

군인권문제의 해결에 있어서 국제적 인권조약(ICCPR)상 잠정적 보호조치의 활용 가능성과 그 방안

김 은 경*

목차

- | | |
|----------------------------------|-----------------------------|
| I. 서론 | IV. 국제인권법상 잠정조치
제도의 활용방안 |
| II. 자유권규약에 의한 개인통보제도
와 잠정조치 | V. 결론 |
| III. 자유권규약위원회에 회부된 국내
개인통보 사례 | |
-

I 국문초록

군대라는 특수성으로 인하여 군인권 피해자들은 국내절차에 의하여 인권 침해를 적절하게 구제받지 못한 경우가 있다. 최근 군대 내 일부범죄에 대해서는 고등군사법원이 아닌 민간법원에서 항소심을 담당하도록 한 법 개정등에 비추어 볼 때 그간 군인권침해에 대한 구제가 미흡했음을 보여준다.

인권침해에 대한 국내법적 권리구제가 미흡한 경우의 당사자들은, 국제 사회에 도움을 요청할 수 있다. 국제인권규범 중 자유권 규약은 다른 인권 조약들에 비하여 비교적 넓은 인권 보장범위를 가지고 있으며, 선택의정서에서 개인통보제도, 절차규정에서 잠정조치를 규정하고 있다. 자유권 규약

* 이화여자대학교 법학연구소, 법학박사

논문접수일 : 2022. 7. 18., 심사개시일 : 2022. 8. 13., 게재확정일 : 2022. 8. 25.

위원회의 결정은 법적 구속력이 없다는 의견도 있으나, 최근 대한민국 정부가 위원회의 잠정조치 결정을 받아들인 사안이 존재하는 바, 이러한 사례는 행정의 자기구속 원칙과 결합하여 향후 자유권규약위원회 잠정조치의 국내법적 수용 가능성을 높이고, 인권 침해 당사자의 권리구제가능성을 높이는 기준으로 작용할 것으로 보인다.

주제어 : 군인권, 자유권규약, 개인통보제도, 잠정조치, 국제인권법

I. 서론

제2차 세계대전 당시 나치의 유대인 학살 등을 경험한 인류는 문명화된 국가의 정부에 의해서도 기본적인 권리가 침해될 수 있다는 것을 경험하여, 기존의 전통적인 국제법(jus inter gentes)이 오로지 국가들간의 수평적인 관계를 규율하였다면, 2차 대전 이후에는 국제적 협력을 도모하는 세계법이라는 새로운 개념이 제기되면서 인권개념 추가된 UN헌장이 채택되게 된다.¹⁾ 이후 UN헌장의 인권개념을 구체화하기 위하여 1948년 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)이 채택되었고, 당사국들에게 구속력 있는 조약의 형태로 규율하기 위해²⁾ 추가적으로 2개의 국제인권규약인 자유권규약³⁾ 및 사회권규약⁴⁾을 채택하였다.

UN인권이사회에서 주재하는 인권조약(이하에서는 'UN인권조약')

1) John P. Humphrey, William & Mary Law Review March 1976, Volume 17.

2) U.N. GAOR 934, U.N. Doc. A/177(1948).

3) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR, 이하 '자유권 규약'이라고 함)

4) 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR, 이하 '사회권 규약'이라고 함).

은 모두 9개로 한국은 이 중 7개의 조약⁵⁾을 채택하였다. 이들 인권 조약은 실효성있는 보장을 위해 조약에 따라 보고서제도, 국가간 통보제도, 직권조사제도, 개인통보제도(individual communication)⁶⁾를 두고 있는데, 이중 개인이 인권을 침해받은 경우 해당 국가에서의 권리구제가 불가능하거나 불가능해보이는 경우, 중국적으로 사용할 수 있는 수단은 개인통보제도로 한국의 경우 양심적 병역거부 문제를 개인통보제도의 형태로 지속적인 문제제기를 해왔다. 2020년 드디어 양심적 병역거부자에 대하여 대체복무를 가능하게 하는 병역법을 개정하였지만⁷⁾ 자신의 신념에 반하는 군 복무를 하지 않는다는 이유로 수 년간 형사처벌을 받고 구금되었던 바, 양심적 병역거부자들이 국제인권법상 잠정조치 제도를 활용하였다면 하는 아쉬움이 있다. 최근 문제가 되는 군인권 문제도 마찬가지이다. 군대 내 가혹행위나, 성범죄의 경우 피해자가 직업의 터전인 군대를 이탈할 수 없기에 가해자와의 신속한 분리가 필요함에도 최근 발생한 불행한 사태들은 사건의 본안을 판단하기 앞서 피해자를 격리·보호하지 못한 문제, 군대라는 특수한 상황에서 국가의 보호를 받기 어려웠던 문제가 크다.

이 글에서는 국내에서의 법적 절차로는 보호받기 어려운 군인권

5) 한국은 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약, 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 협약, 고문 및 그 밖의 잔혹한 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약, 아동의 권리에 관한 협약, 장애인의 권리에 관한 협약에 가입하였고, 강제실종협약과 이주노동자권리협약에는 가입하지 않았다.

6) 개인 청원(individual complaint)이라고도 한다.

7) 2020.6.30.양심의 자유를 이유로한 대체복무에 관한 사항을 규정하는 대체역의 편입 및 복무에 관한 법률이 시행되었고 2021년 2월 기준으로 2,052명이 대체복무를 신청하여 944명(942명이 특정 종교 신자)에게 대체복무가 허용되었다. 국가인권위원회 사람답게 사는 세상 이야기 (2021.4) 무엇이 그들을 가두는가 <https://www.humanrights.go.kr/site/program/webzine/subview?menuid=003001&boardtypeid=1016&boardid=7606446&searchissue=7606434> (최종방문: 2022.6.28.)

