

정책개발연구 제9권

아시아 지역의 입헌주의

- 아시아 각 지역의 인권 보호 및 헌법재판제도의 다양성 고찰 -



헌법재판소

머 리 말

본 연구는 한국공법학회가 2017년도 헌법재판소 정책연구용역과제로 수행한 것이다. 유럽, 미주, 아프리카에서는 일찍이 인권법원이 탄생하여 그 지역의 인권 보장의 확대를 위해 기여해오고 있다. 그러나 아시아 지역에서는 각 국가들이 헌법재판을 통해 국민들의 인권 보장을 위해 노력을 해오고는 있지만, 아시아 지역 단위에서 인권보장을 위한 보장체제를 갖춘다거나, 아시아 지역의 인권법원은 아직 설립하지 못하고 있다.

이러한 배경하에서, 아시아 지역의 헌법재판제도 발전과 인권 보호 및 민주주의의 신장을 위해서 아시아헌법재판소연합(AACC) 회원국들을 중심으로 아시아 각국의 헌법재판제도의 배경이 되고 있는 법문화적 차이를 체계적으로 정리하고 중장기적인 조화 방향을 모색하는 것이 본 연구의 목적이다.

유럽이나 미주, 아프리카와 같이 아시아에서도 국제적 인권보장체제를 갖춘다거나 지역 차원의 인권법원 등의 설립을 준비한다고 할 때에는 필수적 전제조건으로서 아시아 각 국가들의 법문화에서 나타나고 있는 인권관념의 차이 및 아시아 각 국가들에 있어서 헌법재판제도의 구축정도 그리고 이에 대한 이해에 대한 차이점의 존재에 대한 확인과 검토가 반드시 필요하며, 그런 점에서 이러한 연구는 비교헌법적 연구수행으로도 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 그렇지만 이 연구수행에 있어서 가장 중요한 점은 아시아 각국에서의 법문화 및 헌법재판제도에 대한 이해에 대한 차이점들의 존재에도 불구하고, 어떻게 이러한 차이점을 극복함으로써 아시아에서 보편적인 국제적 인권보장체제의 확립 내지 이의 실행을 위한 국제인권법원의 설립 등의 구체적인 실천방법론들을 법이론적으로 정당화 할 수 있는가 하는 점이다.

그런 점에서 이 연구에서는 지역적 인권보장체제를 가지고 있는 세계의 다른 지역들과 아시아의 인권보장체제 사이에는 명백한 차이가 존재한다는 점에 대한 분석을 우선적으로 행하였다. 유럽, 미주 그리고 아프리카는 권리의 전

영역을 포괄하는 인권조약, 지역적 차원에서의 이 인권조약에 규정된 개인의 권리보장을 위한 사법적 구제절차를 관장하고 있는 인권법원이라는 권리보장 메커니즘이 존재하지만, 왜 아시아에는 그러한 보편적 인권보장체제의 구축이 행해지지 않았는가 하는 질문에 대해서도 검토하였다. 이것은 아시아에서는 국제적 인권보장체제의 구축을 위한 국제적 실행입법의 문제, 국제법상의 민주주의 실현에 대한 논의 그리고 국제법의 헌법화 실현을 위한 사법체제의 구축에 대한 검토가 충분히 성숙하게 행해지지 않았다는 것을 의미한다.

본 연구를 위해 유럽, 아시아, 미주 지역의 각 개별 국가에 대하여 전문적 식견이 있고 인권규범이나 인권법원에 대해 활발하게 연구하고 있는 연구자들을 공동연구원으로 어렵게 모셨다. 공동연구원들과의 여러 차례 회의를 거쳐 유럽, 아시아, 미주지역의 인권보장체제의 탄생과 발전 및 그 내용, 국내헌법적 기준의 국제법 질서에 대한 편입의 방안 등을 논의했고, 이를 바탕으로 아시아 각국의 헌법재판제도의 문화적 차이를 조화시키는 중장기적 방안을 도출하고자 노력하였다. 바쁜 일정에도 불구하고 본 연구를 위한 공동작업에 매진해 주신 공동연구원분들께 감사의 말씀을 전한다.

2017년 8월 31일

연구책임자 임지봉

목 차

제1장 서론

제1절 연구의 목적 및 필요성	1
I. 아시아 각 지역의 인권보호 및 헌법재판제도의 다양성 고찰의 목적과 필요성.....	1
II. 유럽의 인권보장체계에 대한 비교법적 연구의 필요성	3
III. 인권보장체계의 확립을 통한 아시아에서의 국제적 헌법주의의 강화의 필요성 및 논의의 방향	4
제2절 연구방법 및 범위	9
I. 연구수행 방법.....	9
1. 문헌연구 방법	9
2. 학제간 연구 및 전문가 자문 의견 반영 국제학술대회 또는 워크샵 등 개최	10
II. 연구의 범위.....	10

제2장 아시아에서의 보편적 인권관념의 성립 및 국제적 인권보장 체제의 성립가능성에 대한 검토 : 아시아 각 국가들의 법문화 및 헌법 재판제도의 차이점에 대한 검토를 중심으로

제1절 서론	12
I. 아시아에서의 헌법 및 헌법주의에 대한 연구형태	12
II. 아시아에서의 헌법 및 헌법주의에 대한 연구방법론	16
1. 동양적 헌법주의(constitutional orientalism).....	16

2. 기능주의(functionalism)와 콘텍스트 이론(contextualism) :	
비교헌법적 연구방법의 콘텍스트 이론연구방법에 의한 대체가능성 ...	22
3. 아시아에서의 헌법주의에 대한 연구방법론 및 구체적 분류기준의 설정	28
제2절 아시아에서의 헌법주의의 전개 현황	36
I. 아시아에서의 헌법주의의 구체화 방안	36
II. 아시아에서의 국제적 헌법주의의 전개	37
1. 규범형성적 헌법화(enabling constitutionalization)	41
2. 규범제한적 헌법화(constraining constitutionalization)	43
3. 보충적 헌법화(supplemental constitutionalization)	49
제3절 아시아 각국의 법문화 및 헌법재판제도의 차이점	54
I. 키르기스스탄의 헌법재판제도	54
1. 키르기스스탄 대법원 헌법재판부의 구성	54
2. 헌법재판부 재판관들의 자격	54
3. 심리 및 결정	54
4. 헌법재판부의 권한	55
II. 인도네시아의 헌법재판제도	55
1. 인도네시아 헌법의 제정과 민주 국가의 형성과정 (Constitution Making and State Building)	55
2. 인도네시아 헌법재판소의 구성	60
3. 헌법재판관의 자격	61
4. 심리 및 결정	61
5. 헌법재판소의 권한	62
가. 위헌법률심판	62
나. 권한쟁의심판	64

다. 선거소송	65
라. 정당해산심판	67
마. 대통령 및 부통령에 대한 탄핵심판	67
Ⅲ. 타일랜드의 헌법재판제도.....	70
1. 타일랜드 헌법재판소의 구성	71
2. 헌법재판관의 자격	72
3. 심리 및 결정	72
4. 헌법재판소의 권한	73

**제3장 아시아에서의 국제적 사법주의의 실현과 관련된
헌법주의(constitutionalism)와 다원주의(pluralism)에 대한
검토 : 기존의 헌법주의모델과의 비교검토**

제1절 헌법적 다원주의	74
I. 헌법적 다원주의의 의미	74
II. 다원주의의 외면적 형식과 내면적 형식의 구별	75
III. 내부적 다원주의의 특징 : 유럽연합의 사례를 중심으로	75
제2절 국제적 헌법주의	76
I. 국제적 헌법주의의 의미	76
II. 아시아 각국의 공통적인 헌법주의적 기반에 대한 분석	79
III. 아시아에서의 국제적 헌법주의의 실현가능성	83

**제4장 아시아 인권법원의 모범적 전형으로서 세계의 지역적
인권보장체제에 대한 검토**

제1절 유럽의 인권보장체제에 대한 검토	86
-----------------------------	----

제2절 미주인권보장체제에 대한 검토	88
I. 서론	88
II. 기본권 보장규정과 보장기관	88
1. 미주인권협약	88
2. 미주인권재판소	89
가. 미주인권재판소 설립의 배경	89
나. 미주인권재판소의 구성	90
다. 미주인권재판소의 관할	90
III. 미주인권협약의 법적 지위와 효력	93
1. 미주인권협약과 미주인권재판소	93
2. 미주인권협약의 법적 지위	95
3. 미주인권협약의 효력	96
IV. 기본권 보장에 있어서 미주인권협약의 실효성	97
제3절 아프리카 및 아시아 인권보장체제에 대한 검토	97
I. 서론	97
II. 아프리카지역 인권보장제도의 현황	98
1. 아프리카 단결기구(Organization of Africa Unity: OAU)의 설립	98
2. 아프리카 인권헌장의 제정	98
3. 아프리카 인권위원회와 인권재판소의 설립	103
가. 아프리카 인권위원회	103
나. 아프리카 인권재판소	106
4. 아프리카 연합(African Union; AU)의 설립	108
III. 아시아 지역 인권보호제도의 현황	108
IV. 동남아시아에서의 시도	119

1. 아세안(ASEAN)헌장의 제정	121
2. ASEAN 정부 간 인권위원회의 설립	122
V. 아시아 헌법주의 실현과 우리나라 헌법재판소의 역할	125
1. 국제인권조약의 헌법재판 준거규범성	128
2. 헌법재판소의 인권 결정사례	135
3. 향후 헌법재판소의 역할	140
가. 헌법재판을 통한 인권 수호 및 증진	140
나. 헌법재판소의 대내외적 역할	143
제4절 국제적 헌법주의와 국제적 인권보장	146

제5장 연구요약 및 결론

참고문헌	157
-------------------	-----

제1장 서론

제1절 연구의 목적 및 필요성

1. 아시아 각 지역의 인권보호 및 헌법재판제도의 다양성 고찰의 목적과 필요성

본 연구는 아시아 지역의 헌법재판제도 발전과 인권보호와 민주주의의 신장을 위해서 아시아헌법재판소연합(Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, 이하 'AACC'라 함) 회원국을 중심으로 아시아 각국의 헌법재판제도의 배경이 되고 있는 법문화적 차이를 체계적으로 정리하고 중장기적인 조화 방향을 모색하는 것을 목적으로 한다. 아시아에서의 국제적 인권보장체인 아시아 인권협약의 제정 및 국제적 헌법재판제도로써 아시아 인권법원설립을 위한 연구수행의 필수적 전제조건으로는 아시아 각 개별국가들 속의 법문화에 있어서 인권관념의 차이 및 아시아 각 국가들에 있어서 헌법재판제도의 구축정도 및 이에 대한 이해에 대한 차이점의 존재에 대한 확인 및 검토가 매우 필요하며 비교헌법적 연구수행으로도 중요한 의미를 가진다. 그렇지만 이 연구수행에 있어서 가장 중요한 점은 아시아 각 국에서의 이러한 법문화 및 헌법재판제도에 대한 이해에 대한 차이점들의 존재에도 불구하고, 어떻게 이러한 차이점을 극복하고 아시아에서 보편적인 국제적 인권보장체제의 확립 및 이의 실행을 위한 국제인권법원 설립을 실행하는 것을 법이론적으로 정당화 할 수 있는가 하는 점이다.

아시아 인권협약 및 아시아 인권법원의 설립의 정당성의 근거는 바로 아시아에서의 국제적 인권보장체제의 실행을 위한 초국가적 거버넌스(governance) 구축의 필요성 그 자체에서 찾아야 할 것이다. 왜냐하면 세계화된 국제질서에 있어서 인권보호를 위한 국제법적 차원에서의 대응은 각 개별 국가적 차원에서 행해지는 인권보장을 통한 시민의 공동이익과 권리보호를 개별 국가적 범위를 넘어서서 국지적 혹은 전세계적인 차원에서 행해질 수 있는 공통의 법적 기반과 제도를 구축하는 것이기 때문이다. 그리고

헌법주의(constitutionalism)¹⁾의 국제적 영역의 확대의 문제로서 국내적 인권보장과 국제적 인권보장의 조화의 문제는 인권보장을 위한 초국가적 거버넌스의 헌법 및 국제법적 측면에서의 정당화와 이의 실행에 관한 법적논의와 관련성을 갖는다고 할 수 있다.

그러므로 아시아의 국제적 인권보장체계의 확립과 이러한 인권보장체계의 재판기관을 통한 실행의 문제를 우선적으로 국제인권법질서의 보장의 문제의 측면에서 헌법주의(constitutionalism)의 국내적 보장 더 나아가서 국제적 전개과정의 측면에서 검토하는 것은 매우 중요한 의미를 가진다. 유럽에서의 유럽인권협약(European Convention on Human Rights) 혹은 유럽연합의 기본권 헌장과 같은 인권보장체계의 확립과 유럽인권법원 혹은 유럽연합법원과 같은 법원을 통한 권리보장의 관철의 문제는 오늘날 개인의 근본적 권리(fundamental rights)로서 인권을 보장하는 두개의 중요한 시스템(system)인 헌법과 국제인권법에 의해서만 가능하기 때문이다. 특히 적극적으로 헌법규범을 집행하는 자유주의 국가(liberal states)에서는 이 두 시스템 사이의 관계의 중요성은 점점 더 증가하는 것으로 나타난다.²⁾ 이러한 논의에 대한 전제로서 현재 아시아에서의 헌법주의의 전개는 어느 정도의 수준에 도달했는가 하는 문제와 아시아에서 인권보장체계를 확립하기 위한 노력이 어느 정도까지 결실을 맺고 있는가 하는 점에 대한 연구분석이 집중적으로 행해져야 한다.

1) 'Constitutionalism'은 연구자에 따라서 '입헌주의'로 번역되기도 하고, '헌법주의'로도 번역되기도 한다. 입헌주의로 번역한 경우로는 김철수, 헌법학신론, 박영사, 2016, 3쪽; 강승식, 현대 입헌주의의 위기와 그 문제점, 한양법학 제27권 제3집, 한양법학회, 2016; 이병규, 기본권의 대사인적 효과와 입헌주의 그리고 공사구분, 공법학연구 제17권 제1호, 한국비교공법학회, 2016; 김성수·강승식, 미국입헌주의에 관한 연구, 미국헌법연구 제16권 제2호, 미국헌법학회, 2005 등이 있다. 그리고 헌법주의로 번역한 경우로는 박선영, 영토헌법주의와 대한민국 영토 독도, 헌법학연구제22권 제3호, 한국헌법학회, 2016; 박진완, 국제적 헌법주의의 실현형태로서 국제적 인권보장체계에 대한 검토 - 아시아에서의 국제인권법모델 수립을 위한 시론, 유럽헌법연구 제15호, 유럽헌법학회 2014; 박명림, 헌법, 헌법주의 그리고 한국민주주의, 한국정치학회보 제39집 제1호, 한국정치학회, 2005 등이 있다. 이처럼 constitutionalism의 번역에 있어서 입헌주의, 헌법주의가 혼용되고 있는 바, 이를 엄격히 구별하기는 어렵다고 보아 이 글에서는 용어의 통일성을 기하기 위해서 '헌법주의'로 통일하여 사용하기로 한다.

2) Gerald L. Neuman, Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance, 55 Stanford Law Review 1863-64 (2003); 박진완, 국제적 헌법주의의 실현형태로서 국제적 인권보장체계에 대한 검토 - 아시아에서의 국제인권법모델 수립을 위한 시론, 유럽헌법연구 제15호, 사단법인유럽헌법학회 2014, 133쪽.

II. 유럽의 인권보장체계에 대한 비교법적 연구의 필요성

아시아에서의 국제적 인권보장체제의 구축은 아시아에서의 국제적 헌법주의 실행의 첫 출발점이 될 것이다. 국제법질서의 시대적 발전과정이 대등적 질서(Koordinationsordnung)의 단계로 부터 협력적 질서(Kooperationsordnung)의 단계를 경유하여 최종적인 현실적 단계인 (부분적) 헌법화(partielle Konstitutionalisierung)의 단계로 접어들고 있는 상황³⁾이 현실적으로 잘 구현된 유럽의 인권보장체제에 대하여 살펴보는 것은 아시아에서의 국제적 인권보장체제의 성립과 발전을 시론적 연구하는 단계에서 매우 중요한 의미를 가진다.

유럽의 기본권 보호에 있어서 유럽연합의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union/Charta der Grundrechte der Europäischen Union), 유럽인권협약(European Convention on Human Rights), 각 유럽연합의 구성 국가들의 헌법 그리고 그 구성 국가들의 각 주의 헌법은 각각 그 속에 기본권 규정들을 두고 있다. 유럽연합은 이에 상응하는 기본권 보장기관으로서 4개의 법원들을 두고 있다: 유럽법원으로 불리는 유럽연합법원(Court of Justice of the European Union), 유럽인권법원(European Court of Human Right), 각 구성 국가들의 헌법재판소 그리고 주 헌법재판소. 이러한 유럽의 다면적 권리보장체계에서의 기본권 보장규정들 그리고 이의 보장을 위한 법원들의 관할권과 활동범위의 교차와 중복이 유럽의 기본권 보호에 얼마나 기여하고 있는가 하는 점에 대한 비교법적 연구의 필요성이 제기되는 만큼, 유럽연합법원, 유럽인권법원 그리고 독일연방헌법재판소와 같은 구성국가의 헌법재판소 사이의 권력관계의 균형적 확립의 문제에 대하여는 심도 깊은 연구가 필요하다. 왜냐하면 유럽의 다면적 인권보장체계에서의 기본권 보호에 대한 평가는 버뮤다 삼각지대라는 비관적 평가로부터 시작하여, 평화로운 공존이라는 중립적 입장 그리고 유럽의 헌법재판소 결합(Europäischer Verfassungsgerichtsverbund)⁴⁾이라는 낙관적 평가로 나타나고 있기 때문이다.⁵⁾ 또한 유럽에는 4개의 기본권 문서들(Grundrechtstexte)이 존재한다. 유럽인권협약, 유럽연합의 기본권 헌장, 각 국가들의 연방헌법과 주의

3) Reiner Wahl, Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?, in: Carl-Eugen Eberle/Martin Ibler/Dieter Lorenz (hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 199.

4) Andreas Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.

5) Markus Ludwigs, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, EuGRZ 2014, S. 273.

헌법⁶⁾이 그것이다. 이러한 유럽에서의 시민들의 기본권 보호를 위한 기본권 문서들의 중복적 적용은 시민들의 권리보호의 최적화 실현에 어느 정도 기여할 수 있는가? 이러한 유럽차원의 기본권 문서들의 중복적 적용과정에서 발생할 수 있는 충돌과 갈등의 조정과정은 유럽전체의 차원에서 혹은 유럽의 각 국가의 헌법질서의 차원에서 일반적이고 포괄적으로 인정될 수 있는 인권보호의 표준적 기준의 도출에 기여할 수 있는가 그리고 그것이 가능하다면 어떻게 그러한 기본적 합의사항을 이끌어 낼 수 있고, 이러한 작업은 어느 정도까지 진행될 수 있는가 하는 질문도 또한 제기될 수 있다.

Ⅲ. 인권보장체계의 확립을 통한 아시아에서의 국제적 헌법 주의 강화의 필요성 및 논의의 방향

이러한 유럽의 현실과 달리 1986년에 창설된 독립적인 비정부기관인 아시아 인권위원회(Asian Human Rights Commission)와 같은 조직만 존재하고 있는 아시아의 현실에서, 국제법의 헌법화 즉 국제적 헌법주의의 아시아에서의 적극적 실현을 논하는 것은 이상만을 추구하는 것이 아닌가 하는 생각이 들기도 한다. 그런 점에서, 특히 최근의 중국과 일본 사이의 대결구도와 동북아시아에서의 패권주의의 강화로 인하여 발생하는 여러가지 정치·경제적 그리고 법적인 불안정성을 극복하기 위한 대안으로서, 인권보장체계의 확립을 통한 아시아에서의 헌법주의의 강화는 아시아의 새로운 발전을 위한 대안이 될 수 있다. 국제적 인권보장의 강화의 측면에서 검토될 수 있는 국제법의 헌법화 과정의 강화가, 아시아에서의 인권보장을 위한 아시아 인권법원의 설립이라는 국제적인 사법적 공조와 협력을 이끌어 낼 수 있는 중요한 근거가 될 수 있다고 판단해 본다. 왜냐하면 국제적 인권보장의 강화를 통해서 국제적 헌법주의가 강화된다는 기본적인 세계사적인 흐름과 발전과정에서 아시아 역시 예외로 남아 있을 수 없다고 판단되기 때문이다.

이 점에 대해서 좀 더 상세히 설명해보면, 우선, 다음과 같은 의문들을 제기해 볼 수 있다. 헌법주의의 성취가 여전히 완성되지 않는 아시아 여러 국가들 속에서의 아시아 인권법원의 설립시도가 어느 정도까지 설득력을 가지고 받아들여질 수 있을까? 이것이 실행가능한 것으로 판단된다면, 이것은 어떠한 방식으로 진행되어야만 할 것인가? 이러한 질문에 대한 해답을 찾기 위해서,

6) Ferdinand Kirchhof, Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, EuR 2014, S. 267.

즉 아시아에서의 인권법원의 설립을 위한 국제적 헌법주의의 실현과정과 그 잠재력을 평가하기 위해서는 우선적으로 아시아 각 국가들 속에서 확립된 국내헌법적 원리가 아시아 차원에서 보편적으로 적용될 수 있는가 하는 문제에 대한 분석이 우선적으로 행해져야만 한다. 이것은 또한 이렇게 아시아의 각 국가들 차원에서 인정된 국내 헌법적 원리가 어떻게 아시아의 국제법 질서에도 잘 실현될 수 있는지에 대한 질문도 된다. 이것은 아시아에서의 인권법원 설립을 위한 헌법주의적 분석을 위한 중요한 첫 번째 분석적 시도가 될 것이다. 이와 관련하여 과연 아시아 각 국가들의 독자적 법문화를 바탕으로 한 공통적인 헌법주의적 기반을 과연 찾을 수 있는가 하는 의문이 제기된다. 이에 대한 결론이 회의적인 형태로 도출이 된다면 그에 대한 해답은 결국 다른 방법에 의하여 찾을 수밖에 없다.

이에 대한 다른 방법은 아시아에서의 국제적 헌법주의의 실행의 문제에서 찾을 수밖에 없다. 이것은 UN에 의하여 세계적으로 행해진 그리고 유럽차원에서 독자적인 형태로 전개된 국제적 헌법주의가 그 내용과 형식에 있어서 아시아 각 국가의 전통적인 법문화 및 각 국가들의 국내헌법과 유사하지 않음에도 불구하고 어떻게 아시아 지역에도 잘 실현될 수 있는가 하는 점에 대한 분석이 될 것이다. 인권의 국제적 보장이 점점 강화되는 세계화 시대에 있어서 인권보장과 관련된 국가의 규제력은 점점 더 약화된다. 더 나아가서 인권보장과 관련된 많은 결정들은 국내적 인권보장의 차원으로 벗어나서 국제적 차원에서 행해진다. 이러한 발달과정을 상쇄하기 위하여 Anne Peters는 국제적 차원에서의 ‘보충적 헌법주의(compensatory constitutionalism)’를 강조하였다.⁷⁾ 다른 이는 이러한 국제규범의 발달과 이에 대한 의존의 강화를 국제적 결정에 대한 민주적 통제를 회복하기 위한 수단으로 보고 있다.⁸⁾

이렇게 아시아 각 국가의 국내적 헌법주의의 약화에 대한 보충적 헌법주의의 실현과정으로서 아시아 인권법원 설립을 위한 국제적 인권규범의 영향력을 어느 정도까지 정확히 평가할 수 있을까? 물론 이것이 어느 정도 과대평가되었다 할지라도, 과연 아시아 인권협약 체제에 관한 국제적 인권보장체제도 존재하지

7) Anne Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures* 19 LEIDEN J INT'L L. 579 (2006).

8) Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts*, 102 AM J INT'L L. 241 (2008).

않는 아시아에서 아시아 인권법원과 같은 국제적 헌법재판기관의 결정에 대하여 구속되는 각 국가들의 국제적 인권보장체제에 대한 구속이 어느 정도까지 실현될 수 있는가? 궁극적으로 이 문제는 각 국가들의 인권보장과 관련된 주권의 위임이 어느 정도까지 허용되고, 행해질 수 있는지에 대한 매우 어려운 논의를 전제로 한 것이다. 이것은 매우 어려운 작업으로 보인다.

이러한 인권의 국제적 보장영역에 일반적으로 적용될 수 있는 가장 중요한 국내헌법질서의 가장 기본적인 원칙들은 각 국가들의 헌법 속에 규정된 기본권 목록, 민주주의(democracy), 권력분립(separation of powers), 법의 지배(rule of law) 그리고 법치국가(Rechtsstaat) 원리 등을 들 수 있다.

이와 관련하여 과연 어디에서 국제법의 헌법화를 충족시키는 내용적 기준들을 찾을 수 있는가? 라는 의문을 제기하지 않을 수 없다. 첫 번째로 이러한 기준들은 높은 순위를 가지는 국제법의 원리들(principles in international law) - 특히 절대적 규범(peremptory norm), 강제법(jus cogens)에서 찾을 수 있다. 그 다음에는 국내헌법에서 도출된 기준들(standards)에서 찾을 수 있다. 이와 관련해서는 이렇게 발견된 많은 국내헌법적 기준들이 어떻게 현재의 국제법 질서에 편입될 수 있는가 하는 문제가 제기된다. 이러한 국내헌법적 기준의 국제법 질서에 대한 편입의 결과는 국제법은 이상적 유형의 헌법(ideal-type constitution)의 정확한 내용을 잘 충족시킬 수 없다는 것이다. 국제법과 국내법의 영역과 각 영역에 적용되는 법원리가 다름에도 불구하고, 국제법의 헌법적 발전이 가지는 중요한 의미는 다음과 같이 정리될 수 있다. 국제법의 헌법적 발전은 환영해야 할 뿐만 아니라, 국제법에 대하여 제기된 몇몇 국내적 반대(domestic objection)를 극복할 수 있다고 할 수 있다. 국제법은 결코 국내헌법과 같은 엄격한 의미에서의 헌법을 가질 수 없음에도 불구하고, 국제권력을 확립하고 통제하는 원리로서 국제적 헌법주의의 중요성은 절대로 간과될 수 없다. 이러한 점들을 고려해 볼 때 아시아 인권협약 및 아시아 인권법원 설립의 문제는 궁극적으로 아시아에서의 국제적 헌법주의의 실현과정의 문제로 이해된다고 할 수 있다.

이러한 아시아에서의 국제적 헌법주의 실현을 위한 비교문화적 연구수행 및 비교헌법적 연구수행을 위해서는 우선적으로 연구대상의 범위의 확정 즉 어떠한 내용적 접근을 할 것인가 하는 본질적 문제에 대한 접근이 우선적으로 행해져야만 한다. 이와 관련하여 지역적 인권보장체제를 가지고

있는 세계의 다른 지역들과 아시아의 인권보장체제 사이에는 명백한 차이가 존재한다는 점에 대한 분석이 우선적으로 행해져야만 한다. 유럽(Europe), 아메리카(Americas) 그리고 아프리카(Africa)는 권리의 전 영역을 포괄하는 인권조약, 지역적 차원에서의 이 인권조약에 규정된 개인의 권리보장을 위한 사법적 구제절차를 관장하고 있는 인권법원(a court of human rights)이라는 권리보장 메커니즘이 존재하지만, 왜 아시아에는 그러한 보편적 인권보장체제의 구축이 행해지지 않았는가 하는 질문에 대한 우선적 검토가 행해져야만 한다. 이것은 아시아에서는 국제적 인권보장체제의 구축을 위한 국제적 실행입법(law making)의 문제, 국제법상의 민주주의 실현에 대한 논의 그리고 국제법의 헌법화 실현을 위한 사법체제(judiciary)의 구축에 대한 검토가 충분히 성숙하게 행해지지 않았다는 것을 의미한다.

국제법상의 입법에 있어서는 국제공동체의 기본원칙인 주권적 국가들의 평등성을 실현하기 위하여 국제조약과 국제관습은 단지 자신들의 자발적인 의사에 의하여 이에 구속받기를 원하는 국가에 대해서만 구속을 가진다는 로터스(Lotus) 호 사건⁹⁾에서의 전통적인 국제법적 입장(the classic Lotus position)이 아시아 각국에서도 그대로 견지되고 있다. 이와 관련하여 국내적 헌법주의를 국제법 질서에 전용하는 것을 목적으로 하는 국제적 헌법주의의 실현과정으로서 아시아에서의 국제적 인권보장체제의 수립과 이의 실행을 위한 국제인권법원의 설립을 위해서는 이러한 점을 어떻게 이해하고 또 수용 또는 변경시킬 것인가 하는 본질적 문제가 제기된다.

이에 대해서는 우선적으로 아시아에서의 국제적 헌법주의 실현을 위한 입법적인 접근보다는 민주적 접근을 강조하는 견해에 대한 검토가 우선적으로 행해질 수 있다. 이것은 아시아 각 국가에서의 헌법적 민주국가체제수립을 위한 국제적 연대의 실행의 문제라고 볼 수 있다. 이러한 국제적인 민주주의 강화를 위한 연대의 실행형태로서 인권보장을 위한 국제적 사법시스템의 구축은 매우 중요한 의미를 가진다. 이러한 의미에서 아시아에서 국제적 인권보장을 위한 사법적 체제 구축의 필요성에 대한 법이론적 근거제공은 매우 중요한 의미를 가진다. 국제적 헌법주의의 실현의 목적이 국제공동체의 구성원인 국가나 단체 혹은 개인에 대한 헌법적 의무부과의 체계의 성립을 위한 것이라면, 아시아 각 개별국가 속에서 어느 정도까지 국제적 헌법주의 실현을 위한 공동적 합의의

9) The Lotus Case, PCIJ Series A, No. 10, 1927 - France vs. Turkey.

표출(expressions of consent)이 행해질 수 있는가 하는 점에 대한 검토가 중요한 연구용역 수행사항이 된다.

경우에 따라서 이러한 합의는 도출되는 것이 아니라 합의는 단지 종종 추정될 수 있을 뿐이라는 주장을 통하여 반론이 제기된다면, 아시아에서의 국제공동체의 구성원의 합의의 문제를 마치 John Rawls의 정의론처럼 가상적 합의사항의 문제¹⁰⁾로 검토하는 입장에 대한 분석도 행해질 수 있다. 아시아에서의 국제적 헌법주의의 실행을 위한 국제적 인권보장체제의 구축을 위한 보편적 인권관념의 확립을 위한 연구실행과 관련하여 우선적으로 어떠한 학문분야에서 이 문제를 가장 적합하게 연구할 수 있는가 하는 질문이 제기될 수 있다. 보편적 인권보장체제의 구축이라는 법적인 명제를 단지, 아시아 각 국가들 속에서의 인권관념에 대한 차이점의 존재의 확인 및 헌법재판제도에 대한 이해의 차이점의 존재의 확인이라는 법적인 사회현상과 관련된 문제로만 이해하는, 기술적 사회학(descriptive sociology)적 측면에서만 접근한다면 원래 이 명제가 가지는 원래의 의도와 목적이 희석되고, 잘 실현될 수 없다. 왜냐하면 이러한 학문분석과정을 통해서 국제법상의 헌법주의(constitutionalism)의 실현과정과 그 결과물들이 이미 아시아 외의 다른 법문화권에서 존재하고, 이를 통해서 국제적 헌법주의라는 법이념적인 법적 이상이 실현될 수 있다는 것에 대한 설득의 정당화라는 부분이 간과될 수 있기 때문이다. 그렇다고 해서 이 문제를 법이념적인 측면에서 순수한 규범이론(normative theory)의 문제로 한정하여 다룰 수도 없다고 판단된다. 뿐만 아니라 이러한 아시아에서의 국제적 헌법주의의 실행의 문제를 세계화(globalization) 문제와 관련하여 지구 전체를 조직화하는 방법적인 문제, 혹은 세계화와 관련된 여러 가지 문제점들에 대한 해결책 제시의 한 형태로서 새로운 대안을 제시하는 문제로 한정하는 입장 역시 완벽한 대안이 된다고 볼 수 없다. 더 나아가서 이 문제를 헌법주의(constitutionalism)와 관련된 용어에 대한 분석 즉 엄격한 개념적 연구(conceptual study)의 문제로 이해할 수도 없다.

국제적 헌법주의는 강제법(ius cogens)의 실행을 통한 국제적 인권보장, 글로벌 거버넌스(global governance), 거버넌스 기관들(institutions of governance), 이러한 기관들의 권한(competences), 입법(law-making), 사법(judiciary),

10) 이와 관련해서는 John Rawls, *The Law of Peoples* (Harvard University Press 1999).

공동체의 구성(membership of the community), 민주주의(democracy)의 실현의 문제 등을 서구의 자유적인 헌법의 틀을 가지고 분석하고, 이러한 헌법적 시스템을 국가 이후의 질서에 대해서도 전용하는 것을 통해서 실현된다. 이러한 국제적 헌법주의는 바람직한 세계질서의 확립에 기여한다는 점에서 국내헌법상의 헌법주의와 마찬가지로 법질서의 정당성(legitimacy)의 문제와 관련성을 가지게 된다. 따라서 정당화된 국제법 질서로서 국제법상의 헌법주의는 정당한 거버넌스(legitimate governance) 실현에 기여하게 된다. 이러한 규범적 측면에서의 국제적 헌법주의의 이상과 목적의 정당화는 경험적(empirical) 측면에서도 그 근거를 찾을 수 있어야만 한다. 이러한 점에서 볼 때 아시아에서의 국제적 인권보장체제 구축을 위한 연구수행은 개념적(conceptual), 규범적(normative) 그리고 더 나아가서 경험적(empirical) 측면에서의 연구까지 포함하는 종합적 연구수행이 되어야만 한다.

제2절 연구방법 및 범위

1. 연구수행 방법

1. 문헌연구 방법

본 연구의 목적은 아시아 지역의 헌법재판제도 발전과 민주주의 신장이 어떻게 진행되고 있는지, 나아가 각국의 법문화적 차이에도 불구하고 헌법재판제도의 발전을 이룰 수 있는 최소한 연계성을 찾기 위한 것이다. 따라서 1차적으로 아시아 지역의 헌법주의 현황을 살피기 위하여, 아시아 각 지역의 인권보호 현황 및 헌법재판제도 관련 자료를 총체적으로 분석하되 그 외 국내·외 자료수집 및 현황을 파악, 연구에 반영하도록 하였다. 문헌연구는 각각의 연구자들이 수집한 문헌들을 토대로 최근의 문헌들을 추가적으로 수집하고 정리하며 이를 기초로 자체 연구진 회의를 통해 공동으로 문헌을 분석하고 논점을 정리하여 연구 방향을 모색하는 방법으로 진행하였다. 그리고 아시아 국가들의 인권 및 헌법재판제도의 발전을 위한 점진적 접근이 성공하기 위해서는 어떠한 조건이 필요한지 그리고 아시아 지역의 특성이 무엇인지 등을

고려하여, 아시아 지역에서의 인권규범 및 헌법재판제도의 관심을 제고할 수 있는 연구문헌으로서의 가치를 갖기 위해서 특히 지역적 인권보장 체계의 형태 및 내용 등을 검토하여, 이에 따른 헌법재판제도와 법문화간의 연계성에 초점을 맞추어 연구를 진행하려고 하였다.

이를 위해서 법제도와 정책보고서, 관련 법원과 헌법재판소의 판례, 정부 내부보고서 등을 1차 자료로 활용하였지만, 최근의 실태조사 자료와 법의식 조사 결과, 학계의 이론적 문제 제기 등을 종합적으로 분석하고자 하였다. 그리고 가급적 최신의 자료를 검토하되, 정부 및 관련 기관의 보고서 외에 현장에서 나타난 결과들을 종합하여 가능한 범위에서 교차 검증하고자 하였다.

2. 학제간 연구 및 전문가 자문 의견 반영 국제학술대회 또는 워크샵 등 개최

본 연구는 연구 대상 범위가 각국의 인권보호 상황과 법문화적 차이에 대한 이해를 바탕으로 하여 아시아 지역 국가의 법문화에 대한 구체적인 논의가 필요한 영역이므로, 연구 방법에 있어서도 이론적 측면과 현실적 측면을 검토하여 학제간 연구를 지향하면서 관련 영역의 자문 의견을 최대한 반영하고자 하였다.

헌법적 쟁점의 연구 관련 특수성을 감안하여 헌법 전문가가 중심으로 연구하되 다양한 전문가를 연구에 참여시키고, '2017년 6월 공법학회 국제학술세미나' 등 관련 세미나 및 워크샵 등을 통해 전문가 초청 회의를 개최하는 등, 연구에 필요한 인적·물적 자원을 확보하였다. 연구 결과에 대하여는 중간보고·최종보고를 통해 전문가와 관계자의 의견을 수렴하였다.

II. 연구의 범위

위에서 언급한 연구목적 및 연구의 방향에 대한 논의를 기초로 다음의 사항들을 중요한 연구범위로 설정하였다.

먼저, 아시아에서의 보편적 인권관념의 성립 및 국제적 인권보장체제의 성립가능성에 대한 법이론적 검토 및 아시아 각 국가들의 법문화 및 헌법재판제도의 차이점에 대한 검토를 실시한다. 본 연구용역은 아시아 각 개별국가의 제도와 그 역사적, 문화적 배경들에 관한 상관적 연구의 필요성이

크고 개별 국가의 사정을 정확히 인식해야만 AACC의 향후 발전이 보다 원활해질 수 있다는 점에서 아시아 각 국가들의 법문화 및 헌법재판제도의 차이점에 대한 검토가 중요하다고 할 수 있다.

둘째, 기존의 헌법주의 모델과의 비교검토를 통하여 아시아에서의 국제적 사법주의의 실현과 관련하여 다원주의(pluralism)와 헌법주의(constitutionalism) 특히 국제적 헌법주의에 대한 이론적 검토를 함께 진행한다.

셋째, 본 연구에서는 아시아 인권법원의 모범적 전형으로서 세계의 지역적 인권보장체제에 대한 검토를 실시한다. 구체적인 연구의 대상은 다음과 같다.

가. 유럽의 인권보장체제에 대한 검토

나. 미주의 인권보장체제에 대한 검토

다. 아프리카 및 아시아 인권보장체제에 대한 검토

넷째, 오늘날 UN을 통한 인권보호는 국내헌법의 실질적 원리를 국제법적 차원으로 전환함으로써 국가에 대한 기본권 보장의 요구를 국내질서뿐만 아니라 국제적 인권보장의 요구에도 그대로 준용하고 있다. 국제적 헌법주의의 전개를 통한 국제적 인권보장의 강화를 위해서 관련 국제인권규범과 헌법으로 하여금 이러한 권리의 보장과 실행에 필요한 입법 혹은 다른 조치를 취해야 할 일반적인 의무를 포함하고 있어야 하는 이런 UN의 인권실행방식은 유럽과 미주, 그리고 아프리카의 지역적 인권보장체제에까지 확대되고 있다. 이런 점에 근거하여 UN과 유럽에서의 국제적 인권보장체제의 강화를 통한 국제적 헌법주의의 실현에 대한 검토도 함께 실시한다.

끝으로 이상의 연구내용을 종합하여 아시아 각 지역의 인권보호 및 헌법재판제도의 다양성에 대한 이해를 바탕으로 인권보장체제의 확립을 통한 아시아에서의 헌법주의의 강화방안을 제시하기로 한다.

제2장 아시아에서의 보편적 인권관념의 성립 및 국제적 인권보장체제의 성립가능성에 대한 검토

– 아시아 각 국가들의 법문화 및 헌법
재판제도의 차이점에 대한 검토를 중심으로 –

제1절 서론

1. 아시아에서의 헌법 및 헌법주의에 대한 연구형태

비교헌법학자들의 주된 관심사들은 주로 유럽과 북미의 헌법주의 및 헌법체계의 성립과 발전과정에 관심을 가지지만, 최근에는 아시아에서의 헌법주의의 성립 및 아시아의 인권보장체계의 창설을 위한 사전적 연구로서 아시아의 헌법과 헌법적 실무에 대한 많은 연구결과들이 발표되고 있다. 이와 관련해서 아시아에서의 헌법주의 성립 및 발전과정에 대한 연구에 있어서 중요한 역할을 하는 연구방법론(methodological perspective)과 인식론적인 관점(epistemological perspective)에 대한 확립이 중요하다고 할 수 있다.

아시아에서의 헌법주의에 대한 연구저서들의 연구경향은 거시적 연구(macro-studies), 각 개별국가의 연구(country-studies) 그리고 미시적 연구(micro-studies)로 구분된다.¹¹⁾ 거시적 연구는 아시아 각 국가들을 아우르는 전 영역에 있어서의 헌법적 주제들에 대한 검토를 내용으로 하고 있다. 이러한 연구의 중심적 내용들은 ① 아시아 각 국가들의 헌법제정(constitution making)과 국가의 형성과정, ② 아시아에서의 헌법적 문화(constitutional culture), ③ 정부형태와 권력구조, ④ 헌법변천과 헌법개정, ⑤ 사법심사제(judicial review), ⑥ 민주주의의 참여와 정치적 참여권의 보장, ⑦ 평등권(right to equality)과 평등의 보장(equal protection), ⑧ 자유권의 보장, ⑨ 사회적 권리와 경제적 권리의 보장에 대한 검토와 분석이 된다. 이에 대한 연구로는 2014년에 Wen-Chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan

11) Andrew Harding and Ngoc Son Bui, Recent Work in Asian Constitutional Studies: A Review Essay, 11 Asian Journal of Comparative Law 164 (2016).

그리고 Jiunn-rong Yeh가 저술한 「Constitutionalism in Asia」를 들 수 있다.¹²⁾

Rosalind Dixon and Tom Ginsburg에 의하여 수행된 또 다른 형태의 거시적 연구는 주로 다음의 세 가지에 대한 연구 분석을 수행하고 있다.¹³⁾

첫 번째로 헌법제정권력의 행사형태로서 헌법제정에 대한 참여, 헌법재판소, 사법부의 조직 그리고 약한 형태의 사법심사제(judicial review)에 대한 연구이다. 이것은 주로 전체적인 헌법체제에 대한 구상, 헌법개정 그리고 헌법해석의 문제와 밀접한 연관성을 가진다. 두 번째로 헌법상의 통치구조 즉 국가조직법(Staatsorganisationsrecht)의 형태로서 입법부와 집행권의 관계, 연방주의(federalism) 혹은 단일국가에서의 중앙집권주의 그리고 국가긴급권(emergency powers)에 대한 연구를 수행한다. 세 번째는 아시아 각 국가들의 헌법질서 속에서의 권리장전(bill of rights)의 기본권 보장에 대한 연구이다.

두 번째 아시아 각 국가들의 헌법질서의 성립과 발전과정에 대한 연구, 즉 국가들의 헌법주의의 성립과 발전과정에 대한 경험적 연구분석이다. 이러한 연구분석 방법론은 우선적으로 아시아의 주요 국가들의 헌법주의의 성립과 전개과정에 대한 경험적 분석을 우선적으로 시도하지만, 보다 유형화된 헌법주의의 발달단계의 모델을 참조하여 보다 일반적인 헌법주의 발달단계에 대한 비교헌법적 연구를 수행한다. 이와 관련하여 Albert H. Y. Chen은 헌법을 규범적 헌법(normative constitution), 명목상의 헌법(nominal constitution) 그리고 의미상의 헌법(semantic constitution)으로 구분하는 Karl Loewenstein의 존재론적인 분석(ontological classification)¹⁴⁾과 헌법을 적합한 헌법(garantiste constitution/proper constitution), 명목상의 헌법(nominal constitution) 그리고 위장적 헌법(façade constitution/fake constitution)으로 구분하는 Giovanni Sartori의 헌법적 분류¹⁵⁾를 적용하여 아시아 국가들의 헌법주의의 발전단계에 대한 경험적 분석을 시도하고 있다.

12) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, *Constitutionalism in Asia* (Hart Publishing 2014); Harding and Bui, 위의 논문. 163쪽.

13) Rosalind Dixon and Tom Ginsburg (eds.), *Comparative Constitutional Law in Asia* (Cheltenham: Edward Elgar, 2014); Harding and Bui, 위의 논문. 164쪽.

14) Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 147 (University of Chicago Press, 1965).

15) Giovanni Sartori, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", 56 *American Political Science Review* 861 (1962).

그는 아시아 각 국가들의 헌법주의의 성립과 발전과정이 여전히 ‘헌법주의 없는 헌법(constitutions without constitutionalism)’의 단계를 어느 정도 벗어나고 있는지에 대한 연구 분석을 하고 있다.¹⁶⁾

이와 동일한 형태의 연구로서 주로 아시아 각 국가들의 헌법규정들에 대한 비교헌법적 연구 분석의 시도를 통해서, 아시아의 헌법주의의 주요한 특징들을 도출해 내는 비교헌법적 연구를 들 수 있다. 또 다른 형태의 아시아 각 국가들의 헌법주의의 발전과정에 대한 비교헌법적 연구는 유럽과 아시아의 주요 국가들의 헌법과 헌법적 실무에 대한 분석적 연구이다. 이와 관련하여 헌법주의 및 굿-거버넌스에 대한 유럽적-아시아적 관점(European-Asian perspectives on constitutionalism and good governance)에 대한 개념적 분석이 주요한 연구내용으로 검토된다. 이에 대한 연구로서 Dirk Ehlers, Henning Glaser 그리고 Kittisak Prokati에 의하여 저술된 「Constitutionalism and Good Governance: Eastern and Western Perspectives」을 들 수가 있다.¹⁷⁾ 이 연구는 단순히 아시아의 헌법과 헌법적 실무에 대한 연구 분석이 아니라, 유럽과 아시아의 12개 국가들의 헌법체제(constitutional regimes)를 유럽과 아시아적인 관점들의 측면(European-Asian perspectives)에서 헌법주의 및 굿-거버넌스 개념을 적용하여 분석하고 있다. 이러한 비교헌법적 연구는 국내헌법질서의 헌법국가화, 즉 국내적 헌법주의 뿐만 아니라, 아시아에서의 국제적 헌법주의의 전개를 위한 기본적 전제조건들에 대한 분석, 즉 국제법의 헌법화의 성립을 위한 다단계의 헌법주의 및 헌법화 단계의 아시아에서의 적용에 대한 연구로 이어진다.

세 번째 연구형태는 미시적 연구(micro-studies)로서 이 연구는 주로 아시아에서의 특정한 헌법적 문제점들(constitutional issues)에 대한 연구 분석이다. 이러한 연구형태는 변화되는 아시아의 정치적 그리고 경제적 상황과 관련하여 서구의 헌법재판제도 및 사법적 권리보장체제와 비교해 볼 때 아시아의 헌법재판제도 및 사법체제 및 법원실무의 전개에 있어서 독자적인

16) Albert H. Y. Chen, *The Achievement of Constitutionalism in Asia: Moving Beyond 'Constitutions Without Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-first Century* (Cambridge U Press, 2014). 여기에서는 다음의 자료에서 인용 University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2015/002, 1쪽.

17) Dirk Ehlers/Henning Glaser/Kittisak Prokati (eds.), *Constitutionalism and Good Governance: Eastern and Western Perspectives* (Baden-Baden: Nomos Publishers, 2014); Harding and Bui, 앞의 논문. 165쪽.

특징들이 존재하는지 여부에 대한 연구이다.

이와 관련하여 Jiunn-rong Yeh와 Wen-Chen Chang은 2015년의 「Asian Courts in Context」라는 저서 속에서 다음의 아시아 14개 국가들을 선별해서 이들 국가들의 사법체제 전반에 대한 분석을 시도하고 있다: Japan, Korea, Taiwan, India, Indonesia, Mongolia, the Philippines, Hong Kong, Singapore, Bangladesh, Malaysia, Thailand, China and Vietnam.¹⁸⁾

이와 관련하여 Po Jen Yap은 「Constitutional Dialogue in Common Law Asia」¹⁹⁾이라는 저서 속에서 2015년의 미국과 유럽의 헌법재판제도의 영향을 받고 있는 아시아 국가들이 아닌, Hong Kong, Malaysia, Singapore와 같은 영국의 Common Law 지배의 영향 하에 있었던 아시아 각 지역 및 국가들의 코먼로 사법체제(common-law jurisdictions)에 대한 분석을 시도하고 있다. 이 책은 Canada, New Zealand, the United Kingdom, Australia와 같은 영연방 국가들(commonwealth nations) 속에서 발전된 대화적 사법심사이론(theory of dialogic judicial review)을 아시아 국가들에 대하여 확대 적용할 수 있는지 여부에 대하여 검토하고 있다.²⁰⁾ 이러한 아시아에서의 사법심사제 및 사법체제 구축에 대한 논의와 별도로, 아시아에 공통적으로 적용될 수 있는 아시아 인권협약과 같은 공통적인 인권보장목록의 보장과 관련하여 표현의 자유, 종교의 자유, 형사소송과 관련된 자유와 안전에 관한 권리의 보장이 주된 검토대상이 된다.

끝으로 미시적 연구형태의 하나로서 범아시아(Pan-Asia) 속에서 사회적 차이와 헌법주의와의 관계에 대한 연구를 들 수 있다. 이와 관련하여 Susan H Williams는 「Social Difference and Constitutionalism in Pan-Asia」²¹⁾라는 2014년의 편저 속에서 언어, 도시와 시골 간의 격차문제, 인종적, 민족적 그리고 종교적 갈등, 젠더 그리고 성적 지향과 관련된 사회적 차별의 문제에 대해서 헌법과 헌법주의가 적절히 대응하고 다루고 있는지에 대하여 분석하고 있다.²²⁾

18) Jiunn-rong Yeh and Wen-Chen Chang, Asian Courts in Context (Cambridge: Cambridge University Press, 2015); Harding and Bui, 앞의 논문. 166쪽.

19) Po Jen Yap, Constitutional Dialogue in Common Law Asia (Oxford: Oxford University Press, 2015); Harding and Bui, 앞의 논문. 166쪽.

20) Harding and Bui, 앞의 논문. 166쪽.

21) Susan H Williams (ed.), Social Difference and Constitutionalism in Pan-Asia (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).

22) Harding/Bui, 앞의 논문. 166쪽.

II. 아시아에서의 헌법 및 헌법주의에 대한 연구방법론

아시아에서의 헌법주의 및 각 국가들의 헌법에 대한 연구방법론적 문제로서 Andrew Harding과 Ngoc Son Bui는 ① 동양적 헌법주의(constitutional orientalism), ② 사법중심주의(juricentrism), ③ 기능주의 대 콘텍스트 이론(functionalism versus contextualism) 그리고 ④ 헌법주의(constitutionalism)를 들고 있다.²³⁾

1. 동양적 헌법주의(constitutional orientalism)

아시아에서의 헌법주의의 성립과 전개과정에 대한 대부분의 거시적-연구는 19세기말의 아시아에서의 헌법제정이 어느 정도까지 서구의 헌법의 계수 및 영향을 받았는지에 대한 분석에 치중한다. 이러한 연구 분석의 중요한 인식적 전제(epistemological assumption)는 헌법은 명백히 동양이 아닌 서구적·현대적 사상변혁의 결과이고, 현대화 이전의 아시아 속에서는 헌법적 관념과 관행을 찾을 수 없다는 사고이다.

동양주의(Orientalism)는 현실적으로 로마인들에 의하여 소아시아(Asia Minor)로 묘사된 터키(Turkey)의 오스만 제국(Ottoman Empire)에 대한 유럽적 관점으로부터 도출되었다. 유럽인들은 유럽의 병자로 묘사된 오스만 제국의 동양적 전제주의를 약자에 대한 억압과 통제의 상징으로 묘사하고 있다.

동양주의(Orientalism)는 법 영역에서 서양뿐만 아니라 동양이 법적인 수사학(rhetoric of law)을 통해서 계속적으로 생산해 온 법적인 논의의 전개방식에 관련된 법적 동양주의(legal orientalism)로 나타나고 있다. 즉 동양주의는 법적 영역에서 이른바 법적 동양주의(legal orientalism)로 구체화되고 있다고 할 수 있다. 법적 동양주의는 동양적 전제주의의 패러다임 속에서 구체화된 중국의 공법적 논의점들 속에서 찾을 수 있다. GWF Hegel은 중국에서 우리가 주관성(subjectivity)이라고 부르는 모든 것들은 국가의 최고자에게 집중되어 있고, 개인들은 단지 부수적 요소에 불과하다고 설명하고 있다.²⁴⁾ CS Montesquieu 역시 황제국가인 중국을 동양적 전제주의(oriental

23) Harding/Bui, 앞의 논문, 166쪽.

24) Teemu Ruskola, "Legal Orientalism" 101(1) Michigan Law Review 193 (2002); Harding and Bui, 앞의 논문, 167쪽.

despotism)로 묘사하고 있고,²⁵⁾ Karl A Wittfogel 역시 황제에 대한 효율적인 헌법적 견제수단의 부족을 이야기 하고 있다.²⁶⁾

이러한 동양적 전제주의적 전통적 지배는 이후에도 계속적으로 이어져 왔고, 법적 동양주의의 헌법적 형식을 구체화시키는 주된 근거가 되었다. 동양적 헌법주의라는 개념 역시 서구의 헌법주의의 틀을 아시아 속에서 적용하는 개념이다. 19세기까지 대부분의 아시아 국가들은 개별 지도자들의 명령에 의하여 통치되었다. 그럼에도 불구하고 아시아 각 국가들 속에서 헌법적 지배의 전통을 찾아보고 발견하기 위한 시도는 행해질 수 있다.

이와 관련하여 동아시아 속에서의 공자의 유교주의적 전통에 근거한 헌법적 지배(constitutional legacy in the Confucian tradition)를 헌법주의의 근거로 생각하는 입장을 생각해 볼 수 있다. 이러한 입장은 공자의 유교적 지배는 유교의 예 개념 속에 예시된 자연법적 요소를 강조하고, 이러한 자율적 강제요소를 헌법주의로 유추해석하고 있다.²⁷⁾ 이러한 입장은 또한 이러한 공자의 유교적 지배전통이 한국에 영향을 미쳤기 때문에 한국학자들 역시 조선왕조의 신-공자의 유교적 전통 속에서의 지배 역시 이러한 헌법주의적 요소로 해석하는데 거부감이 없다는 것을 강조하고 있다.²⁸⁾

남아시아 그리고 동남아시아 속에서 힌두교 그리고 불교적 관념은 또한 자연법 사고(natural law thinking)가 반영된 것이다. 예를 들면 힌두교 경전인 다르마 샤투스트라(Dharmaśāstra)를 영국인들은 법원(a source of law)으로 보았다. 그러나 이것은 실제로 종교와 법이 하나의 규범적 질서로 통합된 것이다²⁹⁾. 불교도들은 권력(power)을 제어하는 것이 다르마(dharma), 즉 법이라고 하면서, 현실적 권력적 적용과정으로부터 법의 적용을 구분하였다. 그들은 이상적 사회는 다르마를 구현하는 좋은 정책을 실행하는 국가를

25) CS Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, trans by Thomas Nugent 125 (New York: Hafner Publishing Company, 1962).

26) Karl A Wittfogel, *Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power* 101-102 (New Haven and London: Yale University Press, 1963); Harding and Bui, 앞의 논문, 167쪽.

27) Rosalind Dixon and Tom Ginsburg, "Introduction" in Dixon and Ginsburg, eds, 앞의 책, 10쪽.

28) Dixon and Ginsburg, 위의 책, 11쪽. Harding and Bui, 앞의 책, 168쪽.

29) 이에 대한 보다 상세한 내용은 Werner Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity* 156-163 (New Delhi and New York: Oxford University Press, 2003); Harding and Bui, 앞의 논문, 168-169쪽.

운영하는 정의로운 지도자에 의해서 실현된다고 보았다.³⁰⁾

비교헌법적 연구에 있어서 서구적인 학문적 관점이 지배적으로 통용되고, 이러한 관점을 통해서 아시아에서의 헌법적 실무가 진행되는 것을 비교분석하는 현실에서 헌법적 동양주의를 어떻게 발전시키고, 이러한 동양적, 즉 아시아적 관점에서 아시아의 헌법주의 성립과 발전과정을 설명할 수 있는가? 이러한 동양적 헌법주의의 정당화 근거는, 서구적 관점을 적용하여 아시아의 헌법주의 및 헌법적 실무를 분석하는 입장 즉 외부적 관점에서 주로 동양의 사상적 기반이 되는 동양주의(orientalism)를 단지 비판적으로 바라보거나 혹은 철저하게 아시아 내부적 관점으로 들어가서 무비판적으로 있는 그대로의 상태를 수용하는 입장을 취하는 서구학자들의 연구방법론으로부터의 탈피의 요구에서 찾을 수 있다.

이렇게 동양적 헌법주의의 관점의 적용의 필요성이 인정된다 할지라도, 이 관점은 서구적 관점에 대한 비판적 혹은 보충적 연구의 필요성에서 요구된 것이라는 점을 고려해야만 한다. 따라서 이 관점을 지배적이고 독점적으로 적용하는 형태의 연구는 바람직하지 않다. 왜냐하면 보다 광범위하고, 보다 개방적인 학문적 담론들의 형성과정이 보장될 수 있는 연구관점만이 그 사회에 잠재된 문화적 선입관이나 편견에 대한 보다 객관적이고 비판적 분석을 이끌어 낼 수 있기 때문이다. 이러한 점을 고려해 볼 때 서구적인 헌법주의적 관념과 동양적 헌법주의적 관념에 대한 보다 중립적이고 개방적인 광범위한 비교법적 연구가 가장 바람직한 연구방법이라고 볼 수 있다. 이와 관련하여 Andrew Harding은 Peter Jackson의 공감적 참여이론 (theory of sympathetic engagement)에 근거한 연구방법론³¹⁾에 근거한 연구관점을 아시아 헌법주의 연구에 적용하는 것이 바람직한 해결책이라는 주장을 하고 있다.³²⁾

이러한 연구방법론의 기본적 착안점은 연구자 역시 그가 생활하고 있는 공간이나 상황에 구속되어 있기 때문에, 중립적이고 객관적 태도를 가질 수 없다는 것을 인식하는데서 출발한다. 연구자는 자신이 속해있는 사회적 혹은 문화적 환경을 벗어난 보다 객관적 연구를 수행하기 위해서는 보다 건설적인 상호존중과 이해가 수반된 결론을 도출해 낼 수 있는 사회적, 문화적 그리고

30) Dixon and Ginsburg, 앞의 책, 11쪽, Harding and Bui, 앞의 논문, 169쪽.

31) Peter A Jackson, *Buddhadāsa: Theravada Buddhism and Modernist Reform in Thailand 6* (ChiangMai: Silkworm Books, 2003).

32) Harding and Bui, 앞의 논문, 169쪽.

정치적 대화과정이 보장된 연구를 수행해야 한다. 이러한 대화과정 속에서 행해지는 문의, 논증, 비판, 학습, 설명, 비교분석을 통해서 상호존중적 연구 관점이 형성되고 달성된다.

