전 등을 침해한 자에 대한 사면과 특사는 절대로 허용되어서는 아니 된다는 것이다. 다른 장에서도 살펴보겠지만, 이것은 설사 비상사태라 할지라도 절대로 침해될 수 없는 권리이다. '모든 이에게 정의를'(justice for everyone)이라는 일반적인 원칙에 의하더라도 피해자의 권리와 고통을 사회가 함께 인지하여야 하고, 피해자는 구제되어야 하며, 범법행위자는 처벌받아야 하고, 당사국은 미래에 발생할 지도 모르는 유사 행위를 효과적으로 방지하여야 한다. 인간의 존엄성으로부터 도출되는 이러한 최소한의 조건이 효과적으로 충족되지 않는 한, 어떤 사회도 그 상처를 치유하거나, 압제의 폐해로부터 벗어나 건설적인 방향으로 나아갈 수 없을 것이다. 다시 말하자면, 설사 국내적으로 관련 당사자들 사이에 협상을 통해 조정이 이루어지는 경우라고 하더라도, 그 조정이 지속성을 갖추고 성공적이기 위해서는, 피해자를 존중하는 기초적인 정의에 따라 이루어져야만 한다.

[**추록**: 진실에의 권리, 또는 알 권리는 당사국의 조사 · 처벌 · 피해구제 · 면책방지 · 재발방지의무와 관련하여 본질적인 부분이다. 이러한 권리는 국제적인 차원과 지역적인 차원 모두에서 확인된 바 있다.

국제적인 차원에서 보면, 면책에 대항함으로써 인권을 보호하고 증진하기 위한 원칙 개정본의 원칙 2에서 위 권리에 대하여 다음과 같이 설시하고 있다:

> "모든 사람은 과거에 발생한 악랄한 범죄에 관하여 진실을 알 불가침의 권리, 그리고 구조적인 대규모의 국제인권법 위반행위의 발생에 기여한 원인들과 환경들이 어떤 것인지 알 불가침의 권리가 있다. 알 권리의 충분하고 효과적인 행사는 위반행위의 재발을 막는 핵심적인 안전장치가 될 수 있다."

알 권리에 대한 분석은 Leandro Despouy가 작성한 법관과 변호사의 독립에 대한 특별보고서(the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers, E/CN.4/2006/52, paras. 14–39)와 진실에의 권리에 관한 연구(Study on right to the truth, E/CN.4/2006/91)에 기술되어 있다.

'국제인권법과 국제인도법 위반 피해자의 구제 및 배상에 관한 권리를 위한 기본원칙 및 지침'의 22*(b)*문에 따르면, 가능한 경우, 보상을 위한 구제조치에는 "사실관계의 확인과 진실의 완전한 공개"가 포함되어야 한다.

'강제실종으로부터 모든 사람을 보호하기 위한 협약'의 역시 진실에 대한 권리

를 명시하고 있다. 위 협약 제24조(2)는 다음과 같이 설시하고 있다:

> "개개의 피해자는 실종과 관련한 상황에 대한 진실, 조사절차의 과정과 결과에 대한 진실, 실종된 사람의 운명에 대한 진실을 알 권리가 있다. 모든 당사국은 이를 보장하기 위해 적절한 조치를 취하여야 한다."

지역적인 차원에서는, 유럽인권재판소와 미주인권재판소의 여러 사건들에서 이러한 권리가 확인된 바 있다. 예를 들어, Myrna Mack Chang 사건에서 미주인권재판소는 "중대한 인권침해행위 피해자의 가까운 친족을 포함하여 모든 사람은 진실을 알 권리가 있다. 그러므로 피해자의 가까운 친족과 사회 전체는 주장된 위반행위와 관련하여 모든 사실관계에 대한 정보를 제공받아야 한다."고 판시하였다(미주인권재판소, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, Judgement of 25 November 2003, Series C, No. 101, para. 274).]

인권침해행위에 대한 면책은 국제법에 따른 권리를 효과적으로 보장할 당사국의 법적 의무를 위반하는 것이다.

인권침해행위를 형사소추하는 데에 사실상 실패하는 것 뿐 아니라 이를 면책하는 법률도 국제법 위반이다.

사인이 행한 행위와 관련하여도 국가의 면책금지의무는 적용된다.

자의적인 살해, 실종, 고문 등 심각한 인권침해행위에 대한 면책은 피해자나 피해자 가족들에게 엄청난 고통을 주며, 이는 반드시 금지되어야 한다.

인간의 존엄성을 존중하기 위해서 위와 같은 인권침해행위는 반드시 인지되고 처벌되어야 하며, 이로부터 피해자를 구제하여야 한다.

심각한 인권침해행위의 피해자를 위한 관심이 제대로 인식되지 않은 상황에서 지속 가능한 국가차원의 화해에 도달하기는 쉽지 않다.

4. 범죄나 인권침해의 피해자에게 사법정의를 보장하기 위한 법관, 검사, 변호사의 역할

제15장에서는, 그 피해자가 일반 범죄의 피해자이든 아니면 인권침해의 피해자이든, 피해자가 겪는 문제와 그가 필요로 하는 것, 그의 권리 등에 관하여 효과적으로 대처하는 데에 있어서 법관, 검사, 변호사가 맡아야 할 중요한 역할에 대해 살펴본 바

있다. 법조계의 일원은 반드시 피해자에게 예의 바르게 행동해야 할 뿐 아니라 피해자에 대한 깊은 이해를 갖추고 있음을 보여주어야 한다. 또한, 법조인들은 인권법에 대해 건전한 지식을 가지고, 항상 정의를 추구하며, 공정하고 독립적으로 행동할 준비가 되어 있어야 한다. 실제로, 인권침해행위에 대한 신속하고 강력하며 효과적으로 대처하는 독립된 검사와 독립된 변호사 뿐만 아니라, 독립되고 공평한 사법부 없이는, 인권은 사문화된 개념이 될 것이다. 모든 당사국은 법조계의 독립성과 공정성을 보장하여야 하고, 법조인들은 개인의 권리나 자유를 침해하는 행위에 대해 강력하게 조사하고 기소하여 인권법 실행을 선도해야 할 것이다.

5. 맺음말

이번 장에서는 우선 범죄 피해자의 보호와 배상에 중점을 두었고, 그 다음에는 인권침해 피해자의 보호 및 배상을 강조하였다. 일반적인 범죄 피해자의 권리와 관련한 국제법 조항은 그 수가 다소 부족한데 반해, 인권침해의 피해자와 관련한 조항은 풍부하다. 인권법 영역의 수많은 국제법 조항들과 종합적인 법 이론들이 법조인들에게 풍부한 지식과 영감을 준다.

인권침해를 방지 · 조사 · 기소 · 처벌하고, 피해자에게 배상할 국가의 법적 의무를 이번 장에서 충분히 다루었다. 비록 고문이나 기타 부당한 대우 및 폭력으로부터 자유로울 권리 및 생명권에 중점이 있기는 하지만, 그 이외에 모든 범위의 인권에 대해서도 동일한 의무가 존재한다. 모든 권리들은 상호 의존적이고, 전체적으로 효과적인 보장을 하지 않는 이상 일부를 분리하여 실행할 수는 없다. 예를 들어, 고문의 피해자는 그들의 권리를 되찾기 위해서 자유롭게 의사를 개진할 수 있어야 하며, 변호사의 조력을 받기 위해서 통신할 수 있는 권리가 보장되어야 하는 것이다. 권리들 사이에 이러한 본질적인 관계는, 비상사태에서 불가침의 권리와 제한 가능한 권리를 향유하는 문제와 연관지어 생각해보면 특히 유의미하다. 이 문제는 매뉴얼의 마지막 장인 다음 장에서 분석해보기로 한다.

Human Rights in the Administration of Justice
A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers

제 16 장

비상사태에서의 사법 운용

제16장

비상사태에서의 사법 운용

학습 목표

- *국가가 국제인권법 상의 의무로부터 이탈[1]하는 경우에 따라야 하는 특정한 법칙들을 숙지한다.*
- *그러한 경우에도 국가가 제한할 수 없는 개인의 권리와 의무의 세부사항들을 파악한다.*
- *국가가 제한할 수 있는 개인의 권리와 관련하여, 기본적인 원칙들을 숙지한다.*
- *비상사태에서도 법관, 검사, 변호사들이 인권옹호를 포함하여 법치주의의 유지를 위해 대체할 수 없는 중추적인 역할을 맡고 있다는 점을 인식한다.*
- *대안적인 충돌 해결방법에 대한 인식과 토론을 촉진한다.*

질문

- *국가가 인권과 기본적인 자유권의 충분한 향유를 보장할 의무로부터 이탈하거나 이러한 향유를 중단시키는 것이 당신이 속한 법 체제 안에서 가능한 일인가?*

---

1) [역주] 미주인권협약 제27조(1)은 당사국에 '자국의 독립이나 안보를 위협하는 전쟁' 등의 경우에 일정 요건 하에 미주인권협약상의 의무로부터 이탈할 권리를 인정하고 있으나, (2)는 '위 규정은 법인격에 관한 권리, 생명권, 인도적 처우를 받을 권리, 노예상태로부터의 자유, 소급입법으로부터의 자유, 양심과 종교의 자유, 가정에 대한 권리, 성명에 대한 권리, 아동의 권리, 국적에 관한 권리, 공무담임권 또는 이들 권리를 보호하는 데 필요한 사법적 보장'에 대하여는 '정지를 허용하지 아니한다'고 규정하고 있다.
여기서 '이탈'은 'derogation'을 번역한 것이다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 유럽인권협약, 미주인권협약은 각각 '당사국은 … 경우에 규약(협약)상 의무를 이탈할 수 있다'는 규정을 두고 있어, 이탈의 주체는 당사국이고, 대상은 협약 또는 규약상의 의무이다. 이 매뉴얼에서 당사국이 주체인 경우에는 '이탈' 또는 '이탈할 수 없는'(non-derogable)으로 번역하는 것을 원칙으로 하였고, 다만 경우에 따라 예컨대 'non-derogable rights'와 같은 경우에는 '제한 불가능한 권리' 등과 같이 '제한' 또는 '제한 불가능한' 등으로 번역하였다.

질문

- *만약 그렇다면,*
  - *어떤 상황 하에서 이런 행위가 허용되는가?*
  - *어떤 기관이 이러한 판단하는가?*
  - *구체적으로 어떤 권리들이 이러한 이탈과 중단의 영향을 받게 되는 것인가?*
- *당신의 국가에서 비상사태/예외상황/계엄법 등이 선포되는 경우, 다음 구제방법들 중 선택가능한 방법은 무엇인가?*
  - *비상사태, 예외상황, 긴급상황, 포위상황, 계엄법상황 등의 선포 자체에 대한 이의절차*
  - *특정한 인권의 향유 보장 의무로부터 이탈하거나 이를 중단시킨 것에 대한 이의절차*
  - *제한할 수 없는 권리들이 충분히 향유되고 있는지 여부에 대한 조사절차*
  - *개별적인 사안에서 적용된 비상조치(예를 들면, 사법절차에 의하지 아니하고 테러혐의자의 인신의 자유를 박탈한 경우)의 불가피성에 대한 이의절차*
- *당신은 국가비상사태를 선포하고 인권보장의무로부터 이탈하는 행위의 목적이 무엇이라고 생각하며, 또 무엇이어야 한다고 생각하는가?*
- *당신은 심각한 위기상황에 대처하기 위하여 인권과 기본적인 자유권의 충분한 향유를 중단시키는 것이 불가피한 이유가 무엇이라고 생각하는가?*
- *심각한 위기상황에 대처하기 위하여 인권과 기본적인 자유권의 충분한 향유를 중단시키는 행위가 국가에게도 이익이 된다는 근거가 있는가?*
- *당신은 위기상황에서 특히 침해되기 쉬운 특정한 인권이 있다고 생각하는가?*
- *심각한 위기상황에 대처하기 위하여 인권보장의무로부터 이탈하는 대신 국가가 취할 수 있는 대안적인 방법이 있는가?*

관련 법률문서

보편 문서

- 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, 1966)
- 1966년 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, 1966)
- 1965년 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 1965)

관련 법률문서

- 1984년 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984)
- 1979년 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 1979)
- 1989년 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child, 1989)

지역 문서

- 1981년 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights, 1981. 이하, '아프리카헌장' 이라 한다)
- 1969년 미주인권협약(American Convention on Human Rights, 1969)
- 1958년 고문방지와 고문자 처벌을 위한 미주협약(Inter-American Convention to Prevent and Punish Torture, 1985)
- 1994년 인간의 강제실종에 관한 미주협약(Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, 1994)
- 1950년 유럽인권협약(European Convention on Human Rights, 1950)
- 1961년 유럽사회헌장(European Social Charter, 1961)
- 1996년 개정 유럽사회헌장[European Social Charter (Revised), 1996]

1. 들어가며

1.1 들어가는 말

이 장에서는 비상사태가 발생하는 경우 국가가 자신의 법적 의무로부터 이탈할 수 있는 권한을 규율하는 국제인권법의 주요 법 원리에 대한 기본적인 정보를 제공하려 한다.

많은 국가가 어떤 단계에서든 전쟁이나 다른 심각한 사회적 변혁과 같은 중대한 위기상황에 직면할 수 있다는 것은 부정할 수 없는 사실이다. 그러한 상황에서 각 국가는 평화와 질서를 회복하기 위하여 개인의 인권과 자유의 향유를 제한하고, 심지어 그 향유를 전체적으로 정지시키는 것이 필요하다고 생각할 수 있다. 그 결과는 그 제한에 영향을 받는 개인뿐만 아니라 일반적으로 평화와 정의에도 치명적일 수 있다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 초안자들은 오랜 파괴적인 전쟁기간 동안 모든 시민들의 인권을 전체적으로 보장하는 것이 "세계의 자유, 정의, 평화의 근본이 된다."는 교훈을 얻었다.[2] 그러나 그렇다고 하여 초안자들이 어떤 국가의 존립 자체가 위태해지는 상황에서 제기되는 심각한 문제들에 대해서 무관심한 것은 아니었다. 따라서 초안자들은 많은 논의 끝에-***남용에 대한 보호수단들을 마련한 이후에야 비로소***-국가로 하여금 엄격한 특정 요건들(제4조) 하에 이탈적 조치를 할 수 있도록 허용하는 조항을 마련하였다. 비슷한 조항이 미주인권협약(제27조), 유럽인권협약(제15조)에도 포함되었다. 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약이 세계인권선언 제29조에 영향을 받은 일반적 제한 조항(general limitations provision)만을 담고 있는 것과는 대조적으로, 유럽사회헌장은 그 원래의 헌장(제30조)이나 개정 헌장(제5장 제F조)에서 이러한 이탈가능성에 대해서 규정하고 있다.

위기상황에 등장하게 되는 특수한 법률질서에 대해 각 국가는 "예외적 상황", "비상사태", "경보상황", "포위상황", "계엄법" 등 다양한 개념을 적용한다. 이러한 예외적인 법률질서는 종종 체포와 구금에 관한 특별한 권한, 군사재판, 또는 소급적으로 적용되는 형법의 제정, 표현 · 집회 · 결사의 자유의 제한의 도입 등과 관련되어 있다. 많은 변혁상황에서는, 불행한 일이긴 하지만, 국가는 자백을 받아 내기 위해 고문과 부당한 대우에 의존하려 할 것이고, 사적인 집단 또는 그에 준하는 집단의 도움을 받으려 하거나, 또는 그러한 도움 없이 납치와 사법절차에 의하지 않는 살상에 의존하려 할 수도 있다. *인신보호영장제도(the writ of habeas corpus)*와 같은 국내법적인 구제절차가 정지된다면, 자의적인 체포와 구금으로 인한 피해자들은 법적인 보호를 전

2) 위 규약의 전문 첫 문단이다. 이는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 첫 문단과 동일하다.

혀 받지 못하게 되고, 이는 매우 파괴적인 결과로 이어질 수도 있다.

자신의 법적 의무로부터 이탈할 수 있는 국가의 특별한 권한을 남용하는 행위는 앞에서 언급한 조약들 하에서는 불법이다. 이러한 조약들이 국가에 허용한 예외적인 권한은, 비상사태를 벗어나고 인권이 보장되는 헌법적 질서가 다시 회복되도록 만들기 위하여, 융통성 있고 균형 있게 고안되어 있다.

따라서 이 장의 목적은, 개별국가의 이러한 권한에 대하여 국제조약들이 부여한 다양한 요건들을 설명하는 데에 있다. 우선은 관련조항들의 *입법과정에 대한 기록(travaux pr paratoires)*을 전체적으로 검토해 본 다음, 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태라는 개념에 대해 검토할 것이다. 그리고 어떤 경우에도 제한할 수 없는 권리와 이탈할 수 없는 의무에 대해서 어느 정도 상세하게 검토할 것이다. 그 다음에는 엄격한 필요성의 요건, 다른 국제법상의 의무와의 양립가능성이라는 요건, 차별금지 등에 대한 간단한 설명을 하고, 그 후 비상상황에서 법조인들이 수행해야 할 역할에 대한 여러 가지 제안들을 소개한 뒤, 맺음말로 마칠 것이다.

1.2 인권분야에서의 권리행사제한(limitations)과 의무이탈(derogations)에 대한 개관

의무이탈이라는 분야에 대해서 본격적으로 논하기 전에, 비상사태에서의 의무이탈이라는 개념과 일상적인 상황에서의 인권행사의 제한이라고 하는 개념을 비교해서 살펴보는 것이 유용할 것으로 보인다. 이 매뉴얼의 제12장에서 보는 바와 같이, 국가는 특별한 법적인 목적을 위해서는 표현 · 집회 · 결사의 자유와 같은 특정 권리의 향유를 제한할 수 있다. 이러한 제한은 종종 "통상적인" 제한("ordinary" limitations)이라고 불린다. 정상적인 상황(normal times)에서 영구적으로 부여되는 제한이기 때문이다. 이에 반하여 이른바 의무이탈이라는 개념은 예외적인 조치를 취할 필요성이 있는 중대한 위기상황(crisis situations)에 대처하기 위해 고안되었다.

그렇기 때문에 이러한 의무이탈은 인권행사에 대한 "특별한 제한"(extraordinary limitations)이라고 불려왔다. 사실 면밀히 보면, 의무이탈이라고 하는 형태로 이루어지는 특별한 제한과 인권행사의 제한이라고 하는 형태로 이루어지는 통상적인 제한을 이와 같은 두 개의 별개 영역으로 명확히 구별하기는 어렵다. 오히려 이 둘은 서로 밀접하게 연관되어 있고, 하나의 법률적인 *연속선상(continum)*[3]에 놓여 있다. 아래 2.3.2에서

3) Anna-Lena Svensson-McCarthy, *International Law of Human Rights and States of Exception - With Special Reference to the Travaux Preparatoires and Case- Law of the International Monitoring Organs* (The Hague/Boston/London,Martinus Nijhoff Publishers, 1998) (International Studies in Human Rights vol.54), pp.49 및 721 (이하 'Svensson-McCarthy, *The International Law*

보는 바와 같이, 비록 어떠한 권리들은 비상상황에서 좀 더 넓게 제한되기도 한다. 그러나 그렇다고 하더라도 그러한 제한 역시 내재되어 있는 권리의 본질을 훼손하는 정도에 이르러서는 안 되는데, 이러한 점에서도 일반적인 제한과 특별한 제한 사이의 연관성이 명백하게 드러난다. 다시 말하자면, 특별한 제한이든 일반적인 제한이든 모두 당해 권리의 본질에 대한 존중의 연속선상에서 이루어져야 한다는 것이다. 이러한 사실은, 모든 법조인들이 인권과 기본적인 자유의 향유를 방해할 수 있는 비상권력의 문제를 다룰 때 반드시 명심해야 하는 아주 중요한 사실이다.

2. 국제인권법상 공공의 비상사태(Public Emergency)라는 개념

2.1 관련 법률조항

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(1)은 다음과 같이 규정하고 있다.

> "국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태의 경우에 있어서 그러한 비상사태의 존재가 공식적으로 선포되어 있을 때에는 이 규약의 당사국은 당해 사태의 긴급성에 의하여 엄격히 요구되는 한도 내에서 이 규약상 의무를 이탈하는 조치를 취할 수 있다. 다만, 그러한 조치는 당해국의 국제법상의 다른 의무에 저촉되어서는 아니 되며, 또한, 오로지 인종, 피부색, 성, 언어, 종교 또는 사회적 출신에 근거한 차별을 포함하여서는 아니 된다."

미주인권협약 제27조(1)은 다음과 같이 규정하고 있다.

> "당사국의 독립과 안보를 위협하는 전쟁, 공적 위험 또는 기타의 비상사태의 경우에는 당해 사태의 긴급함에 의하여 엄격히 요구되는 한도와 기한 내에서 이 협약상의 의무로부터 이탈하는 조치를 취할 수 있다. 단, 그러한 조치가 국제법상 의무와 저촉되지 아니하고, 인종, 피부색, 성, 언어, 종교 또는 사회적 출신에 근거한 차별을 포함하지 않아야 한다."

유럽인권협약 제15조(1)은 다음과 같이 규정하고 있다.

---

of Human Rights and States of Exception) 참조

"전쟁 또는 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태의 경우에는 어떠한 체약국도 당해 사태의 긴급함에 의하여 엄격히 요구되는 한도 내에서 이 협약상의 의무를 이탈하는 조치를 취할 수 있다. 단, 그러한 조치는 국제법상의 다른 의무에 저촉되어서는 아니 된다."

마지막으로 1961년의 유럽사회헌장 제30조는 다음과 같이 규정하고 있다.

"전쟁이나 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태의 경우에, 어떠한 체약국도 당해 사태의 긴급함에 의하여 요구되는 엄격한 한도 내에서 이 헌장상 의무를 이탈하는 조치를 취할 수 있다. 단, 그러한 조치는 국제법상의 다른 의무에 저촉되어서는 아니 된다."

1996년의 (개정) 유럽사회헌장 제F조도 위 조항과 사실상 동일한 조항을 두고 있다.

2.1.1 아프리카헌장과 의무이탈

한편 미주인권협약, 유럽인권협약과는 달리 아프리카헌장은 의무이탈과 관련한 조항을 두고 있지 않다. 이와 관련하여 아프리카 인권위원회(the African Commission on Human and Peoples' Rights)는 위 헌장이 "비상사태라고 하더라도 개별국가가 조약상의 의무로부터 이탈하는 것을 허락하지 않는다."고 해석하고 있다.[4] 이것은 달리 말하자면, 개별 체약국이 아프리카헌장을 위반하거나 위반하도록 허가한 것과 관련하여 내전상황을 변명으로 내세워도 받아들여지지 않는다는 것을 의미한다.[5] 아프리카 인권위원회는 차드(Chad) 공화국에 대한 사건에서 다음과 같이 언급하였는데, 우선 차드 공화국 정부가 "자국 내 질서의 안정과 안녕을 확보하지 못함으로써 결국 심각하고 광범위한 인권침해가 발생하도록 용인한 셈이다"라는 것이고, 또한, "내전의 당사자"가 바로 해당 정부의 군대였는데, 해당 정부는 "여러 사건에서 중요 인사들의 암살과 살해를 미연에 방지하는데 실패"하였다는 것이다. 비록 그러한 사건들에서 정부 당직자가 암살과 살해를 저질렀다는 직접적인 증거는 없다고 하더라도, 해당 정부로서는 시민들의 안전과 자유를 보장할 책임이 있고, 또 당해 사건들을

4) *ACHPR, Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertes v. Chad*, Communication No.74/92, decision adopted during the 18th Ordinary session, Octover 1995. para.40: http://www.up.ac.za/chr/

5) Ibid., loc. cit.

수사해야 할 책임이 있다.[6] 아프리카 인권위원회는 차드 공화국 정부가 아프리카헌장 제4조, 제5조, 제6조, 제7조, 제9조를 위반하였다고 판단하였고, 나아가 이렇게 아프리카헌장에 따른 법적 책임을 다하지 못한 것에 대하여 내전상황이라는 점이 법적 방패막이가 될 수는 없다고 판단하였다.[7]

2.2 법적 의무로부터의 이탈: 초안자들의 딜레마

앞서 여러 국제조약의 관련 조항들에서 본 바와 같이, 시민적 및 정치권 권리에 관한 국제규약 제4조(1)에 규정된 비상사태의 개념은 유럽인권협약 제15조에 규정된 개념과 매우 유사하다. 이러한 유사점은 두 조약의 초안이, 비록 유엔과 유럽평의회라는 별개의 조직에서 작성되기는 하였지만, 시기적으로 동시에 작성되었다는 점에 기인하다. 한편 유럽인권협약은 1950년 11월 4일에 채택된 반면, 시민적 및 정치권 권리에 관한 국제규약을 마련하기 위한 작업은 그 이후에도 계속 진행되었고, 이에 따라 위 규약 제4조는 1952년 유엔인권위원회[UN Commission on Human Rights. 역주: 2006년 유엔 총회의 보조기관으로 인권이사회(Human Rights Council)이 생기기 전까지 인권 관련 업무를 담당하는 기구로 경제사회이사회 소속이었다]가 내용적으로 최종안에 이를 때까지 계속 수정을 거쳐야 했다.[8]

1947년 6월 인권위원회의 초안작성위원회(Drafting Committee)에서 영국은 위 국제규약에 인권보장의무로부터의 이탈과 관련된 조항을 둘 것을 처음으로 제안하였다. 이러한 조항은 당시 국제인권장전의 영국 초안(the United Kingdom draft International Bill of Human Rights) 제4조에 포함되어 있었는데, 위 조항의 내용은 국가가 "상황의 위급성에 의해 엄격하게 제한되는 한도 내에서" 위 영국 초안 제2조의 모든 의무들로부터 이탈할 수 있다는 것이었다. 여기에는 국가가 다음과 같은 의무, 즉 인권침해와 관련하여 "독립성이 보장된 사법기관에 의하여 법적으로 집행될 수 있는" 효과적인 구제수단을 제공하여야 한다는 의무로부터 이탈하는 것도 포함되었다.[9] 그 후 영국의 위와 같은 제안을 약간 변화시킨 조항이 실무협의그룹의 불채택에

6) Ibid., para.41.

7) Ibid., paras.41~54.

8) 채택된 제4조(1)[당시에는 제3조(1)] 원문은 UN doc. E/2256 (E/CN. 4/669), Report of the eighth session of the Commission on Human Rights 1952, annex I. p.47 참조. 규약 제4조의 비상사태 개념의 구성에 관한 역사적 해설은 Svensson-McCarthy. The International Law of Human Rights and States of Exception, p.200~217 참조.

9) UN doc. E/CN.4/AC.1/4, annex 1, p.7 (art. 4) 및 p.6 (art. 2) 참조. 초안의 제4조(1): "전쟁이나 다른 비상사태의 경우에, 국가는 비상사태에 의해 엄격하게 제한되는 정도를 넘어서서 규약 제2조의 권리보호의

도 불구하고 인권위원회 본회의에서 약간의 차이로 통과되었다. 본회의의 투표에 앞서 영국은, "만약 의무이탈과 관련한 조항을 미리 만들어 두지 않는다면, 전쟁과 같은 시기가 닥쳤을 때 당사국들은 결국 위 규약 조항들의 효력을 스스로 정지시키는 행동으로 나아갈 수밖에 없을 것이다."는 의견을 밝혔다. 따라서 "당사국들이 그러한 행동으로 나아가는 것을 방지하기 위한 장치를 만들어 두는 매우 중요하였다."[10]

인권보장의무로부터의 이탈과 관련한 조항을 채택할 것인지 여부에 대한 논쟁은 인권위원회 다음 회기에도 계속 이어졌다. 예를 들어, 미국은 의무이탈과 관련한 조항을 채택하는 방식보다는 일반적인 권리행사제한 조항을 두는 방식을 더 선호했다. 반면, 네덜란드는 의무이탈과 관련한 조항으로 인하여 인권위원회가 만든 국제규약 전체가 무용지물이 될 수도 있다는 우려를 밝히면서 "어떤 상황 하에서 이러한 의무이탈이 허용되는지에 관하여 최대한 명확하게 규정하여야 한다"고 주장하였다.[11] 이후 미국은 일반적인 권리행사제한 조항을 두는 방식과 관련한 주장을 포기하였으나, 여전히 의무이탈과 관련한 조항을 채택하는 방식에 대해서는 반대하였다.[12] 한편, 구소련은 "최소한의 제한만 허용하는 방식을 선호"하였기 때문에, 의무이탈과 관련한 조항의 "전쟁 기타 공공의 비상사태의 시기"라는 문구 앞에 "국민의 이익을 침해하는"이라는 수식어를 추가할 것을 제안하였다.[13]

프랑스는 처음에는 "국가가 비상사태라는 명목 하에 자의적으로 인권을 유린하는 것을 우려"[14]하여 의무이탈과 관련한 조항을 채택하는 것을 반대하였지만, 그 후 1949년에 개최된 인권위원회의 제5차 회의에 이르러서는 시민적 및 정치권 권리에 관한 국제규약 제4조가 "삭제되어도 안 되고, 또 그 적용범위가 전쟁의 시기로 제한되어도 안 된다."는 입장을 밝혔다. 프랑스는 "전쟁의 시기가 아니더라도, 그러한 국가의 의무이탈이 불가피한 특별한 위험 상황이 분명히 있다."고 판단했다. 프랑스는 다음과 같은 원칙들을 받아들여야 한다고 주장하였다.

❖ "인권의 제한은 전쟁 또는 기타 비상사태 시 허용될 수 있다."
❖ "그러나 특정 권리들은 어떠한 상황에서도 제한될 수 없다."

무로부터 이탈하는 조치를 취할 수 있다."

10) UN docs. E/CN.4/AC.3/SR.8. p.11 (Working Group), and E/CN,4/SR,42, p.5 (Commission, statement by United Kingdom repressntative and vote).

11) UN doc. E/CN.4/82/Rev.1, Comments from Governments on the Draft International Declaration on Human Rights. Draft International Covenant on Human Rights and the question of implementation, p.22 (United States of America), and p.5 (Netherlands)

12) Un doc. E/CN.4/SR.126, p.3.

13) Ibid., p.6.

14) UN doc. E/CN.4/SR.127, p.7.

❖ "국가는 시민적 및 정치권 권리에 관한 국제규약상의 의무로부터의 이탈하기 위해서 특정한 절차를 지켜야 하고, 예외적인 상황에서 취해지는 이러한 의무이탈은 특별히 공포되어야 한다."[15]

프랑스는 제한될 수 없는 특정 권리들을 설정하는 방식이 "건전하고 영구적인 보호장치"로 작용할 것으로 판단하였고, 여기에 더하여 "어떤 권리를 특정 상황에서 제한하는 것과 위 규약 자체의 적용을 정지하는 것에는 근본적인 차이"가 있다고 판단하였다.[16]

인도, 이집트, 칠레는 위 제5차 회의를 통하여 의무이탈 조항 초안에 담겨진 위 원칙들을 수용하였으나, 미국과 필리핀은 여전히 반대하였다.[17] 레바논 역시 반대 입장이었는데, 반대의 이유는 많은 다른 국가 대표들이 원하는 바대로 위 조항에서 "전쟁"이라는 표현을 삭제할 경우 "공공의 비상사태"라는 유동적인 개념만 남게 되어 결국 의무이탈이 허용되는 경우인지 아닌지를 판단하기 어려울 것이라는 점 때문이었다. 레바논은 "전쟁"과 비교할 때, "공공의 비상사태"라는 개념은 불명확하고 체약국들이 "의도했던 것보다 훨씬 폭넓은 해석을 하게 될 것"이라고 우려하였다.[18]

1950년에 개최된 인권위원회 제6차 회의의 회기 중에, 우루과이는 "의무이탈 조항과 관련하여 제기되는 심각한 문제점들"에도 불구하고 의무이탈 조항에 대한 지지의사를 표명했다. 우루과이는 위 조항이 "국제법 체계에 새로운 원칙, 즉 체약국들이 국민의 인권과 기본적 자유를 제한하는 조치를 취하는 행위와 관련하여 국제사회에 무언가 책임을 져야 한다는 새로운 원칙을 제시하는 의미가 있다."는 이유로 의무이탈 조항을 지지하였다. 더욱이 이러한 새로운 원칙은 "국민의 헌법상 권리를 정지시킨 책임이 행정부에 있는 대부분의 국가에서 입법적으로 확립된" 원칙이었다.[19] 한편 당시 칠레는 위 규약 제4조에 대한 기존의 지지의사를 철회하면서 "조항의 내용이 모호하여 결과적으로 모든 종류의 권한 남용을 용인하는 결과를 가져올" 수 있다는 이유로 위 제4조를 삭제하자고 주장하였다. 칠레의 주장에 따르면 위 규약 제4조가 없더라도 위 규약의 다른 몇몇 장에 이미 규정되어 있는 "국가 안보" 또는 "공공질서"와 같은 개념들 속에 "전쟁이나 다른 재해 상황에서 발생할 수 있는 모든 경우"가 포함되

15) UN doc. E/CN.4/SR.126, p.8.