피해자들이 국제인권규범을 통해 신속하게 보호받을 수 있는 국제법상 잠정조치(interim measure)에 대해 알아보고자 한다. 그동안 국내에서는 국제인권규범,⁸⁾개인통보제도의 구속력이나 국내 실행에 대한 연구는 다수 존재하고,⁹⁾ 국제사법재판소 등 일반 국제법상의 잠정조치에 관한 연구는 있으나,¹⁰⁾ 국제인권법상 잠정조치제도에 대한 연구는 부족한 상황이다. 이 글을 통하여 국제인권법상 잠정조치제도가 알려지고 인권보장을 위한 권리구제 수단으로 사용되길 기대한다.

Ⅱ. 자유권규약에 의한 개인통보제도와 잠정조치

1. 포괄적인 인권을 보호하는 인권조약

군 인권 침해를 받은 피해자들이 국제사회에 도움을 요청할 수 있는 방법으로 UN인권조약 중 자유권규약을 활용해야 하는 이유는 자유권규약이 포괄적 기본권을 규정하고 있기 때문이다.¹¹⁾ 자유권

8) 박선옥, 국제인권조약의 국내적 적용 -주요국의 적용사례에 관한 비교법적 고찰, 법학연구 49, 2013. 홍관표, 국제인권규범으로서의 양심적 병역거부권, 공법연구 제49집 제3호, 2021.

9) 이근관, 국제인권규약상 개인통보제도와 한국의 실행, 국제인권법학회, 박찬운, 자유권규약위원회 개인통보제도 결정의 국내적 이행을 위한 방안 小考, 저스티스 통권 제103호, 2008. 김태천, 국제인권규약의 개인청원제도-그 실효성 확보를 위한 몇 가지 제안, 국제인권법, Vol. 2, 1998.

10) 최지현, 국제사법재판소의 잠정조치에 관한 연구, 국제법평론 통권 제32호, 2010.

11) 군인권 침해는 여러 가지 형태로 나타날 수 있기 때문에 경제적 사회적 문화적 규약을 바탕으로 인권침해에 대한 권리구제를 시도할 수도 있겠지만, 후술하듯이 한국이 사회권규약의 개인통보제도를 규정한 선택의정서에 비준하지 않았기에 한국 군인권 문제에 있어 사회권 규약으로 개인통보를 할 수는 없다.

규약은 6부로 구성되어있으며, 1부에서는 민족의 자결권, 2부는 조약 가입당사국의 의무, 3부는 실체적 권리로서의 자유권적 기본권, 4부~6부는 위원회 설립 등 절차적인 내용을 규정하고 있다.

군인권 침해 문제에서 침해되는 인권의 종류는 다양할 것이나, 피해자들을 스스로 극단적인 선택에 이르게 하거나 유가족들을 분노케 하는 내용은 군대내 가혹행위, 성범죄, 군사법원에서의 가해자에게 유리한 판결등¹²⁾으로 이미 우리 사회에서 발생한 사안이다. 가혹행위와 성범죄는 신체의 자유(자유권규약 제9조), 군사법원에서 행해지는 가해자에게 유리한 판결¹³⁾은 재판의 평등(자유권규약 제14조)침해일 수 있다.¹⁴⁾

2. 개인통보 및 잠정조치 제도의 존재

가. 개인이 당사자로서 직접 국가를 상대로 주장할 수 있는 제도

UN인권조약의 네가지 제도 중에서 보고서 제도나 직권조사제도는 위원회와 조약당사국이, 국가간 통보는 문언 그대로 국가들이 그 제도의 주체가 되므로, 이 중에서 국가로부터 인권침해를 받았을 경우 개인이 직접 해당 국가를 당사자로서 참여시켜 UN의 결정을 이끌어낼 수 있는 방법은 개인통보제도가 유일하다.

12) 경향신문(2021.6.14.), “1년 사이 28%가 늘어난 군 성폭력, 실행 신고는 1%뿐”, <https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/202106141010001>

13) CBS노컷뉴스, “이예람 중사 성추행범 ‘징역7년’으로 감형한 고등군사법원”, <https://www.nocutnews.co.kr/news/5771375> 1심의 논리 ‘전적인 책임 물을 수 없다’를 또 내세워 9년에서 7년으로 감형, 1심에서는 강제추행 혐의는 인정하였으나, 가해자 장중사가 이중사에게 ‘구체적으로 어떠한 해약을 줄지 고지하지 않았다는 이유로 특가법상 보복협박을 인정하지 않고 징역 9년형을 선고하였으며, 2심은 1심과 같은 논리를 적용하였으나, 강제추행혐의로 선고했던 9년형에서 감형하였음.

14) <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=172394>

현재 대한민국에서 발생하는 군 인권문제는 군대라는 특수한 상황에서 발생하면서, 타국의 군대로부터의 침해가 아닌 자국 군대 내에서의 문제라는 것이 특징이다. 자국의 법적 구제절차가 피해자를 충분히 보호해주지 못하고 있기 때문에 피해자는 국제인권규범을 통하여 자신의 인권을 보호하고자 하며, 국가가 아닌 피해자 개인이 직접 당사자로 나설 수 있는 방법인 개인통보제도를 활용할 수 밖에 없다. 이는 대다수 국제법상 분쟁해결절차가 단지 국가 대 국가의 구도로서 국가에게만 당사자 적격을 인정하는 것에 비하여 커다란 특징이라고 할 수 있다.

나. 개인통보제도가 규정된 자유권 규약 선택의정서 가입

한국이 가입한 UN인권규범 중 자유권 규약과 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐협약(CEDAW)은 선택의정서를 통해 개인통보제도를 규정하고 있으며,¹⁵⁾ 사회권 규약의 경우 대한민국은 선택의정서에 가입하지 않았다.¹⁶⁾¹⁷⁾

현재 한국에서 발생하는 군인권 문제에서 여성차별철폐협약을 적용할 수 있는 사안은 제한적인 것으로 보여지는 바, 개인통보제도를 규정한 선택의정서에 가입하였으면서 침해되는 실질적인 권

15) 자유권규약의 경우 선택의정서는 Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, 여성차별철폐협약의 경우 선택의정서는 Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

16) 사회권규약은 2008년 12월 10일 선택의정서를 채택하였으나 비준국 가입수 부족으로 발효되지 않고 있다가 2013년 5월 5일 발효되었음에도, 대한민국이 선택의정서에 가입하지 않았다. 이에 한국 군인권 문제에 있어 사회권 규약으로는 개인통보를 할 수는 없다.

