

## 공대위수정안에 대한 차지훈변호사의 의견과 그에 대한 논평<sup>1)</sup>

### 1. 인권기구에 대한 시각

가. 인권기구가 어떠한 기구여야 한다는 당위적인 개념은 없다<sup>2)</sup>. 유엔에서는 기존의 국가기구만으로는 인권보장이 충분치 못하다는 현실판단에서 인권기구설립의 필

1. 이 글은 차지훈변호사가 1999.6.4.자료 제출한 "공대위수정안에 대한 의견"이라는 문건에 대하여 조용환이 제기하는 반론 또는 논평으로, 차변호사가 쓴 글에 각주를 붙여 나의 의견을 제기하는 방식으로 작성하였다. 차변호사의 원래 글에는 자신이 제시한 주장을 뒷받침할 어떠한 주석도 붙어 있지 않았다. 따라서 이 글에 붙어 있는 각주는 전적으로 조용환의 글이며 본문은 전부 차변호사의 글이다. 그리고 그 내용이 서로 혼동될 여지는 없어 보인다. 이런 방식으로 글을 쓰게 된 것은, 별개의 글을 작성할 시간적 여유가 없었을 뿐 아니라 차변호사의 의견과 조용환의 의견을 대비시켜 읽는 이들이 그 차이를 이해하게 하는데 더 도움이 되는 측면도 있을 것으로 생각하였기 때문이다. 다만, 이런 형식으로 한 것에 대하여 차변호사의 양해를 구한다.
2. 이 말은 보기에 따라 맞기도 하고 오해의 소지도 있다. 유엔에서 인권기구의 형태나 권한에 관하여 구체적인 한계를 설정하지 않고 있다는 점에서는 맞는 말이다. 물론 유엔의 원칙이라는 것에 우리가 절대적으로 구속될 필요는 없다. 정말로 타당한 이론적, 현실적 근거가 있다면 유엔의 원칙과 다른 기구도 얼마든지 만들 수 있는 것이다. 한편 그렇다고 하여 우리가 원하는 것은 아무 것이나 집어넣고 가져다 붙이면 되는 가족주머니 같은 것으로 인권기구를 생각하게 할 소지가 있다는 점에서는 잘못되었다는 뜻이다. 바로 다음에서 "각 국가마다 인권기구를 통하여 달성하고자 하는 목적에 따라 다양한 형태로 나타난다"는 말이 그 소지를 부추기고 있다. 이 말과 관련하여 유엔의 원칙을 생각할 때 가장 신중하게 고려해 보아야 할 내용은 인권기구가 기존의 국가기구를 대체하는 기구가 아니라는 점이다. 이 말에는 인권기구와 기존 국가기구 사이의 충돌가능성, 그리고 그로 인한 인권기구의 무력화를 가능하게 하고자 하는 실용적인 의도도 있겠지만 그것에 그치는 것은 아니라고 본다. 이 말은 인권기구의 기능이 기존 국가기구의 기능과 중복하지 않는 것이 원칙적으로 바람직하다는 것을 의미하며 기존의 국가기구가 할 수 없거나 하지 못하는 기능을 함으로써 전체국가체제를 인권의 측면에서 보완하는 기구라는 적극적인 의미를 담고 있다. 이것은 또 3권분립론을 전제로 한 현대 국가체제를 전제로 그 한계를 적극적으로 보완하는 의미를 가지고 있다. 일반적으로 생각하는 인권기구는 기존에 3권분립을 전제로 구성된 행정부, 입법부, 사법부와 그 성격을 달리하는 새로운 개념의 국가기구이도 따라서 기존의 국가기구가 맡고 있는 기능을 대신 떠안는 것은 본래의 개념에서 어긋나는 것이기 때문이다. 내가 인권기구에 대하여 "국가적 반성장치" 혹은 "국가적 면역장치"라는 말을 사용해 온 것은 그 때문이다. 따라서 우리가 3권분립을 전제로 한 현재의 국가권력체제 전반을 재검토하여 전면적으로 다시 구성한다면 기존의 국가기구가 가지고 있는 기능을 빼앗아 인권기구에 덧붙이는 것도 생각해 볼 수 있겠지만(그런 경우에도 합리적인 근거는 있어야 한다) 현재의 헌법이 예정하고 있는 국가체제를 전제로 한다면 인권기구가 해야 하는 기능이나 가질 수 있는 권한에는 본질적인 한계가 있는 것이다.

요성을 촉구하는 것이고, 인권기구는 각 국가마다 인권기구를 통하여 달성하고자 하는 목적에 따라 다양한 형태로 나타난다. 예컨대 수하르토시대에 설립된 인도네시아 인권기구는 권력의 장식용으로 요구된 것이며<sup>3)</sup>, 캐나다나 뉴질랜드 같은 경우 인권문제 중 하별문제만을 대상으로 하고 있으며, 인도의 경우 공권력에 의한 인권침해만을 다루고 있다.

나. 우리의 경우 인권기구를 통하여 무엇을 하고자 하는 것인지에 대한 논의가 충분치 못하였다. 다만, 단기적으로는 이른바 과거의 인권침해로 통칭되는 과거 인권침해사안에 대하여 그 진상조사를 통한 해결의 방안을 제시하여야 한다는 점에서는 이견이 없는 것으로 보인다(의문사같은 경우 특별법으로 추진을 한다 하더라도 특별법으로 포괄할 수 없는 영역은 여전히 인권위로 쏟아질 것이고, 특별법의 제정이 벽에 부딪칠 경우도 대비하여야 한다)<sup>4)</sup>. 장기적으로는 인권의식과

3. 인도네시아는 인권기구의 당위적인 개념이 있는가 여부와 논리적으로 다른 차원의 사례이다. 인도네시아는 인권기구의 일반적 개념과 원칙에 어긋난, 일탈의 사례일 뿐이지, 인권기구의 다양성을 보여주는 사례라고는 하기 어려운 것이다. 차변호사가 지적했듯이 인도네시아는 동티모르의 달리 학살사건에 대한 국제적 비난을 호도하기 위하여 만든 것일 뿐 인권을 향상시킨다는 진정한 관심에서 나온 것이 아니었다. 그리고 그러한 독립적인 기구의 운영과 활동을 떠받칠 만한 사회적 기반, 즉 최소한의 법치주의와 절차적 민주주의가 정립되어 있지 않기 때문에 어떻게 구성하든 제 역할을 하는 것은 사실상 불가능한 것이 지금까지의 현실이었다. 물론 그렇다고 하여 인도네시아의 인권기구가 어떠한 긍정적인 역할도 하지 않고 있다는 뜻은 아니다. 전체적인 평가와 구체적인 어떤 분야 또는 사건에 대한 평가는 다를 수 있기 때문이고 어느 한쪽의 관점에서 함부로 단정할 수 없는 것이다. 예컨대, 전두환 정권에서 정권에 예속된 사법부가 없는 것만도 못하였으나, 아니면 없는 것보다는 그래도 나온 것이었느냐는 쉽게 단정할 수 없는 문제인 것과 같다.
4. 조용환이 제안한 "공대위 수정안"은 제57조부터 제69조 사이에 과거인권침해의 진상조사에 관한 특별한 규정들을 두고 있다. 그러나 차변호사가 제안한 공추위법안에서는 과거인권침해에 관하여 어떠한 특별한 배려도 하지 않은 사실을 지적해 둔다. 물론 일반적인 인권침해에 대한 조사와 구제절차를 통하여 과거 인권침해를 조사할 수 있다고 반론을 제기할 여지가 있을 것이다. 그러나 그렇다면 이는 잘못된 생각이다. 흔히 말하는 과거인권침해와 인권기구를 설치할 때 조사의 대상으로 삼는 인권침해는, 개별사건에서 그 외형이 같게 보일 수 있지만 그 본질은 큰 차이를 가지고 있다. 특별한 조사의 대상으로 삼는 과거인권침해는, 과거의 국가기관이 인권의 침해를 일으키거나 적어도 그 침해를 방조하는 본질적 경향 또는 정책을 가지고 있었다는 전제에서 접근한다. 따라서 과거 인권침해의 경우, 그 국가권력 자체가 인권을 침해함으로써 존속하고 인권침해를 은폐하고 진상규명을 방해하는 데 본질적 이익을 가지고 있다고 본다. 그러므로 인권침해가 밝혀지는 것은 개별 공무원이나 기관의 문제가 아니라 정권차원의 정치적 문제가 되는 것이다. 그러나 우리가 일반적으로 인권기구를 논의하는 전제는 어느 정도의 법치주의와 절차적 민주주의가 정착되어 있는 상황을 전제로 한다. 따라서 정부가 인권의 보호에 어느 정도의 관심을 기울이며 적어도 인권침해를 체계적으로 조장하거나 방조하지 않으며 오히려 인권침해를 밝히고 처벌하는 데 일정한 이익을 가지고 있다는 가정에서 출발한다. 따라서 인권침해가 일어날 경우 정권차원에서 이를 은폐하려고 할 이익이 별로 없다고 가정한다. 이 밖에도 훨씬 더 많은 이유가 있지만 적어도 이런 점에서 과거인권침해와 민주(적) 정부수립 이후의 인권침해는 본질적인 성격을 달리한다. 그렇다면, 그 접근방법도 달라질 수밖에 없는 것이다. 그런데 문제는 여기에 그치지 않는다. 차변호사의 공추위법안은 개별인

인권보장의 수준을 향상시키기 위한 제도적 장치가 되어야 할 것이다. 장기적 과제에 대한 접근방법의 역점이 정책적이냐 개별구제적이냐 따라 인권위의 모습이 달라 질 수 있다<sup>5)</sup>.

다. 초기 공추위 안은 인권위의 단기적 과제인 과거인권침해문제에 대한 해결기구로서의 역할과 장기적 과제에 대하여 개별 구제적 방법으로서의 접근이 현실적이라는 판단아래 인권위의 조사권의 강화에 역점을 두었다. 반면, 수정안 초안은 인권기구가 사법기구와 같은 역할을 하는 것이 아니며, 따라서 정책적인 접근에 중점을 두어야 한다고 하는 생각에 토대한 것으로 보인다<sup>6)</sup>.

라. 우리의 경우 인권기구가 정책기구로서의 역할에 중점이 두어 지는 것이 타당한 것인가. 그렇지 않다고 생각한다<sup>7)</sup>. 우리나라에 인권에 관한 법·제도가 충분치 못하고, 인권의식이 낮은 수준이기 때문에 법과 제도를 정비하고, 인권교육을 활성화하는 것도 좋지만<sup>8)</sup> 이것이 아래로부터의 인권의식의 각성<sup>9)</sup>과 맞물리지 않

권침해 조사에서 피해자를 구제하는 데 중점을 두고 있으며 진상규명을 목적으로 한 것은 아니다. 그렇다면 대부분 공소시효나 손해배상의 시효가 지난 과거 정권의 인권침해에 대하여 차변호사가 예정하는 인권기구가 어떻게 접근할 수 있을지 대단히 의문스럽다. 그리고 인권기구가 조사를 하였으나 진상이 밝혀지지 않은 사건들을 포함하여 제도개혁을 포함한 전반적인 과거청산의 문제에 어떻게 접근한다는 것인지 아무런 전망도 담고 있지 못하다.

5. 맞는 말이다. 그러나 인권기구는 굳이 구분하자면 원래 정책적인 기능을 중심으로 발달해 온 개념이라는 점을 인정해야 한다. 개별인권침해의 구제는 원래 수사기관과 법원을 비롯한 다른 국가기관(노동위원회, ...)이 수행하며 - 그들의 본질적인 기능이다 - 인권기구는 그들의 기능을 대체하는 것이 아니기 때문이다. 다만, 그 나라의 특수한 여건에 비추어 다른 국가기관이 제대로 다루지 못하거나 다룰 수 없는 인권침해에 대하여 구제기능을 수행하기 위하여 인권기구가 개입하여 조사할 수 있게 하는 것이다. 그러므로 개별인권침해에 대한 조사가 중요하지 않은 것은 아니지만 그것이 본질적이고 주된 기능이라고 할 수 없는 것이다. 그렇기 때문에 개별인권침해의 조사, 구제기능을 갖지 못한 인권기구들은 있지만 오로지 개별 사건의 조사권만을 가지고 정책, 교육적 기능을 갖지 않은 '인권기구'는 없는 것으로 보인다.
6. 이런 문제의식의 정리가 그 자체로는 대체로 정확하다고 할 수 있지만, 과거 공추위의 법안이 그 문제의식이나마 제대로 수행할 수 있는 충실한 것이었는가에 대하여는 의문을 제기하고 싶다.
7. 이것은 앞에서 본 것처럼 잘못된 생각이다. 개별인권침해에 대한 조사권이 중요하며 그것을 갖게 하자는 데에 반대하지 않으나 그렇다고 하여 정책적 기능이 중요하지 않다거나 그것을 강조하는 것이 잘못된 생각이라고 주장한다면 이는 본말을 전도한 것이다.
8. "...법과 제도를 정비하고 인권교육을 활성화하는 것도" 좋은 것이 아니라 그것이 기본인 것이다. 이런 기능이 없이 개별적인 인권침해에 대한 조사와 구제가 제대로 될 수 있다고 보는가. 인권침해를 일으키는 제도적, 법적 환경을 방치하고 국가적인 인권교육 체계를 정비하지 않은 상태에서 어떻게 개별적인 인권침해를 효율적으로 예방하고 또한 조사 및 구제할 수 있다는 것인지 모르겠다. 인권침해의 경우에도 사후구제보다 사전예방이 최선이라는 데에는 모든 의견이 일치하고 있다. 차변호사의 주장은 현재의 법제도는 인권을 보장하는 데 아무런 부족함이 없으나 오로지 국가기관이 그 법을 지키지 않아서 문제가

는다면 또하나의 장식으로 전락할 것이다. 지금 인권의 신장과 고양을 위하여 우리에게 필요한 것은 무엇일까. “이것은 인권침해야”라고 말할 수 있는 통로를 열어 주는 것이라고 본다<sup>10)</sup>. 위로부터 교육받지 않아도 각 개인들이 생활속에서 느

생긴다고 보는 경우에 나올 수 있는 견해이다. 물론 나는 이런 견해는 현실의 일 부분밖에 보지 못한 견해라고 생각한다. 그리고 법무부의 법안이 기형적인 모습으로 된 가장 중요한 이유가 사실은 이런 전제에서 출발했기 때문이라고 본다. 법무부 법안에서 조사권의 대상에 모두 “법률에 의하지 아니하고” 라는 전제조건을 붙인 이유는 무엇인가. 바로 현재의 법제도는 완벽한데 그것을 위반한 것만이 문제라고 보기 때문이다.

