

인권의 발전과 인권보장의 전개*

이 부 하**

I. 인권사상의 생성과 사상적 배경

1. 인권사상의 생성

인권이라고 하는 것은 신분제도가 해체되고 근대사회가 출현하면서 개인은 인간으로서의 일반적인 권리를 가진다는 사상에 대응하는 법제도의 하나로 성립되었다. 이러한 의미에서 인권은 역사적 산물이다. 근대입헌주의 헌법에 있어서 기본적 인권 사상의 핵심은 인간은 생래적이고 고유하며 불가침적인 권리를 갖고 있다는 것이다. 여기서 생래적인 권리는 국가이전에 자연법에 기초하며, 권력에 의해 박탈되지 않기에, 문자 그대로 기본적 권리(fundamental rights, Grundrechte, droits fondamentaux)라는 개념이다. 이러한 인권의 이념은 근대에 있어서 개인주의의 확립에 따른 사상적 기반을 두고 있으며, 개인이 주체화되어 가는 시민사회의 형성의 현실적인 기반으로 대두되었다. 또한 인권은 자유에 대한 갈구를 통한 정치투쟁에 의하여 비로소 실정헌법에 규범화되었다. 이처럼 인권의 규범화는 그것만으로 인권보장이 자동적으로 달성되지 않는다. 인권의 실현을 위한 적극적인 노력이 필수적이다.

인권은 근대입헌주의의 확립기에서는 신분제 붕괴로 인해 개인이 국가에 대응되는 존재로 등장하면서 개인에게 ‘국가로부터의 자유’를 확보하는 것이었음에 반해, 현대에서는 인권이 국가의 적극적인 역할을 기대하는 사회권을 포함하는 것으로 발전하면서 자유권조차 ‘국가로부터의 자유’를 의미하는 것이 아니라 ‘사회에 있어서 자유’가 문제되었다는 점, 이러한 ‘자유국가’에서 ‘사회국가’로의 변화에 따라 인권체계의 내용도 변화하고 있다는 점에서 인권을 역사적 산물 내지 존재라고 하지 않을 수 없다.

뿐만 아니라 인권보장을 위한 법기술적 방법도 근대입헌주의 하에서는 행정권의 침

* 투고일자 : 2012. 6. 4 심사일자 : 2012. 6. 12 게재확정일자 : 2012. 6. 15

** 영남대학교 법학전문대학원 교수

해에 대해 의회제정법을 통해서 어떻게 보장할 것인가가 문제되었지만 현대에는 의회의 침해에 대해 헌법을 통해서 어떻게 보장할 것인가가 문제되고 있다는 변화를 보이고 있고, 인권을 국제적으로 보장하기 위한 제도들도 등장함으로써, 인권이 역사적 산물로서 고정불변의 관념이 아니라 부단히 변화발전하는 관념임을 알 수 있다.

일반적으로 인권 특히 사상 및 그것의 표현의 자유를 핵심으로 하는 정신적 자유는 근대 입헌주의의 중핵으로서 ‘인류보편의 원리’로서 평가를 받고 있다. 그러나 인권이라는 보편적 가치가 오히려 그러한 이념과 모순되는 지배, 예컨대 사회주의입장에서 노동자의 소외문제가, 제3세계의 입장에서 식민지지배의 문제가 도출되는 것을 감춰주는 역할을 해왔다는 점이 지적되고 있다.

또한 최근에는 인권의 문제가 많이 논의되고 있으나 그것은 남성의 권리에 한정된 것이고 오히려 여성의 권리는 배제되었다는 문제점을 비판하면서 페미니즘과 같이 인권이라는 이름하에 오히려 인권향유를 배제당했던 사람들로부터 비판이 제기되고 있다. 이러한 문제점들에 대한 대답을 할 준비를 하지 않으면 인권을 ‘인류보편의 원리’로 평가하는 것은 아직 시기상조라고 할 수 있다.

오늘날 세계화·국제화·지구촌화(Glocalization)이라는 이름 아래 국제사회에서 인권의 보편성을 어떻게 달성할 것인가가 중요한 과제로 등장하고 있다. 이러한 등장의 배경으로 첫째, 미국과 같은 인권보장이 잘 되어 있다고 인식되고 있는 나라에서 조차 성별, 인종, 빈부의 차에 따른 인권차별이 자행되고 있음을 볼 때 인권의 보편성이라는 원칙을 실현하는 것이 쉽지 않고, 둘째, 그와 같은 원칙을 실현했는가 하는 것을 판단하는 잣대가 서구의 가치를 기준으로 하는 ‘문화제국주의’에 빠지는 것은 아닌가 하는 비판이 제기되고 있기 때문이다.

일반적으로 인권이란 인간이 인간이기 때문에 당연히 갖는 것으로 생각되는 기본적인 권리라고 이해한다. 이러한 인권은 넓은 의미로 사용할 때 시민권(civil rights), 정치권(political rights), 사회권(social right)을 포함하는 것 혹은 프랑스법계에서 이야기하는 제1세대 인권(자유권)에서 제2세대 인권(사회권), 제3세대 인권(연대권 및 환경권이나 평화에의 권리 등 새로운 인권)을 포함하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 인권개념은 계몽주의적 자연법론과 사회계약설 등 근대적인 천부인권사상에 근거를 두고 있다. 이러한 사상을 대표하는 사람이 바로 존 로크(John Locke)이다.

국가성립 이전의 자연상태에서 인간은 누구나 생명·자유·재산을 내용으로 하는 고유한 천부인권을 가지고 있으며 이러한 자연권을 보장하기 위하여 인민상호간에 체결된 계약이 사회계약이라고 보았다. 이를 유지하기 위해서 국가가 필요하다고 보는 권력분립론을 주장하였다. 이러한 근대 계몽주의사상은 후세의 인권선언에 중대한 영향을 주면서 오늘날과 같은 인권체계가 확립되는 이론적 기초가 되었다.

