

# 국제조약과 헌법재판

## 머 리 말

국제조약과 헌법재판의 관계에 관한 이 연구는 한국공법학회가 헌법재판소로부터 연구용역을 받아 연구책임자 남북현에게 연구진 구성과 그 수행을 의뢰하여 4인의 공동연구자가 작성한 것이다.

연구자 4인은 2단계로 나누어 연구내용을 분담하였다. 1단계로는 미국, 독일, 프랑스 및 일본을 비교법적 연구의 대상으로 구분하였다. 2단계로는 우리나라에 있어 국제법규범과 관련한 쟁점별로 구분하였다. 그래서 연구책임자 남북현은 독일에 관한 부분과 우리 헌법 제60조 제1항에 관한 부분을, 공동연구자 이경주는 일본에 관해서와 우리 헌법 제6조 제1항에 관한 부분을, 공동연구자 성선제는 미국에 관해서와 국제법규범에 관한 우리 판례분석에 관한 부분을, 그리고 공동연구자 전학선은 프랑스에 관해서와 우리나라에 있어 국제인권법의 재판규범성에 관한 부분을 각각 주도적으로 연구하였다. 아울러 국내 문제를 다루는 과정에서 일부 중복되거나 집중이 필요한 부분에 대해서는 내용을 조정하고 보완하였다.

연구 진행과정에서 연구자들은 총 3차례에 걸쳐 토론을 가졌다. 제1차 토론에서는 각 담당부분에 관한 연구의 기본방향을 발표하고 이에 대해 공동토론 하였다. 제2차 토론에서는 각 담당 부분에 관한 초고의 요지를 놓고 공동토론 하였다. 공동토론을 통해 연구자들은 각자의 개인 의견에 부분적으로 수정을 가하고 다른 연구자들의 의견을 수용한 부분들도 있다. 다만 연구 분담 부분에 대한 연구자 자신의 의견을 가능하면 존중하고자 하였으며, 상호 배치되는 내용에 대해서만 조정하고자 하였다. 제3차 토론에서는 중간보고서를 제출함에

있어 간단하게 내용을 검토하였다.

아울러 연구자들은 연구를 진행하는 과정에서 두 차례에 걸쳐 업무 관계자들과 협의를 거쳤다. 한번은 헌법재판소에서 헌법연구원들 및 외교통상부 조약국 업무담당자와 워크숍을 가졌다. 다른 한번은 직접 실무를 담당하는 헌법연구원들의 의견을 들었고, 연구자들의 의견 정립에 참고하였다. 그러나 외교통상부 관계자나 헌법연구원들의 의견은 어디까지나 참고에 지나지 않을 뿐이고, 이 연구결과는 어디까지나 공동연구자들의 공동연구결과이다.

연구를 진행하던 중 법학전문대학원 문제가 확정되었다. 이와 관련해서 4인의 연구자 중 2인은 소속 학교를 바꾸었고, 3인의 소속 학교는 전문대학원 인가 신청을 한 상태이다. 이로 인해 연구의 원활한 진행과 연구결과의 양적 배분에 어려움이 없지 않았음을 밝힌다.

자료수집과 편집에 관해서는 중앙대학교 대학원 박사과정을 수료한 김송옥 법학석사와 한국외국어대학교 대학원 박사과정에 재학중인 김천수 법학석사가 각각 도움을 주었다. 이 자리를 빌어 감사의 뜻을 전한다.

이 연구가 국제법규범이 국내법질서에 안정적으로 자리하고 또 관련된 연구와 실무에 조금이나마 기여할 수 있길 바란다. 아울러 이 연구에 도움을 준 여러분들께 고마움을 표하고자 한다.

2007. 12. .

共同研究責任者 南 福 鉉

# 목 차

제1장 서론 .....	1
제1절 연구과제의 영역획정 .....	1
I. 연구의 목적 및 필요성 .....	1
1. 연구의 목적 .....	1
2. 연구의 필요성 .....	2
II. 연구의 내용 및 방법 .....	4
1. 연구의 대상 .....	4
2. 연구의 범위 .....	5
3. 연구의 방법 .....	6
제2절 이 연구 진행의 전제요소 .....	7
I. 국제법과 국내법의 관계 .....	8
1. 일원론 .....	8
가. 국제법우위의 일원론 .....	9
나. 국내법우위의 일원론 .....	10
2. 이원론 .....	10
가. 엄격한 이원론 .....	11
나. 절충적 이원론 .....	11
3. 이론적 대립의 상대화 .....	12
II. 국제법규범의 국내적 집행 .....	14
1. 채용이론(Adoptionstheorie) .....	15

2. 집행이론(Vollzugstheorie) .....	17
3. 변형이론(Transformationstheorie) .....	17
4. 질충적 변형이론 .....	21
Ⅲ. 유럽법의 국제법과 국내법과의 관계 .....	23
1. 유럽법의 개념 .....	24
2. 유럽법과 국제법의 관계 .....	25
3. 유럽법과 국내법의 관계 .....	27

## 제2장 미국의 조약과 헌법재판 ..... 31

### 제1절 관할 ..... 31

I. 연방과 주의 관할 배분 .....	31
II. 헌법적 근거 .....	31
1. 조약체결권 .....	31
2. 외국과 통상규제권 .....	33
3. 자유무역협정 .....	33

### 제2절 국제법규 ..... 34

I. 국제관습법의 지위 .....	34
II. 국제관습법의 효력 .....	35

### 제3절 조약 ..... 36

I. 조약의 의미 .....	36
II. 조약의 체결과정 .....	37
III. 조약의 성격 .....	37

1. 자기집행적 조약과 비자기집행적 조약의 의의 .....	37
2. 구분 기준 .....	38
가. 주관적 기준 .....	39
나. 객관적 기준 .....	39
다. 구분에 대한 비판 .....	40
IV. 조약의 효력 .....	41
1. 헌법과의 관계 .....	41
2. 연방법과의 관계 .....	41
3. 주법과의 관계 .....	43
4. Bricker 수정헌법안 .....	44
5. 리스테이트먼트(restatement)상 효력 .....	46
V. 조약의 폐기 .....	48
<b>제4절 행정협정 .....</b>	<b>49</b>
I. 행정협정의 의의 .....	49
II. 행정협정의 유형 .....	50
III. Pink 사건 .....	51
IV. 이란 자산동결 해제 협정 사건 .....	52
<b>제5절 조약과 사법심사 .....</b>	<b>55</b>
I. 사법심사 배제설 .....	56
II. 사법심사 긍정설 .....	57
1. 서론 .....	57
2. 사법심사의 범위 .....	59

<b>제3장 독일에서의 국제조약과 헌법재판</b> .....	<b>61</b>
<b>제1절 개 설</b> .....	<b>61</b>
I. 기본법상 관련 조항 .....	61
II. 개관 .....	64
<b>제2절 독일법체계상 국내법, 유럽법 및 국제법</b> .....	<b>65</b>
I. 국제법과 국내법의 관계에 관한 독일에서의 반응 .....	65
1. 일반론 .....	65
2. 기본법 차원의 규율상태 .....	66
II. 유럽법과 국내법에 관계에 관한 독일에서의 반응 .....	68
1. 국제법 차원의 해결방식 .....	69
2. 유럽법 차원의 해결방식 .....	69
3. 기본법 차원의 규율상태 .....	72
가. 이양권 .....	72
1) 기본법 제24조 제1항 .....	72
2) 기본법 제23조 .....	74
3) 기본법 제24조 제1항의a .....	77
나. 등급문제 .....	78
1) 우위문제와 기본권 .....	79
2) 우위문제와 헌법상 구조적인 원리 .....	92
<b>제3절 국내적 효력을 갖는 국제법과 유럽법의 규범적 형태</b> .....	<b>96</b>
I. 국제법 .....	96
1. 국제법상 조약 .....	97
가. 조약의 개념 .....	98

나. 조약체결능력 .....	99
다. 조약체결기관 .....	108
라. 조약체결의 절차 .....	111
1) 다면형 절차와 편면형 절차 .....	112
가) 다면형 절차 .....	112
나) 편면형 절차 .....	116
2) 연방의 정치적 관계를 규율하는 조약 .....	117
3) 연방입법의 대상과 관계된 조약 .....	118
4) 협력의 형태 .....	123
5) 행정협정 .....	128
2. 국제관습법 .....	131
가. 개념 .....	131
나. 출현 .....	133
1) 관행 .....	133
2) 법적 확신 .....	135
다. 기본법 차원의 규율상태 .....	137
3. 법의 일반원칙 .....	138
가. 개념 .....	139
나. 기본법 차원의 규율상태 .....	140
4. 국제기구의 결의 .....	141
가. 개념 .....	141
나. 기본법 차원의 규율상태 .....	142
II. 유럽법 .....	144
1. 제1차적 공동체법(Primäres Gemeinschaftsrecht) .....	145
2. 제2차적 공동체법(Sekundäres Gemeinschaftsrecht) .....	150
가. 개념 .....	150



나. 한정된 수권의 원리 .....	151
다. 유형 .....	152
1) 명령 .....	153
2) 준칙 .....	156
3) 결정 .....	161
4) 권고와 의견 .....	162
5) 불특정된 법적 행위 .....	163
라. 관할기관 .....	165
1) 각료이사회 .....	165
2) 집행위원회 .....	168
3) 유럽의회 .....	170
4) 경제·사회위원회 .....	171
5) 지역위원회 .....	172
마. 기본법 차원의 규율상태 .....	172
3. 공동체의 불문법 .....	179
가. 법의 일반원칙 .....	179
나. 관습법 .....	183
4. 부수적 공동체법 .....	184
5. 국제법상 조약 .....	184
가. 유럽공동체의 관할 .....	185
나. 등급과 법적 효력 .....	186
다. 혼합적 협정 .....	187
라. 기본법 차원의 규율상태 .....	188
<b>제4절 국제법과 유럽법의 독일법상 국내적 집행 .....</b>	<b>189</b>
I. 국제법의 독일 국내에서의 집행 .....	189

1. 학설과 판례 .....	189
2. 국제법상 조약의 경우 .....	191
가. 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 조약 .....	191
나. 행정협정 .....	199
3. 국제관습법의 경우 .....	202
4. 법의 일반원칙과 국제기구의 결의 .....	211
가. 법의 일반원칙 .....	211
나. 국제기구의 결의 .....	211
II. 유럽법의 독일 국내에서의 집행 .....	212
1. 광의의 유럽법 .....	212
2. 협의의 유럽법(유럽연합법) .....	213
가. 일반론 .....	213
나. 제1차적 공동체법 .....	215
다. 제2차적 공동체법 .....	217
라. 국제법상 조약 .....	219
마. 유럽재판소의 역할 .....	220
바. 집행문제 .....	221
1) 공동체법상 개념문제 .....	221
2) 공동체법 조화적 해석 .....	221
3) 공동체법의 절차법상 제약 .....	221
4) 국가책임 .....	222
<b>제5절 국제법과 유럽법의 직접 적용성과 직접적 효력 .....</b>	<b>223</b>
I. 개설 .....	223
II. 국제법의 직접 적용성과 직접적 효력 .....	224
1. 국제법상 직접 적용성과 직접적 효력의 관계 .....	224

2. 집행력있는 국제법규범과 집행력없는 국제법규범 .....	225
3. 국제법상 일반원칙의 직접 적용성과 직접적 효력 .....	229
4. 국제법규범의 국내적 효력, 직접 적용성 및 직접적 효력 .....	231
Ⅲ. 유럽법의 직접 적용성과 직접적 효력 .....	234
1. 유럽법의 직접 적용성과 직접적 효력의 구별 .....	234
2. 유럽법의 유형별 직접 적용성 .....	237
가. 제1차 공동체법 .....	237
나. 명령 .....	238
다. 준칙 .....	239
3. 유럽법의 유형별 직접적 효력 .....	239
가. 제1차 공동체법 .....	240
나. 명령 .....	241
다. 준칙 .....	242
라. 결정 .....	243
<b>제6절 국제법과 유럽법의 독일 국내법과의 충돌 .....</b>	<b>244</b>
I. 국제법과 국내법의 충돌 .....	244
1. 국제법규범의 국내법상 등급 .....	245
2. 규범충돌의 해결원칙 .....	248
II. 유럽법과 국가법의 충돌 .....	251
1. 협의의 유럽법과 회원국 국가법의 우열 .....	251
2. 유럽재판소의 역할 .....	252
3. 충돌해결의 기준으로서의 유럽법 우위의 원칙 .....	253
<b>제7절 국제법과 유럽법의 헌법재판과의 관계 .....</b>	<b>256</b>
I. 국제법과 헌법재판 .....	256

1. 헌법재판에 의한 국제법규범의 통제 .....	256
가. 추상적 규범통제와 기관소송 .....	256
1) 국제법상 조약의 헌법재판적 통제 .....	256
2) 다른 권한행사에 대한 헌법재판적 통제 .....	259
나. 헌법소원 .....	260
다. 구체적 규범통제 .....	262
라. 위헌결정의 국제법적 효과 .....	263
마. 부수적인 사법심사 .....	263
2. 헌법재판에서 국제법상 일반원칙의 보장 .....	264
가. 국제법상 일반원칙의 국내법 확인 .....	264
1) 기본법 제100조 제2항과 기본법 제25조 .....	264
2) 연헌재에 의한 규범확인 .....	265
3) 기본법 제100조 제2항의 절차적 유형 .....	266
4) 제청의무의 개별적인 전제조건 .....	266
5) 확인의 법적 효과 .....	267
나. 국제법상 일반원칙의 경시에 대한 헌법재판적인 권리보호 .....	267
II. 유럽법과 헌법재판 .....	268
1. 연헌재와 유럽재판소의 관할배분 .....	269
2. 유럽법상 권리의 구체 .....	270
가. 회원국법원의 원칙 .....	271
나. 유럽법의 유효성이론 .....	272
3. 절차적인 관할배분: 전심절차 .....	273
가. 전심절차의 기능과 역할 .....	273
나. 전심절차 제청의 주체 .....	274
다. 전심절차의 제청 .....	275
라. 전심절차에 대한 평가 .....	275

4. 유럽재판소의 전속적 관할사항 .....	276
--------------------------	-----

## 제4장 프랑스에서 국제법과 국내법 ..... 277

### 제1절 개관 ..... 277

I. 국제법규 관련 용어 정리 .....	278
II. 문제의 소재 .....	278

### 제2절 프랑스 헌법상 국제법 관련 조문 ..... 280

I. 현행 헌법상 국제법 관련 조문 .....	280
II. 국제법과 헌법개정 .....	285
1. 프랑스 공동체에 관한 헌법개정(1960년 6월 4일) .....	287
2. 마스트리히트 조약을 위한 헌법개정(1992년 6월 25일) .....	288
3. 망명권을 위한 헌법개정(1993년 11월 25일) .....	290
4. 암스텔담 조약을 위한 헌법개정(1999년 1월 25일) .....	291
5. 국제형사재판소를 위한 헌법개정(1999년 7월 8일) .....	293
6. 유럽체포영장(mandat d'arrêt européen)제도를 위한 헌법 (2003년 3월 25일) .....	293
7. 유럽헌법을 위한 헌법개정(2005년 3월 1일) .....	294

### 제3절 조약체결 ..... 295

I. 비준권 .....	295
II. 법률에 의한 승인 .....	297
1. 보통법률(loi ordinaire)에 의한 승인 .....	298
2. 국민투표 법률(loi référendaire)에 의한 승인 .....	299

3. 보통법률과 국민투표 법률에 대한 위헌심사 .....	300
III. 조약 성립 요건 .....	305
1. 비준이나 승인 .....	305
2. 조약에 대한 공포 .....	306
3. 상호주의 적용 .....	306
<b>제4절 프랑스에서 국제법의 효력 .....</b>	<b>307</b>
I. 국제법과 법률 - 국제법 우위의 원칙 .....	307
1. 조약과 양립할 수 없는 舊 법률 .....	308
가. 헌법법률 .....	308
나. 조직법률과 보통법률 .....	308
2. 조약과 양립할 수 없는 新 법률 .....	309
가. 헌법법률 .....	309
나. 조직법률과 보통법률 .....	309
1) 정부와 입법자에 의한 통제 .....	309
2) 헌법재판소에 의한 통제의 가능성 .....	310
3) 일반법원에 의한 통제 .....	310
II. 국제법과 헌법 .....	312
1. 국제법에 대한 헌법의 우위 .....	312
2. 조약에 대한 헌법의 우위의 절차적 보장 .....	316
<b>제5절 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)와 국제법 .....</b>	<b>317</b>
I. 국제법에 대한 위헌심사 .....	317
1. 청구인 .....	317
2. 심판의 대상 .....	320
3. 결정 .....	323

II. 재판규범으로서의 국제법 ..... 326

**제5장 일본에서의 조약법과 사법심사 ..... 328**

**제1절 일본에서의 조약과 헌법 ..... 328**

I. 개관 ..... 328

1. 관련조문 ..... 328

2. 문제의 소재 ..... 328

II. 조약 및 확립된 국제법규(제98조 제2항의 의미) ..... 329

1. 조약 ..... 329

가. 조약의 의의 ..... 329

나. 조약의 체결절차 ..... 329

다. 국회의 승인 ..... 330

1) 대상 ..... 331

2) 승인의 시기 ..... 331

3) 국회의 승인을 얻지 못한 조약의 효력 ..... 331

4) 조약의 수정권 ..... 332

라. 조약의 효력 ..... 333

2. 확립된 국제법규 ..... 333

가. 의미 ..... 333

1) 국제관습법설 ..... 333

2) 일반적으로 승인된 국제법규설 ..... 334

나. 효력 ..... 334

1) 국제관습법설 ..... 334

2) 일반적으로 승인된 국제법규 우위설 ..... 335

3) 정부견해 .....	335
4) 소 결 .....	335
3. 조약 및 확립된 국제법규의 효력 .....	336
가. 조약우위설(宮澤설): .....	336
나. 헌법우위설(佐藤설) .....	337
다. 절충설(헌법분류론) .....	339
라. 조건부 헌법우위론: 확립된 국제법규(조약분류)의 우위 .....	341
III. 국제법 존중주의의 내용 .....	342
1. 제98조 제2항의 성립과정 .....	342
2. 정부견해의 전개과정 .....	346
3. 소결 .....	347

## **제2절 일본국헌법에서의 조약과 사법심사 .....** 347

I. 개관 .....	347
1. 관련조문 .....	347
2. 문제의 소재 .....	348
가. 조약 .....	348
나. 위헌심사제의 성격 .....	348
II. 일본국 헌법의 사법심사 .....	349
1. 위헌심사제의 유형 .....	349
2. 위헌심사제의 성격 .....	349
3. 위헌심사의 대상 .....	350
III. 조약 등의 사법심사 .....	351
1. 위헌조약 심사 .....	351
가. 위헌심사금지설(통설)-열거설 .....	351
나. 위헌심사가능설(유력설) .....	352



다. 절충설- 고도의 정치성 띤 조약-심사대상 .....	353
2. 위헌조약의 효력 .....	353
3. 일반적으로 확립된 국제법규에 대한 위헌심사 .....	355
4. 조약에 위반하는 법률의 심사 .....	355

## 제6장 한국에서의 국제법규범과 헌법재판 .....

357

### 제1절 개설 .....

357

### 제2절 헌법 제6조 제1항의 구체적 의미 .....

358

#### I. 개 관 .....

358

#### II. 국제법규범의 유형 .....

359

##### 1. 조약 .....

360

##### 가. 조약의 개념 .....

360

##### 나. 조약의 유형 .....

362

##### 1) 동의조약 .....

362

##### 2) 비동의조약 .....

363

##### 3) 고시류조약 .....

364

##### 4) 조약의 성격을 결여한 약정 등 .....

367

##### 가) 기관간 약정 .....

367

##### 나) 지방자치단체의 합의서 .....

368

##### 다. 조약의 체결절차 .....

368

##### 1) 조약의 체결권자 .....

368

##### 2) 조약체결의 국제적 절차 .....

369

##### 3) 조약체결의 국내절차 .....

370

라. 헌법상 규정된 조약의 ‘체결과 비준’ .....	371
2. 일반적으로 승인된 국제법규 .....	373
가. 일반적으로 승인된 국제법규의 개념 .....	373
나. 국제법규의 ‘일반적’과 ‘승인’의 의미 .....	375
3. 국제기구의 결의 .....	376
III. 국제법규범의 국내적 효력 .....	377
1. 일반론 .....	377
2. 국제법규범의 국내적 효력과 헌법 제6조 제1항 .....	378
3. 헌법 제6조 제1항과 제60조 제1항의 관계 .....	381
4. 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법상 위상과 효력 .....	383
5. 조약의 국내법적 효력상 순위 .....	384
IV. 자기집행적인 조약과 비자기집행적인 조약 .....	387
V. 국제법과 국내법의 충돌 .....	388
VI. 국제법규범에 대한 헌법재판적 통제 .....	391
1. 국제법규범에 대한 헌법적 통제의 가능 여부 .....	391
2. 헌법재판의 심판기준으로서의 국제법규범 문제 .....	393
3. 국제법규범에 대한 구체적인 헌법적 통제절차 .....	394
가. 헌법소원심판 .....	394
나. 위헌법률심판 .....	397
1) 일반적으로 승인된 국제법규의 심판대상성 .....	397
2) 국회의 동의대상인 조약과 비동의조약 .....	398
3) 조약의 심판대상성 .....	399
4) 인용결정의 방식과 효력 .....	400
다. 권한쟁의심판 .....	401
4. 국제법규범의 통제에 관한 권한배분의 조정 .....	402
VII. 결어 .....	403

<b>제3절 국제인권법이 헌법재판의 재판규범이 되는지 여부</b> .....	406
I. 국제인권법 개관 .....	406
II. 국제인권법의 효력문제 .....	415
1. 법적 효력과 헌법재판 .....	415
2. 효력에 관한 학설 .....	417
가. 헌법동위설 .....	418
나. 헌법과 법률 중간가치설 .....	419
다. 법률동위설 .....	420
3. 헌법재판소 결정 .....	422
가. 국제인권법에 대한 헌법적 가치 인정 .....	423
나. 기타 조약에 대한 법률적 가치 인정 .....	423
III. 국제인권법과 규범통제 .....	425
1. 재판규범으로서의 국제인권법 .....	426
가. 국제인권법을 헌법보다 하위규범으로서 효력을 가진다고 보는 입장 .....	426
나. 헌법과 동일한 효력을 가진다는 입장 .....	427
다. 헌법재판소 결정례 .....	429
1) 재판규범성 인정 .....	429
2) 재판규범성 부정 .....	432
2. 심판대상으로서의 국제인권법 .....	432
가. 국제인권법의 심판대상여부 .....	432
나. 심판기관 .....	433
다. 자기집행력 인정여부 .....	435
다. 헌법재판소결정례 .....	437

<b>제4절 조약체결과 관련된 헌법상 권한배분</b> .....	<b>438</b>
I. 문제의 제기 .....	438
II. 조약체결에 관한 헌법상 권한배분 .....	439
1. 정부형태에 따른 권한배분 .....	439
2. 현행헌법상 권한배분 .....	441
III. 조약체결에 대한 국회의 동의제도 .....	443
1. 국회동의를의 개념 .....	443
2. 조약체결에 있어 국회동의를의 제도적 취지 .....	443
3. 조약체결에 있어 국회동의를의 법적 성격 .....	444
IV. 국회의 동의를을 요하는 조약의 범위 .....	447
1. 연혁 .....	447
2. 동의대상 조약의 내용 .....	448
가. 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약 .....	449
나. 중요한 국제조직에 관한 조약 .....	450
다. 우호통상항해조약 .....	451
라. 주권의 제약에 관한 조약 .....	452
마. 강화조약 .....	453
바. 국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약 .....	453
사. 입법사항에 관한 조약 .....	455
아. 정리 .....	458
V. 국회동의절차와 관련된 쟁점 .....	459
1. 수정동의를의 가능 여부 .....	459
2. 동의의 시기 .....	461
3. 동의대상인 내용을 유보하는 경우 .....	461
4. 사정변경이 발생한 경우 .....	462
VI. 국회동의권과 관련된 헌법재판적 통제 .....	463

1. 국회동의권의 구조적 한계 .....	463
2. 권한쟁의심판 .....	465
가. 문제의 소재 .....	465
나. 제3자의 소송담당의 허용여부 .....	466
3. 국회동의권과 관련된 다른 헌법재판적 심판절차 .....	469
가. 헌법소원심판 .....	469
나. 위헌법률심판절차의 가능성 .....	470
4. 동의결여 조약에 대한 인용결정의 효력 .....	472
가. 권한쟁의 인용결정의 효력 .....	472
나. 헌법소원심판의 인용결정 .....	474
다. 위헌법률심판의 인용결정 .....	474
VII. 문제의 정리 .....	475
<b>제5절 국제법규와 관련한 우리 헌법판례 분석 .....</b>	<b>477</b>
I. 개설 .....	477
II. 국제인권법에 관한 판례 .....	478
1. 98헌마4 헌법소원(일간지구독금지처분 등 위헌확인) 사건 .....	478
2. 97헌바23 구 형법 제314조 위헌소원 사건 .....	480
3. 99헌가13(부정수표단속법 제2조 제2항 위헌제청) 사건 .....	481
4. 98헌마425등 준법서약서등 위헌확인 사건 .....	483
5. 2002헌가1(병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청) 사건 .....	484
III. 기타 조약에 관한 판례 .....	485
1. 97헌바65(특정범죄가중처벌등에 관한 법률 부칙 제2항등 위헌 소원) 사건 .....	485
2. 대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한	

협정 제2조 제1의 (나)항 .....	486
3. 99헌마139등(대한민국과일본국간의어업에관한협정비준등 위헌 확인) 사건 .....	487
4. 2000헌바20(국제통화기금협정 제9조 제3항 등 위헌소원) 사건 .....	488
5. 2002헌마611(의료법 제5조 등 위헌확인) 사건 .....	488
<b>제7장 결 론 .....</b>	<b>490</b>
<b>제1절 연구의 정리와 요약 .....</b>	<b>490</b>
I. 연구의 정리 .....	490
II. 연구의 요약 .....	491
<b>제2절 개선대안 .....</b>	<b>496</b>
<b>참 고 문 헌 .....</b>	<b>499</b>

# 제1장 서론

## 제1절 연구과제의 영역확정

### I. 연구의 목적 및 필요성

#### 1. 연구의 목적

오늘날 世邦化(Glocalization, 세계화+지방화)란 용어가 빈번하게 사용된다. 한편으로는 세계화가 추진되면서, 다른 한편으로는 지방화가 가속되는 그런 급변하는 환경 속에 살고 있다. 세계는 지금 흔히들 지구촌이라 하듯이 국제적으로 인적·물적 교류가 아주 활성화되고 있다.

이에 따라 이를 법적으로 규율함에 있어 전통적인 틀이 유지되고 있음은 물론이고, 새로운 형태의 규범체계로 진전되는 형국이다. 전자에 해당하는 대표적인 사례로는 국가간의 수교나 UN등 국제기구 차원에서의 외교적인 활동, 전통적인 섭외사법 등을 들 수 있다. 그런가 하면 후자에 관한 사례로는 다자 국가간의 교류와 협력의 실질화나 개별국가 상호간 거래나 교류의 상설화를 통한 관세장벽의 철폐 등을 들 수 있다.

그런데, 문제는 교류나 협력 내지 국제기구 차원의 활동 등이 모두 법적으로 우리를 규율하고 또 그에 따라야 할 것을 전제로 하는 규범체계로 등장한다는 점이다. 현재 급속하게 진행되고 있는 한미 FTA협상이나 한반도평화구축을 위한 6자회담 등도 타결이 되었을 경우 국가간의 국제법적 효력이 발생할 것임은 물론이고, 우리 국민

들에게 준수를 강제하는 형태로 매듭이 지어질 것임이 분명하다. 얼마 전 세계적인 차원에서 추진되었으나 좌초되고만 WTO의 경우 국가법질서를 넘어선 다자간에 합의된 국제질서의 존중을 전제로 한다. 한미FTA의 경우 양자간 합의된 국가간 질서로서 우리나라의 고유한 국가법질서와 어떻게 관계를 설정해야 할 것인지 대단히 중요한 문제이다.

이상에서 언급한 다양한 형태의 국제법규나 조약 등은 헌법 제6조 제1항이 규율한 바에 근거해서 국내법과 같은 효력을 가진다. 경우에 따라서는 국민들의 기본권을 제약하는 내용을 담고 있기도 하다. 게다가 헌법 제60조 제1항에서는 국회의 동의를 요하는 조약의 유형을 제시하고 있다. 이들 조약의 경우, 국회의 동의가 이루어지게 되면, 법률과 동등한 효력이 인정되는 것으로 파악되고 있다. 조약의 체결과 비준권은 대통령에게 부여되어 있지만, 조약에 대한 동의권은 국회에 부여되어 있음에 따라 사안에 따라서는 양자 간의 권한경합도 예측이 된다. 특히 이는 분점정부와 같이 정치적 이해갈등이 아주 첨예하게 드러날 수밖에 없는 경우에는 더욱 그러하다.

이와 같은 여러 가지 여건을 감안할 때, 조약이나 국제법규를 둘러싸고 이에 관해 헌법적 차원에서 논의하고 또 이에 대해 헌법재판소가 즉흥성있게 대처할 수 있도록 미리 준비함은 아주 시의에 적절하다고 할 것이다.

이 연구에서는 머지않은 시일에 현안으로 등장하게 될 각종 국제조약 관련 사항에 대해 헌법적인 차원에서 문제점을 적출하고 그에 대한 대응방안을 모색하고자 한다.

## 2. 연구의 필요성

오늘날 국제조약은 점차 개인의 기본권보장과 상관관계가 많아지



고 있다. 이에 따라 헌법재판에서 국제조약이 심판의 대상으로, 혹은 재판규범으로 작용될 가능성이 증가하고 있다.

이와 관련하여 먼저, 국제조약의 국내법 체계상의 지위가 문제된다. 국제조약이 법률적 효력을 갖는다면, 위헌심판의 대상이 될 수 있을 뿐 위헌심판의 기준이 되기는 어려울 것이다. 그렇지만, 한편 국제조약(특히 국제인권법의 경우)이 그보다 상위의 효력을 갖는다면, 헌법재판에서 재판규범으로 작용할 것이다. 후자의 경우에도 국제인권법과 헌법의 관계가 어떠한지, 기본권의 해석에 어떤 영향을 줄 수 있는지 등에 관한 논의가 필요하다. 전반적으로, 헌법 제6조 제1항의 관점에서 국제조약이 어떤 국내법적 효력을 갖는지, 헌법과의 관계는 어떠한지, 어떠한 경우에 헌법재판소에서 직접 적용가능한지 등에 관한 구체적인 연구가 필요하다.

다음, 다른 한편 국제조약의 국내사회·경제에 대한 영향력이 점차 증대하면서 조약체결과 관련된 헌법상의 권한을 둘러싼 분쟁도 증대하고 있다. 본질적으로 외교행위의 하나로 볼 수 있는 조약의 체결과 관련하여 헌법상의 권한배분질서, 특히 대통령 또는 정부와 국회의 권한이 무엇인가, 구체적으로 헌법 제60조에서 국회의 동의를 요하는 조약의 내용이 무엇인지, 조약의 체결절차에 있어 국회가 어느 정도 개입할 수 있고 합헌적인 절차는 무엇인지, 조약이 아닌 행정협정, 양해각서 등의 경우는 어떠한지 등에 대한 연구가 필요하다. 또한 관행적으로 사용되는 고시류 조약의 인정 여부도 연구되어야 한다.

그런가 하면, 헌법재판소가 국제조약에 대하여 위헌심사를 할 경우, 심사기준 내지 강도는 어떠한 것이 될 지, 위헌결정을 할 경우 그 국내법 및 국제법적 효력은 어떠한지도 검토될 필요가 있다.

또한 이러한 제 문제에 대해 체계적으로 연구함으로써, 헌법재판에서 국제법의 위상과 역할을 분명히 하고, 종래 헌법재판에서 분명하

지 않았던 국제조약과 헌법재판의 관계 및 조약에 관한 헌법상의 권한배분질서를 뚜렷하게 정립할 수 있게 될 것으로 기대된다.

## II. 연구의 내용 및 방법

### 1. 연구의 대상

이 연구에서는 먼저, 헌법 제6조 제1항의 구체적 의미에 관해 동질성을 지닌 다른 나라의 입법례 및 해석론에 관심을 기울인다. 특히, 국내법적 효력의 의미(조약, 행정협정, 고시류 조약 등 종류에 따라), 국제인권법(특히 A, B 국제인권규약)의 국내법적 지위, 조약의 자기집행력 인정 내지 직접 적용가능성의 기준 등이다.

다음에는 국제조약이 헌법재판의 재판규범이 되는지에 관해서이다. 이는 일원적 사법구조를 취하는지의 여부에 따라, 사후적 규범통제를 취하는지의 여부에 따라 어떠한 차이가 있는지도 살펴본다. 그리고 조약(국제인권법)상의 권리 침해를 이유로 헌법재판소에 제소할 수 있으며, 이에 대해 사법판단적합성(justiciability)이 인정되는지도 중요한 쟁점 중의 하나이다. 또한 헌법상 기본권의 해석과 국제인권법의 관계를 어떻게 확정하고 파악해야 하는지도 중시해야 한다.

이어서, 헌법 제60조의 구체적 의미를 살펴보는 데, 이 역시 비교법적인 측면에서의 접근이 아주 유용할 것으로 보인다. 특히 조약에 대한 국회의 권한, 국회의 동의를 요하는 조약의 범위, 조약에 대한 권한쟁의에서 청구인 또는 피청구인 적격, 조약이 아닌 행정협정, 협약, 양해각서 등의 체결에 대한 국회의 권한, 고시류 조약의 인정 여부, 그리고 권한배분질서에 대한 헌법재판소의 심사강도 등이 여기서

주된 논의 대상이다.

그 외에도 조약과 국제법규를 둘러싼 외국의 입법례 및 헌법판례를 살펴보아야 한다. 헌법재판소의 조약에 대한 위헌심사의 기준 및 강도(특히 외교행위 관련), 위헌결정의 국내·국제법적 효력 등도 집중적으로 논의되어야 할 것이다. 특히 조약이나 국제법규가 국내법상 법률과 동등한 효력을 가질 경우 헌법재판소에서 그 위헌여부가 판단되어야 하고, 판단에 따른 위헌결정의 효력은 법률에 관한 위헌결정과 동등하게 나타난다. 그에 반해 법규명령의 효력을 갖는 조약 등에 관한 위헌여부의 판단은 사법심사절차를 거쳐야 하고, 그 경우 위헌으로 판단된다 할지라도, 당해 사건에서 적용이 배제될 뿐이고, 판단의 대상이 된 그 조약은 그 효력이 유지된다는 한계를 지닌다. 이에 대해서도 어떻게 체계화시켜야 하는지도 중요한 과제이다.

## 2. 연구의 범위

제1장 서론에서는 먼저 연구과제의 영역확정을 도모한다. 즉 연구의 목적, 필요성, 연구의 범위와 내용 및 방법에 관해 서술한다. 그 이어 제2절에서는 이 연구를 진행함에 있어 후술하는 각 장에서 공통적으로 논의해야 할 요소에 대해 간단하게 다룬다. 국제법과 국내법의 관계에 관한 이론, 국제법규범의 국내적 집행에 관한 이론 그리고 유럽법의 국제법과 국내법과의 관계 등을 논의한다.

제2장 내지 제5장에서는 미국, 독일, 프랑스 및 일본에 관해 각각의 국가에서 조약이나 국제법규를 국내적으로 그 효력에 있어 어떻게 수용하고 있으며, 국제인권법을 국내법원에서 재판규범으로 삼고 있는지 여부, 조약에 관해 의회와 정부 사이에서 헌법적으로 어떻게 권한을 배분하고 확정하고 있는지, 그리고 조약이나 국제법규와 관련하여 판시한 헌법판례를 각 국가별로 분석한다.

제6장에서는 우리나라의 문제를 집중적으로 다룬다. 그 중점적인 대상은 ① 헌법 제6조 제1항의 구체적 의미, ② 국제인권법이 헌법재판의 재판규범이 되는지 여부, ③ 조약에 관한 헌법상의 권한배분, 그리고 ④ 우리 헌법재판소와 대법원이 조약이나 국제법규에 대한 선고한 헌법판례의 분석 등이다.

제7장에서는 지금까지 다루어온 사항에 대해 정리하고 입법대안을 제시한다.

### 3. 연구의 방법

이 연구는 우리나라에서, 특히 헌법재판소에서 조약이나 국제법규를 둘러싸고 헌법적인 분쟁이나 논의가 제기되었을 경우 이에 관해 체계적이고 효율적으로 어떻게 대처할 것인지를 학문적으로 사전에 준비한다는 점에서 그 의미가 대단히 크다. 현재 우리나라가 직접 참여해서 진행되는 국제정세와 이에 대한 국민들이나 정치권, 시민단체 등의 반응을 보노라면, 실제로 우리 사회에서 나타나는 각종 갈등이나 분쟁은 어떠한 방식으로든 헌법재판소에서 매듭을 지었듯이, 최근에 급진전되고 있는 각종 국제조약등도 마찬가지로 현상을 보여주리라 예상된다. 아무튼 이에 대한 접근방법은 몇 가지로 제시한다.

첫째로는 비교법적인 접근방법이다. 우리나라에서 조약이나 국제법규가 국내법적 효력을 실제로 인정받고 재판규범성으로 반영된 시기는 아주 일천하다. 국제법의 국내법적 효력문제, 국제법규의 재판규범성, 조약에 관한 정부와 의회간의 권한배분 등에 관해서는 비단 우리나라만이 아닌 다른 서구 여러 나라에서도 공통적으로 겪었으며, 그 나름대로 매듭이 지어지고 있는 실정이다. 또한 유럽 소속 국가의 경우 유럽연합의 출범으로 인해 그 회원국간에 유럽연합법 내지 유럽공동체법이 어떻게 작용하며, 이것이 우리나라와 같은 경우와 어떻

게 논의대상이 달리 확정되어야 할 것인지도 중요한 과제로 등장한다. 이상과 같은 점에서 이 연구에서는 비교법적인 접근에 우선적인 비중을 둔다. 이들 각각의 연구에 기초해서 우리나라의 실체를 명료하게 파악하는데, 유용한 기초자료로 활용하기로 한다.

둘째로는 문헌고찰적인 접근방법이다. 미국, 독일, 프랑스 및 일본의 입법례와 문헌에 관해 각각 언어권에 대해 문헌분석을 시도한다.

셋째로는 판례분석적 접근방법이다. 이에 대해서는 미국, 독일, 프랑스 및 일본에서 이루어진 조약이나 국제법규와 관련한 모든 판례를 대상으로 삼는 것은 한계가 있다. 그러므로 leading case에 해당하는 핵심판례를 모아 비교법적인 고찰을 진행하는 과정에서 집중적인 관심을 기울이기로 한다. 하지만, 우리나라의 경우에는 하나의 장을 두어 상세하게 분석하기로 한다.

넷째로는 법정책적인 접근방법이다. 우리나라가 운용함에 있어 구체적인 문제점이 노정될 경우 그에 대한 해결방안을 제시해야 한다. 여기서 간단하게 입법적으로 해결해야 한다는 등의 상투적인 기법으로 매듭을 짓기보다는 채택가능한 구체적인 입법대안을 적극적으로 모색하기로 한다.

## 제2절 이 연구 진행의 전제요소

국제법은 원칙적으로 국가간의 관계를 규율하는 법질서이다. 국제법을 국내에 적용하는 경우에는 국제법과 국내법의 관계에 관해 근본적으로 여러 가지 문제가 제기된다. 즉 국제법을 국내법의 질서에 어떻게 편입시켜 국내에 적용할 수 있는가의 문제가 등장한다.

그런가 하면 유럽의 경우 유럽통합을 위한 유럽헌법을 제정하고자

하는 노력이 이루어지고 있음은 물론이고, 유럽법은 이 연구의 과제인 국제법이나 국내법과는 다른 아주 독특한 모습을 보여주고 있다. 또한 협의의 유럽법(유럽연합법, 여기서는 특히 유럽공동체법)은 유럽공동체 회원국에서는 국내의 실정법보다 우선적 효력을 지니도록 하고 있다.

그러면 여기서는 먼저, 국제법과 국내법의 관계에 관한 이론을 살펴보고, 이어 국제법규범의 국내에서의 집행에 관해 전개되는 이론을 소개한다. 그 다음에는 유럽법이 국제법이나 국내법과의 관계에서 어떠한 위상을 차지하고 있으며 어떻게 구획되고 있는지를 검토한다.

## I. 국제법과 국내법의 관계

국내법과 국제법의 관계에 관해서는 학설이 크게 일원론과 이원론으로 나뉜다.<sup>1)</sup> 양자가 서로 충돌할 경우 어떠한 법을 우선할 것인가 하는 점이 핵심적이다. 이 두 가지 법질서를 하나의 통일적인 법질서를 구성하는 것으로 볼 것인지, 아니면 서로 다른 분리된 두 개의 법질서로 볼 것인가 하는 점이다.

### 1. 일원론

일원론은 국내법과 국제법이 하나의 통일적인 법질서를 이룬다는 점에서 전개한다. 그 논거는 다양하다. 하지만 대체로 국제법과 국내법을 통일체로 볼 수 있는 요인은 자연법에서, 법실증주의에서 또는

---

1) 상세한 내용은 Schweitzer, Staatsrecht III, SS. 10-15; 나인균, “헌법재판과 국제법규범”, 『헌법논총』 제4집 (헌법재판소, 1993. 12), 488-491면; 계획열, 『헌법학(상)』 신정판 (박영사, 2004), 174-181면 참조.

논리적인 이유에서 찾고 있다. 19세기 중엽까지는 주로 ‘자연법이 모든 법의 원천이며 국내법이나 국제법은 모두 이 자연법에서 나온다’는 점에 근거하였다. Verdross는 이를 ‘법적 世界像을 통일’하는 것이라고 하였다. 그 후 법실증주의자들은 법의 단계적 구조를 그 논거로 삼았다. 즉 국내법과 국제법은 통일적 법질서의 부분질서를 이루고 양자는 상호 타당한 위임관계에 있으며 그 하나가 다른 하나에 타당성을 부여한다는 것이다. 국내법과 국제법 중 어느 쪽에 우위를 부여하는가에 따라 국내법우위의 일원론과 국제법우위의 일원론으로 나뉜다.

## 가. 국제법우위의 일원론

국제법에 우위를 부여하는 이 이론은 ‘국제법은 국가법을 깨뜨린다’는 명제에 의거하고 있다. 그 우위를 추론함에 있어 이 이론은 두 가지 형태로 나누어진다.

엄격한 일원론에 따르면, 국제법에 위반되는 어떠한 국내법상 고권 행위(법률, 판결, 행정행위)도 모두 무효라고 한다. Scelle가 대표적인 학자이다.

절충적 일원론에 따르면, 국제법에 위반되는 국내법상 행위(법률, 판결, 행정행위)는 일단은 국내적으로는 유효하다는 것에서 출발한다. 그러나 이는 단지 잠정적일 따름이다. 즉 이들 행위의 적법성문제가 국제법상 法院에 제기되자마자, 국제법의 우위가 그대로 관철된다는 것이다. Seidl-Hohenveldern, Verdross가 대표적으로 주창한다. 왜냐하면 국제법상 法院은 오로지 국제법만 적용하므로, 국내적 행위와는 법적으로 아무런 관계가 없으며, 국제법적합성이라는 하나의 요소로 평가할 뿐이기 때문이다.

절충적 일원론에 따르면, 결국 국제법에 위반된 국내적 행위는 무

효가 아니고, 국가가 국제법이 제약되는 바를 배려해야 하는 한도에서 ‘무효화’할 수 있을 뿐이다. 국가가 국내적 행위를 거듭 폐기하는 것을 통해 이런 점이 관철될 수 있다.

## 나. 국내법우위의 일원론

국내법우위의 일원론은 오늘날 더 이상 주장되지 않고 있지만, 국제법과 국내법의 통일성에서 출발한다. 이 이론은 ‘국가법은 국제법을 깨뜨린다’는 명제에 의거한다. 이 이론은 절대주의적 주권이론에 근거한 것으로 국제법을 ‘대외적 헌법(äußeres Staatsrecht)’에 지나지 않는 것으로 본다. 즉 조약의 체결권한이 직접 국내헌법에서 유래한다든가 국제법은 국내헌법에 의해 승인되어야 효력을 갖게 되기 때문에 국내법이 국제법보다 우위에 있다는 것이다. 어떠한 국내의 고권행위(법률, 판결, 행정행위)도 국제법을 배척하고 적용할 수 없게 된다. Zorn이 대표적이다.

## 2. 이원론

이원론은 국제법과 국내법이 두 개의 서로 다른 법질서라고 본다. 양자는 특히 서로 다른 형태의 효력근거, 서로 다른 구조(국제법은 대등관계법[Koordinationsrecht]이고, 국내법은 종속관계법[Subordinationsrecht]이다), 다양한 법의 주체(국제법에서는 국가와 국제기구, 국내법에서는 자연인과 법인) 및 서로 다른 규율소재(국제법은 국가 사이의 영역을 규율하지만, 국내법은 국가내부의 영역을 규율한다)에서 구분된다. 이원론에는 두 개의 서로 다른 이론이 있다. 거기서는 두 개의 법질서 사이에 어떠한 관계가 있는지에 관해 서로 파악하는 바가 다르다.



국제법의 타당근거는 국가간의 의사의 합치에 있고, 국내법의 타당근거는 한 국가의 단독의사에 있다는 것이다. 따라서 국제법이 국내적으로 국가권력 및 개인에 대하여 효력을 발생하기 위해서는 원칙적으로 이를 국내법으로 변환(Umsetzung)시키는 것이 필요하다. 이 원론에 의하면 국제법질서와 국내법질서는 서로 독립하여 존재한다. 이 양 법질서가 국제관계의 새로운 발전에 따라 부분적으로 동일한 영역을 대상으로 한다고 하더라도 이들은 상이한 法源에서 출발한다. 국내법의 경우 헌법이 최고의 법규범이고, 여기에서 다른 모든 국내법이 파생한다고 한다. 다른 한편으로 국제법도 독자의 법질서이므로 그 효력은 국내법질서에 의하여 좌우되지 않는다.

### 가. 엄격한 이원론

엄격한 이원론에 따르면 두 법질서는 완전히 분리된 별개의 법질서이다. 따라서 두 법질서 사이에 아무런 갈등도 있을 수 없다고 본다. 즉 국내적 행위(법률, 판결, 행정행위)가 국제법에 반한다 하더라도, 양자는 병존하고 계속 효력을 갖는다는 것이다. 이 이론의 이와 같은 - 비현실적인 - 측면을 두 법질서가 상호 접하기는 하지만, 겹치지 않는 두 개의 원에 비유함으로써 완화하고자 한다(Triepel). 이 때 두 법질서의 접점은 어느 한 법질서가 다른 법질서를 인용할 경우에 발생하는 것이다. 물론 개별 국가는 국제법을 이행할 수 있도록 자국의 법질서를 형성할 의무를 진다고 한다. 이와 같은 점에서 국제법에 확실한 우위를 부인한 것은 아니다.

### 나. 절충적 이원론

절충적 이원론은 두 법질서의 원칙적인 분리를 전제로 하지만, 양

자 사이의 갈등의 가능성을 부인하지 않는다. 이 갈등은 양 법질서에 우열을 정함으로써, 즉 일원론적 방식으로는 해소될 수 없다는 것이다. 이 두 법질서는 부분적으로 상호간에 겹치는 두 개의 원으로 비견된다. 두 법질서의 중복은 한 법질서의 규범을 다른 법질서의 규범으로 서로 援用(Bezug)하거나, 借用(Verweis) 또는 變形(Umwandlung)할 경우 발생한다. 이 중복영역에 상호 충돌하는 규범들이 있을 수 있고, 그 충돌은 항상 해결할 수 있다고 한다. 이 중복영역에서 국내 법적 조치(법률, 판결, 행정행위)는 국제법에 반하더라도 유효하고 구속적이다. 하지만, 국가는 대외적으로 그로 인해 발생한 국제법위반에 대하여 책임을 져야 한다(Rudolf)는 것이다. 아무튼 궁극적으로는 국제법이 우위에 있는 한도에서 국제법이 관철됨을 의미한다.

### 3. 이론적 대립의 상대화

일원론과 이원론은 두 이론이 상대방의 비판을 서로 수용하고 있다. 그에 따라 비록 각 이론의 출발점은 다르지만 법적 효과의 측면에서는 서로 접근하게 됨으로써 그 대립이 완화되었다. 법적 효과를 둘러싼 논쟁의 대상은 주로 국가기관이 아무런 전제 없이 국제법을 국내에도 적용할 수 있는지와 두 법질서 사이의 모순을 개별사건에서 해소하는 방법에 관한 것이다.

절충적 일원론은 모든 국제법이 바로 국내에서 준수되어야 하고, 또 그에 반하는 국내법은 효력이 없다고 주장하지 않는다. 국제법이 각국의 국내법 규정에 의하여 국내에 수용되며 국제법에 반하는 국내법이 국내의 법절차에 의하여 제거될 때까지 잠정적으로 효력을 갖는다고 본다.

절충적 이원론도 국제법에 반하는 국내법은, 각국이 국내적으로 국제법에 부합하는 상태를 조성할 의무를 지기 때문에 잠정적 효력만

을 갖는다고 본다.

일원론과 이원론 사이의 논쟁은 오늘날 국제법과 국내법 사이의 관계의 문제에 관한 법철학적인 출발점을 결정할 뿐이다. 그 논쟁으로부터 직접적으로 개별문제의 해결에 유용한 추론을 이끌어 낼 수는 없다. 국제법의 法源도 너무 다양하고 또 그 적용영역도 너무 다기하기 때문에, 어떤 하나의 이론에 의거해서 모든 실제문제들에 대해 직접적인 법적 효과를 이끌어낼 수는 없다. 일원론과 이원론은 두 법질서가 상호 얽히면서 발생하는 문제들을 명쾌하게 해명할 수 있기에는 지나치게 조야한 이론적인 틀에 불과하다고 한다.

실제적인 효과와 관련해서 국제법은 위의 절충적 일원론과 절충적 이원론 사이에는 기본적으로 아무런 차이가 없다는 것이다. 이 두 이론에 따르면, 국제법에 최소한 사실상의 우위가 부여되고 또 이 두 이론에 따를 때, 국제법에 위반된 국내법은 일단은 유효하다는 것이다. 이 두 질서의 독자성이나 위계상 상·하위질서에 대한 기본적인 입장에서 개별적으로 차이가 나타난다. 이는 결국 이론적 다툼이 아무런 쓸모없이 주장된 것이며 또 이론적 다툼을 “비현실적이고 작위적이며 초점에서 아주 벗어난” 것임을 지적한 것이다. 그러나 이런 시각이 그대로 관철될 수는 없다.

아무튼 결론적으로 말하면, 엄격이론과 국내법우위의 일원론은 더 이상 주장될 수 없다는 입장을 바탕으로 한다 할지라도, ‘정확한’ 이론의 문제는 전혀 답변되지 아니하였다. 국제법적 실체는 아무런 암시도 포함하지 못하지만, 이 두 절충적 이론에 유용하게 작용하는 증거를 내포하고 있을 뿐이다. 개별국가 헌법이 이들 복잡한 내용을 규정에 포함하고 있는 한도에서, 그 헌법은 이 두 가지 이론의 측면에서 각각 해석될 수 있을 것이다.

## II. 국제법규범의 국내적 집행

국제법은 국제법 주체들의 법적인 관계를 규율한다. 국제법상의 권리는 물론이고, 특히 그 의무도 국제법상 주체는 스스로 구현해야 한다. 즉 국제법의 집행은 국내법에 맡겨져 있다. 국제법의 주체인 국가는 국내에서의 국제법의 준수를 확보하는 방법을 자유롭게 정할 수 있다. 국제법적으로 확정된 것은 국가기관들이 국제법을 준수해야 한다는 목표일 뿐이다. 특히 행정청과 법원은 국제법을 준수하지 않으면 안 된다. 따라서 각 국가는 국제법을 국내에서 집행하려면 어떤 형태로든 국제법이 국내에 적용할 수 있는 규범이라는 것을 선언해야 한다.<sup>2)</sup> 그 구체적인 방법은 다양하게 존재한다. 물론 그 방법은 헌법에 확정되어 있는 것이 보통이다. 동일한 헌법에서도 성문의 국제법과 관습법에 대해서 상이한 집행방법이 명시되어 있는 경우도 있을 수 있다.

그런데, 국가들은 통상 그들을 구속하는 국제법과 그들의 국내법이 일치하도록 노력한다. 이러한 목적을 위하여 충돌을 회피하거나 충돌을 해결하고자 국내의 법규범을 마련해놓고 있다. 예컨대 국제법 존중주의에 입각한 해석의 원칙, 특히 일정한 범위의 국제법이 국내법으로 수용되고 그 결과 국제법규범의 내용이 국내법으로서 존중되거나 국내법과 같이 적용될 수 있다는 것이 이에 속한다. 이러한 수용

---

2) 이원론의 입장에 서는 경우 이는 의문의 여지가 없다. 국제법질서와 국내법질서가 별개의 독자적인 법질서라면, 국가가 국제법의 적용을 어떤 식으로든 명령하지 않으면 국제법은 국내에 적용될 수 없기 때문이다. 일원론의 입장을 취하더라도, 그와 같은 명령이 필요하다. 국제법과 국내법이 통일체를 이룬다고 보더라도 국가는 국제법에 의하여 의무를 부담할 뿐이며, 국내의 어떤 기관이 국제법을 집행하여야 하는지에 대해서는 아무런 결정이 내려지지 아니하였기 때문이다. 이 문제와 관련해서는 국내법에 의한 명령이 필요하다.

절차가 필요한 이유는 국제법이 그 자체로서 직접적으로 국내에서 유효하지는 않기 때문이다. 즉 국제법은 그 집행을 집행의무가 있는 국가에 위임하고 그 국가는 국가기관을 통해 국제법을 적용하지 않으면 안 된다. 이 경우 일반국제법에 의하면 어떤 방식으로 국가가 그의 의무를 이행하는지는 개개 국가의 재량에 맡겨진다. 보통 국가는 국제법규범의 발현형식에 따라 수용의 방식을 달리한다. 즉, 예컨대 조약과 국제관습법간에 이들의 수용을 상이하게 규정하는 것이다. 구체적으로 국제법규범을 국내법으로 수용하는 방식에 관해서는 네가지 이론이 제시되고 있다.<sup>3)</sup>

## 1. 채용이론(Adoptionstheorie)

채용이론에 의하면 국제법의 국내적 집행은 국제법이 국제법의 본질을 유지한 채 국내법으로 편입되는 형태로 이루어진다. 국제법이 국내법에 의하여 개별사건에서 또는 총괄적으로 국내법의 영역으로 편입되는 것이다. 그래서 편입이론(Inkorporationstheorie)으로 칭해지기도 한다. 채용이론은 ‘국제법은 국내법의 일부이다’라는 Blackstone의 공식을 수용한 영국의 판례에 기원을 두고 있다. 채용이론은 일원론과 밀접한 관련이 있다. 이원론의 입장에서는 국제법이 그 자체로서 국내에서 적용될 수 있는 현상을 설명할 수 없기 때문이다.

채용이론에 의하면 국제법이 ‘채용’을 통해서 국내법의 일부가 된다는 것이다. 행정청이나 법원은 개별사건에서 국제법을 직접 적용해야 한다. 그렇지만, 국제법은 국제법의 성격을 잃지 않기 때문에 그

---

3) 이에 관한 상세한 내용은, 이장희, “국제법의 국내법적 도입에 관한 이론: 변형이론·수용이론·집행이론”, 『입법조사연구』 통권 제234호 (국회도서관 입법조사분석실, 1995. 8), 1-11면; 나인균, “헌법재판과 국제법규범”, 『헌법논총』 제4집 (헌법재판소, 1993. 12), 485-495면; 계희열, 『헌법학(상)』 신정판 (박영사, 2004), 174-181면; Schweitzer, Staatsrecht III, SS. 151-156 등 참조.

발효, 효력, 해석, 종료 등은 국제법을 기준으로 이루어진다. 조약이 종료되면 국제법적으로만이 아니라 국내에도 직접 그 효과가 발생하게 된다. 이 점이 변형이론과 본질적으로 다른 점이다. 또한 채용이론에 의해서 국제법규범이 국내에서 구속성을 갖기 위하여 국가행위가 요구되는 경우에도 그것은 선언적인 의미만 있을 뿐이다.

채용이론 자체는 국내에도 적용될 수 있는 것으로 선언된 국제법이 국내법의 규범체계에서 점하는 지위에 대해서는 아무런 정보를 제공하지 않는다. 결국 채용규범이나 다른 헌법규정에 담긴 국제법의 국내법 체계에서의 위상에 관한 단서에 의해서 해결할 수밖에 없다.

- 1787. 9. 17. 제정된 미연방헌법 제6조 제2항은 규정하길, “이 헌법, 또는 이 헌법을 실행하여 제정된 미합중국의 법률이나, 미국의 권능에 의해 체결된 또는 장래에 체결될 모든 조약은 국가의 최고법(supreme law of the land)이다. 각 주의 법관은 그 주의 헌법이나 법률에 상충되는 규정이 있더라도 이들의 구속을 받는다.” 이 조항은 채용이론과 관련되어 등장한 것이며, 또 채용된 조약상 국제법의 등급을 확정하는 규정으로 제시된다.

- 네덜란드에서는 헌법이 이에 관해 입장을 표명함이 없이도 압도적으로 채용이론을 전개한다. 이에 관해서는 채용된 국제조약법의 등급에 관해 제94조에서 규정 하나를 찾아낼 수 있다: “왕국내에 시행된 법률조항은, 그 적용에 있어 조약과 국제기구의 결의에 관한 일반구속적인 규정과 합치하지 아니하면, 적용되지 아니한다.”

## 2. 집행이론(Vollzugstheorie)

집행이론은 변형이론과 마찬가지로 국제법의 法源에서 유래한 법규범이 국내에서 구속성을 갖기 위해서는 국가의 법률행위가 필요하다는 데에서 출발한다. 집행이론에 의하면 국가의 집행명령(Vollzugsbefehl)에 의하여 국제법의 국내집행이 가능하게 된다. 이 이론에서도 국제법은 그 성격을 그대로 유지하며, 국내법으로 변질되지 않는다. 집행명령에 의해 국내의 법적용기관은 국내법질서 내에서 국제법규범을 적용할 수 있는 권한을 부여받는 것이다. 따라서 집행명령은 독립된 실체적 내용을 갖지 않고 국내에서 국제법규범의 적용 요건을 충족시킬 뿐이다.

그 결과 이 이론은 채용이론과 마찬가지로 국내에서 적용되는 국제법규범의 발효, 효력, 해석, 종료 등에 있어 국제법을 기준으로 한다. 그러나 국내법체계상 위상에 관해서는 아무런 입장도 제시되지 않았다. 아무튼 집행이론 역시 주로 일원론의 입장에서 주장되고 또 대체로 채용이론과 유사하다 하겠다.<sup>4)</sup>

## 3. 변형이론(Transformationstheorie)

변형이론에 의하면 국제법의 국내적 집행은 국제법이 국내법에 의하여 국내법으로 변형되는 형태로 이루어진다. 이 이론에 따르면 국제법규범은 그 자체로서 국내에서 적용될 수 없다. 왜냐하면 국제법과 국내법은 2개의 분리된 법질서이기 때문이다. 이원론의 관념에 기초를 둔 변형이론은 국제법규범이 국내에서 유효하기 위해서는 국내

---

4) 독일의 다수설은 조약에 대한 동의법을 변형이론에 의하여 국제법의 국내법으로의 변형으로 이해한다. 그러나 적지 않은 학자들은 이를 집행명령으로 이해하기도 한다.

법으로 변형(Transformation)될 것을 요구한다.

조약과 관련해서 의회가 조약체결에 맞추어 동의법을 제정할 경우 그 동의법이 바로 조약을 국내법으로 변형시키는 수단이다. 국제법과 동일한 내용의 국내법이 제정된다는 것이 채용이론과 다른 점이다. 따라서 동일한 규율대상이 국제법과 국내법에 의해 각각 동일한 내용으로 규율되지만, 그 효력의 근거와 적용영역은 서로 다르다.

발효, 효력, 해석, 종료 등은 한편으로는 국제법에 따라, 다른 한편으로는 국내법에 따라 정해지는 효과를 지닌다. 따라서 조약이 어떤 이유에서든 종료되면, 그 종료의 효력은 국제법적 차원에서만 발생할 뿐이다. 국제법과 동일한 내용의 국내법은, 그것이 폐지될 때까지 계속 효력을 갖는다. 이는 채용이론이나 집행이론과 비교할 때, 변형이론이 지닌 본질적인 차이점이다.

변형이론에 따르면 국제법이 국내법으로 변형되기 때문에 변형된 법이 국내법체계에서 점하는 지위를 결정하는 것도 국내법에 맡겨진 일이다. 다만 변형하는 규범은 그 자신의 지위 이상을 변형된 법에 부여할 수 없기 때문에 변형된 법의 지위는 변형규범 내의 규율이나 변형규범의 지위에 의해서 정해진다. 1958. 9. 28.의 프랑스헌법 제55 조는 규정하길,

“질서에 합치되게 비준된 또는 승인된 조약이나 협정은 그 공포와 함께 법률보다 상위의 법적인 힘(Rechtskraft)을 가지며, 협정이나 조약이 조약당사자에 의해 적용됨을 전제로 한다.”

국제법과 국내법을 엄격하게 구분하기 때문에 변형이론은 이원론과 결합된다. 일원론이 국제법을 국내법으로 변형하는 것을 금지하지 않는다. 하지만, 그와 같은 변형 자체를 필요하지도 않는다. 또 국



내법에 있어 국제법의 직접적 효력으로 작용하지도 않는다. 이는 일원론적 시각에 따르면 단지 채용이나 집행명령에 지나지 않을 따름이다.

따라서 각국의 입법자는 국제법규범의 내용과 동일한 국내법을 제정해야 하고 국제법 및 국내법 영역에서 내용상 동일한 규범이 존재하게 되나 그 효력의 근거와 범위는 상이하다. 국제법규범이 국제법의 法源에 근거를 두는 반면, 같은 내용의 국내법규범은 국내법에 그 효력의 근거가 있다. 그 결과 국내법으로 변형된 조약은 국내의 수범자들을 대상으로 그 발효, 효력, 해석, 종료 등에 있어서 국내법을 기준으로 한다. 그러므로 예컨대 어느 조약이 어떤 이유에서 종료하면 그것은 단지 국제법적인 문제이지 국내적으로는 아무런 영향이 없다. 조약과 같은 내용의 국내법은 그것이 폐지될 때까지 계속 유효하다. 이 점에서 채용이론이나 집행이론과 근본적으로 구별된다.

그러나 이 이론을 엄격하게 적용할 경우 국제법규범이 국내법으로 변형됨으로써 국제법 규범과 국내법 간에는 아무런 관계가 없게 된다. 예컨대 조약이 국제법적으로 실효되었다 하더라도 국내법적으로 아무런 효과가 없다는 결과가 된다. 그러나 실제로 이와 같이 두 개의 규범 상호간에 엄격한 분리는 법현실에서는 찾아볼 수 없다.

많은 사례에서, 위에서 언급한 이론 중 어느 하나를 의미있게 확립하기 위해 개별 국가 헌법조항의 간단한 어의에서 추론하는 것은 기대할 수 없는 일이다. 오히려 이들 조항은 어떠한 이론으로도 그 조항 자체에 대해 이의를 제기할 수 있도록 기초되어 있다. 이는 어느 사례에 어느 이론이 끌어들여질 수 있는지에 관해 문헌이 아무런 독자성도 지니지 못함을 의미한다. 결국 특정한 헌법에서 특정한 이론의 논거를 도출하는 것은 오로지 그 당시의 통설과 판례에서만 가능한 일이다. 이에 관해 예외 한 가지가 있다. 그렇지만 논란이 없지는

않다. 1937. 7. 1.의 에이레 헌법 제29조 제6항을 인용할 수 있다. 그 조항이 규정하길,

“어떠한 국제법적 협정도 국내법질서의 구성부분이 될 수 있는데, 이를 국가의회(Oireachtas)가 규정하는 한 그러하다.”

변형의 방법으로는 일반변형(generelle Transformation)과 특별변형(spezielle Transformation)이 있다.

일반변형은 국제법규범을 일반적으로, 즉 장차 제정될 국제법까지 포함하여 총괄적으로 국내법으로 변형시키는 것을 말한다. 즉, 특별한 법적 행위를 요하지 않고 국제법규범 전체를 국내법의 일부로 선언한다.

1929년 오스트리아 연방헌법 제9조는 규정하길, “국제법상 일반적으로 승인된 원칙은 연방법의 구성부분으로 유효하다.”

각국의 입법례에서 보는 바와 같이 국제관습법과 관련하여 일반변형이 많이 채택되고 있다.<sup>5)</sup> 이와 반대로 국제조약에 대하여는 통상 일반변형이 적용되지 않는다. 조약의 경우는 보통 변형의 기능을 갖는 법률의 형식으로 의회의 동의라는 국가행위가 필요하다.

이에 비하여 특별변형이란 현행의 특정 국제법규범을 국내법으로 변형하는 것을 말한다. 특별변형은 조약에 대한 동의법을 제정함으로써 이루어지는 것이 보통이지만, 다른 국내법규를 통해서도<sup>6)</sup> 이루어

---

5) 대표적인 사례로는 독일 기본법 제25조(국제법의 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 그것은 법률에 우선하고 연방영역의 주민에 대하여 직접 권리와 의무를 발생시킨다.) 참조.

6) 후술하는 독일 법원조직법 제18조 제1항이 대표적인 예이다.

질 수 있다. 즉, 모든 국제법규범은 입법자의 특별한 시행행위(법률, 명령 등)에 의하여 국내법으로 변하게 된다. 국제조약의 경우 각 조약의 국내규정과 일치하는 국가의 특별한 법률행위가 요구된다.<sup>7)</sup>

독일의 법원조직법 제18조 제1문은 - 조약법 이외에 추가적으로 - 외교관계에 관한 비엔나협약의 특별변형을 포함하였다. “이 법률의 효력범위에 포함된 외교적 임무의 담당자, 그 가족 및 그들의 가정에서 사적 업무 수행자는 1961. 4. 18. 외교관계에 관한 비엔나협약의 기준에 따라 독일의 사법권으로부터 면제된다.” 제18조 제2문은 이를 상호주의의 유보 하에 외교관계에 관한 비엔나협약의 조약당사자가 아닌 국가<sup>8)</sup>의 외교에도 확대해서 적용된다고 할 때, 이는 더 이상 어떠한 협약의 변형도 아닌 것으로 기술된다. 왜냐하면, 이들 국가와 독일 사이에는 이와 관련한 아무런 조약상 관계도 존재하지 않으며, 따라서 아무 것도 변형될 수 없기 때문이다.

#### 4. 절충적 변형이론

변형이론은 국제법과 변형된 법을 엄격히 구분함으로써 국제법과 국내법 사이의 연결고리가 끊어지는 문제에 직면하게 된다. 이는 이원론을 철저하게 관철함으로써 나타난 결과이다. 이러한 태도는 비현

---

7) 예컨대 영국의 경우 집행력이 있는 조약이라 할지라도 조약이 국제법적으로 발효된 후 입법자가 조약의 내용을 특별히 국내법을 제정·공포하거나 특정한 법률을 개정해서 변형해야만 비로소 국내에서 구속력을 갖게 된다는 것이다. 영국에서는 유럽경제공동체를 가입할 때 유럽경제공동체 조약문이 아니라 특별한 ‘유럽공동체법(European-Community-Act)’을 제정·공포하였다. 상세한 내용은, Mossner, Einführung in das Völkerrecht, München 1977, S. 57; 나인균, “헌법재판과 국제법규범”, 『헌법논총』 제4집 (헌법재판소, 1993. 12), 494면 참조.

8) 다시 말해서 비엔나협약에 가입하지 않은 국가를 말한다.

실적이라는 비판을 받지 않을 수 없고, 그에 따라 다양한 방식으로 이 문제를 해결하려는 시도가 행해졌다.

변형이론의 문제점을 극복하기 위해 절충적 이원론에 토대를 둔 절충적 변형이론이 등장하게 되었다. 먼저 엄밀하게 다가가고 또 개별적으로 문제를 다룬다. 예컨대, 조약의 국내적 발효와 국제법적 발효 사이의 간격과 관련해서, 발효에 관한 조약의 규정이 어쨌든 변형되었다는 점과 따라서 국내적 발효도 그에 따르게 되었다는 점을 제시한다. 부분적으로 동의법의 변형기능은 조약의 국제법적 발효에 좌우된다.

마지막으로 조약법이 발효함에 있어 연방대통령의 조약체결에 관한 동의가 효력을 지닐 수 있는 것으로 고려될 뿐이지 그에 반해 변형은 그렇지 않다는 점을 제시함으로써 문제를 해결하려 시도한다.<sup>9)</sup>

국제법상 조약의 종료와 관련해서도 논란이 있다. 또 여기서는 조약법과 변형기능을 오로지 효력을 지닌 조약에만 관련된다는 의미로 해석한다. Bleckmann은 이런 연관관계에서 유예조건과 해제조건을 지적한다.<sup>10)</sup>

이 이론은 국제법을 국내에 집행하려면 국제법을 국내법으로 변형하는 것이 필요하지만, 변형된 법과 국제법 사이의 끈은 끊어지지 않

---

9) Münster행정고등법원은 1961. 9. 19.의 판결에서 1919. 6. 28. Vasailler평화조약의 국내적 시행과 관련해서 입론을 전개하였는데, 그 평화조약은 국제법상으로 1920. 1. 10.에 시행되었으며, 거기서 독일 국민의회의 동의법(RGBL. 1919, S. 687)은 이미 시행되었다는 것이다. “이 동의법을 통해 오히려 단지 국내적으로 정부는 국제법상 조약을 체결할 권한을 부여받았다. 그와 아울러 조약에 합치된 국제법상 시행의 사례에서 이들 조약의 규정들에 국내적인 법률의 효력(Gesetzeskraft)을 부여하면, 그 조약이 조약체결 국가를 국제법적으로 그렇게 장기간 그리고 그렇게 폭넓게 지속하긴 하지만, 그렇다고 조약상 규정을 능가해서 지속하는 것은 아니다.”

10) Bleckmann, GG und Völkerrecht, S. 286, 289.

으며 양자 사이에 존재하는 체계적인 연결고리는 유지된다고 본다. 반면에 변형에 의해서 수범자의 범위가 변경된다. 즉 국제법은 국가에 대해서만 의무를 부과하지만, 변형된 법은 국가의 모든 법원과 행정청을 구속한다. 절충적 변형이론은 국제법과 변형된 법 사이의 연결고리를 유지함으로써 발효, 효력, 해석, 종료 등을 계속하여 국제법을 기준으로 결정한다.

아무튼 이 이론은 국가의 적용명령에 의하여 국제법규범이 그 내용의 수범자가 변경됨과 아울러 국내법으로 변형되지만, 변형된 규범과 국제법 간의 본래적 관계는 배제되지 않는데서 변형의 법적 의미를 찾고 있다.

### III. 유럽법의 국제법과 국내법과의 관계

국제법과 국내법의 관계에서 국제법의 국내적 집행문제가 등장하게 되는데, 이에 관해서는 그 자체로 고유한 이론적 내지 실정법적 틀을 지니면서 전개되고 있다. 이는 이미 전술한 바와 같다. 이러한 틀을 협의의 유럽법이 회원국의 국내법질서에 참여하는 데에 있어서도 그대로 적용할 수 있는지가 문제된다.

유럽법이 의미하는 바는 매우 포괄적이다. 특히 광의의 유럽법에는 국제법적인 시각에서 접근하지 않으면 안 되는 요소도 자리하고 있다. 그러면 여기서는 먼저 광의와 협의로 유럽법의 개념을 분별한 다음, 유럽법이 국제법이나 국내법과의 관계<sup>11)</sup>에 관해 논의하기로 한다.

---

11) nationales Recht, innerstaatliches Recht, Europarecht, Völkerrecht 등의 용어를 번역해서 활용하는 것에 관해서이다. nationales Recht는 국가법(국내법)으로, innerstaatliches Recht는 국내법으로, Europarecht는 유럽법으로, 그리고 Völkerrecht는 국제법으로 각각 번역해서 사용해야 한다. 그런데, 유럽공동체

## 1. 유럽법의 개념

광의의 유럽법은 유럽 국제기구의 법을 지칭하고, 그 범위에는 서유럽의 기구로 한정된다. 그 기구들 중 일부에는 비유럽 회원국도 가입되어 있다. 협의의 유럽법은 유럽연합의 법을 지칭하고, 1992. 2. 7. 유럽연합조약(UUV 또는 마스트리히트조약, Sartorius II, 제145호)에 의해 창설되었으며 1997. 10. 2. 암스테르담조약과 2001. 2. 26. 니스조약(Sartorius II, 제147호)에 의해 수정되었다. 유럽연합은 이른바 세 개의 기둥으로 구성되었다.<sup>12)</sup>

첫 번째 기둥에서는 유럽연합의 기반으로(유럽연합조약 제1조 제3항) 두 개의 유럽공동체(과거에는 유럽경제공동체)가 자리하고 있다. 그 법을 우리는 유럽공동체법이라 한다. 유럽공동체는 초국가적으로 구성된다.

두 번째 기둥은 공동의 외교와 안보에 관한 정책을 다루고 있으며, 세 번째 기둥에서는 사법치안공조를 다루고 있다. 첫 번째 기둥과는

---

회원국 이외의 이른바 역외국가의 국제법과 국내법의 관계를 논의함에 있어 국가법(nationales Recht)과 국내법(innerstaatliches Recht)을 구분함은 그 필요성이 미미하다. 그 이유는 유럽법을 구태여 국가법에 대비되는 국내법에 포함시켜 설명할 필요가 없기 때문이다. 현재 유럽법(Europarecht)은 국가법에 대비되는 국내법에 포함시켜 논의되고 있으며, 국제법과 구분되는 국내법의 위상으로 논의되고 있다. 국제법의 시각에서는, 특히 일부 저서에서는 국내법(innerstaatliches Recht)과 대비시켜 논의하기 보다는 국가법(nationales Recht)과 견주고 있다. 이상과 같은 점을 감안해서 여기서는 nationales Recht를 국가법으로 번역하고 서술하기보다는 innerstaatliches Recht와 마찬가지로 국내법으로 혼용해서 사용하기로 한다. 다만 nationales Recht를 국내법(innerstaatliches Recht)과 구분해야 할 특별한 필요성이 있는 경우에 한해서만 국가법이란 용어로 파악하기로 한다.

12) 이에 관해 상세한 내용은, Schweitzer, Staatsrecht III, SS. 6-8; 이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』 초판 (세창출판사, 2006), 10면 이하; 채형복, 『유럽헌법법』 (한국학술정보, 2005), 39면 이하 참조.

정반대로 이들 기둥에서는 초국가적으로 구성된 것이 아니라, 오히려 만장일치의 형식으로 고전적인 국제법적 결합체를 제도적인 특성으로 반영하고 있다.

유럽연합은 이 세 가지 기둥을 포섭하며 하나의 공통적인 바탕과 하나의 공통적인 지붕을 지니고 있다. 이들 기둥은 초국가적인 결합체와 고전적인 결합체로서의 요소를 포용하고 있다.

그래서 유럽연합의 법은 전체를 통칭하는 것이고, 유럽공동체법은 첫 번째 기둥에 관해, 그리고 연합법은 두 번째와 세 번째 기둥 및 지붕과 기반에 관한 것을 지칭한다. 이중에 가장 핵심적인 것은 유럽공동체법이다.

유럽공동체법은 일단 완성된 법질서가 아니라 계속 형성과정에 있는 독특한 법질서이다. 공동체와 회원국 간의 권한분배 내지 공동체 법질서의 연방적 측면도 계속해서 유동적이고 가변적인 것으로 파악된다. 공동체가 계속적으로 발전한다 함은 곧 회원국으로부터 공동체로 그 주권적 권한이 필요한 일정 범위 내에서 계속 이전되고 있음을 의미하기도 한다.<sup>13)</sup>

## 2. 유럽법과 국제법의 관계

현재는 유럽법이 국제법에 해당되지 않는다는 점에 관해 거의 이의가 제기되지 않는다. 물론 유럽공동체 설립 초기에는 국제법적인 시각에서 접근하였다. 또한 유럽석탄철강공동체나 유럽원자력공동체 등에 있어 국제법적 조약의 시각에서 접근한 것에 관해 주목할만한 의미를 지닌다.

유럽공동체 초기에는 공동체가 조약에 의하여 창설되었으므로 기

---

13) 김대순, “유럽공동체, 얼마나 ‘연방적’인가?”, 『법학연구』 제16집 (전북대학교 법학연구소, 1989. 3), 57면.

존의 국제기구들과는 다른 발전적 측면을 갖고 있다고 하더라도 국제기구라고 부를 수밖에 없었다. 완전히 국제법의 영역에 속한다고 보는 이른바 국제주의 이론이 강하였다. 유럽재판소조차도 공동체법 발전의 전환기가 되었던 1963년의 Van Gend & Loos 사건 판결<sup>14)</sup>에서 공동체법을 가리켜 “국제법에 있어 하나의 새로운 법질서”로 정의하였다. 그러나 그 이후의 판결에서는 더 이상 ‘국제법’이라는 용어를 언급하고 있지 않으며<sup>15)</sup> 공동체가 그간 이룩해 놓은 연방적 혹은 준연방적 요소를 고려해 본다면, 더 이상 유럽공동체를 통상의 국제기구범주에 넣을 수는 없을 것이다. 유럽재판소는 공동체법이 ‘하나의 새로운 법질서’라는 기본명제를 기초로 유럽공동체법 우위의 원칙과 직접적 효력의 원칙을 도출하고 있다.

유럽법은 국제법과는 달리 法源의 유형에 따라 약간의 차이가 있지만, 폭넓게 직접 적용성<sup>16)</sup>을 전제로 한다. 즉 회원국의 집행 조치를 필요로 함이 없이도 그 자체로서 직접 적용성을 지닌다. 이에 해당하는 것으로는 유럽설립조약, 제2차 법원으로서의 명령이나 결정 등이다. 그러나 준칙의 경우에는 회원국의 개별적인 입법조치가 있어야만 가능하다.

국제법이 국내법질서에 있어 차지하는 위상과 관련해서 변형된 규범 내지 국제법이 국내법상 위상을 스스로 설정할 수는 없다. 또 국내법질서에 수용된다 할지라도, 국내법상 헌법체계 아래에 편입될 따름이다. 그런데 이에 비해 협의의 유럽법은 유럽설립조약은 물론이고 제2차 법원에 해당하는 명령이나 준칙조차도 회원국 국내법보다는, 특히 여기서는 헌법을 포함해서 우선적 효력을 부여하고 있다.<sup>17)</sup> 이

---

14) Case 26/62, [1963] ECR 1.

15) Office for Official Publications of the European Communities, op. cit., p.11.

16) 유럽법이나 국제법의 직접 적용성과 직접적 효력에 관해서는 제3장 제5절 참조.



와 관련해서 유럽재판소에서는 사전심사절차로 제청된 사건에서 이를 명확히 하고 있다는 점이다. 이상에서 볼 때, 협의의 유럽법은 국제법질서와는 구분되는 독특한 새로운 법질서를 창조하고 있다고 하겠다.

원래 유럽공동체조약은 유럽법의 직접적 효력에 관해 아무런 규정도 두지 않았다. 유럽법의 직접적 효력은 공동시장을 창설해야 한다는 공동체의 목적에 중점을 두어 목적론적 해석에 의거해서 유럽법상 개개의 조항에 직접적 효력이 인정되는 여부를 판단한 유럽재판소의 판례로 인해 형성된 이론이다. 이 점은 유럽법이 그 성격상 국제법과는 다르다는 점을 상징한다.

### 3. 유럽법과 국내법의 관계

유럽연합으로 통합된 유럽석탄철강공동체, 유럽경제공동체, 유럽원자력공동체와 같은 유럽공동체의 법은 회원국 국내법과의 관계에 있어 국제법에서 전개된 원칙이 적용되지 아니한다. 물론 이들 공동체의 존립은 국제법상의 조약에 기초한다. 그러나 이들 조약에 의해 제정된 법(제1차적 공동체법)과, 그 기초 위에서 유럽공동체에 의해 제정된 법(제2차적 공동체법)은 (변형된) 국제법과는 본질적으로 구분된다.<sup>17)</sup>

원래 국제법이 국내법질서에 편입되기 위해서는 어떠한 형태로든 매개조치를 필요로 한다. 협의의 유럽법이 국내법질서에 참여하는 것에 관해서는 유럽공동체조약에 근거할 뿐만 아니라, 각 회원국의 헌법에서 적극적으로 이를 수용하는 모습을 보여준다.

---

17) 이에 관해서는 제3장 제6절 II. 3. 참조.

18) 계획열(역)·콘라드 헤세(저), 『통일독일헌법원론』 제20판 (박영사, 2001), 64면 이하 참조.

유럽공동체조약을 비롯한 공동체법의 직접 적용성 문제는 유럽재판소가 판례로 발전시켜왔다.<sup>19)</sup> 유럽공동체는 조약에 의하여 설립되었으므로 그 기원은 국제법에 뿌리를 두고 있지만, 이제 공동체설립조약은 일종의 공동체 헌법으로서 통상적으로 일상적인 조약들과는 질적으로 다른 것으로 취급되고 있다. 유럽공동체법은 이 같은 공동체설립조약을 정점으로 일단의 위계질서를 이루고 있으며, 그것은 더욱 더 국내법(즉, 연방법)에 접근하고 있다.

유럽법이 국내법과의 관계에서 유럽공동체법이 별도의 국내적 집행조치가 없이도 국내법질서에 직접 적용이 가능함은 물론이고, 국내법보다 우선적 효력이 인정된다는 점이다. 이에 관해 국제법과 국내법의 관계를 일원론적인 시각에서 접근할 경우 무리 없이 해명이 가능하다.<sup>20)</sup> 그러나 이원론적 시각에서는 달리 해결해야 한다. 이와 관련해서 영국 이탈리아, 독일 등과 같이 이원론적 입장을 취하는 경우에는 공동체설립조약을 직접 적용할 수 있는 근거를 별도로 획득해야 한다. 이에 관해서는 권력위임(delegation of power)이론이나 주권양도(transfer of sovereignty)이론이 제시된다.<sup>21)</sup> 유럽재판소는 회원국이 공동체에 대하여 입법권을 단순히 위임한 것이 아니라 양도한 것으로 파악한다. 주권양도이론은 ‘하나의 새로운 법질서’의 기초를 설명하기에 가장 적합하기 때문이다.

---

19) 유럽재판소는 직접 적용성에 관해 “유럽공동체설립조약은 발효와 더불어 회원국 법체계의 구성부분이 되었고, 따라서 그들 국가의 법원이 적용할 의무가 있는 그 자신의 법체계를 창설하였다.” Rs. 6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585, at 593.

20) 네덜란드와 같이 일원론을 취하는 회원국의 경우에는 공동체설립조약의 직접 적용성을 인정하는 데에 별다른 어려움이 없다. 유럽재판소는 일원론적 유추 방식까지도 기피하고 있다.

21) 이에 관해서는 법무부, 『유럽연합(EU)의 통합체제』 법무자료 제235집 (법무부, 2000), 251면 참조.

유럽법이 국내법보다 우선적 효력을 가질 수 있는 국내법적인 근거와 관련해서 독일의 사례를 제시해서 설명한다. 독일의 경우 공동체법은 변형된 국제법과 같이 기본법 제25조에 근거해서 연방법의 구성부분이 되는 것이 아니라, 연방공화국내에서 독자적인 유형의 법복합체이다. 공동체법의 효력근거는 그것이 공동의 공동체권력으로부터 유래되었다는 점이다. 또한 기본법 제23조에 근거를 두고 있다. 이는 물론 근거가 되고 있는 조약이 기본법 제59조 제2항에 따라 독일법이 되므로, 당연히 국내법으로 파악되어야 한다.

아무튼 유럽법은 그 자체가 독립된 하나의 법질서이지만, 그렇다고 유럽법이 회원국 법질서와 전혀 별개로 또는 무관하게 존재하는 것은 아니다.<sup>22)</sup> 유럽법은 회원국 법질서의 불가결한 일부를 구성하며, 회원국의 국내법원에 의해 적용된다. 그 결과, 유럽법과 회원국법 사이에 서로 그 내용이 모순 저촉하는 일이 발생하게 된다. 유럽법의 회원국법에 대한 우위를 내용으로 하는 유럽법 우위의 원칙은 양법의 상호 모순 내지 저촉을 해결하는 역할을 하게 된다.

그리고 유럽법은 국내법질서에 참여함에 있어 제2차 공동체법인 준칙의 경우를 제외하고는, 유럽공동체조약이나 명령의 경우 회원국의 국내법으로서 기능할 수 있도록 하고 있음(직접 적용성)은 물론이고, 준칙의 경우는 회원국의 국내적 입법조치를 통해 국내법질서에 우선적으로 참여하고 있다. 또한 유럽법은 그 자체로서 회원국 국민의 권리·의무관계에 영향을 미침은 물론이고 그 국민이 유럽법에 근거해서 자국 법원의 사법절차에 소송을 제기할 수도 있게 된다(직접적 효력). 이상과 같은 점은 국제법의 국내법질서에 나타나는 모형과는 사뭇 다른 모습이라 할 수 있겠다.

아울러 지적되어야 할 것은 협의의 유럽법, 즉 유럽공동체법은 국

---

22) Rs. 6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585, at 593.

내법과의 관계에 있어 적용상 우위를 인정할 뿐이지 효력상 우위를 인정하는 것은 아니라는 점이다. 이는 다시 말하면, 상호간에 충돌될 경우 충돌된 국내법의 효력이 부인되는 것이 아니고 적용상 우선순위에서 후순위에 놓일 따름이다.

## 제2장 미국의 조약과 헌법재판

### 제1절 관 할

#### I. 연방과 주의 관할 배분

미국은 연방제를 시행하고 있는 국가이다. 따라서 입법, 행정, 사법의 권한이 연방정부와 주정부 사이에 배분되어 있다. 그 중에서 국제관계에 관한 권한의 상당히 많은 부분은 연방정부에 주어지고 있다. 헌법은 조약체결권을 연방정부에 부여하고 있는 바, 구체적으로 대통령과 상원에게 부여하고 있다. 따라서 개별 주정부는 국제법상 법인격을 향유하지 못하며, 연방의회의 승인 없이는 외국 정부와 협정을 체결할 수 없다. 그러나 주 정부는 주의 세금 또는 환경규제 등과 같이 국제적 상거래에 충분히 영향을 끼칠 수 있는 다양한 규제활동을 통해서 국제무역을 규제할 수 있다. 그럼에도 불구하고 국제무역에 관한 권한의 대다수는 여전히 연방정부에 있다.

#### II. 헌법적 근거

##### 1. 조약체결권

연방헌법 제2조 제2항은 대통령은 “상원<sup>23)</sup>의 조언과 동의를 얻어

---

23) 상원의 역할에 관하여는 Staff Memorandum, The Role of the Senate in Treaty Ratification, 46-49 (1977); T. Frank & E. Weisband, Foreign Policy

조약을 체결할 권한을 갖는다. 다만, 출석 상원의원의 3분의 2의 찬성을 요한다”고 규정하고 있다. 하지만 이 조항이 국제 협정을 체결하는 진속적인 방법을 제공한다고 명시적으로 표현하는 것은 아니다. 더욱이 법원은 이 조항이 외국과 협정을 체결할 진속적인 수단을 제공하는 것으로 해석하지 않고 있다.

그러므로 대통령은 상원의 3분의 2 동의 대신에 행정협정을 체결하거나 양원의 단순 과반수 동의에 의하여 국제협정을 체결할 수 있다.<sup>24)</sup> 법원은 조약 체결 권한을 왜 이러한 방식으로 해석하는지 지금까지 설명한 바 없다. 하지만 관행이 성립되어 이 부분을 다시 고려할 일은 없는 것 같다. 따라서 대통령이 상원의 3분의 2의 동의를 받지 않더라도 양원의 단순 과반수가 찬성하고 대통령이 서명을 하면 국제협정은 법으로서 효력을 발생할 것이다.

만약 상원의 3분의 2가 동의하지 않음에도 불구하고 대통령과 의회 양원의 단순 과반수가 동의하는 경우, 양원은 대통령의 거부권에 대응하는 입법을 통하여 조약을 제재할 수 있는가? 이 문제에 대하여는 지금까지 아무런 선례가 없다. 만약 대통령의 진속적 권한에 속하는 부분이라면, 양원은 대통령의 의지를 제재할 수 없다. 왜냐하면 대통령은 그의 특권에 의하여 집행하였기 때문이다. 하지만 의회의 특권에 해당하는 영역이고, 양원이 대통령의 거부권을 번복할 충분한 지지를 확보하였다면, 의회는 대통령의 의지를 제재할 수 있다. 그렇다면 대통령과 의회의 권한에 관해서는 불분명한 부분이 존재하는 중간지역이 존재한다고 할 수 있다.<sup>25)</sup> 이것을 지지하는 선례는 아직

---

by Congress, 135-154 (1979) 참조.

24) Louis Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution* 175 (Foundation Press, 1972).

25) Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, *Treatise on Constitutional law - Substance and Procedure* -, 3rd. ed. V.1, 584 (1999).

없지만 법원은 역사적으로 지금까지 대통령의 권한을 번복하는 것을 매우 꺼려하였다.

## 2. 외국과 통상규제권

한편 미국헌법 제1조 제8항은 ‘외국과의 통상을 규제하는 권한(power to regulate commerce with foreign nations)은 의회에 속한다’고 규정하고 있다. 미국헌법에서 의회는 외국과의 무역을 규제할 궁극적 권한을 가지고 있으며, 대통령은 미국을 대신하여 무역협정을 교섭하고 체결하는 권한을 가진다. 상품무역을 관할하는 미국법과 정책은 주로 연방정부의 영역이다. 그러나 서비스와 투자 및 지적재산권에 대한 미국 법체계는 연방법과 주법으로 혼재되어 있으며, 특정 영역에서는 주법이 우위에 서기도 한다. 예를 들어, 주의회는 보험과 같은 재정적 서비스의 특정한 영역뿐만 아니라 전문적 서비스의 영역도 관할한다. 상표는 연방법과 주법의 양자에 의해서 보호되는 반면, 특허와 저작권은 연방법의 적용을 받는다. 수년 동안 연방의회는 대통령에게 특정 무역 이슈에 대한 자신의 통상 권한을 위임하였다. 예를 들어, 1930년대 중반 이후로 연방의회는 지속적으로 대통령에게 관세감축을 위한 협상 권한을 부여하였다. 1974년에서 1994년까지의 기간동안 연방의회는 자유무역이나 다자간무역협정의 원활한 이행을 위해 수정 없이 정해진 기간 내에 표결하도록 한 신속처리절차를 도입하였다.

## 3. 자유무역협정

미국 의회는 1934년 호혜무역협정법의 제정 이래 정기적으로 일정한 조건과 제한 내에서 대통령에게 관세감축 권한 또는 비관세장벽

에 대한 협상을 진행할 권한을 위임하였다. 2002년 무역법에 포함된 양당무역촉진권한법의 섹션 2103으로 대통령은 다른 국가와 관세 장벽, 비관세장벽 및 기타 무역왜곡적 조치를 감소시키거나 제거하기 위해 호혜통상협정의 협상을 개사할 수 있는 권한을 가지고 있다. 다자협정하의 미국 관세를 수정하는 것을 공포할 권한을 제외하고 섹션 2103에 의해 개시된 무역협정은 특별 신속절차에 따라 의회의 승인을 받아야 한다. 섹션 2103 권한의 목적은 다자적, 지역적, 양자적 협상에서 2002년 무역법 섹션 2102에 규정된 협상 목적을 달성하기 위한 수단을 제공하는 것이다. 섹션 2102는 관세장벽, 무역구제법, 서비스, 지적권 등의 분야에서 전반적 협상목표와 대통령이 우선적으로 고려해야 할 대상을 규정하고 있다.

미국 의회의 승인을 받은 통상관련 협정으로 대표적인 것은 우루과이라운드 협정이며 그 이행법인 우루과이라운드법과 관련 기타 협정이 승인되었다. 북미자유무역협정, 미-요르단 자유무역협정도 각각 관련 이행법이 의회에서 승인되었다.

## 제2절 국제법규

### I. 국제관습법의 지위

국제관습법에 대한 미국의 관행은 영국의 경우와 매우 유사하다. 미국의 연방헌법은 국제관습법에 대한 특별한 규정을 갖고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 미국에서도 국제관습법의 규칙은 국가의 법의 일부로서(as part of the law of the United States) 여겨진다.

이러한 대원칙은 미국이 국제관습법에 대하여 수용(incorporation)



이론을 받아들이는 것처럼 보여진다. 하지만 법원은 일반적으로 제정법 우위의 원칙을 견지하면서 국제관습법이 국내적으로 변형되지 않는 한, 즉 입법화되지 않는 한 이를 적용하지 않는 태도를 보이고 있다. 수용이론을 취하는 모습을 보이면서도 일정한 국제법원칙에 대한 국가의 동의가 있어야만 국내법으로 인정하는 듯한 모습이다.

## II. 국제관습법의 효력

미국의 건국 초기는 국제법보다 국내법을 중시하는 경향을 보였다. 건국 초기 연방대법원의 윌슨(Wilson) 대법관은 “국제법이 합의에 의하는 것, 즉 실정법인 한에 있어서 그리고 국민에게만 관계가 있는 경우에는 어떠한 국내의 입법기관도 이를 변경할 수 있다”<sup>26)</sup>고 하였다. 이것은 국내법 질서의 면에서 국민에 대한 효력에 관한 한 의회 제정법의 우위를 인정하는 것이었다.

이후 *U.S. ex rel. Pfefer v. Bell*<sup>27)</sup> 사건에서 채필드(Chafield) 판사는 “국제법의 규칙은 기존의 조약 또는 협정과 마찬가지로 의회의 명시적인 제정법을 따르며, 법원은 만약 이 법률이 의회에 부여된 권한의 범위 내에서 제정된 것이라면, 법률 그 자체가 국제법에 위반하는 것이라도 위헌이라고 선언할 권한을 가지는 것은 아니다”<sup>28)</sup>고 판시함으로써 제정법의 우위를 명확히 하고 있다.

의회의 제정법의 우위가 인정된 또 다른 사례는 *Tag v. Rogers*<sup>29)</sup>

---

26) Bird Wilson, *The Works of the Honorable James Wilson*, Vol. III, 375.

27) *U.S. ex rel. Pfefer v. Bell*, 248 F. 992 (1915).

28) *Id.* at 995.

29) *Tag v. Rogers*, 267 F. 2d. 664-666 (1959).

사건을 들 수 있다. 여기에서 법원은 다음과 같이 설시하였다.

연방법원은 조약, 제정법 또는 헌법의 규정이라는 3개의 법원을 모두 국제법규범에 우선하는 것으로 승인한다. 이들은 오래전부터 확립되어 왔던 것이다. ... 법원은 의회가 채택한 제정법 또는 조약 중에 포함된 선언을 단순히 이 규정이 국제법의 원칙을 위반하였다는 것만을 이유로 무효라고 선언할 권한은 없다.”<sup>30)</sup>

이처럼 국제관습법은 의회 제정법에 우선하지 못한다. 더 나아가 법률의 하위 규범인 명령에 대하여도 국제관습법은 우선하지 못한다고 할 수 있다. 즉, 적어도 명령이 의회의 법률의 위임에 의한 것이라면 해당 법률이 국제관습법에 우선하는 것처럼 명령도 국제관습법에 우선하는 것으로 보인다.<sup>31)</sup>

## 제3절 조 약

### I. 조약의 의의

조약은 대통령에 의하여 협상되고 상원에 의하여 비준되는 미국과 외국간의 협정이며, 헌법을 위반하지 않는 한 허용된다. 조약과 연방법률이 충돌하면 시간적으로 후의 것이 우선한다는 법리가 확고히 성립되어 있다.

---

30) Id. at 666.

31) 법무부, 조약의 국내적 수용 비교 연구, 45면 (1996).

## II. 조약의 체결과정

일반적으로 행정부는 협정을 협상할 권한을 갖는 대표단을 임명하고 감독한다. 만족할만한 협정이 완성되면 행정부는 상원에 조약안을 제출한다. 조약이 상원의 3분의 2의 찬성에 의하여 승인되면, 대통령은 조약을 비준한다. 그러면 조약은 국제적 의무로서 구속력 있는 협정이 된다.<sup>32)</sup> 국내법으로서 조약의 효력은 조약이 자기집행적인가 아닌가에 따라 다르다.

## III. 조약의 성격

### 1. 자기집행적 조약과 비자기집행적 조약의 의의

미국에서 조약은 자기집행적 조약(self-executing treaty)과 비자기집행적 조약(non self-executing)으로 구분할 수 있다. 이러한 구분은 미국 연방대법원에 의하여 확립되었다. 미국 연방대법원에 의하면 자기집행적 조약은 국내에서 적용되기 위하여 별도의 입법을 요하지 않는 조약으로 당사자의 의도나 주변 사정으로 결정된다. 미국의 자기집행적 조약은 국내법상 효력이 발생하며 이와 충돌하는 모든 기존의 연방법과 주법에 우선한다. 그러나 자기집행적 조약상의 국제의무가 국내법의 일부가 된다고 하더라도 특정 개인 당사자에게 이를 근거로 법정에서 주장할 수 있는 권리가 부여되는 것은 아니다. 반면 비자기집행적 조약은 그 적용을 위하여 국내입법을 요하는 것으로서

---

32) L. Henkin, Foreign Affairs and the Constitution 130 (1972).

입법이 이루어지기 전에는 미국 법원에 대하여 아무런 기속력을 갖지 않는 조약이다. 비자기집행적 조약이 국내에서 효력을 갖기 위해서는 대통령의 포고(presidential proclamation) 또는 의회가 제정한 법과 같은 후속 조치가 필요하다.

## 2. 구분 기준

자기집행적 조약과 비자기집행적 조약을 최초로 확실하게 구분한 사례는 *Foster v. Neilson*<sup>33)</sup> 사건이다. 이 사건에서 마셜(Marshall) 대법원장은 다음과 같이 자기집행적 조약과 비자기집행적 조약을 구분한 바 있다.

조약은 그 성질상 두 나라간의 계약이고 입법행위가 아니다. 조약은 특히 그 작용이 영토 내에 관한 한 일반적으로 달성되어야 할 목적을 자신은 달성할 수 없고 각 당사국의 주권자에 의하여 집행되는 것이다. 미국에서는 다른 원칙이 확립되어 있다. 우리 헌법은 조약을 국가의 법이라고 선언하고 있다. 따라서 조약은 어떠한 입법규정의 도움 없이 그 자신이 작용하는 때에는 법원에서 입법부의 법률과 동등한 것으로 간주되어야 한다. 그러나 규정의 문언이 계약을 의미하는(import a contract) 때, 당사국이 무엇인가 특정한 행위를 행할 것을 약속하는(engages to perform a particular act) 때, 조약은 사법부만이 아니라 정치부문에 향하여져 있다. 그것이 법원의 준칙이 되기 전에 입법부가 그 계약을 집행하여야 하는 것이다.<sup>34)</sup>

---

33) 27 U.S. (2 Pet.) 253 (1829).

34) Id. at 314-15.

마셜의 구분법에서 유래한 다수의 판례는 조약이 자기집행성을 갖기 위해서는 조약의 문언이 그러한 의도를 명확하게 전달하고 있어야 하며 집행을 위하여 자세한 기준을 설정하고 있어야 한다는 기준을 제시하였다. 반대로 조약이 입법적 조치를 통하여 실행되도록 규정하고 있거나 집행조치에 대한 지침을 규정하지 아니하는 경우에는 비자기집행적인 것으로 간주한다.<sup>35)</sup> 이러한 조약의 자기집행성 여부를 판단하는 기준으로는 주관적 기준과 객관적 기준이 제시되고 있다.

## 가. 주관적 기준

*Sei Fujii* 사건에서 법원은 “조약이 자기집행적인가를 결정하기 위해서 법원은 조약의 문언에 의하여 표명되는 체약국의 의사에 의한다. 만약 조약이 분명하지 않은 경우에는 그 집행을 둘러싼 사정을 참조할 수 있다”<sup>36)</sup>고 판시함으로써 주관적 기준을 제시한 바 있다.

## 나. 객관적 기준

조약이 자기집행성을 갖기 위해서는 그 내용이 명확하여야 한다. 따라서 일반적인 기준 또는 목표를 정하고 있어 애매하고 광범위한 규정은 비자기집행적이다. 일반적으로 최혜국민대우, 이중과세회피, 영사의 권리, 밀수 등에 관한 조약은 자기집행적이다. 한편 예산의 지출, 특허권 및 저작권, 조건부최혜국민대우, 관세, 형벌, 정부의 재산처분 등에 관한 조약은 비자기집행적으로 분류한다.

의회에 전속적 권한에 속하는 사항은 연방의 예산 할당이 필요한

---

35) *Cook v. U.S.*, 288 U.S. 102, 119 (1933); *Cameron Septic Tank Co. v. Knoxville*, 227 U.S. 39 (1913).

36) *Sei Fujii v. California*, 38 Cal. 2d 718, 242 P. 2d 617, 620-22 (1952).

부분이다. 헌법 제1조 제9절 제7항은 “국고로부터의 지출은 모두 법률로 정하는 세출 예산에 따라서만 행한다”고 규정한다. 따라서 예산의 할당이 필요한 조약은 의회의 법률에 의하여 실행되어야 하고 자기집행성을 갖지 않는다는 것이 판례<sup>37)</sup> 및 학설로<sup>38)</sup> 확립되어 있다.

#### 다. 구분에 대한 비판

국제법은 자기집행적 조약과 비자기집행적 조약의 구분을 인정하지 않는다. 따라서 조약이 국내에서 직접 적용되는 자기집행성을 갖느냐를 결정하는 것은 결국 국내법이다. 미국에서 자기집행적 조약과 비자기집행적 조약을 구분하는 중요한 의의는 전자는 직접적으로 법원을 구속하는 규범이 되는 반면, 후자는 그렇지 않다는 점이다. 그렇다면 전자는 미국헌법상 국가의 최고법이 되고 후자는 국가의 최고법이 아니라는 결론에 이르게 되는가 하는 의문이 제기된다.

자기집행적 조약과 비자기집행적 조약 사이의 이러한 특징이 현재 잘 수용되고 있지만, 그러한 구분이 반드시 명확한 것은 아니라는 비판도 있다. 대표적으로 포스트(Paust)는 문맥을 고려하여 국내적 이행 입법을 요구하거나 미국을 대표하여 전쟁을 선언하고자 하는 경우를 제외하고는 모든 조약은 자기집행적으로 고려되어야 한다고 주장한다.<sup>39)</sup>

---

37) *Bartram v. Robertson*, 15 F. 212, 213 (1852)

38) C. Anderson, *The Extent and Limitation of the Treaty-Making Power under the Constitution*, 1 *Am. J. Internat'l L.* 653 (1907).

39) Paust, *Self-Executing Treaties*, 82 *Am. J. Internat'l L.* 760, 782 (1988).

## IV. 조약의 효력

### 1. 헌법과의 관계

미국의 국내법상 조약의 지위는 분명하지 않다. 다만, 미국이 당사자인 조약과 국내법이 충돌하는 경우 국제법이 우위에 서고 직접 적용될 수 있는지는 조약의 성격에 따라 다르다.

연방헌법 제6조는 “헌법과 그에 부합되게 제정된 연방법, 그리고 연방의 권한 내에서 이루어졌거나 이루어질 모든 조약은 미국의 최고법이 된다”고 규정하고 있다. 따라서 연방정부는 외국과 조약을 체결할 폭넓은 권한을 가진다. 실제로 연방대법원은 *De Geofroy v. Riggs*<sup>40)</sup> 사건에서 다음과 같이 조약의 헌법적 한계를 설명하고 있다.

연방의 조약 체결 권한이 우리 정부와 외국 정부 사이의 모든 적절한 협상 대상에 미친다는 것은 명백하다. 헌법에 명시된 조약 체결 권한은 헌법에 반하는 연방 정부의 행위에 대한 제한을 제외하고는 무제한이다. . . 헌법이 무엇을 금지하는 것을 허용하는 한도까지 조약이 확장된다는 것은 다툼이 없다. . . 하지만 이러한 예외를 제외하고는, 외국과 적절하게 협상의 대상이 된 사항에 영향을 미칠 수 있는 것에 대한 여하한 제한도 없다고 인정된다.<sup>41)</sup>

### 2. 연방법과의 관계

조약이 연방법들과 충돌된다면 시간적으로 후에 채택된 것이 우선

---

40) *De Geofroy v. Riggs*, 133 U.S. 258 (1980).

41) *De Geofroy v. Riggs*, 133 U.S. 258, 266-67 (1980).

한다. 연방대법원은 *Whitney v. Robertson*<sup>42)</sup> 사건에서 조약이 연방 법률과 충돌되는 경우 다음과 같이 실시하고 있다.

만일 조약과 법률이 같은 사항에 관련되고, 어느 한 쪽의 문언을 침해하지 않고 양자가 모두 효력을 가질 수 있다면, 항상 양자가 모두 효력을 발생하도록 법원은 노력할 것이다. 그러나 만약 양자가 불일치한다면 시간적으로 후의 것이 다른 것에 우선할 것이다.<sup>43)</sup>

이는 2개의 법률이 충돌될 때에 적용되는 법리와 같다. 즉, 조약과 법률은 법으로서 동등하기 때문에, 이러한 측면에서 양자를 차별 취급하거나 조약을 법률에 우선시킬 이유가 없다. 따라서 최후에 성립된 것이 우선한다(Last In Time Doctrine). 하지만 해석의 원칙상 의회가 수정 또는 폐지하려는 목적을 명백하게 표현하지 않았다면, 조약은 이후의 제정법으로 폐지되거나 수정되었다고 볼 수 없을 것이다.<sup>44)</sup> 법원은 모호한 의회의 행동이 조약을 묵시적으로 폐지하였다고 판단하지는 않을 것이다. 즉, 입법적 침묵은 조약을 폐지하기에 불충분하다.<sup>45)</sup>

---

42) *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1888)

43) *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190, 194 (1888); 또한 *The Chinese Exclusion Case (Chae Chan Ping v. United States)*, 130 U.S. 581 (1889) 참조.

44) *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 466 U.S. 243, 261 (1984).

45) Henkin, *Lexical Priority or "Political Question": A Response*; 101 *Harv. L. Rev.* 524 (1987); Henkin, *The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and its Progeny*, 100 *Harv. L. Rev.* 853 (1987); Westen, *The Place of Foreign Treaties in the Courts of the United States: A Reply to Louis Henkin*, 101 *Harv. L. Rev.* 511 (1987).



### 3. 주법과의 관계

조약은 연방헌법과 연방법을 위반할 수 없다. *Reid v. Covert*<sup>46)</sup> 사건에서 연방대법원은 외국에서 군인 및 군속의 미국 민간인 가족들은 연방헌법 규정에 부합하는 소송절차가 부여되어야 한다고 판단하였다. 이 사건에서 블랙(Black) 대법관은 “외국과의 어떤 협정도 연방의회 혹은 다른 국가기관에게 연방헌법의 제약을 벗어나는 권한을 부여할 수 없다”<sup>47)</sup>고 실시하였다.

하지만 조약은 수정헌법 제10조 및 주의 주권을 침해하였다는 이유로 다투어질 수 없다. *Missouri v. Holland*<sup>48)</sup> 판결은 연방대법원이 수정헌법 제10조를 연방에 의한 권한잠식으로부터 주를 보호하는데 적극적으로 사용했던 시기 중인 1920년에 선고되었다. 미국과 영국은 철새를 보호하기 위한 조약을 체결하였다. 이전에 하급 연방법원들은 그러한 새들의 보호를 결정하기 위한 연방법률을 위헌이라고 선언한 바 있었다. 그럼에도 불구하고 연방대법원은 그 철새조약(Migratory Bird Treaty)을 합헌이라고 선언하였다.

홀즈(Holmes) 대법관은 법정의견에서 조약을 체결할 권한을 넓게 보았으며 조약체결권에 대하여 수정헌법 제10조에 근거한 여하한 제한도 배척하였다. 홀즈 대법관은 연방헌법 제2조가 명시적으로 조약에 대한 근거를 규정하고 있으며 제6조는 조약을 미국의 최고법으로 선언하고 있다고 언급하였다. 심지어 홀즈 대법관은 조약체결권이 법률을 제정할 연방의회의 권한보다도 더 넓다고 다음과 같이 실시하였다.

---

46) 354 U.S. 1 (1957).

47) Id. at 16.

48) 252 U.S. 416 (1920).

연방의회의 입법은 연방헌법에 따라 제정될 때만 미국의 최고법이지만, 조약은 연방의 권한 내에서 이루어지기만 하면 최고법인 것으로 선언된다. . . . 국가의 안녕을 위한 것으로서 연방의회의 입법으로서는 다를 수 없지만, 후속 입법이 따르는 조약은 다를 수 있는, 매우 긴급한 문제가 있을 수 있다는 것은 명백하다<sup>49)</sup>

조약 체결 권한은 특별히 연방정부에 위임되어 있고, 수정헌법 제10조는 오로지 위임되지 않은 권한의 보호에 초점이 맞추어져 있으므로 수정헌법 제10조는 조약의 체결 권한에 아무런 제한을 할 수 없다.<sup>50)</sup>

#### 4. Bricker 수정헌법안

연방의 조약 체결 권한을 제한하려는 헌법 개정 시도는 번번히 실패하였다.<sup>51)</sup> 1950년대 브리커(Bricker) 상원의원이 주도한 헌법 개정의 노력을 인정하여 이름이 붙여진 브리커 수정헌법안(Bricker Amendment)의 주창자는 *Missouri v. Holland* 판결을 번복하려는 입법운동을 하였다.<sup>52)</sup> 이 수정안은 조약이 없는 경우에 유효하였을 입법을 통해서만 조약이 국내법으로서 효력이 발생한다는 것을 포함

---

49) 252 U.S. 433.

50) Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, *Treatise on Constitutional law - Substance and Procedure* -, 3rd. ed. V.1, 576 (1999).

51) S.J.Res. 1, 83d Cong., 1st Sess., 99 Cong.Rec. 6777 (1953).

52) Nadine Strossen, *United States Ratification of the International Bill of Rights: A Fitting Celebration of the Bicentennial of the U.S. Bill of Rights*, 24 U. Toledo L. Rev. 203, 221-24 (1992).

하였다. 이 수정헌법안의 주창자는 첫째, 조약이 주의 권한에 대하여 연방의 권한을 확대할 우려가 있고, 둘째, 조약이 자기집행적(self-executing)이 될 수 있다는 우려를 나타냈다. 하지만 브리커 수정헌법안을 반대하는 자는 그것이 자칫 대외 교섭 권한을 침해하고 브리커 수정헌법안의 우려나 기타 주장은 근거가 없다고 주장하였다.<sup>53)</sup>

캘리포니아주 하급심 법원은 법원이 자기집행력이 있다고 판단된 UN 헌장과 모순된다는 이유로 특정한 캘리포니아주 토지법을 무효라고 판시하였다. 항소심에서 캘리포니아주 대법원은 UN 헌장은 자기집행력이 없다고 판단하였지만 수정헌법 제14조 위반이라는 다른 이유를 들어 당해 법률을 무효화하였다. 결국 연방의회는 브리커 수정헌법안을 거부하였다. 그 대신 연방대법원은 연방의 권한에 적절한 제한을 가하는 것으로 해석하여 헌법 개정이 더 이상 필요하지 않도록 하였다.<sup>54)</sup> 즉, 연방대법원이 수정헌법 제10조를 다시 소생시킴에 따라, 아마도 연방대법원이 *Missouri v. Holland* 판결을 재검토하여, 특정 조약의 규정이 주의 주권을 침해하는 것으로서 무효화할 가능성이 있다. 예를 들어, 어느 법률이 주정부에 대하여 부당한 부담을 가함으로써 수정헌법 제10조를 위반하게 됨에도 불구하고, 왜 똑같은 행위가 조약으로 이루어졌다고 해서 합헌적일 것인가라는 의문이 제기될 수 있다. 조약이 연방헌법 제2조에 근거하고 제6조의 최고법 규정에서 언급되고 있는 것은 사실이나, 법률 또한 제2조에 근거하고 마찬가지로 제6조의 최고법 규정에서 언급되고 있다. 조약이 연방헌법을 위반할 수 없으므로, 수정헌법 제10조의 문제는 왜 그 법적 요

---

53) Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, *Id.* at 577-78.

54) Lockwood, *The United Nations Charter and United States Civil Rights Litigations: 1946-1955*, 69 *Iowa L. Rev.* 901 (1984). Reid v. Covert, 354 U.S.1, 16-17 (1957).

건이 법률에 있느냐 아니면 조약에 있느냐에 좌우될 수 있다는 의견이 제기될 수 있다.

## 5. 리스테인먼트(restatement)상 효력

헌법상의 제한에 따라 미국을 위한 조약으로서 미국에 대하여 구속력을 갖게 된 시점에 미국의 국내법으로서 효력을 발휘하게 될 의도를 분명히 하는 조약은 미국의 국내법으로서 유효하다는 점에서 자기집행적이며, 미국의 주의 법률 또는 과거연방의회의 법률을 대체한다. 그러나 헌법상의 제한에 따라 미국을 위한 조약으로서 미국에 대하여 구속력을 갖게 된 시점에 미국의 국내법으로서 효력을 발휘하게 될 의도를 분명히 하지 않는 조약은 자기집행적이지 아니며, 미국의 주의 법률 또는 과거 연방의회의 법률을 대체하는 효과를 갖지 않는다.<sup>55)</sup>

이에 대하여 American Law Institute는 다음과 같이 논평하고 있다.

- a. 자기집행적 조약과 비자기집행적 조약의 구분. 미국에 의하여 체결된 모든 조약이 미국과 다른 당사자간에 구속력을 갖게 될 때 미국내에서 국내법으로서의 직접적인 효력을 갖는 것은 아니다. 그러한 조약은 자기집행적인 경우에 한하여 헌법 제6조 제2항에 의하여 국가의 최고법으로서의 직접적인 효력을 갖는다.
- b. 자기집행적 조약의 연방법에 대한 효력. 조약 및 의회의 법률은 헌법에 의하여 국가의 최고법으로 선언되었다. 헌법 제6조 제2항에 의거 유효한 자기집행적 조약은 이것과 상치하는 연방법률의 규정을 대체한다.

