

〈논문〉

지구화와 행정법의 대응*

趙弘植**

요약

지구적 차원에서 내려지는 결정은 작게는 국민 개개인의 권리·의무에 영향을 미치고, 크게는 근대 국민국가의 통치구조를 변화시킨다. 본고는 지구화가 공법, 특히 행정법에 대하여 어떤 영향을 미치는가, 그리고 이를 여하히 인식하고 대응하여야 하는가를 살피기 위하여 구상되었다. 이를 위해 본고는 먼저 지구화의 제상(諸相)을 살펴봄으로써 얻게 된 본질적 요소를 행정법문제화한 후 이것이 국가를 둘러싼 법적 관계를 여하히 변용시키는지 살펴본다. 여기서는 지구화가 국민의 권리와 민주주의에 대하여 미치는 영향을 주로 살펴볼 것이다. 이어서, 본고는 자유민주주의를 준거가치로 하여 지구화에 대한 헌법적 평가를 행한 후, 입법부, 행정부, 법원에 의한 공법적 대응 방안을 논할 것이다. 본고는, 마지막으로 지구화와 관련해 제기되는 국제법적 논점을 살핀 후, 지구화에 대한 행정법학의 응전이 성공적일 것임을 예견한다.

주제어: 국민국가, 국제행정연대기구, 국제헌법, 공법, 민영화, 법다원주의, 비례입헌주의, 시장국가, 이행입법, 자유민주주의, 지구적 규율, 지구화, 지구행정법, 행정법, 헌법적 가치질서

* 이 글은 2012.6.8.부터 6.11.까지 서울에서 개최된 제10회 동아시아행정법학회 국제학술대회에서 발표한 논문을 수정·보완한 것이다. 이 주제에 관심을 갖도록 인도해주신 최송화 교수님과 동 대회에서 사려 깊은 토론을 해주신 이희정 교수님, 귀중한 논평을 주신 익명의 심사위원님에게 감사드린다. 공서양속에 관한 자료를 조사하여 정리해주신 정민정 박사님, 그리고 문헌조사를 도와준 남구현 시보, 서울대학교 법과대학의 김나영 씨와 최미경씨에게도 고마움을 전한다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

“목적의 왕국에서 모든 것은 가격을 갖든지 존엄성을 갖는다. 가격을 갖는 것은 어느 것이나 그 대응물로 대체가능하다. 다른 한편, 모든 가격을 초월하여 어떠한 대응물도 허용하지 않는 것은 존엄성을 갖는다.” - 임마누엘 칸트 -

서 언

지구적 차원에서 내려지는 결정은 작게는 국민 개개인의 권리·의무에 영향을 미치고, 크게는 근대 국민국가의 통치구조를 변화시킨다. 본고는 지구화가 공법, 특히 행정법에 대하여 어떤 영향을 미치는가, 그리고 이를 여하히 인식하고 대응하여야 하는가를 논하고자 한다. 먼저 지구화의 제상(諸相)을 살펴봄으로써 얻게 된 본질적 요소를 행정법문제화한 후 이것이 국가를 둘러싼 법적 관계를 여하히 변용시키는지 살펴본다. 여기서는 지구화가 국민의 권리와 민주주의에 대하여 미치는 영향을 주로 살펴볼 것이다. 이어서, 자유민주주의를 준거가치로 하여 지구화에 대한 헌법적 평가를 행한 후, 입법부, 행정부, 법원에 의한 공법적 대응방안을 논할 것이다. 마지막으로 지구화와 관련해 제기되는 국제법적 논점을 살피기로 한다.

I. 지구화의 제상

1. 지구화의 다의성

“지구화(globalization)”는 매우 다의적(多義的) 개념이다. 이는 지구화가 여러 영역에서 다양한 모습으로 전개되기 때문이다. 지구화가 “시장(=경제사회)의 지구화,” 즉 오늘날 엄청난 규모로 국경을 넘나드는 재화와 서비스, 자본의 흐름을 필두로 하여 전개된 것은 분명하지만, 인터넷 공간에서 넘쳐나는 정보와 담론은 지구적 시민사회의 맹아를 보이고 있는 것도 사실이다. 또한 이를 근거로 편협한 국지주의(局地主義; parochialism)를 초월한 “지구적 의식(global consciousness)”을 지구화의 요체로 보기도 한다.¹⁾ 새로운 현상은 일일이 거론하기도 어려울 정도로 다양해 이런

1) 가령 Osterhammel & Petrusson, *Globalization: A Short History* ix (Dona Geyer, trans., 2005).

구체적인 모습에서 지구화의 요체를 찾는 것은 불가능하다. 따라서 추상적 차원에서 원인을 묻고 전체적 추세를 가늠해 결과를 예측할 수밖에 없을 듯하다. 그리하여 지구화는 “과학기술의 진보에 기인한 시장의 확대, 인터넷 공간의 탄생 및 기후변화를 위시한 지구적 성격의 문제가 야기한, 사람들 사이의 월경적(越境的) 교류, 그리고 그 결과 생겨난 다양한 폭과 깊이의 수렴(收斂) 현상”이라고 정의할 수 있다. 하지만 이런 추상적 정의만으로는 지구화라는 현상이 행정법학에 던지는 도전이 무엇인지를 가늠해내기 어렵다. 따라서 지구화가 가져온 변화상을 법적 관점에서 다시 살필 필요가 있다.

민영화는 지구화가 부대한 ‘결과’ 중 가장 중요한 요소이다. 지구화는 시장의 지구화를 말한다고 볼 수 있을 정도로 지구화로 인하여 각국의 시장이 ‘확대’되고 ‘통합’되었다. 하지만 ‘이런 의미’의 지구화는 이미 오랜 역사를 가지고 있어 행정법학이 특단의 대응방안을 마련해야 할 대상은 아니다.²⁾ 그리고 시장의 지구화가 세계적으로 유행한 “탈규제”, 그리고 그 법적 수단인 “민영화,” “민간위탁,” “자율규제”라고 한다면, 이는 이미 지난 학회에서 연구한 바 있는 별개의 주제이다.

지구화의 제상 중 공법학의 주목을 끄는 현상은 사람·재화·자본의 월경적 교류가 가져온 **통치 방식의 변화**이다. 과거의 방식은, 국내적으로는 국가가 공익의 정의(定義)·실현(實現)을 독점하고, 국제적으로는 국가간 조약이나 국가대표로 구성된 국제기구가 국제관계를 규율하는 것이었다. 지구화는 기존 방식으로 설명할 수 없는 새로운 모습을 연출하고 있는데, 이런 변화는 법적 리스크를 창출한다.³⁾ 예컨대 시장의 지구화는 각국 시장을 구성·규제하는 각종 법규범의 조화·수렴을 필요로 하는데, 이것이 국내법이 통상 형성되는 과정과 방식을 따르지 않고 진행될 뿐만 아니라 국민의 권리·의무에 영향을 미치고 있는 것이다.

2. 행위주체의 다양화

종래 국제관계는 주권국가를 단위로 형성되어 온 반면, 지구화 과정에서는 정부(·지자체)와 같은 공적 주체만이 아니고 (국제) 비정부조직(“NGO”), 싱크탱크, 이익집단 등의 사적 행위자나 비공식적 국제기구가 공적 의사결정의 무대에 등장하고

2) 가령 13세기 몽고의 세계제국은 중앙아시아에서 현재의 폴란드에 이르는 광활한 공간 속에서 물자와 아이디어를 퍼뜨렸고, 16세기 유럽의 해외 팽창은 신세계에 식민지를 건설하고 대서양을 무역의 전장으로 만들었다. 이런 사건들이 단지 제국의 확장에 그친 것은 아니었고, 세계 경제의 등장과 성장을 만들어냈다. *Id.* preface viii-ix.

3) Ulrich Beck, *What Is Globalization?* (2000).

있다.⁴⁾ 이들 행위자는 민간단체적 특성을 가지면서 공적 임무를 수행하고, 또한 그 과정에서 공식적 행위방식만을 고집하지 않는다. 가령 “정부간 행정연대기구 (Transnational Regulatory Networks: TRN)”는 각국 행정기관의 대표자로 구성된, 상호 이해관계가 있는 문제에 관하여 그 권한의 범위 내에서 상호협력을 촉진하기 위한, 비공식적인 다국간 조직이다. 각국은 이들 조직으로부터 독립적으로 그 각 정책을 결정·수행하지만(분산적 의사결정구조), 당해 행정에 관한 긴밀한 협력관계, 특히 정보교환 및 행정수행에 관한 협력의 기본 열개를 구축하고 있다.⁵⁾

TRN을 기존 국제기구와 차별화하는 특성을 열거하면, ① 국민 대표성이 부족하고 국제법상 법인격을 갖지 않는 각국의 행정기관으로 구성되고, ② 교섭, 회의가 비밀리에 행해지며, ③ ‘합의’방식으로 결정이 이루어지는데 ④ 합의에 의해 국제법상의 의무는 생기지 않는다는 것이다.⁶⁾ 이런 특성에도 불구하고 TRN에 의해 책정된 국제적 행정규범은 ① 국내법화되기도 하고, ② 이에 따르는 자발적 행정협력이 행해지기도 한다.

3. 국가의 탈중심화?

17세기의 베스트팔렌 조약에서 주권국가가 통치(와 국제교류)의 기본 단위가 된 이래로 主權은 국내뿐만 아니라 국제적 차원에서도 지속적으로 제도화되어 왔다.⁷⁾ 각국 헌법은 자기 지배를 공식화했고 국법은 당해 영토 내에서 유일의 궁극적 권위로 인정되어 왔다. 마찬가지로 국제법은 기본적으로 국가간 관계에 관여해왔을 뿐 국내 문제에 대해서는 거리를 두어왔다. 주권의 평등성에 대한 국제공법의 공식적 승인은 국법의 독립성과 자율성을 인정한 후에야 가능하기 때문이다.

그러나 근자의 발전상은 국법의 절대적 주권성을 더 이상 유지하기 어렵게 만들고 있다.⁸⁾ 시장의 개방, 초고속 정보 유통, 금융부문의 탈규제는 정부가 더 이상

4) Martin Shapiro, “Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance,” *Indiana Journal of Global Studies* vol. 8, 369 (2001).

5) TRN에 관해서는 Pierre-Hugues Verdier, “Transnational Regulatory Networks and Their Limits,” *Yale Journal of International Law* vol. 34, 113 (2009).

6) *Id.* 118; 原田大樹, “多元的システムにおける行政法學 - 日本法の觀點,” *新世代法政策學研究* vol. 6, 115, 134 (2010).

7) 가령 Marcilio T. Franca, “Westphalia: A Paradigm? A Dialogue between Law, Art and Philosophy of Science,” *German Law Journal* vol. 8, 955, 56 (2007).

8) Eric C. Ip, “Globalization and the Future of the Law of the Sovereign State,” *International Journal of Constitutional Law* vol. 8, 636 (2010).

자유롭게 규제정책과 (재)분배정책을 사용할 수 없게 하였다. 재화와 자본, 노동의 월경적 교류는 지구적 규모의 개방 시장을 탄생시키는데, 이 공간에서 정부간 조직, 국제 NGO, 다국적 기업 등의 활동이 거세지고 이들 사이의 비공식적 네트워크가 생겨나면서 새로운 규제수요가 생겨난다. 국제적 체제(regime)가 분화하고 각 체제마다 나름의 “규율(governance)” 구조를 갖게 된 것은 이에 적응하기 위한 것이다. 비국가 행위자가 참가하는 유연한 규칙제정 과정에서 법규범이 제정되는 규제 형식의 비공식화는 문제를 더욱 복잡하게 한다. 인권과 환경, 경제라는 주제 앞에서 국경은 더 이상 과거와 같은 의미를 가질 수 없다. 이런 변화는 월경적 교류를 전제로 하지 않은 국법체제에도 심대한 영향을 미치고 있다.⁹⁾

국가가 더 이상 유일한 법제정자로 자리매김 될 수 없는 작금의 상황은 베스트팔렌 체제의 동요를 의미한다. 하지만 그렇다고 하여 주권국가 중심의 법질서가 다른 종류의 사회통제 메커니즘에 의해 대체된다고 볼 수는 없다. 지구화의 물결이 강하지만, 후술하는 바와 같이, 국법 또한 변화하는 상황에 즉응(卽應)할 뿐만 아니라 초국가적 행위자를 제어할 능력이 있기 때문이다.

4. 비공식적 국제법 및 국제법 도입의 비공식화

행정법은 국민의 권리를 보호하기 위하여 권력의 자의적 행사를 제어해 왔는데, 이 때 권력은 국내 행정권력뿐만 아니라 국제 행정관계의 그것을 포함한다. 국가는 국제행정관계에 관한 법을 형성하는 핵심 수단으로 조약과 법률을 사용해왔다. 하지만 오늘날 목격되는 소위 “지구적 규율(global governance)”에는 조약과 법률이라는 전통적 수단으로 설명할 수 없는 부분이 넘쳐나고 있다. 그것은 “한 국가의 행정권을 넘어 여러 국가의 정부·비정부조직이 초국가적 규제에 관여하는 규율체계”이기 때문이다.¹⁰⁾ 국제조약은 국제행정관계의 기초이자 기본 틀을 구성하는데, 조약에

9) 이를 국제법이 국가간의 관계만을 규율하는 데 그치지 않는다고 하여 “국제법의 초국가화” 현상이라고 한다. Jan Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law* 313 (2009).

10) Sanino Cassese, “Global Standards for National Administrative Procedure,” *Law and Contemporary Problems* vol. 68, 109 (Summer/Autumn 2005). “지구적 규율”은 세 가지 형태로 진행되고 있다고 보인다. 첫째, 기성의 국제조직의 맥락에서 발전한 규율체계, 둘째, 국가의 수반(首班)들에 의하여 체결된 포괄적 행정협정 산하에서 발전한, 각국 국내규제자들로 구성된 규율체계, 셋째, 어떠한 공식적인 틀 바깥에서 생성된 각국 국내규제자들 사이의 네트워크에 의하여 진화한 규율체계가 그것이다. Cf. Anne-Marie Slaughter, “The Accountability of Governmental Networks,” *Indiana Journal of Global*

터 잡지 않은 “지구적 규율”이 국내에 영향을 끼친다면, 국가는 이를 조약 밑에 재배열하여야 한다. 하지만 “지구적 규율”의 양상은 이런 국제규제의 ‘정상적인’ 궤적과는 거리가 멀다. 또한 의회는 의회가 보유한 통치 권능에 의존해 “지구적 규율”을 국내 헌법질서와 연계시켜야 한다. 하지만 의회의 통제 또한 여의치 않다. 여하튼 여기서 주목할 점은 이런 양상의 국제적 범규범이 국민의 자유·권리에 영향을 미치고 있다는 점이다.¹¹⁾

이처럼 “지구적 규율”에서 생성되는 국제법규범은 국내행정법에 영향을 미치는데, 국내행정법은 주로 행정입법 형식의 “이행입법(Verordnungsermächtigung)”을 통해 국제조약상 의무, 국제기구의 결정이나 비구속적 권고 등에 국내법적 효력을 부여한다. 이행입법의 내용은 다양한데, 가령 행정청에게 새로운 과학적 발견에 입각한 국제 규격을 반영하기 위하여 금지물의 목록을 변경할 권한을 수여한다든가 행정청이 행정처분을 내릴 때 비구속적 국제환경기준을 고려해야 한다고 규정하여 해당 기준에 국내법적 규범력을 부여한다.¹²⁾ 뿐만 아니라 어떤 국제환경기준은 이행입

Legal Studies vol. 8, 349 (2001).