이러한 연구방법론의 전개를 통해서 보다 정형화된 보편적인 아시아에서의 헌법주의적 관념 혹은 헌법문화에 대한 기본적 개념이 설정할 수 있다면, 그것은 매우 바람직한 연구를 통한 그 사회에 대한 기여이자 동시에 중요한 영향력 행사가 된다.

이러한 연구결론을 도출하기 위해서는 아시아 헌법 및 헌법주의를 연구하는 학자들이 보다 덜 공통적인 주제가 아닌, 서구의 영향을 받기 이전의, 즉 현대 이전의 아시아에서의 헌법적 지배에 대한 연구적 담론을 활성화시키는 것이 매우 중요하다.³³⁾ 이러한 현대 이전의 아시아의 헌법주의의 연구의 가장 중요한 장점은 이에 대한 지식의 증가 및 인류학적 연구기반의 강화 외에도 아시아 전통사회 속에서의 헌법주의의 다양한 사회적 전개형태에 대한 분석을 통해서 현재의, 즉 현대 이후의 아시아의 헌법주의를 보다 잘 이해할 수 있다는 점이다. 이것은 마치 어떤 개인의 경우에 그 사람의 현재는 그 사람의 과거의 반영이고, 그 사람의 미래 역시 현재의 그 사람이 장래 형성되는 과정이라는 점을 고려해 볼 때, 현재의 아시아에서의 헌법주의에 대한 분석에 있어서 가장 중요한 것은 현대 이전의 아시아에서의 헌법주의의 성립과정에 대한 분석이라고 할 수 있다.

이러한 근대이전의 아시아에서의 헌법주의에 대한 연구의 정당한 근거는 성공적인 헌법주의는 그 사회의 문화적 전통에 뿌리를 두고 있어야만 한다는, 많은 학자들이 광범위하게 동의하는 기본적 입장에서 찾을 수 있다.³⁴⁾ 모든 헌법은 복잡한 규범들과 이와 관련된 관계들을 하나의 사회로서 사람들과 결집시키는 문화적 바탕 위에서 성장한다는 Ruth Gordon의 상향적 과정으로서 헌법성장이론(theory of “growing constitutions” as a bottom-up process) 역시 정치적 문화의 중요성을 강조하고 있다. 그녀는 이러한 상황을 다음과 같이 설명하고 있다³⁵⁾: “헌법은 정당성 획득의 기반이 되는 문화적 토양 속에서 확고히 재배된 경우에만 번영하고 성공할 수 있다 … 그 사회의 문화적 관습에

33) Harding and Bui, 앞의 논문, 170쪽.

34) Daniel P Franklin and Michael J Baun, eds, *Political Culture and Constitutionalism: A Comparative Approach* (Armonk, NY and London: ME Sharpe, Inc, 1995); Harding and Bui, 앞의 논문, 170쪽.

35) Ruth Gordon, “Growing Constitutions” 1 *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 530-531 (1999).

확고한 기반을 두고 있지 않은 헌법은 실패하는 것이 예정되어 있고, 부적절한 것이 되거나 혹은 헌법이 처해있는 문화적 그리고 사회적 필요성을 충족시키기 위하여 재형성되거나 개정 된다.”

이렇게 현재의 아시아에서의 헌법주의의 전개과정을 보다 잘 이해하기 위해서는 아시아의 헌법적 전통에 대한 연구가 필요하다. 이와 관련하여 Tom Ginsburg는 한국과 타이완의 헌법재판소가 과거의 신문고와 같은 진정적 방식(manner of remonstrance)으로 운영되는 상황을 설명하기 위해서, 이 두 국가의 문화적 기반이 되는 공자의 유교적 사상에 기반을 둔 헌법적 전통(Confucian constitutional tradition)에 대한 고찰의 필요성을 주장하고 있다.³⁶⁾

아시아의 헌법적 전통의 규범적 효력의 인정에 있어서 가장 중요한 연구 착안점은 다음과 같다: 헌법주의의 성공이 그 사회의 문화적 기반의 수용여부에 달려있다면 아시아에서의 서구의 헌법주의 및 헌법재판제도의 도입에 있어서도 그 사회의 문화적·전통적 헌법적 가치들과의 융합 및 조화의 필요성을 강조해야 한다.

이러한 서구적 헌법의 수용에 있어서 아시아의 전통적 헌법가치와의 조화와 관련된 두 가지 유용한 사례로서 Nikolai G Wenzel은 똑같이 미국헌법의 외부적 영향을 받았음에도 전혀 다른 결과가 초래된 일본과 필리핀(Philippines)을 들고 있다.³⁷⁾

이 두 국가에서의 제2차 세계대전 이후의 헌법제정은 똑같은 외부적 영향, 즉 미국헌법의 영향하에서 행해졌음에도 불구하고, 일본의 성공과 필리핀의 실패라는 전혀 다른 결과를 초래하였다. 일본에서의 헌법주의의 성공의 원인을 Wenzel은 형식적 헌법전과 밑에 깔려있는 헌법문화의 조화에서 찾고 있다. 그는 일본의 1946년 헌법은 성공의 원인을 미국헌법을 그대로 복사한 것이 아니라, 공동체주의적 지향(communitarian orientations) 그리고 신도-도교적 전통(Shinto-Taoist tradition)과 같이 반세기 동안의 헌법적 안정성, 민주주의 그리고 경제적 발전의 중요한 원인이 되는 충분한 토착적인

36) Tom Ginsburg, “Confucian Constitutionalism? The Emergence of Constitutional Review in Korea and Taiwan” 27(4) Law & Social Inquiry 763 (2002); Harding and Bui, 앞의 논문, 170쪽.

37) Nikolai G Wenzel, “Constitutional Culture in Japan and the Philippines: Success and Failure in Post War Constitutional Choice” 15 Pacific Focus: Inha Journal of International Studies 396 (2010).

정치적·문화적 근원(political, cultural source)을 반영한 것에서 찾고 있다. 이와 반해서 Wenzel은 2차대전후의 필리핀 헌법이 - 결국 나중에 국가간급법 그리고 독재적 지배를 초래하게 된 - 지역적·정치적 전통을 반영하지 않은 것을 필리핀 헌법의 실패원인으로 들고 있다. 필리핀 헌법에 영향을 준 인권, 제한된 정부, 법의 지배와 같은 몇몇 앵글로 색슨적 자유주의적 관념들(Anglo-Saxon liberal ideas)은 필리핀의 스페인적인 강력한 군사독재적 전통(caudillo strongmen tradition) 그리고 스페인과 필리핀의 지역적·가족적 권리 그리고 국가적 이유(raison d'état)를 중시하는 전통과 조화될 수 없었다.³⁸⁾

아시아에서의 헌법적 경험에 대한 거시적 연구는 아시아적인 전통 속에서 과연 헌법적 지배상황(constitutional legacy)이 존재하였는지 여부 그리고 아시아에서의 헌법적 지배상황이 존재하였다면 그것은 어떠한 형태의 헌법적 지배상황이었는지에 대하여 살펴보는 매우 진지한 연구로부터 그 출발점을 찾는다.³⁹⁾

동아시아에서의 공자의 유교적 정치체제 속에서의 헌법적 관념 그리고 실무에 대한 많은 연구저작들과 별도로, 몇몇 학자들은 동남아시아적 전통 속에서도 헌법적 지배상황이 존재한다는 것을 증명하였다. 이에 관한 예로서 멜라카 법(law of Melaka)인 the Undang-undang Melaka가 말라야(Malaya)에서의 첫 번째 헌법으로 간주되어 왔다.⁴⁰⁾ 타일랜드(Thailand)에서 Dhani 왕자는 신성한 법인 탐마삿(Thammasat)은 오랫동안 시암 헌법(Siamese Constitution)으로서의 역할을 수행했다는 것을 주장하였다.⁴¹⁾ 이와 유사한 주장으로 Walter Vella 역시 탐마삿이 왕의 행위를 제한하였다고 주장하였다.⁴²⁾ 그럼에도 불구하고 많은 학자들이 주로 어떤 특정한 주제와 관련된 헌법적 문제에 대해서 연구하였기 때문에, 현재의 아시아에서의 헌법주의를 분석하고 이를 더 발전시키기 위하여 필요한 아시아에서의 전통적인 헌법적 관습들(constitutional practices)의 잠재적 능력은 잘 평가하지 못했다고 할 수 있다.⁴³⁾

38) Wenzel, 위의 논문, 396쪽. Harding and Bui, 앞의 논문, 171쪽.

39) Harding and Bui, 앞의 논문, 171쪽.

40) Harding, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis 2* (Oxford and Portland, OR: Hart, 2012).

41) Frank C Darling, "The Evolution of Law in Thailand" 32(2) *The Review of Politics* 200 (1970).

42) Darling, 위의 논문, 199쪽.

43) Harding and Bui, 앞의 논문, 171쪽.

서구의 시민혁명이 발판이 된 계몽주의적 사고에 근거하고 있는 서구의 헌법주의적 관념의 틀을 그대로 현대 이전의 아시아에서의 헌법주의적 관행이 존재하는지 여부에 대한 검토의 경우에 적용할 수 없다. 왜냐하면 권력분립의 원리에 의하여 국가권력을 제한하고, 개인이 기본권을 보장하는 서구의 헌법주의적 관념은 현대 이전의 아시아 속에서는 존재하지 않았기 때문이다.

이러한 상황을 고려하여 Andrew Harding과 Ngoc Son Bui는 이러한 서구의 현대적인 자유주의적 헌법주의 관념으로부터 벗어나서 바라본다면, 아시아에서도 지배자를 어떤 특정한 공적인 목적과 원리에 구속시킬 수 있는 잠재성을 가지고 있는 철학적, 종교적 혹은 그 지역고유의 가치관념에 뿌리를 둔 몇몇 전통적인 헌법주의의 형태를 찾을 수 있다고 보고 있다. 이와 관련하여 이 두 학자들은 이러한 전통적 모델로서 공자의 사상에 근거한 헌법주의(Confucian constitutionalism), 이슬람 헌법주의(Islamic constitutionalism), 힌두헌법주의(Hindu constitutionalism), 불교 헌법주의(Buddhist constitutionalism), 그리고 토착적 혹은 관습적 헌법주의(autochthonous or customary constitutionalism)를 들면서, 이에 대한 계속적인 심화된 연구의 필요성을 주장하고 있다.⁴⁴⁾

2. 기능주의(functionalism)와 콘텍스트 이론(contextualism) : 비교헌법적 연구방법의 콘텍스트 이론연구방법에 의한 대체가능성

기능주의(functionalism)와 콘텍스트 이론(contextualism)은 비교헌법적 연구에 있어서 두 개의 서로 경쟁적인 인식론적인 문제들(epistemologies)이다. 기능주의자들(functionalists)은 헌법을 정부에 의하여 수행되는 많은 기능들을 고려하여 이해해야 한다는 입장인 데 반하여, 콘텍스트 이론은 헌법은 각 국가의 제도적, 이론적, 사회적 그리고 문화적 콘텍스트 속에서 형성된다는 입장이다.⁴⁵⁾

44) Bui, "Confucian Constitutionalism in Imperial Vietnam" 8(2) National Taiwan University Law Review 373 (2013); Aidul Fitriaciada Azhari, "Reconstruction of Constitutional Tradition in the Indonesian and Malaysian Constitutions: A Comparison" 2 Review of History and Political Science 105 (2014); Harding and Bui, 앞의 논문, 171쪽.

45) Mark Tusnhet, "Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law" in Sujit Choudhry, ed, The Migration of Constitutional Ideas , 72 (New York: Cambridge University Press, 2007); Harding and Bui, 앞의 논문, 174쪽.

아시아 헌법주의 연구에 있어서는 이러한 기능주의와 콘텍스트 이론 간에 긴장이 형성되고 있다.

앞에서 언급한 Rosalind Dixon과 Tom Ginsburg 편저의 「Comparative Constitutional Law in Asia」라는 저서는 기능적 연구방법을 도입한 좋은 예가 된다. 이 책은 사실상 아시아에서의 비교헌법적 연구에 대한 일반서이다. Rosalind Dixon과 Tom Ginsburg 편저의 또 다른 저서인 「Comparative Constitutional Law」⁴⁶⁾ 또한 아시아에서의 비교헌법적 연구와 관련된 각 주제에 대하여 연구서이다. Justin Blount는 헌법적 구상(constitutional design), Cheryl Saunders는 사법조직(judicial engagement), Mark Tushnet는 약한 사법심사(weak judicial review), José Antonio Cheibub와 Fernando Limongi는 입법부와 집행부의 관계(legislative-executive relation), Ran Hirschl은 종교와 그 이외 것들에 대하여 기술하고 있다. 이 저서의 연구들과 관련하여 다음의 두 가지 중요한 질문들이 제기된다. 다른 세계와 관계 속에서 어느 정도까지 아시아적인 경험이 명백히 드러낼 수 있는가? 그리고 어느 정도까지 이에 대한 논의를 전개할 수 있는가?⁴⁷⁾

이 책은 아시아에서의 헌법주의의 발전의 세 가지 유형을 제시하고 있다. 헌법재판소, 사법조직, 정부형태, 표현의 자유와 같은 인권보장에 있어서 아시아와 세계의 헌법규범, 헌법구조, 헌법개념 그리고 헌법원리들 사이의 유사점들 혹은 아시아와 북미, 유럽 그리고 영연방국가들과의 헌법적 경험들 사이의 차이점들에 대하여 설명하고 있다. 이 책에서 기술되지 않은 중요한 내용들은 헌법제정과정의 참여배제 그리고 사법조직의 혼합적 성격과 같은 아시아 헌법적인 특성들이다.⁴⁸⁾

그러나 이 연구의 문제점으로는 순수한 아시아 지역학자들의 참여가 결여되어 있다는 점이 지적되고 있다. 이러한 문제점은 결국 아시아 각국의 헌법체제의 보다 생생한 분석과 연구의 결여로 이어질 수 있다. 이것은 전세계적인 헌법적 원형의 틀 속에서 아시아의 지역적인 헌법적 형태의 복잡성, 중요성 그리고 난해성에 대한 보다 상세한 연구 분석의 결여를 초래할 수 있다.

이러한 비판에 대하여 편저자들은 아시아 헌법체제와 경험에 대하여

46) Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, eds, *Comparative Constitutional Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2011).

47) Dixon and Ginsburg, 앞의 책, 2쪽.

48) Dixon and Ginsburg, 앞의 책, 3-16쪽.; Harding and Bui, 앞의 논문, 174쪽.

보다 많은 연구를 수행한 비교헌법학자들의 참여를 통해서 그들의 견해가 반영되었다는 점을 강조하고 있다.⁴⁹⁾ 「Comparative Constitutional Law in Asia」는 세계적 헌법적 논의점들(global constitutional issues)이 있다는 전제하에서 기능주의적 관점을 적용하고 있다. 따라서 이 책은 기능주의적 비교(functionalist comparison)를 통해서 아시아의 헌법적 경험을 찾아내려고 시도하는데 반하여, 「Comparative Constitutional Law」는 공통적인 주제(common issues)를 확인하려고 시도하고 있다.⁵⁰⁾

이러한 연구방법의 장점으로 다음의 두 가지를 들 수 있다. 첫 번째로 세계적인 헌법적 주제의 형성에 관한 과정에 있어서 비교헌법적 연구조사는 매우 중요하다는 점이다. 만일에 공동의 헌법적 문제점들이 존재하지 않는다면, 헌법연구는 결코 비교법적 연구형태로 수행될 수 없고, 단지 국내적 연구로만 한정될 것이다⁵¹⁾. 두 번째로 「Comparative Constitutional Law in Asia」의 기능적 연구접근방법은 헌법주의에 대한 전세계적인 논의의 전개와 형성과정에 있어서 아시아적인 경험의 잠재적 기여가능성을 강조한다. Adrew Harding과 Ngoc Son Bui는 이러한 아시아적인 경험의 잠재성은 인정되지만, 이에 대한 연구를 통해서 나타난 구체적인 아시아적인 헌법주의 관념의 구체적인 내용 및 관념의 현재적 의미에 대한 판단을 단지 아시아 헌법학자에게만 물어볼 것이 아니라, 이에 대한 서구와 다른 지역의 학자들과의 대화과정을 통해서 도출하는 것이 바람직하다고 보고 있다.⁵²⁾

그렇지만 Mark Tushnet은 기능주의는 너무 높은 추상적 차원에서의 접근을 행하고 있다는 점에 주목하고 있다.⁵³⁾ 그 결과 우리는 일반적 헌법원칙과 관행에 대해서는 어느 정도 합의점을 도출할 수 있지만, 이러한 일반적 헌법원칙과 관행들이 예컨대 사법심사제 혹은 법원의 구성 등과 같은 구체적인 헌법적 개념과 제도로서 구체화되는 데 있어서는 많은 차이점들이 존재한다.

실사 공동의 헌법적 질문들이 존재한다는 것에 동의할 지라도, 가장 중요한 것은 어떻게 이러한 공동의 헌법적 질문들에 대한 가정들이 세계의 다른 지역에서의 헌법적 경험들과 충분히 동등하게 평가되어, 세계적인 것으로

49) Dixon and Ginsburg, 앞의 책, 16-17쪽.

50) Harding and Bui, 앞의 논문, 175쪽.

51) Harding and Bui, 앞의 논문, 175쪽.

52) Harding and Bui, 앞의 논문, 175쪽.

53) Mark Tushnet, Dixon and Ginsburg, 앞의 책, 74쪽.

받아들여질 수 있는가 하는 점이다.

Ran Hirschl는 사하라 사막 아래의 아프리카, 중앙아메리카 그리고 유라시아와 같은 지역의 헌법적 경험은 여전히 미개척 상태로 남아있고, 간과되고 있고, 더 나아가서 2억5천만의 인구를 가지고 있는 인도네시아(Indonesia), 1억8천5백만의 인구를 가지고 있는 파키스탄(Pakistan), 1억6천만의 인구를 가지고 있는 나이지리아(Nigeria), 1억5천5백만의 인구를 가지고 있는 방글라데시(Bangladesh), 1억2천만의 멕시코(Mexico), 1억의 필리핀(the Philippines) 혹은 9천만의 베트남(Vietnam)과 같은 국가들의 헌법적 경험들 역시 거의 언급도 되지 않고 있다는 것을 탄식하고 있다.⁵⁴⁾ 그 외에도 Hirschl는 러시아(Russia), 아프리카에서 가장 경제가 번영하고 있는 국가인 보츠와나(Botswana) 혹은 서유럽 전체보다 영토가 넓은 카자흐스탄(Kazakhstan)에 대한 연구가 없는 점도 지적하고 있다.

이렇게 서구유럽을 제외한 많은 주요 국가들의 헌법적 연구에 대한 언급없이 행해지는 대부분의 비교헌법적 연구관행을 고려해 볼 때, 어떻게 제한된 일련의 지구의 북쪽과 서구세계의 헌법적 경험들에 근거하여 발전된 헌법적 가정들을 지구의 남쪽 그리고 서구 이외의 지역들에 대하여 유효하게 그리고 유용하게 적용할 수 있겠는가?

예를 들어서 캐나다(Canada), 영국(the UK), 오스트레일리아(Australia), 그리고 뉴질랜드(New Zealand)와 같은 영연방국가들(Commonwealth nations)의 약한 형태의 사법심사제(weak forms of judicial review)의 경험을 몽골, 홍콩 그리고 일본의 사법심사제의 경험과 동일하게 평가할 수 있는가 하는 문제가 제기 된다.⁵⁵⁾

아시아 지역이 아닌 서구의 헌법학자들에 의한 아시아 헌법주의적 경험에 대한 분석이 어느 정도까지 아시아 각 지역의 헌법학자들의 이에 대한 분석과 동일한 이론적 그리고 경험적 논의를 이끌어 낼 수 있을까?

이러한 질문과 관련된 문제점을 고려하여 대부분의 서구적 헌법학자들은 비교헌법적 연구분석의 틀로서 주로 헌법적 구상, 헌법개정, 헌법해석 그리고 헌법집행에 대한 이론적 그리고 경험적 연구분석에 치중하고 있다. 물론 이러한 비교헌법적 연구수행이 가지는 한계와 문제점들에도 불구하고, 이러한 연구수행의 유용성에 대한 중요한 판단기준은 이러한 연구가 아시아의 헌법적

54) Hirschl, 앞의 논문, 211-212쪽.

55) Harding and Bui, 앞의 논문, 176쪽.

경험이 가지는 헌법주의에 대한 잠재적 기여가능성을 어느 정도까지 도출할 수 있는지 여부이다.

그럼에도 불구하고 이러한 연구방법이 가지는 많은 문제점들을 다음과 같이 지적한다: 첫 번째로 아시아 학자들이 자기 자신의 나라의 문제에 대해서 논의하는 경우에는, 이를 세계적 헌법주의와 연관을 지워서 논의할 능력이 없다. 두 번째로 아시아 학자들은 단지 특정한 지식에 근거한 자신들의 국가에 대해서만 논의할 능력이 있다. 세 번째로 이러한 연결고리를 형성하기 위해서 단지 피상적인 아시아 헌법주의에 대한 지식이 요구된다. 네 번째로 아시아 헌법주의는 단지 전세계적 구분(global category)의 관점에서만 의미를 가질 수 있다, 다섯 번째로 아시아의 예를 제외하고는 오로지 전세계적인 구분만 존재한다.⁵⁶⁾

이러한 이론적 입장에 근거한다면, 아시아 학자들은 단지 서구의 헌법주의에 대한 피상적인 이해를 사용하여 서구학자들의 간단한 몇몇 코멘트를 곁들이면서, 지구 남쪽의 기본적 입장들을 설명할 것인가 하는 의문이 제기된다.

이렇게 아시아 헌법주의에 대한 깊은 이해가 간과되고, 비교헌법적 연구내용이 단지 제한된 서구의 헌법적 경험에 의하여 주로 전달되는 콘텍스트적 배경 속에서, 아시아 헌법주의에 대한 연구결과는 진정한 세계적 헌법주의(global constitutionalism)에 대하여 영감을 주는 것이 제한되는, 헌법적 동양주의(constitutional orientalism)가 될 가능성이 크다.⁵⁷⁾ 따라서 적어도 동양적 헌법주의의 기본적 입장들이 보완적으로 반영되고 고려될 수 있는 연구방법의 적용이 요구된다고 하겠다.

이에 반해서 Wen-Chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan 그리고 Jiunn-rong Yeh 4명의 아시아 헌법학자가 저술한 「Constitutionalism in Asia」는 콘텍스트 이론(contextualism)을 실증하고 있는 전혀 다른 연구접근방법을 채택하고 있다. 이들은 헌법적 주제에 대한 전세계적인 담론전개를 시도하지 않고, 아시아의 헌법주의적 경험에 대한 보다 많은 지식과 자료의 산출에 더 관심을 가지고 있다.

이 책의 상대적으로 짧게 작성된 서문 속에는 이 책의 저자들이 콘텍스트 이론적 연구접근방법(contextualist approach)을 채택한 것이 명백히

56) Harding and Bui, 앞의 논문, 176쪽.

57) Harding and Bui, 앞의 논문, 176쪽.

드러난다. 이 저자들은 그들이 아시아적 경험들을 특징화하는 비교헌법적 연구에 대한, 다른 책을 쓰지 않는다는 것을 명백히 지적하고 있다.⁵⁸⁾ 이러한 비교헌법적 연구에 대한 대안으로서 그들은 단지 아시아 고유의 관점에서 연구를 수행하는 연구방법론을 실행하고 있다. 이 저자들의 저술의 중점은 아시아 지역, 지역의 헌법, 그리고 어떻게 지역이 헌법을 통해서 지역의 다양한 문제점들을 극복하고 있는가이다.⁵⁹⁾

그렇지만 그들의 연구의 초점은 지역적인 헌법들 상호간의 비교가 아닌, 각 국가의 국내적 헌법적 콘텍스트(national constitutional context)이다: “다양한 아시아 국가들의 헌법적 실행들(constitutional practices)에 대한 비교는 확실히 행해질 것이다. 그러나 그것은 이 책의 본래의 목적이 아니다.”⁶⁰⁾

이 책의 많은 다른 장들(chapters)이 콘텍스트 이론적 연구접근방법(contextualist approach)을 예시하고 있다. Mark Tushnet은 콘텍스트 이론을 다음의 두 가지 형태로 구분하고 있다: 제도적인 콘텍스트 이론과 표현적인 콘텍스트 이론(institutional and expressivist contextualism). 전자는 제도적 그리고 이론적 콘텍스트(institutional and doctrinal contexts)를 강조하고, 반면에 후자는 사회적 그리고 문화적 콘텍스트를 강조한다.⁶¹⁾ 이러한 그의 콘텍스트 이론의 구분에 의하면 특히 헌법사, 헌법문화에 대한 긴장들이 표현적 콘텍스트이론(expressivist contextualism)의 전형적 예가 된다. 반면에 헌법구조에 대한 다른 장들은 제도적 콘텍스트 이론(institutional contextualism)을 구현하고 있다.⁶²⁾ 예를 들어 그들은 식민지적 혹은 탈식민지적 콘텍스트 속에서 아시아 헌법사의 위치를 설정하고 있다.

그들은 아시아에서의 각국의 국내헌법이 어떻게 국가적 정체성을 표현하고 있는지에 대하여 살펴보았고, 그들은 아시아에서의 사법심사제(judicial review)를 광범위한 제도적 설정의 콘텍스트 속에서 이해하였다. 이 책의 두 저자인 Jiunn-rong Yeh와 Wen-Chen Chang이 2015년에 저술한 「Asian

58) Chang, 앞의 책, 5쪽.

59) Chang, 앞의 책, 5쪽.

60) Chang, 앞의 책, 5쪽.

61) Mark Tushnet, “Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law” in Sujit Choudhry, ed, *The Migration of Constitutional Ideas 76-80* (New York: Cambridge University Press, 2007)

62) Harding and Bui, 앞의 논문, 177쪽.

Courts in Context」⁶³⁾은 선별된 아시아 14개국의 법원에 대한 제도적 콘텍스트 이론적 접근방법의 중요한 예가 된다.

이 두 저서들은 아시아의 헌법적 경험에 대한 심도 깊은 콘텍스트 이론적인 지식과 자료들을 제공하고 있다. 콘텍스트 이론은 아시아에서의 국내 헌법적 주제들의 이해와 분석을 위해서 매우 유용한 연구방법론적 수단이다. Peter Leyland, Andrew Harding, Benjamin L Berger, Gregoire Webber 그리고 Rosalind Dixon에 의하여 편저된 가장 최근의 싱가포르와 타이완의 헌법체계를 포함한 많은 아시아 국가들의 헌법체계에 대한 책들도 포함하고 있는 Hart 출판사의 ‘세계의 헌법체계’ 시리즈(series on constitutional systems of the world)는 콘텍스트 이론적 접근방법(contextual approach)을 채택하고 있다.⁶⁴⁾

David Landau는 콘텍스트 이론이 국가들 사이의 조직화된 비교를 더욱 더 어렵게 만든다고 지적하고 있다.⁶⁵⁾ 왜냐하면 각 국가의 법제도들은 여러 국가들 속에서 통용되는 예견가능한 요소들에 의한 것이 아닌, 그 국가 고유의 독특한 역사적 요소에 의하여 형성되기 때문이다.⁶⁶⁾ 이러한 이유에서 앞에서 언급한 주 저작들이 비교헌법적 연구방법이 아닌, 콘텍스트 이론적 연구방법을 적용한 중요한 이유가 된다.

3. 아시아에서의 헌법주의에 대한 연구방법론 및 구체적 분류기준의 설정

헌법주의 관념(idea of constitutionalism)에 대한 비교헌법적 연구의 문제점에 대해서 Nicholas Tsagourias는 헌법주의 관념 속에는 존재론적

63) Jiunn-rong Yeh and Wen-Chen Chang, *Asian Courts in Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

64) Kevin Yi Tan, *The Constitution of Singapore: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing, 2015); Jiunn-rong Yeh, *The Constitution of Taiwan: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing, 2015). 곧 중앙아시아, 인도 그리고 파키스탄에 관한 책도 나올 예정이다. Forthcoming volumes on Asian constitutions in this series will cover the Central Asian States, India, and Pakistan; Harding and Bui, 위의 논문, 177쪽.

65) David Landau, “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law” 51(2) *Harvard International Law Journal* 14 (2010).

66) Harding and Bui, 위의 논문, 177쪽.

개념(ontological definition)이 결여되어 있다는 점을 지적하고 있다.⁶⁷⁾ 이러한 Tsagourias의 지적은 헌법주의 개념에 대한 서로 다른 이해와 그 적용 및 사용에 근거한 것이라고 볼 수 있다. 앞에서 언급한 「Constitutionalism in Asia: Cases and Materials」라는 저작의 저자들인 Wen-Chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan, Jiunn-rong Yeh는 서구의 헌법주의적 관념에 반대되는 아시아에서의 헌법적 경험에 대한 연구분석을 시도하고 있다. 왜냐하면 아시아에서의 헌법주의 관념에 대하여 아시아 학자들 그들의 입장에서는 인권보장과 권력분리 원리에 기초한 서구의 헌법주의적 관점에서 접근하게 되면, 아시아의 헌법주의에 대한 그들의 연구범위가 너무나 좁게 설정될 수밖에 없기 때문이다.⁶⁸⁾ 이러한 그들의 연구범위의 확장을 통한 아시아적인 헌법적 관념의 형성에 대한 그들의 분석에도 불구하고, 그들은 이러한 아시아적인 헌법적 관념의 형성과 그 실행을 서구의 헌법주의 관념에 대한 대안으로 명백히 개념적으로 정의하지 않고 있다.

이러한 상황을 고려해 볼 때, 「Constitutionalism in Asia: Cases and Materials」에서는 아시아의 헌법주의를 규범적 개념이 아닌, 단지 헌법적 실행(constitutional practice)으로 보고 있는 것으로 추측된다. 이 책의 저자들은 헌법주의에 대한 어떠한 규범적 접근방법을 시도하고 있지 않다. 단지 이 책 속에서는 아시아 속에서 헌법주의가 어떻게 형성되고, 실행되었는가 하는 것에 대해서 검토하고 있다. 이러한 연구관점은 규범적 관점에서 헌법주의가 아시아에서 어떻게 실행되어야만 하는가를 제시하는 것 혹은 헌법적인 것으로 개념정의할 수 있는 헌법주의의 개념적 틀을 설정하여 제시하는 것이 아니라, 단지 현실적으로 어떻게 헌법주의가 진행되었는가 하는 현실적 분석에만 치중하는 것을 의미한다.⁶⁹⁾

‘세계의 헌법체계’ 시리즈(the series ‘Constitutional Systems of the World’) 저작들 속에서 행해진 헌법주의에 대한 콘텍스트적인 분석(contextual analysis of constitutionalism)은 단지 어떻게 헌법주의가 생성한 헌법주의로

67) Nicholas Tsagourias, “Introduction - Constitutionalism: A Theoretical Roadmap” in 같은이 ed, *Transnational Constitutionalism: International and European Models 2* (New York: Cambridge University Press, 2007); Harding and Bui, 앞의 논문, 178쪽.

68) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, 앞의 책, 6쪽.

69) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, 앞의 책, 5쪽; Harding/Bui, 앞의 논문, 178쪽.

실행되는가에 대한 것이 아니라, 그 속에서 헌법주의가 구상되고, 논의되는 과정들을 포함하고 있다. 이러한 저술방향과 어느 정도 같은 연장선상에서 좀 더 신중한 연구방법론을 채택하고 있는 연구서로서 「Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-first Century」을 들 수 있다. 이 책의 역은이(editor)인 Albert H. Y. Chen은 헌법주의는 본질적 특성에 있어서 권력분립 원리에 의하여 권력이 제한된 정부와 관련성을 가지는 규범적 개념이라는 것을 받아들이고 있다. 그는 서구적 헌법주의 개념의 실행단계에 대한 분석을 전제로 하여 아시아에서의 헌법주의의 진행과정을 살펴보면, 아시아에서는 여전히 헌법주의가 완전히 완성되지 않고 지속적인 발전적 진행과정 속에 있다는 입장을 취하고 있다. 이러한 연구관점에서는 유럽과 미국의 헌법주의 역시 지속적인 발전과정 속에 있다는 점을 부인할 수는 없지만 서구의 헌법주의가 어느 정도 완성되었다는 것을 전제로 하면서, 아시아에서의 헌법주의가 어느 정도까지 이러한 서구의 발전과정에 서서히 근접하고 있는지 여부에 대한 평가가 주된 논의대상이 된다. 이러한 연구관점의 주된 관심사는 서구에서의 헌법주의의 과거, 현재 그리고 미래의 진행과정으로부터 아시아는 무엇을 배울 수 있는가 아니면 특별히 학습할 것이 없는가 하는 문제이다. 이와 관련하여 Albert H. Y. Chen의 「Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-first Century」는 규범적 관점에서 헌법주의의 전체적 발전과정에 있어서 현재의 아시아에서의 헌법주의가 어느 정도 수준의 발전단계에 도달하고 있는지에 대하여 분석하고 있다. Albert H. Y. Chen의 연구방법은 연구범위를 보다 좁게 설정한 규범적 관점에서 출발하면서, 「Constitutionalism in Asia: Cases and Materials」와 마찬가지로 경험적 분석방법을 적용하고 있다. 따라서 Albert H. Y. Chen은 아시아에서 헌법주의가 언제부터 구상되고 논의되고, 발전되었는가에 대한 과정에 대한 연구 분석을 시도하고 있다.

우리 모두는 헌법주의가 규범적 개념이라는 점에서는 동의를 하지만, 모든 문화권에 공통적으로 적용되는 헌법주의에 대한 어떤 권위적인 정의는 내릴 수 없다. 왜냐하면 헌법주의의 규범적 구성요소를 구성하는 구체적 내용에 대해서는 각 지역이나 문화권 혹은 국가에 따라 다른 현실이 나타날 수 있기 때문이다. 이와 관련하여 Albert H. Y. Chen은 헌법주의와 단순한 헌법의 존재(mere existence of a constitution)를 동일시하는 입장을 거부하고

있다.⁷⁰⁾ 헌법주의는 단순한 헌법의 실행(constitutional practice) 혹은 헌법의 집행(constitutional enforcement)과 구별 된다.⁷¹⁾ 왜냐하면 우리가 일반적으로 이해하는 형식적 헌법주의의 측면에서 볼 때는 독재자들이나 헌법의 파괴자들 역시 경우에 따라서 헌법의 실행을 통해서 자신의 목적을 달성한 자들로 볼 수 있기 때문이다. 결국 이 문제는 헌법주의에 대한 연구는 적법성의 차원에서 헌법주의를 근거지우는 것이 아니라 정당성의 측면에서 헌법주의를 규범적 차원에서 확립해야만 한다는 주장으로 연결된다. 이러한 입장은 최종적으로 헌법주의를 규범적 개념으로 이해하여, 헌법주의를 구성하는 최소한의 규범적 구성요소들의 인정의 필요성을 근거 지운다.

적법성이 아닌 정당성의 관점에서 볼 때 아시아에서 이러한 헌법주의의 규범적 구성요건을 달성하여 헌법적 정치를 실행하고 있는 몇 안되는 국가들로서 Andrew Harding과 Ngoc Bui는 한국, 일본, 타이완(Taiwan) 그리고 싱가포르(Singapore)를 들고 있다.⁷²⁾ 많은 다른 아시아 국가들은 헌법주의를 쟁취하기 위한 분투과정 중에 있는 것으로 보고 있다. 예를 들면 타이랜드(Thailand)의 경우 그들은 어느 정도의 순수한 헌법적 민주주의로부터 비헌법적인 집정관적인 군사적 권위주의적 지배로 변동된 것으로 보고 있다.⁷³⁾ 또한 그들은 미얀마(Myanmar)의 헌법주의의 실행과정은 부분적으로 발전하고 있으나, 헌법 속에 규정된 군사적 거부권(military veto)에 의하여 어두운 그림자가 드리워지고 있다고 분석하고 있다.⁷⁴⁾

헌법주의는 몇몇 아시아 국가들 속에서 행해진 헌법적 지배의 현실적 실행과정 그리고 헌법의 규범력의 실현정도에 대한 분석에 있어서 매우 적합한 분석도구가 된다. 그럼에도 불구하고, 예를 들어서 헌법제정, 헌법의 역할과 법적 성격, 헌법의 형식적 문서로서의 성격, 군사적 지배, 입법권과 집행권과의

70) Albert H. Y. Chen, "The Achievement of Constitutionalism in Asia: Moving Beyond 'Constitutions Without Constitutionalism'" in 같은이, Constitutionalism in the Early Twenty-first Century 1 (Cambridge: Cambridge University Press 2014).

71) Harding and Bui, 앞의 논문, 179쪽.

72) Harding and Bui, 앞의 논문, 179쪽.

73) 이와 관련해서는 Harding and Peter Leyland, The Constitutional System of Thailand: A Contextual Analysis (Oxford: Hart, 2011); Harding and Bui, 앞의 논문, 179쪽.

74) Harding, ed, Constitutionalism and Legal Change in Myanmar the Editorial Note on Section 59-60 (Oxford, Hart Publishing 2016); Harding and Bui, 앞의 논문, 179쪽.

관계 혹은 정당의 헌법적 역할과 같은, 아시아에서의 헌법의 다양한 현실적 적용과정에 대한 광범위한 조사와 분석을 위해서는 헌법주의 보다 더 크고 좀 더 일반적인 그리고 비교적인 연구분석의 틀(comparative framework)이 요구된다.⁷⁵⁾

이와 관련된 중요한 논의점은 아시아에서의 헌법주의에 대한 연구관점이 반드시 규범적(normative)이어야만 한다는 것이다. 「Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-first Century」는 헌법주의에 대한 규범적 이해를 기본적 전제로 설정하고 있음에도 불구하고, 규범적 연구관점을 벗어나려고 시도하고 있다.⁷⁶⁾ 그러나 Po Jen Hap의 「Constitutional Dialog in Common Law Asia」⁷⁷⁾는 단지 헌법주의의 한 측면인, 즉 사법심사제(judicial review)에 대해서만 초점을 맞추고 있음에도 불구하고, 코먼로 아시아 사법권(common-law Asian jurisdictions) 속에서의 대화적 헌법주의(dialogic constitutionalism)에 대한 논의를 시도하고 있다. 이런 점에서 볼 때 「Constitutional Dialog in Common Law Asia」는 규범적인 연구시도를 하고 있는 예로 볼 수 있다.⁷⁸⁾

헌법주의에 대한 논의에 있어서 규범적 연구관점을 배제한다는 것은 자칫 ‘헌법적 중립주의(constitutional neutralism)⁷⁹⁾’ 혹은 ‘규범적인 헌법적 권고에 대한 회의주의(skepticism about normative constitutional advice)⁸⁰⁾’와 연결될 수 있다.⁸¹⁾ Mark Tushnet은 학자로서의 자신의 능력이 좋은 헌법적 디자인(constitutional design)에 대한 규범적 권고를 제공하기 보다는 헌법이 구상되고 실행되는 과정에서 어떠한 일들이 발생하는지에 대해서 관찰하고 왜 이러한 일들이 발생하는지를 이해하는 것에 더 발달되어 있다고 주장하고 있다.⁸²⁾ 일반적인 헌법적 문제들에 대한 연구에 있어서는 현실적인 실제적

75) Harding and Bui, 앞의 논문, 179쪽.

76) Harding and Bui, 앞의 논문, 179쪽.

77) Po Jen Hap, *Constitutional Dialog in Common Law Asia* (Oxford: Oxford University Press 2015).

78) Harding and Bui, 앞의 논문, 179쪽.

79) Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law* 73 *Harvard Law Review* 1 (1959).

80) Mark Tushnet, *Some Skepticism About Normative Constitutional Advice* 49 *William & Mary Law Review* 1473 (2008).

81) Harding and Bui, 앞의 논문, 179쪽.

82) Tushnet, 앞의 논문, 1495쪽. Harding and Bui, 앞의 논문, 179-180쪽.

연구접근방법(positive approach)이 유용하게 사용될 수 있다. 그렇지만 헌법주의에 대한 실제적 연구방법의 적용이 규범적 연구접근방법을 배제하는 것이 되어서는 안 된다.⁸³⁾ 물론 규범적 연구관점에 대해서 이의를 제기하고, 각 독자적 연구방법론들 사이의 차이를 서로 이해하고 이를 조정하려고 하는 중립적 연구방법론의 적용도 행해질 수 있다. 그럼에도 불구하고 아시아에서의 헌법주의에 대한 연구조사와 이론구성은 필연적으로 규범적일 수밖에 없다는 기본적 전제는 포기할 수 없다고 판단한다. 왜냐하면 헌법주의 그 자체가 규범적 가정과 전제를 기반으로 한 규범적 개념이기 때문이다.

따라서 아시아의 각 국가들의 보다 나은 헌법주의의 실현 그리고 보다 바람직한 국가를 건설하기 위한 여러 가지 다양한 형태의 노력들이 계속적으로 행해지고 있는 현실을 고려해 볼 때, 아시아에서의 헌법주의를 연구하는 학자들은 자신의 역할을 단지 현재 헌법과 관련하여 어떠한 일들이 일어나는 것을 관찰하고 이를 설명하는 역할에만 한정하고 그것에 만족해서는 안 된다. 설사 각 국가들 속에서의 헌법적 구상이나 제도들의 설계가 합리적인 이성적 판단에 의한 선택이 아니라 그 국가가 현실적으로 처해있는 정치적 상황의 반영이라는 점을 어쩔 수 없이 수용하는 상황이 된다 할지라도, 아시아에서 각 국가들의 헌법주의에 대한 분석에 있어서 보다 나은 국가구성 및 국제공동체 구성을 위한 어떤 기본적인 헌법적인 규범적 전제나 가정은 포기될 수 없는 헌법주의의 중요한 본질적 구성요소이다. 규범을 전제로 한 법의 공동체는 단순히 헌법이 어떻게 존재하고, 조직화되는가에 대한 분석을 바탕으로 구성될 수 있는 것이 아니라, 국가와 국제공동체가 어떻게 존재해야만 하고, 행위해야만 하는 기본적 규범적 기준을 바탕으로 해서 성립될 수 있기 때문이다.

Albert H. Y. Chen은 이렇게 규범적 관점에서 아시아에서의 헌법주의의 발달정도에 대한 구체적 분류를 시도하고 있다. 그는 「Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-first Century」와 Dirk Ehlers가 편저가 된 「Constitutionalism and Good Governance: Eastern and Western Perspectives」 속에서 아시아의 헌법주의에 대한 세 가지 분류를 하고 있다: ① ‘진정한 헌법주의(genuine constitutionalism)’ 혹은 서구적 의미의 자유주의적 헌법주의(liberal constitutionalism in the Western sense), ② 공산주의적/사회주의적 헌법주의(communist/socialist constitutionalism)

83) Harding and Bui, 앞의 논문, 180쪽.

혹은 성문의 ‘명목적’ 혹은 ‘의미론적인’ 헌법(written “nominal” or “semantic” constitution)을 가진 공산당에 의한 권위적 지배, ③ 자유주의적 그리고 권위주의적 헌법적 요소들이 결합된 혼성 헌법주의(hybrid constitutionalism).⁸⁴⁾

Albert H. Y. Chen은 「Constitutionalism and Good Governance: Eastern and Western Perspectives」 속에서 동남아시아(Southeast Asia)에서의 헌법주의를 다음의 다섯 가지 형태로 분류하고 있다⁸⁵⁾: ① 마스-레닌주의적 헌법주의 유형(the trajectory of Marxist-Leninist constitutionalism (MC)), 해당국가: 베트남(Vietnam), 라오스(Laos), ② 자유주의적 헌법주의 그리고 혼성 헌법주의의 특성을 가지고 있는 안정된 헌법적 유형(a stable constitutional trajectory with features of liberal constitutionalism (LC)) and hybrid constitutionalism (HC)), 해당국가: 말레이시아(Malaysia), 싱가포르(Singapore), ③ 자유주의적 혹은 혼성 헌법주의 그리고 권위주의적 지배시도들이 혼합된 얼룩진 역사를 가지고 있고, 현재는 완전히 공고화 되지 않았지만, 안정적인 혹은 정착된 유형, 해당국가: 필리핀(Philippines), 타일랜드(Thailand), 인도네시아(Indonesia), ④ 어느 정도의 성공한 자유주의적 헌법주의 정착을 위한 국제적 개입의 유형, 해당국가: 캄보디아(Cambodia), 동티모르(East Timor), ⑤ 헌법주의 실패 (혹은 매우 낮은 정도의 헌법주의) 그리고 어떠한 헌법을 통해서도 제어될 수 없는 권위적 지배의 존재 유형, 해당국가: 미얀마(Myanmar (2010년부터 변화가 일어나고 있다.)), 브루나이(Brunei).

이러한 Albert H. Y. Chen의 비교헌법적 분류는 새로운 것은 아니지만, 참신성을 가지고 있는 분류시도로 인정될 수 있다. 그럼에도 불구하고 Andrew Harding과 Ngoc Bui는 이러한 Albert H. Y. Chen의 분류가 좀 더 발전될 수 있다는 점을 지적하고 있다고 지적하면서, 다음과 같은 질문을 제기하고 있다. Harding과 Bui는 마스-레닌주의적 헌법주의(Marxist-Leninist constitutionalism) 유형으로 분류된 국가들이 처음에는 아시아

84) Albert H. Y. Chen, “Western Constitutionalism in Southeast Asia: Some Historical and Comparative Observations” in Dirk Ehlers, Hennig Glaser, and Kittisak Prokati, eds, *Constitutionalism and Good Governance: Eastern and Western Perspectives* 63 (Baden-Baden: Nomos Publishers 2014).

85) Albert H. Y. Chen, 위의 책, 68쪽.

속에서 사회주의 국가로 출발했지만, 과연 현재의 수준에서 이들 국가들을 명목적(nominal) 혹은 의미론적인(semantic) 헌법적 기초를 가지고 있는 막스-레닌주의적 헌법주의 유형으로 분류할 수 있는가 하는 의문을 제기하고 있다.⁸⁶⁾ 그들은 2013년의 베트남 헌법의 국가권력의 제한의 원칙은 서구적인 제한된 정부(limited government)와 통제와 균형의 원리(checks and balance)를 도입한 것으로 해석할 수 있다는 점을 강조하고 있다.⁸⁷⁾ 두 번째로 그들은 혼성 헌법주의의 개념적 설정은 적절하지만 자유주의적 헌법주의와 권위주의적 지배요소들의 혼합적 개념으로 이를 설정하는 것은 타당하지 않다고 지적하고 있다. 그들은 혼성 헌법주의는 자유주의적 헌법주의와 공동체주의적 헌법적 가치와 관념들의 혼합적 요소로만 언급되어야 한다고 주장하고 있다.⁸⁸⁾ 세 번째로 그들은 이 지역의 다양성을 인정하는 맥락(context) 속에서 동남아시아의 헌법주의를 이렇게 여러 가지 다양한 유형으로 분류하는 것은, 몇 가지 측면에서 잘못된 인식을 심어줄 수 있다는 점을 지적하고 있다.⁸⁹⁾

Harding과 Bui는 이러한 비판적 의견제시와 함께 Albert H. Y. Chen이 사용한 분류기준인 헌법조문의 역할과 특징에 대한 대안적 분류기준으로서 ① 목적(telos or end), ② 메커니즘(mechanism) 혹은 수단(means) 그리고 ③ 이념(ideas) 혹은 가치(values)를 제시하고 있다.⁹⁰⁾ 그들의 분류기준들 중의 첫 번째인 목적(telos)에 의하면 헌법주의는 시민적 자유를 보호하기 위하여 공권력을 제한하는 것을 목적으로 하는 소극적 헌법주의(negative constitutionalism)와 공공복리(common good)의 증진을 위하여 공권력을 제한하는 것을 목적으로 하는 적극적 헌법주의(positive constitutionalism)로 구분된다.⁹¹⁾ 두 번째 분류기준인 메커니즘(mechanism)에 의하면 헌법주의는 사법심사제(judicial review)에 의하여 실행되는 사법적 헌법주의(judicial constitutionalism)와 권력분립, 통제와 균형의 원리 그리고 공적인 대화과정, 사회운동 혹은 공적인 행동주의(public activism)의 다양한 형태의 실행과 같은 정치적인 비제도적 수단(non-institutional means)과 같은 정치적인

86) Harding and Bui, 앞의 논문, 181쪽.

87) Harding and Bui, 앞의 논문, 181쪽.

88) Harding and Bui, 앞의 논문, 181쪽.

89) Harding and Bui, 앞의 논문, 181쪽.

90) Harding and Bui, 앞의 논문, 181쪽.

91) Harding and Bui, 앞의 논문, 182쪽.

제도적 수단(political institutional means)에 의하여 실행되는 정치적 헌법주의(political constitutionalism)로 구분된다.⁹²⁾ 세 번째 분류기준인 이념 혹은 가치에 의하면 헌법주의는 서구의 자유주의에 의하여 형성되는 자유주의적 헌법주의(liberal constitutionalism), 공자의 사상(Confucianism)과 같은 아시아적인 공동체주의 철학(Asian communitarian philosophy)에 의하여 형성되는 공동체주의적 헌법주의(communitarian constitutionalism) 그리고 종교에 의하여 형성되는 이론적 헌법주의(theocratic constitutionalism)로 분류하고 있다.⁹³⁾

최근의 아시아에서의 헌법주의의 연구가 주로 영국의 법문화의 영향을 받은 싱가포르(Singapore) 및 홍콩(Hongkong)의 학자들에 의하여 수행되고 있는 현실을 고려해 볼 때, 이들은 공자의 사상적 영향에 바탕을 둔 유교적 법문화의 존중 그리고 미국이나 유럽의 헌법재판제도에 바탕을 둔 사법적 헌법주의가 아닌, 영국의 의회중심적 헌법주의, 즉 정치적 헌법주의의 존중을 그들의 연구에서 직접적 혹은 간접적으로 강조하는 경향이 있다. 이러한 맥락에서 그들은 싱가포르를 공동체주의 헌법주의로 볼 수 있는지에 대해서 검토하고 있다. 이외 관련하여 Harding과 Bui는 한국의 헌법주의는 주로 자유주의적 헌법주의에 의하여 형성되었지만, 공동체주의적 헌법주의의 측면도 함께 반영되어 있다고 보고 있다.⁹⁴⁾

제2절 아시아에서의 헌법주의의 전개의 현황

1. 아시아에서의 헌법주의의 구체화 방안

Albert H. Y. Chen 교수는 아프리카, 중동 그리고 라틴 아메리카 속의 국가들의 헌법적 상태를 설명하기 위하여 다양한 저자들을 통하여 사용된 문구 ‘헌법주의 없는 헌법(constitutions without constitutionalism)’을 많은 아시아 국가들의 헌법적 상황을 설명하기 위하여 사용하고 있다.⁹⁵⁾ 그는

92) Harding and Bui, 앞의 논문, 182쪽.

93) Harding and Bui, 앞의 논문, 182쪽.

94) Harding and Bui, 앞의 논문, 182쪽.

95) Albert H. Y. Chen, The Achievement of Constitutionalism in Asia: Moving

지난 2세기 동안에 서구의 인권관념이나 헌법주의에 관한 이념, 이론 그리고 제도를 수용한 유럽이나 미국 이외의 제3세계에 속해 있는 발전과정에 있는 국가들(developing countries)의 헌법주의적 상황을 설명함에 있어서 이러한 헌법주의 없는 헌법이란 현상 혹은 신드롬이란 표현을 사용하는 것은 전혀 놀랄만한 일이 아니라고 보고 있다. 이러한 헌법주의 없는 헌법이란 상황이 아직까지도 정당화되는 아시아 제국들의 헌법주의적 상황을 살펴보기 이전에, 이 글에서는 국제적 인권보장체제와 이의 보장을 목적으로 하는 국제인권법원의 설립으로 이어지는 국제적 헌법주의의 전체적인 세계적 헌법주의의 전개과정을 살펴보고, 아시아에서의 아시아인권협약의 제정을 전제로 한 아시아 인권법원과 관련된 인권보장체제의 성립을 위한 국제적 헌법주의의 전개과정과 관련된 상황에 대하여 살펴본다. 이와 관련하여 아시아 특히 중국을 중심으로 한 공자(Confucius)의 유교주의적 세계관과 관련된 법관념이 아시아 각국의 법문화에 미친 영향과 공산주의적인 사회주의 헌법체제국가들에서의 헌법에 대한 이해를 분석한 후 아시아에서의 규범형성적 헌법주의, 규범제한적 헌법주의 그리고 보충적 헌법주의(compensatory constitutionalism)의 실행과 관련된 구체적 연구내용을 기술한다.

II. 아시아에서의 국제적 헌법주의의 전개

세계화 그리고 국제법 질서의 분산화(fragmentation), 다원화(pluralization) 그리고 수직화(verticalization)로 특징 지워지는 현재의 국제질서의 복잡한 전개과정과 국제적 인권보장체제와 이를 바탕으로 한 국제적 헌법주의의 전개과정 역시 매우 어렵고 복잡한 양상으로 전개된다. 이러한 상황에서 아시아에서는 인권보장을 위한 국제적 헌법주의의 실행을 위한 지역적 인권보장체제로서 아시아 인권법원의 설립시도가, 유럽이나 미국과 같은 헌법주의가 완성된 국가들이 아닌 이러한 서구적인 헌법주의 관념을 자신들의 독자적 법문화 속에서 발전적으로 형성·전개하고 있는 아시아 각 국가들 속에서, 아시아 인권협약과 이의 실행을 위한 아시아 인권법원과 보편적인 국제적 인권보장체제의 성립을 위한 국제적 헌법주의의 측면에서 어느 정도까지

Beyond 'Constitutions Without Constitutionalism' Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-first Century (Cambridge U Press, 2014). 여기에서는 다음의 자료에서 인용 University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2015/002, 1쪽.

타당하게 받아들여 질 수 있는가 하는 질문을 먼저 제기해 본다.

그리고 이와 관련하여 ① 아시아에서의 국제적 인권보장체제의 성립을 가능하게 만드는 아시아 헌법주의라는 관념이 성립할 수 있는가 그리고 이에 대한 구체적 판단기준은 어떻게 적용되는가 하는 질문을 제기해 볼 수 있다. 아울러 이와 관련하여 이러한 아시아 헌법주의를 정당화할 수 있는 아시아적인 보편적인 법관념 그리고 법적인 가치들을 도출할 수 있는가 하는 질문과 이것이 가능하다면 이를 통해서 어떻게 구체적인 인권보장체제를 성립시킬 수 있는가 질문도 아울러 제기해 본다. 이에 대한 분석에 있어서는 헌법주의의 구체적 기준에 비추어 본 아시아 각 국가들의 헌법주의의 전개수준에 대한 분석이 중요한 의미를 가진다. Albert H. Y. Chen은 이와 관련하여 헌법을 규범적 헌법(normative constitution), 명목상의 헌법(nominal constitution) 그리고 의미상의 헌법(semantic constitution)으로 구분하는 Karl Loewenstein의 존재론적인 분석(ontological classification)⁹⁶⁾과 헌법을 적합한 헌법(garantiste constitution/proper constitution), 명목상의 헌법(nominal constitution) 그리고 위장적 헌법(façade constitution/fake constitution)으로 구분하는 Giovanni Sartori의 헌법적 분류⁹⁷⁾에 근거하여 아시아 각국들의 헌법주의 전개수준을 분석하고 있다. Albert H. Y. Chen은 아시아에서의 헌법주의는 서구의 각 국가들의 완성된 헌법주의 수준을 향해 나아가고 있는 아시아 각 국가들의 헌법주의 전개과정을 어떻게 다양하게 분석하고 설명하기 위하여 이들의 헌법적 분류를 원용하고 있다. 한편, 이와 관련하여 ② 아시아에서의 국제적 헌법주의와 그리고 국내적 헌법화는 어느 정도의 관련성을 가지는가? 그리고 ③ 아시아에서의 국제적 헌법주의를 구성하는 요소는 무엇인가 하는 질문도 함께 제기해 볼 수 있다.

그는 영국, 프랑스 그리고 미국과 같이 근대적 헌법주의의 선두주자로서 헌법주의를 완성하고 있는 서구국가들의 헌법을 원래의 헌법(pristine constitution)으로, 이러한 서구의 헌법과 헌법주의를 계수하고 실행하고 있는 아시아, 중동 그리고 아프리카의 국가들의 헌법을 제2차적 헌법(secondary constitution)으로 개념을 설정하고 있다.⁹⁸⁾

96) Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 147 (University of Chicago Press, 1965).

97) Giovanni Sartori, "Constitutionalism: A Preliminary Discussion", 56 *American Political Science Review* 861 (1962).

98) Albert H. Y. Chen, 앞의 워킹페이퍼, 6쪽.

이러한 원래의 헌법과 달리 비서구권 국가들에 의하여 만들어진 헌법은 잘못된 국가권력의 행사로부터의 개인의 권리보장을 목적으로 단지 새로운 국가와 정치질서의 성립을 정당화하기 위하여 제정된 것이었다. 비록 이들 헌법들이 의회와 선거제도의 도입과 같은 정치적 개혁을 이끌어 냈다 할지라도, 헌법제정의 주된 목적은 헌법을 통한 권력의 정당성 확보와 권력행사의 효율성을 확보하기 위한 것이었다. 이러한 헌법들로 Albert H. Y. Chen은 1876년의 오스만 제국(Ottoman Empire)의 헌법, 1882년의 이집트 헌법 그리고 1889년의 일본의 메이지 헌법을 들고 있다. 청나라 역시 20세기 초에 헌법적 군주제 즉 입헌군주제를 도입하는 방향으로 나아갔으나, 1911년의 신해혁명을 통해서 이러한 시도는 관철되지 못하였다.⁹⁹⁾

Albert H. Y. Chen은 자신의 이전의 논문에서 제시했던 헌법주의의 세 가지 구형태를 다음과 같이 분류하고 있다¹⁰⁰⁾: ① 고전적 의미의 헌법주의(constitutionalism in its classical sense) (진정한 헌법주의(genuine constitutionalism)), ② 공산주의적/사회주의적 헌법주의(communist/socialist constitutionalism), 그리고 ③ 권위주의적 요소와 자유주의적 헌법주의 요소가 서로 섞여있는 혼성헌법주의(hybrid constitutionalism). 진정한 헌법주의는 Loewenstein의 규범적 헌법 그리고 Sartori의 적합한 헌법(garantiste constitution/proper constitution)에 해당한다, 공산주의적/사회주의적 헌법주의는 Loewenstein의 의미상의 헌법(semantic constitution), Sartori의 명목상의 헌법(nominal constitution)에 해당한다. 혼성헌법주의는 Loewenstein의 명목상의 헌법, Sartori의 위장적 헌법(façade constitution/fake constitution) 그리고 Sartori의 사이비-헌법(pseudo-constitution)까지도 포함한다.¹⁰¹⁾ Albert H. Y. Chen은 한국, 타이완 그리고 인도네시아가 혼성헌법주의에서 진정한 헌법주의로의 이동과정에 있다고 판단하고 있다.¹⁰²⁾

이러한 연구의 기본적 착안점들에 대한 검토의 출발점으로서 우선적으로 아시아 각국에서의 법관념의 형성과 관련하여 헌법주의의 성립 정도 그리고 이와 관련된 헌법의 역할과 기능에 대하여 살펴보는 것은 매우 중요한 의미를 가진다. 이와 관련하여 아시아에서의 보편적 인권관념의 형성과 관련된

99) Albert H. Y. Chen, 앞의 워킹페이퍼, 6쪽.

