

유럽헌법연구  
제5호

ISSN : 1976-4383(Print)

---

國際政治와 法哲學 : 憲法과 國際法の 接點에서

김기영

To cite this article : 김기영 (2009) 國際政治와 法哲學 : 憲法과 國際法の 接點에서, 유럽헌법연구, 5, 369-402

① earticle에서 제공하는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 학술교육원은 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다.

② earticle에서 제공하는 콘텐츠를 무단 복제, 전송, 배포, 기타 저작권법에 위반되는 방법으로 이용할 경우, 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

[www.earticle.net](http://www.earticle.net)

## 國際政治와 法哲學: 憲法과 國際法の 接點에서

김기영

### 목 차

- |                      |                              |
|----------------------|------------------------------|
| I. 序論                | V. 美國의 世界霸權과 루벤펠드의 一方主義的 憲法觀 |
| II. 論議의 背景           | 1. 民主憲法主義와 國際憲法主義            |
| 1. 國際政治의 흐름          | 2. 憲法에 대한 國際法の 도전            |
| 2. 國際法體制(國際機構)의 位相   | VI. 21세기 國際法과 法實證主義의 復活可能性   |
| 3. 世界化               | 1. WTO體制와 法實證主義              |
| 4. 結語                | 2. 하아트의 법실증주의와 WTO체제         |
| III. 獨逸의 世界霸權追求와 憲法觀 | VII. 나오면서                    |
| IV. 現代國際法の 탄생과 法實證主義 |                              |
| 1. 法實證主義             |                              |
| 2. 法實證主義와 UN體制的 탄생   |                              |

### I. 序論

법철학적 테제는 그 자체로 자족적이어서는 안된다는 것이 본인의 소박한 믿음이다. 법철학적 연구가 법의 현실에 일정한 지표를 제공하고, 현실 문제를 가늠할 수 있는 잣대이자 이념적 기준으로 기능할 때에 법철학의 존재의의가 있다고 본다. 굳이 소크라테스나 스토아학파를 거론하지 않더라도 법은 인간이 사회를 구성하고 정치적·사회적 존재로서 생활하기 위하여 필수불가결한 文化的 機濟라는 것은 누구도 부인할 수 없다. 근현대를 거치면서 법이 처한 사회현실은 급속하게 변화하고 있다. 특히 정보화

와 세계지역화로 집약되는 현대사회의 발전은 법의 사회적 역할이나 기능, 법영역 등에 많은 영향을 미치고 있다. 1990년대 이후 국제정치적으로 미국의 단일패권과 최근의 양극화·다극화조짐은 전통법철학에 대한 재검점과 현실적 의의를 조명해 볼 필요성을 제고하고 있다. 특히 제 2차세계대전 이후 국제정치 내지 정치적 세계화의 상징이라고 할 수 있는 UN체제, GATT체제의 미비를 보완하고 강력한 국제경제관리체제이자, 1980년대 경제적 세계화를 대표하고 있는 WTO체제를 뒷받침하고 있는 것은 당연히 국제법이며, 미국의 패권을 법적으로 뒷받침하고 있는 것은 미 연방헌법이라고 할 수 있다. 1990년대 등장한 미국의 패권이 쇠퇴하는 경향을 보이고 있지만, 미국은 여전히 국제정치에서 큰 역할을 하고 있는 것은 틀림없다. 그럼에도 국내법학계는 유럽중심의 法實證主義的 사고에 경도되어 있는 듯 하다. 물론 법실증주의는 시공을 초월한 원리적 성격을 가지고 있고, 여전히 법현상을 분석하고 법의 본질, 효력근거 등을 이해함에 있어 아직까지도 지배적 법철학 사조라고 볼 수 있다. 그러나 국제정치의 현실 속에서 미국 법학계의 시각을 전혀 도외시할 수 없다. 그것은 법철학적으로 법실증주의에 대한 비판적 검토로서의 성격을 가지므로, 미-EU의 양극체제하에서도 여전히 의미를 갖는다고 본다. 현재의 UN체제나 WTO 체제는 국제적 차원에서 정치경제적 흐름을 대변하는 국제법체제로서 굳건한 입지를 구축하고 있으므로, 본고의 논의는 법철학적 차원에서 批判的 性格을 갖는다.

## II. 論議의 背景

### 1. 國際政治의 흐름

한국동란과 1960년대를 거치면서 국제정치는 초강대국인 미국과 소련을 중심으로 한 양극체제가 되었다. 양 국가는 동서 각 진영에서 패권적

지위를 누리면서 국제정치를 주도하였으나, 1980년대에 들어 소련연방이 붕괴되고 바르샤바 조약기구가 해체됨으로써 러시아의 국력은 크게 약화되고 미국은 세계에서 유일하게 초강대국으로 남게 되었으며, 미국의 단일패권을 말하는 정치학자들이 많아지게 된다. 이에 따라 미국이 국제정치에서 차지하는 역할과 책임이 증가하는 한편, 21세기에 들어 EU의 확대, 중국의 급속한 경제 성장, 경제대국인 일본의 정치력 강화 등으로 세계정치는 다시 양극 또는 다극체제로 회귀하는 경향을 보이고 있다. 미국의 단일패권이 형성되던 1980년대는 레이건-대처의 신자유주의와 세계화가 힘을 얻던 시대이고, 이러한 세계화는 21세기에 들어 세방화 또는 세계지역화로 발전 고착화되는 양상이라고 평가된다. 세계화가 경제적 차원에서 시작되고 다양한 차원으로 발전한다고 보면, 후술하는 바와 같이 법적인 차원에서는 1986년 우루과이라운드를 기점으로 1995년 WTO체제의 탄생으로 법적인 국제경제관리체제로 완결되었다고 평가할 수 있다. 세계화를 보다 넓게 이해하여 1945년 UN체제의 탄생까지 포함시키는 경우, 이는 정치적 세계화라고 할 수 있는 바, UN은 WTO보다 포괄적인 세계적 차원의 국제법체제라고 볼 수 있다.

## 2. 國際法體制(國際機構)의 位相

이러한 정치적·경제적 세계화와 함께 세계가 긴밀하게 결합되고 정보화의 진전으로 신국제질서 하에서는 국제기구의 역할이 커질 것으로 예상된다. 특히 최근의 양극화·다극화 현상은 세계를 제패할 초강대국의 출현을 불투명하게 하고, 자연히 UN과 같은 보편적인 국제기구의 역할이 증가할 것이다. 또한 과거와 같이 안전보장이사회 중심의 UN, 거부권의 빈번한 행사의 관행이 줄어들고 있고, 유엔의 평화유지 기능의 활성화, 유엔과 유럽연합 및 기타 연합세력들과 같은 집단적 안전보장체제, 핵무기의 등장으로 인하여 전쟁의 가능성이 줄어들고 전쟁 대신에 국제적 조정을 통한 국제평화와 안보를 유지하려는 강대국들의 노력은 국제기구의 위상

과 역할을 제고하고 있다. 특히 NPT체제의 강화 등 핵무기의 확산을 방지하기 위한 각국간 원자력 기구의 기능 보강과 안전 및 환경운동 등도 국제법 또는 국제기구의 중요성을 부각시키는 한 요인이 되고 있다.

### 3. 世界化

사실 세계화는 이미 고대 그리스 로마, 중세유럽시대에도 볼 수 있었던 현상이다. 예컨대 중세 지중해 무역의 확대도 세계화의 한 과정으로 파악할 수 있지만, 근자에 들어 사용되고 있는 세계화(globalization)란 용어는 경제협력개발기구(OECD)에 따르면 1985년 T.레비트가 최근 2-30년 동안 국제경제 분야에서 일어난 대변화를 설명하면서 처음 세계화라는 용어를 사용했다고 한다. 자본주의 세계 체제를 기반으로 한 세계화는 국민국가를 바탕으로 경제활동, 주권 행위 및 문화 교류가 이루어지는 국제화의 단계를 넘어 이제 그것들을 국경선을 가로질러 기능적으로 완전 통합하고 있는 지구화의 문턱에 돌입하고 있다.<sup>1)</sup> 이러한 세계화에 대하여는 긍정적 평가와 부정적 평가가 엇갈리고 있는 것이 사실이다. 과거 우리나라에서 발생한 IMF 대량해고사태, 부실기업 도산사태 등을 세계화의 부작용으로 보는 부정적 시각이 있었던 것이 사실이다. 세계화는 탈규제화를 통하여 기업과 자본이 세계시장에서 자유롭게 활동할 수 있는 여건을 마련하여 경제성장을 촉진시킬 수 있는 한편, 경쟁력없는 기업은 살아남을 수 없는 정글의 법칙이 지배하게 된다. 세계화는 기업들에게 세계적 마인드로 경영활동을 하도록 진작하는 한편, 기업이 뿌리내리고 있는 지역을 동시에 중시하는 世方化, 즉 세계지역화(glocalization) 현상으로 발전하게 된다.<sup>2)</sup> 세계화는 또한 지역차원에서 사람들로부터 소속감과 자아감을 상실시킬 수 있고, 이러한 부작용으로 인하여 사람들은 지방적 수준에서 공동체의

1) 황해두, *경제통합과 세계화* (무역경영사 2009, 서울)

2) 세방화와 지역발전에 관하여, 김강년, 세방화와 국가발전전략(현대사회연구소), 지방자치 132 59-64면.

재발견을 시도하도록 한다. 즉 세계화는 생태계의 융합까지도 시도하는 Mcworld를 지향하게 되고, 이는 지역문화와 생활공동체가 동시에 강조되고 중요시되는 세방화로 나아가게 되는 것이다.

