

현행 실정법체계상의 ‘인권’ 개념

- 헌법상의 기본권 개념과의 관계를 중심으로

김 주 영*

논문요지

21세기를 ‘인권의 세기’라고 부를만큼 인권은 현 시대에 있어 중요한 위치를 차지하고 있는 개념이다. 법학 분야에서도 인권에 대한 관심이 높아지고, 그에 따른 연구가 활발하게 진행되면서 ‘인권법’이 독자적인 연구영역으로 등장하게 되었다. 18세기부터 등장한 인권 개념은 1945년 국제연합의 출범 및 1948년의 『세계인권선언』을 비롯한 다수의 인권선언을 통해 본격적으로 논의되기 시작되었다. 우리나라 역시 2001년부터 국가인권위원회가 출범하는 등 다양한 방면에서 인권의 신장을 위한 노력을 기울여 왔으며, 특히 2009년 개원한 법학전문대학원의 상당수가 인권에 대한 특성화를 표방하고 있음을 감안하면 추후 인권법 분야의 연구가 보다 활발해질 것으로 예상해 볼 수 있을 것이다. 그렇지만 인권법이라는 분야는 아직 그 영역이 확정되어 있지 않고 내용도 표준적인 것이 없다 할 수 있다. 이러한 상황 하에서 인권에 관한 논의의 출발점은 인권의 개념을 면밀히 검토하는 것이 될 수 있을 것이다.

본 연구는 이러한 문제의식 하에서 일반적으로 진행되는 인권의 개념에 대한 논의들을 검토하고, 국내 실정법체계 및 주요 국제인권법상 사용된 인권개념을 분석해보았다. 그 결과, 일반적인 논의 속에서 사용되는 인권의 개념은 상당부분 사회적 이념이라는 가치로서 활용되고 있으며, 반드시 법적인 개념으로 사용되는 것은 아니기 때문에 법체계에 적용함에 있어서는 적지 않은 주의를 요한다고 할 것이다. 법적 안정성을 추구하는 법체계에 있어서는 가급적 명확한 개념들을 확보하는 것이 필요하기 때문에, 국내법적 견지에서의 ‘인권’에 대한 논의는 실정법체계가 보장하고 있는 ‘기본권’에 관한 논의로 전환시키는 것이 바람직하다 할 것이다.

검색용 주제어 : 인권, 인권법, 개념, 개념연구, 기본권, 법적 안정성

• 논문접수: 2011. 11. 30 • 심사개시: 2011. 12. 15 • 게재확정: 2011. 12. 22

* 명지대학교 법과대학 조교수(기초법·헌법 전공). 본 논문은 2009년 11월 10일 개최되었던 명지대학교 법학연구소 학술대회 “개인권리의 보호와 법제도의 개선”에서 발표했던 것을 수정·보완한 것이다.

1. 머리말

21세기를 수식하는 다양한 어구 가운데 ‘인권의 세기’가 포함될 만큼,¹⁾ 인권은 현 시대에 있어 중요한 위치를 차지하고 있는 개념이라 할 수 있을 것이다. 이러한 시대적 흐름에 발맞추어 법학분야에 있어서도 ‘인권(human rights)’에 대한 관심이 높아지고 그에 따른 연구가 활발하게 진행되면서 이른 바 ‘인권법’이라 불리는 연구영역이 형성되기에 이르렀다.²⁾

역사적으로 인권이란 개념은 이미 18세기에 분명한 형태로 등장한 것으로 평가되지만, 오늘날의 ‘인권법’의 형성에 직접적으로 연결되는 인권에 관한 본격적인 논의는 제2차 세계대전 이후의 일이라 할 수 있다. 즉 1945년의 국제연합(UN)의 출범에 있어서 그 현장에 회원국에 대해 인권존중의 의무를 일반적 의무의 하나로 규정한 이래, 1948년의 『세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)』³⁾을 비롯한 다수의 인권선언과 국제조약들이 마련되고 또 인권실현을 위한 다양한 국제적 기구들이 설립되어 활동함으로써 국제인권법이라 불릴만한 법제(legal system)가 형성되었고, 이와 병행하여 진행된 개별국가들 차원의 인권에 관한 법제의 마련이 이루어짐으로써, 국내법적으로도 인권법에 관한 연구가 진행되게 되기에 이른 셈이다.⁴⁾ 우리 나라 역시 오랜 기간 민간 인권단체의 활동이 이어지는 가운데, 2001년11월에는 ‘국가인권위원회’가 출범하게 됨으로써⁵⁾ 국제사회가 요구하는 ‘국가인권기구(National Human Rights Institution)’를 갖추는 등 다양한 방면에서 인권신장노력을 기울여 왔다. 게다가 2009년 개원한 법학전문대학원 가운데 상당수가 인권에 관한 특성화를 표방하고 있음을 감안하면,⁶⁾ 추후 인권법에 관한 연구가 보다 활발해질 것으로 예상해 볼 수 있을 것이다.

그렇지만 인권법 연구자가 진솔하게 고백하고 있듯이 “인권법이라는 분야는 아직 그 영역이 확정되어 있지 않고 내용도 표준적인 것이 없다.”⁷⁾ 이러한 상황 하에서 인권에 관한 논

- 1) 예를 들어 김도균, 『권리의 문법 - 도덕적 권리·인권·법적 권리』 (서울: 박영사, 2008), 103면.
- 2) 현재까지 발간된 국내의 인권법 교과서로는 이상돈, 『인권법』 (서울: 세창출판사, 2005); 인권법교재 발간위원회편저, 『인권법』 (서울: 아가넷, 2006); 박찬운, 『인권법』 (파주: 도서출판 한울, 2008); 이준일, 『인권법 - 사회적 이슈와 인권(제3판)』 (서울: 홍문사, 2010) 등이 있다.
- 3) Michael Freeman, *Human Right: An Interdisciplinary Approach*, 김철효 역, 『인권: 이론과 실천』(서울: 아르케, 2005), 18면은 이를 인권법의 시작으로 명시하고 있다.
- 4) 이러한 흐름은 국내 인권법 연구자의 연구서를 통해서도 확인할 수 있을 것인데, 예를 들어 박찬운 교수의 1999년의 저서는 ‘국제인권법(박찬운, 『국제인권법』 (서울: 한울아카데미, 1999))’으로 출간되었으나, 그로부터 9년이 지난 2008년에는 ‘인권법(박찬운, 『인권법』 (파주: 도서출판 한울, 2008))’으로 개정되는 변모를 보인 바 있다.
- 5) 국내 최초의 인권 전담 국가기구라 할 수 있는 국가인권위원회의 출범은 “민주화와 인권 개선을 위한 국민들의 오랜 열망, 정부의 의지 및 국가인권기구 설립에 대한 국제사회의 관심과 더불어 수년간에 걸친 인권단체의 노력 등이 함께 어우러져 이루어낸 결과”로 평가된다. 국가인권위원회 編, 『국가인권위원회법 해설집』 (서울: 국가인권위원회, 2005), 1면. 국가인권위원회의 설립과정 및 현황에 대한 자세한 사항은 같은 책, 3~5면; 이상돈, 앞의 책 195면 이하 참조.
- 6) 2009년 3월 개원한 25개의 법학전문대학원 가운데 서울대학교(국제법무, **공익인권**, 기업금융), 한양대(국제소송법무, 지식·문화산업법무, **공익·소수자인권법무**), 전남대(**공익인권법**), 영남대(**공익·인권**)가 명시적으로 인권에 관한 특성화를 표방하고 있다. 법학전문대학원의 설치경과 및 현황에 대한 자세한 사항은 http://info.leet.or.kr/sub01/sub01_03_02.php (2011-11-30)를 참조.
- 7) 박찬운, 앞의 책, 6면. 박교수는 “인권법이 발전하기 위해서는 빠른 시간 내에 통상의 법률영역처럼 표준적 내용이 제시되어야 한다. 그렇지 않으면 대학에서 교육과정으로 실시되는 인권법 교육의 내일을 보장할 수 없다.”고 하면서 인권법교재의 출간의 당위성을 역설하고 있다(강조는 필자).

의를 이해하기 위한 첫번째 작업 가운데 하나는 역시 인권의 개념을 면밀히 검토하는 작업 일 수 있을 것이다. 철학의 한 분야인 개념분석(conceptual analysis)은 이렇게 개념을 이해하는 것을 목적으로 하고 있다.⁸⁾ 일반적으로 개념분석에 있어서 중요한 것 가운데 하나는 개념에 관한 질문이 단어의 일반적인 의미를 묻는 것이 아니라는 점이라 할 수 있는데, 이는 대부분의 단어에 꼭 한 가지 의미만 있는 것이 아니라는 데 기인한다. 즉 단어 자체가 지닌 고유한 의미가 따로 있는 것이 아니라, 사람들이 그 단어를 어떻게 쓰느냐에 따라 특정한 의미를 가지게 되는 것이기에 우리는 실제로 쓰이고 있고 쓰일 수 있는 단어의 쓰임새를 문제삼는 것이 더 적절하다 할 것이다.⁹⁾ 아울러, 개념적 질문을 다루기 위해서는 지금까지 당연한 것으로 보아 넘겼던 개념들을 진지하게 재검토해야 한다. 우리는 지금까지 단어를 잘못 사용하지는 않았더라도 별 생각없이 사용해 왔다고는 할 수 있는데, 이제부터는 각 단어의 의미를 의식하면서 사용해야 하는 것이다.¹⁰⁾

이러한 문제의식하에 본고에서는 인권의 개념을 검토해보고자 하는데, 이를 위해서 일반적으로 진행되는 인권의 개념논의를 살펴본 후, 국내의 실정법체계 및 주요 국제인권법상 사용된 인권개념을 활용하여 개념분석을 실시해 볼 것이다. 이러한 작업은 비단 인권법분야 뿐만 아니라 헌법분야에도 직접적인 관련을 맺게 되는데, 인권의 개념이 헌법분야에서는 전통적으로 기본권과의 관련 속에서 검토되어 왔기 때문이다.¹¹⁾ 그렇지만 인권법 분야에서의 인권의 개념 못지 않게 헌법분야에서의 기본권 개념 역시 적잖이 막연하게 정의되어 왔기에, 각각의 개념을 면밀히 검토하는 작업은 추후의 체계적인 논의를 위한 기초적인 작업으로서 적지 않은 의미를 가질 것으로 기대한다.¹²⁾

2. ‘인권’ 개념에 관한 일반적 논의

가. 개관: ‘인권’논의의 전개

인권(human rights)은 문명만큼이나 오랜 역사를 지니고 있다고들 한다.¹³⁾ 비록 시대와

8) 그러나 인권이라는 개념을 개념분석방법만으로 다루기에는 어려움이 없지 않다. 개념은 추상적인 것이며 개념분석도 추상적인 학문분야여서 인간이 실제 경험하는 것과는 동떨어져 있는 것처럼 보일 수 있기 때문이다. 따라서 인권의 개념을 분석할 때는, 인권이라는 개념이 다루고자 하는 인간이 실제 경험하는 것이 무엇인가를 동정심을 갖고 이해하려는 노력이 함께 이루어져야 한다. Michael Freeman, 앞의 책, 16~17면.

9) John B. Wilson, *Thinking with Concepts*, 윤희원 역, 『(개념을 잡아라!) 논리내공』(서울: 이제이북스, 2004), 25면.

10) John B. Wilson, 위의 책, 30면.

11) 법과 국가의 목적은 인권의 보장과 실현에 있다. 따라서 모든 법체계의 헌법에는 적어도 인권을 기본권으로 규정해야 한다. 이처럼 인권은 기본권 체계를 구성하는 최소한의 요소다. 그렇기 때문에 적어도 인권이 기본권목록에 포함되어 있지 않는 헌법은 그 정당성을 의심받을 수밖에 없다. 정당한 헌법이라고 주장하는 모든 헌법은 인권을 포함시켜야 한다. 이것은 인권과 기본권이 중첩될 수 있음을 의미한다. 이런 맥락에서 인권에 대한 논의는 헌법상의 기본권에 대한 논의로 진행될 수 있다. 이준일, 앞의 책, 9면.

12) 기본권에 대하여 체계적으로 논의하기 위해서는 기본권의 개념에 대한 명료성이 성립되어야만 하며, 그래야만 그 논의가 의미있는 것이 될 수 있다. 특히 법학분야에서 기본권의 개념을 분명히 하는 것은 인식대상을 명확히 할 뿐만 아니라 보호대상의 범위를 확정하는 것과 관련해서 중요한 의미를 갖는다. 홍성방, 『헌법학(개정5판)』(서울: 현암사, 2008), 223면.