100) Albert H. Y. Chen, 앞의 워킹페이퍼, 14쪽.

101) Albert H. Y. Chen, 앞의 워킹페이퍼, 14쪽.

102) Albert H. Y. Chen, 앞의 워킹페이퍼, 14-15쪽.

국제적인 보충적 헌법주의 성립을 위한 헌법의 기능에 대한 분석에 중점을 주는 기능적 접근(functionalist approach)은 이 연구 분석에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다. 왜냐하면 기능적 접근방법은 아시아 각국의 공통적인 법관념의 형성과 관련된 법문화 그리고 이에 관련된 구체적 헌법주의의 전개과정에 대한 다양한 분석에 대해서, 그 내용적 명확성의 결여에도 불구하고, 아시아에서의 국제적 인권보장을 위한 국제적 헌법주의의 전개가 아시아 인권보장에 기여하는 장점이 있다는 것을 잘 설명할 수 있기 때문이다.

왜냐하면 이러한 기능적 접근방법은 단점도 있지만, 공통적인 아시아의 법문화 관념의 형성 및 이에 바탕을 둔 아시아의 국제적 헌법주의의 형성과정에 대한 개념정의적 접근방법(definitional approach)이 가지는 연구 분석의 어려움과 곤란을 극복할 수 있는 대안이 될 수 있기 때문이다. 왜냐하면 기능적 접근방법이 주는 가장 중요한 장점은 보편적인 초국가적인 헌법주의의 형성이 어려운 아시아에서 헌법주의 형성을 위한 개념형성의 어려움이라는 어려운 문제를 피해갈 수 있도록 만들어 줄 수 있기 때문이다. 이러한 기능적 접근은 주어진 질서가 헌법적인가 혹은 아닌가 하는 일련의 필요충분적 조건을 마련하는 개념적 정의(definition)를 전제로 하지 않는 개념적 분석을 행할 수 있도록 도와준다. 물론 당연히 기능적 접근방법은 구체적인 개념적 명확성의 부족이라는 단점을 가지고 있다. 개념정의적 접근방법은, 아시아에서의 헌법주의 성립과 관련된 헌법주의에 대한 ‘대조표적 접근(check list approach)’은, 전문용어적 논의점들에 대한 토의를 통해서 아시아에서의 헌법주의 형성에 대한 실질적 분석을 가능하게 만든다. 그럼에도 불구하고 개념정의적 접근방법은 국제법의 헌법화 문제를 all or nothing의 선택의 문제로만 본다는 점에서 그 문제점 해결에 대한 선택의 폭이 매우 좁다. 이에 반해서 기능적 접근방법은 아시아에서의 국제적 헌법주의를 가능하게 만드는 특정한 규칙들(rules)의 기능에 대한 설명을 목적으로 하기 때문에 지속적인 발전적 형성의 여지가 남아있다는 점에서 긍정적 의미를 가진다.¹⁰³⁾

확실히 세계적 헌법화에 대한 기능적 접근은 대조표적 접근방법 혹은 다른 명확한 접근방법론들이 제공하는 확실성의 부족이라는 단점을 가지고

103) 기능적 접근방법에 대해서는 다음을 참조 Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman, A Functional Approach to International Constitutionalization, in Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (eds.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, 9 (Cambridge: Cambridge University Press 2009).

있다. 그럼에도 불구하고 기능적 방법론(functionalist methodology)은 바로 핵심적인 논의점들에 대한 적절한 접근을 가능하게 만드는 장점이 있다. 아직까지도 여전히 아시아에서의 국제적 헌법주의 그리고 국내적 헌법주의의 완성 정도 및 공통적인 아시아적인 헌법적 인권관념에 대한 합의가 이루어지지 않고 있는 현재의 아시아 법문화의 현실을 고려해 볼 때, 이러한 기능적 접근방법론은 중요한 대안으로 자리매김한다.

국제적 헌법주의의 성립을 가능하게 만들고 이를 완성시키는 국제법의 헌법화는 국제적 헌법규범들이 실행하는 다음의 세 가지 중요한 기능을 구성요소로 한다: ① 국제법형성의 헌법화(enabling the formation of international law) 즉 규범형성적 헌법화(enabling constitutionalization), ② 국제법 형성의 억제(constraining the formation of international law), 즉 규범제한적 헌법화(constraining constitutionalization), ③ 세계화의 결과로 야기된 국내헌법상의 공백을 채우는 것, 즉 보충적 헌법화(supplemental constitutionalization).¹⁰⁴⁾ 그 중에서도 아시아에서의 보편적 인권관념에 기초한 보충적 헌법주의의 성립과 전개가능성에 대하여 살펴본다. 참고로 이러한 세 가지의 헌법주의의 중요한 기능들을 실현시키는 일곱 가지 메커니즘은 다음과 같다¹⁰⁵⁾: ① 권한의 수평적 분배, ② 권한의 수직적 분배, ③ 우위(supremacy), ④ 안정성, ⑤ 근본적 권리(fundamental rights), ⑥ 심사제도(review), ⑦ 책임성 혹은 민주주의. 그렇다면 이러한 일곱 가지 메커니즘들은 어떻게 규범형성적, 강제적 그리고 보충적 헌법화 기능을 실행하는가? 이들 메커니즘들은 이러한 기능들을 달성하는 가장 명확한 방법들이기는 하다. 그렇지만 이러한 메커니즘들 사이의 관계나 선택에 관한 이론을 개발할 필요성은 제기되지 않는다.

1. 규범형성적 헌법화(enabling constitutionalization)

첫 번째로 일부 헌법규범들은 일반적 국제법(ordinary international law)의 제정을 가능하게 만든다(이른바 규범형성적 헌법화). 국제기관에 대하여 제2차적 국제법(secondary international law)을 제정하는 능력을 부여하는 조약조항이 여기에 해당한다. 예컨대 유럽연합을 창설하는 조약들은

104) Dunoff and Trachtmann, 앞의 책, 10쪽.

105) Dunoff/Trachtman, 앞의 책, 10쪽.

제2차적 유럽연합입법의 제정을 위한 복잡한 절차를 마련해 준다. 이와 유사하게 국제연합헌장(United Nations Charter)은 안전보장이사회(Security Council)에 대하여 확실한 상황하에서 국제연합 구성국가들에 대하여 구속력을 가지는 규범을 제정할 권한을 부여한다. 이러한 예들은 규범형성적 헌법화의 명백한 예들에 해당한다.¹⁰⁶⁾

국제재판소들 역시 규범형성적 헌법화에 관여를 한다. 특히 유럽의 차원에서 유럽법원(ECJ/EuGH) 그리고 유럽인권법원(ECtHR/EGMR)을 통한 기본권 보호와 관련하여 유럽법원(ECJ/EuGH)은 1964년 7월 15일의 Costa/ENEL 결정(Costa/ENEL-Entscheidung)¹⁰⁷⁾ 이래로 각 구성국가의 법질서(당연히 또한 각 구성국가의 헌법)에 대한 공동체법(Gemeinschaftsrecht)의 절대적 우위를 설정하였고, 그와 동시에 공동체법을 위한 독점적인 심사권한(Prüfungskompetenz)의 인정을 요구하였다. 이러한 유럽법원의 권한은 다양한 국제적 행위자들 사이 그리고 국내적 행위자와 초국가적 행위자 사이의 입법권한의 효율적인 재분배에 관한 중요한 예가 된다.

아시아에서 아시아 인권협약의 제정 그리고 이러한 협약의 준수에 대한 감독기관으로서 아시아 인권법원의 설립을 통한 규범형성적 헌법화의 실행과정에서 가장 중요한 것은 이러한 인권보장체제의 출범을 위한 협력을 어떻게 효과적으로 이끌어 낼 수 있는가 하는 점이다. 이와 관련하여 한국 헌법재판소가 우선적으로 권한협력이 가능한 타이완, 타일랜드, 인도네시아, 몽골 등과 같은 국내 헌법재판소가 존재하는 나라들과의 헌법재판소 연합을 우선적으로 구성한 후 아시아 인권법원과 같은 국제적 헌법재판소의 운용에 대한 합의를 도출해 내는 것이 가장 중요하다고 판단된다. 그 후 헌법재판제도가 존재하는 나라들과의 법적 협력을 위한 권한분배에 대한 합의적 조정을 다시 이끌어 내는 노력이 경주되어야만 한다. 이러한 아시아 인권보장체제의 형성을 위한 규범형성적 헌법화에 있어서 한국 헌법재판소가 효과적인 협력을 하는 것을 가능하게는 만드는 노력들과 이러한 행위들에 소요되는 비용을 적절하게 조달하는 것도 매우 중요한 사안이다.¹⁰⁸⁾

Albert H. Y. Chen은 Dieter Grimm의 연구¹⁰⁹⁾에 착안한 헌법주의의 성취정도에

106) Dunoff/Trachtman, 앞의 책, 10쪽.

107) EuGH, Rs. 6/64 Slg. 1964, 1251.

108) Dunoff/Trachtman, 앞의 책, 11쪽.

109) Dieter Grimm, The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World, in Petera Dobner and Martin Loughlin (eds.) The Twilight

따른 개념적 분석을 시도하고 있다. 그는 특히 한국과 타이완(Taiwan)이 1980년도의 권위주의적 개발독재로부터 자유민주주의체제로 발전하고 있는 것을 강조하고 있다.¹¹⁰⁾ 현재 아시아에서 헌법재판소가 설치된 나라인 한국, 타이완, 타일랜드, 인도네시아, 캄보디아, 몽골과의 헌법재판소 연합은 가능하리라 생각된다. 이에 반해서 말레이시아와 싱가포르의 경우에는 아시아에서 인권과 헌법주의를 형성하는 공통적인 아시아적인 가치가 존재하는지 여부에 대해서 의문을 제기한다.¹¹¹⁾ 이렇게 볼 때 아시아에서 인권법원의 출발점은 유럽의 헌법재판소 연합에서 그 모범적 전형을 찾아야 한다고 생각한다. 따라서 아시아에서 헌법재판소가 설치된 나라인 한국, 타이완, 타일랜드, 인도네시아, 캄보디아, 몽골과의 헌법재판소 연합, 즉 아시아 헌법재판소 연합이 가능한가 하는 점에서 인권법원의 출발점을 찾아야 한다고 본다. 이를 통해서 그 이외의 다른 나라들과의 연합을 확대시키는 것이 매우 중요하다고 할 수 있다.

1969년의 아메리카 대륙의 미주인권협약(American Convention on Human Rights)과 1979년의 미주인권재판소, 1981년에 채택된 아프리카 인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights/Banjul Charter on Human and Peoples' Rights)과 2006년의 아프리카 인권재판소(African Court on Human and Peoples' Rights) 설립 과정으로 이어지는 지역적 인권보장의 형태의 전개과정을 살펴볼 때도 아시아에서의 인권협약의 제정과 이의 실행을 감독하는 기관으로서 아시아 인권법원의 설립의 필요성은 충분히 존재한다. 그럼에도 불구하고 동아시아의 특별한 국제정치적 상황으로 인하여 이에 대한 논의는 활발하게 전개되지 못하였다. 최근 한국 헌법재판소의 적극적인 주도로 아시아 인권법원 설립시도가 행해지고 있다.

2. 규범제한적 헌법화(constraining constitutionalization)

두 번째로 일부 국제적 헌법규범들은 일반적 국제법의 제정을 억제한다(이른바 제한적 헌법화). 그래서 유럽인권법원(European Court of Human Rights)은 유럽인권협약의 규칙들(rules of the European Convention on Human

of Constitutionalism 10 (Oxford University Press 2010).

110) Albert H. Y. Chen, 앞의 워킹페이퍼, 3쪽.

111) Albert H. Y. Chen, 'Conclusion': Comparative Reflections on Human Rights in Asia, in Randall Peerenboom et al. (eds.), Human Rights in Asia 487 (London: Routledge 2006).

Rights)이 구성국가에 의하여 만들어진 다른 조약상의 합의(treaty commitments)보다 우선한다는 입장을 지속적으로 견지하였다. 유럽인권협약이 이와 합치되지 않는 국제법의 제정이나 혹은 그 효력발생을 억제하는 한에서는 유럽인권협약은 헌법적 특성을 가진다. 이와 유사하게 근본적인 국제법 규범들은 - 예컨대 우리가 생각할 수 있는 국가주권에 대한 헌법적 합의¹¹²⁾ 그리고 강제법적 성격(a ius cogens character)을 가지는 국제법 규범들은 일반적인 국제법의 제정에 대한 억제로 작용된다.¹¹³⁾

규범제한적 헌법화의 요구는 보다 강한 형태의 구속력을 가지는 국제적 사법권(international adjudication)의 행사를 통해서 더욱 더 강화될 수 있다. 이와 관련하여 인권보장의 의미를 공산당과 문제해결을 위한 대화채널의 개설의 의미로 이해하는 중국적 인권의식¹¹⁴⁾, 싱가포르와 같이 개인적 인권보장을 위한 사법적 문제해결보다는 공동체의 다양한 공존과 조화를 위한 조정에 의한 합의도출이 우대되는 공자적인 유교적 세계관에 기초한 해결이 우선시되고 강조되는 아시아적 법문화에서 이러한 국제적 사법권의 강화의 요구가 어떻게 받아들여질 수 있는가 의문이 제기된다.¹¹⁵⁾ 결국 이 문제는 아시아에서의 헌법재판제도를 도입하여 시행하고 있는 타일랜드, 타이완, 인도네시아, 캄보디아, 몽골과 같은 나라들과의 우선적 협력이 요구되는 사항이라 생각된다.

사법권의 강화와 관련하여 왜 인권보장의 과제와 책임이 왜 법원의 기능이 되어야 하는 하는가 하는 문제가 제기된다. 이와 관련하여 영국의 의회중심의 인권보장체계의 선택이라는 반론도 제기될 수 있다. 미국에서의 Marbury v. Madison사건에 근거한 사법심사의 전개는, 다양한 정도의 성공가능성을 가지고 있는 헌법해석의 대체이론(the alternative theory)이 문제해결을 위하여 노력하는, 미국법체계에 있어서 심각한 딜레마(dilemma)를 초래하였다. 이러한 딜레마의 본질을 전 연방항소법원 재판관(former federal appellate judge)인 Robert Bork는 다음과 같이 간결하게 요약하고 있다¹¹⁶⁾: “헌법의 문제는 항상

112) 이와 관련해서는 Ian Brownlie, Principle of Public International Law 6th ed. 287 (Oxford University Press 2003).

113) Dunoff/Trachtman, 앞의 책, 11쪽.

114) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, Constitutionalism in Asia 123-124 (Hart Publishing 2014).

115) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, 위의 책, 124-125쪽.

116) Robert H. Bork, “The Constitution, Constitutional Intent, and Economic Rights,” 23 San Diego Review 823, 824 (1986); Craig R. Ducat, Constitutional

매디슨의 딜레마(the Madisonian Dilemma)라고 불리는 것에 대한 해결이 될 것이다. 미합중국은 다수가 단지 다수라는 이유만으로 삶의 광범위한 영역에 있어서 지배하고, 단지 개인은 이러한 다수의 통제로부터 면제되어서만 하는 약간의 자유를 가지는, 현재 우리가 매디슨 시스템(Madisonian System)이라고 하는 것을 고안해내었다. 그 딜레마는 바로 다수 혹은 소수 그 누구에게도 민주적 정당성과 개인적 자유의 적절한 영역을 정확히 확정할 수 있는 권한이 부여될 수 없다는 것이다. 전자는 바로 다수에 의한 전제를 초래하게 될 것이고, 후자는 소수에 의한 전제로 귀결될 것이다. 오랫동안 매디슨의 문제에 대한 해결- 다수의 권한과 소수의 자유의 확정-은 우선적으로 사법의 기능이고 특히 그것은 미연방대법원의 기능이라고 생각되어졌다. 현재 우리의 정치적 조정의 영구적 특징으로 여겨지는 그러한 이해는 헌법이론의 필요성을 불러 일으켰다. 법원은 개인의 권리보호에 대해서는 적극적으로 왕성한 활동을 해야만 한다. 그러나 법원은 또한 다수의 정당한 지배권을 부인하지 않도록 신중하게 처신하여야만 한다. 어떻게 그러한 것이 가능할 것인가?”

Bork에 따르면 매디슨의 딜레마는, 단지 다수가 그들이 다수라는 이유 하나 때문에 그들이 원하기만 한다면 삶의 광범위한 영역에 있어서 다수에게 지배의 권리가 부여되는 자가지배의 반대원리들을 어떻게 설득하는가에 대한 딜레마 그리고 개인의 권리보호에 대한 딜레마인 것이다.

이와 관련해서 Ariel L. Bendor와 Zeev Segal은 매디슨적인 사법적 통제를 통한 인권보호관념이 영국의 정부-의회 중심적 모델과는 대조가 된다고 주장하고 있다.¹¹⁷⁾ 왜냐하면 영국인은 의회 혹은 정부에 대한 뿌리깊은 불신의 에토스를 가지고 있지 않기 때문이다.¹¹⁸⁾ 즉 의회와 행정부의 분리를 강조하는 미국의 헌법체제와 달리, 의원내각제를 영국에서는 양자의 엄격한 분리가 존재하지 않기 때문이다. 삼권분립적인 권력분립을 지향하는 미국체제에서는 입법권, 행정권 그리고 사법권의 모든 국가권력은 동일하지만, 영국은 의회중심주의 국가이다.

“의회는 잘못을 할 수 없다(Parliament can do no wrong)”는 영국의 격언은

Interpretation, 7th ed., Wadworth/Thomson Learning, E1-E2 (2000).

117) Ariel L. Bendor/Zeev Segal, Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review Model, 17 American University International Law Review 683 (2002).

118) Ariel L. Bendor/Zeev Segal, 위의 논문, 699쪽.

다음의 두 가지 의미를 포함하고 있다. 첫째 영국국민은 의회가 법을 제정한 이래로, 의회의 행위는 범위반적 행위(an unlawful deed)가 되지 않는다고 믿는다. 두 번째로 의회는 결코 일반적인 도덕규범을 벗어나려고 하지 않는다고 생각한다. 의회는 사법심사 보다 우위에 있다는 이러한 영국국민들의 의회에 대한 신뢰는 의회의 일반적 도덕성에 대한 깊은 신뢰를 바탕으로 하고 있다.¹¹⁹⁾

Wen-Chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan 그리고 Jiunn-rong Yeh은 영국의 의회 즉 정치지도자들의 신뢰와 유사하게, 중국의 공자적 세계관에 기초한 군자(junzi)에 의한 지배의 헌법적 정당화를 시도하고 있는 싱가포르(Singapore)의 법문화를 강조하고 있다.¹²⁰⁾ 이러한 영국과 싱가포르의, 정치지도자들에 대한 국민들의 신뢰가 형성되는 법문화는 어떻게 형성되었는가? 이에 반해서 최근에 박근혜 전대통령에 대한 탄핵까지 이끌어 낸 우리나라의 헌법재판제도의 활성화는 대통령, 국회 그리고 정부에 대한 국민의 불신을 어느 정도 반영한 것이라고 볼 수 있다. Wen-Chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan 그리고 Jiunn-rong Yeh는 헌법재판소가 설치되지 않은 일본까지 포함하여 한국, 타이완과 같은 헌법재판소가 설치된 나라들의 경우에는 이러한 서구적 권력분립적 사고에 근거한 권력통제적 정치권에 대한 불신과 공자적 세계관에 기초한 존중적 사고가 서로 혼재되어 있다고 보고 있다.¹²¹⁾

이러한 정치 및 정치지도자들의 존중의 극단적 형태는 루소(Jean-Jacques Rousseau)의 인민주권이론(souveraineté populaire)에서 찾을 수 있다. 프랑스 혁명과 관련하여 몽테스키외의 권력분립의 원리는 국민주권의 원리와 관련하여 특히 루소의 인민주권이론과 대립·갈등하게 된다. 피치자와 치자의 동일성(Identität)에 바탕을 둔 일반의사의 절대성을 강조하는 루소의 인민주권론의 입장에서는 권력분립이론과 같은 권력에 대한 부정적 시각을 찾아볼 수 없다. 인민주권의 원리와 권력분립의 원리는 양자 모두 국가의 조직적 원리를 의미한다는 점에서 동일하지만, 전자는 적극적 입장에서 국가권력의 통일성을 요청하고 있는 데 반하여, 후자는 소극적 입장에서 국가권력의 분립을 요청한다는 의미에서 양자는 근본적으로 대립되고 있다.¹²²⁾ 이러한 프랑스

119) Ariel L. Bendor/Zeev Segal, 위의 논문, 702쪽.

120) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, 앞의 책, 118-119쪽.

121) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, 앞의 책, p120쪽.

122) 한태연, 헌법학, 법문사 1983, 264쪽.

헌법사에 있어서 권력분립의 원리와 인민주권원리의 갈등은 인민주권의 원리를 강조하게 될 때에는 권력구조는 국민→의회→정부와 같은 권력위계의 구조의 원리에 의하여 지배되는 데 반하여, 권력분립의 원리는 입법-행정-사법과 같은 수평적 구조에 의하여 결정되어지기 때문에 발생한다.¹²³⁾

권력분립의 원리와 인민주권의 원리의 차이점은 민주주의 정치질서와 독재체제의 정치질서 그 중에서도 특히 공산주의 국가의 정치질서를 구별하는 중요한 표지가 된다. 프롤레타리아계급의 계급주권을 바탕으로 한 프롤레타리아독재를 정당화하고 있는 공산주의국가¹²⁴⁾는 인민주권의 원리에 의하여 권력분립의 원리를 부정하고, 모든 국가권력을 단일정당과 또한 이것을 바탕으로 한 국가최고기관에 집중시킴으로서 국가권력의 절대성을 확립하였다. 이에 반하여 민주주의국가에서는 이러한 인민주권의 원리와 권력분립의 원리를 함께 적용함으로써 인민주권원리에 수반되는 국가권력의 절대화의 위험성을 완화시키고 있다.

이러한 권력집중적인 권력존중 지배체제로서 중국과 같은 사회주의 국가에서의 공산당의 당내민주주의(dangneiminzhu)의 진화과정은 아시아에서의 또 다른 헌법주의의 전개형태이다. 이러한 당내민주주의와 관련해서, 장쩌민(Jiang Zemin)은 삼자대표(sange daibiao)와 같은 집단적 지도체제의 도입을 통해서 공산당 독재에 근거한 개인적 지배가능성을 제한하고 있지만,¹²⁵⁾ 최근의 시진핑 체제 이후의 중국의 상황은 다시 개인적 지배체제의 강화로 회귀하는가 하는 의문을 낳고 있다.

중국공산당(Chinese Communist Party)이 중국국민 전체를 대표해서 모든 국가조직의 발전적 형태와 문화를 통제하고 조정하는 중국의 법체제하에서, 이러한 공산당의 지도권을 제한하는 헌법재판소의 설치와 같은 사법심사제의 도입은 가능하지 않다. 중국에서는 국민의 국가권력을 행사하는 기관으로서 인민회의(National People's Congress)가 계속적으로 헌법의 실행에 대한

123) 한태연, 위의 책, 264쪽.

124) 한태연교수는 공산주의국가에서 권력분립의 원리가 부정되어지는 이유로서 다음의 세가지를 들고 있다: 1. 부르조아국가에 있어서 모든 국가권력은 부르조아독재에 불과하다는 것이며, 2. 부르조아국가에 있어서 권력분립의 원리는 의회에 대한 집행권의 우월성의 원리에 불과하다는 것이며, 3. 권력분립의 원리에 있어서의 입법과 행정의 분리는 노동계급의 단일적 권력을 약화케 한다는 점이다. 한태연, 위의 책, 265쪽.

125) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, 앞의 책, 121쪽.

감독권을 가진다.¹²⁶⁾ 중국에서는 개인의 권리보장을 위해서 국가권력을 제한한다는 사고는 평가절하 된다. 왜냐하면 사회주의적 법적 사고에서의 법은 개인의 권리보장에 기여하는 것이 아니라, 당에 봉사하는 것이기 때문이다.¹²⁷⁾ 이와 관련하여 중국헌법은 제51조에 우리 헌법 제37조 제2항과 같은 광범위한 국민의 권리제한 규정을 두고 있다: “중화인민공화국 공민(citizen)의 자유와 권리의 행사는 국가, 사회, 집단의 이익 및 다른 공민의 법적인 자유와 권리에 손해를 주어서는 안 된다.”고 하여 권리의 제한 또는 한계에 관한 규정을 두고 있다.

더 나아가서 중국의 헌법은 재판과정에서 적용될 수 있는 재판규범성을 가지고 있지 않은 즉 사법적 실행이 가능하지 않은(non-justiciable) 규범이다. 낙관주의자들이 초기에 중국의 *Marbury v. Madison* 사건이라고 칭송한 *Qu Yuling* 사건¹²⁸⁾에서의 헌법해석권의 취소와 더불어 헌법소송을 통한 헌법적 권리를 보장하는 시도가 실패했기 때문이다.¹²⁹⁾

Wen-Chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan 그리고 Jiunn-rong Yeh은 이러한 중국이나 베트남에서의 민중적 청원에 대한 민중적 헌법주의의 성립에 대한 논의와 관련된 사례를 제시하면서, 헌법은 소송에서 이기기 위해서 원용되는 것이 아니라 공적인 대화를 이끌어 내기 위하여 인용된다고 설명하고 있다. 왜냐하면 중국에서 헌법은 법원에서 직접 주장될 수 있는 사법적 실행이 가능한 규범이 아니라, 단지 정부의 행위에 대하여 영향을 미칠 수 있는 규범으로만 해석되기 때문이다.¹³⁰⁾ 이러한 중국의 상황은 우리 헌법상의 기본권 중에서 헌법 제26조의 청원권의 보호영역에 대한 헌법적 해석과 관련성을 가진다.

Wen-Chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan 그리고 Jiunn-rong Yeh은 인종과 종교적 대립이 심해서대립된 당사자들 사이의 권리보장이라는 헌법적 가치보다 사회적 조화의 유지라는 가치가 더 우선시 된다는 것을 강조하고 있다. 이들은 이러한 헌법적 해결방식을 법적인 제재를 넘어서서

126) 1942년 중국헌법 제62조.

127) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, 앞의 책, 122쪽.

128) Robert J. Morris, China's *Marbury v. Madison*: *Qi Yuling v. Chen Xiaoqi* - The Once and Future Trial of Both Education & Constitutionalization, 2 *Tsinghua China Law Review* 273 (2010).

129) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, 앞의 책, 122쪽.

130) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, 앞의 책, 124쪽.

연대성과 화해에 근거한 조정을 우선시하는 합리적 해결방식이라고 보고 있다.¹³¹⁾

이러한 법문화적 다양성을 고려해 볼 때, 특히 권력중심적 문제해결 그리고 정치적 권위에 대한 존중이 강한 나라들에서는 개인적 권리보장적인 법관념에 바탕을 둔 법문화의 공통적 확산을 통한 규범제한적 헌법화의 구체적 전개과정의 확보는 쉽지 않음을 알 수 있다. 그러나 근대적 헌법주의의 성립과정에서 권력분립의 원리는 권력의 합리화를 위한 조직원리가 아니라, 개인의 정치적 자유의 보장을 위한 정치적 원리로서 헌법의 근본적인 구조원리라고 할 수 있다.

마지막으로 아시아에서의 아시아 인권법원을 통한 규범제한적 헌법화 실행의 전제조건에 대해서 살펴보자면, ① 아시아 인권법원의 정당한 구성을 통한 인권보장에 대한 사법심사권의 정당화(이와 관련하여 아시아 인권협약의 제정과 아시아 각 국가들의 이에 대한 가입이 전제되어야만 한다), ② 아시아 인권법원에 의하여 적용되는 인권위반의 심사기준으로서 아시아 인권협약과 같은 국제적 인권협약의 존재, 그리고 ③ 각 국가들의 조치가 인권협약에 위반 혹은 적합하다는 결론에 이르는 과정에서 법관에 의하여 사용되는 해석방법론의 성립을 들 수 있다.

3. 보충적 헌법화(supplemental constitutionalization)

국제적 헌법규범의 범주에 당연히 들어가야 하는 마지막 범주에 해당되는 유형은 보충적 헌법화이다. 어떤 학자들은 국제법 규범의 범위의 확대 그리고 내용의 강화는 특정한 국내헌법의 효력의 감소를 초래하거나 혹은 초래의 위협을 야기할 수 있다고 주장한다. 국제적 헌법의 세 번째 범주는 이러한 국내헌법의 흠결과 효력약화에 대응하기 위하여 나타나는 국제법 규범으로 구성되어 있다. 특히 이러한 국내헌법의 흠결과 효력약화는 세계화 과정의 확대와 심화 그리고 국제법의 내용의 강화를 통하여 야기되거나 혹은 더욱 더 심화된다. 이와 관련된 국제법의 헌법화의 진행과정을 보충적 헌법화라 명명할 수 있다.¹³²⁾ 이러한 보충적 헌법화를 가장 잘 이해하고, 최적화 상태로 구현하기 위한 기본적 조건은

131) Wen-Chen Chang/Li-ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn-rong Yeh, 앞의 책, 124-125쪽.

132) Dunoff and Trachtman, 앞의 책, 14쪽.

세계화가 진행되는 환경 속에서도 국내적 헌법체제를 계속적으로 정비함으로써 국내헌법체제와 국제법적 헌법체제의 균형을 유지하는 것을 들 수 있다. 이러한 균형유지의 핵심적 내용은 국내헌법적 가치를 국제적 차원에서 보호 혹은 증진하는 것이다.

보충적 헌법화는 헌법적 보충성(constitutional subsidiarity)의 특별한 형태를 표현한다는 점에서 규범형성적 헌법화 그리고 규범제한적 헌법화와 구별된다. 헌법적 보충성은 몇몇 기술적 그리고 사회적 환경의 변화 속에서 특정한 헌법적 가치들을 보호하기에 적합한 수직적 차원(vertical level)이 변화할 수 있다는 것을 의미한다. 이것은 세계화에 의하여 야기되거나 보다 심화되는 국내헌법적 구조의 공백상태에 대응하기 위한 것인데, 이러한 공백상태는 일반적으로 국내헌법을 적용할지 여부에 대한 결정이 매우 어려운, 국내헌법적 규칙의 적용범위 밖에 있는, 서로 다른 국가들의 헌법적 규칙들(constitutional rules)이 충돌하는, 서로 다른 국가들의 헌법적 규칙들의 불안정적이고 비효율적인 경쟁이 나타나는 상황들에 대하여 헌법적 규칙들을 적용하는 것이 실패한 경우에 해당한다. 이러한 헌법적 공백상태를 극복하기 위한 해결책은 서로 다른 국가들의 헌법적 규칙들의 적용범위를 결정하는 규칙들(rules)에 대한 합의를 도출하는 것이다. 이를 헌법적 규칙에 대한 선택(choice of constitutional law rules)이라고 명명할 수 있다.¹³³⁾ 이러한 현상들에 대한 또 다른 형태의 대안적 해결책은 헌법적 규칙들을 서로 조화적으로 적용하거나 혹은 국제적 차원에서 적용될 수 있는 헌법규칙들을 제정하는 것이다. 이 양 형태의 보충적 헌법화는 국내법 체계에 대하여 적용되기 본다는 오히려 국제법 체계를 규제하기 때문에, 일반적 국제법의 몇몇 특성들을 공유한다. 이러한 국제규범들이 지금까지 국내헌법에 의하여 강조되었던 중요한 논의점들을 다루고 있는 정도에 따라서, 보충적 헌법화를 국제법의 헌법화의 한 형식으로 보는 것은 타당하다고 생각된다. 그 외에도 몇몇 형태의 규범제한적 헌법화는 보충적 헌법화의 관점에서 또한 이해될 수 있다. 증가되고 강화되는 국제적 입법권 혹은 사법권의 행사의 결과로서, 아마도 국내기관의 공권력 행사의 희생이라는 댓가를 지불하고서 규범제한적 헌법화가 행해지는 경우에는 규범제한적 헌법화는 보충적 역할을 수행할 수 있다.

몇몇 예들이 이러한 헌법화 과정의 역동성을 잘 설명해 준다. 이것은

133) Trachtman, *The Constitution of the WTO*, EJIL (2006), p. 623.

독일연방헌법재판소와 유럽법원 사이의 작용을 통해서 잘 나타난다. 독일의 경우 유럽공동체법의 국내의 기본권에 대한 우위가 효력을 가져야만 하는가 하는 문제에 대한 오랫동안 논쟁이 이어져 왔다. 이 문제는 특히 파생되어진 유럽공동체법으로서 유럽공동체의 이차법(EG-Sekundärrecht)이 독일헌법인 기본법에 의하여 심사될 수 있는가 하는 문제, 즉 독일의 경우 독일연방헌법재판소가 유럽공동체-규정(EG-Verordnung)을 국내의 기본권에 의하여 심사할 수 있는가 하는 문제와 관련하여 실제적 의미를 가진다. 1974년 독일연방헌법재판소는 이른바 “조건 I”-결정(Solange I-Entscheidung)에서 유럽법원이 유럽공동체규정의 유효성을 유럽공동체조약 제234조에 의한 절차속에서 미리 확인할 것을 요구하는 심판제청절차(Vorläufe)를 유추적용하여 독일기본법 제100조 제1항에 의한 구체적 규범통제절차에서 유럽공동체규정을 심사하는 것을 허용하였다.¹³⁴⁾ 이 결정에서 독일연방헌법재판소는 유럽공동체-규정에 대한 구체적 규범통제절차의 허용근거를 다음과 같이 설명하고 있다: “유럽공동체의 통합과정이 유럽공동체법이 의회에 의하여 제정되고 효력이 부여된 기본법의 기본권목록과 대등한 기본권목록을 포함하고 있을 만큼 진행되어지지 않는 한에 있어서는, 공동체조약 제177조(현재 제234조) 속에 요구된 유럽법원의 결정의 제청 후에 독일법원의 독일연방헌법재판소에 대한 제청은 허용되어지고, 법원이 재판의 전제가 된 유럽공동체법이 기본법의 기본권과 충돌하기 때문에 그 공동체법에 대한 유럽법원의 해석이 적용될 수 없다고 해석하는 경우에는 명령되어진다.”

독일연방헌법재판소의 유럽공동체 규정에 대한 헌법불합치결정은 결과적으로 모든 유럽공동체-규정은 국내적으로 법적인 효력을 가질 수 없다는 것을 확인한 것이 되었다. 유럽공동체는 이 결정을 통하여 유럽공동체법의 우위와 유럽법원의 규범폐기독점권(Verwerfungsmonopol)에 대한 손상을 경험하게 되었다. 독일연방헌법재판소 외에도 이미 1973년의 판결에서 이탈리아헌법재판소(das italienische Verfassungsgericht)도 특정한 이탈리아헌법의 근본원리들의 고려하에서 최종적인 법통제권을 가진다고 결정하였다. 그럼에도 불구하고 독일연방헌법재판소의 이 결정에 대한 강력한 비판은 미리 예견되어진 것이었다. 이 결정은 그 후에 나타나는 조건II-

134) BVerfGE 37, 271 [283].

결정(Solange II-Entscheidung)에 대한 기폭제가 되었다.¹³⁵⁾

그 후 독일연방헌법재판소는 독일의 기본권척도에 의한 유럽공동체법의 심사에 대한 본질적인 제한을 가하게 된다. 1986년 독일 연방헌법재판소는 이차적 공동체법에 대한 독일 기본권에 의한 심사에 관한 초기의 판례인 조건-I 결정의 입장에서 방향을 전환하였다. 독일연방헌법재판소는 여러 번 유럽법원에 의하여 유효한 것으로 판결된 유럽공동체-규정에 근거를 둔 독일연방행정법원의 판결에 대한 헌법소원에 대한 결정으로서 유명한 조건 II-결정(Solange II-Entscheidung)에서 이차적 공동체법의 독일의 기본권과의 합치여부에 대한 심사를 중단하였다.¹³⁶⁾: “유럽공동체, 특히 유럽공동체의 법원의 결정이 본질적인 측면에서 기본법에 의하여 필수불가결하게 명령된 기본권 보호와 동일한 주의가 부여된, 무엇보다도 기본권의 본질적 내용이 일반적으로 보장되고 있는 한에 있어서는, 유럽공동체의 공권력(Hochheitsgewalt)에 대한 효과적인 기본권 보호를 수행하고 있는 한에 있어서는, 독일연방헌법재판소는 독일연방의 고권의 범위 속에서 독일 법원과 관청의 행위에 대한 법적인 토대로서 요구되어지는 파생된 유럽공동체법의 적용가능성에 대한 자신의 재판권을 더 이상 행사하지 않고, 이러한 법들을 더 이상 기본권의 기본권 척도에 의하여 심사하지 아니한다. 이와 관련된 기본법 제100조 제1항의 심판제정은 허용되지 않는다.”

이러한 발전은 국제적 활동의 범위를 제한하는 국제적 헌법규범의 효력강화에 대한 대응으로 나타나는 국제적 정제(international regime)의 한 예가 된다. 이를 통해서 국가의 독자적인 자치영역과 개인적 권리가 보호된다. 국제기구의 활동능력의 증가는 국제적 차원에서의 헌법적 규칙의 제정을 통한 국내 헌법의 보충의 요구를 증가시킨다는 점으로 고려해 볼 때, 이것은 보충적 헌법화의 한 예로 볼 수 있다. 또한 국제규범의 신뢰성을 보장하기 위하여 유럽연합법원 그리고 유럽연합은 유럽연합차원에서의 근본적 권리의 보장을 추진하는 것, 예컨대 2000년의 유럽연합의 기본권 헌장의 제정과 그 이후의 리스본 조약에 의한 기본권 헌장의 효력발생은 밑에서부터 행해지는 규범제한적 헌법화의 한 예가 된다.

UN안전보장이사회가 테러활동에 연루되었다는 의심이 제기되는 개인과

135) Joachim Scherer, Solange II: Ein grundrechtspolitischer Kompromiß, JA 1987, S. 484.

136) BVerfGE 73, 339 [387].

회사에 대하여 제재를 부과하는 조치를 취하는 과정에서 이와 유사한 우려가 발생하였다. 1999년 안전보장이사회 의결(Resolution) 1267은 제재가 부과되는 개인과 단체의 명부를 관리할 위원회를 창설하였다. 이 위원회는 이 명부에 누가 추가적으로 기입될 지 여부에 대하여 합의에 의하여 결정한다. 그럼에도 불구하고 이러한 기입절차는 명부예의 추가 및 제외결정에 있어서 투명성 보장과 절차의 미흡으로 인하여 많은 비판에 직면하였다.¹³⁷⁾ 이러한 비판과 명부예의 추가결정에 대한 다양한 법적인 문제제기에 대응하여 위원회는 명부예 추가함에 있어서 명부예 들어갈 개인이나 단체에 대한 보다 자세한 정보수집의 요구조건을 포함한 네 가지의 새로운 기준을 정한 지침을 제정하였다. 그럼에도 불구하고 이러한 위원회의 지침을 실행하는 국내법은 전통적으로 공정한 청문기회의 보장, 재산권의 보장 그리고 효과적인 사법적 구제를 받을 권리 등을 포함한 국내헌법에 의하여 보장된 기본권들의 침해문제를 야기한다. 그 외에도 국제법원이 전통적으로 국내법원의 특권이었던 기능을 행사하는 경우에는, 국내헌법에 의하여 발전된 권리보호수단들을 보호하기 위하여 보충적 헌법화의 요구가 발생한다. 이러한 보충적 헌법화의 요구들은 안전보장이사회의 조치에 대하여 법적인 제한을 부과할 수 있는 구속력있는 헌법규범을 찾는 노력의 실행을 정당화시킨다.

이러한 문제들은 이미 유럽연합에서 법적인 소송의 형태로 전개되었다. 유럽연합법원(ECJ)은 탈레반의 알카에다(Al-Qaeda of the Taliban)와 관련이 있는 자산의 동결을 요구하는 안전보장이사회(securiy council)의 의결의 효력을 발생시키는 위원회의 규정(Council regulation)을 무효로 결정하였다. 유럽연합법원이 위원회의 규정이 청문을 받을 권리(right to be heard)와 효과적인 사법적 구제를 받을 권리에 위반된다고 결정하였다. 비록 유럽연합법원은 공동체 행위의 적법성을 심사하지 안전보장이사회의 결정의 적법성 여부를 심사하는 것은 아니라고 조심스럽게 설명하였지만, 이는 국제규범이 국내의 헌법적 보장에 위반되는 경우에 발생할 수 있는 저항의 한

137) Bardo Fassbender, The Responsibility of the UN Security Council to Ensure That Fair and Clear Procedures Are Made Available to Individuals and Entities Targeted with Sanctions under Chapter VII of the UN Charter (Mar. 2006) (study commissioned by the UN Office of Legal Affairs); Ian Johnstone, Legislation and Adjudication in the Un Security Council: Bringing down the Deliberative Deficit, 102 American Journal of International Law 275 (2008); Dunoff/Trachtman, 앞의 책, 17쪽.

예로서 볼 수 있다.¹³⁸⁾

과연 국내의 인권상황에 대한 간섭이 새로운 형태의 내정간섭으로 간주되거나, 아직까지 공통적인 아시아적인 인권관념의 형성이 존재하는지 여부에 대하여 의문이 제기되는 현시점에서 보충적 헌법주의의 관철의 가장 중요한 전제조건은 아시아 인권협약의 제정이라고 판단된다. 이와 관련하여서는 유럽인권협약과 같은 자유권 중심의 국제적 인권협약 체제가 우선적으로 성립하는 것이 우선이라고 판단된다.

제3절 아시아 각국의 법문화 및 헌법재판제도의 차이점

1. 키르기스스탄의 헌법재판제도

1. 키르기스스탄 대법원 헌법재판부의 구성

키르기스스탄 대법원 헌법재판부(Constitutional Chamber of the Supreme Court of the Kyrgyz Republic)는 헌법소송절차를 통해서 독립적으로 헌법적 판단을 내릴 수 있는 최고의 사법기관이다. 헌법재판부는 의장(chairperson), 부의장(deputy chairperson) 그리고 9인의 재판관으로 구성된다. 헌법재판부의 권한, 구성절차 그리고 직무에 대해서는 키르기스스탄 헌법(Constitution of the Kyrgyz Republic)과 키르기스스탄 헌법재판부에 대한 헌법(Constitutional law “On the Constitutional Chamber of the Kyrgyz Republic”) 속에 규정되어 있다.

2. 헌법재판부 재판관들의 자격

헌법재판부의 재판관들은 키르기스스탄 헌법재판부에 대한 헌법 속에 규정된 절차에 따라 선출된다.

3. 심리 및 결정

138) Kadi and Al Barakaat v. Council and Comm'n, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, 2008 E.C.R. 299; Dunoff/Trachtman, 앞의 책, 17쪽.

헌법재판부는 독립적이고, 헌법, 키르기스스탄의 헌법재판부에 대한 헌법 및 헌법재판부의 소송절차에 관한 규칙(Rules of procedure of the Constitutional Chamber)에 구속된다. 헌법재판부의 직무에 대한 어떠한 간섭도 금지된다. 이것은 헌법재판부의 책임성 강화로 나타난다.

헌법재판부 속에서 행해지는 사건에 대한 사법심사(judicial review) 절차와 결정은 각자의 평등한 의견개진의 형태로 행해진다. 헌법재판부 속에서의 사건들은 공개적으로 심리가 행해진다. 헌법재판부의 모든 사법절차들은 구두변론의 형식으로 행해진다. 헌법소송절차는 국어(state language)로 진행된다. 소송당사자의 신청에 의하여 소송절차는 공식언어(official language)로 진행될 수 있다. 헌법재판부의 헌법소송절차의 진행과정 속에서 소송당사자들은 당사자주의적 관점에서 자신의 의견을 제시할 동등한 권리와 기회를 가진다.

헌법재판부는 자신의 업무에 대한 결정을 내린다: 결정형식은 판결(decisions), 결론(conclusions), 결의(resolutions) 그리고 결정(determinations)의 형식으로 행해진다. 헌법재판부의 판결은 헌법에 근거를 두고 있고, 어떠한 편향된 입장에서 벗어난 재판관의 법적 지위를 대변한다. 헌법재판부는 법적 문제에 대하여 독립적인 결정권을 가진다. 헌법재판부의 결정의 공식적 공표는 키르기스스탄 대법원의 헌법재판부 공보 속에 게재된다.

4. 헌법재판부의 권한

헌법재판부는 ① 재판절차 속에서 헌법에 위반되는 법률뿐만 아니라 다른 규범적 그리고 법적 행위들을 헌법위반으로 선언한다. 그리고 헌법재판부는 ② 아직 키르기스스탄에서 효력을 발생하지 않은 국제적 협약(international agreements)들의 헌법적합성 여부에 대한 의견을 제시하며, ③ 헌법개정안에 대한 의견을 제시한다.

II. 인도네시아의 헌법재판제도

1. 인도네시아 헌법의 제정과 민주 국가의 형성과정 (Constitution Making and State Building)¹³⁹⁾

139) 인도네시아의 헌법에 관한 일반적인 논의는 S. Butt and T. Lindsey, The Constitution of Indonesia: A Contextual Analysis (Oxford: Hart Publishing,

유럽식민지확장의 최절정기인 19세기 말 경에 네덜란드는 현재 ‘인도네시아’지역인 네덜란드동인도(Dutch East Indies)의 archipelago를 지배하였다.¹⁴⁰⁾ 아시아의 민주혁명의 대부분은 대중들의 독재나 폭압적인 권력에 대항하면서 항의하였을 때 일어났다. 이러한 혁명을 통하여 과거로부터의 변혁(break)이 일어났다. 이러한 변혁은 정치적이고 헌법적이며, 이 두 요소의 조합에 의해 정당성을 승인받게 된다. 아시아지역에서는 민주주의 혁명을 통해서 인도네시아와 몽골이 식민통치로부터 벗어났다는 점에서 고유한 공통점이 있다. 인도네시아는 네덜란드로부터, 그리고 몽골은 중국의 식민지로부터 벗어났다. 그 후 인도네시아와 몽골은 모두 20세기 후반에 민주주의의 전단계(pro-democracy)의 혁명을 경험하였다.¹⁴¹⁾

동남아시아에서 네덜란드의 식민지 획득은 1602년 바타비아(Batavia)(현재 자카르타)에 대한 그들의 권리 주장으로부터 시작되었다. 1820년대 경에, 이 지역에서 그들의 영토는 두 블록으로 나뉜다: 네덜란드령 동인도네시아[자바, 마두라, 수마트라, 리아우-링가 제도(Rhiau-Lingga Archipelago), 반카와 빌리톤(Banka and Billiton), 몰루카스, 발리와 롬복, 네덜란드령 보르네오와 네덜란드령 뉴기니아를 포함]와 네덜란드령 서인도네시아[쿠라코(쿠라코, 보네르, 아루바, 세인트 마르탄스, 세인트 에스타티우스와 사바)와 수리남(네덜란드령 귀아나)를 포함]가 그것이다.¹⁴²⁾ 1942년 인도네시아에 대한 일본 점령에 의해 초기 독립운동이 가속화되었다. 지역지도자인 수카르노(Sukarno)와 모하메드 하타(Mohamed Hatta)는 일본에 협조하여 정부의 수장이 되었다. 일본의 항복선언 후 이들 만에, 수카르노는 1945년 8월 17일 인도네시아 공화국을 선포하였다. 네덜란드는 인도네시아에 대한 지배를 재선언하였으나 이는 즉시 인도네시아의 격렬한 반대를 유발하여 실패하였다. 7월에 네덜란드는 ‘경찰조치(police action)’라는 명령을 발동하여 재통치 시도를 하였고, 이는 국민군과의 2년간에 걸친 전쟁을 결과하였다. 1948년 12월, 네덜란드는 수카르노와 하타 등 저항지도자들을 체포하였으나, 65,000명에 달하는 강한 훈련된 일본군대의 지원을 받는 저항세력을 제거할 수는 없었다. 1949년 12월, 네덜란드는 늦어도 1949년 12월 30일까지 서뉴기니아(West New Guinea)를 제외한 네덜란드령 동인도네시아의 모든

2012) 참조.

140) When-Chen Chang(et. el.), 앞의 책, 18쪽.

141) When-Chen Chang(et. el.), 앞의 책, 51쪽.

142) When-Chen Chang(et. el.), 앞의 책, 52쪽.

영토에 대한 주권을 아무런 조건 없이 완전하게 인도네시아공화국에 이양하기로 합의하였다. 1947년 12월 27일에 주권의 이양은 이루어 졌다. 수카르노는 주권이 이양되기 며칠 전 인도네시아연방의 대통령이 되었다.¹⁴³⁾

그러나 인도네시아의 네덜란드 탈식민지화는 실패한 것으로 여겨진다. 왜냐하면, 당시 만연했던 네덜란드의 경제적 착취와 사회적 가부장주의(social paternalism)는 점진적인 분리(gradual dissociation)를 예상하거나 준비하지 않았던 인도네시아에 많은 정치적 문제를 가져오고 식민권력의 그림자를 드리웠기 때문이다.¹⁴⁴⁾ 네덜란드는 실질적인 제국주의 관념 또는 이념을 발전시키지 않았고, 따라서 탈식민지화의 가능성을 고려해야하는 의무감을 느끼지 않았다. 1949년 헌법은 임시적인 것이었고 연방국가의 구조를 제시하고 있었다. 불행히도 연방국가적인 구조는 인도네시아의 지리적 환경을 고려할 때 걸맞지 않은 것으로 생각되었고, 따라서 1950년 헌법은 단일국가 구조를 채택하였다.¹⁴⁵⁾

1955년, 인도네시아는 독립 이후 최초의 총선거를 시행하였다. 그러나 정국은 안정과는 거리가 멀었다. 1948년, 공산주의자들은 마디운 반란(Madiun Rebellion)을 꺾었고, 1950년부터 1962년까지, 다룰 이슬람 집단(Darul Islam Movement)은 아세(Aceh)지방과 서자바 및 남술라웨시(South Sulawesi)지역에서 이슬람국가의 건립을 위해 싸웠다. 1956년에 하타(Hatta) 부통령은 수카르노 대통령과 사이가 틀어졌고, 수마트라와 술라웨시의 지방 육군사령관들은 혁명정부(rival government)의 수립을 선포하였다. 1958년 경 국가기관은 정쟁(political infighting)으로 인하여 허물어지기 시작하였고, 1959년 수카르노는 선거를 금지하고, '지도적 민주주의(guided democracy)'를 주재하겠노라고 선포하였다. 수카르노는 1950년 헌법을 정지시키고, 국가권고회의(National Advisory Council)를 수립한 후 대통령에게 광대한 권한을 허용하고 있는 1945년 헌법으로 회귀하였다. 이 기간 동안 수카르노 역시 점점 더 급진적으로 변하였다. 그는 중국인민공화국과 인도네시아 지방 공산당(Partai Kommunist Indonesi: PKI)에 가깝게 되었고 반대파를

143) When-Chen Chang(et. el.), 앞의 책, 53쪽.

144) S. Butt and T. Lindsey, 앞의 책, 487쪽.

145) Oemar Seno Adji, 'An Indonesian Perspective on the American Constitutional Influence' in L. Ward Beer (ed.), Constitutionalism in Asia: Asian Views of American Influence (Berkeley, Cal: University of California Press, 1979), p. 102.

허용하지 않았다.¹⁴⁶⁾

그러나 수카르노의 ‘지도적 민주주의’ 실험은 번영과 경제적인 성장을 가져오지 못했다. 정부는 부패했고 국가는 거의 붕괴되었다. 1959년 9월 30일 수카르노는 쿠데타를 꺾었다는 이유로 6명의 지도적인 역할을 수행했던 장군들을 체포하여 처형하였다. 쿠데타 시도의 몇 시간 동안, 코스트라드(Kostrad) 지역의 덜 알려진 사령관 수하르토(Suharto)장군은 통제의 책임을 맡았다. 수하르토는 쿠데타를 인도네시아 지방 공산당(PKI) 탓으로 돌리고 향후 2년 동안 중앙자바와 동자바 및 발리의 PKI 지지자들에 대한 지하드의 무슬림에 의한 대량학살을 허용하였다. 약 50만 명에서 100만 명 사이의 사람들이 - 이들 중 많은 사람들은 중국계였다 - 학살되었다. 수카르노는 가택연금 되었고, 수하르토는 서서히 권력을 장악하였다. 1967년 수하르토는 대통령 권한대행(Acting President)으로 불렸다. 수하르토는 그의 새로운 명령을 통해 ‘권위적인 정부, 경제적인 발전 및 정국 안정’이라는 구호를 강조하였다. 수하르토는 많은 부분 인도네시아의 경제변영을 가져왔고, 삶의 질을 향상시켰다. 그러나 부패, 족벌주의(nepotism)와 정권의 인권에 대한 경시는 수하르토의 몰락을 가져왔다.¹⁴⁷⁾

사실 수카르노 자신도 1945년 헌법을 임시적인 헌정문서로 생각했음에도 그는 대통령 재임 기간 중 1945년 헌법의 개정에 대한 고려를 거부했다. 헌법을 거의 개정불가능하게 만든 것은 국민협의회(People’s Consultative Assembly or Majelis Permusyawaratan Rakyat: MPR, Indonesia’s legislature)가 통과시킨 두 개의 명령(decrees)이었다. 1983년의 첫째 명령은 헌법에 대한 어떠한 개정도 국민투표를 거쳐야 한다는 것이며, 1985년의 둘째 명령은 위와 같은 국민투표가 유효하려면, 90퍼센트의 유권자 투표참여(a 90 per cent voter turnout necessary)가 필요하며, 모든 변경은 국민투표의 투표수의 90퍼센트에 의해 승인되어야 한다(be approved by 90 per cent of those voting in the referendum)는 것이다. 1998년 5월 열흘간에 걸쳐 학생주도 반정부시위가 이어진 후, 수하르토는 사임하였고 하비비(BJ Habibie)부통령이 대통령직을 승계하였다.

하비비에게는 정치적 개혁에 착수하는 것 이외의 선택지가 없었다. 그는

146) AL. Smith, ‘Indonesia: Transforming the Leviathan’ in J. Funston(ed.), Government and Politics in Southeast Asia(Singapore: ISEAS, 2001), p. 74.

147) When-Chen Chang(et. el.), 앞의 책, 54쪽.

법을 개정하여 새로운 정당의 창설을 허용하고 조기 총선거를 약속하였다. 수백 명의 정치범들이 석방되었다. 1999년 6월에는 1955년 이후 최초의 진정한 민주주의적인 선거가 실시되었다. 1999년 10월 국민협의회(MPR)는 헌법 개정을 위한 회의를 매년 개최하기로 하였다. 그 결과 1999년에는 최초의 개정안이 통과되었고, 2000년에는 두 번째 개정안이, 그리고 세 번째는 2001년에, 네 번째 개정안은 2002년에 통과되었다. 이러한 개정절차를 통하여 1945년 헌법은 실질적으로 바뀌었고 헌법조문의 수는 두 배가 되었다. 보다 중요한 것은 80퍼센트 이상 헌법의 실질적 내용이 바뀌었다. 그 중에서 가장 중요한 개정은 대통령의 재임을 2기에 한하도록 한 것; 국민협의회를 재구성하여, 지역대표회의(Regional Representative Council)와 국민의회로 구성하는 것; 대통령 직선제의 채택; 헌법재판소와 사법위원회(Judicial Commission)의 설치; 그리고 인권보장에 관한 10개의 새로운 조항의 도입 등이다. 흥미로운 것은 1998년의 민주주의 혁명은 1945년의 헌법을 교체하지 않았다는 것이다.¹⁴⁸⁾

인도네시아는 1998년에 32년간의 수하르토 군사정권을 끝으로 새로운 민주화시대가 열렸다. 그 사이 민주화의 토대를 마련하기 위하여 네 차례의 헌법 개정을 하였다. 그 이전까지는 행정법원에 의한 행정명령에 대한 규범통제가 전부였다.¹⁴⁹⁾ 2001년 11월에 이루어진 제3차 헌법 개정을 통해서 민주화과정에서 다양한 헌법적 분쟁을 해결하고 최고 규범인 헌법의 규범력을 강화하기 위한 차원에서 헌법재판소제도 도입의 헌법적 근거를 마련하였다.¹⁵⁰⁾ 헌법재판은 민주화 이후의 헌법 개정이 단계적으로 진행되는 과정에서 국민협의회(the People's Consultative Assembly, PCA or Majelis Permusyawaratan Rakyat, MPR)¹⁵¹⁾가

148) When-Chen Chang(et, el.), 앞의 책, 54쪽.

149) 법률, 명령 등의 입법절차에 관한 법률(2004년 법률 제10호) 제7조 제1항에 의하면, 인도네시아의 규범체계는 규범력에 따라 1945년 헌법, 법률 및 법률적 효력을 갖는 정부령, 대통령령, 주 조례(Provincial Regional Regulation), 관할구/시 조례(Regency/City Regional Regulation), 마을 조례(Village Regulation) 순이다.

150) 인도네시아 헌법 제24조 제2항은 “사법권은 대법원 및 일반 하급법원, 종교법원, 군사법원, 행정법원에 의해 그리고 헌법재판소에 의해 이행된다.”

