

『인권연구』 8(2): 1-60.

*Journal of Human Rights Studies* 8(2): 1-60.

DOI: <http://www.doi.or.kr/10.22976/JHRS.2025.8.2.1>

[일반논문]

## 국가의 적극적 인권의무에 대한 체계적 이해와 소수자 인권 맥락에서의 고찰\*

신 윤 진\*\*

한글초록

국제인권법상 국가의 인권의무는 인권 존중, 보호, 실현 의무로 체계화되어 왔으며, 국가의 적극적 인권의무는 세 유형의 인권의무에서 모두 중요한 의미를 가진다. 국제인권규범과 실무에서 인권존중의무는 실효성의 원칙을 바탕으로 실질적인 의미로 이해되어 왔으며, 그 이행을 위해서는 국가의 단순한 부작위나 불간섭이 아니라 인권침해와 차별을 초래하는 법제도와 정책의 시정과 같은 적극적 개입이 요청될 수 있다. 사인이나 그 밖의 비국가적 요인에 의하여 발생하는 인권침해에 대하여 국가가 부담하는 인권보호의무와 관련하여 국제인권규범과 지역인권재판소는 예견가능한 인권침해를 사전에 예방하고 이미 발생한 인권침해에 대하여 적절히 대응할 상당한 주의의무를 중심으로 그 내용과 심사기준을 구체화하고 있다. 인권실현의무는 국가의 가장 복잡적이고 다각적인 적극적 조치를 요청하며 인권의 보다 완전하고 평등한 실현을 달성하기 위하여 현재 가능한 모든 노력을 다할 구체적인 행위의무로서의 성격을 가진다. 아울러 국제인권 해석 실무는 사회적 소수자와 취약집단의 인권이 관련된 사안의 경우 국가에 보다 강화된 적극적 의무의 이행을 요구하고 있다. 세 유형의 인권의무 체계를 바탕으로 국가의 적극적 인권의무에 대한 다면적이고 종합적인 이해를 도모할 수 있으며, 국내 인권 사안에서 국가의 대응에 대한 체계적이고 명확한 분석과 평가, 그리고 구체적 행동 방향의 수립이 효과적으로 이루어질 수 있다.

\* 이 연구는 2023년도 서울대학교 미래기초학문분야 기반조성사업으로 지원되는 연구비에 의하여 수행되었음.

\*\* 서울대학교 법학전문대학원 부교수

주제어: 인권존중의무, 인권보호의무, 인권실현의무, 적극적 의무, 사회적 소수자

목 차

- I. 서론
- II. 국제인권법상 국가의 인권의무
- III. 인권존중의무
- IV. 인권보호의무
- V. 인권실현의무
- VI. 결론

## I. 서론

국제인권법상 국가의 인권의무에 대한 해석론과 실무는 인권 존중, 보호, 실현의무를 중심으로 발전해왔다. 그러나 그간 국제인권법이 확립하여 온 이와 같은 세 가지 인권의무의 체계와 국제인권기구와 지역인권재판소를 통해 구체화되고 있는 발전적 해석례들이 국내의 인권 관련 논의나 실무에서는 아직 충분히 소개되거나 반영되지 못하고 있는 것으로 보인다. 인권을 이른바 ‘자유권’과 ‘사회권’으로 이분화하여 서로 반대되는 성격을 가지는 것으로 이해하거나, 인권사안에서 요청되는 국가의 적극적 의무와 소극적 의무에 대하여 일률적으로 대조적인 심사기준을 적용하여 판단하는 모습도 발견된다. 이 연구에서는 국제인권법상 발전되어 온 국가의 인권의무 체계에 대한 조망과 그 구체적 내용에 대한 검토를 진행하면서, 국가의 인권의무에 대한 보다 체계적이고 종합적인 이해를 도모하고자 한다. 특히 관련 주제의 중요성에 비하여 논의나 탐구가 상대적으로 부족하다고 볼 수 있는 국가의 적극적 인권의무에 주목하여, 세 유형의 인권의무의 맥락에서 국가의 적극적 의무가 요청되고 발현되는 구체적

인 모습을 조명하고자 한다. 나아가 사회적 소수자의 인권 사안에서 특히 강조되는 국가의 적극적 의무에 대하여 좀더 상세히 살펴보고자 한다.

우선 제II장에서는 국가의 인권의무의 종류와 내용에 대한 국제인권규범의 주요 내용을 검토하고, 국가의 세 가지 인권의무로서 (1) 인권존중의무, (2) 인권보호의무, (3) 인권실현의무가 확립되어 왔음을 확인한다. 이어지는 장들에서 차례로 세 인권의무를 보다 상세히 검토하면서 각 유형과 관련하여 국가의 적극적 인권의무가 요청되는 맥락과 구체적인 내용을 살펴보도록 한다(제III장 - 제V장). 이를 위하여 주요 국제인권조약 및 해당 인권조약을 담당하는 유엔 위원회의 공식해석, 유럽인권재판소와 미주인권재판소의 주요 판결례를 검토한다. 아울러 이와 같이 검토한 세 유형의 인권의무 체계와 각 차원에서 국가에 요구되는 적극적 인권의무의 내용에 비추어 사회적 소수자의 인권과 관련된 주요 국내 사례들에 대한 비판적 고찰을 진행하기로 한다.

## II. 국제인권법상 국가의 인권의무

현대 국제인권법은 국가의 인권의무를 (1) 존중의무(the obligation to respect), (2) 보호의무(the obligation to protect), (3) 실현의무(the obligation to fulfil)로 체계화하고 각 의무의 의미와 내용을 구체화하는 이론과 실무를 발전시켜 왔다. 유엔인권최고대표사무소는 이 세 가지 인권의무에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다:

“국제인권법은 국가가 준수해야 할 의무를 규정한다. 국제조약의 당사국이 됨으로써 국가들은 인권을 존중하고, 보호하며, 실현할 국제법상의 의무를 부담하게 된다. 존중의무는 국가가 개인의 인권 향유를 방해하거나 함부로 제한하지 않아야 함을 의미한다. 보호의무는 국가가 인권침해로부터 개인과 집단을

보호할 의무를 뜻한다. 실현의무는 국가가 인권의 향유를 더욱 증진하기 위한 적극적인 조치를 취하여야 한다는 의미이다.”<sup>1)</sup>

즉 국제인권법상 국가는 개인의 인권 향유를 방해하거나 함부로 제한하는 등으로 인권침해의 직접적인 가해자가 되거나 가해행위에 가담하지 않아야 한다는 기본적인 인권존중의무와 함께, 비국가적 요인에 의하여 인권침해 상황이 발생하였거나 발생할 우려가 있을 때 그러한 상황으로부터 개인이나 집단을 보호할 인권보호의무를 지닌다. 나아가 국가는 개인의 인권 향유를 증진하고 인권의 보다 완전한 실현을 위하여 필요한 다방면의 조치와 노력을 다할 인권실현의무를 부담한다.

유엔 경제적, 사회적 및 문화적 권리위원회(이하 ‘ICESCR 위원회’)는 다양한 영역에서 이와 같은 세 유형의 인권의무 체계를 확립하고 그 구체적 해석을 발전시키는 데 선도적인 역할을 해오고 있다. 1987년 유엔인권위원회(UN Commission of Human Rights)에 제출된 식량권에 관한 특별보고관의 보고서에서 국가의 인권의무를 존중, 보호, 실현의 의무로 구별하여 체계화하는 작업이 최초로 이루어진 것으로 평가되고 있으며,<sup>2)</sup> ‘경제적, 사회적 및 문화적 권리 침해에

---

1) Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *International Human Rights Law*, <https://www.ohchr.org/en/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law>. Olivier De Schutter, *International Human Rights Law*, 3rd ed., Cambridge University Press, 2019, pp. 292-302 참고. 국제인권규범의 인권의무 3유형에 대한 초기의 이론적 토대는 Henry Shue에 의해 제시된 바 있다. Shue는 모든 인권은 침해금지, 보호, 지원(‘Duties to avoid depriving; Duties to protect from deprivation; Duties to aid the deprived’)이라는 세 유형의 인권의무를 발생시키며 이는 상호 연결되어 있다는 논의를 전개한 바 있다. Henry Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*, 2nd ed., Princeton University Press, 1996, pp. 51-64.

2) Asbjørn Eide, Report on the Right to Adequate Food as a Human Right, ¶¶ 66-69, 112-114, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23 (July 7, 1987).

관한 마스트리히트 가이드라인'(1997)에서 이러한 분류체계가 재확인되었다.<sup>3)</sup> 이후 ICESCR 위원회는 1999년 적절한 식량에 대한 권리에 관한 일반논평 이래로 인권의무 3유형을 당사국의 규약상 의무의 기본틀로서 확립하여 각 권리별로 요청되는 국가의 존중, 보호, 실현 의무의 내용에 대한 공식해석을 제시하고, 이를 바탕으로 당사국에 대한 규약이행심사를 진행하고 있다.<sup>4)</sup> 동 위원회는 예를 들어 적절한 식량에 대한 권리에 관한 당사국의 의무에 대하여 다음과 같이 설명한다:

“적절한 식량에 대한 권리는 다른 모든 인권에서와 마찬가지로, 당사국들에게 세 가지 유형 또는 수준의 의무를 부과한다: 존중(respect), 보호(protect), 실현(fulfil)의 의무이다. 이 중 실현의무는 촉진(facilitate) 의무와 제공(provide) 의무를 포함한다. 존중의무는 당사국이 적절한 식량에 대한 기존의 접근을 방해하는 조치를 취하지 말 것을 요구한다. 보호의무는 기업이나 개인이 타인의 적절한 식량에 대한 접근을 침탈하지 못하도록 국가가 필요한 조치를 취해야 함을 의미한다. 실현의무는 국가가 식량안보를 포함하여 생계를 확보하기 위한 자원과 수단에 대한 사람들의 접근과 이용을 강화하기 위한 여러 조치

3) Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, ¶ 6 (1997). 국제인권법상 인권의무 3유형 체계 확립의 역사에 관한 논의에 조언을 주신 익명의 심사자님께 감사드립니다.

4) UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights [이하 ‘CESCR’], General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), ¶ 15, U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999). 이후 ICESCR 위원회는 교육권에 관한 일반논평 제13호 (1999), 건강권에 관한 일반논평 제14호 (2000), 물에 대한 권리에 관한 일반논평 제15호 (2003), 여성과 남성의 평등한 권리에 관한 일반논평 제16호 (2005), 과학적·문학적·예술적 창작물에 대한 권리에 관한 일반논평 제17호 (2005), 노동권에 관한 일반논평 제18호 (2006), 사회보장권에 관한 일반논평 제19호 (2008) 등에서 차례로 당사국의 법적 의무를 인권 존중, 보호, 실현 의무로 나누어 해석하면서 3유형의 인권의무체계를 공식화하고 그 상세한 내용을 제시하고 있다.

들을 적극적으로 시행할 것을 요구한다. 또한 개인이나 집단이 자신들의 통제를 벗어난 사유로 인하여 적절한 식량에 대한 권리를 스스로 향유할 수 없는 경우, 국가는 그러한 권리를 직접적으로 실현(제공)해야 할 의무가 있다. 이러한 의무는 자연 재해나 기타 재난의 피해자들에 대하여 동일하게 적용된다.”<sup>5)</sup>

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이하 ‘ICCPR’) 위원회의 경우 ICESCR 위원회만큼 명시적으로 인권의무 3유형 체계를 채택하고 있지는 않지만, 당사국의 규약상 일반의무에 대한 공식해석인 일반논평 제31호에서 ICCPR 제2조 제1항이 요구하는 규약상 권리의 존중과 보장(respect and ensure) 의무는 소극적 의무와 적극적 의무를 포괄한다는 점을 명확히 하고, 그 구체적 내용에서 존중, 보호, 실현 의무를 모두 포함하는 해석을 제시하고 있다.<sup>6)</sup>

한편 대표적 지역인권조약인 미주인권협약 제1조 제1항은 “이 협약의 당사국은 본 협약에서 인정된 권리와 자유를 존중(respect)할 것을 약속하며, 그 관할하에 있는 모든 사람에게 인종, 피부색, 성별, 언어, 종교, 정치적 또는 기타 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 경제적 지위, 출생 또는 기타 사회적 조건을 이유로 한 어떠한 차별도 없이 그러한 권리와 자유의 자유롭고 완전한 향유를 보장(ensure)할 것을 약속한다”라고 규정하고 있다.<sup>7)</sup> 미주인권재판소는 *Velásquez-Rodríguez v. Honduras* (1988) 사건에서 이 조항에 따라 당사국이 부담하는 인권의무에 대한 해석을 제시하였는데, 먼저 존중의무와 관련하여 “공권력의 행사는 일정한 한계를 가지며, 이는 인간존엄에 내재한 속성으로서 인권이 국가권력보다 우월하다는 사실에서 비롯된

5) CESCR, General Comment No. 12, ¶ 15.

6) Human Rights Committee, General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, ¶¶ 6-8, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).

7) American Convention on Human Rights, art. 1(1), Nov. 22, 1969, 1144 U.N.T.S. 123.

다”는 점을 확인하였다.<sup>8)</sup> 이어서 인권 ‘보장’ 의무는 인권 보호와 실현의 의무를 포함하는 것으로 해석하면서, 이러한 보장의무는 “당사국이 인권의 자유롭고 완전한 향유를 법적으로 보장할 수 있도록 정부기구 및 일반적으로 공권력이 행사되는 모든 구조를 그에 맞게 조직할 의무를 내포”하며, 이는 “단지 그러한 의무의 이행을 가능하게 하는 법제도의 존재만으로는 충족되지 않으며, 인권의 자유롭고 완전한 향유를 효과적으로 보장할 수 있도록 정부가 직접적으로 행동할 것을 요구한다”라고 실시하였다.<sup>9)</sup> 미주인권재판소는 이 판결 이래로 국가에 대한 소극적 방어권을 중심으로 한 인권에 대한 전통적 이해에서 벗어나 인권의 효과적 보장을 위해 국가가 부담하는 적극적 의무의 외연을 확장하고 다양한 맥락에서 그 내용을 구체화하는 판결례를 축적해오고 있다.<sup>10)</sup>

국제인권법과 그 해석을 통해 발전되어 온 인권 존중, 보호, 실현

8) *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4, ¶ 165 (July 29, 1988).

9) *Velásquez-Rodríguez v Honduras*, ¶¶ 166-67. ICCPR 제2조 제1항과 미주인권협약 제1조 제1항에서처럼 해당 조약상 권리의 ‘존중’(respect)과 ‘보장’(ensure) 의무가 함께 명시되어 있는 경우, ‘존중’은 인권의무 세 유형 중 존중의무를, ‘보장’은 보호의무와 실현의무를 함께 지칭하는 것으로 해석하는 것이 자연스럽다. 한편, 대한민국 헌법 제10조는 ‘국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’라고 규정하고 있는데, 동 조항 제정 당시 ‘보장’이라는 단어를 인권의무 3유형을 인식한 상태에서 존중을 제외한 보호와 실현의무만을 의미하기 위해 사용한 것으로는 보기 어렵고, 인권보장은 해당 인권에 대한 존중을 기반으로 하므로, 세 유형의 인권의무를 모두 포괄하는 의미로 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 한편 동 조항상 ‘확인’이라는 용어는 인권에 대한 공적·법적 인정으로서 존중의무의 가장 기본적인 요구를 규정하고 있는 것으로 볼 수 있다.

10) Laurens Lavrysen, “Positive Obligations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights,” *Inter-American and European Human Rights Journal* 7, 2014 참고.

