

理想과 現實, 그리고 改革 : 國際社會의 변화와 世界的 次元의 民主主義와 法治主義

조선대 법과대학 부교수 金 起 暎

논문요약

세계화는 우리 경제의 현실이자 우리의 일상을 지배하고 있다. 그러나 기존의 세계화에 대한 우리의 관심은 경제영역을 중심으로 전개되고 있다. 세계경제의 밀도증가는 이를 관리할 수 있는 정치·경제적 패러다임을 요구하게 된다. 국제형사재판소의 설립 및 최근 우리 외교력의 신장과 함께 차체에 법학자로서 국제적 차원의 民主主義와 法治主義의 가능성을 살펴보는 것은 의미가 있다. 민주주의의 장으로서 국제사회는 국가사회와는 다른 다양한 변수가 있으며, 이를 이론적으로 체계화·제도화하는 것은 쉬운 일이 아니다. 또한 민주주의와 법치주의가 실현되는 것은 제도 이전에 시민의 자각을 필요로 한다. 세계시민의 자각과 참여가 전제된다면, 현재의 단계에서도 미흡하나마 국제적 차원의 민주주의와 世界法體制에 의한 법의 지배가 가능하다고 본다. 즉 신체의 자유, 소유권의 보호, 경제행위의 자유 등 기본적 인권이 보장되고, 다차원적인 국제통치구조를 가지고 있다는 것이다. 본고에서는 法史的·法哲學的 觀點에서 가장 순수한 이론적 프레임워크인 켈젠의 주장을 시작으로, 정치·법제적 현실 및 이론적 문제점 등에 관하여 살펴본다. 즉 민주주의의 기본원리인 시민참여, 토론과 대화, 다수결, 소수자보호 등에 기초하여 이론과 현실을 고찰하는 한편, 국제법의 발전과 가칭 세계법체제의 메카니즘 및 그 역사적 발전 및 성격에 관하여 살펴보고, 그 의미를 규명한다

[주제어] 민주주의, 법치주의, 세계화, 국제법과 세계법, 켈젠의 순수법이론, 국제기구, 비정부간 기구
Democracy, Rule of law, Globalization, International Law and World Law, Kelsen's Reductionist Framework on Jurisprudence, International Organization, Non-Governmental Organization

* 논문접수 : 2006. 3. 31. * 심사개시 : 2006. 4. 3. * 게재확정 : 2006. 6. 27.

目 次

I. 序 論	3. 국제기구체제와 非政府間 機構
II. Hans Kelsen의 理想主義와 그 現實化	4. 非政府間 기구활동의 政治的· 法的 意義
1. 現實政治와 國際社會의 合意 (consensus)	IV. 國際法領域의 變化와 世界法體制의 형성
2. 國際規範과 合意의 拘束力 이론	1. 序 說
3. 켈젠이론의 現實의 適用과 問題點	2. 새로운 國際法主體의 登場
III. 世界化와 國際的 次元의 參與問題	3. 立法方式의 變化와 國際法의 效力
1. 世界市民社會와 國際的 法治主義	4. 執行體制의 變化와 國家主權에 대한 새로운 이해
2. 국제정치에서의 民主主義的 缺損	V. 結 論

I. 序 論

1648년의 베스트팔렌조약에 따라 중세 봉건사회가 민족국가체제로 전환되면서 근대적 의미의 국가가 탄생하였음은 주지의 사실이다. 따라서 역사적으로 국가와 민주주의, 그리고 법치주의는 논리필연적 관련성을 갖는 것은 아니다. 고대나 중세의 도시국가를 논외로 하더라도, 또한 권리장전 등 봉건적 성격이 혼재된 민주주의적 사건을 예외로 하면 민주주의 정치체제가 성립되기 이전에 이미 국가는 정치적 공동체로서 역사의 주체로 등장하게 된다. 민주주의와 법치주의는 보통의 경우 주권국가를 전제로 한 현실적 의미로 이해되는 것이 보통이며, 장보댕의 왕권신수설, 로크, 루소 및 몽테스키외 등 민주주의를 옹호한 정치철학자들의 시대상황적 강론들도 그러한 맥락에서 이해될 수 있다. 국내적 차원에서의 민주주의라 함은 참여와 다원사회를 중시하는 원리론적·정치학적 접근방법으로부터 시작하여 다양한 관점에서 규정

되고 있으나, 제도적 관점에서 보통 평등의 선거제도, 절대권력의 출현을 방지하기 위한 권력분립주의, 소수의 권리보호를 위한 법치주의 등을 핵심요소로 한다. 제2차 세계대전 후 신생독립국가들이 민주주의 정치체제를 채택함으로써 현재 대부분의 국가들은 민주주의 정치체제를 운용하고 있다. 민주주의 정치체제의 가치는 철학자들의 담론을 빌지 않더라도 帝政, 貴族政, 절대왕정하의 專制政治, 國粹主義的 獨裁政, 共產主義 獨裁政, 新大統領制的 暴政 등의 역사적 교훈을 통하여 쉽게 증명된다. 이러한 맥락에서 민주주의적 가치는 우리 인류가 인간답게 살기 위하여 절대적으로 수호하여야 할 가치이고, 이를 실현하기 위하여 文明國의 책임은 막중하다. 그렇다면 현대의 세계에서 민주주의와 법치주의는 어떠한 방향으로 발전되고 있으며, 그 발전과정에서의 기본 프레임워크는 무엇이고, 그것은 우리의 이상 하에서 어떠한 의미를 가지고 있는가에 관한 검토가 필요하다고 본다. 본고에서는 국제사회에 있어서의 민주주의와 법치주의의 발전을 검토하기로 한다.

국내적 차원에서의 민주주의도 어려운 문제지만, 대부분의 국가가 민주헌정체제를 가지고 있고, 소위 不良國家(Rogue state)들에 대한 미국, UN, 선진제국의 노력으로 민주정의 수립 등 많은 결실을 보아 왔으며, 국제사회에서 민주주의와 법치주의가 발전하는 경우 그 영향으로 국제사회의 구성국들은 자연스럽게 민주주의적 가치와 체제에 대한 훈련과 실행이 가능하게 된다고 보기 때문이다. 한편 국제사회의 법제도와 정치 현실 하에서 이러한 이상적 패러다임과 상치되는 발전양상을 보이기도 하며, 이는 때로는 민주주의의 종주국이자 보호국이라고 자처하는 강대국에 의하여 그 원인이 제공되기도 한다. 이하에서는 UN의 창설과 관련하여 쾰젠과 엘리네크 등의 이상주의적 법 이론을 검토하고, 경제위주의 세계화라는 講論을 넘어 세계법과 세계정치의 출현가능성 및 법·정치적 패러다임의 변화에 관하여 살펴본 뒤, 국제법치주의의 실현이라는 이상과 관련하여 국제법 영역의 변화와 그 의

미, 그리고 가치 세계법체제의 가능성 등을 검토해 보기로 한다.

본고는 다음과 같이 구성되어 있다. 서론에 이어 2장에서는 가장 이상주의적 이론인 Hans Kelsen의 법 이론과 UN을 중심으로 한 국제사회의 노력을 살펴본다. 켈젠의 법 이론은 제2차 세계대전 후 새로운 국제질서의 창출에 많은 영향을 끼쳤다. 그러나 이론의 법학적 순수성으로 인하여 민주주의의 중요한 철학적 기반을 결여하고 있는 한편, 실질적 법치주의의 이상, 강대국의 현실주의를 무시하는 오류를 범하고 있다는 비판을 받고 있다. 3장에서는 세계적 차원의 민주주의와 법치주의의 전제가 되는 시민세력의 참여의 문제를 고찰한다. 법치주의와 민주주의는 시민의 참여에 의한 대표성의 확보, 기본적인 권의 보장이 전제되어야 한다. 그러한 이념 하에 전개되지 않는 한국제사회의 민주주의와 법치주의는 특수한 신분의 대통령, 전문 외무 공무원에 의하여 주도되는 국제기구에 의한 밀실정치만이 있게 된다. 세계시민권 또는 참정권이 보장되지 않는 현실에서 비정부간 기구의 활동을 중심으로 제한적으로 시민의 참여가 이루어지고 있는 바, 그러한 비정부간 기구의 활동과 헌법적 계기의 상관성을 살펴본다. 4장에서는 이론과 현실의 종합으로서 현재의 세계법체제의 특징을 살펴본다. 세계화는 경제영역에 국한되어 있지 않으며, 일상정치에 영향을 미치고 있다. 예컨대 WTO의 무역정책 관리는 각국의 경제정책에 영향을 미치고 있으며, 이는 우리 기업과 시민에 직·간접적으로 영향을 미친다. WTO 분쟁해결기구에서는 우리 기업의 이해관계에 영향을 미칠 수 있는 판정과 권고가 일상적으로 행해지고 있다. UN 등 다른 국제기구도 예외가 아니다. 시민의 자각과 참여가 있다면 현재 세계는 미진하나마 세계법체제하에 놓여있다고 볼 수 있다. 국제법의 변천을 중심으로 가치 세계법체제의 특징을 살펴보고, 5장은 이상에서의 논의를 정리한 결론으로 구성한다.

II. Hans Kelsen의 理想主義와 그 現實化

1. 現實政治와 國際社會의 合意(consensus)

소련이 와해되고 이데올로기가 종언을 고하면서 많은 정치학자들은 미국의 단일패권이 실현되었다고 평가한 바 있고, 이후 국제사회에 있어서 미국의 독단적인 행동은 많은 학자들의 연구와 비판의 대상이 되어 왔다. 이라크전 수행과 관련하여 UN의 의사결정과정에서의 미국의 독단적 태도, 도쿄환경협약체결의 거부, 인체유해광산개발금지에 관한 오타와협약, 그리고 국제형사재판소설립협정에의 참여 거부 등 국제적 이상에 반하는 미국의 태도는 양식 있는 자들의 우려를 자아내고 있다. 미국의 이러한 국제사회에서의 태도는 프리만(Charles W. Freeman)의 국익중심의 현실주의적 설명, 데이빗 드라이어의 미국의 지도력 부족 등 다양한 관점에서 설명되고 있으나,¹⁾ 규범적 관점에서 보다 장기적으로 검토할 필요가 있다고 본다. 이러한 문제는 단순히 정책적·외교적 차원의 문제일 수도 있으나, 보다 근원적으로 국제사회의 합의를 국제규범질서 내에 편입시키려는 노력과 관심의 문제라고 보기 때문이다. 따라서 이러한 문제는 법철학적 주제, 또는 가장 일반적인 국제기구인 UN의 법규범체계와 관련을 갖는다고 본다.²⁾

국제사회에 있어 합의의 어려움과 관련하여 많은 담론이 있으나, 논의를 위하여 語義論的 高찰이 필요하다고 본다.³⁾ “구체적 동의

1) Enhancing U.S. leadership at the United Nations: Report of an Independent Task Force(2002).

2) J. Peter Pham, The Perils of Consensus: Hans Kelsen and the Legal Philosophy of the United Nations, 14 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 553, 554-555 (2004).