9. 이 주장은 다른 차원에서 논의해야 할 논점이다. “아래로부터의 인권의식의 각성” 문제는 인권기구가 정책적 기능을 하는 문제와 상반되는 것이 결코 아니다. 차변호사는 논점을 지나치게 확대시키고 있는데, 이 점을 논의하려면 국가인권기구의 문제를 넘어 사회전체의 인권체제를 어떻게 형성할 것인가 하는 관점에서 논의해야 한다. 예컨대, 시민사회의 인권체제를 어떻게 형성할 것인가, 시민사회가 인권침해를 예방하고 피해자를 구제하기 위하여 어떤 역할을 해야 하고 체제를 구축할 것인가, 시민사회와 인권기구를 포함한 국가의 관계는 어떻게 조직할 것인가 ... 등의 차원으로 확대해야 논의할 수 있는 문제이다. 여기에는 언론의 문제도 주요한 주제로 등장한다. 반면에 국가인권기구는 국가권력체제를 어떻게 구성하여 인권보장적인 방향으로 나아가게 할 것인가 하는, 순수하게 국가조직의 관점에서 접근해야 할 문제인 것이다. 이것은 “위로부터”, 혹은 “아래로부터”와 같은 개념과는 다른 차원의 문제이다. 예컨대, 검찰이나 사법부의 독립성을 향상시키고 그 기능을 개혁하는 문제는 “위로부터”의 문제인가 아니면 “아래로부터”의 문제인가. 그와 상관없이 해야 하는 일이다. 국가권력은 무조건 민주화되어야 하고 인권을 보장하는 데 유리한 방향으로 구성되어야 하기 때문이다. 인권기구의 문제 역시 같은 것이다. 이것은 “위로부터”의 문제도 아니고 “아래로부터”의 문제도 아니며, 다만 현실로 존재하는 국가권력체제를 좀 더 민주적이고 인권보장적인 틀로 개선해 나가는 과정에서 당위적으로 요구되는 과제일 뿐이다. “아래로부터”의 문제는 전혀 다른 차원에서 고민해야 하며 그런 점에서 나는 공대위에 제출한 발제문에서 한국의 시민사회가 21세기를 준비하고 있는가 하는 문제를 제기했던 것이다. 예컨대, 캐나다는 국가인권기구외에 ICHRDD와 같은 특수법인이 법률에 의하여 조직되어 있고, 정부와 인권단체들 사이에 중앙정부와 주정부 차원에서 공식, 비공식의 다양한 정책협의기구를 가지고 있으며 의회는 의회대로 그런 통로를 열어 놓고 있다. 인권단체들과 대학의 연계는 또 얼마나 체계적이고 강고한가. 대학은 말할 것도 없고 시민사회 내의 인권연구기관들도 매우 다양하고 전문화되어 있다. 이런 것이 민주주의와 인권을 유지, 강화할 수 있는 광범위하고 튼튼한 토대를 형성하고 있으며 그 속에서 모든 개인이 자유롭게 생각하고 말하고 행동할 수 있으며 그것이 광범위한 인권교육체제를 통하여 보완, 발전하고 있는 것이다. “아래로부터의 인권의식의 각성” 문제는 따라서 인권기구의 조직이라는 점에서 한 차원 더 나아간 쟁점이라고 할 수 있다. 그리고 인권기구의 문제와 함께 한국의 시민단체, 인권단체들이 심각하게 고민해야 할 문제이다. 한국의 인권운동은 그런 점에서 현재 심각한 위기에 처해 있다. 지금까지 우리 사회에서 “이것이 인권침해야”라고 국민들이 외친 것이 부족하거나 그럴 ‘통로’가 없어서 이 모양인 것은 아니다. 아무리 외쳐도 인권을 침해하는 법과 제도를 정비하고 개선하며, 공무원들을 비롯한 국민들의 인권의식을 향상시켜 나갈 수 있는 체제를 마련할 수 있는 단초조차 없었기 때문이다.

10. 이 주장은 오해의 소지가 있다. 첫째로 차변호사는 현재 대한민국의 국가체제에는 국민이 “이것은 인권침해야”라고 말할 수 있는 통로”가 전혀 아무 것도 없는 상태이며 따라서 인권기구가 유일한 제도인 것같은 인상을 주고 있다. 그래서 인권기구가 그 역할을 하지 않으면 대한민국 국민은 그럴 수 있는 길이 없는 것처럼 주장하고 있다. 그러나 나는

끼는 무엇인가 부당한 처사가 끊임없이 문제제기되어 나오는 장소를 제공하여 주는 것이라고 본다. 이것은 길게는 봉건적 지배질서에서 시민사회형성의 경험없이 근·현대사를 맞게 되고, 일제와 군사정권아래에서 자유로운 권리의 발현이 억압되어 온 우리의 역사적 경험에서 볼 때 그러하고<sup>11)</sup>, 인권이라는 것이 고정된 개념이 아니고 시대와 환경에 따라 다양한 형태로 나타나는 것이라는 인권의 속성에 비추어 볼 때 그러하다<sup>12)</sup>.

그렇지 않다고 본다. 대한민국의 국가체제는 보기에 따라 상당히 정비된 인권침해의 구제 제도를 가지고 있다. 행정부내의 다양한 기능과 조직, 수사기관, 법원, 헌법재판소 등등이 그것들이다. 나는 이런 기구들이 그렇게 형편없거나 쓸모없다고 생각하지 않는다. 다만 그들의 기능에 본질적인 한계가 있기 때문에 그것은 보완하는 역할을 하는 기구로서 '인권기구'를 생각하는 것이다. 둘째, 문제는 '통로'가 아니다. 그 '통로'를 통해서 어떤 결과가 나오는가하는 점이다. 제도의 개선과 국민의 인식 향상은 별개의 문제가 아니다. 문자 그대로 변증법적으로 서로 간에 상승작용을 하면서 발전해 나가는 문제인 것이다. 현실적으로 국민의 말과 행동, 그럼으로써 의식을 제한하는 제도와 환경을 개선해 나가고 이를 통하여 의식의 변화와 향상을 유도할 수 있는 국가적인 체제를 만드는 문제를 고민하지 않는다면, 누가 얼마나 "이것은 인권침해야"라고 외칠 수 있을 것이며, 그런 들, 그것들을 제대로 소화하고 개선해 나갈 수 있는 집행력을 가지지 못하는 인권기구가 무엇을 얼마나 할 수 있겠는가. 오히려 기대만을 부풀려 놓았다가 국민들을 냉소와 실망에 빠지게 할 가능성이 더 크다고도 볼 수 있다.

11. 무엇이 그러한가. 그런 역사에서 고착된 제도와 법과 환경을 개선하고 그러한 제도와 법과 환경에 짓눌린 국민들의 의식을 고취할 수 있는 기능을 갖지 못한 채, 어떻게 인권의식의 발전과 제도의 개선이 이루어 질 수 있다는 것인가. 일제와 군사독재를 거치면서 우리 국민들이 "이것은 인권침해야"라고 외치지 않아서 현재의 인권침해적인 제도가 유지되고 인권침해가 계속 일어나고 있는가. 나는 그보다는 우리 국민들이 "이것은 인권침해야"라고 열심히 외치고 노력하였지만, 그것에 그치고 그 외침을 일반화하고 정리하여 제도를 개선하는 데 주의를 충분히 기울이지 않았는데 더 큰 원인이 있다고 본다.
12. 인권기구가 정책적, 교육적 기능을 중시하면, 인권이 무슨 고정된 개념에 얽매이거나 시대와 환경에 적응하지 못하는 경직된 기구로 전락이라도 한다는 말인가. 개별적인 인권침해를 조사하는 것이 그렇게 우월하고 만병통치약이라도 된다면, 차변호사의 광범위한 인권개념에 의할 때, 전적으로 개별적인 '인권'침해사건만을 조사하고 처리하는 수사기관과 사법부는 왜 그렇게 경직되어 있으며 오히려 민주주의와 인권의 발전에 역기능을 하고 있는가. 그들도 대한민국의 국민들이며 인권기구를 구성할 사람들과 평균적으로 다르지 않은 사람들이다. 개별적인 사건의 조사와 처리가 무슨 대단한 처방이라도 되는 것처럼 주장하는 것은, 냉엄한 현실의 문제를 다루는 데 사람들을 그릇된 길로 인도하기 쉽다. 인권기구 자체가 어떻게 구성되든 만병통치약이 아니다. 미래를 향한 작은 디딤돌을 하나 놓는 정도로 이해하는 것이 올바른 것이다. 인권기구가 잘 기능한다는 선진국들이라고 해서 인권기구에 의하여 갑자기 무슨 대단한 변화가 일어난 것은 아니다. 인권기구 역시 그 사회와 국가의 일부이며, 국민과 정부의 수준을 반영한다는 사실을 직시해야 한다. 더구나 개별적인 인권침해의 조사와 구제는 문제된 행위들에 대하여 인권을 침해하는 것인지 아닌지 판정할 수 있는 구체적이고 섬세한, 그리고 인간의 고통을 중시하는 발달된 법제도와 기준이 있어야 가능하지 않을까? 이른바, 선진국에서조차도 개별적인 인권침해를 다루는 데 최대의 장애가 인권의 내용과 기준을 구체화하는 작업이 제대로 되지 않고 있다는 점이라고들 지적하고 있다. 더구나 한국에서 이런 작업을 경시한다면 어떻게 개별적인 인권침해를 조사하고 구제할 수 있을 것인가. 인권기구가 만들어지면, 우리에게 불편

마. 인권기구가 단기적으로는 과거 인권침해에 대한 해결기능을 하고, 아래로부터의 인권의 문제제기의 통로가 되어야 한다<sup>13)</sup> 이는 인권기구의 개별적 구제수단의 강화, 즉, 조사권 및 구제조치권의 강화로 연결되어야 한다.

바. 수정안 초안은 이 점에서 우리 현실에서 요구되는 인권기구의 중심을 잘못 설정한 것으로 보인다.

## 2. 법안작성의 의미와 전략

가. 공대위안이 밖으로 나오게 되면 그 확정여부와 관계없이 공대위안으로 간주될 것이다. 공청회를 통하여 확정하는 절차가 있다 하더라도 공청회는 사실상 외부의 의견을 듣는다는 것이며, 현실적으로 공대위 외부에서의 의견은 공대위 안보다는 후퇴되는 의견의 개진일 것이다<sup>14)</sup>.

하고 우리가 보기에 바람직하지 않은 것은, 우리의 견해를 뒷받침할 국제, 국내적 이론과 기준, 지표가 있건 없건, 무조건 인권침해라고 단정하고 구제해 줄 수 있을 것이라고 생각하는가? 그것은 몽상에 지나지 않는다.

13. 인권기구의 문제는 “위”나 “아래”의 문제가 아니기도 하지만, 이런 주장을 하려면 현재 대한민국에서 ‘인권’침해의 구제기능을 하는 다른 국가기관들과 절차들을 분석적으로 평가한 다음, 그들에게 어떤 점에서 어떤 문제가 있는지, 그것들은 그 자체로 개선할 수 없는 것인지, 그리고 그 기능을 인권기구에 불일 경우 어떤 근거에서 제대로 기능을 할 수 있다고 보는지 등을 논증해야 할 것이다.

14. 내가 처음 공청회를 제안했던 것은, 첫째, 무조건 하자는 것이 아니었다. 분명히 나는 정치적 상황을 면밀히 검토하여 우리의 안을 먼저 공개하는 것이 바람직하다고 판단되면 해 보는 것을 하나의 방안으로 제안하였던 것이다. 둘째, 내가 제안한 공청회는 “사실상 외부의 의견을 듣는다는 것” 차원의 형식적인 것은 아니었다. 공대위 외부의 ‘전문가’들을 초청하여 우리가 실력부족으로 정리하지 못하였을 수도 있는 (나는 공대위 내부의 이론적 수준이 그다지 높지 않고 생산적인 비평이 이루어지지 않고 있다고 본다) 허점이나 모순을 지적받아 우리의 안을 더 발전시킬 계기로 삼자는 것이 첫 번째이며 우리가 마련한 안을 합리적으로 설득할 수 있는 한계가 어디까지인가를 점검해 보자는 것이 두 번째이고, 앞으로 이루어질 수도 있는 새로운 사회적 토론의 기회에 대비하여 우리의 견해와 문제의식, 제안에 대한 사회적 지지기반을 확대하자는 것이었다. 공대위 외부의 의견이 단순히 “공대위 안보다는 후퇴되는 의견의 개진일 것”이라고 지레 짐작할 근거가 없으며 사실 정답이 있기 힘든 다양한 쟁점에서 어떤 것이 후퇴이고 어떤 것이 전진인지를 가릴 기준도 막연하다. 그리고 공대위 외부에 사실은 공대위에 못지 않게 혹은 그 이상으로 상당한 지식을 가지고 있는 사람들이 있다. 나는 그들의 전문성을 공대위가 흡수해야 한다고 보는 것이다. 문제는 우리가 우리의 주장을 합리적으로 설명하여 상대방을 설득할 수 있는가, 그리고 다른 사람의 합리적 주장을 받아들여 우리의 견해를 발전시킬 수 있는 태도를 가지고 있는가 이다. 민간단체의 힘은 합리적인 비판과 논리적 토론을 통한 합리적 제안, 그리고 그것에 기초한 투쟁에서 나오는 것이지 무턱대고 고집을 부리는 데서 나오는 것이 아니라고 본다. 그래서 전술적 고려의 여지를 배제하지 않지만, 원칙적으로 나는 공대위의 안뿐 아니라 우리의 생각을 공개하고 토론하는 데 두려워할 것이 전혀 없다고 생각한다. 잘못된 것이 밝혀지면 언제든 고치면 되는 것이고, 그런 자세를 보여 줌으로

나. 이 점에서 공청회를 통해서든 공대위안이 외부에 나가게 되는 경우 이 후 논의의 전개과정은 공대위안을 최대한으로 하여 부분부분 공대위의 양보를 요구하는 양상이 될 것이다<sup>15</sup>). 이 때 공대위가 양보하여서는 안될 원칙이 무엇인가가 중요하다.

다. 수정안 확정을 위한 최근 논의를 보면 그 원칙으로

- (1) 국가기구가 아닌 법인은 수용하지 못하며,
- (2) 조사권과 시정명령권은 양보할 수 있다는 것으로 이해한다<sup>16</sup>).

라. 그러나 향후 인권기구에 대한 원칙은,

- (1) 법무부관여를 배제하고,
- (2) 실질적인 조사권 보장이 되어야 한다는 것이며, 양보할 수 있는 부분은,
  - (1) 국가기구나 법인이냐의 기구형태와
  - (2) 시정명령권이라고 본다<sup>17</sup>).

### 3. 국가기구가 아니라 법무부배제가 원칙이 되어야 하는 이유

써 오히려 신뢰를 얻을 수 있다고 본다. 다른 사람을 설득하지 못하면서 자기의 견해를 고집하는 것이 바로 법무부아닌가. 그리고 법무부가 그 막강한 힘에도 불구하고 자기의 안을 관철시키는 데 현재까지 실패하고 있는 원인 가운데 하나가 바로 그런 비합리적인 자세라고 본다.

15. 물론 공대위 안의 공개여부와 시기에 대하여 전략적으로는 충분한 숙고가 필요하다는 점을 내가 지적한 바 있지만, 문제는 다시 한번, 우리가 대척점에 있는 법무부의 제안에 비하여 더욱 체계적이고 이론적, 현실적으로 타당한 이론에 기초해 있는 제안을 하는가, 그리고 그것을 통하여 사람들을 설득해 낼 수 있는가의 문제이지, 누가 "부분부분 양보를 요구하는"가의 문제가 아니다. 우리가 이론적 근거와 명분, 현실적 타당성을 가진 안을 가지고 있다면, 다른 사람들이 쉽게 "부분부분 양보를 요구"하기도 어려울 것이며 그 경우 양보를 요구하는 사람을 설득할 수 있을 것이며, 그럴 때에만 최대한의 성과를 거둘 수 있을 것으로 본다. 우리를 물리력으로 밀어붙일 수 없지 않은가. 우리가 우리의 견해를 관철할 수 있는 궁극적인 힘은 설득력에서 나온다고 본다.
16. 적어도 나의 견해는 "조사권과 시정명령권은 양보할 수 있다"는 것이 아니다. "조사권"은 내가 수정안에 제시한 것이 더 이상 개선의 여지가 없을 정도로 최선이라고 생각하지 않지만, 내 능력범위안에서 이론적 타당성을 나름대로 설명할 수 있는 한계안에서 최대한 강하게 하려고 노력하였다. 한편, 시정명령권은 "양보"하는 것이 아니라 가지는 것이 이론적, 현실적으로 타당하지 않다고 보는 것이다. 따라서 나는 조사권 문제에 관한 한, 이론적, 현실적 합리성을 가진 더 좋은 제안이 있다면 그것을 거부할 아무런 이유도 없다. 내가 제시한 안은 내 능력으로 더 이상 생각하지 못하였다는 나의 한계를 보여 주는 것일 뿐이고, 그런 이유 때문이라도 공대위 외부 전문가들과 토론을 해 보고 싶은 것이다.
17. 어쨌든 차변호사가 시정명령권을 '양보'할 수 있다는 표현을 쓰고, 이 글에서 사실상을 포기한 것을 전제로 주장하고 있는 것은 공대위의 합리적 대안마련을 위하여 다행한 일이다.

