

지구화, 주권, 민주주의:

미국에서 국제법의 수용을 둘러싼 논쟁에 관한 고찰*

김준석 | 가톨릭대학교 국제학부 조교수

본 논문은 주권과 민주주의를 지키기 위해 점점 더 많은 수의 국제법이 국내법의 지위를 획득하는 경향에 보다 신중한 대응이 필요함을 역설하는 미국의 신주권주의 국제법학자들의 논의를 살펴보고 비판적으로 평가하는 것을 목적으로 한다. 신주권주의자들은 냉전 종식 이후 세계정치 무대에서 기존 국제법과는 다른 새로운 종류의 국제법이 그 영역을 확대하고 있음을 지적하면서 이러한 추세에 맞서 민주주의적 헌정질서의 순수성을 보존하기 위해 국제법이 국내법으로의 수용과 편입을 제한할 수 있는 절차 및 장치의 중요성을 옹호한다. 신주권주의자들은 또한 연방대법원을 비롯한 미국 법원의 일부 판사들이 정식 비준절차를 거치지 않은 국제법과 다른 국가의 법과 판례를 판결문에 인용하는 관행, 특히 헌법 해석에 인용하는 관행에 반대한다. 이들은 그러한 방식의 사법적 판단이 다수 국민의 견해와 이익을 충실하게 반영하지 못한다고 본다. 본 논문에서는 신주권주의자들의 주장을 살펴본 후 이들의 견해가 지구화 시대 민주주의의 성격과 변화 가능성에 대한 제한적인 이해에 기초하고 있음을 지적한다.

주제어: 국제법, 신주권주의, RUDs, 민주주의, 주권, 지구화

* 본 논문은 2012년 가톨릭대학교 교비연구비의 지원으로 작성되었음.

I. 들어가며

잘 알려져 있다시피 미국, 미국인들은 오랜 기간 국제법의 국제규범으로서의 지위와 이의 국내법으로의 수용에 대해 비판적, 회의적인 입장을 견지해 왔다. 2002년 ‘국제형사재판소의 설립을 위한 로마협약(Roman Statute of the International Criminal Court)’의 비준을 거부하고 조약 당사국 지위를 포기한 유명한 사건은 조지 W. 부시 행정부의 독특한 이념적 성향에서 비롯된 것으로 간주할 수 있다. 하지만 이외에도 미국 정부는 트루먼 대통령이 1948년 ‘대량학살의 방지와 처벌에 관한 협약(Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)’에 서명한 이후 40년이 지난 1988년에야 이를 비준했을 뿐만 아니라, 현재에도 ‘아동인권협약(Convention on the Rights of the Child)’, ‘여성차별금지협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)’, ‘경제, 사회, 문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)’ 등 주요한 다자간 국제협약에 대한 비준을 거부하고 있다. 미국은 또한 국제협약에 서명하고 이를 비준하는 경우에도, 협약 내용 전체를 준수하는 대신 필요하다면 자국의 이해관계에 부합하지 않는 조약의 무의 이행으로부터 예외적으로 면제받을 수 있는 권리를 인정받아야 한다는 입장을 고수하고 있다. 다자간 국제협약체제에서 특별한 지위를 누릴 수 있어야 한다는 것인데, 예컨대, 미국 상원은 1997년 4월 ‘화학무기금지협약(Cheical Weapons Convention)’을 비준하면서 28개에 달하는 유보사항을 부가했다(Chayes, 2008: 49-54).

물론 이러한 사례들로부터 미국이 국제법의 필요성에 대해 전적으로 회의적인 입장을 취한다고 보는 것은 지나치게 성급한 결론이다. 사실 미국의 국제법에 대한 태도는 복잡 미묘하다(Koh, 2003: 1483-1487; Bishai, 2008). 미국이 국제법 자체의 유용성을 문제 삼는 것은 아니다. 그보다는 국제법의 역할 증대에 따른 국내적 파급효과에 대한 우려가 두드러지고 있다. 너무 많

은 국제법이 너무 쉽게 국내법으로서의 지위를 획득하는 것, 그렇게 됨으로써 미국 내 정치과정의 독자성과 자율성이 잠식될 가능성에 대한 경계심이 두드러지고 있다. 특히 ‘신주권주의자(new sovereigntists)’로 알려진 일군의 미국 국제법 학자들은 국제법의 국내적 수용이 주권의 잠식으로 이어질 가능성을 우려한다(Spiro, 2000: 9-15).

여기에서 주권은 가장 전통적인 의미의 주권, ‘국가의 의사 결정과 질서유지에 있어서의 최종적인 권위’로 이해된다(Philpott, 2010). 즉 주권은 법을 제정하거나 정책을 수립하여 일정한 지역에 거주하는 모든 이들에게 이에 대한 복종을 명령할 수 있는 국가의 궁극적인 권한을 의미한다. 이러한 최종 권한으로서의 주권은 그 논리적인 귀결로서 국내 사안에서 외부 권위의 간섭을 배제할 권한을 포함한다. 민주주의 국가에서 이 외부의 간섭을 받지 않는 최종적인 권위로서의 주권은 국민 전체에게 있는 것으로 간주되므로 국제법이 주권을 잠식한다고 할 때의 의미는 국가 외적인 기원을 가지는 국제법의 역할 증대로 인해 인민주권의 원칙이 손상된다는 뜻으로, 보다 구체적으로는 민주적인 의사결정과정의 잠식된다는 뜻으로 이해될 수 있다.

신주권주의자들은 바로 이러한 점을 문제 삼으면서 미국의 주권과 민주주의를 지키기 위해 점점 더 많은 수의 국제법이 국내법의 지위를 획득하는 추세에 맞서 ‘방벽’을 세울 필요성을 역설하고 있다(Drolet, 2010). 얼핏 보기에 도 지극히 보수적인 성향을 지닌 이들 신주권주의자들은 자신들의 견해를 논쟁적으로 제기하는 것으로도 잘 알려져 있다. 특히 이들은 국제법의 수용에 상대적으로 전향적인 입장을 취하는 이른바 ‘국제주의자들(internationalists)’, 즉 진보적인 국제법학자들, 인권변호사들, 적극주의 판사들(activist judges), 환경운동가 등을 신랄하게 공격한다. 현재 미국 국제법 학계에서 이들 신주권주의자들이 주류를 이루고 있지는 않다(Verdirame, 2007: 506). 이들의 때때로 과도하게 논쟁적이고, 일부 학자들의 경우이기는 하지만, 자신들의 정치적 지향을 지나치게 솔직하게 드러내는 태도는 신주권주의를 본격적인 학문 담론으로 보기 어렵게 만든다는 지적도 제기된다.¹

1. 예컨대 부시 행정부 하에서 주유엔 미국대사를 역임한 존 볼턴(John Bolton) 같은 이가 대표적이다(Mansell and Haslam, 2005).

하지만 스타일이나 정치적 의도와는 별개로 신주권주의자들이 매우 의미심장한 문제를 제기하고 있다는 점 역시 분명해 보인다. 무엇보다 국제법의 역할 확대가 인민주권의 원칙과 민주적인 의사결정과정을 잠식한다는 신주권주의자들의 주장은 그 자체로 진지하게 숙고해볼 필요가 있다. 더 나아가 신주권주의자들의 주장은 오늘날의 전반적인 국제정치상황과 관련하여 지구화의 진전과 함께 그 역할 범위를 확대해 나가고 있는 국제 거버넌스 체제의 ‘정당성’에 관한 유의미한 문제 제기로 이해될 수 있다(Buchanan and Powell, 2008; Keohane et al., 2009). 신주권주의 국제법학자들은 국제제도를 통한 국가들 간 협력의 가능성에 회의적이거나 비판적인 견해를 취한다는 점에서 현실주의 국제정치학과 입장을 같이 한다. 다만 양자가 그러한 결론을 지지하는 근거에서 현실주의자들이 제도나 공유된 관행 등을 통해 완화되거나 상쇄되지 않는 국가의 이기적인 이익추구 행태를 강조하는데 반해, 신주권주의자들은 주권원칙과 민주주의적 가치의 잠식에 대한 우려에서 국제제도의 정당성을 문제 삼는다는 점에서 차이를 보인다.

따라서 신주권주의 국제법학자들의 주장이 짙은 정치색을 띠고 있음을 인정하는 것과는 별도로 오늘날의 국제정치학이 직면한 주요 이슈로서 이들의 견해를 면밀하게 살펴볼 필요가 있다. 본 논문에서는 바로 이러한 과제에 도전한다. 본 논문에서는 특히 신주권주의자들이 지구화와 주권, 민주주의의 상호관계에 관해 의미 있는 문제제기를 하고 있다고 보고, 이러한 관점에서 이들의 주장을 재구성하고 비판적으로 평가한다. 이를 위해 본 논문에서는 국제법의 역할 제한을 지지하는 신주권주의자들의 주장을 두 가지 차원으로 나누어 살펴본다. 먼저, 국제법의 미국 국내법으로의 수용이 최대한 민주적인 의사결정절차에 의거해서 이루어져야 한다는 신주권주의자들의 주장을 살펴본다. 신주권주의자들은 냉전 종식 이후 세계정치 무대에서 기존 국제법과는 다른 새로운 종류의 국제법이 그 영역을 확대하고 있음을 지적하면서 이러한 추세에 맞서 민주주의적 헌정질서의 순수성을 보존하기 위해 국제법이 국내법으로의 수용과 편입을 제한할 수 있는 절차 및 장치의 중요성을 옹호한다. 둘째, 신주권주의자들은 연방대법원을 비롯한 미국 법원의 일부 판사들이 정식 비준절차를 거치지 않은 국제법과 다른 국가의 법과 판례를 판

결문에 인용하는 관행, 특히 헌법 해석에 인용하는 관행에 반대한다. 클래런스 토머스(Clarence Thomas) 미국 대법원판사의 표현을 빌리면 법원이 국내법을 해석함에 있어서 미국민들에게 “외국의 분위기, 유행, 관행(foreign moods, fads, fashions)” 등을 강요하는 우를 범해서는 안 된다는 것인데, 이러한 견해에는 법원의 그러한 사법적 판단이 다수 국민의 견해와 이익을 충실하게 반영하지 못한다는 믿음이 전제되어 있다. 다음 제2장과 제3장에서는 이 두 가지 차원을 중심으로 신주권주의 국제법학자들의 주장을 살펴본다. 제4장에서는 이들의 견해가 지구화 시대 민주주의의 성격과 변화 가능성에 대한 제한적인 이해에 기초하고 있음을 지적한다.

