

법의 지배

정치인들을 위한 지침서



HiiL innovating
justice

**RAOUL
WALLENBERG
INSTITUTE**

OF HUMAN RIGHTS AND HUMANITARIAN LAW

본 지침서의 저작권은 라울 발렌버그 인권 및 인도법 연구소 및 법의 국제화를 위한 헤이그 연구소에게 있다 (2012).

ISBN: 978-91-86910-77-8

본 출판물은 상업적 목적 등을 위하여 대여, 판매, 기타 방법으로 유통되어서는 안 된다. 나아가 발간 당시의 표지, 형태 등을 간직하지 않은 상태로 발행인의 사전 동의 없이 유통되어서도 안 된다. 이러한 제약은 향후 동 출판물을 발행하는 자들에게도 동일하게 적용된다.

발행인의 동의를 얻어 이 지침서를 다른 언어로 번역할 수 있으나, 번역본에는 서문이 포함되어야 하며 지침서 본문에 충실한 번역일 것을 요한다. 각국에서 활동하고 있는 번역가들에게 이 작업을 부탁하며, 번역 후 발행인들의 웹사이트에 번역본을 게재할 수 있도록 번역본을 송부해줄 것을 당부한다.

발행인

라울 발렌버그 인권 및 인도법 연구소

(The Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law)

주소: Stora Gråbrödersgatan 17 B, P.O. Box 1155, SE-221 05 Lund, Sweden

전화: +46 46 222 12 00

팩스: +46 46 222 12 22

이메일: rolf.ring@rwi.lu.se

웹사이트: www.rwi.lu.se

법의 국제화를 위한 헤이그 연구소

(The Hague Institute for the Internationalisation of Law (Hiil))

주소: Anna van Saksenlaan 51, P.O. Box 93033, 2509 AA The Hague, The Netherlands

전화: +31 70 349 4405

팩스: +31 70 349 4400

이메일: info@hiil.org

웹사이트: www.hiil.org

표지 디자인: Publimarket B.V. (네덜란드)

동 지침서의 한글 번역 작업은 이재성, 장선형이 진행하였다.

법의 지배

정치인들을 위한 지침서

목차

서문	5
1 소개	6
2 국내 차원의 법의 지배	7
2.1 국내 차원의 법의 지배의 의미	7
2.1.1 법의 지배란 무엇인가	7
2.1.2 법의 지배와 정치인들의 책임	8
2.1.3 법의 지배의 세 가지 구성 요소: 적법성, 민주주의 그리고 인권	9
2.2 국내 차원의 법의 지배의 요건	10
2.2.1 입헌주의	10
2.2.2 공표, 명확성, 소급적용금지 그리고 법적 안정성	11
2.2.3 의회의 특별한 책임	12
2.2.4 재량	13
2.2.5 권력의 분립	13
2.2.6 사법부	14
2.2.7 대체 분쟁 해결	17
2.2.8 여타 의사 결정자	18
2.2.9 적절한 집행	18
2.2.10 주의사항	19
2.3 국내 차원의 법의 지배는 왜 필수불가결인가	20
2.3.1 권력 행사의 제한	20
2.3.2 법적 확실성과 자유	21
2.3.3 동등한 대우	22
3 국제 차원의 법의 지배	22
3.1 국제 차원의 법의 지배의 의미	22
3.2 국제 차원의 법의 지배의 요건	24

3.2.1 국제법은 일반 대중들에게 알려져야 하며, 접근할 수 있어야 하며, 명확할 뿐만 아니라 예측가능해야 한다	24
3.2.2 독립적이고 공평한 사법부	25
3.2.3 적절한 집행	27
3.3 국제 차원의 법의 지배는 왜 필수불가결인가	28
4 국내 및 국제 차원의 법의 지배의 상호의존성	29
4.1 두 차원간의 상호관계	29
4.2 국내 차원의 법의 지배가 왜 국제법에 의존하는가	31
4.3 국제 차원의 법의 지배가 왜 국내법에 의존하는가	33
5 참고자료	35

서문

이 지침서는 정치인들에게 법의 지배의 기본 요소들에 대한 안내를 하기 위해 마련되었다. 이 지침서는 <각국 및 정부 전 수장들의 활동 위원회> (the InterAction Council of Former Heads of State and Government)에서 토의된 내용에서 영감을 얻었다. 이 지침서에 필요한 자료는 스웨덴 소재 룬드 대학 <라울 발렌버그 인권 및 인도법 연구소> (Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law) 와 네덜란드 소재 <법의 국제화를 위한 헤이그 연구소> (The Hague Institute for the Internationalisation of Law, “HiiL”)에서 준비하였다.

이 지침서 초안은 <네덜란드 인문사회과학 고등연구기관> (Netherlands Institute for Advanced Study in the Humanities and Social Sciences)에서 Henry G. Schermers Fellowship 중이었던 로날드 젠스 박사가 (HiiL 법의 지배 프로그램 총괄) 마련하였다. 이후의 작업은 <라울 발렌버그 인권 및 인도법 연구소>와 <법의 국제화를 위한 헤이그 연구소>에서 이루어졌다. 이후 동 초안은 <각국 및 정부 전 수장들의 활동 위원회> 위원들과 <국제의회연맹> (Inter-Parliamentary Union) 대표들에 의해 검토되었다. 개별 전문가들도 소중한 의견을 개진하였으며, 최종 감수는 <라울 발렌 버그 연구소> 이사회 의장이장 전 유엔 법률실장인 한스 코렐 박사가 담당하였다.

이 지침서 마련에 있어서 가장 중요한 원칙은 가능한 많은 정치인들이 바쁜 일정에도 불구하고 이 지침서를 읽을 수 있도록 최대한 짧게 하되, 이 주제에 대해 좀 더 알고자 하는 정책 결정 및 입안자 그리고 언론인에게 유용한 자료가 되어야 한다는 것이었다. 뿐만 아니라, 이 지침서 번역에 애로가 없어야 하며, 최대한 많은 언어로 출간되어야 한다는 것이었다. 이런 이유로 지침서에 삽화나 사진 등을 포함시키지 않았다. 이 지침서 원문은 영어로 작성되었으나, <라울 발렌버그 인권 및 인도법 연구소>와 <법의 국제화를 위한 헤이그 연구소>의 허가를 얻어 다른 언어로 번역될 수 있다. 단, 이 서문이 포함되어야 하며, 번역본은 원본에 충실하여야 한다. 원본 및 번역본들은 <라울 발렌버그 인권 및 인도법 연구소>와 <법의 국제화를 위한 헤이그 연구소> 웹사이트에서 찾아 볼 수 있다.

2012 년 8 월 룬드와 헤이그에서

라울 발렌버그 인권 및 인도법 연구소

법의 국제화를 위한 헤이그 연구소

마리 투마

샘 물러

1 소개

법의 지배는 범지구적 이상이자 열망의 대상이다. 전세계 시민, 각국 정부 그리고 여러 관련 기관들의 지지를 받는 법의 지배는 각국 정치 및 법률 체계의 초석으로 여겨지고 있다. 국제 관계에 있어서도 기본 요소로 점차 인식되고 있다.

2005년 <세계정상회의> (World Summit)에서 각국 및 정부 수장들은 국내 및 국제 차원의 법의 지배를 준수하고 이를 구현해야 할 필요성에 대해 인식을 같이 하였다. 1년 후 <유엔총회>는 국내 및 국제 차원의 법의 지배에 대한 결의안을 채택하였고, 이후 매년 관련 결의안을 채택하고 있다.

<유엔총회>는 2010년, 국내 및 국제 차원의 법의 지배에 대한 고위급 회의를 2012년 제67차 회기 중 소집하기로 하였다.

이 지침서는 국내 및 국제 차원의 법의 지배의 기본적인 내용을 설명하고자 한다. 나아가 국내 차원의 법의 지배가 부분적으로는 국제 차원의 법의 지배에 의존할 수 밖에 없고, 반대의 경우도 마찬가지임을 설명한다.

2008년 <각국 및 정부 전 수장들의 활동 위원회> 회원들간의 토의 내용이 이 지침서를 마련하는 토대가 되었다. 2008년 6월 25일부터 27일까지 스웨덴 스톡홀름에서 개최된 동 위원회 26차 연례총회의 최종성명은 여러 사안들과 더불어 "국제법의 복원 (Restoring International Law)"도 다루고 있다.

웹사이트에 따르면, 동 위원회는 각국 수장의 지위에 있었던 관료들이 경험과 열정을 공유하고, 상호 교류할 수 있는 장을 만들기 위해 1983년 설립된 독립된 국제기구다. 동 위원회 회원들은 인류가 직면하고 있는 정치, 경제, 사회 문제에 대해 공동으로 권고안을 마련하고, 실질적인 해결방안을 제시하고자 한다.

2008년 최종성명 준비 과정에서 국제법의 기본적인 내용과 법의 지배의 의미에 대해 정치인들의 인식을 제고할 필요성에 대한 논의가 있었고, 이는 <라울 발렌버그 인권 및 인도법 연구소>와 <법의 국제화를 위한 헤이그 연구소>를 통해 발전되기에 이르렀다. 이는 세계사법정의프로젝트 (World Justice Project) 회의에서도 논의되었다. 이런 맥락에서 독자들이 이 지침서 말미에 언급된 법의 지배 지수 (Rule of Law Index)상 자국이 어떤 평가를 받고 있는지 관심을 가졌으면 한다.

1889년 설립되어 각국 의회를 연결시켜주는 국제기구인 <국제의회연맹> (Inter-Parliamentary Union, IPU)도 이 과정에 참여하였다. <국제의회연맹>은 전세계 의회간 대화 및 교류 창구로 인류평화와 협력 나아가 대의민주주의의 확고한 성립을 위해 노력하고 있다. 각국 대의기관의 활동을 널리 알리고, 그들이 취할 수 있는 조치들을 더욱 강화하고 계발하는 것도 <국제의회연맹>의 목표 중 하나다.

서문에서 언급했듯이 본 지침서를 마련하는데 있어 이들 대의기관 대표들도 적극 참여하였다.

이 주제에 대해 여러 관련 문헌들이 존재한다. 그러나, 바쁜 일정을 보내는 정치인들에게 법의 지배에 대해서 알리고, 법의 지배에 있어 자신들의 역할, 나아가 법의 지배를 증진시킬 수 있는 방안에 초점을 맞춘 개요서를 마련할 필요성이 부각되었다.

이 지침서에 대해 특정 법체계적 입장만을 반영하고 있다는 비판이 있을 수 있지만, 최대한 많은 이들이 이 지침서를 활용했으면 한다. 이러한 맥락에서, <국제의회연맹>에서 마련한 자료들은 특히 참고할 필요성이 있다. 이 지침서는 어쩔 수 없이 지역 및 지방에서 활동하고 있는 정치인들보다는 국가의 중대한 의사결정에 참여하고 있는 정치인들을 대상으로 하고 있다. 그러나 지역 및 지방에서 나름 중요한 역할을 하고 있는 정치인들에게도 이 지침서가 유용한 자료가 되었으면 한다.

2 국내 차원의 법의 지배

2.1 국내 차원의 법의 지배의 의미

2.1.1 법의 지배란 무엇인가?

법의 지배란 본질적으로 시민들과 시민을 통치하는 자들이 법을 따라야 함을 의미한다.

이 간략한 정의는 법의 지배는 어떠한 유형의 문제에 적용되는가 그리고 법이란 단어는 무슨 의미인가에 대한 어느 정도 추가적인 설명이 필요하다.

법의 지배는 국가 권력 기관 (각국 정부, 각계 각층의 행정기관 그리고 사법부)과 시민, 거주민, 각종 협회나 회사와 같은 사인간의 관계에 적용된다. 입법 과정은 어떻게 이루어져야 하고, 피의자들은 어떤 처우를 받아야 하며, 세금은 어떻게 부과되고 징수되어야 하는지 등이 그 예다.

법의 지배는 사회 구성원인 사인간의 관계에도 적용된다. 휴대폰이나 자동차와 같은 물건의 매매, 교통사고에 따른 피해 보상, 결혼, 이혼, 상속과 같은 가족관계, 나아가, 필지에 대한 경작권 또는 토지 매매와도 관련된다.

다시 말해, 법의 지배는 통치를 받는 사람과 통치를 하는 사람간의 관계 뿐만 아니라, 자연인이건, 협회나 회사와 같은 법인이건 상관없이 사인간의 관계에도 적용된다. 정부의 권력행사를 제한하는 것이 법의 지배의 주된 목적이라고 일부는 주장하는 바, 이는 충분히 강조할 만한 가치가 있다.

하지만, 앞서 언급한 관계들에 있어 법의 지배의 각각의 범주는 상당히 다를 뿐만 아니라, 법이 사회에 미치는 영향력에 대해서도 각기 다른 입장이 존재한다. 소위 복지국가(welfare states)의 경우, 사회 경제 활동에 대한 정부의 광범위한 규제를 선호하는 반면, 자유시장국가(economically liberal states)의 경우, 정부의 역할이 그다지 강조되지 않는다.

뿐만 아니라, 이제는 “법과 질서”의 보장이 더 이상 국가의 유일한 목적이 될 수는 없다. 법의 지배가 인권 옹호와 밀접한 관련을 갖는다는 사실은 국가가 일정한 사회적 기능을 수행해야 함을 의미한다. 즉 법의 지배는 국가가 경제 분야를 포함한 사회적 관계에 대해 관련 입법을 하고 규율할 것을 요구한다. 하지만 국가마다 규제의 정도가 다를 수 있는 바, 이는 정부가 얼마만큼 대중의 신뢰를 받고 있는지에 달려있다.