의무는 ‘자유권’이나 ‘사회권’ 등 전통적 분류에 따른 인권의 종류와 무관하게, 어떠한 종류의 인권이든 해당 권리의 실질적이고 효과적인 보장을 위하여 국가에 요청되는 의무의 여러 차원이라고 할 수 있다.<sup>11)</sup> ICCPR에 규정되어 있는 선거에 관한 권리의 경우에도 국가는 개인이 투표 등 선거의 자유를 행사하고 향유하는 것을 방해해서는 안 된다는 의무(존중의무)와 함께, 사인이나 사적 단체가 다른 사람의 선거권 행사를 방해하는 상황을 방지하고 이에 대응할 의무(보호의무), 선거제도의 공정한 실시와 후보자에 대한 투명하고 상세한 정보제공, 장애인 등 취약집단의 선거권을 보다 효과적으로 보장하기 위한 다양한 지원조치 등 선거에 관한 권리의 차별 없고 완전한 실현을 위해 필요한 조치를 다할 의무(실현의무)를 부담하며, 이러한 의무의 이행을 위해서는 충분한 자원의 확보와 대규모의 비용지출이 요구된다.<sup>12)</sup> ICCPR이 규정하고 있는 생명에 대한 권리, 고문 및 비인간적 처우의 금지, 노예제 및 강제노동 금지, 신체의 자유, 이동과 거주 자유, 공정한 재판을 받을 권리, 법 앞의 동등한 인간으로 인정받고 보호받을 권리, 사생활에 관한 권리, 사상·양심·종교의 자유, 표현의 자유, 집회와 결사의 자유, 가족과 혼인에 관한 권리, 아동의 출생등록될 권리 및 이름과 국적을 가질 권리, 공무담임권, 민족적·종교적·언어적 소수자의 권리 등에 대해서도 모두 인권 존중, 보호, 실현의 차원이 함께 존재하고, 그에 따른 당사국의 의무가 수반된다. 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(이하 ‘ICESCR’)에 규정되어 있는 노동에 관한 권리, 사회보장권, 가족, 모성, 아동에 대

11) 국제인권법의 3유형 의무체계의 도입을 통해 자유권과 사회권의 성격과 심사기준을 대조적으로 이해하는 헌법학계의 주류적 기본권론의 변화 필요성을 주장한 국내 연구로, 김하열, “기본권의 분류와 통합: 통합적 기본권론 시론(試論)”, 헌법논총 제29집, 2018.

12) 시민적, 정치적 권리가 국가의 적극적 의무를 수반함을 지적한 외국 학자들의 논의를 소개한 국내 연구로 이주영, “사회권규약의 발전과 국내적 함의”, 국제법학회논문집, 제61권 제2호, 2016, 133-134쪽.

한 보호와 지원, 기본적 의식주와 인간다운 생활에 관한 권리, 건강권, 교육에 대한 권리, 문화적 생활에 관한 권리 등에 대해서도 마찬가지로 국가가 그러한 권리의 행사와 향유를 방해하지 않을 의무, 비국가적 요인으로 인해 권리의 행사나 향유에 방해나 위협이 초래되는 것을 방지하고 침해상황에 대하여 적절히 대응할 의무, 해당 권리의 완전하고 차별 없는 실현을 위해 필요한 조치를 다할 의무를 함께 부담한다고 할 수 있다. 인권을 이른바 자유권과 사회권으로 이분화하고, 자유권은 국가로부터의 간섭을 받지 않을 소극적 권리로, 사회권은 국가의 예산과 급부를 요구하는 적극적 권리로 대비시키면서 두 권리그룹의 성격과 그에 수반되는 국가의무를 대조적으로 이해하는 전통적 견해는 이와 같은 세 유형의 인권의무체계 및 모든 인권간의 불가분성, 상호의존성, 상호연관성에 대한 이해를 기반으로 하는 오늘날의 국제인권규범에 부합하지 않는다고 할 것이다.<sup>13)</sup>

이와 같은 국제인권법상 국가의 인권의무의 기본적 체계에 대한 이해를 바탕으로, 다음 장에서는 먼저 국가의 인권존중의무에 대하여 조금 더 상세히 살펴보면서, 일반적으로 국가의 부작위나 불간섭을 요청하는 소극적인 의미로 이해되는 인권존중의무가 국가의 적극적 행위나 개입을 요청하는 경우는 없는지, 특히 소수자 인권 사안에서 존중의무를 다하기 위하여 국가에 요구되는 것은 무엇인지에 주목하며 검토를 진행하기로 한다.

### III. 인권존중의무

#### 1. 국제인권조약 규정과 지역인권재판소 판결례

ICCPR 제2조 제1항은 당사국들이 규약상 권리를 차별 없이 존중

<sup>13)</sup> Vienna Declaration and Programme of Action, pt. I, ¶ 5, U.N. Doc. A/CONF.157/23 (1993) (“All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated.”).

할(to respect) 의무와 관할 내 모든 사람들에게 그러한 권리를 보장할(to ensure) 의무를 규정하고, 제2항에서는 규약상 권리에 실효성을 부여하기 위하여(to give effect to the rights) 필요한 입법 기타 조치를 취할 의무를 당사국에게 부과하고 있다. 즉, ICCPR 규약상 권리들이 실질적인 의미를 가지도록 당사국이 존중과 보장의 의무를 다하기 위해서는 입법을 비롯한 여러 적극적 조치를 취할 의무가 있음을 확인하고 있다. 유엔인종차별철폐협약 제2조는 당사국들에게 ‘인종차별을 규탄하고 모든 형태의 인종차별을 철폐할 것’을 요구하면서, 이러한 목표를 위해 (a) 국가가 스스로 어떠한 인종차별적 행위에든 가담하지 않으며, 모든 정부 당국과 공공기관들이 이러한 의무에 부합하게 행동하도록 보장할 것, (b) 국가가 인종차별행위를 후원, 옹호, 지지하지 않을 것, (c) 국가 또는 지방 단위의 정부 정책을 검토하고 인종차별을 초래하거나 영속시키는 효과를 지닌 법령과 규정들을 수정, 폐지, 무효화하기 위한 효과적인 조치를 취할 것을 의무로 규정하고 있다.<sup>14)</sup>

유엔여성차별철폐협약도 이와 유사하게 국가가 ‘여성에 대한 어떠한 차별적 행위나 관행에도 관여하지 않도록 하며, 정부 당국과 공공기관들이 이러한 의무에 부합하게 행동하도록 보장할 것’, ‘여성에 대한 차별을 구성하는 현행 법률, 규정, 관습 및 관행을 수정 또는 폐지하도록 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취할 것’을 의무화하고 있다.<sup>15)</sup> 유엔장애인권리협약의 일반적 의무조항에서도 ‘장애인을 차별하는 기존의 법률, 규정, 관습 및 관행을 수정하거나 폐지하기 위하여 입법을 포함한 모든 적절한 조치를 취할 것’, ‘본 협약과 양립되지 않는 어떠한 행위나 관행에도 관여하지 않을 것이며, 정부 당국과 공공기관들이 본 협약에 부합하게 행동하도록 보장할 것’을 당

<sup>14)</sup> International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, arts. 2(a)–(c), Dec. 21, 1965, 660 U.N.T.S. 195.

<sup>15)</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, arts. 2(d), (f), (g), Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13.

사국의 의무로 규정하고 있다.<sup>16)</sup>

이상과 같은 국제인권조약의 규정들은 국가의 인권존중의무 이행을 위해서는 인권침해와 차별행위에 새로이 가담하지 않을 의무와 함께, 인권침해나 차별의 효과를 초래하는 기존의 법제도나 관행이 있다면 이를 수정, 폐지하고, 모든 국가기관이 항상 국제인권조약상의 의무에 부합하는 방식으로 운영되도록 지속적으로 점검하고 관리하는 등 적극적인 개입이 요청됨을 확인하고 있다.

한편 미주인권협약의 경우 제2조에서 “협약상 권리와 자유의 행사가 당사국의 입법이나 기타 규정에 의해 보장되어 있지 않은 경우, 당사국은 각국의 헌법절차 및 본 협약의 규정에 따라 그러한 권리와 자유에 실효성을 부여하기 위해 필요한 입법 기타 조치를 취해야 한다”라고 규정한다. 미주인권재판소는 이 규정이 당사국에게 두 종류의 의무를 부과한다고 해석한 바 있다: “하나는 협약이 보장하는 권리를 어떠한 방식으로든 침해하는 모든 규범과 관행을 제거하는 것이고, 다른 하나는 협약상 권리보장의 실효적 준수에 이바지하는 규범을 제정하고 실무를 발전시키는 것이다”.<sup>17)</sup> 즉 재판소는 위에서 본 국제인권조약 규정들과 마찬가지로 협약상의 권리에 대한 존중의무에는 해당 권리에 대한 침해상태를 초래하는 현재의 법규범과 관행을 제거할 의무가 포함됨을 확인하는 한편, ‘실효성의 원칙’(the principle of effectiveness)에 따라 협약상의 권리가 국내적으로 인정되고 실질적인 효력을 가질 수 있도록 법제도를 보완하고 이를 타당하게 운영할 국가의 적극적 행위가 필요하다고 보고 있다.<sup>18)</sup>

---

16) Convention on the Rights of Persons with Disabilities [이하 ‘CRPD’] art. 4(1), Dec. 13, 2006, 2515 U.N.T.S. 3.

17) *Castillo Petruzzi et al v Peru*, Judgment, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 52, ¶ 207 (May 30, 1999).

18) 미주인권협약 제2조 및 미주인권재판소가 협약 해석과 적용의 기본적인 원칙으로 채택하고 있는 ‘실효성의 원칙’에 대해서는 Lavrysen, 앞의 글, p. 97 참고.

유럽인권재판소는 그간 여러 판결을 통해 인권존중의무가 국가의 일정한 적극적 조치를 수반할 수 있음을 확인해왔다. 특히 재판소는 전통적으로 국가의 불간섭을 요구하는 소극적인 의미로 해석되어 오던 사생활의 권리에 대한 여러 사건에서, 국가가 개인의 가족생활을 포함한 사생활의 권리에 대한 존중의무를 다하기 위해서는 다양한 적극적인 조치를 취할 필요가 있음을 판시하여 왔다.<sup>19)</sup> 트랜스젠더의 성별정정에 관한 사건에서 재판소는 사생활과 가족생활의 권리 및 그 핵심을 이루는 개인의 자율성을 존중하기 위하여 당사국은 개인의 성정체성에 따라 법적 성별을 인정할 의무가 있으며, 당사자가 원하지 않는 생식능력 제거수술과 같은 조건을 부과하지 않는 성별정정절차를 마련하여야 한다고 판시하였다.<sup>20)</sup> 또한 재판소는 유럽인권협약 당사국은 협약상 개인의 사생활 및 가족생활의 권리를 존중하기 위하여 동성 동반자 관계에 대한 법적 인정과 보호를 제공하는 법제도를 마련할 일반적 적극적 의무가 있다고 판결한 바 있다.<sup>21)</sup> 당사국이 관할 내 교도소의 환경을 개선할 의무가 있음을 확인한 여러 사건에서도 비인간적 처우를 금지하는 협약 제3조의 바탕이 되는 인

---

19) European Court of Human Rights, *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence*, 2025 참고.

20) *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, App. No. 28957/95 (Eur. Ct. H.R. July 11, 2002); *A.P., Garçon and Nicot v. France*, Apps. Nos. 79885/12, 52471/13, 52596/13 (Eur. Ct. H.R. Apr. 6, 2017). *Van Kück v. Germany*, App. No. 35968/97 (Eur. Ct. H.R. Sept. 12, 2003) 참고.

21) *Fedotova and Others v. Russia*, App. No. 40792/10 (Eur. Ct. H.R. July 13, 2021). 이와 같은 적극적 의무를 도출하는 기본적 토대는 *Oliari and Others v. Italy*, Apps. Nos. 18766/11, 36030/11 (Eur. Ct. H.R. July 21, 2015) 판결에서 마련되었다. 한편 유럽연합사법재판소(CJEU)의 판결 중 EU 시민의 거주이전의 자유 보장을 위하여 그의 동성 배우자에게 장기 체류자격을 부여할 당사국의 의무를 확인한 사건도 주목할 만하다. *Coman and Others v. Inspectoratul General pentru Imigrări and Ministerul Afacerilor Interne*, C-673/16, EU:C:2018:385 (June 5, 2018).

간으로서의 존엄 또는 협약 제8조상 사생활의 권리에 대한 존중의무를 주된 근거로 삼고 있다.<sup>22)</sup> 그리고 당사국이 수감자의 사생활의 권리를 존중하기 위해 부담하는 적극적 의무에는 교도소의 다인실 내 화장실을 다른 공간과 완전히 분리된 시설로 설치해야 할 의무가 포함되며,<sup>23)</sup> 장애를 가지고 있는 수감자의 신체적 특성을 고려하지 않은 환경(장애인을 위한 화장실과 샤워시설, 침구가 갖추어지지 않고 이동이 어려운 환경)에의 수감조치는 수감자의 존엄을 침해한 것으로서 비인도적이거나 모욕적인 처우를 금지하는 유럽인권협약 제3조 위반에 해당한다고 판단하였다.<sup>24)</sup>

이와 같은 국제인권조약과 지역인권재판소의 판례들을 통해 구체적 사안에서 해당 인권이 실질적 의미를 가지는 방향으로 국가가 인권존중의무를 다하기 위해서는 단순한 불간섭이나 부작위가 아닌 입법과 행정을 비롯한 여러 차원에서의 적극적 조치가 요구될 수 있음을 확인할 수 있다. 사회적 소수자의 인권에 대한 부당한 제약이나 차별이 기존의 법제도나 정책에 의하여 초래되거나 지속되고 있는 경우, 국가는 그러한 법제도와 정책을 수정, 폐지할 의무가 있으며, 현재의 법제도 하에서 소수자의 권리에 대한 기본적 인정이 이루어지지 않고 있거나 권리의 의미 있는 향유가 불가능한 상황이라면 그러한 권리를 인정하고 그 실질적 행사가 가능하도록 하는 법제도의 마련과 시행이 요구된다. 또한 국가는 모든 국가기관과 기구들이 국제인권법상의 의무에 부합하는 방식으로 운영되도록 관리하고 보장할 상시적인 적극적 의무를 부담한다. 즉 ‘인권의 행사나 향유를 함부로 제한하거나 방해해서는 안 된다’라는 추상적 수준에서의 소극적 형태로 정의되는 인권존중의무를 구체적인 맥락에서 해당 권리가

<sup>22)</sup> European Court of Human Rights, *Factsheet: Detention Conditions and Treatment of Prisoners*, 2023 참고.

<sup>23)</sup> *Szafrański v. Poland*, App. No. 17249/12 (Eur. Ct. H.R. Dec. 15, 2015).

<sup>24)</sup> *Price v. the United Kingdom*, App. No. 33394/96 (Eur. Ct. H.R. July 10, 2001).

실효적 의미를 가질 수 있도록 이행하기 위해서는 국가의 부작위가 아닌 다양한 적극적 조치와 개입이 필요할 수 있다.<sup>25)</sup> 이러한 인권준중의무의 적극적 차원에 비추어 다음 절에서는 이동의 자유에 관한 국내 사례를 비판적으로 검토해보기로 한다.

## 2. 국내 사례의 검토

2002년 헌법재판소는 장애인을 위한 저상버스를 도입하는 조치를 오랜 기간 실시하지 않고 있는 국가의 부작위에 대하여 제기된 헌법소원 심판청구에 대한 각하결정을 한 바 있다.<sup>26)</sup> 결정의 이유에서 헌법재판소는 우선 다음과 같은 원칙을 확인하였다:

“사회국가란 한마디로, 사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가이다. 헌법이 제34조에

---

25) 이와 같이 인권준중의무를 실질적 의미로 이해할 경우 후반부에서 보다 상세히 살펴볼 인권실현의무와의 구별이 모호해질 수 있다는 문제가 제기될 수 있다. 세 유형의 인권의무는 상호 긴밀한 연관성을 가지지만 개념적, 이론적으로 구별이 가능하고 필요하다. 인권준중의무와 실현의무의 개념적 구별과 관련하여, 현재의 법제도가 해당 권리를 전혀 인정하지 않거나, 법적으로 존재하는 권리가 현실의 제도와 정책의 미비로 유명무실한 상태에 놓여있는 경우 이는 국가에 의하여 인권 행사와 향유에 대한 방해와 부당한 제약이 발생한 것으로서 인권준중의무 위반으로 볼 수 있을 것이고, 국가에 의한 침해 여부와 무관하게 해당 권리의 보다 완전하고 평등한 실현과 권리 충족수준의 증진과 향상에 초점을 둔 적극적 조치의 경우는 인권실현의무의 맥락에서 논의될 수 있을 것이다.

26) 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2002헌마52 결정 (저상버스 도입의무 불이행 위헌확인).

서 여자(제3항), 노인·청소년(제4항), 신체장애자(제5항) 등 특정 사회적 약자의 보호를 명시적으로 규정한 것은, ‘장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로, 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다’는 점을 강조하고자 하는 것이다.”