II. 새로운 국제법, RUDs, 비(非)자기집행(non-self-execution)

1. 새로운 국제법의 등장

미국인들이 국제법에 대해 비판적, 회의적인 태도를 취하는 것은 다양한 요인들로 설명될 수 있다. 어떤 이는 초강대국의 지위에서 기원하는 ‘오만과 편견’을 꼽을 것이고, 다른 이는 미국 헌정주의 전통의 특수한 성격을 지적할 것이다. 또 다른 이는 미국의 국제법 회의주의가 미국의 독특한 정치지형, 정치제도 또는 정치문화의 소산이라고 주장할 것이다(Moravcsik, 2005). 최근 미국 국제법학계에서 신주권주의가 등장하고 목소리를 높이고 있는 상황 역시 이와 같은 요인들이 결합된 결과로 볼 수 있다. 하지만 신주권주의자들은 자신들의 입장이 냉전 종식 이후 지구화의 진전과 함께 일어난 국제법의 성격 변화에 대한 대응의 일환으로 간주되어야 한다고 주장한다. 그렇다면 무엇이 변화했는가?

크게 국제법의 내용적인 측면과 절차적인 측면으로 나누어 생각해볼 수 있다. 먼저 그 내용에서 새로운 국제법은 국가와 국가 사이에서 발생하는 문제를 주로 다루던 이전의 국제법과는 달리, 오랜 기간 주권국가의 배타적인

업무영역에 속한 것으로 간주되던 사안들을 다룬다. 예컨대 국제인권법은 주권국가의 정부가 자국민에 대해서 취할 수 있는 정책과 행동의 한계를 설정하는 역할을 담당한다(Gardbaum, 2008: 752). 또한 WTO에서 만들어지는 국제무역과 관련한 법과 규칙들은 독자적인 판단에 따라 각종 정책을 자율적으로 수립하고 실행할 수 있는 주권국가의 능력을 심각하게 제약한다. 국제무역에서 환경기준 설정 문제에 관한 한 신주권주의자의 다소 과격한 표현을 직접 인용하면, “WTO의 몇몇 기술 관료들이 미국민들로 하여금 더러운 가솔린을 쓰게 하고, 결과적으로, 더러운 공기를 마시게 하는” 상황이 초래되었다고 본다(Stephen, 1999: 1550-61). 국제법이 국가들 사이의 관계를 규율하는데 그치지 않고, 시민들의 삶에 직접 영향을 끼치게 되었다는 것이다.

절차의 측면에서 보면 국제법이 만들어지는 과정에서 국가의 동의가 갖는 중요성이 현저하게 감소했음을 지적할 수 있다. 일반적으로 국제법은 크게 두 가지 방식으로 성립된다고 알려져 있다. 하나는 주권국가가 조약에 서명하고 비준하는 과정을 통해서이고, 다른 하나는 국가들 사이에서 일정 기간 이상 지속적으로 지켜져 온 관행이 국제관습법의 지위를 부여받는 경우이다. 즉 조약과 관습은 중요한 조약의 ‘원천’이다. 하지만 최근 들어 이 양자로부터 국제법이 성립되는 방식에 의미심장한 변화가 일어났다.

먼저 조약의 경우 조약을 비준한 국가들이 조약의 이행을 감독하고 관리할 권한을 가진 독립적인 기구의 설치에 합의하는 사례가 증가했다. 이 기구들은 일단 권한을 부여받으면 이를 이용하여 조약당사국의 구체적인 권리와 의무를 결정한다. 그런데 최근 그러한 권한 행사가 상당히 자율적으로 이루어져서 조약당사국들이 조약에 서명할 당시에는 미처 예상하지 못했고, 따라서 결코 동의한 바 없는 의무를 부여받는 사례가 크게 증가했다. WTO의 분쟁해결기구가 분쟁을 중재하는 과정에서 회원국들에게 새로운 의무를 부과하는 현상이 대표적이다(Kumm, 2004: 913-15). 국제관습법의 경우 무엇이 국가들 사이의 정착된 관행으로 간주되어 관습법으로 성립될 자격을 부여받는지 결정하는 기준이 점차 느슨해지고 있다. 예컨대 국제인권법이 과거에 비해 국제관습법으로서의 지위를 보다 쉽게 부여받을 수 있다는 견해가 힘을 얻고 있다(Bradley and Goldsmith, 1997: 839-40).

물론 모든 영역, 모든 종류의 국제법이 이러한 변화를 겪고 있는 것은 아니다. 변화는 국제인권법, 국제해양법, 국제환경법, 국제통상법, 국제형사법 등 일부 영역에서 집중적으로 일어나고 있다. 하지만 적어도 이 영역들에서는 국제법이 개인의 삶을 직접 규율하거나 정부의 권한행사를 상당한 정도로 제한할 수 있게 되었다. 피터스(Anne Peters, 2006: 585) 등은 국제법의 이와 같은 변화를 ‘국제입헌주의(international constitutionalism)’의 등장과 성립이라는 관점에서 이해할 것을 제안한다.² ‘헌법(constitution)’을 어떤 정체의 기본적인 구조와 작동원리를 정의하고, 이를 조직화, 제도화, 정당화하는 일련의 규칙과 규범으로 정의할 수 있다고 할 때, 앞서 언급한 국제법은 각각의 영역 내에서 기본적인 제도적 질서와 근본 가치를 정의하고 지지한다는 점에서 ‘헌법적 기능’을 담당하는 것으로 볼 수 있다는 것이다. 예를 들면, 국제인권법의 경우 흔히 ‘국제인권장전’으로 불리는 ‘세계인권선언’, ‘인종차별금지국제규약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)’, ‘국제인권규약(International Human Rights Convention)’ 등이 전 세계 모든 시민의 기본권을 규정한다는 점에서 인권 문제와 관련하여 헌법적 기능을 수행한다고 볼 수 있다(Gardbaum, 2008: 756). WTO의 각종 협약 및 규칙들 역시 경제적 자유의 기본 가치가 정치적 흥정의 대상이 되지 않게 하는 것을 궁극적인 목표로 한다는 점에서 헌법적인 기능을 수행한다고 할 수 있다(Howse and Nicolaidis, 2003: 75).

2. RUDs와 비자기집행

‘국제입헌주의’가 과연 국제법의 최근 변화 양상을 정확하고 적절하게 포착한 개념인지의 여부를 두고서는 의견이 엇갈릴 수 있다. 한 가지 분명한 점은 이 개념의 타당성을 옹호하는 이들은 국제법의 역할 확대를 호의적인 시각에서 바라본다는 것이다. 이러한 경향은 유럽의 국제법학자들에게서 특

2. ‘국제입헌주의’에 관한 논의를 위해서는 대표적으로 Dunoff and Trachtman(2009)에 실린 논문들을 참조하시오.

히 두드러지게 나타나고 있다(Laidi, 2008: 113-23). 반면, 신주권주의자 국제법학자들은 국제법이 헌법적 기능을 수행하는 최근의 경향에 대해 우려 섞인 시선을 보낸다. 이들 신주권주의자들은 국제법의 부당한 간섭으로부터 주권의 ‘순수성’을 지킬 필요성을 역설한다. 이들은 미국의 정책은 미국의 특수한 이익과 결코 분리될 수 없으며, “미국이 국내적으로 어떤 나라가 되고자 열망하는지에 관계없이 외부 세력이나 상황에 의해 미국의 이익이 정의”되는 것은 결코 용인될 수 없다고 주장한다(Rabkin, 2005: 99). 신주권주의자들의 이러한 입장은 정치적 보수주의자로서 가지는 고립주의적, 자국중심주의적, 현실주의적 성향의 산물이다. 이들의 국제법 회의주의는 세계 속에서 미국의 위상 혹은 미국과 세계의 관계에 관한 지극히 보수적인 태도를 반영한다(Verdirame, 2007: 557).³

하지만 신주권주의자들의 주장은 정치적 보수주의를 넘어 보다 일반적 차원의 호소력과 설득력을 가진다는 점 역시 기억할 필요가 있다. 신주권주의를 특정한 정치적 편향의 산물로 간단히 치부해버릴 수 없다는 것이다. 이는 신주권주의자들이 국제법의 적용범위를 제한하고 미국의 주권을 보호하기 위해 ‘유보, 양해, 선언(reservations, understandings, declarations, RUDs)’을 옹호하는 방식에서 잘 확인된다. RUDs는 국제조약, 특히 다자조약에 서명할 때 조약의 내용 전체를 그대로 수용하는 대신 일정한 조건을 부가하는

3. 물론 신주권주의자들이 본격적으로 자신들의 주장을 개진하기 훨씬 이전부터, 1829년 *Foster and Elam v. Neilson* 판결에서 당시 존 마셜(John Marshall) 대법원장이 국내적인 효력 발생을 위해 별도의 입법이 필요한 국제조약과 그렇지 않은 국제조약을 구분한 이래, 주권주의와 국제주의 사이의 논쟁은 계속되어 왔다. 예컨대 국가의 최고법으로서 국제조약은 주(州)의 권리에 우선한다고 명시한 1920년 *Missouri v. Holland* 판결은 이후 1950년대 브릭커(John Bricker) 상원의원의 헌법수정안을 둘러싼 논쟁을 불러일으켰다. 또한 1900년 *Paquete Habana* 사건에서 대법원은 국제관습법이 국내적으로 효력을 갖는다고 판결했을 뿐만 아니라 그러한 법의 성립 절차를 규정하기도 했는데, 이 판결에서 “국제법은 우리(미국)법의 일부이다”라는 후에 국제주의자들이 즐겨 인용하게 된 문구가 등장했다. 하지만 1938년의 *Erie R.R. Co. v. Tompkins* 사건에서 대법원은 연방헌법과 의회의 법령에 의해 직접 관할되는 영역 이외의 영역에서는 오직 주법만이 적용된다고 판결했는데, 이는 국제관습법을 ‘일반보통법(general common law)’의 일종으로 보는 관례에 비추어 볼 때 국제관습법의 국내적 효력을 결정적으로 부인하는 판결로 이해되었다(Murphy, 2004: 74-115). 1997년 브래들리와 골드스미스(Bradley and Goldsmith, 1997)는 바로 이 점을 재조명함으로써 주권주의와 국제주의 사이의 논쟁을 재점화했다.