몇몇 국가는 사회적 관계에 대한 심한 규제를 하는 반면, 법이 거의 제한적인, 때론 미미한 역할을 하는 국가들도 있다. 하지만, 지나친 규제를 하는 국가들조차도 사회 구성원간의 모든 관계를 법이 규율할 수 없을 뿐만 아니라, 이것이 바람직하지 않다는 것도 인정한다. 오히려 종교적 규범, 이웃간의 규범, 일반 상거래 관행 등이 더 적절할 수 있기 때문이다. 즉, 법의 지배가 모든 시민과 여타 사인간의 모든 관계와 관련되는 것은 아니다.

하지만 공권력이 행사되는 경우에는 언제나 법의 지배가 척도로 작용한다. 이에 대한 예외는 있을 수 없다.

우선, 공무원이 권력을 행사하는 경우 적법한 권한을 갖고 있어야 한다. 가택을 수색하고자 하는 경우에도 적법한 권한을 갖고 있어야 한다. 즉, 누가 어떤 경우에 권력행사를 할 수 있는지 법에 정해져 있어야 한다.

둘째, 공무원이 권력을 행사하는 경우, 반드시 법을 준수해야 한다. 대부분의 국가에서는 피의자를 체포할 때 해당 공무원이 영장을 제시하고 체포 목적을 적시할 의무를 부과하고 있다. 나아가 피의자의 모든 진술이 법정에서 사용 될 수 있음도 고지하여야 한다.

법은 권력이 *어떻게* 행사되어야 하는지도 정하고 있는데, 이를 소위 “적법절차 (due process)”라 한다. 적법절차에 따라 개인의 권리가 보장되며, 아무런 혐의없이 구금되지 않고, 피의자 또는 체포된 자들이 변호인의 조력을 받을 수 있게 된다.

요약해보면, 법의 지배는 법에 따라 권력 행사가 이루어지도록 할 뿐만 아니라, 개인 및 사인간의 관계와도 관련된다.

2.1.2 법의 지배와 정치인의 책임

이후 설명하겠지만, 정치권력의 행사가 법에 따라 이루어지는 것은 일반인들에게 매우 중요하다. 정부가 마음대로 권력을 행사할 수 있는 독재정치는 바람직하지 못하다. 법이 개인의 안위 뿐만 아니라 자유롭고 안전한 경제활동에 필요한 안정적이며 예측가능한 환경을 마련해주기 때문에 시민들은 자신 뿐만 아니라 다른 사람들도 법에 따라 행동하는 것을 원한다.

그러나 법의 지배라고 하여 많은 수의 법률 규정을 마련하여 일반인들의 모든 또는 거의 대부분의 행위를 제약할 것을 요구하지는 않는다. 오히려, 일반인들은 이러한 법률이 결국 자신의 행동 자유를 제약하게 되기 때문에 오히려 이를 반대한다.

정책 결정자로서 정치인들은 오히려 반대의 입장에 서게 된다. 법의 지배의 관점에서 법의 부재는 문제점, 약점, 위험 요소, 나아가 바람직하지 못한 상황 등으로 인식될 수 있기 때문이다. 권력을 행사하는 자들이 명확한 규정에 따르지 않고 시민들에게 벌칙 또는 유사한 제재를 부과할 수 있도록 해서는 안 된다. 나아가 적법한 근거와 명확한 규정을 따르지 않고 시민들에게 혜택이나 호의를 베풀 수 있도록 해서도 안 된다.

다른 정책 결정자 및 공무원들이 자기 마음대로 권력을 행사할 수 없도록 정치인들은 항상 긴장을 늦추서는 안 된다. 즉, 정책 결정자로서 정치인은 자기 마음대로 할 수 있는 자유를 바라기 보다는 법의 구속과 제약에 오히려 만족해야 할 것이다. 법에 의거한 권한 행사 체계가 구축될 수 있도록 노력해야 할 것이다.

따라서, 정치 권력 행사에 있어 정치인들은 정치체계 속에서 자신의 지위고하를 막론하고, 공무원들 나아가 자신들이 법에 의해 부여되지 않은 권력을 행사하거나, 위법한 방식으로 권력을 행사하는 등 법의 테두리 밖에서 활동하는 것을 허용해서는 안 된다.

행정부에 몸담고 있는 정치인들의 경우에는 더욱 그렇다. 행정부의 업무 특성상, 부담이 될 수 있는 실체적, 절차적 제약 없이 일을 신속히 처리하고자 하는 마음에 법을 회피하려는 유혹이 크기 때문이다.

입법 작용을 하는 정치인들의 경우에도 권력의 행사가 법에 따라 충분히 제약되어야 함을 염두에 두어야 한다. 법이 지나친 재량을 부여하고 있는 경우, 법률 개정의 필요성을 느껴야 한다. 최근의 반테러입법을 살펴보면, 지나치게 광범위한 개념 등이 설정되고, 기본권이 너무나도 쉽게 침해될 수 있음을 깨닫게 된다.

지위고하를 불문하고 정치인의 책임은 정부의 권력이 법의 제약을 받고, 법에 따라 행사되는 것을 보장하는 것이다.

2.1.3 법의 지배의 세 가지 구성 요소: 적법성, 민주주의 그리고 인권

법의 지배의 의미와 관련하여 꼭 짚어봐야 하는 질문은 “법”이라는 단어가 갖는 의미이다. 이와 관련하여 세 가지 측면을 생각해볼 수 있다.

첫째, 법의 지배에 있어 법은 몇몇 형식적 특성을 갖게 된다. 형식적이라고 하는 이유는 법의 내용이나 실체와는 전혀 무관하기 때문이다. 제정된 법률이 관보 등에 게재됨으로써 입법의 일환이었음이 표시되고, 해당 법률의 규율대상인 자들이 법률을 이해할 수 있을 수준이어야 한다는 것 등이 형식적 특성이다.

또 다른 측면은 법률이 어떻게 만들어지느냐에 대한 것인데, 크게 두 가지 방식이 존재한다. 국민이 선출하고, 국민에게 책임을 지는 사람들에게 의해 법률이 만들어지는 경우가 있고, 선출되지 않은 자들이 만드는 경우가 있다. 민주적인 방식으로 법률이 제정될 수도 있으나, 민주주의가 부재한 체계에서도 법률은 제정된다. 하지만, 민주적인 정치체계 하에서만 법의 지배가 충분히 실현될 수 있다는 것은 굳이 강조할 필요가 없을 것이다.

하지만, 모든 법이 의회나 선거를 통해 구성된 조직을 통해 제정되는 것은 아니다. 법 제정권한은 지역 또는 지방 조직에 위임될 수도 있다. 그리고 일부 민주주의의 체계 하에서는 의회에 선거를 통해 선출되지 않은 이들도 있을 수 있다. 중요한 것은 입법 권한을 부여받은 자들이 법을 따를 것, 그리고 적절한 헌법상 통제를 받는 것이다.

비민주적인 정치체계하에서도 법의 지배가 갖는 형식적 특성이 표출될 수 있다. 비민주적 정치체계의 경우, 정치인들은 법을 통해 권력을 행사하지만, 막상 법의 제약은 받지 않는다. 즉, 이들 체계는 “법의 지배”가 아닌 “법에 의한” 지배라 설명될 수 있다.

마지막 측면은 법의 내용과 관련된다. 여기서 중요한 요소는 인권에 대한 존중이 필요하다는 것이다. 시민, 정치적 권리의 경우 더욱 그렇다. 예를 들어, 표현 및 결사의 자유 없는 법의 지배를 상상하기란 힘들다. 경제, 사회, 문화적 권리도 어느 정도 관련되게 된다.

법의 지배의 다른 두 구성요소인 민주주의와 인권은 그 자체만으로도 중요한 만큼 이 지침서에서 별도로 다룬다. 이하에서는 법의 지배가 지니는 특성을 계속 주목할 것이다.

법률 제정권자들에 대한 시민들의 신뢰를 바탕으로 법이 정당성을 갖추어야 한다는 요건을 간과해서는 안 된다. 기본적으로 이 신뢰는 비밀투표로 선출된 국회나 의회와 같은 조직에서의 민주적인 절차에 의해 구축되게 된다.

2.2 국내 차원의 법의 지배 요건

2.2.1 입헌주의

법의 지배의 기본 요건 중 하나는 입헌주의라 할 수 있다. 이는 본질적으로 국가의 행정, 입법, 사법 권력을 규정하고, 법체계의 근간을 이루는 기본법률이 존재해야 함을 의미한다. 이 기본법률은 권력 행사의 주체가 누구인지, 그리고 이들 주체간 그리고 시민들 및 기타 사인과의 관계에서 어떻게 권력을 행사해야 하는지를 규정하게 된다.

무엇보다 중요한 것은, 이 기본법률이 권력행사의 한계를 일반적으로 규정하고 있어야 한다는 것이다. 즉, 헌법은 법체계의 기본적인 구조와 규정을 마련하고, 누가 어떤 권력을 어떻게 행사할 수 있는지 정하고 있어야 한다. 이러한 기본적 법구조가 존재하지 않는 한, 얼마나 정부가 법의 지배에 충실한지를 정확히 판단하기란 어렵다.

이러한 일련의 기본 법률은 공식적인 문서에 기록되기 마련인데, 그 내용을 압축 요약하고 있는 것이 이른바 “헌법”이다.

유감스럽게도 실제 권력이 어떻게 행사되고 있는지를 반영하지 못하거나, 앞서 언급된 기본적인 요건을 충족시키지 못하는 성문헌법을 갖고 있는 국가들이 있다. 이들 국가의 성문헌법은 눈속임에 불과할 뿐이다.

몇몇 국가의 경우 불문헌법을 갖고 있다. 이스라엘과 같이 몇 가지의 법률과 문서들을 혼용하여 헌법적 특성을 띠도록 하는 국가도 있다. 이러한 체계는 성문헌법 체계와 공존할

수도 있다. 따라서, 정치인들은 자국 헌법을 숙지할 의무가 있다. 일부 국가의 경우 의회에 새로 선출된 이들을 위한 소개 강좌 또는 교육 과정을 마련하기도 한다.

2.2.2 공표, 명확성, 소급적용금지 그리고 법적 안정성

각종 규율의 대상이 되는 사람들이 해당 규율을 행동의 지침으로 삼기 위해서는 이에 대한 인지가 필요하다. 따라서, 법률은 공표되어야 하고 일반인들에게 널리 알려져야 한다. 나아가, 법을 알지 못하는 사람들이 법을 준수할 수 없기 때문에 법률은 충분히 명확해야 한다.

또한 법률은 소급적용되어서는 안되며, 장래에 대해 적용되어야 한다. 소급적용금지 원칙은 특히 형법 분야에 있어 중요하다. 1948년 세계인권선언도 제 11 조 제 2 항에서 "어느 누구도 행위시의 국내법 또는 국제법에 의하여 범죄(penal offence)를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄가 되지 않는다"고 규정하고 있다. 이후의 국제 및 지역 인권 협약들도 이 기본적 권리를 재차 확인한 바 있다.

하지만, 일부 국제범죄에 대해서는 중대한 예외가 인정된다. 이는 "이 조의 어떠한 규정도 국제사회에 의하여 인정된 법의 일반원칙에 따라 행위시에 범죄를 구성하는 작위 또는 부작위를 이유로 당해인을 재판하고 처벌하는 것에 대한 예단을 구성하지 아니한다"라고 규정하고 있는 시민 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제 15 조 제 2 항에서 도출된다. 다른 인권 관련 조약들도 유사한 조항을 갖고 있다. 이와 관련해서는 1998년 로마협약에 따라 설립된 국제형사재판소 (International Criminal Court)의 관할권도 논의되어야 할 것이다.

또한 법률, 특히 헌법은 꾸준히 안정성을 유지하여야 한다. 너무 자주 개정 또는 수정되어서는 안 된다. 법률이 수시로 변경되는 경우, 이를 파악하기란 힘들다. 나아가, 법의 내용에 대해 지속적인 불확실성을 초래할 수도 있다. 나아가, 법률이 수시로 변경되는 경우 장기적인 계획을 세우는 것이 불가능하다. 사업을 구상하는 경우, 세금 및 세금 우대조치 등을 규정하는 법이 장래에도 지금과 어느 정도 유사할지 여부를 알 수 있는 것은 매우 중요하다.

물론, 법적 안정성은 정도의 문제이다. 법률이 변경되지 않고 그대로 유지되어야 하는 기간을 설정하기란 힘들다. 나아가, 법적 안정성은 일부 법률 분야에 있어 더욱 중요하다. 경험상 신중한 계획과 장기적인 의사 결정이 요구되는 사안을 규율하는 법률일수록 단기적인 의사결정이 요구되는 사안을 규율하는 법률보다 안정성이 더 보장되어야 한다.

유럽인권법원은 유명한 1979년 *Sunday Times v. United Kingdom* 판결에서 앞선 언급된 법의 지배의 요건들을 요약하고 있다. "법에 대한 접근이 적절히 보장되어야 한다. 해당 사건에 적용되는 법률 규정에 대해서 사람들이 어느 정도 적절한 인식을 할 수 있어야 한다 ... 자신의 행동을 규율할 수 있을 정도로 세밀하게 규정하고 있지 않은 규범을 '법'이라고

간주할 수는 없다. 당사자는 어떤 행위가 가져다 줄 수 있는 결과에 대해서 상황에 맞게 그리고 필요한 경우, 적절한 조언을 받아 합리적인 예측을 할 수 있어야 할 것이다.”