헌법재판소는 이처럼 개인이 자신의 ‘자유를 실제로 행사할 수 있는 실질적 조건을 마련해줄 의무’가 국가에 있다는 일반원칙을 확인하면서, 국가는 사회현상에 대하여 방관적인 태도를 취할 것이 아니라 개인의 자유의 실질적 행사와 향유를 위한 조건을 형성하고 유지할 적극적인 의무가 있음을 강조하였다. 그러나 재판소는 이와 같은 원칙의 타당한 적시에도 불구하고 이어지는 판사에서 이동의 자유를 별다른 설명 없이 ‘사회적 기본권’ 또는 ‘복지’의 문제로 분류한 뒤, 이동의 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성할 국가의무의 위반을 주장한 이 사건 청구를 다음과 같은 논리로 각하하였다:

“사회적 기본권이 국가에게 그의 이행을 어느 정도 강제할 수 있는 의무를 부과하기 위해서는 국가의 다른 과제보다도 사회적 기본권이 규정하는 과제를 우선적으로 실현하여야 한다는 우위관계가 전제가 되어야 하는데, ... 사회적 기본권과 경쟁적 상태에 있는 국가의 다른 중요한 헌법적 의무와의 관계에서나 아니면 개별적인 사회적 기본권 규정들 사이에서의 경쟁적 관계에서 보나 ... 사회적 기본권은 입법과정이나 정책 결정과정에서 사회적 기본권에 규정된 국가목표의 무조건적인 최우선적 배려가 아니라 단지 적절한 고려를 요청하는 것이다. ... 사회적 기본권에 관한 이러한 이해를 바탕으로 하여 이 사건을 본다면, 우선, 장애인의 복지를 향상해야 할 국가의 의무가 다른 다양한 국가과제에 대하여 최우선적인 배려를 요청할 수 없을 뿐 아니라, ... 국가에게 헌법 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다는 것은, 장애인

도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니다. ... ‘장애인의 복지를 위하여 노력해야 할 국가의 과제를 언제 어떠한 방법으로 이행할 것인가’하는 이행의 구체적 방법...과 이행시기에 관하여는, 행정청이 다른 여러 과제들과의 우선순위, 재정적 여건 등 다양한 요인들을 감안하여 결정할 사안으로서, 그에 관하여 광범위한 재량권을 가진다고 할 것이다. ... 이 사건의 경우 저상버스를 도입해야 한다는 구체적인 내용의 국가 의무가 헌법으로부터 도출될 수 없으므로, 이 사건 심판청구는 부적법하다.”

이와 같은 판시는 여러 측면에서 문제를 지적할 수 있을 것으로 보인다. 이 논문에서 본격적으로 다룰 수 있는 범위의 주제는 아니지만, 헌법재판소가 행정권력의 불행사에 대한 헌법소원의 적법성 요건으로 채택하고 있는 ‘공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위 의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 따라 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우’라는 일반적 요건 자체가 개인이 헌법상 구체적 수준에서 명시되어 있지 않은 국가의무의 이행 해태에 대하여 문제를 제기하는 데 적지 않은 걸림돌로 작용할 수 있다.<sup>27)</sup> 나아가 본 사건과 관련하여 다음과 같은 문제들이 발견된다. 먼저 헌법재판소는 국제인권법(ICCPR 제12조 제1항) 및 헌법(제14조)상 가장 기초적인 자유권으로 인정되고 있는 이동의 권리를, 해당 사안의 권리주체가 장애를 가진 사람이고 장애에 관한 언급이 헌법 제34조에 등장한다는 것 외에는 별달리 추측할 수 없는 이유로 부당하게 ‘사회적 기본권’으로 분류하였다. 또한 인권을 일률적으로 서열적이고 경쟁적인 구도 속에 위치시킨 뒤, 사회적 기본권 전반을 다른 정책적 과제들과 별달리 취

27) 헌법재판소 1991. 9. 16. 선고 89헌마163 결정; 헌법재판소 1996. 6. 13. 선고 95헌바39 결정 등.

급할 이유 없는 고려사항 중 하나로 격하시키고, 사회적 기본권의 보편적 인권으로서의 지위와 권리로서의 성격을 거의 부정하는 정도에 이르는 판시를 일반론처럼 제시하였다. 그리고 장애인의 이동의 자유를 사회적 기본권으로 잘못 분류한 것에서 나아가, 결정문의 후반부에서는 이를 권리가 아닌 ‘복지’의 문제인 것으로 그 지위를 더욱 약화시켜 행정청의 ‘광범위한 재량사항’에 속하는 것으로 취급하였다. 또한 재판소는 구체적 사안에서 국가의 작위의무를 인정하기 위한 조건으로, 주장되는 권리와 요청되는 국가의 조치가 다른 모든 국가적 과제보다 우선하는 ‘무조건적인 최우선적 지위’를 가질 것이라는 요건을 제시하였는데, 이는 어떠한 인권이론이나 국제인권규범 및 인권심사 실무에서 찾아볼 수 없는 요구로서, 인권의 존중과 보장을 위한 국가의 적극적 의무의 불이행에 대한 문제제기를 사실상 전면적으로 차단하는 효과를 가져올 수 있다. 국가의 인권의무에 관한 그 어떠한 정당한 주장도 ‘그것이 다른 모든 국가과제에 최우선하는 유일한 과제라고 볼 수는 없다’라는 극도로 엄격한 기준을 들어 각하할 수 있게 되기 때문이다.

이러한 헌법재판소 결정의 바탕에 흐르는 태도에 대한 아래와 같은 비판은 중요하고 적절하다:

“헌법재판소는 ‘장애인 복지’ 문제가 ‘사회적 기본권’에 해당하는데, 사회적 기본권의 경우에는, ‘국가의 목표’로서 고려되는 것이고, 다른 국가과제들과 함께 고려해야 하기에, “최우선적 배려를 요청할 수 없다”는 판결을 내렸다. ... 여기에는 장애인의 권리란 기본적으로 복지의 문제이며, 자유권이 아니라 사회권의 문제라는 선입견이 깔려 있다. 이는 장애인의 삶을 통째로 특수한 범주 아래 귀속시키는 효과를 낸다. 소위 자유권 영역이라고 하는 곳에 신체의 자유, 거주 및 이동의 자유 등등이 모두 규정되어 있는데도, 장애인이동의 문제는 ‘복지’ 문제, 사회적 기본권에 해당하는 것으로 간주한다. 그런데 사회적 기본권은 장차 역력이 되었을 때 국가가 보호할 수 있는

것처럼 간주되고, 당장 시정해야 할 침해가 아니라, 우리 사회가 지향해야 할 목표인 것처럼 생각하는 것이다. 국가가 장애인들의 이동편의수단을 마련해놓지 않아서(이동할 수 없는 도시환경을 조성해놓아서), 그리고 장애인들의 교육환경을 마련해놓지 않아서(장애인들을 배제하고 추방하는 교육공간과 제도를 만들어서), 장애인들이 노동할 수 있는 환경을 만들어놓지 않아서 등등, 어떤 장애인이 수십 년간 집이나 시설에만 갇혀 지내고 있다면, 이것이 가장 기본적인 자유권의 침해가 아니고 무엇일까. 비장애인의 경우 당장 국가가 시정해야 할 것이 장애인의 경우에는 국가가 장차 시정하면 되는 문제로 변하는 것. 이것이 장애인의 삶 전체를 특수하게 범주화해서 이해하기 때문에 생겨나는 문제다.”<sup>28)</sup>

이와 대비되는 최근의 사례로 ‘모두의 1층’ 소송이 있다. 대법원은 이 사건에서 장애인의 접근권은 헌법에 명시되지는 않았으나 헌법규정들로부터 도출되는 기본권으로서의 지위를 가진다고 확인하고, 구 장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률 시행령이 장애인 편의시설 설치 대상시설을 지나치게 협소하게 규정(바닥면적 기준 300㎡ 이상으로 규정하여 편의점의 경우 2006년 기준 전국 편의점 중 0.1%, 2019년 기준 1.8%만이 해당)한 상태에서 행정청이 이러한 행정입법을 정당한 사유 없이 장기간(최소한 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률이 시행된 2008년부터는 개선입법의무를 부담함이 분명함에도 그로부터 14년이 넘는 기간 동안) 개정하지 않음으로써 장애인의 접근권을 실질적으로 보장하는 개선입법의무를 이행하지 않은 행정입법 부작위는 장애인의 헌법상 기본권을 침해한 것으로 위법하다고 판단하고, 이에 대한 국가배상책임을 인정하였다.<sup>29)</sup>

이 판결은 부적절한 입법으로 인하여 장애인의 접근권이 사실상

---

28) 고병권, “장애에 대한 선입견(선판단)의 확인과 그로부터의 이행을 위하여”, 장애인 권리보장을 위한 개헌 방향 토론회 자료집, 2017, 37-42쪽.

29) 대법원 2024. 12. 19. 선고 2022다289051 전원합의체 판결.

박탈되는 상황이 초래되고 지속되고 있는 경우, 개선입법을 통해 이를 시정하고 접근권의 실질적 행사가 가능한 조건을 형성하고 유지할 국가의 적극적 의무를 명확히 확인하고, 이러한 의무를 오랜 기간 이행하지 않은 국가의 부작위의 불법성을 인정하였다는 중요한 의의가 있다. 이 장에서 살펴본 국제인권법이 요청하는 바와 같이, 법제도와 정책에 기인한 차별이나 인권에 대한 부당한 제약을 철폐하고 특히 사회적 소수자에게 해당 권리가 실질적인 의미를 가지도록 하기 위해 필요한 법제도의 수립과 개선을 포함하는 적극적인 의미로 인권존중의무를 해석한 태도라고 평가할 수 있다. 이러한 대법원 판결은, 개인이 자유를 실제로 행사할 수 있는 실질적 조건을 마련할 국가의 적극적 의무와 ‘장애인과 같은 사회적 약자의 경우에는 개인 스스로가 자유행사의 실질적 조건을 갖추는 데 어려움이 많으므로, 국가가 특히 이들에 대하여 자유를 실질적으로 행사할 수 있는 조건을 형성하고 유지해야 한다’는 점을 원론적인 차원에서는 인정하면서도, 구체적 사안에서는 적극적 조치가 수반되는 인권존중의무의 헌법적 확인과 그 해태에 대한 문제제기를 거의 불가능하게 만드는 논리구조를 취하고 있는 위 헌법재판소 결정의 태도와 대비된다고 할 수 있다.

### 3. 소결

이 장에서 살펴본 바와 같이 국제인권규범상 인권존중의무는 국가의 단순한 불간섭이나 부작위를 요구하는 것이 아니라, 해당 권리가 부당한 방해나 차별 없이 실질적인 행사와 향유가 가능하도록 하기 위해 필요한 법제도와 사회적 기반을 마련하고 구체적인 정책과 조치를 시행할 적극적 차원의 의무를 포함하는 개념이라고 볼 수 있다. 이동의 자유라는 기초적인 권리를 장애인에게는 인정하지 않는 사회구조와 법제도를 지속하는 것은 국가가 인권존중의무를 다하지 않고 있는 모습이라고 할 것이다. 유럽인권재판소가 사생활과 가족생활의

존중을 위하여 개인의 성정체성에 따라 법적 성별을 인정할 의무와 동성 동반자 관계에 대한 법적 인정과 보호를 제공할 의무, 수감자의 존엄과 사생활이 존중되는 교도소 환경을 조성할 의무를 유럽인권협약 당사국의 의무로 확인한 판결들은 사회적 소수자와 다양한 맥락에서 취약성을 가진 개인들의 평등한 인권을 존중하기 위하여 국가가 수행해야 하는 적극적 역할의 필요성을 상기시킨다. 국제인권조약과 미주인권협약 및 유럽인권협약의 규정과 실무에서 공통적으로 발견되는 ‘실효성의 원칙’은 국가의 인권존중의무에 대한 보다 적극적이고 실질적인 해석의 바탕이 되는 중요한 기준이라고 할 수 있다.

다음 장에서는 국제인권법상 세 유형의 인권의무 중 두 번째 의무로서 비국가적 요인에 의하여 초래된 인권침해 상황에서 국가가 부담하는 적극적 의무인 인권보호의무의 내용과 판단기준을 살펴보기로 한다.

## IV. 인권보호의무

### 1. 국제인권규범

#### 1) 국제인권조약상 인권보호의무

인권보호의무는 국가가 인권침해의 직접적 주체나 원인제공자가 아닌 경우에도 자신의 관할이나 영향력 하에 있는 모든 사람을 인권침해로부터 보호할 의무를 의미한다. 이때 인권침해의 원인제공자는 개인, 기업, 사적 단체 등 비국가 행위자일 수도 있고, 자연재해나 사회적 재난 등과 같이 인권 위기를 초래하는 다양한 요인에 의한 복합적 상황일 수도 있다.<sup>30)</sup> 주요 국제인권조약은 해당 분야에서 당사

---

<sup>30)</sup> 예를 들어, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, App. No. 53600/20 (Eur. Ct. H.R. Apr. 9, 2024) (기후위기 상황에서의 국가의 적극적 인권보호의무 확인); *Budayeva and Others v. Russia*, App.

국의 인권보호의무를 규정하는 다양한 조항들을 두고 있다. 예를 들어 유엔아동권리협약은 신체적, 정신적 폭력과 학대, 착취, 성폭력을 포함한 모든 형태의 차별과 폭력으로부터 아동을 보호하고, 모든 영역에서 아동 최상의 이익을 최우선시한다는 원칙을 보장할 당사국의 의무를 강조한다.<sup>31)</sup> 유엔장애인권리협약은 ‘어떠한 개인, 단체, 민간 기업에 의해 행해지는 것이든 장애를 이유로 한 차별을 철폐하기 위한 모든 적절한 조치를 취할 것’과, ‘장애를 가진 사람을 모든 형태의 착취, 폭력, 학대로부터 보호하기 위한 입법, 행정, 사회, 교육, 그 밖의 조치를 취할 것’을 당사국의 의무로 규정하고 있다.<sup>32)</sup> 유엔고문방지협약 제2조 제1항은 당사국은 “고문행위를 방지하기 위하여 효과적인 입법·행정·사법 및 그 밖의 조치를 취하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 고문방지위원회는 이 조항상 국가의 의무에는 사인 등 비국가 행위자에 의해 가해지는 고문이나 학대행위를 예방하고 이에 대응할 의무가 포함됨을 분명히 하고 있다.<sup>33)</sup> 유엔여성차별철폐협약은 당사국에게 성별 간 우열 관념 또는 고정관념에 따른 성역할에 기초한 편견, 관습 및 그 밖의 모든 관행을 제거하기 위하여 남성과 여성의 사회적·문화적 행동양식을 변화시킬 것을 요구한다.<sup>34)</sup> 또한 여성차별철폐위원회는 여성에 대한 폭력이 사인에 의한 것인지 국가에 의한 것인지와 무관하게 이를 국가가 근절해야 할 여성에 대한 차별의 한 형태로 보면서, 여성에게 가해지고 있는 젠더 기반 폭력이

---

Nos. 15339/02 & Others (Eur. Ct. H.R. Mar. 20, 2008) (예견 가능한 산사태 상황에서 인권보호조치를 해태한 당사국의 유럽인권협약 위반 판단).

31) Convention on the Rights of the Child arts. 2, 3, 19, 34, Nov. 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3.

32) CRPD arts. 4(1)(e), 16.

33) Committee Against Torture, General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties, ¶ 18, U.N. Doc. CAT/C/GC/2 (2008).

34) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women art. 5(a), Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13.

여전히 사적인 문제로 취급되면서 많은 경우 면책되고 있는 현실에 대해 경고하고 있다.<sup>35)</sup>

제II장에서 언급하였듯 ICESCR 위원회는 ICESCR의 여러 분야에 있어서 국가의 인권의무 3유형 체계에 따라 각 의무의 내용을 구체화하는 해석을 발전시켜오고 있다. 동 위원회가 건강권에 관한 일반논평에서 당사국의 인권보호의무를 설명한 부분을 하나의 예로 살펴본다. 건강권에 관한 당사국의 보호의무에는 제3자가 제공하는 의료 및 건강 서비스에 대하여 사람들의 동등한 접근을 보장하기 위한 조치를 취할 것, 보건 부문의 민영화가 보건 시설, 물품 및 서비스의 가용성, 접근성, 수용가능성 및 질(availability, accessibility, acceptability and quality, AAAQ 기준)의 각 차원에서 위협이 되지 않도록 보장할 것, 의료인 및 그 외 보건 전문가가 적절한 교육 수준, 기술, 윤리 기준을 충족하도록 보장할 것, 제3자가 건강 관련 정보 및 서비스에 사람들이 접근하는 것을 방해하지 못하도록 보장할 것, 유해한 사회적, 전통적 관행이 출산 전후의 돌봄 및 가족계획에 대한 접근을 방해하지 않도록 보장할 것, 제3자가 여성에게 성기절단과 같은 전통적 관행을 강요하지 못하도록 방지할 것, 젠더 기반 폭력으로부터 사회 내 모든 취약하거나 주변화된 집단, 특히 여성, 아동, 청소년 및 고령자를 보호하는 조치를 취할 것과 같은 구체적 의무가 포함된다.<sup>36)</sup>

---

35) Committee on the Elimination of Discrimination against Women[이하 ‘CEDAW Committee’], General Recommendation No. 35 on Gender-Based Violence Against Women, Updating General Recommendation No. 19, ¶ 6, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017).