가. 이는 얼핏들으면 같은 이야기로 들린다. 우리가 그 동안 인권위를 국가기구로 하자 하는 이유가 법무부로부터의 독립성 때문이었기 때문이다. 법원까지의 속성상 인권위가 법인으로 되는 경우 주무부서인 법무부의 관장하에 놓인다는 논리적 근거에서이다. 실제 법무부의 초안은 물론, 현재의 안도 여전히 법원의 차이는 있지만 법무부와 연결고리를 두고 있다.

나. 그런데 법무부안의 수정과정에서 법인이기 때문에 장애가 되었던 요소들은 때어 낼 수 있다는 사실이 분명하여 졌다<sup>18)</sup>. 인권위원과 옥상옥인 : 사회제도 통한 위원추천권 장악, 정관변경인가권, 예산의 법무부장관제출의무 등 법인제도에서 오는 장애요소들이 수정안에서 삭제되었다. 현재 정부안에서 법무부의 영향력이 미치고 있는 요소는 주로 설립과정에서 설립위원 추천, 설립정근인가 및 대통령령<sup>19)</sup>, 위원회 활동에 대한 보고의무, 출연금관리주체의 불명성 등이다. 이들 요

18. 이 말도 얼핏 맞는 것 같지만 오해의 소지가 있다. 법무부가 그간의 논의과정에서 시안에 있던 일부 독소조항들을 삭제한 것은 사실이다. 그런데 이것이 정상적인 것인가는 냉정하게 검토해 볼 필요가 있다. 특수법인이란 재단법인의 변형된 형태에 지나지 않는다. (국가기구를 사단법인으로 구성하는 것은 본질상 불가능하다.) 그런데 법인이란, 국가의 정책에 의하여 필요한 범위안에서 권리능력과 행위능력을 부여하여 만들어지게 되는 것이다. 따라서 국가의 '인가'가 필요하고 본질적으로 국가의 감독이라는 개념이 내재되어 있는 것이다. 사람이 아닌 것에 대하여 국가의 필요에 의하여 사람과 비슷한 자격과 능력을 부여해 놓았으니 국가가 감독하지 않을 도리가 없다. 이것이 어느 정도 어떤 방식으로 이루어지는가는 별개의 문제이다. 특수법인역시 이러한 틀에서 벗어나지 않는다. 그렇기 때문에 주무관청이라는 개념이 설정되는 것이고 주무관청의 다양한 개입과 간섭을 받지 않을 수 없다. 주무관청은 명쾌하게 모습을 드러낼 수도 있고 배후에 은폐되어 있을 수도 있으며 경우에 따라 하나일 수도, 그 이상일 수도 있다. 인권법안을 검토한 법제처 법제관이 밝혔듯이 법무부법안의 "국민인권위원회"는 그런 점에서 매우 "비정상적"인 기구일 수 있는 것이다. 말하자면 현재 법무부안에 의한 국민인권위원회가 가지고 있는 정도의 지위와 독립성도 법인의 원래 개념에 비추어 매우 이상하고 비정상적인 것이다. 따라서 이 정도도 정치적, 이론적 투쟁에 의하여 어느 정도 이론적이기는 하지만 이것이 결코 정상적인 모습이라고 보기에는 어려움이 있으며, 그것은 만일 앞으로 "국민인권위원회"의 독립성을 강화한다면 할수록 더 심해지는 양상이 될 수도 있다. 그리고 그런 비정상적인 모습은 매우 쉽게 허물어질 수 있다. 왜 인권기구를 그런 틀로 만들어야 하는가. 국가기구관으로, 정상적이며 이론상 무리가 없는 형태로 할 수 있는데 굳이 이론적인 무리를 저질러 가면서 법인의 틀을 유지하려는 의도가 무엇인가. 그것은 바로 주무부서가 영향력을 행사할 수 있는 형태이기 때문인 것이다. 유감스럽게도 "분명해" 진 것은 아무 것도 없다.

19. 법무부 법안에 의하면 대통령령에 맡겨져 있는 부분은 위원회의 지부설치(13조 2항), 등기에 관한 사항(15조 1항), 구금, 보호시설 시찰 때 수용자나 수용자나 피보호자 면담에 관한 사항(17조 2항), 위원회의 조직, 운영 등에 관하여 필요한 사항(36조), 출연금의 요구, 교부 및 사용에 관한 사항(38조 4항), 진정의 조사방법에 관한 구체적인 사항(47조 1항), 진정에 대한 실지조사에서 관련자들에 대한 조사방법(47조 3항)과 자료나 들건의 제출요구에 관한 사항(47조 4항), 조정절차에 관한 사항(53조 4항), 법률구조의 절차 내용, 방법(56조 2항), 위원회의 조사 및 처리절차(67조) 등이다. 이런 것들이 사소한 문턱이라고 보는가. 또 내가 보기에는 결코 "모두 삭제될 수 있는 규정들"이 아니다. 물론 삭제할 수 있는 것도 있다. 그러나 어차피 하위 법령에 위임해야 할 사항들은 생기게 마련인데 그 형식은



소 역시 인권기구를 법인으로 한다 하더라도 모두 삭제될 수 있는 규정들이다.

다. 결론적으로 법무부는 법인제도를 통하여 인권기구에 법무부의 영향력을 발휘할 수 있는 제도적 장치들을 묻어 두었으나 이는 인권기구를 법인이라고 한다 하더라도 법기술적으로 얼마든지 제거할 수 있다는 것이다<sup>20</sup>. 설립위원 추천권이나 위원회활동 보고의무는 법인제도의 본질과 관계없는 것이므로 얼마든지 삭제 가능하며, 법인의 경우 가장 문제가 되는 것이 예산의 독립성인데 현재 정부안에서는 규정이 없고, 시행령에 맡기고 있는 출연금 관리주체를 인권위원회로 법에 규정하는 경우 예산의 독립성도 상당한 정도의 수준으로 보장이 된다<sup>21</sup>.

라. 여기서 이야기하고자 하는 것은 법인으로 한다 하더라도 법무부의 영향력 배제라는 원칙을 달성할 수 있다는 것이며<sup>22</sup>, 따라서 국가기구나 법인이나 하는 형식에

인권기구를 법인으로 한다면, 대통령령이 될 수밖에 없다. 법인이 법령의 효력을 가지는 책임명령을 제정할 수는 없지 않은가. 그렇다면 대통령령은 누가 만드는가. 결국 법무부가 아니고 누구인가(법무부가 아닌 어느 누구라도 인권기구가 아닌 한 결과는 마찬가지다). 대통령령을 만드는 주무부처는 결국 인권기구에 영향력을 행사할 수 있는 권한을 가지게 된다. 대통령령으로 규정하는 사항이 중요한 것인지 아닌지는 각자의 생각에 따라서 달라질 것이므로 함부로 규정할 필요가 없다. 중요한 것은 왜 그래야 하는가이다. 왜 행정부에 인권기구의 주무부처가 있어야 하며, 그것이 영향력을 행사할 수 있는 권한을 가져야 하는가이다. 또 법무부안처럼 별로 할 일이 없는 '국민인권위원회'가 아니라 제대로 일을 할 수 있는 인권기구를 만든다고 해 보자. 하위법령에 위임해야 할 사항들은 정말로 중요한 사항들이 될 수 있다. 예컨대 공대위 수정안 제37조 ⑥항 "위원회는 시설수용자의 자유로운 진정서 작성 및 제출을 보장하기 위하여 구금시설 및 다수인보호시설에서 이행해야 할 조치 및 그밖에 필요한 절차와 방법을 위원회의 규칙으로 정할 수 있다."는 내용을 보라. 법인으로 구성한다면 이런 내용은 대통령령으로 정할 수밖에 없다. 법무부가 제대로 만들겠는가. 그런다고 하여 법률에다가 예컨대, 구금시설, 다수인 보호시설에서 예컨대 방마다 인권기구에 진정할 수 있는 안내문을 붙이고, 그 내용은 어떻게 하며 그 크기는 어떻게 하고, 수용자가 진정을 하려고 할 경우 어떤 절차를 거치며 비밀을 어떻게 보장할지 하나하나 다 정할 것인가. 정한다고 한들, 법제정 당시 예상하지 못한 문제점이나 탈법적인 관행이 나타나면 어떻게 할 것인가. 그때마다 법률을 개정할 것인가. 법률을 개정한다면 그 개정작업의 주체는 또 법무부가 되지 않겠는가?

20. 이런 추상적인 주장을 하는 것은 우리의 논의를 발전시키는 데 도움이 되지 않는다. 어떻게 가능한지 구체적인 대안을 제시할 것을 권고한다.
21. 차변호사는 문제의 핵심을 놓치고 있다. 문제는 인권기구의 재정(출연금)을 누가 관리할 것인가 하는 것 보다는 오히려 인권기구의 재정이 정부의 정규예산이 아니라 출연금에 의하여 결정된다는 점이다. 출연금은 정부가 전적인 재량을 가지고 있는 돈이다. 따라서 우선 예산당국에 인권기구가 얽매이지 않을 수 없다. 그리고 그 심의과정에 주무부처가 개입할 수 있는 제도적 통로가 음으로, 양으로 마련되어 있다. 내가 예산관계법을 읽기에 그렇다. 그렇기 때문에 차변호사에게 이 부분을 점검해 달라고 부탁한 일도 있다.
22. 차변호사는 이 점을 주장할 것이 아니라 논증해야 한다. 나는 나의 글에서 법무부의 법안이 가지고 있는 치명적인 한계들을 구체적으로 지적하였고 그중 많은 부분이 법인이라는 형태에서 오는 본질적 문제점임을 설명하였다. 그렇다면, 차변호사가 이런 주장을 하려면 아무 근거도 없이 두루뭉수리하게 "법인으로 한다 하더라도 법무부의 영향력 배제라는 원칙을 달성할 수 있다"고 주장할 것이 아니라, 구체적으로 제기된 문제점 하나하나

지나치게 매몰되기 보다는 국가기구를 주장함에 있어서 달성하고자 하는 내용, 즉 법무부의 배제라는 목적을 직접 추구하고, 국가기구나 법인이나 하는 형식의 문제는 오히려 법무부 배제나 조사권 확보라는 실질적인 내용을 보장받는데에 대한 카드로서 활용할 수 있다는 것이다<sup>23)</sup>.

따. 이러한 이유에서 다른 것은 양보하여도 국가기구가 아닌 법인이 되는 경우 거부하겠다는 것은 우리가 인권기구를 설립하여 하고자 하는 목적의 혼동에서 온 잘못된 것이고, 협상의 카드를 잘못 고르고 있는 것이라 하겠다<sup>24)</sup>

#### 4. 수정안 초안에서 조사권이 미흡하다고 보는 이유

가. 수정안 초안은 초기 공추위안에서 조사대상을 축소함은 물론<sup>25)</sup>, 근거인 인권침해문제

에 대하여 그것이 과연 이론적으로 무리없이 가능하다는 것을 논증해야 할 것이다. 그리고 이러한 나의 주장은 단순히 차변호사의 주장을 반박하기 위한 것이 아니다. 나는 이미 작년부턴 차변호사의 주장에 대하여 '법인'형식으로 독립성을 보장하고 필요한 권한을 부여할 수 있는 구체적인 대안과 설명을 제시할 것을 요청해 왔다. 차변호사가 이 글에서 주장하듯이 내가 제안하는 국가기구의 권한은 차변호사가 제안하는 것보다 약하고 그래서 차변호사의 비판을 받고 있다. 그럼에도 나는 내가 원하는 권한을 "법인"형식의 기구가 가지는 것은 불가능하다고 보고 있다. "법인"형식의 기구가 차변호사가 원하는 것과 같은 강력한 권한을 어떻게 무리없이 가질 수 있는지, 막연한 주장이 아니라 구체적인 설명을 듣고 싶다.

23. 다시 반복하자면, 나는 "국가기구나 법인이나 하는 형식에 지나치게 매몰될 일이 없다고 생각한다. 나는 차변호사가 강조하는, 그럼에도 차변호사가 원하는 것보다 더 약한 정도의 권한을 가진, 인권기구의 실질적인 내용을 확보하려다 보니, "법인"형식으로는 불가능하다는 결론을 얻었기 때문이다. 나는 그동안 내가 쓴, 총량으로 되어도 원고지 2,000장이 넘는 글에서 그런 점을 설명했다고 생각한다. 그런데도 내가 제기한 쟁점들에 대하여 구체적인 반론과 대안을 제시하지 않은 채 이런 식의 추상적인 비평을 하는 것은 내가 내 글들에서 반박할 가치도 없는 말도 되지 않는 주장을 했거나 차변호사가 나의 글들을 성실하게 읽어보지 않았거나, 두 경우 가운데 하나 때문이라고 생각한다. 내가 능력이 모자라 잘못된 생각을 하고 있을 수 있다는 가능성을 결코 배제하지 않는다. 그러나 나는 구체적인 설명을 듣고 싶은 것이다. 나는 최선을 다하여 나의 생각을 구체적으로 밝혔기 때문에 다른 사람에게도 그렇게 요구할 자격이 있다고 생각한다.
24. 이 주장에 대하여는 앞에서 논평한 바와 같다. 다만 차변호사의 현실인식과 관련하여, 지금 우리는 정부와 "협상"을 하고 있는 단계가 결코 아니라는 점을 지적하고 싶다. 법무부는 우리와 협상한 적이 한 번도 없다. 그리고 할 의사도 없다. 정부 역시 마찬가지이다. 아직도 우리의 상태는 "인권단체"의 이름을 걸고 끝까지 지지해야 할 마크라 한계선이 어디인가를 놓고 고뇌하는 수준이지, 바람직한 안을 만들기 위하여 정부와 우리를 말대고 협상하는 문제를 고민하는 상황에 있는 것이 결코 아니다. 이 점을 혼동하면 큰 문제가 생길 수 있다. 현실인식을 정확하게 하지 않으면 본의아니게 잘못된 판단을 하게 된다.
25. 이 점은 사실이다. 그러나 이 점에 관하여 나는 공대위에 대한 발제때에 다음과 같은 점을 분명히 했다. 사인 사이의 '권리'침해를 모두 인권기구가 조사하여 구제하는 것은 이론적으로 맞지 않고 바람직하지 않다. 공권력에 의한 '인권'침해에 대한 조사를 제한하는 것은 이론적이거나 보다는 정치적, 정책적 고려이다. 따라서 전자에 관하여는 더 타당한 주장에 의하여 내가 설득당하지 않는 한 나의 주장을 고집할 것이지만, 후자에 관하여는

내가 제시하는 이유에 동의하지 않는다면 굳이 고집하려고 하지 않겠다는 것을 분명히 한 바 있다.

- 2. 이점은 차변호사가 만든 과거 공추위안에도 똑같이 있던 것이다. 공추위안 제18조 제1항 제2호가 바로 이 내용이다. 물론 이 문제는 내가 중요하게 제시하였던 기본적인 틀에 관한 것도 아니다. 따라서 여러 가지로 설명할 수는 있지만, 이 안이 고수되어야 한다고 생각하지 않으며 그럴 생각이 전혀 없다. 다만, 차변호사가 만든 공추위안에 있는 것과 같은 것이므로 공추위안에서 후퇴한 것이라는 차변호사의 지적은 사실을 잘못 파악한 주장이라는 점을 지적하고, 이 점을 비판하려면 차변호사가 먼저 자신의 생각이 틀렸다는 사실과 왜 틀렸는지를 밝혀야 할 것이다. 똑같은 내용인데 왜 나만 잘못되었다는 것인지는 정말 이유를 모르겠다.
- 3. 차변호사가 만든 공추위안의 관련부분은 다음과 같다.