- 11) 환경분야의 국제법규범은 많은 경우에 “기본 조약” 체결 후 이를 구체화하는 “의정서”가 따른다. 이런 동태적 방식은, 체결국 회의를 통해 조약의 목표를 점진적으로 달성하는 장점을 가지나, 정작 국민의 자유·권리에 직접적 영향을 미치는 구체적 규제방식은 행정협정 단계에서 결정될 수 있다. 환경분야에서 국가의 행정조직과 국제조직 사이의 행정협조는 날로 중요성을 더하고 있는데, 국제환경기구·네트워크는 국제환경법규범을 발전시키고 그 준수·집행을 권장하기 위하여 정기회의 또는 전문가 모임 등을 개최한다. 각국의 환경행정 관료는 이런 모임에 참석하여 답문을 형성하고 비공식적이거나 비구속적인 합의를 만들어내고 있다. 그리고 환경분야의 국제조약은 체결국에 대하여 ‘결과’ 담보 의무를 부과하는 경우가 많다. 이 경우, 조약의 국내 실시를 위한 입법 조치가 필요하다. 이런 입법 조치는 조약과 국내법의 조화를 위해 불가피하지만, 이런 방식의 입법은 정작 중요한 실체적 이슈에 관한 논의는 생략하고 그 이슈에 관한 국제적 결정을 기정사실화한 채 동 결정의 국내 이행을 위한 절차적·조직적 이슈만을 논의하는 경향을 초래한다. Philipp Dann and Marie v. Engelhardt, “The Global Administrative Order Through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany,” *German Law Journal* vol. 12, 1371, 1377-80 (2011).
- 12) “유해폐기물의 국가간 이동 및 그 처리의 통제에 관한 바젤협약”을 국내에서 이행하기 위해 “폐기물의 국가간 이동 및 그 처리에 관한 법률”이 제정되었다. 동법은 동협약상 규정된 규제대상물질을 동법에 반영하기 위하여 다음과 같은 방식을 취한다. 즉 동법 §2(정의)i)는 폐기물을 “[동 협약] 부속서 등에 규정된 폐기물, [동 협약] §11의 규정에 의한 양자간·다자간 또는 지역적 협정에서 수출입의 규제가 필요한 것으로 정하는 물질로서 대통령령으로 정하는 것”이라고 정의하고 있고, 동법 시행령 §2iii)는 동법 §2i)의 “대통령령이 정하는 것”을 “[동 협약] §3① 내지 ③ 및 [동 협약] §11에 의하여 우리나라가 협약사무국에 통보하거나 통보받은 폐기물”로 정의하고 있다. 이들 정의규정을 축조해석하면, 협약사무국에서 통보한 폐기물은 국내의 절차를 전혀 거치지

법을 거치지 않고도 국제법합치적 해석원리를 통해 국내법으로 스며들기도 하고,¹³⁾ 국민 스스로가 해당 체제에 자발적으로 복종하는 경우도 있다.

5. 국제법과 국내공법 구별의 상대화

국제법의 전통적 이해에 따르면, 국내공법과 국제공법은 구분되고 국제기구와 사인 사이에는 항상 국가가 개재(介在)하여 국제기구로부터의 직접적 영향을 차단한다. 지구화는 이런 전통적 이해를 흔드는 사례를 만들고 있다. 첫째, 국제법상의 의무가 직접 ‘국민’의 권리에 영향을 미치는 경우가 증대되고 있다. 가령 국제무역기구(WTO)는 사법작용과 유사한 분쟁해결절차를 갖고 있는데, 그 결정에도 불구하고 해당국가가 문제된 실무관행을 시정하지 않을 경우 ‘피해국’에 의한 대항조치를 가능하게 하고 있다. 이는 WTO의 판단이 국내 산업이나 소비자의 이익에 직접적인 영향을 미침을 의미한다.

둘째, 국제기구에 의해 정립된 국제법규범이 국법의 내용이 되는 경우가 증대하고 있다. 가령 국제적 교류가 보건문제를 더 이상 국지에 머물게 하지 않는바, 보건분야에서 국제기구에 의한 기준 설정은 대부분 표준화를 통한 국제조화에 그 초점이 맞추어져 있다. 그 대표적인 역할을 하는 기구가 전문가와 각국 행정관료의 결합체인 국제식품규격위원회(Codex Alimentarius Commission, CAC)이다.¹⁴⁾ 식품의약품안전청은 식품의 원산지, 지속성 등 여러 특징에 관한 규격을 담은 국내식품공전을 제정함에 있어 CAC의 지침을 참고한다. CAC의 “사실 확인”의 경우, CAC가 가진 식품에 관한 세계적 영향력을 고려하면 어느 정부도 이를 무시할 수는 없다.¹⁵⁾ 또한 CAC의 규격은 WTO의 TBT협정과 SPS협정에서도 언급되고 있는데, WTO 회원국인 우리나라가 이를 준수하지 않으면 ‘법적’ 책임이 뒤따른다. 결과적으로

않고도 자동적으로 동법의 대상폐기물로 인정되는 것이다. 이는 자유민주주의, 이를 체화한 법치행정의 원리나 민주성의 원리와 상충한다.

13) 대표적인 예로 환경정보, 대중참가, 사법구제 등에 관해 규정하고 있는, 1998년 체결된, Aarhus Convention을 들 수 있다.

14) 관련 문헌으로는 선정원, “삶의 질, 건강의 보호와 행정법학,” **행정법연구** 제27호, 315, 326-29 (2010); FAO/WHO, *Understanding the Codex Alimentarius* (1999); 신호선, **식품의 건강강조표시** 30 (2006).

15) Ravi Afonso Pereira, “Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? - A Study of the Codex Alimentarius Commission,” *The Exercise of Public Authority By International Institutions* 541 (Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum et al. eds., 2010).

CAC의 비구속적 표준화 노력은 우리나라 보건행정에 간접적이지만 광범위한 법적 효력을 갖게 되는 것이다.

셋째, 국제기구와 사인이 직접 법률관계를 맺는 사례가 증가하고 있다. 국제범죄를 취급하는 국제형사재판소(International Criminal Court)는 범죄인을 잡기 위해 국적을 불문하고 직접 영장을 발부하고, UN안전보장이사회는 테러조직과 관계된 사인에 대하여 금융계좌 동결조치를 내리기도 한다.¹⁶⁾

6. 법다원주의(法多元主義)

이상의 현상을 종합해 보면, 지구화는 다원화된 권위가 競合하는 현상을 만든다고 할 수 있다. 이는 국가의 법규범을 적용가능한 여러 법규범 중 하나로 보는 “법다원주의(legal pluralism)”의 논의를 부른다.¹⁷⁾ 이는 일찍이 경험해보지 못한 도전인데, 이제까지의 법체계와 법이론은 모두 국법에 대해서만 관심을 가져왔기 때문이다.¹⁸⁾

한미자유무역협정(“한미 FTA”)의 비준에 즈음하여 투자자국가제소권(“ISD”) 조항을 둘러싼 우리나라의 논란은 법다원주의가 촉발하는 문제의식을 적나라하게 보여준다. 한미 FTA는, 정부가 한미 FTA를 위반하여 투자자에게 손실이 발생하게 될 경우, 그 투자자가 정부를 상대로 국내 법원이 아닌 ICSID라는 중재기구에 직접 구제를 요청할 수 있다는 ISD 조항을 두고 있다. 이는 최종적인 분쟁해결권을 우리나라 사법부로부터 미국의 영향력 하에 있는 세계은행 산하 ICSID에게 넘겨주는 것으로 사법주권 침해 논란의 불을 댕겼다.¹⁹⁾

16) 테러리스트의 금융적 지원자로 지정하면 바로 금융계좌가 동결되는데, 이 경우 지원자는 국내법상 유사한 조치가 내려질 때 보장되는 사전통지를 받을 기회, 이의를 제기할 수 있는 기회 모두를 누릴 수 없다. David Dyzenhaus, “The Rule of (Administrative) Law in International Law,” *Law and Contemporary Problems* vol. 68, 127 (Summer/Autumn 2005).

17) 법다원주의에 관한 훌륭한 문헌으로는, 徐元宇, “글로벌리제이션과 法,” *저스티스* 통권 제77호, 145. 또한 Michael Hardt & Antonio Negri, *Empire* (2001). 법다원주의의 가능성과 한계에 관해서는, Christoph Möllers, “Transnational Governance without a Public Law?,” in *Constitutionalism and Transnational Governance* 329-37, 특히 31 (C. Joerges, I. Sand, & G. Teubner eds., 2004); Ralf Michaels, “The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State,” *Indiana Journal of Global Legal Studies* vol. 14, 447 (2007).

18) 가령 하트(H.L.A. Hart)나 켈젠(Hans Kelsen) 같은 이 시대를 대표하는 법철학자들은 모두 “비국법(非國法; nonstate law)”이나 동일한 사회영역에서 다수의 법질서가 존재함을 인정하는 “법다원주의”라는 관념을 인정하지 않았다. William Twining, *Globalization and Legal Theory* 250 (2000).

19) 이 문제를 제기하여 화제의 중심이 되었던 현직 판사의 글을 보면 문제의식의 심각성

국민의 입장에서 중요한 것은 결과이고, 따라서 법의 원천(源泉)은 그 내용만큼 중요하지는 않을 것이다. 하지만 행정규제가 “지구적 규율”의 소관으로 넘어가는 순간, 일반 대중은 예전과 같은 방식으로 행정규제의 결정과정에 관여할 수 없다.²⁰⁾ 마치 민영화가 공사(公私) 구분에 관한 기존의 관념을 변화시킨 것처럼, 지구화는 국민국가의 개념과 작동방식에 영향을 미치고 있다. 기존 체제하에서 법질서의 중력은 국민국가라는 하나의 구심(球心)을 향하는 반면, 지구화 시대에는 국제적·초국가적 법규범이 탄생함으로써 법질서가 다원화될 가능성이 생긴 것이다. 그 결과, 국민국가를 특징짓는 “법규범의 단일성과 계층제”²¹⁾가 흔들리게 되고, 국민은 법적 의무들이 상충하는 상황에 처할 수 있게 된 것이다.²²⁾ 따라서 법체제의 다원성을 여하히 조정하고 정당화시킬 것인가가 중요한 연구주제가 된다.

이 어느 정도인지 가늠할 수 있다. 김하늘, “청원제안의 글,” 5면.

“..... 한미 FTA에 관하여 우리나라와 외국계 투자회사 사이에 분쟁이 발생할 경우, 위 조항이 최종적인 해결조항이라는 점을 생각해 보면 문제는 정말로 심각하다. 마치 바둑을 둘 때 멀리서부터 서서히 대마를 포위해서 결정적인 한 방을 날리듯이, 한미 FTA는 앞서 설명한 네거티브 방식에 의해 특별히 협정에서 유보하고 있지 않는 한 모든 분야에 걸쳐 무제한의 개방을 하게 하고, 역진방조항에 의해 우리나라 정부가 융통성 있는 시장보호정책을 실시하는 것을 방지하고, 그럼에도 불구하고 우리나라 정부가 새로운 중소기업보호정책이나 환경보호정책을 하려고 하면 간접수용에 의하여 직접적인 손해가 아니더라도 간접적인 피해나 기대수익까지도 배상하도록 규정한 다음에, 마지막으로 위 ISD 조항으로 그 최종적인 분쟁의 해결권을 우리나라 사법부에 가서 빼앗아 미국이 절대적인 영향력을 행사하고 있는 세계은행 산하에 있는 ICSID 라는 중재기구에게 넘겨준 것이다.”

20) 이런 까닭에, 각국 정상들이 체결한 행정협정 하에서 발전한 가버너스는 “정부간 공모(共謀)”라는, 정부간 규제자들 사이의 네트워크에 의하여 작동하는 가버너스는 “제어 불가의 기술관료주의”라는 비난에 직면하게 되는 것이다. Slaughter(註 10), 364-65.

21) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* 124 (Anders Wedberg trans., 1961).

22) 유럽의 경우가 대표적인 예시일 텐데, 여기서 법관은 국제연합의 법체제, 유럽연합의 법체제, 자국(自國)의 법체제로부터 나온 다양한 법규범에 시달리게 된다. 이는 법적 질서의 난맥생이라 아니할 수 없다. Neil Walker, “Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders,” *International Journal of Constitutional Law* vol. 6, 373 (2008). 하지만 적어도 유럽에서는 관할을 달리하는 법원들이 소통을 통하여 조화로우름을 성공적으로 모색하는 것으로 보인다. 가령 Lech Garlicki, “Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisprudence in Europe,” *International Journal of Constitutional Law* vol. 6, 509 (2008).

II. “공법문제”로서의 지구화 = “공적 권위의 국제적 구성 · 행사”

이상에서 살핀 바와 같이 지구화는 공법학에 대하여 다양한 과제를 제시하고 있다. 지구화를 공법문제화(公法問題化)하면서, 본고는 “공적 권위의 국제적 형성·행사(exercise of international public authority)”를 지구화의 요체로 보고자 한다.²³⁾ 공적 권위란 “자유를 제약할 수 있는 일련의 일방적 규칙”인바, 공법은 “공적 권위를 구성하는 동시에 제약하는 이중적 기능”을 수행한다.²⁴⁾ 공법의 입장에서 보면, 지구화가 문제시되는 것은 지구화로 인하여 공적 권위가 ‘국제적으로’ 형성되고 행사되기 때문이다. 공법학은 국가와 사인의 대립을 상정하고 국가는 영내에서 공권력 행사와 공무수행을 독점하되 사개인의 자유·권리를 존중하여야 하는 것으로 자리매김 한다. 그런데 지구화로 인하여 공권력 행사와 공무수행의 전제가 되는 공적 의사결정이 국제적 차원에서 이루어지는 현상이 증대하게 된 것이다.²⁵⁾

23) Dann & Engelhardt(註 11), 1374-75. 다른 유력한 견해로 두 가지를 들 수 있다. (1) 하이델베르크 막스플랑크연구소는 공법연구의 대상으로 “지구적 규율”을 지목한다. Armin von Bogdandy *et al.* “Developing the Publicness of Public International Law,” in *The Exercise of Public Authority By International Institutions 3* (Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum *et al.* eds., 2010). 이들이 “지구적 규율”이란 개념에 주목한 이유는 오늘날 공법의 전통적 수단을 초월해 이루어지고 있는 국제공조와 규제라는 새로운 영역을 형상화하는 데 “지구적 규율”이 적합하다는 데 있다. 하지만 “지구적 규율”은 공법연구의 대상으로 삼기에는 불충분하다. 공법적 연구에 필요한 관점 - 비판적이고 원리에 의하여 규율되는 관점을 제공하지 못하기 때문이다. (2) 原田大樹는 정책실현 과정의 지구화를 지목한다. 정책결정과 그 실현과정이 지구화되어 국외의 정책결정이 국내에 영향을 미치는 경우이다. 原田大樹, “政策實現過程のグローバル化と國民國家の將來,” 第76回日本公法學會 第1部會 發表演 (2011年 10月 9日, 名城大學). 이는 다국간의 정책·법규범효력조정에 주목하지만, 이 역시 공법 이론의 관점에서 볼 때 이론적 분석과 비판의 대상이 확정되는 정도가 본고가 채택한 입장과 비교할 때 부족하다. 또한 지구화로 인해 조정된 법규범은 수용국 입장에서 보면 원하지 않고 강요된 것일 수도 있는데, 그런 경우라면 이를 “다국간의 법규범효력조정”이라는 범주에 포함할 수 있을지 의문이다.

24) Dann & Engelhardt(註 11), 1374. Cf. Myres McDougal & Harold Laswell, “The Identification and Appraisal of Diverse System of Public Order,” *American Journal of Comparative Law* vol. 53, 9 (1959)(권위를 “누가 어떤 조건과 어떤 선택 방식 하에 어떤 기준과 어떤 절차에 의하여 어떠한 결정을 할 수 있는가에 관한 기대의 구조”로 정의하고 있음).

25) 지구화로 인해 국제기구가 공적 임무를 수행하게 된 현상은 권위가 수직적으로 다원화된 것으로 볼 수 있다. 다른 한편, 지구화가 진행되는 영역에서는 사적 부문과 공적 부문의 구분이 명확하지 않고 사적 부문의 역할이 증대하고 있는데, 이처럼 민간부문이 공적 임무의 수행을 담당하게 된 현상을 권위의 “수평적 다원화”라 할 수 있을 것이다. Cf. 原田(註 6), 117-18.

이와 같은 행정법관계의 다원화는 행정법으로서의 난감한 주제이다. 주지하듯이 행정법의 전통적 형식(개념, 기본가정)은 근대국민국가의 헌법구조(삼권분립, 법률유보, 사법심사)에 터 잡아 형성되었기 때문이다. 가령 ‘영토성’의 원리는 행정법의 고전적 전제 중 하나였다.²⁶⁾ 이런 까닭에 공적 권위의 국제적 형성·행사는, 후술하는 바와 같이, 민주적 정통성의 결핍이나 권리침해의 가능성과 관련한 다양한 논점을 제기한다.

한편, 공법연구의 대상이 되는 지구화의 내용과 범위는 “공적 권위”와 “국제적 형성·행사”를 여하히 정의하느냐에 달려 있다. 공적 권위는 “타인의 법적·사실적 상황을 일반적으로 형성할 수 있는 ‘법적’ 권능”을 말한다.²⁷⁾ 국제적 형성·행사는 이를 광의(廣義)로 이해해야 한다. 현란하게 펼쳐지는 “지구적 규율”의 제상을 포착하여 공법적 통제를 가하기 위해서이다. 따라서 당해 “지구적 규율”의 형성과정이나 내용은 불문하고 공적 권위로서 사실상 형성·작동되고 있다면 족하다. 또한 이런 권위의 행사는 ‘규칙제정’이나 ‘결정’과 같은 전형적 수단뿐만 아니라 순위와 같은 ‘정보’의 살포에 의해서도 이루어진다. 사실상의 구속력을 가지면 족하고, 그 ‘법적’ 구속력의 유무는 불문하다. 그 행위가 상대방의 동의 없이 그 법적 상황을 ‘변경’시킨다면 그 행위는 구속적이며, 변경시키는 행위와 배치되는 후속행위가 불법으로 인정된다면 변경은 법적으로 유효하게 발생한 것이다. 그리고 이런 ‘변경’은 비구속적 행위를 통해서도 일어날 수 있다. 비구속적 행위는 상대방의 법적 상황을 결정하는 것이 아니라 조건지우는 것을 의미하는데, 말하자면 상대방에게 어떤 지시에 복종할 수밖에 없도록 압력을 가하는 것이다. 예로서는 비구속적 기준의 설정을 들 수 있는데, 기실 비구속적 기준의 실효성은 여러 가지 이유로 높다.²⁸⁾

이상을 종합하면 “공적 권위의 국제적 형성·행사”는 “국가를 포함한 공적 권위의

²⁶⁾ Otto Mayer, II *Deutsches Verwaltungsrecht* 454 (1st ed., 1896).

