

# 인권법의 통합과학적 성격

양 천 수\*

## I. 서론

지난 세기의 80년대 말 우리 사회가 민주화를 경험하고, 이와 더불어 전체 사회가 정치적·경제적인 측면에서 급격한 구조변동을 겪으면서, 우리의 법체계 역시 다양한 방면에서 일종의 구조변동을 경험하였다.<sup>1)</sup> 그 가운데서 ‘권리의 확장 현상’은 우리 법체계가 구조변동을 겪으면서 낳은 현상의 한 예가 될 수 있다.<sup>2)</sup> 사회가 민주화되고 권리에 대한 의식이 신장되면서, 우리 사회는 공적인 영역과 사적인 영역 모두에서 ‘권리의 확장 현상’, 더 나아가 ‘새로운 권리 개념의 형성 현상’을 경험하고 있다. 예를 들어, 지난 1988년 헌법재판소가 출범하면서 공적 영역에서 기본권이 확장·실질화되었고, 사적 영역에서도 ‘조망권’이나 ‘경관권’ 등과 같은 새로운 권리가 등장하기도 하였다.<sup>3)</sup> 이외에도 거론해야만 하는 것으로 ‘인권 개념의 대중화’ 현상을 들 수 있다. 인권 개념은 헌법상 기본권 개념과 얹혀 이미 오래 전부터 강학상 논의되고는 하였다. 그러던 중 우리 사회가 민주화를 겪으면서 인권 개념은 국제인권규범을 통해 우리 사회에서 일종의 사회비판적인 수단으로 주장되기 시작하였다. 교원·공무원에게 근로 3권을 인정할 수 있는가와 같은 문제 등에서 국제인권규범은 강력한 지지논거로 활용되고는 하였다. 그 후 지난 2001년 국가인권위원회법이 제정되고, 이에 근거를 두어 새롭게 국가인권위원회가 출범하면서, 인권 개념은 일종의 시민권을 획득하였다. 나아가 이를 통해 ‘인권법’이라는 새로운 법 영역이 형성되었고, 이는 아직 진행 중이다.

---

\* 영남대학교 법과대학 교수

1) 법문화의 측면에서 이 점을 분석하는 김정오, 『한국의 법문화 - 인식·구조·변화』, 나남출판, 2006.

2) 이와 비슷하게 기본권의 팽창 현상을 지적하는 R. Alexy, Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz, Jan-R. Sieckmann, (Hrsg.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2006, S. 105.

3) ‘경관권’에 관해서는 이상욱·배성호, “경관이익의 법적 보호에 관한 연구 - 일본에서의 학설과 판례를 참조하여 -”, 『비교사법』 제13권 제4호(2006. 12), 403-426쪽.

이렇게 인권 개념이 시민권을 획득하고, 인권법 영역이 등장하면서, 우리 사회는 여러 혜택을 입기도 하였다. 그 동안 사회적 소수자로 취급되었던 여성 등의 권리가 인권을 통해 신장된 것은 좋은 예가 된다. 그러나 이는 동시에 이론적·실천적인 면에서 문제를 낳기도 했다. 먼저 실천적인 면에서 인권이 실질화되고 확장되면서, 점차 일종의 부작용이 등장하기도 한다. 예를 들어, 근로 3권이 제도화되면서 노동조합과 노동운동이 보수화되거나, 여성 인권을 강조하는 투쟁적인 여성주의 때문에 여성과 남성의 관계가 투쟁적인 관계로 일그러지는 현상을 거론할 수 있다.<sup>4)</sup> 나아가 이론적인 측면에서 인권과 인권법은 복잡한 문제를 던진다. 즉 인권법 영역을 체계적으로 어디에 넣을 것인가 하는 문제가 그것이다. 대륙의 판택텐 체계에 바탕을 두어 형성된 기본 삼법 체계에서 볼 때, 과연 인권법을 어디에 포함시킬 것인가 하는 문제는, 해결하기 쉽지 않아 보인다. 왜냐하면, 인권법은 공법과 사법 및 형사법 가운데 어느 한 쪽에 넣기에는 그 외연이 넓고 종합적이기 때문이다. 가령 인권은 지금까지 주로 공법 영역에서 문제가 되었지만, 이제는 사법 영역에서도 인권이 문제가 되고 있다. 뿐만 아니라, 지금까지 우리 법학에서는 헌법상 기본권이 인권의 역할을 수행해 왔다. 우리 헌법은 상당히 포괄적으로 기본권을 규율하고 있어서, 사회에서 발생하는 인권 문제를 대부분 기본권 문제로 해결할 수 있는 상황이다. 그런데 이러한 상황에서 인권을 말하고 논의하게 되면, 과연 인권과 기본권의 관계를 어떻게 이해할 것인가 문제가 된다. 이러한 이론적인 문제는 실천적인 문제도 야기한다. 예컨대, 인권법 영역을 독자적인 전공 영역으로 인정한다고 할 때, 과연 인권법 전공자를 어떻게 양성할 것인지, 어떤 연구자를 인권법 전공자로 취급할 것인지, 과연 어떤 이들을 인권법 교수요원으로 초빙할 것인지 문제가 된다. 이러한 문제는 영국처럼 독자적인 인권법을 실정법으로 갖고 있지 않고, 인권법 전공영역이 아직 확립되지 않은 현 시점에서 더욱 심화된다.<sup>5)</sup>

이 글은 이러한 맥락에서 인권법의 학문적 성격을 규정하려는 시도를 하고자 한다. 이를 통해 장차 우리가 인권법 영역을 어떻게 취급해야 하는지, 인권법 연구자는 어떻게 양성해야 하는지에 대해 한 가지 관점을 제시하고자 한다. 여기서 결론부터 말한다면, 인권법은 통합과학적인 성격을 갖는 일종의 ‘전문법’으로 보아야 한다는 것이다.

