

## 國際法上 法治主義에 관한 學理적 考察

金 富 燦\*

### 〈 目 次 〉

- I. 序 論
- II. 國際法과 法治主義
  - 1. 法治主義의 의미
  - 2. 國際社會와 國際法의 特性
  - 3. 國際法上 法治主義의 의미 및 限界
- III. 法治主義의 強化를 위한 條件
  - 1. 主權概念에 대한 새로운 인식
  - 2. 國際社會의 組織化
  - 3. 國際法의 法典化 및 實效性의 증대
  - 4. 國際紛爭의 司法的 解決制度의 強化
- IV. 結 論

### I. 序 論

법의 지배, 즉 法治主義(rule of law)는 인간 사회의 자유화 및 文明化 과정에서 결정적인 影響력을 행사해 왔다. 法治는 민주주의 사회와 독재사회를 구별하는 기준이 되며 사회의 文明化 정도를 판단하는 기준이 된다. 법치주의는 自由와 平等, 그리고 福祉를 지향하며 인간 사회의 平和적 존속을 위한 필수적 要件이라고 할 수 있다. 法治主義는 국내법을 통치수단으로 가지고 있는 개별 主權國家(sovereign state) 내에서뿐만 아니라 國際社會(international society)에 있어서도 기본적인 원리로 존중되어 지고 있으며, 世界社會(world society)로의 발전을 지향하는 오늘날 그 중요성은 더욱 絶실히 인식되고 있다.

\* 濟州大學校 法政大學 法學科 副教授

法治主義는 自由主義를 이념적 기초로 하여 성립되었던 근대국가의 統治原理로서 성립되어 온 것이기는 하지만 이제는 개별 국가는 물론 하나의 法的 共同體로서의 국제 사회에도 적용되어야 하는 權力統制의 原理로서 인정되고 있는 것이다. 國際法上 法治主義는 국제사회에 있어서 힘이나 정치력이 주도하는 '權力政治'(power politics)를 배제하고 주권국가나 國際組織(international organization)의 強制力 내지 權力이 확립된 법원칙 및 법규칙으로서의 國際法(international law)에 따라 발동되어야 하고 國際紛爭(international disputes)도 또한 국제법에 따라 평화적으로 해결되어 져야 한다는 원리로 이해할 수 있을 것이다.

오늘날 국제사회에 있어서의 법치주의의 실현 및 강화를 위하여 중요한 의미를 가지고 있는 法的政治的 토대가 바로 國際法과 國際組織이다. 국제법 및 국제조직의 강화를 통하여 국제사회는 점차 조직화되어 가고 법치주의의 토대도 확립될 수 있으리라고 본다. 또한 국제사회는 법치주의의 정착을 통하여 항구적인 평화와 질서가 수립되고 正義가 실현되는 하나의 世界共同體 내지 人類共同體로 발전되어 가리라고 본다.

本稿는 이러한 배경에서 국제사회 및 국제법의 개념 분석을 토대로 국제법상 法治主義의 의미와 그 한계에 대하여 생각해 보고, 나아가서 법치주의의 強化를 위한 조건 및 과제에 대하여 '序論的인 考察'을 시도하기로 한다.

## II. 國際法과 法治主義

### 1. 法治主義의 의의

法治主義는 오래 전부터 '法治國家(Rechtsstaat)의 統治原理' 또는 '法の支配'(rule of law)를 의미한다고 주장되어 왔다. 역사적으로 보면 법치국가의 개념은 독일에서 형성된 것으로 처음에는 단지 국가의 통치가 法에 근거를 두고 있기만 하다면 그 正當性이 인정된다는 의미를 갖는 것으로 규정되고 있었다. 즉, 民主主義(democracy)든 獨裁(dictatorship)의 방식이든 法에 의하여 통치를 하는 국가는 모두가 법치국가라고 규정되기도 하였다<sup>1)</sup>.

그러나 法治主義는 영국의 立憲主義(constitutionalism)적 전통하에서 개인의 자유와 권리를 보장하기 위한 法の優位 내지 議會優位思想으로서 발전해 왔으며, 점차 독일의 법치국가 사상에 있어서도 개인의 자유를 확보하기 위한 권력제한의 원리로

1) Franz Neuman, The Rule of Law(Heidelberg: Berg Publishers, 1986), pp.179-80; 헤르만 헬러, "법치국가나 독재나?", 김효전 편역, 「법치국가의 원리」(法元社, 1996), p.5. 법치국가의 개념과 그 성립과정에 관해서는, 김효전 편역 上掲書 참조.

그 의미가 형성되어 왔다. 이러한 의미에서의 法治主義는 法優先의 원칙에 따라 국가 공동생활에서 지켜야 할 법규범을 마련하고 국가의 권력 작용을 이에 따르게 함으로써 인간생활의 기초가 되는 自由·平等·正義를 실현시키려는 국가의 구조적 원리를 의미하는 것으로 간주되고 있다<sup>2)</sup>. 憲法學的 의미에서 법치주의는 흔히 국가가 국민의 基本權을 제한하거나 義務를 부과할 때는 議會가 제정한 법률에 근거해야 한다는 원리를 의미하며, 그 목적은 국민의 基本權保障에 있고 또 그 수단은 權力分立이라고 설명되어 왔다.

철학적 의미로 보면 법치주의 내지 법의 지배는 곧 '理性的 支配'를 의미한다. 憲法學的 의미의 법치주의는 곧 國家의 형태로 존재하고 있는 인간 공동체에 있어서 恣意的인 '인간의 지배' 또는 '힘의 지배'를 배제하고 '理性的 법칙'에 근거한 合理的인 法規에 의하여 통치되도록 함으로써 억압적인 권력행사를 제한하려 한다는 의미에서 '人間本性'(human nature) 내지 '人間的 尊嚴性'(human dignity, Würde des Menschen) 尊重을 요구하는 철학적 의미의 法治主義와 부합되는 것이다. 다시 말하면 인간에 대한 '國家의 支配'는 그 어느 경우에도 '人間에 대한 奉仕'라는 점에서 그 정당성을 찾아야 한다는 것이 憲法上 法治主義의 의미인 것이다<sup>3)</sup>. 결국 법의 지배 또는 법치주의란 어떠한 사회든지 그것이 인간 사회인 한 人間本性에 적합한 통치원리만이 正當性을 갖게 된다는 원리로 이해할 수 있을 것이다.

인간 사회는 그 동안 국가를 중심으로 형성되어 왔으며 국가만이 統治的 社會 또는 法的 共同體로 인식되어 온 것이 사실이다. 따라서 법치주의의 의미도 主權國家的·國內法的 觀點으로만 이해되어 왔던 것이다. 근대 이후 '市民的·形式的 法治主義'에 입각한 '自由的 法治國家'를 통하여 개인의 자유와 안전을 보장할 수 있는 것으로 간주되어 왔으며, 나아가서 '社會的·實質的 法治主義'를 통하여 社會的 正義(social justice)와 인간의 福祉를 실현할 수 있는 것으로 설명되어 왔다. 이와 같이 오늘날 社會的·實質的 法治主義를 그 통치 원리로 삼고 있는 국가를 '社會的 法治國家' 또는 '社會國家'(Sozialstaat)라고 한다. 社會的 法治國家 이론에 의하면 인간에 의하여 향유되고 있는 법적인 자유가 실제적인 자유가 될 수 있으려면 그 자유의 향유자가 사회적·문화적인 生活財에 대한 기본적인 분배를 받도록 하는 것이 요구된다고 한다<sup>4)</sup>. 사회적·실질적 법치주의는 바로 이러한 分配的 正義 또는 社會的 正義의 실현을 바탕으로 하여 개인의 자유 및 권리를 보다 충실하게 보장하기 위한 것이다.

2) 허영, 『한국헌법론』(박영사, 1990), p.143.

3) Werner Maihofer, *Rechtsstaat und Menschliche Würde*. 심재우 역, 『法治國家와 人間的 尊嚴』(삼영사, 1994), p.55.

4) Ernst-Wolfgang Böckenförde, 김효전 역, 『憲法·國家·自由』(법문사, 1994), pp. 210-11.

## 2. 國際社會와 國際法の 특성

### 1) 國際社會의 의의

國際社會는 한마디로 主權國家들(sovereign states)에 의하여 형성되어지는 사회이다. 오래 전부터 국제사회는 어떠한 社會인가, 국제사회는 과연 法的 共同體로서의 성격을 가지고 있는가 하는 의문이 계속 제기되어 왔다. 국제정치학자인 불(H. Bull)에 의하면 현재 국제사회 내지 국제질서를 보는 기본 시각들로서 다음과 같은 관점들이 제시되고 있다: ① 홉즈적 전통(the Hobbesian tradition)에 해당하는 現實主義的 國際秩序觀, ② 칸트적 전통(the Kantian tradition)에 해당하는 普遍主義的 國際秩序觀, 그리고 ③ 그로티우스적 전통(the Grotian tradition)에 해당하는 國際主義的 國際秩序觀 등이다<sup>5)</sup>.

보편주의적 입장에서는 국제정치질서를, 국경을 초월하는 인간들의 관계를 바탕으로 하는 '人類共同體'(community of mankind)로 규정하며, 국제사회는 표면상 국가간의 관계로 보이지만 실제로는 인류사회의 구성원들인 인간들의 상호관계가 기초가 되고 있으며 언젠가는 主權國家들이 소멸하고 단일의 보편적인 세계질서를 바탕으로 하는 '世界社會'(world society) 내지 '世界共同體'(world community)가 수립된다고 보고 있다.

반면에 政治的 現實主義<sup>6)</sup>를 대표하는 미국의 코베트(Corbett)교수는 홉즈적 시각에서 국제사회의 존재를 단적으로 부인하면서 소위 국제사회란 공동의식보다는 대립·충돌의식이 더 강한 無秩序의 특성을 보이고 있다고 주장한다. 그는 국제사회는 여러 국가들의 단순한 集積(congeries)에 불과하다고 하면서 이들에 대한 어떠한 법적·도덕적 통제도 인정되지 않는다고 한다.

이들의 극단적인 시각에 비하여 國際主義的 시각은 중간적인 입장이라고 할 수 있다. 근대 국제사회의 이념적 기초를 정립했던 그로티우스적 전통에 입각하고 있는 이러한 견해에 의하면 소위 국제사회를 '국가들의 사회'(society of states), 즉 '國際社會'로 규정하고 있다. 국제주의적 관점은 국제사회에 있어서 그 구성원인 국가들은 국제사회 또는 국제공동체가 정하는 규칙과 제도에 의존하면서 서로 공존하고 이를 바탕으로 공동의 목표와 과제를 위하여 서로 협력하는 '國際體制'(international

5) 이상우, 「國際關係理論」(박영사, 1994), pp.163-64.