16) UN doc. E/CN.4/SR.127, p.7.

17) UN doc. E/CN.4/SR.126, p.8 (India), E/CN.4/SR.127, p.6 (Egypt), p.3 (Chile). p.3 (United States of America) and p.5 (Philippines)

18) UN doc. E/CN.4/SR.126, pp.6 and 8.

19) UN doc. E/CN.4/SR.195, p.11. para.52.

어 있었다.[20] 프랑스는 이러한 칠레의 주장에 반대하였는데, 반대의 이유는 어떤 경우에도 국가가 제한할 수 없는 권리들의 목록을 반드시 정해두어야 한다는 것이었다. 프랑스의 주장에 따르면 그러한 목록을 정해두는 것은 "독재 정권 하에서의 국가의 권한 남용을 방지"하기 위해서 필수적인 조치였다.[21] 프랑스는 또, 각 국가가 "위 규약상의 의무로부터 자의적으로 이탈하는 것"을 방지하기 위해 위 규약 제4조에 공공의 비상사태의 "공식적인 공포 절차와 관련된 문구"를 삽입할 것을 주장하였다.[22]

결국 인권위원회는 제6차 회의를 통해 위 규약 초안의 제4조를 그래도 유지하기로 하고, 나아가 "전쟁 또는 국민의 이익을 위협하는 기타 공공의 비상사태"라는 문구를 "당국이 공식적으로 국가 비상사태를 선포한 경우 또는 공공 재난의 경우에"라는 문구로 대체하기로 결정하였다.[23]

1952년에 개최된 인권위원회 제8차 회의에서 의무이탈과 관련한 조항에 대한 마지막 실질적인 토론이 벌어졌다. 당시 영국의 제안에 따라 위 규약 제4조의 첫 번째 문장을 현재와 같이 "국가의 존립(the life of the nation)을 위태롭게 하는 공공의 비상사태의 경우에"라는 문구로 수정하는 결의가 이루어졌고, 프랑스의 제안에 따라 다시 위 조항에 "자의적인 조치와 남용"을 방지하기 위한 공식적인 공포절차라는 요건을 추가하기로 하는 결의도 이루어졌다. 이 부분은 당초의 영국 수정안에는 포함되지 않았던 것이다.[24] 이 회의에서 칠레는 "국가의 존립이라는 개념에 대하여 명확한 법적인 정의를 내려두는 것이 쉽지 않았지만, 어쨌든 이를 단순한 정부의 존립이나 국가의 존립과 동일시하지 않은 것에 의미가 있다."고 언급하였다."[25]

*****

지금까지 시민적 및 정치권 권리에 관한 국제규약 제4조(1)에 규정된 비상사태라는 개념이 형성된 초안 작성 과정을 살펴보면서, 평화, 정의, 그리고 인간의 기본권 존중이라는 전 세계인들의 기대에 부합하기 위해 노력하던 초안 작성자들이 직면했었던 딜레마를 이해할 수 있었을 것이다. 그들은 수많은 위기상황에서 국가가 직면하게

20) Ibid., p.13, paras.63~64

21) Ibid., p.14, paras.69.

22) Ibid., p.16, paras.82.

23) Ibid., p.18, paras.97. UN doc. E/CN.4/365, p.20와 비교된다. 전체 원문은 UN doc. E/1681 (E/CN.4/507), Report of the sixth session of the Commission on Human Rights, 27 March. 19 May 1950. annexes. p.15 (이탈 조항은 당시에는 제2조에 포함되어 있었다) 참조.

24) UN docs. E/CN.4/L.211 (French amendment) and E/CN.4/SR/330/ p/7 참조.

25) UN doc. E/CN.4/SR.330. p.4.

되는 복잡한 현실적인 문제들을 도외시할 수 없었다. 한편, 국제법적인 의무로부터 이탈할 수 있는 권한을 국가가 남용하지 않을까하는 우려 역시 현실적이고 분명하였다. 결국 초안 작성자들은 이러한 권한 행사에 엄격한 요건을 부과하고, 당초의 초안에는 전혀 논의되지 않았던 새로운 통제수단들도 부가하는 조항들을 위 규약에 담기에 이르렀다. 그런 측면에서 이러한 논의는 비상사태 하에서의 인권보호를 위한 이론 형성에 긍정적인 영향을 끼쳤다고 평가할 수 있는데, 결과적으로 의무이탈에 대한 국가의 권한은 다음과 같은 제한을 받게 되었다.

- ❖ 예외적인 위협의 존재라는 원칙
- ❖ 공식적인 공포절차가 있어야 한다는 원칙
- ❖ 국가가 국제법적인 의무로부터 이탈하는 경우에도 특정 권리들은 제한이 불가능하다는 원칙
- ❖ 엄격한 필요성이라는 원칙
- ❖ 다른 국제법상의 의무와 양립 가능해야 한다는 원칙
- ❖ 차별금지의 원칙
- ❖ 국제적 통지를 해야 한다는 원칙

*****

전체적으로 보면, 지역적 협약 체결 과정에서 발생한 개별 지역 내에서의 논쟁은 비교적 쉽게 해결되었고, 의견차이가 쉽게 극복되었다.

미주인권협약 제27조(1)에는 비상사태의 개념이 보편적인 국제규약 또는 유럽의 지역협약의 유사 조항들과는 다른 방식으로 규정되어 있다. 미주인권협약의 위 조항은 "국가의 존립"에 대한 위협을 언급하지 않고 그냥 "전쟁, 공공위험 또는 당사국의 독립과 안전을 위협하는 기타 비상사태"하에서 의무이탈이 가능하다고 규정한다. 1969년 Costa Rica의 San Jos 에서 개최된 인권에 관한 미주 컨퍼런스(the Specialized Inter-American Conference on Human Rights)에 제출된 초안의 관련 조항에는 "공공위험"(public danger)에 대한 언급도 없었다.[26] 그러나 위 컨퍼런스에서 엘살바도르는 위 초안에 "또는 다른 공공재난"(*u otra calamidad pública*)을 포함시키자고 제안하면서,[27] 공공재난이 "내부적, 외부적 안전에 반드시 위협이 되는 것은 아니지만, 그럼에도 불구하고 발생할 수 있는 문제"라고 주장하였다. 최종적으로

26) OAS doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San Jose. Costa Rica, 7~22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos*, OAS, Washington D.C., p.22.

27) Ibid. p.264. 스페인 원문의 번역문임.

위 조항은 공공재난보다는 완화된 표현인 "공공위험의"(*de peligro público*)라는 표현을 포함시키는 것으로 채택되었다.[28] 한편 위 컨퍼런스에서 멕시코는 다른 국제적 의무와 양립 가능해야 한다는 원칙, 차별금지의 원칙, 그리고 특정한 권리는 제한할 수 없다는 원칙 등을 삭제할 것을 제안하였으나, 받아들여지지 않았다.[29]

유럽인권협약 제15조(1)에 규정된 비상사태라는 개념과 시민적 및 정치권 권리에 관한 국제규약 제4조(1)에 규정된 비상사태라는 개념의 유일한 차이는, 유럽인권협약에는 "전쟁"이라는 표현이 추가되어 있다는 점, 그리고 사용된 동사가 단순현재형("which threatens")이 아닌 동명사("threatening")라는 점이다. 입법과정에 대한 기록(*travaux prúparatoires*)을 살펴보면, 유럽인권협약 제15조의 제정과 최종채택 과정에서는 상대적으로 별 어려움이 없었던 것으로 보인다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제정과정에서와 마찬가지로 영국이 의무이탈 조항을 협약초안에 삽입할 것을 처음 제안하였다.[30] 당초에 유럽평의회 자문의회(Consultative Assembly of the Council of Europe)가 마련한 초안에는 의무이탈 조항은 없고, 단순히 일반적인 권리행사제한과 관련한 조항만 있었다.[31] 이후 초안 작성 업무를 위임받았던 전문가위원회는 유럽평의회 각료위원회(the Committee of Ministers of the Council of Europe)에 두 가지 대안을 제출하였다. 첫 번째 대안은 보호되어야 할 권리를 단순하게 나열한 방식이고, 두 번째 대안은 각 권리의 내용을 보다 상세하게 규정하면서 여기에 개별적으로 권리행사제한과 관련된 내용을 두는 방식이었다. 의무이탈 조항은 두 가지 대안 모두에 삽입되어 있었다.[32] 두 번째 대안에 위와 같이 의무이탈 조항을 추가한 것과 관련하여서는 어떠한 비판이 있었다는 기록도 없다(최종적으로 채택된 것도 두 번째 대안이었다). 그러나 첫 번째 대안에 의무이탈 조항을 추가한 것에 대하여는 프랑스와 이탈리아가 전체적인 체계에 맞지 않는다는 이유로 반대하였다. 전문가위원회의 일부 위원들도 같은 취지로 두 번째 대안처럼 각 권리에 관련 조항을 함께 규정해두는 것이 중요하다는 의견이었는데, 구체적인 이유는 다음과 같다.

---

28) Ibid., p.319.

29) Ibid., pp.264~265.

30) Council of Europe. *Collected Edition of the "Travaux Preparatoires" of the European Convention on Human Rights*, vol. Ⅲ, Committee of Experts, 2 February –10 March 1950, pp.190, 280 및 292.

31) Council of Europe. *Consultative Assembly*, First Ordinary Session, 10 August –8 September 1949, TEXTS ADOPTED, Strasbourg, 1949, Recommendation 38(Doe. 108), p.50(art. 6)

32) Council of Europe. *Collected Edition of the "Travaux Preparatoires" of the European Convention on Human Rights*, vol. Ⅳ, Committee of Experts,– Committee of Ministers Conference of Senior Officials, 30 March – June 1950; see, for example, p.56 (Alternatives A and A/2) and pp.56 and 58 (Alternatives B and B/2).

"전쟁이나 국가의 존립을 위태롭게 하는 위험이 발생한 경우라고 하더라도 의무이탈 조항을 특정한 기본적 권리들에 대하여는 적용되지 않도록 할 수 있는 장점이 있고, paragraph 3에 기재된 절차는 예외적인 상황에서 인권의 보호를 위하여 유용할 수 있기 때문이다."[33]

*****

앞서 보편적인 차원의 논의에 대해서 살펴본 바와 마찬가지로, 미주 국가들과 유럽 국가들 역시 개별국가가 특별히 중요한 위기상황에 대처하기 위해 좀 더 광범위한 권한을 가질 필요가 있다는 점, 그러한 권한의 행사는 ***엄격히*** 제한되어야 하고, 또 ***국제적으로 납득할 수 있는 것(international accountability)***이어야 한다는 점 등에 동의하였다. 전 세계를 재앙에 빠뜨렸던 인권유린의 역사를 통해 초안 작성자들은 각 정부에 무제한의 위기상황 대처권한을 주어서는 안 된다는 절박한 인식을 갖게 되었다. 의무이탈 조항들은 다음 두 가지 사이의 균형, 즉 '국가의 필요'라는 요소가 놓인 한 손과, 비상사태에서도 대부분의 권리와 자유를 효과적으로 보호하고 다른 권리들도 부당한 제한을 받지 않도록 해야 할 '개인의 권리'라는 요소가 놓인 다른 한 손 사이의 균형을 조심스럽게 맞추어 보려는 것이다. 지금까지 본 3개의 관련된 조항들 사이에 몇 가지 차이들이 존재하긴 하지만, 이와 같이 균형을 추구하는 기본적인 원칙은 모두에도 공통으로 해당된다.

중요한 국제인권조약들은 체약국에게 특정한 예외적인 위기상황에서 그들이 인권보장 의무로부터 이탈하도록 허용한다.

정부에게 의무이탈 권한을 준 것은 정부가 예외적인 위기상황을 극복하는데 도움을 주기 위해 고안된 융통성 있는 장치이다.

정부의 의무이탈 권한이 국가로 하여금 자의적으로 조약상 의무를 회피할 수 있도록 허용하는 것은 아니다. 그러한 권한은 여러 가지 요건들, 예를 들면 특정한 권리들은 이러한 경우에도 제한할 수 없다는 원칙, 엄격한 필요성의 원칙, 국제적인 고지의 원칙 등과 같은 요건들을 충족시키는 경우에만 행사될 수 있다.

입법과정에 대한 기록을 살펴보면, 정부의 의무이탈 권한이 인권을 탄압하고자 하는 당국에 의하여 이용되어서는 안 된다는 점, 정부의 의무이탈 권한이 특정한 정부의 이익을 위해 사용되어서는 안 된다는 점이 자명해 진다.

2.3 국제감시기구의 해석

33) Ibid., p.30.

2.3.1 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(1)

1981년의 일반논평 제5호를 대체한 2001년 7월의 일반논평 제29호를 통해 자유권규약위원회는 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조에 따르면 의무이탈이라는 수단 자체와 그것이 초래하는 결과들은 모두 이 체계화된 보호장치를 벗어날 수 없다."는 사실을 명확히 하였다.[34] 의무이탈의 ***목적***과 관련하여 자유권규약위원회는 다음과 같이 밝혔다.

> "체약국이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약상의 의무로부터 이탈하는 조치를 취하는 핵심적인 목적은 어디까지나 당해 국가를 평상적인 상태, 즉 위 규약의 내용을 모두 따를 수 있는 평상적인 상태로 되돌려 놓는 데에 있어야 한다."[35]

따라서 어떠한 의무이탈의 목적이 인권을 존중하는 헌법적 질서를 회복하는 데에 있지 않는 경우 그러한 의무이탈행위는 위 규약 제4조(1)에 위반하여 불법이고, 그러한 의무이탈과 함께 당해 국가가 취한 조치들의 적법성은 위 규약상의 의무라는 통상적인 기준에 따라 판단될 할 뿐이다.

자유권규약위원회도 언급하였듯이, 각 체약국은 위 규약 제4조(1)에 따른 의무이탈을 주장하기 전에 먼저 "두 가지 기본요건"을 충족해야 하는데, 그것은 (1) "당시의 상황이 국가의 존립을 위태롭게 하는 공공의 비상사태"에 이르는 정도여야 한다는 요건과, (2) "체약국은 국가비상사태를 공식적으로 공포하여야 한다."는 요건이다.[36] 자유권규약위원회는 특히 두 번째 요건에 대하여 다음과 같이 설명한다.

> "공식적인 공포절차는 법률유보의 원칙과 법의 지배라는 원칙을 지키기 위해 필수불가결하다. 체약국이 위 규약상의 어떤 조항 하나에 따른 의무로부터라도 이탈하는 국가 비상사태를 공포하려면, 공포절차나 비상 권한 등에 대해서 다루고 있는 해당 국가의 헌법과 법률 조항들에 따라 공포절차를 이행해야 한다. 여기서 문제되는 해당 국가의 법률 조항들이 위 규약 제4조에 어긋나는지를 감시하는 것은 자유권규약위원회의 몫이다."[37]

예외적 위협의 존재(the condition of exceptional threat)라는 요건과 관련하

34) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ), p.202, para.1.

35) Ibid., loc. cit.

36) Ibid., p.202, para.2.

37) Ibid., loc. cit.

여, 위 규약 제4조(1)의 명문규정만으로도 "모든 무질서와 재난이 국가의 존립을 위태롭게 하는 공공의 비상사태에 해당하는 것은 아니다"는 사실은 자명하다.[38] 이와 관련하여, 자유권규약위원회는 다음과 같이 언급하고 있다.

> "국제적이든 아니든, 무력충돌이 발생한 경우, 위 규약 제4조, 제5조와 함께 국제인도법의 내용들도 국가의 권한 남용을 방지하는데 도움이 된다. 위 규약에 따르면 무력충돌이 발생한 경우라고 하더라도 그것이 국가의 존립을 위태롭게 하는 경우이어야만 비로소 위 규약상의 의무로부터 이탈하는 것이 허용된다. 만약 체약국들이 무력충돌이 발생하지도 않았는데 위 규약 제4조를 원용하고자 한다면, 그러한 조치가 당해 상황에서 필요하고 정당한지를 특히 면밀하게 검토해야만 한다."[39]

자유권규약위원회는 위와 같이 무력충돌의 경우이든 다른 어떤 위기상황이든, 위 규약 제4조(1)을 원용하려면 "국가의 존립에 대한 위협"이 될 정도의 심각한 수준에 다다른 상황이 발생하여야만 한다고 분명히 밝히고 있다.

나아가 자유권규약위원회가 추가로 강조하는 바와 같이 위 규약 제4조(1)은 "어떠한 의무이탈행위도 상황의 긴급성에 의하여 엄격히 요구하는 한도 내로" 제한되어야 한다는 요건을 부과하고 있으므로, "언제 권리들이 제한될 수 있는지, 또 그런 경우 당해 권리가 과연 어느 정도까지 제한될 수 있는지의 문제 역시 위 규약 제4조(1)와 떼어 놓고 생각할 수 없는 문제이다." 위 규약 제4조(1)이 부과한 위와 같은 요건에 따르면 체약국들은 비상사태를 선언하는 행위 자체에 대하여 뿐만 아니라 그러한 선언 이후에 그 선언에 따라 취하는 특정한 조치들에 대하여도 개별적으로 신중하게 정당성의 존부를 따져보아야 한다. 예를 들어, 자연재해, 폭력을 수반하는 대규모 시위 또는 주요 산업재해의 상황에서 체약국이 의무이탈권한을 행사하고자 하는 경우, 당해 체약국은 그러한 상황이 국가의 존립에 대한 위해가 된다는 사정은 물론 더 나아가 의무이탈조치가 사태의 긴급성에 의해 엄격히 요구된다는 사정 역시도 주장하여 그 정당성을 인정받아야 한다. 자유권규약위원회의 견해에 따르면, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약상의 특정한 권리들, 예를 들어, 거주이전의 자유(제12조) 또는 집회의 자유(제21조) 등에 관하여는 상황이 긴급하다면 당해 규정에 따라 그 행사를 제한할 수 있다는 것이 가능하므로, 여기에서 더 나아가 당해 규정에 따른 의무 자체로부터 이탈하는 체약국의 행위는 상황이 긴급하다는 사정만으로는 정당화될 수 없다.[40] 달리 말하자면, ***자연재해, 대규모 시위*** 그리고 ***주요 산업재해*** 등의 비교적 단순한 긴

38) Ibid., p.202, para.3.

39) Ibid., loc. cit.

40) Ibid., p.203, para.5.

급상황만으로는 위 규약 제12조와 제21조에 따른 의무로부터 이탈할 수 없다는 기본적인 전제가 깔려 있으므로, 체약국이 위와 같은 상황에서 의무이탈행위를 하려고 한다면 그 전제를 뒤집을 만한 강력한 증거들을 제시해야만 하는 것이다.

자유권규약위원회는 체약국들의 보고서를 검토하는 과정에서 "일부 체약국들이 위 규약 제4조가 규정한 상황에 해당하지 않는 상황에서 위 규약상의 권리를 보장할 의무로부터 이탈하는 행위를 하거나, 또는 일부 체약국들의 국내법이 그러한 의무이탈을 허용하는 것으로 보인다는 점에 대하여 여러 차례 우려를 표한 바 있다."[41] 그러한 측면에서 자유권규약위원회는 특히 탄자니아 연방공화국 사건에서 "대통령이 비상사태를 선언할 수 있는 상황들이 너무 광범위하고, 비상사태가 선언된 경우 대통령의 특별한 권한이 너무 강력하다는 점에 대하여" 우려를 표명한 바 있다. 여기서 자유권규약위원회는 "비상사태와 관련한 규정들이 위 규약 제4조와 양립 가능한지에 대하여 철저한 검토가 이루어져야 한다."고 제안하였다.[42] 자유권규약위원회는 도미니카 공화국과 관련한 사건에서도 "비상사태를 선포할 수 있는 상황들이 너무 광범위하다"는 이유로 위와 유사한 우려를 표명하였다. 자유권규약위원회는 일반론으로 "도미니카 공화국은 국내법률과 위 규약의 해당 조항이 조화를 이루도록 하기 위해 필요한 조치들을 먼저 취해야 한다."고 권고하였다.[43]

자유권규약위원회는 또, 우루과이의 "비상사태의 선포와 관련된" 헌법 조항들 역시 "너무 광범위하다"는 이유로 우려를 표명하였다. 자유권규약위원회는 "우루과이가 비상사태의 선포의 근거가 되는 조항의 범위를 제한하여야 한다."고 권고하였다.[44] 그밖에도 자유권규약위원회는 볼리비아의 국내 법률에 규정된 "포위된 상황이라는 개념이 위 규약에 규정된 요건과 일치하지 않는다."는 점과 "국내의 무질서(conmición interior)라는 개념이 위 규약 제4조의 적용범위를 벗어날 정도로 너무 광범위하다"는 점에 대하여 우려를 표명하였다.[45]

자유권규약위원회는 콜롬비아에서 제안된 헌법 개정안에 대하여도 "심각한 우려"를 표명하였는데, 그 이유는 위 개정안이 채택될 경우 "위 규약 제4조와 관련하여 심각한 문제점들이 야기"될 수 있다는 것이었다. 문제가 된 개정안은 "비상사태라는 상황의 기한 제한을 약화시키고, 비상사태 선언의 정당성 존부를 판단할 수 있는 헌법

41) Ibid., pp.202~203. para.3.
42) UN doc. *GAOR*. A/48/40 (vol. I), p.43. para.184. and p.44. para.188.
43) Ibid., p.101. para.459.
44) UN doc. *GAOR*. A/53/40 (vol. I), p.39. para.241.
45) UN doc. *GAOR*. A/52/40 (vol. I), p.36. para.204.

재판기관의 권한을 없애고, 사법경찰의 기능을 군대조직에게 양도하며, 국가비상사태를 선포할 수 있는 상황 요건과 관련하여 새로운 상황을 추가하고, 인권침해사건이나 군보조기관의 구성원들의 범죄를 수사할 수 있는 검찰총장과 검사들의 권한을 축소하는 등의 내용"을 담고 있었다. 결국 자유권규약위원회는 콜롬비아에 대해 위 헌법 개정안을 철회할 것을 권고하였다.[46] 자유권규약위원회는 트리니다드 토바고에 대하여는 "비상사태의 개념을 '국가의 존립'을 위태롭게 하는 내용"으로 바꿀 것을 제안하기도 하였다.[47]

각 체약국은 당연히 "국가의 존립을 위태롭게 하는 공공의 비상사태"라는 상황이 계속되는 동안만 위 규약 제4조의 의무이탈행위를 할 수 있다. 따라서 비상사태에서의 입법은 마치 그것이 예외적 상황이 아니라 원칙적인 제도로 잘못 이해될 정도의 기간 동안 유효하게 존치되어서는 아니 된다. 이 부분과 관련하여 자유권규약위원회는 이스라엘이 "독립을 선언한 이후 현재까지 줄곧 비상사태를 유지하고 있다는 점"에 대하여 심각한 우려를 표명한 바 있다. 자유권규약위원회는 "이스라엘 정부가 가능한 한 비상사태의 범위, 비상사태의 적용 지역, 제한의 대상이 되는 위 규약상의 권리 목록 등을 축소하여야 하고, 그러한 목적 하에 비상사태의 갱신 필요성을 검토하여야 한다."고 권고하였다.[48] 자유권규약위원회는 시리아에 대하여도 비슷한 우려를 표명하면서, 시리아에는 처음 비상사태를 선포하였던 1963년 3월 9일의 입법안 51호(Legislative Decree No. 51)가 입법 이후 현재까지 계속 효력을 유지함으로써 전 국가를 준영구적인 비상사태 하에 두고 있으며, 그 결과 위 규약 제4조를 위협하고 있다고 하였다. 당시 자유권규약위원회는 시리아에 "비상사태를 가능한 한 빠른 시간 안에 공식적으로 폐지"할 것을 권고하였다.[49]

자유권규약위원회는 1995년에는 영국에 "위 규약 제4조에 따른 의무이탈상태를 빨리 해제하기 위해서, 그리고 시민들의 자유를 침해하는 비상상황의 법률체계를 해체하기 위해서, 더욱 구체적인 조치들을 취하여야 한다."고 권고하였다. 자유권규약위원회는 "북아일랜드에서의 휴전이 발효되고 평화적인 조치들이 취해지기 시작한 이후 영국 내에서 발생하던 테러리스트들의 폭력이 현저하게 줄어들었다는 이유로, 영국 정부에 대하여 규약 제4조(1)의 '공공의 비상사태'가 아직도 존재하는지, 그리고 영국이 1976년 5월 17일에 취한 의무이탈행위를 철회함이 적절한 것이 아닌지 등을 면

46) Ibid., pp.46~47, para. 286, and p.48, para.299.
47) UN doc. *GAOR*. A/56/40 (vol. Ⅰ), p.32, para.9(a)
48) UN doc. *GAOR*. A/53/40 (vol. Ⅰ). p.47, para.307.
49) UN doc. *GAOR*. A/56/40 (vol. Ⅰ). p.71, para.6.

밀히 검토하라고 촉구하였다."[50]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 선택의정서에 따라 제기된 개별통보 사건에서, 자유권규약위원회는 제4조(1)에 따른 의무이탈을 정당화할 예외적인 상황의 존재를 실증적으로 증명해야할 책임이 명백히 각 체약국에게 있다는 점을 분명히 하였다. 체약국이 "예외적인 상황이 존재한다"고 주장하는 것만으로는 충분치 않다.[51] 위 선택의정서에 따르면 "위 규약 제4조(1)에서 규정한 상황이 당해 체약국에게 발생하였다는 사실을 보여줄 수 있는 관련 정황들을 상세하게 설명"해야 할 "의무가 위 체약국에게 있다."고 할 수 있다.[52] 이와 관련하여 자유권규약위원회는 *Landinelli Silva and Others v. Uruguay* 사건에서 다음과 같이 언급하였다.

> "자유권규약위원회가 위 규약 제4조에 언급된 비상상황이 당해 체약국에 존재하는지를 판단하기 위하여는, 그리고 위 규약을 옹호하고 감시하는 자유권규약위원회의 기능으로부터 당해 체약국이 벗어나기 위하여는, 자유권규약위원회에 충분하고 종합적인 정보가 제공되어야 한다. 선택의정서 제4조(2)와 위 규약 제4조(3)에 언급된 것처럼 당해 체약국이 스스로 이러한 근거를 제시하지 못하는 경우, 자유권규약위원회는 체약국이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에서 정의한 정상적인 규율체계로부터의 이탈한 것을 합법화시켜주는 결론에 다다를 수 없다."[53]

*****

자유권규약위원회의 이러한 권고 및 언급 내용을 보면, 체약국의 의무이탈행위가 위 규약 제4조(1)에 부합하기 위해서는 ***첫째***, 그 국내법이 실제로 국가의 존립 자체가 위태로울 정도로 심각한 비상사태의 상황에서만 의무이탈행위를 할 수 있도록 제한하고 있어야 한다는 것을 알 수 있다. 위기상황이 무력충돌에 의하여 유발되었든 그렇지 않든 간에, 국가 그 자체의 존립이 위험에 처한 경우여야 한다. 어떤 특정한 위기상황이 발생하였다고 하여 자동적으로 비상사태의 선포와 위 규약상의 의무이탈행위가 정당화되는 것이 아니고, 상황의 실질적인 내용이 중요하다. 자유권규약위원회가 사용한 표현들에 비추어 보면, 단순한 폭동 또는 국내 소요 그 자체만으로는 위 규약

50) UN doc. *GAOR*. A/50/40 (vol. I), p.69. para.429~430.

51) Communication No. R. 8/34, *J. Landinelli Silva and Others v. Uruguay* (Views adopted on 8 April 1981) in UN doc. *GAOR*. A/36/40, p.132, para.8.3.

52) Communication No. R. 15/64, *C. Salgar de Montego v. Colombia* (Views adopted on 24 March 1982) in UN doc. *GAOR*. A/37/40, p.173, para.10.3.

53) Communication No. R. 8/34, *J. Landinelli Silva and Others v. Uruguay* (Views adopted on 8 April 1981) in UN doc. *GAOR*. A/36/40, p.132, para.8.3.

제4조(1)의 적용을 정당화할 수 없다.

다음으로, 인권 향유의 제한을 허용하는 비상사태는 그러한 근거 상황이 존속하는 기간 동안에만 합법적으로 유지된다. 상황의 변화로 국가의 존립이 위태롭지 않게 되면 곧바로 그러한 비상사태는 종료되어야 한다. 다시 말하면, 국제인권법상의 의무로부터의 이탈하는 비상사태가 당해 체약국의 국내법 체계를 통해 영구적이거나 반영구적이 되는 결과가 발생한다면 이는 위 규약 위반이다.

세 번째로, 체약국들은 "국가의 존립을 위협하는 비상사태"의 경우에도 여전히 법률유보의 원칙과 법의 지배라는 원칙의 적용을 받는다.

2.3.2 미주인권협약 제27조(1)

미주인권협약 제27조를 해석하려면 그 조항의 표제인 "보장의 정지"(Suspension of Guarantees)의 의미, 그리고 이에 대한 미주인권재판소의 견해와 판결 내용의 의미가 무엇인지를 우선 이해해야 한다. 정지라는 표현은 미주인권협약 제27조(2)과 제27조(3)에서도 쓰인 표현인 반면 "의무로부터 이탈하는 조치"라는 표현은 제27조(1)에서 쓰인 표현이다. 미주인권재판소는 이 부분과 관련하여 다음과 같은 해석을 내린바 있다.

> "18 … 미주인권협약에 사용된 용어들을 그 문맥 속에서 해석해보면, '보장의 정지'라는 개념이 보장을 절대적으로 정지한다는 것을 의미하거나 또는 '(권리 자체)의 정지'를 의미하는 것은 아니라는 결론에 이른다. 이러한 조항에서 보장한 권리들은 인간 고유의 인권이기 때문이다. 따라서 정지하거나 제한할 수 있는 것은 그 권리 자체가 아니라 그들의 온전하고 효과적인 행사일 뿐이다."[54]

미주인권협약 제27조의 문맥에 따른 해석에서 도출된 것이기는 하지만, 사실 이러한 결론은 인간의 "고유의 존엄성"(inherent dignity)[55]과 개성을 인정한 데에서 연원한 국제인권법의 일반적인 법리와 연관되어 있다. 세계인권선언 서문, 그리고 두 개의 국제규약들(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약)은 인권에 대하여 "인류 가족의 모든 구성원의 평등하고 양도할

54) *I-A Court HR, Advisory Opinion OC-8-87, January 30, 1987. Habeas Corpus in Emergency Situations (arts 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights), Series A, No.8*, p.37, para.18.

55) 세계인권선언, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약의 각 전문 참조.

수 없는 권리"이고, 인권을 인정하는 것이 "세계의 자유, 정의 그리고 평화의 기초이다."고 명시하고 있다.

*****

미주인권재판소는 *비상사태에서의 인신보호(Habeas Corpus in Emergency Situations)*와 관련한 혁신적인 권고적 의견에서, "오직 예외적인 상황에서만 적용될 수 있는 조항"이라고 할 수 있는 미주인권규약 제27조의 기능을 다음과 같이 설명하였다.

> "20. 일정한 상황에서는, 민주사회의 최고의 가치를 보존하고, 비상상황에 대처하기 위한 유일한 방안이 보장의 정지 밖에 없을 수 있다는 사실을 부정할 수는 없다. 그러나 미주인권재판소로서는, 미주인권규약 제27조에서 요구하는 요건들, 그리고 다른 관련 국제문서에 포함된 원칙들에 비추어 객관적으로 정당화될 수 없는 비상조치가 취해지는 경우 발생하게 되는 권한남용 역시 무시할 수 없다. 사실 이러한 권한남용은 우리 모든 인류가 경험을 통해 아는 것이다. 미주라는 국제시스템 탄생의 토대가 되는 기본원칙들로부터 판단해 볼 때, 미주인권재판소로서는 보장의 정지가 미주기구헌장(Organization of American States Charter)의 제3조에 언급된 '대의 민주주의의 효과적인 실행'과 불가분의 관계에 있다는 점을 강조하지 않을 수 없다. 이러한 미주인권재판소의 결론의 정당성은 특히, 미주인권협약 전문에서 "인간의 필수불가결한 권리에 대한 존중의 바탕 위에 민주적 제도의 틀 안에서 개인적 자유와 사회정의 체제를 공고히 할 것을" 재확인하고 있다는 점에서 확인할 수 있다. 인권보장의 정지가 민주적 질서를 해치는 목적으로 행하여진다면, 그것은 어떤 적법성도 없다. 민주적 질서에는 위반하면 안 되는 한계가 있고, 따라서 민주주의의 특정한 기본적 권리들은 어떠한 경우에도 보호받는다.
>
> 21. 미주인권협약 제27조(1)에서 언급한 것처럼, 어떠한 권리보장도 엄격한 요건이 충족되지 않으면 정지될 수 없다. 나아가 미주인권협약 제27조(2)는 이러한 요건들이 충족되는 경우에도 그 보장을 정지할 수 없는 일정한 권리들의 영역을 설정하고 있다. 미주인권협약은 권리보장의 정지를 선호하는 옹호론을 채택하기보다는 그 반대의 논지, 즉 매우 특별한 상황이 그 정지를 정당화하지 못하는 한 모든 권리는 보장되고 실현되어야 하며, 아무리 비상사태가 심각할지라도 일정한 권리의 보장은 정지할 수 없다는 원칙을 채택한 것이다."[56]

56) *I-A Court HR, Advisory Opinion OC-8-87, January 30, 1987. Habeas Corpus in Emergency Situations (arts 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights), Series A, No.8*, p.38~39, paras.20~21.