세계화의 진전은 GATT체제의 흡수와 새로운 국제 무역 기구인 WTO의 창설로 그 정점을 이루게 된다. 이 WTO체제는 종전의 GATT체제보다 훨씬 광범위하고 강력한 무역질서이다. 관세 및 무역에 관한 일반 협정인 GATT체제는 사실 공산품 무역에 대한 강제력이 없는 신사협정의 수준이었으나 WTO는 농산품에도 그 범위를 확대하여 농산물 보조금의 지원을 봉쇄하는 등 일련의 조치를 취할 수 있게 되었다. WTO체제는 GATT체제와 달리 상품무역일변도에서 서비스 무역에 대한 국제질서를 새로 정립했고, Trips협정의 체결로 무역관련 과학기술문제에 관하여 국제협정체제를 창출해냈다. 상품무역영역에서도 농산물교역을 흡수시키는 등 많은 확대개편이 있었고, 상설분쟁해결기구를 설치하고, 逆滿場一致制와 교차보복제의 채택 등 분쟁해결기구의 권한을 강화하는 등 국제기구로서 구 GATT에 비해 훨씬 강한 통제력을 가지고 있다.

#### 4. 結語

이에 본고는 법철학적으로 가장 지배적인 도그마를 19세기에 발전하고 현재까지도 영향을 미치고 있는 독일, 영국의 법실증주의적 사조라고 전제하고 이는 국제정치적으로 제 2차세계대전 이전까지 독일과 영국의 세계패권을 대변한다고 본다. 독일의 패전과 함께 등장한 2차세계대전이후의 국제질서를 UN중심의 국제정치로 보고, UN질서를 형성함에 있어 법실증주의적 사고가 많은 영향을 미쳤다고 본다. 제 2차세계대전이후의 국제질서는 1960년대 영국패권의 종료로 미러 양극체제가 형성되었으며, 1990년대 미국의 단일패권, 21세기 들어 유럽통합으로 미국과 EU라는 양극체제 내지 다극체제화하는 경향을 보이고 있다고 본다. 경제적으로는 1980년대 세계화 현상으로 세계가 급속도로 상호의존적으로 발전하며, 세계화

현상을 하나의 이니셔티브라고 본다면,<sup>3)</sup> 세계화는 그 자체로 자족적일 수 없으며 종래 세계지역화의 현상으로 발전 고착화될 것으로 전망된다. 이러한 전제하에 국제정치 내지 국내정치의 법적 시현으로서 헌법과 국제법에 관한 시각을 점검해 보는 것은 의미가 있다.

### III. 獨逸의 世界霸權追求와 憲法觀

法和 政治의 문제를 다룸에 있어 법실증주의와 법현실주의는 갈등을 겪고 있다. 법과 정치의 문제가 교착하는 법분과로 대표적인 것이 헌법과 국제법영역이다. 헌법은 일반적으로 어떤 국가의 법체계 중 가장 기본적인 것이며 그 효력에 있어서는 상위에 위치하는 법규범을 말한다. 즉 국가의 법체계에 있어 근본규범이며 최고규범이지만, 이러한 헌법의 정태적 규범성과 함께 동태적 정치성을 간과할 수 없다. 그것은 사실적 권력관계를 떠난 헌법이란 존재할 수 없으며, 근대헌법이 국민의 기본권을 보장하고 국가권력을 제한하는 제한규범으로서 제 기능을 다하고 있는 것도 바로 이 사실적 권력관계를 뒷받침하고 있는 시민세력이 존재하고 있기 때문이다. 여기에 우리가 헌법을 政治的 法이라고 부르는 이유가 있다.

헌법 내지 국법과 관련하여 독일의 법실증주의자들은 정치의 국법으로부터의 추방 혹은 차단의 경향을 취하는 경향을 보였고, 제 1차세계대전 즈음 정치화의 시대에는 반대로 정치의 국법으로부터의 도입 내지 결합을 시도한 바 있다. Gerber, Laband, Jellinek, Kelsen 등 신칸트학과 법실증주의자들은 국법의 실증적 존재와 요구를 법의 순수성과 규범성에 찾으려 하였으나, 국가의 혼란은 불가피하게 국법의 정치화를 인정하지 않을 수 없도록 한 것이다. 헌법의 정치적 성격은 시민혁명과 민주화에서 찾아 볼 수도 있지만, 독일에서는 그것이 전쟁의 혼란속에서 두드러지게 된 것이다.

3) 임혁백, 세계화와 민주주의, 비평 21호 28-48면 (생각의나무 2008).

헌법의 정치적 성격을 보다 강하게 인정하게 되는 통합론 내지 決斷論的 憲法觀이 등장하게 되는 바, 그것은 독일의 법현실주의라고 부를 수 있겠다. Triepel, R. Smend, C. Schmitt 등으로 대표되는 결단론 내지 통합론적 국법학자들은 정치적인 것과 관련성없는 헌법의 제규범의 파악이란 전혀 불가능한 것이며, 헌법이 실제적으로 대상으로 하는 것은 정치적인 것이 외에는 있을 수 없다라고까지 하였다.

統合主義가 헌법학에 등장하게된 중요한 동기는 결단주의가 헌법학에 도입된 동기와 마찬가지로 1920년대의 형식화된 법실증주의를 극복하고 실질적인 헌법학체계를 확립하려는데 있었다. 법실증주의적 헌법관은 산업화되지 못한 정태적 사회, 군주국가적 정치 체제를 배경으로 한 비스마르크헌법 하에서는 현실과 잘 부합하였고 제1차 세계대전이전까지만 해도 어느 정도 부합하였다. 그러나 제1차 세계대전이 끝나면서 독일은 정치·사회·경제적으로 대혼란의 격동기를 맞았다. 이러한 상황은 형식화·추상화된 종래의 법실증주의 헌법관을 재검토하게 만들었다. 바이마르헌법 이후의 이 같은 위기상황을 슈미트는 강력한 힘의 소유자에 의한 결단을 통해 극복하고자 노력한데 반해, 스펜트는 통합사상에 의하여 제반문제를 해결하고자 통합주의를 등장시켰다.<sup>4)</sup>

결단주의가 헌법학에 도입된 중요한 동기의 하나는 형식화된 법실증주의를 극복하고 실질적인 헌법학체계를 확립하려는데 있었다.<sup>5)</sup> 모든 존재적 요소를 제거하고 규범만을 대상으로 하는 법실증주의는 형식적이었으므로 현실과 동떨어진 헌법학일 수밖에 없었고, 한편으로 독일제국은 제1차 세계대전이 끝나면서 정치적으로는 입헌군주국가(비스마르크헌법)에서 공화국(바이마르헌법)으로 체제변혁이 있었으며, 사회경제적으로는 극도의 혼란과 무질서 속에서 대변혁을 겪고 있었다. 이처럼 변화된 상황하에서는 기존의 법실증주의 헌법관은 더 이상 부합할 수 없었다. 따라서 바

4) 허영, 한국헌법론 (박영사, 1997), 16-20면.

5) 허영, 전거서, 14-16면.



이마르 공화국의 성립과 더불어 형식화되고 추상화된 법실증주의의 헌법관을 극복하고 새로운 헌법관을 수립하여 체계화하는 것이 당시의 헌법학계에 있어서 가장 큰 당면과제였다. 이러한 과제를 해결하고자 슈미트에 의해 결단주의가 대두되었다.

이러한 國法觀은 당시 유럽의 최강대국으로서 독일제국의 법현실을 대변하는 것으려서, 법실증주의자들의 인식론적 기교를 포기한 법현실주의의 입장이라고 보아도 그다지 틀린 말은 아닐 것이다. 국법이라고 할 수 있는 최고법인 헌법을 둘러싼 이러한 현실적 인식은 1990년대 세계패권국가로 등장한 미국에서도 찾아 볼 수 있다. 일반적으로 패권국가들의 인식론적 경향인 현실주의가 헌법에도 영향을 미치게 되면 헌법현실주의가 되게 된다. 헌법현실주의는 헌법의 민주성과 정치성을 부각시키고, 국가체제 내에서 시민의 결단으로서의 결단론을 취하게 된다. 이러한 결단론은 헌법의 국내법으로서의 한계로 인하여 국제사회와 관계에서 일방적 헌법주의를 결과하게 된다. 이러한 일방적 헌법주의는 이라크침공과 대통령의 군통수권행사 등에 관하여 헌법적 근거를 제공하기도 하고, 미국의 국제사회에서의 고립과 관련하여 헌법적 국수주의의 양상을 띠기도 한다. 미국 패권하 세계화의 현실에서 세계화와 지역화를 조정하는 법학적 창구가 된다. 즉 세계는 세계화를 통하여 가까워지고 긴밀화되면서도, 국가와 지역의 특색이 부각되고 세계화속에서 공존할 수 있는 세계지역화가 공고화되고 있다는 것이다. 세계화가 법학적으로 국제법을 통하여 이루어진다면, 지역화는 헌법을 통하여 가능하며, 그것은 과학과 사회의 발전에 관계없이 법이 존재하고 기능하는 현실이 된다. 그런데 미국의 국법현실주의자가 봉착하는 장애는 독일과 같은 양차세계대전과 파씨즘이 아닌 국제법의 황포가 된다. 따라서 미국의 국법현실주의는 국제헌법주의와의 대립과 조정이 된다.

## IV. 現代國際法の 탄생과 法實證主義

### 1. 法實證主義

법실증주의는 자연법론에 대한 반동으로 탄생한 법철학적 인식체계라고 할 수 있다.<sup>6)</sup> 따라서 먼저 자연법론에 대한 이해가 선행될 필요가 있다. 자연법론은 고대 그리스·로마, 그리고 중세에도 있었지만 근대의 자연법론은 17세기 후반부터 꽃피기 시작하였는 바, 근대의 자연법은 국가와 실정법을 초월한 인간본성 혹은 이성에 기초한 자연법의 이론이라고 볼 수 있다. 自由主義的인 자연법론은 미국의 독립전쟁, 프랑스 대혁명에서 보듯이 현실적인 국가제도 속에서 인간을 속박하고 자유를 억압하려는 봉건정치제도를 타파함으로써 인간의 자유를 확립하려고 하였다. 자유주의적 자연법론은 자연법은 실정법에 대한 정당성의 근거를 부여하는 것이라고 보아, 봉건정치제도는 인간을 억압하여 타파해야할 혁명의 대상으로 보았다.

