

시민민주주의와 보편적 법체계의 발전:

헌법과 국제법을 대체하는 세계법의 수사학*

김기영**

【국문초록】

헌법은 국가의 최고법이고 국제법은 국가간 권리와 의무관계를 다루는 법학분야이다. 국제사회의 본질은 분권화된 사회이고 주권평등의 원칙에 따라 법질서가 형성되어 있다. 그러나 국제사회와 국제법을 보편주의적·이상주의적 관점에서 접근하는 시각이 없지 않다. 환언하면 실증주의적·의사주의적 국제법관이 국제사회와 국제법의 현실이라면 보편주의적·이상주의적 국제법관은 국제사회와 국제법의 지향점이라 할 수 있다. 국제사회와 국제법을 바라보는 이러한 두가지 관점은 복잡하게 얽혀 있는 것이 사실이다.

공법의 두 축이라 할 수 있는 헌법과 국제법은 근대 절대국가, 근대 시민국가의 형성과 밀접하게 관련되어 있다. 국가권력의 절대성과 시민민주주의는 우리의 현재이자 우리의 미래이기도 하다. 이는 정치적 근본질서이기도 하지만 근현대법 발전의 토양이 되어 왔다. 그리고 정치와 법이라는 두차원의 질서는 상호 변증법적으로 발전해 가고 있다. 이러한 배경 하에 본고는 헌법과 국제법 담론의 여러 인접개념들에 관하여 그 본질과 공통점 및 차이점을 검토 분석함으로써, 국제사회와 국내사회를 관통하는 공법학의 현실을 큰 틀에서 조화적으로 조망할 수 있게 하는 것을 연구목적으로 한다.

본고는 먼저 헌법과 국제법을 관통하는 기존의 경성적 법체계의 역사적 발전과 그 현실적 열개를 구성 제시하는 것에서 논의를 시작한다. 나아가 국제법의 연성화와 국제법과 세계법, 세계헌법주의와 세계헌법론, 세계행정법 강론 등에 관하여 살펴 본다. 나아가 이러한 논의들의 발전 배경과, 논의들의 주요 주제, 그리고 그 공통점과 차이점에 관하여 살펴본다. 그리고 국제사회의 변화로 인한 새로운 강론들의 미래에 관하여 간략히 진단해 본다.

* 이 논문은 2023년 조선대학교 학술연구비의 지원을 받아 연구되었음

** 조선대학교 법사회대학 공공인재법무학과 교수, 법과학박사 (SJD)

【목 차】

I. 서언	V. 세계행정법 강론
II. 헌법과 국제법에 관하여	VI. 강론의 주요 요소와 현황
III. 국제법과 세계법	VII. 세계헌법과 세계행정법의 비교
IV. 세계헌법주의와 세계헌법 강론	VIII. 결론: 의의와 시사점

I. 서언

필자는 대학에서 오랜 시간 헌법과 국제법에 관하여 연구하고 강의하였다. 그러나 헌법과 국제법 간의 관계나, 국제법의 연성화 같은 주제에 관하여 이를 전체적으로 조망한 논문은 찾아보기 힘든 현실이다. 다만 필요에 따라 파편적으로 취급되고 있을 뿐이다.

헌법은 국가의 최고법이고 국제법은 국가간 권리와 의무관계를 다루는 법학 분야이다. 국제사회의 본질은 분권화된 사회이고 주권평등의 원칙에 따라 법질서가 형성되어 있다. 그러나 국제사회와 국제법을 보편주의적·이상주의적 관점에서 접근하는 시각이 없지 않다. 환언하면 실증주의적·의사주의적 국제법관이 국제사회와 국제법의 현실이라면 보편주의적·이상주의적 국제법관은 국제사회와 국제법의 지향점이라 할 수 있다. 국제사회와 국제법을 바라보는 이러한 두 가지 관점은 복잡하게 얽혀 있는 것이 사실이다.

공법의 두 축이라 할 수 있는 헌법과 국제법은 근대 절대국가, 근대 시민국가의 형성과 밀접하게 관련되어 있다.¹⁾ 국가권력의 절대성과 시민민주주의는 우리의 현재이자 우리의 미래이기도 하다. 이는 정치적 근본질서이기도 하지만 근현대법 발전의 토양이 되어 왔다. 그리고 정치와 법이라는 두차원의 질서는 상호 변증법적으로 발전해 가고 있다. 이러한 배경 하에 본고는 헌법과 국제법 담론의 여러 인접개념들에 관하여 그 본질과 공통점 및 차이점을 검토 분석함으로써, 국제사회와 국내사회를 관통하는 공법학의 현실을 큰 틀에서 조화적으로 조망할 수 있게 하는 것을 연구목적으로 한다.

1) O'Donoghue, A. (2013). International constitutionalism and the state. *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 1021-1045.

본고는 먼저 헌법과 국제법을 관통하는 기존의 경성적 법체계의 역사적 발전과 그 현실적 열개를 구성 제시하는 것에서 논의를 시작한다. 나아가 국제법의 연성화와 국제법과 세계법, 세계헌법주의와 세계헌법론, 세계행정법 강론 등에 관하여 살펴 본다. 나아가 이러한 논의들의 발전 배경과, 논의들의 주요 주제, 그리고 그 공통점과 차이점에 관하여 살펴본다. 그리고 국제사회의 변화로 인한 새로운 강론들의 미래에 관하여 간략히 진단해 본다.

II. 헌법과 국제법에 관하여

1. 사회계약론과 근대 헌법의 탄생

법과대학 첫 시간이나 법학서 첫 머리에 가장 많이 등장하는 학자들이 영국의 토마스 홉스와 존 로크(John Locke), 프랑스의 장자크 루소(J.J. Rousseau), 그리고 샤를 루이 드 스킵다 몽테스키외이다. 이들이 대상으로 한 법철학의 주제들은 시민정부, 사회계약론 또는 권력과 법의 문제에 관한 것이었다. 법학과 정치학은 인접 유사학문인데 정치학이 권력의 본질에 관하여 천착한다면, 법은 권력의 제도화에 관하여 살피는 학문이라 할 수 있다. 사회에서 법이 전문화 하면서 대학에서도 정치학이나 경제학 등 사회과학을 다루는 사회과학 대학과 법을 공부하는 법과대학을 다른 단과대학으로 보아 대학 체계를 나누고 있다.

또한 우리나라에도 미국과 일본식으로 대학원 중심의 법학 교육을 위한 로스쿨 체제가 들어선 것은 주지의 사실이다. 그러나 현실 세계에서는 명예혁명과 인권장전에서 보듯이 역사적으로 법과 정치는 긴밀하게 연관되어 있다. 시민사회는 시민이 주권자인 사회이고 시민은 주권자로서 자신을 통치할 수 있는 권한을 정부에 위임하였다. 그리고 정부로부터 자신의 생명과 자유 그리고 재산을 보호 해줄 것을 약속받는다라는 가설을 내용으로 하는 사회계약론은 근대법 특히 헌법을 중심으로 한 근대 공법의 출발점이자 종착점이라 할 수 있다. 사법의 아이디어인 계약이라는 개념을 이용하여 사회를 매개로 공법 영역에 접목시킨 사회계약론은 근대 시민국가를 특징지우는 법치주의와 헌법국가의 출현을 가능하게 하였다.

법의 본질을 약속으로 볼 때에 이는 계약이다. 계약 또는 약속은 원리적으로 사법과 공법에 공통될 수 있다. 그래서 Pacta Sunt Servanda는 '계약은 당

사자를 구속한다'는 의미가 되어 민법에서도 차용하여 쓰고, '조약은 당사국을 구속한다'라는 의미로 국제법 강학시에도 사용한다. 법이 의사주의 로마법에 뿌리를 둔다 했을 때에 약속이나 합의가 사법과 공법에 공통될 수 있는 계기가 제공되는 것이다.

2. 권력의 본질과 근대 공법의 발전

공법은 통치권을 행사하는 주체인 국가와 피치자인 시민간의 법률관계, 즉 위계를 본질로 하고 사법은 시장과 가족 같은 시민사회, 즉 평등한 자간의 법률관계를 규율하는 법이라는 본질적 차이를 가지고 있다.

그런데 사법과 공법의 철학적 퓨즈(fuse)는 다이시(A.V. Dicey)나 킹스베리(B. Kingsbury) 같은 학자들 세계에서 보듯이 사법 원리를 접목시켜 공법이 연성화 되면서, 오스틴식 법실증주의 같이 법의 본질을 강제력으로 보는 입장을 떠나는 계기가 된다. 켈젠의 법 위계론이나 하트의 제1차규범 제2차규범론은 법의 효력의 근거를 제도적으로 접근하였으나,²⁾ 오스틴(J. Austin)은 법학자이지만 법의 효력의 근거를 주권자의 명령으로 보아 보다 권력적이라고 할 수 있다.

권력의 본질을 타인에게 영향력을 행사하여 그 타인을 변화시키는 힘이라 보는 연성적·현대적 권력 관념이나 타인의 의사를 지배하고 강제할 수 있는 경성적·고전적 권력 관념 같은 권력 관념의 이분법적 스펙트럼이 오스틴 같은 법실증주의나 이상주의적 법학자들을 통하여 법학에서도 그대로 발현되고 있다.

그러나 대부분의 법학자들은 절충적이어서 현실주의와 이상주의 스펙트럼 하에서 로마법의 의사주의를 중심으로 하는 오스틴 등의 고전적 법실증주의 또는 칸트나 뒤기(L. Duguit), 킹스베리 같은 제도론적 법학자들이라 할 수 있다. 이때에 고전적 법실증주의는 문리를 중요시 하면서 권력의 의사를 확인하는 해석법학적 연구방법에 연결되고, 이상주의는 입법론적·공공정책적 법학 연구방법과 연관된다.

그런데 '의사주의적 국제법관'이 국제법의 핵심적 개념 체계를 제공하는데서도 알 수 있듯이 로마법의 의사주의는 사회계약론이나 헌법국가·법치주의와 무관하게 법의 본질적 요소이다. 근대 국제법의 시작이 17세기 중엽 베스트팔렌

2) 권경휘. (2015). 규범성에 관한 하트와 켈젠의 대조적인 개념. 연세법학, 26, 263-289.

조약으로 인하여 국가가 의사능력이 있게 되는 근대 절대국가의 탄생에서 시작 된다고 보는 것은 이를 방증한다.

근대 절대국가는 교황의 종교적 권위로 부터 암흑시대인 중세 유럽을 근대화 하였지만, 새로운 권력인 절대 왕권은 시민 민주주의와는 개념상 거리가 멀다. 다만 이즈음 청교도 혁명이나 명예혁명 같은 시민 혁명과 의회민주주의의 탄생, 약 100년 후 미국과 프랑스의 부르조아 혁명, 그리고 성문헌법의 제정과 인권선언 등이 있었다. 베스트팔렌조약이 체결된 1648년은 근대 시민 민주주의가 태동하게 되는 시기와 시대사적으로 근접하지만, 정치와 법은 최소한 개념론적으로 준별된다.

이때에 정치나 경제의 역사적·동태적 발전 법칙에 따라 법은 이면의 권력 현상을 현실적·제도론적으로 재구성한다.³⁾ 앞서 본 학자들이 그러하다. 이들은 시민이 권력의 중심에 있게 되는 시민주권 사회에서 권력의 본질과 권력의 분립에 관한 원칙을 제시한 학자들이다.

이들의 주제는 주권(국제법에서는 주권, 헌법에서는 헌법제정권력이라는 용어를 사용한다)과 통치권의 문제라 할 수 있다. 보다 구체적으로 주권자, 즉 사회와 국가의 주인인 시민이 정부에 자신을 통치할 수 있는 권력을 위임하면서 권력을 어느정도 분립시켜 견제하게 할 것인가 그리고 직접민주주의 또는 대표제나 간접민주주의의 정도는 어떻게 할 것인가 등의 현실적 문제를 대상으로 한다.

3. 권력의 분립과 권력의 통합

그중 권력분립과 권력통합이라는 권력분립주의의 문제에 관하여 살펴보면 양극단의 스펙트럼 하에서 이들 세 학자의 생각에는 차이가 있다. 먼저 루소의 일반의사론은 시민 주권이 현실의 통치권으로 전화함에 있어 회의체 기구를 통하여 권력이 전체적으로 행사되는 것을 가장 이상적으로 보았다.