13) 이와 관한 다양한 주장들은 Kirsten Sellas, *The Rise and Rise of Human Rights*, 오승훈 역, 『인권, 그 위선의 역사』(서울: 은행나무, 2003), 9~10면을 참조. 하지만 셀라스는 인권개념이 상당히

역사에 따라 다르지만 지배자와 피지배자의 갈등은 항상 존재했고 그 속에서 지배자에 대한 피지배자의 항거는 자연스럽게 인간의 자유와 권리에 대한 체계적인 사고를 배태시켰다. 따라서 인권의 기원은 우리가 생각하는 것보다 훨씬 긴 역사를 가지고 있다. 적어도 인권의 시원적 발상은 서양의 전유물은 아니었다. 그것은 고대에서부터 동서양에 공히 존재하는 종교적 휴머니즘이라는 것을 통해 발견되었다. 그런 면에서 인권은 아주 오래 전부터 보편성을 띠고 존재했다고 볼 수 있다. 그렇지만 지금과 같은 ‘사람의 권리’라는 개념의 인권 개념은 근대 서구의 산물이지 결코 중세나 그 이전의 고대사회에서 발견될 수 있는 것은 아니라는 것이 일반적 견해이다.¹⁴⁾ 즉 인권 개념의 역사를 놓고 보면 전 세계의 다양한 종교와 철학을 통틀어 하나의 보편적 역사가 존재한다고 주장할 수도 있으나, 개인의 권리 개념에 기초한 인권사상은 그 역사가 그리 길지 않다는 것이다.¹⁵⁾

이러한 인권과 관련한 문제는 전통적인 국제법 이론하에서는 기본적으로 국내문제에 불과했다. 즉 국가가 개인의 인권을 존중할 것인지 아닌지는 그 국가가 결정할 문제이지 국제사회가 간섭할 문제가 아니라는 것이었다. 심지어 제3국이 타국의 인권문제를 간섭하는 것 자체가 그 나라의 주권을 침해하는 것이라고 인정되었다. 그러나 우리가 현재 조명하고자 하는 현대의 국제인권법은 위의 전통적인 인식을 상당 부분 바꾸어 놓았다. 오늘날의 국제인권법은 모든 나라가 자국민의 인권을 존중할 것을 요구하고 만일 이러한 의무를 저버리면 국제사회가 이에 항의할 권리와 의무가 있음을 전제로 하여 발전하였기 때문이다.

이러한 전통적인 주권이론에 입각한 국제법 이론은 제2차 세계대전 전까지 국제사회를 전반적으로 지배했다. 물론 약간의 예외가 없었던 것은 아니나 우리가 오늘날 국제인권법이라고 일컫는 것은 1945년 제2차 세계대전의 종식과 더불어 본격적으로 발전되어 온 것이라고 할 수 있다. 즉 제2차 세계대전 중 나치가 저지른 잔혹한 행위들에 충격을 받은 국제사회는 인권과 기본적 자유의 증진이 새롭게 만들어지는 국제연합의 기본목적 중 하나임을 결의했다. 이에 따라 『국제연합 헌장(Charter of United Nations)』은 회원국에 대해 인권 존중의 의무를 일반적 의무의 하나로 규정하고 이의 증진을 위해 인권위원회(Commission on Human Rights)를 설치했다. 유엔의 창립 이후 인권문제에 대한 국제사회의 관심과 관여는 획기적으로 확장되어 왔고 이는 다수의 국제인권법규범의 성립으로 연결되었다.

즉 1948년의 『세계인권선언』을 필두로, 1948년의 『집단살해 방지 및 처벌에 관한 협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)』, 1952년의 『여성의 정치적 권리에 관한 협약(Convention on Political Rights of Women)』, 1957년의 『피구금자 처우에 관한 최저기준규칙(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners)』, 1965년의 『모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)』, 1966년의 『시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)』과 『경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)』, 1967년의 『난민의 지위에 관한 의정서(Protocol relating to the Status of Refugees)』, 1979년의 『여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약(Convention on the Elimination of

현대적인 것이라는 데 동의하며, 18세기 계몽운동 시대에 등장한 개념임을 강조한다. 같은 책, 12면. 인권의 역사에 관한 논의들은 Christian Tomuschat, *Human Rights: Between Idealism and Realism* (New York: Oxford University Press, 2003), pp. 6~23;

14) 최대권, 『헌법학강의(증보판)』 (서울: 박영사, 2001), 181면.

15) 박찬운, 앞의 책, 40~41면.

All Forms of Discrimination against Women)』, 1984년의 『고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)』, 1989년의 『아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child)』, 1990년의 『이주노동자 및 가족의 권리보호에 관한 국제협약(International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)』 등의 다양한 국제인권규범이 성립하게 된 것이다(우리나라는 이 가운데 대다수의 조약들에 가입을 마쳤지만,¹⁶⁾ 여전히 가입을 유보하고 있는 것들도 없지는 않다).¹⁷⁾

16) 2009년 2월 기준, 우리나라가 가입한 주요 국제인권조약들은 다음과 같다.

협약명	협약채택 (발효)	당사 국수	한국가입 (발효)	북한	미국	일본	중국
시민적·정치적 권리규약 (Int'l Covenant on Civil and Political Rights; B규약)*	66.12.16 (76.3.23)	162	90.4.10 (90.7.10)	가입 (81.9.14)	○	○	○
경제적·사회적·문화적 권리규약 (Int'l Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; A규약)	66.12.16 (76.1.3)	159	90.4.10 (90.7.10)	가입 (81.9.14)	× (서명)	○	○
인종차별철폐협약 (ICERD; Int'l Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)	65.12.21 (69.1.4)	173	78.12.5 (79.1.4)	미가입	○	○	○
여성차별철폐협약 (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)**	79.12.18 (81.9.3)	185	84.12.27 (85.1.26)	가입 (01.2.27)	× (서명)	○	○
고문방지협약 (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)	84.12.10 (87.6.26)	145	95.1.9 (95.2.8)	미가입	○	○	○
아동권리협약 (Convention on the Rights of the Child)***	89.11.20 (90.9.2)	193	91.11.20 (91.12.20)	가입 (90.9.21)	× (서명)	○	○
장애인권리협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities)	07.3.30 (서명식)	.	09.1.10	.	.	서명	서명

<출처: 국가인권위원회홈페이지자료실: “우리나라의 국제인권조약 가입 현황”의 일부 수정

http://www.humanrights.go.kr/02_sub/body04.jsp?NT_ID=53&flag=VIEW&SEQ_ID=591666&page=1 (2011-11-30)>

* 단 동 규약의 제22조(결사의 자유)는 유보한 채 가입(유보사유: 공무원 노동3권(단체행동권)의 인정).

** 동 조약의 제16조 제1항(g)(가족성)의 조항은 유보한 채 가입(유보사유: 민법상의 父姓主義).

*** 동 조약의 제21조(a) (입양의 허가제), 제40.2(b)(5) (상소권 보장) 은 유보한 채 가입(유보사유: 당사자 합의 및 호적법에 따른 입양신고, 비상계엄하에서의 군사재판의 단심제 유지). ※ 본래 동 조약의 제9조 제3항(면접교섭권) 역시 유보되어 있었지만, 2008년 10월 유보조치가 철회된 바 있다.

17) 주요 국제인권조약가운데 우리나라가 가입하고 있지 않은 조약들은 다음과 같다.

협약명	미비준 사유
이주노동자권리협약 (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families)	송출국 중심의 가입, 국내법령 개정 선행
시민적·정치적권리규약 제2선택의정서(사형제) (ICCPR-OP2)	국내 합의 없음
고문방지협약 선택의정서 (OP-CAT)	법무부 검토 중
장애인권리협약 선택의정서 (CPD-OP)	추가 검토요
ILO 핵심협약 - 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약(87호)	- 기업단위 복수노조허용 유예 - 해고자(실업자)의 단결권 인정 - 필수공익사업 직원중재제도 - 노조전임자 임금 지급
인신매매의정서 (Palermo Protocol)	모협약인 초국가범죄협약 미가입
단결권 및 단체교섭권 원칙의 적용에 관한 협약(98호)	- 제3자 지원 신고제도
강제근로에 관한 협약(29호)	- 공익근무요원제도(순수한 의미의 군사적 성격의 근로로 보기 어렵고, 노무제공의 자발성 등 논란) - 채소자 근로 중 위탁 작업 및 통근 작업의 협약기준 위배 여부
강제근로의 폐지에 관한 협약(105호)	- 정치범 및 파업 참가자에 대한 강제노역이 포함되는 형사처벌
UNESCO 교육에 있어서 차별금지 협약	불법체류 외국인자녀 중등교육, 소규모 학교운영, 고등학교선택권 등 미충족

<출처: 국가인권위원회홈페이지자료실: “우리나라의 국제인권조약 가입 현황”의 일부 수정

http://www.humanrights.go.kr/02_sub/body04.jsp?NT_ID=53&flag=VIEW&SEQ_ID=591666&page=1 (2011-11-30)>

아울러 1993년 이후에는 다수의 인권 관련 국제회의 개최되어 인권에 대한 논의의 깊이를 더한 바 있으며, 특히 1998년의 국제형사재판소의 설립에 관한 로마규정의 채택은 유엔 설립 이후 최대의 국제법적 사건이라고 평가되기까지 하는데, 동 재판소는 2002년 7월 1일 마침내 역사적인 출범을 했다. 뿐만 아니라 유엔은 2006년 인권위원회를 인권이사회(Human Rights Council)로 격상시킴으로써 인권시스템의 일대 전환을 시도하게 되었다.

유엔이 위와 같이 적극적으로 인권문제에 관심을 가질 수 있었던 것은 지역적인 레벨에서 인권시스템이 작동하기 시작한 것과 무관하지 않다. 1953년에 발효되기 시작한 유럽인권협약(European Convention on Human Rights), 1978년부터 시작된 미주인권위원회(Inter-American Commission on Human Rights), 1986년부터 시작된 아프리카인권헌장(African Charter on Human and Peoples' Rights)이 바로 그것이다.

규범영역 이외의 실제적인 차원에서 1950년대 말부터 인권문제는 이미 국제사회의 주요한 과제가 되었지만 국제정치적으로 그 진정한 중요성을 인정받기 시작한 것은 최근의 일이라고 할 수 있다. 1960년대 이전만 하더라도 인권문제는 유엔에서 정기적으로 논의되기는 했지만 이에 관심을 보인 나라는 극히 소수에 불과했다. 유엔에서 적극적으로 인권문제가 논의되기 시작한 것은 1960년대 초 아프리카를 비롯한 소위 비동맹권 국가들이 유엔의 회원국으로 대거 입성한 것에서 비롯되었다. 이 나라들은 인종차별과 같은 인권문제에 깊은 관심을 보였으며 특히 아랍국가들은 팔레스타인 문제에 초점을 맞추어 1967년 이후에는 유엔에 특별한 인권 이슈를 제공했다. 아울러 1970년대 초부터 시작된 미국의회 내에서의 인권에 대한 관심과 카터 행정부의 인권정책(국제인권문제가 미국의 외교정책의 핵심이라는 것)은 미국과 전 세계에 인권에 대한 관심을 더욱 끌어올렸다. 더욱이 국제인권운동은 1977년 양심수(prisoners of conscience)에 대한 인권운동을 국제적으로 인정하여 국제사면위원회(Amnesty International)가 노벨평화상을 수상하고, 1980년에 또 다시 아르헨티나의 인권운동가 에스키벨이 노벨평화상을 수상함으로써 국제사회의 이목이 집중되는 계기가 되기도 하였다.¹⁸⁾

이러한 상황에서 인권개념에 대한 연구의 진행과정을 검토해 보면 다음과 같다. 일반적으로 인권 개념은 규범적 철학, 법학 그리고 사회과학이 만나는 영역에 놓여 있는 것으로 평가된다.¹⁹⁾ 즉, 인권을 이해하기 위해서는 철학과 과학이 기여하는 바와 그것의 한계를 같이 이해하여야 한다는 것이다.²⁰⁾ 그렇지만 지금까지 인권에 대한 학문적 연구는 주로 법률가들이 해왔다. 이는 아마도 인권개념이 국내법 및 국제법을 통해 발전해왔기 때문일 것인데, 그 결과 인권담론은 점차 기술적이고 법률적으로 되어 갔으며, 기술전문가인 법률가들이 이 분야를 지배하게 되었다. 법률은 인권의 '객관적' 기준을 규정하여 인권개념이 도덕적 논란에 빠지지 않게 마치 '보호'하는 것처럼 보인다. 하지만 실제로는 꼭 그렇다고만은 볼

이러한 상황은 국제인권법규범에서 보장하는 인권들의 국내적 적용에 관한 논의를 더욱 복잡하게 만들 우려가 없지 않다. 이에 관한 보다 자세한 논의는 장영수, "국제인권규약의 국내법적 의의와 효력," 『법학논집(고려대학교 법학연구원)』, 제34집 (1998)을 참조.