나아가, 이와 관련하여 재판소는 다음과 같이 판결하기도 하였다.

> "24. 보장의 정지라는 조치가 취해지면 정부가 정상적인 상황에서는 금지되거나 엄격하게 통제되는 수단들을 동원하여 개인들의 권리와 자유를 제한할 수 있는 비상상황이 전개된다. 그러나 그것이 법의 지배라는 원칙 자체의 적용이 배제된다는 의미는 아니고, 통치자들이 항상 따라야 하는 법률유보의 원칙에 따르지 않는 조치들이 정당화되는 것도 아니다. 보장의 정지라는 조치가 취해질 경우 통치자들의 권한 행사에 부여되는 제한의 정도가 정상적인 상황에서의 제한 정도보다 완화되기는 하겠지만, 그렇다고 하여 아무런 제한이 존재하지 않는다던가, 또는 보장의 정지라는 조치를 정당화하는 긴급상황이 요구하는 정도를 넘어서는 정도의 절대적인 권력이 인정되는 것은 아니다. 그러한 측면에서 미주인권재판소는 법률유보의 원칙과 민주적인 정부조직, 그리고 법의 지배라는 원칙은 서로 불가분적으로 연결되어 있다는 점을 이미 밝힌 바 있다."[57]

각 체약국에게는 개인의 권리와 자유를 효과적으로 보호해야 할 법적인 의무와 함께 개인의 안전보장을 책임져야 할 권리와 ***의무***도 있다.[58] 그러나 그럼에도 미주인권재판소는 다음의 점을 강조한다.

> "어떤 범죄행위가 아무리 중대하더라도, 또는 어떤 범죄행위자들에 대한 비난가능성이 아무리 크더라도, 국가의 권력은 무제한적인 것이 아니고, 국가가 그 목적을 달성하기 위해 원하는 모든 수단을 동원할 수 있는 것도 아니다. 국가 역시 법과 도덕에 복종해야 한다. 어떠한 국가의 행동도 인간의 존엄성을 부정하는 토대 위에서 행하여질 수는 없다."[59]

*****

이상에서 인용한 미주인권재판소의 견해와 판결 내용들을 보면, 미주인권협약 제27조의 도입 의도가 각 체약국의 독립 또는 그의 민주적 헌법질서를 지키기 위하여 가능한 다른 수단이 없는 예외적인 상황에서만 위 조항을 원용하도록 하는 데에 있다는 것을 알 수 있다. 이를 반대해석하면, 미주인권협약 제27조에 근거한 이탈조치는 어떤 경우에도 새로운 통치지배구조를 만들기 위한 목적으로 사용되어서는 안 된다는

57) Ibid., p.40, para.24.

58) *I-A Court HR, Velasquez Rodriguez Case. judgment of July 29. 1988. Series C. No.4*. p.146. para.154.

59) Ibid., p.147, para.154.

결론에 이른다. 각 체약국은 어떤 경우에도, 민주주의의 원칙 뿐 아니라 법률유보의 원칙과 법의 지배라는 원칙도 함께 따라야 한다. 비상상황에서는 일부 인권의 행사를 제한할 수 있겠지만, 그러한 경우에도 인간에 내재한 인권의 본질을 침해하는 정도로 이를 제한하여서는 아니 된다.

2.3.3 유럽인권협약 제15조(1)

유럽인권협약 제15조에 대하여 유럽인권재판소가 해석하고 있는 내용을 들여다 보면, '국가의 존립에 대한 위협'라는 개념을 구성하는 구체적인 요소가 무엇인지에 대한 지침을 얻을 수 있다. 사안이 복잡하고 법률이론들이 정치하기 때문에, 이 절에서는 전체적인 관점에서 가장 핵심적인 부분만을 다루기로 한다.

사법심사권/유럽인권재판소의 역할(Right of review/the role of the Court): 당연하게도, "어떤 '공공의 비상사태'가 발생한 경우 그것이 체약국의 존립을 위협하는지 여부", 그리고 그러한 경우라고 한다면 "그 위협을 극복하기 위하여 어느 정도의 조치를 취해야만 하는 것인지 여하"를 결정하는 것은 우선은 어디까지나 스스로의 존립에 대한 책임이 있는 당해 체약국의 몫이다.[60] 이와 관련하여 유럽인권재판소는 다음과 같이 판결하였다.

> "국제재판소의 재판관들과 비교할 때, 국내 당국은 그 시기의 긴급한 필요를 보다 직접적 · 계속적으로 접할 수 있기 때문에, 체약국의 존립을 위협하는 긴급상황이 존재하는지와 이를 극복하기 위해 필요한 이탈조치의 종류와 그 범위를 국제재판소의 재판관들보다 더 쉽게 결정할 수 있는 위치에 있다. 이 문제에 관하여 유럽인권협약 제15조(1)은 당사국에게 폭넓은 재량을 인정하고 있다."[61]

"그러나 그럼에도 불구하고, 각 체약국이 이에 대하여 무제한의 권리를 갖고 있는 것은 아니다. 유럽인권재판소는 각 체약국의 조치를 감시할 책임이 있고(제19조), 더 나아가 체약국의 조치가 상황의 긴급성에 의해 엄격히 요구되는 한도를 넘어섰는지 여부에 대하여 판단할 권한을 갖고 있다. 따라서 각 체약국의 재량은 유럽사회의

60) *Eur. Court HR. Case of Ireland v. the United Kingdom judgment of 18 January 1978. Series A. No.25*, pp.78~79. para.207.

61) Ibid., p.79, para.207.

감시 하에 놓여 있다."[62] 그 후 유럽인권재판소는 다른 사건에서, 이러한 감시를 행함에 있어 다음의 내용들에 대하여 적절한 균형감을 갖고 판단해야 한다고 판시하였다.

> "체약국의 의무이탈행위에 의하여 영향 받는 개인들의 권리의 속성, 비상사태를 발생시킨 제반 상황, 그리고 비상사태의 존속 기간 등 관련 요소들"[63]

국가의 존립을 위태롭게 하는 공공의 비상사태의 존재: 유럽인권재판소는 *Lawless* 사건에서 "'다른 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태'라는 말의 자연적이고 관습적인 의미는 충분히 분명하게 해석될 수 있다."고 판결하였다.

> "'다른 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태'라는 개념은 전체 국민에 영향을 미치고, 국가를 구성하고 있는 조직화된 사회 질서를 위협하는 정도의 예외적인 위기상황 또는 비상사태를 의미한다."[64]

위 사건의 판결문의 원어인 프랑스어 버전의 다음과 같은 표현에 따르면 유럽인권협약 제15조(1)의 비상사태의 자연적이고 관습적인 의미는 다음과 같다.

> "en effet, une aituation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisee de la communaute composant l'Etat."[65]
> ("실제로, 국민 전체에게 영향을 미치고, 국가의 구성부분인 사회공동체의 조직에 대한 위협이 될 수 있는 위험한 상황이나 예외적인 상황, 그리고 긴급한 위험")

여기서 "긴급한"이라는 수식어가 추가된 것은, 위험이나 위기의 예외적인 상황이 이미 현실화되었거나 현실화되기 직전이어야 한다는 것을 의미하고, 현존하지 않거나 가상적인 위험만이 발생한 경우에 이탈조치를 정당화하기 위해 유럽인권협약 제15조가 원용되어서는 안 된다는 것을 의미한다.

유럽인권재판소는 아일랜드 공화국이 1957년 7월 국가의 존립을 위협하는 비상

---

62) Ibid., loc. cit.

63) *Eur. Court HR, Case of Brannigan and McBride v. the United Kingdom, judgment of 26 May 1996, Series A, No.258-B*, p.49. para.43 at p.50. 그리고 *Eur. Court HR, Case of Demir and Others v. Turkey, judgment of 23 September 1998, Reports 1998-Ⅵ*. p.2654, para.43.

64) *Eur. Court HR, Lawless Case (Merits), judgment of 1 July 1961, Series A, No.3, p.56, para.28.*

65) Ibid., loc. cit.

상황이 발생하였다고 선언한 행위, 그리고 이에 따라 유럽인권협약 제15조(1)에 따른 권리를 보장할 의무로부터 이탈한 행위가 정당하였는지 여부에 대하여 판단하면서, 앞서 본 개념 정의를 기준으로 삼은 바 있다.[66] 당시의 비상상황은 IRA 및 관련 단체들과 관련된 것이었는데, 아일랜드 공화국의 위와 같은 의무이탈로 인하여 공화국의 법무부장관은 국가에 위해가 되는 행동을 벌였다는 혐의를 받은 사람들에 대하여 사법절차에 의하지 아니하고 구금할 수 있는 권한을 부여받았다. 이에 대하여 유럽인권재판소는 아일랜드 공화국 정부가 다음의 몇 가지 요소들을 결합하여 "국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태"가 존재한다고 판단한 것은 합리적인 추론을 통한 결론이었다고 판결하였다.

- ❖ 그 영토 안에 "초헌법적인 활동을 하면서 그 목적을 달성하기 위해 폭력을 행사하는 비밀군사조직이 존재한다는 사실"
- ❖ "이러한 군사조직이 영토 밖에서도 활동하고 있고, 그러한 활동을 통해 아일랜드 공화국과 그 주변국과의 관계에 심각한 위해를 가하고 있다는 사실"
- ❖ "1956년 가을부터 1957년 상반기까지 테러리스트들의 활동의 계속적이고 눈에 띄게 증가하였다는 사실"[67]

유럽인권재판소는 계속해서 "아일랜드 공화국 정부는 일상적인 법체제 하에서 허용된 수단들을 활용하여 그 공적 기능을 어느 정도 정상적으로 유지해왔으나," 1957년 7월 초 아일랜드 공화국 국경 부근의 북아일랜드 영토 내에서 발생한 "매복 공격을 통한 살해행위"로 인하여 "아일랜드 공화국 영토에서 운영되는 IRA 및 여러 관련 단체들이 북아일랜드 지역에서 계속적으로 벌여온 불법적인 활동이 아일랜드 공화국에 얼마나 급박한 위험을 초래하고 있는지에 대하여 깨닫게 되었다."[68]고 판시하였다.

17년 후, 유럽인권재판소는 *Ireland v. the United Kingdom* 사건에서 다시 한 번 유럽인권협약 제15조에 근거한 판단을 내려야 했는데, 위 사건의 주된 쟁점은 무엇보다도 북아일랜드에서 영국이 시행한 테러 관련 법률에 대한 것이었다. 이 사건에서 유럽인권재판소는 국가의 존립을 위협하는 "비상상황의 존재"가 "사실관계에 비

66) Ibid.

67) Ibid.

68) Ibid., p.56. para.29. 유럽인권재판소는 만장일치로 이 결론에 도달하였다. 한편, 위 사건은 유럽인권재판소의 판결 이전에 유럽인권위원회에서 먼저 심사되었는데, 유럽인권위원회에서는 9개의 국가들 중 5개의 국가가 당시 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태가 있었다는 의견을 제시하였다. 이 사건에 관한 유럽인권위원회의 다수의견과 소수의견에 관하여는 *Eur. Court HR, Lawless Case, Series B 1960~1961*, pp.81~102 참조.

추어 볼 때 분명하다"고 판단하였는데, 당사자들도 이에 대하여는 이의를 제기하지 않았다.[69] 당시 유럽인권재판소는 위 사실관계와 관련하여 북아일랜드에서 이 사건 관련 기간 동안 "1,100명 이상이 살해되었고, 11,500명 이상이 부상을 당했으며, 1억 4천만 파운드 이상의 가치에 달하는 재산이 파괴되었다"는 요약된 사실관계만을 단순히 언급하였고, "이것이 일부는 민간부문의 무질서로 인한 결과였고, 일부는 정치적 목적을 위한 조직화된 폭력이라고 할 수 있는 테러리즘의 결과였다."고 판시하였다.[70]

1993년에 판결이 선고되어 비로소 종결된 *Brannigan and McBride v. the United Kingdom* 사건에서 유럽인권재판소는 위 쟁점에 대하여 다시 한 번 판시하였다. 그 판시 내용은 "북아일랜드와 영국 내 기타 지역들에서 벌어진 테러리스트들의 파괴행위의 수위와 그것이 불러온 여러 가지 영향들에 관하여 유럽인권재판소에 제출된 자료들을 토대로 평가"를 한 결과 "이 사건 관련된 시기에 공공의 안전을 위협하는 비상상황이 있었다는 점은 의심의 여지없이 인정된다"는 것이었다.[71]

그 후 유럽인권재판소는 *Marshall v. the United Kingdom* 사건에서 1998년의 북아일랜드 상황에 대하여 심리하였는데, 위 사건은 *Brannigan and McBride v. the United Kingdom* 사건과 유사한 사건이었다. 그러나 위 *Marshall v. the United Kingdom* 사건은 2001년 7월 심리적격(admissibility)을 갖추지 못하였다는 이유로 본안심사에 들어가지 못하고 각하되었다. 위 사건에서 신청인은 "일정 시간이 지난 후 안보상황이 안정적인 상황으로 변하였고," 그래서 "북아일랜드에서 존재했던 모든 공공의 비상사태가 실질적으로 종결되었는데, 그 후에 구금이 이루어졌기 때문에 그 구금이 불법"이라고 주장하였다. 더 나아가 신청인은 "유럽인권협약에 따르면 정부는 특정 지역에 대하여 사실상 영구적인 비상사태를 선언할 수는 없다. 그러한 결과가 초래될 경우 법의 지배라는 원칙이 심각하게 침해되는 것"[72]이라고 주장하였다. 이에 대하여 영국 정부는 "구금이 이루어진 시기에 북아일랜드의 안보상황은 여전히 국가의 존립이 위협되는 공공의 비상사태로 정의될 수 있는 상황이 지속되고 있었다"고 주장했다. 정부는 또한 "신청인의 구금이 이루어진 시점까지 7주간의 기간 동안 … 13건의 살인사건이 해당 지역에서 발생했다"는 사실도 언급하였다. 그 이외에 여러 차례의 폭탄 사용 사건이 있기도 했다.[73]

---

69) *Eur. Court HR, Case of Ireland v. the United Kingdom, judgment of 18 January 1978, Series A. No.25*, p.78, para.205.

70) Ibid., p.10, para.12. 자세한 사실관계에 대해서는 pp.14~30, paras.29~75 참조.

71) *Eur. Court HR, Case of Brannigan and McBride v. the United Kingdom, judgment of 26 May 1993, Series A, No.258-B*, p.50, para.47.

72) *Eur. Court HR, Case of Aksoy v. Turkey. judgment of 18 December 1996. Reports 1996-VI*. p.2281, para.70.

73) Ibid., p.6.

위 사건에서 유럽인권재판소는 정부의 주장을 받아들였고, "비록 빈도가 감소한 것은 사실이지만, 정부 당국자들이 여전히 테러리스트들의 폭력의 위협을 계속 직면하고 있는 상황이었다"고 판시하였다. 또한, 신청인이 구금된 시점 이전에 발생했던 살인적인 폭력 사건들에 대하여 언급하면서, 다음과 같이 판시하였다.

> "이러한 살인적인 폭력 사건들의 발생 사실 자체가 *Brannigan and McBride* 사건의 판결선고일 이후 아직까지도 정상적인 질서가 회복되지 않고 있다는 것을 보여준다. 유럽인권재판소로 하여금 당국자들의 지역 상황에 대한 평가, 즉 조직화된 폭력이 사회공동체의 존립과 평화적 갈등 해결 추구에 얼마나 위험이 되고 있는지에 대한 당국자들의 평가를 뒤집게 할 만한 질서 회복은 아직 이루어지지 않았다."[74]

한편 유럽인권재판소는 *Aksoy* 사건에서 터키 남동부의 상황과 관련하여 "PKK 테러리스트의 활동 정도와 이로 인한 여러 가지 영향들에 비추어 보면, 위 활동으로 인하여 해당 지역에 '국가의 존립을 위태롭게 하는 공공의 비상사태'가 발생하였다는 사실은 의심의 여지없이 인정된다"고 판시하였다.[75] 그러나 또 한편 유럽인권재판소는 *Sakik and Others* 사건에서는, 만약 정부가 비상사태를 선언할 영토적 범위를 실제로 결정할 때 유럽인권협약 제15조(3)에 따라 유럽평의회 사무총장에게 제출한 비상사태 선포 관련 통지(derogation notice)에 명기하지 아니한 지역에까지 비상사태 선포의 효과를 미치게 할 목적을 가지고 있었다고 한다면 그러한 행위는 유럽인권협약 제15조의 적용대상과 목적에 반하는 것이라고 판시하였는데, 이러한 언급 내용은 매우 중요한 의미가 있다.[76] 이 사건에서 문제가 되었던 법률조항은 비상사태가 선포된 지역에만 적용되는 것이었고, 관련 통지에 의하면 앙카라는 비상사태 선포 지역에 포함되어 있지 않았기 때문에, 비상사태로 인한 법률조항은 앙카라 지역에 대하여는 적용될 수 없었다.[77]

국제법상의 인권보장의무로부터 이탈할 권한을 행사하려는 국가는 관련조약에 정의된 공공의 비상사태에 처하게 되었다는 것을 입증해야 한다.

74) Ibid., p.9.

75) *Eur. Court HR, Case of Aksoy v. Turkey, judgment of 18 December 1996, Reports 1996-Ⅵ*, p.2281, para.70.

76) *Eur. Court HR, Case of Sakik and Others v. Turkey, judgment of 26 November 1997, Reports 1997-Ⅶ*, p.2622, para.39.

77) Ibid., loc. cit.

국제법상의 의무이탈행위의 궁극적 목적은 국가가 정상적인 상태, 즉 인권이 충분히 보장되는 헌법적 질서를 회복하도록 하는 데에 있다.

국제감시기구들은 그들에게 제기된 관련 사건과 관련하여 발생한 위기상황에 대하여 관련 조약의 견지에서 독립적으로 판단을 내려야 할 권리와 의무가 있다.

한편 유럽에서는 각 체약국에게 자신의 영토 안에서 "국가의 존립을 위태롭게 하는 공공의 비상사태"가 발생하였는지 스스로 평가할 수 있는 폭넓은 재량권을 주고 있다.

의무이탈행위를 정당화하는 위기상황은 사실상 국가의 존립에 대한 위해(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 및 유립인권협약의 경우) 또는 독립 · 안보(미주인권협약의 경우)에 대한 실질적 위협에 해당할 정도로 심각한 것이어야 한다. 예를 들어 단순 소요, 무질서, 대규모 시위 등은 이러한 상황에서 제외된다.

비상사태가 선포되어야 할 상황은 사전에 국내법에 신중하게 규정되어 있어야 한다.

의무이탈행위는 예외적인 것이기 때문에 상황의 긴급성이 엄격하게 요구하는 기간과 장소로 제한되어야 한다.

개별 국가들은 비상사태 선포 관련 통지에 언급된 지역 이외의 지역에 대하여는 합법적으로 예외적인 권한행사를 할 수 없다.

국제인권법상의 의무이탈행위가 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이어서는 아니 된다. 권리의 본질적인 내용들은 인간에 내재된 것이다. 의무이탈행위는 권리의 온전하고 효과적인 행사를 합법적으로 제한하는 것에 그친다.

3. 국제인권법상에서 제한될 수 없는 권리와 의무

3.1 들어가는 말

의무이탈행위와 관련한 국제인권법 조항들의 구조를 살펴보면, 국가가 그 보장의무로부터 이탈하는 것이 금지되는 인권은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2), 미주협약 제27조(2), 유럽인권협약 제15조(2)에 열거된 권리들에 한정되는 것처럼 보이기도 한다. 그러나 실제로 법률적인 문제는 조금 더 복잡하다. 예를 들어, 국제인도법상 보장되는 권리라던가 전체적인 국제인권법에 내재되어 있는 권리들도 제한할 수 있는지 및 그에 대한 보호의무들로부터 이탈할 수 있는지의 문제도 포함된다. 이 주제는 복잡하고, 또 현재에도 많은 변화가 진행되고 있는 영역이므로, 이 절에서는 제한될 수 없는 권리의 본질적인 특징들만을 검토하기로 한다.

*****

생명권, 고문이나 기타 부당한 대우를 받지 않을 권리들은 제한될 수 없는 권리임에도 불구하고 현실에서는 이에 대한 침해가 종종 발생한다. 자유권규약위원회는, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 체약국들이 가지고 있는 국내법의 관련 조항들이 위 규약 제4조(2)의 요건을 충족하지 않는 경우들이 있어 비상사태가 발생하더라도 절대적인 법적인 보호를 받아야 할 이러한 권리들이 그러한 보호를 받지 못하고 있다는 점을 반복적으로 지적한 바 있다.[78)]

3.2 관련 법률조항

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2)는 다음과 같이 규정하고 있다:

> "제6조, 제7조, 제8조(1), (2), 제11조, 제15조, 제16조, 제18조의 권리들을 보장할 의무로부터는 이탈할 수 없다."

위 조항에 열거된 권리들의 내용은 다음과 같다.

- 생명권 – 제6조
- 고문, 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급 또는 형벌, 자유로운 동의 없는 의학적, 과학적 실험을 받지 않을 권리 – 제7조
- 노예상태, 노예매매 및 예속상태로부터 자유로울 권리 – 제8조
- 계약상의 의무의 이행불능만을 이유로 구금되지 않을 권리 – 제11조
- 소급입법의 적용을 받지 않을 권리 – 제15조
- 법 앞에 인간으로서의 인정받을 권리 – 제16조
- 사상, 양심, 종교의 자유에 관한 권리 – 제18조
- 사형을 받지 않을 권리 – 제2 선택의정서 제6조

미주인권협약 제27조(2)는 다음과 같이 규정하고 있다.

> "위 규정은 다음 조항의 정지를 허용하지 아니 한다: 제3조[법인격(juridical personality)에 관한 권리], 제4조(생명권), 제5조(인도적 처우를 받을 권리), 제6조(노예상태로부터의 자유), 제9조(소급입법으로부터 자유), 제12조(양심과 종교의 자

78) 예를 들면, the Committee's comments in UN docs : *GAOR*, A/48/40 (vol. Ⅰ), p.43, para.184(Tanzania): p.101, para.459 (Dominican Republic); *GAOR*, A/53/40 (vol. Ⅰ), p.39, para.241 (Uruguay); *GAOA*, A/56/40 (vol. Ⅰ), p.32, para. 9(b) (Trinidad and Tobago) 참조.

유), 제17조(가정에 대한 권리), 제18조(성명에 대한 권리), 제19조(아동의 권리), 제20조(국적에 대한 권리), 그리고 제23조(공무담임권) 또는 이들 권리를 보호받는데 필수적인 사법적 보장"

유럽인권협약 제15조(2)는 다음과 같이 규정하고 있다.

"전쟁에서 합법적인 전투로 사망하는 경우를 제외하면 제2조, 그리고 제3조, 제4조(1), 제7조에 대하여는 본 조항을 근거로 어떠한 이탈로 허용되지 아니 한다."

나아가 사형제도의 폐지에 관련된 유럽인권협약 제6 추가의정서(Protocol No. 6 to the Convention relating to the abolition of the death penalty)의 제3조는 위 제6 추가의정서의 규정에 대하여는 유럽인권협약 제15조에 따른 의무이탈이 허용되지 아니한다고 명시하였다. 마지막으로 유럽인권협약 제7 추가의정서 제4조에 규정된 *일사부재리의 원칙(the principle of ne bis in dem)* 역시 같은 이유로 위 추가의정서 제4조(3)에 따라 의무이탈이 허용되지 아니한다[역주: 제7 추가의정서 제4(3)이 "이 조항에 대하여는 협약 제15조에 따른 의무이탈이 허용되지 아니한다"고 규정하고 있다].

이를 종합해보면, 결국 유럽인권협약상의 제한 불가능한 권리들은 다음과 같다.

- ❖ 생명권 – 제2조
- ❖ 고문, 비인도적이고, 굴욕적인 취급이나 형벌을 받지 않을 권리 – 제3조
- ❖ 노예상태 및 예속상태로부터 자유로울 권리 – 제4조(1)
- ❖ 소급입법으로부터 자유로울 권리 – 제7조
- ❖ 사형을 받지 않을 권리 – 제6 추가의정서 제3조
- ❖ 일사부재리 또는 이중처벌금지(double jeopardy)의 원칙 – 제7 추가의정서 제4조

*****

이하에서는 국가가 그 보장의무로부터 이탈할 수 없는 주요한 권리들에 대하여 간단하게 전체적으로 살펴보도록 한다. 이 절에서는 위와 같은 국가의 법적 의무를 설명하기 위해 비상상황 또는 강력 범죄와 테러리즘에 대항하는 투쟁들과 관련이 있는 사건들을 사례로 선택하였다. 생명권, 고문을 받지 않을 권리, 노예제도의 금지, 사상, 양심, 종교의 자유, 차별금지 등과 같은 권리들에 대한 좀 더 상세한 해석을 접하

고 싶은 독자들은 이 매뉴얼의 다른 관련 장들을 참조하기 바란다.

이러한 권리들이 제한 불가능함에도 불구하고, 이러한 권리들은 비상상황 하에서 자주 침해되고, 그러한 침해의 결과 비상상황에서 정상상황으로 복귀하는 것이 더욱 어려워지기도 한다. 이러한 상황에서 개인의 보호를 위해 종사하는 법관, 검사, 변호사들의 역할은 다른 어떤 때보다도 중요하다. 그들은 숭고한 책임감을 가지고 독립적이고 공평하게 권한을 행사해야 하며, 그들 역시 법적인 보호를 받아야만 한다.

3.3 생명권

생명권은 세 개의 모든 인권협약에서 제한 불가능한 것으로 적시되어 있다. 따라서 생명권은 어떤 경우에도 법에 의해 보호되어야 하고, 어느 누구도, 어떠한 상황에서도 자의적으로 살해되어서는 아니 된다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제6조, 미주인권협약 제4조, 유럽인권협약 제2조가 생명권을 보호하는 구체적인 정도는 사형과 관련하여 체약국이 가입한 개별적인 조약들의 내용에 따라 달라지기는 하지만, 자유권규약위원회에서 지적한 바와 같이 사형에 대한 제한은 "의무이탈이 허용되는지에 관한 문제와는 관련이 없다."[79] 세 개의 조약 중에 유럽인권협약만이 "생명의 박탈이 이 조항에 위반하여 부과된 것으로 간주되지 아니하기 위한" 세부적 상황을 규정하고 있는데, 이는 전체적으로 "절대적으로 필요한 힘의 행사(use of force)의 결과인 때"를 규정한 것이다.

(a) 위법한 폭력으로부터 개인을 보호하기 위한 경우
(b) 합법적인 체포를 위한 경우이거나, 합법적으로 구금된 사람의 도주를 방지하기 위한 경우
(c) 폭동 또는 반란을 진압할 목적으로 행사된 합법적인 조치로 인한 경우[제2조(2)]

유럽인권재판소의 판시에 따르면, "제2조(2)에 나열된 예외들은 이 조항의 적용범위가 고의적인 살인도 포함하고 있다는 것을 보여준다." 제2조(2)는 "생명의 박탈이라는 결과를 초래할 수 있는 의도적이지 않은 결과로서 '힘의 행사'가 허용되는 상황을 보여준다."[80] "절대적으로 필요한"이라는 개념의 의미는 "행사되는 힘은 제2조(2)

79) General Comment No. 29 (72), in UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ), p.204, para.7.

80) *Eur. Court HR, Case of McCann and Others v. the United Kingdom, Series A, No. 324*, p.46, para.148.

(a),(b) 그리고 (c)에 나열된 목적을 달성하는데 엄격하게 비례해야 한다."는 것을 뜻한다.[81] 이러한 세부 요건의 예는 법을 집행하는 과정에서 행사한 힘으로 인해 발생한 치명적인 결과에 대하여 심사해야 할 각국의 국내 법관들과 국제감시기구의 구성원들에게 유용한 지침이 될 수 있다.

생명권을 국제인권법이 보호하고 있다는 사실은 무엇보다도 자의적이고 사법절차에 의하지 않는 살상은 자행되거나 용인되어서는 절대 아니 된다는 점, 그리고 이 매뉴얼의 제15장에서 언급한 바와 같이 국가는 생명권 침해를 예방, 수사, 기소, 처벌, 구제해야 할 법적인 의무가 있다는 점을 의미한다. 생명권을 효과적으로 보장하기 위해 적극적인 조치들을 취할 법적인 의무는 공공의 비상사태의 경우라고 하여 사라지지 않는다.

국가는 항상 생명권을 보호하기 위한 적극적인 조치를 취해야 한다.

국가는 어떤 경우에도 자의적이거나 사법절차에 의하지 않는 살상을 자행하거나 용인하여서는 아니 된다.

국가의 존립을 위협하는 비상상황에서도, 국가는 생명권의 침해를 예방, 수사, 기소, 처벌 그리고 구제해야 할 엄격한 법적 의무가 있다.

3.4 고문 및 잔혹한, 비인도적인, 굴욕적인 취급 또는 형벌을 받지 않을 권리

고문이나 다른 형태의 부당한 대우를 받지 않을 권리 역시 모든 조약에서 제한될 수 없는 권리로 규정되어 있다[시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제7조, 미주인권협약 제5조(2), 유럽인권협약 제3조]. 이것은 각 국가가 어떤 경우에도 예를 들면, 형벌을 가하거나, 자백이나 테러혐의자 또는 다른 범죄자로부터 정보를 끌어내기 위하여 고문, 잔혹하거나 비인도적인 굴욕적인 취급 또는 형벌을 가할 수 없다는 것을 의미한다. 미주인권재판소는 각 국가가 평화의 시기와 마찬가지로, 자유를 박탈당한 사람의 권리를 포함하여 인권의 보호자가 되어야 하고, 따라서 구금기관의 상황들에 대하여 책임을 져야 한다고 판결해 왔다.[82]

유럽인권재판소는 "한 번 시작되면 몇 시간동안 계속되었던" "정신적 혼돈 상태" 또는 "감각 마비"를 유발하는 다음과 같은 다섯 가지 취조기술을 종합적이고 계

81) Ibid., p.46, para.149.

82) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. Case judgment of May 30. 1999, Series C. No.52*, p.219, para.195 참조.

획적으로 사용한 행위는 유럽인권협약 제3조에 반하는 "비인도적이고 굴욕적인 취급에 해당하는 것으로 평가"된다고 판결한 바 있다. 위 다섯 가지 취조기술은, 벽에 세워 놓는 행위(wall-standing), 두건을 뒤집어 씌우는 행위(hooding), 소음에 노출시키는 행위, 잠을 재우지 않는 행위, 그리고 음식과 물을 제공하지 않는 행위 등이다. 이러한 "기술"들은 1970년대 초반 북아일랜드의 여러 수사기관이 사용하였다.[83] 유럽인권재판소는 *Tomasi v. France* 사건에서, 신청인이 "40여 시간에 걸쳐 계속된" 경찰 조사에서 "뺨을 맞고, 발로 차이고, 주먹과 팔뚝으로 맞고, 오랜 시간 강제로 서 있고, 손을 몸 뒤쪽으로 한 상태에서 수갑이 채워져 있었고, 열린 창문 앞에 발가벗긴 채 오랜 시간 서 있고, 식사를 빼앗기고, 소총으로 위협받고, 사람들이 그의 얼굴에 침을 뱉는 등의 상황에 처해 있었는데," 이 역시 유럽인권협약 제3조를 위반한 것이라고 판시하였다.[84] 유럽인권재판소는 이런 대우가 "비인도적이고 굴욕적인" 것으로서 유럽인권협약 제3조에 반한다고 판시하는 데에서 더 나아가, "범죄, 특히 테러리즘과 싸우기 위한 수사의 필요성과 어려움들을 부정할 수 없지만, 그렇다고 하더라도 개인의 신체의 완전성(physical integrity)과 관련한 보호장치들을 포기하여서는 아니 된다."고 판시하였다.[85] 한편 *Aksoy* 사건에서는, 신청인에게 가해진 대우는 "고문으로 밖에는 평가될 수 없는 가혹하고 잔혹한 것"이었다. 위 사건에서 신청인은 테러리스트 행동과 관련된 혐의로 구금되어 있으면서 "Palestinian hanging"이라는 대우를 받았는데, 이는 "발가벗겨진 상태에서 양손을 등 뒤로 묶고, 그 양 손을 천장에 매다는 것"을 말한다. 이러한 부당한 대우는 "신청인의 자백과 정보를 끌어낼 목적으로 의도적으로 가해진" 것이었는데, 그 결과 상당한 기간 신청인의 양 손은 마비되었다.[86]

한편 미주인권재판소는 *Castillo Petruzzi et al.* 사건에서, 혐의자들을 36~37일간 외부와 단절하여 구금한 것, 그리고 이들을 법정에 출석시킬 때 "눈을 가리거나 두건을 씌운 채 입장시키거나 결박 또는 수갑을 채운 채 입장시킨 것"은 그 자체로 미주인권협약 제5조(2)를 위반한 것이라고 판결하였다.[87]

같은 사건에서 미주인권재판소는, 군사법원이 피해자에게 부여한 감금 조건들

---

83) *Eur. Court HR. Case of Ireland v. the United Kingdom, judgment of 18 January 1978. Series A. No.25*. p.41. para.96. and pp.66~67, paras.167~168 참조.

