



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

碩士學位論文

法 斗 人 權

『法と人権』翻譯論文

濟州大學校 通譯翻譯大學院

韓日學科

李 恩 兆

2014年 2月

法과 人權

(『法と人權』翻譯論文)

指導教授 坂野慎治

李 恩 兆

이 論文을 通譯翻譯學 碩士學位 論文으로 提出함

2014年 2月

李恩兆의 通譯翻譯學 碩士學位 論文을 認准함

審査委員長 _____ (印)

委 員 _____ (印)

委 員 _____ (印)

濟州大學校 通譯翻譯大學院

2014年 2月

역자서문

인권에 대한 사회적 관심은 높아지고 있지만, 실제로 어떤 인권이 존재하는지 구체적으로는 알지 못하는 경우가 많다. 특히 인권분야는 사회적 이슈로서 다루는 데에 그칠 뿐 법적으로 어떻게 보장되고 있는지에 대해서는 자세하게 다루지 않는다. 실제로 우리나라에서 인권법에 대한 접근은 인권에 대한 국제 조약을 중심으로 이루어지고 있고, 현재 출판된 인권법 관련 서적을 살펴보면 대부분 국제 조약을 중심으로 서술하고 있음을 알 수 있다.

이번에 번역한 『법과 인권』은 일본의 법률을 중심으로 인권에 대해서 서술한 책이다. 헌법, 민법, 형법 등 주요 3법에서 규정한 조문을 중심으로 인권에 대한 내용을 찾아내서 설명하고 있다. 또한 구체적인 판례를 예로 들어 어떠한 법률이 어떤 식으로 적용하여 인권문제를 다루었는지에 대해 밝히고 있고, 이에 대한 의견 등을 제시하고 있어서 일본 국내법에서 인권문제를 어떻게 판단했는지를 알 수 있다. 물론 국제법을 중심으로 인권에 대한 언급도 있지만, 한 장을 차지하고 있을 뿐 그 비중은 그리 크지 않다.

이 책을 번역하면서 국제조약을 중심으로 한 인권법이 아닌 우리나라 국내법을 중심으로 인권 관련 규정을 고찰해 보면 어떨까 하는 생각이 들었다. 국내법 안에서 인권에 관해 규정한 조문들을 찾아보고, 관련 판례 등을 함께 정리해 보는 것이 아마도 그 첫 걸음이 될 것이다.

이 책을 통해 독자들이 일본의 국내법에서 규정하고 있는 인권 보장을 이해하는 데에 있어 조금이나마 보탬이 되길 바란다.

마지막으로 바쁘신 가운데서도 아낌없는 지도와 조언을 해주신 교수님들께 감사의 말씀을 올린다.

2013년 12월

이 은 조

국문초록

이 책은 법과 인권과의 관계를 일본 국내법 및 조약 등의 국제법을 토대로 살펴본 책이다. 모두 12장으로 구성되어 있는데 이번 논문에서는 이중에서도 1장, 4장, 5장, 11장, 12장을 번역하였다.

그 구체적인 내용을 살펴보면 다음과 같다. 1장은 법이란 무엇인가에 대한 내용이다. 법과 도덕의 차이, 실정법과 자연법에 대한 설명, 법의 분류, 법의 효력 등에 대해서 설명하고 있다. 4장에서는 인권이란 무엇인가에 대한 내용이다. 자연권 및 일본 헌법상의 인권과 그 권리 등에 대해서 설명하고 있다. 5장에서는 인권보장에 대해서 설명하고 있다. 인권은 누구에게 인정되는 것인지, 법의 종류에 따라서 보장의 내용은 어떠한지 등에 대해 구체적으로 일본의 법률과 판례를 통해서 기술하고 있다. 11장에서는 인권이 국제사회에서는 어떻게 규정되어 있고 보장되는지에 대해서 설명하고 있는데, 특히 세계인권선언을 비롯한 인권규약 등에 대해서 설명하고 있고 이러한 조약들과 일본법과의 관련에 대해서 기술하고 있다. 마지막으로 12장에서는 새로운 인권에 대한 개념 및 앞으로의 방향성에 대해서 제시하고 있다.

머리말

우리는 평소 자유와 권리를 의식하지 않고 일상생활을 하고 있다. 이는 자신의 권리를 딱히 내세우지 않아도 불편함 없이 자유롭게 살고 있기 때문일 것이다. 동시에 현재 우리는 헌법과 법률에 의해 대부분의 인권이 보장되고 있다는 것을 알고 있다. 또한 현실사회에서 한 사람이 다른 사람의 자유와 권리를 짓밟고, 이것이 큰 사회문제가 되는 사례가 많이 존재하는 것도 분명한 사실이다.

이 책은 인권을 중심으로 썼다. 3인의 필자가 대학에서 모두 각자의 전공과목 외에 ‘법학’, ‘현대 인권’, ‘법과 인권’ 등의 과목을 담당하고 있다. 집필자는 이러한 과목을 담당할 때 무엇을 어떻게 전달해야 학생들이 효과적으로 이해할 수 있을지를 염두에 두고 강의하고 있다. 집필을 담당한 장은 평소 생각했던 바를 살려서 쓰고자 했다.

인권에 대하여 고찰할 때, 어떠한 것이 중요한 문제인가, 헌법과 법률에서는 어떠한 인권을 국민에게 보장하고 있으며 그 내용은 무엇인가, 왜 대부분의 인권을 보장할 필요가 있는가, 어떤 시대이든 시대의 변천과 상관없이 인권의 종류와 내용은 같은가. 이 책은 이러한 문제에 대해 몇 가지 의견을 제시하고 있다. 이러한 의견의 타당 여부를 판단하는 것은 독자의 몫이다. 그러나 판단을 내릴 때에는 왜 그러한 결론이 나왔는지에 대해 납득할만한 이유를 명확하게 밝혀야 한다. 그렇지 않으면 그 결론은 단순한 주관일 뿐, 타인을 납득시키고, 권리를 지키거나 침해당한 권리를 회복하는 데 있어 제 역할을 하지 못한다. 또한 어떤 부분은 그러한 문제를 검토하는 것이 중요하다고 지적만 했을 뿐 의견제시도 안했고 결론도 내리지 않았다. 이러한 경우는 독자 스스로가 생각하여 스스로 결론을 도출해보길 바란다.

이 책은 대학생을 대상으로 하였다. 여러분은 각자의 분야에서 일정한 목표의식을 가지고 학문을 추구하고 있을 것이다. 학문을 익힌다는 것은 단순히 책에 쓰인 내용을 암기하는 것이 아니다. 책에 있는 내용을 참고로 하여 스스로 생각하는 것이 학문이다.

시대를 막론하고 스스로 생각하여 결론에 도달하는 능력을 가진 인재가 요구되어 왔고 현대 사회도 마찬가지이다. 인권에 대해 공부할 때에는 현재 무엇이 가장 중요한 문제인가를 철저하게 고찰해 보길 바란다. 이 책의 독자는 스스로 생각하는 것이 중요하다는 것을 충분히 인식하고 이 책을 이용했으면 한다. 그렇게 하면 결과적으로 평화로운 사회에 공헌할 수 있는 실력을 갖추 수 있다고 확신한다.

2003년 3월

저자 일동

제4판 머리말

이 책이 발간된 지 3년이 흘렀다. 그동안 이 책에서 다루고 있던 법률 일부분이 개정되었고 새로운 법률이 제정되었다. 그러한 부분의 기술(記述)을 방치해서는 안 된다. 정확해야 할 실정법의 기술이 틀리거나 부정확하게 놔두면 이 책을 이용하는 독자에게 잘못된 내용을 전달하게 되기 때문이다. 이 책이 다루고 있는 법률 중에서 개정된 것은 민법 제1편에서 제3편까지와 상법이며, 새로 제정된 법률은 『형사시설 및 수형자의 처우에 관한 법률』과 『재판원(裁判員 : 한국의 배심원에 해당)이 참가하는 형사재판에 관한 법률』이다.

이러한 법률개정 및 새롭게 법률이 제정된 부분에 한해서는 이번에 최소한으로 개정하였다. 시간의 경과에 따라 검토해야 할 내용의 개정 작업은 앞으로의 과제이다.

2006년 3월

저자일동

목 차

역자서문

국문초록

머리말

제 1 장 법이란 무엇인가	1
1. 사회생활의 규칙 = 사회규범	1
2. 법과 도덕의 차이	2
3. 법과 도덕의 관련성	3
4. 실정법과 자연법	4
5. 법의 분류	6
6. 법의 효력관계	8
제 4 장 기본적 인권이란	11
1. 자연권	12
2. 헌법상의 권리	12
3. 법 앞의 평등	13
4. 인권의 분류	17
제 5 장 인권보장의 효력과 범위	21
1. 인권의 제약	22
2. 인권의 향유주체	23
3. 사인 간의 인권보장	27
4. 특별한 법률관계에 있는 자의 인권 - 특별권력관계	30
제 11 장 국제사회와 인권	35
1. 국제사회와 인권	35
2. 국제연합과 인권 - 평화와 인권의 불가분성	36

3. 국제인권장전의 탄생	38
4. 세계인권선언의 영향	40
5. 외국인의 지위	41
6. 인권조약에 따른 영향	44
제 12 장 인권의 창조	47
1. 새로운 인권의 등장	47
2. 새로운 인권의 내용	48
3. 프라이버시에 관한 권리	49
4. 환경권	50
5. 자기결정권	51
6. 존엄사·안락사	52
7. 평화적 생존권	52
8. 새로운 권리의 권리성	54
9. 국제사회에서 보는 새로운 인권 - 제3세대 인권	55



제 1 장 법이란 무엇인가

◎난해한 법은 지킬 수 없다

일본법의 문장은 매우 어렵다. 법을 지켜야 할 의무가 있는 일반 국민들이 읽었을 때 곧바로 내용을 이해하기 어려운 경우가 많다. 그 이유 중에 하나가 “이해시키는 것이 아니라 따르게 하는 것이다.”라는 법을 제정하는 측의 태도가 강하게 영향을 끼치고 있기 때문이다.

프랑스의 한 유명한 작가는 프랑스인들에게 “올바른 프랑스어를 습득하려면 법조문에서 배워라.”고 말한다. 그 이유는 프랑스 법률이 이해하기 쉬운 단어를 사용하여 깔끔하고 정확한 문장으로 표현되어 있기 때문이라고 한다.

법은 법률 전문가들만 지키는 것이 아니다. 따라서 법은 누구나 이해할 수 있도록 특수한 단어가 아닌 평범한 단어로 써야한다.

◆ 1장에서 배울 내용 ◆

- 사회규범의 종류와 특징
- 법과 도덕의 차이와 관련성
- 법의 내용
- 법과 법 사이의 효력관계

1. 사회생활의 규칙 = 사회규범

인간은 혼자서는 살기 힘들기 때문에 사회를 구성하고 그 속에서 함께 살아간다. 사회에는 여러 형태가 있는데 부부, 가족, 이웃, 동아리처럼 소규모로 이루어

진 단위도 있고 국가나 국제사회와 같이 대규모로 이루어진 단위가 있다. 사람들이 많이 모여서 생활하는 곳에는 반드시 어떠한 형태로든 규칙이 발생하며, 사람들은 그 규칙에 따라 행동하기 때문에 그 집단의 질서가 유지될 수 있는 것이다. 반면에 사람들이 규칙에 따르지 않고 제멋대로 행동한다면 그 집단은 혼란에 빠져서 안심하고 생활할 수 없게 된다. 이렇게 사회질서를 유지하기 위한 규칙을 사회규범이라 하는데 이는 여러 형태로 존재한다. 또한 사회의 규모나 종류에 따라 규범내용과 경중에 차이가 있다. 옛날부터 전해오는 “사회가 있는 곳에 법이 있다.”고 한 법률속담은 이를 잘 나타내고 있다.

그런데 사회질서를 유지하고 있는 규범에는 어떠한 것이 있을까? 가족과 친구간의 약속도 하나의 규범이라 할 수 있지만 여기서는 좀 더 큰 집단인 국가를 기준으로 규범을 생각해보자.

국가를 질서 있는 사회로 만들기 위한 규칙에는 옛날부터 계속되어 온 관행, 즉 습관(법조계에서는 관습이라고 한다)과 도덕, 법 등이 있다. 이러한 사회규범은 명령이나 금지의 형태로 존재한다. 또한 관습, 도덕, 법 등의 다양한 규범이 모두 같은 내용을 규정한 경우가 있는가 하면, 상호간에 전혀 관계가 없는 것을 규정한 경우도 있고 그 효력에도 차이가 있다. 이렇게 “법이란 무엇인가?”라는 문제에 답하기 위해서는 법과 그 외의 사회규범을 비교하여 법의 특징을 분명히 하는 것이 효과적이다.

2. 법과 도덕의 차이

법과 도덕은 둘 다 사회규범이고 “남의 물건을 훔치면 안 된다.”든가 “사람을 다치게 해서는 안 된다.”고 명하고 있다. 그렇다면 이 둘은 차이가 없는 것일까, 만약 차이가 있다고 한다면 어떠한 점이 다른 것일까.

예전부터 법과 도덕을 구별하는 기준으로 “법의 외면성, 도덕의 내면성”이라는 것이 있다. 법은 인간이 밖으로 드러내는 행위를 법률의 대상으로 하는 반면 도덕은 인간의 내면, 즉 마음을 대상으로 한다는 것이다. 그러나 법도 범죄를 처벌

할 때에는 고의나 과실이라는 인간의 내면을 문제 삼고 있고, 한편 밖으로 드러난 행위는 당연히 도덕의 대상이 된다. 그렇다면 단순히 “법의 외면성, 도덕의 내면성”이라고 하는 기준에서 법과 도덕의 차이를 분명히 하는 데에는 문제가 남을 수밖에 없다.

또한 “강제력이 있는가, 없는가.”라는 관점에서 법과 도덕의 차이를 설명하는 주장도 있다. 법에 위반한 행위는 형벌을 부과한다거나 법의 명령에 따르지 않을 때에는 강제적으로 법을 지키게 하는 것 등이다. 이렇게 법은 일정한 압력을 가하여 법이 명하고 있는 것과 금하고 있는 것을 반드시 지키게 하는 힘을 갖고 있다. 그렇다면 도덕에는 이러한 힘이 없는가? 도덕에 반한 행위도 사회에서 비난의 눈초리를 받는다. 그러나 이는 심리적 강제력이지 법이 가지는 물리적 강제력은 아니라는 주장도 있다. 하지만 심하게 도덕에 반한 행위를 한 사람은 주위로부터 강한 비난을 받게 되는데 이는 분명한 물리적 강제력이다. 그러므로 “강제력이 있는가, 없는가?” 혹은 “심리적 강제력인가, 물리적 강제력인가?”라는 기준에서 법과 도덕을 구별하는 것도 무리가 있다고 볼 수 있다.

결국 법과 도덕의 차이는 “각각의 강제력은 무엇에 의한 강제력인가.”라는 측면에서 밝히는 것이 가장 타당한 방법이 아닐까 생각된다. 법은 국가권력이 제정한 것이기 때문에 법을 지키게 하는 최종적인 주체는 국가권력이다. 즉, 법이 갖고 있는 강제력은 국가권력에 의한 것이다. 도덕도 일정한 강제력을 갖고 있지만 이는 국가권력에 의한 것이 아니다. 이 기준에서 법과 도덕의 차이를 명확히 한다면 가장 무리가 없을 것이다.

3. 법과 도덕의 관련성

법과 도덕은 모두 사회규범이기 때문에 그 차이를 분명하게 하는 것뿐만이 아니라 양자의 관련성에 대해서도 살펴보아야 한다.

이 문제에 대해서도 예전부터 여러 가지 의견이 있었다.

첫 번째는 도덕이 상위규범이기 때문에 도덕에 반하는 법은 효력이 없다고 하

는 의견이다. 도덕에서 살인을 금지하고 있는데도 이에 반하여 정책적으로 민족 대량학살을 명령한 법은 무효라고 했던 예를 보면 이 의견도 언뜻 타당하게 느껴진다. 그러나 무엇이 도덕의 내용인지 문장으로 표현하고 있지 않기 때문에 반드시 명확하다고는 할 수 없고 사람에 따라서 도덕의 내용이 다를 수도 있다. 이렇게 내용이 명료하지 않은 도덕을 법의 상위규범으로 하는 것은 문제가 있다.

또 다른 의견은 위의 내용과는 완전히 상반되는 것으로 문장으로 확실하게 제정된 법이야말로 도덕보다 상위규범이고, 법에 반하는 도덕의 효력은 부정해야 한다는 의견인데, 여기에도 약간의 문제가 있다.

더 나아가 법과 도덕은 서로 관련이 없기 때문에 전혀 다른 규범이라는 의견도 있다. 그러나 과연 이렇게 단정해 버려도 되는 것인지 의문이다.

법과 도덕은 같은 내용을 규정하고 있는 경우도 있지만, 도덕과 전혀 관련이 없는 사항을 규정하고 있는 법도 존재한다. 범죄 및 그에 부과하는 형벌을 규정하고 있는 형법은 대부분의 경우 도덕과 같은 내용을 규정하고 있고, 친족 간의 상호의무를 정하고 있는 민법규정도 내용적 측면에서 도덕과 같다고 할 수 있다. 그러나 유기징역을 1개월 이상 20년 이하로 정한 형법 규정이나 성인연령을 만 20세로 정한 민법규정, 국회가 중의원과 참의원으로 구성된다고 제정한 헌법 규정 등은 도덕과 아무런 관계가 없다.

이렇게 법과 도덕이 같은 대상을 내용으로 하는 경우도 있지만, 도덕과는 전혀 관계없는 사항을 규정한 법도 분명히 존재한다. 또한 양자가 대상으로 하는 내용이 동일할 때에도 하나는 상위규범이고 다른 하나는 하위규범이라고 할 수 있을 것이다.

4. 실정법과 자연법

법과 도덕을 비교해 봄에 따라 법의 특징이 조금은 분명해졌다. 좀 더 나아가서 법 자체는 어떠한 특징을 갖고 있는지 생각해보도록 하자.

법에는 육법전(六法典)처럼 문장으로 인식할 수 있는 법이 있고, 문장으로 표

현되어 있지 않은 법도 있다.