18) 국제인권법은 다른 분야에 비하여 그 생성이 최근에 이루어진 것이어서 여전히 그 내용과 절차가 아직도 미성숙의 상태에 있어, 많은 규범들이 부정확하고 때로는 중복되기도 하며 제도와 절차는 꾸준히 생성 중에 있지만, 그럼에도 불구하고 국제인권법의 기본개념은 국제법과 그 실재에 있어 굳건히 뿌리를 내려가고 있으며 인권에 대한 관심과 노력은 앞으로 국제사회에서 더욱 큰 관심사가 될 것이라고 한다. 이상의 내용은 박찬운, 주 2)의 책, 47~50면을 기초로 하고 있다.

19) 인권이론에 대한 다양한 학문적 접근방식에 대한 개관은 조효제, 『인권의 문법』 (서울: 후마니타스, 2007), 45~47면 참조.

20) Michael Freeman, 앞의 책, 138~139면.

수 없는데, 그 이유는 인권기준이 무엇을 의미하는지, 그리고 그것을 어떻게 적용하는지에 대해서는 정치적 논란의 여지가 상당히 많기 때문이다. 국제인권법은 각국의 정부가 모여 만든 것인데, 정부는 정치적 동기에 따라 움직이기 마련이고, 결국 정부가 국제인권법을 얼마나 이행하느냐는 정치적인 요인에 영향을 받을 수 밖에 없다. 한편 인권법의 제정 및 그 이행여부의 감시, 정부의 인권행태 개선을 위한 캠페인 등에 있어서 NGO들의 역할이 더 중요해지고 있다. NGO 역시 법적 기준에 기대어 활동하고 있는 것은 사실이지만, 이들도 결국 정치적 행위자이기 마련이며, 그 뿐만 아니라 인권상황이 극적으로 변화하는 것 역시 궁극적으로는 정치적 사건을 통해 발생한다. 그렇지만 국제정치학에서는 인권과 같은 윤리 문제보다는 국익과 국력에만 관심을 갖는 현실주의 이론이 지배적이었다. 몇몇 예외를 제외하고는 국제정치학에서 다루는 인권 연구의 대부분은, 경험에 체계적인 기반을 두지 않은 국제법과 국가권력이라는 ‘현실’만을 전제로 인권을 무시하는 국제관계학 사이에만 머물러 있었다.²¹⁾

이러한 노력들 속에서 인권에 대한 입장들은 다양하게 나뉘지게 되었다. 우선 인권운동에서 보편주의(universalism)를 믿는 사람들은 법 앞에서의 평등, 신체의 자유, 언론의 자유, 종교 및 집회결사의 자유와 같은 권리는 나라와 문화의 차이를 막론하고 똑같이 보장되어야 한다고 주장한다. 이에 반해 문화적 상대주의(cultural relativism)를 옹호하는 사람들은 문화의 다양성과 차이를 중시하면서 무엇이 옳고 그른지는 그것이 처해 있는 문화적 배경에 따라 달라질 수 있으므로, 위의 권리들도 그러한 상이한 배경에 따라 달라질 수 있다고 한다. 상대주의를 더욱 중시하는 사람들은 어떠한 문화도 자신의 문화를 다른 문화권 속에 있는 사람들에게 강요할 수 없다고 주장하기도 한다. 이 정도가 되면 보편적 관점에서의 인권운동과 상대주의는 결정적으로 배치되게 된다.²²⁾ 전반적으로 볼 때 유엔이 창설된 이후의 국제인권운동은 보편주의에 입각하여 전개되어왔다고 보는 것이 좋을 것이다. 즉, 이들이 표현하고 있는 인권은 지역과 인종, 종교, 정치적·문화적 배경과 관계없이 보편적으로 적용될 것을 전제로 하고 있다. 상대주의자들 중에는 위와 같은 인권장전이 소위 정치적 이데올로기로서 자유주의(liberalism), 종교적으로는 기독교로 대표되는 서구의 문화적 제국주의(cultural imperialism)의 표현에 다름 아니라고 비판하기도 한다. 이들 중에는 인권을 보편성이라는 이름으로 요구하는 것은 문화의 다양성을 파괴하고 나아가 현대 세계를 또 다른 형태의 획일화로 나아가게 할 것이라고 경고한다. 이러한 보편주의와 상대

21) 이렇듯 사회과학이 인권을 무시하고 법률가들이 인권연구를 주도하면서 인권개념은 왜곡되었다는 평가를 받기도 한다. 본래 17세기 존 로크(John Locke)는 그의 고전적 ‘자연권(natural rights)’ 이론에서, 모든 인간은 정부나 법률이 아닌 인간본성에서 비롯되는 일정한 권리를 지니며 정부는 이 권리를 존중할 때 비로소 정통성을 갖는다고 하였는데, 현대의 인권개념은 이러한 사상을 재구성한 것이며, 따라서 근본적으로 정부와 시민 사이의 관계에 관한 것으로 정치이론에 의해 평가될 필요가 크다고 할 수 있으나, 정치과학자들은 대부분 그들의 ‘과학성’에 대한 욕망으로 인하여, 인권이라는 개념을 나쁘게는 도덕주의, 좋게는 법률주의에 지나지 않는 것으로 보아 중요치 않게 여겼을 뿐만 아니라 서구 정치이론의 전통을 살펴보면 이러한 권리에 대해 혹평을 가하는 이들이 많았다는 점을 발견할 수 있다. 이러한 고전적 비판은 현대이론가들의 주장에 녹아 들어, 오늘날 인권의 정치과학을 연구하는 이들에게 큰 어려움을 주고 있다는 것이다. Michael Freeman, 위의 책, 21~22면. 프리먼은 ‘한편 최근에는 사회학과 인류학이 인권연구에 기여하기 시작하였는데, 이는 지구화된 경제가 인권 보호에 끼치는 영향에 대해 점차 많은 연구가 시작된 것이라 할 수 있고, 또한 초국적 사회운동으로서의 ‘인권운동’에 대한 관심도 함께 증가하고 있기에 이제 인권의 사회과학이 깨어날 조짐이 보이기 시작하는 것’이라 평가하고 있다.

22) 인권에 있어서의 보편주의와 상대주의의 대립에 관한 논의는 Alison Dundes Renteln, *International Human Rights: Universalism versus Relativism* (Newbury Park: Sage Publication, 1990)을 참조.

주의의 논쟁은 지난 냉전기간 동안 주로 동서진영간에 치열하게 전개되었다. 이러한 논쟁은 냉전이 종식된 오늘날에도 진영과 구조를 달리하여 여전히 진행중이다. 즉, 남북(North-South)의 개발-저개발 구조나 서구-이슬람(West-Islam)의 서구기독교-회교 구조로 탈바꿈되어, 인권문제가 국제사회에서 부각될 때마다 이 대립되는 사고는 중요한 이론적 근거로 사용된다.²³⁾

그 밖에도 1980년에 유명해진 것으로 인권에도 '3개의 세계'가 존재한다는 주장이 있는데, 이에 따르면 제1세계의 서구적 접근법은 시민적·정치적 권리와 사유재산권을 강조하고, 제2세계의 사회주의적 접근법은 경제적·사회적 권리를 강조하며, 제3세계의 접근법은 자결권(self-determination)과 경제개발을 강조한다. 나아가 사회주의적 접근법과 제3세계 접근법은 서구적 접근법의 근본적인 개인주의와 대조적으로 집단주의적 성향을 보인다고 한다.²⁴⁾

한편 인권의 역사적 전개상을 고찰한 이샤이(Micheline R. Ishay) 교수는 국가, 시민사회 또는 공적 영역(시장영역과 좁은 뜻의 '시민사회'를 합한 개념), 그리고 사적 영역 등 3대 영역이 서로 상호작용하는 '구조적·제도적 역학'이 인권신장의 '일정한 총체성'을 형성한다고 주장하면서 각 시대별로 이 3대 영역이 서로 어떤 역학관계를 맺느냐에 따라 인권이 발전할 수도, 퇴보할 수도 있다고 주장한 바 있다.²⁵⁾

나. 일반적인 논의에 있어서의 '인권' 개념

주지하다시피 인권은 'human rights'의 번역어라 할 수 있다. 'human rights'라는 용어의 출현은 프랑스 대혁명 과정에서 선포된 '인간과 시민의 권리선언(Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen)'에서 시작되었다는 것이 일반적인 견해라 할 수 있다.²⁶⁾ 이 선언을 보면 인간의 권리와 시민의 권리를 구분하고 있는 것이 주목되는데, 인간의 권리는 인간이라면 모든 사회에서 향유하는 권리이며 시민의 권리는 한 국가 체제 아래에서의 권리를 말한다. 여기에서의 'Droits de l'Homme'가 미국의 토머스 페인(Thomas Paine)에 의해 'Rights of Man'으로 번역되었고,²⁷⁾ 그 후 이 용어가 'Human Rights'로

23) 박찬운, 앞의 책, 65~66면. 다만 여기서 분명한 것은 인권 후진국이라 불리는 나라들의 인권상황을 상대주의라는 잣대로 합리화시켜서는 안 된다는 것이다. 그러므로 어떻게 하면 각국이 간직해야 할 문화적 전통을 유지한 채 인권을 증진시킬 것인가가 실제적인 과제가 될 것이다. 같은 책, 68~69면.

24) Jack Donnelly, *International Human Rights*, 박정원 역, 『인권과 국제정치: 국제인권의 현실과 가능성 및 한계』(서울: 오름, 2002), 71~72면. 그러나 이러한 접근방법은 지난 반세기의 경험에 비추어 볼 때 어느 것도 완전하다고 입증된 것이 없으면서 통렬히 비판하는 사람들이 늘고 있다고 한다. 박찬운, 앞의 책, 63면.

25) Micheline R. Ishay, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, 조효제 역, 『세계인권사상사』(서울: 도서출판 길, 2005), 524~577면. 이를 정리한 결과가 다음의 표이다. 같은 책, 12면.

	국가	시민사회(공적영역)	사적 영역
중세 시대	강력한 봉건권력	태동기	억압
계몽주의 시대	왕권약화	도시 영역 등장	부르주아 가정문화
산업혁명 시대	봉건국가 약화	사회집단들 투쟁 강화	여성권리 의식 강화
반식민주의 시대	민족주의의 국가장악	시민사회 결여	국가 통제 유지
지구화 시대	국가 약화	시장강화 공적영역 분절화	국가/시장 공세 강화

<표 1> 시대별 인권의 구조적 역학

26) 18세기 사람들은 '인권'이라는 표현을 자주 쓰지 않았으며, 사용할 경우에도 오늘날 우리와는 다른 의미로 썼다고 한다. 자세한 내용은 Lynn Hunt, *Inventing Human Rights*, 전진성 역, 『인권의 발명』(파주: 돌베개, 2009), 27면 참조.

번역되었다고 한다.²⁸⁾

일반적으로 인정되는 인권의 개념들을 몇 가지 소개하면 다음과 같다.

