

국제법의 합법성과 정당성

- T.M. Franck 교수의 국제법이론을 중심으로 -

김 태 천*

목 차

- | | |
|-------------------------------|--|
| I. 서 론 | (2) 상징적 유효성(symbolic validation),
의례(ritual) 혹은 정통성(pedigree) |
| II. 근대적 합리성과 합법성 | (3) 일관성(coherence) |
| 1. Weber의 형식적 합리성 | (4) 연계성(adherence) |
| 2. Habermas의 의사소통적 합리성 | V. Franck 교수의 '민주적 지배'의 이념 |
| III. 합법성과 정당성의 관련성 | 1. '민주적 지배'의 개념 |
| 1. Weber | 2. 민주적 지배의 규범적 기반 |
| 2. Hart와 Dworkin | (1) 자결권(특히 분리적 자결권) |
| 3. Habermas | (2) 표현의 권리 |
| IV. Franck 교수의 '정당성'의 이론 | (3) 선거권 |
| 1. 정당성의 개념 | 3. 규범적 기반의 수평적 구조(일관성) |
| 2. 정당성의 정도를 측정하기 위한
4가지 변수 | 4. 규범적 기반의 계층적 구조(연계성) |
| (1) 결정성(determinacy) | 5. 비판 |

I. 서 론

주지하다시피 국제법의 위반은 일반적으로 국내법의 경우와 달리 강력한 중앙집권적 권력에 의한 제재를 전제로 하지 않는다. 그럼에도 불구하고 국제법은 일반적으로 잘 준수되고 있다. 그 이유는 무엇 때문인가. 이에 대해서는 많은 국제법학자들이 매우 다양한 견해를 표명한 바 있다. 미국의 New York 법과대학의 Thomas M. Franck 교수도 그들 중의 한 사람이다.

Franck 교수는 오늘날 국제사회에서 국제법의 강제이행제도가 완비되어 있지 않음에도 왜 국가들은 국제법(규칙)을 잘 준수하는가 라는 문제를 제기한다. 이 문제에 대한 해답을 제시하기 위하여 그는 '정당성'(legitimacy)과 '공정성'(fairness)이라는 전통적인 사회학적 내지 정치학적인 개념을 도입하여 거기에 새로운 의미를 부여함으로써 우리들의 국제법적 시각을 넓혀주고 있다. 그에 의하면 국가들은 '고도의 정당성'(a high degree legitimacy)을 가진 국제법규범을 비교적 잘 준수하는 경향을 가진다는 것이다. 이와 같은 정당성은 민주주의, 특히 '민주적 지배'(democratic governanc

* 경북대 교수

e)¹⁾ 혹은 '민주적 정당성'(democratic entitlement)의 이념을 핵심적인 내용으로 한다. 이러한 정당성은 나아가 도덕적 정의(justice of morality)와 결합함으로써 현대국제법체계의 가장 중요한 목표 가치 중의 하나인 '공정성'(fairness)²⁾에 이른다. 이에 따라 정당성과 공정성은 국제법의 실효성(내지 유효성) 확보를 위한 토대가 된다는 것이다.

최근 미국의 현대국제법이론에 있어서 신자유주의(neo-liberalism) 국제법이론의 한 줄기를 형성하고 있는 위와 같은 Franck 교수의 소위 정당성이론과 '민주적 지배'의 이념은 Max Weber의 사회학 이론(지배사회학)에서 출발하여 Jürgen Habermas와 같은 비판사회철학자들에 의해 발전되어 온 '근대적 합리성'을 둘러싼 사회철학적 담론을 국제법학에 도입하여 접목시킨 것이라고 말할 수 있다.

이 글에서는 먼저 근대적 합리성, 합법성 및 정당성을 둘러싼 논쟁과 이론의 발전과정을 Weber와 Habermas의 견해를 중심으로 살펴본 다음, 본론에 들어가서 Franck 교수의 정당성이론과 민주적 지배의 이념을 둘러싸고 전개되고 있는 최근의 국제법학적 담론을 검토하기로 한다.

II. 근대적 합리성과 합법성

1. Weber의 '형식적 합리성'의 이론

어떠한 근거에 의해 특정한 규칙이 정당성을 가지는가, 그리고 그 규칙의 정당성의 수준이 낮은 단계에 있는지 혹은 높은 단계에 있는지 여부의 판단기준은 무엇인가. 이에 대한 Franck 교수의 답변을 듣기 전에 앞서 Weber와 Habermas의 견해를 살펴볼 필요성이 있다.

Weber에 의하면 지배라 함은 일정한(또는 모든) 명령에 대하여 어느 특정한 인간 집단이 복종할 수 있는 가망성을 의미한다고 하면서,³⁾ 이러한 의미에 있어서 지배는 무의식적인 습관으로부터 목적합리적인 법과 제도에 이르기까지 여러 가지 동기에 의해 그 정당성이 부여된다고 한다. 그리고 지배의 정당성은 근본적으로 합리적 성격(합법적 지배), 전통적 성격(전통적 지배), 혹은 카리스마적 성격(카리스마적 지배)을 지닐 수 있다는 것이다.⁴⁾ 그 이유를 불문하고 정당성에 대한 '믿음'은 곧 지배에 대한 복종을 가능케 한다. 합법적 지배에 있어서도 형식적 법규칙에 대하여 일반인들이 정당하다고 믿는 경우에는 지배의 정당성이 부여될 수 있게 된다.

한편, Weber에 의하면 서양문명의 발전과정에 있어서, 특히 자본주의를 근간으로 하는 근대서양 사회의 성립과 발전에 있어서 어떠한 법칙이 작용했는가를 규명하면서, 그 해답을 '합리성'(rationality) 내지 '합리화'(rationalization)라는 개념에서 찾아내었다.⁵⁾ Weber에게 있어서 합리

1) 'governance'라는 용어는 '통치', '지배', '관리' 등과 같이 매우 다양하게 번역되고 있으나, 어느 것이든 그 의미를 정확하게 반영한 것이라고 보기는 어렵다. 이 글에서는 편의상 '지배'라고 번역하기로 한다.

2) 프랑크 교수의 국제법상 '공정성'에 관한 논의(T.M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1995)는 이 글에서의 연구대상으로 하지 아니하고 차후의 연구과제로 넘기고자 한다.

3) 막스 베버/ 박성환 옮김, 『경제와 사회 I』, (서울: 문학과 지성사, 1997), 408쪽.

4) 상계서, 412-413쪽.

성은 매우 다양한 의미를 지니고 있다. 그러나 일반적으로 통용되는 합리성 내지 합리화란 오랫동안 모든 생활영역을 지배해온 전통이나 관습이 사라지고 그 대신에 명확하고 이성적으로 계산가능한 방식과 절차가 점진적으로 확산되어가는 과정을 의미한다. 그리하여 이제 인간의 삶을 파고드는 그 어떤 힘도 결코 신비롭거나 불가사의한 것이 아니며, 모든 것은 계산을 통해 지배될 수 있다. 이러한 점에서 합리화란 바로 세계의 '탈신비화'(탈주술화, 탈마술화)를 의미한다.⁶⁾ 이것은 곧 인간행위의 목표지향성, 계획성, 계산가능성 그리고 예측가능성을 의미한다.⁷⁾

이러한 합리성이 추구되는 사회, 다시말하자면 합리화된 사회 내지 합리적 사회에 있어서는 지적 권위의 주요원천으로써 종래의 종교 대신에 전문화된 과학이 그 자리를 대신하고, 사회의 각 분야에 있어서 의사결정권은 종래의 교양인 대신에 체계적으로 훈련된 전문가에게 주어지며, 또한 카리스마적 인물에 의한 사회통제 대신에 추상적이고 보편화되고 체계화된 성문법에 의한 공식적 사회통제로 바뀌게 된다는 것이다.⁸⁾ 그리고 법적 행위 등과 같은 사회적 행위의 합리성은 행위주체의 의견이나 행동이 명백한 의식적 이유와 근거를 갖고 있어야 할 뿐만 아니라 그 사회구성원의 대다수가 그러한 행위주체의 의견이나 행동의 이유와 근거를 정당한 것으로 인정해야 된다는 조건, 즉 사회적 정당성이라는 조건을 충족시켜야 한다는 것이다. 다시말하면 사회체계적 합리성은 사회적 정당성을 추가적 충족요건으로 필요하다는 것이다.⁹⁾ 이에 따라 '합리성'은 '정당성'을 전제로 하게 된다.

나아가, Weber는 근대사회(근대성)의 주된 특징¹⁰⁾을 '전통적 지배에서 법적 지배로의 전환'이라고 규정짓고, 법적 지배의 정당성은 바로 법의 합리성으로부터 나온다고 주장한다. 그리고 법의 합리성은 법전문가에 의해 관리되는 법의 형식적 일관성에 의해 구현된다고 한다. 다시말하면, '형식적 합리성으로서의 법'은 바로 일반인에게 그들의 행위의 결과에 대해 충분히 예측 가능하도록 통일성과 일관성이 확보되고 충분히 세분되어 있는 법을 의미한다. 그리고 여기서 '형식적'이라 함은 법에 따른 형식적 고려 이외에는 실질적인 정의의 고려를 행하지 않는 것을 의미하고, 또한 '세분되어 있다'는 것은 구체적인 경우에 행위에 귀속될 결과에 대한 예측을 논리적으로 가능하도록 충분히 분화되어 있는 것을 의미한다. 이리하여 법은 사회의 다른 영역, 특히 도덕이나 정치로부터 거의 독립하여 독자적인 체계를 이루게 된다.

이와 같은 형식적 합리성에 기초한 Weber의 법이론은 1920-30년대 미국의 법현실주의(legal realism)에 의해 공격의 표적이 되기도 하였으나, 최근 Habermas에 의해 새로운 모습으로 탈바꿈되고 있다.

-
- 5) 배동인, "베버의 합리성 개념의 비판적 검토와 재구성", 배동인 외8, 『막스베버 사회학의 쟁점들』, (서울: 민음사, 1995), 52쪽; 합리성의 개념은 베버 이전에 이미 18세기경 칸트에 의해 체계화된 바 있고, 베버는 칸트의 영향을 받은 것으로 추정되고 있다.
 - 6) 선우현, "근대성에 대한 반성적 통찰 -베버와 하버마스의 시대진단 비교-", 장춘익 외, 『하버마스의 사상: 주요 주제와 쟁점들』, (서울: 나남출판, 1996), 379쪽.
 - 7) 배동인, 전계서, 45쪽.
 - 8) 상계서, 44쪽.
 - 9) 상계서, 52쪽.
 - 10) 선우현, 전계서, 380쪽; 베버에 의하면 근대사회의 주된 특징은 자본주의적 경제제도, 관료적 행정조직, 형식적 법의 출현 등을 예시하고 있다.

2. Habermas의 '의사소통적 합리성'의 이론

Habermas는 Weber의 합리성이론을 비판적으로 수용하여 재구성하였다.¹¹⁾ 그는 근대성에 관한 반성적 통찰을 수행함에 있어서¹²⁾ Weber의 합리성이론을 기본적 분석틀로 수용하면서, Weber는 목적합리성 내지 형식적 합리성에 지나치게 편중되어 있음을 비판한다.¹³⁾ Weber는 합리성에 대한 다의적 개념¹⁴⁾을 설정하였으면서도 자신이 추구할 수 있었던 다양한 경로 중에서 유독 근대적 합리성(포괄적 합리성)의 하위개념인 목적합리성의 제도화에 대한 탐구과정을 선택했다는 점에서 오류를 범하고 말았다고 비판한다.¹⁵⁾ 그로 인해 Weber는 도구적 자본주의와 관료제의 기원과 형성에 몰두하게 됨으로써 근대적 세계의 이해에 의해 활짝 열려진 다양한 합리화 가능성의 지평을 결국 도구적으로 환원하고 말았다고 비판한다.¹⁶⁾ 그리고 Weber는 합법성의 합리성이 정치의 비이성적 힘에 대하여 방어할 수 있는 미약하고 불운한 방파제 역할을 수행하고 있다고 주장하나, Habermas에 의하면 Weber에게 있어서 이성은 기껏해야 도구적 성격만을 가지기 때문에 가치들간의 선택이 있을 수 없고 이에 따라 가치의 선택을 정치권력에 맡겨버리지 않을 수 없게 된다고 비판한다.¹⁷⁾ 따라서 Habermas에 의하면 Weber는 법치국가라는 제도적 틀을 전제로 하는 공공질서를 재정립하기 위한 역할을 수행할 수 있는 합리성에 내재하는 잠재성을 과소평가하였다고 분석하였다.

-
- 11) 하버마스는 베버뿐만 아니라 그 이후의 호르크하이머, 아도르노, 루카치, 그리고 마르쿠제 등으로 이어지는 제1세대 비판이론가들의 이론을 비판적으로 수용하여 재구성하였다.
 - 12) 스티븐 베스트·더글라스 켈러/ 정일준 옮김, 『탈현대의 사회이론 -탈현대의 비판적질-』, (서울: 현대미술사, 1995), 300-306쪽; 하버마스는 근대성, 근대이성과 근대철학에 대하여 활발한 비판을 제기하지만, 포스트모더니스트들과는 대조적으로, 그리고 비판이론의 선배들인 호르크하이머, 아도르노, 마르쿠제 등과 마찬가지로 순전히 해체적이고 파괴적인 접근보다는 재구성하려는 접근을 취한다. 그는 근대성을 완성되지 않은 해방의 잠재력을 보유하고 있는 미완의 기획으로서 옹호하고, 계몽주의적 이성을 '도구적이고 실증적인 이성'이라고 비판하면서, 합리성(이성)의 재구성을 요구하고 비판적 이성 내지 실천적 이성을 주장한다.
 - 13) 상계서, 385쪽.
 - 14) 배동인, 전계서, 46쪽; 베버에 있어서 합리성은 다형태적(polymorphous) 성격을 내포한다. 즉, 그의 합리성은 실천적(practical), 이론적(theoretical), 실질적(substantial: material), 그리고 형식적(formal) 합리성의 네 가지 범주로 나눌 수 있다. 실천적 합리성은 개인의 생활양식에 있어서 그의 순전히 실용적이며 이기적인 이해관심의 관점에서 세상사를 보고 판단하는 경우를 지칭한다. 이론적 합리성은 행위를 통해서보다는 정확한 추상적 개념들의 구성과 인지적 사고과정을 통해서 현실의 의식적 지배를 시도하는 경우이다. 실질적 합리성은 행위를 가치원칙에 따라 직접적으로 지도하는 경우를 말한다. 예컨대, 기독교인이 오직 올바르게 행위를 할 뿐 그 결과는 신에게 맡기는 경우처럼 결과(목적)와 상관없이 절대적 가치에 대한 믿음에 의해 행위가 결정될 때 이를 가치합리적이라 하고, 이렇게 도출된 가치합리성은 곧 실질적 합리성의 내용을 이룬다. 한편, 형식적 합리성은 산업화과정과 함께 나타나는 삶의 영역들과 지배구조와 관련된 것으로서 특히 경제적, 법적, 과학적 영역과 관료제적 지배형태가 이에 해당한다는 것이다. 그리고 위와 같은 네 가지 합리성 유형의 공동점은 현실지배를 목표로 하는 행위의 의식적 규칙성이라는 의미를 내포하고 있다는 점이다.
 - 15) 윌트겐 하버마스/ 서규환 외(역), 『소통행위이론 I -행위합리성과 사회적 합리화-』, (서울: 의암출판, 1995), 180쪽.
 - 16) 배동인, 전계서, 385-386쪽.
 - 17) David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy- Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar* -, (Oxford: Clarendon Press, 1997), p.237.

또한, Habermas는 Weber가 근대법의 합리성 내지 합리화를 전적으로 목적합리성 내지 형식적 합리성의 측면에서 다루고 있다고 비판한다.¹⁸⁾ Weber가 말하는 근대법은 도덕의식이나 가치로부터 분리되어 독자적인 체계를 이룬다. 이에 대해 Habermas는 근대법은 근대의 도덕의식의 구현체이며 가치합리성에 토대를 두고 있다고 반론을 제기하면서, 근대법의 형식은 그것을 구현한 탈전통적 의식구조에 의해 해명될 수 있으며, 합리적 동의의 타당성이 그 핵심이라고 지적한다. 그리고 Weber는 근대법의 정당화 토대를 형성시킨 도덕적 원칙을 간과하고 법적 합리화의 규범적 측면(논증적 측면)을 무시한 채, 근대법을 실증주의적으로 제한하면서 형식적 합리성의 관점에서 논구한다는 것이 Habermas의 비판의 요지이다.¹⁹⁾

Habermas가 주창한 소위 '의사소통행위이론'(Theorie des Kommunikativen Handelns)²⁰⁾은 곧 Weber의 위와 같은 합리성이론을 비판적으로 수용한 다른 하나의 합리성 이론, 다시말하면 '의사소통적 합리성이론'²¹⁾이라고 말할 수 있다. Habermas는 '의식철학'(도구적 합리성)에서 '의사소통철학'(의사소통적 합리성)으로의 패러다임의 전환을 요구한다.²²⁾ 그는 현대성에 대한 지배적인 철학적 시각들이 주관주의적 '의식철학'에 기초하고 있고, 자신은 그것들에 대하여 의사소통행위에 대한 '상호주관적 철학'²³⁾을 가정하고 있음을 주장한다. 의식철학은 자기보존의 추동력에 기초한 '도구적 합리성'(혹은 목적합리성)의 개념을 가지고 작동한다. 이러한 도구적 합리성에 기초한 도구적 행위는 목적 그 자체의 합리성이나 정당성에 대한 성찰없이 수단을 목표로 연결시킨다고 한다.²⁴⁾ 반면에, 상호주관적 철학에 있어서 의사소통행위는 이성(합리성)을 전제로 한 주관과 주관 사이의 상호이해(상호양해)를 지향하는 행위를 말한다.²⁵⁾ 그리고 의사소통행위에 있어 합리적이라

18) 위르겐 하버마스/ 서규환 외(역), 전게서, 291쪽.

19) 상게서, 387-388쪽.

20) 하버마스에 의하면 의사소통행위는 언어를 통하여 행해진다는 점에서, 의사소통행위이론을 '대화이론'(혹은 담론, Diskurstheorie)이라고 명명하기도 한다.

21) 선우현, 전게서, 389-399쪽: 하버마스가 베버로부터 취하는 핵심범주는 '포괄적 합리성' 개념이다. 하버마스에 의하면 베버는 사회적 합리화를 탐구하는 데서도 형식적 합리성과 실질적 합리성을 포함하는 '복합적 합리성'을 암묵적으로 상정하고 있다. 이를 하버마스는 '실천적 합리성'으로 재구성한다. 이에 따라 하버마스는 '의사소통적 합리성'(혹은 절차적 합리성)을 포괄적 합리성 개념으로 제안하고 있다.

22) 스티븐 베스트·더글라스 켈러/ 정일준 옮김, 전게서, 306쪽: 하버마스는 그가 추구하는 패러다임의 전환이 프레케와 비트겐슈타인에 의해 비롯된 '의식철학'으로부터 '언어철학'으로의 이행 속에서 시작된다고 믿고 있다.

23) 상게서, 305-306쪽: 하버마스의 상호주관적 철학은 주체성의 철학과는 대조적으로 상호주관적 의사소통에 기초하고 사회적 연대와 언어의 유평파적 잠재력, 즉 상호이해에의 참여, 강제되지 않은 합의의 형성 등등에 기초한다.

24) 상게서, 305쪽.

25) 위르겐 하버마스/ 서규환 외(역), 전게서, 322-323쪽: 하버마스에 의하면 행위자는 우선 목적에 따라 충분히 명확해진 목표의 달성을 정향(지향)하면서, 주어진 상황 안에서 그가 보기에 적절한 수단들을 선택하고 다른 예측 가능한 행위 결과들을 성과의 부수 조건들로 계산하는바, 이러한 성과정향적 행위를 도구적 행위라고 부른다. 그리고 성과정향적 행위를 합리적 선택의 규칙을 따르는 측면에서 고찰하고 합리적 상대방의 결단에 미치는 영향의 작용 정도를 평가할 때 그것을 전략적 행위라고 부른다. 한편, 참여하고 있는 행위자들의 행위 계획들이 자기중심적 성과 계산이 아니라 상호이해의 실행들을 거쳐 조립될 때 이것을 소통적 행위라고 정의한다. 이러한 소통적 행위에서 참여자들은 자신들의 성과에 우선적으로 정향하지 않는다. 그들은 자신의 개인적 목표를, 그들이 자신의 행위 계획들을 공동적 상황 규정의 기저 위에서 서

고(정당하다고) 말할 수 있는 것은 다음과 같은 때이다. 즉, 의사소통능력(즉, 의사소통적 이성)을 소지한 행위자들은 상호간에 제기된 비판에 열려 있는 정당성을 주장하는데, 이들은 이러한 정당성을 검토하여 정초된 합의에 이르게 되며, 그 합의는 행위자들에게 합리적 동기를 부여하고, 나아가 강제없는(혹은 자발적) 구속력을 갖게 된다는 것이다.²⁶⁾

Habermas는 의사소통이론에서 규범의 정당성을 판단하기 위한 3가지 원칙을 제시한다. 첫째, 실천적 대화의 원칙(D)이다. 어떤 행위규범은 그것에 의해 직간접으로 영향을 받을 사람들이 모두 합리적 대화에 참여하여 동의할 수 있을 경우에 정당하다는 것이다. 둘째, 보편화의 원칙(U)이다. 어떤 규범이 정당하다는 것은 사람들이 일반적으로 그것에 따라 행동할 경우 각 개인의 이익의 충족과 관련하여 발생할 결과와 부작용이 모두에 의해 비강제적으로 받아들여질 수 있을 경우이다. 셋째, 민주주의의 원칙(Dm)이다. 어떤 법률이 정당성을 갖는 것은 그것이 법적으로 규정된 토의적 법제정과정에서 모든 법동료들의 동의를 얻을 수 있는 경우이다.