3) 라틴어에 기원을 둔 consent와 consensus의 뉘앙스 차이이다. consent란 말의 어원은 보다 역사가 길어 라틴어의 consentire, 즉 감정의 공유, 합

(consent)”란 말이 중세 교회법 이래 법률적 전문용어로 사용된 반면, “합의(consensus)”란 말의 사용은 비교적 역사가 짧고, 그 의미도 약간 차이가 있다. 진리에 대한 적극적 긍정이라는 의미보다는 프랑스 철학자 Paul Foulquie의 음미대로 다른 자의 주도하에 내려진 결정에 대한 個人的 支持라는 소극적 뉘앙스를 갖는 단어이다.⁴⁾ 미국 등 일부 국가의 국제사회의 이상에 대한 거부 내지 도전은 이러한 후자의 의미 consensus와 관계되는 것이다. 한편 국제사회의 합의, 즉 consensus와 이에 바탕한 초국가적 법치주의는 민주주의 철학 계보에 비추어 재음미해 볼 필요가 있다. 미국 등 강대국의 합의에 대한 거부는 국제사회의 비난을 받으면서 국제사회에 있어 극단적 소수자로 규정되는 한편, 로마조약이나 환경협약 등이 국제사회 전 구성국의 과반수를 확보하지 못한 상태에서 다수의 의사라는 이유로 강제되는 현실에 봉착해 있는 것이다. 이는 Alexis tocquille이 경고한 대로 민주주의의 최대의 적이라고 할 수 있는 “合意의 獨裁(tyranny of consensus)” 양상을 띄고 있는 지도 모른다. 중요한 것은 민주주의의 필수불가결한 전제조건인 시민의 평등, 사상, 표현, 집회의 자유와 피치자의 명백한 동의(consent)가 국제사회에서는 많은 경우 실현될 수 없다는 것이다. 세계시민권이 강화상 논의되고 있으나, 그 실현가능성은 미래에 맡겨져 있고, UN에서는 단순히 수의 싸움만이 전개되고 있는 상황에서 Alexis Toquevill의 경고⁵⁾는 의미가 없다고 할 수 없다.

의 또는 허용이라는 의미를 가지고 있으며, 헬레니즘 시대 자유의 본질에 관한 철학적 탐구로부터 시작되어 1225년 합의 또는 허락이라는 의미의 영어인 consent가 된다. 이 말이 프랑스 철학담론에서 사용된 이래, 미국의 독립선언에서 피치자의 자발적이고 명백한 동의, 즉 적극적인 민주정의 동의란 의미로 사용된 바 있다.

- 4) Paul Foulquie, Dictionnaire de la Langue Philosophique p. 126-127(1st ed, 1962).
- 5) 일반적으로 Alexis de Tocqueville, Democracy in America(J.P. Mayer ed. & George Lawrence trans., Anchor 1969).

세계화와 함께 국제사회의 권력이 보다 강화되고, 국제기구가 국가통치기관 유사하게 진전하고 있으며, UN체제는 다수의 합의(consensus)에 기반한 법치주의 이상을 궁극적 지향이념으로 하고 있는 현실에서 어떠한 법 이론적 기반이 필요하고, 그러한 이론이 어떻게 현실화되어 있으며, 그 現實化는 현재 어떠한 의미를 갖는가를 음미해 볼 필요가 있는 바, 켈젠⁶⁾의 법 이론이 그 맥락의 중심에 있다.⁷⁾

2. 國際規範과 合意의 拘束力 이론

이러한 논의와 관련하여 켈젠의 소위 “합의의 구속력이론”의 내용을 검토해볼 필요가 있다.⁸⁾

첫째, 그가 순수법이론⁹⁾에서 주장하고 있는 縮小主義的 프레임워크(reductionist vision)이다. 켈젠의 축소주의적 프레임워크하에서는 법학의 대상이 법의 형성, 유효성 및 구속력 등에 제한되며, 인간의 행위는 법의 연구대상에서 제외되거나 법의 내용을 형성하는 한도에서

6) 켈젠은 독일태생의 순수법학과의 거두로서, 비엔나대학에서 법학박사학위를 받은 후 법학자, 철학자, 인문학자로서 많은 활동을 보였다. 유년기 다양한 학문적 관심을 보였고, 20세기 초 이후 공법학 교수로서 많은 저술 활동을 보였는데, 국가이론, 순수법학론, 사회와 자연, 국제법의 기초이론 등이 대표적이다. 그는 소위 비엔나학파의 주도적 학자로서 콜론대학, 프라하 대학, 국제관계대학 등에서 강의하고 미국에 이주한 이후에도 하버드, 버클리대학에서 강의하는 등 많은 활동을 하였다. 오스트리아 헌법재판소에도 관여하였고, UN의 창설과 UN헌장의 기초에 이론적 기반을 제공하면서, 로스코 파운드에 의하여 이시대의 법학자로 손꼽히기도 하였다.

7) J. Peter Pahn, *op.cit.*, pp. 560-561.

8) 켈젠의 법 이론에 관하여 일반적으로, Hans Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*(1905); *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre: Entwickelt aus der lehre vom Rechtssatre*(1911); *General Theory of Law and State: Reine Rechtslehre*(1960).

9) 일반적으로 Lain Stewart, *The Critical Legal Science of Hans Kelsen*, 17 *J.L. & Society* 273(1990).

제한적으로 연구의 대상이 된다. 또한 법규범의 본질은 중요한 연구 대상이 되며, 법규범은 행위의 정당성의 근원을 제공하게 된다. 그리고 인간의 의지에 의하여 창출된 법규범은 다른 사회규범과 달리 강제력을 독점하며, 이는 “強制 또는 義務(ought)”에 근원을 두고 있다고 본다. 그러나 이러한 켈젠의 프레임워크는 “神意志”에 기초한 법의 정당성이나 몽테스키외의 “이성”에 기초한 법의 정당성 등과 같은 “根源的인 原則(first principles)”을 간과하는 결함을 가지고 있다. 이러한 결함을 보충하기 위하여 켈젠은 법의 정당성의 근거를 “인간사회의 慣習”에서 구하게 되며,¹⁰⁾ 관습은 일반의지로 표현되고, 국제사회의 합의는 이러한 관습의 구체적 표현이라는 설명을 하게 된다.

둘째, 켈젠이론은 법의 단계구조론을 취하고 있다. 법의 단계구조론 하에서는 근본규범을 최상위의 규범으로 하여 일정한 하위규범들이 법체계를 이루고 있으며, 하위의 법은 상위의 법에 정당성을 부여하는 근거가 된다. 켈젠의 순수법이론 하에서는 법의 형성과 관련하여 후에 사회과학으로 발전하는 사회학적 요소를 반영할 계기가 없게 되고, UN이 지향하고 있는 세계법치주의의 이상 및 구체적 동의(consent)는 아니지만 합의(consensus)의 산출에 있어 편의를 제공한다.

셋째, 켈젠의 법의 단계구조 및 根本規範論은 국제법과 국내법의 관계에 있어 전통적 국제법이론과는 다른 입장을 보이고 있다.¹¹⁾ 16세기 베스트팔렌조약이래 고전적 국제법이론 하에서는 국제법의 효력 또는 정당성은 주권국가의 동의에 기반하고 있으며, 국제법은 국내법의 일부에 불과하고, 국가의 최고법은 국제법의 구속력의 근거가 된다고 본다. 그러나 켈젠은 법의 정당성에 관한 관습론에 기초하여, 국

10) 사회, 관습과 법에 관하여 일반적으로 Hans Kelsen, *Society and Nature: A Sociological Inquiry*(1943)

11) 켈젠의 국제법이론에 관하여 일반적으로, Hans Kelsen, *Principles of International Law*(1952).

제사회에도 국가나 국가기관의 행위의 반복으로 관습이 성립하며, 이는 국제법의 정당성의 근원을 제공하고 따라서 국제법은 국내법과 다른 법체계이며, 국제법이 보다 상위의 효력을 갖는다고 본다. 이때에 조약과 국제관습법은 구별되며 조약은 조약에 서명한 국가간, 즉 부분국제사회에 유효한 것으로서 국제관습법이 보다 상위의 효력을 갖는다고 한다. 이러한 켈젠의 국제법우위론은 UN 등 국제기구와 國際法治主義 理想論者들에게 매우 유용한 이론적 틀을 제공할 수 있는 계기가 된다.¹²⁾ 넷째, 켈젠의 國際法·國內法一元論은 국제법의 법적 주체를 국가 만에 한정하지 않고 일반시민에게까지 확대할 수 있는 계기와 함께 국가의 최고성이 완전히 잠식될 수 있는 이론적 계기를 제공한다. 따라서 켈젠이론 하에서는 역사적 현실과 법규범적 순수이론이 결별하는 부분이 있게 된다. 켈젠이 자인하듯이 일정 시기에는 국가주권과 최고성이 인정되던 시기가 있었지만, 현재의 시대에 있어 법의 정당성은 국제사회에서 찾을 수밖에 없다는 결론에 도달하게 된다. 고전적 국제법이론 하에서는 국가의 동의에 기초한 국제법체계를 상정함에 대하여 켈젠은 그의 원리론적 탐구와 국제사회의 현상을 결합하여 국제사회속에서 법규범과 법 현상을 종합적으로 바라보고, 세계화론자들의 세계시민사회주장과 쉽게 결합할 수 있는 이론적 유용성을 가지고 있다. 켈젠의 이론에 의하면 국가는 단지 과거의 유물이 될 수 있는 바, 이러한 그의 예지는 실제 EU와 유럽각국의 통치현실에서 상당한 정도로 실증되어 있다.

다섯째, 켈젠의 순수법이론 하에서는 국가에 先存하는 自然權이란 개념이 존재하지 않는다. 법의 정당성의 근원은 오직 근본규범이며, 이는 국가의 강제력에 의하여 담보된다는 것이다. 즉 자연권의 존재

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

를 인정하면 자연권이 국가를 기속하는 모순이 있으며, 법의 효력은 국가의 제정행위 자체로부터 발생하고, 법의 도덕적 정당성은 법의 효력과 관계가 없다. 그는 “법의 규범적 체계 하에 있는 자는 사회의 도덕적 체계와는 무관하다”라고까지 주장하기도 하였다.