2.2.3 의회의 특별한 책임

의회는 앞서 언급한 원칙들을 옹호해야 하는 특별한 책임을 지게 된다. 의회는 법률이 적절하게 일반인들에게 알려지고, 명확할 것, 그리고 법적 안정성이 유지될 수 있도록 특별한 주의를 기울여야 한다. 명확성은 정확한 표현의 문제만은 아니다. 이는 새로운 법률과 기존 규정들간의 일관성을 요구한다. 아무리 새로운 규정들이 명확하게 마련되었다고 할지언정, 동일한 단어를 달리 정의하고 있는 기존 법률 및 관련 규정과 함께 사용되는 경우 오히려 혼란이 초래될 수 있다. 나아가, 과도한 규율은 명확성을 해할 수 있으며, 다수의 법은 일반인과 공무원 모두를 쉽게 혼란에 빠트린다.

법률이 명확하기 위해서는 이를 마련하는 사람들이 적절한 입법 기술을 활용할 줄 알아야 한다. 초안 작업을 의회 의원들이 수행하는 경우도 있지만, 의회나 각 정부 부처 공무원들이 하는 경우가 더 많다. 법의 지배를 존중하는 법률 체계라면, 이들이 해당 업무를 수행함에 있어 필요한 기술을 습득할 수 있는 여건을 마련해주는 것이 중요하다.

고품질의 법률을 위해서는 입법 과정에서 공공 및 민간부문의 독립적인 기구들로부터 (예를 들어, NGO, 노동조합, 경제단체) 자문을 구할 필요가 있다. 나아가, 다른 국가의 의회 의원 및 공무원들과의 교류도 입법 기술 향상에 도움이 될 수 있다.

인도 의회의 경우와 같이 다른 나라의 의회 직원들에게 입법 기술에 대한 교육을 시행하는 별도의 입법 훈련 기관을 두는 경우도 있다. 이에 대해서는 <국제의회연맹>이 더 많은 정보를 제공할 수 있다.

일반 대중에 대한 홍보는 공식적으로 관보에 실는 것에 그치지 않는다. 관보에 실렸다고 해서, 일반인과 공무원이 새로운 법률 또는 개정된 내용에 대한 정보를 얻을 것이라 기대하기는 힘들다. 매일매일 사람들이 소화해야 하는 정보의 양을 고려할 때, 법률 변화의 영향을 받는 자들이 관련 정보를 취득할 수 있도록 하는 적극적인 조치가 취해져야 한다.

비록 이런 홍보활동을 조직하고 펼쳐나가는 것이 행정부의 역할일지언정, 이런 활동이 만족스럽게 이루어지고 있는지에 대해 의회는 관심을 가져야 한다. 인터넷은 다양한 이들에게 법에 대해 알릴 수 있는 유용한 도구이다. 인쇄물 그리고 인터넷에의 접근이 쉽지 않은 경우, 다른 방법을 강구하여야 한다. 이와 관련하여서도 <국제의회연맹>이 더 많은 정보를 제공할 수 있다.

앞서 언급한 법의 소급적용금지는 주로 사법부와 행정부, 특히 검사들을 대상으로 하는 것이지만 의회 역시 이와 관련된 역할이 있다. 특히 형법을 적용하는 검사와 판사들은 종종 너무나도 오래되어 더 이상 현 시대의 문제에 대해 적절한 지침을 제공하지 못하는 법률 조항을 접하곤 한다. 법률 문구, 특히 오래된 조항의 문구들이 현대적 기준에 부합하는지

그리고 대중, 입법부 그리고 법조계의 의견을 반영하고 있는지 주기적으로 검토해야 할 필요성이 있다. 소급적용금지 는 주기적인 법률 검토 그리고 필요한 경우, 법률 개정을 통하여 실질적으로 달성되게 된다.

적법성의 요건을 확보하는 데에 있어서도 행정부가 중요한 역할을 한다. 관련 부처가 해당 법률과 특별한 이해관계에 있는 집단들에게 관련 정보를 수시로 제공하고, 다양한 청중에 맞춰 업데이트된 정보를 제공한다면, 법의 명확성 나아가 이에 대한 인지도는 증대될 것이다. 인터넷은 이와 관련 중요한 역할을 차지한다. 인터넷이나 다른 매체를 통하여 변호사협회, 전문기구, 비정부기구, 법률지원사무소 등에 관련 정보를 제공할 필요가 있다.

2.2.4 재량

법의 지배는 정부권력이 일반 법률 나아가 사전에 적절히 홍보된 법에 의거하여 행사될 것을 요구한다. 하지만, 정치 권력의 경우 언제나 법을 통해 행사될 수는 없다. 재량 부여 및 명령 등을 통한 권력 행사는 통치의 불가피한 방식이다. 하지만 법의 지배의 기준을 충족하기 위해서는 재량권 행사와 명령제정권 등이 일반 규정에 따라 제한되어야 한다.

행정부는 재량권 행사를 지나치게 경시해서는 안될 것이다. 이는 정치 권력의 행사에 있어 가장 힘든 문제 중 하나다. 왜냐하면 국가안보의 위협과 관련된 사안은 상당한 보안이 요구되기도 하고, 일정한 경우, 시민 및 정치적 권리에 대해 제약을 할 필요도 있기 때문이다. 법의 지배는 다른 중요한 목적들과도 균형을 맞춰야 한다. 정치인들은 이러한 균형자 역할에 선의의 자세로 임하여야 한다.

이러한 균형의 유지를 보여주는 예는 정보에 대한 접근을 제한하는 법률 그리고 이들 법률이 어떻게 집행되느냐에 대한 것이다. 이와 관련된 추가적인 정보는 조약 기구의 권고나 국제인권재판소의 사례에서 찾아볼 수 있다.

<국제의회연맹>의 “치안 분야에 대한 의회의 감독: 원칙, 구조 그리고 관행”이라는 안내서는 이와 관련된 법률 체계와 모범 사례들을 담고 있다. 이 안내서는 특히 국가 위기 상황에 대응하기 위한 국제 원칙으로 적법성, 선포, 의사소통, 일시성 (temporality), 예외적인 위협, 비례성 그리고 무형성 등에 대해 설명한다. 무형성은 침해될 수 없는 특정 기본권과 관련된다.

이 안내서는 국가 위기 상황 선포 또는 행정부가 이를 선포한 경우 이에 대한 사후 승인 등에 대해 의회가 적극 관여할 것을 권고한다. 이렇게 함으로써 중대한 조치를 취할 수 있는 권력을 행정부가 홀로 독점하는 것을 방지하게 된다.

2.2.5 권력의 분립

법의 지배는 주요 권력, 즉 행정, 입법, 사법 권력이 분리될 것을 요구한다. 권력 분립은 해당 권력을 각기 다른 기관 (예를 들어, 행정부, 의회, 사법부)이 행사하여야 한다는 것

뿐만 아니라, 어느 한 개인이 이들 기관 둘 이상의 구성원이 될 수 없음을 의미하기도 한다. 즉, 국무총리가 법관이 될 수는 없는 것이다.

물론, 절대적이며 엄격한 의미의 권력 분립은 실존하지 않는다. 각국마다 둘 이상의 권력을 행사하는 조직이 있기 마련이다. 행정부가 일정한 종류의 법규(시행령, 행정명령 등)를 제정하거나 이를 공동으로 마련할 수 있도록 하는 것이 일반적이다. 나아가, 영미법 및 대륙법 국가 모두에서 특정 사건에서 법이 어떻게 해석되고 적용되는지 볼 수 있는 판례의 법원성을 인정하는 추세가 존재한다. 즉, 판사들이 자신들의 사법 권력을 행사하는 경우, 국내 차원의 법 발전에 기여하게 되는 것이다.

많은 국가들에서는 개인이 동시에 두 기관의 구성원이 되는 것을 허용하기도 한다. 예를 들어, 영국의 각료는 의회 구성원일 수도 있다.

사실, 많은 국가들의 정치체제는 엄격한 권력분립이라기 보다는 견제와 균형으로 설명 될 수 있다. 권력은 여러 기관 및 개인들에게 분산되어 있고, 이들에 대한 견제와 균형이 존재하기 때문에, 어떤 기관이나 개인이 절대적인 권력을 보유할 수 없는 것이다.

적절한 견제와 균형 체계를 구축하는 것은 법의 지배에 있어 매우 중요하다. 예를 들어, 행정권력과 입법권력을 어느 한 기구 또는 개인이 행사하는 경우, 권력 행사의 제약이라는 법의 지배의 기능은 결코 실현될 수 없을 것이다.

2.2.6 사법부

법의 지배의 필수적인 요건 중 하나는 분쟁을 해결하고 법에 대한 존중을 보장할 수 있는 최후의 보루로서 공평하고 독립적인 사법부가 존재하는 것이다.

모든 사회에서 갈등은 필연적으로 발생한다. 일부는 정부와 일반인들 사이에서 발생하지만, 사인들간의 관계에서도 발생하곤 한다.

분쟁 중 일부는 사실관계에 대한 것이다. 경찰에 시위에 참여하였다고 주장하는 반면 당사자는 이를 부인할 수 있다. 이웃이 자기에게 빚을 지고 있다고 주장하는 반면 해당 이웃은 돈을 빌린 사실이 없다고 주장할 수 있다.

분쟁은 법률과도 관련된다. 지역신문에 주택을 매도하겠다고 하면서 적시한 가격을 보고, 이를 승낙하겠다는 통보를 하였기에 주택매매를 위한 유효한 계약이 체결되었다고 주장할 수 있다. 반면 집 주인은 지역신문에 낸 광고는 협상 개시를 위한 청약의 유인에 불과할 뿐, 승낙시 계약을 성립시키는 청약이 아니었기에 계약은 성립되지 않았고, 자기는 주택을 매도할 의무가 없다고 주장할 수도 있다.

갈등은 법에 따라 해결되어야 한다

이들 갈등은 법에 따라 해결되어야 한다. 사실 관계, 적용 법률 그리고 법률이 어떻게 사실관계에 적용되는지에 대한 결정이 있어야 한다. 이러한 결정이 없는 경우, 갈등은 다른 수단, 최악의 경우 무력을 통해 해결되게 될 것이다.

나아가, 공무원과 일반인들이 법을 준수하기 위해서는 어떤 해석이 옳은지 그리고 어떻게 법이 사실관계에 적용되는지 알 수 있어야 한다. 담당 기관의 결정은 이를 분명히 해야 한다. 이는 해당 사건 당사자들의 분쟁해결보다 더 큰 의미가 있는 바, 공무원 및 일반인들이 법을 보다 잘 이해하고 이를 따를 수 있도록 해줄 것이다.

독립성

이런 종류의 결정은 제3자, 판사 또는 법원이 내려야 한다. 사법부에 속한 이들은 외부의 압력으로부터 자유로워야 한다. 그들은 법에 따라 그리고 법에 의해서만 판단을 해야 한다. 이를 위해 우선 그들이 행정부로부터 독립되어 있어야 한다. 그들의 판단은 권력의 영향을 받아서는 안 된다. 반면, 판사들은 직업 윤리 및 행동 강령을 준수하면서 공정한 판단을 내려야 하는 책임을 지게 된다.

판사의 임명, 임기 보장, 근무 조건, 보수 설정 등에 대해서는 법에 정하도록 함으로써 독립성이 보장되어야 한다. 이 모두는 행정부의 영향으로부터 최대한 벗어나기 위한 요소들이다.

공평성

외부 압력으로부터 판사가 자유로워야 한다는 것은 판사가 공평해야함을 의미하기도 한다. 즉, 분쟁 당사자 중 일방에 대해 편향된 시각을 갖지 않아야 한다. 이는 여러 가지 의미를 갖지만, 판사가 편파적일 것이라고 의심되는 경우, 소송 당사자들이 해당 법관을 기피 신청할 수 있어야 하고, 그 결과, 해당 판사는 동 사건에서 배제될 수 있어야 한다. 소송당사자와 특별관계가 있는 경우, 판사 스스로도 사건을 회피할 수 있어야 한다.

사법부의 공평성과 독립성에 대한 가장 큰 위협은 부패다. 그렇기에 적절한 보수, 임기 보장 등이 필요하다. 이는 직업 윤리 및 행동 강령 등을 준수할 의무와 균형을 맞춰야 할 것이다.

직업 윤리

법을 올바르게, 모두에게 동등하게, 그리고 외부 압력의 영향 없이 적용하도록 하는 것은 규정과 제도만으로 이루어지지 않는다. 높은 직업 윤리 의식과 함께 모든 분쟁해결절차 참여자들의 바른 자세가 뒷받침되어야 한다.

판사들도 지나치게 사리사욕을 채우거나, 외부 압력에 취약해짐으로써 자신의 독립성과 공평성을 위태롭게 해서는 안 된다. 일반 시민들이 습관적으로 법을 어기는 사소한 경우라 할지라도 그들은 법을 준수하여야 한다.

아무리 합법적이라 할지라도, 외부 압력에 취약해질 수 있는 활동 참여에 신중해야 한다. 아무리 합법적인 카지노라 할지라도, 판/검사들이 카지노 출입을 해서는 안 될 것이다.

정치인들의 역할

정치인들이 공개적으로 사법부의 독립성과 공평성을 인정하고, 존중을 표시하는 것은 매우 중요하다. 예를 들어, 아직 법원이 결정을 내리지 않은 사건에 대해 바람직한 결과가

무엇인지 의견 표명을 해서는 안 된다. 이는 담당 판사들 나아가 대중들에게도 사건에 영향을 미치고자 하는 외부 압력으로 보여질 수 있기 때문이다.