## II. 인권의 일반적인 성격

4) 이를 지적하는 이상돈, “여성주의와 형법: 성폭력범죄에 대한 형법정책을 중심으로”, 『인권과 정의』 제 255호(1997. 11), 72-89쪽.

5) 영국의 인권법에 대한 소개로는 윤진수, “영국의 1998년 인권법(Human Rights Act 1998)이 사법관계에 미치는 영향”, 『법학』(서울대) 제43권 제1호(2002. 3), 125-158쪽.

인권의 통합과학적인 성격을 규명하려면, 그 전에 지금까지 인권의 성격으로 일반적으로 논의되었던 부분에 대해 알아볼 필요가 있다.

## 1. 보편성 · 불가침성

가장 먼저 언급할 만한 것으로 인권의 보편성 · 불가침성을 들 수 있다. 인권은 보편적인 성격을 갖는다. 여기서 보편적이라는 말은, 시간과 공간이라는 변수에 상관없이 그 의미내용과 효력이 동일하다는 점을 뜻한다. 그러므로 ‘인권은 보편적’이라는 말은, 인권이 의미하는 규범적인 내용과 효력이 시간과 공간, 역사와 지역에 상관없이 동일하다는 것을 뜻하는 상당히 ‘강한’ 테제라 할 수 있다.<sup>6)</sup> 인권의 보편성은 역사적으로 볼 때 자연법 이론과 결부되어 지금까지 자명한 테제로 인정받고 있다. 이러한 인권의 보편성에 연결되어 인권의 ‘불가침성’이 언급된다. 인권의 불가침성은 그 누구도 인권을 침해할 수 없다는 것을 의미한다. 이러한 인권의 불가침성은 ‘처분불가능성’의 의미도 갖는데, 이에 따르면 주권자 혹은 정당한 입법자라 할지라도 인권은 자의적으로 처분할 수 없다.<sup>7)</sup>

## 2. 국제성

두 번째로 인권의 국제성을 거론할 수 있다. 인권의 전개과정을 보면 알 수 있듯이, 인권이 오늘날처럼 대중성을 획득하게 된 것은, 인류가 제2차 세계대전이라는 엄청난 참상을 겪은 직후부터이다. 널리 알려진 것처럼, 나치 독일은 전쟁 기간 중 유대인과 슬라브인 · 집시 등을 조직적으로 살해하였다. 이에 전쟁 직후 진행된 뉘른베르크 국제전범재판에서는 나치 전범들을 처벌하기 위해 보편적인 범죄로서 ‘반인륜범죄’를 범죄혐의로 인정하기도 하였다.<sup>8)</sup> 이후 새롭게 출범한 국제연합(UN)은 국제연합헌장과 세계인권선언(1948년)을 통해 보편적인 인권의 규범적인 기초를 마련하고, 1966년에는 이를 구체화한 국제인권규약(A규약과 B규약)을 제정하였다(1976년 발효). 이러한 국제적인 노력으로 인권은 점차 대중적인 지지를 얻게 되었고, 이러한 흐름은 우리나라에도 영향을 미쳐, 지난 2001년에 국가인권위원회법이 제정되는 데 기여하기도 하였다.

6) 이에 관한 철학적인 문제로는 양천수, “인권의 보편성에 대한 철학적 논증 가능성”, 『인권이론과 실천』 제1호(2007. 4), 23-35쪽.

7) ‘처분불가능성’에 관해서는 양천수, “법문화와 처분불가능성”, 『중앙법학』 제8집 제3호(2006. 10).

8) 상세한 내용은 양천수, “뉘른베르크 국제전범재판의 역사적 · 법적 문제와 그 의미”, 『軍史』 제60호(2006. 8), 167-197쪽.

### 3. 공법 관련성

마지막으로 인권의 공법 관련성을 언급할 수 있다. 일반적으로 인권은 공익과 밀접한 관련을 맺는 것으로 이해한다. 이에 연결하여 인권법을 일종의 공법으로 파악하기도 한다. 그래서 지금도 인권법은 주로 공법학자들이 담당하는 것으로 인식하곤 한다. 이러한 이해의 근거에는 아마도 인권과 기본권을 같은 맥락에서 접근해온 종전의 접근방식이 한 몫을 하지 않았나 추측해 본다. 많은 견해는 헌법 제10조의 단서, 즉 “국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다”는 규정을 근거로 하여, 기본권을 ‘기본적 인권’, 즉 인권과 같은 의미로 새기곤 하였다. 이러한 이해는 기본권을 자연권으로 파악한 칼 슈미트(C. Schmitt)의 기본권 이론을 통해 이론적으로 뒷받침되기도 했다.<sup>9)</sup> 이러한 근거에서 인권과 인권법을 헌법적인 혹은 헌법과 밀접한 관련을 맺는 공법적인 것으로 파악한 듯싶다.