---

55) Foreign Relations Law of the United States §141.

- c. 자기집행적 조약의 주법에 대한 효력. 헌법 제6조 제2항은 조약과 주법간에 상위가 발생할 때 조약이 최고법이 된다고 명시적으로 규정하고 있다.
- d. 의회의 행위를 통한 비자기집행적 조약의 시행. 비자기집행적 조약이 그 시행을 위하여 의회에 의한 입법적 행위를 요구하는 경우, 의회는 법률을 통하여 조약을 시행할 권한을 갖는다. 이것은 헌법 제1조 제8항의 필요하고 적절한 조항 (necessary and proper clause)에 따른 권한이다. 조약의 실시를 위한 의회의 입법권한은 대통령 및 상원이 조약을 체결할 권한과 동일한 연장선상에 있는 것이다.
- e. 조약 시행을 위한 의회행위의 주법에 대한 영향. 비자기집행적 조약을 시행하기 위하여 필요하고 적절한 조항에 근거하여 의회가 제정한 입법은 이와 상치하는 주법의 규정을 대체한다.
- f. 자기집행적 조약의 헌법적 한계. 조약이 자기집행적 형태를 갖더라도 헌법에 의하여 배타적으로 의회에 유보되어 있는 사안을 조약이 다루는 경우에는 미국과 다른 당사자간에 구속력을 갖게 되더라도 미국 내에서 국내법으로서 유효하게 되지 않는다.

그러나 의회의 권한이 존재한다는 단순한 사실은 그 권한 영역 내에서의 자기집행적 조약의 체결을 방해할 정도로 배타적이라는 것을 의미하는 것은 아니다. 의회가 외국과 통상을 규제하는 권한을 갖는다는 사실은 외국과의 통상을 다루는 자기집행적 조약의 체결이 배제된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 사실상 외국과의 통상무역을 다루는 조약들의 수많은 규정들이 자기집행적이다.<sup>56)</sup>

---

56) American Law Institute, Restatement of the Law, Second, Foreign

## V. 조약의 폐기

조약과 관련하여 연방대법원에 제기된 다른 주요 문제는 대통령이 의회의 동의 없이 일방적으로 조약을 폐기할 수 있는지 여부이다. 조약의 폐기에 대한 문제는 *Goldwater v. Carter*<sup>57)</sup> 사건이 대표적이다. 연방대법원은 그 사건을 사법심사적격성이 없다며 각하한 바 있다. 카터(Carter) 대통령은 미국과 대만간의 조약을 중국에 대한 국가승인의 일환으로 폐기하였다. 골드워터(Goldwater) 상원의원은 상원이 법률의 폐기를 승인해야만 하는 것과 마찬가지로 조약의 폐기도 상원이 승인하여야 한다고 주장하였다.

연방대법원은 절대다수의견 없이 그 사건을 각하하였다. 렌퀴스트(Rehnquist) 대법관은 상대다수의견을 집필하면서, 그 사건은 사법심사를 할 수 없는 정치적 문제(political question)라고 하였다. 그는 “이 사건에서 제기된 기본 문제는 . . . 이 사건이 우리나라의 외교에 관한 대통령의 권한에 관련되어 있으므로, ‘정치적(political)’이고 따라서 사법심사에 부적절하다(nonjusticiable)”<sup>58)</sup>고 하였다. 파월(Powell) 대법관은 결론에 대한 보충의견에서 이 사건을 각하하는 것에는 동조하면서도 렌퀴스트 대법관이 주장하는 넓은 의미뿐만 아니라 브렌넨(Brennan) 대법관이 주장하는 좁은 의미의 정치적 문제 원칙을 단호하게 부인하고, 성숙성(ripeness) 요건에 초점을 맞추었다. 파월 대법관은 더 이상의 설명 없이 이 사건에서의 결정은 오로지

---

Relations Law of the United States (1965), Pt. III, “International Agreements”, 432-36.

57) 444 U.S. 996 (1979).

58) Id. at 1001.

법원이 헌법을 해석할 것을 요구하기 때문에 사법적으로 발견할 수 있고 관리할 수 있는 기준이 있다고 주장하였다.<sup>59)</sup> 파월 대법관은 연방의회가 그 조약의 폐기를 부인하기까지 또 하지 않는 한 그 사건은 성숙된 것이 아니라고 하였다.

*Goldwater v. Carter* 사건을 각하한 효과는 대통령에게 조약을 폐기할 권한을 부여하는 것이다. 비록 연방대법원이 본안에까지 이르지 않았지만 그 소를 각하한 의미는 대통령이 향후에 사법부의 무효판단에 대해 염려 없이 조약을 폐기할 수 있다는 것이다.

그러나 연방대법원의 이러한 접근방법의 문제점은 만일 *Goldwater* 사건에서 상원이 조약의 폐기를 승인하여야 한다고 한 원고가 옳았다면, 상원의원의 3분의 1이 폐기를 막을 수 있어야 한다. 하지만 사법심사와 사법적 개입이 없이는 상원의원 3분의 1이 자신들의 목소리를 내거나 입장을 관철할 수 있는 방법이 없다는 것이다.

## 제4절 행정협정

### I. 행정협정의 의의

조약은 대통령에 의하여 협상되고 상원의 비준이 있을 때 효력이 발생하는 미국과 외국 사이의 협정이다.<sup>60)</sup> 한편, 행정협정(executive

---

59) Id. at 999.

60) 양원에 의하여 승인되지만, 상원의 3분의 2의 동의를 요하지는 않는 새로운 형태의 대통령-의회 국제협정(presidential-congressional international agreement)이 존재한다는 주장에 관해서는 Bruce Ackerman & David Golove, *The Constitutionality of NAFTA*, 198 Harv. L. Rev. 799 (1995). 그러나 Laurence Tribe는 그러한 접근방식에 강하게 반대한다. Laurence Tribe,

agreement)은 대통령과 외국의 정부수반에 의하여 서명될 때 효력이 발생하는 미국과 외국간의 협정이다. 즉, 어느 문서가 “조약”이라는 이름이 붙여지면 상원의 승인을 반드시 요한다. 그러나 만일 어느 문서가 “행정협정”이라는 이름이 붙여지면 상원의 비준이 필요하지 않다.

하지만 조약이 국제 협정을 체결하는 전속적인 방법을 제공하는 것은 아니다. 더욱이 법원은 조약이 외국과 협정을 체결할 전속적인 수단을 제공하는 것으로 해석하지 않고 있다. 행정협정의 성립에 대하여는 헌법에 명문의 규정이 존재하지 않지만, 행정협정이 합헌적이라는 것은 연방대법원의 판례에 의하여 충분히 확립되어 있다. 그리고 행정협정은 조약으로서 같은 주제를 주로 취급한다.<sup>61)</sup>

## II. 행정협정의 유형

행정협정은 기본적으로 네 가지 유형으로 분류할 수 있다.<sup>62)</sup> 첫째, 대통령이 동맹국과 군사 작전을 수행하는데 있어서 군의 총사령관으로서의 권한 또는 외국 대사를 신임하고 외국 정부를 승인하는 권한과 같은 대통령의 전속적인 권한에 기초하여 행정협정을 체결할 수 있다. 둘째, 대통령은 이미 체결된 조약에 포함된 권한에 따라 행정협정을 체결할 수 있다. 셋째, 대통령은 사전에 의회의 권한부여로부

---

Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free Form Method in Constitutional Interpretation, 108 Harv. L. Rev. 1221 (1995).

61) Myres S. McDougal & Asher Lans, *Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreements: Interchangeable Instruments of National Policy*, 54 Yale L. J. 181 [Part I], & 534 [Part II]; Bonchard, *Treaties and Executive Agreements*, A Reply, 54 Yale. L. J. 616 (1945).

62) Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, *Treatise on Constitutional Law* (3d Ed., Vol. I), 585 (1999).



터 행정협정을 체결할 권한을 도출할 수 있다. 즉, 상원과 하원은 외교문제에 대하여 대통령의 독립적인 권한과 함께 대통령에게 일정한 권한을 위임할 수 있다. 넷째, 대통령은 행정부에 의하여 협상된 협정을 양원에 의한 의회의 승인을 획득할 수 있다.

이러한 행정협정은 여러가지 목적을 위하여 사용되고 있다. 말하자면 조약으로 체결할 수 있는 것도 행정협정으로 대체하여 체결할 수 있다. 미국의 역사상 연방대법원이 행정협정을 상원의 조약에 대한 동의 권한을 잠식하는 것으로서 위헌이라고 선언한 판례는 아직까지 없다. 심지어 주된 해외정책 협약도 대부분 행정협정에 의하여 실행되어 왔다. 예를 들어, 1940년 루즈벨트 대통령이 군사기지를 건설하기 위하여 카리브해와 뉴펀들랜드의 여러 곳을 99년간 무상으로 임대받는 것과 상환으로 영국에 구축함 50대를 대여하는데 동의한 “구축함-군사기지 협정”은 미국이 제2차 세계대전에 개입하는 것을 실질적으로 확대한 것이었음에도 불구하고 행정협정으로 체결되었다.<sup>63)</sup>

### III. Pink 사건

연방대법원은 행정협정에 대한 위헌성의 다툼이 있을 때마다 대통령의 편을 들었다. *United States v. Pink*<sup>64)</sup> 사건에서 연방대법원은 행정협정인 리트비노프 협정(Litvinov Assignment)을 합헌이라고 판단하였다. 이 협정으로 미국은 러시아가 뉴욕에 있는 러시아 보험회사에서의 러시아의 지분(interests)을 미국에게 양도하는 것과 상환하

---

63) Richard W. Leopold, *The Growth of American Foreign Policy* 565-66 (1962).

64) 315 U.S. 203 (1942).

여, 러시아를 국가로 승인한 바 있다. 러시아는 1918년과 1919년 이 보험회사의 지분을 국유화한 바 있었다. 미국은 이러한 자산을 자신과 다른 이들의 러시아에 대한 배상청구를 이행하는데 사용하려고 하였다.<sup>65)</sup>

연방대법원은 이러한 행정협정을 지지하면서 이것은 조약이 아니므로 상원의 동의는 필요하지 않다고 실시하였다. 하급심인 뉴욕 주 법원은 리트비노프 협정을 집행하기를 거부하였으나 연방대법원은 주는 행정협정을 따라야 한다고 판결하였다. 조약과 마찬가지로 행정협정은 주법과 주의 정책에 우선한다는 것이다. 더글러스(Douglas) 대법관은 *Pink* 판결의 법정의견에서 “조약은 연방헌법 제6조의 최고법 조항(the supremacy clause)하에서 ‘국법(Law of the Land)’이다. 리트비노프 협정과 같은 국제적 계약과 협정은 유사한 존엄성을 가진다<sup>66)</sup>”고 실시하였다. 이와 유사하게 *United State v. Belmont* 판결에서 연방대법원은 “모든 국제적 약속과 협정의 경우 . . . 국제적 문제에 관한 완전한 권한은 연방정부에 있고, 여러 주에 의한 어떠한 제한이나 간섭에도 종속되지 않으며 종속될 수 없다”고 하였다.<sup>67)</sup>

#### IV. 이란 자산동결 해제 협정 사건

행정협정을 지지한 연방대법원의 최근의 사례는 1981년의 *Dames*

---

65) *Pink* 사건에서 연방대법원은 또한 그 협정은 수정헌법 제5조에 위반하여 정당한 보상없이 재산을 수용한 것이라는 주장을 배척하였다. 연방대법원은 리트비노프 협정은 미국을 우선적 채권자로 하였지만, 그 협정이 배상청구를 막는 것은 아니라고 지적하였다.

66) 315 U.S. 203, 230.

67) 301 U.S. 331.

& *Moore v. Reagan*<sup>68)</sup> 사건이다. 1981년 퇴임하기 직전 카터 대통령은 미국 내 이란 자산동결을 해제하는 것을 조건으로 이란이 테헤란에 억류중인 미국인 인질을 풀어준다는 협정을 이란과 체결하였다. 이란이 이란내의 미국대사관을 점거하고 그 구성원들을 인질로 잡자, 카터 대통령은 미국 내의 모든 이란정부의 자산을 동결시켰던 것이다. 이 행정협정은 그 동결을 해제하였고 또한 미국의 법원에서 이란을 상대로 계류중이었던 모든 소송을 중단시키게 되었다. 그 소송들은 대신에 새로운 이란-미국간 청구 법원(Iran-United States Claims Tribunal)에서 해결하기로 합의하였다.

이란에 대하여 계약위반으로 약 3백 5십만 달러의 소송을 연방지방법원에 제기하였던 Dames & Moore 회사는 이 행정협정의 위헌성을 제기하였다. 렌퀴스트 대법관의 법정의견을 통해 연방대법원은 그 행정협정에 대한 위헌성을 다투는 청구를 기각하였다. 연방대법원은 일련의 연방법률들이 대통령의 조치들에 대하여 권한을 부여하고 있다고 강조하였으며, 렌퀴스트 대법관은 이것을 다음과 같이 실시하였다.

당국에 의한 자산압류를 해제하고 그 자산의 양도를 명하는 대통령의 조치는 특정한 의회의 입법에 부합되게 취해졌기 때문에, 그것은 매우 강한 합헌성 추정과 매우 넓은 사법적 해석(the strongest of presumption and the widest latitude of judicial interpretation)의 범위에 의하여 지지되어지고, 따라서 이러한 설득책임은(burden of persuasion) 주로 그것을 다투는 당사자에게 있다.<sup>69)</sup>

---

68) 453 U.S. 654 (1981).

69) Id. at 674. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 637 (1952) (Jackson, J. 동조의견) 인용.

연방대법원은 연방법률들이 그러한 대통령의 조치들에 대한 근거를 부여하고 또 배상청구(claim)에 관하여 그러한 행정적 해결을 한 역사가 있기 때문에, 그 행정협정은 합헌이라고 설명하였다.<sup>70)</sup> 렌퀴스트 대법관은 *Youngstown* 판결에서의 프랭크퍼터(Frankfurter) 대법관의 말을 다음과 같이 인용하였다.

의회에 알려진 상태로 오랫동안 수행되어 왔고, 이전에 다투어진 바 없는, 체계적이고 지속적인 행정 관행은 . . . 제2조 제1항에 의하여 대통령에게 부여된 ‘행정권’의 일부분(gloss)으로 취급될 수 있다.<sup>71)</sup>

한편으로 *Pink, Dames & Moore* 판결은 단지 행정협정이 대립되는 주법에 우월하고 연방법률에 의하여 권한을 부여받으면 허용되는 것일 뿐이라고 좁게 이해할 수도 있다. 이러한 판결은 적용의 범위가 넓기 보다는 좁았던 것이고, 향후의 어떤 행정협정도 상원의 조약 동의권을 잠식하는 것으로서 무효화될 수 있는 가능성을 열어놓고 있다고 할 수 있다.

---

70) 그러나 일부 학자들은 연방법률이 대통령의 행위에 근거를 준다는 연방대법원의 주장을 반박한다. 예를 들어 Harold Koh 교수는 “연방의회가 아무 것도 준 것이 없는데도 연방대법원은 ‘입법적 승인’을 발견하였다”고 말한다. Harold Koh, *The National Security Constitution: Sharing Power After the Iran-Contra Affair* 140 (1990). Koh 교수는 “대통령의 영향력이 심대한 (far-reaching) 조치들에 대한 보다 구체적인 입법적 승인”을 연방대법원이 요구하지 않은 것을 비판한다. 139-140면 참조.

71) 453 U.S. 654, 686. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579, 610-11 (1952) (Frankfurter, J., 동조의견) 인용.

## 제5절 조약과 사법심사

연방대법원은 일반적으로 외교적 행위에 관련되어 현안이 된 사안을 정치적 문제(political question)로 취급했다. 1918년 *Oetjen v. Central Leather Co.*<sup>72)</sup> 사건에서 연방대법원은 “정부의 외교관련 행위는 정치적 국가기관인 입법부와 행정부에 헌법상 위임되어 있고, 그러한 정치적 권한에 의해 시행된 행위에 대한 타당성은 사법적 심사나 판단의 대상이 아니다<sup>73)</sup>”라고 선언하였다.

그러나 다른 한편 연방대법원은 “모든 외교적 사안이나 논쟁이 법원의 관할 밖이라고 생각하는 것은 잘못이다<sup>74)</sup>”라고 강조했다. 예를 들어 연방대법원은 본안에서 대통령이 외국과 중요한 계약을 이행하기 위해 조약을 체결하는 대신에 행정협정을 체결하는 것에 대해 합헌적이라고 판시했다.<sup>75)</sup> 또한 연방대법원은 특정한 대상에 대한 조약 체결권 행사가 합헌적이라고 판시했다.<sup>76)</sup>

따라서 외교 정책 문제가 사법심사에 적합한지, 그리고 정치적 문제가 되는지를 판단하기 위한 어떤 원칙을 확인하는 것은 용이하지 않다. 정치적 문제 이론이 외교적 사건의 어떤 범위에서 적용되어 왔는지를 설명함으로써 사법심사 가능성에 대한 논의에 대신한다.

---

72) 246 U.S. 297 (1918).

73) *Id.* at 302; *Chicago & S. Air Lines v. Waterman S. S. Corp.*, 333 U.S. 203, 229 (1948).

74) *Baker v. Carr*, 369 U.S. 211 (1962).

75) *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981). *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942); *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324 (1937).

76) *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433 (1920).

## I. 사법심사 배제설

정치적 문제 이론을 외교 정책에 적용하는 것에 대해서는 매우 논란이 심하다. 어떤 사람들은 대통령과 의회가 이 분야에서의 탁월한 지식과 전문성을 지녔기 때문에 사법적 간섭은 배제하는 것이 좋다고 주장한다. 연방대법원은 *Chicago & S. Air Lines v. Waterman S. S. Corp.*<sup>77)</sup> 사건에서 다음과 같이 실시하였다.

외교정책에 관한 행정부의 결정은 본질적으로 사법적이라기 보다는 정치적 성격을 강하게 띠고 있다. 그러한 결정은 ... 섬세하고(delicate), 복잡하며(complex), 많은 미래적(prophecy) 요소들을 가지고 있다... 그것들은 사법부가 판단하기에는 부적절하거나 용이하지 않고 책임을 질 수도 없다(neither aptitude, facilities nor responsibility).<sup>78)</sup>

연방대법원은 조약의 비준과 해석에 관한 문제는 정치적 문제라고 판시했다. 예를 들어, *Terlinden v. Ames* 사건에서 연방대법원은 한 국가가 다른 국가의 일부가 되었을 때 조약이 유효한지의 여부는 정치적 문제라고 판시했다.<sup>79)</sup> 최근에 연방대법원의 상대다수의견은 카터 대통령의 대만과의 조약 폐기 결정에 대한 위헌주장이 비사법적인 정치적 문제라고 판시했다.<sup>80)</sup> *Goldwater* 사건에서 골드워터 상원의원은 대만과의 조약폐기는 상원의원 2/3의 동의를 얻어야 한다고

---

77) *Chicago & S. Air Lines v. Waterman S. S. Corp.*, 333 U. S. 103 (1948).

78) *Id.* at 111.

79) *Terlinden v. Ames*, 184 U.S. 270 (1902).

80) *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979).

주장했다. 골드워터 상원의원은 대통령이 단독으로 법률을 폐지할 수 없으므로 상원의 동의 없이 대통령이 조약을 일방적으로 폐기하는 것은 위헌이라고 주장했다.

연방대법원은 절대다수의견 없이 그 사건을 각하하였다. 렌퀴스트 대법관은 상대다수의견을 집필하면서, 그 사건은 사법심사를 할 수 없는 정치적 문제라고 하면서 다음과 같이 실시하였다.

이 사건에서 제기된 기본 문제는 . . . 이 사건이 우리나라의 외교에 관한 대통령의 권한에 관련되어 있으므로, ‘정치적 (political)’이고 따라서 사법심사에 부적절하다(nonjusticiable).<sup>81)</sup>

또한 렌퀴스트 대법관은 조약의 파기를 통제하는 헌법상 기준은 없으며, 그 문제는 “동등한 국가기관 사이의 분쟁으로써 각자 그 이익을 보호하고 주장할만한 근거를 가지고 있다<sup>82)</sup>”고 했다. 한편 법원이 전쟁의 합헌성을 판단하고 전쟁의 종단을 요구하는 것은 아주 적절하지 않다는 주장이다.

## II. 사법심사 긍정설

### 1. 서론

그러나 정치적 문제 이론에 대한 비판자들은 외교적 사안에 관한 합헌성 문제는 사법심사의 대상이 되어야 한다고 주장한다.<sup>83)</sup> 그들은

---

81) Id. at 1001.

82) Id. at 1004.

83) Michael Tigar, Judicial Power, the Political Doctrine, and Foreign

많은 경우에 있어서 합헌성 문제는 전문적 지식을 요하지 않는다고 주장한다. 예를 들어, 전쟁의 선포를 구성하는 것은 연방대법원이 직면하는 다른 사안들과 유사하게 해석상의 문제이다. 전문성을 요하는 경우에 연방대법원은 그 사안을 듣고, 본안에서 다른 정부기관의 의견에 따를 수 있으므로 결코 그러한 문제들을 비사법적인 것이라고 할 필요가 없는 것이다.

정치적 문제 이론을 비판하는 사람들은 외교정책에 관한 헌법조항은 사법적인 집행 없이는 본질적으로 의미가 없게 된다고 주장한다. 비록 어떤 경우엔 정부의 다른 기관이 사법심사 없이도 헌법을 지키려고 노력할지도 모르지만, 이것이 불가능해 보일 때도 있다는 것이다. 예를 들어, *Goldwater* 사건에서 원고들은 조약의 폐기는 상원의원의 3분의 2의 찬성이 있어야 한다고 주장했다. 이 말은 즉, 3분의 1의 상원의원은 분명히 조약의 폐기를 반대할 수 있다는 뜻이다.<sup>84)</sup> 그러나 사법심사가 없다면 설령 -그들의 의견이 완벽하게 헌법에 일치한다고 해도- 3분의 1의 상원의원이 목소리를 내거나 자신들의 입장을 강화할 수 있는 방법은 없다.

이제까지 외교적 사안에 속하는 헌법적 문제에 대한 사법심사와 관련하여 판례들이 상충하고 또한 많은 논란의 여지가 있기 때문에, 연방대법원은 미래에 다시 한 번 외교 정책에 대한 위헌 주장이 정치적 문제인지의 여부와, 언제 그렇게 정치적 문제가 되는지에 대해 결정을 해야 할 필요가 있다는 것은 피할 수 없는 사실이다.

과월 대법관은 *Goldwater* 사건의 결론에 대한 보충의견에서 이 사건을 각하하는 것에는 동조하면서도 렌퀴스트 대법관이 주장하는 넓은 의미뿐만 아니라 브렌넨 대법관이 주장하는 좁은 의미의 정치적

---

Relations, 17 UCLA. Rev. 1135, 1141-51 (1970).

84) 444 U.S. 996 (1972).



문제 원칙을 단호하게 부인하고, 성숙성((ripeness) 요건에 초점을 맞추었다. 파월 대법관은 더 이상의 설명 없이 이 사건에서의 결정은 오로지 법원이 헌법을 해석할 것을 요구하기 때문에 사법적으로 발견할 수 있고 관리할 수 있는 기준이 있다고 주장하였다.<sup>85)</sup> 파월 대법관은 연방의회가 그 조약의 폐기를 부인하기까지 또 하지 않는 한 그 사건은 성숙된 것이 아니라고 하였다.

## 2. 사법심사의 범위

조약을 해석하고 조약의 문구 중 모호성을 해결하기 위하여 법원이 조약의 협상 및 초안 작업의 기록에 관심을 갖는(turn) 것은 당연하다.<sup>86)</sup> *Choctaw Nation of Indians* 판례에서 연방대법원은 “조약은 사적인 협정보다 보다 자유롭게 해석하고 그 의미를 확인한다. 우리는 쓰여진 언어를 뛰어넘어 조약의 역사, 협상, 및 당사자가 채택한 실제적인 해석을 바라본다”<sup>87)</sup>고 한 바 있다. 따라서 법원이 조약의 적용가능성을 해석하기 위하여 조약의 실무 및 협상 과정의 역사뿐만 아니라 조약의 문구(language)를 살펴보는 것은 당연하다.<sup>88)</sup> 조약은 외국 정부와의 협정이므로, 법원은 조약을 해석함에 있어서 협상 및 초안 작업의 연혁(입법의 연혁과 유사한)뿐만 아니라 당사자의 비준 이후의 이해를 전통적으로 고려하였다.<sup>89)</sup>

---

85) Id. at 999.

86) *Choctaw Nation of Indians v. United States*, 318 U.S. 423, 63 S.Ct. 672, 87 L.Ed. 877 (1943).

87) *Choctaw Nation of Indians v. United States*, 318 U.S. 423, 431-32, 63 S.Ct. 672, 677-78, 87 L.Ed. 877 (1943).

88) Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, *Treatise on Constitutional law - Substance and Procedure* -, 3rd. ed. V.1, 571 (1999).

89) *Zicherman v. Korean Air Lines Co., Ltd.*, 516 U.S. 217, 225, 116 S.Ct. 629,

예를 들면 *United States v. Alvarez-Machain*<sup>90)</sup> 사건을 들 수 있다. 이 사건에서는 미국과 범죄인 인도조약이 체결되어 있는 멕시코에서 유괴를 당한 피고인이 미국 법원의 관할권을 주장할 권한이 있는지 여부가 문제되었다. 연방대법원은 그는 항변권이 없다고 하며 기소를 각하한 하급심 판결을 번복하였다.

다수의견은 미국에 있는 피고인은 범죄인 인도조약의 조건을 위반하여 기소될 수 없다는 것에 쉽게 동의하면서도, 또한 조약이 적용되지 않는다면 정부가 강제적으로 유괴하여 피고인을 관할권내에 존치 시킴에도 불구하고 법원은 관할권을 적절하게 행사할 수 있다는 것이 오랫동안의 법이었다는 것을 지적하였다. 법원은 조약을 검토한 후에, 유괴를 명문으로 금지하지 않는 조약 자체뿐만 아니라 조약의 관행과 조약의 역사는 사람에게 대하여 관할권을 행사할 수 있는 유일한 수단을 제공한다는 주장을 지지하지 않는다면, 미국 정부는 멕시코와의 범죄인 인도조약을 위반하지 않았다고 결론을 내렸다.

---

634, 133 L.Ed. 2d 596 (1996).

90) 504 U.S. 655, 112 S.Ct. 2188, 119 L.Ed.2d 441 (1992).

## 제3장 독일에서의 국제조약과 헌법재판

### 제1절 개 설

#### I. 기본법상 관련 조항

○ 기본법 제25조 (연방법의 구성부분으로서의 국제법) 국제법의 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 그것은 법률에 우선하고 연방영역의 주민에 대하여 직접 권리와 의무를 발생시킨다.

○ 기본법 제32조 (외교관계) ① 외국과의 관계를 담당하는 것은 연방의 사항이다. ② 어떤 주의 특별한 사정에 관계되는 조약을 체결할 때에는 체결 전에 적당한 때에 그 주의 의견을 들어야 한다. ③ 주가 입법에 관한 권한을 갖는 때에는, 주는 연방정부의 동의를 얻어 외국과 조약을 체결할 수 있다.

○ 기본법 제59조 (국제법상의 대표권) ① 연방대통령은 국제법상 연방을 대표한다. 그는 연방의 이름으로 외국과 조약을 체결한다. 그는 사절을 신임하고 접수한다. ② 연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약은 연방법률의 형식으로 하되 그때마다 연방입법에 관한 권한을 가진 기관의 동의나 참여를 필요로 한다. 행정협정에 관해서는 연방행정에 관한 조항이 준용된다.

○ 기본법 제100조 (법률의 위헌성) ② 어떤 소송에서 국제법의 규정이 연방법의 구성부분이 되는지 여부와 그것이 개인에 대하여 직접적인 권리와 의무를 발생케 하는지(제25조)의 여부가 의심스러운 경우, 법원은 연헌재의 결정을 구해야 한다.

○ 기본법 제79조 (기본법의 개정) ① 기본법은 기본법의 문

구를 명시적으로 변경 또는 보충하는 법률에 의해서만 개정될 수 있다. 講和조약, 강화조약의 준비 또는 점령법적 법질서의 폐지를 그 대상으로 하거나 연방공화국의 방위에 도움이 될 국제법적 조약에 있어서 기본법의 조항들이 그러한 조약의 체결과 발효에 저촉되지 아니함을 해명하기 위해서는 이 해명에 국한되는 기본법의 문구의 보충으로써 충분하다.

○ 기본법 제26조 (침략전쟁의 금지) ① 국가 간의 평화로운 공동생활을 교란시키기에 적합하고 교란할 의도로 행해지는 행동과 특히 침략전쟁수행의 준비는 위헌이다. 이러한 행위는 처벌되어야 한다. ② 전쟁수행용으로 지정된 무기는 연방정부의 허가를 얻어야만 제조, 수송, 그리고 거래될 수 있다. 상세한 것은 연방법률로 정한다.

○ 기본법 제23조 (유럽연합) ① 통일된 유럽을 실현하기 위하여 독일연방공화국은 민주적, 법치국가적, 사회적 및 연방주의적 원칙들과 보충성의 원칙에 구속되며 이 기본법과 본질적으로 유사한 기본권보호를 보장하는 유럽연합의 발전에 협력한다. 연방은 이를 위하여 법률에 의하여 연방참사원의 동의하에 고권을 이양할 수 있다. 유럽연합의 설립과 이 기본법이 내용상 개정 또는 보완되거나 그러한 개정들이나 보완들이 가능해지는 그 조약상의 기초 및 유사한 규정들의 개정에 대하여는 제79조 제2항과 제3항이 적용된다. ② 유럽연합의 사무에는 연방의회가, 그리고 주는 연방참사원을 통해서 참여한다. 연방정부는 연방의회와 연방참사원에 포괄적이고 가능한 한 조속히 보고해야 한다. ③ 연방정부는 유럽연합의 법제정행위에 대한 자신의 참여에 앞서서 연방의회에 입장을 표명할 수 있는 기회를 부여한다. 연방정부는 협의시에 연방의회의 입장표명을 고려한다. 상세한 것은 법률로 정한다. ④ 연방참사원은 상응하는 국내적 조치에 참여해야 하는 한에서, 또는 주가 국내적으로 권한이 있는

한에서, 연방의 의사형성에 참여할 수 있다. ⑤ 연방의 전속적 권한의 범위 내에서 주의 이익이 관계되는 한, 또는 그 밖에 연방이 입법권을 가지는 한에서, 또는 그 밖에 연방이 입법권을 가지는 한에서, 연방정부는 연방참사원의 입장표명을 고려한다. 주의 입법권한, 그 관청의 시설이나 그 책임절차들이 중점적으로 관계되는 경우에 연방의 의사형성에 있어서 그러한 한 연방참사원의 견해가 결정적으로 고려되어야 한다. 이 경우에 연방의 국가전체적인 책임은 견지되어야 한다. 지출의 인상이나 또는 연방에 대한 수입의 감소를 초래할 수 있는 사항에 있어서는 연방정부의 동의가 필요하다. ⑥ 주의 전속적 입법권한이 중점적으로 관계되는 경우에 유럽연합의 회원국으로서의 독일연방공화국에 속한 권한의 행사는 연방으로부터 연방참사원에 의하여 지명된 주의 대표에게 이양되어야 한다. 위의 권한의 행사는 연방정부의 참여와 표결 하에 이루어진다. 이 경우에 연방의 국가전체적인 책임은 견지되어야 한다. ⑦ 제4항 내지 제6항에 대하여 상세한 것은 연방참사원의 동의를 요하는 법률로 정한다.

○ 기본법 제24조 (집단안전보장체제) ① 연방은 법률에 의하여 국제기구에 고권을 이양할 수 있다. ①a 주가 국가적 권한의 행사와 국가적 과제의 이행에 대하여 권한이 있는 한에서 주는 연방정부의 동의를 얻어 인접 국제기구의 고권을 이양할 수 있다. ② 연방은 평화의 유지를 위하여 상호집단안전보장체제에 가입할 수 있다. 이 경우 연방은 유럽 내의 그리고 세계 각국가 간의 평화적·항구적 질서를 달성하고 보장하기 위하여 그 고권을 제한하는데 동의할 수 있다. ③ 국제분쟁의 해결을 위하여 연방은 일반적·포괄적·의무적인 국제중재재판에 관한 협정에 가입할 수 있다.

## II. 개관

독일에서 국제조약과 관련된 법규범체계는 최소한 세 가지 형태로 문제된다. 먼저, 기본법이 규율하는 국가법체계이다. 여기에는 연방법과 주법이 해당된다. 물론 이를 규율하는 것은 기본법이나 각 주의 헌법이다. 다음, 국제법규범이다. 이에는 국제법상 일반원칙(기본법 제25조)과 조약(제59조 제2항)이 해당된다. 그 다음에는 이른바 유럽법(제23조)에 관한 것이다. 이들 3자 상호간의 관계가 여기서 나름대로 규명되어야 한다.

이 연구에서는 유럽법의 규율을 받는 독일이나 프랑스의 경우도 비교연구의 대상으로 삼고 있다. 그에 따라 국제법의 국내적 집행 내지 국내법체계에서의 위상과 관련해서 유럽법이 개별 국가의 국내법 체계에 어떻게 반영되어 있는가에 대해서도 주목해야 한다.

이상과 같은 점에서 독일에서 논의되는 국제법과 유럽법에 대해 각각 집중적인 관심을 기울이기로 한다. 구체적으로는 먼저 독일법체계상 국내법, 유럽법 및 국제법의 관계에 관해 살펴본다. 이어서 국제법과 유럽법의 法源 내지 규범적 형태를 소개한다. 또한 국제법과 유럽법이 독일 국내적 효력을 어떻게 확보하는지에 집중한다. 다음에는 국제법과 유럽법이 국내법질서에 직접 적용성을 지니는 문제와 직접적 효력에 관한 문제를 다룬다. 국제법이나 유럽법이 국내적 효력을 가짐에 따라 국내법과의 충돌은 필연적인 바, 이를 해소하는 원칙에 관해 살펴본다. 마지막으로 법적 분쟁을 해결하는 틀로서 헌법재판과의 관계를 소개하기로 한다.

## 제2절 독일법체계상 국내법, 유럽법 및 국제법

### I. 국제법과 국내법의 관계에 관한 독일에서의 반응

#### 1. 일반론

앞서 소개한 바와 같이 독일에서는 국내법과 국제법의 관계에 관해 국내법 우위의 일원론이나 엄격한 이원론이 주장되지는 않는다. 대체로 절충적 일원론과 절충적 이원론이 주장될 뿐이다.

그런데, 헌법이 국내법과 국제법의 관계에 관해 어떠한 형식으로 규율하든 간에, 일원론적 시각에서 파악될 수도 있고, 이원론적 시각에서도 해명이 가능하다. 예컨대 오스트리아 연방헌법 제9조를 들 수 있다. “국제법상 일반적으로 승인된 원칙은 연방법의 구성부분으로 효력을 가진다.”는 것이다. 이는 헌법이 일원론적으로 인식한 것으로 이해될 수도 있다. 그러나 이 규정은 이원론적으로도 해석될 수 있다. 즉, 다른 법질서 안에 있는 규범이 두 개의 분리된 법질서의 하나에 속한 규범으로 변환되어 등장할 수 있는 그런 중복영역의 어느 하나에 관한 것인 한도에서 그렇다.

그밖에도 전반적인 문제에 있어 법이론적 쟁점에 관해서도 견해가 대립된다. 그 자체로서는 그 쟁점이 국제법이나 국내법에 실정법적으로 전혀 규율되지 않았을 경우이다. 따라서 이와 관련해서 그 규정은 어쨌든 선언적인 특성을 지닐 것이다. “이탈리아 법체계는 국제법상 일반적으로 승인된 원칙에 부합해야 한다.”는 이탈리아 헌법 제10조의 어의는 이와 관련해서 특징적이라 하겠다.

또 문헌에서는 이론적 다툼이 아직도 해소되지 아니하였다. 독일에서 통설은 절충적 이원론을 선호한다. 그에 반해 예컨대 오스트리아

에서는 국제법우위의 절충적 일원론이 압도적인 추세이다. 국가실무 상으로는 국제법을 점차로 법전화함으로써 종래 제기된 문제점을 해결하고 있다. 한편으로는 국제법에 위반된 국내의 고권행위를 회피하도록 하고, 다른 한편으로는 국제법상 法院으로 하여금 보다 명료한 기준으로 재판하도록 함으로써 이를 통해 국가의 책임을 보다 세부적으로 확립하고 있다. 그렇다고 해서 이러한 법전화가 이론적인 근본문제를 자연스럽게 해소하는 것은 아니다. 비록 이론적 다툼을 결정적으로 해결하는 방안을 이끌어내는 것은 아니라 할지라도, 이와 같은 실용적인 방법으로 보다 수월하게 접근하고 있다.<sup>91)</sup>

## 2. 기본법 차원의 규율상태

기본법은 국제법과 국내법의 관계에 관해 아무런 명시적인 조항도 담지 않고 있다. 또 연방헌법재판소(이하 ‘연헌재’라 약칭한다)는 그에 관해 이제까지 아무런 명백한 입장도 제시하지 아니하였다. 그렇지만 연헌재 판례에서는 절충적 변형을 확인할 수 있다.<sup>92)</sup>

“연헌재의 일련의 판례에 따르면, 동의법과 관련된 조약이 국제법에 기속되는 반면에, 동의법이 헌법을 침해하는 경우를 상정할 수 있

---

91) 국제법상 조약법(즉 체결, 발효, 효력, 종료 등)은 1969. 5. 23. 조약법에 관한 비엔나협약에 법전화되어 있다(Sartorius II 제320호). 이 협약 제46조는 규정 하길, “조약 체결권에 관한 국내법 규정의 위반이 명백하며 또한 근본적으로 중요한 국내법 규칙에 관련되지 아니하는 한 국가는 조약에 대한 그 기속적 동의를 부적법화하기 위한 것으로 그 동의가 그 국내법 규정에 위반하여 표시되었다는 사실을 원용할 수 없다. 통상의 관행에 의거하고 또한 성실하게 행동하는 어느 국가에 대해서도 위반이 객관적으로 분명한 경우에는 그 위반은 명백한 것이 된다.” 이 조항을 구체적인 사건에 적용하면, 동의법이 무효인 이유가 위 비엔나협약 제46조의 전제조건에 부합하다면, 단지 그때에만 연방 의무부장관의 발의는 명확해짐을 지적할 수 있을 것이다. 이 경우가 그에 해당하지 않는다면, 발의는 쓸모없는 것이 된다. 이는 이론적 다툼을 해결하는 것이 아니라 처음부터 충돌사태의 개연성있는 발생을 감축하려는 것이다.

92) BVerfGE 45, 83ff, 96.



다. 그런 사례에서 국가는 체결된 조약을 집행할 국제법적인 책임을 져야 할 것이다. 그러나 국가는 그를 통해 창출된 위헌적 상황을, 그것이 가능한 한도에서, 제거할 의무를 진다.<sup>93)</sup> 이런 방식으로나마 두 개의 법적 구역이 존립할 필요성을 배려하기 위해, 입법자는 ‘그렇지 않으면 지닐 수 있는 조정의 개연성’을 모두 끌어들이고자 할 수도 있다.”<sup>94)</sup>

기본법상 규정이 결여되었고 또 연헌재의 판례가 어느 정도에서는 불명확하다 할지라도, 이 두 이론에 따르는 자들은 기본법상 개별 규정을 그때마다 고유한 해결방안으로 끌어들인다.

기본법 제25조는 국제법상 일반원칙이 연방법의 구성부분이고 법률에 우선하며 연방지역의 주민들에게 권리와 의무를 직접 창설한다고 규정한다. 기본법 제25조는 한편으로는 일원론의 선언적 법전화로 이해될 수 있다(국제법과 연방법은 하나의 통일체이다). 그러나 다른 한편으로 이는 어느 한도에서는 이원론의 증거로 볼 수도 있다. 이 조항으로 인해 국제법상 일반원칙이 분리된 법질서의 구성부분으로서 국내법 안으로 자리할 수도 있으며 국제법에 특정한 등급(법률의 상위에)으로 정서할 수도 있게 된다. 다만 국제법상 일반원칙이 법률보다 상위등급을 부여한 것은 오로지 이원론에 의해서만 가능한데, 국제법 우위의 일원론의 시각으로는 국제법에게는 모든 국가법에 대응해서 항상 우위를 인정하지, 오로지 법률에 대응해서만 우위를 인정하는 것은 아닌 까닭이다. 그 외에도 이원론자에 따르면, 기본법 제100조 제2항이 등장하게 되는데, 거기서 연헌재는 국제법상 원칙이 기본법 제25조에 따라 연방법의 구성부분인지 여부와 그 원칙이 각 개인에게 권리와 의무를 직접 창설하는지 여부를 재판해야 한다. 거

---

93) BVerfGE 6, 290(295); 16, 220(227f); 36, 1(14).

94) BVerfGE 38, 49(51).

기서 연헌재는 연방법으로서의 국제법상 원칙의 속성에 관해 재판할 뿐만 아니라 부수적으로는 이 원칙의 존재에 관해서도 재판해야만 한다. 국가기관이 그와 같은 결정을 할 수 있다는 점은 오로지 이원론의 영역에서만 설명될 수 있다.

그러나 아무튼 기본법과 주헌법은 관계문제를 규범적으로 해결한 것이 아니라 어쨌든 선언적이거나 두 질서 중 어느 하나에 거듭 제기하도록 하고 있다. 기본법상 이 두 조항을 끌어들이는다면, 그때에는 헌법제정자의 시각을 발견하였을 뿐이지 관계문제의 구속적인 해결책을 찾아낸 것은 아니다. 기본법의 연혁에 따르면 헌법제정회의가 이원론의 어느 하나에 의거하고 있음이 나타난다.

## II. 유럽법과 국내법에 관계에 관한 독일에서의 반응

광의의 유럽법과 국내법과의 관계문제에 대해서는 국제법과 국내법의 관계를 해명하는데 동원되는 일원론이나 이원론 등의 이론체계를 적용할 수도 있다. 이는 광의의 유럽법이 국제법적인 기원을 지니고 있는 까닭이다. 협의의 유럽법(유럽연합법, 여기서는 특히 유럽공동체법)과 국내법의 관계와 관련해서는 아주 다른 시각이 적용된다. 일원론과 이원론이라는 이 두 가지 모델을 바탕으로 이론적으로 정립할 수도 있겠지만, 다른 관련성 속에서 그리고 부분적으로는 아주 상이한 근거에 입각해서 해명되고 있다. 그러면 핵심적인 견해를 소개하기로 한다.

## 1. 국제법 차원의 해결방식

국제법 차원의 해결방식은, 유럽공동체 설립조약은 국제법상 조약이며 그런 까닭에 그 설립조약과 그 설립조약에 의거해서 공동체가 관이 발령한 법은 국제법상 준거로 판단해야 한다는 것이다. 그러므로 유럽공동체법과 국내법의 관계에 관한 문제를 해결하기 위해서는 국제법과 국내법의 관계를 해명하는 이론에 의거하지 않으면 안 된다는 것이다. 이런 해결방식은 소수설에 지나지 않는다.

그렇지만, 이에 반해 그 밖의 유럽연합법(연합법의 두 번째와 세 번째 기둥)에 관해서는 국내법과의 관계문제를 국제법 차원의 해결방식으로 일반적으로 해결한다. 거기서는 고전적인 국제법 차원에서 접근하기 때문이다.

## 2. 유럽법 차원의 해결방식

유럽법 차원의 해결방식은 유럽공동체법은 국제법이 아니라는 시각에서 출발한다. 유럽공동체 설립조약이 원래는 국제법상 조약이었다는 점은 사실이지만, 그런 사실에서 공동체법의 효력근거, 법적 본질 및 특성에 관해 어떠한 법이론적인 추론도 이끌어내지 않으려 한다. 오히려 공동체조약에서 제시된 법적 구조만이 결정적인 의미를 지닐 뿐이다. 그 구조는 국제법상 조약과는 아주 이질적이다. 거기서 유럽공동체법은 국제법이 아니라는 점을 이끌어낸다. 이는 오히려 'Recht sui generis'에 관한 것이다. 따라서 유럽법과 국내법의 관계 문제에는 국제법과 국내법의 관계에 관한 이론들을 적용할 수 없다. 이 문제는 유럽공동체법 그 자체에 의거해서 해결하지 않으면 안 된다는 것이다.

유럽법적 해결방식은 공동체법의 우위를 전반적인 전제로 한다. 이

는 설립조약상 일련의 규정들(유럽공동체조약 제249조 제2항, 유럽원 자력공동체조약 제161조 제1항, 유럽공동체조약 제10조, 유럽공동체 조약 제83조 제2항)에서 제시된다. 또 목적론적으로 절충된 공동체의 기능적 활동성을 보장하는 원칙에서도 제시된다. 이 원칙이 없이는 공동체가 존립할 수 없을 정도에 해당한다.

이는 H. P. Ipsen<sup>95)</sup>이 개발해서 통설이 되었고 유럽재판소가 받아들여지게 되었는데, 그 상세한 입론은 1964. 7. 15. Costa 사건의 판결에 토대가 되었다.<sup>96)</sup> 우위의 효과문제에 관한 유럽재판소 판례는 바뀌어가고 있었다. 유럽재판소는 많은 판결에서 적용상 우위를 주장하였지만,<sup>97)</sup> 나중에는 한 사례에서 효력상 우위를 의도로 해서 요식화하였다.<sup>98)</sup> 어쨌든 1998년에 유럽재판소는 최종적으로 해명하였는데, 의견상 모순되는 판례로 입장을 표명한 것이다.<sup>99)</sup>

아무튼 공동체법의 우위는 오로지 적용상 우위일 뿐이라는 것으로 견해가 일치되었다. 그 밖에도 유럽재판소는 공동체법과 국내법 사이에서 충돌이 발생한 경우 후자를 무효로 결정할 권한이 유럽재판소 자신에겐 없음을 스스로 확인하였다.<sup>100)</sup> 그러나 이 자체로는 여기서 효력상 우위를 이끌어내기에는 미미한 것이다. 이에 반해 적용상 우위가 의미하는 것은 국내법이 존재하긴 하지만, 충돌의 경우에는 적

---

95) H. P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*; Schweitzer, *Staatsrecht III*, S. 17ff.

96) Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, S. 1251ff, 1269ff.

97) 예컨대, Rs. 84/71, *Marimex/Finanzministerium der Italienischen Republik*, Slg. 1972, S. 89ff.

98) Rs. 106/77, *Staatliche Finanzverwaltung/Simmenthal*, Slg. 1978, S. 629ff.

99) Rs. C-10/97 bis C-22/97, *Ministerio delle Finanze/IN.CO.GE. '90 ua*, Slg. 1998, S. I-6307ff. 등 참조. 상세한 내용은 vgl. Schweitzer, *Staatsrecht III*, S. 19f.

100) Rs. 237/82, *Jongeneel Kaas/Niederlande*, Slg. 1984, S. 483ff.

용되지 않을 따름이다. 공동체법의 이와 같은 적용상 우위는 모든 국내법에 대해 유효하고, 또 기본권을 포함한 헌법에 대해서도 유효하다.<sup>101)</sup>

2000년 유럽재판소는 유럽공동체 동등처우준칙 76/207이 여성은 일반적인 병역의무에서 제외된다는 국가법규정에 상충되는 점에 관해 결정하였다.<sup>102)</sup> 이 준칙은 병역법에 관한 독일의 법률조항에 충돌될 뿐만 아니라, 그 당시 기본법 제12조의a 제2항 제2문(“여성은 어떠한 경우에도 방위에 관한 복무를 하지 아니한다.”)과도 충돌되었다. 이는 기본법 제12조의a 제2항 제2문의 개정을 이끌어냈으며, 이는 오늘날 “(여성)은 어떠한 경우에도 병역의무에 관한 책임을 지지 아니한다.”는 것으로 표출되었다.

적용상 우위는 존속력이 발생한 행정행위에 대해서도 유효하다.

확정력이 발생한 판결에 대해서도 우위가 인정되는지 여부에 관해서 유럽재판소는 아직 결정하지 아니하였다.<sup>103)</sup> 그러나 법률에 대한, 헌법을 포함해서 그와 같은 우위를 받아들인다면, 그때에는 당연히 확정력이 발생한 판결에 대해서도 인정해야 할 것이다.<sup>104)</sup>

이와 같이 우위문제를 해결하는 방안이 유럽연합법에도 유효한지 여부문제에 관해서는, 특히 의결이 유럽연합 두 번째와 세 번째의 공동 영역에서 존재한다 할 때, 어쨌건 이에 관해 유럽재판소는 아직 결정하지 아니하였다. 이들 기동은 초국가적으로 형성된 것이 아닌

---

101) Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr und vorratsstelle für Getreide- und Futtermittel, Slg. 1970, S. 1125ff.

102) Rs. C-285/98, Kreil/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 2000, S. I-69ff.

103) 유럽재판소가 간접적으로나마 이에 관해 시사한 것으로는 Rs. C-453/00, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren, 그러나 공간되지는 않았다.

104) Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 22.

까닭에, 즉 연합법상 해결책에 근거해서 언급된 특성에서 벗어나 있음에 따라, 연합법은 국제법에 복속시키고 또 우위문제는 국제법적인 해결방안에 따라야 한다는 견해가 일반적으로 대표되고 있다. 이에 관해서는 유럽연합조약 제42조가 규율하는데, 그 조항은 세 번째 기동의 소재에 관한 “공유화(Vergemeinschaftung)”의 사례를, 즉 초국가적인 의결의 전환을, 고전적인 국제법상 비준 장치를 예정하고 있다. 동일한 것이 유럽연합조약 제34조 제2항에도 유효하다.

### 3. 기본법 차원의 규율상태

기본법은 우위의 문제를 - 유럽공동체의 다른 구성국들 헌법과는 정반대로 - 명확한 표현으로 규율하지는 아니하였다.

그럼에도 불구하고 문제를 해결할 실정법적인 접점을 기본법 제23조와 제24조에서 찾을 수 있다. 왜냐하면 고권적 권리의 이양조항으로부터 이들 사례에서 영역관계에 관해 어쨌건 이끌어낼 수 있기 때문이다. 간단하고 명료하게 구성할 수 있다. 즉, 기본법에 근거해서 독일이 국내법에 대응한 공동체법의 우위를 그 스스로 인정하고 받아들인 국제적 체계에서 도출할 수 있기 때문이다.

#### 가. 이양권

##### 1) 기본법 제24조 제1항

마스트리히트조약과 관련하여 기본법에 규정된 기본법 제23조가 신설되기 이전에 기본법 제24조 제1항은 중간수준의 국가조직에 - 또한 유럽공동체에도 - 고권적 권리를 이양할 연방의 권한을 포함하고 있었다. 통설은 거기서 연방과 주의 고권적 권리를 이양할 권한을 도출하고 있다. 이는 기본법 제24조 제1항이 명시적으로 예정한 것은

아니다. 하지만, 유럽통합에 관한 기본법의 원칙적 결단에서(기본법 제24조 제1항과 결합된 서문 제1문) 일반적으로 도출되고 또 경제적 영역의 통합이 주 법률과 행정영역의 침범 없이는 개연성이 전혀 없을 것이라는 고려에서 일반적으로 도출된다.

“이양”의 개념을 문자대로 해석할 수는 없다. 특히 거기서는 양여(Übereignung)나 양도(Zession)와 비교할 수 있는 이양과정으로 이해해서는 안 된다. 거기서는 오히려 새롭게 설립된 중간수준의 국가조직에 유리하도록 이양된 고권적 권리의 행사를 독일이 원칙적으로 포기한 것으로 본다. 이는 - 그 조직이 조약체결의 상대방인 한 - 중간수준의 국가조직에 의한 고권적 권력의 행사를 수인한다는 것이다. 여기서의 고권적 권력은 새롭고 통일적이며 근원적인 고권적 권력으로 이해된다. 이 효과와 관련하여서 기본법 제24조 제1항에 따른 이양은 개별 법률에 의한 실질적인 헌법개정으로 작용한다. 독일이 - 그 밖의 어떠한 이유에서 - 중간수준의 국가조직으로 활용한다면, 독일은 그 고권적 권리를 스스로 거둬 행사한 것이 된다. 그때 독일은 국내적 범위 내에서 이양된 고권적 권력의 행사를 더 이상 수인하지 아니하는 것이다.

이양을 위해서는 형식적 의미의 연방법률이 필요하다. 기본법 제24조 제1항의 어의에 따르면 동의가 자유로운 개별법률(ein einfaches, zustimmungsfreies Gesetz)에 관한 것이다. 그러나 고권적 권리의 이양은, 동시에 중간수준의 국가조직이 설치 또는 변형되거나 그런 조직에 가입이 집행되거나 할 정도로, 개연성이 있어야 하는 까닭에, 제24조 제1항 이외에 기본법 제59조 제2항도 적용된다. 그 법률은 그런 한도에서 이중적 기능, 즉 국가법상 기능(기본법 제24조 제1항)과 국제법상 기능(기본법 제59조 제2항)을 지닌다. 이런 명제에서 출발해서 국가적 통합권력의 총괄적 행위로서 이양과정을 지칭할 수

있고, 거기서는 기본법 제24조 제1항에 우선적인 의미가 정서된다.

기본법 제24조 제1항의 의미에서 중간수준의 국가조직으로는 원칙적으로 국제기구를 염두에 둔다. 그럼에도 불구하고 그 기구가 중간수준의 국가적이라는 한도에서, 다른 발현형태에도 개방적이다. 그와 더불어 비정부적 기구는 개별적인 다른 국가나 국내 단체와 구분된다.<sup>105)</sup> 중간수준의 국가조직은 국가연합으로 추상적으로 유형화할 수 있고, 그 국가연합은 - 고권적 권리의 이양에 의거해서 - 회원국의 국내적 범위에서 독자적인 고권적 권력을 행사할 수 있게 된다.

유리한 견해는 기본법 제24조 제1항이 연방에게 고권적 권리의 이양에 관해 절대적이고 무제한적으로 권한을 부여한 것은 아니라는 점에 바탕을 둔다. 이에 반해 세부적인 한계가 어디에 설정되어 있는가는 논란이 있다. 받아들일 수 있는 최소한으로 그런 원칙을 예상할 수 있는데, 그 원칙의 변경불가능성은 기본법 제79조 제3항에서 확립된 것이다. 이 원칙이 헌법개정적인 입법자의 처분권을 박탈한다면, 그때 이 원칙은 먼저 기본법 제24조 제1항에 따른 개별적인 입법자의 처분권을 정당하게 박탈할 것이기 때문이다.

## 2) 기본법 제23조

1992. 12. 21. 기본법개정에 관한 법률의 시행과 더불어, 그 법률은 독일의 유럽연합에의 가입에 관해 권한을 부여하고 있다. 기본법 제23조는 유럽연합의 영역에서 폭넓은 통합의 광장에 근거를 제공하고 있다. 기본법 제23조 제1항 제2문에 따르면 연방은 고권적 권리를 연방참사원의 동의에 의거해서 법률로 유럽연합에 이양할 수 있다. 기본법 제24조 제1항은 고권적 권리가 이양된 다른 중간수준의 국가조

---

105) Vgl. BVerfGE 2, 347ff, 380.



직에게만 장래적으로 유권적이다.<sup>106)</sup>

기본법 제23조 제1항 제2문의 의미에서 고권적 권리는 - 기본법 제24조 제1항에서와 마찬가지로 - 연방과 주의 고권적 권리이다. 이는 이미 기본법 제23조 제5항 제2문과 제6항에서 실정법적으로 제시된다. 그 속에서 국가법상 법적관계를 고권적으로 형성할 권능으로 이해된다. 두 번째와 세 번째 기둥의 정부간 영역 내에서 유럽연합의 권능이 관련될 때에는, “고권적 권리의 이양”을 먼저 다루어서는 안된다. 기본법 제23조 제1항 제2문은 그때에는 해당되지 않는다.

이양을 위해서는 연방법률이 필요하다. 기본법 제24조 제1항의 경우와 마찬가지로 그 법률은 이중적 기능을 지니는데, 필요에 따라서는 기본법 제59조 제2항이 적용될 수 있는 까닭이다.

이양을 위해 연방법률은 항상 연방참사원의 동의를 필요로 한다. 이양된 고권적 권리에 있어 연방과 주의 입법권에 놓여진 고권적 권리에 관한 것인지 여부는 차이가 드러나지 않는데, 거기서 동의가 오히려 필요하다. 이와 아울러 이 규정은 기본법 제24조 제1항과 비교할 때 주에게의 중대한 권한증대를 의미한다.

기본법 제23조 제1항 제2문의 의미에서 이양에 관해 기본법 제23조 제1항 제3문에 규범화된 2/3이상의 가중다수결이 언제 필요한지가 문제된다. 이 가중다수결은 유럽연합의 근거에서(이 방안이 의결되었고, 따라서 그 한도에서 이 조항이 창설적이다), 그 조약상 근거의 개정에서(유럽연합조약 제48조와 제49조에 따라 수정조약이나 가입조약에 의해), 그리고 비교할 수 있는 규정에서(유럽공동체조약 제190조 제4항, 유럽공동체조약 제269조, 유럽연합조약 제42조와 같이 발전도상에 있는 조항에 근거해서, 즉 각료이사회 의결을 통한 조

---

106) 예컨대 유럽특허기구에 관해서는 vgl. Streinz, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, Art 24. Rn. 30.

약의 보충과 회원국 헌법상 규정에 따라 회원국이 적절하게 받아들임으로써) 예정되어 있다. 먼저 기본법 제79조 제3항의 이른바 영속성보장(die sog. Ewigkeitsgarantie)이 유럽연합에 대응해서 존립함이 기본법 제23조 제1항 제2문과 함께 확인되어 있다. 기본법 제23조 제1항 제2문은 기본법 제79조 제2항을 포함시켜서 언급하고 있는데, 그에 따르면 “헌법의 침범”이 예방된다. 거기서는 통합규범으로서의 기본법 제24조 제1항을 적용함으로써 가능한 것으로 처리되었다. 기본법 제23조 제1항의 영역에서 고권의 이양은 헌법개정이 가능한 다수결로 법률에 의해서만 가능하다는 의견이 그런 한도에서 제시된다.<sup>107)</sup>

어떠한 형태로든 유럽연합에 고권적 권리를 이양하는 것은 실질적으로 헌법개정에 해당한다고 생각해야 한다.<sup>108)</sup> 거기서는 어쨌든 유럽연합으로의 고권적 권리의 이양을 위해서는 기본법 제23조 제1항 제3문의 의미에서 2/3의 가중다수결이 필요하다는 점이 도출된다.<sup>109)</sup>

그렇지만 이러한 견해는, 기본법 제23조 제1항 제2문의 의미에서의 고권이양과 기본법 제23조 제1항 제3문의 의미에서의 헌법개정적 성격을 지닌 고권이양을 서로 구별하지 않는다면, 기본법 제23조 제1항 제2문이 고권적 권리의 이양에 관한 특별한 수권 또한 과도한 것이라는 점이 지적되어야 한다.<sup>110)</sup> 제2문에 해당하는 사례들은 아주 드물 것이고 또 이론적 개연성이 있는 것으로 묘사된다(특히 발전지향적인 조항에서).

유럽연합법의 개정사례는 단지 간접적으로만 규율되는데, 그를 통

---

107) Vgl. Streinz, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, Art 23. Rn. 60f.

108) Vgl. BVerfGE 58, 1, 36.

109) Vgl. Willhelm, in: BayVBl. 1992, S. 705ff, 707; Schweitzer, Staatsrecht III, S. 26.

110) Scholz, in: NVwZ 1993, S. 817ff, S. 822.

해 기본법이 수정되거나 보완되지 아니하고, 예컨대 - 고권적 권리를 이양함이 없이 - 두 번째와 세 번째 기등에만 관계되는 수정일 경우에 그렇다. 이들 사례에 기본법 제23조 제1항 제2문은 해당되지 않는다. 또 기본법 제23조 제1항 제3문에 따르면 기본법 제79조 제2항과 제3항도 적용되지 않는다. 거기서는 오히려 개별 법률이 필요하다. 그 규범의 이중적 기능으로 인해 이의법(Einspruchsgesetz)<sup>111)</sup>이나 동의법으로 분류하는 것이 기본법 제59조 제2항 제1문에 따라 가능하게 된다.

기본법 제23조 제1항 제2문은 기본법 제79조 제1항을 고려하지 않는다는 점을 강조해야 한다. 기본법 제23조 제1항 제2문의 의미에서 이양으로 인해 출현된 헌법적으로 관련된 법의 개정은 공동체조약이나 유럽연합조약에 표출된 까닭으로, 그 개정이 기본법에 하부적으로 성문화되지 않았다 할 만큼, 기본법에는 직접적인 문맥관계는 존재하지 아니한다. 이런 조약의 도움으로 기본법의 의미에서 실제적인 권한분배에 관한 포괄적인 모형이 구축된다는 점이 여기서 추론된다.

### 3) 기본법 제24조 제1항의a

주헌법은 개개의 주가 고권적 권리를 이양할 수 있는지에 관해 아무런 규정도 두지 않고 있다. 오로지 기본법 제24조 제1항의a만이 이에 관한 규정을 담고 있다. 그에 따르면 주는 자신의 관할영역에서 연방정부의 동의로 경계가 인접한 조직에 고권적 권리를 이양할 수 있다.

그 규정은 기본법 제24조 제1항의 규정과 비견할 수 있으며, 주에게는 경계가 인접한 범위에서 고권적인 대등성을 수권하고 있다. 그

---

111) 이에 관한 상세한 내용은 후술하는 제3절 I. 1. 라. 4)의 각주 참조.

런 사례는 지금까지는 존재하지 않는다. 그런 경우는 교육제도(학교), 쓰레기제거, 경찰제도 등의 범위에 이식시킬 수 있을 것이다. 이양가능한 고권적 권리로는 예컨대 요금명령권과 요금징수권을 들 수 있다.

연방정부의 동의라는 요건을 통해 - 기본법 제32조에 따른 경우처럼 - 연방이익의 구현을 담보한다. 따라서 연방정부는 정책적인 재량권을 가진다.

기본법 제24조 제1항과는 반대로 입법자와는 아무런 상호작용도 예정하지 않고 있다. 이는 주헌법에 따르지 않으면 안 된다.

## 나. 등급문제

기본법 제24조 제1항에서 (그리고 유럽연합과 관련해서는 기본법 제23조 제1항에서), 이들 두 조항은 새롭게 설립된 중간수준의 국가조직 내지 유럽연합이 지닌 통일적이고 근본적인 고권적 권력의 우위를 인정하고 또 그에 동의 여부를 규율하고 있다. 이들 조항에 부합하는 조약을 검토할 때, 거기에서 유럽법적인 해결방안이 제시된다. 그와 아울러 공동체법의 우위에 관한 거기서 언급한 충돌규칙이 등장한다. 그 밖의 유럽연합법은 국제법적 해결방식에 따라 판단된다.

이러한 우위는 국내의 제정법(Gesetzesrecht)과 국내의 법규명령에 대응한 우위로 통일적으로 받아들이고 있다. 이러한 우위는 적용상 우위이지 효력상 우위로 이해되지 않음은 일치되어 있다.

공동체법의 이와 같은 우위가 기본법에 대응해서도 유효한지의 문제에 대해 학설은 거의 통일되지 않았다. 유럽재판소는 스스로 국가의 헌법에 대응한 우위에서 출발한다.<sup>112)</sup> 기본법상 기본권에 대한 공동체법의 우위문제에서 그리고 그에 관해 전개한 연헌재의 해당 판

---

112) 예컨대 Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr und vorratsstelle für Getreide- und Futtermittel, Slg. 1970, S. 1125ff.

례의 문제에서 논란은 아주 첨예하다. 최근에는 그에 대해 헌법상 구조적 원리의 문제가 제기되었다.

### 1) 우위문제와 기본권

연현재는 먼저 공동체법의 사실상 우위를 인정하였는데, 1967년 유럽공동체의 각료이사회와 집행위원회의 두 개의 명령에 대한 헌법소원을 다음의 논거를 제시하면서 부적법한 것으로 선언하였다. 그 논거로는 이들 명령이 연현재법 제90조의 의미에서 독일의 공권력적 행위에 해당되지 않는다는 것이었다.<sup>113)</sup> 그러나 이러한 진술의 효과를 연현재는 명시적으로 다음과 같이 실시하면서 제시하였다.<sup>114)</sup>

“연현재가 적법하게 자신에 계속중인 절차의 영역에서 공동체법을 기본법상 기본권규범으로 재단할 수 있는지 여부와 있다면 어느 범위에서 가능한지에 관해서는 아무 것도 결정하지 않았다. 독일연방공화국의 기본권질서에 유럽경제공동체 기관이 기속되는지에 관해 언급할 수 있는지 여부와 있다면 어떠한 의미로 할 수 있는지 또는 - 달리 적용하면 - 연방공화국은 기본법 제24조 제1항에 따른 고권적 권리의 이양으로 공동체의 기관에 그러한 기속을 위임할 수 있는지 여부와 있다면 어느 정도로 할 수 있는지가 선결문제의 재판으로 폭넓게 제기된 그런 문제에 관해 아무런 결정도 하지 않았다.”

이와 아울러 절차법적으로 (즉 “적법하게 … 계속중인 절차의 영역에서”) 그리고 내용상으로 (기본권에 근거한 공동체법의 심판) 모

---

113) BVerfGE 22, 293ff, 295ff.

114) BVerfGE 22, 298f.

든 것이 열려진 상태이었다.

1971년 연헌재는 비헌법적인 사항에 대응한 공동체법의 우위에 관한 실체적인 근거로 작용하는 입론을 제시하였다.<sup>115)</sup>

“유럽경제공동체조약의 비준으로 … 기본법 제24조 제1항에 합치되게 유럽경제공동체의 독자적인 법질서가 등장하게 되었기 때문이고, 그 법질서는 국내의 법질서에 효력을 미치고 독일 법원에 의해 적용되어야 한다. … 기본법 제24조 제1항이 사리에 합당한 해석으로 제시한 것은, 중간수준의 국가적 조직(zwischenstaatliche Einrichtungen)에 고권적 권리의 이양을 허용한다는 점뿐만 아니라, 그들 조직의 기관에 의한 고권행위는 … 원초적으로 배타적인 고권담당자에 의한 것으로 받아들여져야 한다는 점이다.

이와 같은 법적 상태에서 출발할 때, 공동체시장의 시행 이래 독일법원은 그와 같은 법규범을 적용하지 않으면 안 되고, 그 법규범은 독자적인 국가외적 고권적 권력에 해당하지만, 그럼에도 불구하고 … 국내적 영역에서는 직접적 효력을 지니고 또 서로 모순되는 국가법에 중첩되는 경우 그 국가법을 배척한다 ….”

이와 더불어 기본법에 대응한 공동체법의 우위문제는 아직 재판되지 아니하였다.

이에 관해 연헌재는 1974년 이른바 Solange I 결정<sup>116)</sup>에서 입장을 제시하였다. Frankfurt/Main 행정법원은 기본법 제100조 제1항에 따라 연헌재에 제소하고 또, 유럽공동체의 각료이사회와 집행위원회의 두

---

115) BVerfGE 31, 145ff, 173f.

116) BVerfGE 37, 271ff.

가지 명령에 내포된 수출유의사항에 관한 규정이 기본법에 합치하는지의 여부에 관해 재판을 제기하였다. 행정법원의 견해에 따르면 그 규정은 기본권에 위배된 것이었다.

이 절차에서 연헌재는 1967년 판결과 연결지었다. 결론적으로는 제청은 적법하지만 기본권침해는 존재하지 않는다고 재판하였다.

적법성에 관해 연헌재의 주장은 다음과 같다:

- 통설과 현재의 판례에 따르면 기본법 제100조 제1항에 따라 형식적 의미의, 제헌 이후의 법률만이 제청될 수 있지만, 공동체법에는 법률과 명령의 차이가 존재하지 않으며, 유럽공동체의 명령은 법률로서 유효해야 한다.

- 통설과 현재의 판례에 따르면 기본법 제100조 제1항에 따라 독일의 법률만이 제청될 수 있는데, 하지만 독일의 행정청과 법원이 유럽공동체의 명령을 적용해야 할 때, 거기서는 독일 국가권력의 기본권기속적인 행사가 자리하게 된다. 이러한 기본권기속성은 기본법 제100조 제1항에 따른 절차에서 원칙적으로 심사된다.

- 이는 연헌재의 절차법을 제약한 것에 해당하지만, 이는 공동체법과 기본법의 관계라는 특수성으로 인해 필요한 것이다.<sup>117)</sup>

우위에 관한 문제에서 연헌재는 기본법 제24조 제1항이 무한정 유효한 것은 아니라는 점에서 출발한다. 그러나 그때 한계를 기본법 제79조 제3항에서 정해지는 것이 아니라, 오히려 한계가 헌법상 기본구조문제로 옮겨가고 또 당해사건에서는 다음과 같이 구체화되었다.<sup>118)</sup>

---

117) 이 주장의 비판에 관해서는, 특히 3인의 소수의견을 제시한 재판관들의 각 하의견에 관해서는 BVerfGE 37, 291ff.

“독일연방공화국 헌행헌법에 있어 기본법상 헌법구조에 속한 폐기할 수 없는 본질적인 사항이 바로 기본법상 기본권부분이다. 기본권부분을 상대화하는 것을 기본법 제24조가 유보 없이 용인하는 것은 아니다.”

공동체법에는 어떠한 정확한 기본권목록도 없으므로, 이와 같은 한계가 유효하다. 따라서 공동체법과 기본권의 충돌이 발생할 때, 적용상 우위의 형태로 이 문제가 등장하게 된다. 연헌재가 공동체법에서 이러한 기본권목록으로 제시한 (기본권의 적용상 과도적인 우위를 매듭짓는) 요청은 이러한 기본권목록이 의회에 의해 의결되어 효력을 발생하고 또 기본법의 기본권목록에 적합해야 한다는 점이었다.

총괄하면 연헌재는 적법요건 및 우위와 관련해서 자신의 견해를 다음과 같이 요약하였다.<sup>119)</sup>

“결론은 다음과 같다: 의회가 의결해서 효력이 발생하는 모형화된 기본권목록을, 그 목록은 기본법상 기본권목록에 적합한 것인데, 공동체법이 함유하고 있을 정도로, 공동체의 통합과정 이 그렇게 폭넓게 진전되지는 않은 한도에서, 독일연방공화국 법원이 규범통제절차에서 연헌재에 제청하는 것은 적법하고 또 다음과 같은 때에 요청된다. 즉, 공동체법 조항이 기본법상 기본권 중 어느 하나에 충돌되고 또 충돌되는 한도에서, 그 법원이 자신의 재판에 중요한 공동체법 조항을 유럽재판소가 제시한 해석으로는 적용할 수 없는 것으로 선고할 때에, 요청된다.”

---

118) BVerfGE 37, 280.

119) BVerfGE 37, 285.



Solange I 결정으로 인해 연헌재는 국내외에서 심대한 비판에 시달렸다. 한편으로는 연헌재가 기본법 제100조 제1항에 따른 제청의 적법성을 이끌어내는 방식의 구성에 반대해서 문헌상으로 제기된 것이고,<sup>120)</sup> 다른 한편으로는 통설은 기본법상 기본구조의 모든 내용이 공동체법에, 기본권보호를 포함해서, 사실상 완벽하게 구현되었다는 견해를 취하였다.

실제로 Solange I 결정의 시점에 유럽재판소의 기본권판례는 이미 아주 발전되었다. 그것은 이미 1969년에 시작되었으며,<sup>121)</sup> Solange I 결정이 있기 14일 전인 1974년의 한 판결에서 잠정적인 강조점을 발견할 수 있다.<sup>122)</sup> 총괄해서 살펴보면, 유럽재판소 판례는 70년대에 기본권효력과 기본권관념을 발전시켰으며, 그 판례는 기본법상 기본권보호를 아주 적절한 것으로 지적하였다.

1979년 연헌재는 Solange I 결정을 - 제기된 비판과 유럽재판소 판례의 발전에 대한 반응으로서 - 다음과 같이 입론하면서 상대화하였다.<sup>123)</sup>

“재판부는 - 유럽차원에서 그동안 전개된 정치적·법적 발전에 대해서 - 나중의 제청에서 ... Solange I 결정의 원칙을 ... 무제한적인 힘에 이의를 제기할 수 있는지 여부와 경우에 따라서는 어느 정도까지 가능한지를 열어 놓았다.”

---

120) Vgl. Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1989, S. 143ff.; Schweitzer, Saatsrecht III, S. 29.

121) Rs. 29/69, Stauder/Stadt Ulm., Slg. 1969, S. 419ff.

122) Rs. 4/73, Nold/Kommission, Slg. 1974, S. 491ff.

123) BVerfGE 52, 187ff, 202f.

이와 같은 결정을 ‘아마도 결정(Vielleicht-Beschluss)’으로 지칭할 것이 적절할 것이다. 이와 아울러 헌법적 상태에서는 아직 아무 것도 수정되지 아니하였지만, ‘아마도 결정’은 그렇지만 (정반대의) 발전을 이끌어내었고, 1981년 두 개의 유로통제(Eurocontrol)재판<sup>124)</sup>을 거쳐 1983년에는 또 하나의 결정을 내렸다.<sup>125)</sup>

“연현재가 자신의 사법권을 고권의 영역에서 그리고 독일연방공화국의 공권력을 통해 공동체 명령에 적용하는 것에 관해, 이와 같은 적용이 기본법상 기본권에 불합치하는 것으로 공격을 받는다면, 공동체법의 분야에서 더 이상 주장되지 않는 한도에서, 기본법으로 재단해서, 보다 충실한 기본권보호를, 특히 유럽재판소를 통해, 일반적으로 보장하는 것처럼 보이는지 여겨서 아직 정해지지 아니하였다.”

언어관용상 아주 매끄럽지 못한 이 결정(‘그러는 동안의 결정(Mittlerweile-Beschluss)’은 Solange I 결정의 임무를 Solange 형식의 선회를 통해 마련한 것이었고, 1986. 10. 22.에는 이른바 Solange II 결정<sup>126)</sup>을 통해 실행하였다. 거기서는 연방행정법원의 판결에 대한 헌법소원심판에서 유럽공동체조약 제234조와 유럽경제공동체조약 제177조에 따라 유럽재판소에 제소하지 아니한 것이 기본권을 침해한 것인지 여부에 관한 것이었다.

이 결정에서는 먼저, 기본법 제24조 제1항에 근거해서 고권적 권리의 이양에 대한 수권에 헌법적 한계가 없을 수는 없다는 점<sup>127)</sup>을 반

---

124) BVerfGE 58, 1ff; 59, 63ff.

125) NJW 1983, S. 1258f, 1259

126) BVerfGE 73, 339ff.

127) BVerfGE 73, 375f.

복하였다.

“중간수준의 국가조직에 고권적 권리를 양도하는 과정에서 독일의 현행 헌법질서의 동일성을 그 기본구조에, 즉 그것을 창설하는 구조를 제공하는 그런 구조에, 개입할 수 있도록 그 조항이 이에 대해 권한을 부여한 것은 아니다.”

거기서 연헌재는 이탈리아 헌법의 비교가능한 한계와 그에 의거한 이탈리아 헌법재판소의 판례에 명시적으로 연관지우고 있다. 그 다음에는 Solange I 결정을 부인하는 형태로 입론하고 있는데, 어쨌든 그 원리는 본질적 징표로 표시되고 있으며, 그 본질적 징표는 기본법상 기본권부분에 토대를 둔과 아울러 포기될 수 없으며 또 현행헌법의 근본구조에 속하는 것이다.<sup>128)</sup>

“기본법 제24조 제1항은 이러한 법원리를 상대화하는데 아무런 유보없이 형성한 것이 아니다. 기본법 제24조 제1항의 의미에 따라 중간수준의 국가조직에 고권적 권력을 부여하는 한도에서 또 그 범위에서, 그 고권적 권력은 독일의 고권영역에서 기본법에 수용된 기본권의 본질적 내용을 침해할 수밖에 없는 상태가 된다. 그와 아울러 기본법상 척도에 따라 존재하는 권리 보호를 소홀히 한다면, 기본권보호가 기본법에 의거해서 절대적인 것처럼, 그 내용과 유효성에 의거해서 기본권보호에 본질적인 것으로 동등하게 다루어져야 하는 기본권의 효력이 그 대신에 보장되지 않으면 안 된다.”

이러한 전제조건은 연헌재의 시각에 따라 이제서야 제시되었다.<sup>129)</sup>

---

128) BVerfGE 73, 376.

“선고 재판부의 견해에 따르면, 그러는 사이에 유럽공동체의 고권영역에서 어느 수준으로든 기본권보호가 이루어져야 하는데, 그 수준은 개념, 내용 및 효과형태에 따라 기본법상 기본권 수준에 본질적으로 동등하게 존중되어야 한다는 것이다.”

그와 아울러 연헌재는 Solange I 결정에서 제시된 요청을 의회가 의결하고 법전화한 공동체분야에서의 기본권목록과 마찬가지로 기본권보호의 완벽한 타당성에 맞춰 제시하였다.

한편으로 연헌재는 Solange II 결정에서 다음을 겨누었는데, 즉 유럽재판소의 기본권판례는 그동안 지속적으로 발전하고 있다는 점과, “기본권보호의 내용상 최소한의 수준”을 일반적으로 보장하고 있다는 점인데, 그 수준은 “기본법상 헌법적 요청을 근본적으로 충족시키는” 정도에 다다르고 있다. 다른 한편으로 연헌재는 1977. 4. 5. 유럽의회, 각료이사회 및 집행위원회 공동의 기본권선언과 1978. 4. 7./8. 민주주의에 관한 유럽각료이사회선언을 의회가 의결한 기본권목록에 관한 필요조건을 충족시키는 데 충분한 것으로 간주하였다.

이러한 발전에서 연헌재는 다음과 같이 결산하고 있다.<sup>130)</sup>

“유럽공동체가, 특히 유럽재판소의 판례가 공동체의 고권적 권력에 대응해서 효과적인 기본권보호를 일반적으로 보장하는 한, 그 보호가 기본법에 의해 절대적인 것으로 요청된 기본권보호에 본질적으로 동등하게 위치하는 경우, 기본권의 본질적 내용을 일반적으로 보증한다면, 공동체법이 독일의 고권영역에서 독일법원과 행정청의 활동에 법적 근거로 주장되는데, 연헌재는

---

129) BVerfGE 73, 378.

130) BVerfGE 73, 387.

그런 파생된 공동체법의 적용에 관해 자신의 사법권을 더 이상 행사하지 않으며, 공동체법은 이제 더 이상 기본법상 기본권을 척도로 심사되지 아니한다. 따라서 기본법 제100조 제1항에 따른 관련된 제청은 부적법하다.”

그와 아울러 연헌재는 파생적인 공동체법에 대응한 자신의 사법권을 회수하였고 또 유럽재판소에 의해 보장된 기본권보호가 기본법상 그것과 동등하게 평가된다는 점을 당분간이나마 바탕으로 삼는 것처럼 보였다. 실제로 연헌재가 공동체법의 통제라는 완벽한 임무를 거기서 이끌어내어 직접적으로 Solange II 결정에 따라 이루어졌는지는 명료하지 않다. 어쨌든 연헌재는, Solange I 결정에 대응해서 “급선회한” 형태를 제시하였다 하지만, 그런 통제가능성을 해결하지는 못하였다.

1987. 4. 10.의 재판에서 연헌재는 명시적으로 Solange II 결정을 연결지었고 또, 독일의 전문법원이나 행정청은 유럽공동체의 행위에 관해 기본법상 기본권보장과 합치하는지를 심사할 권능이나 책임이 없다는 점을 추론하였다. 이는 Solange II 결정의 평가가, 즉 유럽공동체에 의한 효과적인 기본권보호가 관련되는 한도에서 유효한 것이다.

그렇지만 1989. 5. 12.의 다른 결정(Wenn nicht-Beschluss)에서 연헌재는 이들 판결이 바탕을 둔 유보를 확인하였다. 그 사건은 가명령의 발령을 청구한 것인데, 거기서는 담배제조상품에 관한 준칙이 기본법 제5조 제1항에 따른 소극적 표현의 자유에 위반되므로, 연방정부는 유럽공동체 각료이사회가 제안한 그 준칙에 동의하지 아니할 책임을 져야 한다는 것이다. 그 제소는 각하되었고, 거기서 연헌재는 다음과 같이 설명하고 있다.

“그 준칙이 공동체법상 기본권수준을 침해하는 한도에서, 유

립재판소는 권리보호를 담보한다. 이런 방식으로 기본법이 절대적으로 요청한 기본권수준을 구현할 수 없다면, 연헌재에 제소될 수 있을 것이다.”

이와 아울러 이는 유럽재판소가 전개한 기본권보호가 기본법상 것처럼 무조건적으로 완벽하게 효과를 발휘할 수는 없음을 시사한다.

1993. 10. 12. 마스트리히트 판결<sup>131)</sup>에서는, 그 판결은 유럽연합에 관한 마스트리히트조약의 합헌성에 관한 것이었는데, 연헌재는 개별적인 실효를 초래할 수도 있는 여러 관점을 문제점으로 제시하였다. 연헌재는 기본권의 침해를 주장한 많은 헌법소원을 부적법한 것으로 선언하였고 또 기본법 제38조 제1항에 근거한 한 가지 기본권에만 의존하였다.<sup>132)</sup>

“연헌재는 자신의 관할권<sup>133)</sup>을 통해 보장하고 있는데, 독일 주민에게의 효과적인 기본권보호는 공동체의 고권적 권력에 대응해서 일반적으로 보장되어야 한다는 것과, 기본권의 본질적 내용이 보장되는 경우 이러한 보호가 기본법이 무조건 요구하는 기본권보호와 본질적으로 동등하게 다루어져야 한다는 것이다. 연헌재는 공동체의 고권적 권력에 대응해서 이러한 본질적 내용을 보장하고 있다.<sup>134)</sup> 또한 회원국의 국가권력에 의해 조정된, 초국가적 기구의 특별한 공권력적 행위는 독일에서는 기본권의 주체와 관계된다. 기본권주체는 기본법의 보장과 연헌재의 임무에 영향을 받으며, 그것은 독일에서는 기본권보호를 대상으

---

131) BVerfGE 89, 155ff.

132) BVerfGE 89, 174f.

133) Vgl. BVerfGE 37, 271, 280ff; 73, 339, 376f.

134) Vgl. BVerfGE 73, 339, 386.

로 하고 또 독일의 국가기관에 대응해서 어느 정도의 범위에서만 대상으로 한다.<sup>135)</sup> 오로지 연헌재는 자신의 사법권을 유럽재판소와의 ‘대등한 관계’에서 독일 내에서의 파생적인 공동체법의 적용에 관해 행사하는데, 그런 관계에서 유럽재판소는 유럽공동체의 모든 영역에서 개별적인 사건에서 기본권보호를 담당하고, 그런 반면에 연헌재는 절대적인 기본권수준의 일반적인 보장<sup>136)</sup>으로 제한될 따름이다.”

이러한 어귀의 해석에 관해 - 특히 “대등적 관계”와 관련하여 - 아주 다양한 견해가 존재한다. 한편으로는 연헌재가 Solange II 결정을 배척한 것이 아니라, 오히려 연헌재는 유럽적인 기본권보호와 관련하여 유럽재판소로 되돌아간 전제조건을 보다 엄격하게 해석해야 한다는 것이다.<sup>137)</sup>

다른 한편으로는 Solange II 결정에서 논란이 되었던 심사권이 연헌재에게 그런 사건에서 귀속된다는 점이 언급되었다. 그렇지만, Solange II 결정의 한계가 - 특히 본질적 내용의 보장에 - 남아 있던 까닭에, 결국 유럽재판소와 연헌재 사이에서의 기본권보호의 관계에 있어 아무런 실질적인 변화도 기대할 수 없었다.<sup>138)</sup>

마지막으로 연헌재가 Solange II 결정의 수준을 유지한 것이 아니라 오히려 요청된 기본권보장기능을 떠맡도록 맨처음으로 요구받았다는 점도 제시된다. 그와 아울러 연헌재는 독일법에 유럽법과의 관계에서 우위를 부여하려고 한 것이라고 하기도 한다.<sup>139)</sup>

---

135) Abweichung von BVerfGE 58, 1, 27.

136) Vgl. BVerfGE 73, 339, 387.

137) Götz, in: JZ 1993, S. 1081ff., 1083.

138) Tietje, in: JuS 1994, S. 197ff., S. 200.

139) Tomuschat, in: EuGRZ 1993, S. 489ff., S. 490.

그러나 연헌재는 다르게 해석할 수 있다. 기본법 제23조 제1항 제3문이 기본법 제79조 제2항을 언급한다는 점에서, 통합의 입법자는 헌법개정적인 입법자가 될 것이다. 따라서 고권적 권리의 이양은 헌법적 등급을 지닌다. 그와 아울러 공동체법은 헌법질서의 통합적인 존재로 될 것이다. 따라서 연헌재는 통합의 입법자와 공동체기관 및 그들의 법적 행위를, 그렇지 않으면 헌법개정적인 입법자에 의해 발령된 규범을 심사할 수 있는 그런 한도에서, 기본법 조항으로 재단할 수 있게 된다. 그리고 기본법 제79조 제3항의 영역에서 실질적인 범위 안에서만 그것이 가능하다. 그러나 기본법의 이러한 해석을 연헌재는 마스트리히트 판결에서 확인하였다. 특히 그것은 맨먼저 기본법 제79조 제2항에서 명료하게 관계될 것이다.<sup>140)</sup>

기본법 제1조와 기본법 제20조의 핵심내용이 침해된다면, 다시 말하면 기본권침해가 개별적인 기본권에서 존재할 뿐만 아니라 동시에 인간의 존엄성이나 민주주의의 원리(기본법 제38조 제1항과 관련해서)에서도 존재한다면, 연헌재가 공동체법에 의한 기본권침해의 심사에 관해 관할할 것이라는 이와 같은 주장이 추론된다. 기본법 제20조의 그 밖의 기본원리는 객관적인 헌법명제이고, 그것은 각 개인에 의해 헌법소원의 영역에서 제소될 수는 없지만, 구체적 규범통제에서는 역할을 담당하게 된다. 대등관계는 그 이상으로 다음과 같은 때까지도 의미를 지니게 되는데, 연헌재는 유럽공동체조약 제234조에 따라 유럽재판소와 대등하며 공동체법의 해석문제에 있어서는 유럽재판소에 제청해야 한다는 것이다. 유럽재판소 재판에 따르면 기본법 제79조 제3항에 위반되는 기본권침해가 존재할 때에도, 연헌재는 공동체법을 적용할 수 없는 것으로 선언할 수 있다.

어쨌든 - 이제까지의 판례에 배치되게 - 공동체법상 행위를 연헌

---

140) Selmayr/Prowald, in: DVBl. 1999, S. 269ff.



재는 마스트리히트 판결 이래 연헌재법 제90조 제1항의 의미에서의 공권력적 행위에 해당한다는 점<sup>141)</sup>을 확립하였으며, 그래서 공동체법상 행위는 헌법소원의 적법한 심판대상이 될 수 있게 되었다. 마스트리히트 판결이 그 이상으로 어떠한 효과를 실제로 가지는지는 궁극적으로 실무에 맡겨져 있다. 지금까지 어쨌든 연헌재는 유럽재판소와의 공개적인 기본권상 충돌을 회피하고 있다. 유럽공동체의 바나나시장질서의 집행을 둘러싼 분쟁에서, 거기서 독일의 수입업자는 실존적으로 경제적인 어려움에 놓여 있었는데, 연헌재는 예컨대 관할 전문법원과 행정청에게 바나나시장질서를 기본권조화적으로 해석해서 특별히 엄격하게 받아들이도록 요청하였다.

특히 연헌재는 충돌을 회피하고자 적법성의 울타리를 아주 높게 치고 있다. 바나나시장질서의 결정에서 연헌재는, 공동체영역에서 기본권보호가 Solange II 판례의 의미에서 필요로 하는 기본권수준 이하로 낮춰지지 않는다면, 그때에는 헌법소원과 구체적 규범통제영역에서의 제청이 처음부터 부적법한 것이라는 입론을 전개하였다. 이와 아울러 적법성의 울타리는 극복하기 어려운 것이 될 것이다.<sup>142)</sup>

연헌재의 판례에 따르면 초국가적 기구의 행위에 대응해서 헌법소원의 형태로 기본권보호를 보장함은 유럽공동체의 행위로 제한되는 것이 아니라, 오히려 예컨대 유럽특허사무소와 같이 다른 초국가적인 조직의 행위도 포괄하는데, 그런 조직의 행위에는 독일도 참가해야 하고, 이러한 연관관계에서 언급된다. 그런 행위는 어쨌든 연헌재법 제90조의 의미에서 공권력적 행위로 특징지워진다. 기본권보호가 유럽특허협정 분야에서 기본법의 요청에 부합하지 아니함을 소원제거인이 구체적인 당해사건에서 충분히 구체적으로 제기한다면, 연헌

---

141) BVerfGE 89, 195.

142) Streinz, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, Art 23. Rn. 41.

제는 여기서 자신의 사법권을 단지 그때에만 행사할 수 있음을 존중해야 한다.

## 2) 우위문제와 헌법상 구조적인 원리

유사한 문제가 연방국가원리, 민주주의원리, 법치주의원리 및 사회국가원리와 같은 헌법상 구조적인 원리와 관련해서 등장한다. 이들 원리는 기본권과 마찬가지로 유럽연합의 활동에서 관계된다. 그런 까닭에 기본법 제23조 제1항 제1문에 따른 유럽연합과의 공동적 효과는, 구조적 원리가 제약되는 것으로 나타날 때에만, 허용된다. 이러한 구조보장조항에 의거해서, 연현재 판례에서 기본법 제24조 제1항에 관해 발전시킨 통합의 제약을 반복하고 있는데, 따라서 연방은 구조적 원리를 고권적 권리의 이양이나 법정립의 상호작용을 통해 침해해서도 안 되고 또 유럽연합법의 집행을 통해 침해해서도 안 된다.

실제로 이는 지금까지 연방국가원리와 관련되었다. 수많은 사건에서 특히 유럽공동체는 기본법에 따라 주의 배타적 관할권에 해당하는 권한을 행사하고 있다. 여기에는 예컨대 유럽공동체의 TV준칙의 발령에 관한 사건을 들 수 있다. 각 주들은 연현재에서 이와 같은 준칙에 대한 연방정부의 동의를 다투었다. 연현재가 유럽공동체에 주의 권한을 이양하는 것에 관해 그리고 이러한 권한의 행사에 관해 실질적인 한계선을 설정해 줄 것이라는 바램은 실망으로 돌아갔다. 주들이 유럽공동체 기관에 대응해서 자신들의 이익을 스스로 지킬 수는 없는 까닭에, 연방이 주들의 옹호자로 기여할 것임이 거듭 확인되었다. 따라서 연방정부에게는 연방국가적인 공동작업과 배려에 관한 절차적 의무, 특히 정보제공의무와 협조의무가 발생한다.<sup>143)</sup>

---

143) BVerfGE 92, 203ff.

그 동안에는 이러한 절차적 의무가 기본법 제23조 제2항 및 제4항 내지 제7항에 따라 연방참사원을 통해 본질적으로 배려되었다. 그 외에도 기본법 제23조 제1항 제1문에 규정된, 연방적 원리를 반영해야 할 구조보장조항은 주들에게 유리하게 실질적인 통합의 제약으로 기능한다.

마스트리히트조약에 의해 유럽연합조약 제2조 제2항과 유럽공동체조약 제5조 제2항에 삽입되었고<sup>144)</sup> 또 다양하게 논의<sup>145)</sup>가 이루어진 보충성원리(Subsidiaritätsprinzip)<sup>146)</sup>가 주들을 추가적으로 보호할 것

144) 유럽공동체조약 제5조 제2항에 규정된 보충성원리는 세 가지 지표를 지닌다. 첫째, 보충성원리는 공동체의 권한배분원칙이 아니라 공유권한의 실행방식에 관한 것이라는 점이다. 둘째, 공동체는 회원국을 대신하여 개입하는 것이 정당하다고 하는 증거를 제시해야 한다는 점이다. 셋째로는 공동체는 자신의 개입필요성을 양적 기준과 질적 평가기준을 통해 입증해야 한다는 점이다.

145) 암스테르담조약에서 채택된 '보충성과 비례성원칙의 적용을 위한 조건에 관한 의정서'는 보충성과 비례성이 별개의 개념이긴 하지만, 두 원리 모두 유럽연합의 권한행사에 일정한 제약을 가하기 위해 고안된 것이다. 그리고 보충성원리는 유럽공동체의 배타적 권한에 속하지 아니하는 영역에서만 적용되는데 반해, 비례성 원리는 유럽공동체의 모든 행동에 적용된다. 이 의정서가 담은 내용은 대체로 네 가지 형태로 정리할 수 있다. 첫째, 공동체 목표가 공동체에 의해 더 잘 달성될 수 있다는 결론을 내리게 된 이유는 질적 또는 - 가능하면 언제나 - 양적 지표들에 의해 구체화되어야 한다. 둘째, 다른 것들이 평등하다면, 명명보다는 준칙이 선호되어야 하며, 또한 상세한 준칙보다는 골격준칙이 선호되어야 한다. 셋째, 공동체 집행위원회의 발안권이 침해되어서는 안 되지만, 긴급하거나 기밀을 요하지 않는 한, 입법을 제안하기 전에 폭넓게 의견을 구해야 한다. 넷째, 보충성원리의 준수는 유럽공동체설립조약이 규정한 범주에 따라 사법심사의 대상이 되어야 한다. 법무부, 법제자료 제235집, 70면; 홍완식, 제3회 유럽헌법학회 학술발표회 발표논문집, 13면.

146) 유럽공동체와 회원국간의 보충성과 관련해서는 위의 조약들뿐만 아니라 유럽헌법안 제1편 제3부의 제I-11조 제3항(보충성의 원칙에 따라, 그 배타적 권한에 포함되지 않은 영역에 대해서는 연합은 제안된 행동의 목표가 회원국에 의해서는 중앙, 지역 및 지방의 어떠한 차원에서도 충분히 달성할 수 없고, 오히려 그 제안된 행동의 범위 또는 효과 면에서 연합차원에서 보다 양호하게 달성될 수 있는 경우에 한하여 행동한다. 연합의 기관은 헌법에 부속된 보충성 및 비례의 원칙의 적용에 관한 의정서에 규정된 보충성의 원칙을 적용한다. 국가의 의회는 의정서에 규정된 절차에 부합하여 그 원칙의 준수를 보장한다.) 및 유럽공동체조약에 관한 보충성의정서(ABl. 1977, Nr C340, S.

인지 여부는 의심스럽다.<sup>147)</sup> 이 조항에 따르면, 보충성원리란 공동체의 배타적 권한에 속하지 아니하는 영역에서만 제안되는 행동의 규모나 효과로 인하여 국가 단위에서는 그 목적을 충분히 달성할 수가 없고 공동체가 행하는 것이 효과적인 경우에만 그리고 그 범위 내에서만 공동체가 행동을 해야 한다는 원칙을 말한다.<sup>148)</sup> 보충성원리는 조직의 위계구조와 관련해서 권한과 기능의 배분과 관련한 일반적인 원리이다. 또한 보충성원리는 국가들이 연합해서 국가공동체를 형성할 경우에 있어서 국제조직과 국가와의 관계의 기준이 되는 원칙이며, 독일과 유럽연합의 관계에 있어서도 유럽연합이 그 기능과 임무를 효과적으로 수행하기 위해서는 이 원리에 충실해야 한다.<sup>149)</sup> 이러한 모형화는 불분명하다. 그 활동이 필요할 때에는 공동체가 먼저 관할해야 하는가, 또는 공동체가 회원국보다 훨씬 효과적으로 활동할 수 있을 때에만, 그리 관할해야 하는가? 불명확성은 두 개의 상이한 원리 사이에서의 인과적 결합으로 인해 더욱 증대된다. 그 두 원칙은 유럽공동체조약 제5조 제2항이 전제하는 것처럼 보이지만(... 또 따

---

105ff.)에서도 각각 규율하고 있다.

147) 유럽연합에 과도하게 권한이 집중된다는 회원국의 비판에 따라 마스트리히트조약에서 보충성원리를 도입하는 계기로 작용하였다. 홍완식, “유럽연합과 보충성의 원칙”, 『헌법의 유럽화』 제3회 유럽헌법학회 학술발표회 발표논문(유럽헌법학회, 2007. 6. 28), 11면 이하 참조.

148) 유럽연합과 회원국 간의 권한분배는 다음과 같은 세 가지 원칙에 의거한다. 첫째, 유럽연합은 회원국이 헌법전에서 그에게 부여하고 있는 권한을 행사하며, 그 외의 모든 권한은 계속해서 회원국에 속한다는 것이다. 둘째, 보충성의 원리에 따라 유럽연합은 회원국이 그들의 권한을 공동으로 행사하고자 결정한 사항에 대하여 보다 효율적이기 위해서 행동한다는 것이다. 셋째, 비례의 원칙에 의하여 유럽연합은 결정된 목표에 도달하기 위하여 필요한 조치만을 취할 수 있다는 것이다. 박인수, 『유럽헌법연구 I』(영남대학교 출판부, 2006), 23-24면; 홍완식, “유럽연합과 보충성의 원칙”, 『헌법의 유럽화』 제3회 유럽헌법학회 학술발표회 발표논문(유럽헌법학회, 2007. 6. 28), 14면.

149) 홍완식, “유럽연합과 보충성의 원칙”, 『헌법의 유럽화』 제3회 유럽헌법학회 학술발표회 발표논문(유럽헌법학회, 2007. 6. 28), 14면

라서 ...), 그 의미를 알아보는 쉽지 않다. 이들 원리로부터 이들 조항을 통해 주의 권한을 정당하게 보호하는 것은 전혀 기대할 수가 없고, 그 보호는 권한분배의 목록 중 하나와 - 그것이 기본법에 수록된 바와 같이 - 동등한 가치를 지녀야 하는데 그렇다.

기본법 제23조 제1항 제1문의 구조보장조항이 그 밖의 원리를 구체화하는 것에 관해서 - 국가와의 관계에서 - 유럽연합의 다른 형태의 구조가 고려되어야 한다. 이러한 연관관계에서 “구조에 적합한 원칙합치(strukturangepassten Grundsatzkongruenz)”라고 칭한다.<sup>150)</sup> 예컨대 민주주의원리와 관련해서 연현재는 유럽연합에서 민주적 정당성은 국가질서에서 요구하는 바와 같이 동일한 형태로 유지될 수는 없음을 명시적으로 확인하고 있다.<sup>151)</sup> 그러나 보다 세부적인 특정한 고권적 권리를 유럽연합이 행사함에 있어 입법자가 동의하지 않는다면, 그때에는 민주주의원리가 침해될 것이다. 이는 민주주의원리에 불합치하는 일반적 수권으로서, 그로 인해 고권적 권력의 행사와 선거인에 의한 민주적 정당성 사이에 책임의 연관관계가 흐트러지게 된다.<sup>152)</sup>

그와 아울러 연현재는 연계해서 추가적으로 다음과 같이 언급하고 있는데, 유럽연합조약에서 기획된 통합계획의 본질적인 수정에 기초한 (그것은 조약해석의 한계를 벗어났고 또 그런 연유로 조약의 개정을 전제로 하므로) 유럽연합의 법적 행위는 더 이상 유럽연합조약에 관한 동의법에 의해 차단되지 않는다는 것이다.<sup>153)</sup> 그런 행위에서 법치국가원리의 침해(권한근거의 결여로 인해)와 민주주의원리의

---

150) Streinz, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, Art 23. Rn. 22.

151) BVerfGE 89, 155ff, 182; BVerfG, NJW 1995, S. 2216ff.

152) BVerfGE 89, 187.

153) BVerfGE 89, 188, 195, 210.

침해(의회 동의의 결여로 인해)가 존재한다. 후자는 기본법 제38조 제1항의 측면에서 헌법소원으로 유효하게 주장할 수 있을 것이다.

## 제3절 국내적 효력을 갖는 국제법과 유럽법의 규범적 형태

독일의 국가법체계에는 연방법과 주법체계가 적용될 뿐만 아니라, 후술하는 바와 같이 국제법과 유럽법도 변형이나 채용절차를 통해 국내법상 규범체계에 진입하게 된다. 이를 위해서는 먼저 국제법과 유럽법의 규범적 형태를 살펴보아야 한다.

### I. 국제법

국제사법재판소규약(StIGH) 제38조 제1항은 국제사법재판소로 하여금 조약, 관습법 및 법의 일반원칙과 같은 法源을 존중하도록 규율하고 있다. 그 외에도 그 규약은 국제법 관련성 때문에 규약의 회원국에게만 구속력을 지닌다. 그럼에도 불구하고 위 규약 제38조는 국제법의 형식적 법원을 법전화해서 기술하였다는 특성을 지닌다.

그렇지만, 여기에 국제법 法源의 목록을 추가할 수 있다. 다시 말하면, 위 규약 제38조는 법원의 목록을 지나치게 한정된 것이다. 일부에서는 국제기구의 결의에 이미 구속력을 인정하고 있으며, 그 결의는 법준수자에게 법원성을 지닌다. 유사한 것이 일방적인 법적 행위(die einseitigen Rechtsgeschäfte)에 유효하다.<sup>154)</sup>

---

154) 국제법은 대등관계법으로서 국제법주체의 협력작용을 통해 등장하게 된다.

위 규약 제38조 제1항 d목<sup>155)</sup>에는 관례와 학설이 언급되어 있는데, 그 명백한 어의에 따르면 이는 法源에 관한 것이 아니라, 오히려 法源을 확인하는 보조수단에 관한 것이다.

## 1. 국제법상 조약

국제법상 조약과 연관된, 예컨대 출현, 적용, 소멸 등(조약법)에 관한 거의 모든 문제는 1969. 5. 23. 조약법에 관한 비엔나협약(Sartorius II, 제320호. 독일에서 일반적인 관용례는 비엔나조약법협약[Wiener Vertragsrechtskonvention]이다. 그러나 본고에서는 ‘조약법협약’으로 약칭한다)에 법전화되었으며, 독일에서는 1987년에 비준되었다.<sup>156)</sup>

조약법협약의 적용범위는 제한적이었는데, 그 협약은 제1조에 의하면 국가 사이의 조약에만 유효하기 때문이었다. 그러나 1986. 3. 21.에는 국가와 국제기구 사이에서 그리고 국제기구 사이에서 조약법에 관한 비엔나협약이 서명되었다. 또 이 협약도 독일에서 비준되었다.<sup>157)</sup>

조약법협약은 위와 같은 제한 이외에도 적용범위에 있어 폭넓게 제한이 가해지고 있는데, 이 협약 제2조 제1항 a목에 따라 서면상 조

---

일방적인 법정립은 상상할 수 없다. 그럼에도 불구하고 많은 사례에서 국제법 주체가 일반적인 행위를 통해 국제법적인 권리와 의무에 근거가 되고, 변경하거나 종료시킬 수 있는 것으로 받아들여지고 있다. 그러나 이는 승인가능한 독자적인 국제법상 법원은 아니다. 이에 관한 상세한 내용은 vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, SS. 100ff.

155) “제59조의 유보하에, 법원의 재판과 많은 국가의 저명한 국제법학자들의 학문적 견해를 법규범을 확정하는 보조수단으로서” 국제법의 형식적 법원으로 적용할 수 있다.

156) BGBl. 1987 II, S. 757.

157) BGBl. 1990 II, S. 1415.

약으로 한정한다는 점에서 그러하다. 규율되지 아니한 문제에는 일반적인 국제법의 규정, 다시 말하면 조약이 아닌 국제법상 법원(국제관습법, 법의 일반원칙 등)이 유효하다.

조약법협약은 현행의 일반적인 국제법이 법전화된 것이 아니다. 오히려 거기서는 개별화되어 “진보적인 법전화”와 관련된다는 점에서, 확실하게 어려움이 제기된다. 그와 같은 영역에서 많은 문제들이 새롭게 또 독자적으로 규율됨으로써 일반적인 국제법과는 이질적인 점이나 모순점이 제기되고 있다. 조약법협약의 체결당사자와 비체결당사자가 조약법상 문제에 관해 의견의 상위함을 나타내게 되면, 그때 어려움이 등장하게 된다. 왜냐하면 조약법협약은 비체결당사자를 기속할 수 없기 때문이다. 그런 사례에서는 조약법협약 서문의 마지막 구절에 정한 원칙으로 되돌아가지 않으면 안 된다. 그에 따르면 “국제관습법의 제 규칙은 이 협약에 규율되지 아니한 제 문제에 유효하다.” 국제법과의 관련성 때문에 조약법협약이 적용되지 않는 사례에서, 국제관습법의 이와 같은 계속효(Weitergeltung)가 먼저 적정하게 유효하지 않으면 안 된다. 이는 또 (전적으로 아주 특별한 사례에 해당된다 할지라도) 조약법협약 제3조에 의해서도 확인된다. 그러나 거의 모든 사례에서 조약법협약이 현행 국제관습법에도 준용된다. 아무튼 조약법의 많은 쟁점들은 개개의 협정에서 법전화되고 있다.

## 가. 조약의 개념

국제사법재판소규약 제38조 제1항 a목은 국제법상 조약의 개념에 관해 많은 정보를 제공하지는 않고 있다.<sup>158)</sup> 조약법협약 제2조 제1항 a목은 그에 비해 본질과 관련해서 보다 풍성하게 규율하고 있다. 거

---

158) 여기서는 “분쟁국가들이 명시적으로 승인한 규칙으로 확인된, 일반적인 또는 특별한 성격을 지닌 국제적 합의”라고 정의하고 있다.



기서는 조약을 “단일의 문서에 또는 2 또는 그 이상의 관련문서에 구현되고 있는가에 관계없이 또한 그 특정의 명칭에 관계없이, 서면 형식으로 국가간에 체결되며 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적 합의를 의미”하는 것으로 정의하였다. 하지만 이러한 정의는 너무 협소하다. 즉 단지 문서의 형식으로 또 국가 사이에서 행한 경우만이 이에 해당된다. 아무튼 여기서 정립된 개념정의가 아주 포괄적인 것은 아니지만, 일반적으로 관례화된 개념형성의 본질적 요소를 갖추고 있다.

국제법상 조약은 국제법주체 사이에서 특정된 국제법상 법적 효과에 관해 합치된 의사표시로 달성된 합의로 정의할 수 있다. 국제법주체가 국제법상 법적 효과에 관해 합의하였다는 점이 거기서 핵심적인 것이다.<sup>159)</sup>

## 나. 조약체결능력

국제법상 조약을 체결할 능력(treaty-making power)은 원칙적으로 모든 국제법주체에게 부여된다. 원칙적으로 이 활동은 국가에게는 무제한적이다. 그에 반해 국제기구와 특수한 형태에게는 그 활동이 제한적이다. 그 제한은 그 밖의 국제법주체에 의한 설립조약, 그 조약의 특별한 기능 또는 그 조약의 승인에서 나타난다.

그러나 국가의 조약체결능력이 제한적일 수도 있다. 이는 특히 연방국가의 구성국에 유효하다. 그 구성국(주)이 지닌 조약체결능력의 범위는 헌법에서 제시된다. 연방과 구성국 사이의 권한분배는 국내법 규범이 규율하고 있는데, 그러한 권한분배에 관해 다른 국제법주체가 어느 정도까지 추가적으로 승인해야만 하는지에 관해서는 논란이 되

---

159) Vgl. IGH im Fall “Territorial questions between Qatar and Bahrain”, ICJ-Reports 1994, S. 112ff, 120ff.

고 있다.

실무에서 그 문제는 그리 커다란 의미를 지니지는 않는다. 왜냐하면 다른 국제법주체가 연방국가의 구성국과 국제법상 조약을 체결하려 하면, 연방국가는 늦어도 체결시점까지 구성국의 조약체결능력을 승인해야 하기 때문이다. 그 외에도 구성국의 조약체결능력은 아주 일부의 연방국가에서만 인정되고 있다.

이에 반해 연방국가는 국제법상 거래에서 원칙적으로 대외적으로 단일국가로서 나타남에 관해 폭넓은 합의점이 존재한다.<sup>160)</sup> 그러한 한도에서 전체국가는 구성국에 의한 개별적인 국제법상 조약의 침해를, 또 전체국가나 구성국에 의한 구성국의 국제법상 조약의 침해를 배상해야 한다.<sup>161)</sup>

기본법은 조약체결능력을 다룸에 있어, 연방공화국의 그 능력을 단지 간접적으로만 관련지우고 있다. 보다 상세한 규정은 필요치 않다. 국가로서의 연방공화국이 국제법에 근거해서 조약체결능력을 지니고 있는 까닭이다. 또 주헌법은 주의 조약체결능력을 전제로 하고 또 조약체결을 관할하는 기관을 규정하고 있다.

기본법 규정은 그러한 한도에서 연방과 주 사이에서 권한분배를 규율한다.<sup>162)</sup> 따라서 기본법 제32조 제1항이 “외국과의 관계를 담당하는 것은 연방의 사항이다.”라고 함으로써, 국제법상 조약의 체결이 연방의 사항임을 규정하고 있다. 이에 반해, 연방공화국의 조약체결능력이 기본법 제32조 제1항과 무관하게 존재하지만, 거기에 근거를

---

160) BVerfGE 2, 347ff, 378.

161) von Münch, Das völkerrechtliche Delikt, Frankfurt a. M. 1963, S.239ff.

162) 기본법 제32조는 연방국가적 권한문제, 즉 단체권한에 관해 규율하고 있는데 반해, 어느 국가기관이 조약체결할 정당한 권한을 가졌는가에 관한 기관권한문제는 기본법 제59조에서 규율함과 아울러 연방에 한해 규율한다(Vgl. Degenhardt, Staatsrecht I, S. 82f.).

둔 것은 아니다.

기본법 제32조 제3항은 국제법상 조약의 체결에 관한 주의 권한을 규율하고 있다. 거기서 규율하길, “주가 입법에 관한 권한을 갖는 때에는, 주는 연방정부의 동의를 얻어 외국과 조약을 체결할 수 있다.”는 것이다. 주에게 이 조항은 이중적 효과를 지닌다. 왜냐하면 여기서 이 조항은 주가 지닌 헌법상 권한을 규정할 뿐만 아니라 주가 지닌 국제법상 조약체결능력의 근거도 규율하기 때문이다. 기본법 제32조 제3항과 관련성을 지니지 않고는 그와 같은 것은 존재할 수 없을 것이다. 주가 이러한 헌법적으로 예정된 권한을 행사할 수 있는 여부는 국제법문제이다. 국제법적으로 볼 때, 이는 다양하게 설명할 수 있다. 그래서 국제법적 의미에서 (논란의 여지가 없는) 국가로서의 연방공화국을 승인함은 연방의 헌법이 예정한 주의 조약체결능력을 승인한 것으로 파악할 수 있다. 그러나 그것은 또 국가실무상으로 주의 조약체결능력의 승인을 확인하기 위한 것일 수도 있다.

이 두 사례에서 주는 기본법 제32조 제3항이 부여한 영역에서 조약체결능력을 갖는다는 결론에 다다른다. 그런 한도에서 주는 부분적인 국제법주체로 분류된다.

이와 같은 영역에서 주의 조약체결능력을 규율함에 있어 기본법 제32조 제3항은 입법에 관한 주의 관할권을 대상으로 삼고 있다. 그 어의는 그와 아울러 기본법 제70조 이하에서 언급되어 있다. 주는 또 - 연방정부의 동의로 - 주가 전속적인 또는 경합적인 입법권을 점유하는 그런 사항에서 조약을 체결할 수 있다. 거기서는 전속적 입법권을 주가 점유하는데, 그에 대해서 연방은 아무런 전속적인, 경합적인 또는 대강적인 입법권(Rahmengesetzgebungskompetenz)<sup>163)</sup>도 가지

---

163) 대강입법권은 기본법 제75조와 제98조 제3항 제2문에 규율되어 있으며, 오로지 연방에게만 부여되어 있다. 대강입법권은 기본법상 이들 규정에서 명시적으로 언급한 분야(예컨대, 대학제도, 수렵제도, 자연보호 등)로 제한되며, 규

지 못한다. 연방이 경합적 입법권을 전혀 활용하지 않는 한 그리고 활용하지 않는 범위에서, 경합적 입법권을 주는 특히 기본법 제74조, 제74조의a 그리고 제105조 제2항의 영역에서 차지한다.

어떤 주가 예컨대 기본법 제74조에 규정된 사항에 관해 조약을 체결하고 또 그 다음에 연방이 자신의 고유한 입법권을 행사한다면, 그때 그 조약이 소멸되는 것이 아니라, 오히려 그 조약은 단지 그 주나 다른 주로 하여금 기본법 제32조 제3항에 따라 이 사항에 관해 다른 조약을 체결할 권한을 상실하게 할 따름이다.

연방이 이 사항 자체에 관해 조약을 체결함으로써 연방은 동일한 효과를 달성할 수 있다. 통설에 따르면 거기서 연방은 기본법 제72조 제2항의 요건에 기속되지 않는데, 그 조항에서 세부적으로 제시된 기준은 국제적인 범위에 관해 아무런 역할도 하지 못하는 까닭이다.

기본법 제32조 제3항은 연방과 주의 입법관할권 사이에서 양자를 구별함으로써 규율사항의 분리를 목표로 하고 있다. 따라서 주도 조약을 체결할 수 있는데, 주가 이들 사항에서 입법관할권을 지니는 한도에서, 그 조약은 행정협정과 관련되어 나타나게 된다(이른바 행정협정).