“[제19조 조사의 방법] (1) 위원회는 조사를 위하여 필요한 경우 다음 각 호의 조치를 취할 수 있다. 1. 당사자, 관계인의 출석요구 및 진술청취 2. 당사자, 관계인 및 소속기관 등에 대하여 조사사항과 관련있다고 인정되는 서류, 물건 등의 제출요구 또는 제출된 서류나 물건의 영치 3. 감정인의 지정 및 감정의 의뢰 4. 당사자, 관계인, 소속기관 등에 대하여 조사사항과 관련있다고 인정되는 정보에 대한 조회 (2) 위원회는 조사를 위하여 필요하다고 인정되는 장소에서 서류나 물건에 대한 현지조사와 당사자, 관계인의 진술을 청취할 수 있다. (3) 제2항에 의하여 조사를 하는 인권위원이나 직원은 현지조사를 받는 기관, 법인, 시설, 단체 등이나 그 직원에 대하여 필요한 서류나 물건의 제출을 요구하거나 제출된 서류나 물건을 영치할 수 있다. ... (5) 위원회는 다음 각 호의 해당하는 경우 검사로 하여금 법원에 압수, 수색영장을 신청하게 할 수 있다. 1. 위원회로부터 제1항 제2호 또는 제3항의 제출요구를 받은 자가 정당한 사유없이 제출요구에 따르지 아니하는 경우 2. 제2항의 현지조사가 거부된 경우 (6) 제5항의 압수·수색은 형사소송법 중 압수·수색에 관한 규정을 준용한다.”

내가 만든 공대위 수정안의 관련부분은 다음과 같다.

“제40조 【수사기관과 위원회의 협조】 ① 위원회는 진정의 원인이 된 사실이 범죄행위에 해당한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있고 그 혐의자의 도주 또는 증거의 인멸 등을 방지하거나 증거의 확보를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 검찰총장에게 수사의 개시 및 필요한 조치를 의뢰할 수 있다. ② 제36조에 따라 진정이 제기된 후 진정의 원인이 된 사실에 관하여 수사기관의 수사가 개시된 경우, 위원회는 피해자 또는 진정인의 의사에 반하지 아니하고 또한 필요하다고 인정하는 경우에 그 수사기관에 수사의 중지 또는 보류를 요청할 수 있다. ③ 제1항의 의뢰를 받은 검찰총장 또는 제2항의 요청을 받은 수사기관의 장은 지체없이 그 조치결과를 위원회에 통보하여야 한다.

제41조 【조사의 방법】 ① 위원회는 다음 각 호에 정한 방법으로 진정에 관하여 조사할 수 있다. 1. 당사자, 관계인에 대한 출석요구 및 진술청취 2. 당사자, 관계인 및 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련있다고 인정되는 자료 등의 제출요구 및 제출된 자료 등의 영치 3. 조사사항과 관련 있다고 인정되는 장소, 시설, 자료 등에 대한 검증 또는 감정 4. 당사자, 관계인, 관계기관 등에 대하여 조사사항과 관련 있다고 인정되는 사실 또는 정보에 대한 조회 5. 증인 또는 감정인에 대한 신문 ② 위원회는 조사를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 인권위원 등으로 하여금 관련된 장소 또는 시설을 방문하여 자료 등에 대하여 조사하게 하거나 장소, 시설, 자료 등에 대하여 검증 또는 감정을 하게 할 수 있다. 이때 위원회는 그 장소에 당사자, 관계인 또는 증인의 출석을 요구하여 진술 또는 증인을 들을 수 있다. ③ 제2항

상층에 조사거부권 부여<sup>28)</sup>를 부여함으로써 사실상 인권기구의 조사권을 상당부분 약화시키고 있다.

나. 초기 공추위에서 주장하였던 강제적 조사수단은 조사거부시 조사대상자료와 현장에 대한 압수수색을 보장하는 것<sup>29)</sup>으로 이는 양지마을 사건, 김훈중위 사건 등에

에 의하여 조사를 하는 인권위원 등은 관계기관 등에게 필요한 자료 등의 제출을 요구하고 제출된 자료 등을 영치할 수 있다. ... (5) 제1항 제2호, 제3호 또는 제3항에 의한 조사를 한 경우 위원회는 제출을 요구하거나 영치한 자료 등의 목록, 그 대상자, 검증 또는 감정을 한 장소, 시설, 자료 등을 기재한 조서를 작성하여 그 사본을 관계인에게 교부하여야 한다. (6) 이때 위원회는 필요하다고 인정하는 경우 질문 또는 검사를 받는 사람, 그 가족, 동거인, 고용인 또는 피고용인, 또는 관할 지방자치단체의 공무원이나 경찰공무원에게 증인으로 참여할 것을 요구할 수 있다. 이때 증인으로 참여한 사람은 질문, 검사의 절차와 내용을 기재한 조서에 서명날인하여야 한다. (7) 제1항에 의한 검증, 증인 또는 감정인의 신문에 관하여는 민사소송법 제2권 제3장 제2절, 제3절, 제5절, 제6절을 준용한다. 다만, 구인에 관한 절차는 준용하지 아니한다. (8) 위원회가 자료 등의 제출을 요구하는 경우, 그 자료 등이 국가의 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향을 미치는 국가기밀사항인 경우에, 관련된 국가기관의 장은 그 사유를 소명하고 그 자료 등의 제출 또는 그에 대한 접근이나 검증, 감정을 거부할 수 있다. 이 경우 위원회는 그 기관에 조회하여 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있다.

제42조 【질문검사권】 (1) 위원회는 전항의 조사에 필요한 자료 등의 소재 또는 관계인에 관하여 알고자 할 때에는 그 내용을 알고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 사람에게 질문하거나 그 내용을 포함하고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 서류 기타의 물건을 검사할 수 있다. (2) 제41조 제4항 내지 제6항의 규정은 전항의 경우에 준용한다.”

자세한 내용은 뒤에서 논평하겠지만, 차변호사가 만든 공추위안과 내가 만든 공대위안에 나타난 조사권의 차이를 잘 살펴보시기를 바란다. 분명 차이가 있다. 그러나 그 차이를 간단히 “강제적 조사수단의 부인”이라는, 수정안에 대하여 명백히 부정적인 평가를 내포하는, 한 마디로 단정할 만한 것인지에 관하여 나는 의문을 제기하고 싶다. 나는 차변호사의 안과 내가 만든 안의 차이가 그렇게 일도양단의 평가를 내릴 수 있을 만큼 단순하지 않다고 생각한다.

28. 차변호사가 지적하는 부분은 내가 만든 공대위 수정안 41조 (8)항의 “위원회가 자료 등의 제출을 요구하는 경우, 그 자료 등이 국가의 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향을 미치는 국가기밀사항인 경우에, 관련된 국가기관의 장은 그 사유를 소명하고 그 자료 등의 제출 또는 그에 대한 접근이나 검증, 감정을 거부할 수 있다. 이 경우 위원회는 그 기관에 조회하여 필요한 사항의 확인을 요구할 수 있다.”는 부분이다. 물론 “국가 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향을 미치는 국가기밀사항인 경우”에 한하여 조사를 거부할 수 있게 하였다. 그런데 이에 대하여 일반적이고 추상적인 단어로 “조사대상에 조사거부권 부여”라고 쉽게 단정하고 비판해도 되는지 나로서는 의문이다. 차변호사의 표현은 읽기에 따라 내가 조사대상 기관에 무조건적이고 자의적인 광범위한 조사거부권을 부여하였으며, 그로 인하여 인권기구의 조사는 조사대상기관의 선의에 달리게 만든 것같은 인상을 줄 여지가 있다. 내 법안을 주의깊게 읽지 않고 차변호사의 글을 읽으면 내가 만든 안이 마치 법무부의 것과 같은 수준에 있는 것 같은 인상을 받을 염려가 있다. 나는 내가 만든 제안이 완벽하고 최선의 것이라고 주장할 생각은 없지만, 그렇게 한 두마디로 내차버릴 만한, 그런 수준의 것은 아니라고 생각한다. 다음으로, 나는 이 부분을 중요한 골격으로 생각하지 않았다. 따라서 그에 관하여 절대적으로 주장할 생각도 없고 당시 회의때에도 충분한 토론을 하지 않았다.

서 보듯 인권위가 다루어야 하는 인권침해사안에 대한 조사가 그렇게 녹록한 것은 아니라는 점을 고민하여 현 법제도적으로 가능한 방법을 모색한 것이다<sup>30)</sup>. 이

29. 차변호사의 안에서 이 부분은 19조 "(5) 위원회는 다음 각 호의 해당하는 경우 검사로 하여금 법원에 압수, 수색영장을 신청하게 할 수 있다. 1. 위원회로부터 제1항 제2호 또는 제3항의 제출요구를 받은 자가 정당한 사유없이 제출요구에 따르지 아니하는 경우 2. 제2항의 현지조사가 거부된 경우 (6) 제5항의 압수·수색은 형사소송법 중 압수·수색에 관한 규정을 준용한다." 라는 부분을 말하는 것이다. 그리고 이 부분은 위원회가 관련 기관에 공무원의 파견을 요청할 수 있다는 조항에 의하여 보완이 되고 있다. 검사를 파견받아 검사가 위원회의 직원으로서 압수수색 영장의 청구와 집행은 하게 한다는 것으로 보인다. 이 부분과 관련하여, 인권기구의 조사권을 실효적으로 하려는 선의는 충분히 공감하지만, 이론의 여지가 있다. 검사는 검찰청법상 검사동일체의 원칙에 의하여 검찰총장의 지휘와 감독을 받게 되어 있다. 말하자면 검찰권의 행사는 검찰총장에게 귀속되어 있는 셈이다. 그런데 인권위원회가 검사를 파견받아 검찰총장의 지휘, 감독권을 배제하고 인권위원회에서 지휘, 감독하면서 검사의 직무를 행사하게 하는 것이 검찰청법과 충돌하는 것이 아닌가 하는 의문이 있다. 이런 식으로 한다면, 청와대를 비롯한 모든 정부기관이 검사를 파견받아 사실상 멋대로 수사권을 행사하는 것이 기술적으로 가능하다는 결론이 되지 않을까. 그렇다면 그것이 바람직한 것인가 하는 의문이 생긴다. 당장 청와대에서 경찰청 조사과를 통하여 사건을 조사하는 것에 대하여도 불법이라는 지적이 나오고 있지 않은가. 더 근본적으로 인권기구가 검사를 파견받는 방식이 바람직한가도 의문이 있다. 다음으로, 차변호사처럼 법인형식을 받아들일 수 있다면 법인이 검사를 파견받아, 국가권력 작용가운데서도 가장 강력한 기능의 하나인 영장의 청구와 집행을 지휘하는 것이 이론적으로 가능한지 의문이다.

30. 아무려면 내가 인권침해조사가 녹록한 것이라고 생각할 리가 있겠는가. 문제는 위에서 보았듯이 차변호사가 제안한 검사파견 압수수색영장청구/집행이 나에게서는 "현 법제도적으로 가능한 방법"으로 보이지 않는다는 것이다. 그 결과 내가 고민하여 제안한 방안이 다음과 같다. 제40조는 인권기구와 수사기관의 분리를 전제하고 검찰의 협조를 얻을 수 있는 방안을 모색해 보았다.

"제40조 【수사기관과 위원회의 협조】 ① 위원회는 진정의 원인이 된 사실이 범죄행위에 해당한다고 믿을 만한 상당한 이유가 있고 그 혐의자의 도주 또는 증거의 인멸 등을 방지하거나 증거의 확보를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 검찰총장에게 수사의 개시 및 필요한 조치를 의뢰할 수 있다. ② 제36조에 따라 진정이 제기된 후 진정의 원인이 된 사실에 관하여 수사기관의 수사가 개시된 경우, 위원회는 피해자 또는 진정인의 의사에 반하지 아니하고 또한 필요하다고 인정하는 경우에 그 수사기관에 수사의 중지 또는 보류를 요청할 수 있다. ③ 제1항의 의뢰를 받은 검찰총장 또는 제2항의 요청을 받은 수사기관의 장은 지체없이 그 조치결과를 위원회에 통보하여야 한다.

제41조 【조사의 방법】 에서는 1항 "5. 증인 또는 감정인에 대한 신문"을 추가하였고 ②항도 차변호사의 안 19조보다는 구체적으로 만들었다. 그리고 제42조를 추가하였다.

"[질문검사권] (1) 위원회는 전항의 조사에 필요한 자료 등의 소재 또는 관계인에 관하여 알고자 할 때에는 그 내용을 알고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 사람에게 질문하거나 그 내용을 포함하고 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 서류 기타의 물건을 검사할 수 있다. (2) 제41조 제4항 내지 제6항의 규정은 전항의 경우에 준용한다."

물론 나의 제안이 완벽하다거나 최선이라고 생각하지 않는다. 다만, 검사파견/압수수색 영장이 빠진 대신 위와 같은 내용들을 보완한 것이 그렇게 말이 되지 않거나 불합리하여

는 영미법계 국가들이기는 하지만 남아공<sup>31)</sup>, 인도<sup>32)</sup>, 캐나다<sup>33)</sup> 등에서도 인권위에 보장하여 주고 있는 권한이다. 이는 사실 검찰의 기소독점주의를 깨뜨리며, 사실상 특별검사제의 도입과 같은 의미로서 사법사적으로도 의미있는 것이다<sup>34)</sup>. 그러나 현정부가 특검제를 날세워 반대하고 있는 현실에서 이는 차기의 과제로 할 수 있다는 점에 동의한다.

다. 그러나 수정안 초안이 조사대상을 축소하고, 조사거부권은 인정하고 있는 것은 이해하기 어렵다.

라. 조사대상의 축소

(1) 앞서 이야기 한 것과 같이 나라마다 인권기구가 다루는 대상이 다르다. 이는

인권기구를 무력하게 만드는 것인지 의문이다. 과연 차별호사의 안보다 내가 만든 안이 그렇게 약하기만 한 것인가. 나는 의문을 제기해 보고 싶다. 인권 기구에 강제 조사권을 부여하려면 좀 더 심사숙고해야 할 필요가 있다. 이론적으로 완전히 타당성을 증명할 수 있는 안이 아니면 결코 실현할 수 없을 것으로 나는 생각한다. 사실 나는 몇 가지 제안을 갖고 있지만, 그것이 이론적으로 가능하다는 것을 설명할 자신이 없어 빼 놓은 것도 있는데, 이런 점에서도 공대위 외부의 전문가들과 허심탄회한 의견을 나누어 보고 싶다.

31. 남아공 인권위는 법원에 직접 영장을 청구할 수 있게 되어 있는 것으로 보인다. 검사를 파견받아서 하는 방식이 바람직하지 않다는 것은 설명하였으므로 우리나라의 경우 굳이 영장이 필요하다고 본다면 인권기구가 직접 법원에 영장을 청구하는 것이 어떻게 가능한지 고민을 해서 대안을 제시해 주면 좋겠다.
32. 인도의 인권위원회는 조사권의 행사에 관하여 "민사법원으로 간주된다(The Commission shall be deemed to be a civil court...)." 이것이 우리나라의 경우 가능하고 바람직한지 검토해서 대안을 제시해 주기 바란다. 특히 인도 인권위원회가 겨냥하고 있는 이러한 조사권은 사인을 대상으로 한 것이지 국가기관을 대상으로 한 것이 아니다. 인도인권위는 정부기관에 대하여는 원칙적으로 정보나 보고서의 제출을 요청할 수 있을 뿐이며, 군대에 대하여는 조사권이 더욱 제한되어 있다(17조, 19조). 그리고 이것이 동권력에 의한 인권침해를 조사하는 데 심각한 장애요인이 되고 있다는 것이 민간단체들의 평가이다. SAHRDC, National Human Rights Institutions in the Asia Pacific Region, March 1998, 34쪽 참조하라.
33. 캐나다의 조사대상은 차별호사가 지적하듯이 사적영역의 차별행위에 국한되어 있으므로 국가기관을 대상으로 조사를 하려는 한국의 경우와 크게 다르다. 그리고 캐나다 인권위원회는 법원으로부터 직접 영장을 발부받을 수 있게 되어 있고 검사를 통하지 않는 것으로 보인다.
34. 검찰의 기소독점주의를 깨뜨리는 것은 검찰개혁이라는 점에서 매우 중요한 과제가 될 수 있다. 그러나 그것을 깨뜨리려면 논리적으로 타당한 계기에 타당한 방법으로 해야지 아무 데서나 주장한다고 하여 되는 것은 아니다. 그러면 오히려 역효과가 날 수도 있다고 본다. 지금 우리는 그냥 이래도 좋고 저래도 좋은 탁상공론을 하고 있지 않다는 점을 심각하게 인식해야 한다. 차별호사가 그토록 강조하는 인권침해의 피해자들에게 도움이 되는 길을, 법무부의 방해로 뚫고 실현할 길을 모색하고 있는 것이다. 우리의 행동에 대하여 책임을 지게 되는 것은 우리가 아니라 국민들, 그리고 그중에서도 혼났는 사람들일 것이다. 이말 저말, 기분 나쁘게 하는 것이 우선 선명한 태도를 과시하는 것처럼 보일 수도 있지만, 결코 책임있는 자세가 아니라고 본다.