인권은 일반적으로 우리의 타고난 천성에 내재되어 있는 것으로 이것 없이는 인간으로 살 수 없는 권리라 정의한다. 인권과 기본적 자유는 우리가 충분히 성장할 수 있도록 하고, 우리의 이성·지성·재능 그리고 양심을 사용하게 하며, 우리의 정신적 욕구는 물론 다른 욕구들을 만족시켜 준다. 인권과 기본적 자유는 인간 각자에게 내재된 존엄과 가치가 존중되는 삶을 추구하는 인류의 끊임없는 욕구에서 비롯한다(강조는 필자).²⁹⁾

인권이란 ‘각 개인이 오로지 인간이라는 이유 하나만으로 모든 사람들과 국가들을 향하여 주장할 수 있는 권리’이다. 이 권리는 어떤 국가나 법체계가 권리로 인정하는가와 상관없이 우리 각자에게 인정되는 실정법 이전의 권리로서, 그 내용을 모든 인간들(과 조직·사회·국가·국제조직 등)이 존중하여야 할 의무를 진다. 즉 인권이란 국가와 실정법이 인정하는가와 상관없이 인간이라면 우리는 권리라는 점에서 자연권(natural rights) 또는 도덕적 권리(moral rights)라고도 한다.³⁰⁾

이러한 논의들을 종합해 보면, 일반적인 차원에서의 ‘인권’의 개념은 ‘인간이라는 이유만으로 보유하게 되는 기본적인(혹은 중요한) 권리(basic or fundamental right)’라는 것으로 정리해 볼 수 있을 것이다. 이러한 인권 개념은 자명성을 기초로 하고 있는 탓에 추가적인 정당화를 필요로 하지 않으며, 보편성과 평등성, 불가양성 및 역사성과 상호연관성 등을 갖는 것으로 정리될 수 있다.³¹⁾

한편 일부의 논자들은 인권이라는 개념이 유용하려면, 인권과 기타의 사회적 요구를 구분하여야 한다고 하면서, 인권을 특정사회의 법적 권리(legal rights)나 기타 바람직한 목표와는 구분되어야 한다고 주장하기도 한다. 즉 인권은 다른 권리와 구분되는 특별한 권리여야 한다. 인권은 흔히 법적 권리나 시민권과 대조되는데, 이들 권리는 특정 사회의 법률이나 관습으로부터 나온 것이기 때문이라 한다. 이러한 견해는 인권은 단지 인간이기 때문에 갖게 되는 권리라는 상식적인 견해에 불만을 토로하는데, 왜 단지 인간이라는 이유만으로 어떤 권리를 갖게 되는지 분명하지 않기 때문이라 하면서, 특히 왜 세계인권선언에 나열된

27) 이는 에드먼드 버크(Edmund Burke)가 1790년에 쓴 소책자 『프랑스 혁명에 관한 성찰』에 대응하여 토마스 페인이 1791년에 쓴 『인간의 권리: 프랑스 혁명에 대한 버크 씨의 공격에 대한 응답(Rights of Man: Being an Answer to Mr. Burke's Attack on the French Revolution)』에서였다. 이 문헌의 국내 번역은 Thomas Paine, *Common Sense, Rights of Man*, 박홍규 역, 『상식, 인권』(서울: 펄맥, 2004).

28) 박찬운, 주 2)의 책, 45면. 여기에 대해서는 ‘인간과 시민의 권리선언’에서 인간의 권리라는 것은 자연권의 의미가 그대로 내포된 것이다. 이러한 자연권은 프랑스 대혁명 이전에 이미 1776년에 버지니아 권리선언과 미국 독립선언에서 나타난다. 그러므로 인권이라는 용어 자체는 프랑스 대혁명 과정의 ‘인간과 시민의 권리선언’에서 시작되었을지 모르지만 실질적으로는 미국에서 자연권의 이름 혹은 천부적인 인권이라는 이름으로 시작되었다고 보는 것이 타당할 것이라는 주장이 있다. 차병직, 『인권의 역사적 맥락과 오늘의 의미』(서울: 지산, 2003), 39~41면.

29) United Nations, *Human rights: questions and answers* (New York : UN, 1987); UN Center for Human Rights, *Human Rights and Social Work: A Manual for Schools of Social Work and the Social Work Program*, 이해원 역, 『인권과 사회복지실천』(서울: 학지사, 2005), 25면에서 재인용.

30) 김도균, 앞의 책, 104면. 여기에서의 도덕적 권리는 “제정입법 또는 재판규범이나 사회적 관습이 승인하는 것과 상관없이 보편적인 도덕원리의 관점에서 바람직하다고 판단되는 근거들에 비추어서 각 개인에게 부여된 권리로서, 국가 또는 다른 사람들이 그 권리내용에 상응하는 의무를 수행할 것을 요구할 수 있는 지위”를 말한다고 한다. 같은 책, 109면.

31) 박찬운, 앞의 책, 51면 이하.

권리를 갖는지는 더욱 불분명함을 지적한다.³²⁾

아울러 인권의 성격과 관련하여 오랫동안 인권은, 잠재적으로 개인의 자유를 침해하려는 국가에 맞서 개인의 자유를 수호하는 기능을 주로 수행한다고 여겨져 왔기에, 인권은 국가에 대해 어떤 행동을 취하라는 적극적인 의무가 아니라 개인에 대해 부당한 간섭을 하지 않아야 할 자기 억제 의무를 부과한다고 이해되었다. 그렇지만 최근의 견해는 인권은 그보다 훨씬 더 풍부한 자유관에 바탕을 두고 있으며, 이러한 풍부한 자유관은 개인들이 실제로 자기 권리를 어느 정도나 행사할 수 있는 위치에 있는가 하는 점에 더 주목한다. 그리고 이러한 적극적인 자유관은 실질적인 평등관을 수반하게 되고, 국가는 권력을 남용하지 않도록 스스로 자제할 필요가 있지만, 동시에 국가만이 개인들이 인권을 온전하게 향유하기 위해 필요한 것들을 제공해 줄 실제 능력이 있다. 따라서 국가는 민주주의와 인권의 가치를 지향한다는 점을 분명히 함으로써 시민들에게 일정한 가치를 제시해야 함을 근거로 인간의 권리는 모든 종류의 의무 - 국가의 자기 억제 의무와 적극적인 의무를 포함한 - 동시에 발생시키는 것으로 간주되어야 마땅함을 주장하기도 한다.³³⁾

다. 법학에서의 ‘인권’개념 논의

이미 언급한 바와 같이 인권법 분야 이외의 법학분야에서의 인권에 관한 논의를 진행하는 대표적인 분야가 바로 헌법이라 할 수 있는데, 헌법분야의 인권 논의는 주로 기본권에 관한 논의와 병행하여 진행된다. 본래 권리라는 말은 법학자나 법률가들만 사용하는 말이 아니라, 철학, 정치학, 역사학, 사회학, 경제학, 윤리학, 정책학 등 각 분야의 전문가들도 사용하고 있고, 또 일상적인 생활에서도 매우 자주 사용되는 말이지만, 그 의미와 내용이 무엇인가에 대하여 정확히 정의되거나 확정되기도 이전에 현실에서는 이미 매우 다양한 의미로 사용되고 있다. 기본권이라는 말도 상황이 이와 다르지 않아서, 기본권이라는 말은 일상적인 생활에서 인권이라는 말과도 혼용되고 있고, 권리라는 말처럼 인권이라는 말도 매우 다양한 의미로 사용되고 있다. 이러한 용어 사용에서의 다양함과 혼란은 비단 일반인에게서만 발생하는 것이 아니고, 학자들이나 전문가들에게서도 발생하고 있으며, 더 나아가 법학자나 법률가에게서도 발생하고 있다. 이렇듯이 권리, 기본권, 인권이라는 말이 다종다양하게 그리고 상황에 따라 각각 다르게 사용되는 현실에서 법적으로 이런 말이 어떤 개념 인지를 확정하는 것은 무엇보다 중요하다. 법학에서 권리라는 개념은 가장 중심되는 자리를 차지하고 있지만, 그에 대한 논의는 장구한 시간의 경과에도 불구하고 하나의 결론에 도달하지 못한 채 현재까지 계속되고 있다.³⁴⁾

특히 제5차 개정에 의한 1962년 헌법에 와서 제2장의 표제인 “국민의 권리와 의무”라는 표현과 제32조 제2항의 “자유와 권리”라는 표현 이외에 제8조의 “... 국가는 국민의 기본

32) Michael Freeman, 앞의 책, 20면. 한편, 인권은 보편적 가치가 되었지만 아직까지 당위적 가치에 머물러 있음을 지적하면서, 이처럼 인권을 당위적 가치로 생각하는 데에는 인권을 ‘모든 사람들이 가지고 있다고 추정되는 권리’ 또는 ‘하늘이 부여한 권리’로 정의한 채, 현실에 바탕을 둔 시민권(citizen right)을 통해 인권을 바라보지 않기 때문임을 지적하고, 인권이 행복을 추구하는 인간 모두에게 보장되어야 할 권리들의 가치를 정당화한다면, 시민권은 그러한 가치를 실현하는 제도이기에 따라서 우리는 인권이라는 당위적 가치만이 아니라 현실에서 시민권을 통해 인간의 삶을 개선할 방법을 모색해야 한다는 주장도 없지 않다. 최현, 『인권』(서울: 책세상, 2008), 10~12면.

33) Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, 조효제 역, 『인권의 대전환: 인권 공화국을 위한 법과 정치의 역할』(서울: 교양인, 2009), 77면 이하.

34) 정종섭, 『헌법연구5』(서울: 박영사, 2005), 16~17면.

적 인권을 최대한으로 보장할 의무를 진다”라고 정하여 “기본적 인권”이라는 용어가 등장함에 따라 ‘기본권’과 ‘기본적 인권’ 그리고 ‘인권’과의 관계가 본격적으로 논의되게 되었다. 이와 관련한 우리나라 헌법학계에서의 논의를 보면, 헌법에 나타난 “기본적 인권”이라는 말을 이해함에 있어 이를 강학상 ‘기본권’이라는 용어로 표현함에 대해서 별다른 논란이 없다. 그리고 헌법은 아니고 법률이기는 하지만, 『헌법재판소법』 제68조 제1항에는 “헌법상 보장된 기본권”이라는 규정이 있고, 이 때의 기본권은 헌법에서 정하고 있는 자유와 권리를 의미하고 있으므로 우리 헌법의 해석, 헌법이론, 실정법에서는 일단 ‘기본적 인권’과 ‘기본권’은 동일한 의미를 가지는 용어라고 할 수 있다.³⁵⁾

결국 우리나라에서는 기본권에 대한 용어와 그 개념에 관해서는 크게 ‘기본적 인권=기본권=인권’으로 이해하는 견해와 ‘기본적 인권=기본권≠인권’으로 이해하는 견해의 두 가지로 나누어진다고 정리할 수 있다. 전자의 입장, 즉 ‘기본적 인권=기본권=인권’의 입장을 대표하는 학자는 권영성 교수, 김철수 교수, 최대권 교수, 강경근 교수³⁶⁾ 등을 꼽을 수 있을 것이다.

이러한 입장을 대표한다고 할 수 있는 권영성 교수는

인권 또는 인간의 권리(Menschenrecht)라 함은 인간이 인간으로서 당연히 누리는 권리를 말한다. … 인권 또는 인간의 권리를 독일 등에서는 기본적 인권 또는 기본권(Grundrecht)이라고 한다. 엄밀한 의미에서 인권과 기본권은 동일한 개념이 아니다. 인권은 인권사상을 바탕으로 하여 인간이 인간이기 때문에 당연히 누리는 인간의 생래적·천부적 권리를 의미하지만, 기본권은 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리를 의미하기 때문이다. 그러나 각국의 헌법에서 보장하는 국민의 기본권은 자유권적 기본권을 중심으로 하고 있을 뿐만 아니라 그 밖의 정치적·경제적·사회적 기본권 등도 인간의 권리와 보완관계에 있는 것이기 때문에 인권과 기본권을 동일시하여도 무방하다고 할 수 있다.³⁷⁾

라고 하고 있으며, 김철수 교수 역시

인권 혹은 인간의 권리(human rights, Menschenrechte, droit de l'homme)란 인간이 인간이기 때문에 당연히 갖는 것으로 생각되는 생래적이며 기본적인 권리이다. 이러한 인권 내지 인간의 권리의 개념은 계몽주의적 자연법론과 사회계약설 등 근대적 사상의 전개

35) 정종섭, 위의 책, 20면.

36) 강경근, 『(신판)헌법』(서울: 법문사, 2004), 410~422면. 강교수는 “기본권은 헌법에 규정되기 전이라도 인간이기에 생래적으로 귀속되는 '인권'[주2]법은 인위적 약속에 따라 설정한 제도이고 그와 같은 제도로 정해진 법의 틀 속에서만 권리가 생기는데, 권리 중에서도 '인권'은 인간의 법초월적·원천적 가치이므로 그러한 인권개념이 기본적 인권의 탄생 배경이 된다. 연혁적으로도 인권과 기본권은 동의어로 볼 수 있을 만큼 인권의 역사와 사상은 기본권 개념과 같은 맥락을 갖고, 영국의 '권리장전'이나 프랑스 '인권선언' 등에서 이를 기본적 인권으로 승화한 것이다. ... 기본권은 확실히 근대 서양 문명의 산물이라고 한다.]즉 천부의 자연권에 근거하기 때문이다.[주3] 기본권의 관념적 연원은 '인권'에서 찾는다. '기본권'의 형태로 헌법에 수용된 인권은 국민 개개인의 천부인권이라는 철학적 관념에 기초한다는 것이다. 근대국민국가에서 인정된 '국가로부터의 자유'라는 자유주의적 인권관념이 그것이다. '인권'을 내포하는 이 기본권은 천부인권의 보장을 국가에 대해서 권리로서 요구할 수 있다는 의미의 자연권 즉 자연법적인 권리다. '인격적 신'의 존재가 확인되지 않는 한 '자연법 개념'은 무의미하며, 인위적 제도인 법에 비하여 자연법의 기초가 되는 자연의 법칙은 자연현상의 한 양태에 불과함에도 불구하고, 자연법적 권리로서의 연원을 갖는 기본권 관념을 인정하는 것은 달리 기본적 인권의 토대를 설명할 수 있는 확실한 논거가 부족하기 때문이다.”라고 언급하고 있다.