연현재는 “기본법 제32조 제3항에 따르면, 주가 입법을 관할하는

---

울된 사안영역과 관련해서 주들로 하여금 실제적인 그 어떤 것을 그밖에도 규율하도록 하는 대강을 설정하는 것이다(BVerfGE 4, 115, 129f.). 또 대강입법권은 (경합적 입법권으로서) 기본법 제115조에 따라 기본법 제72조의 전제 조건에 기속된다. 대강입법권과 유사한 것이 바로 연방의 원칙입법권(Grundsatzgesetzgebung)이다. 그 입법권은 예산법, 경기에 상응한 예산 운용 및 연방과 주의 다년간에 걸친 재정계획(기본법 제109조 제3항 참조), 공동적 과세의 이행(기본법 제91조의a 제2항 제2문 참조), 그리고 종교공동체의 국가적 급부(바이마르헌법 제138조 제1항 제2문과 결합된 기본법 제140조 참조) 등을 규율하고 있다. 원칙입법권과는 규율밀도에서 유사한 것으로 나타나지만 대강입법권에서는 연방법적 규율의 필요성이 제기되지 않으며 또 그 수범자가 연방과 주의 기관들로 한정된다는 그런 한도에서 양자는 구별된다. Vgl. Tilch, Münchener Rechts-Lexikon, Bd. 2, S. 483ff.

범위에서, 주는 연방정부의 동의를 얻어 외국과 조약을 체결할 수 있다. 이 조항은 주법상 규정과 연방법상 규정 사이에서의 대립명제에만 관련되고, 또 주행정과 대립되는 주입법과 관련해서 제기되는 것은 아니다. 거기서 주는 주행정의 영역에서도 조약을 체결할 권능을 지닌다는 점이 도출된다.”라고 근거를 제시한다.<sup>164)</sup>

소수설에 따르면, 행정협정에 관한 주의 권한은 다음의 사항에도 관계된다. 그 사항에서 주는 아무런 입법권도 지니지 못하지만, 고유한 소관사항으로서 또는 연방의 위임으로 연방법률을 시행할 수는 있다(기본법 제84조, 제85조). 연방이 기본법 제84조 제2항과 제85조 제2항에 따라 일반적인 행정조항을 제정하지 않은 한도에서 또 제정하지 않는 범위에서 그렇다.<sup>165)</sup> 이 학설은 기본법 제32조 제3항의 어의에서 언급한 바(“입법권”)를 배척하고 또 그와 아울러 법률 집행에 연방이 작용할 가능성을 배제하려는 주장을 배척한 것이다.

기본법 제32조 제3항에 따라 주는 오로지 연방정부의 동의를 얻어 그 같은 조약을 체결할 수 있다. 이를 통해 연방정부는 “예방적인 감독권을 행사하고 또 그와 더불어 주의 조약이 연방의 이익에 저촉되는 것을 방지한다.”<sup>166)</sup> 연방의 감독은 거기서 정치적 재량권을 지니며, 그 재량권은 권리남용금지에 의해 제약을 받는다.<sup>167)</sup>

기본법 제32조를 해석함에 있어 연방국가의 핵심문제는 아직 해결되지 않았다. 기본법 제32조 제3항이, 주가 입법관할권을 지닌 한도에서, 주에게 독점적인 조약체결권을 주었는지 여부, 또는 그것이 단

---

164) BVerfGE 2, 347ff, 369f.

165) Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 32 Rn. 70

166) BVerfGE 2, 347ff, 370.

167) 이에 관해 개별적으로는 Seidel, Die Zustimmung der Bundesregierung zu Verträgen der Bundesrat mit auswärtigen Staaten gemäß Art. 32 III GG, Berlin 1975.

지 경합적인 조약체결권에 그칠 뿐인지 여부가 문제된다. 연방이 기본법 제32조 제1항에 의해 모든 사항에 관해, 그 사항에서는 주가 입법관할권을 지닌 곳인데, 조약을 체결할 권한을 부여받았는지 여부를 다르게 표현한 것이다. 이에 관해 학설이 나뉘진다. 다수설이 지적한 바에 관해 한번도 견해가 일치된 적은 없었다. 이와 직접 관련되는 연방공화국을 구성하는 주들은 다양한 시각을 제시하고 있다.<sup>168)</sup> 현재는 그 문제에 관해 아직까지 결정하지 아니하였다.

기본법 제32조의 연방국가적인 관련성 때문에 이 조항의 해석에 대해 두 가지 견해가 제시되고 있다. 집권주의적 시각(zentralistische Ansicht)과 연방주의적 시각(föderalistische Ansicht)이다.

① 집권주의적 시각에 따르면, 외국과 조약을 체결할 연방의 관할권은 무제한적이다. 따라서 연방은 주가 전속적인 입법관할권을 지닌 곳에서도 조약을 체결할 수 있다. 기본법 제32조 제3항에 따른 주의 권한은 경합적인 권한으로 된다. 이런 시각은 주로 기본법 제32조 제1항의 무제한적이라는 어의에, 기본법 제32조 제3항의 어의(“할 수 있다”)에, 그리고 대외적인 연방국가의 통일성원칙에 근거를 두고 있다.

② 연방주의적 시각에 따르면, 외국과 조약을 체결할 연방의 관할권은 제한적이라 할 수 있다. 주가 전속적인 입법관할권을 지닌 곳에서 연방은 아무런 조약도 체결할 수 없다는 그런 한도에서 제한적이다. 기본법 제32조 제3항에 따른 주의 권한은 독점적이다. 이런 시각은 주로, 집권주의적 해결방안에 따를 경우 연방은 주의 입법관할권을 조약체결권으로 공동화시키게 될 것이라는 점에 근거를 두고 있다.

③ 마지막으로 절충설을 들 수 있는데, 그에 따르면 연방은 모든 조약을, 즉 주가 전속적인 입법권을 지닌 범위 내에서조차도 조약을 체결할 수는 있지만, 국내적으로 집행은 할 수 없다는 것이다(변형도

---

168) Vgl. Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, S. 185f.

마찬가지다). 그러나 거기서는 기본법 제32조와의 연관관계에서 볼 때, 집권주의적인 시각을 지니고 있다.

실무상으로는 불명확한 헌법적 상태에서 제기되는 분쟁문제에 관해 1957. 11. 24.의 이른바 Lindauer협정(연방의 조약체결권에 관한 연방정부와 주의 국가수반 사이에서의 합의)을 통해 실용적인 해결을 도모하고 있다.

Lindauer협정은 다음과 같은 내용(“국제법상 조약의 처리준칙”에 따른 내용)을 담고 있다. 즉

“1. 연방과 주는, 주의 전속적인 권한에 해당하는 국제법상 조약에서의 체결권한과 변형권한에 관해 상호간에 인식한 법적인 의견(Rechtsauffassungen)을 확정한다.

2. 주는 기본법 제73조 제1호와 제5호 및 제74조 제4호를 적용함에 있어 가능한 한도에서(für möglich) 양보를 한다. 연방의 관할은 그에 따라 예컨대,

A. 영사조약,

B. 통상과 항해조약, 이주조약 및 교역과 거래에 관한 조약,

C. 국제기구에의 가입이나 설립에 관한 조약

에 관해 다음과 같은 한도에서만 승인될 수 있는데, 이 규정들이

a) 그런 조약에 전형적이고 또 그런 조약에 관행적으로 포함되어 있거나 또는,

b) 그 밖의 그러한 난점이 연방의 관할범위 내에 의심할 여지없이 놓여 있어 조약의 하위적 구성부분을 형성한다

고 할 때, 그 조약이 국제조약의 범위에서 주의 전속적 입법권에 속한 것인지 여부가 의심스러울 수 있었을 규정들을 이 조약이 포함하는 한도에서 그러하다. 여기에는 과세권, 경찰권

및 수용권(형사면책)과 관련해서 외국과 국제조직에 부여된 특권에 관한 규정과 통상, 항해 및 이주조약에 있어 외국인들의 권리를 보다 상세하게 형성하는 규정이 속한다.

3. 주의 의견(Auffassung)에 따르면 주의 전속적 권한과 관련되지만 제2호에 따라 연방의 권한에는 부합하지 않는 국가조약의 체결에 있어, 특히 문화협정의 체결에 있어, 다음과 같은 절차가 진행되는데:

주의 전속적 관할권 영역에 국제법상 조약이 연방이나 주의 책임에 근거가 되어야 하는 한도에서, 주의 승낙이 초치되어야 한다. 이러한 승낙은, 책임이 국제법적으로 구속력을 갖기 이전에, 표시되어야 한다. 연방정부가 그런 조약을 기본법 제59조 제2항에 따라 연방참사원으로 가져가는 경우에, 연방정부는 주에게 늦어도 승낙의 공포시점과 동일한 시점까지 요청되어야 한다. 제1항 제1문에서 언급한 조약에서 주는 체결을 위한 준비를 가능한 한 빠른 시일 내에, 조약명문을 최종적으로 확정하기 이전에 사안에 맞는 적절한 시점에 참여될 수 있어야 한다.

4. 주의 본질적인 이익과 관련되는 조약에서, 그 조약이 주의 전속적 권한과 관련되는 여부가 다음과 동등하게 효력을 가진다는 점에 폭넓게 합의하며, 다음으로는,

a) 주가 그와 같은 조약의 의도적인 체결에 관해 가능한 한 빠른 시일 내에 서명하고, 그와 아울러 주가 적절한 시점에 자신들의 바람을 주장할 수 있으며,

b) 주의 대표자들로 구성된 단체를 형성하는데, 그 단체는 국제적 조약을 협상하는 시점에 연방의 외무공무원이나 그 밖의 관할 전문가들에게 협상의 상대방으로 되어야 하며,

c) 이들 단체의 정보와 이 단체에 의해 제출된 해명이 제3호에 따른 협의에 관계되어서는 안 된다.

5. 기본법 제32조 제2항의 특별한 사례는 제4호에 의해 규율



되지 아니한다.”

Lindauer협정의 본질적 내용은 다음과 같이 요약할 수 있다. 주는 연방의 일정한 조약을 받아들일 수 있는데, 그 조약은 부분적으로 주의 진속적 입법관할권과 관련되지만, 다시 말해서 그에 반해 그 조약이 헌법재판에서 우선 적용될 수는 없다(제2호). 다른 사례에서 연방은, 주가 동의하면(제3호), 주의 진속적 관할권에 해당하는 조약을(특히 문화협정을) 체결할 수 있다. 그 외에도 이들 범위 내에는 연방과 주의 서로 다른 법적인 견해가 존재한다는 점이다(제1호).

Lindauer협정을 실무에서 적용하는 것은 통상적으로 확인할 수 있고 또 주가 지금까지는 연방에 의한 - 그 협정에 부합하는 - 조약체결을 받아들이고 있지만, 그 협정의 합헌성은 오늘날까지 논란이 되고 있다. 거기서는 특히 제3호에 대해 이의가 제기되고 있다. 즉 기본법 제32조의 해석에서 연방주의적 시각에서 접근하면, 연방은 문화협정에서 아무런 조약체결권도 갖지 못한다. 이는 오로지 주에게만 귀속될 따름이다. 그러나 그때 Lindauer협정 제3호는 주로부터 연방에게의 조약체결권의 이양으로 작용한다. 이는 기본법상 권한질서의 개정에 해당하며, 또 그와 같은 것은 오로지 기본법 제79조 제1항과 제2항에 따른 절차에서만 용인된다. 따라서 연방과 주 사이에서의 협정을 통한 이양은 위헌이라고 하겠다.<sup>169)</sup>

또 집권주의적인 시각에서 기본법 제32조를 해석함에 있어 헌법적인 이의가 다음과 같은 논거로 주장되고 있다. 그 논거로는 제3호는 기본법 제32조에 정해진 주의 참여형태를 미처 예정되지 아니한 협력권으로 수정했다는 것이다. 여기서 그 협력권은 연방의 포괄적인 조약체결권 영역에서 연방의 결정재량권을 제한하는 것이다. 이러한

---

169) Schweitzer, Staatsrecht III, S. 47.

의의를 이미 제3호의 어의에 대립시킬 수 있는데, 거기서는 항상 “당위(sollen)”만이 논의될 따름이지 “의무(müssen)”가 논의되지는 않는다.

기본법 제32조 제2항은 연방에 의한 조약체결 이전에, 그 조약이 어떤 주와 특별하게 관련되는 경우, 그 주에게 적절한 시점에 청문해야 한다는 것을 규정한다. 거기서는 조약내용에 관해 영향력을 행사할 청구권이 도출되지는 않는다. 연방은 주의 입장표명에 기속되는 것도 아니다. 기본법 제32조 제2항은 하나의 또는 복수의 주가 특별하게 관련되는 때에만 적용될 따름이고, 모든 주가 동등한 형태로 관계될 때에는 적용되지 아니한다.

#### 다. 조약체결기관

일반적인 국제법에 따르면, 조약체결을 관할하는 기관은 그때그때의 국제법주체의 헌법이 규율한다.<sup>170)</sup>

국가에게 조약법협약 제7조 제2항 a목에서의 이러한 지시규칙(Verweisungsregel)은 아주 특별하다. 그에 따르면 (그때그때의 헌법과 무관하게) 국가원수·정부수반 및 외무장관은 그 직무상 “조약의 체결에 관련된 모든 행위를 수행할 목적으로” 국내에서 관할하는 것으로 본다는 추정이 - 반박될 수 있는데 - 유효하다.

기본법 제59조 제1항 제1문에 따라 연방대통령은 국제법상으로 연방을 대표한다.<sup>171)</sup> 그와 아울러 연방대통령에게는 연방의 국제법적

---

170) 그 주체가 국가라면 그 국가의 헌법이, 국제기구라면 그 국제기구의 설립조약이, 그 밖의 국제기구라면 그 기구의 조직규정이 이에 해당할 것이다.

171) 그런데 이와 관련해서 기본법 제59조가 지닌 관념에 따르면, 외교권이 전속적으로 행정부에만 부여되는지 또는 행정부와 입법부의 혼합적 관할에 속하는지가 논란이 된다. 이는 기본법 제59조의 해석에 중요한 결과를 초래한다. 다시 말해서 외교권이 오로지 행정부에만 속한다면, 기본법 제59조 제2항에서 의회에 권한할당도 예외로 파악될 것이다. 이에 반해 혼합적 권한에 근거가 된다면, 제59조 제2항은 확대해석할 수 있는 규칙으로 작용할 것이다. Vgl.

관계의 모든 범위에서 대외적인 대표권이 부여되는데, 거기에는 국제법상 조약체결도 속해 있다.<sup>172)</sup> 이미 살펴본 바와 같이 기본법 제59조 제1항 제2문에는 해명기능도 부여되어 있는데, 그 기능은 연방대통령의 가장 핵심적인 기능을 이러한 범위 내에서 서술하고 있다: “연방대통령은 연방의 이름으로 외국과 조약을 체결한다.”

이런 권한은 기본법에 포괄적으로 언급되어 있다. 한편으로 이 권한은 통설에 따르면, (기본법 제32조의 해석에서와 같이) 모든 국제법주체와의 국제법상 조약과 관련된 것이지, 외국과의 조약에만 관계되는 것은 아니다. 다른 한편으로는 모든 조약은 그 내용과 무관하게 포섭된다. 다만 여기서 한 가지 제한이 있는데, 그것은 연방의 조약에만 관계되어야 한다는 점이다. 기본법 제32조 제3항에 따라 주의 권한영역에서 주가 체결할 수 있는 조약은 주의 기관에 의해 체결된다. 이러한 범위에서 주에 관해서도 연방대통령이 대표할 수 있는지는 논란이 있다. 실무에서는 전혀 관련된 문제가 아니었다.<sup>173)</sup>

어의에 따라 살펴보면, 기본법 제59조 제1항 제2문에서는 연방수상과 연방외무장관의 조약체결권과 관련해서 조약법협약 제7조 제2항 a목의 추정을 반복할 수 있도록 하고 있다. 실무상으로는 이에 반해 다른 경우가 나타난 적은 없었다.

조약법협약 제7조 제1항 a목은 다음을 전제로 한다. 즉, 제7조 제2항 a목의 추정을 적용받지 아니하는 자들이 해당된 전권을 지니고 있다고 할 때, 그 자들은 그때 조약에 기속된다는 동의를 오로지 국

---

Bleckmann, Staatsrecht I, S. 751.

172) 비준이 필요한 조약과 관련해서 연방대통령의 심사권문제가 제기된다. 동의법의 인준에서와 비준 그 자체의 착수에서 제기된다. 이에 관해서는 연방대통령이 법률을 유권적으로 행함으로써 나타나는 바와 동일한 관점이 타당하다. Vgl. Bleckmann, Staatsrecht I, S. 211.

173) 그러나 연방국가는 대외적으로 단일국가로 다루어지는 까닭에, 연방공화국은 그 조약체결을 보증하지 않으면 안 된다.

가에게만 제공할 것이라는 점이다. 연방공화국과 관련해서 - 조약법 협약 제7조 제2항 a목의 반복할 수 있는 추정 때문에 - 그와 같은 해명을 제시하고 또 조약을 체결해야 할 국가기관은 연방대통령의 전권을 이용해야 함을 의미한다.

그에 반해 통설과 연방공화국에서 실무는, 연방의 일련의 국제법상 조약에 있어 다른 국가기관도 조약체결권을 지닐 것이라는 점에서 출발한다. 이는 행정협정이라는 거대한 그룹에서도 유효한데, 연방대통령의 대리권(Vollmacht)이 부여되지 않아도, 연방정부, 연방수상, 외무장관 및 담당부서 장관에 의해 체결된다. 이는 그에 관해 기본법상 독자적인 수권이 존재하거나 또는 연방대통령이 자신의 권한을 위임하였을 경우에 헌법적으로 정당화될 수 있다. 현재의 실무에도 불구하고 이 두 가지 근거에 대해 중대한 헌법적 의의가 제기된다.

첫 번째 해결영역에서는 기본법 제59조 제2항 제2문을 언급하고 또, 행정협정은 전체적으로 정부의 권한에 할당되어 있으며, 따라서 연방대통령의 활동은 어떠한 방식으로든 필요치 않다는 것을 도출한다.<sup>174)</sup> 이 주장에 대한 의의는 다음에서 제기된다. 즉, 기본법 제59조 제2항 제2문은 그 체계에 따르면 제1문으로 구획되고, 처음부터 변형이 규율되며 또 기본법 제59조 제1항 제1문과 제2문에서 포괄적으로 제시한 연방대통령의 권한에 대해 아무런 명백한 연관관계도 없이 존재한다는 것이다.

따라서 대부분은 두 번째 해결책에 주목하고 위임을 받아들인다. 이는 암묵적으로 또는 헌법관습법적으로 근거가 부여된 위임으로 파악된다. 연헌재는 또 그에 관해 실시하길: “... 연방대통령이 암묵적으로 수여한 전권에 의거해서 최소한” 그것을 준수하는 것으로 보인

---

174) Vgl. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, S. 226.

다.<sup>175)</sup> 지금까지는 연방장관공통직무규정(GGO) II 제77조 제2항에서 통지에 관해 규율하고 있는데, 그에 따르면 외무장관이 정부협정의 체결에 관해 전권을 가진 것이지, 연방대통령이 가진 것은 아니라는 점이다. 그 외에도 기본법 제65조 제4문에 따라 연방대통령이 재가한 연방정부직무규정(GOBReg) 제11조 제2항이 의도한 바에 따르면, 외국과의 협상 내지 외국에서 외무공무원의 동의만이 필요한 협상이 진행될 수 있다.<sup>176)</sup> 그러나 위임은 기본법 제59조 제1항의 권한구조에서 변이를 의미하는 까닭에, 기본법 제79조 제1항 제1문에 불합치한다는 점에서 이러한 해결책에 반대의견이 제시된다.

## 라. 조약체결의 절차

국제법상 조약체결은 다면형 절차(mehrphasigen Verfahren)와 편면형 절차(einphasigen Verfahren)로 구분할 수 있다. 양자의 구별점은, 조약을 협상하는 국가기관이 이를 스스로 구속적으로 체결할 수 있는지(편면형 절차), 또는 다른 기관의 협력으로 구속적인 조약체결이 이루어지는지(다면형 절차) 여부로 나타난다. 어떤 절차를 선택할 것인지는 조약당사국의 헌법이 당해 조약에 관해 다수 국가기관의 협력을 예정하였는지 여부에 좌우된다. 따라서 조약의 일방당사자는 편면형 절차로 진행되는 데 반해, 다른 당사자는 다면형 절차로 진행시킬 개연성도 존재하게 된다.<sup>177)</sup>

기본법 제59조 제2항 제1문에 따르면, 연방의 정치적 관계를 규율

---

175) BVerfGE 68, 1ff, 82f.

176) Vgl. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 128.

177) 연방공화국의 실무는 “국제법상 조약의 처리준칙”(1996년에 새로운 내용이 보완되었는데)에 의거하고 있으며, 연방외무부가 편찬한 제501호 보고 - 국제법상 조약 부분에 근거한 것이다. 이에 관한 내용은 vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 53ff.

하는(제1단) 또는 연방입법의 대상과 관련되는(제2단) 조약은 연방법률의 형태로 연방입법을 관할하는 기관의 동의나 협력을 필요로 한다. 이 같은 조약에서는 양면형 절차가 예정된다. 이에 반해 행정협정에서는 원칙적으로 편면형 절차가 예정되어 있다.

그러면 여기서는 먼저 조약체결에 있어 다면형 절차와 편면형 절차에 관해 살펴본다. 이어서 기본법 제59조 제2항 제1문이 규정한 조약의 유형으로서 연방의 정치적 관계를 규율하는 조약과 연방입법의 대상과 관계된 조약을 소개한다. 그 다음에, 동의와 협력의 의미 및 행정협정 순으로 논의하기로 한다.

## 1) 다면형 절차와 편면형 절차

### 가) 다면형 절차

① 다면형 절차는 교섭위원의 임명으로부터 개시된다. 교섭위원에게 원칙적으로 전권을 부여한다. 전권의 의미는 협상의 전권이요, 체결의 전권을 준 것은 아니다. 따라서 관행적으로 전권에는 비준유보가 제시되어 있고, 이는 조약이 교섭위원의 서명으로 구속적으로 되는 것이 아니라, 비준 이후에야 구속적으로 될 수 있다는 점에서 분명하다.

조약법협약 제7조 제2항에 따르면, 한 국가의 대표자로서 직무상 조약협상을 위해 국가원수, 정부수반, 외무부장관, 외교적 임무를 담당하는 수장 및 한 국가에 의해 국제회의·국제기구 또는 그 기구에 파견된 대표 등을 (국가에 대표자는 아무런 전권을 제시받지 않아도 된다는 추론과 더불어) 예정하고 있다.

전권은 심의되고 또 이른바 전권조항(sog. Vollmachtsklausel)은 협상할 조약의 명문으로 제시된다.

② 결국에는 조약명문이 협상된다. 원칙적으로 조약명문은 모든 교섭위원이 동의하면, 받아들인 것으로 유효하다. 이는 양자간 조약에서 필수적인 반면에, 조약법협약 제9조 제2항은 국제회의에서 조약명문의 채택에 관해서는 출석해서 투표한 국가의 3분의 2 이상의 찬성으로 이루어진다고 규정하였다. 이는 특히, 개별국가가 조약명문의 채택을 방해하는 것을 불가능하게 하는 까닭에, 거대한 법전화회의(Kodifikationskonferenzen)에서 매우 편리하다.

③ 조약명문에 합의하면 그 다음에는 교섭위원이 조약에 서명한다. 서명의 특별한 형태는 이른바 인증인데, 이름의 첫 글자로 서명하는 것(가서명<sup>178</sup>)을 말한다.

많은 경우 조약의 정치적 의미 때문에 다른 국가기관에 의한 인증과 출석서명이 부가되고 있다.

조약명문의 합의나 서명 또는 인증이, 그 조약이 그와 더불어 구속적으로 되었다거나 관할 국가기관으로 하여금 이제 조약에 동의해야 할 책임을 부과한 것은 아니라는 점이다. 서명이나 인증으로 협상할 조약의 명문이 유권적이고 최종적으로 확정되었을 따름이다(이른바 정보인증). 그것은 또 서명되고 인증된 명문이 협상된 것과 일치함을 확인할 뿐이다. 이제 명문은 더 이상 일방적인 것이 아니고, 오히려 새로운 협상 영역에서만 수정될 수 있을 뿐이다.

그러나 관행적으로 조약의 일자(日字)는 서명의 시점에 따른다.

서명이나 인증이 이와 같이 구속력이 없다는 점에 단지 약간의 예외가 있는데, 조약법협약 제18조와 제24조 제4항에 인용되어 있다.

---

178) 가서명(Paraphe)이라 함은 조약명문의 잠정적인 구획표시로서 (국제조약법에서는) 비준으로 또는 상급기관의 승인으로 유효하게 되는 것을 말한다. 약식서명자는 구속력을 이끌어내기 위해 필요한 모든 것을 행할 책임을 떠맡는다. 약식서명자는 이러한 노력의 결과를 보증하지는 않는다. Vgl. Tilch, Rechts-Lexikon, Bd. 2, S. 1187.

첫 번째 예외는 그 이상으로 이론적 성격의 것이다. 그에 따르면 국가는 조약의 서명이나 인증과 비준 사이에 조약의 목적이나 목표를 좌절시킬 수 없다는 것이다(이른바 욕구불만금지, Frustrations-verbot). 이는 그 국가가 조약당사자가 되지 않을 것임을 명료하게 인식하지 아니하였음을 제시하는 한도에서만 단지 유효할 따름이다.

두 번째 예외는 조약법협약 제24조 제4항이 예정한 바인데, 그것은 개별적인 조약규정이 지닌 기능의 필연적인 결과이다. 그런 조약규정은 서명이나 인증과 조약의 발효 사이의 시점과 관련되는데, 그 조약이 아직 발효되지 않았다면, 그 조약규정은 이미 이 시점에 유효하지 않으면 안 된다.<sup>179)</sup>

④ 서명이나 인증 이후에는 국내적 절차가 개시되는데, 그 절차는 조약당사자의 그때그때의 헌법에 따라 정해진다. 국제법은 그러한 한도에서 국내법을 참고로 한다. 이러한 국내법적 절차에서 다른 국가기관의 참여도 이루어진다. 원칙적으로는 조약체결에 관한 의회의 동의에 관해서이다. 그러나 - 국내의 헌법에 따라서는 - 다른 참가형태와 다른 참여기관을 생각할 수 있는데, 예컨대 연방국가에서는 주 의회의 참여나 최고법원의 권고적인 입장표명 등이 그것이다.

⑤ 국내적 절차는 조약에 기속되겠다는 조약당사자의 최종적인 동의로 종료된다. 어느 기관이 동의를 표해야 하는가는 조약당사자의 헌법에 따라야 한다. 원칙적으로는 국가원수가 될 것이다. 동의를 이런 형태는 작성되는 것이 아니라, 동의를 조약당사자들 사이에서 합의를 하는 것이다(수령, 승인, 서신교환 등). 원칙으로는 비준이 선택될 것이다. 비준으로 국가원수는 조약을 구속적인 것으로 인정함과 국내적 준수를 보증함을 엄숙하게 서약한 것이다.

---

179) 예컨대 조약법협약 제82조 제1항(이 협약은 비준되어야 한다.)과 제84조 제1항(이 협약은 35번째의 비준서 또는 가입서가 기탁된 날로부터 30일후에 발효한다.)을 들 수 있다.



⑥ 절차가 계속 진행되면서 비준문서의 교환이 이루어지는데, 그 범위에서 조약당사자들 사이에서 어떠한 다른 것도 합의되어서는 안 된다. 비준문서의 교환은 양자간 조약에서 표준적 사례이다. 그에 관해서는 거의 대부분 의정서를 작성한다. 비준문서의 교환은 조약의 발효로 작용하거나, 그 기한이 경과함에 따라 조약이 발효하는 기한의 개시로 작용한다.

다자간 조약에서는 비준문서의 교환을 대신해서 실용적인 이유로 인해 대부분 수탁자에게 기탁을 한다.<sup>180)</sup> 이는 조약에 규정된다. 수탁자에게의 기탁은 비준문서의 교환과 동일한 효과를 지닌다. 다만 이 사례에서 발효는 비준문서에 관해 특정인원수의 기탁에 좌우된다.<sup>181)</sup> 비준문서의 기탁에 관해서는 대부분 의정서를 작성한다.

⑦ 이상을 거쳐 조약체결절차는 종료된다. 실무에서는 수많은 사례에서 조약의 등록에 관해 국제연합 사무국에 송달된다(국제연합 사무국이 수탁자로 정해지면, 비준문서의 기탁과 혼동해서는 안 된다). 이런 실무의 근거는 국제연합헌장 제102조인데, 이를 규정하길:

“① 국제연합 회원국이 이 헌장의 시행 이후 체결한 모든 조약과 그 밖의 국제적 합의는 가능한 한 그 즉시 국제연합 사무국에 등록되고 또 사무국에 의해 공포된다. ② 그런 조약이나 국제적 합의가 제1항에 따라 등록되지 아니하면, 조약당사국들은 국제연합의 어느 기관에게 등록을 요구할 수는 없다.”

---

180) 조약법협약 제82조(비준)이 협약은 비준되어야 한다. 비준서는 국제연합사무총장에게 기탁된다.

181) 조약법협약 제84조(발효) ① 이 협약은 35번째의 비준서 또는 가입서가 기탁된 날로부터 30일후에 발효한다. ② 35번째의 비준서 또는 가입서가 기탁된 후 이 협약에 비준하거나 또는 가입하는 각 국가에 대하여 이 협약은 그 국가에 의한 비준서 또는 가입서의 기탁으로부터 30일 후에 발효한다.

이는 조약법협약 제80조에 의해 강화되었는데, 그에 따르면 조약법협약에 유효한 모든 조약은 국제연합 사무국에 등록한다.

조약을 등록하도록 한 요인은 원래 비밀협정의 방지를 의도한 것이었다. 그러나 오늘날에는, 국제법에 관한 일종의 “법률모음집(Gesetzessammlung)”이 만들어질 수 있도록 국제연합조약집(UNTS)에 조약이 공시된다는 점에 그 의미가 있다. 사무국은 너무나 많은 조약의 숫자로 인해 공시는 즉시는 거의 실행되지 못하며, 이삼년이 지나서야 어설프게 이루어진다.

조약의 미등록은 이들 자체에 (특히 그 발효에) 어떠한 영향도 미치지 아니한다. 다만 미등록은 국제연합헌장 제102조 제2항의 제약으로 작용하는데, 조약당사자가 국제사법재판소로 소환되지 않고 그에 관해 주장할 수 있는 우선적인 결과와 관련해서 그렇다.

## 나) 편면형 절차

편면형 절차는 국내적 절차가 없어진다는 하나의 예외를 제외하면 다면형 절차와 일치한다. 조약을 협상하는 국가기관이 조약을 헌법에 따라 스스로 구속적으로 체결하였다면, 이는 항상 그에 해당한다. 편면형 절차가 언제 적용될 수 있는가에 관한 결정은 한편으로는 조약당사자의 헌법에 좌우된다. 즉, 사정에 따라 다른데, 다른 국가기관의 협력이 예정되었으면 다면형 절차이고, 예정되지 않았으면 편면형 절차로 진행된다. 다른 한편으로는, 편면형 절차가 적용되지 아니함에 관해 조약에서 스스로 언급해서 포함시킬 수도 있다. 이는 조약이 비준조항을 포함한다면, 그때에 원칙적으로 유효하다.

## 2) 연방의 정치적 관계를 규율하는 조약

이른바 “정치적 조약(politischen Vertrages)”의 개념은 좁은 의미로 해석되어야 한다. 실제로는 국제법주체와의 어떠한 조약이든 연방의 정치적 관계를 규율한다는 점을 고려해서 이 부분이 등장하게 된 것이다.<sup>182)</sup> 그것은 또한 정치적 차원을 지니지 않은 조약은 생각할 수조차 없음을 의미한다.

연헌재는 이에 관해 설시하길:<sup>183)</sup> “국가조약이 전적으로 일반화되어 공공업무, 공공복리 또는 국가적 사무를 포괄한다고 해서, 국가조약이 기본법 제59조 제2항의 의미에서 정치적으로 되는 것은 아니다. 이 사건이 그에 해당한다 치면, 그 어떤 국가조약도 정치적이어야 할 ... 것이다.”

이와 같은 폭넓은 의미로 개념을 규정한 것은 다음과 같은 결과를 도출하고자 했던 것인데, 그와 아울러 실제로는 기본법 제59조 제2항 제1문 제1단에 따른 어떠한 조약도 그 당시에 연방입법을 관할하는 기관의 동의나 협력을 필요로 한다는 것이다. 그 외에도 어떠한 조약이든 양면형 절차에 바탕을 둔다는 것이었다. 제2단이나 다른 조약과 구별하고자 제시된 의도적인 기본법 제59조 제2항 제1문의 규정은 그와 더불어 그 어떤 의미도 상실하게 되었다.

거기서는 - 연헌재의 입장에 쫓아 - 특정한 방식으로 정치적 조약

---

182) 조약이 정치적 의미를 지니거나 정치적 동기에 기인한 것이라면, 그런 조약을 여기서 말하는 ‘정치적’이라고 할 수 없다. 예컨대 동방조약, 구 동독과의 기본조약, 국제연합가입조약 등이 이에 해당할 것이다. Vgl. Bleckmann, Staatsrecht I, S. 749. 또한 여기서 정치적 조약은 연방공화국에 본질적 의미를 지닌 조약으로서 국가공동체에서 국가의 지위를 규율한다. Vgl. Degenhart, Staatsrecht I, S. 83.

183) BVerfGE 1, 372ff, 380f.

의 개념을 제한하지 않으면 안 된다. Faustformel은 거기서 “정치적이란 고도로 정치적이라는” 내용으로 쓰여진 것이다. 그와 아울러 다음과 같은 것을 의미하는데:<sup>184)</sup>

① 조약은 연방공화국의 존립, 그 영토적 통합성, 그 독립성, 국가공동체에서의 지위 또는 권위적인 비중 등을 언급하지 않으면 안 된다. 이에 관해서는 특히, 다른 국가에 대응해서 우위를 주장하거나, 고착화하거나 또는 확대시키는 그런 조약에서 참작되어야 한다.

② 이러한 정치적 차원은 조약의 내용과 목적만이 그래야만 한다. 다른 조약의 부수적 효과로서 이러한 정치적 차원이 제기된다면, 이는 불만족스러운 일이다.

### 3) 연방입법의 대상과 관계된 조약

어떤 조약이 연방입법의 대상과 관계되는지 여부를 판단함에 있어, 그 조약이 규율하고자 한 사항이 연방 입법권의 소관이어야만 하는 것은 아니다. 거기서는 또 기본법 제70조 이하에 따른 입법에 관한 연방과 주 사이의 권한분배에도 좌우되어서는 안 된다. 오히려 통설과 연헌재 판례에 따르면, 연헌재는 “구체적인 사례에서 입법기관의 협력을 바탕으로 집행행위가 필요한지 여부”를 결정한다고 하였다.<sup>185)</sup> 따라서 “조약의 집행에 연방법률이 필요하다면, 또 연방이 조약으로 인해 책임을 떠맡아야 하고 또 그 이행에는 오로지 연방법률의 발령으로만이 가능하다면,” 그때에만 그 조약은 연방입법의 대상과 관계된다.<sup>186)</sup> 오로지 주법률에 의해서만 변형될 수 있는 조약을 연방이 체결하였을 때, 조약이 국내적 효력을 펼쳐야 하고, 그 효력

---

184) Vgl. BVerfGE 1, 372ff, 381f; 90, 286ff, 359.

185) BVerfGE 1, 372ff, 388.

186) BVerfGE 1, 372ff, 389.

이 법률유보의 일반원칙에 따라 법률에 의해서만 근거가 제공될 수 있다면, 단지 그때에만 연방입법의 대상이 된다. 그래서 침해유보가 전부유보로 확대되는 것이 기본법 제59조 제2항의 영역에서 참작되어야 하는 여부가 문제될 것이다.<sup>187)</sup>

독일 행정청이 조약의 내용을 집행하고자 할 때 (조약을 이행하고자 할 때), 그 행정청은 이에 관해 연방법률상의 근거를 필요로 하는지 여부도 문제된다. 그 행정청이 법률적 근거를 필요로 한다면, 그것은 연방입법의 대상과 관계된 조약에 관한 것이다. 조약내용이 국제법영역이 아닌 국내적 영역에서 규율되어야 한다는 점과 어떠한 형태로 조약내용이 등장해야 하는가를 탐구한다는 점을 우선해야 할 것이다. 거기서 연방법률이 필요하다는 결론에 다다르면, 연방입법의 대상과 관계된 조약에 관한 것이라는 결론에 제차 도달할 것이다. “연방입법”이라는 개념은 “연방행정”에 대한 대립명제로 보여질 수도 있다. 연방행정이 법률 없이도 조약을 집행할 수 있다면, 그때에는 기본법 제59조 제2항 제1문 제2단의 사례에 해당하는 것이 아니고, 또 연방법률을 관할하는 기관의 동의나 협력을 필요로 하지 않게 된다.

기본법 제59조 제2항 제1문 제2단을 그렇게 해석하는 근거에 관해 일반적으로 인용되기로는, 어떤 조약이 입법기관의 협력 없이는 이행될 수 없으며 또 그런 제약을 자신이 담보하려 하지 않을 그런 조약을 연방대통령이 체결하지 않을 것으로 귀결된다는 것이다.<sup>188)</sup> 법률이 조약의 집행에 필요하다면, 이행보장을 목적으로 입법은 처음부터 참여되어야 하고 또 고려되지 않으면 안 된다.

연현재는 기본법 제59조 제2항 제1문 제2단에 포섭된 조약의 범위를 확장하려 한다. 그런데, 그 조항은 또 입법기관의 동의나 협력을

---

187) Vgl. Bleckmann, Staatsrecht I, S. 749.

188) BVerfGE 1, 372ff, 390.

조약을 위해 요구하고 있으며, 조약의 집행에 법률이 아닌 명령을 필요로 하는데, 그 명령에는 연방의회나 연방참사원의 동의가 필요하다는 것이다.<sup>189)</sup> 거기서는 거의 대부분 기본법 제80조 제2항에 따른 명령에 관한 것이다. 실무는 - 일부 문헌에 근거해서 - 이러한 해석에 무조건적으로 추종하는 것은 아니다.

연방이 주입법의 대상에 관해 국제법상 조약을 체결하는 사례에서는 아주 특별한 문제가 제기된다. 주가 법률을 발령함으로써 그런 조약이 이행될 수 있다면, 기본법 제59조 제2항 제2단에 관한 지배적인 해석에 따르면, 연방입법의 대상과 관계되는 어떠한 조약도 받아들일 수 없는 것처럼 보인다. 또 지배적인 해석의 근거는 부인되어야 하는데, 그 연유는 연방입법을 관할하는 기관이 자신의 동의나 협력으로 더 이상 조약의 이행을 보증할 수 없기 때문이고, 그 입법기관은 이행을 보장할 법률의 발령을 위해 전혀 관할하지 않음에 따라 그렇다. 그럼에도 불구하고 통설은 이러한 사례에서도 기본법 제59조 제2항 제1문 제2단이 그 어의에 배치되게 해석된다는 점을 의미한다. 즉 “연방입법”을 “연방이나 주의 입법”으로, “입법”이나 “독일연방공화국에서 입법”으로 이해하는 것이다.

기본법 제59조 제2항 제1문 제2단의 해석에 있어 가장 논란이 되는 문제는 이른바 양립조약(sog. Parallelverträge)<sup>190)</sup>이다. 이 조약은 연방의회와 연방참사원의 동의나 협력에 기초해야 할 조약을 의미하고, 이 조약을 이행하기 위해서는 연방법률이나 주법률이 필요하지만, 이미 그 조약의 내용이 현재의 국내법적 상황에 부합한 그런 상태를 말한다. 조약의 이행을 위해서는 오로지 법률이 필요하지만, 그러나 법률이 이미 존재하는 경우이다. 연방법률이나 주법률에 의한

---

189) BVerfGE 1, 372ff, 390.

190) 이에 관해 상세한 내용은 vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 62f.

조약이행의 필요성이 구체적으로 또는 추상적으로 판단해야 하는 여부가 양립조약의 문제로 자리하게 된다.

연현재 판례는 구체화설을 선호하는 것으로 보인다. 그에 따르면, “구체적인 사례에서 집행행위에 입법기관의 협력이 필요로 하는 여부가 오히려 결정적이라고” 하였다.<sup>191)</sup> 학설에서는 오늘날 다양한 형태로 추상화설이 제시되고 있다. 일정한 국제법상 조약에서는 입법기관의 공동결정권이 존재해야 한다는 점이 기본법 제59조 제2항 제1문 제2단의 의미에서 도출된다는 점에 주목하고 있다. 우연하게 이미 병립하는 국내법이 존재하는 여부에 의존해서는 안 된다는 것이다. 그 외에도 그런 조약은, 조약이 존재하는 한도에서, 국내의 법률이 변경될 수 없는 그런 한도에서만, 입법에 관한 효과를 지니게 된다는 것이다. 그러나 이에 대해서는 당연히 입법자가 승낙하지 않으면 안 된다. 연방대통령이 조약을 체결함으로써 입법자에게 이를 강요해서는 안 된다는 것이다. 그래서 실무상으로는 양립조약에서도 조약법이 제정되고 있다.

기본법 제59조 제2항 제1문과 연관관계에서 특별한 문제점이 국제법상 조약의 지속적 발전(Fortentwicklung)과 관련해서, 또 그런 조약의 수정에 관한 협정과 관련해서 제기되는데, 이 때 새롭게 의회의 동기가 필요한가 하는 점이다.<sup>192)</sup> 국제법상 조약으로 인해 진전된 사실상의 발전이 그 동의법에 의해 차단되는지 여부도 문제가 된다. 국제법상 조약의 단순한 지속적 발전은 원래의 동의법에 의해 수행되는 반면에, 요식적이고 또 명백하게 수정이 이루어지게 되면 그때에는 의회의 새로운 동기가 요구된다.<sup>193)</sup> 이러한 의미에서 수정이 언제

---

191) BVerfGE 1, 372ff, 388.

192) Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 63f.

193) 유고슬라비아 내전에서 나토군의 배치와 관련해서 연방의 국방문제가 다투

이루어지는가는 그 당시의 국제법상 조약 내지 조약당사자의 행동에 강력하게 좌우되고 또 일반구속적인 형태로 해명할 수는 없다.

조약이 명령에 의해 집행될 수 있다면, 기본법 제80조 제1항에는 이미 법률상 명령수권(eine gesetzliche Verordnungsermächtigung)이 존재하는 까닭에, 입법기관의 동의나 협력은 전혀 필요치 않다.<sup>194)</sup> 다만 이러한 수권은 최소한 입법자의 추정적 의사에 따라 조약체결권을 포함해야 함이 요청된다(수권의 “외국관련성”). 다른 사례에서는 입법기관이 참여하지 않으면 안 되는 경우도 있었다.<sup>195)</sup>

연방법무부가 편찬한 “조약법률과 조약과 관련된 명령의 의견(Fassung)에 관한 지침”(1999년 새로운 의견이 반영되었는데)에 따르면, 입법기관의 동의와 협력이 다음과 같을 때 필요로 한다는 것이다. 즉, 그 조약이 ① 개인에게 권리와 의무에 근거가 되며, ② 그 실행에 형식적 의미의 연방입법자나 주입법자의 협력이 필요로 하는 그런 규정을 포함하며; ③ 현재의 국내적 법률상태에 합치하는 규정을 포함하며(이른바 양립협정; 합의한 바에 따라서는 법률상태의 유지에 관한 국제법적 책임이 제기되는데); ④ 기본법상 재정헌법적 조항에 따라 법률적 규정을 필요로 하는(기본법 제115조 참조) - 단순하게 예산에 부합한 효과를 능가해서 - 재정적 책임을 포함하며; ⑤

---

어졌는데, 이에 관한 나토조약은 충분한 근거를 가진 것이었는지 여부, 또는 나토조약은 명백하게 개정되지 않으면 안 되었는지 여부에 관한 것이었다. 이는 나토의 배치를 반대하는 집단이 주장한 것이었다. 이에 부합하는 조약법상 협정은 변화된 동맹정책적 상황에 의거해서 또다른 의미내용을 요구한 것이다(즉 더 이상 자체 방위가 아니라 오히려 나토지역을 벗어나서 행하는 평화보장적 행위이었다). 이와 같은 암묵적인 조약변경은 기본법 제59조 제2항에 따른 동의법으로는 더 이상 지탱될 수 없으며, 새로운 동의법을 필요로 한다는 것이었다. 이에 관해 연헌재에서는 1994. 7. 12. 4:4의 표결로 판결함으로써 그 위헌성이 확인되지는 아니하였다. BVerfGE 90, 286, 357ff., 372. Vgl. Degenhart, Staatsrecht I, S. 84.

194) BVerfGE 1, 372ff, 393.

195) Streinz, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, Art. 59 Rn. 36 mwN



조약의 명문으로 규율되었던 현행조약의 내용을 수정하거나 보완해야 할 때, 필요로 한다는 것이다.<sup>196)</sup>

입법자가 미리 예상해서 수정이나 보완에 동의를 한다면, 그때에는 하나의 예외가 유효하다. 예상된 동의는 명령수권에 의해 제공될 수 있다. 구체적인 수정이 아무런 규범적 성격도 지니지 않는다면, 또 구체적인 수정이 내용, 목적 및 외연에 따라 이미 조약수정에 관해 원래의 조약에서 예정된 절차에서 의도한 것이라면, 그때에는 명령수권이 있는 것으로 본다.

국제법상 조약이 기본법 제80조 제1항에 따라 충분한 외국관련된 명령수권에 의거해서 국내적으로 효력이 발생된 것이라면, 그때에는 조약법이 필요치 않을 것이다.

#### 4) 협력의 형태

기본법 제59조 제2항 제1문에 언급된 조약은 그때마다 연방입법을 관할하는 기관의 동의나 협력을 필요로 한다. 다시 말하면 연방의회와 연방참사원이 연방법률의 형태로 동의나 협력을 해주어야 한다. 이 법률을 동의법(Zustimmungsgesetz)이나 조약법(Vertragsgesetz)이라 칭한다.

“동의법”이란 개념은 이 법률의 주요기능 중 하나에 우선시해서 사용한 것으로, 즉 연방대통령에 의한 조약체결에 관해 입법기관의 승인에 (그러나 승인해야 할 책임이 있는 것은 아니다) 주목한 것이다. 이는 또 왜 그 법률이 연방대통령이 최종적으로 조약체결이나 비준을 하기 이전에 발령되지 않으면 안 되는지에 관한 원인이기도 하다. 그럼에도 불구하고 “조약법”이란 개념이 우선적으로 고려되기도

---

196) Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 64.

한다. 이는 이의법(Einspruchsgesetz)에 대한 대립명제로서 동의법의 관행적인 개념과 혼동을 피하기 위해서이다.<sup>197)</sup>

기본법 제59조 제2항 제1문의 어의는, 두 가지 대안 중 어느 하나가 존재하면, 항상 그때 조약법을 발령하지 않으면 안 된다는 점에서 명백한 것으로 보인다. 그러나 어떠한 조약을 집행하기 위해서는 명령이 필요하고, 그 명령은 연방의회나 연방참사원의 동의를 필요로 하며, 그런 조약이 제2단에 속한다고 연현재가 그렇게 해석한 까닭에, 이 사례에서는 조약법이 제정되지 않으면 안 되었다.<sup>198)</sup> 이런 결론은 이론상으로 논란이 되고 있다. 연방참사원의 동의를 필요로 하는 그런 명령에 관 것이라면, 그때에 갑자기, 조약법이 발령되어야 했던 까닭에, 연방의회가 동의해야만 하는 것을 의미하였다.

그 외에도 기본법 제59조 제2항 제1문의 지배적인 해석이 지닌 기본적인 사고는, 조약의 집행에 국내적으로 법률이 필요하다면, 그때에 조약법이 필요한 것이라는 주장이 타당하다는 점이다. 그러나 조약의 집행에 연방참사원의 동의와 더불어 명령이 필요한 그런 조약이 있을 수 있는 바, 이는 그런 경우에 해당하지 않는다. 특히 이 사례에서 동의가 법률의 형태가 아닌, 연방의회나 연방참사원의 개별적인 결의의 형식으로 주어진다는 점에서 전반적으로 도출된다는 것이다.<sup>199)</sup> 실무는 이러한 해석에 따르는데, 동의는 결의의 형식으로 나타나게 된다.

기본법 제59조 제2항 제1문이 연방법률을 요구한다는 점에서, 연방법률은 입법절차에 관한 기본법 조항을 참고해야 한다(제76조 이하).

---

197) BVerfGE 1, 396ff, 410.

198) Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 65.

199) Vgl. Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, S. 195ff; Streinz, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, Art. 59 Rn. 37 mwN.

기본법상 그 조항에 의해 그리고 입법기관의 동의나 협력을 참작함에 의해 조약법은 어떠한 다른 법률과 마찬가지로 동의법이나 이의법으로 다루어질 수 있게 된다. 연방의회는 이런 경우에 동의해야만 하고, 그와 아울러 법률이 의결될 수 있는 것이다. 이에 반해, 연방참사원은, 동의법을 다룰 때에만 동의를 해야 한다. 이의법의 경우에 연방참사원은 형평이나 항의의 형태로 그의 협력권을 행사한다.<sup>200)</sup>

200) 연방참사원의 협력과 관련해서도 동의법과 이의법이 유의미하다. 연방의회에서 의결된 법률이 연방참사원에 이송되면, 모든 법률에 필수적으로 요구되는 연방참사원의 고유한 협력이 개시되어야 하고, 그 협력은 단순한 입장표명을 능가하는 것이다(기본법 제76조 제2항). 협력의 정도는 다양한데, 사정에 따라서는 그것이 이의법에 관한 것인지, 동의법에 관한 것인지에 따라 다르다. 동의법은 - 이따금 연방적(föderative) 법률이라 불리우는데 - 그 법률의 발효에는 연방참사원의 동의가 필요하게 된다. 이런 사례에 관해 기본법에서는 개별적으로 명시적으로 제시하고 있으며(열기주의), 또 예외 없이 규율범위와 관련되는데, 규율범위에 관해서는 주의 이해관계라는 측면이 특히 강력하게 영향을 미친다(BVerfGE 1, 74, 79). 현재에는 다음과 같은 기본법 규정이 관계된다. 즉 제29조 제7항, 제74조의a 제2항 내지 제4항, 제79조 제2항, 제84조 제1항, 제5항 제1문, 제85조 제1항, 제87조 제3항 제2문, 제87조의b 제1항, 제2항, 제87조의c, 제87조의d 제2항, 제91조의a 제2항, 제96조 제5항, 제104조의a 제3항 내지 제5항, 제105조 제3항, 제106조 제3항 내지 제5항, 제107조 제1항, 제108조 제4항, 제5항, 제109조 제3항, 제5항, 제115조의c 제1항, 제3항, 제115조의k 제3항 제2문, 제115조의l, 제120조의a, 제134조의 제4항, 제135조 제5항, 제135조의a 등이다. 동의법이 존재하지 않는 범위에서, 표준적인 사례로 서술되는 것이 바로 이의법(Einspruchsgesetz)에 관한 것이다.

이의법의 개정은 연방참사원에서 이루어지게 되는데, 이의법의 개정에는 연방참사원이 2단계로 협력해야 한다. 먼저, 연방참사원은 법률안을 접수한 다음 3주 내에 조정위원회의 소집요구를 할 수 있다(기본법 제77조 제2항 제1문, 제3항 제1문). 이 위원회에서는 절차를 (아무런 성과 없이) 종료시키거나 법률안의 수정을 제안할 수 있는데, 그때에는 그에 관해 연방의회는 새롭게 의결을 해야만 한다(기본법 제77조 제2항 제5문). 그 다음에 연방참사원은, 기본법 제77조 제2항에 따른 절차가 종결되면, 2주 내에 그 법률안에 대해 이의를 제기할 수 있다(기본법 제77조 제3항 제1문). 조정위원회의 수정제안에 관한 연방위원회의 재의결을 접수함으로써 또는 조정위원회가 (아무런 성과 없이) 종료되었다는 통지를 접수함으로써 이의기간은 개시된다(기본법 제77조 제3항 제2문). 연방참사원의 이의는 연방위원회의 의결로 기각될 수 있다(기본법 제77조 제4항). 이의의 기각으로 그 법률은 성립된다(기본법 제78조). 기각에 필요한 다수결이 연방위원회에서 성립되지 아니하면, 그 법률은 최종적으로 파기된다.

따라서 그런 사례에서 조약법에 있어 동의법이나 이의법에 관해 연구되어야 한다. 거기서는 다른 연방법률에 우선해서 그렇다. 그에 이어 기본법이 명시적으로 그런 법률을 예정하였다면, 그때에만 동의법에 관해 다루어야 한다. 기본법 제59조 제2항 제1문 제1단에 따라 오로지 연방의 정치적 관계를 규율하지만, 동시에 연방입법의 대상과는 전혀 관련되지 않는 그런 조약은 결코 동의법이라고 할 수는 없다는 결론에 다다른다.

기본법 제59조 제2항 제1문의 지배적인 해석에 있어 두 번째 효과는, 오로지 주입법의 대상에 지나지 않지만 연방에 의해 체결되는 그런 모든 조약들은 조약법을 필요로 하는데, 그러나 이런 법을 결코 동의법이라 할 수 없다는 점이다. 실무상으로는 본래 주입법의 대상에만 배타적으로 관련되는 그런 조약은 없지만, 연방의 정치적 관계와 관련되고 또 주입법의 대상에도 관련되는 그런 조약을 생각해볼 수 있고, 또는 주입법의 대상에 관련된 개별적인 규정 때문에 조약법이 필요한 그런 조약을 생각해볼 수는 있다.

과거에 제기된 소수설에 따르면, 조약의 조항이 연방과 주의 관계를 직접적으로 특별한 방식으로 관련되면, 그때에는 연방참사원이 동의권을 지니게 된다는 것이다.<sup>201)</sup> 그러나 그에 관해 기본법에서는 아무런 근거도 찾을 수 없다. 특히 법률에 의한 동의필요성은, 연방과

---

동의법과 관련해서, 연방참사원은 조정위원회를 소집 요구할 수 있으며, 연방참사원이 동의법에 관해 동의나 각하를 선언할 수도 있는데, 이 경우 연방참사원은 조정위원회를 소집 요구해서는 안 된다(기본법 제77조 제2항 제1문, 제3항 제1문). 연방참사원이 조정위원회를 소집 요구하면, 그때에 연방참사원은 절차를 종결한 다음에는 반드시 결정해야만 한다. 연방참사원이 동의를 거부하면, 그때에는 그 법률은 성립하지 아니한다. 연방의회는 동의를 결여를 보완할 수 없다. 동의법에 있어 연방의회와 연방정부도 조정위원회를 소집 요구할 권한을 가진다(기본법 제77조 제2항 제4문). Vgl. Tilch, Rechts-Lexikon, Bd. 2, S. 186.

201) Rojahn, in: v. Münch, Grundgesetz Kommentar, Art. 59 Rn. 30.

주의 관계나 주의 특별한 이익과 관계되는지의 여부에 따라 것이 아니라, 오히려 기본법이 구체적인 사례에 동의를 예정하였는지 여부에 배타적으로 따라야 할 것이다.<sup>202)</sup>

기본법 제59조 제2항 제1문은 입법절차에 관한 기본법 조항을 언급하고 있는 까닭에, 통설과 연헌재의 현행 판례에 따르면,<sup>203)</sup> 조약의 개별 조항이 동의필요성을 지니게 되면, 조약법은 동의법으로서의 성격을 지니게 된다는 점에서 출발한다.

기본법개정적인 조약의 체결에서는 기본법 제79조가 적용된다. 기본법 제79조 제2항과 결합된 제1항에 따라 먼저 기본법이 개정되고 또 그 다음에 조약이 체결될 수 있다는 것이 모범적인 사례이다. 그렇지만 특별한 국제법상 조약을 위해 기본법 제79조 제1항 제2문은 다른 절차를 마련해놓고 있다. 이 규정은 강화조약, 강화조약의 준비 또는 점령법적 질서의 폐지를 그 대상으로 하거나 연방공화국의 방위에 기여하도록 규율하는 조약과 관계된다. 이런 사례에서는 조약의 체결 이전에 한두 곳에서 기본법의 개정이 이루어지는 것이 아니라, 기본법이 조약에 배치되지 않도록 기본법상 어의를 보완하는 것으로 충분하다는 것이다. 이러한 해명은 조약에 의한 기본법의 개정이 위헌이 아닐 수 있는 것으로 작용한다. 이는 또, 기본법의 관련 조항의 어의를 개정하거나 보완함이 없어도, 기본법을 개정하거나 보완할 수 있는 사례에 관한 것이다.

기본법 제23조 제1항 제3문은 특수한 사례를 규율한다. 거기서는, 기본법을 개정, 보완하거나 또는 개정이나 보완을 가능하게 하는 유럽연합의 조약상 근거의 개정에 관해 규율하고 있는데, 그에 관해서는 기본법 제79조 제2항과 제3항이 적용되는 법률을 필요로 한다는

---

202) 오로지 Rojahn, in: v. Münch, Grundgesetz Kommentar, Art. 59 Rn. 27.

203) 예컨대, BVerfGE 8, 274ff, 294f:55, 274ff, 326f.

것이다. 기본법 제23조 제1항 제3문이 명시적인 규율을 누락시킴으로 인해 기본법 제79조 제1항의 적용은 제외된다. 따라서 이런 사례에서는 기본법의 예단적인 개정(Vorab-Änderung)도, 기본법 제79조 제1항에 따른 해명도 인정되지 않는다.

조약법은 단지 조약체결에 관한 동의만을 포함할 수 있으며 따라서 조약명문 전체에 대해 동의한다. 수정이나 보완은 불가능하다. 수정이나 보완을 하고자 하면 조약당사자들과 새로이 협상하지 않으면 안 된다.

따라서 연방의회직무규정 제82조 제2항은 규정하길(Sartorius I, 제35호): “연방의 정치적 관계를 규율하거나 또는 연방입법의 대상과 관계되는(기본법 제59조 제2항) 외국과의 조약 및 유사한 조약에 관해서는 수정발의는 허용되지 아니한다.”

다른 측면에서는 완성된 형식의 조약명문이 존재하지 않으면 안 된다. 왜냐하면 그래야만 입법기관은 그 동의의 외연을 조망할 수 있기 때문이다. 이에 관해 아주 드문 사례에서 예외가 있을 따름이다. 이에 관한 전제조건은, 최종적인 명문이 아직 확정되지 아니한 그런 조약은 특별한 이유로 인해 협상의 종료와 동시에 발효해야 한다는 것인데, 그렇지 않으면 연방공화국이 중대한 손실이 발생할 수도 있기 때문이다. 이런 사례는, 조약의 내용이 이미 충분히 세부적으로 규정된 그런 한도에서만, 사전적으로 이루어지는 동의가 가능하게 된다.

## 5) 행정협정

기본법 제59조 제2항 제2문에 따르면 행정협정에는 연방행정에 관한 조항을 준용해서 적용한다. 행정협정에 관해 통설은 기본법 제59

조 제2항 제1문에 해당되지 않는 모든 국제법상 조약을 의미하는 것으로 이해한다.<sup>204)</sup> 거기서는 또 연방의 정치적 관계를 규율하지도 않으며 또 연방입법의 대상과도 관계되지 아니하는 그런 조약을 의미한다.<sup>205)</sup> 오히려 여기서의 조약은 입법자의 참여 없이도 행정에 의해 이행될 수 있으며, 그 이행을 위해 행정이 또 필요한 권한과 수단을 지니고 있는 그런 조약을 의미한다. 이들 조약에는 어떠한 조약법도 필요치 않다는 견해에 따르면, 여기에는 병립조약도 해당될 것이다.

연방에서 행정협정의 체결을 관할하는 이는 기본법이 규율한 바에 따르면 기본법 제59조 제1항 제1문과 제2문에 따라 오로지 연방대통령이어야 한다. 기본법 제59조 제2항 제2문은 행정협정 전체를 행정부의 권한으로 배정하고 또 따라서 연방대통령의 활동은 어떠한 방식이든 필요치 않다는 견해가 있다.<sup>206)</sup> 그러나 이 견해는 관철될 수 없다. 그럼에도 불구하고 실무에서는 연방대통령이 행정협정을 체결하지 않은 것으로 파악한다. 통설에 따르면 이는 암묵적인 또는 헌법관습법적인 위임에 근거한 것이다.

행정협정은 기본법 제65조에 근거해서 체결기관에 따라서 정부협정이나 전문부처협정으로 지칭된다.<sup>207)</sup> 연방정부, 특별부처 장관, 또는 복수의 부처 장관이 행정협정이라는 표제로 참여하고 있다. 이는 위에 언급된 기관들이 조약의 당사자이라는 점과 관련해서 오해가 있어서는 안 된다. 조약의 당사자는 어떤 경우이든 독일연방공화국이

---

204) 단지 기술적인 내용과 관련해서만 행정협정이 한정된다는 견해로는 vgl. Bleckmann, Staatsrecht I, S. 749.

205) 행정협정의 체결에 관한 정당성은 헌법관습법에서, 기본법 제59조 제2항 제2문에서, 기본법 제65조에서, 또는 연방대통령이 재가한 연방정부의 직무규정에서 그런 조약을 예정하고 있다는 점에서 찾을 수 있다. Vgl. Bleckmann, Staatsrecht I, S. 749.

206) Vgl. Stern, Staatsrecht II, S. 226.

207) 연방정부부처공동직무규정 제72조 제1항 참조. 명문은 [www.staat-modern.de](http://www.staat-modern.de)

고, 위에 언급된 기관은 단지 그 국가를 위해 활동할 뿐이다.

어떤 조약이 정부협정이나 전문부처협정으로 체결되는지 여부는 연방정부의 내부적인 임무분배에 따른다.<sup>208)</sup>

연방공화국에서 실무는 - 진정으로 관용례에서 보여지듯이 - 전혀 다르게 절차화되어 있다. 그에 따르면, (연방공화국이나 연방대통령의 이름으로 체결된) 국가조약, (연방정부의 이름으로 체결된) 정부협정, 및 (단일 또는 복수의 전문부처 장관의 이름으로 체결된) 전문부처협정으로 구분된다.

연방과 주의 조약체결능력의 범위에 관한 문제는 기본법 제32조에 따라 판단된다. 그에 따르면 연방이 입법권을 지닌 곳에서는, 연방에게 모든 조약체결권이 부여되어 있다. 주가 기본법 제84조에 따라 고유한 사항으로서 또는 기본법 제85조에 따라 연방의 위임으로 인해 실행할 수 있는 소관업무에 관한 것이라면, 특히 그때에는, 어쨌든 행정협정이 유효하다. 따라서 주가 고유한 입법관할권을 가진 곳에서는, 주가 행정협정을 위한 조약체결권을 가질 따름이다. 여기서도 의심스러운 사례에 관해서는 Lindauer협정이 적용된다.

기본법 제59조 제2항의 전체규정에 따르면, 행정협정의 체결을 위해서는 편면형 절차가 예상된다. 그렇지만 연방의 행정협정이 비준유보를 포함한다면, 연방대통령만이 비준하는 한도에서만 다면형 절차가 적용될 수 있다. 그와 아울러 행정협정을 협상하는 기관은 이 조약을 스스로 구속적으로 체결할 수는 없다. 실무에서는 그런 사례에서 연방대통령은 그에 부합하는 선언을 교부함으로써 연방정부에게 원칙적으로 전권을 부여한다.

---

208) 이에 관해서는 Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 537ff.



## 2. 국제관습법

관습법은 국제법의 두 번째로 중요한 법원이다. 대부분의 경우 국제관계에서는 국제법상 조약에 의거해서 국가의 권리와 의무를 규율하고자 하고, 국제관습법을 법전화해서 항상 더 많은 조약을 체결하려 열망하지만, 그럼에도 불구하고 관습법은 항상 주요한 기능을 담당한다. 이는 특히 국제법 관련성과의 연관관계에서 유효하다. 왜냐하면 다자간의 거대한 법전화협정에서는 모든 국가가 조약당사자가 됨으로 인해 어떠한 개별적인 사례도 용인할 수 없기 때문이다. 따라서 조약당사자와 비조약당사자 사이의 법적 관계는 협정체결 이전과 마찬가지로 체결 이후에도 관습법에 따라 규율된다.

### 가. 개념

국제사법재판소규약 제38조 제1항 b목에서는 관습법을 “법으로 승인된 일반적인 관행의 표현”으로 정의한다. 거기서는 관습법에 관해 두 가지의 핵심적인 정의요소가 제기된다: ① 관행(*consuetudo*, 객관적 요소)과 ② 법적 확신(*opinio iuris*, 주관적 요소).

그러므로 국제관습법을 국제법주체가 법적 확신을 가지고 수행한 관행에 의해 등장하게 된 규범의 총체로 정의할 수 있다. 이런 정의는 통설, 국가실무 및 국제사법권에서도 부합한다.<sup>209)</sup> 또 연헌재와 연방행정법원도 이런 정의에 바탕을 두고 재판하고 있다.<sup>210)</sup>

이러한 정의는 국제사법재판소규약 제38조 제1항 b목의 두 가지

---

209) Vgl. zB IGH in: ICJ-Reports 1969, S. 3ff, 42ff; 1985, S. 6ff, 29f; 1986, S. 14ff, 97f.

210) Vgl. zB BVerfGE 16, 27ff, 34; 66, 39ff, 64f; BVerwGE 37, 116ff, 123.

요소를 포함하는 까닭에, 관습법 이원론이라고도 지칭된다. 그 외에도 개별화된 일원론이 제시되고 있는데, 이는 단지 두 가지 정의요소 중 어느 하나를 겨누면서 또 이를 관습법의 출현에 충분한 것으로 파악한다.

예컨대 법적 확신은 심리적 주관적 요소로서 거의 필요치 아니며 또 과도한 것으로 지적된다. 관행만으로 관습법의 등장에는 충분하다는 것이고 또, 특정한 관습법이 존재하는 여부의 심판에서는 배후에 있는 법적 확신에서 관행이 즉각적으로 제시된다는 것이다. 이 이론의 약점은, 존재영역에서 도출되는 사회적 사실(관행)이 어떻게 갑자기 당위명제(규범)으로 되는 것인지 이 이론은 설명하지 못한다는 점이다. 그 이외에도 이 이론으로는 관습법이 국제관례<sup>211)</sup>와 구별되지 않는다는 점이다.

다른 측면에서도 제기되고 있는데, 관행은 관습법에 관한 통지에는 의미가 있지만, 관습법의 출현에 대해서는 필요치 않다는 점이다. 그에 관해서는 국제법주체 사이에서 만장일치의 법적 확신이 개별적이고 유일하게 결정적인 것이다. 자연발생적으로 출현한 관습법이 있으며, 그 법이 관행에 의해 확인되었다는 한도에서만 의미가 있게 된다 (sog. *diritto spontaneo*).<sup>212)</sup>

이에 반해 국제관습법의 발현형태에 관해서는 아무런 의견의 차이가 없다. 그래서 보편적(= 모든 이에게 유효한) 관습법, 일반적(= 국제법주체 중 수많은 주체들에게 유효한) 관습법, 분권적(*partikulärem*), 지역적 또는 지방적(= 지리적, 역사적, 이념적 등으로

---

211) 국제관례(*Völkercourtoisie*)란 어느 누구에게서건 존중되지만, 국제법차원으로 받아들여지지 않는 국제관계에서의 행위수준 내지 기준을 말하는데, 외교적인 의식을 대표적인 예로 들 수 있다. Vgl. Schweitzer, *Staatsrecht* III, S. 6.

212) Vgl. Ago, RDC 90 (1956 II), S. 857ff, 932ff.

구획된 국제법주체 중 특정적인 주체들에게만 유효한) 관습법 그리고 양자적(= 두 국제법주체 사이에서 유효한) 관습법으로 관행적으로 구분한다. 국제사법재판소가 “인도지역 통행권에 관한 사건”에서 승인할 때까지, 양자적 관습법은 오랜 기간 동안 논란이 되었다.<sup>213)</sup>

## 나. 출현

국가기관이 법적 확신을 수반해서 관행적 행위(Übungshandlungen)를 정립하면, 국제관습법이 등장하게 된다. 이는 실질적 행위나 부작위로 존재할 수 있음이 거기서 승인되고 있다.<sup>214)</sup> 마찬가지로 모든 국가기관이, 즉 외교권의 담당기관(국가원수, 정부, 외교장관과 같이)도, 법원, 행정청, 공무를 수탁받은 기업(beliehene Unternehmen) 등도 관계된 관행적 행위를 정립할 수 있음이 승인되고 있다. 어떠한 기관의 작용(Organhandeln)이 그 기관이 행동하는 바와 동일한 형태로 유효하게, 국가 내지 국제법주체에게 귀속될 수 있는 까닭에, 어떠한 기관이든 관습법의 등장에 협력할 수 있다. 국제법은 그런 한도에서 국내적 법질서와 그 기관 관련 규정에(deren Bestimmungen über Organe) 완전하게 지시하고 있다. 어떠한 기관이 법적 확신을 명확하게 지니는지 여부 문제에서 전체적으로 명료한 것은 아니다.

관습법의 개별적인 요소를 상세하게 규율함과 관련해서, 다음과 같이 받아들여질 수 있다.

### 1) 관행

---

213) ICJ-Reports 1957, S. 125ff; vgl. dazu Weber, in: Encyclopedia, Bd. IV, S. 261ff.

214) Vgl. Ständiger IGH im “Lotus-Fall”, PCIJ, Series A, Nr 9, S. 28; vgl. dazu Herndl, in: Encyclopedia, Bd. III, S. 263ff.

관습법의 객관적인 요소인 관행은 통설에 따르면, 통일적이고, 일반적이며, 계속적이지 않으면 안 된다.

가) 관행의 통일성은 무모순성을 의미한다. 개별적인 선례는 동일한 형태가 아니면 안 되고, 최소한 동일한 형태이므로, 거기서 하나의 규칙이 도출된다.

나) 관행의 일반성은, 그들의 이익과 관련된 모든 국제법주체들이 통일적으로 행동함을 의미한다. 이는 보편적 관습법에서 모든 현존하는 국제법주체들을 포괄한다. 거기서는 모든 이가 활성화적으로 관행에 참여해야만 하는 것은 아니다. 비참여자가 동의하거나 이의를 제기하지 않는다면, 그것으로 충분하다는 점이 제시된다. 관습법의 적용에 관한 문제가 제기되는 상황에서, 그런 상황에서 관행이 그때 제기되면, 그 관행은 통일적으로 이루어지지 않으면 안 된다. 엄격한 교리적인 의미에서, 고유하게 “일반적인”의 개념을 모든 국제법주체와 관계되지 않으면 안 되는데, 그 주체들은 관습법규범에 기속되어야 한다. 따라서 참여한 국제법주체가 관행에 능동적으로 참여 내지 동의하거나 모순되지 않는지 여부가 개별적인 사례에서 추구되어야 할 것이다. 거기서는 결여된 모순보다는 참여와 동의가 훨씬 손쉽게 증명될 수 있는데, 결여된 모순은 중국적으로 국제법주체의 침묵에서 도출되지 않으면 안 된다. 따라서 국제법 판례와 일부 학설은, 개별적인 사례에 참여한 국제법주체를 지목하기보다는 관행이 압도적으로 실제로 행해지는 여부에 주목하려는 경향을 보인다.<sup>215)</sup>

이에 반해 다음에 관해서는 일반적으로 승인되고 있는데, 즉 국제법주체가 처음부터 관행에 완강하게 저항하였다면(sog. persistent objector), 그 국제법주체는 항의나 다른 형태로 해명된 그와 같은 관행에 기속되는 것이지, 관습법의 그렇지 않았으면 일반적으로 행사되

---

215) BVerfGE 23, 288ff, 316f.

있을 그러한 규범에 기속되는 것은 아니라는 점이다.<sup>216)</sup>

다) 관행의 계속성은 관습법의 등장을 위한 필요조건으로 일반적으로 승인되지만, 계속성을 세밀하게 확정하는 것에 관해서는 그 견해가 통일되지 않았다. 국제사법재판소는 원래 “충분히 오랜 동안의 관행”을 요구하였다.<sup>217)</sup> 나중에 국제사법재판소는, 관행이 “집적되고 생동적으로 통일된” 것이라면, 단기간에 유효하게 할 수 있다는 점에서, 이러한 필요조건을 상대화하였다.<sup>218)</sup> 관행이 부수적으로 집적되면, 관습법은 매우 신속하게 형성될 수 있다는 점에서, 통설은 바탕을 두고 있다.

## 2) 법적 확신

통설은 관행 이외에도 관습법 출현을 위한 주관적 요건으로 법적 확신을 요구하고 있다. 법적 확신의 세부적인 내용과 관련해서 근본적으로 다양한 견해가 등장하고 있다.

전통적인 학설에 따르면, 법적 확신(Rechtsüberzeugung)은 관행을 정립한 국제법주체가 자신들의 행동에 법적으로 책임을 지우는 것에 관해 확신을 가져야 함을 의미한다.<sup>219)</sup> 그에 이어 법적 확신은 또 법인식(Rechtserkenntnis)의 산물이다. 이 학설의 난점은 관습법의 출현을 이끌어내는 첫 번째 관행적 행위가 잘못된 법적 확신에 기인하였거나 또는 법적 확신 없이 정립된 경우에 노정된다. 왜냐하면 관행을 정립한 국제법주체가, 잘못해서 그런 것이 아니라면, 현존하는 관

---

216) 또한 “처음부터 완고한 법적 이의”에 관해 연헌재가 언급한 것으로는 BVerfGE 46, 342ff; 389.

217) 영국과 노르웨이의 어업분쟁에서는, ICJ-Reports 1951, S. 115ff, 139.

218) “Nordsee-Kontinentalschelf-Fällen”에서는, ICJ-Reports 1969, S. 3ff, 43; vgl. dazu Jaenicke, in: Encyclopedia, Bd. III, S. 657ff.

219) BVerfGE 15, 25ff, 35; 16, 27ff, 34; 46, 342ff, 367.

습법을 침해하는 것임을 아주 상세하게 알 것이기 때문이다.

법적 확신이 법적으로 요청된 행동과 관련된 확신일 뿐만 아니라 정책적으로 필요한 행동과 관련된 확신일 수 있으므로, 필요성에 관한 법적 확신을 말하고자 한다는 점에서, 이러한 딜레마를 타개하려고 시도한다. 다른 국가들이 정책적으로 필요성에 이러한 평가를 공유한다면, 다른 국가들이 동등한 형태로 행동할 것이고, 또 점차로 필요성의 확신에서 하나의 법적 확신으로 진전하게 될 것이다. 이러한 연관관계에서 “안정화된 행위기대(stabilisierten Verhaltungserwartungen)”에 관해 말하는데, 그것은 국제관습법의 형성을 이끌어낸다.

이러한 범위에서 법적 확신에 관한 두 번째 중요한 학설을 세부적으로 전개한다. 그에 따르면, 법적 확신은 특정한 관행이 합법적이라는 확신이다. 법적 확신은 또 법창설행위이다. 다른 국가들이 이러한 확신을 공유한다면, 법적 확신은 또 준용할 수 있는 관행적 행위로 정립된다. 그것은 의사의 합치가 되고 또 어떠한 규범이든 창설하게 될 것이다. 그 전체는 관습법이 암묵적인 조약(pactum tacitum)으로 다루어진다는 이론으로 귀결된다.

국제사법재판소 판례는 지금까지 이러한 이론적 분쟁의 해결에 거의 기여하지 못하고 있다. 판례는 그에 관해 아무런 입장도 표하지 아니한 까닭이다. 문제를 보다 실용적으로 다루려는 이론이 새롭게 시도되고 있다. 따라서 원망으로 머물러 있는 규범을 인지하는 확신에 관해 말하는 것이고, 사태의 상황에 따라서는 법인식에 한번쯤은 법적 확신을 부여하고 또 그때에 법창설을 부여하며 그리고 무엇보다도 다음에 관해 언급한다. 즉 관습법은 율동적이라는 점, 그것의 세부적인 시행을 전혀 정확하게 확인할 수 없다는 점, 그리고 따라서 관습법규범이 어떠한 내용을 어느 특정한 시점에 지녔음을 확인함에

의해서만 좌우될 것이라는 점 등이다.

## 다. 기본법 차원의 규율상태

기본법과 주헌법은 국제관습법의 개념을 전혀 언급하지 않고 있다. 이에 반해 기본법 제25조가 (배타적이 아니라면) 국제관습법과 관련 되는 것에 관해 최소한이나마 합의가 존재한다. 이 규정은 관습법의 변형을 규율하며 또 그밖에 관습법의 개념과 개별성을 전제로 한다.

기본법은, 따라서 관습법이 관행적 행위의 정립에 관해 그리고 법적 확신의 표출에 관해 관할하는 기관을 특정하는 그런 한도에서만 관습법과 관련해서 초치될 수 있다.

관행과 관련해서 통설에 따르면, 이는 모든 국가기관, 즉 연방과 주의 입법기관, 사법기관 및 행정기관이다.<sup>220)</sup> 누구에게 항상 기본법이 고권적 행위, 국가권력의 행사에 관해 수권하였는가는 국제법상으로 상대화된 관행적 행위로 정립될 수 있다. 연방국가는 - 국제법적으로 보여진 바와 같이 - 대외적으로 단일국가로 나타나는 까닭에, 주의 기관에 의해 정립된 관행적 행위는 연방에게 귀속된다.

법적 확신과 관련해서 더욱 어려운 문제에 답변해야 한다. 법적 확신의 표현은 관행적으로 외교관계를 관할하는 기관의 선언에서, 의회의 결의나 법률에서, 그리고 최고법원의 판결에서 발견할 수 있다. 최소한 법적 확신이 법인식의 산물이라는 시각에서 전개할 때, 이러한 선언, 결의 및 판결에 법적 확신이 반영될 수 있다.

이는 원칙적으로 다른 모든 국가기관의 행위와 관련된다. 하지만, 국가기관 행위의 국제법적 관련성과 그에 대한 법적 확신은 부분적으로 다음과 같은 주장으로 인해 논란이 된다. 즉, 국가기관의 행위

---

220) 또한 vgl. BVerfGE 15, 25ff, 35; 16, 27ff, 34ff; 46, 342ff, 367f.

는 단지 국가 내부적인 과정일 따름이지 국가 사이의 관계를 형성하고자 것은 아니라는 점이다. 그 행위에 수반된 법적 확신은 기본적으로 이러한 행위에 국제법적으로 책임이 부과된다는 점에 있는 것이 아니라, 오히려 국내적으로 책임이 부과된다는 점에 있다는 것이다. 행정청과 법원은 현행법률을 적용하지 않으면 안 된다. 거기서 국제법적인 법적 확신에는 전혀 좌우되지 않는다. 국가의 법적 확신은 오히려 이런 법률을 통해 명료하게 표명된다. 따라서 많은 사례에서 국가기관의 행위에는 국제관습법에 관해 국가의 어떠한 고유한 견해도 반영되지 않는다. 전반적으로 보면, 법적 확신에 있어 원칙적으로 모든 국가기관의 행위에 주목하는 것이 아니라, 국제법상 법적 확신이 실제로 입증할 수 있는지 여부가 개별적인 사례에서 매우 세부적으로 심사되지 않으면 안 된다. 그런 한도에서 여기서는 기본법의 수권이 국가권력의 행사에도 역할을 하게 된다.

### 3. 법의 일반원칙

국제사법재판소규약 제38조 제1항 c목은 국제법의 세 번째 法源으로 “문명국민에 의해 승인된 법의 일반원칙”을 제시하고 있다. 국제법의 모든 법원은 승인된 정도에 있어 동등한 등급을 지닌다. 따라서 “後法이 前法을 깨뜨린다”와 “특별법이 일반법을 깨뜨린다”가 유효하다. 하지만, 실무상으로 법의 일반원칙은 거의 대부분 보충적으로 적용되는데, 이 원칙은 원칙적으로 일반법에 해당하는 까닭이다. 조약법이나 관습법 양자 모두 규정을 두지 아니한 곳에서, 또 국제법에 틈새가 존재하는 곳에서, 법의 일반원칙이 이러한 틈새를 보충할 수 있다는 점에서 이 원칙은 본연의 의미를 지니게 된다.

국제사법재판소규약 제38조 제1항 c목은 “문명국민”에 주목하고 있는데, 오늘날 만장일치의 견해에 따르면 아주 진부한 것으로 치부



된다. 거기서는 모든 국가로 포섭된다.

## 가. 개념

법의 일반원칙은 국가법질서에 의해 만장일치로 승인된 원칙이라는 점에 관해 견해가 일치된다. 거기서는 원칙에 관한 것이지, 세부적인 규정에 관한 것은 아니다. 이는 국가의 법질서 안에 일관해서 존재하는 원칙을 말한다. 따라서 법의 일반원칙은 단지 비교법영역에서 인식할 수 있을 따름이다. 그 원칙은 사법이나 공법에 귀속될 수는 있겠지만, 국제관계에 원용되지 않으면 안 되는데, 그 원칙은 그렇지 않으면 아무런 적용범위도 지니지 못하기 때문이다. 국제법의 대등관계법적 속성에 의거해서 (대등관계법적 성격을 지닌) 私法상 원칙이 공법상 원칙보다 훨씬 용이하게 원용된다.

이러한 일치된 원칙은 공통적인 법적 가치관의 표현으로 등급지울 수 있는데, 일반원칙을 국제법에 필수적인 구성부분이라는 법적 가치로 승인하게 된다. 국제법에서 틈새가 발견되면, 이 원칙으로 되돌아가 이 원칙을 통해 국가는 이 문제를 국내적으로 해결하게 된다.

실무적으로는 법의 일반원칙이 그에 반해 포괄적인 비교법에 의거해서 그 이론적 관념으로 형식화되지는 않는다. 그와 같은 것은 가설적으로는 결코 극복할 수 없을 것이다. 대부분은 가장 핵심적인 법적 권역의 분석으로 제한된다.

많은 경우 국제적인 法院들은 법의 일반원칙이라는 존재에 관해 그 어떠한 실체적인 것도 없이 단순한 주장에 지나지 않을 뿐인 것으로 제한하고 있다.

일부 학설은 법의 일반원칙이라는 개념을 아직도 폭넓게 파악한다. 그에 따르면, 국제법질서나 국제공동체의 구조에서 도출되는 원칙으로 이해할 수 있을 것이다. 이 원칙을 현행 조약법과 관습법을 추상

화시켜 획득하려고 한다. 이 원칙은 거의 대부분 “국제법상 일반원칙”에서 구분하려는 목적을 가지고 지칭된다.

이에 관해 이른바 국가의 기본권(예컨대 평등과 독립성), “조약은 이행되지 않으면 안 된다”는 원칙, 조약해석과 법창조의 원칙 등을 들 수 있다.

그러나 효력근거에서 제시된 바와 같이 그 원칙은 조약법과 관습법으로 파악되는 까닭에, 이 원칙을 이와 같은 법원으로 봐야지, 법의 일반원칙으로 봐서는 안 된다.

## 나. 기본법 차원의 규율상태

기본법과 주헌법은 법의 일반원칙이란 개념을 사용치 않고 있다. 이에 반해 기본법 제25조(“국제법상 일반원칙”)가 법의 일반원칙과 관련성을 지니는지는 논란이 된다. 통설에 따르면, 법의 일반원칙을 국가법질서에 의해 만장일치로 승인된 원칙이라고 보면서, 이를 부인한다. 왜냐하면 위에 언급한 조항은 특정된 법칙의 변형을 규율하기 때문이다. 그러나 법의 일반원칙이 연방공화국 법질서의 구성부분이라면, 단지 그때에만 그 원칙이 존재할 따름이다. 그러나 그 자체로는 아무런 변형도 필요치 않다. 이는 무의미할 것이다. 그러나 법의 일반원칙 개념과 관련해서 소수설에 따르면, 법의 일반원칙은 국제법질서의 구조적인 원칙이며, 그 원칙은 조약법과 관습법에서 도출되는 것으로서, 이 원칙은 어떠한 독자적인 변형도 더 이상 필요치 않다는 입장이다. 그 견해는 조약법과 관습법 모두 즉각적으로 이미 변형될 수 있는 것으로 파악한다.

기본법 제123조 제2항에 규정된 “법의 일반원칙”이란 개념은 넓은 의미를 지니고 있으며 국제법상 모든 법원을 포괄하는 의미를 지닌다.

## 4. 국제기구의 결의

### 가. 개념

국제사법재판소규약 제38조 제1항에는 국제법의 법원으로 국제기구의 결의가 언급되진 아니하였다. 이는 먼저 역사 속에서 설명할 수 있다. 초기의 발전상태를 보면, 국제기구가 국제사법재판소규약 제38조 제1항의 형식 속에서 아무런 역할도 하지 못할 것으로 본 것이다. 이러한 이유에서 국제사법재판소규약 제38조 제1항에 언급된 법원 중의 하나로 이 결의를 정서하고자 시도하였다. 특히 그 결의를 국제법의 새로운 형태로, 파생적인 조약법(abgeleitetes Vertragsrecht)으로 지칭하였다. 그러한 결의가 국제기구의 설립조약에 바탕을 두는 한도에서는 항상 동의할 수 있기 때문이다. 설립조약과 마찬가지로 동일하게 그에 내재된 결의에도 “조약은 이행되지 않으면 안 된다”는 원칙에 유효하다. 따라서 회원국이 구속적인 결의를 준수하지 않는다면, 그 회원국은 설립조약을 침해한 것이다.<sup>221)</sup>

국제기구의 결의를 국제법의 새로운 독자적인 법원으로 파악하려는 견해가 그 수를 늘려가고 있다. 그 결의가 구속적이라고 할 때, 단지 그때에만 이러한 결의는 진정한 법원으로서의 성격을 가지게 될 것이다. 권고나 선언과 같은 형식의 비구속적인 결의(이른바 soft law)는 어떠한 규범적 기능도 지니지 못하며 따라서 전혀 법원으로 분류될 수 없다. 그 의미는 오히려 정치적 영역에서 찾을 수 있으며, 거기서는 중대한 윤리적 권위를 조장할 수 있을 것이다.

---

221) 이와 관련해서 유엔협정 제48조 제2항과 제25조는 회원국이 결의에 동의한다는 점과 회원국의 의무를 각각 규율하고 있다.

## 나. 기본법 차원의 규율상태

기본법과 주헌법은 단 하나의 예외만을 두고선 국제기구의 결의에 관해 아무런 명문의 규정도 두지 않고 있다. 그 규정은 국제기구에의 가입에 관한 진술을 포함하고 있다.

유럽공동체를 국제기구로 분류한다면, 여기에는 또 유럽연합의 법 집행행위에 주목하는 기본법 제23조 제3항 제1문을 제시할 수도 있다.<sup>222)</sup> 그러나 유럽연합이 일반적으로는 국제기구로 분류되지 않는 까닭에,<sup>223)</sup> 여기서 다루는 연관관계에서는 단지 유럽연합의 첫 번째 기동만이 고려될 수 있다.<sup>224)</sup>

연방공화국이 가입하였는지의 여부에 따라 어떠한 방식으로 국제기구를 다루는지와 국제기구의 결의가 어떠한 효과를 지니는지가 달라진다. 가입은 국제기구의 설립에 관한 조약체결의 형식으로 달성될

---

222) 논란이 있는데, 이에 관해서는 Schweitzer/Hummer, *Europarecht*, Rn. 85 bis 87.

223) 유럽연합은 세 개의 기동을 지니고 있는데, 공통의 기반과 공동의 지분을 지니고 있다. 그와 아울러 유럽연합은 초국가적인 요소와 더불어 고전적 결합의 요소를 포함하고 있다. 유럽연합 자체가 초국가적인 것은 아니다. 통설(Schweitzer/Hummer, *Europarecht*, Rn. 950; Streinz, *Europarecht*, Rn. 121a)에 따르면, 유럽연합은 또 독자적인 국제기구로 설명되지 아니한다. 연헌재는 1993. 10. 12. 마스트리히트조약(BVerfGE 89, 155ff.)에서 유럽연합을 “국가연합(Staatenverbund)”으로 지칭하고 있다. 그러나 이것이 구체적으로 의미하는 바는 아무 것도 정해지지 않았다는 점이다. 어쨌든 연헌재는 유럽연합을 독자적인 법인격의 주체로 분류하지는 않았다.

224) 첫 번째 기동에서는 유럽연합의 기반(유럽연합조약 제3조 제1항)으로서 두 개의 유럽공동체를, 즉 유럽공동체(과거엔 유럽경제공동체)와 유럽원자력공동체를 들 수 있다. 그 법을 유럽공동체법으로 부른다. 유럽공동체는 초국가적으로 조직된다. 그에 비해 첫 번째 기동과는 반대로 나머지 두 개의 기동은 초국가적으로 조직되는 것이 아니다. 제도적인 규율을 만장일치의 형태로 이루어진 고전적인 국제법적 결합으로 보아야 할 것이다.

수 있다. 그와 더불어 결의의 소견(die Beschlussfassung)에 관한 설립조약의 규정, 그 규정의 구속력 그리고 준수의무가 받아들여진 것이다. 따라서 이런 사례에서 조약체결에 관한 기본법의 규정이 유효한 것이다. 많은 사례에서 국제기구에의 가입은 연방의 정치적 관계를 규율하고 따라서 기본법 제59조 제2항 제1문 제1단에 따라 조약법을 조건으로 한다.

그를 제외하고는 국제기구의 설립조약에 관한 일련의 많은 사례에서는 연방입법의 대상과 관계된 것이며 따라서 기본법 제59조 제2항 제1문 제2단에 따라 조약법이 필수적으로 제정되어야 한다.

가입은 경우에 따라서는 행정협정의 형태로도 집행될 수 있다.

또 가입과 더불어 고권이 국제기구에 이양되는 그런 사례에서 그 외에도 기본법 제23조와 기본법 제24조가 적용된다. 거기서 기본법 제23조 제1항 제2문은 유럽연합에의 고권의 이양을 규율하고, 기본법 제24조 제1항은 다른 국제기구 일반에의 고권의 이양에 관해 규율한다. 그에 반해 기본법 제24조 제2항은 평화유지를 위해 집단적 안전보장체제를 달성하고자 하는 국제기구와 관계된다.

기본법 제23조 제1항 제2문과 기본법 제24조 제1항에 따른 고권의 이양을 위해 위에서 서술한 조건이 유효하다. 그에 이어 기본법 제23조 제1항 제2문이나 기본법 제24조 제1항에 따른 고권이양을 위한 법률로도 그리고 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 조약법으로도 분류되는 한도에서, 그 법률은 이중적 기능을 지니는데, 위의 경우에 하나의 법률이 필요하다.

그에 비해 연방이 평화의 유지를 위해 집단적 상호안전보장체제를 구축하려면, 기본법 제24조 제2항은 오로지 고권의 '제한'만을 제시한다. 거기서 제1항과의 본질적인 차이점을 볼 수 있는데, 제2항에 따른 기구는 고권을 독자적으로 점유할 수 없으며 또 법적으로 사실상

으로도 공포가능성을 바탕으로 하지 않으면 안 된다.

그 다음에 기본법 제24조 제2항은 고권을 제한하는 형식에 관해 아무런 진술도 포함하지 않고 있다. 특히 어떠한 법률도 필요로 하지 않는다. 따라서 기본법 제24조 제1항에서는 단지 기본법 제32조와 제59조에 의한 보완과 설명만을 할 뿐이다. 기본법 제32조 제1항에 따라 외교관계 업무가 연방의 사항임을 선언하면, 집단적 안전보장체제에 가입하는 것 역시 연방의 권한에 속한다. 그 체제가 평화유지에 기여한다면, 이는 단지 그때에만 기본법 제24조 제2항에 따라 허용된다. 그것이 포괄적으로 기본법 제26조에 해당할 수 있는 까닭에, 이러한 평화의무는 거듭 설명된다. 거기서 가입의 형태는 기본법 제59조 제2항에 따라 규율된다. 그런 가입이 어쨌든 연방의 정치적 관계를 규율하는 까닭에, 항상 조약법을 필요로 한다.

## II. 유럽법

전술한 광의의 유럽법에 관해 정의한 바에 따르면, 유럽의 국제기구에 관한 법은 광의의 유럽법에 속한다. 이와 관련해서 위에서 서술한 바는 국제기구의 설립이나 가입 및 국제기구의 결의에도 그대로 유효하다.<sup>225)</sup>

그에 반해 협의의 유럽법은 유럽연합의 법을 말하며 연합의 법과 유럽공동체의 법으로 구분할 수 있다. 이 두 범역은 마스트리히트조약에 포괄되어 있으며, 그러한 한도에서 갈라진 하나의 조약(*eingespaltener Vertrag*)을 의미한다. 두 번째 기둥과 세 번째 기둥과 관

---

225) Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 110ff.; 채형복, 『유럽헌법법』 (한국학술정보, 2005), 69면 이하; 이세정, “유럽공동체법의 유형 및 효력”, 『토지공법연구』 제37집 제2호 (한국토지공법학회, 2007. 8), 433면 이하.

런해서 그 조약은 국제법상 조약이다. 제1차적 연합법이라 할 수 있다. 따라서 위에서 상술한 바가 그대로 유효하다. 첫 번째 기등과 관련하여 그 조약은 제1차적 공동체법의 형태에 속하고 유럽공동체법에 해당한다.

통설에 따라 유럽연합의 이러한 성격에 관해 논란을 제기하는 한, 두 번째 기등과 세 번째 기등의 영역에서의 결의는 국제기구의 결의가 아니다. 法源에 관해 논의한다 할 때, 그러한 결의를 국제법상 조약이라고 정서할 수 있을 따름이다. 그 결의는 (정부간에 행동하는) 이사회의 결의로서, 두 번째 기등영역에서는 원칙 내지 일반적 지침, 공통의 전략, 공통의 협정 및 공통의 입장(유럽연합조약 제13조 내지 제15조)의 형태로, 그리고 세 번째 기등영역에서는 이들에 관한 공통의 입장, 대강적 결의, 그 밖의 결의 및 실행조치의 형태로, 또 이들에 관한 회원국에 의한 국제법상 조약의 체결을 위한 추천 및 실행조치의 형태로(유럽연합조약 제34조 제2항) 제시된다. 이러한 결의는 제2차적 연합법이라 지칭된다. 첫 번째 기등의 영역에서의 결의는 제2차적 공동체법의 형태에 속하고 유럽공동체법에 해당한다.

유럽공동체의 인식근거는 제1차적 공동체법과 제2차적 공동체법으로 구분된다. 그 외에도 불문화된 공동체법으로는 법의 일반원칙, 관습법, 부수적 공동체법(begleitendes Gemeinschaftsrecht) 및 유럽공동체의 국제법상 조약을 들 수 있으며, 이들에게서 협의의 유럽법을 인식할 수 있다. 통설적으로는 유럽공동체법이 국제법으로 분류될 수 없다 하지만, 이론적으로 모든 것을 고려한다 하더라도 실무상으로는 공동체법을 국제법에서 분리시키는 것이 매우 어렵다는 점이 지적된다. 이는 일련의 맥락에서 제기되는 사항이다.

## 1. 제1차적 공동체법(Primäres Gemeinschaftsrecht)

유럽공동체설립조약은 제1차적 공동체법으로 유럽공동체와 유럽원 자력공동체 및 그 부속서와 의정서 및 나중에 추가된 보충서와 수정서를 들고 있다.

제1차적 공동체법은 유럽공동체의 설립과 형성에 관한 모든 국제법상 조약을 포섭한다. 따라서 공동체법은 조약법에 관한 위에서 언급한 국제법상 모든 규정에 바탕을 두고 있다.

이런 주장은 제1차적 공동체법은 국제법에 속하지 않는다는 통설에 배치된다. 이에 대해 통설은 이의를 제기한다. 원래 유럽공동체설립조약은 국제법상 조약이었다는 점에 어느 누구도 부인할 수 없기 때문이다. 설립조약의 이러한 성격이 나중에 수정되었다는 점과 그 조약이 그 국제법적인 효력근거에 의해 해결되었다는 점은 - 법적으로 볼 때 - 아주 분명치 않은 것이다. 효력근거에 관한 이와 같은 해결책은 어쨌건 사회학적인 현상이라 할 것이고, 그 현상은 폭넓게 지속적으로 발전하는 통합과 통합당사자의 법적인 인식 수정을 전제로 한 것이다. 그러나 이는 단지 유럽공동체의 현재 상태에서 아주 제약되어 주장한 것이다. 공동체법은 일회적인 특성을 내세우는 것만으로 충분치가 않다. 왜냐하면 국제법을 아주 동적인 법질서로 파악할 때, 이질적인 규율소재가 그 자체로 자연스럽기 때문이다. 뿐만 아니라 유럽재판소가 자신의 판례에서 언급한 특성들은 국제법에서는 전혀 새로운 것이 아니다. 예컨대 1834년 독일관세연합은 자신의 독립적인 기관, 다수결 및 변형할 수 없는 관세법률을 명시하였다. 마지막으로 통설에 대해 비교헌법적인 논거를 제시하고자 한다. 유럽공동체에 고권의 이양을 규정한 기본법 제24조 제1항과, 유럽연합과 관련해서 지금도 유효한 기본법 제23조가 국제법적인 성격이나 비국제법적인 성격에 관해 미미하게나마 언급한 반면에, 이에 관해 다른 회원국의 헌법에서는 전혀 규율하지 아니하였다는 점이다. 예컨대 룩셈부르그헌



법 제49조의a와 네덜란드헌법 제92조는 고권을 이양할 수 있는 ‘국제법상 제도’ 내지 ‘국제법적 기구’로 규율하고 있다. 따라서 국제기구에 고권을 이양하는 국제법상 조약이 왜 국제법으로서의 속성을 상실해야 하는지를 해명하기는 매우 어렵다고 하겠다.

전형적인 국제법상 조약과는 달리, 제1차적 공동체법은 회원국에게 뿐만 아니라 부분적으로는 회원국의 자연인과 법인에게도 권리를 형성하거나 의무를 부과한다. 이는 회원국에게의 직접적 효력이라 칭해진다. 그 법은 회원국에게도 유효하고 또 회원국 내에도 유효하다. 유럽연합에의 가입과 더불어 제1차적 공동체법은 그 회원국에게 유효한 법질서의 구성부분이 된다. 이는 그와 아울러 제1차적 공동체법이 원초적인 고권의 구성부분이라는 점에 근거가 된다.

그러나 이러한 직접적 효력은, 당해규범이 직접 적용성을 지니고 있을 때, 다시 말하면 개별적으로 권리를 형성하거나 의무를 부과하는 것이 내용상 적합할 때, 단지 그때에만 자연인과 법인에게 구체적인 권리와 의무를 창출한다.<sup>226)</sup> ‘직접적용성이 있다’함은 궁극적으로 ‘자기집행적’이라 함과 동등한 의미이고, 그에 부합하게 제1차적 공동체법은 집행력을 지니게 된다. 유럽재판소는 예컨대 당시의 유럽경제공동체설립조약 제12조와 관련해서 회원국은 어떠한 새로운 관세도 부과할 수 없으며 또 현행 관세에서 가중시킬 수도 없음을 이러한 연관관계에서 제시하였다.

직접 적용성이 있는 제1차적 공동체법이 국가법과 서로 배치되어 충돌할 때, 공동체법은 그 우위에 근거해서 실행될 수 있으며, 그에 따라 국가법은 더 이상 적용되어서는 안 된다.

제1차적 공동체법의 직접적 효력과 그 법의 우위에 따른 결과는 궁극적으로 각 개인들의 권리의 침해에 관해서는 각 개인에 대한 회

---

226) EuGH seit Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 163, S. 1, H. 25.

원국의 책임이라 할 것이고, 후술하는 바와 같이 다른 공동체법의 침해로도 귀착된다. 이와 같은 국가배상청구권은 유럽재판소에 의해 제1차적 공동체법에서 직접 도출되었다. 그 청구권은 국가차원의 국가배상청구권의 법적 근거로부터 독자적인 고유한 법제도로 서술되고 있다. 그 청구권은 다음의 전제조건이 존재할 때에만 인정된다.<sup>227)</sup>

① 작위 또는 부작위로 인한 회원국의 추가적인 위반, 거기서 그 위반이 책임에 좌우되지 않는다. ② 개인에게 권리를 부여할 목적을 지닌 규범에 대한 위반. ③ 침해된 규범의 명확성과 정밀성에 그리고 재량영역의 범위에 좌우되고 또, 위반이 부대적으로 진전되었는지의 여부, 뜻밖의 법적 오류에 책임이 있는지 여부 또는 유럽재판소의 관련 판례가 존재하는지 여부 등의 문제에 좌우되는 충분히 가중된 위반. ④ 위반과 손해 사이의 인과적 관계.

국가배상청구권이 제1차적 공동체법에서 직접 도출되는 반면에, 발효와 법적 효과의 질차는 원칙적으로 국가법에 따라, 즉 독일에서는 기본법 제34조에 따라 독일민법 제839조에 따라 진행된다. 따라서 청구의 상대방에 관한 적절한 규정은 국가법에 따라 진행된다. 독일에서는 그 당시의 담당자가 활동기관으로서의 책임이 있음을 의미한다.<sup>228)</sup> 따라서 관할권에 따라 연방, 주, 지방자치단체 또는 공법상 기타 단체의 책임이 문제된다.

제1차적 공동체법에서 국제법상 조약을 다루고자 하는 까닭에, 조약을 언급한 기본법상 모든 조항들이 적용될 수 있다. 특히 기본법

---

227) EuGH, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pecheur/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1996, S. I-1029ff.

228) EuGH, Rs. C-302/97, Konle, Slg. 1999, S. I-3099ff, Rn. 62ff.

제59조 제2항 제1문의 두 가지 유형에 근거해서 그 체결에 관해 조약의 동의법이 필수적인 그런 조약들이 이에 해당한다. 다음과 같은 특성들이 제시된다.<sup>229)</sup>

① 유럽공동체에의 가입은 기본법 제24조 제1항의 의미에서 고권적 권리의 이양을 의미하였다. 따라서 가입에는 기본법 제59조 제2항 제1문에 따라 법률이 필요할 뿐만 아니라 기본법 제24조 제1항에 따라서도 그러한 법률이 필요하다.

② 유럽연합의 구성부분으로서 유럽공동체에 고권적 권리의 장래적인 이양은 기본법 제59조 제2항 제1문에 결합된 기본법 제23조 제1항에서도 그 이상으로 가능하다.

③ 기본법 제23조 제1항은 오직 연방에게만 고권적 권리의 이양에 대해 수권할 뿐이지, 주에게는 수권하지 아니하였다. 따라서 조약체결에 관한 주헌법 규정은 제1차적 공동체법에 관해서는 적용되지 아니한다.

④ 통설에 따르면 기본법 제23조 제1항은 연방이 주의 고권적 권리도 이양할 수 있는 것으로 해석된다. 그런 한도에서 기본법 제32조에 관해 논란이 제기된 해석은 제1차적 공동체법에서는 아무런 역할도 하지 못한다.

⑤ 기본법 제23조 제1항과 제24조 제1항이 연방에게 고권적 권리의 이양에 관해 아무런 제약도 없이 권한을 부여한 것은 아니다. 제한의 외연이 논란이 되고 있다. 일반적으로 승인된 최소한의 척도로는 기본법 제79조 제3항에 명시된 법익이 유효하다.

---

229) Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 114ff.

## 2. 제2차적 공동체법(Sekundäres Gemeinschaftsrecht)

### 가. 개념

제2차적 공동체법은 설립조약에 의거해서 유럽공동체의 기관이 발령한 법(= 기관창설적인 법, 효과법 *Folgerecht*)으로 파악된다. 국제법적으로 보면, 국제기구의 결의에 해당한다. 그럼에도 불구하고 유럽재판소 판례에 근거해서 통설은 제2차 공동체법은 국제법의 범주로 분류할 수 있는 것이 아니라, 오히려 국제법과는 다른 고유한 법질서에 해당한다는 점에서 전개한다. 통설에 따르면 제1차적 공동체법은 더 이상 국제법으로 정서할 수 없는 까닭에, 이는 종국적으로 그리 귀결된다.

유럽재판소는 1964. 7. 15.의 판결에서 이와 관련된 일련의 판례를 전개하였는데, 거기서 언급한 바에 따르면,<sup>230)</sup> “그 법의 이러한 독자성 때문에 조약에 의해 창설되었으며 그와 아울러 자율적인 法源에서 유래한 법에 항상 그와 같은 방식의 어떤 국내법적 법조항도 우선할 수 없음을 거기서 추론할 수 있다 ….” 거기서는 유럽재판소의 법적 시각을 일반화해서 도출할 수 있는데, 즉 제1차적 공동체법과 제2차적 공동체법은 국제법이 아니며 또 국가법도 아니라는 것이다. 이러한 시각을 연현재도 지니고 있다.<sup>231)</sup> “재판부는 - 유럽재판소 판례와 의견을 같이 하는 범위에서 - 그의 판례를 확인하는데, 공동체법(제2차적 공동체법을 의미하는데)은 국가법의 구성부분도 아니고 국제법도 아니며, 오히려 자율적인 법원에서 유입된 독자적인 법질서

---

230) Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, S. 1255ff, 1270.

231) 예컨대 BVerfGE 37, 271ff. 277f.

를 형성할 뿐이다.”

## 나. 한정된 수권의 원리

제2차 공동체법은 한정된 수권의 원리가 지배한다. 유럽공동체설립 조약은 법정립에 관해 어떠한 일반화된 수권도 제공하지 않았으며, 오히려 단지 특정된 법적 행위에 관해 개별적인 수권만을 인정하고 있을 따름이다.

공동체법을 살펴보면, 유럽공동체조약 제249조 제1항, 유럽원자력 공동체조약 제161조 제1항 및 유럽공동체조약 제7조 제1항 2작은항에서 그에 관해 제시하고 있다. 그 조약들은 똑같이 제2차적 공동체법의 발령을 “이 조약의 기준에 따라” 내지는 “이 조약에서 ... 할당된 권능의 기준에 따라” 기관에 부여된 것으로 예정한다(기관권한). 유럽공동체조약 제5조 제1항에 따라 공동체는 유럽공동체조약이 공동체에 할당한 권능과 정립된 목적의 “한계 내에서” 활동한다(단체권한). 유럽연합조약 제5조는 부연하고 있는데, 그 조항은 기관권한과 관련해서 이 원칙을 유럽연합의 세 개의 모든 기동에 확립시켜놓고 있다.

국가법을 살펴보면, 기본법 제23조 제1항과 제24조 제1항이 이에 부합하는데, 이들 조항은 개별적인 권한의 이양에 대해서만 수권할 뿐이지, 모든 고권적 권리를 수권해준 것은 아니다.

유럽공동체의 기관은 단지 제2차 공동체법의 유형에서만 발령할 수 있을 뿐이고, 이는 제1차적 공동체법이 명시적으로 예정하고 있다. 따라서 그 기관은 예컨대 국적법분야에서와 같이 제1차적 공동체법이 규율하지 아니한 제2차적 공동체법의 범역 내에서 발령해서도 안 되며, 또 그 기관은 예컨대 특정한 사례에서 예정된 제2차적 공동체법과는 다른 것을 발령한다는 점에서, 그 기관은 제1차적 공동체법

에서 개별적으로 부여된 권한을 능가해서도 안 된다. 그 기관은 제2차적 공동체법의 내용과 유형과 관련해서만 제한될 뿐이다. 따라서 한정된 수권의 원리라고 하겠다. 이를 통해 공동체의 입법기관은 국가의 입법기관과는 구별되는데, 국가의 입법기관은 원칙적으로 어떠한 소재들도 규율할 수 있으며 또 그 유형(헌법, 법률, 명령, 조례)에 관해서도 자유로이 선택할 수 있다.

유럽재판소는 이 원칙을 부분적으로 제한하고 있는 바, - 그를 명시적으로 언급함이 없이 - ‘묵시적 권한(implied-powers)’이론에 따른다는 점에서 그렇다. 그에 따라 유럽공동체의 성문화된 관할권에서 그와 같은 조치에 관한 폭넓은 - 불문화된 - 관할권을 도출하는데, 그 관할권은 성문의 관할권을 실효성있고 완벽하게 행사하는데 필요한 것이다.<sup>232)</sup>

유럽재판소는 유럽공동체의 개별적인 사례를 제2차적 법적 행위에 관한 단체권한으로 판단했는데, 유럽재판소는 유럽공동체조약 제230조에 따라 독일과의 소송에서 담배영업준칙을 무효로 선언하였다는 점에서 그렇다.<sup>233)</sup>

## 다. 유형

제2차적 공동체법의 다양한 유형은 유럽공동체설립조약 제249조와 유럽원자력공동체설립조약 제161조에 규율되어 있다. 그 외에도 제2차적 공동체법 목록에 특별한 유형으로 분류되지 않은 채 공동체법의 발령으로 보아야 할 수많은 조약규정들이 있다. 불특정된 법적 행위(ungekennzeichneten Rechtshandlungen)를 지적하기도 한다. 그러

---

232) EuGH, Rs. 165/87, Kommission/Rat, Slg. 1988, S. 5545ff.

233) EuGH, Rs. 376/98, Deutschland/Europäisches Parlament und Rat, Slg. 2000, S. I-8419ff.

나 대체로 제2차적 공동체법으로는 명령, 준칙, 결정, 권고, 의견 및 불특정된 법적 행위 등을 들고 있다.<sup>234)</sup>

### 1) 명령

제2차적 공동체법의 가장 핵심적인 유형은 명령<sup>235)</sup>이다. 명령의 결정적 표지는 유럽공동체조약 제249조 제2항에 나타나 있는데, 명령은 일반적인 효력을 지니며, 그 모든 부분에(in allen ihren Teilen) 구속적이며 또 모든 회원국 국내에서 직접적으로 유효하다.

“일반적 효력(allgemeiner Geltung)”에서 이해하는 바로는 (개별적 효력과는 정반대로) 불특정 다수의 사안에서 일반적이고 추상적으로 규율하며 그와 아울러 법규성을 지닌다는 점이다. 명령의 전체구속성(“그 모든 부분에 구속적인”)은 그 목표와 관련해서만 구속적인 성격을 지니는 준칙과 구분하는데 기여한다.

그러나 명령의 독특한 표지는 회원국 국내에서 직접적인 효력이 있다는 점이다. 그와 아울러 회원국의 입법기관이 그 효력을 명함이 없이도, 명령은 국가 내에서 발효와 함께 유효함을 의미한다. 입법기

---

234) 관련해서 그 외에도 기관창설적인 법의 또다른 유형을 접할 수 있는데, 예컨대 직무와 절차규정이나 기관내부의 협정을 들 수 있다. 그러나 이들 규범은 단지 기구 내부적인 법적 효과를 지닐 따름이다. 그 대표적인 것이 국제기구 내부관계법(interne Staatengemeinschaftsrecht)이다. 이는 국가들의 공동체(예컨대 국제기구)가 조직 내부를 규율하기 위해 내부적으로 발령한 법규범을 말한다. 국제기구의 기관직무규정, 그 기구의 관리나 근무자를 규율하는 행정법이나 절차법 등을 예로 들 수 있다. Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 6.

235) 영어로는 Regulations, 독일어로는 Verordnungen인데, 명령(김대순, 『국제법론』, 삼영사, 2007, 1331면; 법무부, 『유럽연합(EU)의 통합체제』 법무자료 제235집, 법무부, 2000, 259면; 이세정, “유럽공동체법의 유형 및 효력”, 『토지공법연구』 제37집 제2호, 한국토지공법학회, 2007. 8, 439면), 규정(이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』, 세창출판사, 2006, 67면, 94면) 및 규칙(채형복, 『유럽헌법법』, 한국학술정보, 2005, 70면, 87면) 등으로 번역되어 사용되고 있다. 본고에서는 명령으로 통일한다.

관은 어떠한 방식으로든 더 이상 참여하지 못한다.

이에 관해서는 유럽재판소가 입론하고 있는데,<sup>236)</sup> “공동체 명령은 그 모든 부분에 구속적이고 또 모든 회원국 국내에 직접적으로 효력을 지닌다. 이미 유럽재판소가 … 실시한 바와 같이 직접적 효력은, 명령이 국가법으로의 어떠한 변환에 관한 조치를 필요로 함이 없어도, 발효하고 또, 법적 주체에게 유리하거나 불리하게 적용할 수 있음을 전제로 한다. 회원국은 조약에서 회원국에게 부과한 책임에 의거해서 명령이 … 규정한 직접적인 효력을 수포로 돌아가게 해서는 안 된다. 이러한 책임의 확고한 준수는 모든 공동체 내에서 공동체명령의 동시적이고 통일적인 적용을 위한 불가결한 전제조건이다. 결과적으로 회원국은 법조항의 공동체적 본질과 거기서 제기되는 효과가 개인에게 차단될 수 있는 그런 어떠한 행정을 시도해서는 안 되며, 또 회원국은 국내 단체가 법정립권을 행사하는 그런 행동에 착수해서도 안 된다. 또한 개별국가의 행정당국이 해석상 어려움을 겪는 사례에서 공동체명령을 관철시키는 조치를 장악하려는 유혹을, 또 이러한 사안에서 발생한 의심을 제거하려는 유혹을 느끼는다고 할지라도, 개별 국가의 행정청은 지속적인 효과를 지니는 해석규칙을 발령할 수 없으며, 공동체규정의 존중이라는 틀 안에서 명령만이 정당한 권한을 지닐 뿐이다.”

그와 아울러 명령은 회원국에게 (이 점에서 국제기구의 결의에 관한 전통적인 모형에 부합한다) 유효할 뿐만 아니라, 회원국 국내에도 유효하다. 각 개인은 명령을 직접 적용해야 한다는 점에 의거해서 행

---

236) Rs. 94/77, Fratelli Zerbone/Amministrazione delle Finanze dello Stato, Slg. 1978, S. 99ff.



정청과 법원에 제소할 수 있다. 명령이 국가법과 충돌하면, 명령은 국가법이 더 이상 적용될 수 없다는 결과를 이끌어냄과 아울러 우위를 지니게 된다(적용상 우위). 행정청과 법원은 충돌하는 국가법과 관련해서는 기각의무를 저야 한다. 이러한 의무를 위반하면, 그에 대해서는 국가배상청구권이 행사된다.

명령의 직접적 효력은 입법자에게는 명령에 모순되는 법률을 제정할 수 없음을 의미한다. 그럼에도 불구하고 입법자가 그런 법률을 제정했다면, 그 법률은 공동체법의 우위 때문에 적용될 수 없다. 유럽재판소는 국가입법자에게 동일한 내용으로 쓰여진 국가법의 제정을 금지한다는 것으로 확대해석하고 있다(이른바 반복금지). 유럽재판소는 이를 다음과 같이 근거로 제시한다.<sup>237)</sup>

“(9) 네 번째와 다섯 번째 쟁점에 있어 본질적으로, 공동체법 조항의 내용을 복제해서 국가법조항을 통해 회원국의 법질서 안으로 계쟁된 조항을 수용함이 가능할 것인지 여부와 당해 법적 소재가 장래적으로 국내법에 바탕이 되고 또 그 결과로 인해 유럽재판소의 관할에서 배제하는 것으로 위와 같은 점이 작용할 수 있는지 여부에 관한 것이다.

