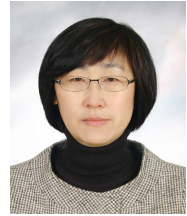


다문화사회에서의 인종차별*

- 일본의 [외국인] 차별사건을 중심으로 -



이 정 향 (대구기톨릭대학교)
(porte83@naver.com)

국문요약

이주의 시대, 움직이는 세계로 대변되는 오늘날, 아시아·태평양 지역은 사람의 이동의 가속화로 이 지역의 국민국가의 경계가 흔들리고 있고 단일 민족국가로 간주되어 온 한국도 예외는 아니다.

지난해 한국을 방문한 무투마 루티에레 UN인종차별 특별보고관의 지적처럼 국내의 다문화 상황에 대해 우리 정부는 적극적인 법적 대응을 함으로써 제도적인 차별, 공적인 분야의 차별은 해소된 것으로 보인다. 하지만 외국인이나 이주배경을 가진 자들에 대한 인식의 개선은 단기간에 이루어지는 것이 아니므로 이들은 비제도적·일상적 차별에 처할 우려가 크며, 실제로 이러한 우려를 보여주는 사건이 2011년 9월 부산에서 발생하였다. 우즈베키스탄 출신의 귀화한 결혼이주여성이 사우나 출입을 거부당하였는데, 인종차별을 이유로 한 소송으로는 이어지지 않았다.

일본에서도 1999년 오타루에서 외국인들에 대해 공중목욕탕 입장을 거부한 사건이 발생하였는데, 우리나라의 경우와는 달리 사건의 당사자들이 공중목욕탕과 오타루시를 상대로 인종차별에 의한 위법을 주장하고, 이로 인한 손해배상을 법원에 청구하였다. 이 사건은 일본 대법원의

* 이 논문은 2010년도 정부재원(교육부 대학중점연구소 지원 사업비)으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음 (NRF-2010-413-B00023).

판결로 2005년 1월에 종결되었다. 일본은 식민지배의 경험으로 외국인의 이주 경험과 경로가 우리나라 보다 더 다양하며, 지역의 상황과 특색에 따라 집주외국인들은 출신국의 차이가 있고 각 지역에 맞게 지자체 중심의 다문화 공생정책이 펼쳐지고 있지만 국가 차원의 법률이 마련되어 있지 않다. 다만, 일상에서의 차별문제 즉 인종차별문제는 우리나라 법원에 제기된 경우가 거의 없으나, 일본 내 외국인이나 혹은 귀화자에 의한 차별사건이 법원에 제기되어 손해배상이 인정되고, 일본도 우리나라와 마찬가지로 인종차별철폐조약에 가입한 국가이므로 손해배상의 근거나 판례의 주된 논점은 인종차별철폐조약과 관련이 깊다.

오타루에서 발생한 공중목욕탕 입욕거부사건을 상세하게 소개하고 판례의 논점을 검토함으로써 다문화 사회에서의 분쟁해결 또는 차별의 구제수단으로서 적용되는 법의 해석 적용에 대해 살펴보고자하였다.

주제어 : 인종차별, 다문화사회, 외국인, 손해배상, 인종차별철폐조약

I. 처음에

이주의 시대, 움직이는 세계로 대변되는 오늘날의 국제적인 이동은 아시아도 예외가 아니며 아시아·태평양 지역은 최근 이동의 가속화가 가장 두드러진 지역이다. 2020년까지 이 지역의 국제여행자 수는 4억에 이를 것으로 예측되고 세계 국제여행자의 26.6%를 아시아 지역이 수용하는 것이 된다. 이는 유럽지역(7.17억) 다음으로 많은 수이고 아메리카 지역을 훨씬 상회한다(山下晋司 2011, 44). 이러한 아시아·태평양 지역의 사람의 이동의 가속화로 이 지역의 국민국가의 경계가 흔들리고 있으며 단일 민족국가로 간주되어 온 한국도 예외는 아니다.

지난해 한국을 방문한 무투마 루티에레 UN인종차별 특별보고관¹⁾은 한국의 인종주의 및 차별문제와 관련하여 “관계당국이 관심을 두어야 할 심각한 인종차별문제가 존재한다”고

1) UN인종차별 특별보고관이 한국을 공식 방문한 것은 처음이며, UN인종차별 특별보고관은 긴급한 인종차별 시안들에 대해 문제를 제기하는 한편, 연례보고서를 작성하고 여러 국가를 직접방문하고, 현장을 조사, 소통하여 그 내용을 정리한 방문보고서를 작성하여 세계의 인종차별문제 상황을 알리는 임무를 수행한다. 개별국가 방문보고서는 해당국가의 입법, 행정, 사법 등 전체적인 사회구조를 비롯, 정책과 집행현실의 차이, 사회현실 등을 상세히 정리하고 해당국가에 대한 권고를 포함하여 인권이사회에 보고되는 문서로, UN인종차별 특별보고관의 한국방문은 한국의 인종차별 현실을 국제사회의 시각과 수준에서 점검하고 확인하는 계기가 될 것이다.(2014 한국사회인종차별 실태보고대회, 자료집 5~6면, UN인종차별 특별보고관 방한 대응 시민사회단체 공동사무국)

밝혔다. 그는 한국의 국제차별철폐조약의 가입과 차별금지에 관한 국내법 조항 등을 예로 들며, “오랫 동안 문화적 단일성을 유지해온 역사를 고려할 때 인종주의 및 외국인 혐오문제를 해결하는데 큰 성과를 보여 왔다”고 평가했다. 그러나 특별보고관은 한국에서 제도적 차원의 인종차별적인 관행은 없는 것으로 보이지만 개인 간 상호작용에 있어서 이와 관련한 사례를 알게 되었다며 정부가 인종주의와 외국인 혐오문제를 다루어야 한다고 말했다. 그의 지적처럼 국내의 다문화 상황에 대해 우리 정부는 적극적인 법적 대응을 함으로써 제도적인 차별이나 공적인 분야의 차별은 해소된 것으로 보인다. 하지만 외국인이나 이주배경을 가진 자들에 대한 인식의 개선은 단기간에 이루어지는 것이 아니므로 이들은 비제도적·일상적 차별에 처할 우려가 크며 실제로 이러한 우려를 보여주는 사건이 2011년 9월 부산에서 발생하였다. 우즈베키스탄 출신으로 귀화한 결혼이주여성이 ‘에이즈 감염 우려’라는 악의적인 이유로 사우나 출입을 거부당한 사건이다. 이전에도 성공회대 연구교수로 재직 중인 인도인 노보짓 후세인과 그와 동행한 한국인 여성이 버스 안에서 인종차별적인 발언으로 모욕을 준 한국인 남성을 부천경찰서에 고소하였고, 사건이 검찰로 송치되어 약식기소로 인종차별 발언을 한 남성의 모욕죄가 성립되어 벌금100만원이 선고되었다.

일본에서도 1999년 외국인들에 대해 공중목욕탕 입장을 거부한 사건이 오타루에서 발생하였다. 우리나라의 경우와는 달리 사건의 당사자들이 공중목욕탕과 오타루시를 상대로 인종차별에 의한 위법을 주장하고, 이로 인한 손해배상을 법원에 청구하였다. 이 사건은 일본 대법원의 판결로 2005년 1월에 종결되었다. 일본은 식민지배의 경험으로 외국인의 이주 경험과 경로가 우리나라 보다 더 다양하다. 지역의 상황과 특색에 따라 집주외국인들의 출신국의 차이를 보이고 있고, 각 지역에 맞게 지자체 중심의 다문화 공생정책이 펼쳐지고 있지만 국가 차원의 법률은 마련되어 있지 않다.

일상에서의 차별문제 즉 인종차별문제가 우리나라 법원에 제기된 경우는 거의 없으나 일본의 경우, 일본 내 외국인이나 혹은 귀화자가 받은 차별에 대해 법원이 손해배상을 인정하고 있다. 일본도 우리나라와 마찬가지로 인종차별철폐조약에 가입한 국가로서 손해배상의 근거나 판례의 주된 논점은 인종차별철폐조약과 관련이 깊다고 할 수 있다.