37) 권영성, 『헌법학원론(개정판, 2009년판)』(서울: 법문사, 2009), 285면.

과정에서 나타난 천부인권론에 사상적 기초를 두고 있다. ... 기본권의 개념과 관련하여 용어상 '기본권'이라는 말과 '인권'이라는 말, 그리고 '시민의 권리'라는 말들간의 구분이 문제된다. France 인권선언은 인간의 권리와 시민의 권리를 구분하여 규정하고 있는데 비하여, 독일에서는 인권 내지 인간의 권리를 기본권이란 말로 표현하는 경향이 있고, Weimar 헌법과 독일기본법도 기본권(Grundrechte)이란 말을 쓰고 있다. 이러한 독일의 영향을 받은 우리나라에서도 기본권이란 용어를 사용하고 있다. 인권이 인간의 본성에서 나오는 생래적 자연권을 의미하는데 비하여, 기본권이란 헌법이 보장하는 국민의 기본적인 권리를 말하는데 이 중에는 생래적인 권리도 있지만 국가내적인 생존권적 기본권 · 청구권적 기본권 · 참정권 등이 있는 까닭에 인권과 기본권은 그 내용에 있어서 반드시 일치하는 것은 아니다. 따라서 엄격히 말한다면 두 개념은 동일한 것이 아니다. 하지만 각국헌법에서 보장하고 있는 기본권은 인권사상에 바탕을 두고 인간의 권리를 실현하려고 하는 것이므로 대체로 말한다면 기본권은 인권을 의미한다고 할 수 있다. 그러나 인권은 국가 이전의 자연권인 데 대하여, 시민의 권리는 국가의 구성원으로서의 시민의 권리로 자연권을 확보하기 위하여 국가가 인정하는 권리로서 서로 구별된다고 할 수 있다.³⁸⁾

고 하고 있다. 최대권 교수 역시 기본권의 역사적 전개과정을 다룸에 있어 인권의 역사를 다룸으로써 엄밀한 개념상의 구분없이 혼용하고 있음을 확인할 수 있다.³⁹⁾

반면 후자의 입장 즉 '기본적 인권=기본권≠인권'을 취하는 학자들이 상대적으로 다수라 할 것인데, 대표적으로 성낙인 교수는

인간의 자유와 권리의 보장과 관련하여 '인권', '자유와 권리', '기본권'이라는 표현이 혼용되고 있어 그 구별문제가 제기된다. 오늘날 인권개념의 역사적 · 철학적 기초는 자연법론과 사회계약론에서 찾을 수 있다. 자연법론에 의할 경우 인간은 단지 인간이라는 이유로 해서 그 본성상 천부의 권리를 향유한다. ... 이러한 천부인권사상 내지 자연권 사상은 근대국가의 형성과 더불어 각국 헌법과 인권선언에 구현되어 있다. 사실 기본권이라는 용례는 독일 특유의 역사적 상황과도 직결되는데, 독일에서는 모든 권력을 구속하는 가치를 기본권에 부여한 것으로 이해할 수 있다. 하지만 독일에서의 기본권 혹은 기본적 자유라는 관념이 프랑스에서의 인권 또는 기본권이라는 관념과 유리된 것이라고 단정하기는 어렵다. 기본권의 범위나 한계에 있어서 서로 상응하는 측면이 있기 때문이다. ... 일반적 용례로서 기본권과 인권을 구별한다면, 인권은 인간의 자연적 권리라는 점에서 법학뿐만 아니라 철학 · 사회학에서도 널리 논의되고 있다. 반면에 기본권은 인간의 자연권 내지 천부인권사상에 기초하여 그것이 한 국가의 실정헌법체계에 편입되어 헌법적 가치를 갖는 국민으로서의 자유와 권리를 포괄하는 용례로 볼 수 있다. ... 물론 국내외적으로 기본권과 인권이라는 표현이 혼용되고 있는 점도 부인할 수 없으나, 한국 헌법학에서 일반화된 기본권이라는 용례는 인권사상에 바탕을 두고 헌법전 또는 헌법학의 대상인 인권에 관한 연구라는 점에서

38) 김철수, 『헌법학개론(제18전정신판)』 (서울: 박영사, 2006), 263~264면.

39) 근대적 인권이란 인간은 인간이기 때문에 당연히 가지는 불가침의 기본적 인권을 지니고 있으며 국가권력은 법으로도 이러한 기본적 인권의 본질을 침해할 수 없다는 기본적 인권 사상을 그 핵심으로 지니고 있다. 그러므로 인권이란 국가가 부여한 것이 아니며 법이 창조한 것도 아니고 인간의 존엄과 가치에서 당연히 나오는 전국가적 · 초국가적 권리이다. 최대권, 『헌법학강의 (증보판)』 (서울: 박영사, 2001), 183~184면.

그 의미를 찾을 수 있다. 따라서 기본권론이란 자연권사상에 바탕을 둔 천부인권론에 기초하여 헌법에서 보장하고 있는 일련의 자유와 권리에 관한 규범적 이해의 체계라고 정의할 수 있다. 기본권론은 인간의 권리와 시민의 권리를 동시에 포괄하고 있다. 즉 기본권론에서는 인권론에서 제대로 드러나지 않는 시민의 권리 내지 국민의 권리, 다시 말해 국가 내적인 자유와 권리로 볼 수 있는 사회권(생존권) · 기본권 보장을 위한 기본권(청구권적 기본권) · 정치권(참정권)까지도 포괄한다.⁴⁰⁾

인권이 인간의 본성에서 나오는 생래적 자연권임에 반하여, 기본권은 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리이다. 따라서 기본권 중에는 자연권도 있지만 국가 내적 권리(사회권 · 청구권적 기본권 · 참정권)도 있기 때문에 인권과 기본권이 반드시 일치하는 것은 아니다. 즉 인권사상이 헌법속으로 편입되었을 때 이를 기본권이라 할 수 있다.⁴¹⁾

라고 하고 있고, 정종섭 교수는

인권은 일반적으로 '인간의 권리'로 불린다. 이러한 의미의 인간의 권리는 때와 장소에 무관하게 인간이 인간이기 때문에 가지는 모든 인간에게 보편적인(universal) 일반적(general) 권리로 이해된다. 이러한 것은 특정의 약속이나 계약 또는 특정한 사회적 지위 등과 같은 특정 관계나 거래에 의해 주어지는 것이 아니라 오로지 인간이라는 단순한 이유 하나만으로 인정되는 것이다. 이러한 의미의 인권은 법 이전에 주어진 非法的인(non-legal) 개념이다.

인권이라는 말은 영어권에서는 human rights라고 부르고, 프랑스에서는 droits de l'homme라고 부르며, 독일에서는 Menschenrechte라고 한다. 그런데 인권이라는 말은 빈번하게 통용되고 있으나 구체적인 사안에서 그 의미가 무엇을 말하는지는 명확하게 확정되어 있지 않다. 일상생활에서는 사람이 주장할 수 있는 모든 권리를 통칭하여 인권이라고 이해하는 경향이 보이기도 하고, 인권을 자연권으로 이해하는 견해도 있으며, 인권을 헌법이 보장하는 기본권으로 이해하는 견해도 있다. 이렇듯 인권이라는 말의 의미는 다양한 폭과 내용을 가지고 사용되고 있다.⁴²⁾

한편 오늘날 인권의 국제적인 보장이 활발하게 전개되면서 국제법상의 선언, 조약, 협약 등에서 인권이라는 용어가 빈번하게 사용되고 있지만, 1948년의 UN인권선언에서조차 인권이 어떤 것을 의미하는지에 대해서는 명확히 정의한 바가 없다. 복지국가에 대한 가치적 추구와 함께 경제적 · 사회적 권리들이 중요하게 되고, 더 나아가 문화영역에서도 권리라는 것이 등장하는 단계에 이르면서 인권이라는 것도 자연권에서 탈피하는 양상을 보였다. 이제는 인권이라는 말이 인간의 권리(right of man)라는 의미를 넘어 시민의 권리(right of citizen)까지도 포섭하는 양상을 보여주고 있다.

현재까지 논의되어온 인권(human rights)이라는 말은 아직 그 개념이 명확하지 않아 도덕적 가치 또는 도덕적 권리(moral right), 자연권, 국제법상의 인권, 국내 헌법상의 권리(constitutional rights), 법률상의 권리(rights under law)를 모두 포괄하는 의미로 사용되기도 하고, 자연권의 의미로 사용되기도 한다. 전자의 경우에도 국내법률상의 모든 권리를 인권으로 보지는 않는다(대국가적 자유권이나 생존권적 권리를 주로 지칭한다). 어느 경

40) 성낙인, 『헌법학(제9판)』 (서울: 법문사, 2009), 300~302면.

41) 성낙인, 위의 책, 305면.

42) 정종섭, 『헌법학원론(제4판)』 (서울: 박영사, 2009), 271

우든 실정헌법상의 기본권은 인권과 일치하지 않기 때문에 기본권과 인권은 개념상 구별된다.

이와 같이 기본권은 그 개념과 성질에서 인권과 구별하여 이해해야 하기 때문에 실정법에서 기본권이라는 개념을 '기본적 인권'이라는 용어로 표현하고 있다고 하여 이를 근거로 기본권을 인권이라고 할 수는 없다. 대한민국헌법에는 '기본권'이라는 표현 대신에 '기본적 인권'이라는 표현을 사용하고 있지만, 이것은 위에서 살펴본 것과 같은 의미의 기본권을 말하는 것이지 인권이나 인권 가운데서 기본이 되는 인권을 말하는 것이 아니다. 따라서 우리 헌법상의 '기본적 인권'이라는 표현을 근거로 기본권은 자연권이라거나 인권이라고 해석하는 것은 잘못이다.⁴³⁾

라고 하고 있다. 그 밖에도 장영수 교수,⁴⁴⁾ 홍성방 교수,⁴⁵⁾ 양건 교수,⁴⁶⁾ 이관희 교수,⁴⁷⁾ 이준일 교수⁴⁸⁾ 등이 이러한 입장을 취하고 있다.

43) 정종섭, 위의 책, 272면

44) 장영수, 『헌법학(제3판)』(서울: 홍문사, 2008), 422~423면.

45) 홍성방, 앞의 책, 226면. 홍교수는 “인권과 기본권은 법학적·법이론적으로는 구별하지 않으면 안 된다. 이 두 가지 개념은 유래와 언어의 관용 상 다음과 같이 구별될 수 있다. “기본권은 실정법상의 권리이고 인권은 자연법상의 권리이다. 이론논쟁에서 이러한 구별이 갖는 의미는 크다. 곧 인권은 시간적으로 볼 때 영구불변의 효력을 가지고 있다. 인권은 자연이나 신의 창조에 기원을 두고 있으며, 신성불가침의 성격을 가지고 있다. 이와 대조해 볼 때 기본권은 그보다는 격이 낮은 인상을 준다. 곧 기본권이란 법적·제도적으로 보장된 권리를 의미한다. 기본권의 효력은 시간적으로나 장소적으로 제약되어 있다. 그 대신 기본권의 객관적 효력은 물론 주관적 효력도 아울러 가지고 있는 권리이다. 기본권은 사법심사 내지 구제의 대상이 된다. 기본권은 권력에 일정한 제한을 가하고 있다. 따라서 이러한 차이를 무시하고 인권과 기본권을 혼용하거나 동의어로 사용하거나 동의어로 사용하여도 무방하다고 말하는 것은 근거 없는 자의적 사용이며, 특히 사법심사를 통한 권리구제를 그 중심내용으로 하는 법학에서는 커다란 혼란을 불러오는 결과가 될 것”이라고 한다. 같은 책, 227~228면.

46) 양건, 『헌법강의I』(서울: 법문사, 2007), 205~207면.

47) 이관희, 『한국민주헌법론I』(서울: 박영사, 2004), 85~86면. 이교수는 “인권의 모든 항목이 기본권으로 헌법에 규정되는 것은 아니며, 기본권의 내용이 모두 인권이라고 할 수도 없다. 인권은 인간의 권리가기에 세계 어느 곳에서도 보편적인 성질을 갖지만, 기본권은 특정정치적 공동체내의 이해대립과 세력간의 투쟁, 그것의 타협과 조정을 통해 해당 국가의 헌법에 수용된 것으로서 개별적인 문화권과 국가에 따라 다를 수 있다. 즉 구체적인 역사적·장소적 배경과 관련되는 인간상과 정당성관념, 위험 상황에 따라 달라지는 것”이라 한다.