3. 켈젠이론의 現實的 適用과 問題點

켈젠의 慣習과 同意理論은 국제범죄에 대한 국제사회 차원에서의 처벌을 주장할 수 있는 논리적 근거가 된다. 영국에서의 칠레 피노체트의 체포가 그 한 예이다.¹³⁾ 피노체트의 체포는 전통적 국제법 이론에 따를 때에 가히 혁명적인 것으로서, 미디어나 여론에 의한 국제적 여론과 합의에 밀린 국제법 이론의 창조적 혁명이라고 할 수 있다. 慣習法의 성립에는 지속적이고 일반적인 관행은 물론 당해 관습법이 법이라는 주관적 확신이 필요하다는 것이 정설이다. 피노체트 사건에서의 관습과 국제적 합의의 법적 성격은 대륙법 또는 영미법상 관습법의 법리와는 성격을 달리하고, 켈젠이 주장하는 사회학적 관습이론과 성격이 유사하다. 켈젠의 이론에 의하면 이러한 관습은 일반의지가 되고 규범적 효력을 갖는다고 보게 되는 바, 이러한 범형성과정은 동의와 법 위계를 중시하는 UN의 국제법치주의 구도와 궤도를 같이 한다. 그러나 켈젠은 사회적 관습을 주장하면서 법의 내용과 실질적 정당성에 관한 사회학적 고려를 결여하고 있으며, 具體的 同意

13) 1973년 이래 군부의 실력자로서 칠레 독재정치의 주범인 피노체트가 1998년 외교관여권으로 영국을 여행 중 그의 독재정치 와중에서 희생된 스페인 시민의 사망사건 조사의 필요를 이유로 영국경찰에 체포된 것이다. 2000년 고령과 신병이 고려되어 석방되었는 바, 동 사안에 있어 국제법상 주권면책의 이론이 쟁점이 된 것은 물론이다. 외교관계에 관한 비엔나협약상 국가기관은 물론 외교관여권으로 타국을 여행하는 경우 타국의 관할권으로부터 면제되어야 하며, 그러한 외교관특권의 포기는 여권발행국인 칠레만이 할 수 있는 것으로, 칠레는 피노체트의 체포에 이의를 제기하였다.

(consent)를 위한 입법과정에 관한 고찰을 행하지 않고 있다.

칸트학파의 영향을 받은 켈젠의 법 위계론은 UN 전문기관의 행동 양태에도 영향을 끼치고 있다.¹⁴⁾ 켈젠은 법은 법이기 때문에 규범적 효력과 강제력을 가지며, 그 정당성은 상위규범에 있다고 보는 바, 그의 이론에 따르면 동의의 이유 및 법의 정당성의 근원에 관한 古典的 法學者 또는 哲學者들의 법의 본질에 관한 고찰이 결여되어 있다. 1960년대 UN 경제사회이사회는 환경에 관한 국제회의를 개최하기로 하고, 1972년 스톡홀름에서 인간환경에 관한 UN회의가 개최, 스톡홀름선언이 채택되었다. 1987년 환경과 개발에 관한 UN회의가 개최되어 지속가능한 개발의 필요성을 국제적으로 선언하고, 1992년 브라질의 리오데자네이로 선언, 기후변화에 관한 UN협약, 환경에 관한 도쿄 의정서 등이 채택되기에 이른다. 2002년 환경문제에 관한 요하네스버그의 정상회담에서는 실행계획까지 채택되었는데, 동 실행계획의 서문에 켈젠의 법 위계론을 확인하듯이 정상회담의 정치적 결정 외에도 국제사회의 先行決定의 拘束力을 확인하고, 그러한 선행결정은 실행계획의 정당성의 근거가 된다고 선언하고 있다.

이러한 법의 위계론은 주권과 통치권의 保持者인 국가사회를 전제로 한 것으로, 근본규범의 정당성에 관하여는 구체적인 설명이 없다는 결점을 갖는다. 단지 권위에 의하여 제정된 법이므로 정당성과 규범력을 갖는다는 추상적인 차원에 머물고 있으며, 국제사회에 그대로 적용될 수 있는가가 의문시 된다. 즉 켈젠의 법 이론이 형성될 당시의 독일사회와 국제사회는 그대로 비견될 수 있는 법 환경이 아닌 것이다. 따라서 켈젠은 전술한 바와 같이 자신의 이론을 국제사회에 적용시키기 위하여 국제사회에서의 관습을 법의 정당성의 근원으로 보고, 국제법과 국내법의 관계에 있어 국제법우위의 일원론, 조약법과

14) J. Peter Pahl, *op.cit.*, pp. 564-566.

국제관습법의 준별 등으로 특징지을 수 있는 이론을 제시하였지만, 이는 주권국가로 전제로 한 고전적 국제법이론 하에서는 혁명적 성격을 갖는 것이었다. 또한 켈젠은 국제관습법이나 조약법 차원을 넘는 제 3의 국제법체계가 있다고 보았다. 즉 그는 사회적 관습이론을 관찰시키면서 미국의 헌법회의와 같이 사회적 관습과 被治者의 “구체적 동의(consent of the governed)”하의 國家法形成現象이 있는 한편, 국제사회에서는 국가 간의 관습과 “消極的 동의 또는 합의(consensus)”하의 國際法體系形成의 계기가 주어진다는 것이다. 국제기구는 이러한 소극적 동의를 협약화 할 계기를 갖게 되고, 이러한 국제기구의 규범창설의 계기는 국제관습법이나 조약법과 달리 초국가적 성격의 국제법체계를 형성하게 된다는 것이다. 이는 전통국제법 이론이 전제로 하고 있는 국가와 국제기구의 관계에 관한 가정과는 달리 혁명적으로 국내법체계를 국제법체계에 복속시키게 된다.

이러한 켈젠이론은 최근 국제형사재판소에 관한 로마협약에서 국제적으로 영향력을 미치게 된다. 국제형사재판소의 관할권은 조약당사국 인가에 관계없이 세계 각국의 시민에게 미치게 되는 한편, 미국의 서명 비준거부는 켈젠 추종자에게는 비난의 대상이 되었다.¹⁵⁾ 또한 2000년 UN의 인권위원회결의로 창설된 인권보호를 위한 UN사무총장 특별대표부 역시 보편적 인권보호의 세계적 집행기구로서 켈젠이론의 구현물이라고 볼 수 있다. 켈젠이론은 결국 국가주권의 부인과 國際機構의 最高性에 이르게 되는 한편, 전술한 바와 같이 국제법과 국내법은 본질적으로 일원적이며, 전통적 국제법주체인 국가 외에 세계시민이 직접적으로 국제법과 관계를 맺는 계기를 제공하게 되는 것이다. 인권에 관한 국제기구의 감시와 실행활동, 국제법주체가 아닌 州政府가 사형 제도를 둘러싼 국제법기준의 준수여부를 감시하는 현실에 이르게 되고, 유럽통

15) Catherine Cissé, Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, 4 Int'l law Forum du Droit Int'l 3, 7-11 (2002).

합과 그 통치과정은 그러한 켈젠이론이 보다 급진적으로 현실화되고 있다는 것을 보여준다.¹⁶⁾ UN개발회의의 2002년 보고서가 켈젠식의 국가주권론에 기초하여 국제형사재판소 창설의 의미를 평가하고 있는 것은 초국가기구인 UN의 법치주의에 미친 켈젠이론의 영향력을 반증한다. 켈젠은 국제협약체인 초국가기구가 창설된 이상 국가주권을 이유로 초국가기구의 통치능능을 제한하여서는 안되므로 전통국제법상 주권중심의 국가와 국제기구의 관계에 관한 기본원칙(principle of subsidiarity)이 부인된다고 하였다. 이는 국가선행이라는 역사적 사실과 모순되지만 논리와 사실의 준별 그의 사회적 관습이론의 확대를 통하여 켈젠이론 하에서는 문제가 되지 않음은 전술한 바와 같다.

켈젠의 法實證主義와 근본규범론도 초국가기구와 국제법치주의의 진전을 위한 법 이론으로서 적절히 기능한다. 국가이전의 자연권의 존재를 부인하고 실정법만이 법이라고 보게 되므로 초국가기구의 입법행위와 역할이 중요하게 된다. 초국가기구는 국내의 통치기관과 같이 국가의 동의가 아닌 다수결의 형태를 통하여 입법행위를 하고 국제사회의 규범을 창설할 수 있게 되는 한편, 근본규범이라는 가정적 전제를 통하여 그 실질적 정당성은 절대적이며 의문시될 수 없다.

켈젠의 이러한 법철학적 순수주의는 국제사회에서의 多數主義에 접목되기 쉽고, 일방주의에 대한 비난의 훌륭한 논거를 제공한다.¹⁷⁾ 그의 주권주의 법학과 객관주의법학의 준별 역시 초국가기구로서의 국제기구와 국가와의 관계를 설명하는데 일조한다. 즉 국가는 국제사회의 구성원에 불과한 형태로 존재하고 국제사회에서 국가는 모두 평등하며, 따라서 국가는 국가의 시민과 같이 평등한 존재로 통치의 객체가 되며, 주권은 부인되게 된다는 것이다. 국가의 가치와 규모는 아무

16) Romano Prodi(President of the EU Commission), Speech at the Institut d'Etudes Politiques, Paris, France (May 29, 2001) 참조.

17) J. Peter Pahl, *op. cit.*, pp. 571-580.

런 의미가 없게 된다. 합의의 추구가 핵심주제가 되며, 이는 초국가기구로서의 UN은 물론 정부간 기구 및 전문기관, 비정부간 기구, 국제기구 관료체제에 의하여 추진되고 있다. 이러한 켈젠의 이론이 보다 이상적으로 구현되는 경우 세계정부가 출현할 수 있으며,¹⁸⁾ 세계경찰이 창설되어 세계시민을 국제사법재판소에 기소하게 될 것이고 현재의 UN전문기관은 국가의 행정각부와 같이 변화될 것이다.¹⁹⁾

이렇듯 켈젠의 이론은 관념론적 철학에 영향을 받아 순수법학론, 법실증주의, 법 위계론, 근본규범론, 사회적 관습론 등을 근간으로 하여 제1, 2차 세계대전 후 국제질서의 기초를 형성하는데 있어 중요한 영향을 미쳤으며, 그의 이론적 영향력은 과거에 그치지 않고 현재, 그리고 미래에 걸쳐 국제법치주의와 관련하여 이론적 패러다임으로서 시험대에 오를 것이다. 그의 논리는 내용에 관하여 자제하면서 형식주의에 그치고 있고, 논리와 역사적 사실의 혼돈, 國家社會와 國際社會라는 이원적 구도 하에서 연결고리를 찾는 점은 설명이 부족한 면이 있어 평가하기 어려운 측면이 있는 것이 사실이다. 신의 의지 또는 이성이라는 법의 정당성의 근원에 관한 고전적 설명과 비교하여 설명이 부족한 면이 있고, 그도 인정하듯이 절차와 토론이라는 민주적 가치가 무시되기도 하며, 법의 실체적 정당성에 관한 문제가 도외시되기도 한다. 사회적 관습을 주장하면서도 법이기 때문에 규범력을 갖는다는 절대주의적 사고와 사회학적 고찰이 부족하여 영미법계와 접목되기 어렵다는 점, 초국가기구의 출현을 위해서는 피치자의 “구체적 동의(consent)”라는 민주주의체제형성의 고전적 계기가 필요하다는 관점에서 단순한 소

18) 노벨경제학상 수상자인 Jan Tinbergen도 세계정부의 출현을 주장한 바 있다.

19) 세계정부의 이상과 영구평화론에 관하여 Immanuel Kant, *Perpetual Peace and other Essays on Politics, History, and Morals*(Ted Humphrey trans., 1992).