(10) 직접적 효력은, 명령이 국가법으로의 어떠한 변환에 관한 조치를 필요로 함이 없이도, 발효하고 또, 법적 주체에게 유리하거나 불리하게 적용할 수 있음을 전제로 한다. 조약에서 회원국에게 부과한 책임에 의거해서, 그 책임은 회원국이 그 조약의 비준으로 발생하는데, 회원국은 명령과 공동체법상 그 밖의 조항이 규정한 직접적인 효력을 수포로 돌아가게 해서는 안 된다. 이러한 책임의 확고한 준수는 모든 공동체 내에서 공동체명

---

237) Rs. 34/73, Vaiola/Amministrazione italiana delle Finanze, Slg. 1973, S. 981ff.

령의 동시적이고 통일적인 적용을 위한 불가결한 전제조건이다.

(11) 특히 회원국은, 공동체법 해석문제 또는 공동체 기관에 의해 기획된 행동의 유효성문제의 재판에 관한 유럽재판소의 관할권을 제거하려는 어떠한 적절한 조치도 지녀서는 안 된다. 그 결과로서 규범수범자가 범규범의 공동체적 성격에 관해 불명확하게 연계시키려는 기교는 허용되지 아니한다. 재판소의 관할권은 제177조에 근거해서, 국가법을 이용해서 공동체법의 명칭을 국내법으로 변형시키려는 모든 기도와 관계없이, 온전하게 유지된다.”

## 2) 준칙

유럽공동체조약 제249조 제3항에 따라 준칙<sup>238)</sup>은 그에 따라야 하는 회원국들에게 오로지 달성하고자 하는 목표와 관련해서만 구속적이다. 이에 따라 준칙이 목표를 달성하는데 적합하다고 생각하는 형식과 수단을 선택하는 것에 관해서는 회원국에 위임되어 있다. 따라서 회원국은 그때그때의 준칙이 획정한 기간을 준수해야만 한다.

명령과는 정반대로 준칙은 그 모든 부분들에 대해 구속적이 아니라, 확정된 목표와 관련해서만 구속적이다. 그래서 “단계화된 구속력(gestuften Verbindlichkeit)”이라 한다. 준칙은 오로지 달성하고자 하는 목표만을 우선시할 뿐이고, 어떻게 이 목표를 달성할 것인가는 회원국의 소관이다. 회원국은 이를 법률, 범규명령, 국제법상 조약 또는

---

238) 영어로는 Directives, 독어로는 Richtlinien인데, 준칙(김대순, 『국제법론』, 삼영사, 2007, 1331면; 법무부, 『유럽연합(EU)의 통합체제』 법무자료 제235집, 법무부, 2000, 263면), 지침(채형복, 『유럽헌법법』, 한국학술정보, 2005, 70면, 88면; 이세정, “유럽공동체법의 유형 및 효력”, 『토지공법연구』 제37집 제2호, 한국토지공법학회, 2007. 8, 442면) 및 지시문(이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』, 세창출판사, 2006, 68면, 95면) 등으로 번역되어 있으나, 본고에서는 준칙으로 통일한다.

그 밖의 개연성있는 방식으로 구현할 수 있다.

유럽재판소 판례에 따르면, 회원국은 준칙의 실무적 실효성을 담보하는데 가장 적합한 형식이나 수단을 선택할 수 있다는 것이다. 그래서 회원국은 준칙이 국내적으로 구속력을 갖도록 준칙을 변환<sup>239)</sup>시켜야 한다. 즉 단순한 행정적 실행으로 충분한 것이 아니다.<sup>240)</sup> 그것은 규범적 변환이 아니면 안 된다. 그래서 유럽재판소는 규범구체화적인 행정규칙을 통한 독일연방공화국에서 준칙의 변환을 충분한 것으로 생각지 아니하였다.<sup>241)</sup>

이 판례의 결과로 독일입법자는 수많은 전문분야의 법률에서, 즉 수자원법, 임미시온보호법, 자연보호법 그리고 폐기물법 등에서 유럽공동체준칙의 변환에 관한 개괄적인 명령수권을 부여하였다. 기본법 제80조 제1항 제2문에 있어 특정성요청과 관련해서 그 합헌성이 부분적으로 문제되고 있다.<sup>242)</sup>

준칙이 제시한 목표를 달성해야 할 기간 동안에, 회원국은 그 현행 조항을 유지하거나 또는, 현행조항이 그 목표에 배치될 때에는 새롭게 발령할 수 있다. 그와 아울러 목표가 중대한 정도로 문제가 되지 않는 그런 한도에서만 이것이 유효하다. 이러한 연관관계에서 준칙의

---

239) 여기서 변환(Umsetzung)이라는 용어를 사용하고 있는데, 국제법의 국내적 집행에 관한 이론에서 등장하는 변형이론의 변형(Transformation)과는 구분해서 사용하고자 한다. 변환과 관련해서는 제2차적 공동체법의 유형 중 하나인 준칙이 회원국 국내에 규율되기 위해서는 반드시 국가의 입법기관에게 법규범의 형태로 변환하는 조치가 요구된다. 그에 반해 국제법의 국내적 집행이론에 있어서의 변형은 국내법체계에 진입하는 매개체로서의 의미를 지닌다는 점에서 구분된다.

240) Rs. 96/81, Kommission/Niederlande, Slg. 1982, S. 1791ff.

241) Rs. 361/88, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1991, S. I-2567ff.

242) 이에 관해서는 vgl. Weihrauch, Pauschale Verordnungsermächtigungen zur Umsetzung von EG-Recht, in: NVwZ 2001, S. 265ff.

“예방적 차단효”라고 말하기도 한다.<sup>243)</sup>

이러한 구성에 의거해서 준칙은 특히 법적인 동화(Rechtsangleichung)의 도구로 적합하게 된다. 준칙은 어떠한 통일적인 법적 상태가 달성되어야 하는지를 제시하고 있으며, 회원국은 그에 의존해서 국내적으로 예정된 그리고 선택된 형식으로 국내의 법규와 행정규칙을 적용시켜야 한다. 그와 더불어 결국 회원국 모두에게 법적 상태가 동등하게 달성될 것이지만, 법적 근거와 절차는 그때마다 회원국의 국가적 수요에 맞춰질 것이고, 그에 따라 차별화될 것이다.

준칙은 회원국 국내에서 직접적 효력을 갖는지 여부가 오랜 동안 논란이 되었다. 이는 유럽공동체조약 제249조 제3항의 어의에 따르면 부인되어야 한다. 그러나 회원국이 활동을 하게 되면, 특히 법률을 제정하면, 그때 그 효력은 개인에게 발생하게 된다. 통설과 유럽재판소 판례에 따르면, 이에 반해 준칙은 경우에 따라서는 주관적인 직접적 효력을 지닐 수 있다. 그런데 ① 회원국이 (목표실현을 위해) 준칙을 변환시킴이 없이 준칙에 명시된 기간을 초과시켰다면, ② 준칙이 국가에 대응해서 개인에게 권리를 부여하고, ③ 또 개인이 준칙에서 직접 자신의 권리를 도출할 수 있도록, 준칙이 충분히 세부적으로 요식화되었다면, 바로 이런 사례가 이에 해당한다.

이는 명백한 것으로 나타난다. 준칙은 목표를 우선시한다. 회원국이 이러한 목표를 실현하지 못하면, 준칙이 직접 적용된다. 다시 말해서 회원국의 행위 없이도 작용한다. 그래서 어떠한 회원국도 변환시키지 않음으로써 준칙이 의도한 법적 효과의 발생을 지체시키거나 좌절시킬 수 없다. 따라서 준칙의 직접적 효력은 회원국에 대해서는 확실하게 제약으로 작용한다.

---

243) EuGH. Rs. C-129/96, Inter-Environnement Wallonie/Région wallonne, Slg. 1997, S. I-7411ff.

유럽재판소의 판례에 반대해서 부분적으로 국가법상 판례가, 특히 독일 연방재정법원의 판례가 저항을 한 적이 있었다.<sup>244)</sup> 유럽재판소는 이에 관한 판례에서 구축해서 명시적으로 재판하길,<sup>245)</sup> 그 준칙은 원칙적으로 개인에게 의무를 부과하는 (즉 법적으로 부담을 지우는) 아무런 직접적인 효력도 지니지 않으며 또 수평적 효력을 지닌 준칙이 아니며, 즉 개인 상호간의 관계를 규율하는 준칙도 아니다. 또한 이 판례에서는 제약적 사고를 해명하고자 하였다. 회원국이 개인에게 불리하게 하기 위해 변환시키지 아니한 준칙을 끌어들인다면, 회원국에게는 아무런 제약도 아닐 것이다. 그리고 오로지 개인 상호간의 관계만을 규율하는 준칙으로 인해 (특히 민법상 법적 동화에서) 특혜를 받는 자도 있고, 부담을 지게 되는 자도 있게 된다. 그러나 부담을 지는 자는 준칙이 변환되지 아니한 것에 관해 제재를 구하려 하지 않을 것이다.

그 외에도 유럽재판소는 약정된 기간 내에 준칙을 변환시키지 않는 것이 국가배상을 불러일으킬 수 있음을 확인하였다.<sup>246)</sup> 그에 관해서는 다음과 같은 전제조건을 갖추어야만 한다. ① 준칙의 목표가 개인에게 권리를 부여하는 것이어야만 한다. ② 준칙의 내용이 무조건적이고 충분히 세부적이어야 한다. ③ 회원국의 위반과 발생한 손해 사이에 인과관계가 존재해야만 한다.

국가배상에 관한 판례영역에서, 유럽재판소는 준칙을 변환시키지 아니한 것이 항상 중대한 위반으로 분류된다고 파악하고 있다.<sup>247)</sup> 그에 반해 준칙을 변환시킴에 있어 흠이 있는 경우에는 중대한 위반이

244) 이에 관한 상세한 내용은, Schweitzer, Staatsrecht III, S. 122f.

245) 이에 관한 상세한 내용은, Schweitzer, Staatsrecht III, S. 123f.

246) Verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Francovich, Slg. 1991, S. I-5357ff.

247) Verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94 und C-190/94, Dillenkofer ua/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1996, S. I-4845ff.

존재하는 여부를 특별하게 심사되어야 한다.<sup>248)</sup>

어느 한 판례에서 유럽재판소는 준칙의 객관적인 직접적 효력의 유형을 제시하였다. 개인에게 진혀 권리를 부여하는 근거로 작용하지 아니하고 오로지 회원국에게만 의무를 부과하는 준칙은, 변환기간이 도과하면, 그때에서야 행정청과 법원을 기속하며 또 관련된 준칙규정이 직접 적용될 수 있음을 의미한다는 것이다.<sup>249)</sup>

후자에서는 결과적으로 다음이 도출되는데, 즉 변환되지 아니한 준칙에서는 개인에 대한 간접적이거나 반사적으로 권리부여나 부담이 등장할 수는 있지만, 그 개인이 권리를 지니거나 책임을 지는 것은 아니라는 점이다. 이는 앞서 서술한 유럽재판소의 판례에 모순되는 것처럼 보인다. 이는 그런 사례가 아니다. 국가는 변환되지 아니한 또는 질서에 부합하게 변환되지는 않았으나 직접 적용할 수 있는 준칙을 준수해야 할 의무를 져야만 한다는 점에 관해 그러한 상황에서 수혜자는 고유하게 제소할 수 있는 까닭이다.

국가의 범규범이 준칙을 질서에 맞게 변환시킨다고 해서, 준칙과의 연관성이 상실되는 것은 아니다. 오히려 행정청과 법원에게는 준칙조화적으로 해석할 의무가 부과된다. 그러므로 그 기관들은 국가법을 준칙의 어의와 목적의 시각에서 해석하지 않으면 안 된다. 유럽재판소는 이러한 의무를 유럽공동체조약 제10조와 결합된 제249조 제3항에서 도출하였다. 그래서 변환법률이 다수의 해석을 허용한다면, 준칙조화적인 해석방법이 선택되어야 하고, 준칙에 위반되는 해석은 배척되어야 한다.<sup>250)</sup>

---

248) 예컨대 Rs. C-392/93, *The Queen/H. M. Treasury, ex parte: British Telecommunications*, Slg. 1996, S. I-1631ff.

249) 예컨대 Rs. C-431/92, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, Slg. 1995, S. I-2189ff.

250) Schweitzer, *Staatsrecht III*, S. 126f.

그러나 준칙조화적인 해석은 주관적인 직접적 효력이나 객관적인 직접적 효력과 엄격하게 구분되어야 한다. 어떠한 직접적 효력이 존재하지 아니할 때에도, 당연히 그때에도 준칙조화적인 해석은 항상 적용되어야 한다. 이는 특히 수평적 효력을 지닌 준칙에도 유효하다. 유럽재판소는 변환시키지 않았거나 잘못되게 변환시킨 사례에서 직접적 효력을 말하고 있지만, - 의무부과적인 - 준칙조화적인 해석은 그럼에도 불구하고 개인 사이의 효과가, 즉 개인에게 부담의 발생이, 준칙에서 출현하게 된다는 점을 도출한다. 그러나 이를 모순되게 볼 것은 아니다. 왜냐하면 그러한 상황에서 법적 근거는 준칙이 아니라 국가법이며, 그 국가법은 준칙 없이도 그렇게 해석될 것이기 때문이다.

### 3) 결정

유럽공동체조약 제249조 제4항에 따라 결정<sup>251)</sup>은 그 모든 부분 중에서 결정이 지적인 곳에서만 구속적이다. 결정은 또 개인에게도 도달되고 또 직접적인 효력을 지닌다. 여기에는 회원국이나 자연인과 법인도 해당할 수 있다. 이러한 개인적 효력 때문에 “개인적 결정”으로 지칭되기도 한다. 많은 사례에서 결정은 구체적이고 개별적인 사례를 규율한다. 그래서 “개별사건결정”이라 하기도 한다.

결정의 전체구속성(“그 모든 부분에서 ... 구속적인”)은 단지 그 목표와 관련해서만 구속적인 성격을 지니는 준칙과 구분하는데 기여한다.

결정이 개인에게 다다르게 되면, 그 결정은 행정행위와 비견된다. 다수의 자연인과 법인에게 적용되는 결정도 있다. 이러한 사례에서 수범자의 범위가 개인화하고 확고하며 더 이상 확장할 수 없어야 한다. 개별화가능성이라는 표준은 또 명령과도 구분하는데 기여한다.

---

251) 영어로는 Decisions, 독어로는 Entscheidungen인데, 결정으로 번역하는데 통일되어 있다.

즉 인적 범위에 있어 개별화가능성이 없다면, 결정이 아닌 명령이 존재하게 된다. 그래서 한정된 수권의 원리 때문에 발령기관은 경우에 따라서는 그 권한을 유월할 수도 있었다.

준칙에서와 마찬가지로 결정에서도 경우에 따라서는 직접적 효력에 따른 문제가 제기된다. 거기서는 개별적인 또는 다수의 회원국에게 도달된 결정이 개인에게 직접적으로 작용하는 여부이다. 결정이 개인들을 상대로 책임을 포함한다면, 그와 같은 직접적 효력은 그때에는 받아들여지지 아니한다는 점에서 그러한 한도에서만 개별적인 것이다. 국가가 이러한 결정을 (대부분 법률의 형태로) 변환시키면, 그 효력은 개인에게도 발생할 것이다. 이에 반해 직접적 효력이 개별적 사례에 따라서는 다음의 사례에서도 나타날 것인데, 거기서는 개별적 결정이 회원국들에게는 책임의 근거가 되지만, 그 국민들에게는 권리로 작용한다는 점이다.

#### 4) 권고와 의견

유럽공동체조약 제249조 제5항에 따라 권고<sup>252)</sup>와 의견<sup>253)</sup>은 구속력을 지니지 아니한다. 그럼에도 불구하고 법적 효과와 정치적 효과를 지닐 수도 있다. 그래서 많은 사례에서 이러한 법적 행동 중 하나를 활용하는 것은 절차적 전제조건(예컨대 유럽공동체조약 제226조,

---

252) 영어로는 Recommendations, 독일로는 Empfehlungen인데, 권고(채형복, 『유럽헌법법』, 한국학술정보, 2005, 70면; 김대순, 『국제법론』, 삼영사, 2007, 1332면; 법무부, 『유럽연합(EU)의 통합체제』 법무자료 제235집, 법무부, 2000, 209면; 이세정, “유럽공동체법의 유형 및 효력”, 『토지공법연구』 제37집 제2호, 한국토지공법학회, 2007. 8, 449면) 내지 권고안(이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』, 세창출판사, 2006, 70면)로 사용되고 있는데, 본고에서는 권고로 통일한다.

253) 영어로는 Opinions, 독일로는 Stellungnahmen인데, 의견으로 번역하는데 통일되어 있다.



제227조 제3항과 제4항)이거나 기관행위를 위한 전제조건(예컨대 유럽공동체조약 제134조 제1항)이다. 그 이상으로 권고와 의견은 법적 구속력이 없어도 공동체의 권위에 의거한 심리적·정치적 효과에 근거해서 표출된다.<sup>254)</sup> 그리고 마지막으로 유럽재판소는 판시하길, 회원국 법원은 사정을 감안해서 명확하게 판결에서 권고를 참작해야 한다고 하였다.

### 5) 불특정된 법적 행위

제1차적 공동체법에서는 제2차적 공동체법에 해당하는 유형의 하나로 규정하지는 아니하였으나 오히려 규정(Regelungen), 조치(Maßnahmen), 대책(Verkehrungen) 등으로 논의되는 그런 것을 불특정된 법적 행위(ungekennzeichneten Rechtshandlungen)로 지칭하고자 한다.<sup>255)</sup>

불특정된 법적 행위에서는 다음과 같은 점이 전혀 명료치가 않다. ① 그런 행위가 목록에 예시된 유형 중 하나로 산입시킬 수 있는지 여부, ② 제2차적 공동체법의 독자적인 유형에 관한 것이라 할 수 있는지 여부 내지는 ③ 제1차적 공동체법이 불특정된 법적 행위로 예정한 사례에서 공동체의 기관이 제2차적 공동체법의 목록으로 언급된 유형의 하나로 이용할 수 있거나 한정된 수권의 원리 때문에 이를 거기서 거절할 수 있는지 여부이다. 법정정책적으로 볼 때, 거기서는 제1안이 우선시된다. 그와 아울러 이와 연관지우길, 유럽공동체조약 제230조 제4항에서는 공동체법상 개인적 권리의 보호는 오로지 명령과 결정에 대한 제소만을 예정하고 있다는 것이다. 불특정된 법적 행위를 제2차적 공동체법상 고유한 유형으로 분류한다면, 그에 따

---

254) Vgl. Ipsen Gemeinschaftsrecht, S. 461.

255) 상세한 내용은 vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 130f.

라 그에 대해서는 개인적 권리의 보호가 불가능해질 것이다. 따라서 그러한 불특정된 법적 행위를 예정하고 불특정된 법적 행위 그 자체를 항상 해석하게 되는 제1차적 공동체법의 규정들은 제2차적 공동체법의 어떠한 유형에 그것을 분류할 수 있어야 할 것이다. 이는 개인의 권리가 관련되지 않는 곳에서는 전혀 필요치 않다.<sup>256)</sup> 그때에는 개인적 권리보호를 담보하려는 주장은 제기되지 않았다.

이러한 법정책적 요청은 아주 체계적합성을 지닌다. 왜냐하면 유럽 재판소는 법적 행위 일반의 지정문제에 있어 현행 판례를 발전시키고 있는데, 그에 따르면 그 법적 행위의 법적인 속성은 지정에 의해서가 아닌 그 내용에 의해 좌우된다.<sup>257)</sup> 관계인들이 그들 자신의 고유한 과실이 없음에도 잘못 지정해서 권리구제의 제한을 이끌어낼 수는 없다.<sup>258)</sup> 유럽재판소 판례에서는 그 외에도, 모든 구속적인 기관결의를 다룰 수 있는 것으로 분류하려는 경향을 보여주고 있다.<sup>259)</sup> 그에 따라 권리보호문제는 해결될 것이다.

실무에서는 매우 빈번하게 그렇게 절차화되고 있다. 제1차적 공동체법이 불특정된 법적 행위를 예정하였다면, 그 행위는 목록에 언급된 법적 행위 중 하나의 유형으로 거의 대부분 제시될 것이다. 그러나 개별적인 사례에서 법적 행위는 의결, 결의, 추론 등으로 나타난다.

---

256) 예컨대 1970. 4. 21. 공동체의 고유한 수단을 통한 회원국의 재정기여금보정에 관한 각료이사회 결의(ABl. 1970, Nr. L 94, S. 19ff.)는 유럽경제공동체조약 제201조 제3항(현재는 유럽공동체조약 제269조 제2항)에 근거한 것이었다.

257) 예컨대 verb. Rs. 22 und 23/60, Elz/Hohe Behörde, Slg. 1961, S. 389ff.

258) 예컨대 verb. Rs. 53 und 54/63, Lemmerz/Hohe Behörde, Slg. 1963, S. 517ff, 537f.

259) verb. Rs. 789 und 790/79, Calpak, Slg. 1980, S. 1949ff, 1961; Rs. 294/83, Les Verts/Europäisches Parlament, Slg. 1986, S. 1339ff, 1363ff.

## 라. 관할기관

제2차적 공동체법 발령의 관할에 관해서는 각료이사회와 유럽의회가 공동으로 하는 경우, 각료이사회가 단독으로 하는 경우 및 집행위원회가 하는 경우가 있다. 개별적인 사례에서는 또 유럽의회, 경제사회위원회 및 지역위원회가 심의에 참여하기도 한다.

### 1) 각료이사회

각료이사회는 유럽공동체조약 제203조 제1항에 따르면 각료영역에서 모든 회원국의 대표자들로 구성되는데, 그 대표자는 회원국 정부를 위해 구속적으로 활동할 권능을 가진다. 각료이사회는 구성원은 유럽공동체조약 제206조에 따라 자신의 표결권을 다른 구성원에게 위임할 수 있다. 제시된 연관관계에서는 두 가지가 진술되어 있다. 그 하나는 대표자는 장관급이어야만 한다는 점이고, 다른 하나는 - 중앙정부에 의해 수권받은 자 - 지역장관도, 특히 연방국가에서는 주의 장관도 각료이사회에 파견될 수 있다는 점이다. 그 외에도 어떠한 구성원을 각료이사회에 파견할 것인지는 정부에게 위임되어 있다. 실무상으로는 ‘각료이사회 담당장관(Ratsminister)’이나 ‘유럽연합 담당장관(Europaminister)’은 존재치 않는다. 오히려 각료이사회는 교환적인 연관관계에서 활동하는데, 즉 다루어야 할 사안에 따라 다르다는 것이다. 그래서 연관관계에 따라 ‘외무장관이사회’(또한 ‘일반각료이사회’로 지칭된다), ‘농업장관이사회’, ‘교통장관이사회’ 등으로 불리운다.

각료이사회는 - 제1차적 공동체법의 어의에 배치되게 - 유럽연합 이사회(Rat der Europäischen Union)란 이름을 지니고 있다.<sup>260)</sup>

---

260) ABl. 1993, Nr. L 281, S. 18.

유럽정상회의(der Europäischen Rat)는 특징적이다. 이 회의는 회원국의 국가원수나 정부수반 및 집행위원회 위원장 등으로 구성된다. 그들은 외무장관들과 집행위원회 위원에 의해 지원을 받고 있다(유럽연합조약 제4조 제2항). 유럽정상회의는 최소한 1년에 두 차례 회합한다. 그 회의는 유럽공동체의 기관이 아니라 오히려 유럽연합의 개별적인 공동기관(das einzige gemeinsame Organ der EU)이다.

이 단체의 과제는 유럽연합에게 전반적인 입장에서 발전에 필요한 자금을 제공하고 또 그에 관해 일반적인 정치적 목표관념을 확정하는 것이다(유럽연합조약 제4조 제1항). 유럽정상회의는 유럽공동체의 영역에서 법정립에 참여하지 않는다는 점이 거기서 제시된다. 그의 핵심적인 과제는 오히려 최고위급 분야에서 거대한 방향성을 지닌 연합의 정책을 제시하는 데에 있다. 자연스럽게 유럽연합의 모범적인 각료이사회는 또 국가원수와 정부수반과의 협력 속에서 활동할 수 있으며 그리고 그 다음에야 제2차적 공동체법을 발령하게 된다. 그러나 실무상으로 이는 오로지 아주 드문 사례에서만, 유럽공동체조약에서 예정한 사례에서만 나타난다(예컨대 유럽공동체조약 제122조 제2항).

각료이사회는 유럽공동체조약 제205조에 따라 자신의 의결을 만장일치, 가중다수결 또는 단순다수결로 나타내고 있다.

각료이사회가 단순다수결이나 가중다수결로 표결할 수 있는 사례에서, 개별적인 구성원의 의사에 배치되는 의결도 가능하게 된다. 명령의 직접적인 효과와 결합해서 거기에는 유럽공동체의 초국가성의 본질적인 요소로 나타난다.

초국가성의 이러한 구성이 항상 실무에 부합한 것은 아니다. 이는 1966. 1. 29.의 이른바 룩셈부르그 협정(룩셈부르그 타협)에 그 근거를 두고 있다. 거기서는 다수결의 필요성과 관련해서 언급하길,<sup>261)</sup>

---

261) Bulletin der EWG 1966, Nr. 3, S. 8f.

“I. 집행위원회의 제안을 다수결로 포섭할 수 있는 그런 의결에서 하나 또는 다수의 당사자의 매우 주요한 이익이 제기될 때, 각료이사회는 적절한 시적 영역 안에서 해결하려고 노력할 수 있으며, 그 해결책은 각료이사회에 의해 조약 제2조에 따라 공동체의 상반된 이익과 공동체의 이익을 유지하면서 받아들여질 수 있다.

II. 전술한 항과 관련해서 프랑스 대표단은, 만장일치의 합의가 이루어질 때까지, 매우 주요한 이익에서 논의가 정립되지 않으면 안 된다는 의견이다.”

룩셈부르크 협정의 결과는, 회원국이 주요한 이익을 끌어들이는 그런 사례에서 다수결에 의한 의결이, 모든 구성원이 그에 관해 합의할 때에만, 단지 그때에만 포섭할 수 있다는 것이다.

룩셈부르크 협정의 법적 본질은 대외적으로 논란이 되고 있으나,<sup>262)</sup> 실무상으로 그것은 아직도 실존한다. 각료이사회가 니스조약의 비준 이후 룩셈부르크 협정의 규약에 관한 의회의원들의 질의에 관해 답변함으로써, 각료이사회는 이를 또한 보증하였다.<sup>263)</sup> “이른바 룩셈부르크 협정은 니스조약의 시행 이후에 ... 현재의 규약을 유지할 것이다.”

룩셈부르크 협정의 법적 본질을 둘러싼 분쟁과는 무관하게, 각료이사회에서 그리 행동함은 어떤 경우이든 회원국에게 금지된 것은 아니다.

1966년 이래 “매우 주요한 이익”과 관계된, 회원국의 명시적인 의사에 배치되는 다수결의 표결이 두세 차례가 있었다. 그러나 이러한

---

262) Vgl. Streinz, Die Luxemburger Vereinbarung, München 1984.

263) Abl. 2001, Nr. C 365 E, S. 48.

선례는 실무에서는 만장일치가 원칙적으로 확립되어 있음을 지적하고 있다.<sup>264)</sup> 다수결에 따른 의결은 회원국의 입장으로 되돌아가야 할 것이고, 주요한 문제에서도 조화를 이루어야 할 것이며 또 룩셈부르크 협정을 끌어들이서는 안될 것이다.

각료이사회는 - 유럽의회와 공동으로 또는 단독으로 - 유럽공동체 조약과 유럽원자력공동체조약에 따르면, 제2차적 공동체법에 관한 핵심적인 법정립기관이다. 원칙적으로 각료이사회는 명령, 준칙, 결정 및 그 밖의 (불특정된) 법적 행위를 발령한다.

그 단체는, 즉 각료이사회에 모인 회원국 정부의 대표자들은 특징적이다. 각료영역에서의 회원국 대표자는 각료이사회를 구성할 뿐만 아니라, 대표자들이 그 자체로 활동하지 않아도, 정부간회의(Regierungskonferenz)를 구성한다. 제1차적 공동체법이 이를 예정하였다면(예컨대 유럽공동체조약 제214조 제2항 제3아래항 제2문에 따른 집행위원회 위원의 임명에서), 또는 유럽공동체 권한의 규율이 결여되었다고 할지라도, 통합 관련된 결의가 포섭되어야 한다면, 이는 그 기능을 발휘하게 된다. 그러한 의결을 “고유하지 아니한 각료이사회 의결”로 지칭되고, 그 법적 본질이 논란되고 있다. 그러나 그에 관해서는 - 국제법적으로 그리고 헌법적으로 보여진 바와 같이 - 국제법상 조약에 관한 준용규정이 적용되므로, 그것은 압도적으로 국제법상 조약영역에 이식되고 있다. 어쨌든 그것은 제2차적 공동체법으로 기술될 수는 없다.<sup>265)</sup>

## 2) 집행위원회

---

264) Vgl. Schweitzer, in: Grabitz/Hilf, Art. 205, Rn. 16.

265) EuGH, verb. Rs. C-181/91 und C-248/91, Parlament/Rat und Kommission, Slg. 1993, S. I-3685ff.

집행위원회는 유럽공동체조약 제213조 제1항 제1아래항에 따라 20명의 위원으로 구성된다. 이 위원회는 - 제1차적 공동체법의 어의와 다르게 - 유럽위원회(Europäische Kommission)로 불리운다. 그러나 그 위원회는 동시에 유럽공동체위원회(Kommission der Europäischen Gemeinschaften)라는 정확한 표시어를 법학적·요식적인 맥락에서 이용하도록 포괄하고 있다. 집행위원회 위원은 유럽공동체조약 제214조 제2항 제3아래항 제2문에 따라 유럽의회의 동의로 각료이사회에서 가중다수결로 선출된다. 임용절차(이른바 ‘서임절차[Investiturverfahren]’)는 유럽공동체조약 제214조 제2항에 상세하게 규정되어 있다.

집행위원회 위원은 그 독립성을 완전하게 보장받지 않으면 안 되며, 또 회원국의 국적을 가져야 하는데, 모든 회원국마다 최소한 1인이고, 최대 2명으로 한정된다(유럽공동체조약 제213조 제1항). 그 임기는 5년이며, 연임도 가능하다(유럽공동체조약 제214조 제1항 제1아래항). 유럽연합확대의 정서에 따르면, 집행위원회는 2005년까지 각 회원국마다 1인씩 소속되도록 하고 있다. 회원국이 27개국이면, 위원회는 축소되고 또 배정에 있어 회원국 사이에서 순번절차로 충원된다.

각료이사회 구성원과는 반대로 집행위원회 위원은 국가대표자나 정부대표자가 아니다. 오히려 집행위원은 완전한 독립성을 지녀야만 한다. 집행위원은 유럽공동체조약 제213조 제2항 제2아래항에 따라 정부나 다른 기관의 지시에 따르지 아니하고 또 지시에 대립하지 아니하며, 회원국은 집행위원에게서 영향력 행사를 중지할 의무를 진다.

집행위원회는 그 의결에 있어 유럽공동체조약 제219조 제1항에 따라 항상 절대다수결로 이루어지며, 다시 말해서 그 위원들의 다수결로 이루어진다. 가중다수결이나 만장일치는 예정되지 않았다.

집행위원회는 독립적이며 지시를 받지 않는 위원들로 구성되어 다

수투표로 의결하는 까닭에, 개개의 회원국이나 모든 회원국의 의사에 배치되는 의결도 가능하게 된다. 또 거기서는 유럽공동체의 초국가성이라는 본질적인 요소가 드러나게 된다.

유럽공동체조약에 따르면 집행위원회는 제2차적 공동체법의 발령에 관해 아주 미소한 권한만을 지닐 따름이다. 그럼에도 불구하고 실무상으로는 대부분의 법적 행위가 집행위원회에서 발령되며, 그와 아울러 유럽공동체조약 제211조 4번항목에 따라 위임영역에서 각료이사회가 아주 빈번하게 집행위원회에게 수권하는 경우와 연계된다. 유럽공동체조약 제202조 3번항목 제1문에 따라 각료이사회는 유럽공동체영역에서 그러한 위임에 책임을 진다(표준적 위임의 원리). 그러나 거기서 시행규정만이 관계된다. 거기서 내용의 형성은 각료이사회가 위임규정에서 제시한다. 내용상으로는 기본법 제80조 제1항에 따라 명령수권의 표준적 위임에 부합한다.

이에 반해 집행위원회는 제2차적 공동체법의 발령에 있어 이른바 독점적 주도권을 지닌다. 이는 각료이사회가 거의 대부분 집행위원회의 제안을 그대로 받아들여 의결함을 의미한다. 집행위원회가 아무런 제안도 하지 않는다면, 제2차적 공동체법의 발전은 아주 지체되었을 것이다.

### 3) 유럽의회

유럽의회는 일반적으로 제2차적 공동체법의 발령에 참여할 수 있다. 원래 이 참여는 청문으로 제한되었고, 그 결과에 집행위원회나 각료이사회는 기속되지 아니하였다(그래서 오늘날에는 예컨대 유럽공동체조약 제93조, 제94조 또는 제308조). 아주 드문 사례에서는 청문이 한번도 예정되지 아니하였는데(예컨대 유럽공동체조약 제26조), 실무에서는 그럼에도 불구하고 이루어졌다.



통일유럽협정(die Einheitliche Europäische Akte)과 마스트리히트 조약은 일부의 법적 행위를 위해서는 유럽공동체조약 제252조에 상세하게 규율된 공동협력이라는 새로운 유형의 절차를 신설하였다. 의회는 여기서 두 가지 형태로 법정립에 참여한다. 각료이사회가 자신의 의사를 관철시키고자 할 때, 각료이사회가 만장일치로 의결해야만 할 것을, 의회는 각하를 통해서 또는 경우에 따라서는 수정제안을 통해서 작용할 수 있다는 것이다. 조약에 따라서는 만장일치가 아닌 가중된 다수결로도 충분한 곳에서 의회는 그렇게 참여할 수 있다는 것이다. 그러나 의회는 여기서 자신의 의사를 끝까지 각료이사회에 반대해서 관철시킬 수는 없다. 이러한 절차는 단지 아주 드물게만 적용될 따름이다(예컨대 유럽공동체조약 제106조 제2항).

마스트리히트조약은 또다른 절차를 신설하였는데(유럽공동체조약 제251조), 거기서는 조정위원회와 협력하는 것이다(공동결정절차). 의회가 법적인 행위의 성립을 종국적으로 전적으로 방해할 수 있는 한도만큼에서, 의회의 공동결정권은 강화된 것이다. 이 절차는 암스테르담조약이래 원칙적으로 의회의 참여로 기술되고 있다.<sup>266)</sup>

그 외에도 개별적인 사례에서 - 특별한 절차를 예정함이 없이 - 의회의 강행적인 동의도 예정되어 있다(예컨대 유럽공동체조약 제214조 제2항, 제00조 제3항 제2아래항, 유럽연합조약 제49조 제1항).

#### 4) 경제·사회위원회

유럽공동체 경제·사회위원회는 이 조약에서 이를 예정한 한도에서, 법적 행위의 발령에 가담할 수 있다(유럽공동체조약 제262조 제1항 제1문). 위원회의 의견은 구속력이 없다. 위원회의 청문이 강행적

---

266) 다양한 절차유형의 도표에 관해서는 Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rn. 385ff und Nachtrag, S. 13.

으로 이루어지지 아니하면, 위원회는 임의적으로도 청문할 수 있다. 실무상으로 이는 거의 일반적으로 그 사례에 해당한다. 유럽공동체조약 제262조 제1항 제3문은 그 외에도 경제·사회위원회가 자신의 의견을 개진할 권리를 가진다고 규정하고 있다.

## 5) 지역위원회

마스트리히트조약에 의해 지역위원회가 신설되었는데, 권역과 지방의 지역단체의 대표자들로 구성된다(유럽공동체조약 제263조 제1항). 유럽공동체조약이 이를 명시적으로 예정한다면 또는 각료이사회나 집행위원회가 이를 합목적적으로 생각한다면, 지역위원회는 법적 행위의 발령에 관해 청문할 수 있다. 위원회의 의견은 구속력을 가지지 아니한다. 유럽공동체조약 제265조 제3항 제2문에 따라, 위원회의 소견으로 볼 때 특별한 지역적 이익이 관련될 경우, 위원회는 자체적으로 의견을 제시할 수 있다.

## 마. 기본법 차원의 규율상태

기본법과 주헌법은 제2차적 공동체법에 관해 아무런 명문의 규정도 두지 않았다. 원래는 기본법 제24조 제1항과 제59조 제2항이 그에 적용되었다. 이들 규정에 의거해서 이루어진 연방공화국의 가입으로 인해 제1차적 공동체법의 규정이 제2차적 공동체법의 다양한 유형에 관해, 그 유형의 구속력과 종국적인 직접적 효력에 관해 그리고 그 유형의 발령절차에 관해 규율하고 있다.

거기에는 두 가지 형태의 특성이 나타난다. 한편으로는 각료이사회가 많은 사례에서 제2차적 공동체법을 발령하고, 그 법은 연방공화국에 직접 유효하거나(특히 명령이 그렇다) 또는 직접적 효력을 가진다

(준칙이 부분적으로 그렇다). 각료이사회에서는 연방정부가 원칙적으로 정부각료를 통해 대표한다. 공동체에 그리고 법정립하는 각료이사회에 고권적 권리의 이양에 근거해서 연방정부는 이러한 법정립에도 협력한다. 입법기관의 입법적인 (일부)권한을 이와 같이 이양한 것에 관해 연방정부는 공동체조약에 관한 조약법으로 은폐하려 하지만, 그럼에도 불구하고 최소한이나마 절차법적으로 부분적으로라도 그런 상황을 제거하려고 시도하고 있다. 이에 관해서는 유럽경제공동체설립조약과 유럽원자력공동체설립조약에 관한 조약법 제2조가 규율한다.<sup>267)</sup>

“연방정부는 유럽경제공동체 각료이사회에서와 유럽원자력공동체 각료이사회에서의 현재의 진행상황을 연방의회와 연방참사원에게 알려주어야만 한다. 각료이사회에 의해 독일국내의 법률이 필요로 하게 되거나 그 결의에 의해 독일연방공화국에서 직접적으로 유효한 법이 창출되는 한도에서 각료이사회에 의해 앞서 통지가 이루어져야 한다.”

그와 아울러, 연방의회와 연방참사원이 각료이사회에서의 결의에 영향을 받음이 없이, 연방의회와 연방참사원은 그에 관해 입장을 표명할 수 있다는 것이다(이른바 유도절차[Zuleitungsverfahren]). 그렇지만 이 절차는 기본법의 새로운 제23조로 인해 무의미하게 되고 말았다.

두 번째 특성은 제2차적 공동체법의 출현에 있어 연방을 구성하는 주의 협력문제와 관계된다. 종래에는 기본법 제24조 제1항에 관해, 오늘날엔 기본법 제23조 제1항 제2문에 관해 일반적으로 승인된 견해에 따르면 주의 고권적 권리도 유럽공동체에 이양될 수 있으며 또

---

267) BGBl. 1957 II, S. 753f.

이양되고 있으므로, 이는 점점 더 중시된다는 것이다. 주는 두세 사례에서(특히 준칙에서) 필요한 변환법률의 발령을 관할한다. 그 외에도 제2차적 공동체법의 거의 대부분은 주에 의해 집행되지 않으면 안 된다. 그에 반해서 공동체조약은 - 영향력이 취약한 지역위원회를 도외시키고 - 공동체의 기관에 관해 주의 어떠한 제도적인 작용 가능성도 예정하지 않고 있다. 각료이사회에 주장관의 파견이 가능하다고 해도 그에 관해 아무 것도 수정할 수 없다.

마지막으로 수많은 중간적인 해결책에 따르면, 이런 상황은 기본법 제23조를 통해 연방참사원절차의 제도화를 이끌어내고 있는데, 거기서는 제2항에 일반적 협력권이 규정되어 있다. 그에 비해 같은 조 제4항과 제5항에서는 연방의 의사형성에 연방참사원의 참여에 관한 특별한 문제가 다루어져 있다.

기본법 제23조 제2항 제1문에 따르면 먼저 연방참사원에서의 주의 일반적 협력권은 유럽연합의 모든 업무를 포괄한다. 이 조항은 기본법 제50조에 의해 보완된다. 기본법 제23조 제2항 제2문에서는 그 이상으로 연방정부는, 연방참사원에게 이러한 사례에서 포괄적으로 그리고 가능한 한 조속한 시점 내에 알려야 할 책임이 있다는 것이다. 연방참사원절차의 세부적인 특성은 기본법 제23조 제4항과 제5항에 규율되고 있으며, 그리고 그 외에도 1993. 3. 12.의 “유럽연합의 업무에 있어 연방과 주의 공동작업에 관한 법률”(연방참사원에 의한 시행법률 Sartorius II, 제97호)에서 구체화되어 있다. 마지막으로 이 법률은 1993. 10. 29.의 “유럽연합의 업무에 있어 공동작업에 관한 연방과 주의 협정”<sup>268)</sup>으로 보완되었다.

기본법 제23조 제4항에서는 연방의 의사형성에 있어 연방참사원의 참여범위가 제시되어 있는데, 그에 견주어 기본법 제23조 제5항에서

---

268) BAnz Nr. 226 vom 2. Dezember 1993, S. 10425ff.

는 단계화된 협력이 소개되어 있다.

기본법 제23조 제4항에 규율된 연방참사원의 참여는 강행적이다. 이는 그 어의(“참여해야 한다”)에서 제시된다. 참여는 다음의 사례와 관계되는데, 연방참사원이 그에 부합하는 국내적인 조치로 협력해야만 하거나 주가 국내에서 관할하는 그런 사례이다. 이런 두 가지 상황에서는, 그에 부합하는 국내적 조치에 연방참사원의 협력을 지시하기 때문에 이는 거의 항상 참여해야만 함을 의미한다. 구속력이 없는 법적 상태에 관한 그런 사례에서는 오로지 제외될 뿐이다. 왜냐하면 제2차적 공동체법을 발령함에 있어 그에 부합하는 국내적 조치는 거의 항상 법률이기 때문이다.

연방참사원의 시행법률 제4조 제1항은 기본법 제23조 제4항을 구체화하면서, 기본법 제23조 제4항의 전제조건을 유지함에 있어 연방정부는 연방참사원에 의해 지명된 주의 대표자들을 심의에 참여시켜야만 한다는 것이다.

기본법 제23조 제5항은 단계화된 협력을 규율하고 또 그와 더불어 기본법 제23조 제4항이 확립한 연방참사원의 참여를 구체화하고 있다.

① 기본법 제23조 제5항 제1문 제1단에 따라 연방정부는, 주의 이익과 관련되는 연방의 전속적 관할권 사례에 관한 것이라면, 연방참사원의 입장표명을 참작해야 한다. 기본법 제23조 제5항 제1문 제1단에 따라 이는 또, 연방이 그밖에 입법에 관한 권리를 가질 때에도, 마찬가지로 그 사례에 해당한다. 그 다음에, 연방이 경합적 입법이나 대강적 입법의 범위에서 권한을 사실상 지니고 있거나 또는 기본법 제72조 제2항의 전제조건 아래에서 지닐 수 있다면, 이는 그때에 받아들여질 수 있다(연방참사원의 시각). 다른 의견에 따르면, 연방의 경합적인 입법이나 대강적 입법의 사례에 관한 것인지 여부가 그에 좌우될 뿐이다(연방정부의 시각).

두 가지 대안 중 어느 하나에 따른다면, 연방정부는 연방참사원의 입장표명을 참작해야만 한다. 거기서는, 연방정부가 연방참사원의 주장을 주의깊게 듣고, 자신의 결정에 참작하고 또 그에 관해 토론해야만 하는 것으로 이해된다.<sup>269)</sup> 납득의무, 근거제시의무, 신중고려의무라고 할 것이다.

② 기본법 제23조 제5항 제2문에 따라 주의 입법권, 주의 행정제도 또는 그 행정절차가 핵심적으로 관련되는 사례에서 연방정부가 연방참사원의 견해를 권위적으로 참작해야만 한다. 거기서 권위적으로 참작한다 함은, 최종적인 결정권이 연방참사원에 주어져 있음을 의미한다. 이러한 최종적 결정권에 관해 문헌에서는 논란이 없지 않다.<sup>270)</sup>

이러한 권위적인 참작은 기본법 제23조 제5항 제2문과 제3문에 따라 개별적인 제한으로 나타난다.

- 첫째로는, 주가 그때그때의 어려운 점과 관련되었을 때에만, 그것이 유효하다. 이는, 제안의 본질적인 부분이, 특히 비중이 높은 부분이 주의 권리와 관계되지 않으면 안 됨을 의미한다. 또 여기서 연방정부는 또다른 입장을 제시한다. 즉 그것은, 전체적인 모습에서 이러한 소재가 한복판에 놓여 있는지 또는 아주 압도적으로 규율대상을 형성하였는지 초점을 맞춰야 할 것이다.

- 두 번째 제한은 기본법 제23조 제5항 제2문에서 “...한 한도에서”라는 단어에 의해 조건지워진다. 권위적인 참작이 기본법 제23조 제5항 제2문의 전제조건에 부합하는 제안의 일부에만 유효하다는 것이 그를 통해 설명되고 있다. 다른 모든 부분

---

269) Vgl. BT-Drucks. 12/3896, B I 2 e.

270) 이에 관해서는 vgl. Streinz, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, Art. 23, Rn. 108ff.

에서는 연방정부에게 최종결정권이 부여되어 있다. 이는 연방참사원이 제안의 중점적인 분야에서만 최종결정권을 가짐을 의미한다.

- 세 번째 제한은, 기본법 제23조 제5항 제2문 제2전단에 따라 연방참사원의 최종결정권의 사례에서 연방의 국가전체적인 책임을 유지해야 한다는 점에서 제시된다. 연방참사원의 시행법을 제5조 제2항 제2문에 따라 이는 외교정책적, 국방정책적 그리고 통합정책적 문제를 포괄한다는 것이다. 이는 연방정부가 연방참사원의 입장표명과 서로 다를 수 있는 권한을 부여받았음을 의미하는 것은 아니다. 오히려 연방참사원의 시행법을 제5조 제2항 제3문 내지 제5문에는, 국가전체적인 책임에 관한 시각이 서로 배치되면, 어떻게 절차화할 것인지 그 방안이 서술되어 있다. 연방참사원에 2/3 이상의 다수결로 자신의 입장을 새롭게 의결하는 그러한 한도에서, 연방참사원이 최종적으로 관철할 수 있음이 거기서 예정되어 있다.

- 마지막으로 최종적인 제한은 기본법 제23조 제5항 제3문에 포괄되어 있다. 그것은 특수한 사례에 유효한데, 그 계획은 연방에게 지출증가와 수입감소를 초래하게 하는 그런 사례이다. 이런 사례에서는 연방정부의 동의가 필요하다. 이는 연방정부의 거부권을 의미한다. 그것은 연방참사원이 새롭게 의결해야만 한다는 결과로 귀착된다.

연방참사원은 이 절차의 관철을 위해 유럽심의회(eine Europakammer)를 설치하고 있으며, 심의회의 의결이 연방참사원의 의결로 유효하다(기본법 제52조 제3항의a, 연방참사원직무규정 제45조의b). 급히 필요하거나 은밀한 제안에 관한 것이라면, 그때에는 이 심의회를 통해 연방참사원의 절차가 유연하고 신속하게 관철된다(연방참사

원칙무규정 제45조의d 참조). 또 유럽심의회가 실무상으로 어떠한 커다란 의미도 부여할 수 없다 하더라도, 매우 경미한 회합에서 지적한 바와 같이, 그 심의회는 그럼에도 불구하고 주의 협력권과 관련해서 기능적인 보장장치로 기술되고 있다.<sup>271)</sup>

그러나 기본법 제23조 제2항 제1문은 연방의회의 절차도 규정하고 있다. 또 연방의회는 기본법 제23조 제2항 제2문에 따라 연방정부에 의해 포괄적이고 또 가능한 한 조속한 시점에 통지받을 수 있다. 이러한 연방의회절차의 상세한 개별적 사항은 1993. 3. 12.의 “유럽연합의 업무에 있어 연방정부와 독일연방의회의 공동작업에 관한 법률”(연방의회시행법률, Sartorius II, 제96호)에 규정되었다.

기본법 제23조 제3항 제1문에 따라 연방정부는 유럽연합의 법정립 행위에 협력하기 전에 연방의회에게 입장을 표명할 기회를 제공해야 한다. 연방의회 시행법률 제5조에 따라 연방의회가 그 제안을 파악할 수 있게 충분한 기회를 가질 수 있도록 기간을 제공하지 않으면 안 된다. 연방의회 시행법률 제2조에 따라 연방의회는 유럽연합의 사무를 각료위원회에 위탁하고 또 그들에게 입장을 표명할 수 있게 수권할 수 있다.

기본법 제23조 제3항 제2문에 따라 연방정부는 심의과정에서 연방의회의 입장표명을 참작해야만 한다. 그러나 이는 납득의무, 근거제시의무 및 신중고려의무, 그 이상을 의미하는 것이 아니다. 연방정부의 법적 기속은 발생하지 않는다. 그 안에서는 또 연방의회 시행법률 제5조 제3문의 확대된 형식화(“입장표명된 것은 그 심의에 기초로 삼는다”)는 아무 것도 변경시킬 수 없다.<sup>272)</sup>

---

271) 이에 관해서는 vgl. Fischer/Koggel, Die Europakammer des Bundesrates, in: DVBl. 2000, S. 1742ff.

272) Streinz, in: Sachs, Grundgesetz. Kommentar, Art. 23, Rn. 101.



연방참사원의 절차 이외에도 기본법 제23조 제6항은 또 주의 이익 유지에 기여하는 다른 조항을 포함하고 있다. 이 규정에서는 연방참사원에 의해 특정된 주의 대표자는, 그 핵심에는 전속적인 주의 권한이 관련될 때에는, 유럽연합의 회원국으로서 독일연방공화국에게 권리를 인정해야 함을 예정하고 있다. 이러한 권리의 인정은 연방정부의 참여하에서 그리고 표결로 이루어진 것이다. 그 외에도 거기서는 연방의 국가전체적인 책임이 유지된다.

연방참사원 시행법률 제8조는 주의 다른 권리를 포함하고 있다. 거기에는 - 개개의 시점에는 논란이 있는데 - 주는 유럽연합에서 주의 사무소(Länderbüros)를 설치할 수 있음이 규정되었다.

마지막으로 같은 법률 제7조 제1항에 규정된 것을 보면, 연방정부는 연방참사원의 청구로 유럽재판소에 제소할 수 있다는 것이다. 주는 주 입법권의 범위 안에서, 연합의 기관에 의한 작위나 부작위를 통해 관계되는 범위에서, 그리고 연방은 입법에 관해 아무런 권리도 가지지 않는 범위에서, 제소할 수 있다. 거기서는 외교정책적으로, 국방정책적으로 그리고 통합정책적으로 평가할 수 있는 문제를 포함해서, 연방의 국가전체적인 책임을 유지해야 한다. 그러나 이 조항은 주에게 고유하게 부여된 유럽재판소에의 제소권과는 관계되지 않는다.

### 3. 공동체의 불문법

불문의 공동체법으로는 제1차적 공동체법으로 정서되는 그와 같은 규범을 지칭하지만, 그 규범이 조약의 형태로 정립된 것은 아니다. 불문의 공동체법은 제2차법에 해당하지는 않는다.

#### 가. 법의 일반원칙

법의 일반원칙은 공동체 그 자체의 법질서에 유래하고 또 회원국의 법질서에 공통한 법원칙을 지칭한다. 첫 번째 그룹은 현존하는 제1차적 공동체법에서 직접 도출된다. 한정된 수권의 원리를 예로 들 수 있다.

두 번째 그룹은 제1차적 공동체법에서 직접 도출되는 것은 아니다. 다만 유럽공동체조약 제288조 제2항은 명시적으로 “회원국의 법질서에 공통하는 법의 일반원칙”을 언급하지만, 이 조항은 단지 공동체의 직무책임법에만 유효할 따름이다. 그럼에도 불구하고 유럽재판소는 법의 일반원칙을 직무상 책임의 사례를 능가해서 공동체법에 있어 틈새의 보충에 끌어들이고 있다. 국제법상 법의 일반원칙으로 변환될 수 없는 법의 일반원칙을 추적하는 방식에 관해, 유럽재판소 판례에서 명료한 해명을 들을 수도 없고 또 그에 관해 하나의 통일된 견해가 이론적으로 지배하지도 못하고 있다. 법의 일반원칙이 비교법적으로 획득될 수 있다는 점과 공통분모로 약분할 수도 없다는 점이 확실한 듯하다. 오히려 그와 같은 문제를 해결하는데 비판적으로 평가되는 비교법을 선호하는 듯하고, 거기는 비교법적 법질서에 기원하고 있으며 또 그것은 동시에 공동체의 목적설정과 아주 밀접한 것이다. 그렇게 발전된 법의 일반원칙을 유럽재판소가 구체적으로 유형화해서 모든 비견할 수 있는 법질서에서 동시에 이끌어내는 것은 무조건적으로 필요한 것으로 생각할 수는 없다.

법의 일반원칙이 적용되는 주요한 분야는 공동체의 기관과 조직이 공동체법을 집행하는 과정에서 제시되는 행정법일반이다. 이들 문제에 관해 제1차적 공동체법과 제2차적 공동체법에서는 거의 규정하지 않고 있다. 유럽재판소는 이런 틈새를 법의 일반원칙을 적용함으로써 해결하고 있다. 법치국가원리에 기반을 두었고 또 가장 중요한 것으로 발전된 원칙은 다음과 같은 것을 들 수 있다. 즉 비례의 원칙(현

재는 유럽공동체조약 제5조 제3항에서 규율된 성문화된 제1차 공동체법의 구성부분으로 결합되어 있는데), 신뢰보호의 원칙, 행정의 법률적합성, 기득권존중, 법적안정성, 신의성실, 법적인 존중, 동등한 처우, 조사의 기본원칙, 서류열람권, 행정행위의 철회와 취소 등이다.<sup>273)</sup>

이와 같이 국가 행정절차법에 제시된 원칙들 이외에도 유럽재판소는 부분적으로는 아주 불확정한 원칙에 의존하기도 하는데, 예컨대 “배분적 정의”, “선량한 행정지도” 또는 “질서합치적 행정” 등이 그것이다.<sup>274)</sup>

법의 일반원칙이 적용되는 두 번째 주요분야는 기본권이다. 여기서도 제1차적 공동체법은 아주 많은 틈새를 지니고 있다. 기본적 자유로 지칭된 개인의 개별적 권리를 말하는 것으로, 유럽공동체조약 제12조의 차별금지나 공동체조약 제39조 이하, 제43조 이하 그리고 제49조 이하에 규정된 자유로운 이동권 등이다. 유럽재판소는 고유한 기본권을 법의 일반원칙에서 적용하면서 발전시키고 있다.

이와 같은 기반에서 일반적으로 받아들이는 다음과 같은 기본권관념을 개괄할 수 있다.<sup>275)</sup> ① 회원국 헌법에 공통적으로 규정된 기본권, ② 모든 회원국이 체결한 조약으로 확립된 기본권 - 또는 기본권을 참작할 만큼 최소한으로 언급하였어도 가능하다, ③ 공동체의 공공복리에 기여할 기본권 제한, 그리고 ④ 기본권제한에 있어 제한을 제한하는 원칙으로서의 비례의 원칙과 본질적 내용의 보장 등을 들 수 있다.

이와 같은 일반적인 기본권관념에 바탕을 두어 유럽재판소는 이제

---

273) Vgl. Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rn. 15f. 791f.

274) Vgl. Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rn. 791.

275) Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 145.

까지 다음과 같은 개별적인 기본권을 확립하였다. 즉 인간의 존엄성 존중, 인간의 불가침, 평등원칙, 성적 차별금지, 재산권보장, 직업의 자유, 취업을 위한 자유로운 이동, 사생활영역의 존중, 가족생활의 보호, 의료비밀의 보장, 거주 불가침, 표현의 자유, 종교의 자유, 결사의 자유, 효율적인 사법적 권리보호청구권, 방어권, 공정한 절차의 청구권, 자기에게 불리한 진술의 거부권, 형벌법규의 소급효금지 등이다.

마스트리트조약과 암스테르담조약을 통해 기본권존중은 성문법과 연계되기도 하였다. 유럽공동체조약 제6조 제1항이 인권과 기본적 자유의 존중을 유럽연합의 원칙으로 선언한 반면에, 유럽공동체조약 제6조 제2항은 유럽재판소가 기본권의 효력근거에 관해 발전시킨 판례를 거듭 반영하였는데, 거기서는 규정하길,

“유럽연합은, 1950. 11. 4.에 로마에서 서명된 인권과 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약에서 보장하고 있으며 또 공동체법의 일반원칙으로서 회원국 헌법이 공통적으로 양도해서 제시된 기본권을 존중한다.”

2000. 12. 7.에 유럽의회, 각료이사회 및 집행위원회가 유럽기본권 헌장(Sartorius II, 제146호)을 선언하였다. 거기서는 시민적, 정치적, 경제적 그리고 사회적 권리가, 그 권리가 유럽공동체조약에 의거하거나 유럽재판소 판례에 근거한 바와 같이, 제7절에 요약되었다(인간의 존엄성, 자유, 평등, 연대, 시민권, 사법적 권리, 일반규정 등). 간단한 선언으로서 그 헌장은 법적인 구속력이 없다. 오히려 세 기관의 일방적인 의사표현을 통해 자기구속을 선언한 것이다. 다만 그 헌장은 - 아주 미미하게 수정된 형태이지만 - 유럽헌법조약 제7부에 수록되었고 그와 아울러 구속적으로 될 것이다.

법의 일반원칙은 - 항상 그 개념을 정의하는 바와 같이 - 제1차적 공동체법에 정서되는 까닭에, 그 원칙에 기본법과 주헌법의 관련 규정이 적용된다. 기본법과 주헌법의 규정이 그러한 한도에서 아무런 적용범위도 지닐 수 없도록 그 원칙이 그 존립과 그 범위에 있어 유럽재판소 판례에 의해 확립되었다는 점이 거기서 참작해야 한다. 이에 반해 그 원칙은 기본권보호영역에서 의미를 지니는데, 거기서는 상위문제와 관련해서 연헌재 판례와 아주 협소한 연관성을 지니고 있는 까닭이다.

## 나. 관습법

불문의 공동체법에는 관습법도 포함된다. 공동체 관습법의 존재에 관해서는 이론적으로 의문의 여지가 없지만, 확실하게 이론적으로 정립된 것은 아니다. 어떠한 법질서도 관습법 없이는 이끌어 나갈 수 없다는 점, 유럽공동체법이 국제법의 흔적으로 기술될 뿐이고 그런 까닭에 국제법과 동일한 법원을 유지하지 않으면 안 된다는 점, 그리고 법의 일반원칙이 법치국가성에서 이를 촉진하고 있으므로 유럽공동체법에서 관습법이 필수적이라는 점 등이 입론으로 제시된다. 유럽재판소는 지금까지 상징적으로 관습법을 존중하고 있다. 어쨌든 - 공동체 관습법에 관한 독자적인 이론을 결여하고 있으므로 - 관습법의 등장에 관한 국제법상 원칙이 그에 부합하게 초치된다는 점에서 이론을 전개하지 않으면 안 된다. 따라서 최소한 관행의 존재와 법적 확신의 존재를 받아들이지 않으면 안 된다.

관습법에 관해서는 기본법상 아무런 규정도 두지 않고 있다. 관습법은 그 개념상 불명확성을 도외시하더라도, 공동체 내에서의 효력을 가질 따름이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 접촉점이 제기되어야 한다면, 공동체 관습법의 독자적인 이론이 발전될 때까지 기본법이나

주헌법은 국제관습법에 관한 규정을 준용해서 적용하지 않으면 안 된다.

#### 4. 부수적 공동체법

부수적 공동체법이란, 그 자체로는 공동체법일 수 없으나, 국제법상 조약에 포함되어 공동체의 목적을 증진하는데 기여하는 그런 모든 규범을 말한다. 그런 조약으로는 예컨대 유럽공동체조약 제293조<sup>276)</sup>를 들 수 있다. 그러나 그런 조약은 그에 좌우됨이 없이 체결될 수 있다.

유럽연합조약 제34조 제2항 제1절 d에는 형사사건에서 법무와 경찰의 협력작용의 사안에서 이사회는 합의를 완성하고 구성국에게 수령을 권고할 수 있음을 규정하고 있다. 그런 협정은 부수적인 공동체법으로 효력을 지닌다. 그러나 그 협정은 유럽연합의 세 번째 기둥을 지탱하는 것인 까닭에, 부수적인 연합법이라고 하겠다.

부수적 공동체법에서 국제법상 조약에 관한 것인 까닭에, 이와 관련해서 기본법상 규정이 적용되어야 한다.

#### 5. 국제법상 조약

협회의 유럽법상 法源에는 유럽연합에 의해 체결된 국제법상 조약

---

276) 제293조(이전의 제220조) 회원국은 다음과 같이 자국 국민의 이익을 보호하기 위하여 상호간에 필요한 협상을 수행해야 한다. - 회원국이 소속 국민에게 부과하는 것과 동일한 조건으로 자국 국민을 보호하고 권리를 향유케 하며 보호한다. - 공동체 내 이중과세를 폐지한다. - 제48조 두 번째 단락에서 규정하는 회사를 상호간에 승인하고, 소재지를 다른 나라로 옮기는 경우에 법인격을 유지할 수 있도록 하며, 설립 준거법 소속국이 다른 회사 상호간에 합병이 가능하도록 한다. - 법원이나 심판소의 판결, 중재 재정 등의 상호 승인 및 집행에 관한 절차를 간소화한다.

도 해당된다. 통설에 따르면 유럽연합은 국제법상 국제기구가 아닌 까닭에, 두 번째와 세 번째 기둥의 범역 내에서는 아무런 조약체결권을 지니지 못하고, 오로지 유럽연합 첫 번째 기둥의 범위 내에서만 유럽공동체에 의해 체결된 국제법상 조약만이 그 의미를 지닐 따름이다. 유럽연합조약 제24조와 제38조에 의해서는 아무 것도 변경시키지 못한다. 두 번째와 세 번째 기둥의 범역 내에만 이사회는 다른 국가나 국제기구와 국제법상 조약을 체결할 수 있을 따름이라는 점이 추론되지만, 유럽연합이 조약의 상대방이 될 수 있는 것은 아니다.<sup>277)</sup> 이사회는 오히려 회원국을 위해 활동할 뿐이다. 이는 암스테르담조약에 삽입된 “유럽연합조약 제J.14조와 제K.10조의 선언”에서 제시되고, 그에 따르면 “유럽연합에 회원국의 관할권을 전혀 양도하지 아니함” 의미한다. 따라서 독일에서는 표준적인 국제법상 조약에 해당할 뿐이다.

## 가. 유럽공동체의 관할

유럽공동체설립조약은 아주 다양한 사례에서 국제법상 조약체결권을 예정하고 있다(예컨대 유럽공동체조약 제133조, 제310조). 그렇지만 유럽공동체는 조약체결권을 거기서 점유한 것만이 아니고, 거기서는 유럽공동체조약에 의해 명시적으로 할당되어 있다. 유럽재판소의 판례에 따르면, 공동체는 그 범위에서 대외적으로 활동할 수 있는데, 공동체는 유럽공동체조약의 조항에 근거해서 공동체 내부적으로 제2차적 공동체법의 발령을 통해 규율하려고 한다. 유럽재판소는 이러한 대내적 권한과 대외적 권한 사이의 이원주의를 ‘암묵적 권한(implied

---

277) 그런데 만약 현재 진행이 지체되고 있는 유럽헌법조약이 발효되면, 제I-6조와 제I-7조에 근거해서 유럽연합은 법인격의 주체로서 조약의 상대방이 될 수 있을 것이다.

powers)’이론으로 해명한다. 유럽공동체조약의 규정은 유럽공동체의 대내적 권능의 근거가 되며, 그와 동시에 그에 따라 이 권능의 외연에서 국제법상 조약의 체결에 관한 공동체의 권한을 동시에 ‘명료하게’ 창출해주고 있다. 거기에는 공동체의 목적이 제2차적 공동체법의 발령을 통해서 달성할 수 없음에 따라, 공동체의 그런 목적을 달성함에 있어 대내적 권한에 부합하는 대외적 권한이 필요로 할 때, 그 때에만 이런 경우가 특히 필수적이라는 고려가 거기에 깔려 있으며, 그리고 실무적인 이유에서 유럽공동체에 할당된 소재에 해당하는 공동체 대내적이거나 대외적인 측면이 서로 간에 분리될 수 없다는 고려가 깔려 있다.<sup>278)</sup>

## 나. 등급과 법적 효력

유럽공동체의 국제법상 조약이 즉각적으로 그 밖의 법원으로 정서될 수 있는 것은 아니다. 한편으로 그 조약은 그들 기관에 의해 체결되었으며(예컨대 유럽공동체조약 제300조의 절차에 따라), 그에 따라 기관활동성(Organhandeln)에 근거로 작용하고 또 그에 따라 제2차적 공동체법인 것처럼 보인다. 다른 한편으로 유럽공동체조약 제300조 제7항에 따라 그 조약은 공동체와 회원국에 구속적이다. 그 조약은 제2차적 공동체법의 발령으로 공동체기관에 의해 존중되어야 하는 까닭에, 협정은 결국 제1차적 공동체법과 제2차적 공동체법의 사이의 위상으로 귀착된다.

공동체가 자신에 의해 체결된 조약에 기속된다는 점은 국제법상 원칙인 “조약은 이행되지 않으면 안 된다”에서 추론된다. 유럽공동체

---

278) EuGH, Rs. 22/70, AETR, Slg. 1971, S. 263ff; Gutachten 1/76, Stilllegungsfonds, Slg. 1977, S. 741ff; Gutachten 1/94, WTO, Slg. 1994, S. I-5267ff, Rn. 72ff.



조약 제300조 제7항에서 이를 능가해서 공동체와 회원국이 공동체의 협정에 기속됨을 규정한 바는 궁극적으로 공동체법의 본질에 해당하는 것이다. 유럽재판소는 이 조항에서, 공동체협정이 “공동체법질서의 통합적인 구성부분”을 형성한다고 도출하였다.<sup>279)</sup> 결국 공동체협정이 제1차적 공동체법이나 제2차적 공동체법과 마찬가지로 회원국의 국내에 직접적으로 유효하다는 점과 그 협정의 우위로 인해 충돌하는 국내법이 배제된다는 점이 거기서 도출된다.<sup>280)</sup> 공동체협정이 직접 적용되는(“자기집행적인”) 한, 각 개인은 국내법원에 그 규정에 의거해서 다툴 수가 있게 된다.<sup>281)</sup>

#### 다. 혼합적 협정

실무상에서는 국제법상 조약이 아주 부분적으로 공동체의 권한에 해당하는 범위와 관계될 수 있다. 그 밖의 범위에서는 그 권한이 회원국에 놓여져 있다.

조약체결권을 둘러싼 대립을 회피하기 위해, 그러한 사례에서는 공동체와 회원국의 조약이 체결된다(혼합적 협정).<sup>282)</sup> 그에 따라 공동체의 권한에 의해 은폐된 조약의 일부는 “공동체법질서의 통합적인 구성부분”이 되며, 또 그 등급이나 그 법적 효과와 관해서는 전술한 바와 같이 처우를 받는다. 조약의 나머지 부분은 회원국의 헌법적 근거에 따라 국제법상 조약의 체결에 따라 처우를 받는다.

279) EuGH, Rs. 181/73 Haegemann/Belgien, Slg. 1974, S. 449ff, Rn. 2/6.

280) EuGH, Rs. 87/75, Bresciani/Italienische Finanzverwaltung, Slg. 1976, S. 129ff., Rn. 16ff.

281) Rs. C-149/96, Portugal/Rat, Slg. 1999, S. I-8395ff.

282) 이에 관해서는 이성덕, “혼합조약(Mixed Agreements)의 조약법상 문제점에 관한 연구”, 『국제법학회논총』 제41권 제2호 (대한국제법학회, 1996. 12), 123면 이하 참조.

## 라. 기본법 차원의 규율상태

기본법과 주헌법은 유럽공동체의 국제법상 조약에 관해 아무런 명시적인 규율도 포함치 않고 있다. 그것이 진정한 공동체협정에 관한 것인 한도에서, 제2차적 공동체법에 관한 시행규정을 준용한다. 다만 그 협정은 제2차적 공동체법에 관한 등급의 적용을 받는다. 그렇지만 공동체조약 제300조 제2항에 따라 각료이사회는 공동체협정의 체결에 관해 의결을 하는 까닭에, 특히 기본법 제23조에 따라 독일 입법기관의 참가를 적용함으로써, 조약체결은 공동체의 법정립절차와 비교될 수 있다. 혼합협정은 공동체법상 구성부분과 관련해서 결국 기본법 제23조에 따라 판단되어야 한다. 회원국의 권한에 근거한 협정의 일부에는 기본법 제59조 제2항이 법적 근거로 작용한다.<sup>283)</sup> 따라서 그때에도 이러한 범위에서 Lindauer협정이 적용된다. 그에 관해 연방과 주 사이에 의견의 불일치를 해소하기 위하여, 이미 'Lindauer II'협정이 제안되었다.<sup>284)</sup>

유럽연합의 두 번째 기둥과 세 번째 기둥의 범위 내에서의 조약에 관한 한, 그 조약은 항상 오로지 회원국의 협정에 관한 것인 까닭에, 기본법 제59조 제2항이 적용되지 않으면 안 된다.

---

283) Frenz, in: DVBl. 1999, S.945ff.

284) Clostermeyer/Lehr, in: DÖV 1998, S. 148ff.

## 제4절 국제법과 유럽법의 독일법상 국내적 집행

### I. 국제법의 독일 국내에서의 집행

#### 1. 학설과 판례

기본법은 국제법의 국내적 집행에 관해 집행이론이나 변형이론 등 어느 이론에 의거한 것인지 그에 관해 아무런 확인도 하지 않고 있다. 학설은 부분적으로 변형이론을 선호하는데, 특히 Rudolf가 개발한<sup>285)</sup> 절충적 변형이론을 선호한다. 다만, Partsch의 연구<sup>286)</sup>가 이루어진 이래 일부 학설은 집행이론에 따르기도 한다.

어쨌든 국가실무에서는 위 이론의 어느 하나를 따르면서 분명한 입장을 펼치지 않는다. 1955년까지 제정된 국제법상 조약의 동의법이 변형이론을 시사하는 부록을 지녔음은 확인되었다.<sup>287)</sup>

1955년 초부터 이러한 부록은 누락되었다. 입법자가 변형이론에서 빠져나와 집행이론으로 전향했는지는 뚜렷하지 않다.

또 연헌재의 판례는 - 아주 초기의 개별적인 판례를 제외하고 - 어느 특정한 이론에 명료하게 정서된 것은 아니다. 많은 진술이 절충적 변형이론에도 또 집행이론에도 부합하는 것처럼 보임으로써 명료한 입장의 파악이 저해되고 있다.

---

285) Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, S. 164ff.

286) Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre.

287) 예컨대, 1952. 8. 7.의 인권과 기본적 자유의 보호협약에 관한 법률을 살펴보면, “연방의회는 다음의 법률을 의결한다. 제1조1950. 11. 4.에 로마에서 유럽 의회의 회원국 정부가 서명한 인권과 기본적 자유의 보호협약에 동의한다. 제 2조 ① 협약은 법률의 효력(Gesetzeskraft 원문상 강조임)을 갖도록 다음과 같이 공포한다.”

연현재는 처음에는 명시적으로 변형이란 개념을 이용하였다.<sup>288)</sup> 이러한 용례를 연현재는 변형이론을 언급한 나중의 진술에서도 제시하고 있다.<sup>289)</sup> 개개의 판결에서 사정에 따라서는 집행이론을 이용하는 것으로 비취질 여지도 있다.<sup>290)</sup> 그러나 특히 국제법상 조약의 해석에 관한 판례에서 연현재의 입론은 종종 위에서 언급한 두 가지 이론에 정서될 수 있음을 지적하고자 한다. 거기서 연현재는 현행 판례에서는 국제법상 조약의 해석에 있어 국제법적 해석규칙이 적용될 수 있다는 점에서 출발한다. 그러나 절충적 변형이론도 또 집행이론도 국제법과 국내적으로 적용할 수 있는 법의 결합을 파괴할 수는 없는 까닭에, 여기서 두 가지 이론을 모두 다 연현재 판례에 끌어다댈 수 있을 것이다.<sup>291)</sup>

이는 다른 최고법원이 이론으로 정립한 곳에서도 아주 정치하게 나타나 있다. 연방행정법원은 1953. 2. 27.의 런던채무협정과 관련하여서 1970. 6. 12.의 판결에서 - 변형이론에 의거해서 - 실시하길:<sup>292)</sup>

“이러한 청구권이 런던채무협정 제5조 제2항에서 배제될 것인지 여부 문제에 있어, 그렇기 때문에 이 조항은 국제법상 조약규정으로서 그 조항의 속성이 유권적인 것이 아니라, 오히려 그 외에도 그 조항에 존재하는 변형된 **독일 국내법**(원문상 강조임)으로서의 힘에 의거해서 권위적인 것이다. 그렇지만 런던채무협정 제5조 제2항은 국내의 법률이며 더 이상 조약으로서의

---

288) BVerfGE 1, 396ff, 411; 6, 309ff, 363.

289) BVerfGE 29, 348ff, 360.

290) BVerfGE 18, 441ff, 448; 27, 253ff, 273; 46, 342ff, 363; 73, 339ff, 367, 375; 75, 223ff, 244.

291) 예컨대, BVerfGE 46, 342ff, 361.

292) BVerwGE 35, 262ff, 265.

성격을 지니지 아니한다. 그 조항은 조약으로서의 성격을 변형 과정(기본법 제59조 제2항)<sup>293)</sup>을 거치면서 상실하게 된 것이다.”

그에 반해 연방보통법원은 1960. 3. 8.의 혈통신고, 원산지표시 및 기타 지리적 표시의 보호에 관한 독일과 프랑스 사이의 협정과 관련하여 1969. 6. 25.의 판결에서 - 다른 단어를 선택하였음에도 집행이론에 따른 것으로 보여지는 데 - 실시하길:<sup>294)</sup>

“이 국가조약은 1961. 1. 21.의 법률에 의해 국내법이 되었다 (기본법 제59조 제2항). 국가조약은 국내법상 조약의 변형으로 인해 국가 사이에서의 조약으로서 자신의 고유한 속성을 상실한 것이 아니다. 기본법 제59조 제2항에 따른 동의법의 이중적 성격은, 즉 국가조약의 최종적 체결에 관한 수권으로서 그리고 **국내법으로 그 규정의 융합(Einverleibung)**으로서(원문상 강조임),<sup>295)</sup> 오히려 국가조약과 관련하여 특수한 해석원칙을 제약하고 있는데, 그 해석원칙은 국내 법률의 해석에서 존중해야 할 원칙과 완벽하게 일치하는 것은 아니다.”

## 2. 국제법상 조약의 경우

### 가. 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 조약

국제법상 조약의 집행은 기본법 제59조 제2항에 따른다. 국제법상 조약에 대한 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 동의법(조약법)은, 거기에 언급된 조약의 체결을 관할하는 연방대통령에게 수권하는 기

---

293) BVerfGE 1, 396, 410, 411.

294) BGHZ 52, 216ff, 219.

295) BVerfGE 1, 410.

능뿐만 아니라, 통설에 따라 국내적 집행에도 기여한다. 이러한 한도에서 - 대표적인 이론에 따르면 - 변형행위나 집행명령으로 보여지기도 한다.

변형이론에 의거하면, 국제법상 조약은, 그 조약이 변형가능한 범위에서 조약법을 통해 국내법으로 변형된다. 거기서는 특별변형이 관계된다. 사정에 따라서는 엄격한 변형이론이나 절충적 변형이론에 따를 것인지 여부는 국제법과 국내법 사이의 연관관계에 토대를 두거나 원래의 체계적 연관관계에 머물러 파악해야 한다.

변형된 법의 등급은 - 기본법 제59조 제2항 제1문이 그에 관해 아무런 규율도 하지 않은 까닭에 - 변형자에 따른다. 변형자는 연방법률인 까닭에, 변형된 법은 개별적인 연방법률의 등급을 지닌다. 변형된 법은 그와 아울러 법률하위의 법보다 우선하고 또 기본법 제31조에 따라 주법을 깨뜨린다. 그러나 다른 연방법률과의 관계에서 나중의 연방법률이 우선한다는 후법우선의 원칙(*lex-posterior-Satz*)이 유효하다.

공과금법 제2조는 이와 관련해서 거의 실패한 특별규정을 두고 있다: “제2조(국제법상 협정의 우위):과세에 관해 기본법 제59조 제2항 제1문이 규율하는 의미에서 다른 국가와의 조약은, 그 조약이 직접 적용할 수 있는 국내법으로 되는 한도에서, 조세법률에 우선한다.”

이 조항을 “해명”하는 차원에서 이해한다면,<sup>296)</sup> 조세법률에 있어서는 특별법우선의 원칙에 따른다는 그런 조약(이중과세방지협정)으로서 우선함을 표현하는 그런 한도의 의미에서만 유효한 것이다. 그러나 어떠한 사례에서도 나중에 제정되었으나

---

296) BT-Drucks. 7/4292, S. 15.

아직은 좀더 특별한 그런 조세법률로부터 제2조에 의해 우위가 구성되는 경우는 없다. 이는 오로지 기본법만이 규정할 수 있을 뿐이지, 공과금법과 같은 개별법률이 규율할 바는 아니다. 실무상으로는, 활동과정에서 조약당사자들이 미리 개연성 있는 충돌을 이중과세협정을 개정함으로써 회피하려 함을 우선시하고 있다.<sup>297)</sup>

기본법에 대응해서 변형된 법은 하위의 등급을 지닌다. 그 등급은 배타적으로 변형자에 따른 것이지 조약의 내용에 따른 것이 아니다.

부분적으로는 1950. 11. 4.의 인권과 기본적 자유의 보호에 관한 협약(Sartorius II, 제130호)과 관련해서 헌법적 등급이 제기되었다.<sup>298)</sup> 또 연방보통법원은 협약의 헌법적 등급문제를 처리하지 않았는데, 법원은 1966. 1. 10.의 판결에서 실시하길:<sup>299)</sup>

“제소와 상소심의 출발점은 적절한데, 인권협약 제5조 제5항은 제소할 수 있는 손해배상청구권의 근거를 형성할 수 있으며 관계자들에게 직접적으로 청구권을 보장한다.

유럽인권협약은 국제법상 조약이다. 독일연방공화국은 조약안의 퇴고에 참여하였고 또 협약에 관해서는 조약은 “법률의 효력을 가진 것으로 공포한다.”<sup>300)</sup>는 관행적인 형식으로 동의되었다. 이 동의법은 그 협약이 그 내용의 척도에 따라 연방법률의 힘을 획득한 것으로 연방공화국에게 작용되는데,<sup>301)</sup> 그 협약

---

297) Schweitzer, Staatsrecht III, S. 164.

298) Vgl. Menze, in: DÖV 1970, S. 509ff, 513f.

299) BGHZ 45, S. 46ff, 49.

300) BGBl 1952 II 685.

301) BVerfGE 1, 396/410; 6, 290/294; 6, 389/440.

이 헌법규범으로서의 힘을 지니게 되는지에 관해서는 여기서 결정되지 아니한 채로 놓여 있다.“

오늘날 판례와 학설은 유럽인권협약은 개별적인 연방법률의 등급을 지닌다는 입장을 취하고 있다.

집행이론에 의거하면, 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 조약법에 의해 조약의 국내적 집행을 위해 적용명령이, 즉 집행명령이 제시된 것이다. 그에 따라 국제법은 그 성격이 수정된 것이 아니지만, 국내적으로는 적용할 수 있게 된다.

이와 같이 집행에서 자유로운 국제법의 등급에 관해 집행이론의 영역에서는 독자적으로는 아무 것도 언급되지 않는다. 왜냐하면 국제법이 국내법으로 변형되지 않는다고 할 때, 국제법은 어떠한 등급도 부여받지 않을 것이기 때문이다.<sup>302)</sup> 일부에서는 국내적 등급은 국제법에 따른다고 하기도 한다.<sup>303)</sup> 그러나 이는 전혀 유용한 결과를 이끌어내지 못한다. 왜냐하면 그와 같은 국제법상 등급규칙(예컨대 “조약은 이행되지 않으면 안 된다”는 원칙이 제시될 수 있는데)은 국제법에 국내법상 최상위 등급을 부여하는 결과를 초래할 뿐이기 때문이다. 국제법이 아무런 파기적인 국내법도 지니지 못할 때에만, 단지 그때에만 국제법의 제약이 보장될 것이기 때문이다.

이러한 연관관계에서 der Ständige Internationale Gerichtshof가 1930. 7. 31.의 그리스와 불가리아 “공동체”에 관한 권고에서 실시한 바<sup>304)</sup>를 인용할 수 있는데, “조약을 체결하

---

302) 거기서 그는 법률의 등급으로 발생한 것으로 본다. Boehmer, Der völkerrechtliche Vertrag im deutschen Recht, 1965, S. 66.

303) 이에 관해서는 Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatrechtlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre.S. 74ff.



는 당사자들인 세력들 사이의 관계에서, 자치법의 규정은 조약의 규정에 굴복당하지 아니한다는 것은 국제법상 일반적으로 승인된 원칙이다.”

그러나 실무에서 이러한 견해는 관철될 수 없다. 집행해야할 국제법의 국내적 등급에 관한 조정은 각 국가가 규율해야할 사안이다. 따라서 연헌재는 “자신들에 부합하는 법에의 입법자의 기속을 통해 현행 국제법상 조약에의 제약을 구현하려 하는 한, 기본법이 국제법우호성을 지닌 것은 아니”라고 결정하였다.<sup>305)</sup>

국제법상 조약의 국내적 집행문제에 있어 이른바 양립조약(*der sog. Parallel-Verträge*)이 쟁점으로 등장한다. 통설은, 동일한 내용을 담은 국내법에 근거해서 국내적 집행이 이미 구현되었다면, 그때에는 변형 내지 집행명령은 더 이상 필요치 않게 된다는 점에서 출발한다. 다만, 변형 내지 집행명령이 입법자로 하여금 기속에 따르게 작용하는 것이라는 의의가 제기되고 있다. 통설이 조약법의 동의기능 때문에 그러한 것이 양립조약에서도 필요하다는 점에서 전개하는 연유이긴 하지만, 실무상으로는 아무런 문제도 되지 않는다. 그때 변형 내지 집행명령이 확실하게 참여될 것이고 또 분쟁은 남아있게 된다.

가장 큰 난점은 - 변형이론이나 집행이론에 따르더라도 - 주의 입법대상임에도 연방이 체결하는 조약의 국내적 집행과의 연관관계에서 제기된다. 연방에게 그와 같은 조약체결권을 부여하고 또 Lindauer협정의 실용적 해결에 따른다고 할 때, 누가 이러한 조약을 변형하거나 또는 누가 집행명령을 발하는지는 아직 해명되지 아니하였다.

---

304) PCIJ, Series B, Nr. 17, S. 32.

305) BVerfGE 6, 309ff, 362f.

일부 학설과 연방이 제시하는 엄격한 중립주의적 시각에 따르면, 기본법 제32조 제1항에 따라 연방은 포괄적인 조약체결권만이 아니라 그에 해당하는 변형권한까지도 지니고 있다. 이는 기본법이 어떠한 경우에도 국제법적인 기속과 국내적 변형을 붕괴시킬 의도를 전혀 지니지 아니하였다는 점에 근거하는 것이다. 그것은 또 “사안의 연관관계에 의거해서” 변형권한에 찬동하는 것이다. 연방은 조약을 이행할 국제법적 책임이 있으므로, 연방은 국내적 집행을 주에게 위임할 수는 없는 까닭이다. 국제법적 기속에 동의하는 자는 국내적 집행의 이행도 담당하지 않으면 안 된다. 일부에서는 국제법상 조약을 규율하는 모든 것은 기본법 제73조 제1호의 의미에서 “외교적 사안(외무)”이라는 점을 근거로 제시하기도 한다. 따라서 변형은 외무적 사안이고, 그에 따라 변형은 연방의 전속적인 관할권에 속하게 된다는 것이다.

이와 같은 엄격한 중립주의적인 시각의 문제점은 명백하다. 이에 따르면 연방은 국제법상 조약의 체결과 변형에 관해 입법영역에서 기본법상 권한분배의 구조를 어지럽힐 개연성을 지니게 된다. 따라서 이런 사례에서 변형권한을 받아들이는 것은 “사안의 연관관계에 의거해서” 금지된다. 어쨌든 기본법 제73조 제1호의 확대해석은 동의되지 아니한다. 기본법 제73조 제1호는 연헌재와 통설에 따르면 확대해석될 수는 있지만, 전혀 다른 내용으로 해석되어서는 안 된다.

다수설은 그런 사례에서 오로지 주들만이 변형 내지 집행명령을 관할한다는 시각을 주장한다. 이에 따르면 - 연방에게서 주의 입법 대상에 관한 조약체결권을 박탈할 수는 없는 한도에서 - 조약체결과 변형의 분리를 이끌어낸다. 기본법 제59조 제2항 제1문의 영역에서, 전술한 사례에서 조약법이 필요하긴 하지만, 이는 조약체결에 관한 연방대통령에게의 수권만을 포함할 따름이지, 변형까지 포함한 것은

아님을 의미한다. 후자는 주법률에 의해 실행되지 않으면 안 된다. 거기서 변형에 의할지 아니면 집행명령에 의할 것인지의 문제는 - 등급의 규정과 마찬가지로 - 주헌법의 소관인 셈이다.

이런 시각은 있을 수도 있는 주의 입법관할권의 공동화를 방지한다. 다만, 이 시각은 주가 변형을 거부하게 되면, 연방은 주에게 변형을 강제하기가 매우 어렵다는 단점을 지닌다.

주의 전속적 관할권 영역에서 국제법상 조약이 연방이나 주의 책임에 근거해야만 하는 한도에서, 주의 승낙(Einverständnis)이 초치되어야 한다. 국제법상 책임이 구속적이기 이전에, 이러한 승낙이 존재해야 한다. 연방정부가 그런 조약을 기본법 제59조 제2항에 따라 연방참사원에 가져가는 경우에, 연방정부는 승낙의 공포시점과 동일한 시점까지 늦어도 주에게 요청해야 한다.

제1항 제1문에 언급된 조약에서 주는 조약명문의 최종적인 확정 이전에 체결문제를 위해 가능한 한 빠른 시점에, 당해사건에서는 적시에 참가할 수 있어야 한다.

이러한 절차를 진행시키는 단체는 주의 현행조약위원회이다. 그 위원회에서 주는 연방에 대해 자신의 전권수권자(Bevollmächtigten)나 베를린 대표자의 수권인인 공무원에 의해 대표되고, 그리고 연방은 외무공무원에 의해 대표된다. 문화협정에서는 또 현직문화부장관협의회가 자문을 제공하면서 참여한다. 승낙선언은 주헌법에 따른 관할기관에 의해 표명된다. 관할기관은 브레멘주, 함부르크시 및 노드라인-베스트팔렌주에서는 시정부(der Senat) 내지 주정부이고, 그밖의 주에서는 내각수반 내지 베를린시 통치자이다.

단순한 승낙선언만으로 변형이나 집행명령이 발생하지는 않는다. 이에 관해 일반적인 확신에 따르면 주의회의 동의를 필요하다. 이러한 동의를 법률로 이루어지면, Mecklenburg-Vorpommern주, 노드라

인-베스트팔렌주 및 자아르주 헌법 등이 이를 명시하고 있는 바와 같이, 거기에서는 즉각적으로 변형 내지 집행명령이 나타나게 된다. 실무상으로 이는 그 외에도 거의 대부분의 주에서 나타나는 사례로서, 거기서는 동의가 결의를 통해 이루어진다. 그러한 결의에서 조약의 명문이 공시되면, 바로 그때에서야 어쨌건 변형 내지 집행명령이 등장하게 된다. 그래서 예컨대 바이에른주에서는 주의회의 결의가 조약명문의 최종확정 이전에 이미 획득되고 또 주의회의 결의, 바이에른자유시의 승낙선언 및 조약 자체 등이 각각 법률공보와 법규명령 공보에 공시된다.

브레멘주에서는 주정부의 승낙선언이 주의회의 참여 없이도 제시된다.<sup>306)</sup> 그런 까닭에, 브레멘주에서는 주에 의해 체결된 조약에는 어떠한 변형도 인정되지 않거나 어떠한 집행명령도 제시되지 않는다는 점과 그런 까닭에 이 조약은 적용되지 아니한다는 점에서 전개하지 않으면 안 된다고 한다. 그러나 이와 같이 국제법적으로 또 헌법적으로 비추어진 최고한도로 생각할 수 있는 결과는 - Lindauer협정에도 불구하고 - 동의 이전이나 동의 이후의 법적 상태 모두 불명확하다는 점을 지적하고 있다.

문제를 해결하는데, 앙케트헌법개혁위원회는 기본법 제32조에 관해 다음과 같은 새로운 소견을 제안하였다:<sup>307)</sup>

“① 외교관계의 관리는 연방의 사항이다. ② 주의 특수한 관제에 영향을 미치는 조약을, 그 조약이 체결되기 이전에 주는 적시에 청문할 수 있다. ③ 주가 입법을 관할하는 범위 이내라고 할지라도, 그에 관해 연방정부의 동의로도 국제법상 조약을

306) Vgl. Regehr, Die völkerrechtliche Vertragspraxis der bundesrepublik Deutschlandm München 1974, S. 202ff.

307) Zur Sache 3/1976, S. 251; 수정 내용은 이탤릭체로 표시되었다.

체결할 수 있다. 연방이 그런 조약을 체결하려 하면, 연방은 체결 이전에 주의 동의를 얻어야 한다; 이는 조약의 목적에 비추어 비본질적인 조약의 일부가 주의 관할권에 속한 때에는, 이를 적용하지 아니한다. 주는 이 조약의 실행에 필요한 조치를 발해야 한다.”

어쨌든 통설은 - 주의회의 협력작용으로 인해 변형이 어느 정도에서 허용되는지와 무관하게 - 주가 입법관할권을 지닌 사안에서 주가 연방에 의한 조약체결에 한번 동의를 하게 되면, 주는 그 조약을 이행할 의무를 진다는 점에서 출발한다. 다시 말하면 주는 특히 필요로 하는 시행법률을 제정하지 않으면 안 된다는 것이다. 이는 연방에의 충성원칙에 근거하고 있다. 이를 거부한 경우 기본법 제37조에 따른 연방강제의 적용이 인정된다.<sup>308)</sup> 거기서 최종적인 것은 입법적 대상 조치일 것이다.

## 나. 행정협정

행정협정이 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 조약은 아닌 까닭에, 행정협정에는 조약법을 필요로 하지 아니한다. 따라서 행정협정의 변형 내지 집행명령은 법률에 의해서가 아니라, 법규명령, 행정명령(Verwaltungsanordnung), 사정에 따라서는 내부적인 복무지침 등에 의해 수행된다. 거기서 변형 내지 집행명령은 행정협정의 그때그때의 내용에 좌우되며, 또 그 내용이 국내적으로 어떻게 실행되는지가 좌우된다.

국내적 실행을 위해 법규명령이 필요하면, 법규명령의 발령으로 인

---

308) 이에 관해서는 vgl. Rojahn, in: v. Münch, Grundgesetz Kommentar, Art. 32 Rn 55.

해 행정협정은 변형되거나 집행명령이 발해진 것이 된다. 그와 함께 - 최소한 변형이론에 따르면 - 행정협정은 국내적으로 명령의 등급을 지니게 된다.

행정협정이 법규명령이 아닌, 단순한 행정명령으로도 충분히 실행이 가능하다면, 그 행정명령에 변형이나 집행명령이 자리하게 된다. 그에 부합하게 변형된 법은 행정명령의 등급을 가지게 된다.

마지막으로 행정협정이 내부복무지침에 의해서도 일반적 본질이나 개별사례에서<sup>309)</sup> 변형될 수 있거나 이런 방식으로 집행명령으로 나타날 수 있다. 거듭 확인하건대 변형된 법의 등급은 변형자에 따른다.

개별적인 사례에서 변형에 관해 내지는 집행명령의 실행에 관해 관찰하는 자는 기본법 제59조 제2항 제2문에 따라 연방의 행정을 규율하는 조항들에 따른다. 그와 아울러 통설에 따르면 기본법 제83조 이하의 조항을 참고해야 한다. 연방에 고유한 행정의 범위 안에서의 행정협정에 관한 것이라면, 기본법 제86조에 따른 변형의 관찰은 기본법 제80조 제1항에 따라 연방정부의 내부적 임무분배에 따라 또는 현행의 명령수권에 따라야 한다.

연방법률을 시행할 주의 행정범위에서는 보다 더 어려운 점이 등장한다. 거기서 연방정부가 기본법 제84조 제2항이나 제85조 제2항 제1문에 따라 자신의 권한을 이용하면, 그곳에서 변형 내지 집행명령이 보여질 수 있다. 거기서는 오로지 연방참사원의 동의를 필요로 한다. 따라서 다수설은 이러한 사례에서 연방참사원의 동의가 이미 행정협정의 체결에서 나타난 것이라고 한다. 실무상으로 그러한 경우는 아주 빈번하게 이루어진다.

---

309) 이에 더하여 이론적인 사태에 관한 구체적인 사례로는 Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, S. 225 Fn. 169.

예컨대, 1954. 12. 16.의 소규모 국경거래에 관한 독일연방공화국 정부와 프랑스 정부 사이에서의 협정.<sup>310)</sup> 이 협정에 관해 연방참사원의 동의와 관련해서 연방참사원에서의 제청은 다음의 근거로 제시되었다.<sup>311)</sup> “1953. 1. 22.에 날인된 소규모 국경거래에 관한 독불협정은 행정협정이다. 행정협정은 기본법 제84조 제2항의 의미에서 실제적인 행정조항(materielle Verwaltungsvorschriften)을 포함하는 까닭에, 행정협정은 연방참사원의 동의를 필요로 한다.”

오늘날 그와 같은 행정협정의 공시에 있어 명시적으로 연방참사원의 동의가 언급되어 있다. 그 형식을 설명하면,

“연방참사원은 기본법 제84조 제2항 (또는 제85조 제2항)과 결합된 제59조 제2항 제2문에 따른 … 협정에 동의한다.”

행정협정의 시행을 위해 기본법 제84조 제2항이나 제85조 제2항 제1문에 따라 어떠한 행정조항도 필요치 않다면, 주는 기본법 제84조의 사례에서 이 행정협정을 고유한 사무로서 집행하고, 따라서 연방참사원에 변형권한이 귀속되지 않으면 안 된다. 기본법 제85조 제3항에 따라 어떠한 지침도 존재하지 않는 한, 기본법 제85조의 사례에서도 동일한 것이 유효하다. 왜냐하면, 이러한 지침은 개별성에만 관련되는 것이 아니라, 변형자로서도 예견되는 한, 이러한 지침은 존립할 수 있기 때문이다.

또한 행정협정과 관련해서, 연방이 체결하긴 하지만, 주입법의 대상에 관해 행정협정의 집행문제가 제기된다. 이론적 범위 안에서는

---

310) BAnz 1955, Nr 41, S. 1ff.

311) BR-Drucks. Nr.502/53c, Begründung, S. 1.

그 해결책은 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 조약의 경우와 전혀 다르지 않다. 실무상으로 이러한 사례에는 Lindauer협정이 적용될 수 있다. 이는 특히 Lindauer협정 제3호에 따른 협정에 유효하다.

### 3. 국제관습법의 경우

국제관습법의 집행은 기본법 제25조에 따른다. 거기서 기본법 제25조가 국제관습법만이 아니라 “국제법상 원칙”에도 관계되는지 여부는 논란이 있다. 어쨌든 기본법 제25조는 국제관습법에도 관계된다는 점에 관해서는 입장이 일치되어 있다.

연헌재는 - 일부 학설에 의거해서 - 기본법 제25조는 또 법의 일반원칙(die allgemeinen Rechtsgrundsätze)도 포괄한다는 점에서 출발한다; “국제법상 일반원칙(die allgemeinen Regeln)은 압도적으로 보편적으로 시행되는 국제관습법이며, 일반적으로 승인된 법의 기본원칙(anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze)을 통해 보완된다.<sup>312)</sup> 이러한 해석은 문제가 있다. 법의 일반원칙으로 이해하면, 다시 말하면 국제법질서나 국제공동체의 구조에서 연원하는 원칙으로 이해하면, 그 원칙은 집행불가능하고 또 따라서 기본법 제25조의 적용범위(예컨대 국제법주체에 있어 평등의 원칙) 안에 놓여진 것이 아니거나, 또는 국제관습법의 구성부분으로서 이미 기본법 제25조에 토대를 둔 것이다. 그러나 그 속에서 국가법질서에 공통적인 법의 일반원칙(예컨대 권리남용금지)으로 이해하면, 그 원칙은 연방공화국의 법질서 안에 존재하지 않으면 안 되고, 그리고 국제법의 국내적 집행을 그렇게 함이 가능한 까닭에, 기본법 제25조에 의거한 변형은 지나치게 과도한 것이다. 그 원칙이 기본적으로 국제법주체 상호간의 관계

---

312) 예컨대 BVerfGE 23, 288ff, 317; 31, 145ff, 177.



를 규율한다는 점과 그래서 집행불가능하다는 점을 부연하고자 한다.

또한 기본법 제25조가 법의 일반원칙에 법률에 대한 우위를 부여하는 한도에서, 기본법 제25조에 의미가 있다는 주장은 아무런 확신도 주지 못한다.<sup>313)</sup> 왜냐하면 독일 법질서의 법원칙이 헌법적 등급을 갖는다고 한다면, 그때 기본법 제25조의 등급규칙은 아무런 의미도 지니지 못할 것이기 때문이다. 또는 그 원칙이 개별 법률의 등급을 가진다면, 그러나 그 원칙은 이젠 더 이상 나중의 개별 법률을 수정하지 못할 것이기 때문이다.

국제법상 조약이 그 자체로 국제관습법을 법전화한 것이라면, 그 국제법상 조약은 기본법 제25조의 의미에서 국제법상 일반원칙으로 볼 수는 없을 것이다. 그것이 국제법상 조약의 상위에 놓이지만, 다만 기본법 제59조나 주헌법 규정의 하위에 놓이게 된다. 법전화가 진정으로 선언적 성격을 갖는 경우에, 그에 준용하는 규칙은 관습법으로서 기본법 제25조에, 그리고 조약법으로서 기본법 제59조에 놓여지게 된다. 그 차이점은 기본법 제25조가 규율하는 원칙이 기본법 제59조에 따른 원칙보다 상위의 등급을 부여받는다라는 점에서 존재한다.

“일반적”이라는 개념의 해석에는 논란이 있다. 통설은 이 개념이 국제법주체의 일반성을 언급한 것(그리고 국제관습법에 관해 구체적 규범의 특별한 내용에 배치되는, 일반적인 내용을 언급한 것은 아님)이라는 점에서 출발한다. 따라서 “국제법의 일반원칙”을 국제관습법상 규범으로 정의하는데, 압도적인 다수설에 의하면 그 규범은 국가가 구속적인 것으로 승인한 그런 규범을 말한다. 국제법상 일반원칙은 연방공화국이 당해규범을 명시적으로 존속하는 것으로 승인하였는지 여부에 좌우되는 것은 아니라는 견해가 대부분으로 나타나 있다.<sup>314)</sup> 이는 바이마르헌법 제4조와 정반대로 아주 의식적이고 명백한

---

313) Vgl. Streinz, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, Art 25, Rn. 35 mwN.

것인데, 그 조항은 “국제법상 일반적으로 승인된 원칙은 독일제국법의 구속적인 구성부분으로 유효하다.” 이 조항은 거의 만장일치로 그렇게 해석되었음에 따라 독일제국에 의한 특별한 승인이 필수적이었다. 개정된 어의에 따르면 또 기본법 제25조를 달리 해석한다고 할 때, 오늘날에는 기본법의 국제법우호성에 관한 시사로 보여진다.

그럼에도 불구하고 그것은 개별화하는데 유효하다. 연방공화국이 “persistent objector”로 제시하였다 할 때, 기본법 제25조의 의미에서 국제법상 어떠한 일반원칙도 결코 등장할 수 없게 된다.<sup>315)</sup> 이에 반해 이것이 그렇지 않으면 주도적으로 승인된다고 할 때, 국제관습법상 규범에 관한 연방공화국의 주석되지 아니한 태도(die kommentarlose Haltung)를 기본법 제25조의 의미에서 국제법상 일반원칙의 출현을 제약하는 것으로 다루고 있다.

기본법 제25조 제1문에 따르면, 국제법상 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 이 규정은 변형이론의 추종자나 집행이론의 추종자들도 자신들의 시각을 정당화하는 근거로 동원되고 있다. 실제로 이 규정이 일반변형이나 집행명령으로 보여지기도 한다. 거기서 자연스럽게 국제관습법의 집행가능한(자기집행적인) 규범만을 포괄할 따름이다. 그 규범은 개인의 권리와 의무에 직접적으로 근거가 되는 그런 규범을 의미한다. 그러나 그 규범은 또 국가를 향해 도달하지만 그럼에도 그 적용에 있어서는 개인의 법적 지위에 관해서는 간접적인 효과를 지닌다는 점이다.

- 국가책임에 관한 국제법상 일반원칙은 집행가능한 것이다.

이에 관해 연헌재가 실시하길:<sup>316)</sup>

---

314) Vgl. BVerfGE 15, 25ff, 34; 16, 27ff, 33; 환화시킨 것으로는 E 66, 39ff, 64f.

315) BVerfGE 46, 342ff, 389.

“제청절차에서 … 국제법상 일반원칙이 고려되어야 한다는 점에서 그러는 동안 기본법 제25조, 제100조 제2항의 목적과 목표가 제기되는데, 그 일반원칙은 그 규율내용과 수범자의 범위에 따라 국제법 분야에서 사적인 개인의 주관적 권리나 의무에 근거가 되거나 수정되는 것이 아니라, 오히려 배타적으로 국가나 그 밖의 국제법주체가 준수해야 한다는 것이다. 기본법 제25조 제1문이 제시한 일반적인 법적용명령에 의거해서 연방법의 구성부분으로서 그 원칙의 그때마다의 효과에 있어, 이러한 방식의 국제법상 일반원칙은 독일연방공화국의 객관적 권리 규범으로서 모든 법정립과 법적용기관에 의해 발령된 법률에 대응한 우위로서 존중되어야 하고, 또 그 구성요건과 규율내용의 척도에 따라 적용되어야 한다. 사적인 개인은 - 외국과 마찬가지로 - 독일연방공화국의 고권범위에서 그때마다의 절차범영역에서도 국제법상 이러한 일반원칙을 끌어다낼 수 있으며, 또 국제법상 일반원칙이 이러한 영역에서 원용됨이 없이 직권으로 존중되어야 한다 하더라도, 그 밖의 객관적인 권리도 끌어다낼 수 있다. 국제법상 일반원칙은 - 그 내용에 따라 그리고 선결문제로서 원칙적으로 - 객관적인 법으로서 개인의 법적인 요구에 반응할 수 있으며 그와 아울러 재판에 전제가 될 수 있다. 이러한 의미에서 그 일반원칙은 각 개인에게 유리하거나 불리한 법적 효과를 창출해낼 수 있다.”

- 예컨대 “조약은 이행되지 않으면 안 된다”는 국제관습법상 명제는 집행불가능한 것이다.

일부 학설에 따라 국내적 효력과 직접 적용성을 구별하면, 먼저 국제법상 모든 일반원칙은 국내적 범위에서 유효하지만, 그때 단지 개

---

316) BVerfGE 46, 342ff, 362f.

별적으로만 적용할 - 자기집행적인 까닭에 - 수 있게 된다.

어쨌든 국제관습법의 집행가능한 규범만이 기본법 제25조 제2문의 규정에 근거를 둘 수 있다. 국제법상 변형된 일반원칙이 연방영역의 거주자(시민들만이 아니라)들에게도 직접적으로 권리와 의무를 창설한다는 점을 기본법상 이 조항이 규율하는 한도에서, 그 조항에는 - 무엇보다도 연헌재에 의해서 - 진정한 선언적 성격이 부여될 것이다. 왜냐하면, 이미 실시한 바와 같이, 기본법 제25조 제1문의 변형 내지 집행명령과 더불어 이러한 효과는 즉각적으로 작용하기 때문이다.<sup>317)</sup> 그에 관해서 일부 학설은 다음의 견해를 취하고 있는데, 기본법 제25조 제1문에 따른 국제법상 일반원칙은 먼저 연방공화국의 객관적 법질서의 구성부분으로 될 것이며 또 그에 이어 기본법 제25조 제2문에 따라 - 본질구성적인 - 개인들에게 추가적으로 작용하게 된다는 것이다. 결과적으로 이 두 시각은 전혀 구별되지 않는다. 이는 진정으로 연헌재 관례가 지적하고 있다.<sup>318)</sup>

그러나 특히 기본법 제25조 제2문이 독일법질서에 그렇지 않았으면 승인되지 아니하였을 등급단계를 끌어들이는 경우에, 기본법 제25조 제2문에 규율된 등급규정은 본질구성적인 것이다. 변형된 국제관습법에 개별적인 제정법(Gesetzesrecht) 이상의 등급이 정서되는 한도에서, 이 규정의 해석에는 논란의 여지가 없다. 그러나 그 이상으로, 이러한 등급이 헌법 아래에 위치하는지에 관해 또는 기본법에 우선하는지에 관해 의견의 불합치가 헌법적 영역에서 존재한다. 통설은 법률보다는 상위에, 기본법보다는 하위의 중간등급을 제시한다.<sup>319)</sup> 이는 개별적인 법률이 변형된 국제관습법을 파기할 수 없는 것으로 작

---

317) BVerfGE 15, 25ff, 33f.

318) BVerfGE 46, 342ff, 362f.

319) Vgl. BVerfGE 6, 309ff, 363; 37, 271ff, 279.

용함을 의미한다. 그것은 오히려 위법하다.<sup>320)</sup> 그것이 무효인지, 아니면 단지 적용불가능(Unanwendbarkeit)만을 의미하는지는 논란이 있지만,<sup>321)</sup> 개인의 법적 지위에는 아무런 효과도 미치지 아니한다. 취소할 수 있는 국법상 행위는 그런 사례에서 폐지된다.<sup>322)</sup>

그때그때마다, 변형된 국제관습법에는 헌법적 등급이 부여되거나 헌법상위의 등급(Überverfassungsrang)이 부여된다. 근거가 어떤 형태로든 제시되면, 변형된 법의 등급은 변형자(따라서 기본법 제25조와 같은 헌법적 등급이다)에 따르거나, 또는 기본법 제25조 제2문의 의미에서 “법률”은 모든 법률이고, 따라서 기본법도 이에 속한다(따라서 헌법상위의 등급이다). 실무상으로 이와 관련해서 어떠한 해명을 필요로 하는 사례도 제시되지 아니하였다.

기본법 제25조가 단독적(partikuläres) 국제관습법과 쌍방적(bilaterales) 국제관습법<sup>323)</sup>을 모두 포괄하는 여부문제가 매우 논쟁적으로 다루어지고 있다. 통설에 따르면 이는 부인된다.<sup>324)</sup> 거기서 핵심적인 논거로는 기본법 제25조 제1문의 어의(국제법상 “일반”원칙)가 기여한다. 단독적 국제관습법에 기본법 제25조를 유추 적용하도록 일부에서 제안하는 것은 거부되었는데, 그 이유는 영역규정이 이를 금지하는 까닭이다. 그렇지 않았으면 독일법질서에서 승인되지 아니하였을, 법률과 기본법 사이에서의 그러한 중간등급은 단지 명시적인 헌법규정에 의해서만 끌어들여질 뿐이지, 유추에 의해 끌어들여질 수 있는 것은 아니다.

---

320) BVerfGE 23, 288ff, 279.

321) BVerfGE 23, 288ff, 300.

322) BVerfGE 23, 288ff, 316.

323) Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 86.

324) Vgl. BVerfGE 96, 68ff, 86.

통설의 어려운 점은, 단독적 국제관습법이 그때 어떻게 변형되는가를 선언해야 한다는 점에 있다. 왜냐하면 왜 헌법제정자가 이 문제를 규율하지 아니하였는가에 대한 해명은 전혀 납득할 수 없기 때문이다. 국제법상 원칙이 주법의 구속적인 구성부분임이 특정되었다면, 이는 그 표현에 따르면, 관습법의 모든 발현형태와 또한 단독적 관습법과 쌍방적 관습법과 관련되는 것이다. 어쨌든 헌법제정자가 단독적 관습법과 쌍방적 관습법의 변형을 의도하지 아니하였다는 해명은 받아들여질 수 없다. 이는 근본적으로 기본법 제25조를 해석함에 있어 자리한 일반적인 국제법우호성에 모순되는 것이었다. 마지막으로 최종적인 해명이 받아들여졌는데, 변형할 수 있는 단독적 관습법은 없다는 점을 헌법제정자가 전제로 하였다는 점이다. 개연성있는 방식으로 헌법제정회의에는 이러한 견해가 제시되었고, 어쨌건 그러나 거기서는 오류로 나타났다. 그런 사례가 외부적으로는 아주 드물다면, 변형할 수 있는 단독적 관습법의 원칙적인 개연성은 확실하게 제시된다. 문헌에서는 문제의 해결에 관해 헌법관습법적 변형규범을 목표로 삼고 있다.<sup>325)</sup> 이것이 쌍방적 관습법에도 관련되는지 여부는 아직 답변되지 아니하였고,<sup>326)</sup> 또 그와 같은 변형된 관습법의 등급은 불명확하다. 따라서 기본법 제25조 아래에서 단독적 관습법과 쌍방적 관습법을 포섭하는 것이 해결책으로 제시된다. 거기서 점점으로는 “일반적”이라는 개념이 기여한다. 그 개념은 국제관습법의 출현에 하나의 역할을 수행한다. 또 거기서 그렇게 해석됨에 따라 그 개념은 그 당시 구체적인 관습법규범에 기속된 국제법주체에게 제시하는 것으로

---

325) 또한 Rudolf, *Völkerrecht und deutsches Recht*, S. 277ff., 그리고 RGSt 23, S.267와 RGZ 62, 165ff를 근거로 제시한다.

326) Rudolf, *Völkerrecht und deutsches Recht*, S. 270. 여기서는 이 사례에서 항상 동일한 내용의 국내적 관습법이 존재하지 않으면 안 되고 또 그에 따라 더 이상 변형이 필요치 않다는 점이 제시됨으로써 이 점이 부인되었다.

나타난다는 점이다.

변형된 법은 연방법으로 유효한데, 거기서 그 법은 전적으로 또 전속적인 주입법의 소재와 관계되는 것이다. 이 사례에서는 기본법 제 31조가 적용될 수 있다.

기본법 제25조의 주요한 적용범위는 국제법상 외국인법이다. 외국인법의 기본규칙은, 어느 국가나 외국인에게 그의 영역 내에서 국제법상 “최소한의 수준”이 논란이 되지 않도록 행동하지 않으면 안 된다는 것으로 도출된다. 이러한 최소한 수준의 세부적인 내용은 아주 매우 난해하게 쓰여져 있다. 그에 관해서는 생명권, 자유, 안전 및 재산권 등을 들 수 있으며, 이러한 법익의 침해에 대응한 보호청구권, 권리보호청구권 그리고 공정한 절차 등이 그것이다.

최소한 수준의 이러한 내용 내지 다른 내용은 기본법 제25조에 따라 변형된다. 따라서 그것은 연방법으로 유효하며, 법률보다 우위에 있다. 어떠한 국내적 법률도 이러한 최소한의 수준에 위배되어서는 안 된다. 그것은 위법이다. 이에 반해 국내적 법률은 최소한의 수준에 합치되게 또는 그 수준을 능가해서 (즉 보다 시혜적으로) 외국인의 법적 지위를 규율해야 할 것이다.

연방공화국의 외국인법은 부분적으로 이미 기본법 자체에 포함되어 있다.

그래서 모든 기본권은, 인권이나 만민권(Jedermanns- rechte)과 관련되는 그런 기본권은 외국인에게도 부여된다.<sup>327)</sup> 진정한 외국인 기본권은 기본법 제16조의a에 규정된 망명권(das Asylrecht)이다.<sup>328)</sup>

---

327) 이에 관해서는 vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 107ff.

328) 이에 관해서는 vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 971ff.

외국인법의 거의 대부분은 개별법률에 규율되어 있다. 거기서는 내국인과 외국인 사이에서 차별하지 않는 그런 것(내국인과의 동등한 처우), 개별적인 특정한 규정에 외국인도 포함시키는 그런 것 또는 오로지 외국인에게만 유효한 그런 것이 규율되어 있다.

이에 관해서는 1990. 7. 9.의 연방영역에서 외국인의 여행과 체류에 관한 법률(외국인법률, Sartorius I, 제565호), 1980. 1. 31.의 소견으로 된 유럽경제공동체 회원국 국적자의 여행과 체류에 관한 법률(유럽공동체 체류법률, Sartorius I, 제560호), 1951. 4. 25.의 연방영역에서 실향한 외국인의 법적 지위에 관한 법률(Sartorius I, 제563호), 1993. 7. 27.의 소견으로 된 망명절차법률(Sartorius I, 제567호) 등을 들 수 있다.

마지막으로 외국인법의 일부가 국제법상 조약 안에서 규율되고 있는데, 그 조약을 연방공화국이 체결하였고 또 변형한 경우이다.

이에 관해서는 특히 1951. 7. 28.의 망명자의 법적 지위에 관한 협정(Genfer망명자협약, Sartorius II, 제28호), 1954. 9. 28.의 국적상실자(Staatenlosen)의 법적 지위에 관한 약정,<sup>329)</sup> 1955. 12. 13.의 유럽체류협정(Sartorius II, 제117호) 등을 들 수 있다. 이에 관해서는 일련의 쌍방적 체류협정을 추가로 들 수 있다.