반드시 인권기구의 조사대상이 되는 인권에 대한 이론적 문제 때문은 아니다. 조사대상을 가장 넓게 인정하고 있는 나라는 인도로서 헌법과 시민적·정치적권리에 관한 국제규약, 경제적·사회적·문화적권리에 관한 국제규약에서 보장하는 생명, 자유, 평등, 존엄에 관한 권리를 모두 조사대상으로 한다(인도 인권보장법 제12조, 제2조 제1항 (d),(f))<sup>35</sup>). 호주도 시민적·정치적권리에 관한 국제규약, 아동권선언등 여러 국제인권선언에서 보장하는 자유와 권리라고 하여 비교적 넓게 인정하고 있다(호주 인권및기회균등위원회법 제20조 제1항(b), 제3조 제1항)<sup>36</sup>). 이에 반하여 뉴질랜드와 캐나다는 차별행위를 구체적으로 법에 규정하고 이를 조사대상으로 하고 있다. 그런데 어느 나라도 인권위의 관할과 조사대상을 적어도 범주에 관한 한 구별하여 규정하고 있지 않다<sup>37</sup>). 그리고 침해의 주체에서 사인을 배제하고 있는 나라는 인도정도로 보이며, 캐나다와 뉴질랜드는 관할을 차별행위로 하였기 때문에 그런다고 하더라도 차별이든의 범위까지 조사대상으로 하고 있는 호주나 남아공은 사인의 인권침해라고 하여 이를 배제하지 아니하고 있다<sup>38</sup>).

35. 맞다. 그러나 인도의 법률과 내가 만든 수정안의 차이는 그다지 크지 않다. 공무원(public servant)에 의한 인권침해만을 다루는 인도의 법률은 인적인 범위에서 “공권력”을 문제삼는 공대위 수정안에 비하여 더 범위가 좁은 것으로 볼 여지도 있다. 인도의 법률이 정한 “liberty”의 개념이 공대위 수정안에 있는 “신체의 안전과 자유, 사생활과 통신의 자유”보다는 넓은 것으로 보인다. 그러나 여기서 빠진 부분은 “평등권”의 개념에 의하여 어느 정도 보완될 수 있다는 것은 이미 지적한 바와 같다. 그리고 이 문제에 대하여는 타당한 이유가 있다면 그 범위를 확대할 수 있다는 것은 이미 밝힌 바와 같다. 문제는 우리의 상황에서 국가와 국민의 관계를 어떻게 보고 앞으로 그것을 민주적으로 개선해 나가는 과제에서 초점을 어디에 맞추어야 하는가 하는 점에 관련이 되는 것이다.
36. 호주의 경우 고용평등문제외에 ‘인권침해’로서 조사대상이 되는 행위는 공권력에 의한 것에 한정되는 것 같다. 호주의 경우 조사대상인 “act or practice”는 호주연방의 영토안에서 연방에 의하여, 연방을 대표하여 혹은 연방의 권력에 의하여 또는 법률에 의하여 이루어진 것을 말하기 때문이다(제3조 3항 (1)). 침해의 영역은 시민적, 정치적 권리에 관한 국제조약을 모두 포괄하고 있어 조사의 대상이 되는 인권침해의 범주는 더 차별호사의 주장과 같다. 이점에 관하여는 공대위 토론회때 한 나의 주장에 착오가 있었다는 점을 인정한다. 그밖에 ILO 111호조약, 어린이권리조약과 선언, 장애인 권리선언, 정신지체자권리선언, 불관용과 종교 또는 신념에 대한 차별철폐선언에 의한 인권침해가 있는데, 이는 어린이 권리조약의 경우를 제외하고는 평등권의 개념으로 대부분 접근할 수 있는 것들이며 더욱 중요한 것은 호주의 경우 이런 특정한 분야에 매우 발달한 개별법률들이 정비되어 있다는 사실이다. 참고로 호주의 경우에 이런 광범위한 인권분야와 관련하여 인권을 침해당하였다고 진정한 사건이 1994.6.부터 1995.6.까지 1년동안 262건에 지나지 않는다는 사실이다. Human Rights and Equal Opportunity Commission, Annual Report 1994-1995, p.48. 이 정도의 건수는 우리나라에서 수사, 행정기관으로부터 고문이나 가혹행위를 당하였다며 제기하는 사건의 숫자와 비슷하다.
37. 이들 나라들도 경제, 사회, 문화적 권리의 침해에 대하여 전면적으로 개별사건의 조사를 허용하고 있지 않다는 점에서, 제한은 가하고 있는 셈이다.
38. 앞에서 보았듯이 호주의 경우는 ‘공권력’에 의한 것으로 제한되어 있다. 오히려 연방에 의한 것에 한정하고 주에 의한 침해는 포함하지 않기 때문에 더 축소되어 있는 면도 있다. 남아프리카의 경우 인권위원회의 조사대상이 되는 인권은 헌법에서 인정하는 기본권

2) 다른 나라의 예가 중요하다는 것이 아니라 앞서 이야기 한 것과 같이 인권은 누가 위에서 이것이다라고 규정하여 대상에서 제외하는 것이 아니라 아래에서부터 제기하고 형성되는 것이고, 풀뿌리로부터 제기되어 오는 그 다양성의 통로를 열어 두어야 한다는 것이다. 이는 정책적으로 접근할 수 있는 관찰권이 있다고 되는 것은 아니며, 조사대상의 문을 열어 두어야 하는 것이고, 인권위가 그러한 다양한 인권침해주장에 대한 공론의 장이 되도록 제도적으로 보장하여야 하는 것이다.

3) 그런데 사인의 인권침해를 조사대상에서 제외하면, 예컨대 최근 국제적인 이슈가 되고 있으며, 새로운 권력체로 군림하고 있는 다국적 기업들의 인권침해 행위나<sup>39)</sup>, 보다 현실적으로는 양지마을사건과 같이 공권력이 아닌 사회복지시설에서의 인권침해행위에 대한 구제요청은 인권기구 밖으로 방치되게 된다. 특히, 사회복지시설의 인권침해행위와 관련하여 수정안 초안은 법무부 안에서조차 인정되었던 개별 구제권을 부인하고 있는 결과를 초래하고 있다<sup>40)</sup>. 사인에 의한 인권침해는 기본권보장에 포함되지 않는다는 헌법이론은

을 말하는데 이것은 본질적으로 국가와 개인 사이에 적용되는 것이지 사인에 의한 권리 침해, 즉 사적 분쟁을 포함하는 개념은 아니다. 또 남아프리카 인권위원회는 뿌리깊은 흑백인종분리 정책으로 인한 흑인의 열악한 경제, 사회적 상황을 개선하는 것이 목표인 것처럼 보이며, 그런 경우에도 조사의 내용은 본질적으로 정책적인 목적을 달성하기 위한 것으로 보인다. 왜냐하면 남아프리카 인권위원회는 광범위한 조사권을 가지고 있으나 개별 피해자에게 특별한 구제조치를 제공할 수 있는 권한이나 제도가 마련되어 있지 않기 때문이다.

39. 다국적기업의 인권침해 문제는 국제적으로 많은 논의가 되고 있는 점에서 차별호사의 지적인 같다. 그렇다고 하여 어느 나라의 인권기구가 막바로 다국적기업을 상대로 한 분쟁에 개입하여 직접 조사를 하고 있는가? 다국적기업에 의한 인권침해는 일반적인 사법, 권리구제제도와 절차를 통하여 제기하는 것이 맞으며, 그 과정에서 국가기관이 다국적기업의 인권침해를 방조하거나 지지하거나 혹은 피해자를 차별대우할 경우, 비로소 국가에 의한 인권침해문제가 발생하고 인권기구가 개입할 수 있을 것이다. 다국적기업의 문제가 국제적으로 큰 논란의 대상이 되고 있는 것은, 그 침해의 양상에도 불구하고 기업의 성격상, 그리고 세계화된 경제체제의 성격상 다국적기업에 대한 개별 국가의 규제에는 본질적인 한계가 있으며 그나마도 점차 어려워지고 있다는 것이 핵심을 이루고 있다. 이런 상황에서 한국의 인권기구가 갑자기 다국적기업과 관련된 개별적 분쟁에 직접 개입하여 할 수 있는 일이 무엇이 있겠는가. 인권기구는 이러한 세계적인 상황과 한국의 법과 제도를 고려하여 법과 제도를 정비하고 한국의 권리구제기구와 절차를 정비하는 방향으로 촉매 역할을 해야 하는 것이다. 높은 산에 아무리 올라가고 싶어 아무리 발버둥쳐도 한 걸음씩 고高兴兴하게 올라가는 노력을 하지 않는다면 올라갈 수 없는 것이다.

40. 내가 관든 법안은 조사대상을 “1. 공권력에 의하여 인간의 존엄과 가치, 생명권, 신체의 안전과 자유, 사생활과 통신의 자유 또는 평등권을 침해당한 경우”로 규정하였다. (물론 사인에 의한 광등권침해는 2안으로 제시하였다.) 여기서 ‘공권력’의 개념은 일반적으로 공법인이나 국가 또는 지방자치단체로부터 일정한 권한을 위임받거나 예산 등을 지원받는 기관 등을 포함하는 개념으로 볼 수 있다. 적어도 국제인권법에서 말하는 개념은 그런 것으로 알고 있고 그래서 나는 그 안에 우리가 말하는 “다수인보호시설”이 포함될 것으로 판단하였다. 그러나



이미 낡은 이론이며, 우리가 경청하여야 할 아무런 이유도 없는 이론에 불과하다(41).

(4) 다만, 인권기구의 업무수행능력에 비추어 일정한 제한을 두어야 한다는 접근

그에 관하여 이론의 여지가 있다면 더 특정해서 포함시키는 방법을 찾을 수 있을 것이다. 설혹 오해의 여지가 있었다 하더라도 “법무부 안에서 조차 인정되었던” 것을 배제한다고 단정하여 비난한 것은 다소 지나친 표현이 아닌가 생각된다. 더구나 그 오해가 나의 잘못으로 인한 것인지 차별호사의 잘못으로 인한 것인지는 두고 볼 일이다.

41. 이 주장은 대단히 오해의 소지가 많고 나의 주장을 정확하게 옳긴 것이 아니며, 또한 정도가 지나친 것으로 보인다. 우선 다수인보호시설의 인권침해를 인권기구가 조사하는 것이 필요하다는 주장과 “사인에 의한 권리침해” 전반을 인권기구가 당연히 조사해야 한다는 주장은 논리적으로 연결되는 것이 아니다. 나는 분명히 “국제인권법에서 ‘인권침해’라는 개념으로 파악하는 것은 국가와 서민 사이의 관계를 전제로 한 것이며, 국가에 대하여 그 권리의 존중(respect), 보호(protect), 향상(promote) 내지 실현(fulfil)에 대한 책임을 물을 수 있는 관계를 말하는 것”이라고 주장하였다. 그것을 막바로 헌법상 기본권의 제3자적 효력에 관한 주장과 연결시킨 것은 차별호사였으며 나는 그 점에 관하여 주장한 바 없다. 물론 기본권의 제3자적 효력이라는 것도 그 내용과 범위, 그리고 그에 대한 국가의 책임에 관하여 그다지 명확한 합의가 있는 것으로는 보이지 않는다. 차별호사와 같이 사인에 의한 권리침해를 곧장 국가가 책임을 지는 인권침해로 파악한다면, 논리적으로는 다음과 같은 결과가 된다. 예컨대, 교통사고로 피해를 당한 피해자에 대하여 국가가 직접 손해를 배상해 주어야 한다. 직업을 구하지 못한 사람, 또는 직장에서 해고된 사람에게, 국가가 사회보장의 방법이 아니라, 노동의 권리를 침해한 가해자로서 손해배상을 하여야 한다. 그러나 인권의 이론에 의하면 국가는 국민이 일상생활에서 사인에 의하여 권리를 침해당하지 않도록 다양한 조치를 하고 침해당하였을 때에는 공정하고 평등하게 구제받을 수 있는 기회와 제도를 보장하여야 한다. 따라서 사인에 의하여 권리를 침해당한 경우 국가는 원칙적으로 책임을 지지 아니한다. 다만 국가가 그 침해를 방조하거나 권리를 구제받는 과정에서 다른 사람에 비하여 차별대우를 하였거나 하는 경우에는 그 방조나 차별행위에 대하여 책임을 져야 하는 것이며 이는 공권력에 의한 인권침해에 해당하는 것이다. 헌법재판소가 범죄혐의자에 대한 불기소처분을 이유로 한 헌법소원에서 “평등권침해”를 이유로 불기소처분을 취소하는 것이 바로 이러한 이론에서 나온 것이고 기본권의 제3자적 효력이라는 것도 이런 내용으로 알고 있다. 더구나 차별호사는 인권기구가 사인에 의한 권리침해를 직접 조사하지 않는 것이 타당하다는 나의 주장을 마치, 사인에 의한 권리침해는 구제할 필요도 없고 그대로 방치해야 한다는 주장인 것같은 인상을 주고 있다. 인권기구가 해야 할 일은 바로 이런 상황, 즉 사인에 의한 권리침해에 대하여 국가가 이를 예방하거나 구제할 수 있는 적절한 제도와 절차와 기구를 마련하고 시행하도록 하여 구체적인 분쟁을 공정하고 정당하게 해결할 수 있게 하고 국민의 권리가 구제되도록 하는 것이지, 자기가 직접 개입하여 그 모든 문제들을 하나하나 해결하는 것은 아니다. 인권기구가 사인에 의한 권리침해 (이름이 권리침해이지, 결국 사적인 분쟁이다)의 구체적인 사건에 모두 개입하여 대신 해결하는 것이 바람직하다면, 분쟁해결 또는 권리구제기능을 담당하는 다른 국가기관들은 무엇 때문에 존재하는 것인지 모르겠다. 그 기관들을 대신하여 그 기능을 대신 하나하나 수행하는 것이 인권기구의 본래 역할이라고 보는가. 차별호사는 사적 권리분쟁을 곧장 인권침해로 파악하여 국가가 책임지게 하는 내용의 “낡지 않은” 그리고 “경청할 만한” 이론이 과연 어디에 있는지, 그리고 그런 이론에 의하여 인권기구를 설치, 운영하는 사례가 있는지 구체적으로 제시해야 한다. 그렇지 않으면 이처럼 과도한 표현을 쓰는 것은 성실한 자세라고 하기 어렵다.