법실증주의란 일반적·경험적으로 주어진 법을 법으로 인식하는 법사조로 실정법의 존재를 초월하는 자연법의 존재를 인정하지 않는다는 점에서 자연법사상에 대비된다.<sup>7)</sup> 법실증주의는 근대국가가 확립되면서 근대 법체계가 정비되던 때인 19세기 이래 법사상에서 지배적 지위를 차지하게 되는데, 독일에서는 개념법학, 일반법학과 순수법학으로 나타났으며, 영국에서는 벤담, 오스틴, 하트를 중심으로 공리주의 법학 내지 분석법학으로 나타나게 된다. 개념법학으로 대표되는 법실증주의에서 법적용은 단순한 인식행위이기에 법관의 법창조는 금지된다. 법질서는 완전무결하며 완결된 규범체계로 전제되며, 법의 이론이나 해석적용에 있어 어떠한 정치적·사회적·윤리적 요소도 배제된다. 즉 법실증주의는 모든 형이상학적

6) 법실증주의에 관하여, 深田三徳, 법실증주의논쟁: 사법적재량론비판, (法律文化社, 1983, 동경) 참조.

7) Hans Kelsen, 黒田覺, 長尾龍一 공역, 법실증주의와 자연법론 (木鐸社, 1973, 동경) 참조.

고찰방식을 배제하고 경험적으로 관찰가능한 사실만을 학문적 인식의 대상으로 삼는 콩트의 철학적 실증주의에 힘입어 발전하게 되는 바, 여기서 법은 하나의 사회현상으로서 사실에 대한 서술의 대상으로 진화됨으로써 법이념은 사라지고 법개념만이 법학의 대상일 수 있게 되었다. 규범적 실증주의라고 불리우는 실증적으로 주어진 것인 실정법에 대한 절대적 신앙에 기초한 법률지상주의의 성격을 띤 켈젠의 순수법학은 법과 법학의 탈정치화라는 이념 아래 출발하여 법의 순수성을 지키려고 하였으나, 실정법에 대한 절대적 신앙에 기초하여 법률지상주의의 성격을 띠게 된다. 법실증주의는 판례법국가에서건 제정법국가에서건 개념론과 규범론, 공리주의, 실증주의에 힘입어 법이론이나 해석적응에 있어 중요한 역할을 하고 있는 것은 틀림없다.<sup>8)</sup> 우리가 일반적·경험적 법으로서 판례를 이해하고 분석비교하며, 제정법을 해석적용하는 것은 법률전문가나 법을 연구하는 사람의 가장 기본적인 방법론이 되기 때문이다. 그러나 법실증주의는 법이 사회현상의 하나이며 전체 사회와의 관련 속에서만 그 본질과 기능이 제대로 밝혀질 수 있다는 것을 도외시한다는 비난을 면하지 못하였다.

## 2. 法實證主義와 UN體제의 탄생

제 2차세계대전 종전후 탄생한 유엔체제는 가장 대표적 국제법체제로서, 세계정치질서의 초석을 마련하였다고 평가된다. 아이러니컬하게도 UN체제의 탄생에 법적 틀을 제공하고 법철학적 초석을 제공한 사람들 중 대표적 인물이 패전국 법학자인 켈젠이라고 할 수 있다. 그러나 달리 보면 세계패권을 꿈꾸던 독일의 법철학이 종전후 세계체제형성에 영향력을 행사하였다는 것은 패전은 하였지만, 당시 독일과 영국의 국제정치적 위상이나, 법실증주의가 법철학적 사조에서 차지하는 비중을 고려할 때에 특이한 일은 아니다. 미국의 법사회학 이론 또는 법현실주의라고 불리우는

8) 법실증주의와 공리주의에 관하여 深田三徳, 법실증주의와 공리주의, (목탁사, 1984, 동경) 참조.

법행태론으로는 법관의 행태 또는 법원에서 말하여지는 법이 무엇인가를 연구하는데 초점이 모아질 뿐, 거대한 국제법체제를 탄생시키는데 있어 법철학적 지표를 제공하기 어렵기 때문이다. Roscoe Pound 등 미국의 사회학적 법학이 법의 개념을 절대시하고, 관련 사회현상을 도외시하는 법실증주의와 대비되는 한편, 법의 사회적 의의와 파장을 중시함으로써 함으로써, 보다 사회적으로 타당한 법을 발견하는데 유리한 면이 있을 수 있다. 그러나 법사회학적 접근방식이 일정한 한계를 가질 수 밖에 없는 상황에서 법실증주의, 특히 국제법우위의 법실증주의자인 켈젠의 이론이 UN체제 구축의 이론적 기반이 되었다는 것은 놀라운 일이 아니다. 특히 미국의 사회학적 법학은 Karl Lewellin에서 볼 수 있듯이 사법영역에서 기능하는 바가 크다. 국제법체제인 UN체제와 관련하여 Kelsen의 공법이론이 주목받게 된 것은 어찌보면 당연하다.

켈젠의 국제법이론 중 UN체제 형성의 이론적 기반이 되는 것은 “合意의 拘束力理論”이라고 할 수 있다. 합의의 구속력이론은 縮小主義的 프레임워크(reductionist vision)에 기반하고 있는데, 자연법론자들이나 사회학적 법학이론가들과 달리 인간의 행위를 법의 연구대상에서 제외하거나 제한적으로 연구의 대상으로 한다. 축소주의적 프레임워크하에서는 법이 인간의 의지의 산물이라고 보지만, 법의 정당성의 근거를 인간의 이성으로는 보지 않는다. 즉 그는 법학의 대상을 법의 형성, 유효성 및 구속력 등에 제한하면서, 법의 본질은 “強制 또는 義務(ought)”이고, 법의 정당성의 근거는 인간사회의 慣習으로 본다. 이러한 관습은 일반의지로 표현되는데, 국제법차원에서는 국제사회의 합의가 그 법적 정당성을 제공하는 관습의 구체적 표현이 된다고 한다. 따라서 UN체제는 국제사회의 합의에 의하여 형성된 정당한 체제가 될 수 있다. 또한 그의 법 위계론은 국제사회의 합의(consensus)의 산출에 있어 편의를 제공한다. 즉 최근 국제기구의 합의관행인 Consensus방식에 의하면 각국 대표가 의제의 대강에 관하여 설명을 들은 뒤, 이의없다고 하는 경우 당연히 합의된 것으로 보게 되는데, 중요한

의제, 즉 상위규범에 관하여 이러한 방식에 의하여 합의를 산출하고 구체적인 하위규범에 관하여는 실무차원의 자세한 협상을 거치게 함으로써 합의의 산출을 용이하게 할 수 있다.

켈젠의 국제법우위의 일원론은 당연히 UN 등 국제기구와 國際法治主義理想論者들에게 매우 유용한 이론적 틀을 제공할 수 있는 계기가 된다.<sup>9)</sup> 즉 그의 국제법우위론에 의하면 법의 정당성의 근원이라는 점에서 국제법은 국내법과 다른 법체계이며, 국제법이 보다 상위의 효력을 가지고, 조약과 국제관습법은 구별되며 조약은 조약에 서명한 국가간, 즉 부분국제사회에 유효한 것으로서 국제관습법이 보다 상위의 효력을 갖게 된다.<sup>10)</sup> 또한 國際法·國內法一元論은 국제법의 법적 주체를 국가 만에 한정하지 않고 일반시민에게까지 확대함으로써 UN체제의 탄생은 물론 세계화론자들의 세계시민사회주장과 쉽게 결합할 수 있는 이론적 유용성을 가지고 있다. 또한 주권중심적 전통국제법체계와 결별하고 국제기구 내지 국제법체제를 통하여 국가주권의 최고성을 완전히 잠식될 수 있는 이론적 계기를 제공한다. 이러한 켈젠의 이론은 이론으로 끝나지 않고 유럽통합을 뒷받침하고 있는 EU법체제에서 실증되고 있다.

그러나 켈젠의 형식주의적 순수법학은 사회학적 반항의 계기를 부여하지 못한다는 점에서 비판을 받고 있다. 그의 순수법이론하에서는 자연권이란 개념도 존재하지 않는다. 따라서 법의 효력은 국가의 제정행위로부터 도출되며, 법의 도덕적 정당성 또는 사회의 도덕적 체계가 범규범적 효력과 완전히 결별되는 문제가 발생한다. Consensus 아닌 헌법을 산출함에 있어 필요한 구체적 동의과정은 무시된다. 즉 민주주의의 필수불가결한 전제요건인 시민의 평등, 사상, 표현, 집회의 자유와 피치자의 명백한 동의

9) 법과 국제관계에 관하여 일반적으로, Han Kelsen, *Law and Peace in International Relations: The Oliver Wendell Holmes Lectures 1920-41* (Harvard Univ, Press 1948) (1942).

10) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* 123-61 (Anders Wedberg trans., 1946).

(consent)가 국제사회에서는 많은 경우 실현될 수 없어 결국 이상주의적 국제법체제에 그칠 수 밖에 없게 된다. 이는 미국적 관점에서 보면 Alexis tocquville이 경고한 대로 민주주의의 최대의 적이라고 할 수 있는 “合意의 獨裁(tyranny of consensus)” 양상으로 흐를 수 있다. 이러한 켈젠이론은 최근 세계화의 진전과 국제사회의 통합화 양상에 발맞추어 급진적으로 실현되고 있다.