것을 지칭한다. 여기에서 특히 조약의 특정한 조항으로부터 예외를 인정받고자 하는 동기가 주요하게 작용한다. 예컨대 미국은 ‘인종차별철폐에 관한 국제협약(Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)’의 인종차별적인 혐오발언(hate speech)을 금지하는 협약 제4조가 표현의 자유를 보장하는 미국 수정헌법 제1조에 저촉된다고 주장하여 이 조항의 적용을 받지 않는다는 조건으로 협약에 서명했다. 또한 미국은 지난 1994년 비준한 ‘고문방지협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)’의 경우에도 협약의 “잔혹한, 비인도적인, 또는 굴욕적인 대우나 처벌”이 미국 수정헌법 제5조, 제8조, 제14조의 “잔혹한, 비통상적인, 비인도적인 대우와 처벌”을 의미하는 경우에만 협약에 구속된다는 ‘유보’ 사항을 부기한 바 있다. 이와 함께 미국은 협약에서 사용되는 “고문”, “제재”, “묵인” 등의 용어의 정의에 관한 미국의 ‘이해’를 부기했다(Chayes, 2008: 51-53; “U.S. reservations, declarations, and understandings, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”).

신주권주의 국제법학자들은 세 가지 이유를 들어 이와 같은 RUDs의 필요성과 정당성을 옹호한다. 신주권주의자들은 RUDs를 적극 활용하는 것이 실제적으로 유용하고, 헌법에 의해 정당화되며, 민주주의의 원칙에 비추어 볼 때 타당하다고 주장한다. 첫째, RUDs는 유용하다. 브래들리(Curtis Bradley)와 골드스미스(Jack L. Goldsmith)는 이를 다자조약의 형태를 취하는 국제인권협약의 예를 들어 설명한다. 먼저, 국제인권협약에서 사용되는 언어는 종종 모호하고 자의적으로 해석될 여지가 크다. 만일 아무런 조건을 부가하지 않고 협약을 국내법으로 수용한다면 이는 정확한 법해석을 둘러싸고 수많은 소송을 불러올 가능성이 크다(Bradley and Goldsmith, 2000: 400). 둘째, 정치적, 문화적으로 다양한 배경을 가진 국가들은 인권협약에 대해 상당히 다른 종류의 기대를 갖기 마련이다. 이는 국가들이 인권의 본질에 대해 서로 다른 견해와 입장을 취하기 때문인데, RUDs는 그러한 차이를 조정하고 일정한 합의에 도달하게 하는데 유용한 수단이 될 수 있다(Bradley and Goldsmith, 2000: 457-58). 셋째, 이는 특히 미국의 경우에 해당되는 내용인

데, 브래들리와 골드스미스에 따르면, 미국 시민들은 권리장전과 남북전쟁 이후 채택된 수정헌법 제13, 14, 15조 등을 통해 보장되는 인권보호의 전통을 매우 자랑스럽게 여기고 있다. 이들은 국제인권협약에의 참여가 이러한 전통을 손상할 가능성에 대해 우려하고 있으며, 따라서 미국이 그러한 국제협약에 참여하기보다는 민주적으로 통치되고 인권이 효율적으로 보장되는 사회의 모범을 보임으로써 인권규범의 발전에 더 잘 기여할 수 있다고 믿는 경향이 있다. RUDs는 이러한 믿음을 가진 미국인들로 하여금 국제인권협약에의 참여에 대해 보다 전향적인 태도를 취하도록 설득하는데 유용할 수 있다(Bradley and Goldsmith, 2000: 458, 465).

다음으로, 신주권주의자들은 RUDs가 유용할 뿐만 아니라 미국의 헌법에 의해 보장되는 관행임을 강조한다. 신주권주의자들은 RUDs 중 특히 ‘비(非) 자기집행(non-self-execution)’을 선언하는 것이 헌법에 의해 보장됨을 입증하는데 초점을 맞춘다. 비자기집행은 정부가 조약이나 국제협약에 서명하고 비준했다라도 그것이 자동적으로 국내법으로 수용되지 않는다는 원칙을 의미한다. 이를 옹호하는 이들은 미국에서 조약이나 국제협약이 국내적으로 효력을 발생하기 위해서는 상원과 대통령의 동의 이외에도 연방하원의 동의를 얻어야 한다고 주장한다. 미국 정치시스템 내에서 하원이 가장 중심적인 입법기관이기 때문이다. 물론 이와 같이 조약의 효력 발휘를 위해 별도의 절차를 거치는 과정에서 조약이 그대로 수용되리라 기대하기 어렵다. 조약의 효력 발생을 위한 입법 자체를 거부할 수 있는 권한을 가진 하원이 많은 경우 조약의 내용을 선택적으로 수용하는 경향을 보일 것이기 때문이다.

신주권주의자들이 조약의 비자기집행이 헌법에 의해 보장됨을 강조하는 것은 이에 비판적인 국제법학자들, 그들이 ‘국제주의자들(internationalists)’이라 부르는 이들이 미국헌법 제6조 제2절의 이른바 ‘우위조항(Supremacy Clause)’을 근거로 들어 자신들의 주장을 정당화하기 때문이다.⁴ ‘우위조항’

4. 대표적으로 헨킨(Louis Henkin, 1995: 346)은 국제조약이 비자기집행적임을 선언하는 것이 헌법에 위배됨을 지적하면서 다음과 같이 주장한다. “헌법 제6조는 조약에 의한 입법을 명확하게 규정하고 있다. 즉 조약은 국가의 최고법이다. 헌법제정자들은 조약이 일단 체결되면 그 자체로서 법이 된다고 보았다. 조약이 미국의 법이 되기 위해 별도의 입법을 필요로 하지 않는다는 것이다. 결과적으로 조약에 의한 입법은 의

은 “본 헌법에 준거하여 제정되는 미국의 법률 그리고 미국의 권한에 의하여 체결되거나 체결된 모든 조약은 이 국가의 최고의 법(the Supreme Law of the Land)이며, 모든 주의 법관은, 어느 주의 헌법이나 법률 중에 이에 배치되는 규정이 있을지라도, 이 헌법에 구속을 받는다”고 규정하고 있다.⁵ 이는 연방법과 함께 조약이 미합중국의 최고법임을 의미하는데, 국제주의자들은 이를 조약이 국내법적인 효력을 갖기 위해 별도의 입법을 필요로 하지 않는다는 뜻으로 이해한다.

대표적인 신주권주의자인 존 유(John Yoo)는 이와 같은 국제주의자들의 주장을 반박한다. 그에 따르면 우위조항에서 “헌법에 준거하여 제정되는 미국의 법률”과 “미국의 권한에 의하여 체결되거나 체결된 모든 조약”이 함께 언급된 것을 양자가 헌법상 동일한 지위를 부여받은 것으로 해석해서는 안 된다. 오히려 헌법에서 조약을 체결할 권한을 입법기관인 의회에 부여하지 않고 행정부 수반인 대통령에게 부여했다는 점을 고려하면 양자는 전혀 다른 성격을 지닌 것으로 보아야 한다. 물론 조약의 비준을 위해서는 상원의 동의가 필요하다. 하지만 상원의 참여만으로 조약이 일반 법률과 같은 지위를 획득하는 것으로 보기는 어렵다. 상원의 참여는 조약을 체결하고 비준하는데 있어서 행정부의 독단을 방지하고 외교업무에 연속성과 경륜을 부여하기 위한 목적에서 규정되었다고 보는 편이 보다 정확하다(Yoo, 1999: 1965-66).

존 유와 브래들리, 골드스미스는 우위조항의 진정한 목적은 주법에 대한 연방법의 우위를 보장하는데 있다고 주장한다. 이러한 연방법의 우위에는 연방정부가 조약의 집행을 위한 입법을 할 수 있는 권한과 그렇게 제정된 법을 주법의 상위에 위치시킬 수 있는 권한이 포함된다. 즉 조약은 별도의 입법과정을 거쳐 국내법으로서의 지위를 획득하는 한에서만 최고법으로 인정될 수 있다는 것이다. 애초에 헌법제정자들은 우위조항을 통해 조약이 어떤 절차도

회에 의한 입법의 대체물이 된다.”

5. 원문은 다음과 같다: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.”