151) 국민협의회는 과거 군부독재 시절에는 국민의회의원, 직능대표 및 지역대표로 구성되었으며, 국민주권을 전적으로 행사하던 기관이었다.(구 헌법 제1조 제1항) 헌법제정권(제3조) 및 헌법개정권(제37조), 국가의 중요 시책결정권(제3조), 대통령 및 부통령 선출권 및 해임권(제6조 제2항) 등을 행사하였다. 그러나 민주화이후의 헌법 개정, 특히 제4차 개정(2002년 8월)으로 국민의회의원(550명)과 지역대표회의의원(168명) 합동으로 구성되며, 그 권한이 대폭 축소된 바 있다. 헌법 제 개정권(제3조 제1항)은 유지하고 있으나, 대통령선출과 관련하여 대통령궐위 시 또는 대통령 탄핵 시에만 임시 대통령 임명 기타 필요한 조치를 취할 수 있도록 제한되었으며 특히 중요 국가정책결

스스로 위헌법률심판권을 갖는다고 선언함으로써 비롯되었다.¹⁵²⁾ 국민협의회는 2002년 8월부터 헌법재판소 설립 시까지 과도기적으로 헌법상의 헌법재판을 대법원이 관할로 하도록 하였다. 2001년 헌법 개정 당시 국민협의회는 두 가지의 기본적 이유로 헌법재판소를 설치하고자 하였다. 첫째, 대법원에 너무 많은 사건이 계류된 상태였으며, 둘째, 사법부에 대한 신뢰 수준이 상당히 낮았다는 점이었다.¹⁵³⁾ 자료에 의하면 헌법재판소법이 제정될 당시 약 15,000 건이 대법원에 계류 중이었다.¹⁵⁴⁾ 이런 상태에서 대법원에 헌법재판이라는 새로운 부담을 지울 수가 없었다. 또한 당시 사법제도가 심각히 부패되었다는 국민적 생각이 새로운 독립된 사법기관으로서의 헌법재판소 설치의 계기가 되었다. 이 후 2003년 8월 13일 제정된 헌법재판소법(2003년 법률 제24호)에 의해 헌법재판소가 설치되었으며, 과도기적으로 대법원이 관할로 하였던 사건들이 2003년 10월 15일 헌법재판소에 이관되었다. 따라서 이를 살펴보는 것은 아시아지역의 헌법주의의 연구에 매우 중요한 부분이라 생각된다.

2. 인도네시아 헌법재판소의 구성

인도네시아 헌법재판소는 9명의 헌법재판관으로 구성되고, 대법원, 국민의회 및 대통령이 3명씩 각각 지명(헌법 제24C조 제3항)토록 함으로써 우리와 마찬가지로 3자 합동구성원리에 의해 헌법재판소를 구성한다. 반면에, 헌법재판소장 외에 부소장을 두도록 하고 있으며, 헌법재판소장 및 부소장을 재판관 중에서 호선한다(동조 제4항). 헌법재판소장 및 부소장의 선출은 만장일치 방식이 원칙인데(제4d항), 만장일치가 이루어지지 아닐 경우에는 다수 득표자를 헌법재판소장으로(제4g항) 차순위 득표자를 부소장으로 한다(제4h항). 또한 헌법기관의 임기를 필수적 헌법사항이라고 볼 때, 헌법재판소장 및 부소장의 임기와 이들을 포함한 헌법재판관의 임기를

정권이 폐지되었다.

152) 법원(法源) 및 법체계에 관한 국민협의회령(2000년 제3호, PCA Decree Number III/MPR/2000) 참조.

153) Tim Konstitusi P3I DPR RI, Academic Draft of Constitutional Court Act (Naskah Akademik RUU tentang Mahkamah Konstitusi), Jakarta, 23 April 2003, P. 3.

154) Rifqi Sjarief Assegaf, A Concept for Reducing Pending Case in the Supreme Court's Docket (Seputar Konsep Mengurangi Perkara di MA), workshop, Strategi Pembaharuan di Mahkamah Agung RI (Strategic Reform at the Supreme Court of Republic Indonesia, (2001), p. 1.

법률로 정하도록 한 점은 특이하며 헌법기관의 독립성에 문제를 제기할 수 있다. 현행법상 헌법재판관의 임기는 5년이며 1회에 한하여 연임할 수 있다(헌법재판소법 제22조). 헌법재판소장 및 부소장의 임기는 각각 2년 6개월이며(같은 법 제4조 제3항) 1회에 한하여 같은 지위에 연임할 수 있다(같은 조 제3a항).

3. 헌법재판관의 자격

재판관의 자격과 관련하여, 헌법 제24C조 제5항은 “헌법재판관은 완전하고 흠 없는 인격을 갖추고 공정하여야 하며, 헌법과 국가조직에 정통한 정치지도자이면서 국가공무원직을 겸할 수 없다.”고 규정하고 있다. 그 외에 2003년 법률 제24호 제16조에 의하면, 헌법재판관이 되기 위해서는 첫째, 인도네시아 국민일 것, 둘째, 법학사 학위소지자일 것, 셋째, 임명 시 만 40세에 달할 것, 넷째, 5년 이상의 형의 선고를 받지 아니한 자일 것, 다섯째, 법원에 의해 파산선고를 받지 아니한 자일 것, 여섯째, 법 영역에서 최소 10년 이상의 경력을 가질 것을 요구하고 있다.

4. 심리 및 결정

청구인은 청구인의 성명과 주소, 결정요구사항, 청구이유, 증거 등을 기재한 청구서부분 12부를 제출하여 심판을 청구하여야 한다(법 제29조 제2항 및 제31조 제1항 및 제2항). 사건접수일로부터 14일 이내에 최초 회의를 개최하며(법 제34조 제1항) 회의개최결정은 사건당사자와 일반인에게 공고한다(같은 조 제2항). 사전심사를 위해 최소한 재판관 3인 이상으로 구성되는 지정재판부(Panel)를 설치할 수 있다(법 제28조 제4항). 심리 및 결정은 재판관 7인 이상이 참석하는 경우를 제외하고는, 재판관 전원이 참석하는 전원재판부(Plenary Session)에서 실시한다(같은 조 제1항). 재판소회의(Court Session)는 일반인에게 공개하며 당사자, 증인, 전문가를 소환하여 증거를 수집하고 심리를 진행하고 소환대상자가 정당한 이유 없이 소환에 응하지 않을 경우 강제 구인할 수 있다(법 제38조). 증인 및 전문가는 각각 2인 이상이어야 한다(법 제42A조 제3항). 청구를 인용하기 위해서는 두 개 이상의 증거에 근거해야 한다(법 제45조 제2항). 결정은 전원재판부에서

재판관의 만장일치(unanimous consensus)에 의하고, 수차례의 시도에도 불구하고 만장일치에 이르지 못할 경우에는 다수결로 결정한다(법 제45조 제7항). 만일 다수 의견이 형성되지 않을 경우에는 당해 재판을 주재하는 재판소장 또는 부소장이 결정한다(같은 조 제8항). 만장일치가 이루어지지 않는 경우에는 반대의견을 결정문에 명시하여야 한다(법 제45조 제10항).

5. 헌법재판소의 권한

가. 위헌법률심판

(1) 의의

현행 인도네시아 헌법상의 위헌법률심판제도의 성격과 관련하여서는, 헌법재판소가 의회가 제정한 법률을 무효화함으로써 사법적 기능보다는 입법적 기능을 갖는 것으로 이해하고 따라서 헌법재판소는 사법부 외부에 별도로 위치해야 하는 것으로 이해하고 있으며, 이러한 차원에서 헌법 제24A조에서 대법원과 그 하급법원에 대해 규정하면서 별도로 제24C조에서 헌법재판소에 대해 규정하고 있는 것은 입법체계상 적절한 것으로 보고 있다.¹⁵⁵⁾

(2) 위헌심판의 성격·위헌심판결정의 효력 등

인도네시아에서의 위헌법률심판은 사후적이며 일종의 추상적 규범통제에 해당한다. 즉 구체적 사건과 관계없이 제정된 법률에 대해 위헌여부를 다룰 수 있다. 즉, 법률에 의하여 헌법상의 권리나 권능을 침해당하였다고 주장하는 인도네시아 국민, 관습법상의 공동체, 공·사법인 및 국가기관이 위헌법률심판을 헌법재판소에 청구할 수 있다(법 제51조 제1항). 위헌법률심판은 법률의 구체적 내용이 헌법에 위반되는지 여부에 대한 심판 또는 법률 체계가 헌법에 위반되는지 여부에 대한 심판으로 구분된다(법 제51조 제3항). 물론 경우에 따라서는 법률의 구체적 내용에 대한 위헌심판청구에도 불구하고 법률 체계에 대한 위헌심판이 동시에 행해질 수도 있다. 헌법에 위반되는 법률의 일부 또는 전부는 헌법재판소의 결정으로 일반적으로 효력을 상실한다. 동일한 법률 조항 등에 대한 반복적인 위헌심판청구는 허용되지

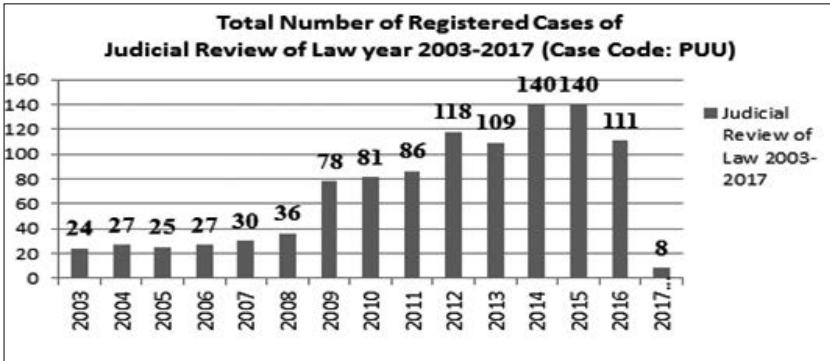
¹⁵⁵⁾ Jimly Asshiddiqie, *The Constitutional Law of Indonesia*, Sweet & Maxwell Asia, 2009, p. 477.

아니한다(법 제60조 제1항). 만일 헌법재판소에 위헌심판청구가 된 법률의 하위규범에 대한 재판이 대법원에 계속 중인 경우, 헌법재판소가 당해 법률에 대한 위헌심사를 할 경우 위반여부에 대한 헌법재판소의 최종 결정 시까지 해당 재판은 중단된다(법 제55조)

(3) 추상적 규범통제제도의 운영 현황

아래 <표 1>은 2003년부터 2017년까지 헌법재판소의 위헌법률심판 사례가 급격히 증가하는 경향이 있음을 보여준다. 위헌법률심사는 1945년 헌법 개정안과 개정 전의 법률 및 헌법재판소 설립 이전에 이루어진 법률에 따라 수행되었다. 알려진 바와 같이, 당시의 통치자를 위해 만들어진 새로운 질서(수하르토 정권) 시대에 만들어진 입법부의 많은 법률들은 시민들의 권리를 침해하였다. 아래 <표 2>는 1999년에서 2005년 사이에 부분적으로 혹은 전체적으로 위헌으로 결정된 법률들을 보여 준다.

<표 1> 2003-2013 위헌법률심판사건 총계



<표 2> 위헌심판 법률 규율영역

No	위헌 법률번호	관련 주제(CONCERNING)
1	No. 20 of 2002	전기(Electricity)
2	No. 22 of 2001	석유와 가스(Oil and Gas)
3	No. 32 of 2002	방송(Broadcasting)

No	위헌 법률번호	관련 주제(CONCERNING)
4	No. 12 of 2003	총선(General Election)
5	No. 13 of 2003	인력(Manpower)
6	No. 16 of 2003	테러리즘(Terrorism)
7	No. 45 of 1999	지방정부의 형성(Formation of the Provinces of Central Irian Jaya, West Papua, Regencies of Paniai, Mimika, Puncak Jaya and SorongCity)
8	No. 18 of 2003	변호인(Advocate)
9	No. 24 of 2003	헌법재판소법(Constitutional Court Act)
10	No. 5 of 2004	대법원법의 수정증보조항(Amendment of Law No. 14 of 1985 on Supreme Court)
11	No. 37 of 2004	파산과 부채 지급정지(Bankruptcy and suspension of debt payments)
12	No. 32 of 2004	지방정부(Local Government)
13	No. 40 of 2004	사회보장제도(National Social Assurance System)
14	No. 20 of 2003	교육제도(National Education System)
15	No. 13 of 2005	2006년 국가예산(State Budget of 2006)
16	No. 39 of 2004	인도네시아 해외이주노동자의 배치와 보호(Placement and Protection of Indonesian Migrant Workers Abroad)
17	No. 31 of 1999	부패척결(Corruption Eradication)

나. 권한쟁의심판

(1) 의의

인도네시아의 경우에 장기간의 권위주의체제하에 권력이 대통령이나 국민협의회에 집중되어 있었기 때문에, 민주화 이후에 권력분립원리에 바탕을 둔 권력구조에 대한 경험부족과 제도적 불비의 가능성으로 인하여 다양한 권한쟁의의 발생가능성을 배제할 수 없었을 것이다. 결국, 새로이 설립되는 헌법재판소에 헌법해석을 통한 분쟁의 해결을 기대하게 되었다.

(2) 구체적 내용

권한쟁의심판의 주체는 국가기관이며, 객체는 헌법에 인정된 권한이다.

헌법재판소법 제61조 제1항은, 권한쟁의에 직접적 이해관계가 있는 1945년 헌법하에 인정된 국가기관이 청구권자가 될 수 있다고 규정하고 있는데, 여기서 국가기관의 구체적 범위와 관련하여 논란이 제기될 수 있다. 구체적 사례를 보면, 인도네시아 헌법재판소는 이른바 상공회의소(Kamar Dagang dan Industri, KADIN) 결정¹⁵⁶⁾에서 최광의의 국가기관의 개념에 입각하여 상공회의소에 국가기관으로서의 지위를 인정한 바 있다. 즉, 국가가 단일 법주체로서의 상공회의소를 필요로 하는 한, 상공회의소는 일반적 사회조직과 동일한 것으로 여겨질 수 없으며, 따라서 1945년 헌법상의 결사의 자유 보장의 주체가 될 수 없다고 하였다. 결국, 헌법에 의해 권한을 부여받았는지 여부가 관련 기관의 국가 기관성 인정 여부에 중요한 의미를 가지게 된다. 만일 어느 기관이나 법주체로서의 조직이 1945년 헌법으로부터 직접 권한을 부여받았고 그 권한행사 중에 다른 기관과의 분쟁이 발생하였다면, 이러한 분쟁은 국가기관의 헌법적 권한에 관한 분쟁에 해당된다고 보았다. 헌법재판소는 심판대상인 권한의 행사와 관련하여 가치분결정을 할 수 있다(법 제63조).

다. 선거소송

(1) 의의

인도네시아 헌법 제24C조 제1항은 총선 결과에 대한 다툼을 헌법재판소의 관할로 하고 있다. 헌법재판소에 의한 선거소송은 선거의 공정성을 담보하고 대의민주주의의 실현에 기여하고 있는 것으로 평가받고 있다.

(2) 구체적 내용

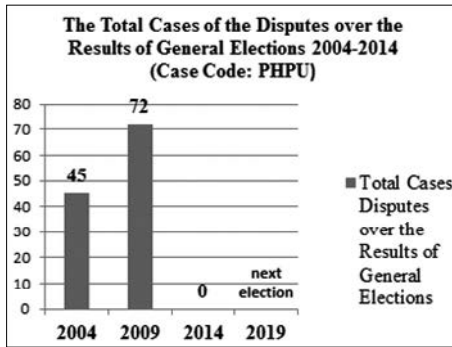
헌법 제24C조 제1항은 선거소송과 관련한 헌법재판소의 관할을 ‘총선(Pemilihan Umum, General Elections) 결과에 대한 분쟁’으로 하고 있는데, 여기서 ‘총선’의 의미를 어떻게 이해하느냐에 따라 그 범위가 달라질 수 있다. 인도네시아 헌법 제22E조 제2항에 의하면, 총선은 국민의회, 지역대표의회 및 지방의회의 의원 선거 그리고 대통령 및 부통령 선거에 실시될 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 지방자치단체장 및 부단체장 선거는 포함되어 있지 않다. 또한 선거소송은 선거관리위원회가 선거결과를 공포하지

¹⁵⁶⁾ Case No 066/PUU- II/2004, Official Gazette No 35/2005, Tuesday, may 3, 2005.

72시간 이내에 선거결과에 불복하는 후보자와 정당이 선거관리기관을 상대로 헌법재판소에 청구한다(헌법재판소법 제74조 제3항). 접수일 기준으로 대통령선거는 14일 이내, 기타선거는 30일 이내에 결정하여야 한다. 그런데, 청구기간과 관련하여 현실적인 문제가 발생하여 그 개선이 요구되고 있다.

위헌법률심판은 총선거에서 대통령과 부통령이 선출되고 하원 의원이 선출된 후에도 인도네시아 헌법 재판소에 하원, 대통령 및 DPD(인도네시아어: Dewan Perwakilan Daerah, 영어: Regional Representative Council, 지역 대표 위원회)의 입법권을 통제할 수 있는 권한을 부여한다. 헌법재판소는 아래 <표 3>에서 볼 수 있듯이 총선 결과에 관한 분쟁을 판결할 수 있는 권한을 가지고 있다.¹⁵⁷⁾

<표 3> 2004-2014 총선 결과에 대한 분쟁사건 총계



157) 예를 들어, 위의 표3에서, 2009년 총선거는 대통령과 부통령, 하원의원, 지역 대표 이사회 의원 및 지역 하원의원을 뽑는 선거였으며, 2009년 10월 20일부터 임기가 있었던 인도네시아의 제 6대 대통령 Susilo Bambang Yudhoyono은 Jusuf Kalla를 대신하여 Budidono 부통령 후보자와 함께 다시 대통령으로 지명되었으며, Prabowo는 메가와티 수 카나 푸 트리 (Megawati Soekarnoputri), Jusuf Kalla (2008년 부통령, 대통령 출마를 위해 부통령직에서 사임)의 러닝메이트로 부통령에 지명됐다. 2009년 7월 29일, Megawati와 Prabowo는 헌법 재판소에 사건 번호 109 / PHPU. B.VII / 2009와 함께 소송을 제기했다. Jusuf Kalla와 Wiranto뿐만 아니라 케이스 번호 108 / PHPU.B-VII / 2009도 있다. 그들은 Susilo Bambang Yudhoyono팀의 사기 사실을 발견했기 때문에 선거 결과에 대해 선거소송을 제기했다. 대통령과 부통령 후보자의 선거 결과에 대한 주장 외에도, 하원 의원과 지역 대표 이사의 후보자 중 선거 결과에 대한 많은 주장이 있다. 예를 들면, 말루쿠 선거구, 사건 번호 93 / PHPU.A-VII / 2009에 대한 2009년 DPD 회원을 위한 선거 분쟁 선거 결과에 관한 분쟁, 하원 의원, 지방의회 하원의원, 지방의 하원의원, 하원의 하원의원, 68호 / PHPU.C-VII / 2009, 청구인은 Damai Sejahtera Party였다. 대통령과 부통령의 선거 결과에 대한 분쟁의 총 건수는 2건으로, 하원 의원, 지역 대표위원회 의원 및 지역 하원 의원 선거 결과에 관한 분쟁 의원은 70명이었다.

라. 정당해산심판

(1) 의의

인도네시아 헌법은 정당을 대의민주제의 주요 축으로 인정하고 있으며, 결사의 자유의 반향으로서 이를 헌법적으로 제도화하고 보호하고 있다. 정당은 통치자에 의해 자의적으로 해산될 수 없을 뿐만 아니라, 대통령이나 국민의회의장 등 정당의 중요 직위에 있는 정치지도자들의 정치적 의도에 의해서도 해산될 수 없다. 구 정당법(1999년 법률 제2호)에 의하면 대법원이 정당 활동의 증거나 해산에 대해 관할을 갖는 것으로 하였었다. 2001년 11월 9일 제3차 헌법 개정 이후에는, 헌법 제24C조 제1항이 정한 바에 따라 헌법재판소의 결정에 의해서만 해산될 수 있을 뿐이다.

(2) 구체적 내용

헌법재판소법 제68조에 의하면 정당해산심판의 청구인은 정부이며, 정부는 헌법에 반하는 것으로 여겨지는 관련 정당의 이념, 강령, 목적, 프로그램 및 활동에 대해 명백히 서술하여야 한다. 헌법재판소는 청구가 접수된 날부터 60일 이내에 결정하여야 한다(법 제71조).

마. 대통령 및 부통령에 대한 탄핵심판

(1) 의의

헌법재판소는 국민의회의 청구로 대통령 또는 부통령이 위법행위를 하였는지 여부에 대하여 심판한다. 일종의 탄핵심판으로서 대통령 또는 부통령의 위법행위에 대해서는 일종의 특권적 법원 내지는 특별 법원으로서의 헌법재판소에 의해 그 위반여부를 다투도록 한다는 의미를 갖는다.

(2) 탄핵심판의 3가지 절차

인도네시아에서의 탄핵절차는 두 단계의 정치적 절차와 한 단계의 사법적 절차로 구성되어 있고 세 개의 헌법기관이 단계적으로 각각 역할을 맡고 있다.

첫째 절차는 국민의회의 청구절차이다. 즉, 국민의회의는 정부에 대한 통제기능을 수행하는 과정에서 대통령 또는 부통령이 반역, 부패, 뇌물, 다른

중대한 범죄행위나 도덕적 타락행위를 하였다거나 또는 더 이상 대통령 또는 부통령으로서의 직을 수행할 자격에 합당치 못하다고 판단할 경우에, 그 위법여부 등에 대하여 국민의회 재적의원 2/3 이상의 출석에, 출석의원 2/3 이상의 찬성을 얻어 헌법재판소에 탄핵심판을 청구할 수 있다(헌법 제7B조 제3항).

둘째 절차는 헌법재판소에 의한 사법적 절차이다. 헌법재판소에서의 절차는 변론주의 원칙에 의하며, 헌법재판소는 국민의회가 심판을 청구한 날로부터 90일 이내에 대통령 또는 부통령의 관련 행위가 위법한지 여부에 대하여 조사, 심리 및 결정을 하여야 한다(헌법 제7B조 제4항).

셋째 절차는 국민협의회(MPR)¹⁵⁸에 의한 최종적인 정치적 절차이다. 만일 헌법재판소가 국민의회의 청구를 인용하여 대통령 또는 부통령이 반역, 부패, 뇌물, 다른 중대한 범죄행위나 도덕적 타락행위를 하였다거나 또는 더 이상 대통령 또는 부통령으로서의 직을 수행할 자격에 합당치 못하다고 결정할 경우, 국민의회는 대통령 또는 부통령을 파면하도록 국민협의회에 제안할 수 있다(헌법 제7B조 제5항). 이 경우, 국민협의회는 국민의회가 제안한 날로부터 30일 이내에 대통령 또는 부통령의 파면여부에 대해 의결하여야 하며(헌법 제7B조 제6항) 재적의원 3/4 이상의 출석과 출석의원 2/3 이상의 찬성으로 대통령 또는 부통령을 파면할 수 있다(헌법 제7B조 제7항).

(3) 5가지 탄핵사유

1) 반역행위

반역행위는 국가안전에 반하는 범죄행위로, 인도네시아 형법 제2권 제1장에 규정된 국가 안전에 관한 범죄 및 테러근절법(2003년 법률 제15호) 상의 관련 범죄를 주 내용으로 한다.

2) 부패 및 뇌물

부패근절법(1991년 법률 제20호, 1999년 법률 제31호로 개정) 제10조

158) 국민협의회(일명, 마젤리스, Majelis Permusjawaratan Rakjat)는 총선거로 선출되는 국민의회 혹은 국회(드완 페와킬란 라크야트, Dewan Perwakilan Rakjat)의원과 각 지역대표로 구성되는 대의기구이며, 1945년 헌법에 의해 대통령과 부통령을 선출하고 해임할 수 있는 권한을 갖고 있었으나, 1999년 헌법 개정 이후 직선대통령제로 바뀌면서, 대통령과 부통령 해임권만 갖게 되었다.

제3항 제b호는 부패와 뇌물을 범죄로 규정하고 있는데, 일반적 의미에서의 부패, 공무원 지위에서의 부패 및 사법질서방해에 관련된 부패로 구분하고 있다.

3) 기타 중대 범죄

기타 중대 범죄란, 2003년 법률 제24호 제10조 제3항 제c호에 규정된 5년 이상의 징역형에 처해질 수 있는 범죄행위를 말한다.

4) 도덕적 타락행위

2003년 법률 제24호 제10조 제3항 제d호에 의하면, 도덕적 타락행위란 대통령 또는 부통령에 대한 모욕행위를 말한다.

5) 대통령 또는 부통령으로서의 자격상실

헌법 제6조 제1항 및 2003년 법률 제24호 제10조 제3항 제e호에 의하면, 대통령 및 부통령은 우선 출생부터 인도네시아 국민이어야 하고, 다른 국적을 취득한 적이 없어야 한다. 또한 국가에 대한 반역행위를 한 적이 없어야 하며, 대통령 또는 부통령은 정신적으로나 육체적으로 대통령 또는 부통령으로서의 국가적 의무와 책임을 수행할 수 있어야 한다.

〈표4〉 인도네시아 헌법재판소 심판 사건 통계

	위헌법률심판	권한쟁의심판	선거소송	
			국민의회, 지방의회 및 지역대표 의회의원 선거 등	지방자치 단체장 선거
2003	24	0		
2004	27	1	45	
2005	25	1		
2006	27	4		
2007	30	2		
2008	36	3		27
2009	78	0	72	3
2010	81	1		230

	위헌법률심판	권한쟁의심판	선거소송	
			국민의회, 지방의회 및 지역대표 의회의원 선거 등	지방자치 단체장 선거
2011	86	6		132
2012	118	3		105
2013	109	3		192
2014	140	0	0	9
2015	140	1		
2016	111			151
계	1032	25	117	849

* 출처: 인도네시아 헌법재판소 2015년 보고서 (Laporan Tahunan Mahkamah Konstitusi 2015, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/public/content/infoumum/laporantahunan/pdf>)에 근거하여 작성하였음.¹⁵⁹⁾

III. 타일랜드의 헌법재판제도

타일랜드는 입헌군주국이며 정부형태로 의원내각제를 취하고 있다. 국회는 상원과 하원으로 이루어진 양원제를 채택하고 있다. 하원은 500명의 하원의원으로, 상원은 200명의 상원의원으로 구성된다. 하원의원의 임기는 4년이며¹⁶⁰⁾ 500명의 하원의원 중 400명은 지역구 대표로 뽑고 100명은 정당명부식 비례대표제로 뽑는다.¹⁶¹⁾ 상원의원의 임기는 6년이고 200개의 창와트(선거구)에서 최고득표자 1명씩을 선출하는 소선거구를 채택하고 있다. 상·하원 합동회의가 열릴 경우에 그 의장은 하원의장이 맡고 부의장을 상원의장이 맡는데에서¹⁶²⁾ 알 수 있는 바와 같이 하원의 지위가 상원보다 높다. 입법권과 관련해서도 하원이 법률안제출권, 심의권, 의결권을 모두 가지는데

159) 헌법재판소법 2003년 법률 제24호 제51조 (1)항은 법률의 위헌성을 헌법재판소가 검토할 때 개별 인도네시아 시민은 청구인이 될 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 관련 개인의 헌법상의 권리가 위헌심사의 대상이 되는 법률에 의해 침해되었다고 탄원할 수 있다. 대법원과는 별도로 법의 지배, 권력의 견제 및 균형의 원칙에 따라 민주주의와 헌법을 보호하고 인민의 헌법적 권리와 인권을 적절하게 보호하는 것이 헌법재판소의 목적이다.

160) 타일랜드 헌법 제114조

161) 타일랜드 헌법 제98조

162) 타일랜드 헌법 제91조

비해서 상원은 법률안심의권만을 갖는다.¹⁶³⁾

1. 타일랜드 헌법재판소의 구성

타일랜드 헌법재판소는 소장을 포함한 15명의 재판관으로 구성된다. 소장은 재판관 가운데에서 호선한다.¹⁶⁴⁾ 헌법재판관의 임기는 9년이며 중임할 수 없다.¹⁶⁵⁾ 재판관의 정년은 70세이다.¹⁶⁶⁾

헌법재판관의 선출에 내각의 참여는 배제되고 상·하원으로 구성된 국회와 법원이 헌법재판관을 선출한다. 우선 법원은 일반 민·형사 사건의 최고법원인 대법원과 행정사건의 최고법원인 최고행정법원이 헌법재판소 구성에 간여한다. 대법원이 5명의 헌법재판관을 대법관들 간의 직접 비밀투표로 선출하고 최고행정법원이 2명의 헌법재판관을 직접 비밀투표로 선출한다.

다음으로 상·하원으로 구성된 국회에서는 8인의 헌법재판관을 선출하는데, 국회에 설치하는 재판관선출위원회를 통해 헌법재판관을 선출한다. 이 재판관선출위원회는 대법원장, 전국의 법과대학장 및 동급의 고등교육기관의 장 가운데에서 선출된 4명의 학장, 전국의 정치대학장 및 동급의 고등교육기관의 장 가운데에서 선출된 4명의 정치대학장, 하원의석을 가진 정당을 대표하는 자 가운데에서 선출된 4명 등 총 13명으로 구성된다. 이 재판관선출위원회는 위원 4분의3 이상의 찬성으로 법학 분야의 재판관 후보 10명, 정치학 분야의 재판관 후보 6명을 선정하여 그 명단을 상원의장에게 제출한다. 상원은 이 후보들을 대상으로 한 투표를 통해 상원의원 재적 과반수 득표자 중에서 득표순으로 법학분야의 재판관 후보 5인, 정치학 분야의 재판관 후보 3인을 확정한다. 이 과정들에서 하원은 총 13명의 재판관선출위원회 위원 중 4명을 선출하며, 상원은 위에서 본 바와 같이 재판관선출위원회가 선출한 재판관의 2배수인 16명의 재판관 후보 중에서 8명의 재판관을 최종적으로 선출하는 방식으로 헌법재판소 구성에 간여한다.

163) 타일랜드 헌법 제169조

164) 타일랜드 헌법 제255조

165) 타일랜드 헌법 제259조

166) 타일랜드 헌법 제260조

2. 헌법재판관의 자격

위에서 본 바와 같이 타일랜드에서는 상·하원의 국회에서 선출하는 8명의 헌법재판관 중에서 5명은 법학전문가로, 3명은 정치적 전문가로 선출하며, 대법원과 최고행정법원에서 선출한 헌법재판관들을 합쳤을 때 15명의 헌법재판관 중에서 7명은 법관 중에서, 8명은 법학과 정치적 전문가 집단 중에서 선출한다. 이것은 헌법재판의 본질을 전통적인 사법적 성격 이외에 정치적 성격을 아울러 가지는 정치적 사법작용으로 이해한 결과로 분석된다. 따라서 법조 직역 이외의 직역에도 헌법재판관 자격을 개방하고 있다.

법관 이외 전문가 집단 출신의 헌법재판관의 자격에 관해서는 타일랜드 헌법 제256조가 구체적인 규정을 두고 있다. 45세 이상의 타일랜드 국민이어야 하고, 과거에 장관, 옴부즈만, 선거관리위원, 국가인권위원, 반부패위원, 감사위원, 대검찰장, 사무총장급 이상이었던 자 혹은 교수이어야 한다. 또한 일부 현직 공무원들은 헌법재판관이 될 수 없게 하고 있다. 상·하원의원, 정무직 공무원, 지방자치단체장이나 지방의회의원, 선거관리위원, 옴부즈만, 국가인권위원, 반부패위원, 행정법원판사, 감사위원은 헌법재판관이 될 수 없다. 또한 헌법재판관으로서의 임기 개시 전 3년 이내에 정당의 당원이었던 자도 헌법재판관이 될 수 없다.

3. 심리 및 결정

헌법에 다른 특별한 규정이 없는 한 헌법재판관 15명 중 9명 이상의 출석으로 심리하고 출석 재판관 과반수의 찬성으로 결정을 내린다.¹⁶⁷⁾ 타일랜드의 경우 위헌결정이든, 합헌결정이든 구분 없이 일률적으로 출석 재판관 과반수의 찬성으로 결정을 내릴 수 있게 하고 있는 점에서 위헌이나 인용결정을 위해서는 권한쟁의심판을 빼고 나머지 심판유형들에서 재판관 6인 이상의 찬성을 요하는 우리 헌법재판소와 차이를 보인다. 다만 긴급명령에 대한 위헌결정을 위해서는 재판관 3분의2 이상의 찬성을 요하게 하고 있다.¹⁶⁸⁾

헌법재판소의 결정은 최종적이어서 불가변력을 가진다. 또한 헌법재판소의 결정은 기속력도 가져서 내각, 국회, 법원 기타 국가기관을 기속한다.

167) 타일랜드 헌법 제267조

168) 타일랜드 헌법 제218조 제4항

4. 헌법재판소의 권한

타일랜드의 헌법재판소는 추상적 규범통제와 구체적 규범통제를 아우르는 위헌법률심판권, 권한쟁의심판권, 위헌정당해산심판권을 포함하는 정당관련 심판권, 반부패심판권 등 다양한 헌법재판권을 가지지만 우리 헌법재판소와는 달리 헌법소원심판권은 가지고 있지 않다.

제3장 아시아에서의 국제적 사법주의의 실현과 관련된 헌법주의(constitutionalism)와 다원주의(pluralism)에 대한 검토

- 기존의 헌법주의모델과의 비교검토 -

제1절 헌법적 다원주의

1. 헌법적 다원주의의 의미

아시아에서의 아시아 인권법원과 같은 국제적 사법기관의 설립을 정당화하는 법적 연구의 시발점은 헌법주의(constitutionalism)와 다원주의(pluralism)이라는 기본적 시각에서 찾고 있다.¹⁶⁹⁾ 헌법적 다원주의(constitutional pluralism)는 일반적으로 비위계질서적 방식으로 해결되는 서로 다른 헌법질서들 사이의 잠재적 헌법적 분쟁들이 야기되는 전후적 상황(context)을 만들어 내는 공권력의 헌법적 근거의 다양화 현상(phenomenon of a plurality of constitutional source of authority)을 설명하는 개념이다.¹⁷⁰⁾ 이러한 맥락에서 볼 때 법적 다원주의(legal pluralism)는 경쟁하는 법적 공간(legal site)과 사법적 질서의 증가 그리고 해당문제와 관련된 법의 근원, 즉 법원(legal sources)의 확장을 언급하기 위하여 사용될 수 있기 때문에, Miguel Poiares Maduro는 이러한 법적 다원주의는 법원의 역할과 사법적 판결과 해석에 영향을 미친다고 보고 있다. 따라서 그는 다원주의의 영향은 법원에 의하여 사용되는 해석모델 그리고 사법적 판결의 제도적 범위와 관련성을 가진다고 보고 있다.¹⁷¹⁾

169) Miguel Poiares Maduro, Court and Pluralism, in *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance* 356 (Cambridge University Press 2009).

170) Maduro, 위의 논문, 356쪽.

171) Maduro, 위의 논문, 356쪽.

II. 다원주의의 외면적 형식과 내면적 형식의 구별

Miguel Poiares Maduro는 헌법적 다원주의와 법적 다원주의를 분석·설명하기 위해서는 우선적으로 다원주의의 외면적 형식(external form)과 내면적 형식(internal form)을 구별할 필요성을 제기한다. 그에 의하면 내부적 다원주의(internal pluralism)는 특정한 법질서에 내재되어 있는 다원주의를 말한다. 이는 다시 말하면 다양한 권력기반이 공존하는 법질서를 상호간에 서로 인정하고, 이러한 법질서가 항상 비위계질서적인 관계속에서 조직되지 않는 것을 의미한다. 이러한 법질서의 전형적인 형태가 유럽연합이다.¹⁷²⁾

III. 내부적 다원주의의 특징 : 유럽연합의 사례를 중심으로

내부적 다원주의의 4가지 근원을 유럽연합에서 발견할 수 있다. 첫 번째로 헌법적 근원(constitutional source)의 다양성이다(유럽과 구성국가). 이러한 헌법적 근원의 다양성은 유럽연합이 헌법, 특히 일반적 법원칙(general principle of law)을 만드는 근거를 제공하였다.¹⁷³⁾

두 번째는 구성국가의 국내적 헌법규칙(constitutional rules)에 대한 유럽연합의 규칙들의 최고성(supremacy of EU rules)의 인정이다. 이러한 유럽법의 최고성은 무조건적으로 인정되었고, 때로는 구성국가의 헌법재판소에 의한 저항에 부딪치기도 하였다. 이것은 유럽법에 일종의 쟁취된 혹은 합의된 규범적 권위(contested or negotiated authority)를 부여하였다. 세 번째로 유럽연합은 전통적인 헌법적 분류기준에 이의를 제기하는 새로운 권력형태(new forms of power)를 출현시켰다.

조약의 헌법예로의 전환의 두 번째 유형인 합의(cosens)에서 강제(compulsion)로의 이행의 대표적인 전형은 유럽연합이다. 그래서 일반적인 유럽연합의 거버넌스구조(governance structure)에 있어서 조건이 부여된 다수결(qualified majority voting)의 강제적 요소가 존재하고, 유럽연합법원(ECJ)은 구성국가자격 유지조건으로서 모든 구성국가에 대하여 강제적 관할권(compulsory jurisdiction)을 행사하여 왔다.¹⁷⁴⁾

172) Maduro, 위의 논문, 356쪽.

173) Maduro, 위의 논문, 356쪽.

174) Stephen Gardbaum, Human Rights and International Constitutionalism, in Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (eds.) Ruling the World?

제2절 국제적 헌법주의

1. 국제적 헌법주의의 의미

국제법의 헌법화라는 용어에 대하여 논의하는 과정에서 우선적으로 국제법의 헌법화(constitutionalization of international law)와 국제법 안에서의 헌법화(constitutionalization within international law)를 구별할 필요가 있다. 전자는 일반적 국제법의 헌법화(constitutionalization of general international law) 과정으로서 UN 헌장(Charter of the United Nations)과 같은 보편적 인권보장체계의 구축을 위한 국제법의 헌법화 과정이다. 후자는 국제적 하부체계 속에서 결정을 내리는 주체(adjudication bodies)와 연관성을 가지고 행해지는 발전과정(developments)으로서, 국제적 하부체계의 헌법화(constitutionalization of international subsystem)로 설명된다.¹⁷⁵⁾ 그러한 예로서 최근의 국제무역기구(World Trade Organisation, WTO)의 헌법화 문제¹⁷⁶⁾를 들 수 있다.

국제법과 인권보장의 영역에 있어서 세계화(Globalization)¹⁷⁷⁾의 또 다른 목적은 새로운 국제법질서에 제1차적인 주체(primary subject of the new international legal order)로서 개인(the individual)에 대하여 매우 주목할 만한 그리고 윤리적으로 매우 중요한 이동을 하는 것이다.¹⁷⁸⁾ 아직 여전히 국제법질서의 기초로서 국가를 대체할 만한 강력한 주체가 될 수는 없지만,

Constitutionalism, International Law, and Global Governance, Cambridge: Cambridge University Press 249 (2009).

175) Wahl, 위의 책, S. 191 ff.

176) Debora Z. Cass, The Constitutionalization of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade, 12 European Journal of International Law 39 (2001); Cass, The Constitutionalization of the World Trade Organisation, Legitimacy, Democracy and Community in the international Trading System (Oxford University Press 2005); John H. Jackson, Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law (Cambridge University Press 2006).

177) 세계화와 국제법과의 관계에 대해서는 다음을 참조. Armin von Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts - eine Bestandaufnahme, ZaöRV 63 (2003), S. 853 ff.

178) 이에 대한 일반적인 저서는 Antonio Cassese, Interantional Law in a Divided World (Oxford University Press 1986).

개인은 점차적으로 국제공동체(international community)에 의하여 국제적인 실질적 권리(material rights)와 이해관계(interests)의 보유자(holding)로서 간주되고 있다. 국제조약(international treaty)과 국제관습법(international customary law)의 발달로 인하여 국제법상의 각 개인들의 권리와 이해관계들은 각 개별국가의 범위를 넘어서서 논의되고 결정된다. 국가 안에서의 개인의 지위는 외부적 감독(external scrutiny)의 주체로서 그리고 몇몇 극단적 상황에서는 외부적 개입(external intervention)의 원인이 되기도 한다. 또한 자기결정권(right to self-determination)과 발전권(rights to development)에 대한 국제적 인정의 형태로서 집단적 권리(group rights)도 국가의 지위(statehood)에 대한 유사한 도전이 된다.¹⁷⁹⁾

국제적 헌법주의(international constitutionalism)가 현재 일반 국제법 학자들 사이에 유행하고 있다. 유럽에서 1930년대 이후 주장된 이래로,¹⁸⁰⁾ 1990년대에 다시 재론된 이후, 계속 논의되고 있는 국제법의 헌법화(constitutionalization of international law) 논의는 서로 다른 사람들에게 서로 다른 의미를 가진 형태로, 아주 다른 근거를 가지고 논의되었다. 이렇게 국제법의 헌법화 논의는 이렇게 각자 다른 이유로 시작되었고 다른 근거를 가지고 비판되고 있다.¹⁸¹⁾ 이와 관련하여 국제법 학자들은 종종 국제적 헌법주의를 국제법의 제도화(institutionalization of international law)의 결과로 해석하기도 한다.¹⁸²⁾

국제적 헌법주의에 관한 논의는 초국가적 공간에 나타나는 거버넌스(governance) 헌법적 실행(constitutional practice) - 그리고 헌법적 담론(constitutional discourse) - 에 관한 것이다. 몇몇 이들에게는 이것이 이상한 주제로 보일 수도 있다. 헌법주의(constitutionalism)의 역사적 전개와 관련된 헌법적

179) Spencer Zifcak, Globalizing the rule of law. Rethinking Values and reforming institutions, in: Spencer Zifcak (ed.), Globalization and the Rule of Law 34 (Routledge 2005).

180) Alfred Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft (Wien 1926); Hermann Mosler, The International Society as a Legal Community, 140 RECUEIL DES COURS 1 (1974).

181) Samantha Besson, Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism and Democracy, in Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (eds.) Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance 381 (Cambridge University Press 2009).

182) Andreas L. Paulus, The International Legal System as a Constitution, 위의 책, 69쪽.

담론(constitutional discourse)은 주로 국내법적인 배경(domestic legal setting) 속에서 행해졌다. 그렇다고 해서 헌법주의에 관한 담론 자체가 반드시 국내적 헌법주의의 독점적 사항이라고 볼 수는 없다.

최근에 글로벌 거버넌스(global governance)에 대한 사유방법으로서 국제적 헌법주의에 대한 다양한 형태의 연구가 행해지고 있다. 많은 이들이 국민국가를 넘어서는 법질서(legal order beyond the nation-state)를 설명하기 위하여 헌법적 은유(metaphor of a constitution)를 사용하는 실험을 시도하고 있다.¹⁸³⁾ 국제적 분쟁의 해결과 관련된 무력사용의 문제와 관련해서는 UN 헌장(UN Charter)을 국제공동체의 헌법(constitution of the international community)으로 이해하고,¹⁸⁴⁾ 국제법 속에서의 헌법질서성립의 정당화 시도는 또 다른 측면에서 인권이 국제적 권력행사의 정당성의 근거로서 인정되는 것을 정당화시킨다. 이와 관련하여 몇몇 무역학자들은 우리가 국제무역기구(World Trade Union, WTO)를 헌법적 질서로 이해할 것을 제안한다.¹⁸⁵⁾ 이러한 점들을 고려해 볼 때 국제법의 헌법화 논의는 글로벌 거버넌스가 어떻게 행해질 것인가 하는 문제를 재검토하기 위하여 행해지는 많은 노력들 중의 하나로 볼 수 있다.¹⁸⁶⁾ 왜냐하면 글로벌 거버넌스가 행해지는 국가의 외부영역 그리고 국가들 사이를 규율하는 법질서 역시 이 문제에 대한 법적인 접근을 시도함에 있어서 법의 본질(nature of law)에 대한 검토를 시도해야 하기 때문이다. 최근 수년간 초국가적 거버넌스(transnational governance)의 많은 공간들 속에서 헌법적 담론의 증대가 목격되고 있다. 이에 대한 대응으로서 국제적 헌법의 존재와 효력에 대하여 연구하는 학문적 분야가 급격하게 증가하고 있다. 이러한 학문적 연구분야는 국제관계, 국제법 그리고 세계적 거버넌스에 대한 학문적 통찰력을 이끌어 냄으로서, 이와 관련된 초기의 연구성과들을 확장시키고, 국제적 헌법에 관한 논의를 설명하고 분석하고 그리고 발전시킨다. 이러한 연구목적을 실현하기 위하여 국제법의 헌법화에 대한 논의들은 국가를 넘어서는 헌법질서의 개념적 일관성 그리고 규범적 바람직함에 대하여 검토하고 세계적

183) David Kennedy, *The Mystery of Global Governance*, 위의 책, 37쪽.

184) Bardo Fassbender, *The United Nations Charter As Constitution of The International Community*, 36 *Colum. J. Transnat'l L.* 530 (1998); 같은이, *Rediscovering a Forgotten Constitution on the Place of the UN Charter in the International Legal Order*, 위의 책, 133쪽.

185) Kennedy, 위의 책, 37쪽.

186) Kennedy, 위의 책, 38쪽.

헌법주의(global constitutionalism)에 대한 논의에 있어서 무엇이 문제가 되는지에 대해서 연구한다.¹⁸⁷⁾

II. 아시아 각국의 공통적인 헌법주의적 기반에 대한 분석

Harald Hongju Koh는 1999년에 발간된 자신의 논문 ‘어떻게 국제인권법은 실행되는가(How is International Human Rights Law Enforced)’라는 논문 속에서 인권규범(human rights norm)은 실행되지 않는 근거로서 인권규범은 너무 막연하고 너무 큰 열망을 담은 것이기 때문이라는 인권규범의 내용적 취약성과 인권규범의 실행메커니즘(mechanism) 자체가 확실함이 없다는 조약체제의 문제점도 지적하고 있다. 더 나아가서 각 국가들이 자신들의 인권법 위반을 자제할 수 있는 경제적인 자기 이익 혹은 정치적 의지를 가지고 있지 않기 때문이라는 점을 지적하고 있다.¹⁸⁸⁾ 따라서 그는 국제인권법은 실제적인 국내법과 같은 집행력을 가지지 않는다고 보고 있다.

그는 어떻게 국내법(domestic law)이 실행되는가 라는 질문을 제기하면서 왜 이와 유사한 질문인 국제인권법이 집행되고 있는지 여부에 대한 질문을 왜 제기하지 않는가 하는 질문을 제기한다. 그는 국제인권법의 이러한 국제적 규범들은 약하게(underenforced), 즉 불완전하게 실행되기 때문이라고 설명한다. 왜냐하면 이 규범들은 어떤 복잡한, 잘 이해될 수 없는 법적 소송절차(legal process)를 통해서 실행되기 때문이라는 것이다.¹⁸⁹⁾ 이를 Koh교수는 다국적 법적 소송절차(transnational legal process)로 명명한다. 그에 의하면 다국적 법적 소송절차는 다음의 세 가지 과정(phase)으로 구성되는데, 이는 국제인권법의 세계적 규범(global norm)이 논의되고, 해석되고 그리고 최종적으로 국내적 법체계에 의하여 인정되는(internalize) 제도적 상호작용(institutional interaction)의 단계이다.¹⁹⁰⁾ 그렇지만 그는 상호작용(interaction), 해석(interpretation) 그리고 국내법적인 인정(internalization)을 통해서 국제인권법이 실행되는 이러한 복잡한 다국적 법적 소송절차의 존재를 주장하는 것이 항상 이러한 소송절차가 기능한다는

187) Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman, A Functional Approach to International Constitutionalization, 위의 책, 3쪽.

188) Koh, 위의 논문, 1398쪽.

189) Koh, 위의 논문, 1399쪽.

190) Koh, 위의 논문, 1399쪽.

것 혹은 이러한 소송절차가 잘 기능한다는 것을 이야기하는 것은 아니라고 주장한다. 그는 우선적으로 이러한 다국적 법적 소송절차는 매우 산발적으로 진행되고 있으며, 경우에 따라서는 Cambodia, Bosnia 그리고 Rwanda에서 나타난 바와 같이 다국적 법적 소송절차의 극적인 실패의 예를 들고 있다. 그럼에도 불구하고 또 때때로 이러한 국제인권법이 실행되는 다국적 법적 소송절차가 성공적으로 진행되는 경우도 있다. 따라서 그는 이러한 사례들은 우리들에게 이러한 소송절차가 무시되는 것이 아닌, 이를 더욱 발전시키고 배양시켜야 한다는 점을 정당화할 수 있는 근거를 제시한다고 주장하고 있다.¹⁹¹⁾

어떻게 국제인권법의 실행의 교훈을 세계화할 수 있는가 라는 질문에 대한 해답을 Koh교수는 국제인권법의 제도적 상호작용, 해석 그리고 이러한 규범들을 국내법 체계 속으로 수용하려는 시도(국내법적 수용)를 통해서 가능하다고 설명하고 있다. 그는 이러한 기본적 입장을 다음의 두 가지 부분으로 나누고 있다.¹⁹²⁾ 첫 번째, 어떻게 다국적 법적 소송절차가 이론적으로 국제인권법에 대한 국내적인 복종(obedience)을 증진시킬 수 있는가? 두 번째, 상호작용, 해석 그리고 국내법적 수용으로 언급되는 다국적 법적 소송절차가 어떻게 실제 사례에서 그대로 적용될 수 있는가?

그는 첫 번째 단계에 해당하는 질문인 왜 국가는 국제인권법을 준수해야 하는가 하는 질문과 관련하여 규칙(rules)과 행위(conduct)의 4가지 관계인 일치(coincidence), 합치(conformity), 순종(compliance) 그리고 준수(obedience)의 예를 들고 있다.¹⁹³⁾

그가 드는 일치(coincidence)의 예는 영국에서의 left drive(도로의 좌측으로의 운전)이다. 그는 좌측운전을 개인이 따를 때, 이는 한 개인이 규범을 따르는 것을 설명하는 것이 되지만, 왜 국가를 통틀어 수많은 사람들이 그렇게 하지 않는가에 대한 설명은 되지 않는다고 보고 있다.¹⁹⁴⁾

그는 합치(conformity)와 관련하여, 어떤 규칙을 잘 알고 있고, 그 규칙을 따르는 것이 편리하다면(convenient), 자신의 행동을 그 규칙에 합치되게 조정하지만, 그것이 불편하다면 규칙에 합치되게 행위를 조정할 의무는 느끼지 않는다 라고 설명한다. 그 예로서 그는 외국인이 인적이 드문 도로에서는 반대로 운전하는 경우를

191) Koh, 위의 논문, 1399쪽.

192) Koh, 위의 논문, 1399쪽.

193) Koh, 위의 논문, 1400쪽.

194) Koh, 위의 논문, 1400쪽.

들고 있다.¹⁹⁵⁾

그에 의하면 순종(compliance)은 규칙을 잘 알고 있고, 그 규칙을 따라야하는 외부적 이유(external reasons) - 특별한 보상, 보험 상의 이익 수령, 특정한 종류의 나쁜 결과를 피하기 위하여 규칙을 따르는 경우이다. 이것은 사람들이 규칙을 준수해야할 도덕적 의무를 느끼지 않음에도, 누군가가 그 규칙을 따르려고 결정하는 이유가 된다.¹⁹⁶⁾

최종적으로 네 번째 가능성 준수(obedience)는 개인 혹은 조직이 그 규칙을 어떻게 해서든지 내부적으로 수용하고, 그것을 자신들의 내부적 가치체계의 한 부분으로 만들었기 때문에 규칙에 의하여 규정된 행위를 수용하는 개념이라고 그는 설명하고 있다.¹⁹⁷⁾ 그는 이러한 개념의 순서를 일치(coincidence) → 합치(conformity) → 순종(compliance) → 준수(obedience)로 이전시킴을 통해서 규범의 내면화(norminternalization)의 증가를 인식할 수 있다고 주장한다.¹⁹⁸⁾ 한때는 마지못해 규칙을 받아들이는 단계에서 습관적으로 이를 준수하는 형태로, 규칙은 어떤 종류의 외부적 제재로부터 시작해서 내부적 정언명령(internal imperative)이 된다고 그는 주장한다.¹⁹⁹⁾ 그는 법집행(lawenforcement)의 가장 효율적인 형태는 외부적 제재의 부과가 아니라 내부적 준수의 설득함(inculcation of internal obedience)이라고 주장하면서, 많은 교통법률, 쓰레기 법(litter laws), 새 법들이 자발적인 내부적 준수를 통해서 실행된다는 것을 예로 들고 있다.²⁰⁰⁾

헌법과 국제법 사이의 유사성 혹은 그 실행(enforcement)과 준수(obedience)에서의 차이점의 일반적 정도가 어떠한 관계없이,²⁰¹⁾ 국내의 권리장전(bills of rights)과 국제인권법은 의심할 여지없이 그들의 관할권(jurisdiction) 내에 있는 국민들(people)에 대하여 정부가 할 수 있는 것에 대하여 한계를 설정하는 동일한 기본적 기능을 수행한다.²⁰²⁾ 헌법주의의 국제적 발전을 주도하는 국제인권법은 국가들 사이의 주권적 평등성을 전제로 하고 있는

195) Koh, 위의 논문, 1400쪽.

196) Koh, 위의 논문, 1400쪽.

197) Koh, 위의 논문, 1400쪽.

198) Koh, 위의 논문, 1400쪽.

199) Koh, 위의 논문, 1400쪽.

200) Koh, 위의 논문, 1401쪽.

201) Gardbaum, 앞의 논문, 233쪽

202) Gardbaum, 앞의 논문, 234쪽.

국제법의 전통적인 수평적 패러다임(horizontal paradigm)을 보다 수직적인 헌법적 패러다임(constitutionalist paradigm)으로 교체하는 것을 요구하는 중요한 근거가 된다. 개별국가의 헌법은 그 국가 내에서만 효력을 가지기 때문에, 이러한 국가헌법이 더 이상 효력을 미치지 못하는 국제적 수준(international level)에 있어서는 거버넌스 기능(governance funktions)이 점점 더 강화된다. 이러한 거버넌스 기능의 강화로 인한 국제법의 정당화에 대한 규범적 문제는 ‘보충적 헌법주의(compensatory constitutionalism)’의 형태로서, 국제적 수준에서의 헌법주의(constitutionalism at international level)가 해결책으로서 제시된다.²⁰³⁾ 세계화 시대에 있어서는 국제공동체의 국제적 헌법주의에 대한 오래된 관념에 대한 재검토가 요구된다. 왜냐하면 세계화로 인하여 발생하는 문제들은 국가들이 국제조직 안에서 그리고 쌍방 혹은 다자간 조약을 통해서 서로 협력하게 만들고, 따라서 이전에는 전형적인 국내헌법상의 정부의 기능으로 강조되던 인간의 안전, 자유와 평등의 보장과 같은 인권보장의 문제가 국제적 차원의 문제로 확대되고 있기 때문이다.²⁰⁴⁾ 국제적 헌법주의(international constitutionalism) 혹은 국제법의 헌법화(constitutionalization of international law)²⁰⁵⁾는 국제적 헌법규범들이 실행하는 다음의 세 가지 중요한 기능을 구성요소로 한다: ① 국제법형성의 헌법화(enabling the formation of international law) 즉 규범형성적 헌법화(enabling constitutionalization), ② 국제법 형성의 억제(constraining the formation of international law), 즉 규범제한적 헌법화(constraining constitutionalization), ③ 세계화의 결과로 야기된 국내헌법상의 공백을 채우 것, 즉 보충적 헌법화(supplemental constitutionalization).²⁰⁶⁾

이러한 국제적 헌법주의의 전개과정과 관련하여 아시아에서의 헌법주의의

203) Gardbaum, 앞의 논문, 234쪽.

204) Anne Peters, Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, 19 Leiden Journal of International Law 579 (2006).

205) Peters는 헌법화(constitutionalization)와 헌법주의(constitutionalism)를 개념적으로 구분하고 있다. 헌법화는 주어진 법질서 내에서의 헌법의 출현을 의미하는 시간적 진행과정으로 설명될 수 있는데 반하여, 헌법주의는 17세기-18세기의 성문헌법주의에 바탕을 둔 정치적 운동으로서 특정한 의미의 헌법의 내용을 강조한다. 헌법주의는 법의 지배와 관련을 가지기 때문에 사법심사제 혹은 헌법재판과 관련성을 가진다. Peters, 위의 논문, 582-583쪽.

206) Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman, A Functional Approach to International Constitutionalization, in Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (eds.) Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance, Cambridge: Cambridge University Press 10 (2009).

전개는 어느 정도의 수준에 도달했는가? 더 나아가서 아시아에서 인권보장체계를 확립하기 위한 노력은 어느 정도의 결실을 맺고 있는가?²⁰⁷⁾ 이와 관련하여 1986년에 창설된 독립적인 비정부기관인 아시아 인권위원회(Asian Human Rights Commission)같은 조직만 존재하고 있는 아시아의 현실은 헌법주의를 국제적 차원에서 모범적으로 실현하고 있는 유럽의 현실에 비추어 볼 때 너무나 미약하다. 특히 최근에 중국과 일본 사이에 벌어지는 대결구도와 동북아시아에서의 패권주의가 강화되는 현실에서, 인권보장체계의 확립을 통한 아시아에서의 헌법주의의 강화는 아시아의 새로운 발전을 위한 대안이 된다.

이러한 동북아시아에서의 패권주의의 가속화에도 불구하고, 전세계적으로 진행되고 있는 국제법의 헌법화 과정을 통한 국제적 인권보장의 강화의 측면에서 아시아에서의 인권보장의 문제를 검토해야만 한다. 이러한 기본적인 세계사적인 흐름과 발전으로부터 아시아도 자유로울 수 없다고 생각하기 때문이다.

Ⅲ. 아시아에서의 국제적 헌법주의의 실현가능성

인권의 개념 속에 헌법적 요소가 들어있는가? 인권법을 국제 헌법으로 볼 수 있는가 하는 질문에 대한 대답은 인권법은 정부가 자신의 관할권의 범위 내에서 개인들에게 할 수 있는 것을 제한한다는 점에서 볼 때, 인권법은 본질적으로 헌법적인 것을 포함하고 있다는 것이 될 것이다. 게다가 확실히 국제헌법주의자들(international constitutionalist)이 주장하는 국제적 헌법(international constitution)이 존재한다면, 국제인권법은 국제적 헌법의 구성부분이 된다고 볼 수 있다.²⁰⁸⁾

그렇다면 이러한 국제헌법으로서 국제인권법이 국내적 법질서에서 헌법적 규범으로 적용될 수 있는가? 이것은 마치 유럽에서 유럽인권협약의 국내법적 효력의 인정문제처럼, 국내법 질서에서 헌법, 법률 혹은 명령 중 어느 법규범과 동일한 효력을 인정받을 수 있는가 하는 문제이다.

이와 관련하여 우리 헌법재판소는, 1999년 7월 22일의 사립학교법 제55조 제58조 제1항 제4호에 관한 위헌심판²⁰⁹⁾에 대한 결정에서, 우리 헌법전문과

207) 이와 관련된 최근의 발표논문은 박선영, 유럽인권보장체계의 아시아계수를 위한 제언 - 헌법 전문의 '세계평화와 인류공영'이라는 관점에서 -, 유럽헌법연구 제14호, 유럽헌법학회 2013, 1-36쪽 참조.

208) Gardbaum, 앞의 논문, 240쪽.

209) 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106.

제6조 제1항에 따라 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 물론, 일반적으로 승인된 국제법규를 국내법과 마찬가지로 준수하고 성실히 이행함으로써 국제질서를 존중하여 항구적 세계평화와 인류공영에 이바지하는 것을 기본이념의 하나로 하고 있다고 전제하면서 관련된 국제규범의 국내법적 효력에 대하여 개별적으로 판단하였다.