정치인들은 사건의 세부 결과에 대해 논평을 하거나, 잘못된 결정이 내려졌다는 의견 개진을 자제하여야 한다. 물론 그렇다고 정치인들이 판례에 대하여 아무 말도 할 수 없는 것은 아니다. 해당 판결 또는 현대적 기준에 부합하지 않는다고 판단되는 일련의 판례에 대응하기 위해 법의 개정 또는 새로운 입법을 추진할 수 있다. 하지만 논평은 일반적인 선에 머물러야 하며, 어떤 경우에도 판사들이 잘못된 결정을 했다는 식의 언급은 피해야 할 것이다. 해당 결정이 충실한 법률 해석일 수도 있기 때문이다. 이 경우, 그 책임은 입법자에게 있는 것이다.

정치인들은 공개 석상에서 판사들의 근무 조건 등에 대해 입장을 표명하는 것도 신중을 기해야 한다. 예를 들어, 특정사건의 결과에 대하여 법관의 임기 보장을 철폐하여야 한다고 하거나, “잘못된” 결정을 내린 판사는 해고되어야 한다고 하는 것은 매우 부적절하다.

물론 그렇다고 법관의 임기 보장 등에 대해 정치인들이 일절 논의를 해서는 안 된다는 것은 아니다. 다만, 논의 결과 마련된 규정들은 사법부의 독립성 및 공정성을 보장하기 위한 요건을 충족해야 할 것이다.

적절한 사법행정을 보장하기 위하여 의회가 사법부를 포함한 행정부에 대한 감독 기능을 수행해야 한다는 것은 별개의 문제다. 이 의무의 수행은 법관의 독립을 저해하는 것으로 해석되어서는 안 될 것이다.

법원은 접근가능해야한다

일반 대중들에게 법원은 접근가능해야한다. 사법 절차가 지나치게 고비용이거나, 번잡 또는 복잡하여 사람들이 소송을 기피해서는 안 된다. 법의 지배에 있어 사법예의 접근(access to justice)은 매우 중요한 요소다.

이는 우선 소 제기 요건이 지나치게 높거나 엄격하지 않을 것을 의미한다. 지나치게 많은 사건이 법원에 몰릴 경우 사법체계 자체가 흔들릴 수 있기에 일정한 제약은 불가피하지만, 이러한 제약들은 정당한 이유에 바탕을 두고 있어야 하며, 그 목적 달성에 충실해야 할 것이다.

예를 들어, 처벌의 정도와 형사소송절차의 기술적 측면을 고려하여 피의자들이 무조건 변호사에게 소송 수행을 맡기도록 할 수도 있다. 하지만, 판사들이 관련 법률을 적절히 적용할 수 있다고 판단되는 소액 사건이나 상대적으로 간이한 사건의 경우, 이 같은 변호사 강제주의는 부적절할 수도 있다.

둘째, 소송비용은 적당 수준을 유지해야 하며, 소송비용 및 변호사비용을 부담하지 못하는 자들을 위한 구제방안이 있어야 한다. 변호사 수임료가 소송을 저해하지 않도록 법률구조(legal aid scheme)와 해결책이 마련되어야 할 것이다.

예를 들어, 유럽인권협약 제 6 조는 모든 사람들은 형사사건에 있어 무료로 법률 구조를 받을 권리가 있다고 정한다. 매우 획기적이었던 Airey v. Ireland 판결에서, <유럽인권법원>은 국가가 일정한 경우 민사사건에 있어서도 법적 지원을 해야 할 의무가 있다고 판단하였다. 법정까지의 여정이 지나치게 멀어서도 안 될 것이다.

지연된 정의는 거부된 정의다

법원에서의 분쟁해결절차가 지나치게 오래 걸리지 않고, 합리적인 기간 내에서 이루어지는 것은 매우 중요하다. 지연된 정의는 거부된 정의라는 말이 있듯이, 의회는 이 부분에 각별한 관심을 가져야 한다. 특히 정의가 시의적절히 구현될 수 있는 사법체계를 갖추어야 할 것이다.

절차는 공정해야 한다

나아가 법원에서의 절차는 공정해야 한다. 이는 여러 가지 의미를 갖는 바, 우선 심리절차가 대중에게 공개될 것을 의미한다. 나아가, 당사자들이 대리인을 선임할 수 있을 것, 자신의 주장을 준비할 충분한 시간이 주어질 것, 상대방의 주장에 대응할 수 있는 기회를 부여받는 것, 판결에 대해 불복하고 상급법원의 검토를 받을 수 있을 것 등이 절차의 공정성의 예라 할 수 있다.

2.2.7 대체 분쟁 해결

법의 지배의 관점에서 분쟁은 사법 이외의 수단으로 해결 가능하며, 이에 해당하는 대체 방안들이 존재한다. “대체분쟁해결”이라고 더 잘 알려진, 조정, 중재 등 다양한 형태의 분쟁해결방식이 존재한다. 또한 정부나 여타 기관의 권력남용에 대한 심사 요청시 이를 조사할 수 있는 ombudsman과 같은 준사법적 기관들도 존재한다.

이들 대체분쟁해결절차는 비용이나 물리적 거리 측면에서 보다 접근 가능하다는 점, 분쟁 당사자들이 결과에 대해 상대적으로 빠르게 그리고 제대로 수용할 가능성이 있다는 점, 사법부의 업무 과중을 덜어줄 수 있다는 점 등이 장점이다. 소액재판, 강제조정절차 등 공식 사법절차체계 내에 매우 간략한 절차를 포함시키는 방법도 있다.

대체분쟁해결절차가 법원절차 내에서 이루어지건 별도로 이루어지건 분쟁해결의 효율성과 효과성이 증진된다는 측면에서 볼 때, 법의 지배 측면에서 이들은 용인될 뿐만 아니라 법의 지배를 강화해준다고 하겠다. 그러기 위한 전제조건은 해당 절차가 공정한 심리를 받을 수 있는 권리를 포함 당사자들의 모든 권리를 법적으로 보호하고, 해당 절차가 공평성과 독립성을 갖추는 것이다.

이런 측면에서, 많은 국가에 존재하는 국가인권기구(National Human Rights Institution: NHRI)에 대해 언급할 필요가 있다. 이들 국가인권기구는 개별사건을 접수받고 조사할 임무를 부여받으며, 관련 정부 기관에 적절한 조치를 취하도록 요청할 수 있다. 때로는

국가인권기구들이 조정자 역할을 하는데, 관련 사안에 대해 청구당사자와 상대방이 협의 및 합의 도출을 할 수 있도록 비공개 절차를 마련할 수도 있다.

이들 국가인권기구는 대부분 의회에 보고를 할 의무를 지며, 이는 법률 개정 나아가 국가 전체의 인권상황을 개선하는 효과로 이어질 수 있다.

이와 관련, 1993년 12월 20일 <유엔총회> 결의 48/134로 채택된 이른바 파리 원칙이 좋은 참고가 될 것이다.

2.2.8 여타 의사 결정자

사법부 뿐만 아니라 법을 적용하여 일반 시민에 영향을 줄 수 있는 결정을 하는 행정관료와 기관들은 꽤 다양하다. 장관, 검사, 순찰중인 경찰, 세무공무원, 도시계획 담당공무원, 환경 보호 기관 등 지위고하를 막론하고 모든 행정기관들에 대해 법이 적용될 것, 그리고 이들이 법을 준수해야 함을 굳이 강조할 필요는 없다. 이들 기관의 결정은 일반 시민들의 삶에 큰 영향을 준다. 세무서의 경우는 특히 그렇다. 이들 기관이 법이 정한 테두리 내에서 활동하면서 실질적으로 법을 준수하는 것은 너무나도 중요한 바, 이는 법의 지배가 제대로 작동하기 위한 전제조건이라고 하겠다.

2.2.9 적절한 집행

법의 지배는 공권력 행사가 법에 따르도록 하는 것이다. 즉, 법적 권한이 있는 자만 권력을 행사하고, 그 권력이 법에 따라 행사될 것을 의미한다.

나아가, 법이 엄격히 집행될 것 그리고 엄격히 집행되고 있다는 인상을 일반 대중들이 갖는 것이 요구된다. 법의 지배는 법이 권력에 의해 존중 받고 뒷받침될 것을 요구하기도 한다.

법이 존중받는다고 인식할 때 사람들은 법을 준수한다. 법이 준수되지 않는다고 생각하거나 그런 경험을 하게 되면, 즉 “법전상의 법”이 규정하는 것과 완전히 다르게 공무원 및 일반 시민들이 “규범”을 적용한다고 느끼는 순간, 법에 대한 준수를 기대하기란 어렵다. 법에 대한 광범위한 불복종은 사법체계에 대한 불신과 무관심으로 이어진다.

적용 법률과 실질적 행동이 일치하도록 하는 데에 있어 독립된 사법부의 역할은 중요하다. 특히, 사법부는 행정부의 과잉된 권한 행사를 제어하는 역할을 한다.

이와 함께, 모든 법률 집행 기관 그리고 이들 기관에 종사하는 자들이 법의 지배의 중요성을 인식하고, 자신들이 어떤 역할을 해야 하는지에 대해 인지하는 것이 매우 중요하다. 법에 대해 무지하거나 제대로 이해하지 못하는 경우 이를 집행할 수 없다. 법률의 기본 특성이나 중요성에 대해 알지 못하면 법의 지배를 옹호할 수도 없다. 법의 지배, 나아가 일상 생활에 있어 법의 지배가 갖는 의미에 대해 정부 각계각층에 알리고 이를 교육하는 지속적인 노력이 절실하다.

이런 측면에서, 의회의 통제 기능의 중요성을 부각시킬 필요성이 있다.

2.2.10 주의사항

법의 지배를 위한 형식적 요건을 수없이 더 나열할 수도 있겠지만 몇 가지만 언급하도록 한다.

분명하고 완벽한 기준은 없다

앞서 언급되기는 하였지만, 법의 지배의 요건은 양자택일이나 흑백논리적 성격을 띠는 것보다 정도의 문제인 경우가 많다. 해당 요건을 충족하였는지를 판단하는 분명하고 완벽한 기준은 없다.

예를 들어, 법률이 규율하는 자들에게 그 내용이 명확하게 전달되어야 한다고 말하기는 쉽지만, 완벽한 명쾌함을 달성하기란 불가능하다.

어떤 단어건 달리 해석될 수 있는 소지가 있음을 모두 인정한다. 예를 들어, 지방 조례에서 각종 운송수단 (vehicle)의 공원 출입을 금지한다고 규정하고 있는 경우, 차량, 오토바이 및 자전거의 출입이 금지되는 것은 명백하다. 하지만 스케이트보드나 롤러스케이트의 경우는 어떠한가? 어떤 단어이건 전혀 여지가 없는 핵심적인 의미를 갖고 있지만, 달리 해석될 여지는 있기 마련이다.

더불어, 법률용어가 일반용어와 유사할 필요성이 있기는 하지만, 법의 명확성을 위해서는 일정 수준의 기술이 요구된다. 나아가, 많은 법률 체계에서는 다양한 해석이 가능한 단어들을 일부러 사용하고 있으며 그럴만한 이유도 있다. 헌법이나 국제협약상 인권관련 규정은 이러한 예라 할 수 있겠다. 불법행위 및 계약법상 공평 (equity) 이나 합리성 (reasonableness)에 대한 규정도 마찬가지다.

앞서 언급된 요소들이 법의 명확성에 미치는 영향이 대해 과장할 필요는 없다. 대부분의 경우 일반시민들과 공무원들에게 자신의 주된 의무와 권리가 무엇인지 알리는 것은 어렵지 않다. 오히려 해당 사법체계가 얼마나 법의 지배에 따라느냐는 정도의 문제이며 논란의 여지가 있을 수 있다는 것이 더 중요하다고 하겠다.

기본틀

앞서 언급한 요건들은 일반적 성격을 띄고 있다는 것도 명심해야 한다. 좀 더 효과적이기 위해서는 이들 요건들을 더 다듬어야 할 뿐만 아니라, 세부 규정 등으로 발전시켜야 할 것이다. 즉, 이들 원칙은 기본적인 틀 이상도 이하도 제시하지 않고 있는 것이다. 따라서 보다 세부적이고 특화된 규정으로 발전시켜야 하며, 그 과정에서 여러 결정이 이루어지게 될 것이다.

일반인들이 형사 및 민사 사건절차에 참여하지 않는 사법체계가 있는 반면 일반인을 활용하는 사법체계도 있다. 두 경우 모두 해당 사법절차는 독립성 및 공평성의 요건 나아가 공정한 심문 절차의 요건을 충족하는 것으로 여겨진다.

대부부의 사법체계의 경우, 사법부가 최상위 입법기관이 만든 법률이 헌법에 부합하는지 여부를 판단할 수 있는 권한을 부여하고 있는 반면, 이른바 위헌 판단 제도를 두고 있지 않는 나라도 있다. 하지만 두 경우 모두, 입법행위의 헌법합치성을 판단할 수 있는 적절한 장치가 마련될 수 있을 것이다.

일부 사법체계에서 검사들은 자신에게 할당된 모든 사건에 대한 처분을 내려야 하는 반면, 어느 정도 재량을 인정하는 사법체계도 있다. 어느 경우이건, 형사법의 집행은 적절해야 하며 예측가능해야 할 것이다.