17) 대한민국이 가입한 인권규범 및 개인통보제도에 관한 선택의정서에 대하여는 외교부 사이트 “국제인권규범” 참조, https://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_3996/contents.do (최종방문: 2022.6.28.)

리도 포섭할 수 있는 자유권 규약, 그중에서는 개인통보제도를 활용하는 것이 소송전략상 타당하다고 본다. 또 이러한 전략은 그동안 국내의 군인권 사건의 대부분을 차지하는 양심적 병역거부사건이 자유권규약을 활용하였다는 점에서 타당성이 입증되었다고 볼 수 있다.

다. 자유권규약위원회 절차규정의 잠정적 조치활용

자유권규약위원회 절차규정(Rules of procedure of the Human Rights Committee) 제92조는 조약당사국에게 개인통보에 관한 위원회 결정을 전달하기 전에, 잠정조치가 피해자라고 주장하는 사람에게 불가피한 손해(irreparable damages)를 입히는 것을 피하는 것이 바람직할 지 여부를 당사국에 알릴 수 있으며, 잠정조치에 대한 위원회의 견해가 본안에 대한 결정을 의미하는 것은 아니라고 당사국에 통지해야 한다고 규정하고 있다.¹⁸⁾ 동 조항은 “개인통보에 관한 위원회 결정을 전달하기 전”이라고 규정하고 있으며, 보고서제도, 국가통보제도 등에는 잠정조치가 규정되어 있지 않는 바, 개인이 회복불가능한 손해를 방지할 수 있는 국내 구제책이 없는 경우에는 통보자 본인이 회복불가능한 손해를 입증하면서 잠정조치를 자유권규약위원회에 요청할 수 있다.

18) ICCPR Rules of procedure of the Human Rights Committee Rule 92: The Committee may, prior to forwarding its Views on the communication to the State party concerned, inform that State of its Views as to whether interim measures may be desirable to avoid irreparable damage to the victim of the alleged violation. In doing so, the Committee shall inform the State party concerned that such expression of its Views on interim measures does not imply a determination on the merits of the communication.

Ⅲ. 자유권규약 위원회에 회부된 국내 개인통보 사례

1. 군관련 사건

여호와의 증인 개인통보 사건에 대하여는 기존의 많은 연구가 진행되었으나, 최근 대체복무제를 규정하지 않은 병역법이 헌법불합치 판정을 받은 후에 나온 자유권규약위원회의 결정에 대하여는 연구가 부족한 바, 이 글에서는 이 중 가장 최근 여호와의 증인 개인통보 사건을 소개하며 자유권규약위원회 결정의 의미를 알아본다.

가. 최근 여호와의 증인 사건¹⁹⁾

배중범 외 30인은 여호와의 증인 신자로 2011년~2013년 징집이 종교적 양심에 어긋난다는 이유로 병역을 거부하여 2013~2014년 징역18개월형을 선고받았다. 일부는 가석방되기도 하였으나, 1년 이상 수감된 통보자들도 많았다.

자유권규약위원회는 2018년 6월 대한민국 헌법재판소가 양심적 병역거부자에 대한 대체복무라는 대안을 제공하지 않은 점에 헌법 불합치 판결을 내리고,²⁰⁾ 이후 양심적 병역거부자들을 병역법 제88조 제1항에 따라 처벌하는 것은 적절하지 않다고 판시한 대법원 판결을 주시하면서도,²¹⁾ 개정법률에 따라 양심적 병역거부자가 이용

19) CCPR/C/128/D/2846/2016

20) 2018년 6월 28일 대체복무를 병역의 종류로 규정하지 않은 병역법 제5조 제1항에 대하여, 병역의 종류를 5가지로 한정적으로 열거한 병역종류조항은 모두 군사훈련을 받는 것을 전제하고 있으므로, 양심적 병역의무자에게 병역종류조항에 규정된 병역을 부과할 경우 그들의 양심과 충돌을 일으킬 수밖에 없다...[...] 대체복무제를 도입하면서도 병역의무의 형평을 유지하는 것은 충분히 가능하다. 2011헌바379.

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

할 수 있는 대체복무에 대한 조건과 이 사건의 작성자에게 적용되는지에 대하여 정보를 받지 못했다고 하면서, 통보자들이 양심적 병역거부로 인해 받은 국내 유죄판결은 규약 제18조 제1항 위반이라고 판시하였다.

나. 여호와의 증인 자유권규약위원회 결정의 의미

이 사건 통보자들의 개인통보 중, 국내에서 병역법에 대한 헌법불합치결정 및 후속 대법원 판결이 나왔음에도 불구하고 위원회가 규약위반임을 판시하였다는 점을 주의해서 볼 필요가 있다. 위원회는 대한민국 정부가 헌법재판소의 헌법불합치결정 이후에 이미 국내에서 병역법위반 유죄판결을 받은 통보자가 구제받을 수 있는지, 집총의무가 면제되는지, 대체복무 형태의 의무가 존재한다면 그 유형과 방식 기간 등이 어떻게 될지에 대하여 현저히 부족한 정보를 위원회에 제공하였다는 점을 주목하였다.

즉 당시 한국정부의 답변 수준으로는 통보자의 권리구제를 위한 충분한 수준에 이르렀다고 보기 어려우므로, 국내법의 헌법불합치결정 등에도 불구하고, 위원회로서는 자유권규약에 의하여 보호되어야 할 통보자의 기본권의 침해가 유지되고 있다고 판단하였던 것으로 생각되며, 위원회가 추구하는 인권보장은 통보자의 권리가 실질적으로 회복되는 상태라고 볼 수 있다.