거치지 않고 국내적으로 효력을 발휘할 수 있게 하는 것을 의도하지 않았다. 이러한 사실을 간과하고 이 조항에서 비자기집행을 부정할 근거를 찾고자 하는 일부 국제주의자들의 주장은 헌법의 명백한 오독이라 결론내릴 수밖에 없다(Yoo, 1999: 1978; Bradley and Goldsmith, 2000: 447-48).⁶

마지막으로, 신주권주의자들은 RUDs가 유용하고 헌법에 의해 보장되는 권리일 뿐만 아니라 민주적인 정당성의 문제와도 관련된다고 주장한다. 신주권주의자들은 새로운 국제법의 확산과 함께 국가의 명시적인 동의 없이 느슨한 기준에 따라 국제법의 지위를 획득한 규칙과 규범이 정부를 매개로 하지 않은 채 시민들의 삶을 직접 규율하는 현상이 일반화될 경우 주권원칙이 잠식될 뿐만 아니라 미국과 같이 인민주권의 원칙이 확립된 곳에서는 민주적인 의사결정과정에서 훼손되는 결과가 나타나리라고 주장한다. 이들은 또한 민주적으로 선출되지 않았기 때문에 정치적으로 어떠한 책임도 지지 않는 소수의 국제엘리트 집단에 의해 제정된 법과 규칙이 시민들의 삶을 지배할 경우 그들의 자치권과 자결권은 심각하게 손상되리라고 주장한다(Rubinfeld, 2004; 1994-95; Bianchi, 2004: 780; Young, 2003: 528-29, Hathaway, 2008: 118, 125-26).

예컨대 신주권주의자들에 따르면 WTO가 설립 조약 체결 당시 예상되거나 기대되지 않았던 새로운 의무를 미국에 부과한다면 이는 대통령과 상원에 부여된 조약에 관한 권한을 포기하는 것과 다를 바 없고, 그 결과 이 선출되지 않은 국제기구의 미국민의 삶에 대한 영향력은 계속 증대될 것이다. 신주권주의자들은 또한 설령 WTO가 미국 정부의 동의를 얻어 새로운 의무를 부과한다 하더라도 그 동의 과정에 상하 양원 모두가 포함되지 않는다면, 즉

6. 존 유는 자신의 이러한 주장을 뒷받침하기 위해 헌법제정자들의 발언을 광범위하게 인용한다. 예컨대 제임스 매디슨(James Madison)은 1788년 5월에 작성한 한 서한에서 조약을 체결하는데 있어서 하원에 공식적인 참여의 권한이 주어지지 않지만, 그럼에도 불구하고 조약의 실제 집행에서 이 입법기관의 “승인과 협력(approbation and cooperation)”은 필수적이라고 언급한 바 있다. 또한 매디슨은 같은 서한에서 하원의 예산 통제 권한은 간접적인 방식으로도 조약의 체결과정에 영향을 미칠 수 있는 강력한 수단이 될 수 있다고 주장한 바 있는데, 이는 동의하지 않는 조약에 대한 예산 전용을 거부함으로써 사실상 조약의 국내적 수용을 통제할 수 있는 권리가 하원에게 있다는 의미로 이해될 수 있다. 존 유는 매디슨이 사실상 조약의 비자기집행 원칙을 옹호했다고 주장한다(Yoo, 1999: 2060-61).

국민에 의해 선출되어 국민의 의사를 대표하는 양대 입법 기관의 동의를 얻지 않는다면, 그러한 방식은 민주적 정당성을 부여받을 수 없다고 주장한다(Bradley, 2003: 1574). 한마디로 신주권주의자들은 민주적으로 제정되지 않은 법과 규칙이 국내법의 지위를 부여받는 것에 대해 강한 거부감을 표시한다. 미국에서 민주주의적인 헌정전통이 수백 년 동안 중단 없이 이어져 내려왔다는 점을 감안하면 그러한 거부감은 더욱 커지게 된다(Michelman, 2005: 264-65).

이러한 시각에서 볼 때 오늘날 유럽연합이 작동하는 방식은 신주권주의자들에게 매우 심각한 도전을 제기한다. 통합의 진전과 함께 민주적으로 선출되지도, 통제되지도, 책임지지도 않는 유럽연합의 기구와 제도들이 회원국들로부터 점점 더 많은 권한을 위임받아 시민들의 삶에 직접적인 영향을 끼치는 규칙과 법들을 점점 더 많이 만들고 있기 때문이다(Rabkin, 2005: 130-57). 흔히 ‘민주주의의 결핍(democratic deficit)’으로 알려진 이 현상은 현재 유럽연합 내에서도 시급한 대처가 필요한 사안으로 인식되고 있다. 하지만 신주권주의자들에게 유럽연합의 민주주의 결핍은 유럽인들에게 있어서보다 훨씬 더 심각한 문제로 이해된다. 예를 들어 케이시(Lee A. Casey)와 리프킨(David B. Rivkin Jr.)은 유럽연합의 제도들은 “중양집권적이고 정치적으로 책임을 지지 않는 관료들이 정책을 발의하고 집행”한다는 점에서 근세 초 절대주의 왕정의 제도들과 유사성을 지닌다고 지적한다(Casey and Rivkin, 2001: 46-47). 이들은 다음과 같이 탄식하듯 주장한다. “유럽 프로젝트가 미국이 당연시하는 민주주의 모델로부터 얼마나 멀어졌는가! 인민주권의 원칙은 폐기되었다. 또 선출된 관리들만이 행사할 수 있는 정당한 권위의 궁극적인 원천이었던 시민은 이제 정부의 의사결정과정에서 관여하는 몇몇 이해당사자들 중 하나로 인식될 뿐이다”(Casey and Livkin, 2001: 48-49).

이러한 상황에서 신주권주의자들에게 RUDs는 국제법의 비민주적인 성격을 완화할 수 있는 최소한의 안전장치로 인식된다. 점점 더 그 독립성과 권한을 강화하고 있는 국제법을 체결하는데 있어서 민주적으로 선출된 정부가 ‘운신의 폭’을 확보할 수 있는 수단이 되기 때문이다. 예컨대 인종차별적인 혐오발언을 금지하는 조항으로부터 면제되는 조건으로 ‘인종차별철폐에 관한

국제협약'에 서명함으로써 미국 정부는 '표현의 자유'가 시민의 가장 기본적인 권리임을 믿는 미국인들의 신념을 적절히 고려할 수 있었다. 비자기집행 원칙에서 주장되듯이 상원과 하원 모두를 조약의 국내법으로의 수용 과정에 포함시킨다면 그 운신의 폭은 더욱 확대될 것이다.

신주권주의자들에게 민주주의의 문제는 RUDs의 필요성을 입증하는 가장 중요한 근거라고 할 수 있다. 유용함을 강조하거나 헌법상의 권리임을 주장하는 것에 비해 민주주의는 보다 큰 보편적 호소력을 지니기 때문이다. 따라서 신주권주의에 대한 비판적 고찰의 초점은 바로 이 부분에 맞추어질 필요가 있다. 이는 제4장에서 다루어질 것이다. 그 전에 다음 제3장에서는 국제법이나 외국법을 헌법 해석에 활용하는 미국 대법원의 관행에 대한 신주권주의자들의 주장을 살펴본다.

III. 미국 대법원의 헌법 해석 관행에 대한 신주권주의자들의 비판

미국의 신주권주의 국제법학자들은 조약을 비롯한 국제법이 아무런 여과 장치도 거치지 않고 국내법으로 수용되어서는 안 된다는 입장을 견지하는 한편으로, 미 대법원이 최근 들어 헌법을 해석하는데 있어서 외국의 관행과 여론, 판례, 그리고 미국이 서명하거나 비준하지 않은 국제협약을 참조하는 경우가 빈번해지고 있는데 대해서도 비판적인 태도를 취한다.⁷ 예컨대 2005년 미 대법원은 청소년기에 저지른 살인 범죄에 대해 사형 판결을 내리는 것이 “잔인하고 비통상적인 처벌”을 금지하는 수정헌법 제8조에 위배되는지의 여부에 관한 판결에서 “다른 국가의 시민들이 명시적으로 긍정하는 어떤 기본

7. 본 절에서 다루는 내용은 앞 절의 내용과는 달리 ‘국제법의 국내적 수용’이라는 범주에 포함되기 어려운 측면이 존재한다. 헌법 해석에서 외국법이나 서명, 비준하지 않은 국제협약을 참조하고 인용하는 것은 그 자체로 국제법의 ‘수용’으로 간주하기 힘들기 때문이다. 다만 여기에서는 이러한 차이점에도 불구하고 ‘국제법의 수용’을 보다 넓은 의미로 이해하는 경우 충분히 그러한 관행을 포함할 수 있다는 전제 위에서 논의를 진행하고자 한다. 이 점을 지적해주신 익명의 심사위원께 감사드린다.

적인 권리가 우리의 자유의 유산 내에서도 중심적인 위치를 차지할 수 있음을 인정하는 것이 반드시 헌법에 대한 우리의 충성심을 경감"시키지 않음을 근거로 들어 외국의 관행과 국제협약을 국제관습법으로 간주하여 광범위하게 인용한 바 있다(*Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 2005; Anderson, 2005: 34에서 재인용). 이때 인용된 국제협약 중에는 ‘유엔아동인권협약’이 포함되었는데, 신주권주의자들의 입장에서 충격적인 사실은 미국은 이 협약을 비준하지 않았다는 점이다. 이는 대법원이 자체적인 판단에 따라 민주적으로 선출된 입법부가 명시적으로 국내법으로 수용하기를 거부한 국제법을 인용했음을 의미한다(McGinnis and Somin, 2007: 1186).⁸

이러한 경향을 적극적으로 옹호하는 대법원 판사 중 한 명인 브라이어(Breyer, 2003)는 지구화와 인권, 민주주의적 가치의 확산으로 인해 현재 세계 각국의 법원들이 점점 더 유사한 문제를 다루고 있음을 지적한다. 그 결과 유럽인권재판소가 ‘선거운동자금개혁(campaign finance reform)’이나 ‘표현의 자유’에 관한 판결을 내리고, 인도대법원이 ‘적극적 우대조치(affirmative action)’에 관해 판결하는 것이 더 이상 특별한 일이 아니게 되었다. 브라이어는 이러한 상황에서 외국법과 외국 재판소의 판결 등을 참조하여 인용하는 것은 매우 자연스러운 일이 되었다고 본다. 결국 그들도 “우리와 유사한 문제를 다루는 유사한 인간인 것이다”(Gray, 2007: 1274). 브라이어와 유사한 입장을 취하는 긴스버그(Ginsburg; 2005: 576-77) 대법원판사는 많은 국가들이 미국의 사례를 좇아 위험심사제도를 채택했다고 지적하면서 이들 국가들이 미국의 경험과 판결을 배우고 있다면 마찬가지로 미국도 이들 국가들로부터 무엇인가를 배울 수 있을 것이라고 주장한다. 긴스버그는 또한 미국의 판사들이 판결을 내리는데 있어서 심지어는 대학원생이 쓴 논문을 포함하여 온갖 종류의 주석과 해설서 등을 참조하고 있음을 상기시키면서, 이러한 상황에서 “캐나다 대법원, 남아프리카공화국 헌법재판소, 독일 헌법재판소, 유럽인권재판소” 등의 판결을 참조하고 인용하는 것은 지극히 당연하다고 주장한

8. 이외에도 지난 2003년 *Lawrence v. Texas* 판결에서 대법원 판사 중 5명의 판사가 영국의회의 법령, 유럽인권재판소의 판결 등을 인용, 매리 로빈슨(Mary Robinson) 국제연합 인권고등판무관이 제출한 ‘법정조언자의견서(amicus curiae brief)’ 등을 인용한 바 있다(Murphy, 2004: 95).