2. 인권의 사상적·역사적 배경

입헌주의와 인권보장의 사상적 연원은 멀리 고대와 중세에서도 찾아볼 수 있다. 그러나 근대적 의미의 인권사상은 중세의 암흑세계에 대항하여 나온 문예부흥과 종교개혁에서 비롯되었다. 즉, 중세사회에 있어서 비합리적인 교권(敎權)의 지배 - 종교의 국가에 대한 무조건적인 우위와 신민에 대한 절대적 지배 - 하에서 개성의 가치에 대한 자각과 교회의 권위에 대한 도전에 의해서 근대사회는 막을 올리게 되었다. 인간의 존엄성을 실현하기 위해 자유와 평등을 권리로서 주장하게 되었는데, 그 과제는 종교적으로는 '신(神)으로부터의 인간의 해방'이었고, 사회적으로는 '봉건적인 신분제도의 타파'이었다.

인권사상의 확립에 결정적인 영향을 미친 것은 '인본주의'(humanism)와 '자연법'(natural law)사상이었다. 로크(Locke)는 인간이란 자연상태에서 무제한의 자유를 누리며, 생명·신체·재산에 대한 생래적인 권리를 가진다고 하여 이른바 '천부인권'사상을 제창하였다. 그런데 자연상태에 있어서는 '만인에 대한 만인의 투쟁'을 유발하고 약육강식의 원칙이 지배하여 궁극적으로는 이와 같은 인권을 누릴 수 없기 때문에 '사회계약' 내지 '국가계약'을 체결하여 정부를 수립하고 이를 보장하도록 하였다. 그런데 정부가 이와 같은 자연권을 침해·박탈하게 되는 때에는 국민들은 이에 '불복종 내지 저항'할 권리를 가지고 있으며, 따라서 그 정부를 전복하고 신정부를 수립할 권리와 책임이 있다고 하였다. 이 사상은 미국 여러 주(州)의 권리장전과 미국독립선언에 결정적인 영향을 미쳤다.

프랑스의 인권선언과 권리장전은 로크(Locke)의 자연법사상과 함께 루소(Rousseau)의 사회계약론과 몽테스키외(Montesquieu)의 권력분립론의 영향을 받았다. 루소(Rousseau)에 있어서 국가는 사회계약(社會契約)에 기초를 두고 있으며, 이에 의해 국가권력은 국민의 '일반의사'(general will)에 따라 행사되고 개인은 이 의사에 복종하여야 한다. 그런데 그에 있어서 개인의 권리는 모두 사회에 양도했기 때문에 자유란 '국가에의 참여에 의한 자유' 즉, 국가에 있어서의 자유(freedom in state)를 의미하였다. 이에 대하여 몽테스키외(Montesquieu)는 권력분립의 원리를 적용함으로써 통치과정 그 자체에서 自由의 관념을 도출하였다. 그는 국가권력에 대한 불신(不信)에서 출발하여 권력의 분산과 상호간의 견제를 통해서만 보장될 수 있다고 보고, 자유를 '국가로부터의 자유'(freedom from state)로 규정하였다.

근대의 시민혁명과 인권선언에 가장 큰 영향을 미친 정치적 이데올로기는 '자유주의'(liberalism)이었다. 시민계급은, 일시적인 시민혁명에 의하든 또는 점진적인 정치투쟁에 의하든 간에, 자유주의의 깃발아래 구체제와 싸워 승리함으로써 주권을 쟁취하고 인권(人權)을 보장받게 되었다. 인권 - 자유와 평등의 제도적 보장 - 은 결코 대가없이

주어진 것이 아니라 이를 억압하는 지배계층과의 투쟁의 결과로써 획득한 것이다. 불합리한 압제로부터 해방되어 인간으로서 기본권을 누릴 수 있었던 것은 그 역사적 조건들이 성숙되었기 때문이었다. 그 결과 근대국가는 이와 같은 인권의 보장을 최고의 국가적 목표로 설정하고 이를 문서화하게 되었다. 비록 그 역사적 성격에 있어서 특수성을 발견할 수 있지만, 오늘날에는 인권보장의 보편성이 강조되고 있다.

II. 각국의 인권보장의 과정

인권사상은 각국의 역사적 조건과 문화적 환경 및 국민들의 헌법의식에 따라 달리 전개되어 오면서 시민계급(또는 제3계급)이 절대군주와의 정치적 투쟁에서 승리함에 따라 근대 입헌국가는 권리장전을 헌법에서 선언·보장하게 되었다.

1. 영국에서의 인권보장

영국에서는 일찍이 1215년의 대헌장(Magna Carta)에서 의회의 동의없는 과세의 금지와 일정한 신체의 자유를 선언하기 시작하였다. 그러나 이것은 군주와 등족간의 약정서로써 기껏해야 등족의 특권을 확인하는 ‘봉건적 자유’(feudal liberties)를 의미하였다. 영국민들의 자유는 이와 같은 대헌장의 해석을 통해서 점진적으로 발전되어 왔고, 특히 Coke의 법의 지배 사상에 의해 인권사상은 성숙되었다.

17세기에 와서 비로소 근대적 입헌주의와 인권보장은 확립되기에 이르렀다. 즉, 1628년의 권리청원(Petition of Rights)은 대헌장에 선언된 등족의 자유를 ‘모든 영국민의 자유’로 확대하기 시작하였고, 1647년의 인민협정(Agreement of the People)은 종교와 양심의 자유, 병역강제로부터의 자유, 법 앞에 평등 등을 추가·보장하였으며, 1679년의 인신보호법(Habeas Corpus Act)은 영장없는 체포·구금의 금지와 구속적부심제도를 채택하여 신체의 자유의 보장을 강화하였다.