일본의 오타루에서 발생한 공중목욕탕 입욕거부사건을 상세하게 소개하고 판례의 논점을 검토함으로써 다문화 사회에서의 분쟁해결 또는 차별의 구제수단으로서 적용되는 법의 해석 적용에 대해 살펴보고자 한다.

II. 오타루 공중목욕탕 입욕거부사건의 판결

1. 사건의 개요

원고는 독일 국적의 대학조교수(X1), 미국 국적의 컴퓨터 프로그래머(X2), 2000년 9월 일본에 귀화한 일본 국적의 대학조교수(X3)이고, 이들의 배우자들은 전부 일본인이며, 홋카이도에 생활기반을 둔 자들이다. 원고들은 피고 Y1이 경영하는 공중목욕탕이 [외국인의 입욕을 거절합니다. Japanese Only]라고 쓰인 간판을 내걸고 외국인의 입욕을 일률적으로 거부하고 있다는 사실을 알고 있었다. 1999년 9월 X1과 X3는 입욕거부를 조사·확인할 의도를 가지고 가족과 해당 공중목욕탕을 방문하였는데, 종업원으로부터 입욕을 거부당하였다(첫번째 입욕거부). X3는 2000년 10월에도 이 목욕탕을 방문하여 운전면허증을 제시하고 일본인이라고 설명하였지만 “외관상 외국인인 것은 변함없다”²⁾는 이유로 입욕을 거부당하였다(두번째 입욕거부). X2도 같은 해 12월에 이 목욕탕으로부터 외국인이라는 이유로 거절되었다(세번째 입욕거부).

이러한 사실을 바탕으로 원고들은 이사건 입욕거부가 인종차별이며, 일본헌법 14조 1항³⁾, 국제인권 B규약 26조⁴⁾, 인종차별철폐조약 5조(f)⁵⁾ 등에 위반할 뿐만 아니라, 인격권이나 명예침해에 해당하므로 피고 Y1에게 민법상 손해배상책임 및 사죄광고의 게재를 요구하였다.

한편, 오타루 시내에서는 1993년 가을부터 일률적으로 외국인에 대한 공중목욕탕 입욕거부가 계속되고 있었고, 그것을 결과적으로 방치한 오타루시(피고Y2)에게도 인종차별철폐

-
- 2) 본건 소송의 배경에는 당시 오타루시에서는 러시아 선원의 입욕매너가 나쁜 것이 문제가 되었고, 다수의 공중목욕탕이 외국인의 입욕을 거부하고 있었다. 일본에 귀화하여 일본국적을 가지고 있었지만 외관상 외국인임에는 변함이 없다는 이유로 입욕을 거부당했다. 여기의 외국인은 일본국적을 갖지 않은 자가 아니라 인종이 다른 자를 가리키는 것이 된다.
 - 3) 일본헌법 제14조 제1항은 “모든 국민은 법 아래 평등하며, 인종, 신조, 성별, 사회적 신분 또는 가문에 따라 정치적 경제적 또는 사회적 관계에 있어서 차별을 받지 아니한다”고 규정하고 있다.
 - 4) 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조 : 모든 사람은 법 앞에 평등하고 어떠한 차별도 없이 평등한 보호를 받을 권리를 가진다. 이를 위하여 법률은 모든 차별을 금지하고 인종, 피부색, 성, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등하고 효과적인 보호를 모든 사람에게 보장한다.
 - 5) 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약 제5조: 제2조에 규정된 기본적인 의무에 따라 체약국은 특히 아래의 제 권리를 향유함에 있어서 인종, 피부색, 또는 민족이나 종족의 기원에 구별 없이 만민의 권리를 법앞에 평등하게 보장하고 모든 형태의 인종차별을 금지하고 폐지할 의무를 진다. (a), (b), (c), (d), (e), (f) 운송, 호텔, 음식점, 카페, 극장 및 공원과 같은 공중이 사용하는 모든 장소 또는 시설에 접근하는 권리

를 위한 실효성 있는 조치를 취하지 않았으므로 입욕거부라고 하는 인격권침해가 있었다고 하여 인종차별철폐조약2조 1항(d)등 민법 및 국가배상법에 의거하여 피고 Y1과 같이 200만엔의 손해배상을 청구하였다.

2. 판결

1) 1심 판결⁶⁾

삿포로지방법원은(평성14년 11월 11일 판결) Y1(시설운영회사)의 불법행위를 인정하고 원고 X들에게 각각 100만엔의 손해배상을 인정하였다. 다만 Y1에 대한 사죄광고청구 및 Y2(오타루시)에 대한 청구는 기각하였다. 이에 대해 원고 X3은 Y2(오타루시)에 대해 인종차별철폐조약에 의거한 차별해소의무를 요구하여 항소, Y1은 공중목욕탕법 시행조례 [기타의 목욕탕(특수목욕탕)]이므로 보통의 경우와 같이 [공공성]에 의한 영업자유 제한은 없다고 주장, 600엔의 입장료에 비해 100만엔의 위자료는 지나치다고 주장하며 항소하였다.

Ⅰ 판결이유

삿포로 지방법원은 피고 Y1의 법적 책임에 대해 “이 사건 입욕거부는 …… 인종, 피부색, 민족적·종족적 출신에 따른 구별, 제한이라고 인정되므로 일본헌법 14조 1항,⁷⁾ 국제인권 B규약 26조, 인종차별철폐조약의 취지에 비추어 사인 간에도 철폐되어야 할 인종차별에 해당한다. 해당 시설은 도지사의 허가를 받아 경영되는 공중목욕탕이고, 공공성을 가진다는 점, 희망하는 자는 국적, 인종을 묻지 않고 이용이 인정되어야 할 것, 이용매너가 나쁜 경우에만 퇴장시키는 것이 용이하지 않더라도 외국인의 이용을 일률적으로 거부하는 것은 명백하게 합리성이 결여된 것이고, 불합리한 차별로서 사회적으로 허용될 수 있는 한도를 초과하였다고 할 수 있으므로 위법이며, 불법행위에 해당한다.”고 판시하였다.

한편 지방공공단체인 피고 Y2의 법적 책임에 대해서는 “지방공공단체는 헌법, 조약 및 법률로 일정 내용의 조례를 제정해야 할 1차적인 명확한 의무가 부과되어 있는 예외적인 경우에만 개별적 시민의 권리에 대응한 관계에서 법적의무를 부담하고, 시민전체에 대한 관계에서 정치적 책무를 부담하는데 그친다. 인종차별철폐조약 6조⁸⁾는 주로 재판절차에

6) 札幌地判 2002(平14).11.11 法律時報, 1806號, 84頁

7) 일본헌법14조 1항은 모든 국민은 평등하고 국가는 국민을 불평등하게 취급해서는 안 되고 또 차별을 해서는 안 된다고 한다. 법 아래의 평등은 국민 개인에 대해 법적으로 평등하게 취급되는 것을 보장하고 또 불합리한 차별을 받지 않을 권리를 보장한 것이다.

8) 인종차별철폐조약 6조: 계약국은 권한 있는 국가 법원 및 기타 기관을 통하여 본 협약에 반하여

의한 구제방법을 확보하고자 하는 절차적 보장에 관한 규정이고, 삿포로시가 차별철폐조례를 제정하지 않은 부작위를 위법이라고 할 수 없다. 인종차별을 금지하고 종료시키기 위하여 어떤 정책을 어떻게 실행하는가는 Y2의 재량에 맡겨져 있다. Y2는 가능한 여러 시책을 실시하여 상당한 효과가 있음이 인정되므로 위법이라고 하는 부작위는 인정되지 않는다”고 판시하였다.