84) *Eur. Court HR. Case of Tomasi v. France. judgment of 27 August 1992, Series A, No.241-A*, p.40, para.108 참조.

85) Ibid., p.42, para.115.

86) *Eur. Court HR. Case of Aksoy v. Turkey. judgment of 18 December 1996, Reports 1996-Ⅵ*. p.2279, para. 64.

87) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. Case. judgment of May 30. 1999. Series C. No.52*. p.218. para.192.

역시 "잔인하고, 비인도적이며 굴욕적인 취급에 해당"하는 것으로 미주인권협약 제5조를 위반한 것이라고 판결했다.[88] 위 군사법원의 판결에 따르면, 피해자들에 대한 강제구금 조건에는 "'페루의 교정국장(Director of the National Bureau of Prisons)이 지정한 독방에서 생활하되, 첫 1년간은 계속 감금하고, 그 후에는 강제노동을 하는 것'이 포함되어 있었다."[89] 미주인권재판소는 위 판결에서 "지속적인 고립과 교류 단절은 그 자체로 잔인하고 비인도적인 처벌이며, 인간의 심리적, 정신적 존엄성을 해친다."는 법리를 원용하였다.[90] 미주인권재판소에 따르면, "*외부와 단절된* 구금은 그것이 피구금자에게 미치는 지대한 영향에 비추어 볼 때 극단적인 대우에 해당한다. '외부세계와의 단절은 모든 개인에게 도덕적, 심리적 고통을 주고, 개인을 극히 취약한 상태에 놓이게 함으로써 교도소에서 공격적이고 자의적인 행동을 유발할 가능성을 증대시킨다.'"[91] 따라서 "*외부와 단절된* 구금, … 채광이 전혀 되지 않는 작은 방에 홀로 구금시키는 것, … 면회의 제한 … 과 같은 모든 조치들은 미주인권협약 제5조(2)에 규정된 잔인한, 비인도적이고 굴욕적인 취급에 해당한다."[92] 또, 피구금자에 대한 무력의 행사와 관련하여 미주인권재판소는 다음과 같은 법리를 원용하였다.

> "구금된 사람의 바람직한 행동을 유도하기 위해 엄격히 요구되는 정도를 초과한 무력의 행사는 인간의 존엄성에 대한 침해에 해당하므로 … 미주인권협약 제5조에 반한다. 테러를 방지하기 위한 수사의 긴급한 필요성과 여러 어려움을 부정할 수 없지만 그러한 요소들 때문에 개인의 신체의 자유에 대한 보호장치를 축소시키는 것은 허용되지 않는다."[93]

고문이라는 주제와 관련한 상세한 내용은 이 매뉴얼의 제8장 2절 및 제11장 제4절에 기술되어 있다.

고문 및 잔인한, 비인도적이고 굴욕적인 취급 또는 형벌은 언제나 금지되며, 전쟁이나 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태가 발생한 경우에도 마찬가지이다.

고문 및 다른 부당한 대우는 테러리즘이나 다른 강력범죄와의 전쟁을 수행하는 과정에서도 엄격하게 금지된다.

88) Ibid., pp.220~221, para.198.
89) Ibid., p.219, para.193.
90) Ibid., p.219. para.194.
91) Ibid., p.219. para.195.
92) Ibid., p.220. para.197.
93) Ibid., loc. cit.

고문 및 다른 부당한 대우는 혐의자로부터 정보를 얻거나 자백을 얻어내기 위한 목적으로 이용될 수 없다.

비상사태가 발생한 경우에도 외부와 단절된 구금이라는 조치는 여전히 국제법에 의해 금지된 부당한 대우에 해당한다.

3.5 인도적 처우를 받을 권리

미주인권협약 제5조(2)는 "자유를 박탈당한 모든 사람을 인간 고유의 존엄성을 존중받으면서 처우된다."고 규정하고 있고, 이러한 인도적 처우를 받을 권리는 위 협약 제27조(2)에 제한될 수 없는 권리로 명시되어 있다.

같은 권리에 대하여 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제10조는 "자유를 박탈당한 모든 사람은 인도적으로 또한 인간의 고유한 존엄성을 존중하여 취급된다."고 규정하고 있다. 위 규약 제4조(2)에서는 이를 제한될 수 없는 권리로 나열하지 않고 있으나, 일반논평 제29호에서 자유권규약위원회는 "위 규약 제10조는 의무이탈의 대상이 될 수 없는 국제인권법의 일반원칙을 규정한 것이다. 인간의 고유한 존엄성에 대하여 언급하고 있는 위 규약 서문, 위 규약 제7조, 제10조 등 긴밀하게 연결되어 있는 제반 규정들이 그 근거이다."는 견해를 밝힌 바 있다."[94)]

자유권규약위원회에 따르더라도 위 규약 제7조와 제10조의 구분이 분명하지는 않다. 예를 들어, S. Sextus v. Trinidad and Tobago 사건에서 위 규약 제10조가 위반되었다고 인정되었는데, 이 사건에서 신청인이 주장한 내용에 따르면, 그의 감방은 사각형의 두 변이 9피트, 6피트 정도 되는 넓이에 화장실은 없이 단순한 플라스틱 양동이가 화장실용으로 제공되었고, 작은 구멍(두 변이 8인치인 사각형)이 환기시설의 전부였고, 자연광은 없었으며, 하루 24시간 동안 형광등만 켜져 있었다. 신청인은 자신이 선고받은 사형판결이 75년형으로 감형된 다음에는 같은 크기의 감방을 9-12명의 수용자들과 함께 사용해야 했고, 침대가 하나 밖에 없어서 그는 바닥에서 자야 했다. 당사국이 아무런 답변을 하지 아니하였기에, 자유권규약위원회는 신청인의 주장에 의존하여 위 규약 제10조(2)이 위반되었다고 인정하였다.[95)] 위 규약 제10조(1)의 위반여부를 다룬 사건들 중에는 M. Freemantle v. Jamaica 사건이 있다. 그 사건 또한 열악한 구금상태와 관련이 있다. 위 사건에서 당사국은 신청인의 주장을 반박하지 못하였는데, 신청인의 주장에 의하면 그는 2제곱미터의 감방에 매일 22시간 갇혀 지내

94) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ), p.205, para.13(a).

95) Communication No. 818/1998, *S. Sextus v. Trinidad and Tobago* (Views adopted on 16 July 2001), in UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅱ), p.117, para.7.4. read in conjunction with p.112, paras 2.2 and 2.4

야 했고, "깨어 있는 시간 대부분을 강요된 어둠 속에서 보내야 했으며," 대부분의 시간을 다른 사람과 격리되어 지내야 했고, 일을 하거나 교육받는 것이 금지되었다.[96)]

자유를 박탈당한 사람들의 인도적 처우를 받을 권리는 비상상황을 포함하여 어떤 경우에도 보장되어야 한다.

인도적 처우를 받을 권리의 의미는 무엇보다도, 자유를 박탈당한 사람이라도 인간으로서의 존엄성이 존중되는 조건에 수용되어야 한다는 것을 뜻한다.

3.6 노예제도, 예속상태로부터 자유로울 권리

노예제도, 예속상태로부터 자유로울 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약[제4조(2), 제8조(1), (2)]과 유럽인권협약[제15조(2), 제4조(1)]에 따르면 제한될 수 없는 권리에 포함된다. 다만 위 규약 제8조(1)만이 조문상 명백하게 "노예제도와 노예매매는 어떤 형태로도 허용될 수 없다."고 규정하고 있다.

한편, 미주인권협약 제27조(2)에 따르면 미주인권협약 제6조에 규정된 권리 모두가 제한될 수 없는 권리에 해당하므로, 노예상태, 비자발적인 예속상태, 노예매매, 여성인신매매로부터 자유로울 권리 뿐 아니라 더 나아가 강제적이거나 의무적인 노역을 요구받지 않을 권리도 제한이 불가능하다.

생명권을 규정하는 조항들과 마찬가지로, 강제적이거나 의무적인 노역을 하지 않을 권리를 규정하는 조항들은 일정한 형태의 노동을 "강요되거나 의무적인 노동"의 개념 자체로부터 제외시키는 제한가능조항을 함께 가지고 있다. 공동체의 존립을 위협하는 긴급사태 또는 그러한 위험이나 재난이 발생한 상황에서 요구되는 역무가 그 예이다. 이러한 제한조항의 요건을 충족시키는 경우라면 공공의 비상사태의 경우에도 그러한 노역은 강제될 수 있다[관련조항의 문언은 위 규약 제8조(3)(c)(iii), 미주인권협약 제6조(3)(c), 유럽인권협약 제4조(3)(c)에서 확인할 수 있다].

의무이탈과 관련한 조항을 두고 있지 않는 "아동의 권리에 관한 협약" 제34조, 제35조에 의하면, 체약국은 성적 착취와 성적 학대로부터 아동을 보호하고 "목적과 형태를 불문하고, 약취, 아동매매, 거래 등을 방지"할 법적인 의무를 부담하고 있다. 이러한 법적 의무들은 2002년 1월 18일부터 실시되는 "아동매매 · 아동성매매 및 아동음란물에 관한 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서"(the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child

96) Communication No. 625/1995. *M. Freemantle v. Jamaica* (Views adopted on 24 March 2000), in UN doc. *GAOR*. A/55/40 (Ⅱ), p.19. para.7.3.

Prostitution and Child Pornography)에 의해 강화되었다.[97]

노예제도, 노예매매, 예속상태, 여성과 아동 인신매매는 어떤 경우에도 절대적으로 금지되고, 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 및 유립인권협약의 경우) 또는 국가의 독립이나 공공 안전을 위협하는 공공의 비상사태(미주인권협약의 경우)의 경우에도 마찬가지이다.

무력충돌이나 기타 비상사태와 같은 경우에도 국가는 그러한 불법적 행위들을 미연에 방지하고, 수사하고, 기소하고, 처벌할 뿐 아니라 피해자들에게 구제수단을 제공하는 등 적극적 조치를 취해야 할 법적인 의무가 있다.

3.7 소급입법으로부터 자유로울 권리, 일사부재리의 원칙

3.7.1 소급입법의 금지

행위 당시에 범죄를 구성하지 않은 작위 또는 부작위로 인해 유죄판결을 받지 않을 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제15조(1), 미주인권협약 제9조, 유럽인권협약 제7조(1)에 의해 보장된다. 위 조항들은 범죄가 완성된 시기에 적용되는 것보다 무거운 형벌을 받는 것 또한 금지하고 있다. 여기에 더하여 위 규약 제15조(1), 미주인권협약 제9조는 범죄를 저지른 사람이 그 범죄 이후에 가벼운 형벌로 개정된 경우 개정된 형벌로 처벌받을 권리도 보장하고 있다.

비상상황에 어떠한 중대한 행위가 발생한 경우 이에 대처하기 위해 소급입법을 도입하려는 유혹이 있을 수 있겠지만, 이것은 국제인권법에 의해 엄격하게 금지된다. 이 원칙의 목적은 분명하다. 즉, 모든 개인은 비상상황을 포함하여 어떤 경우에도 자신의 행위가 불러 올 형사처벌과 제재의 내용을 예측할 수 있어야 한다는 것이다[***예측가능성의 원칙(the principle of foreseeability)***]. 인권을 존중하는 법치주의 국가에서는 이 원칙에 반하는 법적 불안정을 다른 어떤 상황으로도 정당화할 수 없다.

한편, 위 규약 제15조는 그럼에도 불구하고 "국제사회(the community of nations)에 의해서 인정되는 법의 일반원칙에 따라 행위 당시에 범죄를 구성하는 작위 또는 부작위를 이유로 당해인을 재판하고 처벌하는 것"에 대하여 예외를 인정하고 있다. 유럽인권협약 제7조(2)은 이와 관련하여 "국제사회"라는 표현 대신에 "문명국가들"(civilized nations)라는 표현을 사용하고 있는데, 이는 사실상 같은 의미이다.

97) 이 선택의정서에 대한 자세한 정보는 유엔 웹사이트 참조: www.unhchr.ch/html/menu2/dopchild.htm

*****

자유권규약위원회는 *Weinberger v. Uruguay* 사건에서 위 규약 제15조(1)이 위반되었다는 견해를 밝혔는데, 위 사건은 피해자가 형법의 소급적 적용에 의해 유죄판결을 받은 사건이었다. 당시 피해자는 "헌법적 질서를 해치고자 하는 파괴적 분위기 조성"에 관여하였다는 이유로 군사형법의 "국가전복죄"로 유죄판결을 받고 8년 징역형을 선고받았다. 유죄판결의 주된 근거는 "그가 특정 정당의 당원 자격을 가지고 있었다는 점"으로 알려졌는데, 그러한 당원 자격 유지는 행위 당시 법에 의하여 금지된 것이 아니었다.[98]

[**추록**: 한편 자유권규약위원회는 위 규약 제15조의 소급입법에 대한 예외조항과 관련하여, 테러리즘이라는 개념에 대한 에스토니아의 지나치게 넓은 해석, 그리고 이스라엘의 지나치게 모호한 정의, 또 이러한 해석 및 정의의 역효과 등에 대하여 우려를 표시한 바 있다. 자유권규약위원회는 위 두 국가 정부에 각 국내법을 위 규약에 합치되도록 개정할 것을 요구하였다. (Official Records of the General Assembly, Fifty-eighth Session, Supplement No.40 (A/58/40), vol. I, paras. 79(8) and 85(14).)

위와 유사하게, 자유권규약위원회는 태국에서 최근 선포된 비상사태와 관련하여도 명확성이 떨어진다는 우려를 표시하였다. 자유권규약위원회는 태국의 남쪽 3개의 지역에 비상사태를 선포한 근거법률이 "위 규약 상의 권리들을 제한하는 것 자체에 대하여 불명확하게 규정하고, 그 제한 범위에 대해서도 불명확하게 규정하고 있으며, 나아가 비상사태 하에서 공무를 집행하는 공무원들을 법적인 처벌과 징계 대상에서 제외시킴으로써 면책권과 관련된 문제를 더 악화시키고 있다"고 밝히고, 태국에 위 규약을 준수할 것을 강조하였다.(Official Records of the General Assembly, Sixtieth Session, Supplement No.40 (A/60/40), vol. I, para. 95(13).)]

*****

유럽인권재판소는 *Kokkinakia v. Greece* 사건에서 유럽인권협약 제7조(1)과 관련하여 "형법의 소급적용은 기소된 자에게 불이익할 뿐 아니라, 좀 더 일반적으로 말하면 법만이 범죄와 형벌을 정의할 수 있다(nullum crimen, nulla poena sine lege)는 원칙, 그리고 형법은 '유추해석 등과 같은' 방법으로 기소된 자에게 불리하게 확대해석될 수 없다는 원칙에 반한다고 판결하였다. 이러한 원칙에 부합하기 위하여는 어떤 작위나 부작위가 형사처벌 대상인가에 하는 문제에 대하여 개인이 관련된 법

98) Comunication No. R.7/28: *Weinberger v. Uruguay* (Views adopted on 29 October 1978), in UN doc. *GAOR*. A/36/40, pp.118~119. paras. 12 and 16.

률조항을 읽어봄으로써, 그리고 필요한 경우에는 법원의 판단을 받음으로써 알 수 있어야 한다."[99] 달리 말하면, ***어떤 행동을 범죄로 규정하는 법률조항의 합리적인 범위를 넘은 불명확성***은 유럽인권협약 제7조(1)에 반하는 것이 된다. 그러나 그러한 형법의 소급적 적용이 피고인에게 불리하지 않고 ***유리***하게 작용하는 경우에는 유럽인권협약 제7조(1)의 위반의 문제는 발생하지 않는다.[100]

위 규약 제15조(1), 미주인권협약 제9조 및 유럽인권협약 제7조(1)은 ***예방적인 조치들***에 대하여는 언급하지 않고 있지만, 특별한 경우에는 그러한 예방조치들 역시 "형벌"에 해당하는 것으로 평가될 수 있다. 유럽인권재판소는 *Welch v. the United Kingdom* 사건에서 예방적인 조치의 일종인 몰수 명령은 유럽인권규약 제7조(1)의 "형벌"에 해당한다고 판시하였다.[101] 위 사건에서 신청인은 마약범죄로 20년의 징역형을 선고받았는데,[102] 그 마약사건의 담당법관은 범행 시점 ***이후에*** 시행된 법률규정에 근거하여 추가로 몰수명령을 선고하였다. 위 몰수명령에 상응하는 금전을 납부할 수 없었던 신청인은 20년의 징역형 이외에 추가로 2년 동안 복역해야 했다.[103]

3.7.2 일사부재리의 원칙

일사부재리의 원칙을 제한될 수 없는 권리로 명백하게 규정한 것은 유럽인권협약이 유일하다. 유럽인권협약에 의하더라도 하나의 같은 국가 내에서 이루어지는 형사절차와 관련되어서만 일사부재리의 원칙이 적용된다(제7 추가의정서 제4조 참조). 위 추가의정서의 제4조(1)은 다음과 같다.

> "어느 누구도 한 국가의 법률 및 형사절차에 따라 이미 최종적으로 무죄 또는 유죄판결을 받은 범죄에 대하여 같은 국가의 관할권 하의 형사절차에서 다시 재판받거나 처벌당하지 아니한다."

위와 같은 규정에도 불구하고 일정한 요건 하에서는 같은 사건을 다시 심리할 수 있다. "새로운 증거가 발견되거나 새롭게 밝혀진 사실관계가 있는 경우, 또는 이전

99) *Eur. Court HR. Case of Kokkinakis v. Greece, judgment of 25 May 1993, Series A. No. 260-A*. p.22. para.52.

100) *Eur. Court HR. Case of G. v. France. judgment of 27 September 1995, Series A. No. 325-A*. p.38. paras.24~27.

101) *Eur. Court HR. Case of Welch v. the United Kingdom. judgment of 9 February 1995. Series A*. No.307-A. p.14, para.35.

102) Ibid., p.7. para.9.

103) Ibid., p.7. para.9~10.

에 진행된 절차에서 재판결과에 영향을 미친 근본적인 오류가 발견된 경우" 등이 그러한 예이다[제7 추가의정서 제4조(2) 참조].

유럽인권재판소는 *Gradinger v. Austria* 사건에서 일사부재리의 원칙이 위반되었다고 판단한 바 있다. 위 사건에서 신청인은 오스트리아 지방법원에서 운전부주의로 사망사고를 낸 행위로 유죄판결을 받고 벌금형을 선고받았는데, 거기에 더하여 해당 지역의 관계당국은 도로교통법(the Road Traffic Act)에 따라 음주운전행위에 대하여 벌금을 부과하였다.[104] 하지만 결과적으로 오스트리아 지방법원은 위 신청인의 음주상태가 위 운전부주의의 원인이라고 평가되거나 형법에 따라 처벌할 만큼 심하지 않았다고 판단하였다.[105]

일사부재리의 원칙은 위 규약 제14조(7)에 규정된 바와 같이 유죄판결과 무죄판결 모두에 적용될 수 있다. 반면에 미주인권협약 제8조(4)는 "상소할 수 없는 판결"에 의하여 무죄선고를 받은 자만을 열거하고 있다.

어느 누구도 행위 시에 범죄를 구성하지 않는 작위나 부작위로 형사처벌을 받지 않을 권리가 있다.

유럽에서는 형법의 소급적용이 적용된다는 의미는 더 나아가 범죄는 법에 의해 명백히 정의되어 있어야 하고, 법은 기소된 자에게 불리하게 확장해석 되어서는 아니 된다는 원칙도 포함하는 의미이다.

국제인권법은 유죄판결을 받는 자에게 불리하게 형벌을 소급적용하는 것을 금지하고 있다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약, 미주인권협약은 여기서 더 나아가 범죄 이후에 개정된 법률에 의하여 보다 가벼운 형벌을 받을 권리를 보장한다.

유럽인권협약은 일사부재리의 원칙을 제한 불가능한 것으로 규정하고, 한 국가에서 이루어지는 절차와 관련하여 중복하여 재판을 받지 않도록 보호하고 있다.

위와 같은 권리들은 언제라도 효과적으로 보장되어야 하며, 이는 전쟁이나 다른 공공의 비상사태의 경우에도 마찬가지이다.

104) *Eur. Court HR. Case of Gradinger v. Austria. judgment of 23 October 1995, Series A. No. 3280-G*. p.55. paras.7~9.

105) Ibid., p.55. para.8.

3.8 법적 인격체로 인정될 권리

법적 인격체로서 인정받을 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제16조, 제4조(2), 미주인권협약 제3조, 제27조(2)에 의해 제한이 불가능한 권리로 보장되어 있다. 법 앞에 인격체로 인정받을 권리는 모든 개인이 권리와 의무의 주체가 될 수 있다는 것을 의미할 뿐만 아니라 국내 법원과 다른 권한 있는 기관에서 자신의 권리와 자유를 주장할 수 있다는 것을 의미하고, 나아가 국제감시기구에 진정할 수 있는 권리가 있다는 의미에서 매우 중요하다.

인권의 향유와 행사를 위한 전제조건으로서 법적 인격체에 관한 권리의 기본적 성격을 고려하여, 미주인권협약은 이를 논리적으로 생명권 보다 앞서 규정함으로써 명시적으로 보장하고 있다.

*****

자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제16조의 문맥을 근거로 이집트 정부에 무슬림에서 다른 종교로 개종한 사람들의 법적인 지위에 관한 정보를 제출할 것을 요구한 바 있다. 무슬림 종교법에서는 그러한 무슬림들을 "법적으로 사망"한 것으로 취급되는 것으로 비춰졌기 때문이다.[106] 간호사에게 입양된 실종자의 어린이와 관련한 사건에서도 아르헨티나의 위 규약 제16조의 위반 여부가 검토되었다. 그런데 위 사건에서는 자유권규약위원회가 위 소녀의 권리가 침해되었다는 주장을 받아들이지 않는데, 그 이유는 아르헨티나 법원이 "그녀에게 신원을 부여하기 위해 노력하고, 또 신분증을 발급하였기" 때문이었다.[107] 한편 미주인권위원회의 견해에 따르면 실종된 사람의 자녀를 삭제(removal)하는 것은 미주인권협약 제3조에 따른 위 자녀의 "법적인 인격체로 인정받을 권리"를 침해하는 것이다.[108]

모든 인간은 어떤 경우에도 법 앞에 법적 인격체로 인정받을 권리를 갖고 있다. 이러한 기본적 권리를 제한하는 행위는 어떤 여건이나 어떤 신념으로도 정당화할 수 없다.

106) UN doc. *GAOR*. A/39/40, p.57. para.301.

107) Communication No. 400/1990, *D, R. Monaco de Galtichil. on her own behalf and on behalf of her granddaughter X. Vicario* (Views adopted on 3 April 1995), in UN doc, *GAOR*. A/50/40 (vol. Ⅱ), p.14. para.10.2.

108) A study about the situation of minor children of disappeared persons who were separated from their parents and who are claimed by members of their legitimate families. in OAS doc. OEA/Ser.L/V/Ⅱ.74.doc.10. rev. 1. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1987~1988*. p.340.

3.9 사상, 양심, 종교의 자유

모든 개인의 사상, 양심, 종교-신념을 보유할 권리를 포함하여-의 자유는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(2), 제18조에 의해 제한 불가능한 권리로 해석되고 있고, 미주인권협약 제12조, 제27조(2)는 양심과 종교의 자유를 제한될 수 없는 권리로 규정하고 있다.

이 권리의 실체적인 내용에 대해서는 이미 이 매뉴얼 제12장에서 검토한 바 있으므로 이 절에서 이를 다시 분석하지는 않을 것이다. 다만 위 규약 제18조(3)과 미주인권협약 제12조(3) 모두 개인의 종교 또는 신념을 외부로 표명하는 자유에 관하여는 일정한 제한을 허용하고 있고, 따라서 이러한 제한은 공공의 비상사태에서도 역시 허용된다는 점에 주목하여야 한다. 그러나 어떠한 심각한 위기상황이 발생하였다고 하더라도 이러한 제한은 법률유보의 원칙에 입각하여 이루어져야 하므로, 위 제한은 "법률에 규정된 대로 이루어져야 하고," "공공의 안전과 질서, 공중보건 또는 도덕의 보호, 타인의 기본적 권리 및 자유의 보호하기 위한" 범위 내에서 이루어져야 한다.[109] 따라서 무력충돌 또는 다른 중대한 위기상황이 발생한다고 하더라도, 사상, 양심, 종교의 자유를 외부로 표명하는 권리의 제한은 앞서 본 목적 이외의 다른 이유로는 이루어져서는 아니 된다.[110]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 미주인권협약은 사상, 양심, 종교의 자유를 절대적으로 보장하고 있으므로, 이는 어떤 상황에서도 제한될 수 없다.

종교와 신념을 외부로 표명하는 권리는, 전쟁이나 기타 공공의 비상사태의 경우라고 하더라도, 제한조항의 일반적인 제한 기준에 따라서 판단되어야만 한다.

3.10 계약상의 의무의 이행불능만을 이유로 구금되지 않을 권리

"계약상의 의무의 이행불능만을 이유로 구금"되지 않을 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제11조에 의해 보장되고, 위 규약 제4조(2)에 따라 제한이 불가능하다. 자유권규약위원회는 가봉 공화국에 대하여 "개인을 민사적인 채무를 이유로 구금하는 것(그것은 위 규약 제11조의 위반이 된다)에 대한 우려"를 표명한 바 있다. 당시 가봉은 민사채무를 이유로 개인을 구금하는 제도를 철폐하도록 요구받았

109) 위 규약 제18조(3)은 "기본적"(fundamental)이라는 용어를 포함하고 있으나, 미주인권협약 제12조(3)에는 이 용어가 없다.

110) General Comment No. 29 of the Human Rights Committee, in UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p.204, para.7 참조.

다.[111] 또 자유권규약위원회는 마다카스카르 정부에 대하여도 "계약상의 의무를 이행하지 못한 경우 구속하는 제도를 폐지하지 않은 이유가 무엇인가"라는 질문을 한 적이 있다. 이러한 제도는 위 규약 제11조에 반한다.[112] 달리 말하자면, 이러한 권리는 당해 국가의 발전 정도에 관계없이 항상 모든 국가에서 보장되어야 한다.

계약상의 의무의 이행불능을 이유로 구금되지 않을 권리는 전쟁이나 공공의 비상사태를 포함하여 언제라도 모든 국가에서 보장되어야 한다.

3.11 가정에 대한 권리

가정에 대한 권리는 미주인권협약에서만 제한 불가능한 권리로 규정되어 있다[제27조(2), 제17조]. 미주인권협약 제17조(1)에 따르면 "가정은 사회의 자연적이고 기초적인 단위이며, 사회와 국가로부터 보호받을 권리가 있다." 이 조항은 "결혼적령기의 남녀의 혼인할 권리, 가정을 부양할 권리"를 보장하고 있고[제17조(2)], "혼인은 장래의 배우자들의 자유롭고 완전한 합의가 없는 한 성립되지 않는다."고 규정하고 있기도 하다[제17조(3)]. 나아가 당사국에 "혼인기간 중 및 혼인의 해소 시에 혼인에 대한 배우자의 권리 평등과 책임의 적정한 균형을 보장하기 위하여 적절한 조치를 취할 것"을 요구하고 있다[제17조(4)]. 마지막으로, "법률은 서출자와 적출자에 대하여 동등한 권리를 인정한다."고 규정하고 있다[제17조(5)].

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제23조와 유럽인권협약 제12조은 가정에 대한 권리를 제한 불가능한 권리로 규정하지는 않지만, 공공의 비상사태가 발생하는 경우라고 하더라도 이 권리를 과연 제한할 필요성이 있는지 상상하기는 쉽지 않다. 미주인권협약 제17조에 규정된 이 권리들은 여성차별철폐협약 제16조에도 기재되어 있는데, 위 협약에는 의무이탈에 관한 어떤 조항도 마련되어 있지 않다.

남성과 여성이 자유롭고 완전한 합의에 의해 혼인할 권리, 가정을 부양할 권리를 포함하고 있는 가정에 대한 권리는 미주인권협약에서 명백하게 제한 불가능한 권리로 보장되어 있으므로, 항상 보장되어야 한다.

111) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ). p.44, para.15.
112) UN doc. *GAOR*, A/46/40. p.134, para.544.

3.12 성명에 대한 권리

성명에 대한 권리는 미주인권협약 제18조에 의해 보장되고 있는데, 위 조항에 의하면 "모든 사람은 이름과 부모 쌍방 또는 일방의 성을 가질 권리가 있다. 법률은 필요하다면 추정적 성명(assumed name) 사용에 의해서라도 모든 사람에게 이 권리가 보장되도록 방안을 규정하여야 한다." 미주인권위원회는 실종된 부모의 미성년 아동과 관련한 사건에서 부모들과의 분리의 결과로 그들은 정체성과 성명에 대한 권리를 침해받았고, 이는 위 협약 제18조에 반한다는 견해를 밝힌 바 있다.[113]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이나 유럽인권협약은 성명권을 명백하게 보장하지 않고 있지만, 아동의 권리에 관한 협약 제7조와 제8조는 이를 인정하고 있다. 위 협약에는 권리제한에 대한 아무런 조항도 포함되어 있지 않은데, 이와 관련하여 자유권규약위원회는 "아동의 권리에 관한 협약 제38조에서 명백하게 지적하고 있듯이, 위 협약은 비상사태의 경우에도 적용된다."는 견해를 밝힌 바 있다.[114] 아동의 권리에 관한 협약 제38조(1)에 의하면 "당사국은 아동과 관련이 있는 무력분쟁에 있어서, 국제인도법의 규칙을 존중하고, 그 존중을 보장할 의무를 진다."

미주인권협약에 따라 보장되는 모든 사람의 성명에 대한 권리와 아동의 권리에 관한 협약에 따라 보장되는 모든 아동의 성명권에 대한 권리는 전쟁이나 다른 공공의 비상사태의 경우를 포함하여 어떤 경우에도 보장되어야 한다.

3.13 아동의 권리

미주인권협약 제19조에 의하면 "모든 미성년 아동은 미성년이라는 조건에 의하여 그의 가족, 사회, 국가에게 요구되는 보호조치를 받을 권리가 있다." 이와 관련하여 미주인권위원회는 아동을 그들의 실종된 부모로부터 떼어 놓는 것이 위 조항에 위반된다는 견해를 밝힌 바 있다.[115] 미주인권위원회는 또, 페루 무장세력이 가르시아 전

113) A study about the situation of minor children of disappeared persons who were separated from their parents and who are claimed by members of their legitimate families, in OAS doc. OEA/Ser.L/V/Ⅱ.74. doc.10. rev.1. *Annual Report of the Inter-American Commission on* Human Rights 1987~1988. p.340

114) General Comment No.29. in UN doc. *GAOR*. A/56/40 (vol. Ⅰ). p.208. footnote e.

115) A study about the situation of minor children of disappeared persons who were separated from their parents and who are claimed by members of their legitimate families, in OAS doc. OEA/

대통령의 자녀 4명을 수일 동안 가택연금 하에 둔 것은 미주인권협약 제19조를 위반한 것이라는 견해를 밝히기도 하였다.[116]

"출생 직후 등록될 수 있는 권리", 성명에 대한 권리, 국적을 취득할 권리와 같이 특별한 보호를 받을 수 있는 아동의 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제24조에 의하여 보장된다. 위 조항은 *문구 자체로(expressis verbis)* 제한될 수 없는 권리로 규정되어 있지는 아니하지만, 위 조항에 따라 미성년 아동에게 특별한 보호장치를 제공할 국가의 의무는 사회적 변혁기에 특히 매우 중요하다.

국가에 아동을 위한 특별한 보호수단들을 도입할 의무를 부과하는 아동의 권리에 관한 협약의 여러 조항 중, 특히 각 국가에 아동을 "신체적, 정신적 폭력"으로부터 보호할 적절한 수단을 갖출 것을 요구하는 제19조와 아동에 대한 성적 착취와 성적 학대를 예방하는데 "적절한 국내적, 양국 간, 다국 간 조치를 취할 것"을 요구하는 제34조에 주목할 필요가 있다. 아동의 권리에 관한 협약에는 아무런 이탈조항도 포함되어 있지 않기 때문에, 비상사태의 경우를 포함하여 모든 경우에 위 협약의 규정들이 적용되어야 한다는 것이 전제되어 있다. 국가에 의해 행해지거나 용인된 아동에 대한 모든 형태의 신체적, 정신적 부당한 처우는 고문이나 다른 형태의 부당한 처우의 일반적 금지 원칙에 반하는 것이다.