1688년의 명예혁명의 결과 채택된 1689년의 권리장전(Bill of Rights)은 영국헌정사에 있어서 인권투쟁의 결산을 의미하는 것으로 일정한 신체의 자유, 정신적 자유와 함께 청원권, (의회 내에서의) 언론의 자유, 국회의원선거권 등이 널리 보장되었으며, 같은 해의 관용법(Toleration Act)¹⁾은 종교의 자유를 폭넓게 인정하였다. 권리장전은 새로운 권리목록을 추가하였다기 보다는 기존의 영국민들의 권리를 재확인하는 성격을

1) 이는 신교(新敎)의 자유를 규정하는 것을 주목적으로 하였기 때문에 흔히 ‘신교(新敎)자유령’이라고 부른다.

가지고 있었다. 이와 같은 인권보장이 사상적으로는 로크(Locke)를 비롯한 자연법 사상에 의해서, 사회적으로는 절대군주에 대한 의회의 승리의 결과로 확립되었다. 이들 권리장전은 후대에게 기본권 보장의 선례를 남겼으며, 미국과 유럽 등 대륙으로 건너가 근대적 인권보장, 즉 권리선언과 권리장전에 결정적인 영향을 미쳤다.

2. 미국에서의 인권보장

영국의 식민지로 있을 당시에는 미국민들은 ‘영국민으로서의 권리’, 즉, 영국민과 같은 자유와 권리를 보장하도록 요구하였으나, 독립전쟁과 함께 자연법사상의 영향을 받아 천부불가양의 자연권인 ‘인간으로서의 권리’를 주장하기 시작하였다. 근대적인 인권 선언은 1776년의 버지니아권리장전과 미국독립선언에서 비롯되었다. 전자(前者)는 자연권으로서 전통적인 신체의 자유, 언론·출판의 자유, 종교·양심의 자유와 함께 새로운 행복추구권, 생명·자유·재산에 관한 권리 및 저항권 등을 규정하고 있었다. 후자(後者)는 구체적인 인권목록을 제시하지는 않았지만, 인간의 평등과 천부인권, 생명·자유·행복추구권과 저항권을 선언하고 있었다. 그러나 이와 같은 인권이 헌법에 의해 보장되기 시작한 것은 1776년의 펜실바니아 헌법을 비롯한 각 주의 헌법이 채택된 때 부터이었다. 각 주(州)헌법은 그 내용에 있어서 다소간에 차이는 있었으나 반드시 권리장전을 채택하였으며, 이는 근대 입헌주의적 헌법의 모형이 되었다.

1787년에 채택된 미국의 연방헌법에는 원래 권리장전이 포함되어 있지 않았다. 이러한 권리장전의 결여가 연방정부에 의한 인권침해의 위험성을 가지고 있으므로 급진파들은 주정부의 인준과정에서 권리장전의 채택을 요구하였다. 그 결과 1791년에 수정 10개조가 권리장전으로 채택되었는데, 종교의 자유, 언론의 자유, 신체의 자유, 특히 적법절차의 보장, 사유재산제의 보장, 주거의 안전 등을 보장하였다. 그 후 남북전쟁(1861-1865년)의 결과로 ① 노예제도의 폐지(수정 제13조), ② 흑백간의 평등 보장(수정 제14조), ③ 흑인에 대한 참정권의 보장(수정 제15조)이 인권목록에 추가되었으며, 1920년에는 여성참정권이 인정되었다(수정 제19조).

미국에 있어서의 권리선언과 인권보장이야말로 헌법상 기본권의 보장 - 인권의 헌법적 수용 - 의 효시를 이루었다. 미국이 이와 같이 권리장전을 채택하게 된 배경을 보면, ① 종교의 자유를 추구해 온 청교도적 전통, ② 시민계급의 자유를 주창해 온 자유주의적 영향과 ③ 로크(Locke)를 위시한 당대의 자연법사상 등이 중요한 영향을 미쳤던 것이다.²⁾ 오늘날에 있어서도 이와 같은 사상은 헌법의 해석·발전에 그대로 적용되고 있다.

2) 미국에서 인권이 잘 보장될 수 있었던 여건들에 관하여는 윤명선, “The Characteristics of American Liberty: Factors of Making Individual Liberties Unique in the World”, 경희대학교 논문집 제19권, 1990, 47-61면 참조.

3. 프랑스에서의 인권보장

1789년의 프랑스혁명을 통해 프랑스는 절대군주제의 구체제(ancien régime)를 붕괴시키고 국민주권의 원리에 입각한 근대국가를 수립하였다. 그 결과로서 나온 ‘인간과 시민의 권리선언’은 자연법사상의 영향과 구체제에 대한 투쟁의 산물을 의미한다. 여기에서 천부인권으로서의 자유와 평등을 전제로 하고 신체의 자유, 재산권의 보장, 종교의 자유, 표현의 자유 등을 자연권의 일환으로 선언하였다. 이 인권선언이 미국의 인권선언과 권리장전의 직접적인 영향을 받았는지 여부에 관하여는 견해가 나뉘고 있지만, 2년 후에 채택된 프랑스 1791년의 헌법에서 그대로 수용되었고 그 후 유럽대륙의 여러 나라에 있어서 권리장전의 ‘원형’이 되었다. 이 후 혁명기의 와중에서 채택된 1793년의 두 헌법에는 집회의 권리, 청원권, 교육에 관한 권리 등이 추가선언되었으나, 1795년의 헌법은 대중집회, 집단적 청원, 무장소요 등의 금지규정을 두어 인권의 한계를 설정하였다.

그런데 나폴레옹의 등장과 함께 민주주의에 대한 반동적 시대가 도래하였다. 1799년의 헌법은 ‘인간과 시민의 권리’에 관한 원칙적 규정을 삭제하였으며, 나폴레옹의 몰락 후 1814년과 1830년에는 흡정헌법이 채택되기에 이르렀다. 그 결과 인권보장의 성격은 변질되어 ‘인간과 시민의 권리’가 아니라 ‘프랑스인의 권리’로 규정되었다.