²⁷⁾ *The Exercise of Public Authority By International Institutions* 3-11 (Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum et al. eds., 2010); Hans-Joachim Koch & Helmut Rüssmann, *Juristische Begründungslehre* 75 (1982) 참조.

²⁸⁾ 가령 이증과세를 방지하기 위한 OECD 표준에서와 같이, 이들 표준을 준수하는 편의 이 이를 무시하는 데 따르는 비용보다 크거나, 때로는 책임 있는 어로 행위를 위한 FAO 규칙에서와 같이, 적극적·소극적 제재를 가하는 이행 메커니즘을 가지고 있거나, PISA 보고서에 포함된 통계적 데이터에서와 같이 비록 의무적 요소가 결여된 것이지만 일정한 조건으로 유도할 수 있거나, 마지막으로 일정한 명예비용 또는 경제적 비용을 지불해야만 피할 수 있는 소통적 권력을 규율기구가 구축하고 있기 때문이다. Dann & Engelhardt(註 11), 1375.

주체가 상호 협동하여 행한 국제적 행위에 의하여 **제도화된 권능**에 터 잡아 스스로 공익으로 정의하거나 정의하도록 授權 받은 목표를 달성하기 위하여 권위를 행사하는 것”이라고 정의할 수 있다. 이 정의에 의하면 권위 행사의 ‘공공성’과 ‘국제성’은 모두 “제도화된 권능”이라는 **법적 기초**에 달려 있다.²⁹⁾ 공공성과 국제성에 대한 이러한 ‘형식적’ 규정은 입헌주의의 전통에 의해 형성된 공공성의 의미, 즉 공적 기관이라면 보존하여야 할 공공 에토스, 투명성 및 민주성과 같은 기본적 가치를 충분히 담지 못하는 한계가 있다. 하지만 국내기관과 국제기구 사이에 존재하는 본질적 차이를 고려할 때, 공공기관에 대한 이런 기대를 국제적 차원으로 단순 이항(移項)할 수는 없다. 따라서 당해 권위의 법적 기초 여하에 따라 공적 권위와 사적 권위를 구분하는 것은 불가피하다. 그리하여 가령 현대자동차와 같은 기업이 미국 내 자회사의 근로자에 대하여 아무리 강력한 계약적 권위를 가진다고 하여 이를 공적 권위를 행사하는 것으로 간주할 수 없다. 왜냐하면 그런 기업은 사법(私法)에 의하여 구성된 것이고, 공적 업무를 수행하도록 공식적으로 위임된 바 없기 때문이다. 그러나 사법에 기반한 단체나 공사혼합적 하이브리드 기관이 공적 권위를 위임받은 기관처럼 사실상 공익적 행위를 수행하는 경우, 이런 행위는 공적인 법적 기초에 터 잡은 행위의 **기능적 대응물**로 간주하여 동일한 법적 통제를 가할 수 있다고 본다.³⁰⁾

29) *Id.* 1376 참조.

30) 단(Dann)과 엔겔하트(Engelhardt)에 의하면, 기능적 대응성을 확인하기 위해서는 공공 선이란 모호한 개념에 터 잡은 일반적 정의보다는 대표적 개별 사례에 터 잡은 주제별 목록이 적절하다. 대표적 사례는 공익에 직접적 영향을 미치는 규율적 활동인데, 가령 인터넷 도메인 이름을 관리하는 ICANN은 비록 엄격한 의미에서 반드시 공적 권위를 행사하는 것은 아니지만, 유사한 공적 권위의 행사에 적용가능한 법적 요건에 구속되어야 한다. 왜냐하면 인터넷 도메인 이름에 관한 지구적 인프라를 관리하고 있기 때문이다. 이렇게 보는 것은 두 가지 목적이 있다. ① 공역무를 기존의 것과 다른, 하지만 더욱 효과적인 법적 환경 속에서 수행할 수 있음을 밝힘으로써 공적 기관들이 유용한 통찰을 얻게 되고, ② 동시에 그러한 재구성은 비관을 위한 틀을 제공한다. 왜냐하면 사적 형태의 조직은 공적 조직보다 더 심각한 정통성 결핍이 있기 때문이다. *Id.* 1377 참조.

III. 지구화의 국내법질서에 대한 영향

1. 지구화가 국내법질서에 영향을 미치는 법적 형식

공법은 국내에서 공적 권위의 형성·행사를 견제하고 조율해왔다. 이를 위해 공법은, 첫째, 공적 권위의 행사를 규율할 법률이 제정되고 집행되는 과정 속에서 국민의 참여를 보장하고, 둘째, 공적 권위의 행사로 인해 침해된 국민의 권리를 구제한다. 지구화는 이와 같이 형성된 국내법질서에 영향을 미치고 있다.

지구화가 국내법질서에 영향을 미치는 방식을 살펴보면, 헌법 개정부터 비공식적 규격(기준)의 채택, 국민의 자발적 준수에 이르기까지 다양하다. 독일의 경우, 국제적 압력 때문에 기본법을 개정하여 망명권 규정(기본법 §16a)을 채택한 바 있다. 하지만 대표적인 수법은 “이행법령”의 제정이다. 이는 “지구적 규율”의 내용을 의회 입법이나 행정입법으로 국내법화하는 것이다. 그런데 우리 헌법(§6)에 의하면 조약이 국내법과 같은 효력을 갖기 위해서는 의회 비준으로 족하고 국내법화하는 별도의 입법을 요하지 않는다. 국가간 행정협정은 당해 사항에 관한 행정청 내부의 사무처리준칙에 준하여 처리하면 될 것이다. 일반적으로 승인된 국제법규는 그 자체로 국내법과 같은 효력(“직접적 효과”)을 갖는다.

국내법이 국제법을 “參照”하는 경우에 사실상은 물론이고 법적으로도 국내법적 효력을 갖는 경우가 있다. 여기에는 동태적인 것과 정태적인 것이 있는데, 정태적인 인용은 법률이 입법기술상 편의를 위하여 채택한 것이므로 민주주의나 법의 지배·권리보호(투명성, 예측가능성 확보)의 관점에서 문제될 것이 없다. 하지만 국제법의 변경과 연동하여 참조하도록 하는 동태적인 경우는 국제기구에 국내법 기준의 설정을 백지위임하는 것이어서 (특히 본질성이론이 이해하는) 법률유보 원칙의 위반이 될 수 있다.

국제법합치적(國際法合致的) 해석은 가능한 한 국제법에 합치하도록 국내법령을 해석하는 것으로서 국제예양(international comity)의 의무를 부담하는 나라라면 당연히 기대되는 조치이다.³¹⁾ 이는 국내법을 출발점으로 하기 때문에 참조 방식보다도 연성적(軟性的)이고 국내법의 개방적 구조 정도에 따라 국제법의 영향이 등락한다. 가령 불확정개념(不確定概念)의 다용(多用)은 국제법의 영향을 증대시킬

31) 대한민국의 법규범은 모두 다 국제법상 의무를 무시할 수 없거나 또는 부합하여야 하기 때문에 이런 해석원칙을 상정할 수 있다. 동지(同旨)의 판결로, 독일연방헌법재판소 75 BverfGE 1, 18 참조.

것이다. 이는 행정·사법의 영역에서 법적용 시 작용하는 것으로서, 입법에 있어서는 국제법합치적 입법의 의무는 없다.

간접적 방식으로 “비교(比較)”가 있다. 국내법을 국제법과 비교함으로써 국내법의 개정필요성이 제기되는 현상에 주목한다면, 비교 또한 국제법을 국내법화하는 방식 중 하나라고 볼 수 있을 것이다. 비교는 입법자와 법관의 실무에서 종종 볼 수 있는 현상이나 사실상의 미약한 효력이 있을 뿐이다. 이와 달리 행정부에서 자주 볼 수 있는 방식으로 “비공식적 기준에 의한 상호조정”이 있다. 이는 각국 행정부 관료 사이에 비공식적으로 합의된 기준에 국내법 질서를 “수렴(convergence)”시키는 방식으로, 말하자면 당사국들이 초국가적 혹은 국제적 기준에 맞게 국내법질서를 조율하는 것이다. 이 방식은 국가간 수평적인 관계를 전제로 사용되는 효과적인 방식이지만 두 가지 문제점이 지적될 수 있다. ① 관련국 행정부 관료 사이에 합의가 완성된 후 민주적 통제가 등장하고, ② 합의되는 것은 대개 규칙이 아니라 국제적인 행정기준이고 각국 정부는 이를 이행입법을 통해 시행하는데, 추상적·일반적 기준이 구체적·특정적 규칙으로 변화하는 데 이론의 여지가 있으므로 법의 명확성의 원칙에 반할 수 있다.

마지막 형식으로, 전술한 바와 같이, 국제법규범에 대한 “국민의 자발적 복종”도 있다.

2. 권리보호의 관점에서 본 지구화의 영향

공적 권위의 국제적 형성·행사는 국민의 자유와 권리를 침해할 가능성이 있다. 문제는 이것이 국내 공적 권위가 행사될 때 준수해야 할 각종 공법적 제약의 바깥에 놓여 있다는 점이다. 대표적인 예로는, 유엔기후변화협약과 교토의정서에 의하여 온실가스의 삭감을 위한 경제적 수법의 하나로 고안된 “청정개발체제(Clean Development Mechanism; CDM)”가 있다. CDM은 선진국이 개도국의 온실가스의 삭감을 지원함으로써 얻게 된 인증배출삭감량(certified emission reduction: CER)을 선진국의 목표달성에 충당할 수 있게 하는 제도이다. 그 절차에서 중요한 역할을 하는 기구로 UN이 설치한 “집행이사회(Executive Board)”와 UN이 지정하는 민간조직인 “지정운영기관(Designated Operational Entities)”이 있다.

CDM 절차는 주목할 특색이 있다. 첫째, 국제기구가 사인과의 관계에서 직접적으로 법적 관계를 형성한다. CER의 계산방법이나 CDM사업의 등록, 더욱이 CER의 발행은 집행이사회가 직접, 즉 각국의 행정기관을 통하지 않고 행한다. 둘째,

민간운영기관에 큰 역할이 주어지고 있다. CDM사업등록의 경우에는 지정운영기관이 유효성심사를 행하고, 그 추천장에 기초해 집행이사회가 심사를 행한다. 또한 지정운영기관은 배출량의 모니터링을 행한 후에 CER을 인정하는데, 이것에 기초해 집행이사회가 CER을 발행하게 된다.

이상의 두 가지 특색은 공법학에 큰 과제를 제시한다.³²⁾ CDM은 국민의 경제적 이해가 걸린 국제제도이다. 집행이사회에 의한 인증율이 높음에도 불구하고, ① 절차의 지연, ② 결정의 자의성을 이유로 한 고충이 다수 표출되고 있다. 하지만 CDM 사업 주체가 집행이사회에 결정에 불만을 가진 경우에 법적 해결수단이 존재하지 않는다. 집행이사회 안에 이사회에 결정에 불복하는 시스템마저 마련되어 있지 않다. “POSCO” 프로젝트 등록거부 사건이 대표적이다.³³⁾

또 다른 예로 “국제회계기준”의 채택이 있다. 회계기준은 기업의 권리의무관계에 지대한 영향을 미치는 것인데, 이미 책정된 “국제회계기준”을 국내법으로 채택하는 것은 그 책정과정에서 당연히 기대되는 기업측의 의견개진의 기회가 축소·박탈됨을

³²⁾ Ernestine E. Meijer, “The International Institutions of the Clean Development Mechanism Brought Before National Courts,” 39 *N.Y.U. J. Int’l L. & Pol.* 873 (2007); Jacob D. Werksman, “Defending the ‘Legitimate Expectations’ of Private Investors under the Climate Change Regime,” *Georgetown Journal of International Law* 679 (2008).

³³⁾ Project 1447: Use of FINEX Off Gas for power generation in Pohang Steel Works, <<http://cdm.unfccc.int/Projects/DB/TUEV-SUED1195748158.73/view>> (2010년 6월 20일 확인). 우리나라에서 가장 많은 온실 가스를 배출하는 POSCO는 온실 가스 감축 노력의 일환으로 1992년부터 기존의 고로방식의 제철 공정을 대체할 친환경 기술인 파이넥스의 연구개발에 착수하여, 2007년 5월 세계최초로 파이넥스 기술의 상용화에 성공하였다. 파이넥스 기술은 경제적 이점뿐만 아니라 환경적 이점을 가지고 있는 것으로 평가받고 있는바, 기존의 고로 방식에 비하여 황산화물은 19%, 질소산화물은 10%, 먼지는 52% 수준으로 배출함으로써 대기 환경을 보호하는데 크게 기여할 수 있다. POSCO는 파이넥스 공정에서 발생하는 부생 가스로 전력을 생산해 포항 제철소에 공급함으로써 연간 531,697 tCO₂(이산화탄소 환산톤)의 온실가스 감축을 목표로 하는 청정개발체제 프로젝트로 추진하였다. POSCO는 프로젝트의 타당성 검증을 하는 지정실행기구로 TÜV SÜD를 선정 후, 2005년 6월 29일 프로젝트에 착수하여 2007년 10월 23일 우리나라 국가승인기구로부터 승인을 받았다. POSCO는 이후 프로젝트 고안 문서와 TÜV SÜD의 타당성 보고서를 집행이사회에 제출하여 동 프로젝트의 등록을 요청하였다. 이에 대하여 집행이사회는 등록에 필요한 “추가성” 요건(프로젝트가 온실가스의 추가적 감축에 기여해야 한다는 요건)에 대한 입증이 불충분하다는 이유로 동 프로젝트의 등록을 거부하는 결정을 내렸다. 집행이사회는 거부결정에 대한 구체적인 이유를 제시하지 않고 추가성 입증이 부족하다는 결론만을 통보하였다. 막대한 피해를 입은 POSCO는 동 결정의 부당함을 호소하려고 하지만 아무런 법적 구제수단도 찾지 못하였다. 이 사건에 관한 자세한 논평으로는 이해경, 청정개발체제에서의 법치주의 확립방안 (서울대학교 박사학위 논문) 참조.

의미한다. 더욱이 국제회계기준은 민간의 국제조직에 의해서 정립된 자율규제일 뿐만 아니라 국제회계기준과 같이 상세한 내용을 담지 않고 기본적 처리방식만을 보여주는 “principle base”의 기준이어서 그 내용의 명확성이나 법적 안정성의 관점에서 문제시되고 있다.³⁴⁾ 이는 분명히 국민의 권리에 부정적 영향을 미치는 것이다.

3. 민주성 측면에서 본 지구화의 영향

지구화가 민주주의에 미치는 영향은 영역마다 사안마다 천차만별이다.³⁵⁾ 해당 영역에 관하여 성립된 “지구적 규율”의 구조가 다르기 때문이다. 하지만 영역에 관계없이 다음과 같은 공통점을 발견할 수 있다. 지구화의 영향을 ‘국제적’ 측면에서 살펴보면, 정부와 피치자의 구분이 희석되고, 국가의 지위가 약화되고 있다. 가령 유럽연합의 법제정과정(소위 “comitology”)에서는 비정부 참가자·전문가를 포함한 다수의 이익대표자가 참여할 수 있는데, 이렇게 전통적인 대표모델이 흔들리다보니 정부는 더 이상 구성원으로부터 결정권을 위임받은 국가정책의 ‘결정자’가 아니라 단지 정책결정과정에서 이익집단 간의 대화와 타협을 돕는 ‘조력자’로밖에 볼 수 없게 된다.³⁶⁾ 그리하여 “공공정책 결정은 비정형적이고 규칙에 의해 정의되지 않는 방식으로 다양한 정부행위자와 비정부행위자에게 분산되고,” 이에 따라 “민주적 책임성이 파괴”되는 것이다.³⁷⁾ 그리고 이러한 민주적 정통성의 결핍을 보충할 수 있는 원천을 전문가 판단의 우월성, 즉 ‘전문성’에서 찾다 보니,³⁸⁾ 지구화는 결국 기술관료의 영향력 강화로 이어진다.³⁹⁾ 이는 “정부 없는 규율(governance without government)”이고 민주주의에 대한 또 하나의 위협이다.