제정권자가 작성하여 글로 나타낸 법을 실정법이라 한다. 실정법은 문자로 표현되어 있기 때문에 그 내용을 확인하는 것이 비교적 용이하다. 그리고 실정법은 법의 제정 및 적용 시기와 범위가 한정되어 있다. 일본헌법은 1946년 제정되었고, 다음해 1947년 5월 3일부터 시행되어 현재도 일본 내에서 그 효력을 발휘하고 있다. 그러나 대일본제국헌법[메이지(明治)헌법·구(舊)헌법]은 1889년 제정되어 1890년부터 시행되었지만 제2차 세계대전에서 패배하면서 그 효력을 잃었다. 마찬가지로 그 외의 법률도 한번 제정되면 영원히 효력을 갖게 되는 것이 아니다. 사회가 변화하면 그에 따라 개정되는 수가 있다. 이렇게 실정법은 일정한 시간과 장소에 한해서 존재하고 그 효력을 갖게 된다.

반면 자연법(自然法)은 문자로 쓰인 법이 아니고 시간과 장소를 초월해서 언제 어디서든지 효력이 계속되는 보편적인 법이라고 할 수 있다. 자연법을 주장하는 사람들은 자연법이야말로 진정한 법이며 자연법에 반한 실정법은 법으로서 효력이 없다고 한다.

자연법은 글로 표현되어 있지 않기 때문에 무엇이 자연법에 해당하는지 실정법만큼 명료하지 않다. 중세 유럽에서는 신의 의사(意思)만이 자연법이라고 했고, 근대에 들어서서는 인간의 이성(理性)만이 자연법이라고 했던 견해가 있다. 신이라고 해도 기독교의 신도 있고 그 밖의 신도 있다. 또한 인간의 이성에 대해서도 무엇이 이성인지 사람에 따라 보는 관점이 다양하다. 결국 무엇이 자연법에 해당하는지는 이를 주장하는 사람의 주관에 따라서 다양할 수 있다.

자연법론에 대해서 실정법만이 법이라고 하는 주장도 있다. 이 주장에 의하면 내용이 확정되지 않은 자연법으로 인해 실정법이 무효가 되는 것은 불합리하기 때문에 법학의 대상은 실정법으로 한정되어 있어야만 한다. 이러한 학설을 실정법주의 또는 법실증주의라고 한다. 그러나 이러한 논리를 철저히 관철하게 되면 한번 실정법으로 제정된 법이 아무리 악법이라도 그 법을 지키지 않을 수 없기 때문에 “악법도 법이다.”는 결론에 이르게 된다. 이러한 주장을 과연 타당하다고 할 수 있을까.

우리는 법에 따르고 법을 준수하는 입장에서 법의 목적과 내용에 대해서 다시 한 번 생각해 볼 필요가 있다.

5. 법의 분류

법은 몇 가지 방법으로 분류할 수 있다. 첫 번째는 문자로 표현하여 글이 된 법을 성문법(成文法)이라 하고, 글로 쓰이지 않은 법을 불문법(不文法)이라 하는 분류이다. 일본불문법 중에는 관습법이라고 부르는 법이 있다. 일본상법 제1조에서 “상사(商事)에 관해서는 법률에 규정이 없으면 상관습에 따르고 상관습이 없는 경우에는 민법이 정하는 바에 따른다.”고 규정하고 있는데 여기서 상관습은 불문법의 예에 해당한다. 또한 1898년에 제정된 법례(法例)¹⁾ 제2조는 “공공질서 또는 선량한 풍습에 반하지 않는 관습은 법령의 규정에 따라서 인정되는 사항 및 법령에 규정되지 않은 사항에 관한 것에 한해 법률과 동일한 효력을 갖는다.”고 규정하고 있는데 여기서의 관습(법)도 불문법 중 하나이다.

앞에서 법은 사회규범 중 하나라고 설명하였는데 동시에 법은 재판규범이기도 하다. 근대이후의 사회에서 재판관은 법에 따라 재판을 해야만 한다고 했다. 재판은 재판관의 자의에 따라 행하는 것이 아니라 반드시 객관적인 기준 = 법에 근거해서 행해야 한다. 이러한 의미에서 볼 때 법은 재판규범이기도 하다.

재판규범인 법은 어떠한 형태로 존재 하는가[법의 존재형식, 법원(法源)]의 관점에서도 분류할 수 있다. 이 분류방법에 의하면 법은 제정법, 판례법, 관습법, 조리(條理)라고 하는 네 가지 형식으로 존재한다. 제정법은 입법권자가 조문(條文)으로 정해 놓은 법이며 첫 번째 분류에 따르면 성문법에 해당한다. 판례법을 포함한 나머지 세 가지 형태의 법은 문자로 쓰이지 않았기 때문에 불문법에 해당한다. 판례법은 판결한 내용 안에서 제시된 취지나 원칙이 일정하게 계속 쌓여서 법으로 효력을 갖게 되는 것을 말한다. 조리도 불문법의 일종으로 사물의 이치를 의미하는 것이다. 1875년에 제정된 태정관포고(太政官布告)²⁾의 재판사무지침(裁判事務心得) 제3조는 “민사재판에서 성문법이 없으면 관습에 의하고, 관습이 없으면 조리를 추고(推考)하여 재판해야 한다.”고 규정하고 있다. 메이지 시대

1) 역주, 1898년에 제정된 법률 제10호. 법률의 시행시기 및 관습의 효력, 국제사법에 관하여 규정한 법률

2) 역주, 메이지시대 초기에 태정관이 공포한 법률의 형식

초에는 아직 재판규범의 기능을 하는 제정법이 정비되지 않았기 때문에 조리가 법원(法源)으로써 큰 역할을 담당하였다. 메이지 시대와 비교해 볼 때 오늘날에는 훨씬 많은 제정법이 존재하기 때문에 조리를 법으로 인정할 필요가 없다고 생각할지도 모른다. 그러나 현실사회의 모든 사건을 처리할 수 있는 제정법이 완벽하게 마련되어 있다고 하기는 매우 어렵기 때문에 민사재판에서 문제를 해결함에 있어 재판법도 관습법도 없는 경우에는 조리에 따른 해결이 필요하다. 이러한 의미에서 현재 민사재판에서는 조리를 법원으로 하고 있다. 형사재판에 있어서는 조리가 절대로 법원이 될 수 없다는 의견이 있는데, 이에 관해서는 7장에서 알아보기로 한다.

절차법과 실체법으로 분류하는 관점도 있다. 실체법은 권리와 의무의 실체에 대해서 규정하고 있는 법이다. 헌법을 비롯하여 민법, 상법, 형법 등이 이에 해당한다. 반면에 권리와 의무를 실현하기 위한 절차에 대해 규정한 법을 절차법이라 한다. 대표적인 절차법에는 형사소송법, 민사소송법이 있고, 그 외에도 가사소송법, 호적법, 부동산등기법 등이 있다.

법률관계의 주체가 누구인가를 중심으로 법을 분류하기도 한다. 이 기준에 의하면 법은 공법(公法), 사법(私法), 사회법(社會法)으로 구분된다.

공법은 국가권력의 조직과 국가권력을 담당하는 기관의 권한 및 국가권력과 국민의 관계에 대해 규정한 법이다. 헌법, 형법, 형사소송법, 민사소송법, 재판소법, 공무원법 등이 공법이다.

사법은 서로 대등한 사인(私人)과 사인과의 관계에 대해 규정한 법으로 개인의 권리·의무를 규정한 민법, 상사(商事)에 관한 사인간의 권리와 의무를 규정한 상법, 임대차계약에 관한 법 등이 사법에 속한다.

대등한 개인 간의 관계에 대해 규율하는 사법의 영역에서는 국가권력이 지나치게 관여하는 것이 아니라 개인의 자유로운 의사에 의해 개인 상호간의 관계를 맺는 것이 낫다고 여겨져 왔다. 사적 자치의 원칙이 전면적으로 적용되어 왔기 때문이다. 서로 대등하고 평등한 개인이 자유의사를 갖고 사법관계를 체결한다는 것을 이룰테면 개인 간의 계약은 당사자 임의대로 체결해도 되며 여기서 나타난 결과도 당사자 책임이라는 것이다.

자유주의 경제규모가 작았던 시대에는 이러한 사고방식이 충분히 통용되었을

지 모른다. 그러나 20세기 이후 현대사회에서는 자본의 집중과 집약이 이루어져 자본주의 규모가 커지게 되자 대등하다고 여겨왔던 개인상호관계에 변화가 발생하였다. 서로 대등했던 두 당사자 중, 한 쪽은 경제적 사회적으로 큰 힘을 갖게 되었고, 다른 한 쪽은 그렇지 못한 상황이 분명하게 나타났다. 평등했던 개인 간의 관계도 선명하게 불평등한 상태로 변했다. 이렇게 되자 대등한 사인(私人) 상호 관계에 국가권력은 개입해선 안 된다고 했던 원칙도 수정을 가할 수밖에 없게 되었다. 그리하여 개인 책임과 관계없이 발생한 사인 상호 간의 불평등에 국가권력이 개입해서 이전의 평등한 상호관계로 최대한 되돌리고자 하는 기능을 가진 법이 제정되었는데 이 법이 바로 공법과 사법의 중간에 위치한 사회법이다.

공법, 사법, 사회법 중에서 공법은 국가권력의 구조 및 작용, 그리고 국가권력과 국민의 관계에 대해서도 규정하고 있다고 여겨졌다. 헌법은 공법을 대표하는 법으로써 국가의 삼권분립과 그 기능에 대해서 규정하고 있으며 또한 국민의 기본적 인권의 보장을 규정하고 있다. 따라서 국가권력이 국민의 기본적 인권을 침해한 경우에는 공법인 헌법을 적용하게 되었다. 그러나 사인이 사인의 기본적 인권을 침해한 경우에 헌법은 공법이므로 적용되지 않는다. 이래서는 결국 국민의 기본적 인권을 보장할 수 없게 된다. 그러면 이 문제를 어떻게 해결해야 할까? 이 점에 대해서는 다시 5장에서 생각해보기로 하자.

이제까지 설명한 법은 모두 일본에서 제정되어 일본에서 적용되는 법에 한정되어 있다. 이렇게 한 나라에서 제정되어 그 국내에서 적용되는 법은 국내법이라 한다. 한편, 국제연합헌장(이후 UN헌장), 세계인권선언, 모든 형태의 인종차별의 철폐에 관한 국제협약과 같이 복수의 국가 간이나 다수의 국가로 구성된 조직에서 제정되고, 제정에 참가한 국가에만 적용되는 법은 국제법이라 한다. 국제법에 관한 문제에 대해서는 11장에서 검토하기로 한다.

6. 법의 효력관계

법은 여러 가지 형태로 존재한다는 것을 알았다. 그러면 그러한 법과 법 사이

의 효력관계는 어떠할까? 성문법과 불문법 간에서는 원칙적으로 성문법이 우선하여 적용되지만 불문법인 관습법도 성문법과 같은 효력을 갖는 경우가 있고, 또한 법률에 우선하여 적용되는 경우도 있다는 것은 이미 앞에서 보았다.

제정법 간에는 상하관계가 있어 하위법은 상위법에 반할 수 없다는 원칙이 있다. 상위법의 효력이 하위법의 효력에 우선한다. 제정법은 단계적으로 구성되어 있는데, 헌법이 최상위고 그 밑에 법률이 있으며 법률 밑에는 명령과 조례가 있다. 명령은 행정기관에서 제정된 것으로 내각이 제정하는 정령(政令)과 각성(省)이 제정하는 성령(省令)이 이에 해당한다.³⁾ 일본헌법 제98조 1항은 “헌법은 국가 최고 법규이며 이 조규(條規)에 반하는 법률, 명령, 조칙(詔勅) 및 국무에 관한 그 밖의 행위의 전부 또는 일부는 그 효력을 가지지 않는다.”고 규정하여 이를 명시하고 있다. 제정법 간에 상하관계가 있을 시에는 “상위법은 하위법에 우선한다.”는 효력관계가 존재하는 것을 의미한다.

그러면 같은 지위의 법률 간에 서로 다른 내용을 규정하고 있을 때에는 어떤 법이 우선 효력을 갖는지의 문제가 생긴다.

첫 번째 원칙으로 “신법(新法)은 구법(舊法)에 우선한다.”라는 규정이 있다. 사회가 변화하여 새로운 법이 제정된 것이기 때문에 신법의 효력은 구법의 효력에 우선하게 된다. 또한 “특별법은 일반법에 우선한다.”라는 원칙이 있다. 일반법은 법의 효력이 미치는 범위가 한정되지 않아서 일반적으로 광범위하게 적용되는 법을 의미한다. 이에 반해 특별법은 그 효력범위가 한정되어 있는 법을 의미한다. 사인과 사인의 관계에 대해서 일반적으로 민법이 적용되지만 그 사인이 상인(商人)이고 상인간의 상행위에 관한 경우에는 상법이 적용된다. 이 관계에서는 민법이 일반법이고 상법이 특별법이 된다. 그러나 일반법, 특별법은 상대적으로 구별하기 때문에, 수표법(手票法)과 보험업법(保險業法)에 대해서는 상법이 일반법이 된다.

일본형법 제187조 1항은 “복권을 발매한 자는 2년 이하의 징역 또는 150만 엔 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하여 복권죄를 처벌한다. 당첨금부증표법(當籤金付証票法, 1948년)은 도도부현(都道府縣)⁴⁾는 일정한 조건 하에서 당첨금부증표(복

3)역주, 한국의 경우에는 국무총리가 제정하는 총리령(總理令), 행정 각부에서 제정하는 부령(部令)이 이에 해당한다.

권)를 발매할 수 있도록 규정하고 있다. 이 양자의 관계를 보면 형법 제187조 1항은 일반법이고 당첨금부증표법은 특별법이다.

일반법, 특별법이라는 관계는 서로 다른 법률뿐만 아니라 같은 법률 규정 안에서도 존재한다. 권리가 있음에도 이를 장기간 행사하지 않은 경우에는 그 권리는 더 이상 행사할 수 없게 된다. 권리가 소멸하는 것이다. 시효에 의해 권리가 사라지는 것을 소멸시효라 하는데 사람에게 대해 청구할 수 있는 권리는 대개 10년 안에 소멸한다(일본민법 제167조 1항). 그러나 학생의 수업료에 대한 대학의 권리는 2년 만에 소멸하고(일본민법 제173조 3호), 음식점의 식비에 대한 청구권은 1년 만에 소멸한다(일본민법 제174조 4호). 이렇게 같은 민법 안에서도 제167조 1항과 제173조 3호, 제174조 4호는 일반법과 특별법의 관계에 있다.

4) 일본의 행정구역 명칭

제 4 장 기본적 인권이란

◎인간 사이의 불평등의 기원은 무엇인가? 그리고 그것은 자연법에 의해 허용되는가? [1753년, 디종(Dijon) 아카데미 현상논문의 논제]

“불평등은 자연 상태에서 거의 존재하지 않기 때문에 우리의 능력 발달과 인간 정신의 진보를 토대로 힘을 얻게 되었고, 또한 이를 더욱 증대시켰기 때문에 마침내 재산과 법률의 제정에 의해 안정되고 정당화되었다. 한편 단순히 실정법에서 허용되는 인위적 불평등은 동등한 조건에서 자연적 불평등과 부합하지 않을 때에 항상 자연법에 반한다. 이러한 구별은 모든 정치사회에 있는 사람들 간에 빈번하게 발생하고 있을법한 불평등을 어떻게 생각해야 하는지에 대해 충분히 결정할 수 있게 한다. 즉, 아이가 어른에게 명령을 한다든가, 우자(愚者)가 현자(賢者)를 지도한다든가, 혹은 굶주린 대중은 필수품도 부족한 반면 소수의 가진 사람들은 남는 물건이 넘쳐나는 것 같은 현상은 자연법을 어떤 식으로 정의한다 해도 자연법에 반한다는 사실을 분명하게 알 수 있다.”

-출처, 루소(1755) 『인간불평등기원론』

◆ 4장에서 배울 내용 ◆

- 자연법과 실정법상의 권리
- 법 앞의 평등 - 절대적 평등 vs 상대적 평등
- 헌법이 보장하는 자유와 인권의 체계
- 새로운 인권의 확립과 창조

1. 자연권

인간이 인간으로 태어나면서부터 갖는 권리를 자연권이라 한다. 따라서 헌법에 의해 보장되지 않더라도 인간은 천부적으로 자연권을 갖는다. 이러한 의미에서 자연권은 전(前)국가적 권리라고도 한다. 봉건적 신분제도와 절대왕정의 지배 하라는 인간으로서의 권리가 무시되던 시대에 불가침인 자연권을 주장했던 것은 중요한 의미가 있었다고 볼 수 있다.

그러나 제1장에서 본 바와 같이 자연법에 의해 인정됐다고 생각한 자연권의 내용은 이를 주장하는 사람에 따라 서로 달라질 가능성이 있다. 이러한 경우에 예를 들어 평등권과 소유권이 자연권이다, 아니 그렇지 않다고 하는 주장이 제기될 수 있어 곤란하다. 인권이 사회생활을 하는 데에 있어 꼭 필요한 것이라면 무엇이 인권에 해당하는지 누구든지 알 수 있도록 실정법에 규정해 놓아야 할 필요가 있다.

1789년 프랑스 인권선언 제1조에서 “인간은 태어나면서부터 자유롭고 권리에 있어서 평등하다.”고 규정한 것은 자연권을 인권선언에서 확인한 것이라고 할 수 있다.

근대 헌법이 자연권도 포함하여 사회생활에 있어 필수불가결한 상당수의 인권 보장을 규정하고 있는 것은 위에서 설명한 바와 같은 이유가 있기 때문이다.

2. 헌법상의 권리

근대헌법, 현대헌법은 공통적으로 인간이 인간답게 생활하는 데 있어서 필요한 여러 가지 기본적 인권을 명문으로 보장하고 있는 것이 관례이다. 곧 설명하겠지만 일본헌법도 다양한 기본적 인권을 보장하고 있다.

헌법에서 인권을 보장하는 첫 번째 의의는 내용이 불명확한 자연권을 실정법으로 규정하여 그 내용을 확정짓는 데에 있다.