모두에 맞는 단 하나의 해결책은 없다

법의 지배의 요건이 어떻게 이행되어야 하는지에 대해 한 가지의 답이 존재하는 것은 아니다. 오히려, 여러 방식이 존재할 수 있다. 세부 규정 또는 관련 기구 등에 있어 큰 차이가 있는 사법체계라 할지라도 동등하게 법의 지배의 요건을 충족시킬 수 있다. 따라서, 어느 경우에도 적용될 수 있는 법의 지배 모델은 존재하지 않는다. 나아가 법의 지배의 일반 요건을 구체적인 법률 규정으로 풀어내는 방식도 여러 가지가 있을 수 있다.

정치인의 입장에서 보면 자국의 모델이 법의 지배 요건을 충족시키기 위한 유일한 모델이라고 보아서는 안 된다. 이는 다른 국가들과의 법률 협력 (legal cooperation) 분야에 있어서 의미가 있으며, 특히 다른 국가의 법의 지배의 틀을 만들어주거나, 강화하고자 하는 활동인 경우에 더욱 그렇다.

상대주의에 대한 경계

그렇다고 하여, 지나치게 상대적인 관점을 가져서는 안 될 것이다. 일부 법률 규정과 제도는 어떤 경우이건 법의 지배의 기본적 요건을 위배하는 것이기 때문이다. 판사들이 어떠한 안전장치도 없이 행정부에 의해 직접 임명되고 아무때나 해고될 수 있는 경우라면, 법의 지배가 존중받지 못하는 사회다. 판사의 판단을 배제한 채 사람들이 체포되고 수 주간 구속될 수 있으면, 법의 지배를 위반한 것이다. 일반인들에 대한 정부의 공권력 행사가 사법 판단에서 제외된다면 법의 지배를 위반한 것이다.

2.3 국내 차원의 법의 지배는 왜 필수불가결인가

공무원들과 일반 시민들이 법 앞에 숙여야 하는 이유가 하나는 아니다. 법의 지배는 다양한 목표를 함축하고 있는 바, 이들은 서로 상호 관련되어 있다.

2.3.1 권력 행사의 제한

많은 아니 거의 모든 국가의 경우, 정부가 일반 시민들에 비해 엄청난 권력을 갖고 있다. 국가는 시민들을 처벌하거나 제재를 가할 수 있는 능력을 갖고 있다. 국가는 세금을 부과하고, 경제적 및 기타 지원을 제공하기도 한다. 정부 권력은 일반 시민의 삶에 큰 영향을 미친다.

만약 공무원들이 법에 따라 그리고 법에 의거하여 행동할 의무가 있다면, 권력 행사는 법의 테두리 내에서 이루어질 것이다. 법의 지배는 재량을 제한하고, 잘못된 즉 고의적, 자의적, 편견에 기한, 기분에 따라 좌우되고, 편향된 권력행사를 제한하는 역할을 한다.

자의적 권력의 부재가 시민들에게 이득인 것은 분명하다. 하지만 이는 다른 측면에서 중요한 바, 예를 들어 외국인투자자 입장에서 모든 공식적 거래가 뇌물과 함께 이루어져야 한다. 재산의 보호가 정부관료의 기분에 따라 좌우되는 경우 해당 국가에 대한 투자를 꺼리게 될 것이다.

외국자본을 유치하려는 국가의 경우 모든 경제활동이 명백하고 안정적인 법의 테두리 내에서 이루어지고, 법적 구제 방안이 마련되어 있고, 관련 결정들을 신뢰할 수 있고 정부 관료들이 법에 따라 행동할 것을 보장하는 경우 성공할 수 있다. 정부의 권력행사를 법에 종속시킬 때, 기업 및 근로자의 권리도 증진될 것이다.

2.3.2 법적 확실성과 자유

법의 지배의 기초가 되는 또 다른 가치는 법적 확실성이다. 법의 지배는 상호 신뢰의 전제조건이다.

정부가 법에 따라 권력을 행사하는 경우, 시민들이 언제, 어떻게 정부가 권력을 행사할지, 그리고 자신들의 행위에 조치를 취할지 여부 그리고 어떤 조치를 취할 것인지 예측할 수 있다. 일반 시민들은 벌금, 징역 또는 여타 강제적 정부 개입과 같은 불리한 처분에 직면하지 않을 것이라는 편안함 속에 자기의 활동을 영위할 수 있게 된다. 관련 법률에 따라 정부가 제공해야 하는 각종 혜택이나 보조금 등을 받을 수도 있어야 한다.

법의 지배가 존중된다면, 거의 모든 경우, 그리고 거의 모든 사람들이 법에 따라 행동할 것이라고 기대할 수 있다. 문제가 발생하는 경우 어떤 규칙이 적용되는지도 알 수 있다. 법에 따라 행동하지 않는 경우 독립적이고 공평한 사법부 나아가 집행기관이 해결 방안을 제공한다는 사실은 이런 확실성을 증진시킨다.

이는 특히 서로 모르는 사람 또는 서로에 대한 조금만 아는 사람들과의 관계에서 특히 중요하다. 법적 확실성은 단기든 장기든 이들과의 상호 작용을 할 수 있도록 만들어준다. 이는 무엇보다 상거래에 있어 중요하다. 이런 측면에서 법의 지배는 경제개발을 촉진한다고 할 것이다.

이러한 사회적 유용성 뿐만 아니라, 법적 확실성은 개인의 행복에도 긍정적인 영향을 준다. 자기가 무엇을 할 수 있고, 남들이 자기의 행동에 어떻게 대응할 것인지 알고 있고 이를 신뢰하는 경우, 사람들은 장/단기적인 결정을 할 수 있으며 그에 따라 행동하게 될 것이다. 자기의 인생을 이렇게 계획할 수 있다는 것은 자유의 한 축이다. 물론, 이러한 자유는 빈곤과 같은 다른 현실적인 요소들에 의해 환상에 불과할 수도 있다. 하지만 이는 별개의

문제이며, 법의 지배가 갖는 가치의 중요성을 약화시키지는 않는다. 사실 빈곤은 법의 지배가 부재한 결과일 수도 있기 때문이다.

2.3.3 동등한 대우

법의 지배의 기초가 되는 세 번째 가치는 동등한 대우다. 공무원과 판사들이 법을 공정하게 적용한다고 하면, 동등한 이들을 달리 취급할 수 없다. 어떤 편견을 가졌거나, 부패했거나 아니면 기분이 안 좋다고하여 특정인 또는 특정 집단을 달리 취급할 수 없다. 법의 지배는 사실 유사한 사안은 유사하게 취급되어 한다는 공정성을 근간으로 하고 있기 때문이다.

여기서 말하는 공정성은 형식적인 의미다. 즉, 동등한 사람은 동등한 대우를 받아야 한다는 것을 의미하지, 법 앞에 누가 동등한 취급을 받아야 하는지를 설명하고 있지는 않다. 20세기에 들어 많은 사법체계에서 차별적 규정들이 점차 철폐되었다. 여성, 소수인종, 장애인 그리고 어린이들은 더 많은 권리를 부여 받았으며, 더 많은 사법체계에서 동등한 위치에 놓이게 되었다.

유엔의 예를 들자면, 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약, 여성에 대한 모든 형태의 차별 철폐에 관한 협약, 아동 권리 협약, 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약 그리고 장애인권리협약 등의 협약을 통해 이러한 차별의 점진적 철폐가 확인되었고 촉진되었다.

따라서, 동등한 사람들은 동등한 대우를 받아야 한다는 법의 지배의 형식적 요건은 점차 그 형식성을 잃었고 오히려 법률적 측면에서 그 누구도 차별 받아서는 안 된다는 내용을 보장하기에 이르렀다.

그렇다고 하여 문제가 존재하지 않는 것은 아니다. 예를 들어, 여성권익증진(empowerment of women)과 법의 지배의 관계는 아무리 강조해도 지나치지 않다.

3 국제 차원의 법의 지배

3.1 국제 차원의 법의 지배의 의미

법의 지배란 국내 차원에서 발전했으며, 전통적인 의미의 국제법에서 흔히 또는 널리 활용되는 용어는 아니다. 그러나 지난 몇 십 년 사이에 국제법 및 국제정치 체계도 법의 지배를 존중해야 한다는 의견이 지배적이 되었다.

국내 차원이건 국제 차원이건 법의 지배가 갖는 핵심적 의미는 큰 차이가 없다. 두 경우 모두, 법의 지배는 법이 준수되어야 함을 의미한다. 국제 차원의 법의 지배는 주로 국가 및 국제기구에 적용되지만, 국가 및 국제기구에 한정된다고는 할 수 없다. 비록 이러한 차이가 존재할지언정, 국내 차원의 법의 지배가 갖는 핵심적 의미를 국제 차원에 적용하는 데

장애가 발생하지는 않는다. 국제 차원의 법의 지배란 국제법의 주체인 국가와 국제기구가 국제법을 준수하여야 한다는 것이다. 개인 그리고 기타 사인의 경우도 이는 마찬가지다. 그러나 국내 법률 및 정치 체계와 국제 사회는 상당한 다르다는 것을 인식해야 한다. 국내 차원에서 법의 지배는 기본적으로 국가와 일반시민간의 상하관계에 적용된다. 법의 지배란 상당 부분 전지전능한 국가가 어떻게 조직되고 어떻게 행동해야 하는가에 대한 내용인 것이다.

이와 같은 위계질서관계는 국제 차원에서 존재하지 않는다. 국제 사회는 190개 이상의 주권 국가와 수많은 정부간 기구로 구성되어 있다. 모든 국가 및 기구가 종속되는 "초국가" 또는 "세계 정부"는 존재하지 않는다.

입법 과정을 예로 들면, 국내 차원에서는 국가 및 그 기관이 법을 제정하지만, 국제 차원에서는 이러한 기능을 수행하는 중앙 기구가 존재하지 않는다. 입법 기능은 국가들과 국제기구들이 공동의 노력을 통해 이루어지게 된다.

국제법의 두 가지 주요 연원은 관습법(customary law)과 조약법(treaty law)이다. 관습법은 각국이 준수해야 하는 행동 규범으로써 대다수 국가가 인정한 국가 관행들로 이루어진다. 따라서 관습법은 국가들이 무엇을 규범으로 인정할 것이냐에 따라 좌우된다. 특정 규범에 국가들이 일반적으로 반대하는 경우, 이는 관습법이 될 수 없으며, 종전에 관습법을 구성하였다고 할지언정 배제될 수 있다. 조약법은 라틴어 *pacta sunt servanda* 로 표현되는 '합의는 준수되어야 한다' 는 원칙에 의거한다. 따라서 조약법은 여러 분야에 걸쳐 맺어진 두 국가간 (양자조약) 또는 다수 국가간의 합의 (다자조약)로 구성된다. 그러나 해당 국가가 당사국이 아닌 경우 또는 유보를 한 조약 규정의 경우는 구속받지 않는다.

일부 조약은 관습국제법이 성문화 된 경우다. 국제사회에서 대부분의 국가들에 의해 비준된 조약은 일반적으로 국제관습법으로 인정되며, 이러한 점에서 해당 조약을 비준하지 않은 국가들에게도 구속력이 있다. 외교 및 영사 관계에 관한 비엔나 협약, 주로 국제인권법의 핵심으로 간주되는 1949년 제네바 협약 및 기타 인권법 조약은 조약법이 국제관습법으로 발전한 경우에 해당한다.

일부 조약, 특히 인권법 분야의 조약들은 다양한 해석의 여지가 있는 조항들을 포함하고 있다. <유럽인권재판소>(European Court of Human Rights) 및 <미주인권재판소>(Inter-American Court of Human Rights)과 같은 국제재판소뿐만 아니라 <유엔 여성차별철폐위원회>(United Nations Committee on the Elimination of Discrimination against Women)와 같은 모니터링 기구는 인상적인 판례와 권고 사항들을 남겼다. 이는 인권조약을 해석하는데 있어 명확성을 제공하고, 지침으로 작용한다. 그럼에도 불구하고, 다양한 해석의 여지를 둔 규범들은 기술의 발전, 국가 안보 및 상이한 도덕 규범과 연관되어 계속해서 논란의 대상이 될 것이다.

법의 집행면에서 국내 차원과 국제 차원의 차이점을 살펴볼 필요가 있다. 국내 차원에서 법의 집행, 소추, 위법 행위의 처벌은 국가의 소관이다. 국제 차원에서는 경찰력도 없을 뿐만 아니라 통일된 처벌 시스템이 구축되어 있지 않다. 몇몇 예외를 제외하고는 검찰 기능을 수행하는 기구도 존재하지 않는다. 국제 차원에서 법의 집행은 사실 자력 구제(self-help)라 할 수 있다. 국가는 대응을 할 것인지, 도움을 요청할 것인지 스스로 결정한다. 이러한 맥락에서 유엔 <안전보장이사회>의 역할은 이하 3.2.3에서 다룬다.

이미 언급한 바와 같이 국내 및 국제 사법 구조가 다르다고 하여 법의 지배의 핵심적 의미가 바뀌거나 그 요건이 크게 다르지는 않다. 반면 이러한 차이점은 국제 차원에서 법의 지배를 실현하고자 할 때 몇 가지 큰 문제점을 직면하게 만든다.