프랑스 대혁명이 발발하기 전까지 18세기를 살다 간 루소의 사상은 그가 죽은 얼마 후에 발생한 프랑스 대혁명에 중요한 영향을 끼쳤다. 그의 일반의지나 직접민주주의 사상은 의회중심의 시민 혁명이나 대표제 민주주의 같은 영국 민주주의 발전사와 대비된다.

3) 김기영. (2002). 헌법강의. 서울: 박영사.

한편 영국의 경우 크롬웰이 이끄는 청교도라는 신흥 자본가 그룹과 의회를 중심으로 귀족적 성격의 민주주의 혁명이 전개된다. 존 로크는 토마스 홉즈보다 약 50년 이후 인물이고, 소년 시절 에드워드 1세를 단두대에서 처형하는 것과 같은 청교도 혁명의 잔인함을 목도하고 주권론과 사회계약론에서 한걸음 더 나아가 의회와 왕권간 권력의 분립 필요성을 절감한 것으로 보인다.

그런 연유인지 몰라도 홉즈(T. Hobes)의 경우 주권의 소재와 새로운 주권을 말한 사회계약론자라고는 할 수 있어도 권력 분립론자라고는 할 수 없다. 이에 비하여 로크는 시민주권을 전제로 입법권과 집행권의 분립이라는 이권분립론을 주장하였다.

그는 시민정부이론(Two treatises on civil government)이라는 저서를 통하여 그가 자란 시대사적 배경이었던 왕과 의회간 갈등과 투쟁을 권력 분립을 통하여 설명하였다.⁴⁾ 이러한 그의 생각은 현대 국제법 강론에도 그대로 반영되어 국제법 학자들이 국가관할권을 설명함에 있어 입법관할권과 집행관할권으로 이분하여 설명하는 것이 보통이다. 한편 ‘법의 정신(The spirits of law)’을 저술한 몽테스키외의 3권 분립론은 미국 헌법에 그대로 구현되었는데, 권력분립론 스펙트럼에서 권력통합의 정도가 가장 약하고 권력분립 쪽에 가장 가까운 법이론이라 할 수 있다.⁵⁾

요컨대 이들이 주장하는 권력의 통합과 분립, 그리고 시민이 주권자이어야 한다는 당 시대의 민주주의관은 대체로 스위스의 직접 민주주의, 중국의 인민 대표대회나 구 소련의 두마 같은 회의체 독재형 민주주의, 영국이나 일본 같은 의원내각제, 미국과 제2차 세계대전 이후 독립한 신생국들의 대통령제 등으로 현실화하였다.

4. 사법관들에 의한 보편적 법체계의 발전

한편 국제법 강론에 있어 “국가가 국제사회에서 어떠한 조건 하에 적극적으로 자신의 권한을 행사할 수 있는가” 하는 국가관할권의 문제와 달리, 주권면제의 경우에는 “일국은 타국의 사법관할권에 복종하지 않는다”는 소극적 논리구조를

4) Locke, J. (1824). The works of John Locke: in nine volumes (Vol. 7). C. and J. Rivington.

5) De seConDaT, C., & De Montesquieu, B. (2022). The spirit of the laws. DigiCat.

갖는다. 법은 제도적인 성격을 띄므로 법인격론이나 권리나 의무의 주체 논의에서 보듯이 국가도 법에 복종하여야 하는 체계를 가지고 있다.

다만 국제사회를 연구의 대상으로 하는 국제법에 있어 국제사회는 분권화된 사회로서 수평적 사회이고 국가간 주권 평등의 원칙이 지배한다. 따라서 평등한 국가들로 구성되는 국제사회를 전제할 때에, 일국이 우월한 지위에서 타국을 피고로 사법관할권을 행사하는 것은 논리상 맞지 않는다.

이를 우리는 주권면제의 원칙(Sovereign immunity)이라 부른다. 다만 시대의 발전으로 주권면제의 원칙은 절대적 주권면제에서 상업적 예외에 따라 국가가 기업과 같이 상업적 성격의 행위를 하는 경우에는 타국의 재판권에 복종한다는 상대적 주권면제로 바뀌었다. 이러한 주권면제의 원칙은 미국과 영국의 주권면제법(SIA)처럼 성문법 형태로 인정되는 경우도 있고, 우리나라처럼 국제관습법의 한 원칙으로 적용되기도 한다.

로크의 이권분립론은 왕의 대권이나 동맹권을 더하여 4권 분립론으로 이해되기도 하는데, 이때 왕의 대권이나 동맹권은 전시 같은 비상 상황에 대응하기 위한 성격의 권력이거나 외교에 관한 권력이므로 현실에 있어 그로티우스의 전쟁과 평화에 관한 법, 즉 국제법 체계에 대응하는 것으로 수용할 수 있다.

따라서 로크의 권력분립론은 내정과 외교를 분리하여 접근하였다는 점에서 국내법과 국제법 이원론에 철저한 영국인들의 사고방식에 부합한다. 이러한 법사상사적 배경으로 인하여 세계 최초로 성문헌법을 제정하고 몽테스키외의 3권 분립 체계를 헌법에 고스란히 담은 미국이 헌법학에 지대한 영향을 끼쳤다면, 국제법 체계는 영국의 영향력이 크다고 할 수 있다.

그리고 헌법과 국제법은 시대사적으로 긴밀하게 관련을 가지고, 민주주의의 발전과 함께 국제사회와 국내사회를 아우르는 근대 공법의 핵심적 법체계를 이루고 있다. 사법권은 권력의 본질이라는 관점에서 수동적이고 비정치적 성격을 띄고 있다. 따라서 독재정권이나 강력한 정권이 들어서면 경우 정치기관에 예속되어 정치적 시녀로 전락할 우려가 있다. 대표적인 예가 히틀러 나치 정권의 법형식주의(Legal formalism)라 할 수 있다.

영국의 경우 최근에 대법원이 의회 편제에서 독립하였지만, 영국 민주주의의 오랜 역사에서 상원 법제사법위원회가 영국의 최고법원의 역할을 하였다는 것은 정치기관에 비하여 열악한 처지에 있을 수 밖에 없는 사법부의 처지를 시사한다. 편제도 그렇지만 그 역할도 주로 私法上 분쟁의 해결을 중심으로 한다.

법은 제도이고 정치는 권력이라는 본질을 가지므로 정치적 통합의 정도가 가장 강고한 단일 국가의 국내법 체계 하에서 일반적으로 司法權은 열악할 수 밖에 없고, 어떠한 방법으로든 독립이 보장되지 않는 한 법은 정치에 예속되기 쉽다(예컨대 우리처럼 헌법재판소와 대법원으로 사법체계를 이원화하는 방법을 생각해 볼 수 있다). 이에 비하여 미국이나 캐나다 같은 연방국가나 유럽연합 같은 초국가기구의 경우에는 연방헌법이나 국제법 형태의 기초조약을 통하여 국가나 그들의 체제정당성이 유지된다.⁶⁾

이러한 법들은 최고규범일 뿐만 아니라 강행적으로 적용되는 성격의 법규범이고, 개별 주나 구성국들이 정치적 실체라면, 연방정부나 초국가기구는 연방제도나 기초조약을 통하여 법제도적으로 자신의 통일성을 유지한다.⁷⁾ 법이 정치의 우위에 설 수 있는 계기가 형성되는 것이다.

미 연방 대법원이나 유럽사법재판소 또는 유럽인권재판소는 입법권이나 집행권을 넘어 연방헌법과 기초조약을 배경으로 최고법의 해석을 통하여 국가나 초국가기구의 체계와 정통성을 수호하는 역할을 하게 된다.⁸⁾ 이번 트럼프 공화당 대통령 후보의 연방대통령 피선거권 논란도 이러한 관점에서 바라 볼 수 있다.

한편 국가는 단일국가와 연방국가(federal state)로 나누어 볼 수 있고, 국가보다는 통합의 정도가 약하지만, 국제기구보다는 통합의 정도가 강한 성격의 통일체로 앞서 본 초국가기구(Supranational organizations)나 국가연합(Commonwealth of nations)을 들 수 있다.

유럽연합(European Union) 같은 초국가기구는 단일국가나 연방국가 처럼 최고법으로서의 헌법을 가지고 있지 않다.⁹⁾ 국제법 형태의 기초조약에 기반하

6) Craig, P., & De Búrca, G. (Eds.). (2021). *The evolution of EU law*. Oxford university press.

7) Ward, I. (2003). *A critical introduction to European law*. Cambridge University Press; 전훈. (2009). 유럽공동체법원과 유럽인권법원을 통한 유럽법의 국내법 질서로의 정착. *토지공법연구*, 43(3), 511-528.

8) Garrett, G., Kelemen, R. D., & Schulz, H. (1998). The European Court of Justice, national governments, and legal integration in the European Union. *International organization*, 52(1), 149-176; Mattli, W., & Slaughter, A. M. (1998). Revisiting the European court of justice. *International organization*, 52(1), 177-209.

9) 박인수. (2013). 유럽연합의 기본법과 법의 일반원칙. *유럽헌법연구*, (13), 25-56; 전훈. (2005). 유럽헌법상의 보충성원칙. *공법학연구*, 6(3), 27-49.

여 공동체가 구성되어 있을 뿐이다. 그렇지만 일원론적 국제법관이나 국제법 존중주의에 따라 미국과 같이 기초조약과 EU법은 구성국법에 우선하여 적용되는 '유럽법의 최고성' 원칙에 입각해 있다.¹⁰⁾

많은 나라들이 육지로 국경을 맞대고 있고 오랜 역사를 통한 전쟁과 평화의 반복은 국제법을 신성시하는 전통으로 이어지고, 유럽통합에 있어 법적 도구가 되고 있는 것이다. 다만 동쪽과 서쪽 유럽간 경제발전의 차이, 언어나 종교, 민족, 역사 등 여러 이질적인 사회문화적 요소의 차이로 미국과 같이 단일의 헌법을 통하여 연방국가로 나아가지는 못하고 있다. 따라서 유럽차원의 공동의 조세정책 또는 복지정책을 펴는 것은 불가능하다.

미국헌법에는 연방정부의 화폐주조와 군 예산 등에 관한 권한이 명시되어 있으나, EU의 경우 유럽중앙은행이 설치되어 있고 대부분의 EU 국가들이 유로(Euro)라는 단일 화폐를 사용하고 있지만, 그 근거가 미국과 같이 헌법에 기초하고 있지 않고 조약에 기초하고 있어 과거 영국과 같이 유로 아닌 자국 화폐를 사용하는 구성국도 있었다.

또한 미국 연방헌법과 달리 유럽군에 관한 내용을 기초조약이나 EU 법 조항에서 다루고 있지 않다. 그리고 미국의 경우 연방에서 탈퇴하기 위하여는 헌법 조항을 주장하며 법원에서 다투어야 하지만, 국제법 체제인 유럽연합의 경우 영국과 같이 언제든지 자의에 따라 구성국의 지위를 포기할 수 있다. 다만 탈퇴를 위한 영국의 국민투표는 영국의 국내문제에 불과할 뿐이어서, 영국은 탈퇴로 인하여 유럽국가간 체결되어 효력을 유지하고 있는 수 많은 국제조약에 따른 책임을 부담할 뿐이다.

영연방과 같은 국가연합은 초국가기구보다는 못하지만 단순한 국제기구 보다는 통합의 정도가 강한 것으로 이해된다. EU와 같이 유럽사법재판소(ECJ)가 공동체의 최고법원으로서 실질적 권한을 행사하고 있는 것과는 차이가 있지만,¹¹⁾ 아직도 체계상 영국의 추밀원(Privy council)이 영연방의 형식적 최고 법원이 되는 과거 대영제국의 잔재가 남아 있다.

10) Chiti, E., & Mattarella, B. G. (Eds.). (2011). Global administrative law and EU administrative law: Relationships, legal issues and comparison. Springer Science & Business Media; 채형복. (2008). 유럽연합법의 국내법적 효력과 적용. 국제법평론, (28), 1-22.

11) Stone Sweet, A. (2010). The European Court of Justice and the judicialization of EU governance. Living Reviews in EU Governance.

한편 유엔과 같은 국제기구들은 전문성의 원칙에 따른다. 유엔은 형식적으로 포괄적 목적을 가지고 있지만, 실제로 국제평화와 안전을 목적으로 하는 국제기구이다. UN의 전문기관인 UNESCO는 경제·과학·문화 문제에 특화되어 있고, ICJ는 소송사건과 권고적 의견을 통하여 사법적·준입법적 권력을 행사하고 있다.