은 충분히 일리가 있다고 본다. 이 점에 대하여 수정안 초안은 공권력과 일정한 권리의 범주를 규정하고 있는데 “인간의 존엄과 가치”라는 추상적이면서 모든 권리를 포괄하는 규정을 두면서, 생명권 신체안전의 자유, 사생활과 통신의 자유라고 구체적인 권리를 열거함으로써 절거되지 아니한 집회의 자유, 언론의 자유, 사상의 자유 등과 같은 권리에 대하여는 그 대상이 되는지 여부가 불투명하다<sup>42)</sup>. 그리고 이 점에 있어서 오히려 법무부의 주장은 명쾌하여 보인다. 이른바 특새론이 그것이다. 인권침해사안 중 수사기관의 인권침해와 다수인보호시설의 인권침해와 같이 기존의 사법기구가 잘 해결하지 못하였던 영역만을 인권위가 담당하자는 주장이 명쾌하며, 논리적으로도 타당한 것으로 보인다<sup>43)</sup>. 이 점에서 수정안 초안같이 대상을 설정하는

42. 나는 이점에 관하여 충분히 성의있게 설명했다고 생각한다. : 부분의 영역을 제한한 것은 기본적으로 나의 정치적 고려였다는 점을 처음부터 시인하였다. 그러면서 나의 고려내용에 관하여 설명하였다. 요약하면, 수사기관, 행형기관(다수인보호시설포함), 정보기관과 같은 권력기관의 현재적, 잠재적 인권침해를 겨냥하여 확실하게 견제할 수 있게 하자는 것이고 평등권침해를 포함시켜 국가권력이 시민을 함부로 차별대우하는 데에 개입하게 하자는 것이다. 나는 현대 대한민국의 법제도, 민주주의의 성숙정도, 국가와 국민의 관계 및 의식의 정도에 비추어 볼 때 이 정도만 해도 대단한 것이라고 생각한다. 다만, 이 경우 구체적으로는 정말로 고통이 크고 달리 구제의 길도 마땅치 않아서 인권기구가 개입하지 않으면 안될 경우에 대비하여 “인간의 존엄과 가치”라는 불확정하지만 한국 헌법상의 핵심개념을 포함시켜 발전가능성을 열어 두자는 것이다. 물론 차변호사가 지적하였듯이 그럼에도 불구하고 왜 다른 권리침해는 다루지 않느냐, 그 기준이 모호하지 않느냐는 지적에는 타당성이 있다. 그러나 내가 보기에는 첫째, 다른 영역의 인권침해는 다른 권리구제 기관에 의하여도 어느 정도 다루어진다고 본다. 둘째, 사상의 자유 등 차변호사를 비롯한 많은 인권활동가들이 애호하는 인권의 문제는 결국 특정한 사상 또는 정치적 견해를 가진 사람을 국가가 차별하는 문제라고 본다. 따라서 이 문제는 평등권의 침해로 접근하여 충분히 해결할 수 있고, 아마도 인권기구가 생길 경우 이런 문제에 접근하는 시늉이라도 해 보려면 “사상의 자유”라는 명분보다는 평등권의 개념을 내세우는 것이 현실적으로도 가능성을 넓게 하리라고 본다. 실제로 유엔 인권소위원회는 드리지 “소수자 보호와 차별방지”라는 개념만으로 시민·정치적 권리와 경제·사회·문화적 권리의 영역까지 모두 다루고 있으며 이것이 내가 아는 한 “넓지 않은” 인권이론과 운동의 추세이기도 하다. 그럼에도 불구하고 나는 이 부분에 관한 한 나의 견해를 굳이 고수하고 싶은 생각은, 이미 밝혔듯이, 갖고 있지 않다. 단지 내 나름대로 고민하고 연구한 결과임을 밝히고 싶은 것이며 다른 사람에 대하여 단순히 많은 권한을 덧붙이기 보다는 현안을 어떻게 보도 그것을 개선하는 데 가장 좋은 방법이 인권기구의 역할과 관련하여 무엇이라고 보는지를 듣고 싶은 것이다.
43. 이 주장은 좀 충격적이다. 과연 차변호사는 법무부가 단지 5개의 범죄행위 유형만을 인권기구가 조사하게 하자는 것이 “명쾌하며 논리적으로도 타당”하다고 보는가. “수사기관 등의 직원 또는 다수인보호시설의 직원이 그 업무수행과 관련하여 행한” “가. 법률에 의하지 아니하고 사람을 체포 또는 감금하는 행위, 나. 법률에 의하지 아니하고 압수 또는 수색하는 행위, 다. 법률에 의하지 아니하고 우편물의 열람, 전기통신의 감청 또는 공개되지 아니한 타인간의 대화비밀을 침해하는 행위, 라. 법률에 의하지 아니하고 타인의 사생활에 관하여 사진을 촬영하여 공개하거나 그 비밀을 누설하는 행위, 마. 법률에 의하지 아니하고 구금·보호시설의 수용자나 피보호자를 징계 또는 징벌하는 행위, 바. 사람에 대하여 폭행·협박·고문 등 가혹한 행위를 하거나 사람을 사망 또는 상해

것은 왜 일부 권리에 대하여서는 조사대상에 포함하지 않는다는 비판과 아울러 인권조사대상에서 빠져야 되는 인권과 포함되는 인권의 구별의 기준이 범무부안보다 더욱 모호하다는 비판이 있을 수도 있는 것이다<sup>44)</sup>.

(5) 각각인데 업무폭주우려에 대한 대책은 조사대상의 제한의 방법으로 해결되어야 하는 것은 아니다. 물론 사회적 합의에 따라 캐나다나 뉴질랜드와 같이 차별행위만 인권기구가 다룰 수도 있을 것이고, 범무부안처럼 수사기관의 인권침해행위만을 목적으로할 수도 있을 것이다. 그러나 우리의 경우 인권기구의 역할이 그 동안 억눌려 왔던 인권의 목소리를 공론의 장에 쏟아 놓는 것이라면 조사대상을 제한하는 것은 좋은 방법이 아니라는 것임을 다시 한 번 강조하고자 한다.

(6) 조사대상을 제한하지 아니하고도 얼마든지 업무폭주에 대한 대비책은 있다. 인권위의 조사가 적절하지 아니하는 경우 이를 적합한 기관에 이송할 수 있도록 하는 것과 조사를 하지 아니하기로 각하할 수 있는 제도 등이다. 이 경우 인권위의 자의성을 우려하나 그 폐단이 아예 조사대상에서 제외하는 것보다는 훨씬 별 것 아님은 분명하다<sup>45)</sup>. 그리고 예컨대 사인끼리의 폭행과

에 이르게 하는 행위, 사. 사람을 공연히 모욕하거나 성적 수치심을 유발하는 행위, 아. 법률에 의하지 아니하고 사람으로 하여금 의무없는 일을 하게 하거나 권리행사를 방해하는 행위만을 조사한다는 것이 어떤 점에서 명쾌하고 논리적으로 타당한지 설명을 하기 바란다. 나는 이러한 행위들이 어떤 논리적, 현실적 이유에 근거하여 선택된 것인지 정말 이해하지 못하고 있다. 그리고 나의 글에서 그런 점을 구체적으로 지적한 바 있다. 따라서 차변호사가 이 법안을 비판한 나의 글에 대하여도 구체적으로 반론을 제기해 주기 바란다. 이 법안이 과연 범무부가 주장하는 바와 같이 "수사기관의 인권침해와 다수인 보호시설의 인권침해와 같이 기존의 사법기구가 잘 해결하지 못하였던 영역"을 조.하여 구체하게 한다는 언술에 합당한 것이라고 보는가.

44. 범무부의 법안에서 조사대상이 되는 인권침해의 유형이 모호하지 않다는 주장은 그 말 자체 동의할 수 있다. 그런데 그래서 어쨌다는 말인가. 범무부의 법안이 가진 문제점은 명쾌하지 않거나 모호하지 않다는 데 있는 것이 아니라, 결국 인권기구가 할 일이 별로 없고 인권상황을 개선하는 데 기여하지 못할 것이라는 점이다. 검찰이 하기 싫은 일을 대신 떠맡고 그나마도 검찰이 다시 마음먹으면 언제든지 인권기구의 조사를 봉쇄할 수 있게 되어 있다는 점에서(인권기구의 조사개시후에도 수사기관이 수사를 개시하면 무조건 각하해야 하므로) 범무부의 법안은 대단히 "명쾌"하고 "논리적"이라고 말해 볼 수도 있다. 그러나 그것은 궤변에 불과하다고 본다. 문제는 인권기구가 무엇을 할 수 있는가이다. 그리고 때로는 법률을 만드는 과정에서 해석과 발전의 여지를 남기기 위하여 "모호"한 것이 필요할 수도 있다는 점을 지적하고자 한다.

45. 나는 그렇게 생각하지 않는다. 문제는 반드시 해야 하지 않거나 할 필요가 없는 데도 마음먹으면 할 수 있는 권한을 가진다는 데 있다. 권한을 가지면 행사하는 것이 사람의 본성이며 조직의 본성이다. 그리고 그 기준이 특정되지 않은 광범위한 권한을 가질 경우, 반드시 남용되게 되는 것이 조직의 본성이다. 인권기구가 명확한 기준도 없이 광범위한 영역에서 자기의 판단에 따라 직접 할 수도 있고 다른 기관에 넘길 수도 있다면, 분명히 자의적인 판단이 일어날 것이고 이는 그 자체 바람직하지 않을 뿐 아니라 인권기구에 대한 일반 국민의 신뢰를 크게 훼손하며, 다른 국가기관과 심각한 충돌을 불러일으킬 것이

절도와 같은 경우 경찰서로 가지 않고 수사권도 없고, 구속력있는 결정권도 없는 인권위에 이를 맡긴다는 것은 상식에 비추어 그리 우려할 바는 아닌 것이다.

#### 마. 조사거부권의 부여

- (1) 조사대상의 기관의 장에게 조사거부권을 부여함으로써 조사거부권 남용의 우려가 있음은 긴 설명이 필요하지 아니하다<sup>46)</sup>.

다. 행사하지도 않을 것이거나 행사할 필요가 없는 권한은 처음부터 주지 말아야 한다. 차변호사의 제안대로 공권력에 의한 모든 인권침해, 사인에 의한 모든 권리침해(사적 분쟁)에 전부 개입하여 조사하고 시정명령 또는 상당한 부담을 주는 권고 등을 할 권한을 주게 되면, 사실상 대한민국에서 일어나는 분쟁 가운데 인권기구가 개입할 수 없는 것은 찾기 어렵다. 그렇다면, 그에 비하여 매우 세분되고 제한된 영역(예컨대, 행형을 다루는 법무부)을 처리하는 국가기관들이 보이는 자의적 판단과 판토회, 오만함, 권력남용, ... 등이 인권기구라고 하여 생기지 않으리라고 보는가. 도대체 무엇 때문에 다른 기관들이 나름대로 처리하고 있고 그들이 더 잘하게 해야 할 기능들을 인권기구에 다 털어 주자는 것인지 이유를 이해할 수 없다. 예컨대, 차변호사의 제안대로 한다면, 인권기구는 사인간의 금전분쟁(재산권침해), 폭행, 절도, 해고사건, 금융분쟁, 소비자분쟁, ... 등 모든 문제에 마음만 먹으면 개입할 수 있다. 개입하고 싶은 문제에는 개입하여 직접 조사할 수 있고 하기 싫으면 다른 기관에 넘겨 버릴 수도 있다. 아마도 그 기준을 설정하는 것은 불가능할 것이다. 그리고는 조사결과 결론을 내리고 구제명령을 내리거나 그러지 않더라도 상당한 부담을 주는 권고를 할 수 있다. 이것이 바람직한가. 국가에 대한 관계도 마찬가지다. 모든 행정처분, 하다 못해 조세부과처분에 대한 불복도 인권기구가 개입할 수 있다. 그래서 조세부과처분이 재산권을 침해했으니 취소하라고 국세청에 권고(시정명령을 하는 것이 말이 안되는 것은 설명할 필요도 없다)할 수 있다. 건설교통부가 건설하는 도로나 교량의 위치가 잘못되었다고, 혹은 도시계획이 잘못되어 인권(재산권을 침해한다고 인권기구가 조사하여 판정을 할 수 있을 것이다. 동강댐의 건설이 환경권을 침해한다고 결정하여 건설하지 말라고 권고하는 것도 가능하다. 18세의 청소년A가 제기한 진정을 조사하여 그에게 선거권을 주지 않는 것이 인권침해이니 선거권을 주라고 권고할 수 있을 것이다. 이런 것이 바람직한 일인가. 이론상 가능하게 해 놓고 이런 불합리한 일은 결코 일어나지 않을 것이라고 단정할 수 있는 근거는 무엇인가. 혹시라도 그럼 인권기구는 무엇을 해야 하나요 물은 사람들을 위해 내 생각을 말하자면, 인권기구는 다음과 같은 일을 해야 한다. 다른 권리구제기관의 권리구제 절차에 문제가 있어서(예컨대 성범죄의 피해여성에 대한 수사기관의 대처) 혹은 다른 이유(예컨대, 빈곤층에 대한 법률구조의 부족)로 권리를 침해당한 사람들이 권리를 구제받는데 어려움이 생기거나 혹은 절차중에 다른 인권침해가 생긴다면(예컨대, 수사기관에 의한 인권침해) 그런 부분을 조사하여 문제를 개선하게 해야 할 것이다. 동강댐을 비롯한 대규모 환경침해를 일으키는 사업을 계획하고 시행하는 데 환경문제를 고려하거나 지역 주민들의 참여를 보장하는 데 부족함이 있다면, 그런 부분을 제도적으로 개선하는 데 초점을 맞추어야 할 것이다. 18세의 청소년에게 선거권을 보장하는 문제를 국제인권법에 비추어 연구, 검토하여 정부와 국회에 그 제도의 개선을 촉구하는 역할을 하여야 한다.

46. 나로서는 설명이 필요한 것 같다. “국가의 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향을 미치는 국가기밀사항인 경우에” 한하여 “그 사유를 소명하고 그 자트 등의 제출 또는 그에 대한 접근이나 검증, 감정을 거부할 수 있다”는 것이 인권침해의 조항과 관련하여 그렇게까지 남

(2) 그런데 조사거부권을 조사대상에 부여하는 것이 합리적이며, 법체계로부터 요구되는 것인가. 국회의 경우 국정감사나 조사시 사생활침해나 계속중인 재판에 관여할 목적으로 행사되어서는 안된다고 하고는 있으나 이는 어디까지나 주의적인 규정에 불과하고, 수정안 초안에서처럼 조사대상의 기관의 장에게 조사거부권을 부여하고 있지는 않고 있다<sup>47)</sup>. 그리고 조사권을 가지고 있는 감사원<sup>48)</sup>, 공정거래위<sup>49)</sup>, 노동위 등 어느 곳도 조사대상에 조사거부권을 부여하고 있지는 않고 있다<sup>50)</sup>. 인권위의 조사요구에 이를 거부할 수 있는지 여부는 그와 같은 규정이 없다하더라도 내재적 한계로서 일정한 경우 조사거부가 법원에 의하여 정당화 될 수 있다<sup>51)</sup>. 본래 조사거부권은 인

용될 수 있는 것인지 의문이다.