두 번째 의의는 실정법 중에서 최상위법인 헌법이 인권을 보장함으로써 입법권, 행정권, 사법권 등 국가권력에 의한 인권침해를 배제하는 데에 있다.

일본헌법 제97조는 헌법이 보장하고 있는 국민의 인권을 침해할 수 없는 영구한 권리라고 규정하고 있다. 더욱이 제98조는 “헌법은 국가의 최고규범이며 헌법조항에 반하는 법률, 명령, 조칙 및 국무에 관한 그 밖의 행위의 전부 혹은 일부는 효력이 없다.”고 명시하고 있다. 이 규정을 인권에 준거하여 해석하면 최고규범인 헌법에 의해 보장되는 국민의 기본적 인권을 침해하거나 무시하는 법령 및 행정행위 등은 헌법위반이 되므로 그 효력은 부정된다. 이렇게 헌법은 국가권력에 의한 인권무시나 인권침해로부터 국민의 인권을 지키고자 하는 태도를 명확히 하고 있다.

그러나 3장에서 본 바와 같이 헌법에 의해 인권이 보장된다고 해서 결코 안심해서는 안 된다. 인류 역사에서 국가권력이 인권을 침해한 사건은 여러 차례나 있었다. 인권보장이 위태로운 상황에 처할 경우 국민은 단호하게 인권침해에 맞설 수 있는 강한 인권의식을 가지는 것이 매우 중요하다.

3. 법 앞의 평등

1776년 미국 독립선언문은 “모든 사람은 평등하게 창조되었고, 불가양(不可讓)의 권리를 창조자로부터 부여받았다는 것”이 자명한 진리로 인정한다고 선언하고 있다. 1789년 프랑스 인권선언에서 언급한 ‘평등’에 대해서는 이미 설명한 바와 같다.

18세기말 이러한 선언을 주창한 사람들에게는 봉건제 사회 하에서 신분차별에 시달렸던 기억이 강하게 남아 있었다. 따라서 절대주의와 봉건제도를 무너뜨린 직후 자연권인 ‘자유’와 ‘평등’을 소리 높여 주창하고 선언문을 작성하는 등, 이러한 권리가 깃뻛혀지지 않도록 할 필요가 있었을 것이다.

이후 제정된 대부분의 헌법에는 국민의 자유와 평등을 보장하고 있다. 일본헌법은 제14조에서 “법 앞의 평등”을 보장하고 국가권력이 국민을 법적으로 차별해

서는 안 된다고 규정하고 있다. 이는 인간이 천부적으로 평등하다는 자연권을 명문(明文)으로 확인한 것이라고 볼 수 있다.

제14조는 평등한 대우의 기준으로 “인종, 신념, 성별, 사회적 신분, 가문”의 5가지를 들고 있다. 위의 기준에 대해서 차별대우를 해서는 안 되는 기준을 이 5가지로 한정해서 봐야 하는지(한정적 열거), 아니면 차별을 해서는 안 되는 기준의 예시라고 봐야 하는지(예시적 열거)의 문제가 발생한다. 판례도 헌법학계의 통설도 예시규정이라고 해석하고 있다. 이 외의 기준을 적용할 때도 사회 통념에 비추어 봤을 때 그리고 상식적인 측면으로 봤을 때 불합리한 기준으로 차별해서는 안 된다는 것이다.

메이지 헌법 하에서 존재했던 화족(華族)⁵⁾이나 귀족⁶⁾ 제도 등은 평등주의 원칙에 반하기 때문에 제14조 2항에서 폐지하였다. 영전(榮典)을 수여하는 것은 문제가 없지만 훈장을 받은 사람을 정치적, 경제적, 사회적으로 특별한 대우를 하여 특권을 주는 것은 평등주의에 반하기 때문에 제14조 3항의 규정이 마련되었다.

법 앞의 평등은 국민이 법적으로 차별받지 않고 평등한 대우를 받는 것을 의미하는데, 이것이 절대적 평등을 의미하는지 아니면 상대적 평등을 의미하는지가 문제가 된다. 여기서는 상대적 평등이라고 생각하는 것이 타당하다고 본다(통설, 판례). 사실상 평등하지 않은 자를 평등하게 취급하는 것은 불합리하고 오히려 불평등이 되는 경우가 많기 때문이다. 예를 들어 성인과 미성년자는 신체적, 정신적으로 차이가 있기 때문에 이를 동등하게 취급하는 것이 불합리하다는 것은 명백한 사실이다. 일본헌법에서는 14세가 되지 아니한 자의 행위는 처벌하지 않는다고(형법 제41조) 규정하고 있고, 14세가 되지 아니한 소년이 범죄행위를 일으킨 경우에는 형사재판이 아닌 소년법에 의한 재판에 회부된다(소년법 제3조).

그러나 사실상 평등하지 않은 자에 대해서 항상 법적으로 차별대우가 용인되는 것이 아니라는 점을 주의해야 한다. 사실상의 차이로 인해 어떠한 상황과 목적에서 법적인 차별대우를 용인할 수 있는지는 개별적으로 구체적으로 고찰해야 한다. 이러한 예로써 성별에 따른 법적 차별대우는 여전히 세계 각국에서 자주

5) 1884년 화족령(華族令)에 따라 메이지 유신 때의 업적에 따라 공(公), 후(侯), 백(伯), 자(子), 남(男)작의 작위를 받은 일가

6) 메이지 헌법 하에서 중위원과 함께 귀족원을 구성했던 의원

발생하는 문제 중 하나이다.

이렇게 볼 때 상대적 평등에서는 합리적인 이유가 있으면 법적으로 일정부분 차별대우가 용인된다. 그러나 무엇이 합리적인 차별인지 명확한 판단을 내리기는 힘들다. 예전에 노동기준법은 남자와 여자의 신체적인 차이와 모성보호라는 관점에서 여성의 노동 시간과 심야노동에 관하여 일정한 규제를 부과하고 있었다. 그러나 남녀고용기회균등법(정식명칭은 ‘고용 분야에 관한 남녀의 균등한 기회 및 대우의 확보 등에 관한 법률’)이 개정됨에 따라 여성의 심야노동에 대한 노동기준법의 규제는 철폐되었다.

합리적 이유에 근거한 불평등 대우에 관해서 오랫동안 문제가 제기되어 온 것은 존속살해에 관한 규정이다. 일본형법 제200조는 “자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.”고 규정하고 있다. 보통살인죄의 처벌은 “사형, 무기 또는 3년 이상의 징역”(일본형법 제199조)이기 때문에 존속살해의 형벌은 이와 비교하여 볼 때 상당히 무겁다. 일본 최고재판소는 헌법 제정 이후 일관하여 존속살해의 규정은 헌법에 위반하지 않는다고 판결해 왔다. 그 주된 이유는 형법 제200조에서 자식의 부모에 대한 도덕적 의무에 관해서 법이 특별히 중요하게 여기고 있고, 도덕의 요청에 근거한 법의 구체적 규정에 해당하기 때문이라고 했다. 1973년이 돼서야 일본 최고재판소는 형법 제200조는 그 형이 너무 무겁고 형법 제199조와 비교해 볼 때 현저하게 불합리하고 차별적인 대우를 하고 있다고 인정되므로 헌법 제14조 1항에 위반하여 무효라고 판결하였다(最大判⁷⁾ 1973년 4월 4일). 그러나 최고재판소의 1973년 판결에서도 여전히 존속살해라는 죄를 특별히 규정하여 그 형을 가중하는 것 자체가 곧바로 위헌에 해당한다고는 할 수 없다고 판시하고 있다. 그 이유는 종래의 판례에서 판시한 내용과 동일하고, 형법 제200조의 입법목적은 일반적으로 존속살해는 사회적, 도의적으로 매우 비난받아 마땅하며 이러한 탓에 보통살인의 경우보다 엄중하게 처벌하여 특별히 이를 금압(禁壓)하려는데 있으며, 존속에 대한 존중과 효도를 사회생활의 기본적 도의라 볼 수 있고, 이러한 자연적 애정 내지 보편적 윤리를 유지하는 것은 형법상 보호할 가치가 있다고 판결 이유 안에서 설명하고 있다. 최고재판소가 헌법위반이라고 판결한 형법 제200조는 1995년이 돼서야 형법에서

7) 역주, 일본 최고재판소 대법정 판결 - 한국의 대법원 전원합의체에 해당

삭제되었다. 헌법 제14조의 평등원칙과 관련하여 헌법은 특별히 중요한 사항으로서 다음과 같은 규정을 두고 있다.

헌법 제24조 1항은 가족생활에 있어서 양성의 평등을 규정하고 있다. 혼인은 양성의 합의만으로 유효하게 성립하고, 그 외에 요건의 필요성을 인정하지 않는다. 또한 혼인생활에 있어서 부부가 동등한 권리를 갖고 협력하지 않으면 안 된다고 규정하고 있다. 제2차 세계대전 전의 일본은 호주의 친족에 해당하고 호주와 함께 사는 사람을 가족이라 했고, 가족의 혼인에는 호주의 동의가 필요하다고 규정하고 있었다. 더욱이 남자는 만30세, 여자는 만25세에 달할 때까지는 부모의 동의가 필요하다고 규정되어 있었다. 한편 현행일본민법을 보면 미성년자의 혼인에는 적어도 부모의 일방의 동의가 필요하다(민법 제737조)고 하고 있지만 이는 이전처럼 가족제도라는 틀에서 호주권을 인정하는 것이 아니라 미성년자 보호의 목적에서 제정한 규정이라고 해석하는 것이 타당하다.

헌법 제24조 2항은 배우자의 선택, 재산권, 상속, 주거의 선정, 이혼·혼인, 가족에 관한 그 외의 사항에 대해서 법은 개인의 존엄과 양성의 본질적인 평등에 입각하여 제정되어야 한다고 규정하고 있다. 제2차 세계대전 전(前)의 민법에는 일가(一家)가 호주를 중심으로 구성되어 있고 호주의 지배권에 복종해야 한다고 규정하고 있었다. 상속에 대해서도 가독(家督)상속이라 하여 호주의 지위와 권한 및 그에 수반하는 재산은 장남만이 상속을 받았다. 이러한 경우 가족 개인 간의 평등이 침해되기 때문에 호주의 권한을 폐지하고 모든 가족구성원이 개인으로서 평등한 인격을 가질 수 있도록 개정되었다.

그런데 헌법은 이미 위에서 설명한 바와 같이 공법에 속한다. 개인과 개인의 관계를 규율하는 것은 사법이다. 이를 전제로 하면 제24조 1항의 가족생활에 있어서의 양성의 평등은 부부 간에 있어서 개인과 개인의 관계이기 때문에 본래 사법인 민법이 규정할 사항이다. 그러나 제2차 세계대전 전의 일본에서는 국민 간의 평등이 존재하지 않았고, 특히 사회 기초단위인 가족의 사생활 측면에서 봤을 때 불평등이 현저했기 때문에 특별히 헌법이 규정했다고 생각해 볼 수 있다. 제24조 2항은 국가가 가족에 관한 사항을 입법화 할 때 지켜야 할 기준을 명시한 것이기 때문에 1항과 같은 문제는 없다고 할 것이다.

더욱이 헌법에서는 민주주의와 관련하여 국민이 평등하게 주권 행사를 할 수

있는 조건으로서 보통선거제도를 보장하고 있고(제15조 3항), 국민의 대표자 및 선거인 자격에 대한 평등을 규정하고 있다(제44조). 또한 국민이 주권자로서 정치에 참여하기 위해서는 일정한 판단력을 가지고 있어야 하기 때문에 동등하게 교육을 받을 수 있는 권리를 국민에게 보장하고 있다(제26조 1항).

법 앞의 평등은 인류 보편적 사항이기 때문에 그저 한 국가 안에서만 잘 보장되면 그뿐이라고 생각해서는 안 된다. 세계 각국을 살펴보면 각각의 역사적, 경제적, 사회적, 정치적 혹은 문화적인 상황으로 인해 차별에 시달리고 있는 사람들이 있다. 이러한 불평등을 지구상에서 제거하기 위한 노력이 지금 우리에게 필요하다.

국제적 차원에서 평등원칙을 제정한 것을 보면 세계인권선언(제1조, 제2조1항, 제7조), 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(제2조, 제3조), 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(제3조)이 있다. 구체적인 조약으로는 모든 형태의 인종차별의 철폐에 관한 국제협약, 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약, 아동의 권리에 관한 협약(제2조)등이 있다.

법 앞의 평등은 단순히 법을 적용할 때의 평등(법적용의 평등)을 의미하는 것이 아니다. 법 제정에 있어서도 그 내용의 평등(법제정의 평등)을 요구하고 있다. 특정한 개인과 집단을 차별하는 불평등한 내용의 법은 아무리 평등하게 적용한다 해도 결국은 국민에게 보장된 기본적 인권을 행사함에 있어서 국민을 법적으로 평등하게 대우할 수 없기 때문이다.

4. 인권의 분류

개별적인 기본적 인권에 대해서는 5장에서 상세하게 다룰 예정이므로 여기에서는 일본헌법이 규정하고 있는 인권을 분류하고 인권 상호간의 관계를 분명하게 하고자 한다.

1) 기본적 인권에 대한 총칙 규정

우선 제일먼저 인권규정의 총칙규정이라고 불리는 규정이 있다. 이 규정은 개

별적인 인권보장 규정이 문제시 되는 경우에 그 전제가 되는 규정인데 제11조부터 제14조까지와 제24조의 규정이 이에 해당한다.

- ①기본적 인권의 영구 불가침성(제11조)
- ②기본적 인권의 유지의무와 남용 금지(제12조)
- ③개인 존중, 행복추구권, 국정 상에 있어서 인권을 최대 존중(제13조)
- ④법 앞의 평등(제14조)
- ⑤가족생활에 있어서의 양성 평등과 개인의 존중(제24조)

2) 자유권(자유권적 기본권)

개인은 자유롭고 평등한 인격을 갖고 있기 때문에 남을 해치지 않는 이상 정신적, 신체적으로 또한 사회에서 경제활동을 하는 데에 있어서도 국가로부터 부당한 간섭을 받지 않고 자유로워야 한다. 특히 형사소송 및 형사재판과 관련해서 이제까지 많은 인권이 침해당한 역사적 경험을 반성하며 제31조부터 제40조까지는 피의자와 형사피고인의 인권을 규정하고 있다.

근대적 권리라 불리는 자유권은 근대 이후 헌법에 의해 보장되어 왔다. 통상적으로 자유권을 세 가지로 나누어 고찰한다.

①정신적 자유권

- a) 사상·양심의 자유[내심(內心)의 자유](제19조)
- b) 신앙의 자유, 정교(政敎)분리(제20조)
- c) 표현의 자유(제21조)
- d) 학문의 자유, 대학의 자치(제23조)

②신체적 자유권

- a) 노예적 구속 및 고역(苦役)으로부터의 자유(제18조)
- b) 법정소송의 보장, 죄형법정주의(제31조)
- c) 재판을 받을 권리(제32조)
- d) 불법한 체포로부터의 자유, 영장주의(제33조)
- e) 피의자의 권리, 불법한 구류·구금으로부터의 자유(제34조)
- f) 불법한 주거침입·수색·압수으로부터의 자유, 영장주의(제35조)
- g) 고문 및 잔학형의 금지(제36조)

- h) 형사피고인의 재권리, 공평한 재판소에서 신속한 공개재판을 받을 권리, 증인심문권, 변호인의뢰권(제37조)
- i) 자기에 불리한 진술을 강요당하지 않을 권리, 자백의 증거능력(제38조)
- j) 소급처벌의 금지, 일사부재리(제39조)

③경제적 자유권

- a) 거주·이전·직업선택의 자유, 외국이주·국적이탈의 자유(제22조)
- b) 재산권(제29조)

3) 사회권

자유주의 경제 하에서 자유권만을 보장하면 경제적·사회적 강자와 약자의 계층분화가 이루어지고 만다. 즉 강한 자는 점점 강해지고 사회에서 약한 자의 권리가 침해될 수 있게 된다. 따라서 강자의 권리는 사회적인 관점에서 제한을 가하고, 약자의 권리는 침해되지 않도록 국가에게 역할 부과가 요구되었다. 자유권이 근대적 인권이라고 불리는 반면, 사회권은 현대적 인권 또는 20세기적 인권이라 불린다. 자유권은 국가의 간섭을 배제하는 권리로, 사회권은 자기 책임과 상관없이 기본적 인권을 침해당한 사람이 국가에 대해 권리회복을 위한 적극적인 지원을 요구할 수 있는 권리로 자리매김하고 있다. 현대 헌법에서는 자유권과 함께 사회권을 보장하는 것이 일반적이다.

일본 헌법은 사회권으로서 다음과 같은 권리를 보장하고 있다.

- ① 생존권(건강하고 문화적인 생활을 영유할 권리)(제25조)
- ② 교육을 받을 권리(제26조)
- ③ 노동의 권리(제27조)
- ④ 노동기본권(노동3권)(제28조)

4) 참정권

참정권은 국민주권주의에 의거하여 국민이 국정에 참가할 권리를 뜻한다. 헌법 전문(前文)은 “본래 국정은 국민의 엄숙한 위탁에 의한 것이고, 그 권위는 국민으로부터 유래하며, 그 권력은 국민의 대표자가 이를 행사하고, 이러한 복리는 국민이 향유한다.”고 규정하고 있다. 대부분의 근대국가는 국민에게 위탁을 받은

대표자(공무원)가 국민을 대신하여 국정에 종사하는 대표제 민주주의(간접 민주주의)를 채용해왔다. 참정권은 구체적으로 대표자의 선거권과 피선거권을 가리키지만 이에 국한하지는 않는다.

- ① 공무원의 선정·파면권, 보통선거(제15조)
- ② 최고재판소 재판관의 국민심사권(제79조)
- ③ 헌법 개정에 있어서 국민투표권(제96조)

5) 수익권

수익권은 국무(國務)청구권이라고도 하며 넓은 의미에서는 사회권을 포함하여 사용되기도 하는데 여기서는 사회권과는 구별되는 국가행위의 청구권을 가리킨다.