예컨대 1998년 국제형사재판소에 관한 로마협약상 국제형사재판소의 관할권은 조약당사국인가에 관계없이 세계 각국의 시민에게 미치게 되는 한편, 미국의 서명비준거부는 켈젠 추종자에게는 비난의 대상이 되었다.<sup>11)</sup> 또한 2000년 UN의 인권위원회결의로 창설된 인권보호를 위한 UN사무총장 특별대표부, 인권에 관한 국제기구의 감시와 실행활동, 국제법주체가 아닌 州政府가 사형 제도를 둘러싸고 국제기구의 감시를 받는 것은 국제법체제와 주권국가 내지 헌법간의 갈등양상이라고 할 수 있다. 또한 유럽 통합과 그 통치과정은 그러한 켈젠이론이 보다 급진적으로 현실화되고 있다는 것을 보여준다.<sup>12)</sup> 켈젠의 이론에 따르면 국제협약체인 초국가기구가 창설된 이상 국가주권을 이유로 초국가기구의 통치권능을 제한하여서는 안된다는 결론에 도달하게 되므로 전통국제법상 국가와 국제기구의 관계에 관한 국가중심 기본원칙(principle of subsidiarity)이 부인됨으로써, 세계 패권국가라고 할 수 있는 미국의 국법학자나 국제법학자들의 비판을 받게 된다.

요컨대 그의 이론에 대하여는 내용에 관하여 자제하면서 형식주의에 그치고 있고, 논리와 역사적 사실의 혼돈, 國家社會와 國際社會라는 이원적 구도 하에서 논리적 비약이 있다는 점, 법의 정당성의 근원에 관한 고전적 설명과 비교하여 설명이 부족한 점, 절차와 토론이라는 민주적 가치가

11) Catherine Cissé, Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 4 Int'l law Forum du Droit Int'l 3, 7-11 (2002),  
 12) Romano Prodi(President of the EU Commission), Speech at the Institut d'Etudes Politiques, Paris, France (May 29, 2001) 참조.

무시되고 있다는 점, 법의 실체적 정당성에 관한 문제가 도외시되고 있다는 점, 법의 규범력에 관한 절대주의적 사고와 사회학적 고찰이 부족하여 영미법계와 접목되기 어렵다는 점, 전통적 국가주권에 바탕한 현실주의적 반론 등 다양한 비판의 여지를 보이고 있다.

## V. 美國의 世界霸權과 루벤펠드의 一方主義的 憲法觀

### 1. 民主憲法主義와 國際憲法主義

루벤펠드(Rubinfeld)에 의하면 현재 우리가 살고 있는 세계에는 두가지 유형의 헌법주의 내지 입헌주의가 있다고 한다. 그 하나는 民主的 立憲主義 (Democratic constitutionalism)이고 다른 하나는 國際的 立憲主義 (International democratism)라고 하면서, 민주적 입헌주의는 특정 정치공동체를 전제로, 시민의 제한행위라는 특정한 입법행위를 통하여 산출된 국가의 기본법을 헌법으로 보고, 그러한 헌법을 중심으로 민주주의를 영위해 나가는 입헌주의이며, 국제 입헌주의는 헌법을 민주 주권국가에 일정한 권능을 부여하는 법으로 적극적으로 인식하기 보다는 국가를 초월하는 보편적 천부인권관념을 바탕으로 민주정을 견제하고 제한하는 성격의 법으로 인식하는 입헌주의라고 한다.<sup>13)</sup> 이러한 국제헌법주의는 극단적 민족주의로 인한 제 2차 세계대전 이후의 유럽사회에 보편적으로 인식되고, 종전후 탄생한 각종 국제기구의 창설로 구조화되었으며, 주권중심의 전통 국제법체계를 지지하는 국제법학자들은 이러한 국제입헌주의를 단순히 반국가적 성격이 아닌 반민주적이라고 비판하고 있다.

국제헌법주의의 문제를 세가지 차원에서 대조시켜 본다.

---

13) Jed Rubinfeld UNILATERALISM AND CONSTITUTIONALISM, 79 NYULR 1971 (December, 2004) 1992-2000.

첫째 歴史的 次元에서 프랑스 혁명이후의 인권선언과 미국독립혁명으로 탄생한 연방헌법의 인권조항이 대비될 수 있다.<sup>14)</sup> 1789년 프랑스 인권선언은 프랑스 시민을 넘어 모든 인간의 보편적 인권보장을 구속적인 것으로 천명하고 있는 반면, 1789년 미의회가 제정한 인권장전은 보편적 구속력은 고사하고, 주정부를 구속하지 못하는 미약한 것이었다. 미연방헌법 제정시 유일하게 헌법에 성문화된 국교분리와 종교의 자유 보장조항은 있었지만 이는 연방정부만을 구속할 뿐, 주정부들이 단독으로 또는 연합하여 국교를 창설하더라도 연방헌법에 위배되지 않는다.<sup>15)</sup> 물론 미 연방헌법도 전문에서 계몽주의 원칙과 천부인권을 선언하고 있으나, 민주적 숙려와 동의에 따라 통치권을 행사하는 자치정부를 수립함을 최우선의 목적으로 하고 있다. 즉 미국의 입헌주의, 아리러니컬하게도 세계최초의 성문헌법을 제정한 미국의 입헌주의는 민주적 통치권과 통치조직에 중점을 둔 것으로서, 이는 먼저 기본적인 국가체계를 갖추고, 국민의 정치적 대표를 선출하여 국정을 운영해 나가려는 의지의 소산이라고 보아야 한다. 미 헌법이전에도 영국, 프랑스, 식민지시대 주정부 등은 권리장전을 가지고 있었으나, 미 연방헌법제정자들이 전문의 일반적 선언이외에 구체적 인권조항을 헌법에 두지 않은 것은 인권보다는 민주적 통치권과 통치조직을 우

14) Declaration of the Rights of Man and Citizen (Fr. 1789), reprinted in *The French Revolution and Human Rights: A Brief Documentary History* 77-79 (Lynn Hunt ed., 1996); The Bill of Rights originally applied only to the federal government, not to the state governments. See *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. (7 Pet.) 243 (1833); Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction* 140-45 (1998).

15) 즉 이론적으로 각 주정부는 국교를 인정하는 주헌법이나 법률을 제정 유지할 수 있다. 물론 연방헌법상 연방법의 최고성과 연방문제에 관한 분쟁은 연방대법원을 정점으로 한 연방법원이 심판권을 행사하므로, 각 주 시민은 국교를 인정하는 주 헌법이나 법률로 인하여 자신의 기본권이 침해된 경우 그에 대한 사법적 구제가 가능하다. 가상적인 경우지만 연방정부의 정책에 반하는 주 정부의 통치행위에 대하여 연방대통령이나 연방의회는 별다른 헌법적 수단을 가지고 있지 못하다. 의회가 주헌법을 통제할 연방법률을 제정하더라도 주헌법은 존재할 수 있고, 그 모순은 연방법원의 사법적 구제만을 통하여 가능하므로, 미국헌법상 연방대법원과 법원은 연방제의 유지에 중요한 역할을 한다고 평가된다.



선시한 것을 의미한다, 즉 미국헌법은 제정이전의 철학자의 사고, 전제군주에 대한 항의체계, 인민을 대변한다는 전문정치꾼 들에 의하여 주장되어온 인권보장체계로서의 헌법보다는 인민주권에 바탕하여 민주적 통치조직과 자치정부에 권능을 부여하는 한편, 이를 제한하는 통치조직과 통치권우선의 헌법이라고 할 수 있다.<sup>16)</sup>

둘째, 국제헌법주의와 민주헌법주의를 理論的 次元에서 대비시켜 볼 수 있다.<sup>17)</sup> 소위 非多數의 難關(countermajoritarian difficulty)이라는 헌법심사에 있어 민주적 대표성의 문제는 미 헌정을 둘러싸고 많은 논란을 야기한 문제이다. 과거 유럽 입헌주의자들도 헌법심사에 내재하는 이러한 문제를 인식해 왔으나, 이제 최소한 이론적으로는 헌법국가의 필수조건이라고 할 수 있을 정도로 적극적 헌법심사를 당연시하고 있다. 그것은 민주적 합의 외는 거리가 먼, 나아가 민주적 합의보다도 더 우월적인 어떠한 초월적 권위에 헌법심사가 그 기초를 두고 있다는 사상이 자리잡고 있기 때문이라고 할 수 있다.<sup>18)</sup> 즉 국제인권사상은 보다 초월적인 것으로서 인민주권사

16) 헌법의 기원에 있어 이러한 차이는 물론 현재까지도 그 잔재가 남아 있다, 일례로 미국인들은 유럽인들에 비하여 인권(human rights)이라는 말을 자주 사용하지 않는 경향을 보이고 있다고 한다. 또한 헌법전문에 천부인권을 원칙적으로 선언하면서도, 헌법이 보장하는 구체적 인권은 실정권이라는 관념을 가지고 있다.

17) 비다수의 난관에 관한 원리론적 접근으로 Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* 16-17 (2d ed. 1986); 유럽에서도 의회주권과 최고법원의 헌법심사에 관하여 많은 논란이 있어왔다. 예컨대, Raymond Carré de Malberg, *La Loi, Expression de la volonté générale* (1984); A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* 87 (10th ed. 1959) (1885); Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* 6-9 (1989) ; Michael H. Davis, *The Law/Politics Distinction, the French Conseil Constitutionnel, and the U.S. Supreme Court*, 34 *Am. J. Comp. L.* 45, 47 (1986).

18) 예컨대 Ferreres Comella Barcelona 교수는 현재 헌법심사에 닥친 유럽의 재판관이 고민하는 문제는 헌법의 문언의 의미가 무엇인가, 어떠한 것이 헌법제정권자의 의사인가, 누가 헌법을 최종적으로 해석확인할 권리를 갖는가라는 소극적인 문제로부터, 심사대상인 법률 또는 법률조항의 운명을 어떻게 할 것인가라는 매우 적극적 차원의 문제를 고민하는 경향이 있다고 한다. 이는 권력분립의 원칙이나 헌법심사에 있어 비다수적 난관 등 민주정하에서의 사법권의 본질에 대한 고민은 이미 초월하고 있다는 것을 의미한다.