36) CESCR, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), ¶ 35, U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000). 또한 위원회는 기업이 개인의 사회적, 경제적, 문화적 권리를 침해하는 것을 방지하기 위한 국가의 규제 의무를 강조하고 있다. CESCR, General Comment No. 24: State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business

ICCPR 위원회도 국가가 스스로 규약상 권리를 침해하지 않을 뿐 아니라 개인이나 사적 단체에 의하여 행해지는 권리침해로부터도 개인을 보호하여야 규약상 권리의 충실한 보장이 이루어질 수 있다는 점을 강조하고 있다.<sup>37)</sup> 위원회는 생명권에 관한 당사국의 의무는 비국가주체의 행위로 인한 생명 침해와 상실로 이어질 수 있는 합리적으로 예견 가능한 위협으로부터 개인을 보호하는 것을 포함한다고 설명한다.<sup>38)</sup> 또한 당사국에게 여성과 남성의 규약상 권리의 평등한 보장을 위하여 당사국이 젠더폭력, 노예상태에 가까운 사적 노동형태, 고용과 임금, 교육, 정치적 활동 등에서의 차별로부터 여성을 보호하는 조치를 취할 것을 요청하고 있다.<sup>39)</sup>

## 2) 인권보호의무의 판단기준

국가의 이러한 인권보호의무의 내용과 그 준수 여부를 판단하는 심사기준에 대한 국제인권법상의 법리는 ‘상당한 주의의무 원칙’(the Due Diligence Principle)을 중심으로 발전하여 왔다. 제II장에서 논의한 미주인권재판소의 *Velásquez-Rodríguez v. Honduras* 판결은 인권 침해가 비국가적 요인에 의하여 발생한 경우 국가가 부담하는 적극적인 의무로서 상당한 주의의무에 대한 법리를 제시한 선도적 판결로 평가되고 있다. 미주인권재판소는 이 판결에서 “인권을 침해하는 불법적 행위가 사인에 의하여 이루어진 경우나 유책 행위자가 밝혀지

---

Activities, U.N. Doc. E/C.12/GC/24 (2017).

<sup>37)</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, ¶ 8, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).

<sup>38)</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 36: Article 6 (Right to Life), ¶ 7, U.N. Doc. CCPR/C/GC/36 (2018).

<sup>39)</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000).

지 않은 경우 등 국가에게 직접적으로 책임을 돌릴 수 없는 경우에도 해당 국가에 대한 국제법상의 국가책임이 성립될 수 있는데, 이는 그러한 인권침해행위 자체 때문이 아니라 국가가 그러한 인권침해를 예방하거나 그에 대응하는 데 상당한 주의(due diligence)를 다하지 않았음으로 인한 것이다”라고 판시한 바 있다.<sup>40)</sup>

위 판시 내용에서도 확인할 수 있듯이, 국가는 자신이 인권침해의 직접적 가해자가 아닌 경우 상당한 주의의무 원칙하에서 기본적으로 두 가지 의무를 부담한다. 하나는 인권침해가 발생하기 전 이를 미리 예방할 사전적 의무(duty to prevent)이고, 다른 하나는 인권침해가 이미 발생한 경우 이에 적절히 대응할 사후적 의무(duty to respond)이다. 두 의무에 대하여 그간 축적된 미주인권재판소와 유럽인권재판소의 해석실무에 따르면, 우선 예방의무는 인권침해가 발생하지 않도록 방지하는 데 효과적인 법과 행정제도를 상시적으로 마련하고 운영할 일반적 예방의무와, 구체적인 사안에서 인권침해에 대한 특정한 위험을 방지할 실무적 조치를 취할 특별 예방의무를 포함한다.<sup>41)</sup> 특별 예방의무와 관련해서는, 국가가 현실에서 발생하는 모든 인권침해 행위와 상황을 사전에 막지 못했다는 이유로 항상 예방의무 위반의 법적 책임을 진다고 보기는 어려울 것이므로, 국가가 인권침해 발생을 ‘사전에 예견하였거나 합리적으로 예견 가능(reasonably

40) *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, ¶ 172 (“An illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of an act itself, but because of the lack of due diligence to prevent the violation or to respond to it as required by the Convention.”).

41) *López Soto v. Venezuela*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 362 (Sept. 26, 2018); *Workers of the Hacienda Brasil Verde v. Brazil*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 318 (Oct. 20, 2016); *Kurt v. Austria*, App. No. 62903/15 (Eur. Ct. H.R. June 15, 2021) 등.

foreseeable)하였음에도 불구하고' 이에 대하여 가능하고 비례적인 예방조치를 취하지 아니하여 인권침해가 발생한 경우에 상당한 주의의무 위반에 해당한다고 판단하는 것이 일반적이다.<sup>42)</sup>

이미 발생한 인권침해 행위와 상황에 대하여 '대응'할 의무는 크게 가해자(또는 가해 요인)에 대한 것과 피해자에 대한 것으로 나누어지는데, 가해자에 대한 국가의 대응의무는 형사적 조치에 국한되지 않으나 사건에 대한 면밀한 조사와 책임주체에 대한 수사, 징계와 처벌의 의무가 중요하게 포함되며, 피해자에 대해서는 침해된 권리의 회복과 발생한 피해에 대한 배상, 추가적 위협으로부터의 보호조치를 비롯한 효과적 구제를 보장할 의무가 중요한 내용을 이룬다.<sup>43)</sup>

이와 같은 상당한 주의의무 기준은 유엔인권조약체계 내에서도 국가의 인권보호의무에 대한 해석과 심사기준으로 자리잡고 있다.<sup>44)</sup> ICCPR 위원회는 규약상 권리의 침해상황에 대하여 당사국이 적절한 조치를 취하지 않았거나 이를 예방, 조사, 처벌하는 데 상당한 주의(due diligence)를 기울이지 않았다면 규약상 요구되는 당사국의 의무를 다하지 않음으로써 해당 권리를 침해한 것으로 평가할 수 있다고 설명한다.<sup>45)</sup> 동 위원회는 이러한 주의의무는 특히 위험임무 종사자, 젠더폭력과 인신매매 피해자, 아동, 장애인, 민족적·종교적 소수자, 성소수자, 강제추방된 사람, 난민, 무국적자 등 취약한 상황에 놓여 있는 사람들을 위해 국가가 특별한 보호조치를 취할 의무를 포함한다고 강조한다.<sup>46)</sup>

42) *Osman v. the United Kingdom*, App. No. 23452/94, ¶ 116 (Eur. Ct. H.R. Oct. 28, 1998); *Opuz v. Turkey*, App. No. 33401/02, ¶ 130 (Eur. Ct. H.R. June 9, 2009); *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146, ¶ 155 (Mar. 29, 2006) 등.

43) *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, ¶ 166; *Opuz v. Turkey*, ¶ 129 등.

44) Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2021 참고.

45) Human Rights Committee, General Comment No. 31, ¶ 8.

고문방지위원회 역시 사인에 의하여 고문이나 비인간적 처우가 발생하고 있음을 국가가 알았거나 그렇다고 믿을 합리적 근거가 있음에도 이에 개입하여 해당 행위를 중단, 방지하고, 가해자를 수사, 기소, 처벌하고, 피해자에게 구제를 제공할 상당한 주의의무를 다하지 않은 경우, 국가의 그러한 부작위와 무관심은 협약상 허용될 수 없는 행위에 동조하거나 최소한 동의 또는 묵인하여 문제된 행위를 일어나게 하거나 용이하게 한 것에 해당하므로 협약 위반의 국가책임이 성립된다는 점을 강조하고 있다.<sup>47)</sup> 여성차별철폐위원회도 사인의 인권침해행위에 국가가 제대로 대처하지 않아 이를 용이하게 함으로써 협약 위반이 성립될 수 있는 경우를 설명하면서, 사인, 단체, 기업에 의한 젠더폭력을 예방, 조사, 처벌, 구제할 당사국의 상당한 주의의무는 그러한 폭력을 방지하고 그에 대응하기 위한 법과 제도, 시스템을 구축하고 이들이 효과적으로 작동되도록 보장하는 것, 해외에서 활동하는 기업 등에 의한 인권침해를 방지하는 데 필요한 조치를 다하는 것을 포함한다고 상술하고 있다.<sup>48)</sup>

## 2. 유럽인권재판소 판결례

이하에서는 국가의 인권보호의무에 관한 유럽인권재판소의 판결례 중 소수자의 인권과 관련하여 특히 시사점이 있는 사례들을 살펴보기로 한다.

---

46) Human Rights Committee, General Comment No. 36, ¶¶ 23-24.

47) Committee Against Torture, General Comment No. 2, ¶ 18.

48) CEDAW Committee, General Recommendation No. 35, ¶ 24. 1993년 유엔총회에서 채택된 ‘여성에 대한 폭력 근절 선언’에서 상당한 주의의무 원칙이 명시적으로 채택되었다. U.N. Declaration on the Elimination of Violence Against Women, G.A. Res. 48/104, art. 4(c) (Dec. 20, 1993). CEDAW 위원회는 상당한 주의의무 기준을 개인통보 사건 심사에도 적용하고 있다. CEDAW Committee, *Şahide Goekce v. Austria*, Comm. No. 5/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005 (Aug. 6, 2007) 등.

유럽인권재판소는 집회와 시위의 자유에 관한 국가의 의무에 대한 해석에 이정표를 제시하였다고 평가되는 *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria* (1988) 판결에서 당사국의 적극적 인권보호의무에 대하여 다음과 같이 실시하였다:

“시위는 그것이 추구하는 사상이나 주장에 반대하는 사람들에게는 불쾌하다고 느껴질 수 있다. 그러나 시위 참가자들은 반대자들로부터 물리적 폭력을 당할 것에 대한 두려움 없이 시위를 진행할 수 있어야 한다. 그러한 두려움은 ... 공동체에 중대한 영향을 미치는 고도로 논쟁적인 사안에 관하여 자신의 견해를 공개적으로 표명하는 것을 주저하게 만들 수 있기 때문이다. 민주주의 사회에서 ‘반대 시위의 권리’는 상대방의 시위에 관한 권리 행사를 방해하는 데까지 이르러서는 안 된다. 따라서 진정하고 실질적인 평화적 집회의 자유는 단순히 국가의 불간섭 의무로만 축소될 수 없다. 단순한 소극적인 개념은 협약 제11조[평화적 집회의 자유]의 목적과 취지에 부합하지 않는다. 제8조[사생활의 권리]와 마찬가지로, 제11조는 경우에 따라, 사인 간 관계의 영역에서도 필요한 경우 [당사국이] 적극적 조치를 취할 것을 요구한다.”<sup>49)</sup>

이 판결은 특히 현실에서 혐오나 공격의 대상이 되는 소수자성을 가진 집단의 평화적 집회와 시위의 자유 보장을 위하여 국가가 단순한 불간섭이 아닌 반대집단에 의하여 가해지는 폭력과 모욕, 방해행위와 각종 인권침해행위로부터 당사자들을 보호할 적극적 의무를 명시적으로 확인하였다는 의의가 있다. 이후 유럽인권재판소는 성소수자 권리 옹호 단체가 주최한 영화상영 행사장소에 반대자들이 난입하여 행사 참여자들에게 혐오표현과 위협을 가하고 행사진행을 방해하는 행동을 하였음에도 당시 현장에 있던 경찰이 이에 대한 제지나

---

<sup>49)</sup> *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, App. No. 10126/82, ¶ 32 (Eur. Ct. H.R. June 21, 1988).

행사 참여자들에 대한 보호조치를 취하지 아니하고 수사당국의 사후 조사와 대응 역시 미온적이었던 사건에 대하여, 루마니아 정부가 제3자에 의한 성소수자 혐오적 차별과 폭력으로부터 신청인들의 존엄과 안전을 보호할 적극적 의무를 다하지 않음으로써 유럽인권협약 제8조(사생활의 권리), 제11조(집회결사의 자유), 제14조(차별금지)를 위반하였다고 판단하였다.<sup>50)</sup> 유럽사회 내 종교적 소수자인 무슬림의 기도시간에 모스크 앞에서 극우단체가 적대적 집회를 개최하고 언어 폭력과 모욕, 물리적 위협을 가하였음에도 당시 현장에 있던 경찰들이 무슬림 신자들에 대한 보호조치를 취하지 아니하고 이후에도 부실한 수사와 대응태도를 보인 사건에 대해서도, 재판소는 불가리아 정부가 종교적 소수자에 대한 보호의무를 다하지 않음으로써 신청인들의 종교의 자유를 침해하였다고 판단하였다.<sup>51)</sup>

또한 언론과 선거 연설에서 로마(Roma)인들에 대하여 공개적으로 적대적인 발언을 한 정치인에 대하여 불가리아 국내 법원이 신청인들의 민사상 청구를 기각하고 아무런 조치를 취하지 않은 것은 유럽 내 로마인과 같은 취약한 지위의 집단과 그 구성원들이 제3자로부터 혐오표현이나 차별피해를 겪지 않도록 보호할 국가의 의무를 다하지 않은 것으로 협약 제8조와 제14조 위반에 해당한다고 판결하였다.<sup>52)</sup> 이 사건에서 재판소는 문제된 발언의 주체가 불가리아 대중의 상당한 지지를 받고 있는 정치인이었다는 점에서 발언의 사회적 해악이 더 심대한 것으로 판단하였으며, 협약 당사국은 사회적 소수자의 존엄과 명예, 온전한 사회적 참여를 저해하는 혐오표현과 적대적인 공격 발언에 대하여 적극적으로 대응할 의무가 있음을 강조하였다.<sup>53)</sup>

<sup>50)</sup> *Association ACCEPT and Others v. Romania*, App. No. 19237/16 (Eur. Ct. H.R. June 1, 2021).

<sup>51)</sup> *Karaahmed v. Bulgaria*, App. No. 30587/13 (Eur. Ct. H.R. Feb. 24, 2015).

<sup>52)</sup> *Budinova and Chaprazov v. Bulgaria*, App. No. 12567/13 (Eur. Ct. H.R. Feb. 23, 2021).

<sup>53)</sup> *Budinova and Chaprazov v. Bulgaria*, ¶ 63.

이 밖에도 가정폭력, 아동학대, 인신매매, 실질적 노예상태와 같은 취약한 상황에 처해있는 피해자를 인권침해로부터 보호할 국가의 적극적 의무가 유럽인권재판소의 여러 판결에서 확인된 바 있다.<sup>54)</sup> 특히 가정폭력 사안에서 위협의 임박성에 대한 판단은 폭력 재발이 점차 가속화되는 경향이 있는 가정폭력 사건의 특성을 고려하여 일반적인 경우보다 유연한 기준이 적용되어야 한다는 점과 사법기관의 소극적 법집행이 가정폭력 발생을 용이하게 하는 환경을 조성한다는 점을 지적하며 국가기관이 지니는 특별한 주의의무를 확인하였다.<sup>55)</sup> 유럽인권협약 제3조상 고문과 비인간적, 모멸적 처우로부터 개인을 보호할 의무에 대한 해석에서도 아동, 수감자, 실종자 가족 등 특히 취약한 상태에 있는 개인들에 대한 국가의 보호의무를 강조한 바 있다.<sup>56)</sup>

### 3. 국내 사례 검토: 대구 북구청 이슬람사원 건축 불허 사건

이 절에서는 국가의 인권보호의무, 특히 사인 또는 그 집단이 사회적 소수자에 대한 혐오와 편견을 바탕으로 인권침해를 가할 때 국가가 이행해야 할 적극적 의무의 중요성을 상기시키는 최근의 국내 사례로서 대구 북구청의 이슬람사원 건축 불허 사건을 살펴보고자 한

<sup>54)</sup> *Siliadin v. France*, App. No. 73316/01 (Eur. Ct. H.R. July 26, 2005); *Rantsev v. Cyprus and Russia*, App. No. 25965/04 (Eur. Ct. H.R. Jan. 7, 2010); *E. and Others v. the United Kingdom*, App. No. 33218/96 (Eur. Ct. H.R. Nov. 26, 2002); *Kurt v. Austria*; *Opuz v. Turkey*; *O'Keeffe v. Ireland*, App. No. 35810/09 (Eur. Ct. H.R. Jan. 28, 2014); *A v. the United Kingdom*, App. No. 25599/94 (Eur. Ct. H.R. Sept. 23, 1998) 등.