WTO는 국제무역, ILO는 노동문제, WHO는 보건문제를 전문적으로 다루는 국제기구이다. 따라서 포괄적이고 완전한 국제법 주체인 국가와 달리 교전권이 나 정당방위 같은 이론이 국제기구에는 적용되지 않는다. 또한 국제기구는 어떠한 국가를 상대로 강제조치를 취할 수 없다. 유일한 예외가 되는 것이 유엔 헌장 제51조 국제평화와 안전보장을 위한 안보리의 강제조치이다.

요컨대 국내사회와 국제사회를 관통하는 세계화·발전과 그 현실은 아직 완전한 정치적 통일이나, 세계정부, 또는 경성적 성격의 보편적 법체계라는 인류의 이상에는 훨씬 미치지 못하고 그 달성은 요원하지만, 연방 대법원이나, 유럽사법재판소, 국제사법재판소 같은 재판기관, 그리고 그러한 기관의 전문가 그룹, 또는 사법관들에 의하여 연성적 통일과 연성적 성격의 보편적 법체계가 점진적인 발전을 보이고 있다. 이는 후술하는 바와 같이 학자들 그룹에 의한 연성적 통일, 연성적 성격의 보편적 법체계의 발전으로 이어지는 것이다.

5. 국제사회와 권력의 결손

국제사회와 국제법 차원에서 인식될 수 있는 유일한 권력적 성격을 갖는 기능이 제 51조 유엔 안보리 강제조치이다. 국가는 국제사법재판소나 국제중재재판소의 판결을 존중하고 이행하여야 하지만, 이는 규범적 차원의 것이고 국가가 이를 거부하면 국제사회의 비난을 받을 뿐 이를 강제할 아무런 수단이 없다.

사회규범과 달리 법규범의 경우 일반적으로 규범력은 강제력으로 이어지지만, 국제법의 경우에는 규범력(normative power)이 일반적으로 강제력(coercive power)으로 이어지지 않는다.

또한 국제사회의 강행규범(erga omnes)문제에 관한 학자들의 인식도 매우 제한적이다. 분권화된 수평적 사회에서 강행적으로 국가를 기속하는 강행규범이 존재한다는 것은 논리적으로 모순이기 때문이다. 다만 국제형사재판소 협약 등 세계화와 국제사회의 발전으로 그러한 인식이 바뀌어 가고 있는 것이 사실이다.

법은 '주권자의 명령'이라는 홉즈의 법실증주의 관념이나 로크의 권력분립론은 국제사회와 국내사회, 국제법과 국내법을 준별하게 한다. 루소의 이상론이나 몽테스키외의 권력분립론은 일원적 시민사회, 그리고 국제법과 국내법을 일관하는 사법권의 중요성과 그 역할을 느끼게 한다. 이러한 그들의 사상과 헌법과 국제법에 관한 思辨들은 법과 권력의 본질, 법제도에 대한 이상적·현실적 이해와 그 발전에 기여하였다.¹²⁾

권력의 본질과 통합, 그리고 분립과 견제 등에 관한 그들의 이론은 권력의 본질과 그 제도화에 많은 영향을 끼쳤고, 국제사회의 발전을 배경으로 이상주의 국제법관이나 지역통합 또는 세계헌법주의로 나아가는데 있어 현실적 가교로 기능하고 있다.

Ⅲ. 국제법과 세계법

1. 국제법의 연성화

진술한 헌법과 국제법에 관한 설명은 硬性的인 것이다. 그러한 경성적 성격의 설명은 의사주의적 국제법관이나 개념법학적 이해를 배경으로 현실사회의 국제법을 가장 명확하게 보여준다. 이러한 공법학 체계는 국제법의 軟性化를 통하여 변화하게 된다. 국제법의 연성화(soft law)란 법적 구속력은 약하지만, 국제 관계와 협력에서 중요한 역할을 하는 규범, 원칙, 지침, 권고 등의 발전을 의미하는 말이다. 연성법은 명확한 법적 의무를 부과하고 있지는 않지만, 국제사회에서 점점 더 중요한 역할을 하고 있다.¹³⁾ 국제법의 연성화를 통해 우리는 국제법의 유연성과 적응성을 높이고, 다양한 국제 문제를 다룰 수 있는 효과적인 수단을 제공할 수 있다.

연성법은 의사주의적 국제법관에 따른 경성적 국제법과 여러 차이점을 보인다. 연성법의 첫번째 특징은 법적 구속력이 부재하다는 것이다. 즉 연성법은 조약이나 국제협약과 달리 법적 구속력을 가지지 않는다. 이는 국가들이 연성법

12) 민경국. (2009). 하이에크의 헌법주의와 한국헌법 개정논의. 세계헌법연구, 15(1), 93-122.

13) Boyle, A. (2014). Soft law in international law-making. International law, 5, 119-137.

을 준수하지 않더라도 법적 제재를 받지 않는다는 것을 의미한다. 둘째, 연성법은 유연성과 적응성이라는 특징을 갖는다. 연성법은 변화하는 국제 환경과 다양한 이해관계를 반영하여 신속하게 대응할 수 있는 유연성을 제공하며, 이를 통해 빠르게 진화하는 문제에 대해 실질적인 해결책을 모색할 수 있게 한다. 셋째, 연성법은 비록 법적 구속력은 가지지 않지만, 국제사회에서 널리 받아들여지고 준수될 경우 강력한 규범적 영향력을 가질 수 있다. 따라서 연성법을 통하여 인류사회는 국제 관행이나 도덕적 의무를 형성할 수 있게 된다.

연성법에는 다양한 종류의 것들이 있다. 먼저 국제기구의 결의와 선언이다. 유엔 총회 결의, 유엔 인권 이사회 권고, 국제 노동기구(ILO) 선언 등은 법적 구속력은 없지만 중요한 지침과 표준을 제공한다. 지속 가능한 개발 목표(SDGs)도 연성법의 한 예이다. 유엔이 채택한 2030 지속 가능한 개발 목표는 법적 구속력이 없지만, 전 세계적으로 중요한 정책 가이드라인으로 작용하고 있는 현실이다. 한편 OECD 가이드라인을 연성법의 한 예로 들 수 있다. 경제협력개발기구(OECD)의 다국적 기업을 위한 가이드라인은 법적 구속력은 없지만, 기업의 사회적 책임(CSR)과 윤리적 경영을 촉진하는 데 중요한 역할을 한다.

연성법에는 장점과 단점이 있다. 연성법의 장점으로 적응성을 들 수 있는데, 연성법은 빠르게 변화하는 국제 환경에 적응할 수 있는 유연성을 제공한다. 또한 연성법은 합의 도출을 용이하게 한다. 법적 구속력이 없는 만큼 국가 간 합의 도출이 상대적으로 용이하다. 연성법은 규범 형성에도 기여하는데, 시간이 지나면서 국제관습법으로 발전할 수 있는 규범적 기초를 제공한다.

연성법의 단점으로는 구속력 부족, 집행문제, 혼란가능성 등을 들 수 있다. 연성법은 법적 구속력이 없기 때문에 준수 여부가 국가의 자율에 달려 있다. 또한 법적 강제력이 없기 때문에 연성법을 위반해도 실질적인 제재가 어렵다는 집행상의 문제가 있다. 한편 다양한 연성법이 존재할 경우, 상충되는 지침이나 권고가 나올 수 있어 혼란을 초래할 수 쉽다는 단점을 가진다.

한편 연성법은 어떠한 현대적 의미를 가지고 어떠한 역할을 하고 있을까? 연성법은 국제법의 연성화 현상을 통해 다양한 국제 문제를 효과적으로 다루는데 중요한 도구가 되고 있다. 국제 사회에서 협력과 조율을 촉진하고, 법적 구속력이 없는 상황에서도 강력한 규범적 영향을 미칠 수 있다. 이러한 연성법은 특히 환경, 인권, 경제, 보건 등 다양한 분야에서 중요한 역할을 하고 있으며, 국제사회에서 보다 복잡하고 상호 연결된 문제들을 해결하는 데 기여하고 있다.

2. 세계법 개념에 대한 이해

국제법(International Law)과 세계법(Global Law)은 서로 관련이 있지만, 그 개념과 적용 범위에서 차이가 있다. 두 법체계는 각각 특정한 목적과 기능을 가지고 국제관계와 세계질서를 규율한다.¹⁴⁾ 국제법은 주로 국가 간의 관계를 규율하는 법체계로, 국가들 간의 협약, 관습, 일반 원칙 등을 통해 형성된다. 국제법의 주요 목적은 국가 간의 평화와 협력을 증진하고, 국제적 분쟁을 평화적으로 해결하는 것이라 할 수 있다. 국제법에서는 국가가 가장 중요한 주체가 된다. 다만 비국가 행위자, 예컨대 국제기구, 기업, 개인 등도 제한적으로 국제법의 주체가 될 수 있다.

국제법은 조약(Treaties)이라는 국가 간의 공식적인 합의를 통하여 형성된다. 또한 국제관습법(Customary International Law)은 오랜 관행과 이를 법으로 받아들이는 법적 신념(Opinio Juris)이 결합하여 일반적으로 효력을 갖는 국제법으로서 효력을 발생한다. 그 밖에 일반 법원칙(General Principles of Law)이라 불리우는 전 세계적으로 공통된 법 원칙과 국제사법재판소(ICJ) 판례나 국제법 학자의 견해 같은 판례와 학설도 국제법의 보조적 법원으로서 기능한다.

국제법의 집행은 WTO 보복조치 제도에서도 알 수 있듯이 주로 국가 간의 상호주의에 의존하며, 강제력이 부족할 때가 많다. 예외적으로 유엔 안전보장이 사회의 결의처럼 국제기구 등을 통해 일부 집행이 가능할 수도 있다. 국제법 영역은 인권법, 국제인도법, 해양법, 무역법, 환경법 등 다양한 분야로 나뉘어진다.

국제법에 비하여 세계법은 더 포괄적이고 통합된 법체계를 지향하며, 국가 간의 관계뿐만 아니라 개인, 국제기구, 다국적 기업 등 다양한 행위자 간의 관계를 규율하는 법을 통칭한다고 할 수 있다.¹⁵⁾ 세계법이란 개념은 전 지구적 문제에 대응하기 위한 법적 틀을 마련하고자 하는 시도에서 출발하였다.

14) Johnston, D. M. (2005). World constitutionalism in the theory of international law. In *Towards World Constitutionalism* (pp. 3-29). Brill Nijhoff.

15) Krisch, N., & Kingsbury, B. (2006). Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. *European journal of international law*, 17(1), 1-13.

세계법을 구성하는 법적 주체는 국가뿐만 아니라 국제기구, 다국적 기업, 비정부기구(NGO), 개인 등 다양한 행위자들을 포함한다. 국제법에서 유래하는 규범은 물론이고, 지역법, 민간 규범, 국제기구의 규정, 글로벌 거버넌스 메커니즘 등 다양한 차원의 연성적 규범들로 구성된다. 법적 강제력은 국제법보다 강력하지 않을 수 있으나, 다양한 글로벌 메커니즘과 규범을 통해 사실상 규범력은 매우 효율적으로 작동하는 경우가 많다. 세계법은 국제기구나 글로벌 거버넌스 체계를 통해 규범이 형성되고 집행되며, 기후 변화, 글로벌 경제, 사이버 보안, 공중 보건 등 전 지구적 문제를 포함한다.

국제법과 세계법의 유사점과 차이점, 그들간의 관계는 다음과 같이 요약된다. 국제법과 세계법은 둘 모두 국가 간의 관계를 규율하고, 전 세계적인 문제 해결을 목표로 하며, 국제지향적 성격을 가지므로 국제기구와 다자주의(multilateralism)를 중요시 한다.¹⁶⁾ 양자는 그 범위에 있어 차이가 있다. 국제법은 주로 국가 간의 관계에 중점을 두는 반면, 세계법은 더 광범위하게 개인, 기업, 국제기구 등 다양한 행위자들을 포함한다.

또한 양자는 그 형성 및 적용에 있어 차이를 보인다. 환언하면, 국제법은 조약과 국제 관습법을 통해 형성되지만, 세계법은 글로벌 거버넌스, 비국가 행위자의 규범, 민간 규범 등 다양한 출처에서 규범을 형성하고 있다. 양자는 목적상 차이를 보이기도 하는데, 국제법은 주로 국가 간 평화와 협력을 목표로 하지만, 세계법은 더 포괄적인 글로벌 문제 해결과 지속 가능한 발전을 지향한다는 점에서 구별된다.