상을 당연히 제한할 수 있으며, 정치적 다수의 견해라 하더라도 국제적 인권의 내용과 범위를 규정할 수 없다는 전제하에, 비다수의 난관문제는 국제헌법주의와 관련해서는(또한 대부분의 헌법문제가 인권문제이므로) 잘못된 이론이라거나 문제될 수 없다는 사고가 지배적이다. 반면에 미국인들은 헌법 즉 헌법심사가 부득이하다 하더라도, 그것은 민주정을 단순히 견제하는 것이 아니라, 민주정에 대하여 책임을 저야 한다는 사고를 가지고 있다. 어떠한 상황에서 법원이 부득이 헌법심사를 통하여 법률 또는 법률조항을 무효화시키더라도 그것은 민주적 통치과정의 일부로서 이해되어야 한다는 고정관념을 가지고 있다.

다음으로 국제헌법주의와 민주헌법주의는 현실적으로 대비되는 측면이 있다. 유럽인들은 보편적 인권사상으로 인하여 모든 민주국가는 그 헌정에 있어 동일 수준의 동일한 내용의 인권이 보장되어야 한다는 사고를 가지고 있으며, 이러한 태도는 오랜기간 중앙집권적 전통을 가지고, 두번의 세계대전 참화를 경험한 유럽대륙국가들이 벨기에와 스트라스부르그 등에 EU정부를 구성하고, 계몽사상과 합리적 관료제로 무장한 국제관료에 의한 통치를 반갑게 맞이하고 있는 경향과 부합한다. 반면에 미국인들의 헌법주의는 자기완결적인 것으로서, 국가와 민족에 따라 민주정부가 보장하여야 할 인권의 내용과 정도는 달라질 수 있다는 사고가 보다 우세하다. 이러한 사고의 차이는 현실적으로 많은 모순을 야기하고 있다. 예컨대 미국헌법이 보장하는 表現의 자유는 세계에서 가장 두텁게 표현자를 보호하고 있다. 미국은 나찌사상을 드러내놓고 주장해도 처벌되지 않지만, 미국인들은 독일헌법이 나찌즘을 조장하는 표현을 규제하더라도 국제사회에서 이를 철폐하도록 요구하지 않는다.<sup>19)</sup> 또한 미국은 국교를 부인하고 종교의 자유를 보장하고 있지만, 반 이상의 유럽국가가 헌법상 국교를 인정

19) Sionaidh Douglas-Scott, *The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches*, 7 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 305, 343-44 (1999). See, e.g., *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992); *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

하고 있는 것을 부당하다고 철폐하라고 국제사회에서 주장하지 않는다. 또한 미국의 일부 주정부가 부득이하게 사형제도를 유지하고 있는 것을 보편적 인권에 반한다는 이유로 유럽 외교관이나 정치가들은 이를 철폐하라고 암묵적으로 강요한다.

## 2. 憲法에 대한 國際法の 도전

국제적 차원의 法治主義와 관련하여 국제법의 민주적 성격이 문제된다. 국제법이 민주적인가에 관한 답은 물론 논자의 입장에 따라 달라질 것이다.

첫째 국제법의 민주성을 지지하는 그룹은 국제법 법원으로서 가장 대표적인 국제조약은 각국 의회의 다수의 승인을 얻어 발효하므로 당연히 민주적 성격을 갖는다고 주장할 것이다. 그런데 국제조약의 의회승인에 의한 민주적 대표성 획득은 원리적으로 몇가지 문제를 갖고 있다.<sup>20)</sup> 의회의 정치적 또는 민주적 대표성은 전기의회는 차기의회를 구속할 수 없으며, 새로운 의회는 의회민주주의의 절차에 따라 전기 의회의 상량과 결정을 반복할 수 있다는 것을 전제로 하는데, 국제조약에 대한 의회의 승인이 있게 되면, 새로운 선거에 따라 구성된 새로운 의회에서도 이를 부인할 수 없게 된다. 이는 500여년 넘는 역사를 갖고 있는 의회민주주의의 대원칙에 반한다. 또한 국제조약은 전통적으로 시민의 권리보다는 국가의 권리의무에 관련되는 것으로 이해되어 왔고, 따라서 조약체결권은 시민세력을 대표하는, 즉 가장 민주적 대표성이 두드러진 의회의 권한사항이라기 보다는 왕 또는 집행권의 권한사항으로 분류되면서 국사문제로 이해되어 왔다.<sup>21)</sup> 국

20) Eyal Benvenisti, Exit and Voice in the Age of Globalization, 98 Mich. L. Rev. 167, 200 (1999)

21) 예컨대 미국헌법에서는 일반 법률은 상하원 모두의 관여를 얻어야 하지만, 국제조약은 대통령의 비준과 각주에서 선출된 2인의 상원의원으로 구성되고, 주 국가성을 대변하는 연방상원의 승인만을 얻으면 된다. 또한 우리 헌법에서도 모든 조약에 대하여 의회의 승인을 요하지 않으며, 일정한 조약에 한해서 국회의 승인을

제조약이 점점 시민의 권리와 의무에 영향을 미치게 되면서, 의회의 승인 절차가 요구되고 있으나, 의회민주주의가 요구하는 일반법률에 대한 심의 절차와는 달리 대통령 등 집행권과 전문관료에 의하여 미리 마련된 조약 안에 대하여 달리 승인 또는 불승인(take it or leave it)의 형식적 절차만을 거치고 있는 실정이다.<sup>22)</sup>

국제법의 민주적 성격과 관련하여 또 하나 대비되는 점은 司法權을 바라보는 관점이다. 유럽의 헌법사상은 국가주권을 초월하는 국제인권사상과 사법권을 중립적 기관의 본질을 갖는 것으로 보면서, 법적인 문제는 정치적 영역 또는 민주주의의 문제와는 다른 독립된 문제로서의 성격을 갖는다고 주장하는 반면, 미국의 민주헌법주의자는 사법작용을 민주적 정치과정의 하나로 보고, 국민을 정치적으로 대표하는 입법자에게 책임을 갖는 것으로 이해하고 있다. 따라서 국제헌법주의자는 국제인권문제는 특정국 법원보다는 국제법정에서 다루는 것이 정당하다고 주장하지만, 미국의 민주헌법주의자들은 국제법정의 민주적 대표성을 어디에서 구하는지 의아해 하면서, 통합 발전하고 있는 EU도 중국에는 사법권의 완전한 중립이란 이상에 불과하다는 것을 깨달을 것이라고 예언한다.<sup>23)</sup> 한편 유럽의 국제헌법주의자들은 民主主義와 民族國家는 필연적 연관성을 갖는 것이 아니며, 프랑스혁명이라는 우연한 역사적 사실에 기초한 신화에 불과하다고 하면서, 민주주의의 보편성을 강조하지만,<sup>24)</sup> 이도 또한 미국인의 헌법관과 대비된다. 미국인들은 민주헌법주의는 변화, 실험정신, 다양성

요하고 있다.

- 22) 따라서 미국 대법원이 신법우선의 원칙에 따라 국제조약의 효력을 부인하고 있는 현재의 관행을 비민주적이라고 일률적으로 비판하기 어렵다. 의회제정의 새로운 신법은 상원과 하원 등 양원의 합동절차를 거친 것으로 하원의 전국적 대표성을 감안할 때 조약보다 더 민주적 성격을 가질 수 있기 때문이다.
- 23) 또한 EU의 민주적 결손(democratic deficit)에 관하여는 통합과정에서 많은 비판과 논란이 있어 왔고, 지금도 계속되고 있다.
- 24) 하버마스에 의해 대표되는 이러한 민주주의의 보편성이론에 대하여 프랑스 중심적(Franco-centric)이고, 제 2차세계대전 후 독일의 공황상태(German-Phobic)가 영향을 끼쳤다는 견해가 있다.

(variations, experimentalism, and pluralism)을 생명으로 하며, 이는 자치정부를 기본으로 하고, 민족자결권을 인정하면서, 다양한 국가의 보편화된 존재를 공인하게 된다.<sup>25)</sup>

國際人權으로 대표되는 국제헌법주의는 민주주의 이전에 어떠한 기본적인 전제가 존재한다는 철학적·이상적 가정에 바탕하고 있으며, 그러한 가치를 침해하는 경우에는 비민주적 절차를 통해서 이를 교정할 수 있다고 본다. 이러한 철학적·이상적 가치는 물론 현실 국내정치에서도 강력한 하나의 지표를 제공하고 있으며, 미국의 경우도 자신에게 유리한 경우에는 국제법을 지지하면서도, 불리한 경우에는 규범의 문제점을 비판한다. 즉 국제규범에 대한 태도에 일관성이 없다.

예컨대 미국 右派의 경우 많은 국제규범이 미국의 행동을 제약한다고 하면서 무시하는 태도를 보이다가도, WTO나 NAFTA 등 통상이나 경제문제에 관해서는 국제규범체계를 강조하면서 이를 전적으로 지지하는 경향을 보인다.<sup>26)</sup> 한편 미국 左派는 IMF나 WTO 등 국제경제기구들의 적극적 활동이 각국의 경제주권을 침해하고 있으며, AMNESTY INTERNATIONAL의 IMF나 WTO비판에 대하여 적극적 지지를 보인다. 즉 좌파의 경우 경제나 통상문제외 사형의 폐지 등 인권문제, 유엔평화유지활동 등 군사력의 사용, 전쟁범죄의 처벌, 환경문제 등에 관하여는 국제규범, 국제기구 등을 전적으로 지지하는 경향을 보인다.<sup>27)</sup> 이러한 비판의 논리적 근거는 당

25) 즉 미국인들은 현재의 UN은 세계민주주의를 이끌어갈 민주적 대표성을 갖추고 있지 못하다고 보고 있다. UN총회 같은 경우 선출직이 아닌 임명직 외교엘리트가 국가를 대표하고 있으며(그것도 전제정부에 의하여 임명되는 경우는 문제이다), 1국 1표제도 세계시민의 의사를 대변하는데 비합리적이라고 보고 있다.