‘국내적’ 차원에서 본 지구화의 영향은 한 국가의 정부가 그 권위를 초국가기구에

34) 국제회계기준에 관해서는 박선중, “국제회계기준의 채택과 기업법제의 대응,” **전북대학교 법학연구** 통권 제32집, 453-478 (2011. 5.); 原田大樹, “本質性理論の終焉? - 國際金融市場規制を素材として,” **新世代法政策學研究** vol. 11, 259, 67-71 (2011); do, “國際會計基準採用の法的課題,” **ジュリスト** No. 1380, 2, 특히 4 (2009.6.15.).

35) Alfred C. Aman, Jr., “Introduction: Globalization, Accountability, and the Future of Administrative Law,” *Indiana Journal of Global Legal Studies* 341 (2001).

36) 사정이 이러하다보니, 이들 “지구적 규율”에서 가장 많이 사용되는 권력행사 방법은 “권위적이고 신뢰할 수 있는 정보를 구성원에게 가공해 뿌리는 방식”이라는 주장도 있다. Slaughter(註 10), 368.

37) Shapiro(註 4), 372.

38) 자세한 내용은, Daniel C. Esty, “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law,” *Yale Law Journal* vol. 115, 1490 (2006) 참조.

39) Shapiro(註 4), 374; 또한 Slaughter(註 10), 364-65.

넘김으로써 생기는 것이다. EU에서 보듯이, 어떤 국가가 그 권위의 일부를 초국가 기구인 EU에 넘겨주자, 그 국가 내의 하위 정부가 중앙정부를 통하지 않고 바로 EU와 협상을 하려고 하는 등 중앙 정부에 대한 의존성이 낮아지고 그런 만큼 보다 큰 독립성을 누리려 하게 되는데, 이는 그 국가의 국법체계에는 큰 혼란이다. 보다 큰 문제는, 초국가 기구에는 정부간 생길 수 있는 문제를 해결할 확립된 절차가 정비되어 있지 않고, 있는 경우에도 민주적이라기보다는 엘리트적이고 투명하지 않다.⁴⁰⁾ 이는 내국인에게는 지구화로 인한 피해를 구제받을 시스템이 그만큼 부족하게 됨을 의미한다.

일정한 공적 안전을 결정하고 실행하는 자는 널리 그 사회 구성원에 대하여 당해 활동을 할 수 있는 이유나 근거를 합리적으로 설명할 책임을 진다. 이런 의미의 “정통성(legitimacy)”을 조달하는 고전적 방법은, 민주성의 “트랜스미션 벨트”라는 표현이 은유하듯이,⁴¹⁾ 국민으로부터 최종결정에 이르는 과정에서 ‘선임(選任)’의 연쇄고리에 주목하는 방법이다. 이는 국민이 선출한 사람이 결정했다면 국민이 결정한 것으로 볼 수 있으므로 정통성이 충족된다고 보는 발상이고 그런 만큼 민주성을 그 요체로 한다. 하지만 앞서 본 국제회계기준의 경우는 민간의 국제조직이 책정한 자율규제기준인 까닭에 이런 선임의 연쇄고리가 이어지지 않는다.

IV. 지구화에 대한 헌법적 평가

1. 국민국가에서 시장국가로?

지구화의 배경이 된 세계질서는 ‘국민국가’를 주역으로 하는 베스트팔렌 체제이다. 국민국가가 이런 지위에 오른 것은 다음과 같은 역사적 사건을 계기로 한다. 종교

⁴⁰⁾ Shapiro(註 4), 374.

⁴¹⁾ Richard B. Stewart, “The Reformation of American Administrative Law,” *Harvard Law Review* vol. 88, 1667 (1975). 한편, 국내에서 행정법이 제정되고 집행되는 과정 속에서는 국민의 참여가 보장되고 행정작용은 투명하게 이루어질 뿐만 아니라 그 사유가 설명되며 이해관계자에게는 각종 민원·청문 그리고 사법심사의 기회가 열려 있으며 선거에 의한 공직자 집단의 교체가 보장된다. 이런 민주적 정통성, 책임 정치의 덕목은 대륙에서 소위 “공법 가치(public law value)”라고 부르는 것들이다. 우선은, Manuel Tirard, “Privatization and Public Law Values: A View from France,” *Indiana Journal of Global Legal Studies* vol. 15, 285 (2008) 참조.

전쟁 후 유럽의 질서를 재편한 베스트팔렌 조약은 ① 일정 지역의 민족으로 구성된 방국(邦國)을 신성로마제국의 정치적 헤게모니로부터 독립시켜 국경 내에서 권력 행사와 공무수행을 전담하게 하고, ② 국경 밖에서는 이들에게 주권을 부여하여 국제사회의 평등 구성원으로 대우하는 것이다.⁴²⁾ 이런 방국의 지위는 비스마르크가 처음 도입한 징병제에 의하여 다시 강화되는데, 이는 빈부나 신분 고하에 관계없이 모든 국민을 전쟁에 참가시키는 새로운 전쟁수행방식이었다.⁴³⁾ 서구제국은 비스마르크의 성공에 영향을 받아 징병제를 채택하는데,⁴⁴⁾ 이들 제국의 국민들은 전쟁에 참가하는 대신 국가에 대하여 더 큰 정치참여와 복지를 요구하게 되었고, 이는 다시 국민(국가)의 정체성이 강화되는 계기로 작용하였다. 전쟁은 피아(彼我)를 구분케 함으로써 ‘국경’과 ‘국민’의 의미를 재인식하게 하는데, 이로써 국가간 경쟁이 시작된다. 비스마르크의 독일이 유럽 역사상 최초로 복지국가 시스템을 갖게 된 것도, 군국주의 일본이 전 세계 최초의 복지대국이 된 것도 여기에 이유가 있다.⁴⁵⁾

지구화는 국민국가를 세계무대의 주역으로부터 몰려나게 하려고 하는데, 이를 촉발한 것은 냉전의 종식이다. 칼 슈미트에 따르면, 국민국가가 형성되면서 세 가지 헌법모델, 즉 파시즘, 공산주의, 의회민주주의가 경쟁을 시작한다.⁴⁶⁾ 제2차 대전으로 파시즘이 탈락한 후, 공산주의와 의회민주주의는 체제 경쟁을 본격화하는데, 이것이 바로 냉전이다. 냉전에서 동서 양진영은 체제의 우수성을 증명하기 위하여 국민에 대한 물질 복지의 제공에 발 벗고 나서는데, 이는 필연적으로 정부기능의 강화를 부대(附帶)한다. 따라서 냉전의 종식은 핵전쟁의 공포로부터의 해방뿐만 아니라 체제 경쟁의 종언을 의미하고, 이는 다시 냉전 주도국의 정부로 하여금 복지국가의 짐을 내려놓고 새로운 목표, 즉 선택 기회의 최대 제공에 초점을 맞추게 한다. 바로 여기에 지구화의 시발점이 있다. 그동안 체제경쟁에서 입증된 것은 국민에게 발전의 기회를 최대 제공하는 시장의 능력이었으니 만큼, 이를 극대화하기 위한 제반 조치가 취해져야 한다. 이제 국민을 위한 ‘국민국가’는 시장에 의한 “시장국가(market-state)”로 변신하여야 하는 것이다.⁴⁷⁾ 정부활동은 민영화되

42) Andreas Osiander, “Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth,” *International Organization* 251 (2001).

43) Yasuo Hasebe, “Images of the Market: Is Competitive De-regulation Inescapable?,” *National Taiwan University Law Review* vol. 4, no. 3, 85, 91-93 (2009).

44) *Id.* 91-92 (2009).

45) Niall Ferguson, *The Ascent of Money: A Financial History of the World* 208, 255 (2008).

46) Carl Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy* 8-17 (Ellen Kennedy trans., 1985).

어야 하고, 정부는 규제개혁에 나서서 시장의 움직임에 즉응하는 시장친화적 태세를 갖추어야 한다. 그래야만 시장을 돌리는 해외자본이 들어오고 일자리가 창출된다. 투자수익을 극대화하기 위해서 자본은 더욱 지구적 규모로 움직여야 하고, 값싼 노동력과 경쟁하기 위해서 노동시장은 더욱 유연화되어야 한다. 세계 경제가 성장하려면, 모든 시장에 대한 접근권이 보장되어야 하고 무역은 더욱 자유로워야 한다. 정부보조금, 지출, 복지프로그램은 인프라 투자가 증가하고 저축이 늘어나도록 관리되어야 하고, 조세정책은 성장을 위한 인센티브를 제공해 기업을 유치하고 혁신과 기업가정신을 극대화하도록 하여야 한다.

그러나 사람을 행복하게 하는 선택의 기회는 아무런 대가 없이 생길 수 없다. 오로지 기회의 극대화에만 치중하다보면 희생되는 계층이 생기게 마련이고 나아가 공동체와 그 속에서의 개인의 삶을 유지하게 하는 가치질서가 훼손되게 마련이다. 각국이 국제자본을 유치하기 위하여 소위 “규제완화 경쟁(race to the bottom)”에 나서면서 정부 정책의 폭은 축소될 수밖에 없고 그에 따른 리스크는 온전히 국민 개개인의 몫이 되는 것이다. 지구화를 뒷받침하는 정책항목을 보면, 금융부문의 규제나 사회안전망 제공과 같은 시민 삶의 ‘질’과 관련된 것은 보이지 않을 뿐 아니라 역사, 전통 그리고 문화에 관한 것은 더욱 전무하다. 국가는 이제 시장에 의한, 시장을 위한 국가로 변모하려고 한다.

그러나 지구화가 국민국가를 역사의 뒤편길로 보낼 것 같지는 않다. 국제적으로 베스트팔렌 체제가 종언을 고하고, 국내적으로 자유민주주의를 넘어서는 새로운 이념이 고안되지 않는 한, 국민국가는 시민을 통어하는 단위로서 여전히 지위를 누릴 것이다. 국가만이 헌법제정과 같은 시원적 민주정이 실현되는 장소(locus)이고 공동체 생활의 편의를 누리기 위해 필요한 “집합적 가치판단”이 이루어지는 단위이기 때문이다. 공익의 정의나 그 집행이 국가에 대해서만 정통화(legitimate)되며, 또한 국가만이 권한 행사시 특별한 제약, 즉 기본권에 의한 제약을 받기 때문이다.

지구화가 시장의 지구화를 넘어 정부의 지구화 나아가 칸트(Kant)가 꿈꾼 세계 정부의 시발점이 되기에는 지구촌 식구의 세계관이 너무나 다양하다. 혹자는 법다원주의가 가져올 도전을 “수렴과 분산 패턴의 통합”이나 “다원주의에 대한 헌신”으로 극복할 수 있다고 주장하기도 한다.⁴⁷⁾ 하지만 다원적 시스템이 가져올 문제는

47) “시장국가(market-states)”에서 국가의 국민에 대한 약속은 이제 “선택의 신세계”의 창조로 요약될 수 있다고 한다. Philip Bobbitt, *The Shield of Achilles: War, Peace and the Course of History* 667 (2002).

“영역구분(segmentation)”이나 “층위구분(layering)”과 같은 법기술(法技術)만으로 해결될 수 없다. 그렇다고 지구화가 가져온 법질서의 새로운 양상을 헌법체제와 무관한 행정법질서로 격하시킬 수는 더더욱 없다.⁴⁹⁾ 국가는 가치를 공유하고 정서(整序)하는 가치공동체이며 헌법과 행정법은 일체로서 이를 지지하기 때문이다.

2. 헌법적 가치질서와 “트로이의 목마”

지구화에 대한 평가가 분분하다.⁵⁰⁾ 지구화, 그 자체가 목적이거나 내재적 가치가 있는 것으로 볼 수는 없으므로 지구화에 대한 평가는 그 도구적 가치의 측면에서 진행될 수밖에 없을 것이다.

지구화의 도구적 가치는 두 가지 관점에서 평가될 수 있다. 그 하나는 공리주의적 관점⁵¹⁾에서 지구화가 “최대다수의 최대행복”에 기여하는지 여부를 보는 것이다. 가령 지구화로 인하여 경제적 효율성이 개선되어 총생산이 증가한다거나 기본적인 정보가 분산되어 정보비대칭으로 인한 시장실패가 교정된다는 점 등이 거론될 수 있을 것이다. 이런 주장에 관한 평가는 경제학에 유보하는 것이 합리적일 터이지만, 여기서는 기존의 경제학적 연구의 시장낙관주의와 배치되는 주장이 근자에 강력히 주장되고 있는 점을 지적해둔다.⁵²⁾ 다른 하나는 자유주의적 관점에서 지구화가 개

48) 가령 Joseph Raz, “Multiculturalism,” *Ratio Juris* vol. 11, no. 3 194, 194-95 (1998).

49) Cf. Michel Rosenfeld, “Constitutional versus Administrative Ordering in an Era of Globalization and Privatization: Reflections on Sources of Legitimation in the Post-Westphalian Policy,” *Cardozo Law Review* vol. 32, 2339 (2010).

50) 지구화를 ‘근대화’에 필적하는 동렬(同列)의 역사적 사건으로 자리매김하려는 시도가 있는 만큼 지구화에 대한 평가는 문명사적(文明史的)으로 진행되어야 할지도 모르겠다. 인류역사를 휩쓴 메가트렌드로 산업혁명과 근대화, 정보혁명과 함께 지구화를 포함시키는 논의도 있다. 나아가 가장 가속되고 널리 퍼지고 있고 깊은 영향을 미친다는 점에서 가장 큰 사건으로 평가하는 견해도 발견된다. 관련 문헌으로는 Beck(註 3); Hardt & Negri(註 17), 183-203; Thomas L. Friedman, *The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century* (2005).

51) 벤담(Jeremy Bentham)에 따르면 “최대다수의 최대행복”의 원리는 “도덕성의 영역에서 일반적으로, 정부의 영역에서 특별히, 옳고 그름의 기준”이다. Preface to the second edition of Jeremy Bentham, “A Fragment of Government,” in *The Collected Works of Jeremy Bentham* (J.H. Burns and H.L.A. Hart eds., 1977). 그 논리적 연역에 의하여 다른 모든 선은 내재적 가치가 아니라 도구적 가치만을 갖게 된다.

52) 지구화가 국가 내 그리고 국가간 부의 공정한 분배를 가져온다는 사실은 입증된 바 없다. 지구화가 시장의 확대를 가져와 ‘비교우위’와 ‘규모’의 경제를 작동시켜 (경제적 효율과 생산성을 개선해) 사회후생을 진작시킨다고 주장되어 왔지만 기실 시장은 그런 “자유 시장(free market)”의 이미지와 달리 번덕과 불안의 마각(馬脚)을 숨겨 온 듯하다.

인의 ‘자율(autonomy)’⁵³⁾에 기여하는지 여부를 보는 것이다. 이 입장은 지구화가 개인으로 하여금 가치관이나 삶의 방식을 스스로 결정하게 하고 동시에 정치공동체가 집단적 결정을 할 때 개인들의 선택을 최대한 반영하도록 함으로써 “자기 지배(self-government)”의 이상 실현에 도움이 되는지 여부를 살핀다. 이 부분 평가는 법제도를 다루는 법률가의 본령으로 보이는데, 왜냐하면 자유주의를 개인의 “자율”과 공동체의 “자기 지배”를 보장하기 위한 이념으로 본다면, 이는 결국 우리 헌법 이념인 “자유민주주의”가 지향하는 바와 다르지 않기 때문이다. 그렇다면 지구화에 대한 자유주의적 평가는 지구화가 자유민주주의에 기여하는지 여부에 달려 있다고 할 수 있다.

자유민주주의의 관점에서 지구화에 대하여 평가를 내리면, 지구화는 개인의 자율과 국가의 자기지배를 제한할 가능성이 높다. 다시 말해 지구화는 특정한 가치(주로 시장적 가치)나 가치판단방식을 강요함으로써 개인의 선택을 제한하고 국가라는 정치공동체의 자기지배를 제약할 수 있다.

경제적 자유가 정치적 자유를 가능하게 한다는 주장이 있다.⁵⁴⁾ 마찬가지로, 지구화의 물결은 자원을 유치하려는 국가로 하여금 법의 지배를 확립하고 이를 실현할 사법부를 발전시킬 것이란 주장도 있을 법하다.⁵⁵⁾ 이 주장은 법치주의가 정착하면 정치적 자유를 비롯한 바람직한 사회변화가 생긴다는 가정을 숨기고 있는데, 이 가정은 검증되지 않은 것이거니와 각국의 법치주의는 기실 서로 다른 양상을 띠고

가령 George Soros, *The New Paradigm for Financial Markets: The Credit Crisis of 2008 and What It Means* (2008).

53) 자유에 대한 관념은 다양하다. 벤담은 ‘외압의 부재’를 자유로 이해한 반면(Jeremy Bentham, *Of Laws in General* 253 (H. L. A. Hart ed., 1970)), 헤겔(Hegel)은 자유를 ‘잠재적 자아의 실현’으로 이해한다. Charles Taylor, *Hegel and Modern Society* (1979). 한편, “자율”은 자기 스스로 존재양식을 결정할 수 있음을 의미하는 것으로, 자유에 관한 다양한 관념과 양립할 수 있는 개념적 장치(長處)가 있다. Robert N. Johnson, “Value and Autonomy in Kantian Ethics,” in *Oxford Studies in Metaethics*. vol. 2, 133-48 (R. Shafer-Landau, ed., 2007); Robert Paul Wolff, *The Autonomy of Reason* (1973).