극적 합의만으로 전통적 국가주권이 부인될 수 없다는 현실주의적 반론 등 다양한 비판의 여지를 가지고 있는 것이 사실이다. 합의라는 명분하에 피노체트의 체포가 합법화된다면, 법치주의가 추구하려는 가치인 법적 안정성과 예측가능성이 세계시민에게 보장되는 것인가? 이는 누가 책임질 것인가를 생각해 보지 않을 수 없다.

III. 世界化와 國際的 次元의 參與問題

1. 世界市民社會와 國際的 法治主義

국제법치주의의 이상을 실현하기 위해서는 세계시민사회가 전제되어야 한다. 법치주의는 말 그대로 人治主義에 대응하여 개인의 자의적 지배를 배제하고 법을 통하여 가치를 배분하고 권리와 의무를 확정하는 통치이념 내지 체계를 의미한다. 법치주의 하에서는 당연히 표현의 자유를 비롯하여 시민의 기본적 인권이 보호되어야 하고 토론과 대화가 보장되어야 하며 參與라는 민주주의 정치과정이 전제되어야 한다. 폐쇄된 구도하의 도그마적 결정과 정보의 주입만으로는 일부국가의 실패에서 볼 수 있는 유형의 세계적 전제정치가 출현할 수 있을 뿐이다. 시민과 이익단체의 참여는 민주정치의 가장 중요한 핵심요소이고, 이는 세계적 차원의 정부가 창설되기 위한 전제조건을 구성한다. 전술한 켈젠식 접근이 도그마적 형식주의를 통하여 단일의 세계정부를 위한 이상적 이론으로서 기능한다고 할 때 다른 한편 시민의 참여는 國際的 立法活動에 있어 개방과 토론, 실질적 법치주의의 구현, 보다 구체적 동의의 산출을 가능케 한다. 미국의 민주주의를 시민중심의 “demos적 요소”와 “연방제도하의 주정부의 대표성문제”로서 특징짓는다면, EU의 경우도 유사하지만 국제사회에 있어 세계민주주의도 이러한 두 가지 변수를 고려하여야 한다. 국제법치주의와

관련하여 세계 시민권문제, 세계시민의 인권에 관한 UN인권헌장, 국제형사재판소의 창설 등이 국제법치주의의 시민적 부분이라면, 국제기구의 다수결의 원칙 등 국제법상 국가주권중심의 전통적 관념의 퇴조 등은 후자의 부분에 관련되어 있다. 많은 비판의 여지가 있지만 켈젠식의 이상주의의 전형과 세계적 차원에서 시민과 이익집단의 참여가 보장되고 활성화된다면 양자는 세계적 차원의 민주주의와 법치주의를 위한 이론적 토대로 기능할 수 있다.

먼저 세계민주정을 논함에 있어 그 전제로서 政治的 場이 실재하고 있는가를 생각해 볼 필요가 있다. 현재 국제사회는 국가에 있어서와 같이 현실적 중앙정부가 결여되어 있다.²⁰⁾ 그렇다고 하여 국제사회에 정치적 장이 없는 것은 물론 아니다. UN을 위시하여 다양한 국제기구, 국제협약, 국제협상 등이 행해지고 우리의 일상에 영향을 미치고 있다. 예컨대 UN안전보장이사회의 결정은 직접적으로 또는 국가를 매개로 하여 시민에게 간접적으로 통치권능을 행사하고 있다. 이러한 국제기구 또는 국제협약은 국가단위의 민주주의와는 구별될 수밖에 없다. 국제사회의 민주주의를 논함에 있어 그 대상이 되는 “公衆”이 어떠한 범주인가를 살펴볼 필요가 있음은 그러한 이유 때문이다. UN, 세계무역기구, 국제통화기금, 세계은행 등 국제기구가 현실적으로 국제사회에 일정한 권능을 행사하고 있지만, 그러한 통치과정이 민주적 인가에 관하여 많은 비판이 있어 왔다. 그러한 기구들이 국내의 행정기관 유사한 권력 작용을 행하고 있지만, 국내의 통치과정과는 달리 의사결정에 있어 시민의사의 반영이나 민주적 견제장치가 결여되어 있다는 점이다. 즉 대표성 없는 무분별한 세계화 주장이나 세계민주

20) 또한 정치현실에 있어 국가간 평등에 관하여도 의문을 제기하는 학자가 많다. 예컨대 Daniel Bodansky, *The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environment Law*, 93 AM. J. Int'l L. 596, 613-14(1999).

주의는 심각한 문제를 가지고 있다.

2. 국제정치에서의 民主主義的 缺損

국제정치와 법제는 국제사회라는 특수성으로 인하여 국가와는 다른 民主主義的 缺損이 존재한다. 그렇다면 그러한 민주주의적 결손은 구체적으로 어떻게 존재하는가?21) 첫째, 국제사회의 構成國의 의사가 통치과정에 민주적으로 반영되는가의 문제, 즉 구성국의 대표성의 문제이며 둘째, 국제정치과정에 있어 구성국과 그 시민간의 민주적 관계가 보장되고 있는가의 문제이며 셋째, 국제기구와 세계시민간의 대표성 문제이다. 국제정치에 있어 구성국의 대표성이 의문시되는 경우는 허다하다. 예컨대 10억의 인구를 가지고 있는 중국과 수십만의 작은 국가가 UN총회에서 동가치의 투표권을 행사한다거나, 안전보장이사회 이사국이 다른 UN회원국과 달리 거부권을 행사하는 것 등은 국제정치 구성국의 대표성이 국내정치와 다르다는 것을 단적으로 보여 준다.22) 둘째 유형의 민주적 결손은 국제기구가입에 있어 회원국 정부의 民主的 正體性을 고려하지 않는 경우에 발생한다. 즉 UN과 WTO를 비롯한 많은 국제기구가 회원국 가입을 위하여 전통 관습국제법상의 원칙인 “시민에 대한 有效한 통치권 행사”만을 가입요건으로 하고 있다. 즉 시민의 정부에 대한 민주적 통제라는 민주주의적 요소는 회원국 가입의 요건이 아닌 것이다. 셋째 유형의 결손은 국제

21) Steve Charnovitz, *The Emergence of Democratic Participation in Global Governance*(Paris, 1919), 10 *Ind. J. Global Legal Stud.* 45, 48-52 (2003).

22) WTO의 Green room 관행도 국가의 대표성의 문제를 야기한다. 통상협상의 주도국이 선별적으로 회원국 정부 관리에게 미리 결정한 사항을 무조건 승낙하도록 하는 관행 등이 그것인 바, WTO 경우 외에도 발리에서의 2002. 6. 지속가능한 성장을 위한 정상회담에서도 그러한 유형의 협상관행이 행하여진 바 있다.

기구나 국제협약의 결의 등이 직접적으로 시민에게 효력이 미치는 통치권능의 행사이면서도 시민의 참여가 보장되지 않는다는 점에 있다. 그것이 기구의 회원국이나 협약체에 참여한 국가가 충분히 자신의 의사를 개진할 기회가 주어지는 경우라면 회원국 정부 등을 통하여 간접적으로 시민의 의사가 반영되었다고 볼 수 있지만, 굳이 켈젠식의 초국가기구나 국제법 영역에서의 국가주권이론의 퇴조 등을 언급하지 않더라도 현재의 국제관행하에서 회원국의 대표성이 결여된 상태에서 국제기구나 협약체가 일정한 결정을 한 경우에는 특히 문제이다. 요컨대 체제에 정당성이 있기 위해서는 民主的 代表性이 필요하고 이해관계 있는 공중에 책임을 지는 체제이어야 한다는 것이 정설이다. 그런데 국제사회에서는 어떠한가? 즉 국제기구의 의사결정과정에 있어 단순히 국가만이 관여할 수 있고 관여하여야 하는가, 아니면 보다 광범위하게 시민 대표성까지 요구되는가? 답이 부정적인 경우라면 국제사회에서의 민주와 법치는 국가를 통한 간접적 대표성과 시민에 의한 직접적 대표성 모두가 결여된 상태 하에서 토론과 대화, 시민참여, 민주적 견제라는 전제조건들이 모두 몰각되고 국제기구에 의한 形骸化된 合意와 無知, 不滿의 악순환만을 가져올 우려가 있다.

3. 국제기구체제와 非政府間 機構

국제정치적 관점에서 현재의 국제기구체제는 고전적인 국가주권중심주의적 정치현상과는 많은 점에서 다른 양상을 보이고 있다.²³⁾ 그 첫째는 세계화의 진전과 함께 일국이 다른 나라의 영향력 하에 놓이는 경향이 많다는 점이고, 그 둘째는 소위 외교정책을 결정하는 고위정책결정자가 1, 2세대 전보다 훨씬 국내정치로부터의 민주적 통제

23) Steve Charnovitz, op. cit., pp. 51-57면.

하에 놓이게 된다는 점이다. 따라서 국제기구의 의사결정과정은 순순히 구성국 정부만을 상대로 하는 것이 아니고 실질적으로 국내정치적 변수에 의해서도 영향을 받게 된다. 이는 국제기구의 구성국을 매개로 하지 않고 국제기구와 시민간의 대화와 토론, 의견반영 등 정치적 관계가 형성될 수 있는 계기로 작용한다.²⁴⁾ 국제기구를 둘러싼 정치과정의 또 다른 특징으로 외교정책에 관한 專門行政官僚들은 국내행정의 경우보다 의회의 통제를 적게 받는다는 점을 들 수 있다. 그들은 국내행정 관료보다 많은 재량권을 부여받으며, 조약체결에 있어 의회의 동의를 요하는 경우에도 대부분 폭넓은 재량권에 바탕하여 협상이 종결된 후 형식적 사후동의에 머무르는 경우가 대부분이다. 국제협상이나 외교통상정책 등의 결정은 국내의 입헌·입법행위보다 신중할 필요가 있다. 이는 조약 등 국제협정의 경우에는 한번 체결되면 국내입법의 경우보다 변경하기가 어려우므로 따라서 조약체결에 관한 전권대사 등에 대한 통제는 국내의 입법과정과 비견될 정도의 민주적 참여와 통제가 필요하다. 예컨대, 기업에 관한 국내입법에서의 로비의 정당성이 인정되는 현실에서 똑같이 기업에 영향력을 미치는 국제협약의 체결에 있어 기업이 로비를 포기하거나 자국의 전권대사만을 상대로 로비를 하는 것은 의문이다. 기업이 관련국 모두를 상대로 로비를 통하여 정치과정에 참여하는 것은 민주적 정당성의 관점에서 당연한 것이다. 요컨대 국제기구를 둘러싼 국제정치현상과 과정을 민주주의 내지 법치주의라는 관점에서 고찰할 때에 국제정치는 국내정치와는 다른 다양한 변수와 차이를 갖고 있다. 이는 국제정치에 있어 민주적 결손을 가져오는 요인이 되며, 어떠한 방식으로든 민주적 통제장치를 담보할 필요가 있는 바, 그것이 소위 複合的 意思決定方式이

24) 이러한 경향은 2000년 코피아난 총장의 UN보고서의 기초문구나, 2002년 WTO 도하아젠다 소개책자, WTO사무국의 광고문안 등에서 직·간접적으로 확인할 수 있다.