47. 국정감사 및 조사에 관한 법률 제10조 4항을 보면 “국정감사나 조사를 위한 증인, 감정인, 참고인의 증언, 감정 등에 관한 절차는 국회에서의 증언, 감정 등에 관한 법률이 정하는 바에 의한다.”라고 하고 있고 국회에서의 증언, 감정 등에 관한 법률 제4조와 제10조는 “군사, 외교, 대북관계의 국가기밀에 관한 사항으로서 그 발표로 말미암아 국가안위에 중대한 영향을 미친다는 주무부장관의 소명”으로 조사를 거부할 수 있고, 국회가 본회의 또는 상임위의 의결로 그 소명을 수락하지 않는다고 결의할 경우에도 국무총리가 “국가의 중대한 이익을 해친다는 성명”을 발표하면 조사를 거부할 수 있게 되어 있다.
48. 감사원법 제24조 4항은 다음과 같다. “...(직무)감찰을 하고자 하는 경우에 국무총리로부터 국가기밀에 속한다는 소명이 있는 사항 및 국방부장관으로부터 군기밀 또는 작전상 지장이 있다는 소명이 있는 사항은 감찰할 수 없다.”
49. 공정거래위원회는 사기업의 경제적 거래행위를 조사하는 기관이다. 국가기관을 상대로 조사하는 것과는 본질이 다르다. 그리고 그 조사방법도 한정되어 있고(독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제50조), 자료나 물건의 제출거부, 허위 제출이나 보고, “조사를 거부, 방해 또는 기피”한 행위에 대하여는 1천만원 이하의 과태료에 처할 수 있을 뿐이다(같은 법 69조의 2, 1항 5, 6호).
50. 노동위원회의 조사대상 역시 원칙적으로 사인에 의한 고용관계의 일정한 행위이지 국가기관의 권력적 인권침해는 아니다. 그럼에도 노동위원회의 조사를 거부, 방해, 기피하거나 서류 등의 제출을 거부한 경우 500만원 이하의 벌금에 처할 수 있을 뿐(노동위원회법 31조) 조사를 관철할 방법은 전혀 없다. 말하자면 우리가 말하는 의미에서 강제조사권이 없는 것이며 그렇기 때문에 조사거부권의 문제는 제기될 여지가 없는 것이다.
51. 조사거부의 한계를 법률에 명백하게 정하는 것과 그것을 공백으로 남겨두어 “내재적 한계”를 설정하려고 할 경우 어느 쪽이 더 남용의 소지가 많을까 의문이다. 이렇게 되면 조사대상이 되는 국가기관이 내가 수정안에서 제안한 것과 같이 “국가의 안전보장 또는 외교관계에 중대한 영향을 미치는 국가기밀사항인 경우에” 한하여 “내재적 한계”를 들먹이며 조사를 거부할 것인가, 아니면 그 보다 훨씬 더 광범위하고 막연한 이유를 들어 조사를 거부하겠는가. 법무부가 만든 법안의 다음 두 조문을 보면, 법률에 그 한계를 명확히 하지 않았을 때 어떤 사태가 벌어질지 충분히 짐작하고도 남음이 있다고 생각한다.

“제46조(조사의 목적) ①위원회의 조사는 조사대상 인권침해행위로 인한 피해구제를 목적으로 하여야 하며, 국가기관의 기능수행에 지장을 초래하지 아니하도록 유의하여야 한다. ②위원회는 개인의 사생활을 침해하거나 계속중인 재판 또는 수사중인 사건의 소추에 부당하게 관여할 목적으로 조사를 하여서는 아니된다.”

“제48조(조사의 한계와 사실조회) ①위원회가 제47조제1항제4호, 동조제2항 및 제4항의

권기구가 법인인 경우 공적인 정보를 사인에게 제공한다는 의미에서 인정될 수 있는 이론적 근거가 있는 것이다. 그런데 인권위를 국가기구로 하는 이상은 조사대상에 조사거부권을 부여 하는 것은 스스로 조사권에 굴레를 씌우는 것일 따름이다<sup>52)</sup>.

- (3) 우리의 경위 인권기구는 출범초기 과거 인권침해에 조사에 대한 막대한 요구를 받을 것이다. 그런데 그 조사에 과거 권력기관의 정보가 필수적이라고 할 때 이를 순순히 내놓을 기관이 어디 있겠는가. 만일 수정안 초안처럼 조사거부권을 수용하고 들어가면 그 남용에 대한 제재 수단조차도 없는 상태에서 조사가 사실상 쉽게 벽에 부딪칠 것은 너무도 분명해 보인다<sup>53)</sup>.

규정에 의하여 관계자료나 물건의 제출을 요구하거나 그 자료·물건 또는 시설에 대한 실지조사를 하려고 하는 경우 관계 국가기관의 장으로부터 당해 자료·물건 또는 시설이 다음 각호의 1에 해당한다는 내용의 확인서가 위원회에 제출될 때에는 위원회는 그 자료나 물건의 제출을 요구하거나 그 자료·물건 또는 시설에 대한 실지조사를 할 수 없다. 1. 공개하면 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있다고 인정되는 경우 2. 수사·재판·형집행에 관한 자료나 물건으로서 공개하면 다음 각목의 1에 해당하는 사유가 있는 경우 가. 진행중인 범죄수사 또는 계속 중인 재판에 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우 나. 사건관계인의 명예나 사생활의 비밀 또는 생명·신체의 안전을 해할 우려가 있는 경우 다. 수사방법상의 기밀이 누설될 우려가 있는 경우"

그리고 조사대상인 국가기관이 이런 이유로 조사를 거부할 때 차변호사의 주장에 의하면 아마도 헌법재판소의 권한쟁의심판 대상이 될 것이다. 그것이 효과적이고 바람직한 해결방안이 될 것이라고 생각하는가.

52. 거듭 밝히지만 나는 매우 제한된 범위의 것이라고 보지만, 조사거부권을 꼭 주어야만 한다고 주장할 생각이 없다. 다만, 공대위가 인권기구문제를 가지고 대안을 제시하고 싸우는 앞으로 과정에서, 생각이 다른 사람들에게 모든 질문에 대하여 합리적인 설명을 할 수 있는, 책임있는 민간단체로 브이기를 원할 뿐이다. 더구나 차변호사는 법인형태를 받아들여 이라고 주장하고 있지 않은가. 그 경우 차변호사 스스로도 인정하는 바와 같이 필연적으로 제기되는 조사거부권 문제를 어떻게 해결할 것인지 대안을 제시해야 한다.
53. 실효적인 조사권의 문제는 고민이 필요할 것이다. 그러나 인권문제가 우리에게 중요하다고 하여 그것은 다른 국가기관의 어떤 기능보다도 중요하고 이를 능가할 수 있다고 생각하는 것은 무리라고 본다. 더구나 압수수색은 그 대안이 되지 않는다. 앞에서 지적한 문제에 덧붙여 지적하면 인권기구의 주요한 조사대상을 국가권력기관에 의한 인권침해로 상정하는 상황에서, 압수수색에 의하여 문제를 해결하는 것이 가능하고 바람직한가 하는 점이 더욱 심각한 문제이다. 그런데, 안기부가 조사를 거부한다고 할 때, 인권기구가 안기부를 상대로 법원의 압수수색명장을 발부받아 집행할 것인가. 차변호사의 주장에 의하면 경우에 따라 법원에 의하여 차관받을 권리와 같은 인권침해를 조사하는 경우도 있을 터인데, 법원이 조사를 거부하면 인권기구가 법원에 압수수색명장을 청구할 것인가. 이런 것이 가능한지, 가능하다고 해도 바람직한 일인지, 그리고 현실성이 있는 일인지 의문이다. 이때 필요한 것이 정치적인 해결이다. 인권기구가 언제든지 대통령과 국회에 보고할 수 있게 하는 것이 그래서 중요한 것이다. 법으로 해결할 것과 정치적으로 해결할 것은 구별해야 하며 모든 것을 법으로 해결하는 것은, 우선 명쾌해 보이지만 현실에서 전혀 작동하지 않을 수도 있다. 아니 그전에 그런 법을 만드는 것이 불가능할 것이다.

## 바. 조사시효

시효가 있어야 한다는 것은 인정한다. 그러나 과거 인권침해문제를 생각할 때 시효가 장애가 되는 것 또한 역시 분명하다<sup>54</sup> 따라서 시효제도를 두되 부칙에서 시효제도의 실시를 일정한 기간 연기하는 방안을 두는 등 과거 인권침해 조사에 대한 장애를 피해갈 수 있는 보완이 필요한 것으로 본다.

## 5. 나머지 생각

가. 인권기구의 설립이 늦어 저서는 안된다고 본다. 어떻게 보면 인권위의 성패는 인권위에 대한 법제도를 잘 만드는 것보다는 현 시기에 과거 인권침해문제에 대한 해결책을 주도해 나가면서<sup>55</sup> 이에 탄력을 받아 국민적인 기구로 자리매김하는 것에 있지 않나 생각된다. 시간이 누구 편인지는 불명확하고 이후 정치일정을 볼 때 현 정권보다 더 인권정책에 적극적이고, 진보적일 수 있다는 보장은 없으며, 오히려 현정권이 적어도 민주화운동세력<sup>56</sup>에 대하여 일정한 부담이 있다고 볼 때 현정권에서 인권기구의 틀을 만들어 나가는 것이 수월한 것이 아닌가 한다.

나. 이렇게 볼 때 문제는 인권기구의 설립과 초기 운영에서의 체계모니이다. 적어도 인권단체가 이 과정에서 상당한 주도권을 행사할 수 있는 구조가 되어야 한다<sup>56</sup>. 명동성당 농성으로 인권법의 제정이 법무부 손에 있어서 안된다는 사실은 분명하게 전달된 것으로 보이며, 이 점은 매우 큰 성과라고 본다. 그런데 현정권의 정책방향에서 인권위를 국가기구로 하여 상당한 고위공직자를 만들고, 공무원을 늘리는 것은 대세적인 흐름과 어긋나는 것으로 보이고<sup>57</sup>, 일반인에게도 기구 형태는

54. 내가 만든 공대위수정안에서 과거인권침해의 경우 조사대상이 되는 인권침해의 기간을 어떻게 설정할 것인가가 문제일 뿐, 시효의 문제는 제기되지 않는다. 일반적인 인권침해의 조사문제로서 시효문제를 제기한 것이라면 "진정권인이 된 사실 발생날로부터 1년이 경과한 경우"에 각하하되 "다만, 위원회가 조사하기로 결정한 경우에는 그러하지 아니하다"라는 단서를 두어 해결하게 하였고 이는 차변호사<sup>55</sup>가 만든 공추위법안과 같고 많은 나라의 법률들도 그렇다. 꼭 조사해야 할 사안이 있는데 1년이 지났다면 위원회가 조사하기로 결의하면 되는데 뭐 그렇게 잘못된 것인지 모르겠다. 더구나 차변호사 본인이 제안한 것과 같은 것이 아니겠는가.
55. 법 제도를 잘 만들지 않은 상태에서 법무부의 영향으로부터 독립하지 않은 인권기구 혹은 그런 인권기구를 통해 인권단체들이 어떻게 "과거 인권침해문제에 대한 해결책을 주도해 나가"는 것이 가능한지 나는 상상이 가지 않는다. 법무부가 만들어 놓은 법안으로 과연 "과거 인권침해문제에 대한 해결책"이 나오리라고 생각하는가. 나의 수정안도 한편으로는 부족하다고 비판하는 차변호사가 법무부안에 대한 구체적인 평가 혹은 최소한의 대안을 제시하지 않고 막연히 이런 주장을 하는 것은 성실해 보이지 않는다. 차변호사는 내가 제안한 수정안이 법무부의 법안과 비슷하거나 혹은 더 못한 것이라고 생각하고 있는가.
56. 도대체 무슨 수로 이것이 가능한지 구체적으로 제시해 주기를 기대한다.

그렇게 중요한 것이 아닌 것으로 보인다<sup>58)</sup>. 이런 점에서 법무부배제를 관철시킬 수 있는 방안이 있다면<sup>59)</sup> 법인방안을 카드로 활용하는 것이 인권위 설립에 결정적인 촉매가 될 수 있다.

다. 따라서 이후 과정에서 시간을 끌지 않고 현재 법무부의 목소리가 높기 어려운 시점에서 정부안의 가장 큰 것을 들어 주는 것처럼 하고, 법무부 배제와 그에 대한 반사로서 공대위가 국민회의와 청와대를 통하여 헤게모니를 행사하면, 인권기구 설립을 신속하게 야끌어 나가야 한다<sup>60)</sup>. 그리고 이후 설립과정에서도 헤게모니를 장악하기 위하여서는 공대위가 설립위원이나 인권위원으로 활동할 수 있는 분들에 대한 지속적인 접촉과 교감이 증시되어야 할 것으로 생각된다

(md:nhri:9202)

57. 이것이야 말로 법무부의 주장이 아니던가. 그렇다면 차변호사가 지금까지 국가기관으로 인권기구를 구성하자고 제안해 왔던 것은 잘못된 주장이었다는 말인가. 국가기관으로 만드는 것이 옳지만, 상황이 어쩔 수 없으니 다른 부분이 보완된다면 법인안을 받아들일 있다는 것인가, 아니면 국가기관으로 만드는 것은 처음부터 잘못된 일이라는 것인가. 국가기관으로 인권기구가 만들어지면 사실상 인권위원들이 고위공직자로 대우받을 가능성이 많겠지만, 그런 형식적 직급이나 보수가 중요한 것이 아니다. 제도적 권한과 기능이 중요한 것이다. 일개 판사가 고위 공직자여서 사람을 감옥에 넣거나 풀어주는 것은 아니기 않은가.
58. 일반인들은 기구의 형태가 가진 의미를 모르기 때문에 그런 것이다.
59. 이 방안이야 말로 차변호사가 제시해야 할 내용이다. 나로서는 "법인"안을 받아들인다는 "법무부배제를 관철시킬 수 있는 방안"은 없다고 생각한다. 그리고 나름대로 충분히 구체적으로 설명했다고 생각한다. 나로서는 떠오르지 않기 때문에 지난해 부터 그 점에 관하여 구체적인 제안을 해 보라고 차변호사에게 여러 번 권고했다. 그런데 아무런 구체적인 제안을 하지 않으면서 이런 주장을 되풀이하는 것은 결국 그냥 법무부 주장을 받아들이자는 주장과 무엇이 다른가 하는 회의가 제기된다.
60. 거듭 지적하지만, 차변호사가 진정으로 책임있게 이런 주장을 하려면, "공대위가 국민회의와 청와대를 통하여 헤게모니를 행사"할 수 있는 방안이 무엇인지, 어떻게 법무부를 배제할 수 있는지, 법인형식 속에 무리없이 부여할 수 있는 권한과 기능은 무엇인지, 그리고 법무부의 법안이 어떤 문제를 가지고 있으며 그 중 우리가 받아들일 수 없거나 꼭 수정해야 하는 내용은 무엇인지 등을 구체적으로, 가능하면 주장의 근거와 함께 제시해야 할 것이다.



# 법무법인 덕수합동법률사무소

DUKSU LAW OFFICES

서울특별시 종로구 창신1동 327-2 금호팰레스빌딩 5층, 전화: (02) 567-2316, 팩스: (02) 568-3439  
5th FL, Kumho Palace Bldg., 327-2 Changsin-1-Dong, Chongno-Ku, Seoul, Korea, TEL: (822) 567-2316, FAX: (822) 568-3439

1999. 7. 31.

수신: 대통령비서실

김성재 민정수석비서관님

정책2비서실 이철희 과장님(팩스 770-0376, 천리안 cwdc04)

참조: 민정2비서실 임삼진국장님(팩스 770-0626, sjlim@cwd.go.kr)

인권기구공대위 배경내씨(천리안 rights)

발신: 변호사 조용환

뒤에 첨부한 문서를 송부하니 업무에 참조하시고 의문이 있으시면 언제든지 연락주시기 바랍니다.

## “소속”없는 국가기구 위원회의 “위헌”적 발상

조몽환(변호사) 1999.7.31

1. 국가인권기구의 지위 내지 형식과 관련하여 이를 법률상 대통령에게 속하지 않은, 독립된 국가기관으로 설치하는 것은 위헌이라는 주장이 일각에서 제기되고 있다. 이 주장은 지금까지 그 논리적 근거를 명시하여 제출된 일이 한번도 없어서 자세한 내용을 이해하기 어렵다. 다만 이런 주장을 하는 사람들이 단편적으로 해 온 말들을 정리하여 추측하기에, 헌법기구가 아닌 국가기구는 반드시 헌법기구의 어느 하나인가에 제도적으로 소속해야만 설치될 수 있는데, 인권기구가 어느 헌법기구에도 속하지 않고 독립하면 그 헌법기관들의 권한을 침해하는 것이므로 위헌이 아닌가 하는 주장으로 생각된다. 다음으로는 현실적으로 막강한 권력과 영향력을 가진 대통령에 속하게 해서 그 힘을 이용할 수 있게 해야만 인권기구가 다른 권력기관의 견제를 뚫고 나름대로 역할을 할 수 있지, 아무런 바람벽이 없다면 혼자 힘으로 제 기능을 수행할 수 있겠는가 하는 생각에서 대통령에게 속하게 하자는 주장이 있다.