---

329) BGBl. 1976 II, S. 474ff.



## 4. 법의 일반원칙과 국제기구의 결의

### 가. 법의 일반원칙

여기서 법의 일반원칙(Allgemeine Rechtsgrundsätze)에 기본법 제 25조가 관계되지 않는다는 견해를 바탕으로 하게 되면, 기본법은 법의 일반원칙 집행과 관련해서 아무 규정도 포함하지 않는 셈이다. 법적인 원칙이 이미 독일의 법질서에 존재하고 또 그 집행이 보장되고 있는 까닭에, 집행규정은 필요치 않다.

법의 일반원칙이 기본법 제25조에 의거한 것이라 점에 관해 연헌재가 상세하게 근거를 제시하지는 아니하였지만, 그 견해에 따를 때,<sup>330)</sup> 이는 국제관습법의 시행에도 준용할 수 있다.

### 나. 국제기구의 결의

기본법은 국제기구의 결의를 국내적으로 집행하는 것에 관해 아무런 명문의 규정도 두지 않고 있다. 거기서는 국제기구의 결의가 원칙적으로 집행할 수 없다는 점에서 출발한다. 그 결의에 국가가 먼저 따라야 하고 또 통상적으로 단지 권고적인 성격을 지녔기에 그렇기 때문이다. 거기서는 개인들에게는 아주 드물긴 하지만 권리와 의무를 부여하기도 한다. 하지만 이는, 유럽연합, 특히 기본법 제23조 제1항이 규율한 의미에서 첫 번째 기둥에 관한 것이라면 또는 연방이 고권적 권리를 이양하는, 기본법 제24조 제1항이 규율한 의미에서의 국제기구에 관한 것이라면, 그때에는 유효하지 않다.

유럽공동체법을 제외하고 또 문제가 폭넓게 실무관련성을 결여하였다는 점을 배제할 때, 국제기구의 결의에 관한 집행은 - 그 결의의

---

330) BVerfGE 15, 25ff, 33ff; 16, 27ff, 33; 23, 288ff, 317; 31, 145ff, 177f.

집행가능성을 전제로 하는데 - 가입조약에 대한 조약법 내지는 기본법 제24조 제1항에 따른 법률에 따라야 한다는 점에서 출발한다. 왜냐하면 예측된 일반적 변형 내지 예측된 집행명령은 국제기구의 정관(Organisationsstatuten)이 예정한, 그 기구의 결의를 장래적으로 예상할 것이기 때문이다. 법률이나 법규명령의 형식으로 표출된 바를 개별적인 사례에서 특별변형이나 집행명령으로 삼는 것이 그에 배치되는 것은 아니다. 그러한 특별변형 내지 그러한 집행명령을 위한 전제조건은 국제기구의 정관이 결의의 직접적인 효력을 전혀 예정하지 아니하였다는 점이다.

설립조약에 관한 조약법 내지 기본법 제24조 제1항에 따른 법률이 하위의 등급을 명료하게 규정하지 아니하는 한, 일반변형에 관한 것이라면, 그때에는 변형된 결의에 법률의 등급을 부여한다. 특별변형에 있어서는 변형된 결의의 등급은 변형자 자체에 따라 또는 하위의 등급과 관련해서는 그와 관련된 규정에 따라 정립된다.

## II. 유럽법의 독일 국내에서의 집행

### 1. 광의의 유럽법

유럽법의 국내적 집행문제에 관해서 먼저 분별하지 않으면 안 될 점이 있다. 광의의 유럽법, 즉 유럽의 국제기구의 법에 관해서라면, 국제조약에 관한 그리고 국제기구의 의결에 관한 기본법의 해당조항을 적용해야 한다는 것이다.

## 2. 협의의 유럽법(유럽연합법)

### 가. 일반론

그러나 협의의 유럽법(유럽연합법)에 관해서는 통설과 관례가 지적 하듯이 광의의 유럽법에 대해 다루는 것처럼 일반화하는 것은 불가능하다.<sup>331)</sup> 이는 유럽공동체에 그리고 나중에는 유럽연합에 독일의 가입이 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 법률뿐만 아니라 기본법 제24조 제1항 내지 제23조 제1항 제2문에 따른 법률을 필요로 한다는 사실에 먼저 그 요인이 있다. 그와 아울러 유럽공동체 내지는 유럽연합에 고권적 권리를 이양하였는데, 통설은 독일이 이들 단체에 의한 고권적 권리의 행사를 승인하도록 그 진행과정을 해석하였다. 다만 이들 공동체법이 집행적인 성격을 지니고 있는 까닭에, 이미 파악된 바와 같이 첫 번째 기둥의 법, 즉 공동체법에 해당하는 유럽연합법의 국내적 집행은 변형이론이나 집행이론에 관한 일반적인 기준에 따라 평가될 수는 없다. 오히려 그에 관한 문제점은 기본법 제23조 제1항 내지 제24조 제1항에 따라 독일 법질서가 인도한 공동체법에 되돌아가 해결해야 할 것이다. 이러한 이유에서 통설은 제1차 공동체법을 조력하기 위한 변형이나 집행명령을 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 조약법에서 찾으려는 시도를 거부하였다. 제2차적 공동체법이, 만약 변형을 받아들인다면 일반변형의 결과를 초래하게 되는데, 예정대로 이런 조약법에 의해 변형될 수 있다는 견해도 동일하게 유효하다.

두 번째와 세 번째 기둥의 법과 지붕과 기반에 관한 법의, 즉 연합법의 집행은 그에 반해 국제법의 집행에 관한 원칙에 따라 진행되는

---

331) 이하 상세한 내용은 vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 186ff.; 채형복, 『유럽헌법법』(한국학술정보, 2005), 72면 이하.

데, 제1차적 및 제2차적 연합법은 국제법상 조약법에 정서되기 때문이다.

통설은 연헌재와 유럽재판소의 판례에 근거하여 공동체법의 집행과 관련해서 자신들의 주장을 펼치고 있다. 이는 예컨대 다음과 같은 연헌재의 입론에도 유효한데, 거기서는 스스로 유럽재판소의 해당 판례를 반영하고 있다.<sup>332)</sup>

“유럽경제공동체조약의 비준으로 … 기본법 제24조 제1항에 합치되게 유럽경제공동체의 독자적인 법질서가 등장하게 되었기 때문이고, 그 법질서는 국내의 법질서에 효력을 미치고 독일 법원에 의해 적용되어야 한다. … 기본법 제24조 제1항이 사리에 합당한 해석으로 제시한 것은, 중간수준의 국가적 조직(zwischenstaatliche Einrichtungen)에 고권적 권리의 이양을 허용한다는 점뿐만 아니라, 그들 조직의 기관에 의한 고권행위는 … 원초적으로 배타적인 고권담당자에 의한 것으로 받아들여져야 한다는 점이다. 이와 같은 법적 상태에서 출발할 때, 공동체시장의 시행 이래 독일법원은 그와 같은 범규범을 적용하지 않으면 안 되고, 그 범규범은 독자적인 국가외적 고권적 권력에 해당하지만, 그럼에도 불구하고 … 국내적 영역에서는 직접적 효력을 지니고 또 서로 모순되는 국가법에 중첩되는 경우 그 국가법을 배척한다 ….”

이를 연헌재는 나중에 아주 간결하게 표현하였다.<sup>333)</sup>

“이 헌법조항(기본법 전문과 제24조 제1항)은 독일법질서를

---

332) BVerfGE 31, 145ff, 173f.

333) BVerfGE 58, 1ff, 28.

다음과 같이 열어놓고 있는데, 독일연방공화국의 진속적인 통치권은 기본법의 효력범위 내에 자리하고 있으며 다른 法源에서 유래한 법의 직접적 효력과 직접 적용성을 국가적인 지배범위의 영역 안에서 용인한다.”<sup>334)</sup>

제2차적 공동체법이 일반적으로 변형된 것이라는 견해를 연헌재가 명시적으로 반대하지는 않는다. 그러나 연헌재가 원초적으로 제2차 공동체법에 대한 헌법소원을 부적법한 것으로 선언하였다는 점에서, 연헌재가 변형이론에 - 간접적으로나마 - 배치되게 적용한 것이다. 변형된 제2차적 공동체법에 대한 헌법소원이 부적법한 것이 될 수 없기 때문이다. 그뿐 아니라 연헌재의 판례<sup>335)</sup>에서 제시된 바에 따르면, 연헌재는 “국가적인 지배영역의 내부에 있어 다른 법원에서 유래한 법의 직접적 효력과 직접 적용성”을 바탕으로 한 것이지, 국가법의 내부에서 출발한 것이 아니었다. 이는 명백히 변형이론에 불합치하는 것이다.

따라서 다른 법원에서 유래한 이와 같은 법이 국내적 집행 자체의 문제를 그때에도 해결하지 않으면 안 된다는 견해에 따라야 할 것이다.

## 나. 제1차적 공동체법

제1차적 공동체법의 국내적 집행의 전제조건은 그 법이 대체로 집행할 수 있어야 한다는 것이다. 이는 직접 적용할 수 있는 제1차적 공동체법의 규범에 대해서만 수용가능한 형태에서 적합한 것이다. 어떠한 규범이 직접 적용할 수 있으며 또한 집행가능한지, 그리고 국제법의 경우와 동일한 기준으로도 가능한 것인지를 기본적으로 확인해

---

334) BVerfGE 37, 271, 280. 마찬가지로 BVerfGE 59, 63ff, 90; 73, 339ff, 374.

335) BVerfGE 58, 1ff, 28.

봐야 한다. 관례와 학설은 제1차적 공동체법의 집행가능성을 인정하는데, 그 규범이 다음과 같이 형식화되면 그렇다.

① 법적으로 완벽해야 하는데, 다시 말하면 어떠한 다른 구  
 체화가 없이도 적용할 수 있어야 하고; ② 무조건적이어야 하  
 고; ③ 어떠한 다른 집행조치를 필요로 함이 없이 회원국에게  
 책임이 존재해야 하고; 그리고 ④ 회원국에게 어떠한 재량여지  
 도 없어야 한다.

각 개인에게 명시적으로 주관적인 권리가 부여될 때(예컨대 유럽  
 공동체조약 제39조 제2항과 제3항), 각 개인에게 명시적으로 책임이  
 부과될 때(예컨대 공동체조약 제81조 제1항) 또는 회원국에서 개인에  
 게 유리하도록 할 명백한 책임이 입증될 때(공동체 조약 제90조 제1  
 항과 제2항), 바로 이와 같을 때에 구체화된다.<sup>336)</sup>

제1차적 공동체법의 규범이 집행가능할 때에도, 통설에 따르면 그  
 국내적 집행은 더 이상 기본법의 해당조항에 의거해서가 아니라 공  
 동체법 자체에 의거해서 보장된다. 그 근거에 관해서는 유럽재판소  
 관례가 제시하고 있다.<sup>337)</sup>

그뿐 아니라 연헌재는 본질성에 입각해서 다음과 같은 시각을 입  
 론하였다.

집행가능한 제1차적 공동체법의 국내적 효력이 공동체설립이라는  
 사실에서 유래한 것이라면, 이는 - 연헌재가 입론한 바와 같이 - 최  
 소한 기본법 제24조 제1항(그리고 나중에는 기본법 제23조 제1항)과  
 이를 능가해서 기본법 제59조 제2항 제1문으로 되돌아가야 할 것이

---

336) Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 1963, S. 1ff., S. 25.

337) Rs. 6/64, Costa/ENEL, Slg. 1964, S. 1251ff., S. 1269.

다. 설립과 주권이양은 이들 조항에서 그리고 공동체조약에 관해 이중적 기능을 제공한 법률에서 제시된다. 따라서 집행가능한 제1차적 공동체법의 국내적 집행은 이러한 기초에 기반을 두지 않으면 안 된다. 효력근거를 오로지 기본법 제24조 제1항(그리고 나중에는 기본법 제23조 제1항)에 의거한 법률로만 볼 것인지, 아니면 법률의 이중적 기능과 기본법 제59조 제2항 제1문을 제시할 것인지 여부는 결과적으로 더 이상 아무 것도 바꿀 수 없다. 그래서 살펴본 바와 같이 통설이 절대적인 확신을 하지 못하는 것이다.

제1차적 공동체법의 규범이 집행불가능하다면, 다시 말하면 직접 적용할 수 없다면, 그때엔 그 규범은 유럽공동체기관의 실행조치(예컨대 유럽공동체조약 제33조 제1항, 제42조), 국가적 실행조치(예컨대 공동체조약 제98조 제1문, 제126조 제1항) 또는 국제법상 실행조치(예컨대 공동체조약 제20조)를 필요로 할 것이다.

## 다. 제2차적 공동체법

제2차적 공동체법에서도 국내적 집행의 전제조건은 그 법의 집행가능성이다.<sup>338)</sup>

- 명령에서는 이를 원칙적으로 수용하고 있다.
- 준칙에서는 정반대의 경우에 해당하는데, 준칙은 이미 언급한 그 속성으로 인해 집행가능성에 관해 먼저 말할 수는 없다. 오로지 예외만을 고려할 뿐이다. 이들 준칙이 “내용상으로 무조건적이고 충분히 상세한 것으로” 나타나고 또 회원국에 의해서도 자유롭게 예들러 갈 수 없다면, 그때에는 유럽재판소는 각 개인에게 권리를 부여하거나 책임을 면하는 준칙의 집행가

---

338) Schweitzer, Staatsrecht III, S. 190.

능성을 인정한다.

- 각 개인에게 권리를 부여하거나 의무를 면하지만 회원국에게 적용되는 결정은 이미 언급된 그 속성으로 인해 집행될 수 없다. 그럼에도 불구하고 이에 관해서는 예외가 고려된다.

집행가능한 제2차적 공동체법에 있어 통설은 그 법의 국내적 집행이 기본법의 해당조항에 따른 것이 아니라 공동체법 자체로 인한 것이라는 견해를 취하고 있다. 이는 조약상으로 기초된 고권의 영향이고, 초국가적인 것이다. 근거로는 유럽공동체조약 제249조 제2항에 제시되어 있는데, 거기서는 명시적으로 명령으로 하여금 회원국에 직접적 효력을 부여하고 있다. 이들 주장에 따르면 준칙과 결정에는 부여되지 아니하였으나, 이들 근거의 영역에서 통설과 연헌재<sup>339)</sup>가 자연스레 받아들인 유럽재판소 판결에서는 이러한 법적 행위의 직접적 효력을 인정하고 있다.

연헌재는 이런 시각을 다음과 같이 표출하고 있다.<sup>340)</sup>

“각료이사회와 집행위원회의 명령은 조약에 의해 창설되었으며 회원국의 국가권력이 명시적으로 제공한 ‘초국가적인’ 특수한 공권력의 행위이다. 유럽경제공동체의 기관은 고권적 권리를 행사할 수 있는데, 그 고권적 권리를 회원국들은 그들이 가입한 공동체를 위해 포기하고 말았다. 공동체는 그 자체가 국가도 아니고 또 연방국가도 아니다. 그 공동체는 진전되는 통합과정에 놓인 독자적인 모형의 공동체이며, 독일연방공화국이 - 다른 회원국과 마찬가지로 - 특정한 고권적 권리를 ‘이양한’, 기본법 제24조 제1항의 의미에서 ‘중간수준의 국가적 조직’이다. 그와

---

339) BVerfGE 75, 223ff, 240ff.

340) BVerfGE 22, 293ff, 295f.



아울러 새로운 공권력이 등장한 것으로, 개별적인 회원국의 국가권력에 대응해서 독자적이고 독립적이다; 따라서 공동체의 행위는 회원국들에 의해 확인(‘인준’)되지도 않으며 그들에 의해 폐지될 이유도 없다. 유럽경제공동체조약은 확실하게 이 공동체의 헌법에 해당함을 기술하고 있다. 조약에 합당하게 공동체기관에 부여된 권한영역에서 공동체의 기관이 발령한 법규범은, 즉 ‘제2차적’ 공동체법은 독자적인 법질서를 형성하고 있으며, 그 규범은 국제법도 아니며 회원국의 국가법도 아니다. 공동체법과 회원국의 국내법은 ‘두개의 독자적이고 서로 다른 법질서’이다; 유럽경제공동체조약에 의해 창설된 법은 ‘자율적인 법원’으로 파악된다….”

이와 같이 주장된 영역에서 제2차적 공동체법으로 일반적인 변형이 이루어진 것으로 보는 견해는 결국에는 부인된다. 그러나 또한 여기서 기본법 제24조 제1항과 제23조 제1항 내지 제59조 제2항 제1문에 따른 공동체조약에 관한 그 법률의 기능은 너무 고려되지 아니하였다는 이의가 제기되기도 한다.

## 라. 국제법상 조약

유럽공동체의 국제법상 조약에 관해 진정한 공동체협정에 관한 것이라면, 제2차적 공동체법에 진술한 바가 그 집행에 있어서도 유효하다. 전제조건은 여기서도 집행가능성이다. 국제법상 조약이 자기집행적일 수 있음을 유럽재판소는 명시적으로 확인하고 있다. 그밖에도 유럽재판소가 확인한 국제법상 조약의 직접적 효력은 ‘공동체법질서의 통합적인 구성부분’이라고 할 수 있으며, 그 조약의 국내적 집행에 관한 근거는 공동체법 그 자체에서 제시되지 국가법에서 제시되

는 것은 아니다.

유럽공동체의 국제법상 조약에 있어 혼합협정에 관한 것이라면, 그 집행은 아주 다양하게 판단된다. 공동체권한에 의거한 조약의 일부분에는 공동체협정의 집행에 관해 전술한 사항이 유효하다. 조약의 다른 부분은 그 때마다 국제법상 조약에 따라 집행되어야 한다.

그런 특수한 사례를 GATT법과 WTO법이 보여주고 있다.<sup>341)</sup>

## 마. 유럽재판소의 역할

회원국 법원은 자신에게 계속중인 법적 분쟁에서 공동체법의 해석에 관해 또는 제2차적 공동체법의 유효성에 관해 의심이 생기면, 그 법원은 절차를 중지하고 그 문제를 유럽공동체조약 제234조에 따라 유럽재판소에 전심결정(Vorabentscheidung)을 하도록 제청할 수 있다(전심절차). 회원국 법원의 재판에 대응해서 더 이상 권리구제수단이 없다면, 그 법원은 그 문제를 유럽재판소에 제청하지 않으면 안 된다. 이와 같은 방식으로 공동체법적 규범에 관해 위에서 언급한 집행가능성문제가 해결된다.

연현재는 이러한 연관관계에서 유럽재판소도 기본법 제101조 제1항 제2문이 정한 “법률이 정한 법관”에 해당함을 확인하였다.<sup>342)</sup> 제청을 함에 있어 자의적으로 간과한 독일의 법원은, 비록 공동체법상의 문제가 이미 언급한 방식으로 제기된다 할지라도, 그리고 이들 법원의 재판에 대응해서 아무런 구제수단이 없다고 할지라도, 기본법 제101조를 침해한 것이다. 이는 헌법소원으로 - 그 자체에서 아무런 정상적인 구제수단이 없는 것이 되어 - 다툼이 가능하다.

---

341) 이에 관해서는 Schroeder/Selmayr, in: JZ 1998, S. 344ff.

342) BVerfGE 73, 339ff, 366f; 75, 223ff, 233ff; 82, 159ff, 192ff.

## 바. 집행문제

통설에 따르면, 국내적 집행은 더 이상 국가법에 의해서가 아니라 공동체법 자체에 의해 보장된다. 그에 따라 아주 특수한 집행문제가 등장하게 된다.

### 1) 공동체법상 개념문제

국가의 행정청이 공동체법을 집행하려면, 제1차적 및 제2차적 공동체법의 개념을 공동체법적으로 이해될 수 있다는 점을 존중해야 한다. 공동체법이 국가법에서 직접 또는 간접으로 언급될 때에만 유효한 것이 아니다. 예컨대 ‘회원국의 국민’에 관한 유럽공동체법이 관계될 때에도 그에 해당할 것이다.<sup>343)</sup>

### 2) 공동체법 조화적 해석

국가의 행정청이 변환된 공동체법을 집행하고자 할 때에도, 특히 국가법에 의해 준칙이 변환된 경우에도, 공동체법에 조화적으로 해석되지 않으면 안 된다. 따라서 국가적 변환조치가 다양한 해석을 용인한다면, 공동체법에 조화적인 것은 선택되지만, 공동체법에 위반된 것은 배척된다.

### 3) 공동체법의 절차법상 제약

집행에 있어 가장 큰 문제는 절차법적인 분야에서 제기된다.<sup>344)</sup> 국

---

343) EuGH, Rs. C-192/99, Kaur, Slg. 2001, S. I-1237ff., Rn. 19.

344) 상세한 내용은 vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, SS. 194-198.

가의 행정청이 공동체법을 집행하고자 할 때에는 행정작용과 행정절차가 원칙적으로 국가법에 따라 진행되어야 하기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 공동체법의 통일적이고 효율적인 적용을 보장하기 위해 그 행정청은 공동체법상 절차법적인 제약에 기속되어야 한다. 이러한 제약은 한편으로는 아주 드물게는 제2차적 공동체법에서 제기되고, 다른 한편으로는 공동체법상 기본권을 포함해서 법의 일반원칙에서 제기된다.

유럽재판소는 그 외에도 유럽공동체조약 제10조에 근거해서 국가절차법의 적용에 있어 형평성요청과 효율성요청에 부합하지 않으면 안 됨을 제시하고 있다.

형평성요청(차별금지)에 따르면, 공동체법과 관련된 절차는 오로지 국내법과 관련된 그러한 절차보다 비우호적으로 형성되어서는 안 된다는 것이다.<sup>345)</sup>

효율성요청(효과성요청)은 회원국의 절차법을 적용함에 있어 “공동체법질서에 의해 부여된 권리는 ... 실제로는 불가능하거나 과도함으로써 당황스럽게 되어서는 안 된다”는 것이다.<sup>346)</sup> 회원국이 자신의 절차법을 적용할 수 없는 것으로 하거나 경우에 따라서는 그 자신의 법질서에서 금지하거나 또는 그 절차를 전혀 알 수 없는 그런 절차를 적용한다면, 바로 그런 경우에 이에 해당한다.

#### 4) 국가책임

회원국은 유럽재판소가 발전시킨 국가배상법판례의 분야에서 집행

---

345) EuGH, Rs. C-231/96, Edilizia Industriale Siderurgica/Ministero delle Finanze, Slg. 1998, S. I-4951ff., Rn. 31ff.

346) EuGH, Rs. C-188/95, Fantask ua/Industriministeriet, Slg. 1997, S. I-6783ff., Rn. 47.

과 관련해서 공동체법의 위반에 대해서는 각 개인에게 배상하여야 한다.<sup>347)</sup>

## 제5절 국제법과 유럽법의 직접 적용성과 직접적 효력

### I. 개설

국제법의 국내적 집행으로 인해 국제법이 국내적 효력을 갖는다는 문제와 국제법상 법규범이 집행력을 갖는가 또는 직접 적용될 수 있는가의 문제는 구분해야 한다. 국제법규범의 국내적 집행문제는 그 규범이 어떠한 근거로 국내에서 유효한 법이 될 수 있는가를 논의한다. 즉, 국제법규범은 국제법질서의 측면에서 국가를 구속함은 물론이고, 그 규범내용이 국내법의 일부분을 형성해야 할 경우가 수없이 등장하게 된다. 그렇지만 모든 국제법규범을 국가가 국내적 효력을 부여해서 국내적으로 집행되도록 해야 하는 것은 아니다. 이 과정에서 국제법규범을 국내에 별도의 이행조치가 없이도 직접 적용할 수 있는지의 문제와 국민들의 권리의무관계에 영향을 미칠 수 있는지의 문제가 제기된다. 이른바 직접적용성 문제와 직접적 효력 문제이다.

국제법 차원에서 직접적용성이나 직접적 효력문제는 조약의 자기집행성에서 주로 문제된다. 그런가 하면, 유럽법 차원에서 이 두 가지 문제는 法源의 유형에 따라 폭넓게 제기된다.

---

347) 이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』 초판 (세창출판사, 2006), 101면.

## II. 국제법의 직접 적용성과 직접적 효력

### 1. 국제법상 직접 적용성과 직접적 효력의 관계

국제법의 직접 적용성이란 어떠한 국제법 규범이 국내 이행입법의 도움이 없이도 그 자체로(즉 자동적으로) 국내법질서의 일부를 형성하는 경우를 말한다.<sup>348)</sup> 이에 비해 국제법의 직접적 효력이란 어떠한 국제법 규범이 그 자체로 개인에게 국내법원에서 원용할 수 있는 권리를 부여하거나 의무를 부과하기에 충분한 힘을 갖는 것을 말한다. 이와 같이 기본적으로 양자는 서로 다른 개념을 전제로 한다.

그리고 국제법의 직접적 효력<sup>349)</sup>은 수직적 직접적 효력과 수평적 직접적 효력으로 구분된다. 수평적 직접적 효력이란 직접적 효력이 개인과 개인 사이에서 인정되는 경우를 말하고, 국제법규범의 제3자적 효력이라 칭해지기도 한다.

수직적 직접적 효력은 직접적 효력이 국가(또는 국가기관)와 개인 사이에서 인정되는 경우를 말하고, 이는 다시 개인이 국가에 대해 국제법적 규범에 근거한 권리를 주장하는 경우와 국가가 개인에 대해 조약상의 권리를 주장하는 경우로 나눌 수 있으며, 특히 후자를 전도된 수직적 직접적 효력이라고 한다. 그런가 하면 어떤 국제법규범이 직접적 효력에 있어 수평과 수직 쌍방향으로 가지는 경우를 전방위적 효력(Rundumwirkung)이라고 한다.

이상은 주로 조약을 중심으로 해명한 것이지만, 국제관습법의 경우

---

348) 이에 관한 상세한 내용은 김대순, 『국제법론』 (삼영사, 2007), 185-186면.

349) 김대순, 『국제법론』 (삼영사, 2007), 185면. 이러한 구분체계는 유럽법의 직접적 효력에도 그대로 유효하다. 이에 관한 상세한 내용은 김대순, “유럽공동체, 얼마나 ‘연방적’인가?”, 『법학연구』 제16집 (전북대학교 법학연구소, 1989. 3), 50면; 법무부, 『유럽연합(EU)의 통합체제』 법무자료 제235집 (법무부, 2000), 249-250면;

에도 직접 적용성과 직접적 효력이 인정될 수 있다.

국제법의 직접 적용성을 허용할 것인지의 문제가 기본적으로 각 국가의 헌법적 결단에 관한 문제라면, 직접적 효력의 인정여부는 주로 국내법원에서 제기되는 국제법의 해석과 관련된 문제이다.

## 2. 집행력있는 국제법규범과 집행력없는 국제법규범

국제법의 국내적 집행에 관해 어떠한 이론에 따르는지와는 무관하게, 쟁점이 된 국제법의 집행가능성 문제가 새로이 제기된다. 이와 관련해서 변형이론에서는 변형가능한 국제법과 변형불가능한 국제법으로 구분한다.

국제법규범이 국내법적 효과를 부여받는다든가 하는 점에 있어, 국제법상 어떠한 규범도 국제법규범을 국내적으로 집행하는 것에 관해 국가에게 책임을 부과하지는 않았다는 점이 원칙적으로 받아들여지고 있다. 왜냐하면 소수의 국제법규범이 그렇게 형상화되었고, 그 규범은 국가에게 단지 전체로서 적용될 뿐이기 때문이다. 그때 그 규범에 관한 국내적 집행이 수월하게 이루어질 수 있는 것은 아니다.<sup>350)</sup>

---

350) 1990. 11. 9. 독일연방공화국과 구소련 사이에서 선린, 동반 및 공동작업에 관한 조약(Sartorius II, 제661호, 소련의 승계국가에게의 계속효를 언급하면서)이 규정하길; “독일연방공화국과 소비에트사회주의연방공화국은 양자관계의 형성에서 다음과 같은 원칙을 제시한다: - 양국은 양국의 주권적 동등성 및 양국의 지역적 통합 및 정치적 독립성을 상호간에 존중한다. - 양국은 인간의 존엄성과 권리를, 인간의 생활에 관한 배려를 그리고 자연적 환경의 보존을 각자 정책의 핵심으로 유지한다. - 양국은, 고통으로부터 자유롭고 외부의 간섭을 받지 아니하며, 또 정치적, 경제적, 사회적 그리고 문화적 발전을 고유한 원망에 따라 형성할 모든 국민과 국가의 권리를 확인한다. - 양국은, 핵전쟁이나 재래식 전쟁에 관계없이, 어떠한 전쟁도 확고하게 방지하며 평화를 유지하고 또 형성해야만 한다는 원칙을 확인한다. - 양국은 국내외정책에서 국제법상 일반원칙의 우위를 보장하며 각국의 조약상 책임을 확실하게 이행한다는 결의를 확인한다. - 양국은, 평화의 보장과 모든 국민의 복리증진을 위해 인간과 현대 사회의 창조적 역량에 유용하게 기여할 것을 확인한다.” 이 조항은 조약당사자로서 양국이 각각 의식적으로 준수해야 하는 것이긴 하지

그와 아울러 국제법규범이 전체로서 국가에게 요청할 뿐만 아니라 각 개인에게도 관련되는데, 국내적 집행을 수월하게 하려면, 그 규범은 집행가능하거나 변형할 수 있는 것으로 형성되지 않으면 안 되고, 즉 그 규범이 지녀야 할 국내법적 효과를 변형으로 사실상으로 지닐 수 있도록 그렇게 형성되지 않으면 안 된다. 국제법규범의 실행을 위해 국내적 법규범을 필요로 함이 없어도, 그 규범이 국가기관과 법준수자들을 즉각적으로 기속하거나 그들에게 권리를 부여할 수 있도록, 그 규범은 어의, 목적 및 내용에 따라 그에 부합하게 구축되지 않으면 안 된다. 국제법적 규범이 이런 전제조건을 충족시키면, 그 규범은 자기집행적(self-executing)인 것이다. 자기집행적인 규범만이 집행가능하거나 변형될 수 있다.<sup>351)</sup>

국제법규범이 이런 전제조건을 충족시키지 못한다면, 그 규범은 비자기집행적(non-self-executing)인 것이다. 비자기집행적인 규범은 집행할 수 없고 또 변형될 수 없다. 그 규범은 특별하게 국가적인 실행조치를, 원칙으로는 법률을 필요로 한다. 그때 그 국제법 규범은 국가에게만 유효할 뿐이지, 국내적으로는 적용되지 아니한다.<sup>352)</sup>

---

만, 개인의 법적 지위와는 관련성을 지니지 아니한다. 그래서 이 조항은 국내적 집행을 필요로 하지 아니한다. 이에 관해서는 vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, SS. 157.

351) 이와 같이 자기집행적인 규범의 사례를 들면, 1950. 11. 4.의 인권과 기본적 자유의 보호에 관한 협정(Sartorius II, 제130호) 제5조 제2항을 들 수 있다. 즉 “체포된 어느 누구도 체포된 이유가 무엇이며 자신에게 어떠한 소추가 이루어졌는지를 지체 없이 그 자신이 이해할 수 있는 언어로 고지되지 않으면 안 된다.”

352) 1961. 10. 18. 유럽사회헌장(Sartorius II, 제115호) 제2조는 규정하길; “근로 조건에 관한 정당한 권리의 효과적인 행사를 보장하기 위해, 조약당사자들은 다음과 같은 책임을 진다. 1. 생산성향상과 기타 협력적 요소가 이에 기여하는 한도에서, 매일 및 매주간 적정한 근로시간을 배려하고 또 주간 근로시간(die Arbeitswoche)을 단축하며; 2. 유급의 공휴일을 보장하며; 3. 유급의 연가를 연간 최소한 2주를 보장하며; 4. 위험스럽거나 건강을 위협하는 특정 근로에 종사하는 근로자들에게 추가적인 유급의 휴일이나 단축된 근로시간을 보



일부 이론은 이러한 연관관계에서 국제법규범의 유효성(Geltung)과 적용가능성(Anwendbarkeit) 사이에서 구분하려고 한다. 그에 따라 어떠한 국제법규범도 우선적으로는 변형하거나 집행가능해야 하고, 그 결과로서 그 규범이 국내적으로 유효하다는 것이다. 먼저 그 규범이 자기집행적인 규범으로서 적용할 수 있는지 여부가 결정된다.<sup>353)</sup> 그때 자기집행적인 규범은 국내적으로 유효하고 또 적용할 수도 있다.<sup>354)</sup> 비자기집행적 규범은 국내적으로 유효하지만, 적용할 수는 없다.

각 개인의 법적 지위와 관련해서 두 가지 견해는 동일한 결과를 이끌어낸다. 각 개인은 자기집행적인 규범에 의해 권리가 부여되거나 책임이 부과되지만, 그에 비해 비자기집행적인 규범에 의해서는 그렇지 않다는 것이다.

따라서 문제된 국제법규범이 변형으로 추가될 수 있는지 여부, 또 그 규범이 자기집행적이거나 비자기집행적인지 여부가 그러한 개별적인 사례에서 탐구되어야 한다. 해석문제가 제기되면, 의심스러운

장하도록 배려하며; 5. 당해 국가나 지역에서 전통이나 풍습으로 휴무일로 받아들이는 날과, 가능한 한, 연계시켜 매주별 휴무시기를 보장한다.” 이 규범은 비자기집행적(non-self-executing)이다.

353) Verdross/ Simma, *Universelles Völkerrecht*, S. 552.

354) 이와 관련해서 연방행정법원은 1951. 7. 28.의 망명자의 법적 지위에 관한 협정(Genfer 망명자협정, Sartorius II, 제28호)에서 여행증명서에 관한 제28조의 규정과 관련해서 국내적 효력의 전제조건에 관한 그 조항의 집행가능성 내지 자기집행적 성격을 명료하게 제시함이 없이도 언급하였는데, 다음과 같다. “1. 원고는 독일연방공화국이 기본법 제59조 제2항 제1문에 따라 연방법률로 동의를 한 Genfer협정의 규정에 따라 자신이 유효하게 주장할 청구권을 직접 이끌어낼 수 있다. a) 재판부의 판례(vgl. BVerwGE 87, 11, 13f.)에 따르면, 그 규범이 어의, 목적 및 내용에 따라 적합하고 또, 국내적 조항이 법적 효과를 지닐 수 있으며 그에 관해 어떠한 다른 규범적 보완도 필요로 하지 않을 정도로 상세하게 규정되어 있을 때, 동의법에 의한 국제법상 조약의 변형은 그 조약규범의 직접 적용성을 이끌어낸다. 이런 전제조건은 여행증명서에 관한 규정을 포함해서 Genfer협정의 규정들에게도 유효하다.”

경우 국내의 法院이 해결해야 한다. 거기서는 - 지금까지 실시한 바를 요약하면 - 다음과 같은 기준으로 심판된다.<sup>355)</sup>

① 그 규범이 아직도 국내적 집행행위를 필요로 하는가? ② 그 규범이 명백하고 세밀하게 규정되어 있는가? ③ 그 규범이 어의, 목적 및 내용에 따라 각 개인에게 권리를 부여하거나 책임을 부과하는가?

아무튼 채용이론 내지 집행이론에 따른다 하더라도 또 절충적 변형이론에 따른다 하더라도 국제법과의 결속이 존재하는 까닭에, 각 개인의 권리부여에 관한 문제에서 이는 국내법에 따른 문제와는 다른 결과를 이끌어낼 수 있다. 독일에서 주관적 공권이론(보호규범이론)에 따라 이 조항이 단지 그때에만 보호규범의 성격을 지닌다면, 행정청에게 특정한 행동을 할 책임이 부과되고 또 - 최소한으로도 -

---

355) Vgl. Ipsen, Völkerrecht, S. 1090f. 이러한 기준으로 심판되는 구체적인 과정을 소개할 수 있다. 1977. 10. 20.의 결정에서 연현재는 1907. 2. 27./3. 12.의 독일과 그리스 사이에서의 인도조약(RGBl. 1907, S. 545ff. 오늘날에는 더 이상 효력이 없다.) 제6조 제1항의 자기집행적 속성(die self-executing-Qualität)을 심판하였는데, 그 조항의 내용은; “가별적 행위가, 그 때문에 인도를 요구한 것인데, 청구된 일부에 의하더라도 정치적 범행으로 또는 그런 범행과 연계된 행동으로 보여지면, 또는 이러한 방식의 가별적 행위 때문에 청구된 자를 소추하기 위하여, 인도청구가 실제로는 그런 목적으로 지니고 있음을 청구된 자가 인식하고 있다면, 인도는 승낙되어서는 안 된다.” 연현재는 거기서 다음과 같은 결론을 도출하였다(BVerfGE 46, 2145ff., 220f); “제국법원의 당시 판결에 따르면, 그 판결에 연방보통법원이 연계되어 있는데, 인도조약은 원칙적으로 조약당사국에게만 권리와 의무의 근거가 될 뿐이다; 피인도자의 권리가 조약 내에 규율되어 있다면, 피인도인 자신은 오로지 그때에만 그런 조약에서 권리를 도출할 수 있다(RGSt 70, 286, 287 mwN; BGHSt 18, 218, 220). 분명히 어떠한 헌법적인 이의도 제기되지 않는 이 원칙에 따라, 소원제기인에게 독일과 그리스 사이에서의 인도조약이 기본법 제19조 제4항의 적용을 정당화하는 법적 지위를 부여하였다더라면, 그 때에는 어쨌든 소원제기인은 그가 청구한 권리보호를 받을 수 있었을 것이다. 그런데, 이는 그 사례가 아니다. 소원제기인은 그런 한도에서 부당함을 조약 제6조 제1항에 관해 주장할 수 있다 ... 소원제기인의 견해와 배치되게, 그런 이들의 인도를 결정할 수 있게 함으로써 이 조약규정은 그런 이들의 보호에 기여하지 못한다. 그 조약에서는 오히려 - 일반적으로 인도조약의 다른 그 밖의 내용에서와 마찬가지로 - 국제적 실무에 부합하게 오로지 참여한 국가에게만 권리와 의무가 발생하게 된다.”

개인의 이익보호를 의도할 때에만, 이는 국제법에 따르면 다른 것으로 해석될 수 있다. 그에 따라 어떤 조항이 국내법원에서 다루어질 수 있지만 개인적인 실행이 허용되는 것으로 충분하다. 이는 엄격한 변형이론에 따르면 불가능할 것이다.<sup>356)</sup>

그러나 국제법규범이 자기집행적인지의 문제는 국제법적 해석에 기초해서 확인된다는 점이 그 모든 것에서 추론된다.

### 3. 국제법상 일반원칙의 직접 적용성과 직접적 효력

기본법 제25조 제1문에 따르면, 국제법상 일반원칙은 연방법의 구성부분이다. 이 규정은 변형이론의 추종자나 집행이론의 추종자들도 자신들의 시각을 정당화하는 근거로 동원되고 있다. 실제로 이 규정이 일반변형이나 집행명령으로 보여지기도 한다. 거기서 자연스럽게 국제관습법의 집행가능한(자기집행적인) 규범만을 포괄할 따름이다. 그 규범은 개인의 권리와 의무에 직접적으로 근거가 되는 그런 규범을 의미한다. 그러나 그 규범은 또 국가를 향해 도달하지만 그럼에도 그 적용에 있어서는 개인의 법적 지위에 관해서는 간접적인 효과를 지닌다는 점이다.

---

356) 관련해서 두 가지 예를 들 수 있다. - 1961. 4. 18.의 외교관계에 관한 비엔나협정(Sartorius II, 제235호) 제27조 제1항 제1문이 규정하길; “체류국은 모든 공식적 목적의 임무를 수행하도록 자유로운 왕래를 형성하고 또 보증한다.” 국적자이익보호협정 제3조 제1항 b목에 따르면, 국제법상 허용할 수 있는 한계 안에 놓인 임무과제에 해당하는 까닭에, 거기서 - 국제법적으로 해석할 때 - 그 외교공관에 출입할 국적자의 권리가 추론될 수 있다. 보호규범이론에 따르면 이는 결코 그 사례에 해당하지 않는다. - 이에 반해 1963. 4. 24.의 영사관계에 관한 비엔나협정(Sartorius II, 제326호) 제36조 제1항 a목 2문은 규정하길; “과건국의 국적자와 관련해서 영사업무를 완화하기 위해, 다음이 유효하다; a) … 파견국의 국적자는 그 국가의 영사공무원과 왕래하고 또 그 공무원을 방문하는 것이 … 자유롭다.” 거기에서 국제법적으로 해석된 바에 따라 또 보호규범이론에 따라 영사관의 출입권이 도출된다.

- 국가면제에 관한 국제법상 일반원칙은 집행가능한 것이다. 이에 관해 연헌재가 실시하길:<sup>357)</sup> “제청절차에서 ... 국제법상 일반원칙이 고려되어야 한다는 점에서 그러는 동안 기본법 제 25조, 제100조 제2항의 목적과 목표가 제기되는데, 그 일반원칙은 그 규율내용과 수범자의 범위에 따라 국제법 분야에서 사적인 개인의 주관적 권리나 의무에 근거가 되거나 수정되는 것이 아니라, 오히려 배타적으로 국가나 그 밖의 국제법주체가 준수해야 한다는 것이다. 기본법 제25조 제1문이 제시한 일반적인 법적용명령에 의거해서 연방법의 구성부분으로서 그 원칙의 그때마다의 효과에 있어, 이러한 방식의 국제법상 일반원칙은 독일연방공화국의 객관적 권리 규범으로서 모든 법정립과 법적용 기관에 의해 발령된 법률에 대응한 상위로서 존중되어야 하고, 또 그 구성요건과 규율내용의 척도에 따라 적용되어야 한다. 사적인 개인은 - 외국과 마찬가지로 - 독일연방공화국의 고권범위에서 그때마다의 절차범영역에서도 국제법상 이러한 일반원칙을 끌어다낼 수 있으며, 또 국제법상 일반원칙이 이러한 영역에서 원용됨이 없이 직권으로 존중되어야 한다 하더라도, 그 밖의 객관적인 권리도 끌어다낼 수 있다. 국제법상 일반원칙은 - 그 내용에 따라 그리고 선결문제로서 원칙적으로 - 객관적인 법으로서 개인의 법적인 요구에 반응할 수 있으며 그와 아울러 재판에 전제가 될 수 있다. 이러한 의미에서 그 일반원칙은 각 개인에게 유리하거나 불리한 법적 효과를 창출해낼 수 있다.”

- 예컨대 “조약은 이행되지 않으면 안 된다”는 국제관습법상 명제는 집행불가능한 것이다.

---

357) BVerfGE 46, 342ff, 362f.

어쨌든 국제관습법의 집행가능한 규범만이 기본법 제25조 제2문의 규정에 근거를 둘 수 있다. 국제법상 변형된 일반원칙이 연방영역의 거주자(시민들만이 아니라)들에게도 직접적으로 권리와 의무를 창설한다는 점을 기본법상 이 조항이 규율하는 한도에서, 그 조항에는 - 무엇보다도 연헌재에 의해서 - 진정한 선언적 성격이 부여될 것이다. 왜냐하면, 이미 실시한 바와 같이, 기본법 제25조 제1문의 변형 내지 집행명령과 더불어 이러한 효과는 즉각적으로 작용하기 때문이다.<sup>358)</sup> 그에 관해서 일부 학설은 다음의 견해를 취하고 있는데, 기본법 제25조 제1문에 따른 국제법상 일반원칙은 먼저 연방공화국의 객관적 법질서의 구성부분으로 될 것이며 또 그에 이어 기본법 제25조 제2문에 따라 - 본질구성적인 - 개인들에게 추가적으로 작용하게 된다는 것이다. 결과적으로 이 두 시각은 전혀 구별되지 않는다. 이는 진정으로 연헌재 판례가 지적하고 있다.<sup>359)</sup>

#### 4. 국제법규범의 국내적 효력, 직접 적용성 및 직접적 효력

전술한 바와 같이 국제법규범의 직접 적용성이나 직접적 효력을 해명함에 있어 국내법과 국제법의 관계에 관한 이론적 기반을 이른바 일원론에 의거해서 논의되는 것처럼 전개한다는 점이다. 이원론에 따르면 국제법과 국내법의 관계를 별도로 존재하는 법질서로 파악함에 따라 국제법을 국내법질서에 끌어들이기 위한 노력이 추가적으로 행해지지 않으면 안 된다. 그것이 일반변형이든 특별변형이든 간에 그렇다. 그렇다고 할 경우 이원론적인 시각에서 접근하게 되면, 최소한 절충적 변형이론에 따른다고 할지라도, 이행입법이라는 변형조치

---

358) BVerfGE 15, 25ff, 33f.

359) BVerfGE 46, 342ff, 362f.

가 전제된다는 점이다. 이는 달리 표현하면, 국제법의 직접 적용성은 최소한 변형이론에서는 관철될 수 없거나 주장되기 어려움을 의미한다. 그럼에도 불구하고 직접 적용성 내지 자기집행성이 어느 범위에 서나마 용인되고 있다.

이를 해명하기 위해서는 국제법규범의 국내적 효력 성립, 그 규범의 자기집행성 내지 직접 적용성 그리고 그 규범의 직접적 효력 등에 관해 엄격한 시각에서 접근해야 하고, 이들 3자를 구분해야 한다. 그래야만 미국에서의 자기집행적인 국제법규범이 독일에서는 집행력 있는 국제법규범으로 파악하는 것에 일관성을 지닌 의미를 도출할 수 있을 것이기 때문이다.

그래서 가장 먼저 해야 할 사항이 바로 국제법규범이 국내법적 효력을 갖게 되는 문제에 대한 매듭이다. 이에 관해 미국에서는 연방헌법 제6조 제2항이, 독일에서는 기본법 제25조 및 제59조 제2항이 수행하는 각각의 기능성에 주목해야 한다. 국내법과 국제법의 관계에 관한 일원론이나 이원론에 의하든, 국제법규범의 국내적 집행 내지 국내적 효력 부여에 있어 채용이론, 변형이론, 집행이론 등에 의하든 간에, 국제법규범의 국내적 효력문제가 우선적으로 전제되어야 한다는 점이다. 물론 여기서 국내적 효력을 부여하는 절차가 반드시 선행적이고 독립적으로 이루어져야만 하는 것은 아니다. 선행성은 필요조건이지만 독립성은 그렇지 않다. 다시 말하면, 예컨대 특별변형으로서의 조약법률(동의법)이나 일반변형으로서의 헌법차원에서 국내적 효력부여절차를 진행하는 과정에 직접 적용성에 관해 논의할 여지도 열려 있다는 점이다.

하지만, 일단 국제법규범에 대해 국내적 효력을 인정한 다음에는 직접 적용성 인정여부가 논의대상이 된다. 예컨대 미국에서는 채용이론에 따라 헌법 제6조 제2항에 근거해서 성립한 조약에 대해 다른

실행조치가 없이도 그대로 국내의 법률관계에 적용되는 것을 자기집행적인 조약이라고 한다. 그리고 독일에서는 기본법 제59조 제2항에 따른 특별변형으로서의 조약법률(동의법)을 발령함으로써 국내적 효력을 인정하고 나선, 그렇게 인정받은 조약의 내용 자체에 다른 실행조치가 없이도 집행이 가능한지 여부가 논의된다는 것이다.<sup>360)</sup>

그 다음, 직접 적용할 수 있는 국제법규범과 직접적 효력을 갖는 국제법 규범은 전술한 바와 같이 엄격한 시각에서는 구분할 수 있지만, 실제로는 많은 부분 중첩된다고 보여진다. 즉, 직접 적용성은 - 빈번하게 나타나는 바와 같이 - 개인에게 주관적 권리를 보장하는 것과 동등하게 위상을 지니지는 않는다. 직접 적용할 수 있는 규범이 주관적 권리에 근거로 작용하는 여부는 그 규범이 지닌 그때그때의 내용에 따라 달라진다.<sup>361)</sup> 그리고 조약규정의 직접 적용성은 다른 문제와는 구별되어야 하는데, 다른 문제는 그 조항이 개인의 주관적인 권리와 의무의 근거가 될 수 있는 여부이다. 또 이는 조약내의 또는 조약법내의 명시적인 또는 - 절충적인 해석과정에서 - 암묵적인 규정의 문제이기도 하다.<sup>362)</sup>

아무튼 국제법은 국내에서 국내법의 개입 없이 직접 적용될 수 있지만, 많은 경우 국내법의 근거가 있어야만 비로소 국내에서의 적용이 가능하다고 하겠다.

---

360) 물론 기본법 제59조 제2항에 따른 연방의회나 연방참사원이 연방법률의 형식으로 행하는 동의나 협력절차를 이행함에 있어 조약 자체가 규율한 내용 이외의 추가적인 내용을 반영하는 형태로 조약법을 발령할 수는 없는 것이지만 문제가 될 것이다.

361) Vgl. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 161.

362) Vgl. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 176.

### Ⅲ. 유럽법의 직접 적용성과 직접적 효력

협정의 유럽법이 국내법질서에 직접 적용되는 문제는 앞서 논의한 국제법이 국내법질서에 직접 적용될 수 있는지와 비교할 때, 아주 폭넓게 허용되고 있다. 유럽공동체조약이나 명령은 물론이고, 경우에 따라서는 결정도 직접 적용성이 인정된다. 그에 비해 준칙의 경우에는 원칙적으로 직접 적용성이 인정되지 않지만, 회원국이 입법적 집행조치를 해태하거나 이행하지 않아 유럽법이 회원국 국내법질서에 참여할 수 없게 될 때에는 그에 상응하는 제재의 틀을 마련해놓고 있다.

그러면 여기서는 직접 적용성과 직접적 효력의 개념과 구분하고, 이어 유럽법의 법원별로 직접 적용성에 대해 살펴본다. 그 다음에는 직접적 효력에 대해 검토한다.

#### 1. 유럽법의 직접 적용성과 직접적 효력의 구별

전술한 바와 같이 협정의 유럽법을 제외한 광의의 유럽법은 국제법이론에 따른 문제해결이 유용하다. 하지만, 협정의 유럽법은 직접 적용성과 직접적 효력의 문제에 있어서도 국제법과는 아주 다른 차원에서 접근되어 논의가 이루어지고 있다.

유럽법의 직접적 효력의 개념은 직접 적용성의 개념과는 구별해야 한다. 양자는 문제의 차원을 달리하는 개념이며, 구별실익은 특히 준칙의 직접적 효력을 둘러싸고 나타난다.

먼저, 직접 적용성이란 유럽법이 회원국의 국내법질서에 어떻게 편입되는가라는 문제이다. 즉 직접 적용성이란 유럽법이 권한을 가진 공동체기관에 의해 채택되는 것에 따라 유럽법을 국내법화하기 위해



회원국에서의 집행조치를 필요로 하지 않고, 곧바로 회원국법질서의 일부로 되어 그 결과, 공동체 전역에서 일률적으로 적용되는 것을 의미한다. 직접 적용성의 유무는 제2차 법원에 있어서는 그 입법유형에 따라 달리 판단된다.

즉, 명령의 경우 직접 적용된다. 명령이 자동적으로 국내법으로 편입되는 결과, 회원국은 명령과 동일한 내용의 국내법을 제정하는 것도 금지된다.<sup>363)</sup> 또한 공동체조약의 조항 중에서도 직접 적용되는 것이 있다. 그러나 준칙은 회원국의 국내적 집행조치를 필요로 하므로 직접 적용되지는 아니한다. 그런데 결정의 경우는 일의적으로 말하기 어렵다.

이에 비해 직접적 효력이란 개인이 유럽법을 국내법원에서 원용할 수 있는가의 문제이다. 여기서 직접적 효력이란 유럽법이 회원국법에 상관없이 그 자체로서 개인에게 국내법원에서 주장함으로써 자신의 권리를 실현할 수 있도록 하는 것을 말한다. 따라서 유럽법이 직접적 효력을 발생하는 경우, 개인은 국내법원에서의 소송 중 유럽법을 근거로 자신의 권리 실현 및 상대방의 권리주장에 대해 반박을 하는 것이 가능하다.

직접 적용성의 경우와는 달리, 직접적 효력의 유무는 유럽법의 유형에 따라서가 아니라 개개의 규정마다 그 내용이 일정한 조건을 만족시키는가에 따라 판단된다. 그리고 직접적 효력을 발생한다고 해서 당해 규정이 반드시 국내법 질서의 일부로 편입되었다고 볼 수는 없다.

아무튼 어떠한 유럽법이 직접 적용된다고 해서 반드시 그 법이 직접적 효력을 발생하는 것을 의미하지는 않는다. 또한 어느 유럽법이 직접 적용되지 않는다고 해서 직접적 효력을 발생하지 않는 것이 아니다.

---

363) Case 39/72 Commission v. Italy (1972) ECR 101, at 114.

예컨대, 명령은 직접 적용되지만 그 직접적 효력은 명령의 규율내용에 따라 다르게 나타난다.<sup>364)</sup> 또한 준칙은 직접 적용되지는 않지만, 그 준칙이 직접적 효력을 가지는지의 여부는 결국 그 내용에 따라 다르게 나타난다.

직접 적용성이나 직접적 효력이라는 개념을 어떻게 이해하고 해명해야 하는가에 대해서는 견해의 대립이 있었다.<sup>365)</sup>

유럽재판소는 초기 판결에서 이 두 개념을 명확하게 구별하지 않고 사용하였다. 예컨대 명령의 직접적용성과 직접적 효력을 일정한 관련이 있는 것으로 파악해서, 명령은 항상 직접적 효력을 지니는 것처럼 판시한 경우<sup>366)</sup>도 있고, 또 유럽법의 직접 적용성의 속성으로서 개인에게 권리가 발생하는 것처럼 표현한 경우<sup>367)</sup>도 있다.

학설도 유럽재판소의 판례와 동일하게 이해해서 양자를 명확하게 구별하지 않고 직접 적용성에서 직접적 효력의 발생을 설명하는 경우도 있다. 하지만, 일반적으로는 양자의 개념을 명확하게 구별함이 다수설이다.<sup>368)</sup>

---

364) 명령은 직접 적용되기 때문에 그 명령의 조항이 직접적 효력을 발생하지 않는 경우에도 회원국의 국내법원에서 적용된다. 그 결과 유럽재판소는 국내법이 그 명령의 규정에 적합한지 여부를 심사할 수 있다. Case 128/78 Commission v. United Kingdom (1979) ECR 419, at 429.

365) 채형복, 『유럽헌법법』 (한국학술정보, 2005), 81면.

366) Case 43/71 Politi v. Italy (1971) ECR 1039, at 1048; Case 84/71 Marimex v. Italian Ministry for Finance (1972) ECR 89, at 96.

367) Case 106/77 Italian Finance Administration v. Simmenthal (1978) ECR 629, (1978) 3 CMLR 263.

368) 채형복, 『유럽헌법법』 (한국학술정보, 2005), 81면.

## 2. 유럽법의 유형별 직접 적용성

### 가. 제1차 공동체법

제1차적 공동체법의 국내적 집행의 전제조건은 그 법이 대체로 집행할 수 있어야 한다는 것이다.<sup>369)</sup> 이는 직접 적용할 수 있는 제1차적 공동체법의 규범에 수용가능한 형태에서만 적합한 것이다. 어떠한 규범이 직접 적용할 수 있으며 또한 집행가능한지, 그리고 국제법의 경우와 동일한 기준으로도 가능한 것인지를 기본적으로 확인해봐야 한다. 판례와 학설은 제1차적 공동체법의 집행가능성을 인정하는데, 그 규범이 다음과 같이 형식화되면 그렇다.

① 법적으로 완벽해야 하는데, 다시 말하면 어떠한 다른 구체화가 없이도 적용할 수 있어야 하고; ② 무조건적이어야 하고; ③ 어떠한 다른 집행조치를 필요로 함이 없이 회원국에게 책임이 존재해야 하고; 그리고 ④ 회원국에게 어떠한 재량여지도 없어야 한다.

각 개인에게 명시적으로 주관적인 권리가 부여될 때(예컨대 유럽 공동체조약 제39조 제2항과 제3항), 각 개인에게 명시적으로 책임이 부과될 때(예컨대 공동체조약 제81조 제1항) 또는 회원국에서 개인에게 유리하도록 할 명백한 책임이 입증될 때(공동체 조약 제90조 제1

---

369) 보다 근본적으로 제1차 공동체법(유럽공동체설립조약)이 국내적 효력을 가질 수 있는 이론적 근거에 관해 유럽재판소는 권력위임이론보다는 주권양도 이론에 의거해서 해명하고 있다. 독일의 경우에는 기본법 제23조 제1항(“통일된 유럽을 실현하기 위하여 독일연방공화국은 민주적, 법치국가적, 사회적 및 연방주의적 원칙들과 보충성의 원칙에 구속되며 이 기본법과 본질적으로 유사한 기본권보호를 보장하는 유럽연합의 발전에 협력한다. 연방은 이를 위하여 법률에 의하여 연방참사원의 동의하에 고권을 이양할 수 있다. 유럽연합의 설립과 이 기본법이 내용상 개정 또는 보완되거나 그러한 개정들이나 보완들이 가능해지는 그 조약상의 기초 및 유사한 규정들의 개정에 대하여는 제79조 제2항과 제3항이 적용된다.”)에 그 근거를 둔 것으로 파악하고 있다. 이에 관해 관련된 내용은 제1장 제2절 III. 3. 참조.

항과 제2항), 바로 이와 같을 때에 구체화된다.

## 나. 명령

유럽공동체조약 제249조는 “명령은 모든 회원국내에 직접 적용된다.”고 규정함으로써 명령에 관해 실행조치가 없어도 회원국의 국내에 직접 적용이 가능하다는 일원론적 입장을 취하고 있다. 하지만 이러한 직접 적용성이 직접적 효력과 동일한 의미를 지니는지는 논란이 있다.

유럽재판소는 명령의 직접 적용성으로 인해 국내적인 실행 조치가 없어도 국내법의 일부가 되는 것으로 보고 있다. 다만 명령에 직접적 효력까지도 포함되느냐 하는 점에 관한 재판소의 태도는 명확하지 못하다. 대조적인 두 가지 경우가 있다.

먼저, 양자를 동일한 것으로 파악한 판례를 보면, “인용된 모든 조항은 직접 적용성이 있으며, ‘그 자체로서’ 회원국의 법원이 보호해 줄 의무가 있는 권리를 개인에게 ‘부여한다.’는 점을 언급하지 않을 수 없다. 이러한 결과는 한편으로는 조약 제30조 및 제34조의 본래 성격으로부터, 다른 한편으로 명령은 모든 회원국내에서 직접적용성이 있다고 표현한 공동체조약 제249조로부터 유래한다.”<sup>370)</sup>

반면에 직접적 효력을 직접 적용성의 한 결과로 보는 판결<sup>371)</sup>도 있다. 이 판결에서 유럽재판소는 “제189조에 따라 명령은 직접 적용성이 있으며, 따라서 그 성격에 의하여 직접적 효력을 발생할 수 있다.”라고 하였는데, 이는 직접 적용성이 직접적 효력과 같은 것은 아니며, 경우에 따라서는 직접적 효력을 가질 수 있음을 시사한 것이다.

---

370) Case 83/78, Pigs Marketing Board v. Redmond (1978) ECR 2347.

371) Case 9/70, Grad v. Finanzamt Traunstein (1970) ECR 825.

한편, 유럽재판소는 필요한 경우를 제외하고는 명령에 대한 이행조치가 부적합하다는 일반원칙을 수립하였다. 명령을 일반적으로 직접적 효력이 있는 것으로 이해하기 때문에 그것을 실시하기 위한 별도의 국내입법을 제정해야 할 필요가 없을 뿐만 아니라, 국내 이행법률을 제정함으로써 인하여 명령의 공동체적 성격이 흐려지지 않게 하기 위한 것이다.<sup>372)</sup>

#### 다. 준칙

유럽공동체조약 제249조에 따르면, 준칙은 거기에 명시된 국가들에게 그 목적을 달성해야 하는 구속력을 갖지만, 이를 위한 형식과 방법은 당해 국가들의 재량에 위임하고 있다. 그에 따라 준칙이 회원국법질서에 편입되기 위해서는 보완적인 입법절차를 필요로 한다. 이는 준칙이 직접 적용성이 없음을 의미한다. 즉 준칙이 회원국에게 시행의무를 부과하는 데 그칠 뿐이고, 국내법에서 받아들여 운용하는 문제는 전적으로 회원국에게 맡겨놓은 것처럼 보인다. 하지만, 유럽재판소는 직접적 효력을 활용해서 준칙이 정한 입법시한까지 입법을 하지 아니하였을 경우에 대해 직접적 효력을 인정해서 다룰 수 있는 절차를 마련해놓고 있다. 게다가 중국적으로는 회원국에 대한 국가배상책임까지도 가능하도록 하고 있다.<sup>373)</sup>

### 3. 유럽법의 유형별 직접적 효력

협정의 유럽법은 회원국법에 대해 유럽법의 우위를 확보함과 아

---

372) 법무부, 『유럽연합(EU)의 통합체제』 법무자료 제235집 (법무부, 2000), 261면 참조.

373) 상세한 내용은 이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』 초판 (세창출판사, 2006), 101면 이하 참조.

올러 유럽법이 개인에게 직접적으로 권리나 의무를 부여할 수 있다는 이론에 바탕을 두고 있는데, 그것이 바로 직접적 효력이론이다.<sup>374)</sup>

유럽법의 직접적 효력에 관해 유럽공동체조약은 아무런 규정도 두지 않았다. 유럽법의 직접적 효력문제는 유럽공동체의 목적에 중점을 두어 목적론적 해석에 의거해서 유럽법상 개개의 조항에 직접적 효력이 인정되는 여부를 판단한 유럽재판소의 판례로 형성된 이론이다. 이 점은 유럽법이 그 성격상 국제법과는 다르다는 점을 상징한다.<sup>375)</sup>

### 가. 제1차 공동체법

전형적인 국제법상 조약과는 달리, 제1차적 공동체법은 회원국뿐만 아니라 부분적으로는 회원국의 자연인과 법인에게도 권리를 형성하거나 의무를 부과한다. 이를 직접적 효력이라 한다. 그 법은 회원국에게도 유효하고 또 회원국 내에도 유효하다. 유럽연합에의 가입과 더불어 제1차적 공동체법은 그 회원국에게 유효한 법질서의 구성부분이 된다. 이는 그와 아울러 제1차적 공동체법이 원초적인(originäre) 고권의 구성부분이라는 점에 근거가 된다.

그러나 이러한 직접적 효력은, 당해규범이 직접 적용성을 지니고 있을 때, 다시 말하면 개별적으로 권리를 형성하거나 의무를 부과하는 것이 내용상 적합할 때, 단지 그때에만 자연인과 법인에게 구체적인 권리와 의무를 창출한다.<sup>376)</sup> “직접적용성이 있다”함은 궁극적으로 “자기집행적”이라 함과 동등한 의미이고, 그에 부합하게 제1차적 공

---

374) 이하 상세한 내용은 채형복, 『유럽헌법법』 (한국학술정보, 2005), 79-81면.

375) 이하 상세한 내용은 채형복, 『유럽헌법법』 (한국학술정보, 2005), 79면 이하; 이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』 초판 (세창출판사, 2006), 90면 이하.

376) EuGH seit Rs. 26/62, van Gend & Loos, Slg. 163, S. 1, H. 25.

동체법은 집행력을 지니게 된다. 유럽재판소는 예컨대 당시의 유럽경제공동체설립조약 제12조와 관련해서 회원국은 어떠한 새로운 관세도 부과할 수 없으며 또 현행 관세에서 가중시킬 수도 없음을 이러한 연관관계에서 제시하였다.

그리고 공동체조약의 직접적 효력은 개인 대 국가의 수직적 관계에서 인정되는 것이 일반적이지만(수직적 직접적 효력), 개인 대 개인의 수평적 관계에서도 인정된다(수평적 직접적 효력).<sup>377)</sup>

직접적용성이 있는 제1차적 공동체법이 국가법과 서로 배치되어 충돌할 때, 공동체법은 그 우위에 근거해서 실행될 수 있으며, 그에 따라 국가법은 더 이상 적용되어서는 안 된다.

## 나. 명령

명령은 전술한 바와 같이 직접 적용성을 전제로 한다. 대체로 명령이 직접 적용됨으로써 구체적인 실행 조치가 없이도 국내법적 효력을 가지게 되는 바, 그에 따라 회원국뿐만 아니라 개인간의 소송에서도 원용이 된다. 하지만, 그렇다고 해서 명령의 직접 적용성으로 인해 항상 직접적 효력이 발생하는 것은 아니다. 즉 명령의 규정에는 회원국이 국내적 실행조치를 필요로 하는 경우가 없지 않다. 전술한 일정한 요건<sup>378)</sup>을 갖춘 명령의 규정만이 직접적 효력을 발생한다. 그리고 직접적 효력을 발생하는 경우에는 당연히 수직적 효력과 수평적 효력의 문제가 등장하게 된다.

관련해서 유럽재판소는 국내법령의 제정에 관해 다음과 같이 판시하였다. “조약 제189조 및 제191조의 표현에 의하면, 명령은 그 자체

---

377) 국제법과 관련한 수직적 직접적 효력과 수평적 직접적 효력에 관해서는 전술한 제3장 제5절 II. 1. 참조

378) 제3장 제3절 II. 2. 다. 1) 참조.

로서 모든 회원국내에서 직접 적용되며, 오로지 공동체의 관보에 공표됨으로써 명령에 명시된 일자로부터 효력을 발생하며 일자가 명령에 명시되어 있지 않는 경우에는 조약에 규정된 일자로부터 효력을 발생한다. 따라서 공동체명령의 직접적 효력에 방해가 되고 그리고 전체 공동체내에서 명령의 동시적·획일적 적용을 위태롭게 하는 결과를 가져올 모든 이행방법은 조약에 배치된다.”는 것이다.<sup>379)</sup>

이는 유럽재판소가 국내적 이행조치를 경유하지 아니하고 명령이 갖는 직접 적용성의 성격만으로 직접적 효력의 문제까지 풀어 나가려는 의도로 보인다.<sup>380)</sup> 유럽재판소의 이러한 태도가, 회원국이 필요한 이행조치를 취하는 것을 일체 허용하지 않겠다는 것을 의미하지는 않는다. 명령이 회원국에 대하여 그것을 이행하기 위한 행동을 취할 것을 명시적으로 요구하는 경우와 명령이 이행조치를 명시적으로 요구하고 있지는 않지만 묵시적으로 허용하는 경우가 있을 수 있다. 명령의 표현이 다소 모호하기 때문에 그 세부적인 적용을 위해서는 국내규정이 필요한 상황이 생겨날 수 있기 때문이다. 그와 같은 경우에 명령의 규정과 양립할 수 있는 국내조치는 허용될 수 있는 것으로 보인다. 예컨대, 공동체 명령을 준수하지 않는 개인에게 부과될 제재에 관한 규정이 없는 경우에 회원국은 적절한 제재조치를 채택할 수 있다.

## 다. 준칙

준칙은 원래 명령이나 결정과는 달리 직접 적용성을 전제로 하지 아니한다. 즉 준칙은 회원국 법질서에 편입되기 위해서는 반드시 회

---

379) Case 39/72, Commission v. Italy (1973) ECR 101.

380) 상세한 내용은 법무부, 『유럽연합(EU)의 통합체제』 법무자료 제235집 (법무부, 2000), 262면 참조.



원국에 의한 국내적 실시를 필요로 한다. 그런데, 회원국이 준칙을 입법사한 이전에 이행하지 아니하거나 올바르게 이행하지 아니하였을 경우에 한해서 직접적 효력이 문제된다.

일단 준칙이 올바르게(correctly) 이행되면, 그것이 국내법원에서 이행입법의 해석을 위한 보조수단으로 원용될 수 있으며 준칙의 효력을 확보하는 방향으로 그 이행입법을 해석할 의무가 회원국 법원에 귀속된다. 그렇지만, 당해 준칙의 효력은 그 이행입법이 매개가 되어 개인에게 미치게 된다. 준칙을 당해 회원국이 올바르게 이행하였다면, 소송당사자는 관련 이행입법을 기피하고 준칙의 직접적 효력을 원용할 수 없다. 이와 같은 결론은 “준칙은 달성될 결과에 대해서는 구속력이 있지만, ‘형식과 방법의 선택은 국내당국에 맡겨둔다’고 규정한 공동체조약 제249조에서 도출된다. 즉, 회원국에 의한 준칙의 입법적 이행은 제249조에 따른 공동체 의무의 적절한 이행을 의미할 뿐만 아니라 회원국 법원에서 준칙 그 자체가 직접 적용됨을 배제하기 위한 주권적 선택권의 행사를 의미하는 것이기도 하다.<sup>381)</sup>

## 라. 결정

결정은 특정인을 대상으로 하는 것으로 그 대상자를 전면적으로 구속하는 개별적인 입법으로 기능한다. 결정이 공동체법을 구체적 사안에 적용하기 위해 발해지고, 그 근거가 되는 공동체법 자체가 직접적 효력을 발생하는 경우에는 결정 자체의 직접적 효력이 문제될 여지가 없다.

하지만, 결정의 근거가 되는 공동체법이 직접적 효력 발생을 의도하지 않는 경우에는 논의의 여지가 나타난다. 또한 결정은 그 내용에

---

381) 법무부, 『유럽연합(EU)의 통합체제』 법무자료 제235집 (법무부, 2000), 268면.

따라 직접적 효력을 발생한다. 그리고 결정의 직접적 효력을 주장할 수 있는 자는 수범자에 한정되지 않으며, 결정에 영향을 받는 자도 결정에 따라 부과된 의무를 원용하는 것이 가능하다. 다시 말하면, 결정이 회원국에게 의무를 부과하는 경우, 당해 회원국 국민은 그 결정을 회원국 법원에서 근거로 제시할 수 있다.

## 제6절 국제법과 유럽법의 독일 국내법과의 충돌

국제법이나 유럽법이 국내법의 틀 속에 들어오게 된 다음에는, 필연적으로 상호간의 충돌문제가 등장하게 된다. 국내법이 국제법과 충돌하는 경우와 유럽법과 그런 경우, 양자 사이에서 충돌의 해결모형은 다르게 나타난다. 그러므로 그 유형을구분해서 별도로 논의를 전개하기로 한다.

### I. 국제법과 국내법의 충돌

국가가 국제법규범을 국내에 집행함에 있어 내용상 서로 충돌되는 국내법이 있을 경우 그 국제법규범이 국내법 질서의 단계적 구조에서 어떠한 규범적 등급을 부여받는지에 따라 그 효력과 집행능력은 달라지게 된다. 그 순위를 정하는 것에 관해 국제법은 원칙적으로 국내법에 위임하고 있다.<sup>382)</sup>

그러면 먼저, 국제법규범의 유형별 국내법적 위상에 대해 살펴본

---

382) 나인균, “국제법의 국내적 집행”, 『성균관법학』 제14권 제2호 (성균관대학교비교법연구소, 2002. 9), 193면 이하.

다. 그에 이어 충돌의 해결원칙을 검토하기로 한다.

## 1. 국제법규범의 국내법상 등급

국제법규범이 국내적으로 유효한 규범의 계층에서 어떠한 지위를 차지하는가 하는 점은 어떠한 방식으로 국제법규범을 국내 영역으로 편입시킬 것인지의 문제와는 구별해야 한다. 후자의 문제에 있어 국제법우위의 일원론을 주장<sup>383)</sup>하지 않는 한, 전자에 관해서는 국제법규범(변형된 규범)이 스스로 등급문제를 해소하지는 못한다.<sup>384)</sup>

우선, 국제법규범은 형식적 법률의 등급을 가질 것으로 생각할 수 있다. 그 규범이 나중의 법률에 의해 폐지될 수 있으므로 그렇다. 그러나 또 개별 법률보다는 상위에, 그러나 헌법보다는 하위에 그 등급을 할당하는 것도 생각해볼 수 있다. 특별한 국제법우호적인 실무는 국제법규범의 확실한 유형에 헌법적 등급이나 헌법상위 등급(Überfassungsrang)을 할당하고자 한다. 또 이에 관해서는 각국의 재량에 맡겨져 있으며, 국가마다 어떠한 규정을 그런 한도에서 연관시키는지도 마찬가지이다.<sup>385)</sup> 그래서 독일의 경우 기본법은 국제법규범의 국내적 집행과 관련해서 제25조와 제59조 제2항을 두고 있다.

기본법 제25조는 국제법상 일반원칙에 관해 “그것은 법률에 우선한다”고 한다. 그 원칙은 형식적 법률이 국내영역에서 그 효력을 폐지할 수 없음을 거기서 확실하게 제시한 것이다. 일반원칙이 헌법규범과 관련해서 어느 등급을 차지하는지는 논란이 되고 있다.<sup>386)</sup> 그

---

383) 하지만, 현재 이를 고집하는 견해는 없다. 이에 따른다면, 국제법과 국내법의 충돌문제는 아주 간략하게 해소될 것이다. 마치 후술하는 유럽법의 국내법과의 충돌문제를 해결하는 이론체계와 동일하게 접근할 수 있을 것이다.

384) 또한 채용이론에 따를 경우 채용된 국제법규범을 국내법체계에서 등급설정하는데 있어 문제점이 등장하게 된다.

385) Vgl. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 162.

조항의 연혁에 따르면, 국제법상 일반원칙에 어떠한 국내법보다 우위를 인정하고 또 그 원칙을 헌법상위의 등급으로 형성하려고 하였다.

국제법상 일반원칙의 헌법상위적 등급에 반대해서, 그러나 - 기본법 제25조를 언급하는 이외에도 - 법체계적으로 이의가 제기된다. 그래서 제25조는 기본법 제79조 제3항에 언급되지 않았으며 또 그와 아울러 폐지할 수 없는 것으로 선언되지도 않았다. 또 헌법개정이 명백하게 이루어지지 않으면 안 된다는 점이 일반원칙에 부합할 것이다. 그러나 국제법상 일반원칙의 존립에 있어 수정은 헌법적 등급의 규범을 암묵적으로 수정하는 결과를 초래한다. 마지막으로 기본법 제100조 제2항은 국제법상 일반원칙의 우위에 대한 어떠한 헌법적 통제도 예정한 것이 아니다.

그 조항의 어의(“그것은 법률에 ... 우선한다”)와 결합시킬 때, 그 견해는 우선권을 인정하는데, 그에 따르면 국내영역에서 국제법상 일반원칙은 형식적 법률과 헌법 사이의 등급을 할당하는 것으로 이해할 수 있다는 점이다. 제25조의 의미와 목표는, 자체로서 문제가 제기된 한도에서 국제법우호성을 지니도록 기본법이 요청한 것이 아니다. 제25조는 국가공동체에 위반된 법률 앞에서 연방공화국을 보호해야 한다. 이에 반해 기본법의 규정을 자유로이 처분하는 것이 그 목표는 아니다. 시간의 경과로 인해 국제법상 일반원칙의 내용으로 유효한 것이 불확실해질 수도 있게 된다. 그때, 그 규정이 암묵적으로 그리고 증거 없이 국내영역에서 적용할 수 없게 될 위험성이 있고, 헌법적 차원에서 그러한 위험성을 방지하도록 차단해야 한다.

기본법 제25조처럼 국제법상 일반원칙이 연방법의 구성부분임과 아울러 법률에 우선함을 규율한다면, 기본법 제100조 제2항의 절차에서는 물론이고, 다른 경우에 있어 국내법과의 충돌문제는 자연스럽게

---

386) Vgl. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 168.

해결된다.

조약이 국내영역에서 국내법의 다양한 단계와의 관계 속에서 어떠한 등급을 지니는가의 문제는 내용상으로 그 편입방식(변형이나 집행)에 관한 결정과는 무관하게 규율된다. 기본법은 등급문제에 관해 아무런 명문의 규정도 포함하지 않고 있다.<sup>387)</sup> 해석을 통해 조정해야 할 등급원칙의 광장으로서 기본법 제59조 제2항 그 자체가 고려된다. 통설은 그 조항은 조약의 변형 내지 집행으로 작용하는 법정립행위의 등급을 정하는 동시에 변형된(끌어들여진) 조약 규정의 등급을 정한다고 한다. 이는 연방법률의 형식으로 이루어진 동의에 의해서도 당해 조약법규범은 국내적으로 연방법률의 등급을 지니게 됨을 의미한다.

그에 부합하게 후법우선의 원칙이, 즉 나중의 법률이 우선한다는 원칙이 저촉되는 나중의 법률에 대한 조약(법률)의 관계에도 유효할 것이다. 하지만 이러한 법적 효과는, 연방공화국에서 조약의 파괴를 초래하게 된다. 그런 점에서 이는 아주 드문 사례에서만 받아들여질 수 있다. 국내법의 국제법우호적인 해석이라는 헌법적 명령은, 조약 규정의 국내적 실효성을 유지하려는 해석가능성에 우선권을 인정한다는 것이다. 이는 조약규정이 특별법으로서 특별법은 일반법을 깨뜨린다는 원칙에 의거해서 다루어져야만 달성될 수 있다.

집행이론에 의거하면, 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 조약법에 의해 조약의 국내적 집행을 위해 적용명령이, 즉 집행명령이 제시된 것이다. 그에 따라 국제법은 그 성격이 수정된 것이 아니지만, 국내적으로는 적용할 수 있게 된다.

이와 같이 집행에서 자유로운 국제법의 등급에 관해 집행이론의 영역에서는 독자적으로는 아무 것도 언급되지 않는다. 왜냐하면 국제

---

387) Vgl. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 176.

법이 국내법으로 변형되지 않는다고 할 때, 국제법은 어떠한 등급도 부여받지 않을 것이기 때문이다.<sup>388)</sup> 일부에서는 국내적 등급은 국제법에 따른다고 하기도 한다.<sup>389)</sup> 그러나 이는 전혀 유용한 결과를 이끌어내지 못한다. 왜냐하면 그와 같은 국제법상 등급규칙(예컨대 “조약은 이행되지 않으면 안 된다”는 원칙이 제시될 수 있는데)은 국제법에 국내법상 최상위 등급을 부여하는 결과를 초래할 뿐이기 때문이다.

변형이론에 의거하면, 국제법상 조약은, 그 조약이 변형가능한 범위에서 조약법을 통해 국내법으로 변형된다. 거기서는 특별변형이 관계된다. 사정에 따라서는 엄격한 변형이론이나 절충적 변형이론에 따를 것인지 여부는 국제법과 국내법 사이의 연관관계에 토대를 두거나 원래의 체계적 연관관계에 머물러 파악해야 한다.

변형된 법의 등급은 - 기본법 제59조 제2항 제1문이 그에 관해 아무런 규율도 하지 않은 까닭에 - 변형자에 따른다. 변형자는 연방법률인 까닭에, 변형된 법은 개별적인 연방법률의 등급을 지닌다. 변형된 법은 그와 아울러 법률하위의 법보다 우선하고 또 기본법 제31조에 따라 주법을 깨뜨린다.

## 2. 규범충돌의 해결원칙

전술한 국제법규범의 국내법상 등급문제는 규범충돌의 해결원칙에서 가장 먼저 고려되는 상위법우선의 원칙을 달리 표현함에 지나지 않는다. 국내법체계에 수용된 국제법규범이 변형자를 통해 국내법체

---

388) 거기서 그는 법률의 등급으로 발생한 것으로 본다. Boehmer, Der völkerrechtliche Vertrag im deutschen Recht, S. 66.

389) 이에 관해서는 Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatrechtlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre, S. 74ff.

계상 상응한 등급을 각각 지닌다고 할 때, 상하관계가 명확하게 확정되는 경우는 문제되지 않는다. 즉 예컨대 기본법 제25조의 국제법상 일반원칙에 해당되는 국제법규범의 경우에는 의회가 제정한 법률보다 상위의 등급을 명료하게 지닌다. 또한 기본법 제59조 제2항 제2문의 행정협정 역시 이를 법규명령 등을 통해 변형됨에 따라 의회가 제정한 법률과의 관계에서 상하의 관계로 파악할 수 있다.

그런데 문제는 연방의회나 연방참사원의 협력을 통해 연방법률의 형식으로 발령된 조약법과 국내의 법률이 동위의 등급을 차지하고 있을 경우 어떠한 규범에 우선적인 지위를 인정하는가 하는 점이다.<sup>390)</sup> 이에 관해서는 대체로 특별법우선의 원칙, 후법우선의 원칙 그리고 국내법의 국제법조화적인 해석 등이 동원된다.

먼저, 조약법을 통해 국내법체계에 편입된 조약 등의 국제법규범에 대해 국내의 법률과의 관계에서 국내의 법률을 일반법적인 지위를 부여하는 반면, 국제법규범에 대해서는 특별법적인 지위를 부여하는 것이다. 그럼으로써 후법우선의 원칙에서 등장하게 되는 한계를 극복함은 물론이고, 국제법존중주의라는 헌법적 차원의 이념도 반영할 수 있다는 것이다. 하지만, 이는 사실상 국제법규범에 대해 법률에 대한 상위적 효력을 인정하는 결과를 초래하게 된다는 한계를 지닌다.

다음, 후법우선의 원칙을 적용하는 방안이다. 이 경우에는 서로 충돌하는 국제법규범이나 국내법은 동일한 수범자들을 대상으로 하며, 동등한 등급의 충돌하는 후법(나중에 성립한 국내법이나 국제법규범)에 의해 국내에서 그 효력을 상실하게 된다. 물론 국제법규범은 국내에서 그 효력을 상실한다 하더라도 국제법상의 효력은 영향을 받지 아니한다. 그렇지만 국제법위반의 위험성은 분명하게 된다. 여기서는

---

390) 이는 행정협정을 국내법으로 변형시키는 법규명령과 국내법으로서의 법규명령과의 관계에서도 마찬가지로 제기되는 사항이다.

기본적으로 국내법이 前法이고 국제법이 後法일 경우에는 이 원칙을 그대로 유지하는 반면에, 정반대의 경우가 문제가 된다.<sup>391)</sup> 이에 관해서는 국내법은 가능한 한 국제법과 충돌되지 않도록 해석해야 한다. 이러한 국내법의 국제법합치적 해석의 필요성은 일반적 효력의 차원에서 요구된다.

국가법에 있어 집행력이 없는 내지 비자기집행적인 국제법(nicht-vollzugsfähigem bzw non-self-executing Völkerrecht)의 효과와 무관하게, 국내의 행정청과 법원은 국가법을 국제법조화적으로 해석해야만 하는지의 문제가 등장한다. 왜냐하면, 국가는 다시 말하면 모든 국가적 발현형태에 있어 고권적 권력은 집행력이 없는 국제법에도 기속되기 때문이다. 따라서 특히 일반조항의 구체화에서 그리고 결정재량의 사례에서 국가법의 다양한 해석가능성에서, 국제법조화적인 해석을 선택해야 한다.

집행력있는 내지 자기집행적인 국제법(vollzugsfähigem bzw self-executing Völkerrecht)에서 이는 차별적인 어떠한 것으로 보여진다. 이런 국제법은 국내적으로 직접 적용할 수 있다. 나중의 국제법에 관한 것이라면, 국제법이 종래의 국가법에 우선한다. 그러나 나중의 국가법에 관한 것이라면, 국가법은 국제법조화적으로 해석해야 할 것이다. 이것이 가능할 경우에 - 방법론적으로 볼 때 - 그와 아울러 국제법에 대한 궁극적인 침해는 회피될 수 있다. 이 모든 것은 국가법질서의 특수한 등급규칙과 충돌규칙을 유보한 상태에서만 유효할 것이다.<sup>392)</sup>

---

391) 상세한 내용은 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 21면 이하 참조.

392) 예컨대 연헌재는 형사소송법의 해석과 관련해서 연방공화국에서 개별적인 법률의 등급을 지닌 유럽인권협약과 연결지워 결정하였다. Vgl. BVerfGE 74, 358ff, 370. “또 법률이 현행 국제법상 조약보다 시적으로 나중에 발령되었을 때에만, 그 법률은 - 여기서는 형사소송법이 - 독일연방공화국의 국제법상 책



## II. 유럽법과 국가법의 충돌

협회의 유럽법이 공동체 회원국들 각자의 고유한 국법체계에서 어떠한 지위를 차지하는가의 문제는 유럽공동체의 성격이나 정체성을 적절하게 해명하는 것이라 할 것이다. 유럽공동체가 국가간의 합의에 의해 창설된 국제기관과 어떠한 점에서 다른가 하는 점은 유럽공동체 자체의 법규범이 회원국들에 대해 얼마나 영향력이 있는가에 따라 다르게 나타난다.

### 1. 협회의 유럽법과 회원국 국가법의 우열

협회의 유럽법이 다른 법규범과의 결정적인 차이점은 그 자체로서 강제력을 지니고 있다는 점이 그 하나이고, 다른 하나는 그 자체로 특정한 권리와 의무를 만들어낸다는 점이다.

유럽공동체법은 회원국들 사이에 적용됨으로써 회원국들의 고유한 국내법과는 어떠한 차이가 있으며, 양 규범 사이에 충돌이 발생하였을 경우 어떻게 해결해야 하는가가 쟁점이 된다.

국제법과 국내법이 서로 상충될 경우에는 국내적 질서에 어떻게 끌어들이어서 국가의 최고규범인 헌법의 틀 속에서 해명하면 된다. 이는 하나의 주권에 복속시켜 당해 국가의 헌법질서에서 해소하는 것이다. 그러나 공동체법과 각 회원국의 법규범이 서로 충돌될 경우에는 제3의 분쟁해결주체가 없는 한 양자의 대립은 간장관계를 초래할

---

임과 조화시켜 해석하고 또 적용할 수 있다; 왜냐하면, 입법자가 이를 명료하게 표명하지 않는 한, 입법자가 독일연방공화국의 국제법상 책임과 편차를 지니거나 그러한 책임의 침해를 가능하게 할 수 있음을 받아들이는 것은 아니기 때문이다.”

수밖에 없고, 현실적으로는 양 규범 중 어느 규범에 우선적인 지위를 인정함으로써 극복이 시도되고 있다.

## 2. 유럽재판소의 역할

유럽공동체법의 위상을 어떻게 설정할 것인지에 관해서 초기에는 그리 심각한 논의의 대상이 되지 아니하였다. 공동체를 만들어냈던 각종 조약들이 공동체와 회원국들 사이의 규범의 충돌 내지 해결에 관하여 직접적으로 아무런 언급도 하지 아니하였다. 이는 공동체의 법규범이 갖는 지위는 결국 각 회원국들의 헌법적 질서에 따라 결정될 것이라는 일반적인 예상에 기초한 것이기도 했다. 또한 당시에 존재하던 국제조약 및 국제기구가 지니던 지위와 성격에 비추어볼 때, 공동체 역시 이러한 범주에서 벗어나지 않을 것으로 파악한 것이었다.

네덜란드와 같은 입법일원주의의 경우 조약의 기준이 동시에 국내법적 효력을 발생하기도 하였다. 그러나 대부분의 회원국들은 공동체의 법규범이 직접 회원국의 국가기관이나 국민들에게 어떠한 권리나 의무를 부여한다고는 생각하지 아니하였고, 이는 공동체 법규범이 국내법적으로 실효성을 지니기 위해서는 국내법으로의 편입절차를 지녀야만 했던 것이다.

그러나 공동체 법규범의 지위와 효력에 관해 유럽재판소는 공동체의 규범에는 회원국들뿐만 아니라 그 국민들에게까지도 경우에 따라서는 권리와 의무를 발생시킨다는 직접적 효력의 원칙과 공동체법과 회원국의 국가법이 충돌하는 경우에는 공동체법이 우선한다는 우위성의 원칙을 확립하였다. 이로써 유럽공동체의 법규범은 종래의 국제조약들이 지니던 성격과는 판이하게 다르다는 점을 확인하였음은 물론이고, 국제법과 국내법이 서로 상충될 경우에 대한 해결방식과는 다른 해결원칙을 정립한 것이다.

### 3. 충돌해결의 기준으로서의 유럽법 우위의 원칙

협회의 유럽법과 회원국의 국내법이 서로 충돌하면 유럽법이 회원국법에 우선하는 것을 인정한 유럽법우위의 원칙에 의해 해결된다. 유럽법의 회원국법에 대한 우위란 유럽법이 발효한 시점에 존재하는 모순된 내용을 가진 회원국법의 적용을 자동적으로 배제할 뿐만 아니라, 유럽법이 발효한 이후 유럽법에 모순하는 회원국법이 유효하게 제정되는 것도 불가능하게 하는 것을 의미한다. 이 때문에 회원국 법원은 유럽법과 모순되는 내용을 가진 국내법은 그 제정 시기를 불문하고 적용할 수가 없다.<sup>393)</sup>

유럽재판소가 공동체법에 우위를 인정하려는 시도는 *Costa v. ENEL* 사건<sup>394)</sup>에서 분명하게 나타났다.<sup>395)</sup> 즉 “보통의 국제조약들과는 대조적으로 유럽공동체설립조약은 발효와 더불어 회원국 법체계의 구성부분이 되어 그들의 재판소가 적용할 의무가 있는 그 자신의 법체계를 창설하였다. … 공동체법의 우위는 제189조에 의하여 또한 확인된다. 이 규정에 의하면 명령은 ‘구속력을 가지며’ ‘모든 회원국 내에서 직접 적용성을 가진다.’ 만약 어떤 회원국이 공동체법에 우선할 수 있는 입법적 조치에 의해서 그 효력을 일방적으로 무효화시킬 수 있다면, 어떠한 유보도 없는 이 조항은 무의미한 것이 되고 말 것

---

393) Case 106/77, *Italian Finance Administration v. Simmenthal* (1978) ECR 629.

394) Case 6/64, (1964) ECR 585.

395) 물론 1963년 Case 26/62, *Van Gend & Loos* (1963) ECR 1. 사건에서도 “공동체가 국제법에 있어서 하나의 새로운 법질서를 형성하고 있으며 회원국들이 이 새로운 법질서를 위하여 비록 제한된 분야 내에서나마 그들의 주권적 권리를 제한하였다고 … 결론을 내릴 수밖에 없다.”고 함으로써 공동체법에 우위를 인정하려 하였다.

이다.”

유럽재판소는 유럽법의 우위를 회원국의 국가법질서에 있어 주권의 양도에서 그 근거를 찾으려 한다.<sup>396)</sup> 즉 “회원국들이 공동체설립 조약에서 발생하는 권리·의무를 그들의 국내 법체계로부터 공동체 법체계로 양도하는 것은 그들의 주권적 권리에 대한 ‘항구적인’ 제한을 동반하며, 공동체의 개념과 양립되지 않는 사후의 일방적인 행위는 이 주권적 권리의 항구적 제한보다 우월할 수 없는 것이다.” 또 유럽재판소는 한 판결<sup>397)</sup>에서 회원국들로부터 공동체로의 ‘권한양도’를 지적하고 있다.

아무튼 유럽재판소가 공동체법의 우위를 선언한 근거는 두 가지로 파악된다.<sup>398)</sup> 첫째는, 공동체법이 우위를 갖게 되는 근거가 회원국들이 자발적으로 자신들의 주권 혹은 주권적 권한의 제한 내지 공동체에 권한양도라는 것이다. 둘째는, 공동체법 우위의 원칙이 직접 적용성 내지 직접적 효력이 있는 규정에 내재되어 있다는 것이다.

회원국법에 우위를 인정받는 유럽법에는 공동체설립조약 등의 제1차적 공동체법에 한정되지 않고, 명령·준칙 등 제2차적 공동체법도 포함된다. 또한 회원국법의 국내법상 지위는 유럽법의 우위에 영향을 미치지 않으며, 사안에 따라서는 유럽법이 회원국 헌법보다도 우위에 있는 것으로 비추어진다.

이와 관련하여 유럽재판소는 Internationale Handelsgesellschaft 사건<sup>399)</sup>에서 제2차적 공동체법인 명령과 회원국 헌법상 기본권이 관계

---

396) Case 6/64, Costa v. ENEL (1964) ECR 585.

397) Case 7/71, Commission v. France, (1971) ECR 1003.

398) 법무부, 『유럽연합(EU)의 통합체제』 법무자료 제235집 (법무부, 2000), 278면 참조.

399) Case 11/70, Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (1970) ECR 1125.

에 관해 다루었다. 이에 관해서는 “독립된 법의 연원인 공동체설립조약으로부터 나오는 법이 … 국내법의 명령에 의하여 무효화 될 수 있게 되면, 공동체법으로서의 그 성격을 박탈당하게 되고 또한 공동체 자체의 법적 기초에 의문을 낳는다. 그러므로 공동체 조치의 효력 또는 회원국 내에서의 그 효과는 그것이 그 국가의 헌법에 의하여 공식화된 기본적 권리 또는 국내 헌법구조상의 원칙을 위반한다는 주장으로부터 영향을 받을 수 없다.”고 하였다. 그에 이어 유럽재판소는 다투어진 명령이 공동체법의 일반원칙인 기본적 인권을 침해하였는가의 문제를 고려하였다. 즉 “기본권의 존중은 유럽재판소에 의해 보호되는 법의 일반원칙의 구성부분을 형성한다. 이와 같이 기본적 인권을 보호함은 회원국들에게 공통되는 헌법적 전통에서도 도출되지만, 공동체의 구조와 목표의 범주 내에서도 보장되어야 한다.”고 하였다.

이를 정리하면 결국 유럽재판소는 제1차적 법원이든 제2차적 법원이든 간에 공동체법이 회원국의 국내법질서에 우위에 있으며, 그것은 헌법보다도 상위에 있음을 제시함과 아울러 헌법에서 보장하는 기본권은 공동체법상 일반원칙으로 끌어들여 불필요한 다툼을 해소한 것이라고 하겠다.

유럽재판소는 *Italian Finance Administration v. Simmenthal* 사건(400)에서는 국제법과 국내법의 충돌문제를 해결하는데 동원되는 후법우선의 원칙을 받아들이지 아니하고 공동체법이 국내법보다 우위에 있음을 확인하였다. 즉 “그 관할권 내에서 공동체법을 적용해야 할 회원국 법원은 공동체법에 완전하게 효력을 부여할 의무가 있으며, 필요하다면 나중에 제정되었다라도 공동체법과 충돌되는 국내법은 스스로 적용을 배제해야 한다.”

---

400) Case 106/77, (1978) ECR 629.

유럽법의 우위는 유럽연합의 목적을 달성하기 위해 불가결한 원칙이며, 유럽법의 회원국에 있어서 집행을 보증함으로써 공동체의 영역 전체로 통일적인 법질서를 성립시키기 위한 필요조건이다. 유럽공동체의 목적달성은 유럽법이 각 회원국에서 일률적으로 적용됨으로써 비로소 실현가능하게 된다. 만약 회원국이 사후에 제정하는 국내법에 따라 유럽법을 전복시킬 수 있다고 한다면, 회원국마다 다른 사태가 발생하여 공동체의 목적달성은 불가능하게 될 것이다. 이러한 시각에서 공동체의 목적달성을 위해서는 유럽법의 우위를 인정하는 것이 불가결하다. 유럽법이 회원국법에 대해 우위를 지닌다는 점과 유럽법의 최종적인 해석권을 유럽재판소가 보유한다는 점에 기대어 유럽공동체 영역에서는 통일적인 법질서가 형성될 수 있었다.

그렇지만, 유럽법의 우위가 실제로 공동체 내에서 관철되기 위해서는 각 회원국 법원이 유럽재판소가 정립한 유럽법의 우위를 수용하지 않으면 안 된다.<sup>401)</sup>

## 제7절 국제법과 유럽법의 헌법재판과의 관계

국제법과 유럽법은 국내법체계상 최상위에 존재하는 헌법적 준거에 따른 통제과정에 있어 반응하는 형태가 전혀 다르다. 특히 협의의 유럽법과 관련해서 기본법은 제23조에서 유럽연합에게 고권적 권리를 이양하고 있고, 그에 따라 별도로 법적 분쟁과정에서 제기되는 유

---

401) 실제로 각 회원국 법원이 이를 순순하게 받아들이는가는 또다른 문제이었다. 특히 독일의 연방헌법재판소와 프랑스의 행정최고법원이 이에 저항을 한 사례가 있지만, 현재에는 각각 판례를 변경해서 유럽법의 우위를 인정하고 있다. 상세한 내용은 채형복, 『유럽헌법법』 (한국학술정보, 2005), 75-77면 참조.

법법의 해석문제를 다룰 수 있는 법체계를 구축하고 있다.

그러면 여기서는 국제법에 대한 국내법적 차원에서의 통제절차를 먼저 살펴보고, 이어서는 유럽법과 헌법재판의 관계에 대해 검토하기로 한다.

## I. 국제법과 헌법재판

독일의 헌법재판에 있어 국제법과 관련해서 제기되는 쟁점은 두 가지 형태로 유형화가 가능하다. 그 하나는 국제법적 규범이 국내법 체계로 이입되고 그에 상응한 등급을 지니며 그 과정에서 제기되는 다양한 형태의 법적 분쟁에 대한 헌법재판적 차원에서의 통제문제를 하겠다. 다른 하나는 기본법 제25조가 국제법상 일반원칙을 연방법의 구성부분으로 파악하고 이를 기본법 제100조 제2항이 절차법적으로 구체화하는 과정에서 제기되는 문제라고 하겠다.

### 1. 헌법재판에 의한 국제법규범의 통제

#### 가. 추상적 규범통제와 기관소송

##### 1) 국제법상 조약의 헌법재판적 통제

기본법 제93조 제1항 제2호에 따르면, 연헌재는 추상적 규범통제절차에서 연방법의 기본법과의 형식적·실질적 합치성에 관해 의견의 불일치나 의심이 있을 때 재판한다.<sup>402)</sup> 국제법상 조약체결에서는, 조약 그 자체가 연방법으로 다루어지지 않는 데, 조약에 관한 동의법

---

402) Vgl. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 153.

이 통제의 적합한 대상<sup>403)</sup>일 뿐이다.<sup>404)</sup> 이는 입법적 조약(기본법 제 59조 제2항 제1문 제2단)뿐만 아니라 정치적 조약(제1단)에도 유효하다. 왜냐하면 추상적 규범통제의 심판대상은 “전통적 법규개념의 의미에서 법규성을 포함하는 여부를 고려함이 없는 그러한 형식적 법률”이기 때문이다.<sup>405)</sup> 제소권자는 여기서 주정부나 연방의회의원의 1/3이다.<sup>406)</sup>

국제법상 조약체결의 특성으로 인해, 연헌재는 판례로 조약법통제의 적법요건상 특징을 개발하였다. 즉 추상적 규범통제에 있어 법률은 원칙적으로 최종적인 성립과 함께 (또한 그 법률의 공포 이후에) 공격될 수 있다.<sup>407)</sup> 그런데, 조약법에서는 공포 이전에도 허용된다. 그렇게 함으로써, 행정부가 조약 상대방과 비준문서의 교환을 통해 “완성된 사실을 창출하는” 것과 그와 아울러 국제법 영역에서 연방 공화국의 기속이 초래되는 것을 방지해야만 한다. 그러나 법률의 성립에 결정적인 과정이, 즉 두 개의 입법기관의 총체적 의지표명(기본법 제59조 제2항 제1문 참조)이 발생하기 이전에 그 통제가 이루어질 수는 없다.<sup>408)</sup> 즉 입법기관의 동의나 협력에 관한 의결절차가 중

---

403) BVerfGE 36, 1.

404) 조약은 조약법의 내용이 되었기 때문에 간접적으로 헌법재판소에 의한 통제 대상이 된다. 이런 점은 제1차적 공동체법이나 국제법상 조약에 관한 조약법에 그대로 적용된다. BVerfGE 52, 187, 199. 그러나 제2차적 공동체법은 독일 국가권력의 작용이 아니기 때문에 연헌재에 의한 추상적 규범통제의 대상이 되지 아니한다. BVerfGE 37, 271, 283.

405) BVerfGE 4, 157, 162.

406) 원래는 추상적 규범통제의 제소권자에 연방정부도 포함되지만, 연방정부는 주법률에 대해 다룰 때에만 인정되고 또, 외교관계의 업무는 연방의 소관이며 (기본법 제32조 제1항), 또 동의법은 연방법률의 형식으로 발령됨에 따라 연방정부는 이에 해당되지 않는다는 것이다.

407) BVerfGE 1, 396, 413; 36, 1, 15.

408) BVerfGE 1, 396, 411ff.; 36, 1, 15.



료된 이후에, 그리고 조약법의 공포 이전에 허용된다는 것이다.<sup>409)</sup>

추상적 규범통제는 기본법 제93조 제1항 제2호에 따라 규범적 형태의 행정협정을 집행하려는 법규명령에 대해서도 이루어질 수 있으며, 마찬가지로 주의 조약법에 대해서도 가능하다.

의회의 단순한 의결도 추상적 규범통제의 대상이 될 수 있다. 예컨대 연헌재가 연방군의 해외파병을 위하여 이루어진 연방의회의 동의 안의결이 이에 해당된다는 것이다.<sup>410)</sup>

## 2) 다른 권한행사에 대한 헌법재판적 통제

입법기관의 협력을 필요로 하지 않는 조약체결에 관해서는, 헌법재판소의 통제절차에서 단지 매우 제한적으로만 심판된다.<sup>411)</sup> 이는 외교적 영역에서 행정부의 원칙적인 전권능성(Alleinzuständigkeit)의 결과이다. 연방의회나 연방참사원 등 다른 기관이 그에 관해 권한을 결여함으로써 기관쟁송절차(기본법 제93조 제1항 제1호)에서 제소권의 행사가 불가능하게 되는 현상을 초래한다. 제93조 제1항 제1호에 따르면 연헌재는 최고연방기관의 권리나 의무의 범위 또는, 기본법이나 최고연방기관의 직무규정에 의하여 고유한 권리를 부여받은 그 밖의 관계자들의 권리와 의무의 범위에 관한 분쟁을 원인으로 해서 기본법의 해석에 관해 재판한다. 이 절차의 핵심은 다른 헌법기관에 대한 권한침해에 있는 까닭에, 여기서는 외교권을 행사하려는 시도만으로도 그 시도로 인해 그의 권한이 침해될 것임을 주장할 수 있다.

---

409) 예방적 규범통제에 대해서는 제도적으로 허용되지는 않지만, 입법행위에 대한 분쟁의 형태를 띠는 헌법기관들 상호간의 기관쟁의절차를 통해 어느 정도 가능할 수 있다.

410) 이에 관해 상세한 내용은 정태호(역)·클라우스 슈라이히(저), 『독일헌법재판론』(미리교역, 2001), 136면 참조.

411) Vgl. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 154.

이는 제59조 제2항 제1문에 따른 조약체결에서 의회의 협력필요성에 관한 분쟁에 유효하다. 또는, 조약법이 ‘동의법’(기본법 제77조 제3항)으로서가 아닌 ‘이의법’으로 다루어짐에 따라, 또는 행정협정에 대한 연방참사원의 동의가 청구되었음에 따라, 연방참사원의 권한이 침해되었는지 여부 문제에 관한 분쟁에도 유효하다(제59조 제2항 제2문).

이에 반해 논란의 여지없이 다른 기관의 협력을 전혀 필요로 하지 않는 조약에 관해 그 합헌성을 심사할 개연성은 기관쟁송절차에서는 존재치 아니한다. 독자적이거나 종속적인 일방적 법적 행위(국가의 승인, 외교관계의 수립, 즉 조약유보의 선언, 수령 또는 반환 그리고 공포 등)도 마찬가지이다. 다만 하나의 예외가 그때에 유효하다. 즉 행정부의 일방적 행위가 제59조 제2항의 적용을 우회할 목적으로 형식남용(ein Formenmißbrauch)으로 다루어지게 되면, 바로 그때가 그에 해당한다.

연방과 주의 관계에서 권한에 관한 의견의 불일치에 관해서는 기본법 제93조 제1항 제3호에 따라 연현재 재판의 대상이 된다.

## 나. 헌법소원

기본법 제93조 제1항 제4호의a에 따라 어느 누구나 공권력에 의해 자신의 기본권이 또는 제20조 제2항, 제33조, 제38조, 제101조, 제103조 및 제104조에 규정된 자신의 권리가 침해되었다는 주장과 함께 헌법소원을 제기할 수 있다. 그에 따라 헌법소원의 대상은 외교권 행사(또는 불행사)<sup>412)</sup>일 것이다.<sup>413)</sup>

---

412) 독일 공권력의 행위만이 헌법소원의 대상이 될 수 있다. 독일 이외의 고권 행위는 연현재가 심사할 수 없다. 그런 점에서 유럽공동체조약과 공동체 기관들의 법적 행위, 즉 제2차적 공동체법이, 비록 독일 국내에 작용하기는 하지

외교권행사로는 먼저 여기서는 조약법이 고려된다.<sup>414)</sup> 그러한 법률에 대한 헌법소원의 적법요건은, 소원제기인이 그 법률에 의해 자신의 현재 그리고 직접적으로 기본권을 침해받았다는 주장이다. 이는 충분하고도 실제적인 주장을 필요로 한다. 그 외에도 다투어진 법률이 구조와 내용을 살펴볼 때, 기본권을 침해하는데 적합해야 한다. 다시 말해서 기본권차원에서 보호하는 소원제기인의 지위에 직접적으로 손실을 초래하는 형태로의 변경에 적합하지 않으면 안 된다. 조약이 개인의 직접적인 활동의무에 근거가 되거나 또는 다른 방식으로 기본권상 보호된 개인의 법적 지위를 직접적으로 손상시킨다고 한다면, 그 법률은 적법요건을 충족시킨 것이다.<sup>415)</sup>

국제조약의 체결에 관여하는 연방정부의 행위는 헌법소원의 적합한 대상이 아니다. 왜냐하면, 국제법적 차원에서 이루어지는 그 행위는 국내법적 효력을 발휘하지 않기 때문이다.<sup>416)</sup>

침해된 기본권으로는 특별한 기본권이, 그러나 또 기본법 제2조 제1항에서 유래한 기본권도 고려된다.<sup>417)</sup> 그러한 한도에서 (즉 “합헌적 질서”의 구성부분으로서) 제25조에 관한 선결문제로서 또는 재판과 관련된 선결문제로서 일반국제법<sup>418)</sup>은 심판기준의 구성부분이다.

---

만, 연헌재의 심판대상이 되지 아니한다. 이는 1993년까지는 확립된 판례이었지만(BVerfGE 22, 293, 295, 297; 58, 1, 27.) 연헌재는 마스트리히트조약에 대한 판결(BVerfGE 89, 155, 175.)에서 유럽공동체의 장래적 행위에 대한 헌법소원도 적법하게 다룰 수 있을 것임을 예고하였다. 이로 인해 관련된 쟁점에 관해서는 정태호(역)·클라우스 슐라이히(저), 『독일헌법재판소』(미리교역, 2001), 311면 이하 참조.

413) Vgl. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 155.

414) BVerfGE 84, 90, 113.

415) BVerfGE 40, 141, 177.

416) BVerfGE 77, 170, 209.

417) BVerfGE 63, 343, 358; 68, 1.

418) BVerfGE 63, 343, 368f.

헌법소원은 전술한 적법요건 아래에서, 조약법을 필요로 하지 않는 조약선언(Vertragserklärungen)에 대해서도 허용될 수 있으며, 마찬가지로 연방공화국의 일방적 법적 행위에 대해서도 허용될 수 있다.

외교권행사의 부작위에 대해서도 헌법소원이 허용된다. 다만 이러한 사례에서는 원칙적으로 권리구제절차가 소진되지 않으면 안 된다(연헌재법 제90조 제2항).

연헌재에 의한 심판의 척도는 헌법이다. 그래서 헌법재판 영역에서 연헌재는, 독일법원이 국제법규범을 하자 있게 적용하거나 경시함으로써 나타난, 그리고 독일연방공화국의 국제법상 책임에 근거가 될 수 있는, 그러한 국제법침해를 개연성있게 방지하거나 제거할 수 있음을 특별한 정도로 존중해야 한다. 이는 개별적 사례에서 어느 정도의 범위에서 포괄적인 사후심판을 요청하는 것이다.<sup>419)</sup>

## 다. 구체적 규범통제

제헌이후의 법률에 의해 승인되었던 조약의 규정이 법적 분쟁의 재판에 중요할 때에는 법원의 제청으로 이루어지는 구체적 규범통제(기본법 제100조 제1항)가 고려된다.<sup>420)</sup> 유럽공동체 관련 조약들을 비롯한 조약에 대한 동의법도 위헌제청의 대상이 될 수 있다.<sup>421)</sup> 그 대표적인 예를 들 수 있다. 잘쯔부르그공항의 운영에 관한 독일과 오스트리아 사이의 조약 사건에서 연방보통법원은 조약법의 합헌성에

---

419) BVerfGE 58, 1, 34f.; 59, 63, 89.

420) BVerfGE 12, 281, 288; 52, 187, 199f.; 63, 131, 140; 72, 66; 72, 200.

421) 일반적으로 독일의 법률만이 기본법 제100조 제1항이 의미하는 제청대상이 될 수 있다. 그런 점에서 유럽공동체조약에 근거해서 공동체의 기관들이 발령하는 제2차적 공동체법은 제청대상이 되지 아니한다. 제2차적 공동체법에 대해서는 오히려 유럽재판소에 제청해야 한다. 이 절차에 관해 상세한 내용은 제3장 제7절 II. 4.이하 참조.

관한 의심으로 인해 제청을 하였다. 거기서 다투어진 바는 관계된 토지소유자의 효과적인 권리보호를 보장함이 없이 연방지역에 속한 토지를 이착륙 완충공간으로 만들어 놓았다는 것이었다.<sup>422)</sup> 연헌재는 제청을 적법한 것으로 보았으나 기본법 제14조의 침해는 부인하였다.<sup>423)</sup>

제헌 이전의 조약법에 관한 사례에서는<sup>424)</sup> 이에 관해 어느 법관이 나 스스로 법률의 효력에 관해 재판하지 않으면 안 된다.

## 라. 위헌결정의 국제법적 효과

연헌재는 국제법상 조약에 관해 가능한 한 헌법조화적으로 해석하려 노력해야 하며, 가능한 한 위헌결정은 회피해야 한다.<sup>425)</sup> 그러나 위헌무효로 결정하게 되면, 그로 인한 법적 효과는 국내적 상황과 국제법적 상황은 서로 다르게 나타난다. 국내적 상황에서는 위헌으로 결정된 조약법을 배제함으로써 합헌상태는 회복이 된다. 하지만, 국제법분야에서 결함은 어떤 경우이든 해약고지를 통해 또는 새로운 심의과정을 거쳐야만 제거될 수 있다. 조약의 취소는 조약법협약 제46조의 아주 엄격한 요건 때문에 원칙적으로 고려되지 아니한다.

## 마. 부수적인 사법심사

외교권행사를 관할하는 국가기관이 “법률과 법”을 존중하는지 여부에 관해 법원은 독자적으로 사법적인 심사를 할 수 있다. 이 권능

---

422) BGH DVBl. 1979, S. 226.

423) NJW 1986, S. 2188.

424) 예컨대 그 사이에 폐기된 1905. 7. 17.의 Haager Ehwirkungsabkommen (RGBl 1912, 453, 475).

425) BVerfGE 4, 157, 168.

은 국내의 사법절차영역에서 외교권행사의 부수적 심사(Inzidentprüfung)의 사례에서 존재한다.

다만, 법원은 외교권행사의 형성적 효과(Gestaltungswirkung)를 존중해야만 한다. 이러한 효과를 부인해야 할 정도의 무효이유가 존재하는 여부만이 그러한 한도에서 심판될 뿐이다.

심판기준은 특히 기본법이지만, 국제법상 일반원칙도 해당된다(기본법 제25조). 법원이 조약법을 위헌으로 판단하면, 법원은 연헌재에 재판을 구해야만 한다(기본법 제100조 제1항). 일방적 고권행위의 무효문제는 일반법원 스스로 판단한다.

## 2. 헌법재판에서 국제법상 일반원칙의 보장

### 가. 국제법상 일반원칙의 국내법 확인

#### 1) 기본법 제100조 제2항과 기본법 제25조

기본법 제100조 제2항은 기본법 제25조의 실제적 규율에 대한 ‘소송법적인 반응’이다.<sup>426)</sup> 즉 기본법 제25조에 따른 국제법상 일반원칙이 독일의 국내법으로서 그 효력을 발휘하는 것에 관해 절차법적으로 보장하는 것이다. 그럼으로써 국제법상 일반원칙에 실효성을 확보해주고 또 국제법상 일반원칙이 국내법질서에 편입됨으로써 발생하게 될 입법자의 권위에 대한 위험을 완화시켜 준다.<sup>427)</sup> 연헌재는 이 “재판절차에서는 국제법상 일반원칙들의 효력범위를 확인할 수도 있다. 그러므로 연헌재는 구체적인 경우에 그때그때 국제법의 특정 원칙이 그 효력범위에 비추어 볼 때 국내법에 영향을 미칠 수 있는지

---

426) 정태호(역)·클라우스 슈라이히(저), 『독일헌법재판론』(미리교역, 2001), 166면 이하 참조.

427) BVerfGE 23, 288, 317.

도 심사할 수 있다. 기본법 제100조 제2항에 의한 국제법원칙의 국내 법성 확인절차는 결과적으로 입법절차를 대체하는 것이다. 연헌재 재판의 주문은 법규적 효력을 가지기 때문이다(기본법 제94조 제2항, 연헌재법 제13조 제12호, 제31조 제2항).<sup>428)</sup>고 한다.

## 2) 연헌재에 의한 규범확인

국제법상 일반원칙의 정체성을 둘러싸고 몇 가지 문제점이 있다. 이는 연헌재가 국가면제를 둘러싼 지침적 재판에서 적절히 지적하고 있다.<sup>429)</sup> 즉 일반적인 국제관습법의 출현을 이끌어내는 국가실무를 가능한 한 포괄적으로 추구함이 유효하므로, 비례원칙에 따라 개별적인 법칙을 확인하려 하는 것은 거대한 학문적 낭비를 초래할 뿐이다. 이로 인해 법적 안정성에 문제를 초래할 것이다. 특별한 어려움은 국제법 범위에서 그러한 원칙의 암묵적인 변경가능성을 예비할 수도 있다. 마지막으로 형식적 법률에 대한 일반원칙의 우위 때문에 입법자의 권위와 관련된다는 점이다.

기본법 제100조 제2항은 이러한 문제점에 관해 국제법상 일반원칙의 확인이라는 특별한 절차를 통해 참작하고 있다. 국제법상 일반원칙이 연방법의 구성부분인지의 여부와 일반원칙이 개인에게 직접적으로 권리와 의무를 창출하는지 여부(제25조)에 관해 법적 분쟁에서 의심스러우면, 법원은 연헌재 재판을 청구해야만 한다.