특별한 보호를 받을 수 있는 미성년 아동의 권리는 미주인권협약 체약국에게는 문언 자체에 의하여 제한될 수 없는 권리이다.

아동은 제한이 불가능한 것으로 규정되어 있는 모든 권리들을 온전하고 효과적으로 향유할 수 있는 권리를 갖고 있다. 모든 형태의 부당한 처우와 착취로부터 아동을 보호할 특별한 조치들이 반드시 취해져야 하고, 이는 전쟁이나 공공의 비상사태의 경우에도 마찬가지이다.

3.14 국적을 가질 권리

미주인권협약 제20조(1), (2)에 따르면, "모든 사람은 국적을 가질 권리를 가진다." 그리고 " 다른 국적을 가질 권리가 있는 경우가 아닌 이상, 모든 사람은 출생한 국가의 국적을 가질 권리가 있다." 미주인권협약 제20조(3)은 "어느 누구도 국적 또는

Ser.L/V/Ⅱ.74. doc.10. rev.1. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1987~1988*. p.340

116) *Report No. 1/95, Case No. 11.006 v. Peru, 7 February 1995*, in OAS doc. OEA/Ser.L/V/Ⅱ.88, doc.9 rev. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human 1994*, p.101

국적을 바꿀 권리를 자의적으로 박탈당하지 아니한다."고 규정하고 있다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약은 아동의 국적에 대한 권리만을 규정하고 있다(위 규약 제24조(3)과 3.13절 참조).

이와 관련하여 미주인권재판소는 "국적을 '개인을 당해 국가와 연결시켜 주고, 애국심과 충성심으로 한데 묶어주며, 그 국가로부터 외교적 보호를 받을 권리를 부여해 주는 정치적, 법률적 결합'이라고 표현해 왔다."[117] 그러나 미주인권재판소의 판시에 따르면 "국제법은 국가에 의하여 향유되는 폭넓은 권력에 일정한 제한을 가하고 있고, 국적은 오늘날 인권이라는 쟁점에 대한 관할을 포함하여 관할권을 가지는 국가를 정하기 위한 개념으로도 인식되고 있다."[118]

1970년대 군사독재시절 당시 인정되었던 칠레 대통령의 다음과 같은 예외적인 권한, 즉 비상사태가 선포된 경우 칠레인의 국적을 박탈할 수 있는 권한과 관련하여 미주인권위원회는 모든 비상사태는 본질적으로 일시적인 것인데 "시민이나 그들의 가족들에게 그들의 여생 동안 영향을 끼치게 되는 돌이킬 수 없는 조치를 취하도록 하는 권한이 어떻게 가능하고 필요하다고 하는 것인지" 납득할 수 없다는 견해를 밝힌 바 있다.[119]

국적에 대한 권리는 미주인권협약 체약국에 대하여는 제한 불가능한 권리이기 때문에 어떠한 경우에도 반드시 보장되어야 한다.

3.15 공무담임권

미주인권협약 제23조는 모든 시민들에게 다음의 권리를 보장하고 있다.

- "직접 또는 자유롭게 선택한 대표를 통해서 공적 업무수행에 참여할 권리" – 제23조(1)(a)
- "보통, 평등, 비밀선거의 방식으로 실시되는 진정으로 정기적인 선거에 투표하고 선출될 수 있는 권리" – 제23조(1)(b)
- "일반적으로 평등한 조건으로 자국의 공무에 취임할 수 있는 권리" – 제23조(1)(c)

117) *I-A Court HR. Castillo Petruzzi Case, judgment of May 30, 1999. Series C. No.52, p.182. para.99*

118) Ibid., p.183. para.101.

119) OAS doc. OEA/Ser.L/V/Ⅱ.40, doc. 10, *Inter-American Commission on Human Rights – Third Report on the Situation of Human Rights in Chile(1977), p.80, para.8.*

미주인권협약 제23조(2)은 위와 같은 권리의 행사를 제한하는 것 자체는 허용하고 있으나, 그러한 제한은 "연령, 국적, 거주지, 언어, 교육, 민사적 및 정신적 능력 또는 형사절차에서 권한 있는 법원에 의한 선고에 의해서만" 가능하다. 한편 미주인권협약 제27조(2)에서는 제한할 수 없는 권리로 공무담임권을 규정하고 있는데, 이는 비상상황의 긴급성에 대처하려는 목적 하에서도 민주적인 헌법질서를 유지하는 것이 근본적으로도 매우 중요하다고 믿는 미주인권협약 체약국들의 확신의 표현이다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제25조에 규정된 동일한 권리는 제한 불가능한 권리로 규정되어 있지는 않다. 유럽인권협약에 대한 제1 추가의정서 제3조에 규정된 동일한 권리 역시 제한 불가능한 권리로 규정되어 있지는 않고, 그 권리 자체도 더욱 제한되어 있다[역주: 유럽인권협약 제1 추가의정서 제3조(자유선거의 권리) "체약국들은 입법부의 선출에 있어서 국민의 자유로운 의사표시를 확보할 수 있는 조건 하에서 합리적인 간격을 두고 비밀투표에 의한 자유선거를 실시할 것을 약속한다].

미주인권협약 체약국은 당해 국가의 독립과 안전보장을 위협하는 비상상황의 경우를 포함하여 어떤 경우에도 공무담임권을 보장하여야 한다.

3.16 제한될 수 없는 권리들과 효과적인 절차적, 사법적 보호를 받을 권리

제한될 수 없는 권리들을 현실의 비상상황에서 실제로 완전하고 효과적으로 보장하기 위해서는 그것의 제한불가능성을 단순히 선언하는 것만으로는 불충분하다. ***거기서 더 나아가 이러한 권리들을 침해받았다고 주장하는 피해자들이 항상 활용할 수 있는 효과적인 국내법상의 구제수단이 반드시 존재하여야 한다.*** 이에 대하여 자유권규약위원회는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조에 대한 일반논평 제29호를 통해 다음과 같이 선언하였다.

"위 규약 제4조(2)에서 제한될 수 없는 것으로 명백하게 규정된 권리들과 관련하여, 사법적 심사를 받을 권리를 포함한 절차적 보호장치들이 뒤따라야 한다는 점은 너무나 자명하다. 제한될 수 없는 권리들의 보장의무를 교묘하게 회피하기 위한 시도들이 위 규약의 절차적 보호장치를 제약하게 하여서는 아니 된다. 위 규약 제4조의 의무이탈권한을 명목으로 사용하여 제한될 수 없는 것으로 규정된 권리들을 실질적으로 제한하는 결과가 초래되는 상황이 벌어져서는 아니 된다. 따라서 예를 들면, 위 규약 제6조의 권리는 그 전체가 제한될 수 없는 권리이므로, 비상상황 하에서라고 하더라도 사형이 선고될 가능성이 있는 모든 재판은 위 규약 제14조, 제15조의 요건들을 포함

하여 위 규약의 모든 요건들을 충족하는 방식으로 이뤄져야 한다."[120]

한편 자유권규약위원회는 법률유보의 원칙과 법의 지배라는 원칙과 관련하여 다음과 같이 언급하였다.

> "16. ***위 규약 제4조에 규정되어 있는 바와 같이, 국가의 의무이탈행위와 관련된 보호장치들은 위 규약 전체에 내재되어 있는 법률유보와 법의 지배라는 원칙에 기초하고 있다.*** 정당한 재판을 받을 권리의 특정 요소들은 심지어 무력충돌의 와중에도 국제인도법에 의해 보장되는 것이기 때문에, 자유권규약위원회로서는 그 이외의 비상상황이라는 이유로 이를 제한하는 어떠한 행위에 대하여도 정당성을 인정할 수 없다. ***비상사태 하에서도 공정한 재판을 받을 권리의 기본적인 요소들이 반드시 보장되어야 한다는 결론은, 법률유보의 원칙과 법의 지배라는 원칙 자체로부터 도출된다는 것이 우리 자유권규약위원회의 견해이다.*** 법률에 의하여 설치된 법원만이 개인에 대한 형사범죄에 대하여 심리하고 판결을 선고할 수 있는 권한을 가진다. 무죄추정의 원칙은 관철되어야 한다. 구금의 적법성에 대하여 지체 없이 법원의 판단을 받을 수 있는 권리는 보장되어야 한다. 국가가 의무이탈권한을 행사한다고 하여 이러한 권리들이 위축되어서는 아니 된다."[121]

미주인권협약 제27조는 어떤 경우에도 제한될 수 없는 권리의 목록을 나열한 다음 "이들 권리의 보호에 필수적인 사법적 보장"(the Judicial guarantees)을 추가로 규정하고 있다. 이 부분 규정은 미국의 제안에 의해 1969년도의 특별미주회담(1969 Specialized Inter-American Conference)에서 채택되었는데, 위 규정은 미주인권재판소의 관할권과 관련하여 매우 중요한 의미가 있다.[122]

제한될 수 없는 권리들의 "보호를 위해 필수적인 사법적 보장"의 의미와 관련하여, 미주인권재판소는 다음과 같이 판결한 바 있다.

> "(사법적 보장은) 권리와 그 행사를 보호, 확보, 주장하기 위해 인정되는 것이다. 각 체약국은 개인들의 권리와 자유를 인정하고 존중할 의무 뿐 아니라, 더 나아가 그러한 권리와 자유의 실효성을 담보하기 위하여 도입된 적절한 조치를 통해 각각의 권리가 보장되게 하여 권리와 자유가 보호하고, 행사될 수 있도록 할 의무가 있다.[123]

120) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ). p.206, para.15.

121) Ibid., p.206, para.16. 강조는 추가됨.

122) *OAS doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Conferencia Especializada Inter-Americana so bre Derechos Humanos. San Jose, Costa Rica. 7-22 de noviambre de 1969. Actas y Documentos*, p.448

123) *I-A Court HR, Adviso교 Opinion OC-8/987 of January 30, 1987, Habeas Corpus in Emergency Situations (arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights). Series A, No.8,*

그러나 "제한될 수 없는 권리를 보장하기 위한 '필수적인' 사법적 구제절차가 무엇인지는 각 권리에 따라 다르다. 인간의 신체적 완전성에 대한 권리들을 보호하는데 필요한 '필수적' 사법적 보장수단은 성명에 대한 권리를 보호하는데 필요한 구제절차와는 다를 것이다."[124] 요컨대, 미주인권협약 제27조(2)의 해석상 "필수적인" 사법적 구제절차란 통상적인 기준에서 볼 때 개인의 권리와 자유가 충분히 향유될 수 있도록 하는데 효과적인 보호장치가 되는 구제절차, 그리고 반대로 그것이 없다면 충분한 향유가 위태롭게 되는 구제절차를 말한다."[125] 그리고 또 한편 다음과 같은 측면도 있다.

> "그러한 보장은 ***필수적인*** 것이어야 할 뿐 아니라 더 나아가 ***사법적(judicial)***인 성격의 것이어야 한다. 여기서 말하는 '사법적'이라는 것은 형식만 사법적인 것을 말하는 것이 아니라 권리를 진정으로 보호할 수 있는 실질적인 사법적 성격의 것을 말한다. 이 개념에는 비상사태에서 채택한 조치들의 적법성을 판단할 수 있는 독립적이고 공평한 사법부에 의한 적극적인 관여가 내포되어 있다."[126]

최종적으로 미주인권협약 제25조(1), 제7조(6)에 규정된 보호장치들이 여기에서 말하는 제한 불가능한 권리들의 보장을 위해 필수적인 사법적 구제절차에 해당되는지 여부의 문제는 미주인권재판소가 결론지어야 할 문제였다.[127] 미주인권협약 제25조(1)의 내용은 다음과 같다.

> "모든 사람은 관련국의 헌법이나 법률 또는 이 협약에 의하여 인정된 자신의 기본적 권리를 침해하는 행위에 대한 보호를 받기 위하여 법원이나 재판소에 간단하고 신속하거나 기타의 실효적인 구제를 구할 권리가 있다. 그러한 침해가 공무 수행 중인 자에 의하여 이루어진 경우에도 같다."

미주인권협약 제7조(6)은 다음과 같은 권리를 보장하고 있다.

> "자유를 박탈당한 사람은 법원이 체포나 구금의 적법성에 대하여 지체없이 판단하고, 체포나 구금이 불법적인 경우 그의 석방을 명할 수 있도록, 권한 있는 법원에 절차를 취할 권리가 있다. 자신의 자유가 박탈당할 위협을 받고 있다고 믿는 자에게 그러한

---

pp.40~41, para.25.

124) Ibid., p.41, para.28.

125) Ibid., p.42, para.29.

126) Ibid., p.42. para.30. 강조는 추가됨.

127) Ibid., p.42. para.31.

> 위협의 적법성을 판단받기 위하여 권한 있는 법원에 절차를 취할 권리를 보장하는 법률을 가진 당사국에서는 이러한 구제조치가 제한되거나 폐지될 수 없다. 이해관계자 또는 그의 대리인이 이러한 구제조치를 추구할 수 있다."

미주인권재판소는 미주인권협약 제25조(1)와 관련하여 위 조항은 "'amparo(역주: 주로 라틴아메리카 국가에서 인정되는 것으로, habeas corpus가 신체적 완전성에 대한 헌법적 권리를 침해당한 경우의 구제수단이라고 볼 수 있는데 반해, amparo는 그 외 헌법상 기본권이 침해당한 경우에 대법원이나 헌법재판소에 이의제기하여 권리구제를 받을 수 있는 절차를 말한다.)'라고 알려진 절차적 구제수단을 의미하는데, 이는 국가의 헌법과 법률 또는 미주인권협약에 의해 보장되는 모든 종류의 권리를 보호하기 위하여 고안된 간단하고 신속한 제도"라고 판시한 바 있다. 따라서 미주인권재판소에 따르면 "미주인권협약 제27조(2)에 제한 불가능한 것으로 나열되어 있는 권리들에 대하여도 위 제도가 적용될 수 있음"은 명백하다.[128] 미주인권협약 제7조(6)에 규정된 내용은 위 제25조(1)에 의해 도입된 "amparo" 제도의 한 구성요소에 불과하다.[129] 특히 생명권과 신체적 완전성에 대한 권리의 보호와 관련된 *인신보호영장제도*의 중요성에 대하여 미주인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "35. 인신보호영장제도가 제도의 목적, 즉 구금을 사법적으로 통제하려는 목적에 맡게 운용되려면 피구금자가 권한 있는 담당 판사 또는 담당 법원을 직접 대면하는 것이 필요하다. 이를 통해 인신보호영장제도는 개인의 생명과 신체적 완전성을 보호하고, 개인의 위치를 추적하여 개인의 실종을 예방하고, 나아가 개인이 고문, 잔혹하거나 비인도적, 굴욕적인 형벌이나 처우를 받지 않도록 보호하는데 있어 결정적인 역할을 한다.
>
> 36. 최근 수십 년 간 이 지구상에서 많은 사람들에 의하여 목격된, 몇몇 정부가 자행하거나 묵인한 실종, 고문, 살인 등에 비추어 보면, 앞서 본 인신보호영장제도의 중요성을 다시 한번 확인할 수 있다. 인신보호영장제도의 보호를 받을 권리의 보장이 전체적 또는 부분적으로 정지될 때마다 위와 같이 생명권 및 인도적인 처우를 받을 권리가 위협을 받게 되었기 때문이다."[130]

미주인권재판소는 다음과 같은 결론을 내렸다. "***인신보호 영장제도와 amparo***는 미주인권협약 제27조(2)에 의해 제한 불가능한 것으로 규정된 권리들의 보장을 위

128) Ibid., pp.42~43. para.32.
129) Ibid., p.44. para.34.
130) Ibid., p.44. paras.35~38.

해 필수불가결한 사법적 구제수단 중 하나이고, 나아가 위 제도는 민주주의가 지배하는 사회에서 법치주의를 담보하는데 크게 기여하고 있다."[131]

미주인권협약 제25조(1)과 관련하여 미주인권재판소는, 미주인권협약에 의하여 보호되는 권리의 침해에 대하여 실효적인 구제수단을 마련해두지 않는 행위 역시 그 자체로 미주인권협약 위반이라고 판결해 왔다. 이 구제수단은 "실질적으로 유효한" 것이어야 하고, "위 구제수단이 당해 국가가 처한 조건들 때문에 사문화되어 있다고 평가되는 경우에는 이를 두고 유효한 구제수단이라고 할 수 없다. 심지어 특정 사건의 특수한 성격 때문에 당해 사건에서는 효과가 없다고 평가되는 경우에도, 위 구제수단을 두고 유효한 구제수단이라고 할 수는 없다."[132] "통상적인 상황"에서는 "미주인권협약이 인정한 모든 권리들과 관련하여" 위와 같은 결론을 내릴 수 있다. 특히 비상사태와 관련하여 미주인권재판소는 다음과 같이 판시하였다.

> "체약국의 비상사태의 선포로 인하여 – 당해 국가의 국내법상으로 그 비상사태를 어떻게 정의하고 어떤 명칭으로 부르든지 관계없이 – 제한될 수 없는 권리를 보호하기 위해 만들어진 사법적 보장수단이 정지되거나 무력화되는 결과가 발생하여서는 되어서는 안 된다는 점을 이해하고 있어야 한다."[133]

또, 미주인권재판소에 따르면, "미주인권협약 제8조에서 언급한 적법절차의 원칙(due process of law)은 미주인권협약과 관련한 모든 사법적 보호장치들에 대하여 적용되는 것으로 이해되어야 하고, 나아가 미주인권협약 제27조에 의해 보장의 정지라는 조치가 취해지는 경우에도 적용되어야 한다."[134] 미주인권재판소는 미주인권협약 제8조(공정한 재판을 받을 권리)를 위 협약 제7조(6), 제25조, 제27조(2)와 함께 체계적으로 해석하면서 다음과 같이 판시하였다.

> "적법절차의 원칙은 미주인권협약이 중요성을 부여한 사법적 보장을 구성하는 필수적인 요소이다. 그렇다면 위 원칙 또한 비상사태 하에서라도 정지될 수 없는 원칙이라는 결론에 이를 수밖에 없다. 제한될 수 없는 인권을 보장하기 위해서 인신보호영장제도 또는 amparo가 필수적이라는 점을 상기해보면, 위와 같은 결론의 정당성 역시

131) Ibid., p.48. para.42. 강조는 추가됨.

132) *I–A Court HR, Advisory Opinion OC–9/87 of October 6, 1987, Judicial Guarantees in States of Emergency [arts. 27(2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights], Series A, No.9*, p.33, para.24.

133) Ibid., pp.33~34, para.25.

134) Ibid., p.35. para.29.

분명해 진다.[135]"

미주인권재판소는 마지막으로 다음과 같이 판시하면서 사법적 보장에 대하여 제기된 의문에 대한 기본적인 답변을 마무리하였다.

> "미주인권협약 제27조(2)이 정한 제한될 수 없는 인권을 보호하기 위한 필수적인 사법적 보장은 위 협약 제7조(6), 제25조(1)을 통해 명시적으로 요구되는 내용이다. 이러한 요구는 미주인권협약 제8조의 기본구조 및 여러 원칙들과 같은 맥락에 있다. 국가가 처한 예외적인 상황에서 비롯된 보장의 일시정지 상태 속에서도 법의 지배라는 원칙을 계속 유지하기 위해서는 이러한 사법적 보호장치가 필수적으로 요구된다."[136]

미주인권재판소의 위와 같은 해석과 판단기준은 그 후 *Neira Alegria et al.* 사건에서도 그대로 적용되었다. 이 사건에서 미주인권재판소는 페루 정부가 미주인권협약 제7조(6)에 의해 보장되는 *인신보호영장제도*라는 원칙을 위반하여 3명의 개인에게 피해를 주었다고 판시하였다. 미주인권재판소에 따르면, 위 사건에서 페루 정부는 "제한적으로 군사작전지역을 설정할 수 있는 법률을 적용함으로써 무장한 군대가 San Juan Bautista 교도소를 통제하고 관할하도록 한 것은 *인신보호영장제도*를 사실상 정지시키는 결과를 야기하였다."[137] 당시 페루에서는 위 교도소의 반란을 진압하는 과정에서 많은 수감자들이 사망하였다. 그 후 Mr. Neira-Alegra와 위 폭동 직후 실종된 다른 두 피구금자들에 의해 *인신보호영장* 심사절차를 개시해 줄 것을 요청하는 신청이 제기되었다. 그러나 이러한 신청은 결국 기각되었는데, 기각의 이유는 그 실종된 피구금자들이 납치되었다는 것이 입증되지 않았다는 것, 또 그 사건들에 대하여 현재 군사법원의 조사가 진행 중이라는 것, "이런 종류의 사건들은 *인신보호영장제도*의 적용범위를 벗어났다는 것" 등이었다."[138]

---

135) Ibid., p.35. para.30.

136) Ibid., p.39. para.38.

137) *I-A Court HR, Neira Alegria et al. Case, judgment of January 19, 1995. OAS doc.* OAS/Ser. L/V/Ⅲ.33. doc. 4, *Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1995:* p.60. para.84.

138) Ibid., p.59. para. 79. 미주인권협약 제7조 제6항 및 제25조 위반과 관련된 내용은, *I-A Court HR, Suarez Rosero case, judgment of November 12, 1997, Serise C, No.35.* pp.72~75, paras.57~66 참조.

국제인권법에서 법률유보라는 원칙과 법의 지배라는 원칙은 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 및 유립인권협약의 경우) 또는 국가의 안전보장과 독립을 위협하는 공공의 비상사태(미주인권협약의 경우)를 비롯하여 어떠한 경우에도 지켜져야 한다. ***이는 개인의 인권과 기본적인 자유를 존중하는 헌법질서 하에서는 개인의 행동 뿐 아니라 국가의 행위 역시도 법의 규제를 받아야 한다는 것을 의미한다.***

제한될 수 없는 권리들은 위와 같은 비상사태에서도 충분히 보장되어야 한다.

이를 달성하기 위해, 모든 국가는 위 권리들을 침해당하였다고 주장하는 자가 국내법원 또는 다른 독립적이고 공정한 기구를 통해 이를 주장할 수 있도록 ***효과적인 국내법상의 구제수단****을 마련해야한다. 국가의 어떠한 의무이탈행위도 이러한 구제수단의 실효성에 장애가 되는 방향으로 작용해서는 아니 된다. 그 의무이탈행위가 적법하다고 하더라도 마찬가지이다.*

시민적 정치적 권리에 관한 국제규약에 따르면 ***사형****이 선고될 가능성이 있는 형사재판에 관하여는 독립되고 공평한 재판소에서 재판받을 권리가 절대적으로 보장된다. 이러한 가능성이 있는 형사재판절차는 항상 위 규약 제14조에 규정된 적법절차의 원칙을 준수하여야 하고, 위 적법절차의 원칙 역시 어떠한 비상사태에서도 제한이 불가능하다. 나아가 위 규약 제15조에 제한될 수 없는 권리로 규정되어 있는 소급입법으로부터 자유로울 권리도 보장되어야 한다.*

미주에서는, 제한될 수 없는 권리의 완전한 향유를 보장하는 국내법상의 구제수단은 성격상 ***인신보호영장제도 또는 amparo****와 같은* ***사법적****인 성격을 지닌 것이어야 하고, 관련 절차는 반드시* ***적법절차의 원칙****에 따라 이루어져야한다. 위와 같은 측면에서, 위 원칙들 역시 미주인권협약에 의하여 제한 불가능한 것으로 보호된다.*

4. 제한 가능한 권리들과 엄격한 필요성의 요건

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(1)과 유럽인권협약 제15조(1) 모두 엄격한 비례의 원칙(the principle of strict proportionality)을 규정하고 있다. 이것은 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태의 경우에 당사국은 오직 "사태의 긴급성에 의하여 엄격히 필요한 한도 내에서" 위 규약이나 위 협약에 의한 법적 의무로부터 이탈하는 조치들을 취할 수 있다는 것을 의미한다. 미주인권협약의 당사국은 위 협약 제27조(1)과 관련하여 오직 "사태의 긴급성에 의하여 엄격히 필요한 한도와 기한 내에서" 그러한 조치들을 취할 수 있다. 그러나 아래에서 보는 바와 같이 위 기간이라는 요소는 위 규약 제4조(1)과 유럽인권협약 제15조(1)의 엄격한 필요성의 요건이 의미하는 것에 특별한 내용을 추가하고 있지는 않다. 마지막으로 유럽사회헌장(1961년)

제30조와 개정 유럽사회헌장(1996년) 제F조는 위 헌장의 권리를 제한하는 어떠한 조치들도 "사태의 긴급성에 의하여 엄격히 필요한 한도 내로" 제한되어야 한다고 규정하고 있다.

4.1 일반적인 해석을 통한 접근

4.1.1 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(1)

자유권규약위원회는 엄격한 비례의 원칙이 "위 규약상의 의무를 이탈하는 어떤 조치들에도 요구되는 기본요건"이자 "비상사태와 그것을 이유로 취해진 의무이탈 조치들의 지속기간, 지리적 영역, 내용적 범위"와 관련되는 요건이라고 말해 왔다. 비상사태에서 위 규약상의 일부 의무들로부터 이탈하는 것은 평상시에 허용되는 위 규약 일부 조항의 제한(limitations) 또는 제약(restrictions)과는 전혀 다르다. 그럼에도 불구하고, 규약상 어떠한 이탈이 사태의 긴급성에 의하여 엄격하게 필요한 한도 내로 한정해야 할 의무는, 이탈권한과 제한 권한에 모두 적용되는 비례의 원칙[139]을 반영한다. 더욱이 위 위원회는 다음과 같은 점을 지적하고 있다.

> "특정 조항으로부터 이탈을 허용하는 것이 그 자체로는 사태의 긴급성에 의하여 정당화될 수 있다는 사실만으로, 그 이탈에 따라 취해진 구체적 조치들 또한 그 사태의 긴급성에 의하여 필요한 것이라는 점을 보여주어야 한다는 요건을 배제하는 것은 아니다. 실제로 이것은, 위 규약의 어떤 조항도 그에 따른 권리가 유효하게 제한되더라도 당사국의 행동에 완전히 적용될 수 없는 것은 아니라는 것을 보장한다."[140]

더욱이 위 규약 제4조(2)에서 제한할 수 없는 권리들을 열거한 것이, *반대로* 국가의 존립이 위협받는 경우에 위 조항에 포함되지 않은 권리들의 제한이 무제한적으로 허용될 수 있다는 주장을 정당화할 수는 없다. 왜냐하면 "모든 권리제한 조치가 사태의 긴급성에 의하여 엄격하게 필요한 한도 내로 축소되어야 한다는 법적 의무는, 당사국과 자유권규약위원회 모두에게 실제 상황의 객관적인 판단에 기초하여 위 규약의 각 조항을 주의 깊게 분석할 의무를 부여"하고 있기 때문이다.[141]

이러한 언급에 비추어 보면, 자유권규약위원회가 취해진 권리제한 조치들에 대

139) General Comment No.29, in UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. Ⅰ), p.203, para.4.
140) Ibid.
141) Ibid., p.203, para.6

한 엄격한 필요성을 자체적으로 평가하는 것은 분명하다. 위 위원회는 위 언급을 통해 초기에 다룬 *Landinelli Silva and Others* 사건에서 채택된 견해를 확인하고 있다. 위 사건은 어떤 정치 집단 구성원들의 정치적 권리에 대한 극단적인 제한과 관련되어 있다. 비록 위 사건의 사실관계는 결국 위 규약 제4조와 관련하여 심리되지는 않았지만, 위 위원회는 우루과이에서 비상사태가 존재했음을 전제로 비난의 대상이 되었던 조치들의 엄격한 필요성에 관하여 조사를 했다.[142)]

자유권규약위원회는 당사국들의 정기보고서를 검토하면서, 다양한 사안에서 엄격한 비례성의 요건에 일치하는지에 관하여 의문을 제기했다. 예를 들면, 위 위원회는 "이스라엘이 독립 이후부터 계속해서 시행 중인 광범위한 비상사태에 깊은 우려"를 표명하면서, "이스라엘 정부는 비상사태의 범위, 적용 지역과 관련 권리들의 제한을 가능한 규제한다는 관점에서 비상사태를 계속 갱신할 필요가 있는지 검토"할 것을 권고하였다. 위 위원회는 특히, 일부 조항은 제한될 수 없고, 다른 조항들은 오직 "사태의 긴급성에 의하여 엄격하게 필요한 한도 내에서 제한될 수 있다"는 점을 상기시켰다.[143)] 스페인과 영국은 다른 어느 나라보다도 비상조치들을 오랫동안 과도하게 사용해 왔다고 비난받아 왔다. 스페인의 경우, 자유권규약위원회는 예를 들어 "헌법 제55조(2)에 따른 테러혐의자에 대한 권리 제한과 그러한 상황들이 영구적인 비상입법을 야기하고 있는 사실"을 우려했다. 영국의 경우, 위 위원회는 북아일랜드에서의 "테러방지법률에 따른 경찰의 과도한 권한 행사," "경찰의 무기사용에 관대한 규정들" 그리고 "많은 비상조치들과 그 계속적인 적용"에 관하여 우려를 표명했다.[144)]

이러한 예들은 위 위원회가 당사국들이 채택한 비상조치들의 ***지역적, 시간적, 내용적*** 범위에 관하여 명백하게 우려를 갖고 있다는 것을 보여준다.

4.1.2 미주인권협약 제27조(1)

미주인권재판소는 *비상사태에서의 인신보호*에 관한 권고적 의견에서 다음과 같이 판단했다.

> "미주인권협약 제27조(1)은 상황들이 서로 다르다는 것을 예정하고 있고, 더욱이 비상사태에서 취할 수 있는 조치들은 '그 사태의 긴급성'에 맞추어 이루어져야 하기 때

142) Communication No.8/34. *J. Landinalli Silva and Others* (Views adopted on 8 April 1981), in UN doc. *GAOR*. A/36/40, p.133, para.8.4

143) UN doc. *GAOR*. A/53/49. p.47. para.307.

144) UN doc. *GAOR*. A/46/40. p.45. para.183 (Spain), and p.102. para.411 (United Kingdom)

> 문에 어느 비상사태에서 허용될 수 있는 것이 다른 경우에는 적법하지 못할 수도 있다는 것은 분명하다. 각각의 특별한 사태를 처리하기 위해 제27조(1)에 따라 취해진 조치들의 적법성은 그 비상사태의 성격, 강도, 만연된 정도, 구체적 내용과 그 조치들의 비례성, 합리성에 달려 있다."[145]

위 제27조에 따라 이탈하는 조치들을 취할 수 있는 권한은, 다른 말로 하면, 비상사태를 처리하기 위한 신축성 있는 도구이자 공동체를 정상으로 되돌리는 것을 목표로 하는 도구이다. 따라서 평화, 질서, 민주주의를 회복하는 수단이 될 수 없는 의무 이탈은 미주인권협약에서는 적법하지 않게 된다.

위에서 언급한 권고적 의견에서, 미주인권재판소는 당국에 의해 취해진 조치는 "비상사태를 선포하는 법령에 자세하게 기재되어 있어야" 하고, 비상사태를 처리하기 위해 엄격하게 필요한 한도를 넘어서는 어떠한 조치도 "비상사태의 존재에도 불구하고 불법적인 것이 될 것"이라는 점을 추가로 언급했다.[146] 위 요건들에 따르지 않는 이탈 조치는 적절하지 않기 때문에, 위 재판소는 다음과 같이 지적했다.

> "39. … 제한된 권리와 자유에 적용되는 구체적 조치들은 이러한 일반 원칙들에 위배되지 않게 된다. 그 위반은 예를 들어, 취해진 조치들이 비상사태에서의 법체계를 침해하는 경우, 명시된 한도보다 더 오래 지속되는 경우, 명백하게 불합리하거나 불필요하거나 균형이 맞지 않는 경우 또는 그러한 조치들을 채택함에 있어 권한의 오 · 남용이 있는 경우에 생긴다.
>
> 40. 이럴 경우 법의 지배를 통해 운영되는 체계에서는, 자율적이고 독립적인 사법기구로 하여금, 예를 들어, 개인의 자유를 제한하는 구금이 비상사태에서의 법률에 따른 것인지 여부를 확인하도록 함으로써, 그러한 조치들의 적법성을 전적으로 통제하도록 한다. 이러한 맥락에서 인신보호가 새로운 차원의 근본적인 중요성을 얻게 된다."[147]

4.1.3 유럽인권협약 제15조(1)

유럽인권재판소는 체포 · 구금에 관한 특별 권한의 행사와 관련하여 이탈 조치들이 "사태의 긴급성에 의하여 엄격하게 필요한" 것이어야 한다는 요건을 충족하는지

145) *I-A Court HR, Advisory Opinion OC-8/87, January 30, 1987. Habeas Corpus in Emergency Situations (arts. 27(2), 25(1) and 7(6) American Convention on Human Rights), Series A, No.8* p.39. para.22.