2) 항소심 판결(삿포로 고등법원 평성16년 9월 16일 판결)

삿포로 고등법원은 1심판결을 유지하고 X3, Y1의 항소를 각 각 기각하였다. 이에 대해 X3은 항소심판결에 불복하여 차별해소에 대한 작위의무를 요구하는 대법원에 상고를 하였지만 기각되었다(최고재 제1소법정, 평성17년 4월 7일 판결).

Ⅰ 판결이유

공공성의 개념이 극히 추상적이고, Y1시설은 특수목욕탕이라는 점에서 공중위생의 향상을 위한 공공적 성격의 의미이고, 이용고객을 선별해서는 안 된다는 의미의 공공성과는 구별된다. 이점에서 외국인 입욕거부의 조치는 일반 사인으로서 허용된 한도를 초과한 것으로 보기 어렵고, 설령 위법이라 하더라도 입욕료 600엔의 시설에 1회 또는 2회 입욕거부에 대해 100만엔의 위자료를 지불할 정도의 인격권을 침해한 것은 아니라고 피고Y1은 주장하였다. 이에 대해 법원은 “이 공중목욕탕법 시행조례상 특수 목욕탕이고 …… 보통의 목욕탕과의 차이만으로 입욕거부의 위법성은 부정될 수 없고, 일반공중의 사용을 목적으로 하는 장소이고, 가족의 면전에서 여러 차례 인종차별에 의한 인격권이 침해되었으므로 정신적 고통에 대한 위자료로서 각각 100만엔이 상당하다”고 판시하였다.

[판결요지]

① “그것을 위하여 (인종차별을 금지하고, 종료시키기 위하여⁹⁾) 취해야할 조치라고

인권 및 기본적 자유를 침해하는 인종차별행위로부터 만인을 효과적으로 보호하고 구제하며 또한 그러한 차별의 결과로 입은 피해에 대하여 법원으로부터 공정하고 적절한 보상 또는 변제를 구하는 권리를 만인에게 보증한다.

- 9) 인종차별철폐협약 제2조는 ①“당사국은 인종차별을 규탄하며 모든 형태이 인종차별철폐와 인종간의 이해증진 정책을 적절한 방법으로 지체없이 추구할 책임을 지며 이 목적을 위하여, (a)각 당사국은 인간이나 인간의 집단 또는 단체에 대한 인종차별행위를 하지 않을 의무 또는 인종차별을 실시하지 않을 의무를 지며 또한 모든 국가 및 지방공공기관과 공공단체가 그러한 의무에 따라 행동하도록 보증할 의무를 지고, (b)각 당사국은 인간이나 도는 조직에 의한 인종차별을 후원, 옹호 또는 지지하지 않을 의무를 지며, (c)각 당사국은 어디에 존재하든 간에 인종차별을 야기 시키거나

하는 것은 “모든 적당한 방법(상황에 따라 필요한 때에는 입법을 포함하여)이라고 하는 일반적, 추상적인 것으로, 그 이상 취해야할 구체적인 방법은 정해져있지 않고 조례제정의 방법을 취해야하는가 또 그렇다고 하더라도 어떤 내용의 조례로 해야 하는가는 동 조약의 규정상 명확하지 않으므로 동 조약에 의거한 일심 피고 오타루시의 의무는 정치적 책무에 그치는 것이라고 해석된다. 즉, 인종차별철폐조약은 일심 피고 오타루시에게 일심 원고 X가 주장하는 조례제정의무의 발생을 인정할 수 없다.”
 ②“이것은 인종차별철폐조약이 우리나라에서 무엇이 인종차별인가, 인종차별의 금지, 철폐에 과하여 재판규범성을 가지는가 아닌가의 논의로는 직접 관련성을 가진 것을 아니기 때문에 동 조약에 재판규범성이 인정된다고 해도 그것으로 결론이 좌우되는 것은 아니다.”고 판시하였다.

3. 일본에서 국제인권조약이 원용된 사인 간 분쟁

일본 헌법 제98조는 “일본국이 체결한 조약 및 확립된 국제법규는 그것을 성실히 준수할 것을 필요로 한다”고 규정한다. 이 규정이 조약에 국내적 효력을 인정하는지 여부에 관하여 서로 다른 견해가 존재하였으나, 현재는 이 규정에 따라 조약이 특별한 입법 없이 국내에서 법으로 효력을 갖는다는 입장이 압도적이다.(성재호 2005, 36) 그러므로 오타루운천사건과 같이 원용된 조약의 규정이 사인에 의한 침해행위의 제거를 요구하고 있는 경우, 조약이 사인 간에 적용될 수 있는가 문제된다.

1) 골프회원가입 거부사건¹⁰⁾

재일 한국인 남성의 골프 정회원 등록을 거부한 것은 “사적 단체로서 골프클럽의 결사의

또는 영구화를 시키는 효과를 가진 정부, 국가 및 지방정책을 면밀히 조사하고 도한 상기 효과를 가진 법규를 개정, 폐기 또는 무효화시키는 효율적인 조치를 취하며, (d) 각 당사국은 어느 인간, 집단 또는 조직에 의한 인종차별을 해당 사정에 따라 입법을 포함한 모든 적절한 수단으로써 금지하고 종결시키며, (e) 각 당사국은 적절한 경우 다종족 통합주의자 단체와 인종간의 장벽을 폐지하는 운동 및 기타 방법을 장려하고 또한 인종분열을 강화할 성향이 있는 어떠한 것도 막아야 한다”고 규정하고 있다. ②“체약국은 상황이 적절한 경우 사회적, 경제적, 문화적 그리고 기타분야에 있어서 특정인종집단 또는 개인의 적절한 발전과 보호를 보증하는 특수하고 구체적인 조치를 취하여 이들에게 완전하고 평등한 인권과 기본적 자유의 향유를 보장하도록 한다. 이와 같은 조치는 어떠한 경우에도 소기의 목적이 달성된 후 별개의 상이한 인종집단에 대한 불평등 또는 별개의 권리를 존속시키는 일을 초래하여서는 안 된다.”고 규정하고 있다.

10) 東京地判 1981(昭56).9.9 判例時報, 1043號, 76頁; 東京地判 1995(平5).3.23 判例タイムズ 874號, 298頁; 東京地判 2001(平13).5.31 東京地判 2001(平13).5.31 判例時報, 1773號, 36頁; 東京高判 2002(平14).3.23 判例時報, 1773號, 34頁.

자유를 제한할 만큼 평등권이 침해되었다고는 할 수 없다”하여 입회를 제한한 결의를 “공공질서에 반하는 사항을 목적으로 한 법률행위는 아니다”고 판시, 사적 단체 입회에 대해 사실상 인종차별이 있어도 사회적으로 허용할 수 있는 한계를 초과하고 있지 않다고 하였다.

2) 한국 국적을 이유로 한 입주거부사건¹¹⁾

재일 한국인이라는 이유로 오사카시내 임대맨션의 입주 거부에 대해 집주인 및 부동산 중개업자와 오사카시를 상대로 위자료 등 550만엔의 손해배상을 청구한 사건이다. 판결이유로는 “국제인권조약의 각 규정이 국내효력을 갖는 법원으로서 기능하는 것은 국가 내지 지방행정기관이 그 취지에 비추어 입법행정상의 조치를 취하도록 요청하는 것에 그치고 사인 상호간에 직접 작용하는 것은 아니다”고 하여 집주인의 차별적 입주거부에 대한 손해배상청구를 헌법 및 국제인권조약의 사인간 적용에 대해서는 인정하지 않고 있다. 다만, “원고가 재일 한국인이라는 것을 주된 이유로 계약을 거부한 것은 합리적인 이유가 없다”고 판시하여 계약의 준비단계에서 신의칙 위반으로 보아 손해배상을 인정하였다(大村敦志 2008, 115)

이 사건의 경우 집주인이 해결금 명목으로 100만엔을 지급하는 것에 동의, 국적에 의한 입주차별을 인정하여 사죄한 최초의 사례이다(李洙任 2009, 314). 집주인은 “이전에 살던 중국인의 매너가 나쁘고, 외국인은 사절한다”고 문제발언을 하였다.