6) 국제관계에서의 현실주의적 입장은 유토피어니즘(utopianism)과는 정반대이다. 현실주의자들은 국제관계에서 理想보다는 權力과 利益을 더 강조하고, 현상유지적이며, 經驗的이고, 역사의 교훈을 존중하며, 國際平和에 대해서는 비판적이며 국제관계를 포함한 사회과학 일반에서 權力만이 기초개념이 될 수 있다는 견해를 갖고 있다고 한다(James E. Dougherty & Robert L. Paltzgraff, Jr., *Contending Theories of International Relations*, Philadelphia: Lippincott, 1971, p.7, 이상우, 전제서, p.45에서 인용)

system)를 이루고 있다고 본다.

현재, 비록 그 구성원인 국가들간의 異質性이 강하고 대립적인 측면들이 여전히 존재하기는 하지만 평화공존과 국제협력의 기초로서의 국제법과 국제조직의 존재를 본다면 국제사회의 사회적 성격을 부인하기는 어렵다고 하지 않을 수 없다. 그러나 그렇다고 하더라도 국제사회는 國家(國內社會)와 비교하여 볼 때 아직 사회로서의 충분한 조건을 충족시키지 못한 상태에 놓여 있는 '未成熟의 사회'(inchoate society), 또는 '原始的인 사회'(primitive society)가 아닐 수 없다. 모겐소는 이러한 특성을 기초로 국제사회를 '分權的인 構造'(decentralized structure)를 가진 사회로 규정하고 있다<sup>7)</sup>.

국제사회는 현재 세계적 또는 지역적 범위에 있어서 점차적으로 조직화되어 가는 과정에 있으며 그 連帶性 및 同質性도 점차 강화되어 가는 추세를 보이고 있다. 특히 19세기 후반에 들어와서 성립되기 시작한 많은 수의 國際組織들이 이러한 국제사회의 조직화를 예증하고 있다. 현재 유엔을 중심으로 많은 국제조직들에 의하여 개별 국가들의 활동 및 행동 반경에 대한 다양한 협력·조정 및 규제가 이루어지고 있는 실정이다. 이러한 추세를 반영하여 이미 국제조직은 국제사회에 있어서 중요한 구성원 내지 國際法主體(international legal subject)로 인정되고 있다. 근래에는 개인들(individuals)의 경우에도 부분적이기는 하지만 국제사회의 직접적인 구성원으로서의 지위 및 國際法主體性이 인정될 정도로 국제사회의 성격 변화가 빠르게 이루어지고 있다<sup>8)</sup>. 국제사회는 아직 국가와 같이 조직적인 구조 및 법체계를 갖고 있지 않음에도 불구하고 國際法에 의하여 규율되고 운영되는 하나의 '法的 共同體'(legal community)로 존재하고 있는 것은 분명하다고 본다<sup>9)</sup>.

## 2) 國際法の 의의 및 특성

### ㉞ 국제법의 意義

國內法(municipal law)이 一國의 통일적 법체계에 속하는 법규범의 총체를 의미한다면, 국제법은 자신의 영역에 한하여 主權的·法的 管轄權을 갖는 주권국가들을 기본적인 구성원으로 하여 성립되고 있는 국제사회의 법규범의 총체를 의미한다. 간단히 말한다면, 國內法은 國家(國內社會)의 법이며 國際法은 國際社會의 법이다.

트리펠(Triepel), 안칠로티(Anzilotti) 그리고 오펜하임(Oppenheim) 등은 국

7) Hans J. Morgenthau, *Politics Among Nations*(New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1985), pp.295-96.

8) 국제조직 및 개인의 국제법주체성에 대해서는 拙稿, "개인의 국제법적 지위", 『동아시아연구논총』 제5집, 1995, pp.135-44 참조.

9) Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community*(Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980), p.15.

내법과 국제법의 법적 성질을 다같이 인정하면서도 兩者는 서로 다른 법체계에 속한다고 하는 '二元論'(dualism)의 입장을 견지하고 있다. 이들은 그 論據로서, 국내법은 일국의 意思(will) 또는 권력에 근거를 두고 성립되는 반면에 국제법은 둘 이상의 국가간의 合意 또는 共同意思에 근거를 두어 성립한다는 점을 들고 있다. 이에 따라 국제법과 국내법은 서로 다른 법의 主體, 규율 대상 및 타당 범위를 갖게 된다고 한다. 따라서 양자는 서로 충돌하지도 않으며 상대방의 영역에서 효력을 발생하지도 않는다고 한다. 二元論者들은 국제법 그 자체로서는(per se) 국내적 효력을 가질 수 없기 때문에 국내법으로의 受容(reception)을 위해서는 국내법 형태로의 改作을 통한 변형 과정을 거쳐야 한다는 '變形理論'(transformation theory)을 주장하고 있는 점이 특징이다<sup>10)</sup>.

한편 국가만을 유일한 법적 공동체로 규정하고 있는 입장에서는 법의 妥當性의 基礎를 오로지 主權國家의 意思에 두고 있다. 따라서 개별국가보다 '上位의 權威'(superior authority)가 존재하지 않는 국제사회에서는 모든 국가들에 대하여 효력을 갖는 국제법이 성립될 수 없다고 한다<sup>11)</sup>. 홉즈(T. Hobbes)나 오스틴(J. Austin)과 같은 법실증주의적 법철학자는 법을 '主權者의 命令'(a command of the sovereign)으로 정의하며 소위 국제법은 주권자에 의하여 정립되지 않았다는 근거에서 법으로서의 성격을 갖지 못한다고 한다. 이들은 국제법은 기껏해야 '實定國際道德'(positive international morality)에 불과하다고 하였다<sup>12)</sup>. 엘리네크(Jellinek)는 국제법은 그 자체로서는 법으로 인정될 수 없으며 단지 국가의 주권적 의사에 기초하여 정립되는 '對外的 國家法'(äusseres Staatsrecht)로서만 법적인 효력을 가질 수 있다고 주장하였다. 한편 벤첼(Wenzel)과 같은 학자는 국제법의 법적 성질을 인정하더라도 그것은 국내법인 헌법에 근거를 두고 정립되어진다는 근거에서 국내법보다 하위에 위치한다고 하는 '國內法優位の 一元論'을 제시하고 있다.

국내법이 국제법보다 상위에 있다는 國內法優位の 一元論이나 국제법의 법적 성질을 부정하는 입장은 과도한 '國家的 實證主義' 내지 '權力政治的' 관점에 의존하고 있는 것이다. 국제법의 법적 성질을 부인하거나 국내법우위의 입장을 관철하는 경우 국제사회의 사회적 토대는 부인되고 최소한의 평화와 질서도 유지될 수 없게 된다. 또한 二元論과 같이 국제법과 국내법의 상호관계를 법적인 측면에서 단절시켜 논하는 것도 현실적으로나 이론적으로나 불가능하다. 현실적으로 국제법의 國內的 效力은 넓

10) David H. Otto, *Public International Law in the Modern World*(London: Pitman Publishing, 1987), pp.32-4 참조.

11) 국제법의 법적 성질에 대한 否定論의 근거와 이에 대한 비판에 대해서는 Terry Nardin, *Law, Morality and the Relations of States*(Princeton: Princeton University Press, 1984), pp.115-148 참조.

12) J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, pp.86-88.

은 범위에서 인정되고 있으며 '국제법 위반의 국내법'의 효력 또는 '국내법 위반의 국제법'의 효력에 관하여 법적인 차원에서 논의가 이루어지고 있는 것은 兩者의 理論的 關聯性을 입증해 주는 것이다.

국제적인 차원에서 보면 국내법을 근거로 국제법의 효력을 부정하거나 國際的 責任을 면제받는 것은 인정되지 않는다. 主權的 管轄權은 개별국가의 영역적 범위에 국한되는 것이 원칙이며 개별국가의 국내법의 효력은 국가 주권이 미치는 영역적 범위에 국한되고 있다. 이러한 국가 주권 및 국내법의 한계는 국내법우위의 一元論의 주장과 같이 주권 국가의 自律的인 權力制限에서 비롯되는 것이 아니라 보다 상위의 規範的 制限原理로부터 도출되는 당연한 논리적 귀결이다. 한편 켈젠(H. Kelsen)과 같은 規範主義者는 이를 '委任의 優位'(Delegationsprimat)에 입각하여 설명하고 있다. 켈젠에 의하면 모든 법질서는 각각 '世界法'(world law)이 될 것을 요구하며 각 법질서 속에는 제각기 '규범체계의 통일'이라는 요청이 포함되어 있다고 한다. 그리하여 한편으로는 법체계가 하나의 세계법을 정점으로 떠받든다고 하는 논리적 귀결이 이루어진다고 한다. 그리고 실제로 각 법질서는 법체계의 세계법적 완결을 스스로의 체계 속에서 성취하려는 의도를 가지고 있기 때문에 다른 법질서와 충돌되는 결과를 보이게 된다고 한다. 그러나 바로 이러한 현실이 法的 安定性의 요청에서 모든 개별국가의 법질서 위에 있는 법, 즉 국제법의 존재를 인정해야만 하는 논리적 근거가 된다는 것이다<sup>13)</sup>.

법의 존재 또는 '妥當性'(Gültigkeit)이 인정되어지는 것은 현실적으로 立法的 權限을 가지고 있는 주권적 권력기관에 의하여 의도적으로 법이 정립되었기 때문이 아니다. 또한 입법적 권한을 가지고 있는 기관에 의하여 정립되었다고 모두 법으로서의 효력을 갖게 되는 것도 아니다. 自然法이든 實定法이든, 또는 制定法이든 慣習法이든 그것이 법으로서의 효력을 갖게 되는 것은 그로 하여금 법으로서의 효력을 갖게 해주는 根據가 존재하기 때문이다. 法實證主義者인 동시에 規範主義者인 켈젠은 이러한 근거를 '根本規範'(Grundnorm)<sup>14)</sup>에서 찾고 있으며, 브라이얼리(J. L. Brierly)<sup>15)</sup>

13) G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 최종고 역, 『法哲學』(삼영사, 1986), p.258; Gray L. Dorsey, *Beyond the United Nations: Changing Discourse in International Politics & Law*(New York: University Press of America Press, 1986), p.1; R. Wacks, *Jurisprudence*(London: Blackstone Press Limited, 1993), pp.81-7

14) 켈젠에 의하면 國際法의 효력을 근거지우는 根本規範은 곧 '합의는 준수되어야 한다'(pacta sunt servanda)라는 원칙이라고 한다. 이에 대해서는 H. Kelsen, *Pure Theory of Law*(Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1970), pp.214-17 참조.