146) Ibid., p.46. para.38.

147) Ibid., p.46. para.39~40.

를 조사했다.[148] 그런데 위 재판소의 견해에 따르면, 국가 당국은 그 국가가 "존립을 위협하는 공공의 비상사태"에 처해 있는지 여부를 결정하는 것뿐만 아니라, "그것을 막기 위해 필요한 이탈 조치의 성격과 범위"를 결정함에 있어 "폭넓은 재량"을 가져야 한다.[149] 그러나,

> "당사국들은 무제한의 재량권을 갖고 있는 것은 아니다. 유럽인권재판소는, *무엇보다* 당사국들이 위기의 '긴급성에 의하여 엄격하게 필요한 한도'를 넘어섰는지 여부에 관하여 판단한다. 개별국가의 재량권은 유럽사회의 감시를 받아야 한다. … 동시에, 유럽인권재판소는 감시를 함에 있어 이탈 조치에 의하여 영향을 받는 권리의 성격, 비상사태를 초래한 상황, 비상사태의 지속기간과 같은 관련 요소들을 적절하게 고려해야 한다."[150]

위 재판소는 이탈 조치들을 옹호하기 위한 정부의 주장에 대하여도 특별히 주의를 기울이는 한편, 실제로 아래에서 보는 바와 같이 남용에 대한 보호수단의 문제를 포함하여 이탈 조치의 필요성의 문제를 자세하게 조사한다.

*인권보호의무로부터의 이탈은 사**태의 긴급성에 의하여 엄격하게 필요한** 한도를 벗어나서는 안 된다. 이것은 관련 조치들이 "사태의 긴급성"의 지리적 적용범위, 그 실체적 내용, 지속기간에 맞추어 이루어져야 한다는 것을 의미한다.*

엄격한 필요성의 요건을 넘어서는 이탈 조치들은 불법적이며, 평상시 적용될 수 있는 법적 기준에 비추어 판단되어야 한다.

국제감시기구들은 당사국이 채택한 이탈 조치들의 엄격한 필요성에 관하여 독립적으로 판단할 수 있는 권리와 의무가 있다.

유럽인권협약 가입국은 관련 조치들의 엄격한 필요성을 판단함에 있어 "폭넓은 재량"을 갖고 있지만, 여기에는 유럽사회의 감시가 수반된다.

148) *Eur. Court HR. Case of Ireland v. the United Kingdom. judgment of 18 January 1978. Series A, No.25*, p.79, para.211.

149) *Eur. Court HR. Case of Ireland v. the United Kingdom. judgment of 18 January 1978. Series A, No.25, p.79, para.207; Eur. Court HR, Case of Brannigan and McBride v. the United Kindom. judgment of 26 May 1993. Series A, No.258-B*, p.49, para.43; and *Eur. Court HR, Case of Aksoy v. Turkey Judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI*, p.2280. para.68.

150) *Eur. Court HR. Case of Brannigan and McBride v. the United Kingdom. judgment of 26 May 1993. Series A, No.258-B*, pp.49~50, para.43; and *Eur. Court HR, Case of Aksoy v. Turkey Judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI*, p.2280. para.68.

4.2 효과적인 구제수단에 대한 권리

자유권규약위원회는 일반논평 제29호에서 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2조(3)이 "당사국에 위 규약 조항 위반에 대한 구제수단을 제공할 것을 요구"하고 있다고 언급하고 있다.

> "이 조항[위 규약 제2조(3)]은 위 규약 제4조(2)가 규정하고 있는 제한이 불가능한 조항 중의 하나는 아니지만, 전체로서의 위 규약에 내재된 의무를 구성한다. 당사국은 비록 비상사태 동안에 그 사태의 긴급성에 의하여 엄격하게 필요한 한도 내에서 사법적 또는 다른 구제절차들의 실질적인 기능을 수정할 수 있을 지라도, 유효한 구제수단을 제공해야 한다는 위 규약 제2조(3)의 기본적인 의무를 따라야 한다."[151]

즉, 당사국이 그 국가의 존립에 대한 위협이 위 규약상의 의무 이탈을 필요로 하는 상황이라고 결론지은 상황에서도, 비상조치의 과도하거나 잘못된 적용의 피해자를 포함하여 인권침해의 피해자에게 효과적인 구제수단을 제공해야 하는 것은 법적 의무이다.

그래서 위 위원회는 가봉에서의 "비상사태에서 개인이 확보할 수 있는 보호수단과 효과적인 구제수단의 결여"에 우려를 표명하면서, "비상사태에서 적용할 수 있는 유효한 구제수단을 입법화해야 한다."고 권고하였다.[152] 위 위원회는 또한, 콜롬비아의 헌법과 법률이 "법원으로 하여금 위 규약 제4조에 따르는지 여부를 감시할 수 있도록 보장해야 한다."는 점을 강조하였다.[153]

*****

미주인권재판소는 *비상사태에서의 사법적 보장(Judicial Guarantees in States of Emergency)*에 관한 권고적 의견에서, 의무이탈 조치들과 관련하여 다음과 같이 판시하였다. "비상사태에서 취해진 조치들이 그 필요성에 비례해야 하고, 미주인권협약에 의하여 부과되거나 그로부터 도출된 엄격한 한계를 넘지 않도록" 위 협약 제27조(1)로부터 "어떤 비상사태에서도 취해진 조치들을 통제할 수 있는 적절한 수단이 있어야 한다"는 일반 요건이 나온다.[154]

---

151) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p.206, para.14.

152) Ibid., p.43, para.10.

153) UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. I), pp.48~49, para.301.

154) *I-A Court HR. Advisory Opinion OC-9/87 of October 6. 1987. Judicial Guarantees in States of Emergency (arts. 27(2), 25 and 8 of the American Convention Human Rights), Series A. No.9*,

위 재판소는 제한되지 않은 권리들과 관련하여 명백히 다음과 같이 판단했다. "비상사태의 선포는 그 국내법상의 범위나 명칭이 어떠하든 간에, 미주인권협약이 당사국에게 [그러한] 권리들의 보호를 위해 수립할 것을 요구하는 사법적 보장수단을 억압하거나 무효화하는 결과가 되어서는 안 된다." 다시 말하면, "제한되지 않는 권리들과 자유의 행사에 필수적인 사법적 보장수단은 보호되어야 한다."[155]

*****

유럽 차원에서의 비상조치의 과도한 사용이나 남용에 대한 보호장치의 문제는 아래의 4.3절에서 검토될 것이다. 왜냐하면 그것은 체포, 구금에 대한 특별 권한의 행사에 있어서의 엄격한 필요성의 요건과 밀접하게 관련되어 있기 때문이다.

인권침해에 대하여 실효적인 국내법상의 구제수단을 제공해야 하는 당사국의 법적 의무는, 모든 상황에서 완전히 보장되어야 하는 제한이 불가능한 권리들을 포함하여 제한되지 않은 권리에 관하여, 비상사태의 경우에도 완전히 유효하다.

당사국은 인권조약상의 의무로부터 이탈하는 경우, 비상조치의 엄격한 필요성을 평가하기 위해 그리고 일반적, 구체적 사건에 있어 남용 방지를 위해, 실효적인 구제수단을 제공해야 한다.

4.3 자유권과 체포, 구금에 대한 특별 권한

체포, 구금에 대한 특별 권한의 행사는 위기상황에 대처하는 가장 일반적인 방법 중의 하나이다. 그러한 조치들은 때때로 그 범위가 매우 넓으며, 장기간의 구금이나 억류뿐만 아니라 취해진 행위들의 적법성에 관하여 사법적 심사를 받을 권리를 박탈하는 것을 포함한다. 그 결과 자유를 박탈당한 사람들이 적법절차가 보장되는 독립적이고 공평한 법원에서 자신에 대한 혐의를 재판받을 수 있는 가능성이 부정당하게 될 수도 있다. 법적인 관점에서 보면 국제적인 상황들은 동일하지 않은데, 유럽인권재판소는 위기상황에서 사법적 심사를 배제하는 데 있어 자유권규약위원회나 미주인권위원회, 미주인권재판소보다 더 폭넓게 인정하는 것처럼 보인다. 그러나 이점에 관해서 법의 발전은 더욱 통일적인 접근을 위해 나아가고 있다.

p.31, para.21.

155) Ibid., p.34. para.25, and p.39, para.39, and *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al. Case, judgment of May 30, 1999, Series C. No.52*, pp.215~216, para.186

*****

자유권규약위원회는, 당사국들이 "예를 들어, 자의적인 자유의 박탈 같은 … 인권법 또는 국제법의 절대규범(peremptory norms)을 위반하는 행동을 정당화하기 위해 어떤 상황에서도 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조를 원용할 수 없다."고 분명하게 언급하였다.[156] 앞 절(4.2)에서 언급된 바와 같이, 위 위원회는 동일하게 단호한 어조로 실효적인 구제를 받을 수 있는 권리는 비상사태에서 보호되어야 한다고 언급하였다. 그것은 "국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태에서" 자유를 박탈당한 사람은 체포와 구금의 적법성에 관하여 이의를 제기하여 효과적인 구제를 받을 권리가 있다는 것을 의미한다. 즉, *인신보호영장*과 같은 사법적 구제수단을 모든 경우에 실효적으로 이용할 수 있어야 한다. 자유권규약위원회는 위 규약에 대한 제3 선택의정서의 초안을 만들자는 제안과 관련된 '소수자의 차별금지와 보호에 관한 유엔 소위원회(당시 위와 같이 호칭되었다)'에 대한 답변에서, 이 중요한 쟁점에 관하여 다음과 같이 의견을 밝혔다.

> "이 위원회는 당사국들이 일반적으로 인신보호(Habeas Corpus and *Amparo*)의 권리는 비상사태에서도 제한될 수 없다고 인식하고 있는 것에 매우 만족해하고 있다. 더욱이 위원회는, 위 규약 제9조(3),(4)는 위 규약 제2조와 관련되어 있는데, 위 조항에서 제공된 구제수단은 전체로서의 위 규약에 내재되어 있다는 의견을 갖고 있다. 이것을 염두에 두고 있기 때문에, 위원회는 제안된 제3 선택의정서 초안이 비준되지 않는다면 당사국들로 하여금 비상사태 동안 자유롭게 위 규약 제9조 조항들로부터 이탈할 수 있다고 생각하게 할 상당한 위험이 있다고 믿고 있다. 그래서 위 의정서는 비상사태 동안 구금된 사람들의 보호를 축소시키는 바람직하지 않은 결과를 야기할 수 있다"[157]

자유권규약위원회의 다양한 언급들로부터, 위 규약 제9조(3),(4)에 포함된 보장수단들은 국가의 존립을 위협하는 공공의 비상사태를 포함하여 어떤 경우에도 실효적으로 시행되어야 한다는 것은 분명해 보인다. 위 보장수단들은 특히, "형사상의 혐의로 체포되거나 구금된 사람은 누구나 즉시 법관이나 법률에 의해 사법권을 행사할 권한을 부여받은 관헌 앞으로 신속하게 회부될 권리"[제9조(3)]와 "체포 또는 구금에 의해 자유를 박탈당한 사람은 누구나 법원이 지체 없이 구금의 적법성을 결정하고, 그의 구금이 적법하지 않을 경우 석방을 명할 수 있도록 하기 위하여, 법원에 절차를 취할

156) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p.205, para.11

157) UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. I), annex XI, p.120 참조. 이 진술의 첫 부분은 일반논평 제29호에도 포함되어 있으나, 각주에 기재되어 있다. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), pp.208~209, footnote I 참조.

권리"[제9조(4)]로 이루어져 있다. 이 규정들에 대한 설명은 제5장 "인권과 체포, 미결구금과 행정적 구금"을 보면 된다.

*****

미주인권협약에서의 자유와 안전에 대한 권리의 보호와 관련하여, 법적 상황은 명백하다. 즉 "전쟁, 공공 위험이나 당사국의 독립과 안전을 위협하는 다른 비상사태의 시기에" 체포, 구금에 대한 특별 권한이 행사되는 경우, 그 대상이 되는 모든 사람은 위 협약 제27조(2)에 따라 제한이 불가능한 권리의 보호를 위하여 위 협약 제7조(6), 제25조(1)에 의해 *인신보호*의 형태로 보장되는 효과적인 구제수단에 대한 조건없는 권리를 가진다. 체포 · 구금에 대한 특별 권한이 그 자체로 위 협약 제27조(1)에 의해 정당화될 수 있는 한, 마찬가지로 자유를 박탈당한 사람이 관련 조치들이 엄격한 필요성의 요건에 부합하고 있는지에 관하여 이의를 제기할 수 있는 효과적인 구제수단이 있어야 한다.

*****

유럽에서는 유럽인권재판소가 북아일랜드의 상황과 관련하여 사법심사가 없는 수용을 포함한 체포 · 구금에 대한 특별 권한을 폭넓게 인정했다. *Ireland v. the United Kingdom* 사건을 비롯한 이러한 사안들은 사실관계가 매우 복잡하지만, 이 장에서는 위 사안들에서 제기된 법적 쟁점들을 비교적 간단하게 요약하여 검토할 것이다.

Lawless 사건에서 유럽인권재판소는 '국가에 대한 범죄법[the Offences against the State(Amendment) Act of 1940]'이 (아일랜드) 국무장관에게 부여한 특별 구금 권한은, Mr. Lawless에 대한 5개월 동안의 구금이 "'권한 있는 사법당국 앞에 출석시키기 위하여 이루어진' 것이 아니며, 실제로 그의 구금 동안 위 조항들에 규정된 '합리적인 기간 안에' 법관 앞에 출석"시키지 못했다는 이유로, 유럽인권협약 제5조(1)(c)와 제5조(3)에 위반된다고 판단하였다.[158] 위 재판소에 따르면, 위 협약 제5조(1)(c)와 제5조(3)의 "쓰인 그대로의 자연스러운 의미"는 명백하게, "제5조(1)(c)가 예정한 바와 같이 체포나 구금된 모든 사람들을 어떤 상황에서도 자유의 박탈을 심사받거나 본안에서 재판받기 위하여 법관 앞에 출석시켜야 할 의무가 있다는 것을 뜻한다."[159] Lawless는 어떤 목적으로도 법관 앞에 출석하질 못했기 때문에, 그의 구금은

158) *Eur. Court HR. Lawless Case (Merits), judgment of 1 July 1961, Series A, No.3*, p.53, para.15
159) Ibid., p.52, para.14.

위 협약 제5조를 위반한 것이다. 따라서 위 재판소는 위 협약 제15조(1)과 관련하여 이러한 위반이 1957년 아일랜드에서 진행되고 있던 "상황의 긴급성에 의해 엄격하게 필요한" 것으로 정당화될 수 있는가를 조사해야만 했다.

위 사안의 사실관계와 당사자들의 주장을 검토한 다음, 위 재판소는 위 당사국에 그 상황에 대처하기 위한 가능한 다른 수단이 존재하지 않았다는 결론을 내렸다. 그 결과 위 재판소는 "테러행위에 가담하려는 것으로 의심되는 개인에 대한 행정적 구금은 … 그 중대성에도 불구하고 그 상황에 비추어 볼 때 필요한 조치였던 것으로 ***보인다***."[160]고 판단했다. 위 재판소가 위 비상사태에 대처할 수 없었다고 본 다른 수단들 또는 그 이유는 아래와 같다.

- "일반법의 적용으로는 아일랜드 공화국의 고조되는 위협을 통제할 수 없다는 것이 증명되었다"
- "일반 형사법원, 심지어 특별 형사법원 또는 군사법원"
- "어떤 개인이 IRA나 그 분파 그룹의 행위에 관련되었다고 유죄를 선고할 수 있을 정도의 충분한 증거의 확보," "그러한 그룹의 군대, 비밀요원, 테러리스트들과 그들이 대중들에게 발생시킨 공포에 의해 야기된" 많은 어려움에 부딪힌 절차
- "이러한 그룹들이 주로 북아일랜드에서 활동했고, 아일랜드 공화국에서의 그들의 행위는 국경을 넘어 무장습격을 할 것을 준비하는 것으로 사실상 한정되었다는 사실은 충분한 증거를 확보하는 데 추가적인 장애요인이 되었다."
- "국경봉쇄조치는 비상사태의 긴급성에 의하여 필요한 한도를 넘어서 전체 국민들에게 극도로 심각한 영향을 줄 수 있었다는 사실"[161]

그리고 위 재판소는 위 "국가에 대한 범죄법은 행정적 구금의 남용을 방지하기 위해 고안된 많은 보호수단의 적용을 받도록 되어 있었다"고 판단했다. 이러한 보호수단은 다음과 같다. (1) 의회의 계속적인 감시, 군대 소속 인사 한 명과 두 명의 판사로 구성되는 구금위원회의 설치, (2) 위 법률에 의해 구금된 사람은 "자신의 사건을 위 구금위원회로 가져갈 수 있었는데, 위 구금위원회가 석방에 찬성하는 경우 정부는 그 결정에 따라야 했다.", (3) 일반법원은 "위 구금위원회로 하여금 그 기능을 수행하도록 강제"할 수 있었다.[162] 마지막으로 위 정부는 위 법률에 의해 구금된 사람이 "헌법과 법률을 존중하고 어떠한 위법행위도 하지 않을 것을 약속"한 경우 그들을 석방할 것이

160) Ibid., p.58, para.36. 강조는 추가됨.
161) Ibid., loc. cit.
162) Ibid., p.58, para.37.

라고 공개적으로 선언했다.[163]

유럽인권재판소는, 이러한 보호수단의 적용을 받기 때문에 "위 법률에 의해 재판 없이 구금되는 것은 유럽인권협약 제15조의 비상사태의 긴급성에 의해 엄격하게 필요한 조치인 것처럼 ***보인다***."고 결론 내렸다. 나아가 위 재판소는 관련 조치들이 Lawless에게 적용될 때 엄격한 필요성의 원칙을 위반하지 않았다는 견해를 가졌다.[164]

몇 년 후 비슷한 의문이 *Ireland v. the United Kingdom* 사건에서도 발생했다. 그 사건은 북아일랜드에서 사법절차에 의하지 않고 자유를 박탈하기 위해 영국이 사용한 여러 가지 복잡한 권한에 관련된 것으로, 그러한 권한들은 Regulation 10(체포), 11(1)(체포), 11(2)(구금), 12(수용), Terrorists Order(임시유치와 구금), Emergency Provisions Act(체포, 임시 유치와 구금)에 법적인 근거를 갖고 있었다. 이러한 권한들을 간략하게 살펴보면, Regulation 10은 사람들을 범죄 "혐의"가 없어도 단지 "평화와 질서의 유지"를 위해서 체포하는 것을 허용하였고, "때때로 다른 사람들의 행동에 관련된 개인들을 조사하기 위해서도 사용되었다." 다른 Regulation들은 "범죄"의 혐의 또는 "평화와 질서의 유지에 해가 되는 행동"만을 요구하거나 양자를 모두 요구하였다.[165] Terrorists Order와 Emergency Provisions Act는 "정치적 목적을 위한 폭력의 행사로 볼 수 있는 테러의 수행이나 그러한 테러의 시도, 또는 테러조직에 관련된 것으로 의심되는 개인에게만 적용될 수 있었다."[166]

일반론으로 유럽인권재판소는 비난의 대상이 된 조치들은 각각 위 협약 제5조(1)(c), 제5조(2), 제5조(3)을 위반하였다고 결론 내리면서, 그 이유로 다음과 같은 점을 들었다. ***(1)*** 피구금자를 권한 있는 사법당국 앞에 출석시키지 못했다. ***(2)*** "관련자들은 대개 체포되는 이유에 대한 설명을 듣지 못했고, 보통 단지 구속은 비상법률에 따라 이루어졌다는 설명만 들었을 뿐 추가적으로 구체적인 설명은 듣지 못했다." ***(3)*** "비난의 대상이 된 조치들은 관련자들을 '즉시' '권한 있는 사법당국'에게 보내지 않았

163) Ibid., loc. cit.

164) Ibid., pp.58~59. paras.37~38. 강조는 추가됨. 유럽인권재판소에서는 만장일치였지만, 그 전에 이 사건을 처리한 유럽인권위원회에서는 달랐다. 위 위원회의 다수의견은 8대 6으로 위 행정적 구금이 사태의 긴급성에 의해 엄격하게 필요하였다고 판단하였다. 소수의견은 *Lawless* 사건의 복잡성에 대한 충분한 이해를 위하여 유용한 논쟁을 제공했다. 위원회의 의견은 *Eur. Court HR, Lawless Case, Series B, 1960~1961*, pp.113~156 참조.

165) *Eur. Court HR, Case of Ireland v. the United Kingdom, judgment of 18 January 1978, Series A, vol. 25*, pp.74~75. para.196.

166) Ibid., p.75, para.196.

다." *(4)* 체포되거나 구금된 사람들에게 "'합리적 기간 안에 재판'받거나 '재판이 있을 때까지 석방'될 권리가 제대로 주어지지 않았다." *(5)* "'구금의 적법성이 신속하게 법원에 의해 판단 받고', 구금이 '부적법'한 것으로 증명되는 경우 '석방되도록 명령받을' 권리가 전혀 없었다."[167]

이러한 유럽인권협약 제5조 위반이 위 협약 제15조(1)에 의해 정당화될 수 있는지를 심사함에 있어, 유럽인권재판소는 위 협약 제5조(1)과 배치되는 자유의 박탈이 필요했었는지를 우선 고려했고, 다음으로 보장수단들을 위 협약 제5조(2) 내지 (4)에 규정된 수준만큼 확보하지 못한 점을 고려했다.[168]

위 재판소는 위 협약 제5조(1)과 관련하여, 다음과 같이 결론 내렸다. "영국이 1971년 8월부터 1975년 3월까지 사법절차에 의하지 않은 자유의 박탈이 필요했다고 판단한 것은, 유럽인권협약 제15(1)에 의해 당사국에 주어진 재량의 한계를 넘어섰다고 볼 수 없다."[169] "특별 권한의 행사는 주로 지하군사조직인 IRA에 대하여 이루어졌으며, 1973년 2월 5일 이전에는 오로지 IRA에 대하여만 이루어졌음은 의문의 여지가 없다. IRA는 1971년 8월 이후 영국 영토의 완전성(territorial integrity), 6개 카운티의 시설들, 그 지역 주민의 생명에 광범위하고, 심각한 위험을 야기하였다. 거대한 폭력과 위협에 처하게 되자, 북아일랜드 정부와 영국의 직접 지배가 이루어진 이후의 정상적인 법률은 테러리즘에 대항하는 수단으로 불충분하고, 사법절차에 의하지 않은 자유의 박탈과 같은 보통의 법률 범위 밖에 있는 수단들에 의존하는 것이 요구된다고 판단한 것은 합리적이다."[170]

그러나 "오로지 다른 사람에 대한 정보를 얻을 것만을 목적으로 하는 경우"에도 사람을 체포할 수 있도록 한 Regulation 10은 몇 가지 문제들이 있었다. 위 재판소의 견해에 따르면 "이러한 종류의 체포는 오직 예외적인 상황에서만 정당화 될 수 있는데, 북아일랜드에서 진행되는 상황은 그러한 영역에 속했다." 더욱이 자유를 박탈할 수 있는 권한은 최대 48시간으로 제한되었다.[171]

아일랜드 정부는 특별 조치들이 테러리즘을 종식시키지 못했을 뿐만 아니라 그것이 증가하는 결과를 가져왔다는 점에서 "효과적이지 못했다"는 점이 증명되었으며, 사법절차에 의하지 않은 자유의 박탈이 반드시 필요한 것은 아니었다고 주장했다. 유럽인권재판소는 "그러한 조치들의 효과에 대한 판단은 순수하게 사후적인 조사에 의

167) Ibid., p.74~77, para.194~201.
168) Ibid., p.80, para.211.
169) Ibid., p.82, para.214.
170) Ibid., p.80~81, para.212.
171) Ibid., p.81, para.212.

해서가 아니라 최초에 채택되고 적용될 때의 상황과 조건에 따라 이루어져야 한다"는 입장을 취하면서 위 주장을 받아들이지 않았다.[172]

유럽인권협약 제5조(2) 내지 (4)에 규정된 보장수단들이 없는 문제와 관련하여, 유럽인권재판소는 다음과 같이 결론 내렸다. "문제가 되는 법률과 그 시행에 대한 전반적인 조사는 그 입법과 시행이 개인의 자유에 대한 존중을 확대하는 방향으로 발전했다는 것을 나타내고 있다. 처음부터 더 만족할 수 있는 사법적 또는 최소한 행정적인 보장수단들을 가질 수 있도록 하는 것은 당연히 바람직하다. 그러나 단계를 처음과 나중으로 분리하는 것은 현실적이지 않다. 국가가 그 존립을 위협하는 비상사태에 대처하기 위해 노력할 때, 취해지는 모든 조치들에 대하여 처음부터 정부의 적정한 기능수행과 공동체의 평화 회복을 위한 우선적인 요구들과 일치할 수 있는 보호수단들의 제공이 한꺼번에 이루어져야 한다면, 그러한 국가는 방어력이 없게 될 것이다. 위 협약 제15조의 해석은 점진적 적용을 위한 여지를 남겨두어야 한다."[173]

자유의 박탈이 48시간 또는 72시간 계속되었던 경우와 예를 들어, Regulation 12(1), Terrorists Order 제5조, Emergency Provisions Act 부칙 I 24문에 의해 개인들이 수 년 동안 수용되거나 자유가 박탈된 경우에는, 사법적, 행정적 구제를 받을 수 있는 권리가 없었다고 판단되었어야 했다. 그럼에도 불구하고 위 재판소는 다음과 같이 판단했다. "Regulation 12(1)에 의해 설치된 자문위원회는 그 비사법적 성격에도 불구하고 도외시할 수 없는 일정한 보호조치를 제공했다. Terrorists Order는 항소재판소를 설치함으로써 추가적인 보호수단을 마련하였는데, 그것들은 Emergency Provisions Act에 의해 다소 강화되었다. 게다가 제한적이긴 하지만 법원에 의해 보통법(common law)에 따라 재판받을 기회도 있었다."[174]

영국에서 반테러리스트 법률과 관련된 *Brannigan and McBride* 사건에서, 유럽인권재판소는 7일 동안 테러리스트 혐의자를 구금할 수 있는 권한의 행사에 있어서 사법적 개입의 부족을 고려해야만 했다. 이 사건은 영국 정부가 취한 권리제한 조치에 의해 유발되었다. 이는 유럽인권재판소가 *Brogan and Others* 사건에서 신청인이 법원에 "즉시" 보내지지 않음으로써 위 협약 제5조(3)을 위반하였다고 판단한 후에 발생했다. 위 재판소는 위 사건에서, "행정부에 의한 개인의 자유권 침해에 대한 사법적 통제는 위 협약 제5조(3)에서 구체화된 보장수단의 필수적인 요소로, '위 협약 서문에 명

172) Ibid., p.81~82, para.214.

173) Ibid., p.83, para.220.

174) Ibid., p.83, para.218~219. 위 재판소는 이전에는 이러한 *habeas corpus* 절차에 의해 제공된 사법적 심사는 유럽인권협약 5(4)의 목적을 위하여 "충분히 광범위한 것은 아니었다."고 판단했다는 점을 주목할 필요가 있다. p.77, para.200.

시된 민주사회의 기본원칙들 중의 하나'인 법의 지배에 함축되어 있다"는 점을 상기시켰다.[175]

유럽인권재판소는 Brannigan and McBride 사건에서, 권리제한 조치는 비상사태에 대한 성실한 대응이 아니었을 뿐만 아니라 시기상조였다는 신청인의 주장[176]을 배척한 후, 다음과 같이 결론 내렸다. (1) "북아일랜드에서의 테러리스트 위협의 성격", (2) "제한된 범위의 권리제한 조치와 이를 뒷받침하는 이유가 계속되었다는 점", (3) "남용에 대한 기본적인 보호수단의 존재"를 고려하면, 영국 정부는 "권리제한 조치가 상황의 긴급성에 의해 엄격하게 필요하였다고 판단함에 있어 재량권을 일탈하지 않았다."[177] 위 재판소는 그 이유에서 다음의 점을 언급하였다.

- "테러방지법의 시행을 검토한 다양한 글에서 표현된, 테러범죄에 대한 수사와 기소에 있어서의 어려움들이 사법적 통제를 받지 않는 구금기간의 연장 필요성을 야기했다는 의견들," 그 어려움들은 *Brannigan and McBride* 판결에서 인정되었다.
- "피신청인 정부의 관점은, 피구금자와 그의 법률적 조언자에게 구금을 연장하는 결정의 근거에 대한 정보공개를 막는 것이 필요하고, 보통법의 당사자주의(adversarial system)에서 법관이나 다른 사법 담당자들이 연장을 허가하거나 승인하는 데 관여하였다면 사법부의 독립성은 양보될 수 있다는 것이다."
- "'법관이나 법률에 의해 구금기간을 연장하는 사법적 권한을 행사하도록 인정된 다른 담당자'를 두고 있다는 것 자체가 위 협약 제5조(3)에 일치하는 상황을 반드시 초래한다고 볼 수는 없다. 위 조항은 – 위 협약 제5조(4)도 마찬가지이다 – 법관의 관여가 요구되는 경우에 그 절차가 반드시 동일할 필요는 없지만, 필수적으로 사법적 성격의 절차를 따라야 할 것을 요구하는 것으로 이해되어야 한다."[178]

유럽인권재판소는 다음과 같이 지적했다. "테러리즘과의 전쟁에 있어 유효한 수단의 채택과 개인의 권리 존중 사이에 균형을 유지해야 할 직접적인 책임을 지고 있는 정부를 대신하여, 비상사태에 대처함에 있어 적정한 시간 안에 적절하고 합당한 수단이 무엇인지에 관하여 의견을 대신 제공해 주는 것은 이 재판소의 역할이 아니다."

175) *Eur. Court HR, Case of Brogan and Others v. the United Kingdo judgment of 29 November 1988, Series A, No.145-B*, p.32, para.58

176) *Eur. Court HR, Case of Brannigan and McBride v. the United Kingdo judgment of 26 May 1993, Series A, No.258-B*, p.51~52, para.49~54.

177) Ibid., p.56, para.66.

178) Ibid., p.54, para.58.

북아일랜드의 경우를 보면, 사법부가 작고, 테러리스트 공격들에 취약했는데, 사법부의 독립에 대한 대중의 확신은 당연히 정부가 가장 중요하게 생각하는 문제였다.[179] 그 결과 영국 정부는 "당시의 상황에서 사법적 통제에 반하는 결정을 함에 있어 재량의 한계를 넘지 않았다."[180]

마지막으로, 유럽인권재판소는 ***남용에 대한 보호수단들***이 실제로 존재하였으며, "자의적인 행동과 외부와 단절된 구금에 대한 중요한 보호수단"을 제공했다는 점에 대하여 만족했다. 그러한 수단들은 다음과 같다.

- "최초의 체포와 구금의 적법성을 심사하기 위한 … 인신보호 구제수단"
- "피구금자는 체포로부터 48시간 후에 변호사의 조력을 구할 수 있는 절대적이고 법적 강제가 가능한 권리를 가지고 있었으며, 두 사건의 신청인들은 모두 실제로 위 기간 뒤에는 자유롭게 변호사의 조력을 구할 수 있었다"는 사실
- "위 기간 안에 그러한 권리의 행사는 오직 합리적인 이유가 존재하는 경우에만 지연될 수 있었다. 변호사에 대한 접근을 지연시키는 결정은 사법적 심사를 받았고, 그러한 절차에서는 그에 대한 합리적인 이유를 제시해야 하는 책임은 정부 당국에 있었다는 것은 명백하다. 이러한 사건들에서 사법적 심사는 변호사에 대한 접근이 자의적으로 제한되지 않도록 보장하는 신속하고 효과적인 방법으로 보였다"는 사실.
- "구금된 사람은 친척이나 친구에게 그 구금을 알리고 의사의 도움을 받을 수 있다"는 사실[181]

마지막으로 중요하게 지적할 것은, 유럽인권재판소가 영국 정부의 권리제한 조치가 시기상조였다는 신청인들의 주장을 배척하면서 다음과 같이 판단했다는 것이다.

> "권리제한 조치의 유효성은 단지 정부가 미래에 유럽인권협약상의 의무와 좀 더 일치할 수 있는 조치를 발견할 수 있었는지를 조사했어야 한다는 이유만으로 의문이 제기되면 안 된다. 사실 그러한 계속적인 성찰의 과정은 비상조치들의 필요성에 대한 영구적인 심사를 요구하는 위 협약 제15조(3)에 따르는 것일 뿐만 아니라, 비례성의 개념에 내포되어 있기도 하다."[182]

179) Ibid., p.54, para.59.