<sup>55)</sup> *Kurt v. Austria*, ¶¶ 164-166; *Opuz v. Turkey*, ¶ 198.

<sup>56)</sup> Jean-François Akandji-Kombe, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2007, pp. 28-32 참고.

다.<sup>57)</sup> 2020년 9월 대구 북구청은 경북대에 재학 중인 무슬림 유학생들이 그동안 본인들의 주거지 근처에서 기도공간으로 사용해온 건물을 증축하기 위하여 제출한 건축허가 신청을 별다른 문제 없이 허가하였고, 같은 해 12월 공사가 착수되었다. 그러나 2021. 2. 16. 사원 건축장소가 위치한 북구 대현동의 일부 주민들이 ‘소음, 냄새, 무서움, 집단적 의식행위로 인한 거주민들의 불만, 이슬람사원을 거점으로 이슬람인들의 횡포가 예상·우려됨, 대현동 주민의 생존권 및 행복추구권 박탈 위기, 이슬람사원을 중심으로 한 슬럼화로 인한 주민들의 재산권 박탈, 주민들의 정서불안과 동네의 피폐화’라는 이유를 들어 사원 건축허가를 취소할 것을 요청하는 민원을 북구청에 제출하였고, 북구청은 민원이 접수된 당일 사원 건축공사에 대한 중지명령을 내렸다. 북구청이 통보한 공사중지명령 사유는 ‘주민들의 정서불안 및 재산권 침해, 슬럼화 우려 등’이었으며, 공사중지기간은 ‘2021. 2. 16.부터 주민들과 합의하여 민원 해결시까지’로 설정되어 주민들이 반대하는 한 사원 건축이 사실상 불가능한 처분이 내려졌다.

무슬림 유학생들은 공익변호사단체의 도움을 받아 관할 법원에 공사중지처분의 취소를 구하는 소를 제기하였고, 대구지방법원은 북구청의 공사중지처분은 당사자에 대한 사전통지와 의견제출기회를 박탈한 채 이루어진 절차적 위법사유와 아무런 법령상 근거 없이 내려진 실제적 위법사유가 모두 존재하는 위법한 처분이라고 판단하면서 이에 대한 취소 판결을 선고하였고, 이 판결은 대구고등법원을 거쳐 대법원에서 확정되었다.<sup>58)</sup> 국가인권위원회 역시 북구청이 무슬림과 이슬람교에 대한 부정적인 선입견에 기반한 막연하고 일방적인 민원

57) 이 사건의 사실관계에 대해서는 Mian Muaz Razaq, “The Daegu Mosque Issue: A Reflection of Islamophobia and Challenges to Religious Freedom in South Korea”, 인권연구, 제6권 제1호, 2023 참고.

58) 대구지방법원 2021. 12. 1. 선고 2021구합22687 판결; 대구고등법원 2022. 4. 22. 선고 2021누5575 판결; 대법원 2022. 9. 16. 선고 2022두44170 판결.

을 이유로 사원 공사중지처분을 한 것은 종교를 이유로 한 부당한 차별이라고 판단하면서, 북구청장에게 이슬람사원 건축공사가 재개될 수 있도록 필요한 조치를 취하는 것이 바람직하다는 의견을 표명하였다.<sup>59)</sup> 또한 공사를 반대하는 주민들이 사원 건축장소와 유학생들의 숙소 앞을 포함한 대현동 일대에 전형적인 이슬람혐오 정서가 담긴 인종차별적이며 인권침해적 내용의 현수막과 피켓을 다수 설치한 행동에 대하여 관할 지방자치단체가 아무런 조치를 취하지 않은 부작위는 진정한인 무슬림 유학생과 그 가족들의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권에서 도출되는 인격권을 침해한 것이라고 판단하고, 북구청에 현수막의 제거 등 필요한 조치를 취할 것을 권고하였다.<sup>60)</sup>

위와 같은 법원의 판결과 인권위의 결정에도 불구하고 주민들의 사원 건축공사 방해행위는 더 거세진 모습을 보였다. 공사차량의 진입을 물리적으로 저지하며 반대시위를 계속할 뿐 아니라, 공사장 앞에서 무슬림에게 금기사항인 돼지고기를 단체로 구워 나누어 먹는 통돼지 바비큐 파티를 열고, 공사현장 앞에 돼지머리 사체 여러 개를 장기간 진열해두는 등 국제인권기준에 비추어 명백한 근절 대상인 인종주의적 혐오와 폭력에 해당하는 행동을 이어갔다. 돼지머리 사체 진열행위에 대하여 공익변호사단체에서 제기한 민원에 대하여 북구청은 ‘돼지머리 등 물품은 사원 건축을 반대할 목적으로 사용 중에 있어 해당 주민에게는 필요한 물품이며, 일정 주기로 새 물품으로 교체하는 등 관리가 되고 있어’ 문제가 없으며, ‘돼지머리 방치는 구청에서 관여할 사항이 아니’라고 답변하였다.<sup>61)</sup>

이에 사건을 지원해온 변호사들은 유엔에 긴급구제 신청을 하였

<sup>59)</sup> 국가인권위원회 2021. 9. 2. 21진정0426300 결정.

<sup>60)</sup> 위 결정. 육주원·이소훈, “대구 북구 이슬람사원 갈등을 통해 본 인종주의의 위장술”, 아시아리뷰, 제12권 제1호, 2022 참고.

<sup>61)</sup> 조혁진, “돼지머리 혐오범죄 방치하는 대구 북구청”, 대구신문, 2022. 11. 28자.

고, 2023. 8. 2. 유엔 종교의 자유에 관한 특별보고관, 표현의 자유에 관한 특별보고관, 소수자 문제에 관한 특별보고관은 공동성명을 발표하여, 대한민국 정부에 이슬람사원 건축공사의 진행에 차질이 없도록 보장하는 조치, ICCPR을 포함하여 대한민국에 적용되는 국제 인권의무에 부합하도록 대현동에 거주하는 무슬림 주민들의 종교의 자유와 종교적 소수자로서의 권리를 존중, 보호하는 조치, 종교적 소수자에 대한 비하나 부정적 고정관념을 철폐하기 위하여 관용, 평화, 존중의 국내적 환경을 조성하기 위한 조치를 취할 것과 취해진 조치에 대하여 유엔에 보고할 것을 요청하였다.<sup>62)</sup> 2025년 4월 진행된 유엔인종차별철폐위원회의 대한민국 정부에 대한 심의절차에서도 해당 사건이 중요하게 다루어졌고, 2025. 5. 9. 대한민국에 대한 최종견해에서 위원회는 대구 이슬람사원 건축과 관련해 무슬림 커뮤니티에 대하여 행해지는 혐오표현에 대한 우려를 표하고, 대한민국 정부에 대하여 대구 이슬람사원 건축 지연 문제를 해결하기 위한 적절한 조치를 취할 것과 정부 주도의 문제해결 절차를 진행하여 이에 대해 보고할 것, 증오를 조장하는 현수막 등 게시물의 신속한 철거를 포함하여 인종차별 및 외국인 혐오 발언에 대하여 효과적으로 대응할 것을 권고하였다.<sup>63)</sup> 그러나 2025년 11월 현재까지 정부와 해당 지방자치단체는 사건 해결을 위한 별다른 조치를 취하지 않고 있으며, 사원 건축공사는 여전히 중단된 상태이다.

인종차별철폐협약은 국가가 인종차별행위에 가담하지 않을 의무

---

<sup>62)</sup> United Nations Human Rights Council, Mandates of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief; the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression; and the Special Rapporteur on Minority Issues, Letter to the Government of the Republic of Korea, AL KOR 5/2023 (Aug. 2, 2023).

<sup>63)</sup> Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding Observations on the Combined 20th to 22nd Periodic Reports of the Republic of Korea, ¶¶ 15, 16, 53, U.N. Doc. CERD/C/KOR/CO/20-22 (May 9, 2025).

(제2조 제1(a)항)와 함께 사인이나 사적 단체에 의한 인종차별을 후원, 옹호, 지원하지 않을 의무(제2조 제1(b)항), ‘어느 개인, 집단 또는 조직에 의한 인종차별을 입법을 포함한 모든 적절한 수단으로써 금지하고 종결시킬 의무’(제2조 제1(d)항)를 규정하여 인종차별금지의 맥락에서 당사국의 인권존중의무와 보호의무를 모두 부과하고 있다. 위 이슬람사원 건축 불허 사건에서 대구 북구청은 반대 민원이 있다는 이유만으로 사원 공사허가를 위법하게 취소하여 종교와 인종에 기한 차별행위를 직접 수행하였을 뿐 아니라, 현수막 게시와 공사장 앞 바비큐 행사, 돼지머리 사체 전시 등 주민들의 인종차별적 인권침해행위를 방관하고 방치하였다. 유학생들과 공익변호사단체의 지속적인 요청, 대법원의 확정판결, 국가인권위원회의 결정, 유엔 주요 인권기구의 경고와 인종차별철폐위원회의 대정부 심의와 결정에도 불구하고, 공사 방해행위의 금지와 공사진행의 보장, 무슬림 유학생과 그 가족들의 안전과 권리 보호, 인종차별적 현수막과 게시물의 철거 등의 조치를 취하지 않았고, 전시된 돼지머리 사체조차 ‘사원 반대를 위해 주민들에게 필요한 물품’이라고 답변하며 주민들의 인종혐오적 행동을 옹호하고 지지하는 듯한 태도를 취하기도 하였다. 대구 북구청의 이와 같은 일련의 대응들은 국제인권법상 국가의 인권존중의무와 인권보호의무를 모두 위반한 것이라고 할 수 있다. 국가기관이 종교의 자유 침해와 인종차별행위에 직접 가담하였을 뿐 아니라 사인에 의한 인권침해행위를 예방하고 제재하며 피해자에 대한 보호와 구제조치를 다할 상당한 주의의무를 전혀 이행하지 않았다고 평가할 수 있을 것이다. 특히 인권보호의무의 이행에 있어 이장에서 살펴본 국제인권규범과 유럽인권재판소의 판례가 공통적으로 강조하고 있는 취약집단에 대한 특별한 보호와 사회적 소수자에 대하여 가해지는 공격과 혐오, 적대적이고 차별적인 태도에 국가가 적극적으로 개입하여 이를 근절하고 피해자들의 권리를 보호할 적극적인 의무를 지방자치단체와 중앙정부가 모두 장기간 해태하고 있다고 볼 수 있다.

#### 4. 소결

이 장에서는 국가가 인권침해의 직접적인 주체가 아닌 경우에 부담하는 적극적 의무로서 인권보호의무에 대하여 살펴보았다. 인권보호의무 이행에 대한 심사기준으로서 국제인권규범과 지역인권재판소 판례가 확립하여 온 상당한 주의의무 원칙의 구체적 내용을 살펴보고, 특히 어느 사회의 다수의 입장을 표방하거나 사회적 영향력을 행사하는 개인 또는 집단에 의하여 소수자에 대한 차별이나 인권침해가 가해진 경우 국가가 부담하는 ‘정당한 개입’ 의무의 중요성을 확인하였다. 이를 바탕으로 국내 무슬림 학생과 가족에 대하여 가해진 인권침해와 차별 사례를 검토하면서 국가의 인권보호의무 및 ‘모든 국가기관이 인권의무에 부합하게 운영되도록 보장한다’는 국제인권법상 국가의 기본적인 의무가 현실의 사회적 소수자 집단의 삶에 얼마나 절실한 의미를 가지는지를 돌아볼 수 있었다.

아울러 이 장을 마치며 현재 한국 헌법재판소가 국가의 기본권보호의무 위반 여부 심사기준으로 적용하고 있는 과소보호금지원칙의 구체적 내용으로서 “국민의 기본권을 보호하기 위한 조치가 필요한 상황인데도 국가가 아무런 보호조치를 취하지 않았든지 아니면 취한 조치가 법익을 보호하기에 전적으로 부적합하거나 매우 불충분한 것임이 명백한 경우에 한하여 국가의 보호의무 위반을 확인하여야 한다”라는 최소주의적인 심사기준을 취하고 있는 것에 대하여 비판적으로 검토할 필요가 있음을 지적하고자 한다.<sup>64)</sup> 기본권은 인권이 헌법의 차원에서 구체화된 것으로 비국가행위자에 의한 인권침해 사안의 경우 국제인권법상 국가의 인권보호의무와 헌법상 기본권보호의

64) 헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2008헌마419등 결정; 헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2009헌마94 결정; 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2012헌마38 결정 등. 헌법재판소의 과소보호금지원칙 해석태도에 대한 비판을 전개한 국내 연구로 이민철, “기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙”, 헌법재판연구, 제7권 제1호, 헌법재판연구원, 2020.

무가 중첩적으로 적용되는 경우가 많을 것인데, 국제인권실무의 심사기준은 국가주권과 당사국의 재량영역에 대한 존중 등의 사유로 완화되는 경향이 있다는 점과 헌법재판소는 국제인권법상 인권보호 의무 이행을 담당하는 중요한 국가기관이기도 하다는 점을 고려할 때, 헌법재판소가 이 장에서 살펴본 인권보호의무에 대한 국제적이고 실체적인 심사기준인 상당한 주의의무 원칙과 분명한 괴리를 보이는 지극히 완화되고 형식주의적인 형태의 기준을 독자적으로 적용하고 있는 것은 여러 측면에서 문제점이 있다고 보이기 때문이다. 이에 대한 본격적인 고찰은 후속연구에서 이어가고자 한다.

다음 장에서는 마지막으로 국가의 인권실현의무의 구체적 의미에 대하여 검토하면서 소수자 인권의 맥락에서 특히 고려가 필요한 지점을 살펴보기로 한다.

## V. 인권실현의무

### 1. 국제인권규범

세계인권선언 제28조는 “모든 사람은 이 선언상의 권리들이 완전히 실현되는 사회적, 국제적 질서에서 살아갈 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 이 조항은 개별 국가와 국제사회가 지니는 인권실현의무를 함축하고 있다고 볼 수 있으며, 인권을 최대한 완전한 형태로 실현하고 증진할 국가의 의무는 모든 종류의 인권에 대하여 적용된다. 인권을 이른바 자유권과 사회권으로 양분하면서 자유권은 국가의 즉각적 보장의무를 수반하지만 사회권은 ‘점진적 실현’을 지향하므로 정책목표적 성격을 갖는 것으로 이해하는 시각이 있어 왔다. ICESCR 위원회는 당사국의 적극적 인권실현의무에 대한 중요한 해석을 통하여 이에 대한 대답을 제공하고 있다.<sup>65)</sup> 위원회는 ICESCR상 즉각적

<sup>65)</sup> ICESCR상 당사국 의무의 내용과 성격에 대한 논의로 이주영, 앞의 글,

인 적용이 가능한 의무들이 다수 있다는 점을 지적하는 한편,<sup>66)</sup> 모든 개별 권리에 대해서도 최소한의 필수적 수준(minimum essential levels)의 충족을 보장할 의무는 ‘최소핵심의무’(a minimum core obligation)로서 모든 당사국이 예외 없이 부담한다는 점을 강조하여 왔다.<sup>67)</sup> 당사국들은 주어진 여건하에서 가용한 모든 자원을 동원하여 최소핵심의무를 우선적으로 이행하기 위한 모든 노력을 기울일 의무를 부담한다는 것이다.<sup>68)</sup> 특히 자원의 심각한 제약이 있는 경우에도 사회 내 취약집단은 가능한 방법을 통해 반드시 보호받아야 한다고 강조한다.<sup>69)</sup>

그리고 위원회는 규약상 권리의 즉각적인 완전한 실현이 현실적으로 가능하지 않은 경우에도, 당사국은 권리의 완전한 실현이라는 도달지점을 향하여 최대한 신속하고 효과적으로 움직일 현재의 분명한 의무를 부담한다는 점을 명확히 하고 있다.<sup>70)</sup> 즉 권리의 완전한 실현이 이루어지는 시점은 미래일 수 있으나, 당사국들은 그 목적을 가장 효과적이고 신속하게 달성하기 위하여 가능한 모든 노력과 조치를 다할 현재의 구체적 의무를 부담한다는 것이다. 따라서 위원회는 규약 제2조상의 ‘to take steps’로 표현된 의무는 ‘행동할 의무’, 필요한 조치를 채택할 행위 의무를 의미하며, “관련 권리들의 완전한 실현은 점진적으로 달성될 수 있다고 하더라도, 그 목적을 향한 조치는 이

---

135-138쪽. 최규환, 사회적 기본권의 사법심사가가능성, 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 2014 참고.