2. 두 번째 주장은 나름대로 고민해 볼 만한 점이 없지 않지만, 논리적으로 위헌론과는 전혀 별개의 문제이고 아무런 영향을 미칠 수 없다. 이 두 가지 논의가 뒤섞여 주장되어 온 것은 국가인권기구를 둘러싸고 이루어진 논쟁의 비논리성을 드러내고 있을 뿐이다. 따라서 위헌론의 문제에 논리적으로 관련되지 않기 때문에 여기서는 굳이 언급할 필요를 느끼지 않는다.

3. 기존의 헌법기관에 속하지 않은 국가기관을 설치할 수 있는가 하는 문제는, 깊게 들어가면 헌법관의 본질인 국가권력과 국민의 관계, 즉 국가의 권력구조와 기본권보장의 관계를 바라보는 시각과 연결되어 있다. 헌법학자들에 의하면, 일반적으로 국가권력과 국민의 관계를 바라보는 시각은 다음과 같이 나누어진다(권영성, 신판 헌법학원론, 법문사, 721).

첫째, 통치구조를 국민의 기본권실현과 무관한 자기목적적 강제기구로 보는 견해;

둘째, 무제한의 개인적 자유가 목적이고 국가는 다만 자유의 보장을 위한 수단 내지 제도에 지나지 않는다고 보는 견해;

셋째, 통치구조를 동화적 통합의 실질적 계기를 의미하는 기본권실현을 위한 정돈된 기능으로 보는 견해;

넷째, 기본권보장과 통치구조를 목적과 수단이라는 유기적 관련을 가지는 것으로 보는 견해.

4. 나는 만일, 우리나라의 헌법구조, 즉 국가권력과 국민의 관계를 위의 첫째 견해처럼 파악한다면, 기존의 헌법기구에 속하지 않은 독립된 국가기관으로 인권기구를 설치하는 것이 위헌이라는

견해가 제출될 여지가 있음을 인정한다. 위 첫째 견해는 국가와 국민의 관계에서 국가를 우위에 놓을 뿐 아니라, 국가를 선형적으로 자기 목적적인 존재로 인정하고 국민은 국가에 예속된 존재로 파악한다. 따라서, 국가권력과 국민의 관계에서 헌법이 예정하고 있는 국가권력의 체제나 부여된 권한, 권력을 국가의 본질이자 기본질서로 파악하기 때문에 그것을 더 강화하는 것은 가능하지만, 제한하거나 견제하거나 약화시키는 것은 헌법질서에 어긋나는 것으로 볼 수 있다. 이것이 바로 전체주의 국가관인데, 전체주의 국가관에 따르면 국민의 자유와 권리는 부수적인 것이고 선형적으로 존재하는 국가권력이 제한되지 않는 범위안에서만 허용될 수 있는 것이므로, 헌법제정 당시에 예정했던 상태에 비하여 국민의 자유와 권리, 국가권력에 대한 견제를 강화하는 것은 헌법에 위반된다고 볼 수 있다. 이런 맥락에서 독립된 국가기관으로, 소속이 없는 형식의 인권기구를 만든다는 것은, 기존 헌법기관들의 기득권을 제한하는 것이고 위헌으로 볼 여지가 있다. 왜냐하면 이런 견해에 설 경우 국가권력과 국민은 상호 적대적이고 대립적인 관계이며, 국민의 자유와 권리를 향상시키는 것은 곧 국가권력을 약화시키는 것이라는, 이분법적이고 제로섬 게임적인 논리가 도출될 수 있기 때문이다.

5. 다행스럽게도 우리는 적어도 이론적으로 이런 국가관을 가지고 있지 않고 지금의 헌법도 '문언상' 이런 국가관에 근거하고 있지 않다. 다시 말하면 우리는 전체주의가 아니라 국민주권의 민주주의를 국가의 기본질서, 근본가치로 받아들이고 있기 때문이다. 사실 이론적으로 전체주의/국가주의가 옳으나, 아니면 국민주권/민주주의가 옳느냐를 증명할 길은 없다. 어디까지나 선택의 문제이고 믿음의 문제이다. 그리고 우리는 두 번째 종류의 믿음에 기초하여 헌법을 만들었고 지금의 논의를 하고 있다. 만일 전자의 세계관을 가지고 주장하는 사람이 있다면, 나는 그와 논쟁할 하등의 필요를 느끼지 않는다.

6. 대한민국은 "민주공화국"이므로 당연히 "주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다"(헌법 1조). 따라서 "모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다." 그러므로 역시 너무나 당연하게 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다"(헌법 10조). 이것이 대한민국 헌법의 근본가치이고 국가권력과 국민의 관계, 혹은 헌법문제에 관하여 위헌/합헌론을 전개할 때 첫 번째로 고려해야 할 전제 혹은 공리이다. 부수적으로 다시 한번 강조하면 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고..."에서 "확인하고"라는 말에 주의를 기울일 필요가 있다. 대한민국의 본질은 국민에게 있고 국민은 국가와 무관하게 너무나 당연한 전제로서 "인간의 존엄과 가치", 그리고 "불가침의 인권"을 가진다. 국가는 이를 실현하기 위하여 '수단'으로 만들어진 것일 뿐이다. 따라서 국가는 그런 전제조건 혹은 기본 공리를 "확인"할 수 있을 뿐이다. 인권은 존재하는 것이고 국가는 그것을 그냥 "확인"할 뿐 부여할 수 있는 것이 아니다. 인간이 만들어낸 컴퓨터가 인간의 존재를 '확인'하고 받아들일 수 있을 뿐, 인간의 가치에 의문을 제기할 수 없는 것과 꼭 같은 이치이다. 따

라서, 인간이 자기의 필요에 따라 컴퓨터의 근본원리 - 기본공리인 수학원칙 - 에 따라 컴퓨터를 기술적으로 변화시키고 발전시킬 수 국가권력의 형태나 모습도 기본원리 혹은 공리인 인권의 원칙을 더 잘 실현하는 방향으로 계속 변경하고 발전시킬 수 있는 것이다.

7. 여기서 나오는 결론은, 대한민국의 헌법질서에서 “기본권 보장과 통치구조는 목적과 수단의 관계에 있다고 보아야 한다”는 것이다(권영성, 앞의 책, 721). 기본권 보장이 목적이고 통치구조는 그것의 수단이다. 이것은 앞에서 본 바와 같이 인식론적으로 증명할 수 있는 것이 아니기 때문에 가치의 선택, 세계관의 문제이며, 그래서 그렇게 “보아야 한다”고 헌법학자가 말하게 되는 것이다. 그렇게 보지 않겠다고 하면, 그는 다른 어떤 나라, 혹은 과거 전체주의적 가치관을 전제로 만들어진 군사독재정권 시대의 헌법을 이야기하는 사람일 뿐이다.

8. 헌법문제에서 위헌/ 합헌의 논리를 전개할 수 있는 기초는 헌법의 기본원리들이다. 한국 헌법의 기본원리는 다음과 같다.

“국민주권의 원리, 자유민주주의, 사회국가의 원리, 문화국가의 원리, 법치국가의 원리, 평화국가의 원리”이다(권영성). 학자들 간에 약간의 표현은 다르지만 여기에 이론은 없다. 있을 수 없기 때문이다. 예컨대 “민주질서(국민주권/ 민주적 기본질서), 정치질서(정당질서/ 선거제도), 행정질서(법치주의/ 직업공무원제도), 사회·경제질서(사회복지주의/ 사회적 시장경제주의), 국제질서(국제 평화주의/ 평화통일/ 국제법존중)”으로 설명하거나(김철수), “국민주권의 이념(국민주권/ 기본권에 기속되는 통치권/ 자유민주주의/ 법치주의), 정의사회의 이념(사회적 기본권/ 사회국가원리/ 수정자본주의원리), 문화민족의 이념, 평화추구의 이념”(허영) 등으로 설명하지만 그 내용은 별다른 차이가 없다.

9. 인권단체들이 요구하는 국가인권기구는 무엇인가.

“모든 사람이 가지는 불가침의 인권을 보호하여 인권보장의 수준을 향상시키고, 인권의식을 고취하는 국가의 의무를 다하게 함으로써, 인간의 존엄과 자유, 권리를 보호하고 민주적 기본질서를 바로 세우는 데 기여”하기 위하여(법안 1) 설치하고자 하는 것이다. 이 기구는 헌법상 국민의 대표기관인 대통령과 국회가 협력하여 구성하는 국가기관으로, 형식적으로는 누구에게도 속하지 않고 독립적으로 인권의 보호를 위한 업무를 수행하게 된다. 그 내용을 간략히 정리하면 인권에 관한 법과 제도, 정책과 관행의 문제점을 연구, 조사하여 대통령과 국회, 혹은 다른 국가기관에 개선하도록 권고하거나 자문에 응하거나 의견을 표명하며, 다른 국가기관과 협력하여 인권교육을 하며, 심각한 인권침해를 조사하여 인권침해가 인정될 경우, 가해자에게 구제를 권고하고 인권침해가 일어나는데 법과 제도, 정책과 관행의 문제점이 있다면 그것을 개선하도록 권고하는 역할을 전문적으로 수행하는 것이다.

10. 따라서 만일 이러한 기구가 헌법에 위반되려면, 이 기구가 설치됨으로써 앞에서 본 헌법의 기본원리 가운데 어느 하나가 침해되어야 할 것이다. 그런데 인권기구의 설치목적은 앞에서 본 바와 같이 국민의 인권보장 수준을 높여 민주적 기본질서를 바로 세우기 위한 것이므로 헌법의 기본원리인 “국민주권의 원리, 자유민주주의, 사회국가의 원리, 문화국가의 원리, 법치국가의 원리, 평화국가의 원리”, 그 어느 것에도 위반될 소지가 전혀 없다. 오히려, 그것이 제대로 실현되지 않아 온 그 원리들을 실질화하기 위한 것일 뿐이다.

11. 위에서 본 헌법의 기본원리에 따라 대한민국 통치기구를 구성하는 원리는 무엇인가.

“국민주권의 원리, 대의제의 원리, 권력분립의 원리, 법치주의의 원리, 책임정치적 원리”이다 (권영성). 이 문제 역시 학자들마다 표현은 차이가 있지만 내용은 같다. 다를 수 없기 때문이다. 그렇다면, 소속이 없는 독립된 국가기관으로 인권기구를 설치함으로써, 위헌론이 제기될 소지가 어디에 있는가. 인권기구를 설치함으로써, 국민주권이 침해될 이유가 없다. 대의제도가 손상될 리 없고 권력분립의 원칙이 훼손되지도 않는다. 법치주의나 책임정치적 원리도 향상되면 되지 저해될 까닭이 없다. 그럼에도 불구하고, 기존 헌법기관에 속하지 않는 기관을 설치함으로써 권력분립의 원리, 즉 3권 분립의 원칙에 손상이 가리라고 혹시 염려할 사람이 있을지 모르겠다.

12. 교과서의 정의를 인용하면, 권력분립의 원칙이란 “국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 국가권력을 그 성질에 따라 입법권, 집행권, 사법권으로 분할하고 이들 권력을 각각 분리, 독립된 별개의 국가기관에 분산시킴으로써, 특정의 개인이나 집단에게 국가권력이 집중되지 아니하도록 함은 물론 권력상호간에 억제와 균형이 유지되도록 하는 통치구조의 구성원리를 말한다”(권영성, 앞의 책, 740-741). 이러한 원리에 이의를 제기할 사람은 없을 것이다.

13. 아직도 이해하지 못하는 사람을 위하여 권력분립의 원칙이 무엇인가에 관하여 다음과 같은 배경설명을 덧붙일 수 있다.

“첫째, 권력분립의 원리는 자유주의적 원리이다. ... 국가권력의 합리적 배분이라는 단순한 조직 기술론에 그치는 것이 아니라, 개인의 자유와 권리를 확보하기 위한 제도적 장치로서 자유주의적 통치구조구성의 원리를 의미한다. ...

둘째, 권력분립의 원리는 소극적 원리이다. ... 국가적 능률을 증진시키기 위한 적극적 원리가 아니라, 권력의 남용 또는 권력의 자의적 행사를 방지하고 억제하기 위한 소극적 원리를 의미한다. ...

셋째, 권력분립의 원리를 중립적 원리이다. ... 자유주의적 요청에 따라 국가권력의 절대성을

부정하고 권력을 중화시키는 중립적 원리를 의미한다. ...

넷째, 권력분립의 원리는 권력균형의 원리이다. ...”(권영성, 앞의 책, 742-743). 물론 너무나 당연한 설명이다.

14. 따라서, 인권기구가 기존 헌법기관에 소속이 되지 않았다는 이유로 위헌론을 제기하려면 다음과 같은 질문의 적어도 어느 하나에 그렇다라고 답변할 수 있어야 한다.

첫째, 국민의 대표가 아닌, 즉 주권자인 국민으로부터 국가기관 구성권을 위임받지 않은 영등한 자가 끼어들어 국가기관을 구성함으로써 국민의 주권을 침해하고 있는가.

둘째, 이 기구가 설치됨으로써, 국가권력과 국민 사이의 관계에서 국가권력을 부당하게 강화하여 국가의 최고원리자 자기목적인 국민의 자유와 권리를 침해할 우려가 있는가.

셋째, 기본권 보장을 위하여 설정된 권력분립의 원리를 훼손하여, 3권의 어느 하나를 부당하게 강화하거나, 어느 하나를 부당하게 약화시켜 인권보장을 위협하게 하거나 혹은 3권 사이의 분리와 견제의 원칙을 허물어뜨리고 있는가.

넷째, 국가권력의 중립성, 수단성을 이념적으로 손상시켜 국가권력에 불필요한 이념적 가치를 부여하거나 국민과 국가 사이의 목적/수단의 논리적 구조를 허물어뜨리는가.

15. 우리가 제안한 국가인권기구는 이러한 질문 어느 것에도 “그렇다”라고 답변할 여지가 전혀 없다. 그 반대임이 명백하다. 그렇다면, 소속이 없는 모든 국가기관은 기존의 헌법기구에 반드시 제도적으로 종속되어야 한다는 주장은 헌법의 근본가치를 국가우월적인 것으로, 따라서 이미 성립한 국가권력기관을 자기 목적적인 것으로 보아, 그 틀을 조금이라도 벗어나 국가권력과 국민 사이의 균형추를 국민의 편으로 기울게 하는 것은 용납할 수 없다는 전체주의/ 국가주의적 세계관에 자기도 모르게 사로잡힌 견해이거나 아니면, 독립된 국가인권기구의 존재와 활동으로 인하여 자기의 관료적 이익/ 권력이 제한되거나 견제되는 것을 피하고자 하는 반민주적인 가치관에서 비롯된 트집잡기 둘 중의 하나일 것이다.

16. 부연하면, 제도적으로 대통령에게 속하는 형태의 인권기구를 생각할 수 없는 것은 아니다. 이것은 어디까지나 정책적 선택일 뿐이며 위헌이나, 합헌이나의 문제는 아니다. 다만, 형식상 대통령에게 속하게 하면 아무래도 그 기관의 활동과 운영, 인사 등에 대통령이 관여하게 될 가능성이 높고 따라서 독립성이 훼손될 가능성이 크다고 보기 때문에 “바람직하지 않다”고 보는 것이다.

17. 독립된, 즉 “소속이 없는” 국가기구의 위헌론을 주장하는 사람들이야말로, 앞에서 보았듯이 오히려 우리나라의 헌법에서 받아들일 수 없는 위헌적 발상을 은연중에 가지고 있으면서, 우리나라가 국민주권과 민주주의원리에 바탕을 두고 국민의 인권을 보장하는 국가로 발전해 나가는 것을 못마땅해 하는 사람들이다. 이들은 그들속에 숨어서 마치 실체없는 유령처럼 “소속없는 국가기구 위헌론”을 퍼뜨려 순진한 사람들을 현혹시키지 말고 당당하게 자신의 이름과 인격을 걸고 논쟁에 참여할 일이다. 그렇지 않고 민주주의의 ‘햇볕’을 쪼이자 말자 말라죽어버리는 곰팡이의 신세가 되는 것이 두렵다면, 어둠속에 숨어 침묵이나 지킬 일이다.