필요한 이유가 되는 것이다.

복합적 의사결정과정이란 국제사회의 이익집단인 비정부간 기구 등이 국제정치에 내재하고 있는 의사결정과정상의 민주적 결손을 보충하는 역할을 통하여 이루어지는 바,²⁵⁾ 그 몇 가지 특징을 들면 다음과 같다.

첫째, 비정부간 기구의 국제정치참여는 협정이나, 그들의 자문적 역할을 통하여 확인되고 있다. UN헌장 제71조에는 경제사회이사회는 자신의 권한사항에 관하여 비정부간기구와 협의할 수 있는 체제를 마련할 수 있다고 규정하고 있는 바, 현재 약 2,140개의 비정부간 기구가 UN의 자문기구로서 활동하고 있다. 또한 UN 비정부간 기구 연락소는 UN과 비정부간 기구의 협력을 증진시키기 위한 사무소로서 “Go-Between”이라는 정기간행물을 통하여 정부와 UN을 중개하는 역할을 광고하고 권장하고 있다.

둘째, 비정부간기구의 활동은 의제에 따라 국제기구 의사결정에 영향을 미치는 정도가 다르다. 예컨대 광산채굴 등에 관한 조약의 경우에는 비정부간 기구의 영향력이 클 수 있지만, 무역관련지적재산권 협상과 같은 경우에는 비정부간 기구로서 기업연합회 등이 의사결정에 큰 영향력을 가진다고 보기 어려울 것이다.²⁶⁾

셋째, 국제정치의 민주화에 있어 비정부간 기구의 참여에 의한 국제정치의 민주화가 보다 근원적인 제도적 개혁을 통한 민주화를 배제하는 것은 아니라는 것이다. 유럽의회와 같이 선거를 통하여 세계의 회를 구성하거나, 주요 UN공무원을 선출할 수도 있을 것이다.

넷째, 비정부간 기구의 역할은 일관되고 안정되게 수행되는 것이 아니고 그때그때의 國際情緒, 政治的 狀況에 영향을 받는다.²⁷⁾ 예컨대

25) Steve Charnovitz, *op. cit.*, pp. 53-57.

26) Daniel W. Drezner, On the Balance Between International Law and Domestic Sovereignty, 2 Chi. J. Int'l L. 321, 328(2001).

27) 그러나 비정부간기구활동의 성쇠는 역사적으로 반복된다는 주장이 있다 (Steve Charnovitz, Two Centuries of Participation: NGOs and

2001년 9월 11일 테러공격을 감행한 알카에다의 경우나, 세계무역기구 각료회의장 주변의 비정부간 기구의 시위는 비정부간 기구의 역할을 위축시킨 바 있다. 본질상 비정부간 기구로서의 성격을 갖는 알카에다의 테러공격으로 미국은 국가안전보장의 강화에 진력하였고, 이는 보다 國家中心的 國際政治傾向으로 이어지게 된다.

다섯째, 비정부간 기구의 참여를 통한 민주화는 국내적 차원의 민주화와 유리된 것이 아니고 보조를 같이 한다. 즉 세계 각국의 정부가 시민과 이익집단의 참여와 통제를 통한 민주화에 성과를 거둘수록 국제적 차원에서의 시민운동으로서 비정부간 기구의 활동은 강화될 수 있다.²⁸⁾

요약하면 국제정치에 있어 비정부간 기구의 활동은 국제정치에 관한 3가지 유형의 전형적 설명을 극복하고 현실적으로 보다 가능성 있는 대안으로서의 성격을 갖는다. 즉 국제정치의 이론적 패러다임을 국가중심주의적 모형, 비관론적 모형, 개혁론적 모형으로 분류해 볼 때에, 수잔 마크스(Susan Marks) 등을 중심으로 한 국가주의적 모형에서는 민주정치는 국내에서만 가능하고 국제사회에서는 존재할 수 없다는 결론에 도달하게 되며, 다알(Robert Dahl) 등의 비관론적 모형에서는 국제기구 또는 국제정치에서도 민주주의는 중요한 의미를 갖지만 현실적 제약으로 인하여 달성하기 어렵게 된다. 한편 개혁론적 모형에서는 헬드(David Held)의 주장과 같이 현재의 국제기구 내지 국제정치는 민주적으로 개혁될 필요가 있으며, 이는 직접선거 등 민주적 절차에 의한 세계정부의 구성을 요한다고 보고 있다.²⁹⁾ 이에 대

International Governance, 18 Mich. J. Int'l L. 183, 268-70(1997).

28) 이점과 관련하여 Lyman Cromwell White는 비정부간기구에 관한 연구에서 “각국의 이해관계그룹이 자신들의 공통문제의 해결을 위하여 참여하는 것은 민주주의의 한 표현이다. 특히 국제기구의 의사결정과정에서 그들이 참여하는 것은 더욱 그러하다... 따라서 비정부간 기구의 영향력과 미래는 그들의 국가 및 국제기구 내에서의 민주화경향과 성장에 크게 의존할 수밖에 없다.” 라고기술하고 있다.

하여 비정부간 기구의 참여에 의한 국제민주주의의 확보는 기능론적 모형³⁰⁾으로 볼릴 수 있다.³¹⁾

4. 비정부간 기구 활동의 政治的·法的 意義

일반적으로 비정부간 기구의 활동은 냉전의 종식 또는 1970년대 UN 세계회의 이후에 국제정치적 의미를 갖는 것으로 이해되고 있으나, 이미 1945년 UN헌장 제71조를 통하여 입법적 근거가 마련된 바 있다. 또한 이미 그 이전 1919년 파리강화회의에서의 이해대립과 조

29) 동지의 관점에서 Richard Falk & Andrew Strauss, On the Creation of a Global People's Assembly: Legitimacy and the Power of Popular Sovereignty, 37 Stan. J. Int'l L. 191(2000) 참조.

30) 비정부간 기구의 역할에 관한 이론의 창시자인 David Mitrany는 국제기구의 의사결정과정에서에 비정부간 기구의 “투입”을 중시하면서 국제적 차원의 협조라는 관점에서 비정부간 기구의 기능과 역할을 중시한 바 있는데, 이러한 기능론적 모형 하에서는 세계정부의 창설은 비현실적이며, 정보의 공유를 통한 진정한 민주적 대표성을 위해서는 비정부간 기구의 “기능”이 중요하다고 보았다. 기능론적 모형 하에서 비정부간 기구의 민주적 기능은 국제기구 통치권능의 연원이 되는 세계시민을 대변자로서 하여 “시민의 정보화”와 “정책결정의 합리성의 확보”를 중시하게 된다.

31) New Haven School의 기능주의론이 비정부간 기구의 참여와 흥미롭게 관련된다. McDougal 등이 주축인 동 School은 세계질서형성과 국제정치를 국가주권에 바탕한 국제질서와 단일의 세계정부에 의한 국제질서라는 양분법으로 도식화하는 것은 의미가 없다고 하면서, 국가, 비정부간 기구, 이익단체, 사적 결사체 등 다양한 주체에 의한 의사결정과정에서의 참여가 중요하다고 보았다. 국제적 차원에서 입법, 사법, 행정이라는 제도적 개혁이 현실적이지 않다면, 다양한 공적 질서를 구성하는 주체들의 주요기능을 통하여 민주적 조건들을 확보하여야 한다고 한다. 그리고 주요기능으로 지식 및 지성, 사회진보, 예측 및 규율, 협조 및 원용, 실행 및 적용, 종료 및 평가 등을 들 수 있다고 한다. 특히 국내정치에 있어 견제와 균형이 중요한 의미를 갖듯이 비정부간 기구는 국제정치에 있어 권력배분과 견제와 균형을 위한 중요한 역할을 담당할 수 있으며, 기본적인 인권을 보장하는데 일조를 할 수 있다고 보았다.

정과정은 비정부간 기구 활동의 전형을 제공한다고 본다.³²⁾

역사는 반복한다는 관점에서 노동조합, 여성단체, 적십자기구, 유대인그룹 등 다양한 시민세력이 참여한 파리강화 회의를 통하여 그것이 비정부간기구의 참여와 국제민주주의라는 관점에서 어떠한 의의를 갖는가를 살펴 볼 필요가 있다.³³⁾ 그 의의와 관련하여 두 가지 관점에서 살펴본다.

첫째, 政治的 觀點에서 보면 파리강화회의에서의 비정부간 기구의 활동은 국제정치관행에 비정부간 기구의 참여라는 민주주의의 초석을 마련하였다는 점에서 가히 혁명적이고 근본적이다. 이는 국제정치에 있어 중요한 선례로서 기능하게 되었다 참여하지 못한 기업연합회 등은 민주화라는 국제정치적 조류를 무시하지 못하고, 그 다음해 뒤늦게 국제통상위원회 국제기업가협회 등을 창설하게 된다. 파리강화회의 이전의 국제회의, 예컨대 헤이그 평화회의 등은 폐쇄된 정부간 협상방식을 취하였으나, 파리강화회의는 이러한 관행에 혁명적 변화를 가져왔고, 지금까지도 그러한 참여정신은 근본적 선례로서 국제정치에 영향을 미치고 있으며, 참여화를 위한 제도적·관행적·공감대적 연대마련의 기틀을 제공하고 있다.

둘째, 法的 觀點에서 보면 憲法的 契機로서 그 의의를 부여해 볼 수 있다. 헌법학자인 액커만(Ackerman)은 미연방의 경우에 있어 헌법적 계기를 지적한 바 있고, 국제정치의 선례나 다자간 국제규범의 창설에 있어 “憲法的 構成”이라는 용어가 자주 원용되고 있다. 최근의 국제정치학자들은 보다 체계적으로 국제헌법주의를 이론화하고 있다. 킹스베리(Benedict Kingsbury)는 책임, 위임, 대표제 및 비정부간 기구의 참여화로 요약되는 國際憲法主義를 강조하기도 한다. 액커만의 헌법적

32) Nathan Feinberg, *La Petition en Droit International*, 40 *Recueil Des Cours* 529, 556-58 (1932).

33) Steve Chamovitz, *op. cit.*, pp. 71-77.