3.2 국제 차원의 법의 지배의 요건

3.2.1 국제법이 일반 대중들에게 알려져야 하며, 이들이 접근할 수 있어야 하며, 명확할 뿐만 아니라, 예측 가능해야 한다

국제 사회에서 법의 지배란 법이 일반 대중들에게 널리 알려져야 하며, 이들이 접근 할 수 있고, 명확할 뿐만 아니라, 예측 가능해야 하는 것이고, 분명한 규정에 따라 입법이 이루어질 것을 요구한다. 이 점에서는 국내 및 국제 차원의 법의 지배 사이에 차이가 없다. 언뜻 보기에 국내법보다는 국제법이 더 많은 문제에 직면하고 있는 듯 하다. 앞서 언급했듯이, 국제법에 대한 접근가능성, 명확성 및 확실성을 보장할 수 있는 입법 기관이 없기 때문이다. 오히려 국제법의 명확성을 보장하는 책임은 조약을 체결하고 관습법을 형성하는 국가들에게 있다.

이는 물론 우려를 자아낸다. 조약은 많은 경우 타협과 협상의 산물이기 때문에 항상 명확성을 보장하지 않는다. 또한 수많은 양자 및 다자조약이 존재하기 때문에 각국의 모든 의무와 권리를 파악하기란 어렵다. 이러한 점에서 국제조약 기탁기관들이 각국에게 도움을 줄 수 있으며, 유엔 조약집 (UN Treaty Collection)은 좋은 참고가 될 것이다.

인권 분야의 조약을 비롯하여 일부 조약들은 다양한 해석이 가능한 조항을 다수 포함하고 있다. 그러나, 앞서 언급한 바와 같이, 조약을 모니터링 하는 다수의 기구에서는 그 기구의 설립기반이 되는 조약의 해석에 관한 주석을 채택, 동 조약의 조항들에 대한 해설을 제공한다. 일부 기구는 개별 사건에 대한 결정들을 토대로 판례법을 발전시키기도 한다.

관습법은 명확한 편이지만, 구체적인 내용을 살펴보면 아주 모호한 부분이 많다. 국제법 사안에 대한 국내 판사들의 결정을 알리기 위한 노력들이 최근 있었지만, 대부분 알려지지 않은 상태다. 법의 일반 원칙을 정리한 권위 있는 문건도 존재하지 않는다.

이러한 문제는 국내 사법체계에서도 나타난다. 그럼에도 불구하고 인권에 대해서는 다양한 해석의 여지가 있는만큼 그 개념이 모호할 수 밖에 없다는 것은 어쩔 수 없는 사실이다. 많은 법의 영역에 있어 법이 세부 사항을 어떻게 규정하고 있는지 파악하기란

결코 쉽지 않다. 그러나 국내 차원이든 국제 차원이든 이러한 문제가 부풀려 이해되어서는 안 될 것이다.

최근에 대두되고 있는 문제점은 국제규범 및 국제법 관련 기구의 급증이다. 저명한 학자들은 국제법이 점차 분열의 과정을 겪게 되면서, 몇몇의 독자적인 체계로 나뉘어질 것이라고 한다. 이러한 경우, 규범들은 일관성을 잃게 될 것이고, 규범간의 상충이 발생하여 결국 국제법의 투명성, 명확성 및 확실성이 심각하게 약화될 것이라는 우려를 표명한다.

국제법의 점진적 발달과 성문화를 담당해온 <국제법위원회> (International Law Commission)는 최근 이 문제에 대해 규범간, 규범체계(regime)간, 그리고 규정들간의 충돌을 해결하기 위한 방법론 및 방식을 발전시키기 위해 노력하고 관심을 기울이는 이상 충분히 관리할 수 있는 정도라고 결론내렸다.

국제법은 그 나름대로의 장점을 갖고 있다. 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약은 조약의 체결, 해석 및 종료 등과 같은 사안에 대해 인상적인 일련의 규정을 마련했다. 이 조약 덕분에 적어도 조약법과 관련해서는 입법 과정의 명확성이라는 법의 지배 요건은 어느 정도 충족되고 있다고 하겠다.

인터넷의 발전은 조약법에 대한 접근을 수월하게 만들었다. 예를 들어, 유엔 조약집은 인터넷으로 검색 가능하다. 일부 사법 기구의 결정문들은 인터넷을 통해 공개되며, 이에 대한 많은 연구와 해설도 뒤따른다. <국제사법재판소> (International Court of Justice)와 여러 국제 형사 재판소들이 좋은 예라고 할 수 있다.

앞서 언급한 내용이 국제법의 장점 및 약점을 모두 나열한 것은 아니고, 추가 설명도 가능하다. 중앙집권적이지 못한 특성에도 불구하고, 국제법은 일정 수준 이상의 확실성, 예측가능성 그리고 명확성을 갖고 있다고 평가된다. 특히, 인권법, 인도법, 노동법, 경제법, 해양법 및 국가책임법의 주요 분야에 있어서는 더욱 그렇다는 평가를 받는다.

그렇다고 하여, 이에 만족해야 한다는 것은 아니다. 국제법의 명확성, 접근가능성 그리고 확실성을 향상시키기 위한 노력은 계속되어야 한다. 하지만, 이러한 요건들을 충족시키는 것이 국제법이 직면한 가장 큰 문제점은 아니다.

3.2.2 독립적이고 공평한 사법부

국제 차원의 법의 지배를 실현하는데 있어 보다 어려운 문제는 평화적 수단에 의한 분쟁 해결이다.

잘 알려진 바와 같이 국제 사회에서 평화적 수단으로 분쟁을 해결하는 방식은 크게 두 가지다. 하나는 외교적 방식이며, 다른 하나는 사법적 방식(adjudication)이다. 많은 분쟁의 경우, 협상(negotiation), 주선(good offices), 사실 확인(inquiry) 및 조정(conciliation) 등 외교적 방식을 통해 해결된다. 그러나 외교적 방식이 실패하거나 분쟁 해결에 적합하지

못한 경우, 당사자들은 사법적 방식을 선택할 수도 있는데, 이는 해당 사건을 이해관계 없는 제3자의 구속력 있는 결정에 맡기는 것이다.

국제 사회에는 사법적 재판 메커니즘이 부족하기는 커녕 오히려 지나치게 많다는 주장이 제기되곤 한다.

사법적 재판은 상설 중재 재판소 또는 특정 사건을 위해 임명된 중재인이 관여하는 중재의 형태를 띠 수 있으며, 재판(judicial settlement)의 형태를 띠 수도 있다.

정의하기에 따라 다를 수 있지만, 상설 국제 또는 지역 재판소는 대략 15개 존재한다. 유엔의 주된 사법 기관인 <국제사법재판소>, <국제해양법재판소> (International Tribunal for the Law of the Sea), <국제형사재판소>, 유럽사법재판소(European Court of Justice), <유럽인권재판소>, <미주인권재판소> 및 <아프리카인권재판소> (African Court of Human and Peoples' Rights) 등이 이에 해당한다.

국제법을 다루는 재판소, 패널 (판정부) 또는 기타 사법 기구들도 독립성 및 공정성을 갖추고 있다. <국제사법재판소>뿐만 아니라 앞서 언급된 재판소 재판관들의 경우, 직업윤리나 전문적 자질에 대해 높은 평가를 받고 있다. <국제사법재판소>에는 동 재판소 규정 당사국, 즉 모든 유엔 회원국이 소를 제기할 수 있으며, 일정 요건을 충족하는 경우 비회원국도 당사국이 될 수 있다.

국제 재판소들이 직면한 가장 큰 문제는 재판소의 관할권과 관련된다. 국내법상 법의 지배 측면에서 볼 때, 특정 사건에 대해 법원이 판단하고 결정할 수 관할이 있는지에 대해 분쟁 당사자들이 결정할 수 있도록 하지는 않는다. 그러한 경우, 분쟁은 해결되지 않은 상태로 남게 될 것이다.

즉 국내 차원에서 법의 지배 실현을 위해서는 법원이 강제 관할권을 가져야 한다. 이는 해당 사건에 대한 관할권 존재 여부에 대해서 당사자의 합의가 아닌 법원이 객관적이 기준에 입각하여 판단할 수 있어야 함을 의미한다.

앞서 언급한 국제재판소들의 경우, 일부는 강제관할권을 갖는다. <유럽인권재판소>가 이에 해당하는데, <유럽인권재판소>의 강제관할권을 수락하지 않으면 <유럽평의회> (Council of Europe)의 회원국이 될 수 없기 때문이다. 그러나 다른 재판소들은 강제관할권을 갖고 있지 못하며, 당사국들의 동의를 요한다. 이러한 대표적인 예이자 가장 문제가 되는 것이 바로 <국제사법재판소>에서 다루는 계쟁사건(contentious case)이다. 결과적으로 분쟁당사국이 원하는 경우, <국제사법재판소> 나아가 다른 형태의 사법적 형태 또는 중재에 의한 분쟁의 해결을 저해할 수 있다. 따라서 분쟁은 미결 상태로 남게 될 것이다.

강제 관할권 미비는 일반적인 의미에서 만족스럽지 못한 결과를 초래한다. 국제법 위반 여부에 대한 확정판결이 내려지지 않는 경우, 국제법의 정확한 내용이 불명확하게 된다. 유사한 사건에 대해 <국제사법재판소>가 명확히 결론을 내린 경우, 분쟁을 미연에

방지하거나 외교적 수단을 통해 해결할 수 있다는 것은 잘 알려진 사실이다. 이러한 맥락에서 국제사법재판소규정 제36조 제2항을 살펴보면, 국가들은 강제관할권을 수락한 국가들과의 분쟁에 있어 사전에 그 강제관할권을 수락할 수 있도록 하고 있다. 현재까지, 67개 국가만이 <국제사법재판소>의 강제 관할권을 수락한 바, 이 조항은 효력을 발휘하지 못하고 있다. 67개국 중에서도 많은 국가들이 동 조항에 대해 광범위한 유보를 한 바, 상대방사국이 강제관할권을 동일하게 수락했다는 요건을 충족시키기란 어렵다고 할 것이다.

분명 국제 차원의 법의 지배를 실현시키기 위한 방안은 국제사법재판소 규정 제36조 제2항에 의거한 동 재판소의 강제관할권을 국가들이 수락하는 것이다. 이러한 점에서 유럽은 좋은 본보기가 될 수 있다. 유럽 국가들은 룩셈부르크 소재 <유럽사법재판소>와 스트라스부르 소재 <유럽인권재판소>의 강제관할권을 각각 수락하지 않으면 <유럽연합> 및 <유럽평의회>에 참여할 수 없도록 되어 있다. 반면 <국제사법재판소>의 강제관할권을 수락한 유럽 국가는 드물다.

국제 규범 나아가 국제 재판소 등을 포함한 관련 기구가 급증하면서 대두되는 또 다른 문제점은 재판관들이 국제법을 일관되게 해석, 적용하기가 점점 어려워졌다는 것이다. 국내 및 국제 재판관들 모두 이 문제를 해결하기 위해 다른 재판소의 결정을 참고하는 경우가 많아졌고, 복잡한 상호작용이 일어나게 되었다. 재판관들간 열린 의사 소통, 협의, 자매 기관의 결정에 대한 참고 등이 정착되면, 국제법 적용에 있어 발생할 수 있는 비밀관성 및 불확실성을 배제하는데 기여할 수 있을 것이다.

3.2.3 적절한 집행

저명한 국제 변호사 루이 헨킨(Louis Henkin)은 “거의 모든 국가들이 국제법의 거의 모든 원칙과 거의 모든 의무를 거의 대부분의 경우 준수한다”라고 하였다.

비록 국제법을 위반하는 사례가 있고, 그러한 사례가 알려지고 논의가 이뤄지지만, 이는 국제법이 준수되고 있다는 원칙에 대한 예외에 해당한다. 대부분의 학자들과 실무자들은 국제법이 일반적으로 잘 준수되고 있다고 본다. 따라서 집행은 큰 문제가 되지 않는다.

그러나 실제 상황은 만족스럽지 못하다. 이미 언급한 바와 같이, 국제 사회에는 독점적 권력을 갖고 있는 중앙 법집행기구가 없다. 물론, 국제법 준수를 확보할 수 있는 권력과 권위를 갖고 있거나 최소한 이를 확보하려는 기구들은 있지만 대부분의 경우 효율적이지 못하다.

이들 중 가장 눈에 띄는 기구는 <유엔안전보장이사회>이다. 잘 알다시피, <안전보장이사회>는 국제 평화와 안전이 위협받거나 이를 복구할 필요가 있는 경우, 관련 조치를 취할 수 있는 권한을 갖고 있으며, 필요시 무력 사용을 승인할 수도 있다.

하지만 <안전보장이사회>의 공정성에 대해 종종 의문이 제기되고, 그 결정에 있어 이중잣대가 적용된다는 비판을 받기도 한다. 상임이사국의 거부권(right of the veto) 행사에

따라 적절할 조치를 취할 수 없는 상황이 빈번히 발생하는 것이 이러한 지적의 원인 중 하나다. 나아가 실제로 국제법을 위반한 사례들에 대해 어떤 대응도 없었을 뿐만 아니라 어떤 경우는 상임이사국을 포함한 <안전보장이사회> 이사국들이 유엔 헌장을 위반한 경우도 있었다.