3) 하마마쓰 인종차별사건(보석상점 출입거부)¹²⁾

시즈오카현에 있는 보석가게에서 진열대를 보고 있는 여성이 브라질인이라는 사실을 확인한 가게 주인이 경찰까지 불러 퇴출을 요구한 것에 대해 인종차별행위로서 민법 709조 불법행위에 해당하고 전단을 제시한 행위는 명예훼손 또는 모욕이라는 이유로 손해배상을 청구하였다. 판결은 원고의 청구 전부를 인용하여 150만엔의 손해배상을 인정하였다.¹³⁾ 판결이유로 “인종차별철폐조약이 개인이나 단체의 차별행위에 대해 입법 기타의 조치를 계약국에 요구하고 있다”고 하면서 “조약의 실제규정이 불법행위 요건의 해석기준으로 작용한다”고 판시하였다.

11) 大阪地判 1993(平5).6.18 判例時報, 1468號, 122頁.

12) 静岡地浜松支判 1999(平11).10.12 判例時報, 1718號, 92頁.

13) 이 여성은 포르투갈어 방송 리포터였고, 보석가게 주인이 [외국인의 입점은 굳게 거절합니다라고 쓰여진 긴 종이를 가리키고, 출신지를 묻고, 브라질 출신인 것을 알자 “출입금지”라고 말하였다.

Ⅲ. 오타루 온천 입욕 거부 소송의 특징

위 판결의 특징은 ㉠외국인의 공중목욕탕입욕거부에 대하여 헌법이나 국제조약을 직접적으로 적용하지 않고 또 공중목욕탕법은 이 사건의 문제와 무관하다고 하면서 ㉡인종차별철폐조약의 취지에 비추어 사인간에도 철폐되어야 할 인종차별에 해당한다고 하고, 동시에 ㉢지사의 허가를 받아 경영되는 공중목욕탕이고 …… 공공성을 가진 것이라 할 수 있다고 하여 희망하는 자는 국적·인종을 불문하고 그 이용이 인정되어야 할 것이라고 한 점에 있다.

1. 사인간 분쟁에서 본 사건

(1) 조약의 사인간 적용에 관하여

이 판결의 특징은 사인간의 차별행위에 헌법이나 국제조약이 직접 적용되지 않는다고 하였다. 그럼에도 불구하고 인종차별철폐조약의 취지에 비추어, 공중목욕탕의 공공성을 고려하여 위자료 청구권을 인정하였다. 즉 민법 1조¹⁴⁾, 90조¹⁵⁾, 불법행위에 관한 규정 등의 판단기준의 하나로 조약의 간접적용을 인정하였다(菊地洋 2005, 22~31).¹⁶⁾

일본헌법 제14조 제1항은 공권력과 개인 사이의 관계를 규정한 것이고, 개인 상호간의 관계를 직접 규정하는 것은 아니며, 실질적으로 동 조항을 사인 간에 직접 적용하면 사적 자치의 원칙에서 본래 자유로운 결정이 허용되는 사적인 생활영역을 부당하게 침해하는 결과가 된다. 또 국제 인권규약B규약 및 인종차별철폐조약은 국내법으로서의 효력을 가지더라도 헌법과 마찬가지로 공권력과 사인 사이를 규율하거나 국가의 책임을 규율하는 것이고 사인 상호간의 관계를 직접 규율하는 것은 아니라고 하였다. 그러나 사인의 행위에 의하여 다른 사인의 기본적인 자유나 평등이 구체적으로 침해되거나 또는 그럴 염려가 있고 동시에 그것이 사회적으로 허용될 수 있는 한도를 넘고 있는 경우에는 사적자치에 대한 일반적 제한 규정인 민법 제1조(신의성실의 원칙), 90조(공서조항)나 불법행위에 관한 여러 규정 등을 근거로 사인에 의한 기본적인 자유나 평등의 침해행위를 무효 내지는 위법으로 보아 사인의 이익을 보호해야한다고 판시하고 있다.

14) 일본민법 제1조 제1항(사권은 공공의 복지에 적합하여야 한다) 제2항(권리의 행사 및 의무의 이행은 신의에 좇아 성실히 하여야 한다) 제3항(권리의 남용은 이를 허용하지 아니한다)

15) 공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위는 무효로 한다.(공서양속)

16) 조약을 민법 등 불법행위의 해석기준으로 간접 적용함으로써 조약의 자기집행력과 같은 어려운 문제를 피해갈 수 있었다는 평가도 있음.

헌법의 규정이 사인 간에 적용되는 문제에 대해 판결은 간접적용설을 채택하였지만 피고Y1의 행위를 위법이라고 판단한 근거는 오히려 구체적인 사실을 어떻게 평가하는가에 관련되어 실제 이 사건과 같은 불법행위를 이유로 하는 손해배상청구(위자료청구)의 경우 원고와 피고 쌍방의 사정을 총합적으로 판단하였다.

(2) 공서·공공성에 관하여

공중목욕탕입욕거부는 국제법상 인권규약B규약과 인종차별철폐조약에 위반하고, 불법행위의 위법성의 요건을 충족하므로 피고 Y1은 원고들에 대해 국제인권규약B규약26조, 인종차별철폐조약5조(f), 민법709조, 710조에 의거하여 손해배상책임을 부담한다. 만약 조약이 사인간의 관계에는 직접 적용이 되지 않는다고 할지라도 위 각 조약에서 정한 내용은 일본의 공서로 되어, 이에 반하는 행위는 위법이라고 할 수 있다. 즉 민법 90조 해석으로 헌법·조약의 간접효력을 논하는 경우 인종차별의 금지라고 하는 평등취급의 요청은 공서의 가치체계의 하나로 해석하고 있다.

이 사건에서는 차별을 단순한 개인의 사실행위로 보지 않고, 영업허가와 관련하여 국가가 상당히 개입한 점과 공중목욕탕에 국가에 가까운 공공성¹⁷⁾을 요구하여 인종차별이라는 인권 침해행위를 해서는 안 된다는 이론구성을 하고 있다.¹⁸⁾

(3) 사인간의 권리조정의 수단으로(계약에 있어서 자유와 평등)

표면상으로는 사인간의 권리조정(영업의 자유라고 하는 경제적 자유와 인격권)처럼 보이지만 공중목욕탕을 국가와 같은 입장에서 공권력으로 간주하고 공권력과 사인의 분쟁으로 이론을 구성하고 있다. 즉 사건의 공중목욕탕이 도지사로부터 허가를 받은 공공성을 가진 시설이므로 그 규제수단(일률적인 입욕거부)이 합리성기준을 충족하는지 엄격하게 판단하였다.

어떤 종류의 범주에 속한다는 이유로 계약을 거절당하는 고객의 입장에서 보면 이와 같은 선별·배제는 평등원칙에 위반하는 부당한 차별이라고 할 수 있다. 그러나 사업자에게는 계약체결의 자유 상대방 선택의자유가 있는 것도 고려해야 한다. 여기에서 지금까지

17) “공중목욕탕은 도시사의 허가를 받아 운영되는 공중욕장이므로 공중위생의 유지향상에 이바지 하는 것이고 공공성을 가진다. 이용자는 요금을 부담함으로써 가정 욕실에는 없는 쾌적한 입욕을 하고 청결을 유지할 수 있고 공중욕장인 한 희망하는 자는 국적 인종 불문 이용할 수 있어야 한다”고 하여 법원은 공공성을 인정하고 있다.

18) 피고측으로부터 [공공성에 대한 다른 주장이 있었지만 항소심에서 조약을 공서로 간접적용 한 점에서 인종차별 금지는 가치질서로 되어 있었으므로 인종차별의 시비와 부담하는 공공성의 논의는 직접관계가 없다고 판시하였다.