2. 국가보안법 사건

가. 박태훈, 김근태 사건

박태훈,²²⁾ 김근태²³⁾ 및 이하의 신학철(모내기)사건에서 국가보안

22) 박태훈은 1983년~89년 미국소재 한인청년연합(YKU)에서 남북통일에 대해 논

법위반이라는 이유로 징역형이 선고된 것이 표현의 자유 위반이라는 자유권위원회의 결정이 있었다. 박태훈 사건에서 자유권규약위원회는 “표현의 자유는 민주사회에서 가장 중요한 권리로, 이에 대한 제한은 반드시 엄격성 테스트(strict test of justification)를 거쳐야 하는데, 한국정부는 박태훈의 행위가 구체적으로 어떠한 위협을 초래하는지 입증하지 못하였다.”고 하였고, 김근태 사건에서는 표현의 자유가 제한되려면 “반드시 법에 근거가 있어야 하고, 규약 제19조 제3항에서 규정하는 목적 중 하나를 달성하기 위해 필요한 경우에만 하며, 그 제한은 합법적인 목적을 달성하기 위하여만 가능하다.”라며 김근태에 대한 형사처벌이 자유권 규약의 표현의 자유 위반이라고 결정하였다.

나. 신학철-모내기 그림사건²⁴⁾

화가 신학철은 모내기 그림²⁵⁾으로 국가보안법 제7조 제5항(이적 표현물 제작)위반으로 징역 10월의 집행유예를 선고받고 해당 작품은 몰수되어 자유권규약 제19조제2항 표현의 자유 침해 이유로 개

의하고 대한민국 독재정부를 비판하였으며, 주한미국철수 등을 주장하는 시위를 하였다. 박태훈은 귀국하자마자 체포되었고, 국가보안법 제7조3항(이적단체 가입)위반, 동법 제7조제1항(이적단체동조)위반 혐의로 기소되어 징역1년을 선고받았다. 이후 대법원 상고심에서도 기각판결을 받아 1994년 8월 자유권규약 위원회에 개인통보하였다. CCPR/C/64/D/628/1995

23) 김근태는 1989년 전국민족민주운동연합의 창립회원이자 집행부로 활동하면서 각종 시위와 집회에 참여하면서 국가보안법 제7조 제1항, 제5항, 집회와 시위에 관한 법률 등을 위반한 혐의로 기소되어 1심판결에서 징역3년, 2심에서 징역2년을 선고받고 1991년 대법원 상고기각으로 확정된후 1993년 9월 자유권규약위원회에 개인통보하였다. CCPR/C/64/D/574/1994

24) CCPR/C/80/D/926/2000

25) 1987년 전시된 작품으로 상단에 백두산과 풍년을 즐기는 사람들의 모습, 하단에는 밭을 가는 농부가 제국주의의 상징인 수입 담배, 코카콜라, 일본 사무라이 등을 바다로 쓸어버리는 모습을 담은 그림.

인통보를 하였다.

사안에서 특별보고관은(Special Rapporteur on new communications) 자유권규약위원회 절차규칙 86조에 따라,²⁶⁾ 대한민국에 위원회가 심사하는 동안 해당 그림을 훼손(destroy)하지 말 것을 요청하였다. 이에 대한민국은 “그림이 법률에 따라 몰수되어 작가에게 반환할 수 없으며, [...]이 사건 심리적격성은 없다.”고 주장하였으나 자유권위원회는 “예술작품은 표현의 자유의 보호대상이며, 규약 제19조 제3항²⁷⁾에 의거 법률에 의해 국가 안보 등 필수적인 경우에는 제한이 정당화되지만, 한국정부는 안보에 대한 위협의 정확한 성질 및 그림의 몰수와 통보인에 대한 유죄판결이 필수적인 이유를 설명하지 못하였다.”고 하여 규약 제19조 제2항 위반이라고 결정하였다.

이 사건은 잠정조치가 물적 대상인 그림에 부여된 최초의 사건이며,²⁸⁾ 개인통보제도에 부수하는 잠정조치가 인적대상만을 그 목적물로 하지 않고, 통보자의 권리침해를 보전하기 위하여 다양한 대상물과 사안에 폭넓게 적용될 수 있음을 보여주는 사례라고 하겠다.

3. 외국인 국외 추방 사건²⁹⁾

이란에서 무슬림으로 자란 X는 라디오를 통해 기독교에 대한 관

26) 기존에 절차규칙 86조에 규정되어 있던 잠정조치에 관한 내용은 현재 92조에 규정되어 있다.

27) Art 19.3. 3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary: (a) For respect of the rights or reputations of others; (b) For the protection of national security or of public order (ordre public), or of public health or morals.

28) Sandy Ghandhi, *The Human Rights Committee and Interim Measures of Relief*, 13 *Canterbury Law Review* 203, 2007, p. 209.

29) CCCR/C/110/D/1908/2009, 이하에서는 X사건이라고 한다.

심이 커져 2005년 5월 한국에 단기 상용비자(C-2)로 입국 후 경기도 동두천의 교회에서 기독교로 개종하였으며 같은 해 11월 대마초 복용혐의로 검찰에 체포되어 징역 10월을 선고받았다. 형 선고 후 X에게 강제퇴거 명령이 내려져 화성 외국인 보호소에 보호조치 되어 있는 동안, X는 대한민국에 난민신청을 하였다. 2006년 X는 난민불인정처분을 받았고, 이에 대한 이의신청이 기각되었으며, 행정소송 패소 후 개인통보하였다. 이에 자유권규약위원회는 X가 기독교로 개종하였고, 이란 당국이 이 사실을 알고 있으며, 이란 형법이 개종한 남성에게 사형까지 이어질 수 있다는 점에서 통보자에 대한 송환결정은 자유권 규약 제6조 제1항(생명권) 및 제7조(고문이나 잔혹한 형벌을 받지 않을 권리) 위반이라고 결정하였다.

IV. 국제인권법상 잠정조치 제도의 활용방안

1. 국제인권법상 잠정조치

국제인권법상 잠정조치(interim measure)는 로마법에서 기원을 찾을 수 있으며,³⁰⁾ 현재까지 대부분의 문명국에 존재하는 제도로,³¹⁾ 각국의 주요 소송절차에서 소송전략으로 사용되고 있다.³²⁾

30) W. W. Buckland/A. D. McNair, *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, 2nd ed. 1965, p. 421.