다(2005: 584).

국제법학자들도 대법원의 이러한 변화를 적극 지지한다. 예컨대 월드런(Waldron, 2005: 114-45)과 같은 이는 어떤 문제를 법적으로 판단하는 방식은 자연과학에서 특정한 합의가 도출되는 과정과 유사하다고 지적하면서 과학이론이 다수의 과학자들이 참여하는 ‘두터운 네트워크’ 내에서 실험결과를 검증-재검증하고, 실험을 재현하고, 이론을 보완하는 등의 작업을 통해 완성되듯이, 법적인 판단 역시 상호참조와 상호검증의 네트워크 속에서 더 잘 내려질 수 있다고 주장한다. 유사한 맥락에서 잭슨(Jackson, 2005: 114, 119)과 그레이(Gray, 2007: 1274-75) 역시 판결의 객관성은 결국 끊임없는 대화와 상호작용 속에서 확보되는 “간주관성(intersubjectivity)”을 통해 얻어질 수밖에 없다고 주장한다. 해롤드 고(Koh, 2004: 47)와 같은 이는 역사적으로 미국 헌법은 “밀봉된 법체계”가 아니었으며, 오히려 다른 여러 국가의 헌법과 “법적 유산과 전통, 역사” 등을 공유해 왔다는 점을 강조한다. ‘자유’, ‘법의 평등한 보호’, ‘정당한 법의 절차’ 등의 개념에 대해서 미국이 배타적인 소유권을 주장할 수 없다는 것이다.

신주권주의자들은 이와 같이 외국의 법과 서명되거나 비준되지 않은 국제법을 인용하는 대법원의 관행과 이를 지지하는 대법원 판사들, 국제법학자들의 주장을 강하게 비판한다. 이들의 비판은 크게 네 가지 측면에서 이루어진다. 먼저 신주권주의자들은 그러한 관행이 미국의 주권을 심각하게 잠식하는 결과를 초래한다고 주장한다. 대법원 내에서 이 문제와 관련하여 가장 보수적인 입장을 취하는 스칼리아(Antonin Scalia) 판사는 이러한 입장을 가장 잘 대변한다. 그는 일찍이 미성년 범죄에 대한 사형선고가 헌법에 부합하지 않는다는 1988년 대법원 판결의 소수의견을 통해 그러한 판결을 지지한 판사들이 국제사면위원회에 의해 제시된 “문명화된 적정성의 기준(civilized standard of decency)”을 인용했음을 지적하면서 그러한 기준은 미국인의 근본적인 믿음을 정의하고 확립하는데 있어서 적절한 기준이 될 수 없다고 주장한 바 있다. 그에 따르면 “우리 주들의 40%가량이 15세의 중죄인에 대한 사형선고를 배제하지 않고 있다는 사실이, 그것이 설령 세계 여타 국가들의 견해에 정면으로 배치된다 하더라도, 이 사건을 판단하는데 있어서 결정적인

기준이 되어야 한다. ... 우리는 미합중국의 헌법을 해석하고 있음을 결코 잊지 말아야 한다”(Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815, 1988: 869; Michelman, 2005: 248에서 재인용).

다음으로 신주권주의자들은 외국법과 서명·비준되지 않은 국제법을 참조하고 인용하는 관행의 결과 사법부의 영향력이 부당하게 확대될 가능성을 경계한다. 신주권주의자들은 외국의 법이나 판례를 참조, 인용하는 것은 판결의 근거를 무제한으로 확대하는 것과 다름없고, 이는 사실상 판사들이 각자의 주관적인 견해와 믿음에 따라 판결을 내리도록 허용하는 것과 마찬가지로 본다. 이러한 견해는 2005년 대법원장 임명 인준을 위한 상원청문회에서 “미국의 대법원 판결에서 외국법의 적절한 역할은 무엇인가?”라는 질문에 대해 존 로버츠(John G. Roberts Jr.) 당시 대법원장 후보자가 행한 답변에 잘 나타나 있다. 로버츠 대법원장은 외국법을 참조하고 인용하는 관행이 대법원 판사들의 자의적인 권력 행사의 가능성을 확대할 수 있다고 답변하면서 다음과 같이 자신의 견해를 피력했다: “외국법에서는 당신이 원하는 것은 무엇이든지 발견할 수 있습니다. 만일 당신이 그것을 프랑스나 이탈리아의 판결에서 찾을 수 없다면, 아마도 그것은 소말리아나 일본, 또는 인도네시아의 판결에 있을 겁니다. ... 제 생각에 이것은 판례를 오용하는 것입니다. 적어도 그것은 판례의 정확한 사용이라 할 수 없습니다”(Confirmation Hearing on the Nominations of John G. Roberts, Jr, Tushnet, 2006: 1275-76에서 재인용).

이와 함께 신주권주의자들은 새로운 관행을 지지하는 일부 사법엘리트들과 국제법학자들의 ‘유럽 편향’을 지적하기도 한다. 이들이 유럽 국가들이 가장 진보적이고 보편적인 적용이 가능한 법을 제정하고 보유한 반면, 미국법은 지역적, 문화적 편협함을 버리지 못하고 있다고 믿는 경향을 보인다는 것이다. 하지만 이러한 믿음은 유럽의 많은 국가들이 20세기의 상당 기간 동안 독재정부의 치하에 있었다는 사실, 미국이 ‘마베리 대 매디슨(Marbury v. Madison)’ 판결을 통해 세계 최초로 사법심사권을 확립하여 민주적인 견제와 균형의 원칙을 실현한 1803년에 프랑스는 황제에 의해 통치되고 있었다는 사실 등에 비추어 볼 때 타당한 견해라고 할 수 없다(Kersch, 2005: 373-74). 오히려 우리는 “20세기의 가장 어두운 시기에 꺼져가는 민주주의와 자

유의 불꽃을 되살린 것”은 미국이 “당시 유럽의 최고 지식인들과 그들의 추종자들이 ‘필연적인’ 추세라고 이해한 것”을 따르기를 거부할 만큼 자신의 독특성에 대한 확고한 믿음을 지니고 있었기 때문이라는 사실을 잊지 말아야 한다(Kersch, 2005: 384). 루벤펠드는 신주권주의자들의 입장을 다음과 같이 정리한다(Rubinfeld, 2004: 1989):

“세계의 다른 많은 국가들은 미국의 법과 미국식 헌법 모델을 배우고자 했다. 하지만 우리는 그럴 필요가 없었다. 세계의 다른 많은 국가들은 자신들의 민주적인 정부를 신뢰할 수 없었을지도 모른다. 하지만 우리는 우리의 민주정부를 늘 신뢰해 왔다. 몇 번에 걸쳐 세계를 전쟁의 소용돌이에 빠뜨린 것은 우리가 아니다. 우리는 히틀러나 무솔리니 같은 이들로 하여금 권력을 잡게 하지도 않았다. 우리가 필요로 하고 책임을 져야 하는 것은 오로지 우리가 스스로에게 부여한 법뿐이다.”

마지막으로, 신주권주의자들이 대법원의 새로운 헌법해석 관행에 제동을 걸고자 하는 가장 중요한 이유는 그러한 관행이 민주주의의 원칙을 심각하게 손상시킨다는데 있다. 사실 이미 언급한 세 가지 이유 모두 궁극적으로 민주주의의 문제와 관련된다. 주권의 잠식이 심각한 문제인 것은 이로 인해 인민주권의 원칙, 즉 한 국가 내에서 통용되는 법은 시민 전체의 의지의 발현이어야 한다는 원칙이 훼손될 수 있기 때문이다. 또 판사들의 권력증대가 바람직하지 않은 것은 이들이 국민에 의해 직접 선출되지 않았기 때문이고, 사법부의 권력증대는 민주주의 체제를 지탱하는 가장 중요한 축 중 하나인 권력분립의 원칙을 잠식하기 때문이다(Bradley and Goldsmith, 1997: 861). 일부 사법엘리트들, 국제법학자들의 ‘유럽 편향’은 미국의 민주주의 전통이 유럽 국가들에서보다 훨씬 더 깊고 견고하다는 사실을 의도적으로 간과하고 있다.