외교관계의 업무에 참여하는 그와 같은 헌법기관은 진술할 개연성을 가진다는 점이 그에 의해 보장된다. 연헌재법 제83조 제2항은 연방정부, 연방의회 및 연방참사원에 그 개연성을 열어놓고 있다.

---

428) BVerfGE 23, 288, 318

429) Vgl. Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, S. 169.

### 3) 기본법 제100조 제2항의 절차적 유형

기본법 제100조 제2항에 따른 절차를 국내법적 존재의 확인(Normverifikation)절차와 국내법적 효력의 인정(Normqualifikation)절차로 구분해서 유형화할 수 있는지는 아직 명료하게 매듭이 지어지지 않았다.<sup>430)</sup> 여기서 국내법적 존재의 확인은 국내법적 효력을 주장하는 규범이 존재하는지에 관한 심사를 의미한다. 기본법 제100조 제2항에 따른 절차는 국내적 효력의 확정, 즉 국내법적 존재의 확인에 기여한다.

그러나 이 절차는 국제법상 일반원칙의 국내법적 효력의 인정이란 요소도 포함함은 물론이고, 그 원칙에 대해 국내법체계상 등급을 확정하는 데에도 기여한다.

### 4) 제청의무의 개별적인 전제조건

연현재에 제청할 법원의 의무는 “의심스러운(Zweifeln)” 사례에서만 존재한다. 이러한 의심은 다양한 문제점과 관련될 수 있는데, 첫째로는 국제법상 원칙이 특별한 내용으로 존재하는 여부이고, 둘째로는 그것이 일반원칙에 관한 것인지 여부이며, 셋째로는 이 원칙을 특정된 방식으로 해석해야 하는지 여부이다.

의심의 개념은 객관적인 의미로 이해할 수 있다.<sup>431)</sup> 국제법상 일반

---

430) 상세한 내용은 정태호(역)·클라우스 슈라이히(저), 『독일헌법재판론』(미리교역, 2001), 169면 이하.

431) “법원이 국제법상 어떠한 일반원칙이 (국내적) 효력을 가지는지 그리고 어느 범위에서 효력을 가지는지를 심사할 때, 진지하게 다루어야 할 의문에 객관적으로 봉착한 경우에는 법원 자신이 의문을 품고 있지 않더라도 기본법 제100조 제2항의 제청이 요구된다.” “진지하게 다루어야 할 의문은 … 법원이 헌법기관의 견해나 독일의 상급법원이나 외국 법원 또는 국제법원의 판례 또는 국제법학계의 권위있는 학자들의 학설들과 다른 입장을 취하는 경우에 존재한다.” BVerfGE 64, 1, 14: 23, 288, 319.



원칙이 유효한지 여부와 유효한 경우 그 도달범위에 관한 문제의 심판에서 선고법원이 중대한 것으로 받아들인 의심에 의거하였다면, 그때에 연헌재에 제청할 수 있으며 또, 법원 스스로가 의심을 지닌다면, 그때에도 제청할 수 있다.<sup>432)</sup>

제청문제는 구체적인 법적 분쟁의 재판에 중요하지 않으면 안 된다. 기본법 제100조 제1항(구체적 규범통제)에서와는 달리, 이는 기본법 제100조 제2항에 따른 규범확인사례에서 명시적으로 예정되지는 않았으나, 그 조항의 의미와 목표에서 제시된다. 연헌재에 제청법원이 임의로 청구할 수는 없다. 그렇기 때문에 제청결정의 근거는 사후적으로 실행가능한 방식으로 재판의 중요성을 인식할 수 있게 해야 한다. 그러한 근거가 결여되어 있다면, 그때에 제청결정은 부적법할 것이다. 원칙적으로 제청법원의 법적인 시각이 재판의 중요성에 권위적인 것이다. 다만 제청의 근거에 관해 명백하게 유지할 수 없는 법적 시각은 결정을 부적법하게 만든다.

## 5) 확인의 법적 효과

연헌재에 의한 국제법상 일반원칙의 확인은 법규적 효력을 가진다(연헌재법 제31조 제2항). 이는 확인된 원칙이 일반구속적으로 확정됨을 의미한다. 기본법 제25조 때문에 그 원칙은 개별적인 형식적 법률보다 상위의 등급을 차지하게 된다.

## 나. 국제법상 일반원칙의 경시에 대한 헌법재판적인 권리보호

국내영역에서 국제법상 일반원칙을 존중하는지에 관해서는 헌법소원에 의한 통제도 가능하다. 즉 법원이 국제법상 일반원칙을 존중하

---

432) BVerfGE 23, 288.

지 않으면, 그 재판에 대한 헌법소원은 사정에 따라서는 기본법 제2조 제1항, 제3조 제1항에서 규범화된 기본권의 침해에 근거할 수 있다. 연방법의 적용에 있어 기본법 제25조에 따른 국제법상 일반원칙이 존중되어야 한다는 점은 개인이 기본권적으로 보장된 청구권을 가지면서 존중해야 할 헌법질서에도 속한다.<sup>433)</sup> 적용해야 할 국제법상 일반원칙에 대해 중대한 것으로 받아들일 의심에도 불구하고, 법원이 자의적으로 연헌재에 제청을 하지 않았다면, 그 재판에 대한 헌법소원은 기본법 제101조 제1항 제1문의 침해 때문에 허용된다. 법원의 재판이 이러한 권리침해에 근거하였다면, 또 그 원칙이 다투어진 재판에서 제시된 내용을 포섭하지 않는다면, 단지 그때에만 헌법소원은 이유가 있는 것이다.<sup>434)</sup>

## II. 유럽법과 헌법재판

독일에서 협의의 유럽법과 관련해서는 대체로 네 가지의 측면으로 접근해야 한다. 첫째로는 유럽공동체의 기관인 유럽재판소와 독일 국내법체계상 헌법의 최종적인 유권해석을 담당하는 연방헌법재판소의 관계 내지 관할배분을 둘러싼 문제이다. 둘째로는 유럽법 자체가 보장하고 있는 개인적 권리에 대한 구제절차의 문제이다. 셋째로는 유럽재판소와 회원국 법원과의 가교 역할을 하는 공동체조약 제234조에 규정된 전심절차의 제청에 관한 문제이다. 그리고 마지막으로 유럽재판소의 전속관할사항에 관한 문제이다. 그러면 여기서는 이상의 순서로 검토한다.

---

433) BVerfGE 23, 288, 300; DtZ 1992, S. 216.

434) BVerfGE 64, 1, 21.

## 1. 연헌재와 유럽재판소의 관할배분

유럽재판소는 회원국의 헌법재판소와의 관할분배문제가 폭넓게 제기된다. 이는 독일의 연헌재와의 관계에서도 마찬가지이다. 특히 유럽통합이 진전되고 또 유럽공동체기관들의 입법활동이 증가함으로써 유럽공동체법이 국내법질서를 휘감싸는 현상이 보편적으로 등장하고 있다.<sup>435)</sup>

유럽재판소는 공동체조약의 해석과 적용을 보장한다. 또한 공동체조약 제234조에 의한 선결문제에 대한 재판절차에서 유럽재판소는 회원국 법원들의 제청으로 전심절차로서 공동체법의 해석에 대해 재판을 하며, 이를 통해 공동체법의 통일적인 해석에 기여한다.<sup>436)</sup> 회원국 법원들은 유럽법에 근거해서뿐만 아니라 헌법에 근거해서(독일의 경우에는 기본법 제23조) 공동체법이 재판의 전제가 되고 그 규범의 문구가 불명확할 때에는 제1차 공동체법의 해석문제 및 제2차 공동체법의 해석·효력문제를 유럽재판소에 제청해서 전심절차를 거쳐야 할 의무를 진다. 공동체조약이나 제2차적 공동체법에 대해서 연헌재도 다른 회원국 법원들과 마찬가지로 유럽재판소에 제청해야 한다. 연헌재는 독일 국내의 최고 사법기관이지만, 유럽공동체법과 관련해서는 유럽재판소가 공동체법의 해석과 효력에 대해 재판하는 한, 유럽재판소의 권위를 존중한다. 이런 점에서 유럽재판소와 회원국 법원과의 사이에서 관할의 충돌이 발생하지 않게 된다는 것이다.

---

435) 이에 관한 상세한 내용은 정태호(역)·클라우스 슈라이히(저), 『독일헌법재판론』(미리교역, 2001), 312면 이하 참조.

436) 연헌재는 이 같은 기능을 수행하는 유럽재판소를 기본법 제101조 제1항 제2문이 말하는 법률에 의한 법관으로 본다. Vgl. BVerfGE 73, 339, 366; 75, 223, 23f.; 82, 159.

그런데 문제는 관할확정에 있어 연현재가 공동체법을 심사기준이나 심사대상으로 삼을 수 있는가 하는 점이다. 이를 둘러싸고 연현재는 두 차례의 조건부결정<sup>437)</sup>을 거치고 또 1993년 마스트리히트조약에 대한 결정<sup>438)</sup>을 거치면서 입장을 정리하였다. 즉 “물론 연현재는 파생적 유럽공동체법이 독일에서 적용될 수 있는지 여부에 대한 재판권을 유럽재판소와 협력적 관계에서 행사한다. 이 관계에서 유럽재판소는 유럽공동체의 전 영역에서 개별적인 사건에서의 기본권보호를 보장하며, 그에 따라 연현재는 기본권보장의 불가결적 수준을 일반적으로 보장하는 일에 국한할 수 있다.”<sup>439)</sup>

아무튼 유럽공동체법질서와 국내법질서는 서로 아무런 관계도 없이 병존하는 것이 아니다. 또 이 두 법질서는 각각 독자성을 지닌다. 그렇기 때문에 유럽재판소나 독일의 경우 연현재가 서로 독자적인 관할도 지니며, 또 구분될 수밖에 없다. 결국에서는 연현재는 유럽공동체법에 대한 유럽재판소의 재판에 구속되지만,<sup>440)</sup> 기본법을 적용함에 있어서는 간섭을 받지 아니하고 자유롭다. 공동체조약 제234조는 연현재와 유럽재판소의 절차를 상호 연결시켜주는 가교의 역할을 한다. 그리고 연현재는 기본법 제101조 제1항 제2문을 적용함에 있어 유럽재판소를 “법률에 의한 법관”으로 인정함으로써 유럽재판소의 관할권을 보장하고 있다.

## 2. 유럽법상 권리의 구제

협회의 유럽법은 국제법과는 달리 폭넓게 직접 적용성과 직접적

---

437) BVerfGE 37, 271, 285; 73, 339, 387.

438) BVerfGE 89, 155.

439) BVerfGE 89, 155, 175.

440) BVerfGE 45, 142, 162; 52, 187, 200f.; 73, 339, 370; 75, 223, 234.

효력이 인정된다. 그런데, 유럽법이 개인에게 권리를 부여하고 있음에도 그 권리의 침해가 발생할 경우 그 구제문제가 발생하게 된다. 즉 유럽법의 직접적 효력으로 인해 개인이 회원국 법원에서 구제절차를 진행할 수 있게 된다. 여기서 문제는 국내법원이 나름대로 구제절차를 지니고 있지만, 유럽법상 권리의 효과적인 실현에 기여하는가 하는 점이다.

이와 관련해서 유럽재판소는 유럽법우위의 원칙에 입각해서 유럽법의 권리구제절차에 관해 두 가지 기본적인 원칙을 정립하고 있다.<sup>441)</sup> 그 하나는 회원국 국내법원에서 권리구제를 받아야 한다는 회원국법원의 원칙이고, 다른 하나는 유럽법 유효성이론이다.

## 가. 회원국법원의 원칙

유럽재판소는 초기에는 유럽법상 권리의 구제는 회원국 국내법과 국내법원에 의하도록 맡겨놓았다. 이는 권리구제에 관해 유럽법상 명문의 규정을 두지 않았기 때문에 회원국 스스로가 재판관할권을 결정하고 소송절차를 진행할 수 있도록 한 것이다. 또한 유럽법을 구현하기 위해 회원국이 기존에는 없었던 국내법상 새로운 구제절차를 마련할 필요까지는 없었다.

그러나 회원국법상 구제제도는 유럽법과 관련해서 두 가지 요건을 충족시켜야 한다. 그 하나는 회원국법이 정하는 유럽법상 권리의 구제절차가 같은 종류의 국내소송상 동일 사안과 비교해서 결코 불리해서는 안 된다는 점이다. 다른 하나는 국내법상 권리구제절차로 인해 회원국 법원이 보호해야 하는 유럽법상 권리의 행사를 사실상 불가능하게 해서 안 된다는 점이다.

---

441) 이에 관해 상세한 내용은 채형복, 『유럽헌법법』 (한국학술정보, 2005), 98면 이하 참조.

유럽법상 권리의 구제를 회원국 국내법과 국내 법원에 맡겼다는 의미는 각 회원국간의 소송절차법적인 편차로 인해 유럽법상 권리 구제가 각국에 공통적인 규모로 균형을 이루면서 관철되지는 아니함을 뜻한다.

## 나. 유럽법의 유효성이론

유럽법의 유효성 이론에 따르면, 유럽법의 집행은 회원국법에 일임한다는 원칙을 종래와 같이 관철하는 것이 아니라, 필요로 할 경우 국내법원은 국내법에 없는 구제제도를 스스로 창출해야 한다는 것이다. 다시 말하면, 회원국법에 의한 유럽법상 권리의 구제절차는 유럽법의 유효성을 저해하지 않는 범위 내에서만 존재한다는 것이다.

이 이론은 1978년 *Simmenthal* 사건에서 그 단초를 발견할 수 있다. 즉 국내 법원은 유럽법이 전면적으로 효과를 발생하는 것을 방해하는 국내법을 배제하기 위해서 필요한 모든 것을 행하는 권한을 보지해야 하며, 국내법원에게서 그런 권한을 박탈하는 것은 유럽법의 유효성에 손상을 가하는 것이며, 유럽법의 본질적인 요건을 침해하는 것이라고 한다.<sup>442)</sup> 그 후 이 이론은 1990년대에 들어 폭넓게 자리를 잡게 되었다.

유럽법의 유효성이론의 근거는 유럽법 우위의 원칙과 회원국의 공동체에 대한 협력을 규정한 공동체조약 제10조에 의해서 회원국의 국내법원이 직접적 효력 등 유럽법에서 유래하는 시민의 권리를 보호하는 역할을 담당한다는 점에서 찾을 수 있다.<sup>443)</sup>

유효성이론이 회원국법원의 원칙을 전면 대체한 것은 아니고, 양자

---

442) Case 106/77, *Italian Finance Administration v. Simmenthal* (1978) ECR 629, (1978) 3 CMLR 263.

443) Case C-213/89 *Factortance and Others* (1990) ECR I-2433, I-2473.

는 병존하며 서로 보완적인 관계에 있다. 양자의 관계는 유럽법의 유효성을 확보하기 위해 필요한 구제제도의 본질적인 부분은 유럽법을 근거로 유럽재판소가 정하고, 그 제도를 구체적으로 적용하기 위한 여건은 회원국법이 조성해야 한다는 것이다.

### 3. 절차적인 관할배분: 전심절차

#### 가. 전심절차의 기능과 역할

이미 살펴본 바와 같이 유럽법에 의거한 권리와 의무는 유럽재판소가 아닌 회원국의 국내법원에 의해 다루어진다. 구체적인 사안에서 회원국의 법원들이 유럽법을 적용하는 과정의 절차적 규율은 전적으로 회원국 국내법에 따르도록 하고 있다. 그로 인해 유럽공동체조약 제234조는 회원국의 법원과 유럽재판소를 연결하는 가교의 역할을 하고 있다. 그런 점에서 전심절차를 규율한 공동체조약 제234조<sup>444</sup>)를 집중적으로 살펴보기로 한다.

공동체조약 제234조는 유럽재판소로 하여금 회원국 법원이 제청한 경우 공동체조약의 해석과 그 밖의 제2차적 공동체법의 해석 및 유효성에 관해 전심결정을 할 수 있도록 하고 있다. 위 조항의 목적은 공동체법의 통일적 해석 및 적용을 담보하는데 있다. 유럽법상 권리

---

444) 제234조(이전의 제177조) 1. 재판소는 다음 사항에 관하여 전심적 결정을 내릴 권한을 가진다. (a) 이 조약의 해석. (b) 공동체의 기관 및 유럽중앙은행이 내린 조치의 유효성 및 해석. (c) 각료이사회의 조치로 설치된 기구의 정관에 해당 규정이 있는 경우에 정관의 해석. 2. 위의 문제가 회원국의 법원이나 심판소에 제기된 경우, 위의 회원국 법원이나 심판소는 판결을 하기 위하여 위 문제를 결정할 필요가 있다고 판단되는 때에 이를 결정해 줄 것을 재판소에 제청할 수 있다. 3. 회원국의 법원이나 심판소에 계류 중인 사건에서 위의 문제가 제기되고 위 법원이나 심판소의 결정에 대하여 해당 회원국의 국내법상 아무런 사법적 구제수단이 존재하지 않는 경우, 상기 회원국 법원이나 심판소는 이 문제를 재판소에 제청해야 한다.

구제는 회원국 법원에 의하도록 함으로써 회원국마다 서로 다르게 지닌 법체계와 다양한 해석방법으로 인해 야기되는 부작용을 해소하는데 크게 기여하고 있다.

전심절차와 관련해서 회원국 법원들은 자신이 구한 전심절차에서 유럽재판소가 내린 결정을 준수해야 하지만, 유럽재판소 자신은 기존 판결에 구속되지 않는다. 또한 회원국 법원과 유럽재판소의 관계는 상하관계가 아니며, 서로 다른 기능을 수행할 뿐이다. 이런 점은 회원국들의 헌법재판기관도 마찬가지이다.

#### 나. 전심절차 제청의 주체

전심절차 제청의 주체는 오로지 회원국 법원이나 준 사법기구일 뿐이고, 사건당사자는 물론 회원국의 행정청이나 기타 제3자는 이 절차 제청의 주체가 아니다. 또한 유럽재판소가 직권으로 전심절차를 진행할 수도 없다.

그런데, 여기서 전심절차를 구하는 주체는 법원으로 한정되지 아니한다. 즉 공동체조약 제234조는 회원국의 법원이나 심판기구를 전심결정의 제청주체로 하고 있다. 따라서 이에 해당되는 기구로는 중재위원회, 보험 및 행정심판위원회 등 준사법기구들이 해당된다. 회원국 내에서 적법한 법률질서내로 편입되어 있는 공적인 사법 내지 심판기구이어야 하며 사적인 기관은 제청의 주체가 될 수 없다. 여기서 공적인 기구라 함은 반드시 기구 자체가 해당국의 법률에 의해 설립되어야 하는 것은 아니고 주체의 성격에 공적인 측면이 가미된 것으로 족하다.



## 다. 전심절차의 제청

공동체조약 제234조는 회원국 법원이 전심절차의 제청 여부를 결정함에 있어 재량적 제청과 필요적 제청으로 구분된다.

먼저, 재량적 제청을 살펴본다. 위 조 제2항에 따르면, 분쟁 사건에 관해 재판할 함에 있어 유럽법에 관한 결정이 필요하다고 인정되는 경우 모든 법원은 유럽재판소에 심판을 제청할 수 있다. 전심절차를 제청하지 않은 회원국 법원은 쟁점이 된 유럽법이 유효하다는 전제에서만 판단할 수 있다. 유럽법의 효력에 관한 심판은 유럽재판소의 전속관할에 해당하기 때문이다.

다음, 필요적 제청을 살펴본다. 위 조 제3항에 따르면, 회원국의 국내법상 아무런 사법적 구제수단이 존재하지 않는 경우, 회원국 법원이나 준사법기구들은 이 문제를 유럽재판소에 제청해야 한다. 어떤 법원의 판결이 당해 국가 법질서 내에서는 최종적이고 더 이상 구제절차가 없음에도 그 공동체법이 쟁점이 되고 있다면, 당해 법원에는 전심절차를 제청해야 할 의무가 발생하게 된다.

## 라. 전심절차에 대한 평가

전심절차는 유럽법의 발전에 크게 기여하였다.

첫째로는 전심절차를 통해 회원국의 국가법과 유럽법이 유기적으로 연결될 수 있게 되었다는 점이다. 전심절차가 없었으면 이 두 규범체계는 별도의 존재로 작용하였을 것이다.

둘째로는 전심절차를 이용하게 함으로써 회원국 법원들로 하여금 유럽법의 체계에 적응할 수 있는 기회를 제공하였다는 점이다. 특히 유럽재판소는 전심절차를 통해 유럽법을 발전시킴으로써 공동체설립 조약을 헌법화시켰다는 점이다. 특히 유럽재판소는 유럽법의 직접적

효력의 원칙과 유럽법 우위의 원칙과 같은 핵심적인 유럽법 제도를 창설함은 물론이고 법의 일반원칙을 관례로 확립하였다.

#### 4. 유럽재판소의 전속적 관할사항

유럽재판소는 진술한 바와 같이 공동체조약 제234조에 따른 진심 절차에서 협의의 유럽법 해석에 관한 전속적인 관할권을 가진다. 여기서는 간략하게 그 외의 유럽재판소의 관할권에 대해 살펴본다. 아울러 유럽법을 준수해야할 주체는 회원국과 공동체의 기관들이다.

먼저 회원국들과 관련해서는 공동체조약 제226조 내지 제228조 소정의 조약상 의무를 위반한 경우이다. 즉 제226조에 의거해서 집행위원회가 회원국들이 공동체법에 따른 의무불이행에 대한 제소하는 경우이다. 제227조에서는 다른 회원국이 공동체법에 따른 의무불이행에 대해 회원국이 제소하는 경우이다. 제228조는 공동체법상 의무불이행에 대한 확인결정이 유럽재판소에 의해 이루어졌음에도 이를 시정하지 아니할 경우 집행위원회에 의한 추가적인 이행조치를 규정하고 있다.

다음, 공동체조약 제230조 내지 제235조의 규정에 따른 공동체 기관들의 작위 및 부작위에 대한 사법심사를 들 수 있다.

## 제4장 프랑스에서 국제법과 국내법

### 제1절 개 관

프랑스는 1789년 시민혁명을 거치면서 봉건시대를 역사 속으로 하고 근대 입헌주의 국가를 구축하였다. 근대 입헌주의 국가를 이룩하면서 유럽에서 최초로 근대적 성문헌법전을 가지게 된 프랑스<sup>445)</sup>는 국민주권의 시대를 개막하였음에도 불구하고 왕정을 다시 겪는 등 다양한 형태의 권력구조 모습을 보여 왔다.

프랑스 혁명 이후 공화국의 형태를 띠면서 대통령제와 의원내각제를 경험하였을 뿐만이 아니라 군주제도 경험하는 등 다양한 정부형태의 경험을 한 프랑스<sup>446)</sup>는 제5공화국까지 15번의 헌법(기본규범, *texte fondamental*)을 가졌다.

다양한 정부형태와 헌법을 가지고서 그 동안 유럽사회에서 다양한 분야를 통하여 주도적인 역할을 하여왔던 프랑스는 그에 상응하는 만큼 국제법규에 대하여 적극적인 자세를 취하고 있다. 특히 유럽통합에 있어서도 주도적인 역할을 하고 있는 만큼 유럽통합을 위하여 헌법개정도 수차례 할 만큼 적극적인 자세를 취하고 있다. 또한 유럽통합이 진행되면서 국제법과 국내법의 경계가 허물어지고 있고, 이에 대하여 다양한 견해가 나오고 있으며, 기존에 전통적으로 논의되던 국가의 개념과 또는 주권의 개념과 특성 등이 다시 논의되고 있는 실정이다. 국제법과 국내법의 경계가 허물어지면서 기존의 헌법의 개

---

445) 권영성, 『헌법학원론』 (법문사, 2006), 32면.

446) 프랑스의 정부형태에 관해서는 전학선, “프랑스의 정부형태”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006. 6), 35면 이하 참조.

념에 대해서도 재고를 하여 새로운 시도가 나오고 있다. 특히 유럽연합의 헌법을 위한 조약이 헌법인가에 관한 많은 논의도 있다.<sup>447)</sup>

## I. 국제법규 관련 용어 정리

프랑스에서 국제법규와 관련된 용어로는 Accord(협정), convention(협약), protocole(의정서), traité(조약) 등의 용어가 사용되고 있다. 이러한 용어들 간에 정확한 개념정의라든가 구별은 명확하지 않으나, 구별되는 경우도 있다. 예를 들어 프랑스 헌법 제VI장이 조약(traité)과 국제협정(accord international)에 관하여 규정하고 있는데, 조약과 국제협정이 엄격히 말하면 구분된다고 할 수 있다. 조약은 국가간의 합의로서 양자가 혹은 다자간 이루어지는 데, 국가 원수차원에서 이루어져서 승인이 필요한 것이고 국제협정은 조약보다는 중요도가 떨어지는 국가간 합의로 협상에 이어 대표단에 의하여 서명되어 정부의 동의를 구하는 것이라 할 수 있다.

## II. 문제의 소재

프랑스에서도 이미 오래 전부터 국제법이 국내법 질서에 있어서 어떠한 효력을 가지는가에 관한 논의가 많이 있었다. 국제법과 국내법을 하나의 법질서에 놓고 생각해야한다는 일원론과 국제법과 국내법은 서로 다른 성격의 규범으로 통일된 하나의 법체계에서 생각할

---

447) 이에 관해서는 전학선, “유럽연합의 국가성여부와 법적 성격”, 『공법학연구』 제6권 제1호 (한국비교공법학회, 2005. 2), 43면 이하 참조.

수 없다는 이원론이 주장되었는데, 일원론과 이원론도 그 내용을 살펴보면 다양한 형태로 주장되기도 하였다.<sup>448)</sup>

국제법과 국내법의 관계는 프랑스가 유럽통합에 있어서 주도적인 역할을 하였는데,<sup>449)</sup> 특히 유럽의 다른 나라들과 마찬가지로 유럽통합과정에서 유럽연합 법질서에 프랑스 국내법을 일치시키는 과정에서 이에 관한 많은 논의가 있었다. 게다가 국제조약을 점점 더 많이 체결하게 된다는 점에서 이에 비례하여 국제법규의 실정법상 위치와 중요도가 증가하는 것은 사실이다.<sup>450)</sup>

프랑스는 현행 헌법에서 국제법에 관하여 많은 규정을 두고 있고, 특히 유럽통합과 관련하여 특별히 제XV장에서 규정하고 있기도 하다. 이와 더불어 국제법의 국내법 수용에 있어서 규정을 두고 있는데, 이러한 규정을 통하여 국제법이 국내법과 어떠한 관계에 있는가 하는 점을 살펴보아야 할 것이다. 프랑스는 1958년 제5공화국 들어와서 사전적 규범통제를 하는 헌법재판소(Conseil constitutionnel)를 창설하여 많은 위헌법률심사를 하고 있는데, 헌법재판소의 위헌법률심

---

448) 이에 대해서는 앞에서 다루었고, 프랑스의 경우에도 그와 같으므로 자세한 설명은 생략한다.

449) 유럽이 하나로 통일되는데 있어서 프랑스는 주도적인 역할을 하여 왔고 지금도 주도적인 역할을 하고 있다고 볼 수 있다. 제1차 세계대전과 제2차 세계대전의 원인이 되었던 독일과 프랑스간의 적대 요인 해소 및 유럽결속의 필요성에 따라, 당시 프랑스 경제계획청장인 Jean Monnet의 아이디어를 빌어, Robert Schuman 프랑스 외무장관이 1950년 5월 9일 기자회견을 통해 석탄 및 철강 산업을 초국가적인 기구를 통해 공동관리하자는 '슈망선언'을 발표하였고 동 제의를 독일, 이탈리아 및 베네룩스 3국이 수락(영국은 거부)함에 따라 프랑스·독일·이태리·화란·벨기에·룩셈부르크 6개국이 1952년 8월 유럽석탄철강공동체(CECA - Communauté européenne du charbon et de l'acier)를 정식으로 발족하였던 것이다. 또한 유럽헌법의 초안을 만들기 위한 유럽의 미래에 관한 회의(Convention sur l'avenir de l'Europe)의 초대 의장을 전 프랑스 대통령인 지스카르 데스탱이 맡기도 하였다.

450) Patrick Gaïa, Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne - Contribution à l'étude des articles 53 et 54 de la Constitution, Economica et PUAM, 1991, p.5.

사에서 국제법규가 재판규범으로 작용할 수 있는 것인가 하는 점과 또한 헌법재판소가 국제법규에 대하여 위헌심사를 할 수 있는가 하는 점 등을 살펴보아야 할 것이다. 또한 법률에 대한 조약 우위의 원칙을 선언하고 있는 헌법규정을 통하여 법률의 조약에의 위헌여부를 심사하는 것은 가능한지와 그렇다면 심사는 어느 기관이 하는 가 등의 문제도 살펴보아야 할 것이다.

## 제2절 프랑스 헌법상 국제법 관련 조문

### I. 현행 헌법상 국제법 관련 조문

현행 헌법은 국제법에 관한 규정을 많이 가지고 있는데, 제VI장이 국제조약 및 국제협정이란 제목으로 5개 조항을 가지고 있고, 제XIV장은 외국과의 단체협정에 관하여 규정하고 있으며, 제XV장은 유럽공동체와 유럽연합이란 제목으로 유럽연합과 관련하여 규정하고 있다. 특히 제XV장은 유럽연합 헌법조약이 발효된 이후에는 자동적으로 개정되도록 유럽연합 조약의 발효 후 개정 내용을 담고 있는 것이 특색이다.

현행 헌법상 국제법규 관련 헌법 조항들을 보면 다음과 같다.

#### 제6장 국제조약 및 국제협정

제52조 ① 대통령은 조약을 협상하고 비준한다.

② 대통령은 비준할 필요가 없는 국제협정의 모든 협상 결과에 대해 보고를 받는다.

제53조 ① 평화조약, 통상조약, 국제조직에 관한 조약 또는 협정, 국가의 재정을 구속하는 조약 또는 협정, 입법적 성격의 조문을 변경하는 조약 또는 협정, 인신에 관한 조약, 영토의 양도, 교환, 병합에 관한 조약 또는 협정은 법률에 의하지 아니하고는 비준 또는 승인되지 않는다.

② 전항의 조약 또는 협정은 비준 또는 승인에 의해서만 효력을 가진다.

③ 어떠한 영토의 양도, 교환, 병합도 이해관계를 가진 주민의 동의가 없으면 효력을 가지지 않는다.

제53-1조 ① 공화국은 망명 요청자들에 대한 조사권을 규정하는 협정, 기본적 자유, 인권의 보호와 망명처 문제에 대하여 동일한 약정을 맺은 유럽국가들과의 협조 속에서 문제를 해결할 수 있다.

② 망명요청이 협정에 기반을 둔 유럽국가들의 권한범위에 속하지 않는 경우, 정부기관은 자유를 위한 활동으로 인하여 탄압 받는 모든 외국인과 여타의 이유로 프랑스의 안전에 기여한 모든 학대받는 외국인에게 피난처를 제공할 권한을 가진다.

제53-2조 국가는 1998년 7월 18일 서명한 조약에서 규정하고 있는 조건에서 국제형사재판소의 관할을 인정할 수 있다.

제54조 대통령 · 수상 · 양원의장 · 60명의 국민의회 의원 또는 60명의 상원의원으로부터 제소를 받은 헌법재판소가 국제협정이 헌법에 위반되는 조항을 포함하고 있다고 선언하는 경우에는 그 비준 또는 승인의 허가는 헌법개정이 있는 후에만 행하여 질 수 있다.

제55조 합법적으로 비준 또는 승인된 조약이나 협정은 각 조약 또는 협정의 당사국이 시행하는 것을 조건으로 공포 시로부터 법

를에 우선하는 효력을 가진다.

#### 제14장

제88조 공화국은 시민화를 발전시킬 목적으로 공화국과 단체를 결성하기를 희망하는 국가들과 협정을 체결할 수 있다.

#### 제15장 유럽공동체와 유럽연합

제88-1조 공화국은 유럽공동체와 유럽연합을 창설하는 조약에 근거하여 일정한 권한을 공동으로 행사할 것을 자유롭게 선택한 국가들로 구성된 유럽공동체 및 유럽연합에 참여한다.

공화국은 2004년 10월 29일에 서명된 유럽헌법조약에 의하여 규정된 조건안에서 유럽연합에 참여할 수 있다.

제88-2조 상호주의의 유보하에, 그리고 1992년 2월 7일에 서명된 유럽연합에 관한 조약에 의하여 규정된 제 방식에 따라서 프랑스는 유럽 경제 및 화폐 연합 건설에 필요한 권한의 양도에 동의한다.

상호주의의 유보하에, 그리고 1997년 10월 2일 서명된 조약에 기초하여 유럽공동체 건설을 위한 조약에 규정된 제 방식에 따라서 사람의 자유로운 이동과 사람에 딸린 재화의 관한 규율의 결정에 필요한 권한의 이양에 동의한다.

법률은 유럽공동체에 관한 조약의 기초위에 인정된 것을 적용하여 유럽체포영장에 관한 규정을 정한다.

제88-3조 상호주의의 유보하에, 그리고 1992년 2월 7일 서명된 유럽연합에 관한 조약에 규정된 제 방식에 따라서 지방선거에서의 선거권과 피선거권은 프랑스에 거주하는 유럽연합 회원국 시민에게 부여될 수 있다. 이러한 시민들은 시장이나 혹은 부시장



의 직을 수행할 수 없으며 상원 선거인단 지명과 상원 의원 선거에 참여할 수 없다. 양원에서 동일한 조문으로 가결된 조직법률이 이 조항의 시행조건을 정한다.

제88-4조 정부는 입법적 성격의 규정을 내포하는 유럽공동체와 유럽연합 법령안을 유럽연합 이사회(Conseil de l'Union européenne)에 제출하는 즉시 국민의회와 상원에 제출한다. 정부는 유럽연합의 기구로부터 나오는 문서들과 마찬가지로 다른 법령들을 동등하게 국민의회와 상원에 제출할 수 있다. 각 의회의 규칙들이 정하는 제 방식에 따라서, 경우에 따라서는 회기 외에 결의안은 앞 항에서 설명된 법령안 혹은 문서에 관하여 투표되어 질 수 있다.

제88-5조 유럽연합과 유럽공동체에 회원국 가입에 관한 조약을 승인하는 모든 정부제출 법률안은 공화국 대통령에 의하여 국민투표에 회부된다.

#### 유럽연합 헌법 발효 후

제88-1조 2004년 10월 29일 서명된 유럽헌법조약에 의하여 규정된 조건에 근거하여, 프랑스 공화국은 일정한 권한을 공동으로 행사할 것을 자유롭게 선택한 국가들로 구성된 유럽연합에 참여한다.

제88-2조 법률은 유럽연합의 기구에 의한 조약의 기초위에 인정된 것을 적용하여 유럽체포영장에 관한 규정을 정한다.

#### 제88-3조

지방선거에서 투표권과 피선거권은 프랑스에 거주하는 유럽연합 시민들에게 부여할 수 있다. 이러한 시민들은 시장이나 혹은 부시장의 직을 수행할 수 없으며 상원 선거인단 지명과 상원 의

원 선거에 참여할 수 없다. 양원에서 동일한 조문으로 가결된 조칙법률이 이 조항의 시행조건을 정한다.

제88-4조 정부는 입법의 영역인 조항을 포함하는 다른 유럽연합 안과 마찬가지로 이 법안을 유럽연합이사회(Conseil de l'Union européenne)에 제출하는 즉시 국민의회와 상원에 제출한다. 정부는 유럽연합의 기구로부터 나오는 문서들과 마찬가지로 다른 법령들을 동등하게 국민의회와 상원에 제출할 수 있다. 각 의회의 규칙들이 정하는 제 방식에 따라서, 경우에 따라서는 회기 외에 결의안은 앞 항에서 설명된 법령안 혹은 문서에 관하여 투표되어 질 수 있다. 정부는 유럽연합의 기구에서 나오는 모든 문서들을 다른 안과 마찬가지로 양원에 제출할 수 있다.

양 원의 규칙이 정하는 제 방식에 따라서, 경우에 따라서는 회기 외에 이루어지는 결의안은 전 항에 규정된 문서나 법안에 대하여 투표된다.

제88-5조 국민의회와 상원은 유럽 법률안이 보충성의 원칙에 적합한가 하는 의견을 제시할 수 있다. 이러한 의견은 유럽 의회(Parlement européen)와 유럽연합 이사회(Conseil de l'Union européenne) 그리고 유럽연합 집행위원회(Commission de l'Union européenne)의 의장들과 관련된 의회의 의장에 의하여 제출된다. 이러한 사항은 정부에 통보된다.

각 의회는 유럽연합 사법재판소에 보충성원칙의 위반을 이유로 유럽 입법을 제소할 수 있다. 이러한 제소는 정부에 의하여 유럽연합 사법재판소에 회부된다.

마지막으로, 결의안은 경우에 따라서는 회기 외에 각 원의 규칙이 정하는 제안과 토론의 제 방식에 따라 채택될 수 있다.

제88-6조 국민의회와 상원에서 동일한 문구로 채택된 제안에

대한 투표에 의하여, 유럽헌법에서 정한 개정절차에 따라 의회는 유럽연합의 법안 채택규정의 수정에 반대할 수 있다.

제88-7조 유럽연합 가입에 관한 조약을 승인하는 정부제출 법률안은 공화국 대통령에 의하여 국민투표에 회부된다.

## II. 국제법과 헌법개정

1958년 탄생한 제5공화국은 헌법에서 국제법에 대하여 적극적인 태도로 수용을 하려는 태도를 취하고 있고, 또한 이미 유럽이 하나로 통일하기 위한 시작을 한 이후로 유럽연합의 통일된 법질서를 위하여 여러 번에 걸쳐서 헌법개정을 하였다.

\* 프랑스 제5공화국 헌법개정<sup>451)</sup>

- (1) Loi constitutionnelle n° 60-525 du 4 juin 1960  
프랑스 공동체에 관한 헌법개정
- (2) Loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962  
대통령 직선제에 관한 헌법개정
- (3) Loi constitutionnelle n° 63-1327 du 30 décembre 1963  
의회의 회기에 관한 헌법개정
- (4) Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974  
헌법재판소 제소권의 확대(국회의원 60인 이상)에 관한 헌법개정
- (5) Loi constitutionnelle n° 76-527 du 18 juin 1976

451) 전학선, “유럽헌법과 프랑스 헌법개정”, 『유럽헌법연구』 창간호 (유럽헌법학회, 2007. 6), 69-70면.

- 대통령 선거에서 후보자의 장애와 유고에 관한 헌법개정
- (6) Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992  
마스트리치 조약 비준을 위한 헌법개정
- (7) Loi constitutionnelle n° 93-952 du 27 juillet 1993  
고등사법위원회와 공화국재판소 신설에 관한 헌법개정
- (8) Loi constitutionnelle n° 93-1256 du 25 nov. 1993  
망명권에 관한 헌법개정
- (9) Loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995  
국민투표와 국회의 단일회기, 국회의원의 불체포특권에 관한  
헌법개정
- (10) Loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996  
사회보장에 관한 재정법제를 위한 헌법개정
- (11) Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998  
누벨 칼레도니에 관한 헌법개정
- (12) Loi constitutionnelle n° 99-49 du 25 janvier 1999  
암스텔담 조약에 관한 헌법개정
- (13) Loi constitutionnelle n° 99-568 du 8 juillet 1999  
국제형사재판소에 관한 헌법개정
- (14) Loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999  
남녀동수법을 위한 헌법개정
- (15) Loi constitutionnelle n° 2000-964 du 2 octobre 2000  
대통령 임기 5년을 위한 헌법개정
- (16) Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003  
유럽체포영장에 관한 헌법개정
- (17) Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003  
공화국 분권화에 관한 헌법개정

- (18) Loi constitutionnelle n° 2005-204 du 1er mars 2005  
유럽연합에 관한 헌법개정
- (19) Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005  
환경헌장에 관한 헌법개정
- (20) Loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007  
누벨-칼레도니의 선거인단에 대한 헌법개정
- (21) Loi constitutionnelle n° 2007-238 du 23 février 2007  
대통령의 특권과 책임과 관련된 헌법개정
- (22) Loi constitutionnelle n° 2007-239 du 23 février 2007  
사형제 폐지에 관한 헌법개정

제5공화국 헌법은 2007년 10월까지 22번에 걸쳐서 개정이 되었는데, 그 가운데 1960년 6월 4일의 헌법개정(프랑스 공동체에 관한 헌법개정)과 1992년 6월 25일의 헌법개정(마스트리히트 조약 비준을 위한 헌법개정), 1993년 11월 25일의 헌법개정(망명권에 관한 헌법개정), 1999년 1월 25일 헌법개정(암스텔담 조약에 관한 헌법개정), 1999년 7월 8일 헌법개정(국제형사재판소에 관한 헌법개정), 2003년 3월 25일(유럽체포영장에 관한 헌법개정), 2005년 3월 1일 헌법개정(유럽연합에 관한 헌법개정) 등이 국제법질서에 부합하기 위하여 헌법을 개정한 것이다. 따라서 프랑스는 국제법을 수용하기 위하여 혹은 국제법 질서에 부합하기 위하여 헌법개정을 여러 차례 하였는데, 이는 프랑스가 국제법을 존중한다는 것을 보여주는 것이라 할 수 있다.

## 1. 프랑스 공동체에 관한 헌법개정(1960년 6월 4일)

원래 프랑스 1958년 헌법에는 제12장에서 프랑스 공동체(Communauté)

에 관한 규정들을 두고 있었는데 이 프랑스 공동체에 관한 헌법규정들은 1995년 8월 4일의 헌법개정으로 모두 폐지되었다. 폐지되기 전의 공동체에 관한 제12장에 속하는 제85조는 제도운영에 관한 이 제12장의 프랑스 공동체의 헌법규정들은 제89조에 정해진 절차에 대한 예외로서, 프랑스 공화국의 의회와 공동체의 상원에 의하여 동일한 문언으로 의결된 법률에 의하여 개정되도록 규정하고 있었다. 이 구 프랑스 헌법 제85조에 의해 헌법이 개정된 예가 바로 1960년 6월 4일의 헌법개정이었는데 이는 독립국가가 된 아프리카의 몇 개 국가들이 독립 후에도 프랑스 공동체에 잔류하고자 희망하였으나 당시의 프랑스 1958년 헌법 제86조는 이를 허용하지 않았기에 이를 위한 헌법개정이었다. 프랑스 공동체에 관한 헌법 제12장은 1993년 7월 27일의 헌법개정으로 제13편으로 바뀌었다가 1995년 8월 4일의 헌법개정에서는 프랑스 공동체에 관한 제13장의 규정들이 모두 폐지되었다.<sup>452)</sup>

## 2. 마스트리치 조약을 위한 헌법개정(1992년 6월 25일)

유럽연합을 위한 헌법개정이 많았는데, 그 가운데 첫 번째가 1992년 6월의 헌법개정이었다. 마스트리치 조약체결을 위하여 헌법을 개정하였는데, 마스트리치 조약은 1992년 2월 7일 네덜란드 마스트리치에서 체결되었고, 1993년 11월 1일 공식발효 되었다. 흔히 ‘마스트리치 조약’ 또는 ‘구주연합조약’으로 불리며, EEC를 the European Community (EC)로 개칭하고, 기존의 경제분야의 ‘공동체 체제(Community system)’에 외교안보와 내무사법분야에서의 정부간 협력체제(inter-governmental co-operation system)를 도입, 소위 3柱

452) 정재황, “프랑스 1958년(현행)헌법의 개정”, 『법학연구』 제2권 제1호 (홍익대학교 법학연구소, 2000. 2) 참조.

體制(Three Pillars System)를 갖추었다. 동 조약에 의해 정치·경제 체제를 갖춘 ‘유럽연합’(the European Union, EU)이 공식 발족했다. 이러한 마스트리치조약을 체결하기 위하여 헌법을 개정하였던 것이다. 이 마스트리치 조약과 관련하여 프랑스 헌법재판소는 위헌선언을 하였는데, 프랑스 헌법재판소는 1992년 4월 9일 마스트리치 조약이 헌법에 위배된다고 하면서 헌법을 개정한 후가 아니면 마스트리치 조약을 비준할 수 없다고 하였다.<sup>453)</sup> 그 이유는 첫째, 유럽연합의 회원국 국민들에게 지방선거에서 선거권을 부여하는 것이 국민주권원리에 위배된다는 것이고, 두 번째는 유럽 단일통화 구축이 헌법에 위반된다는 것이며, 세 번째는 유럽연합 회원국 이외의 국가 국민들에게 비자발급을 1996년 1월 1일부터 유럽연합 회원국 과반수의 결정에 맡기기로 한 것이 헌법에 위반된다는 것이었다.<sup>454)</sup> 이에 따라서 1992년 6월 25일 헌법을 개정하였다. 이 개정에서 프랑스는 헌법 제 14장을 ‘유럽공동체와 유럽연합(Des Communautés européennes et de l’Union européenne)’라는 제목으로 신설하여 제88-1조부터 제 88-4조까지 규정을 두었다.

이렇게 헌법을 개정한 후 마스트리치 조약을 국내법에 수용하기 위한 국민투표가 1992년 9월 국민투표에 회부되어 51%의 찬성을 얻었고, 그 후 개정된 헌법에 마스트리치 조약에 위배되지 않는가에 대한 위헌 심사가 다시 청구되어 1992년 9월 2일 헌법재판소가 합헌 결정을 하였고,<sup>455)</sup> 마스트리치 조약을 비준하기 위한 법률에 대한 위헌 청구에 대해서는 헌법재판소가 주권자인 국민들의 직접적인 의사

---

453) CC n°92-308 DC, 9 avril 1992

454) 이 결정에 대해 자세한 것은 변해철, “유럽연합조약과 프랑스헌법”, 『외법논집』 제2권 (한국의외국어대학교 법학연구소, 1995), 109면 이하 참조.

455) CC n°92-312 DC, 2 septembre 1992

표현이므로 위헌심사권이 없다고 하였다.<sup>456)</sup>

헌법재판소가 마스트리치 조약에 대하여 헌법과 양립할 수 없다고 하자 프랑스는 바로 적극적으로 헌법을 개정하여 유럽연합을 향한 집념을 보였다.

### 3. 망명권을 위한 헌법개정(1993년 11월 25일)

1993년 11월 25일의 헌법개정은 헌법재판소가 망명권에 관한 법률 규정이 헌법에 위반된다고 하며 위헌선언을 하자 위헌선언된 법률에 맞추기 위하여 헌법을 개정한 것이다. 1993년 8월 24일 외국인의 이민과 입국, 체류에 관한 법률(Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France)은 프랑스에 신청된 망명요구에 대한 심사권이 1990년 6월 15일의 Dubin협정의 규정들, 1990년 6월 16일의 쉥겐(Schengen)협정의 규정들 등에 따라 다른 나라에 속한다는 이유로 그 신청을 거부하는 결정을 한 경우에 그 망명신청사건의 신청자가 프랑스의 난민보호국에 난민자격인정에 대한 심사를 청구할 수 없도록 하는 규정을 두었는데, 이 규정에 대하여 1993년 8월 13일 헌법재판소가 헌법적 원칙인 망명권에 위반된다는 결정을 하였던 것이다.<sup>457)</sup> 이는 자유를 위한 활동 때문에 박해를 받는 모든 사람은 프랑스 공화국의 영토 내에서 망명의 권리를 가진다고 선언하고 있는 1946년 헌법 前文 제4조에 위배되고 또한 방어권이라는 헌법적 원칙에 위반된다는 것이었다. 따라서 프랑스는 1993년 11월 25일 헌법개정을 통하여 제53-1조를 신설하였다. 제53-1조는 ‘공화국은 유럽국가

---

456) CC n°92-313 DC, 23 septembre 1992

457) CC n°93-325 DC, 13 août 1993



들과 망명, 인권보호, 기본적 자유보호에 관하여 자신과 동일한 협약으로 제출된 망명신청심사권을 존중하는 조약을 체결할 수 있다. 이러한 조약에 의하여 망명신청이 그들의 권한이 아닌 경우에는 공화국의 기관은 자유를 위한 활동으로 혹은 다른 동기로 프랑스의 보호를 원하는 모든 박해받는 외국인에게 망명권을 부여한다'라고 규정하고 있다.

이러한 헌법개정은 많은 논란을 불러 일으켰는데, 헌법재판소 결정으로 법률을 위하여 헌법을 개정한 것이라 비판이 제기되었다. 국제조약의 경우에는 '...헌법재판소가 국제협정이 헌법에 위반되는 조항을 포함하고 있다고 선언하는 경우에는 그 비준 또는 승인의 허가는 헌법개정이 있는 후에만 행하여 질 수 있다'고 규정하고 있으므로 조약체결을 위하여 헌법을 개정할 수 있다고 보지만 법률의 경우에는 합헌성 통제를 하는 것이므로 법률을 위하여 헌법을 개정하였다는 비판이 제기 되었다.

#### 4. 암스텔담 조약을 위한 헌법개정(1999년 1월 25일)

프랑스는 1999년 1월 25일 헌법을 개정하였는데, 이는 암스텔담 조약을 위한 헌법개정이었다. 암스텔담 조약은 1997년 6월 암스테르담 정상회담에서 중·동구 국가들과의 EU 확대 협상을 위해 92년 마스트리히트 조약을 대체하는 '암스테르담 조약'을 채택하고, 1997년 10월 동 조약에 서명함에 따라 1998년 3월부터 우선 협상 대상국 6개국(폴란드, 헝가리, 체코, 슬로베니아, 에스토니아, 사이프러스)과 회원국 확대 교섭을 개시하였다. 1999년 1월 1일부터 회원국 중 11개국이 참가한 유럽 단일통화가 도입되었고, 참가국의 통화 및 금리정책을 유럽중앙은행에서 추진하게 됨으로써 경제통화 통합에 성공하였다. 그 후 1999년 5월 1일 '암스테르담 조약'이 발효됨으로써 이를 바

탕으로 회원국 확대 교섭이 더욱 진전되고 경제통합 차원에 넘어, 정치, 사회분야에서의 통합을 위한 공동 외교안보정책 및 내부·사법 분야에서의 통합 노력을 보다 적극적으로 추진되었다.

암스텔담 조약은 구주이사회에서 가중다수제를 사용할 수 있는 정책을 확대하고, 사법내부정책에 있어서 회원국 간의 범죄관련 협동을 도입하였으며, 공동외교안보정책에 있어서 페테스부르그 과제와 최고 대표부를 도입하는 것을 주요 내용으로 하는 조약이었다. 이러한 조약에 대해 헌법재판소가 헌법에 위배된다고 하면서 헌법을 개정한 후가 아니면 암스텔담 조약을 비준할 수 없다고 하여<sup>458)</sup> 헌법을 개정하였던 것이다.

이 1999년 1월 25일 헌법개정으로 프랑스 헌법 제88-2조가 개정되었다. 이 개정으로 유럽공동체 회원국 외부의 월경에 관한 규범들의 설정에 필요한 권한의 이양에 대한 동조 제1항의 문언이 삭제되고, 제2항이 신설되었는데, 이 제2항은 상호주의 원칙에 의한 유보와 유럽공동체를 설립하는 조약에 정한 절차에 따라 1997년 10월 2일 서명된 조약으로부터 나오는 문언으로 인간의 자유로운 이동에 관한, 그리고 그것에 관련되는 영역에 관한 규범들의 설정에 필요한 권한들의 이양에 동의될 수 있다고 규정하고 있다. 또한 제88-4조도 개정되었는데, 개정된 동조 제1항은 정부가 법률적 성격의 규정들을 포함하는 유럽공동체와 유럽연합의 입법안, 입법제안이 유럽연합 위원회에 회부되는 즉시 국민의회와 상원에 이를 제출하도록 규정하고 정부는 유럽연합의 한 기구에서 나오는 입법안, 입법제안, 모든 문서들도 양원에 제출할 수 있음을 규정하고 있다. 또한 동조 제2항은 국민의회와 상원 각각의 의사규칙에서 정한 방법에 따라 경우에 따라서는 회기중이 아니더라도 위의 입법안 등에 대하여 결의가 채택될 수

---

458) CC n°97-394 DC, 31 décembre 1997

있도록 규정하고 있다.

## 5. 국제형사재판소를 위한 헌법개정(1999년 7월 8일)

1999년 7월 8일 헌법개정은 1998년 7월 8일 로마에서 체결된 국제형사재판소에 관한 조약(Traité portant statut de la Cour pénale internationale)을 위한 것이었다. 이 조약은 도발, 집단학살, 반인륜범죄, 전쟁범죄, 유엔 직원에 대한 범죄 등을 처단하기 위한 새로운 국제형사재판소를 신설하기로 규정하고 있었는데, 프랑스 헌법재판소는 1999년 1월 22일 결정에서 국회의원, 대통령, 행정각료의 책임에 대해서는 프랑스 헌법 제26조, 제68조, 제68-1조 내지 제68-3조에 특별한 규정을 두고 있는데, 이들 규정들은 국제형사재판소에 관한 조약의 규정들과 양립할 수 없다고 하여 헌법을 개정된 후에만 조약을 비준할 수 있다고 하였다.<sup>459)</sup> 이에 따라 프랑스는 ‘공화국은 1998년 7월 18일에 서명된 조약에 의하여 규정된 조건들 안에서 국제형사재판소의 관할권을 인정할 수 있다’고 하는 헌법 제53-2조를 신설하였다.

## 6. 유럽체포영장(mandat d'arrêt européen)제도를 위한 헌법개정(2003년 3월 25일)

2003년 3월 25일 헌법개정은 유럽체포영장 도입을 위한 헌법개정이었다. 2001년 12월 14-15일간 브뤼셀 근교의 Laeken성에서 개최된 EU 정상회의에서 유럽체포영장제도에 합의하였고 이에 따라서 프랑스도 유럽영장제도를 도입하기 위한 헌법개정을 하였던 것이다. 따라서 헌법 제88-2조 제3항이 ‘법률은 유럽공동체에 관한 조약의 기초위

---

459) CC n°98-408 DC, 22 janvier 1999

에 인정된 것을 적용하여 유럽체포영장에 관한 규정을 정한다’는 내용으로 신설되었다.

## 7. 유럽헌법을 위한 헌법개정(2005년 3월 1일)

2005년 3월 1일 헌법을 개정하였는데, 이는 유럽헌법을 비준하는데 국민투표를 통하여 비준하기 위한 헌법개정이었다. 이는 2004년 11월 19일 헌법재판소가 유럽헌법조약(Traité établissant une Constitution pour l’Europe)이 헌법에 위배된다고 하면서 헌법을 개정한 후에야 유럽헌법을 비준할 수 있다고 결정<sup>460)</sup>한데 따른 헌법개정이었다. 동 결정에서 헌법재판소는 대부분의 유럽헌법조약의 조항들을 헌법에 합치한다고 하였지만 몇몇 조항들이 국민주권실행의 ‘본질적 조건’에 영향을 주는 범위에서<sup>461)</sup> 헌법에 위반된다고 하였다.

이러한 결정에 따라 프랑스는 2005년 3월 1일 헌법을 개정하였는데, 제88-1조에다가 제2항 ‘공화국은 2004년 10월 29일에 서명된 유럽헌법조약에 의하여 규정된 조건 안에서 유럽연합에 참여할 수 있다’를 추가하였고, 제88-5조를 신설하여 ‘유럽연합과 유럽공동체에 회원국 가입에 관한 조약을 승인하는 모든 정부제출 법률안은 공화국 대통령에 의하여 국민투표에 회부된다’는 내용을 삽입하였다. 또한 유럽헌법이 발효한 후에는 제15장을 완전히 바꾸어서 새롭게 개정되는 내용도 신설하였다.

유럽헌법에 대한 헌법재판소의 결정과 유럽헌법을 위한 프랑스 헌법개정은 많은 평석을 낳았는데,<sup>462)</sup> 프랑스 헌법과 양립할 수 없는

---

460) CC n°2004-505 DC, 19 November 2004

461) Franck Moderne et Park In-soo, “La France et la Constitution européenne”, 『공법학연구』 제6권 제3호 (한국비교공법학회, 2006), 69면 이하.

462) 평석에 관한 자료 목록은 전학선, “유럽헌법과 프랑스 헌법개정”, 『유럽헌

유럽헌법을 위하여 프랑스 헌법의 개별규정을 각각 개정하는 것은 용이하지 않았다. 따라서 일괄적으로 유럽헌법을 수용하는 식으로 헌법을 개정할 수밖에 없었을 것이다.<sup>463)</sup>

### 제3절 조약체결

프랑스도 현재 수많은 국제조약에 가입해 있고, 지금도 계속해서 외국과 양자간 혹은 다자간 조약을 체결하는 단계에 있을 것이다. 프랑스의 경우 조약체결과 관련하여 조약체결권은 누구에게 있고, 조약체결을 위한 절차 등은 어떻게 되는가를 알아본다.

#### I. 비준권

국제관습법을 제외하고는 국제법이 국가간의 합의에 의해서 이루어진다. 이러한 국가간의 합의를 위해서는 국가간에 협상을 하고 또한 이에 따라 조약을 체결하게 된다.

프랑스에서는 헌법 제52조에 의해 조약(traité)에 관해서는 대통령이 협상을 하고 비준을 하도록 되어 있는데, 협정(accord)에 대해서는 대통령의 비준이 필요없고 단지 대통령이 보고를 받을 뿐이다. 보통의 경우와 마찬가지로 조약체결권은 대통령에게 부여되어 있다.

대통령이 조약을 체결함에 있어서는 독자적으로 할 수 있는 것이

---

법연구』 창간호 (유럽헌법학회, 2007. 6), 83-85면 참조.

463) François Luchaire, La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel, RDP, 2005, p.58.

아니라 반드시 수상의 부서가 필요하다. 프랑스 헌법은 대통령이 일정한 행위를 할 때에는 반드시 수상의 부서를 필요로 하고 있다. 프랑스 헌법 제19조는 대통령이 수상임명권(프랑스 헌법 제8조), 국민투표부인권(프랑스 헌법 제11조), 국민의회해산권(프랑스 헌법 제12조), 비상대권(프랑스 헌법 제16조), 의회교서권(프랑스 헌법 제18조), 조약에 대한 위헌심사제청권(프랑스 헌법 제54조), 헌법재판관임명권(프랑스 헌법 제56조), 위헌법률심사제청권(프랑스 헌법 제61조) 이외의 권한을 행사할 때에는 수상의 부서를, 경우에 따라서는 관계 장관들의 부서를 필요로 하고 있다. 따라서 대통령이 위에서 열거한 권한 이외의 권한을 행사할 때에는 반드시 수상의 부서를 필요로 하기 때문에 수상의 동조 없이는 국정을 운영해 나아갈 수가 없다고 보아도 과언은 아니다. 그러나 수상임명권을 대통령이 가지고 있기 때문에 수상의 부서가 큰 의미가 없을 수도 있으나 동거정부(cohabitation) 하에서는 그렇지 않다.<sup>464</sup> 동거정부 하에서는 대통령이 명목상의 수상임명권을 가지고 있다고 보아도 과언이 아닌데, 이러한 경우에는 의원내각제에서 국가원수의 수상임명권과 유사하다고도 볼 수 있다.<sup>465</sup> 따라서 동거정부 하에서는 대통령이 조약을 체결할 경우 수상이 이를 거부하면 조약을 비준하기가 어렵게 된다.

프랑스에서 비준(ratification)과 승인(approbation)은 그 성격과 효력에 있어서 차이를 보이고 있다. 성격적인 측면에서 비준은 대표자에 의하여 서명된 것을 국내법적으로 확인하는 것이며 동시에 외교적으로는 상대국에 조약에 대한 동의를 표시하는 것이 된다. 이에 반하여 승인은 순수히 국내법적으로 헌법적인 요구에 의하여 이루어지

---

464) 전학선, “프랑스의 정부형태”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006. 6), 46면.

465) 성낙인, “프랑스 이원정부제(반대통령제)의 현실과 전망”, 『헌법학연구』 제4집 제2호 (한국헌법학회, 1998. 10), 157면.

는 행위이다. 효과면에서도, 비준은 양 당사국이 비준서를 교환하는 순간 효력을 발하는 조약에 대해 구속력을 부여하게 된다. 따라서 비준은 경우에 따라서는 거부하곤 한다. 그러나 승인은 협정의 서명 이후에는 구속력을 가지고 승인을 거부할 수 없는 것이다.<sup>466)</sup> 실제로 프랑스의 경우 유럽인권협약을 1953년에 서명하였으나 그 후 20년도 지난 1974년에서 비준하였다.

## II. 법률에 의한 승인

대통령이 조약을 체결할 때 수상의 부서를 필요로 하는 것 이외에 일정한 조약에 대해서는 국회의 협력이 필요하다. 즉 우리 헌법이 제 60조 제1항에서 ‘국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다’라고 하여, 일정한 조약을 체결할 때에는 반드시 국회의 동의가 있어야 하는 것과 유사하게, 프랑스에서는 헌법 제53조에 의하여 ‘평화조약, 통상협약, 국제조직에 관한 협약 또는 협정, 국가의 재정을 구속하는 협정, 법률의 성질을 가지는 규정을 수정하는 조약 또는 협정, 사람의 신분에 관한 조약 또는 협정, 영토의 할양·교환 또는 병합에 관한 조약 또는 협정은 법률에 의하지 아니하고는 이를 비준 또는 승인할 수 없’도록 되어 있다. 따라서 법률에 의하여 비준이나 승인되지 않는다는 것은 국회의 동의가 있어야 한다는 것이다. 프랑스도 법률(loi)은 반드시 국회가 제정하는 규범이므로 법률에 의해서만 비준

---

466) Pierre Pactet, Droit constitutionnel, 24e éd., Armand Colin, 2005, p.566.

또는 승인을 할 수 있다는 것은 국회의 동의를 얻어야 한다는 것과 같은 효과가 있다고 볼 수 있다. 이 외에도 헌법 제53조 제3항에 의하여 어떠한 영토의 양도, 교환, 병합도 이해관계를 가진 주민의 동의가 없으면 효력을 가지지 않는다.

헌법 제53조와 같은 내용의 조문은 프랑스 헌법에서 이미 등장하였는데 1875년 7월 16일 헌법 제8조가 이와 유사한 내용의 조문이었고, 그 후 1946년 헌법 제27조에서도 이와 같은 내용의 조문이 있었는데, 이러한 내용에 약간의 변형을 하여 오늘날에 이르고 있는 것이다.

제53조에서 국회의 동의를 얻어야 하는 조약이나 협정은 ‘평화조약, 통상협약, 국제조직에 관한 협약 또는 협정, 국가의 재정을 구속하는 협정, 법률의 성질을 가지는 규정을 수정하는 조약 또는 협정, 사람의 신분에 관한 조약 또는 협정, 영토의 할양·교환 또는 병합에 관한 조약 또는 협정’이다. 그러나 어떠한 조약이나 협정이 이에 해당하는지 가 명확한 것은 아니다. 이를 이용하여 정부가 고의적으로 국회의 동의를 회피하는 경우가 있는데, 이러한 경우 조약의 효력에 대하여 문제가 발생한다. 즉, 헌법에서 정한 절차를 준수하지 아니한 조약의 효력이 있는가 하는 점이다. 그럼에도 불구하고 행정최고재판소(Conseil d’Etat)나 대법원(Cour de cassation)이 이에 대한 심사를 적극적으로 하고 있지는 않다.

## 1. 보통법률(loi ordinaire)에 의한 승인

헌법 제53조에 의하여 국회는 법률에 의하여 조약이나 협정을 동의하게 된다. 국회가 법률에 의하여 조약이나 협정을 동의하는 경우에 법률은 형식적인 의미에서만 법률이지 내용은 법률이라고 보기는 어렵다. 조약이나 협정을 동의하는 법률은 단지 동의한다는 내용에만 한정되어 행하여지게 된다. 법률의 내용도 단일 조항으로 되어 있어



서 “이 법률에 추가된 내용으로 구성된 협약의 비준이나 승인을 허가한다”라고 하고 있다. 국회가 표결을 하는 것도 조약이나 협정에 대해서가 아니라 법률에 대해서 하는 것이다.<sup>467)</sup>

헌법 제53조에 의하여 법률을 통하여 국회의 동의를 얻어야 하는 조약이나 협정의 범위도 제한적인데, 상호원조조약이나 동맹조약의 경우에는 국회의 동의를 요하지 않는 범주에 속하게 된다. 따라서 이러한 경우에는 국회의 사전 동의없이 조약을 체결한다. 따라서 의무적으로 국회의 사전 동의를 얻어야 하는 조약의 경우를 제외하고는 항상 정부가 우선권을 가지고 있다. 즉 정부가 필요한 경우에 한하여 국회의 동의를 얻을지 여부를 결정하여 국회의 동의를 물을 수도 있고 묻지 않을 수도 있는 것이다. 예를 들어 1976년 9월 20일 유럽의회 대표자에 대한 직접선거에 관한 유럽공동체 이사회의 결정에 대하여, 헌법 제53조에 해당하는 것이 아닌데도 불구하고 정부는 국회에 동의를 구하였고 국회는 1977년 6월 30일 법률로 동의를 하였던 것이다.

## 2. 국민투표 법률(loi référendaire)에 의한 승인

프랑스 헌법 제11조는 국민투표에 관하여 규정하고 있는데, 대통령은 의회 회기 중에 관보에 공포된 정부의 제안 또는 양원의 공동제안에 따라 공권력의 조직에 관하거나 국가의 경제정책 또는 사회정책에 관계되는 개혁에 관한 법률안 그리고 공역무의 개혁에 관한 법률안이나 헌법에 위반함이 없이 제도의 기능에 관하여 영향을 미치는 조약의 비준동의를 목적으로 하는 법률안을 국민투표에 회부할 수 있도록 하고 있다.

---

467) Pierre Avril et Jean Gicquel, Droit parlementaire, 2e éd., Montchrestien, 1996, pp.210-211.

따라서 헌법에 반하지 않고 제도의 기능에 관하여 영향을 미치는 조약에 대해서는 국민투표에 회부할 수 있도록 하고 있다. 이는 대통령이 원한다면 조약에 대하여 보통법률을 통하여 국회의 동의를 얻는 대신 국민투표를 통하여 동의를 얻을 수 있게 되어 있다. 그러나 국민투표에 회부하기 위해서는 약간의 제한이 있다. 대통령이 국민투표 회부권을 행사하는 경우에는 수상의 부서는 필요없으나 반드시 정부의 제안이나 양원의 제안이 있어야 하므로 동거정부 하에서는 국민투표 회부권을 행사하는데 제한이 있을 수 있다.

제5공화국 들어와서 풍피두 대통령이 1972년 4월 23일 브뤼셀 조약에 대하여 국민투표에 회부하였고, 미테랑 대통령이 1992년 9월 20일 마스트리치 조약에 대하여 국민투표에 회부하였다.<sup>468)</sup>

### 3. 보통법률과 국민투표 법률에 대한 위헌심사

국민투표를 통하여 법률을 제정하는 것이 의회에서 제정되는 법률과 동일한 성격의 법률인가, 즉 동일한 헌법재판의 대상이 되는가 하는 것이 문제였다.

1962년 11월 6일 국민투표 법률에 의한 헌법개정 사건<sup>469)</sup>에서 헌법 제61조 제2항에 근거하여 위헌법률심판을 청구한 상원의장은 청구서에서 헌법재판소에 위헌심판청구되는 ‘법률’은 의회에서 제정하는 법률뿐만이 아니라 국민들에 의하여 제정되는 법률도 포함된다고 주장하였다. 사실 헌법 제61조의 해석상 위헌법률심판의 대상이 되는 법률에서 국민투표를 통하여 제정되는 법률은 제외된다는 헌법재판소의 해석은 무리한 측면이 있다.<sup>470)</sup> 상원의장은 대표자와 국민투표

---

468) 1972년 국민투표는 경제공동체 확대에 관한 국민투표로 68.32%의 찬성으로 통과되었고, 1992년 국민투표는 51.04%의 찬성으로 통과되었다.

469) CC n°62-20 DC, 6 nov. 1962, p.27.

를 통해 국민주권이 실현된다는 헌법 제3조 제1항을 근거로 청구를 하였다.

그러나 헌법재판소는 이러한 주장을 이유없다고 하였다. 헌법 제61조에서 규정하고 있는 법률은 단지 의회에 의하여 투표된 법률만을 의미하는 것이지, 국민투표에 의하여 채택된 법률은 대상이 될 수 없다는 것이었다. 이것은 국민주권의 직접적인 표현이기 때문이라는 것이다. 헌법은 헌법재판소를 공권력 활동의 조정자로서 만들었고, 국민투표는 국민주권의 직접적 표현인 범위에서는 공권력 활동의 일부분으로 고려되어 질 수는 없다는 것이었다. 또한 공권력 활동은 간접적인 표현이라는 것이었다. 이러한 해석은 또한 헌법에 의하여 확인된다는 것이다. 특히 국민투표에 의하여 법률이 채택된 후 어떠한 헌법재판소의 개입도 허용하지 않는 헌법 제11조와 제60조에 의하여 확인되고, 또한 헌법재판소에 관한 조직법률은 제17조와 제23조에 의하여 의회에서 투표된 법률만이 헌법재판소의 위헌심판청구에 회부된다는 점 등을 통해서 헌법재판소의 결정이 타당하다는 것이다.

사실 헌법재판과 직접민주주의와의 관계에 있어서 직접민주주의가 발달하고 간접민주주의를 보완하기 위한 직접민주주의적 제도가 자주 이용된다면, 헌법재판소는 자신의 규범통제권의 한계를 국민들에게 보여주는 경우가 발생하게 되는 측면도 있다.<sup>471)</sup>

헌법재판소의 창설과 유지는 1958년 헌법제도 안에서 공권력 작용의 합리화를 시도하였는데, 의회와 정부사이에 새로운 권한의 분배와 관련되어 있다. 헌법재판소는 의회와 행정부사이에 균형을 유지시켜

---

470) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 13e éd, 2005, p.175.

471) Andreas Auer, La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire, in Justice constitutionnelle et démocratie référendaire, Editions du Conseil de l'Europe, 1996, p.171; Francis Hamon, Le choix d'un système électoral par la voie référendaire, RFDC, 1997, p.64.

주는 중요한 역할을 하고 있는 것으로 여겨졌다. 따라서 헌법의 정신은 헌법재판소를 공권력 작용(즉 의회와 행정부 사이)의 조정자로서 만들었던 것이었다.

마스트리치III(Maastricht III) 사건<sup>472)</sup>에서 청구인들이 주장했던 것처럼, 오늘 날 헌법재판소를 단순히 공권력 행사의 조정자로서만 보기는 힘들고 헌법재판소가 결정에서 실시한 헌법의 정신도 과거와 동일하다고만 볼 수는 없다. 왜냐하면 1962년, 1963년, 1974년, 1976년, 1992년 헌법 개정은 큰 근본적인 변화를 가져오는 개헌이었다고 볼 수 있는 것이다.<sup>473)</sup> 따라서 헌법재판소는 1992년 9월 23일 마스트리치III 결정에서는 권한부재의 근거에서 헌법정신과 공권력 행사의 조정자라는 표현을 제외하였다. 특히 1992년 결정에서 위헌법률심판의 근거로서 헌법정신(l'esprit de la Constitution)을 제외한 것은 타당한 결정이었다. 왜냐하면 헌법정신이라는 근거는 너무 막연하고 애매한 표현이기 때문에 위헌법률심판의 근거규범으로서 삼기 어렵기 때문이다.<sup>474)</sup>

헌법재판소는 결정에서 단지 헌법과 헌법재판소에 관한 조직법률만을 근거로 하면서 헌법재판소가 국민투표를 통하여 제정된 법률에 대한 위헌심사권을 가지고 있지 않다고 하였는데, 사실 자신의 헌법재판소의 결정을 정당화하기 위해서는 제5공화국 제정 당시 헌법자문위원회(Comité consultatif constitutionnel)의 논의를 근거로 할 수도 있었을 것이다. 즉 제5공화국 헌법제정 당시의 헌법제정 논의를 통해서 자신의 결정의 타당성을 논증할 수도 있었다. 제5공화국 헌법

---

472) CC n°92-313 DC, 23 sep., 1992.

473) Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 13e éd, 2005, p.176.

474) Dmitri Georges Lavroff, Le droit constitutionnel de la Ve République, 2e éd., Dalloz, 1997, p.177.

제정 당시 정부에 의하여 제출된 헌법 초안은 헌법재판 청구권을 가진 여러 공권력들이 법률이 공포되기 전에 헌법재판소에 ‘의회에 의하여 표결된 조문(texte)’의 헌법적 특징에 대한 평가를 요구할 수 있다고 하였었다. 이러한 헌법 초안의 의도는 명백했던 것이다. 그러나 이러한 헌법 초안은 발랑탱(Valentin)에 의하여 헌법자문위원회에서 수정되었는데, 더 이상 ‘의회에 의하여 표결된 조문’이라는 표현을 사용하지 않게 되었다. 그 대신에 초안에서는 마지막 항에서 헌법재판소가 청구된 조문의 전부 또는 일부에 대하여 헌법에 위반된다고 결론을 내리면, 위헌이라고 선언된 조문은 단지 수정 혹은 분리되어 공포되거나 시행될 수 있다고 하고 있다. 그러나 국민투표로 채택된 법률은 수정되거나 새로운 토론을 할 수 없는 것이다. 헌법 제62조 제1항(위헌으로 선언된 조문은 공포되거나 시행될 수 없다)이 된 조문이 논의될 때, 위헌으로 선언이 되면 새로운 수정 독회가 대통령에 의하여 행해질 수 있는데, 이것이 대통령의 재량인가 혹은 의무인가가 논의되었었다. 이에 대하여 당시 법무부 장관이던 드브레(Debré)는 “정부가 새로운 논의를 할 수도 있고 혹은 위헌으로 선언된 조문을 공포할 수도 있으며, 아니면 단순히 잠시 기다릴 수도 있을 것이다. 새로운 독회가 자동적으로 행해지는 것은 바람직하지 못하다”고 하였다.<sup>475)</sup> 따라서 의회에 의하여 표결된 법률만을 대상으로 한 논의였다고 생각할 수 있다. 이러한 의미에서 헌법자문위원회가 헌법에 포함시키고자 했던 조문을 헌법재판소에 관한 조직법률에서 제22조와 제23조로 하고 있는 것이다. 즉 헌법재판소에 관한 조직법률 제22조 제2항은 헌법재판소에 회부된 법률에 위헌규정이 포함된 것으로 선언된 경우, 그 규정이 동 법률로부터 분리될 수 없다는 확인이 동시에 행해지지 않은 때에는, 대통령은 당해 규정만을 삭제한 법률을 공식

---

475) Débat CCC, p.78.

하거나 또는 국회에 대하여 새로운 독회(lecture)를 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 헌법재판소는 1962년 11월 6일 결정에서 위헌법재판소에 관한 조직법률 제23조를 거론하였는데, 그것은 이 조문의 의회에서 채택된 법률만을 가정하고 규정하고 있기 때문이었던 것이다.<sup>476)</sup>

헌법재판소가 실시하였듯이, 여기에서 우리가 알 수 있는 것은 헌법 제60조를 통하여 헌법재판소의 개입으로 인하여 입법절차가 정지됨에 반하여, 헌법 제11조를 통한 법률제정에 대하여 공포 전에 헌법재판소가 개입할 수 있는 근거가 전혀 없다는 것이다. 정부의 초안과 헌법자문위원회의 논의는 헌법 제11조와 헌법 제60조에 관한 토론에서 국민투표를 통하여 법률의 제정에 대하여 전혀 문제가 되지 아니하였다는 것이다.

결국 의회제정법률과 국민투표를 통해 제정된 법률의 경우, 대통령이 판단하기에 법률이 헌법에 위반되는 것 같은 경우 의회입법이 아닌 국민투표를 통한 입법을 하면 아무런 통제를 받지 않을 수 있다는 결론에 도달한다.<sup>477)</sup> 그러나 이는 헌법에서 요구하는 입법이라 할 수 없을 것이다.<sup>478)</sup>

---

476) Léo Hamon, D., 1963, p.399.

477) Francis Hamon, L'extension du référendum : données, controverses, perspectives, Pouvoirs, n°77, 1996, p.120.

478) 전학선, “프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정 -1962년 11월 6일 국민투표에 의한 법률(Loi référendaire)에 관한 결정을 중심으로”, 『헌법학연구』 제13권 제1호 (한국헌법학회, 2007. 3), 529-533면.

### III. 조약 성립 요건

프랑스에서 조약이나 국제협정이 성립되기 위해서는 세 가지의 요건이 충족되어야 한다. 첫째로 적법한 비준이나 동의가 있어야 하고 두 번째가 조약의 내용에 대한 공포가 있어야 하며, 세 번째는 상호주의가 적용되어야 한다.

#### 1. 비준이나 승인

프랑스에서 조약이 효력을 가지기 위해서는 비준이나 승인이 있어야 한다. 헌법 제53조에 의하여 평화조약, 통상조약, 국제조직에 관한 조약 또는 협정, 국가의 재정을 구속하는 조약 또는 협정, 입법적 성격의 조문을 변경하는 조약 또는 협정, 인신에 관한 조약, 영토의 양도, 교환, 병합에 관한 조약 또는 협정은 법률에 의하지 아니하고는 비준 또는 승인되지 않는다. 따라서 위의 내용을 포함하는 조약이나 협정은 국회가 승인을 하여야지만 효력을 발할 수가 있는 것이다. 그러나 만약에 조약이나 협정이 공권력의 기능에 관한 사항을 포함하고 있다면 헌법 제11조의 국민투표의 대상이 된다. 프랑스에서 이와 관련하여 몇 번의 국민투표가 있었는데, 1962년 Evian 조약에 관한 국민투표가 있었고, 1972년 유럽경제공동체에 영국가입과 관련한 국민투표가 있었으며, 1992년 마스트리치 조약에 관한 국민투표가 있었다. 이 세 번의 국민투표는 모두 국민들로부터 찬성을 얻었다. 이 외에 2005년 유럽연합 헌법에 관한 국민투표가 있었으나 이는 헌법에서 직접 국민투표를 통하여 동의여부를 결정한다고 규정하고 있었기 때문에 국민투표를 한 것으로 헌법 제11조에 의한 국민투표는 아니었다. 적법한 비준이나 승인이 있어야 한다는 것은 조약에 관한 비엔

나 협약 제46조 제1항에 근거한 것으로 프랑스 법원은 비준이나 승인에 있어서 형식적 요건을 심사하지 합법성까지 심사하지는 않는다.

## 2. 조약에 대한 공포

두 번째로 조약이나 국제협정이 성립하기 위해서는 내용에 대한 공포가 있어야 한다. 조약이나 협정의 공포와 관련하여 반드시 공포하여야 하는 것은 개인의 권리나 의무에 관계된 경우에만 해당한다. 만약에 개인의 권리나 의무와 관련이 없는 경우에는 공포여부가 임의적인 것이 된다. 그러나 임의적인 경우라 하더라도 조약이나 협정에서 반드시 공포하여야 한다고 규정하고 있다면 반드시 공포하여야만 한다. 공포는 관보에 게재되는 것으로 충분하다. 또한 만약에 국제기구에서 나오는 공보에 공포가 되었다면 이것으로도 충분하다고 본다.

## 3. 상호주의 적용

세 번째로는 집행에 있어서 상호주의가 적용되어야 한다는 것이다. 상호주의가 적용되는지 여부에 대해서는 법원이 판단하지는 않는다. 만약에 법원에 상호주의 적용여부가 문제된 경우에는 외교부장관의 견해를 요청하고 이 견해에 따르고 있다. 유럽공동체 조약과 관련하여 대법원은 국가에 의하여 서명된 국제조약의 중복이 상호주의의 배제가 법원에 제기될 수 없다는 것을 인정하고 있다.



## 제4절 프랑스에서 국제법의 효력

### I. 국제법과 법률 - 국제법 우위의 원칙

프랑스에서 국제법의 효력에 관해서는 헌법에서 직접적으로 규정하고 있다. 헌법 제55조는 ‘합법적으로 비준 또는 승인된 조약이나 협정은 각 조약 또는 협정의 당사국이 시행하는 것을 조건으로 공포 시로부터 법률에 우선하는 효력을 가진다’라고 하여 국제법이 법률에 우위의 효력을 가진다고 명시하고 있다. 따라서 헌법에서 명시적으로 조약이나 협정이 법률보다 우위의 효력을 가진다고 천명하고 있다.

이러한 규정은 제4공화국 헌법의 불명확한 해석을 없애기 위하여 규정되었다고 할 수 있다. 제4공화국 헌법 제26조는 “정식으로 비준되고 공포된 외교조약은 비준을 보장하기 위하여 필요한 다른 입법적 조항을 적용하지 않는 한 프랑스 법률에 반대되는 경우에는 법률과 같은 효력을 가진다”라고 하였었고, 제28조는 “국제법보다 우위의 효력을 가지며 합법적으로 비준되고 공포된 외교조약은 합법적으로 포기하고 외교적 방법으로 통고된 경우에만 폐지, 수정 또는 정지될 수 있다”라고 규정하고 있어서 제26조에서는 법률과 같은 효력을 가진다고 표현하고 있고, 제28조에서는 법률보다 우위의 효력을 가진다고 표현하고 있어, 조약이 법률보다 우위의 효력을 가지는 지 아니면 법률과 동일한 효력을 가지는 지 여부가 불명확하였으므로 현재와 같이 규정하게 되었던 것이다.<sup>479)</sup>

따라서 헌법 제55조는 명확하게 법률에 대한 국제법의 우위에 대하여 규정하고 있다고 볼 수 있는데, 여기서 ‘법률(*loi*)’이라고 표현하

---

479) Roger Pinto, Article 55, in *La constitution de la république française*, Economica, 1987, p.1064.

고 있는 것은 모든 법률을 다 의미한다고 볼 수 있다. 프랑스에서 법률은 헌법법률(loi constitutionnelle)과 조직법률(loi organique), 보통법률(loi ordinaire)를 모두 포함하는 개념이라 할 수 있으므로 이러한 모든 측면에서 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

## 1. 조약에 양립할 수 없는 舊 법률

### 가. 헌법법률

의회의 법률에 의하여 비준되고 승인된 조약은 비록 조약보다 이전에 성립된 헌법법률과 충돌되더라도 적용된다고 볼 수 있다. 프랑스 헌법에 의하여 조약은 헌법재판소(Conseil constitutionnel)의 위헌심사가 의무적인 것이 아니고 대통령이나 수상 또는 양원의장 혹은 60인 이상의 국회의원이 헌법재판소에 위헌심판을 청구하여야지만 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 있는데, 헌법재판소가 조약이 헌법에 위반되는 조항을 가지고 있다고 선언을 하면 헌법을 개정하여야 할 것이고 만약에 헌법재판소가 헌법에 위반되는 조항을 가지고 있지 않다고 선언을 하면 그대로 적용이 된다. 만약에 헌법재판소에 위헌심판이 청구가 되지 않는다면 국회의 비준안에 대한 승인이 행하여질 수가 있다.

국회의 승인이나 비준이 필요없는 조약의 경우에는 어떠한 헌법재판소의 위헌심사도 거치지 않는다. 결국 헌법에 위반되는 조약에 대한 최종적인 판단은 대통령이 하는 것이고 대통령이 헌법의 보호자로서 역할을 하여야 하는 것이다.

### 나. 조직법률과 보통법률

의회의 동의를 거친 조약이든 의회의 동의를 필요로 하지 않는 조

약이든 간에 체결된 조약은 조약이전에 성립된 법률에 대하여 개정을 하는 효력을 가진다. 행정법원과 일반법원은 이러한 점에서 동일한 판례를 내고 있다.

## 2. 조약과 양립할 수 없는 신 법률

조약의 성립보다 이후에 제정된 법률의 경우에는 조약을 개정 혹은 폐지할 수 있는 가하는 것을 살펴볼 필요가 있다.

### 가. 헌법법률

조약우위의 원칙은 조약이 체결된 이후에 성립된 헌법법률에도 마찬가지로 적용된다. 조약이 체결된 뒤에 조약에 위반되는 헌법법률에 대해서는 제정을 하지 않기 때문이다.

### 나. 조직법률과 보통법률

조약이 체결되어 효력을 발한 이후에 제정되는 법률에 대해서는 조약에 위반되는 것이 나타날 수가 없다. 조직법률이나 보통법률에 대한 조약에의 위반여부는 여러 가지로 통제가 된다.

#### 1) 정부와 입법자에 의한 통제

조약에 위반되는 입법을 하지 않는 것이 원칙이나 만약에 입법자가 조약에 위반되는 입법을 하는 경우는 미처 조약과의 충돌을 고려하지 못하고 입법을 한 경우이거나 아니면 해석상 충돌이 발생하는 경우가 된다.

## 2) 헌법재판소에 의한 통제의 가능성

조약이 효력을 발한 후에 법률을 제정하면서 조약에 충돌하는 법률을 입법한 경우 헌법재판소가 이를 통제할 수 있는가 하는 것, 즉 헌법재판소가 법률에 대하여 조약에 위반여부를 심사할 수 있는가에 대해서는 헌법재판소가 권한을 가지고 있지 않다고 명백히 하고 있다. 헌법에 의하여 헌법재판소는 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 대해서만 판단할 권한이 있는 것이지 법률이 조약에 위반되는지 여부에 대해서는 판단할 권한이 없다는 것이다.<sup>480)</sup> 헌법 제55조에서 규정하고 있는 조약우위의 원칙은 헌법 제61조에서 규정하고 있는 위헌법률심판에 근거해서 할 수 있는 것이 아니고 그와는 성질을 달리 한다는 것이다.

헌법 제61조를 보더라도 명확하게 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 대하여 심사를 한다고 규정하고 있지 법률이 조약에 위반되는지 여부에 대해서는 규정이 없고, 또한 그렇게 해석될 수도 없는 것이다.

## 3) 일반법원에 의한 통제

새로 제정된 법률이 효력을 발한 조약에 위반되는지 여부에 대한 심사는 행정법원이든 일반법원이든 법원에 의해 행하여 질 수 있다. 프랑스 행정최고재판소(Conseil d'Etat)는 유럽공동체 조약에 위반되는 법률에 대하여 적용을 회피하지 않았다.

그러나 이러한 점은 과거 프랑스의 전통적인 법원의 태도와는 다

---

480) Décision du 15 janvier 1975, Convention européenne des Droits de l'Homme, AJDA, 1975, II, 134, note Jean Rivero; Clunet, 1975, 267 et l'article de D, Ruzié, AJDA, 1975, p.249; Rv, crit, de droit int, privé, 1975, 125, note, P.L.; RDP, 1975, 185, chron. L. Favoreu et L. Philip; Décision du 20 juillet 1977, Convention n°95 de l'O.I.T. concernant la protection du salaire.

른 것이다. 프랑스 법원은 오랫동안 조약의 해석문제와 조약과 관련 국내법 상호간의 충돌문제를 접함에 있어서 적극성보다는 신중함을 보여 왔다. 그 이유는 첫째, 국제관계에 관한 전문적 지식없이 국내 판사가 마치 국제 판사처럼 행동할 수 없다는 점과 둘째, 국제관계에 관하여 재판기능의 독립성을 강조하다보면 국가의 대외정책을 담당하는 부처와 충돌이 생길 수 있다는 고려에서였다. 따라서 프랑스의 법원의 일반 관례는 외교관계에 참견하지 않도록 스스로를 상당히 제한하여 왔으며, 프랑스 정부가 체결한 국제협약의 해석을 금지해 왔거나 또는 일단 문제가 발생하면 외무성의 해석이 내려질 때 까지 유보하였던 것이다. 예를 들어 프랑스 법원은 첫째, ‘만일 조약의 의미나 범위에 모호성이 없을 때(대법원 형사부, 1867년 7월 26일 판결)’ 그리고 ‘개인의 이익에 관련된 해석문제에 대해 법에 의해 사법부에 그러한 권한이 인정된 경우(대법원 형사부, 1939년 6월 24일 판결)에 한하여 조약의 해석에 관한 관할권을 인정하고 있었다. 한편 행정최고재판소도 대법원처럼 이미 150여년 전부터 국제조약의 해석문제에 관한 권한은 스스로에게 있지 않다고 하여왔다.(1823년 7월 23일 판결) 아울러 정부의 통치행위를 구성하는 한 관련 조약의 해석문제는 소송의 대상이 되지 않는다고 밝히고 있다(1987년 1월 14일 판결).<sup>481)</sup>

그러나 1990년대 들어와서 대법원과 행정최고재판소는 과거의 입장과는 달리 조약과 국제협약의 해석권한을 스스로 인정하는 적극적인 자세로 선회하고 있다. 즉 행정최고재판소는 국가의 대외관계의 발전, 조약체결현상의 팽창 및 개인에게 직접적으로 적용가능한 국제다자간협약의 증가 등 외형적 이유뿐 만이 아니라 또한 ‘명백한 행위

---

481) 박기갑, “조약의 자기집행력 : 프랑스의 이론 및 관례를 중심으로”, 『법학논집』 34 (고려대학교법학연구원, 1998. 12), 130-131면.

이론(l'acte claire)'을 근거로 더 이상 정부 측 해석을 기다리거나 필요로 하지 않는다는 적극적인 입장을 보이고 있는 것이다. 대법원 역시 이와 비슷한 입장을 보이고 있는데, 대법원 민사부가 1995년에 내린 판결에서 '검토가 요청되는 국제조약의 해석권은 판사의 소관 사항이며 더 이상 사법기관이 아닌 다른 정부기관의 의견요청을 하지 아니한다'고 밝히고 있는 것이다.<sup>482)</sup>

## II. 국제법과 헌법

### 1. 국제법에 대한 헌법의 우위

프랑스에서 국제법과 헌법은 어느 것이 상위규범인가에 관하여 논란이 있다. 헌법 제54조가 '대통령·수상·양원의장·60명의 국민의회 의원 또는 60명의 상원의원으로부터 위헌심판이 청구된 헌법재판소가 국제협정이 헌법에 위반되는 조항을 포함하고 있다고 선언하는 경우에는 그 비준 또는 승인의 허가는 헌법개정이 있는 후에만 행하여 질 수 있다'라고 규정하고 있어, 이를 놓고 헌법이 우위라는 견해와 국제법이 우위라는 견해가 있다.

국제법과 헌법과의 관계에서 어느 규범이 더 우위인가 하는 문제는 프랑스에서 많은 논쟁거리를 제공하였다. 특히 국제법에 대하여 헌법에서 적극적으로 수용하고 있는 태도를 보이고 있는 프랑스에서는 국제법이 헌법보다 우위라는 견해와 헌법이 국제법보다 상위의 규범이라는 견해가 대립되었다.

규범의 단계에서 헌법과 국제법과의 관계에 대한 논쟁의 단초는

---

482) *ibid.*

유럽사법재판소(Cour de justice des Communautés européennes)에 의하여 제공되었다. 유럽경제공동체(Communauté économique européenne)를 만드는 조약을 준비하는 과정에서 유럽사법재판소는 공동체를 형성하는 과정에서 일반 국제법과는 다른 공동체법은 회원국들의 헌법보다 상위의 규범이라고 하였던 것이다.<sup>483)</sup> 따라서 이를 이어서 대부분의 국제법 학자들은 국제법이 헌법보다 상위의 규범이라고 하였다.<sup>484)</sup>

그러나 우리는 국제법도 두 가지로 구분해서 생각해 볼 수 있는데, 국제관습법과 국제조약이다. 첫 번째로 국제관습법은 모든 국가들에게 공통으로 적용되는 것으로 절대적인 우위를 가지는 규범이라고 할 수 있다. 프랑스에서는 1946년 헌법 前文이 이에 대하여 규정을 하고 있었는데, ‘전통에 충실한 프랑스 공화국은 국제공법사의 제규정을 준수한다’라고 하였다. 그러나 국제관습법에 대하여 프랑스 행정최고재판소(Conseil d’Etat)는 국제관습법의 헌법에의 우위성을 인정하지 않았을 뿐만 아니라 보통법률에 대한 우위성도 인정하지 않았다.<sup>485)</sup>

두 번째는 국제조약으로 국가 간에 자유로이 협정을 체결하는 것으로 국제법과 헌법간의 관계는 사법적인 측면과 정치적인 측면으로 구분해서 살펴볼 수 있다. 사법적인 측면에서 보면 프랑스 헌법 제55조가 국제법의 법률에 대한 우위에 대하여 규정을 하고 있는데, 서로 성격이 다른 두 규범의 체계에 대하여 규정을 하고 있다는 것은 두

---

483) CJCE, Costa/ENEL, n°6/64 du 15 juillet 1964, Rec., p.1145.

484) Joël Rideau, Constitution et droit international, RFDC n°2, 1990, pp.259 et s.

485) CE, ass. 6 juin 1997, Aquarone, concl. G. Bachelier, RFDA, 1997, p.1068; AJDA, 1997, p.6309, Note D. Chauveau et T. Girardot; D. Deharbe, Les solutions Koné et Aquarone : un coup d’arrêt à la réception du droit international par le juge administratif?, LPA du août 1998, pp.13 et s.

규범(법률과 국제법)보다 상위의 규범이기 때문에 그에 대한 관계를 규정하고 있다고 볼 수 있다. 또한 전통적인 입장에서 헌법은 주권의 직접적인 표현이고 국가에서 최고의 가치를 가지는 규범이라는 것을 통하여 국제법보다 헌법이 상위의 개념이라는 것이다. 정치적인 측면에서 헌법보다 조약이 상위의 규범이라고 한다면 모순이 발생할 수 있다. 예를 들어 정부가 국회에서 미약하나마 절대 다수를 차지하고 있는 세력에 의하여 지지를 받는 경우에 외국과 조약을 체결하면서 헌법을 수정하는 내용을 포함시키는 경우와 초헌법적인 규정을 삽입 또는 개정하는 경우가 발생할 수 있는 것이다. 따라서 만약에 조약이 헌법보다 상위의 규범이라고 한다면 조약에 의하여 헌법이 개정되는 결과가 발생하기 때문에 헌법보다 조약이 상위의 규범일 수는 없다는 것이다. 조약을 체결 비준하는 권한은 헌법에 의하여 부여된 권한이므로 이러한 권한을 부여한 헌법의 내용의 범위를 벗어나서 조약을 체결할 수는 없다는 것이다.<sup>486)</sup>

이와 관련하여 1992년 9월에 있었던 마스트리치 조약 비준과 관련하여 국민투표를 통하여 조약을 동의하였는데, 이것은 투표권자인 국민이 헌법개정자로서 투표를 한 것이 아니고 입법자로서 투표를 하였다고 본다는 것이다. 헌법개정은 그 이전에 이미 국회를 통하여 이루어졌다.<sup>487)</sup> 1992년 6월 25일 개정헌법은 ‘유럽공동체와 유럽연합(Des Communautés européennes et de l’Union européenne)이란 타이틀로 헌법에 제XIV장을 삽입하였다. 유럽공동체와 유럽연합에 대하여 조약에 근거하여 일정한 권한을 공동으로 행사할 것을 자유롭

---

486) Bernard Chantebout, Droit constitutionnel, 22e éd. Armand Colin, 2005, pp.563-564.

487) 이에 관하여 자세한 것은 전학선, “프랑스에서 외국인권 선거”, 『공법연구』 제28집 제3호 (한국공법학회, 2000. 3), 323면 이하; 전학선, “유럽헌법과 프랑스 헌법개정”, 『유럽헌법연구』 창간호 (유럽헌법학회, 2007. 6), 76-77면.



게 선택한 국가들로 구성되었다고 하면서 유럽공동체와 유럽연합에 대하여 연방적인 특징을 배제하였다. 따라서 권한을 행사하는 것은 국가이고 유럽공동체와 유럽연합은 순수한 권한을 가지고 있는 것이 아니며 각 회원국은 헌법에 의하여 움직인다고 본 것이다.<sup>488)</sup>

앞에서 살펴본 바와 마찬가지로 헌법과 조약의 규범상의 서열문제는 프랑스에서 많은 논의가 있었고, 대다수의 학자들은 헌법이 조약에 우선한다는 입장을 견지하였는데,<sup>489)</sup> 프랑스 정부의 입장도 마찬가지이다.<sup>490)</sup> 또한 프랑스 행정최고재판소와 대법원도 헌법이 조약에 우선한다는 입장을 취하고 있다.

그러나 헌법과 조약의 관계에 있어서 서열에 관한 논쟁은 끝난 것이 아니라 아직도 계속 중이며, 오히려 더 가중될 것 같은 현상이 나타나고 있다. 예를 들면 주권국가로서 사법권을 가지고 있는 국가들이 여러 국제재판소, 특히 유럽에서 유럽 인권재판소(Cour européenne des droits de l'Homme)에 의하여 독립적이고 최고의 결정권을 가지고 있지 못하게 되는 경우가 발생한다. 유럽인권재판소가 각국의 헌법재판소의 결정들을 통제하고 있고, 이에 더하여 헌법 자체에 대해서도 통제를 하고 있는 현상이 나타나고 있다. 예를 들어 1993년 6월 23일 l'arrêt Ruiz Mateos사건에서 유럽인권재판소가 스페인의 헌법

---

488) Constance Grewe, La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht, RFDC, n°11, 1997, pp.413 et s.

489) Elisabeth Zoller, Droit des relations extérieures, PUF, 1992, pp.260 et s; Jean-François Flauss, Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français, LPA, 10 et 15 juillet 1992; François Hervouet, Réception du droit communautaire par le par le droit interne des Etats, RDP, 1992, p.1257; Ronny Abraham, Droit international, droit communautaire et droit interne, Rapport public du Conseil d'Etat, 1989, pp.34 et s; Pierre Mazeaud, Droit communautaire et constitutions nationales, Rapport AN n°2630 du 11 mars 1996.

490) La réponse de Michel Rocard à Xavier Deniau, JO Débat AN, 24 avril 1989, p.2110.

재판소가 행하는 헌법재판의 절차에 대하여 통제를 하는 것이 대표적인 예라 할 수 있다.

## 2. 조약에 대한 헌법의 우위의 절차적 보장

프랑스에서 조약에 대한 헌법의 우위는 헌법 제54조에 의하여 절차적으로 보장되어 있다고 볼 수 있다. 헌법 제54조가 “대통령·수상·양원의장·60명의 국민의회 의원 또는 60명의 상원의원으로부터 제소를 받은 헌법재판소가 국제협정이 헌법에 위반되는 조항을 포함하고 있다고 선언하는 경우에는 그 비준 또는 승인의 허가는 헌법개정 이 있는 후에만 행하여 질 수 있다”라고 하여 헌법재판소가 조약에 대하여 위헌심사를 할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다. 따라서 청구권자가 조약에 대하여 위헌의 의심이 있어 헌법재판소에 위헌심판을 청구하면 헌법재판소가 이에 대하여 심사를 하게 되는 것이고 만약에 청구권자인 대통령이나 수상 혹은 양원의장이나 60인 이상의 국회의원 가운데 아무도 조약에 대하여 위헌심판청구를 하지 않으면 위헌 여부에 대한 문제는 제기되지 않으며 헌법재판소가 위헌여부에 대하여 심판을 할 수 없게 되어있다.

그러나 국제조약과 관련하여 헌법의 우위와 관련하여서는 유럽통합과 관련하여 유럽법의 명령(règlement)과 지침(directive)에 있어서 문제가 발생한다. 유럽법에서 명령은 일반적 효력을 가지며 회원국들은 명령이 규정하는 것을 적용할 의무가 있고, 따라서 명령은 회원국에 직접 적용된다. 또한 명령은 모든 조항이 효력이 있는데, 개인, 회원국 그리고 유럽연합의 기관들에 대하여 적용된다. 이러한 명령은 프랑스 의회의 개입없이 직접 적용되기 때문에 헌법재판소의 위헌심사를 거치지 않는다. 이에 반하여 지침은 헌법재판소에 의하여 통제가 가능하며 만약에 헌법재판소가 지침이 헌법과 충돌된다고 선언하

면 어려운 점이 발생하게 된다. 왜냐하면 유럽조약은 프랑스가 유럽 수준의 결정과 법적으로 보조를 맞추도록 의무를 부여하고 있기 때문이다.<sup>491)</sup>

실제로 헌법은 법률보다 조약이 더 상위의 효력을 가진다고 규정하고 있고 조약의 성립에 대하여 규정하고 있지만, 법원은 국가주권을 고려하여 조약보다 후에 제정되는 법률에 대하여 조약이 우선하는 것은 아니라고 판단하고 있다. 또한 1958년 제5공화국 들어와서 헌법재판소를 창설한 것은 이러한 입장을 한 층 더 강조할 수 있게 만들었다. 왜냐하면 헌법재판소가 헌법을 보호하는 기능을 하는 것이고 입법자가 헌법 제55조에 의한 원칙을 존중하는 가를 감시하는 기능을 담당하기 때문이다.<sup>492)</sup>

## 제5절 프랑스 헌법재판소 (Conseil constitutionnel)와 국제법

### I. 국제법에 대한 위헌심사

#### 1. 청구인

프랑스 헌법재판소는 위헌법률심판권을 가지고 있는데, 국제법에 대한 위헌심사권도 가지고 있다. 프랑스에서 국제법의 위헌심사 청구권은 대통령이나 수상, 양원 의장 혹은 60인 이상의 국회의원이 가지고 있는데, 국제법에 대하여 위헌심판을 청구하면 헌법재판소는 위헌

---

491) Bernard Chantebout, *ibid*, p.566.

492) Bernard Chantebout, *ibid*, p.543.

여부를 심판하게 된다. 1992년까지는 대통령과 수상 그리고 양원의 장에게만 조약에 대한 위헌심사 청구권을 부여하고 있었으나, 1974년 헌법 개정을 통하여 60인 이상의 국회의원에게 위헌법률심사 청구권을 부여한 것에 맞추어서 1992년 헌법 개정을 통하여 조약이 헌법에 위반되는지 여부에 대한 심사 청구권을 60인 이상의 국회의원들에게 까지 확대하였다. 즉 1974년까지는 위헌법률심사청구권이 대통령·수상 또는 양원의장에게만 있었으나 헌법개정을 통하여 60인 이상의 국회의원들에게 까지 청구권을 확대하였는데, 조약에 대한 위헌심사 청구권도 1992년까지는 대통령과 수상 그리고 양원의장에게만 있었으나, 1992년 헌법개정을 통하여 60인 이상의 국회의원들에게도 조약에 대한 위헌심사청구권을 부여하였다.

청구권자 가운데 대통령과 수상은 조약체결에 있어서 직접적인 당사자라 할 수 있고 조약체결에 있어서 주도권을 가지고 있는데도 불구하고 대통령이라든가 수상이 조약에 대한 위헌심사를 청구하는 경우가 있는데, 이는 헌법재판소의 결정을 통하여 정치적 논쟁을 종식시키고자 하는 의도로 헌법재판소에 위헌심판을 청구하는 것이다.<sup>493)</sup>

예를 들어 1970년에 수상이 1970년 4월 22일 조약에 대하여 헌법재판소에 위헌심사를 청구하였는데, 이는 당시 국회 법사위원장이던 Jean Foyer의 헌법개정안에 대한 토론을 방해할 목적이었다. 당시 Jean Foyer는 예산권을 유럽의회에 이양하는 조약이 헌법에 위반된다고 주장하였는데 이러한 것을 헌법재판소가 헌법에 위반되지 않는다고 결정<sup>494)</sup>함으로써 논의를 종식시킬 수가 있었다. 또한 1976년에는 대통령이 유럽의회의원을 선출하는데 있어서 보통직접선거로 선

---

493) Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7e éd., Montchrestien, 2006, p.184.

494) CC. 70-39, DC, 19 juin 1970, R. p.15.

출한다는 유럽공동체 이사회(Conseil des communautés européennes)의 결정에 대하여 헌법재판소에 위헌심사를 청구하였는데, 이는 드골리스트들의 비난을 종식시키기 위하여 청구하였던 것이다.<sup>495)</sup> 그리고 1985년 사형제도를 폐지하는 것을 내용으로 하는 유럽인권협약의 추가의정서에 대한 비준과 관련하여 반대를 피하기 위하여 대통령이 헌법재판소에 위헌심판을 청구하였다.<sup>496)</sup>

국제법규가 헌법재판소에 위헌심판청구되는 데에는 원칙적으로 위헌 이유라든가 조문을 한정한다든가 하는 결론이 없다. 왜냐하면 국제법규에 대한 위헌심판 청구인들이 국제법규가 헌법에 위반된다고 선언되는 것에 큰 이익이 없기 때문이다.<sup>497)</sup> 로니 아브라함(Ronny ABRAHAM)은 다음과 같이 말하였는데, “헌법 제54조에 의한 청구는, 대통령이나 혹은 수상이 청구한 모든 경우에 있어서, 가장 자주 정치적 책략 속에서 행하여지는 정치적 논쟁을 미연에 방지하고자 하는 의도와 이러한 측면에서 국회에서의 토론이 개입되기 전에 논쟁을 짧게 하려는 의도로 행하여지는 것이다.”<sup>498)</sup> 라고 하였다.<sup>499)</sup> 따라서 대통령이나 수상이 헌법재판소에 국제법규에 대하여 위헌심판을 請求하는 경우에 있어서 위헌이유를 제시하지 아니하고 또한 결론을 내지 아니하는 것은, 정치적 논의를 왜곡시키지 아니하려는 것

---

495) CC, 76-71, DC. 30 déc. 1976, R. p.15.

496) CC. 85-188, DC. 22 mai 1985, R. p.15.

497) Thierry Di Mano, Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, Economica et PUAM, 1994, p.29.

498) Ronny Abraham, Droit international, droit communautaire et droit français, P.E.S., Hachette Supérieur, 1989, p.46.

499) 1992년 6월 25일 헌법개정으로 인하여 60인 이상의 국민의회 의원과 60인 이상의 상원의원들도 국제법규에 대하여 헌법재판소에 위헌심판청구권이 주어졌는데, 국회의원들에 의한 국제법규의 위헌심판청구는 더 정치적인 청구가 될 수가 있다. 예를 들면, Saisine Pasqua, visée sous la décision n°92-312 DC du 2 septembre 1992 dite «Maastricht II», Rec., p.76.

이며 자신들의 의도를 삼가려는 것이다.<sup>500)</sup>

## 2. 심판의 대상

프랑스 헌법재판소는 헌법 제61조에 근거하여 법률에 대한 합헌성 통제를 할 수 있고, 헌법 제54조에 근거하여 국제법에 대한 합헌성 통제를 할 수 있다. 따라서 헌법재판소는 법률에 대한 합헌성 통제와 국제규범에 대한 합헌성 통제를 할 수 있는 것이다.

프랑스에서 일정한 국제법규는 법률을 통하여만 동의를 할 수 있는 것이다. 평화조약, 통상협약, 국제조직에 관한 협약 또는 협정, 국가의 재정을 구속하는 협정, 법률의 성질을 가지는 규정을 수정하는 조약 또는 협정, 사람의 신분에 관한 조약 또는 협정, 영토의 할양·교환 또는 병합에 관한 조약 또는 협정은 법률에 의하지 아니하고는 이를 비준 또는 승인할 수 없도록 되어 있다.

이를 종합하여 생각하면, 프랑스에서 헌법재판소에 의하여 행하여지는 국제법규에 대한 위헌심사는 국제법규에 대하여 행하여질 수 있고, 또한 동일한 국제법규를 비준 또는 승인하기 위한 법률에 대해서 행하여질 수 있다는 것이다. 이러한 예는 1992년 마스트리치 조약에 관한 결정에서 있었다.

유럽연합에 관한 조약(Traité de Maastricht)은 많은 헌법 문제를 야기하였으며 프랑스에서도 위헌심사의 대상이 되었다. 프랑스 헌법재판소는 마스트리치 조약과 관련하여 1992년 4월 9일<sup>501)</sup>과 1992년 9월 2일<sup>502)</sup> 그리고 마지막으로 1992년 9월 23일<sup>503)</sup> 등 세 번에 걸쳐

---

500) 전학선, “프랑스 위헌법률심판에서 심판범위”, 『외법논집』 제8집 (한국외국어대학교 법학연구소, 2000), 403면.

501) C.C. 92-308 DC, 9 avril 1992, R., 1992, p.55 et s.

502) C.C. 92-312 DC, 2 septembre 1992, R., 1992, p.76 et s.

서 위헌심사를 하였다. 1992년 2월 7일에 체결된 마스트리치 조약에 대하여 프랑스 미테랑 대통령이 1992년 3월 11일 헌법재판소에 위헌 심판을 청구하였다. 이에 대하여 헌법재판소가 그 첫 번째 결정인 1992년 4월 9일의 결정<sup>504)</sup>에서 외국인에게 지방의회의원선거에서 투표권과 피선거권을 부여하는 것에 대하여, 그리고 유럽 단일화폐정책에 대한 것 등에 대하여 위헌을 선언하였다.<sup>505)</sup> 따라서 1992년 6월 25일 프랑스 헌법 제54조가 규정하고 있는 바와 같이 이 결정에 의하여 헌법이 개정되었는데 그 개정내용을 보면 헌법에서 제14장 유럽공동체(Communautés européennes) 및 유럽연합(Union européenne)이라는 제목으로 제88조의 1, 2, 3, 4 등을 첨가하였던 것이다. 헌법이 개정되자<sup>506)</sup> 위에서 언급한 바와 같이 1992년 6월 25일 개정된 헌법 제54조에 근거하여 60인 이상의 상원의원들이 마스트리치 조약이 개정된 헌법에 위반되는지 여부를 헌법재판소에 위헌제청을 하였고, 이에 대하여 헌법재판소는 1992년 9월 2일에 합헌 선언을 하였다.<sup>507)</sup>

합헌결정을 받은 마스트리치 조약을 국내법에 수용하기 위하여 법률안이 프랑스 헌법 제11조<sup>508)</sup>가 정한 바에 따라서 1992년 9월 20일

---

503) C.C. 92-313 DC, 23 septembre 1992, R., 1992, p.94 et s.

504) C.C. 92-308 DC, 9 avril 1992, R., 1992, p.55 et s.

505) 유럽연합조약, 즉 마스트리치 조약에 대한 프랑스 헌법재판소의 위헌심사에 대하여 자세한 것은 다음을 참조. 변해철, “유럽연합조약에 대한 위헌심사 - 프랑스 Conseil constitutionnel, 1992년 4월 9일 결정(Déc. n°92-308 DC)”, 『인권과 정의』 통권 제233호 (대한변호사협회, 1996. 1), 152면 이하.

506) 의회에서의 헌법개정 논의에 관하여 자세한 것은 François Luchaire, L'Union européenne et la Constitution. IIe partie : La révision constitutionnelle. IIIe partie : commentaire de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, RDP, 1992, p.933. 이하 참조.

507) C.C. 92-312 DC, 2 septembre 1992, R., 1992, p.76 et s.

508) 프랑스 헌법 제11조 : 대통령은 의회회기 중에 관보에 공포된 정부의 제안

에 국민투표에 회부되었다. 이 국민투표에서 법률안이 과반수의 찬성으로 채택이 되자 국민의회 의원들이 이 법률안의 위헌심사를 헌법재판소에 청구하였다. 이에 대하여 프랑스 헌법재판소는 1992년 9월 23일에 국민투표로 채택이 된 법률은 국민주권의 직접적인 표현이기 때문에 헌법재판소가 위헌심사를 할 권한이 없다고 하였다.<sup>509)</sup> 따라서 이 법률안은 확정되었던 것이다. 이러한 국민투표로 채택이 된 법률에 대하여 프랑스 헌법재판소가 위헌심사를 거부하는 것은 1962년 11월 6일 대통령 직선제에 관한 헌법개정법률에 관한 위헌심사<sup>510)</sup>에 서와 마찬가지로 일관되게 취하고 있는 태도이다. 이리하여 대통령이 위 마스트리치 조약의 국내법으로의 수용에 관한 법률을 1992년 9월 29일 공포함으로써 마스트리치 조약은 국내법으로서의 효력을 발하기 시작하였던 것이다.

---

또는 양원의 공동제안에 따라 공권력의 조직에 관하거나 국가의 경제정책 또는 사회정책에 관계되는 개혁에 관한 법률안 그리고 공역무의 개혁에 관한 법률안이나 헌법에 위반함이 없이 제도의 기능에 관하여 영향을 미치는 조약의 비준동의를 목적으로 하는 법률안을 국민투표에 회부할 수 있다. 정부의 제안으로 국민투표가 조직되면, 정부는 각각의 의회에서 선언을 하고 각각의 의회는 이를 토론한다. 국민투표에 의하여 법률안이 채택되면 대통령은 투표 결과에 대한 선포가 있는 날로부터 15일 이내에 이를 공포한다. ; 프랑스의 국민투표에 관하여는 다음을 참조. 변해철, “국민투표제에 대한 소고 -1995년 8월 4일 프랑스 헌법개정을 중심으로”, 『현대헌법학이론, 우제이명구박사화갑기념논문집(I)』 (1996), 462면 이하.

509) CC n°92-313 DC, 23 septembre 1992, R., 1992, p.94 et s.

510) CC n°62-20 DC, 6 novembre 1962, R., 1962, p.19. “만약에 헌법 제61조가 헌법재판소의 심사에 회부되어야만 하고 또는 회부될 수 있는 조직법률과 보통법률의 합헌성을 평가하는 임무를 헌법재판소에게 부여하였고, 이러한 임무 부여에 있어서 국민투표에 의하여 국민들에 의해서 채택이 된 것인지 혹은 국회에 의해서 표결이 된 것인지 불문하고 입법적 특징을 가지는 조문의 전체에 대하여 이러한 권한이 확장되는 것인지 여부를 상술함이 없이, 그리고 또한 반대로 국회에 의해서 표결된 경우만 한정하는 지 여부를 상술하지 않고 있다면, 헌법이 제61조에서 대상으로 하고 있는 법률은 단지 국회에서 표결된 법률만을 의미하는 것이고 국민투표에 의하여 채택된 법률은 국민주권의 직접적인 표현이므로 제외된다는 것이다.”



결국 헌법재판소가 국제법에 대하여 위헌심사를 하는 것은 헌법 제54조에 의하여 국제법에 대하여 할 수 있고, 이와 더불어서 국회가 제정하는 법률을 통하여 국회의 동의를 얻는 경우에 국제법에 관하여 동의를 하는 법률에 대하여 헌법 제61조에 의하여 위헌심사를 할 수 있는 것이고, 헌법 제11조 국민투표 법률을 통하여 국제법을 국내법에 승인하는 경우에는 국민투표 법률에 대해서는 헌법재판소가 위헌심사를 할 수 없다고 하는 것이 프랑스 헌법재판소의 판례라 할 수 있다.