- ① 청원권(제16조)
- ② 국가 또는 지방공공단체에 대한 손해배상청구권(제17조)
- ③ 재판청구권(제32조)
- ④ 형사보상청구권(제40조)

6) 새로운 권리

헌법이 명문으로 보장하고 있는 권리는 위에서 분류한 바와 같다. 헌법은 반세기도 지난 옛날에 제정되어 한 번도 개정된 적이 없기 때문에, 사회의 발전으로 사회 실태와 헌법 규정 간에 어느 정도 차이가 발생했음을 분명하게 알 수 있다. 그래서 헌법 조문을 근거로 시대의 요청에 따른 많은 인권이 주장되고 있다. 헌법에 명문으로 보장되어 있지 않은 인권을 총칭하여 ‘새로운 인권’이라고 부르는데 여기에는 다음과 같은 권리가 있다. 이제까지 주장되어 온 것은 프라이버시에 관한 권리, 알 권리, 액세스권, 환경권, 혐연권, 인격권, 평화적 생존권(인간의 안전보장), 자기결정권 등으로 이 모든 권리가 재판소에서 인권으로 확립되지는 않았다. 우리는 이러한 새로운 인권이 현대사회에 필요한 기본적 인권임을 재판소에서 인정받기 위한 노력이 필요하다. 이와 함께 사회의 계속되는 발전에 부응하는 인권, 사람이 사람답게 살기 위한 인권을 창조하는 노력도 필요하다. 새로운 인권에 대해서는 12장에서 보도록 하겠다.

제 5 장 인권보장의 효력과 범위

◎ ‘법률의 유보’에서 ‘공공복지’로

인간답고 행복하게 살기 위해 필수 불가결한 근본적 권리인 인권은 고유성(인간이기 때문에 당연히 갖는 권리), 불가침성(부당한 침해와 제약을 받지 않을 권리), 보편성(인종, 성별 등에 관계없이 모든 인간이 당연히 갖는 권리)이라는 특징을 갖는다. 그러나 일반적으로 ‘무제한 인권’은 없기 때문에 그 제한기준을 어디서 이끌어내야 하는지가 문제가 된다. 대일본제국헌법[메이지(明治) 헌법]은 ‘신민의 권리’가 국법에 의해 주어진 것이라는 입장에서 권리를 ‘법률의 유보’에 의해 제한시켰다. 현재 일본헌법은 ‘공공복지’를 제한원리로 들고 있다.

일본 국민이 인권의 주체에 해당하는 것은 자명한 이치라고 생각할 수 있는데 그렇다면 외국인과 법인, 단체도 인권의 향유주체에 해당하는가? 인권의 보장은 국가·공공기관과의 관계로 한정되는지, 또 사인 간에도 인권보장규정을 적용하는 것이 가능한지, 공무원과 수행자의 권리제한에는 문제가 없는 것인지에 대해서 생각해 보자.

◆ 5장에서 배울 내용 ◆

- 인권의 제약
- 인권의 향유 주체 - 외국인, 법인, 단체
- 사인 간의 인권보장
- 특별한 법률관계에서의 인권

1. 인권의 제약

1) 법률의 유보

1870년대부터 시작된 자유민권운동에서는 서구의 인권선언의 영향을 받은 천부인권론이 전개되었고, 1881년에는 자유민권운동이 한층 격렬해졌지만 결국 정부의 탄압을 받는 상황에 이르게 되었다. 이러한 배경 하에서 1889년 2월 11일 기원절(현재의 건국기념일, 국민 경축일에 관한 법률)에 메이지 헌법이 선포되었다.

메이지 헌법의 특징으로 헌법제정권력과 통치의 정통성이 모두 신의 명령이라고 하는 신권(神權)주의, 기본적 인권을 부인하고 ‘신민(臣民)의 권리’만을 인정하는 권리보장규정 등을 지적할 수 있다. 신민의 권리에선 거주·이전의 자유, 재판받을 권리, 신서(信書)의 비밀⁸⁾, 종교의 자유, 언론·저작·간행·집회 및 결사의 자유 등이 포함되었지만 자유권적 성격은 부정됐고, 신성불가침의 천황(메이지 헌법 제3조)의 은혜로써 인정되는 것에 불과했다. 더욱이 이러한 권리제한을 정당화하기 위해 “법률의 범위 내”, “법률에 정해진 경우를 제외하는 기타” 등의 ‘법률의 유보’가 첨부되었다. 예를 들어 신민(천황의 백성으로 국민을 의미한다)이 종교의 자유를 갖는 것은 “질서 안녕을 방해하지 않고, 신민적 의무에 반하지 않는 한에서”였다. 이러한 ‘법률의 유보’에 근거한 치안유지법(1925년) 체제하에서 집회·결사·표현의 자유 등의 정신적 자유와 신체적 자유가 크게 제한되었다.

원래 독일에서의 법률의 유보는 행정권, 사법권으로부터의 침해에 대해서 권리를 보장하는 것으로 법률의 근거 없이는 행정권을 발동할 수 없다는 의미였는데, 메이지 헌법에서는 법률에 규정이 있으면 권리를 제한할 수 있는 의미로 채택되었다. 또한 입법권, 법률집행권, 칙령발포권도 천황에 위임하여 국회(중의원, 귀족원)는 천황의 입법권에 협찬하는 의사참여기관에 지나지 않았다.

2) 공공복지

일본헌법은 ‘공공복지’를 권리의 제한원리로 하고 있다. 우선 제12조에서 국민

8) 역주, 개인의 편지, 문서 또는 우편물 등 사신(私信)의 비밀

은 헌법이 보장하는 자유 및 권리를 “항상 공공의 복지를 위해” 이용해야 할 책임이 있다고 하고 있다. 또한 제13조에서는 “행복, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리는 공공복지에 반하지 않는 한 입법 및 그 외의 국정 상에서 최대한 존중을 필요로 한다.”고 규정하고 있다. 그리고 경제적 자유에 관해서는 제22조 1항에서 “누구든지 공공복지에 반하지 않는 한 거주, 이전 및 직업선택의 자유를 갖는다.”고 규정하고 있으며, 제29조 2항에서는 “재산권의 내용은 공공복지에 적합하도록 법률에서 이를 규정한다.”고 하고 있다. 이렇게 “항상 공공복지를 위해”, “공공복지에 반하지 않는 한”, “공공복지에 적합하도록”와 같은 문구가 4개의 조항에서 사용되고 있는 점에서 볼 때, ‘공공복지’를 제시하기만 하면, 어떠한 인권 제약도 간단히 정당화될 수 있기 때문에 신민의 권리가 ‘법률의 유보’하에 놓였던 상황과 별 차이가 없게 될 우려가 있다.(대규모로 범죄를 행한 종교단체의 신자와 아이들이 범죄와는 전혀 관계가 없는데도, 신자이기 때문에 위험하다는 이유로 지자체에서 주민등록을 받아주지 않는 것이 어떻게 정당화 될 수 있는가.)

그래서 현재는 제12조와 제13조는 인권 간에 상호 모순과 충돌을 조정하는 원리(소극적인 자유국가적 공공복지)이고, 제22조와 제29조는 국민의 생존권을 보장하기 위한 경제적 자유에 대해 부가되는 정책적 제약의 원리(적극적·정책적인 사회국가적 공공복지)라고 하는 의견이 일반적이다. 환언하면 제12조, 제13조의 ‘공공복지’에 의한 제약은 인권의 ‘내재적 제약’ 혹은 ‘자유국가적 공공’으로부터의 제약을 가리키고, 제22조, 제29조가 ‘공공복지’를 이유로 하여 적극적으로 입법에서 제약하는 것은 사회적 약자 보호·사회권 실현을 위해 이루어야 할 ‘정책적 제약’ 혹은 ‘사회국가적 공공’으로부터의 제약을 가리킨다.

2. 인권의 향유주체

기존에는 인권의 향유주체를 검토할 때 일반국민 외에 천황, 왕족, 법인, 외국인 등을 중심으로 검토했을 뿐 여성과 아동, 원주민, 장애인 등에 대한 인권의 검토는 충분치 않았다.

1) 국민

국민의 권리 및 의무를 규정한 일본헌법 제3장은 제10조에서 제40조까지이며 다른 장과 비교해 볼 때 많은 조문이 규정되어 있다. 이는 기본적인 권리의 존중을 헌법원칙으로 하는 이상 지극히 당연한 것이다. 권리 의무의 주체가 되는 ‘일본 국민’의 요건(국적요건)은 “법률로 정한다.”는 제10조의 규정에 따라 국적법에서는 국적취득에 관한 부계우선혈통주의를 개정하여 부모양계주의를 취했다(1984년). 외국인의 귀화로 인한 일본국적취득도 국적법이 규정하고 있다.

미성년자(아동)도 당연히 인권의 주체가 되지만 그 성장 단계와 능력의 관계를 고려하여 성인과 완전히 동등한 권리를 갖는다는 의견은 성립하지 않는다고 본다. 일정한 보호주의(paternalism)는 미성년자를 위해 인정되고 있다. 그러나 선거 자격 연령이나 혼인연령의 제한은 구미제국과 비교하여 의문의 여지가 있다. 몇몇의 지자체에서 주민투표조례를 제정하여 18세 이상의 미성년자를 참가시키기 위한 시도가 있었는데 이는 호평을 받고 있다.

장애인에 대해서는 교육(학교교육, 사회교육)을 받을 권리와 노동의 권리 실현, 차별·편견의 해소, 장벽철폐(barrier-free)등이 과제이다. 지적장애인에 대한 편견·차별을 해소하는 공사(公私)의 대책이 촉진되어야 할 것이다(예 :정신분열증 → 통합실조증).

지금까지 일본 정부는 일본이 단일민족이며 원주민은 없다는 입장을 취해왔다. 그러나 일본 정부는 1995년 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약을 비준하면서 1899년 공포한 ‘홋카이도구토인보호법(北海道舊土人保護法)을 1997년 5월에 폐지하고 아이누신법(アイヌ新法, 약칭)을 제정하지 않을 수 없었다. 삿포로(札幌)지방법판소는 니부타니(二風谷)댐 사건 판결(1997년 3월27일)에서 아이누족이 원주민에 해당한다고 인정하고 아이누족의 문화를 부당하게 무시했다고 판단하여 사업인정이 위법하다고 판결하였다.

부락(部落)차별문제 및 동화(同和)문제⁹⁾는 시급히 해결을 해야 할 문제이다.

9) 역주, 중세시대부터 존재해 온 천민 문제를 처리하기 위해 메이지 정부는 새로운 사회 계급 제도 속에 신평민(新平民)을 마련했다. 그러나 이 제도는 사회문제가 되었고 제2차 대전 후에 제정된 새로운 헌법에 의해 사회 계급 제도는 폐지되었다. 그러나 아직도 많은 과제가 남아있다. 현재는 사회 문제를 해결하기 위한 부락 단체·정부·지방 자치 단체 등이 주장·제소·개선·해결 과제를 총칭하는 말이다. 정치적·법적·문화적 등, 여러 문제를 많이 포함한 사회 문제이며, 가문 및 계통(系統)차별과 지역에 대한 차별을 동화(同和)문제라 한다

결혼과 취업 상의 차별, 교육현장에서의 차별뿐만 아니라 지금은 인터넷을 이용한 새로운 차별도 발생하고 있다. 국가·지방공공단체와 교육현장에서 인권교육 및 계발사업 확충, 피해자 구제가 과제로 남아 있다.

에이즈 환자, HIV감염자 및 한센병 환자에 대한 차별·편견도 간과할 수 없다. 에이즈발병의 메카니즘, 구(舊)후생성 및 제약회사의 책임에 대해 국민들이 어느 정도 이해했다 하더라도 여전히 편견과 무지로 인한 여러 가지 차별이 존재한다. 한센병에 대한 의학적 지식부족은 일본 국내만 있는 것이 아니었다 해도 환자와의 화해의 길은 너무나 멀었다.

세계적으로는 동성애자의 인권을 보장하고자 하는 추세가 확산되고 있고 동성애자의 축제가 열리고 있으며(호주, 베를린 등), 동성혼을 인정하는 국가(스웨덴, 네덜란드)와 동성의 동거생활도 법적으로 보호하는 국가(프랑스)도 있다. 일본에서는 동성애자의 인권에 대한 인식이 아직 충분하지 않다.

2) 외국인

예전에는 외국인의 인권주체를 부정하는 견해가 유력하였으나 현재는 판례와 통설도 이를 긍정하고 있다. 그 이유는 헌법제정과정에서 원래의 권리 주체가 people이라고 한 제13조 및 제14조의 조항에서 “국민”이라고 해석한 경위가 있기 때문이다. 또한 외국인도 당연히 자연권적 인권의 주체에 해당하고, 국제적 인권 조항을 비준함에 따라 외국인에게도 인권을 보장하는 국제적 의무를 지게 되었기 때문에 외국인의 인권주체성을 광범위하게 인정하여야 했다. 통설은 헌법에 의해 보장되는 권리의 성질을 검토한 후에 외국인에게도 가능한 한 보장을 하도록 하는 입장이다(권리성질설, 판례도 같음).

지금까지 외국인에게는 인정되지 않았던 권리에는 다음과 같은 것이 있는데 재검토할 필요가 있다.

① 입국의 자유

외국인이 일본에 입국할 권리는 보장되어 있지 않다(통설). 판례도 국가는 외국인을 받아들일 의무가 없고 입국조건과 입국여부에 대해서도 자유롭게 결정할 수 있으며 재류외국인이 타국에 일시 여행할 자유도 보장되어 있지 않다고 판결하였다[最大判, 1978년 10월 4일, 맥클린(マクリン)사건판결]. 그러나 국제인권

규약 B규약 등의 취지는 외국인의 출국의 자유와 ‘자국에 돌아갈 권리’를 넓게 인정하고 있다. 또한 1981년 가입한 난민의 지위에 관한 협약은 망명권을 인정하고 있기 때문에 국가의 자유재량에 의한 입국거부권은 제약된다고 해석된다.

② 사회권

기존의 통설은 외국인의 사회권 보장을 인정하지 않는 입장이었다. 최근에는 일정한 요건을 갖춘 외국인에게 헌법적 보장을 해주는 입법을 해도 사회권의 성질과 모순되지 않는다고 한다. 실제로 몇몇의 연금관련 법률에서 국적요건이 제외되고 있고, 또한 건강보험과 고용보험의 수급자격에는 국적요건이 없기 때문에 납세의무를 다하고 있는 일정한 외국인이 생존권을 보장받을 수 있게 되었다.

③ 참정권

기존의 통설은 참정권도 외국인의 종류도 구별하지 않고 외국인의 참정권을 일률적으로 부정하는 경향이 있었다. 최고재판소는 헌법 제93조의 “주민”도 일본 국민을 의미하는 것이기 때문에 외국인의 선거권을 보장한 것은 아니지만, 외국인 영주권자에게 지방공공단체의 장 및 지방의원 등의 선거에 관해 선거권을 부여하는 것은 헌법상 금지되어 있지 않다고 하였다(最判¹⁰) 1995년 2월 28일). 현재 유력설은 지방참정권을 법률로 인정할 수 있다는 견해이다.

④ 공무담임권

이제까지 공권력의 직접적인 행사는 외국인에게 인정되지 않다고 하는 것이 ‘당연한 법리’로 적용되었다. 그러나 지방공무원의 자격요건에서 국적요건을 철폐하는 지자체가 등장했다[가와사키(川崎市) 등]. 판례를 보면 한국인보건부의 관리직 수험자격거부에 관한 소송¹¹)에서 제1심인 도쿄지방법원은 국가의 통치 권력을 직접 행사하는 공무원, 또는 간접적으로 관계된 공무원에 대해서 관리직 수험자격을 거부해도 합법하다고 판단하였다(1995년 5월 16일). 그러나 제2심인 도쿄고등재판소에서는 수험자격거부는 헌법 제22조 1항과 제14조 1항 위반이라고 판시하였다(1997년 11월 26일). 하지만 반대로 최고재판소 대법정에서는 2005년 1월 26일 합헌이라고 판결하였다.

10) 역주, 최고재판소 소법정(小法廷) 판결 - 한국의 대법원 판결에 해당

11) 보건부(保健婦)로 도쿄도에 채용되어 있던 제일 한국인 2세가 관리직 승진시험을 보려했지만, 국적조항을 이유로 수험자격이 없다하여 도쿄도에서 거부한 사건이다.

3) 법인·단체

자본주의사회에서 법인의 역할이 증대함에 따라 넓은 범위에서 법인에게도 헌법상의 권리주체를 인정하는 입장이 주류를 이루고 있다. 따라서 헌법 제29조의 재산권, 제22조의 영업의 자유·거주이전의 자유 등의 경제적 자유권 외에도 제16조의 청원권, 제32조의 재판받을 권리, 제17조의 국가배상청구권, 제31조 이하의 형사소송관련규정 등이 법인에게 적용되는 것이 인정되어 왔다. 정치적 표현의 자유와 종교의 자유는 정당 및 정치단체, 종교단체처럼 결사·단체 등의 형태로 보다 효과적으로 행사할 수 있는 것을 부정할 수 없다. 제20조의 “종교단체”, 제21조의 “집회·결사”, 제28조의 “단체·단체행동”과 같이 법인 및 단체에 의한 행사가 명시된 인권규정도 있다.

문제는 법인과 단체가 자연인과 똑같은 형태의 인권을 보장받을 수 있는가 하는 점이다. 권리의 성질상 생명, 신체의 자유, 생존권, 선거권 등은 분명하게 법인에게 적용될 수 없다. 한편, 앞에서 언급했던 바와 같이 법인 및 단체에 적용되는 권리도 있다. 결국, 어떤 종류의 인권을 어느 정도까지 법인과 단체에 인정할 수 있는가의 문제는 인권의 성질과 법인·단체의 목적 및 역할 등을 고려하여 구체적으로 정해야 한다.

일본최고재판소는 야하타제철 정치헌금사건(八幡製鐵政治獻金事件)¹²⁾에서 “회사는 자연인인 국민과 마찬가지로 국가나 정당의 특정한 정책을 지지, 추진하고 또는 반대하는 등의 정치적 행위를 할 자유를 가진다.”고 하며 정치활동 및 정치헌금의 자유를 인정하였다(最大判 1970년 6월 24일). 이에 대해서 주권자인 국민의 정치적 의사를 모아야 할 민주제의 과정을 기업의 거액 정치헌금으로 인하여 왜곡시킨 것이라는 비판이 있다.