1848년 2월 혁명의 결과 채택된 제2공화국 헌법에서 기본권의 성격과 내용이 회복되는 한편, 단결의 자유, 교육의 자유 등의 사회권이 보장되기 시작하였다.³⁾ 1875년의 제3공화국 헌법도 인권선언을 당연한 것으로 받아들였고, 1946년의 제4공화국 헌법은 1789년의 인권선언을 재확인하였다. 프랑스에 있어서 권리장전은 곧 프랑스 헌정사를 대변하는 것으로 시행착오의 과정을 거쳐 오늘에 이르고 있다. 1958년의 제5공화국 헌법도 권리장전을 별도로 두지 않고 있으나, 1789년의 인권선언을 프랑스인의 권리장전으로 수용·보장하고 있다.

4. 독일에서의 인권보장

정치적 후진국가이었던 독일은 절대군주정이 계속되어 인권을 헌법에서 수용하는 데에는 오랜 시간이 걸렸으며, 그것도 외세의 영향을 받아 비로소 규정되었다. 즉, 1807년에 나폴레옹의 지배하에서 채택된 베스트팔렌(Westfallen)왕국 헌법이 최초로 평등권

3) 여기에 사회권(社會權)은 사회주의의 영향을 받아 보장된 것이 아니라 프랑스혁명의 한 이념인 ‘박애(博愛)’정신의 산물이었다.

과 종교의 자유 등을 규정하였고, 그 다음해에 제정된 바이어른(Bayern)헌법은 신체의 자유, 신앙의 자유, 재산권의 보장, 표현의 자유 등의 전통적인 기본권을 규정하게 되었다. 그러나 권리장전이 본격적으로 규정된 것은 1849년의 프랑크푸르트(Frankfurt)헌법 - 독일제국헌법 - 으로서 ‘독일국민의 기본권’이라는 장에서 60개 조항에 이르는 상세한 기본권을 포함하고 있었으나, 정치적 이유로 인해 시행되지 못하였다.

정치적 변화기에 채택된 헌법들은 기본권 보장에 소극적인 태도를 보였다. 1850년의 프로이센(Preußen)헌법도 법 앞에 평등, 신체의 자유, 종교와 학문의 자유 등을 규정하였으나, 실제로는 잘 보장되지 아니하였다. 나아가 1871년의 비스마르크(Bismarck)헌법은, 각 주(Land)의 헌법이 인권조항을 두고 있다는 이유에서 기본권에 관한 장을 두지 않고 입법사항과 관련하여 포괄적인 규정을 두고 있었다.

독일에 있어서 헌법이 보장하는 인권의 성격은 어디까지나 국법에 의해 부여되는 ‘독일국민의 기본권’으로 규정되었다. 즉, 인간의 권리가 아닌 국민의 권리이며, 그 내용은 헌법에 열거된 것에 국한되었다. 그리고 법실증주의가 지배하게 됨에 따라 기본권은 자연권과는 이질적인 ‘헌법상의 권리’로 해석되었다. 1919년의 바이마르 헌법에 의해 비로소 자유권이 천부인권으로 규정되기에 이르렀고, 경제적·사회적 약자의 보호를 위한 생존권이 등장하게 되었다. 그리고 나치즘하에서 인권이 유린된 쓰라린 경험 때문에 1949년의 독일기본법은 기본권의 자연권성과 국가의 보호의무를 특히 강조하게 되었다.

Ⅲ. 인권의 특징 및 인권보장의 3대 조건

1. 인권의 특징과 인권과 기본권의 구별

인권의 올바른 이해는 기본권과 기본권의 역사적 뿌리인 인권과의 관계가 분명히 정리되어야만 가능할 것이다. 인권은 시간적인 면에서 영구불변의 효력을 지니나, 기본권의 효력은 시간적으로나 장소적으로 제한되어 있으며, 기본권은 보편적인 효력을 갖는 인권에 이념적 기반을 두지만, 기본권은 헌법에 규정된 국민의 권리라고 정의할 수 있다. 이처럼 형식적 의미의 기본권이 인권과 개념범위가 반드시 일치하지 않는다. 또한 기본권의 효력근거는 실정헌법이고 인권의 효력근거는 학설에 따라 다르지만 사회적 실효성이나 자연법 또는 사회적 도덕규범에서 찾을 수 있다. 따라서 기본권과 인권은 그 적용영역과 효력근거에 차이가 있고 구별되어야 한다.⁴⁾

4) 이부하, “기본적 인권으로서 생명권”, 인권이론과 실천 제1호, 영남대학교 인권교육연구센터, 2007.

인권의 특징으로는 크게 3가지를 들고 있다. 첫째, 인권의 절대성, 둘째, 인권의 보편성, 셋째, 자유권과 사회권의 이분법이다.

첫째, 인권의 절대성이란 인권은 절대적인 가치로서 그 자체가 목적이라는 것이다. 즉, 수단이 아니라 목적이므로 절대적인 가치를 지닌다.

둘째, 인권의 보편성⁵⁾이란 동서고금을 막론하고 초국가적, 초인종적, 초시간적으로 동일한 내용을 담고 있다는 것(보편타당하다는 것)을 의미한다. 또한 인권의 보편성은 만인에 대한 권리보장으로 이해되기도 한다. 이러한 보편성을 지닌 인권 중 국가법 질서에 구체적·현실적으로 편입되어 국민의 권리로서 보장되는 기본적 권리를 ‘기본권’이라 한다. 기본권은 인권의 ‘최소한’(Mindestmaß)으로 명명된다. 이는 보편성을 갖는 인권이 최대한 보장될 수는 없지만, 인권 중에 핵심적이고 필요최소한의 수준 이상은 국가가 기본권으로서 보장해야 한다는 의미이다. 그러나 문제는 보편성을 갖는 인권의 범위가 불명확하다는 데 있다. 또한, 일반적으로 인정하는 인권의 범위를 넘어서서 기본권으로 보장하는 헌법도 있고, 그 반대로 최소한의 인권조차도 실정 헌법상 보장하지 않는 국가도 있다. 여기서 알 수 있듯이 인권과 기본권의 관계는 어느 쪽에 포함될 수 없는 상이성을 지니며, 각 국가의 헌법과 현실에 관련하여 다양하게 이해되고 있다. 그러나 중요한 점은 인권과 기본권은 인권의 실현이라는 공통목적을 지니며 상호영향을 주며 발전하고 있다는 것이다.