국제조약에 대한 헌법적 효력인정을 유럽헌법조약이라는 형태로 시도해 본 유럽연합은 현재 거의 유럽연합의 구성 국가에 대하여 적용되는 유럽연합법들은 국내법 질서에서 헌법적 효력을 가진다. 따라서 심지어 국내적인 형식적 헌법 없이도 유럽연합의 인권법으로서 유럽연합의 기본권 헌장 혹은 유럽인권협약의 규정들은 구성국가의 국내법질서에 대한 법적 구속력을 가진다.

이러한 점을 고려해 볼 때, 어떻게 아시아에서 아시아 인권협약체제가 성립될 수 있는가 하는 질문과 함께, 이러한 아시아 인권협약의 법적 근거는 무엇이 될 것인가 하는 문제가 제기된다. 과연 아시아 인권협약의 제정을 바탕으로 한 아시아에의 헌법적 국제법 질서(constitutional international legal order)로서 지역적 인권보장체제는 어떤 형태가 될 것인가? 아시아 인권협약의 제정을 통한 국제적 헌법주의의 실현과정이 아시아 속에서의 지역적 국제공동체(international community) 속에서의 법-제정(law-making)을 통해서 어떠한 영향을 미칠 것인가?

제4장 아시아 인권법원의 모범적 전형으로서 세계의 지역적 인권보장체제에 대한 검토

UN은 국가간, 정부 대 정부의 차원(interstate, government-to-government)에서의 국제인권법 보장의 주된 실행자로서 국민국가(nation-state)의 역할을 강조하면서, UN헌장은 이러한 인권실행방식의 청사진을 UN조직과 UN규범에 도입하였다.²¹⁰⁾ 1948년의 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)과 이 세계인권선언을 국제인권조약의 형태로 구체화한 1966년의 두 개의 국제인권규약은 충분한 수의 국가들이 이 조약에 대하여 비준한 후에 1976년에 효력을 발생하였다. 국제연합 총회 결의(General Assembly resolution) 217 A (III)에 의하여 명명된 국제인권장전(International Bill of Human Rights)은 세계인권선언, 시민적 그리고 정치적 권리에 관한 국제규약으로 구성된다. 제2차 세계대전 이후의 세계질서에 있어서는, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(international covenants on civil and political rights) 그리고 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(international covenants on economic, social and cultural rights)과 같은 보편적 조약규범을 제정하는 정부와 정부간 조직들을 통해서 항상 수평적으로 정부간 차원에서 인권을 준수하도록 서로에게 압력을 가하는 국제체제가 발전되었다.²¹¹⁾ UN인권위원회(UN Human Rights Commission)와 같은 UN조직(organizations) 그리고 UN규약인권위원회(UN Human Rights Committee)와 같은 조약에 기초한 조직은 노동자의 권리, 인종차별, 어린이, 여성 그리고 원주민의 권리와 같은 세계적 관심사가 되는 모든 이슈들에 대하여 정부간 행위자(intergovernmental actors)로서 참여하였다.²¹²⁾

이러한 UN의 인권실행방식은 다음의 지역적 인권보장체제(regional human rights systyem)에도 확대되었다: 유럽, 스트라스부르(Strasbourg)

210) Harald Hongju Koh, How is International Human Rights Law Enforced?, 74 Indiana Law Journal vol. 1408 (1999)

211) Koh, 위의 논문, 1408쪽.

212) Koh, 위의 논문, 1408쪽.

(유럽회의(Council of Europe)), 헬싱키(Helsinki)(유럽안전협력기구(Organization of Security and Cooperation in Europe))에서의 진행 그리고 아메리카(Americas), 미주인권위원회(Inter-American Commission on Human Rights) 그리고 미주인권법원(Inter-American Commission and Court of Human Rights) 그리고 인권보장체제가 잘 발달되지 않은 아프리카, 중동 그리고 아시아²¹³⁾. 이러한 1953년의 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)과 1959년의 유럽인권법원(European Court of Human Rights), 1969년의 아메리카 대륙의 미주인권협약(American Convention on Human Rights)과 1979년의 미주인권재판소, 1981년에 채택된 아프리카 인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights/Banjul Charter on Human and Peoples' Rights) 과 2006년의 아프리카 인권재판소(African Court on Human and Peoples' Rights) 설립 과정으로 이어지는 지역적 인권보장의 형태의 전개과정을 살펴볼 때도, 아시아에서의 인권협약의 제정과 이의 실행을 감독하는 기관으로서 아시아 인권법원의 설립의 필요성은 충분히 존재함에도 불구하고 열강들의 참여한 이해관계가 대립되는 동아시아의 특별한 국제정치적 상황으로 인하여 이에 대한 논의는 활발하게 전개되지 못하였다. 최근 한국 헌법재판소의 적극적인 주도로 아시아 인권법원 설립시도가 행해지고 있다. 이와 관련하여 세계의 지역적 인권보장체제에 대한 비교헌법적 연구를 수행한다.

제1절 유럽의 인권보장체제에 대한 검토

유럽의 기본권 보호에 있어서 유럽연합의 기본권 헌장(Charter of Fundamental Rights of the European Union), 유럽인권협약(European Convention on Human Rights), 각 유럽연합의 구성국가들의 헌법 그리고 그 구성국가들의 각 주의 헌법은 각각 그 속에 기본권 규정들을 두고 있다. 이에 상응하는 기본권 보장기관으로서 4개의 법원들을 두고 있다: 유럽법원으로 불리는 유럽연합법원(Court of Justice of the European

213) Koh, 위의 논문, 1408쪽.

Union), 유럽인권법원(European Court of Human Right), 각 구성국가들의 헌법재판소 그리고 주 헌법재판소.²¹⁴⁾ 아시아에서의 지역적 인권보장체제성립을 위한 논의전개에 있어서 이러한 유럽의 다면적 권리보장체제에서의 기본권 보장규정들 그리고 이의 보장을 위한 법원들의 관할권과 활동범위의 교차와 중복이 유럽의 기본권 보호에 얼마나 기여하고 있는가에 대하여 검토해 보는 것이 매우 중요한 의미를 가진다. 특히 유럽법원으로 불리는 현재의 유럽연합법원, 유럽인권법원 그리고 독일연방헌법재판소와 같은 구성국가의 헌법재판소 사이의 권력관계의 균형적 확립의 문제는 유럽의 다면적 인권보장체제에서의 기본권 보호의 핵심적 논의대상이 된다. 특히 유럽인권협약, 유럽연합의 기본권 헌장, 각 국가들의 연방헌법과 주의 헌법을 통한 유럽에서의 시민들의 기본권 보호를 위한 기본권 문서들의 중복적 적용은 시민들의 권리보호의 최적화 실현에 어느 정도 기여할 수 있는가? 2014년 12월 18일의 유럽연합(EU)의 유럽인권협약 가입에 대한 자신의 평가서(Gutachten)²¹⁵⁾에서 유럽연합법원(Court of Justice of the European Union)은 유럽연합의 국제법적인 활동전개에 대한 명백한 한계설정으로 유럽연합의 유럽인권협약 가입이 유럽연합법 위반이라고 결정하였다.²¹⁶⁾ 유럽연합법원은 유럽연합의 유럽인권협약가입이 유럽연합조약 제6조 제2항 그리고 유럽연합의 유럽인권협약의 가입에 대한 유럽연합조약 제6조 제2항에 대한 의정서(Protokol)(제8호)에 합치되지 않는다고 보았다.²¹⁷⁾

유럽연합의 구성국가의 국민인 유럽연합의 시민이 직면한 헌법적 문제에 대하여 그 국가의 헌법재판소, 룩셈부르크(Luxembourg)에 있는 유럽법원 혹은 스트라스부르크(Strasbourg)에 있는 유럽인권법원 중 최종적 해답을 줄 수 있는 법원은 어디인가? 이 문제는 최근에 문제가 된 2013년 2월 26일의 Åkerberg Fransson 사건²¹⁸⁾에 대한 유럽법원의 판결과 관련하여 이 문제는 법학적 범위를

214) Ferdinand Kirchhof, Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, EuR 2014, S. 267.

215) EuGH, Gutachten C-2/13, 18.12.2014, BeckRS 2015, 80256 - EMRK-Beitritt II.

216) Mattias Wendel, Der EMRK-Beitritt als Unionsverstoß. Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihre Grenzen, NJW 2015, S. 921.

217) Marten Breuer, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“ Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der Europäischen Union, EuR 2015, S. 330.

218) Judgement in Case C-617/10 Åklagaren v Åkerberg Fransson.

넘어서는 유럽연합의 중요한 관심사가 되었다.

유럽의 다면적 헌법질서 속에서의 최종적 결정권과 유럽연합의 28개의 구성국가의 헌법재판소들 혹은 최고법원들과 유럽법원 그리고 유럽인권법원과의 관계의 문제는 유럽헌법발전에 있어서 이들 법원들의 역할의 적정한 배분의 문제라고 볼 수 있다. 이러한 유럽의 다면적 인권보장체제는 국제법의 헌법화 과정에 여러 가지 측면에서 중요한 기여를 하고 있다.

제2절 미주인권보장체제에 대한 검토

I. 서론

미주의 국가들은 유엔이 세계인권선언을 채택하기 7개월 전에 이미 인간의 권리와 의무에 관한 미주선언(American Declaration on the Rights and Duties of Man)을 채택하였다. 그 후 1959년에 이르러 미주국가간 인권위원회(Inter-American Commission on Human Rights)가 설치되었으며 1978년에 미주인권협약이 발표되었다. 아시아와 같이 아직까지 인권에 관한 지역적 기제가 마련되어 있지 않은 지역과 비교하면 훨씬 앞서나가고 있음을 알 수 있다.²¹⁹⁾

II. 기본권 보장규정과 보장기관

1. 미주인권협약

위에서 이미 본 바와 같이 미주인권협약은 1978년에 발표되었다. 미주인권협약은 앞에서 본 유럽인권협약 다음으로 결성된 지역적 인권보장제도이며, 그 외의 지역적 인권협약으로는 아랍연맹이나 아프리카 연합이 있으나, 미주인권협약이나 유럽인권협약 정도로 실효적이지는 못하다.²²⁰⁾

219) 이근관, 미주인권제도에 관한 고찰, 국제인권법 제2권, 국제인권법학회, 1998, 310쪽

220) 이형석, 미주인권협약상 미주인권재판소의 판결준수의무에 관한 연구: 미주인권재판소 결정례를 중심으로, 법과 정책 제21집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015, 237쪽.

2. 미주인권재판소

가. 미주인권재판소 설립의 배경

1969년에 채택된 미주인권협약이 1978년에 발효된 것에 뒤이어 1979년에 미주인권재판소가 설립되었다. 미주인권재판소는 미주인권협약의 실효적인 보장을 위해 설립된 것이다. 1979년까지 미주국가들은 인권 보호에 필수적인 국제사법기관이 없이 지냈던 것이다. 이렇듯 미주인권재판소라는 유럽지역에 못지 않은 인권보호제도를 마련했는데도 현실에 있어서는 조직적이고 중대한 인권위반이 빈번하게 자행되었다. 이것은 미국과 중남미국가들 사이에 존재하는 복잡한 관계에 그 원인이 있었다. 중남미국가들이 여러 조약들을 통해 인권과 민주주의에 대해 존중할 것을 약속하거나 때로 이러한 약속을 제대로 이행하지 않은 것까지도 미국에 의한 중남미국가에 대한 간섭을 방지하기 위한 것이었기 때문이다. 그리고 미국이 공산주의자들을 처벌한다는 명목을 내세운 중남미 독재정권에 대해 비판을 가하기를 꺼렸던 점도 원인으로 작용했다. 즉 미국은 ‘중남미지역에 있어 현상유지의 패권적 수호자’였다고 할 수 있다. 또한 1970년대와 1980년대의 중남미국가 대부분이 미주인권재판소에 대해 소극적이거나 심지어 적대적인 태도를 취했었다는 점도 미주인권재판소가 조직적인 인권 위반에 대해 효과적으로 대응하지 못한 한 원인이 되었다. 더 나아가 많은 중남미국가들에 있어서 독재정권에 의한 인권탄압이 공공질서의 유지나 사회위험분자의 제거라는 명목으로 이들 사회의 부유층과 중산층 시민들에 의해 지지를 받았다는 점도 또 다른 원인으로 들 수 있다.²²¹⁾

미주인권재판소는 1988년에 최초로 *Velasquez Rodriguez v. Honduras* 사건 판결을 내렸으나 미주인권재판소가 본격적으로 사건 심리를 시작한 것은 1990년대에 남미 국가들을 지배한 군사독재정권이 종식된 때부터이다. 특히 1994년부터는 매년 사건이 제소되었고, 2003년에는 제소건수가 10건을 넘어섰다. 미주인권재판소는 제소된 사건에 판결을 내리고 내린 판결을 사건 당사국이 준수하도록 사건 당사국들에게 명령한다.²²²⁾

221) 이근관, 위의 논문, 312-313쪽.

222) 이형석, 위의 논문, 237쪽.

나. 미주인권재판소의 구성

미주인권재판소의 소재지는 코스타리카의 산호세(San Jose)이며 법원은 업무의 원활한 수행을 위해 사무국을 둔다.²²³⁾ 이러한 미주인권재판소는 7명의 판사로 구성된다. 판사는 회원국들의 국민이어야 한다. 이들 판사는 지명국의 국내법에 따라 그 나라의 최고 사법직 수행에 필요한 자격을 갖춘 인권분야에서 인정된 능력을 지닌 법률전문가 중에서 선출된다. 다만 동일국적에 속하는 2명 이상의 판사가 선출되어서는 안 된다. 이들 판사들은 OAS총회에서 당사국들의 비밀투표에 의해 재적 협약회원국의 과반수 지지를 얻어 선출된다. 협약당사국은 각각 3명까지 후보를 지명할 수 있는데 3명 중 반드시 1명 이상은 당해국가 이외의 OAS 회원국 국민이어야 한다.²²⁴⁾

이들 판사의 임기는 6년이고, 판사의 직무는 임기만료와 함께 끝나지만, 임기만료 전에 시작하여 만료 시에도 계속 중인 사건에 대해서는 임기만료 후에도 계속 심리할 수 있다.²²⁵⁾ 판사는 자신의 국적국이 당사자인 사건의 심리와 판결에 참여할 권리를 가진다. 판사들 중에 자국민이 없는 사건당사국은 특별재판관을 선임할 수 있다.

미주인권재판소는 일 년에 두 번 정기개정을 하며, 미주인권재판소장의 제안에 의하거나 판사 과반수의 요청에 의해 특별개정을 할 수 있다. 사건의 심리 및 기타 재판업무의 수행을 위한 정족수는 5명이다. 미주인권재판소의 변론은 공개하며 원칙적으로 법원의 소재지인 코스타리카의 산호세에서 행한다. 표결을 할 때에는 판사들의 서열 역순으로 투표한다. 의결정족수로는 출석한 판사 과반수의 찬성을 요하며 가부동수인 경우에는 미주인권재판소장이 캐스팅보트를 가진다.

다. 미주인권재판소의 관할

미주인권재판소의 관할은 크게 두 가지로 나누어진다. 첫째가 미주인권 위원회의 절차를 거쳐 법원에 부탁된 사건에 대해 미주인권재판소가 가지는 ‘쟁송적 관할’이고, 둘째가 위원회나 기타 OAS기관들의 의회에 의해 미주인권 재판소가 가지는 ‘권고적 관할’이다.

223) 미주인권협약 제59조

224) 미주인권협약 제53조

225) 미주인권협약 제54조

(1) 쟁송적 관할

미주인권재판소의 기능 중 핵심을 이루는 기능이다. 이 쟁송적 관할에서 협약당사국과 미주인권위원회만이 당사자적격을 인정받으며, 개인에게는 당사자적격이 없다.²²⁶⁾ 미주인권재판소의 관할권이 인정되기 위해서는 당사국이 국제사법재판소규정 제36조 제2항의 선택조항과 유사한 취지의 특별선언을 미리 하거나 혹은 당사국들 간의 특별한 합의가 존재해야 한다. 이렇게 해서 미주인권재판소의 관할권이 인정되더라도 미주인권재판소가 특정한 사건을 심리하기 위해서는 먼저 미주인권협약 제48조부터 제50조까지에 규정된 절차를 완료해야 한다.²²⁷⁾

미주인권협약 제62조 제3항에 따르면 미주인권재판소의 쟁송적 관할은 미주인권협약의 해석과 적용에 관한 모든 문제를 포함하게 되어 있다. 그렇기 때문에 협약당사국들은 협약상의 문제인 판사의 특권과 면제에 관해 특별합의에 의해 법원에 사건해결을 신청한 경우에도 협약 제61조 제2항의 규정을 엄격하게 적용하면 위원회상의 절차를 거쳐야 한다. 하지만 미주인권협약 제45조에 의하면 국가 간의 국가간쟁송(inter-State complaint) 절차에 따라 미주인권위원회에 회부되는 사건은 협약에 규정된 인권의 위반 사건에만 한정된다. 그러므로 판사의 특권과 면제에 관한 분쟁은 일방당사국의 통보에 의해 위원회에 회부될 수 없는 성질의 사건이 된다. 따라서 이런 사건은 협약의 해석과 적용에 관한 문제로 보고, 위원회 절차를 거치지 않고도 당사국의 특별합의에 의해 바로 법원에 부탁할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다.²²⁸⁾

이 쟁점과 관련된 미주인권재판소의 사건으로 1981년의 비비아노 가야르도 (In re Viviano Gallardo)사건이 있다. 이 사건의 사실관계는 다음과 같다. 가야르도는 테러리스트 혐의를 받고 구금 중이었는데 코스타리카 민병대원이 이 가야르도를 죽이고 그의 동료들에게 부상을 입혔다. 그러자 코스타리카 정부가 자신의 인권 위반을 이유로 자신을 상대로 미주인권재판소에 판단을 구했다. 이 사건에서 주목을 끄는 것은 코스타리카 정부가 미주인권위원회를 거치지 않고 바로 미주인권재판소에 이 사건에 대한 판단을 구했다는 것인데, 그 이유는 미주인권위원회가 이 사건이 미주인권재판소에 제기된 때까지 단 한 건의 사건도 미주인권재판소에 판단을

226) 미주인권협약 제65조 제1항

227) 미주인권협약 제61조 제2항

228) 이근관, 앞의 논문, 329-330쪽.

구하지 않았다는 데에 있었다. 미주인권위원회는 1986년에 가서야 처음으로 미주인권재판소에 쟁송적 사건에 대한 판단을 구한다. 이 사건에서 미주인권재판소는 코스타리카 정부의 제소를 각하했다. 위원회절차가 국가만을 위해 창설된 것이 아니라 중요한 개인적 권리의 행사를 가능하게 하기 위해 창설되었다는 점을 근거로 들었다. 이 사건 판결을 통해 미주인권재판소는 미주인권위원회와 미주인권재판소 간의 제도적 관계를 분명히 하였다.²²⁹⁾

미주인권재판소는 ‘잠정적 조치’(provisional measure)를 취할 권한도 가지고 있다. 이 조치는 미주인권재판소가 심리중인 사건과 관련해 위급하고 회복불가능한 손해의 발생을 방지하기 위한 필요성이 인정되는 경우에 취할 수 있는 조치이다. 미주인권재판소에 회부되지 않고 미주인권위원회 절차를 밟고 있는 사건인 경우에도 미주인권위원회의 요청이 있으면 잠정적 조치를 취할 수 있다. 사건의 본안 심리 결과 미주인권재판소가 미주인권협약에 규정된 권리나 자유의 위반이 있었다고 판단하면 미주인권재판소는 피해당사자가 침해된 권리를 다시 누릴 수 있음을 명해야 한다. 또한 권리와 자유를 위반했던 조치나 상황으로 인해 제기된 결과의 시정과 피해자에 대한 공정한 배상의 지급을 명해야 한다.²³⁰⁾ 미주인권재판소의 판결은 최종적이며 이에 대해 상소할 수 없다.²³¹⁾

판결의 집행과 관련해, 협약당사국들은 자신이 당사자인 사건에 대한 법원의 판결을 이행해야 한다.²³²⁾ 판결 중 손해배상금의 지급을 명하는 부분은 관련국의 국내에서 국가를 상대로 한 강제집행에 관한 국내절차에 따라 집행될 수 있다.²³³⁾ 판결의 집행에 비협조적인 국가에 대해서는 미주인권재판소가 OAS 총회에 제출하는 연차보고서를 통해 이들 국가를 지목하고 적절한 권고를 행함으로써 간접적인 강제를 행할 수 있다.²³⁴⁾

(2) 권고적 관할

미주인권재판소의 권고적 관할에 대해서는 미주인권협약 제64조가 상당히 광범위한 권고적 관할권 규정을 두고 있다. 협약당사국만이 아니라 OAS 회원국

229) 이근관, 위의 논문, 330쪽.

230) 미주인권협약 제63조 제1항

231) 미주인권협약 제67조

232) 미주인권협약 제68조 제1항

233) 미주인권협약 제68조 제2항

234) 미주인권협약 제65조

전체가 권고적 관할권의 당사자가 될 수 있으며, 미주인권위원회와 OAS 총회를 포함한 모든 OAS 기관도 권고적 관할에 있어 당사자가 될 수 있다.²³⁵⁾

미주인권재판소의 권고적 의견을 구할 수 있는 권고적 관할 사항도 상당히 넓다. 우선 미주인권협약 뿐만 아니라 미주국가들이 가입한 인권보호에 관한 다른 조약들의 해석에 관해서도 OAS 국가들은 미주인권재판소의 권고적 의견을 구할 수 있다. 따라서 미주인권재판소는 미주국가들이 가입하고 있는 UN 인권조약의 해석에 관해서도 권고적 의견을 낼 수 있다. 미주인권재판소는 OAS 회원국의 요청이 있을 경우에 그 회원국의 국내법이 미주인권협약이나 기타 인권 관련 조약과 양립할 수 있는지의 여부에 대해서도 권고적 의견을 낼 수 있다. 이런 면에서 봤을 때 미주인권재판소의 권고적 관할권은 현존하는 다른 어떤 국제재판소의 권고적 관할권보다 광범위하다고 평가할 수 있다.²³⁶⁾

III. 미주인권협약의 법적 지위와 효력

1. 미주인권협약과 미주인권재판소

미주인권협약은 앤티카 바부다, 바하마, 벨리즈, 캐나다, 가이아나, 세인트키츠네비스, 세인트루시아, 세인트 빈센트 그레나딘, 미국을 제외하고 대부분의 미주국가들이 비준하였다. 미주인권재판소의 강제관할권에 대해서도 앤티카 바부다, 바하마, 벨리즈, 캐나다, 가이아나, 세인트키츠네비스, 세인트루시아, 세인트 빈센트 그레나딘, 미국과 도미니카, 자메이카, 그레나다를 제외하고 대부분의 미주국가들이 인정하고 있다. 미주인권재판소의 강제관할권을 인정한 국가들은 미주인권협약상의 의무를 준수하고 미주인권재판소의 판결을 신속하고 완전하게 준수할 의무를 진다. 미주인권재판소의 판결을 준수해야 할 의무의 근거는 다음과 같다.

첫째, 미주인권협약 제62조이다. 미주인권협약 제62조 제1항 당사국은 이 협약의 비준서나 가입서를 기탁할 때 또는 그 이후 언제라도 이 협약의 해석이나 적용에 관한 모든 문제에 관한 특별합의가 없어도 바로 미주인권재판소 관할권의 구속력을 인정하는 선언을 할 수 있다고 규정하고 있다. 동조 제3항은 미주인권재판소의 관할권은 미주인권재판소에 제기된 협약조항의 해석과 적용에 관한 모든 사건들을 포괄하지만, 당사국들이 특별선언이나 특별합의에 의해 그와 같은 관할권을 인정하거나 인정하였을 경우에 한한다고 규정하고 있다.

235) 이근관, 앞의 논문, 331쪽.

236) 이근관, 위의 논문, 332쪽.

둘째, 미주인권협약 제65조이다. 미주인권협약 제65조는 미주기구 총회에 의한 검토를 위하여 미주인권재판소는 지난 해의 미주인권재판소 활동에 관한 보고서를 총회 각 정기회기에 제출하여야 하며 특히 미주인권재판소는 국가가 판결을 준수하지 않고 있는 사건들을 적절한 권고와 함께 명기하도록 규정하고 있다.

셋째, 미주인권협약 제67조이다. 미주인권협약 제67조는 미주인권재판소의 판결은 최종적이며 상소할 수 없고, 판결의 의미나 범위에 대해 분쟁이 있는 경우에 당사자가 요청하면 미주인권재판소는 이를 해석하여야 하는데, 단 그러한 요청은 판결의 통고일로부터 90일 이내에 해야 한다고 규정하고 있다.

넷째, 미주인권협약 제68조 제1항이다. 미주인권협약 제68조 제1항은 미주인권협약 당사국은 자신이 당사국인 사건에서 미주인권재판소가 내린 판결을 준수해야 한다고 규정하고 있다.

다섯째, 미주인권재판소규칙 제24조이다. 미주인권재판소 규칙 제24조 제1항은 공청회는 미주인권재판소가 예외적인 상황에서 다른 방법으로 결정할 수 없는 경우 공개되어야 한다고 규정한다. 동조 제2항은 미주인권재판소는 비공개로 심의할 수 있고 그 심의는 미주인권재판소가 다른 방법을 결정할 수 없는 경우 비밀로 해야 한다고 규정한다. 동조 제3항은 미주인권재판소의 결정 및 의견은 공식적인 회기에 제출되어야 하고 당사국은 이 문서에 의해 통고를 받아야 하며, 결정, 판결 및 의견은 재판관의 개별적 투표와 의견 및 미주인권재판소가 적당하다고 생각하는 다른 정보 또는 그 배경이 되는 정보를 첨부하여 공표한다고 규정한다.

여섯째, 미주인권재판소 규칙 제30조이다. 미주인권재판소 규칙 제30조는 미주인권재판소가 OAS총회의 정기회기에 전년도 미주인권재판소에 관련된 내용에 관한 보고서를 제출해야하며 미주인권재판소는 국가가 미주인권재판소의 규칙을 준수하지 않은 사안을 지적할 수 있고, 또한 미주인권재판소는 재판소의 사항에 관한 한 미주인권기구를 개선할 방법에 관한 제안이나 권고를 OAS총회에 제출할 수 있다고 규정한다.

위의 조항들은 미주인권재판소가 체약국들에게 판결을 준수시킬 권한을 주며 이것은 강제관할권의 고유한 내용이다. 이에 의해 미주인권협약 체약국은 국내법으로 협약의 규정과 효과의 준수를 보장해야 한다. 그리고 이러한 원칙은 미주인권협약의 실제적 규정에 관한 것뿐만 아니라 절차규칙 등 미주인권재판소

결정의 준수에 관한 규정에도 적용된다. 이런 의무는 미주인권협약상 인권 보장을 위한 현실적이고 효과적인 방법으로 해석된다. 미주인권재판소가 내린 본안, 비용, 배상에 관한 판결 또는 결정을 체결국은 신속하고 완전하게 준수해야 한다는 판결준수의무는 해당 국가의 모든 권한과 기관을 구속하며, 국가는 침해된 권리를 구제하기 위해 미주인권재판소의 명령 이행에 필요한 수단을 사용해야 한다.²³⁷⁾

2. 미주인권협약의 법적 지위

미주인권협약 체결국들의 헌법규정과 미주인권협약과의 관계는 헌법 우위에 있는 지위, 헌법과 같은 지위, 법률 우위의 지위, 법률과 같은 지위를 인정하는 국가들로 유형화 해 볼 수 있다.²³⁸⁾

첫째, 미주인권협약이 헌법보다도 우위에 있다고 보는 국가들이 콜롬비아, 온두라스, 베네수엘라, 과테말라이다. 이들 나라의 대법원과 헌법재판소는 미주인권협약을 직접 적용한다. 콜롬비아 헌법재판소는 콜롬비아가 당사국이 되는 조약을 해석할 권한을 가진 미주인권재판소의 판례법은 기본적 권리에 관한 헌법상 규칙의 의미를 확립하기 위해 관련된 해석기준을 구성한다고 판시하기도 했다.

둘째, 미주인권협약이 헌법과 같은 지위에 있다고 보는 국가들이 아르헨티나, 파나마, 페루, 볼리비아이다. 이들 나라의 대법원과 헌법재판소는 국내법의 합헌성을 판단하기 위해 미주인권조약을 적용할 수 있다. 실제로 아르헨티나 대법원은 국내법이 미주인권협약 규정과 충돌하는 경우에 미주인권협약의 규정을 우선 적용하고 해당법률이 위헌이면 무효로 선언하며 조약이 헌법과 같은 지위를 가진 경우에는 국내법이 해당 조약에 저촉되지 않도록 감독한다고 판시하기도 했다. 따라서 원칙적으로 아르헨티나 대법원의 판결은 미주인권재판소 결정에 구속된다. 또한 볼리비아 헌법재판소는 미주인권협약이 볼리비아 헌법해석상 헌법과 같은 위치에 있다고 결정을 내리고 그 근거로 미주인권재판소의 관할권의 목적과 인권에 관한 판결을 적용하는 것을 근거로 들었다. 이들 국가의 대법원과 헌법재판소는 헌법이 직접 이런 권리를 규정하지 않았어도 미주인권협약에 규정된 권리를 적용할 수 있다. 미주인권협약

237) 이형석, 앞의 논문, 239-240쪽.

238) 이러한 유형화에 대해서는 이형석, 위의 논문, 240-243쪽. 참조.

체약국의 대법원과 헌법재판소는 미주인권협약의 헌법적 지위와 미주인권협약에 규정된 권리에 관한 미주인권재판소의 해석과 결정에 구속력을 인정하였다.

셋째, 미주인권협약이 헌법보다 하위에 있고 법률보다는 상위에 있다고 보는 국가는 코스타리카, 파라과이, 엘살바도르이다. 코스타리카 대법원 헌법부는 미주인권재판소가 미주인권협약을 해석할 권한을 가진 기관이므로 인권협약을 해석하고 그 기준에 의해 국내법을 평가하는 권한은 쟁송사건과 단순한 권고적 의견에도 적용된다고 판시했다.

넷째, 미주인권협약이 법률과 같은 지위에 있다고 보는 국가로 멕시코, 우루과이, 도미니카 공화국이 있다. 이 국가들에서 국내법이 미주인권협약상의 의무를 위반하는 경우에 그 국가는 국제적 의무를 해태한 것이 되기 때문에 미주인권재판소는 미주인권협약 규정을 준수하도록 당해 법률을 수정하거나 폐지하라는 명령을 내릴 수 있으며 미주인권재판소는 미주인권협약에 의해 보장된 권리를 침해한 국내법은 법적 효력이 없다고 명령할 수 있다.

3. 미주인권협약의 효력

미주인권협약에 대한 미주인권재판소의 판결은 자동집행력이 있기 때문에 체약국의 국내법에 자동적으로 적용된다. 실제로 대부분의 체약국 법원과 의회는 미주인권재판소의 판결과 권고적 의견을 준수하고 있다. 그러나 미주인권재판소의 관할권을 인정하는 국가들 중에 소수이지만 그 대법원이나 헌법재판소가 미주인권협약 준수 의무를 인정하지 않는 국가들도 있다. 예를 들어 베네수엘라 헌법은 미주인권협약에 헌법 우위의 지위를 인정하지만, 베네수엘라 헌법재판소는 국제조약을 국내법에 직접 적용하는 것을 거부하고 미주인권협약을 포함한 인권규범의 국내 적용 여부를 결정할 권한은 헌법재판소가 가지고 있다고 판시했다. 최근에는 미주인권재판소의 판결준수 의무를 거부한 국가들도 미주인권재판소 판결을 국내법에 적극적으로 인용하는 경향을 점차 보이는 등 미주인권재판소의 판결준수 의무 기반이 정비되어 가고 있다고 볼 수 있다.²³⁹⁾

239) 이형석, 위의 논문, 242-243쪽.

Ⅳ. 기본권 보장에 있어서 미주인권협약의 실효성

미주인권보장제도에서 개인은 인권침해에 대한 청원을 미주인권위원회에 제기할 수 있지만, 미주인권재판소에 사건을 직접 제소할 수는 없다. 미주인권재판소의 사건 제소는 미주인권위원회가 판단해 결정하기 때문에 이 점에서 유럽인권재판소나 아프리카 인권재판소와 차이가 난다.²⁴⁰⁾

제3절 아프리카 및 아시아 인권보장체제에 대한 검토

1. 서론

지역적 인권보장의 형태로서 1953년의 유럽인권협약과 1959년의 유럽인권법원, 1969년의 아메리카 대륙의 미주인권협약(American Convention on Human Rights)과 1979년의 미주인권재판소, 1981년에 채택된 아프리카 인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights/Banjul Charter on Human and Peoples' Rights)과 2006년의 아프리카 인권재판소(African Court on Human and Peoples' Rights) 설립 과정으로 이어지는 지역적 인권보장의 형태의 전개과정을 살펴볼 때도 아시아에서의 인권협약의 제정과 이의 실행을 감독하는 기관으로서 아시아 인권법원의 설립의 필요성은 충분히 존재하고, 나아가 아시아 인권협약의 제정과 이의 실행을 감독하는 아시아 인권법원의 설립의 필요성은 매우 절실하다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 동아시아의 특수한 국제정치적 상황으로 인하여 이에 대한 논의는 활발하게 전개되지 못하였다.

다만, 지역적 인권보장체제를 가지고 있는 세계의 다른 지역들과 아시아의 인권보장체제 사이에는 명백한 차이가 존재한다. 유럽(Europe), 아메리카(Americas) 그리고 아프리카(Africa)는 권리의 전 영역을 포괄하는 인권조약, 지역적 차원에서의 이 인권조약에 규정된 개인의 권리보장을 위한 사법적 구제절차를 관장하고 있는 인권법원(a court of human rights)이라는

240) 이형석, 위의 논문, 237쪽.

권리보장 메커니즘이 존재하지만, 아시아에는 그렇지 않기 때문이다.²⁴¹⁾

먼저 서로 다른 문화가 상존하는 가운데에도 인권재판소를 수립하는데 성공한 아프리카 지역의 인권보장제도의 발전과정을 살펴볼 필요가 있다.

II. 아프리카지역 인권보장제도의 현황

1. 아프리카 단결기구(Organization of Africa Unity: OAU)의 설립

아프리카 지역에서는 32개 국가가 1963년 5월 25일 서명을 하여 아프리카 단결기구(Organization of Africa Unity: OAU)가 설립되었다. 이 기구는 탈식민지 초기에 만들어져서 주권국가로서 회원국의 지위를 공고히 하고, 아프리카의 단결과 연대를 그 목표로 하였다. OAU 설립 헌장(OAU Chapter) 전문과 제2조 제1항에는 인권에 관한 언급이 있지만, 이 기구가 아프리카 인권을 위하여 기여하기 시작한 것은 그보다 훨씬 이후이다.

2. 아프리카 인권헌장의 제정²⁴²⁾

아프리카에서 지역인권보장제도를 수립하려는 노력의 하나로 1979년 7월 17일부터 20일까지 라이베리아의 먼로비아에서 개최된 제16차 아프리카 단결기구의 회원국 총회(Assembly of Heads of State and Government)에서 회원국 총회의 결정 115(XVI)을 채택하였고, 이에 따라 전문가위원회를 만들어 지역 인권협약의 초안을 마련하도록 하였다.²⁴³⁾ 그리고 1981년 6월 27일 아프리카 단결기구 회원국 총회에서 ‘아프리카 인간과 인민의 권리 헌장’(the African Charter on Human and People’s Rights, 이하 ‘인권헌장’)이 채택되었고, 1986년 10월 21일 발효되었다.²⁴⁴⁾ 헌장은 서문과 총 3개의 부(parts), 총 68개의 조문으로 구성되어 있다. 제1부는 실제적 권리와 의무에 관하여 규정하고 있고, 제2부는 헌장의 보장을 위한 인권위원회의 구성과

241) Vitit Muntarbhorn, Development asean human rights mechanism 4 (European Union 2012), P. 4.

242) 이 헌장은 감비아의 수도 반줄(Banjul)에서 채택되어 흔히 반줄 선언이라고 불리기도 하며, 1986년 10월 21일 발효되어 그에 즈음한 10월 26일이 아프리카 인권의 날로 지정되어 있다.

243) F. Viljoen, The African Charter on Human and Peoples’ Rights: The Travaux Preparatoires in the Light of Subsequent Practice, 25 HRLJ 313 (2004).

244) 이에 대한 자세한 서술은 F. Viljoen, op.cit., 313-315쪽. 참고.

운영에 관하여 규정하고 있으며, 제3부는 헌장의 발효, 개정과 관련한 사항을 규정하고 있다.

아프리카 인권헌장은 서문과 총 3개의 부(parts), 총 68개의 조문으로 구성되어 있다. 제1부는 실체적 권리와 의무에 관하여 규정하고 있고, 시민적 권리와 정치적 권리에 관한 부분은 제2조부터 제13조에서, 그리고 경제적, 사회적 및 문화적 권리는 제14조부터 제18조에서 규정하고 있다. 제2부는 헌장의 보장을 위한 인권위원회의 구성과 운영에 관하여 규정하고 있으며, 제3부는 헌장의 발효, 개정과 관련한 사항을 규정하고 있다.

제2조에서는 “모든 개인은 인종, 민족집단, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 및 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분으로 인한 차별 없이 이 헌장에서 인정되고 보장되는 권리와 자유를 향유할 권리를 가진다.”라고 규정하여 차별금지를 규정하고 있다.

제3조에서는 “1. 모든 개인은 법 앞에서 평등하다. 2. 모든 개인은 법의 평등한 보호를 받을 권리가 있다.”고 규정하고 있다.²⁴⁵⁾

제4조에서는 “인간은 불가침이다. 모든 인간은 자신의 생명과 신체의 완전성을 존중받을 권리를 가진다. 어느 누구도 이 권리를 자의적으로 박탈당하지 아니한다.”고 규정하여 생명권과 신체의 완전성을 존중받을 권리를 규정하고 있다.

제5조에서는 “모든 개인은 인간으로서의 고유한 존엄성을 존중받으며, 자신의 법적 지위를 인정받을 권리를 가진다. 인간에 대한 모든 형태의 착취와 모욕, 특히 노예제도, 노예무역, 고문, 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 형벌과 처우는 금지된다.”고 규정하여 인간의 존엄성, 법적 지위의 인정 등을 규정하고 있다.

제6조에서는 “모든 개인은 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 가진다. 어느 누구도 사전에 법률로 규정된 이유와 조건에 해당하지 않는다면 자신의 자유를 박탈당하지 아니한다. 특히 어느 누구도 자의적으로 체포되거나 구금당하지 아니한다.”고 규정하여 신체의 자유와 안전에 대한 권리를 규정하고 있다.

제7조 제1항에서는 “모든 개인은 자신의 주장을 호소할 권리를 가진다. 이는 다음을 포함한다: a) 현행의 조약, 법률, 규정 및 관습에 의하여 인정되고

245) 각 개별 권리 조항에서도 평등권을 규정하기도 하였다. 예를 들어, 제18조에서는 “국가는 여성에 대한 모든 차별의 철폐를 보장”하도록 규정하고 있다.

보장되는 자신의 기본권을 침해한 행위에 대하여 권한 있는 국가기관에 호소할 권리; b) 권한 있는 법원이나 법정에 의하여 유죄로 입증될 때까지 무죄로 추정 받을 권리; c) 자신이 선임한 변호인에 의하여 변호 받을 권리를 포함하는 방어의 권리; d) 공정한 법원이나 법정에 의하여 합리적인 기간 내에 재판을 받을 권리”를, 제2항에서는 “어느 누구도 행위 시에 법적으로 처벌 가능한 범죄를 구성하지 않는 작위 또는 부작위로 인하여 유죄로 되지 아니한다. 행위 시에 규정이 없던 범죄에 대하여는 어떠한 형벌도 가해질 수 없다. 형벌은 개인적인 것이며, 범죄인에 대하여서만 부과될 수 있다.”

제8조에서는 양심의 자유와 종교의 자유를 규정하고 있고, 제9조에서는 “1. 모든 개인은 정보를 받을 권리를 가진다. 2. 모든 개인은 법률이 인정하는 범위 내에서 자신의 견해를 표명하고, 전파할 권리를 가진다.”고 규정하고, 제10조에서는 소극적·적극적 결사의 자유를, 제11조에서는 집회의 자유를 규정하고 있다. 또한 제12조에서는 이전과 거주 자유를 규정하면서, “2. 모든 개인은 자국을 포함한 어떠한 나라로부터도 출국하고, 자국으로 돌아올 권리를 가진다. 이 권리는 국가안보, 법과 질서, 공중보건 또는 도덕의 보호를 위하여 법률에 규정된 제한에만 구속된다. 3. 모든 개인은 박해를 받는 경우 타국의 법률과 국제협약에 따라 그 국가에서 비호를 요청하고 획득할 권리를 가진다. 4. 이 현장의 당사국 영역으로 합법적으로 입국한 외국인은 법률에 따라 취하여진 결정에 의하여만 그로부터 추방될 수 있다. 5. 외국인의 대량추방은 금지된다. 대량추방이란 민족적, 인종적, 종족적 또는 종교적 집단을 대상으로 하는 경우이다.”라고 규정하고 있다.

제13조는 참정권에 관한 규정으로, “모든 시민은 직접 또는 법률의 규정에 따라 자유롭게 선출된 대표자를 통하여 자국의 통치에 자유롭게 참여할 권리를 가진다. 모든 시민은 자국의 공무에 평등하게 취임할 권리를 가진다. 모든 개인은 법 앞에 만인의 엄격한 평등에 따라 공공재산과 역무를 이용할 권리를 가진다.”고 규정하고 있다.

경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관해서는 우선 제14조에서 재산권을 보장하고 있다. 제15조에서는 “모든 개인은 공평하고 만족스러운 조건에서 일할 권리를 가지며, 동일한 노동에 대하여는 동일한 보수를 받을 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. 제16조에서는 건강권을, 제17조에서는 교육기본권, 공동체의 문화생활에 자유롭게 참여할 수 있는 권리를 규정하고 있다. 제18조에서는

“가정은 사회의 자연적 단위이며 기초이다. 가정은 이의 신체적 건강과 도덕을 돌보는 국가에 의하여 보호받는다(제1항). 국가는 공동체에 의하여 인정된 도덕과 전통적 가치의 수호자인 가정을 원조할 의무가 있다(제2항). 국가는 여성에 대한 모든 차별의 철폐를 보장하고, 국제선언과 협약에 규정된 바와 같이 여성과 아동의 권리보호를 보장한다(제3항). 노인과 장애인은 그들의 신체적 또는 정신적 필요에 부합하는 특별한 보호조치를 받을 권리를 가진다(제4항).”고 규정하고 있다.

특이한 것은 개인(individual)과 구별되는 인민(people)의 권리를 규정하고 있다는 것이다. 이는 국민의 권리와 인간의 권리에 대비되는 것이라고 할 수 있다. 아프리카 지역에 존재하는 국가의 다양성을 고려할 때, 각국의 국민에 유보된 권리와 아프리카 지역 및 전 세계 지역을 포함하여 모든 지역에 존재하는 사람들에게 공히 적용될 수 있는 ‘인민’의 권리를 설정한 것으로 볼 수 있다. 이러한 구분은 아프리카 지역이 다양한 문화적, 인종적, 종교적 배경을 바탕으로 하면서도 ‘지역공동체’라는 설정을 가능하게 하고, ‘지역적 인권보장체제’를 수립하는데 기여한 것으로 생각된다.

이와 관련해서 제19조에서는 “모든 인민은 평등하다. 이들은 동등한 존중을 받으며, 동등한 권리를 가진다. 어떠한 경우에도 사람에 대한 다른 사람의 지배는 정당화될 수 없다.”고 규정하고 있다. 제20조에서 “1. 모든 인민은 생존의 권리를 가진다. 그들은 의심할 수 없는 불가양의 자결권을 가진다. 그들은 자유롭게 자신의 정치적 지위를 결정하고, 자유롭게 자신이 선택한 정책에 따라 자유롭게 경제적 및 사회적 발전을 추구한다. 2. 식민상태에 있거나 억압받고 있는 인민은 국제사회에 의하여 인정된 어떠한 수단에 호소하여서라도 지배의 속박으로부터 스스로를 해방시킬 권리를 가진다. 3. 모든 인민은 외국의 정치적, 경제적 또는 문화적인 지배에 대항하는 해방투쟁에 있어서 이 현장 당사국들의 지원을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고, 제21조에서 “1. 모든 인민은 자신들의 부와 천연자원을 자유로이 처분할 수 있다. 이 권리는 인민의 이익을 위하여만 행사되어야 한다. 어떠한 경우에도 인민은 이 권리를 박탈당하지 아니한다. 2. 약탈을 당한 경우 빼앗긴 자는 자신의 재산을 합법적으로 회복하고, 보상을 받을 권리를 가진다. 3. 부와 천연자원의 자유로운 처분은 상호존중, 공평한 교환 및 국제법 원칙에 근거하여 국제적 경제협력을 증진시킬 의무를 침해함이 없이 실시되어야 한다. 4. 이 현장의

당사국들은 아프리카의 단결과 연대를 강화하기 위한 목적에서 자신들의 부와 천연자원의 자유처분권을 개별적으로 그리고 집단적으로 행사하여야 한다. 5. 이 현장의 당사국들은 자국민이 그들의 천연자원에서 나오는 이익의 완전한 혜택을 받을 수 있도록, 특히 국제적 독점에 의하여 실시되는 모든 형태의 외국의 착취를 제거시킬 것을 약속한다.”고 규정하고 있다. 제22조에서는 “1. 모든 인민은 자신의 자유와 정체성을 존중하고, 인류 공동의 유산을 동등하게 향유하면서, 자신의 경제적, 사회적 및 문화적 발전에 대한 권리를 가진다. 2. 국가는 개발에 대한 권리의 행사를 개별적으로나 집단적으로 보장할 의무가 있다.”고 규정하고 있다. 제23조에서는 “1. 모든 인민은 국내적 및 국제적 평화와 안전에 대한 권리를 가진다. 국제연합 현장에 의하여 묵시적으로 확인되고 아프리카단결기구 현장에 의하여 재확인된 연대와 우호관계의 원칙이 국가 간의 관계를 규율한다. 2. 평화, 연대 및 우호관계를 강화하기 위하여 이 현장의 당사국들은 다음을 보장한다: a) 이 현장 제12조에 의하여 비호권을 향유하고 있는 개인은 출신국이나 현장의 다른 당사국에 대한 파괴활동에 관여하지 아니한다; b) 자국의 영토가 이 현장의 다른 당사국의 인민들에 대한 파괴나 테러활동의 기지로 사용되어서는 아니된다.”고 규정하고 있고, 제24조에서는 “모든 인민은 자신의 발전에 유리한 일반적으로 만족스러운 환경에 대한 권리를 가진다.”고 규정하고 있다. 그 외에도 현장에서는 당사국(state)의 의무(duty)와²⁴⁶⁾ 개인(individual)의 의무(duty)를 규정하고 있다.²⁴⁷⁾

246) 제25조에서는 “이 현장의 당사국들은 가르침, 교육 및 출판을 통하여 현장에 포함된 권리와 자유의 존중을 증진시키고 보장할 의무가 있으며, 이러한 자유와 권리는 물론 그에 따른 책임과 의무를 이행시키도록 할 의무가 있다.”고 규정하고, 제26조에서는 “이 현장의 당사국들은 법원의 독립성을 보장할 의무가 있으며, 현장에서 보장된 권리와 자유를 증진하고 보호할 임무를 담당하는 적절한 국내기구를 설립하고 향상시켜야 한다.”고 규정하고 있다.

247) 제27조에서는 “1. 모든 개인은 자신의 가정, 사회, 국가 및 기타 법적으로 인정된 공동체와 국제사회에 대하여 의무를 진다. 2. 개인의 권리와 자유는 타인의 권리, 집단의 안전, 도덕과 공동의 이익을 존중하면서 행사되어야 한다.”고 규정하고, 제28조에서는 “모든 개인은 차별 없이 타인을 존중하고 고려할 의무가 있으며, 상호존중과 관용을 증진하고 보호하며 강화하기 위한 관계를 유지할 의무가 있다.”고 규정하고 있다. 또한 제29조에서는 “1. 가정의 조화로운 발전을 보호하고 가정의 융화와 존중을 위하여 노력한다; 항상 자신의 부모를 공경하고, 필요한 경우 그들을 부양한다; 2. 자신의 신체적 및 정신적 능력을 제공함으로써 국가사회에 봉사한다; 3. 국제국 또는 거주국의 안보에 해를 끼치지 아니한다; 4. 사회적 및 국가적 연대, 특히 국가적 연대가 위협을 받는 경우 이를 보호하고 강화시킨다. 5. 자국의 독립과 영토보전을 보호하고 강화시키며, 법률에 따라 이를 방위하는 데 기여한다; 6. 자신의 능력과 권한을 최대한 발휘하

3. 아프리카 인권위원회와 인권재판소의 설립

아프리카 인권헌장의 이행감시기관으로 인권위원회가 있다. 이에 더하여 1998년 6월 9일 ‘인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 재판소의 설립에 관한 인간과 인민의 권리에 관한 아프리카 헌장 추가의정서(Protocol to the African Charter on Human and People’s Rights on the establishment of an African Court on Human and People’s Rights)’를 채택하여 인권재판소 설립의 근거를 마련하였고,²⁴⁸⁾ 이에 따라 2006년 인권재판소가 설립됨에 따라 인권위원회와 인권재판소라는 이행감시를 위한 양 날개를 갖추게 되었다.²⁴⁹⁾

가. 아프리카 인권위원회

(1) 위원회의 구성

아프리카 인간과 인민의 권리를 위한 위원회(African Commission on Human and Peoples’ Rights)는 인간과 인민의 권리문제에 있어서 높은 도덕성, 고결성, 공정성 그리고 능력을 갖춘 가장 명망 있는 아프리카인 중에서 선출된 11명의 위원으로 구성하며, 그 선출에서 법률적 경험을 가진 자를 특히 고려한다(제31조 제1항). 이 헌장의 각 당사국은 2인까지의 후보를 추천할 수 있고, 후보는 헌장 당사국 중 어느 나라의 국민이어야 한다. 한 국가가 2인의 후보를 추천하는 경우, 그 중 1인은 자국 국민이어서는 아니 된다(제34조). 위원은 이 헌장 당사국들의 후보자 명부에서 국가 및 정부수반회의의 비밀투표로 선출된다(제33조). 이렇게 선출된 위원의 임기는 6년이며, 재선될 수 있다. 다만, 첫 번째 선거에서 선출된 위원들 중 4인의 임기는 2년으로 종료되며, 다른 3인의 임기는 4년으로 종료된다. 이렇게 선출된 위원은 개인 자격으로 근무하나(제31조 제2항), 동일한 국가 출신을 1명까지만 포함할 수 있다(제32조). 위원들은 선거 후 그들의 임무를 공정하고 성실하게 수행할 것을

여 일하고, 사회의 이익을 위하여 법률에 따라 부과된 세금을 납부한다; 7. 관용과 대화와 협의의 정신으로 사회의 다른 구성원과의 관계에서 아프리카의 긍정적인 문화적 가치를 보호하고 강화시키며, 일반적으로 사회의 도덕적 안정을 증진시키는 데 기여한다; 8. 자신의 능력을 최대한 발휘하여 항상 어느 단계에서나 아프리카의 단결을 고취시키고 달성하는 데 기여한다.”고 규정하고 있다. 이와 같은 의무는 제1조에서 제26조 까지에 나열된 인간과 인민의 의무에 대응하는 것이라고 할 수 있다.

248) 이 추가의정서는 2004년 1월 25일 발효되었다.

249) 그러나 나중에 설명하는 것처럼 인권재판소는 사법재판소와 통합이 확정되어 실제 그 역할을 제대로 담당하고 있지 못하다.

엄숙히 선언한다(제38조). 위원이 사망하거나 사임한 경우 위원회 위원장은 즉시 아프리카단결기구 사무총장에게 통지하여야 하며, 사무총장은 사망일 또는 사임이 효력을 발한 날로부터 그 자리가 공석임을 선언하여야 한다. 위원회의 한 위원이 일시적 부재 이외의 사유로 그의 임무수행을 중지하였다는 것이 나머지 위원들의 일치된 견해인 경우, 위원회 위원장은 아프리카단결기구 사무총장에게 통지하여야 하며, 사무총장은 그 자리가 공석임을 선언하여야 한다. 위에서 언급된 각각의 경우 국가 및 정부수반회의는 잔여임기가 6개월 미만이 아닌 경우에만 공석이 된 위원을 교체한다(이상 제39조). 모든 위원은 후임자가 취임할 때까지 재직하여야 한다(제40조). 위원들은 임무수행 시 아프리카단결기구의 특권과 면제에 관한 일반협정에 규정된 외교상의 특권 및 면제를 향유하며(제43조), 아프리카 단결기구의 정규예산에 위원회 위원들의 보수와 수당에 관한 규정을 둔다(제44조). 위원회는 2년 임기의 위원장과 부위원장을 선출하며, 이들은 재선될 수 있다. 위원회는 자체의 절차규칙을 만들어야 한다. 위원회의 의사정족수는 7인이며, 가부동수인 경우 위원장이 결정투표권을 가진다. 사무총장은 위원회 회의에 참석할 수 있다. 그는 심리에 참여할 수 없으며, 표결권도 없다. 그러나 위원회 위원장은 사무총장에게 발언을 요청할 수 있다(이상 제42조). 한편, 아프리카단결기구의 사무총장은 위원회의 서기를 임명한다. 그는 또한 위원회의 임무를 효율적으로 이행하는 데 필요한 직원과 역무를 제공한다. 아프리카단결기구는 직원과 역무의 경비를 부담한다(제41조).

(2) 위원회의 기능과 임무

위원회의 기능은 “1. 인간과 인민의 권리를 증진시키고, 특히: a) 인간과 인민의 권리 분야에서의 아프리카 문제에 관한 자료를 수집하고, 연구와 조사를 수행하며, 세미나와 심포지엄 및 회의를 조직하고, 정보를 보급하며, 인간과 인민의 권리와 관련된 국가 및 지방기구들을 장려하고, 필요한 경우 정부에 대하여 의견을 제시하거나 권고를 한다; b) 이 현장에 규정된 조건에 따라 인간과 인민의 권리에 관련된 법률적 문제의 해결을 위한 원칙과 규칙들을 고안하고 작성한다; c) 인간과 인민의 권리를 증진시키고 보호하는 데 관련된 다른 아프리카 기구 및 국제기구와 협력”하는 것이다. 그리고 이 현장에 규정된 조건에 따라 인간과 인민의 권리의 보호, 당사국, 아프리카단결기구의 기관

또는 아프리카단결기구의 승인을 받은 아프리카 기구의 요청 시 이 현장의 모든 조항의 해석, 국가 및 정부수반회의가 부여하는 기타 임무를 수행하는 것이다(이상 제45조). 한편, 아래에서 설명하는 것처럼 자체 인지하거나 당사국 또는 개인으로부터 통보를 받은 현장 위반 혐의가 있는 사건을 조사하여 해결하는 것이 임무이다.

(3) 위원회의 조사 방법 및 절차

위원회가 현장 위반을 인지하는 것은 자체 조사에 의할 수도 있지만 당사국이나 개인으로부터 통보를 받아(communication) 이를 인지할 수도 있다. 제46조는 자체 조사를, 현장 제47조부터 제54조까지는 당사국에서 통보를 받은 경우를, 제55조부터 제58조까지는 개인으로부터 통보를 받은 경우를 규정하고 있다.

첫째, 현장에서는 위원회가 적절한 조사방법을 이용할 수 있다고 규정하고, 아프리카단결기구 사무총장 또는 도움을 줄 수 있는 어느 사람으로부터도 청취할 수 있다는 것을 예시적으로 규정하고 있다(제46조).

둘째, 당사국이 다른 당사국의 현장 위반을 인지하였을 경우 서면통보로써 그 문제에 대한 해당국의 주의를 환기시킬 수 있다. 이 통보는 아프리카단결기구 사무총장과 위원회의 위원장에게도 전달되어야 하며, 해당국(피통보국)은 통보를 받은 날로부터 3개월 이내에 통보국에게 사건을 해명하는 서면 설명서 또는 진술서를 보내야 한다(제47조). 피통보국이 최초의 통보를 받은 날로부터 3개월 이내에 사건이 양자협상이나 다른 평화적 절차를 통하여 양 관련국간에 만족스럽게 해결되지 않는 경우, 양국 중 일방은 이 사건을 위원장을 통하여 위원회에 제기할 권리가 있다(제48조). 그러나 이와 같은 해당국에 대한 통보와 진술서 송달이 필요한 것은 아니다. 제49조가 이와 같은 절차를 생략하고 그 사건을 위원회에 직접 제기할 수 있도록 허용하고 있기 때문이다. 이와 같이 사건이 위원회에 회부되면, 위원회는 우선 이 사건의 구제를 위한 모든 국내적 구제가 완료되었는지 확인하여야 한다(제50조). 그리고 관련국들에게 모든 관련 정보를 제출하도록 요청할 수 있다(제51조 제1항). 이 때 위원회는 아프리카단결기구 사무총장 또는 도움을 줄 수 있는 어느 사람으로부터도 청취할 수 있는 것 등 적절한 조사방법을 이용할 수 있다(제46조). 한편, 위원회가 사건을 검토하는 경우 관련국들은 위원회에 출두하여 서면 또는

구두진술을 제출할 수 있다(제51조 제2항). 이와 같이 위원회가 필요하다고 보는 모든 정보를 획득하고 인권 보호를 위한 모든 적절한 수단을 시도한 이후, 위원회는 제48조에 규정된 통지를 받은 날로부터 합리적인 기간 내에 사실관계와 그의 조사결과를 설명하는 보고서를 작성하여 관련국과 국가 및 정부수반회의에 통보한다(제52조). 이 때 위원회는 국가 및 정부수반회의에 유용하리라고 판단되는 권고를 할 수 있다(제53조).

셋째, 현장은 그 위반을 인지한 당사국 이외의 자에게도 위원회에 통보를 허용하고 있다(제55조). 즉 통보를 할 수 있는 자격을 피해자에 국한하지 않는다. 이러한 통보를 받은 위원회의 서기는 각 회기 전에 현장 당사국들의 통보 이외의 통보목록을 작성하여, 이를 위원회의 위원들에게 송부하여야 한다. 위원회는 위원의 다수결로 어느 통보를 위원회에서 검토할 것인지 결정하여 공표하여야 한다(제55조). 위원회가 검토하기로 확정된 사건은 실제적인 검토 이전에 위원회 위원장이 모든 통보를 관련국들에게 알려야 하고(제57조), 위원회의 심의 결과 하나 또는 그 이상의 통보가 일련의 심각하거나 대규모로 인간과 인민의 권리침해 사실을 보여주는 특정 사건들과 명백히 관련되면 위원회는 그러한 특정 사건들에 대하여 국가 및 정부수반회의의 주의를 환기시켜야 하며, 이 때 국가 및 정부수반회의는 위원회가 사건을 상세히 검토하고 그 조사결과와 권고를 담은 사실보고서를 작성할 것을 요청할 수 있다(제58조).