48) 이준일, 『헌법학강의(제3판)』(서울: 홍문사, 2008), 349면 이하. 이교수는 대화이론의 틀 속에서 기본권을 고찰하고 있는데, 인권과의 구분에 있어서는 “인권과 기본권이 밀접한 연관성을 맺고 있고, 적어도 모든 인권이 기본권에 포함되어야 함에도 불구하고 양자 사이에는 일정한 차이점이 발견된다. 인권과 기본권은 양자가 존재하는 형식에서 차이가 있고, 양자가 포함하는 내용의 범위에서 차이를 보여준다. 첫째, 인권과 기본권은 존재의 형식에서 다르다. 인권은 국가이전에 존재하는, 정확하게 말하자면 특정한 시대와 특정한 장소를 존재기반으로 하는 특정한 국가를 초월하여 보편적인 '도덕적 정당성을 획득한 도덕적 권리'를 뜻한다. 하지만 기본권은 국가 안에서 존재하는, 정확하게 말하자면 특정한 시대와 특정한 장소를 존재기반으로 하는 특정한 국가의 헌법에 제도화되어 우선적으로 분석적 정당성(합법성)을 획득한 실정법적 권리를 말한다. 여기서 모든 기본권이 인권이어야만 하는 것은 아니라는 점을 확인할 수 있다. 각국의 현실에 따라 인권이 아닌 기본권도 헌법에 규정될 수 있다. 즉 헌법에 명시해야 할 만큼, 또는 사회적으로 인정되고 관철되어야 할 만큼 대단히 중요한 권리들도 기본적으로 헌법에 규정될 수 있다. 둘째, 인권과 기본권은 양자가 포함하는 내용의 범위에서 다르다. 기본권은 인권을 실정헌법에 법의 형식으로 제도화한 권리가기 때문에 법과 제도에 의해 의미의 경계가 결정된 내용을 포함한다. 반면에 인권은 그러한 법과 제도에 의해 의미의 경계가 결정된 내용을 포함하지 않는다. 따라서 인권과 기본권의 차이는 내용의 함의(intension)에서 나타나는 차이가 아니라 동일한 함의에 포함될 수 있는 대상의 외연(extension)에서 나타나는 차이라고 할 수 있다.”고 한다.

3. ‘인권’개념의 실정법상 용례

본 장에서는 현행 국내법 체계상의 인권개념의 사용례를 살펴보고, 그 맥락을 검토함으로써 인권의 개념을 분석해 보기로 한다. 먼저 헌법상의 사용례들을 살펴 본 후 이어 법률에서의 사용례들을 검토한다.

가. 헌법

우리 헌법상 인권 및 기본권 등의 관련 개념의 용례와 관련하여 보면 한국 헌법에는 프랑스 인권선언에서처럼 ‘인간의 권리’와 ‘시민의 권리’를 구별하는 용례도 없을 뿐만 아니라,⁴⁹⁾ 독일기본법⁵⁰⁾에서와 같은 ‘기본권’이라는 표현도 분명하게 드러나 있지 않다. 다만 이미 살펴본 바와 같이 1962년의 제5차 개헌과정에서 도입된 바 있는, 제10조 후문에서 ‘기본적 인권’이라는 표현을 사용하고 있다.⁵¹⁾ 즉, 헌법 제10조는 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.”라고 규정하여 ‘확인’ 및 ‘보장’의 목적어로서 ‘인권’을 사용하고 있으며, 더욱이 ‘인권’ 개념 앞에 ‘개인이 가지는’, ‘불가침의’ 그리고 ‘기본적’이라는 수식어를 붙이고 있어 ‘인권’의 본질에 대한 논의의 단초를 제공해 준다고 하겠다.⁵²⁾

그 외에도 우리 헌법은 전문에서 ‘자유와 권리’, ‘안전과 자유와 행복’이라는 표현에 이어,⁵³⁾ 헌법본문 제2장 “‘국민의 권리’와 의무”라는 제목 아래 제10조에서 제37조에 이르기까지 국민의 자유와 권리를 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 특히 제37조 제1항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.”라고 규정하면서, “자유와 권리”

49) 다만 건국헌법의 제정과정에서 기본권의 주체로 ‘국민’이라는 개념과 ‘인민’이라는 개념 중 어느 것을 사용할 것인가에 대한 논란이 없지 않았으나, 결국 ‘국민’이라는 개념이 채택되게 되었다. 국회도서관입법조사국, 『헌법제정회의록: 제헌국회』 (서울: 국회도서관 입법조사국, 1967), 124~125면 등.

50) 독일기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)은 제1장의 제목이 “기본권(Die Grundrechte)”이며, 제1조 제3항(기본권의 구속력), 제17a조(기본권의 제한), 제18조(기본권의 상실), 제19조(기본권의 제한과 그 한계) 등의 다수의 조항에서 ‘기본권’이라는 용어를 사용하고 있다.

51) 현행 헌법 제10조의 연혁적 측면 및 국내학자들에 의한 관련 조문의 해석례는 송기춘, “국가의 기본권보장주의에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1999.2, 17~42면 참조. 여기에서의 논의는 ‘기본권보장의무’에 초점이 맞춰져 있기는 하지만, 제10조의 연혁적 사항에 대한 내용은 충분히 참고할만 하다. 다만 1962년 헌법의 개정과정이 일반적인 국회에서의 논의가 아닌 ‘국가재건최고회의’에 의해 진행된만큼 관련 자료의 수집이 상대적으로 곤란한 상황인터라 현재로서는 직접적인 사료에 의한 논의가 다소 부족하다고 할 수밖에 없다. 추후 지속적인 사료발굴과 검토가 필요하다고 할 것이다.

52) 그 밖에도 제10조 후문에서 유독 “국민이 가지는 불가침의 기본적 인권”이라 하지 아니하고 “‘개인’이 가지는 불가침의 기본적 인권”이라 하고 있다는 점이 제11조 이하에서의 “모든 국민은 ...”이라는 표현과 구별된다.

53) 『대한민국헌법』전문은 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고, 조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서...”의 구조를 갖고 있다.

54) 우리 헌법상 기본권 부문의 일반적인 규정 형식은 “모든 국민은 ~를 가진다”이 형태를 띠고 있다.

개념에 “국민의” 이외에는 아무런 수식어를 붙이지 않고 있음에도 주목할 필요가 있겠다. 그 밖의 헌법의 부문에서는 제69조의 대통령 취임 전서에 있어서는 “국민의 자유와 복리의 증진”을, 제119조에서는 “경제상의 자유”를 규정하고 있음을 확인할 수 있다.

한편 헌법 이외의 법률에서는 헌법학계에서 일반화된 용례인 ‘기본권’이라는 표현을 실정법전상 용어로 사용하고 있기도 함은 이미 언급한 바와 같다. 즉 『헌법재판소법』 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 구제절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다.”라고 규정하여 ‘기본권’이라는 용어를 사용하고 있는 것이다. 여기에서의 ‘헌법상 보장된 기본권’은 헌법상 보장된 ‘국민의 자유와 권리’와 동의어로 이해하는 것이 통설적인 입장이라 할 수 있다.⁵⁵⁾

나. 법률

여기에서는 법령명과 법문가운데 ‘인권’이라는 개념을 사용하는 법령들을 구체적으로 검토해 보기로 한다. 우선 현행법령 가운데 법령의 제목에 ‘인권’을 사용하고 있는 법령을 살펴보면 그 숫자가 그리 많지 않음을 확인할 수 있다.⁵⁶⁾ 특히 법률의 경우, 유일한 예가 바로 『국가인권위원회법』(법률 제9402호, 2009.2.3)인데, 인권침해 행위 및 평등권 침해의 차별행위에 대한 조사·구제를 비롯하여 인권교육의 업무 등을 수행하는 국가인권위원회를 설치하여 모든 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 보호하고 그 수준을 향상시킴으로써 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고 민주적 기본질서의 확립에 기여하기 위하여 법률 제 6481호로 2001년 5월 제정된 『국가인권위원회법』은 인권에 관한 국내의 기본법으로까지 평가되기도 한다.⁵⁷⁾ 특히 이 법은 국내법제 가운데 유일하게 인권에 대한 정의규정을 두고 있는데, 여기에서는 인권을 “헌법 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리”라고 정의함으로써(법 제2조 제1호) 인권의 헌법적 보장과 함께 국제기준의 준수를 명확하게 하고 있는 것으로 평가된다.⁵⁸⁾

이를 좀 더 자세히 살펴보면 『국가인권위원회법』 제2조에서 규정하고 있는 인권은 기본적으로 『헌법』에 규정된 기본권을 모두 포함하며 모든 권리에 대해 위원회의 관할이 인정된다. 즉 위원회의 정책 또는 법령에 대한 개선 권고나 구금시설 등의 실태조사 때 대상이 될 수 있는 권리는 『헌법』에서 보장하고 있는 모든 기본권이다.⁵⁹⁾

55) 성낙인, 앞의 책, 305면.

56) 법률로서는 『국가인권위원회법』이 유일하며, 대통령령으로 동법 시행령 및 직제 이외에는 법무부령인 『인권옹호단체감독규정』, 『인권침해 사건 조사 및 처리 규칙』이 있을 뿐이다.

57) 국가인권위원회 編, 앞의 책, 7면.

58) 국가인권위원회 編, 위의 책, 12면.

59) 그러나 국가인권위원회의 조사와 구제의 대상이 되는 진정의 범위는 『위원회법』법 제30조에 별도로 규정되어 있다. 즉 진정의 대상이 되는 인권의 범위는 『헌법』 제10조 내지 제22조에 보장된 권리에 한정된다. 『위원회법』 제30조 제1항은 이를 두 가지로 구분하여 “인권침해”와 “차별행위”로 나눈다. 『인권침해및차별행위조사구제규칙』(2009. 9. 3. 국가인권위원회규칙 제56호) 제2조 제1항은 “인권침해”를 ‘법 제30조 제1항 제1호에 정한 인권침해 가운데 헌법 제11조에 정한 인권침해를 제외한 나머지의 것’으로 규정하고, 같은 조 제2항은 “차별행위”를 ‘법 제30조 제1항 제2호에 정한 인권침해 가운데 헌법 제11조에 정한 인권침해 및 법 제30조 제1항 제2호에 정한 차별행위’로 규정한다. 한편 위원회 조사대상인 『헌법』제10조 내지 제22조 외의 기본권 침해 즉, 선거권, 청원권, 노동3권 등과

한편 오늘날 각종 국제인권규약과 조약 등 국제인권기준은 각국이 인권관련정책을 수립하는데 지침이 되고 있고, 또한 한 나라가 다양한 국제인권기준을 얼마만큼 인정하고 이를 준수하는가는 그 나라의 인권상황을 측량하는 하나의 척도가 되고 있는 바, 이는 세계화 시대에 인권이 더 이상 단순한 국내 문제로 귀착되는 것이 아니며, 각 나라는 인권의 보편성에 입각하여 국제적으로 승인되고 약속된 인권규약을 지켜야 할 의무가 있음이 인정되고 있고, ‘법으로 수락된 일반 관행의 증거’로부터 발생한 법규범을 의미하는 국제관습법은 단순한 관행이 아니라 실행이 아니라 통일적이며 일관된 법형식을 말하는 것으로, 국제인권법을 이해함에 있어 관습법은 매우 중요한 역할을 하게 되는데 특히 기존에 관습법으로 존재하고 있던 규범들이 조약으로 발전하는 경우가 많아, 일반적인 규범을 담고 있는 조약일 수록 그러한 관습이 선행하고 있었다고 해석할 수 있게 된다.⁶⁰⁾ 단 『국가인권위원회법』이 이러한 국제인권규범에서 보장하는 인권들을 인권의 개념안에 포함시키고는 있지만, 위원회의 진정대상에서는 제외하고 있으며, 다만 제19조 제7호의 “국제인권조약에의 가입 및 그 조약의 이행에 관한 연구와 권고 또는 의견의 표명” 등의 제한적인 업무만을 처리할 뿐임을 기억할 필요가 있겠다.