국제법은 현대를 사는 우리에게 있어 국제사회를 규율하는 지배적 법체계를 지칭하는 용어이다. 변화하는 국제사회, 다양한 성격의 국제규범의 발전에도 불구하고 국제법은 여전히 국제 관계의 기본 틀을 제공하며, 국제평화와 안보유지, 인권보호 등에 중요한 역할을 하고 있다. 반면에 글로벌화가 진행됨에 따라 국제적 문제들이 더 복잡해지고 상호 연관되면서 세계법의 중요성이 커지고 있다.¹⁷⁾

이러한 현실에서 세계법은 기후 변화, 국제 테러, 글로벌 경제 위기 등 전 지구적 문제를 다루기 위한 통합된 법적 접근을 제공하는 정기능적 요소를 가지고 있다. 그러나 세계법 개념을 통하여 기존 국제법 체계를 완전히 대체한다는

16) Petersmann, E. U. (1996). Constitutionalism and international organizations. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 17, 398.

17) Chesterman, S. (2008). Globalization rules: accountability, power, and the prospects for global administrative law. *Global Governance*, 14, 39.

것은 상상하기 어렵다. 그렇다면 국제법과 세계법은 상호 보완적인 관계에 있으며, 글로벌 거버넌스 체계를 통해 함께 발전해 나가야 한다. 이들은 복잡한 현대의 국제사회에서 법적 질서와 규범을 제공하는 데 중요한 역할을 하는 것이다.

IV. 세계헌법주의와 세계헌법 강론

1. 세계헌법주의

이마누엘 칸트(Immanuel Kant)의 세계헌법사상은 그의 철학적 작품, 특히 “영구 평화를 위하여” (Zum ewigen Frieden)에서 중요한 개념으로 등장한다. 칸트는 세계 평화를 달성하기 위해서는 특정한 정치적, 법적 구조가 필요하다고 주장했으며, 이는 현대 국제법과 국제정치 이론에 큰 영향을 미쳤다.¹⁸⁾

칸트는 세계헌법사상의 주요 요소로 먼저 영구평화의 조건에 대하여 말하면서, 국제사회에는 영구평화를 달성하기 위한 필수 조건이 존재하며, 이 조건들은 국가들이 반드시 따라야 할 원칙이라고 보았다. 그리고 이러한 조건에는 국가들 간의 공개적 평화조약, 비밀조약 금지, 상비군의 폐지, 국가 간 내정불간섭 원칙, 전쟁 중 적대행위의 규제 등이 포함된다고 설명한다. 칸트는 오랜 역사를 지닌 공화정 체제에 관하여 논하였으며, 공화정 체제는 국제사회의 평화를 위한 최적의 정부 형태라고 주장하였다.¹⁹⁾

칸트에 따르면 이때의 공화정은 법의 지배를 따르며, 시민들이 전쟁의 부담을 직접 짊어지기 때문에 전쟁을 피하려는 경향이 강하다고 생각하였다. 한편 칸트는 영구 평화를 위해 국가들이 법에 기반한 국제 연맹에 가입해야 한다고 주장하면서, 이때 국제연맹은 국가 주권을 유지하면서도 분쟁을 평화적으로 해결하기 위한 공동의 법적 틀을 제공하는 역할과 책임을 가져야 한다고 강조하였다.

그의 국제연맹에 관한 철학은 오늘날의 국제연합(UN)이나 유럽연합(EU)과 같은 국제기구의 사상적 기초를 제공하였다. 나아가 칸트는 국가 간의 법뿐만

18) Schwöbel, C. E. (2011). Global constitutionalism in international legal perspective (Vol. 4). Brill.

19) 조병윤. (2017). 세계헌법 제정에 관한 고찰. 헌법논총, 28, 301-377.

아니라 개인과 국가 간의 법적 관계를 규율하는 세계 시민법이 필요하다고 주장하였는데, 이는 학자들에 의하여 세계헌법주의 또는 세계의회 구성 담론의 이론적 토대를 제공한다.²⁰⁾ 세계시민법을 통하여 세계 시민들이 전 지구적 차원에서 법적 권리를 보호받고, 타국에서의 박해나 불공정한 대우로부터 자유로워질 수 있는 법적 기반을 마련할 수 있게 된다.

칸트는 법철학의 시작이라 할 수 있는 자연상태와 법의 상태에 관하여 설명하면서, 무질서한 자연 상태를 벗어나 법적 질서가 확립된 상태로 전환함으로써 국제사회의 평화가 보장될 수 있고 개인의 권리가 법에 의하여 보호 받는다고 주장하였다.²¹⁾ 이는 개인들 간의 사회계약을 통하여 근대 시민주권국가가 형성되었고, 이를 국가 차원에서 국제사회 차원으로 확장하여, 국가들 간에도 법적 계약을 통해 평화를 유지하는 상태로 전환하게 되는 것을 의미한다.

칸트의 세계헌법사상은 현대 국제법, 특히 국제 인권법과 국제기구의 형성과 발전에 큰 영향을 미쳤다. 그의 사상은 국제법의 규범적 기초를 제공하며, 국제관계에서 법과 윤리의 중요성을 강조하는데 이른다.²²⁾ 예를 들어 칸트의 국제연맹 사상은 국제연합(United Nations)의 설립 이념과 유사한데, UN은 국가주권을 존중하면서도 국제평화와 안전을 유지하기 위한 공동의 법적 틀을 제공하고 있다.

칸트의 세계 시민법 개념은 국제형사재판소(ICC)와 같은 국제기구를 통해 전 세계적으로 인권을 보호하고 국제 범죄를 처벌하는 데 큰 영향을 미쳤고, 그의 사상은 유럽 연합(EU)의 형성과 발전에 기여하였다.

이마누엘 칸트(Immanuel Kant)의 세계헌법사상은 그의 정치철학과 국제관계 이론에서 중요한 부분을 차지하는데, 칸트는 그의 저서 영구 평화론(Zum ewigen Frieden)에서 국가 간의 평화와 협력을 위한 헌법적 접근을 제안하였고, 그의 사상은 오늘날 국제법과 국제기구의 형성에 큰 영향을 미쳤다.²³⁾

20) 정채연. (2013). 하버마스의 세계주의 구상과 국제법의 헌법화. 중앙법학, 15(2), 305-342.

21) 정재황. (2022). 세계입헌주의와 인권보장체계. 헌법재판연구, 9(2), 93-133.

22) Gardbaum, S. (2009). Human rights and international constitutionalism. Ruling the world, 08-01.

23) 강성률. (2018). 세계시민주의와 칸트의 [영구평화론]. Journal of Education for International Understanding, 13(2), 1-38.

칸트의 세계헌법사상에는 공화주의 원칙이 깃들여 있는데, 칸트는 각 국가가 공화국(republic)이 되어야 한다고 주장하면서, 여기서 공화국은 권력의 분립과 법치주의가 확립된 국가를 의미한다고 보았다. 이러한 공화주의 원칙은 시민의 자유와 평등을 보장하고, 외교정책에서도 민주적 결정과정을 통해 전쟁을 방지할 수 있게 하는 정기능적 요소를 가지고 있다.

한편 칸트는 국가들이 서로 평화롭게 공존하기 위해 국제연맹(League of Nations)을 구성해야 한다고 주장하면서, 이는 단순한 동맹이 아니라 법과 협정을 통해 국가 간의 분쟁을 평화적으로 해결할 수 있는 조직을 의미한다고 보았다. 칸트는 이러한 국제연맹이 모든 국가의 주권을 존중하면서도 평화유지를 위해 법적으로 강력한 역할을 해야 한다고 주장하였다.

나아가 칸트는 모든 인간이 단일한 세계공동체의 구성원으로서 세계시민법(cosmopolitan law)의 보호를 받아야 하며, 세계시민법상 각국 국민뿐만 아니라 외국인이나 난민에 대해서도 인권을 보호하여야 하고, 이때에 권리란 국제적인 법적 보호를 받을 수 있는 권리를 의미한다고 주장하였다.²⁴⁾ 그의 주장에 따르면 인류는 세계시민법을 통하여 상호 존중과 법적 평등을 기반으로 한 글로벌 공동체를 형성할 수 있으며, 이를 위하여 영구평화가 전제되어야 한다.²⁵⁾ 칸트는 영구 평화(perpetual peace)를 달성하기 위해서는 전쟁을 근본적으로 금지하는 법적, 제도적 장치가 필요하게 되는데, 그는 영구 평화를 위한 여러 조항을 제안하였고, 이는 국가 간의 상호 신뢰와 법적 구속력을 기반으로 한 국제 질서의 수립을 목표로 한다.

칸트의 사상은 현대 국제법과 유엔(United Nations) 같은 국제기구의 형성에 큰 영향을 미쳤고, 특히 국제연맹과 세계시민법 개념은 유엔의 역할과 인권 보호를 위한 중요한 이론적 기반이 되었다. 칸트의 영구 평화론은 오늘날 국제평화와 안보를 위한 다자주의(multilateralism)와 협력적 외교정책의 철학적 근거를 제공하고 있고, 국제연맹의 개념은 유엔 안전보장이사회(UN Security Council)와 같은 국제평화 유지 기구의 설립에 영감을 주기도 하였다.

한편 칸트의 세계시민법 개념은 글로벌 정의(global justice)와 인권 보호의 중요성을 강조하며,²⁶⁾ 국제형사재판소(International Criminal Court)와 같

24) 허영식. (2004). 세계시민의 개념에 관한 시론: 세계시민교육의 이론적 기초. 아시아교육연구 (Asian Journal of Education), 5(3), 165-196.

25) Young, E. A. (2003). The trouble with global constitutionalism. Tex. Int'l LJ, 38, 527.

은 국제 인권보호기구의 필요성을 이론적으로 뒷받침하고 있다. 칸트의 세계헌법사상은 국가 간의 평화로운 공존과 협력을 위한 법적, 제도적 기틀을 제안하며, 오늘날 국제 관계와 국제법의 중요한 이론적 기반을 제공하고 있는데, 그의 사상은 지속 가능한 평화와 글로벌 정의를 실현하기 위한 철학적 지침을 제시하고 있다고 할 수 있다.

2. 세계헌법 강론: 세계헌법주의의 구체화

“세계헌법론”은 국제법 및 세계 질서에 대한 헌법적 접근을 탐구하는 학문 분야로, 주로 세계 헌법화의 가능성과 그 필요성에 대해 논의하는 학문분야이다. 이는 국제법, 세계정치, 인권, 세계경제 등 여러 분야와 밀접하게 연결되어 있다.²⁷⁾ 세계헌법론의 주요 주제들을 살펴 보면 다음과 같다.

첫째, 세계헌법론은 세계 헌법화의 필요성을 강조하면서, 글로벌화와 국제적 문제 해결을 위한 세계적 규범과 법체계의 필요성을 논의한다. 국제적 협력과 통합을 강화하기 위해 공통의 법적 틀을 마련해야 한다는 주장이 제기되기도 한다.

둘째, 유엔, 국제형사재판소(ICC), 세계무역기구(WTO) 등 기존 국제기구들의 역할과 한계, 이러한 기구들이 어떻게 더 강력한 법적 지위를 가질 수 있는지, 그리고 세계 헌법화 과정에서 어떤 역할을 해야 하는지 논의한다.

셋째, 세계헌법론은 전 세계적인 인권 보장을 위한 법적 틀과 메커니즘에 관하여 논의한다.

넷째, 세계헌법론은 세계 시민권의 개념과 그 실현 가능성에 관하여 논한다.

다섯째, 세계헌법론은 국가 주권과 세계적 법질서 사이의 균형을 어떻게 맞출 것인가에 대한 문제에 관하여 생각한다. 나아가 주권 국가들이 자율성을 유지하면서도 국제적인 규범을 따르게 하는 방안에 관하여 연구한다.

여섯째, 세계헌법론은 세계경제와 법의 문제도 다루는데, 국제경제법의 역할과 세계 경제거버넌스의 헌법적 기반 마련, 세계 경제불평등 문제 해결을 위한 법적 접근 등의 문제를 논한다.

26) 유럽 차원의 시민권 문제에 관하여 채형복. (2005). 유럽헌법에 있어 유럽시민권의 법적 지위. 공법학연구, 6(2), 257-278 참조.

27) 배정훈. (2022). 세계헌법주의 논의에 대한 시론적 연구—성립 여부 및 구성요소를 중심으로—. 세계헌법연구, 28(3), 1-32.