15) 브라이얼리는 國際法을 포함한 모든 법의 根據는 법철학적으로 탐구되어질 수 있는 문제라고 하면서, "인간이 단순한 개인이거나 또는 국가 내에서 타인과 결합되어 있거나를 막론하고 인간이 이성적 존재인 한 인간이 살아가야 할 세계의 지배원리는 질서이지 혼란은

와 프리드만(W. Friedmann)<sup>16)</sup>은 法の 존재에 대한 確信 내지 承認에 입각하여 법의 근거를 설명하고 있다. 한편 대다수의 自然法論者들은 실정법의 근거를 自然法(正義)에서 구하고 있다.

이와 같이 법의 존재 또는 효력의 문제는 그 根據에 관한 철학적 탐구를 통하여 해결되어야 하는 것이며 현실적으로 누가 법을 제정할 수 있는 권한을 갖고 있는가는 본질적인 문제가 될 수 없는 것이다. 그리고 일단 법으로서의 妥當性이 인정되고 있는 규범의 경우 그것이 얼마나 잘 준수되어지고 있는가 하는 것은 법의 타당성과는 별개의 '實效性'(Wirksamkeit)과 관련된 문제인 것이다. 따라서 법에 있어서 實效性 내지 實效性을 뒷받침하는 強制(coercion)의 결여 또는 미흡을 근거로 국제법의 효력을 부정하는 입장<sup>17)</sup>은 타당하다고 할 수 없다.

#### ㊦ 국제법의 分權的 特性

국제법의 법적 성질을 부정하는 것은 이제 현실적으로나 논리적으로나 불가능하다고 본다. 어떠한 사회든지 강한 힘을 가지고 있다고 해서 그 힘을 이용하여 물리적으로 가능한 모든 행동을 해도 좋다는 法的·道德的 權利를 가질 수 없다는 점이 바로 규범체계가 强者와 弱者 모두에게 적용하고 있는 기본 원리인 것이다. 現實主義者인 모겐소도 사회 전체와 구성원 개인의 이익을 위해서 권력은 제한되어야 한다고 하면서 國際法은 단순한 권력투쟁의 제도적 산물이 아니라 사회구성원 자신의 意志에 의한 규범과 행동율이라는 형태로 권력투쟁의 체제 위에 부과된 當爲的 規範이라는 점을 강조하고 있다<sup>18)</sup>.

그러나 모겐소는 국제법은 그 타당기초인 국제사회가 分權的 構造를 가지고 있음에 따라 스스로도 分權的 性格을 지니게 된다는 점을 지적하고 있다. 그는 국내법은 조직화된 힘을 독점하고 있는 집단, 즉 국가 공무원들에 의하여 강제될 수 있는 반면에 국제사회에 있어서는 그러한 중앙집권적 立法機關과 行政的·司法的 權威體가 존재하지 않는다는 사실이 국제법의 가장 본질적인 특징이라고 한다. 그에 따르면 국제법이 존재할 수 있고 또 기능할 수 있는 것은 分權的 性質을 갖는 다음의 두 가지 요소에

---

아니라는 것을 믿지 않을 수 없다"는 데 법의 구속력에 대한 궁극적인 해답이 나온다고 한다(J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6th ed.(Oxford: Clarendon Press, 1976), pp.56).

16) W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*(New York: Columbia University Press, 1964), pp.86-8. Friedmann에 의하면 Jessup, Hackworth, Fitzmaurice, Fisher 등도 비슷한 견해를 가지고 있다고 한다(Ibid. 주12 참조).

17) T. Hobbes나 J. Austin과 같이 法命說에 입각하여 국제법의 법적 성질을 부정하고 있는 사람을 포함하여 A. Lasson, P. and A. Zorn, E.I. Bekker, H. Geffcken, J. Lorimer 등이 이러한 입장을 가지고 있는 대표적인 학자들이다.

18) H. Morgenthau, op. cit., p.244.

근거하는 것이다. 즉, 개별국가들의 동일한 혹은 상호 보완적인 이해관계가 존재한다고 하는 사실과 또한 그들 사이에 권력이 분산되어 있다는 사실이다. 공동의 이익도 세력균형도 없는 곳에서는 국제법 또한 존재할 수 없다는 것이다. 그에 의하면 국제법은 객관적인 사회세력들간의 相互作用의 결과인 경우가 태반이다<sup>19)</sup>.

모겐소에 의하면 국제법은 특히 두 가지 측면에서 分權的 法秩序로 규정되어진다: 첫째, 국제법은 그것에 동의한 국가에 대해서만 구속력을 가지는 것이 원칙이다. 둘째, 동의에 의해 구속력을 발휘하는 많은 규범들조차 너무나 모호하고 막연하며 여러 가지 前提條件과 留保에 의해 제한되고 있기 때문에 각국은 국제법 규범에 따라 줄 것을 요청 받은 경우에도 상당한 행동의 자유를 가질 수 있다는 것이다<sup>20)</sup>.

### 3. 國際法上 法治主義의 의의 및 한계

#### 1) 國際法上 法治主義의 意義

전통적으로 法治主義는 국내법과 관련된 국가적 통치원리로 인정되어 왔다. 즉, 개인의 자유와 안전 및 사회적 정의를 보장하기 위하여 요청되는 통치원리가 法治主義이며 이러한 통치원리는 국가의 구성 및 작용 원리를 의미하는 것으로서 법치주의는 곧 國家的 構造와 統治權力을 바탕으로 한다는 점이 일반적으로 승인되어 왔던 것이다.

그러나 오로지 국가만이 법적 공동체로 존재하는 것은 아니며 법과 국가가 동일한 개념도 아니다. 국가는 자신의 목적 달성을 위하여 필요한 법을 제정하여 보유하고 있을 뿐이다. 국가의 구성원인 사람들은 法的 團體로서의 국가의 구성원일 뿐만 아니라 이미 '自然的 法秩序(즉, 自然法)'에 의하여 근거지워지면서 또한 그에 의하여 규율되고 있는 '人類共同體'의 구성원이기도 하다. 국가는 이러한 인류공동체의 '하나의 특수한 형태'로서 존재하면서 그 구체적인 목적 달성을 위하여 필요한 범위에서 '자연적인 법질서'에 근거하여 '實定的 法秩序(즉, 實定法)'를 정립·시행하고 있는 것이다<sup>21)</sup>.

그렇다면 사람들은 이제 國家의 구성원으로서만이 아니라 보다 넓은 범위에서 國際社會의 구성원으로 살아가고 있다고 할 수 있으며, 국제사회도 '人類共同體의 또 하나의 형태'로서 또는 '人類共同體 그 자체'로서<sup>22)</sup> 필요한 범위에서 자신의 실정적 법질서를 보유할 수 있다고 해야만 하는 것이다. 따라서 法治主義에 관한 논의는 국제사회의 법규범인 국제법에 관해서도 충분히 성립될 수 있다고 본다. 自由的 法治國家의

19) Ibid., pp.296-97.

20) Ibid., p.329.

21) 拙著, 「法學의 基礎理論」(동현출판사, 1994), pp.292-94 참조.

22) 李太載, 「法哲學史와 自然法論」(법문사, 1984), p.345.

구상도 본래 '市民社會'와 더불어 '世界市民社會'를 목표로 하는 것이었다. 즉, 이는 소극적으로는 한 개인에 의한 인간의 예속과 사회나 국가에 의한 인간의 예속을 가능한 한 최대한으로 배제하며, 적극적으로는 '個人과 個別的인 社會, 나아가서 人類全體' 등 모든 사람의 개인적·국가적 자유와 안전을 최대한으로 그리고 평등하게 보장하는 질서의 수립을 목표로 하는 것이다<sup>23)</sup>.

이제 법치주의는 國家的 統治原理 또는 國內的 法運用과 관련된 정당성의 원리로만 이해되어서는 안 된다. 법치주의는 국제사회에 있어서 평화와 정의의 실현을 위하여 성취되어야 할 權力統制 내지 支配原理로 승인되어야 하며 國際法의 역할 및 그 正當性도 法治主義와 관련하여 규정되어야 할 것이다. 많은 철학자들 및 국제법학자들은 오랫동안 국제사회에 있어서 法治主義의 실현을 추구해 왔으며 국제사회는 법치주의의 기초를 이루는 국제법 및 국제조직을 통하여 점차 하나의 공동체로 통합되어 오고 있다는 점을 지적해 왔다<sup>24)</sup>.

오늘날 국제사회의 구성원들인 각국의 정부와 국제조직들에 의하여 이루어지고 있는 국제관계의 행태를 살펴보면 어떠한 대외적 정책이나 행동이든지 그 정당성을 입증하기 위하여 국제법의 원칙이나 규칙을 근거로 제시하고 있는 것을 알 수 있다. 국가들이 武力을 사용하여 문제를 해결하려는 경우조차도 그 法的 正當化(legal justification)를 위하여 '自衛權'(right of self-defence)이라는 국제법상의 權利를 인용하는 것이 보통이다<sup>25)</sup>. 특히 유엔에서 전개되고 있는 정치과정은 그 내용을 살펴보면 대부분이 유엔 憲章을 둘러싼 법규의 해석과 그 적용 문제가 중심을 이루고 있는 것이다. 유엔 정치의 중심 무대를 이루고 있는 總會와 安全保障理事會에서 토의되는 안건들은 현장의 해석과 적용 문제가 그 핵심적 내용인 경우가 많다. 이처럼 유엔 정치는 한 마디로 말해서 '法律政治'(legal politics)라고 해도 과언이 아니다<sup>26)</sup>.

이제 국내법과 마찬가지로 국제법의 경우에도 法治主義의 이념 내지 원리를 배제할 수는 없다고 본다. 특히 오늘날 법치주의가 실질적·사회적 법치주의로서 규정되고 있음에 비추어 국제법도 自由·人權·環境·福祉와 같은 인류공동의 가치 및 과제의 해결을 위하여 보다 적극적인 역할을 수행해야 한다는 의미에서 국제법과 법치주의의 관련성이 보다 강조되어야 하는 것이다. 과거 국제사회에 있어서의 平和의 論理와 같이 평화와 질서 등 그 공동의 과제가 주권국가들의 양보 또는 권력의 자기제한에 의하여

23) Werner Maihofer, op. cit., pp.179-84 참조.