소개한 판례는 전부 사업자측이 계약의 신청 또는 결사에의 가입신청에 대해 승인여부를 결정할 자유를 가진 것을 전제로 하면서, 사회적으로 허용할 수 있는 한도를 넘고, 고객의 권리·자유를 침해한 경우에는 불법행위가 성립한다고 하고 있다. 이와 같이 자유와 평등의 균형을 취하고 있다. 이것은 “한쪽에서는 사적 자치의 원칙을 존중하면서 다른 쪽에서는 사회적 허용한도를 넘은 침해에 대해 기본적인 자유나 평등의 이익을 보호하고, 그 사이의 적정한 조정을 시도한다”고 하는 대법원의 판례¹⁹⁾를 답습하고 있다.

2. 공적기관에 대한 조약의 적용

조약은 국가가 국제사회에 대해 부담하는 의무이고 헌법 98조를 통해 국내법적 효력을 가지게 되나, 실제로 국내에서 어떠한 권리의무로 구체화 되는지는 국가재량에 속한다.

인종차별철폐조약과 같은 국제조약 규정이 국내의 재판에 직접 적용되기 위해서는 조약이 국내적으로 법적 구속력을 가진 재판규범으로 인정될 필요가 있고 조약 조항의 국내재판에서 직접 적용여부는 당해 규정의 목적, 내용 등에 비추어 개별 구체적으로 판단해야 되고 그것이 추상적 일반적인 원칙 또는 정치적 의무 등 선언에 그치거나, 권리의무 관계를 명확하고 구체적으로 특정하지 않는 때에는 개별사건에서 재판규범으로서 국내적 효력을 갖지 않는다고 해석하고 있다. 특히 이 사건과 같이 부작위(작위의무위반)이 문제되는 경우 작위의무 내용이 명확해야 된다는 것이다. 이러한 구체적인 권리는 입법조치 등으로 정해지는 것이다. 이러한 책무의 주체는 체약국이고 지방공공단체가 이 조약의 조항에 의해 직접 어떤 조치를 취할 의무를 부담하지 않는다.

만약 2조가 직접 적용되어 국가 등의 기관에 인종차별철폐를 해야 할 작위의무를 부과하고 있을지라도 그 실시해야할 내용은 체약국 국내 상황, 사회제도, 법제도 등을 감안하여 선택하고 실시하는 것도 체약국의 재량에 맡겨져 있다고 판단하여 공적기관인 오타루시의 책임을 정치적 책임으로 보았다. 지방공공단체인 오타루시는 헌법, 조약 및 법률로 일정내용의 조례를 제정해야 하는 것이 명확한 경우를 제외하면 국회 입법과 마찬가지로 시민전체에 대한 관계에서 정치적 책임을 부담하는 것에 그치고, 개별시민의 권리에 대응하는 관계에서의 법적의무는 부담하지 않는다고 보았다.

인종차별철폐조약에 의해 개인이 인종차별을 받지 않는 것이 사회적 공서로서 사인간, 공적기관 모두에게 실현되어야할 가치로서 구속할 필요가 있다. 이런 의미에서 침해 당사자뿐만 아니라 그것을 허용한 공적기관인 오타루시를 조약위반으로 국가손해배상을

19) 最大判1973(昭48).12.12, 民集27卷11號, 1536頁

청구한 원고들의 청구는 타당하다고 할 수 있다. 이에 대해 법원은 조례제정의 작위의무를 재량으로 판단했지만 현실에서 차별이 계속되고 있으므로 오타루시가 행한 행정조치는 유효하지 않은 것이다. 따라서 조례제정의무의 유무를 묻지 않고 인종차별해소의무의 이행에 실패한 점에 비추어 조약의 결과의무에서 위법성이 있으면 오타루시의 책임을 인정해야 하지만(棟居快行 2012, 73-74) 판례는 이를 부인하고 있다.

이상과 같이 이 판결의 특징은 첫째, 사적 영역에서 발생한 인종차별을 「공서」로서 해결하면서 공서를 구성하는데 인권조약의 취지에 비추어 사인에게 간접적용한 점, 둘째, 사인간의 권리충돌에 있어서 권리침해행위(인종차별에 의한 인격권침해)에 「사회적 허용의 한도」를 원용하는 동시에 일률입욕거부에 대해 「합리성」 심사를 한 점에서 사인간의 인종차별에 관한 심사의 객관적 수단으로 삼은 점 등이다.

우리사회에서 체류하는 외국인도 일상생활을 영위하는 것에는 차이가 없고 일상생활속의 문제가 드러나는 것은 주로 당사자 간의 관계에 초점을 맞추게 된다. 법적으로는 주로 민법의 일부를 이루는 계약법, 불법행위법의 문제가 중심이 된다.

IV. 판례의 검토

1. 국제인권법²⁰⁾과 국내법의 관계에 대한 논의

1965년 제20회 유엔총회에서 전회일치로 채택되어 1969년 발효된 [모든 형태의 인종차별의 철폐에 관한 국제조약]에 일본은 1995년에 146번째 체결국가로 가입하고, 다음해 1996년 1월 14일로서 국내법적 효력이 생기게 이르렀다. 한국은 대부분의 국제인권조약에 가입한 국가이다.²¹⁾ 조약은 국제법 주체들이 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 체결한 국제법의 규율을 받는 국제적 합의이다. 현재 조약을 체결할 수 있는 국제법 주체로 국가와 국제기구만이 인정된다.(정인섭 2012, 254) 조약의 명칭은 조약(treaty), 협약

20) 국제인권법은 원칙적으로 주권국가들이 합의, 즉 국제조약으로 통상 국제법을 형성한다.

21) 한국은 인종차별철폐협약에 1978년에 가입하였고 1984년에 여성차별철폐협약에 가입 그 밖에 시민적·정치적 권리규약(1990), 경제적·사회적·문화적 권리규약(1990년), 아동권리협약(1991년), 고문방지협약(1995년), 장애인권리협약(2008)이 가입하고 있으며, 이주노동자 권리협약이나 강제실종 협약에는 가입하지 않고 있다. 다만, 가입한 협약 가운데 아동권리협약과 여성차별철폐협약, 장애인권리협약을 제외하고 의정서를 채택하지 않아 협약에 의해 지켜져야 할 세부적인 조항들을 참가하여 의정서에 각국이 비준하고 발효하는 과정을 거치면서 협약의 힘이 강화되는 점을 고려할 때, 실효성의 문제가 남는다.

(convention), 협정(agreement), 의정서(protocol), 헌장(charter), 규약(statute) 등 다양하며 조약을 체결하는 당사자가 조약의 성격과 내용을 고려하여 명칭을 부여한다. 그런데 조약은 명칭이 무엇이든지 국제법적 효력은 동일하다.

(1) 조약의 국내적 효력

조약의 국내법 체계에서의 효력은 오랜 동안 논쟁의 대상이 되어왔다. 논쟁의 핵심은 첫째, 국제법과 국내법은 별개의 법체계를 구성하는가? 또는 하나의 법체계 내의 두 요소인가? 만일 두 법이 별개의 법체계를 구성한다면 국제법은 국내법에 어떻게 반영되는가? 그리고 둘째,

국제법과 국내법의 규정이 충돌하는 경우 어느 법이 우선 적용되는가? 즉 국내 행정부와 사법부는 조약과 국내법이 충돌하는 경우 이들 가운데 어느 규정을 적용할 것인지의 문제이다.

1) 일원론

일원론은 조약을 포함한 국제법과 국내법이 하나의 법체계를 이룬다는 이론이다. 국제법과 국내법의 관계에서 일원론을 택하는 국가에서는 조약이 발효되면 입법 조치 등 별개의 국내적 행위 없이 조약이 국내법의 일부로 수용되어 국내적으로 효력을 가진다. 그런데 일원론을 택하는 헌법체계에서도 조약의 발효만으로 조약의 국내적 효력을 인정하기 보다 입법행위는 아니지만 국가에 의한 일정한 행위 즉 공포를 하는 경우 그 효력을 인정하는 것이 일반적이다.