26) 예컨대 Robert Bartley, Editorial, Open NAFTA Borders? Why Not?, Wall St. J., July 2, 2001, at A15.

27) 예컨대, Amnesty Int'l, International Justice Now! Time for an Effective International Criminal Court (AI Index: IOR 40/15/98, May 1, 1998), at <http://web.amnesty.org/library/index/ENGIOR400151998>; Oxfam Int'l, Up in Arms: Controlling the international trade in small arms (Jul. 2001), at <http://www.oxfamamerica.org/pdfs/upinarms.pdf>.

연히 국제규범은 민주성을 결여하고 있다는 것이고, 미국 우파의 경우는 “미국주권의 최고성 (US sovereignty)”을 논거로 들면서 미국의 자치권을 강조하고, 좌파의 경우에는 “미국의 패권 (US hegemony)”을 실질적 논거로 들면서 경제주권 등 다른 민족국가의 자치권을 법적 논리로 삼고 있다. 미국의 양 정파가 국제규범에 대한 태도를 취함에 있어 물론 일정한 가치 기준이 작용한다.

右派의 경우는 소유권의 보장, 정당한 보상 등 국가수용법제, 시장경제 등이 그것이다. 또한 左派는 인권, 군사력 사용, 환경보호 문제에 있어 국제헌법주의자들과 보조를 같이하면서 가치를 논한다. 그리고 우파가 시장의 자유화를 주장하면, 좌파는 경제체제의 선택은 민족의 경제주권과 관련한 문제라고 하면서 비판하고, 좌파가 인권의 관점에서 사형제도를 폐지하여야 한다거나 여성의 배일은 야만적이라고 주장하면, 우파는 그러한 제도는 각국 주권자들의 결단사항이라고 반박한다. 반대로 WTO가 공정무역을 강조하면서 소득재분배정책을 취한다면 미국의 우파는 미국주권의 최고성보다는 각국의 경제주권을 이유로 그러한 정책에 반대할 것이며, ICG가 낙태를 금지한다거나 흉악범죄에 대하여 사형제도를 의무화한다면, 좌파는 패권적 국제인권법이라고 비난하면서 저항할 것이다. 그러한 한도에서 보편적 국제인권사상과 국제헌법주의는 민주주의의 절대적 전제가 치가 될 수 없고, 상대적일 수 밖에 없는 정치적 가치에 불과하다고 볼 것이다.

## V. 21세기 國際法과 法實證主義의 復活可能性

### 1. WTO體制와 法實證主義

간략히 벤담의 공리주의와 법실증주의의 발전을 살펴본다.<sup>28)</sup> 벤담이 활동하던 18세기는 법실증주의가 움트기 시작하고, 자연법관념의 철폐가 주

장되던 시기였는 바, 인간행위의 기준이 최대다수의 행복을 극대화시키는 것으로 요약되는 벤담의 공리주의는 정치철학적 원리에 불과하지만, 소수의 철학자만의 전유물이 아니었고 이성과 과학적기준으로서 보통인의 행위기준으로 기능하였다.<sup>29)</sup> 그는 자연법과 자연상태는 단순히 학자들의 허구에 불과하며, 유행과 같고, 불특정다수가 자신의 잘못된 주장을 강요하기 위하여 사용하는 가공할만한 실체라고 까지 혹평하였다.<sup>30)</sup> 그는 국가주권의 구현으로서 법은 구속력을 갖는다고 함으로써, 홉스식 사회계약론을 원용한 듯이 보이지만, 사회계약은 先驗的인 것이 아니고, 자연적인 것이든, 인위적인 것이든 복종에의 이유가 있어야 한다는 점에서 홉의 사회계약론을 차용하고 있다. 법은 국가주권의 구현이지만, 국가의 입법권을 창설하는 것이 아니라 함으로써, 의회주권의 기초를 마련하고, 국가주권은 어떠한 사회상황에 의하여 창설된다고 함으로써 자연법을 넘어 법이 적극적으로 기능할 수 있는, 즉 법실증주의(legal positivism)적 기초를 마련하게 된다. 그러나 WTO를 유럽대륙국가들을 중심으로 한 통상영역에서의 법실증주의라고 규정해 볼 때, 벤담이 말한 법실증주의가 갖는 두가지 특징인 최고성을 갖는 주권과 제재라는 특징을 가지고 있다고 보기 어렵다. WTO지지자들은 전 지구적 네트워크사회의 도래와 국가간 상호의존성이 통합과 제도를 창출한 사회적 상황을 제공한다고 주장할 수 있지만, WTO

28) S.G. Sreejith PUBLIC INTERNATIONAL LAW AND THE WTO: A RECKONING OF LEGAL Positivism and Neo-Liberalism 9 SANDILJ 5 San Diego International Law Journal Fall 2007

29) Jeremy Bentham, Essay 1: Objects of International Law, in Principles of International Law available at [http:// www.la.utexas.edu/research/poltheory/bentham/pil/pil.e01.html](http://www.la.utexas.edu/research/poltheory/bentham/pil/pil.e01.html).

30) 그는 공리주의라는 개념과 행위규범을 헌법개정, 형사법, 국제법 등 모든 영역에 적용하였으며, “양식과 입법에 관한 원칙”이라는 저서에서 인간 이기심의 제어를 위하여 정교하게 고안되고 일정한 제재를 담은 도구(법규)를 통하여 개인이 자신의 이기심을 만족시키기 위하여는 다른 자의 이해증진에 기여하여야 하고, 이러한 개인의 이해와 공동체의 이해균형은 제재를 통하여 달성할 수 있다고 하였다. 그리고 법은 국가주권의 명령이라고 한다.

지지자들이 원용하는 벤담의 법철학, 국제법관념에 의할 때에 현재의 WTO체제는 국가의 종속물이고, 국가에 의하여 그 통치권능을 부여받고 있다고 보는 것이 더 적절하다. 또한 제재라는 관점에서도 WTO는 벤담식의 예방과 교화보다는 “保障없는 報復(retribution on desert)”에 의존하고 있어 구성국의 WTO규범준수를 유도하는 차원의 제재로서의 성격을 갖는데 불과하다고 볼 것이다.

법실증주의의 전범을 제공하면서, 가장 대표적 법실증주의자인 오스틴의 명제를 통하여 국제법의 法으로서의 성격을 살펴본다. 오스틴은 진정한 법은 主權의 命令으로서 사회대중에 의하여 습관적으로 준수되며, 다른 어떠한 자에게도 복종하지 않고, 위반시 일정한 제재가 가해지는 것을 그 본질로 한다고 한다. 그의 법실증주의는 최고성을 갖는 주권, 습관적 복종, 명령, 그리고 제재라는 개념요소를 가지고 있다. 그의 법실증주의에 관하여는 비판도 있지만, 시대상황의 산물로서 법철학의 출발점이 된다고 본다. 그에 대한 비판중 주권의 성격과 기원에 관한 의문이 자주 제기되고 있는데, 그는 주권의 본래적 특성은 종결성 (determinate)이며, 주권이나 주권에 복종하는 시민은 다른 주권에 대하여 습관적으로 복종하지 않는다고 한다. 물론 주권은 습관적으로 사회대중의 정서나 견해를 존중하지만, 그 종결성으로 인하여 사회대중이나 사회운동은 주권이 될 수 없다. 또한 주권이 창설한 통치기관은 주권과 달리 사회대중의 정서나 견해에 복종하여야 하므로 현실적 통치기관은 주권이라고 불리울 수 없다. 다만 주권은 다른 주권이 보다 우월한 정치적 실체(political superior)가 아닌 한 복종하지 않는 특징을 갖는다. 그리고 주권은 최고성과 종결성을 갖지만, 사회적 산물인 사회적 강제력으로서, 명령과 구체적 통치기관을 창출함으로써, 벤담의 이론과 연결된다. 그는 그의 이론을 국제법에 적용하면서, 국제법관계에서는 일국이 다른 국가에 명령할 수 있지만, 그것은 우월한 정치적 실체가 아닌 평등한 관계에서의 구속에 불과하므로 진정한 의미의 법이라고 할 수 없게 된다.<sup>31)</sup> 어떠한 국제법이 불평등한 관계에서, 즉 일국이 우월



한 정치적 실체로서 타국에 명령(일정한 의무이행을 강요)한다면(물론 이때에는 오스틴식의 제재, 즉 의무위반에 대한 해악이 부가될 것이다), 오스틴 식 법실증주의 법개념하에서는 진정한 의미의 법이 된다.<sup>32)</sup>

WTO 국제통상변호사들이 기구체제와 관련하여 국제법에 관한 오스틴의 법실증주의에 관심과 우려를 가진 것은 우연한 일이 아니다. 오스틴의 관념하에서 법의 본질의 하나를 구성하는 명령은 엄격한 의미의 제재를 수반하여야 한다. 즉 명령이란 요구로서의 징표를 갖지만, 그 요구가 거절 되었을 때에는 물리력과 권위를 갖춘 實體가, 실제로 위반자에게 어떠한 해악을 가할 수 있는 능력이 있어야 한다. 일정한 요구가 아무리 절대적 문구로 의무화되어 있다 하더라도, 그러한 능력이 없는 자에 의한 것이라면 명령이 아니며, 요구에 대한 이행이 강제가 아닌 자발적인 경우라도(즉 도덕감이나 예절 등의 이유로 인한 것인 경우), 그러한 요구가 그러한 능력을 갖춘 자에 의한 것이라면, 그것은 오스틴이 말한 명령에 해당하고 진정한 의미의 법이 된다. 따라서 오스틴이 말하는 법이 갖추어야 할 명령은 명령의 절대성이 기준이 되는 것이 아니라, 명령자의 제재능력이 된다. 이러한 오스틴식 사고에 의하면, 가끔 “shall” 또는 “may”로 표시되는 WTO제 재판관 조항은 법의 구성요소로서의 명령이 갖추어야 할 요소를 결하고 있다고 본다.