3. 사인 간의 인권보장

12) 역주, 회사로부터 받은 정치자금의 적법 여부에 대한 소송으로 최고재판소가 처음으로 판결을 내린 사건이다.

근대헌법에서의 인권보장 기본 자세는 인권보장을 개인 대 국가의 관계로서 파악하여 국가의 침해로부터 개인의 자유를 지키는 것이고, 사인 간에 권리해결은 원칙으로서 대등하고 평등한 사인 간에는 상호 자유의사에 의한 자율적인 처리에 위임하는 것으로 하였다(사적 자치의 원칙). 따라서 헌법의 인권규정은 사인 간에는 적용되지 않는다고 생각해 왔다.

1) 학설

그러나 자본주의의 발전으로 인해 거대한 힘을 가진 사회적 단체 및 집단이 생겨났고 이로 인한 개인의 인권 제약·침해가 심각한 문제가 되면서 헌법에서 인권규정의 사인 간 적용(제3자 효력)과 사인에 의한 인권침해의 구제가 현실적 과제가 되었다. 그러나 인권 규정을 사인 간에 적용시키고자 하는 주장에도 차이가 있다.

직접적용설은 인권규정이 사인 간에도 직접적인 효력을 갖는다고 보고 있다. 이에 반해, 통설·판례는 간접적용설의 입장에서 일본민법 제90조의 공서양속의 규정(공공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하는 사항을 목적으로 하는 법률행위는 무효로 한다)과 같은 사법(私法)상의 일반규정을 매개로 하여 간접적으로 헌법의 취지를 사인 간의 권리보장에도 적용하여야 한다는 주장을 하고 있다.

이렇게 직접적용, 간접적용처럼 사인 간에 효력을 미치게 하는 방법을 둘러싼 이론 구성상의 논의 외에 어떠한 경우에 인권규정의 효력이 미치는가 하는 점도 중요하다고 지적되고 있다. 이러한 관계에서 이미 일본헌법에는 사인을 구속하는 취지로 볼 수 있는 규정(제15조 4항의 투표의 비밀, 제18조 노예적 구속·고역(苦役)의 금지, 제27조 3항의 아동학사의 금지 등)이 존재하고 있는 점이 주목되고 있다.

2) 판례

판례에서는 기업과 노동자 간의 고용관계, 사립대학과 학생의 관계, 조합과 구성원의 관계 등이 문제가 되고 있다. 이하에서는 이에 관한 판례를 살펴보고자 한다.

① 미쓰비시수지사건(三菱樹脂事件)

대학졸업 후 3개월간 수습기간을 조건으로 채용된 원고가 학생운동의 경험 등을 입사시험 때에 신고하지 않았다는 이유로 해고된 사실에 대해 고용권 남용을 이유로 지위보전확인 및 임금지급을 주장하는 소송을 제기한 사건이다. 1심, 2심에서는 헌법 제19조의 사상과 신조를 중시하여 원고의 주장을 인정하였다. 그러나 최고재판소에서는 원심을 파기하고 되돌려 보냈다(最大判 1973년 12월 12일). 최고재판소에서는 헌법 제19조 및 제14조는 국가 또는 공공단체와 개인과의 관계를 규율하는 것으로 “사인 상호간의 관계를 직접 규율하는 것을 예정하는 것이 아니다.”고 하면서 헌법 제22조 및 제29조를 근거로 하여 “기업인이 고용의 자유를 갖고 사상·신조를 이유로 하여 고용을 거부한다고 해도 이를 위법이라 할 수 없다.”고 판단하여 사상조사와 신고를 요구한 것까지도 합법이라 하였다(실질적 간접적용설, 원칙은 부적용설).

② 닛산자동차 정년차별소송(日産自動車定年差別訴訟)

닛산자동차주식회사의 여성종업원이 남자는 55세, 여자는 50세를 정년으로 하는 취업규칙에 따라 정년퇴직을 하게 되어 지위보전을 신청한 것에 대해 1심과 2심 모두 남녀성별에 따른 정년제의 합리성을 인정하여 신청을 각하하였다. 그러나 동(同)회사의 전신인 회사에 고용관계의 확인을 구하는 소송을 제기했던 본소에서는 1심과 2심 모두 남녀성별에 따른 정년제가 민법 제90조에 위반된다고 하여 무효라고 판단하였고, 상고를 기각한 최고재판소도 “성별만으로 인해 불합리한 차별을 규정한 것으로서 민법 제90조의 규정에 의해 무효이다.”고 판시하여 간접적용설의 입장을 분명하게 하였다(1981년 3월 24일).

③ 쇼와여자대사건(昭和女子大事件)

본 사건은 정치 단체 등의 가입이 대학의 ‘생활요록’에 위반한다고 하여 퇴학처분을 받은 학생이 지위확인을 구한 소송이다. 최고재판소는 미쓰비시 수지사건의 최고재판소의 판결을 답습하여 헌법 제19조, 제21조, 제23조 등의 자유권적 기본권 규정은 “사인 상호 간의 관계에 대해 당연히 적용 또는 유추적용 되는 것이 아니다.”고 하여 사립대학 측의 재량을 우선하여 퇴학처분을 유효하게 판시하였다(1974년 7월 19일).

이상의 판례에서는 회사나 학교법인 등의 이익과 개인의 인권 등이 충돌한 경

우 개인의 인권보장 규정의 적용을 배제하고 사회적 권력(법인)의 이익을 보호하는 경향을 보인다. 물론 이러한 판결에 의문은 있지만, 개인의 인권을 지키기 위한 개별적인 법률(남녀고용균등법 등)에 명확한 규정을 마련하는 것에 의하여 인권보장이 효과적으로 실현될 수 있다고 생각한다.

4. 특별한 법률관계에 있는 자의 인권 - 특별권력관계

근대 헌법에서 국민은 인권보장을 위해 ‘국민의 엄숙한 신탁’을 받아들인 공권력에 의한 통치권에 복종하는 ‘일반권력관계’에 속해 있었다. 즉, 출생과 동시에 필연적으로 발생한 관계이다. 이에 반해 국민의 일부가 특별한 이유로 인해 공권력과 ‘특별한’ 권력 관계에 속하는 이론이 있다. 이것이 19세기 독일에서 관료제의 독창성 및 우위성을 확보하기 위해 고안한 ‘특별권력관계’론이다. 메이지 헌법 하에서 지배적이었던 이 이론에 의하면 공권력은 특별권력관계 내부에서 포괄적인 지배권(징계권, 명령권)을 가지고 개별 법률에 근거가 없어도 특별권력관계 내에 있는 사인을 규율하며 권리를 제약할 수 있었다. 게다가 이러한 제한행위에 사법심사는 영향을 미치지 않는다고 하는 것이다.

이 이론의 위험성은 어떤 법률관계에 특별권력관계라고 규정하는 것만으로 일률적으로 개인의 권리 및 자유를 대폭 제한하는 것이 정당화될 수 있다는 데에 있다.

그러나 일본헌법은 국민주권과 기본적 인권존중주의를 기본원리로 하여 의회제 민주주의와 법의 지배를 확립한 것이고, 특별권력관계론을 채용할 수는 없다. 하지만 실제로는 특별권력관계에 입각한 여러 가지 권력 제한이 이루어지고 있다.

1) 공무원의 인권

공무원은 국가와 지방공공단체를 사용자로 한다. 이로 인해 공권력과 ‘특별한’ 관계에 있다. 그러나 이는 민간기업 노동자가 그 기업의 내부규율을 받아들여 업무에 전념하는 의무를 부담하는 노동계약상의 관계에 있는 것과 비교해 볼 때

본질적으로 다르지 않다. 하지만 공무원에게는 국가공무원법에 의해서 정당이나 정치목적에 위하여 기부금 등의 이익을 받는 행위와 인사원(人事院) 규칙에 규정되어 있는 정치적 행위가 금지되어 있고, 이를 위반할 시에는 3년 이하의 징역, 또는 10만 엔 이하의 벌금이 부과된다(일본 국가공무원법 제110조 1항). 인사원 규칙에는 모든 일반직종의 직원에 대해서 정치목적에 위한 서명운동, 집회 등의 의견 표명 및 문서 등의 게시뿐만 아니라 근무시간 외의 행위도 금지하고 있다(동법 제102조).

공무원이라는 이유가 이러한 인권제한 법제를 합헌으로 한다는 당초의 견해는 헌법 제15조 2항의 “전체의 봉사자”를 근거로 하고 있다. 그러나 이 규정은 공무원이 “천황의 봉사자”에서 “국민 전체의 봉사자”로 전환되었다는 것을 의미하고 있을 뿐이다. 한편, 수상과 같은 정무직(政務職) 공무원 중에는 정치적 행위가 직무인 공무원도 존재하고 또한 정치적 행위, 쟁의 행위가 인정되고 있는 사립학교 교원도 전체의 봉사자(일본 교육기본법 제6조 2항)에 해당하고 있는 것은 변함없다.

이러한 공무원의 정치적 행위 제한에 관해서 사루후츠(猿払)사건 판결을 주목할 수 있다. 이 사건은 1967년 중의원 선거 당시 홋카이도 소야군(宗谷郡) 사루후츠 마을의 우체국 직원이며 사루후츠지구 노동사무국장이었던 자가 한 정당의 공인 후보자의 선거용 포스터를 게시하고, 또 게시를 의뢰하여 배포한 행위가 국가공무원법 및 인사원 규칙에 위반된다고 했던 사건이다. 제1심 및 항소심 판결에서는 모두 국가공무원법 제110조 1항 19호 규정에 따라 소정의 국가공무원 정치활동에 대한 형사벌은 본 건 피고인의 각 위반행위에 적용되는 제재이지만, 합리성 및 필요성의 한도를 넘었기 때문에 헌법 제21조 및 제31조에 위반한다고 하여 피고인에게 무죄를 선고하였다.

이에 대해 최고재판소 대법정은 11 대 4로 원심을 파기하고 독자적으로 판결하여 피고인을 유죄로 하였다(1974년 11월 6일). 판결 요지를 보면 공무원의 정치적 중립성을 해할 우려가 있는 정치적 행위를 금지하는 것은 합리적이고 필요불가결한 경우에 한해서만 헌법에서 허용된다고 하면서 행정의 중립적 운영과 그에 대한 국민의 신뢰 확보라는 규제목적과 규제수단 간에는 합리적 관련성이 있다고 하였다.

또한 공무원의 노동 기준권의 제한에는 쟁의권의 일률적이고 전면적인 금지라

는 엄격한 규제가 규정되어 있다. 이 제한을 정당화하는 근거로써 초기의 판례는 ‘공공의 복지’와 ‘전체의 봉사자’론을 적용했지만 이후에는 국민전체의 이익의 보장과 공무원의 ‘지위의 특수성’ 및 ‘국민전체의 공동이익’ 등의 의견이 채택되어 [전농림경직법사건(全農林警職法事件), 最大判, 1973년 4월 25일] 새로운 방식의 ‘전체의 봉사자’론이 되살아났다고 비판을 받고 있다.

2) 피수용자의 인권

피수용자는 형사시설에 강제적으로 수용된 자를 말한다. 여기에는 기결수인 수형자(징역, 금고, 구류가 집행 중인 자), 미결구금중인 형사피고인 및 피의자, 사형 확정을 받은 자, 노역장 유치자(벌금 및 과료를 완납하지 못한 자)등이 포함된다.

수용의 목적은 수형자의 교정 및 교화이며 미결구금중인 자의 경우는 도망 및 증거인멸 방지에 있다. 또한 구금의 확보와 교도소내의 질서 유지 등도 이에 포함된다. 이러한 탓에 일반적으로 인권의 제한을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 실제로 집회·결사의 자유, 직업선택의 자유 등이 제한되고 있으며 이 밖에도 법률 및 규칙에 따라 도서·신문의 열독(閱讀)¹³⁾, 서신의 발신·수신 및 접견, 라디오 방송 청취 등의 제한과 음주·깁연(喫煙)의 금지 등이 규정되어 있다.

그러나 피수용자도 인권의 향유주체이고 그중에서도 미결구금중인 자는 무죄 추정의 원칙이 적용되기 때문에 필요 이상의 인권 제약을 받는 것은 문제가 있다. 도망·증거인멸·자타살상(自他殺傷)의 방지 등을 위해 최소한의 제한은 필요하나 그 이상은 허용될 수 없다고 생각된다.

① 미결구금자에 대한 깁연금지 합법성을 다룬 소송에서 1심과 2심은 국가배상을 요구한 원고의 청구를 기각하였고 최고재판소 대법정 판결은 특별권력관계론에 대한 직접적인 언급 없이 깁연의 금지정도의 제한은 필요하고 합리적이라고 하며 상고를 기각하였다(1970년 9월 16일). 최고재판소는 판결요지에서 깁연의 자유는 헌법 제13조에서 보장하는 기본적 인권에 포함되었다 하여도 모든 상황과 장소에서 보장되는 것은 아니며 깁연을 허용하는 것은 죄증인멸의 우려가 있고 화재가 발생할 시에는 피구금자의 도주가 예상되기 때문에 구금의 본질적

13) 역주, 책이나 문서 따위를 쪽 훑어 읽는 행위

목적 달성을 것이 불가능함으로 끄연 금지는 헌법 제13조를 위반하지 않는다고 하였다.

이에 대해서 학설 중에는 교도소 내 규칙의 범위 안에서 끄연이 허용되는 외국의 사례와 비교하며 판례를 비판적으로 보는 것도 있다. 독일에서는 성인교도소와 소년원 두 곳 모두 끄연을 허용하고 있고(독일의 성인연령은 18세), 교도소 내에 담배자판기도 설치되어 있다.

② 일본항공기 요도호 납치사건 기사말소 사건에서는 공무집행방해죄의 혐의로 미결구금중인 자가 사비로 정기구독하고 있던 신문기사의 일부를 구치소장이 먹으로 지운 후 배포한 처분을 놓고 위법성 및 위헌성이 문제가 되었다.

1심, 2심에서는 이를 합헌이라고 하였고 최고재판소 대법정도 전원일치로 상고를 기각하였다(1983년 6월 22일). 최고재판소는 피구금자의 도서 등의 열독의 자유를 제한하는 것은 도망 또는 증거인멸을 방지하고 내부규율을 유지하는 등의 목적 달성을 위해 꼭 필요한 한도 내에서 금해야 한다고 했다. 또한 열독을 허용함에 따라 형사시설 내의 규율 및 질서유지에 있어서 방치가 불가능한 정도의 장애가 발생할 상당한 개연성이 있음을 인정하는 것이 필요하다고 하면서, 소장의 재량적 판단을 우선하여 개정 전의 감옥법 제31조 2항(문서, 도화의 열독 제한)과 소장의 처분을 합법이라고 하였다. 이에 관해서는 최고재판소가 스스로 세운 기준에서 이러한 결론을 이끌어 낸 것에 대하여 여러 학설에서 비판을 하고 있는데 그만큼 판결에 크게 의문이 남는다.

③ 사형 확정을 받은 자가 사형폐지에 반대하는 신문에 반론을 투고하려고 한 것에 대해 구치소장이 불허한 사건에서 최고재판소의 판결은 사형집행까지 규율·질서 유지를 위해 합리적인 서신의 제한을 행한 것은 구치소장의 재량에 맡길 일이며 위법하지 않다고 했다(1999년 2월 26일). 이에 대해서 반대 의견을 제시한 재판관은 서신의 자유가 기본적 인권에 포함되어 있고 사형 확정을 받은 자라고 해도 이러한 권리를 갖기 때문에 합리적 이유 없이 발신의 자유를 제한한 것은 위법하다고 했다.

사형 확정을 받은 자(수형자)의 신문투고가 왜 교도소 내의 규율 및 질서 유지를 위협하는 것인가는 이해하기 어려운 부분이다.

예를 들어 독일에서는 수형자가 교도소 안에서 신문을 발행하고 외부와 인터

넷으로 연결되어 있으며 전화를 이용한 대화도 가능하다. 라디오 청취가 자유롭고 텔레비전의 시청도(개인실을 포함하여) 대부분의 교도소가 인정하고 있다. 이 중에서는 텔레비전 대여비를 징수하는 곳도 있다.

3) 감옥법의 개정

1908년에 제정된 감옥법을 근본적으로 개정한 ‘형무시설 및 수형자의 처우 등에 관한 법률’(형사시설·수형자처우법)이 2005년 5월 25일에 공포되었다. 개정이 이루어진 계기는 2002년 5월과 9월, 나고야(名古屋)형무소에서 수형자가 가족수감으로 폭행을 당한 사건에서 교도관 6명에게 특별공무원폭행능학(陵虐)치사상죄를 묻게 된 사안이다. 기존의 감옥법은 2006년 5월까지 시행될 예정이다.

새롭게 개정된 법률의 목적은 “형사시설의 적정한 관리운영을 도모하고 수형자의 인권을 존중하면서 수형자의 상황에 맞는 적절한 처우를 행하는 것”(제1조)이다. 이러한 처우는 수형자 본인의 자각에 호소하여 “개선·갱생, 의욕의 환기 및 사회생활에 적응하는 능력을 육성하는 것을 목표로” 행해진다(제14조).

형무소 운영은 밀실주의에 빠지기 쉽다. 이를 방지하기 위해서 외부의 눈이 필요하다. 설치예정인 민간인으로 구성된 형사시설 시찰위원회는 형사시설을 시찰하고 그 운영에 대해 형사시설의 장에 대하여 의견을 말하는 형식으로 될 예정이다(제7조). 의사나 변호사 등 식견이 높고 의욕적인 사람이 위원으로 임명된다면 위원회의 역할에 대한 기대는 커질 것이다.

수형자에게 외부의 정보와 접촉을 유지하고 본인의 사정을 가족과 친한 관계자에게 전하며 고민상담 등의 기회를 보장해 준다면 개선·갱생에 이바지 할 수 있을 것이다. 면회를 친족이외의 자(변호사, 친구 등)에게도 확장하는 것, 개방적 시설에서 전화통신을 허용하는 것, 서신의 발신을 한 달에 4통 이하로 하지 않는 것, 시사 보도에 접할 기회를 부여하는 것 등, 인권과 개선·갱생을 배려하여 구법보다 당연히 진보된 규정들이 있지만, 이는 시설의 관리, 규율 및 질서와 관련하여 제약과 금지를 받는 경우가 있다. 형사시설에서 수형자 처우에 대해서 앞으로 나아갈 방향을 선진국의 상황과 비교하여 더욱 검토할 필요가 있다고 생각된다.