일원론 국가들은²²⁾ 헌법 규정에 의하여 자동적으로 조약이 국내법 체계에 수용되어 특별한 입법조치를 수반하지 않고 효력을 갖게 되므로 국제법을 적극적으로 수용한다는 특성이 있다. 일원론을 주장하는 학자들은 일반적으로 국제법을 최상위의 법으로 보며, 그 하위에 중앙정부의 법 그리고 그 아래에 지방정부의 법이 존재하며 따라서 국제법이 국내법에 우선하는 것으로 본다. 그러나 국제법이 국내법 보다 우위에 있는지는 각국의 법규 또는 법규 해석에 따라 상이하다. 우리나라는 국내법 우위론이 다수이며, 법이란 국가에 의해 만들어지는 것이므로 국제법은 대외국가법에 불과하다는 입장이다. 또한 조약의 체결권한도 국내 최고법인 헌법에 의해 부여되는 것이므로 국내법이 국제법에

22) 우리나라를 비롯하여 미국, 프랑스, 벨기에, 오스트리아, 네델란드, 일본 등은 일원론을 채택하고, 특별한 국내적 입법조치 없이도 조약을 그대로 국내법체계안에 수용하는 헌법체제를 취하고 있고, 이러한 국가들에서는 수용이론에 의하여 국내적 효력을 가지게 된 조약의 직접적용가능성 내지 가지집행력여부가 문제된다.

우월하다는 입장이다.

일본 헌법 제98조는 “일본국이 체결한 조약 및 확립된 국제법규는 그것을 성실히 준수할 것을 필요로 한다”고 규정한다. 이 규정이 조약에 국내적 효력을 인정하는지 여부에 관하여 서로 다른 견해가 존재하였으나, 현재는 이 규정에 따라 조약이 특별한 입법 없이 국내에서 법으로 효력을 갖는다는 입장이 압도적이다(성재호 2005, 36). 일원론적 방법을 택하는 국가²³⁾의 장점은 이원론 국가에서와 같이 조약에 국내법적 효력을 부여하기 위하여 조약을 체결할 때마다 입법행위 등 별개의 조치를 취할 필요가 없다는 점이다.

2) 이원론

이원론은 조약을 포함한 국제법을 국내법과 상호 독립적인 별개의 법체계로 이해하는 이론이다. 이원론에 의하면 국내법은 국가의 단독 의사에 의하여 정립되고 개인 상호간의 관계 또는 개인과 국가 사이의 관계를 규율하는 반면, 국제법은 여러 국가의 공동의사에 의하여 정립되며 국가 간의 관계를 규율한다. 따라서 국내법과 국제법은 별개의 법질서로서 상대의 영역에 간섭을 하지 않고 따라서 상호 충돌이나 우열의 문제가 발생하지 않는다. 그리고 국내법원은 국내법만을 적용하며 국제법원은 국제법만을 적용하여 판결을 한다(정인섭 2012, 254).

국제법과 국내법의 관계에서 이원론적 체제를 택하고 있는 국가는²⁴⁾ 국제법인 조약을 국내적으로 이행하기 위하여 국제법을 국내법화 하는 변형의 절차를 거친다. 국제법을 국내법으로 변형하는 방법에는 국제법과 동일한 내용의 국내법을 제정하는 방법과 조약을 국내법으로 시행한다는 형식적 법률을 제정하는 방법이 있다.

23) 독일의 경우 조약이 체결되면 국회 외교위원회(Foreign Relations Committee of Parliament)에 통보되어야 하지만 헌법상 조약체결권은 행정부의 권한에 속한다. 이행을 위하여 입법이 필요한 조약 즉 규범을 제정하는 조약 그리고 연방입법에 영향을 미치는 조약 또는 정치적으로 중요한 조약 등 극히 일부의 조약에 한하여 비준에 앞서 법률에 의한 국회의 동의를 요한다. 이 경우에도 국회는 조약을 개정할 수 없으며, 조건을 부과할 수 없고, 유보를 요구할 수 없다. 조약이 국회의 동의를 요하는지는 궁극적으로 헌법재판소가 결정할 문제이지만 국회 외교위원회가 동의가 필요하다고 여기는 경우 동의를 구하는 것이 관례이다. 조약 비준을 승인하는 법률은 조약 발효일에 조약을 독일 국내법의 일부로 만드는 효력을 갖는다. 만일 조약이 기존 법률에 영향을 미치거나 새로운 입법을 요구하는 경우 별개의 법률이 제정된다. 이는 조약이 국내적으로 효력을 가지더라도 후술하는 자기집행성이 없기 때문에 국내적으로 직접 적용을 위하여 후속 조치가 필요하기 때문이다.

24) 영국의 경우 자국이 당사국이 된 조약이 바로 영국법의 일부를 구성하지 않는다. 조약이 국내적으로 효력을 가지기 위해서는 국내적 적용과 집행을 위하여 권한을 부여하는 제정법을 통하여 국내법으로 변형되어야 한다. 특히 사인의 권리 또는 의무에 영향을 주거나 국내법령의 개폐를 요하는 내용을 포함하는 조약의 경우 반드시 변형이 필요하며 그렇지 않은 경우 조약이 국제법상 국가를 구속하여도 영국법원은 국내법상 이를 적용하지 않는다는 입장을 취하고 있다.

헌법재판소를 포함한 대한민국의 사법부는 현재까지도 국제인권법을 국내법과 별개의 체계로 보거나(이원론), 국제인권규범을 국내법 해석의 보충규범으로서 또는 국내입법조치를 수반한 연후에나 적용이 가능한 간접규범으로 보고 있다. 위의 사안과 관련하여 국내에서 쟁점은 주로 첫째, 국제인권법과, 헌법을 포함한 국내법과의 서열문제, 둘째, 국제인권법을 직접적으로 청구원인 법률도 되고 재판규범도 되는가의 문제이다. 학설은 국제인권규범의 국내법 체계에서의 위상에 대해 직접언급은 하고 있지 않지만 국제법과 국내법의 관계에 대해 ①국제인권법 우위론, ②헌법동위론, ③헌법하위 법률상위설, ④ 헌법하위 법률동위설²⁵⁾이라는 4가지 입장으로 나뉘며, 일반적인 국제법과 국내법과의 관계에 대한 논의를 그대로 국제인권법에도 이어오고 있다(한희원 2012, 346).

(2) 국제인권법(조약)의 자기집행성과 직접적용가능성에 대한 논의

앞의 인권소송에서와 같이 국제인권규범이 청구원인 사실을 구성하고 직접 적용법규로 역할 할 수 있는가. 이 논의는 전통적으로 조약의 자기집행성과 직접적용가능성의 문제로 논의되어온 쟁점이다. 그것은 개개인에게 어떤 권리를 부여한 것으로 보이는 조약(국제인권법)이 국내법적인 효력이 있다고 하는 경우에 개개인이 직접 인권조약을 근거로 청구원인 사실을 구성하고 국내법원에 재판을 청구할 수 있는가의 논의이다.²⁶⁾

조약의 직접가능성 논의는 특별한 입법조치 없이 조약 그 자체에 기하여 법원이나 행정기관에 의해 직접 적용될 수 있다는 것을 의미하는 것이지 조약을 근거로 직접 소송을 법원에 제기할 수 있다는 의미는 아니다. 법원의 직접적용가능성에 대한 뚜렷한 태도나 관행은 찾아보기 어렵다(지영환 외 2011, 252).

조약이 헌법상 적법하게 체결되면 별도의 이행입법이라는 변형절차 없이도 국내법으로 편입한다는 일원주의에 입각하고 있다. 조약의 체결과 비준은 대통령이 하지만 국회는 동의권을 가진다. 조약이 국내법으로 편입된다고 하더라도 개인이 그것을 근거로 자신의 권리를 실현하거나 법원이 직접 재판의 준거로 활용할 수 있는 것은 아니다. 이는 조약의 자기집행성에 관한문제로, 조약의 내용이 매우 구체적이라 별도의 조치 없이 국내적으로 직접 적용하는 것이 가능한 경우가 있는 반면 조약을 적용하기 위하여 조약 내용을 구체화하는 입법부 또는 행정부에 의한 국내 조치를 필요로 하는 경우가 있다. 국내적으로 직접

25) 국제인권조약은 주권국가의 법체계에서 헌법 아래에 있는 일반 국내법과 동열의 위상을 가진다는 견해이다. 전통적인 입장으로 통설적 견해라고 할 수 있다. 특히 헌법 제6조 제1항 : “헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있다.