나아가, Habermas의 이원적 사회이론에 의하면 사회를 크게 '생활세계'와 '체계'로 나눈 다음, 후기자본주의사회에 있어서 도구적(계몽주의적) 합리성(이성)의 실패를 '체계'에 의한 '생활세계'의 '식민지화'라고 규정짓고 있다. 다시말하면, 근대 이전의 미분화된 사회에서는 개인의 사회화나 문화적 재생산, 그리고 사회통합(사회적 행위의 조정)이 모두 언어적 이해, 즉 서로의 행위를 조정하기 위한 합의(동의)에 의해 이루어졌다고 한다. 이와 같이 언어적 의사소통에 의해 재생산되는 사회영역을 Habermas는 '생활세계'(Lebenswelt)라고 부른다. 생활세계는 의사소통을 매개로 하여 서로 문화적으로 익숙한 가치를 공유하고, 서로 연대감을 가지고 살아가는 지평이다. 이러한 생활세계의 구성요소로는 인격, 문화, 사회라는 세 가지의 범주를 포함한다. 그리고 생활세계에 있어서는 의사소통행위를 통하여 문화적 재생산, 사회적 통합, 그리고 개인의 사회화라는 생활세계의 재생산 과정이 실현될 수 있다고 한다.²⁷⁾ 다른 한편, 근대사회의 분화를 통하여 출현한 정치와 경제의 영역은 언어적 이해가 아니라 권력과 화폐를 매개로 재생산되는 영역으로서 Habermas는 이를 '체계'(System)라고 부른다. 체계는 사회구성원들의 의사소통행위에 의해 구성되지 않은 또는 왜곡된 의사소통에 의해 구성된 사회의 부분으로서, 사회병리적 현상임과 동시에 사회적 억압의 부분이다. 그런데 후기자본주의에서는 '체계의 확장'이라는 사태가 발생한다.²⁸⁾ 오늘날의 후기자본주의사회는 인격, 문화, 시민사회를 내용으로 하는 생활세계와, 정치와 경제를 내용으로 하는 체계라는 이중적 구조를 가진다.²⁹⁾ 이러한 체계의 확장은 그것이 확장된 만큼 '생활세계의 축소' 내지는 '생활세계

로 맞출 수 있다는 조건 아래에서 추구한다.

26) 정호근, "의사소통적 합리성과 권력 그리고 사회구성", 장춘익 외, 전계서, 124쪽.

27) 이상화, "하버마스의 사회분석들에 대한 여성주의적 비판", 정호근 외, 전계서, 386-388쪽.

28) 이흥균, 전계서, 144쪽: 하버마스에 의하면 인류역사의 진화과정을 '체계의 생활세계로부터의 분리', '체계에 의한 생활세계의 식민화', 그리고 '생활세계의 부활(해방: 탈식민화)'의 과정으로 기술하고 있다.

29) 장춘익, 전계서, 235-236쪽: 하버마스에 의하면 생활세계와 체계를 연결하는 '전달띠'(경첩: 변환기: 매개체)는 바로 법이라고 한다. 다시말하면, '법은 연대성이, 즉 우리가 구체적인 삶의 관계들로부터 알고 있는 상호인정의 수준 높은 구조가 익명화되고 체계논리에 따라 매개된 복합적인 사회관계들에 추상적인, 그러나 구속력 있는 형태로 전이되게 하는 전달띠이다'라는 것이다. 요컨대, 하버마스는 법이 생활세계에서 형성된 규범적 요구를 체계에로 구속력 있게 전달하는 역할을 담당한다고 생각한다. 하버마스가 보기에 법은 언어적 의사소통에 내재하는 상호인정의 요구가 구속력있는 규범으로서 제도화된 것이다.

의 식민지화'를 초래하게 된다는 것이다. 이에 따라 Habermas는 '의사소통이론으로의 패러다임 전환'의 필연성을 주장한다.³⁰⁾ 이러한 패러다임의 전환을 통한 생활세계의 탈식민지화에 의하여 생활세계를 부활하고 재구축하는 것이야말로 바로 '의사소통행위'라고 한다.³¹⁾

요컨대, '의사소통적 합리성'은 행위의 합리성이고, 의사소통적 행위는 기본적으로는 상호이해지향적 행위로 정의된다. 이와 같은 의사소통적 합리성은 가치영역의 분화에 따른 과학, 도덕, 예술의 영역을 관할하는 고유한 합리성 복합체, 즉 인지적, 도덕적, 미학적 합리성의 조화와 균형을 통해 구성된 합리성이다. 이러한 다층적 차원으로 이루어진 의사소통적 합리성은 특히 도덕적 정당성을 지향하는 도덕-실천적 합리성이 핵심적 요소로 강조되며, 이런 이유로 의사소통적 합리성은 Weber의 가치합리성에 대응하는 것으로 이해되기도 한다.³²⁾

Habermas에 의하면 법은 곧 사회구성원(즉, 법동료³³⁾)간에 위와 같은 의사소통행위를 통하여 이룩한 정초된 합의라고 말할 수 있다. 그는 전통적인 도덕이나 사회윤리가 붕괴된 오늘날의 후기 산업사회에 있어서는 도덕은 가족관계처럼 좁은 영역을 넘어서는 사회적 갈등을 해소하고 통일을 달성할 수 있는 기능을 상실하게 되었으며, 이에 따라 법적 형식의 구성은 전통적인 사회윤리의 붕괴로 인하여 발생한 틈을 메우는데 반드시 필요하다고 하면서, 이처럼 도덕의 역할을 떠맡은 실정법이 정당한 것이어야 한다면, 즉 합법성과 정당성이 결합되어야 한다면 실정법과 그에 기초한 결정은 어떻게 정당할 수 있는가 라는 문제에 대하여 의사소통행위론 혹은 대화이론을 통하여 해답을 제시하고자 하였다.³⁴⁾

요컨대, 법의 정당성의 근거 내지 판단기준에 관하여, Weber는 법 자체의 '형식적 합리성'이라고 주장한 반면에, Habermas는 그것을 도덕성을 전제로 하여 법제도화된 '절차적 합리성'(실천적 합리성; 의사소통적 합리성)으로 대체시킨 것이라고 말할 수 있다.

Ⅲ. 합법성과 정당성의 관련성

일반적으로 법학에 있어서 합법성(legality)이란 무엇이며, 그리고 정당성(legitimacy)이란 무엇인가. 양자는 개념상으로 어떻게 구분될 수 있는가. 나아가 양자는 서로 관련성을 가지는가.

1. Weber

위와 같은 합법성과 정당성의 관계는 법철학에 있어서 가장 오래되고 중요한 논쟁 중의 하나이

30) 이홍균, "하버마스의 이론적 전략 -의사소통이론으로의 패러다임 전환에 대하여-", 정호근 외, 『하버마스, 이성적 사회의 기획, 그 논리와 윤리』, 서울: 나남출판, 1997), 141쪽.

31) 이홍균, 전계서, 144쪽.

32) 선우현, 전계서, 390쪽.

33) 장춘익, 전계서, 228쪽; 하버마스에 의하면 법적 대화의 참여자들은 도덕적 대화에서처럼 모든 사람이 아니라 법적으로 동등한 참여권을 갖는 사람들, 즉 '자유의사에 따라 참여한 결사체의 자유롭고 평등한 구성원으로 서로 인정하는 법동료들'이다.

34) 이상돈, "하버마스의 법이론", 장춘익 외, 전계서, 232-233쪽.

다.³⁵⁾ Weber에 의하면 합법성과 정당성이 상호간에 어떠한 관련성이 있다고 하더라도, 그러한 관련성은 법질서에 내재하는 어떤 도덕적 내용으로부터 만들어지는 것이 아니라, 법질서에 내재하는 특정한 형태의 합리성으로부터 형성된다고 주장한다.³⁶⁾ 그리고 결국 정당성에 관한 Weber의 설명은 합법성과 정당성 간의 어떠한 긴장관계도 허용하지 않게 된다.³⁷⁾ Weber에게 있어서는 일단 법질서의 형성을 위한 조건들이 갖추어진다면, 그러한 법질서로부터 정당성의 권원을 찾아낼 필요성은 없다. 또한 그는 법의 정당성을 판단할 수 있는 상위의 도덕성의 존재를 인정하지 않기 때문에, 일응 법질서로서의 형식적 요건³⁸⁾을 갖춘, 소위 사실상의(de facto) 법질서도 역시 정당성을 가질 수 있다고 주장한다.³⁹⁾

2. Hart와 Dworkin

또한, 현대법철학에 있어서도 Fuller와 Dworkin 등과 같은 자유주의적 경향을 가진 학자들은 합법성과 정당성의 밀접한 관련성을 인정하는 반면에, Hart와 같은 현대적인 법실증주의자들은 그러한 관련성을 일응 부인한다. 다시말하면 Dworkin은 법의 고유한 정당성에 관한 이론적인 기초를 발견하고자 하는 반면에, Hart는 법의 고유한 정당성에 관한 어떠한 이론도 비도덕적인 지배자에 의한 권력 남용을 초래할 뿐이라고 한다.⁴⁰⁾

Hart는 법률은 어디까지나 법률로서 입법권자에 의하여 합법적인 절차를 밟아 정립되면 그것은 이미 법이요, 그 내용의 선악은 차후의 문제라고 보고 있다.⁴¹⁾ 또한 그는 법은 복잡한 사회적 사실에 의거하여 실제로 존재하는 것이고 이러한 '있는 법'(de lege lata)은 '있어야 할 법'(de lege ferenda)과는 별개로써 상호 개념적 연관성이 없다고 주장한다.⁴²⁾ 다만, 모든 '있는 법'은 '있어야 할 법'을 향하여 항상 도덕적 비판에 문을 열어 놓아야 한다고 설명한다.⁴³⁾ 이러한 주장에 기초한다면 법의 합법성과 도덕적 정당성은 별개의 개념으로 이해될 수 있고, 도덕적 정당성은 법의 범주 바깥에서 법의 합법성에 영향을 미칠 수 있을 뿐이다. 그러나 이와 같이 도덕성은 법의 정당성을 판단하기 위한 외부적 기준을 제공한다는 측면에 있어서는, 법적 합법성과 도덕적 정당성 간에는 고유한 긴장관계가 존재한다는 것을 인정한다. 요컨대, Hart에 의하면 법의 존재와 내용은 도덕성과 무관하며, 그것은 법의 사회적 연원(예, 입법, 사법적 판단, 사회관습 등)에 의해 확인될 수

35) David Dyzenhaus, supra note, p. 1.

36) David Dyzenhaus, supra note, p. 237.

37) Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology*, (Berkeley, 1978) pp. 213-223; David Dyzenhaus, supra note, p. 237.

38) 베버에 의하면 법질서가 존재한다고 하기 위해서는 첫째, 그것이 실효적이어야 하고, 둘째, 그 질서의 기본적 규칙들에 의해 정립된 형식적이고 절차적인 기준에 따라 법을 적용하고 해석하는 의무를 가지는 법관료가 있어야 한다고 주장한다(David Dyzenhaus, supra note, pp. 237-238).

39) David Dyzenhaus, supra note, pp. 237-238.

40) Ibid., p. 8.

41) 오병선, "하트의 법철학방법과 법의 개념", 한국법철학회(편), 『현대법철학의 흐름』, (서울: 법문사, 1996), 46쪽.

42) 상계서, 42쪽.

43) 상계서, 42쪽.

있다고 한다. 다만, 예외적으로 법의 사회적 연원에 의해 확인된 법은 법의 확인을 위한 도덕적 기준을 내포할 수는 있다고 한다.⁴⁴⁾

반면에, Dworkin은 정당한 법이라 함은 정당한 도덕적 내용을 가진 바로 그러한 법을 의미하며 그러한 정당성의 기준은 자유주의적 도덕성이라는 기준을 의미한다고 주장한다. 따라서 법이 정당한 것으로 평가되기 위해서는 그 법이 자유주의에 의해 규정된 기준에 합치되어야 한다는 가정을 인정한다. 그는 또한 이러한 자유주의적 도덕성은 실정법 위에 존재하며, 특정한 그리고 변화하는 실정법을 평가하기 위한 기준을 우리들에게 제공하는 보다 보편적이고 영구적인 일정한 기준이 된다고 생각한다.⁴⁵⁾ 그리고, Dworkin에 의하면 법은 본질적으로 정당한 것이며, 법의 정당성은 도덕적 가치 속에 내재한다는 것을 인정하고, 그러한 도덕적 가치는 법관이 소위 '결정하기에 용이하지 않은 사안'(hard cases)⁴⁶⁾에서 법을 해석할 때 표면화된다고 주장한다.⁴⁷⁾ 요컨대, Dworkin에 의하면 어떠한 주제에 관한 법이 무엇인가를 진술하는 법의 모든 전제는 반드시 도덕적 판단을 내포한다는 것이다. 왜냐하면 그의 전체론적 해석론에 따르면 법의 전제는 단지 다른 전제들과 함께 법의 사회적 연원에 의하여 확인되는 모든 확정적 법에 가장 잘 부합하고, 또한 법에 대해 가장 도덕적인 정당성을 부여하는 일련의 원칙들에 합치되는 경우에만 진실일 수 있기 때문이라는 것이다. 그래서 이러한 전체론적 해석론은 이중적 기능을 가진다는 것이다: 즉, 법을 확인하는 것과 법에 대해 도덕적 정당성을 부여하는 것이 그것이다.⁴⁸⁾

3. Habermas

한편, Habermas는 법의 정당성이 법의 합리성(합법성)에 기초를 두고 있다는 Weber의 전제⁴⁹⁾에 대해 원칙적으로 동의하나, 법의 합법성을 Weber와는 전혀 다르게 파악한다.⁵⁰⁾ Habermas는 Weber의 정당성이론이 합법성과 정당성의 관련성에 관하여 심각한 이론적 부정합성(non-integrity)을 띠게 됨을 지적해 낸 다음,⁵¹⁾ 그와 같은 이론적 부정합성을 해소하고자 노력하였다.⁵²⁾ 즉, 형식

44) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 269.

45) David Dyzenhaus, *supra* note, p. 10.

46) 드워킨은 아래와 같은 경우를 판결하기 어려운 사안으로 보고 있다. 즉, ① 기존의 규칙(제정법상의 것이든 보통법상의 것이든)을 파기하고 새로운 규칙으로 대체해야 하는 경우, ② 기존의 규칙이 모호한 표현을 사용하고 있어서 적용여부가 분명하지 못한 경우, ③ 기존의 규칙 중 두 가지가 경합하여 양자간에 어느 것을 적용할 것인지를 법원이 선택해야 하는 경우, ④ 기존의 규칙이 없는 경우, ⑤ 규칙이 불확정개념을 사용하고 있는 경우 등이다(Dworkin, "Judicial Discretion", *Journal of Philosophy*, vol.60, 1963, p.627; 장영민, "드워킨의 권리와 원리의 법철학", 한국법철학회(편), 『현대법철학의 흐름』, (서울: 법문사, 1996), 52쪽, 재인용).

47) David Dyzenhaus, *supra* note, p. 219.

48) H.L.A. Hart, *supra* note, p. 269.

49) 베버의 합법성이론의 핵심은 바로 '법적 지배의 정당성은 법의 (형식적) 합리성으로부터 나온다'라는 것이다.

50) 장춘익, "법과 실천적 합리성 -하버마스의 법 대화이론-", 정호근 외, 전게서, 222쪽.

51) 상계서, 223쪽: 하버마스에 의하면 형식적 법이 내적으로 일관성을 가지며 목적합리적 행위를 촉진한다는 점에서 합리적이라고 하지만, 그것은 법의 기능적 장점을 설명할 수 있을 뿐 법적 지배의 정당성을 설명할 수는 없는 것이라고 한다. 그리고 법의 정당성이란 당위적 성격을 갖는 것인데, 목적합리성으로부터 당위를

적 합리성 개념으로 포착되지 않는 법의 합리성을 밝혀내고 이것을 법의 정당성의 근거로 설명하고자 한 것이다.⁵³⁾

Habermas는 '어떻게 합법성(Legalität)을 통한 정당성(Legitimität)의 확보가 가능한가?'⁵⁴⁾ 라는 문제를 제기하고 그 해답을 찾으려고 시도하였다. Habermas에 의하면 법의 제정과 적용도 일종의 대화 또는 의사소통적 과정이다.⁵⁵⁾ 그리고 법제정과정 및 적용과정, 즉 법적 대화는 일종의 실천적 대화의 성격을 가진다.⁵⁶⁾ 실천적 대화에서는 '의사소통적 합리성', 즉 '절차적 합리성'⁵⁷⁾에 의해 합의된 결과는 정당성을 부여받는다. 다시말하면, 법제정과정 및 적용과정에서 구현된 의사소통적 합리성이 법적 지배의 정당성의 원천이 된다는 것이다.⁵⁸⁾ 요컨대, Habermas는 법의 형식적 합리성으로부터 법적 지배의 정당성을 설명하려 하였던 Weber의 법이론의 부정합성을 교정하고, 합법성으로부터 정당성이 확보될수 있는 근거를 제시하였다.⁵⁹⁾

Habermas에 의하면 합법성을 통한 정당성의 확보가 가능하다면 종교나 형이상학에 대한 집단적 확신이 없어진 오늘날에는 '합법성에 대한 믿음'은 어떤 의미에서는 법적 합리성의 지지를 받아야 할 것이라고 한다. 그럼에도 불구하고 법 그 자체에 내재하는 도덕중립적인 독자적인 '형식적 합리성'이 합법성의 정당성 부여의 근거가 된다는 Weber의 가정은 검증되지 않고 있다고 비판한다. 그래서 그는 합법성을 통한 정당성의 확보라는 문제에 대한 해답을 찾기 위하여 가장 전통적인 법철학적 논쟁인 법과 도덕과의 관련성의 문제로부터 해답의 실마리를 찾고 있다.⁶⁰⁾

추론한다는 것은 사실과 당위를 엄격히 구별하는 베버 자신의 학문이론과도 부합할 수 없다고 비판한다.

- 52) 상계서 223쪽: 법실증주의나 기능주의적 법이론에 의하면 이러한 이론적 부정합성을 해소하는 방법으로서 법의 합리성과 법의 정당성 사이의 내적인 관련성을 부인하고 있다. 즉, 법을 정당성의 물음으로부터 완전히 분리하고 법에서 찾아질 수 있는 합리성을 법규들의 논리적 일관성이나 기능적 작용에 제한하는 것이다.
- 53) 상계서, 223쪽.
- 54) J. Habermas, "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?", in: *Kritische Justiz*, Heft1, 1987, pp.1-16; 장영민 옮김, "정당성과 합법성", 인하대 법정대학보, 제11집(1992), 76-93쪽.
- 55) 장영민, 전계서 55), 250쪽.
- 56) 장춘익, 전계서, 226-227쪽: 하버마스가 말하는 '실천적 대화의 원칙'이란 '어떤 행위규범은 그것에 의해 직접, 간접적으로 영향을 받을 사람들이 모두 합리적 대화에 참여하여 동의할 수 있을 경우에 타당하다'는 것을 말한다. 이러한 실천적 대화과정에서 각 대화자는 논의의 대상에 대한 자신의 주장을 논지로서 정당화해야 하며, 상대방의 주장에 대해서도 정당화를 요구할 수 있다. 그래서 실천적 대화는 일종의 논증(argumentation)의 구조를 가지는 것이다. 또한 실천적 대화로서의 법적 대화도 법적 논증의 구조를 가진다고 한다.
- 57) 장영민, 전계서 54), 85쪽: 법의 정당성의 기초로서의 절차적 합리성은 이미 과거의 칸트와 푸호타의 이론에서 발견된다. 하버마스는 과거의 역사법학자인 Fuchta는 법적인 관점에서 합법성의 정당화 근거를 법적 논의에서 형성되는 절차적 합리성에서 찾는 이론의 단서를 제공해 주고 있다고 평가하고 있다. 또한 이미 칸트는 루소의 자율개념에 따라 민주적 입법절차의 자체로부터 공정성이라는 도덕적 관점을 얻어내는 최초의 시도를 행한 바 있다. 모든 법률의 합법성(정당성)의 시금석으로 그는 그 법률이 모든 인민의 통일된 의사에서 유출되어 나올 수 있는 것인가의 여부가 기준이 된다고 하였다. 그러나 하버마스는 칸트 자신은 법률의 '의미론적' 일반성과 '절차적' 일반성이라는 일반성의 전혀 상이한 2개의 의미를 혼동하고 있다고 비판하고 있다.
- 58) 장춘익, 전계서, 229쪽: 하버마스에 의하면 '어떤 법률이 정당성을 갖는 것은 그것이 법적으로 규정된 토의적 법제정과정에서 모든 법동료들의 동의를 얻을 수 있는 경우이다'라고 하면서, 이러한 대화원칙을 특히 '민주주의의 원칙'이라고 부른다.
- 59) 장춘익, 전계서, 233쪽.

Habermas는 Weber가 주장한 법체계의 독자성을 일응 수용하면서도, 법체계의 자율성 획득은 도덕과 정치로부터의 법의 완전한 절연을 의미하지는 않는다는 것, 실정화된 법 역시 도덕 및 정치와의 내적 관계를 단절하지는 않았다는 명제를 제시한다. 그는 이러한 명제를 증명하기 위하여 근대법이 어떻게 이성법을 통해서 전통적인 도덕-법-정치의 복합체로부터 분화되어 나왔는가, 이성법의 붕괴로부터 어떻게 법치국가의 이념이 등장하였는가, 그리고 오늘날 법과 도덕이 어떻게 서로 보완하면서 동시에 서로 제약하는가를 내적 관점에서 고찰한다.⁶¹⁾

그에 의하면 법과 도덕은 상호보완적 관계에 있으면서,⁶²⁾ 동시에 상호제약적 관계에 있다고 한다. 즉, “도덕은 더 이상 법과 유리되어 존재하지 않는다. 물론 법과 단순히 대립하는 것이 아니라 법 자체에서 확립된 도덕성은 순전히 절차적인 성질을 가진다.⁶³⁾ 도덕성은 일정한 규범내용을 제시할 부담을 지지는 않으며 규범내용의 근거부여절차로 승화된다. 이렇게 해서 절차적 법과 절차화된 도덕은 상호 통제할 수 있게 된다. 법적 논의에서는 도덕적-실천적 문제를 논의적으로 처리하는 것은 법적 제도화를 통해서 말하자면 길들여진다.”고 하였다.⁶⁴⁾ 이에 따라 “합법성은 법질서가 법의 실정화와 함께 발생한 근거부여의 요구에 반성적으로 반응하는 정도에 따라서만 정당성을 나타낼 수 있다. 특히 그것은 법적 결정절차가 도덕적 논의를 투과시키도록 제도화될 때 가능하다.”고 하였다.⁶⁵⁾ 또한, “법체계는 스스로의 힘으로만 자율성을 획득하는 것은 아니다. 법체계가 자율적인 것은 얼마만큼 제도화된 입법 및 사법절차가 공정한 판결 내지 의사형성을 보장하고 그리하여 윤리적인 절차적 합리성을 법과 정치에서도 확산되는가 하는 데 달려있다. (절차적) 민주주의의 실현없이 법의 자율성 획득은 불가능하다.”고 하였다.⁶⁶⁾

Habermas에 의하면 실정법이 정당성을 가진다는 것은 그것이 적절한 절차에 따라 생산되었다는 사실에 기초한 것이지, 그 실정법이 실제적 도덕성에 합치되는 특정한 내용을 포함하고 있기 때문은 아니라는 것이다. 또한 개인은 법에 복종할 일반적인 의무를 가지지만, 개인은 특정한 법이 개념상으로 도덕적으로 건전하다는 이유로 법적 의무를 진다고 생각할 필요는 없다고 한다. 오히려 법질서를 전체적으로 정당한 것으로 만드는, 즉 법의 생산에 잠재적인 참여의 권리가 보장되고, 또한 법의 변경에 자신이 참여할 기회를 보장받은 경우에는 그 법을 준수해야 할 일반적인 의무를 지게 된다는 것이다.⁶⁷⁾

그리고 Habermas는, Dworkin이나 Rawls와 같은 정치적 자유주의자들이나 Hart와 같은 신실증주의자들과 마찬가지로, 합법성과 정당성간의 고유한 긴장관계가 존재한다는 것을 인정한다. 그러

60) 장춘익, 전계서, 227쪽; 하버마스에 의하면 도덕적 대화와 법적 대화의 상위대화로서 실천적 대화를 말하고 있다. 다시 말하면, 도덕적 대화와 법적 대화는 실천적 대화의 원리가 각기 다르게 구체화된 것으로, 즉 실천적 대화의 하위대화로서 서로 구별되며 동등한 지위를 가진다고 주장한다. 실천적 대화는 논증의 구조를 가지므로 법적 대화와 도덕적 대화도 역시 법적 논증 혹은 도덕적 논증의 형태를 지니고 있다고 한다.