### 4. 문제점

그러나 이러한 종전의 이해방식에는 문제가 없지 않다. 우선 인권은 보편적이고 불가침적인 성격을 갖는다고 하지만, 인권의 관할영역이 지속적으로 확장되면서 보편성과 불가침성을 무작정 주장할 수 없는 인권도 속속 등장하고 있는 것이 현실이다. 예를 들어, 국제인권규약 A규약이 규정하고 있는 경제·사회·문화적 인권에 대해서는 쉽게 보편성을 인정할 수 있을지 의문이 없지 않다. 왜냐하면, 사회적 인권이나 문화적 인권의 구체적인 보장수준은 그 사회가 속한 경제적·사회적·문화적 수준을 고려해서 결정할 수밖에 없기 때문이다. 또한 인권과 기본권을 같은 것으로 보는 이해에 대해서도 의문이 없지 않다. 기본권 가운데는 대한민국 국적을 가진 국민에게만 인정할 수 있는 권리가 분명 있기 때문이다.<sup>10)</sup> 더 나아가 인권에 대한 종전의 이해방식은 인권이 지니고 있는 다양한 특성을 제대로 반영하지 못하고 있다고 생각한다. 예를 들어, 인권은 공법뿐만 아니라, 사법에서도 점차 의미를 얻고 있고, 전통적인 도덕철학뿐만 아니라, 사회과학과도 관련을 맺는다. 따라서 인권이 지닌 다양성과 복합성을 제대로 파악하려면, 새로운 패러다임 위에서 인권과 인권법에 접근할 필요가 있다. 필자는 이러한 새로운 패러다임으로서 ‘통합과학 구상’과 ‘전문법 구상’을 제안하고자 한다.

9) 슈미트의 기본권 이론은 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1954, S. 165 ff.

10) 이러한 점에서 인권과 기본권을 구별하는 R. Alexy, *Diskurstheorie und Menschenrechte*, in: Ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt/M. 1995, S. 128.

### III. 인권법의 통합과학적 성격

‘통합과학 구상’과 ‘전문법 구상’은 인권법의 복잡성과 다양성을 적절하게 읽어내는 데 도움을 준다. 본래 이 구상은 인권이 아닌 다른 법 영역을 설명하기 위해 제시된 것이다. 예를 들어, ‘통합과학 구상’은 새로운 헌법학 방법론을 기초 짓기 위해 그리고 ‘전문법 구상’은 오늘날 등장하고 있는 새로운 법적 현상을 법사회학적으로 설명하기 위해 내놓은 것이다. 그러나 이러한 구상들은 인권법의 성격을 규명하고 정초하는 데도 유용하게 원용할 수 있다고 생각한다.

#### 1. 통합과학 구상

‘통합과학 구상’은 헌법학자인 정종섭 교수가 기존의 헌법 도그마틱 일변도에서 벗어나고자 새롭게 제시한 헌법학 방법론이다. 정종섭 교수는 1990년에 발표한 논문 “우리 법학의 올바른 자리매김을 위하여 - 헌법학의 통합과학적 연구으로”에서 헌법학을 통합과학으로 볼 필요가 있고, 따라서 통합과학적 연구방법을 동원하여 헌법학에 접근해야 함을 역설한다.<sup>11)</sup> 이러한 정종섭 교수의 시도는 실정법 해석에만 치중한 기존의 헌법 도그마틱에서 벗어나고자 한 시도로서, ‘통합과학’이라는 새로운 헌법학 ‘방법론’을 통해 ‘헌법 도그마틱 중심주의’를 넘어서고자 한다.

헌법학을 통합과학으로 자리매김하기 위한 전제 작업으로 정종섭 교수는 먼저 헌법학 연구의 네 가지 기본자세를 언급한다. “총체적 인식태도”, “경험적 · 과학적 태도”, “실천적 태도” 및 “역사적 태도”가 그것이다.<sup>12)</sup> 그런데 정종섭 교수는 헌법학은 이 네 가지 태도를 모두 담아야 한다고 역설한다. 왜냐하면, 정종섭 교수에 따를 때, 헌법학은 이 모든 태도를 필요로 하는 “통합과학”이기 때문이다.<sup>13)</sup>

정종섭 교수는, 이렇게 헌법학을 통합과학으로 규정하면 헌법학은 다음과 같은 특성을 갖게 된다고 말한다.<sup>14)</sup> 먼저 헌법이론은 현실에 적합해야 한다. 이를 “헌법이론의 현실적합성”이라고 표현하는데, 정종섭 교수에 따르면 헌법이론은 “헌법규범과 사회현실에서 발생하는 헌법문제들을 정확히 인식 · 분석하고, 그 문제해결에 관한 올바른 방향과 처방을 제시”해야 한다. 다음으로 헌

11) 정종섭, “우리 법학의 올바른 자리매김을 위하여 - 헌법학의 통합과학적 연구으로”, 『법과 사회』 제2호(1990. 2), 221-254쪽; 여기서는 정종섭, 『헌법연구(1)』, 철학과 현실사, 1994, 제1장 “통합과학으로서의 헌법학”(11-53쪽)으로 재록된 것을 인용한다.