26) 이에 대해서는 ‘그렇지 않다’라는 대답을 위해서 고안된 이론이 독일과 일본을 중심으로 전개되고 있어서 한국에까지 계수된 자기집행성과 직접적용가능성의 문제이다.

적용하기 위한 별도의 조치가 필요하지 않은 것을 ‘자기집행적’(self-executing) 조약이라 하며 별도의 조치를 필요로 하는 것을 ‘비자기집행적’(non-self-executing) 조약이라 한다.²⁷⁾

조약의 적용과 관련하여 또 다른 문제는 조약이 사인에게 법원에서 조약 규정을 주장할 권리를 부여하는지 여부이다. 즉 법원의 사법절차에서 사인이 조약 규정을 원용하여 자신의 권리를 주장하거나 자신을 방어할 수 있는지의 문제이다.

조약이 국내적으로 직접 적용되면 국내법과 같은 효력을 가지므로 사인이 법원에서 조약을 원용할 수 있다는 태도가 있다. 사인이 조약 규정을 원용할 수 없다면 조약 당사국이 국내적으로 이를 이행하지 않고 조약 상대국이 불이행에 대하여 이의를 제기하지 않을 경우 사인은 국가의 부당한 조치로부터 구제를 받을 수 없는 문제가 발생한다. 이와는 반대로 조약은 국가간의 약속으로 조약의 한 당사국은 다른 당사국에 대하여 의무를 부담할 뿐이지 자국민 또는 자국에 거주하는 상대국의 국민에 대하여 의무를 부담하지 않으므로 사인은 조약 규정을 원용할 수 없다는 태도가 있다. 특히 사인이 조약 규정을 원용하는 것을 허용하는 경우 국가의 대외정책이 자국민에 의하여 좌우되는 문제가 발생할 수 있다고 주장한다. 그런데 국내법의 일부인 조약을 사인이 원용할 수 없다는 것은 조약에 국내법적 지위를 부여한 것과 모순된다. 그러므로 자기집행적 조약의 규정은 사인에 의하여 원용될 수 있다고 보아야 한다. 다만, 비자기집행적 조약은 국내적으로 이행하기 위해서 후속 입법 또는 행정부의 후속 조치가 수반되어야 하므로 직접 원용할 수 없다고 보아야 한다.

2. 헌법의 제3자적(사인간의) 효력

헌법의 인권규정의 적용에 대한 학설은 직접적용설과 간접적용설로 대별된다. 직접적용설은 인권규정이 사인간에도 직접 효력이 미치는 것으로 한다. 그러나 직접적용설에 따르면 경우 시민사회의 원칙인 사적자치의 원칙이 침해되어 사인간의 행위가 대폭적으로 헌법에 의해 규율될 염려가 있다. 간접적용설은 헌법상 인권규정을 사인 간에 적용하지 않고 공서양속에 반하는 행위를 무효로 정한 민법규정(일본민법 제90조, 우리민법 제103조)이나 불법행위(우리민법 제705조, 일본민법 제709조)에 대한 손해배상을 정한 규정 등의 사법상 규정을 헌법의 인권규정의 취지에 비추어 해석하고 적용함으로써 간접적으로 사인간의

27) 조약이 자기집행적 조약인지는 조약 당사국의 의사에 따라 결정되며 당사국의 의사는 조약 문언의 해석에 의하여 판단된다. 그리고 조약 당사국의 의사를 판단하는데 당사국 입법부와 행정부의 행위 또는 판단이 추가적으로 고려될 수 있다.

행위를 규율하고자 하는 견해이다(한수용 2012, 404). 간접적용설이 통설이고 판례²⁸⁾도 이 입장을 취하고 있다(杉山嘉尙 外 2011, 69).

포괄적 인권은 외국인에게도 적용되어야 하지만 헌법의 인권을 사인 간에 적용할 수 있는가 하는 문제이다. 민법의 일반규정으로서 신의칙, 권리의 행사와 의무의 이행은 신의에 좇아서 성실하게 이행하여야 한다고 규정된 민법 1조 2항이나 공서양속 공공의 질서와 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위는 무효라고 규정한 민법규정 등을 적용하면서 헌법의 인권규정의 이념을 해석지침으로 하는 것에서 간접적용이 이루어진다는 것이 통설·판례의 입장이다. 그러나 인종차별철폐조약은 사인간의 인종차별에 적용되는 것을 상정한 규정을 두고 있다. 이러한 점에서 인종차별철폐조약을 비준하기 이전의 판례인 1993년 오사카 맨션사건에서 한국인인 것을 이유로 입주거부를 한 것은 민법의 신의칙 위반이라고 하였다. 그러나 조약 비준 후 하미마쓰 보석상 사건²⁹⁾에서는 브라질인의 상점 출입거부를 민법 90조 공서양속 위반이라고 하면서도 동시에 헌법 제14조 법 앞의 평등위반과 함께 인종차별철폐조약위반도 언급하고 있다(近藤敦 2011, 53).

인권은 침해할 수 없는 영구의 권리로 보장되지만 절대적 무제한적으로 보장되는 것은 아니다. 헌법은 인권에 일정한 제한을 가할 것을 규정하고 있는데 일본헌법 12조, 13조, 22조 1항, 29조2항의 “공공의 복지”에 의한 제한을 인정하고 있다.

인권의 제한의 근거로 사용되는 공공복지의 개념은 공공복지의 내용, 각종 기본적 인권의 성질의 차이 등 개별적이고 구체적으로 검토할 필요가 있고 법원의 판단의 기준으로 사용되는 것이 비교형량론과 이중의 기준론이다. 제한하는 것에 의해 가져오게 될 이익과 그것을 제한하지 않는 경우 유지되는 이익을 비교하여 전자의 가치가 높다고 판단되는 경우에는 인권을 제한할 수 있다는 것이 비교형량론이다. 이중의 기준론은 인권에서 가장 중요한 정신적 자유권이 경제적 자유에 비하여 우월적 지위를 차지함으로써 인권을 제한하는 입법의 위헌심사에 있어서는 경제적 자유의 규제입법 보다도 정신적 자유의 규제의 입법에 보다 엄격한 기준으로 심사해야 한다는 것이다.

이 사건의 경우 오타루 공중 목욕탕측은 국가나 지방자치단체와는 달리 영업의 자유를 향유할 사인이므로 입욕거부의 위법성 유무는 원고들의 침해된 이익과 피고가 향유하는 영업의 자유를 구체적으로 비교형량하고, 피고의 행위가 사회적으로 허용된 한계를 초과하는 경우에만 위법이라 판단해야 할 것이다. 원고들이 입욕거부로 침해된 이익의 실체에 비추어 피고의 경제적 자유와 비교형량하면 이 사건이 사회적으로 허용되는 한계를 넘은

28) 日最高裁 大判, 昭和48. 12.12.; 日最高裁 大判, 昭和56.03.02

29) 静岡地浜松支判 1999(平11).10.12 判例時報, 1718號, 92頁; 삿포로 地判 2002.11.11. 判例時報 1806號84頁.

것은 아니라는 주장에 대해, 입육거부로 불합리한 차별을 받은 것은 부정할 수 없다는 것을 판단의 근거로 하고 있다.