54) Milton Friedman, *Capitalism and Freedom* 19-20 (1982). 1956년 오스카상 시상식에는 초유의 사태가 발생했다. 각본상을 수상하게 된 사람이 실존 인물이 아니었던 것이다. 이 수상자는 메카시즘의 광풍이 휩쓸 때 공산주의자로 분류되어 블랙리스트에 올라 가명(假名)을 쓸 수밖에 없었음이 나중에 밝혀졌다. 이 예화를 근거로 시장은 사상을 차별하지 않는다고 하면서, 밀턴 프리드먼은 그 역(逆)이 아니라 “경제적 자유가 정치적 자유를 가능하게 한다.”라고 주장한 바 있다.

55) 관련 문헌으로는 Max Weber, *Economy and Society* (1978); David M. Trubeck, “Max Weber on Law and the Rise of Capitalism,” 1972 *Wisconsin Law Review* 720.

있기도 하다. 싱가포르에서 볼 수 있듯이 법의 지배와 민주주의가 항상 함께 가는 것은 아니고,⁵⁶⁾ 보다 근본적으로 보면, 시민의 자유를 제한하기 위해서는 법률의 근거가 필요하다는 법치주의의 기본 명제가 충분한 설득력을 가지기 위해서는 근거가 되는 법률의 내용이나 법률의 제정과정의 존재방식에 대하여 그 국가 나름의 일정한 전제가 필요하게 될 것이기 때문이다.⁵⁷⁾ 켈젠 또한 “모든 국가는 그 국가의 유형이 무엇이든 간에 모두 법치국가”라고 갈파한 바 있다.⁵⁸⁾ 이상에서 본 바와 같이 각국의 법치주의의 내용과 과정에 해당 국가 나름의 전통과 가치가 반영되어 있다고 한다면, 지구화를 받아들이는 방식과 그 결과에서도 차이가 있을 수밖에 없다.

루트비히 비트겐슈타인(Ludwig Wittgenstein)은 언어(言語)를 자신이 살았던 비엔나와 캠브리지 같은 고대도시에 비유했는데, 이 비유는 법체계에도 그대로 타당한 것으로 평가되고 있다.

“우리들의 언어는 고대도시로 볼 수 있다. 즉 작은 도로와 광장, 오래되고 새로운 집들, 다양한 시대를 거치면서 덧붙여진 집들의 미궁(迷宮)과, 그리고 그 외곽에는 직선의 규칙적인 도로와 통일적인 집들이 가득 찬 수많은 신도시(新都市)가 둘러싼 고대도시(古代都市)인 것이다.”⁵⁹⁾

지구화는 냉전의 종식을 전후한 낙관적 세계 전망에 기대어 시작되었지만, 그 구체적 수단은, 마치 트로이의 목마처럼 스며들어와, 비트겐슈타인의 고대도시의 도심을 송두리째 파괴할지도 모른다. 고대도시의 도심 속의 미로와 그곳을 수놓은 기기묘묘한 건축물들에는, 어느 하나 버릴 것 없이, 그 시대를 산 사람들의 가치가 켜켜이 쌓여 있다.

제임스 툴리(James Tully)는 비트겐슈타인의 비유가 헌법학이라는 언어게임에도

56) Gordon Silverstein, “Globalization and the rule of law: “A machine that runs of itself?,” *International Journal of Constitutional Law* vol. 1, 427, 36-42 (2003).

57) 최송화, “한국에서의 민주주의와 법치주의의 역사적 전개,” (2007); Carl Schmitt, *Legality and Legitimacy* 14 (Jeffrey Seitzer ed. & trans., 2004); Yasuo Hasebe, “The Reception of the Rechtsstaat Concept in Japan: Its Contraction in Administrative Law and Expansion in Constitutional Law,” *National Taiwan University Law Review* vol. 4, no. 1, 216 (2009).

58) Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 44 (1925).

59) Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigation*, par. 18 (1976). 이하의 논증은 拙稿, “경제학적 논증의 영역,” *民事判例研究* 709-752 (2008)에 전적으로 의존하였다.

들어맞는다고 주장한다.⁶⁰⁾ 텔리에 의하면, 근대입헌주의가 가령 자유주의나 공동체주의 해석이론을 통해 헌법에 대해 말하는 것은, 기껏해야 도심을 둘러싼 신도시를 묘사하는 것에 지나지 않는다. 신도시에서 볼 수 있는 도로나 집들에 나타나는 “획일성”은 “도시의 ‘혼’(the ‘soul’ of the city)”이 아니기 때문이다.⁶¹⁾ 헌법을 이해한다는 것은, 헌법을 관통하는 일반적인 이론이나 규칙을 구성하여 이를 개별 사례에 적용하는 이론적 활동이 아니고 헌법을 다양한 구체적 장면에 적용하는 ‘실천(practice)’ 그 자체이다.⁶²⁾ 그런데 텔리는 이와 같은 개별구체적 사례의 관련성을 추구하는 접근법이 매튜 헤일(Sir Matthew Hale)이 묘사한 보통법의 전통적 이해와 공통점을 가지고 있음을 지적하고 있다.⁶³⁾ 헤일에 의하면, “입헌 국가(a constitutional common-wealth)”를 만들고 유지하는 것은, 주요한 정의로부터 일반 원칙을 도출하고 이를 개별 사례에 적용하는 ‘이론적(理論的) 작업’이 아니라, “독서, 연구·관찰, 그리고 사람들 사이의 대화(對話)를 통해서만” 얻을 수 있는 일종의 “실천적 기술”이다.⁶⁴⁾ 그리고 이런 실천적 기술이 노력한 것은 당대의 사람들이 간직해온 가치의 보존이고 이것이야말로 텔리가 말한 도시의 혼일 것이다. 텔리는 이런 보통법의 ‘대화의 전통’이야말로 (근대입헌주의가 가져온) 획일성의 비극을 극복하는 방안이라고 보고 있다.⁶⁵⁾

이와 같이 법을 “실천·관행”으로서 그 시대의 역사적 산물이라고 본다면, 그리하여 법을 결국 “공직자가 분쟁에 대하여 하는 것”⁶⁶⁾이라고 본다면, 우리 공법의 영역에서 이루어진 입법, 판결, 실무관행은 당대의 시민들이 간직해 온 가치나 존재양식을 보존하고자 노력한 결과라고 할 수 있을 것이다. 그리고 법이 규칙이나 이론이 아니라 관행이자 실천인 까닭은 보존하고자 한 가치가 그 만큼 복잡다기하였기 때문이다. 그렇다고 한다면 텔리가 말한 도시의 혼 속에는 유독 ‘기회의 극대화’

⁶⁰⁾ James Tully, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* 104 (1995).

⁶¹⁾ *Id.* 103. 텔리는, 헌법을 통일적으로 파악하려고 한 근대입헌주의를 갈음할 이념으로, 다양한 문화의 상호승인과 소통을 기초(基調)로 하는 “현대 입헌주의(contemporary constitutionalism)”를 주장하고 있다.

⁶²⁾ *Id.* 107-09. Cf. Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* 21 (1992).

⁶³⁾ Tully((註 60), 113-14.

⁶⁴⁾ 텔리는 헤일의 주장을, 그 대척점에 서있던 홉스(Thomas Hobbes)를 배경으로, 설명하고 있다. 홉스는, “국가를 만들고 유지하는 기술은, 마치 수학이나 기하학처럼, 어떤 규칙에 있는 것이지, 테니스 경기에서와 같이 실천에만 있는 것이 아니다.”라고 *Leviathan*에서 주장한 바 있다. Tully(註 60), 114.

⁶⁵⁾ *Id.* 116.

⁶⁶⁾ Karl Llewellyn, *The Bramble Bush* 3 (1960).

만이 자리한다고 생각할 수는 없을 것이다.

이상을 염두에 두면서 지구화가 전하는 메시지를 살펴보자. 그리스인들이 목마(木馬)를 성 안으로 들이도록 트로이 사람들을 유혹할 때와 마찬가지로, 지구화는 물질적 풍요를 노래한다. 지구화의 옹호자는 지구화를 지구촌 규모의 “교류와 수렴”이라고 하지만, 지구화는 자유 시장의 이미지에 기대어 진행되었음을 부정하기 어렵다. 각국의 비효율적인 행정규제를 불식(拂拭)하면 이상적 시장이 재가동하여 효율적 자원분배를 달성할 것이라는 것이다. 하지만 기실 시장의 본색이 이런 이미지에 부합하는지 의문이다.⁶⁷⁾ 또한 법제도로부터 독립한 시장은 없다. 계약을 이행하고 재산권을 보호하며 손해를 전보하는 법제도가 있어야 시장도 존재할 수 있으며 이런 시장을 지탱하는 법제도는 나라마다 다르기 때문이다. 이런 마당에 시장을 ‘구성’하는 규칙과 시장을 ‘규제’하는 규칙을 구별하는 선형적 경계선이 존재한다고 주장할 수도 없을 것이다.⁶⁸⁾ 그렇다고 한다면, 특정 국가가 “시장으로”를 외칠 때 이는 당해 국가의 체제나 그 속에 체화(體化)된 가치체계를 수출하려는 시도로 볼 수밖에 없을 것이다.⁶⁹⁾

V. 지구화에 대한 대응

1. 개관

헌법의 가치질서를 수호하고 국민의 권리를 보호하기 위한 방안은 여러 가지가 있다. 지구화된 세상에서도 의회는 여전히 법질서를 형성·제어할 최종적 권한을 가지고 있다. 첫 번째 발상은 당해 영역을 전면적 혹은 부분적 “국가행정화”하는 것이다. 하지만 이는 국제기구에 의한 규율을 거부하는 것으로 자칫 고립주의로 나갈 수 있으며, 기후변화와 같은 문제의 경우 그 성격상 채택할 수 없는 입장이다.

67) 근자의 세계금융위기는 이를 웅변한다. 이런 시각에서 보면, 시장은 각기 다른 시점에서 정지한 시계들과 같다. 시장이 자기 교정을 통해 균형점을 찾아간다는 “합리적 시장 가설”은 마치 정지한 시침(時針)이 하루 두 번 정각(正刻)을 맞추는 것을 보고 고장난 시계가 정확하다고 말하는 것과 같다.

68) Hasebe(註 43), 91. Cf. Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution* 40-67 (1993).

69) 바빗(Philip Bobbitt)이 말하는 “시장국가”는 여전히 국민국가의 틀을 벗어나지 못하고 있다. 시장국가로 평가될 만한 세계주요국들이 자국의 경제 데이터에 그토록 집착하는 것이 이를 웅변한다. Hasebe(註 43), 96 fn. 33 (2009).

국제기구와의 “계약”에 의한 해결도 상정할 수 있지만 그 정도의 교섭력을 가진 나라는 많지 않을 것이다. 국제기구의 규범이 국내법화할 때, 입법자가 규율책무를 다하기 위하여 입법재량을 발휘하는 것이 현재로서는 가장 유력하다. 다만 국제법적 이슈가 제기될 가능성이 높다. 행정부의 행정재량의 적극적 행사도 필요하다. 국제법 규범의 채택도 중요하지만, 기실 ‘채택’ 단계만큼 중요한 것은 “집행” 단계에서의 노력이기 때문이다. 또한 사법부의 적극적 법해석도 유력한 방안이고 선택도 있다. 이는 행정소송이나 헌법소송 제기시에 법리구성을 통하여 국제법규범을 국내적 법 질서에 부합하도록 해석해내는, 말하자면 판결을 통한 미세조정이다. 마지막 대안은 국제사회 혹은 국제기구 자체 내에서의 문제 해결을 들 수 있다. 이는 “지구행정법 (Global Administrative Law)”과 같이, 국내행정법의 국제관계에의 적용만을 말하는 것이 아니다.⁷⁰⁾ 법치국가성이든 법의 지배의 이념이든 그것이 국제법 체계내에서 자생적으로 나올 수 있기 때문이다.⁷¹⁾ 국제법 내부에서 문제를 해결할 수 있다면, 이는 국제법과 국내법의 상호관계에 영향을 미치지 않으면서 문제를 처리할 수 있는 방안이다. 앞서 본 CDM 집행이사회의 문제에 대한 해결책으로 2009년 기후변화 협약 당사국총회가 마련한 “코펜하겐 합의(Copenhagen Accord)”를 들 수 있을 것이다.

이상의 대응방안은 궁극적으로는 국제기구가 공법이론에 대하여 충분히 배려한 결정을 하도록 유도하는 것을 목표로 한다. 이를 위해서는 국제기구가 행하는 법 기술이나 그 절차·조직에 관해서도 연구할 필요가 있다. 하지만 무엇보다 중요한 것은 의회 입법권에 대한 고찰이다.

70) 우선은, Benedict Kingbury *et al.*, “Foreword: Global Governance as Administration - National and Transnational Approaches to Global Administrative Law,” *Law and Contemporary Problems* vol. 68, 1 (2005). 이는 “지구적 규율”을 행정으로 보고 여기에 행정법 원리를 차용하여 적용하려는 시도이다. 그 가능성과 한계에 관한 문헌으로, Jonathan B. Wiener, “Something Borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law,” *Ecology Law Quarterly* vol. 27, 1295 (2001). Cf. Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 45 (1797). 칸트는 국가 내적으로는 법과 자유를 국가개념의 중심에 두고 있지만, 국가와 국가간의 관계는 오직 힘과 자의의 질서체계로 파악하였다.

71) Eberhard Schmidt-Aßmann, “The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship,” *German Law Journal* vol. 9, 2061 (2008) (이는 “Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen,” *Der Staat* 45 (2006), S. 315-338을 번역본이다).

2. 입법부의 대응

(1) 법률의 유보

국민의 권리보호의 관점에서 보면, 국제적 성격의 법규범이 아무런 여과 없이 국내법 질서에 침입하도록 방치하는 것은 문제이다. 공법은 국민의 권리·의무에 대하여 영향을 미치는 공적 권위의 행사는 사전에 입법부가 제정한 법률에 터 잡을 것을 요구한다.⁷²⁾

입법부에 의한 통제방안으로는 무엇보다 조약 비준의 엄격화를 들 수 있다. 하지만 미국이나 독일(기본법 §59)과 같이, 비준 대신에 법률로 국내법화하는 방식을 채택하는 것이 통제에 유리하다.

하지만 비공식적 형태의 국제법규범은 비준절차에 의해 통제할 수 없다. 행정의 법률정합성의 원칙을 준수하기 위해서는 이러한 국제법규범도 국내법질서 위에 “연착륙”시킬 필요가 있다. 다음과 같은 단계를 거치는 것이 안전하다. 첫째 단계는 ‘양국간’ 특별한 협조관계를 도모하는 “조정(coordination)”이다. 다음 단계는 ‘다자간’의 “조화화(調和化; harmonization)”인데, 이는 국제법규범을 전제로 하여 각국이 이를 국내법에 반영시키는 것이다. 서로 다른 내용의 법규범을 가진 각국은 규범간 비교가능성을 확보하는 것이 중요하다. 이것이 확보되면 각국은 규범의 조화화를 도모할 수 있다. 그 다음 단계는 각국이 가진 중요한 차이를 해소하기 위하여 각국이 국제법규범에 가능한 한 近似하게 국내법을 자발적 개정하는 법규범의 “수렴”이다. 그런데 수렴작업 자체는 적지 않은 비용이 들기 때문에, 아예 국제법규범 그 자체를 각국의 법으로 “채택(adoption)”하는 것이 최종단계가 된다. 그런데 조정, 조화화, 수렴의 단계에서 주의적 조치가 필요하다. 즉 이런 현상이 벌어지는 영역에 관한 입법 시, 국제행정관계를 규율할 규정을 함께 입법하는 것이다. 의회가 법률 제정시 국제적 차원에서 벌어지는 국제 행정공조를 고려해 이에 대비하는 규정을 둔다면, 이는 국제 행정작용에 대한 법적 기초가 될 뿐만 아니라 기존의 법적 기초와 정합적으로 연결되는 토대가 될 것이다.⁷³⁾

한편, 국제법규범의 “채택”에 있어서도 신중할 필요가 있다. 가장 먼저 국제회계

72) 金道稔, 新稿 一般 行政法論 (上), 109, 117-20 (1983).

73) 이런 조치가 필요한 법률로 세법, 경찰법, 사회보장법 등이 상정된다. 나아가 개별법 뿐만 아니라 기본법 가령 행정절차법에 국제적 차원의 행정작용을 고려한 규정을 신설할 필요도 있을 것이다. 독일의 경우에는 전자통신법에 국제텔레콤유니케이션 정책에 관한 규정에서 국제조직과의 협조를 당부하는 규정이 있다. Schmidt-Aßmann((註 71), 2070.