61) 장영민, 전계서 54), 76쪽; 장춘익, 전계서, 230-232쪽.

62) 장춘익, 전계서, 231쪽.

63) 장영민, 전계서 54), 88쪽; 하버마스에 의하면 도덕도 ‘실체’가 아니라 ‘절차’의 문제로 본다. 즉, 도덕적 논의 자체가 합리적 의사형성의 적절한 절차라고 주장한다.

64) 상계서 90쪽.

65) 상계서, 88쪽.

66) 상계서, 91쪽.

67) David Dyzenhaus, supra note, p. 241.

나 그들과는 달리, Habermas는 도덕성의 기준이 사전에 인간에게 주어진 것임을 전제로 하여 도덕성이 법 위에 존재한다는 주장에 대해서는 동의하지 않는다. 또한 Habermas는 법 속에 내재하는 도덕적 원칙을 사법적 판단(결정)의 기준으로 삼는 Dworkin의 견해에 결코 동조하지 않는다. Habermas에 의하면 실정법의 내용과 마찬가지로 도덕성의 내용도 함께 행동하는 개인들에 의해 만들어진다고 주장한다. 그에 의하면 '민주적 법치국가'(democratic Rechtsstaat)의 법적 제도는 도덕성의 내용을 생산하는 가장 이상적인 조건에 부합하는 절차를 제공하기 때문에, 실정법의 내용은 우리가 건전한 도덕성을 성취할 수 있는 가장 좋은 근접성을 가진다고 주장한다.⁶⁸⁾

그리고, Habermas에게 있어서는 법질서의 특수한 절차적 합리성에 대해 올바르게 이해함으로써 왜 법이 단지 법치국가에 있어서 정치의 도구에 불과한 것이 아니라, 오히려 정치를 조직(구성)하는 요소로서 기능하게 되는지를 설명하였다. 나아가 그는 합법성이 정당성을 생산하는 방식으로 법은 정치를 구성하는 요소로서 작용함을 주장하였다. 그래서 법의 정당성에 관한 Habermas의 설명은 법과 도덕성 간의 관련성을 설정하기 위하여 법의 형태에 주시하고 있다고 말할 수 있다.⁶⁹⁾

한편, Habermas에 의하면 법의 의사소통적 합리성은 도덕적 정당성과 결부됨으로써 법적 지배의 정당성을 이룬다고 한다. 즉, '틀린 지식을 가진 사람끼리의 합의가 진리일 수는 없으며, 도덕적으로 악한 사람끼리 합의한 것이 도덕적으로 선할 수는 없다.'는 것이다. 정당성이 합법성에 의해 가능한 것은 규범의 산출을 위한 절차가 도덕적이며 실천적인 절차적 합리성의 의미에서 합법적이며, 합법적인 방식으로 실행되는 한에서이다. 정당성이 합법성으로부터 나올 수 있는 것은 법적 절차가 독자적인 절차적 합리성에 따르는 도덕적 논증과 결부되어 있기 때문이라고 한다.⁷⁰⁾

IV. Franck 교수의 '정당성'의 이론

1. 정당성의 개념

Franck 교수는 먼저 국제사회에 있어서 강제가 뒷받침되지 않음에도 불구하고 일반적으로 국가들은 왜 국제법규칙들을 비교적 잘 준수하고 있는가 라는 화두를 끄집어 낸다.⁷¹⁾ 그는 그 대답으로서 다음 아닌 '정당성'(legitimacy)⁷²⁾이라는 개념을 제시한다.

흔히 Franck 교수의 국제법이론(정당성이론)은 신자유주의 국제법이론⁷³⁾의 한 유형인 민주적 자

68) Ibid., p. 238.

69) Ibid., p. 239.

70) 장춘익, 전제서, 224-225쪽.

71) T.M. Franck, "Legitimacy in the International System," *AJIL*, vol.82, no.4, 1988, p. 705.

72) 본인은 "분리적 자결권의 국제법적 합법성"(국제법학회논총, 제42권, 제2호, 1997, 46쪽)이라는 글에서 'T.M. Franck의 합법성이론'이라고 표현하였으나, '합법성'(legitimacy)라고 하기 보다는 '합법성'(legality)과 구별하는 의미에서 '정당성'(legitimacy)이라고 함이 보다 적합한 표현이라고 생각되어 이를 정정하고자 한다.

73) 신자유주의 국제법이론은 5가지 유형(typology)으로 분류된다. 즉, ① 민주적 자유주의(칸트적 자유주의 - F. Teson; 민주적 통치 - T. Franck; 뉴헤이븐학파 - Myres McDougal, R. Falk, M. Reisman), ② 그로티우스학파 혹은 연대주의학파(H. Bull, B. Kingsbury, A. Roberts, Yasuaki), ③ 페미니즘(호주학파:

유주의(democratic liberalism)⁷⁴⁾로 분류된다.⁷⁵⁾ 그에 의하면 역사적으로 국가의 동의(의사)에 기초한 전통적 법실증주의적 국제법이론(동의이론)은 국가와 개인의 이중적 동의에 기초한 국제법이론으로 대체되거나 발전되어 왔다고 한다. 이러한 국제법이론의 역사적 발전에 따라 현대국제법에 있어서는 '피지배자의 동의'(the consent of the governed)를 전제로 하는 소위 '민주적 지배'(democratic governance) 혹은 '민주적 정당성'(democratic entitlement)라는 이념⁷⁶⁾에 기초한 '정당한 국제법' 내지 '국제법의 정당성'이 국제법질서 내지 국제법체계를 형성하게 되었다는 것이다.⁷⁷⁾

그렇다면 Franck 교수가 말하는 '정당성'이란 무엇을 의미하는가. 그는 정당성의 개념을 다음과 같이 정의하고 있다. 즉, "규칙제정자와 규칙준수자의 양자 모두로 하여금 자발적인 이행을 유도하는 규칙의 성질, 규칙들의 체계, 혹은 규칙을 제정하고 해석하는 절차",⁷⁸⁾ 혹은 "(어떤 규칙이) 향해진 사람들의 입장에서 그 규칙이 정당한 절차와 합치되어 성립하였다고 인식하는데서 나오는 규칙의 성질"⁷⁹⁾이라고 한다. 이러한 정당성은 일종의 인식(perception) 작용이다. 그리고 '정당한 절차'라는 요소는 어떤 규칙이 정당하다고 인식되는 정도에 결정적인 영향을 미친다. 규칙 혹은 규칙을 제정하거나 적용하는 제도의 정당성은 관련된 공동체에 속하는 사람들이 그러한 규칙이나 제도가 정당성을 부여받게 되었다는, 즉 '정당한 절차'(right process)에 합치된다고 인식케 하는 역할을 한다. 나아가, 규칙은 그 자체의 정당성을 결정하는 요소들을 내포하고 있다. 즉, 규칙의 정당성은 개별적으로 다양한 수준(정도)을 나타낸다. 이것을 판단하기 위해서는 그 규칙의 문언적(언어적) 구조, 기원, 내부적 일치성, 합리성, 설정된 목적 달성을 위한 유효성과 전체적인 규칙체계와의 연계성, 그것의 기원과 적용이 국제공동체의 '규칙에 관한 규칙'과의 부합 정도 등을 조사할 필요가 있다는 것이다.⁸⁰⁾

Charlesworth, Chinkin, Gardham), ④ 신조류학파(수사학파: CLS: D. Kennedy M. Koskenniemi, A. Carthy), ⑤ 전통적 자유주의(D'Amato, Daninlenko) 등이 그것이다(G.J. Simpson, "Imagined Consent: Democratic Liberalism in International Legal Theory", *Australian Yearbook of International Law*, vol.15, 1995, pp. 106-115).

74) 민주적 자유주의 국제법이론에 의하면 국제법적 활동에 있어서 국가만큼 개인이 중요한 지위를 가짐을 인정한다. 국가는 국제법의 입법과정에 있어서는 여전히 중요한 역할을 담당한다. 국제법의 성립에 있어서 국가의 동의는 필수불가결하다. 그러나 국가와 개인간의 관련성은 민주적 절차를 통하여 재정립되어야 한다. 개인은 국가에 대한 형식적 신임을 가질 수 있기 위하여 정부에 대해 동의를 부여해야 한다. 그래서 (개인의) 동의는 '국가간의'(inter-State) 그리고 '국가 내부적인'(intra-State) 정당성이라는 2가지 차원에서의 입법을 위한 필수적인 요건이라고 주장한다. 그리고 민주적 자유주의는 국제법의 정치적 도덕성, 궁극적으로는 자유민주주의를 발전시킴으로써 형식주의와 상대주의를 포기한 국제법공동체를 지향한다(G.J. Simpson, supra note, p. 115).

75) G.J. Simpson, op. cit., p. 106.

76) 프랑크 교수는 미국의 독립선언문에서 민주적 지배의 이념을 이끌어내고 있다. 독립선언문의 기초자들은 다음과 같은 2가지 전제(급진적 사상)를 표명하였다는 것이다. 첫째, 시민들의 불가양의 권리를 보장하기 위하여 제도화된 정부는 피지배자의 동의에 의해 정당한 권력을 얻을 수 있다는 것이다. 프랑크 교수는 이것을 '민주적 정당성'(democratic entitlement)이라고 부른다. 둘째, 국가는 인류의 의견을 존중함을 나타냄으로써 국제공동체에 있어서 분리적이고 평등한 지위를 얻게 된다는 것이다(T.M. Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance", *AJIL*, vol.86, no.1, 1992, p. 46).

77) G.J. Simpson, supra note, p. 118.

78) T.M. Franck, supra note 76), p. 50.

79) T.M. Franck, supra note 71), p. 706.

또한, Franck 교수는 국제법의 정당성에 관한 수법자의 주관적 인식은 당해 법규칙에 대한 수법자의 자발적 이행을 유도할 수 있다고 주장한다.⁸¹⁾ 그는 오늘날 국제사회에서는 강제이행제도가 마련되어 있지 않음에도 왜 국가는 국제법(규칙)을 잘 준수하는가 라고 질문하고, 그에 대한 대답으로 그것은 국가가 당해 국제법이 정당하다고 인식하고 있기 때문이라고 하였다. 규칙들에 의해 조직된 공동체사회에 있어서는 (그 규칙들의) 이행은 적어도 부분적으로는 그 규칙이 향해진 사람들에 의해 정당하다고 인식됨으로써 확보되기도 한다. 그리고 정당성의 인식은 규칙에 따라 그리고 시대에 따라 매우 다양한 형태로 나타난다. 특히, 당해 규칙의 다른 강제이행제도가 없는 국제체계에 있어서는 정당성의 인식은 그 규칙의 비강제적(혹은 자발적) 이행을 위한 핵심적인 요소가 된다고 한다. Franck 교수에 의하면 위와 같은 규칙의 정당성은 경험적인 측면에서 당해 규칙, 그리고 규칙을 만들고 적용하는 기구의 결정을 관찰함으로써 확인될 수 있다고 한다. 이러한 관찰을 통하여 어떠한 규칙들은 비록 물리적 강제력이 뒷받침되지 않더라도 관행적으로 잘 준수되기도 하나, 다른 어떤 규칙들은 대부분 무시되기도 한다는 사실을 알게 된다. 그러나 Franck 교수에 의하면 정당성은 '존재 여부의 문제'가 아니라 '정도의 문제'(a matter of degree)라고 한다.⁸²⁾ 규칙들은 그 준수의 견인력, 즉 규칙의 정당성의 정도에 있어서 다양한 모습을 지니고 있다. 또한 다른 모든 경우와 마찬가지로 국제법적 맥락에 있어서도 정당성은 정도의 문제이므로, 어떤 국제법규칙이나 제도는 다른 것에 비하여 보다 큰 정당성을 가질 수 있다는 것이다.⁸³⁾

결국, Franck 교수에 의하면 국가들은 고도의 '정당성'을 가진 국제법규칙을 준수하는 경향을 가지는 반면에, 낮은 수준의 정당성을 가진 규칙은 그 준수에 대한 견인력(pull power)을 발휘하지 못한다는 것이다. 예컨대, 어떤 국가가 다른 국가에 외교관으로 가장하여 스파이를 침투시키는 행위는 부당하다는 (국제법)규칙은 형식상으로는 거의 모든 국가들에 의해 승인되고 있다. 그러나 그러한 규칙은 낮은 수준의 정당성을 가지기 때문에 실제적으로는 그것을 이행(준수)하고자 하는 어떠한 견인력도 발휘하지 못하는 것이다. 다른 한편 걸프 전쟁 등에서 보는 바와 같이 전쟁과 중립에 관한 규칙들은 실제로 매우 높은 수준의 견인력을 발휘한다는 것이다.⁸⁴⁾

Franck 교수는 법규칙의 준수와 이행에 있어서 비강제적 요소의 중요성에 관한 경험적 증거가 있다고 주장한다. 국제법체제는 물론이고 국내법체제에 있어서도 비강제적 요소가 규칙(법) 합치적 행태에 대한 기여에 있어서 중요한 역할을 수행한다는 것이다.⁸⁵⁾ 정당성은 이러한 비강제적 요소 중의 하나이다. 비판가들은 비강제적 요소로서의 정당성은 복종을 강제하는 다른 권위적인 요소들로부터 분리될 수 없다고 주장한다(Hyde). 그러나 이러한 비판은 국제적 맥락에 있어서는 설득력을 상실하게 된다. 따라서 비강제적 요소, 혹은 특히 정당성의 작용은 강제적인 주권자가 항상 그 배경에 숨어 있는 개인들간의 사회(즉, 국내사회)에서 보다는 국가들간의 체계(즉 국제체계)에서 더 쉽게 분리되고 연구될 수 있다.

80) Ibid., p. 711.

81) Ibid., p. 706.

82) T.M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, (New York/Oxford: Oxford University Press, 1990), pp. 41-49.

83) T.M. Franck, supra note 76), p. 51.

84) T.M. Franck, supra note 71), p. 712.

85) Ibid., p. 710.

국가들의 공동체의 규칙체계(rule system)는 완벽하지 못하다. 규칙들의 부존재 및 불복종이 중요한 부조화적인 모습을 지니고 있다. 이러한 결합이 근본적으로 경찰력을 가진 Austinian 주권자의 부재에 기인한다고 너무나 쉽게 단정하곤 한다. 그러나 규칙의 불복종은 전체적으로 혹은 부분적으로 그 규칙을 강제할 수 있는 강제력의 부재에 기인하는 것이 아니라, 실제적 혹은 제한적 규칙 그 자체와 국제체계의 규칙을 제정하고 적용하는 제도의 정당성(legitimacy)에 대한 인식의 결여에 기인하는 것은 아닐까. 규칙의 세계적 체계(the global system of rules)는 Austinian 요소들이 부존재하는 경우에도 규칙과 제도의 정당성을 향상시킴으로써 보다 더 세련되고 발전될 수 있을 것이다.⁸⁶⁾

Franck 교수에 의하면 국제공동체는 '자율적 규칙'(house rules)을 가진 회원권(membership)에 기초한 사교단체에 보다 유사하다고 한다. 회원권은 매력적인 지위를 부여한다. 그 지위는 회원들이 사교적으로 기능적이고 그 지위에 기초를 둔 특권과 의무를 내부화하였을 때 명백해진다. 회원권은 유효한 지배(valid governance), 공유된 경험, 복종과 승인의 상호적인 몸짓, 공통적 관례, 성숙된 공통적 기대, 그리고 공유된 목적의 성공적인 추구 등에 의해 실행된다는 것이다.⁸⁷⁾

그러나 위와 같은 정당성 인식과 자발적 이행이라는 전제는 다음과 같은 비판을 받기도 한다. Franck 교수의 정당성 개념은 일반적으로 수용될 수 없다는 것이다. 정당성의 본질적 요소로 간주되는 올바른 절차와의 합치에 대한 인식이 아니라, 바로 그 실제적 합치를 의미한다. 정당성은 승인된 규칙의 가치에 대한 인식이 아니라 그 가치 자체이다. 다시말하면 정당성은 인식(perception)이 아니라 실체(substance)라는 것이다. 따라서 Franck 교수는 정당성을 인식의 작용으로 개념화함으로써 정당성에 대한 종래의 확립된 개념을 혼란에 빠뜨리고, 또한 용어상의 혼란을 야기하고 있다는 것이다.⁸⁸⁾

Franck 교수가 주장하는 바와 같이 정당성을 하나의 인식작용으로 개념화하는 것은 정당성과 실효성을 등식화할 위험을 초래한다. 실효성과 동일시하는 정당성의 개념화는 증대한 결과를 초래하게 된다. 그러한 개념과는 다음과 같은 사실을 의미하게 된다. 즉, 어떤 규칙이 '부정당하다'(illegitimate)는 것은 단순히 그렇게 인식된 때문인 것이지, 그것이 정당한 과정을 위반하여 성립된 때문도 아니며, 또한 그것이 유효하지 않거나 국제법의 기본원칙과 가치를 침해하는 것 때문도 아니라는 것이다. 이것은 곧 다음과 같은 결론에 이르게 된다. 즉, 어떤 규칙이 '본질적으로'(intrinsically) 정당한 것인가에 대한 논의는 잘못 제기된 문제라는 것이다. 어떤 규칙의 정당성은 그것은 견인력(pull power)을 통하여 경험적으로 확인되어야 한다는 것이다. 이렇게 되면 정당성의 문제는 법적 문제가 아니라 사회학적 문제일 뿐이다.

정당성의 문제는 어떤 규칙, 주장 혹은 정치질서가 바로 논쟁중에 있을 때 제기된다. 그래서 정당성은 '논쟁적인 유효성 주장'(contestable validity claim)이라고 묘사될 수 있다. 그러한 상황 하에서는 제안된 새로운 규칙은 일반적으로 승인되지 않으며, 의무적이거나 유효한 것으로 인식되지도 않으며, 또한 아직까지 어떠한 견인력도 가지지 못한다. 그것은 단지 국제법의 기본원칙과 가치에의 합치, 즉 승인될만한 가치(자격)만을 가질 뿐이다. 그러한 규칙이 합법적이라고 묘사된다면

86) Ibid., pp. 710-711.

87) Ibid., p. 711.

88) D. Georgiev, "Notes and Comments", *AJIL*, vol.83, no.3, pp. 554-555.

승인, 유효성 및 실제적 견인력을 획득한 기회를 향상시키게 될 것이다. 따라서 정당성은 국제법을 완성시키는 하나의 요소가 된다. 그러나 합법성을 인식작용으로 본다면 역효과(counterproductive)가 발생하게 될 것이다. 왜냐하면 어떤 규칙이 아직까지 불확정적이거나 유효한 것으로 인식되지 않는 단계에 있어서는 '불법적인' 규칙으로 묘사될 수 있고, 어떤 주장이나 규칙이 논쟁 중에 있다는 바로 그 사실이 그것은 합법적이지 아니며 그것의 견인력을 약화시킨다는 것을 의미할 수 있기 때문이다. 또한 그것은 그 규칙에 대한 복종 여부에 관하여 정부들로 하여금 '관망'(wait and see) 자세를 취하도록 유도할 수 있다. 그래서 정당성을 인식작용으로 개념화하는 것은 국제법에 있어서 보수적 영향을 미칠 수 있다.⁸⁹⁾

2. 정당성의 정도를 측정하기 위한 4가지 변수

어떤 국제법규칙이 가지는 위와 같은 정당성의 정도는 어떠한 방법과 기준에 따라 판단될 수 있는가. Franck 교수에 의하면 정당성의 정도는 단지 당해 규칙의 실제적인 준수나 이행상황을 관찰함으로써 측정가능한 것은 아니라고 한다. 보다 정확한 측정방법은 위반자가 그 규칙을 위반하면서도 그것에 대한 존중을 표시하고 있는가의 여부와 그 정도를 고려하여야 한다는 것이다. 예컨대, 위반이나 그 위반이 발생한 상황을 변명하거나 은폐하려 한다면 그 규칙에 대한 존중을 잃지 않은 것으로 판단된다. 그러나 규칙의 정당성 정도에 관하여 대규모적인 경험적 조사를 통한 순수한 귀납적인 조사는 매우 어려운 작업이다. 따라서 추상적이고 연역적인 논증에 의할 수밖에 없다는 것이다.⁹⁰⁾

이에 따라 Franck 교수는 특정한 국제법규칙의 정당성의 정도를 객관적으로 검증하고 측정할 수 있는 4가지 변수를 제시하고 있다. 즉, ① 결정성(determinacy), ② 상징적 유효성(symbolic validation), 의례(ritual) 혹은 정통성(pedigree), ③ 일관성(coherence), 그리고 ④ 연계성(adherence)이 그것이다. Franck 교수에 의하면 규칙은 위와 같은 4가지 변수에 따라 정당성의 정도가 인식될 수 있다는 것이다. 어떤 규칙의 정당성의 측정은 순수하게 이론적으로 이루어지는 것은 아니라고 한다. 어떤 규칙의 위와 같은 특성을 나타내는 정도가 그 규칙의 정당성을 결정한다. 그 규칙의 정당성에 관한 공동체의 인식이 그럴 듯 할수록, 그 규칙의 공정성에 대한 요구가 보다 설득력을 가지게 되며, 그 규칙의 이행을 위한 동기부여가 보다 강해지고, 또한 공동체의 동질감에 대한 그 규칙의 재강화를 보다 확고하게 만든다는 것이다.⁹¹⁾ 아래에서는 정당성의 정도를 측정하기 위한 4가지 변수에 대하여 차례로 검토한다.