나. 아프리카 인권재판소

(1) 인권재판소의 설립 및 구성

아프리카 인권재판소(African Court on Human and Peoples' Rights)는 아프리카 연합²⁵⁰⁾ 산하에 설치되었으며(의정서 제1조),²⁵¹⁾ 아프리카 단결기구의 회원국 국민으로 높은 도덕성과 인권 분야에서 실무적, 사법적, 학문적 능력과 경험을 갖춘 법조인 중에서 개인적 역량을 바탕으로 선출된 11명의 재판관으로 구성된다. 재판관은 동일한 국가 출신은 1명까지만 포함할 수 있다(제11조). 재판관은 국가 및 정부수반회의의 비밀투표로 선출된다(제14조).

250) 최초에는 아프리카 단결기구 내에 설립되었다.

251) 이하 특별한 언급이 없으면 추가의정서의 조문을 지칭한다.

재판관의 독립성은 국제법에 따라 충분히 보장되며, 임기동안 국제법에 따라 외교사절에게 부여되는 면제를 누린다(제17조). 그리고 당해 재판관이 재판관으로서 필수요건을 충족하지 못하였다고 재판관 만장일치로써 의결하지 않는 한 직무를 정지당하거나 해임당하지 아니하는 신분보장을 받는다(제19조). 한편, 재판관은 독립성, 공정성 또는 재판소의 절차규칙이 정한 직무상의 요구를 해할 수 있는 활동을 하여서는 아니 된다(제18조). 재판소는 2년 임기의 재판소장과 부소장을 선출하며, 이들은 1회에 한하여 재선할 수 있다. 이렇게 선출된 재판소장은 재판소의 소재지에서 상근으로 직무를 수행한다. 이들의 직무는 절차규칙에 정한다(제21조).

(2) 인권재판소의 권한

인권재판소는 헌장, 의정서, 기타 당사국에 의하여 비준된 다른 관련 인권문서의 해석 및 적용에 관련하여 재판소에 제출된 모든 사건과 분쟁에 미친다. 만약 관할권 여부에 관하여 분쟁이 발생하면 인권재판소가 이를 결정한다(제3조). 인권재판소는 아프리카 단결기구의 회원국, 아프리카 단결기구, 아프리카 단결기구의 기관 또는 승인된 다른 아프리카 기구가 헌장 또는 다른 관련 인권문서에 관한 법적 문제에 대하여 의견 제시를 요청받으면 의견을 제시한다(권고적 의견, 제4조). 당사국에 의하여 비준된 다른 관련 인권문서의 해석 및 적용을 관할로 인정한다는 것이 주목된다. 인권재판소가 재판과 권고적 의견에 적용할 법원(sources of law)은 (i) 헌장과 (ii) 당사국에 의하여 비준된 다른 관련 인권문서의 규정이다(제6조). 당사국에 의하여 비준된 다른 관련 인권문서를 법원으로 인정한다는 것이 주목된다.

(3) 인권재판소의 심리절차 및 판결의 효과

인권재판소에 사건을 제기할 수 있는 사람은 위원회, 위원회에 진정을 제기한 당사국, 위원회에 진정을 제기당한 당사국, 자국민이 인권침해에 희생자인 당사국, 아프리카의 정부 간 국제기구이다(제5조 제1항). 인권재판소는 위원회와의 상호보충성(complementarity)에 유의하면서 절차규칙(the rule of Procedure of the Court)을 제정하여 이에 따라 사건의 심리를 한다(제8조). 재판의 절차는 일반에게 공개되는 것이 원칙이다. 그러나 절차규칙에 규정된 경우에는 비공개로 진행할 수 있다. 사건의 당사자는

자신이 선택한 법정대리인에 의하여 대리될 수 있다. 사법상의 이익을 위하여 필요한 경우 법정대리인이 무료로 제공될 수 있다. 증인, 당사자의 대리인, 기타 인권재판소에 출정하는 모든 사람은 인권재판소와의 관계에서 그들의 기능, 임무, 의무를 수행하는데 필요한 보호와 편의를 국제법에 정한 바에 누린다(제10조). 인권재판소는 모든 당사자로부터 진술을 청취하며, 필요하다고 판단되는 경우 조사를 할 수 있다. 이 때 해당국은 사건의 효율적인 처리를 위하여 협조하여야 한다(제26조). 인권재판소는 조사 결과 인권 침해가 있다고 판단하는 경우 공정한 보상 또는 배상 명령을 포함한 침해를 구제하기 위하여 적절한 명령(appropriate order)을 한다. 그리고 사람에 대한 회복할 수 없을 정도의 극도로 중대하고 긴급한 위해를 피할 필요가 있다고 판단할 경우 인권재판소는 잠정 조치(provisional measures)를 채택할 수 있다(제27조). 인권재판소는 심리를 마친 후 90일 이내에 판결(judgment)을 한다. 이 판결은 재판관의 다수결로 의결하며, 최종적이고 원칙적으로 재심의할 수 없다.²⁵²⁾ 이와 같은 판결이 있으면 당사국은 지정된 기간 안에 모든 사건에 복종하고 그 이행을 보증할 것을 약속하여야 한다(제30조). 각료위원회는 총회를 대신하여 이의 이행을 감시하여야 한다(제29조). 위원회의 결정에 대한 이행을 감시할 규정이 없는 것과 대조되는 규정이다. 재판소는 계류 중인 사건에 대하여 이와 같은 판결과 별도로 우호적 해결(amicable settlement)을 시도할 수 있다(제9조).

4. 아프리카 연합(African Union; AU)의 설립

아프리카 단결기구는 2001년에 아프리카 연합 설립헌장(Constitutive Act of African Union)을 채택하여 아프리카 연합(African Union; AU)의 설립근거를 마련하였다. 이 설립헌장에서는 인권에 대한 국제사회의 문제 제기를 수용하여 대규모 인권침해를 불간섭원칙의 예외로 규정하여 아프리카 연합이 개입할 수 있도록 명시적으로 인정하는 발전을 보였다.

III. 아시아 지역 인권보호제도의 현황

아시아·태평양 지역을 제외하고는 세계 전 지역의 국가들은 지역적 인권조약을 채택하고 지역적 인권보장제도를 두고 있다. 지역적 인권조약은

²⁵²⁾ 그 예외에 관해서는 제28조 제3항 참고.

보편적 인권기준을 해당지역의 문화와 전통에 맞게 확정하여 지역 내 상황에 적용해야 하기 때문에, 인권조약과 인권보장기구는 지역 내 법규와 관행상에서 인권의 증진과 보호를 추구하는 기본틀을 구성한다. 이에 따라 아시아역내 일부지역을 바탕으로 인권보장제도를 두려는 시도가 이루어지고 있다. 대표적 사례가 동남아시아 국가연합인 아세안(ASEAN)의 시도이다. 동남아시아의 공동 안보 및 자주독립을 위하여 역내 국가 상호간의 협력을 위하여 1967년에 결성된 아세안은 2005년 12월 12일 제11차 아세안정상회의에서 2007년 중반까지 아세안을 규약에 기반한 정부간 기구로 발전시키기 위하여 아세안헌장(ASEAN Charter)을 제정하기로 결의하였고, 2007년 11월 20일 싱가포르에서 열린 아세안정상회의에서 아세안헌장을 공식 채택하였다. 그런데 이 헌장에서는 아세안내의 민주주의 및 법치주의의 강화와 더불어 인권과 기본적 자유의 보장을 실현하기 위해서 아세안 산하에 아세안인권기구(ASEAN human rights body)를 창설할 것을 명시적으로 규정하였다.²⁵³⁾ 이에 따라 아세안정부간인권위원회(ASEAN Intergovernmental Commission on Human Rights; AICHR, 이하 'AICHR')가 2009년 구성되었으며, 아세안정부간인권위원회의 업무 중 하나가 아세안 인권선언(ASEAN Human Rights Declaration)을 만드는 것이었다.

아세안인권선언에서는 아세안헌장에 적시되어 있는 것처럼 민주주의와 법치주의 그리고 좋은 지배뿐만 아니라 인권과 기본적 자유의 보호와 증진에 관한 특별한 관심이라는 아세안의 목적과 원칙을 고수함을 다시 한번 확인하고 있다.²⁵⁴⁾ 그리고 아세안인권선언에서는 국제연합의 인권헌장, 국제연합헌장, 비엔나 선언과 행동강령, 그리고 기타 아세안국가들이 당사국인 국제적 인권조약에 대한 준수를 재확인하고 있다. 제1조에서 제9조까지는 인권보장의 기본원칙을 규정하고 있다. 즉 모든 사람은 자유롭고, 평등하게 태어났으며(제1조), 인종, 성, 나이, 언어, 종료, 정치적 신념, 국적, 고향, 경제적 지위, 출생, 장애 등에 의하여 차별받지 않을 권리가 있으며(제2조), 모든 사람은 법 앞에서 차별 없이 법의 평등한 보호를 받을 권리가 있으며(제3조), 여성, 아동 그리고 노인, 그리고 장애인, 이주노동자 등과 같은 취약하고

253) The Asean Charter Art. 14. 그러나 아세안인권기구가 다룰 소관범위, 권한 및 구성에 관한 규정은 없고 단지 아세안 외무장관회의(ASEAN Foreign Ministers Meeting)에서 정하는 바에 따라 업무를 수행하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.

254) <http://aichr.org/documents/>

과소평가되는 집단의 권리는 인권과 근본적 자유의 양도할 수 없고, 순수하고 불가침적인 부분이며(제4조), 모든 사람은 헌법이나 법에 의하여 승인된 권리를 침해하는 행위에 대해서는 법원이나 다른 권한 있는 당국의 판단에 의하여 구제받을 수 있는 효율적이고 실효적인 구제수단을 이용할 권리가 있어야 하며(제5조), 인권과 근본적 자유의 향유는, 모든 사람이 다른 개인과 그가 살고 있는 공동체 그리고 사회에 대해서 지고 있는 책임 등과 같은 의무에 상응하여 조화를 이루어야 하며, 이것은 인권과 근본적 자유를 증진하고 보호하여야 하는 아세안회원국의 우선적 책임이며(제6조), 모든 인권은 보편적이며 불가분이며, 상호의존적인 상호관련된 것이며, 이 선언에서의 모든 인권과 근본적 자유는 공동의 보조를 맞추면서 동등하게 강조되는 등 상호간에 공정하고 평등한 방법으로 취급되어야 한다. 동시에 인권의 실현은 서로 상이한 정치적, 경제적, 법적, 문화적, 사회적, 역사적, 종교적 배경을 가지고 있음을 고려하면서 지역적, 민족적 맥락을 고려하여야만 한다(제7조). 모든 사람의 인권과 근본적 자유는 적절한 타인의 인권과 근본적 자유에 대한 적절한 존중 속에서 행사되어야 하기 때문에 인권과 근본적 자유의 행사는 타인의 인권을 보장하기 위한 법에 의하여 결정된 한계와 국가안보, 공공질서, 공공건강, 공공안전, 공중도덕 그리고 민주적 사회에서 모든 구성원의 공공복지의 요구를 실현하기 위한 것에 복종하여야 한다(제8조). 이 선언에 포함된 인권과 근본적 자유의 실현에서 불편부당성, 객관성, 비차별주의(non-discrimination)와 조화적 태도(non-confrontation), 그리고 이중기준과 정치화의 회피는 항상 준수되어야 한다. 인권의 실현은 인민의 참여, 포용력 그리고 책임에 대한 필요를 고려하여야 한다(제9조).

그리고 제10조에서 유엔인권선언에서 규정하고 있는 모든 시민적·정치적 권리를 확인하고, 제11조에서부터 제25조까지는 특별히 제1세대 인권으로 평가되는, 개별적인 시민적·정치적 권리와 자유를 보장하고 있다. 아세안인권헌장에서 명시하고 있는 개별적 시민적·정치적 권리로 생명권, 신체의 자유, 노예제도 및 인신매매 금지, 고문 및 비인도적 형벌 금지, 거주이전의 자유, 망명권, 재산권 보장, 국적취득의 자유와 국적이탈의 자유, 가족 보호 및 결혼의 자유, 무죄추정의 원칙, 피고인의 방어권 보장, 공정한 재판을 받을 권리, 죄형법정주의, 형사소급입법금지원칙, 일사부재리원칙, 사생활 및 주거의 자유 및 개인정보의 보호, 사상·양심·종교의 자유, 의사표현의

자유 및 정보의 자유, 집회의 자유, 참정권, 보통·평등·직접·비밀·자유선거권이 있다.

제26조에서는 유엔인권선언에서의 경제적·사회적·문화적 권리를 재확인하고, 제27조에서부터 제34조까지는 특별히 제2세대 인권으로 평가되는, 개별적인 경제적·사회적·문화적 권리와 자유에 관하여 규정하고 있다. 아세아인권선언에서 명시적으로 규정하고 있는 경제적·사회적·문화적 권리에는 근로의 권리와 품위있고 쾌적한 근로환경을 누릴 권리, 노동조합의 결성 및 가입의 자유, 아동이나 청소년의 경제적·사회적 착취 금지 및 도덕적으로나 건강상으로 해가 되거나 생명을 위협하는 위험한 업무에의 종사 금지, 의식주, 그리고 안전하고 깨끗한 환경의 권리 등을 내용으로 하는 적정수준의 생활을 할 권리, 건강권 및 의료혜택 및 의료시설 접근의 권리, 사회보험을 포함하여 사회보장을 받을 권리, 출산전후의 모성보호 및 아동과 모성에 대한 특별한 보호, 교육을 받을 권리, 무상의무교육을 받을 권리, 예술과 과학의 혜택을 누리고 문화적 생활에 참여할 권리와 과학, 문화, 예술적 창작물의 소유자의 정신적·물질적 이익을 보호를 받을 권리 등이 있다. 여기에서는 유엔인권선언을 넘어서는 것으로 안전한 물과 위생에 관한 권리(제28조 e), 환경권(제28조 f), 에이즈를 포함한 전염병으로 고통 받는 자에 대한 대우에서 차별대우 금지(제29조), 사회보장을 포함하는 사회적 안전권(제30조 제1항)과 출산여성과 어린이의 보호(제30조 제2항, 제3항)를 규정하고 있다.

또한 제35조에서부터 제37조까지는 제3세대 인권으로 평가되는 발전의 권리(Right to Development)²⁵⁵⁾를 규정하고 있으며, 제38조에서 평화의

255) § 35. The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and the peoples of ASEAN are entitled to participate in, contribute to, enjoy and benefit equitably and sustainably from economic, social, cultural and political development. The right to development should be fulfilled so as to meet equitably the developmental and environmental needs of present and future generations. While development facilitates and is necessary for the enjoyment of all human rights, the lack of development may not be invoked to justify the violations of internationally recognised human rights.(발전의 권리는 모든 인간과 아세안국가의 인민들은 경제적, 사회적, 문화적 그리고 정치적 발전으로부터 평등하고 지속적으로 혜택을 누리고 향유할 수 있는 권리가 있다는 점 때문에 불가양의 인권이다. 발전의 권리는 현재와 미래세대의 발전의 필요와 환경적 필요가 조화를 이루면서 실현되어야만 한다. 발전은 모든 인권의 향유를 촉진하고 이를 위해서 필요한 반면에 발전의 결핍을 국제적으로 인정된 인권의 침해를 정당화하기 위하여 언급되어서는 아니된다.)

§ 36. ASEAN Member States should adopt meaningful people-oriented

권리(Right to Peace)를, 제39조와 제40조에서는 인권의 보호증진에서의 아세안회원국 상호간의 협력에 관하여 규정하고 있다. 그런데 아세안 인권선언에서는 국제연합의 인권선언을 수용하면서도 인권과 근본적 자유의 향유는, 다른 개인과 그가 살고 있는 공동체 그리고 사회에 대해서 지고 있는 책임 등과 같은 의무에 상응하여 조화를 이루어야 하며, 이의 실현이 아세안회원국의 우선적 책임이라고 규정(제6조)함으로써 인권의 보호, 증진보다 공동체의 질서 유지 내지 공익을 더 강조함으로써 인권의 보호, 증진을 제한하는 측면이 있으며, 그리고 모든 인권은 보편적이며 불가분임을 강조하면서도 다른 한편으로는 인권은 서로 상이한 정치적, 경제적, 법적, 문화적, 사회적, 역사적, 종교적 배경을 가지고 있음을 고려하면서 지역적, 민족적 맥락을 고려하여 실현되어야 함을 강조하고 있다(제7조). 더 나아가 위와 같은 규정이 있음에도 불구하고 다시 한 번 인권과 근본적 자유의 행사는 타인의 인권, 국가안보, 공공질서, 공공건강, 공공안전, 공중도덕 그리고 민주적 사회에서 모든 구성원의 공공복지의 요구를 실현하기 위한 것에 복종하여야 한다고 규정(제8조)하여 인권의 폭넓은 한계를 강조하고 있다. 이런 점에서 아세안인권선언은 각종 인권의 보장에도 불구하고 인권의 한계를 오히려 더 강조하고 있다. 또한 아세안인권선언의 제정과정에 시민사회단체와 국제인권단체들의 참여없이 이루어졌다는 비판을 받고 있다.²⁵⁶⁾

아세안지역에서는 2009년의 AICHR의 설립에 이어 2012년 아세안인권선언의 제정을 통하여 국제연합 초기의 인권위원회 설치와 국제연합 인권선언을 제정하였던 수준의 지역적 인권보장제도가 형성되었다고 평가할 수 있다. 아세안현장에서 인권기구의 구성과 권한의 범위 및 행사의 요건에 관해서 구체적으로 언급하고 있지 않아 실효성에 의문이 제기되지만, 아세안현장에서 정부간의 기구로서 인권기구의 창설을 명문화하고 더 나아가

and gender responsive development programmes aimed at poverty alleviation, the creation of conditions including the protection and sustainability of the environment for the peoples of ASEAN to enjoy all human rights recognised in this Declaration on an equitable basis, and the progressive narrowing of the development gap within ASEAN.(아세안 회원국은 이 인권선언에서 인정된 모든 인권의 향유를 위해서 환경의 보호 및 지속성과 아세안내에서의 발전의차이를 좁힐 수 있는 환경의 조성 및 빈곤경감을 목적으로 함과 동시에 인민지향적이고 성평등적인 발전프로그램을 채택하여야 한다.)

256) 서철원/장복희/서호훈/김형구, 국제인권시스템 현황에 관한 연구, 2013, 국가인권위원회, 97쪽.

아세안인권선언을 채택한 것은 이제까지 아세안 회원국들이 국내정치에 민감한 사안은 아예 의제로 삼지 않았던 전통에 비추어 볼 때 상당한 질적, 제도적 변화를 스스로 시도한 것으로 평가할 수 있다.²⁵⁷⁾ 그러나 제도적인 측면에서는 아세안 인권선언을 법적 구속력 있는 인권협약으로 발전시키고 보다 효과적인 인권이행감시제도, 즉 독립적이고 중립적으로 활동할 수 있는 인권위원회, 더 나아가 인권재판소를 만드는 과제가 남아 있다. 그리고 인권의 보편성과 문화적 상대주의 내지 인권의 권리성과 인권행사의 한계를 적절하게 조화시키면서도 보다 국제적 인권기준에 부합하는 발전적인 방향으로의 인권선언의 개정과 더불어 더 나아가 구속력 있는 인권협약의 체결이 필요하다.

참고로 서아시아지역에서의 인권보장제도의 형성과정을 보자면 다음과 같다. 먼저 1945년 3월 중동의 평화와 안전을 확보하고 아랍제국의 주권과 독립을 수호하고 회원국들의 정치적 협력을 촉진하고, 분쟁과 평화에 대한 파괴행위를 처리하며, 전문위원회의 활동을 통해 경제·커뮤니케이션·문화·사회문제 및 기타 문제에 대해 협력을 도모하기 위해 창설된 아랍연맹(League of Arab States)²⁵⁸⁾은 창립헌장에는 인권에 관하여 언급하고 있지 않았다. 이에 따라 1960년 아랍권에서 가장 오래된 시민사회단체의 하나인 아랍법률가연합(Union

257) 황인원, 확대지향의 동아시아 지역주의와 아세안의 인식과 대응, 박사명의 5인 저, 위기에서 협력으로: 동남아 지역협력의 확대와 심화, 이매진, 2008, 64쪽.

258) 초기 가맹국은 이집트·시리아·레바논·사우디아라비아·이라크·요르단·예멘 등 7개국이며, 2017년 현재 22개국이 가입하고 있다.

아랍연맹 회원국 [* 초기 가맹국(founder states)]			
회원국	가입승인일	회원국	가입승인일
Algeria	16-08-1962	Bahrain	11-09-1971
Comoros	20-11-1993	Djibouti	04-09-1977
Egypt *	22-03-1945	Iraq *	22-03-1945
Jordan *	22-03-1945	Kuwait	20-07-1961
Lebanon *	22-03-1945	Libya	28-03-1953
Mauritania	26-11-1973	Morocco	01-10-1958
Oman	29-09-1971	Palestine	09-09-1976
Qatar	11-09-1971	Saudi Arabia *	22-03-1945
Somalia	14-02-1974	Sudan	19-01-1956
Syria *	22-03-1945	Tunisia	01-10-1958
United Arab Emirates	06-12-1971	Yemen *	05-05-1945
Eritrea 2003년 1월에 아랍연맹의 옵서버(observer)로 참여			

of Arab Lawyers)이 아랍연맹에 아랍인권협약을 만들 것을 공식적으로 촉구하였다.²⁵⁹⁾

1966년 9월 아랍연맹의 평의회(Council)²⁶⁰⁾는 1968년 인권의 해를 기념하여 아랍지역에서의 인권신장 프로그램 마련을 위하여 운영위원회(steering committee)를 설립하였고, 운영위원회에서는 항구적인 아랍인권위원회(Arab Commission on Human Rights)의 설립과 인권에 관한 아랍회의(Arab Conference on Human Rights)의 개최를 추천하였다. 그리하여 1968년 12월 베이루트(Beirut)에서 인권에 관한 아랍회의가 개최되었다. 또 한편으로, 57개의 이슬람 국가들이 협력과 연대를 강화하기 위해 1969년 9월에 결성한 이슬람회의기구(the Organisation of the Islamic Conference)는 1972년의 헌장에 인권을 명시하였다. 이는 이슬람국가의 유엔헌장과 기본적 인권에 대한 약속을 재확인하는 것이었다. 그리고 1990년 8월 5일 이슬람회의기구의 회원국 외무장관들의 Cairo 회의에서 이슬람율법에 바탕을 둔 ‘이슬람에서 인간의 권리에 관한 선언(the Cairo Declaration on Human Rights in Islam 1990)을 채택하였다.

아랍연맹은 1994년 9월 15일 종교적 NGO와 정부간 조직(inter-governmental)에 의하여 제안된 초안을 기초로 하여 서문과 43개의 조문으로 구성된 아랍인권헌장(Arab Charter on Human Rights)을 채택하였다. 아랍인권헌장이 발효되기 위해서는 7개의 국가의 비준이 있어야 했는데, 회원국 중 단 하나의 나라도 비준하지 아니하였다.²⁶¹⁾ 1994년의 아랍인권헌장은 국제적 인권기준에 부합하지 아니하고 인권 보호 및 구제 장치에 심각한 결함이 있다는 아랍의 NGO과 국제적 NGO 그리고 전문가와 학계의 비판에도 불구하고 아랍연맹평의회는 2001년 3월 1994년의 인권헌장에 대한 서명과 인준과정을 신속히 이행할 것을 권고하였다.

259) Susan M, Akram, Arab Charter ON Human Rights 2004, Boston University International Law Journal Vol. 24(2006), p. 147.

260) 아랍연맹헌장에 따르면 모든 가맹국을 동등하게 대표하는 대표자로 구성되는 평의회(council)에 최고 권위를 부여하고 있는데, 평의회는 반년마다 개최되고, 주요문제에 대해서는 만장일치의 결정에만 구속력을 인정하고 있다.

<http://www.humanrights.ch/en/standards/other-regions-instruments/arab-charter-on-human-rights>; <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1120574&cid=40942&categoryId=31656> 참조.

261) 이라크만 서명하였을 뿐이고, 그 이외의 다른 나라는 서명, 비준하지 않았다. <http://www.humanrights.ch/en/standards/other-regions-instruments/arab-charter-on-human-rights> 참조.

그렇지만 이후 아랍연맹평의회는 태도를 변경하여 2002년 3월 10일과 2002년 9월 5일의 결의를 통하여 1994년의 인권헌장을 현대화하는 개정을 할 것을 채택하였다.²⁶²⁾ 2003년 3월 24일 아랍연맹평의회는 결의안 6032-129호에 의하여 아랍인권위원회(Arab Commission on Human Rights)로 하여금 아랍인권헌장을 인권에 관한 국제적 기준에 부합하게 현대화할 것을 지시하였다. 아랍인권위원회는 아랍연맹회원국들에게 인권헌장의 개정을 위한 의견을 제출하도록 하여 1994년의 아랍인권헌장 개정을 위한 작업에 착수하였다. 아랍연맹은 NGO의 요구와 유엔인권고등판무관(UNOHCHR)의 압력으로 새로운 헌장안을 기초하는데 독립된 외부전문가의 참여를 허용하였다.²⁶³⁾ 즉 유엔인권고등판무관(UNOHCHR)은 2003년 카이로에서 인권전문가회의를 개최하여 아랍인권헌장의 개정안을 만드는 작업을 하여 그 결과를 아랍인권위원회에 제출하였다. 인권전문가회의에서 제출한 초안을 바탕으로 아랍연맹 회원국과 전문가들의 협의를 거쳐 아랍인권헌장 개정안이 만들어졌다.²⁶⁴⁾ 2004년 5월 아랍연맹평의회는 본질적으로 1994년의 인권헌장의 서문과 같은 내용의 서문과 53개조로 구성되어 있는 새로운 아랍인권헌장을 채택하였는데, 개정 아랍인권헌장은 7개국 회원국이 비준한 2008년 3월 15일 발효되었고, 2013년 11월 현재 알제리, 바레인, 이라크, 요르단, 쿠웨이트, 레바논, 리비아, 팔레스타인, 카타르, 사우디아라비아, 시리아, 아랍에미레이트, 예멘 등 13개국이 비준하였다.

2004년의 아랍인권헌장 제45조에 따라 2008년 인권헌장의 이행여부를 감시하는 아랍인권위원회(Arab Human Rights Committee)를 설립하였다.²⁶⁵⁾ 아랍인권위원회는 회원국의 비밀투표로 선출되는 7인의 위원으로 구성된다(제45조 제1항). 위원은 위원회의 업무분야에서 고도로 숙련된

262) Dinah Shelton, *Regional Protection Of Human Rights(I)*, Oxford University Press, 2008, p. 1051ff.

263) Mervat Rishmawi, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?*, 5 Hum. RTS. L. Rev. 361 - 362(2005), in : D.inah Shelton, *Regional Protection Of Human Rights(I)*, Oxford University Press, 2008, p. 1052.

264) 서철원/장복희/서윤호/김형구, 앞의 책, 99쪽. 인권전문가회의에서 채택된 초안은 보편적 인권기준을 대부분 수용한 것이었지만 최종적으로 채택된 개정안은 초안보다 상당히 후퇴하여 인권헌장의 서문에서 카이로 인권선언을 재확인하고 있다.

265) <http://www.humanrights.ch/en/standards/other-regions-instruments/arab-charter-on-human-rights>; 참조.

전문가로 회원국의 국적을 가진 사람이어야 하며, 위원은 독립적이어야 하며 중립적이어야 한다(제45조 제2항). 위원은 한 차례만 연임할 수 있으며, 위원의 국적은 하나이상이어야 하며, 교대의 원칙이 준수되어야 한다(제45조 제3항). 임기는 4년이다. 인권위원회는 아랍연맹의 본부에서 회의를 열어야 하지만, 절차와 업무수행방법에 관한 규정을 스스로 정하여야 한다(제45조 제7항). 비준당사국들은 헌장에서 인정하는 자유와 자유를 실현하기 위해 취한 조치들과 이들의 권리의 향유에서의 발전에 관하여 아랍연맹사무국에 제출하여야 하며, 아랍연맹사무국은 이를 아랍인권위원회에 보내야 한다(제48조 제1항). 아랍인권헌장이 발효된 날로부터 1년 이내에 최초의 보고서를 인권위원회에 제출하여야 하며, 그 후부터는 매3년마다 보고서를 인권위원회에 제출하여야 한다(제48조 제2항). 인권위원회는 공개적으로 회원국에 의하여 제출된 보고서를 심의한다. 이때에 심의 받는 회원국의 대표가 참석하여 함께 공동으로 심의한다(제48조 제3항). 인권위원회는 보고서를 검토하고, 평가하고 필요한 권고사항을 제시할 수 있다(제48조 제4항). 인권위원회는 자신의 최종의견과 권고의견을 통해 아랍인권헌장에 내포된 권리와 직·간접적으로 관련된 심의 대상국의 잘못된 점을 지적할 수 있고, 회원국이 잘못된 점을 교정하기 위해서 어떠한 조치를 취해야 할 것인지에 관해서도 지적할 수 있다.²⁶⁶⁾

인권위원회는 사무국을 통하여 아랍연맹 평의회에 회원국의 인권상황에 관한 보고서에 관한 의견과 권고사항을 포함하는 연례보고서를 제출하여야 한다(제48조 제5항). 그리고 회원국의 보고서 심의 후에 이에 관한 인권위원회의 의견과 권고사항을 포함한 인권위원회의 보고서는 공개되어야 한다(제48조 제6항). 그런데 이와 같은 인권위원회의 회원국보고서의 검토 외에는 인권헌장에서 승인하는 인권이 회원국에 의하여 침해된 경우 회원국의 청원이나 개인의 청원에 의하여 이를 구제하는 효율적이고 강제적인 구제절차가 없다는 문제점이 있다.²⁶⁷⁾ 2004년 아랍인권헌장이 채택되기 이전에 1990년 이슬람회의기구의 회원국 외무장관들의 회의에서 채택된 ‘이슬람에서의 인권에 관한 카이로선언’과 1994년 아랍연맹평의회에서 채택한 아랍인권헌장이 있었다. 1990년 카이로인권선언(the Cairo Declaration on

266) 국가인권위원회, 미주지역인권시스템 운영에 관한 연구를 통한 아시아지역인권시스템 수립방안연구, 2008. 2, 85쪽. 참조.

267) Susan M. Akram, Arab Charter ON Human Rights 2004, Boston University International Law Journal Vol. 24(2006), p. 149.

Human Rights in Islam 1990)은 이슬람교에 근거하는 것으로 이슬람교는 손상될 수 없는 성격(unspoiled nature)의 진정한 종교라고 규정하고 있고, 이슬람율법임을 이유로 신체에 대한 가해를 허용함으로써 고문뿐만 아니라 사형과 같은 잔인하고 비인간적이거나 굴욕적인 형벌에 문을 열어두고 있으며, 그리고 여성의 권리와 자율성을 약화시키는 규정을 두고 있었다. 1994년의 아랍인권헌장 역시 이슬람교와 그 율법을 지나치게 반영하고 있어 보편적인 인권기준에 미치지 못하였으며, 인권헌장에는 인권헌장의 효력이 발생하기 전까지는 인권을 감시하는 지역적 기구 내지 절차는 존재하지 않았다. 아랍인권헌장 41조에 따르면 회원국은 정기적으로 보고서를 제출하여야 하며 각국대표로 구성되는 7명의 전문가위원회(independent Committee of experts)는 회원국에게 조사결과가 기재되어 있는 보고서의 제출을 요구할 수 있고 전문가위원회는 보고서를 검토하여야 하며, 아랍연맹의 인권위원회(Human Rights Committee of Arab League)에 자신의 보고서를 제출하여야 한다. 1994년의 헌장에는 그 밖의 다른 인권의 증진 또는 보호를 위한 제도적 장치는 규정되어 있지 않았다.

2004년 5월 아랍연맹평의회에 의하여 채택된 개정 아랍인권헌장은 내용적으로 과거의 인권선언이나 인권헌장과 비교할 때 중요한 발전을 이루었다. 일단 국제적 인권기준에 대체로 부합하는 규정들을 주로 포함하고 있으며, 기구 내지 제도 역시 국제인권법 및 실무에서의 발전을 반영하고 있다. 즉 서문에서는 문화적, 종교적 혹은 다른 요소에 입각한 상대주의를 강조하기보다는 오히려 유엔헌장(the Charter of the United Nations), 세계인권선언(the Universal Declaration of Human Rights), 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR), 그리고 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(ICESCR)에 포함되어 있는 국제적 기준을 언급하고 있다. 또한 개정된 인권헌장에서는 시민적·정치적 권리와 경제적·사회적·문화적 권리를 보장하고 있다.

먼저 인권헌장에서는 시민적·정치적 권리로써 사형제를 인정하는 전제에서 생명권의 보장(제5, 6, 7조), 고문을 받지 아니할 권리, 잔혹하거나 비인간적인 형벌을 받지 아니할 권리(제8, 9, 18, 20조), 노예제 및 강제노동, 인신매매 금지(제10조), 영장 없이 체포·구금되지 아니할 자유 등 신체의 안전 내지 신체활동의 자유, 체포·구금시 이유를 고지 받을 권리(제14조), 법 앞의

평등원칙 및 평등한 법의 보호를 받을 권리(제11조) 및 재판에서의 평등원칙과 사법권 독립 및 법관 보호의 원칙(제12조), 공정하고 적정한 절차에 의한 재판의 원칙(제13), 죄형법정주의(제15조), 무죄추정의 원칙(제16조), 일사부재리원칙(제19조), 거주·이전의 자유(제24, 26, 27조), 사생활 및 가족생활의 비밀 및 자유 보호(제21조), 소수민족의 문화, 언어, 종교 선택의 자유 보호(제25조), 정치적 망명권(제28조), 국적취득의 권리 및 국적이탈의 자유 보장(제29조), 사상, 양심, 종교의 자유 보장(제30조), 정보의 자유 및 의사표현의 자유(제32조), 혼인 및 가족 형성의 자유(제33조)의 보장을 규정하고 있다. 경제적·사회적·문화적 권리로 근로의 권리(제34조), 노동조합을 결성할 권리(제35조), 사회적 보장을 받을 권리(제36조), 발전의 권리(제37조), 교육을 받을 권리(제41조), 문화적 생활에 참여할 권리(제42조) 등을 보장하고 있다.

그렇지만 다른 한편으로는 이슬람교에 바탕을 둔 1990년 카이로인권선언을 서문에서 언급하고 있을 뿐만 아니라, 개정된 인권헌장의 주요한 규정에 이를 반영하고 있다. 그 결과 일부 주요규정은 국제적 인권기준에 부합하지 아니하고 국제인권법에서 인정되는 많은 권리와 자유들이 빠져 있다. 특히 권리침해를 받은 희생자들이 법원 내지 판사에게 호소할 수 있는 효율적인 권리구제절차 내지 이의제기절차가 결여되어 있다. 다만 아랍연맹회원국 중의 일부는 아프리카인권선언의 이의제기절차를 따르고 있다.

서아시아지역에서의 지역적 인권보장제도는 아랍연맹을 중심으로 하여 아랍인권위원회를 먼저 설치하고, 아랍인권헌장을 제정하였다. 아랍연맹 회원국은 아시아와 아프리카에 소재하고 있다는 점에서 아랍연맹은 지역적 밀접성 보다는 이슬람이라는 종교적 동질성을 바탕으로 형성된 정치적 결합체라고 평가할 수 있다. 이런 이유로 인권헌장 등 서아시아지역에서의 지역적 인권보장제도에는 종교적인 색채가 강하게 반영되어 있다.²⁶⁸⁾ 특히 현대화된 2004년의 아랍인권헌장에서도 이슬람교에 바탕을 둔 카이로인권선언의 정신을 언급하고 있다. 그렇지만 2004년의 개정된 아랍인권헌장은, 전체적으로 국제법적으로 요구되는 인권기준을 수용하여 현대화하고 있다. 2004년의 아랍인권헌장 제1조는 헌장의 목적이 인권을 아랍국가의 국가적 중요 관심사안의 핵심에 위치하게 하는 것임을 밝히고 있다. 그리고 모든 인권은 보편적이고 불가분의, 상호의존적이며 서로 연관되어

268) 서철원/장복희/서윤호/김형구, 앞의 책, 97쪽.

있다(all human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated)는 원칙이 단단히 자리 잡게 하여야할 필요성이 있다는 점을 선언하고 있다. 이런 점에서 개정된 헌장의 기본정신은 문화적, 종교적 상대주의 내지 보수주의보다 인권의 보편성을 추구하고 있다고 평가된다. 더군다나 이와 같은 내용의 2004년 개정된 아랍인권헌장은 7개국 회원국이 비준한 2008년 3월 15일 발효되었고, 2013년 11월 현재 13개국이 비준하여 법적 구속력 있는 인권문서라는 점에서 의의가 있다. 다만 여전히 여성의 보호 내지 남녀평등의 실현과 관련하여, 그리고 사상·양심·종교의 자유의 보호는 국내법에 따른다고 함으로써 이슬람법에 바탕을 둔 국내법에 의해서 여성의 권리와 사상·양심·종교의 자유가 제한될 수 있는 여지를 인정하고 있고, 이런 점에서 이슬람국가가 인권을 보호, 증진할 의지가 없는 것은 아닌가 하는 우려를 낳고 있다는 비판이 있다.²⁶⁹⁾ 또한 제도적 측면에서 인권위원회에 회원국이 제출하는 국가보고서 검토 및 이에 대한 의견제시 이 외에는 개인의 고발이나 국가 간의 고발을 인정하지 않고 있다는 점에서 인권재판소 등 실효적이고 효율적인 인권보장제도가 없다는 문제점이 있다.²⁷⁰⁾

IV. 동남아시아에서의 시도

아시아지역에서는 1966년 9월 아랍국가연맹평의회(Council of League of Arab States)는 1968년 인권의 해를 기념하기 위한 프로그램을 마련하기 위한 운영위원회(steering committee)의 설립을 결의하였고, 운영위원회는 항구적인 아랍인권위원회(Arab Commission on Human Rights)의 설립과 인권에 관한 아랍회의(Arab Conference on Human Rights)의 개최를 추천하였고, 그에 따라 인권에 관한 아랍회의는 1968년 12월 베이루트에서 개최되었다. 그러나 아랍국가연맹에서 아랍인권헌장을 채택한 것은 1994년 9월 15일이었다. 그런데 그 전에 이슬람국가들의 회의체인 이슬람회의기구(the Organisation of the Islamic Conference)는 1972년의 헌장에 인권을 명시하였고, 1990년 8월 5일 이슬람회의기구의 회원국 외무장관들의 모임에서 ‘이슬람에서의 인간의

269) 서철원/장복희/서운호/김형구, 앞의 책, 98쪽.

270) Susan M. Akram, Arab Charter ON Human Rights 2004, Boston University International Law Journal Vol. 24(2006), 149쪽. 서철원/장복희/서운호/김형구, 앞의 책, 99쪽.

권리에 관한 카이로 선언'(Cairo Declaration on Human Rights in Islam)을 채택하였다.

특히 1993년 인도네시아 자카르타에서 개최된 아시아·태평양지역에서의 인권의 보호와 증진을 위한 제2차 유엔과 아시아·태평양지역내의 국가간 인권워크숍에서 아시아지역 인권보호시스템의 필요성에 대한 합의가 이루어진 바 있으며, 1994년 대한민국 서울에서 개최된 제3차 유엔과 아시아·태평양지역내의 국가간 인권워크숍에서도 아시아지역인권보호시스템 수립방안이 주요의제로 다루어졌다.²⁷¹⁾ 이를 계기로 1990년대부터 아시아지역 인권보장시스템 내지 인권보장제도 수립에 관한 논의가 활발히 시도되고 있다.

그 결과 아시아지역에서도 2004년 5월에 아랍연맹 정상회의에서 국제인권법의 기준에 맞게 재작성된 아랍인권헌장이 채택되어 2008년 3월 발표되었고,²⁷²⁾ 2007년 동남아국가연합인 ASEAN 10개 회원국은 제13차 연례 정상회의에서 인권헌장이나 인권협약 없이 인권기구를 창설할 것을 선언하였다.²⁷³⁾ 이처럼 아직까지는 아시아 전체를 대상으로 하는 아시아인권선언이나 아시아 전체를 대상으로 하는 인권보장기구를 설립하려는 움직임은 없지만, 아시아 곳곳에서 인권의 보편성을 받아들여서 지역적 인권보장제도의 형성을 위한 시도 내지 논의는 소지역적으로 있으며, 특히 아랍연맹과 아세안이 결성되어 있는 서아시아지역과 동남아시아지역에서는

271) 아시아·태평양지역에서의 인권의 보호와 증진을 위한 유엔과 관련지역소재 국가간의 워크숍은 1990년 제1차 유엔아태지역 인권워크숍이 개최된 이후로 거의 매년 개최되었다. 그러나 이 회의에서 아태지역의 대규모 인권침해를 방지하거나 해결하기 위한 제도적 대안으로서 지역인권보호시스템에 대한 관심과 노력을 찾아보기는 힘들다고 한다. 이에 관한 자세한 것은 국가인권위원회, “미주지역인권시스템 운영에 관한 연구를 통한 아시아지역인권시스템 수립방안연구”, 2008.2., 77쪽 참조.

구분	연도	장소	구분	연도	장소
제1차	1990년	필리핀 마닐라	제8차	2000년	중국 베이징
제2차	1993년	인도네시아 자카르타	제9차	2001년	타일랜드 방콕
제3차	1994년	한국 서울	제10차	2002년	레바논 베이루트
제4차	1996년	네팔 카투만두	제11차	2003년	터키 이슬라마바드
제5차	1997년	요르단 암만	제12차	2004년	카타르 도하
제6차	1998년	이란 테헤란	제13차	2005년	중국 베이징
제7차	1999년	인도 뉴델리			

272) 채형복, 국제인권법, 높이깊이, 2013, 33쪽 참조.

273) 라펜디 자민, 아시아의 인권기구에 관한 현재의 논의: 아세안헌장에서 인권기구까지, 아시아저널 창간준비1호, 2009.2., 518기념재판, 127쪽 이하 참조.

인권개념 내지 기준을 정립하고 제도화하고자 하거나 인권보장기구를 설치하려는 초기단계에 있다고 할 수 있다.

1. 아세안(ASEAN)헌장의 제정

동남아시아의 공동 안보 및 자주독립을 위하여 역내 국가 상호간의 협력을 위하여 1967년에 결성된 동남아시아 국가연합(Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), 이하 'ASEAN')²⁷⁴⁾은 2005년 12월 12일 제11차 ASEAN정상회의에서 2007년 중반까지 ASEAN을 규약에 기반한 정부 간 기구로 발전시키기 위하여 아세안헌장(ASEAN Charter)을 제정하기로 결의하였고, 2007년 11월 20일 싱가포르에서 열린 ASEAN정상회의에서 ASEAN 헌장을 공식 채택하였다. 그런데 이 헌장에서는 ASEAN 내의 민주주의 및 법치의 강화와 더불어 인권과 기본적 자유를 실현하기 위해서 ASEAN 산하에 ASEAN 인권기구(ASEAN human rights body)를 창설할 것을 명시적으로 규정하였다.²⁷⁵⁾ ASEAN 속에는 인권보장을 위한 두 개의 부분조직이 존재하는데, 여성과 아동의 권리의 증진과 보호를 위한 아세안 위원회(ASEAN Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Women and Children (ACWC))와 이주노동자의 권리의 보호와 증진을 위한 아세안 선언의 이행에 관한 아세안 위원회(ASEAN Committee on the Implementation of the ASEAN Declaration on the Protection and Promotion of the Rights of Migrant Workers (ACMW))²⁷⁶⁾가 그것이다. ASEAN 헌장에서 인권기구의 구성과 권한의 범위 및 행사의 요건에 관해서

274) 사실 1967년 동남아시아 10개국을 회원국으로 하여 창설된 동남아시아 국가연합(Association of Southeast Asian Nations (ASEAN))의 창설목적에 인권보장이 명백히 포함된 것은 아니었다. 국제연합의 인권보장의 범위를 넘어서는 아시아 국가들 사이의 인권관련 문제에 대한 협력적 대응은 다소 마지못해 진행된 경향이 있다. 1993년 오스트리아(Austria) 비엔나(Vienna)에서 개최되는 인권에 관한 세계회의(World Conference on Human Rights)의 준비를 위하여 아시아 국가들은 1993년 3월 29일부터 4월 2일까지 지역회의를 개최하였다. 이 회의를 마감하는 시점에서 아시아 국가들은 국제공동체 속에서의 인권에 관한 관심의 증가를 바람직하게 받아들이며 국제연합헌장과 세계인권선언(Universal Declaration on Human Rights)의 원리들에 대한 그들의 책임을 재확인하였다.

275) The Asean Charter Art. 14. 그러나 아세안인권기구가 다물 소관범위, 권한 및 구성에 관한 규정은 없고 단지 아세안 외무장관회의(ASEAN Foreign Ministers Meeting)에서 정하는 바에 따라 업무를 수행하여야 한다고 규정하고 있을 뿐이다.

276) Muntarhorn, 앞의 보고서, 4쪽.

구체적으로 언급하고 있지 않아 실효성에 의문이 제기되지만, ASEAN 현장에서 정부 간의 기구로서 인권기구의 창설을 명문화한 것은 이제까지 ASEAN 회원국들이 국내정치에 민감한 사안은 아예 의제로 삼지 않았던 전통에 비추어 볼 때 상당한 질적, 제도적 변화를 스스로 시도한 것으로 평가할 수 있다.²⁷⁷⁾

2008년 12월 15일 효력을 발생한 ASEAN 헌장(ASEAN Charter)은 ASEAN에 대하여 법적 지위와 제도적 구조(institutional framework)를 제공하는 것을 통해서 ASEAN 공동체를 형성하기 위한 확고한 기반이 된다. ASEAN 헌장은 아세안 규범들(norms), 규칙들(rules) 그리고 가치들을 성문화한 것이다.²⁷⁸⁾ ASEAN 헌장을 효력발생을 통하여 그 이후부터 ASEAN은 새로운 법적 기초를 바탕으로 활동하고, 자신의 공동체 형성과정에 필요한 많은 조직을 설립할 수 있다. 그 효력에 있어서 ASEAN 헌장은 10개의 ASEAN 회원국들 사이에 법적 구속력을 가지는 합의(a legally binding agreement)가 되어가고 있다. 이 헌장이 발효한 후, 국제연합회원국이 체결하는 모든 조약과 국제협정은 가능한 한 신속히 사무국에 등록되고 사무국에 의하여 공표된다고 규정하고 있는 국제연합 헌장(Charter of the United Nations) 제102조 제1항에 의하여, ASEAN 헌장은 국제연합 사무국(Secretariat of the United Nations)에 등록된다.²⁷⁹⁾ ASEAN 헌장의 목적에 대하여 규정하고 있는 헌장 제1조는 특히 7호에서 ‘민주주의를 강화하고, 좋은 거버넌스(good governance)와 법의 지배를 확고하게 하고, ASEAN 가입 국가들의 권리와 책임에 대한 적절한 고려를 바탕으로 인권과 근본적 자유(fundamental freedoms)를 증진하고 보호하는 것’을 ASEAN의 목적들 중의 하나로서 열거하고 있다. ASEAN 회원국의 행동기준이 되는 원리들(principles)로서 아세안 헌장 제2조 제2호 (i)는 ‘근본적 자유의 존중, 인권의 증진과 보호 그리고 사회적 정의의 증진’을 들고 있다.

2. ASEAN 정부 간 인권위원회의 설립

선언적 성격의 인권헌장은 물론이고 규범력을 인정하는 인권규약이 채택되지도 아니한 상태에서 아세안외무장관회의에서 구성과 권한 등에

277) 황인원, 확대지향의 동아시아 지역주의와 아세안의 인식과 대응, 박사명 외 5인 저, 위 기에서 협력으로: 동남아 지역협력의 확대와 심화, 이매진, 2008, 64쪽.

278) <http://asean.org/asean/asean-charter/>.

279) <http://asean.org/asean/asean-charter/>.

관한 직무지침(Terms of Reference; TOR)이 제정되면서 ASEAN 지역의 인권보장기구로서 아세안정부간인권위원회(AICHR)가 2009년 설립되었다.²⁸⁰⁾ 2007년의 ASEAN 헌장의 채택 그리고 2009년의 AICHR의 출범을 통해서 아세안은 인권보호영역에 있어서 새로운 목적과 지향점을 갖게 되었다.²⁸¹⁾ ASEAN 헌장에서 인권보장기구의 설치를 명문화한 이후 아세안지역에서는 지역적 인권보장제도를 마련하는 시도가 활발히 전개되었다. 동아시아 그리고 동남아시아에서의 인권보장에 관한 연구들은 인권이론적인 측면에서 볼 때 인권에 대한 상대주의적 관점에 관한 논의(relativist debate) 뿐만 아니라, 최근에 강조되고 있는 동아시아에서의 정치적 경제(political economy), 노동자의 권리 그리고 동남아시아의 국내적 그리고 국제적 인권보장정책에 대하여 검토한 것이다.²⁸²⁾ 특히 시민사회단체는 ASEAN을 ASEAN 국민들의 인권 증진과 보호 활동의 장으로 적극적으로 활용하고자 하였다.²⁸³⁾

AICHR의 직무지침은 세계인권선언, 비엔나선언 및 행동계획 그리고 ASEAN 회원국이 가입하고 있는 국제인권협정을 옹호하거나(TOR 1.6, 2.2) 인권 및 자유의 보호 및 증진을 위한 전략을 개발할 것, 교육과 조사, 그리고 정보의 보급을 통하여 아세안 인민들의 인권의식을 향상시킬 것 또는 아세안 회원국이 가입한 국제인권조약상의 의무를 효율적으로 이행하기 위한 능력배양을 촉진시키거나 인권관련 ASEAN의 협정의 완전한 준수를 증진시킬 것 등 내용으로 하고 있으나(TOR 4.), 이를 실현하기 위한 구체적인 권한이나 기구 등에 관하여는 개별적으로 규정하고 있지 아니하다. AICHR는 ASEAN 국가별로 그 나라를 대표하는 대표자 10명으로 구성되며, ASEAN의 의장국 대표가 AICHR의 위원장이 된다(TOR 5.8). AICHR의 위원들은 자국을 대표하고 자국 정부에 책임을 진다(TOR 5.1, 5.2.). 대표자의 임기는 3년이지만 각 국가는 그 나라 자체의 기준에 따라 언제든지 자국의 대표를 교체할 수 있다(TOR

280) 2009년 ASEAN은 2009년 10월 공식적으로 출범하게 되는 AICHR에 대한 평가기준 조항들(Terms of Reference)을 채택하였다. 이러한 평가기준조항들은 많은 비판에 직면하였는데, 이러한 비판이 핵심적 내용은 많은 국가들이 국내문제에 대한 불간섭의 원칙의 유지를 희망하였고, 더 나아가서 아세안 인권에 관한 정부 간 위원회에 대한 조사권이 없기 때문에 이러한 새로운 인권보장체제는 별로 효과가 없을 것이라는 지적이 있다. 그런데 ASEAN 회원국 중에서 인도네시아, 말레이시아, 타일랜드, 필리핀에만 국가인권위원회가 설립되어 있다.

281) Ramcharan, 위의 논문, 199쪽.

282) Ramcharan, 앞의 논문, 202쪽.

283) Ramcharan, 앞의 논문, 204쪽.

5.6). AICHR는 조사기구가 아닌 자문기구이기 때문에 인권침해에 대한 진정을 접수, 처리하거나 인권침해 의혹을 조사할 수 없다.²⁸⁴⁾ 뿐만 아니라 직무지침의 의미와 관련한 해석의 차이가 있을 때 직무지침의 의미를 AICHR가 스스로 결정하는 것이 아니라 ASEAN 외무장관회의에 결정을 요청하여야 한다(TOR 9.8). 또한 AICHR는 ASEAN 회원국의 독립, 주권, 평등, 영토적 정체성과 민족적 정체성을 존중하여야 하며, 특히 ASEAN 회원국의 내정불간섭을 활동의 기본원칙으로 하고 있으며(TOR 2.1. b), AICHR는 일 년에 두 번 정기적으로 소집되고, 필요할 때에는 임시회를 열 수 있다. ASEAN 외무장관회의에서 필요하다고 인정하면 AICHR의 회의소집을 지시(instruct)할 수 있다. AICHR의 의사결정은 ASEAN 현장 제20조에 따라 논의(consultation)와 의견일치(consensus)를 기반으로 하여야 한다(TOR 6.1.). 직무지침에 따르면 AICHR는 ASEAN 현장 제5장에 제시되어 있는 바대로 시민사회단체나 기타 이해관계자를 포함하여 아세안과 연관되어 있는 단체와 기타 ASEAN 기구와 대화와 협의를 하여야 하며, 특히 인권증진 및 보호와 관련이 있는 국가적, 지역적, 국제적 기구와 단체 및 조직들과 적절한 방법으로 대화와 협의를 해야 한다(TOR 4.8, 4.9).

ASEAN은 AICHR와 유사한 형태의 여성·아동의 권리 증진 및 보호위원회를 설립하였다. 동 위원회는 정부 간 협의체로서 ASEAN 국가들을 회원으로 하며 각 국가는 2명의 대표를 선임하여 각각 여성과 아동의 권리를 담당토록 하고 있다. AICHR와 마찬가지로 각국 정부는 언제든지 대표를 교체할 수 있다. 다만, 동 위원회의 직무지침에 따르면 AICHR는 인권침해에 대하여 적극적으로 조사하고 보호하는 독립적인 기구가 아닌 ASEAN 조직구조의 내부적인 정부간의 기구(inter-governmental body)이며, 단순한 '자문기구'(a consultative body)이다(TOR 3). 그럼에도 AICHR는 ASEAN 속에서 인권을 증진하고 보호하기 위한 매우 중요한 위원회다.

284) 이런 이유로 아세안정부간인권위원회(AICHR)는 인권침해를 보호할 수 있는 세부적이고 구체적인 보호권한을 가지고 있지 못하기 때문에 보다 강한 보호권한이 부여되어야 한다는 비판과 더불어 회원국의 인권상황에 관한 정보를 취득하고 인권조약의 기준을 촉구하는 등의 현재의 권한을 완전히 실현하여야 함에도 불구하고 AICHR 스스로 그들의 권한을 좁게 해석하여 인권침해로부터 개인을 보호하고자 하는 노력을 하지 않았다는 비판이 있다. 자세한 것은 http://www.forum-asia.org/uploads/press-release/2013/October/Press-Release_6th-Regional-Consultation-on-ASEAN-and-Human-Rights_2013.pdf.

V. 아시아 헌법주의 실현과 우리나라 헌법재판소의 역할

아시아에서 헌법주의를 실현하기 위해 우리나라 헌법재판소의 역할이 중요하다. 그럼에도 아시아에서 헌법주의의 개념 규정이 어려운 이유로 다음 두 가지를 들 수 있다.

첫째, 지리적 형용어로서의 ‘아시아’ 자체를 정의하는 것이 어렵다. 아시아적인 것이 과연 무엇인가에 대해 지금껏 소위 ‘아시아’지역이라고 일컬어지는 곳의 아시아적인 공통 ‘가치’를 확정할 수 없기 때문이다. 이러한 점은 아프리카 지역에서도 마찬가지일 것이지만, 특히 이슬람, 유교, 불교의 문화가 혼재하는 가운데 각 국가들마다 국가의 기원, 이념적 기초부터 서로 다른 아시아 지역에서 더욱 두드러진다.

둘째, 소위 ‘헌법주의’가 무엇을 포함하는지에 대한 이해의 범위를 정하기가 어렵다. 이는 아시아적인 ‘가치’가 어떤 것을 포함하는지 정하기 어려운 것과 마찬가지로 힘든 것이다. 아시아 헌법주의를 그 자체로 명백한 것으로 보거나, 인식 가능한 것으로 보려는 시각은 큰 의미가 없다.²⁸⁵⁾ 따라서 단일한 아시아 헌법주의는 존재하지 않고, 아시아 각국의 다양한 헌법주의가 있다고 해야 한다. 자유주의적 헌법주의가 있는가 하면, 공산주의적인, 신정주의(神政主義)의 요소를 가진 반자유적인 헌법주의(non-liberal constitutionalism)도 있다.

또한 흔히 ‘아시아’라고 말할 때 마치 중국이나 인도네시아처럼 또 다른 하나의 국가가 있는 것처럼 취급할 때가 있다. 고대 그리스 시대에는 시야가 제한된 망원경 렌즈를 통해 세상을 바라보았기 때문에, 마치 이 세상이 유럽, 아시아, 아프리카 대륙으로만 구성되었다고 바라보았다. 만일 그것이 사실이라면, 왜 일본보다 더 극동아시아 지역으로 뻗친 러시아를 유럽이라고 했는지, 또 왜 호주가 종종 아시아 국가라고 주장됐는지 의문이 든다. 결국 아시아지역의 헌법주의실현을 위해서는 어떤 특정한 기준에 따른 ‘아시아’의 특징이 필요하다. 아시아연구학회(Association for Asian Studies: AAS)²⁸⁶⁾에 따른 기준을 차용한다면, 다음과 같이 구분된다.

285) When-Chen Chang, Li-ann Thio, Kevin YL Tan and Jiunn-rong Yeh, *Constitutionalism in Asia, Cases and Materials*, Hart Publishing (Oxford and Portland, Oregon) (2014), p. 5.

286) 1941년 미시간 앤 아버에 본부를 두고 창립된 아시아지역에 속하는 학자들의 학문적인 연구모임이다.

〈표 5〉 아시아연구학회의 기준

지역	국가
중국과 내아시아(China and Inner Asia)	중국, 티벳, 몽골, 홍콩과 마카오 특구
북동아시아(Northeast Asia)	한국, 북한, 일본, 타이완
남동아시아(Southeast Asia)	부루나이, 캄보디아, 인도네시아, 라오스, 말레이시아, 미얀마, 필리핀, 싱가포르, 태일란드, 베트남, 동티모르(Timor-Leste)
남아시아(South Asia)	인도, 파키스탄, 방글라데시, 스리랑카, 네팔, 부탄

〈표 6〉 AACC 가입국 기준 (16개국)

인도네시아, 아프카니스탄, 카자흐스탄, 키르기스스탄, 터키, 아제르바이젠, 타지키스탄, 파키스탄, 필리핀, 말레이시아, 몽골, 러시아, 태일란드, 우즈베키스탄, 미얀마, 한국

위 〈표 5〉의 25개 국가와 〈표 6〉의 16개 국가 중 겹치는 나라는 한국, 몽골, 태일란드, 필리핀, 말레이시아, 미얀마, 인도네시아 등이다. 이와 같이 지리적으로도 ‘아시아’에는 다양한 국가가 존재하고, 그들은 다양한 문화적, 규범적, 인종적, 종교적 배경을 바탕으로 하고 있다. 따라서 아시아 헌법주의를 실현하기 위하여 다양한 국가를 대상으로 개별적·구체적인 헌법의 제정과 국가의 성립과정을 살펴볼 필요가 있다. 다만, 현재로서는 AACC 가입국을 중심으로 비교헌법적인 연구를 통해 부분적이지만 아시아 헌법주의의 토대를 마련할 수 있는 방안을 모색하는 것이 바람직하다.