계기의 프레임워크인 4단계론에 의할 때에 파리강화회의는 참여라는 관점에서 국제민주주의에 헌법적 계기를 부여하고 있다고 할 수 있다. 액커만의 4단계인 즉 시도단계, 제안단계, 여론성숙단계, 성문화단계에 의할 때,³⁴⁾ 파리강화회의는 이러한 4가지 단계의 특징을 대부분 그대로 보이고 있다. 파리강화회의 이전에 이미 비정부간 기구의 참여의 주장이 있어왔고, 이러한 참여의 열기는 세계대전을 통하여 더욱 강화되었으며, 비록 문제된 의제의 일반성은 갖지 못하였으나 국제적 이해 갈등과 조정에 있어 상당한 영향력을 행사함으로써 시도단계의 징표를 충분히 갖추고 있다. 액커만의 提案段階에서는 단순한 헌법개정을 넘어 정치적이고 동태적인 헌법적 계기를 형성함에 있어 민중적 운동을 헌법화제안에 적합하게 기능적으로 변모하도록 장려하는 바,³⁵⁾ 파리강화회의에서 5개 상임이사국이 유대인그룹의 제안을 유도한 것이라든지, 노동위원회를 창설하고 고퍼를 의장에 임명한 사실, 비정부간 기구의 활동을 기록에 반영·참조케 한 사실 등은 제안단계로의 특징을 갖는다. 輿論成熟段階에서는 제안에 대한 공중의 토론과 검증이 이루어지는 바, 국제정치관행의 특성상 비교적 이러한 과정이 중요하게 취급되지 않은 것이 사실이다. 그러나 국제노동문제는 노동운동의 특성상 정부와 노동자의 독립대표성문제로 많은 논란이 있었고, 노동운동의 3자적 대립구조³⁶⁾는 그 후에도 계속 시련과 검증을 받고 있다. 마지막으로 成文化段階에서는 立法化와 司法的 先例化가 이루어지는 바, UN

34) Bruce Ackerman의 “헌법적 계기”에서는 일상의 正常的인 통치과정은 혁명적 상황과 非常的 支配에 禮讓하게 된다. 헌법적 계기는 헌법개정과는 구별되며, 조직화된 군중이 법을 장악하고, 통치자에게 새로운 질서창출권을 부여하게 된다(Bruce Ackerman, We the People, pp. 266-67, 302(1991)).

35) 따라서 그는 정치적·법적 가설로서 헌법보다 상위의 규범체계의 존재를 인정한다.

36) 우리나라도 국가경제위기를 극복하기 위하여 정부, 노동조합, 사용자단체 등에 의한 노사정협의회가 구성된 바 있다는 것은 주지의 사실이다.

헌장 제71조 및 국제연맹규약 제25조의 성문화, 국제노동기구창설조약, 구성국의 비정부간기구 입법과정의 참여승인 등은 성문화단계의 징표이다. 또한 국제노동기구 파견노동자 대표선정방식을 둘러싼 네덜란드정부의 선정방식의 합법성에 관한 상설국제사법재판소의 선례 또한 비정부간 기구의 참여라는 정치적 원칙을 승인한 바 있다. 즉 정부만이 당사자가 될 수 있는 상설국제재판소 규칙과 상관없이 네덜란드 노동조합의 구두변론을 허용하면서, 정부의 선정방식이 베르사이유조약에 위반되는 것이 아니라고 판시한 것이다.

이상에서 참여에 의한 국제적 차원의 민주주의의 가능성에 관하여 살펴보았는바, 국제사회에서는 국내의 민주정과는 달리 선거제도나 통일적 사법기구의 결여로 약간 다른 특징을 보이고 있다. 그러나 일정한 역사적 계기는 외교관행, 즉 국제정치적 선례를 통하여 政治的·法制的으로 根本的 契機를 제공한다.³⁷⁾ 그것이 주정부이든 민족국가이든 제도화된 정치단위의 실효성 있는 합의를 통하여 민주적 절차와 관행이 수립되고, 그것이 헌법적 계기로서 기능할 수 있는 것이다. 비록 국제적 차원의 헌법제도가 성문화된 형태로 존재하지 않고, 그러한 선례 등이 국제정치에 있어 헌법적 관행으로서 헌법제도를 구성한다고 보는 것은 논리의 비약일 수 있으나, 최소한 비정부간 기구의 정치적 차원의 참여화가 제도화되고 있는 것은 최근의 비정부간 기구의 활동을 통하여 증명되고 있으며, 향후 보다 활성화되고 관례화되는 경우 범실증주의적 관점에서 국제헌법적 관행으로서 규범적 기능

37) 헌법화현상 또는 헌법(constitution)이란 용어는 필연적으로 국가를 전제로 한 개념이 아니고, 권력의 범위와 성격, 통치기관에의 권력배분, 통치권의 행사방법에 관한 기본체계를 형성하는 것이라고 이해하여야 하며, 이러한 헌법화현상 또는 헌법은 국제기구 또는 초국가기구에서도 벌어지고 있다(Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, 36 Colum. J. Transnat'l, L. 529, 558(1988)).

을 할 수 있다고 본다. 일정규범내용이 기본적 인권이나 통치구조에 관한 사항이어서 헌법적 성격을 가짐으로써 그러한 국제협약이나 관행이 국내법체제에 우선한다면, 그러한 입론은 더욱 정당성을 가질 수 있을 것이다. 국제정치는 국내정치에 있어서보다 정치단위나 기층 시민 등 이해관계자간의 상호의존성이 민주주의와 법치주의의 실현의 전제조건으로서 두드러진다는 점을 유념해야 한다.

IV. 國際法領域의 變化와 世界法體制的 형성

1. 序 說

국제민주주의와 법치주의의 관점에서 켈젠의 이론적 계기와 前障의 정치적·헌법적 계기를 살펴 본 바와 같이 세계화는 실질적으로도 국제법체제에 많은 변화를 가져오고 있다. 즉 국제법치주의의 현실적 단면과 그 변화 양상을 살펴보는 것은 이상적 패러다임을 향한 개혁에 있어 우리의 현 위상을 점검할 수 있는 기회를 준다. 앞서 언급한 바와 같이 국제화의 진전은 전통 국제법의 전형에 많은 변화를 가져오고 있다. 고전적인 국가중심의 국제법체제가 변화를 겪고 있는 것이다. 국제화의 진전은 국제적 場에서 경제, 정치, 법의 무국적화를 가져오는 중대한 변화양상을 보이고 있으며, 국가 및 정부, 비정부간 기구, 기업 및 사업자연합회, 일정 사회그룹 및 개인의 국제법주체성이 인정되면서 單一의 世界法體制的 탄생가능성까지 제기되고 있는 현실이다.³⁸⁾

38) 먼저 세계법체제의 문제는 국제법의 혁명적 변화양상과 연계를 가질 수 있는 바, 이는 켈젠의 순수이론적 패러다임이나, 액커맨과 같은 헌법적 계기의 국제적 차원의 유추와는 달리 보다 실질적 모형의 문제이기도 하다. 비록 세계정부를 전제로 한 가설적 입론에 그치고 있지만 세계법과 세계정치에 관한 Weizsaecker의 견해는 논의의 시작이 될 수 있다. 특히 Weizsaecker의 모형은 현실적으로 국제법체제에서 실현되고 있는

현실 국제법체제의 변화양상을 이해하기 위하여 편의상 국제법의 발전단계를 1648년 베스트팔렌조약 이후 19세기 말까지의 전통국제법 시기,³⁹⁾ 국제기구설립 등 국제사회가 보다 근대적 국제법체제를 형성하는 19세기 말부터 20세기까지의 국제기구체제,⁴⁰⁾ 현재의 세계화와 초현대국제법시대로 구분해 볼 수 있다.

세계화시대의 국제법체제는 새로운 법적 주체의 등장, 국제규범의 성립방식의 변화, 국제사법제도와 집행기능의 변화, 새로운 국가주권 개념형성 등의 관점에서 고찰해 볼 수 있다. 이러한 변화는 정치경제

단계에 있다고 본다. 즉 세계는 단일의 세계정부는 없지만 공동이익의 증진이라는 정치적 이념을 위하여, 또한 과거 미국정치발전사와 같은 국가주권의 제한과정이나 세계시민화로의 발전과정을 통하여 인권보장과 통치구조형성의 계기를 마련해 나가고 있으며, 그것이 단순한 이상에 그치지 않고 국제법체제에서 현실화되고 있다. C.F. v. Weizsacker, *Das ethitiche Problem der modernen Strategie*(The ethical Problem of Modern Strategy) *Europa-Archiv* 191(1969).

- 39) 전통국제법시대의 특징은 국가주권, 국가의 자기보존, 몇 가지 기본원칙 외의 국제관습법의 부인과 조약의 법원성 중시, 양자조약에 기초한 다자조약의 규범이론 등 국가 중심적 국제법체제라는 점이다. 국가는 자유로이 전쟁에 나아갈 수 있다는 국제법원칙은 단적으로 이를 증명한다. 이러한 국가의 자기보존의 가설은 미국의 연방형성과정과 유사하게 경제적 필요에 의한 상호의존성 증가로 인하여 변화의 양상을 보인다. 제국주의 식민지전쟁은 이러한 국제환경의 변화를 증명한다. 따라서 국제법체제는 국가의 절대성과 독립에 기반하고 있는 체제로부터 국가주권의 상대화에 기초한 체제로 이행한다.
- 40) 국제기구체제시대는 경제적 복지와 각국의 안전보장욕구를 배경으로 국제적 공존을 넘어 국제적 협력체가 형성되는 시대이다. 이 시기에는 국제기구 및 국가이외의 단체 등의 법적 주체성이 인정되고 국제기구는 더 이상 국가에 의해 창설된 파생적 성격의 것이 아닌 국가와 동등한 지위를 갖게 되며, 국제기구의 의사결정에 있어 다수결의 원칙이 채택되는 등 국가주권이 제한 또는 부인되면서 전통국제법원칙이 수정되게 된다. 이 시기는 칸트의 자유국가연합을 철학적 배경으로 하여 다수의 국제기구가 탄생하는 바, 1865년 국제전신연합, 1874년 국제우편연합, 1945년 UN의 창설 등이 있게 된다.

적 관점에서의 세계화현상⁴¹⁾에 기인하고 있는 바, 이하에서는 세계화 현실에서 국제법체제의 변모를 간략히 살펴본다.