일곱째, 세계헌법론은 생태계와 지속 가능성의 문제에 관심을 두고 있는데, 환경 보호와 지속 가능한 발전을 위한 세계적 법적 틀, 기후 변화와 같은 글로벌 문제에 대한 법적 대응방안등에 관하여 연구한다.²⁸⁾

세계헌법론의 주요 학자와 저작들로 데이비드 헬드(David Held)의 글로벌 거버넌스와 민주주의에 관한 연구, 쥐르겐 하버마스(Jürgen Habermas)의 국제법과 글로벌 민주주의에 대한 철학적 고찰, 보아벤투라 드 소우자 산토스(Boaventura de Sousa Santos)의 법과 사회 이론 및 글로벌 법 질서에 대한 연구, 안토니오 네그리(Antonio Negri)와 마이클 하트(Michael Hardt)의 "Empire"와 "Multitude" 등의 저서는 글로벌 제국과 새로운 형태의 주권에 대한 논의 등을 담고 있다.

요컨대 세계헌법론은 단순히 이론적 논의에 그치지 않고, 실제로 국제법과 글로벌 거버넌스의 개선을 위해 구체적인 제안을 하고 있다. 환언하면 국제적 협력과 법적 통합을 통해 보다 공정하고 지속 가능한 세계를 만들기 위하여 필요한 학문적·실천적 접근을 제공하고 있는 것이다.²⁹⁾

V. 세계행정법 강론

1. 대륙법과 영미법

세계행정법에 관한 베네딕트 킹스베리의 사상세계는 법의 본질과 개념에 관하여 많은 시사점을 던지고 있다.³⁰⁾ 법은 인문학과 사회학의 합성물과 같다. 따라서 우리는 법치주의를 보통법의 지배와 동일시 하는 경우가 많다. 보다 발전된 큰 사회로 진전하면서 법은 보다 복잡해지고 보통이 아니고 인위적·특수적 성격의 그 무엇으로 발전하고 있다. 전문가도 잘 모른다는 연동형 비례대표

28) 박병도. (2024). 현대국제법의 구조 변화와 국제환경법의 역할. 국제법학회논총, 69(1), 7-46.

29) Peters, A. (2009). The merits of global constitutionalism. *Ind. J. Global Legal Stud.*, 16, 397.

30) Kingsbury, B., Krisch, N., & Stewart, R. B. (2005). The emergence of global administrative law. *Law and contemporary problems*, 68(3/4), 15-61.

제가 우리가 사는 이 시대의 법현실이다.

법제사 시간에 우리는 두개의 큰 범문화를 접한다. 작은 사건을 앞에 둔 법원의 법관과 의회에서 호령하는 법률가 출신의 국회의원은 판례법이라 부르는 보통법과 제정법이라 부르는 성문법을 대비시키는 이미지라 할 수 있고, 우리는 쉽게 두 범문화의 차이를 느낄 수 있다.

검은 법복을 입고 법을 말하는 법관 중심의 라이트 로(rite law) 전통 또는 자연법(natural law)사상은 대륙과 단절되어 발전하였고, 프란시스 베이컨, 토마스 모어나 에드워드 코크 등 보통법 법원의 법관들은 지금도 절대권력과 맞선 민주주의·법치주의의 선각자이자 수호자로 추앙받고 있다.

단순하고 자연의 본성에 일치하는 법사상은 성문법 형태의 로마법에 주석을 다는 법학접근 방법, 소위 주석학과(Annotators)의 변영으로 획기적 전기를 맞는다. 로마제국과 대제국을 통치하기 위하여 제정된 성문의 제정 로마법은 법학자들에게 새로운 학문 융성의 기반이 된다.

12-13 세기 파리와 옥스포드의 주석법학자들은 법학은 물론 근대 대학의 시작을 알리는 계기를 제공한다. 인문학이나 사회학 같은 보편적 이성을 추구하는 자연법과 보통법 체계와 달리 인위적이고 정치적이며, 따라서 특수적일 수밖에 없는 법학이 가능하게 된다.

법학의 발전은 18세기 말 미국의 독립과 헌법의 제정, 그리고 그후 얼마 후인 19세기 초 나폴레옹의 근대 성문 5법의 제정으로 다시 한번 전환기를 맞는다. 판례법 국가인 미국의 성문헌법 제정은 법의 인위성과 특수성을 위한 충분조건이 된다. 나폴레옹의 성문 근대 5법 역시 그러하다. 삼단논법 소위 실라기즘(Syllogism)의 법관들이 만드는 의식과 같은 소박한 법인 보통법과 달리, 근대 성문 5법은 인문학이나 사회학 또는 이상주의 정치학 차원을 넘어 법과 공공정책 또는 현실주의 정치학과 결합하게 되는 계기를 제공하는 것이다.³¹⁾

2. 강론의 역사적 성격

킹스베리의 세계행정법 강론이나 다이시(A. V. Dicey)의 헌법관은 전술한 법제사적 전통에 비추어 보면 복고적 성격을 갖는다. 그러나 중요한 것은 그것이 미래를 바라보는 진보적 성격도 함께 가지고 있다는 것이다. 세계행정법이

31) Grofman, B. (1989). The federalist papers and the new institutionalism: An overview. The federalist papers and the new institutionalism, 1-5.

나 다이시의 헌법관은 법의 출발점인 사람과 사회에 천착한다. 같은 유럽형 지성이라 할 수 있는 맑스처럼 세계는 빌리지이고 어쩌면 국가는 소멸할 운명의 그것인지 모른다. 다이시나 킹스베리 이전 토마스 모어의 유토피아 사상의 새로운 부활 같기도 하다. 킹스베리의 세계행정법은 헌법을 수호하는 첨병이라 불리우는 미 대법원의 일들과 묘한 대비를 이룬다.³²⁾

다이시의 헌법관이 인간과 사회, 그리고 사회계약론의 원칙으로 돌아가 프랑스 행정법을 법이 아니라고 신랄하게 비판한 것 역시 대비를 이룬다. 나폴레옹 혁명과 미국의 독립 및 헌법제정과 함께 법이 정치적, 인위적, 특수적으로 나아가는 계기가 되는 또 하나의 사건은 신성로마제국의 해체와 독일의 흥기이다. 근대국가의 성립이 늦었던 독일의 법사상은 게르만 관습법(Thicket of German customary law)에서 시작한다고 할 수 있다. 근대 서양법 체계에 보통법과 시민법에 더하여 게르만 관습법이 더해진다.

이러한 법체계의 다양성은 법학자들에게 법의 효력의 궁극적 연원을 탐색하게 하는 계기를 제공한다. 오스틴(J. Austin)의 법실증주의가 주권자의 명령으로서의 법을 말하였고, 하트(HLA Hart)의 법실증주의는 민주주의와 국제화의 현실에서 보다 발전된 법실증주의를 이론화하고 체계화하였다. 하트의 법실증주의는 법의 본질을 법의 실체적 정당성에서 구하는 로널드 드워킨에 의하여 신랄하게 비판을 받는다. 주지하다시피 두 학자 모두 20세기 가장 위대한 법철학자 중 한 사람으로 추앙받고 있다.

하트의 대표적 저작이 법의 개념(The Concept of Law)이고 세계행정법 강론은 그의 제자인 킹스베리(B. Kingsbury)가 한 장을 맡아 기고한 글이다.³³⁾ 그의 세계행정법 강론을 읽다 보면, "각국의 의회와 법원에서 오늘도 법을 생산하는 우리들은 어쩌면 정치적 현실에서 사람의 본성과 이상적 사회를 꿈꾸며 유토피아를 향하고 있는 것은 아닐까?" 생각되기도 한다.

법을 私法 중심으로 사고하는 사상은 법은 법원에서 발견할 수 있고, 법관이야 말로 진정한 법 창출자(judge-made law)라고 관념하는 영미법·보통법·판례법 국가의 법문화이자 법전통(Common law legal tradition)이라 할 수 있다. 영국이나 미국인들의 법과 정치에 대한 인식에는 '법은 법원이' '정치는 입법부 또는 의회'가 생산하고 실천한다는 사고방식이 뚜렷하다. 이에 로크(J.

32) 류병운. (2006). 세계행정법. 행정법연구, (16), 231-255.

33) Kingsbury, B. (2009). The concept of 'law' in global administrative law. European Journal of International Law, 20(1), 23-57.

Locke)가 주장한 영국의 권력분립론은 주지하듯이 입법권과 집행권의 이권분립론이다.

이때에 법이나 법원은 권력이나 권력기관과는 거리가 먼 것이다. 사법권은 집행권이나 입법권의 한 분과로 매몰되어 버린다. 얼마전 까지만 해도 영국의 대법원이 실권이 없는 상원의 법제사법위원회인 것은 이를 시사한다. 보통법 전통 하에서 법은 인간적·자연적·사회적인 것이고, 다만 정치를 초월하는 상위법 사상(higher law concept)에 따라 세속의 권력이 침해할 수 없는 신성한 인간의 권리, 소위 천부인권사상이 발전하여 근대 법치국가의 기틀을 마련하게 된다.

주지하듯이 법원이나 사법권을 입법권이나 행정권과 나란히 하나의 세속권력으로 발전시킨 사상가가 프랑스의 몽테스키외이다. 에드워드 코크(E. Coke)나 윌리엄 블랙스톤(W. Blackstone)의 상위법 사상과 천부인권론, 몽테스키외의 3권 분립론은 세계최초의 헌법이라 할 수 있는 미국의 연방헌법에 고스란히 반영되게 된다.

또한 근대 민주주의의 핵심원리라 할 수 있는 홉즈나 로크, 그리고 루소의 사회계약론 역시 미국 헌법을 통하여 현실사회에서 빛을 보게 된다. 법을 정치권력의 관점보다는 인간과 사회 또는 정의와 형평의 관점에서 바라보는 것은 公法보다는 私法을 중시하고 법적 문제를 사법문제에서 시작하는 다이시의 헌법관에서 극명하게 느낄 수 있다.³⁴⁾ 행정법과 공법의 전통을 중시하는 프랑스 법체계나 법사상과 대비되는 부분이라 할 수 있다.

법에 정치나 행정을 긴밀하게 연관시키는 프랑스나 독일 같은 성문제정법(Civil law tradition) 국가들은 미국과 같이 천부인권사상이나 상위법 사상을 통하여 헌법통제가 원활하지 않은 경우 독재화의 운명으로 나아가기 쉽다. 법의 도덕적 정당성 차원의 문제를 외면하고 정치적 원리인 다수주의 원리만을 절대시하는 경우, 히틀러 시절 수권법 같은 법을 통하여 일인 독재가 가능하게 된다.

소비에트를 비롯한 사회주의 국가가 맑스식 정치경제학적 독재라면 히틀러 시대 나찌, 즉 독일 사회주의 노동당 독재는 근대 부르조와 법문화가 형식적 법치주의(Legal formalism)로 잘못 발전하여 탄생한 독재형태이다. 이때 사회는 다이스식의 다원주의로 나아가지 못하고 법은 정치의 시녀로 전락하게 된다. 법과 법학은 관방사법의 전통에 매몰되고 영국과 같은 직업공무원제나 법

34) Dicey, A. V. (2013). The law of the constitution (Vol. 1). OUP Oxford.

원의 고유한 역할은 찾아 보기 힘들게 된다.

3. 강론의 현재와 미래

경제와 정치의 담론에서는 시장의 실패 또는 정부의 실패라는 말을 쓴다. 본고의 주제인 법과 사회의 문제에서는 인간의 실패 또는 사회의 실패란 말을 쓸 수 있다. 국내사회에서의 독재정부, 국제사회에서의 전쟁상태나 비인도적 행위 등이 이에 해당할 것이다. 이러한 인간과 사회의 실패는 '공법의 비대화 현상'과 무관하지 않다. 어쩌면 베네딕트 킹스베리에게 공법의 비대화란 국제사회의 발전과 세계화를 도외시킨 전통국제법체계의 수구성으로 느껴질 것이다.³⁵⁾

세계와의 현실은 사적 영역(Private sector)의 번영과 함께 한다. 이제 각종 국제표준은 새로운 규범으로 다가온다. 비정부간 기구인 국제상업회의소가 제정한 비국가법(Non-state norms)인 통일규칙들이 정통적 국제사법인 유엔통일매매법 협약 못지 않게 규범력을 갖는 것은 국제사회와 국제규범에 대한 새로운 시각을 갖게 한다.³⁶⁾

파리환경협약의 포인트 시스템 같은 것은 사적 영역의 정신적 토양이라 할 수 있는 학교제도에서 아이디어를 구한 것이다. 한편 우리는 옥스포드 출신 학자인 킹스베리의 풍부한 국제법 지식과 함께 세계행정법이라는 새로운 법영역을 생각하면서 국제사회와 법을 바라보는 시야를 넓힐 수 있게 된다. 그의 법철학에 있어 국가와 정치, 그리고 법은 오스틴식 사고에서 출발하는 가장 기본적인 것이지만, 하트의 접근방식 처럼 그에게 있어 법은 복잡한 국제사회에서 일정한 논리과정과 기제를 통하여 규범력과 강제력을 갖게 되는 그 무엇이 된다.