24) 拙稿, "New Trends in International Law and the Common Heritage of Mankind", 「국제법학회논총」 제40권 1호, 1995, p.19; William L. Tung, *International Law in an Organizing World* (New York: Thomas Y. Crowell Company, 1968), pp.26-9.

25) Oscar Schachter, "Self-Defence and the Rule of Law", 83 *American Journal of International Law*, 1989, p.259.

26) 박치영, 「유엔政治論」(법문사, 1994), p.154.

확보될 수 있다는 소극적인 관점은 이제는 배제되어야 한다. 인류의 共同利益 및 價値는 국제사회에 있어서의 법치주의의 원리와 결합되어 보다 적극적이고도 구체적인 내용을 갖는 개념으로 발전됨으로써 國際平和 및 국제사회의 正義를 항구적으로 실현시키기 위한 理想的 基礎로서 받아들여져야만 하는 것이다.

## 2) 國際法上 法治主義의 限界

主權의 발현에 의하여 비로소 통치의 기초가 되는 實定法이 제정되고 나아가서 실효적으로 집행·적용될 수 있다는 근거에서 主權的 權力者 없이는 法도 존재할 수 없고 또한 法治主義도 가능하지 않다는 주장은 지금까지도 유력하게 제기되고 있다. 現實主義에 입각하고 있는 학자들은 여전히 국제법의 법적 성질을 부인하거나 아니면 國家主權이라는 원칙보다 더 중요한 국제법의 원칙은 없다고 주장한다. 이들은 국가가 스스로 창출한 조직체에 자발적으로 부여한 權威를 제외하고는 전세계적인 위계질서에서 어떤 권위도 국가주권보다 법적으로 上位에 있지는 않는다고 주장한다<sup>27)</sup>.

국가들도 그들 상호간의 관계에 있어서 法治主義의 理想에 따라 스스로 행동하기를 주저하고 있는 것이 사실이다. 정부들은 어떤 영역에 있어서도 그들 자신의 결정을 司法的 統制에 따르도록 하는 것을 원하지 않는다. 실사 정부의 국내적 작용이 사법적 통제에 복종하는 경우에도 정부의 대외적 작용은 예외로 취급하고자 하는 것이 일반적 경향이다. 또한 정부들은 그들의 행위의 合法性에 대한 國際的 審査(external examination)에 대해서는 그 기관이 他國의 法院이든, 유엔 또는 다른 國際組織이든, 아니면 國際裁判所든 흔쾌히 응하려 하지 않는다. 이는 국제분쟁의 해결에 있어서 '紛爭解決方法의 自由選擇(free choice of means)의 원칙'이 확립되어 있는 것을 보아도 잘 알 수 있는 현상이다. 국가들은 국제법이야말로 法治主義를 보증하는 제도 없이 존재하는 특수한 법체계로 인식하고 있는 것이다<sup>28)</sup>.

이들은 국제법의 법적 존재성을 인정하고는 있지만 국제법이야말로 국제정치 내지 세계정치에 대한 國家中心的 觀點을 강화시킨다는 근거에서 그 법적 성질을 인정하고 있다. 이들의 견해에 따르면 국제법은 주권적 정부가 재량껏 자신의 意思에 의하여 국내 상황을 규제하고 대외적으로도 자신의 의사를 관철할 수 있는 힘이 있는 한 거의 제한 없이 자유롭게 행동하게 되는 것을 막을 수 없다고 한다. 이러한 의미에서의 국제법은 결국 '權力의 法'(laws of powers)일 수밖에 없으며 모든 국가들이 타국보다 힘의 우위에 서기 위하여 '權力鬭爭'(struggle for power)을 전개하는 것이 당연하다는 결론이 나온다고 한다<sup>29)</sup>.

27) Charles W. Kegley, Jr. & Eugene R. Wittkope. *World Politics*, 김철범 역, 「세계정부론」(법문사, 1989), p.550.

28) Terry Nardin, op. cit., pp.183-86 참조.

29) Anne-Marie Slaughter Burley. "International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda", 87 *American Journal of International Law*, 1993.

주권국가들이 다른 국가들과의 관계에서 자신이 원하는 대로 행동할 수 있는 무제한의 권리를 갖게 된다고 한다면 다른 국가들과 자유롭게 條約(treaty)의 체결에 임할 수도 있으며 또한 스스로 拘束力을 부여하고 있는 조약의 구속력을 임의로 배제할 수도 있게 된다. 이미 체결되어 효력이 발생하고 있는 조약의 효력을 '事情變更의 원칙'(clausula rebus sic stantibus)을 이유로 얼마든지 破棄할 수 있는 권리를 모든 국가들이 유보하고 있다는 것이다<sup>30)</sup>.

실제로 國民國家(nation state)의 형성기에 있어서 법사상가 내지 정치사상가들은 국민국가의 법적·정치적 표현을 主權理論(Souveränitätsdogma) 속에서 찾았다<sup>31)</sup>. 근대의 국민국가들은 당연히 스스로의 주권적 권력을 절대화시키는 絶對主義國家觀에 입각하고 있었으며, 대외적 관계에 있어서 국가권력에 대한 제한의 근거를 '自己制限'(self-limitation)의 논리를 통해서만 인정하고 있었다. '主權絶對性'의 논리는 국제사회를 절대주의적 국가들로 하여금 다른 국가들을 자신의 지배하에 두는 것을 정당화하는 '帝國主義'(imperialism) 또는 '植民主義'(colonialism) 이데올로기 시대로 이끌게 되었다. 주권국가들의 자기제한의 논리는 결국 그들의 속하고 있는 국제사회를 無政府狀態로 이끄는 결과를 초래했던 것이다.

국내의 私法이 '同位關係의 법'(Koordinationrecht)으로 존재할 수 있는 것은 이미 公法이 '上下秩序의 법'(Subordinationsrecht)으로 존재하고 있기 때문이며, 어떠한 上位의 權威도 부정되는 무정부적인 사회 상태에서의 '대등한 주권국가간의 법'으로서의 국제법이란 논리적 모순이다. 그리하여 절대주의적 의미의 近代의 主權理論 및 이를 계승하고 있는 현실주의적 관점에서 보면 조약의 구속력은 물론 국제법의 법적 성질도 당연히 부인되는 결과가 된다<sup>32)</sup>.

국제법의 법적 성질을 부인하거나, 아니면 인정한다고 하더라도 국제법이 결국 주권국가의 무계약적인 힘의 사용을 뒷받침해 주는 역할만을 수행하는 것이라는 인식을 갖고 있다고 한다면 국제사회에서의 권력통제를 위한 법치주의의 의미에 대한 논의 및 그 실현을 위한 노력은 거의 無望한 것이 될 것이다. 이처럼 국제사회에서의 법치주의의 실현을 위하여 극복해야 할 첫번째의 대상은 국제법의 존재 및 법적 성질에 대한 부정적인 관점인 것이다<sup>33)</sup>.

p.207.

30) Charles W. Kegley, Jr. & Eugene R. Wittkope, op. cit., 554.

31) Thomas G. Weiss, David P. Forsythe & Roger A. Coate, *The United Nations and Changing World Politics*(Boulder: Westview Press, 1994), pp.1-6 참조.

32) G. Radbruch, op. cit., pp.260-1.

33) 그러나 이러한 시각은 바로 국제사회에 있어서의 법치주의의 강화를 위하여 무엇을 해야 할 것인가에 대한 우리의 과제를 보다 분명하게 하는 데 유용하게 활용될 수 있다. 이러한 의미에서 국제법의 존재 및 법적 성질에 대한 비판자들의 다음과 같은 관점들을 다시 한번 상기할 필요가 있다: ① 모든 법체계는 공인된 절차를 통해

### Ⅲ. 法治主義의 強化를 위한 條件

#### 1. 主權概念에 대한 새로운 인식

과거의 국제사회는 무정부적이고 무질서한 것으로 특징지어져 있었으며 고립된 주권국가들의 병렬적 관계에 기초한 사회로서 홉즈가 지적하고 있는 것처럼 상호 투쟁적인 자연상태의 성격을 강하게 지니고 있던 것이 사실이다. 국가 중심의 국제사회에서는 주권국가만이 국제정치 및 국제관계의 주요 行動因子(actors)로서 작용하고 전쟁과 평화의 이분법적 기초 위에서 국가간의 관계가 이루어지는 특성을 보이고 있었다. 그러나 이제 국제사회는 과학, 기술, 교통, 통신의 획기적인 발달에 따라 국가간의 물리적 거리도 훨씬 짧아지고 국가간의 상호작용 내지 협력관계도 날로 증가되고 있는 양상을 보이고 있다. 국가간의 협력관계 또는 의존관계가 심화되고 있는 가운데 개별국가의 영역을 초월하는 세계적인 문제 내지 共同利益의 추구하고 관련된 문제들이 점차로 많아지고 있다.

自由國家로 출범했던 근대국가는 현대적인 社會國家 또는 福祉國家(Wohlfahrtstaat, welfare state)로서 그 기능이 전환되고 있다. 이제 개별국가의 능력만으로는 새로운 국가의 역할 수행이 이루어질 수 없도록 근본적인 변화가 이루어지고 있는 것이다. 국가주권의 절대성은 국제관계 속에서 국가의 자기 보호 방법이 없던 상황에서는 政治的 獨立과 領土保全을 위한 유효한 방법이 될 수 있었지만 국제사회가 점차로 조직화되어 하나의 공동체로 발전되어지는 오늘날의 상황에서는 그 의미와 성격이 달라져야만 한다고 본다.<sup>34)</sup>

이제 국가의 주권이란 '國際法的 主體性'(international legal subject)에 지나지 않는 것으로 이해되어야만 한다. 즉, 국가는 '主權的이기 때문에 國際法主體인' 것이

---

그 규칙들을 제정해야만 하는데 국제사회 또는 세계정치에서는 법을 제정하고 그것을 수정하거나 폐지하는 체계적인 立法機關이 존재하지 않는다. ② 모든 법체계는 제정된 규칙들을 해석하는 체계적인 解釋機關을 가져야 한다. 그러나 국제사회에는 제정된 규칙들을 판정하고 구체적인 사건들에 적용할 수 있는 공식적인 기관이 존재하지 않는다. ③ 모든 법체계는 법을 집행하는 데 필요한 기관을 가져야만 하는데 국제사회에는 이러한 執行機關이 없다. 결국 국제법은 합리적인 기초, 즉 국가들은 그들이 자유롭게 준수하기를 선택한 규칙에 대해서만 책임을 진다는 점에 기반을 둔다는 것이다. 비판자들은 나아가서 국제법의 구조적인 문제점으로서 다음과 같은 점들을 지적하고 있다: ① 국제법은 普遍性을 결여한다. ② 국제법은 국가간의 경쟁을 영속시키고 道德性이나 正義를 고려함이 없이 국가이익의 추구를 정당화한다. ③ 국제법은 弱者를 억압하는 强者의 도구이다. ④ 많은 영역에서 국제법은 기존 慣行의 정당화에 지나지 않는다. 모호성과 중앙제도의 결여는 선전적인 목적을 위한 국제법의 사용을 촉진시킨다(Charles W. Kegley, Jr. & Eugene R. Wittkope, op. cit., pp.555-61 참조).