예컨대 WTO제 재판관 조항에서는 가해국은 의무적으로 피해국과 보상 협상을 진행하여야 하고, 그것이 실패한 경우에 당사국은 분쟁해결기구에 상대방 당사국에 대한 양허나 협약상 의무이행을 중지할 수 있도록 청원할 수 있다고 하지만, 양국간 경제적 역량에 현저한 차이가 있는 경우 그 제재의 실효성은 의문이 아닐 수 없다. 이는 분쟁해결기구가 역만장일치 체에 따라 신속히 그러한 청원을 받아들인다 할지라도 달라지지 않는다.

31) See, e.g., Oppenheim's International Law, Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9th ed. 1992). at 8-13.

32) See John Austin, The Province of Jurisprudence Determined 166-67 (Wilfrid Rumble ed., 1995).

이는 결국 양당사국간에 종결되는 문제로서, 중국적으로 과거 통상관행인 양자주의의 현실로 귀결될 것이며, 양 당사국의 경제적 의존도, 종속관계 등, 경제적 현실과 변수는 협약상 제재의사를 암묵적으로 왜곡시킬 것이다. 즉 자원의존도랄지, 무역의존도라는 측면에서 절대적으로 종속되어 있는 피해국이 가해국의 의사에 반하여 자신의 협약상 의무를 정지할 수 있는가는 누구도 확인할 수 없다. 이러한 관점에서 WTO 일부 제재관련 조항은 오히려 UN 안보리의 집단적 제재 조항보다도 오스틴식 제재가 갖추어야 할 요소를 결하고 있다. 또한 주권이라는 관점에서도 WTO 등 현재의 국제체제는 오스틴식 법실증주의적 요소를 결하고 있다. 오스틴은 주권에 대하여 자세하게 논하지 않았지만, 주권은 최고의 통치권능으로 구성된 자 또는 그 밖의 실체이며, 그러한 통치권능은 수나 종류에 있어 무한정이라고 하였다. 또한 주권하에서 각 통치권능은 활발히 기능하는 부분이 있고 당연히 주어지는 잠자는 부분이 있다고 한다. WTO 등 현재의 국제기구는 정치적 우월체로서 당해 기구 각개의 통치기관에 일정한 권능을 위임하는 형식과 내용을 갖는 것도 아니고, 자유롭게 통치권능의 수나 종류를 창설할 수도 없으며, 정치적 우월체가 존재하지 않는 현실에서 구성국의 이해를 둘러싸고 항상 첨예한 대립과 경쟁관계에<sup>33)</sup> 있다.

## 2. 하아트의 법실증주의와 WTO체제

하아트는 법실증주의를 철학적 관점에서 체계적으로 궁구한 최초의 학자인 바, 그의 실증주의는 독립론과 사회론이라는 두가지 기본체제로 구성되어 있는데, 그는 오스틴과 같이 법의 본질을 강제적 질서에 있다고도 보지 않았고, 이상주의자들과 같이 도덕적 구속력을 법의 본질로 보지도 않았다. 그는 지배를 법의 본질로 보고 모든 법체계는 행위규준을 규정하는 기본적 부분과 기본적 부분을 지지하는 이차적 부분을 갖는다고 한다.

33) H.L.A. Hart, Concept of Law 215-21 (1961).

하야트의 이분법에 따르면 일차적 차원의 규범은 구두의 방식으로 인간의 행동규준의 기본원칙만을 선언하기 때문에 이차적 규범에 의하여 보완됨으로써 완전한 법체계를 이룬다고 한다.<sup>34)</sup> 이차적 규범은 특정규범의 유효성에 관한 불확실을 제거하기 위하여 필요한 일정한 기준을 규정하는 “확인에 관한 규범(rule of recognition),” 구 규범의 결함을 제거하고 신규범을 도입함으로써 정체의 문제를 제거하기 위한 “변화를 위한 규범 (rule of change),” 분쟁과 제재를 체계적으로 다루기 위하여 사법관에게 일정한 기준, 권한과 책임을 부여하는 재판규범(rules of adjudication)의 세가지 유형의 규범으로 구성된다고 한다.<sup>35)</sup> 어떠한 사회가 진정한 법을 가지고 있다고 하기 위하여는 이러한 일차적 규범과 이차적 규범을 구비하고 있어야 하며, 하나라도 결하는 경우에는 진정한 법을 갖지 못한 사회라고 하면서, 국제법의 법으로서의 성격을 부인하였다. 그에 의하면 국제법은 법의 연원이나 유효한 법규범의 확인을 위한 일반기준을 담고 있는 確認에 관한 規範이랄지, 통일적 입법기관, 사법적 강제를 할 수 있는 재판기관 등을 결하고 있는 일차적 규범만으로 구성된 단순한 사회구조를 이루고 있다. 즉 국제법은 二次的 規範을 결함으로써, 불확실, 정체성, 비효율적 사법 등의 기본적 모순을 그대로 가지고 있다고 한다. 국제법에 대한 그의 이러한 견해는 국제법의 파편화 현상의 대표적 케이스로서 자기완결적 체제라는 평가를 받고 있는 WTO체제의 경우에도 예외가 아니게 된다.

먼저 WTO에 一次的 規範이 존재하는가라는 관점에서 의문이 제기된다.<sup>36)</sup> 일차적 규범은 수범자, 즉 WTO의 경우에는 구성국에 대하여 일정한 행위규준을 제공하는 권리와 의무관계가 WTO규범에 나타나 있어야 한다. WTO규범은 WTO설립협정을 기본협정으로 하고 서비스협정, Trips 협정, 분쟁해결에 관한 양해각서, 위생 및 검역협정 등 수많은 관련협정으

34) Id. pp. 77-96.

35) Id. pp. 78-79.

36) supra note 34, 35-40.

로 구성되어 있다. 이러한 협정들의 기본적 성격은 권리와 의무라는 일반적인 행위규준을 구성하고 있다기 보다는, 상치되는 두 명제인 무역규제와 무역자유화라는 단순한 trade off관계를 규정하고 있는(그러나 상세하게) 사회 경제적 프레임워크로서의 성격을 강하게 띠고 있다. WTO는 규범지향적이고 이를 위한 원칙적 행위규준으로서 통상에 있어 구성국의 豫測可能性의 보장을 주장하는 한편, 적극적 조화 (positive harmonization)를 기능론적 전략으로 견지하고 있다. 개별규범에서는 의무와 책임이라는 용어를 사용하고 있지만, WTO체제는 규범론적으로 매우 제한적이고, 일차적 규범이라기 보다는 이차적 규범에 가깝다고 할 수 있다. WTO규범이 제재에 관한 법체계를 가지고 있다고 하여 일차적 규범성을 인정하는 것은 논리의 비약이다. 분쟁해결기구는 시장과 시장참여자로 구성되는 다자통상체제의 “예측가능성과 안정성”을 보장하기 위하여 “조화”를 위한 구성국의 의무에 관하여 판정한다고 하지만, 그것은 엄격한 재판절차를 통한 것도 아니고, 구속력있는 판결을 내리는 것도 아니다. 그리고 분쟁해결기구 스스로 갈파하듯이 분쟁의 “적극적 해결”과 양당사자가 만족할 수 있는 판정을 하는 것을 지향한다. 물론 일방당사자의 불만이 있는 경우에는 보복조치가 가능하지만, 이는 당사자에게 일정한 해악을 가할 것을 요하는 하트의 제재론과는 성격이 다른 多者體制의 균형을 위한 도구로서의 본질을 갖는다.

다음으로 하트의 二次的 規範과 관련하여 본다.<sup>37)</sup> 먼저 變化를 위한 規範은 개인이나 기관에 시대의 변화에 대응하여 구시대의 일차적 규범을 폐지하고, 새로운 일차적 규범을 정립할 수 있는 입법권을 창설할 것이다. WTO는 3장 2조에서 구성국의 입법에 관한 권한을, 분쟁해결기구의 장에서 분쟁해결에 필요한 절차규범에 관한 입법권을 규정하고 있다. 그러나 이는 명문으로 WTO의 입법권능을 직접적으로 인정한 것이 아니고, 통상 관련 현안의 협상을 위한 국제협상절차의 설정에 가깝고, 또한 WTO규범

37) Id. 37-44.

은 세계추세를 반영한, 거시경제 내지 국제무역에 있어 국가가 따라야 할 “불변”의 철칙(seal of good-house keeping)을 담고 있다. 즉 협정에 대하여 구성국이 그 변화를 위한 입법운동을 한다는 것은 매우 어렵고, 협정의 政治的 動態性은 사멸하고 만다. 구성국 다수결로 협정을 수정할 수 있다고 하지만, 이는 UN헌장 개정에 관한 108조와 같이 형식적인 것이고, 전통국 제법적 차원을 벗어나지 못하고 있다. 분쟁해결기구의 입법권능은 어떠한가? 분쟁해결기구, 특히 항소기구는 심판절차를 통하여 입법적 권능을 행하고 있다. 하급심인 패널의 판정이 규정의 미비로 재량에 따라 자의적 해석을 한 경우, 이는 다양한 구성국의 이해관계를 협정이 제대로 반영하지 못한 것을 의미하고, 이때에 항소기구는 예측가능성과 법적안정성이라는 대원칙하에 구성국의 이해관계를 스스로 구성하는 입법적 보완 내지 입법 권능을 행사한다. 따라서 부분적으로 WTO분쟁해결기구는 하트가 말한 “변화”를 위한 입법권능을 갖지만, 이는 국제사법재판소나 기타의 국제재판기구가 일반적으로 행하고 있는 권능이다. 하트는 국제사회에는 진정한 법이 없다고 하였는데, 그것은 변화를 위한 법규범 내지 재판을 위한 법규범은 확인을 위한 규범에 근거지워져야 하기 때문이다. 확인을 위한 규범은 일정한 법체계의 정당성을 근거지운다는 점에서 켈젠식의 根本規範 내지 超法的인 抽象과 유사하지만, 켈젠과는 판이하게 다르다. 즉 비록 성문화하기 어려운 것이지만, 그것은 증명불가능한 것이 아니고 법원이나 기타 사법기관의 사법권행사에 있어 그리고 수범자인 일반시민에게 일상적 기준으로 기능한다. 하트의 확인을 위한 규범은 규범의 정당성을 인정하는 차원의 내부적인 것과 규범의 정당성이 인정되면서, 법체계전체의 정당성이 인정되고 그 법체계가 자족적이고 완결적인 성격으로 외부에 드러나는 외부적인 차원의 것의 두가지로 구성된다. 이러한 확인규범의 존재는 켈젠과 같이 증명불가능한 추상적 존재가 아니고, 선례의 체계적인 인용을 통한 법관의 정치한 법논리에 의하여 실증될 수 있다고 보았다.