1) 결정성(determinacy)

첫째, Franck 교수가 말하는 결정성(determinacy)이라 함은 당해 규칙이 그 수범자에 대하여 자신의 내용을 어느 정도로 정확하게 전달하고 있는가 라는 문제이다. 이것은 정당성의 언어 혹은

89) Ibid., pp. 555-556.

90) T.M. Franck, supra note 76), p. 51.

91) T.M. Franck, supra note 2), p. 30.

문자 구조적 요소이다.⁹²⁾ 예컨대, 단순히 '나쁜 것'(bad things)을 하는 것을 금지하는 규칙은 정당성을 가지지 못한다. 왜냐하면 그러한 규칙은 결정성이 극히 부족하기 때문이다. 그러한 규칙은 어떠한 행동을 하도록 기대하는지에 관하여 구체적인 정보를 전달하지 못한다. 어떤 규칙이 보다 큰 정당성을 얻기 위해서는 그 규칙이 어떠한 행동이 허용되는지, 그리고 어떠한 행동이 그 규칙이 정한 한계를 넘는 것인지에 관한 정보를 전달할 수 있어야 한다는 것이다.⁹³⁾

이와 같이 어떤 규칙의 결정성은 그 규칙의 정당성에 대해 직접적인 영향을 미친다. 결정성은 그 규칙의 투명성을 증가시킬 뿐만 아니라, 국제사회의 구성원들로 하여금 그 규칙의 자발적 이행을 하도록 견인하는 능력을 증가시킬 수 있다. 일반적으로 어떠한 규칙이라도 일정한 범위 내에서의 탄력성을 가질 수 있고, 또한 보통의 비결정성은 법의 정당성을 침해하지 않는다고 할 것이다. 그러나 규칙을 정하고 있는 문서가 보다 불투명하고 탄력적 성격을 가질수록, 그 규칙에 대한 자발적 이행을 위한 견인력이 보다 약화될 것임은 명백하다. 비결정적인 규범적 기준은 그것의 불이행을 정당화하기가 보다 용이하다. 반대로 그 기준이 보다 결정적인 것일수록 이행을 위한 견인력에 저항하거나 자신의 불이행을 정당화하기 어렵게 될 것이다.⁹⁴⁾ 또한 무엇보다도 중요한 것은 (국제법)규칙의 비결정성은 국가들로 하여금 자발적 이행을 하도록 도와줄 수 있는 상호주의적 기대가능성을 감소시킴으로써 그 규칙의 견인력을 침해하게 될 것이라는 점이다. 그리고 어떤 규칙이 지나치게 불명확하여 장래의 사건에 대한 적용여부가 쉽게 분쟁화되거나 설명을 곤란하게 하는 경우에는, 상호주의는 규칙의 자발적 이행을 거의 유도할 수 없게 된다.⁹⁵⁾

Franck 교수에 의하면 규칙의 결정성 여부는 원칙적으로 당해 규칙을 정한 문서의 명확성(clarity)을 조사함으로써 판단될 수 있다고 한다. 그는 이것을 '문서적 결정성'(textual determinacy)이라고 부른다. 이것이 의미하는 것은 바로 명확한 정보를 전달하고, 법의 언어를 통하여 그 규칙의 본질적 의미를 파악할 수 있다는 의미에서 투명하게 나타낼 수 있는 문서의 능력을 말한다.⁹⁶⁾ 이와 같이 문서 자체의 명확성은 수범자로 하여금 당해 규칙에 대한 의무감을 높여주며 또한 자발적 이행을 유도하게 된다는 것이다. 예컨대, 1958년의 대륙붕협약에 의하면 대륙붕이라 함은 '수심이 200미터 깊이의 해저구역 혹은 수심이 이 한도를 넘더라도 그 천연자원의 개발이 가능한 한도까지의 해저'를 말한다고 규정하고 있다(동 협약 제1조). 반면에, 1982년의 유엔해양법협약에 의하면 대륙붕에 관하여 정의하기를 '대륙변계의 바깥끝까지, 또는 영해기선으로부터 200해리까지 영토의 자연적 연장'이라고 규정하면서(동 협약 제76조 제1항), 퇴적암의 두께를 고려하고(제4항), 영해기선으로부터 350해리를 넘거나 수심 2500미터 등심선으로부터 100해리를 초과하여서는 안되며(제5항), 해저산맥에서는 대륙붕의 바깥 한계는 영해기선으로부터 350해리를 넘을 수 없다(제6항)고 규정하고 있다. 위 양협약상의 규정을 비교하여 보면 1982년의 협약이 그 복잡성에도 불구하고 1958년의 협약 보다도 더 큰 결정성을 가짐을 알 수 있다는 것이다.⁹⁷⁾

92) T.M. Franck, supra note 82), p. 50.

93) T.M. Franck, supra note 71), p. 716.

94) T.M. Franck, supra note 2), p. 31; T.M. Franck, supra note 71), p. 714; T.M. Franck, supra note 82), p. 53.

95) T.M. Franck, supra note 76), p. 56.

96) T.M. Franck, supra note 2), p. 30; T.M. Franck, supra note 71), p. 713; T.M. Franck, supra note 82), p. 52.

Franck 교수에 의하면 어떤 문제에 대해서는 복잡한 구조를 가진 경우보다는 단순하고 명백한 이분법적 구조를 가진 규칙이 보다 높은 문서적 결정성을 가질 수 있다고 한다. 참과 거짓이라는 이분법적인 간단하고 명백한 규칙, 예컨대 '홍등은 좌현으로, 녹색등은 우현으로'와 같은 교통규칙은 고도의 결정성을 가질 수 있다. 이러한 규칙은 단지 2가지의 방법 중에서 하나만을 선택할 수 있을 뿐이다. 특히, 어떠한 예외도 허용되지 않는다는 일반적인 합의가 존재하는 경우에는 그 규칙의 결정성은 더욱 더 높아질 수 있다. 예컨대, 항공기불법납치, 생화학무기의 사용, 비전투원인 민간인에 대한 범죄, 아동과 여성에 대한 범죄 등과 같은 국제범죄에 관한 국제법규칙들이 바로 이러한 성질을 가진 규칙들에 해당한다는 것이다.⁹⁸⁾

물론 모든 국제문제들이 위와 같이 이분법적 규칙에 의해 해결될 수 있는 것은 아니다. Franck 교수는 지나치게 단순하고 직선적인 규칙은 오히려 규칙의 정당성을 침해하는 결과가 발생할 수 있음을 주의시키고 있다. 그는 위와 같이 지나치게 단순하고 직선적인 규칙을 '바보 규칙'(idiot rule)이라고 이름 붙이고 있다.⁹⁹⁾ 이러한 규칙은 실제적 상황에 적용될 때에는 비일관적이고, 불공정하거나, 혹은 터무니없는 것이라고 일반적으로 인식되는 결과를 만들어낼 수 있기 때문이다. 규칙의 자발적 이행이 그 정당성을 나타낸다고 할 때 그와 같은 규칙은 자발적 이행을 위한 어떠한 동기부여도 하지 못하는 것이다.¹⁰⁰⁾

Franck 교수에 의하면 고도의 투명성을 가진 문서적 규칙은 국가들로 하여금 눈앞의 이익을 챙기는 것을 일단 보류하고 당해 규칙을 준수하도록 유도할 수가 있다는 것이다.¹⁰¹⁾ 국가들은 다른 국가들과의 관계에서 때로는 갑작스레 다가 온 눈 앞의 이익을 이용하기 위하여 특정한 국제법규칙을 위반하려는 유혹에 직면하게 된다. 만약 그러한 유혹을 뿌리치고 그 규칙을 준수한다면 그 이유는 무엇보다도 상호주의를 기초로 하는 그 규칙이 보다 장기적이고 보다 큰 이익을 줄 수 있을 것이라는 기대 때문이라는 것이다. 그러나 그 규칙이 현재의 상황하에서는 그 규칙을 강화함으로써 가까운 장래에 자신이 혜택을 입을 수 있다는 합리적인 기대를 지지할 수 있을만큼 충분히 구체적인 경우에 한하여 단기적인 이익의 취득을 유보할 수 있다는 것이다.¹⁰²⁾ 그리고 그 규칙이 무엇을 대상으로 하는지, 또한 어떠한 사건이 유사한 상황을 구성하는지에 관한 상호적인 이해가 뒷받침되어야 한다는 것이다. 만약 규칙의 내용이 애매모호하다면 당해 사건에 있어서 단기적인 이익을 유보할 수 있는 동기를 제공할 수 없을 것이다.¹⁰³⁾

현재의 국제법규칙들 중에서 고도의 문서적 결정성을 가짐으로써 자발적으로 비교적 잘 준수되고 있는 것으로는 외교관계에 관한 비엔나협약과 조약법에 관한 비엔나협약을 들 수 있다.¹⁰⁴⁾ 또한 영해와 공해상에서의 선박의 관할권(유엔해양법협약), 항공기에 대한 관할권(항공기범죄방지협

97) T.M. Franck, *supra* note 2), p. 31; T.M. Franck, *supra* note 71), pp. 713-714; T.M. Franck, *supra* note 82), pp. 52-53.

98) T.M. Franck, *supra* note 71), pp. 722-724.

99) T.M. Franck, *supra* note 82), pp. 67-83.

100) *Ibid.*, p. 84.

101) *Ibid.*, pp. 57-58.

102) T.M. Franck, *supra* note 71), p. 716.

103) T.M. Franck, *supra* note 82), p. 58.

104) *Ibid.*, pp. 59-60.

약), 저작권과 상표권의 보호(세계저작권협약), 우편, 전화, 전신 및 무선통신의 국제적 이용(세계 우편연합헌장, 세계전신협약 등), 영해에서의 무해통항권(유엔해양법협약), 전쟁포로의 대우(전쟁 포로대우협약), 외국인재산의 국유화 및 보상(국가의경제적권리와무헌장) 등도 비교적 고도의 문서적 결정성을 가진 규칙에 속한다.¹⁰⁵⁾

나아가, 문서적 결정성이 규칙의 정당성을 제대로 확보할 수 없는 경우에는 결국 규칙의 탄력성으로 인한 얼마의 비용을 부담하더라도 보다 복잡한 구조를 가진 규칙을 동원할 수밖에 없을 것이다. Franck 교수는 위와 같은 비용의 부담은 그러한 불명확성이 사안별로 해결될 수 있는 절차(제도)를 도입함으로써 감소시킬 수 있고 한다.¹⁰⁶⁾ 즉, Franck 교수에 의하면 어떤 규칙의 결정성은 그 규칙을 정한 문서 뿐만 아니라 특별한 분쟁에 있어서 문서적인 비결정성을 감소시키는 임무를 담당하고 있는 적절한 제도(기관)의 작업 여부에 따라 달라질 수 있다고 한다.¹⁰⁷⁾ 그는 이것을 '절차적 결정성'(process determinacy)이라고 부른다.¹⁰⁸⁾ 당해 공동체내에서 정당한 것으로 수용된 행정적 혹은 사법적 절차를 이용함으로써 사안별적 해석이 항상 가능하다면, 비록 탄력적 내용을 가진 문서도 보다 높은 결정성을 가질 수 있다는 것이다. 예컨대, 국제사법재판소는 유엔해양법협약 제83조 제1항 소정의 대륙붕의 경계확정에 있어서 '형평한 결과'(an equitable solution)에 도달하여야 한다는 매우 비결정적인 조항에 대하여 여러 차례의 판결을 통하여¹⁰⁹⁾ 그 비결정적인 규칙의 내용을 구체화함으로써 위 조항에 대해 보다 높은 결정성을 부여하였다는 것이다.¹¹⁰⁾

요컨대, 결정성과 정당성의 관계에 대한 Franck 교수의 결론은 다음과 같다. 어떤 규칙의 정당성은 결정성의 정도에 의해 영향을 받는다. 그리고 그 규칙의 결정성은 그 규칙의 의도를 전달할 수 있고, 또한 그 의도를 특수한 상황적 명령으로 형식화할 수 있는 명확성 여부에 달려있다. 다시말하면, 이것은 그 규칙의 문자적 구조, '불합리한 결과로의 회귀'(reductio ad absurdum)를 회피할 수 있는 그 규칙의 능력, 그리고 그 규칙의 적용에 있어서 불명확성을 해결하기 위한 절차의 이용 가능성에 달려 있는 것이다.¹¹¹⁾

2) 상징적 유효성(symbolic validation), 의례(ritual) 혹은 정통성(pedigree)

둘째, Franck 교수가 말하는 상징적 유효성(symbolic validation), 의례(ritual) 혹은 정통성(pedigree)은 당해 규칙이 역사적 과정에 있어서 어느 정도로 깊이 뿌리를 내리고 있는가 라는 문제이다. 앞서 본 결정성이 의미(meaning)를 전달하는 것이라고 한다면, 여기서의 상징적 유효성은 권위(authority)를 전달하는 것이라고 말할 수 있다.¹¹²⁾ 그리고 결정성이 정당성의 언어적 혹은 문자 구조적인 요소라고 한다면, 상징적 유효성은 바로 정당성의 문화적 내지 인류학적 차원을 제공

105) T.M. Franck, supra note 71), p. 718; T.M. Franck, supra note 82), p. 60.

106) T.M. Franck, supra note 71), p. 724.

107) T.M. Franck, supra note 76), p. 57.

108) T.M. Franck, supra note 71), pp. 724-725; T.M. Franck, supra note 82), p. 64.

109) Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya Continental Shelf Case, ICJ Reports(1982), p.18; Libyan Arab Jamahiriya/Malta Continental Shelf Case, ICJ Reports(1985), p. 13.

110) T.M. Franck, supra note 71), pp. 724-725; T.M. Franck, supra note 76), pp. 56-57.

111) T.M. Franck, supra note 71), p. 725; T.M. Franck, supra note 82), pp. 66-67.

112) T.M. Franck, supra note 2), p. 34.

하고 있다고 말할 수 있다.¹¹³⁾ 상징적 유효성은 의사소통능력을 가지며, 그것은 곧 규칙의 자발적 이행을 위한 견인력을 발휘할 수 있는 능력, 즉 정당성을 확보하게 된다. 이러한 경우에 상징적 유효성이 전달하고자 하는 것은 그 규칙의 내용이 아니라 '유효성'(validity) 내지 '진정성'(authenticity)이다. 그것도 규칙이나 규칙제정자의 자발적으로 인정한 진정성이다. 때로는 상징적 전달의 수령자에게 부여된 진정성(유효성)이다.¹¹⁴⁾ 라이즈만(Reisman) 교수는 이것을 '권위적 신호'(the authority signal)라고 명명하고 있음에 반하여,¹¹⁵⁾ Franck 교수는 그와 같은 유효성을 가지는 전달수단을 '실마리'(cues)라고 부르고 있다.¹¹⁶⁾

상징적 유효성, 의례 및 정통성은 서로 관련성을 가지지만 결코 동일한 개념은 아니다.¹¹⁷⁾ Franck 교수에 의하면 어떤 신호가 명령의 자발적 이행을 이끌어낼 수 있는 실마리로써 작용될 때 규칙 혹은 규칙을 제정하는 절차나 제도의 상징적 유효성(symbolic validation)은 존재한다고 말할 수 있다는 것이다. 이와 같은 상징적 실마리는 대상(사물), 노래, 행동 혹은 구어(spoken words)일 수가 있다.¹¹⁸⁾ 예컨대, 국가를 부르는 것은 국민의 국가에 대한 관련성을 상징적으로 강화하기 위한 가시적 신호이다. 이것은 그 가사를 굳이 문자적으로 표현할 필요가 없으며, 다함께 국가를 부르는 그 자체가 정형화된 관련성을 유효화하기에 충분한 실마리가 된다.¹¹⁹⁾

그리고, 의례(ritual)는 반드시 그런 것은 아니지만 때로는 신비적인 의식에 의해 표시되는 상징적 유효성의 특수한 한 형태이다. 따라서 모든 의례는 상징적 유효성의 형태를 가지나, 그 반대는 항상 참인 것은 아니다. 의례는 사람이나 제도상의 명령의 자발적 이행을 이끌어내기 위한 언어적으로 설명하기 곤란한 이유나 실마리를 제공한다. 또한 이것은 때로는 공동체에게 배타적이고 또한 포섭적인 의미에서의 그 공동체의 통일성, 가치 및 유일성을 전달하기 위하여 희극(drama)으로서 제시되기도 한다. 예컨대, 새로 선출된 대통령이 취임하면서 국민 앞에서 엄숙한 선서식을 거행하는 것이 그 예이다.¹²⁰⁾ 그리고 의례는 체계의 신념과 가치를 전달하고 승인하는 기능을 가진다. 그것은 공동체의 내부자를 포용하는 반면에 상징적 전달수단의 코드를 공유하거나 이해할 수 없는 외부자를 배척함으로써, 공동체의 규칙과 권위적 구조를 강화한다.¹²¹⁾

나아가, 정통성(pedigree)은 상징적 유효성의 또 다른 하나의 형태이다.¹²²⁾ 이것은 당해 규칙의 역사적 기원, 문화적 혹은 인류학적 뿌리깊음을 강조함으로써 당해 규칙이나 규칙제정을 위한 제도의 자발적 이행을 위한 견인력을 고양시키려고 노력하는 실마리의 또 다른 하나의 부분집합이다. 예컨대, '승인'(recognition)의 관행이 바로 그 예의 하나이다. 어떤 국가가 새로운 제도를 승인하거나 유엔이 신생국에게 회원국의 지위를 인정할 때 이와 같은 부분적인 상징적 행동은 보다 넓

113) T.M. Franck, supra note 71), p. 725; T.M. Franck, supra note 82), p. 91.

114) T.M. Franck, supra note 82), p. 91.

115) Reisman, "International Lawmaking: A Process of Communication", *Proceedings, ASIL*, 1981, p. 110.

116) T.M. Franck, supra note 82), p. 91.

117) Ibid., p. 92.

118) Ibid., p. 92.

119) T.M. Franck, supra note 2), p. 34; T.M. Franck, supra note 82), p. 92.

120) T.M. Franck, supra note 82), pp. 92-93.

121) Ibid., p. 93.

122) T.M. Franck, supra note 82), p. 94.

은 의미성을 가진다. 그리고 유엔의 국제법위원회(ILC)에 의해 초안된 규칙의 체계는 그 위원회가 신중하게 선례나 관행을 연구하면서 오랜 기간을 투여한 경우에는 국가들에 의해 보다 쉽게 수용될 수 있다. 특히, 국제법의 '점진적 발전'(progressive development)이라는 표제가 붙은 경우보다는 '법전화'(codification)라는 표제가 붙은 경우보다 큰 정당성(권위)이 부여된다는 것은 바로 이와 같은 정통성에 관한 문제이다.¹²³⁾

Franck 교수는 위와 같은 상징적 유효성, 의례 혹은 정통성은 모든 공동체의 정당화 전략, 즉 이행을 유도하는 모든 규칙체계의 일부분을 구성한다고 한다. 예컨대, 고대 중국에 있어서 황제의 권위의 정당성에 관한 연구는 이러한 사실을 증명하고 있다는 것이다. 의례나 상징은 황제의 권위에 신비적인 가치와 정당성을 부여함으로써 단순히 권위를 반향시킬 뿐만 아니라 그 권위를 재창조하며 강화한다. 그러한 방법으로 사람들이 주어진 권위를 받아들이도록 설득된 정도는 통상적으로 힘에 의하여 달성될 수 있는 복종의 정도를 훨씬 초월한다는 것이다. 그리고 정치적 정당성은 피지배자가 그들에게 복종하고 그들의 결정에 따르는 것이 올바르고 적절하다고 인식하는 경우에 권위가 부여될 수 있다는 것이다. 그리고 많은 사회에서는 의례와 정통성이 종교적 경험보다는 문화적 및 정치적 경험에 상징적 뿌리를 내리고 있다. 탈유신론적 사회에 있어서도 여전히 의례를 포기하지 않고 있으며, 오히려 정치와 역사는 마술과 신비로 대체되고 있다는 것이다. 예컨대, 영국에 있어서 의회가 제정한 법은 여왕의 동의를 얻은 후에 비로소 법이 된다는 규칙은 더 이상 세속적인 군주의 권한에 관계되는 것은 아니다. 그와 같은 규칙이 있다고 하더라도 여왕이 법을 제정한다고 믿는 사람들은 별로 없다. 이와 같이 입법에 있어서 여왕의 서명을 요구하는 규칙(법)이 그 여왕에게 서명하는 일 이외에 다른 선택의 여지가 없는 것이라고 하더라도 무의미한 것은 아니다. 이것은 대중적 이행을 위한 실마리를 제공해주고 새로운 법의 정당성을 증명하는 데 기여하는 상징적인 유효성을 부여하는 것이다.¹²⁴⁾

Franck 교수에 의하면 현대적인 국가체계에 있어서도 의례, 정통성 및 기타 상징적 유효성이 고대와 중세사회와 동일한 역할을 수행하고 있다고 한다. 그리고 미발달된 체계로서의 국제사회는 그와 같은 상징적 유효성이 보다 적게 부여되어 있으나, 고대중국의 황제에 의한 통치나 영국의 근대적인 의회민주주의의 경우와 거의 유사하게 규칙을 정당화시키는 기능을 가진 상징적 유효성이 존재한다는 것이다. 그 사례가 많지는 않으나 국제체계가 의례와 정통성을 통하여 자신을 정당화하려고 시도한 중요한 사례들이 존재한다. 그 중에서 가장 오래되고 보편적인 것으로는 국가들 간의 실제적인 정치적 내지 사회적 맹약을 위한 상징적 의미에서 국가원수들의 자녀들간의 혼인을 이용하는 방법이다. 이러한 관행은 중세의 유럽왕가들간에 뿐만 아니라 아시아, 아프리카 및 콜롬부스 이전의 미주대륙에 있어서도 매우 흔한 일이었다. 그리고 비교적 새롭고 현대적인 사례 중의 하나로는 유엔개발계획(UNDP), 세계은행(IBRD), 세계보건기구(WHO), 식량농업기구(FAO), 유엔국제아동구조기금(UNICEF) 등과 같은 초국가적 국제기구의 성립이다. 이러한 국제기구의 역할은 한 국가에 의해 다른 국가로 부여되는 일방적인 기부와 협력하여 혹은 경쟁적으로 그것을 필요로 하며 또한 수여받을 자격을 가지는 자에게 혜택을 분배하는 일이다. 이러한 국제기구들의 목적

123) T.M. Franck, supra note 71), pp. 725-726; T.M. Franck, supra note 82), pp. 94-95.

124) T.M. Franck, supra note 71), pp. 727-728; T.M. Franck, supra note 82), pp. 95-98.