34) 박치영, "세계사회와 국제법발전", 「국제법학회논총」 제32권 1호, pp.63-4.

아니라 '國際法主體'이기 때문에 '主權的인' 것이다. 그리하여 주권의 개념은 先驗的으로 자연적인 思辨에서 국제법과 관계없이 규정되는 것이 아니라 오히려 國際法的 基礎 위에서 국제사회의 현실을 바탕으로 인식되어야 한다는 점이 강조되고 있는 것이다. 따라서 주권의 개념은 그 보유자인 국가들이 그 위에 어떠한 권력의 존재도 허용하지 않으며 또한 그 결과로서 국제법의 權威도 전혀 인정하지 않게 되는 그러한 절대적 개념이 아닌 것이다. 이제 법적으로 보면 국가는 대외적으로 다른 권위에 대해서는 복종할 의무를 지지 않으나 국제법에 대해서는 복종할 의무를 진다고 하는 해석이 성립하게 된다<sup>35)</sup>. 국제사회에 있어서의 國家主權의 지위는 그 주권이 관계되는 共同善의 실현과 보호를 위한 自律性(Autonomie)이라고 해야 한다. 즉, 국가주권은 국제사회의 諸基本機能을 위해 인정되는 것이므로 무제한적으로 독자적인 것이 될 수 없다는 것이다. 국가주권은 他國과의 대외관계에 있어서 자신의 自律性을 요구할 수 있는 동등한 권리로 이해되는 것이다<sup>36)</sup>.

이제 국가들은 主權이 있음에도 불구하고 결코 자유롭게 행동할 수 없다. 국가의 主權 내지 管轄權은 그 자신의 영역 범위내에 한정되고 있으며 또한 영역 내에서의 관할권 행사라 할지라도 그것은 국제법의 한계 속에서만 정당성을 갖는 것이다.

## 2. 國際社會의 조직화

### 1) 國際組織의 발달

국제사회에 있어서의 국가간의 상호의존관계는 점차로 심화되고 있으며 이에 따라 國際組織의 결성도 매우 활발하게 이루어지고 있다. 국제조직은 '국가간의 협력 및 상호의존관계의 제도화'라고 할 수 있다. 국제협력 및 상호의존관계의 제도화란 지속적인 협력행동양식의 확립과정을 의미하며 이는 국제체제의 구조적 관계 속에서 국가들의 이러한 행동양식에 적극적으로 순응할 때 기대될 수 있는 것이다. 클로드(Inis L. Claude, Jr.)는 국제조직을 정의하면서, 국가들이 국제관계행위를 보다 효율적으로 수행하기 위해 공식적이고 지속적인 제도적 구조를 수립·발전시키는 과정 가운데 나타나는 하나의 '過程'(process)이라고 한다<sup>37)</sup>.

이러한 국제조직의 발달은 국제사회의 발달과 밀접한 관계를 가지고 있다. 오늘날 국제조직은 국제사회의 발달 내지 조직화의 상징이며 또한 국제정치과정의 주요한 요

35) G. Radbruch, op. cit., pp.262-63.

36) 이태재, 전제서, pp.346-47 참조.

37) Inis L. Claude, Jr., *Swords into Plowshares*, 4th ed. (New York: Random House, 1971), pp.4-8. Jack Planto와 Roy Olton도 국제조직을 안보·경제·사회 및 기타 관련분야에서 국가들간의 협력을 촉진하기 위해 국경을 초월하여 형성된 公式的 制度라고 정의하고 있다(Jack C. Planto & Roy Olton, *The International Relations Dictionary*, 2nd ed.(Kalamazoo, Mich.: New Issues, 1979), p.288, 박치영, 전제서, pp.21-2에서 인용).

소 중의 하나로 인정되고 있다<sup>38)</sup>. 국제조직은 이제 독자적인 法人格을 갖는 정치적 행위자인 동시에 국제사회의 통합적 기능을 수행하는 매개체로서 기능하고 있는 것이다. 특히 유엔을 비롯한 유력한 국제조직들은 국제법의 定立을 비롯하여 執行 및 適用 과정에 있어서 중요한 역할을 수행하고 있다. 국제사회는 국제조직을 중심으로 조직화되면서 점차 국가(국내사회)와 비슷한 성격을 가지게 된다고 본다.

법치주의의 효율적 시행에 있어서 그 바탕이 되는 사회의 法的 組織化의 정도가 중요한 의미를 갖는다고 본다면 국제사회에 있어서의 법치주의의 강화와 관련하여 국제조직이 갖는 비중은 매우 크다고 할 것이다. 국제조직은 이제 國際平和와 安全의 유지, 그리고 인류의 共通價値와 配分的 正義의 실현을 위한 국제협력 및 상호의존관계를 조직·체계화하는 데 있어서 중심적인 역할을 수행하고 있으며 특히 유엔은 그 핵심적 기능을 담당하고 있는 세계적인 국제조직이다.

유엔은 가장 중요한 범세계적인 국제조직으로서 국제법의 발달 및 국제평화의 유지를 위하여 많은 활동을 수행해 왔다. 이미 1945년 국제연합이 창설될 당시부터 전세계적 차원의 法治主義의 실현은 憲章의 중심적 과제로 부각되었다. 유엔은 국제평화 및 안전의 유지와 국제협력을 달성하기 위한 국제조직이다<sup>39)</sup>. 유엔은 무엇보다도 平和機構로서의 역할을 수행하는 데 그 우선적인 목적이 있다. 유엔은 국제사회를 平和 共同體 또는 法的 共同體로 규정하고 특히 憲章에 규정되고 있는 ‘集團的 安全保障制度’(collective security system)를 통하여 국제사회의 평화와 안전을 달성하고자 한다<sup>40)</sup>. 집단적 안전보장제도는 과거의 팩스 로마나(*pax romana*) 방식이나 勢力均衡(balance of power) 방식과 같은 힘에 의한 평화보장체제와는 달리 강력한 법적·제도적 장치에 의하여 안정적이며 항구적인 평화를 달성하기 위한 목적으로 규정되고 있는 것이다.

아직도 국제사회는 전통적인 國家主義(nationalism)에 입각한 權力政治(power politics)의 현실을 벗어나지 못하고 있으며, 각국은 유엔을 자신의 國益追求를 위한 외교무대 내지 政治宣傳場 정도로 여기는 측면이 매우 강한 것도 사실이다. 항구적인 국제평화와 안전을 달성하기 위한 理想主義的인 유엔의 이념이 현실적으로 많은 한계에 부딪힐 수밖에 없는 것은 유엔이라고 하는 국제조직에 대한 각국의 기본적 인식 및 태도와 유엔의 憲章 및 組織體系 모두에 그 원인이 있다. 유엔은 그 현상체제상 현실주의적 정치과정의 한계를 벗어나지 못하도록 되어 있는 것도 사실이며 유엔에

38) 1991년 현재 국제조직의 수는 政府間國際組織 4,917개와 기타의 국제조직 12,990개를 합쳐 모두 17,907개에 달하고 있으며 그 수는 국가들의 상호의존관계가 심화·확대되면서 계속 증가할 것으로 보인다(박치영, 전거서, p.22).

39) 유엔 憲章 제1조 참조.

40) 유엔 憲章 제7장. 집단적 안전보장체제의 의미에 대해서는 Thomas G. Weiss et. al, op. cit., pp.17-41 참조.

대한 각국의 태도에도 많은 문제점이 있는 것도 사실인 것이다.

그러나 유엔은 가능한 한 국제사회의 權力政治的 현실을 법·제도적으로 규제함으로써 法治主義의 기초 위에서 국가간의 평화 공존과 국제 협력을 달성하고자 한다. 유엔은 '普遍性的의 原則'(principle of universality) 및 '主權平等的 원칙'(principle of sovereign equality)에 입각하여 전 세계의 모든 국가들이 會員國으로 참여하도록 하고, 이들로 하여금 憲章上的 諸義務를 성실하게 이행하도록 함으로써 국제사회의 평화와 질서를 유지하려는 國際主義(internationalism)에 그 이념적 기초를 두고 있다. 유엔은 또한 많은 국제조직들과 提携協定(relationship agreement)을 맺고 이들을 자신의 專門機關(specialized agency)으로 활용함으로써 다양한 분야에서 국제협력의 촉진을 위하여 노력하고 있다. 많은 문제점들이 있음에도 불구하고 유엔을 비롯한 국제조직들의 존재를 바탕으로 국제사회는 점차 조직화되어 가고 국가간의 협력적 분위기가 제고되고 있는 것이 사실이다.

오늘날 유엔은 국제법의 법전화 및 분쟁의 평화적 해결 방법의 강화 등을 통한 법치주의의 토대 마련을 위하여 여러 가지 노력을 강구하고 있다. 유엔은 1989년 總會決議(General Assembly Resolution 44/23)를 통하여 90년대를 '국제법 10년'(The Decade of International Law)으로 규정하고 국제법의 발달 및 분쟁의 효율적 해결 등을 위한 연구와 대책 마련에 착수한 바 있다<sup>41)</sup>.

또한 유엔은 1991년에 '世界體制管理委員會'(Commission on Global Governance)를 발족시키고 이 위원회로 하여금 세계체제관리에 대한 종합적인 보고서를 유엔 창립 50주년이 되는 해(1995년)에 발표하도록 함으로써 유엔 50주년 행사의 중요한 知的·理論的 기반을 제공하고 동시에 인류의 미래에 대한 청사진을 마련한 바 있다. 이 책에서 세계체제관리위원회는 현재 출현하고 있는 地球村 이웃들은 法의 文化에 의해 기초가 다져진 새로운 倫理에 따라 살아가야 하며, 세계는 미래의 지구촌 이웃들이 無法이 아니라 法에 의하여 특징지워지도록 노력해야 한다고 강조하고 있다<sup>42)</sup>.