셋째, 자유권과 사회권의 이분법이다. 자유권과 사회권으로 이분하여 권리를 구분하고 구체화하는 것을 의미한다. 일반적으로 지칭되는 인권의 3가지 특징은 다음과 같은 점에서 비판될 수 있다. 첫째 인권의 절대성과 관련하여, 인권은 그 자체가 목적이 되는 가치가 아니라 다른 상위의 목적을 위한 수단으로서 기능한다고 보아야 한다. 인권이나 민주주의 등이 그 자체가 목적이 되어서는 안되고 인간은 이러한 수단을 통해 인간다운 삶의 향유나 인간의 존엄을 이루기 위한 것이라 할 수 있다.

둘째, 인권의 보편성과 관련하여, 인권은 이론적이고 이상적인 권리가 아니라, 법적이고 정치적인 문제라는 인식을 가져야 한다. 인권이 도덕이나 이론상의 권리로 존재하는 경우 인권은 실효성이 적은 권리로 남게 된다. 인권이 보편적이고 동서고금을 막론하고 타당하며 동일한 내용을 담고 있으면 이상적이겠지만, 인권은 법적 언어로 규정화되어야 하고, 현실 정치에 의해 인권의 보장이 전제되어야 한다. 따라서 인권의 보편성은 이론적으로 이상적이지만 현실성을 갖기는 힘들다. 또한 인권의 보편성을 인정하기 위해서는 인권이 시간과 공간이라는 변수와 무관하게 동일한 내용과 효력을 지녀야 한다. 그러나 인권법의 역사가 증명하듯이 인권은 동일하며 변하지 않는 내용을 지니는

4, 1면.

5) 인권의 보편성에 관한 철학적 논증으로는 양천수, 인권이론과 실천 제1호, 영남대학교 인권교육연구센터, 2007. 4, 23면 이하 참조.

것이 아니라, 계속적으로 변화하며 그 내용이 확장되고 있다.⁶⁾ 오늘날 현대 사회에서 새롭게 등장하고 있는 문화다원주의(文化多元主義)에 따르면, 각 공동체는 각자 자기만의 문화를 자율적으로 생산한다. 이 문화들은 대부분 서로 상이할 뿐만 아니라, 때로는 서로 충돌하기도 한다. 인권 역시 문화의 한 내용에 속하게 된다. 문화다원주의가 가속화되고 있는 작금에 인권의 보편성은 와해되고 있다. 또한 인권의 내용은 고정된 것이 아니라, 시간과 공간이라는 변수에 의존하여 가변적인 성격을 지닌 것이라 할 수 있다. 즉 인권은 한편으로는 시간에 따라 그 내용이 달라질 수 있고, 다른 한편으로는 공간에 따라 그 내용이 달라질 수 있다.⁷⁾

또한 인권의 특징으로서 보편성은 이념적으로 강조되지만, 현실에서는 인권의 역사적 제약성에 의해 이를 실현하기 어렵다는 점이다. 예를 들면, 미국의 독립선언이나 미국 각주의 권리장전 및 프랑스 인권선언의 제정과정을 보면, 각각의 인권의 내용은 당시의 정치적·경제적·문화적 특징을 반영한 것이지만, 역사적으로 명문화된 규정과 현실은 현저한 격차가 나타난다. 즉, 인권의 「외형과 본질」의 교묘한 구분을 해야 한다. 인권의 외형에서는, 「모든 인간의 평등」을 말하지만, 현실에서는 노예제도가 허용되고 있었다. 프랑스 혁명의 결과를 살펴보다라도 프랑스의 특색을 반영하여 ① 형이상학적 경향(인간사회에 공통의 보편적 원리), ② 개인주의적 경향, ③ 시민계급중심의 경향이 규정되어 있다.

셋째, 자유권과 사회권의 이분법과 관련하여, 이러한 이분법은 국가와 사회가 완전히 단절 내지 분리되는 것을 전제한다는 문제가 있다. 이는 자유권 중심적인 이론체계에서 사회권의 보장을 적절히 또는 충실히 하지 못함을 항변하기 위한 이론구성에 다름이 아니다. 인권을 침해하는 주체로서의 국가를 상정하는 것은 현대의 국가의 역할을 제대로 이해하지 못하는 것이다. 이제 국가는 인권이나 기본권을 침해할 수도 있지만, 역으로 인권이나 기본권을 보장하고 지원해주는 담당자로서 국가가 대두된 지는 이미 오래된 일이다.

2. 인권보장(人權保障)의 3대 조건

인류역사에 비추어, 특히 미국에 있어서, 인권 실현의 조건들을 추상적으로 추출한다면 역사적 조건, 문화적 환경과 국민들의 헌법의식 등으로 집약될 수 있다.⁸⁾

6) 양천수, “다문화적 인권의 가능성”, 법과정책연구 제11집 제2호, 2011. 6, 142면 이하 참조.

7) 양천수, “동아시아 인권레짐의 가능성”, 제8회 동아시아 법철학회 발제문, 2012. 3, 32면 이하 참조.

8) 이와 같은 인권보장의 요인들에 관하여는 윤명선, “미국식 기본권보장의 한 모형,” 미국헌법연구 제8호, 1997. 265-310면; 윤명선, “Human Rights and History (I) : A Model of Securing Constitutional Rights in the U.S.A.”, 경희대학교 논문집, 제18집, 1989, 113-142면; 윤명선, “Human Rights and History (II)”, 경희법학(경희법학연구소), 제24권 제1호, 1989, 135-188면 참조.