다시 말하면 하트의 법철학과 법의 개념은 킹스베리를 통하여 더욱 발전하여 '국제법과 헌법'을 넘어 '세계법 사상'으로 나아가는 것이다. 명실상부한 세계법 체제가 되기 위하여 가야할 길이 멀지만, 연성적 성격의 세계행정법은 법의 열개를 이루면서 구체화 되고 현실화되고 있는 것이다.³⁷⁾ 私法의 人文의 성격

35) 장준호. (2006). 세계사회를 이해하는 두 가지 구조: 칸트의 당위적 국제사회와 헤겔의 실재적 세계사회: 칸트의 당위적 국제사회와 헤겔의 실재적 세계사회. 정치사상연구, 12(1), 81-107.

36) 그러나 이기범. (2022). 국제법 접근 방법으로서의 '세계행정법'(GAL) 개념에 대한 비판적 고찰. 법학논총, 39(1), 79-105 참조.

37) 석윤민. (2020). 국제연합의 행정절차에 관한 연구 (Doctoral dissertation, 서울

은 어쩌면 유엔계약법 원칙 코멘트와 예시의 순번에서도 느껴진다. 코멘트의 예시 번호가 제목과 상관없이 코멘트는 코멘트대로 예시는 예시대로 순번이 이어진다.

체계와 구조는 인위적이고 정치적이다. 순번의 자연스런 흐름은 소박하고 인문적이다. 켈젠의 법단계설이나 하트의 1차규범, 2차규범론 같은 규범분류론은 법의 구속력을 설명하고 오스틴식 국가법 사상이나 전통 국제법 체계를 이해할 수 있게 한다. 다이시와 킹스베리의 법개념은 이러한 전통을 발전시켜 국제사회를 하나의 빌리지(Global village)로 이해하면서, 중앙집권적 국가나 국가법(State norms)을 넘어 사회를 다원적으로 바라보게 한다. 법의 본질을 '평등한 자들 간의 약속과 합의'에서 구하려는 그들의 생각은 마치 다아윈의 진화론처럼 우리 주위에서 구체화되어 가고 있다.³⁸⁾

세계화와 전문화 나아가 정보화 사회의 발전은 우리를 다원적 사회로 나아가게 하면서 다양한 성격의 규범들이 창출되고 세분화되어 가게 한다.³⁹⁾ 전통법 체계에 집착하고 법을 국가법으로만 인식하면서 그들의 주장을 외면하는 것은 변화한 거리에서 문명의 풍성함과 거대함을 느낄 수 있는 기회를 차버리고 절간 같은 관공소만을 찾는 미련함과 같은 것은 아닐까?

우리는 이제 세계행정법 강론을 통하여 국가법의 본질을 갖는 국내법 또는 기성 국제법(International law)체제에서 세계시민사회를 그리는 새로운 세계법(Global law)체제를 구별하여야 할 계제에 이른 것이다.⁴⁰⁾

대학교 대학원).

38) Kingsbury, B. (2009). The concept of 'law' in global administrative law. *European Journal of International Law*, 20(1), 23-57; Tripathi, R. (2011). Concept of Global Administrative Law: An Overview. *India Quarterly*, 67(4), 355-372.

39) Krisch, N. (2006). The pluralism of global administrative law. *European Journal of International Law*, 17(1), 247-278.

40) 金重權. (2020). 공법의 탈속지주의화에 따른 국제적 행정법에 관한 연구-개념형성을 중심으로. *공법연구*, 49(1), 93-115.

VI. 강론의 주요 요소와 현황

1. 정의와 주요 이슈

세계행정법(Global Administrative Law, GAL)은 국제 행정 활동을 규제하는 법적 원칙, 규칙, 절차, 규범 등을 포함하는 법 영역이라 할 수 있다.⁴¹⁾ 세계행정법은 글로벌 차원에서의 투명성, 책임성, 참여, 합법성을 보장하는 것을 목표로 한다. 세계행정법은 다양한 국제기구와 국가 간의 협력, 다국적 기업의 활동, 비정부간 기구의 운영 등을 다루는데, 세계행정법은 이러한 행위자들이 법적 기준과 절차를 준수하도록 규제하고 있다.⁴²⁾

세계행정법의 주제는 첫째 투명성과 책임성이다. 국제기구와 다국적 기업의 활동에 대한 투명성을 높이고, 책임성을 강화하기 위한 법적 메커니즘을 강조하며, 행정 절차의 공개, 이해관계자의 참여, 결정 과정의 설명 책임 등에 관하여 연구하게 된다.

세계행정법의 두 번째 주제로 규제와 감독을 들 수 있다. 국제 금융 시스템, 환경 보호, 인권 보호, 무역 규제 등 다양한 분야에서의 국제적 규제와 감독을 위한 법적 틀을 제공한다. 이는 국제기구와 국가 간의 협력 메커니즘을 통해 이루어질 수 있다.

세계행정법의 세 번째 주제는 합법성과 법적 구제이다. 국제적 행정결정이 법적 기준에 따라 이루어지도록 보장하고, 불법적이거나 부당한 결정에 대한 법적 구제 수단을 마련한다. 이러한 세계행정법의 목표는 국제법원이나 중재 기구를 통해 이루어질 수 있다.

2. 현황과 발전 방향

유엔, 세계은행, 국제통화기금(IMF), 세계무역기구(WTO) 등 국제기구들이 세계행정법의 발전에 중요한 역할을 하고 있다. 이들 기구의 활동은 점점 더 법적 규범과 절차에 의해 규제되고 있다. 세계행정법은 다자주의와 국가간 협

41) Harlow, C. (2006). Global administrative law: the quest for principles and values. *European journal of international law*, 17(1), 187-214.

42) 김대인. (2016). 세계행정법과 국제기구: 세계은행의 부정당업자제재 제도를 중심으로. *세계은행의 부정당업자제재 제도를 중심으로. 행정법연구*, (45), 1-23.

력을 통하여 발전한다. 국제적 협력을 통한 다자주의(multilateralism)의 강화는 세계행정법의 중요한 특징이라 할 수 있다. 따라서 세계행정법은 글로벌 문제 해결을 위해 여러 국가와 기구들이 협력하는 데 필요한 법적 틀을 제공하게 된다.⁴³⁾

세계행정법을 통하여 다양한 국제적, 지역적, 국가적 법적 틀을 통합하여 일관성 있는 글로벌 법질서를 형성하려는 노력이 지속되고 있다. 이러한 노력은 법적 확실성을 높이고, 다양한 법체계 간의 충돌을 최소화하는 데 기여한다. 한편 디지털 기술과 정보의 급격한 발전은 세계행정법 담론에서 중요한 요소로 등장하고 있는데, 이러한 변화하는 법적 환경은 데이터 보호, 사이버 보안, 디지털 경제 규제 등의 새로운 법적 과제를 던지고 있다.

세계행정법의 대표적 적용 사례로 환경 보호 영역에서 기후 변화 대응을 위한 국제 협약(예: 파리 협정)과 이를 이행하기 위한 글로벌 행정 절차와 규범을 들 수 있다. 또한 국제 금융규제 영역에서 글로벌 금융 위기 이후, 국제 금융 시스템의 안정성을 보장하기 위한 바젤 III와 같은 국제적 규제 프레임워크는 세계행정법의 중요한 부분을 차지하고 있다. 세계무역기구(WTO)의 규범과 분쟁 해결 메커니즘 역시 국제무역 활동을 규제하는 세계행정법의 중요한 사례라 할 수 있다.⁴⁴⁾

세계행정법 담론은 국제사회의 복잡한 행정적 도전과 과제를 다루기 위해 발전해왔으며, 앞으로도 계속 발전할 것이다. 이는 투명성과 책임성, 규제와 감독, 합법성과 법적 구제 등을 통해 국제 행정활동의 효율성과 정당성을 높이는 데 중요한 역할을 한다. 다양한 국제기구와 국가, 기업, 비정부기구가 참여하는 새로운 법적 체계는 글로벌 거버넌스를 강화하고, 국제적 문제 해결을 위한 법적 기반을 제공하는데 기여하고 있다.

세계행정법 담론은 국제적 차원의 행정활동을 규율하는 법적 틀을 형성하고 발전시키는데 중점을 둔다. 이 담론은 국가 간, 국제기구, 비정부기구, 다국적 기업 등의 다양한 행위자들이 참여하는 글로벌 행정활동을 효과적으로 관리하고 규제하는 법적 체계를 마련하는 것을 목표로 하고 있다.

43) Cassese, S. (2015). Global administrative law: the state of the art. *International Journal of Constitutional Law*, 13(2), 465-468.

44) 김성원. (2014). WTO 체제의 유효성에 관한 세계행정법 시각에서의 검토. *동아법학*, (64), 205-232.

VII. 세계헌법과 세계행정법의 비교

1. 세계헌법과 세계행정법

세계헌법과 세계행정법은 모두 국제법의 발전과 글로벌 거버넌스를 위한 중요한 개념이지만, 그 목적과 범위, 기능에서 차이가 있다.⁴⁵⁾ 다음은 이 두 개념의 주요 차이점을 정리한 것이다.

세계헌법(Global Constitutionalism)은 국제 사회 전체를 규율하는 헌법적 원칙과 규범을 마련하는 것을 목표로 하며, 이는 국가 간의 관계뿐만 아니라 국제기구, 다국적 기업, 비정부기구(NGO), 개인 등 다양한 행위자들을 포함하는 포괄적인 법체계를 지향하고 있다.

세계헌법론은 결국 전 세계적으로 통합된 법적 질서를 구축하여, 글로벌 평화, 인권 보호, 민주주의 증진, 법치주의 확립 등을 달성하는 것을 목표로 한다. 세계헌법은 국내헌법처럼 권력의 분립, 기본권 보호, 법적 절차의 준수 등 헌법적 원칙을 국제적 차원에서 실현하려고 하며, 국제법, 국제 인권법, 국제경제법, 국제형사법 등 다양한 법 영역을 포괄한다. 세계헌법은 국제 사회의 기본 규범과 원칙을 확립하고, 글로벌 거버넌스의 법적 기반을 제공하며, 국제기구의 권한과 기능을 헌법적으로 규제하고 조정하는 기능을 한다. 세계헌법을 통하여 전 세계적으로 법적 일관성과 확실성을 제공할 수 있으며, 국제분쟁 해결에 기여할 수 있다.

세계행정법(Global Administrative Law)은 국제적 차원의 행정 활동을 규율하는 법적 틀로, 글로벌 차원에서의 투명성, 책임성, 참여, 합법성을 보장하는 것을 지향하는 법 영역이다. 따라서 세계행정법은 국제기구, 다국적 기업, 비정부기구 등의 행정적 활동을 규제하고, 이들이 법적 기준과 절차를 준수하도록 하는 것을 목적으로 하는 것이라 할 수 있다. 이를 통하여 공정하고 투명한 글로벌 행정과정을 보장하고, 국제적 결정과정에서 이해관계자의 참여를 촉진한다.

세계행정법의 범위는 국제기구(예: 유엔, 세계무역기구), 다국적 기업, NGO 등의 행정적 활동, 국제규제, 감독, 집행, 법적 구제 절차 등을 포괄한다. 세계행정법은 또한 국제행정 활동의 투명성과 책임성을 높이기 위한 법적 메커니즘

45) Krisch, N. (2009). Global administrative law and the constitutional ambition.

을 제공하며, 행정결정 과정에서 이해관계자의 참여와 권리 보호를 보장하고, 국제적 규제와 감독을 통해 법적 일관성과 신뢰성을 유지하는 기능을 한다.