41) '유엔 국제법 10년'은 다음과 같은 4개의 기본목표를 설정하고 있다: ① 국제법의 실질적 원칙에 대한 수용의 촉진(promoting acceptance of the substantive principles of International Law), ② 국제사법재판소의 활용을 증대시키는 것을 포함한 분쟁의 평화적 해결방법의 강화(promoting peaceful settlement of disputes, including greater use of the ICJ), ③ 국제법의 점진적 발달 및 법전화의 촉진(encouraging progressive development of International Law and its codification), 그리고 ④ 국제법에 대한 교육, 연구, 전파, 광범위한 수용의 촉진(encouraging the teaching, study, dissemination, and wider acceptance of International Law).

'유엔국제법 10년'에 대한 중간 평가에 관해서는 Sompong Sucharitkul, "Legal Developments in the first Half of the United Nations Decade of International Law", *Interest Group on the UN Decade of International Law Newsletter (ASIL)*, June 1996, pp.3-26 참조.

2) 世界共同體로의 변화

전통적인 국제사회는 주권국가 중심이며 국제법의 대상도 국가간의 공식적인 외교 관계 및 전쟁 관계의 규율에 주로 한정되고 있었다. 그러나 20세기에 들어와 국제사회에는 많은 수의 국가들이 새로이 성립되고 이들간의 相互作用이 증대되는 한편 超國家的 共同關心事가 나타남에 따라 國際組織을 비롯한 국가 이외의 다양한 國際法主體 및 行爲者들(international actors)<sup>43)</sup>이 등장하게 되었다. 이에 따라 주권국가 중심적인 전통적인 국제사회 및 국제관계의 성격에 많은 변화가 나타나게 되었다. 이러한 변화를 '國際社會로부터 世界共同體로의 변화'로 설명하는 경우도 많다<sup>44)</sup>.

국가간의 상호경쟁 및 의존관계를 중심으로 발전되어 오던 국제사회는 이제 인류전체의 공동이익의 증진에 역점을 두는 세계사회 내지 인류공동체로 바뀌고 있다는 것이다. 국제사회에 있어서 국제협력 및 상호경쟁의 기초가 되고 있던 '國家主權 중심적인 同意의 개념'(a sovereignty-oriented notion of consent)은 점차 세계사회에 있어서 '共同體의 콘센서스 개념'(a community-oriented notion of consensus)으로 대체되고 있는 것을 볼 수 있다. 이에 따라 공동체적 콘센서스에 입각한 '共同의 價値'가 형성되고 이를 실현하기 위한 '공동의 行爲準則'이 생겨남은 물론 이와 관련된

42) 이 위원회가 작성한 報告書는 국제연합의 부트로스-갈리(Boutros Boutros-Gali) 사무총장에게 전달되었으며 이 보고서를 토대로 하여 세계체제관리위원회 編著로 *Our Global Neighbourhood*(1995)가 발간되었다. 이 책을 보면 '전세계적인 法治의 強化'(제6장)가 주요한 과제로 다루어지고 있으며 이를 위하여 우선 國際法이 강화되어야 한다고 지적되고 있다. 이어서 국제법의 강화 및 증대를 위한 '國際聯合의 개혁'(제5장)을 주장하면서 주로 國際司法裁判所, 安全保障理事會, 그리고 事務總長의 권한의 강화에 관하여 의견을 제시하고 있다(세계체제관리위원회 편저, *Our Global Neighbourhood*, 유재천 편역, 「세계는 하나, 우리는 이웃」, 조선일보사, 1995 참조).

43) 현재로서 國家 이외에 國際法主體性이 인정되는 것으로는 國際組織과 個人이 있다. 그러나 국제법주체성이 인정되는 국제조직은 국가들의 합의인 條約에 의하여 성립되는 '政府間 國際組織'(inter-governmental organization)에 한정되고 있으며 民間國際組織인 '非政府間 國際組織'(non-governmental organization)에 대해서는 국제법주체성이 인정되지 않고 있다. 비정부간국제조직은 특별한 경우를 제외하고는 정부간국제조직이나 국제회의 등에 옮겨버려 참석할 수 있을 뿐이다. 따라서 비정부간국제조직은 단순한 國際的 行爲者에 해당된다.

44) Arvid Pardo & Carl Q. Christol, "The Common Interest: Tension between the whole and the Parts", in R. St. J. Macdonald & Douglas M. Johnston (ed.), *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986), pp.643-60; 그리고 이러한 변화의 주된 내용으로서는 ① 각국간에 있어서 법세계적 태도등장의 촉진, ② 국제적 다원화 현상, ③ 국가 정부간의 상호영향력 증대, ④ 상호의존관계의 심화에 따른 국가 행동에 대한 제약 증대, ⑤ 자율적인 초국가적 행위자(supranational actors)의 등장 등을 들 수 있다고 한다(박치영, 전제논문, p.63).

국제법을 준수하는 데 필요한 國際組織의 기능 강화 및 法秩序의 中央集權化를 가져 오게 된다<sup>45)</sup>.

전통적으로 법치주의의 실현을 위한 法的·政治的 構造가 주권국가적 특성에 기초를 두고 있는 것이라고 한다면 국제사회의 세계공동체로의 성격변화는 법치주의의 실현 내지 강화를 위한 긍정적인 의미를 갖는다고 할 수 있을 것이며 이러한 국제사회의 조직화를 통한 성격변화를 촉진하기 위한 노력을 경주할 필요가 있다고 본다. 유엔 등의 국제조직을 통한 국제사회의 조직화의 심화<sup>46)</sup>는 궁극적으로 오래된 '개별국가의 主權概念'(single state sovereignty)을 '일종의 共同主權'(some kind of joint sovereignty), 다시 말하면 '共同意思의 支配'(supremacy of the common will)로 대치시켜 줄 가능성을 보여주고 있다<sup>47)</sup>. 그 동안의 역사의 진행 방향을 보면 絶對主權의 개념으로부터 主權의 相對化로 나아가고 있다. 궁극적으로 개별국가의 主權이 소멸된다면 國家間體制를 바탕으로 성립되고 있던 국제사회는 진정한 의미의 世界共同體 또는 世界國家(world state)의 형태로 바뀌어질 것이며 國際法도 世界法으로 그 성격이 달라지게 될 것이다<sup>48)</sup>.

- 45) 世界社會의 특징으로 ① 非極化(de-polarization), 非國家化(de-nationalization), 협력관계의 강화 등 상호의존관계의 심화를 비롯하여, ② 공동이익을 추구하기 위한 공동의 行動準則의 정립, ③ 세계질서의 共同價値로서의 평화, 福祉, 정치·사회적 정의, 生態的 均衡 등에 대한 관심의 제고 등을 들 수 있다고 한다(상계논문, pp.65-7 참조).
- 46) 세계공동체를 지향한 유엔의 정치적 역할에 대해서는 John W. Halderman, *The Political Role of the United Nations*(New York: Praeger, 1981) 참조.
- 47) Leland M. Goodrich, "The Changing United Nations", in W. Friedmann, Louis Henkin and Oliver Lissitzyn, *Transnational Law in a Changing Society*(New York: Columbia University Press, 1972), p.259.
- 48) 과연 世界國家의 출현이 가능할지, 그리고 어떠한 형태로 성립될지는 예측하기 어려운 것이 사실일 것이다(Hermann Mosler, op. cit., p.5 참조). 그러나 유엔 강화를 통한 世界國家(世界聯邦)의 창설 및 世界法을 통한 世界平和의 구축 가능성은 매우 진지하게 논의되어 왔던 것이 사실이다. 여기에 대해서는 G. Clark & Louis B. Sohn, *World Peace through World Law -Two Alternative Plans-* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1966) 참조. 이 책에서 著者들이 내세우고 있는 논리를 보면 다음과 같다: ① 전쟁방지라는 한정된 분야에 있어서 강제력 있는 世界法의 효과적 제도가 마련되기까지는 진정한 평화를 기대할 수 없다. ② 국제적 폭력에 대항하는 세계법은 憲法 또는 法律의 형식으로 명확히 제정되어야 한다. 또한 이는 국가는 물론 개인에게도 적용되어야 한다. ③ 세계법을 解釋·適用하는 世界司法裁判所가 창설되고 유지되어야 한다. ④ 상설의 世界警察이 창설되고 유지되어야 한다. ⑤ 모든 국가의 완전한 軍縮은 영구 평화를 위해 필수적이다. ⑥ 세계 각지역의 경제적 조건의 극심한 격차를 완화하기 위한 효과적인 世界機構가 창설되어야 한다(이승헌, "國際聯合強化에의 움직임과 憲章改正을 위한 諸構想", 『국제법학회논총』 제13권 1호, 1968, pp.54-5 참조).

### 3. 國際法の 法典化 및 實效性의 증대

#### 1) 國際法の 法典化

국제사회가 점차로 조직화되고 世界社會 내지 人類共同體로서의 성격을 지니게 되면서 전통적인 국제법의 성격 및 그 규율 대상도 점차 변화하고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 종래의 분권적이고 체계적이지 못했던 국제법질서는 국제조직과 더불어 국제사회의 조직화 및 法治主義를 뒷받침하는 하나의 중요한 기초로 인식되고 있는 것이다. 국제관계 및 국제질서가 주권국가뿐만 아니라 개인과 국제조직들을 포함한 국제적 행위자 내지 국제법주체들 상호간의 관계 속에서 형성되어감에 따라 국제법의 규율 대상도 크게 확대되고 있는 것이다.

국제법의 규율 영역은 국가간의 公式的 關係 및 平和의 達成이라는 전통적인 문제뿐만 아니라 국제적 조정·규제 또는 보호를 필요로 하는 인류의 福祉, 人權, 勞動 그리고 環境 등의 문제에 대해서까지 확대되고 있다. 과거의 국제법은 정태적이고 소극적인 성격을 지니고 있었던 데 비하여 오늘날의 국제법은 적극적이고 동적인 측면이 부각되고 있다. 국제법은 국제사회의 공통의 理念과 價値<sup>49)</sup> 그리고 공통의 課題를 달성하는 데 필요한 적극적인 수단으로서 인식되고 있는 것이다.