<유엔안전보장이사회>는 국제사회의 이해관계, 특히 평화와 안보 유지에 관련된 국제법 위반 사례를 다룰 수 있는 권한이 있지만, 유엔 헌장의 범위 밖에서 일어나는 두 국가간의 분쟁을 다룰 수 있는 장치를 마련하고 있지는 않다. 나아가 <국제사법재판소>의 관할권 역시 국가들의 동의에 기반하고 있기 때문에 사법적 해결도 용이하지 않다. 결과적으로 국제사회 공공의 문제가 아닌 경우 (in more private matters), 부당한 대우를 받았다고 판단하는 국가가 취할 수 있는 방식은 자력구제 (self-help) 뿐이다. 예를 들어, 국가들은 경제활동 또는 여행 제한 나아가 외교관계 단절 등을 포함한 합법적인 보복조치를 취할 수 있다. 그 자체만으로는 불법 행위이지만 선행된 상대국가의 불법행위에 의해 정당화되는 봉쇄(blockade) 등의 조치를 취할 수도 있다. 자력구제가 갖는 문제점은 이러한 조치의 효력이 이를 실행하는 국가의 힘에 비례할 수 밖에 없다는 것이며, 따라서 그 효과 역시 상이할 수 밖에 없다. 실제로 국제법상의 의무 위반 여부를 판단할 독립적이고 중립적인 제3자가 없다는 것도 문제다. 분쟁의 해결은 힘의 문제가 아닌 법의 문제여야 한다.

3.3 국제 차원의 법의 지배는 왜 필수불가결인가?

국제 차원의 법의 지배가 국내 차원의 법의 지배와 유사한 목적을 갖는다는 견해에 따르면, 국제 차원의 법의 지배는 국가를 비롯한 여타 국제법 주체간의 관계에 있어 예측성과 평등성을 증진하고, 국가들의 임의적인 힘의 사용을 제한한다. 그러나 국가, 각종 기구 그리고 개인이 국제법을 준수해야만 하는 이유는 이외에도 여러 가지가 있다.

첫째, 국제법은 전통적으로 국제사회에 있어 평화와 안전을 형성하고 유지하기 위한 일련의 규범 및 제도다. 국제법의 일부인 국제인도법은 폭력적인 충돌이 발생하는 경우, 전쟁 수행에 있어 인도적인 차원을 고려하도록 하는 것을 목표로 한다.

만일 국제법이 존재하지 않거나 준수되지 않는다면 평화와 안정을 이룩하기란 어려울 뿐만 아니라 거의 불가능할 것이다. 무질서한 국제사회는 법의 지배하의 국제 사회보다 훨씬 폭력적일 것이다. 인도법을 준수하지 않는다면 전쟁의 결과 역시 훨씬 잔혹할 것이라는 것은 자명하다.

국제법은 범지구적인 그리고 지역적 문제 해결에 점점 초점을 맞추고 있다. 국제 범죄, 국제 테러리즘, 비정상적 금융시장 및 환경에 대한 위협 (대기 및 해양오염, 지구온난화, 멸종 위기에 처한 야생동물, 핵 및 기타 유해 물질) 등이 그 예다. 이러한 문제는 어느 한

국가가 단독으로 해결하거나 문제를 완화시킬 수 없으며, 국제 공조 및 규제를 필요로 한다. 국제 차원의 법의 지배는 지역적 그리고 범지구적 문제 해결 방안을 좀 더 가시화해준다. 세계 곳곳의 인권 상황에 대한 국제법의 관심 또한 증대되고 있다. 물론, 국내 헌법상 이에 상응하는 권리가 보장되는 경우가 대부분이지만, 이 경우에도 국내인권법은 국제인권법에 의해 확인되며 보강된다는 측면이 있다.

나아가, 국제법, 국제인권재판소 그리고 다른 모니터링 장치들은 각국 행정부의 활동에 대한 추가적인 견제 장치 역할을 함으로써, 국내 차원에 이미 존재하는 견제와 균형 장치를 보완하게 된다. 이에 대한 자세한 내용은 다음 장에서 다룬다. 여기서 강조할 것은 국제법의 준수가 국내 차원의 인권보호 증진을 위해 필수적이라는 것이다.

앞서 언급된 내용들은 하나의 공통점을 갖는 바, 국제 차원의 법의 지배가 결국 개개인의 이익을 보장하게 된다는 것이다.

4 국내 차원 및 국제 차원의 법의 지배의 상호의존성

4.1 두 차원간의 상호관계

앞서 국내 및 국제 차원의 법의 지배가 많은 공통점을 갖는다는 것을 살펴보았다. 국내 및 국제 차원의 법의 지배 모두 법은 준수되어야 함을 뜻한다. 국내 차원이건 국제 차원이건, 독립적이고 공정한 사법부가 존재하고, 법이 충분히 대중들에게 알려지고, 명확하고 접근 가능하며 모두에게 동일하게 적용되어야 한다는 특성을 공유한다.

그러나 국제 차원의 법의 지배가 국내 차원의 법의 지배와 정말 관련되어 있을까? 국제 차원의 법의 지배가 국내 차원의 법의 지배로부터 어떤 혜택을 누릴 수 있을까? 국내 차원의 법의 지배가 국제 차원의 법의 지배에 의해 강화될 수 있는가?

과거에는 국내 및 국제 차원의 법의 지배간의 상호관계가 당연히 되지 않았다. 그러나 오늘날 모든 법 분야에 있어 국내법과 국제법이 명확히 구분된다고 말하기 힘들뿐만 아니라, 둘은 점점 상호 연관성을 띄게 된다.

가장 분명한 예는 헌법으로, 시민의 권리에 대해 각국 헌법은 국제인권법과 상당 부분 중첩된다. 예를 들어, 오늘날 한 국가의 헌법을 새로 제정하는 경우 관련 국제인권규범에 대한 원용 또는 인용을 하지 않을 수 없다. 일부 국가의 헌법은 국제법이 국내법의 일부라고 규정하기도 한다.

환경법과 투자법에서도 상호 연관성이 증진되고 있음을 볼 수 있다.

사실 이는 입법기관 소속인 정치인들에게 시사하는 바가 크다. 여러 분야에 걸쳐 국제 협약 및 조약의 수가 증가함에 따라 국내 입법자들의 자유는 오히려 그만큼 제한되기 때문이다. 오늘날 국내 입법과정에서 가장 중요한 부분을 차지하는 것 중 하나는 관련 법안이 그 국가가 당사국인 조약에 합치하는지 여부를 판단하는 것이다. 이에 대한 관련 예시와

설명은 <국제의회연맹>에서 발간한 “21세기 의회와 민주주의 (Parliament and Democracy in the Twenty-First Century)”에서 찾아 볼 수 있다.

이 점은 특히 인권 분야에서 중요한 바, 법안이 해당국가의 헌법과 부합하는지 여부를 판단할 때, 국제인권규범과의 합치여부도 동시에 검토되어야 할 것이다.

또한 각국 의회가 국제인권규범 이행을 모니터링하고 감독하는 역할에 기여하여야 한다. 앞선 언급한 <국제의회연맹>의 “21세기 의회와 민주주의”에는 아프리카와 남미를 포함한 몇몇 국가들 의회가 이러한 역할을 어떻게 수행하고 있는지 묘사하고 있다. 지역인권조약기구의 권고 사항을 브라질 의회가 어떻게 이행했는지 살펴본 것은 매우 흥미롭다. 나아가 2004년 나이지리아의 수도 아부자에서 개최된 인권기구 및 법규에 관한 국제 워크숍에서 구체화된 의회 의원들을 위한 권고가 포함되어 있으며, 1933년 12월 20일 <유엔총회> 결의안 48/134를 통해 채택된 국가인권기구 지위에 관한 원칙(Paris Principles relating to the Status of NHRI, 소위 파리 원칙)의 내용도 포함되었다.

물론 이는 국제법의 모든 요소가 국내법에서 다뤄진다고거나 반대로 국내법의 모든 요소가 국제법에서 다뤄진다는 것을 의미하지는 않는다. 만일 어느 국가가 자위권(自衛)을 이유로 다른 나라의 내정에 간섭하는 경우, 이와 관련된 내용은 유엔 헌장 및 국제관습법에서 찾을 수 있을 뿐, 결코 국내법의 문제는 아니다.

문제를 해결할 권한이 있는 재판소 역시 국내 법원이 아니라 <국제사법재판소>다. 앞서 설명한 바 있듯이, 해당 사건에 대해 <국제사법재판소>가 관할권이 있는지 여부는 별개의 문제다.

이와 유사하게, 만일 토지 필지에 건축허가를 받을 수 있는지를 두고 토지 주인과 지방정부간 분쟁이 있는 경우 국내법이 적용될 것이며, 국제재판소가 아닌 국내 법원에서 사건의 심리를 맡게 될 것이다.

반면, 이들 사건에 적용되는 법률이 국제법에 부합하는지 여부는 별개의 문제이다. 실례에서 볼 수 있듯이, 국내 최고 법원 또는 담당 기관의 결정이 유럽인권협약에 명시된 기준을 위반하였다고 당사자가 주장하는 경우, <유럽인권재판소>로 동 사건을 회부할 수 있다. 만일 재판을 통해 유럽인권협약이 위반되었다는 결론이 내려지는 경우, 해당 국가는 같은 위반 사항이 반복되지 않도록 자신의 국내법을 개정해야 할 것이다.

<유럽인권재판소>는 개인의 권리 및 의무에 영향을 미치는 정부기관의 결정에 대해 법원의 검토를 요청할 수 있는 절차를 마련하고 있지 않은 경우, 유럽인권협약 제6조 위반이라고 판단하였다. 또한 체포 후 무죄선고를 받거나 불기소처분을 받은 사람의 DNA 샘플을 보관하는 것은 유럽인권협약에서 보장하고 있는 사생활 보호의 권리를 침해하는 것이라고 판단하였다. 이 두 경우 모두 국내 차원의 입법 조치가 취해져야만 했다.

따라서 국내 및 국제 차원의 법의 지배간의 상호연관성이 증대되면, 서로를 보강하고 강화하게 된다는 결론에 도달하게 된다.

4.2 국내 차원의 법의 지배가 왜 국제법에 의존하는가

국제법은 종종 국내 차원의 법의 지배와 직접적인 연관성을 갖는다. 앞서 서술하였듯이, 이는 국제인권법에서 가장 명백하게 드러난다. 국제인권법은 표현, 집회 및 종교/신앙의 자유 (시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제6조에서 제12조 참고)를 보장함으로써 자국민뿐만 아니라 해당 국가 거주자에 대한 국가의 권력을 제한한다. 국제인권법은 또한 국내 차원에서 독립적이고 공정한 사법부를 두도록 규정한다 (시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제 14조).

인권

거의 모든 국가가 보편적인 인권조약들을 서명하고 비준하였다. 예를 들어 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 당사국은 160개국이며 (2012년 8월 기준), 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 당사국은 167개국이다. 다수 국가들이 가입한 지역 차원의 조약도 존재한다. 정치인에게 중요한 업무는 자신의 국가가 어떠한 인권조약의 당사국인지를 파악하는 것이다.

인권은 관습법의 지위를 인정받기에 이르렀다. 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights)은 국제관습법의 지위를 획득하였다고 보는 것이 일반적이다. 이는 국제 또는 지역 인권관련 조약을 해당 국가가 서명 또는 비준하지 않았더라도, 기본적 인권을 준수해야 함을 뜻한다.

따라서, 국제인권법은 국내 차원의 법을 결정함에 있어 중대한 영향력을 미치거나, 영향력을 미쳐야 할 것이다.

국제법의 우위

국제법은 국내법보다 우위에 있다. 국가들은 국제법에 부합하는 행동을 취해야 하며, 입법부, 행정부 또는 사법부 어디든 국제법을 위반한 경우 책임을 지게 된다. 이는 국가들이 국제법상 의무 위반을 정당화하기 위하여 자국 헌법을 비롯한 국내법을 원용할 수 없음을 의미한다. 국내법을 이용하여 국제법을 모면하거나, 무효화 할 수 없는 것이다. 따라서 국제법, 특히 인권법 분야의 국제법은 국내 차원의 법의 지배를 강화하고 심화시킨다. 법의 지배와 관련하여 국내 사법체계에 공백이 있는 경우, 이를 해결하기 위해 국제법이 원용될 수 있다.

일부 제약

그러나 현실은 오히려 상당히 어두운 편이다. 국내 차원에서 국제인권법이 적용되는 데에는 다음과 같은 제약이 있을 수 있다.

우선, 조약 유보다. 국가가 어떠한 조약의 당사자가 되고자 할 때, 국가는 자신에게 있어 특정 조항의 법적 효과를 배제하거나 수정한다는 선언(statement)을 포함시킬 수 있다.

인권 관련 조약, 특히 국제관습법의 지위를 갖는 인권조약에 대해서 어느 정도까지 유보가 허용되는지에 대한 많은 논란이 있다. 많은 이들은 인권조약에 대해 유보를 허용하는 것은 그 목적에 부합하지 않는다고 주장한다. 원론적인 측면에서 국제인권법에 대한 유보가 국내 차원의 법의 지배에 부정적인 영향을 미친다는 것은 명백해 보인다.

국내 차원의 적용

두 번째 문제는 국제법과 국내법의 관계와 관련된다. 앞서 서술한 바와 같이, 국제법이 국내법에 비해 우위에 있으며, 국가들은 국제법을 옹호하고 준수할 의무가 있다는 것에 대해 의심의 여지가 없다. 하지만 여기서 문제가 되는 것은 국내 법원에서 개인이 다른 개인 또는 국가와의 분쟁을 해결하는 경우, 국제인권법을 원용할 수 있는지 여부다. 이 문제에 대해서는 대략 세 가지의 답이 있을 수 있다.

일원론과 이원론

국내 차원에서 조약법을 다루는 두 방식은 일원론과 이원론이다. 의회의 구성원인 정치인들은 자신의 국가가 어떠한 입장을 취하고 있는지 파악할 필요성이 있다.