은 도구적 성격을 가지지만, 그 조직의 형태는 매우 큰 상징성을 내포하고 있다.¹²⁵⁾

그밖에도 Franck 교수는 국제체계에 있어서 의례 및 기타 정당성의 상징적 강화에 관한 많은 다른 사례들을 예시하고 있다.¹²⁶⁾ 예컨대, 유엔은 본부 뿐만 아니라 세계 곳곳에 산재해 있는 유엔의 기관이나 사무소에 유엔기를 게양하고 있다. 또한 1956년 스에즈운하의 위기 때부터 유엔의 평화유지활동시에 유엔기와 '푸른 헬멧' (blue helmet) 등과 같은 유엔의 상징물들이 사용되어오고 있다. 그리고 유엔과 전문기관 등은 영토국으로부터 제한된 특권과 면제를 부여받은 본부와 시설들을 설치, 운영하여 오고 있다. 이러한 것들도 실제적 중요성뿐만 아니라 상징적 중요성도 아울러 가진다. 또한, 정통성과 의례에 관한 상징의 사례는 특히 국가들간의 외교적 관행에서 흔히 발견된다. 예컨대, 외교사절의 명칭과 등급, 외교관이나 영사 등의 특권과 면제 등은 가장 오래된 상징들이다. 파견국이 외교사절에게 신임장을 교부하거나 접수국이 그것을 접수하는 의례는 그 외교사절에게 정통성을 부여한다. 이와 같은 유사깊은 외교관행은 거의 보편적으로 준수되며, 외교에 관한 규칙들은 고도의 정당성을 가진 것으로 폭넓게 인정되고 있다. 그리고 테헤란미대사관인질사건에서 보여주는 바와 같이 이러한 규칙에 대한 위반이 발생하는 경우에는 일반적으로 국제공동체는 공동적으로 대응한다.¹²⁷⁾

한편, Franck 교수는 규칙의 정당성을 부여하기 위하여 사용된 상징적 실마리는 그 전달의 수령자가 그것이 진정한 상징성을 가진 것으로 인식하는 경우에 한하여 성공할 수 있을 뿐이라고 한다.¹²⁸⁾ 다시말하면 '진정한 실마리'(true cues)만이 정당성을 부여할 수 있는 능력을 가진다. 이것은 곧 '허위의 실마리'(false cues)는 상징적 유효성의 모습을 갖추고 있다고 하더라도 당해 규칙의 정당성의 정도에 아무런 영향을 미칠 수 없음을 뜻한다. 예컨대, 제1차 세계대전 무렵 세르비아 해군 제독의 제복은 대표적인 허위의 실마리에 해당한다. 당시 세르비아는 반 세기 이상 주권국가가 아니었고, 또한 주권국가로 존재할 때에도 해양을 가지지 않은 내륙국이었다. 즉, 상징에 의해 실마리를 제공하고자 한 권위를 위한 사실적 기초가 허위였던 것이다. 그래서 세르비아 해군장교의 권위를 높이기 위하여 그와 같은 상징적 유효성을 이용하려 했던 것은 지경학적 사실에 무지한 사람들의 경우를 제외하고는 아무런 실효성도 가질 수 없었던 것이다.¹²⁹⁾

이러한 허위의 실마리에 관한 문제는 국제법규칙의 상징적 유효성에 있어서도 제기될 수 있다. 앞서 본 바와 같이, 국제법상 승인의 의례는 국가나 정부의 존재의 상징적 유효성과 국제공동체에 있어서의 평등한 지위를 가질 자격을 전달하려는 의도를 지닌다. 그러나 승인은 실마리가 진정한거나 적절한 것으로 인식되는 경우, 다시말하면 그러한 실마리가 그 상징의 수령자에게 거짓으로 보여지지 않는 실재를 상징하고 있는 경우에 한하여 유효성을 가질 수 있다는 중요한 경고를 준다.¹³⁰⁾ 예컨대, 상조의 승인(premature recognition)이 허위의 실마리의 대표적인 사례이다. 이와 같은 허위의 실마리는 규칙의 정당성을 부여할 수 있는 상징의 잠재력을 침해할 수 있을 뿐만 아니

125) T.M. Franck, supra note 71), pp. 729-730; T.M. Franck, supra note 82), pp. 100-101.

126) T.M. Franck, supra note 2), pp. 34-36.

127) T.M. Franck, supra note 2), pp. 36-37; T.M. Franck, supra note 71), pp. 731-734; T.M. Franck, supra note 82), pp. 102-105.

128) T.M. Franck, supra note 82), p. 111.

129) Ibid., pp. 111-112.

130) Ibid., p. 117.

라, 그 상징을 오용하고 있는 사람들의 신뢰성과 권위도 아울러 손상시킬 수도 있다.¹³¹⁾

나아가, 객관적으로는 진정한 실마리라고 하더라도 허위의 실마리라고 인식됨으로써 그만큼 정당성을 침해하는 경우도 있다. 이와 같이 어떤 실마리가 거짓말을 전달하고 있다는 인식은 그 실마리가 실제적으로 제공하려고 했던 의미를 오해한 데서 비롯되는 것이다. 예컨대, 어떤 국가가 유엔에 가입하는 것은 이것을 올바르게 이해하였다면 모든 국가의 실질적 평등을 상징한다는 의미를 가지는 것은 아니다. 사실상 이것은 허위일 수도 있다. 단지 그것은 국제공동체가 국가에게 부여한 동요적인 권리를 취득할 수 있는 평등한 자격을 각 국가가 가진다는 의미일 뿐이다.¹³²⁾

3) 일관성(coherence)

셋째, Franck 교수가 말하는 일관성(coherence)¹³³⁾이라 함은 당해 규칙이 내부적인 일관성, 그리고 다른 규칙들을 지배하는 원칙들과의 수평적인(외부적인) 조화성을 어느 정도로 가지는가 라는 문제이다. 이러한 일관성이라 함은 어떤 규칙이 전체적인 모습으로 보여지는 것을 가능하게 하는 규범적 특성을 의미한다. 전체적인 규칙체계의 일부를 구성하는 것으로 인식되는 어떤 규칙은 그렇지 않은 경우보다는 자발적 이행을 위한 보다 큰 견인력을 가진다는 것이다. 다시말하면 규칙의 정당성에 대한 인식은 또한 그 규칙이 적용하는 원칙의 일반성에 의존된다. 그리고 부정당성의 부정적 인식은 그 규칙의 일반성의 부족에서 기인한다는 것이다. 이러한 규칙은 단 1회만 적용되기도 한다. 그러한 규칙은 명백하게 비원칙화되어 있으므로, 동일한 것을 동일하게 대우하지 아니하며, 결국 그것은 일관성을 결여하고 있는 것이다.¹³⁴⁾ 요컨대, 이러한 일관성의 문제도 어떤 규칙의 정당성 여부와 정도를 판단할 수 있는 또 다른 하나의 변수라고 말할 수 있다.

Franck 교수는 Dworkin의 소위 '반쪽의 빵'(half-loaf)의 타협이론¹³⁵⁾을 도입하여 일관성이 규칙의 정당성에 미치는 영향을 설명하고 있다. 그는 다음과 같은 상상적인 사건을 사례로 들고 있다. 제3세계 국가들의 대외부채총액 1조 100억 달러(1986년경 실제의 부채총액임)에 관하여 차용국들이 대여국들에게 그 중 50%를 지급함으로써 부채의 전액을 소멸시키기로 하는 일반적 합의(타협)가 이루어졌다고 가정하자. 양측은 모두 이러한 타협을 현재의 상황으로서는 최선의 선택이라고 판단한다. 문제는 어느 차용국이 어느 대여국에게 50%의 금액을 실제로 지급하고, 그 반면에 어느 차용국은 면제되고 또한 어느 대여국은 채권을 포기할 것인가에 관한 기준과 방식을 찾는 것이다. 예컨대, 대여국 중에서 그 국가의 명칭이 알파벳 A-M으로 시작하는 국가들은 전액의 변제를 받고, 반면에 N-Z로 시작하는 국가들은 전혀 변제받지 못하는 방식(일종의 규칙)을 채용하였다고

131) Ibid.

132) Ibid., p. 115.

133) 드워킨은 '일관성'(coherence)이라는 용어 대신에 같은 의미를 가진 '정합성'(integrity)이라는 용어를 사용한 바 있다(R. Dworkin, *Law's Empire* (1986), pp. 190-192; T.M. Franck, supra note 2), p. 38).

134) T.M. Franck, supra note 2), p. 38.

135) 드워킨에 의하면 '한 개의 빵'을 받을 수 없다면 '반쪽의 빵'이라도 받는 타협을 선택할 수 있다는 것이다. 그러나 그러한 타협이 정당성을 가지기 위해서는 어떤 일관된 원칙에 기초를 두고 있어야 한다는 것이다. 만약 '반쪽의 빵'이 일관성이 없다면, 즉 '체커판'(checkerboard)의 결과가 발생한다면, 빵을 전혀 받지 못할지언정 '반쪽의 빵'을 받는 타협은 수용될 수가 없다는 것이다(R. Dworkin, supra note, pp. 179-182; T.M. Franck, supra note 71), pp. 741-742).

하자. 그러한 규칙은 일용 결정성을 가진다. 또한 대여국의 경우 이러한 타협은 전혀 받지 못한 경우보다도 유리하며, 또한 차용국의 경우에도 그것은 100%를 지급하게 되는 경우보다도 유리하다. 그러나 '체커보딩'(checkerboarding)과 같은 이러한 타협은 대여국과 차용국의 어느 쪽에 의해서도 거부될 것이 명백하다. 왜냐하면 그것은 명백하게 '비일관적'(incoherent)이기 때문인 것이다. 이와 같이 규칙의 비일관성은 그것의 정당성을 명백히 침해한다.¹³⁶⁾

Franck 교수에 의하면 일관성을 올바르게 이해하기 위한 방법은 당해 규칙의 자발적 이행의 견인력이 어떤 사건에서 어느 정도로 발현되고 있는가를 점검하는 방식이라고 한다. 이것은 여러 가지의 형태를 지닐 수 있다.¹³⁷⁾ 첫째, 시험대상이 되는 규칙이 보다 큰 규제적 체계의 일부를 구성하면서(예컨대, 전체조약의 1개 조문을 이루고 있는 규칙인 경우) 그 체계의 목적과 중요성을 좌우할 수 있을 정도로 매우 밀접하게 관련성을 가지고 있는 경우이다. 둘째, 시험대상이 되는 규칙이 많은 다른 규칙들이 의존하는 중요한 원칙을 증명하고 있는 경우이다. 다시말하면, 어떤 규칙은 그것이 그 저변에 흐르는 일반원칙에 의해 다른 규칙들과의 규칙체계를 이루고 있는 것으로 보여질 때 보다 큰 힘을 가지게 된다는 것이다.¹³⁸⁾ 셋째, 규칙을 적용함에 있어서는 동일한 것은 동등하게 취급하여야 하기 때문에, 어떤 경우에 있어서의 문제들은 다른 경우에 있어서의 그것들과 일관성을 가질 수 있는 경우이다. 다시말하면, 규칙의 적용시에 동일한 사건은 동일하게 다루어질 때, 그리고 그 규칙이 동일한 체계의 다른 규칙들과 사이에 원칙화된 형태로서 관련성을 가지게 될 때, 그 규칙은 일관성을 가지게 된다는 것이다.¹³⁹⁾

더 나아가, Franck 교수는 일관성이 정당성의 중요한 요소 중의 하나라는 사실은 다음과 같은 3가지의 국제법적 논제에 관한 최근의 발전상황에 의해 잘 설명될 수 있다고 한다. 즉, ① 자결권의 출현, ② 유엔의 투표제도를 통하여 확립된 국가평등사상의 발달, ③ GATT에 있어서 자유롭고 비차별적인 무역조건, 즉 최혜국대우제도의 구축이 바로 그것들이다.¹⁴⁰⁾ 이러한 3가지의 논제는 모두 규범적 일관성이 도전받음으로써 한때 정당성의 위기를 경험한 바 있다. Franck 교수는 각 논제들이 어떻게 그러한 도전을 극복하고 자신의 정당성을 확보하게 되었지를 분석하였다.¹⁴¹⁾

첫째, 민족적 혹은 종족적 집단은 소위 자결권을 가진다는 사고는 제1차세계대전후의 유럽의 재편과정에서 그 기원을 찾을 수 있다. 그러나 이러한 일반원칙은 처음부터 반드시 '정당한'(just) 것으로 받아들여진 것은 아니었다. 또한, 자결권에 관한 월슨주의는 제1차세계대전 직후에는 상당한 일관성을 유지하는 듯 하였으나, 이 원칙은 어디까지나 패전국의 유럽영토에 대해서만 적용될 뿐이었다.¹⁴²⁾ 예컨대, 이것은 1920년의 알랜드(Aaland)섬에 관한 스웨덴과 핀란드간의 분쟁¹⁴³⁾에는

136) T.M. Franck, supra note 2), pp. 38-39; T.M. Franck, supra note 71), p. 741.

137) T.M. Franck, supra note 76), p. 77.

138) T.M. Franck, supra note 71), p. 741.

139) R. Dworkin, supra note, pp. 176-224; T.M. Franck, supra note 2), p. 38; T.M. Franck, supra note 71), p. 741.

140) T.M. Franck, supra note 76), p. 91; T.M. Franck, supra note 82), p. 153.

141) T.M. Franck, supra note 72), p. 743.

142) T.M. Franck, supra note 82), p. 159.

143) 1809년 스웨덴은 핀란드와 문제의 Aaland섬을 포함한 부속도서들을 러시아에게 할양하였다. 그후 핀란드가 러시아로부터 독립선언을 하기 이전에 Aaland섬의 주민대표회의는 독립후 핀란드가 아니라 스웨덴에 편입될 것을 희망하는 의사표시를 하였다. 이러한 희망을 표명하기 위하여 Aaland 주민들은 주민투

적용되지 못하였다. 이 사건을 담당한 조사위원회(국제연맹법률가위원회)는 “자결권의 원칙은 아직까지 실정국제법규칙으로서의 지위를 획득하지 못하였다.”고 선언하였던 것이다.¹⁴⁴⁾ 그러나 제2차세계대전 이후에는 자결권원칙은 보다 일반적이고 보편적으로 적용되기 시작하였다. 유럽지역이거나 기타 지역의 식민지인지 여부를 불문하고, 또한 패전국의 영토이든지 전승국의 영토이든지 불문하고 적용되었다. 이리하여 일관성은 일응 달성되었고, 이에 따라 자결권은 상당한 정당성을 얻게 되었다. 이에 따라 1960년대 이후 이러한 자결권에 기초하여 수 많은 신생독립국들이 탄생하였다.¹⁴⁵⁾ 반면에, 발틱해 3국 등의 동유럽지역이나 인도, 알제리 등과 같은 제3세계국가들의 일부 지역에 있어서는 자결권의 일관성이 제대로 지켜지지 아니하였다.¹⁴⁶⁾

그러나 규칙의 비일관된 적용이라는 객관적인 사실이 반드시 그 규칙의 정당성을 침해하는 것이라고 단정할 수는 없다. 그러한 비일관성이 정당화될 수 있는(원칙화된) 구별에 의해 그 공동체의 구성원에게 만족스럽게 설명될 수 있다면, 즉 공동체의 구성원들을 논리적으로 설득할 수 있다면, 비일관된 관행에도 불구하고 그 규칙의 정당성은 일응 유지될 수 있다.¹⁴⁷⁾ 자결권의 정당성을 침해할 우려가 있는 관행상의 비일관성은 그 원칙이 적용되는 경우와 그렇지 못한 경우를 합리적으로 설명할 수 있는 구별기준에 기초한 새로운 규칙을 만들으로써 치유될 수도 있다.¹⁴⁸⁾ 이리하여 자결권을 가지는 인민과 그렇지 못한 인민의 구별이 이론적으로 시도되었다. 즉, 자결권원칙은 아직까지 독립을 쟁취하지 못한 영토나 과거의 식민지의 ‘압제된 인민’(oppressed peoples)에 한정하여 적용되어야 한다는 주장이었다.¹⁴⁹⁾ 또한 혹자는 자결권은 단지 중앙정부에 의해 ‘불평등하게 대우받는 인민’(peoples who are treated unequally)에 한하여 적용될 수 있다고 주장하기도 하였다. 이와 같은 불평등한 대우에 기초한 분리권은 합리적으로 정당화될 수 있다. 왜냐하면 그러한 분리가 피압제민족이 정치적으로 명백히 권한을 상실한 소수자로서 이용가능한 유일한 구제방법이기 때문이다.¹⁵⁰⁾ 이러한 주장은 영국과 프랑스의 통치하에 있던 식민지의 주민들은 자결권을 가지는 반면에, 라트비아 혹은 비아프라의 주민들은 그러한 자결권을 가지지 못함을 설명할 수 있다.¹⁵¹⁾ 그런데 스리랑카의 분리주의자 타밀반군의 경우에서 보는 바와 같이 일단 분리주의운동이 극대화되는 경우 차별적 대우가 뒤따르기 마련이다. 분리주의운동에 관한 특정한 사태에 있어서 분리주의가 불평등한 대우를 야기한 것인지 아니면 그 반대인지 여부를 판단하는 것은 상당히 어렵다.¹⁵²⁾ 나아가, 분리적 자결권의 인정여부에 관한 보다 복잡한 구별기준이 제시되기도 한다. 즉, 특정한 지역에 거주하는 인

표를 실시할 것을 제1차 세계대전후의 베르사이유 평화회의에 요청하였다. 이에 대해 핀란드는 위 섬에 대한 주권은 논란의 여지가 없으며, 국가에 속하는 소수집단은 분리나 독립을 요구할 권리가 없다고 주장하였다. 이에 평화회의의 최고심의회는 조사위원회를 구성하여 위 문제를 조사하도록 하였다(T.M. Franck, *supra* note 82), p. 159).

144) T.M. Franck, *supra* note 71), p. 744; T.M. Franck, *supra* note 82), pp. 159-160.

145) T.M. Franck, *supra* note 71), pp. 744-745; T.M. Franck, *supra* note 82), pp. 160-161.

146) T.M. Franck, *supra* note 82), pp. 161-163.

147) T.M. Franck, *supra* note 82), p. 163.

148) *Ibid.*, p. 165.

149) T.M. Franck, *supra* note 71), p. 747.

150) T.M. Franck, *supra* note 82), p. 170.

151) T.M. Franck, *supra* note 71), pp. 747-748.

152) T.M. Franck, *supra* note 82), p. 172.

민이 보다 큰 정치적 집단속에 포함되어 있는 소수자로서 분리를 추구하고 있고, 또한 그러한 분리권의 행사가 다른 주민들(다수자)의 경제적 번영과 국가안보를 부당하게 박탈하지 않아야 한다는 것이다. 또한 만약 이러한 복잡한 규칙이 국제공동체에 의해 채택된다면 사안별로 그 규칙을 적용할 수 있는 정당성이 부여된 제도를 필요로 한다. 만약 그러한 절차적 결정성을 충족하지 못한다면 그 규칙은 자발적 이행을 위한 견인력을 증대하게 결여하게 될 것이다.¹⁵³⁾

두 번째, 규칙의 정당성을 판단함에 있어서 일관성의 중요성이 부각된 또 다른 사례는 국가평등사상의 발전과정이다. 유엔헌장 제2조는 모든 회원국들의 주권평등원칙을 규정하고 있다. 그리고 제18조에 의하면 유엔총회의 모든 회원국은 1표의 투표권만을 가짐을 인정하고 있다. 그러나 제27조는 안전보장이사회의 5개 상임이사국의 거부권을 인정하고 있다. 이것은 제2조에서 규정한 일반적인 주권평등원칙의 일관성을 침해하는 것으로 보인다. 그런데 위와 같은 거부권 규정은 바로 일관성을 어느 정도로 유지하면서 동시에 비일관적인 결과를 수인하는 타협적인 중립원칙을 채택한 결과이다. 다시말하면 선택할 수 있는 최선의 길은 모든 국가들은 평등하나, 특별한 재산과 권력을 가진 몇몇 국가들은 더 많은 의무와 책임을 지게 되며, 이에 따라 어떤 문제에 대해서는 보다 강화된 의사결정권한을 가진다는 타협이다.¹⁵⁴⁾ 그런데 유엔헌장 당시에는 그와 같은 개념적 정당화로 인하여 일용 일관성을 유지하는 것처럼 보이기도 하였으나, 불행하게도 이후의 국제정치적 역학구조의 변화로 인하여 그러한 일관성은 상당히 침해되었다. 1945년 당시 안전보장이사회의 중요한 결정의 성공여부는 위 5개의 상임이사국의 협력 여하에 달린 문제였고, 만약 어느 한 국가라도 반대한다면 그 결정의 성공여부가 문제시되는 상황이었다. 그러나 이러한 상황은 상당히 변화되었다. 냉전시대에 있어서 미국과 구소련을 제외한 나머지 영국, 프랑스 혹은 중국은 세계정치나 유엔에 있어서의 역할은 그러한 거부권을 가지지 않은 독일, 일본, 인도 등에 비하여 더 중요하다고 결코 말할 수 없게 된 것이다. 그래서 거부권을 규정한 규칙의 일관성은 상당히 훼손되고 있는 것이다. 이러한 상황변화에 따라 영국, 프랑스 혹은 중국은 다수결에 동의하거나 미국이나 구소련의 눈치를 보면서 거부권을 행사하는 경우를 제외하고는 사실상 거부권의 독자적인 행사를 삼가는 관행이 성립된 것이다. 이것은 곧 거부권의 사실상의 포기를 의미하는 것이다.¹⁵⁵⁾

세 번째, GATT의 최혜국대우조항(MFN)도 역시 일관성의 중요성을 잘 설명하고 있다. 주지하듯이, GATT의 가장 기본적인 규정은 바로 최혜국대우조항이다. 이러한 규칙은 실제로 일관되게 적용되어 왔기 때문에 일관성을 가지며, 그래서 일용 정당성을 가진 것으로 보여지고 있다. 그러나 이 원칙은 1960년대 후반부터 형성되어 발전되어온 소위 일반특혜제도(GSP)라는 예외에 의해 그 일관성이 상당히 침해되고 있다고 여겨지고 있다. 그럼에도 불구하고 비록 GSP가 직접적으로 MFN에 저촉된다고 하더라도 모든 국가들을 위한 무역확대라는 GATT의 기본목적에는 합치된다. 또한 GSP는 MFN이 적용되는 국가와 GSP에 의해 잠정적으로 혜택을 입고 있는 국가간의 구별을 위한 기준을 설정하고 있다. 그러한 기준은 다른 분야에 있어서의 구별기준과 공통적으로 사용되는 한계에 관해서는 일관성을 유지하고 있다. 또한 GSP에 내재하는 배분적 정의의 원칙은 국제법 체계에 있어서 공유되고 있으며, 그리고 위와 같은 구별을 정당화하고 있다. 따라서 MFN과 GSP

153) Ibid., p. 171.