WTO의 司法的 性格에 관하여 다수설은 이를 공인하면서, 오직 지향하

여야 할 바는 분쟁해결기구의 司法積極主義라고 한다. 물론 WTO재판규범의 경우 누가 재판을 할 것인가, 그 절차는 어떠한가 등 법관, 법원, 판결 등에 관한 개념과 내용을 담고 있어, 하트의 재판규범의 최소요건을 갖추고 있다고 볼 수도 있다. 또한 최근에는 항소기구의 선례로서의 가치도 인정되어야 한다고 한다. 분쟁해결기구의 입법권능도 어떤 면에서는 하트의 변화를 위한 법규범으로서 기능하는 여지가 있다. WTO회원국 수가 증대되고, 분쟁해결기구 판정의 이행국 수가 증가하며, 냉전이후 국제법체제의 발전 등은 국제법의 법규범으로서의 성격을 강화시키고 있다고 볼 수 있다.<sup>38)</sup> 그러나 하트의 법실증주의, 즉 규범적 측면에서는 선뜻 법적 실체로서의 WTO나 국제법을 진정한 의미의 법이라고 말할 수 있을지 의문이다. 즉 그러한 재판규범이나 부분적 입법권능이 주어진 규범의 정당성을 확인할 확인규범이 존재하는가, 수의 우세는 단순한 사회·정치적 차원의 경향을 대변할 뿐이고, 그 경향속에서 무수한 구성국과 시민들은 규범의 정당성을 둘러싼 투쟁과 거부, 불신, 체념 등을 경험하고 있고, “하트”가 암시하고 있는 “마음”에 와닿는 법, 정당성이 오랜기간 관행적으로 확인된 법체계가 국제사회에 존재할 수 있을까는 당연히 의문이 제기될 수 있다.

## VI. 나오면서

公法の 領域에 있어 법철학적 주제는 국법학과 국제법 영역을 중심으로 전개되어 왔다. 따라서 많은 법철학자들이 헌법학자이거나 국제법학자인 것은 놀라운 일이 아니다. 전통 국제법체제하에서 양자의 관계는 국제법과 국내법 이원론, 국제법우위론, 국내법우위론 등 이론적 체계가 있어 왔

38) 국제법의 범으로서의 구속력과 발전에 관하여 루이스 헨킨은 국내법에서와 같이 국제사회에도 법을 존중하는 문화의식이 있기 때문이라고 한다. Louis Henkin, *International Law: Politics and Values* 48-57 (1995).

다. 국제정치에 있어 패권국가의 등장은 양자간에 미묘한 법철학적 발전의 계기를 제공한다. 독일이 세계패권을 추구할 당시 슈미트의 결단주의적 헌법관은 매우 강력한 영향력을 발휘하였으며, 지금까지도 헌법학계에 영향을 미치고 있다. 평화주의 내지 이상주의적 국제정치의 사조가 만연하던 1945년 이후에는 정치와 법이 절연된 법실증주의가 UN이라는 새로운 국제법체제를 탄생시킨 바 있다. 미국의 패권추구에도 역시 국법지상주의라는 결단주의적 법철학이 주장되고 있고, 이는 Rubenfeld에 의하여 대표되고 있다고 할 수 있다. 또한 미국의 많은 법학자들은 WTO에 대하여 비판적이다. WTO를 중심으로 한 국제사회의 협력과 화해의 무드는 새로운 법실증주의를 갈망하고 있으며, Hart의 법철학이 국제사회에서 실현될 수 있을지 조심스럽게 지켜보게 한다.

**주제어** : 국제정치, 법철학, 법실증주의, 일방주의적 헌법관, 국제법, UN, WTO

(논문접수일: 2009.05.31, 심사개시일: 2009. 06. 05, 게재확정일: 2009. 06. 20)

&lt;국문초록&gt;

## 國際政治와 法哲學: 憲法과 國際法の 接點에서

본 논문은 국제정치의 변화와 관련한 법철학적 관념의 변천에 관하여 간략히 살펴본다. 누구나 현재의 세계는 긴밀한 연관성하에 세계화 내지 국제화가 급속히 진전되고 있다는 사실에 대하여 이의를 제기하지 않는다. 세계화의 상징으로 1994년 WTO체제가 탄생하여 어언 15년을 지나고 있다. 국제정치의 변화양상을 보면 1980년대 말 미국의 단일패권이 형성되었으며, 20여년이 지난 지금 EU와 중국 등의 부상으로 양극화 내지 다극화의 양상으로 발전되고 있다고 본다. 이러한 국제정치의 변화 뒷면에는 그 변화를 뒷받침하는 법철학적 사조가 있어왔다. 국제정치와 법철학적 사조는 헌법과 국제법을 중심으로 살펴보는 것이 순리이다. 헌법은 국법학으로서 세계패권국가의 힘을 상징하는 현실주의 정치와 연관을 가지며, 국제법은 국제사회의 평화와 이상을 추구하는 이상주의적 국제정치와 관련이 있기 때문이다.

본고는 제 1차세계대전 이후 독일의 세계패권추구가 결단주의적 헌법관 내지 통합주의적 헌법관을 결과하였다고 보고, 제 1, 2차 세계대전의 종전후 독일의 세계패권추구가 막을 내리면서 당시 최고의 범문화를 구가하였던 독일의 법실증주의적 개념법학이 전후처리와 새로운 세계질서의 기초를 놓게 되는 UN체제를 탄생시켰다고 본다. 이러한 UN체제는 현실주의 국제정치에서 미미하나마 인류의 희망을 대변하고 있다. 1980년대 말 미국의 세계패권은 일방주의적 헌법관을 탄생시키고, 국제사회와 국제법을 무시하는 등 비난을 받기도 하였다. 한편 국제헌법주의자와 미국의 협상은 WTO체제를 탄생시키고, UN과 WTO를 중심으로 한 국제헌법주의가 융성하기 시작하였고, 이는 양극화 다극화체제의 시발점이 되면서 최근



미국의 패권추구론자들로부터 국내적으로 비판의 대상이 되고 있다. 이들은 법실증주의에 의해서 대변되는 UN과 WTO체제를 진정한 의미의 법규범 내지 주권체제라고 볼 수 없다고 하면서 그 한계를 지적하고 있다. 또한 이들은 국제헌법주의는 민주주의적으로 결손이 있는 주장으로 보고 있다. 본고는 강대국의 패권추구는 결단주의 내지 일방주의적 헌법관 및 국법학의 융성과 연결되고, 국제사회의 이상주의 정치는 법실증주의적 개념 법학에 의하여 대변된다는 관점에서 몇가지 계기를 나누어 국제정치와 법철학적 사조의 흐름을 있는 그대로 살펴보기로 한다.

**주제어** : 국제정치, 법철학, 법실증주의, 일방주의적 헌법관, 국제법, UN, WTO

<Abstract>

## The World Politics and Legal Philosophy: Democratic and International Constitutionalism

Kiyoung Kim

This paper surveys, not exhaustively but rather in summary, the development of legal philosophy surrounding the constitutional and international laws as corresponding that of world politics from the first world war through the formation of WTO governance. The world has changed gradually thus far while the westerners have long forge their hegemony through the recent US one. Before the dusk of new millenium, the political scientists entertained the version of US uni-pole in terms of world politics. Its version have confront new development of world politics surrounding the rise of EU, China, and Japan. In this backdrop, they frequently mention bi-polar or multi-polar consequence of world politics. The politics are normally juxtaposed to the legal regime where the constitutional and international law reflect the fare of world politics. In other words, it subjugates in some form of legal regime whether the constitutional law surfaces strongly over international dimension for some superpower. In other dimension of power balance, the international law surges to legally govern the world politics. According to Rubenfeld, the first case represents a democratic constitutionalism while the latter case, in legal terms, is related with the international constitutionalism. I would propose in thesis purpose to divide three stage of world politics. The first one is surge of the German empire to pursue world hegemony at the start of two world wars. In

this period, the constitution has highlighted in ways of resolutionism, incorporatism or unilateralism. The second period runs from post world war to 1990's while the pacifists or cold war dominate the world politics. In this era, UN works in the least as a symbol of world politics, and the international laws matter over the domestic laws. Hans Kelsen, a German legal positivist, led the post-war world politics in legal ways as demonstrated in his foundational influence over the formation of United Nations. In this flow, I suppose that the world politics turned on the pacifist road until the rise of US hegemony. As the bipolar system collapse upon the dismantlement of Soviet Union, US rise as a unitary world hegemony. In reflection, the unilateral constitutionalism enjoys an influential passion of that nation. As EU and China started to voice as political power in the international dimension, the international law and constitutionalism flourish while we cognize WTO as one of crucial products in such point of view. Hart, a European legal positivist is again contested to prove who governs the world in terms of legal theory adapted to the WTO's intrinsics and its function.

**Key words** : World politics, legal philosophy, legal positivism, unilateral constitutionalism, International law, United Nations, WTO.