제 11 장 국제사회와 인권

◎ 국제적 측면에서 인권을 살펴보자

루즈벨트 미국 대통령은 제2차 세계대전의 참가 목적이 ‘4개의 자유’에 대한 옹호라고 표명하였다. 이는 국제사회에서 처음으로 ‘인권’이 거론된 역사적인 사건으로 이해되고 있는데 그 이유는 무엇일까? 한편 현재 일본에서는 ‘외국인 사절’이라는 간판을 내건 상점이 생기고 있는데 과연 허용될 수 있는 것인가?

우리가 당연하게 생각해 온 ‘인권’을 국가라는 틀에서 벗어나 국제사회의 관점에서 보면 어떻게 달라지는지 생각해보자.

◆ 11장에서 배울 내용 ◆

- 인권이 국제적인 문제가 된 이유
- 국제사회에 존재하는 인권문서
- 외국인 인권의 보장방향
- 인권조약과 일본과의 관계

1. 국제사회와 인권

주권국가를 구성단위로 하는 국제사회가 형성된 것은 1648년 베스트팔렌 회의¹⁴⁾ 이후라고 보고 있으며, 이 때 국제사회에서 주권국가의 관계를 규율한 법을 국제법이라고 하였다. 이 국제법에 의하면 국가만이 권리를 갖고 의무를 부담하

14) 역주, 30년 전쟁(이른바 종교전쟁)을 종결시키기 위한 평화회의로서 1648년에 독일의 베스트팔렌 지방에서 개최된 2개의 회의(오스나브뤼크 및 뮌스터).

는 주체이며 개인은 국제법의 대상 외로 취급되었다. 국제법은 개인에 대한 취급을 국가 위정자(爲政者)의 의사에 맡겼기 때문에 종래의 국제법은 개인의 인권보호를 규정하고 있지 않았다.

국제사회에서 인권 문제가 다루어지게 된 이유는 프랑스 혁명 등의 영향을 받아 국내에서도 인권이 거론되었기 때문이다. 이러한 예를 보면 러시아-투르크 전쟁(1877~1878)이후 베를린 회의(1878)에서 종교의 자유를 존중하기로 합의되었다. 또한 19세기에는 노예무역을 금지하는 조약이 유럽에서 작성되었다. 제1차 세계대전 후에도 월슨 미대통령이 주창한 17개조의 방침에 따라 독립을 달성한 동유럽 각국은 연합국과의 사이에서 자국의 소수자를 보호하기 위해 소수자보호 조약을 체결하였다. 이러한 합의와 조약은 19세기 이후에 나타나게 되는데 그 성격을 살펴보면 국제법으로 개인의 인권을 보장하려 했던 것이 아니라, 당시의 경제 질서의 혼란을 방지하기 위한 것이며 기타 분쟁이 발생하는 것을 예방하기 위한 것이었다.

개인의 권리문제가 다루어지게 된 것은 지금도 존속되고 있는 국제노동기구(ILO)가 베르사이유 조약 제13편에 의하여 설립되고 나서부터이다. 노동자의 권리를 보호하는 이 제도는 1944년 필라델피아 선언, 1946년 ILO헌장 개정을 통해 단순히 임금노동자뿐만 아니라 ‘인간’다운 개인의 복지 및 발전의 증진이 있어야만 ILO의 목적을 달성할 수 있다고 하였는데 이는 국제적인 인권보장제도의 시발점이 되었다.

2. 국제연합과 인권 - 평화와 인권의 불가분성

제1차 세계대전 이후 ILO의 설립으로 개인의 권리가 국제사회에서 채택된 것처럼 보이지만, 인권을 위한 것이라기보다는 임금노동자의 권리보호를 대상으로 한 한정적인 것이었다.

본서를 비롯해 이제까지 학습해 온 바를 보면, 인권이란 ‘헌법에 의해 보장되는 권리’가 중심이 되고 있다. 그러나 4장에서 서술한 바와 같이 인권에는 전(前)

국가성과 불가양의 권리가 인정되고 있다. 이 특징을 인정한다면 ‘헌법에 의해서 보장되는 권리’는 두 가지 점에서 한계가 생긴다. 첫 번째는 현재 일본헌법에서 규정하고 있는 인권이 전부인가 아니면 따로 존재하는 인권은 없는가하는 문제이다. 이 문제는 다음 장에서 중점적으로 살펴보고겠다. 두 번째는 헌법을 제정한 국가의 존재만을 전제로 하여 인권문제를 생각하는 것만으로 인권의 보장이 제대로 기능하는가 하는 문제이다. 역사를 되돌아보면 국가의 존재만을 전제로 한 인권보장에는 한계가 있는 것 같다. 이를 세계 각국의 사람들이 자각한 때가 제2차 세계대전 시기이다.

제2차 세계대전의 유혈과 공포는 나치즘과 파시즘 체제를 취한 국가에 의해 야기되었는데 자국 내에서도 민주주의와 인권을 유린하는 체제를 취했기 때문에 인권을 무시하는 국가가 평화를 어지럽힌다는 사실을 사람들에게 인식시켜 준 계기가 되었다. 그 중에서도 제1차 세계대전 이후 자본주의 국가들 가운데 독일은 가장 민주적인 헌법이라고 불리던 바이마르 헌법을 가졌음에도 불구하고 나치즘을 내세워 인권을 유린하고 나아가서는 평화를 파괴하는 행동에 나섰다. 이러한 사실로 인해 인권 및 민주주의를 옹호하기 위해서는 더 이상 한 국가의 국내체제에 완전히 위임해서는 안 된다는 인식을 세계인들에게 널리 알리는 계기가 된 것이다.

이러한 경험을 한 세계 각국의 사람들은 두 번 다시 이러한 전쟁을 되풀이 하지 않기 위해 결의를 하게 되었다. 따라서 국제사회에서는 국내문제 불간섭 원칙을 인정하면서도 국제평화를 구축하기 위해서는 적극적으로 인권문제를 다루어야 한다는 공통적인 인식이 높아져 갔다. 그래서 이러한 임무를 맡기 위해 국제사회는 1945년 국제연합(이후 UN)을 설립하였다. 이렇게 하여 한편으로는 국가를 구성단위로 하면서도 국가의 행동을 규제 또는 억제하여 국제평화를 구축하기 위한 기구로서, 또 한편으로는 인간의 존엄 및 가치를 촉진하는 인권보장을 구축하기 위한 기구로서 UN은 상호 모순되는 개념을 도입했다.

UN은 UN헌장 제1조에서 규정목적으로 “차별 없이 모든 사람의 인권 및 기본적인 자유에 대한 존중을 촉진하고 장려함에 있어 국제협력을 달성한다.”고 주창하고 있다. 또한 제55조에서는 “인종, 성별, 언어 또는 종교에 관한 차별이 없는 모든 사람을 위한 인권 및 기본적인 자유의 보편적인 존중과 준수”를 규정하고, 이를

위해 제56조에서 모든 회원국들이 UN과 협력하여 공동 및 개별의 행동을 취할 것을 의무로 하고 있다. 이렇게 UN헌장은 기본적 인권에 대한 카테고리는 없지만 기본적 인권존중의 원칙을 명확하게 제시하고 있다. 이러한 국제사회의 인권보장에 관한 노력 덕분에 “인권문제는 국내문제이고 UN이 간섭하는 것은 국내문제 불간섭원칙에 위반한다.”고 하는 주장에 대하여 중대한 인권침해는 이미 국내문제가 아니라 국제관심사항이라는 인식이 국제사회에서 받아들여지고 있다.

3. 국제인권장전의 탄생

UN헌장은 기본적 인권의 존중이라는 원칙을 확인하는 데에 그치고 있어 구체적으로 어떠한 인권이 보호되어야 하는지에 대한 문제는 여전히 남아 있었다. 그래서 UN은 1946년 인권위원회를 설립하고 인권 목록을 작성(국제인권장전)에 착수하였다. 당초 이 장전은 국제조약의 초안으로 하려 했으나, 조속한 작성이 요구되었기 때문에 인권위원회는 우선 세계인권선언을 작성하고, 이후 조약으로서 국제인권규약을 작성하게 되었다.

세계인권선언은 1948년 12월 10일 파리 사이요 궁에서 개최된 UN총회에서 채택되었는데 반대는 없었지만 구소련, 동유럽제국, 남아프리카공화국, 사우디아라비아 등 8개국이 기권하였다. 기권을 한 국가는 모두 세계인권선언의 불충분성을 이유로 하였다. 그러나 선언이 “모든 인류와 모든 국가가 달성해야 할 공통의 기준으로서”(전문)라고 작성되어 있기 때문에 이 선언이 높은 도덕적 권위를 가지고 있다는 것을 모든 국가는 공통적으로 인식하고 있다.

우선 제1조에서 “모든 사람은 태어날 때부터 자유로우며 그 존엄과 권리에 있어 동등하다.”고 규정하고 있는데 이는 서구적인 자연권사상을 계승한 것이다. 제2조에서는 차별금지에 대해서 규정하고 있고, 제3조에서 제21조까지 시민적 및 정치적 권리를 규정하고, 제22조에서 제27조까지 사회권을 규정하고 있다.

세계인권선언은 문서의 형식이 ‘선언’인 것에서 알 수 있듯이 법적 구속력을 갖는 조약이 아니라 정치적 문서에 불과하다. 그러나 이후에 논하겠지만, 법적

구속력이 발생한다고 하는 유력한 주장도 있다.

UN인권위원회는 세계인권선언을 작성한 후 또 하나의 국제인권규약의 작성에 착수하였다. 이 규약은 하나의 조약이 아니라 경제적·사회적 및 문화적인 권리에 관한 국제규약(이후 사회권 규약, 국제인권규약 A규약), 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(이후, 자유권규약, 국제인권규약 B규약), 그리고 자유권 규약에 관한 선택의정서(이후, 선택의정서)로 구성되어 있는데 이는 1966년에 채택되었다. 이후 UN총회는 사형폐지를 명문화하는 자유권규약에 관한 제2선택의정서(이후, 사형폐지의정서)를 1989년 채택하였다. 현재는 4개의 조약을 총칭하여 국제인권규약이라고 부른다.

우선 국제인권규약에 대해 일반적으로 말할 수 있는 것은 세계인권선언과 비교해 볼 때 상당히 구체적이고 상세한 규정으로 이루어졌다는 점이다. 세계인권선언은 제10조에서 법원의 공정한 심리에 대해서 규정하고 있는데 이에 비하여 자유권규약 제14조는 언어를 이해하지 못하는 사람에게는 무료통역을 제공하는 것과 미성년자에 대한 배려, 상소할 권리 등에 대해서 상세하게 규정하고 있다.

또 국제인권규약은 세계인권선언에서 규정하고 있는 재산권 및 비호를 요구할 권리를 제외한 반면, 세계인권선언에서는 규정하고 있지 않은 전쟁선언 및 증오의 고취(鼓吹)금지(자유권규약 제20조), 아동의 권리(同규약 제24조), 나아가서 소수자의 권리(同규약 제27조)등을 새롭게 추가하였다.

더욱이 사회권 규약과 자유권 규약의 모두(冒頭)부분인 제1조는 동일한 조문으로 구성되어 있으며 그 내용에 민족자결주의가 규정되어 있는 것은 주목할 만한 가치가 있다. 이는 당시 식민지로부터 독립한 국가가 잇달아 나타나는 국제정세를 반영한 것으로 인권이 존중되기 위해서는 그 전제로서 민족자결권이 인정되어야 한다는 점, 그리고 민족자결권은 “모든 기본적 인권의 완전한 향유를 위해 필요한 조건”(1952년 UN총회결의)에 해당한다는 점을 강하게 인식했기 때문이다.

인권이 국제적으로 보장되기 위해서 중요한 것은 인권에 대한 목록을 정비하는 것뿐만 아니라 각국이 국제적인 인권기준에 따른 인권보장의 실시 여부를 국제적으로 감시하고 이행을 확보하는 등, 실시조치의 존재이다.

뒤에서 볼 지역적 인권조약에서는 인권재판소를 가지고 있는 경우도 있지만 UN이 작성한 인권조약에는 재판시스템을 갖는 것이 없다. 그러나 UN이 작성한

인권조약에는 위원회에 해당하는 기관이 각각 존재하고 있고 그 기관은 당사국의 인권조약 이행여부를 감시하는 임무를 맡고 있다.

이러한 감시시스템에는 당사국이 자국의 인권상황을 위원회에 정기적으로 보고하는 제도(국가보고제도), 어떤 당사국이 조약의무를 수행하지 않는 사실을 다른 당사국이 위원회에 통보하는 제도(국가 간 통보제도), 인권침해를 당한 피해자 자신이 위원회에 자신이 입은 피해를 통보하는 제도(개인통보제도), 나아가서 위원회 자신이 인권침해의 실태를 현지에 직접 가서 조사하는 제도(조사제도)등이 조약에 의해 규정되어 있다. 예를 들어 사회권 규약에는 국가보고제도가, 자유권 규약에는 국가보고제도와 국가 간 통보제도가 규정되어 있으며 자유권 규약의 선택의정서에는 개인통보제도가 도입되어 있다. 최근에 여성차별철폐조약에서 나타난 바와 같이 인권조약에 추가되는 새로운 선택의정서를 작성하여 개인통보제도를 채용하는 방향이 제시되고 있다.

4. 세계인권선언의 영향

세계인권선언은 앞에서 설명한 바와 같이 국제사회에서 처음으로 작성된 인권 목록인데, 이 선언은 이후 국제사회의 인권문서나 각국의 헌법에 큰 영향을 끼치고 있다.

우선 UN에서는 세계인권선언의 개별조항을 보다 상세하게 규정한 인권조약을 많이 작성하였다. 예를 들면 1965년 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 협약을 채택하였고, 1979년 여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약, 1984년에는 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약, 1989년에는 아동의 권리에 관한 협약이 채택되었다.

나아가서 세계인권선언은 지역적인 특색을 살린 인권 조약의 작성에도 영향을 주었다. 1950년 유럽인권협약, 1969년 미주인권협약, 그리고 1981년에 채택된 아프리카지역의 반출헌장¹⁵⁾ 등이 이에 해당한다. 이 중에는 인권법원을 갖추고 있

15) 역주, 정식명칭은 ‘인간과 국민의 권리에 관한 아프리카헌장’이다

는 경우도 있는데 국내의 최고법원에서도 구제할 수 없는 인권침해를 각각의 인권조약을 근거로 판단하여 그 지역에서 한층 더 인권보장에 공헌하고 있다.

또한 세계인권선언은 각국의 헌법에도 영향을 미치고 있다. 제2차 세계대전이후 독립한 국가들과 1989년 베를린 장벽 붕괴이후 민주화로 인해 헌법을 개정한 구소련 및 동유럽국가에서는 자국의 헌법에 세계인권선언의 준수를 명시하고 있는 경우도 적지 않다.

또한 세계인권선언은 UN에서도 여러 가지 형태로 인용되고 있고, 세계인권선언이 그 자체로는 정치적 선언으로서 법적 구속력을 갖지 않으면서도 실제로는 국제관습법으로써 법적 구속력을 갖는다는 주장이 강하게 일어나고 있다.

마지막으로 일본 역시 세계인권선언과 관계가 있다. 일본이 국제사회에 복귀하기 위해 체결한 샌프란시스코 평화조약(1951년)의 전문을 보면 다음과 같은 문구가 있다.

“일본은 국제연합에 가입을 신청하고 어떤 상황 하에서도 국제연합헌장의 원칙을 준수하고 세계인권선언의 목적을 실현하기 위해 노력하며 국제연합헌장 제 55조 및 제56조에 규정(된) …… 안정 및 복지에 관한 조건을 일본 국내에 조성하기 위해 노력(한다) …… 의사(意思)를 선언한다.”

즉, 일본은 세계인권선언과 유엔헌장에 규정된 인권보장을 실현하기 위해 노력한다는 의사를 국제적으로 명확히 선언하였고 연합국은 일본의 의사표명이 있었기 때문에 국제사회복귀를 인정하여 샌프란시스코 평화조약을 체결한 것이다. 지금 다시 한 번 그러한 정신을 되돌아보고 일본의 인권문제를 살펴보아야 할 필요가 있다고 생각한다.

5. 외국인의 지위

현대의 인권보장은 국제적으로 확장되기 시작했고 국가의 틀을 넘어선 인권의 보편적 보장이 강조되고 있다. 즉, 국제사회는 인권보장을 위해서 국민이든 외국인이든 관계없이 인권을 보장하는 내·외국인 평등원칙을 채택해 왔다. 이런 상

황에서 국가라는 울타리를 전제로 하는 인권보장의 문제는 상대적으로 후퇴하고 있고, 국적에 의한 구별은 모두 차별이라 판단하여도 좋을 것이다. 그러나 꼭 그렇지만은 않다. 외국인에게 있어서 개인과 국가 간의 유대관계를 법적으로 증명하는 ‘국적’은 인권을 향유하는 데에 큰 장애가 된다.

본디 외국인이란 어떤 의미일까? 겨우 목숨만 부지한 채 도망쳐 온 난민과 강제적으로 이주시키는 바람에 몇 세대에 걸쳐 일본에 거주하게 된 한국 및 북한 사람들은 외국인일 것이다. 즉, 일본에서 일본 국적이 아닌 사람들, 여기에는 어떤 국가의 국적도 가지지 못한 무국적자를 포함하는데 이러한 사람들이 외국인이다. 하지만 일본인이 하와이로 해외여행을 가서 1주일간 관광할 때에는 외국인이 된다는 점을 잊어서는 안 된다.

우리는 이제 자유롭게 해외여행을 할 수 있다고 생각하는데 원래 국제법에 의하면 국적국 이외의 나라에 자유롭게 입국할 수 있는 권리는 보장되어 있지 않다. 다시 말해 사람은 자신의 의사로 자유롭게 외국인이 될 권리는 없다. 우리가 외국으로 해외여행이 가능한지 여부는 우리를 외국인으로서 받아들이는 국가의 재량에 맡겨져 있다. 개인에게는 출국의 자유만 인정되고 있는 것이다.