실질적·사회적 법치주의가 '법에 의한' 社會正義 내지 配分的 正義의 실현을 목적으로 하고 있는 것이라면 국제사회에 있어서 正義의 실현을 목표로 하는 法治主義의 強化를 위해 크게 증대되고 체계화될 필요가 있는 것이 바로 國際法인 것이다. 국제사회는 국제조직을 통하여 보다 조직화되고 국제법 또한 스스로 이러한 국제조직의 기초가 되면서 한편으로는 국제조직의 立法機能을 통하여 발달·강화되어 가는 특성이 있다. 국제법은 국제조직의 法的·政治的 과정을 통하여 점차 '分權的'인 성격으로부터 '集權的'인 성격으로 발전하여 왔던 것이다<sup>50)</sup>.

국제법의 규율 대상 내지 내용적 범위의 확대와 더불어 국제사회에 있어서의 法治主義의 強化를 위하여 필요한 과제는 國際法の 法典化이다. 국제법의 법전화란 국제법을 條約의 형태로 성문화하는 작업을 말한다. 이에 ① 기존의 國際慣習法이나 判例에 의하여 확립된 규칙을 거의 변경함이 없이 조약으로 정립하는 것과, ② 기존의

49) 어떠한 法的 共同體이든간에 그 공동체의 유지를 위하여 지켜져야만 되는 최소한의 공통적인 價値體系(minimum of uniformity)가 존재하며 이러한 공통의 가치체계는 공동체의 목표로 간주되고 있는 法的 價値(legal values)와 관련되어지거나 아니면 모든 공동체 구성원들에 의하여 준수되도록 의무화되고 있는 法原則 가운데 포함되어진다. 이러한 최소한의 價値體系의 총체를 '公共秩序'(common public order)라고 한다. 국제사회의 경우에도 이러한 '國際的 公共秩序'(public order of the international community or international public order)의 존재는 필수적이다. 바로 국제적 공공질서를 바탕으로 國際强行規範(jus cogens)이 성립되며 또한 많은 實定的 國際法規則들이 도출되어지는 것이다. 이에 대해서는 Hermann Mosler, op. cit., pp.17-20 참조.

50) 박치영, 전제서, p.27.

관습법이나 판례 등에 의하여 확립되어지지 못한 규칙들을 국가간의 합의를 얻을 수 있도록 다소간의 변경을 가하거나 또는 새로이 형성되고 있는 규칙을 조약으로 정립하는 것 등이 포함된다<sup>51)</sup>.

그 동안 유엔과 그 專門機關들은 다양한 범위와 내용을 갖는 '國際法體系'(corpus juris)<sup>52)</sup>를 형성하고 그 실효성을 증대시키는 데 많은 공헌을 하여 왔다. 오늘날 국제법의 法典化(codification of international law)는 주로 유엔 總會 산하의 '國際法委員會'(International Law Commission)의 작업을 바탕으로 이루어지고 있으며<sup>53)</sup> 유엔 총회는 스스로도 決議(resolutions)<sup>54)</sup>의 채택을 통하여 국제법의 발달에

51) H.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification*(Leyden: Sijthoff, 1972), p.16. 유엔 憲章(제13조 1항)과 '國際法委員會規程'(제15조)에 의하면 '국제법의 법전화'(codification of international law)와 '국제법의 점진적 발달'(progressive development of international law)이 구별되고 있으나 실제로 국제법위원회는 양자를 엄밀하게 구별하지는 않는다고 한다(Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3rd ed.(Oxford: Clarendon Press, 1979), pp.31-2).

52) Oscar Schachter, "United Nations Law", 88 *American Journal of International Law*, 1994, p.1.

53) 국제법위원회는 1947년에 설립되었으며 그 해 개최된 제1회기에서 앞으로의 法典化를 위한 주제로서 다음과 같은 14개의 항목이 선정된 바 있다: ① 국가 및 정부의 承認, ② 국가 및 정부의 相續, ③ 국가 및 그 재산에 대한 裁判權免除, ④ 국가영역 외에서 행해진 범죄에 대한 管轄權, ⑤ 公海制度, ⑥ 領海制度, ⑦ 國籍(無國籍 포함), ⑧ 외국인에 대한 처우, ⑨ 庇護權, ⑩ 條約法, ⑪ 외교관계 및 特權免除, ⑫ 영사관계 및 특권·면제, ⑬ 國家責任, ⑭ 仲裁裁判節次. 그리고 1971년 4월 23일 유엔 事務總長이 국제법위원회에 제출한 「국제법의 전망」(Survey of International Law, A/CN.4/245-23 April 1971)에 의하면 이외에 경제관계에 관한 법, 국가의 一方的 行爲에 관한 법, 國際水路에 관한 법, 宇宙法, 環境法, 國際組織法, 武力紛爭에 관한 법, 國際刑法 분야 등 다양한 분야가 포함되고 있다. 자세한 것은 최재훈·정운장·하재환·김부찬 외 5인 공저, 「國際法新講」(新英社, 1996), pp.57-59; B. G. Ramcharan, *The International Law Commission*(Hague: Martinus Nijhoff, 1977), p.64 참조.

54) 유엔 總會의 決議는 그것이 국제법의 原則 및 規則들을 포함한 것이면서 콘센서스 방식으로 채택되었을 때 法的 效力이 인정된다고 할 수 있다. 즉, 총회의 決議가 ① 모든 회원국들에 의하여 수락되고 있는 유엔 憲章의 '公認된'(authentic) 解釋, ② 승인된 國際慣習法의 확인, 그리고 ③ 諸國에 의하여 수락되고 있는 法의 一般原則의 명시 등에 해당되는 경우에는 구속력이 있는 것으로 인정될 수 있다고 하는 것이다. 현재 '有權的인 유엔 決議'(authoritative UN resolution)로서 국제법학자들에 의하여 지적되고 있는 대표적인 예가 1970년 유엔 총회에서 콘센서스 방식으로 채택되었던 'the Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in Accordance with the Charter of the United Nations'이다(Oscar Schachter, op. cit., p.3).

한편 Elias는 만장일치로 채택된 것이든 다수결로 채택된 것이든 유엔 총회의 결의는 同意(consent), 禁反言의 원칙(estoppel), 默認(acquiescence), 그리고 민주주의 원칙(democratic principle) 등에 의하여 유엔의 全會員國에 대하여 구속력을 갖는다고 한다

크게 기여하여 왔다<sup>55)</sup>. 국제법의 법전화는 유엔을 비롯한 政府間國際組織뿐만 아니라 '國際法學會'(the Institute de Droit International)나 '國際法協會'(International Law Association)와 같은 非政府間國際組織의 활동에 의해서도 크게 촉진되고 있다<sup>56)</sup>.

## 2) 國際法の 實效性增大

국제법의 法的 性質을 부정하기 위한 근거로서, 또는 妥當性과는 별개의 관점에서 國際法の 實效性에 대한 의문이 제기되어 왔다. 앞에서 이미 다룬 것처럼 실효성의 문제는 법으로서의 存在 여부와는 직접적으로 관계 있는 것은 아니다. 그러나 國際法이 실효적으로 준수되거나 강제될 수 없다고 한다면 국제법의 현실적 기능 수행에는 많은 제약이 따를 수밖에 없는 것이다.

국제법의 妥當基盤인 국제사회에는 국가의 執行機關이나 司法機關에 견줄만 한 機關이나 權力이 존재하지 않는 것은 사실이다. 따라서 전통적으로 국제법의 적용 및 집행에 대해서도 국제사회의 구성원 자신인 國家들의 직접적인 참여가 이루어져 왔던 것이다. 그러나 오늘날에 와서는 국제법의 적용 및 집행과 관련된 조직적·제도적 접근 방법이 많이 활용되고 있음을 알 수 있다. 국제법의 집행 및 적용은 많은 경우에 유엔의 集團의 安全保障體制에 의한 強制措置 및 國際紛爭의 평화적 해결기능에 의거하여 이루어져 왔다. 국제평화를 위협 또는 파괴하거나 侵略을 자행하는 국가에 대하여 制裁를 가함으로써 국제평화를 유지하고 국제법을 수호하려는 集團의 安全保障制度는 유엔의 安全保障理事會(Security Council)를 중심으로 운영되고 있으며, 국제분쟁을 司法的으로 해결함으로써 국제평화와 국제정의의 실현을 보장하려는 司法的 紛爭解決

---

(G.I. Tunkin, "The Role of Resolutions of International Organizations in Creating Norms of International Law", W.E. Butler, ed., International Law and the International System(Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), p.6). 그러나 Tunkin은 유엔 총회의 결의를 포함하여 일반적으로 국제조직의 決議는 ① 勸告的 決議(recommendatory resolutions)로서 법적 효력이 인정되는 것, ② 단지 정치·도덕적 의미만을 갖는 것, 그리고 ③ 법적 효력은 없지만 '일정한 法的 要素'(a certain legal element)는 보유하는 것 등으로 나눌 수 있다고 한다(Ibid., p.5).

55) 유엔의 機關들에 의한 국제법의 발달에 관해서는 Rosalyn Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*(London: Oxford University Press, 1963) 참조.

56) 그리고 國內學會이긴 하지만 세계적인 범위에서 회원들이 가입하고 있는 '美國國際法學會'(American Society of International Law)도 유엔 經濟社會理事會(ECOSOC)의 협의 당사자로서 국제법의 법전화에 기여하고 있는 비정부간 조직이라고 할 수 있을 것이다. 미국 국제법학회는 '유엔 국제법 10년에 대한 연구 그룹'(the Interest Group on the UN Decade of International Law)을 설치하여 관심을 갖는 회원들을 중심으로 국제법의 법전화 및 점진적 발달에 관하여 연구하고 정기적으로 Newsletter를 발간하고 관련 자료들을 출판하도록 하고 있다(Sompong Sucharitkul, op. cit., p. 4).

의 방식은 유엔의 國際司法裁判所(International Court of Justice: ICJ)에 의하여 주도되고 있다. 결국 현실적으로 安全保障理事會와 國際司法裁判所의 존재는 국제법의 실효성을 결정적으로 강화시켜 주는 요소가 되고 있다.

이와 같이 본래 分權的인(decentralized) 성격을 가지고 있는 국제법은 유엔의 정치과정 및 제도적 장치를 바탕으로 하여 점차 集權的인(centralized) 성격으로 변화되고 있다. 국제법의 확대·강화 및 紛爭의 平和的 解決機能의 강화가 法治主義의 요청이라고 한다면, 유엔의 국제법 창설적 기능과 국제사법재판소 및 안전보장이사회의 기능에 대한 법·제도적인 보완이 있어야 할 것으로 생각하며, 유엔 이외의 世界的 國際組織 또는 地域的 國際組織 및 國際裁判所의 활용 방안에 대해서도 많은 연구가 있어야 할 것으로 본다.