일원론적 입장에서 실무적으로 중요한 점은 각국이 비준한 조약은 그 문구 그대로 국내법적인 구속력을 갖게 된다는 것이다. 예를 들어, 어느 국가가 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에서 규정하고 있는 개인의 표현의 자유를 침해했다면, 개인은 국내 법원에 동 권리 침해를 이유로 국가의 책임을 물을 수 있게 된다. 여기서 국제인권법은 자기집행적(self-executing) 효과를 갖게 된다. 즉, 국내법 질서에서 직접적인 효력을 가지며, 국내법 질서에 자동 흡수된다. 별도의 이행 법안이 없어도 국내 법원은 국제법을 적용할 수 있다.

반면 이원론적 입장에서는 위와 같은 결과를 얻기 위해 조약을 국내법으로 변형 또는 편입하는 절차가 필요하다. 이 경우, 각국은 해당 조약상의 의무를 이행할 수 있도록 국내법을 검토하지 않고서는 조약을 비준할 수 없게 된다.

두 입장 모두에 있어 다른 체결국가에 대한 해당 국가의 조약상 의무는 유효하다. 즉, 조약 당사국은 해당 조약상 의무 위반에 대하여 상호간 책임을 물을 수 있다. 예를 들어, 일국이 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약상 보장되는 표현의 자유를 침해하는 경우, 다른 조약 당사국들에게 책임을 지게 될 것이다.

이원론적 입장에서 조약 당사국이 조약상 의무를 국내 질서로 적절히 변형 또는 편입하지 않은 경우, 권리를 침해 받은 개인이 국제법 위반을 근거로 국내 법원에 국가를 상대로 책임을 묻기란 힘들 것이다. 그러나 관련 사안에 따라 국제인권재판소와 같이 국제 모니터링 기구 등을 통한 구제 방법은 있을 수 있다.

일원론과 이원론이 아닌 중도적 입장도 존재한다. 이 입장에 따르면 국제법은 국내법과는 별개의 체계를 이루지만, 일정 요건을 충족하면 이행 법안 없이도 국내에 적용될 수 있다. 많은 국가들의 경우 이 입장을 취하고 있다.

국제법은 앞서 언급된 이론 중 어떤 입장이 옳은지 규정하지 않는다. 원칙적으로 모두 수긍이 간다. 그러나 각 입장의 장점과 약점이 무엇인지 인지할 필요성이 있다.

이원론의 약점은 국내법 체계에서 국제법의 효력이 조약의 비준 이외에 해당 국가가 취하는 추가적인 조치에 의존한다는 것이다. 나아가 국제법을 국내법으로 변형 또는 편입할지 여부, 그리고 그 시기, 나아가 범위까지도 해당 국가의 선택에 따르게 된다.

다시 말해, 국제법이 국내법으로 전혀 변형 또는 편입되지 않거나, 일부만 변형 또는 편입되거나, 그 과정이 아주 더디게 진행될 수도 있다. 국제법 (특히 인권법)이 국가의 권력을 제한하는 역할을 한다는 측면에서, 인권론자들이 이원론보다는 일원론이나 중도입장이 바람직하다고 주장하는 것은 놀랍지 않다.

하지만 일원론과 중도 입장의 큰 문제점은 국내 법원에 큰 부담을 준다는 것이다. 국제법의 대변인 역할을 적절하게 수행하기 위해서는 각국 판사들은 국제법에 대해 잘 알아야 할 뿐만 아니라 그 적용 방법도 숙지하고 있어야 한다. 또 다른 문제는 각국 판사들이 국제법을 상당히 다르게 해석하고 적용한다는 것이다.

일반적 적용

앞서 국내 차원의 법의 지배가 국제법에 왜 의존하는지를 설명하는 과정에서 주된 관심사는 인권이었다. 하지만 해당 논리가 인권이 아닌 다른 많은 영역에도 적용될 수 있다. 지식재산권 보호를 위한 국제체계, 무역뿐만 아니라 다른 여러 영역을 규율하는 세계무역기구(WTO)의 각종 다자조약이 그 예다. 이러한 맥락에서 WTO 분쟁해결제도는 어느 정도 집행수단을 보장하는 국제 메커니즘이라고 하겠다.

4.3 국제 차원의 법의 지배가 왜 국내법에 의존하는가

국내 차원의 법의 지배가 국제 차원의 법의 지배에 도움이 되는 측면도 있다. 물론 국제 차원의 법의 지배는 국내에서 법이 어떻게 이행되는지에 따라 크게 좌우된다.

정부와 입법기관의 역할

정부와 입법기관의 역할을 강조하지 않을 수 없다. 특히 정부가 체결하고 국내 헌법 규정에 따라 의회가 비준한 조약이 국내 차원에서 제대로 이행되어야 한다. 이 부분에 대해서는 4.1 및 4.2에서 이미 자세히 다루었다.

심각한 문제

국내 및 국제 차원의 법의 지배간 상호관련성을 위협하는 아주 심각한 문제를 언급하고자 한다. 3.2.3에서 상임이사국을 포함한 <안전보장이사회> 회원국들이 유엔헌장을 위반한 사례가 있었다고 하였다.

2003년 이라크 전쟁이 이에 해당한다. 관련국들은 국제법과 국내법 모두를 위반하면서 전쟁에 돌입하였다. 전쟁에 참여한 국가 지도자들은 자국의 국익을 위해 법에

저촉될지언정, 무력의 사용이 필요하다고 믿었으며, 법의 지배를 기꺼이 무시하였다. 일부 반테러 조치들도 국제인권기준을 위반하는 예라 할 수 있다.

이들 문제는 향후 국제 평화와 안전에 있어 매우 중요할 수 있기에 좀 더 심도 있게 다루어져야 한다. 비록 이 간략한 지침서에서 세부적인 내용까지 다룰 수는 없지만, 이러한 문제들을 아예 언급하지 않을 수는 없었다.

법의 지배는 모든 사람에게 그리고 언제나 적용되어야 한다. 자신과 같은 견해를 갖는 자들에게 법의 지배를 적용하는 것은 어렵지 않다. 하지만 자신과 상반되는 이념이나 관행을 추종하는 자들에 대해서는 법의 지배를 적용할 필요가 없다고 주장하는 사람들이 있을 수 있는 바, 이는 위험한 상황을 초래할 수 있다.

향후 국제 평화와 안전 유지에 있어 주요 국가, 특히 <유엔안전보장이사회> 상임이사국들의 행태는 중요한, 그리고 때로는 절대적인 척도가 될 수 있다. 여기서 특히 중요한 것은 서구 민주주의 국가들이 앞장을 서야 한다는 것이다. 사실 이 영역에서 이들의 성과는 한 치의 오점도 없어야 한다. 그러나 불행히도 오늘날의 모습은 그렇지 못하다.

국내 법원의 역할

국내 차원에서 국제법을 이행하는 데에 있어 국내 법원의 역할을 중요하다. 국내 법원은 국가, 기관 및 개개인이 국제법상의 의무를 준수하도록 중대한 역할을 한다. 이러한 점에서 국제 차원의 법의 지배의 운명은 국내 법원에 달려있다고 해도 과언이 아니다.

물론 국내 법원이 기여할 수 있는 범위는 제한적이다. 국내 법원은 ‘모든’ 국제법 주체간에, ‘모든’ 종류의 분쟁과 관련, ‘모든’ 국제법 규범을 적용할 수 있는 지위에 있지 못하다. 그러나 국내 법원이 기여할 수 있는 경우도 있다. 예를 들어, 국가로부터 기본권을 침해당한 자들을 해당 국가로부터 보호하고 인도를 거부하며, 관할권 행사를 하는 것이 한 예가 될 수 있다.

국내 법원이 국제규범을 적용할 수 있는 권한이 있는 경우라 할지라도, 최종 판단의 몫은 국제재판소에 있다. 이는 통일되고 일관된 국제법의 해석과 적용을 보장할 뿐만 아니라 국내 판결에 대한 추가적인 검증을 할 수 있기 때문이다.

<유럽평의회> 회원국 법원들이 유럽인권협약을 적극적이고 성실하게 적용할지언정, 동 조약의 해석과 적용에 대한 최종 결정을 내리는 <유럽인권재판소>의 역할을 중대하다.

그럼에도 불구하고, 국내 법원이 향후 국제 차원의 법의 지배 향상에 있어 중요한 역할을 할 것이다. 국가, 기관 및 개개인이 국제법상의 의무를 준수하도록 하는 데에 있어 국내 법원이 중대한 역할을 한 사례들이 많다. 국내 법원이 이러한 역할을 수행하기 적합한 이유는 여러 가지가 있다.

국내 법원에 대한 기대

우선, 국내 법원은 국제재판소나 여타 국제분쟁해결절차가 채우지 못하는 공백을 메워준다.

둘째, 국내 법원은 국제분쟁해결절차에 비해 상대적으로 신속하고 저렴하다. 법의 지배를 위해서는 당사자들이 손쉽게 소송 절차에 참여할 수 있어야 하고, 재판이 지나치게 지연되어서 안되기 때문에 이는 중요한 장점이다.

셋째, 국가들은 자신의 사법권력을 국제재판소나 특별재판소에 양도함으로써 이들 재판소의 권한이 확대되는 것을 꺼린다. 국제법은 국가의 권력을 제약하는 바, 범국가적 재판소들이 이러한 제약의 범위를 명확하게 결정할 수 있는 권한을 갖고 있는 것을 탐탁히 여기지 않는다. 반면 국내 법원의 결정에 대해서는 대체로 수용하는 입장이다. 수용 정도가 높을수록 판결을 준수할 가능성도 높기에 법의 지배 측면에서는 중요하다.

넷째, 국제재판소나 여타 기구들에 비해 국내 법원은 국제법을 현지 상황에 좀 더 알맞게 해석 적용할 수 있는 위치에 있다. 현지의 법적 가치 및 규범에 대해서 보다 잘 이해하고 이를 다룬 경험이 많기 때문이다. 인권 분야를 포함한 많은 국제 규범들이 국내 법규범 및 법률 가치를 반영할 수 있는 여지를 두기에 (소위 판단의 여지), 국내 차원의 사법적 판단은 중요한 장점이 될 수 있다. 국내 법원의 결정에 국가들이 수긍할 가능성이 큰 만큼, 해당 결과에 대한 준수로 이루어질 가능성도 크다.

다섯째, 국제재판소의 과도한 부담을 국내 법원이 덜어주는 역할을 할 수 있다. 이것이 지역 인권 협약 등에서 해당 협약에 따라 설립된 기관이 해당 사건을 검토하기에 앞서 국내에서 가능한 구제수단을 소진할 것을 요구하는 이유 중 하나이기도 하다.

보충성(complementarity)의 원칙

국제형사재판소에 관한 로마 규정 (Rome Statute of the International Criminal Court)에 규정된 보충성의 원칙도 같은 맥락이다. 보충성의 원칙은 관할권 행사 요건이 충족되는 한 국가들 스스로가 국제범죄에 대한 관할권을 갖고 있음을 뜻한다.

국제 차원의 법의 지배를 국제재판소와 특별재판소가 전적으로 실현해야 한다면, 이들은 지나치게 많은 사건을 소화해야 하는 부담을 안게 될 것이고, 그에 따른 지연으로 정의 실현이 힘들어질 것이다.

국내 법원이 이런 역할을 수행할 때는 최고의 수준을 자랑해야 한다. 앞서 언급한 국내 차원의 법의 지배 실현 요건, 즉 독립성과 공평성을 갖추어야 할 것이다. 만일 국내 법원이 부패한 경우, 국제 차원의 법의 지배에 국내 법원이 긍정적인 기여를 하기란 힘들 것이다.

즉, 국내 법원의 수준을 향상시키는 것은 국내 차원의 법의 지배 뿐만 아니라 국제 차원의 법의 지배에도 유익하다.

5 참고자료

이하 참고자료는 <라울 발렌버그 인권 및 인도법 연구소> 및 <법의 국제화를 위한 헤이그 연구소>의 웹사이트에서도 찾아볼 수 있다.

라울 발렌버그 인권 및 인도법연구소
<http://www.rwi.lu.se/>

법의 국제화를 위한 헤이그 연구소(Hiil)
<http://www.hiil.org/>

국제의회연맹 (IPU) 웹사이트
<http://www.ipu.org/english/home.htm>

세계사법정의프로젝트(WJP) 웹사이트
<http://worldjusticeproject.org/41>

특별히 참고할 대상은 다음과 같다.

각국 및 정부 전 수장들의 상호활동 위원회 제 26차 연례 총회 최종 성명
<http://www.interactioncouncil.org/final-communicu-29>

인권: 의회 의원들을 위한 안내서. 2005년 국제의회연맹 및 유엔인권고등 판무관사무소
공동 발행.
http://www.ipu.org/PDF/publications/hr_guide_en.pdf

21 세기 의회와 민주주의: 모범 사례 지침서. 2006년 국제의회연맹 발행.
http://www.ipu.org/PDF/publications/democracy_en.pdf

안보 분야에 있어 의회의 감독. 2003년 국제의회연맹국 및 민주적 군통제를 위한 제네바
센터 공동 발행.
<http://www.ipu.org/PDF/publications/decaf-e.pdf>

인권 및 의회: 의회 의원 및 직원을 위한 지침서. 2011년 웨스트민스터 컨소시엄,
세계변호사협회, UKaid 공동 발행
http://www.ibanet.org/Human_Rights_Institute/About_the_HRI/HRI_Activities/Parliamentary_Strengthening.aspx

국가인권기구의 지위에 관한 원칙 (파리 원칙)
<http://www2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm>

세계사법정의프로젝트 산하 설립된 법의 지배 지수
<http://www.worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/>