1) 역사적 조건

근대사회에 있어서 인권보장은 시민혁명의 산물로써 집약될 수 있다. 즉, 인권은 ‘역사적 조건’(historical condition)에 의해서 생성되며, 그 당시의 정치적 역학관계를 반영하는 것이다. 당시의 시민계급은 계몽주의 사상의 배경하에 자연법 사상과 사회계약 이론을 사상적 무기로 하여 인권의 쟁취를 위한 투쟁을 전개하였다. 로크(Locke)의 신앙고백, 루소(Rousseau)의 사회계약론과 몽테스키외(Montesquieu)의 권력분립론은 미국에 건너가 독립선언, 각 주의 인권선언과 헌법 및 연방헌법에서 구현되었으며, 대륙에서는 프랑스의 인권선언과 헌법에서 개화되었다. 당시에 주장된 인권유형은 종교의 자유, 재산권의 보장, 인권의 평등, 정치적 자유 등으로서 시민계급의 이익을 반영하는 것이었다.

인권의 영역은 개인주의와 자본주의의 배경하에서 민주주의와 템포를 같이 하면서 확대·발전되어 갔다. 그러나 자본주의의 파행적 발전은 새로운 사회계급인 제4계급 - 근로계급 - 의 등장을 초래하였다. 국가와 사회가 ‘예정조화(豫定調和)’의 기틀 위에서 자연발생적으로 균형있게 발전해 갈 것이라는 예언은 빗나가고 말았다. 인간을 추상적으로만 파악하고 형식적 자유와 평등을 요구하던 인간관은 이를 구체적 실존으로 파악하여 실질적 평등과 사회정의의 구현을 새로운 이념으로 채택하기에 이르렀다. 그 결과 바이마르헌법 이래 생존권이 헌법상 기본권의 구조에 편입되게 되었다. 여기에 한 사회의 경제관계가 인권의 전개·발전에 중요한 작용을 하고 있음을 간취할 수 있다.

인권의 역사적·문화적 「상대성」을 강조하는 것은, 인권론에 있어서 어떠한 의미를 가지는가? 이는 인권이 역사적으로 고정적·정지적인 것은 아니고, 역사의 파도 속에서 끊임없이 발전되고 유희화하고 있다는 것이다. 인권의 내용은 미래를 향해 열려 있는 것이다. 그러므로 ‘인권의 인플레이션’이라고 하는 가치하락을 방지하기 위해 역사적·문화적 상대성에 근거하여 인권은 끊임없이 발전하는 것이라는 것을 전제로 인권의 이념에 관해 검토·고찰하는 것이 필요하다.

2) 국민의 헌법의식(憲法意識)

제2차 세계대전 이후 신생국가 - 이스라엘을 제외하고는 - 들은 예외없이 ‘국가의 상징’으로 성문헌법을 채택하고 있으며, 여기에서 기본적 인권을 상세하게 규정하는 것이 유행처럼 되었다. 그러나 각국의 헌정사를 돌이켜 볼 때 인권선언은 결코 문제의 해결이 아니라 ‘문제의 진술’에 불과한 것이다. 성문헌법이나 권리장전에서 기본적 인권을 선언하는 것만으로는 그 실효성을 기대할 수 없으므로 이를 실현하기 위한 제도적 장치가 강구되지 않으면 안 된다. 그리고 인권을 현실적으로 향유하기 위해서는 무엇보다

도 주권자인 국민의 ‘헌법의식’(constitutional consciousness)이 성숙되어 통치과정에 적극적으로 투입·반영되지 않으면 안된다.

통치권이 기본권기속의 원칙을 준수하여야 하지만, 이를 감시하고 통제하는 것은 국민들의 헌법의식인 것이다. 루소(Rousseau)가 간파한 것처럼, 헌법 또는 자유는 국민의 ‘마음’ 속에 살아있지 않으면 안된다. 따라서 국민은 그에 상응하는 만큼의 헌법 밖에 가질 수 없다고 한다. 자의적인 권력행사로부터 개인의 자유와 권리를 수호하기 위한 최후의 보루가 바로 국민들의 헌법의식이다. 즉, 국민들의 ‘헌법에의 의지’가 바로 기본권을 보장하는 원동력인 것이다.

3) 문화적 환경

인권은 문화적 산물로서 그 내용은 문화와 밀접한 관계를 가지고 발전해 가는 것이다. 현대국가에 있어서 인권문제는 새로운 국면에 접어들었다. 모든 국가는 복지국가에의 길을 걷고 있기 때문에 사회정의의 구현과 국민경제의 발전을 위한 정책의 채택으로 국민의 자율권의 범위는 협소하게 되고 고전적인 자유권, 특히 경제적 자유권은 그만큼 제약을 받고 있다. 나아가 위기정부가 예외가 아니라 원칙이 되고 있는 이른바 방위국가에서는 평화적 생존권이란 새로운 인권이 주장되기에 이르렀다. 법치주의에 대한 예외적 상황의 항구화로 인해 인권보장은 제약되고 있다.

오늘날 과학·기술의 발달은 새로운 인권의 필요성을 증대시키고 있다. 즉, 공업화의 부산물인 공해와 환경파괴는 환경권의 중요성을 증대시켰으며, 대기업의 독과점으로 인해 소비자의 보호 필요성이 절실하게 되어 소비자의 권리가 중요시되고 있다. 또한 대중매체와 컴퓨터의 발달에 따른 사생활의 비밀보장과 생명공학의 발달에 의한 인간의 존엄권 등이 새로운 인권목록에 수록되고 있다. 인권은 이론상에 머무르는 것이 아니고 그것이 존립하는 문화적·사회적 환경속에서 형성·발전되는 것이다. 여기에서 인권은 ‘문화적 환경’(cultural environment)에 따라 그 내용과 유형을 달리하고 있음을 알 수 있다.

IV. 인권보장의 현대적 전개

자유주의, 개인주의와 자본주의의 이데올로기하에서 보장되어 온 인권 및 기본권이 20세기에 들어오면서 국가성격의 변화, 전체주의의 경험과 양차 세계대전의 결과로 인하여 인권선언의 국제화를 초래하게 됨으로써 인권보장은 그 구조적 변질을 초래하였다.