법령본문에 ‘인권’이 사용된 예는 적지 않은 편인데, 대체로 ‘침해’ 혹은 ‘존중’ 및 ‘보호’의 목적어로서, ‘기본적 인권’이라는 용어를 사용하거나 ‘인권’이라는 용어를 사용하고 있음을 확인해 볼 수 있었다. ‘기본적 인권’을 사용하고 있는 예로는 『공공기관의 개인정보보호에 관한 법률』(법률 제8871호, 2008.2.29; 1995 제정),⁶¹⁾ 『교육기본법』(법률 제8915호, 2008.3.21; 1998 제정),⁶²⁾ 『국가보안법』(법률 제5454호, 1997.12.13),⁶³⁾ 『군인사법』(법률 제7932호, 2006.4.28),⁶⁴⁾ 『법률구조법』(법률 제9717호, 2009.5.27),⁶⁵⁾ 『변호사법』(법률 제8991호, 2008.3.28)⁶⁶⁾ 등이 있고, ‘인권’만을 사용한 예로는 『남북관계 발전에 관한 법률』

관련하여 발생하는 문제에 대해서는 『위원회법』 제25조의 정책과 관행의 개선 또는 시정 권고기능을 통해 해결할 수 있다. 국가인권위원회 編, 위의 책, 12~13면.

- 60) 국가인권위원회 編, 위의 책, 14~16면. 일반적으로 국제관습법으로 성립되기 위해서는 어떤 특정의 실행이 확립된 국제법규로서 여러 국가의 일반적 승인을 얻은 것이어야 한다. 즉 ‘일반적 관행’과 ‘법적 확신’이 요구되는 것이다. 일반적 관행이란 동일한 형태의 실행이 반복되어 일반성을 가지게 된 것으로, 국가적 실행과 국제조직의 실행도 포함된다. 법적 확신이란 어떤 실행이 국제법상 필요하다는 신념을 가지고 행동하는 것으로서, 반복된 관행이 있더라도 여러 나라의 법적 확신이 수반되지 않는 경우에는 아직 국제관습법으로 성립되지 않는다.
- 61) 제4조 (개인정보의 수집) ① 공공기관의 장은 사상·신조등 개인의 **기본적 인권**을 현저하게 침해할 우려가 있는 개인정보를 수집하여서는 아니된다. 다만, 정보주체의 동의가 있거나 다른 법률에 수집대상 개인정보가 명시되어 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
- 62) 제12조 (학습자) ① 학생을 포함한 학습자의 **기본적 인권**은 학교교육 또는 사회교육의 과정에서 존중되고 보호된다.
- 63) 제1조 (목적 등) ① 이 법은 국가의 안전을 위태롭게 하는 반국가활동을 규제함으로써 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유를 확보함을 목적으로 한다. ② 이 법을 해석적용함에 있어서는 제1항의 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 이를 확대해석하거나 헌법상 보장된 국민의 **기본적 인권**을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다. * 1948년 제정 당시의 『국가보안법』은 인권이라는 용어를 사용하지 않았지만, 1991년의 개정에서 인권개념이 도입되게 되었다.
- 64) 제59조의 2에 ‘인권보호를 담당하는 군법무관(“인권담당법무관”)이라는 용례가 나온다.
- 65) 제1조 (목적) 이 법은 경제적으로 어렵거나 법을 몰라서 법의 보호를 충분히 받지 못하는 자에게 법률구조(法律救助)를 함으로써 **기본적 인권**을 옹호하고 나아가 법률 복지를 증진하는 데에 이바지함을 목적으로 한다.
- 66) 제1조 (변호사의 사명) ① 변호사는 **기본적 인권**을 옹호하고 사회정의를 실현함을 사명으로 한다. ② 변호사는 그 사명에 따라 성실히 직무를 수행하고 사회질서 유지와 법률제도 개선에 노력하여야 한다. *『변호사법』 역시 1949년의 제정 당시에는 ‘인권’이라는 개념이 사용되지 않았으나, 1973년의 개정에서 도입되게 되었다.

(법률 제7763호, 2005.12.29),⁶⁷⁾ 『방송법』(법률 제9786호, 2009.7.31),⁶⁸⁾ 『보호관찰 등에 관한 법률』(법률 제9168호, 2008.12.26),⁶⁹⁾ 『보호소년 등의 처우에 관한 법률』(법률 제8723호, 2007.12.21),⁷⁰⁾ 『삼청교육피해자의 명예회복및보상에관한법률』(법률 제7121호, 2004. 1.29),⁷¹⁾ 『성매매방지 및 피해자보호 등에 관한 법률』(법률 제9166호, 2008.12.19),⁷²⁾ 『성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률』(법률 제7404호, 2005. 3.24),⁷³⁾ 『성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률』(법률 제9110호, 2008.6.13),⁷⁴⁾ 『문화중심도시 조성에 관한 특별법』(법률 제9629호, 2009.4.22),⁷⁵⁾ 『10·27법난 피해자의 명예회복 등에 관한 법률』(법률 제8995호, 2008. 3.28),⁷⁶⁾ 『5·18민주유공자예우에관한법률』(법률 제7476호, 2005. 3.31),⁷⁷⁾ 『가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』(법률 제8580호, 2007. 8. 3)⁷⁸⁾ 등이 있다.

67) 제9조 (인도적문제 해결) ①정부는 한반도 분단으로 인한 인도적 문제해결과 인권개선을 위하여 노력한다.

68) 제33조 (심의규정) ①방송통신심의위원회는 방송의 공정성 및 공공성을 심의하기 위하여 방송심의에 관한 규정(이하 “심의규정”이라 한다)을 제정·공표하여야 한다. ②제1항의 심의규정에는 다음 각호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 헌법의 민주적 기본질서의 유지와 **인권**존중에 관한 사항

69) 제37조 (보호관찰대상자등의 조사) ①보호관찰소의 장은 보호관찰의 실시를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 보호관찰대상자 기타 관계인을 소환하여 심문하거나 소속보호관찰관으로 하여금 필요한 사항을 조사하게 할 수 있다. ②보호관찰소의 장은 보호관찰을 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 국·공립기관 기타 단체에 사실을 알아보거나 관계자료의 열람등 협조를 요청할 수 있다. ③제1항 및 제2항의 직무를 담당하는 자는 직무상 비밀을 엄수하고, 보호관찰대상자 및 관계인의 **인권**을 존중하며, 보호관찰대상자의 건전한 사회복귀에 방해되는 일이 없도록 주의하여야 한다.

70) 제5조 (처우의 기본원칙) ① 소년원장 또는 소년분류심사원장(이하 “원장”이라 한다)은 보호소년 또는 위탁소년(이하 “보호소년등”이라 한다)을 처우할 때에 **인권보호**를 우선적으로 고려하여야 하며, 그들의 심신 발달 과정에 알맞은 환경을 조성하고 안정되고 규율있는 생활 속에서 보호소년등의 성장가능성을 최대한으로 신장시킴으로써 사회적응력을 길러 건전한 청소년으로서 사회에 복귀할 수 있도록 하여야 한다. * 이 법의 전신인 『소년원법』에는 ‘인권’ 개념이 사용되지 않았다.

71) 제1조 (목적) 이 법은 삼청교육과 관련하여 피해를 입은 자 또는 유족에 대하여 명예회복에 필요한 조치와 실질적인 보상을 함으로써 이들의 생활안정을 도모하고 **인권신장**과 국민화합에 이바지함을 목적으로 한다.

72) 제9조 (지원시설의 운영) ① 지원시설의 장은 입소자 또는 이용자의 **인권**을 최대한 보장하여야 한다.

73) 제1조 (목적) 이 법은 성매매·성매매알선등행위 및 성매매 목적의 인신매매를 근절하고, 성매매피해자의 **인권**을 보호함을 목적으로 한다.

74) 제1조 (목적) 이 법은 성폭력범죄를 예방하고 그 피해자를 보호하며, 성폭력범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 국민의 **인권신장**과 건강한 사회질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다.

75) 제13조 (시민문화교육 활성화) ①광주광역시·아시아문화중심도시를 조성함에 있어서 시민의 문화적 다양성에 대한 이해 증진 및 문화적 역량 강화를 위한 교육사업(이하 “시민문화교육 활성화 사업”이라 한다)을 시행하여야 하며, 국가는 이를 지원할 수 있다. ②시민문화교육 활성화 사업에는 다음 각 호의 사항을 포함하여야 한다.

3. 평화·**인권**·문화다양성 교육의 활성화 지원

76) 제1조 (목적) 이 법은 10·27법난과 관련하여 피해를 입은 자와 불교계의 명예를 회복시켜줌으로써 **인권신장**과 국민화합에 이바지함을 목적으로 한다.

77) 제2조 (예우의 기본이념) 우리 대한민국의 민주주의와 **인권의 발전**에 기여한5·18민주화운동은 우리들과 우리들의 자손들에게 송고한 애국·애족정신의 귀감으로서 항구적으로 존중되고, 그 공헌과 희생의 정도에 대응하여 민주유공자와 그 유족 또는 가족의 영예로운 생활이 유지·보장되도록 실질적인 지원이 이루어져야 한다.

78) 제1조 (목적) 이 법은 가정폭력범죄의 형사처벌절차에 관한 특례를 정하고 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 위한 보호처분을 행함으로써 가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정을 가꾸며 피해자와 가족구성원의 **인권**을 보호함을 목적으로 한다.

개략적으로 검토해 본 결과로 1990년대 이전에 마련된 법령의 경우는 ‘기본적 인권’이라는 용어를 사용하고, 2000년대 이후 마련된 법령의 경우는 단순히 ‘인권’이라는 용어를 사용하고 있는 듯한 경향을 발견할 수 있었다.

다. 검토

기존의 헌법학계의 논의들은 이러한 헌법상의 규정들, 특히 헌법 제10조 후문의 문구들에 기반하여 기본권의 자연권성 내지는 천부인권성을 확인하는 논의들을 진행시켜 온 바 있다.⁷⁹⁾ 특히 기본권과 인권을 동일한 것으로 보는 입장들은 대체로 기본권을 자연권으로 파악한다. 반면 양자를 구별하는 견해는 대체로 인권은 인간의 본성에서 나오는 생래적이고 천부적인 자연권을 의미하는 것으로 파악하고, 기본권은 헌법이 보장하는 국민의 기본적인 권리라고 설명하기도 하고, 인권은 연혁적으로 전래적인 신분특권의 보장 내지 자연법적인 생래적인 권리의 보장이라는 형태로 발달해서 근대 국가의 헌법에 수용되었기 때문에 기본권의 역사는 인권사상에서 유래한 것이지만, 헌법관에 따라 기본권은 다양하게 파악되는 것이라고 설명하기도 한다. 인권발달사와 헌법발달사를 놓고 보면, 인권이라는 개념이 형성된 후 실정헌법이라는 개념이 형성되고 종래 자연적인 인간의 권리로서만 이해되던 인권이 근대 입헌주의 헌법에 의해 강력하게 보장되고 보호되면서 기본권이라는 개념이 등장하였다고 볼 수 있다는 등의 설명은 이미 학설들을 검토하면서 살펴본 바 있다.

그렇지만 헌법상의 조문들을 기반으로 이러한 논의들을 검토해 볼 때, 成文憲法 체제하의 우리 나라의 헌법학의 연구대상이 일차적으로 『대한민국헌법』의 ‘텍스트(text)’⁸⁰⁾여야 함은 당연한 일임에도 불구하고, 기존의 논의들이 우리 헌법상의 문구에 대한 실제적인 고찰이 다소 결여되어 있는 것이 아닌가 하는 의구심을 지울 수 없다. 즉 일반적으로 사용되는 ‘인권’ 개념, 즉 “인간으로서 당연히 가지는 기본적 권리”라는 개념을 “기본적 인권”이라는 헌법 조문에 대입시켜 볼 경우, “기본적”이라는 수식어의 불필요한 중복을 가져오게 됨을 확인할 수 있는 바, 오히려 단순히 ‘인간의 권리’라는 개념으로 헌법상의 ‘인권’ 개념을 해석하는 것이 더 자연스럽지 않나 하는 것이다. 이는 여타의 조문, 특히 헌법 제37조 제1항의 문구에 있어서 단순히 “국민의 자유와 권리”라는 문구만을 사용하고 있음을 감안하면 좀 더 체계적합적인 해석이 될 수 있을 것으로 생각된다.⁸¹⁾ 이러한 해석은 우리 헌법의 기본권 보장 범위를 최대한도로 넓혀 기본권의 보장 가능성을 극대화 할 수 있는 적극적인 측면을 가진다고 할 것이다.⁸²⁾

79) 예를 들어 김철수 대표집필, 『주석헌법(초) 헌법(개정판)』 (서울: 법원사, 1993), 108면 [양건 교수 집필부분]은 “‘기본적 인권’이란 인간의 본질적인 인격성으로부터 나오는 전국가적 권리이며, 인간이면 누구나 가지는 기본적인 생래적 권리를 말한다.”고 하고 있다.