154) Ibid., pp. 176-177.

155) T.M. Franck, supra note 71), p. 749; T.M. Franck, supra note 82), pp. 177-178.

는 규칙내에서 및 규칙의 적용에 있어서 피상적인 비일관성을 유지하고 있는 것처럼 보이나, 실질적으로 일관성을 유지하고 있으며 또한 정당성을 가진 규칙이라고 말할 수 있다는 것이다.¹⁵⁶⁾ 위 사례에서 Franck 교수는 다음과 같은 결론에 이르고 있다. 즉, 동일한 사건은 동일하게 대우한다는 것이 법원칙은 어떠한 대가를 치루더라도 통일성(일관성)을 유지하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니라는 것이다. 이것은 어떠한 구별이 행해질 때 그 구별 자체가 일반적으로 적용된 차별화의 개념에 의해 납득할 수 있어야만 한다는 것을 의미한다는 것이다.¹⁵⁷⁾

요컨대, 일관성과 정당성의 관계에 관한 Franck 교수의 결론은 다음과 같다. 즉, 일관성, 그리고 정당성은 부분적으로는 공동체의 관념으로부터 나오는 요소들에 의해 정의되는 것으로 이해되어야 한다. 규칙은 갈피를 잡을 수 없는 '체커보딩'(chekerboarding)을 배제함으로써 일관성을 가지게 된다. 규칙은 일관적으로 적용되거나, 혹은 그렇지 않더라도 규칙의 명확한 목적과 규칙체계를 관통하여 이루어지는 유사한 구별과 연결되는 저변에 흐르는 일반원칙에 기초한 구별을 하는 경우에는 일관성이 유지된다고 말할 수 있다는 것이다. 이와 같이 Franck 교수는 특수한 규칙과 규칙체계의 저변에 흐르는 일반원칙과의 관련성에 초점을 둬으로써 '정당한 규칙의 공동체'(a community of legitimate rules)라는 중심적 사고의 수평적인 구조를 강조하였다.¹⁵⁸⁾

4) 연계성(adherence)

마지막으로, Franck 교수가 말하는 연계성(adherence)이라 함은 당해 규칙이 국제공동체를 규정하는 원칙화된 목적과 가치를 구체화하는 궁극적인 승인의 규칙들에 의해 구축되어 있는 규범적 계층구조와의 수직적인 연관성을 어느 정도로 가지는가 라는 문제이다. 이것은 곧 문제되는 어떠한 의무적 '규칙'(rule)과, 규칙체계의 목적을 정의하거나 혹은 그 규칙의 규범적 기준을 제시하는 보다 상위의 '원칙'(principle)간의 수직적 연관성을 의미한다. 다시말하면, 이것은 어떠한 단일한 제1차적 의무규칙과, 공동체에 의해 그러한 규칙의 창설, 해석 및 적용을 지배하는 제2차적 규칙의 피라미드와의 수직적 연관성을 의미한다.¹⁵⁹⁾ 어떤 규칙(예컨대, '파란신호등에는 진행하고 빨간신호등에는 정지하라'는 규칙)은 그것이 유일한 특별한 약속인 경우보다는 공동체의 규범적인 계층적 구조의 체계내에 있을 때 자발적 이행을 위한 보다 큰 견인력을 가지게 된다는 것이다.¹⁶⁰⁾

Franck 교수는 국제법규칙의 연계성을 설명하기 위하여 Hart(Hart)의 법이론을 비판적으로 수용하고 있다. Hart는 제2차적 규칙들,¹⁶¹⁾ 특히 승인의 규칙¹⁶²⁾은 발달된 규칙체계의 본질적 요소

156) T.M. Franck, supra note 2), pp. 39-40; T.M. Franck, supra note 71), p. 750; T.M. Franck, supra note 82), pp. 178-180.

157) T.M. Franck, supra note 2), p. 39.

158) T.M. Franck, supra note 2), p. 41; T.M. Franck, supra note 71), pp. 750-751; T.M. Franck, supra note 82), pp. 180-182.

159) T.M. Franck, supra note 2), p. 41.

160) T.M. Franck, supra note 76), p. 87.

161) 장영민, 전제서 46), 50쪽; 하트는 법을 운동경기의 규칙과 같이 규칙들의 체계(집합체)로 본다. 그에 의하면 우선 법은 국민에게 의무를 부여하는 규칙들인 제1차적 규칙(primary rules)들로 이루어지나, 복잡하고 동적인 사회에 있어서는 이러한 제1차적 규칙을 변경하거나(변경의 규칙, rule of change), 시행하게 하는(재판의 규칙, rule of adjudication) 등과 같은 제2차적 규칙(secondary rules)을 필요로 하게 된다는 것이다.

라고 전제하면서, 국제사회에 있어서는 이와 같은 제2차적 규칙이나 승인의 규칙이 결여되고 있다고 한다. 그에 의하면 국제공동체는 마치 토지나 혈족관계 등과 같은 문제에 관한 제1차적 의무규칙을 가진 원시부족사회와 유사하며, 구성원들에 대하여 사회적 역할을 할당하고 규율하거나 정립된 절차에 따라 이러한 실체적인 제1차적 규칙들을 형성, 변경, 적용 및 해석할 수 있는 어떠한 지배의 체계도 존재하지 않는다는 것이다. 결과적으로 Hart는 국제체계에 있어서는 개별적인 규칙들이 규칙의 계층적 구조(승인의 규칙)와의 연계성(adherence)을 가지지 못하고 있다는 이유로 국제체계는 원시적인 상태에 있는 것으로 인식하고 있다.¹⁶³⁾

위와 같이 Hart는 오스틴의 법명령설에 기초하여 국제체계에 있어서 제도화된 강제(제재조치)의 부족을 지적하기도 하나, 무엇보다도 규칙의 계층적 구조와의 연계성을 가지는 국제법규칙들이 존재하지 아니한다는 점을 강조하고 있다. 비록 Hart는 연계성이라는 용어를 사용하고 있지는 아니하나, 여기서 연계성이란 제1차적 의무규칙(primary rules of obligation)(예컨대, “푸른신호등에는 진행하고, 빨간신호등에는 정지한다.”)과 그러한 규칙들이 어떻게 형성, 해석 및 적용되는지에 관한 제2차적 규칙의 피라미드와의 수직적 연관성(예컨대, 위와 같은 교통규칙이 헌법에 따라 조직된 시의회에 의해 제정되는 경우)을 의미한다. 이러한 규칙들은 ‘제2차적 절차규칙’(secondary rules of process)이라고 불리운다. 제1차적 의무규칙의 정당성은 제2차적 절차규칙과의 연계성에 의해 확보될 수 있다. 공동체의 제2차적 절차규칙에 위반되어 만들어지거나 적용되는 제1차적 의무규칙은 그만큼 정당성을 결여하게 된다는 것이다.¹⁶⁴⁾ 이와 같이 제2차적 절차규칙의 체계에의 연계성을 가지지 않는 제1차적 의무규칙은 단순히 잠정적인 상호주의적 약속에 지나지 않는다. 규칙이 조직화된 공동체의 절차적이고 제도적인 틀 속에서 만들어진 경우에는 그것이 자연상태에 있어서 당사국간의 잠정적인 약속인 경우보다도 더욱 더 의무지워질 수 있다. 다시말하면, 규칙이 복잡한 사회의 계층적으로 구조화된 절차적 및 제도적인 틀 속에서 만들어진 경우에는 제2차적 규칙이 부족한 원시적인 사회의 경우보다도 더욱 더 의무지워질 수 있다는 것이다.¹⁶⁵⁾

Franck 교수는 국제법체계에 관한 Hart의 현실분석에 대하여 일면에 있어서는 어느 정도의 타당성을 가질 수 있음을 인정한다.¹⁶⁶⁾ 그러나 Franck 교수는 Hart의 현실분석과는 달리 국제체계에 있어서도 제2차적 규칙들이 상당히 존재한다고 주장한다.¹⁶⁷⁾ 그는 국제체제도 수평적인 일관성을 갖춘 규칙, 그와 같은 규칙의 성립을 위한 제도, 그리고 그러한 규칙을 공평하게 적용하는 사법적 내지 준사법적 기관의 확장된 네트워크를 가지고 있다고 주장한다. 또한 이러한 체계는 규칙을 채

162) 장영민, 전계서 46), 50-51쪽; 오병선, 전계서, 28쪽; 하트에 의하면 규모가 크고 복잡한 사회에서는 법규칙들을 다른 사회규범과 구별하여 다음아닌 법으로 인식 혹은 식별하게 할 수 있는 또 하나의 규칙이 필요하다고 한다. 하트를 그와 같은 규칙을 ‘승인의 규칙’(rule of recognition)이라고 부른다. 즉, 어떠한 규칙들이 법임을 인지할 수 있는 것은 도덕성과 같은 실질적 기준이 아니라, 특별한 형식적 및 사실적 기준인 승인의 규칙을 통해서라는 것이다. 또한 그에 의하면 이러한 승인의 규칙은 법체계의 계층적 구조의 정점에 위치한다고 한다.

163) T.M. Franck, supra note 71), p. 751; T.M. Franck, supra note 82), p. 183.

164) T.M. Franck, supra note 2), p. 30.

165) T.M. Franck, supra note 2), p. 41; T.M. Franck, supra note 71), pp. 751-752; T.M. Franck, supra note 82), p. 184.

166) T.M. Franck, supra note 82), p. 184.

167) Ibid., p. 187.

택하고, 변경하며, 그리고 폐기하기 위한 수단을 가지고 있다는 것이다.¹⁶⁸⁾ 국제체계에 있어서도 위와 같은 제2차적 규칙은 제1차적 규칙에 대하여 정당성을 부여할 뿐만 아니라, 국가성을 결정하고, 권한을 부여하며 또한 그 한계를 정하는 공동체의 존재에 관한 증거를 제시하고, 또한 법의 공정성에 대한 대중적 인식을 공고히 함으로써 국가들간의 상호작용의 규범성을 증명하는 체계의 매개변수적 지탱물이다.¹⁶⁹⁾

또한 Franck 교수에 의하면 국제체계에 있어서도 규칙의 계층적 구조의 정점에 위치하고 있는 승인의 규칙이 존재한다고 주장한다. 이러한 위치를 가진 승인의 규칙은 공동체 자체를 정의한다. 예컨대, 경기가 축구라면 승인의 규칙은 현재 경기가 진행되고 있는 것이 야구나 테니스가 아닌 축구라는 진술을 정당화할 수 있는 바로 그 규칙이다. 그래서 심판이 반칙을 선언했을 때 그 판단의 정당성은 궁극적으로는 다른 경기가 아니라 축구라고 정의한 그러한 (승인의) 규칙에서 나온다. 국제체계에 있어서도 국가들의 경기가 그 자신의 궁극적인 규칙, 즉 제1차적 실제규칙뿐만 아니라 제2차적 절차규칙을 포함하여 모든 규칙들의 유효성을 시험함으로써 규칙체계를 정의할 수 있는 그러한 승인의 규칙을 가진다고 말할 수 있다는 것이다.¹⁷⁰⁾

Franck 교수는 국제체계에 있어서 규칙의 계층적 구조의 정점에 위치한 승인의 규칙의 존재에 관하여 국제공동체의 경험적 증거를 제시하려고 시도하였다. 첫째, 조약은 당사국을 구속한다는 국제법상의 원칙의 근거와 관련하여 승인의 규칙의 존재를 확인할 수 있다고 한다.¹⁷¹⁾ Franck 교수에 의하면 조약이 국가를 구속하는 것은 국가가 그 조약에 동의하였기 때문이라고 생각하는 것은 매우 큰 잘못이라고 한다. 조약은 오스틴적인 주권에 의한 제재조치를 전제로 한다는 의미에 있어서는 어떠한 구속력도 가질 수 없다. '주권적'(sovereign)이라 함은 '비구속적'(unbinding)이라는 의미를 가지기 때문이다. 국가가 진정한 주권자라면 아무리 조약을 체결하였다고 하더라도 언제라도 그 약속을 종료시킬 자유를 가진다고 하여야 할 것이다. 그러나 국제사회의 현실에서는 이와 같이 주장하는 국가는 아무도 없다. 오히려 국가들은 자국이 체결한 조약에 구속을 받는 것으로 생각하고 그렇게 행동한다. 그 이유는 조약을 체결하는 경우 국가들은 그 조약은 자신의 주권적 의사보다 상위의 효력을 가진다고 생각한다. 이와 같이 조약이 국가를 구속하는 것이나 조약상의 의무는 조약문에 대한 동의로부터 나오는 것이 아니라, 조약당사국에게 조약체결권을 포함하여 그러한 지위를 부여하고 있는 공동체의 '회원권'(membership)으로부터 나온다.¹⁷²⁾ 이러한 회원권은 다른 국가들에 의한 승인 혹은 유엔의 가입에 의해 인정되며, 그것은 당해 국가에게 조약을 성실하게 이행할 정당한 의무를 부여할 뿐만 아니라 조약을 체결할 수 있는 정당한 권한을 부여한다. 이러한 국제공동체의 회원권은 곧 승인의 규칙에 해당한다는 것이다.¹⁷³⁾ 이것은 1988년의 주유엔팔레스타인해방기구대표부폐쇄사건¹⁷⁴⁾에 관한 ICJ의 권고적 의견에 의해서도 확인된 바 있다. 이 권고적

168) T.M. Franck, supra note 71), p. 753.

169) T.M. Franck, supra note 2), p. 42.

170) T.M. Franck, supra note 71), p. 753.

171) T.M. Franck, supra note 82), p. 187.

172) T.M. Franck, supra note 71), pp. 755-756.

173) T.M. Franck, supra note 2), p. 42.

174) 미국의회는 1987년경 반테러리즘에 관한 법률을 통과시켰다. 위 법률에 의하면 국제적인 테러단체로 지목된 팔레스타인해방기구의 뉴욕소재 유엔대표사무소를 폐쇄할 것을 요구하였다. 이러한 내용의 위 법률

의견에서 ICJ는 만장일치로 국가주권에 관한 명백한 한계가 국제공동체의 회원권에 의해 부여될 수 있음을 인정하였다.¹⁷⁵⁾

둘째, 조약은 구속력을 가진다는 규칙은 보다 상위의 규칙에 의해 수정될 수 있다는 점에서 국제체계에 있어서 승인의 규칙의 존재를 확인할 수 있다. 만약 조약이 국제공동체의 기본적인 공공질서(public policy)를 위반하고 있다면, 다시말하면 조약이 국제공동체의 근본규범(강행규범)을 위반하고 있다면 그 조약은 '처음부터 무효'(void ab initio)인 것이다(비엔나조약법협약 제53조). 예컨대, 집단살해를 정당화하는 내용을 가진 조약은 집단살해금지원칙이라는 국제법상의 강행규범에 위반하여 무효가 된다.¹⁷⁶⁾

셋째, 신생국들은 그 성립과 동시에 국가로서의 일반적 권리와 의무를 가진 것으로 인정된다. 이것은 그들이 그러한 규칙에 동의하였기 때문이 아니라 그들이 국제공동체의 일원이 되었다는 객관적 사실에 기초한 것이다. 그리고 국제공동체에 있어서 신생국은 공동체의 구성원으로서 가입할 당시 존재하는 국제적 행동규칙에 의해 자동적으로 구속받는다라는 것은 확립된 원칙이다. 또한 신생국들은 그 이전의 국가로부터 권리와 의무를 자동적으로 승계한다. 이것도 그들이 동의한 것 때문이 아니라 그 지위에서 당연히 나오는 부수적인 결과이다.¹⁷⁷⁾ 다시말하면, 어떤 국가가 국제공동체의 일원이 되었다면, 그 국가의 동의여부를 불문하고 그 공동체의 기본적 규칙이나 공동체의 정당한 권한의 행사는 그 국가에게 적용된다는 것이다.¹⁷⁸⁾ 이와 같은 신생국에 대한 국제법적 효과도 결국 국가의사를 초월하는 객관적이고 근본적인 상위의 규칙의 존재를 증명하고 있는 셈이다.

마지막으로, 근본적인 승인의 규칙의 일부로써 또 다른 예로는 국가평등사상을 들 수 있다고 한다. 국제체계에 있어서 모든 국가는 평등하다. 유엔헌장 제2조 제1항도 이러한 원칙을 재확인하고 있다. 오늘날에는 어떠한 국가도 이 원칙을 부인하지는 않는다. 이에 따라 모든 국가는 국제공동체에 있어서 회원권에 당연히 내포되어 있는 국가평등의 규칙에 의해 구속받는다. 어떤 국가는 조약에 의해 다른 국가의 주권에 복종하기로 하는 합의를 할 수 있다. 그러나 그 국가가 국제공동체의 구성원으로서 여전히 인정되고 있는 한, 자신의 권리(예컨대, 타국의 침략의 대상이 되지 아니할 권리)는 결코 소멸될 수가 없다. 이것은 바로 국가평등의 규칙(원칙)이 국제법상 승인의 규칙으로 인정되고 있다는 증거이다.¹⁷⁹⁾

요컨대, 연계성(규범적 계층구조)과 정당성의 관계에 관한 Franck 교수의 결론은 다음과 같다. 어떤 규칙의 정당성은 전체적으로 혹은 부분적으로 국가에 대하여 이행의 건인력을 발휘할 수 있

은 유엔과 미국정부간에 체결된 유엔본부협정상의 미국의 의무를 위반한 것이었다. 이에 1988년경 유엔 총회는 국제사법재판소에 조약상의 의무와 국내법이 충돌되는 경우 어느 것이 우선되어야 하는지에 관하여 권고적 의견을 요청하였다. 국제사법재판소는 국내법에 우선되는 국제법의 기본원칙의 존재를 확인 하면서 조약상의 의무가 우선되어야 한다고 결론내렸다(Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, ICJ Advisory Opinion of Apr. 26, 1988: T.M. Franck, supra note 82), pp. 188-189).

175) T.M. Franck, supra note 2), p. 43; T.M. Franck, supra note 82), p. 188.

176) T.M. Franck, supra note 2), p. 43; T.M. Franck, supra note 71), p. 757.

177) T.M. Franck, supra note 2), p. 44; T.M. Franck, supra note 71), pp. 757-758.

178) T.M. Franck, supra note 2), p. 29.

179) Ibid., p. 45.

는 그 규칙의 능력을 결정한다. 그러나 공동체의 구성원에게 의무를 부과할 수 있는 규칙의 능력은 그 구성원들의 개별적인 동의에서 나오는 것도 아니며 오스틴적 강제에 의해 이행되는 것이 아니다. 그것은 공동체의 회원권이라는 지위에서 나오는 부수물이다. 이것은 또한 규칙의 계층적 구조에의 연계성에 의한 유효성이라는 규칙의 정당성에 관한 또다른 측면의 존재를 의미하는 것이다. 제1차적 규칙에 대해 유효성을 부여할 수 있는 이러한 제2차적 규칙의 능력은 국제공동체에 있어서 의무의 성격을 규정하는 피라미드의 정점에 위치한 승인의 규칙에 대한 연계성이나 유효성에 의해 더욱 더 보장될 수 있다. 제1차적 규칙은 합의문서(조약)에 의해 확인될 수 있다. 그리고 제2차적 규칙은 그러한 합의가 어떻게 협상되고, 해석되며, 유효화될 것인가를 규정한다. 그러나 승인의 규칙은 일단 유효성을 구비한 합의는 국가들이 그것을 준수할 의사를 가지고 있는지 여부를 불문하고 구속력을 가짐을 말해주고 있다. 이러한 3가지의 규칙의 유형은 각 단계가 그 다음의 단계를 정당화하는 유효성을 가지는 계층적 구조를 형성하고 있다. 다시말하면, 제1차적 규칙의 정당성은 그것이 제2차적 규칙에서 규정한 정당한 절차에 따라 합의된 사실을 보여줌으로써 증명될 수 있다. 그리고 제2차적 규칙의 정당성은 개별적이거나 묵시적인 국가들의 동의에 의해 증명될 수 있다. 그러나 승인의 규칙의 정당성은 다른 어떠한 유효성을 가지는 규칙이나 절차에 의해 증명될 수는 없다. 그것은 오로지 궁극적인 규칙의 유효성 속에서 정당한 절차의 국제적 개념을 위한 더 이상 약분할 수 없는 전제조건이라는 자신들의 믿음을 표명하고 있는 국가들의 행동(관행)에 의해 증명될 수 있을 뿐이다. 다시말하면, 그것은 오로지 '국제체계'(international system)의 성격을 국가들의 '공동체'(community)라고 파악하는 경우에만 추론될 수 있다는 것이다.¹⁸⁰⁾

V. Franck 교수의 '민주적 지배'의 이념

1. '민주적 지배'의 개념

Franck 교수가 주장하는 정당성이론은 기본적으로 '민주적 지배'(democratic governance) 내지 '민주적 정당성'(democratic entitlement)의 이념을 전제로 하고 있다. 다시말하면 국제법규칙의 정당성은 '민주적 지배' 혹은 '민주적 정당성'를 통하여 확보될 수 있다는 것이다. 이것은 곧 민주적 지배를 실현하기 위하여 기여하는 국제법규칙은 높은 정당성을 부여받으며, 나아가 그것은 국가들의 자발적 이행을 위한 보다 강한 견인력을 가질 수 있다는 것이다.

Franck 교수가 극복의 대상으로 하고 있는 전통적 자유주의(classical liberalism) 혹은 정치적 현실주의(political realism)에 기초한 국제법이론에 의하면 국제법은 국가들간의 법이고, 국제법의 정당성은 국가의 동의로부터 나온다고 한다. 국가들이 법이라고 동의하면 그것이 곧 법이며, 그들이 동의를 거부하는 경우에는 법이 아니라는 것이다. 이와 같이 법의 정당성은 국가들의 동의에 기초하는 반면에, 국가 자신의 정당성은 실효성(현실적인 권력)에 근거하고 있다는 것이다.¹⁸¹⁾

180) T.M. Franck, supra note 82), pp. 193-194.

181) G.J. Simpson, supra note, p. 118.

이에 대하여, Franck 교수는 국가의 동의에 기초한 국제법체제와 개인의 동의에 기초한 국제법체제간의 조화 가능성을 모색하였다. 그는 기본적으로 2가지의 동의 개념을 통합하고, 국가의 정당성을 위한 시민의 동의를 요청하는 새로운 국제법규범을 수용하는 세계(국제사회)를 상정하고 있다. 즉, “점차 정부들은 그들의 정당성이 국제공동체의 규범적 기대에 부응하는지 여부에 달려 있다는 사실을 인정하여 가고 있다.”는 것이다.¹⁸²⁾ 요컨대, 국제법의 정당성은 민주적이고 합법적 정부로부터 나올 수 있으며, 또한 각 정부는 민주적 지배의 이념에 기초한 국제법질서에 의해 자신의 정당성을 부여받을 수 있다고 한다.