12) 정종섭, 위의 책(주11), 16-25쪽.

13) 정종섭, 위의 책(주11), 23-24쪽.

14) 정종섭, 위의 책(주11), 25-44쪽.

법연구는 개방적이어야 하고, 더 나아가 헌법이론은 “과학성”을 갖고 있어야 한다. 여기서 “과학성”은 “객관성”과 “잠정성”을 포함하는 개념이라고 한다.<sup>15)</sup> 바로 이러한 이유에서 헌법이론은 “잠정성”도 포함하고 있어야 한다고 말한다. 따라서 “헌법이론도 그 시대, 그 사회의 헌법문제해결에 있어서 설득력을 다하게 되면 소멸할 수밖에 없다”고 한다.<sup>16)</sup> 마지막으로 정종섭 교수는 헌법학이 통합과학으로 작동하기 위해서는, 종전 많은 헌법학연구가 수행한 것처럼, 외국 헌법이론을 무작정 수용하려는 것을 경계해야 한다고 말한다. 외국헌법이론은 단지 탐색적인 의미만을 가질 뿐이라고 한다. 이를 구체적으로 말하면, “통합과학으로서의 헌법학은 가능한 한 많은 이론적 자원들을 활용하므로 외국이론들에 대한 연구와 활용은 기존의 어떠한 경우보다도 더 활발하고 적극적이겠지만 외국의 이론들이나 시각을 우리 문제에 그대로 대입·적용하지 않는”다고 한다.<sup>17)</sup> 이렇게 정종섭 교수에 따르면, 헌법학은 통합과학으로서 “헌법이론의 현실적합성”, “헌법연구의 개방성”, “헌법이론의 과학성”, “헌법이론의 잠정성” 및 “외국헌법이론연구의 탐색성”을 갖추어야 한다.

필자는 이러한 통합과학 구상은 헌법학을 넘어서 인권법에도 적용할 수 있다고 생각한다. 말하자면, 인권법도 현실에 적합해야 하고, 인권법 연구는 개방성을 띠고 있어야 하며, 인권이론은 과학성과 잠정성을 지니고 있어야 한다. 마지막으로 외국 인권이론을 무작정 추종해서는 안 되고, 외국 인권을 참고로 하여 우리의 맥락에 적합한 인권이론을 개발할 수 있어야 한다. 그러면 왜 인권법이 통합과학이 되어야 하는 것일까? 그 이유를 두 가지로 말할 수 있다. 첫째 인권법은 다른 실정법학과는 달리 완결된 인권법 규범을 지니고 있지 않다는 점이다. 물론 국제인권규약이 존재하기는 하지만, 인권 그 자체가 계속해서 새롭게 형성되고 있다는 점에서 국제인권규약이 인권의 전부라 말할 수는 없다. 이 점에서 볼 때, 인권법은 이미 도그마틱의 울타리를 넘어서고 있는 것이다. 둘째 인권법 그 자체는 다양한 요소가 얹혀서 형성된 것이라는 점이다. 인권법은 기본 삼법을 중심으로 한 기존의 법체계에서 나온 것이 아니라, 이러한 법체계들이 분화되고 다시 재통합하면서 등장한 법 영역이다. 바로 이러한 근거에서 인권법은 통합과학의 성격을 띠고, 이 때문에 인권법에 적절하게 접근하려면 통합과학적 방법을 동원해야 할 필요가 있다.

## 2. 전문법 구상

이상돈 교수가 2002년에 발표한 논문 “전문법 - 이성의 지역화된 실천”에서 제시한 ‘전문법

15) 정종섭, 위의 책(주11), 33쪽.

16) 정종섭, 위의 책(주11), 40-41쪽.

17) 정종섭, 위의 책(주11), 43쪽.

구상'은 기존의 기본 삼법 체계를 넘어서는 새로운 법적 형태를 법사회학의 차원에서 설득력 있게 해명하기 위해 제안한 이론적 구상이다.<sup>18)</sup> 이상돈 교수는 오늘날에 이르러 법은 홍수를 이루고 있고, 더 나아가 판택텐 체계에 입각한 기본 육법 체계로 설명하기 어려운 법률들이 등장하고 있다고 지적한다. 이러한 현상은 단순히 법률의 양적 팽창에 그치지 않고, 법적 구조의 질적 변화, 즉 구조적 변화를 낳는다고 한다. 말하자면, 새로운 법적 형태인 “전문법”이 성장하고 있다고 진단한다. 이를 이상돈 교수는 다음과 같이 말한다.