헌법주의는 헌법주의의 주요한 요청(principal demand of constitutionalism)으로서 다음의 개념을 포섭해야 한다²⁸⁷⁾; 첫째, 법의 지배원칙의 분명한 수용, 둘째, 권력이 제한된 정부, 셋째, 민주적 대의절차와 가치. 그러나 현실은 이와 달리 이러한 전제조건을 충분히 만족시킬 수 있는 아시아 국가는 많지 않다.

287) L. Henkin, A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defect's in M Rosenfield(ed.), Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives (Durham, NC: Duke University Press, 1994), 39, 40-42쪽 (recited from When-Chen Chang(et. el.), 앞의 책, 6쪽.

오히려, 많은 아시아 국가들에서 법의 지배와 인권중심적인 사고의 전통이 약한 것이 사실이다. 이러한 연유로 특히 정당의 지배가 법의 지배에 우월하는, 중국, 베트남, 라오스, 북한 등과 같은 사회주의 국가에서는 인권보장 또는 인권지향적인 문화의 흡결과 민주주의적인 국가기관의 흡결 등이 두드러지게 나타난다. 아시아는 그야말로 광범위하여, 정치적인 이념과 문화, 사회경제적인 발전, 식민지역사, 법률체계의 이식 및 토착(autochthonous)적인 헌법실현 등에 있어 엄청나게 다양하다. 특히 인도네시아에서는 말레이시아와 마찬가지로 인종-문화적인 다양성(ethno-cultural diversity)을 포용하기 위하여 소위 “법적 다원주의(legal pluralism)”를 제도화하기 위한 시도가 있다. 이러한 점은 서구의 발전과 더불어 주조된(forged) 지배적인 헌법주의의 이해를 넘어서는 헌법과 헌법절차에 대한 이해가 필요하다는 것을 의미한다.²⁸⁸⁾ 특히 아시아 국가의 제헌과 국가건립에 있어서, 초기 헌법제정권자들은 사회의 조직과 서열에 우선적인 관심을 갖고 있었다. 주권을 가진 지배자의 권한을 제한하는데 관심이 없었으며, 그들의 ‘헌법’ 또한 국가의 권한을 강화하거나 중앙집권화하기 위하여 주로 고안(designed)되었다.²⁸⁹⁾ 이러한 점에서 전통적인 자유민주주의를 신봉하는 몇몇 학자들은 현대적 의미에서 헌법을 위한 이러한 초기의 노력은 인정하지만, 지배자와 피지배자와의 관계를 설정하기 위하여 고안된 국가중심(state-centric)의 규정이었으며, 마찬가지로 피지배자에게 권리를 부여하기 위해서가 아니라 의무를 부과하기 위한 것이라고 본다. 19세기 말에 이르러서야 정부제한적인 변용(‘government-limiting’ variety)이 발생하게 되었다.²⁹⁰⁾

이상에서 검토한 바와 같이 아시아 지역은 지역적 인권보장제도가 없고, 넓은 지역에 다양한 종교, 문화, 전통, 민족이 혼재하고 있으며, 더불어 경제성장의 정도에서도 차이가 크다. 따라서 공통의 인권관념의 범위가 넓지 아니한 상황에서 각국의 시민단체 등의 역할도 중요하지만, 이를 선도하는 국가기관 역시 필요하다. 이런 점에서 헌법소원제도를 통하여 기본권 및 인권보장기관으로서의 역할을 수행하는 우리나라 헌법재판소의 역할이

288) AE Dick Howard, A Traveler from an Antique Land: The Modern Renaissance of Comparative Constitutionalism (2009-2010) 50 Virginia Journal of International Law 3.

289) When-Chen Chang(et. el.), 앞의 책, 9쪽.

290) When-Chen Chang(et. el.), 앞의 책, 10쪽.

중요하다. 즉 헌법재판소가 인권신장을 위하여 재판에서나 그 밖의 활동에서 인권우호적이고, 국제인권조약 등 국제인권법에 우호적인 활동을 지속적으로 수행하여야 한다. 아시아 지역의 지역적 인권보장제도를 설립하기 위한 과정에서 우리나라 헌법재판소가 이를 주도하고 선도하기 위해서, 헌법재판소가 수행하여야 할 역할은 헌법재판소가 담당하고 있는 본연의 헌법재판업무에서의 역할과 기타 역할로 나눌 수 있다. 또 헌법재판업무외의 기타 분야에서 헌법재판소의 역할은 국가 외에서의 국제적 역할과 국가 내에서 헌법재판소가 하여야 하거나 할 수 있는 국내적 역할로 구분할 수 있다. 아래에서는 이런 관점에서 아시아지역의 헌법주의 실현과 관련하여 우리 헌법재판소의 역할을 살펴본다.²⁹¹⁾

1. 국제인권조약의 헌법재판 준거규범성

우리나라는 CAT(Convention against Torture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment/1995.1; 고문과 잔인하고 비인간적인 또는 치욕적인 처우 혹은 형벌 금지 협약), CCPR(International Covenant on Civil and Political Rights/1990.4; 시민적·정치적 권리 협약), CEDAW(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women/1984.12; 여성에 대한 모든 형태의 차별 금지 협약), CERD(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination/1978.12; 모든 형태의 인종적 차별 금지 협약), CESCR(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights/1990.4; 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제 협약), CRC(Convention on the Rights of the Child/1991.11; 아동의 권리에 관한 협약), OP-CRC-AC(Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in Armed Conflict/2004.9; 무장충돌에 연루된 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서), OP-CRC-SC(Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, child prostitution and child pornography/2004.9; 아동 매매, 아동 매춘, 아동 포르노상의 아동의 권리에 관한 협약 선택의정서),

²⁹¹⁾ 이하의 내용은 헌법재판소, 아시아지역의 인권제고 방안에 관한 연구 (정책개발연구 제7권 2014년), 255-278쪽의 내용을 요약·정리하여 반영한 것이다.

CRPD(Convention on the Rights of Persons with Disabilities/2008.12; 장애인에 관한 협약)에 가입하고 있다.²⁹²⁾

헌법재판소가 아시아지역에서 헌법주의를 실현하는 과정에서 주도적이고 선도적인 역할을 수행하기 위해서는 헌법재판소가 담당하고 있는 업무, 즉 구체적 사건에 대한 헌법재판에서 국제인권조약의 재판규범성을 인정하고, 이를 적극적으로 헌법재판에서 국가작용의 위헌성여부를 판단하는 기준으로 적용하여야 할 뿐만 아니라, 더 나아가 국제인권조약이나 일반적으로 승인된 국제인권법의 내용을 존중하고 준수하는 노력을 하여야 한다. 그런데 헌법 제6조 제1항에서는 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있다는 점에서 국회의 동의를 거쳐 비준·체결된 국제인권조약은 국내에서 효력을 갖는 법규범이지만, 그 효력의 성격에 관해서는 헌법재판소는 이를 명시적으로 밝히고 있지 아니하다. 또한 헌법재판소가 국민의 권리보호에서 나아가 외국인의 기본권주체성을 인정하는 등 국민과 시민의 인권보장에 기여하는 결정을 함으로써 민주주의와 법치주의 발전에 기여하고 있지만, 적지 않은 사건에서 국제인권규약의 정신에 위배되거나 국제인권기구의 결정이나 권고에 반하는 결정을 하고 있다. 이와 관련하여 헌법재판소가 헌법재판에서 국제인권조약을 재판의 준거규범으로 삼고 있는지 여부 및 이에 관한 헌법재판소의 태도를 살펴보고, 이어서 헌법재판소의 인권관련결정사례를 검토하여 본다.

헌법 제6조 제1항에 따르면 국회의 동의를 거쳐 비준·체결된 국제인권조약과 일반적으로 승인된 국제인권법규는 국내에서 효력을 갖는 법규범이지만, 앞에서 설명한 것처럼 그 효력의 성격, 즉 “국내법과 같은 효력”의 의미에 관해서는 헌법재판소는 이를 명시적으로 밝히고 있지 아니하다. 특히 헌법재판을 포함한 모든 재판절차에서 위 협약들이 재판규범으로서 작용하는지, 위 협약에 근거하여 개인이 권리보호를 재판소에 소구할 수 있는지 여부에 관해서는 아직 확립된 판례가 없다. 전체적으로 볼 때 법원은 물론이고 헌법재판소

292) 그러나 고문반대선택의정서(OP-CAT/Optional Protocol of the Convention against Torture)와 사형제폐지를 목적으로 하는 시민적 정치적 권리에 관한 국제협약 선택의 정서(OP2-CCPR-DP/Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights aiming to the abolition of the death penalty), 강제실종자보호에 관한 협약(CED/Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance), 이주노동자 및 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약 (CMW/International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)에는 가입하지 않고 있다.

역시 국제인권조약을 적극적으로 구체적 사건에서 재판규범으로 적용하고 있지 않다는 평가가 있다.²⁹³⁾ 이는 국제인권조약에서 보장하는 권리들을 우리 헌법이 대부분 보장하고 있고, 우리 헌법은 그 밖의 국제인권법상의 권리들도 개인에게 있어서 기본적 자유와 권리로서의 의미를 가지는 경우에는 헌법상의 기본권으로 보호될 수 있는 개방적 기본권구조(헌법 제37조 제1항 및 헌법 제10조)이기 때문에 헌법재판에서 국제인권조약에만 근거하여 권리침해를 주장하거나 국제인권법만을 재판규범으로 삼는 경우는 매우 드물기 때문이기도 하지만, 기본적으로는 개인의 기본권과 국가권력이 충돌하는 침해한 몇몇 소수의 사안에서는 변호사뿐만 아니라 재판관들이 국제인권조약을 비롯한 국제인권법에 대한 소양부족에서 비롯되는 측면에 기인한 것이기도 하다.²⁹⁴⁾ 국제인권법이 헌법적 효력 내지 서열을 가진다고 할 때, 그 구체적 내용은 다음 3가지 가능성이 있다.²⁹⁵⁾ 첫째는, 헌법과 마찬가지로 직접 위헌심사의 기준이자 재판규범으로서 작용하는 것으로 해석하는 것이다. 둘째는 국제인권법은 직접적인 위헌심사의 재판규범이 아니고 헌법을 해석하는데 있어서 존중되어야 할 주요한 참조조문으로 작용하는 것으로 해석하는 것이다(간접적용). 셋째는 국제인권법은 직접적인 위헌심사의 재판규범이 아니지만 그에 위배된 법률이나 국가작용은 결국 헌법전문과 헌법 제6조 제1항이 규정한 국제평화주의 내지 국제법존중주의를 위반한 것이 되어 위헌이 된다는 것으로 해석하는 것이다.

헌법재판소의 판례는 적어도 국제인권규약²⁹⁶⁾을 헌법적 차원의 규범으로 보고 판시하고 있다. 그런데 이것이 위 첫째 견해와 같이 국제인권규약 위반이 바로 위헌이라는 취지인지는 명확하지 아니하다. 그렇다고 헌법재판소가 ICESCR과 ICCPR을 단지 헌법해석의 보충적 자료로 취급한 것으로 보기는

293) 이명웅, 국제인권법과 헌법재판, 저스티스 통권 제83호(2005. 2), 181쪽 참조. 유사한 취지: 이재승, “향토예비군설치법 제15조 제8항의 위헌제청 등<2007헌가12, 2009헌바103(병합)>, 가. 이재승의 견해”, 이재승, 박인수, 이호중, 정연주, “위헌법률심판에 관한 참고인 진술”, 헌법재판자료집, 헌법재판소, 2011, 23쪽 이하 참조.

294) 같은 취지: 이명웅, 앞의 논문, 181쪽; 박찬운, 실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용, 인권과 정의(2004. 4.), 122쪽.

295) 자세한 것은 남북현/전학선/이경주/성선제, 국제조약과 헌법재판, 헌법재판소, 2007, 12., 429쪽; 이명웅, 앞의 논문, 190쪽 이하 참조.

296) 국제인권규약이라 함은 1966년 12월 16일 유엔 총회에서 채택된 규약으로 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(ICESCR: 일명 A규약)과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR: 일명 B규약)을 일컫는 것이다. 반면에 국제인권법은 그 보다 포괄적인 개념으로 국제인권규약을 포함하여 인권과 관련된 모든 국제조약이나 협약 등을 통칭한다고 할 수 있다. 남북현/전학선/이경주/성선제, 앞의 책, 416쪽.

어렵다. 특히 헌법 제6조 제1항에 의하여 헌법적 차원의 또 다른 ‘국내법’인 인권조약이나 국제인권법을 단지 헌법해석의 보충자료로서만 효력을 가지는 것으로 이해하는 것은 헌법 제6조 제1항의 명문의 규정에도 반하는 문제점 있다. 그리고 헌법재판소의 89헌가106결정에서 헌법재판소는 세 번째 가능성과 유사한 입장을 제시한 바 있는데,²⁹⁷⁾ 헌법 제6조 제1항의 명문의 규정이 아닌 단순히 ‘국제법 존중주의’라는 포괄적이고 추상적인 원리, 원칙을 심사기준으로 제시하여 위헌결정을 하는 것은 타당하지 아니하다고 판단된다.²⁹⁸⁾ 헌법재판소가 “헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다.”²⁹⁹⁾라고 판시한 것처럼 헌법 제6조 제1항은 일차적으로는 국제법 우선주의를 배제하는 의미가 있는 것으로 이해된다. 그리고 국내법과 같은 효력을 가진다는 의미는 조약을 별다른 입법조치 없이 바로 그 자체로서 국내적인 효력을 가진다는 의미로 이해된다. 아울러 조약의 법적 성격 내지 효력과 관련하여 헌법 제6조 제1항의 국내법의 의미는 법률만을 의미하는 것은 아니고, 헌법이나 명령·규칙, 등 국내에서 적법하게 제정된 법규범을 총칭하는 것이라고 해석할 수 있다.³⁰⁰⁾ 그렇다면 헌법 제6조 제1항을 적용함에 있어서 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규 중에서 어떤 조약이나 국제법규는 헌법과 동등한 효력을 가지는 경우가 있을 수 있는데, 특히 어떤 조약이나 국제법이 헌법적 차원의 효력을 지니는지, 아니면 법률적 차원의 효력을 가지는지, 명령·규칙적 차원의

297) 사립학교 교원의 노동운동을 금지하고, 이에 위반한 경우 면직의 사유로 규정한 사립학교법 제55조 및 제58조 제1항 제4호의 위헌여부가 문제된 사건에서 심판대상 조문은 국제인권조약에 위배된다는 주장에 대해서 헌법재판소 다수의견은 국제인권조약의 국내법적 효력에 관하여 언급함이 없이 국제연합의 “인권에 관한 세계선언” 및 “경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약”, “시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약” 그리고 국제연합교육과학문화기구와 국제노동기구가 채택한 “교원의지위에관한권고”는 우리의 현실에 적합한 교육제도의 실시를 제약하면서도까지 교원에게 근로3권이 제한 없이 보장되어야 한다든가 교원단체를 반드시 일반노동조합으로서만 구성하여야 한다는 주장의 근거로 삼을 수는 없고, 따라서 사립학교법 제55조, 제58조 제1항 제4호는 헌법전문이나 헌법 제6조 제1항에 나타나 있는 국제법 존중의 정신에 어긋나는 것이라고 할 수 없다고 판시하고 있다. 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 428쪽 참조.

298) 같은 취지: 이명웅, 앞의 논문, 191쪽 참조.

299) 헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 773쪽.

300) 김정진/장신/이재곤/박덕영, 국제법, 박영사, 2010, 141쪽; 이명웅, 앞의 논문, 182쪽 참조; 오승철, “국제인권규약(B규약) 제9조 제3항의 국내법적 해석·적용”, 인권과 정의 제294호(2001. 2.), 143쪽 이하 참조.

효력을 가지는지는 헌법재판의 관점에서 특히 중요한 문제이다. 만일 조약이나 국제법이 법률적 효력을 가진다면 그 조약은 위헌법률심사의 대상이 될 수 있지만, 위헌여부의 판단기준은 될 수 없다. 또한 어떤 조약이 헌법적 효력을 가진다면 그 조약에 의하여 보호되는 개인의 권리는 헌법상의 기본권에 준하여 보호되어야 하며 따라서 공권력에 의하여 침해된 경우 이에 대해서 헌법소원을 제기할 수 있지만, 그렇지 않고 조약이 법률적 효력을 갖는다고 하는 경우 그 조약에 의하여 보호되는 권리는 헌법상의 기본권과 같은 권리라고 할 수 없고 공권력작용에 의하여 침해되더라도 그 자체가 헌법에 의하여 보호되는 기본권의 보호범위에 포섭되지 아니하는 한, 이를 헌법소원으로 주장할 수 없게 된다.³⁰¹⁾

그러면 국제인권조약 등 국제인권법의 국내법에서의 서열을 어떻게 이해하는 것이 타당한가 하는 것이 문제된다.³⁰²⁾ 국제인권조약이나 국제인권법은 법률과 같은 효력을 가진다는 견해가 다수의견이다.³⁰³⁾ 즉 조약에 대한 국회의 동의는 법률제정의 경우와 마찬가지로 헌법 제49조에 따라 재적의원 과반수 출석과 출석의원 과반수의 찬성에 의하여 이루어지므로 국회의 동의를 얻은 조약은 법률과 같은 효력을 가진다는 것이다. 한편 일반적으로 승인된 국제법규는 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 우위에 있다는 견해도 있다.³⁰⁴⁾ 하지만 국제인권조약이나 국제인권법은 다자간 국제조약형식으로서 단순히 국가 상호간의 권리·의무를 규정하는 통상의 조약과 다른 특수한 성격을 지니고 있기 때문에 헌법적 차원의 효력을 지니는 것으로 이해하여야 한다. 왜냐하면 국제인권조약이나 일반적으로 승인된 국제인권법들은 제2차 세계대전 이후 국제연합(UN)의 주도하에 형성된 것으로 UN헌장 전문에 나타난 것처럼 국제연합은 제2차 세계대전 당시에 발생한 인간성 파괴를 혹독하게 경험한 이후 세계 각국이 “기본적 인권과 인간의 존엄과 가치의 인식에 대한 믿음”에 따라 “인종, 성별, 언어 또는 종교에 따른 차별 없이 모든 사람의 인권과 기본적 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려”하기 위하여 창설된 것이기 때문이다.³⁰⁵⁾ 이러한

301) 같은 취지: 남북현/전학선/이경주/성선제, 앞의 책, 417쪽; 이명웅, 앞의 논문, 183쪽 참조.

302) 이에 관하여 자세한 것은, 남북현/전학선/이경주/성선제, 앞의 책, 420쪽 참조; 김정건 외 3인, 앞의 책, 140쪽 이하 참조.

303) 조홍석, “국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성”, 저스티스 제53호(1999), 12쪽 이하.

304) 계획열, 헌법학(상), 박영사, 2004, 183쪽; 박찬운, 위의 논문, 115쪽.

305) 이명웅, 위의 논문, 183쪽.

정신에 입각하여 국제연합은 1948년 생명권, 신체의 안전, 사상·양심·종교의 자유, 표현의 자유, 집회·결사의 자유, 참정권과 같은 정치적 권리 그리고 근로권, 휴식권, 교육을 받을 권리, 문화생활의 권리 등 사회·문화·경제적 권리를 망라하는 내용의 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)을 선포하였다. 그러나 세계인권선언은 법적 구속력이 없었기 때문에 인간의 기본적 인권을 법적 구속력 있는 조약으로 보장하기 위한 것이 바로 ICESCR과 ICCPR이다.³⁰⁶⁾ 그리고 그 이후 개별영역마다 반드시 보장되어야 할 인간의 기본적 자유와 권리를 보장하기 위한 개별인권협약이 형성되었다. 이러한 규약들은 인간의 존엄과 가치를 보호하기 위하여 인권 보장이 단순한 국내문제에 국한되는 것이 아니라 전 세계적으로 보장되도록 하여야 한다는 당위성에서 등장한 것이다.³⁰⁷⁾ 그렇다면 인간으로서의 존엄과 가치를 기본권보장의 이념적 지표이자 헌법의 중핵으로 하고 있는 우리 헌법질서에서 인간의 기본적 자유와 인권을 보장하고 있는 ICESCR과 ICCPR 역시 헌법적 차원의 성질을 가진 법규범으로 평가하는 것이 타당하다.³⁰⁸⁾ 다만 헌법 제6조 제1항에 의하여 조약은 국내법과 같은 효력을 가질 수 있을 뿐이므로 ICESCR과 ICCPR이 헌법보다 우위라고 할 수 없고, 현행 헌법에 저촉되지 아니하는 범위 내에서 규범력을 가지는 것으로 이해하는 것이 타당하다.³⁰⁹⁾

헌법재판소는 ICESCR과 ICCPR의 법적 성격과 관련하여 직접 논하고 있지는 않지만, 일간지구독금지처분 등 위헌확인사건에서³¹⁰⁾ 그리고 집단적 노동제공거부행위를 업무방해죄로 형사처벌할 수 있도록 규정한 구 형법 제314조의 위헌여부가 문제된 사건³¹¹⁾에서, 관련 국가행위나 이의 근거법률이

306) ICCPR는 개인에게 직접 권리를 부여하고 있으며, ICESCR는 당사국이 개인의 권리를 인정할 것을 요구하고 있다.

307) 1998년 7월에는 국가기관에 형사책임을 묻는 국제형사재판소의 설립에 관한 로마조약(Rome Statute of the International Criminal Court)을 채택하여 국제범죄를 처벌할 수 있는 구속력 있는 국제형사재판소까지 탄생시켰다. 상설의 국제형사재판소의 설립은 인권의 세계화와 법제화의 좋은 본보기가 된다.

308) 다른 인권규약의 국내법적 효력은 개별적으로 검토되어야 한다.

309) 이명웅, 위의 논문, 184쪽.

310) 현재 1998. 10. 29. 98헌마4, 판례집 10-2, 637쪽 이하 참조. 시민적·정치적 자유에 관한 국제인권규약 제19조에 대해서 헌법적 효력을 인정하였다.

311) 현재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243쪽 이하 참조. 시민적·정치적 자유에 관한 국제인권규약 제8조 제3항에 대해서 헌법적 효력을 인정하였다. 유사한 취지의 결정례로는 현재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 761쪽 이하(부정수표단속법 제2조 제2항 위헌제정). 시민적·정치적 자유에 관한 국제인권규약 제11조에 대해서 헌법적 효력을 인정하였다.

ICCPR의 관련 규정에 위배되는지 여부를 심사함으로써 국제인권조약을 국가작용의 위헌여부를 판단하는 기준으로 삼고 있다. 이것은, 즉 헌법재판에서 국제인권규약을 국가작용의 위헌여부를 판단하는 심사기준으로 삼는다는 것은 국제인권규약을 재판규범으로 인정하는 것을 의미한다.³¹²⁾

그렇지만 헌법재판소는 국제인권조약 이외의 국제조약에 대해서는 대체로 법률적 효력을 가지는 것으로 보고 있다.³¹³⁾ 헌법재판소는 필리핀 등 해외에서 치의학을 전공한 국내인들이 국내 의사면허시험에서 추가적 예비시험을 요구하는 의료법 제5조 등이 “아시아·태평양 지역에서의 고등교육의 수학, 졸업증서 및 학위인정에 관한 협약”에 위반하여 청구인들의 직업의 자유를 제한하고 있다는 주장에 대해서 헌법재판소는, 우리나라도 가입하고 있는 “아시아·태평양 지역에서의 고등교육의 수학, 졸업증서 및 학위인정에 관한 협약”은 그 법적 지위가 헌법적인 것은 아니며, 법률적 효력을 갖는 것이므로 예비시험조항의 유·무효에 대한 심사척도가 될 수 없음을 밝히고 있다.³¹⁴⁾

이런 점에서 성질상 별도의 입법 없이 국내에 바로 적용될 수 있는 조약, 소위 자기집행력을 가지고 직접 적용할 수 있는 국제인권규약에 대해서는 원칙적으로 위헌심사의 재판규범으로 인정하고, 다만 예외적으로 헌법해석의 보완적·보충적 자료로 원용하는 것이 바람직하다고 판단된다.³¹⁵⁾ 또한 우리 헌법상 인정되지 아니하는 권리가 국제인권법에 의하여 보호되는 경우, 우선 그러한 권리의 인정이 우리 헌법에 부합하고 국제인권법상의 권리가 자기집행력을 가지는 한, 바로 법원이나 헌법재판소에 제소 가능한 권리로서

312) 남북현/전학선/이경주/성선제, 앞의 책, 425쪽 참조. 그러나 이와 같은 헌법재판소의 태도로부터 바로 국제인권규약에 헌법적 효력을 인정한 것으로 이해하기 보다는 단지 국제인권조약을 단순히 법률적 차원의 것으로 이해하고 있지는 아니 한 것으로 평가하는 견해도 있다. 이명웅, 앞의 논문, 186쪽.

313) 현재 1998. 11. 26. 97헌바65 판례집 10-2, 698쪽; 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 13-1, 676쪽; 2001. 9. 27. 2000헌바20, 판례집 13-2, 328쪽; 2003. 4. 24. 2002헌마611, 판례집 15-1, 477쪽. 한편 명시적으로 법률적 효력을 가진 조약이라고 밝히고 있지는 않지만, 국회의 동의를 거쳐야 하는 조약이고 따라서 그 명칭에 관계 없이 법률적 효력이 있음을 전제로 하여 위헌법률심판의 대상으로 삼아 위헌여부를 심사한 경우로는 현재 1999. 4. 29. 97헌가14, 판례집 11-1, 283쪽 이하 참조.

314) 현재 2003. 4. 24. 2002헌마611, 판례집 15-1, 477쪽.

315) 자세한 것은 이명웅, 앞의 논문, 191쪽. 한편 국제인권조약에 의하여 보장되는 자유와 인권을 우리 헌법 제37조 제1항의 ‘헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리’로 인정하여 헌법적 효력을 인정하자는 견해도 있다. 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의 효력”, 판례실무연구(Ⅲ), 박영사, 1999, 168쪽 참조.

국내에 적용되는 것으로 이해하는 것이 타당하다.³¹⁶⁾ 다만, 우리나라가 가입하지 아니한 국제인권조약은 그것이 일반적으로 승인된 국제법규가 아닌 이상 국내에서 법적 효력을 가지지 아니하며, 우리나라가 가입한 국제인권조약이라도 유보조항을 두는 경우에는 재판규범으로서 적용할 수 없다. 다만 이와 관련하여, 일반적으로 승인된 국제법규에 해당하는 국제관습법 내지 우리나라가 가입하지 아니하였지만 국제사회에 일반적으로 인정된 조약의 경우 그 구속력이 인정되며, 재판규범으로 적용하여야 하는 것인지 여부는 더욱더 논의가 필요한 문제이다.³¹⁷⁾

2. 헌법재판소의 인권 결정사례

헌법재판소는 국민의 권리가 아니라 인간의 권리로 이해되는 권리에 대해서는 외국인도 그 향유주체가 됨을 명백히 인정하고 있다. 직장 선택의 자유는 단순히 국민의 권리가 아닌 인간의 권리로 보아야 할 것이므로 외국인도 직장 선택의 자유를 제한적이나마 향유할 수 있음을 인정한 결정,³¹⁸⁾ 법률적 지위에서 외국인 상호간의 평등원칙에 근거하여 외국인이 제기한 헌법소원심판사건에서 외국인의 기본권 주체성을 인정한 결정,³¹⁹⁾ 난민 신청을 한 외국인의 변호인접견권을 인정한 가처분결정³²⁰⁾ 등에서 외국인의 본권주체성을 인정하고 있어 외국인의 인권수호와 증진에 기여한 바 있다.

또한 헌법재판소는 피구금자의 변호인과의 접견교통권을 침해하는 국가작용이나 미결수의 방어권을 침해하는 국가작용에 대하여 위헌임을 분명히 하였다. 예컨대 수형자가 그가 청구한 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사와 사건의 수행을 위해 접견함에 있어 교도소장이 그 접견내용을 녹음, 기록한 행위에 대한 위헌결정³²¹⁾ 그리고 변호사와 접견하는 경우에도 수용자의 접견은 원칙적으로 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하도록 규정하고 있는 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령 제58조 제4항이 수형자 내지 수용자의 재판받을 권리를 침해하였다는 결정³²²⁾, 교도소에 수감되어 있던 중 다른 수용자의

316) 이명웅, 앞의 논문, 192쪽.

317) 남북현/전학선/이경주/ 성선제, 앞의 책, 494쪽 참조.

318) 헌재 2011. 9. 29. 2007헌마1083 등.

319) 헌재 2001. 11. 29. 99헌마494.

320) 헌재 2014. 6. 5. 2014헌사592.

321) 헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398.

322) 헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122.

폭행을 이유로 금지 1월의 징벌처분을 받자 그 처분에 불복하는 행정소송과 청원서의 작성을 위한 집필 허가 신청에 대한 교도소장의 불허행위의 위헌결정³²³⁾, 불구속피의자나 피고인의 경우에도 법치국가원리, 적법절차원칙, 그리고 헌법 제12조 제4항에 따라 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 인정한 결정³²⁴⁾, 특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 행위자의 책임의 정도를 초과해서는 안 된다는 결정³²⁵⁾, 금지처분 집행 중인 수형자에게 접견, 서신수발을 금지한 정도에 그치지 아니하고, 운동을 금지한 부분은 헌법에 위반된다는 결정³²⁶⁾, 고소로 시작된 형사사건의 구속적부심절차에서 피구속자의 변호인이 피구속자에 대한 고소장과 경찰의 피의자신문조서를 열람하여 그 내용을 제대로 파악하지 못한다면 구속적부심절차에서 피구속자를 충분히 조력할 수 없음이 명백하므로 위 서류들의 열람은 피구속자를 충분히 조력하기 위하여 변호인에게 반드시 보장되지 않으면 안되는 핵심적인 사항으로서 변호인의 기본권에 속한다는 결정³²⁷⁾, 군사법경찰관의 구속기간을 일반 사건에 비하여 더 연장하고 있는 군사법원법 조항과 행형법시행령이 미결수용자의 접견횟수를 매일 1회로 하고 있는 것과는 달리, 미결수용자의 면회횟수를 주 2회로 제한하고 있는 군행형법시행령 규정에 대한 위헌결정³²⁸⁾, 총 392일 동안 계속하여 계구들을 착용하게 한 행위에 의하여 인간의 존엄과 가치 및 신체의 자유 등 기본권을 침해당했음을 인정한 결정³²⁹⁾, 보안관찰처분을 다루는 행정소송이 제기되었을 때 다른 행정소송사건과는 달리 집행정지를 전혀 할 수 없도록 규정하는 보안관찰법에 대한 위헌결정³³⁰⁾, 경찰서내의 유치장에 타인이 볼 수 있는 등 비인권적인 화장실을 설치 및 관리하는 행위는 헌법 제10조의 인격권을 침해한다는 결정³³¹⁾, 유치장 수용자에 대하여 실시하는 신체수색은 필요한 최소한도의 범위 내에서 또한 수용자의 명예나 수치심을 포함한 기본권이 침해되는 일이 없도록 충분히 배려한 상당한 방법으로 이루어져야 한다는 결정³³²⁾, 구속된 피의자의 변호인의 조력을 받을 권리가 충분히

323) 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289.

324) 헌재 2004. 9. 23. 2000헌마138.

325) 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12; 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24.

326) 헌재 2005. 2. 24. 2003헌마289.

327) 헌재 2003. 3. 27. 2000헌마474.

328) 헌재 2003. 11. 27. 2002헌마193.

329) 헌재 2003. 12. 18. 2001헌마163.

330) 헌재 2001. 4. 26. 98헌바79 등.

331) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546.

332) 헌재 2002. 7. 18. 2000헌마327.

보장되기 위해서는 구속된 자와 변호인의 대화내용에 대하여 비밀이 완전히 보장되고 어떠한 제한, 영향, 압력 또는 부당한 간섭 없이 자유롭게 대화할 수 있는 접견이 가능해야 하며 이러한 자유로운 접견은 구속된 자와 변호인의 접견에 교도관이나 수사관 등 관계공무원의 참여가 없어야 가능함을 확인한 결정³³³⁾, 미결수용자의 서신검열을 가능하게 한 구 행형법 제62조를 형벌법령에 저촉되는 내용이라는 의심이 없는 변호인과의 서신에도 준용하는 것은 위헌이라는 결정,³³⁴⁾ 수형자인 청구인이 헌법소원 사건의 국선대리인인 변호사를 접견함에 있어서 그 접견내용을 녹음, 기록한 행위는 수형자의 재판받을 권리를 침해하는 것으로 위헌이라는 결정,³³⁵⁾ 수형자와 소송대리인인 변호사의 접견을 일반 접견에 포함시켜 시간은 30분 이내로, 횟수는 월 4회로 제한하는 것은 헌법에 합치되지 않는다는 결정,³³⁶⁾ 증인이 수사기관에서 행한 진술이 반복될 염려가 있다는 사정만으로 피고인 등을 증인신문절차에서 배제하는 공판전 증인신문절차는 피고인의 공정한 재판받을 권리를 침해한다는 결정³³⁷⁾, 검사가 변호인의 수사기록 일체의 열람·등사신청에 대하여 국가기밀의 누설이나 증거인멸, 증인협박, 사생활침해의 우려 등 정당한 사유를 밝히지 아니한 채 거부한 것은 피고인의 신속하고 공정한 재판받을 권리와 변호인의 조력을 받을 권리를 침해한 것으로서 위헌이라는 결정³³⁸⁾ 등이 여기에 해당한다.

또한 통신의 비밀과 의사표현의 자유를 보장하는 결정을 다수 하였다. 예컨대, 통신제한조치기간의 연장을 허가함에 있어 총 기간 연장 또는 총연장 횟수의 제한을 두지 않은 통신비밀보호법 제6조 제7항 단서가 위헌이라는 판단³³⁹⁾, 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 형사 처벌하는 전기통신기본법 제47조 제1항이 죄형법정주의의 명확성원칙 위반임을 인정한 결정³⁴⁰⁾, 인터넷게시판을 설치·운영하는 정보통신서비스제공자에게 본인확인조치의무를 부과하여 게시판 이용자로 하여금 본인확인절차를 거쳐야만 게시판을 이용할 수 있도록 하는 이른바 본인확인제를 규정하고

333) 헌재 1992. 1. 28. 91헌마111.

334) 헌재 1995. 7. 21. 92헌마144.

335) 헌재 2013. 9. 26. 2011헌마398.

336) 헌재 2015. 11. 26. 2012헌마858.

337) 헌재 1996. 12. 26. 94헌바1.

338) 헌재 1997. 11. 27. 94헌마60.

339) 헌재 2010. 12. 28. 2009헌가30.

340) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157 등.

있는 ‘정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률’ 제44조의5 제1항 제2호, 같은 법 시행령 제29조, 제30조 제1항이 과잉금지원칙을 위반하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스제공자의 언론의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다는 결정,³⁴¹⁾ 전기통신사업법 제53조는 “공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는”이라는 불온통신의 개념을 전제로 하여 규제를 가하는 것으로서 불온통신 개념의 모호성, 추상성, 포괄성으로 말미암아 필연적으로 규제되지 않아야 할 표현까지 다 함께 규제하게 되어 과잉금지원칙에 어긋난다는 결정,³⁴²⁾ 영화나 영상물 등에 관한 공연윤리위원회에 의한 사전심의나 영상물등급위원회의 상영등급분류제도 등과 텔레비전 방송광고에 관하여 방송위원회의 위탁을 받은 한국광고자율심의기구로부터 사전심의를 받도록 하는 것에 관하여 이를 검열제도로 평가하여 위헌이라고 판단한 결정³⁴³⁾ 등이 그러한 예이다.

더불어 헌법재판소는 직업의 자유와 관련하여, 성범죄자의 관련기관 10년간 취업금지에 관하여 위헌결정을 내렸다. 성인대상 성범죄로 형을 선고받아 확정된 자는 그 형의 집행을 종료한 날부터 10년 동안 아동·청소년 관련 교육기관 등을 운영하거나 위 기관에 취업할 수 없도록 것에 대해 위헌 결정하였으며,³⁴⁴⁾ 성범죄적공공장소침입죄로 형을 선고받아 확정된 자로 하여금 그 형의 집행을 종료한 날부터 10년 동안 의료기관을 제외한 아동·청소년 관련기관 등을 개설하거나 그에 취업할 수 없도록 한 것에 대해서도 위헌 결정하였다.³⁴⁵⁾ 또한 성인대상 성범죄로 형을 선고받아 확정된 자로 하여금 그 형의 집행을 종료한 날부터 10년 동안 의료기관을 개설하거나 의료기관에 취업할 수 없도록 한 것에 대해서도 위헌 결정을 내렸다.³⁴⁶⁾

또한 헌법재판소는 혼인과 가족관계에서 양성평등을 실현하는 결정을 일관되게 하고 있다. 동성동본금혼제에 대한 위헌 판단(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9 등),³⁴⁷⁾

341) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌마47 등.

342) 헌재 2002. 6. 27. 99헌마480.

343) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13 등; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6; 헌재 1998. 12. 24. 96헌가23; 헌재 1998. 12. 24. 96헌가23.

344) 헌재 2016. 7. 28. 2013헌마436.

345) 헌재 2016. 10. 27. 2014헌마709.

346) 헌재 2016. 3. 31. 2013헌마585 등.

347) 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6.

남계혈통을 중심으로 가족집단을 구성하고 이를 대대로 영속시키는데 필요한 여러 법적 장치인 호주제는 성역할에 관한 고정관념에 기초한 차별임을 이유로 한 위헌 판단(헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9 등),³⁴⁸⁾ 자녀의 성과 본에 대하여 부성주의를 채택한 민법규정에 대한 위헌 판단,³⁴⁹⁾ 출생에 의한 국적취득에 있어 부계혈통주의를 규정한 구 국적법조항에 대한 위헌 판단³⁵⁰⁾ 등이 그러한 예이다.

그 외에도 헌법재판소의, 일본국이 부녀자들을 성노예로 만들어 가한 인권유린행위는 ‘추업을 행하기 위한 부녀자 매매 금지에 관한 조약’, ‘강제노동금지협약(국제노동기구(ILO) 제29호조약)’ 등의 국제조약에 위배되는 것으로서 일본국의 이와 같은 행위에 대해서 일본국에 대하여 가지는 국민의 배상청구권이 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’ 제2조 제1항에 의하여 소멸되었는지 여부에 관한 한·일 양국 간 해석상 분쟁을 위 협정 제3조가 정한 절차에 따라 해결하지 아니하고 있는 정부의 부작위가 위헌이라는 결정³⁵¹⁾은 반인륜적 전쟁범죄에 대한 책임을 직접 묻는 것은 아니지만 전쟁범죄의 피해자의 권리를 보호하기 위한 국가의 의무를 강조함으로써 간접적으로 전쟁범죄에 대한 책임을 다시 한 번 생각하게 한 결정이다.

헌법재판소는 선거구간의 인구평등원칙을 강조한 결정³⁵²⁾과 더불어 집행유예자와 수행자의 선거권을 제한하고 있는 공직선거법 제18조 제1항 제2호와 형법 제43조 제2항에 대한 위헌판단³⁵³⁾을 통하여 국민주권의 헌법질서에서 국민의 참정권을 폭넓게 보장하는 의미 있는 결정을 하였다. 그리고 헌법재판소는 사생활영역에서 혼인을 빙자하여 간음한 행위를 처벌하는 것에 대해서 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 위반하여 남성의 성적자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반된다는 결정,³⁵⁴⁾ 범죄혐의가 없음이 명백한 사안인데도 군검찰관이 무혐의처분을 하지 않고 기소유예처분을 하는 것은 피의자의 평등권과 행복추구권을 침해한 것이라는 결정,³⁵⁵⁾ 법률로 사죄광고를 명하는 것은

348) 헌재 2005. 2. 3. 2001헌가9 등.

349) 헌재 2005. 12. 22. 2003헌가5 등.

350) 헌재 2000. 8. 31. 97헌가12.

351) 헌재 2011. 8. 30. 2006헌마788.

352) 헌재 1995. 12. 27. 95헌마224 결정; 헌재 2001. 10. 25. 2000헌마92 결정; 헌재 2014. 10. 30. 2012헌마192 결정.

353) 헌재 2014. 1. 28. 2012헌마409 등.

354) 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 등.

355) 헌재 1989. 10. 27. 89헌마56.

양심의 자유를 침해하는 것이라는 결정,³⁵⁶⁾ 사업자단체의 독점규제 및 공정거래법 위반행위가 있을 때 공정거래위원회가 당해 사업자단체에 대하여 “범위반사실의 공표”를 명할 수 있도록 한 동법 제27조 부분이 당해 행위자의 일반적 행동의 자유 및 명예권을 침해할 뿐만 아니라 무죄추정의 원칙에 위반되어 위헌이라는 결정³⁵⁷⁾ 등을 통하여 사적 생활영역에서의 개인 자기결정권과 개성신장권, 인격권을 존중하는 결정을 하였다.

그리고 헌법재판소는 국민의 법관에 의한 재판받을 권리 내지 재판청구권을 보호하는 결정을 하였다. 예컨대 특허청의 항고심결 또는 보정 각하결정에 대하여 불복이 있는 경우에도 법관에 의한 사실 확정 및 법률적용의 기회를 주지 않고 그 심결이 법령에 위반된 것을 이유로 하는 경우에 한하여 곧바로 법률심인 대법원에 상고할 수 있도록 하고 있는 특허쟁송절차는 국민의 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다는 결정,³⁵⁸⁾ 중형에 해당되는 사건에 대하여 피고인에게 출석 기회조차 주지 아니하고, 피고인이 자신을 방어하기 위해 변호인도 출석시킬 수 없고, 증거조사도 없이 실형을 선고받게 하는 것은 적법절차에 위배되어 피고인의 공정한 재판받을 권리를 과도하게 침해한 것이라는 결정³⁵⁹⁾ 등이 여기에 속한다. 그리고 법정의 구성요건에 해당되면 재범의 위험성 유무와 상관없이 반드시 그에 정한 보호감호를 선고하여야 할 의무를 법관에게 부여하는 것이 법관의 판단재량을 박탈하고 있는 것이므로 국민의 법관에 의한 정당한 재판받을 권리를 침해하는 것이라는 결정,³⁶⁰⁾ 처벌대상행위를 법률에 구체적으로 규정하지 아니하고 대통령령에 포괄적으로 위임한 경우 이는 죄형법정주의에 위배되어 위헌이라는 결정³⁶¹⁾을 하여 죄형법정주의와 국민의 신체의 자유와 재산권을 보호하는 결정을 한 바 있다.

3. 향후 헌법재판소의 역할

가. 헌법재판을 통한 인권 수호 및 증진

356) 헌재 1991. 4. 1. 89헌마160 ; 헌재 2012. 8. 23. 2009헌가27.

357) 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43.

358) 헌재 1995. 9. 28. 92헌가11 등.

359) 헌재 1996. 1. 25. 95헌가5.

360) 헌재 1989. 7. 14. 88헌가5 등.

361) 헌재 1997. 5. 29. 94헌바22.

국제인권조약들이 보호하는 인권들은 대부분 현행 헌법에 의하여 보호되는 인권과 크게 차이가 나지 않는다. 또한 헌법재판소가 지적하는 것³⁶²⁾처럼 각종 인권의 현실적 적용과 관련한 우리 헌법의 해석과 운용에 있어서 우리 사회의 전통과 현실 및 국민의 법감정과 조화를 이루면서 각종 인권이 보장되고 실현되어야 한다는 것 또한 당연한 요청이다. 그렇지만 국회의 동의를 얻어 국제연합의 인권규약의 대부분을 수락한 체약국이자 국제평화주의와 국제법 존중주의를 표방하고 있는 현행 헌법의 정신에 비추어 되도록이면 헌법재판소는, 국제인권선언이나 조약 또는 국제인권기구의 결정이나 권고를 존중하여 그 취지가 실현될 수 있도록 노력하여야 할 것이다. 이는 단순히 대한민국이, 또는 헌법재판소가 아시아지역에서의 지역적 인권보장기구 설립에서 주도권을 가지기 위해서가 아니라 국민의 기본적 인권 보호와 이를 통한 사회통합을 위하여 필요한 노력이다. 헌법재판소가 인권 보장 내지 기본권 보장과 관련하여 ‘우리 사회의 전통과 현실 및 국민의 법감정’을 고려하면서도 국제인권조약이나 그 보장기구의 결정이나 권고를 존중하고 실현하는 방향으로 발전적이고 진보적 태도를 취하여 점진적으로 시민의 인권보장이 실현되고 확대되는 결정을 할 때, 이에 관한 헌법재판소의 일련의 결정례는 매우 의미 있는 선례가 되어 아시아 여러 나라에 인권교육의 교재가 될 뿐만 아니라 아시아 여러 나라의 재판소와 그리고 장차 아시아 인권재판소의 모범이 될 수 있을 것이다.

그러나 이와 관련해서 생각해 보아야 할 헌법재판소의 결정이 있다. 2004년 8월 26일 선고된 2002헌가1결정에서 헌법재판소는 양심적 병역거부행위를 처벌하는 병역법조항을 합헌으로 결정하면서도 양심적 병역거부행위에 대한 대체복무제 도입 내지 처벌이나 징계의 정도를 감경하거나 면제하는 방향으로의 입법을 보완할 것을 권고하는 결정을 하였다. 그럼에도 불구하고 국회는 아직까지도 양심적 병역거부행위를 처벌하는 병역법 제88조를 개정하지 아니하여 여전히 양심적 병역거부행위는 2004년 결정 선고 당시와 동일한 형벌로 처벌되고 있다. 심지어 입법의 변경이 없음에도 불구하고 헌법재판소는, 2011. 8. 30. 선고된 2008헌가22 등 결정에서는 2002헌가1결정에서 다수의견이 제시한 입법개선권고를 결정의 내용에 포함시키지 아니하였을 뿐만 아니라 우리가 가입한 국제조약이나 일반적으로 승인된 국제법규에서

362) 현재 1991. 7. 22. 89헌가106.

양심적 병역거부권을 명시적으로 규정하고 있지 않음을 이유로 우리나라가 1990. 4. 10. 가입한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR)에 따라 바로 양심적 병역거부권이 인정되거나 양심적 병역거부에 관한 법적인 구속력이 발생한다고 보기 곤란하고, 양심적 병역거부권을 명문으로 인정한 국제인권조약은 아직까지 존재하지 않으며 전 세계적으로 양심적 병역거부권의 보장에 관한 국제관습법이 형성되었다고 할 수 없어 양심적 병역거부가 일반적으로 승인된 국제법규로서 우리나라에 수용될 수는 없음을 이유로 양심적 병역거부행위를 처벌하는 병역법규정에 대하여 합헌결정을 내렸다. 2008헌가22 등 결정은 2002헌가1결정에 비하여 인권 보장뿐만 아니라 국제인권규약과 이를 담보하기 위한 국제인권보장기구의 결정이나 권고를 무시하고 있다는 점에서도 국제인권법적으로도 바람직하지 않은 결정으로 평가할 수 있다. 문화적 상대주의적 입장, 즉 헌법재판소가 지적하는, ‘양심적 병역거부권의 인정 문제와 대체복무제의 도입문제는 어디까지나 규약 가입국의 역사와 안보환경, 사회적 계층 구조, 정치적, 문화적, 종교적 또는 철학적 가치 등 국가별로 상이하고도 다양한 여러 요소에 기반한 정책적인 선택이 존중되어야 할 분야’로 가입국의 입법자에게 형성권이 인정되어야 하는 것³⁶³⁾으로 인정한다고 하더라도, 인권보장 그리고 국제인권조약의 규범력 또는 국제인권기구의 결정의 실효성의 관점에서 헌법재판소가 양심적 병역거부의 인정문제와 관련하여 종전 결정보다 발전적이고 진보적 자세를 취하지 못하고 오히려 종래보다 퇴보한 결정을 한 것은, 국회의 동의를 얻어 국제연합의 인권규약의 대부분을 수락한 체약국으로서 국제인권선언이나 조약 또는 권고는 국제평화주의와 국제법 존중주의를 표방하고 있는 헌법정신에 비추어 되도록 존중하여 그 취지를 살릴 수 있도록 노력하여야 한다는 점에서, 바람직하지 않은 결정으로 평가된다. 특히 ‘양심적 병역거부를 인정하여야 하며 이를 처벌하는 것은 양심의 자유 등을 침해하는 것’이라는 1993년 국제연합인권이사회(Human Rights Committee)의 판단에 권고적 효력만 있을 뿐이고 법적인 구속력이 있는 것은 아니기는 하지만, 국제연합인권위원회(Commission of Human Rights) 1987년 결의 제46호와 1993년 결의 제84호의 존재를 고려할 때 헌법재판소는 국제인권규약의 정신과 이에 관한 국제인권기구의 판단을 존중하는 결정을

363) 현재 1991. 7. 22. 89헌가106.

하거나 적어도 다시 한 번 입법개선을 촉구하는 결정을 하였어야 했다.³⁶⁴⁾ 이런 점에서 헌법재판소는 아시아 지역에 지역적 인권보장기구의 설립을 주도하고, 아시아 지역 인권보장기구내의 인권위원회 내지 인권재판소에서 중요한 영향력을 미칠 수 있기 위해서는 헌법재판소 스스로 인권우호적인 결정을 하여야 할 뿐만 아니라, 국제인권조약의 규범력 또는 국제인권기구의 결정을 존중하는 자세를 취하고 이에 입각하여 재판하는 자세를 보여야 할 것이다.³⁶⁵⁾ 이런 점에서 헌법재판소 재판관은 자신의 가치관이나 세계관에 입각한 헌법해석과 구체적 사건에 대한 판단만을 내세울 것이 아니라, 헌법재판소가 이미 행한 결정의 헌법적 의미와 헌법재판소의 기본권보장기관으로서의 성격과 앞으로의 발전방향 등을 고려하여 보다 인권 우호적이고 보다 발전적인 방향의 결정을 하는 노력이 필요하다고 판단된다.

나. 헌법재판소의 대내외적 역할

아시아지역의 헌법주의를 확립하기 위한 과정에서 우리나라 헌법재판소가 이를 주도하고 선도하기 위해서 헌법재판소가 수행하여야 할 역할은 다른 국가기관과의 관계에서 헌법재판소가 취하여야 할 역할과 민간영역, 사적영역과의 관계에서 헌법재판소가 취하여야 할 역할로 구분할 수 있다. 먼저 국가기관과의 관계 측면에서는 헌법재판소는, 국가인권위원회, 법무부, 외교부 등 지역적 인권보장기구를 설립하고 운영하는 과정에서 협조가 필요한 국가기관간의 소통을 강화하여 이에 관한 정보를 교류하는 것이 필요하다. 관련 국가기관간의 대화와 소통을 통하여 국제인권법의 해석과 적용의 분야 즉

364) 특히 우리나라 국가인권위원회도 2004. 8. 23. 국가보안법 폐지 권고결정, 2005. 4. 6. 사형 폐지의견 표명, 2005. 12. 26. 결정에서 양심적 병역거부권 인정 및 대체복무제 도입을 권고한 바 있다.

365) 헌법재판소의 결정 중에는 인권보장 그리고 국제인권조약의 규범력 또는 국제인권기구의 결정의 실효성의 관점에서 비판의 소지가 있는 결정례도 있다. 예컨대, 직업공무원에 대한 전면적 정당가입 금지를 합헌으로 판단한 결정, 사형제도에 대한 합헌결정, 가석방의 요건으로 준법서약서를 제출하는 것이 위헌이 아니라고 판시한 준법서약서 결정, 양심적 병역거부행위를 처벌할 수 있도록 규정한 병역법 규정에 대한 합헌결정 등이 이러한 예에 해당한다. 인권이 실정법을 통해서 제도화되는 과정이나 구체적 사례에 대한 규범적 판단은 소속하고 있는 지역의 문화와 전통에 따라서 서로 상이할 수 있다는 관점에서 볼 때 헌법재판소의 특정 사건에 대한 잠정적, 유보적 결정이 불가피한 경우가 있을 수 있음이 인정되어야 하는 경우도 있겠지만, 적어도 헌법재판소는 점진적으로라도 인권우호적인 방향으로 진보적이고 긍정적 방향의 결정을 하여야 할 것이다.

인권재판소의 설립, 운영의 분야에서의 헌법재판소의 역할과 우월성을 강조하고 이를 다른 국가기관의 관계에서 인식하도록 노력하여야 한다. 이를 위해서는 위에서 언급하였듯이 헌법재판소가 헌법재판에서 인권우호적인, 국제인권조약을 존중하는 결정을 하여야 한다. 사적 영역과의 관계에서 헌법재판소의 역할을 살펴보면 헌법학회와 국제법학회 등 학계와 함께 아시아지역의 인권보장제도 및 이와 관련된 헌법재판소의 역할 등에 관한 세미나를 개최하는 등 꾸준히 교류하는 한편, 인권관련 시민단체와도 지속적으로 교류하면서 이들을 지원하는 활동을 하는 것이 필요하다.

제4절 국제적 헌법주의와 국제적 인권보장

세계인권선언 전문과 제1조에 규정된 인간의 존엄의 보장은 독일과 한국의 국내헌법질서 속에도 그대로 반영되고 있다. 많은 학자들은 국제법상의 헌법주의의 출발점을 UN 헌장(UN Charter)에서 찾고 있다. Jürgen Habermas는 UN헌장(Charter)의 국제공동체의 헌법으로서의 성격을 명백히 인정하지는 않았지만, UN 헌장의 잠정적인 헌법적 특징(prima constitutional features)을 인정하면서 UN 헌장이 가지고 있는 세 가지 규범적 혁신들 중에서 평화보장의 목적과 인권정책의 명백한 연계를 강조하고 있다. 이러한 평화유지와 인권보장의 증진과의 결합은 인권의 국제적 보장에 있어서 중요한 의미를 가진다. 왜냐하면 UN을 통한 인권보호는 국내헌법의 실질적 원리가 국제법적 차원으로 전환된 것이기 때문이다. 국가에 선재하는 개인의 권리로서 국가에 대하여 정당화를 요구하는 기본권 보장의 요구는 국내질서뿐만 아니라, 국제적 인권보장의 요구에도 그대로 준용된다.

국제적 헌법주의의 전개를 통한 국제적 인권 보장의 강화는 인권보장에 있어서 헌법과 국제인권법의 두 체계 사이의 유사성을 초래하였다. 국제인권조약과 국내헌법상의 권리장전(bills of rights) 속에서 보호되는 모든 권리들에 대하여 실질적인 법적 효력을 부여하기 위해서는, 관련 국제인권조약과 헌법규정들은 이러한 권리의 보장과 실행에 필요한 입법 혹은 다른 조치를 해야 할 일반적 의무를 포함하고 있어야 한다. 이러한 UN의 인권실행방식은 다음의 유럽과 미주 그리고 아프리카의 지역적 인권보장체계(regional human rights systyem)에도 확대되었다. 1953년의

유럽인권협약(European Convention on Human Rights)³⁶⁶⁾과 1959년의 유럽인권법원(European Court of Human Rights), 1969년의 아메리카 대륙의 미주인권협약(American Convention on Human Rights)과 1979년의 미주인권재판소, 1981년에 채택된 아프리카 인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights/Banjul Charter on Human and Peoples' Rights)과 2006년의 아프리카 인권재판소(African Court on Human and Peoples' Rights) 설립 과정으로 이어지는 지역적 인권보장의 형태의 전개과정을 살펴볼 때도 아시아에서의 인권협약의 제정과 이의 실행을 감독하는 기관으로서 아시아 인권법원의 설립의 필요성은 충분히 존재한다.

366) '인권과 기본자유의 보호에 관한 유럽협약(Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten/European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)'은 일반적으로 '유럽인권협약'으로 명명된다.

제5장 연구요약 및 결론

1. 아시아의 헌법주의에 대한 연구동향 : 아시아에서의 헌법주의 성립 및 발전과정에 대한 연구는 연구방법론(methodological perspective)과 인식론적인 관점(epistemological perspective)의 확립이 중요하다. 아시아에서의 헌법주의 및 각 국가들의 헌법에 대한 연구방법론적 문제로서 Andrew Harding과 Ngoc Son Bui는 ① 동양적 헌법주의(constitutional orientalism), ② 사법중심주의(juricentrism), ③ 기능주의 대 콘텍스트 이론(functionalism versus contextualism) 그리고 ④ 헌법주의(constitutionalism)를 들고 있다.³⁶⁷⁾

동양주의는 법적 영역에서 이른바 법적 동양주의(legal orientalism)로 구체화되고 있다. 법적 동양주의는 동양적 전체주의의 패러다임 속에서 구체화된 중국의 공법적 논의들 속에서 찾을 수 있다. 이와 관련하여 동아시아 속에서의 공자의 유교주의적 전통에 근거한 헌법적 지배(constitutional legacy in the Confucian tradition)를 헌법주의의 근거로 생각하는 입장을 생각해 볼 수 있다. 이러한 입장은 공자의 유교적 지배는 유교의 예 개념 속에 예시된 자연법적 요소를 강조하고, 이러한 자율적 강제요소를 헌법주의로 유추해석하고 있다.³⁶⁸⁾ 이러한 입장은 또한 공자의 유교적 지배전통이 한국에 영향을 미쳤기 때문에 한국학자들 역시 조선왕조의 신-공자의 유교적 전통 속에서의 지배를 이러한 헌법주의적 요소로 해석하는데 거부감이 없다는 것을 강조하고 있다.³⁶⁹⁾ 그리고 남아시아 그리고 동남아시아 속에서 힌두교 그리고 불교적 관념은 또한 자연법 사고(natural law thinking)가 반영된 것이다. 예를 들면 힌두교 경전인 다르마 샤프트라(Dharmaśāstra)를 영국인들은 법원(a source of "law")으로 보았다. 그러나 이것은 실제로 종교와 법이 하나의 규범적 질서로 통합된 것이다.³⁷⁰⁾ 불교도들은 권력(power)을 제어하는 것이 다르마(dharma), 즉

367) Harding/Bui, 위의 논문, 166쪽.

368) Rosalind Dixon and Tom Ginsburg, "Introduction" in Dixon and Ginsburg, eds, 앞의 책, 10쪽.