1. 인권보장의 사회화와 사회주의적 인권

근대헌법에 있어서 인권보장은 곧 자유권의 보장을 의미하였으며, 그 인권은 ‘국가로부터의 자유’를 실현하는 데 목적이 있었다. 그 경제적 기초인 자본주의는 사유재산제도와 계약의 자유라는 ‘경제적 자유’의 틀 속에서 발전하였다. 그러나 자본주의의 과행적 발전은 빈곤과 실업을 유발하였고 그 자체의 체제로는 스스로 생존의 문제를 해결할 수 없는 근로계급(이른바 제4계급)이 등장하게 되었다. 그리하여 이들의 생존문제를 해결하기 위한 생존권(내지 사회권)이 헌법상 새로운 인권목록으로 보장되기에 이르렀고, 국가의 성격은 ‘사회국가’(Sozialstaat)로서 변질되게 되었다.

일반적으로 1919년의 바이마르 헌법에서 최초로 생존권 내지 사회권이 보장되기 시작하였으며, 제2차 세계대전 이후 모든 헌법은 이와 같은 사회국가의 원리를 강화하고 있다.⁹⁾ 바이마르헌법은 소유권의 절대성을 제한하고 일정한 의무를 부과하면서 그 행사는 공공복리에 적합하도록 하였다(제153조 3항). 또한 근로기회의 배려와 함께 근로자의 단결권과 경영상 발언권을 보장하였으며(제159조·제165조), 보상을 조건으로 하는 사기업의 사회화도 규정하고 있었다(제156조 1항). 이들 규정은 사회정의의 실현을 위해 한편으로는 기본권의 보장형식으로, 또 한편으로는 경제질서의 수정방식으로 ‘헌법공학’의 기술을 사용하였다.

이에 대하여 사회주의 국가에 있어서는 사회혁명을 통해 근로계급의 빵의 문제를 해결하고자 하였다. 1918년의 러시아헌법은 생산수단의 국유화와 국가에 의한 통제경제에 기초를 둔 사회주의 이데올로기를 내걸고 기본권을 선언하였다. 1936년의 스탈린헌법과 1977년의 브레즈네프헌법은 그들의 이론에 따라 합리화시켰다. 그 밖에 공산권 국가들은 초기에는 인민민주주의 헌법을, 다음에는 사회주의 헌법을 표방하면서 기본권의 보장을 표방하고 있다. 그러나 이들은 어디까지나 ‘장식적 헌법’에 불과하며, 인권목록이 현실적으로는 보장되지 않았다.

2. 인권보장(人權保障)의 자연권성(自然權性)과 제도화(制度化)

제2차 세계대전 후 특히 독일, 이태리, 일본 등 전체주의를 경험한 나라에 있어서는 자연법사상이 부활되었다. 독일의 경우를 보면, 1919년의 바이마르헌법하에서 법실증주의의 절대적 영향 때문에 입헌민주주의는 붕괴되고 1인 전체주의적 독재하에서 개인의 기본권은 말살되었다. 그리하여 나치즘의 반인도적 독재에 대한 반성과 전체주의에

9) 허영 교수는 이에 대하여 자유권의 의미와 기능도 생활권적 시각에서 이해하려는 경향이 점점 늘어나게 되었다고 하며, 이를 ‘자유권의 생활권화현상’이라고 말한다(허영, 한국헌법론, 2011, 213면).

의 길을 합리화시켜 준 법실증주의에 대한 비판에 입각하여 패전 후의 독일은 자연법 사상을 재수용하게 되었다. 1946년의 프랑스헌법, 같은 해의 일본헌법과 1948년의 이태리헌법이 인간의 존엄성과 기본권의 불가침을 규정하였다. 특히 1949년의 독일기본법은 “인간의 존엄성은 불가침이다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 책무이다”(제1조 제1항)라고 규정하여 기본권의 자연권성을 명문으로 인정하고 있다.

오늘날 자연법이론을 동원하여 기본권의 보장과 실현을 도모한다고 하더라도 근대국가의 인권사상으로 돌아갈 수는 없다. 자연권이론은 현대헌법에 있어서도 기본권 보장의 이념적 기초 - 그 합리화의 수단 - 를 이루고 있지만, 그 구체적인 내용은 현대적 감각에 알맞게 설정되지 않으면 안 된다. 즉, 실질적 평등의 실현을 위한 사회국가의 원리, 자유와 질서, 권리와 의무, 개체와 전체의 조화를 위한 공존·공영의 원리 등과 조화를 이루어야 한다.

그러나 인권보장은 이론만으로 이루어지는 것은 아니며, 그 보장을 위해서는 제도적 장치가 마련되지 않으면 안 된다. 현대헌법은 인권보장을 위해 선언적 보장, 사회적 보장, 법적 보장 등 다양한 보장방법을 규정하고 있다. 그 중에서도 가장 중요한 제도가 헌법재판제도로써 제2차 세계대전 후의 헌법은, 그 담당기관이 통상법원이든 헌법재판소 내지 헌법평의회(헌법위원회)이든 간에, 이를 채택하여 인권보장을 실현하려고 하고 있다. 또한 인권보장의 최후의 보루는 국민들의 헌법의식이므로 ‘깨어있는 국민’(alert people)이 필수적 조건이며, 최후의 비상수단으로서 저항권이 부여되어 있다.

3. 인권보장의 구체화와 국제화

초기의 인권선언과 권리장전은 그 내용이 추상적이고 그 보장수단도 확립되어 있지 않았다. 그러나 급변하는 사회변화에 적응하기 위해서 인권목록도 구체화·다변화될 것이 요망되었다. 생존권 내지 사회권의 보장은 이러한 요구에 따른 것이며, 자유권의 내용이 상세하게 규정되었을 뿐만 아니라 민주화에 따른 참정권의 확대와 인권보장의 제도화를 위한 청구권의 신장이 이를 반증해 주고 있다. 특히 제2차 세계대전 이후에 채택된 신생국가들의 헌법은 기본권의 목록을 상세하게 규정하고 있다.