Franck 교수는 국제법에 있어서 민주주의와 민주적 지배의 이상을 최대한 실현시킨 최초의 국제법학자라고 알려지고 있다.¹⁸³⁾ 그는 1992년 미국국제법학회잡지에 기고한 ‘발생중에 있는 민주적 지배의 권리’(The Emerging Right to Democratic Governance)¹⁸⁴⁾라는 논문을 통하여 국제법에 있어서의 민주주의 및 민주적 지배의 이념을 부각시켰다. 위 논문은 종래의 자신의 정당성이론에다 민주적 지배의 이념을 가미한 것이라고 말할 수 있다.

2. 민주적 지배의 규범적 기반

Franck 교수는 자신의 정당성이론에 있어서 민주적 지배의 이념이 어떻게 구현되고 있는가를 보여주기 위하여 현대국제법의 형성과정에서 논쟁의 대상이 되어 왔고 여전히 미해결의 과제로 남아 있는 3가지의 중요한 국제법적 논제, 즉 ① 자결권(특히 분리적 자결권, ② 인권으로서의 표현의 자유, ③ 자유선거의 권리를 사례로 들어 설명하고 있다.¹⁸⁵⁾ Franck 교수에 의하면 자결권은 민주적 정당성이 점차 성장할 수 있었던 역사적 뿌리(근원)였다고 한다. 이러한 자결권은 보다 새로운 규범들, 즉 표현의 자유와 선거권과 함께 민주적 정당성의 기반(matrix)을 형성하고 있다.¹⁸⁶⁾ 다시말하면 자결권이 제1세대의 민주적 정당성이라면 표현의 자유와 선거권은 제2 내지 제3세대의 민주적 정당성라고 말할 수 있다는 것이다. Franck 교수는 국제체제에 있어서 민주적 지배 내지 정당성의 이념의 토대를 이루고 있는 위와 같은 3가지의 논제에 관하여 자신의 정당성이론을 적용하여 설명하고 있다. 먼저, 각각의 정통성(pedigree)과 결정성(determinacy) 여부를 분석한 다음, 나아가 전체적 측면에 있어서의 일관성(coherence)과 계층적 국제법체제와의 연계성(adherence)을 분석하였다.

1) 자결권(특히 분리적 자결권)

첫째, Franck 교수가 민주주의(민주적 정당성)에 대한 규범적인 정당성을 구축하기 위하여 제시

182) T.M. Franck, *supra* note 76), p. 46.

183) G.J. Simpson, *supra* note, p. 119.

184) T.M. Franck, *supra* note 76), p. 46.

185) 프랑크 교수에 의하면 이와 같은 3가지의 논제는 국제법질서에 있어서 민주적 지배라는 건물을 구축하기 위한 ‘블록재’(building block)라고 하고, 자결권을 제1세대 블록재, 표현의 자유를 제2세대 블록재, 그리고 선거권을 제3세대 블록재라고 한다.

186) T.M. Franck, *supra* note 2), p. 91.

하고 있는 첫 번째의 블록재(building block), 즉 제1세대의 민주적 정당성의 기반은 자결권, 다시 말하면 인민의 분리적 자결권이다. 자결권은 민주적 형태로 자신의 정치적 지위를 결정하기 위하여 일정한 영역에서 조직화된 인민의 권리를 의미한다. 따라서 이것은 민주적 정당성에 있어서 핵심적 위치를 차지하고 있다. 이러한 자결권은 민주적 정당성의 가장 오래된 토대이기 때문에, 그것의 정통성(상징적 타당성)은 가장 많이 정립되어 있다고 한다. 자결권의 원칙을 뒷받침하는 사상은 이미 약 3000년전으로 추정되는 이집트로부터 유대인의 대탈출(exodus)에까지 소급할 수 있을 정도로 오래된 것이라고 한다. 현대에 이르러서도 제1차세계대전후의 베르사이유회의와 월슨 대통령의 자결권선언이 있었다. 그러나 당시까지는 자결권은 국제법규칙으로 발전하지 못한 채,¹⁸⁷⁾ 여전히 정치적 원칙 내지 선언적 의미를 탈피하지 못하였다. 한편, 제2차세계대전 이후에는 자결권원칙은 국제관계에 있어서 가장 동적인 개념이 되었으며, 탈식민지화 과정에서 이 원칙의 일부가 실정국제법규칙으로 발전하기도 하였다. 특히 1960년대 이후 유엔총회를 비롯한 국제기구의 기관들과 회원국 정부들은 탈식민지화의 정당성과 관련하여 매우 다양한 형태로 자결권의 내용을 승인하여 왔다. 이에 따라 자결권은 식민지가 본국으로부터 분리독립하는 측면에 있어서는 그 정당성이 인정되었다. 반면에, 식민지의 일부를 구성하는 소수민족들의 자결권에 대해서는 그 정당성을 인정하지 않는 방향으로 발전하여 갔다. 그런데 최근 탈식민지화과정이 거의 종료되었음에도 불구하고 1990년 초경 동구권의 붕괴에 따라 새로운 유형의 분리적 자결권, 즉 연방국가의 붕괴와 이에 따른 민족국가의 분리독립의 정당성 문제가 제기되고 있다는 것이다.¹⁸⁸⁾

Franck 교수에 의하면 자결권은 위에서 본 것처럼 역사적 정통성의 측면에 있어서는 1918년경까지 소급하고 그후 이에 관한 많은 관행이 축적되었으나, 그러한 관행은 여전히 새로운 규범형성을 정당화하는 데 충분하지 않다고 지적하였다. Franck 교수는 정당한 규범의 생산은 지속적인 관행(즉, 정통성)과 명확한 개념(즉, 결정성)의 조화 여부에 의존하는 것이며, 또한 어떤 규칙이 정당화되기 위해서는 그 저변에 흐르는 원칙이 그 내용을 결정적인 것으로 만드는 방식으로 표명되어야 한다고 주장한다.¹⁸⁹⁾ 또한 Franck 교수는 자결권의 결정성을 인정하기 위한 2가지 본질적인 문제를 제시하고 있다. 즉, 하나는 자결권은 누구에게 적용될 수 있는가 라는 문제이고, 다른 하나는 자결권은 어떠한 방식으로 실현될 수 있는가 라는 문제라고 한다.¹⁹⁰⁾

먼저, 국제법상 자결권, 특히 분리적 자결권의 주체는 구체적으로 누구인가. Franck 교수에 의하면 그것은 '집단적 정치단체'(collective polis)라고 한다. 국제법상 인민의 자결권과 관련하여 우호관계원칙선언과 국제인권규약 등과 같은 국제문서에 의하면 모든 인민은 민주적 방법을 통하여 자신들의 '집단적인 정치적 지위(collective political status)'를 결정할 수 있는 권리를 가짐을 인정하고

187) 1920년 Aaland섬사건에서 국제연맹으로부터 분쟁해결업무를 위임받은 국제법률가위원회는 방금 러시아로부터 해방된 상태에서 핀란드로부터 정치적으로 분리함으로써 스웨덴으로의 편입을 시도하였던 그 섬의 주민(인민)의 자결권을 부인하면서, "국제연맹규약은 이 원칙에 대해 어떠한 언급도 한 바 없으며, 그것은 아직까지 실정법규칙으로서의 지위를 획득하지 못하였다."고 판단한 바 있다.

188) T.M. Franck, supra note 2), pp. 93-98; T.M. Franck, supra note 76), pp. 54-55.

189) T.M. Franck, supra note 76), p. 56.

190) 프랑크 교수는 권리를 설정하는 규칙에 관한 문서가 이와 같은 기본적인 2가지 문제들에 대해 대답할 수가 없다면, 그 문서는 결정성을 결여한 것이고 그 규칙의 정당성은 소멸된다고 설명하고 있다(T.M. Franck, supra note 76), p. 57).

있다. 여기서 Franck 교수는 주권국가의 영토위에서 살면서 자신들의 정치적 지위를 결정할 권리를 가진 인민을 '집단적 정치단체'라고 표현하고 있는 것이다.¹⁹¹⁾ 국제법규칙의 결정성의 측면에 있어서 국제인권규약 제1조는 제27조 소정의 소수자의 인권(이 경우에는 분리권은 인정되지 않음)과 구별되는 집단적 정치단체의 자결권(분리권을 포함하여)을 인정하고 있다는 것이다. 그리고 위 규약은 자결권을 모든 국가들의 시민들에게 적용하도록 명백히 의도하고 있으며, 그들에게 민주적 절차에 따라 자신들의 집단적인 정치적 지위를 결정할 수 있는 권한을 부여하고 있다는 것이다.¹⁹²⁾

Franck 교수에 의하면 여기서 집단적 정치단체는 반드시 식민지의 인민에 한정되는 것은 아니라고 한다. 즉, 과거 자결권의 법적 권리성을 거부해온 국가들을 포함하여 대부분의 국가들은 오늘날에 이르러서는 자결권이 단지 식민지의 인민에게만 적용된다는 사고를 완전히 배척하고 있으며, 집단적 정치단체는 식민지의 인민을 포함하여 그들이 어느 곳에 있든지, 또한 정치적으로 비독립 국가이든 혹은 비자치지역임을 불문하고 자결권의 주체가 될 수 있음을 인정하고 있다고 주장한다.¹⁹³⁾ 오늘날 이러한 자결권은 모든 국가의 인민들에게 각 국가들에 의해 자유로이 선택된 지배의 민주적인 절차에 자유롭고, 공정하며 또한 공개된 참여를 보장하고 있다는 것이다. 만약 이러한 참여가 거부된다면 분리적 자결권의 행사는 국제법상 정당한 권한에 속하게 될 것이라고 한다.¹⁹⁴⁾ 만약 어떤 국가 내에 독재적이고 대표성을 가지지 못하는 정부가 존재한다면, 그 국가 내에 존재하는 집단적 정치단체는 자신들의 자결권을 행사하여 그 정부를 전복할 수 있다. 예컨대 정부가 단지 일부의 주민만을 대표하고 다른 주민들에게 차별적인 경우가 있다. 과거 남아공화국의 백인 정부가 그 대표적인 예이다. 이러한 경우 압제와 차별을 받고 있는 일부 주민은 집단적 정치단체를 구성하며, 곧 분리적 자결권을 가질 수 있다는 것이다.

그리고, 자결권은 어떠한 방식에 따라 행사될 수 있는가. Franck 교수에 의하면 자결권의 결정성 여부에 대한 판단에 있어서 자결권의 주체와 같은 실체적 내용의 명확성과 마찬가지로 자결권에 관한 국제법규칙을 적용하고 실현하는 제도적 장치의 존재 여부(자결권의 실현가능성)도 역시 중요하다고 한다. 주지하다시피 국제인권규약(B)은 규약상 인정되는 권리를 실현하기 위한 제도적 장치로서 인권이사회(Human Rights Committee)를 설치하고 있다. 이러한 인권이사회는 체약국들이 정기적으로 제출하는 보고서를 검토하고, 인권침해를 당한 피해자 개인의 청원을 심사하기도 한다. 이론상으로는 B규약 제1조에서 규정하고 있는 자결권도 규약상 인권의 내용을 형성하고 있으므로 위와 같은 보고절차와 청원절차의 대상이 될 수 있다. 그러나 인권이사회가 실제로 자결권의 침해와 관련된 사건을 다룬 일은 매우 드문 일이었다. 또한 인권이사회는 이러한 청원 사건을 다룸에 있어서 절차적으로 수리불가능한 청원이라고 판단함으로써 지극히 곤란하고 어려운 문제를 우회하였다. 인권이사회는 1990년의 '루비콘호 부족'(Lubicon Lake Band)사건에서 B규약 제1조가 규정한 자결권은 '개인'(individuals)에게 귀속되는 것이 아니라 '인민'(peoples)에게 귀속되는 것인 반면에, 제1선택의정서상의 청원권은 개인적 권리의 침해를 청원하는 개인에 한정되어 있다는 것이다.¹⁹⁵⁾ 따라서 인민은 승인된 분리권(분리적 자결권)을 가진다고 할 것이나, 그러한 자결권은 선

191) T.M. Franck, *supra* note 76), p. 58.

192) *Ibid.*, p. 58.

193) *Ibid.*, p. 58.

194) *Ibid.*, p. 59.

택의정서의 규정에 따라 인권이사회에 의해 강제될 수 없는 것이며 또한 B규약 제27조에 의해 보호되고 있는 소수자의 권리에는 포함되지 않는 것이라고 한다.¹⁹⁶⁾ 그럼에도 불구하고, Franck 교수에 의하면 인권이사회는 더 나아가 보고절차와 청원절차 이외에도 '일반적 의견'(general comment)을 제시하는 절차에 의해서도 자결권의 실현가능성을 언급하고 있다.¹⁹⁷⁾ 실제로 인권이사회는 1989년의 자결권에 관한 일반적 의견에서 "유엔헌장의 목적과 원칙에 따라서 ---- 규약 제1조는 모든 인민이 자결권을 가짐을 선언하고 있다. 그 권리는 특히 중요하다. 왜냐하면 그것의 실현은 개인적 인권의 효과적인 보장과 준수, 그리고 그러한 인권의 증진과 강화를 위한 본질적 요건이기 때문이다."고 하였다는 것이다.¹⁹⁸⁾

2) 인권으로서의 표현의 자유

둘째, Franck 교수가 민주주의에 대한 규범적인 권한부여를 구축하기 위하여 제시하고 있는 두 번째의 블록재, 즉 제2세대의 민주적 정당성의 기반은 표현의 자유, 즉 자유로운 정치적 표현의 권리이다. 이러한 자유의 개념은 정통성(pedigree)의 측면에 있어서는 제2차세계대전 이후의 반독재주의에서 유래한다. 그리고 규범적으로는 1948년의 세계인권선언에서 처음으로 표명되었다. 세계인권선언은 비록 형식상으로는 조약으로서의 법적 구속력을 가지지 않으나, 그후의 관행의 발전에 따라 상당부분이 관습법화하였으며, 특히 평화적인 집회 및 결사의 자유(제20조) 뿐만 아니라, 의견과 표현의 자유에 대한 보편적 권리를 인정함으로써 상당한 결정성(determinacy)을 나타내고 있다는 것이다. 이러한 권리는 그후 법적 구속력을 가지는 B규약에 의해 보다 구체화됨으로써 보다 높은 결정성을 가질 수 있게 되었다. 즉, 의견, 표현 및 결사의 자유를 규정한 B규약 제18조, 제19조 및 제20조는 민주적 정당성의 첫 번째의 기반인 자결권의 내용을 보충할 뿐만 아니라, 민주적 정당성의 새로운 기반인 선거권의 실현을 위한 본질적인 전제요건을 형성하고 있다는 것이다.¹⁹⁹⁾

그리고 위와 같은 표현의 자유는 B규약상의 준사법적 기관인 인권이사회(Human Rights Committee)에 의한 국가보고절차나 개인청원절차를 통하여 보다 명확한 결정성, 다시말하면 '절차적 결정성'(Process Determinacy)을 갖게 되었다.²⁰⁰⁾ 주지하다시피 B규약의 인권이사회는 규약의 국제적 실현을 위한 국가보고절차와 개인청원절차에 있어서 중심적 지위와 역할을 수행하여 오고 있다. 실제로 인권이사회는 몇몇의 개인청원사건에서 표현의 자유가 침해되었음을 인정하고 그 시정을 요구한 바 있다. 예컨대, 1981년의 알바 피에트로로이아(Alba Pietroroia) 사건에서 인권이사회는 우루과이군사정부는 정치활동이나 노조활동에 자유롭게 참여할 수 있는 청원인의 권리를 부인함으로써 B규약 제19조 제2항 소정의 표현의 자유를 침해한 것이라고 판단한 바 있다.²⁰¹⁾ 또한 1995년의 손종규사건에서도 인권이사회는 청원인이 파업을 지지하고 정부를 비판하는 성명서를 발표하는데 가담한 행위는 B규약 제19조 제2항의 범위 내에서 정보와 사상을 전달할 수 있는 권리

195) *Lubicon Lake Band v. Canada*, Doc. A/42/40, 106; Doc. A/45/40, Appendix.

196) T.M. Franck, *supra* note 2), p. 157.

197) T.M. Franck, *supra* note 76), p. 60.

198) General Comments of the Human Rights Committee, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1, 1989, pp. 10-11.

199) T.M. Franck, *supra* note 2), pp. 98-99; T.M. Franck, *supra* note 76), p. 61.

200) T.M. Franck, *supra* note 2), pp. 100-104.

201) *Alba Pietroroia v. Uruguay*, Communication R.10/44, UN Doc. A/36/40(1981), pp. 153-159.

를 행사한 것으로 판단하였다. 나아가, 청원인이 표현의 자유에 대한 자기의 권리를 행사한 이유로 형사처벌된 것에 대하여 적절한 보상을 포함하여 효과적인 구제를 받을 권리를 가진다고 판단하고, 피청원국에 대하여 노동쟁의조정법 제13조의 2의 규정(제3자개입금지조항)을 재고할 것을 권고하였다. 그리고 피청원국은 장래에 유사한 규약위반이 발생하지 않도록 보장할 의무를 가진다고 하였다.²⁰²⁾

표현의 자유는 위와 같은 세계적 차원에서 뿐만 아니라 지역적 차원에 있어서도 상당한 결정성(determinacy)을 확보하고 있다. 예컨대, 유럽인권협약 제10조 소정의 표현의 자유이다. 이러한 자유는 유럽인권위원회와 유럽인권재판소에 의한 청원절차와 재판절차를 통하여 실현될 수 있다. 그와 같은 사법적 내지 준사법적 기관은 이 제도의 절차적 결정성을 담보하는 것이다.²⁰³⁾ 실제로도 유럽인권위원회와 유럽인권재판소는 표현의 자유에 관한 많은 선례를 집적하여 오고 있다.²⁰⁴⁾

3) 선거권

셋째, Franck 교수가 민주주의에 대한 규범적인 정당성을 구축하기 위하여 제시하고 있는 세 번째이며 가장 새로운 블록재(제3세대의 민주적 정당성의 기반)는 바로 선거권, 즉 참여적인 선거절차의 규범적 요구이다. 이러한 선거권도 이미 1948년의 세계인권선언(제21조)와 1966년의 B규약(제25조)에서 규정되었다. 특히 B규약 제25조는 선거권에 관한 구체적인 내용을 규정함으로써 이 규칙의 결정성을 향상시켰다. 그리고 이와 같은 문서적 결정성(textual determinacy)은 더 나아가 인권이사회라는 제도를 통한 절차적인 결정성(process determinacy)에 의해 점차 고양되어 갔다는 것이다. 그러나 냉전기간동안에는 B규약 제25조상의 원칙과 규범을 실현하기 위하여 인권이사회를 활용하기에는 많은 어려움이 있었다. 그렇지만 1990년대 이후 최근에는 인권이사회의 기능은 보다 효율적으로 수행되고 있고, 이에 따라 개인들은 제25조에 기초하여 보다 많은 청원을 제출하는 경향을 보이고 있다.²⁰⁵⁾ 이러한 분위기에 따라 유엔총회는 1991년의 제45차 총회에서 정례적이며 진정한 선거의 원칙의 효율성을 향상시키기 위하여 유엔에 의한 선거감시(election monitoring)를 정당화하는 결의를 채택하기도 하였다.²⁰⁶⁾ 위 유엔총회의 결의는 비록 비구속적이라고 하더라도 매우 중요한 국제문서로서 세계인권선언에서 도입되고 국제인권규약에서 구현된 선거의 권한을 재확인함과 아울러 나아가 더욱 더 구체화함으로써 선거권의 결정성의 측면에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다. 위와 같이 선거의 권한에 관한 문서적 결정성의 측면에 있어서의 발전은 비교적 최

202) 손종규 v. 대한민국, Communication No.518/1992: 줄고, "제3자개입금지조항위반 사건", 국제법평론, 제5호, 1995-II, 151-152쪽.

203) T.M. Franck, supra note 2), pp. 104-105; T.M. Franck, supra note 76), p. 63.

204) M. Janis et al., *European Human Rights Law - Text and Materials* -, (Oxford: Clarendon Press, 1995), pp. 157-228.

205) T.M. Franck, supra note 2), pp. 109-110; T.M. Franck, supra note 76), pp. 63-64.

206) UNGA Res. 45/150 (Feb. 21, 1991): 이 유엔총회결의에 의하면, "유엔회원국들은 정례적이며 진정한 선거야말로 피지배자의 권리와 이익을 보호하기 위한 지속적인 노력의 필수적이며 본질적인 요소이며, 실제적 경험에서 보더라도 모든 사람이 자신의 국가의 정부에 참여할 수 있는 권리는 정치적, 경제적, 사회적 및 문화적 권리를 포함하는 모든 다른 인권과 기본적 자유의 광범위한 분야에 의한 효율적인 (인권의) 향유에 있어서 핵심적인 요소라는 것을 확신하고 있다."고 하였다(Ibid., para.2).

근의 일이다.