180) Ibid., p.54, para.60.

181) Ibid., pp.55~56, paras.62~64. 그러나 위 재판소의 구성원 중 4명의 판사들은 이 사건에서 도출된 결론에 동의하지 않았다. see pp.61~69, 71 and 74~75.

182) Ibid., p.52, para.54.

즉, 권리제한 조치를 취하는 당사국이 "상황의 긴급성에 의해 엄격하게 필요한" 조치들을 취해야 한다는 것은, 그 조치가 도입될 때부터 그 국가에 대한 위협에 엄격하게 비례하여야 할 뿐 아니라, 당사국은 그 이후에도 계속해서 그러한 비례적인 상태가 유지되도록 해야 하고, 그렇지 못할 경우 그것은 위 협약 제15조(1)의 요건들을 위반하는 결과가 된다는 것을 의미한다.

이러한 결론은 *Marshall v. the United Kingdom* 사건에서 확인되었는데, 위 사건은 위 재판소에서 ***심리부적격으로(inadmissible)*** 판단되어, 본안에서 심리되지 않았다. 신청인은 테러방지법(한시법)[the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1989] 제14조에 의해 ***7일*** 동안 구금되었고, 법관 앞에 출석하지 못하였다고 주장했다. 그의 의견에 따르면, 이러한 지연은 위 협약 제5조(3)의 신속성 요건을 위반하는 것으로, 위 협약 제15조(1)의 "상황의 긴급성에 의하여 엄격하게 필요한" 것이라고 정당화될 수 없었다. 왜냐하면 통계는 "그 중대한 시기에 위 테러방지법 제14조에 의하여 구금된 대부분의 사람들이 기소되지 않고 석방된 것"을 보여주고 있는데, 그것은 경찰이 "정보를 모으기 위해 또는 증거가 전혀 없거나 거의 없는 상태에서 사람들을 체포하기 위해 그 권한을 행사하였다"는 것을 의미한다는 것이다. 신청인은 이용 가능한 보호수단들의 적절성에 대하여도 이의를 제기하였다.[183]

유럽인권재판소가 언급하였듯이, 정부는 사법적 개입 없는 구금의 지속 조치에 대하여 *Brannigan and McBride* 사건에서 위 재판소가 채택한 것과 동일한 정당화 논리에 의존하였다. *Mashall* 사건에서 위 재판소는 다음과 같이 판단하였다.

> "신청인이 체포된 후 테러혐의자에 대한 행정적 구금상태를 7일까지 계속적으로 유지하였다는 것이, 공동체에의 위협에 대한 대응을 결정하는 데 있어 당국자들에게 주어지는 재량권을 넘었다고 볼 수 없다. 정부가 Brannigan and McBride 사건에서 사법적 통제에 반대하였던 이유들은 계속해서 적절하고 충분하다. 정부는 이와 관련하여 테러리스트에 의한 폭동의 위협은 여전히 존재했고, 북아일랜드에서 준군사단체들이 광범위하게 살상을 가할 수 있는 조직력을 갖고 있었다고 언급했다. 신청인은 당국이 일반 형법으로도 적절한 시기에 진행되는 폭력을 억제할 수 있는 길이 있었다고 다투었다. 그는 이것과 관련하여 영국의 다른 지역에서의 비슷한 규모의 폭력은 적법절차의 보장을 배제하지 않고도 처리되었다고 주장했다. 이 재판소는 이 주장을 검토했다. 그러나 신청인의 논리는 북아일랜드에서의 폭력의 특수한 성격에 대해 충분히 고려하지 않았고, 재판소가 Ireland v. the United Kingdom 사건의 판결에서 상세히

183) *Eur. Court HR, Case of Marshall v. the United Kingdom, decision of 10 July 2001*, pp.7~8: http://echr.coe.int

설명한 비상사태의 배경이 되는 정치적, 역사적 고려도 부족했다."[184]

더욱이 *Brannigan and McBride* 판결 이후 8년이 지났음에도, 유럽인권재판소는 남용에 대한 보호수단들이 계속적으로 "자의적인 행동과 외부와 단절된 구금에 대한 중요한 보호장치를 제공"하고 있다는 점에 대하여 "만족"한다는 입장을 유지하였다.[185]

마지막으로 위 재판소는, 정부가 "위 협약 제5조(3)의 권리제한 조치의 계속적인 필요성에 대하여 유의미한 심사"를 하지 않았다는 신청인의 주장을 받아들이지 않았다. 사실 위 재판소는 자료들에 근거하여, 당국이 예컨대, 연례보고서와 새로운 입법안에 대한 의회의 토론 등을 통해 충분히 빈번하게 이러한 쟁점들을 처리해 왔다는 것에 만족했다. 위 재판소는 정부가 최종적으로 2001년 2월에 위 권리제한 조치를 철회하였다는 점을 언급하였다.[186]

Aksoy 사건에서, 신청인은 터키에서 PKK 테러리스트들을 교사, 방조했다는 혐의로 법관이나 다른 담당자 앞에 출석되지 않은 채 최소한 ***14일간*** 구금되어 있었다.[187] 유럽인권재판소는 다시 위 협약 제5조의 중요성을 강조하였다.

> "그것은 기본적인 권리, 즉 국가에 의한 자의적인 간섭으로부터의 개인들의 자유에 관한 권리의 보호를 규정하고 있다. 행정부에 의한 개인의 자유권 침해에 대한 사법적 통제는 위 협약 제5조(3)이 규정하고 있는 보장수단의 가장 필수적인 요소로, 자의적인 행사의 위험을 최소화하고, 법의 지배를 보장하기 위한 것이다. … 더욱이, 신속한 사법적 개입은 심각하게 부당한 처우를 발견하고 예방하도록 할 것인데, 그것은 위 협약에서 절대적으로 금지되고 제한될 수 없는 것으로 되어 있다."[188]

터키 정부는 이 사건에서 사법적 심사 없는 장기간의 구금의 정당성을 "외부의 지원을 받는 테러단체의 지리적 광범위성으로 인한 경찰 수사의 특수한 필요"에서 찾고자 하였다.[189] 위 재판소는 "테러범죄에 대한 수사는 의문의 여지없이 당국에 특별한

184) Ibid., p.10.

185) Ibid., loc. cit.

186) Ibid., pp.10~11.

187) *Eur. Court HR, Aksoy v. Turkey judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI*, p.2281, para.71, and p.2282, para.77.

188) Ibid., p.2282, para.76, 유럽인권재판소가 이 사건에서 신청인이 구금되어 있는 동안 고문이라고 밖에는 볼 수 없는 그런 심각하고 잔혹한 처우를 받았다고 결론 내렸다는 점을 주목할 필요가 있다. p.2279, para.64.

189) Ibid., p.2282, para.77.

어려움들을 제공한다."는 의견을 다시 강조하긴 하였으나, 다음과 같이 판단하였다.

> "사법적 심사 없이 혐의자를 14일 동안 구금하는 것이 필요하다는 주장을 받아들일 수 없다. 이 기간은 예외적으로 길고, 신청인으로 하여금 자유에 대한 자의적인 개입 뿐만 아니라 고문에도 취약하게 만든다. 더욱이 정부는 왜 터키 남동부에서의 테러리즘에 대한 투쟁이 사법적 개입을 불가능하게 했는지에 관한 상세한 이유를 이 재판소에 제시하지 못했다."[190]

보호수단들의 문제와 관련하여, 위 재판소는 *Brannigan and McBride* 사건에서와 상반되게 "충분한 보호수단들이 오랜 기간 구금된 신청인에게 제공되지 않았다"고 판단하였다.

> "특히, 변호사, 의사, 친척, 친구에의 접근 거부와 법원에 출석하여 구금의 적법성을 심사받을 수 있는 현실적 가능성의 결여는, 신청인이 완전히 그를 구속하고 있는 사람들의 자비에만 맡겨졌다는 것을 의미하였다."[191]

유럽인권재판소는 "터키 남동부에 있어서 의심의 여지없이 심각한 테러리즘의 문제들과 국가가 이에 대항하여 효과적인 조치들을 강구하는 데에 있어 직면한 어려움들을 고려하였다. 그러나 위 재판소는 위 상황의 긴급성이 신청인을 테러범죄와 관련되었다는 혐의로 법관이나 다른 사법관헌에게 출석시키지 않은 채 14일 또는 그 이상의 외부와 단절된 구금이 필요하였다고 인정하지 않았다."[192] 따라서 터키는 위 협약 제5조(3)을 위반하였고, 그 위반은 위 협약 제15조(1)에 의해 정당화될 수 없었다.

개인의 자유에 대한 자의적인 국가의 개입으로부터 효과적으로 보호받을 수 있는 권리는 기본적인 것이다. 자유의 박탈에 대해 신속한 사법적 통제를 받을 수 있는 권리는 자의적인 체포와 구금으로부터 개인을 보호하는 데 있어 필수적인 역할을 수행한다.

체포 · 구금에 대한 특별 권한은 국가(보편적 및 유럽의 경우)의 존립 또는 독립과 안전(미주의 경우)을 위태롭게 하는 공공의 비상사태의 경우에 적용될 수 있으나, 그러한 권한은 상황의 긴급성에 의해 엄격하게 필요한 한도 내로 제한되어야 한다.

190) Ibid., p.2282, para.78.
191) Ibid., p.2282, para.83.
192) Ibid., p.2282, para.84.

이것은 체포 · 구금에 대한 특별 권한이 비상사태에 의한 실제 위협에 엄격하게 비례하는 정도까지만 적법하다는 것을 의미한다.

그 조치들이 상황의 긴급성에 의해 엄격하게 필요하였다는 것을 증명해야 할 책임은 국가에게 있다. 이 법적 의무는 국가가 그 조치의 필요성이 계속해서 심사를 받도록 해야 한다는 것을 의미한다.

*체포 · 구금에 대한 특별 권한이 **결코** 자의적인 체포 또는 구금으로 되어서는 **안 되고**, 어떤 형태로든 남용되어서도 **안 된다**. 그러한 권한의 행사에 있어서 자의성과 남용을 예방하기 위해서는 효과적인 구제수단과 적절한 보호수단이 비상사태 동안 유지되어야만 하고, 체포 또는 구금으로 자유가 박탈된 사람이 이용할 수 있어야 한다.*

- *시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 미주인권협약 하에서는 **인신보호(Habeas corpus)** 같은 사법적 구제를 받을 수 있는 권리는 자유 박탈의 적법성을 평가하기 위해 언제라도 행사될 수 있어야 한다.*
- *유럽인권협약 하에서는 당사국이 직면하고 있는 비상사태의 심각성과 이용 가능한 구제수단에 따라 달라진다. 유럽인권재판소는 가장 최근의 사건에서 사법적 개입이 없는 **7일**간의 구금을, **인신보호**를 포함하여 남용에 대한 적절한 보호수단이 최초의 체포와 구금의 적법성을 심사하기 위해 존재했다는 이유로 그 필요성을 인정하였다(영국). 반면 위 재판소는, 피구금자를 사법적 개입이나 적절한 보호수단 없이 **14일** 동안 감금한 것은 상황의 긴급성에 의해 엄격하게 필요한 것으로 인정하지 않았다(터키).*
- *유럽에서 적절한 것으로 평가된 보호수단들은, 인신보호에 의한 사법적 심사에 더하여 변호사나 의사에 대한 효과적인 접근권, 가족이나 친구들에게 체포와 구금을 알릴 수 있는 권리를 포함한다. 유럽인권재판소는 일반적으로 이러한 보호수단들의 적절성을 **전체적으로** 심사한다.*
- *유럽인권재판소는 체포 · 구금에 대한 특별 권한이 행사되자마자 바로 적절한 사법적 또는 최소한 행정적 구제수단을 갖게 되기를 희망한다는 점을 강조하긴 하였지만, 그러한 구제수단이 없이 대안으로 고안된 보호수단만이 있는 상황에서 장기간의 구금 또는 수용을 상황의 긴급성에 의해 엄격하게 필요한 것으로 인정하였다. 그러나 유럽에서의 경향도 비상상태에서 자유가 박탈된 개인들의 권리를 강화하는 방향에 있는 것처럼 보인다.*
- *국제감시기구들은 피구금자들을 고문과 다른 형태의 부당한 처우로부터 보호하기 위해서 자유 박탈의 적법성에 대한 사법적 심사의 중요성을 강조해 왔다.*

4.4 공정한 재판을 받을 권리와 특별재판소

권한 있고, 독립적이며 공평한 법원에 의해 공정한 재판을 받을 권리는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 또는 미주인권협약, 유럽인권협약이 명시적으로 제

한할 수 없다고 규정하고 있지는 않기 때문에, 이러한 기본권의 어떤 요소들이 비상사태에서 제한될 수 있는가에 대한 의문이 발생한다.

공정한 재판을 받을 권리의 일반론에 관하여는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조, 아프리카헌장 제7조, 미주인권협약 제8조, 유럽인권협약 제6조에 포함된 권리들을 어느 정도 상세하게 설명한 이 매뉴얼 제6장, 제7장을 보면 된다. 이 조항들 중 어떤 것도 예를 들면, 군사법원이나 다른 특별법원을 언급하고 있지 않다. 이 조항들은 형사상 혐의 또는 (민사 또는 다른) 권리나 의무를 판단하도록 요구되는 모든 법원에 적용되는 기본 원칙들만을 나열하고 있다. "군사법원 또는 다른 특별법원이나 재판소"의 문제는 이 매뉴얼 제4장의 4.7에 언급되어 있고, 제7장의 7.은 "공정한 재판을 받을 권리와 특별 재판소"와 관련되어 있다.

"유엔 사법부의 독립에 관한 기본원칙"(the United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary)' 중 원칙 5는 다음과 같이 기술하고 있다는 점을 상기하는 것이 중요하다.

> "모든 사람은 법적 절차가 보장되는 일반법원이나 재판소에서 재판받을 권리를 갖고 있다. 적절한 법적 절차가 보장되지 않은 재판소는 일반법원이나 재판소의 권한을 대체하기 위해 만들어 질 수 없다."

더 나아가 자유권규약위원회가 일반논평 제13호에서 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조의 조항들은 일반법원과 재판소, 특별법원과 재판소에 모두 적용된다."고 언급한 것을 상기해야 한다. 더욱이, 위 규약은 군사법원이나 특별법원을 금지하고 있지 않지만,

> "위 규약이 명백하게 기술하고 있는 요건들에 의하면, 민간인을 군사법원이나 특별법원에서 재판받도록 하는 것은 매우 예외적이어야 하고, 위 규약 제14조에 명시된 모든 보장수단들을 완전히 제공할 수 있는 상황에서만 가능하다 . … 당사국들이 위 규약 제4조에 규정된 공공의 비상사태의 상황에서 제14조에서 요구되는 일반적인 절차로부터 이탈하고자 한다면, 그들은 그러한 이탈이 실제 상황의 긴급성에 의하여 엄격하게 필요한 한도를 초과해서는 안 된다는 것을 보장하고, 제14조(1)의 다른 요건들을 존중해야 한다."[193]

자유권규약위원회는 일반논평 제29호에서 "공정한 재판을 받을 권리의 어떤 요

193) *United Nations Compilation of General Comments*, p.123, para.4.

소들은 무력충돌 중에도 국제인권법에 의하여 명시적으로 보장되기 때문에, 위원회는 다른 비상사태에서 이러한 보장의 제한에 관하여는 어떤 정당성도 발견할 수 없다"고 밝히고 있다. 자유권규약위원회의 의견에 따르면, 법률유보의 원칙과 법의 지배 원칙은 다음 내용을 요구한다.

❖ "공정한 재판의 기본 요소는 비상사태에서도 존중되어야 한다."
❖ "법원만이 개인의 형사 범죄에 대하여 재판하고 유죄를 선고할 수 있다."
❖ "무죄추정의 원칙은 존중되어야 한다."[194]

M. Gonzalez del Rio v. Peru 사건에서, 자유권규약위원회는 나아가 "***독립적이고 공평한 재판소에서 재판받을 권리는 어떠한 예외도 인정되지 않는 절대적인 권리이다.***"라고 선언하였다.[195] 그러나 위 위원회는 "위 규약 제14조의 모든 조항들이 어떤 비상사태에서도 완전히 실행될 수 있다는 것은 전혀 실현가능하지 않다"는 점도 받아 들였다.[196]

자유권규약위원회의 다양한 언급과 견해에 따르면, 일반법원에서 재판받든, 특별법원에서 재판받든, 기소된 사람은 공공의 비상사태를 포함하여 어떤 경우에도 독립적이고 공평한 법원에 의해 공정한 재판을 받아야 하고, 유죄가 입증될 때까지 무죄로 추정되어야 한다는 것은 분명해 보인다. 위 위원회는 위 규약 제14조에 포함된 다른 보장수단들이 공공의 비상사태에서 어떻게 그리고 어느 정도 제한될 수 있는지에 대한 정의를 내려야 한다. 하지만, 위 규약 제14조(3)에 명백하게 언급되어 있듯이, 거기에 포함된 보장수단은 "모든 사람들에게 … 완전히 평등하게 주어져야" 하는 "최소한의 보장수단"이다. 따라서 공공의 비상사태에서 이러한 보장수단들을 제한하는 어떤 영역이 있을지는 의문이다. 비슷한 "최소한의" 보장수단들 또는 권리들이 미주인권협약 제8조(2), 유럽인권협약 제6조(3)에 포함되어 있다. 더욱이 아프리카헌장 제7조의 규정들은 제한이 불가능하므로 공공의 비상상태에서도 완전히 적용되어야 한다.

*****

국제인권법과 관련하여 4개의 제네바협약(1949년)과 2개의 추가의정서(1977

194) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p.206, para.16.

195) Communication No. 263/1987, *M. Gonzalez del Rio v. Peru* (Views adopted on 28 October 1992), *GAOR*, A/48/40 (vol. II), p.20, para. 5.2. 강조는 추가됨.

196) The Committee reply to the Sub-Commission on the question of a draft third optional protocol to Covenant, in UN doc. *GAOR*, A/49/40 (vol. I). annex XI 참조.

년)는 공정한 재판을 위한 많은 기본적인 보장수단들을 제공하고 있다. 그 보장수단들은 조약에 따라 달라질 수 있지만, 공정한 재판을 받을 권리의 요소로 다음의 것들을 포함하고 있다.

- ❖ 독립성과 공평성을 필수적으로 보장하는 법원에 의해 재판받을 권리
- ❖ 변호사의 조력을 받을 권리
- ❖ 통역의 도움을 받을 권리
- ❖ 적용된 혐의의 자세한 내용을 지체 없이 고지받고, 재판 전뿐만 아니라 재판 도중에도 방어에 필요한 권리와 수단을 고지받을 피고인의 권리
- ❖ 개별 형사책임 원칙에 근거하지 않고는 유죄판결을 받지 않을 권리
- ❖ 법원에 출석하여 재판받을 권리
- ❖ 자신에게 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리
- ❖ 자신에게 불리한 증인을 신문하거나 신문받도록 하고, 자신에게 불리한 증인과 동일 한 조건으로 자신에게 유리한 증인을 출석하게 하여 신문할 권리
- ❖ 판결이 공개적으로 선고되도록 할 수 있는 권리
- ❖ 상소할 수 있는 권리[197]

인도법(humanitarian law)에 규정된 이러한 보장수단들은 무력충돌의 경우에도 적용되기 때문에, 그보다 덜 심각한 비상사태에서 국가에 의해 보장되어야 하는 것은 당연하다. 자유권규약위원회 역시 일반논평 제29호에서 위와 같이 이해하고 있다.(위 내용 참조)

*****

일정한 종류의 범죄들을 재판하기 위해 설치된 특별법원은, 시민적 및 정치적 권리에 관한 규약 제14조를 반드시 위반하는 것은 아니지만, 위 규약 제26조에 반하는 차별을 포함할 수 있다. *Kavanagh v. Ireland* 사건은 아일랜드 정부가 1972년 5

197) Article 49 of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces on the Field, 1949; article 50 of the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, 1949; articles 105~108 of the Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War; articles 71~73 of the Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, 1949; common article 3 of the four Geneva Conventions; article 75(4) of Protocol I to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relation to the Protection of Victims of International Armed Conflicts; and article 6 of Protocol II to tne Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relation to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) 참조.

월 26일 국가에 대한 범죄법 제35조(2)에 따라 선포한 포고문에 의해 설치된 특별 형사법원과 관련되어 있다. 신청인은 "배심재판을 받을 권리와 예비심문 단계에서 증인을 신문할 권리가 주어지지 않은" 특별법원의 재판을 받게 됨으로써 위 규약 제14조(1) 위반의 피해자가 되었고, 따라서 그에게는 공정한 재판을 받을 권리가 주어지지 않았다고 주장하였다.[198] 신청인은 "배심재판과 예비심문 그 자체는 어떤 것도 위 규약에서 요구되는 것이 아니고, 둘 중 하나 또는 둘 모두가 없다고 하여 반드시 재판을 불공정하게 만드는 것은 아니다"라는 점은 인정하였다. 그러나 그는 "그의 특별 형사법원에서의 모든 상황들이 그 재판을 불공정하게 만들었다"고 여겼다.[199]

자유권규약위원회는 "일반법원이 아닌 법원에서의 재판이 반드시 그 자체로 공정한 재판을 받을 권리를 침해하는 것은 아니다"라는 점을 인정하면서, *Kavanagh* 사건에서의 사실관계는 그러한 위반이 있었다는 점을 보여주지 않았다고 밝혔다.[200] 다른 한편으로 신청인을 특별히 구성된 법원에 기소한 검찰국장[the Director of Public Prosecutions (DPP)]은 "국내법에 정해진 일정한 절차를 박탈함으로써 비슷한 혐의로 일반법원에 기소된 사람들과 신청인을 구별하였다." 배심재판은 아일랜드에서 "중요한 보호수단"으로 인식되고 있기 때문에, 위 당사국은 신청인을 다른 절차에서 재판받도록 하는 결정이 "합리적이고 객관적인 이유에 근거한 것"이라는 것을 제시할 필요가 있다.[201] 자유권규약위원회는, 위 법률이 "검찰이 일반법원에 의해서는 '효과적인 사법 운용'의 확보가 불충분하다고 여기는 경우" 특별 형사법원에서 재판받도록 할 수 있는 많은 특수한 범죄유형들을 나열하고 있다고 언급하였다. 그러나 위 위원회는 그것은 다음과 같은 문제점이 있다고 판단하였다.

> "의회는 일정한 범죄들에 대해서는 간소화된 형사절차도 공정하기만 하면 받아들일 수 있다는 전제하에, 입법을 통해서 중대한 특별 범죄들을 검찰의 전적인 재량에 따라 특별 형사법원이 관할하도록 하였고, 나아가 이 사건에서와 같이 다른 범죄들 역시 검찰이 일반법원에 의해서는 불충분하다고 판단하면 특별 형사법원에서 재판받도록 하였다. 특별 형사법원이 '적절'하다고 판단하거나 일반법원으로는 '불충분'하다고 판단하는 데에는 아무런 이유도 제시될 필요가 없었고, 개별 사건에서의 결정에 대한 어떠한 이유도 이 위원회에 제시되지 않았다. 더욱이 검찰의 판단에 대한 사법적 심사도 아주 예외적이고 사실상 자명한 경우로 제한되었다."[202]

198) Communication No. 819/1998, *Kavanagh v. Ireland* (Viewa adopted on 4 April 2001), in UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. II), p.133, para.10.1.

199) Ibid., loc. cit.

200) Ibid.

201) Ibid., p.133. para.10.2

202) Ibid., loc. cit.

따라서 위 위원회는 아일랜드가 "신청인을 특별 형사법원에서 재판받도록 한 결정이 합리적이고 객관적인 근거를 갖고 있다는 것을 보여주는 데 실패"하였다고 결론 내렸다. 그것은 위 신청인의 위 규약 제26조[법 앞의 평등권]에 따른 권리가 침해되었다는 결과가 된다. 자유권규약위원회는 이러한 사실관계를 토대로 비록 위 규약 제14조(1)[203]이 규약 제26조의 ***특별조항(lex specialis)***으로 여겨져야 했을지라도, 규약 제14조(1)의 재판에 있어서의 평등의 문제를 조사하는 것은 "불필요"하다고 믿었다.

자유권규약위원회가 특별법원에서의 재판이 반드시 위 규약 제14조에 배치되는 것으로 생각하지는 않지만, 이 매뉴얼 제4장에서 언급한 것처럼 군사법원에 민간인을 재판할 수 있는 권한이 주어질 때마다 특히 엄정한 의견을 제출하였다. 예를 들어, *Slovakia* 사건에서 위 위원회는 "민간인이 국가기밀누설, 간첩, 국가안보 등을 포함하여 일정한 경우에 군사법원에서 재판받을 수 있다."는 점에 대해 우려하였다. 위 위원회는 "형사법은 ***어떤 경우에도*** 민간인이 군사법원에 의해 재판받을 수 있도록 하는 것을 금지하도록 개정되어야 한다."[204]고 권고하였다. 페루와 관련하여, 위 위원회는 "정체불명의"(faceless) 법원의 폐지와 "테러범죄자들을 군사법원의 관할에서 일반 형사법원의 관할로 이송한 사실"에 대하여 매우 만족해하면서 환영의 뜻을 표시하였다.[205] 그러나 위 위원회는 "반역죄로 기소된 개인이 군사법원에 관할이 주어지고, 그가 위 규약 제14조에서 규정된 보장수단도 없이 재판을 받는" 사실에 대해서는 유감을 표시하였다. 위 위원회는 위 규약 제14조에 관한 일반논평 제13호를 언급하면서, "군사법원의 민간인에 대한 관할권은 공정하고, 공평하며, 독립적인 사법의 운용과 일치하지 않는다."고 강조하였다.[206]

우즈베키스탄과 관련하여, 위 위원회는 "행정부가 어떤 사건이 예외적인 상황이어서 일반법원의 재판을 허용하지 않는다고 판단하는 경우 군사법원이 민사사건과 형사사건을 포함한 광범위한 관할권을 갖게 되는 것을" 우려하였다. 위 위원회는 위 당사국이 '예외적인 상황'의 무엇인지에 관한 정보를 제공하지 않았다는 점을 [지적하면서], 이러한 법원들이 위 규약 제14조, 제26조를 위반하여 민간인이 포함된 민사사건과 형사사건을 처리할 수 있는 관할권을 갖고 있는 것에 대하여 우려하였다. 당사국들은 군사법원의 관할을 군사범죄로 기소된 군인들로 제한하기 위해 필요한 법적 장

203) Ibid., p.133. para.10.3

204) UN doc. *GAOR*, A/52/40 (vol. I), p.60, para.381. 강조는 추가됨.

205) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p.45, para.4.

206) Ibid., p.47. para.12

치들을 채택해야만 한다."[207] 마지막으로, 자유권규약위원회는 과테말라에 "군사법원의 관할을 완전히 군사적인 성격의 범죄를 저지른 것으로 기소된 군인들에 대한 재판으로 제한하도록 법률을 개정"할 것을 권고하였다.[208]

*****

Castillo Petruzzi et al. 사건에서 피해자라고 주장하는 사람은 "정체불명의" 군사재판소에서 반역죄로 유죄판결을 받고 무기징역형을 선고받았다. 반역죄로 기소되었기 때문에, "'정체불명의' 법관에 의해 '작전구역'에서의' 약식절차"로 진행되었으며, "사법적 보장"을 요청하는 신청은 받아들여지지 않았다.[209] Castillo Petruzzi는 특별 군사법원에서 반역죄로 유죄판결을 받았고, "자격상실, 첫 1년간 독방감금과 그 이후 강제노동이 수반된 무기징역형을 선고받았다." 이 판결은 제2심 특별 군사재판소에서 유지되었으며, 최고 군사법원은 그 파기요청을 기각하였다.[210] 재판이 이루어질 당시 비상사태가 Lima 지역과 Callo 지역에서 선포된 상태였고, 페루 헌법에 규정된 체포와 법관 앞에 출석할 권리뿐만 아니라 주거의 불가침성, 이동의 자유, 집회의 자유와 같은 보장수단들은 일시 정지되어 있었다.[211] Castillo Petruzzi의 재판과 관련하여, 그의 변호인은 "예비심문 이전 또는 제1심 선고 이전에 사적으로" 그와 만나는 것이 허용되지 않았고, Castillo Petruzzi는 "예비심문 과정에서 눈이 가려지고 수갑이 채워져 있었으며," 그와 그의 변호인 모두 "검찰 측 증거를 볼 수 없었고, 변호인은 경찰 수사기록에 진술한 것으로 나타나는 증인에게 반대 신문할 기회가 주어지지 않았다."[212]

미주인권재판소는 다음과 같은 이유로 이 사건에서 미주인권협약 제8조(1)을 위반하였다고 판단하였다.

> "128. … 관할을 민간법원에서 군사법원으로 옮겨 반역죄로 기소된 민간인을 군사법원이 재판하도록 하는 것은, 법률에 의해 사전에 설립된, 권한 있고, 독립적이고, 공평한 법원이 이러한 사건들을 심리하는 것을 불가능하게 한다. 실제로 군사재판소는 법률적으로 민간인을 위해 설립된 재판소는 아니다. 민간인들은 군사적인 역할이나 의무가 없기 때문에 군사적 의무를 위반하는 행동에 관여할 수 없다. 군사법원이 민

207) Ibid., p.61~62. para.15.

208) Ibid., p.96. para.20.

209) *I-A Court HR, Castillo Petruzzi et al Case, judgment of May 30, 1999, Series C, No.52*, p.162, para.86.10

210) Ibid., pp.170~171. para.86.36 and 86.40~86.43.

211) Ibid., pp.159~160. para.86.5

212) Ibid., p.168. para.86.30

> 간법원에 의해 심리되어야 할 사건에 대한 관할권을 갖게 되는 경우, 법률에 의해 사전에 설립된, 권한 있고, 독립적이며, 공평한 법원에서 재판받을 개인들의 권리는 물론 적법절차에 대한 권리 *역시* 침해된다. 결과적으로 적법절차에 대한 권리는 민간법원에서 재판을 받을 권리와 밀접하게 관련되어 있다.
>
> 129. 사법부의 독립이라는 기본원칙은 모든 사람이 일반법원에서 법률에 의한 절차에 따라 재판받을 권리가 있다는 것을 의미한다. 국가는 '일반법원이나 재판소의 관할을 대체하기 위해 … 적절한 법적 절차를 따르지 않는 재판소'를 설립해서는 안 된다.
>
> 130. 미주인권협약 제8조(1)에 따르면, 재판장은 반드시 권한 있고, 독립적이며, 공평해야 한다. 이 사건에서 반란 진압에 종사하는 군대도 반란집단과 관련된 사람을 기소하고 있다. 이것은 모든 법관들이 가져야 하는 공평성을 현저하게 약화시킨다. 더구나 군사재판법 하에서는 군사법원의 최고단계라고 할 수 있는 최고군사법원의 구성원들은 관련 분야의 장관에 의해 임명된다. 최고군사법원의 구성원들은 물론 그의 부하 중에 누구를 승진시킬 것인지와 누구에게 어떤 포상을 지급할 것인지도 결정하며, 역할도 부여한다. 이것만으로도 군판사의 독립성에 중대한 의문이 제기되었다고 보기에 충분하다.
>
> 131. 이 재판소는, 재판받는 모든 사람에게 주어지는 보장수단은 필수적이고 사법적이어야 한다고 판단해 왔다. '이 개념에는 비상사태에서 채택된 조치의 적법성을 판단할 수 있는 권한을 가진 독립적이고 공평한 사법부의 적극적인 관여가 내포되어 있다'.„[213]

미주인권재판소는 "반역죄로 기소된 피해자들을 재판한 군사법원은 미주인권협약 제8조(1)이 적법절차에 필수적인 것으로 인식하고 있는 독립성과 공평성의 보장에 내포된 요건들을 충족시키지 못했다."고 결론 내렸다. 추가적인 문제는 "정체불명의" 판사들이 반역죄를 재판하여 피고인들이 "그 판사들의 정체를 알 방법이 없었으므로 그들에게 권한이 있는지를 판단할 수 없다는 점이다."[214]

*****

유럽인권재판소는 터키 계엄법원(martial law tribunals)이 유럽인권협약 제6조(1)과 부합하는지를 심리했다. 예를 들어, *Yalgin and Others* 사건에서 신청인 중 2명이 그들의 공정한 심리를 받을 권리가 독립성과 공평성이 결여된 앙카라 계엄법원에서 유죄판결을 받음으로써 침해를 받았다고 주장했다. 유럽인권재판소는 "계엄법원

213) Ibid., pp.196~197, paras.128~131; 각주는 생략됨. 129문단에서 미주인권재판소는 '유엔 사법부 독립에 관한 기본원칙'의 원칙 5를 인용하였다.

214) Ibid., p.197. para.132~133.