369) Dixon and Ginsburg, 위의 책, 11쪽. Harding and Bui, 앞의 책, 168쪽.

370) 이에 대한 보다 상세한 내용은 Werner Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity* 156-163 (New Delhi and New York: Oxford University Press, 2003); Harding and Bui, 앞의 논문, 168-169쪽.

법이라고 하면서, 현실적 권력적 적용과정으로부터 법의 적용을 구분하였다. 그들은 이상적 사회는 다르마를 구현하는 좋은 정책을 실행하는 국가를 운영하는 정의로운 지도자에 의해서 실현된다고 보았다.³⁷¹⁾

성공적인 헌법주의는 그 사회의 문화적 전통에 뿌리를 두고 있어야만 한다는, 현대이전의 아시아에서의 헌법주의 연구에 대한 정당화 근거는 많은 학자들이 광범위하게 동의하는 기본적 입장이다.³⁷²⁾ 현재의 아시아에서의 헌법주의의 전개과정을 보다 잘 이해하기 위해서는 아시아의 헌법적 전통에 대한 연구가 필요하다. 이와 관련하여 Tom Ginsburg는 한국과 타이완의 헌법재판소가 과거의 신문고와 같은 진정적 방식(manner of remonstrance)으로 운영되는 상황을 설명하기 위해서, 이 두 국가의 문화적 기반이 되는 공자의 유교적 사상에 기반을 둔 헌법적 전통(Confucian constitutional tradition)에 대한 고찰의 필요성을 주장하고 있다.³⁷³⁾

아시아의 헌법적 전통의 규범적 효력의 인정에 있어서 가장 중요한 연구 착안점은, 헌법주의의 성공이 그 사회의 문화적 기반의 수용여부에 달려있다면, 아시아에서의 서구 헌법주의 및 헌법재판제도를 도입하는데 있어서도 그 사회의 문화적인 전통적 헌법적 가치들과의 융합 및 조화가 필요하다는 것이다. Nikolai G Wenzel은 이러한 서구적 헌법의 수용에 있어서 아시아의 전통적 헌법가치와의 조화와 관련된 두 가지 유용한 사례로서, 똑같이 미국헌법의 외부적 영향을 받았음에도 전혀 다른 결과가 초래된 일본과 필리핀(Philippines)을 들고 있다.³⁷⁴⁾

동아시아에서의 공자의 유교적 정치체제 속에서의 헌법적 관념 그리고 실무에 대한 많은 연구저작들과 별도로, 몇몇 학자들은 동남아시아적 전통 속에서도 헌법적 지배상황이 존재한다는 것을 증명하였다. 멜라카 법(law of Melaka)인 the Undang-undang Melaka가 말라야(Malaya)에서의 첫 번째

371) Dixon and Ginsburg, 앞의 책, 11쪽. Harding and Bui, 앞의 논문, 169쪽.

372) Daniel P Franklin and Michael J Baun, eds, Political Culture and Constitutionalism: A Comparative Approach (Armonk, NY and London: ME Sharpe, Inc, 1995); Harding and Bui, 앞의 논문, 170쪽.

373) Tom Ginsburg, "Confucian Constitutionalism? The Emergence of Constitutional Review in Korea and Taiwan" 27(4) Law & Social Inquiry 763 (2002); Harding and Bui, 앞의 논문, 170쪽.

374) Nikolai G Wenzel, "Constitutional Culture in Japan and the Philippines: Success and Failure in Post War Constitutional Choice" 15 Pacific Focus: Inha Journal of International Studies 396 (2010).

헌법으로 간주되어 온 것이 그 예이다.³⁷⁵⁾ 타일랜드(Thailand)에서 Dhani 왕자는 신성한 법인 탐마삿(Thammasat)이 오랫동안 시암 헌법(Siamese Constitution)으로서의 역할을 수행했다는 것을 주장하였다.³⁷⁶⁾ 이와 유사한 주장으로 Walter Vella 역시 탐마삿이 왕의 행위를 제한하였다고 주장하였다.³⁷⁷⁾

이러한 상황을 고려하여 Andrew Harding과 Ngoc Son Bui는 서구의 현대적인 자유주의적 헌법주의 관념으로부터 벗어나서 바라본다면, 아시아에서도 지배자를 어떤 특정한 공적인 목적과 원리에 구속시킬 수 있는 잠재성을 가지고 있는 철학적, 종교적 혹은 그 지역고유의 가치관념에 뿌리를 둔 몇몇 전통적인 헌법주의의 형태를 찾을 수 있다고 보고 있다. 이와 관련하여 이 두 학자들은 이러한 전통적 모델로서 공자의 사상에 근거한 헌법주의(Confucian constitutionalism), 이슬람 헌법주의(Islamic constitutionalism), 힌두헌법주의(Hindu constitutionalism), 불교 헌법주의(Buddhist constitutionalism), 그리고 토착적 혹은 관습적 헌법주의(autochthonous or customary constitutionalism)를 들면서, 이에 대한 계속적인 심화된 연구의 필요성을 주장하고 있다.³⁷⁸⁾

기능주의(functionalism)와 콘텍스트 이론(contextualism)은 비교헌법적 연구에 있어서 두 개의 서로 경쟁적인 인식론적인 문제(epistemologies)이다. Rosalind Dixon과 Tom Ginsburg 편저의 「Comparative Constitutional Law in Asia」라는 저서는 기능적 연구방법을 도입한 좋은 예가 된다. 이 책은 사실상 아시아에서의 비교헌법적 연구에 대한 일반서이다. Rosalind Dixon과 Tom Ginsburg 편저의 또 다른 저서인 「Comparative Constitutional Law」³⁷⁹⁾ 또한 아시아에서의 비교헌법적 연구와 관련된 각 주제의 연구서이다.

375) Harding, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis 2* (Oxford and Portland, OR: Hart, 2012).

376) Frank C Darling, "The Evolution of Law in Thailand" 32(2) *The Review of Politics* 200 (1970).

377) Darling, 위의 논문, 199쪽.

378) Bui, "Confucian Constitutionalism in Imperial Vietnam" 8(2) *National Taiwan University Law Review* 373 (2013); Aidul Fitriaciada Azhari, "Reconstruction of Constitutional Tradition in the Indonesian and Malaysian Constitutions: A Comparison" 2 *Review of History and Political Science* 105 (2014); Harding and Bui, 위의 논문, 171쪽.

379) Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, eds, *Comparative Constitutional Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2011).

「Comparative Constitutional Law in Asia」는 세계적 헌법적 논의점들(global constitutional issues)이 있다는 전제하에서 기능주의적 관점을 적용하고 있다. 따라서 이 책은 기능주의적 비교(functionalist comparison)를 통해서 아시아의 헌법적 경험을 찾아내려고 시도하는데 반하여, 「Comparative Constitutional Law」는 공통적인 주제(common issues)의 확인을 시도하고 있다.³⁸⁰⁾

그러나 이렇게 서구유럽을 제외한 많은 주요 국가들의 헌법적 연구에 대한 언급 없이 행해지는 대부분의 비교헌법적 연구관행을 고려해 볼 때, 어떻게 제한된 일련의 지구의 북쪽과 서구세계의 헌법적 경험들에 근거하여 발전된 헌법적 가정들을 지구의 남쪽 그리고 서구 이외의 지역들에 대하여 유효하게 그리고 유용하게 적용할 수 있는가? 이와 관련하여 Wen-Chen Chang, Liann Thio, Kevin YL Tan 그리고 Jiunn-rong Yeh 4명의 아시아 헌법학자가 저술한 「Constitutionalism in Asia」는 콘텍스트 이론(contextualism)을 실증하고 있는 전혀 다른 연구접근방법을 채택하고 있다. 이들은 헌법적 주제에 대한 전 세계적인 담론전개를 시도하지 않고, 아시아의 헌법주의적 경험에 대한 보다 많은 지식과 자료의 산출에 더 관심을 가지고 있다. 그들의 연구의 초점은 지역적인 헌법들 상호간의 비교가 아닌, 각 국가의 국내적 헌법적 콘텍스트(national constitutional context)이다. 이 책의 두 저자인 Jiunn-rong Yeh와 Wen-Chen Chang이 2015년에 저술한 「Asian Courts in Context」³⁸¹⁾는, 선별된 아시아 14개국의 법원에 대한 제도적 콘텍스트 이론적 접근방법의 중요한 예가 된다. Peter Leyland, Andrew Harding, Benjamin L Berger, Gregoire Webber 그리고 Rosalind Dixon에 의하여 편저된, 가장 최근의 싱가포르와 타이완 등 많은 아시아 국가들의 헌법체계에 대한 책들을 포함하고 있는 Hart 출판사의 세계의 헌법체계 시리즈(series on constitutional systems of the world)는 콘텍스트 이론적 접근방법(contextual approach)을 채택하고 있다.³⁸²⁾

380) Harding and Bui, 앞의 논문, 175쪽.

381) Jiunn-rong Yeh and Wen-Chen Chang, *Asian Courts in Context* (Cambridge: Cambridge University Press, 2015).

382) Kevin Yl Tan, *The Constitution of Singapore: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing, 2015); Jiunn-rong Yeh, *The Constitution of Taiwan: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing, 2015). 곧 중앙아시아, 인도 그리고 파키스탄에 관한 책도 나올 예정이다. Forthcoming volumes on Asian constitutions

2. 아시아 주요 국가의 헌법재판제도 : 아시아의 주요 국가의 헌법재판제도를 살펴보면, 먼저 키르기스스탄의 경우에는 키르기스스탄 대법원 헌법재판부 (Constitutional Chamber of the Supreme Court of the Kyrgyz Republic)가 헌법소송절차를 통해서 독립적으로 헌법적 판단을 내릴 수 있는 최고의 사법기관이다. 헌법재판부는 의장(chairperson), 부의장(deputy chairperson) 그리고 9인의 재판관으로 구성된다. 헌법재판부의 권한, 구성절차 그리고 직무는 키르기스스탄 헌법(Constitution of the Kyrgyz Republic)과 키르기스스탄 헌법재판부에 대한 헌법(Constitutional law “On the Constitutional Chamber of the Kyrgyz Republic”) 속에 규정되어 있다. 헌법재판부는 1) 재판절차 속에서 헌법에 위반되는 법률뿐만 아니라 다른 규범적 그리고 법적 행위들을 헌법위반으로 선언한다, 2) 아직 키르기스스탄에서 효력을 발생하지 않은 국제적 협약(international agreements)들의 헌법적합성 여부에 대한 의견을 제시하며, 3) 헌법개정안에 대한 의견을 제시한다.

인도네시아 헌법재판소는 9명의 헌법재판관으로 구성되고, 헌법재판관들을 대법원, 국민의회 및 대통령이 3명씩 각각 지명(헌법 제24C조 제3항)토록 함으로써 우리와 마찬가지로 3자 합동구성원리에 의해 헌법재판소를 구성한다. 반면에, 헌법재판소장 외에 부소장을 두도록 하고 있으며, 헌법재판소장 및 부소장을 재판관 중에서 호선한다(동조 제4항). 헌법재판소장 및 부소장의 선출은 만장일치 방식이 원칙인데 만장일치가 이루어지지 아닐 경우에는 다수 득표자를 헌법재판소장으로, 차순위 득표자를 부소장으로 한다. 또한 헌법기관의 임기를 필수적 헌법사항이라고 볼 때, 헌법재판소장 및 부소장의 임기와 이들을 포함한 헌법재판관의 임기를 법률로 정하도록 한 점은 특이하며, 헌법기관의 독립성에 문제를 제기할 수 있다. 헌법재판소의 권한으로는 위헌법률심판, 권한쟁의심판, 선거소송, 정당해산심판, 대통령 및 부통령에 대한 탄핵심판이 인정되고 있다.

타일랜드의 경우, 타일랜드 헌법재판소는 소장을 포함한 15명의 재판관으로 구성된다. 소장은 재판관 가운데에서 호선한다. 헌법재판관의 선출에 내각의 참여는 배제되고 상·하원으로 구성된 국회와 법원이 헌법재판관을 선출한다.

in this series will cover the Central Asian States, India, and Pakistan; Harding and Bui, 위의 논문, 177쪽.

우선 법원은 일반 민·형사 사건의 최고법원인 대법원과 행정사건의 최고법원인 최고행정법원이 헌법재판소 구성에 간여한다. 대법원은 대법관들 간의 직접 비밀투표로 5명의 헌법재판관을 선출하고 최고행정법원은 직접 비밀투표로 2명의 헌법재판관을 선출한다. 다음으로 상·하원으로 구성된 국회에서는 8인의 헌법재판관을 선출하는데, 국회에 설치하는 재판관선출위원회를 통해 헌법재판관을 선출한다. 이 재판관선출위원회는 대법원장, 전국의 법과대학장 및 동급의 고등교육기관의 장 가운데에서 선출된 4명의 학장, 전국의 정치대학장 및 동급의 고등교육기관의 장 가운데에서 선출된 4명의 정치대학장, 하원의석을 가진 정당을 대표하는 자 가운데에서 선출된 4명 등 총 13명으로 구성된다. 이 재판관선출위원회는 위원 4분의3 이상의 찬성으로 법학 분야의 재판관 후보 10명, 정치학 분야의 재판관 후보 6명을 선정하여 그 명단을 상원의장에게 제출한다. 상원은 이 후보들을 대상으로 한 투표를 통해 상원의원 재적 과반수 득표자 중에서 득표순으로 법학분야의 재판관 후보 5인, 정치학 분야의 재판관 후보 3인을 확정한다. 이 과정에서 하원은 총 13명의 재판관선출위원회 위원 중 4명을 선출하며, 상원은 위에서 본 바와 같이 재판관선출위원회가 선출한 재판관의 2배수인 16명의 재판관 후보 중에서 8명의 재판관을 최종적으로 선출하는 방식으로 헌법재판소 구성에 간여한다. 헌법재판소의 권한과 관련해서는, 타이랜드의 헌법재판소는 추상적 규범통제와 구체적 규범통제를 아우르는 위헌법률심판권, 권한쟁의심판권, 위헌정당해산심판권을 포함하는 정당관련심판권, 반부패심판권 등 다양한 헌법재판권을 가지지만, 우리 헌법재판소와는 달리 헌법소원심판권은 가지고 있지 않다.

3. 미주, 아프리카의 지역적 인권보장체제 : 지역적 인권보장의 형태로서 미주의 경우를 살펴보면, 미주의 국가들은 유엔이 세계인권선언을 채택하기 7개월 전에 이미 인간의 권리와 의무에 관한 미주선언(American Declaration on the Rights and Duties of Man)을 채택하였다. 그 후 1959년에 이르러 미주 국가간 인권위원회(Inter-American Commission on Human Rights)가 설치되었으며, 1978년에 미주인권협약이 발표되었다.

미주인권재판소는 7명의 판사로 구성된다. 판사는 회원국들의 국민이어야 한다. 이들 판사는 지명국의 국내법에 따라 그 나라의 최고 사법직 수행에

필요한 자격을 갖춘 인권분야에서 인정된 능력을 지닌 법률전문가 중에서 선출된다. 이들 판사의 임기는 6년이고, 판사의 직무는 임기만료와 함께 끝나지만, 임기만료 전에 시작하여 만료 시에도 계속 중인 사건에 대해서는 임기만료 후에도 계속 심리할 수 있다. 판사는 자신의 국적국이 당사자인 사건의 심리와 판결에 참여할 권리를 가진다. 판사들 중에 자국민이 없는 사건당사국은 특별재판관을 선임할 수 있다. 미주인권재판소의 관할은 크게 두 가지로 나누어진다. 첫째가 미주인권위원회의 절차를 거쳐 법원에 부탁된 사건에 대해 미주인권재판소가 가지는 ‘쟁송적 관할’이고 둘째가 위원회나 기타 OAS기관들의 의회에 의해 미주인권재판소가 가지는 ‘권고적 관할’이다. 미주인권재판소의 강제관할권을 인정한 국가들은 미주인권협약상의 의무를 준수하고 미주인권재판소의 판결을 신속하고 완정하게 준수할 의무를 진다. 미주인권협약 체결국들의 헌법규정과 미주인권협약과의 관계는 헌법 우위에 있는 지위, 헌법과 같은 지위, 법률 우위의 지위, 법률과 같은 지위를 인정하는 국가들로 유형화 해 볼 수 있다.

미주인권협약에 대한 미주인권재판소의 판결은 자동집행력이 있기 때문에 체결국의 국내법에 자동적으로 적용된다. 실제로 대부분의 체결국 법원과 의회는 미주인권재판소의 판결과 권고적 의견을 준수하고 있다. 그러나 미주인권재판소의 관할권을 인정하는 국가들 중에 소수이지만 그 대법원이나 헌법재판소가 미주인권협약 준수의무를 인정하지 않는 국가들도 있다. 미주인권보장제도에서 개인은 인권침해에 대한 청원을 미주인권위원회에 제기할 수 있지만, 미주인권재판소에 사건을 직접 제소할 수는 없다. 미주인권재판소의 사건 제소는 미주인권위원회가 판단해 결정하기 때문에 이 점에서 유럽인권재판소나 아프리카 인권재판소와 차이가 난다.

한편, 아프리카의 경우에는, 1981년에 채택된 아프리카 인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights/Banjul Charter on Human and Peoples' Rights)과 2006년의 아프리카 인권재판소(African Court on Human and Peoples' Rights) 설립 과정을 통해서 아프리카에서의 지역적 인권보장의 형태를 갖추어 가고 있다. 이러한 아프리카의 전개과정을 살펴볼 때 아시아에서의 인권협약의 제정과 이의 실행을 감독하는 기관으로서 아시아 인권법원의 설립의 필요성은 충분히 존재한다고 볼 수 있다. 나아가 아시아 인권협약의 제정과 이의 실행을 감독하는 아시아 인권법원의 설립의 필요성은

매우 절실하다고 할 수 있다. 다만, 지역적 인권보장체제를 가지고 있는 세계의 다른 지역들과 아시아의 인권보장체제 사이에는 명백한 차이가 존재한다. 유럽(Europe), 아메리카(Americas) 그리고 아프리카(Africa)는 권리의 전 영역을 포괄하는 인권조약, 지역적 차원에서의 이 인권조약에 규정된 개인의 권리보장을 위한 사법적 구제절차를 관장하고 있는 인권법원(a court of human rights)이라는 권리보장 메커니즘이 존재하지만, 아시아에는 그렇지 않기 때문이다. 특히 서로 다른 문화가 상존하는 가운데에도 인권재판소를 수립하는데 성공한 아프리카 지역의 인권보장제도의 발전과정을 참조하면 서로 다른 문화와 이질적 역사적 배경을 가진 여러 아시아 국가들도 지역적 인권보장시스템을 수립하는데 긍정적인 전망을 갖고 접근할 수 있을 것이다. 이런 관점에서 볼 때 인도네시아의 민주화와 헌법재판소의 수립은 국제적 헌법주의의 실현과 지역적 인권보장체제 수립가능성에 긍정적인 의미를 부여하고 있다고 할 수 있다.

4. 아시아에서 헌법주의 실현을 위한 헌법재판소의 역할 : 현재 아시아에서는 헌법주의의 개념 규정에 있어서 어려움을 겪고 있다. 그 이유로는 다음 두 가지를 들 수 있다. 첫째, 아시아지역의 헌법주의실현을 위해서는 어떤 특정한 기준에 따른 ‘아시아’의 특징이 필요한데, 지리적 형용어로서의 ‘아시아’ 자체를 정의하는 것이 쉽지 않다. 그리고 아시아적인 것이 과연 무엇인가와 관련해서 소위 ‘아시아’ 지역이라고 일컬어지는 곳의 아시아적인 공통 ‘가치’를 확정하는 것 또한 상당히 어렵다. 둘째, 소위 ‘헌법주의’가 무엇을 포함하는지에 대한 이해의 범위를 정하기가 어렵다. 아시아 각국의 상황을 살펴보면, 단일한 아시아 헌법주의는 존재하지 않고, 아시아 각국의 다양한 헌법주의가 있는 것처럼 보인다.

그럼에도 불구하고 오늘날 국제적 헌법주의의 전개를 통한 국제적 인권보장의 강화는 인권보장에 있어서 각국의 헌법과 국제인권법 간의 유사성을 초래하고 있다. 그리고 1953년의 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)과 1959년의 유럽인권법원(European Court of Human Rights), 1969년의 아메리카 대륙의 미주인권협약(American Convention on Human Rights)과 1979년의 미주인권재판소, 1981년에 채택된 아프리카 인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights/Banjul Charter

on Human and Peoples' Rights)과 2006년의 아프리카 인권재판소(African Court on Human and Peoples' Rights) 설립 과정으로 이어지는 일련의 지역적 인권보장의 형태의 전개과정을 살펴볼 때에 아시아에서의 인권협약의 제정과 이의 실행을 감독하는 기관으로서 아시아 인권법원의 설립의 필요성은 충분히 존재한다고 볼 수 있다.

다만, 아시아 지역은 지역적 인권보장제도가 없고, 넓은 지역에 다양한 종교, 문화, 전통, 민족이 혼재하고 있으며, 더불어 경제성장의 정도에서도 차이가 크다. 따라서 공통의 인권관념의 범위가 넓지 아니한 현재의 상황에서는 아시아의 인권문제를 선도하는데 있어서는 아시아 국가들 간의 의견의 일치나 시민단체 등의 역할보다는 오히려 아시아에서의 헌법주의를 구체화시켜 나갈 수 있는 주도적인 국가기관들의 역할이 중요하다고 할 수 있다. 그런 점에서 헌법소원제도를 통하여 기본권 및 인권보장기관으로서의 역할을 수행하고 있는 우리나라 헌법재판소의 역할이 중요하다고 할 수 있다.

우리 헌법재판소가 아시아지역에서 헌법주의를 실현하는 과정에서 주도적이고 선도적인 역할을 수행하기 위해서는 어떠한 것들이 필요한가? 먼저, 헌법재판소가 담당하고 있는 업무, 즉 구체적 사건에 대한 헌법재판에서 국제인권조약의 재판규범성을 인정하고, 이를 적극적으로 헌법재판에 반영하여 국가작용의 위헌성여부를 판단하는 기준으로 적용하여야 할 뿐만 아니라, 더 나아가 국제인권조약이나 일반적으로 승인된 국제인권법의 내용을 존중하고 준수하는 노력을 기울여야 할 것이다. 물론 국제인권조약들이 보호하는 인권들은 대부분 현행 헌법에 의하여 보호되는 인권과 크게 차이가 나지 않는다. 그리고 헌법재판소가 지적하고 있는 것처럼 각종 인권의 현실적 적용과 관련한 헌법의 해석과 운용에 있어서는 우리 사회의 전통과 현실 및 국민의 법감정과 조화를 이루면서 각종 인권이 보장되고 실현되어야 하는 것은 당연한 요청이라고 할 수 있다. 그렇지만 국회의 동의를 얻어 국제연합의 인권규약의 대부분을 수락한 체약국이자 국제평화주의와 국제법 존중주의를 표방하고 있는 현행 헌법의 정신에 비추어 볼 때, 되도록이면 헌법재판소는 국제인권선언이나 조약 또는 국제인권기구의 결정이나 권고를 존중하여 그 취지가 실현될 수 있도록 노력하여야 할 것이다. 헌법재판소가 인권 보장 내지 기본권 보장과 관련하여 '우리 사회의 전통과 현실 및 국민의 법감정'을 고려하면서도 국제인권조약이나 그 보장기구의 결정이나 권고를 존중하고 실현하는 방향으로

발전적이고 진보적 태도를 취하여 점진적으로 시민의 인권보장이 실현되고 확대되는 결정을 할 때 이에 관한 헌법재판소의 일련의 결정례는 매우 의미 있는 선례가 되어 아시아 여러 나라에 인권교육의 교재가 될 뿐만 아니라 아시아 여러 나라의 재판소와 그리고 장차 아시아 인권재판소의 모범이 될 수 있을 것이다. 이런 점에서 헌법재판소가 아시아 지역에 지역적 인권보장기구의 설립을 주도하고, 아시아 지역 인권보장기구내의 인권위원회 내지 인권법원에서 중요한 영향력을 미칠 수 있기 위해서는 헌법재판소 스스로 인권우호적인 결정을 하여야 할 뿐만 아니라, 국제인권조약의 규범력 또는 국제인권기구의 결정을 존중하는 자세를 취하고 이에 입각하여 재판하는 자세를 보여야 할 것이다

아울러 구체적으로 아시아지역의 헌법주의를 확립하기 위한 과정에서 헌법재판소가 이를 주도하고 선도하기 위해서 수행하여야 할 역할로는 다른 국가기관과의 관계에서 헌법재판소가 취하여야 할 역할과 민간영역 및 사적 영역과의 관계에서 헌법재판소가 취하여야 할 역할로 나누어 살펴볼 수 있다. 먼저 국가기관과의 관계측면에서는 헌법재판소는, 국가인권위원회, 법무부, 외교부 등 지역적 인권보장기구를 설립하고 운영하는 과정에서 협조가 필요한 국가기관들과의 소통을 강화하여 이에 관한 정보를 교류하는 것이 필요하다. 관련 국가기관과의 대화와 소통을 통하여 국제인권법의 해석과 적용의 분야 즉 인권재판소의 설립, 운영의 분야에서의 헌법재판소의 역할과 우월성을 강조하고 이점이 다른 국가기관의 관계에서 인식될 수 있도록 노력하여야 한다. 이를 위해서는 위에서 언급하였듯이 헌법재판소가 헌법재판에서 인권우호적인, 국제인권조약을 존중하는 결정을 하여야 한다. 다음으로 사적 영역과의 관계에서 헌법재판소는 헌법학회와 국제법학회 등 학계와 함께 아시아지역의 인권보장제도 및 이와 관련된 헌법재판소의 역할 등에 관한 세미나를 개최하는 등 꾸준히 교류하는 한편, 인권관련 시민단체와도 지속적으로 교류하면서 이들을 지원하는 활동을 하는 것이 필요하다고 할 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

- 강석영, 미주기구의 설립배경, 중남미연구 제20권, 한국외국어대학교
외국학종합연구소 중남미연구소 (2001).
- 계희열, 헌법학(상), 박영사 (2004).
- 김대순, 영국의 “인권법 1998”과 의회주권원칙의 동요, 국내학술기사
국제법학회논문총 제47권 제3호 통권 제94호 (2002).
- 김경학, 국가폭력 양상과 그 성격 -1984년 인도 시크 대학살 사건을
중심으로, 민주주의와 인권 v.7-1 (1997).
- 김대환, “유럽헌법상 기본권 보호: 기본권의 내용과 기능 및 제한의 한계를
중심으로”, 공법학연구, Volume 8, Issue 1 (2007).
- _____, “유럽연합기본권헌장상 기본권의 제한과 그 한계”, 유럽헌법연구,
Issue 3 (2008).
- 김두수, “유럽인권협약과 EU간의 관할권 경합의 문제”, 국제법학회논문총,
2007.12, Volume 52, Issue 3.
- 김두수, 유럽인권협약과 EU간의 관할권 경합의 문제, 국내학술기사
국제법학회논문총 제52권 제3호 통권 제109호 (2007).
- 김용철, 동남아시아의 민주주의와 인권, 전남대학교 5·18연구소 (2003).
- 김정건·장신·이재곤·박덕영, 국제법, 박영사 (2010).
- 김종서 ; 이계수 ; 김한균, 비엔나선언 및 행동계획 : 한글번역본, 서울
국가인권위원회 (2008).
- 김태천, “EU법체제에 있어서 기본적 인권의 보호”, 국제법학회논문총, Volume
45, Issue 2 (2000).
- 나인균, 인권위원회에서 인권이사회로 - U 인권 체계의 변화, 성균관법학
(2009).
- 남복현·전학선·이경주·성선제, 국제조약과 헌법재판, 헌법재판소 (2007).
- 도정수, 아시아의 인권과 평화, 신산사 (2005).
- 라펜디 자민, 아시아의 인권기구에 관한 현재의 논의: 아세안헌장에서
인권기구까지, 아시아저널 창간준비1호 (2009).
- 박미경, 미주지역 인권보호 체제에서 미주인권위원회의 활동 : 미주인권협약

- 제정 이전의 상황을 중심으로, 국내학술기사 국제소송법무 = Korea journal of international litigation and arbitration, 통권 제4호 (2012).
- 박병도, 유엔인권이사회의 보편적 정례검토 제도 - 한국의 실행과 평가를 중심으로, 법조 (2009).
- 박사명, 동남아 지역협력의 확대와 심화: '동아시아공동체'를 향하여, 경제/경영, 한국동남아연구소, (2006).
- _____, 협력에서 공동체로: 동아시아공동체의 동향과 과제, 지역정치, 이매진 (2009).
- 박진아, 유엔인권이사회의 성과와 과제 - 2011년 유엔인권이사회 재검토 논의를 중심으로, 안암법학 (2013).
- 박진완, 국제적 헌법주의의 실현형태로서 국제적 인권보장체계에 대한 검토 - 아시아에서의 국제인권법모델 수립을 위한 시론, 유럽헌법연구 제15호, 사단법인유럽헌법학회 (2014).
- 박찬운, 실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용, 인권과 정의 (2004).
- 배정생, 유럽인권보장체계에 관한 연구 : 유럽인권협약 제 11의정서의 채택에 따른 최근 변화를 중심으로, 국내학술기사 국제법학회논총 제48권 제1호 통권 제95호 (2003).
- 백충현, Regional Arrangements : Practical Matters for Consideration in the Establishment of Regional Human Rights Mechanism, at 2, paper presented at the Third Asia-Pacific Workshop on Human Rights Issues, Seoul, Republic of Korea (1994).
- 변해철, 유럽인권협약과 프랑스 국내법원, 국내학술기사 외법논집 제17집 (2004).
- 서철원·장복희·서운호·김형구, 국제인권시스템 현황에 관한 연구, 국가인권위원회 (2013).
- 송석윤, 공적 인물의 인격권과 언론의 자유 : 독일 연방헌법재판소와 유럽인권법원의 캐롤라인 결정을 중심으로, 공법연구 제39집 제1호 (2010).
- 순 비, 인권의 보편성과 아시아의 문화상대성 : 석사학위논문, 고려대학교 (1999).
- 신각수, 인권이사회 설립과 국제인권 발전, 서울국제법연구 (2006).
- 신옥주, 유럽차원에서 인권보호를 위한 유럽인권재판소(EGMR)의 역할

- 고찰 : “사생활 및 가족생활존중권” 판례를 중심으로, 헌법학연구 제16권 제1호 (2010).
- 신혜원, 유럽인권협약의 개인소원심판에 관한 헌법적 연구, 학위논문(석사), 서울대학교 (2010).
- 심미안, 아시아의 민주주의와 인권: 국가폭력과 참여민주주의의 이론과 사례, 전남대학교 5·18연구소 (2008).
- _____, 아시아의 민주주의와 인권: 차별과 저항, 그리고 시민사회, 전남대학교 518연구소 (2011).
- 오승진, 유럽인권재판소의 관할권에 관한 연구, 법학논총 제34권 제2호 (2010).
- 오승철, “국제인권규약(B규약) 제9조 제3항의 국내법적 해석·적용”, 인권과 정의 제294호 (2001).
- 우종길, 유엔인권이사회의 새로운 국제인권보호제도인 보편적 정기검토에 관한 소고, 서울국제법연구 (2008).
- 이근관, 미주인권제도에 관한 고찰, 국제인권법 제2권, 국제인권법학회 (1998).
- 이계수, 인권, 자유 민주주의와 옴부즈만, 憲法學研究, 제14권 제2호 (2008).
- 이동윤, 동남아 정치변동의 동학: 안정과 변화의 갈림길, 오름 (2004).
- 이명웅, 국제인권법과 헌법재판, 저스티스 통권 제83호 (2005).
- 이미경, 보편적 정례검토의 운영체계와 실행에 관한 고찰, 석사학위논문, 숙명여자대학교 (2009).
- 이재완, 대한민국에 대한 제2차 보편적 정례인권검토(UPR), 국제법평론 (2012).
- 이주윤, “인권법적 관점에서 본 국제법과 EU법의 관계: ECJ의 Kadi 판결과 Solange 이론을 중심으로”, 국제법학회논총, 2010.12, Volume 55, Issue 4.
- 이주윤, 유럽인권협약의 헌법적 기능, 법학연구 제39집 (2010).
- 이형석, 미주인권협약상 미주인권재판소의 판결준수의무에 관한 연구: 미주인권재판소 결정례를 중심으로, 법과 정책 제21집 제1호, 제주대학교 법과정책연구원 (2015).
- 임홍빈, 인권의 이념과 아시아가치론, 아연출판부 (2003).
- 장복희, 아시아의 지역적 인권제도 설립 가능성에 관한 연구, v.5-1 제5권 1호 (1998).

- 전병서, 일본의 아시아 체제 전환국(베트남, 캄보디아 등)에 대한
법정비지원에 관한 연구, 인권과 정의 (2006).
- 전은경, 국가별인권상황정기검토(UPR)에 주목하자, 월간 복지동향130
(2009).
- 전제성, 동남아의 참여적 지역주의 실험과 동아시아의 합의, 박사명 외 5인
저, 위기에서 협력으로: 동남아 지역협력의 확대와 심화, 이매진
(2008).
- 정경수, 인권의 보편성과 문화적 다양성의 공존 : 유럽인권협약 해석의
판단여지를 중심으로, 국제법평론 통권 제29호 (2009).
- 정문식, 유럽연합 사법권체계 내에서 기본권보장, 법학논총 제30집 제3호
(2010).
- _____, 유럽공동체법에 따른 기본권 제한시 유럽인권재판소의 인권보장 :
Bosphorus결정에 나타난 내용을 중심으로, 국내학술기사 법학논총
제28집 제1호 (2008).
- 정종길 : 차수봉, 유럽인권재판소에 의한 기본권보장체계와 개인소송,
국내학술기사 토지공법연구 제38집 (2007).
- 조홍석, “국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성”, 저스티스 제53호
(1999).
- 채형복, 옴김, 리스본조약, 국제환경규제 기업지원센터 (2010).
- _____, 핵심 유럽연합(EU)법, 국제환경규제 기업지원센터 (2011).
- _____, 양심적 병역거부 : 권리인가, 도피인가 : 유럽의 사례를 중심으로,
국내학술기사 법학논고 = Law journal. 제40집 (2012).
- _____, EU 기본권청 : 인권의 새로운 감시자?, 국내학술기사 동아법학
제58호 (2013).
- _____, 국제인권법 = International human rights law ,일반도서 서울
높이깊이 (2013).
- 최철영, 아시아지역 장애인 인권위원회 설립을 위한 시론, v.51 민주법학
(2013).
- 한태연, 헌법학, 법문사 (1983).
- 허윤선, National Human Rights Institutions in the Asia-Pacific
Region : Assessment and prospect ,석사학위논문, 서울대학교
(2000).
- 홍성필, 아·태지역 인권기구의 설립 : 전망과 과제 = Toward the

- Establishment of the Human Rights Machinery in the Asia-Pacific Region, Journal 법학논집 Volume 2 Issue 2 (1998).
- 황인원, 확대지향의 동아시아 지역주의와 아세안의 인식과 대응, 박사명외 5인 저, 위기에서 협력으로: 동남아 지역협력의 확대와 심화, 이매진 (2008).
- 황필규, 국제인권기준에 비추어 본 한국의 인권현실, 국내 인권현안과 국제인권법, 국제앰네스티 한국지부 법률가위원회, (2008).
- Luzius Wildhaber, 오기두 역, 유럽인권재판소의 선례구속원칙, 국내학술기사 저스티스 제37권 제1호 통권 제77호 (2004).
- 국가인권위원회, 국가별 인권상황 정기검토(UPR) 한국 관련 자료집, 국가인권위원회 (2008).
- 국가인권위원회, 미주 지역 분쟁 해결 제도 : 캐나다 인권위원회와 미국 고용평등 위원회 조기해결제도를 중심으로 , 국가인권위원회 (2008).
- 국가인권위원회, 미주 지역 인권 시스템 운영에 관한 연구를 통한 아시아지역인권시스템 수립방안연구 (2008).
- 국가인권위원회, 아시아·태평양 국가인권기구포럼 : 제9차 연례회의 참가보고서, 국가인권위원회 (2004).
- 국가인권위원회, 유엔인권이사회 UPR 심의 대비 토론회, 국가인권위원회 (2012).

2. 국외문헌

- Adamantia Pollis, “Cultural Relativism Revisited : Through a State Prism”, 18, *Human Rights Quarterly* 316.
- AE Dick Howard, *A Traveler from an Antique Land: The Modern Renaissance of Comparative Constitutionalism (2009–2010)* 50 *Virginia Journal of International Law* 3.
- Aidul Fitriaciada Azhari, “Reconstruction of Constitutional Tradition in the Indonesian and Malaysian Constitutions: A Comparison” 2 *Review of History and Political Science* 105 (2014).
- Albert H. Y. Chen, ‘Conclusion’: Comparative Reflections on Human Rights in Asia, in Randall Peerenboom et al. (eds.), *Human Rights in Asia* 487, London: Routledge (2006).
- Albert H. Y. Chen, *The Achievement of Constitutionalism in Asia: Moving Beyond ‘Constitutions Without Constitutionalism in Asia in the Early Twenty-first Century*, Cambridge U Press (2014).
- Albert H. Y. Chen, “Western Constitutionalism in Southeast Asia: Some Historical and Comparative Observations” in Dirk Ehlers, Hennig Glaser, and Kittisak Prokati, eds, *Constitutionalism and Good Governance: Eastern and Western Perspectives* 63, Baden–Baden: Nomos Publishers (2014).
- Alfred Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien (1926).
- Allehone Mulugeta Abebe, “Of Shaming and Bargaining: African States and the Universal Periodic Review of the United Nations Human Rights Council,” *Human Rights Law Review*, Vol.9 (2009).
- AL. Smith, ‘Indonesia: Transforming the Leviathan’ in J.

- Funston(ed.), *Government and Politics in Southeast Asia*, Singapore: ISEAS (2001).
- Amartya Sen, *Thinking about Human Rights and Asian Values*, Human Rights Dialogue, Human Rights Initiative, Carnegie Council on Ethics and International Affairs, V. 4 (1996).
- Andreas Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, NVwZ (2010)
- Andrew Harding and Ngoc Son Bui, *Recent Work in Asian Constitutional Studies: A Review Essay*, 11 *Asian Journal of Comparative Law* 164 (2016).
- Anne Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures* 19 *LEIDEN J INT'L L.* 579 (2006).
- Annette Marfording, "Cultural Relativism and the Construction of Culture : An Examination of Japan", 19 *Human Rights Quarterly* 431 (1997).
- Antonio Cassese, *Interantional Law in a Divided World*, Oxford University Press (1986).
- Ariel L. Bendor/Zeev Segal, *Constitutionalism and Trust in Britain: An Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review Model*, 17 *American University International Law Review* 683 (2002).
- Armin von Bogdandy, "The EU Fundamental Rights Agency within the European and International Human Rights Architecture: The Legal Framework and Some Unsettled Issues in a New Field of Administrative Law", in Seminar "Definition and Development of Human Rights and Popular Sovereignty in Europe"(Frankfurt am Main, Germany) (2009).
- Armin von Bogdandy, *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandaufnahme*, *ZaöRV* 63 (2003).

- B de Witte, “The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights” in Alston ch 27.
- Bal Sokhi–Bulley, “The Fundamental Rights Agency of the European Union: A New Panopticism”, *Human Rights Law Review* 11:4 (2001).
- Bardo Fassbender, *The United Nations Charter As Constitution of The International Community*, 36 *Colum. J. Transnat’l L.* 530 (1998).
- Bardo Fassbender, *The Responsibility of the UN Security Council to Ensure That Fair and Clear Procedures Are Made Available to Individuals and Entities Targeted with Sanctions under Chapter VII of the UN Charter* (Mar. 2006) (study commissioned by the UN Office of Legal Affairs).
- Bilhari Kaukisan, *Asia’s Different Standard*, 92 *Foreign Policy* 24 (1993).
- Bui, “Confucian Constitutionalism in Imperial Vietnam” 8(2) *National Taiwan University Law Review* 373 (2013).
- Brian Burdekin, special adviser to the High Commissioner for Human Rights on National Institutions, a paper presented at the Kathmandu workshop, *Recent Human Rights Developments in the Asian and Pacific Region : National Institutions and Other Factors Relevant to Regional Cooperation*.
- Cass, *The Constitutionalization of the World Trade Organisation. Legitimacy, Democracy and Community in the international Trading System*, Oxford University Press, (2005).
- Chiti, “The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies”, 37 *CML Rev.*(2000).
- Clarence J. Dias, *Regional Human Rights Arrangements in the Asia–Pacific Region : Progress made and Some Options*

- Available, paper presented at the Kathmandu workshop.
- Conseil de l'Europe, "Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights; Projet d'instruments juridiques pour l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme", Strasbourg, 19 July 2011, CDDH-UE (2011).
- Council of Europe, "European Commission and Council of Europe kick off joint talks on EU's accession to the Convention on Human Rights", Press release – 545 (2010).
- Craig R. Ducat, *Constitutional Interpretation*, 7th ed., Wadsworth/Thomson Learning, E1-E2 (2000).
- CS Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, trans by Thomas Nugent 125, New York: Hafner Publishing Company (1962).
- D. Spielmann, "Human rights case law in the Strasbourg and Luxembourg courts: conflicts, inconsistencies, and complementarities", in P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press (1999).
- Daniel P Franklin and Michael J Baun, eds, *Political Culture and Constitutionalism: A Comparative Approach*, Armonk, NY and London: ME Sharpe, Inc (1995).
- David Forsythe, "Human Rights, the United States and the Organization of American States", *Human Rights Quarterly*, vol. 13 (1991).
- David Landau, "Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law" 51(2) *Harvard International Law Journal* 14 (2010).
- Debra Z. Cass, *The Constitutionalization of International Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine*

- of Constitutional Development in International Trade, 12 *European Journal of International Law* 39 (2001).
- Dieter Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World*, in Petera Dobner and Martin Loughlin (eds.) *The Twilight of Constitutionalism* 10, Oxford University Press (2010).
- Dinah Shelton, "International Law and 'Relative Normativity'" in Malcolm D. Evans ed., *International Law*, Oxford (2003).
- _____, "Implementation Procedures of the American Covention on Human Rights," 26 *German Yearbook of International Law* (1983).
- _____, *Regional Protection Of Human Rights(I)*, Oxford University Press (2008).
- Dirk Ehlers/Henning Glaser/Kittisak Prokati (eds.), *Constitutionalism and Good Governance: Eastern and Western Perspectives*, Baden–Baden: Nomos Publishers (2014).
- Ellen L. Lutz & Kathryn Sikkink, *International Human Rights Law and Practice in Latin America*, 54 *Int'l Org.* 633, 639 (2000).
- Elvira Domínguez Redondo, "The Universal Periodic Review of the UN Human Rights Council: An Assessment of the First Session", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 7 (2008).
- Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Use of Foreign and International Law by National Courts*, 102 *AM J INT'L L.* 241 (2008).
- Felice D. Gaer, "A Voice Not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System," *Human Rights Law Review*, Vol. 7 (2007).

- Ferdinand Kirchhof, *Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten*, EuR (2014).
- Fernando R. Teson, *International Human Rights and Cultural Relativism*, *Virginia Journal of International Law* 25, no. 4 (1985).
- Frank C Darling, “The Evolution of Law in Thailand” 32(2) *The Review of Politics* 200 (1970).
- F. Viljoen, *The African Charter on Human and Peoples’ Rights: The Travaux Préparatoires in the Light of Subsequent Practice*, 25 HRLJ 313 (2004).
- Gabriel N. Toggenburg, “The role of the new EU Fundamental Rights Agency: Debating the “Sex of angels” or improving Europe’s human rights performance?”, 33 *E.L Rev.* (2008).
- Gerald L. Neuman, *Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance*, 55 *Stanford Law Review* 1863–64 (2003).
- Giovanni Sartori, “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, 56 *American Political Science Review* 861 (1962).
- Harald Hongju Koh, *How is International Human Rights Law Enforced?*, 74 *Indiana Law Journal* vol. 1408 (1999).
- Harding, *The Constitution of Malaysia: A Contextual Analysis* 2, Oxford and Portland, OR: Hart (2012).
- Harding and Peter Leyland, *The Constitutional System of Thailand: A Contextual Analysis*, Oxford: Hart (2011).
- Harding, ed, *Constitutionalism and Legal Change in Myanmar the Editorial Note on Section 59–60*, Oxford Hart Publishing (2016).
- Henry J. Steiner, Philip Alston, Ryan Goodman, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, 3rd edition, Oxford University Press (2008).
- _____, *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT : LAW*,

- POLITICS, MORALS, 193 ,Oxford (1996).
- Henry J. Steiner, Philip Alston, International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals 868–69 (2000).
- Henry J. Steiner, Philip Alston, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN CONTEXT : LAW, POLITICS AND MORALS, (Clarendon Press/Oxford, 1996), Part C, Chapter 10 Regional Arrangements.
- Herbert Wechsler, Toward Neutral Principles of Constitutional Law 73 Harvard Law Review 1 (1959).
- Hermann Mosler, The International Society as a Legal Community, 140 RECUEIL DES COURS 1 (1974).
- House of Lords, “The Hague Programme: a five year agenda for EU justice and home affairs”, 10th Report of Session 2004–05, 23 March 2005, Authority of the House of Lords.
- _____, European Union Committee, “Human rights protection in Europe: the Fundamental Rights Agency”(29th Report of Session 2005–06) (2006).
- Human Rights Watch, United States Ratification of International Human Rights Treaties (2009).
- I. Canor, “Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?”, in ELRev (2000).
- Ian Brownlie, Principle of Public International Law 6th ed. 287, Oxford University Press (2003).
- Ian Johnstone, Legislation and Adjudication in the Un Security Council: Bringing down the Deliberative Deficit, 102 American Journal of International Law 275 (2008).
- Ibrahim A. Badawi El-Sheikh, Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Context with special reference to the African Charter on Human and People’s Rights; Practical Matters for Consideration in the Establishment of a Regional

- Human Rights Mechanism with special reference to the African Regional System of Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, opened for signature Dec. 19, 1966, 999 U.N.T.S. 171 (ratified by the United States June 8, 1992).
- International Law, Oxford University Press (2009).
- J.-P. Puissechet, “La Cour européenne des Droits de l’homme”, in P. Mahoney, F. Matshcer, H. Petzold & L. Wildhaber(eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective—Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Colonge: Carl Heymanns Verlag (2000).
- James L. Cavallaro & Emily J. Schaffer, *Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas*, 56 *Hastings L.J.* 217 (2004).
- Jan Klabbers, “On Human Rights Treaties, Contractual Conceptions and Reservations”, Ineta Ziemele ed., *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation*, Martinus Nijhoff (2004).
- Jasper Becker, *The Chinese*, Oxford University Press (2002).
- Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman, *A Functional Approach to International Constitutionalization*, in Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (eds.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, 9, Cambridge: Cambridge University Press (2009).
- Jimly Asshiddiqie, *The Constitutional Law of Indonesia*, Sweet & Maxwell Asia (2009).
- Jiunn-rong Yeh, *The Constitution of Taiwan: A Contextual Analysis*, Oxford: Hart Publishing (2015).
- Jiunn-rong Yeh and Wen-Chen Chang, *Asian Courts in Context*, Cambridge: Cambridge University Press (2015).

- Joachim Scherer, *Solange II: Ein grundrechtspolitischer Kompromiß*, JA (1987).
- John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press (2006).
- John Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard University Press (1999).
- Joseph Chan, *The Task for Asians : To Discover Their Own Political Morality for Human Rights*, Human Rights Dialogue, V.4 (1996).
- Karl A Wittfogel, *Oriental Despotism: A Comparative Study of Total Power* 101–102, New Haven and London: Yale University Press (1963).
- Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process*, 147, University of Chicago Press, (1965).
- Kevin Y.L.Tan, Senior Lecturer, Faculty of Law, National University of Singapore, *What Asians Think about the West's Response to the Human Rights Debate*, Human Rights Dialogue, V. 4 March 1996, Human Rights Initiative, Carnegie Council on Ethics and International Affairs.
- Kevin Yi Tan, *The Constitution of Singapore: A Contextual Analysis*, Oxford: Hart Publishing (2015).
- L. Henkin, *A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defect's in M Rosenfield(ed.), Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Durham, NC: Duke University Press (1994).
- Lea Shaver, "The Inter-American Human Rights System: An Effective Institution for Regional Rights Protection?", 9 WAUGSLR 639 (2010).
- Louis Henkin, et.al., *Human Rights*, Foundation Press (2009).
- Lucas Lixinski, *Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of*

- the Unity of International Law, 21 Eur. J. Int'l L. 585 (2010).
- Manfred Nowak, Introduction to the International Human Rights Regime 189–90 (2003).
- Mark Tusnhet, “Some Reflections on Method in Comparative Constitutional Law” in Sujit Choudhry, ed, *The Migration of Constitutional Ideas*, 72, New York: Cambridge University Press, (2007).
- Mark Tushnet, Some Skepticism About Normative Constitutional Advice 49 *William & Mary Law Review* 1473 (2008).
- Markus Ludwigs, Kooperativer Grundrechtsschutz zwischen EuGH, BVerfG und EGMR, *EuGRZ* (2014).
- Manin, “The Nicolo case of Conseil d’Etat: French Constitutional Law and the Supreme Administrative Court’s Acceptance of the Primacy of Community Law over Subsequent National Law”, 28 *CML Rev.* (1991).
- _____, The Nicolo case of Conseil d’Etat: French Constitutional Law and the Supreme Administrative Court’s Acceptance of the Primacy of Community Law over Subsequent National Law, 28 *CMLRev.* 499, at 506–508 (1991).
- Marten Breuer, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!“ Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK–Beitritt der Europäischen Union, *EuR* (2015).
- Martin Kuijer, “The Accession of the European Union to the ECHR: A Gift for the ECHR’s 60th Anniversary or an Unwelcome Intruder at the Party?”, *Amsterdam Law Forum*, Vol 3:4.
- Mattias Wendel, Der EMRK–Beitritt als Unionsverstoß. Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihre Grenzen, *NJW* (2015).

- Mennto T. Kamminga eds., *The Impact of Human Rights Law on General*.
- Mervat Rishmawi, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?*, 5 *Hum. RTS. L. Rev.* 361 – 362(2005), in : Dinah Shelton, *Regional Protection Of Human Rights(I)*, Oxford University Press (2008).
- Michael Curtotti, “Migrant Rights? Not our problem ...”, *abolish foreignness* (2011).
- Michael Jose Corbera, “In the Wrong Time: problems with the Inter-American Court of Human Rights Use of Contentious Jurisdiction,” 25 *Vanderbilt journal of Transnational Law* (1993).
- Michael Reisman, *Establishment of a Regional Human Rights Arrangement in the Asian and Pacific Region : Experiences of Other Regions*, paper presented at the *Fourth Asia-Pacific Workshop on Regional Human Rights Arrangements : Asia and the Pacific*, Kathmandu, Nepal (1996).
- Miguel Poiares Maduro, *Court and Pluralism, in Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance* 356, Cambridge University Press (2009).
- Nadja Milanova, “EU Agency for Fundamental Rights(FRA): A Reality Check”, Brussels, 8 November (2011).
- Nicholas Tsagourias, “Introduction - Constitutionalism: A Theoretical Roadmap” in Nicholas Tsagourias ed, *Transnational Constitutionalism: International and European Models* 2, New York: Cambridge University Press (2007).
- Nikolai G Wenzel, “Constitutional Culture in Japan and the Philippines: Success and Failure in Post War Constitutional Choice” 15 *Pacific Focus: Inha*

- Journal of International Studies 396 (2010).
- Oemar Seno Adji, 'An Indonesian Perspective on the American Constitutional Influence' in L. Ward Beer (ed.), *Constitutionalism in Asia: Asian Views of American Influence*, Berkely, Cal: University of California Press (1979).
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Ratifications and Reservations: International Covenant on Civil and Political Rights* (2006).
- Olivier De Schutter and Valérie Van Goethem, "The Fundamental Rights Agency: Towards an Active Fundamental Rights Policy of the Union", *ERA Forum*, 12, vol. 7, Issue 4 (2006).
- "Petition and Case System Information Brochure", Inter-American Commission on Human Rights, Organization of American States (2010).
- Peter A Jackson, *Buddhadāsa: Theravada Buddhism and Modernist Reform in Thailand 6*, ChiangMai: Silkworm Books (2003).
- Po Jen Yap, *Constitutional Dialogue in Common Law Asia*, Oxford: Oxford University Press (2015).
- R. Kastoryano and J. Crowley, "'Multicultural Policies and Modes of Citizenship: France: Paris City Profile'" (1999).
- Reiner Wahl, *Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?*, in: Carl-Eugen Eberle/Martin Ibler/Dieter Lorenz (hrsg.), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, München (2002).
- Rifqi Sjarief Assegaf, *A Concept for Reducing Pending Case in the Supreme Court's Docket (Seputar Konsep Mengurangi Perkara di MA)*, workshop, *Strategi Pembaharuan di Mahkamah Agung RI (Strategic*

- Reform at the Supreme Court of Republic Indonesia, (2001).
- Robert E. Norris, “Observations In Loco: Practice and procedure of the inter-American Commission on Human Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 15(1980).
- Robert H. Bork, “The Constitution, Constitutional Intent, and Economic Rights,” *23 San Diego Review* 823, 824 (1986).
- Robert J. Morris, China’s *Marbury v Madison*: *Qi Yuling v. Chen Xiaoyi* – The Once and Future Trial of Both Education & Constitutionalization, *2 Tsinghua China Law Review* 273 (2010).
- Rosalind Dixon and Tom Ginsburg (eds.), *Comparative Constitutional Law in Asia*, Cheltenham: Edward Elgar (2014).
- Roserren, “The Application of Community Law by French Courts from 1982 to 1993”, *31 CMLRev.* (1994).
- Ruth Gordon, “Growing Constitutions” *1 University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 530–531 (1999).
- S. Butt and T. Lindsey, *The Constitution of Indonesia: A Contextual Analysis*, Oxford: Hart Publishing (2012).
- Samantha Besson, Whose Constitution(s)? International Law, Constitutionalism and Democracy, in Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (eds.) *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* 381, Cambridge University Press (2009).
- Sedfrey A. Ordonez, *Regional Mechanism for Human Rights Protection in Asia – a Philippine Proposal*, paper presented at the Seoul Workshop.
- Spencer Zifcak, Globalizing the rule of law. Rethinking Values and reforming institutions, in: Spencer Zifcak (ed.), *Globalization and the Rule of Law* 34, Routledge

- (2005).
- Stephen Gardbaum, Human Rights and International Constitutionalism, in Jeffrey L. Dunoff and Joel P. Trachtman (eds.) Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance, Cambridge: Cambridge University Press 249 (2009).
- Susan H Williams (ed.), Social Difference and Constitutionalism in Pan-Asia, Cambridge: Cambridge University Press (2014).
- Susan M. Akram, Arab Charter ON Human Rights 2004, Boston University International Law Journal Vol. 24 (2006).
- Teemu Ruskola, “Legal Orientalism” 101(1) Michigan Law Review 193 (2002).
- Theodor Meron, The Humanization of International Law, Martinus Nihoff Publisher (2006).
- _____, “The Inter-American Court of Human Rights,” 76 American Journal of International Law (1982).
- Thomas Buergenthal, INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS IN A NUTSHELL (West Pub. 1988).
- Thomas Burgenthal, “The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights”, The American Journal of International Law, vol. 69 (1975).
- Tim Konstitusi P3I DPR RI, Academic Draft of Constitutional Court Act (Naskah Akademik RUU tentang Mahkamah Konstitusi), Jakarta, 23 April 2003.
- Tom Farer, “The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox.” 19 Human rights Quarterly (1997).
- Tom Ginsburg, “Confucian Constitutionalism?The Emergence of Constitutional Review in Korea and Taiwan” 27(4) Law & Social Inquiry 763 (2002).

- Tom Ginsburg and Rosalind Dixon, eds, *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham: Edward Elgar, (2011).
- Trachtman, *The Constitution of the WTO*, EJIL (2006).
- Tracy Wilkinson, “Activists urge Obama to speak out on Mexico’s human rights record,” *Los Angeles Times*, 2013. 4. 30, Roig–Franzia, Manuel, “Americans Covering Mexico Drug Trade Face Assassination Threat”. *The Washington Post* (2007).
- UNESCO, *United Nations Convention on Migrants’ Rights International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families* (2005).
- Victor Piche, Eugénie Pelletier and Dina Epale, “Obstacles to ratification of the ICRMW in Canada”, Paul De Guchteneire, Anboine Pecoud and Ryszard Cholewinski, (eds), *Migration and Human Rights: The United Convention on Migrant Workers’ Rights*, Cambridge University Press (2009).
- Vitit Muntarbhorn, *Development asean human rights mechanism 4*, European Union (2012).
- Vos, “Reforming European Commission: What role to play for EU Agencies?”, 37 *CML Rev.* (2000).
- Wen–Chen Chang/Li–ann Thio/Kevin YL Tan/Jiunn–rong Yeh, *Constitutionalism in Asia*, Hart Publishing (2014).
- Werner Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity* 156–163, New Delhi and New York: Oxford University Press (2003).
- Yemi Osinbajo/Olukonyisola Ajayi, *Human Rights and Economic Development in Developing Countries*, *The International Lawyer*, V. 28, N.3 (1994).
- Yuju Iwasawa, *International Law, Human Rights and Japanese Law: The Impact of International Law on Japanese Law*, Clarendon Press (1998).

22 the Final Act 1(a) of the Conference on Security and Co-operation in Europe (CSCE), opened in 1973, and concluded in August 1975.

연구자 약력

임 지 봉

서울대학교 법과대학 졸업 (법학사)

서울대학교 대학원 법학과 (법학석사)

미국 UC Berkeley Law School LLM & JSD

전 헌법재판소 헌법연구위원

현 서강대학교 법학전문대학원 교수

박 진 완

경북대학교 법과대학 사법학과 졸업(법학사)

경북대학교 대학원 법학과 졸업 (법학석사)

경북대학교 대학원 박사과정 수료

독일 베를린 훔볼트 대학교 법학과 박사과정 (법학박사)

서울대학교 법과대학 박사후 과정(Post-Doc.)

독일 하이델베르크 막스 플랑크 외국공법 및 국제법연구소 초빙연구교수

현 경북대학교 법학전문대학원 교수

이 상 경

연세대학교 법학과 졸업 (법학사)

서울대학교 대학원 법학과 (법학석사)

미국 Washington University School of Law (LL.M., J.D., JSD.)

전 광운대학교 법과대학 교수

현 서울시립대학교 법학전문대학원 교수

판 권

소 유

정책개발연구 제9권

아시아 지역의 입헌주의

– 아시아 각 지역의 인권 보호 및
헌법재판제도의 다양성 고찰 –

2017년 12월 22일 인쇄

2017년 12월 26일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화:(대)708-3456

인 쇄 서라벌이앤피

(비매품)