66) CESCR, General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art 2, para 1 of the Covenant), ¶ 5, U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

67) *Id.*, ¶ 10. 위원회는 기본적 식량, 기초적 보건 의료, 기본적 주거 및 쉼터, 가장 기초적 형태의 교육의 보장 등을 최소핵심의무의 예로 들고 있으며, 규약상 개별 권리에 대한 각 일반논평에서 보다 구체적인 내용의 최소핵심의무를 제시하고 있다.

68) *Id.*, ¶¶ 10-11.

69) *Id.*, ¶ 12.

70) *Id.*, ¶ 9.

규약이 해당 국가에 대하여 발효된 후 합리적으로 짧은 기간 내 반드시 개시되어야 한다. 이러한 조치들은 주도면밀하고 구체적이며, 규약이 정한 의무를 이행하는 것에 최대한 명확하게 조준되어야 한다”라고 강조한다.<sup>71)</sup>

인권보호의무 부분에서도 보았던 건강권에 대한 ICESCR 위원회의 일반논평을 예로 살펴보면, 건강권에서의 국가의 인권실현의무에는 정치와 법체계에서 건강권을 충분히 인정하고 건강권 실현을 위한 구체적 계획인 담긴 국가보건정책을 수립, 시행할 의무가 포함되며, 그 구체적 내용으로 주요 감염병에 대한 예방접종 프로그램을 비롯한 보건의료 서비스의 제공, 안전한 영양 식품과 식수, 기본 위생 시설 및 적절한 주거와 생활 조건 등 건강의 기초적 결정요인에 대한 모든 사람의 동등한 접근 보장, 충분한 수의 병원, 진료소 및 기타 보건 관련 시설의 제공, 의사와 보건 인력의 적절한 훈련, 상담과 정신건강 서비스를 제공하는 기관의 설립 지원 및 국가 전역에의 공평한 배치, 모두에게 감당 가능한 비용의 건강보험제도의 제공, 의학 연구와 건강 교육, 건강 정보 캠페인의 시행, 환경적, 직업적 건강에 대한 위해 요소와 위협에 대한 대책으로서 공기, 물, 토양의 오염 감축과 제거, 산업재해와 직업병 위험의 최소화를 위한 국가 정책의 수립·시행과 정기적 검토, 산업안전보건서비스에 관한 통일된 국가정책의 마련이 요청된다고 설명한다.<sup>72)</sup> 이러한 의무의 이행에 있어 사회 내 취약집단은 항상 최우선의 고려 대상이 되며, 특히 자신이 통제할 수 없는 사유로 개인이나 집단이 스스로 건강에 관한 권리를 실현할 수 없는 경우 국가는 그러한 권리 실현에 필요한 적극적 급부의 의무를 진다는 점과, 취약하거나 소외된 집단의 특수한 건강 관련 요구를 보건의료인력이 인식하고 이에 대응할 수 있도록 훈련될 것을 강조하고 있다.<sup>73)</sup>

71) *Id.*, ¶ 2.

72) CESCR, General Comment No. 14, ¶¶ 35-37.

73) *Id.*, ¶¶ 12, 18, 37.

그리고 적절한 주거에 대한 권리(the right to adequate housing)에 관하여 ICESCR 위원회는, 거주에 법적 안정성 보장, 물, 전기, 위생 등 주거에 필요한 기반시설과 서비스의 기본적 가용성(availability), 다른 기본적 욕구의 충족을 저해하지 않고 필요시 주거보조금이 뒷받침되는 감당할 수 있는 주거비용(affordability), 건강과 안전이 보장되는 조건을 갖춘 거주가능성(habitability), 고령자, 아동, 장애인, 질병을 가진 사람, 자연재해 피해자 또는 재해 위험이나 빈곤 지역에 거주하는 사람 등 불리한 처지에 놓인 집단에 속한 사람들에게 적절한 주거 자원에 대한 온전한 접근이 제공되고, 이들의 특수한 필요를 고려하며 평안과 존엄이 보장되는 주거 장소에 대한 모두의 권리를 실질화할 의무를 요구하는 접근가능성(accessibility)을 적절한 주거의 필수 요소로 제시하였다.<sup>74)</sup> 위원회는 스페인에 대한 개인통보 사건에서 신청인이 해당 주거지의 점유에 관한 법적 권리가 상실된 상태의 임차인이었다고 할지라도 신청인의 어린 자녀들이 비상실퍼로 보내지고 신청인은 홈리스가 될 위험이 있는 상황에서 정부 당국이 다른 적절한 대안적 주거에 대한 제공 없이 강제퇴거절차를 진행한 것은 ICESCR상 적절한 주거권의 보장을 위한 국가의 의무를 위반한 것이라고 결정한 바 있다.<sup>75)</sup>

여성차별철폐위원회는 당사국의 인권실현의무는 여성의 권리의 완전한 실현을 위한 조건에의 접근을 용이하게 하고 이를 제공할 의무를 포함한다고 보며, 당사국에게 여성이 법률상으로만이 아니라 실제로도 남성과 동등한 권리를 향유할 수 있도록 보장하는 광범위한 조치를 취할 것을 요구한다.<sup>76)</sup> 필요에 따라 평등실현을 위한 임시

<sup>74)</sup> CESCR, General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art 11(1) of the Covenant), ¶ 8, U.N. Doc. E/1992/23 (Dec. 13, 1991).

<sup>75)</sup> CESCR, *López Albán et al. v. Spain*, Comm. No. 37/2018, U.N. Doc. E/C.12/66/D/37/2018 (Oct. 11, 2019).

<sup>76)</sup> CEDAW Committee, General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the

적 특별조치(temporary special measures)를 취할 수 있으며, 국가의 실현의무는 행위의무와 결과의무를 모두 포함하는 것으로 여성이 동등한 조건 위에서 자신의 잠재력을 온전히 발전시킬 수 있도록 공공 정책과 프로그램, 제도적 기반을 설계할 것을 요청한다.<sup>77)</sup>

유엔장애인권리위원회는 2017년 발표한 일반논평 제5호에서 장애인의 자립생활과 지역사회 속에서 살아갈 권리의 실현을 위한 국가의 적극적 의무를 상술하고 있다.<sup>78)</sup> 인권실현의무는 증진, 촉진, 제공(promote, facilitate and provide) 의무를 포함하는데, 이는 장애인이 지역사회에 포함되어 자립적으로 살아갈 권리의 완전한 실현을 방해하는 실질적 장애물—예를 들어 접근 불가능한 주거, 장애 관련 지원 서비스의 부족, 접근 불가능한 지역사회 내 시설·재화·서비스, 장애인에 대한 편견 등—을 제거할 조치를 취하는 것을 포함한다.<sup>79)</sup> 특히 지원 서비스의 개발과 자원의 투자에 관한 결정 과정에서 다양한 장애인 당사자들과 밀접히 협의하고 당사자들의 적극적인 참여를 보장할 것을 강조한다.<sup>80)</sup> 국가는 구조적 개혁, 장애접근성 향상, 개인화된 지원 서비스의 확립, 사회 전반의 인식 제고를 포함하여 장애인의 탈시설화를 위한 전략과 구체적 행동계획을 채택할 적극적 의무가 있으며,<sup>81)</sup> 이는 접근성이 보장된 충분한 수의 주거 확보, 공공에 개방된 건물과 모든 형태의 교통수단에 대한 접근성이 보장된 설계, 장애인의 자립생활권 실현에 필요한 자원 배정을 위한 의식적이고 즉

---

Elimination of All Forms of Discrimination against Women, ¶ 20, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/28 (Dec. 16, 2010).

77) *Id.*, ¶¶ 9, 20, 37.

78) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 5 on Living Independently and Being Included in the Community, U.N. Doc. CRPD/C/GC/5 (Oct. 27, 2017).

79) *Id.*, ¶ 54.

80) *Id.*, ¶ 56.

81) *Id.*, ¶ 57.

각적인 조치, 장애인의 돌봄제공자 역할을 하는 가족에 대한 재정적, 사회적 지원을 포함한다.<sup>82)</sup>

## 2. 지역인권재판소 판결례

미주인권협약 제1조상의 당사국의 기본적 의무에 대하여 미주인권 재판소는 협약상 권리의 실효적 행사의 ‘완전한 보장’을 위하여 필요한 모든 적극적 조치를 취할 것이 요구된다는 일관적 해석을 하고 있다. 예를 들어 생명권에 대한 당사국의 의무를 단지 개인의 생명을 자의적으로 해하지 않을 의무에 그치는 것이 아니라, 각자의 ‘존엄한 삶’이 보장되는 조건을 마련하는 적극적 의무로 해석하여, 생명에 대한 기초적인 소극적 자유를 넘어 전통적으로 사회적, 경제적 권리로 인식되어 온 권리들을 포함하는 실질적이고 확장적인 의미로 구체화하고 있다.<sup>83)</sup> 재판소는 특히 취약하거나 위협에 처해있는 사람들의 존엄한 삶에 대한 권리의 실현을 위하여 적극적이고 구체적인 조치를 시행할 국가의 의무를 강조하며, 생명권에 관한 협약 제4조는 적절한 물, 식량, 건강관리, 교육에 대한 접근을 보장하고 기후변화 대응과 환경보호 조치를 실시할 국가의 의무를 포함한다고 해석하고 있다.<sup>84)</sup> 사생활에 관한 권리(제11조)에 대해서도 재생산에 관한 지원을 포함하여 의료서비스에 접근할 권리를 보장할 국가의 적극적 의무를 수반하는 것으로 해석한 바 있다.<sup>85)</sup> 한편 유럽인권재판소도 사

---

82) *Id.*, ¶¶ 59, 67.

83) *Case of the “Street Children” (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 63, ¶ 4 (Nov. 19, 1999).

84) *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 214 (Aug. 24, 2010); *The Climate Emergency and Human Rights*, Advisory Opinion OC-32/25, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 32 (May 29, 2025).

85) *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 257 (Nov. 28, 2012).

생활의 권리에 자신의 출생에 관하여 정확한 사실을 알 권리가 포함 된다고 해석하면서, 국가는 관련 정보의 접근권에 대한 결정을 담당 하는 독립기구를 운영할 의무가 있으며, 입양된 아동이 자신의 유전적 건강과 관련된 정보를 알 권리가 보장되어야 한다고 판시하였다.<sup>86)</sup>

미주인권재판소는 또한 평등권을 적극적 개념으로 해석하면서 역사적으로 배제되어 왔거나 차별의 위험에 더 크게 노출되어 있는 집단에 대해 국가가 진정한 평등의 조건을 조성할 것이 요청된다고 강조한다.<sup>87)</sup> 따라서 원주민 커뮤니티에 속한 사람에 대한 차별의 현실이 존재하는 상황에서 국가는 그러한 사회적 배제 관행을 바로잡기 위해 필요한 적극적 조치를 취할 의무가 있으며,<sup>88)</sup> 정신장애를 가진 사람의 사회 모든 영역에서의 조건, 기회, 참여의 평등 달성과 장애인의 사회적 포용을 촉진할 국가적 의무가 있음을 확인하고 있다.<sup>89)</sup> 유럽인권재판소도 외견상 중립적으로 보이는 법이나 정책이 사회적 취약집단에 불리한 효과를 가져올 수 있음을 지적하면서, 로마 어린이들의 교육받을 권리에 있어서의 실질적 평등을 실현하기 위하여 역사적 차별과 사회적 배제 등 고착화된 불이익을 시정하는 적극적 교육제도의 시행이 필요함을 강조한다.<sup>90)</sup>

<sup>86)</sup> *Gaskin v. the United Kingdom*, App. no. 10454/83 (Eur. Ct. H.R. July 7, 1989); *Mitrevska v. North Macedonia*, App. No. 20949/21, ¶ 58 (Eur. Ct. H.R. May 14, 2024).

<sup>87)</sup> *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, Advisory Opinion OC-18/03*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18 (Sept. 17, 2003).

<sup>88)</sup> *Xákmok Kásek Indigenous Community v. Paraguay*, ¶¶ 250, 274.

<sup>89)</sup> *Guachalá Chimbo et al. v. Ecuador*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 423 (Mar. 26, 2021); *Furlan and Family Members v. Argentina*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 246 (Aug. 31, 2012).

<sup>90)</sup> *D.H. and Others v. Czech Republic*, App. No. 57325/00 (Eur. Ct. H.R. Nov. 13, 2007).

### 3. 국내 사례 검토

#### 1) 국가인권위원회 결정

최근 국가인권위원회는 사회적 소수자에 대한 차별과 국가의 인권 실현의무의 맥락에서 의미 있는 결정들을 내린 바 있다. 그 중 하나는 게임업계 내 여성 작가에 대한 고용상 차별 관행에 관한 사안으로, 국가인권위원회는 문화체육관광부장관에게 게임업계 내 여성혐오 및 차별에 대한 실태조사를 실시할 것, 실태조사 결과에 따라 문제된 관행을 개선할 수 있는 방안을 마련할 것, 한국콘텐츠진흥원장에게 ‘게임업계에서 인권적 가치가 확산되고 사회적 약자가 보호받을 수 있도록 게임콘텐츠 제작 지원사업의 업체 선정기준을 개선하는 등 여성혐오 및 차별적 관행을 근절하기 위한 대책을 마련’할 것이 필요하다는 의견을 표명하였다.<sup>91)</sup> 그리고 문제된 게임업계의 대표들에게는 ‘게임 사용자들의 여성혐오·차별 언행을 적극적으로 방지하고, 게임 사용자들의 혐오·차별 요구에 따른 계약 중지 등 창작자와 종사자들에 대한 불이익 대우를 중단하며, 피해자들이 관련 업계에서 다시 활동할 수 있는 환경을 조성’하기 바란다는 의견을 표명하였다. 국가인권위원회는 이 결정을 통해 여성 게임작가들이 사회적 혐오, 차별적 문화와 관행에 의한 불이익을 겪지 않고 직업과 문화예술활동을 영위할 권리를 온전히 보장받기 위해서는 해당 게임업체들의 차별행위 중단과 시정뿐 아니라, 게임업계 내 실태조사, 관행 개선조치 및 인권적 가치 확산과 사회적 약자 보호 환경조성을 위한 관련 국가기관의 다각적인 대응과 노력이 필요함을 지적한 것으로서, 국가의 인권보호의무와 실현의무의 이행을 함께 요청하고 있다고 볼 수 있다.

사상과 양심에 따라 채식을 실천하고자 하는 학생들이 채식권을 보장하지 않는 학교 급식체계에 대하여 진정을 제기한 사건에서 국

91) 국가인권위원회 2020. 5. 26. 18진정0802200 등 결정.

가인권위원회는, 채식주의를 택하고 있는 아동이 그에 맞는 음식을 영양학적으로 고려된 식단을 통해 적절한 양만큼 제공받을 수 있도록 하는 것을 포함하여, 교육부장관과 해당 지방자치단체 교육감이 학교급식에 관한 행정적·재정적 지원, 관련 계획의 수립·시행 등 소관 업무를 수행하는 과정에서 유엔아동권리협약 제3조에서 규정하는 아동 최상의 이익 원칙을 최우선적으로 고려하여야 한다는 의견을 표명하였다.<sup>92)</sup> 그러나 국가인권위원회의 이와 같은 의견표명은 학생들의 진정에 대해서는 기각 결정을 하면서 이루어진 것인데, 학교장이 학교급식 식단을 작성하는 행위는 기본적으로 재량사항에 해당하며 학교급식체계의 전면적인 개편은 현장의 제반 여건을 종합적으로 고려하여야 한다는 점, 해당 학교들이 월 1회 ‘채식의 날’을 운영하는 등의 노력을 하고 있는 점 등에 비추어 피진정인들이 학생들의 ‘채식선택권 보장을 위한 어떠한 정책도 마련하고 있지 않다고 보기는 어렵다’는 점을 들어 피진정인들의 부작위로 채식주의 학생들의 건강권 등이 침해되었다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

국가인권위원회는 같은 해 성소수자의 가족구성권에 대해서도 중요한 권고 결정을 하였다.<sup>93)</sup> 이 사건에서 성소수자 1,056명은 한국에 동성 커플을 법적으로 보호하는 어떠한 제도도 존재하지 않아 파트너가 아프거나 사망할 시 다른 파트너의 법률적 지위가 인정되지 않음으로 인하여 수술·입원 동의나 중환자실 면회, 사망신고, 장례절차 진행과 참여를 할 수 없고, 상속과 유족연금 수급 자격, 재산분할청구권, 가정폭력 피해 지원, 주거복지혜택, 주택 임차권 승계자격, 외국인 파트너의 가족으로서의 국내 체류자격, 부양가족 세제 혜택, 직장 경조휴가 신청자격 등이 모두 부정되는 등 삶의 전반에서 차별을 겪고 있으며, 이와 같이 동성 동반자 관계에 대하여 어떠한 공적인 인정도 하지 않는 것은 헌법과 국제인권법 위반임을 지적하며 이에 대한 시정을 구하는 진정을 제기하였다. 이에 대하여 각 주무부서 장

92) 국가인권위원회 2021. 11. 30. 21진정0391000 등 결정.