### 3. 결정

국제법에 대한 위헌심사에서 헌법재판소는 9명의 재판관 가운데 과반수의 찬성으로 결정하는데, 조약이 헌법에 위반된다고 판단되면 위헌으로 선언하는 것이 아니라 헌법을 개정한 후에 비준할 수 있다고 선언한다. 이는 위헌법률심판에서 위헌으로 선언하는 것과는 다른 것으로 헌법과 조약이 충돌하는 것을 헌법재판소가 인정하여 판단하는 것으로 헌법 제54조에 근거하는 것이다.

따라서 이러한 조항에 근거하여 헌법재판소는 국제조약에 대한 위헌심사를 하였고 그에 따라 헌법에 위반되는 조항을 가지고 있다고 하여 헌법을 개정한 후에만 위 조약들을 비준할 수 있다고 하였던 것이다.

유럽연합과 관련하여 마스트리치 조약과 암스텔담조약 그리고 유럽헌법조약들을 헌법재판소가 헌법과 양립할 수 없다고 하면서 헌법을 개정한 후에만 조약들을 비준할 수 있다고 하여 헌법개정을 하였다. 또한 망명권에 관한 개정이라든가 아니면 국제형사재판소에 관한 개정에서도 헌법재판소가 위헌으로 선언하거나 헌법과 양립할 수 없는 조약이라고 하여 헌법개정을 하였다.

프랑스는 유럽연합을 추진하는 과정에서 1992년 마스트리치 조약(Traité sur l'Union européenne), 1997년 암스텔담 조약(Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne) 그리고 2004년 유럽헌법을 위한 조약(Traité établissant une Constitution pour l'Europe)을 체결하는데 있어서 위 조약들이 헌법에 위배되므로 헌법을 개정할 후에야 조약을 비준할 수 있다고 하였다.

이러한 것은 프랑스 헌법 제53조와 제54조에서 기인하는 것이다. 프랑스 헌법 제53조는 ‘평화조약, 통상조약, 국제조직에 관한 조약 또는 협정, 국가의 재정을 구속하는 협정, 법률의 성질을 가지는 규정을 수정하는 조약 또는 협정, 사람의 신분에 관한 조약 또는 협정, 영토의 할양·교환 또는 병합에 관한 조약 또는 협정은 법률에 의하지 아니하고는 이를 비준 또는 승인할 수 없다’고 규정하고 있고, 제54조는 대통령·수상·양원의장·60명의 국민의회 의원 또는 60명의 상원의원으로부터 제소를 받은 헌법재판소가 국제협정이 헌법에 위반되는 조항을 포함하고 있다고 선언하는 경우에는 그 비준 또는 승인의 허가는 헌법개정이 있는 후에만 행하여 질 수 있다’고 규정하고 있다.

따라서 이러한 조항에 근거하여 헌법재판소는 국제조약에 대한 위헌심사를 하였고 그에 따라 헌법에 위반되는 조항을 가지고 있다고 하여 헌법을 개정할 후에만 위 조약들을 비준할 수 있다고 하였던 것이다.

프랑스는 망명인정과 관련하여 협정과 헌법이 충돌한다는 이유로 헌법을 개정하였는데, 이 헌법개정은 망명권(droit d'asile)에 관한 법률규정에 대한 헌법재판소의 위헌결정이 그 계기가 되었다. 헌법재판소의 망명권에 관한 결정은 헌법 제54조에 의한 심판결과 이루어진 것이 아니고, 헌법 제61조에 의하여 이루어진 것이라 많은 논란을

불러일으켰다.

1993년 11월 25일의 헌법개정은 헌법재판소가 망명권에 관한 법률 규정이 헌법에 위반된다고 하며 위헌선언을 하자 위헌선언된 법률에 맞추기 위하여 헌법을 개정한 것이다. 1993년 8월 24일 외국인의 이민과 입국, 체류에 관한 법률(Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France)은 프랑스에 신청된 망명요구에 대한 심사권이 1990년 6월 15일의 Dublin협정의 규정들, 1990년 6월 16일의 쉥겐(Schengen)협정의 규정들 등에 따라 다른 나라에 속한다는 이유로 그 신청을 거부하는 결정을 한 경우에 그 망명신청사건의 신청자가 프랑스의 난민보호국에 난민자격인정에 대한 심사를 청구할 수 없도록 하는 규정을 두었는데, 이 규정에 대하여 1993년 8월 13일 헌법재판소가 헌법적 원칙인 망명권에 위반된다는 결정을 하였던 것이다. 이는 자유를 위한 활동 때문에 박해를 받는 모든 사람은 프랑스 공화국의 영토 내에서 망명의 권리를 가진다고 선언하고 있는 1946년 헌법 前文 제4조에 위배되고 또한 방어권이라는 헌법적 원칙에 위반된다는 것이었다. 따라서 프랑스는 1993년 11월 25일 헌법개정을 통하여 제53-1조를 신설하였다. 제53-1조는 '공화국은 유럽국가들과 망명, 인권보호, 기본적 자유보호에 관하여 자신과 동일한 협약으로 제출된 망명신청심사권을 존중하는 조약을 체결할 수 있다. 이러한 조약에 의하여 망명신청이 그들의 권한이 아닌 경우에는 공화국의 기관은 자유를 위한 활동으로 혹은 다른 동기로 프랑스의 보호를 원하는 모든 박해받는 외국인에게 망명권을 부여한다'라고 규정하고 있다.

이러한 헌법개정은 많은 논란을 불러 일으켰는데, 헌법재판소 결정으로 법률을 위하여 헌법을 개정한 것이라는 비판이 제기되었다. 국제조약의 경우에는 '...헌법재판소가 국제협정이 헌법에 위반되는 조

항을 포함하고 있다고 선언하는 경우에는 그 비준 또는 승인의 허가는 헌법개정이 있는 후에만 행하여 질 수 있다'고 규정하고 있으므로 조약체결을 위하여 헌법을 개정할 수 있다고 보지만 법률의 경우에는 합헌성 통제를 하는 것이므로 법률을 위하여 헌법을 개정하였다는 비판이 제기되었던 것이다.

## II. 재판규범으로서의 국제법

그러면 법률이 조약에 위배되는지 여부에 관하여 헌법재판소는 심사할 권한을 가지고 있는가? 즉 법률의 위헌여부가 청구되었을 때, 헌법재판소는 국제법을 재판규범으로 하여 심판할 수 있는가 하는 문제이다.

프랑스 헌법재판소가 위헌법률심판을 하면서 합헌성블록(Bloc de constitutionnalité)을 심사의 근거규범으로 삼고 있는데, 합헌성 블록이란 위헌심사를 함에 있어서 헌법이 조문으로 된 성문법전만에 한정되는 것이 아니라 헌법전문이 존중하고 있는 규범, 예를 들면 1789년 인권선언이라든가 혹은 1946년 헌법전문 또는 공화국법률에 의하여 인정된 근본규범 등도 헌법에 포함된다는 것이다. 그러나 이러한 합헌성블록에 국제법규는 포함되지 않는다는 것이다.

프랑스에서 헌법 제55조에 근거하여 법률보다는 조약이 상위의 규범임을 인정하고 있다. 따라서 법률보다 조약이 상위의 규범이므로 법률은 조약을 위반해서는 안 되는데, 법률이 조약에 위반되는지 여부에 대한 심사는 헌법재판소가 아닌 법원이 하고 있다. 1975년 1월 15일 임신중절 사건에서 헌법재판소는 법률이 조약에 위반되는지 여부에 대한 심사권은 헌법재판소가 가지고 있지 않다고 하였다. 헌법

재판소는 법률이 헌법에 위반되는지 여부에 대해서만 권한이 있다고 하였던 것이다.(CC n°74-54 DC 15 janvier 1975) 그 후 대법원(Cour de cassation)은 1975년 5월 24일 판례에서 프랑스 법률보다 조약이 더 상위의 가치를 가지는 규범이라는 것을 인정하였고(Ch. mixte, 24 mai 1975, Sté des cafés Jacques Vabre, AJ 1975, p.567), 행정최고재판소(Conseil d'Etat)는 1999년 Nicolo 판결에서 조약의 우위성을 인정하였다.(CE Ass., 20 octobre 1989, Nicolo, GAJA) 대법원과 행정최고재판소는 그 후 프랑스 법률이나 명령보다 유럽공동체법, 예를 들어 명령(règlement)이나 준칙(혹은 지침 directive)의 우위성도 인정하고 있다.

## 제5장 일본에서의 조약법과 사법심사

### 제1절 일본에서의 조약과 헌법

#### I. 개관

##### 1. 관련조문

현행 한국 헌법은 제6조 제1항에서 ‘헌법에 의해 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.’고 규정하고 있고, 이에 대하여 헌법재판소는 이에 대하여 ‘국제법규 존중주의를 의미하는 것일 뿐 우선하는 것 아니다’고 판시하고 있다.<sup>511)</sup>

이에 비하여 일본국 헌법은 제98조 제2항에서 ‘일본국이 체결한 조약 및 확립된 국제법규는 이를 성실히 준수할 것을 필요로 한다’고 규정하고 있다. 또한 제7조에서는 ‘천황은 내각의 조언과 승인에 따라 국민을 위하여 다음과 같은 국사행위를 한다’고 규정하고 같은 조 제1호에서는 ‘헌법개정, 법률, 정령 및 조약을 공포하는 것’이라고 규정하고 있다.

##### 2. 문제의 소재

일본국 헌법의 경우, 현행 우리 헌법처럼 국내법의 형식을 취하도록 한다는 규정이 없는 바, 직접효력이 발생한다고 볼 수 있다.

---

511) 헌재 2001. 4. 26. 99헌가13 (부정수표단속법 제2조 제2항 위헌제정).

그런데 문제는 ‘성실히 준수할 것을 필요로 한다’라고 하여 성실준수의 의미가 국내법과 효력이 동일하게 준수한다는 것인지 아니면 국내법에 우세하기 때문에 준수하여야 한다는 것인지 아니면 열등하지만 최대한 고려하고 존중해야 한다는 정도의 의미인 것인지에 대한 의미가 불명확하고 따라서 국내법과의 관계에서 우열문제가 발생한다.

## II. 조약 및 확립된 국제법규(제98조 제2항의 의미)

### 1. 조약

#### 가. 조약의 의미

조약의 의미는 매우 다의적으로 사용된다. 그러나 일반적으로 조약이란 조약이라는 명칭이 붙은 것만을 의미하는 것이 아니고 외국과 문서에 의해 합의한 것이라면 모두 조약이라고 할 수 있다. 따라서 협정, 협약, 의정서, 선언, 헌장 등을 불문하고 국가기관 상호간의 합의로 이루어진 권리와 의무의 창설 변경 및 소멸 등을 위한 2국간 또는 그 이상의 국가간의 약속을 의미한다고 할 수 있다.<sup>512)</sup>

#### 나. 조약의 체결절차

조약의 체결은 다음의 일본국 헌법 제73조와 같이 내각의 권한에 속한다. 다만, 단서조항에서 시의적절하게 사전 사후에 국회의 승인을 얻도록 하고 있다.

---

512) 藤田久一、國際法講義 1、東京大學出版會、1995年、60면 이하 참조.

제73조 내각은 다른 일반행정사무 외에 다음 사무를 행한다. 제3호 조약을 체결할 것. 단, 시의에 따라서는 사후에 국회의 승인을 얻을 것을 필요로 한다.

조약체결행위는 내각이 외국과 교섭하고 내각이 임명하는 전권위원이 서명 조인하고, 내각이 비준하고, 그 비준서를 교환(또는 기탁)함으로써 확정된다.<sup>513)</sup>

비준(ratification)이란 국가간의 합의를 확인하고 그 의지를 확정하는 행위이며, 서명 후라도 하더라도 비준 전이라면 조약은 성립하지 않게 할 수 있다. 다만, 예외적으로 급속한 실시를 요하는 조약이라든가, 부속협정 잠정협정 등의 경미한 내용의 조약은 비준 유보없이 확정하는 경우도 있다.

비준에는 천황의 인증을 필요로 한다.(제73조 제8호). 비준은 국가로서 조약을 체결하는 의사를 최종확인하는 행위이지만, 비준을 유보하지 않고 조인만으로 조약이 확정되기도 한다. 또한 조약이 유효하게 성립하면, 천황이 이를 공포한다.

천황에 의한 인증과 공포는 형식적 절차이며 천황의 의지로 거부할 수 있는 것은 아니다.<sup>514)</sup>

## 다. 국회의 승인

조약의 체결은 비교헌법사적으로 보면 행정부의 전권이었다. 명치헌법에서도 천황의 전권사항이었다. 그러나 외교문제에 대한 민주적 통제의 요청이 고양되면서 의회의 승인을 조약의 성립요건으로 추가

---

513) 田畑茂二郎、國際法講義(上)、有信堂、1984年、315면 이하 참조.

514) 小林直樹、憲法講義(下)、東京大學出版部、1973年、840면.



하는 경향이 일반화되었다. 이러한 가운데 일본국헌법도 국회의 승인을 성립요건으로 부가하고 있다.

국회라고 하더라도 양원제를 취하고 있는 일본의 경우는 해당 조약에 대하여 중의원과 참의원의 의견이 일치하지 않는 경우가 있는데 이 경우도 논란거리이다. 그러나 예산의 경우에 비추어 본다면 중의원의 우위를 인정해야 한다는 것이 다수설의 태도이다.

### 1) 대상

원칙적으로 모든 조약은 국회의 승인이 필요하다. 다만, 행정협정과 같이 이미 승인된 조약의 실시세목을 정하는 조약과 위임협정과 같은 조약의 위임에 기초한 조약의 경우는 예외이다.

### 2) 승인의 시기

사전 사후관 조약이 확정되기 전후를 의미하고, 비준에 의해 확정되는 조약은 비준 시를 의미한다. 승인의 시기는 원칙적으로는 비준 전이다. 사후승인은 예외적인 것이며 긴급을 요하거나 불가피한 경우에 한정되어야 할 것이다. 다만, 비준절차를 두지 않고 전권위원의 서명조인에 의해 확정하는 조약은 서명조인시가 기준이 된다.

### 3) 국회의 승인을 얻지 못한 조약의 효력

사전 국회승인 요청했으나 못 얻은 경우, 조약은 성립하지 않으며 내각이 비준할 수 없다. 그러나 사후승인이 요구되는 경우임에도 불구하고 사후승인을 못 얻은 경우 논란이 있다. 학설은 무효설, 유효설, 조건부 유효설 등으로 나뉘고 있는데, 어떠한 태도를 취하더라도 사후불승인에는 문제가 남으므로 사전승인을 원칙으로 하는 것이

바람직하다 할 것이다.

사후승인과 관련한 조약무효설의 입장은 사후승인이 조약의 성립요건이라는 관점에 기초한다. 따라서 비록 비준과 조인을 받았더라도 승인을 얻지 못하면, 효력을 상실한다는 입장이다. 이러한 조약무효설의 입장에서 보면 사전승인은 성립요건으로 보면서 사후승인은 성립요건으로 보지 아니하면 여러 가지로 불합리가 발생한다는 관점에서 있다. 첫째, 사전 사후 승인의 효력이 다르게 된다. 둘째, 사후 승인을 경시하는 것은 국회의사를 경시하는 결과로 이어지게 된다. 나아가 사후 승인을 성립요건으로 보더라도 국제관계의 신뢰성의 문제도 발생하지 않는다는 태도를 견지하고 있다.<sup>515)</sup> 왜냐하면 국회승인이 필요하다는 것은 이미 상대국도 인지하고 있기 때문이라는 것이다.

반면에 사후승인을 받지 못하더라도 조약은 유효하다는 입장도 있다. 이러한 유효설의 입장은 조약의 국제법적 효력은 국제법에 의해 결정되는 것이지 국내절차에 의해 좌우되는 것은 아니며 조약체결의 상대국은 조약체결권자의 행위를 신뢰하면 충분하다는 입장에 기초한다. 또한 같은 국회의 승인이라고 하더라도 사전승인과 사후승인의 효력이 다른 것은 당연하다는 입장이다.<sup>516)</sup>

#### 4) 조약의 수정권

조약을 국회에서 승인받을 경우 국회가 조약을 수정할 수 있는가 하는 문제도 논란거리 중의 하나이다. 생각건대 조약의 내용을 확정하는 것은 내각의 직무에 속하는 것이고 이를 수정하는 것은 국회의 권한이라고도 생각할 수 있을 것이다.

그러나 국회가 수정할 수 있다고 하더라도 조약의 내용을 수정한

---

515) 浦部法穂、憲法學教室、日本評論社、2002年、539면 이하 참조.

516) 佐藤功、註釋日本國憲法(下)、學陽書房、1992年、892면 이하 참조.

다는 것은 사실상 불승인을 의미하게 된다. 그럼에도 국회가 만일 조약의 내용을 수정한다고 한다면 그 의미는 무엇일까. 그것은 국회의 수정의결에 기초한 내용으로 조약을 다시 체결하라는 내각에 대한 일종의 수정촉구의결일 뿐이라는 것이 다수설의 입장이다.

그렇다면 부분수정은 가능할 것인가도 더불어 논의될 수 있을 것이다. 이에 대해서는 내용적으로 나눌 수 있는 부분인 경우에 한하여 국회의 승인을 얻으면 조약으로서 성립할 수 있다고 보는 것이 일반적이다.<sup>517)</sup>

## 라. 조약의 효력

조약은 국내법의 한 형식이기도 하지만, 국제법상의 효력을 갖는다는 특수성 때문에 헌법과의 우열문제가 논란이 된다. 특히 일본국 헌법의 경우 국내법의 형식을 취한다는 별도의 규정이 없는 바 직접 적용된다고 볼 수 있고, 성실 존중의무를 명문으로 규정하고 있는 바 그 의미를 둘러싸고 앞에서 살펴본 바와 같은 논란이 있으며, 이에 대해서는 후술기로 한다.

## 2. 확립된 국제법규

### 가. 의미

#### 1) 국제관습법설

일반적으로 확립된 국제법규란 국제관습법 및 국제관습법이 명문화된 조약, 그리고 조약으로 나누어볼 수 있을 것이다. 확립된 국제법규를 국제관습법으로 보는 학설의 입장에서는 일본국 헌법 제98조

---

517) 野中俊彦 外、憲法 II、有斐閣、1995년、349면 참조.

제2항이 ‘조약과 **확립된 국제법규**’를 성실히 존중하여야 한다고 되어 있는 바, 확립된 국제법규란 조약을 제외한 국제법규의 의미 즉 관습국제법만을 의미한다고 보고 있다.

그러나, 이 경우 국제관습법이 명문화된 조약, 그리고 국가간의 일반조약에 대한 태도는 명확하지 않다.

## 2) 일반적으로 승인된 국제법규설

일본정부는 확립된 국제법규의 의미를 성문 불문을 묻지 않고 국제사회에서 일반적으로 승인된 국제법규를 의미한다고 보고 있다. 그리고 일반적으로 승인된 국제법규에는 조약의 일부, 즉 일반조약도 일부 포함된다.

### 나. 효력

#### 1) 국제관습법설

확립된 국제법규를 일반 국제법인 국제관습법을 의미한다고 보는 입장에서는 국제관습법의 헌법에 대한 우월한 효력을 인정하지 않는다.

그 이유로서는 다음 두 가지가 일반적으로 언급된다. 첫째, 국제법의 국내법적 효력을 규정한 일본국 헌법에 따르면 ‘확립된 국제법규’를 ‘일본국이 체결한 조약’과 병기하여 이에 대한 준수를 요구하고 있는데 이에 따르면 헌법에 우월한 지위를 인정할 수 없다는 것이다. 둘째, 비교헌법적으로 보더라도 국제법의 국내법적 효력은 헌법에 우월하지 못하다는 것이 일반적이고, 따라서 확립된 국제법규에 헌법에 우선하는 효력을 인정하기 위해서는 명시적 헌법규정이 필요하다는 것이다.

## 2) 일반적으로 승인된 국제법규 우위설

헌법은 조약에 우세하지만, 확립된 국제법규는 헌법과 동등 또는 우월한 효력을 갖는다는 입장이다. 왜냐하면 확립된 국제법규는 국제사회의 근본원칙이기 때문이다. 이러한 입장은 일본정부의 견해이기도 하다.

## 3) 정부견해

일본 정부는 ‘일반적으로 승인된 국제법규 우위설’에 기초하여 일반적으로 확립된 국제법규는 헌법에 우월한 효력을 가지며, 일반적으로 확립되지 않은 국제법규는 열등한 효력을 가진다는 입장을 취하고 있다.

## 4) 소 결

확립된 국제법규의 국내법상의 효력과 헌법과의 관계에 대하여 일본국 헌법이 국제사회의 보편적인 룰(rule)을 ‘인류보편의 원리(전문)’로 파악하고 있다는 점에 착안한다면 실제 양자는 내용상 충돌할 여지가 없다고 생각된다.

다만, 근대 국제법의 출발점이 서양기독교세계의 법이라는 점에 대하여 문화상대주의의 관점에서 비판적으로 본다면 양자의 효력문제가 불거질 수도 있을 것이다.

그러나 일본국 헌법은 서구근대가 만들어 낸 근대입헌주의를 인류보편의 원리로 선택했다는 점에 착안한다면 문화상대주의 관점에서의 일방적 헌법우위론 또한 그 설득력이 약해지고 있다고 할 것이다.<sup>518)</sup>

### 3. 조약 및 확립된 국제법규의 효력

조약과 확립된 국제법규를 성실히 존중한다는 의미를 둘러싸고 많은 논란이 있다. 성실히 존중한다는 의미를 조약의 우위를 의미한다고 해석하는 조약우위설과 존중한다는 의미에 강조점을 둔 것으로 해석하고 최고국내규범인 헌법이 조약에 우세하다는 헌법우위설로 나뉜다.

일본국 헌법이 제정된 직후에는 조약의 우위설이 다수설을 이루었으나, 미일안보조약의 개정문제가 정치사회적으로 논란이 되면서는 헌법우위설이 다수설을 이루게 되었다. 그러나 국제인권법의 국내적 적용문제가 대두되면서는 조약의 우위설이 다시 대두되고 있는 상황이다.

#### 가. 조약우위설(宮澤설):

조약우위설의 대표적인 주창자는 패전후 일본헌법학의 대부라 불리는 미야자와 도시요시(宮澤俊義)이며, 다음과 같은 논거에 의해 주장되었다.

첫째, 조약우위설의 주장자들은 일본국 헌법 제98조 제1항에서 조약의 준수 의무를 규정하고 있다는 사실에 주목한다. 만일 조약이 헌법에 반한다는 이유로 조약의 시행을 거부한다면 그것은 조약을 성실히 준수해야 한다는 제98조 제1항의 규정에 정면으로 반한다는 것이다.

둘째, 조약우위설의 주장자들은 위헌심사제를 규정한 일본국 헌법 제81조에는 다음과 같이 위헌심사 대상 항목에 조약에 대한 언급이

---

518) 樋口陽一、憲法、創文社、1992年、103면 이하 참조.

없다는 것에도 주목하고 있다.

제81조 최고재판소는 일체의 법률, 명령, 규칙 또는 처분이 헌법에 적합한지의 여부를 결정할 권한을 갖는 중심재판소이다.

즉 법원이 조약의 위헌성을 심사할 수 없다는 것, 따라서 위헌조약의 존재를 인정하는 것이라고 해석한다.

셋째, 헌법전체를 지배하고 있는 국제주의 사상도 조약우위설의 주요한 논거의 하나가 되고 있다. 잘 알려져 있듯이, 일본국 헌법은 절대주의적 국가주권 사상에 기초하여 제2차 세계대전을 일으켰던 대일본국헌법(명치헌법)에 대한 반성에 기초하여 제정된 것인 바, 명치헌법의 국가주권주의 사상을 뛰어 넘는 국제주의적인 사상을 채용하고 있다는 것이다. 즉 이러한 국제주의적인 사상 하에서 헌법은 한 나라만의 의사표현에 불과하지만, 조약은 국제사회의 의사표현이므로 조약이 헌법에 우월할 수밖에 없다는 것이다.

## 나. 헌법우위설(佐藤설)

헌법우위설의 대표적 주창자는 사토 고지(佐藤幸治)이다. 사토 고지 등의 헌법위위설 주창자들에 따르면 헌법이 조약에 우월하다는 것인데 그 논거는 다음과 같다. 519)

첫째, 헌법은 제98조 제2항에서 조약준수의 의무를 규정하고 있지만, 동시에 다음과 같은 내용의 제99조에도 주목한다.

제99조 천황 또는 국무대신, 국회의원, 재판관 그 밖의 공무

---

519) 佐藤幸治、憲法、青林書院、2000年、438면 이하 참조.

원은 이 헌법을 존중하고 옹호할 의무를 지닌다.

즉, 제99조에는 조약체결권을 갖는 내각의 구성원인 국무대신과 조약체결에 승인을 부여할 권한을 갖는 국회의원에 대해서도 헌법을 존중하고 옹호할 의무를 규정하고 있다는 것이다.

또한 제98조 제2항은 조약이 국내법에 편입되어 국내법적 효력을 갖는다는 것을 규정한 것에 불과하며 국내법에 편입된 조약과 헌법의 효력상의 상하관계를 규정한 조항은 아니라는 것이다. 즉 제98조 제2항은 위헌 조약을 성실히 준수할 것 까지를 규정한 것은 아니며, 조약의 국내법 편입을 규정한 것에 불과하다는 것이다. 또한 국제사회에서 요구되는 국제법 존중의 도덕적 존중 의무를 나타낸 조항이라는 점을 주목해야 한다고 해석한다.

둘째, 일본국 헌법 제81조가 특히 ‘조약’에 대한 법원의 위헌심사권을 제외하고 있는 것은, 법률 명령 등과 달리, 조약은 상대국과의 의사합치를 필요로 하며 일본만의 의사로 그 내용을 정할 수 없는 점에 비추어, 헌법에 명문의 규정을 두지 못한 것에 불과하며 조약에 대해서도 위헌심사권이 당연히 미친다고 해석하여야 한다는 것이다.

또한 제81조에는 조례도 제외하고 있는데, 법원이 조례에 대한 위헌심사권을 갖는다는 것은 삼척동자도 아는 상식인 바, 제81조에 열거되지 않았음을 이유로 조약에 대한 심사권을 부인하거나 위헌조약의 존재를 인정하는 것은 정당하지 못하다는 것이다.

셋째, 헌법개정절차는 중참의원 2/3 이상의 찬성에 더하여 국민과 반수의 찬성을 얻어야 하는 것에 비하면, 조약의 승인절차는 이러한



헌법 개정절차에 미치는 못한 점도 헌법우위설의 중요한 논거 중의 하나로 거론된다. 다시 말하여 국민투표 없이도 개정할 수 있는 조약에 국민투표가 있어야 개정되는 헌법보다 우월한 지위를 인정하는 것은 국민주권의 원리에 반한다는 것이다.

다만, 이러한 경우 연합국의 점령 하에서 포츠담선언과 항복문서와 같은 조약이 헌법에 우월한 효력을 갖았다는 점을 설명하지 못하는 단점을 가지고 있다.

#### 다. 절충설(헌법분류론)

헌법우위설과 조약우위설의 장단점을 비판하면서 두 견해를 절충하고자 하는 학설들도 등장하고 있다.

대표적인 것은 헌법을 근본규범과 헌법률로 분류하고 조약을 헌법률과 같은 정도의 효력을 갖는 것으로 위치지워야 한다는 절충론이다.

이러한 절충론은 조약이 독립주권국가간의 합의에 기초하고 있는 이상, 조약을 국제주의의 견지에서 어느 정도 중요시한다 하더라도 조약에 의한 근본규범의 변혁까지 인정하는 것은 엄청난 역설이라고 하면서 조약우위론을 비판하는 견지에서 출발한다. 다만, 이러한 역설을 극복하기 위해 헌법우위설처럼 헌법규정을 일률적으로 또한 선형적으로 조약의 위에 놓는 견해 즉 헌법우위설도 문제라고 지적한다.<sup>520)</sup>

절충론자들은 ‘국제법=조약을 가장 존중하는 원칙과 헌법의 기본성 및 최고성을 조화적으로 고려하여, 헌법의 근본규범을 최상위에 놓고 조약에는 법률에 우월하는 지위뿐만 아니라 근본규범 이외의

---

520) 小林直樹、憲法の構成原理、東京大學出版部、1981年、49면。

헌법률과 마찬가지로의 효력을 인정해도 좋은 것은 아닌가<sup>521)</sup>라고 반문한다.

또 다른 절충설은 다음과 같다. 독일 학설의 영향을 받은 것으로 사료된다. ‘일본국 헌법이 의도하는 것은 조약에 대하여 이론상 허용되는 최고 국내법상의 지위를 부여하여야 한다. 그리고 헌법을 기본원리에 해당하는 규정과 그 이외의 원리규정으로 나누고 조약을 그 중간에 위치시킬 것을 제창’한다.

이러한 학설에 따르면 ‘법이론상의 자살을 피하기 위해서는 헌법의 동질성을 유지하는데 필요한 기본원리만을 지킬 수 있으면 충분하고, 103개의 헌법조문 모두를 조약에 우선시할 필요는 없다는 것이다. 따라서 헌법이 법이론상의 모순을 범하지 않고도 결정할 수 있는 조약의 최상의 지위는 헌법의 기본원리규정과 그 밖의 규정의 중간에 놓으면 된다<sup>522)</sup>는 것이다. 이러한 논리는 ‘위헌조약은 유효하지만, 헌법의 기본원리에 반하는 경우는 그러하지 않다’는 결론으로 이어진다.

이러한 절충설적인 입장의 학설을 따르는 판례도 존재한다. 이른바 조총련사건에 관한 판결(1959년 3월)에서 재판부는 국제법우위를 원칙적으로 인정하지만, ‘국제법의 헌법에 대한 우위는 그러한 우위가 국가주권의 제한을 불러온다는 점에 주목하여야 하며, 국가는 가령 조약에 의하더라도 국민의 기본적 인권을 제한 또는 박탈할 수는 없다<sup>523)</sup>고 판시하였다.

---

521) 같은 책, 403면.

522) 川添利幸、第8購 國際法の誠實遵守義務、憲法、法學書院、1978年、77頁。

523) 時の判例 180호, 14면.

## 라. 조건부 헌법우위론: 확립된 국제법규(조약분류)의 우위

조약과 헌법과의 관계에 대한 일본에서의 이상의 논의를 잘 살펴보면 논의의 대상이 되고 있는 조약이 사실은 미일안보조약을 의미하고 이 미일안보조약의 헌법과의 관계에 지나치게 집중하고 있는 것은 아닌가 하는 점을 알 수 있다. 조건부헌법우위론은 이와 같은 논의 구조를 비판하면서 조약을 일률적으로 파악할 것이 아니라 조약의 내용과 성질을 분류하고 이에 기초하여 헌법과 조약과의 관계를 분석하자고 주장한다.

예를 들면, 독일 헌법 제24조 제1항에 따르면 ‘연방은 법률에 따라 고권을 국제기구에 이양할 수 있다’고 규정하고 있다. 이른바 주권의 이양을 명문으로 규정한 독일헌법 제24조 제1항과 일본국 헌법 제98조 제2항과의 차이점도 있을 수 있으나, 독일 헌법 제24조 제1항의 고권이양 규정이 그 명문상의 표현과 같이 주권의 일부를 국제기구에 양도한다는 의미가 아니고, 국제기구에 의해 창설된 공권력이 독일의 국내법체계 내부에서 행사됨을 용인하는 규정이라는 점이고 이것이 독일의 통설이라는 점에 주목한다.

따라서 고권이 일부 이양된 후 해당 국제기구에서 정한 법의 독일 국내법 체계 내부에서의 적용에 대한 헌법상의 한계문제와 고권이양에 대한 헌법상의 한계문제를 구별하여야 한다고 주장한다.<sup>524)</sup> 그리고 이러한 논의를 일본에서도 헌법 제98조 제1항을 해석하는데 참고해야 한다는 주장이다.

---

524) 齋藤正彰、國法体系における憲法と條約、信山社、2002年、70면 이하 참조.

### III. 국제법 존중주의의 내용

#### 1. 제98조 제2항의 성립과정

‘천황은 전쟁을 선언하고 강화를 모모하며 조약을 체결한다’고만 규정한 명치헌법(대일본제국헌법) 제13조에 대하여 헌법문제조사위원회 이른바 마쓰모토(松本)위원회에서는 다양한 개정안이 제시되었다. 1945년 말부터 1946년 1월에 걸쳐 각 위원회에 제출된 각종 개인안(私案)이 제출되었는데 그 중 예를 들면, 미야자와 토시요시(宮澤 俊義)위원은 다음과 같은 개정안을 내었다.<sup>525)</sup>

##### 미야자와 私案 제13조:

천황은 조약을 체결한다. 단, 법률로 정하여야 할 사항에 관한 조약 및 국가에 중대한 의무를 부과하는 조약은 제국의회의 협찬을 거칠 것을 필요로 한다.

천황은 조약의 공포를 명한다

조약은 공포에 의해 법률의 효력을 갖는다.

다른 위원으로부터 제출된 개정안에서도 ‘조약에 대해서는 모든 안이 일정한 범위 내에서 의회의 협찬을 필요로 하는 쪽으로 방향을 잡고 있었다. 이후 헌법문제조사위원회의 소위원회심의를 위해 미야자와 위원에 의해 제출된 갑안과 을안 가운데 갑안 제13조는 앞의 미야자와 개인안과 거의 동일하지만, 을안에는 다음과 같은 규정이 보인다.

---

525) 齋藤正彰、國宝体系における憲法と條約、信山社、2002年、28면.

### 을안 제13조

천황은 전쟁을 선언하고 강화를 도모하며 조약을 체결한다.

선전포고에 관해서는 적군의 진공을 막기 위한 경우를 제외하고는 제국의회의 협찬을 거쳐 조약에 의한 국고부담을 발생시키며 신민의 권리의무를 정하는 경우의 조약 체결에 대해서도 마찬가지이다.<sup>526)</sup>

우역곡절 끝에 위원회에서는 다음과 같은 두개의 안이 마련되었다.

### 소폭 개정안 제13조

천황은 조약을 체결한다. 단, 법률로 정해야할 사항에 관한 조약 또는 국고에 중대한 부담을 주는 조약을 체결하는 경우에는 제국의회의 협찬을 필요로 한다.

전항 단서의 경우에 특히 긴급히 필요한 경우에는 앞의 조항 제2항과 같은 경우는 그에 따른다.

### 대폭 개정안 제13조

천황은 조약을 체결한다. 단, 헌법에서 법률로 정해야한다고 하는 사항에 관한 조약은 국가에 중대한 의무를 부과하는 조약의 체결은 국회의 협찬을 거쳐야 한다.

전항의 경우 국회의 소집을 기다릴 수 없는 긴급한 필요가 있을 때에는 국회 상임위원회의 자문을 거치는 것으로도 충분하다. 다만, 사후에 국회에 보고하고 그 승낙을 받을 필요가 있다.

조약은 공포에 의해 법률의 효력을 갖는다.

---

526) 같은 책, 29면.

이와 같은 경위를 거쳐 헌법문제조사위원회에서는 조약에 관한 비교적 상세한 규정이 준비되었다.

그러나 이러한 상세한 조약은 맥아더초안의 등장으로 세상의 빛을 볼 수 없었다. 맥아더초안에는 조약에 관하여 다음과 같은 규정이 들어 있었다.<sup>527)</sup>

### 맥아더초안<sup>528)</sup> 제90조

이 헌법 및 이에 기초하여 제정된 법률 및 조약은 국민의 지상법이며, 이에 공공연히 반하는 법률 또는 명령 및 칙령 또는 그 밖의 정치상의 행위는 법률상의 효력을 갖지 못한다.

이후 일본측이 제출한 이른바 3월2일안 그리고 연합군 총사령부에서 축조심의된 후의 이른바 3월5일안을 거쳐 발표된 헌법개정초안도 역시 최고법규조항의 체제를 갖추었다.<sup>529)</sup>

### 헌법개정 초안 제94조

이 헌법 및 이에 기초하여 제정된 법률 및 조약은 국가의 최고법규로서 이 조항에 반하는 법률 명령 칙령 및 국무에 반하는 그 밖의 행위의 전부 또는 일부는 효력을 갖지 않는다.

이 최고법규조항은 연방제적 성격이 강하다는 비판이 제기되어 헌법만을 최고법규로 하는 내용으로 바뀌었다. 외무성은 '제94조 삭제에 의해 일본이 조약 국제법을 존중하는 취지의 규정이 없어지는 것

---

527) 같은 책, 30면.

528) 일본국 헌법의 성립과정 및 이른바 맥아더 초안에 대해서는 佐藤達夫外、日本國憲法成立史 3券、有斐閣、1994年、15면 이하를 참조.

529) 齋藤, 앞의 책, 31면.

은 바람직하지 않다’고 하여 7월26일에 하기하라(萩原) 조약국장이 가네모리(金森)국무대신에게 다음과 같은 변경안을 제시하였다.

### 외무성 시안 제94조

일본이 체결 또는 가입한 조약, 일본이 참가한 국제기관의 결정 및 일반적으로 승인된 국제법규는 이 헌법과 더불어 존중되어야 한다.

그 후 중의원 제국헌법개정안 특별위원회 하의 소위원회에서 8월 2일에 아시다 히토시(芦田均) 소위원회 위원장으로부터 제94조에 관한 외무성의 수정희망이라고 하여 다음과 같이 소개되었다.

### 외무성 수정희망안

일본이 체결한 조약 또는 가입한 조약, 일본이 참가한 국제기관의 결정 및 일반적으로 승인된 국제법규는 입법 그 밖의 국정 운영상 최대의 존중을 필요로 한다.<sup>530)</sup>

이러한 제한에 대해 ‘각 정파의 위원들의 찬성이 있었고 법제국에서 조문을 조정하여 제94조에 반영하기로 하였다. 이와 같은 복잡한 경위를 거쳐 그 불명확성 때문에 논란이 되고 있는 현재의 일본국 헌법 제98조 제2항의 형태가 완성되었다.

이 조문의 해석에 있어서도 헌법과 조약이 어떠한 관계에 있는가라는 문제는 제국회의의 심의단계에서도 계속 논란이 되었다. 이에 대하여 가네모리(金森) 국무대신은 ‘추상적 일반적으로 조약은 헌법을 부정할 수 있을까’라는 문제에 대한 즉답을 회피하면서 다음과 같이 답변하였다. ‘조약의 의의는 반드시 일의적으로 하나의 의미로 효

---

530) 같은 책, 32면.

력의 해결을 논할 수는 없다. 그 본질을 살펴보면서 적절한 국내법적 조치를 취하지 않으면 안된다.’ ‘헌법과의 관계에 대해서는 해당 조약의 성질에 비추어 어떻게 취급할 것인지를 신중히 고려하여야 할 것이다.’ 이에 덧붙여 가네모리대신은 다음과 같이 말하였다. ‘조약에 관한 부분은 학문에 의해 발달되어야 할 부분이 많고, 이를 법률로 그리고 헌법으로 명백히 재단하는 것은 조심스러우며 나중에 학문세계에서 충분히 그 의미내용을 밝힐 수 있을 것이다.’

## 2. 정부견해의 전개과정

무조건 항복을 내용으로 하는 포츠담선언을 수락하고 연합군의 간접통치에 의해 출범한 패전 후의 일본의 헌정체제는 태생적으로 헌법보다는 조약과 같은 국제법의 우위에 기초한 체제였다.

그러나 1952년 체결되고 1960년 개정된 미일안보조약의 내용이 비무장 평화주의를 규정한 현행 일본국 헌법과 배치되었던 것을 계기로 헌법과 조약의 우열의 문제에 대한 논란이 가중되었다.

비무장 평화주의를 규정한 헌법에 의한 민주주의 체제를 옹호해야 하는 헌법학의 입장에서는 헌법의 우위를 줄기차게 주장하였고, 일본 정부 역시 헌법학계의 다수설과 국민여망에 기초하여 헌법우선주의 입장을 취하여 왔다.

그러나 60-70년대의 고도성장의 결과 드리워진 기업에 의한 사회장악 및 지배경향이 공고화되고, 80년대 이후에는 계속되는 경제의 저성장문제, 과로사문제, 외국인 노동자의 인권문제 등이 사회적 현안으로 대두되면서 국제인권규범의 힘을 빌어 국내 인권문제를 해결하려는 움직임이 강화되었다. 또한 국가간의 관계도 보호주의로부터 개방주의에 기초한 신자유주의로 정책기조가 변화하면서 국제규범에 미치지 못하는 국내의 각종 규제정책의 합리화 필요성이 대두되었다.



이러한 흐름에 기초하여 일본 정부도 과거와 같은 일률적인 헌법 우위의 견해로부터 벗어나, 헌법우선주의의 입장에 기초하되 조약의 내용에 따라 우열을 재조정하는 태도로의 변화의 경향을 보이고 있다.<sup>531)</sup>

### 3. 소결

이상과 같이 일본의 경우 양국간 조약 특히 미일안보조약의 헌법 파괴적 내용 때문에 헌법우위론이 오랫동안 통설의 입장을 이론의 여지없이 고수하여 왔다. 그러나 국제기구의 확산, 국제인권규약의 보편화 경향 등으로 인하여 헌법과 조약 및 국제법규의 조화성을 모색하는 입장이 조약분류론 등에 기초하여 조심스럽게 확산되어 가고 있다. 그리고 일본국 헌법 제98조의 국제법 성실준종의 의미가 새롭게 해석되어 가고 있다 하겠다.

## 제2절 일본국헌법에서의 조약과 사법심사

### I. 개관

#### 1. 관련조문

일본국 헌법 제73조는 ‘내각은 다른 일반행정사무 외에 다음 사무를 행한다’고 규정하고 내각의 사무의 하나로 제3호에서 ‘조약을 체결할 것, 단, 시의에 따라서는 사후에 국회의 승인을 얻을 것을 필요

---

531) 같은 책, 48-50면 참조.

로 한다'고 규정하고 있다.

또한 일본국 헌법 제81조에서 '최고재판소는 일체의 법률 명령 규칙 또는 처분이 헌법에 적합한지의 여부를 결정할 권한을 갖는 중심 재판소이다'라고 규정하고 있다.

## 2. 문제의 소재

### 가. 조약

헌법과 조약과의 관계에서 조약우위설을 취하게 되면 위헌조약심사란 있을 수 없는 것이 되지만, 헌법우위설을 취하게 되면 조약의 위헌심사 가능성여부가 문제가 된다.

또한 헌법우위설을 취하더라도 일본국 헌법 제81조의 위헌심사의 대상을 예시한 것으로 볼 것이냐 열거한 것으로 볼 것이냐에 따라 조약에 대한 위헌심사 가능 여부가 논란이 된다.

### 나. 위헌심사제의 성격

뿐만 아니라 일본국 헌법상 위헌심사제의 성격을 구체적 규범통제 제도에 의한 헌법적합성 심사제로 이해할 것인가, 아니면 추상적 규범통제 제도로 이해할 것인가에 대해서도 조약의 사법심사가능성 여부와 관련하여 논란이 된다.

## II . 일본국 헌법의 사법심사

### 1. 위헌심사제의 유형

각국에서 채택하고 있는 위헌심사제도는 크게 분류하면 미국형 사법심사제와 독일형 사법심사제로 나눌 수 있다. 미국형 사법심사제는 통상의 법원이 구체적 쟁송 과정에서 그 전제가 되고 있는 법률 또는 조약 등의 합헌성을 심사하는 제도이다. 말하자면 구체적 분쟁이 있고 위헌문제도 구체적 사건의 법적 분쟁의 형태로 법원에 계속 중인 경우, 그 사건에 적용되는 법률의 합헌성에 대한 의심이 들 때 위헌성을 심사하는 것이다. 따라서 이를 부수적 심사제라고 한다.

독일형위헌심사제도는 통상의 법원이 아닌 헌법재판소라고 하는 특별법원에 의해서 이루어진다는 점에서 미국형 사법심사제와 구별된다. 독일 헌법에 따르면 헌법재판소는 연방정부 방(Land)정부 또는 연방의회의원 1/3이상의 신청에 기초하여 연방법률과 방의 법률이 기본법에 합치하는가의 여부를 심사하도록 되어 있다. 즉 법률의 적용이 문제가 되는 사건을 떠나 일반적 추상적으로 법률의 합헌성을 심사하도록 되어 있는 바 이를 추상적 위헌심사제라고 부른다.

### 2. 위헌심사제의 성격

일본국 헌법의 위헌심사제는 어느 유형에 속할 것인가 하는 점이다. 어느 유형에 속하느냐에 따라 조약 등에 사법심사의 성격도 논의의 스펙트럼이 변한다는 견지에서 약술하면 다음과 같다.

일본국 헌법 제정 초기에는 제81조가 추상적 규범통제의 근거가 된다는 주장이 활발하였다. 왜냐하면, 법원이 구체적 사건에 부수적으로 적용법령 등의 합헌성을 심사할 수 있는 것은 일본국 헌법 제

81조의 규정이 없더라도 당연한 것이며, 제81조는 이와는 별도로 최고재판소에 대하여 구체적 사건을 떠나 추상적 규범통제를 할 수 있는 근거가 된다는 것이다.

이러한 주장에 따르면 부수적 위헌심사권은 사법권에 당연히 내재하는 권한이며 모든 재판소에 인정된다고 주장한다. 이러한 관점에서 보면 일본국 헌법 제81조가 ‘최고재판소는 일질의 법률 등이 헌법에 적합한가의 여부를 결정하는 중심재판소’라고 규정한 것은 부수적 심사권 이외의 특별한 권한 즉 추상적 위헌심사권을 최고재판소에 인정한 취지로 해석했다.

그러나 일본헌법학계의 통설은 일본국 헌법의 위헌심사제는 미국형 부수적 심사제이며 추상적 규범통제는 인정하지 않는다는 것이며, 현재의 통설이다. 최고재판소 자신도 ‘일본국 헌법 제81조는 미국헌법이 헌법해석을 통하여 확립한 위헌심사권을 명문으로 규정한 점에 특징이 있는 것이지 추상적 규범통제권의 보유를 내포하는 규정이 아니라는 것이다.<sup>532)</sup>

다만, 일부에서는 최고재판소의 추상적 위헌심사권을 헌법이 긍정도 부정도 하지 않고 있는 이상 법률에서 정하면 최고재판소도 헌법재판소로서의 역할을 할 수 있다는 주장도 있다.

### 3. 위헌심사의 대상

일본국 헌법 제81조는 위헌심사의 대상으로서 ‘일체의 법률, 명령, 규칙 또는 처분’을 들고 있다. 그렇지만, 위헌심사의 대상이 되는 국가행위는 제81조에 열거된 것에만 한정할 것은 아니다.

예를 들면, 지방공공단체가 제정하는 조례는 제81조에는 예시되어 있

---

532) 戸松秀典、司法審査制、剴草書房、1989年、39면 이하 참조; 芦部信喜、人權と憲法訴訟、有斐閣、1994年、109면 이하 참조.

지 않지만, 당연히 위헌심사의 대상이 된다는 것이 판례의 태도이다.

물론 이 경우 조례를 제81조에서 열거하는 법률에 해당하는 것으로 볼 것인지, 명령에 해당하는 것으로 볼 것인지 논란이 없는 것은 아니다. 그러나 모든 국가행위는 헌법에 합치하여야 한다는 견지에서 보면 국가행위의 합헌성이 구체적 사건의 재판에 있어 문제가 되는 경우, 위헌심사의 대상으로 보고 있다.

### III. 조약 등의 사법심사

#### 1. 위헌조약 심사

일본국 헌법 제81조의 법규범 형식과 관련하여 가장 논란이 되는 것은 조약이 열거되지 않았다는 것이고, 조약의 위헌심사가 가능하겠는가 하는 점이다.

조약우위설을 취하게 되면 조약의 위헌심사문제는 발생하지 않는다. 반면에 헌법우위설을 취하는 경우도 조약의 특수성과 제81조의 법규범 형식을 들어 조약의 위헌심사를 부정할 수도 있을 것이다.

#### 가. 위헌심사금지설(통설)-열거설

헌법우위설을 취하면서도 조약의 위헌심사를 금지하는 것이 대체적인 통설이다. 왜냐하면 일본국 헌법 제81조에 위헌심사의 대상으로 조약을 열거하고 있지 않고 있기 때문이다.

위헌심사금지설의 또 다른 논거는 조약이 국가간의 성립문서라는 것이다. 다시 말하여 헌법이 조약에 우위인 것은 분명하지만, 조약의 헌법적합성 판단은 체결권자인 내각과 승인권자인 국회에 맡긴다는

것이다.<sup>533)</sup>

## 나. 위헌심사가능설(유력설)

헌법우위설에 기초하여 위헌심사가 가능하다고 하는 위헌심사가능설은 매우 유력한 입장이 되고 있다. 위헌심사가능설에 따르면 일본국 헌법 제81조와 같은 명문규정의 존부는 형식적 이유에 불과한 것이며 이는 하나의 예시에 불과하다는 것이다. 또한 조약이 헌법문제가 되는 것은 국제법으로서의 효력이 문제가 아니라 국내법적 효력이 문제이기 때문에 위헌심사가 가능하다는 것이다.<sup>534)</sup>

일본의 최고재판소는 조건부 심사긍정설의 태도를 취하고 있다. 1959년 일본 최고재판소는 스나가와(砂川)사건(最大判 1959. 12. 16) 판결에서 ‘한눈에도 매우 명백히 위헌’인 경우에 한하여 위헌심사가 가능하며, 그렇지 않은 경우에는 위헌심사를 할 수 없다는 입장을 취하였다.<sup>535)</sup>

이 판결에서 최고재판소는 미일안보조약의 위헌성 여부는 조약 체결권자인 내각과 승인권자인 국회, 그리고 최종적으로는 주권자인 국민의 정치적 판단에 맡겨야 한다며, 주권국으로서의 국가존립의 기초에 해당하는 중대하고 고도의 정치적 성격을 띤 문제, 이른바 통치행위는 사법심사의 판단범위 밖에 있다고 판시하였다.

현안인 미일안보조약의 위헌성 여부에 대한 사법판단을 회피하기 위하여 등장한 논리이지만, 이 논리를 뒤집어보면 ‘한눈에도 명확하고 명백히 위헌’인 조약에 대해서는 위헌심사가 가능하다는 함의를 포함하고 있는 셈이다.

---

533) 樋口陽一、憲法、創文社、1992년、415면.

534) 佐藤幸治、憲法、青林書院、2000年、244면 이하 참조.

535) 小林直樹、憲法判斷の原理(下)、日本評論社、1978年、180면 이하 참조.

이러한 논리는 조약체결과 같은 정치행위 또는 통치행위로부터 일괄적으로 손을 놓겠다는 일반적인 통치행위론과는 약간의 차별성이 있는 것이며, 일정한 정치행위 또는 통치행위에 대해서는 사법부가 개입하겠다는 의도를 내포하고 있다고도 평가할 수 있을 것이다.<sup>536)</sup>

## 다. 절충설

이상의 위헌심사금지설과 가능설을 절충하여 절충설에서는 자기집행(self-executing)적 조약과 비자기집행적(non self-executing) 조약을 구별하여 이 문제에 접근하고 있다. 즉 자기집행적 조약은 위헌심사가 가능하고 보되, 비자기집행적 조약은 심사대상에서 제외하자는 입장을 취하고 있다.

## 2. 위헌조약의 효력

위헌인 조약이 체결 공포되는 경우도 있다. 이 경우 법원이 위헌심사권을 행사하여 그 조약을 위헌이라고 결정하는 경우의 효력은 어떻게 될 것인가도 사실은 문제이다.

사토 이사오(佐藤 功)는 위헌조약의 경우 국내법상의 효력을 인정하는 것은 가능하지만 그 판결의 효력은 당해 사건에 대해서만 적용되지 않을 뿐이며, 그 조약의 국내법상의 효력을 일반적으로 상실시키는 것은 아니라고 주장한다. 또한 그 조약의 국제법상의 효력을 상실시키는 것은 아니라고 한다. 왜냐하면 조약의 효력을 상실시키는 것은 당사국의 의사합치에 의해서만 이루어지기 때문이다.<sup>537)</sup>

이른바 스나가와사건에서 최고재판소(1959년 12월)는 미일안보조약

---

536) 樋口陽一、憲法、創文社、1992년、416면.

537) 佐藤功、日本國憲法概説、學陽書房、1992年、553면.

의 위헌성에 대하여 심사한 바 있다. 이 판결은 통치행위 이론을 채용한 것인데, ‘한눈에도 매우 명백히 위헌무효라고 인정되지 않는 한’ 일미안보조약은 위헌심사권의 범위 밖에 있고, 이는 동 조약이 과연 ‘한눈에도 매우 명백히 위헌’인가의 여부를 심사한 것을 의미한다.

또한 이 판결은 미일안보조약이 고도의 정치성을 띤 조약임에 비추어 이러한 위헌심사권 밖에 있는 것이며, 고도의 정치성을 띠지 않는 조약의 경우에 대해서는 일반적으로 심사권이 미친다고 해석되고 있다.

생각건대, 법원이 위헌심사를 통하여 합헌 또는 위헌결정을 내린다고 하더라도 그러한 판단이 조약의 효력마저 좌지우지 하지는 않는다는 것이 일반적인 견해이다. 예를 들어, 위 스나가와사건도 안보조약의 위헌성에 대한 판단이 논란이 되었지만, 직접적인 문제가 되었던 것은 안보조약에 기초한 국내법인 형사특별법이었다. 따라서 가령 안보조약이 위헌이라는 판단을 법원이 하더라도 효력을 잃는 것은 안보조약에 기초한 형사특별법이지 안보조약 그 자체는 아니라는 것이다. 즉 위헌심사에서 문제가 되는 것은 국내법으로서의 조약 그 자체의 효력이 문제가 되는 것이 아니라 조약의 국내법적 효력 또는 실시를 위한 국내법의 효력인 것이다.

따라서 법원이 조약에 대한 위헌판단을 하더라도 그 효력이 좌지우지되는 것은 아니라는 것이다. 그렇다면 조약의 위헌심사를 부정할 실질적 근거도 없다고 하여야 할 것이다.<sup>538)</sup>

조약의 내용이 헌법에 위반하는 경우 국내적으로는 효력이 부정되나 국제적으로는 효력이 부인되지 않는다는 것이 국제법상의 원칙이지만, 체결절차가 위헌인 경우에는 상황이 조금 다르다. ‘조약법에 관한 비엔나 조약’은 ‘어떠한 나라도 조약에 구속된다는 동의가 조약체

---

538) 浦部法穂、憲法學教室II、日本評論社、1991年、71면 참조.



결 권능에 관한 국내법 규정에 위반하여 표명되었다는 사실을 해당 조약의 무효의 근거로 원용해서는 안되는 것이 원칙'이나, 절차상의 '위반이 명백하고 기본적으로 중요성을 갖는 경우'는 예외적으로 효력이 부인될 수 있다<sup>539)</sup>고 보고 있으며, 일본의 연구자들도 이에 주목하고 있다.

### 3. 일반적으로 확립된 국제법규에 대한 위헌심사

일반적으로 확립된 국제법규에 대해서는 앞서도 살펴보았듯이, 국제관습법으로 보는 학설과 일반적으로 승인된 국제법규로 보는 입장이 있다. 그러나 일본국 헌법이 '일본국이 체결한 조약'과 그 밖의 '확립된 국제법규'를 병기하고 있다는 점을 고려한다면 국제관습법으로 보는 것이 타당할 것이다.

그리고 일반적으로 확립된 국제법규는 비교헌법적 관점에서 보더라도 헌법에 우월한 효력을 인정하지 않고 있다는 점을 고려한다면, 헌법에 우월한 국내법적 효력을 인정하기 어렵다할 것이며, 이에 따르면 위헌법률심사의 대상이 된다 할 것이다.

### 4. 조약에 위반하는 법률의 심사

조약의 국내법으로서의 형식적 효력을 법률과의 관계에서 파악하면 조약을 법률의 상위에 놓는 것이 통설이며, 그 근거는 헌법 제98조 제2항이다.

'경제적 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약', '시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약'(1979년 비준 발효)은 국내법으로서 효력을

---

539) 樋口陽一、憲法、創文社、1992년、100면.

갖게 되어, 법률에 대한 조약의 우위설은 법률 등이 인권규약에 위반한다는 주장을 헌법위반에 준하여 주장할 수 있고, 상고이유로 원용할 수 있으며, 일본 국내법 정비를 위한 인센티브효과를 갖는다고 할 수 있을 것이다.<sup>540)</sup>

또한 생사의 수입과 수입생사의 판매에 대한 제한을 규정한 일본 국내 법률이 ‘관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)’에 위반하고 그 결과 싼 수입생사의 구입이 어려워지자, 손해를 입은 일본의 실크넥타이 생산업자가 헌법과 조약에 위반하는 법률의 입법행위를 이유로 국가배상법에 의한 국가배상을 요구한 사례도 있다(오오사카 고등법원 1986년).<sup>541)</sup>

---

540) 樋口陽一、같은 책、100면.

541) 筒井若水、國際法基礎講義、有非閣、1995年、25면 이하 참조.

## 제6장 한국에서의 국제법규범과 헌법재판

### 제1절 개 설

우리 헌법은 국제법규범에 관해 아주 간략하게 규정하고 있다. 국제평화주의를 규율한 헌법전문, 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규에 대해 국내법적 효력을 규정한 헌법 제6조 제1항, 국회의 동의 대상인 조약의 범위를 규율한 헌법 제60조 제1항, 대통령의 조약체결·비준권을 규정한 헌법 제73조, 그리고 조약안을 국무회의의 심의대상으로 규정한 헌법 제89조 제3호 등이 그것이다.

이상의 규정을 가지고 국제화시대에 조응해서 다양하게 이루어지는 국제법적인 규범질서에 대처해야 한다. 그런가 하면 국제법규범이 국내법체계에 폭넓게 반영됨이 현실이다. 이는 결국 국제법규범에 대한 체계적인 해석을 필요로 함을 의미한다.

국제법규범은 2단계에 걸쳐 그 규범력을 발휘한다. 1단계에서는 국가 사이에서의 법규범으로 그 기능을 발휘한다. 하지만, 2단계에 이르러는 그 개별국가가 국가의 기관으로 하여금 국내적으로 집행하게 하는 국내적 효력을 가진다. 이런 점은 국내의 고유한 법규범과는 다른 독특한 특성이다.

앞 장까지는 비교법적인 시각에서 세계의 주요 국가에서 전개되는 조약을 비롯한 국제법규범에 대해 이론적인 접근을 도모하였다. 이 장에서는 한국에서의 국제법규범에 대해 쟁점별로 구분해서 검토하기로 한다.

즉, 첫째로는 헌법 제6조 제1항의 구체적 의미에 관해서이다. 둘째

로는 국제인권법이 헌법재판의 재판규범이 되는지 여부에 관해서이다. 셋째로는 헌법 제60조 제1항에서는 국회의 동의를 요하는 조약에 대해 규율하고 있는 바, 그 실체적인 의미에 관해서이다. 그리고 마지막으로 조약과 국제법규를 둘러싼 우리의 판례는 어떠한 태도를 취하는지에 관해 검토하기로 한다.

## 제2절 헌법 제6조 제1항의 구체적 의미

### I. 개 관

우리 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의해 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있다.

이 조항은 “세계평화와 인류공영에 이바지”한다는 헌법 전문과 침략적 전쟁을 부인하는 제5조 제1항과 더불어 국제평화주의에 입각한 국제법존중의 원칙을 밝힌 것이다. 이는 국제질서에 관한 우리 헌법의 기본원리를 밝힌 것이다.<sup>542)</sup>

이 조항은 국제법규범이 국내적 질서에 수용됨에 있어 매우 중요한 의미를 지닌다. 물론 관련해서 고려할 수 있는 헌법조항으로는 조약에 대한 국회의 동의권을 규정한 헌법 제60조 제1항과 대통령의 조약체결권을 규정한 헌법 제73조를 들 수 있다.

이 조항의 연혁을 살펴보면, 제헌헌법은 제7조에서 “비준·공포된

---

542) 김철수, 『헌법학개론』(박영사, 2007), 232면; 권영성, 『헌법학원론』(법문사, 2007), 174면; 전광석, 『한국헌법론』(법문사, 2006), 131면; 장영수, 『헌법학』(홍문사, 2007), 242면 참조.

국제조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 동일한 효력을 가진다.”고 규정하였다. 1962년 제5차 개정헌법은 제5조에서 “이 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 하였다. 그리고 1980년 제8차 개정헌법은 제5조 제1항에서 현행헌법 제6조 제1항과 동일한 내용으로 규율하기에 이르렀다.

이러한 내용은 우리 헌법이 일관해서 국제법준중의 원칙을 채택하고 있음을 보여주는 것이다. 제헌헌법에서는 ‘비준·공포된’ 조약을 제5차 개정헌법에서 ‘체결·공포된’ 조약으로 개정된 이래, 현행헌법에 이르기까지 비준이 아닌 체결로 그 의미를 바꾸어 유지시키고 있다. 이는 조약이 비준 없이도 체결되는 국제적 관행을 헌법적으로 수용한 것이다.

그런데, 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법상 어떠한 형식을 취해야 하는지 우리 헌법은 아무런 규정도 두지 않고 있다. 이는 해석을 통해 해결해야 할 과제임을 의미한다.

그러면 여기서는 먼저, 국제법규범으로서의 법원성을 지닌 조약, 국제법규 및 국제기구의 결의 등에 관해 살펴본다. 이어 국제법규범이 국내적 효력을 갖는 문제에 관해 검토한다. 또한 국제법규범의 자기집행력, 국제법과 국내법의 충돌 및 국제법규범의 헌법재판적 통제 절차 등에 관해서도 차례에 따라 논의를 전개하기로 한다.

## II. 국제법규범의 유형

국제사법재판소규약(StIGH) 제39조 제1항은 국제법상 法源으로 조약, 관습법 및 법의 일반원칙을 명문으로 제시하고 있다. 그런데 우

리 헌법은 제6조 제1항에서 국제법의 法源으로 조약과 국제법규를 제시하고 있다. 여기서 문제되는 것이 국제법규에 관습법 및 법의 일반원칙이 포함되는가 하는 점이다. 또한 국제사법재판소규약에는 명시되지 않았지만, 국제기구의 결의도 法源性을 인정할 수 있는지를 논의하기로 한다.

그러면, 여기서는 조약 일반에 관해, 일반적으로 승인된 국제법규를 둘러싼 제반 의미에 관해, 그리고 국제기구의 결의에 관해 순서대로 다루기로 한다.

## 1. 조약

### 가. 조약의 개념

조약법에 관한 비엔나 협약(이하 ‘조약법협약’이라 약칭한다)<sup>543)</sup> 제2조 제1항 a호는 “조약이라 함은 단일의 문서에 또는 2 또는 그 이상의 관련문서에 구현되고 있는가에 관계없이 또한 그 특정의 명칭에 관계없이, 서면형식으로 국가간에 체결되며 또한 국제법에 의하여 규율되는 국제적 합의를 의미한다.”고 규정하고 있다. 조약은 전통적으로 2개 이상의 국가간의 합의라고 정의되어 왔지만, 국제기구들도 독립적인 국제법 주체로서 국가와 조약을 체결함은 물론이고, 국제기구 간에도 조약을 체결하고 있다. 조약법협약 제3조 a호에 따르면, 조약은 원칙적으로 문서의 형식으로 이루어져야 하지만, 예외적으로

---

543) 조약법에 관한 비엔나 협약은 두 가지 형태가 있다. 그 하나는 1969년에 채택되어 ‘국가간’의 관계에서 통일된 규칙을 성문화한 것으로, 주요내용으로는 조약의 체결절차, 조약의 효력, 조약의 적용·해석·개정·수정·무효·종료 및 정지 등을 담고 있으며, 다른 하나는 1986년에 채택된 것으로 ‘국가와 국제기구간, 국제기구 상호간’의 조약체결을 규율하는 “국가와 국제기구간 또는 국제기구 상호간의 조약법에 관한 비엔나 협약”이 있다. 본고에서 조약법협약을 언급함은 모두 전자를 의미한다.

구두에 의한 합의로도 가능하다.<sup>544)</sup> 아무튼 대체로 조약이란 국제법 주체간에 권리와 의무관계를 창출하기 위하여 서면형식으로 체결되며 국제법에 의해 규율되는 합의를 말한다.<sup>545)</sup>

조약의 명칭은 헌장·조약·협정·협약·의정서·합의록·각서·선언 등으로 다양하다. 명칭이 다양한 이유는 국제관행상 적용하여온 기준에 따라 명칭을 붙였기 때문이다. 명칭의 차이가 조약의 효력을 구별하는 징표는 아니다.<sup>546)</sup> 헌법재판소도 기본적으로는 명칭과 관련 없이 국가간 합의의 내용에 따라 조약에 해당하는 여부를 판단하고 있다.<sup>547)548)</sup>

이러한 조약의 체결에 관해 우리 헌법은 대통령에게 전속적인 권한을 부여하고 있으며(헌법 제73조), 조약을 체결·비준함에 앞서 국무회의의 심의를 거쳐야 하고(헌법 제89조 제3호), 특히 중요한 사항에 관한 조약의 체결·비준에는 사전에 국회의 동의를 얻도록 하였다(헌법 제60조 제1항).

---

544) 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 7면.

545) 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 8면.

546) 다만, 명칭에 따라 그 조약이 어떠한 내용을 지닌 조약이고 어떠한 성격을 지니고 있는지를 이해하는데 준거가 될 수는 있다. 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제473호 (법제처, 1997. 5), 103-120면 참조.

547) 헌재 1999. 4. 29. 97헌가14, 판례집 11-1, 273, 282.

548) 그런데, 남북관계와 관련해서 이루어진 문서상 합의와 관련해서 우리 헌법 재판소는 ‘남북사이의 화해와 불가침 및 교류협력에 관한 합의서’(소위 남북기본합의서)에 대해서는 양 “당국간 합의로서 남북당국의 성의 있는 이행을 상호 약속하는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격”을 가진 것이라 한다. 헌재 1997. 1. 16. 92헌바6등, 판례집 9-1, 1, 23; 헌재 2000. 7. 20. 98헌바63, 판례집 12-2, 52, 62. 이런 점은 대법원도 마찬가지이다. 대법 1999. 7. 23. 98두14525판결 참조. 결국 이런 태도는 북한의 주권국가로서의 인정문제가 전제가 되어 있기 때문이라 보여진다. 이는 본고에서 북한과의 관계 문제를 논의의 대상에서 제외하는 근거로 작용한다.

## 나. 조약의 유형

조약은 여러 가지 형태로 구분할 수 있다. 먼저, 헌법에 규정된 조약체결절차에 따라 나눌 수 있다. 즉 헌법 제60조 제1항에 따라 국회의 동의를 얻어 체결하는 ‘동의조약’과 국회의 동의 없이 대통령이 단독으로 체결하는 ‘비동의조약’으로 구분할 수 있다. 그런가 하면 관행상으로 이루어진 것에도 주목해야 한다. 먼저, 외교통상부의 관행으로 이루어지고 있는 ‘고시류조약’이 있다. 그런가 하면 정부부처가 체결하는 ‘기관간 약정’과 지방자치단체가 외국의 지방자치단체와 체결하는 ‘합의서’가 있다.

그 외에도 체결절차에 따라 정식조약과 약식조약으로 구분할 수 있다. 정식조약은 조약문의 인증과 조약의 구속을 받겠다는 동의표시(기속적 동의)를 따로 체결하는, 즉 조약체결권자의 비준을 받는 조약을 말한다. 그에 비해, 약식조약은 서명만으로 조약이 체결되는 간단한 형식의 조약을 말한다. 일반적으로 정식조약의 경우 국회의 동의를 필요로 하고(비준동의), 약식조약의 경우 국회의 동의를 필요로 하지 않는다.

### 1) 동의조약

헌법 제60조 제1항에 따르면, 국회가 체결·비준에 관해 동의권을 행사하는 조약으로는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 및 입법사항에 관한 조약이 제시되어 있다.

동의조약에 관해서는 후술하는 제4절에서 세부적으로 다루어지므로, 여기서는 생략한다.



## 2) 비동의조약

헌법 제60조 제1항에는 국회의 동의를 필요로 하는 조약을 규정하고 있으며, 헌법 제73조에서는 대통령의 조약체결권을 규정하고 있다. 이는 헌법 제60조 제1항에 규정된 조약 이외의 조약에 대해서는 대통령이 국회의 동의 없이 단독으로 체결할 수 있음을 의미한다. 이에 해당하는 조약으로는 조약의 위임에 의한 사항, 조약의 시행을 위하여 필요한 사항 또는 정부의 행정권에 관한 사항을 정하는 조약 등이 제시된다.<sup>549)</sup>

미국의 경우 의회의 동의 없이 체결할 수 있는 조약을 행정협정 내지 행정부협정이라 하면서 폭넓게 용인하고 있는 형편이다.<sup>550)</sup> 하지만, 이는 한국과는 다른 차원에서 접근한 것이다.<sup>551)</sup> 그런가 하면 독일에서도 행정협정을 인정하고 있다. 즉 행정협정이 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 조약은 아닌 까닭에, 행정협정에는 조약법(조약에 관한 동의법률)을 필요로 하지 아니한다.

대부분의 행정협정은 기술적 또는 행정적 성격을 갖으며 집행부 권한을 갖는 규제사항을 대상으로 한다.<sup>552)</sup> 따라서 행정협정은 법률

---

549) 김용진, “國會議의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면.

550) 이에 관해 상세한 내용은 제2장 제4절 참조.

551) 이에 관해 상세한 내용은 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 『국제법학회는총』 제46권 제3호 통권 제91호 (대한국제법학회, 2001. 6), 36면 이하 참조.

552) 형식상 호칭이 행정협정이라 해서 반드시 이 유형에 속하는 것은 아니다. 한미행정협정의 경우 “그 호칭에서는 국회의 관여를 필요로 하지 않는 행정협정으로 보여지기도 하지만, 외국군대의 지위에 관한 것이라는 점, 국가에게 재정적 부담을 지운다는 점, 입법사항을 포함한다는 점 등에서 헌법 제60조 제2항과 제1항에 근거해서 국회의 동의를 요한다고 하겠다. … 이 사건 조약은 그 명칭이 ‘협정’으로 되어있어 국회의 관여 없이 체결되는 행정협정처럼

의 수권범위내의 사항을 대상으로 하거나, 조약의 이행을 위한 사항을 그 대상으로 하며 임시 또는 급박한 업무를 처리하기 위하여 체결된다.<sup>553)</sup> 그러나 조약과 행정협정은 그 대상으로 할 수 있는 사항이 확연히 구분되지는 않는다. 조약으로 체결되어야 할 사항도 행정협정에 의하여 체결될 수 있다. 즉 약식형태로 체결되는 협정의 대상이라고 반드시 조약의 대상과 구분된다고 주장할 수는 없다.<sup>554)</sup>

비준이 필요한 조약이나 그렇지 않고 서명, 문서의 교환 등에 의하여 발효하는 조약이나에 따라서 전자를 정식의 조약으로 보고 후자를 약식협정으로 구분할 수 있다. 이러한 구분 기준은 특별한 설명이 필요 없을 정도로 간명한 점이 있으나 약점도 안고 있다.<sup>555)</sup>

### 3) 고시류조약

조약에 대한 국가의 기속적 동의를 표시하기 위한 당위적인 국내

보이기도 하나 우리나라의 입장에서 볼 때에는 외국군대의 지위에 관한 것이고, 국가에게 재정적 부담을 지우는 내용과 근로자의 지위, 미군에 대한 형사재판권, 민사청구권 등 입법사항을 포함하고 있으므로 국회의 동의를 요하는 조약으로 취급되어야 한다.” 현재 1999. 4. 29. 97헌가14, 판례집 11-1, 273, 281-282.

553) 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 164면 이하 참조.

554) 약식조약이란 국가의 기속적 동의를 표시로서의 서명 자체로 효력을 발생하는 조약으로서 신속한 효력발생을 의도한 조약을 말한다. 약식조약에서는 서명이 조약문의 인증행위인 동시에 국가의 조약에 대한 기속적 동의표시의 최종행위이다. 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 41면.

555) 첫째, 조약은 일반적으로 비준되는 반면 약식의 협정은 비준되지 않는다는 점을 전제로 하고 있으나 항상 그런 것만은 아니라는 점이다. 일반적으로 약식협정으로 분류되는 것에도 실제 비준이 행해지고 있다. 둘째, 일부 국가는 조약과 행정협정을 구분하기 위하여 국내적 기준을 마련하고 있다. 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 164면 이하 참조.

적 절차는 국무회의의 심의와 대통령의 재가이다. 그런데, 母조약의 실시·집행을 위하여 보충적으로 체결되는 시행약정이나 母조약의 일부 내용을 수정하기 위한 각서교환 등에 대해서는 복잡한 국내절차를 취하는 것이 적당치 않다고 본다. 그래서 그런 경우 외교통상부장관은 관계부처와 협의를 거쳐 체결절차를 진행하고 그 중 특정한 것에 대해서는 관보에 고시하고 있다. 이렇게 체결된 조약을 告示類條約이라 칭한다.<sup>556)</sup>

고시류 조약은 ① 이미 체결된 조약에 규정된 내용을 시행하기 위한 집행적 성격의 세부사항에 관한 합의나 ② 조약의 본질적 내용을 변경함이 없이 이를 일부 수정하기 위한 합의 등에 이용된다고 한다.<sup>557)</sup>

그러나 공포가 아닌 고시에 의해 발효하는 고시류 조약은 그 법적 근거가 문제될 수 있다. 오래 전부터 관행으로 존재해왔고 또 그 기능이 제한적이라 할지라도, 조약체결에 있어 일반적으로 요구되는 국무회의의 심의(헌법 제89조 제3호), 대통령의 재가(헌법 제73조) 및 공포절차(헌법 제6조 제1항)와 같은 헌법적인 절차를 거치지 않았다는 점이다. 또 그런 절차를 거치는 것이 적당하지 않다고 해서 외교통상부장관이 관계부처와 협의만을 거칠 뿐이고, 그렇게 조약을 체결

---

556) 이하 상세한 내용은 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제 473호 (법제처, 1997. 5), 103-120면; 정인섭, “條約締結에 대한 國會의 同意制度 : 재정적 부담을 지우는 조약을 중심으로”, 『법학』 제43권 제3호 통권 제 124호 (서울대학교법학연구소, 2002. 9), 93-94면; 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 39면.

557) 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 39면. 그 외에도 조약의 유효기간을 단순히 연장하기 위한 합의나 수출입상의 쿼터에 관한 합의 등이 이에 해당하는 것으로 본다. 외무부, 조약업무처리지침, 56면; 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 142면 이하; 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 『국제법학회논총』 제46권 제3호 통권 제91호 (대한국제법학회, 2001. 6), 39면 이하 참조.

한 다음, ‘공포’가 아닌 ‘고시’에 의해 효력을 발생시킨다는 한계점을 지니고 있다. 모든 고시류조약이 조약으로서의 형식과 요건을 갖추었는지도 명확하지 않다.

아무튼 고시류 조약을 헌법상의 조약체결절차가 생략된 국내법상 약식조약의 일종으로 본다.<sup>558)</sup> 결국 제한적인 목적을 위해 비교적 중요성이 적은 조약을 국무회의의 심의와 대통령의 재가라는 절차 없이 체결할 수 있다는 편리성이 인정되어 그 형태를 유지해오는 것으로 보인다. 이 조약은 母협정이 “명시적으로 또는 묵시적으로 위임한 범위 내에서” 체결하는 경우에는 母협정을 그 법적 근거로 볼 수 있다.<sup>559)</sup> 또한 그러한 조약체결권을 행사하는 주체는 이 경우 역시 대통령으로 보아야 하고, 외교통상부장관은 권한을 위임받아 행사한 것으로 이해해야 한다.

그러나 문제는 편리성에 치우쳐 국무회의의 심의, 대통령의 재가, 국회의 동의 및 공포라는 헌법적 절차를 우회하려고 하는 경우이다. 또 조약의 내용을 일부 수정하기로 한 합의가 그 조약의 본질적 내용과 관련되거나 국회의 동의를 받은 범위 이상으로 국민의 권리제한이나 의무부과를 초래하는 내용을 담고 있는 경우 이에 대한 통제 문제가 등장하게 된다.

---

558) 그러나 국내법상 약식조약의 존재를 인정한다 하더라도 국회의 동의절차가 생략된 것이 아니라 그 자체가 요구되지 않는 비동의조약은 이러한 약식조약과 구분된다. 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 『국제법학회논총』 제46권 제3호 통권 제91호 (대한국제법학회, 2001. 6), 39면 각주 47번 참조.

559) 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 『국제법학회논총』 제46권 제3호 통권 제91호 (대한국제법학회, 2001. 6), 39면.

#### 4) 조약의 성격을 결여한 약정 등

##### 가) 기관간 약정

‘기관간 약정’이란 정부 각 부처가 자신의 소관업무 범위 내에서 외국의 동일한 또는 유사한 정부기관과 관련 업무 범위 내에서 체결하는 약정을 말한다. 조약체결권은 우리 헌법 제73조에 따라 대통령의 고유한 권한이다. 따라서 권한의 위임을 받지 아니한 정부 부처간의 약정은 조약으로서의 성격을 결여한 것이다. 이에 해당하는 유형으로는 ① 국가 또는 정부간에 체결된 母조약을 구체적으로 이행하는 시행사업을 규정하기 위한 子조약으로서의 기관간 약정과, ② 母조약 없이 관계 부처의 소관 업무 범위 내에서 기술적 협력사항을 규율하는 기관간 약정을 들 수 있다.<sup>560)</sup> 그런데 여기서 전자는 기관간 약정으로서 조약의 성격을 전혀 지니지 아니한 것으로 보기에선 곤란한 점이 있다고 본다. 특히 고시류조약을 인정할 경우, 이 경우도 그에 해당될 개연성을 부인하기는 어렵다.

기관간 약정은 조약의 공식적인 체결절차, 즉 법제처의 심사, 국무회의의 심의, 대통령의 재가, 필요시 국회의 동의 등의 절차가 생략된 경우를 말한다. 따라서 법적 구속력을 가질 수 없는 한계를 지닌다. 여기서 소관업무 범위 내의 사항으로는 ① 국가간의 권리와 의무를 발생시키는 내용을 포함해서는 안 되며, ② 국가의 재정적 부담을 발생시켜서도 안 되며, ③ 국내의 법령과 저촉되는 내용을 담아서도 안 되고, ④ 다른 부처의 소관업무를 포함해서는 안 된다.<sup>561)</sup>

---

560) 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 50면.

561) 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 52면.

## 나) 지방자치단체의 합의서

지방자치가 활성화되면서 지방자치단체가 외국의 지방자치단체와 대외적인 협력 등이 활발하게 이루어지고 있다. 그래서 이른바 지방자치단체의 합의서에 대한 규범력이 문제된다.

그런데 조약체결권은 전술한 바와 같이 헌법 제73조에 의거해서 대통령의 헌법상 고유한 권한이다. 다시 말해서 대통령으로부터 권한의 위임을 받지 아니하고 이루어진 합의는 조약으로서의 성격을 지닐 수 없다.<sup>562)</sup> 그로 인해 조약의 성격을 지니지 아니함에도 전술한 ‘기관간 협정’과 마찬가지로 규율해서는 아니되는 내용을 담는 등의 부작용을 발생할 수 있다는 점에 유의해야 한다.

## 다. 조약의 체결절차

### 1) 조약의 체결권자

헌법 제73조에 따라 대통령은 조약을 체결·비준하는 조약체결권자이다.<sup>563)</sup> 또한 정부조직법 제30조에 따라 “외무장관은 외교, 외국과의 통상, 조약 기타 국제협정...에 관한 사무를 장리”하고, 정부대표및특별사절의임명과권한에관한법률 제3조에 따라 정부를 대표하여 외국정부와 교섭하거나 국제회의에 참석하고 대통령의 전권위임 없이도 조약에 서명할 수 있는 권한을 가진다.

따라서 서명에 의하여 기속적 동기가 확정되는 조약의 경우에는

---

562) 상세한 내용은 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 62면 이하 참조.

563) 이에 관한 상세한 내용은, 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 26면 이하; 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 132면 이하; 김선택, “헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, (헌법실무연구회 제70회 발표문, 2006. 11), 8면 이하 참조.

외무부장관의 서명이 그 조약에 대한 최종적 의사가 된다. 여기서 외무부장관이나 재외공관의 장이 비록 서명을 한다 할지라도, 이는 대통령의 권한을 위임받아 수행하는 것에 지나지 않는다. 즉 고시류조약이나 이른바 행정협정에 있어 다른 대표자가 서명을 한다 할지라도, 국가간 문서에 의한 합의로서 조약의 성격을 갖는 한, 비준을 포함한 체결권자는 대통령이다.

## 2) 조약체결의 국제적 절차

조약은 먼저 상대방과의 협상으로 시작하고, 조약체결권자가 직접 하기보다는 전권대표를 임명해서 담당하도록 한다. 협상의 결과를 조약문안으로 구성하고, 조약문안이 작성된 다음에는 이를 채택하고, 이어 조약의 인증 또는 확정을 하게 된다. 조약문안을 확정함은 조약문의 형식과 내용을 결정하는 공식행위를 말하고, 서명, 정부의 승인을 조건으로 하는 서명, 또는 가서명(initialling)으로 이루어진다. 가서명은 양측대표가 자기 이름의 두문자(頭文字)를 조약문안의 각쪽 좌·우측 끝에 표시하는 형식으로 행한다. 이를 통해 협상단계는 종료하고, 이후 조약문의 수정·변경은 개정절차에 의하지 아니하고는 일체 인정되지 아니한다. 조약본문에 서명하면 조약문은 인증(확정)된다.

조약체결에 관한 국제적인 절차에 있어 가장 핵심적인 요소는 조약에의 기속적 동의이다. 기속적 동의란 조약당사자가 조약문 규정의 구속을 받겠다는 서약행위를 말하고, 이에 대한 의사표시가 이루어지면 조약은 법규범으로 성립한다. 기속적 동의의 의사표시에는 서명, 조약의 구성문서의 교환, 비준, 수락, 인준, 가입 등이 있다. 조약에 대한 기속적 동의가 있으면, 그에 따라 조약은 효력을 발생하게 된다. 조약당사국은 국제연합사무국에 조약을 등록하고 사무국은 조약

을 공고하여야 하며, 등록하지 않은 조약은 국제연합의 기관에 대하여 원용할 수 없다(국제연합헌장 제102조).

### 3) 조약체결의 국내절차

조약체결을 둘러싼 국내 절차를 살펴본다. 먼저, 전권대표를 임명하고 협상을 개시한다. 이어 교섭으로써 조약문안을 작성하고 협상과정에서 조약문안을 수정한다. 협상의 결과로 조약문안을 채택하면 전권대표는 조약문안을 인증한다.

조약안이 가서명된 다음에는 법제처에서 그 조약안을 심사한다. 정부조직법 제24조는 국무회의에 상정될 조약안 등에 대해서는 반드시 심사를 받도록 하고 있기 때문이다. 법제처 심사<sup>564</sup>가 완료된 조약은 국무회의에 상정된다. 헌법 제89조 제3호는 조약안을 국무회의의 심의대상으로 하고 있다.

조약안이 국무회의에서 심의·의결이 이루어지면, 국무총리의 재가를 거쳐, 대통령의 재가를 받게 된다. 대통령이 재가함으로써 그 조약안에 대한 조약체결권자의 동의를 내부적으로 최종확정한다. 이 상태에서 약식조약의 경우에는 전권대표가 상대국 대표와 조약에 서명함으로써 지속적 동의를 표시한다.

헌법 제60조 제1항에 따른 조약의 경우에는 조약에 서명한 다음 국회의 동의를 받아야 한다. 비준을 요하는 조약에 대해서만 동의를 받는 것이 아니고, 경우에 따라서는 체결에 따른 조약에 대해서도 동의를 받고 있다.

---

564) 법제처가 이 때 주로 검토하는 사항은 ① 헌법 제60조 제1항의 규정에 의한 국회동의를 필요한 조약인지 여부, ② 조약을 국내에서 시행하기 위해서는 입법조치가 필요한지 여부, ③ 기타 번역문이 국내법령용어에 맞게 번역이 되었는가 여부 등이라 한다. 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제473호 (법제처, 1997. 5), 103-120면.



국무회의의 심의와 국회의 동의절차를 마친 조약안에 대해 대통령은 비준을 하게 된다. 대통령의 비준은 비준서를 조약상대국과 교환함으로써 이루어지며, 최근에는 비준서 교환 대신 조약당사자가 발효에 필요한 국내절차를 완료하였음을 상호 통보함으로써 해당 조약을 발효시키는 등, 보다 간소한 형식을 활용하고 있다.<sup>565)</sup>

약식조약의 경우에는 비준의 절차가 따로 요구되지 않는다.

서명이나 비준된 조약은 헌법 제6조 제1항에 따라 공포되어야만 국내법과 같은 효력을 갖게 된다. 공포는 조약의 발효요건이므로 공포되지 아니한 조약은 시행될 수 없을 뿐 아니라 법원이나 국민을 기속하지 못한다. 법령등공포에관한법률 제11조에 따라 조약은 관보에 게재함으로써 공포한다. 공포된 조약은 특별한 규정이 없는 한 헌법 제53조 제7항을 준용하여 공포한 날로부터 20일이 경과해야 국내적으로 효력을 발생하게 된다.

## 라. 헌법상 규정된 조약의 ‘체결과 비준’

우리 헌법은 조약의 체결과 관련해서 제6조 제1항에서는 ‘체결·공포’를, 제73조와 제60조 제1항은 각각 ‘체결·비준’으로 규정하고 있다.

통상적으로 조약의 체결에 있어 ‘체결’이라는 용어는 협상의 개시, 교섭을 통한 조약문의 채택, 조약문의 정본인증, 조약의 구속을 받겠다는 조약에 대한 기속적 동의표시, 비준서의 교환이나 기탁과 같은 조약 성립의 전 과정을 의미한다. 이에 반해 ‘비준’이란 정부대표가 서명한 조약을 조약체결권자 또는 조약체결권자로부터 비준의 권한을 위임받은 자가 확인함으로써 그 조약에 대한 국가의 기속적 동의를 최종적으로 표시하는 행위이다.<sup>566)</sup> 이렇게 본다면 체결에는 ‘비준’

---

565) 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 27면.

도 포함된다.

우리 헌법이 체결·비준'으로 규정하고 있음에 따라 이를 어떻게 파악해야 할지 논란이 되고 있다.<sup>567)</sup> 이에 관해 비준은 체결에 포함되고, 체결은 전체적인 절차를 규율하는 일련의 과정으로 파악해야 한다는 점에 주목해야 하지 않을까 한다. 아무튼, 결정적인 의미는 기속적 동의(consent to be bound)에서 찾아야 한다.

헌법 제60조 제1항이 규정하고 있는 '체결·비준'은 정식조약이든 약식조약이든 어떤 형식과 방법에 의해 조약이 맺어지는지를 불문하고 정부의 조약체결권 행사에 있어 상대국에 대하여 그 조약에 구속됨을 최종적으로 표시하는 행위를 통합적으로 의미하는 것으로 해석된다.<sup>568)</sup> 즉, 국회가 조약에 동의한다는 의미는 조약문 자체에 대한 동의가 아니라 정부의 조약체결과정 중 대통령이 그의 권한으로서 기속적 동의표시를 하는 그 행위에 대한 동의를 뜻한다. 그래서 제60조 제1항이 열거하고 있는 내용의 조약에 대해서는 그 조약에 구속됨을 최종적으로 표시하는 것에 대해 국회의 동의를 요한다는 의미이다.

---

566) 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 80면.

567) 이에 관해 세부적이고 치밀하게 분석한 문헌으로는 김선택, “헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, (헌법실무연구회 제70회 발표문, 2006. 11), V. 3. 참조.

568) 이에 관한 상세한 내용은 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), III. 1. 가; 김선택, “헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, (헌법실무연구회 제70회 발표문, 2006. 11), 35면 이하; 배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006), 142면 참조.

## 2. 일반적으로 승인된 국제법규

### 가. 일반적으로 승인된 국제법규의 개념

일반적으로 승인된 국제법규란 대다수의 국가가 승인하여 국제사회에서 보편적 효력을 갖는 규범을 말한다.<sup>569)</sup> 그러면 구체적으로 어떠한 국제법규범이 이에 해당하는지가 문제된다.

첫째로는 국제관습법이다. 그 중에서도 ‘보편적인’ 국제관습법이 일반적으로 승인된 국제법규에 해당함은 크게 이의가 제기되지 않는다.<sup>570)</sup>

둘째로는 우리나라가 체결당사국이 아닌 조약이라도 국제사회에서 일반적으로 그 규범성이 인정된 조약을 들 수 있다. 예컨대, 세계우편연합규정, 제노사이드 금지, 포로에 관한 제네바협정, 부전조약 등을 들 수 있다.<sup>571)</sup> 우리나라가 가입하거나 체결하지 않은 조약이라도, 일정한 조약은 국제사회의 절대적 다수의 지지를 바탕으로 비당사국에 대하여도 일부 내용이 국제관습법의 자격으로 규범력을 갖게

---

569) 국제법규에 대해 일반적으로 승인되어야 한다는 의미를 전제로 한 헌법은 독일의 바이마르 헌법이다. 바이마르 헌법 제4조는 ‘일반적으로 승인된 국제법규’(allgemeine anerkannte Regeln des Völkerrechts)라고 규정한 반면, 기본법 제25조는 단지 ‘국제법상 일반원칙’(allgemeine Regeln des Völkerrechts)이라 하고 있다. 이와 같이 서로 다르게 규정하게 된 것은 바이마르 헌법 제4조의 해석에 대한 반성의 일환이다. 즉, 바이마르 헌법의 규정취지를 독일도 그 국제법규범을 승인하는 경우에만 일반적으로 승인된 것으로 해석해야 한다는 자세를 극복하고자 한 것이다. 상세한 사항은 나인균, “헌법재판과 국제법규범”, 『헌법논총』 제4집 (헌법재판소, 1993. 12), 505면 각주 43번 참조.

570) 국제사법재판소규약 제38조 제1항 b목에서는 ‘법으로 승인된 일반적인 관행의 표현’으로 관습법을 정의한다. 여기에는 객관적 요소로서의 관행과 주관적 요소로서의 법적 확신이 자리하고 있다. 그리고 여기서 ‘보편적’이라는 의미는 모든 이에게 유효함을 말한다. 이에 관한 상세한 내용은 제3장 제3절 I. 2. 참조.

571) 김철수, 『헌법학개론』 (박영사, 2007), 245면; 권영성, 『헌법학원론』 (법문사, 2007), 178면; 성낙인, 『헌법학』 (박영사, 2007), 224면; 전광석, 『한국헌법론』 (법문사, 2006), 143면.

된다. 따라서 우리나라가 가입하지 않은 조약의 내용이 일반적으로 승인된 국제법규에 해당한다고 봄이 타당하다.<sup>572)</sup> 그러나 헌법재판소는 우리나라가 비준하지 않으면 일반적으로 승인된 국제법규라도 법적 효력을 갖지 않는 것으로 본다.<sup>573)</sup>

셋째로는 법의 일반원칙이 이에 해당한다는 입장이다.<sup>574)</sup> 법의 일반원칙은 조약이나 국제관습법의 흠결을 보충하는 기능을 갖는다는 것이다. 그런데 법의 일반원칙을 국제법질서 또는 국제사회의 구조에서 파생된 원칙으로 이해한다면 그것은 집행력이 없다. 따라서 헌법 제6조 제1항의 일반적인 국제법규의 적용범위에 속하지 않거나, 국제관습법의 일부분으로서 당연히 일반적인 국제법규에 속하게 된다. 그러나 국내법질서와 공통된 법원칙으로 이해한다면 그것은 이미 우리나라의 법질서에 존재하게 된다. 이러한 점에서 법의 일반원칙에 대해서는 국내법과 같은 효력을 인정할 필요성이 별도로 존재하지는 않는다고 본다.

---

572) 정인섭, “헌법재판소 판례의 국제법적 분석”, 『헌법실무연구』 제5집 (헌법실무연구회, 2004), 571면. 반대: 양건, 『헌법강의 I』 초판 (법문사, 2007), 144면(일반적으로 승인된 국제법규에는 국제관습법만이 해당할 뿐이라고 하면서 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약’이 아닌 조약은 국내법으로서 효력을 인정할 수 없다고 한다. 그 논거로는, 우리나라가 체결당사국이 아닌 조약으로서 일반적으로 승인된 국제법규에 해당하는 조약이 있다면, 그 조약의 내용이 국제관습법으로 인정되어야 한다는 것이다.).

573) 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51등, 공131, 936, 945. 보다 근본적으로 우리 헌법재판소는 우리나라가 가입시 유보한 조항이야 그렇다 치지만, 헌법재판소 설치초기 이래, 우리나라가 가입하지 아니한 조약에 대해서는 국내적 효력을 인정함에 매우 인색한 모습을 보이고 있다. 예컨대, 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106, 판례집 3, 387, 425-426; 헌재 1998. 5. 28. 97헌마282, 판례집 10-1, 705, 711; 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 243, 265(“강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구[ILO]의 제105호 조약은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거”가 없다) 참조.

574) 계획열, 『헌법학(상)』 신정판 (박영사, 2004), 183면.

## 나. 국제법규의 ‘일반적’ 과 ‘승인’ 의 의미

헌법 제6조 제1항은 일반적으로 승인된 국제법규라고 규정하고 있는데, 여기서 ‘일반적’의 의미와 ‘승인’의 의미가 각각 무엇인지 파악해야 한다.

먼저, 여기서 ‘일반적’의 의미는 그 인적 효력범위에 따라 판단할 것인지 그 규율대상에 따라 판단할 것은 아니다. 어떠한 국제법규를 대다수의 국가가 승인하였다면 일반성이 있다고 할 것이다.<sup>575)</sup> 모든 국가가 그 국제법규를 승인해야만 하는 것은 아니고, 準普遍性으로도 충분하다.<sup>576)</sup>

그런데, 우리나라가 스스로 그 국제법규를 승인해야만 하는지, 다시 말해서 그 승인이 불가결한 것인가가 문제된다. 이에 관해 독일 연현재는 어떠한 국제법규범이 독일에 의해 반드시 승인되어야만 하는 것은 아니고, 다수의 국가가 승인한 것이라면 기본법 제25조에 규정한 의미의 ‘일반적’에 해당한다는 것이다.<sup>577)</sup> 이런 점은 우리나라가 가입하지 아니한 조약에 대해서도 마찬가지로 접근할 수 있다. 우리 헌법상 국제법준종의 원칙이라는 관점에서 볼 때, 어떤 국제법규가 우리나라에 의해서 승인되지는 않았지만 다수의 국가에 의하여 승인되었다면 우리나라가 해당 법규에 구속됨을 배제해서는 안 된다. 이 경우 우리나라는 일반적 국제관습법에 구속됨을 저해하지 않는 ‘침묵의 소수’(schweigende minderheit)에 속한다고 할 수 있다. 이러한 구속을 배제하기 위해서는 처음부터 인식할 수 있게 해당 법규에 대하여 반대의사를 명시적으로 표시해야 할 것이다.<sup>578)</sup> 이 경우 일반적

---

575) BVerfGE 15, 25, 34.

576) 나인균, “헌법재판과 국제법규범”, 『헌법논총』 제4집 (헌법재판소, 1993. 12), 506면.

577) BVerfGE 16, 27, 35.

으로 승인된 국제법규라도 수용하지 않게 된다.

다음, ‘일반적’인 조약은 대체로 이중적 법적 성격을 지닌다는 점이다. 즉, 그 자체가 국제관습법으로서의 성격을 지님과 아울러 제2차 세계대전 이후 그런 국제관습법이 조약의 형태로, 특히 다자간 조약의 형태로 성문 법진화하였기 때문이다. 이와 같이 법진화된 다자간 조약은 협정의 형태로서 우리나라가 이미 가입한 경우라면, 일반적으로 승인된 국제법규로 볼 수는 없다.<sup>579)</sup>

### 3. 국제기구의 결의

원래 국제사법재판소규약 제38조 제1항에는 국제법의 법원으로 국제기구의 결의가 규율되지는 아니하였다. 그런데 점차로 이러한 결의를 독자적인 하나의 법원으로 파악하려는 견해가 늘어가고 있다.<sup>580)</sup>

먼저, 구속력이 있는 국제기구의 결의에 관해 검토한다. 국내에서 그러한 결의를 집행하기 위해 일반적으로 승인된 국제법규나 조약의 경우와 마찬가지로 방법으로 그 결의를 국내법에 수용시킬 수 있다는 것이다. 국제사법재판소와 같은 국제기구가 회원국을 구속하는 결정을 할 권한이 부여되어 있다면, 그 결정은 회원국 내부에서 집행함에 있어 필요한 경우에는 국내에서 法源으로 기능하게 된다.

다음, 구속력없는 국제기구의 결의에 관해 살펴본다. 대체로 국제기구의 결의는 집행력이 없고 또 주로 국가 그 자체를 대상으로 하

---

578) 나인균, “헌법재판과 국제법규범”, 『헌법논총』 제4집 (헌법재판소, 1993. 12), 506면 참조.

579) 이 문제는 국제법규에 해당하는 국제관습법이나 이를 반영한 다자간 조약에 관해 법률보다 우위의 효력을 인정하려는 이론을 전개하고자 할 경우 이론구성을 어렵게 하는 요소로 작용하게 된다.

580) 이상에 관해 상세한 내용은 나인균, “헌법재판과 국제법규범”, 『헌법논총』 제4집 (헌법재판소, 1993. 12), 521면 이하 참조.

기 때문에 권고적 성격을 지남에 지나지 않는다. 이와 관련해서 국제연합헌장은 총회에 범규범을 공포할 수 있는 권한이 아닌, 단지 권고할 권한만을 부여하고 있다는 것이다. 그런 점에서 국제연합의 결의는 국제법으로 간주될 수 없다는 것이다.

이어서 이른바 ‘soft law’가 있는데, 이는 권고나 선언의 형식으로서 비구속적인 결의에 지나지 않는다. 예컨대 비준되지 않은 조약의 규정이나 국제회의나 국제기구의 결의, 선언, 또는 최종의정서 등을 들 수 있다. 이는 어떠한 규범적 기능도 지니지 못한다. 따라서 법원성을 지니지 못한다. 하지만, 정치적인 영역에서 그 의미를 찾을 수는 있고, 경우에 따라서는 중대한 윤리적 권위가 부여되기도 한다.

### Ⅲ. 국제법규범의 국내적 효력

#### 1. 일반론

먼저, 국제법과 국내법의 관계에 관해서는 이미 제1장 제2절에서 살펴본 바와 같다.<sup>581)</sup> 즉 양자를 하나의 법질서로 이해하는 일원론과 두 개의 서로 다른 법질서로 파악하는 이원론으로 구분된다. 일원론에는 국제법에 우위를 두거나 국내법에 우위를 두려는 입장으로 나

---

581) 이를 상세하게 소개한 대표적인 문헌으로는 이장희, “국제법의 국내법적 도입에 관한 이론: 변형이론·수용이론·집행이론”, 『입법조사연구』 통권 제234호 (국회도서관 입법조사분석실, 1995. 8), 1-11면; 나인균, “헌법재판과 국제법규범”, 『헌법논총』 제4집 (헌법재판소, 1993. 12), 488면 이하; 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 24면 이하; 김대순, 『국제법론』 (삼영사, 2007), 179면 이하; 계희열, 『헌법학(상)』 신정판 (박영사, 2004), 174-181면; 조홍석, “한국에 있어서의 국제인권법의 국내법적 보장”, 『헌법학연구』 제4권 제2호 (한국헌법학회, 1998. 10), 83면; 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 『관례실무연구(Ⅲ)』 (박영사, 1999), 151면 이하; 양건, 『헌법강의 I』 초판 (법문사, 2007), 136면 이하 등 참조.

뉘어진다. 또 이원론도 양자의 엄격한 단절관계로 파악하려는 견해도 있으며 양자를 절충하려는 시도도 있다.

이에 관해 국내에서 이론적 전개 상태를 살펴보면, 새롭게 고유한 입장을 펼치기보다는 외국의 논의수준을 그대로 소개하는 정도에 그치고 있다.

## 2. 국제법규범의 국내적 효력과 헌법 제6조 제1항

국제법규범이 국내적 효력을 갖는 것에 관해 해명하는 이론으로는 채용이론, 집행이론 및 변형이론 등이 있다. 이들 이론은 저마다 장점과 단점을 지니면서 각국마다에서 국제법을 어떻게 국내법으로 받아들이는지를 해명해내고 있다. 어느 이론만이 가능하고, 다른 이론으로는 불가능한 그런 상태는 아니다. 다만 당시에 선호하는 학자들의 주장만이 난무할 따름이다. 이런 점은 독일의 실무에서도 어느 특정 이론에 깊이 천착해서 해명하기보다는 여러 가지 측면에서 다양하게 펼쳐짐을 볼 수 있다.

우리 헌법상에 국제법규범을 국내법질서로 끌어들이 수 있는 단초를 제공하는 규정으로는 헌법 제6조 제1항과 제60조 제1항을 들 수 있다. 이를 둘러싸고 몇 가지로 입장을 정리할 수 있겠다.

첫째로는 우리 헌법 제6조 제1항은 국제법의 수용방식으로 채용이론에 의거한 것인지, 변형이론이나 집행이론에 의거한 것인지 명확하지 않다는 점이다.<sup>582)</sup>

둘째로는 이 조항은 위의 어느 이론에 의거해서도 해명이 가능하다는 점이다.<sup>583)</sup> 즉 채용이론에 따르면, 조약이 체결·공포될 경우에

---

582) 대표적으로는 이장희, “국제법의 국내법적 도입에 관한 이론: 변형이론·수용이론·집행이론”, 『입법조사연구』 통권 제234호 (국회도서관 입법조사분석실, 1995. 8), 11면.



는 공포와 즉시, 일반적으로 승인된 국제법규는 그 자체로 아무런 국내적인 조치를 필요로 함이 없이 이 조항에 근거해서 국내법과 같은 효력, 즉 국내적인 집행이 가능하게 된다는 점이다. 집행이론에 따르면, 그러한 조약이나 국제법규에 관해 헌법 제6조 제1항이 직접 국내법으로 집행하도록 명령한 것으로 파악할 수 있다는 점이다. 그리고 변형이론에 따르면, 제6조 제1항이 직접 그러한 조약과 국제법규를 국내법으로 변형조치를 한 것으로 파악할 수 있다는 점이다. 이 이론에 따를 때, 제6조 제1항은 일반적으로 변형조치를 한 셈이 된다.

셋째, 헌법 제6조 제1항에 따르면 조약이나 국제법규가 국내법이 되는데 별도의 입법조치 등을 필요치 아니함으로써 채용이론에 기반을 둔 것으로 보려는 견해가 다수설이다.<sup>584)</sup> 그 논거로는 조약의 국내적 실시를 보다 원활히 함으로써 국제협조주의의 정신에 부합한다는 점,<sup>585)</sup> 별도의 입법적 조치가 필요하지 않다는 점,<sup>586)</sup> 그 문구가 국제법의 성격을 그대로 유지한 채 국내적 효력을 발휘하며, 그 효력은 국내법에 대하여 우월한 것이 아니라 국내법과 같다는 해석을 보다 강하게 뒷받침한다는 점<sup>587)</sup> 등이 제시된다.

---

583) 동지: 나인균, “헌법재판과 국제법규범”, 『헌법논총』 제4집 (헌법재판소, 1993. 12), 502면 참조.

584) 양건, 『헌법강의 I』 초판 (법문사, 2007), 138면; 법무부, 『조약의 국내적 수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 131면; 정인섭, “헌법재판소 판례의 국제법적 분석”, 『헌법실무연구』 제5집 (헌법실무연구회, 2004), 594면; 계희열, 헌법학(상), 182-183면; 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의의 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), II. 2. 나. 참조.

585) 양건, 『헌법강의 I』 초판 (법문사, 2007), 138면.

586) 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 132면.

587) 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 『판례실무연구(III)』 (박영사, 1999), 153면.

이에 반해, 이 경우에는 헌법 제60조가 규정하고 있는 조약에 대한 국회동의권이 무의미하게 된다는 점과 국제법규범에 대한 입법자의 사후통제가 불가능하다는 점을 근거로 제시하면서 타당하지 않음을 주장하는 견해가 있다.<sup>588)</sup> 그런가하면, 일반적으로 승인된 국제법규에 대해서는 우리 헌법 제6조 제1항이 직접 국내법으로 편입시켰으며, 중요 조약에 대해서는 국회의 동의라는 수용절차를 거쳐서 국내법으로 편입시킨 것이라고 하는 견해도 있다.<sup>589)</sup>

생각건대, 헌법 제6조 제1항이 조약이나 국제법규에 대해 국내적 효력을 부여한 규범적 근거라고 보아야 한다. 즉 별도의 입법조치가 없이 그 자체로서 국내적인 효력을 지닌다고 보아야 한다.<sup>590)</sup> 그러나 국내법체계상 어느 정도의 위상에 국제법규범이 자리하는지에 관해서는 이 조항은 아무런 답변도 하지 않았다고 본다.<sup>591)</sup>

588) 조홍석, “한국에 있어서의 국제인권법의 국내법적 보장”, 『헌법학연구』 제4권 제2호 (한국헌법학회, 1998. 10), 84면. 채용이론을 채택한다고 해서 헌법 제60조가 규정한 조약에 관한 국회동의권이 무의미해지거나 입법자의 사후통제가 불가능해지는 것은 아니다. 왜냐하면 조약의 국내적 효력은 헌법 제6조 제1항이 부여하였지만, 국내법상 위상은 헌법 제60조 제1항이 부여할 것이기 때문이다. 후술하겠지만, 헌법 제60조 제1항에서 국내적 효력의 근거를 찾게 되면, 국회의 동의를 요하지 않는 조약이 국내적 효력을 가질 수 있는 근거를 찾기가 어렵다는 점이 지적되어야 한다.

589) 이에 관해서는 허영, 『한국헌법론』 전정3판 (박영사, 2007), 179면 참조. 이는 국회의 조약동의안에 대한 개별적인 의결행위를 변형조치(수용조치)로 파악한 것이다. 그런데 이 견해의 중요한 문제점은 국회의 동의를 요하지 않는 조약의 국내적 효력을 부여하는 헌법적 근거는 어디서 찾을 수 있는가 하는 점이다.

590) 별도의 변형조치나 집행명령이 없이 국내적 효력을 부여하는 것으로 이해하기 때문이다. 이는 독일기본법 제59조 제2항이 규정한 연방법률의 형식으로 입법기관의 협력을 요하는 조약에 대해 특별변형으로 파악하는 점과는 구별해야 한다. 첫째로는 독일의 경우 조약에 대해 우리 헌법 제6조 제1항처럼 포괄적인 채용절차를 두지 않았다는 점이다. 둘째로는 독일의 경우 조약에 대해 동의법률이라는 외피를 갖추는데 반해 우리나라의 경우 국회에서의 동의절차를 거칠 뿐이고 조약안에 대해서는 아무런 구조적인 틀의 변화가 없다는 점이다.

### 3. 헌법 제6조 제1항과 제60조 제1항의 관계

헌법 제6조 제1항은 국제법규범의 국내적 효력을 부여하는 근거이며, 채용이론에 바탕을 두어 접근함이 타당함은 이미 밝힌 바와 같다. 그러면, 이와 관련해서 헌법 제6조 제1항과 헌법 제60조 제1항의 관계 및 개별적인 동의원 행사로서의 국회의 의결행위 등에 관해 검토한다.

첫째, 헌법 제6조 제1항은 조약과 일반적으로 승인된 국제법규에 대해 직접 국내법과 같은 효력을 인정한다 할지라도, 조약이나 국제법규, 즉 변형된(또는 채용된) 규범이 지닐 국내법적 등급에 관해서는 아무런 정보도 제공하지 못하고 있다는 점이다. 이는 달리 표현하면, 국내법적 위상 설정에 관한 논의가 추가적으로 이루어져야 함을 의미한다.<sup>592)</sup>

둘째, 헌법 제60조 제1항이 어떠한 의미를 지니는지 문제된다. 이 조항은 국내적 효력이 인정된 조약에 대해 국내법의 단계적 구조에서 적정한 등급을 부여하는 의미로 파악해야 한다고 본다.<sup>593)</sup> 이와 관련해서 국제법규범의 국내법상 위상설정 관해서는 국내법에 의해 형성됨을 지적하고, 두 가지 가능성을 제시한다.<sup>594)</sup>

---

591) 이런 점은 전술한 바와 같이 변형이론에 근거해서 헌법 제6조 제1항을 일반 변형조치로 파악한다 할지라도, 똑 같은 문제점을 드러낸다고 할 것이다.

592) 여기서는 조약에 대한 국내법적 위상을 검토하고, 국제법규의 국내법상 위상에 관해서는 항을 바꾸어 다루기로 한다.

593) 물론 조약체결에 있어 국회동의의 제도적 취지라는 측면에서의 접근도 가능하다. 후술하는 V. 1. 나. 참조.

594) 하나는 변형규범 그 자체를 통하여 또는 변형행위를 통하여 조약의 국내법적 서열을 규정하는 것이고, 다른 하나는 헌법이나 법률규정에 의하여 그러한 서열질서를 규정하는 것이다. 이에 관해서는 조홍석, “한국에 있어서의 국제인권법의 국내법적 보장”, 『헌법학연구』 제4권 제2호 (한국헌법학회, 1998.

아무튼, 우리의 경우 조약은 헌법 제6조 1항에 따라 국내법과 ‘같은 효력’을 가진다. 또 조약의 국내법상 서열은 조약의 변형자에 의하여 결정된다고 볼 때, 헌법 제60조 제1항에 따른 국회동의를 필요로 하고, 이 ‘동의’라는 변형자는 헌법 제49조에 따른 의결정족수와 동일하다는 측면에서 조약은 법률과 동일한 효력을 가진다는 것이다. 다시 말해서 이 조항에 열거된 조약에 대해서는 법률의 등급을 부여할 수 있다는 점이다.<sup>595)</sup>

셋째, 국내법체계에 수용된 국제법규범 중 조약에 대해서는 헌법 제60조 제1항에 열거된 조약유형에 해당하는 경우를 전제로 논의하기로 한다. 이때, 이 조항 자체에 의해 법률적 등급이 부여되는지, 아니면 이 조항에 근거해서 국회의 동의절차를 거친 조약만이 그러한 등급이 부여되는가 하는 점이다. 다시 말해서 이 조항에 열거된 조약의 유형에 해당함에도 국회에서 동의절차의 대상이 되지 아니한 조약은 어떠한 규범적 위상을 가져야 하는가가 문제된다.<sup>596)</sup>

생각건대, 제60조 제1항에 해당함에도 국회의 동의절차를 거치지 아니하였다면, 그런 조약에 법률의 등급을 부여함은 곤란하지 않을까 한다.<sup>597)</sup> 이는 등급부여자 내지 변형자를 헌법 제60조 제1항으로 보

10), 84면 참조. 여기서 전자와 관련해서 지적하면 변형규범이 스스로 서열을 설정하는 것은 국내적인 집행은 개별 국가에 맡겨진 사안이라는 점에서 부적절하다. 또 변형행위는 변형자를 의미한다 치면, 후자, 즉 헌법이나 법률규정에 의해 서열이 부여되는 것과 중복된다 하겠다.

595) 반대: 이상훈, “조약의 국내법적 효력과 규범통계에 대한 고찰”, 『국제법 동향과 실무』 vol.3 no.1 통권 제7호 (외교통상부 조약국, 2004. 2), 151면(국회의 동의여부를 기준으로 조약의 법적 효력의 범위를 구분하는 것은 곤란하다).

596) 물론 여기서 제60조 제1항에 열거된 조약에 해당함에도 동의안을 제출하지 아니한 것에 대한 제재의 문제는 또다른 사안이다. 또한 그 조약에 대해 국회의 동의를 거치지 않았다 할지라도, 체결권자의 비준이나 서명이 정상적으로 이루어졌다면, 그 조약의 국제법적 효력은 영향을 받지 아니한다는 점이다. 이는 조약법협약 제46조 제1항에도 규율된 사안이다.

597) 국회동의를 대상이 됨에도 불구하고 국회의 동의를 받지 아니하고 체결·비

는 것이 아니고 국회의 개별적인 동의안 의결행위로 보는 것을 의미한다.<sup>598)</sup>

마지막으로 넷째, 국회의 동의대상으로 규율되지 아니한 조약이 국내적 효력을 부여받음은 헌법 제6조 제1항에서 이루어진 것이고, 국내법상 규범적 등급은 국회의 동의를 받지 아니하고 단지 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 재가를 받아서 행해진다는 점에서 법규명령의 등급으로 볼 수 있다.<sup>599)</sup>

#### 4. 일반적으로 승인된 국제법규의 국내법상 위상과 효력

일반적으로 승인된 국제법규에는 국제관습법과 우리나라가 가입하지 아니한 것으로서 국제사회에 일반적으로 인정된 조약이 해당됨은 전술한 바와 같다. 그리고 국제관습법이 국내적 효력을 갖도록 채용된 것임도 이미 밝힌 바와 같다. 그런데 그 규범의 국내적 위상에 관

---

준되는 조약의 경우에는 헌법의 규정에 의해 체결·공포된 조약이라 볼 수 없기 때문에 그 (국내)법적 효력을 인정할 수 없다는 견해로는 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 96면.

598) 변형이론에 따를 때, 헌법 제60조에 열거된 조약에 해당할 경우 당해 조약이 국회의 동의와 무관하게 당연히 법률의 등급에 속하는 것으로 파악한다면, 위 조항은 일반변형을 규율한 것으로 보아야 할 것이다. 그렇지 않고 실제로 국회의 동의를 받은 조약만이 법률의 등급에 속하는 것으로 본다면, 특별변형에 해당한다고 하겠다. 아무튼 만약 제60조에 해당함에도 그 절차를 거치지 않는 국제조약은 일반변형에 의하면 법률과 동등한 효력을 지녀야 하지만, 특별변형에 의하게 되면 법규명령과 동등한 효력을 지닌 것으로 보아야 한다. 결국 국회의 개별적인 동의권 행사가 특별변형의 변형자에 해당한다고 하겠다.

599) 독일의 경우에도 행정협정이 기본법 제59조 제2항 제1문에 따른 조약은 아닌 까닭에, 행정협정에는 조약법을 필요로 하지 아니한다. 따라서 행정협정의 변형 내지 집행명령은 법률에 의해서가 아니라, 법규명령, 행정명령, 사정에 따라서는 내부적인 복무지침 등에 의해 수행된다. 거기서 변형 내지 집행명령은 행정협정의 그때그때의 내용에 좌우되며, 또 그 내용이 국내적으로 어떻게 실행되는지가 좌우된다고 한다. Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 69f.