이러한 이유들 이외에도 신주권주의들에게 있어서 대법원의 새로운 관행이 민주주의의 관점에서 정당화되기 어려운 또 하나의 이유는 그러한 관행이 민주적인 절차에 따라 제정된 미국의 법이 그렇지 못한 외국법이나 국제법에 비해 질적으로 우월하다는 사실을 간과한다는데 있다. 민주주의는 공익에 부

합하는 법을 제정하는데 가장 적합한 정치체도이다. 즉 민주적인 정치과정을 통해 제정된 법은 시민 모두의 이익을 가장 잘 증진한다는 점에서 민주주의는 가장 효율적인 제도이다. 여기에 더해서 앞서 지적했듯이 미국은 세계 다른 어떤 나라보다도 오랜 기간 민주주의적 입법의 전통을 유지하면서 많은 운용의 노하우를 축적해 왔다는 장점도 가지고 있다. 이에 반해 세계 다른 많은 국가들은 미국의 기준에서 볼 때 여전히 충분히 민주적이지 못한 정치 체도를 운용하고 있다. 더군다나 상당수 다자간 국제협약의 경우 권위주의 국가, 독재국가들이 평등한 지위를 인정받는 조약당사국으로 참여하고 있고, 조약의 내용 역시 이들 비민주적인 국가들과의 협상과 타협을 통해 결정되고 있는 실정이다. 이러한 상황에서 질적인 측면에서 미국의 법보다 못한 외국의 법이나 국제법을 참조하거나 인용하여 헌법을 해석하는 것은 불합리한 관행이라 할 수밖에 없다. 이러한 관행은 ‘양화’를 버리고 ‘악화’를 택하는 것과 마찬가지로 정당화되기 어렵다(McGinnis and Somin, 2007: 1230-35).

다른 한편, 대법원의 새로운 관행이 민주주의의 손상을 가져온다는 신주권주의자들의 주장에서 민주주의 정치체제 내에서 양질의 법이 만들어지는지의 여부는 핵심적인 사안이 아니라는 지적도 가능하다. 설령 외국법이나 국제법에 의거한 판결이 최선의 결과를 가져온다 하더라도 그러한 관행이 문제 없이 정당화되지 않는다는 것이다. 이는 헌법의 해석을 담당할 대법원의 역할은 민주적인 의사결정절차에 관계없이 가용한 모든 수단과 경로를 통해 ‘최상’의 판결을 내리는데 있지 않고, 그러한 절차 내에서 확보되는 정당성의 범위 내에서 ‘최선’의 판결을 추구하는데 있기 때문이다(Anderson, 2005: 49). 즉 민주적인 정당성은 ‘결과’가 아닌 ‘과정’과 ‘절차’의 문제이기 때문이다. 신주권주의자들이 보기에 민주주의 국가에서 헌법은 민주적인 정치과정과 별개의 것으로 존재하지 않는다. 물론 헌법은 민주적인 의사결정이 일정한 한계를 넘어 과도하거나 극단적인 결론으로 흐르는 것을 견제하고 균형을 잡는 역할을 담당한다. 하지만 궁극적으로 헌법은 특정한 공동체 구성원의 집단적 의지의 산물이고, 그것을 해석하는데 있어서도 구성원들의 의사가 반영되어야 한다(Rubinfeld, 2004: 1993-99). 신주권주의자들은 헌법 해석에서 외국법이나 서명·비준되지 않은 국제조약을 참조하거나 인용하는 것은

이와 같은 헌법의 근본적인 존재이유에 배치되는 관행임을 역설한다.

IV. 지구화, 주권, 민주주의: 비판적 고찰

지금까지 국제법과 외국법의 수용 문제에 관한 미국 신주권주의 국제법학자들의 대응을 두 측면으로 나누어 살펴보았다. 양자 모두에서 신주권주의자들은 국제법의 정당성과 효용성에 대해 신중하고 조심스러운 접근법을 취할 필요성을 강조한다. 신주권주의자들의 이러한 입장이 보수적이고 자국중심주의적인 세계관의 산물이라는 점에는 의심의 여지가 없어 보인다. 하지만 이들이 그러한 결론을 지지하면서 근거로 내세우는 ‘국제법과 외국법의 수용은 민주주의의 잠식을 초래한다’는 주장은 정치적 편향의 여부와 관계없이 그 자체로 진지한 숙고를 요한다.

신주권주의자들의 주장은 다음과 같이 요약될 수 있다. 민주주의는 시민들이 법과 정책이 제정·수립되고 정부가 구성되는 과정에 평등하게 참여할 수 있는 권리를 부여받는 정치체제이다. 시민들은 정치과정에 참여함으로써 자신들의 이익과 가치에 따라 삶을 영위할 수 있는 기회를 얻게 된다. 국제법을 아무런 제약 없이 국내법으로 수용하거나 국제법과 외국의 법률을 헌법의 해석에 이용하는 것은 이와 같은 민주주의 정치체제의 기본적인 작동 원리를 손상시킨다. 이는 외국법은 물론이거니와 국제법 역시 시민들의 평등한 참여를 통해 혹은 시민들이 민주적인 절차에 따라 권력을 위임한 정부에 의해 제정되었다고 보기 어렵기 때문이다. 따라서 국제법을 선택적으로 준수하거나 헌법해석에서 국제법과 외국법을 인용하는 관행을 제한하는 조치가 필요하다. 궁극적으로는 전통적인 의미의 주권 원칙을 강화함으로써 민주주의 정치과정의 ‘순수성’을 보호할 필요가 있다.

이와 같은 신주권주의자들의 주장은 국제법의 영역을 넘어 글로벌 거버넌스 체제에 대한 비판, 더 나아가서는 지구화 과정 전반에 대한 비판으로 이어진다(e.g. Ku and Yoo, 2012). 신주권주의자들의 주장은 지구화에 관한

논의를 한 단계 진전시킨 측면이 있다. 기존 논의의 초점이 지구화가 국가의 정책 자율성을 제약함으로써 발생하는 문제점들에 맞추어졌다면, 신주권주의자들은 지구화의 진전으로 인한 민주주의 정치체제의 잠식 문제, 민주적인 정당성의 훼손 문제를 제기하기 때문이다. 이는 국가자율성 약화의 경우와는 질적으로 다른 대응을 요하는 문제이기도 하다. 민주주의는 경험적인 제도일 뿐만 아니라 규범적 이상이기도 하기 때문이다. 즉 지구화로 인해 규범적으로 바람직하지 못한 결과가 초래될 수 있다는 것이다.

최근 들어 코헤인(Robert O. Keohane)을 비롯한 몇몇 국제정치학자들과 국제법학자들은 바로 이 문제, 글로벌 거버넌스 체제의 확대가 국내적으로 민주주의 정치제도를 잠식하는 문제에 대해 나름의 대응을 모색하고 있다 (Keohane et al., 2009; Buchanan and Powell, 2008; Benvenisti, 2008: 41-42). 이들은 국제법을 비롯한 글로벌 거버넌스 체제의 세력 확장으로 인해 시민들의 동의에 기초한 법과 정책의 제정·수립과 정부의 구성이라는 원칙이 상당히 약화되었다는 사실은 일단 인정한다. 하지만 코헤인 등에 따르면 그러한 부정적인 효과를 충분히 상쇄할 만한 플러스 요인이 존재한다는 점도 분명하다. 이는 국가 내 민주적인 의사결정과정의 문제점을 해결하는데 글로벌 거버넌스 체제에의 참여가 일정하게 도움을 줄 수 있기 때문이다. 예컨대, 국제법을 전향적으로 수용하고 다자 국제기구에 적극적으로 참여함으로써 시민 개개인의 인권과 소수집단의 권리를 보다 효과적으로 보호하는 길이 열릴 수 있다. 또한 이익집단이 민주적인 의사결정과정에 부당한 영향력을 행사하는 것을 방지하고, 글로벌 거버넌스 체제가 제공하는 전문 지식과 정보를 활용하여 ‘민주적인 숙려(democratic deliberation)’의 질을 향상시키는 것도 가능하다(Keohane et al., 2009: 9-22). 결과적으로 모든 시민의 동의에 기초하여 결정을 내린다는 원칙은 부분적으로 포기되겠지만 민주주의 정치체제의 효율성은 크게 향상되어 시민의 자유를 증진시키고 공익에 부합하는 더 나은 결정이 내려질 가능성이 증가할 것이다.

코헤인 등의 논의는 국제법과 민주주의의 관계에 관한 신주권주의자들의 주장에 대한 효과적인 대응이다. 하지만 이에 대한 완전한 논박이 되기는 어려워 보인다. 아마도 신주권주의자들은 다음과 같이 주장할 것이다: ‘코헤인

등은 민주주의의 제도적 효율성에 대해 이야기하고 있고, 그러한 한에서 이들의 주장은 타당하다. 하지만 민주주의의 기본은 시민들의 동의에 근거한 의사결정의 원칙이다. 이 원칙이 충족되지 않는다면 이는 그 자체로 국제법을 비롯한 글로벌 거버넌스 체제로의 통합에 대해 보다 신중한 태도를 취해야 할 충분한 이유가 된다.’ 이미 앞 절에서 우리는 헌법의 해석에서 국제법과 외국법을 인용함으로써 더 나은 판결을 내릴 수 있다는 주장이 신주권주의자들의 믿음에 대한 효과적인 반박이 될 수 없음을 지적한 바 있다. 비유적으로 이야기하면 신주권주의자들에게 민주주의는 ‘결과론’이 아니라 ‘선행론’의 영역에 속하는 것으로 이해된다고 할 수 있다.