93) 국가인권위원회 2021. 12. 23. 19진정087150020·진정0356300 결정.

관 등 피진정인들은 민법 등 현행 법률과 대법원과 헌법재판소 판례를 고려할 때 동성 파트너를 배우자로 인정하기 어려우며 이는 국민 여론 등을 종합적으로 고려하여 입법정책적으로 결정할 사항이라고 답변하였다. 국가인권위원회는 동성 동반자 관계에 대한 법적, 공적 인정의 부재로 인해 발생하고 있는 차별 상황 및 동성혼, 동성결합, 그 외 이성에 법률혼이 아닌 다양한 가족구성을 선택할 권리를 인정하는 여러 국가들의 사례, 성소수자에 대한 차별을 금지하는 국제인권규범을 차례로 검토한 뒤, 국회의장에게 (1) 성소수자의 기본권 보장을 위하여 주거, 의료, 재산분할 등 공동체 생활 유지에 필요한 보호기능 등이 포함된 법률을 제정할 것, (2) 실재하는 다양한 가족형태와 가족에 대한 인식의 변화를 수용하고, 성소수자에 대한 편견과 차별을 예방하기 위하여 건강가정기본법 일부개정법률안을 조속히 심의·의결할 것을 권고하였다. 위원회는 또한 소위 ‘정상가족’에 속하지 않는 다양한 가족형태에 대한 법적 승인을 통해 사회적 인식 개선 등 긍정적 파급효과를 기대할 수 있으며, 기존의 결혼제도의 결함을 보완하고 제도권 밖으로 밀려나 있던 사람들에 대한 지원을 가능하게 함으로써 사회적 안정과 통합을 증진시킬 수 있음을 지적하였다.

진정사건을 기각하거나 각하하는 등 결론에서 아쉬운 점이 있는 사례도 있으나, 이와 같은 의견표명과 권고를 통하여 국가인권위원회는 개별 사안과 관련된 구체적 권리들의 보다 완전하고 평등한 보장과 실현을 위해 법과 제도, 관행과 문화를 포함한 다각적 차원에서 국가의 개입과 적극적 조치가 필요함을 강조하고 있다. 또한 이러한 실제 사례들을 통해 하나의 인권 사안에 인권의 존중, 보호, 실현의 차원이 함께 존재하고 그와 관련되어 국가에 요구되는 다양한 지형과 형태의 적극적 의무가 있을 수 있다는 점, 세 차원의 인권의무가 서로 밀접하게 연관되어 있으며, 이들이 동시적, 유기적으로 작동할 필요가 있음을 확인할 수 있다.

## 2) 법원의 판결

장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인차별금지법’)에 따라 법원이 적극적 차별시정조치를 명한 사안들도 국가의 인권 존중, 보호, 실현 의무와 연관 지어 이해해 볼 수 있다. 서울고등법원은 시각장애인의 놀이기구 탑승을 제한하여 온 에버랜드에 대하여 문제된 운영 매뉴얼의 수정을 구체적으로 명하면서, 시각장애인의 탑승을 일괄적으로 제한한 부분을 삭제하고, 빠른 속도, 회전, 충돌을 동반한 어트랙션 및 탑승자가 직접 운전·조정하는 시설, 걸어 다녀야 하는 시설의 담당 직원이 시각장애인 탑승자에게 해당 시설의 이용방법, 안전성 및 위험성, 비상시 탈출 방법 등에 대하여 설명을 제공할 것을 명하는 판결을 선고하였다.<sup>94)</sup> 또한 시각, 청각 장애인들이 영화상영업자를 상대로 소를 제기한 사건에서는, 스크린 기준 300석 이상 규모의 영화상영관 시설을 보유하고 영화상영업을 영위하는 피고 회사들이 영화를 상영하면서 시각, 청각 장애인들에게 화면해설이나 자막 또는 그 수신기기 등을 제공하지 않고 영화 관련 정보를 접근성이 보장되는 웹사이트에 제공하지 않은 것은 장애인차별금지법에서 금지하고 있는 차별행위에 해당한다고 판단하고, 이러한 차별행위를 시정하기 위한 조치로서 시각, 청각 장애인이 상영 중인 영화를 관람할 수 있도록 화면해설이나 자막 또는 그 수신기기를 제공할 것을 피고 회사들에게 명하였다.<sup>95)</sup>

문화와 여가에 관한 권리 및 그러한 권리의 향유에서 장애를 이유로 차별을 받지 않을 권리의 보다 완전한 보장이 가능하기 위해서는 그간 지속되어 온 권리침해와 차별의 행위 또는 상태의 중단과 함께 적절하고 효과적인 권리실현조치가 필요하다. 위 판결들에서 시각장애인에 대한 놀이기구 탑승제한 매뉴얼 규정을 삭제하고 시각장애인의 놀이기구 탑승을 허용하는 것에서 나아가 시각장애인이 안전하게

94) 서울고등법원 2023. 11. 8. 선고 2018나2062769 판결.

95) 서울고등법원 2021. 11. 25. 선고 2018나2001559 판결.

해당 시설을 이용할 수 있도록 필요한 정보와 안내를 제공하도록 명한 것, 영화상영업자에게 장애 유형에 부합하며 사용이 용이하고 효과적인 영화관람 지원설비를 갖출 것을 구체적으로 명한 것은 실질적 의미의 인권 존중, 기업 등 사인에 의한 차별행위를 금지하는 인권 보호, 해당 인권의 보다 완전한 향유를 가능하게 하는 인권 실현의 측면을 함께 가지는 것으로 볼 수 있다.

반면 이와 대조되는 사례도 존재한다. 2022년 대법원은 장애인의 시외 이동권 보장을 위하여 시외버스 노선에 저상버스 또는 휠체어 탑승설비 도입을 요구한 원고들의 청구에 대하여, 관련 의무의 불이행에 대한 국가와 지방자치단체의 책임을 부정한 원심의 판단을 유지하고, 원심이 피고 버스회사들에 대하여 시외버스에 휠체어 탑승설비를 설치할 것을 명한 부분을 파기환송하는 판결을 선고하였다.<sup>96)</sup> 대법원은 원심이 적극적 조치 판결을 하면서 휠체어 탑승설비를 제공하여야 하는 버스의 범위와 그러한 의무의 이행기를 구체적으로 정하지 않은 채 모든 버스에 휠체어 탑승설비를 설치할 것을 명한 잘못이 있다고 보았다. 대법원은 두 원고의 거주지와 직장소재지를 언급하면서 원고들의 주거와 직장의 소재지를 고려할 때 ‘원고들이 향후 피고 버스회사들이 운행하는 모든 노선의 버스에 탑승할 구체적·현실적인 개연성이 있다고 보기는 어렵다’고 하면서, 원심에 대하여 ‘휠체어 탑승설비 설치 대상 노선은 원고들이 향후 탑승할 구체적·현실적 개연성이 있는 노선으로 하되, 그 노선 범위 내에서 피고 버스회사들의 재정상태 등을 감안하여 휠체어 탑승설비를 단계적으로 설치해 나가도록’ 하는 방식으로 적극적 조치를 다시 정하여야 한다고 판결하였다. 그리고 단계적 이행시기를 정함에 있어서는 ‘피고 버스회사들의 자산·자본·부채, 현금 보유액이나 향후 예상영업이익 등 재정상태, 휠체어 탑승설비 제공 비용을 마련하기 위한 운임과 요금 인상의 필요성과 그 실현 가능성, 피고 버스회사들이 휠체어 탑승설비를 제공할 경우 국가나 지방자치단체 등으로부터 받을

<sup>96)</sup> 대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다217421 판결.

수 있는 보조금을 비롯한 인적·물적 지원 규모 등'과 함께 현재 피고 버스회사들의 영업이익이 감소하거나 영업손실이 나고 있는 상황 등을 고려해야 한다고 설시하였다.

대법원의 논리대로라면 장애인의 시외 이동권 보장을 위해서는 전국의 모든 휠체어 이용자가 원고가 되어 본인이 특정 노선을 가까운 시일 내 분명히 이용할 것임을 증명하라는 불가능하고도 부당한 부담을 국가가 개인들에게 부과하는 결과가 된다.<sup>97)</sup> 설사 전국의 모든 휠체어 이용자가 그러한 입증에 성공한다 하더라도 미래의 불특정 시점에 이용의 필요성이 발생하는 모든 노선이 다 포함될 수는 없을 것이다. 장애가 있는 원고들의 개인 직장이나 거주지를 거론하며 '원고들이 그 외 다른 시외버스 노선을 이용할 개연성이 낮아 보인다'라고 하면서, 단계적 탑승설비 도입 의무조차 이 사건 원고들이 현실적, 구체적으로 이용할 개연성이 높다고 '인정'되는 노선에 한정하여 적극적 조치를 명함이 족하다고 판시한 이 사건 판결에는 장애인의 보편적 이동의 자유가 가지는 중요성과 인간 삶의 다채로움과 자율성, 예측불가능성이라는 본질을 간과하고, 휠체어 이용자의 삶을 '직장과 집 사이만을 오가는 정도'로만 상상하는 편견이 읽힌다. 상당수의 사람들이 사회구조와 설비의 미비로 인하여 이동의 자유에 심대한 제약과 차별을 겪고 있음에도 이러한 문제상황의 심각성이나 국가와 버스운송사업자의 장기간의 의무 불이행 상태보다는 휠체어 탑승설비 설치에 소요되는 재정지출과 그로 인한 버스회사의 부담과 예상되는 수입 감소에 더 주목하여 차별시정과 평등실현의 과제를 재량적이며 개인화된 문제로 치환시키는 모습이 보인다. 제III장에서도 언급했듯 이는 비장애인의 기본적 자유가 부정된 사안에서는 쉽게 발견되지 않는 태도이다.

또한 이 사건 원심과 대법원은 시외버스에 대한 장애인의 접근권이

97) 유사한 취지의 비판을 포함하는 이 판결에 대한 논평으로, 나동환, “[판결비평] 멀고도 험난한 장애인의 시외이동권 보장의 길”, 참여연대 사법감시센터, 2022. 3. 28., <https://www.peoplepower21.org/judiciary/1873212>.

실질적으로 보장되도록 하는 기술적·행정적·재정적 지원, 교통사업자에 대한 교육과 감독 등 장애인차별금지법이 정한 의무의 이행을 장기간 해태한 국가와 지방자치단체에 대하여, 이들이 장애인차별금지법에 규정된 유형의 차별행위를 직접적으로 행한 주체가 아니라는 이유로 법적 책임을 부정하는 판결을 하였다.<sup>98)</sup> 이동의 자유의 평등하고 온전한 보장을 위하여 요구되는 국가의 존중, 보호, 실현 의무에 대한 종합적인 고려를 바탕으로 관련법상의 국가의 의무에 대한 구체적 해석을 진행하기보다는 실정법 문구에 대한 매우 형식적인 해석에 의존하여 국가의 관련 의무와 책임을 부정하는 결론에 이른 것이 아쉽다. 국제인권조약과 지역인권협약의 해석실무에서 공통적으로 강조하고 있는 사회 내 취약집단과 소수자의 인권 보장을 위하여 국가에 요청되는 강화된 적극적 의무의 내용들을 고려할 때 더욱 그러하다.

#### 4. 소결

이 장에서는 국가의 적극적 의무가 가장 복합적이며 다각적인 모습으로 요구된다고 할 수 있는 인권실현의무에 대하여 살펴보았다.

<sup>98)</sup> 이 사건에서 대법원은 장애인차별금지법이 국가 및 지방자치단체는 장애인 등에게 정당한 편의가 제공될 수 있도록 필요한 기술적·행정적·재정적 지원을 하여야 하고(제8조 제2항), 교통행정기관은 교통사업자가 장애인에 대하여 이 법에 정한 차별행위를 행하지 아니하도록 홍보, 교육, 지원, 감독하여야 한다(제19조 제5항)고 규정하고 있음에도, 정부의 부작위가 동법의 차별행위 정의조항에 열거된 명시적 차별행위 유형에 직접적으로 해당하지 않는다는 이유를 들어 국가의 법적 책임을 부정하는 판시를 하였다. 반면 이 사건 1심 법원은 교통행정기관인 국토교통부장관과 지방자치단체의 장은 이동편의시설에 관한 정책과 절차의 수립, 심사를 통하여 장애인을 위한 정당한 편의를 제공해야 하는 주체에 해당한다고 보면서, “국가 및 지자체가 시내버스 및 시외버스에 휠체어 승강설비를 설치하는 것에 관하여 어떠한 일체의 계획 내지 방안도 마련하고 있지 않는 것은 차별행위에 해당한다”고 판단한 바 있다. 서울중앙지방법원 2015. 7. 10. 선고 2014가합11791 판결.

현실의 사회구조나 자원의 제약 속 인권의 완전한 실현에의 도달은 미래의 시점에 가능하다고 하더라도 그것이 현재 시점에서 국가의 작위의무가 존재하지 않음을 의미하는 것은 아니라는 점을 중요하게 확인하였다. 국가는 해당 인권의 완전한 실현을 위하여 현재 가능한 모든 수단과 조치를 취하고 사회구조 자체를 보다 인권지향적으로 발전시키며, 필요한 자원의 최선의 확보와 타당한 분배를 실행할 현재의 구체적인 행위의무를 부담한다. 또한 인권이 일정 수준 이상 실현되는 상태에 도달하였다 하더라도 그 상태를 지속하고 더욱 향상시키기 위한 노력을 다할 의무를 계속하여 부담하게 된다. 국제인권규범과 지역인권재판소 판결례에서 살펴보았듯 국가의 인권실현의무는 인권실현을 위한 조건과 기회, 자원에 대한 접근에서 상대적으로 불리한 여건에 있는 사회적 소수자와 취약집단의 인권이 관련된 사안에서 그 적극적 성격이 더욱 강조된다. 평등권 역시 실질적 의미로 해석되며 사안에 따른 국가의 평등실현의무의 구체적 내용에 대한 해석실무가 계속하여 발전하고 있다.

시외버스 이동권에 관한 대법원 판결은 이동취약집단의 시외 이동권 박탈 상황에서 국가의 인권 존중, 보호, 실현 의무에 관한 국제규범의 요청에 충분히 부합하지 못하는 국내 사법기관의 법해석 태도를 보여준다. 반면 장애인의 놀이기구와 영화관 이용에 대한 법원의 적극적 조치 판결, 학교급식에서의 채식권과 성소수자 등의 가족구성권, 게임산업에서의 여성 작가 차별 사안에서의 국가인권위원회의 권고나 의견표명에서는 다양한 맥락에서 실질적 평등과 인권 실현을 위한 국가의 역할에 대한 보다 발전적이고 다면적인 이해를 관찰할 수 있었다. 그러나 현재 국내 실정법상 국가의 인권실현의무를 법원의 적극적 구체조치 제도를 통해 구체화할 수 있도록 규정하고 있는 법률은 장애인차별금지법이 거의 유일하고, 동법에 따른 차별시정명령의 여부와 내용이 재판부에 따라 편차를 보이고 있는 점, 국가인권위원회의 경우 진정제도의 사건관할 범위에서의 제한과 결정의 구속력에서의 제약 등의 한계가 존재한다고 할 수 있다.