선거권에 관한 문서적 결정성은 미주기구헌장, 미주인권협약 및 유럽인권협약과 같은 지역적 협정에 있어서 보다 발전된 모습을 보여주었다. 미주기구헌장 제5조는 회원국들에게 대표민주주의의 효율적인 실현을 촉진시킬 의무를 부여하고 있다. 그리고 미주인권협약 제23조 b항에 의하면 모든 시민은 투표자의 자유로운 의사표현을 보장하는 보통, 평등 및 비밀투표에 의한 진정한 정기적인 선거에의 투표권과 피선거권을 향유한다고 규정하였다. 또한 유럽인권협약 제1선택의정서 제3조는 입법자의 선택에 따라서 인민의 자유로운 의사표현을 보장하는 전제하에서 비밀투표에 의한 합리적인 정기적 자유선거제도를 보유할 것을 당사국에게 의무지우고 있다.²⁰⁷⁾ 그리고 1990년대 초경 유럽연합이 주관한 구유고문제회의에 의해 설립된 특별중재재판소(속칭 Batinter위원회)는 보스니아-헤르체코비아, 크로아티아 및 마케도니아의 국제법적 정당성과 유럽연합에 의한 국가승인의 가능성을 확인하기 위하여 몇몇의 권고적 의견을 부여한 바 있다. 위 권고적 의견에 의하면 구유고에서 분리된 신생국의 정당성과 유럽연합에 의한 국가승인의 가능성은 민주주의에 기초한 선거절차와 법의 지배에 달려있다고 하였다. 이러한 기준은 그후 유럽연합, 캐나다 혹은 미국이 구소련으로부터 분리된 신생국들에 대하여 국가승인을 할 때에도 적용되기도 하였다.²⁰⁸⁾

한편, 실제로 유엔 등의 국제기구에 의한 선거감시라는 제도적(혹은 절차적) 결정성은 상대적으로 오랜 역사를 가지고 있다. 과거 탈식민지화과정에서 식민지 혹은 신탁통치지역의 주권국가로서의 독립과정에 있어서(다시말하면 분리적 자결권의 행사에 있어서) 유엔에 의한 선거감시관행이 바로 그것이다. 예컨대, 1956년 신탁통치이사회는 British Togoland의 인민들이 가나(Ghana)에 합병할 것인지에 관한 주민투표의 감시관들을 파견하였다. 또한 1959년경 당시 벨기에의 통치하에 있던 후투(Hutu)족과 투치(Tutsi)족간의 유혈충돌이 발생한 이후 유엔은 독립전 선거와 주민투표를 감독하기도 하였다. 1961년 유엔은 시정국인 뉴질랜드가 서사모아(Western Samoa) 지역에서 헌법제정을 위한 주민투표를 실시하는 것을 원조하기도 하였다.²⁰⁹⁾

탈식민지과정이 종료된 최근에 이르러서도 유엔에 의한 선거감시활동은 계속되어 오고 있다. 예컨대, 1990년 니카라구아의 자유선거는 바로 미주기구의 협력하에서 이루어진 유엔사무총장의 활동(변형된 중개)의 성과였다.²¹⁰⁾ 또한 1991년 안전보장이사회는 결의를 통하여 서부사하라지역에서의 주민투표를 위한 유엔감시관을 설치하여 파견하였다. 1992년경 유엔은 에디오피아로부터 분리된 에리트리아의 주민투표에 대한 감시활동을 하였다.²¹¹⁾ 그밖에도 1991년 캄보디아, 1992년 모잠비크, 그리고 1994년에는 남아공화국에서 실시된 주민투표에 유엔의 선거감시단이 파견된 바 있다.²¹²⁾

다른 한편, 1990년 아이티의 선거를 감시하기 위하여 파견된 유엔선거감시단의 경우에는 많은 논란이 제기되기도 하였다. 식민지 혹은 신탁통치지역이 주권국가로 독립을 하기 위한 선거에 대한 국제적인 감시활동이 아니라, 아이티와 같은 기존의 주권국가의 국내문제인 선거에 감시활동이

207) T.M. Franck, *supra* note 2), p. 110.

208) *Ibid.*, p. 111.

209) T.M. Franck, *supra* note 76), pp. 69-70.

210) T.M. Franck, *supra* note 2), pp. 105-106.

211) *Ibid.*, p. 105.

212) *Ibid.*, p. 107.

라는 미명하에 개입하는 것이 과연 국제법상 정당성을 가질 수 있을 것인가 하는 우려였다. 특히, 아이티의 경우 당시 국제평화에 대한 명백한 위협이 존재하지 않았었다. 유엔선거감시단이 파견된 것은 오로지 당시 아이티임시정부의 요청에 의한 것이었다. 결국 유엔의 감시하에 선거가 치루어지고 합법적 정부가 성립하였으나, 그 정부는 1991년 군사쿠데타에 의해 전복되고 말았다. 이에 유엔총회는 불법적인 쿠데타정부를 비판하면서 합법적 정부의 즉각적인 회복을 요구하였다. 아울러 아이티를 외교적 혹은 경제적으로 고립시키기 위하여 미주기구가 채택한 조치를 지지하였다.²¹³⁾ 어쨌든 아이티의 선거감시활동은 독립주권국가에 있어서의 국제적 선거감시활동을 위한 잠재적 선례를 남긴 셈이었다.²¹⁴⁾ 공교롭게도, 최근에는(1994년경) 멕시코와 남아공화국 등과 같은 기존의 주권독립국가들도 유엔이나 지역기구에 대하여 선거감시를 요청하기도 하였다.²¹⁵⁾

한편, 어떠한 경우에는 유엔에 의한 선거감시활동이 거부되기도 하였다. 예컨대, 1990년 유엔사무총장은 루마니아의 선거감시활동을 위한 요청을 거부하였다. 그 이유는 유엔총회나 안전보장이사회가 루마니아의 선거에 대하여 사무총장이 개입할 수 있는 권한을 부여한 바 없었다는 것이었다. 그러나 이것보다도 더 중요한 이유는 선거운동에서 사용될 규칙과 절차를 만들 수 있을만큼 충분한 시간적 여유를 가지고 미리 개입을 요청한 것이 아니라는 데 있었다. 또한 1991년 유엔사무총장은 레소토와 잠비아로부터 선거감시활동을 요청받았으나 역시 거부한 바 있다. 그 이유는 자신에게는 주권국가내에서 선거감시활동을 할 권한이 없다는 것이었다.²¹⁶⁾ 이러한 상황에서 유엔총회는 1991년경 선거감시활동을 위한 모든 요청은 유엔총회나 안전보장이사회에 의해 판단되어야 하고, 그러한 요청의 수용 혹은 거부를 위한 기준을 마련하는 작업을 할 것을 결의하기도 하였다.²¹⁷⁾

3. 규범적 기반들의 수평적 구조(일관성)

다음으로, 민주적 지배의 국제법질서를 구축하기 위한 기반(블록제), 즉 자결권, 표현의 자유, 그리고 선거권이 민주적 지배의 이념에 기초한 국제법체계의 전체적 측면(수평적 구조)에서 어느 정도의 일관성(coherence)을 가지는가에 대하여 살펴본다. 민주적 정당성(democratic entitlement)의 규범적 기반들, 즉 자결권, 표현의 자유 및 선거권은 어떻게 상호간에 수평적 일관성을 유지할 수 있는가. Franck 교수에 의하면 세계적 혹은 지역적 차원에 있어서의 국제문서와 제도를 검토함으로써 위와 같은 3가지의 규범적 기준에 관한 규칙들이 '하나의 직물'(a single fabric)을 형성하고 있는 매우 촘촘하게 짠 '실가닥들'(cues)인 사실을 알 수가 있다고 한다. 민주적 정당성의 이러한 3세대는 서로간에 동일한 혹은 유사한 많은 규범들을 공유하고 있을 뿐만 아니라, 공통적이거나 서로 비교할 수 있는 제도, 절차 및 관행을 발전시켜왔다는 것이다. 각각의 실가닥은 직물의 강도를 강화할 뿐만 아니라, 반대로 직물의 강도는 각각의 실가닥을 또한 강화시켜준다는 것이다.²¹⁸⁾

213) T.M. Franck, supra note 2), p. 112; T.M. Franck, supra note 76), pp. 73-74.

214) T.M. Franck, supra note 2), pp. 106-107; T.M. Franck, supra note 76), p. 72.

215) T.M. Franck, supra note 2), p. 105.

216) T.M. Franck, supra note 76), pp. 75-76.

217) UNGA Res. 46/137 (Dec. 17, 1991).

218) T.M. Franck, supra note 77), p. 77.

첫째, 자결권, 표현의 자유 및 선거권을 실현하기 위한 규칙들과 절차는 서로간에 많은 공통점을 가지고 있으며, 또한 일관된 목적의 달성을 지향하고 있음은 명백하다. 세계인권선언과 국제인권규약을 비롯한 수많은 인권관련의 국제문서들은 관련되는 특수한 권한들을 개인에게 귀속시키고 있으며, 또한 그것들은 정부에 대해 국제적으로 강제된 제한을 가하고 있다는 것이다. 그리고 그와 같은 많은 국제문서들은 동일한 목적을 설정하고 있고, 대부분은 개인의 권리(인권)의 실현을 감시하기 위한 유사한 절차를 예정하고 있으며, 그들 중에서 몇몇은 이미 민주적 정당성에 관련하여 공통적 관행을 유지하고 있다. 이에 따라 자신의 국민들의 자유롭고 공개된 선거의 권리를 부인하는 국가는 인권이라는 잘 짜여진 직물의 통합적인 일부분을 빠르게 형성하고 있는 규칙을 위반하고 있다고 비난받을 수 있는 것이다.²¹⁹⁾ 또한, 실제적으로도 민주적 정당성은 그것이 상대적으로 좁은 기준인 '평화유지'(peacemaking) 혹은 보다 폭넓은 기준인 '인권'과 연관성을 가지며 그것들에 의해 정당화 되는가에 의해 그 내용과 범위가 정해질 수 있다는 것이다.²²⁰⁾

둘째, 민주적 정당성에 관한 내부적 기본원칙들간의 혹은 외부적인 기본원칙과의 일관성 문제이다. 기본원칙들이 일관성을 갖춘다면 그러한 원칙들을 표명하고 있는 규칙들은 높은 정당성을 가진 것으로 추정될 수 있다. 반면에 규칙들이 원칙들의 충돌을 조장하고 있다면 그러한 규칙들은 낮은 정당성을 가진 것으로 인식될 수 있다는 것이다.²²¹⁾ 보편적인 민주적 정당성의 지면에 흐르는 기본원칙은 자신들의 시민사회를 형성하는 개인의 참여적 권리가 정부에 의해 자의적으로 침해되어서는 아니된다는 것이다. 그런데 이러한 민주적 정당성에 관한 기본원칙이 기존의 전통국제법상 기본원칙(예컨대, 국내문제불간섭의 원칙)과의 일관성 내지 조화성이 과연 확보될 수 있을 것인가 여부가 문제된다. 이러한 기본원칙들간의 충돌의 문제는 1990년경 독립주권국가인 아이티의 선거감시를 위하여 유엔의 감시단이 파견될 당시 제기된 바 있다. 앞서 본 바와 같이 결국 유엔감시하에 자유선거가 치루어지긴 하였으나, 감시단 파견 당시 안전보장이사회는 중국이 거부권을 행사함으로써 이 문제에 대한 합의의 도출에 실패한 바 있다. 또한 유엔총회에서도 쿠바와 콜롬비아의 대표들은 주권국가에 있어서의 선거감시는 평화의 위협과는 아무런 관련성이 없으며, 오히려 유엔헌장 제2조 제7항의 위반을 구성할 뿐이라고 주장하였다. 이와 같은 반대국들은 독립주권국가에서의 유엔의 선거감시활동은 평화유지를 위한 극히 예외적인 상황이 아닌 이상 그 자체로서 불법이라고 주장하였다. 이러한 반대주장은 주로 그러한 선거감시활동이 민주주의의 수립이라는 미명하에 신식민주의를 강요하기 위한 수단으로 이용될 수 있다는 우려에 근거하고 있다.

그러나 Franck 교수에 의하면 국내문제불간섭의 원칙에 기초한 위와 같은 반대주장은 점차 약화되어가고 있다고 한다. 그에 의하면 대부분의 국가들, 특히 과거의 전체주의국가들조차도 민주적 정당성의 원칙은 불간섭원칙보다도 우위에 있다는 전제를 지지하고 있다는 것이다. 그렇다고 하더라도 1989년 파나마사태에 대한 미국의 군사적 개입과 같은 일방적 조치가 정당성을 가지는 것은 아니라고 한다. 다시말하면, 자유롭고 공개된 선거를 요구하는 일반적 규범에 대한 통일성을 부여한다는 것이 반드시 군사적 강제조치를 포함하는 것은 아니라는 것이다.²²²⁾ 궁극적으로 민주적 정

219) Ibid., p. 79.

220) Ibid., p. 80.

221) Ibid., p. 82.

222) Ibid., p. 84.

당성의 일관성은 대부분의 국가들이 거의 항상 국제기구에 의한 선거감시활동을 받는 것을 자유롭게 동의하고 있는가 여부에 달려있다. 요컨대, 그러한 절차가 정당한 것으로 인식되고 있는가 여부에 달려있다는 것이다. 그런데 오늘날 거의 모든 국가들은 유엔헌장 제7장에 기초한 안전보장이사회의 사전적 승인이 없음에도 불구하고 민주적 정당성의 이행을 강제하기 위하여 일방적인 군사적 조치를 취하는 것을 비난하고 있다. 그리고 안전보장이사회에 의한 그와 같은 승인은 당해 국제법 위반행위가 평화에 대한 위협에 이르러야 함은 물론이다. 다만, 극히 예외적인 상황에서 안전보장이사회가 평화에 대한 위협에 해당한다고 판단하는 경우에는 아무리 국내문제라고 하더라도 군사적 제재조치가 가능한 것은 유엔헌장 제2조 제7호의 단서에서 인정하는 바이다. 또한 그러한 경우에도 개별국가에 의한 일방적 군사적 개입이 아니라 국제공동체의 집단적 제재조치가 이용되어야 할 것이고, 일방적 조치가 집단적 조치를 대체하여서는 안된다는 것이다.²²³⁾

셋째, '동일한 사건들은 동일하게 처리한다'(treating like cases alike)는 원칙의 적용문제이다.²²⁴⁾ 선거감시활동의 자발적인 수용이 국가들의 일반관행으로 발전되어 간다면, 그것은 민주적 정당성(democratic entitlement)을 충족시키기 위한 단순히 선택적 수단에서 관습법적이고 궁극적으로는 강제적인 수단으로 점차 발전하게 될 것이라고 한다. 이러한 변화는 바람직하다고 하더라도 세계적 차원의 조약에 의해 달성될 수 있을 것 같지는 않다는 것이다. 왜냐하면 많은 국가들은 그것이 불간섭원칙을 침해할 수도 있을 것이라는 우려를 여전히 가지고 있기 때문이다. 그러나 그것은 대부분의 국가들에게 자발적인 복종이야말로 매력적인 선택이라는 생각을 가지도록 하는 점진적인 단계를 밟아 실현될 수 있다는 것이다. 예컨대, 아이티에 있어서 민주주의를 회복하기 위한 유엔의 관심이 선거감시활동을 통하여 정당하게 성립한 정부가 후에 비민주적으로 전복된 사실에 부분적으로나마 기초하고 있다면, 그것은 각 정부들에게 그러한 선택을 하도록 유도하게 될 것이라고 한다. 그러한 선택이 일반화되었을 때, '동일한 사건들은 동일하게 처리한다'는 원칙에 따라, 국제적인 선거감시활동은 규범적으로 발전하게 될 것이라고 한다.²²⁵⁾

그러나 민주적 정당성의 기초를 이루고 있는 자결권이나 표현의 자유 등이 그 성립 당초부터 '동일한 사건들은 동일하게 처리한다'는 일관성의 원칙이 지켜진 것은 아니었다. 예컨대, 자결권의 경우 그것이 최초로 주장된 베르사이유회의에서는 일관되게 적용되지 아니하였다. 당시 자결권은 오로지 구독일, 오스트리아-헝가리, 터키제국의 유럽지역내 영토에만 적용되었다. 또한 제2차세계 대전이후 유엔헌장 제1조 제2항에서 인민의 자결권의 '보편적 적용'을 규정하고 있었으나, 그로부터 약 40여년 동안에도 자결권은 기본적으로 식민지와 신탁통치지역에만 선택적으로 적용되었던 것이다. 의문의 여지 없이 이러한 비일관성은 곧 자결권의 정당성을 심하게 훼손하였던 것이 물론이었다. 그러나 Franck 교수에 의하면, 보다 최근에는 자결권이 민주적 정당성이라는 새로운 모습을 갖추으로써 이론적으로나 혹은 점차 관행적으로도 보편적이고 일관적인 적용이 이루어지고 있음을 엿볼 수 있다고 한다. 그래서 자결권은 비일관성에서 일관성으로 발전하여 가고 있으며, 이것은 곧 자결권의 정당성을 강화하게 된다는 것이다.²²⁶⁾

223) Ibid., pp. 84-85.

224) T.M. Franck, supra note 2), pp. 132-134.

225) T.M. Franck, supra note 76), pp. 85-86.

226) Ibid., p. 86.

4. 규범적 기반의 계층적 구조(연계성)

마지막으로, 민주적 지배 혹은 민주적 정당성은 국제법체계의 계층구조에 있어서 보다 상위에 있는 기본원칙(예컨대, 강행규범)과 어느 정도의 수직적인 연계성(adherence)을 가지는지에 대하여 검토한다. 민주적 정당성은 그 자체로서 유일한 특별한 규칙인 경우보다는 국제법 전체의 규범적인 계층구조에 필수적인 일부분으로 보여질 수 있을 때 보다 쉽게 정당한 규칙으로 인식될 수 있다.²²⁷⁾ 예컨대, 국제법에 있어서 무력사용금지원칙은 1928년 부전조약이후 지금까지 '약속은 지켜야 한다'(pacta sunt servanda)는 원칙을 제외하고는 가장 명백하게 정립된 국제법원칙이다. 1990년경 이라크의 쿠웨이트침공사태와 관련하여 채택된 일련의 안전보장이사회의 결의들도 평화의 권리와 침략에 대한 응징(보호)의 우위성을 재확인한 바 있다. 침략을 저지하고 평화를 유지하는 것이야말로 이제는 새로이 응집력을 발휘하고 있는 국제공동체의 중심적 관심사가 되었다.²²⁸⁾

Franck 교수에 의하면, 만약 위와 같은 무력사용금지원칙이 세계적인 규범체계의 정점에 위치하고 있다면, 국가들의 민주적 지배 혹은 민주적 정당성은 그러한 목적을 달성하기 위한 충분한 수단이 되지는 않는다고 하더라도 필요한 수단으로 인정되어야 한다는 것이다. Franck 교수는 평화와 민주주의의 직접적 연관성을 주장하기 위하여 '시장경제가 지배하는 민주주의 사회는 평화를 향한 강한 경향성을 가진다.'라는 말²²⁹⁾을 인용하기도 한다. 그 이유는 그 결정이 민주적이고 공개적으로 이루어지는 사회는 그 구성원들의 생명과 재산을 불만이나 위엄과 같은 환상에 빠져있는 지도자들에 의해 신봉되는 대의명분에 내맡기는 것을 꺼려하기 때문이라는 것이다.²³⁰⁾

그리고 Franck 교수에 의하면 민주주의, 인권 및 평화의 공생적 관계(상징적 관련성)는 오늘날 널리 인정되고 있다는 증거는 많다고 한다.²³¹⁾ 이미 1968년 유엔안전보장이사회는 로데지아사태에 대하여 헌장 제7장에 기초한 군사적 제재조치를 결정하면서 인권과 민주적 정당성의 대규모적인 부인은 국제평화와 안전에 대한 위협이 된다고 한 바 있다.²³²⁾ 지역적 차원에 있어서도 1979년 미주기구의 외상회의는 니카라구아의 소모사 독재정권에 대한 결의를 채택하면서 민주주의는 평화, 자유 및 정의를 위한 필수적인 전제조건이며, 독재정치는 지구의 평화를 파괴하는 일이라고 하였다.²³³⁾ 그리고 위 외상회의는 1989년에도 파나마의 노리에가 정권을 비난하면서 정부적인 정당성(합법적 정부)의 위기는 국제평화와 안전에 대한 중대한 위협이라고 하였다.²³⁴⁾ 또한 유럽안보협력회의(CSCE)의 1990년 코펜하겐회의에서도 각국의 대표들은 만장일치로 다원적인 민주주의는 평화, 안보, 정의 및 협력의 지속적인 질서를 수립하기 위한 발전의 전제조건이라는 결론에 이르렀다.²³⁵⁾

227) Ibid., p. 87.

228) T.M. Franck, supra note 2), pp. 134-135.

229) T. Smith, "Democracy Resurgent," in: N. Rizopoulos (ed.), *Sea Changes*, 1990, p. 152,157; T.M. Franck, supra note 76), p. 88.

230) T.M. Franck, supra note 2), p. 135; T.M. Franck, supra note 76), p. 88.

231) T.M. Franck, supra note 2), pp. 136-137; T.M. Franck, supra note 76), pp. 88-89.

232) UNSC Res. 253, 23 UN SCOR (Res. & Dec.), p. 5, UN Doc. S/INF/23/Rev.1 (1968).

233) OAE/Ser.F/II.17, doc. 40/79, rev.2.

234) OAE/Ser.F/II.21, doc. 8/89, rev.2.

5. 비판

Franck 교수가 주장하는 위와 같은 '민주적 지배' 혹은 '민주적 정당성'의 이론은 3가지의 점에서 증대한 문제점을 내포하고 있다는 비판을 받고 있다.²³⁵⁾

첫째, 민주적 동기의 의도된 우위를 증명할 수 있는 경험적 증거가 부족하다는 점이다. 서구중심적 민주적 가치가 아프리카와 아시아 등과 같은 다른 지역에서도 동일한 정도의 정당성을 가질 수 있을 것인가에 대한 의문을 가질 수 있다. 또한 서구적인 측면에서는 민주적이라고 보이지 않는 자신들의 참여적 관행에 익숙한 문화로 가진 사람들에게는 오히려 선거에 기초하고 사회계약적 민주주의의 전체적 사고가 상당히 이질적으로 여겨질 수가 있다는 것이다. 예컨대, 토착민 사회나 소수민족의 경우에는 이러한 현상이 극명하게 나타날 수 있을 것이다. 토착적 문화에 부여된 민주적 규범은 때로는 그들 토착민들에게는 신식민주주의의 한 형태로 비춰질 수도 있는 것이다.

둘째, Franck 교수에 의해 구체화된 '민주적 지배의 권리'(the right to democratic governance)는 지나치게 형식주의적이고 또한 좁은 개념이라는 것이다. 민주주의를 의미있게 할 수 있는 경제적 조건과 문화적 맥락은 거의 고려대상이 되지 않았다는 것이다. 과거 수십년의 억압이 민주적 의식에 대해 미친 잔인한 영향력에 대해서도 어떠한 고려가 없었다는 것이다. 엘살바도르, 앙골라, 모잠비, 과테말라, 아르헨티나 혹은 니카라과 등지에서 상처받은 유권자들이 과연 현실적으로 민주적 지배의 규범을 향유할 수 있었을 것인가 라는 의문이 제기된다는 것이다.

셋째, 정당성의 규범과 국제체제 내에서의 다른 보다 기본적이고 처분가능한 가치간에 충돌이 존재한다는 점이다. 즉, 현행의 국제법제도에 위임된 상태로 남아있는 동안에는 이러한 민주주의에 대한 권리를 강제하는 것은 양립불가능한 일이라는 것이다. 결국 민주적 자유주의는 국제법의 기초(특히, 국가주권과 평등권)와 심각한 충돌이 있다는 것이다.

주요참고문헌

T.M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York/Oxford: Oxford University Press, 1990.

T.M. Franck, *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1995.

T.M. Franck, "Legitimacy in the International System", 82 *AJIL* 705-759 (1988).

T.M. Franck, "The Emerging Right to Democratic Governance", 86 *AJIL* 46-91 (1992).

235) Conference on Security and Co-operation in Europe, Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension, June 29, 1990, Preamble, 29 *ILM* 1307.

236) G.J. Simpson, *supra* note, pp. 123-124.