제2차 세계대전 후 인권보장의 문제는 한 나라에 국한되는 것이 아니라 인류 공통의 과제라는 인식에서 국제화되는 경향을 보여 주었다. 물론 그 이전에도 기본권에 관한 조약으로 노예매매의 금지, 부녀·아동매매의 금지, 난민보호, 노동자의 지위향상 등에 관한 것이 있었고, 1929년에 국제법학회는 국제인권선언을 가결하기도 하였다. 그러나 인권보장의 국제화가 본격적으로 시작된 것은 1945년의 국제연합헌장을 채택한 때부터 이었다. 1948년의 세계인권선언은, 비록 법적 구속력은 없지만, 전통적인 기본권과 함께 새로운 인권들, 즉 망명자비호청구권, 국제적 평등보장청구권, 정보수집의 자유 등을

상세하게 규정하였다. 이와 같은 인권선언의 실효성을 확보하기 위해 1966년 12월 16일 국제연합 제21차 총회에서 국제인권규약(International Covenant on Human Rights)을 채택하게 되었는데, 이 규약은 ‘경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 규약’(A 규약)과 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 규약’(B 규약)으로 구성되어 있다. 10)11)12)

또한 기본권의 보장을 위한 지역적 협정이 이들과는 별도로 체결되고 있다. 1949년에 유럽공동체이사회(EEC)의 구성과 함께 체결되고 1950년 9월에 발효된 ‘유럽인권규약’은 세계인권선언의 내용을 조약의 형식으로 채택하였고, 그 실효성을 확보하기 위해 인권재판소를 설치한 데 그 특징이 있다. 1961년에는 ‘유럽사회헌장’을 채택하여 사회적 기본권의 보장에도 노력하고 있다. 이와 같은 지역적 협정은 다른 지역으로 확산되었는데, 1969년에 체결된 ‘전미(全美)인권협정’은 이를 모방하고 있다.

4. 정보사회에서 정보인권

현대사회는 과학과 기술, 특히 정보통신기술의 획기적인 발전으로 정보가 지배하는 이른바 ‘정보사회’가 되었다. 인류의 역사는 노동이 지배하던 농경사회에서 자본이 지배하는 산업사회로 발전하였으며, 현재는 자본이 지배하는 산업사회로부터 정보가 지배하는 ‘정보사회’에 이르고 있다. 컴퓨터(Computer)의 개발로 대량의 정보수집·집적·처리·유통 등이 가능하게 됨에 따라 개인정보가 국가기관 뿐만 아니라, 사설정보기관에 의해 모두 입력·관리됨으로써 오웰(Owell)의 ‘1984년’이 현실화되었으며, 새로운 정보는 상품화 내지 생산수단화되어 산업구조의 모형을 변화시키고 있다. 이와 같은 정보통신혁명은 현대적 인권상황에 큰 영향을 미친다. 정보사회가 도래하면 생산과 관리의 효율성 제고, 새로운 상품개발과 소비, 그로 인한 산업구조의 조정과 참여민주주의의 확대 등이 이루어지고 있다. 그러나 이러한 사회적 환경 하에서는 대량실업과 노

10) ‘A규약’은 1976년 1월 3일에, ‘B규약’은 동년 3월 23일에 각기 발효되었다. 우리나라는 1985년 10월 4일에 A규약에는 유보조항 없이 가입하였으며, 1990년 3월에 B규약에는 국내법과 저촉되는 4개항 - 비상사태하의 인권보장, 18세 미만의 사형금지, 피구속자가 사법기관에 신속하게 회부될 권리, 혼인 중 또는 그 해소시의 남녀평등 - 을 유보하고 가입, 동년 7월 11일에 발효되었다.

11) 그 밖에도 국제적 차원의 인권선언들로는 1965년의 ‘모든 형태의 인종차별 배제에 관한 선언’, 1967년의 ‘여성차별철폐에 관한 선언’, 1972년의 ‘인간환경선언’, 1973년의 ‘고문폐지를 위한 국제앰네스티선언’ 등이 있다.

12) 오늘날 국제무대에서는 새로운 유형의 인권으로서 이른바 ‘제3세대 인권론’이 논의되고 있다. UNESCO의 전문가들은 시민적·정치적 권리를 ‘제1세대 인권’이라 하고 경제적·사회적·문화적 권리를 ‘제2세대 인권’이라 하면서 이른바 ‘연대권’(solidarity rights)을 ‘제3세대 인권’이라 부른다. 학자들간에 그 내용에 약간의 차이는 있지만, ① 개발권, ② 평화적 생존권, ③ 환경권, ④ 의 견교환권, ⑤ 서로 다를 수 있는 권리, ⑥ 인류공동환경으로부터 이익을 얻을 권리 등이 이에 포함된다.

동의 비인간화, 정보의 독점과 조작가능성, 사생활의 침해와 사회적 불평등의 심화, 나아가 국제적 종속관계의 등장 등의 폐단이 노출되어 인권문제는 새로운 국면을 맞이하고 있다.

“정보인권”(human rights to information)이란 정보의 유통에 대한 개인의 통제권을 의미한다. 정보사회에 있어서는 국가 또는 사설정보기관이 데이터 베이스(data base)를 구축·운영하게 되는데, 개인정보의 유출로 인해 私生活의 비밀이 침해될 수 있으며, 국가안전보장을 위해 국가기밀의 보호가 요망되고 있다. 인터넷(Internet)이나 사이버 공간(Cyber Space)상에서 이루어지는 정보는 표현의 자유의 신장 못지 않게 그 폐단을 규제할 장치가 요구되고 있다. 국민의 입장에서는 그 정보에의 접근권(이른바 알 권리)이 보장되어야 하며, 또한 정보의 독점과 조작을 방지할 수 있는 제도적 장치가 필요하다. 그 밖에도 사회적 불평등을 시정하는 등 인권차원에서 해결해야 될 과제들이 많은데, 새로운 인권의 패러다임을 요구하고 있다.