### 3. 國際紛爭의 司法的 解決制度的 강화

國際法の 實效性을 증대시키고 法治主義를 강화하기 위하여 해결해야 할 중요한 과제 가운데 하나가 國際紛爭의 司法的 解決의 가능성을 제고하기 위한 방법을 모색하는 것이다. 사실 한 국가가 분쟁을 司法的 解決方法에 회부하는 것은 일반적으로 國際法 및 國際裁判所에 대한 존중과 믿음을 기초로 하는 것이다. 다른 국가도 자신과 같이 분쟁을 국제재판에 회부하리라는 기대감은 국제법체계의 강화를 가져올 뿐만 아니라 국제관계를 점차 제도화·규범화시키고 또한 국제법 이탈적인 행위의 비용을 증가시키는 효과를 가져오게 된다<sup>57)</sup>.

국제분쟁을 평화적으로 해결하는 것을 국제법의 기본원칙으로 정립하려는 노력은 오랜 역사를 가지고 있다. 당사자간의 直接交涉, 周旋, 仲介, 事實審査, 調停, 仲裁裁判, 司法裁判 등 여러 가지 평화적인 분쟁의 해결방법들이 발달되어 왔으나<sup>58)</sup>, 이 司法的 拘束力 있는 판결을 행하는 상설의 재판소에 분쟁의 해결을 위한 권한을 부여하고 그 判決에 따라 분쟁을 해결하도록 함으로써 분쟁을 客觀的 終局的으로 해결하기 위하여 이용되고 있는 것이 司法裁判(judicial settlement)의 방식이다<sup>59)</sup>.

오늘날 사법재판에 의하여 분쟁을 해결하고 있는 국제적 사법재판소로는 유엔의 주 요기관으로 설치되고 있는 국제사법재판소를 비롯하여 유럽人權裁判所(European Court of Human Rights), 유럽聯合司法裁判所(Court of Justice of the

57) 최태현, "국제사법재판소의 운영원리에 대한 재고와 새로운 방향모색", 『국제법학회논총』 제40권 2호, 1995, p.257. 국제법 위반에 따른 政治的 費用(political cost)의 부담은 국가들로 하여금 국제법을 준수하도록 만드는 효과를 가져 오게 된다고 한다(Martin Dixon, *Textbook on International Law*(London: Blackstone Press Ltd., 1990), p.8).

58) 유엔 헌장 제33조 1항 참조.

59) 국제분쟁의 평화적 해결방법의 종류와 그 특징 그리고 문제점 등에 대해서는 J.G. Merrills, *International Dispute Settlement*(London: Sweet & Maxwell, 1984) 참조.

European Union), 베네룩스司法裁判所(Benelux Court of Justice), 美洲人權裁判所(Inter-American Court of Human Rights), 그리고 최근에 설치된 國際海洋法裁判所(International Tribunal for the Law of the Sea) 등이 있다. 이 중 국제사법재판소는 일반적인 관할권을 갖는 세계적인 사법재판소로서 그 권위가 널리 인정되고 있다. 그 동안 국제사회의 불완전한 구조와 현실 속에서도 국제사법재판소는 나름대로 법치주의의 정착을 위하여 많은 노력을 기울여 왔던 것도 사실이다.

그러나 국제사법재판소는 아직 진정한 의미에서 '世界法廷'(World Court)으로 발전되지 못하고 있다. 이는 국제사회의 權力政治的 현실<sup>60)</sup>과 국제재판소가 가지고 있는 內在的制度的 限界 때문이다<sup>61)</sup>. 분권적이고도 다원적인 국제사회의 현실상 '법의 지배'보다 '힘의 지배'를 앞세우는 주권국가들의 태도가 우선 문제가 된다. 그리고 內在的制度的인 측면에서 국제사법재판소의 구성과 관련하여 재판의 절차 및 결과의 公正性에 많은 문제가 제기되고 있으며 또한 재판소의 非強制的 管轄權(non-compulsory jurisdiction) 때문에 많은 국가들이 자신의 분쟁을 국제사법재판소에 회부하는 것을 기피하는 것이 전혀 법적으로 제한되지 않고 있다. 그리고 오늘날 국제사회 및 국제관계의 구성원이 다양해지고 그 성격이 근본적으로 변화되고 있음에도 불구하고 재판소에 대한 提訴權(*locus standi*)이 여전히 국가에 대해서만 인정되고 있는 것도 중요한 문제점으로 지적되고 있다.

이에 따라 그 동안 국제사법재판소의 기능 및 역할을 제고하기 위한 다양한 의견들이 제시되어 왔다. 이들을 요약하면 다음과 같다: ① 특정국가를 被告國(defendent State)로 부르는 데 대한 거부감을 갖고 있음에 비추어, 특정 국가를 피고국으로 지칭하지 않고 소송을 진행하는 소위 '一方的'(ex parte) 소송절차를 채택한다. ② 國際司法裁判所規程 제38조 2항에 규정되고 있는 '衡平和 善에 의한'(ex aequo et bono) 재판을 보다 많이 이용할 수 있게 유도함으로써 司法裁判의 결과 敗訴에 대한 두려움으로부터 벗어날 수 있도록 한다. ③ 유럽 연합의 사법재판소가 채택하고 있는 '先決的 付託'(preliminary reference) 절차를 도입함으로써 국내재판소에서 국제

60) 이와 관련하여 일본의 牧田幸人은 국제사회의 사회적·법적·정치적 구조가 국내사회와 본질적으로 다르고 국제사회에는 권력작용의 면에 있어서도 통일적인 공권력을 배경으로 하는 위계적 권력질서가 존재하지 않는다는 점을 지적하고 있다(牧田幸人, 『國際司法裁判所の組織原理』, 1986, p.246, 최태현, 전계논문, p.259에서 인용).

61) 이는 國際司法裁判所의 기본적 구조와 운영원리가 제도화되는 과정에서 제기되었던 두 개의 대립적 관점에서 그 역사적 배경을 찾을 수 있다고 본다. 이 대립되는 두 개의 관점들은 理想主義的 관점과 現實主義的 관점이다. 이상주의적 관점은 국가평등의 원칙을 강조하면서 국제사법재판소의 바람직한 상태를 제도화하려는 입장인 반면에 현실주의적 관점은 국제사회의 정치적 현실을 직시하는 바탕에서 대국의 우월적 지위를 강조하는 입장이다. 국제사법재판소의 골격은 이러한 두 가지 입장이 절충되는 기초 위에서 정해진 것으로 現實主義的 觀點이 반영되어진 부분에서는 많은 문제점들이 지적될 수 있는 여지가 있게 된 것이다(牧田幸人, 前掲書, p.225).

법적 문제가 제기되는 경우 국제사법재판소의 절차를 거치도록 하고 이를 국내재판의 기초로 삼도록 한다. ④ 勸告的 意見(advisory opinion)과 관련하여 현재 유엔 總會와 安全保障理事會 등에만 한정하고 있는 ‘勸告的 意見要請權’을 다른 국제조직들에게도 부여하도록 한다. ⑤ 국가 이외에 국제조직 및 개인에 대해서도 當事者能力 및 提訴權을 부여함으로써 많은 國際法主體들간의 분쟁을 대부분 국제사법재판소에서 다룰 수 있도록 한다. ⑥ 재판관의 선출에 있어서 재판의 공정성을 확보할 수 있는 방법을 제도적으로 보장하도록 한다. ⑦ ‘強制管轄權’(compulsory jurisdiction) 제도를 강화함으로써 재판소의 物的 管轄權이 보다 확대될 수 있도록 한다. ⑧ 判決不履行에 대한 制裁를 강화하는 등 判決遵守制度를 보완하도록 한다<sup>62)</sup>.

#### IV. 結 論

21세기를 앞둔 오늘날의 국제사회는 이념적으로 國家主義는 물론 단순한 國際主義를 넘어서서 공통의 이념과 가치를 추구하는 世界主義(globalism)를 지향한다고 할 수 있다. 또한 이러한 의미에서 국제사회는 세계사회로의 변화를 추구한다고 할 수도 있을 것이다. 그러나 국제사회의 현실을 보면 아직도 國家主義의 잔재가 그대로 남아 있으며 진정한 의미의 國際主義的 협력관계도 아직 실현되지 못하고 있다고 할 수 있다. 21세기를 無限競爭의 시대로 규정하면서 國益追求를 최대의 목적으로 삼는 국가들의 政治的 功利主義 내지 利己主義的 정책과 행동이 점점 더 위세를 더하는 측면도 나타나고 있다.

국제평화와 안전을 유지함은 물론 이를 바탕으로 인류 전체의 보편적 가치로서의 正義人權福祉의 실현을 위한 국제협력의 달성을 위하여 國際社會에 있어서의 法治主義의 실현 및 강화는 반드시 실현되어야 할 과제라고 생각한다. 法治主義의 이념을 보편화하고 제도적으로 실현함으로써 국제사회는 하나의 法的 共同體로 자리잡게 됨은 물론 점차 세계사회 내지 인류공동체로 발전되어 나가고 이를 바탕으로 항구적인 평화와 질서가 확립되고 국제사회의 正義도 실현될 수 있다고 본다.

오늘날 국제사회에 있어서의 法治主義의 실현과 관련하여 중요한 역할을 수행하고 있는 것이 國際法과 國際組織이다. 국제법의 法典化 및 實效性의 증대 그리고 國際社會의 組織化는 국제사회에 있어서 법치주의의 강화를 위하여 매우 중요한 과제라고 본다. 이와 관련하여 우리는 특히 유엔의 역할에 주목할 필요가 있다. 유엔은 국제평

62) Leo Gross, "The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing its Role in the International Legal Order", 65 *American Journal of International Law*, 1971, pp.253-326; 김정건·이재곤, "국제사법재판소의 役割提高를 위한 小考", 『국제법학회논총』 제32권 1호, 1987, pp.54-8; 최태현, 전제논문, pp.259-74.

화와 안전의 유지 및 국제협력의 달성을 위한 국제조직으로서 國際法의 法典化 및 實效性增大에 대해서도 매우 중요한 역할을 수행하고 있다. 점차 世界社會로 전환되어 나가고 있는 國際社會의 새로운 과제의 해결을 위해서 유엔의 기능이 보다 강화될 수 있도록 憲章과 조직체계를 정비함은 물론 會員國들의 유엔에 대한 인식과 태도가 근본적으로 변화되어야 할 필요가 있다고 본다