이렇게 외국인으로서의 입장은 미미하지만, 일단 외국인을 받아들인 국가는 그 외국인의 인권을 보장하지 않으면 안 된다. 그러면 외국인의 권리와 의무는 어떻게 보장되고 있을까? 일본의 헌법학설과 판례를 살펴보자

외국인의 권리와 의무에 관하여 이른바 맥클린 사건¹⁶⁾에서 최고재판소가 판시한 내용을 보면 “헌법 제3장의 제규정에 의한 기본적 인권보장은 권리의 성질상 일본국민만을 그 대상이 될 수 있다고 해석되는 것을 제외하고 일본에 재류하는 외국인에 대해서도 동등하게 적용된다고 해석함이 타당하다.”라고 하였다. 즉, 문제가 된 인권의 성질에 의해서 인권보장의 유무를 결정하는 권리성질설을 취하고 있다.

이렇게 외국인의 권리가 총론적으로는 인권이 인정되는 것처럼 보이지만 개별적·구체적인 권리를 생각해보면 반드시 외국인의 인권이 보장된다고만 할 수 없는 실정이다. 앞에서 언급한 맥클린 사건에 있어서도 외국인의 정치활동의

16) 역주, 재류외국인의 정치활동 자유와 재류허가를 둘러싼 사건이다. 외국인에게 헌법상 보장되는 인권의 범위는 어디까지인가가 쟁점이 된 판례이다.

자유가 문제가 되었는데 최고재판소는 “일본의 정치적 의사결정 또는 그 실시에 영향을 미치는 활동 등을 외국인의 지위에 비추어서 이를 인정하는 것이 상당하지 않다고 해석되는 것을 제외하고, 그 보장이 허용된다.”고 했다. 그러나 이러한 “정치적 의사결정 또는 그 실시에 영향을 미치게 하는” 범위는 명확하게 제시되어 있지 않다. 이 문제는 외국인의 표현의 자유에 대한 보장범위에 영향을 끼쳤는데 이 판결에서는 사실상 국가의 재량에 맡겨두고 있다. 예를 들어 일본정부의 장학금을 받는 유학생들이 문부과학성 장관 앞으로 보내는 서약서의 내용을 살펴보면 그 안에는 정치활동을 하지 않는다는 취지의 조항이 삽입되어 있다. 이 정치활동에는 정치단체의 결성, 정치적 목적을 갖는 모임의 참가, 정치적 논문·선언의 발표, 정치적 목적을 가진 대중시위행동을 조직하거나 참가하는 것을 포함하고 있다. 국가의 안전·공공질서 등의 보호를 이유로 하는 제한이 아니고 실질적으로 일본에 대한 정치활동만이 제한되고 있는 것만도 아니다. 상당히 넓은 범위에서 표현활동이 정치활동의 미명 하에 제한되고 있다. 더욱이 이 서약서의 제출은 ‘법률’에 규정에 의한 것도 아니기 때문에 상당히 문제가 된다. 이렇게 권리성질설의 의거해서 이루어지고 있는 국가의 정책은 현실적으로 외국인 인권 보장과는 거리가 멀다.

그러나 이러한 정치활동에 관계하는 사항 중에서 참정권은 전통적으로 외국인에게 인정되지 않는 인권의 필두로 거론되는데, 최근 최고재판소 판결에서 변화가 보이고 있다. 1995년 최고재판소는 판결에 대한 보충의견이기는 하지만 지방참정권을 인정하는 헌법 제93조 2항이 “그 지방 공공단체 주민”에게 선거권을 부여하는 것에 대해 “일본에 재류하는 외국인 중에서도 영주권자에 해당하고, 그가 거주하는 지방공공단체와 밀접한 관계를 지닌다고 인정되는 자에 대해서는 그러한 의사를 반영하기 위해 법률로서 지방공공단체장과 그 지방 의회의 의원 등에 대한 선거권을 부여하는 조치를 강구하는 것은 헌법 상 금지되어 있지 않다.”고 설명하여 지방참정권에 대해서는 헌법 상 금지되어 있지 않고 입법정책의 문제라는 견해를 제시하였다.

6. 인권 조약에 따른 영향

국제법이 발전함에 따라 외국인 문제는 크게 변화되고 있다. 특히 일본은 인권 조약을 비준함에 따라 이제까지 일본에서 인권침해에 해당하지 않는다고 생각해 왔던 관행을 변경해야 할 상황이 발생하였다. 예를 들어 앞에서 본 표현의 자유에 관한 자유권규약 제19조는 일본헌법보다 권리제약의 조건을 상세하게 규정하고 있다. 따라서 이제까지 인권에 대한 제약을 상당 부분 국가재량에 위임해 왔던 일본의 관행을 변경해야 할 요인이 되고 있다.

그러면 일본에서 외국인의 인권에 대해 문제가 됐던 부분을 발췌해서 인권조약이 제시하는 기준(국제인권기준)과의 관계를 살펴보자

1) 사회권

예를 들어 일본헌법 제25조는 국민이 건강하고 문화적인 최소한의 생활을 영위할 권리를 규정하고 있으며 이에 따라 국가는 사회복지, 사회보장 및 공공위생의 향상을 위해 노력해야 한다. 그러나 이 규정은 주어(主語)가 국민이기 때문에 외국인에게는 적용되지 않는다고 생각될 수 있다. 이제까지 사회권 보장은 국적국의 책임이고, 외국인의 거주국은 사회보장의 책임을 지지 않는다는 생각이 매우 강했다. 그러나 국제인권보장의 흐름은 내·외국인 평등주의를 내세우고 있는 사회보장에 있어서도 예외가 될 수 없다. 1979년 국제인권규약, 1981년 난민조약을 일본이 비준함에 따라 국민연금법, 국민건강보험법, 아동수당법, 아동부양수당법 등에서 국적조항이 삭제되었다. 그러나 시오미히노데(塩見日出)사건¹⁷⁾의 결과에서 보듯이 원래 한국국적이었지만 귀화를 해서 일본 국적[출생 시는 일본제국신민(日本帝國臣民)]이 되었으나, 장애 발생 시에 한국 국적이었다는 이유 때문에 아직까지도 장애복지연금의 수령이 인정되지 않고 있다. 더욱이 생활보호법에는 원래부터 국적조항이 없다. 그럼에도 실제의 법 집행에는 국적에 대한 벽

17) 역주, 1934년 일본 오사카에서 태어난 시오미(塩見)씨는 한국국적이었으나 1970년 일본에 귀화하였다. 귀화한 후 장애복지연금수급을 신청하였는데 장애가 발생한 시기에 일본 국적이 아니었다는 이유로 청구가 기각된 사건이다.

이 가로놓여 있으며 이러한 집행으로 인한 제한의 인정 여부도 문제가 되고 있다.

제2차 세계대전 후 보상 문제도 심각하다. 주지한 바와 같이 일본은 전쟁 중 한반도 및 타이완을 식민지화 하였고 현지 사람들을 제국신민으로서 징병하였다. 그러나 전후은급법(戰後恩給法)을 비롯한 전상자(戰傷者)에 대한 국가보상에 관한 법률에 모두 국적조항을 집어넣어 일본 국적이 아닌 자는 그 대상에서 제외했다. 또한 1965년 한일협정 체결 이후에는 귀화를 해도 보상 대상이 되지 않는다고 하였다. 이렇게 하여 일본인은 일본법에 의해 보장되고 있지만, 전쟁 당시 일본군이었던 식민지 사람들은 같은 일을 했지만 보상은커녕 냉대를 받았다. 이러한 사실은 자유권규약 제26조에 비추어 볼 때 문제가 되고 있다. 이와 비슷한 사례로 국적에 따른 차별을 두고 있던 퇴역군인에 대한 군인은금지금액에서 국적에 따라 차별을 둔 것이 쟁점이 된 게이에 對 프랑스 사건¹⁸⁾에서는 자유권규약위원회가 차별에 해당한다고 판단하고 자유권규약 제26조 위반을 인정하였다. 이후 프랑스는 문제가 된 법을 개정하고 시정하였다. 이러한 선례에 근거하여 일본도 자유권규약위원회로부터 수차례 시정권고를 받았다.

2) 재판받을 권리

일본에 거주하는 외국인도 당연히 공정한 재판을 받을 권리가 있다. 외국인이 피의자 혹은 피고인이 된 경우에 특히 중요한 것은 절차에 사용되는 언어를 이해하지 못할 경우, 어떻게 절차적 보장을 행하여야 하는지에 대한 문제가 생긴다. 적어도 통역 또는 번역은 허용된 것으로 생각되나 그 비용부담이 문제가 된다. 이 점에 대해서는 헌법도 형사소송법도 규정하지 않았기 때문에 예전에는 충분히 보장되지 않았는데 그중에서도 통역비용은 외국인인 피고인이 부담하였다. 그러나 1993년 도쿄고등재판소는 하급심의 판단을 파기하고 자유권규약 제14조 3항(f)의 규정을 따라 무료로 한다는 뜻을 판시하였다.

3) 사인 간의 차별 문제

‘외국인 사절’이라는 간판을 내걸고 외국인의 입점을 거절하는 상점이 나오고

18) 역주, 1985년 세네갈 국적인 게이에씨가 프랑스의 국적차별대우를 이유로 B조약 위반이라 하여 인권위원회에 통보한 사건

있다. 그러나 일본이 1995년 비준한 모든 형태의 인종차별의 철폐에 관한 국제협약에 의하면 단순히 인종에 의한 구별은 차별이라고 분명하게 밝히고 있다. 특히 이 조약에서는 사인 간의 차별에 대해 국가가 적절하게 해소하기를 촉구하고 있으며 또한 사회에서의 인종차별에 대한 해소를 촉구하고 있다. 일반적으로 점포는 거리 외부에 간판을 내걸고 있는 이상, 길을 걷는 일반 사람들에게 개방되어 있다. 분명히 ‘단골손님 외 사절’이나 회원제 점포도 있기 때문에 모든 점포에 해당되는 것은 아니다. 계약 자유의 원칙이 사인 간에 적용되기 때문에 이러한 제한도 허용될 수 있다. 더욱이 사적 자치의 원칙에서 사적인 일정한 차별 행위를 법적으로 제한하기는 어렵다. 그러나 외국인사절 간판을 내 건 공중목욕탕 주인에 대해서 2002년 삿포로지방법판소는 공중목욕탕이 갖는 공공적 성격 때문에 이러한 간판은 금지된다고 판단하였다. 계약 자유의 원칙에 의해 사적차별행위가 인정되는 범위는 조금씩 좁혀지고 있음을 알 수 있다.

이제까지 살펴본 바와 같이 서서히 국제인권기준에 걸맞는 일본사회가 조성될 필요성이 있다. 유감스럽게도 일본은 선진국 중에서 인권조약의 비준에 소극적인 편이다. 오해하지 말아야 할 것은 인권조약이 규정하는 인권기준은 국가가 달성해야 할 최고기준이 아니라는 점이다. 국제사회에는 다양한 사회가 존재한다. 때문에 인권조약은 그러한 다양성을 고려한 후에 작성된 것이다. 따라서 인권조약이 제시하는 기준은 모든 국제사회를 구성하는 국가와 사회가 준수해야 할 최소한의 기준인 것이다.

제 12 장 인권의 창조

◎ 인권에 대한 생각은 어떻게 발전하여 왔는가?

프랑스 혁명 이후 인권선언이 탄생하였고 이로 인해 자본주의 사회의 발전이 촉진되었다. 또한 제1차 세계대전 이후 독일에서는 바이마르 헌법이 만들어졌는데 이 헌법은 자본주의 사회에서는 처음으로 사회권을 규정한 획기적인 헌법이었다. 사회주의 국가인 구소련연방 등이 사회권을 규정한 것은 체제가 다르기 때문이라고 딱 잘라 말하면 더 논할 수는 없지만, 그렇다면 왜 자본주의 사회에서도 사회권이 필요한 것인가? 기존의 헌법만으로는 충분하지 않았던 것일까? 미국 수정헌법 제9조에는 “헌법에 일정한 권리를 열거한 것에서 인민에 의해 보류된 다른 여러 권리를 부정하거나, 경시되도록 해석되어서는 아니 된다.”고 설명하는데 이는 무엇을 의미하고 있는 것인가.

◆ 12장에서 배울 내용 ◆

- 인권이 갖는 역사성을 재인식
- 일본 헌법에서 규정하는 새로운 인권의 내용
- 국제사회에 있어서 새로운 인권(제3세대 인권)의 의미

1. 새로운 인권의 등장

지금까지 인권 문제에 대해서 살펴본 결과, 근대시민혁명을 계기로 인권개념이 발전해 왔다는 것을 알 수 있었다. 여기서 다시 한 번 이제까지 배웠던 인권선언

등의 문서에 대해 기억해 보자. 시대의 흐름에 따라 인권 목록도 조금씩 늘어나고 있다. 이렇게 보면 일본헌법에서도 권리와 자유를 골자로 하는 조문을 27개조에 걸쳐서 규정하고 있다. 여기서 대부분의 인권을 규정한 것처럼 보이지만, 개인의 인격적 생존에 있어서 필요불가결한 인권의 모든 사항을 망라하고 있지는 못하다. 아마 헌법제정 당시에는 필요한 권리는 모두 충분히 규정되었다고 생각했을 것이다. 그러나 사회가 발전함에 따라 인권이 요구하는 방향과 내용은 변화하고 있다. 과학기술의 진보는 어지러울 정도로 나날이 빠른 속도로 변하고 있다. 이와 연계되어 일본 사회도 크게 변화하고 있고, 그에 따라 인권에 대한 내용도 인권 항목도 변화하고 있다. 이러한 전형적인 예가 사회권의 등장이다(9장 참조).

이러한 것이 인권의 역사성·한계성을 보여주고 있는 것이 되는데, 그렇다면 헌법이라는 법조문에 규정된 내용은 그 당시의 한계를 보여주고 있는 셈이다. 헌법에 명시적으로 규정되지 않은 권리와 자유는 실제사회에서 필요에 따라 생성되고 전개된다. 그렇기 때문에 원래 생성과정에 있는 권리인 것이다.

2. 새로운 인권의 내용

일본 헌법은 제3장에서 국민의 권리와 의무를 27개조에 걸쳐 인권에 관한 개별 규정을 두고 있다. 이 규정들이 가지는 의미에 대해서는 앞에서 분명하게 밝혔다. 그러나 헌법 제13조는 이렇게 이미 명확하게 되어 있는 권리와는 별도로 총칙규정으로써 “생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리”라는 포괄적인 인권을 보장한다.

헌법 제13조는 존 로크가 『시민정부론』에서 전개한 인권론을 참조하여 작성한 미국독립선언문의 “모든 인간은 평등하게 창조되었고, 불가양의 권리를 창조자로부터 부여받았으며 여기에는 생명, 자유 및 행복추구가 포함된다.”에서 유래한 것이다.

또한 헌법 제11조에서는 기본적 인권을 “침해할 수 없는 영구한 권리로서 현

재 및 장래의 국민에게 부여된다.”고 규정하고 있는데 이에 따라 인권이 인간이라는 고유의 성질에 해당한다는 점을 명시하고 있다. 이와 관련하여 생각해 보면 헌법 제13조의 규정은 헌법에 열거하지 않은 이익이 인간이 자율적인 개인으로서 생존과 자유를 확보하고 인간의 존엄을 유지하는데 있어서 필요한 경우에, 이러한 이익을 보호하기 위한 권리가 헌법 상 보호되어야 할 법적 권리로서 인정하기 위한 근거로 제시되는 규정이다. 이럴 경우, 헌법 제13조는 단순한 프로그램적인 규범이 아닌 그 자체가 하나의 권리를 보장하는 구체적인 재판 규범이 된다.

3. 프라이버시에 관한 권리

이러한 구체적인 재판규범으로서 성장해 온 새로운 권리의 대표적인 권리가 프라이버시에 관한 권리이다. 이 권리는 현재 거의 인정됐다고 봐도 무방하다. 일본 최고재판소도 1969년 판결에서 “개인의 사생활에 대한 자유의 하나로서 누구도 그 승낙 없이 함부로 용모나 자태가 촬영되지 말아야 할 자유를 가지고 있다.”고 판시하였는데 이는 헌법 제13조에 의거한 것이다.

이렇게 프라이버시에 관한 권리는 사법상의 권리에서 헌법상의 권리로 전개되었고, 또한 권리개념도 ‘방치해 두어야 할 권리’라는 소극적 권리에서 개인에 관한 정보에 대해 본인이 스스로 통제할 수 있는 권리라는 적극적 권리로 발전하여 왔다.

문제가 되는 것은 프라이버시에 관한 권리의 정의 및 내용에 있다. 첫 번째는 방치해 두어야 할 권리라는 소극적 권리로 구성되어있다는 점으로 충분한가, 혹은 적극적인 권리 개념으로 한다면 어디까지 포함할 수 있는가 하는 문제이다. 적극적인 권리로 스스로의 정보를 통제하는 권리에 있어서 무엇이 ‘정보’이고 무엇을 가지고 ‘통제하는 권리’인지가 의문시되고 있다.

또 다른 문제가 되는 것은 자기결정권과 프라이버시에 관한 권리의 관계를 어떻게 봐야하는가 하는 점이다. 이 문제를 이해하기 위해서는 각각의 권리가 보호

하고 있는 법적 이익의 범위와 보장의 정도를 구체적으로 검토할 필요가 있다.

2002년 최고재판소는 유미리의 『돌에서 헤엄치는 물고기』의 출판금지소송에서 프라이버시와 명예를 손상시킨 출판물을 금지하는 것은 가능하다고 판시하였다(2002년 9월 24일). 헌법에서 검열제도가 금지되어 있는 것처럼 표현의 자유 보장 및 알 권리와 관련해서 프라이버시는 어떤 지위를 갖게 되는지가 문제가 된다.

4. 환경권

제2차 세계대전 이후 고도경제성장의 부작용으로써 공해와 난개발에 의한 환경파괴가 심각하게 발생하였고 이로 인해 환경권이 요구되기 시작했다. 이 권리는 일반적으로 쾌적한 생활을 유지하는 조건으로써 쾌적한 환경에서 생활하고 향유할 권리로 인식되고 있다.