2. 새로운 國際法主體의 登場

세계화의 진전과 함께 국가와 정부간 국제기구도 물론 다양한 법적 주체가 법인격을 부여받고 있다. 즉 개인, 비정부간 기구, 소수 그룹, 다국적 기업 등이 국제법상 권리와 의무의 주체가 되고 있는 것이다.⁴²⁾ 국제적 차원의 인권보장노력과 함께, 개인은 유럽과 미주의 인권재판소에 자신의 권리침해에 대하여 제소할 수 있고, 비사법기구의 인권감시활동도 개인의 국제적 인권을 전제로 하고 있다. 민족 내 소수그룹의 자결권에 관한 UN의 노력도 미진하지만 근자에 약간의 성

- 41) 사실 세계화현상이 최근의 것이라고만은 볼 수 없다는 지적도 많다. 고대 무역에서도 세계적 차원의 교역은 있어 왔는바, 세계화에 대한 관심이 최근에 증폭되고 있는 이유에 대하여는 많은 설명이 가능하다. 냉전체제붕괴 후 환경문제, 기후, 이민현상 등이 증가하였고, 전자통신기술의 혁명으로 무역의 대상이 확대되는 한편 활동주체들을 긴밀하게 결합하는 세계네트워크가 형성된 점, 그리고 이에 따른 시장, 정치, 법제의 세계화 프레임워크의 필요 등이 그 주요한 원인이 되고 있다. 이러한 세계화는 단순한 세계단일시장의 창출을 넘어 정치적·법적 무국적화 현상을 수반하는 바, 그 특징은 다음 세 가지로 요약해 볼 수 있다. 첫째, 국가기능이 국내적 차원은 물론 국제적 차원에서 축소되고 있다는 점이다. 국내에서도 전통적인 여러 국가기능이 사기업 등에 이전되고 있는 현상이 보이고 있으며, 국제사회에서의 국가기능도 다수결의 원칙 등 국제기구의 독립적인 의사결정과 집행에 의하여 대체되고 있다. 둘째, 정보통신기술의 혁명으로 국가의 통제기능이 상실되고 있는 바, 국가는 더 이상 금융시장, 극우세력, 인종 편견적 인터넷대화에 통제력을 상실하고 있으며, 다른 한편 국가역시 域外的 機能을 수행하면서 영토중심의 고전적 국제법체제가 변화하고 있다. 셋째, 환경운동연합 등 비정부간 기구나 다국적 기업 등 새로운 주체가 국제사회, 국제정치, 국제법체제에서 중요한 의미를 갖는다.
- 42) 국제사법재판소의 권고적 의견 참조. *Reparation of Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 1949 I.C.J. 174 passim (Apr. 11).

과를 보고 있고, 특히 국제노동기구는 1989년 소수민족에 관한 협정에서 이들의 노동권을 진보적으로 취급하고 있다. 비정부간 기구와 다국적 기업은 전통국제법원칙에서는 추상적 법인격을 부여받지 못하나,⁴³⁾ 일부 국제조약법에서는 이들을 권리의무의 주체로 취급하고 있다. 이들은 인권법상 집회, 결사, 표현의 자유를 향유하기도 하고, 국제재판기구에의 제소권이 인정되기도 한다. 또한 가뭄과 사막화에 관한 일부 환경협약에서는 그들에게 절차적 참여권을 부여하기도 한다. 다국적 기업도 원칙적으로 엄격한 의미의 법적 권리와 의무(derivative and limited subjects of international law)를 향유할 수 없지만, UN의 결정이나 결의는 물론 윤리강령 등 국제 연성법(soft law)영역에서 이들을 하나의 주체로 다루고 있다. 국제법주체성과 관련하여 국가간 기구로서의 성격을 갖는 EU도 별다른 이의 없이 현재 국가와 같이 법인격을 부여받고 있는 바, 이도 고전적 국제법이론체제와는 다른 점이라고 할 수 있다. 세계화와 함께 법적 주체에 관한 엄격한 概念論的 思考는 수정되어 가고 있다.

3. 立法方式의 변화와 國際法의 效力⁴⁴⁾

국제법의 법원은 국제관습법과 조약으로 대별되고, 문명국에 의하여 승인된 일반적 법원칙이 보조적 법원으로 기능하게 되는 바, 고전적 국제법이론 하에서 국제관습법과 조약의 효력은 국가의 명시적 동

43) 그러나 역사는 반복되는 특성을 갖기도 한다. 오히려 과거의 한자동맹, 영국과 네덜란드의 동인도 회사, 허드슨만 회사, 콩고회사 등의 다국적 기업은 국제법적으로 법적 주체성이 현재의 다국적 기업보다 더 강한 측면이 있다.

44) Jost Delbruck, Prospects For a World(Internal) Law?: Legal Developments in a Changing International System, 9 Ind. J. Global Stud. 401, 414-423(Spr. 2002).

의에 기초하게 된다.⁴⁵⁾ 이러한 전통국제법이론 하에서 국제관습법은 異議提起國에는 효력이 없게 되고, 조약의 효력도 당사국간에 한한다. 이러한 순수이론적 모형은 변화를 겪게 되는 데, 첫째, 관습법형성에 있어 “최대 다수국에 의한 관행의 지지”라는 성립요건은 시간이 지남에 따라 완화되어 급기야 조약의 취급사항과 관련된 일부국가의 관행만으로도 관습법이 성립되게 된다. 또한 “명시적으로” 이의를 제기한 경우에 한하여 관습법은 당해국에는 적용되지 않는다. 조약은 조약국에 한하여 효력을 갖는다는 원칙도 Wimbledon 사건⁴⁶⁾ 및 Aaland Islands 사건 등을 통하여 수정되어 왔다.⁴⁷⁾

세계화로 인한 입법방식의 변화는 다자간 조약의 범람과 국제입법의 정당성, 기본협약과 부속협약으로의 입법의 이원화 및 國內行政의 國際化, 관습법영역의 변화 등으로 요약해 볼 수 있다. 최근의 다자간 조약체제⁴⁸⁾는 UN과 같은 단일의 국제법규범 창설기구의 역할을 대체하고 있다. 다자간 조약체제는 3가지 측면에서 영향을 미치고 있는 바, 조약의 객관적 성격의 강화와 국제규범의 序列化 및 國際強行規範의 형성이 그것이다. 조약은 더 이상 국가간의 약정이 아니고, 일정한 경우 제3국에 대하여 효력을 갖는 등 국제사회의 객관적 법적 질서를 창출하는 기능을 하는 것이다.⁴⁹⁾ 최근의 다자간 조약체제는 국제입법의 정당

45) 일부 소수설은 국제법의 효력의 기초로 인민의 의사 사회관계를 규율하려는 규범형성에 관한 인간의 원초적 의지 등을 국제법 효력의 기초로 보기도 한다.

46) S.S. “Wimbledon” Case, 1923 P.C.I.J.(Ser. A) No. 1 (June 28).

47) Convention, Annexee au Traite de Paix de Paris, Mar. 30, 1856, 15 Recueil des Taites 788.

48) 다자간 조약도 최근의 현상만으로 보아서는 안 된다. 역사적으로 다자간 조약은 국제체제에서 종종 이용되어 왔으며, 그 영향력도 매우 크고 진보적이었다.

49) 즉 조약체제내의 제3국에 영향을 미치는 intra-treaty ergma omnes 효력이라든지, 1970년의 Barcelona Transaction Case에서의 국제사법재판소의 강행규범(ius cogens)의 인정 등이 그것이다.

성부여에 있어 특징적이다. 즉 가입국의 주권적 특성이 실체적·절차적으로 약화되면서 객관적 성격을 강화해 가고 있다. 實體的으로 국제사회의 “重要한 公的 利益”이라는 개념을 통하여 조약의 효력에 있어 강행규범적 효력(erga-omnes)을 부여하는 한편, 절차적으로 국가는 이러한 경우 단지 토론에 참여할 뿐, 모든 국가의 비준이나 가입이 요구되는 것은 아니다. 따라서 이러한 경우의 조약은 국제사회의 중요한 공적 이익이라는 실체적 제약이 있지만, 조약에의 비준 또는 가입이 없는 경우에도 당해 국가에 효력을 가질 수 있다. 또한, 앞서 살펴 본 바와 같이 비정부간 기구의 입법과정에서의 참여가 자주 이루어지고 있다.

또 다자간 조약의 체결에 있어 조약체결과정의 이원화 현상이 두드러지고 있다. 각국의 조약체결권자는 기본적 협약구성에만 참여하고, 기본합의가 이루어진 경우 실무적 문제에 관하여는 하급기관에 위임하게 되는 바, 실무적 문제에 관한 부속협정은 다수결의 원칙에 따라 채택되게 된다. 이는 전통국제법원칙의 수정을 가져오는 한편, 행정에 관한 국내전문가의 역할이 증대되고 국회의 역할이 감소되며, 국내행정의 국제화현상과 전문행정관료의 필요, 외국전문가 이용 등의 결과를 초래하고 있다.

국제관습법의 형성에 있어서도 많은 변화가 초래되었는데, 관습법형성에 있어 국가 아닌 “국제사회의 주도”와 “성립의 즉시성”⁵⁰⁾이 그것이다. 다수국의 관행과 법적 확신이라는 관습법성립의 요건은 국가와 그 관행 중심이었으나, 정보통신기술의 혁명은 일정 주제에 관한 국제사회의 요구와 관행이 빠른 시간 내에 긴밀하게 형성될 수 있는 환경을 제공하게 된다. 즉 관습법성립에 필요한 국가의 관행은 후차적 성격을 갖게 된다. 해양법에 있어 배타적 경제수역에 관한 국제관습법의 성립은 그 한 예가 된다. 또한 국제거래영역에서의 초국가법

50) Simma는 이러한 관습법을 “instant custom”이라고 부르고 있다.

의 형성도 세계화와 관련이 있다. 국제거래에 있어 국제중재에 의한 분쟁해결이 애용되고 있으나 그 준거법규는 대부분 국내법이다. 최근 세계화경향과 함께 仲裁官에게 적용법의 선택에 관한 재량이 부여되는 경우가 많아지고 있으며, 국제중재기관의 선택의 집적으로 국제거래영역의 국제규범화가 눈에 띄게 진전되고 있다.

4. 執行體制의 변화와 國家主權에 대한 새로운 이해

또 다른 변화양상의 하나는 국제법 집행체제에 변화가 있었다는 점이다. 먼저 국제사법제도에 관하여 보면, 과거의 국제중재기관, 상설국제재판소시대와는 달리 점차 국제사법제도가 체계화·실용화되어가는 한편 國家主權中心主義的 思潮는 퇴조하고 있다.⁵¹⁾ 19세기 중엽 이래 국제중재론자들은 임시적 국제중재제도를, 국제연맹시대에는 상설국제재판소를 창설한 바 있다. 상설국제재판소는 정치적 성격을 배제하고 엄격한 법리에 따른 재판, 재판관의 독립을 통하여 국제사회의 평화구현을 도모하였으나, 강제관할권의 결여, 집행력의 부재 등으로 본래의 목적을 달성하지 못한 바 있다. 20세기에 들어 국제사법기구의 변화를 보면, 제3세계국가의 활발한 제소, 1996년의 해양법재판소설립, WTO분쟁해결기구의 효율적 재판, 국제형사재판소설립, 전쟁범죄처벌을 위한 국제형사재판부의 활동, 유럽 또는 美洲의 인권재판소의 활동 등 상당한 진전을 보고 있다.

다음으로 強制措置에 관하여 보면, 국제평화와 관련한 UN안전보장이사회의 강제조치가 매우 강화되고 효율화되는 한편, 기타의 국제문제에 있어서는 協力的 履行方式이 선호되고 있다. UN의 평화유지활동은 다국적화되고 강력해지고 있다.⁵²⁾ 현재의 문제는 UN헌장 제 39

51) Jost Delbruck, *op. cit.*, pp. 422-428.

52) Jost Delbruck *op. cit.*, pp. 424-428.