2. 양자의 차이점

세계헌법과 세계행정법은 다음과 같은 차이를 갖는다.⁴⁶⁾

먼저 목적과 기능에서 차이를 보이는데, 세계헌법은 국제 사회의 기본 원칙과 규범을 확립하고, 글로벌 거버넌스의 법적 기반을 마련하는 것을 목표로 하면서, 법적 일관성과 기본권 보호, 권력의 분립 등을 중점적으로 다룬다. 그에 비하여 세계행정법은 국제적 행정 활동의 규제와 감독, 투명성 및 책임성 확보에 중점을 두며, 공정하고 합법적인 행정 절차를 보장하는 것을 목표로 한다.

둘째 그 적용범위에서 차이를 보이는데, 세계헌법은 국제법, 국제인권법, 국제경제법 등 다양한 법 영역을 포괄하며, 국가 간 관계뿐만 아니라 국제기구와 개인 등 다양한 행위자들을 포함한다. 그러나 세계행정법은 주로 국제기구, 다국적 기업, NGO 등의 행정활동을 규율하며, 행정 절차와 규제, 감독 등에 중점을 둔다.

셋째 양자는 법적 성격에서 차이를 보인다. 세계헌법은 헌법적 원칙과 규범을 국제적 차원에서 실현하려는 시도로, 국제 사회의 기본적인 법적 구조와 질서를 설정하는데 비하여, 세계행정법은 국제 행정활동의 구체적인 절차와 규범을 설정하고, 행정적 결정의 투명성과 책임성을 보장하는 규제적 성격을 가진다.

넷째, 세계헌법과 세계행정법은 그 법적 근거와 형성과정에서 차이가 있다. 세계헌법은 국제협정, 조약, 국제 관습법, 국제기구의 헌장 등을 통해 형성되며, 국제 사회의 헌법적 질서를 구축하는 데 중점을 두는데 반하여, 세계행정법은 국제기구의 규정, 국제협약, 다국적 기업의 내부규범, 비정부기구의 지침 등 다양한 출처에서 형성되고 행정적 규제와 감독에 중점을 두게 된다.

세계헌법과 세계행정법은 상호 보완적인 관계에 있으며, 국제사회의 법적 질서와 거버넌스를 강화하는 데 중요한 역할을 한다. 세계헌법은 보다 포괄적이고 기본적인 법적 원칙을 설정하는 반면, 세계행정법은 구체적인 행정 절차와 규범을 통해 국제 행정활동의 투명성과 책임성을 보장한다. 이 두 개념은 글로

46) 헨리, & 로라. (2016). 국제기구의 국가에 대한 법적 책임성 향상-입헌주의자와 글로벌행정법 (Global Administrative Law) 적 접근 비교. 세계헌법연구, 22(1), 55-76.

벌화된 세계에서 법적 일관성과 신뢰성을 제공하며, 국제적 협력과 문제 해결을 촉진하는 중요한 도구로 작용하고 있다.

VIII. 결론: 의의와 시사점

대부분의 법학자들이 강단에서 말하는 법이나 법학은 경성적인 것이다. 우리들의 논리는 “법은 이러한 근거에서 현실세계에서 사회규범으로서 강제력을 갖고 수범자들을 기속하고 법으로서의 효력을 발생한다”라는 것이거나, “이러한 법은 법으로서 효력을 발생하고 우리를 기속하지만 정당한 법이 아니다” 라거나 현실과 유리된 악법이다”라는 것들이다.

19세기 콩트를 필두로 한 실증주의 철학의 영향으로 법학이 하나의 학문분과로서 사회에서 어떠한 과학적 의미와 체계를 가져야 한다는 법실증주의는 법철학 전통에 큰 족적을 남겼다. 이전의 법학이 주석법학을 중심으로 법기술적 차원에 머물렀다면, 켈젠이나 하트 등 법실증주의 철학자들로 인하여 법학이 근대 사회과학의 하나로서 학문적 위상을 갖게 된다. 이러한 법실증주의 철학이 켈젠의 범위계론, 하트의 제1차규범, 제2차규범론 같이 하드웨어 또는 체계론적 성격⁴⁷⁾을 갖는다면, 그 소프트웨어 차원에서 법이 담고 있는 내용의 정당성이나 법의 도덕성 문제를 다루는 자연법론 철학은 법실증주의 철학과 함께 법철학의 두 기둥을 이룬다고 볼 수 있다.

한편 로마법에 주석을 달던 전통법학의 유습은 해석법학이라는 이름으로 남아 지금도 법학전문대학원이나 법과대학의 중요한 학문적 접근방식의 하나가 되고 있다. 로마 원로원 같은 의회의 제정법률들을 이해하고 해석하는 것이 중요한 의미를 갖는 대륙법계 국가들은 물론이고, 판례법 국가들의 경우에도 판례의 의미를 찾아야 하고 해석의 문제가 발생한다고 했을 때에, 해석법학은 당연히 현재에도 중요한 의미를 갖는다.

새로운 법전원 체제로 인하여 기초법의 위기나 법철학의 부재가 우려되고 있는 현실이다. 우리는 가끔 법을 생각하고 탐구하는 철학자의 자세보다는 법기술자나 법미꾸라지들이 되려 하고, 법을 통하여 사리사욕이나 출세의 욕망을 채우려는 사람들이 많아지면서, 그것이 오히려 법학교육의 가치인양 오도되는 슬픈 현실을 느끼기도 한다. 변시합격률을 높이는 것이 법학교육의 유일한 목

47) 권경휘. (2015). 승인의 규칙에 관한 하트의 이론. 강원법학, 46, 45-72.

적 같이 되버린 현실이 안타까운 것이다.

이러한 안타까운 현실에서도 필자의 관심분야인 국제법 영역에서는 세계화의 급속한 진전으로 법과 법체계에 대한 반추와 새로운 이해의 계기가 마련되고 있다. 하트의 명저 제목이 법의 개념(The Concept of Law)인 것처럼 법은 사회에서 법으로서 규범력과 강제력을 발휘할 때 법이라 할 수 있고, 그럴때에 법은 법의 개념범주 하에 포섭될 수 있다.⁴⁸⁾ 하트로부터 수학한 제자들이나 칸트나 켈젠, 뒤기 같은 유럽대륙의 법관념론자들, 미국의 보편주의적 국제법 학자들은 국가와 권력 중심의 국제사회에서 새롭게 발전하고 있는 국제법의 경향을 반영하여 법의 개념 또는 법의 본질에 천착할 계기를 제공한다.

새로운 국제법 제정 형식을 인정하여야 한다는 고흥주 교수의 주장⁴⁹⁾이나 국제법의 효력은 국가의 의사에 기반하고 국가 간에 적용되는 법이라는 전통 국제법 체계를 탈피하여 파격적으로 모든 법은 결국 개인의 문제로 환원되어야 하며, 국제법 역시 예외가 아니라는 뒤기의 주장은 법의 개념이나 본질에 관한 새로운 이해가 필요하다는 것을 시사한다. 특히 베네딕트 킹스베리 같은 학자는 세계행정법(GAL)의 개념에 천착하면서 국제사회와 국제법의 발전에 부응하여 새로운 법의 개념을 제시하고 있다. 그리고 칸트의 초월적 관념론이나 이상주의 또는 윤리론은 세계정부나 세계헌법주의로 이어진다.⁵⁰⁾

차제에 필자는 국제법과 세계법에 대한 법개념론적 검토의 기회를 가지고 싶었다. 사실 세계정부가 존재하지 않는 현실에서 세계법이란 개념은 기존의 의사주의적 국제법관이나 법실증주의 법철학의 관점에서는 그 존재를 인정하기 어렵다. 본 논문 전반부 부분에서 논한 바 있듯이 국제사회에 존재하는 법이란 각국의 헌법과 관습국제법이나 조약 같은 전통 국제법 정도일 것이다.

다만 이러한 관점에서도 세계법이 존재한다고 한다면, 이는 입법창설적 성격의 다자조약이나 기존 관습국제법이 성문화에 성공한 경우 그를 지칭하는데 사용되는 용어가 될 수 있다. 유엔헌장이나 IMF 협정, 세계경제헌법체제라 불리는 WTO 협정, IMF 협정 같은 것이 이에 해당할 것이다. 또한 법적으로 구속력을 갖는 경성적 성격의 전통국제법은 아니지만 유엔총회의 결의에 따라 효

48) 최봉철. (2008). 하트의 법개념 비판. 성균관법학, 20(3-1), 1053-1073.

49) 김기영. (2023). 신국제협정: 세 가지 패러다임에 관한 검토와 시사점. 법학논총, 30(2), 3-56.

50) 김남준, & 박찬구. (2015). 세계화 시대의 세계시민주의와 세계시민성: 어떤 세계시민주의? 어떤 세계시민성?. 倫理研究, 105, 1-34.

력을 갖는 연성법, 예컨대 유엔인권선언, 천연자원의 영구주권에 관한 유엔총회 결의 같은 것 등은 세계법이라 부를 수 있을 것이다.

본고는 헌법이나 국제법 같은 기본적 시스템에 관한 법을 연구하는 학자들을 위하여 우리 주위에서 창궐하고 있는 다양하고 이질적인 새로운 규범들에 관한 개념론적 검토와 있을 수 있는 용어상의 혼란을 막기 위한 시론적 유형화를 도모해 보았다. 예컨대 세계헌법이나 세계헌법주의는 가장 이상적 성격의 것이라 할 수 있다. 세계행정법 강론은 보다 구체적이면서도 유엔헌장이나 유엔인권선언 등을 통하여 영성하지만 세계헌법이 존재한다는 것을 전제로, 51) 우리 주위의 새롭고 다양한 유형의 국제법을 하트가 주장한 법의 개념과 본질론에 따라 세계행정법이라는 유형으로 범주화하고 있다.

국제사회의 발전과 법을 통한 통합은 세계적 차원 그리고 지역적 차원에서 활발하게 이루어지고 있다. 여기에서 중요한 마음 자세는 세계행정법 강론에서 볼 수 있듯이 법의 개념과 본질에 관하여 유연한 프레임을 인정하고 받아들이는 것이다. 이러한 사고방식은 이미 20세기 초 론 풀러(Lon Fuller)의 법철학에서 그 맹아가 짚은 바 있다. 법의 개념과 법을 구성하는 요소는 시대와 장소를 초월하는 절대적 성격의 그 무엇이 아니다. 법환경의 변화에 따라 필요한 새로운 요소와 필요하지 않아 도태되어도 좋은 요소들이 존재하며, 법의 개념과 본질은 시간과 장소 같은 법환경에 따라 변할 수 있는 상대적인 것이다.

본고를 통하여 필자가 의도하는 바는 기존의 경성적 법체계와 법개념, 그리고 새롭게 발전하는 새로운 법체계와 법개념에 대한 차이와 그 기본적 대강을 이해하는 것이다. 최소한 새로운 용어들에 대한 혼란을 최소화하기 위하여 (i) 가장 경성적이고 현실적인 국제사회와 국제법 체계, (ii) 가장 연성적이고 이상적인 세계헌법 강론과 세계헌법주의, (iii) 경성성과 연성성, 이상과 현실의 스펙트럼에서 중도적이라 할 수 있는 세계행정법 강론 등 세가지 차원에서 그들이 생각하는 법개념과 법철학 및 현실에서의 발현을 개관해 보았다.

여기에서 간취할 수 있는 것은 국제사회의 발전과 통합에 있어 司法官과 法哲學者, 그리고 人文社會 哲學者들이 중요한 역할을 한다는 것이다. 그리고 이때에 철학자들은 자신들의 사상세계를 형성함에 있어 결정적으로 영향을 미치는 자신들 출신 국가의 지적 전통에 영향을 받게 된다. 따라서 다이시나 킹스베리 같은 학자는 영국의 귀납법이나 경험론에 영향을 받아, 보다 시장중심적

51) 박진완. (2014). UN 헌장의 세계헌법적 성격—Jürgen Habermas의 헌법화된 국제질서이론에 의한 검토—. 헌법학연구, 20(2), 179-236.

사법원리적 보편적 법체계를 지향하고, 칸트나 켈젠 같은 학자는 대륙의 연역 법이나 관념론에 영향을 받아 위계적 법질서나 세계정부 같이 보다 지배구조적 (hierarchical) 또는 공법원리적 법체계를 지향하게 된다고 말할 수 있다.

그리고 국제기구의 사법관이나 사법제도가 보다 정치적이라면, 학자들의 경우에는 당연히 학술적이고, 따라서 앞에서 예로 든 뒤기(L. Duguit)나 일단의 진보적 법학자들과 같은 맥락에서 인간의 존엄성이나 자유가 법의 궁극적 지향점이라는 것에 인식을 공유한다. 이는 마르크스가 노동계급의 정치를 통하여 인간의 해방을 지향한 것과 방법론상 구별되어야 하는데, 그 차이는 지금에 이르러 법학과 정치학을 가르는 개념론상 패러미터가 되고 있다.