31) Jo M. Pasqualucci, *Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law Vol. 38 Issue 1*, 2005, p. 9.

32) 영미법에서는 interlocutory injunction, preliminary injunction이라고 하며, 독일에서는 einstweilige Verfügung라고 불린다. Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, (Oxford Univ. Press, 2007), p. 126.

전통적으로 잠정조치는 본안판단 전 상태를 유지하기 위한 용도로 사용되었으며, 상설국제재판소(Permanent Court of International Justice, 이하 'PCIJ') 규정 제41조에서 도입된 이후, 자유권 규약 선택 의정서 뿐만 아니라, 미주인권협약(American Convention on Human Rights, Article 63 (2)), 유럽인권재판소(European Court of Human Right, Rules of Court, Article 39) 등 여타의 인권협약에서도 활용되고 있다. PCIJ에서 잠정조치에 관하여 “분쟁 중인 사건의 당사국은 해당 결정의 집행과 관련하여 해로운 영향을 행사할 수 있는 어떠한 조치도 삼가야 한다.”고 판시한 것이 확립된 전통적 의미의 잠정조치의 내용이다.³³⁾ 잠정조치는 이러한 전통적인 보전조치에 더하여, 인권을 보호하는 기능으로 확대 발전되었다. 인권침해 사건은 사건에 연루된 개인이 회복불가능한 손해를 입을 가능성이 있으므로 잠정조치를 통한 보호가 필요하다는 것이 특징이라고 할 수 있다.³⁴⁾

2. 자유권규약위원회에서 잠정조치를 결정한 경우

가. 청구인의 생명과 신체 관련

자유권규약위원회가 잠정조치를 발동하는 주된 분야는 청구인의 생명, 신체에 관련된 부분이다. 예를 들어, 사형집행이 임박한 경우, 통보자의 건강이 심각하게 우려되는 경우, 통보자의 본국으로 추방될 경우 고문 등에 처할 수 있는 경우이며, 이러한 경우 피진정인인 당사국들은 보통 위원회의 잠정조치 요구를 준수하고 있다.³⁵⁾

33) Electricity Company of Sofia and Bulgaria Order of 5 December 1939(Request for the Indication of Interim Measures of Protection), A/B 79, p. 199.

34) Jo M. Pasqualucci, “Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization, Vanderbilt Journal of Transnational Law Vol. 38, p. 10.

이외에도 위원회가 잠정조치를 발동하는 흔한 경우는 청구인의 건강과 관련된 경우이다. 위원회 초기 사건에서 위원회는 우루과이에 심장질환이 있는 통보자의 의료기록을 제출하고 치료를 제공하도록 명하였으며, 통보자의 건강상태를 고려할 때 통보자의 구금이 연기되어야 한다는 잠정조치를 내린 바 있다.³⁶⁾

반면 위원회의 잠정조치 요구에도 불구하고, 당사국이 위원회의 요구를 받아들이지 않은 적도 있는데,³⁷⁾ 그중 악명높은 사건은 *Piandong et al v The Philippines*³⁸⁾ 이다. 사형선고를 받은 통보자들이 자유권규약위원회에 개인통보 하였고, 위원회는 필리핀 정부에 본안심리 중 형 집행을 유예해 줄 것을 요청하였으나, 필리핀은 요청을 받은 지 15일 정도 지난 시점에 독극물 주사를 사용하여 사형을 집행하였다. 해당 사건에서 위원회는 잠정조치가 자유권규약위원회의 핵심적인 내용이라고 하면서, 필리핀이 위원회의 잠정조치 요구를 무시한 점에 대해 강하게 비판하였다.³⁹⁾

나. *Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada* 사건

원주민이 자신의 삶의 터전이 붕괴된다는 이유로 잠정조치를 신청한 사례이다. 이 사건은 자유권규약위원회가 접수한 사건 중 가장 흥미로운 사건 중 하나로, 사안의 난해함 때문에 최종결정까지 6년이 걸린 사건이다.⁴⁰⁾ *Ominayak*은 캐나다 북부 알버타주에 거주

35) Summary Record of the 1352nd meeting: Trinidad and Tobago, U.N. Human Rights Committee, U.N. Doc. CCPR/C/SR.1352 (1996).

36) *Altesor v Uruguay*, Communication No. R.2/10(1982).

37) 위원회의 잠정조치 요구를 따르지 않는 주요국가로는 필리핀, 트리니다드 토바고, Guyana, Sierra Leone, 타지키스탄, 우즈베키스탄이 있다. Sandy, p. 209.

38) CCPR/C/70/D/869/1999

39) 이 사건 자유권규약위원회 결정의 의미는 4. (가)에서 후술함

40) Dominic McGoldrick, *Canadian Indians, Cultural Rights and the Human Rights*

하는 크리족(Cree)인디언들로 구성된 루비콘 레이크(Lubicon Lake) 부족의 주장이다. 캐나다 정부는 1970년 인디언법 등에 근거하여 해당 지역 원주민들이 전통적인 생활방식을 계속할 권리를 인정하였으나, 이후 알버타 주정부가 부족의 영토 내에서 민간기업의 석유 및 가스탐사를 허용하자 환경이 파괴되는 등 부족의 경제적 기반⁴¹⁾이 훼손되었다. 이에 알버타 지방법원에 개발을 중단해달라는 가처분을 신청하였으나 지방법원은 거의 2년 동안 판결을 내리지 않았으며, 이후 가처분이 기각되었다. 항소심도 기각된 후, Ominayak은 자유권규약위원회에 개인통보를 하면서 자신들의 생존수단 및 자결권을 박탈당하였다고 주장하였다.