“이렇게 볼 때, 육법의 구조적 변화와 개별법의 팽창은 단지 기존의 판택텐 시스템 내부의 지엽적인 변화가 아니라 그 시스템 자체의 구조적인 변화를 가져오고 있다고 할 수 있다. 여기서 구조적인 변화라 함은 판택텐 시스템의 통일적 ‘구조가 해체’되고, 각 개별법이 지속적으로 기능적으로 (세)분화되어 가는 ‘사회적 하부체계를 조직화하는 전문법으로 독립’되어 나가는 현상을 가리킨다. 이를테면 의료법, 정보통신법, 경제법, 교통법, 환경법, 소년법, 교육법, 언론법 등과 같은 전문법의 성장을 말할 수 있다. 전문법이란 그런 명칭의 단행법률이 있는 것이 아니라 판택텐 시스템의 육법전과 그 특별법 그리고 행정법 형식의 개별법이 동등하게 - 우열관계나 선후관계를 고정적으로 확정함이 없이 - 함께 사안을 규율함으로써 형성된다.”<sup>19)</sup>

여기서 보면 알 수 있듯이, 전문법 구상은 체계이론에서 말하는 사회체계의 분화와 밀접하게 연결된다. 체계이론에 따르면, 각 사회체계는 다양한 하부체계로 세분화·전문화되고, 이를 통해 각 하부체계들이 독자성을 획득하듯이, 법체계 역시 기존의 삼법(혹은 육법) 체계를 넘어서 사회의 분화에 맞게 분화되면서 전문성을 갖는 전문법으로 성장하고 있다는 것이다. 요컨대, 전문법이란 각 법체계가 분화되고 동시에 교차적으로 재통합하면서 형성된 법적 형태라 말할 수 있다.

한편 위 언명에서 볼 수 있듯이, 이상돈 교수는 전문법의 개념에 대해 의미 있는 시사를 한다. 즉 전문법은 전문적인 성격을 갖는 단행 법률만을 지칭하는 것은 아니라는 점이다. 오히려 이상돈 교수에 따르면 전문법은 이중적인 구조를 갖는다. 즉 “판택텐 체계의 기본법전”과 “사안중심적인 규율형식”이 결합함으로써 비로소 전문법이라는 독자적인 법형태가 형성된다는 것이다.<sup>20)</sup> 이 두 상이한 법적 형식은 “해석적 조정”과 “통합적 작용”을 거침으로써, 독자적인 전문법이 성장하고 유지되도록 돕는다고 한다.<sup>21)</sup>

18) 이상돈, “전문법 - 이성의 지역화된 실천”, 『고려법학』 제39호(2002. 11), 113-151쪽; 여기서는 이 논문을 재록하고 있는 이상돈, 『법철학』, 박영사, 2003, 단락번호 [6] “전문법”(200-247쪽)에 따라 인용한다.

19) 이상돈, 위의 책(주18), 205-206쪽.

20) 이상돈, 위의 책(주18), 225-231쪽.

필자는 이러한 전문법 구상을 인권법에도 적용할 수 있다고 생각한다. 왜냐하면, 인권법이야말로 전통적인 공법과 사법 혹은 형사법이라는 영역구분을 넘어서, 각 법 영역이 인권을 중심으로 하여 재통합되면서 형성된 법이기 때문이다. 인권법은 인권이라는 대상을 전문적으로 다루기 위해 등장한 일종의 전문법인 셈이다. 따라서 이제 우리는 인권법을 공법이나 사법 혹은 형사법 중에서 어느 한 쪽에 포함시키려고 애쓸 필요가 없다. 인권을 중심으로 하여 각 영역이 분화되고 교착되면서 성장한 인권법 그 자체를 새로운 전문법 영역으로 승인하면, 이 문제를 쉽게 해결할 수 있기 때문이다.

### 3. 인권법의 통합과학적 성격

위에서 본 것처럼, 우리가 통합과학 구상 또는 전문법 구상에 따라 인권법을 일종의 통합과학적인 성격을 띠는 전문법의 일종으로 파악할 수 있다면, 이 인권법 안에는 구체적으로 어떤 특성들이 통합되어 있는 것일까?

#### (1) 인권법의 철학 의존성

첫째 인권법은 철학에 의존한다. 그 어느 법 개념보다도 인권 개념은 철학, 그 중에서도 도덕철학 이론에 밀접하게 의존한다. 이는 인권의 '보편성'에서 쉽게 찾아볼 수 있다. 위에서 언급한 것처럼, 인권은 보편적이며 침해할 수 없는 성격을 지닌다. 그런데 이러한 인권의 보편성을 근거 짓기 위해, 인권이론은 철학에서 근거를 끌어오고는 했다. 이는 크게 세 가지 유형으로 나눌 수 있다. 즉 인권이론은 인권의 보편성을 논증하기 위해 자연법 이론, 소유권 이론 그리고 정언명령을 원용하였다.<sup>21)</sup> 그런데 이 세 가지 논증방식은 모두 철학에서 나온 것이다. 자연법 이론은 오랜 역사를 지니고 있는 (법)철학 이론이고, 소유권 이론은 로크(J. Locke)의 사회계약론에서 끌어온 것이다. 그리고 정언명령은 칸트(I. Kant)의 도덕철학에서 중심을 이루는 이론이다. 이렇게 인권은 인권이 출발하던 때부터 철학에 많이 의존하고 있었다. 이는 지금도 마찬가지라 할 수 있다. 왜냐하면, 오늘날의 많은 인권이론가들이 여전히 철학에 바탕을 두어 인권이론을 전개하기 때문이다. 예를 들어, 보편적인 자유주의를 복원하고자 했던 미국의 철학자 롤즈(J. Rawls)는 칸트 철학을 재해석하여 자신의 자유주의적 정의론을 근거 짓는다. 그리고 새로운 상호주관성의 틀 위에서 대화이론(Diskurstheorie)을 정립했던 하버마스(J. Habermas)도 자신의 법철학 저서 『사실성과 타당성』 제3장에서 대화이론에 기반을 두어 인권 개념을 새롭게 근거 짓기도 한