기준의 ‘채택’에의 길을 걷게 된 EU의 경우, EU 내부에서 국제회계기준의 EU공동체법으로서의 구속력을 부여하는 “승인절차(endorsement)”를 거쳤다. (이런 전제하에, 유럽 각국의 국내법과의 관계에서는 EU공동체법의 적용상의 우월에 의해서 처리하고 있다.) EU의 절차는 국제회계기준을 수용하는 측에서의 민주성을 조달하는 방식으로, 즉 적법절차의 원리에 따라 영향 받는 기업이 참여해 의견을 표명할 수 있는 기회를 부여하는 등의 방식이다. 그런데 민주적 과정을 중시한 나머지 국제회계기준의 내용을 변경하는 형태로 채택하면 통일성을 상실하거나 채택까지 시간이 걸림으로써 적시성(適時性)을 잃을 염려가 있다.

이상을 고려하여 입법자는 국제법규범을 국법화하는 형식을 결정하여야 한다. 이때 의회는 규율책무를 다하기 위하여 사안의 중요성에 비례해 규율밀도를 제고하여야 한다. 국법화 형식의 결정은 당해 국제법규범의 법적 효력을 조정하는 것이자 국가 및 국제기구의 임무를 조정하는 것이다. 상정 가능한 형식으로는 ① 권한의 수권, ② 판단여지의 인정, ③ 참조, ④ 불확정개념·행정기준·일반조항에 의한 수용, ⑤ 법해석 기준 제시 등이 있다. 이 중 ④ 방안이 다용되는데, 가령 우리 상법과 같이, “일반적으로 공정타당하다고 인정되는 기업회계의 기준에 해당하는 것”을 회계기준으로 한다는 불확정개념 규정을 둔다면, 민간에 자율성을 인정하면서 동시에 국가기관, 즉 행정기관이나 법원에 의한 개입가능성을 유보할 수 있다. 다른 한편, 회계가 기업 경제활동의 근간에 큰 영향을 미침을 고려하면 불확정개념을 매개로 수용하는 것은 법적 안정성 측면에서 문제가 있다. 따라서 입법자가 채택을 위한 요건을 규정하거나 나아가 회계기준의 책정권한을 특정 국내기관에 위임하는, 명시적 ‘수권’에 의한 처리도 상정할 수 있을 것이다.⁷⁴⁾

74) 우리나라의 경우는 위에서 거론한 두 가지 방법 모두를 취한 것으로 보인다. 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」(§13)는 금융위원회가 증권선물위원회의 심의를 거쳐 “국제회계기준위원회의 국제회계기준을 채택하여 정한 회계기준”을 회사의 회계처리기준으로 정하되 이 기준을 적용하여야 하는 회사의 범위와 회계처리기준의 적용 방법은 대통령령으로 정하는 것으로 정하고 있다. 그리고 “국제회계기준위원회의 국제회계기준을 채택하여 정한 회계기준”의 구체화 작업은 동법 시행령에서 한국회계기준원에 위탁하는 것으로 규정하고 있다. (동법 §13 ④, 동시행령 §7의 3) 따라서 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」은 입법자가 요건을 명시한 데 더하여 회계기준의 구체화 작업 권한을 특정기관에 주는 ‘수권’ 방식에 의한 처리를 하고 있다고 평가할 수 있다. 한편, 이 규정을 전제로 하여, 「자본시장 및 금융투자업에 관한 법률」(§32)는 금융투자업자는 「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 §13에 따른 회계처리기준을 따라야 한다고 규정하고 있다. 이는 입법자가 명시적 입법의 방식으로 국제회계기준을 “채택”한 것이다. 다른 한편, 상법(§446의2), 법인세법(§43) 등은 회계처리기준으로 “일반적으로 공정타

보다 근본적인 방안은, 국제법규범의 ‘채택’ 이전에, 아예 그 ‘책정’ 단계에서 민주성을 조달하는 것이다. 국제법규범의 ‘책정’ 절차에 있어서 민주성의 확보야말로 각국의 국내법화 단계에서의 기준 분립을 방지하고, 국내법질서와의 관계를 정서하는 효과적 수단이다. 먼저 국제법규범의 책정기구와의 “계약”을 상정할 수 있는데, 가령 독일 정부는 회계기준책정단체로서 설립된 독일 기업회계기준위원회와 책정절차 등에 관해서 “계약”을 체결하는 것으로 일정한 영향력을 행사하고 있다. 하지만 개별 국가의 교섭력의 한계로 인하여 계약이 불발할 가능성이 높다. 국제법규범을 적용하는 것은 입법자가 당해 사안에 관한 입법권을 국제기구에 위양하는 것을 의미하는 것이니 만큼 법률유보(의회유보)의 문제를 제기한다. 따라서 계약 불발에 대비하기 위하여, 의회는 국제법규범의 책정기구의 판단여지를 인정하되, 일정한 실체적 혹은 절차적 조건을 정하여 국제기구가 이를 준수하지 않을 경우, 법률로써 그에 상응한 안전 조치를 준비해두어야 한다.⁷⁵⁾ 하지만 국제법규범의 존재 이유가 무색해지지 않도록 조건의 수위를 조절할 필요가 있다. 가령 자금제공자의 영향력을 제어하기 위해 정부로부터 자금을 각출하다보면, 민간 국제기구의 정치적 중립성이 없어지고, 기준책정의 사회적 총비용을 최적화하는 것도 불가능하다.

(2) 권한의 분배

국가는 가치를 공유하는 가치공동체이고 공법은 가치의 체계이며 국가기관은 가치체계를 보호하는 수호자이다. 세계가 보편적 가치를 광범위하게 공유하여 보편사(普遍史)를 갖게 될 때까지 국가의 역할에 큰 변화는 없을 것이다.⁷⁶⁾ 국가가 독점하던 법률제정권이 분산되어 국가간 공유된다고 하더라도 이것이 국가의 脫中心化를 의미하진 않는다. 오히려 국가는 공적 임무를 수행하는 전형적 모델로서 기능할 것이고, 국가 아래 축적된 공법이론, 즉 법치주의, 기본권, 효과적 권리 구제 등을 국제기구에 대해서도 적용하게 될 것이다.

공공부문이 다소 다원화된다고 하여도 국가의 특별한 지위를 여전히 인정한다고

당한 회계관행”을 규정하고 있는데, 이는 불확정개념을 매개로 하여 국제회계기준을 채택할 수 있도록 한 것이다. 이 경우, 행정기관이나 법원은 불확정개념의 해석을 통하여 국제회계기준을 수용할 것인가 여부를 판단할 수 있는 기회를 갖게 된다.

75) 국제회계기준 채택에 있어서 미국의 요구조건은 좋은 예시다. 미국은 이에 대하여 2008년 공표된 로드맵을 통하여 국제기준채용에 7가지의 조건을 달고 있는데, 당해 민간조직 기금의 민주화, 절차를 감시하기 위한 감시단체의 설치 등이 그것이다. 原田, “國際會計基準採用の法的課題” (註 34), 3-6.

76) Anthony Giddens, *The Third Way and Its Critics* ch. 5 (2000).

한다면, 공적 임무를 수행하는 다양한 주체(국제기구, 국가, 지자체 등) 사이에서 국가를 중핵으로 하는 조정 규칙을 상정할 수 있다. 이 경우, 입법자는 국제기구를 포함한 다양한 공적 임무의 수행자 각각에게 역할을 분배하고 조정하는 조정자의 역할을 수행해야 한다. 다원적 법관계를 동태적으로 조정할 수 있는 방안을 생각한다면, ① 규범정립단계와 ② 집행단계로 대별할 수 있다.

우선 규범정립 임무는, “비례입헌주의(proportional constitutionalism)”에 따라 민주적 정통성에 비례하도록, 각 주체에게 분배되어야 한다.⁷⁷⁾ 국가의 입법자는, 헌법규정에 반하지 않는 한, 공적 임무의 모든 내용과 할당을 결정할 수 있다. 공무를 어느 정도의 범위에서 어느 층위에 분배할 것인가 하는 문제는, 임무의 성질과 수행수단에 의존할 것이다. 임무가 정치적인수록 그리고 그 수행수단이 국민의 자유와 권리에 미치는 영향이 클수록 민주적 정통성이 높은 기관이 담당하여야 한다. 각 층위(層位)에서의 임무분배 또한 민주적 정통성과 밀접한 관련이 있다. 국제기구의 민주적 정통성은 국가에 비해 턱없이 낮기 때문에, 정치적 논쟁을 불러올 수 있는 과제에 관해서는 국제기구에 최종결정을 맡기지 않고 국가의 판단을 기다리는 방법을 취해야 한다. WTO에서의 대항조치가 좋은 예이다.⁷⁸⁾

공적 임무를 분배하는 범위에 관해서는 포괄적 관할방식과 열거적 관할방식이 있다. 포괄적 관할은 명시되지 않은 사무를 포함한 모든 임무를 담당하도록 분배하는 것인데, 국가와 지방자치단체의 경우가 여기에 해당한다. 새로운 공적 사무를 창출하는 권한과 사회의 자율적 규율 영역을 회수하는 권한도 포함한다. 이런 까닭에 어느 주체에게 포괄적 권한을 인정하기 위해서는 높은 민주적 정통성이 필요하다. 열거적 관할은 확실히 지정된 사무만의 수행이 인정되는바, 특별지방공공단체나 작용특정적 자치, 그리고 국제기구가 여기에 속한다.

그런데 국가와 국가내의 기구·조직 사이의 관계와 국가와 국제조직 사이의 관계를 완전히 동일한 원리에 기초해 규율할 수는 없다. 전자는 민주적으로 통합된 하나의 주권 하의 여러 조직 상호간의 관계를 말하는 데 비하여 후자는 주권국가와 대등한 국제기구 혹은 그 산하의 하부조직을 대상으로 하기 때문이다. 따라서 규율 영역의 특성과 해당 조직의 기능에 응하여 결정권한을 분배하는 방안, 즉 기능적

77) 비례입헌주의의 요체는, 국민을 대표하는 국가기관은, 도덕적 조정문제에 관한 한, “민주적 정통성의 크기만큼 결정”하라는 것이다. 출처, **사법통치의 정당성과 한계** 314-18 (2009).

78) Esty(註 38), 1536.

분배 방안도 함께 고려하여야 한다. 경제적·기술적 사항의 경우 국제적 통일성이 중시되어야 할 것이고, 문화적·지역적 사항에 관한 경우에는 국제규범은 보완적 수준에 그쳐야 할 것이다. 그리고 당해 업무영역에 관하여 전문성이 갖추어진 조직에 분배되어야 한다. 이와 같은 기능적 분배가 성공한다면 결정의 질을 제고할 뿐 아니라 층위 상호간의 소통과 제어라는 부수입을 올릴 수 있다. 하지만 기능적 분배론은 어디까지나 비례입헌주의를 전제로 하는 보충적 규칙에 머물러야 할 것이다.

3. 행정부의 대응

앞서 국제법규범의 책정 및 채택 시 주의할 점을 지적하였지만, 기실 ‘채택’ 단계만큼 중요한 것은 “집행” 단계에서의 노력이다. 집행이 각국의 규제당국자에게 맡겨져 있기 때문이다. 국가는 공무 수행의 포괄적 수입자로서 최종적인 집행수단을 독점하고 있는바, 이는 국제법규범의 경우에도 마찬가지다. 또한 국제기구는 대부분 고유의 집행수단을 가지고 있지 않아 국제법규범의 집행사무는 국가에 위임되어 있는 것이 통례이다. 그리고 대부분의 국제법규범은 적용국의 법적·제도적 인프라에 의하여 뒷받침될 때 비로소 작용할 수 있다. 따라서 국제 합의 그 자체가 실효성을 갖는다고 보기는 어렵고 그것을 국내에 적용하고자 하는 각 정부당국의 의지와 실행력이 중요하다.

그리고 국제적 행정협력의 존재방식 또한 중요하다. 공무 집행의 국제적 협력이 이루어지는 일반적 방식으로는, 국가 행정기관과 국제기구 간 정보교환이나 공동의 집행기준 책정, 국가 행정기관과 국제기구 사이에서의 네트워크, 집행협력을 위한 기구의 설치 등이 있다. 이때 혼합행정의 금지 원칙상 조직 사이에서의 명확한 책임 분담이 이루어져야 한다. 그리고 국제조약을 수행할 행정조직이나 기구가 형성되어 이에 의한 “이차적(二次的)” 법형성이 예상될 경우, 조약은 기본 틀을 정하고 그 내용은 그 이후의 협상과 의사결정에 의하여 구체화되는데, 이때 주된 협력 형식은 정부 차원의 혹은 행정부처 차원의 행정협정이나 그 하위기관 사이의 수행협정이 될 것이다. 이런 협정이 당해 국가의 행정법에 저촉할 경우에 대비해 ① ‘권한유월’의 기준을 만들어 국가와 국제행정 사이의 관계의 건전성을 측정할 수 있어야 하고, ② 중요한 사항일수록 ‘형식성’을 강화해야 할 것이다.⁷⁹⁾

⁷⁹⁾ Schmidt-Abmann(註 71), 2069-70.

집행단계는 앞서 본 국제법규범의 민주적 정통성 결핍을 보충할 수 있는 절호의 기회를 제공하기도 한다. 가령 TRN의 정통성을 민주적으로 조달하려고 하면, TRN의 특성인 비정치성이 희석될 위험이 있다. TRN은 그 특성 덕분에 국제적 행정 연대를 촉진하고 지구적 문제에 효과적으로 대응할 수 있다. 따라서 이런 정통성 결핍을 ‘보충’할 수 있는 방안이 모색되는데, 크게 두 가지 방안이 제시된다. 하나는 결정과정을 이상화하여 “토의·담론 민주주의(deliberative/discursive democracy)”가 작동할 수 있게 하는 방안으로, 각국 전문가인 행정관료가 합의에 이르기 위하여 진지하게 토론을 함으로써 적절한 문제 해결책을 도출해내려는 것이다.⁸⁰⁾ 다른 하나는 결정과정의 질보다 결정 자체의 질에 착목하는 논의이다.⁸¹⁾ 말하자면 민주적 정통성은 “투입”면에서 정통성을 조달한다면, 이 방안들은 “결과”의 탁월함으로 그 부족을 보충하려는 것이다.

그러나 정통성 확보의 방안들은 어디까지나 보충적인 수준에 그쳐야 한다. 논의 대상인 문제가 정답이 없는 가치관련적 문제가 대부분이기 때문이다. 요컨대 민주적 정통성을 완전히 대체하는 것은 가능하지도 바람직하지도 않다. 다만 국제적 층위에서 내려지는 권위적 결정이 갖는 법적 의미에 즉응(卽應)하여 그것을 정당화하는 정통성의 조달방법이 복수 존재하고 이들이 상보관계에 있다는 관점은 다원화된 법체계에서 돌파구를 찾게 하는 단서가 될 수 있을 것이다.

4. 사법부의 대응

(1) 다원적 사법시스템

지구화에 대한 대응은 입법자를 중심으로 이루어져야 하지만, 그렇다고 해서 입법자만을 의지할 정도로 정치과정이 완벽한 것은 아니다. 여론을 주도할 언론매체는 광고수입에 의존하고 있는 만큼 지구화의 어두운 면을 보도할 인센티브가 적다. 그 만큼 정치과정이 제어장치를 발동할 가능성은 낮아진다. 행정부 또한 이런 위협에 노출되어 있다.

법원에 대한 평가도 항상 호의적이었던 것만은 아니다. 가령 “판사와 그 동료들”이

⁸⁰⁾ Christian Joerges & Jürgen Neyer, “From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Process,” 3 *European Law Journal* 273, 294 (1997)은 “deliberative supranationalism”을 논한다.

⁸¹⁾ 자세한 내용은, Esty(註 38) 참조. 이러한 정통성 보충방안은 라즈의 “서비스적 권위관,” 즉 권위의 명령이 수법자에게 서비스가 될 때 권위가 정당화된다는 주장을 상기하게 한다. Joseph Raz, *The Morality of Freedom* 38-57 (1986).

벤담의 주장처럼 사악한 이익집단은 아니라 하더라도⁸²⁾ 오늘날 사법부는, 민주적 정통성은 입법부보다, 전문성은 행정부보다, 열등한 제도적 취약성을 가지고 있다. 법원에 의한 대응을 어렵게 만드는 또 하나의 장애물은 법리이다. 국민의 권리를 지키기 위해서라면 다원화된 공공부문에서 활동하는 비국가 공무수행주체 또한 공법상의 제 원칙 아래 두어야 하는데, 국제기구는 전통적으로 공법이론에 복종하지 않았다. 국제기구를 향해 국가의 주권에 복종시킬 수 없기 때문이다. 따라서 국제기구에 대한 공법이론의 적용은 기본적으로 국가와 국제기구의 관계를 여하히 설정할 것인가의 문제와 견련되어 있다.