위원회는 통보자의 신청에 따라 “부족의 경제적 기반을 존중하면서 추장과 부족원들에게 회복불가능한 손해를 피하기 위하여 잠정조치를 취할 것”을 권고하였다. 해당 사건은 원주민(indigenous people)들에게 정부 정책으로 인하여 그들이 영위하는 전통적인 삶의 방식에 불가피한 해악이 초래된 경우까지 잠정조치의 영역을 확대하였다는 것에 의미가 있는 사건이다.

다. 추방관련 X사건⁴²⁾

통보자가 본국으로 추방될 경우 고문, 잔혹하거나 비인도적인 처우나 처벌을 받을 것이라고 믿을만한 합리적인 이유가 있는 경우 또한 잠정조치가 자주 발생하는 경우이다. 앞서 본 한국정부의 이란인 기독교 개종자X사건에서, 위원회는 2009년 특별보고관을 파

Committee, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, No. 3, 1991, p. 661.

41) 크리 인디언은 크리어를 사용하며, 해당지역에서 사냥, 어획 등을 통해 생계를 유지하고 있다.

42) III. 3.에서 언급한 CCPR/C/110/D/1908/2009사건

견하였고, 92조에 근거하여 “위원회가 위 사건을 검토하는 동안 신청인을 추방하지 않도록” 잠정조치를 내려줄 것을 요청하였다.⁴³⁾ 대한민국 정부는 신청인이 마약사범으로 유죄판결을 받은 바, 강제송환금지 원칙에 의해 보호받는 자가 아니지만,⁴⁴⁾ 위원회의 잠정조치 요청에 따라 청구인의 국내체류를 임시적으로 허용하고 추방명령의 집행을 보류하였다.⁴⁵⁾

라. 소결

자유권규약위원회가 결정하는 잠정조치는 단지 생명과 신체에 대한 즉각적인 위협을 해소하는 데만 국한되는 것이 아니라, 회복 불가능한 손해가 발생할 수 있다면 다양한 사안과 대상에 폭넓게 적용될 수 있음을 알 수 있다. 인권 침해의 형태 역시 매우 다양한 모습이 존재하고 향후 발생할 인권 침해의 형태를 사전적으로 예측하는 것은 불가능 한 바 이러한 잠정조치의 폭넓은 해석을 통하여 인권 침해 당사자의 효율적 권리구제를 위해 다양한 형태의 조치가 가능하다는 것을 유추할 수 있다.

3. 잠정조치의 국내 이행가능성

가. 잠정조치의 법적 근거 혹은 실질적 구속력 여부

(1) 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties)상 의무 가입국들은 비엔나협약 전문(preamble)과 제26조⁴⁶⁾에 따라 규약

43) para 1.2.

44) para 9.4.

45) para 9.1.

46) Article 26(Pacta sunt servanda) Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

을 준수해야할 법적 의무(legal obligation)을 지닌다. 자유권규약 및 선택의정서에 가입한 국가들은 비엔나협약에 따른 규약 준수 의무를 지니기 때문에, 선택의정서에서 규정한 잠정조치를 따르지 않을 경우 비엔나협약위반이 된다.

(2) 권위 이론

잠정조치를 발동할 수 있게 하는 법적 근거(legal authority)에 대하여 협약(treaty)에 명시적인 규정이 있는 경우⁴⁷⁾는 명백한 근거(express authority)가 있다고 하였으며, 협약 자체에 명문의 규정은 없지만 절차 규정으로 잠정조치를 제시한 인권위원회 절차규칙의 경우는 협약 자체에 규정한 경우보다는 권위가 약하다고 하면서 이 경우에는 암묵적인 권위(implied authority)가 있다고 보아야 한다는 이론이다.⁴⁸⁾

(3) 자유권 규약위원회의 결정(view)

위원회 결정은 법적 구속력이 있다고 보기 어렵지만,⁴⁹⁾ 국제법상 연성법(soft law)에 해당한다고 볼 여지가 있어, 당사국들이 위원회의 결정을 신의칙에 따라 존중할 의무를 부담한다.⁵⁰⁾ 다수의 국가는 위원회의 견해가 법적 의무를 부과하지 않는다는 명시적 또는 묵시적 입장을 취하는 동시에 결론에 근거하여 최소한 자신의 입장을 검토할 의무도 인정한다.⁵¹⁾ 그러므로 위원회 결정에서 잠정조치

47) 국제사법재판소 규정 (Statute of International Court of Justice), 미주인권협약 (American Convention on Human Rights)

48) Jo M. Pasqualucci, Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization, Vanderbilt Journal of Transnational Law Vol 38 Issue 1, 2005, p. 11-15.

49) 박찬운, p. 210.

50) 이근관, pp. 61-62.

에 대한 언급을 알아보는 것은 중요한 의미를 가진다.

앞서 본 *Piandong et al v. The Philippines*에서, 위원회는 “한 국가가 의정서를 준수한다는 것은 위원회가 개인통보를 고려하고 검토 후 당사국과 개인에게 의견을 전달할 수 있도록 성실하게 협력하겠다는 약속”이라고 하면서, “위원회 규칙 제92조에 따른 잠정조치는 위원회의 역할에 필수적”이라고 결정한 바 있으며, 유럽인권법원 사건에서는 “인권조약은 실질적이고 효과적으로 보호되는 방식으로 해석·적용되어야 하며, 이론적이고 환상(not theoretical and illusory)에 불과해서는 안된다.”라고 한 바 있는데,⁵²⁾ 인권의 효과적인 보장을 위하여 잠정조치는 필수적인 조치라고 하겠다.

(4) 위원회의 (간접적)이행강제 조치

인권조약 가입국은 국제사회에서 인권을 존중하지 않는 국가라는 평판을 생각해서라도 위원회의 결정을 전적으로 무시하기는 어려우며, 특별보고관을 지정하고 권한을 위임하여⁵³⁾ 피진정 국가들의 이행을 간접적이거나 강제하려는 시도를 보이고 있다. 특별보고관은 후속 임무를 적절하게 수행하기 위해 위원회가 취해야 할 추가 조치에 필요한 권장 사항을 제시하며,⁵⁴⁾ 위원회에 정기적으로 보고할 의무 및 보고서에는 후속활동에 대한 정보를 포함하도록 하고 있다.⁵⁵⁾ 어느 정도 실행이 되었는지에 대하여 개인통보제도 인

51) UN Human Rights Committee(CCPR): Views and interim measures in cases of forced return.