21) 이상돈, 위의 책(주18), 229-231쪽.

22) 양천수, 앞의 논문(주6), 24-28쪽.



다.<sup>23)</sup>

## (2) 인권법의 사회과학 의존성

둘째 인권법은 정치학, 사회학 등과 같은 사회과학에 의존한다. 인권의 전개과정을 보면, 인권은 철학에 많이 의존하여 정립되었다. 그러나 오늘날 사회구조가 복잡·다양해지고, 이에 따라 새로운 법적 문제 및 인권 문제가 등장하면서, 전통적인 인권 개념에서 벗어나는 새로운 형태의 인권이 출현하고 있다. 예를 들어, 환경인권이나 정보인권은 과거에는 생각하기 쉽지 않았던 새로운 인권 유형들이다.<sup>24)</sup> 인터넷 공간이 생활화되면서, 인터넷 공간에 자유롭게 참여할 수 있는 인터넷 참여권도 최근 문제가 되고 있는 인권 개념이다. 그런데 이러한 인권들은 사회과학에 밀접하게 의존할 수밖에 없다. 가령 환경인권은 환경법이라는 전문적인 성격을 갖는 법에 의존할 수밖에 없다. 환경인권의 구체적인 '규범영역'(Normbereich)을 확정하려면, 환경법뿐만 아니라 전문적인 사회과학, 더 나아가 자연과학적 지식까지 동원해야 한다. 왜냐하면, 구체적인 환경인권의 내용 및 수준을 결정하려면 환경에 대한 자연과학적 지식 및 법경제학적 지식과 같은 사회과학 지식도 필요하기 때문이다.

인권의 사회과학 의존성은 사회적 인권에서도 찾아볼 수 있다. 사회적 인권의 규범영역을 구체화하려면, 그 전에 사회복지학에 관한 지식을 갖추고 있어야 한다. 가령 아동이나 노인 또는 장애인의 인권수준을 결정하려면, 아동에게 필요한 것이 무엇인지, 노인들은 무엇 때문에 고통을 받고 있는지, 어떤 기준에서 장애 개념을 판단하고, 우리 사회에서 장애 요소로 작용하는 것은 무엇인지 객관적으로 파악할 수 있어야 한다. 이에 대한 지식은 법학과 같은 규범학에서 제공하기보다는, 오히려 사회복지학 같은 사회과학에서 제공한다. 이러한 근거에서 사회적 인권은 사회과학에 의존할 수밖에 없다.

여성인권 역시 인권의 사회과학 의존성을 잘 보여준다. 여성인권은 무엇보다도 여성주의가 성장하면서 이에 많은 영향과 도움을 받았다. 여성주의가 영향력을 행사하면서, 그 만큼 여성인권도 신장될 수 있었던 것이다. 더군다나 여성주의가 무엇을 강조하는가에 따라 여성인권의 구체적인 모습이 결정되거나 또는 새로운 여성인권이 형성되기도 한다. 예를 들어, 맥키닌(K. MacKinnon)과 같은 급진적 여성주의자들이 성범죄 영역에서 여성의 성적 자기결정권을 여성인권으로 파악하고, '성희롱'과 같은 일탈행위를 여성의 인권을 침해하는 범죄로 규정함으로써, 성

23) J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/1992, Kap. III; 하버마스의 인권이론을 소개하는 이상돈·홍성수, "하버마스의 인권이론", 『고려법학』 제42호(2004).

24) 이에 관한 소개로는 김현준, "환경정보에 대한 접근·이용권", 『토지공법연구』 제37집 제2호(2007. 8), 335-358쪽.