따라서 ‘동시에 근거한 의사결정으로서의 민주주의’라는 기본 전제 자체를 직접 문제 삼는 것이 필요한데, 두 가지 정도의 반론이 가능하다. 먼저, 민주주의에서 시민의 동의는 어떤 경우에도 절대적인 권위를 부여받는지 반문해 볼 수 있다. 시민의 동의는 분명히 민주적인 의사결정에서 핵심적인 정당성의 원천이다. 하지만 그렇다고 시민들이 동의하거나 선출한 모든 것이, 모든 법과 모든 정책과 모든 정부가 정당성을 부여받는 것은 아니다. 앞의 사례를 예로 들면 성인이 되기 전에 저지른 범죄에 대해 사형 판결을 내리는 것이 헌법에 부합하는지의 여부에 대해 90퍼센트 이상의 미국인이 찬성 의사를 표시하더라도 미국민의 이러한 ‘동의’가 그러한 헌법 해석을 절대적으로 타당한 것으로 만들지 않는다. 따라서 대부분의 민주주의 국가에서는 시민의 자결권 행사가 일정한 제약 하에서 이루어져야 한다는 점을 인정한다. ‘입헌 민주주의(constitutional democracy)’는 바로 이러한 믿음에 근거하고 있다. 하지만 여기서 한 가지 문제가 발생하는데 그것은 그러한 제약이 ‘민주주의적’으로 결정되기 어렵다는 것이다. 그럴 경우 이른바 ‘무한회귀(infinite regress)’의 문제가 발생하기 때문이다. 즉 시민들이 자신의 자결권에 대한 제약을 스스로, 민주적으로 결정하는 경우 그 제약에 관한 결정은 어떻게 제약될 것인가의 문제가 계속, 끊임없이 발생하기 때문이다.

사실 이 문제는 민주주의 정치이론가들 사이에서 이미 오랜 기간 정치학계 논의되어 왔기 때문에 본 논문에서는 긴 언급을 필요로 하지 않는다(Habermas, 2001; Christiano, 2004). 다만 여기서는 “헌법은 특정한 정체

(政體)가 인민들에 의한 법의 제정이라는 특별한 행위를 통해 스스로에게 부여하는 기본법”(Rubinfeld, 2004: 1975)이어야 한다는 신주권주의자들의 주장과는 달리, 헌법을 비롯한 자결권에 대한 제약이 언제나 민주적인 방식으로 결정되지 않으며, 이것을 반드시 동의에 근거한 민주주의 원칙의 잠식으로 간주할 수는 없다는 점이 널리 받아들여지고 있다는 것을 강조하고자 한다. 이러한 사실을 인정하는 경우 자결권에 대한 제약의 원천으로 국제법이나 외국의 법률을 원칙적으로 배제할 이유는 없다. 세계의 다른 많은 국가들에서 일정 연령에 도달하기 이전에 저지른 범죄에 대해서는 사형선고를 금지하고 있다는 사실을 미국 헌법의 해석에 고려하고 인용하는 것이 민주주의 원칙에 배치되지 않는다는 것이다. 또한 상대적으로 ‘진보적인’ 국제인권협약을 별다른 조건을 달지 않고 국내법화하거나, 미국 정부가 국제조약을 위반했다는 국제사법재판소의 판결을, 그 재판소의 관할권에 관한 조약이 ‘자기집행적’이라고 규정되어 있지 않은 경우에도, 수용하는 것이 반드시 민주적인 자결권의 손상을 의미하지는 않는다는 것이다. 신주권주의자들은 이러한 지적에 대해 미국의 역사와 전통, 정치질서의 독특성 혹은 민족 정체성 등의 이유를 들어 배제의 필요성을 역설할 것이다. 즉 자결권에 대한 제약이 민주적으로 결정되지 않더라도 적어도 미국적인 기원을 가져야 한다고 주장할 것이다. 이는 나름의 타당성을 지닌 주장이다. 하지만 그럴 경우 민주적 정당성의 유지를 신주권주의의 가장 중요한 근거로 제시하기는 어렵게 될 것이다.

다음으로, ‘동의에 근거한 민주주의’라는 기본 전제에 크게 문제가 없는 것으로 입증되더라도 그것이 반드시 신주권주의자들과 같이 국제법과 외국법에 대해 방어적인 태도를 취하는 것을 언제나 정당화하지 않는다는 점을 지적할 수 있다. 그 이유는 다음과 같다. 동의를 민주주의의 핵심으로 간주되는 것은 그것이 시민 개개인이 자신이 복종하는 법의 제정과 자신에게 영향을 끼치는 정책의 수립에 직·간접적으로 참여함으로써 삶을 자율적으로 통제할 수 있도록 하기 때문이다(Buchanan, 2002: 697-698). 신주권주의자들은 국제법과 외국법의 역할 확대는 시민들로부터 그러한 자율적인 삶의 기회를 빼앗는 결과를 가져온다고 본다. 시민들은 그들의 동의를 거쳐 제정되고

수립되지 않은 법과 정책에 복종하고 영향을 받게 되기 때문이다. 즉 시민들의 삶이 ‘타율적’으로 되기 때문이다. 따라서 ‘방벽’을 두르기를 제안하는 것이다. 하지만 시민들이 스스로를 통치하는 자율적인 삶을 영위하는 것이 신주권주의자들이 진정으로 의도하는 바라면 방벽을 두르는 것과는 다른 선택을 할 수 있는 길이 열려 있다. 그것은 국제법이 제정되는 과정 자체를 ‘민주화’하는 것이다. 즉 시민들이 국제법의 제정과정에 민주적인 통제력을 발휘하도록 함으로써 방벽 뒤에 숨거나 그것을 방패막이 삼을 필요 없이 자율적으로 삶을 영위하도록 할 수 있다(Abizadeh, 2008; Bartelson, 2008).

물론 현재의 상황에서 이러한 제안이 현실화되는 데에는 많은 어려움이 따를 것이다. 하지만 국제법의 입법과정을 통상적인 의미에서 민주주의적으로 만드는 것은 불가능할지라도(즉 주권국가의 민주주의 정치체제를 국제적인 수준에서 그대로 재현하는 것은 가능하지 않을지라도), 제한된 범위 내에서 그 과정에 민주적인 요소를 부가하는 것은 충분히 가능하다. 예컨대, 유럽연합이 ‘민주주의의 결핍’ 문제를 해결하기 위해 회원국 시민들에 의해 직접 선출되는 유럽의회의 역할과 권한을 확대하고 강화했듯이, WTO의 의사결정과정을 회원국 시민들의 목소리를 일정 부분, 공정하게 반영하는 방식으로 개혁할 가능성을 조심스럽게 모색해 볼 수 있다(Mann, 2004; Singh, 2008).

여기서 중요한 점은 그러한 가능성이 어느 정도 열려 있다면 ‘동의를 근거한 민주주의’를 신봉하는 이들은 신주권주의자들이 주장하듯이 ‘주권의 방벽’을 높고 두텁게 쌓는 대신 그와는 반대 방향으로의 변화를 전향적으로 모색해볼 수 있다는 것이다. 더군다나 지구화의 거센 물결에 정면으로 저항하는 것이 사실상 가능하지 않은 오늘날, 방벽을 쌓는 일이 결코 쉽지 않을뿐더러 일단 쌓더라도 방벽의 방호 효과가 상당히 불확실하다는 점을 감안하면, 대안을 찾아볼 필요성은 더욱 커진다. 신주권주의자들의 견해가 전적으로 잘못되었다는 의미가 아니다. 다만 동의에 근거한 민주주의의 순수성 유지가 가장 중요한 문제라면 주권의 방벽이 이를 위한 사실상 유일한 대안이라는 신주권주의자들의 주장은 재고될 필요가 있다는 것이다.

결론적으로, 민주주의를 지키기 위해 국제법을 제한적으로 수용해야 한다는 신주권주의 국제법학자들의 주장은 그리 큰 설득력을 가지지 못한다고 할

수 있다. 먼저, 코헤인 등이 주장하듯이 국제법을 적극적으로 수용하는 경우 민주주의의 효율성이 오히려 제고될 수 있다. 또한 시민들의 동의에 근거한 통치라는 민주주의의 근본적인 존재 이유를 고려하는 경우에도 빗장을 걸어 잠금으로써 민주주의의 순수성을 보호해야 한다는 신주권주의자들의 주장은 논리적 일관성을 가지고 옹호되기 어렵다. 앞서 언급했듯이 이러한 비판을 받아들이는 경우에도 신주권주의자들은 역사, 전통, 정체성, 문화 등 자신들의 견해를 옹호하기 위해 동원하고 활용할 수 있는 많은 것들을 가지고 있다. 하지만 그런 경우 신주권주의자는 보편적 호소력을 가진 민주주의 원칙에 근거하여 자신들의 주장을 정당화할 수 없게 될 것이고, 그만큼 그들 주장의 한계가 뚜렷해질 것이다.

V. 마치며

미국의 대표적인 신보수주의 이론가인 케이건(Robert Kagan)은 10여 년 전에 출간된 『파라다이스와 권력에 관하여(Of Paradise and Power)』라는 저서에서 “유럽인들은 국제법과 국제제도를 전파하고 있는데 반해, 미국인들은 전통적인 독자노선, 국가보편주의(national universalism)라는 독특하게 미국적인 형태로 회귀하고 있다”고 주장한 바 있다(2004: 88). 여기서 케이건은 “국가보편주의”라는 흥미로운 표현을 사용하고 있지만 스스로 그 의미를 명확히 밝히고 있지는 않다. 케이건은 무엇을 말하고 싶은 것일까? 일단 케이건은 미국중심주의, 즉 세계정치 무대에서 다른 나라의 눈치를 보지 않고 원하는 대로 행동할 수 있는 미국의 권리를 옹호한다. 하지만 그는 또한 그것을 편협한 자국이기주의와는 다른 것으로 이해한다. 이는 미국의 자국중심주의가 보편적인 혹은 보편화될 수 있는 가치와 이념에 근거하기 때문이다. 즉 미국은 모든 이가 인정할 수 있는 이유와 근거를 들어 자국 중심주의를 정당화할 수 있다는 것이다.