조의 “평화에의 위협”의 의미와 해석을 둘러싸고 국제평화와 관련이 없는 민족내부의 분쟁에까지 UN이 관여하는 오류를 범할 수 있다는 점 정도이다.⁵³⁾ 국제평화와 안보문제외의 분야에서는 국내행정관행에서 볼 수 있는 협력적 이행방식이 자주 이용되고 있다. 예컨대, 환경보호조치와 상호 통상이익을 결부시키거나, 선진부국의 환경관련 과학기술지원, 재정보조 등이 그러한 예이다. 국제인권이나 국제환경문제 등에서 선호되는 협력적 이행방식은 두 가지 특징을 갖는 바, 새로운 국가주권중심적 경향이 보이는 한편, 관련문제 전문가그룹으로서의 비정부간 기구 활동이 중요한 의미를 갖는다는 점이다.

따라서 국가주권개념의 새로운 이해가 필요한 시점에 이르렀다. 아직도 고전적 국제법이론가들은 UN의 평화유지활동의 法理的 誤謬를 지적하고 있지만, UN의 관행이나 국제사회의 조류는 국가주권 및 국가이익의 절대성을 인정하지 않는 방향으로 가고 있다. 이러한 국가주권개념의 상대화는 고전적으로 엘리네크의 국가이론에서도 그 근거를 구할 수 있다.⁵⁴⁾ 국가주권의 절대성은 국제법상 국제사회에서 일방주의를 승인하는 근거가 되어왔다. 그러나 소련의 아프칸 침공, 미국의 1986년 리비아 공습 및 2001년 ABM조약 파기 등 일방주의는 국제사회의 거센 비난에 직면한 바 있다.⁵⁵⁾ 새로운 국가주권 하에서는 더 이상 국가의 자유, 국가의 독립성, 국가이익의 절대성이 인정될 수 없고, 국제사회의 실질적

53) 현재의 UN관례대로 민족적·국가 내부적 분쟁까지도 국제평화의 위협으로 보는 경우 UN은 현재보다 훨씬 많은 평화유지활동을 하여야 한다. 그렇지 않는 한 국제사회에서의 UN의 권위는 실추될 것이다. 따라서 UN헌장 제 39조는 입법론적으로나 해석론적으로 재검토를 요한다고 본다.

54) 엘리네크는 그의 국가론에서 국가주권의 최고성은 필연적인 것이 아니고, 우연적인 것이라고 하면서, 시대상황의 중요성을 강조하였다. 따라서 중요한 것은 국가의 최고성이 아니라 권력의 최고성이 문제되게 된다.

55) David E. Sanger & Elisabeth Bunmiller, U.S. to Pull Out of ABM Treaty, Clearing Path for Anti missile Tests, N.Y. times, Dec. 12, 2001, at A1.

진전에 화합하는 상대적 주권만이 인정되고 있는 것이다.

V. 結 論

국제사회는 정치적으로 국가사회와는 다른 다양한 변수가 있다. 최근의 국제형사재판소의 설립과 관련하여 국제사회에서의 우리정부 외교력의 신장을 음미하면서, 국제민주주의와 법치주의를 주제로 그 이상과 현실 및 변화양상, 개혁에의 노력 등에 관하여 살펴보았다. 국제사회와 이를 정치·경제·법제적으로 체계화하려는 노력과 이론적 전형은 다양한 관점에서 전개되고 있음을 알 수 있다. 이상론과 현실론의 단순한 이분법적 사고방식으로부터 改良論 또는 過渡期論 등이 국제정치와 국제규범체계에 이론적 가치기준 또는 그 현실화에 관한 논리적 근거를 제공하고 있다. 국제사회가 理想만으로 實質的 定義가 달성될 수 없다는 반론도 만만치 않다.⁵⁶⁾ 앞서본 피노체트의 체포의 예도 그렇지만, 최근의 국제형사재판소설립과 관련하여 중대한 국제범죄를 국제적 차원에서 처벌하려는 숭고한 이상도, 국제범죄의 정의와 그 범주에 관한 합의의 결여, 일반적 관할권주장의 국제관습법적 지위 결여, 조약당사국 아닌 국가에 대한 관할권주장의 국제법원칙위반문제, 개별국가의 타국에 대한 일방적 강제조치의 주권평등원칙 위반, 개별국가의 독단과 편견문제, 일반적 형사관할권과 국가주권의 충돌, 국제인권보호를 위한 사면문제 등 기존 국제법제도와와의 충돌가능성, 국제형사절차에의 불신과 국제사회의 분열과 고립 등 실질적 관점에서 다양한 가치의 대립이 내재되어 있다.⁵⁷⁾

그러나 이성에 기반한 국제사회의 재건, 국제적 차원에서의 민주주

56) 이성과 분쟁해결에 관하여 일반적으로 Onora O'Neil, Reason and the Resolution of Disputes, 67 Notre Dame L. Rev. 1365(1992).

57) Gene Bykhovsky, An Argument Against Assertion of Universal Jurisdiction by Individual States, 21 Wis. Int'l L.J. 161, 161-183 (Winter, 2003).

의와 법치주의는 다원성과 상대성을 인정하는 전제위에서 이미 현실화되어 있다고 볼 수도 있다. 엄격한 制度論, 強制力과 權力中心的 構圖를 고집하지 않는다면 국제사회는 이미 시민의 참여, 세계법의 지배현상을 보이고 있는 것이다. 이러한 세계법의 지배가 시민에게 정보화되고 세계시민으로서의 자각이 전제된다면, 세계는 이성과 합리주의에 바탕한 민주적 통치체제와 법의 지배가 가능하다고 본다. 이러한 假想的 世界法體制는 다음과 같은 특징을 갖는다.

첫째, 세계화와 함께 多次的인 統治構造가 형성되어 있는 바, 이는 국가간의 수평적 협력과 국가와 비정부간 기구, 개인 간의 수직적 협력체제에 기반 하여 현실화되고 있다. 이때에 비정부간 기구나 개인, 다국적 기업 등이 국제법상 “기능적 주체”⁵⁸⁾로서 중요한 역할을 한다.

둘째, 국제사회에 있어 “重要한 公的 利益”이라는 개념이 형성되는 한편, 국제규범의 客觀的 法的 秩序로서의 성격이 강화되고, 국내와 같이 그 규범정립에 있어 입법적 성격이 부각된다. 기본적이고 중요한 국제사회의 이익에 관한 공감대 형성은 國際規範의 序列化와 憲法化로 수렴하게 된다. 최소한 국제법우위론 또는 일부 중대한 이익에 관련한 국제규범의 국내법에 대한 우위현상은 이러한 헌법화의 현실을 증명하고 있다.

셋째, 국제거래 등 일정분야에서는 국가와 관련 없는 超國家法體制가 형성·발전되고 있으며, 國際司法制度의 발전으로 집행체제가 강화되고 있는 한편, 이성과 합리성, 시민민주주의적 전통과 문화의 영향으로 협력적 이행체제가 발전하고 있다.

국제사회의 법치주의와 민주주의의 발전에 있어 살펴본 바와 같이 역사적 반복과 개량이 지속되는 경우 켈젠이 말한 “합의(consensus)”를 넘어 美聯邦形成과 같이 시민의 “具體的 同意(consent)”에 의한 세계정부의 출현이 가능하지 않다고 단정할 수 있을지 의문이다. 그러

58) 엄격한 의미의 법적 주체로서 보기 어려운 경우가 많다.

나 EU의 헌법초안이 부결된 사례에서 볼 수 있듯이 그것이 쉽게 이루어질 수 없는 것도 사실이다.

[참고문헌]

- Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*(J.P. Mayer ed. & George Lawrence trans., Anchor 1969).
- Bardo Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, 36 Colum. J. Transnat'l, L. 529, 558(1988).
- Bruce Ackerman, *We the People*, pp. 266-67, 302(1991).
- Catherine Cissé, *Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, 4 Int'l law Forum du Droit Int'l 3, 7-11 (2002).
- C.F. v. Weizschecker, *Das ethische Problem der modernen Strategie*((The ethical Problem of Modern Strategy) *Europa-Archiv* 191(1969).
- Convention, *Annexee au Traite de Paix de Paris*, Mar. 30, 1856, 15 *Recueil des Traités* 788.
- Daniel Bodansky, *The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environment Law*, 93 *AM. J. Int'l L.* 596, 613-14(1999).
- Daniel W. Drezner, *On the Balance Between International Law and Domestic Sovereignty*, 2 *Chi. J. Int'l L.* 321, 328(2001).
- David E. Sanger & Elisabeth Bumiller, *U.S. to Pull Out of ABM Treaty, Clearing Path for Anti missile Tests*, *N.Y. times*, Dec. 12, 2001, at A1.
- Enhancing U.S. leadership at the United Nations: Report of an Independent Task Force*(2002).
- Gene Bykhovsky, *An Argument Against Assertion of Universal Jurisdiction by Individual States*, 21 *Wis. Int'l L.J.* 161, 161-183 (Winter, 2003).
- Hans Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*(1905)
- Hans Kelsen, *General Theory of Law and State: Reine Rechtslehre*(1960).
- Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre: Entwickelt aus der lehre vom Rechtssatre*(1911);

- Hans Kelsen, *Law and Peace in International Relations: The Oliver Wendell Holmes Lectures 1920-41* (Harvard Univ. Press 1948) (1942).
- Hans Kelsen, *Principles of International Law*(1952).
- Hans Kelsen, *Society and Nature: A Sociological Inquiry*(1943)
- Immanuel Kant, *Perpetual Peace and other Essays on Politics, History, and Morals*(Ted Humphrey trans., 1992).
- Jost Delbrück, *Prospects For a World(Internal) Law?: Legal Developments in a Changing International System*, 9 *Ind. J. Global Stud.* 401, 414-423(Spr. 2002).
- J. Peter Pham, *The Perils of Consensus: Hans Kelsen and the Legal Philosophy of the United Nations*, 14 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 553, 554-555 (2004).
- Lain Stewart, *The Critical Legal Science of Hans Kelsen*, 17 *J.L. & Society* 203(1990).
- Nathan Feinberg, *La Petition en Droit International*, 40 *Recueil Des Cours* 529, 556-58 (1932).
- Onora O'Neil, *Reason and the Resolution of Disputes*, 67 *Notre Dame L. Rev.* 1365(1992).
- Paul Foulquie, *Dictionnaire de la Langue Philosophique* p. 126-127(1st ed, 1962).
- Reparation of Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 1949 *I.C.J.* 174 passim (Apr. 11).
- Richard Falk & Andrew Strauss, *On the Creation of a Global People's Assembly: Legitimacy and the Power of Popular Sovereignty*, 37 *Stan. J. Int'l L.* 191(2000).
- Romano Prodi(President of the EU Commission), *Speech at the Institut d'Etudes Politiques, Paris, France* (May 29, 2001).
- S.S. "Wimbledon" Case, 1923 *P.C.I.J.*(Ser. A) No. 1 (June 28).
- Steve Charnovitz, *The Emergence of Democratic Participation in Global Governance*(Paris, 1919), 10 *Ind. J. Global Legal Stud.* 45, 48-52 (2003).
- Steve Charnovitz, *Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance*, 18 *Mich. J. Int'l L.* 183, 268-70(1997)).