과 관련된 여성의 인권이 구체화되거나 새롭게 정착되기도 하였다.<sup>25)</sup>

### (3) 인권법의 공법 관련성

셋째 인권법은 공법과 관련을 맺는다. 이는 전통적인 인권 이해에서도 인정하였던 부분이어서 그리 새롭게 보이지는 않을 것이다. 다만 여기서 강조하고 싶은 것은, 인권을 헌법상 기본권과 같은 것으로 파악해서는 안 된다는 점이다. 비록 역사적인 측면에서 양자는 그 태생을 같이 한다 하더라도, 오늘날 인권과 기본권은 각기 독자성을 획득한 상태이다. 국제인권규범에서는 인권으로 인정한다 하더라도 한 국가나 사회가 처한 문화적 상황 때문에 기본권으로 인정할 수 없는 부분도 있는 반면, 반대로 인권이라 할 수는 없지만 기본권으로 규정한 것도 생각할 수 있다. 전자의 경우로 이슬람 여성의 차도르 착용 문제를 거론할 수 있고, 후자의 경우로 선거권 등과 같은 정치적 기본권을 생각할 수 있다. 특히 전자의 경우 서구 인권의 관점에서 보면 이슬람 여성에게서 흔히 볼 수 있는 차도르 착용은 여성의 인권을 침해하는 것이 될 수도 있지만, 충실한 이슬람 여성의 눈으로 보면 이는 종교적 인권의 한 내용이 될 수도 있다. 기본권 이론의 측면에서도 인권과 기본권은 구별할 필요가 없지 않다. 칼 슈미트처럼 기본권을 자연권으로 파악하면 양자를 같은 것으로 볼 여지가 없지 않지만, 스멘트(R. Smend) 학파처럼 통합이론의 관점에서 기본권을 이해한다면 양자는 분명 이론적으로 성질을 달리하기 때문이다.

### (4) 인권법의 私法 관련성

넷째 인권법은 사법과도 관련을 맺는다. 종전처럼 인권을 公權의 일종으로 파악하면, 인권은 사적 영역 또는 사법과는 무관한 것이 될 수 있다. 그러나 인권은 사법과도 밀접한 관련을 맺는다. 예를 들어, 민법상의 재산관계는 국제인권규약 B규약이 정하는 시민적·정치적 권리의 한 내용인 소유권과 관련을 맺는다. 또한 가족관계는 여성의 인권이나 아동·장애자의 인권과 밀접하게 연결된다. 나아가 근로관계는 국제인권규약 A규약이 정하는 경제적·사회적·문화적 권리의 한 내용인 노동권과 관련된다. 뿐만 아니라, 요즘 회사법 영역에서 문제가 되고 있는 ‘소액주주운동’은 회사의 지배구조를 개선하기 위한 일종의 인권운동으로 해석할 수 있다. 이처럼 인권은 결코 사법과 무관하지 않다. 이를 반영하듯, 오늘날에는 국가에 의해 인권이 침해되는 것보다 私인에 의해 인권이 침해되는 경우가 더 많아진다.<sup>26)</sup> 인터넷 공간에서 흔히 발생하는 개인정보

25) 가령 성희롱으로부터 보호받을 수 있는 여성의 인권 등.

26) 이를 지적하는 K. Günther, Menschenrechte unter Bedingungen fragmentierter Staatlichkeit - Vom vertikalen zum horizontalen Verständnis der Menschenrechte, Vortrag (2006. 9. 27), S. 1-19.

침해나 프라이버시 침해가 대표적인 경우라 할 수 있다.

인권의 사법 관련성은 기본권 이론을 통해서도 어느 정도 근거 지을 수 있다. 왜냐하면, 헌법학에서도 이러한 문제가 등장했었기 때문이다. 전통적인 견해는 기본권을 주관적 공권으로만 이해하고, 오직 대국가적인 권리로만 파악하였다. 그러나 사인에 의해 기본권이 침해되는 경우가 발생하면서, 오늘날 기본권은 공적 관계뿐만 아니라 사적 관계에서도 사법의 일반조항 등을 통해 ‘방사’(Ausstrahlung)된다고 말한다.<sup>27)</sup> 이러한 기본권의 대사인적 효력 논증을 인권이론에도 유추적용할 수 있다면, 우리는 인권의 대사인적 효력을 말할 수 있는 것이다. 그렇다면 인권을 더 이상의 공법의 전유물로 파악하는 것은 그리 타당하지 않다고 말할 수 있다.<sup>28)</sup>

#### (5) 인권법의 형사법 관련성

다섯째 인권법은 형사법과도 밀접한 관련을 맺는다. 인권법이 형사법과 밀접하게 관련을 맺는다는 점은, 이미 인권의 역사를 통해 쉽게 확인할 수 있다. 왜냐하면, 인권은 - 사회계약론이 시사하는 것처럼 - 본래 국가의 권력남용으로부터 시민의 이익을 보장하기 위해 등장한 개념이기 때문이다. 그런데 과거 국가권력은 형벌권을 행사하는 과정에서 남용되는 경우가 대부분이었다. ‘고문’, ‘마녀사냥’ 등으로 대변되는 국가형벌권의 남용으로부터 시민의 자유와 권리를 보호할 필요가 있었다. 그 때문에 특히 형사절차에서 피고인의 인권이 문제가 되었고, ‘고문금지’나 ‘사형폐지’ 등을 통해 피고인의 인권을 보장하고자 하는 노력이 전개되었다. 이러한 상황은 우리나라에서도 마찬가지였다. 물론 21세기로 접어든 오늘날 형사법과 관련된 인권상황은 많이 나아진 편이다.<sup>29)</sup> 그렇지만 피고인의 인권, 더 나아가 요즘 관심을 받고 있는 피해자의 인권은 여전히 인권법 영역에서 그 비중을 잃지 않고 있다.<sup>30)</sup>

#### (6) 인권법의 자기생산성

마지막으로 언급할 수 있는 것으로 인권법의 자기생산성을 들 수 있다. 인권법의 자기생산성이란 인권법의 구체적인 내용이나 새로운 인권 유형 등은 국가가 법률 등을 통해 주도적으로 형성할 수 있는 것이 아니라, 시민사회 속에서, 즉 역동적인 공론영역(Öffentlichkeit) 속에서 자발적

27) 이에 관해서는 C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Tübingen 1984.