V. 나가며

다문화 사회에서 특히 문제가 되는 것은 차별인데, 차별의 실질적이고 위협하고도 중대한 문제는 사적 자치영역에서 발생한다. 앞에서 살펴본 인종차별사건 모두 사적 영역에서 발생한 사건들이다. 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약 2조는 체약국의 인종차별철폐를 위한 행위책임을 규정하고 있다. 그러나 국가나 공공단체의 의무에도 불구하고 각 개별국가들은 자국의 헌법과 법체계의 유지를 위하여 국제인권조약의 적용을 실질적으로 배제하고 있고 국내법원에서 판단기준으로 삼는 것을 매우 조심스러워하고 있는 것은 앞서 살펴본 판례에서 드러난다. 우리헌법 제6조에 의해 국제인권조약은 당연히 국내법과 동일한 효력이 있음에도 불구하고, 국제인권법의 자기집행성과 직접적용 가능성에 대한 논의는 국제인권법의 규범력을 저감하거나 부인하는 효과를 초래하였다는 비판을 면하기 어렵다.

인권조약의 국내 실시의 여부를 판단하는 경우, 대외적으로는 법원이라고 하는 국가기관이 조약을 국내법으로서의 적용함으로써 조약은 준수될 수 있다. 특히 인종차별철폐조약은 내용도 평등에 관련된 자유권규약과 유사한 조약이므로 조약위반의 법률 등을 무효로 하고, 사인간의 분쟁에서도 계약을 공서양속위반으로 무효로 하거나 계약거부행위(사실행위)가 불법행위에 해당한다고 할 수 있다.

인종차별철폐조약에서는 국가 내지 지자체가 적절한 입법 내지 행정조치를 강구하면 본래 사인간의 인종차별현상은 발생하지 않고, 제1차적으로는 입법 및 행정조치에 의한, 적절한 사전적이며 포괄적인 인종차별의 근절이 이루어지는 것이 조약상의 요청이다. 재판상의 개별구제는 어디까지나 입법 행정에 의한 적절한 시책이 이루어지지 않은 것의 반영에 지나지 않으므로 법원이 청구를 일부라도 인용하게 되면 그것은 동시에 입법·행정에 의한 적절한 적극적 작위의무 결여를 인정하는 것이다. 그렇다고 보면 구체적 차별사건의 발생이 국가 및 지자체의 부작위로 인한 것으로 국가배상청구소송을 제기하는 것이 조약의 성격에 합치한다고 할 수 있는데, 이를 위해 조약 비준, 승인으로 국내법질서에 직접 적용하는 조약 우위설 또는 조약 중시의 자세가 필요하다. 내외인 평등원칙에 서서 차별 없이 국내법의 운용, 실무상의 취급, 판례의 확립 등 국제인권조약의 적극적인 적용을 전제로 한 다문화시민사회로 향하여야 할 것이다.

국제인종차별철폐위원회는 조약 제9조에 따라 당사국이 제출한 보고서에 대한 심사를 하였는데, 대한민국의 인종차별범죄가 거의 발생하지 않았고, 인종차별행위에 대한 고소가 적은 상황이 꼭 긍정적인 것만은 아니라고 판단하였다. 이는 인종차별을 금지하는 입법의 부재와 피해자의 보상가능성에 대한 인식이나 자신감의 결여 때문일 수 있다고 최종견해를 밝혔다.

오타루에서 발생한 공중목욕탕 입욕거부사건 판례의 논점을 검토하고, 분쟁해결 또는 차별의 구제수단으로서 적용되는 법의 해석 적용에 대해 살펴보았다. 소송을 통한 차별에 대한 법적구제도 물론 중요하지만 불평등을 둘러싼 분쟁해결의 측면만으로는 충분하지 않다. 더욱 나아가 적극적으로 차별을 금지하는 법의 제정과 제도구축의 측면도 중시해야 할 것이다. 이 점을 국제인종차별철폐위원회는 지적하고 있는 것이다.

● 투고일: 2015. 2. 17. ● 심사일: 2015. 5. 6. ● 게재확정일: 2015. 5. 15.



- 성재호. 2005. “국제조약과 국내법의 관계에 관한 실태적 고찰.” 『국제법평론』 21.
- 정인섭. 2012. 『신 국제법 강의 - 이론과 사례』. 서울: 박영사.
- 지영환 외. 2011. “국제인권조약의 한국적용에 관한 입법적 연구.” 『경희법학』 46(2). 239-269.
- 한수웅. 2012. 『헌법학』. 파주: 법문사.
- 한희원. 2012. 『국제인권법원론』. 서울: 삼영사.
- 杉山嘉尙·杉山辛一. 2011. 『現代法制概説』. 東京: 南窓社.
- 山下晋司. 2011. “一つの世界にともに生きることを學ぶ”. 東京大學アメリカ太平洋研究 12, 44-53.
- 菊地洋. 2005. “人權條約の國內適用における私人の責任と公的機關の責任”. 『成城法學』 74, 22~31.
- 大村敦志. 2008. 『他者とともに生きる』. 東京: 東京大學出版會.
- 近藤敦. 2011. “外國人の權利と法的地位.” 『多文化共生政策へのアプローチ』. 東京: 明石書店
- 李沫任. 2009. “日本における多文化共生の實態.” 『經濟學論集(民際學特集)』 49(1). 303-318.
- 棟居快行. 2012. “人種差別と國家の差別撤廢義務.” 『法律時報』 84(5). 71-75.
- 札幌地判 2002(平14).11.11 法律時報. 1806號, 84.
- 東京地判 1981(昭56).9.9 判例時報. 1043號, 76.
- 東京地判 1995(平5).3.23 判例タイムズ 874號, 298.
- 東京地判 2001(平13).5.31 判例時報. 1773號, 36.
- 東京高判 2002(平14).3.23 判例時報. 1773號, 34.
- 大阪地判 1993(平5).6.18 判例時報. 1468號, 122.
- 日最高裁 大判. 1963(昭48). 12. 12.
- 日最高裁 大判. 1981(昭56). 03. 02
- 静岡地浜松支判 1999(平11). 10. 12 判例時報. 1718號, 92.
- 2014 한국사회인종차별 실태보고대회, 5~6. UN인종차별 특별보고관 방한 대응 시민사회 단체 공동사무국
- 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, ICERD)
- 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Convention on Civil and Political Rights)

Racial discrimination in multicultural society

Lee Jung Hyang
(Catholic University of Daegu)

Today, dubbed as the era of migration or moving world, the borders of nation-states have been blurred by the sharp increase of migration in the Asia-Pacific region and this is also the case in Korea, a racially homogeneous country.

As noted by the United Nations Special Rapporteur on racism, Mutuma Ruteere, who visited Korea last year, our government has enacted a wide-ranging anti-discrimination law, thereby building on the progress made in addressing the issue of discrimination at the institutional level.

However, awareness-raising of foreigners or migrants is not done in a short time, in the meantime, they are vulnerable to racial discrimination at the individual level. There was an incident of racism in Busan in September 2011.

A naturalized marriage migrant woman from Uzbekistan was refused access to a sauna, but this case did not receive a complaint from a victim.

Unlike the Korean case, in 1999, when foreigners living in Japan were refused access to a public bath, they filed a suit against the public bath and Otaru city for racial discrimination. This case was settled in January 2005 by the Supreme Court ruling.

Japan has an experience of colonial rule, causing more diverse migration from foreigners compared to Korea. Although there are regional differences between foreigners staying in Japan and the regionally specific multicultural policy is enacted by the local government, anti-discrimination legislation at the national level has yet to be adopted.

The issue of private acts of racism, that is, racial discrimination has never been addressed in a South Korean court, while discrimination cases were raised by foreigners or naturalized citizens in Japan, leading to compensation for damages.

The compensation for damages or judicial precedents is based on the convention on the elimination of racial discrimination, signed by Japan as well as Korea.

This study aims to examine the interpretation of the law applied to the settlement of disputes or legal relief against discrimination in a multicultural society by explaining the case of a refusal of access to a public bath in Otaru and discussing points of judicial precedents.

〈Key words〉 Racial Discrimination, Multicultural Society, Foreigner, Compensation for Damages, Convention on the Elimination of Racial Discrimination