쾌적한 환경에서 생활하고 향유할 권리는 인간이 인간답게 존엄을 유지하며 문화적 생활을 가능케 하는 것인데, 이를 실현하기 위해서는 공권력이 환경보전을 위해 적극적인 시책을 강구해야만 한다. 따라서 헌법 제25조를 근거로 하는 사회권적 측면이 있다.

그러나 이 권리는 원래 공해나 난개발이라는 환경파괴에 대해 이를 예방하고 배제하기 위해서 주장된 권리이기 때문에 자유권적 측면도 존재한다고 할 수 있다. 자유권적 측면에서 볼 때 헌법상의 근거는 제13조 또는 제25조라고 하는 학설과 제13조 및 제25조라고 하는 학설이 있는데 적어도 자유권과 사회권의 복합적인 성격을 갖고 있다는 것은 틀림없어 보인다.

그러나 헌법상 환경권은 공권력에 대한 권리이기 때문에 실제로 공해를 배출하는 사기업에 대항하는 사법상의 권리로 구성될 수가 없다. 또한 헌법상의 근거가 제13조나 제25조라는 프로그램적 성격을 갖는 규정이기 때문에 판례에서 재판규범으로 인정되기에는 소극적인 측면을 갖는다.

최근 환경소송으로 주목받은 사건은 1995년 2월 제기된 아미미노구로우사기

(アマミノクロウサギ, 奄美野黒兎, 아미미 검은 멧토끼)소송¹⁹⁾이다. 지금까지 법적으로 가치가 없다고 여겨졌던 자연 및 동식물에게 법적인 보호를 부여하고 또한 권리를 부여하는 발상에서 제기된 소송이다. 이 소송을 뒷받침만할 실정법이 존재하지 않는다는 결점은 있지만 환경권의 첫 사례라고 봐도 좋을 것이다.

더욱이 지구온난화와 오존층파괴 등 국제적인 환경문제의 심각성은 이제까지의 환경권의 구조와는 다른 차원이며 후술한 바와 같이 국제적 차원에서 새로운 인권개념의 전개가 요구되고 있다.

5. 자기결정권

기존의 인권개념은 국가로부터의 간섭을 배제하고 스스로 결정할 권리로 성립한 자유권을 의미하였는데, 이러한 권리가 기본적으로 자기결정권이다. 예를 들어 신앙의 자유는 특정 종교를 갖을지에 대한 여부를 자기 스스로가 결정하는 자유이다. 표현의 자유도 무엇을 어떻게 표현하는가에 대해서 자유롭게 결정하는 것이다. 이렇게 본다면 굳이 자기결정권을 새로운 인권으로 보아야 할 필요는 없을 것이다. 그러나 최근의 국가와 사회에서 개인을 관리하는 영역이 확대됨에 따라 자기결정권이 주장되기 시작했다. 국가와 사회가 획일적인 효율만 추구하는 전개방식을 취하는 바람에 개인은 ‘개인으로서의 존재’의 중요성을 인식하게 되었고, 사사(私事)에 관한 자기결정권의 확립이 요구되었다.

사사에 관한 자기결정권의 구체적인 내용은 ①치료 거부 등, 자신의 생명에 관한 자기결정 ②출산여부 등, 가족형성·가족재생산(reproduction)에 관한 자기결정 ③복장, 옷차림 등의 라이프 스타일에 관한 자기결정 ④헬멧, 안전벨트 착용 여부 및 위험한 스포츠 참가, 깃연 등 위험행위에 관한 자기결정이 있다.

19) 역주, 1995년 아미미오시마(奄美大島)에서 골프장 건설에 반대하는 주민들이 임지개발허가처분(林地開發許可處分)취소를 구한 소송이다. 이 소송에서는 일본 최초로 동물(아미미 검은 멧토끼)을 원고로 하여 주목을 받았다.

6. 존엄사·안락사

본디 생사에 관한 문제는 인간이 인격적 존재라는 근간을 형성하는 것이며 인권의성이 꼭 인정되어야 할 부분이다. 이는 다른 사람에 의하여 자신의 생명을 위협 받지 않으며, 생살여탈권(生殺與奪權)이 다른 사람에 의해 인정될 수 없다는 것을 의미한다.

그러나 의료기술의 발달로 인해 이른바 식물인간의 연명치료와 말기환자의 존엄사·안락사에 관한 문제가 발생하고 있다. 즉, 고도의 생명유지장치에 의해 단순히 생명을 유지하는 데에 그치고 있는데 이런 경우에 자신의 의사에 반한 연명치료를 중지하도록 요구하는 권리에 대한 문제가 발생하고 있다. 그러나 가령 의사가 환자의 의사를 받아들여 연명치료를 중지하거나(존엄사), 생명유지장치를 제거하는 적극적인 행위(안락사)로 인하여 환자가 사망한 경우에 의사에게 일본 형법 제202조의 자살방조죄 및 촉탁살인죄를 묻고 있으며, 민법상의 손해배상의 책임도 지게 될 가능성이 있다.

나고야고등재판소는 임중에 임박한 환자의 자기결정권을 존중하여 “죽음을 선택할 권리”(안락사를 요구할 권리)를 인정하였는데 이를 인정하기 위한 조건으로 ①불치의 병에 걸려 죽음을 눈앞에 두고 있는 경우 ②고통이 매우 심한 경우 ③오로지 환자의 사고(死苦)완화를 위한 목적으로 행할 경우 ④환자가 의사를 표명할 수 있을 시에는 진지한 촉탁과 승낙이 있는 경우 ⑤의사의 손에 의한 것을 원칙으로 하고 의사 외의 경우에는 수궁할만한 특별한 사정이 있는 경우 ⑥이러한 방법이 윤리적으로도 타당하다고 여겨지는 경우, 이렇게 6가지 조건을 제시하였다(1962).

7. 평화적 생존권

두 번이나 발생한 세계대전은 국가로 하여금 가지고 있는 힘을 총동원하는 전투방식을 선택하게 하였고 일반 국민은 전쟁에 휘말렸으며 이로 인해 많은 희생

이 발생하였다. 이렇게 교훈을 받았기 때문에 전쟁을 거부하고 평화로운 상태에서 생존을 요구하는 것은 극히 자연스러운 일이다. 1978년 UN총회결의 ‘군축을 위한 국제협력에 관한 선언’과 1984년 UN총회결의 ‘인민의 평화권에 대한 선언’²⁰⁾등에서 볼 수 있듯이 국제사회는 전쟁이 없는 상태에서의 생존이 기본적인 권리로 인식되고 있다. 이러한 인식은 ‘인권을 위한 평화’로서 루스벨트 대통령의 ‘4개의 자유’와 대서양헌장에 표현되어 있다.

일본도 헌법 전문에 “우리는 전 세계의 국민이 다 함께 공포와 결핍에서 벗어나고 평화로운 상태에서 생존할 권리를 갖고 있음을 확인”한다고 규정하고 있으므로 평화적 생존권의 본질을 알 수 있다. 그러나 이 규정은 전문에 규정되어 있어 재판규범성이 없기 때문에 헌법 제13조에서 이러한 권리의 근거를 유추해왔다.

평화적 생존권을 인권으로 긍정하는 입장에 따르면, 그 정의는 국가의 전쟁행위와 그 준비는 국민에 대한 억압행위에 해당하며 헌법은 이를 배제하는 국민의 자유권으로써 헌법이 보장하고 있다고 한다. 이러한 입장을 보여준 것이 1973년 나가누마(長沼)소송에 대한 삿포로지방법판소의 판결이다. 그러나 이 입장은 결국 항소심 및 최고재판소판결에서 뒤집어졌다.

이 권리는 우선 국민이 일본에 대해서 갖는 권리에 대해서 알아보고 나아가서 어떠한 권리내용인가를 볼 필요가 있다. 이와 관련하여 최근의 평화에 대한 개념을 살펴보면 전쟁상태가 아니라고 하는 소극적 평화에서 구조적인 폭력으로부터의 해방이라는 적극적 평화로 범위가 넓어지고 있다. 여기서의 평화적 생존권은 정부의 행위가 전쟁상태를 야기하여 국민의 평화적 생활을 위협하지 않도록 정부에게 요구하는 소극적 권리에 해당하는가, 아니면 적극적으로 평화적인 상태를 창조하기 위한 시책을 요구하는 적극적인 권리에 해당하는가? 적극적인 권리로 해석한다고 해도 이를 강조하는 경우 국제공헌의 미명하에 자위대의 해외파병 문제, 혹은 국민보호의 미명하에 인권의 제한이라는 문제가 발생할 수 있다. 이러한 문제를 생각하기 위해서는 헌법 제9조와의 관련성을 함께 고찰할 필요가 있다. 아직 재판에서는 이러한 평화적 생존권을 제기하여도 소극적인 판단 혹은 무시하는 판단이 내려지고 있다.

20) 역주, Declaration on the Right of Peoples to Peace, A/RES/39/11

8. 새로운 권리의 권리성

이제까지 새로운 인권에 대해서 그 일부를 살펴보았다. 이 외에도 명예권, 일조권, 정온권(靜穩權), 조망권, 입빈권(入浜權)²¹⁾, 건강권, 알 권리, 혐연권, 정보공개청구권, 두발의 자유 등 많은 주장이 제기되고 있다. 앞으로 계속 새로운 인권이 등장할 것이다. 이러한 새로운 인권의 발생이 사회의 변화에 따라 필요불가결한 사항임을 지금까지 확인해 봤는데 새로운 인권에 대한 안이한 주장은 인권의 인플레이션을 초래하여 오히려 인권보장에 유해한 결과를 낼 수 있다. 그러면 새로운 인권이 일본에서 승인되어 인간의 권리로 되기 위해서는 어떠한 조건이 필요한 것일까.

첫 번째는 현행헌법에서 어떻게 그 근거를 이끌어낼 수 있는가에 대한 문제이다. 이제까지 살펴본 바와 같이 헌법에는 인권 목록이 있고 그러한 조문과 관련해서 살펴볼 수 있었다. 예를 들어 제25조의 생존권과 관련하여 환경권을 이끌어내는 것이다. 더욱이 일본헌법에는 다행스럽게도 제13조에서 행복추구권을 규정하고 있다. 이 조문은 포괄적인 성격을 갖고 있기 때문에 프라이버시에 관한 권리를 비롯해서 자주 인용되고 있다.

두 번째는 헌법이 아니더라도 법률에 의해 보장되는 경우가 있다. 예를 들어 프라이버시에 관한 권리 등은 개인정보보호법(1988)에 의해 보장되는 형태로 다뤄진다.

세 번째는 새로운 인권이 헌법상의 권리로 승인되는 데에 있어서 인격적 이익설은 새로운 인권이 개인의 인격적 생존에 있어서 불가결하다는 점이 들고 있다. 이외에도 이러한 권리가 장기간 국민생활에 기본적인 권리에 해당하는지, 대다수의 국민이 계속해서 행사하거나 혹은 행사할 수 있는지, 또는 타인의 기본적 인권을 침해할 우려는 없는지 등의 문제가 거론되고 있다.

이상의 내용은 재판소가 새로운 인권을 인정할 수 있는가에 대한 문제이며 재판에 의해 원용할 수 있는가에 대한 문제이다. 새로운 인권을 검토할 때에는 재판소를 설득하는 권리로서 이러한 내용, 구성, 실체를 얼마나 도모할 수 있는지가 중요한 문제가 된다.

21) 역주, 바다는 모든 사람의 것이며 해변을 지켜야 한다는 견지에서 국가나 기업이 국민을 해안에서 몰아내는 데 대해 반대하는 권리.

9. 국제사회에서 보는 새로운 인권 - 제3세대 인권

지금까지 헌법 명문에 규정되지 않은 권리문제를 ‘새로운 인권’으로 칭하고 이를 공부해 왔다. 한편, 앞장에서도 배운바와 같이 현재의 인권보장은 국내수준에 머물지 않고 국제적 수준에서 진행되고 있다. 그렇다면 국제사회에서는 새로운 인권을 창출하고 있을까.

제2차 세계대전 이후 인권문제가 국제화되면서 동시에 식민지에서 독립하는 국가가 잇달아 나타났다. 이로 인해 국제사회는 서유럽국가로만 구성된 것이 아닌 다양한 역사적, 사회적 환경을 갖고 있는 여러 국가가 존재하는 형태가 되었는데 이것이 새로운 인권문제를 제기하게 되었다. 그중에서도 주목할 점은 기존처럼 인권을 국내적 틀에서만 고려하지 않고 국제적인 모든 조건과 깊게 관련된 것으로 고려하였다는 점이다. 여기서 등장하는 것이 이른바 ‘제3세대의 인권’이라고 불리는 것이다.

‘제3세대의 인권’의 개념은 1977년 유네스코 ‘인권과 평화’의 부회장을 역임한 바사크가 제창한 것이다. 그는 세계인권선언 채택 이후 지난 30년을 되돌아보며 다음과 같이 말했다.

“세계인권선언이 선명(宣明)한 권리는 두 가지 카테고리에 속해 있다. 하나는 시민적·정치적 권리이며 다른 하나는 경제적·사회적 권리이다. 그러나 오늘날 인류사회의 발전과 함께 나타난 인권의 제3 카테고리, 즉, 유네스코 사무총장이 ‘제3세대의 인권’이라고 명명한 것을 형성하는 것이 필요하게 되었다.”

그러면 ‘제3세대의 인권’은 어떠한 특징을 가지고 있을까. 이 문제를 풀기 전에 ‘제3세대’라고 하는 이상 제1세대와 제2세대가 있는 것이 분명하므로 이것은 어떠한 것인지 이제까지 배운 것과 관련하여 정리해 보겠다.

인권과 기본적 자유라는 사고방식은 17, 18세기 계몽기 자연법사상에서 유래하며 그 당시 절대주의 체제에 저항하는 사상으로 등장하였다. 따라서 우선 국가로부터의 간섭을 배제하고 ‘국가로부터의 자유’를 구하는 시민적·정치적 권리로서의 인권이 주장되었다.

이후 19세기에 들어서 자본주의 사회의 모순이 현저하게 드러남에 따라 단순

히 자유만으로는 인간다운 생활이 보장되지 않게 되어 사람들은 국가에게 생활의 보장을 요구하게 되었다. 이것이 생존적 기본권, 즉, 경제적·사회적 권리에 해당한다. 이러한 인권 개념의 등장을 역사적으로 개관해보면 자연스럽게 제1세대와 제2세대의 인권을 이해할 수 있다. 제1세대 인권은 시민적·정치적 권리에 해당하며 제2세대 인권은 경제적·사회적 권리에 해당한다.

그러면 제1세대에도 제2세대에도 속하지 않는 제3세대의 인권이란 무엇인가? 헌법에서 생성된 ‘새로운 인권’이라는 개념은 헌법에 명문으로 규정되어 있지 않다는 의미에서 ‘새로운 인권’으로 인식되며 종래의 인권개념에서 크게 벗어나 있지 않다. 즉, 헌법학에서 말하는 ‘새로운 인권’을 포함하는 기존의 인권개념은 국가·정부 대 개인의 관계로 해석하여 설명되어 왔다. 이에 비하여 국제사회가 생각하는 ‘새로운 인권’ = 제3세대 인권은 인권을 실현하기 위해서는 국가를 초월한 모든 국제사회의 조직적 협력이 필요한 새로운 형식의 인권이다.

제3세대의 인권은 이론적으로는 “모든 인간은 선언에서 내세우고 있는 권리 및 자유가 완전하게 실현되는 사회적 및 국제적 질서에 대한 권리를 갖는다.”고 규정하고 있는 세계인권선언 제28조를 근거로 하고 있다. 이후 1977년 UN인간환경회의에서의 인간환경선언과 1986년 UN총회결의에서의 ‘발전권 선언’, 그리고 1993년 세계인권회의의 빈 선언의 내용 안에 도입되어 국제사회가 인지하게 되었다.

그러면 구체적으로는 어떠한 인권이 ‘제3세대 인권’에 해당하는가. 이제까지의 인권개념을 되새겨볼 때 제3세대 인권은 프랑스 혁명 때의 슬로건이었던 ‘자유·평등·박애’에 견주어 생각해보면 이해하기 쉬운 것이다. 즉, 제1세대, 제2세대 인권의 개념이 각각, 자유, 평등을 추구하는 것이라고 하면 제3세대 인권은 박애의 개념을 인권 안에 도입시키는 것이다.

따라서 제3세대의 인권은 ‘연대의 권리’라고 불리며 각국의 국민 간에, 혹은 현재의 인류와 미래 세대 간에 박애와 연대를 기초로 한 권리 구성이다. 여기에는 환경권, 평화를 추구할 권리, 인류공동재산에 관한 소유권이 해당한다. 이러한 권리는 모두 기존의 국가라는 틀을 기초로 한 인권개념을 초월한 국제협력 하에서 실현되어야 할 권리개념으로 구성되어 있다.

참고문헌

1. 단행본

김형배 외 2인(2013), 민법학 강의, 신조사

나종일(2012), 자유와 평등의 인권선언 문서집, 한울

루소(1755), 인간불평등기원론, 김중현 옮김(2010), 펭귄클래식코리아

진계호 외 1인(2007), 형법총론

2. 인터넷사이트

<http://www.un.org>

<http://www.mofa.go.kr>

<http://stdweb2.korean.go.kr>

日本語抄録

本書は、法と人権との関係を日本の国内法および条約などの国際法に基づいて考察したものである。12章で構成されており、今回の論文では第1章、第4章、第5章、第11章、第12章を翻訳した。

具体的な内容は、次の通りである。第1章は、法とは何かに関する内容である。法と道徳との違い、実定法と自然法に関する説明、法の分類、法の効力などについて説明している。第4章は、人権とは何かに関する内容である。自然法と日本の憲法上の人権と、その権利について説明している。第5章は、人権保障について説明している。人権は誰に許されているのか、法の種類によって保障の内容はどうかなど、具体的に日本の法律と判例を通じて述べている。第11章は、国際社会において人権がどのように規定されていて保障されているのかについて説明している。特に世界人権宣言をはじめ人権規約について述べており、そのような条約と日本の法との関連について説明している。最後に第12章は、新しい人権に対する概念と将来のあり方について提示している。