28) 물론 인권법을 통합과학으로 규정하면, 이렇게 굳이 인권의 대사인적 논증을 거론할 필요가 없을 것이다. 왜냐하면, 인권법은 私法과도 관련을 맺으며, 따라서 인권은 직접 사법관계에 효력을 미칠 수 있기 때문이다.

29) 한인섭, “형사사법과 인권 분야에서 민주화와 법치화의 추세(1987~2007)”, 『법과 사회』 제32호(2007), 31-65쪽.

30) 피해자 인권에 관해서는 김혜정, “성폭력범죄에 있어서 피해자인권과 가해자인권”, 『인권이론과 실천』 제1호(2007. 4), 47-54쪽.

으로 생산된다는 점을 뜻한다.<sup>31)</sup> 인권법의 자기생산성은 인권법체계가 결코 닫힌 혹은 완결된 체계가 아님을 보여준다. 인권법의 내용은 사회구조가 바뀔으로써, 사회현실이 변화함으로써, 바뀔 수 있는 그 무엇이다. 그것도 국가가 주도할 수 있는 것이 아니라, 시민사회 속에서 각 시민들의 자유롭고 평등한 요청과 참여를 통해 이루어진다. 요컨대, 인권법 구성 메커니즘은 본래 ‘절차적’인 셈이다.<sup>32)</sup> 이러한 이유에서 모든 인권을 법률로써 규율하고자 하는 것은 바람직하지 않을 수 있다. 만약 인권을 법률로써 제도화하면, 오히려 ‘제도화의 패러독스’ 때문에 인권이 본래 지니고 있는 도덕적인 힘이나 사회비판적인 힘이 소진될 수 있다. 따라서 인권에 대한 기본적인 틀이나, 인권이 사회 속에서 형성되는 데 필요한 외적 테두리는 법률 등을 통해 제정할 필요가 있지만, 그 외 인권에 관한 세세한 사항 모두를 법으로써 규율하고자 하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다. 인권법이 지니고 있는 자기생산적인 측면을 고려한다면, 인권법체계 자체는 개방된 구조로 남겨두어야 한다.

#### IV. 인권법 전문가의 양성체계 – 결론을 대신하여

이상으로 인권법이 어떤 측면에서 통합과학적인 성격을 갖는지 살펴보았다. 이러한 인권법의 통합과학적 성격에서 우리는 어떻게 인권법 전문가를 양성해야 하는지에 대해 어느 정도 시사를 받을 수 있다. 결론을 대신하여, 곧 다가오는 법학전문대학원 시대를 맞이하여 어떻게 인권법 전문가를 양성해야 하는지 간단하게 언급해 보고자 한다.

지금까지 살펴본 것처럼, 인권법은 전통적인 기본 삼법 체계를 넘어서는 통합과학적인 성격을 띤다. 그러므로 인권법을 반드시 공법 영역으로 확정할 필요가 없고, 또 그럴 수도 없다고 생각한다. 오히려 인권법은 공법, 사법, 형사법 등 모든 법 영역에 걸치는 법 분과라 할 수 있다. 그러므로 공법 전공자뿐만 아니라, 사법 전공자, 형사법 전공자 및 기초법 전공자, 그 밖에 법학을 전공하지 않은 사회과학 전공자도 인권법 전문가로 성장할 수 있다. 특히 2009년부터 출범하는 법학전문대학원 체제는 이렇게 비법학 전공자가 인권법 전문가로 성장하는 데 제도적인 뒷받침을 할 수 있다. 물론 인권법 그 자체는 통합과학적인 성격을 갖는 전문법의 일종이므로, 조만간 인권법 자체가 독자적인 전공 영역으로 정착될 것이고, 그렇게 되면 인권법 전공자가 인권법 전

31) 이에 관해서는 A. Fischer-Lescano/G. Teubner, *Regime-Kollisionen*, Frankfurt/M. 2006, S. 54-56.

32) 이를 지적하는 양천수, 앞의 글(주6), 31쪽 아래.

문가로 성장하는 데 필요한 제도적인 코스가 마련될 것이다. 그러나 우리 법체계는 기본적으로 대륙에서 성장한 판례법 체계이고, 이러한 기본적인 구조는 앞으로 법학전문대학원이 도입되더라도 유지될 것이다. 따라서 기본 삼법에 기반을 둔 판례법 법학을 어느 정도 익힌 사람이 인권법 전문가가 되는 것이 바람직하다고 생각한다. 그러므로 인권법 전공 그 자체를 제도적으로 확립하여 폐쇄적으로 운영하기보다는, 기본 삼법 체계에 기반을 두면서도 이를 넘어설 수 있는, 이른바 ‘열린전공제’ 형식으로 인권법 전공을 운영하고, 인권법 전문가를 양성하는 것이 바람직하다고 생각한다.