52) *Mamatkulov and Abdurasulovic v Turkey*, para 105, Gino J. Naldi, Interim Measures in the UN Human Rights Committee, *The International and Comparative Law Quarterly*, Apr., 2004, Vol. 53, No. 2, p. 454에서 재인용.

53) CCPR/C/110/3, Mandate of the Special Rapporteur on New Communications and Interim Measures, rules 101.1.

54) *ibid*, Rules 101.2.

용(individual measures taken), 입법 검토, 견해의 회람(publication of the views), 위반의 반복금지 5가지이며, 뒤로 갈수록 위반의 정도가 심하다. 2012~2014년 기준으로 가장 하위 단계는 1%에 불과하다는 통계가 있는바,⁵⁶⁾ 당사국들이 위원회 결정의 법적 근거와 무관하게 현실적으로 따르고 있다는 것을 알 수 있으며, 간접적으로나마 특별보고관 제도 등을 도입하여 조약 당사국들에게 이행을 따르도록 하는 위와 같은 제도가 실효성 있게 작동하고 있음을 알 수 있다. 해당 내용은 잠정조치보다는 위원회 결정 일반에 대한 후속평가이나, 위원회의 잠정조치 권고에 대하여도 간접적으로 이행하도록 하는 제도라고 볼 수 있다.

나. 자유권 규약위원회의 결정에 대한 행정의 자기구속의 원칙

(1) 위원회의 잠정조치 결정에 따라 강제추방을 보류한 사안

앞서 본 X사건에서 위원회의 결정을 받은 한국정부는 X는 국내 법에 의해 추방되어야 함에도 불구하고, 위원회의 잠정조치 결정에 따라, X의 강제추방을 보류하였으며, 위원회에서 신속하게 본안판단을 내려줄 것을 요청하였다.⁵⁷⁾ 이는 실질적인 이행에 관한 많은 논란에도 불구하고, 대한민국 국가 차원에서 잠정조치의 수용을 인정한 사안이라고 볼 수 있다.

(2) 행정의 자기구속의 원칙

행정의 자기구속의 원칙이란 행정의 재량영역에서 행정이 스스

55) *ibid*, Rules 101.3.~101.4.

56) Center for Civil and Political Rights, Follow Up and Assessment, <https://ccprcentre.org/follow-up-and-assessment> (최종방문: 2022.6.28.)

57) CCPR/C/110/D/1908/2009 para 9.4~9.5.

로 정립한 기준에 구속된다는 원칙이다.⁵⁸⁾ 즉 재량영역에 일정한 관행이 형성되어 있는 경우 행정청은 동일한 사안에 대하여 이전에 제3자에게 한 처분과 동일한 처분을 상대방에게 하도록 스스로 구속당하는 원칙을 말한다.

국제법령의 구속력과 이행강제에 있어서, 선례의 존재는 많은 의미를 가진다. 행정법의 일반원칙에서도 자기구속의 원칙에 따라 비슷한 사안에서의 행정 선례가 존재한다면 특별히 그 정당성과 구체적 타당성을 부정할만한 사정이 명백히 인정될 수 없는 한 해당 선례는 존중되어야 한다.⁵⁹⁾ ‘위원회의 잠정조치 요구에 따라 X의 강제 추방을 보류했다’는 결정은 결국 출입국 사무소의 X의 추방보류라는 구체적 사실에 관한 행정행위로서 공권력 행사의 근거가 된다.

(3) 동종 사안에서 비교의 대상이 되는 행정선례로서의 잠정조치

이미 상기 사건에서 피진정인 대한민국 정부는 위원회의 결정을 존중하여 진정인에 대한 추방행위의 실행을 잠정 중지한다고 밝힌 바 있다. 위원회의 잠정조치에 대하여 법적 구속력을 인정할만한 자유권 조약상의 근거가 부족하다고 보아, 해당 결정의 수용여부를 피진정인 대한민국 정부의 재량행위의 영역으로 본다 하더라도

58) 석종현, 행정의 자기구속의 법리, 법학논총 제14집, 1987. 김향기, 행정의 자기구속의 법리, 토지공법연구 제25집 2005년, 354면.

59) 행정의 자기구속의 원칙에 대한 판례의 입장은 다음과 같다. 고등법원 판결(대선고등법원 2009. 4. 30. 선고 2008누3096 판결)에서 “행정의 자기구속이라 함은 앞서 본 바와 같이 행정청이 동종 사안에 대하여 동일한 처분을 하여야 하는 구속을 받는 것을 의미하므로, 일반적으로는 동종 사안에 있어 비교의 대상이 되는 행정선례가 존재함을 전제”한다고 하였고, 헌법재판소(2002. 7. 18. 선고 2001헌마605) 또한 “행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되고, 그러한 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다.”고 결정한 바 있다.

이는 잠정조치의 국내법적 수용이라는 사안에 대하여 하나의 선례로서 작용하게 된다.

위와 같은 사안을 고려할 때, 국내 행정법상 일반원리인 자기구속의 원칙에 따라, 상기 사례는 후속 진정 사건들의 잠정조치의 국내법적 수용여부의 판단에 있어서도 이를 존중하여야 할 의무를 발생하게 할 기준점이 될 것이다.

V. 결론

인권을 침해받은 개인은 먼저 국내에서 법적 구제절차를 거치고, 이후에도 구제가 미흡한 경우 국제사회의 도움을 구할 수 있다. 최근 문제되는 군인권 침해의 경우도 마찬가지이다. 특수성을 가진 군이라는 집단에서 벌어지는 인권침해는 피해자와 가해자가 분리되지 않고 지속적으로 집단생활을 해야 한다는 점 등을 보면 과연 군인권 피해자가 국내에서 충분한 수준의 법적 구제를 받을 수 있는지 의문의 여지가 있다. 특히 이번 이예람 중사사건을 계기로 성폭력범죄, 군인등의 사망사건 관련 범죄의 경우 고등군사법원을 폐지, 민간법원에서 항소심을 담당하도록 하는 군사법원법이 개정되었는 바,⁶⁰⁾ 이는 그동안 군인권 피해 사례에 대한 국내법적 해결이 미흡했음을 보여준다.