신주권주의 국제법학자들은 국제법과 관련하여 바로 이러한 의미의 “국가

보편주의”를 옹호한다. 일단 미국의 이익과 가치에 따라 국제법을 선택적, 제한적으로 수용해야 한다는 신주권주의자들의 주장은 매우 강력한 형태의 미국중심주의이다. 하지만 신주권주의자들은 자신들의 견해가 주관적인 신념 혹은 편향의 문제로 비춰지는 것을 원하지 않으며, 따라서 미국의 자국중심주의가 민주주의라는 대의명분 또는 보편가치에 근거한다는 점을 강조한다. 그렇게 함으로써 신주권주의는 일정 정도의 보편적인 호소력을 가질 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 민주주의는 신주권주의 담론에서 핵심적인 위치를 차지한다고 할 수 있다. 본 논문에서는 바로 이와 같은 점에 주목하여 국제법에 대한 신주권주의의 접근법을 비판적으로 평가하고자 시도했다. 이러한 시도를 통해 미국적 상황에 대한 이해를 넘어 궁극적으로는 점점 더 상호의존적으로 되어 가는 오늘날의 세계에서 지구화와 주권, 민주주의의 관계를 보다 일반적인 차원에서 조망하는 것 역시 가능할 것이다.

투고일자: 2013-09-27 심사일자: 2013-11-11 게재확정: 2013-12-04

참고문헌

- Abizadeh, Arash. 2008. “Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders.” *Political Theory*, 36(1): 37-65.
- Anderson, Kenneth. 2005. “Foreign Law and the U.S. Constitution.” *Policy Review*, 131: 33-50.
- Bartelson, Jens. 2008. “Globalizing the democratic community.” *Ethics & Global Politics*, 1(4): 159-174.
- Benvenisti, Eyal. 2008. “Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts.” *American Journal of International Law*, 102: 241-274
- Bianchi, Andrea. 2004. “International Law and US Courts: The Myth of Lohengrin Revisited.” *European Journal of International Law*, 15(4): 751-781.
- Bishai, Linda S. 2008. “Leaving Nuremberg: America’s love/hate relationship with international law.” *Review of International Studies*, 34(3): 425-443.
- Bradley, Curtis A. 1999. “A New American Foreign Affairs Law?” *University of Colorado Law Review*, 70(4): 1089-1107.
- _____. 2003. “International Delegations, the Structural Constitution, and Non-Self-

- Execution.” *Stanford Law Review*, 55(5): 1557-96.
- Bradley, Curtis A. and Jack L. Goldsmith. 1997. “Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position.” *Harvard Law Review*, 110(4): 815-876.
- _____. 2000. “Treaties, Human Rights, and Conditional Consent.” *University of Pennsylvania Law Review*, 149(2): 399-468.
- Breyer, Stephen. 2003. “The Supreme Court And The New International Law.” The American Society of International Law 97th Annual Meeting (April 4, 2003). http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/viewspeeches.aspx?Filename=sp_04-04-03.html (검색일: 2013년 1월 31일).
- Buchanan, Allen. 2002. “Political Legitimacy and Democracy.” *Ethics*, 112(2): 689-719.
- Buchanan, Allen and Russel Powell. 2008. “Constitutional Democracy and the Rule of International Law: Are They Compatible?” *Journal of Political Philosophy*, 16(3): 326-349.
- Casey, Lee A. and David B. Rivkin Jr. 2001. “Europe in the Balance: The Alarming Undemocratic Drift of the European Union.” *Policy Review*, 107: 41-53.
- Chayes, Antonia. 2008. “How American Treaty Behavior Threatens National Security.” *International Security*, 33(1): 45-81.
- Christiano, Thomas. 2004. “The Authority of Democracy.” *Journal of Political Philosophy*, 12(3): 266-290.
- Drolet, Jean-François. 2010. “Containing the Kantian Revolutions: A Theoretical Analysis of the Neo-conservative Critique of Global Liberal Governance.” *Review of International Studies*, 36(3): 533-560.
- Dunoff, Jeffrey L. and Joel P. Trachtman. 2009. *Ruling the World: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gardbaum, Stephen. 2008. “Human Rights as International Constitutional Rights.” *European Journal of International Law*, 19(4): 749-768.
- Ginsburg, Ruth Bader. 2005. ““A Decent Respect to the Opinions of Humankind”: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication.” *Cambridge Law Journal*, 64(3): 575-592.
- Gray, David C. 2007. “Why Justice Scalia Should be a Constitutional Comparativist ... Sometimes.” *Stanford Law Review*, 59(5): 1249-1279.
- Habermas, Jürgen. 2001. “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?” *Political Theory*, 29(6): 766-781.
- Hathaway, Oona A. 2008. “International Delegation and State Sovereignty.” *Law and Contemporary Problems*, 71: 115-149.
- Henkin, Louis. 1995. “U.S. Ratification of Human Rights Conventions: The Ghost of

- Senator Bricker.” *American Journal of International Law*, 89(2): 341-350.
- Howse, Robert and Kalypso Nicolaidis, 2003. “Enhancing WTO Legitimacy: Constitutionalization or Global Subsidiarity?” *Governance*, 16(1): 73-94.
- Jackson, Vickie. 2005. “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement.” *Harvard Law Review*, 119: 109-128.
- Kagan, Robert. 2003. *Of Paradise and Power*. New York: Vintage.
- Kahn, Paul W. 2005. “American Exceptionalism, Popular Sovereignty, and the Rule of Law.” In Michael Ignatieff (Ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: Princeton University Press.
- Keohane, Robert O, Stephen Macedo and Andrew Moravcsik. 2009. “Democracy-Enhancing Multilateralism.” *International Organization*, 63(4): 1-31.
- Kersch, Ken I. 2005. “The New Legal Transnationalism, the Globalized Judiciary, and the Rule of Law.” *Washington University Global Studies Law Review*, 4: 345-388.
- Koh, Harold Hongju. 2003. “On American Exceptionalism.” *Stanford Law Review*, 55(5): 1479-1527.
- _____. 2004. “International Law as Part of Our Law.” *American Journal of International Law*, 98(1): 43-57.
- Ku, Julian and John Yoo. 2012. *Taming Globalization: International Law, The U.S. Constitution, and the New World Order*. Oxford: Oxford University Press.
- Kumm, Mattias. 2004. “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis.” *European Journal of International Law*, 15(5): 907-31.
- Läidi, Zaki. 2008. *Norm over Force: The Enigma of European Power*. Trans. by Cynthia Schoch. New York: Palgrave MacMillan.
- Mann, Erika. 2004. “A Parliamentary Dimension to the WTO: More Than Just a Vision?!” *Journal of International Economic Law*, 7(3): 659-665.
- Mansell, Wade and Emily Haslam. 2005. “John Bolton and the United States’ Retreat from International Law.” *Social & Legal Studies*, 14(4): 459-485.
- McGinnis, John O. and Ilya Somin. 2007. “Should International Law Be Part of Our Law.” *Stanford Law Review*, 59(5): 1175-1247.
- Michelman, Frank I. 2009. “Integrity-Anxiety?” In Michael Ignatieff (Ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: Princeton University Press.
- Moravcsik, Andrew. 2005. “The Paradox of U.S. Human Rights Policy.” In Michael Ignatieff (Ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*. Princeton: Princeton University Press.
- Murphy, John F. 2004. *The United States and the Rule of Law in International Affairs*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Paulus, Andreas L. 2004. “From Neglect to Defiance? The United States and International Adjudication.” *European Journal of International Law*, 15(4):

783-812.

- Peters, Anne. 2006. "Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures." *Leiden Journal of International Law*, 19(3): 579-610.
- Philpott, Daniel. 2010. "Sovereignty." *Stanford Encyclopedia of Philosophy* <http://plato.stanford.edu/entries/sovereignty> (검색일, 2013년 11월 15일)
- Rabkin, Jeremy A. 2005. *Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States*. Princeton: Princeton University Press.
- Rubinfeld, Jed. 2004. "Unilateralism and Constitutionalism." *New York University Law Review*, 79(6): 1971-2028.
- Singh, Rahul. 2008. "The World Trade Organization and Legitimacy: Evolving a Framework for Bridging the Democratic Deficit." *Journal of World Trade*, 42(2): 347-365.
- Spiro, Peter J. 2000. "The New Sovereignists: American Exceptionalism and Its False Prophets." *Foreign Affairs*, 79(6): 9-15.
- Stephen, Paul B. 1999. "The New International Law: Legitimacy, Accountability, Authority, and Freedom in the New Global Order." *University of Colorado Law Review*, 70: 1555-1587.
- Tushnet, Mark. 2006. "When is Knowing Less Better Than Knowing More? Unpacking the Controversy over Supreme Court Reference to Non-U.S. Law." *Minnesota Law Review*, 90: 1275-1302.
- "U.S. reservations, declarations, and understandings, Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment." <http://www1.umn.edu/humanrts/usdocs/tortres.html> (검색일: 2013년 11월 16일)
- Verdirame, Guglielmo. 2007. "Divided West: International Lawyers in Europe and America." *European Journal of International Law*, 18(3): 553-80.
- Waldron, Jeremy. 2005. "Foreign Law and the Modern Ius Gentium." *Harvard Law Review*, 119: 129-147.
- Yoo, John C. 1999. "Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self-Execution, and the Original Understanding." *Columbia Law Review*, 99: 1955-2090.
- Young, Ernst, A. 2003. "Trouble with Global Constitutionalism." *Texas International Law Journal*, 38: 527-545.

Globalization, Sovereignty and Democracy: Incorporating international law in the United States

Joon Suk Kim

Assistant Professor, Department of International Studies
Catholic University of Korea

This paper aims at reviewing and critically evaluating the “new sovereigntist” international law scholars who have been arguing for a cautious response to the tendency of more and more international laws acquiring the status of domestic law. The new sovereigntists, pointing out the expansion of new international laws which are radically different from the existing, more traditional international laws, suggest the introduction of measures and procedures to control and limit the incorporation of international law into domestic laws for the purpose of preserving the integrity of democratic constitutional order. The new sovereigntists also oppose the newly emerging practice of citing international laws that are not yet ratified and foreign laws and cases for the interpretation of the Constitution. They believe that the practice does not fully reflect the will of the majority of the people. This paper concludes by pointing out that the new sovereigntists do not have a proper understanding of the general character of democracy in the age of globalization.

Keywords: international law, new sovereigntism, RUDs, democracy, sovereignty, globalization