은 헌법 질서와 민주주의 체제의 근간을 흔드는 범죄들을 처리"하기 위해 만들어졌다고 언급했다. 그러나 위 재판소는 "그 임무가 당사국에서 그러한 법원을 설치하는 것이 필요한지 여부를 *추상적으로* 결정하거나 적절한 운용을 심사하는 것"이 아니라, "그러한 법원이 기능하는 방식이 신청인들의 '공정한 재판을 받을 권리'를 침해했는지 여부를 규명하는 것"이라고 결론 내렸다.[215] 터키 계엄법원은 2명의 일반 판사, 두 명의 군판사, 그리고 한 명의 군장교 등 5명으로 구성되어 있다. 군판사, 군장교의 독립성과 공평성의 문제는 함께 심리되었는데, 일반 판사의 독립성과 공평성에 대하여는 이의가 제기되지 않았다.

군판사는 "참모장의 승인과 국방장관, 총리, 대통령이 서명한 포고령에 의해 임명되었다. 선임대령인 군장교 … 는 참모장의 추천과 군판사 임용에 관한 절차에 따라 임용되었다. 군장교는 임명 후 1년이 지나면 면직될 수 있었다."[216] 유럽인권재판소는 계엄법원 판사들을 외부의 압력으로부터 보호할 수 있는 보호수단의 존재에 관하여 다음과 같이 판단했다. "군판사들은 일반 판사와 동일한 직업적 연수과정을 거치고, 일반 판사와 동일한 헌법적 보호를 받는다. 그들은 그들의 동의 없이 판사직으로부터 면직되거나 일찍 은퇴당하지 않는다. 그들은 개인 자격으로 계엄법원의 정규 구성원으로 근무한다. 헌법에 따르면, 그들은 독립적이어야 하고, 어떤 정부 당국자도 그들에게 사법적 행동과 관련된 지시를 하거나 그들의 의무를 수행하는 데 있어 영향을 끼쳐서는 안 된다."[217]

그러나 그들의 지위에 관하여 세 가지 점이 독립성과 공정성에 의문을 제기하게 만들었다.

- ***첫째***, "군판사들은 행정부의 명령을 받는 군대에 속해 있는 군인이다."
- ***둘째***, "신청인이 적절하게 지적하였듯이, 그들은 군대 규율에 복종해야 하고, 그 목적을 위해서 그들에 대한 평가보고서가 작성된다. 따라서 그들은 승진을 하기 위해 그들의 행정 상급자와 사법 상급자로부터 호의적인 평가보고서를 받아야 한다."
- ***셋째***, "그들의 임명과 관련된 결정은 대부분 행정담당자들과 군대에 의해 이루어진다."[218]

마지막으로, 계엄법원의 군장교는 "계급체계에 있어서 계엄사령관 또는 관련

215) *Eur. Court HR, Case of Yalgin and Others v. Turkey, judgment of 25 September 2001*, paras. 43~44, http://echr.coe.int에 게재된 판결문 참조.

216) Ibid., para.40.

217) Ibid., para.41

218) Ibid., para.42.

부대 사령관의 부하"로, "이러한 사람들로부터 전혀 독립적인 위치에 있지 않았다."[219]

유럽인권재판소는 그 다음에 다음과 같이 판단했다.

> "외관(appearances)도 매우 중요하다. 민주사회의 법원이 대중과 특히 형사절차에 있어서는 피고인에게 주어야 하는 확신이 위험에 처해 있다. 이 사건에서 특별법원이 독립성과 공평성이 결여되어 있다는 우려를 가질 만한 합리적인 이유가 있는가를 결정하는 데 있어, 피고인의 견해는 결정적인 것은 아니지만 중요하다. 결정적인 것은 그의 의문들이 객관적으로 정당한 것으로 여겨질 수 있는가이다."[220]

위 재판소는 나아가 다음과 같이 판결했다.

> "이 사건과 같이 법원의 구성원들이 그들의 군대 내 업무나 조직에 있어 하위에 있는 경우, ***마주 앉은***(*vis-à-vis*) 당사자 중의 한 명인 피고인은 그들의 독립성에 관하여 합리적인 의문을 품게 될 것이다. 그러한 상황은 민주사회에 있어야 할 법원에 대한 신뢰에 심각하게 영향을 끼친다. … 거기에 더하여, 이 재판소는 민간인이 비록 부분적으로라도 군대의 구성원으로 이루어진 법원 앞에 출석해야 한다는 사실을 매우 중요시한다."[221]

이런 모든 점을 고려하여 위 재판소는 다음과 같은 견해를 밝혔다.

> "국가 헌법 질서의 근간을 흔들 것을 기도한 혐의로 기소되어 계엄법원에서 재판받은 신청인들이, 계엄당국 밑에 있는 두 명의 군판사와 한 명의 군장교를 포함한 법원에서 재판받는 것에 관하여 우려를 가지는 것은 합리적인 이유가 있다. 위 법원에 독립성과 공평성에 의문이 없는 두 명의 일반 판사들이 있다는 사실은 이 점에서 아무런 차이도 만들지 못한다."[222]

유럽인권재판소는 결국 "계엄법원의 독립성과 공평성의 결여에 대한 신청인들의 우려는 객관적으로 정당한 것으로 여겨질 수 있기 때문에" 유럽인권협약 제6조(1) 위반이 있었다고 결론 내렸다.[223]

*****

219) Ibid., loc. cit.
220) Ibid., para.45.
221) Ibid., para.46.
222) Ibid., para.47.
223) Ibid., para.48.

국제인권법의 현재의 발전단계에서 국제감시기구는 특별법원이 그 자체로 인권법에 위배된다고 결론 내릴 것 같지는 않으나, 위 법원이 늘 독립적이고 공평한 법원에서 재판을 받을 권리를 포함하여 법률이 규정하고 있는 적법절차의 보장을 충족하고 있는지를 심사숙고하려는 경향이 있음은 분명한 것 같다. 군장교나 군대의 다른 구성원들이 민간인들을 재판하는 특별 법원의 일부를 이루는 경우, 국제감시기구는 예외 없이 그러한 법원이 국제인권법이 요구하는 독립성과 공평성을 갖추지 못하고 있다고 결론 내렸다.(매뉴얼 제4장 4.7절 참조)

모든 사람은 항상 권한 있고 독립적이며 공평한 법원, 유죄가 입증될 때까지는 무죄로 추정될 권리뿐만 아니라 공정한 재판/적법절차의 보장에 대한 권리를 존중하는 법원에 의한 재판을 받을 권리가 있다.

특별법원에 의한 재판은 그 자체로 공정한 심리/적법절차의 보장에 대한 권리를 위반하는 것은 아니다. 그러나 그러한 법원이 권한 있고 독립적이며 공평해야 한다는 요건을 포함하여, 공정한 재판/적법절차 보장의 기본적인 요건들을 모두 갖추고 있는지를 항상 주시해야 한다. 다른 일반법원들과 마찬가지로, 특별하게 설치된 법원들은 또한 법 앞에 평등이라는 원칙과 차별금지의 원칙을 엄격하게 준수해야 한다.

군사법원은 공정하고 독립적이고 공평하게 집행할 가능성이 낮기 때문에, 형사범죄를 저지른 것으로 의심되는 민간인들을 재판할 권한이 없다.

국제인도법에 규정된 공정한 재판/적법절차의 기준은 어떤 국가도 낮추어서는 안 되는 최소한의 한계를 정하고 있다. 이러한 기준들은 국제적, 국내적 성격의 무력충돌의 경우를 예상하여 규정된 것이기 때문에 그보다 덜 심각한 위기상황에서는 더 높은 요건을 요구한다.

*시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제14조(3), 미주인권협약 제8조(2), 유럽인권협약 제6조(3)에 규정된 형사재판에 있어서의 **최소한의 보장**은 공정한 재판 보장을 위한 불충분하지만 중요한 기준을 제공하고 있는데, 이는 국가의 존립을 위협하거나(보편적 및 유럽의 경우) 국가의 독립과 안전을 위협하는(미주의 경우) 공공의 비상사태를 포함하여 어떤 경우에도 적용되어야 한다.*

5. 다른 국제법상의 의무와의 양립에 관한 요건

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(1), 미주인권협약 제27조(1), 유럽인권협약 제15조(1)은 이탈하는 조치가 당사국의 "다른 국제법상의 의무"에 "저촉되어서는" 안 된다는 요건을 규정하고 있다. 같은 요건은 유럽사회헌장 제30조(1)과 개

정된 위 헌장 제F조(1)에도 규정되어 있다.

"다른 국제법상의 의무"라는 용어는 그 범위가 넓고, 이론적으로는 국제조약과 국제관습법, 심지어는 법의 일반원칙에서 나온 법적 의무로 이루어진 것으로 해석될 수 있는데, 위 의무는 이탈 조치에 의하여 영향을 받는 인권과 기본적인 자유들의 향유와 관련되어 있다. 자유권규약위원회는 일반논평 제29호에서 이에 관하여 다음과 같이 말하고 있다.

> "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 조항에 규정된 권리를 제한하는 조치는 당사국의 다른 국제법, 특히 국제인권법상의 의무에 저촉될 수 있다. 그러한 권리제한 조치가 조약에 근거했든, 일반 국제법에 근거했든 간에 당사국의 다른 의무를 위반한다면, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조는 위 권리제한 조치를 정당화하는 것으로 해석될 수 없다. 이것은 또한 위 규약 제5조(2)에 반영되어 있는데, 이는 위 규약이 인정하지 아니하거나 또는 그 인정의 범위가 보다 협소하다는 것을 구실로 다른 국제법에서 인정되는 기본권을 제한하거나 훼손하여서는 안 된다는 원칙에 따른 것이다."[224]

자유권규약위원회가 "시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이 당사국으로 하여금 위 규약의 특정 조항의 권리를 제한하는 것을 허용하는지를 판단할 때 다른 국제법상의 의무를 고려"하도록 하기 위해, 당사국은 위 규약 제4조(1)을 적용하거나 정기보고서를 제출할 때, "의문이 제기된 권리의 보호와 관련된 국제법상의 의무, 특히 비상사태에서 적용될 수 있는 의무에 대한 정보를 제출해야 하고, 비상사태에서 적용될 수 있는 인권기준에 관한 국제법상의 발전을 적절하게 고려해야 한다."[225]

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 미주인권협약을 모두 비준한 국가의 경우에는, 자유권규약위원회가 당사국의 위 규약상의 의무 이탈 조치가 이탈이 불가능한 권리의 목록을 더 넓게 두고 있는 미주인권협약상의 의무에 저촉되는지를 조사하는 것이 특히 중요하다.

*****

유럽인권재판소는, 유럽인권협약이 위 재판소에 대해 이탈 조치가 당사국이 *자발적으로 따르기로 한* "다른 국제법상의 의무"[226]에 저촉되는지를 조사할 것을 요구한다는 점을 분명히 했다. 그러나 *Lawless* 사건이나 *Ireland v. the United Kingdom*

224) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol.), p.204, para.9.

225) Ibid. pp.204~205. para.10.

226) *Eur, Court HR, Lawless Case (Marits), judgment of 1 July 1961, Series A, No.3*, p.60. paras.40~41.

사건에서 위 재판소는 이탈 조치를 한 당사국들이 그러한 의무를 무시했음을 나타내는 자료를 가지고 있지 않았다. 후자의 사건에서, 위 재판소는 특히 "아일랜드 정부가 유럽인권위원회나 유럽인권재판소에, 제기한 주장에 관하여 정확한 세부내용을 제시하거나 그 적용에 관한 의견의 개요도 제시하지 않았다."고 판단했다.[227] 이러한 사건들에서 알 수 있듯이 위 재판소가 직권으로 당사국의 이탈 조치가 "다른 국제법상의 의무"에 저촉되는지 조사할 의무가 있다고는 하지만, 위 재판소는 스스로 면밀한 조사를 수행함으로써가 아니라 이러한 원칙의 위반을 주장하는 당사자가 제출하는 주장에 주로 의존한다.

Brannigan and McBride 사건에서, 신청인은 공공의 비상사태가 시민적 및 정치적 권리에 관한 규약 제4조에서 요구되는 것처럼 "공식 선포"되지 않았기 때문에 영국 정부가 위 규약 제15조(1)의 양립 가능성 원칙을 위반했다고 주장하였다. 유럽인권재판소는 이 사건에서 위 규약 제4조의 "공식 선포"의 의미에 관한 권위 있는 정의를 내리는 것이 자신의 의무는 아니라고 하면서, 다만 "이 점에 관한 신청인의 주장이 타당한 근거를 가지고 있는지"에 대하여는 조사를 해야 한다고 판단하였다.[228] 그러나 위 재판소는, 영국 내무장관이 하원에서 "유럽인권협약 제15조와 위 규약 제4조 하에서 영국 정부가 권리제한 조치를 취하기로 한 결정의 배경과 그것을 알리기 위해 취해진 수단들에 대하여 상세하게 설명"한 연설과 연관지어, "신청인의 주장에 근거가 없다"고 결론 내렸다. "위 장관은 '영국에서 북아일랜드의 사건들과 연결된 테러리즘과 관련되어 이러한 조항들의 의미에 들어맞는 공공의 비상사태'가 존재했다고 덧붙였다."[229] 유럽인권재판소에 견해에 의하면, 이러한 연설은 "공식적인 성격의 것이며, 권리제한 조치에 관한 정부의 의사를 공표하는 것으로써, 공식적인 선포의 개념과 잘 맞아 떨어진다."[230]

마지막으로 *Marshall* 사건에서 유럽인권재판소는, 신청인이 (영국) 정부가 1995년 이후 권리제한 조치를 유지하고 있으므로 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약상의 의무를 위반하고 있는 것으로 간주되어야 한다는 자유권규약위원회의 의견을 언급한 것에 대해 아무런 근거도 찾을 수 없다고 판단하였다. 그러므로 신청인은

227) Ibid., p.60, para.41, and *Eur, Court HR, Case of Ireland v. the United Kingdom, judgment of 18 January 1978, Series A, No.25*, p.84, para.222.

228) *Eur, Court HR, Case of Brannigan and McBride v. the Unithed Kingdom, judgment of 26 May 1993, Series A, No.258-B*, p.57, para.72.

229) Ibid., p.57, para.73

230) Ibid., loc, cit.

"이탈 조치의 계속적인 시행은 위 정부의 국제법상 의무에 저촉된다"는 주장을 유지할 수 없었다.[231]

즉, 위 판단을 통해 유럽인권재판소는, 신청인이 피신청인 국가가 "다른 국제법상의 의무"와 일치하는 행동을 하지 않았다는 점에 대한 명백하고 근거가 분명한 자료를 제출하지 않으면, 그 신청을 받아들이지 않는다는 것을 보여주고 있다.

국제인권법상의 의무로부터 이탈하는 조치들을 취하고자 할 때, 국가는 이러한 조치들이 "다른 국제법상의 의무들", 예를 들어, 더 높은 절대적인 인권 기준, 인도법 기준, 국제조약이나 국제관습법 또는 법의 일반원칙들에 의해 권리제한 조치를 취한 국가를 제약하는 다른 관련 원칙들에 저촉되지 않는다는 것을 보장해야 한다.

6. 비차별의 요건

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조, 미주인권협약 제27조(1)에 따르면, 이탈 조치는 "단지 인종, 피부색, 성, 언어, 종교 또는 사회적 출신만을 이유로 하는 차별을 포함해서는 안 된다."

유럽인권협약 제15조(1)은 그런 차별금지 원칙을 언급하는 내용을 포함하고 있지 않다. 유럽인권협약 당사국이 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 당사국인 경우에 위 협약 제15조를 근거로 위에서 언급된 이유로 권리제한 조치를 취하는 것은 허용되지 않는다. 왜냐하면 그러한 조치들은 그 당사국의 "다른 국제법상의 의무"에 저촉되어서는 안 되기 때문이다. 어쨌든, 권리제한 조치를 취하는 당사국이 그 조치를 조약상의 의무를 위반하지 않고 위기상황의 특수한 필요성에 맞게 조정할 수 있도록 하는 융통성이 평등과 비차별의 원칙에 내재되어 있다. 이 매뉴얼 제13장에서 언급하였듯이, 평등과 차별금지 원칙의 결과로 국제법 하에서 사람들 사이의 모든 차별이 불법적이 되는 것은 아니다. ***그러나 차별은 그것이 오직 정당한 목적을 추구하고, 그 목적에 비추어 비례적이고, 합리적인 경우에만 적법하다***. 차별적인 권리제한 조치는 일반적인 경우 및 관련된 구체적인 사건에서 모두 이러한 기준을 충족하는 한도 내에서 적법하다. 평등과 비차별의 원칙이 국제인권법과 일반 국제법의 기본 원칙이기 때문

231) *Eur, Court HR, Marshall case, decision on the admissibility of 10 July 2001*, p.11, http:echr.coe.int 에 게재된 판결문 참조.

에, 사람들 또는 집단을 차별하는 권리제한 조치들은 어떠한 상황에서도, 심지어 제한되는 조항에 명시적으로 차별금지 내용을 포함하고 있지 않은 조약에서도 적법한 것으로 여겨질 수 없다.

자유권규약위원회는 일반논평 제29호에서, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조 또는 다른 차별금지 관련 조항들[즉, 제2조, 제3조, 제14조(1), 제23조(4), 제24조(1), 제25조]에 관하여 다음과 같이 판단하였다.

> "(비록 위 조항들이) 위 규약 제4조(2)에서 이탈할 수 없는 조항으로 나열되어 있지 않지만, 어떤 상황에서도 제한될 수 없는 차별을 받지 않을 권리의 요소 또는 요인이 존재한다. 특히, 위 규약상 의무로부터 이탈하는 조치를 취하고자 할 때 사람들 사이에 어떤 차별이 만들어진다면 위 규약 제4조(1)은 반드시 준수되어야 한다."[232]

*****

비록 유럽인권재판소가 *Ireland v. the United Kingdom* 사건에서 15대 2로 유럽인권협약 제5조, 제14조에 반하는 차별이 있었다고 결론 내리지는 않았지만, 사법절차에 의하지 않은 체포와 구금의 권한을 행사함에 있어서 차별의 문제가 제기되었다.[233] 아일랜드 정부는, 예외적인 권한들이 처음에는 오직 "IRA 테러와 관련되거나 그와 관련된 정보를 갖고 있는 것으로 의심되는 사람들"에 대하여만 행사되었으나, "나중에는 정도는 훨씬 덜 하지만 왕당파(Layalist) 테러리스트 혐의자들에게도 행사되었다"고 주장했다.[234]

위 재판소는 쟁점이 되는 시기의 ***최초 단계***(1971년부터 1972년 3월말까지)에서의 왕당파와 공화파 테러리즘의 취급에 있어서의 차이점을 분석하면서, 왕당파와 공화파 테러리즘 사이에는 큰 차이가 있었다고 결론 내렸다. 문제가 된 시기에는 광범위한 살인, 폭발 그리고 다른 잔학행위들은, 왕당파 테러리스트들보다 훨씬 조직적이고, 심각한 위협이 되었던 공화파 테러리스트들의 행동 때문이었는데, 당시 왕당파 테러리스트는 형사 법정에 훨씬 더 빈번하게 출석할 수 있었다.[235] 그러나 ***두 번째 시기***(1972년 3월 30일 – 1973년 2월 4일)는 "미묘한 문제들"을 일으키고 있는데, 당시에는 "왕당파 테러리즘의 급격한 증가"가 있었다. "1972년 3월 30일 이전에 유력했던 이

232) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (Vol. I). Report HRC, p.204, para.8.

233) *Eur. Court HR Case of Ireland v. the United Kingdom, judgment of 18 January 1978. Series A. No.25*, p.95.

234) Ibid., p.85, para.225.

235) Ibid., p.86. para.228.

유들이 시간이 지나면서 점점 타당하지 않게 되었다"는 것은 위 재판소에 의심의 여지가 없었다. 그러나 위 재판소는 본질적으로 가변적이고 계속 변하는 상황을 단계별로 분명하게 나누는 것은 비현실적이라고 [판단했다]. 위 재판소는 그 심사 권한에 한계가 있다는 것을 염두에 두면서, 쟁점이 되는 기간 동안 영국 정부가 IRA에 대하여만 비상권한을 행사함으로써 유럽인권협약 제14조, 제5조를 위반하였다고 단언[할 수 없었다].[236] 이 시기에 추구되었던 목적 – "무엇보다도 가장 위협적인 조직의 제거 은 합리적인 것으로 간주될 수 있었고, 그 행사되었던 수단들은 부적절한 것으로 보이지 않았다."[237]

그러나 1973년 2월 5일은, 그 때부터 "사법절차에 의하지 않은 자유 박탈이 특정 조직이 아니라 … 테러리즘 전체와의 전쟁을 위해서 사용되었다"는 점에서 전환점이 되었다. 위 재판소는 두 범주의 테러리스트에 대한 군사작전에서의 모든 법의 적용 과정을 고려하면, "취급에 있어서의 최초의 차이는 쟁점이 된 마지막 기간 동안에는 계속되지 않았다."고 판단했다.[238]

당사국은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 미주인권협약에 의한 법적 의무로부터 이탈하는 조치를 취하고자 할 때는, 이 조치들이 오직 "인종, 피부색, 성, 언어, 종교 또는 사회적 출신"에만 근거한 차별을 포함해서는 안 된다는 것을 보장해야 한다.

모든 권리제한 국가는 국제인권법과 일반 국제법의 기본원리인 평등과 차별금지의 원칙을 항상 보장해야 한다. 국제법 체계에 따르면, 차별금지는 원래 탄력적이고, 권리제한 조치를 취하는 국가들로 하여금 정당한 목적을 추구하고 있고, 그 목적에 비추어 합리적이고 비례적이라면 비상사태를 극복하기 위하여 엄격하게 필요한 조치를 취할 수 있도록 한다.

7. 국제적 통지의 요건

이 장에서 다루어진 세 개의 주요 조약의 당사국이 이탈 권한을 행사할 때는 국제적 통지 제도를 지켜야 할 법적 의무가 있다. 위 2.2절에서 본 바와 같이, 이 의무의 채택은 조약 입안자들이 이탈 권한의 남용을 방지하기 위해 도입한 핵심 요소 중의 하나이다. 여러 조약의 통지 조항이 동일하지는 않지만, 많은 면에서 서로 비슷하다. 시

236) Ibid., p.86~87. para.229.

237) Ibid., p.87. para.230.

238) Ibid., p.87~88. para.231.

민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(3)은 다음과 같다.

> "이탈조치를 취할 권한을 행사하는 이 규약의 당사국은 이탈하는 규정 및 그 이유를, 유엔 사무총장을 통하여 즉시 다른 당사국에게 통지해야 한다. 또한, 당사국은 이탈조치가 종료되는 날에 동일한 경로를 통하여 그 내용을 통지한다."

자유권규약위원회는, "통지는 위원회의 기능 수행, 특히 당사국이 취한 조치가 비상사태에서 엄격히 필요한 것이었는지를 판단하는 기능 수행뿐만 아니라, 다른 당사국으로 하여금 위 규약의 조항을 준수하였는지를 감시하는 것을 가능하게 하는 데 필수적"[239]이라고 여긴다. 위 위원회는 "당사국이 위 규약의 의무로부터 이탈하는 조치들을 취할 때마다 즉시 국제적 통지를 해야 할 의무"를 강조한다. 위 위원회가 당사국의 법률과 그 시행이 위 규약 제4조를 준수하는지를 감시할 의무는 당사국이 통지를 했는지 여부에 따라 달라지지 않는다."[240]

위 위원회는 과거에 이루어진 많은 통지의 "개략적인 특징"과 관련하여 다음과 같이 강조한다. "통지는 취해진 수단에 관한 모든 정보와 거기에 대한 분명한 이유 설명을 포함해야 하고, 그 법률과 관련된 모든 문서가 첨부되어야 한다. 만약 당사국이 예를 들어, 비상사태를 연장함으로써 그 후에 위 규약 제4조 하에서 추가 조치를 취하게 되면, 추가적인 통지가 이루어져야 한다. 즉각적인 통지의 요건은 이탈조치의 종료의 경우에도 똑같이 적용된다. 이 의무는 항상 존중되었던 것은 아니다."[241]

*****

미주인권협약 제27조(3)은 다음과 같이 규정하고 있다.

> "정지 권한을 행사하는 당사국은 미주기구(OAS)의 사무총장을 통하여 다른 당사국에게 정지되는 조항, 그 이유와 정지의 종료 예정일을 즉시 통지하여야 한다."

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제4조(3)의 경우처럼, 미주인권협약의 권리를 제한하는 국가는 (1) ***즉시*** 다른 국가들에게 그 정지에 관하여 통지해야 하고, (2) 정지되는 ***조항***에 관한 정보를 제시하며, (3) 정지 ***이유***를 설명해야 한다. 당사국은

239) UN doc. *GAOR*, A/56/40 (vol. I), p.207, para.17.
240) Ibid., loc. cit.
241) Ibid.

그 정지의 종료 시점도 제시해야 한다. 한편, 미주인권협약 제27조(3)은 명시적으로 당사국에게 정지 조치가 끝난 다음에 또 한 번의 통지를 해야 할 의무를 부과하고 있지는 않다.

*****

유럽인권협약 제15조(3)은 다음과 같이 규정하고 있다.

> "이탈 권한을 행사하는 모든 당사국은 유럽평의회 사무총장에게 취해진 조치와 그 이유를 상세하게 통지하여야 한다. 당해 국가는 그러한 조치의 적용이 언제 중지되어 협약 규정이 다시 완전히 실행될 것인지 역시 유럽평의회 사무총장에게 통지해야 한다."

위 협약 제15조(3)이 이탈 조치를 취하는 당사국에 그 이탈하는 ***조항***을 명기할 것을 명시적으로 요구하지 않는다는 것은 주목할 만하다. 그러나 "상세히 통지해야"라는 문구는, 당사국이 그 취한 이탈 조치에 관한 포괄적인 정보를 제공해야 한다는 것을 가리킨다. 유럽인권재판소는 재판의 대상이 된 사건에 있어서 이탈 조치를 취한 국가가 위 협약 제15조(3)을 따랐는지를 *직권으로* 조사할 권한이 있다. 위 재판소의 판례에 의하면, 통지는 "지체 없이" 이루어져야 하는데, 이탈 조치가 실행된 후 12일 후에 통지가 이루어진 *Lawless* 사건에서는 위 요건이 충족되었다고 판단되었다.[242] 위 재판소는 위 사건에서, 정부가 서면으로 "'공공의 평화와 질서를 위협하는 범죄들을 막고, 헌법에 의하지 않은 군사조직 또는 무장조직의 존속을 방지'하기 위하여 조치들이 취해졌다"고 설명할 때, 유럽평의회 사무총장에게 "취해진 조치들과 그 이유들에 대한 충분한 정보"를 제공했다고 결론 내렸다. 위 재판소는 추가적으로 관련 비상법률과 그 시행의 선포에 관한 사본이 위 통지와 함께 보내졌다고 언급하였다.[243]

*****

유럽사회헌장 제30조(2)와 개정 유럽사회헌장 제F조(2)는 비슷한 내용의 통지 의무를 포함하고 있는데, 그 통지는 "합리적인 기간 내에" 이루어지면 충분하다.

242) *Eur. Court HR, Lawless Case (Merits), judgment of 1 July 1961, Series A, No.3*, p.62. para.47.
243) Ibid., loc. cit.

관련 조약에 따라 약간 다르기는 하지만, 일반적으로 당사국은 국제인권조약상의 의무를 이탈하는 권한을 행사할 때는 신속하게 관련 기구의 사무총장을 통해서 다른 당사국들에 이탈 조치의 자세한 내용, 그 조치가 취해진 이유를 통지해야 하고, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 미주인권협약의 경우에는 이탈하는 조항까지 통지해야 한다.

국제적 통지의 요건은, 다른 당사국들과 감시기구의 권리제한 조치를 취한 당사국에 대한 감시를 용이하게 하기 때문에 이탈 권한의 남용을 막는 중요한 수단이다.

8. 비상사태에서 인권의 효과적인 보호를 보장함에 있어서의 법관, 검사, 변호사의 역할

인간의 권리와 자유는 국내적 또는 국제적 격동의 시기에 무너져서는 안 된다. 정부는 비상사태를 극복하기 위해 때로는 과감하게 자유와 안전에 대한 권리, 독립적이고 공평한 법원에서 적법절차에 따라 재판을 받을 권리, 인권침해에 대하여 효과적인 구제를 받을 권리, 사생활에 대한 권리, 표현 · 집회 · 결사의 자유에 대한 권리 등을 제한하는 조치를 취하기로 종종 결정한다. 그러나 이 매뉴얼 제16장은 다음과 같은 점을 보여 주고 있다. ***첫째로***, 국제인권법 아래에서 독립적이고, 공평한 법원이 어떤 경우에도 제한될 수 없는 권리의 효과적인 보호를 보장하기 위해 비상사태에서도 자유롭게 기능하도록 해야 한다. ***두 번째로***, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약과 미주인권협약 아래에서는, 최소한 법원은 권리제한 조치가 일반적 또는 특정한 사건에 있어서 비상사태를 처리함에 있어서 엄격하게 필요한 한도를 넘지 않도록 통제할 수 있는 권한을 유지하여야 한다. ***마지막으로***, 모든 조약 아래에서 법원은 제한이 허용되지 않은 권리들이 계속하여 충분히 행사되도록 보장할 수 있어야 한다.

이러한 기본적인 법적 요구는 법관, 검사, 변호사가 비상사태에서도 공평하고 독립적으로, 외부의 압력이나 영향을 받지 않고 그들의 직업적 책무를 추구하는 것이 허용되어야 한다는 것을 의미한다. 법률가는 순수한 의도든 그렇지 않든 간에 비상사태를 명분으로 저질러진 인권 분야에 있어서의 위반과 남용들을 예방하도록 특히 주의를 기울여야 한다. 이 장에서 보았듯이 테러리즘에 대한 투쟁도, 고문 그 밖의 다른 형태의 부당한 대우, 자의적인 구금, 적법절차를 보장하지 않는 불공정한 재판으로부터 개인을 보호해야 한다는 기본적인 원칙을 준수해야 한다. 법관, 검사, 변호사가 법률유보의 원칙, 법의 지배와 기본적 인권들이 국가의 격동의 시기에도 효과적으로 보호되도록 최선을 다해야 하는 것은 그들의 직업적 의무이다.

검사의 생명권, 신체의 완전성과 자유, 안전에 대한 권리의 침해에 대한 수사와 기소 의무 역시 훼손되어서는 안 된다. 검사는 납치, 비자발적 실종, 사법절차에 의하지 않은 살인, 고문이나 다른 형태의 부당한 대우, 알려지지 않은 구금이나 다른 형태의 자의적인 자유의 박탈과 같은 권리침해 행위를 막아야 한다. 국가의 이러한 종류의 인권침해를 예방하고, 수사하고, 기소하고, 처벌하고, 구제할 법적 의무는 비상사태에서도 똑같이 유효하다.

변호사는 비상사태에서 그 업무 조건이 특히 도전을 받을지라도, 그들의 분야에서 인간의 권리와 자유에 대한 강력한 방어활동에 헌신해야 한다.

9. 맺음말

믿어지고 있는 것과는 대조적으로, 국제인권법은 국가의 존립 또는 독립이나 안전에 위협이 될 정도로 심각한 비상사태에 대처할 수 있는 많은 법적 처방들(legal prescriptions)을 제공하고 있다. 그런 사태에서도 인권 원칙의 근본원리는 계속해서 시행되어야 하고, 그것이 실제로 가능하도록 보장하는 것을 돕는 것이 법률가들의 책임이다.

여론은 심각한 위기에 대하여 강력한 조치와 응징을 요구할 것이고, 정부는 과감하고, 광범위한 안전조치를 취함으로써 이러한 요구에 응하려 할 것이다. 그러나 평화와 안전은 역경의 시기에도 사법의 공정한 운용에 의하여 가장 잘 보장된다. 역사상 어떤 시기에도 과도한 정의 및 개인의 권리, 자유에 대한 지나친 존중이 국가와 국제사회의 평화, 안보와 번영에 해가 되었던 적은 없다는 것은 기억해야 할 좋은 교훈이다. 위기의 시기에는, 가능한 최고 수준으로 인권보호기준을 유지하기 위한 법관, 검사, 변호사들을 포함한 사회 모든 구성원들의 일치단결된 노력은 어렵긴 하겠지만, 모두가 인권과 기본적인 자유를 다시 충분히 누릴 수 있는 헌법 질서의 회복을 위해 그 어느 때보다 더욱 필요하다.

국제인권법과 사법

2014년 10월 일 인쇄
2014년 10월 일 발행

저 자 : 유엔 인권최고대표 사무실
UN Office of the High Commissioner for Human Rights
역 자 : 국제인권법연구회
인 쇄 : ㈜홍디자인

The work is published for and on behalf of the United Nations.
The present work is an unofficial translation for which the publisher accepts full responsibility.
©2003 United Nations for the English edition, ©2014 United Nations for the Korean edition, All rights reserved worldwide.