이러한 맥락에서 본고의 논문 제목에서는 정치우위의 인민민주주의나 공산주의에 대비될 수 있는 개념으로 법의 지배를 핵심적 요소의 하나로 하고 있는 시민민주주의라는 말을 사용하였다.

요컨대, 본고의 논의를 통하여 알 수 있는 것은 국제사회가 권력정치나 국가 중심의 경성적 국제법관으로부터 전문가 사회로, 지식사회로 발전해 나간다는 것을 의미한다. 미국이 헌법국가로 발전함에 있어 대법원과 사법관의 역할은 매우 중요한 因子가 되어 왔다. 또한 유럽의 통합과 관련하여 유럽사법재판소와 그 재판관들은 역시 중요한 역할을 하고 있다. WTO가 패널이나 항소기구를 통하여 통상분쟁을 사법적으로 처리하면서 통상법치가 세계적 차원에서 성공적으로 구현되고 있다.

이는 세계의회나 세계정부가 존재하지 않는 현실에서 국제사회와 국제법의 통합에 있어 사법관이나 사법기구가 매우 중요한 역할을 한다는 것을 방증한다. 국제사법재판소 역시 분쟁을 전제로 사법적 권력을 행사하면서 권고적 의견을 통하여 입법적 성격의 권한까지 행사하고 있다. 부재하고 있는 세계의회의 공백을 약간이나마 매울 수 있는 것이다. 이렇듯 전통적 국가 중심의 권력적 국제법 체제는 사법관이나 국제기구 사법시스템을 통하여 전문가 중심의 司法的 國際法體制를 통하여 보다 민주적이고 소통이 가능한 체제로 발전하고 있다.

또한 국제사회의 발전에 있어 법학자와 법철학자는 시스템 설계에 있어 매우 중요한 역할을 한다. 다양한 연성법들을 법의 개념에 포섭하기도 하고 유엔계약법 원칙이나 국제매매계약에 관한 유엔협약, 모범법 등의 제정에 있어 주도적 역할을 하면서 국제법과 세계법의 발전에 기여하고 있다. 나아가 유엔창설의 법철학적 밑그림을 제공한 한스 켈젠의 법철학⁵²⁾은 물론 칸트의 인문철학

52) Kim, K. (2021). A Legacy of Hans Kelsen and Tentative Inquiry—

과 초월적 관념론, 윤리적 이상주의는 완전한 민주주의 국가들의 연대를 통하여 이상적 세계정부 출현을 위한 토대를 마련하고 있다.

〈논문투고일:2024.07.17.

심사일:2024.08.16.

게재확정일:2024.08.23.〉

주 제 어 국제법, 국제헌법주의, 법의 개념, 세계법, 세계헌법강론, 세계행정법, 시민민주주의, 칸트의 이상주의

Keywords Civil Democracy, Concept of Law, Global Law, Global Administrative Law, International Constitutionalism, International Law, Kantian Idealism

【참고문헌】

【국내문헌】

- 강성률. (2018). 세계시민주의와 칸트의 [영구평화론]. *Journal of Education for International Understanding*, 13(2), 1-38.
- 권경휘. (2015). 규범성에 관한 하트와 켈젠의 대조적인 개념. *연세법학*, 26, 263-289.
- 권경휘. (2015). 승인의 규칙에 관한 하트의 이론. *강원법학*, 46, 45-72.
- 김기영. (2023). 신국제협정: 세 가지 패러다임에 관한 검토와 시사점. *법학논총*, 30(2), 3-56.
- 김기영. (2002). *헌법강의*. 서울: 박영사.
- 김남준, & 박찬구. (2015). 세계화 시대의 세계시민주의와 세계시민성: 어떤 세계시민주의? 어떤 세계시민성?. *倫理研究*, 105, 1-34.
- 김대인. (2016). 세계행정법과 국제기구: 세계은행의 부정당업자제재 제도를 중심으로: 세계은행의 부정당업자제재 제도를 중심으로. *행정법연구*, (45), 1-23.
- 김성원. (2014). WTO 체제의 유효성에 관한 세계행정법 시각에서의 검토. *동아법학*, (64), 205-232.
- 金重權. (2020). 공법의 탈속지주의화에 따른 국제적 행정법에 관한 연구-개념 형성을 중심으로. *공법연구*, 49(1), 93-115.
- 류병운. (2006). 세계행정법. *행정법연구*, (16), 231-255.
- 민경국. (2009). 하이에크의 헌법주의와 한국헌법 개정논의. *세계헌법연구*, 15(1), 93-122.
- 박병도. (2024). 현대국제법의 구조 변화와 국제환경법의 역할. *국제법학회논총*, 69(1), 7-46.
- 박인수. (2013). 유럽연합의 기본법과 법의 일반원칙. *유럽헌법연구*, (13), 25-56.
- 박진완. (2014). UN 헌장의 세계헌법적 성격—Jürgen Habermas의 헌법화된 국제질서이론에 의한 검토—. *헌법학연구*, 20(2), 179-236.
- 배정훈. (2022). 세계입헌주의 논의에 대한 시론적 연구—성립 여부 및 구성요소를 중심으로—. *세계헌법연구*, 28(3), 1-32.

- 석윤민. (2020). 국제연합의 행정절차에 관한 연구 (Doctoral dissertation, 서울대학교 대학원).
- 이기범. (2022). 국제법 접근 방법으로서의 '세계행정법'(GAL) 개념에 대한 비판적 고찰. 법학논총, 39(1), 79-105.
- 장준호. (2006). 세계사회를 이해하는 두 가지 구조: 칸트의 당위적 국제사회와 헤겔의 실재적 세계사회: 칸트의 당위적 국제사회와 헤겔의 실재적 세계사회. 정치사상연구, 12(1), 81-107.
- 전훈. (2005). 유럽헌법상의 보충성원칙. 공법학연구, 6(3), 27-49.
- 전훈. (2009). 유럽공동체법원과 유럽인권법원을 통한 유럽법의 국내법 질서로의 정착. 토지공법연구, 43(3), 511-528.
- 정재황. (2022). 세계입헌주의와 인권보장체계. 헌법재판연구, 9(2), 93-133.
- 정채연. (2013). 하버마스의 세계주의 구상과 국제법의 헌법화. 중앙법학, 15(2), 305-342.
- 조병운. (2017). 세계헌법 제정에 관한 고찰. 헌법논총, 28, 301-377.
- 채형복. (2005). 유럽헌법에 있어 유럽시민권의 법적 지위. 공법학연구, 6(2), 257-278.
- 채형복. (2008). 유럽연합법의 국내법적 효력과 적용. 국제법평론, (28), 1-22.
- 최봉철. (2008). 하트의 법개념 비판. 성균관법학, 20(3-1), 1053-1073.
- 허영식. (2004). 세계시민의 개념에 관한 시론: 세계시민교육의 이론적 기초. 아시아교육연구 (Asian Journal of Education), 5(3), 165-196.
- 헨리, & 로라. (2016). 국제기구의 국가에 대한 법적 책임성 향상-입헌주의자와 글로벌행정법 (Global Administrative Law) 적 접근 비교. 세계헌법연구, 22(1), 55-76.

【외국문헌】

- Bryde, B. O. (2005). International democratic constitutionalism. In *Towards World Constitutionalism* (pp. 103-125). Brill Nijhoff.
- Cassese, S. (2015). Global administrative law: the state of the art. *International Journal of Constitutional Law*, 13(2), 465-468.
- Chesterman, S. (2008). Globalization rules: accountability, power, and the prospects for global administrative law. *Global Governance*,

- 14, 39.
- Chiti, E., & Mattarella, B. G. (Eds.). (2011). *Global administrative law and EU administrative law: Relationships, legal issues and comparison*. Springer Science & Business Media.
- Craig, P., & De Búrca, G. (Eds.). (2021). *The evolution of EU law*. Oxford university press.
- De Búrca, G., & Weiler, J. (Eds.). (2001). *The European court of justice* (Vol. 11). Oxford University Press, USA.
- Dicey, A. V. (2013). *The law of the constitution* (Vol. 1). OUP Oxford.
- Gardbaum, S. (2009). *Human rights and international constitutionalism*. *Ruling the world*, 08–01.
- Garrett, G., Kelemen, R. D., & Schulz, H. (1998). *The European Court of Justice, national governments, and legal integration in the European Union*. *International organization*, 52(1), 149–176.
- Grofman, B. (1989). *The federalist papers and new institutionalism: An overview*. *The federalist papers and new institutionalism*, 1–5.
- Harlow, C. (2006). *Global administrative law: the quest for principles and values*. *European journal of international law*, 17(1), 187–214.
- Johnston, D. M. (2005). *World constitutionalism in the theory of international law*. In *Towards World Constitutionalism* (pp. 3–29). Brill Nijhoff.
- Kingsbury, B. (2009). *The concept of 'law' in global administrative law*. *European Journal of International Law*, 20(1), 23–57.
- Kingsbury, B., Krisch, N., & Stewart, R. B. (2005). *The emergence of global administrative law*. *Law and contemporary problems*, 68(3/4), 15–61.
- Kim, K. (2021). *A Legacy of Hans Kelsen and Tentative Inquiry—Transformation and New Discourse for the World Government—*. *Yonsei Law Review* (2021), 32(3), 547–598.
- Krisch, N. (2006). *The pluralism of global administrative law*. *European*

- Journal of International Law, 17(1), 247-278.
- Krisch, N. (2009). Global administrative law and the constitutional ambition.
- Krisch, N., & Kingsbury, B. (2006). Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. *European journal of international law*, 17(1), 1-13.
- Mattli, W., & Slaughter, A. M. (1998). Revisiting the European court of justice. *International organization*, 52(1), 177-209.
- O'Donoghue, A. (2013). International constitutionalism and the state. *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 1021-1045.
- Peters, A. (2009). The merits of global constitutionalism. *Ind. J. Global Legal Stud.*, 16, 397.
- Petersmann, E. U. (1996). Constitutionalism and international organizations. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 17, 398.
- Schwöbel, C. E. (2011). *Global constitutionalism in international legal perspective (Vol. 4)*. Brill.
- Stone Sweet, A. (2010). The European Court of Justice and the judicialization of EU governance. *Living Reviews in EU Governance*.
- Tripathi, R. (2011). Concept of Global Administrative Law: An Overview. *India Quarterly*, 67(4), 355-372.
- Ward, I. (2003). *A critical introduction to European law*. Cambridge University Press.
- Young, E. A. (2003). The trouble with global constitutionalism. *Tex. Int'l LJ*, 38, 527.

【Abstract】

Democracy and Evolution of Global Law:

New Discourse and Rhetoric on the Constitutionalism
and International Law

Kiyoung Kim^{*}

The Constitution is the highest law of the country, while international law is a field of law that deals with the rights and obligations between countries. The essence of international community is of decentralized nature, in which the legal order is formed according to the principle of sovereign equality. However, there are many perspectives that approach the international community and international law from a universalistic and idealistic viewpoint. In other words, if the positivist and pseudo-oriented view of international law is the reality of international community and international law, the universalist or idealist perception of international law can be said to be their goals. It is true that those two perspectives on international community and international law are neither omniscient nor all-perceiving, but complexly intertwined.

The Constitution and international law, which can be considered the two axes of public law, are closely interrelated to the formation of a modern absolute state and civic democracy. The absoluteness of state power and civic democracy are doomed to fate our present and our future. This is not only such fundamental political order, but it also has become a foundation for the development of modern

^{*} Prof, College of Law and Social Science, Chosun University.

and contemporary order of law. And the two dimensions of order, politics and law, are developing in a dialectical manner.

Under this background, this paper aims to provide a harmonious view sprucing up the reality of public law that penetrates both of the international and domestic society within a large framework. It is for research purpose and needs an effort of work by reviewing and analyzing the essence, commonalities, and differences among various adjacent concepts of the Constitution and international law discourse.

This paper first begins with a discussion by presenting the historical development of existing hard legal system that penetrates the Constitution and international law through their realistic framework. Furthermore, we look at the softness of international law, conceptual discourse on the international law and world law, international constitutionalism and constitutional theory, and a compendium of world administrative law. We look at the background for the development of these commentaries, the main topics of discussion, and their commonalities or differences. Finally we briefly diagnose and place the future of new sermons that needs to be adduced due to changes in the international community.