80) 우리말 표기로는 ‘文言’ 혹은 ‘原文’이라는 용어가 적절하겠지만, 기호학과 해석학의 발전으로 ‘텍스트’라는 용어가 일반적으로 수용되고 있다는 전제하에, 본 논문에서도 텍스트라는 용어를 사용하기로 한다. 결과적으로 여기에서의 텍스트는 기호학적인 배경 속에서 ‘기호’보다 높은 차원에 위치하는, ‘해석을 위한 계기’를 의미하는 것으로 볼 수 있다. 기호학에서의 텍스트에 관한 보다 자세한 논의는 김경용, 『기호학이란 무엇인가 - 기호의 우리, 우리의 기호』 (서울: 민음사, 1994[2005 print]) 제8장을 참조.

81) 사실 제37조 제1항의 경우, 건국헌법 당시부터 존재했던 조항이고, 제10조 후문의 경우는 1960년대에 와서야 도입된 조문임을 감안하면, 역사적인 해석의 견지에서의 입법자의 의지는 오히려 제37조 제1항에서 확인 가능할 여지가 크다고 할 수 있을 것이다.

82) 일반적으로 개념의 내포가 증가하면 그 외연은 감소하는 경우가 많다는 점을 기억한다면, 기본권의 외연을 최대화 할 수 있는 해석은 기본권의 개념징표, 즉 기본권의 내포를 최소화하는 작업이라 할

아울러 오늘날의 권리담론상의 권리의 '청구성'이나 '처분성'의 관점에서 볼 때,⁸³⁾ 권리의 주체에 인간 이외의 존재를 상정할 수 있을 지가 적잖이 의문스럽기 때문에, '인간의 권리'라는 측면에 대한 적극적인 의미부여가 있어야 할 것인 바, 전통적인 견지에서의 '시민의 권리'의 이전 개념으로서, 즉 특정 정치공동체의 소속원이기 때문에 보장되는 권리가 아닌 자연인으로서의 인간에게 부여되는 권리로서의 의미를 가지는 것으로 이해하는 것이 필요할 것으로 생각된다.

4. 맺음말

지금까지 '인권'의 개념을 일반적인 논의 및 법학-특히 헌법학-분야에서의 논의 속에서 살펴보고, 실정법체계상의 '인권' 개념의 쓰임을 통해 검토해 보았다. 이미 확인해본 바와 같이 일반적인 논의 속의 인권 개념은 반드시 법적인 개념으로 사용되는 것은 아니어서, 상당부분 사회적 이념으로서의 가치를 가지고 활용되고 있음을 특히 주목할 필요가 있을 것이다. 이러한 요소들은 법체계에 적용함에 있어서 특히 주의를 요한다고 할 것인 바, 일반적으로 '법적 안정성'을 그 이념 가운데 하나로 삼는 법체계로서는 가급적 명확한 개념들을 통해 그 목표를 실행해 나가는 전술을 구사할 필요가 있다고 하겠다. 이를 위해서 법적 개념들에 대한 종합적이고도 면밀한 검토를 통해 가장 적절한 개념의 선정을 통한 적절한 수준의 법규화를 달성해야 할 필요성이 크다고 할 수 있을 것이며, 아울러 이러한 관점에서 국내법적인 견지에서 '인권'에 관한 논의는 실정법체계가 보장하고 있는 '기본권'에 관한 논의로 전환시킬 필요성 역시 적극적으로 검토해 볼만 하다고 할 수 있을 것이다.⁸⁴⁾

한편 세계인권선언에서는 인권을 인정하는 것이 세계 정의의 기초가 된다고 선언한 바 있다.⁸⁵⁾ 그렇지만 인권과 정의의 관계 역시 매우 복잡하다고 할 수 있다. 정의를 주장하는 자유주의 이론가들은 정의의 개념이 인권의 개념보다 더 근본적인 것이며, 권리를 어떻게 배분해야 하느냐에 대해서는 인권개념보다는 정의 이론이 더 잘 설명할 수 있다고 주장할 만큼 정의 이론은 인권과 관련하여 중요한 위치를 차지하고 있다. 앞으로 국제정치에 있어 권리에 기반한 접근법(right-based approach)과 정의에 기반한 접근법(justice-based approach) 중에서 어느 것이 더 유효한지는 이론보다는 현실에서 판단할 문제라 할 것인 바,⁸⁶⁾

이미 살펴본 바와 같이 인권은 보통 자연법적이고 천부적인 권리로 이해되는 바, 이는 우리가 인권을 너무나 당연한 권리로 받아들이고 있으며, 이것은 인권이 인정되어야 하는 다른 근거에 대해서 더 이상 논의할 필요가 없다는 뜻이라고도 할 수 있다. 물론 이러한 이해가 전적으로 잘못된 것은 아니며 적어도 인권은 어떠한 공동체에서도 보편적으로 인정되어야 할 당위적 권리로, 실정법 이전에 존재하는 권리라는 사실은 틀림없다고 할 수 있

수 있을 것이다.

83) 권리담론에 관한 자세한 논의는 김도균, 앞의 책, 제1장 및 정종섭, 주 33)의 책, 32~43면의 내용을 참조.

84) 유사한 맥락에서 인권 논의의 기본권 논의로의 전환을 주장하는 견해로는 은승표, "법불명확성의 탈역설화 - 자연권적 인권에서 헌법상 기본권 및 법시스템으로," 『공법학연구』, 제7권 제1호 (2006.2)

85) 『UN세계인권선언』은 "인류 가족 모든 구성원의 고유한 존엄성과 평등하고 양도할 수 없는 권리를 인정하는 것이 세계의 자유, 정의, 평화의 기초가 됨을 인정하며..."로 시작한다. 번역은 정인섭 편역, 『증보 국제인권조약집』(서울: 경인문화사, 2008), 11면을 따랐다.

86) Michael Freeman, 앞의 책, 107~108면. 인간다운 삶의 실현을 위한 전술적 개념으로서의 인권 개념의 적합성 여부도 근본적인 차원에서 재검토해 볼 필요성도 없지 않다고 하겠다.

며, 심지어 하늘이 내려준 권리라고 생각할 수도 있다. 하지만 인권의 보편적 당위성이 선험적이고 형이상학적인 것만으로 이해되는 것은 곤란하다. 인권에 대한 선험적이고 형이상학적 이해에 따르면 인권의 '존재'는 처음부터 당연하다. 그리고 인권의 '내용'은 의심할 여지없이 자명하다. 따라서 인권에 대한 선험적이고 형이상학적인 이해는 자칫 인권에 관한 논의에서 논증이 필요 없는 자명한 영역을 확대시킨다. 그리고 인권에 관한 논의에서 이성이나 합리성을 제거할 수 있다. 이것은 인권을 절대화하게 될 것이다. 이러한 관점은 특히 인권이 서로 충돌할 때 전혀 합리적인 해결책을 제시하지 못할 수도 있다. 제한될 수 없다는 의미를 가지는 절대적인 인권들이 서로 충돌한다고 가정하자. 각각의 인권은 제한될 수 없기 때문에 충돌의 문제는 결코 해결될 수 없게 될 지도 모른다.⁸⁷⁾

87) 이준일, 주2)의 책, 1면. 다양한 인권의 정당화 논의 가운데 특히 게워스(Alan Gewirth)의 논의에 기반한 것으로는 이동희, "인권의 정당화를 위한 게워스의 공준," 『법학연구』, 제35집 (2009.8).

[참고문헌]

- 강경근, 『(신판)헌법』 (서울: 법문사, 2004)
- 국가인권위원회 編, 『국가인권위원회법 해설집』 (서울: 국가인권위원회, 2005)
- 국회도서관입법조사국, 『헌법제정회의록: 제헌국회』 (서울: 국회도서관 입법조사국, 1967)
- 권영성, 『헌법학원론(개정판, 2009년판)』 (서울: 법문사, 2009)
- 김도균, 『권리의 문법 - 도덕적 권리·인권·법적 권리』 (서울: 박영사, 2008)
- 김철수, 『헌법학개론(제18전정신판)』 (서울: 박영사, 2006)
- 박찬운, 『국제인권법』 (서울: 한울아카데미, 1999)
- , 『인권법』 (파주: 도서출판 한울, 2011)
- 성낙인, 『헌법학(제9판)』 (서울: 법문사, 2009)
- 양건, 『헌법강의I』 (서울: 법문사, 2007)
- 이관희, 『한국민주헌법론I』 (서울: 박영사, 2004)
- 이상돈, 『인권법』 (서울: 세창출판사, 2005)
- 이준일, 『인권법 - 사회적 이슈와 인권(제2판)』 (서울: 홍문사, 2009)
- , 『헌법학강의(제3판)』 (서울: 홍문사, 2008),
- 인권법교재발간위원회편저, 『인권법』 (서울: 아카넷, 2006)
- 장영수, 『헌법학(제3판)』 (서울: 홍문사, 2008)
- 정종섭, 『헌법연구5』 (서울: 박영사, 2005)
- , 『헌법학원론(제4판)』 (서울: 박영사, 2009)
- 조효제, 『인권의 문법』 (서울: 후마니타스, 2007)
- 차병직, 『인권의 역사적 맥락과 오늘의 의미』(서울: 지산, 2003)
- 최대권, 『헌법학강의(증보판)』 (서울: 박영사, 2001)
- 홍성방, 『헌법학(개정5판)』 (서울: 현암사, 2008)
- Donnelly, Jack, *International Human Rights*, 박정원 역, 『인권과 국제정치: 국제인권의 현실과 가능성 및 한계』(서울: 오름, 2002),
- Fredman, Sandra, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, 조효제 역, 『인권의 대전환: 인권 공화국을 위한 법과 정치의 역할』(서울: 교양인, 2009)
- Freeman, Michael, *Human Right: An Interdisciplinary Approach*, 김철효 역, 『인권: 이론과 실천』 (서울: 아르케, 2005)
- Hunt, Lynn, *Inventing Human Rights*, 전진성 역, 『인권의 발명』(파주: 돌베개, 2009)
- Ishay, Micheline R., *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, 조효제 역, 『세계인권사상사』(서울: 도서출판 길, 2005)
- Paine, Thomas K., *Common Sense, Rights of Man*, 박홍규 역, 『상식, 인권』(서울: 펄맥, 2004)
- Renteln, Alison Dundes, *International Human Rights: Universalism versus Relativism* (Newbury Park: Sage Publication, 1990)
- Sellas, Kirsten, *The Rise and Rise of Human Rights*, 오승훈 역, 『인권, 그 위선의 역사』(서울: 은행나무, 2003)
- Tomuschat, Christian, *Human Rights: Between Idealism and Realism* (New York: Oxford University Press, 2003)
- UN Center for Human Rights, *Human Rights and Social Work: A Manual for Schools of Social Work and the Social Work Program*, 이해원 역, 『인권과 사회복지실천』(서울: 학지사, 2005)
- Wilson, John B., *Thinking with Concepts*, 윤희원 역, 『(개념을 잡아라!) 논리내공』(서울: 이제이북스, 2004)

송기춘, “국가의 기본권보장의무에 관한 연구”, 서울대학교 법학박사학위논문, 1999.2

은승표, “법불명확성의 탈역설화 - 자연권적 인권에서 헌법상 기본권 및 법시스템으로,” 『공법학연구』, 제7권 제1호 (2006.2)

이동희, “인권의 정당화를 위한 게워스의 공준,” 『법학연구』, 제35집 (2009.8)

장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력,” 『법학논집(고려대학교 법학연구원)』, 제34집 (1998)

[Abstract]

Human Rights have been regarded as important as some people call 21st Century 'the Era of Human Rights.' As a result of the increasing concern for and the vigorous study of them in jurisprudence, the "Human Rights Law" has been a particular part of jurisprudence. The appearance of the concept of "human rights" dates back to 18th Century but the regular study of them has been practiced since the foundation of United States in 1945 and a lot of declarations of Human Rights such as 『the Declaration of Human Rights』 in 1948. In Korea, many efforts for protection of and improvement of standard for Human Rights have been taken including the establishment of 'National Human Rights Committee of Korea' in 2001. Especially Lawschools have been established in Korea since 2009 and many of them have regarded the study of Human Rights as one of their major Object, the study in Human Rights Law will become more vigorous. But the study field of Human Rights Law have not been settled and there have not been standard contents. So we have to investigate the concept of Human Rights as a first step to study for Human Rights Law.

In this context, this study examines the concept of "Human Rights" of the general Argument on them, and analyzes the concept of them in the domestic legal-system and the international laws on Human Rights. As the result, the concept of human rights are generally used as not a legal concept but a social ideal bearing a lot of social value, so we have to pay close attention to using that concept in legal context. For legal stability is one of the major legal ideal, we need the concrete legal concepts as possible. Then we'd better have arguments with the "Fundamental rights" legislated in our legal system than the obscure concept of "Human Rights" in domestic legal studies.

Keywords: Human Rights, Human Rights Law, Concept, Conceptual Study, Fundamental Right, Legal Stability