## VI. 결론

이 연구에서는 국제인권법상 국가의 인권 존중, 보호, 실현 의무의 체계와 그 주요 내용을 살펴보고, 각 인권의무 지형과 관련된 국가의 적극적 의무에 대하여 보다 분명하고 체계적인 이해를 시도하였다. 아울러 소수자 인권의 맥락에서 인권의 존중, 보호, 실현을 위하여 국가가 수행해야 하는 적극적 역할의 중요성을 조명하고자 하였다. 실질적 의미로서의 인권존중의무의 이행을 위해서는 국가의 적극적 조치가 요구될 수 있으며, 인권보호의무의 구체적 내용과 심사기준은 ‘상당한 주의의무’ 원칙을 중심으로 발전해오고 있다는 점, 인권 실현의무는 단순한 미래의 지향이나 재량적인 정책목표가 아니라 현재의 구체적인 행위무리는 점을 확인하였다. 아울러 소수자 인권 사안에서 국제인권규범이 특별히 요구하고 있는 당사국의 의무와 지역인권재판소의 해석례에 대한 검토를 바탕으로 국내 사례들의 의의와 문제점을 짚어볼 수 있었다. 세 유형의 인권의무는 개념적으로 유의미하게 구별되면서도 상호 밀접하게 연결되어 있으며 구체적 사안에서 유기적이고 복합적인 이행이 요청되는 경우가 많다는 점 또한 확인할 수 있었다.

국제인권법상 세 유형의 인권의무 체계는 아직 국내 인권해석실무에 본격적으로 도입되거나 충분히 반영되지 못하고 있는 것으로 보인다. 국내의 중요 인권해석기관이라고 할 수 있는 헌법재판소와 일반 법원, 국가인권위원회의 실무에서 이와 같은 인권의무 체계 및 각 차원에서 요청되는 국가 의무의 구체적인 내용에 대한 이해를 바탕으로 심사를 진행한 사례는 찾아보기 어렵다. 세 유형의 인권의무 체계는 국가의 적극적이고 정당한 개입과 노력이 요청되는 다양한 맥락과 그 타당한 모습을 다각적으로 인식하고 고찰할 수 있도록 하고, 이를 통해 현실의 인권사안에서 국가의 대응에 대한 보다 체계적이고 면밀한 분석과 평가를 진행할 수 있게 한다. 또한 더욱 효과적인 인권 보장을 위해 국가가 행동해야 하는 방향을 설정하고 계획 수립

과 시행이 필요한 구체적인 조치들을 도출하는 데 유용한 틀과 기준을 제공할 수 있다고 생각된다.

예를 들어, 이 연구에서 살펴본 대구 이슬람사원 건축불허 사안에 인권의무 3유형 체계를 적용한다면, 대구 복구청이 반대 민원이 제기되었다는 이유로 공사중지명령이라는 불법적 처분을 내린 것은 인권존중의무 위반에, 주민들의 여러 인종차별적이고 혐오적인 행위들을 그대로 방치하고 피해 유학생과 가족들의 안전보장과 구제를 위한 조치를 전혀 취하지 않은 것은 인권보호의무 위반에 해당한다고 볼 수 있다. 돼지머리 사체 전시를 방관하는 것에서 나아가 그러한 전시가 ‘사원 반대를 위하여 주민들에게 필요한 물품’이라고 답변하면서 주민들의 행위를 옹호, 지지하는 발언을 하는 데까지 이른 부분은 정부가 더 직접적으로 인종차별행위에 가담한 것으로서 인권존중의무 위반으로도 볼 수 있을 것이다. 대한민국 정부에 대하여 유엔인종차별철폐위원회가 현수막 등의 철거와 인종차별행위에 대한 효과적 대응과 함께 중앙정부 주도의 적극적 문제해결 절차를 진행할 것을 권고하고, 종교의 자유에 관한 특별보고관, 표현의 자유에 관한 특별보고관, 소수자 문제에 관한 특별보고관이 종교적 소수자에 대한 비하나 부정적 고정관념을 철폐하기 위하여 관용, 평화, 존중의 국내적 환경을 조성하기 위한 다각적 조치들을 취할 것을 요청한 것은 인권실현의무의 이행을 촉구한 것으로 볼 수 있다.

국내 주요 인권심사기관인 헌법재판소와 법원, 국가인권위원회는 입법, 행정기관과 함께 국제인권법상 국가의 인권의무를 이행하는 중요한 주체이다. 특히 국가의 적극적 인권의무와 소수자 인권의 맥락에서 국제인권규범이 요청하는 바를 충실하고 효과적으로 구체화하는 방안을 고민하고 국제인권실무의 중요한 발전상을 반영하면서 국내의 인권심사 기준과 실무를 보다 체계적이고 정밀하게 발전시켜 가는 노력을 계속하여야 할 것이다.

## 참고문헌

### 1. 단행본 및 학술지 논문

- 고병권. 2017. “장애에 대한 선입견(선판단)의 확인과 그로부터의 이행을 위하여.” 「장애인 권리보장을 위한 개헌 방향 토론회 자료집」.
- 김하열. 2018. “기본권의 분류와 통합: 통합적 기본권론 시론(試論).” 「헌법논총」 29: 217-287.
- 육주원·이소훈. 2022. “대구 북구 이슬람사원 갈등을 통해 본 인종주의의 위장술.” 「아시아리뷰」 12(1): 33-65.
- 이민열. 2020. “기본권보호의무 위반 심사기준으로서 과소보호금지원칙.” 「헌법재판연구」 7(1): 247-304
- 이주영. 2016. “사회권규약의 발전과 국내적 함의.” 「국제법학회논총」 61(2): 125-157.
- 최규환. 2014. 「사회적 기본권의 사법심사가능성」, 고려대학교 대학원 박사학위 논문.
- Akandji-Kombe, Jean-François. 2007. *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe. Human Rights Handbooks No. 7.
- De Schutter, Olivier. 2019. *International Human Rights Law*. Cambridge University Press.
- Lavrysen, Laurens. 2014. “Positive Obligations in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.” *Inter-American & European Human Rights Journal* 7: 94-115.
- Monnheimer, Maria. 2021. *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*. Cambridge University Press.
- Muaz Razaq, Mian. 2023. “The Daegu Mosque Issue: A Reflection of Islamophobia and Challenges to Religious Freedom in South Korea.” 「인권연구」 6(1): 245-284.
- Shue, Henry. 1996. *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and US Foreign Policy*. Princeton University Press.

2. 헌법재판소 결정, 법원 판결, 국가인권위원회 결정

- 헌법재판소 1991. 9. 16. 선고 89헌마163 결정.  
헌법재판소 1996. 6. 13. 선고 95헌바39 결정.  
헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2002헌마52 결정.  
헌법재판소 2008. 12. 26. 선고 2008헌마419등 결정.  
헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2009헌마94 결정.  
헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2012헌마38 결정.  
대법원 2022. 2. 17. 선고 2019다217421 판결.  
대법원 2022. 9. 16. 선고 2022두44170 판결.  
대법원 2024. 12. 19. 선고 2022다289051 전원합의체 판결.  
서울고등법원 2021. 11. 25. 선고 2018나2001559 판결.  
서울고등법원 2023. 11. 8. 선고 2018나2062769 판결.  
대구고등법원 2022. 4. 22. 선고 2021누5575 판결.  
서울중앙지방법원 2015. 7. 10. 선고 2014가합11791 판결.  
대구지방법원 2021. 12. 1. 선고 2021구합22687 판결.  
국가인권위원회 2020. 5. 26. 18진정0802200 등 결정.  
국가인권위원회 2021. 9. 2. 21진정0426300 결정.  
국가인권위원회 2021. 11. 30. 21진정0391000 등 결정.  
국가인권위원회 2021. 12. 23. 19진정087150020·진정0356300 결정.

3. 국제조약 및 국제문서

- International Covenant on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Dec. 21, 1965, 660 U.N.T.S. 195.  
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec. 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.  
American Convention on Human Rights, Nov. 22, 1969, 1144 U.N.T.S. 123.  
Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, Dec. 18, 1979, 1249 U.N.T.S. 13.  
Convention on the Rights of the Child, Nov. 20, 1989, 1577 U.N.T.S. 3.  
Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Dec. 13, 2006, 2515 U.N.T.S. 3.  
Asbjørn Eide, Report on the Right to Adequate Food as a Human Right,

- U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23 (July 7, 1987).
- Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, General Comment No. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art 2, para 1 of the Covenant), U.N. Doc. E/1991/23 (1990).
- Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, General Comment No. 4: The Right to Adequate Housing (Art 11(1) of the Covenant), U.N. Doc. E/1992/23 (1991).
- Vienna Declaration and Programme of Action, U.N. Doc. A/CONF.157/23 (1993).
- U.N. Declaration on the Elimination of Violence Against Women, G.A. Res. 48/104 (Dec. 20, 1993).
- Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights (1997).
- Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, General Comment No. 12, The Right to Adequate Food (Art. 11), U.N. Doc. E/C.12/1999/5 (1999).
- Hum. Rts. Comm., General Comment No. 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 (2000).
- Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, General Comment No. 14, The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).
- Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, General Comment No. 15, The Right to Water (Arts. 11-12), U.N. Doc. E/C.12/2002/11 (2003).
- Hum. Rts. Comm., General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004).
- Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, General Comment No. 18, The Right to Work (Art. 6), U.N. Doc. E/C.12/GC/18 (2006).
- Comm. on the Elimination of Discrimination against Women, *Şahide Goekce v. Austria*, Comm. No. 5/2005, U.N. Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005 (Aug. 6, 2007).
- Comm. Against Torture, General Comment No. 2, Implementation of Article

- 2 by States Parties, U.N. Doc. CAT/C/GC/2 (2008).
- Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, General Comment No. 19, The Right to Social Security (Art. 9), U.N. Doc. E/C.12/GC/19 (2008).
- Comm. on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/28 (2010).
- Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, General Comment No. 24: State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, U.N. Doc. E/C.12/GC/24 (2017).
- Comm. on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendation No. 35 on Gender-Based Violence Against Women, Updating General Recommendation No. 19, U.N. Doc. CEDAW/C/GC/35 (2017).
- Comm. on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 5 on Living Independently and Being Included in the Community, U.N. Doc. CRPD/C/GC/5 (2017).
- Hum. Rts. Comm., General Comment No. 36: Article 6 (Right to life), U.N. Doc. CCPR/C/GC/36 (2018).
- Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, *López Albán et al. v. Spain*, Comm. No. 37/2018, U.N. Doc. E/C.12/66/D/37/2018 (Oct. 11, 2019).
- United Nations Human Rights Council, Letter to the Government of the Republic of Korea, AL KOR 5/2023 (Aug. 2, 2023).
- Comm. on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding Observations on the Combined 20th to 22nd Periodic Reports of the Republic of Korea, U.N. Doc. CERD/C/KOR/CO/20-22 (May 9, 2025).

4. 유럽인권재판소 판결 및 문헌

*Belgian Linguistic Case (No 2) v. Belgium*, App. No. 1474/62 (July 23,

1968).

*Airey v. Ireland*, App. No. 6289/73 (Oct. 9, 1979).

*Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, App. No. 9267/81 (Mar. 2, 1987).

*Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, App. No. 10126/82 (June 21, 1988).

*Gaskin v. the United Kingdom*, App. no. 10454/83 (July 7, 1989).

*Hornsby v. Greece*, App. No. 18357/91 (Mar. 19, 1997).

*A v. the United Kingdom*, App. No. 25599/94 (Sept. 23, 1998).

*Osman v. the United Kingdom*, App. No. 23452/94 (Oct. 28, 1998).

*Price v. the United Kingdom*, App. No. 33394/96 (July 10, 2001).

*E. and Others v. the United Kingdom*, App. No. 33218/96 (Nov. 26, 2002).

*Van Kück v. Germany*, App. No. 35968/97 (Sept. 12, 2003).

*Siliadin v. France*, App. No. 73316/01 (July 26, 2005).

*D.H. and Others v. Czech Republic*, App. No. 57325/00 (Nov. 13, 2007).

*Budayeva and Others v. Russia*, App. No. 15339/02 & Others (Mar. 20, 2008).

*Opuz v. Turkey*, App. No. 33401/02 (June 9, 2009).

*Rantsev v. Cyprus and Russia*, App. No. 25965/04 (Jan. 7, 2010).

*O'Keefe v. Ireland*, App. No. 35810/09 (Jan. 28, 2014).

*Karrahmed v. Bulgaria*, App. No. 30587/13 (Feb. 24, 2015).

*Oliari and Others v. Italy*, Apps. Nos. 18766/11 & 36030/11 (July 21, 2015).

*Szafrański v. Poland*, App. No. 17249/12 (Dec. 15, 2015).

*A.P., Garçon and Nicot v. France*, Apps. Nos. 79885/12, 52471/13, 52596/13 (Apr. 6, 2017).

*Budinova and Chaprazov v. Bulgaria*, App. No. 12567/13 (Feb. 23, 2021).

*Association ACCEPT and Others v. Romania*, App. No. 19237/16 (June 1, 2021).

*Kurt v. Austria*, App. No. 62903/15 (June 15, 2021).

*Fedotova and Others v. Russia*, App. No. 40792/10 & Others (July 13, 2021).

*Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, App. No. 53600/20 (Apr. 9, 2024).

*Mitrevska v. North Macedonia*, App. No. 20949/21 (May 14, 2024).  
European Court of Human Rights. 2023. *Factsheet: Detention Conditions and Treatment of Prisoners*.  
European Court of Human Rights. 2025. *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights: Right to Respect for Private and Family Life, Home and Correspondence*.

#### 5. 미주인권재판소 판결

*Velásquez Rodríguez v. Honduras*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4 (July 29, 1988).  
*Castillo Petruzzi et al. v. Peru*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 52 (May 30, 1999).  
*Case of the "Street Children" (Villagrán-Morales et al.) v. Guatemala*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 63 (Nov. 19, 1999).  
*Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18/03, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 18 (Sept. 17, 2003).  
*Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 146 (Mar. 29, 2006).  
*Xákmok Kásek Indigenous Cmty. v. Paraguay*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 214 (Aug. 24, 2010).  
*Furlan and Family Members v. Argentina*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 246 (Aug. 31, 2012).  
*Artavia Murillo et al. v. Costa Rica*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 257 (Nov. 28, 2012).  
*Workers of the Hacienda Brasil Verde v. Brazil*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 318 (Oct. 20, 2016).  
*López Soto v. Venezuela*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 362 (Sept. 26, 2018).  
*Guachalá Chimbo et al. v. Ecuador*, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 423 (Mar. 26, 2021).  
*The Climate Emergency and Human Rights*, Advisory Opinion OC-32/25, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 32 (May 29, 2025).

6. 신문기사 및 인터넷자료

나동환. 2022. 3. 28. “[판결비평] 멀고도 험난한 장애인의 시외이동권 보장의 길.” 참여연대 사법감시센터.

조혁진. 2022. 11. 28. “돼지머리 혐오범죄 방치하는 대구 북구청.” 대구신문.

Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. *International Human Rights Law*. <https://www.ohchr.org/en/instruments-and-mechanisms/international-human-rights-law>.

<Abstract>

**A Systematic Understanding of the State's Positive Human Rights Obligations and Their Implications in the Context of Minority Rights\***

Yoon Jin Shin\*\*

Under international human rights norms, the State's human rights obligations have been systematized into the duties to respect, protect, and fulfil human rights, and the State's positive human rights obligations hold significant meaning across all three types of obligations. In international human rights norms and practice, the obligation to respect human rights has been understood in substantive terms based on the principle of effectiveness, such that its implementation may require not merely States' abstention or non-interference, but also active intervention, including the reform of laws, institutions, and policies that give rise to human rights violations and discrimination. With regard to the obligation to protect human rights against violations committed by private actors or other non-state factors, international human rights norms and regional human rights courts have elaborated its content and standards of review around the duty of due diligence, which requires States to prevent foreseeable human rights violations in advance and to respond appropriately to violations once they have occurred. The obligation to fulfil human rights calls for the most complex and multifaceted forms of positive

---

\* This work was supported by the Seoul National University Research Grant in 2023.

\*\* Associate Professor, Seoul National University School of Law

State action and is characterized as a concrete obligation of conduct requiring States to make every effort currently available to achieve the more complete and equal realization of human rights. Moreover, international human rights interpretative practices require States to comply with heightened positive obligations in cases involving the rights of social minorities and vulnerable groups. On the basis of the tripartite typology of human rights obligations, a multidimensional and comprehensive understanding of States' positive human rights obligations can be developed, enabling more systematic and coherent analysis and evaluation of State responses in domestic human rights cases, as well as the formulation of more concrete and effective courses of action.

Keywords: Duty to Respect, Duty to Protect, Duty to Fulfil Human Rights, Positive Obligations, Social Minorities