근대국가의 사법시스템은 계층적으로 형성되고 국제적 사법시스템과의 관련성을 염두에 두지 않은 일원적 사법시스템이다. 그러나 국제기구에 의한 사법유사제도가 빈발하는 추세로 인하여 사법시스템의 다원화가 생길 가능성을 부정할 수 없다.⁸³⁾ 법원은 일차적으로 국내 법질서 보호에 치중해야 하고, 또한 각국의 사법시스템 안에는 “공서양속”의 보호와 같은 안전장치가 마련되어 있다. 하지만 사법부가 편협한 국지주의로 흐르는 것은 경계하여야 한다. 왜냐하면 국제기구 혹은 상대방 국가 내에 같은 기능을 담당하는 사법조직이 존재하고 이들은 나름의 법리를 개발해 나름의 목표를 달성하려고 할 것인데, 이것과의 관계에서는 법리적으로 우열을 논하기 어렵기 때문이다. 각각의 사법기관이 그 각 체제 하에서 독자의 가치를 수호하려고 함을 인정한다면, 공통의 가치기준이 존재하지 않는 이상, 그 각 기관 사이에서 법리의 우열을 논할 수 없다. 이처럼 사법시스템이 다원적으로 존재한다면 이들 사이의 관계를 여하히 조정할 것인가의 문제가 남는데, 상정할 수 있는 방안으로는, ① 임무분배에 더 잦은 조정으로 가령 EU법 위반은 EU법원이 처리하도록 하는 방안, ② 호양에 의한 조정으로 가령 독일연방헌법재판소와 EU법원 사이의

82) 벤담의 치유책은 일반 대중으로 하여금 판사들의 판결에 이르는 전 과정을 면밀히 조사하게 하는 것이었다. 이를 위해 (합의재판 대신 단독판사 재판을 권장하고) “여론 재판소(public opinion tribunal)”를 최종심으로 만들고 여기에 판사를 출석시켜 설명하도록 하며 필요한 경우 주민소환도 할 수 있도록 하는 것이 벤담의 제도적 해결책이었다. 자세한 것은 Posteman, *Bentham and the Common Law Tradition* ch. 11 (1986); John Dinwiddy, *Bentham* 68 (1989); Frederick Rosen, *Jeremy Bentham and Representative Democracy* 149-63 (1983).

83) 국제기구가 직접 집행을 맡았는데 집행부재나 부적절 집행이 생긴 경우에, 다양한 사법적 구제방안을 상정할 수 있다. 즉, 국제기구의 집행부재는 조약 위반이 될 수도 있고, 국민이 국내 소송절차나 국제기구가 직접 기구 내에 설치한 구제신청절차에서 원용할 수 있는 국제법규범 위반이 될 수도 있다. 그리고 각 재판부는 서로 다른 결정을 내릴 수 있는 것이다.

관계에서 볼 수 있는 방안이다.⁸⁴⁾ 이와 같은 조정이 이상적으로 이루어지는 경우, 이들 사법조직은 하나의 다원적 사법시스템으로 재구성되는 것이고 판례법의 상호 참조 내지 상호보완에 의하여 권리구제의 실효성을 높이는 등 시스템으로의 기능이 강화될 것이다.

(2) “공서양속” 보호에 관한 우리 법원의 태도

국가는 국제법상의 의무를 준수해야 하고 국제법상의 의무를 효과적으로 이행할 수 있도록 국내법질서를 정비해야 한다. 만약 국내법원이 국내법을 이유로 국제법상의 의무를 제대로 이행하지 않는다면, 국가는 국제법상의 책임을 지게 된다.⁸⁵⁾ 그러나 우리나라를 포함한 다수의 선도국은 외국법원의 판결의 효력을 승인하는 요건으로서 “공서양속(public order)”에 위반하지 않을 것을 요구하고 있다.⁸⁶⁾ 그런데 국내법원이 공서양속 위반을 이유로 정부가 체결한 조약을 무효화한 사례는 발견하기 어렵다.⁸⁷⁾ 그 이유는 국가들이 국제사회의 제3의 판정부(WTO 분쟁해결패널, 국제중재법원, 외국법원 등)를 통한 중립적·합리적 해결을 도모한다는 내용의 협정 혹은 투자협정을 체결할 때, 공서양속 위반을 ① 협정의 적용대상에서 배제하거나, ② 적용 예외로 인정하고 있으며, 공서양속 유지를 협정 당사국의 권한으로 확보하고 있기 때문인 것으로 보인다.⁸⁸⁾ 게다가 사법심사 불가능, 권력분립, 행정부

84) 原田(註 6), 132.

85) André Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law* 11 (2011).

86) 우리의 경우는, 외국판결의 승인에 관한 민사소송법 제217조; 외국중재판정에 관한 “외국중재판정의 승인·집행에 관한 국제연합협약” 제5조 제2항 등의 규정이 있다. 이에 관한 문헌으로는 Roel de Lange, “The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights,” 1 *European Law Review* 1 (2007).

87) 예외적인 하급심 판결로 서울지방법원 동부지원 1995. 2. 10. 선고 93가합19069 판결【집행판결】 [하집1995(1)368]이 있다. 징벌적 손해배상을 명한 미국 법원 판결의 승인 및 집행과 관련하여, 동 판결은 징벌적 손해배상이 “불법행위의 효과로 손해의 전보만을 인정하는 우리의 민사법 체계에서 인정되지 아니하는 형벌적 성질을 갖는 배상형태로서 우리나라의 공서양속에 반할 수 있다”라고 판시하였다. 다른 한편, 짐바브웨 법원은 국제중재법원의 판정이 “공서양속”에 위반된다는 이유로 국내에서의 승인·집행을 거부하였다. Nollkaemper(註 85) 9.

88) 대표적인 예가 한미 FTA인데, 우리 정부는 동 협정으로 인하여 “공서양속”을 보존하는 정당한 정책조치가 제한받지 않도록 공공정책 재량권을 확보하고 있다. 우선 “공서양속”을 보호하기 위한 정책은 원칙적으로 “간접수용”으로 인정되지 않으며, “공서양속”을 위한 외국인투자규제권을 확보하고 있다. 한·미 FTA 부속서11-나 제3항 나목에서는 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위한 정책은 원칙적으로 간접수용을 구성하지 않는다고 규정하고 있으며, 외국인투자

중심으로 한 외교정책 일원화의 필요성, 정치적 문제, 직접적 효력의 결여, 행정부의 최종적인 조약 해석 권한 등과 같이 국내법원의 조약 및 조약규정의 일반적 효력에 대한 적극적인 판단을 어렵게 만드는 이론이 거의 ‘원칙’의 수준으로 발전한 상태이다.

다른 한편, 많은 경우, “공서양속”의 기능은 법적 구속력이 있는 국제사회의 제3의 사법적 기관의 판정 또는 국제기구의 결의로부터 국내법질서의 근본가치를 보존하기 위한 방어 논리로 한정되어 있다. 즉 개별적이고 구체적인 사건에서 우리나라가 WTO 분쟁해결패널 혹은 국제중재법원에서 공서양속을 항변사유로 주장하거나, 외국중재법원 혹은 외국법원이 한 최종적인 판정·판결의 승인 및 집행을 공서양속을 이유로 거부하거나, 또는 우리나라의 공서양속이 법적 구속력이 있는 국제기구의 결의보다 우위에 있다고 주장하는 것은 가능하다. 실제로 2008년 유럽사법재판소는 UN 안전보장이사회의 결의와 EU의 법체계상 근본적인 규범(이는 “공서양속”에 포함되는 개념이다)이 충돌했을 때, EU의 “공서양속”이 유엔 안보리의 결의보다 우위에 있다고 보고 유엔 안보리의 결의를 이행하기 위한 EU 공동체의 하위 규칙을 무효화한 바 있다.⁸⁹⁾

그러나 이와 같은 국내법원의 판결이 국제기구의 결의 또는 우리나라에 의하여 체결된 협정 혹은 협정상 규정을 일반적으로 무효화할 수는 없다. 이를 위해서는 국제기구의 의사결정기관이 재결의를 하거나 당사국간의 합의 및 조약법협약상의 절차에 따라 협정의 종료 혹은 협정의 개정절차를 거쳐야 한다. 물론 법리적으로는 협정 또는 그 규정이 “공서양속”을 심각하게 위반하여 중대한 위헌성을 가지고 있는 경우 우리 헌법재판소나 법원이 위헌결정을 선고하여 국내적으로 조약을 위헌 무효화하는 것이 가능하다.⁹⁰⁾ 그러나 현실적으로는 헌법재판소가 헌법불합치결정이나 (한정합헌이나 한정위헌을 포함하는) 한정결정 등의 변형결정을 활용하여, 우리 정부로 하여금 상대국 정부와의 합의 및 조약법협약상의 절차에 따라 협정의 종료 혹은 협정의 개정절차를 거칠 것을 촉구하게 될 가능성이 높을 것이다.

촉진법 제4조상의 공공질서 유지 등을 위한 외국인투자 규제권을 반영하고 있다.

89) 이주윤, “인권법적 관점에서 본 국제법과 EU법의 관계,” **국제법학회논총** 제55권 제4호, 216-17 (2010).

90) 헌법재판소, **국제조약과 헌법재판** 407 (2007. 12).

VI. 행정법과 국제법

1. 자폐적 행정법?

이상은 우리의 공법이 보호하는 자유민주주의의 이념과 가치가 지구화의 위협에 무방비로 노출되는 것을 막기 위한 논의였다. 하지만 이런 논의가 우리 공법질서를 “자폐적(自閉的)” 체제로 만드는 것이어서는 안 된다. 우리 헌법(§6조)도 이를 경계하고 있고, 기실 우리 법체제는 항상 국제적 변화에 대하여 개방적 구조로 기능해왔다. 이런 측면에서 보면 근자에 벌어진 지구화는 전적으로 새로운 현상은 아니고, 이미 존재하는 법질서의 상호관련적 구조를 심화시킨 것일지도 모른다. 또한 평등한 국민국가의 절대적 주권을 전제로 한 베스트팔렌 체제가 영원할 것이라고 장담할 수도 없다. 그렇다고 한다면 지구화는 국내법질서와 국제법질서의 관계를 재정립하는 계기를 제공한다고 보아야 한다.

전통적 이해에 따르면 국제법과 행정법은 접점이 없다. 국제법의 행정법 영역에 대한 침투는 주권이란 벽을 넘지 못하고, 행정법의 국제법 영역에 대한 공격은 아예 기회가 없었다. 하지만 국제법의 주류가 양국간 일회성 주고받기식의 조약에서 다자간 지속적 공조의 법으로 진화하면서 사정이 변했다. 국제적 규제의 증가나 “지구적 규율”의 등장은 ‘도식적’으로 본다면 국제법의 행정법 영역으로의 침입이다. 베스트팔렌 체제 하에서 주권의 자발적 위임·위양 없이 국외에서 생성된 규범이 국내법관계를 규율한다는 것은 논외의 것이다. 기술한 “공서양속”의 보호를 명분으로 한 사법적 대응도 국제법의 침입을 막는 기제이다. 하지만 이런 사법적 대응은 소극적이고 수세적이어서 오늘날 벌어지는 국제법과 행정법 사이의 긴장관계를 해소하기에 역부족이다. 양자의 긴장관계를 해소할 근본적 방법론이 필요한 까닭이다.

2. “지구행정법” 이론

국제법의 행정법영역으로의 침투는 뒤집어 보면 오히려 “행정법 영역의 확대”일 수도 있고, 양법의 영역이 겹치는 교집합 영역에서의 “국제법과 행정법의 수렴”일 수도 있다. 이런 발상은 이른바 “지구행정법” 논의로 구체화되는데, 이는 국제적 규제나 “지구적 규율” 그 자체를 행정법화하자는 것이다.⁹¹⁾ 물론 이 현상을 국내

⁹¹⁾ Kingbury *et al.*(註 70).

행정법이론의 국제법 영역으로의 확대에 이해하지 않고, 국제법 내부에서 행정법적 질서가 자생한 것이라고 볼 수도 있을 것이다.⁹²⁾

행정법의 규범력은 국제화된 행정관계에서도 문제없이 발휘될 것이다. 국제화된 행정관계에서는 개별국 의회의 영향력이 미약하고 공통의 법적 틀이 존재하지 않으며 행정공조의 구조가 복잡하다. 또한 국제법은 “연성법(soft law)”이 많고 법원(法源)이 개방구조를 가지고 있다. 하지만 향후 국제공조 영역에서 법의 지배에 대한 존중이 강화될 필요성은 그 어느 때보다 높다. 세계은행이나 CAC에서와 같이 각국 정부가 직접 관여하지 않는 “정부 없는 규율”이 등장하고 국제 NGO가 의사결정 과정에서 중요한 역할을 하며 행정수행에 있어 국제조직의 “이차적” 범형성이 국가의 역할을 축소하는 상황은 국제관계를 행정법적으로 체계화해야 할 필요성을 제고하고 있기 때문이다. 이런 상황에서 국가가 “개방국가(open statehood)”를 지향하는 것은 당연하다.⁹³⁾ 비유하자면 행정법은 제동장치일 뿐만 아니라 국민이 무언가를 수행하고 실현할 수 있도록 돕는 조성작용도 하여야 하는 것이다.⁹⁴⁾ 이제 지구화·국제화 현상은 입헌국가에서 일상성으로 받아들여져야 한다. 그렇다고 한다면, 국제법은 모든 국가의 질서를 위한 정당성의 기초를 형성하도록 노력하여야 하고, 일상성으로 이해된 지구화·국제화는 우리로 하여금 국제공조의 다양한 형식에 대한 규율을 행정법의 중요한 일부분으로 합체할 것을 요구한다고 보아야 한다.

하지만 이런 움직임에 대해서도 경계가 필요하다. 지구행정법 이론이 동 이론의 주창 국가, 즉 미국이나 독일 특유의 기준이나 관행을 “글로벌 스탠다드”로 만드는 도구로 사용되어서는 안 된다. 또한 지구행정법은 당분간 개별적이고 분절적 대응에 그칠 수밖에 없고, 포괄적·체계적 대응을 가능하게 할 “세계정부”의 탄생도 당분간 기대하기 어려울 것이다.

92) 이렇게 이해해야 한다는 주장으로, Schmidt-Abmann(註 71), 2076-77. 한편 가령 행정법을 “도덕적 조정문제”(이는 순수 조정문제와 죄수의 딜레마 문제를 포함한다)를 해결하기 위한 조정 규칙이라고 본다면, 지구적 규모의 시장이 탄생하고 국제 교류가 증대하면서 조정의 필요성은 증대하며 이때 한 나라의 행정법이 이에 대처할 수 없다면, 당연히 “국제적” 성격의 조정이 필요하게 될 것이다. 인터넷을 통한 지구적 소통 현상을 보면, 전자적 소통기술에 대해서 한 나라가 규율한다는 것은 불가능하다. 이는 지구행정법이 필요한 이유이다.

93) Schmidt-Abmann(註 71), 2066-69.

94) Jiunn-rong Yeh, “Globalization, Government Reform and the Paradigm Shift of Administrative Law,” *National Taiwan University Law Review* vol. 5, no. 2, 113, 128-30 (2010).

3. 현실적 방안

따라서 국제법과 행정법 사이의 긴장관계를 현실적으로 해소할 수 있는 방안이 우선 강구되어야 한다. 먼저 조약과 법령이 변화된 상황을 반영해 국제적 공적 권위를 국내 헌법질서에 연계시켜야 한다. 국제공조가 필요하면 조약에 의하여 그 기초를 마련하여야 하고, 조약을 비준할 때 엄격한 심사를 하여 국내법과 정합적으로 작동할 수 있도록 하여야 한다. 또한 관련 법률을 제정할 때 국제적 행정공조 메카니즘을 반영하여, 국제 행정작용에 대한 법적 기초를 마련하고 이를 기존의 법적 기초와 연결하는 규정이 필요하다. 요컨대 “지구적 규율”을 실효적 규범으로 자리매김하도록 조약과 법률의 내용을 정서하고 정치화(精緻化)하여 국법질서와 국제법질서가 정합(整合)하게 할 필요가 있다. 이런 조치에도 불구하고 남는 긴장관계는 국제법합치적 해석방법을 통해 해소할 수밖에 없다. 하지만 여기에도 내재적 한계가 존재하는데,⁹⁵⁾ (국제법합치적 해석의 기초가 되는) 국제예양의 원리도 국내법질서의 보호를 전제로 하기 때문이다.⁹⁶⁾ 이는 주권이 해체되어 지구촌이 하나의 정치공동체가 되기 전에는 불가피한 결과이다.

95) 테러리스트 자금을 관한 유럽인권법원의 판결에 대하여 대립각을 세운 독일연방헌법 재판소의 판결이 이를 잘 보여준다. 2 BvR 2236/04 (2005).