폭넓은 기본권 보호 범위를 가지고, 인권 분야에서 가장 일반적으로 활용되는 자유권규약은⁶¹⁾ 선택의정서를 통해 개인통보제도를

60) 국회 의안정보 시스템, 군사법원법 일부개정법률안 제안이유 등, http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_L2C1P0H8D2V4F1A4W0T2P5Y6N3U8O4 (최종방문: 2022.6.29.)

제시하고 있으며, 우리나라는 자유권규약 선택의정서 체결국이다. 위원회는 본안의 중국적인 판단 전에 절차규정 제92조를 통해 잠정 조치를 발동할 수 있는 바, 국내 권리구제절차를 모두 소진하였거나, 국내절차가 무의미한 진행에 불과한 것으로 보이는 경우 위원회에 잠정조치를 요구하는 것은 효과적인 수단이 될 수 있을 것이다.

자유권규약위원회의 결정이나 잠정조치의 결정에 법적 구속력이 없다는 견해도 있지만, 본문에서 언급하였듯이 피진정인 대한민국 정부가 위원회의 잠정조치 결정을 수용하여 외국인에 대한 출국 조치를 보류한 사안이 존재한다. 이러한 사례는 행정법의 일반 원리인 행정의 자기구속 원칙과 결합하여 향후 자유권규약위원회 잠정조치의 국내법적 수용 가능성을 높이고, 인권 침해 당사자의 권리구제가능성을 높이는 하나의 기준으로 작용하게 될 것이다.

국내 인권피해자들에게 아직 생소한 개념인 국제법상 일종의 가처분의 성격을 지닌 잠정적 보호조치와 자유권규약상의 개인통보제도의 존재가 널리 알려져, 군인권 피해자 및 각종 인권의 사각지대에 있는 분들에게 더 많은 기회가 제공되기를 기대한다.

61) Sarah Joseph etc, The International Covenant on Civil and Political Rights(New York, Oxford Press) 2000, p. 4.

참 고 문 헌

1. 국내

- 박찬은, 『인권법』 개정판 2판, 서울: 한울아카데미, 2015.
- 김태천, “국제인권규약의 개인청원제도 - 그 실효성 확보를 위한 몇 가지 제안”, 「국제인권법」 Vol. 2, 1998.
- 김향기, “행정의 자기구속의 법리”, 「토지공법연구」 제25집, 2005.
- 박선욱, “국제인권조약의 국내적 적용 - 주요국의 적용사례에 관한 비교법적 고찰”, 「법학연구」 49, 2013.
- 박찬은, “자유권규약위원회 개인통보제도 결정의 국내적 이행을 위한 방안 소考”, 「저스티스」 통권 제103호, 2008.
- 석종현, “행정의 자기구속의 법리”, 「법학논총」 제14집, 1987.
- 이근관, 국제인권규약상 개인통보제도와 한국의 실행, 국제인권법학회.
- 홍관표, “국제인권규범으로서의 양심적 병역거부권”, 「공법연구」 제49집 제3호, 2021.
- 최지현, “국제사법재판소의 잠정조치에 관한 연구”, 「국제법평론」 통권 제 32호, 2010.

2. 해외

- Chester Brown, A Common Law of International Adjudication, (New York, Oxford Univ. Press) 2007.
- Sarah Joseph etc, The International Covenant on Civil and Political Rights(New York, Oxford Univ. Press) 2000.
- Dominic McGoldrick, Canadian Indians, Cultural Rights and the Human Rights Committee, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 40, No. 3, 1991.
- Gino J. Naldi, Interim Measures in the UN Human Rights Committee, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, No. 2. 2004.

Jo M. Pasqualucci, Interim Measures in International Human Rights: Evolution and Harmonization, *Vanderbilt Journal of Transnational Law Vol 38 Issue 1*, 2005.

John P. Humphrey, *William & Mary Law Review*, Volume 17. 1976.

Sandy Ghandhi, The Human Rights Committee and Interim Measures of Relief, *13 Canterbury Law Review* 203, 2007.

3. 결정문 등

U.N. GAOR 934, U.N. Doc. A/177(1948).

CCPR/C/128/D/2846/2016

CCPR/C/64/D/628/1995

CCPR/C/64/D/574/1994

CCPR/C/80/D/926/2000

CCPR/C/110/D/1908/2009

CCPR/C/70/D/869/1999

CCPR/C/110/3

헌법재판소 2002. 7. 18. 선고 2001헌마605결정

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

대전고등법원 2009. 4. 30. 선고 2008누3096 판결

<Abstract>

The Interim Measure in the ICCPR as a solution for the military human rights violation

Kim Eun Kyung*

Due to the special nature of being in the military, human rights violation victims in the military are often not remedied adequately for their human rights violations through domestic procedures. The fact that the law has been amended recently to allow civil courts to handle appeals in civilian courts rather than high military courts for some crimes related to military personnel shows that there have been insufficient remedies for violations of human rights in the military. The victims may seek help from the international community when domestic legal remedies for human rights violations are insufficient. The ICCPR has a wider scope of guarantee of basic rights compared to other human rights treaties among international human rights norms, with individual communication specified in Optional Protocol and interim measures regulated by Rules of Procedure of the UN Human Rights Committee (HRC). Although there are opinions that the view of the HRC is not legally binding, there has been recent cases in which the Korean government accepted the Committee's view on interim measure that such cases will serve for HRC's interim measures to be easily accepted by the domestic law in conjunction with administrative self-restraint principle and serve as the standard to increase the likelihood of redressing the rights of those who have suffered human rights violations.

Key Words : Military Human Rights, ICCPR, Individual Communication, Interim Measure, International Human Rights Law

* Ewha Legal Science Institute