96) 주권에 기초해 자국의 법질서를 보존하는 방안으로 세 가지를 상정할 수 있다. Schmidt-Abmann(註 71), 2072-73. 하나는 국제법의 엄격 존중이 공서양속 보존 조항에 의해 배제되는 것으로 보는 “상향식 접근방법”으로서, 이렇게 배제되는 경우에는 국제관계를 고려하지 않고, 국제법의 국내적 실행을 위한 내부 실행행위가 공서양속 보호를 위해 국내법질서로부터 도출된 기준에 부합하는지 여부만을 심사한다. “하향식 접근방법”은 내부 실행행위의 법적 유효성을 주장함에 있어 국내법질서의 요구만을 고려하는 데 그치지 않고 상위 규범에서 발전해 온 기준을 고려한다. 가령 금융계좌 동결 결정에서, 당해 UN안전보장이사회의 결정이 UN법의 요건을 충족하는지를 보고, 나아가 국제법상의 일반원리(*jus cogens*)의 차원에서 공서양속 유보를 해석하는 것이다. “종합적 접근방법”은 위 두 가지 방안을 종합하는 방안이다. 법의 지배 이념은 하향식 접근방법을 지지하고 민주주의는 상향식 접근방법을 지지함을 근거로 양자 모두가 필요하다고 한다. 기실, 가령 공정한 재판을 받을 권리와 같은, 법의 지배가 지배하는, 기본 가치는 국제법상으로도 존중되므로 하향식 접근방법을 취해도 무방하나, 국내 실행행위는 결국 각국의 헌법이라는 정당화 근거로부터 정당화되어야 하므로 상향식 접근방법도 필요하다는 것이다.

결 어

선(善)에 관한 다른 생각을 가진 사람들이 공동체 생활을 하는 것은 공동생활의 편의를 누릴 수 있기 때문이다. 그러므로 공동체가 유지되기 위해서는 적어도 구성원의 자유가 공동체 참여로 인하여 훼손되지 말아야 하고 동시에 공공 영역이 유지될 수 있을 정도로 삶의 방식에 관한 공감대가 형성되어 있어야 한다. 행정법은 이를 가능하게 한 유력한 수단이었다.

지구화는 행정법에 대하여 새로운 도전을 제기하고 있다. 행정법적 관점에서 본 지구화는 행정법관계의 다원화이자 국민의 권리에 대한 위협이다. 본고의 결론은 행정법(학)은 이 도전에 성공적으로 대응할 것이란 것이다. 행정법은 냉전 전에도 비슷한 도전에 직면했었고,⁹⁷⁾ 국가는 현재와 같은 역할을 계속 수행할 것이며, 행정법학은 응전에 필요한 “장기적 관점”과 “거리”를 가지고 있기 때문이다.

하지만 이 결론은 계속 검증되어야 한다. 지구화는 다양한 논점을 제시하기 때문이다. 본론에서 다룬 “국법과 국제법의 관계”는 더욱 심화된 연구가 필요하고, “국제헌법”이나 “국제기구의 조직·작용”에 관한 연구도 필요하다. 나아가 지구화해법의 근거에는 “국가(정부)와 사회(시장)의 관계,” “법 이외의 사회제어수단”이나 “법과 도덕의 관계”와 같은 철학적 문제가 도사리고 있다. 강호제현의 가르침을 기대한다.

투고일 2012. 8. 6	심사완료일 2012. 8. 30	계재확정일 2012. 8. 31
----------------	-------------------	-------------------

⁹⁷⁾ 이는 다음과 같은 옐리네크의 언명에서도 소명되는 바이다. “국가의 권력을 내재적·절대적으로 무한한 것으로 규정하는 주권이란 용어의 정의는 행정조약의 체계에 의하여 구축된 국가의 역사적 실재와 화해할 수 없다.” Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* 740 (3rd ed., 1913).

참고문헌

- 길준규, “행정법; 세계화 시대의 생존배려 개념의 변화”, **공법학연구** Vol.7 No.5, 343 (2006).
- 김광수, “글로벌 시대의 公益論”, **행정법연구** 통권 19호, 99 (2007).
- 김광수, “수도권규제 완화에 관한 공법적 검토 : 글로벌시대 수도권정비계획의 정비 방향”, **土地公法研究** 제37집 제2호, 21 (2007).
- 김대인, “우리나라 행정계약법제의 발전사(산업화, 민주화, 세계화의 역사적 맥락에서)”, **公法學研究** Vol.9 No.2, 25 (2008).
- 金道昶, **新稿 一般 行政法論 (上)**, 109, 117-20 (1983).
- 김선욱, **(지구화 시대)여성과 공공정책의 변화** (2005).
- 김성수, “세계화(世界化)와 한국(韓國) 민간투자법제(民間投資法制)의 현황(現況)과 문제점(問題點)”, **법학논총** Vol.23 No.3, 127 (2006).
- 김유환, “21세기 New Governance에서의 NGO/NPO의 역할과 과제”, **행정법연구** 제15호, 169 (2006).
- 김 철, “근대 이후의 자유주의의 변용과 경제공법질서의 전개과정(2)”, **세계헌법연구** Vol.16, No.3, 661 (2010).
- 김홍균, “황사피해(黃砂被害)에 대한 국가책임(國家責任)”, **법학논총** Vol.23 No.3, 127 (2006).
- 류병운, “세계행정법(Global Administrative Law)”, **행정법연구** 16號, 231 (2006).
- 박선중, “국제회계기준의 채택과 기업법제의 대응,” **전북대학교 법학연구** 통권 제32집, 453-478 (2011. 5.)
- 徐元宇, “글로벌리제이션과 法”, **저스티스** 통권 제77호, 145 (2004).
- 선정원, “삶의 질, 건강의 보호와 행정법학”, **행정법연구** 제27호, 315 (2010).
- 신효선, **식품의 건강강조표시** 30 (2006).
- 이광윤, “공공서비스 개념의 범세계화에 관한 연구”, **土地公法研究** 제21집, 367 (2004).
- 이동수, “행정법의 세계화”, **土地公法研究** 33輯, 101 (2006).
- 이주운, “인권법적 관점에서 본 국제법과 EU법의 관계”, **국제법학회논총** 제55권 제4호, 216-17 (2010).
- 장경원, “Economic Integration and Integration of Law”, **행정법연구** 제24호, 305

(2009).

鄭南哲, “세계화와 블록화에 있어서 환경보전을 위한 법적 대응”, **公法研究** 제36집 제4호, 515 (2008).

鄭夏明, “Global application of civil penalty and Korean administrative surcharge system”, **공법학연구** 제7권 제5호, 369 (2006).

鄭夏明, “세계화時代의 費用便益分析”, **土地公法研究** 제15집, 177 (2002).

정하명, “행정법 ; 민사제제벌의 국제적 적용과 한국의 과징금제도”, **공법학연구** Vol. 7, No. 5, 369 (2006).

趙柄倫, “세계화와 통일을 위한 인간존중의 실질적 민주주의 실현방안”, **公法研究** 제26집 제2호, 63 (1998).

최송화, “한국에서의 민주주의와 법치주의의 역사적 전개,” (2007).

최승원 배유진, “IT 컨버전스의 이해와 법·기술 방향”, **행정법연구** 제30호, 433 (2011).

韓相範, “21세기 한국 공법과 공법학의 과제”, **亞·太公法研究** 제7권, 5 (2000).

허 영, **세계화와 법적과제** (2008).

헌법재판소, **국제조약과 헌법재판**, 407 (2007.12).

홍석환, “세계화에 따른 주권의 변화에 관한 헌법적 고찰”, **공법학연구** 제10권 제2호, 187 (2009).

原田大樹, “多元的システムにおける行政法學 - 日本法の觀點,” **新世代法政策學研究** vol. 6, 115, 134 (2010).

原田大樹, “本質性理論の終焉? - 國際金融市場規制を素材として,” **新世代法政策學研究** vol. 11, 259, 67-71 (2011).

原田大樹, “國際會計基準採用の法的課題,” **ジュリスト** No. 1380, 2, 4 (2009. 6. 15.).

Aman, Alfred C. Jr., “Introduction: Globalization, Accountability, and the Future of Administrative Law,” *Indiana Journal of Global Legal Studies* 341 (2001).

Beck, Ulrich, *What Is Globalization?* (2000).

Bentham, Jeremy, *Of Laws in General* 253 (H. L. A. Hart ed., 1970).

Bentham, Jeremy, “A Fragment of Government,” in *The Collected Works of Jeremy Bentham* (J.H. Burns and H.L.A. Hart eds., 1977).

Bobbitt, Philip, *The Schield of Achilles: War, Peace and the Course of History* 667

- (2002).
- Bogdandy, Armin von *et al.*, “Developing the Publicness of Public International Law,” in *The Exercise of Public Authority By International Institutions* 3 (Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum *et al.* eds., 2010).
- Cassese, Sanino, “Global Standards for National Administrative Procedure,” *Law and Contemporary Problems* vol. 68, 109 (Summer/Autumn 2005).
- Dann, Philipp and Marie v. Engelhardt, “The Global Administrative Order Through a German Lens: Perception and Influence of Legal Structures of Global Governance in Germany,” *German Law Journal* vol. 12, 1371, 1377-80 (2011).
- Dyzenhaus, David, “The Rule of (Administrative) Law in International Law,” *Law and Contemporary Problems* vol. 68, 127 (Summer/Autumn 2005).
- Esty, Daniel C., “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law,” *Yale Law Journal* vol. 115, 1490 (2006).
- FAO/WHO, *Understanding the Codex Alimentarius* (1999).
- Ferguson, Niall, *The Ascent of Money: A Financial History of the World* 208, 255 (2008).
- Franca, Marcilio T., “Westphalia: A Paradigm? A Dialogue between Law, Art and Philosophy of Science,” *German Law Journal* vol. 8, 955, 56 (2007).
- Friedman, Milton, *Capitalism and Freedom* 19-20 (1982).
- Friedman, Thomas L., *The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century* (2005).
- Garlicki, Lech, “Cooperation of Courts: The Role of Supranational Jurisprudence in Europe,” *International Journal of Constitutional Law* vol. 6, 509 (2008).
- Giddens, Anthony, *The Third Way and Its Critics* ch. 5 (2000).
- Hardt, Michael & Antonio Negri, *Empire* (2001).
- Hasebe, Yasuo, “The Reception of the Rechtsstaat Concept in Japan: Its Contraction in Administrative Law and Expansion in Constitutional Law,” *National Taiwan University Law Review* vol. 4, no. 1, 216 (2009).
- Hasebe, Yasuo, “Images of the Market: Is Competitive De-regulation Inescapable?,” *National Taiwan University Law Review* vol. 4, no. 3, 85, 91-93 (2009).

- Ip, Eric C., "Globalization and the Future of the Law of the Sovereign State," *International Journal of Constitutional Law* vol. 8, 636 (2010).
- Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre* 740 (3rd ed., 1913).
- Joerges, Christian & Jürgen Neyer, "From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Process," 3 *European Law Journal* 273, 294 (1997).
- Johnson, Robert N., "Value and Autonomy in Kantian Ethics," in *Oxford Studies in Metaethics*. vol. 2, 133-48 (R. Shafer-Landau, ed., 2007).
- Kant, Immanuel, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 45 (1797).
- Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, S. 44 (1925).
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State* 124 (Anders Wedberg trans., 1961).
- Kingbury, Benedict *et al.*, "Foreword: Global Governance as Administration - National and Transnational Approaches to Global Administrative Law," *Law and Contemporary Problems* vol. 68, 1 (2005).
- Klabbers, Jan, *An Introduction to International Institutional Law* 313 (2009).
- Koch, Hans-Joachim & Helmut Rüssmann, *Juristische Begründungslehre* 75 (1982).
- Lange, Roel de, "The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights," 1 *European Law Review* 1 (2007).
- Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush* 3 (1960).
- Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory* 21 (1992).
- Mayer, Otto, *II Deutsches Verwaltungsrecht* 454 (1st ed., 1896).
- McDougal, Myres & Harold Laswell, "The Identification and Appraisal of Diverse System of Public Order," *American Journal of Comparative Law* vol. 53, 9 (1959).
- Meijer, Ernestine E., "The International Institutions of the Clean Development Mechanism Brought Before National Courts," 39 *N.Y.U. J. Int'L L. & Pol.* 873 (2007).
- Michaels, Ralf, "The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State," *Indiana Journal of Global Legal Studies* vol. 14, 447 (2007).
- Möllers, Christoph, "Transnational Governance without a Public Law?," in *Constitutionalism and Transnational Governance* 329-37, 31 (C. Joerges, I. Sand, & G. Teubner eds., 2004).
- Nollkaemper, André, National Courts and the International Rule of Law 11 (2011).

- Osiander, Adreas, "Sovereignty, International Relations, and the Westphalian Myth," *International Organization* 251 (2001).
- Osterhammel & Petrusson, *Globalization: A Short History ix* (Dona Geyer, trans., 2005).
- Pereira, Ravi Afonso, "Why Would International Administrative Activity Be Any Less Legitimate? - A Study of the Codex Alimentarius Commission," *The Exercise of Public Authority By International Institutions* 541 (Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum *et al.* eds., 2010).
- Pitschas, Rainer, "Public Administration in a global setting and the rule of law", **한독사회과학논총** Vol.11 No.1, 483 (2001).
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom* 38-57 (1986).
- Raz, Joseph, "Multiculturalism," *Ratio Juris* vol. 11, no. 3 194, 194-95 (1998).
- Rosenfeld, Michel, "Constitutional versus Administrative Ordering in an Era of Globalization and Privatization: Reflections on Sources of Legitimation in the Post-Westphalian Policy," *Cardozo Law Review* vol. 32, 2339 (2010).
- Schmidt-Aßmann, Eberhard, "The Internationalization of Administrative Relations as a Challenge for Administrative Law Scholarship," *German Law Journal* vol. 9, 2061 (2008).
- Schmitt, Carl, *Legality and Legitimacy* 14 (Jeffrey Seitzer ed. & trans., 2004).
- Schmitt, Carl, *The Crisis of Parliamentary Democracy* 8-17 (Ellen Kennedy trans., 1985).
- Sharpiro, Martin, "Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance," *Indiana Journal of Global Studies* vol. 8, 369 (2001).
- Silverstein, Gordon, "Globalization and the rule of law: A machine that runs of itself?", *International Journal of Constitutional Law* vol. 1, 427, 36-42 (2003).
- Slaughter, Anne-Marie, "The Accountability of Governmental Networks," *Indiana Journal of Global Legal Studies* vol. 8, 349 (2001).
- Soros George, *The New Paradigm for Financial Markets: The Credit Crisis of 2008 and What It Means* (2008).
- Stewart Richard B., "The Reformation of American Administrative Law," *Harvard*

- Law Review* vol. 88, 1667 (1975).
- Sunstein, Cass R., *The Partial Constitution* 40-67 (1993).
- Tirard, Manuel, "Privatization and Public Law Values: A View from France," *Indiana Journal of Global Legal Studies* vol. 15, 285 (2008).
- Tully, James, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity* 104 (1995).
- Trubeck, David M., "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism," *Wisconsin Law Review* 720(1972).
- Twining, William, *Globalization and Legal Theory* 250 (2000).
- Verdier, Pierre-Hugues, "Transnational Regulatory Networks and Their Limits," *Yale Journal of International Law* vol. 34, 113 (2009).
- Walker, Neil, "Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders," *International Journal of Constitutional Law* vol. 6, 373 (2008).
- Weber, Max, *Economy and Society* (1978).
- Werksman, Jacob D., "Defending the 'Legitimate Expectations' of Private Investors under the Climate Change Regime," *Georgetown Journal of International Law* 679 (2008).
- Wiener, Jonathan B., "Something Borrowed for Something Blue: Legal Transplants and the Evolution of Global Environmental Law," *Ecology Law Quarterly* vol. 27, 1295 (2001).
- Wittgenstein, Ludwig, *Philosophical Investigation*, par. 18 (1976).
- Wolff, Robert Paul, *The Autonomy of Reason* (1973).
- Yeh, Jiunn-rong, "Globalization, Government Reform and the Paradigm Shift of Administrative Law," *National Taiwan University Law Review* vol. 5, no. 2, 113, 128-30 (2010).

<Abstract>

Globalization and the Administrative Law Responses

Cho, Hong Sik*

Decisions made on the global level not only have influence on rights and obligations of individuals, but also bring structural changes in the governmental system of modern nation-state. This paper aims at examining the impacts of globalization on public law, in particular, on administrative law, and contemplating how these impacts are evaluated and dealt with in terms of administrative law. To meet this goal, this paper first identifies a wide variety of aspects of globalization, translating them into questions of administrative law in order to see the influence of globalization on various legal relationships in which a nation-state is involved. The focus here is mostly on how democracy and individual rights are affected by globalization. Next, globalization will be analyzed through constitutional assessment based on the values of liberal democracy. Then, the possible responses of public law adoptable by each legislative, administrative and judicial body will be discussed. Finally, the paper will review international law issues of globalization and conclude with an optimistic prospect that administrative law scholarship will successfully meet the legal challenges that globalization provides.

Keyword: administrative law, constitutional values, global administrative law, global governance, globalization, international constitution, legal pluralism, liberal democracy, market-state, nation-state, privatization, public law, proportional constitutionalism, transnational regulatory network (TRN), Verordnungsermächtigung

* Professor, College of Law/ School of Law, Seoul National University.