해 문제가 된다. 이에 관해 헌법이 규율하지 않았거나 명확하지 아니하면, 해석을 통해 파악할 수밖에 없다.<sup>600)</sup> 궁극적으로는 헌법재판소 결정을 통해 확립된다고 하겠다.

일반적으로 승인된 국제법규는 국내법상 어떠한 순위를 지녀야 할 것인지에 관해 크게 두 가지 형태로 구획할 수 있다. 그 하나는 일률적으로 법률과 동등한 효력을 지닌 것으로 파악하는 것이다. 다른 하나는 국제법규의 내용에 따라 달리 파악하는 것이다. 즉 헌법보다 하위이지만 법률보다는 상위적인 효력을 가지는 경우, 법률과 동등한 효력을 가지는 경우 및 법률보다 하위의 효력을 가지는 경우 등이 그것이다.

이와 관련해서 우리 헌법재판소는 “헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다.”라고 한다.<sup>601)</sup> 이를 볼 때, 국제법규에 대해 법률과 동등한 효력을 부여함에 관해 적극적으로 부인하는 취지는 아니라고 보여진다.

## 5. 조약의 국내법적 효력상 순위

조약의 국내법적 효력에 관해 헌법은 아무런 명시적인 언급도 하지 않는다. 따라서 해석을 통해 정해져야 할 사안이다.<sup>602)</sup>

---

600) 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 24면 이하; 조홍석, “한국에 있어서의 국제인권법의 국내법적 보장”, 『헌법학 연구』 제4권 제2호 (한국헌법학회, 1998. 10), 83면.

601) 헌재 2001. 4. 26, 99헌가13, 판례집 13-1, 761.

602) 국제법규범 내지 조약이 스스로 국내법적 효력의 위상을 설정할 수는 없다고 본다. 그리고 조약의 국내법상 위상을 어떻게 설정하는가의 문제는 여기서 논의하는 사항의 전제적 요소이다. 그런 점에서 별도로 항을 만들어 다룰 의

이를 둘러싸고 조약의 효력에 관해 몇 가지로 유형화가 가능하다. 첫째, 헌법과 동등하거나 헌법보다 우위의 효력을 인정하는 입장이다. 둘째, 헌법보다는 하위이나 법률보다는 우위의 효력을 인정하는 입장이다. 셋째로는 법률과 동등한 효력을 인정하는 입장이다. 넷째로는 일부의 조약에 대해서는 법률과 동등하지만, 나머지는 법률보다 하위의 효력을 인정하는 입장이다.

이와 관련해서 조약이 국회의 동의를 필요로 하는 여부를 기준으로 국회의 동의를 받은 조약에 대해서는 법률의 효력을, 그 이외에 국회의 동의를 요하지 않는 조약에 대해서는 법규명령의 효력을 인정함이 다수설이다.

이에 대해서는 비판이 있다. 우리 헌법의 관련 규정의 일부가 변천되어 왔다는 점에 주목해야 한다는 것이다. 즉, 종래에는 국회의 동의 대상이었던 조약이 이제 동의 대상이 아닌 조약이 되었다면, 그때 국내법상 이 조약을 법규명령의 효력을 갖는 것으로 이해해야 하는가 하는 점이다. 그 정반대의 경우도 마찬가지이다. 이런 경우 국내법상 위계구조를 어떻게 파악해야 하는가의 문제가 발생하게 된다는 것이다.<sup>603)</sup> 그런데, 이는 헌법정책적인 시각에서 보아야 하므로 문제되지 않는다고 본다. 이는 헌법차원의 규율사항이 법률차원의 규율사항으로 조정됨은 법정정책적인 시각에서 접근하면 전혀 문제되지 않는다고 본다.

그런데, 국회의 동의를 받는 조약에 해당하는 여부와 관계없이 일률적으로 법률의 효력을 인정해야 하는 견해도 있다.<sup>604)</sup> 그러나 이러

---

미를 지니지는 않지만, 국내에서 전통적으로 또 많은 문헌에서 이 주제를 다룬다는 점을 존중해서 소개하기로 한다.

603) 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 147면 이하 참조.

604) 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및

한 견해에 따른다면, 이른바 고시류조약이나 행정협정의 수준에 지나지 않는 조약조차도 법률적 수준으로 끌어 올려야 함을 의미한다. 그렇게 할 경우 그것은 국내 입법권에 견주어 외교권행사를 지나치게 강화시킨 것이라 하겠다. 이는 국제법우호적인 차원이 아니라 국제법에 국내법질서를 종속시키는 결과를 초래한다.

또 조약의 내용이나 그 성질에 따라 조약의 유형을 ① 정치적 성격을 가지는 조약, ② 정치적 성격 외에 국민의 권리 의무와 간접적 연관을 가지는 조약, ③ 국민의 권리 의무와 직접적 연관을 가지는 조약으로 구분하면서 실질적으로 법률적 효력을 가지는 조약은 세 번째 유형의 조약에만 해당된다고 주장하는 견해도 있다.<sup>605)</sup> 이 견해는 기본적으로 국민의 권리와 의무에 관한 규범이 포함된 조약의 경우에만 법률적 효력을 인정할 수 있으며, 정치적 조약이나 이행입법 의무를 발생시키는 조약에 대하여는 법률적 효력을 인정하기 곤란하다는 것이다. 그렇다면, 법률적 효력을 인정받지 못하는 조약의 규범성은 어떻게 평가할 것인지가 그대로 방치된다는 점이 지적되어야 한다.

우리 헌법재판소는 국제통화기금협정에 관한 “이 사건 조항은 각 국회의 동의를 얻어 체결된 것이므로 헌법 제6조 제1항에 따라 국내 법적 효력을 가지며, 그 효력의 정도는 법률에 준하는 효력이라고 이해된다.”<sup>606)</sup>고 한다.

---

국회동의를 법적 성격의 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), II. 2. 가. 참조

605) 허영, 『한국헌법론』 전정3판 (박영사, 2007), 176면.

606) 헌재 2001. 9. 27, 2000헌바20, 판례집 31-2, 322, 328.



#### IV. 자기집행적인 조약과 비자기집행적인 조약

조약의 자기집행성 문제와 비자기집행성 문제는 원래 미국 연방대법원이 판례로 확립한 것이다. 자기집행적(self-executing) 조약이란 국내에 적용되기 위해서는 별도의 국내입법이 없이도 조약 그 자체가 국내법적인 효력을 발생하는 것을 말한다.<sup>607)</sup> 독일에서는 집행력 있는 국제법규범으로 논의가 되고 있다.<sup>608)</sup> 그런데, 자기집행적인 조약의 개념을 둘러싸고 견해가 다양하게 펼쳐져 있다. 이를 논의하기 위해서는 관련된 세 가지 개념이 정립되어야 한다. 즉, 조약의 국내적 효력, 직접 적용성 및 직접적 효력을 구분해야 한다.<sup>609)</sup>

먼저, 조약의 국내적 효력은 전술한 바와 같이 국내법체계에 받아들이는 관념의 문제이다. 우리 헌법 제6조 제1항은 직접 조약과 국제법규로 하여금 국내법과 같은 효력을 가지도록 하였다. 이를 통해 조약의 국내적 효력문제는 해소된 것이다. 다음, 조약의 직접 적용성이다. 직접 적용성이란 어떠한 국제법 규범이 국내 이행입법의 도움이 없이도 그 자체로(즉 자동적으로) 국내법질서의 일부를 형성하는 경우를 말한다.<sup>610)</sup> 그리고 직접적 효력이란 어떠한 국제법 규범이 그 자체로 개인에게 국내법원에서 원용할 수 있는 권리를 부여하거나 의무를 부과하기에 충분한 힘을 갖는 것을 말한다. 이와 같이 기본적으로 양자는 서로 다른 개념적 성격을 지니고 있음을 전제로 한다.

생각건대, 자기집행적인 조약이란 당연히 조약의 국내적 효력이 인정됨을 전제로 한다. 이를 바탕으로 직접 적용성이라는 요소와 직접

---

607) 이에 관한 상세한 내용은 제2장 제3절 III. 1. 참조.

608) 이를 둘러싼 상세한 내용은 제3장 제5절 II. 참조.

609) 동지: 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996), 158면 이하 참조.

610) 이에 관한 상세한 내용은 김대순, 『국제법론』 (삼영사, 2007), 185-186면.

적 효력이라는 요소, 이 두 가지를 충족시켜야만 자기집행성은 인정된다고 보아야 할 것이다.<sup>611)</sup> 즉 직접 적용성을 갖춘 조약이라 해서 당연하게 항상 직접적 효력을 갖춘 것으로 볼 수는 없다. 또 직접 적용성을 결여한 조약이라 해서, 다시 말해서 국내의 이행입법을 필요로 한다 해서, 반드시 직접적 효력을 결여한 것으로 볼 수도 없다는 점이다.

헌법재판소는 국제통화기금(IMF)협정 제9조 등에 관한 헌법소원심판에서 조약의 직접 적용성을 인정하며 위헌법률심판의 대상이 됨을 인정하였다.<sup>613)</sup> 세계무역기구 설립을 위한 협정(소위 마라케쉬협정)의 가중된 형벌을 부과하는 내용에 대해서도, 조약의 직접적용성이 인정됨을 전제로 합헌으로 판단하였다.<sup>614)</sup>

## V. 국제법과 국내법의 충돌

국제법규범이 국내법질서에 수용됨에 따라 국제법규범은 국내법체계상 위상을 설정받게 된다. 그에 따라 규범 상호간의 충돌문제는 피

---

611) 반대: 조홍석, 헌법학연구 제4집 제2호, 89면 참조. 그는 조약의 직접적용가능성이란 용어에 관해서 특별한 입법조치 없이 조약 그 자체에 기하여 법원이나 행정기관에 의해 직접 적용될 수 있음을 의미하는 것으로 한정한다. 그리고 그 조약을 근거로 개인이 직접 소송을 제기할 수 있다는 의미는 아니라고 한다. 이상의 점에서는 견해를 같이 한다. 필자는 후자를 별도로 구분해서 직접적 효력 문제로 다루고자 한다. 그렇지만 그는 자기집행성 여부에 관해서는 조약을 근거로 직접 법원에 소송을 제기할 수 있는 개인의 구체적 권리성 여부와는 다른 문제로 본다. 그러나 이런 점은 자기집행성의 구성요소인 직접적 효력을 감안하지 않은 태도라고 하겠다.

612) 이는 헌법소원의 적법요건과 관련해서는 개념적 구성요소로 명료하게 구획되지 않으면 안 되는 사항이다. 이에 관해서는 후술한다.

613) 헌재 2001. 9. 27, 2000헌바20, 판례집 13-2, 322, 328.

614) 헌재 1998. 11. 26, 97헌바65, 판례집 10-2, 685, 699.

할 수 없는 과제로 등장한다.

규범 상호간의 충돌문제는 국내법규범 상호간에도 당연히 발생한다. 그런가 하면 국제법 규범 상호간에도 충돌문제는 발생한다. 국제법규범 상호간에는 상하관계가 존재하지 않는다. 그저 일반법과 특별법의 관계와 선법과 후법의 관계만이 등장하고, 이를 통해 해결할 따름이다.

그런데 서로 다른 법질서에 소속한 법규범이 다른 법질서에 끌어들여졌을 때, 규범 상호간의 충돌이 발생함은 물론이고, 충돌의 해결문제도 중대한 과제로 등장하게 된다. 특히 국제법규범이 국내의 법질서에 수용된다 할지라도, 국제법규범으로서 그 규범이 고유하게 지니고 있는 속성을 부인하기 어려운 그런 요소도 존재한다는 점이다. 예컨대 조약은 준수되어야만 한다는 원칙과 같은 국제법 존중주의 원칙을 들 수 있다. 그렇지만, 일단 국제법규범도 국내법질서로 들어온 이상 국내법질서 내부에 설정된 충돌해결기준과 원칙을 통해 접근함이 타당할 것이다. 물론 그 과정에서 국제법적인 요소도 존중되어야 할 것이다.

충돌 해결의 원칙으로는 상위법우선의 원칙, 특별법우선의 원칙, 후법우선의 원칙 및 국제법우호적인 해석 등을 들 수 있다. 이러한 원칙 중 상위법우선의 원칙을 제외한 나머지 원칙은 규범 상호간의 대등한 위상을 전제로 한다. 그런데, 상위법우선의 원칙은 전술한 내용과 반복되는 면이 있으므로 더 이상의 논의는 생략한다.

먼저, 특별법우선의 원칙이다. 법률을 일반법으로 보는 반면, 조약 등을 특별법으로 보아, 이 원칙을 적용하는 것이다. 이에 관해서는 두 가지 지적이 가능하다. 첫째로는 특별법과 일반법의 관계를 어떠한 시각에서 접근하는가에 따라 우선성을 인정하는데 한계로 작용한다는 점이다. 다시 말하면, 인적 규율 대상의 측면에서 접근하는지,

아니면 물적 규율 대상의 측면에서 접근하는지에 따라 양자의 관계는 달라질 수도 있게 된다는 점이다.<sup>615)</sup> 둘째로는 특별법우선의 원칙을 관철할 경우에는 조약등에 대해 법률보다 상위의 효력을 사실상 인정하는 결과를 초래하게 된다는 점이다. 後法이나 前法인지의 여부와 관계없이 항상 법률보다 우선적인 효력을 인정하는 것이기 때문이다.<sup>616)</sup> 이상의 태도는 지나친 국제법우위적인 접근이라고 할 것이다.

다음, 후법우선의 원칙이다. 조약등과 법률이 서로 충돌한다면, 양 규범이 동일한 수범자들을 규율대상으로 할 때에는, 후법을 우선적용하는 방안이다. 만약 조약이 後法이라면, 당연히 前法인 법률보다 후법을 적용하는 것이다. 만약 조약이 前法이고, 後法이 법률이라면, 후법우선의 원칙에 따르면, 법률이 우선 적용되어야 한다.

그런데, 이 부분은 중대한 문제를 포함하고 있다. 국제법질서를 존중해야 하고 또 조약을 준수하겠다고 약속을 한 국가가 국제법에 어긋나는 법률을 사후적으로 제정하였다는 사실을 어떻게 파악해야 하는가 하는 점이다. 이는 두 가지 측면이 고려된다. 그 하나는 조약을 해지하겠다는 의사로 받아들일 수 있다는 점과 다른 하나는 국제법 존중의 원칙을 관철하도록 용인한다는 점이다.

여기서는 국제법적 의무를 파기하려는 입법기관의 명백한 의사표시가 존재하지 않는 한, 국내법질서 속에서 국제법은 효력을 갖는다고 할 것이다.<sup>617)</sup> 아무튼 후자의 경우에는 후법인 법률을 해석함에

---

615) 양건, 『헌법강의 I』 초판 (법문사, 2007), 144면 참조. 그는 이와 같이 불명확한 경우 조약이 특별법에 해당하는 기준을 선택함으로써 조약을 우선시키는 것이 국제법존중주의에 부합한다고 한다.

616) 오히려 이런 점에 주목해서 조약을 특별법으로 봐서 후법우선의 원칙보다는 특별법우선의 원칙을 적용함이 타당하다는 견해도 있다. 또 그렇게 함으로써 국내법에 저촉되는 국제법의 적용을 배제함으로써 인해 초래될 수 있는 국가책임의 문제가 해소된다고 한다. 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의의 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), II. 3. 참조.

있어 전자와 조화를 이루는 형태로의 해석을 보완적인 방안으로 고려될 수 있다고 할 것이다.

이에 관해 한 단계 마무리를 지으면, 상위법우선의 원칙이 가장 먼저 채택되어야 함은 당연하고, 그에 이어서는 후법우선의 원칙과 국제법우호적인 해석의 원칙이 충돌해결을 위해 동원되어야 한다고 본다. 그리고 특별법우선의 원칙도 부분적으로 고려될 수는 있다.

## VI. 국제법규범에 대한 헌법재판적 통제

### 1. 국제법규범에 대한 헌법적 통제의 가능 여부

조약과 일반적으로 승인된 국제법규에 대해 헌법적인 통제가 가능한지가 전통적으로 문제되었다. 조약이 사법심사의 대상이 될 수 있는가가 이 문제에 해당한다.

먼저, 조약에 대한 헌법적 통제를 부정하는 견해이다. 대체로 그 논거<sup>618)</sup>로는 다음과 같은 것이 제시된다.

첫째, 조약은 국가간의 규범적 합의임에도 자국의 헌법규정에 위배된다는 이유로 조약을 무효화시키는 것은 국제사회의 합의를 통한 국제법의 규범성을 부인하는 결과가 된다는 것이다.

둘째, 조약은 자국의 국가이익을 확보하기 위한 고도의 정치적 행위이고, 국내법과는 상이한 목적을 추구하고 있을 뿐만 아니라 국가

---

617) 조홍석, “한국에 있어서의 국제인권법의 국내법적 보장”, 『헌법학연구』 제 4권 제2호 (한국헌법학회, 1998. 10), 86-87면.

618) 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의의 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), II. 4. 가. 참조.

간 타협과 절충의 산물이며, 조약내용은 서로 불가분의 관계에 있기 때문에 조약전체 또는 그 일부규정에 대하여 법적 효력을 부정하는 것은 곤란하다는 것이다.

셋째, 헌법에서 조약의 규범통제에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 아니한 취지에서도 이해할 수 있다는 것이다.

이 입장은 조약과 헌법과의 관계에서 조약에 우위를 인정하는 견해로서 제2차 세계대전 이후 점령법질서를 존중할 목적으로 제시된 것이지 더 이상 이를 주장하는 견해는 없다.

그렇지만, 조약의 국제정치성, 조약내용의 단일성·통일성 및 조약무효로 인한 국가체면 손상 등을 고려해야 한다는 측면에서 조약에 대한 규범통제를 인정하는데 소극적인 견해<sup>619)</sup>도 있다. 생각건대 이 견해는 조약을 위헌으로 결정함에 있어 신중하거나 사법자체가 이루어져야 함을 말하고자 하는 것이지, 조약 자체를 심판대상으로 삼아서 안 됨을 적극적으로 주장하는 것은 아니라고 본다.

다음, 조약에 대해 헌법적 통제를 긍정하는 견해이다. 이 입장은 조약에 견주어 헌법에 우위를 인정하는 헌법우위설에 따라 조약의 내용이 헌법에 위반되는 여부를 심사할 수 있다는 것으로 우리나라의 통설이다. 그 근거로는 몇 가지가 제시된다.

첫째로는 헌법 제6조 제1항이 조약과 국제법규에 관해 국내법과 같은 효력을 부여하는 근거로 작용한다는 점이다. 달리 말하면, 변형이나 채용의 근거를 제공하는 규범(헌법)이 변형된 규범이나 채용된 규범(조약·국제법규)보다 우위를 차지한다는 점이다.

둘째로는 헌법 부칙 제5조에서는 법률과 조약은 “헌법에 위배되지 아니하는 한 그 효력을” 지속할 수 있다고 규정하고 있다. 이는 조약이 실체법적으로나 내용상으로는 헌법에 위배되어서는 안 됨을 전제

---

619) 허영, 『한국헌법론』 전정3판 (박영사, 2007), 178면.

로 한 것이다.

셋째로는 헌법규범의 체계적 해석에서 도출된다. 조약체결권은 헌법에 근거하여 인정된 권한이다. 체결권행사의 산물인 조약은 통치권행사 근거인 헌법 제1조 제2항에 규정된 국민주권이라는 헌법의 최고원리를 배제할 수는 없다. 헌법의 최고규범성을 인정하는 한, 헌법은 당연히 조약에 대해 우위를 점유한다 하겠다.

정리하면, 심판대상으로 삼을 수 없다는 문제와 심판에 있어 심판대상규범에 대해 위헌결정을 가능한 한 절제해야 한다는 문제는 서로 다른 차원에 속해 있다. 여기서의 논의는 사법판단의 자제가능성 차원에서 환원시켜야 할 사안이라 본다.

## 2. 헌법재판의 심판기준으로서의 국제법규범 문제

국제법규범이 헌법재판에서 논의되는 차원은 간단하게 파악할 때, 논리적으로 두 단계로 구획된다. 그 하나는 심판대상의 문제이고, 다른 하나는 심판기준의 문제이다. 여기서의 논의 대상은 후자에 관한 것이다.

심판기준과 관련해서도 이중적 차원에서 접근해야 한다. 즉 그 하나는 국제법규범이 법률보다 상위의 등급을 인정받는 경우이고, 다른 하나는 법률과 동등한 등급을 인정받는 경우이다.

먼저, 전자에 관해 살펴본다. 독일의 경우 기본법 제25조는 국제법상 일반원칙이 연방법의 구성부분이며 법률에 우선하고 연방영역의 주민에 대하여 직접 권리와 의무를 발생시킨다고 규정하고 있다. 이때 국제법상 일반원칙은 법률이라는 규범을 통제함에 있어 심판기준으로 작용하게 될 것이다.

그런데, 우리 헌법은 국제법규범에 대해 이러한 명료한 준거를 두지 않고 있다는 점이다. 다만, 국제인권법과 관련한 헌법재판절차에

서 국제인권법에 심판기준으로의 위상을 부여할 수 있는지가 모색되는 형편이다.<sup>620)</sup> 생각건대, 국제인권법의 규율내용을 우리 헌법차원으로 받아들일 수 있는 논거를 구축하는 것이 핵심이 아닐까 한다.

다음, 후자와 관련해서 조약이나 국제법규가 최소한이나마 법률적 등급을 부여받을 수 있다는 점에 관해서는 이론의 여지가 없다. 그래서 그런 규범을 법규명령에 관해 통제기준으로 삼는 것에 관해서는 전혀 문제되지 않을 것이다.

### 3. 국제법규범에 대한 구체적인 헌법적 통제절차

국제법규범에 대해 헌법이 우위라는 점은 전술한 바와 같이 우리나라의 통설이다. 이를 바탕으로 국제법규범에 대해 헌법을 잣대로 심판할 수 있다고 할 것이다. 그러면 그 구체적인 절차와 관련해서 검토하기로 한다.<sup>621)</sup>

#### 가. 헌법소원심판

공권력의 행사 또는 불행사로 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다(헌재법 제68조 제1항). 조약이나 국제법규도 헌법소원의 심판대상이 될 수 있으며, 어떠한 경우에 적법요건을 갖춘 것으로 볼 것인지에 대해 논란의 여지가 있다.

먼저, 조약도 심판대상이 될 수 있는가 하는 점이다. 이에 관해 헌

---

620) 이에 관한 상세한 내용은 제3절 참조.

621) 국회의 동의를 얻어야 함에도 불구하고 이를 얻지 아니하고 체결된 조약에 대해 헌법소원심판이나 위헌법률심판절차를 통해 다룰 수 있는지가 문제된다. 또 만약 위헌성이 인정될 경우 어떻게 결정해야 할 것인지도 문제된다. 이에 관해서는 제4절 VI. 참조.



법재판소는 “헌법 제6조 제1항에 의하여 국내법과 같은 효력을 가지는 조약의 체결행위는 고권적 행위로서 공권력의 행사에 해당하므로, 우리나라 정부가 일본 정부와의 사이에서 어업에 관해 체결·공포한 조약인 대한민국과일본국간의어업에관한협정(조약 제1447호)은 헌법 소원심판의 대상이 된다.”고 한다.<sup>622)</sup>

그러면, 어느 시점부터 조약이 국민의 기본권을 침해하는 공권력의 행사로서 외형을 완성한 것으로 보아야 하는가 하는 점이다. 비준을 요하는 조약의 경우에는 비준이, 비준을 요하지 않는 조약은 서명이 이루어진 다음에 반드시 공포되어야 한다. 아무튼 기속적 동의를 포함으로써 조약이 발효해야 하고 또 공포된 시점에서야 비로소 가능하다고 할 것이다.<sup>623)</sup>

헌법소원은 기본권관련성을 지닌 경우에 한해서 청구될 수 있다. 즉 조약에 의해 기본권이 침해되었을 경우에 청구가 가능한 것이다. 그런데 조약이 기본권에 영향을 미치지 아니하거나 조약의 주체인 국가에게만 부담을 부과하는 경우에는 조약의 직접적 효력<sup>624)</sup>이 인정되지 아니한다는 점에서 적격성이 부인된다고 본다.

기본권침해의 현재성과 관련하여서는 범규범이 아직 현재 침해하지는 않았지만, 장래에 침해가 예정되어 있을 경우에는 현재성의 예외

---

622) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 692.

623) 독일의 경우 연방의회에서 동의법에 대한 의결이 이루어지고 난 다음 연방 대통령의 비준이 이루어지기 이전에 아직 공포되지 않아 효력을 발생하지 아니하였을지라도, 조약을 심판대상으로 삼을 수 있는 것으로 보았다. 그러나 이 절차는 추상적 규범통제로서 예외적인 예방적 통제의 성격을 부여한 것이었다. 우리의 사례에서도 국회에서의 동의절차를 완료한 다음, 대통령의 비준 이전에, 조약에 대해 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 할 것이다. 당연히 이는 아주 예외적인 현상으로 받아들여야 한다. 상황의 성숙성이론으로 해결이 가능하다고 보여진다.

624) 조약의 직접적 효력이라 함은 어떠한 조약이 그 자체로 개인에게 국내법원에서 원용할 수 있는 권리를 부여하거나 의무를 부과하기에 충분한 힘을 갖는 것을 말한다. 제3장 제5절 II. 1. 참조.

를 인정해서 적격성을 인정한다. 이런 점은 조약에서도 마찬가지이다. 즉 조약이 발효하고 또 공포되었을 경우에는 아직 침해상태가 발생하지 아니하였다 할지라도, 청구가 가능하다고 본다.

침해의 직접성과 관련해서 헌법재판소는 “한일 양국간에 대한민국과일본국간의어업에관한협정(1998. 11. 23. 조약 제1477호로 체결되고 1999. 1. 22. 발효된 것)이 새로이 발효됨으로 인하여, 우리나라의 어민들은 종전에 자유로이 어로활동을 영위할 수 있었던 수역에서 더 이상 자유로운 어로활동을 영위할 수 없게 되었으므로, 위 협정은 법령을 집행하는 행위가 존재하지 아니하고 바로 법령으로 말미암아 직접 기본권이 침해되는 경우에 해당하여, 위 협정에 대한 헌법소원 심판의 청구는 적법하다.”고 한다.<sup>625)</sup>

이와 관련해서 논의할 사항이 바로 조약의 자기집행성<sup>626)</sup> 내지 직접 적용성문제이다. 조약의 직접 적용성이란 어떠한 국제법 규범이 국내 이행입법의 도움이 없이도 그 자체로(즉 자동적으로) 국내법질서의 일부를 형성하는 경우를 말한다.<sup>627)</sup> 이런 관념은 집행행위나 집행규범이 매개됨이 없음을 전제로 한 것으로 침해의 직접성과 그대로 연관될 수 있다. 다만, 직접 적용성이 인정되는 조약이 모두 심판대상이 될 수 있는 것은 아니고, 그런 조약 중 직접적 효력이 인정되는 조약, 즉 기본권이 제한되었거나 의무가 부과되는 내용을 담고 있는 조약만이 대상이 된다고 하겠다.

아울러, 비자기집행적인 조약이 심판대상이 될 수 있는가의 문제가

---

625) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139등, 판례집 13-1, 676, 697-698.

626) 조약의 자기집행성은 직접 적용성 뿐만 아니라 직접적 효력을 갖춘 것으로 보아야만 그 조약은 심판대상이 될 수 있다. 조약의 자기집행성에 관해서는 이 절 IV.와 제2장 제3절 III. 1. 참조.

627) 조약의 직접 적용성이나 직접적 효력은 조약의 국내적 효력과는 다른 문제이다. 국내적 효력문제는 헌법 제6조 제1항에서 도출되는 사항이다. 이에 관해서도 이 절 IV.와 제2장 제3절 III. 4. 참조.

제기된다. 관련해서 지적되어야 할 것은 조약이 직접 적용성이 인정된다고 해서 직접적 효력이 당연히 인정되는 것은 아니라는 점이다. 이를 달리 말하면, 조약이 국내에서 구체적으로 적용되기 위해서는 국내의 이행입법을 필요로 할 경우가 있고, 그 경우에도 직접적 효력이 인정될 수 있다는 점이다. 그런 경우에는 그 이행입법에 대한 헌법소원심판이 가능하다 할 것이고, 그 이행입법에 당해 조약이 본질적인 요소로 작용할 경우에는 부수적으로 심판의 대상이 될 수 있다고 할 것이다(헌재법 제75조 제5항 참조).

다음, 국제법규가 헌법소원의 대상이 될 수 있는가에 관해서는 전술한 논의체계에 비추어 볼 때, 이론적으로는 충분히 가능하다고 본다. 그러나 실제 심판청구될 여지는 없다고 본다.

## 나. 위헌법률심판

### 1) 일반적으로 승인된 국제법규의 심판대상성

조약과 국제법규가 위헌법률심판을 비롯한 규범통제의 대상이 될 수 있는지가 문제된다. 조약이나 국제법규가 국내적 효력을 지니고 구체적인 법률관계를 형성하는 법적 근거로 작용하였고, 그렇게 형성된 법률관계에서 법적 분쟁이 발생하였으며, 그 법적 분쟁에서 조약이나 국제법규가 상위법에 위반되었는지 여부가 재판의 전제가 되었을 경우에 비로소 규범통제의 문제가 등장하게 된다.

조약이나 국제법규는 헌법 제6조 제1항에 근거해서 국내적 효력을 갖는다. 그런데, 조약의 경우에는 비준이나 서명이라는 기속적 동기가 표시됨으로써 그 실체가 뚜렷하게 드러나게 된다.<sup>628)</sup> 하지만, 국

---

628) 물론 현행법에 따르면, 조약에 대해서는 반드시 공포가 되어야만 국내적인 효력을 갖게 된다(헌법 제6조 제1항 참조).

제관습법이나 우리나라가 가입하지 아니한 조약으로서 보편성을 지닌 조약을 그 유형으로 하는 국제법규의 경우에는 언제 법적 근거로 작용하였으며, 언제 재판의 전제가 되어 심판의 대상이 될 수 있는지 명확하지 않다는 문제점이 나타나게 된다.

즉 국제법규의 경우에는 규범통제의 대상에 해당하는지에 관한 문제도 있지만, 그 이전 단계에 먼저 일반적으로 승인된 국제법규에 해당하는지에 대한 객관적인 판단이 이루어져야 한다. 그런 점에 비추어 독일 기본법 제100조 제2항에서처럼 국제법규가 일반적으로 승인된 것이며 국내적 효력을 언제 가지게 되었는지를 확인하는 기관과 절차가 필요하다고 하겠다.<sup>629)</sup>

## 2) 국회의 동의대상인 조약과 비동의조약

우리 헌법은 조약이 상위규범에 위반되는 여부의 조치에 관해 아무런 규정도 두지 않았다. 또 조약의 국내법적 위상에 관해서도 마찬가지이다. 이는 해석을 통해 해결할 수밖에 없다.

우리 헌법은 법률의 위헌여부와 명령·규칙의 위헌·위법여부에 관해 서로 다른 규범통제절차를 마련하고 있다(헌법 제107조 참조). 조약의 국내법적 위상과 관련해서는 당해 조약이 국회의 동의를 받았는지의 여부를 기준으로 법률적 등급의 조약과 법규명령적 등급의 조약으로 구분하는 것이 통설이다.

이에 따라 어떠한 조약이 헌법을 비롯한 상위규범에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되었을 경우, 법원은 법률의 등급을 지닌 조약에 해당하면 그 위헌여부에 대한 심판을 헌법재판소에 제청해야 한다.<sup>630)</sup> 그리고 법률하위의 등급을 지닌 조약에 해당하면 직권으로 헌

---

629) 동지: 허영, 『한국헌법론』 전정3판 (박영사, 2007), 180면 참조.

630) 물론 여기서 소송당사자가 당해사건의 재판에 적용되는 조약에 대해 위헌심

법이나 법률에 위반되는 여부를 심사한다.

이와 같이 심판해서 법률적 등급의 조약에 관해 헌법재판소가 심판에 따른 결정을 선고하면 당해사건 담당법원은 그에 따라 재판한다.

### 3) 조약의 심판대상성

조약은 형식적 의미의 법률에 해당하지는 않지만, 국내법과 같은 효력을 지님에 따라 위헌제청의 대상이 될 수 있다.<sup>631)</sup> 헌법재판소도 형식적 의미의 법률과 동일한 효력을 갖는 조약 등은 헌재법 제68조 제2항의 위헌소원심판의 대상에 포함된다고 하였다.<sup>632)</sup> 헌법재판소는 또 “‘대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국군대의 지위에 관한 협정’(1967. 2. 9. 조약 제232호)은 그 명칭이 ‘협정’으로 되어 있어 국회의 관여 없이 체결되는 행정협정처럼 보이기도 하나 우리나라의 입장에서 볼 때에는 외국군대의 지위에 관한 것이고, 국가에게 재정적 부담을 지우는 내용과 근로자의 지위, 미군에 대한 형사재판권, 민사청구권 등 입법사항을 포함하고 있으므로 국회의 동의를 요하는 조약으로 취급되어야 한다고 보고 위헌제청의 대상으로 인정하였다.”<sup>633)</sup>

---

판제청의 신청을 하였을 경우. 이에 관해 당해사건 담당법원은 법률의 등급에 해당하는 조약이라면 제청신청을 인용해서 헌법재판소에 제청하거나 제청신청을 기각이나 각하할 수 있다. 이때 기각이나 각하당한 소송당사자는 헌재법 제68조 제2항에 따른 헌법소원심판을 청구할 수 있게 된다. 그리고 법규명령의 등급에 해당하는 조약의 경우 소송당사자는 위헌심판제청을 신청할 필요가 없다. 이때 법원은 헌법재판소에 제청할 것 없이 본안사건과 함께 부수적으로 상위법(헌법이나 법률)에 위반되는 여부를 심판하게 된다.

631) 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 수정판 (헌법재판소, 2003), 80-81면.

632) 헌재 1995. 12. 28. 95헌바3, 판례집 7-2, 841, 846.

633) 헌재 1999. 4. 29. 97헌가14, 판례집 11-1, 273, 282.

#### 4) 인용결정의 방식과 효력

국회의 동의를 요하는 조약<sup>634</sup>)이나 국제법규가 위헌심판의 대상이 되어 위헌성이 인정될 경우 헌법재판소는 위헌결정을 선고함이 바람직한 것인가가 문제된다.<sup>635</sup>)

이에 관해서는 대체로 세 가지 형태로 처리함이 논리적으로 가능하다고 본다.

첫째로는 단순위헌으로 결정하는 방안이다. 이렇게 할 경우 조약법 협약 제46조에 의해 국제법적인 효력에는 영향을 미치지 못하는 반면, 국내적으로 형성된 효력은 헌재법 제47조 제2항에 따라 발생한다고 할 것이다.

둘째로는 헌법불합치결정을 선고하는 방안이다.<sup>636</sup>) 심판대상인 조약이 조항에 대해 잠정적으로 그 형식을 존속시키지만 일정 시한까지 이를 개정하도록 요구하는 법적 효과를 지향하는 것이다. 즉 조약 체결권자인 대통령으로 하여금 조약의 내용을 당사국과 협의해서 신속하게 개선할 의무를 지우는 한편, 그때까지 시한을 정해서 잠정적으로 계속 적용하는 것이다.

셋째로는 조약을 가능한 한 헌법합치적으로 해석하는 방안이다. 이른바 한정합헌을 선언하는 것이다.

생각건대, 국가간의 신뢰보호, 지속적인 선린관계 유지, 국제법존중의 원칙 구현 등의 시각에서 볼 때, 가급적이면 위헌결정을 선고함은

---

634) 국회의 동의를 요하지 않는 조약의 경우에는 헌법 제107조 제2항에 따른 절차가 진행되고, 그에 따라 상위법에 위반된다 할지라도, 당해사건에 한해 적용이 배제될 따름이다. 또한 조약의 규범성 자체에는 아무런 영향도 받지 아니한다.

635) 이 문제는 헌재법 제68조 제1항에 따른 헌법소원심판절차나 같은 조 제2항에 따른 헌법소원심판절차에서의 결정에도 마찬가지로 적용된다 할 것이다.

636) 이상훈, “조약의 국내법적 효력과 규범통제에 대한 고찰”, 『국제법 동향과 실무』 vol.3 no.1 통권 제7호 (외교통상부 조약국, 2004. 2), 158면.

자제함이 바람직하지 않을까 한다. 하지만, 중대한 위헌성이 내재되어 있다고 한다면, 앞서 소개한 변형결정을 적극 활용함이 가능하다고 할 것이다.

## 다. 권한쟁의심판

국가기관이나 지방자치단체는 다른 국가기관이나 지방자치단체에 의해 헌법이나 법률에 의해 부여받은 권한을 침해받은 경우 권한쟁의심판을 청구할 수 있다. 국제법규범도 권한쟁의심판에서 다툼의 대상이 될 가능성은 여러 측면에서 매우 높다고 보여진다.

그 대표적인 사례로는 비록 헌법재판소가 제3자의 소송담당을 부인함으로써 심판청구에 따른 인용가능성이 매우 낮아지게 된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권침해문제이다.<sup>637)</sup> 어떠한 조약을 체결하거나 비준함에 있어 국회의 동의대상에 해당하는 여부에 대한 판단의 제1차적인 주체는 동의안을 제출하는 정부이다. 만약 헌법 제60조 제1항에서 정한 조약의 범위에 해당함에도 불구하고 전혀 동의안을 제출하지 아니하거나 핵심적인 내용을 일부 누락시키는 형태로 제출할 경우 헌법상 보장된 국회의 동의권은 침해될 것이다.

그밖에도 지방자치단체가 외국의 지방자치단체등과 체결한 합의서로 인해 헌법 제73조에 보장된 대통령의 조약체결권이 침해되었음을 이유로 다투는 경우를 상정할 수 있겠다.

아무튼 국회의 동의를 받아야 하는 조약임에도 동의절차를 거치지 않았음을 이유로 이른바 비동의조약이나 고서류조약 내지 정부부처의 기관간 협정으로 인해 헌법 제60조 제1항에 의해 보장된 국회의 동의권침해문제가 권한쟁의에 있어 하나의 유형으로 자리할 것으로

---

637) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8 참조.

보여진다. 또한 지방자치단체에 의한 대통령의 조약체결권 침해문제도 권한쟁의의 발생 개연성이 높다고 하겠다.

#### 4. 국제법규범의 통제에 관한 권한배분의 조정

앞서 언급한 바와 같이 조약의 국내법상 규범적 등급에 관해 국회의 동의를 요하는 조약은 법률의 등급을, 그 이외의 조약은 법규명령의 등급을 부여하는 것으로 파악함이 다수설이다.

또한 조약에 대한 규범통제의 담당기관도 규범적 등급에 따라 달리 배분되는 것으로 파악한다. 즉 국회의 동의를 받은 조약의 위헌여부는 법원의 제청으로 헌법재판소가 심판하는데 반해, 그 외의 조약의 위헌 내지 상위법 위반 여부에 대해서는 대법원이 최종적으로 심판하는 것으로 파악한다.

게다가 심판대상인 조약이 위헌이나 상위법위반으로 결정이나 판결이 이루어지게 되면, 법률 등급의 조약은 결정한 날로부터 효력을 상실하는데 반해, 그 외의 조약은 당해사건에 한해 적용만이 배제될 따름이다.

관련해서 조약의 국내법상 규범적 등급에 따라 규범통제의 담당기관을 달리하기보다는 조약에 대해서는 일률적으로 법률적 형식을 인정해서 헌법재판소로 일원화할 것을 제시하는 견해가 있다.<sup>638)</sup> 이 주장은 국제법규범에 대한 심판절차의 통일성 확보와 조약의 비중을 고려함이 없는 위헌심판의 결과발생 방지라는 시각에서 입법론적으로 충분히 타당성이 인정된다고 본다.<sup>639)</sup>

---

638) 이상훈, “조약의 국내법적 효력과 규범통제에 대한 고찰”, 『국제법 동향과 실무』 vol.3 no.1 통권 제7호 (외교통상부 조약국, 2004. 2), 158면 참조.

639) 하지만, 이른바 고시류조약이나 행정협정의 수준에 지나지 않는 조약을 법률적 수준으로 끌어 올림은 국내 입법권에 견주어 외교권행사를 지나치게 강



이와 관련해서 국제법상 조약의 규범적 차원에서의 갈등을 이원화해서 접근하는 방안을 제안하고자 한다. 헌법위반을 포함한 상위규범과의 충돌문제와 대등규범 상호간의 충돌문제이다.

법원은 구체적 사건에서의 법적 분쟁을 해결함을 주된 임무로 한다. 그래서 조약이 다른 대등규범과의 충돌문제가 발생할 경우 이를 법원이 관할하게 한다. 그 반면에, 위헌을 포함한 상위규범과의 충돌문제가 발생하면, 헌법재판소에 제청해서 그 심판결과에 따라 재판하도록 하는 방안이다. 즉 국회의 동의를 받았는지의 여부와 관계없이 통일적으로 위헌법률심판절차를 거치도록 하는 것이다. 이렇게 함으로써 심판기관의 이원화로 인해 야기되는 부작용을 해소함은 물론이고, 심판기관 고권작용의 효력에 따라 심판대상이 된 조약의 운명이 달라지게 되는 불합리를 벗어날 수 있을 것이다.

구체적인 방안으로는 헌법재판소법을 개정해서 조약이나 국제법규의 규범통제와 관련된 사항을 신설하는 것이다. 이는 헌법을 개정함이 없이도 가능하다고 본다.

## VII. 결어

이상에서는 우리 헌법 제6조 제1항과 관련된 구체적인 의미를 살펴해보았다. 핵심적인 논의 사항을 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 헌법 제6조 제1항이 조약이나 국제법규에 대해 국내적 효력을 부여한 규범적 근거이다. 즉 별도의 입법조치가 없이 그 자체로서 국내적인 효력을 지닌다.

---

화시킨 것이다. 이는 국제법우호적인 차원이 아니라 국제법에 국내법질서를 종속시키는 결과를 초래한다.

조약이 국회의 동의를 필요로 하는 여부를 기준으로 국회의 동의를 받은 조약에 대해서는 법률의 효력을, 그 이외에 국회의 동의를 요하지 않는 조약에 대해서는 법규명령의 효력을 인정할 수밖에 없다. 헌법 제60조 제1항에 해당함에도 국회의 동의절차를 거치지 아니한 조약이라면, 그런 조약에 법률의 등급을 부여할 수 없다. 이는 등급부여자 내지 변형자를 헌법 제60조 제1항이 아닌, 국회의 개별적인 동의안 의결행위로 보는 것이다.

둘째, 우리 헌법이 조약의 ‘체결·비준’을 규정하고 있는데, 이것은 기속적 동의를 표시를 통합적으로 의미하는 것으로 해석된다.

셋째, 고시류 조약은 母협정이 명시적으로 또는 묵시적으로 위임한 범위 내에서 체결하는 경우 母협정을 그 법적 근거로 볼 수 있다. 조약체결권을 행사하는 주체는 대통령이고, 외교통상부장관은 권한을 위임받은 것에 지나지 않는다. 그 외에도 정부부처간의 기관간 협정이나 지방자치단체의 합의서가 있으나 조약의 성격을 결여한 것으로 본다.

넷째, 일반적으로 승인된 국제법규란 대다수의 국가가 승인하여 국제사회에서 보편적 효력을 갖는 규범으로서 국제관습법과 우리나라가 가입하지 아니한, 국제사회에 일반적으로 인정된 조약을 말한다. 일반적으로 승인된 국제법규는 대체로 이중적인 법적 성격을 지닌다는 점이다. 즉, 그 자체가 국제관습법으로서의 성격을 지님과 아울러 조약의 형태로, 특히 다자간 조약의 형태로 성문 법전화한 것이기 때문이다. 이와 같이 법전화된 다자간 조약은 우리나라가 이미 가입한 경우라면, 일반적으로 승인된 국제법규로 볼 수는 없다.

다섯째, 자기집행적인 조약이란 당연히 조약의 국내적 효력이 인정됨을 전제로 한다. 이를 바탕으로 직접 적용성이라는 요소와 직접적 효력이라는 요소, 이 두 가지를 충족시켜야만 자기집행성은 인정된다

고 할 것이다.

자기집행적인 조약과 관련해서 직접 적용성이 인정되는 조약이 모두 헌법소원의 심판대상이 될 수 있는 것은 아니다. 그런 조약 중 직접적 효력이 인정되는 조약, 즉 기본권을 제한하거나 의무를 부과하는 내용을 담고 있는 조약만이 대상이 된다. 또한 비자기집행적인 조약의 경우 그 이행입법에 대해 헌법소원심판의 청구가 가능할 것이다. 그 이행입법에 조약이 본질적인 요소로 작용할 경우 그 조약은 부수적으로 심판의 대상이 될 수 있다.

여섯째, 국제법과 국내법의 충돌에 있어 해결원칙으로는 상위법우선의 원칙이 먼저 채택됨은 당연하고, 그에 이어 후법우선의 원칙과 국제법우호적인 해석의 원칙이 동원되어야 한다. 그러나 특별법우선의 원칙을 후법우선의 원칙보다 먼저 적용함은 국제법관계에 사실상 우월적 지위를 인정하는 셈이 된다. 그러므로 신중해야 한다.

일곱째, 조약이 국민의 기본권을 침해하는 경우 헌법소원의 대상이 될 수 있으며, 기속적 동의를 표시함으로써 조약이 발효하고 또 공포된 시점을 기준으로 심판청구가 가능하다. 물론 예외가 있다.

조약이 헌법을 비롯한 상위규범에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되었을 경우, 법원은 법률의 등급을 지닌 조약에 해당하면 그 위헌여부에 대한 심판을 헌법재판소에 제청해야 한다. 그리고 법률하위의 등급을 지닌 조약에 해당하면 직권으로 헌법이나 법률에 위반되는 여부를 심사한다. 조약에 관해 위헌결정을 선고함은 자제함이 바람직하다. 하지만, 중대한 위헌성이 내재되어 있다면, 헌법불합치결정이나 한정결정(한정합헌이나 한정위헌을 포함하는)등의 변형결정을 적극 활용함을 권장하고자 한다.

여덟째, 국회의 동의를 받아야 하는 조약임에도 동의절차를 거치지 않았음을 이유로 이른바 비동의조약이나 고시류조약 내지 정부부처

의 기관간 협정으로 인해 헌법 제60조 제1항에 의해 보장된 국회의 동의권 침해문제가 권한쟁의에 있어 하나의 유형으로 자리할 것으로 보여진다. 또한 지방자치단체에 의한 대통령의 조약체결권 침해문제도 권한쟁의의 발생 개연성이 높다고 하겠다.

아홉째, 국내적 효력을 부여받은 국제법규범과 국내법 상호간 충돌에 대한 관할의 조정을 제언한다. 즉 대등규범 상호간의 충돌은 법원이 담당하고, 상하규범간의 충돌은 법원이 헌법재판소에 제청하도록 하는 것이다. 그럼으로써 규범통제기관이 일원화되고 또 위헌판단의 효력도 일원화될 것이다.

구체적인 방안으로는 헌법재판소법을 개정해서 조약이나 국제법규의 규범통제와 관련된 사항을 신설하는 것이다. 이는 헌법을 개정함이 없이도 가능하다고 본다.

### 제3절 국제인권법이 헌법재판의 재판규범이 되는지 여부

#### I. 국제인권법 개관

현대사회는 국제화 사회로 발전하여 외국과의 다양한 관계 속에서 형성되고 있다. 따라서 인권문제도 과거의 전통적인 시각에서 변하여 새로운 형태로 발전하고 있는 것이다. 과거에는 인권<sup>640</sup>의 문제가 국

---

640) 인권(droits de l'homme)과 기본권(droits fondamentaux) 혹은 공적 자유(libertés publiques)를 구별하여 사용하기도 한다. 인권이란 자연법론과 사회계약론에 근거하여 인간의 자연적 권리라고 볼 수 있고 기본권은 독일의 1919년 바이마르 헌법에서 사용된 용어로 자연권 사상에 바탕을 둔 천부인권

가 내에서 국민과 국가간에 사이에 형성·보장되는 것으로 이해하여 타국의 인권문제에 간섭하는 것은 주권을 침해하는 것으로 이해하였다. 그러나 현대에 와서는 이러한 전통적인 시각이 변하여 모든 나라가 자국민의 인권을 보호할 의무를 지고 만약에 이러한 의무를 게을리 하거나 해태하는 경우에는 국제사회가 해당 국가에 대하여 제재를 가할 수 있는 것으로 변하고 있는 것이다.

이러한 현상과 관련하여 나타나는 것이 인권선언의 국제화 내지 지역화인 것이다. 인권보장이 현대 민주주의의 목적이라고 할 정도로 중요성을 가지게 되고 따라서 인권보장을 위하여 개별 국가차원에서 헌법전 등에 인권조항을 규정하는 것을 넘어서 국제 지역별로 혹은 세계적인 차원에서 인권선언을 하고 있는 것이다.

이와 관련하여 우리나라도 많은 국제인권조약에 가입하였다. 우리나라가 가입한 국제인권조약들을 보면 다음과 같다.

우리나라 국제인권조약 가입현황(2007. 8. 기준)<sup>641)</sup>

#### \* 한국 가입 국제인권조약

---

론에 기초하여 헌법에서 보장하고 있는 일련의 자유와 권리에 관한 규범적 이해의 체계라고 할 수 있다.(성낙인, 『헌법학』, 박영사, 2007, 234-236면) 이에 반하여 공적 자유란 프랑스에서 전통적으로 기본권을 일컬을 때 사용되는 용어이다. 공적 자유라는 용어의 근원은 1789년 인권선언에서부터 찾아볼 수 있다. 그러나 1789년 인권선언에는 공적 자유란 표현은 없고 자유(libertés), 혹은 인권(droits de l'homme)이란 용어가 사용되고 있다. 처음으로 실정법에서 공적 자유란 단어가 사용되기 시작한 것은 1793년 산약당 헌법 제9조에서부터이다. 공적 자유의 의미는 학자들마다 광의로 혹은 협의로 사용되기도 하는데, 현대에 와서 기본적 자유(libertés fondamentales), 인권(droits de l'homme), 기본권(droits fondamentaux)과 정확히 구별하기는 어렵다. 현행 헌법 자체도 前文에서는 인권이라는 용어를 사용하고 있고, 제34조에서는 공적 자유라는 표현을 사용하고 있다. 따라서 엄밀히 말하면 그 연원은 다르겠지만, 인권, 기본권, 공적 자유라는 용어가 혼합되어 사용되기도 한다.

641) 국가인권위원회(<http://www.humanrights.go.kr/>) 2007. 9. 10. 검색

협약명	협약채택 (발효)	당시국수 ('07.7.18 기준)	한국가입 (발효)	유보조항 (유보철회)
집단살해죄의 방지와 처벌에 관한 협약 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide	48.12.9. (51.1.12)	140 *07.89 기준	50.10.14. (51.12.12)	
부녀자의 정치적 권리에 관한 협약 Convention on the Political Rights of Women	52.12.20. (54.7.7)	120 *07.89 기준	59.6.23. (59.9.21)	
인신매매금지 및 타인의 매춘행위에 의한 착취금지에 관한 협약 Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others	49.12.2. (51.7.25)	80 *07.89 기준	62.2.13. (62.5.14)	
무국적자의 지위에 관한 협약 Convention relating to the Status of Stateless Persons	54.9.28. (60.6.6)	62 *07.89 기준	62.8.22. (62.11.20)	
모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination	65.12.21. (69.1.4)	173 *07.89 기준	78.12.05. (79.14)	*14조 선언 (1997. 3. 5.)
여성에 대한 모든 형태의 차별철폐에 관한 협약 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women	79.12.18. (81.9.3)	185 *07.89 기준	84.12.27. (85.1.26)	16조1항 (g) (16조1항 중 (c),(d),(f) '91.3.15. 철회 / 9조 '99.8.24. 철회)
여성에 대한 차별철폐에 관한 협약 선택의정서 Optional Protocol to the Convention on the Elimination of Discrimination against Women	99.10.6 (00.12.22)	88 *07.89 기준	06.10.18 (07.1.18)	

협약명	협약채택 (발효)	당시국수 (‘07.7.18 기준)	한국가입 (발효)	유보조항 (유보철회)
경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights	66 12.16 (76. 1. 3)	156 *07.89 기준	90. 4. 10. (90. 7. 10.)	
시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 International Covenant on Civil and Political Rights	66 12 19. (76. 3 23)	160 *07.89 기준	90. 4. 10. (90. 7. 10.)	14조5항, 22조 (23조4항 ‘91.3.15. 유보철회 / 14조7항 ‘93.1.21. 유보철회 / 14조 5항 ‘07.4.2. 유보철회)
시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 선택의정서 Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights	66 12 19. (76. 3 23)	109 *07.89 기준	90. 4. 10. (90. 7. 10.)	
아동의 권리에 관한 협약 Convention on the Rights of the Child	89 11. 20. (90. 9. 2.)	193 *07.89 기준	91. 11. 20. (91. 12. 20)	9조3항, 21조(a), 40조2항 (b),(v)
난민의 지위에 관한 협약 Convention relating to the Status of Refugees	51. 7. 28 (54. 4 22)	144 *07.89 기준	92 12 3. (93 3 3)	유보내용: 대한민국 은 체약국의 영역에 서 3년 거주요건을 충족한 난민에 입법 상의 상호주의를 면 제한다고 규정한 <b>제</b> <b>7조</b> 유보 *선언내용: 대한민국 은 제1조 A에 규 정된 "1951년 1월 1 일 이전에 발생한 사건"이라는 용어가 "1951년 1월 1일 이 전에 유럽 또는 기 타 지역에서 발생한 사건"을 의미하는 것으로 해석된다는 것을 이 협약 제1조 B에 따라 선언한다.

협약명	협약채택 (발효)	당시국수 (‘07.7.18 기준)	한국가입 (발효)	유보조항 (유보철회)
난민의 지위에 관한 의정서 Protocol Relating to the Status of Refugees	67. 1. 31. (67. 10. 4)	144 *07.89 기준	92. 12. 3 (92. 12. 3)	대한민국은 체약국 의 영역에서 3년 거 주요건을 충족한 난 민에 입법상의 상호 주의를 면제한다고 규정한 <b>난민의 지위 에 관한 협약 제7 조</b> 유보
고용 정책에 관한 협약 (ILO협 약 no.122) Convention Concerning Employment Policy	64. 7. 9. (66. 7. 15)	97 *07.89 기준	92. 12. 9. (93. 12. 9)	
고문 및 그 밖의 잔혹한·비인도 적인 또는 굴욕적인 대우나 처 벌의 방지에 관한 협약 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment	84. 12. 10. (87. 6. 26)	144 *07.89 기준	95. 1. 9. (95. 2. 8)	
동일가치노동에 대한 남녀근로 자의 동일보수에 관한 협약 (ILO협약 no.100) Convention Concerning Equal Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value	51. 6. 29. (53. 5. 23)	164 *07.89 기준	97. 12. 8 (98. 12. 8)	
고용과 직업상의 차별에 관한 협약 (ILO협약 no.111) Convention Concerning Discrimination in respect to Employment and Occupation	58. 6. 25. (60. 6. 15)	166 *07.89 기준	98. 12. 4. (99. 12. 4)	
아동의 무력분쟁 관여에 관한 선택의정서 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the involvement of children in armed conflict	00. 5. 25. (02. 2. 12)	117 *07.89 기준	04.9.24 (04.10.24)	



협약명	협약채택 (발효)	당시국수 (‘07.7.18 기준)	한국가입 (발효)	유보조항 (유보철회)
아동매매, 아동매춘 및 아동포르노 그라피에 관한 선택의정서 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography	00 5 25 (02 1. 18)	121 *’07.8.9 기준	049.24 (04.10.24)	
기업의 근로자대표에게 제공되는 보호 및 편의에 관한 협약 (ILO협약 no.135) Convention concerning Protection and Facilities to be Afforded to Workers' Representatives in the Undertaking	71. 6. 23. (73. 6. 30.)	81 *’07.8.9 기준	01. 12. 27. (02. 12. 27)	
국제형사재판소에 관한 로마규정 Rome Statute of the International Criminal Court	98 7. 17. (02. 7. 1.)	105 *’07.8.9 기준	02. 11. 13. (03. 2. 1.)	

\* 한국 미가입 국제인권협약

- 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서(사형제 폐지) The Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of death penalty
- 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인간적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약 선택의정서 Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
- 모든 이주노동자와 그 가족의 권리보호에 관한 국제협약

International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families

○ 강제실종으로부터 모든 사람의 보호에 관한 국제협약  
International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance(미발효)

○ 장애

- 장애인권리협약 Convention on the Rights of Persons with Disabilities(미발효)

- 장애인권리협약 선택의정서 Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities(미발효)

○ 전쟁범죄

- 전쟁범죄 및 인도에 반하는 죄에 대한 공소시효 부적용에 관한 협약 Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity

○ 교육

- 교육상의 차별금지 협약 Convention against Discrimination in Education

- 교육상의 차별금지 협약 당사국간에 발생하는 분쟁해결을 위한 조정 및 주선위원회 설치에 관한 의정서 Protocol Instituting a Conciliation and Good Offices Commission to be responsible for seeking a settlement of any disputes which may arise between States Parties to the Convention against Discrimination in Education

○ 노예제도 및 강제노동

- 노예제도 협약 Slavery Convention

- 노예제도 협약의 개정 의정서 Protocol amending the Slavery Convention

- 노예제도, 노예 매매, 그리고 노예제도와 유사한 제도 및 관행의 폐지에 관한 추가 협약 Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery

- 강제적 노동 협약 (ILO협약 no.29) Forced Labour Convention

- 강제적 노동 철폐 협약 (ILO협약 no.105) Abolition of Forced Labour Convention

○ 결사의 자유 및 단결권 등

- 결사의 자유 및 단결권 보호에 관한 협약 (ILO협약 no.87) Freedom of Association and Protection of the Rights to Organise Convention

- 단결권 및 단체교섭 원칙의 적용에 관한 협약 (ILO협약 no.98) Right to Organise and Collective Bargaining Convention

- 노사관계 (공공서비스) 에 관한 협약 (ILO협약 no.151) Labour Relations (Public Service) Convention

○ 고용

- 단체교섭 촉진에 관한 협약 (ILO협약 no.154) Convention concerning the Promotion of Collective Bargaining

- 고용촉진 및 실업보호에 관한 협약 (ILO협약 no.168) Convention concerning Employment Promotion and protection against Unemployment

- 독립국가의 원주민 및 부족민에 관한 협약 (ILO협약 no.169) Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries

○ 국적

- 무국적자의 감소에 관한 협약 Convention on the Reduction of Statelessness

- 기혼여성의 국적에 관한 협약 Convention on the Nationality of Married Women

○ 혼인의 동의, 혼인을 위한 최소연령 및 혼인신고에 관한 협약 Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages

○ 정정할 수 있는 권리에 관한 국제협약 Convention on the International Rights of Correction

국제인권법의 개념 혹은 범위를 살펴볼 필요가 있는데, 일반적으로 국제인권법이라 함은 인권과 관련된 모든 국제조약이나 협약 등을 통칭한다고 할 수 있다. 따라서 국제인권법이라 하면 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약과 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 뿐만이 아니라 아동의 권리에 관한 협약 등 인권보장을 위한 국제법규가 모두 포함되는 포괄적인 용어라 할 수 있다. 그러나 국제인권규약이라 함은 1966년 12월 16일 유엔총회에서 채택된 규약으로 민족의 자결권(제1조), 평등권(제3조), 근로의 권리(제6조), 적절한 근로기준을 누릴 권리(제7조), 노조결성권(제8조), 사회보장을 받을 권리(제9조), 가정을 보호받을 권리(제10조), 적절한 생활을 유지할 권리(제11조), 육체적·정신적 건강을 유지할 권리(제12조), 교육을 받을 권리(제13조), 문화생활을 누릴 권리(제15조) 등 사회적 권리에 관하여 규정하고 있는 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약(일명 A규약)과 민족의 자결권(제1조), 평등권(제3조) 생명권(제6조), 고문이나 가혹행위를 당하지 아니할 권리(제7조), 신체의 자유(제9, 10, 11조), 정당한 재판을 받을 권리(제14조), 프라이버시를 보호받을 권리(제17조), 사상과 종교의 자유(제18조), 표현의 자유(제19조), 집회 및 결사의 자유(제21, 22조), 아동들의 보호받을 권리(제

25조), 법 앞의 평등(제26조), 소수민족의 권리(제27조) 등 자유권적 기본권과 정치적 권리 등을 규정하고 있는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(일명 B규약)을 일컫는 것이다.

## II. 국제인권법의 효력문제

### 1. 법적 효력과 헌법재판

국제인권법이 국내법질서에서 어떠한 효력을 가지는가 하는 문제는 국제인권법과 헌법재판에 있어서 중요한 문제로 대두된다. 헌법재판을 하는데 있어서 국제인권법의 효력이 어떻게 인정되느냐에 따라 그 양상이 달라지기 때문이다. 즉 국제인권법의 규범적 가치를 어느 정도로 인정하는가에 따라 심판대상이 되는가 아니면 재판규범이 되는가 하는 문제로 연결될 수 있는 것이다. 만약에 국제인권법이 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정된다면 위헌법률심판을 하는데 있어서 판단기준규범으로 작용할 수 있을 것이고, 국제인권법에서 인정되는 권리들이 헌법상 보장되는 기본권과 같은 권리로 인정되어 헌법소원청구가 가능할 것이다. 그러나 국제인권법이 법률적 가치를 가지는 규범으로 인정된다면 위헌심판의 대상은 될 수 있어도 위헌여부의 판단기준규범으로 작용될 수는 없는 것이며, 보충적인 해석기준으로도 작용하기 힘들 것이다. 이와 더불어서 국제인권법이 법률적 효력을 가지는 규범이라고 인정되면 국제인권법 상에 인정되는 권리들을 침해하였다는 이유로 헌법소원청구가 어렵게 된다. 왜냐하면 헌법재판소법 제68조 제1항은 “공권력의 행사 또는 불행사로 ‘헌법상 보장된 기본권’을 침해받은 자”가 헌법소원을 청구할 수 있도록 규정하

고 있기 때문이다.

국제인권법의 경우에 우리나라가 가입을 하였는가 여부에 따라 그 법적 성격이 달라질 것이다. 헌법 제6조 제1항에 의하여 일반적으로 승인된 국제법규라고 인정된다고 하면 국내법 질서에 수용되어 법적 효력을 가진다고 볼 수 있지만 헌법에 의하여 체결·공포된 조약으로 보는 경우에는 우리나라 정부가 적법하게 체결하여 공포한 조약만이 우리나라 법질서 내에서 효력을 가진다고 보아야 할 것이다. 따라서 국제연합의 세계인권선언은 그 전문에 나타나 있듯이 “인권 및 기본적 자유의 보편적인 존중과 준수의 촉진을 위하여 …… 사회의 각 개인과 사회 각 기관이 국제연합 가맹국 자신의 국민 사이에 또 가맹국 관할하의 지역에 있는 인민들 사이에 기본적인 인권과 자유의 존중을 지도교육함으로써 촉진하고 또한 그러한 보편적, 효과적인 승인과 준수를 국내적·국제적인 점진적 조치에 따라 확보할 것을 노력하도록, 모든 국민과 모든 나라가 달성하여야 할 공통의 기준”으로 선언하는 의미는 있으나 그 선언내용인 각 조항이 바로 보편적인 법적구속력을 가지거나 국제법적 효력을 갖는 것은 아니다.<sup>642)</sup>

또한 우리나라가 체결·공포한 조약안에서도 유보조항을 두는 경우에는 해당 조항은 법적 효력을 가지지 않는 것이다. 예를 들어 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)에서도 제14조 제5항과 제22조는 우리나라가 유보한 조항들이기 때문에 두 조항은 우리나라에서는 법적 효력이 없다고 보아야 할 것이다. 이는 우리 헌법재판소의 결정에도 나타나 있는데, 헌법재판소는 “체약국의 가입과 동시에 시행에 필요한 조치를 취하도록 의무화하고 있는 ‘시민적 및 정치적 권리에 관한 국제

---

642) 헌재 2007. 8. 30. 2003헌바51; 헌재 2005. 10. 27. 2003헌바50, 판례집 제17권 2집, 257; 헌재 1991. 7. 22, 89헌가106, 판례집 제3권, 427면.

규약'의 제22조 제1항에도 '모든 사람은 자기의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 결성하고 이에 가입하는 권리를 포함하여 다른 사람과의 결사의 자유에 대한 권리를 갖는다.'고 규정하고 있으나 같은 조 제2항은 그와 같은 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 범위 내에서는 합법적인 제한을 가하는 것을 용인하는 유보조항을 두고 있을 뿐 아니라, 특히 위 제22조는 우리의 국내법적인 수정의 필요에 따라 가입당시 유보되었기 때문에 직접적으로 국내법적 효력을 가지는 것도 아니다"라고 하여<sup>643)</sup> 우리나라가 체결당시 유보한 조항에 대해서는 법적 효력이 없다고 판시하고 있다.

또한 청구인이 노무제공의 거부에 대하여 형법 조항을 적용함으로써 결과적으로 형사처벌의 위협 하에 노무제공을 강요하는 것이 되므로 강제노역을 금지하고 있는 국제법규에 위배된다고 주장한 사건에서, 강제노동의 폐지에 관한 국제노동기구(ILO)의 제105호 조약은 우리나라가 비준한 바가 없고, 헌법 제6조 제1항에서 말하는 일반적으로 승인된 국제법규로서 헌법적 효력을 갖는 것이라고 볼 만한 근거도 없으므로 이 사건 심판대상 규정의 위헌성 심사의 척도가 될 수 없다고 하였다.<sup>644)</sup>

## 2. 효력에 관한 학설

국제인권법을 국내법 질서에서 어떠한 효력을 가지는 규범으로 인

---

643) 헌재 1991. 7. 22, 89헌가106, 판례집 제3권, 427면; 헌재 1998. 7. 16, 97헌바23, 판례집 제10권 제2집, 265면; 헌재 2005. 10. 27, 2003헌바50등, 판례집 제17권 제2집, 259면; 헌재 2007. 8. 30, 2003헌바51.

644) 헌재 1998. 7. 16, 97헌바23, 판례집 제10권 2집, 265면.

정할 것인가에 대하여 헌법과 같은 효력을 가진다고 보는 견해와 헌법보다는 하위지만 법률보다는 상위의 규범으로 보는 견해 그리고 법률과 동일한 효력을 가진다고 보는 견해 등이 있다.

## 가. 헌법동위설

국제인권법이 헌법과 동일한 효력을 가진다고 보는 견해에 따르면 국제인권법이 헌법적 가치를 가진다고 하는 견해이므로 국제인권법 위헌법률심판의 재판규범이 될 수 있고, 국제인권법에서 규정된 인권에 대한 침해에 대하여 헌법소원을 청구할 수 있다는 결론이 된다.

특히 국제인권법 가운데 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약이나 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약은 헌법적 가치를 가진다는 견해가 있다.<sup>645)</sup> 즉 세계인권선언이 법적 구속력이 없으므로 그 내용을 법적으로 구속력 있게 하기 위하여 제정된 국제규약이 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약과 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약이라는 것이다. 따라서 이러한 규약들은 현존하는 가장 중요한 국제법상의 인권규약이며 이러한 규약들은 인간의 존엄과 가치를 보호하기 위하여 인권이 단순한 국내문제가 아니라 전 세계적으로 보장되도록 하여야 한다는 당위성에서 등장한 것으로, 헌법과 같이 근본적인 자유와 인권을 개인에게 보장하고 있는 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약이나 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약은 헌법적 차원의 성질을 가지는 법규범으로 보아야 한다는 것이다. 다만 헌법은 국내법 중에서 최고규범이며, 달리 조약이 헌법보다 우월할 수 있다는 조항이 없으므로 헌법에 위반될 수는

---

645) 이명웅, “국제인권법의 국내법적 효력 - 헌법과의 관계 및 헌법재판에서의 법원성”, 『국제인권법의 국내이행에 있어 문제점 및 대안』 국가인권위원회 심포지엄 (2004. 10. 27.), 54-55면.



없고 헌법과 조화되는 범위 내에서 보완적으로 효력을 가진다는 것이다.

또한 조약의 성립형식과 내용의 보편성에 따라 조약마다 개별적으로 파악하여 헌법적 효력, 법률적 효력, 명령·규칙적 효력을 인정하여야 한다면서 국제인권규약의 경우에는 헌법적 가치를 가진다고 보는 견해도 있다.<sup>646)</sup>

헌법적 가치를 가진다고 보는 견해도 그 구체적 집행과 관련하여서는 세 가지로 나누어서 생각해 볼 수 있다. 첫째, 국제인권법이 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정되어 직접적으로 헌법재판에 있어서 재판규범으로 작용하여 위헌심판의 판단기준이 되는 규범으로 작용한다는 견해, 둘째, 국제인권법은 국제인권법이 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정은 되지만 위헌심사 등 헌법재판의 재판규범으로서 작용될 수 없고 헌법을 해석하는데 있어서 존중되어야 할 참고조문에 불과하다는 견해, 셋째, 국제인권법은 직접적인 헌법재판의 재판규범은 아니지만 그에 위배되는 법률이나 국가작용은 결국 헌법 제6조 제1항이 규정하고 있는 국제법 존중주의나 국제평화주의에 위배되므로 위헌이 된다는 견해이다.

## 나. 헌법과 법률 중간가치설

국제인권법이 헌법보다는 하위이지만 법률보다는 상위의 규범적 가치를 가진다고 보는 견해로, 이에 따르면 국제인권법이 헌법보다는 하위규범이지만 법률보다는 상위규범으로서의 가치를 가지고 있으나, 법률에 대한 위헌심사에 있어서 국제인권법이 재판규범으로서 작용할 수는 없다는 것이다.<sup>647)</sup> 이러한 견해는 개인의 보편적 인권의 보

---

646) 오승철, “국제인권규약(B규약) 제9조 제3항의 국내법적 해석·적용”, 『인권과 정의』 통권 제294호 (대한변호사협회, 2001. 2), 143-144면.

장을 위하여 국제사회에서 다자간 국제조약의 형식으로 만들어진 인권조약은 그 성질상 단순한 국가간 상호의무의 교환으로서의 일반적 조약과는 취급을 달리 해야 한다고 하면서 인권조약은 적어도 국내적으로 적용함에 있어서는 국내법 체계상 헌법에는 후위지만 어떤 국내법류보다도 우선적으로 적용되지 않으면 안된다고 하는 입장이다.<sup>648)</sup>

국제인권법을 헌법과 동위의 혹은 헌법과 법률의 중간가치로 인정하는 견해에 대해서는 국제평화주의와 국제법 존중(헌법 전문, 제5조, 제6조 등)의 천명한 우리 헌법에 비추어 타당하지 않다는 비판이 있다. ‘조약은 국내법과 같은 효력을 가진다’고 규정한 헌법 제6조 제1항의 문언 상으로 해석함에 있어, 일반 조약의 경우에는 ‘국내법’을 ‘법률 이하의 법령’의 의미로 파악하면서도 국제인권조약에 한하여 헌법과 동위 또는 법률보다 우위의 효력을 인정하는 것은 문언해석상 논리적 모순이라는 것이다. 이는 인권조약도 헌법규정상 조약임이 틀림없기 때문이라는 것이다.<sup>649)</sup>

## 다. 법률동위설

이는 국제인권법이 법률과 동등한 가치를 가지는 규범이라는 견해로, 우리나라의 경우 조약은 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법과 같은 효력을 가지고, 조약의 국내법상 서열은 조약의 변형자에 의하여 결정된다고 볼 때, 헌법 제60조 제1항의 국회동의를 필요로 하고 이

---

647) CC n°74-54, DC. 15 janvier 1975.

648) 박찬운, “실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용”, 『헌법학연구』 제8권 제4호 (한국헌법학회, 2002. 12), 74면.

649) 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 『국제인권법의 국내 이행에 있어 문제점 및 대안』 국가인권위원회 심포지엄 (2004. 10. 27.), 16면.

‘동의’라는 변형자는 헌법 제49조에 따라 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성에 의하여 행하여지므로 법률제정의 정족수와 동일하고, 따라서 조약은 법률과 동일한 효력을 가지는 것이고, 국제인권법은 조약의 형태로 성립되므로 법률과 동일한 효력을 가진다는 것이다.<sup>650)</sup> 이러한 견해에 따르면 법률과 국제인권법이 충돌하는 경우 신법우선의 원칙이라든가 아니면 특별법 우선의 원칙으로 해결한다고 한다. 국제인권법이 법률과 동일한 효력을 가진다는 것이 다수설인데, 이에는 다음과 같은 비판이 있다.

① 헌법 제6조 제1항이 ‘국내법과 같은 효력을 지닌다’라고 하고 있기 때문에 조약으로서의 국제인권법이 가질 수 있는 국내법적 지위는 헌법적 지위 중 하나일 것이라는 견해가 있으나 ‘같은 효력’이란 ‘우월적 효력이 아니다’라는 의미이며, 그것이 헌법을 변경하지 않는 헌법 보완적인 효력을 부인하는 논거는 아니다.

② 헌법에 의하여 인정되는 원칙이 헌법 그 자체를 제한한다는 것은 논리적이지 않기 때문에 법률적 효력을 지닌다고 하나, 헌법 그 자체를 제한하지 않는 것으로서 법률적 효력이 아닌 헌법적 효력을 가진 조약이 가능한 것이다.

③ 헌법과 동일한 효력을 가지는 것으로 이해한다면, 대한민국의 공권력 행사의 경우 요구되는 헌법의 민주적, 법치국가적 구조를 불투명한 것으로 만들 우려가 지적된다. 즉 헌법의 가치나 원칙들에 정면으로 반함에도 불구하고 국제법합치적 법률을 제정하여야 하는 경우가 발생할 수 있다는 것이다. 그러나 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약이나 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약은 헌법의 가치나 원칙들에 충돌하지 아니하는 한 국내법적 효력을 지닌다.

---

650) 조홍석, “한국에 있어서의 국제인권법의 국내법적 보장”, 『헌법학연구』 제4권 제2호 (한국헌법학회, 1998. 10), 84-85면.

④ 동일한 사항을 규율하는 국제법이 존재한다면 후법우선의 원칙에 의하여 헌법규범을 변경시킬 수 있게 되며, 이 경우 헌법개정절차에 관한 헌법 제10장의 존재 의미는 유명무실하게 될 것이라는 지적 역시, 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약이나 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약은 헌법을 개폐할 수 없으므로 후법우선의 원칙이 적용될 수 없어 타당하지 않다.

⑤ 조약에 대한 국회의 동의권 행사의 정족수는 법률제정시의 정족수와 같으므로 인권조약 역시 법률적 효력을 가진다고 하나, 정족수보다는 헌법 제6조 제1항에 근거하여 서열이 정해진다고 보아야 할 것이다.

⑥ 헌법 부칙 제6조 제1항은 한국의 국내법의 위계구조 하에서 헌법이 조약보다 상위임을 분명히 하고 있다고 하나, 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약이나 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약이 현행 헌법에 '위배'된다고 할 수 없고, 또한 위 부칙은 1987년 개헌 당시를 기준으로 하고 있는 것이며, 또한 이를 헌법에 위배되지 않는 국제인권법이 국내에서 헌법적 차원의 규범력을 가진다는 것을 부인하는 취지의 조항이라고 해석할 수 없다.<sup>651)</sup>

### 3. 헌법재판소 결정

헌법재판소는 국제법규에 대하여 헌법적 가치를 가지는 규범이라고 인정하는 결정을 하기도 하였고, 기타 다른 조약에 대해서는 법률적 효력을 가지는 국제규범이라고 하기도 하였다.

---

651) 이명웅, “국제인권법의 국내법적 효력 - 헌법과의 관계 및 헌법재판에서의 법원성”, 『국제인권법의 국내이행에 있어 문제점 및 대안』 국가인권위원회 심포지엄 (2004. 10. 27.), 56-57면.

## 가. 국제인권법에 대한 헌법적 가치 인정

헌법재판소는 국제인권법에 대하여 헌법적 효력을 가지는 것으로 인정하는 결정을 하였다. 헌법재판에서 재판규범으로 인정한다는 것은 국제인권규약에 대하여 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정하였다는 것을 의미하므로 국제인권법에 대하여 헌법적 효력을 가지는 것으로 본 것이라 할 수 있다.

시민적·정치적 자유에 관한 국제인권규약 제19조에 대하여 헌법적 가치를 인정하였고,<sup>652)</sup> 동 규약 제8조 제3항에 대해서도 헌법적 가치를 인정하였으며,<sup>653)</sup> 동 규약 제11조에 대해서도 헌법적 가치를 인정하였다.<sup>654)</sup>

## 나. 기타 조약에 대한 법률적 가치 인정

국제인권법은 아니지만 조약에 대하여 헌법재판소가 재판규범으로서 조약을 인정한 것이 아니라 법률과 같은 효력을 인정하는 결정을 하였다.

1) 헌법재판소는 1998. 11. 26. 결정에서 “마라케쉬협정도 적법하게 체결되어 공포된 조약이므로 국내법과 같은 효력을 갖는 것이어서 그로 인하여 새로운 범죄를 구성하거나 범죄자에 대한 처벌이 가중된다고 하더라도 이것은 국내법에 의하여 형사처벌을 가중한 것과 같은 효력을 갖게 되는 것이다. 따라서 마라케쉬협정에 의하여 관세법위반자의 처벌이 가중된다고 하더라도 이를 들어 법률에 의하지

---

652) 헌재 1998. 10. 29, 98헌마4, 판례집 제10권 제2집, 637면 이하.

653) 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 제10권 제2집, 265면 이하.

654) 헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 제13권 제1집, 761면 이하.

아니한 형사처벌이라거나 행위시의 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라고 할 수 없으므로, 마라케쉬협정에 의하여 가중된 처벌을 하계된 구 특가법 제6조 제2항 제1호나 농안법 제10조의3이 죄형법정주의에 어긋나거나 청구인의 기본적 인권과 신체의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다”라고 하여 협정에 대하여 법률적 효력을 인정하였다.<sup>655)</sup>

2) 2001. 3. 21. 한일어업협정사건에서 헌법재판소는 “헌법 제6조 제1항은 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.’라고 규정하고 있는 바, 이 사건 협정은 우리나라와 일본간의 어업에 관해 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약’으로서 국내적으로 ‘법률’과 같은 효력을 가진다”라고 하면서 ‘대한민국과 일본국간의 어업에 관한 협정’에 대하여 법률적 효력을 인정하였다.<sup>656)</sup>

3) 2001. 9. 27. 사건에서도 협정에 대하여 법률적 효력을 인정하면서 위헌법률심판의 대상으로 삼았는데, “국제통화기금협정 제9조(지위, 면제 및 특권) 제3항(사법절차의 면제) 및 제8항(직원 및 피용자의 면제와 특권), 전문기구의 특권과 면제에 관한 협약 제4절, 제19절(a)은 각 국회의 동의를 얻어 체결된 것으로서, 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법적, 법률적 효력을 가지는 바, 가입국의 재판권 면제에 관한 것이므로 성질상 국내에 바로 적용될 수 있는 법규범으로서 위헌법률심판의 대상이 된다”고 하였다.<sup>657)</sup>

---

655) 헌재 1998. 11. 26. 97헌바65, 판례집 제10권 제2집, 698면.

656) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 13권 제1집, 695면.

657) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌바20, 판례집 13권 제2집, 328면.

### III. 국제인권법과 규범통제

국제인권법이 다양한 권리에 관하여 규정을 하고 있고, 이러한 규범에 대하여 국내법 질서에서 그 법적 효력을 어떻게 인정하는가에 따라 다양한 논의가 가능하다. 규범통제와 관련하여 국제인권법이 규범통제의 재판규범으로서 작용하는 것이 가능한지 여부와 또한 국제인권법이 규범통제의 대상이 될 수 있는가 하는 문제 등이 대두된다.

우리 헌법은 제107조 제1항에서 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 헌법재판소에 제청하여 그 심판에 의하여 재판한다고 하고 있고 동조 제2항에서는 명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다고 하고 있으며, 헌법 제111조 제1항 제1호 및 제5호에서는 헌법재판소는 법원의 제청에 의한 법률의 위헌여부심판 및 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 관장하도록 되어 있다. 그러나 국제법규와 관련하여서는 제6조에 제1항에서 헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다 라고만 규정하고 있어 국제법이 규범통제와 관련하여 재판규범으로 작용될 수 있는지 여부와 국제법규에 대한 규범통제가 가능한지, 가능하다면 어느 기관이 국제법규에 대한 규범통제를 하여야 하는지에 관한 직접적인 규정이 없다. 따라서 국제인권법이 재판규범으로 작용되는 것이 가능하진 여부와 국제인권법에 대한 규범통제는 가능한지, 그리고 가능하다면 어느 기관이 국제인권법에 대한 규범통제를 하는 것이 적합한지에 대하여 살펴본다.

## 1. 재판규범으로서의 국제인권법

국제인권법이 재판규범으로서 작용될 수 있는가 하는 문제가 있다. 이는 헌법재판소라든가 혹은 법원이 재판을 하면서 국제인권법을 판단 근거규범으로 하여 법률이나 명령에 대하여 무효를 선언할 수 있는가 혹은 국제인권법에서 인정되고 있는 권리를 침해하였다고 하여 헌법소원을 청구하는 것이 인정되는가 하는 것이다. 국제인권법의 법적 효력을 어떻게 인정하는가에 따라 재판규범으로서 작용할 수 있는가 하는 것이 달라진다.

원칙적으로 헌법재판을 하면서 재판규범은 국제법규범의 헌법화 또는 국내화로 인하여 확장되기 마련이다.<sup>658)</sup>

### 가. 국제인권법을 헌법보다 하위규범으로서 효력을 가진다고 보는 입장

국제인권법을 헌법보다 하위규범으로서 효력을 가진다고 보는 입장, 즉 헌법보다는 하위의 규범이고 법률보다는 상위의 규범이라고 보는 견해라든가 혹은 국제인권법을 법률과 동일한 효력을 가지는 규범으로 보는 견해에 따를 때에는 국제인권법이 위헌법률심판이라든가 헌법소원에서 재판규범으로 작용하기가 어렵다. 위헌법률심판은 법률이 ‘헌법’에 위반되는지 여부를 판단하는 것으로, 헌법규범을 판단 근거규범으로 삼는 것이기 때문에 국제인권법이 헌법보다 하위규범으로서의 법적 효력을 가진다고 보는 입장에서는 위헌법률심판에

---

658) Patrick Gaïa, Les interactions entre les jurisprudences de la Cour constitutionnelle des droits de l’homme et du Conseil constitutionnel, RFDC, 1996, p.731.



서 국제인권법을 재판규범으로 인정하기가 어렵다. 또한 헌법소원의 경우에도 ‘헌법상 보장된 기본권’이 침해되었을 때 청구할 수 있는 것이므로 헌법보다 하위의 규범으로 인정될 때에는 헌법소원심판의 심사기준으로도 작용할 수 없다고 볼 것이다.

#### 나. 헌법과 동일한 효력을 가진다는 입장

국제인권법이 헌법과 동일한 효력을 가진다고 보는 입장에서는 국제인권법도 헌법재판에 있어서 재판규범이 될 수도 있다고 볼 수 있다. 그러나 헌법적 가치를 가진다고 보는 견해도 그 구체적 집행과 관련하여서는 세 가지로 나누어서 생각해 볼 수 있다. 첫째, 국제인권법이 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정되어 직접적으로 헌법재판에 있어서 재판규범으로 작용하여 위헌심판의 판단기준이 되는 규범으로 작용한다는 견해, 둘째, 국제인권법은 국제인권법이 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정은 되지만 위헌심사 등 헌법재판의 재판규범으로서는 작용될 수 없고 헌법을 해석하는데 있어서 존중되어야 할 참고조문에 불과하다는 견해, 셋째, 국제인권법은 직접적인 헌법재판의 재판규범은 아니지만 그에 위배되는 법률이나 국가작용은 결국 헌법 제6조 제1항이 규정하고 있는 국제법 존중주의나 국제평화주의에 위배되므로 위헌이 된다는 견해이다.

국제인권법이 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정되어 직접적으로 헌법재판에 있어서 재판규범으로 작용하여 위헌심판의 판단기준이 되는 규범으로 작용한다는 견해는 국제인권법이 완전한 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정되는 것으로 헌법재판을 하는데 있어서 법률이 국제인권법을 위반한다든가 아니면 국제인권법상 인정되는 권리를 국가 공권력이 침해하는 경우에는 헌법소원을 청구할 수 있다고 보는 것이다. 따라서 이러한 견해는 국제인권법이 성문헌법전과

완전한 동등한 규범력을 가지고 있다는 것으로 인정하는 견해이다.

국제인권법은 국제인권법이 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정은 되지만 위헌심사 등 헌법재판의 재판규범으로서는 작용될 수 없고 헌법을 해석하는데 있어서 존중되어야 할 참고조문에 불과하다는 견해는 국제인권법이 헌법적 가치를 가지지만 헌법재판의 재판규범력을 가지고 있지는 않다는 것이다. 즉 헌법적 가치를 가지는 것과 헌법재판에서 재판규범력을 가지는 것과는 별개의 것으로 국제인권법은 헌법적 가치를 가지지만 재판규범력은 인정할 수 없다는 것이다. 따라서 이러한 견해에 의하면 국제인권법은 헌법재판에 있어서 재판규범이 될 수 없다는 것이다. 다만 국제인권법은 헌법해석에 있어서 참고할 만한 사항에 지나지 않는다고 보는 것이다.

국제인권법은 직접적인 헌법재판의 재판규범은 아니지만 그에 위배되는 법률이나 국가작용은 결국 헌법 제6조 제1항이 규정하고 있는 국제법 존중주의나 국제평화주의에 위배되므로 위헌이 된다는 견해<sup>659)</sup>는 국제인권법이 헌법재판에 있어서 재판규범으로 작용하는 것은 아니지만 국제인권법을 위반하는 것은 헌법 제6조 제1항에 위배되어 결국 위헌이라는 것이다.

이와 더불어서 국제인권법에 관습헌법적 지위를 부여하여 헌법적 가치를 인정할 수 있다는 견해도 있다. 즉 국제법에서 확립된 소위 강행규범으로서의 인권이나 자유권 규약 제4조의 유보할 수 없는 유형의 인권은 다른 인권에 비해 보다 더 중시되는 규범의 서열화가 가능하다고 보고 이러한 유형의 인권은 국제사회에서 관습인권으로서 국내법적으로는 헌법적 지위를 갖는다고 볼 수 있다는 것이다.<sup>660)</sup>

---

659) 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 『국제인권법의 국내 이행에 있어 문제점 및 대안』 국가인권위원회 심포지엄 (2004. 10. 27.), 26면.

660) 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇가지 고찰”, 『법조』 제56권 제6호 (법조협회, 2007. 6), 173-174면.

그러나 이에 대해서는 관습헌법을 헌법재판의 재판규범으로 삼는 것 자체에 대하여 비판의 논거가 그대로 적용될 수 있을 것이다.<sup>661)</sup>

이 외에도 국제인권조약을 우리 헌법 제37조 제1항에 의하여 열거되지 아니한 권리로 인정하여 헌법적 가치를 인정하자는 견해도 있다.<sup>662)</sup>

## 다. 헌법재판소 결정례

### 1) 재판규범성 인정

헌법재판소는 몇몇 결정에서 국제인권법에 대하여 헌법재판의 재판규범성을 인정하는 듯한 결정을 하였다.

가) 헌법재판소는 구치소에 수감중이 청구인이 구치소장이 ‘인권하루소식’의 구독을 금하고 청구인이 구독하고 있는 일간신문의 일부 내용을 수시로 삭제하는 처분은 헌법이 청구인에게 보장하고 있는 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권(제10조), 평등권(제11조 제1항), 알 권리(제21조 제1항), 무죄로 추정될 권리(제27조 제4항) 및 기본권의 본질적 내용 침해 금지(제37조) 등에 위반되고 또 1990년 우리나라가 비준한 바 있는 시민적 및 정치적 자유에 관한 국제인권규약 제19조에도 위배되는 것이라고 주장하는 사건에서 신문기사의 삭제 내용은 일정한 범위 내에 그치고 있을 뿐 신문기사 중 주요기사 대부분이 삭제된 바 없음이 인정되고, 이는 수용질서를 위한 청구인의 알 권리에 대한 최소한의 제한이라고 볼 수 있으며, 이로서 침

---

661) 관습헌법의 재판규범성에 대한 비판은 전학선, “헌법관습에 관한 일고찰”, 『토지공법연구』 제25집 (한국토지공법학회, 2005. 2), 553면 이하 참조.

662) 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 『판례실무연구(III)』 (박영사, 1999), 168면

해되는 청구인에 대한 수용질서와 관련되는 기사들에 대한 정보획득의 방해와 그러한 기사 삭제를 통해 얻을 수 있는 구치소의 질서유지와 보안에 대한 공익을 비교할 때 결코 청구인의 알 권리를 과도하게 침해한 것은 아니라고 하면서 같은 이유로 청구인의 행복추구권 내지 일반적 행동자유권 침해나 국제인권규약 위배주장은 이유가 없다고 판시하였다.<sup>663)</sup> 이 사건에서 헌법재판소는 구치소장의 신문기사 삭제에 대한 위헌심사를 하면서 알권리와 행복추구권 내지 일반적 행동자유권 침해여부에 대하여 판단하면서 동시에 국제인권규약 침해여부에 대하여도 판단하였다. 이는 국제인권규약이 헌법외적 가치를 가지는 규범으로써 재판규범으로 작용하였다는 것을 의미하는 것이다. 만약에 국제인권규약이 재판규범으로 작용하지 않는다면 국제인권규약의 위배여부에 대해서는 판단할 필요가 없었을 것이다.

나) 근로자들의 집단적 노무제공 거부행위를 구 형법 제314조의 위력업무방해죄로 형사처벌하는 것이 헌법에 위반되는지 여부에 대한 사건에서 헌법재판소는 ‘1966년 제21회 국제연합(UN) 총회에서 채택된 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(1990. 6. 13. 조약 1007호, 이른바 B규약) 제8조 제3항은 법원의 재판에 의한 형의 선고 등의 경우를 제외하고 어느 누구도 강제노동을 하도록 요구되지 아니한다는 취지로 규정하고 있고, 여기서 강제노동이라 함은 본인의 의사에 반하여 과해지는 노동을 의미한다고 할 수 있는데, 이는 범죄에 대한 처벌로서 노역을 정당하게 부과하는 경우와 같이 법률과 적법한 절차에 의한 경우를 제외하고는 본인의 의사에 반하는 노역은 과할 수 없다는 의미라고 할 수 있는 우리 헌법 제12조 제1항 후문과 같은 취지라고 할 수 있다. 그렇다면 강제노역금지에 관한 위 규

---

663) 헌재 1998. 10. 29, 98헌마4, 판례집 제10권 2집, 637-649면.

약과 우리 헌법은 실질적으로 동일한 내용을 규정하고 있다 할 것이므로, 이 사건 심판대상 규정 또는 그에 관한 대법원의 해석이 우리 헌법에 위반되지 않는다고 판단하는 이상 위 규약 위반의 소지는 없다’고 판시하였는데,<sup>664)</sup> 이 결정 역시 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에 위반되는지 여부에 대한 판단을 한 것으로 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약이 헌법적 가치를 가지는 규범이면서 재판규범으로 작용한다는 것을 보여주는 결정이라 할 수 있다.

다) 2001. 4. 26. 부정수표단속법 제2조 제2항 위헌제청사건에서 헌법재판소는 “헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다. 아울러 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 부정수표 발행행위는 지급제시될 때에 지급거절될 것을 예견하면서도 수표를 발행하여 지급거절에 이르게 하는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성에 대한 일반공중의 신뢰를 배반하는 행위를 처벌하는 것으로 그 보호법익은 수표거래의 공정성인 것이고 나아가 소지인 내지 일반 공중의 신뢰를 이용하여 수표를 발행한다는 점에서 그 죄질에 있어 사기의 요소도 있다 하여 처벌하는 것이다. 결국 ‘계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금’ 되는 것이 아니므로 국제법 존중주의에 입각한다 하더라도 위 규약(시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약) 제11조의 명문에 정면으로 배치되는 것이 아니다”라고 하였는데,<sup>665)</sup> 위에서 조약이나 국제법이 국내법에 우선한다는 것은 아니라고 하면서 규약 제11조에 위반되는 것은 아니라고 하여 국제

---

664) 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 제10권 제2집, 265면.

665) 헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 제13권 제1집, 773면.

법이 재판규범으로 작용한다는 것을 보여주었다.

## 2) 재판규범성 부정

국제인권법에 대하여 재판규범성을 인정하지 않는 경우가 있다. 헌법재판소 판례에 의하면 우리나라가 가입을 하지 아니한 국제인권법은 국내에서 법적 효력을 가지지 못하기 때문에 헌법재판에서 재판규범이 될 수 없는 것이고, 또한 우리나라가 가입한 국제인권법이라 하더라도 유보조항을 두는 경우에는 재판규범으로서 작용할 수 없다는 것이다.<sup>666)</sup>

또한 청구인이 재판규범으로 주장하였으나 헌법재판소는 해당 조약이 법률적 효력을 가진다고 하여 재판규범으로 인정하지 않은 경우도 있는데, 2003. 4. 24. 사건에서 아시아·태평양지역에서의 고등교육의 수학, 졸업증서 및 학위인정에 관한 지역협약에 대하여 “이 조약은 우리나라도 가입하고 있으나(조약 제99호. 발효일 1989. 9. 29.), 그 법적 지위가 헌법적인 것은 아니며 법률적 효력을 갖는 것이라 할 것이므로 예비시험 조항의 유무효에 대한 심사척도가 될 수는 없다고 하였다.<sup>667)</sup>

## 2. 심판대상으로서의 국제인권법

### 가. 국제인권법의 심판대상여부

국제인권법이 헌법재판에서 심판대상으로서 가능한가에 대하여 살펴 보려면 일단 국제인권법이 헌법적 가치를 가지지 않는다는 것을

---

666) 이에 대해서는 제6장 제2절 II. 1.에서 이미 설명하였으므로 생략한다.

667) 헌재 2003. 4. 24. 2002헌마611, 판례집 제15권 제1집, 477면.

전제로 하여야 할 것이다. 국제인권법이 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정이 된다면, 이는 헌법재판의 심판대상이 될 수는 없을 것이다. 이는 위헌법률심판이 ‘법률’이 헌법에 위반되는지 여부를 판단하는 것이고, 헌법소원은 ‘헌법상 보장된 기본권’이 침해됐을 때 청구하는 것이므로 국제인권법이 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정될 때에는 헌법재판의 심판대상이 될 수 없다는 것이다. 따라서 국제인권법이 헌법재판에서 심판대상이 되는가 여부에 대한 고찰은 국제인권법이 헌법보다는 하위의 규범으로 인정된다는 것을 전제로 하는 것이다. 그러나 조약은 국가간의 규범적 합의이므로 자국의 헌법규정에 위반된다는 이유로 조약을 무효화 시키는 것은 국제사회의 합의를 통한 국제법의 규범성을 부인하는 것이므로 조약에 대한 규범통제를 신중히 해야 한다는 견해도 있다.<sup>668)</sup>

또한 국제인권법이 헌법재판에 있어서 심판의 대상이 되어 위헌으로 선언되기 위해서는 헌법에서 규정하고 있는 기본권보다 미흡한 수준으로 권리에 대하여 규정하고 있는 경우가 가능할 것이다.

## 나. 심판기관

국제인권법이 헌법에 위반되는지 여부에 대한 판단을 하는데 있어서 우리 헌법은 명확하게 어느 기관이 조약에 대하여 위헌심사를 하는가에 대하여 규정을 두고 있지 않다. 그러나 헌법 제6조 제1항을 근거로 하여 법률적 효력을 가진다고 보면 법률과 동일한 효력을 가지므로 헌법재판소가 위헌심판을 담당한다고 보아야 할 것이다.

그러나 조약이 그 내용에 따라 명령적 효력을 가지는 조약이나 법률적 효력을 가지는 조약으로 구분을 하게 되면 법률적 효력을 가지

---

668) 허영, 『한국헌법론』 전정3판 (박영사, 2007), 178면.

게 되는 조약에 대한 위헌심사는 헌법재판소가 담당하게 되는 반면, 명령적 효력을 가지는 조약에 대해서는 법원이 위헌심사권을 가지게 되어 있다. 이런 경우 조약이 법률적 효력을 가지는 조약인지 명령적 효력을 가지는 조약인지에 대하여 판단을 누가 하느냐에 따라 달라지고 그렇게 되면 위헌심사 기관도 달라지게 되는 문제점이 발생할 수 있을 것이다.

조약을 국내법의 위계구조에 맞추어 구분할 수 있는 명백하고 객관적인 기준이 없을 뿐만 아니라, 이러한 위계구조 구분에 대한 판단은 조약에 대한 법해석의 문제로서 이러한 구분을 수행하는 국가기관의 판단에 따라 그 결과가 상이할 수도 있으며, 이는 극단적으로 규범통제를 담당하는 권한을 가진 헌법재판소나 법원이 동일한 조약에 대하여 규범통제를 수행할 수 있을 뿐만이 아니라 그 판단 결과가 달라짐으로 인하여 사법체제에 혼란을 가중시킬 수 있고 국민의 권리보호와 헌법의 수호라는 헌법적 가치를 훼손할 가능성이 크다.<sup>669)</sup>

따라서 조약에 대한 위헌판단을 담당하는 기관을 일원화할 필요가 있는데, 조약의 내용이나 성질에 따라 그 위계체제를 구분하여 규범통제의 담당기관을 설정하기 보다는 형식적인 측면을 고려하여 조약의 국내법적 효력에 주력하여 ‘헌법의 규정에 따라’ 체결·공포되는 조약에 대해서는 모두 법률적 형식을 인정함으로써 헌법재판소에서 일원화하여 조약에 대한 위헌판단을 하는 것이 타당하다는 견해도 있다.<sup>670)</sup>

---

669) 이상훈, “조약의 국내법적 효력과 규범통제에 대한 고찰”, 『국제법 동향과 실무』 vol.3 no.1 통권 제7호 (외교통상부 조약국, 2004. 2), 157면.

670) 이상훈, 위의 논문, 158면.



## 다. 자기집행력 인정여부

국제법이 국내법에 적용되어 헌법재판의 심판대상이 되기 위해서는 자기집행력을 가지고 있는가 하는 것이 문제이다. 자기집행력이 있다고 하면 국제법이 국내법에 직접 적용될 수 있을 것이고, 자기집행력이 부인된다면 국내법에 직접 적용되기는 어렵다고 할 것이다.

조약이 자기집행력을 가지고 있는지 여부는 통상 법원이 결정하게 된다. 법원이 자기집행력을 가지고 있는 조약과 그렇지 않은 조약을 판단하는 것이 보통인데, 조약에서도 그 내용에 따라 자기집행력을 가지고 있는 조항과 자기집행력을 가지고 있지 않은 조항으로 구분될 수 있다. 일반적으로 자기집행력 여부를 판단하는 기준은 다음과 같다. 첫째, 조약이 그 시행과 효력에 있어서 별도의 국내적 집행행위를 필요로 하지 않아야 한다. 둘째, 조약이 명백하고 상세하게 규정되어 있어 그로부터 구체적인 법률효과를 도출할 수 있어야 한다. 조약 상대국이 조약 규정의 집행에 있어서 광범위한 결정의 권한이 있다면 이에 해당하지 않는다. 셋째, 조약이 자구나 목적 혹은 내용에 의하여 개인에게 권리 또는 의무를 부여하여야 한다.<sup>671)</sup>

자기집행력과 관련하여 우리 헌법은 제6조 제1항이 “...조약과 ... 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”라고 규정하고 있을 뿐, 조약과 국제법규가 국내법으로 효력을 가지기 위한 별도의 요건을 규정하고 있지 않으므로, 해당조약과 국제법규는 바로 집행될 수 있는 자기집행력을 지니는 한 별도의 국내 입법이나 집행명령 없이 직접 국내법적 효력을 지닌다고 볼 수 있다.<sup>672)</sup>

---

671) 나인균, 『국제법』 (법문사, 2004), 156-158면.

672) 이명웅, “국제인권법의 국내법적 효력 - 헌법과의 관계 및 헌법재판에서의 법원성”, 『국제인권법의 국내이행에 있어 문제점 및 대안』 국가인권위원회 심포지엄 (2004. 10. 27.), 69면.

이에 대하여 내용에 따라 자기집행력 여부를 결정해야 한다면서 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약은 단순히 입법 및 기타 적절한 조치를 취할 의무만을 규정하고 있으므로 명백히 비자기집행적 조약이라는 견해가 있다. 이 규약의 규정을 보면 ‘인정한다(제4조, 제7조, 제9조, 제10조, 제12조, 제13조 제2항, 제15조)’, ‘확보할 것을 서약한다(제3조, 제8조)’, ‘동의한다(제13조 제1항, 제23조)’, ‘존중할 것을 서약한다’ 등의 표현은 고정된 기준이 가입과 동시에 즉시 구속력을 가지도록 의도하지 않았다는 것을 의미한다는 것이다. 또한 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약은 제2조 제2항의 ‘기타의 조치’라는 표현에 의하여 자기집행력을 가지고 있다고 보는 것이다.<sup>673)</sup>

헌법재판소는 1998. 11. 28. 결정에서 “마라케쉬협정도 적법하게 체결되어 공포된 조약이므로 국내법과 같은 효력을 갖는 것이어서 그로 인하여 새로운 범죄를 구성하거나 범죄자에 대한 처벌이 가중된다고 하더라도 이것은 국내법에 의하여 형사처벌을 가중한 것과 같은 효력을 갖게 되는 것이다. 따라서 마라케쉬협정에 의하여 관세법 위반자의 처벌이 가중된다고 하더라도 이를 들어 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라거나 행위시의 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라고 할 수 없으므로, 마라케쉬협정에 의하여 가중된 처벌을 하게 된 구 특가법 제6조 제2항 제1호나 농안법 제10조의3이 죄형법정주의에 어긋나거나 청구인의 기본적 인권과 신체의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다”라고 하면서 WTO협정에 자기집행력을 인정하는 듯한 언급을 하였다. 이에 대해 ① 문제의 죄형법정주의나 조세법률주의에서 말하는 법 또는 법률을 국회에서 제정된 형식적 의미의 법률

---

673) 최승환, “인권조약의 효율성: 국제인권규약을 중심으로”, 『국제인권법』 제2권 (국제인권법학회, 1998), 29-30면.

을 지칭하는 것으로 볼 경우는 물론이고 넓게 해석하여 여기에 조약이 포함되는 것으로 본다고 하더라도 대통령이 조약체결의 형식을 빌어 새로운 범죄를 창설하고 조세율을 올리는 것을 무한정 허용해도 좋은 가하는 점과 ② 한국 국회가 대통령의 조약체결에 대해 독일 의회처럼 법률의 형식으로 비준 동의를 부여하는 것은 아니라는 점, ③ 조약의 전도된 수직적 집적효력의 단순 수직적 직접 적용의 경우에 비해 제한적으로 인정하는 것이 개인의 인권 내지 권리보호에 부합하고 또한 국가의 권력남용에 대처할 수 있다는 점, ④ 미국처럼 외견상 일원론을 천명하고 있는 국가의 법원들도 특정 조약의 규정들을 개별적으로 심사하여 그것의 자동적 수용여부를 결정하는 신중함을 보이고 있으며, 특히 미국 의회의 경우 WTO 협정의 국내법예로의 자동적인 편입을 봉쇄하기 위한 것으로 보이는 입법조치를 취한 사실이 있다는 점 등을 생각하면 헌법 제6조 제1항에 대한 표피적 해석에 의존하여 국내적 편입과 효력문제를 일거에 해결하는 것이 바람직하지는 않다는 견해도 있다.<sup>674)</sup>

적법하게 체결 공포된 모든 국제인권법에 대하여 자기집행력을 인정하기에는 무리가 있는 것 같다. 그 내용과 규정 형식을 통하여 검토를 한 후 법원이나 헌법재판소가 자기집행력 여부를 판단하는 것이 바람직하다 할 것이다.

#### 다. 헌법재판소결정례

헌법재판소는 조약과 관련하여 결정을 하였는데, 2001. 3. 21. 한일 어업협정사건에 대한 헌법소원사건에서 기각결정을 하였고,<sup>675)</sup> 1999.

674) 김대순, 『국제법론』 (삼영사, 2007), 225면.

675) 헌재 2001. 3. 21. 99헌마139, 판례집 제13집 제1권, 695면.

4. 29. 대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 대한 위헌심판사건에서 헌법에 위반되지 않는다고 하였으며,<sup>676)</sup> 2001. 9. 27. 국제통화기금협정 제9조 제3항 및 제8항과 전문기구의 특권과 면제에 관한 협약 제4절과 제19절(a)은 헌법에 위반되지 않는다고 하였다.<sup>677)</sup>

## 제4절 조약체결과 관련된 헌법상 권한배분

### I. 문제의 제기

우리 헌법은 국제법상 조약과 관련해서 핵심적인 몇 개의 조항을 마련해두고 있다. 제6조 제1항에서는 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약 …은 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있으며, 제73조에서는 “대통령은 조약을 체결·비준 … 한다.”고 한다. 제89조에서는 조약안이 국무회의의 심의대상임을 규정함과 아울러 제60조 제1항에서는 “국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대한 동의권을 가진다.”고 한다.

그런데, 국제적인 교류가 확대하면서 국민들의 이해관계에 직결되는 조약들이 체결되고 있다. 또 정치적·이념적 논란의 여지가 적지 아니한 각종 조약체결·비준동의안이 헌법 제60조에 근거해서 제출

---

676) 헌재 1999. 4. 29. 97헌가14, 판례집 제11권 제1집, 277면.

677) 헌재 2001. 9. 27. 2000헌바29, 판례집 제13권 제2집, 322면.

되고 또 의결되는 상황이다. 이런 과정에서 국회는 어디까지 조약체결 등의 외교권행사에 개입할 수 있는지가 문제된다. 특히 헌법 제60조 제1항에 규정된 조약의 유형에 있어 개념적으로 명료하게 국회의 동의 대상으로 구획될 수 있는 것도 아니다. 그런가 하면 국회의 동의를 받지 아니한 조약에 대해 어떠한 통제장치를 마련해 놓았는지도 관심을 기울여야 한다. 이는 얼마 전에 헌법재판소가 이른바 제3자의 소송담당을 명시적으로 부인함으로써 문제의 심각성을 드러내게 되었다.<sup>678)</sup>

그러면, 여기서는 조약체결에 관한 헌법상 권한배분, 국회의 동의 제도, 국회의 동의를 요하는 조약의 범위, 국회동의절차와 관련된 쟁점, 그리고 국회의 동의권과 관련된 헌법재판 차원에서의 통제 등에 관해 검토한다.

## II. 조약체결에 관한 헌법상 권한배분

### 1. 정부형태에 따른 권한배분

의원내각제나 대통령제에 관한 논의는 집행권과 입법권의 관계를 공화와 협조의 관계로 파악하는지 분리와 단절의 관계로 파악하는지에 따라 크게 구획해서 전개된다. 그런데 외교권과 관련해서는 다른 시각에서 접근이 이루어져야 한다. 왜냐하면 대통령제의 경우에는 국가원수와 정부의 수반이 대통령에게 전속되지만, 의원내각제에서는 국가원수와 정부의 수반이 국왕(내지 명목적인 지위의 대통령)과 수상으로 각각 분리되기 때문이다. 조약체결권은 외교권의 핵심적인 내

---

678) 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8.

용으로서 대외적으로 형식적이거나 국가원수에게 부여된 권한이다.

그렇기 때문에 의원내각제에서는 대통령제에서는 볼 수 없는 독특한 현상이 나타나게 된다. 의원내각제를 채택한 독일은 예로 들 수 있다. 즉 연방대통령은 국가원수로서 - 일반적인 국제법상 관례에 부합하게 - 독일을 대외적으로 대표한다. 특히 대통령에게는 기본법 제59조 제1항에 따라 국제법상 조약을 체결할 책임이 부과된다.<sup>679)</sup> 하지만, 외교정책은 대통령에게 권한과 책임이 부과되지 않는다. 실질적인 외교권의 담당자는 의회와 정부이다. 그에 따라 기본법 제59조 제1항 제2문의 권한은 외교정책의 실질적 형성과 관련성이 없고, 국제법상 조약의 형성에서도 또 조약의 협상에서도 관련성이 없지만, 조약의 비준에 관해서는 전속적으로 관계된다. 그러나 비준이 필요한 조약은 이미 연방정부가 서명한 조약에 비준문서의 교환으로 국제법적인 기속을 선언한 것에 지나지 않을 따름이다. 언제 비준이 필요한가는 기본법 제59조 제2항에서 제시된다. 비준이 필요치 아니한 조약에서 연방대통령은 기본법 제59조 제1항 제2문에 따라 직접적으로 체결할 권능을 지니지만, 조약협상을 관할하지는 않으며, 그렇지만 조약체결에 관한 권한을 전권을 부여받은 자에게 위임할 수 있다.<sup>680)</sup>

그러나 대통령제에서 대통령은 조약의 체결에 관한 전체적인 과정을 지휘·통제하게 된다. 물론 각국의 헌법이 의회에 의한 통제를 규율하고 있는 경우, 그에 따라야 함은 물론이다. 아무튼 같은 집행부 내에서는 일원화되어 있다는 점은 분명하다.

---

679) Schweitzer, Staatsrecht III, S. 64.

680) Vgl. Bleckmann, Staatsrecht I, S. 210f.

## 2. 현행헌법상 권한배분

헌법 제73조에서는 대통령에게 조약체결·비준권을, 제66조 제1항에서는 국가대표권을 각각 부여하고, 제60조 제1항에서는 국회에게 조약체결·비준에 대한 동의권을 주고 있으며, 제89조 제3호에서는 조약안에 대한 국무회의의 심의권을 부여하고 있다. 이에 따라 조약체결을 둘러싼 헌법상 권한분배 문제가 등장하게 된다. 특히 제60조 제1항에서 규정한 조약의 체결·비준에 대한 동의권이 외교권과 관련해서 어떠한 의미를 지니는지가 문제된다.

이와 관련해서 독일에서는 대통령의 조약체결권과 조약에 대한 동의법을 각각 규정한 기본법 제59조를 둘러싸고 외교권의 관할배분이 문제되었다. 그 조항이 지닌 관념에 따르면, 외교권이 전속적으로 행정부에만 부여되는지 또는 행정부와 입법부의 혼합적 관할에 속하는지가 논란이 된다. 이는 기본법 제59조의 해석에 중요한 영향을 미친다. 다시 말해서 외교권이 오로지 행정부에만 속한다면, 기본법 제59조 제2항에서 의회에게의 권한할당도 예외로 파악될 것이다. 이에 반해 혼합적 권한에 근거가 된다면, 제59조 제2항은 확대해석할 수 있는 규정으로 작용할 것이다.<sup>681)</sup>

관련해서 우리나라에서도 외교권이 국회와 정부의 공동권한인지 아니면 대통령의 고유한 권한인지에 따라 달리 파악될 것이다. 대통령에게 주도적인 우위를 부여한 형태로 파악하지 아니하면, 국회의 동의를 받아야 하는 조약에 있어 동의를 받지 아니한 조약의 국제법적 효력 자체에 대해서도 논란이 야기될 것이다. 그러나 대통령의 고유권한으로 파악하면, 이런 경우가 있다고 할 때, 문제되는 것은 국내적 효력일 뿐이다.

---

681) Vgl. Bleckmann, Staatsrecht I, S. 751.

아울러 헌법이 국회에게 조약체결에 대한 동의권을 부여한 취지를 살펴본다. 국회의 동의는 조약이 국가간의 합의로서 국가와 국민에게 매우 큰 영향을 줄 수 있기 때문에 조약에 대한 국민적 합의를 반영하며 국민의 대표기관인 국회가 조약에 관한 대통령의 권한을 통제하기 위한 것이고, 다른 한편 대통령의 조약에 대한 비준행위를 정당화시켜주기 위한 것이다.

그러나 이러한 국회의 통제와 정당화작용이 대통령의 비준권 자체에 영향을 주지는 못한다. 즉 대통령이 국회의 동의 없이 조약을 비준하는 경우에도 그 조약은 국제법적으로 유효하게 성립된다. 왜냐하면 대통령의 조약비준권은 조약에 대한 국회의 동의권이 아닌 다른 헌법규정(제66조 제1항과 제73조)에 근거하고 있으며, 또한 조약의 국제법상 효력은 국제법에 의해 결정되는 것이지 당사국의 국내법에 의해서 좌우되는 것이 아니기 때문이다.<sup>682)</sup> 그렇지만 국내법적 효력은 논란의 여지가 있다. 생각건대, 헌법 제6조 제1항에 따르면 체결·공포된 조약은 국내법과 같은 효력을 갖게 되고, 실제 조약의 내용이 헌법 제60조 제1항에 따른 국회의 동의 대상에 해당한다 할지라도, 국회의 동의를 실제로 받은 조약만이 법률적 등급을 부여받는다는 시각에서 보면, 국회의 동의를 받지 아니한 조약은, 그 조약에 대해 기속적 동의를 표시되었다면, 법규명령적 등급을 인정할 수밖에 없을 것이다. 물론 여기서 국회의 동의절차를 이행하지 아니한 바에 대한 책임이 문제되어야 할 것이다.

---

682) 허영, 『한국헌법론』 전정3판 (박영사, 2007), 175면; 계획열, 『헌법학(상)』 신정판 (박영사, 2004), 184면.



### Ⅲ. 조약체결에 대한 국회의 동의제도

#### 1. 국회동의를의 개념

국회의 동의는 ‘다른 국가기관의 의사결정·집행’을 전제로 하는 개념이다. 동의는 다른 국가기관의 의사결정에 대하여 동의여부를 결정할 수 있을 정도로 그것이 그 자체로서 확정된 후에야 비로소 가능한 대외적 의사표시를 의미한다. 따라서 동의는 개념상 동의대상인 다른 국가기관의 의사가 확정되기 이전 단계에 그 기관의 의사형성 자체에 대한 모종의 개입권한까지 부여하는 것으로 이해될 수는 없다. 이 점은 조약체결·비준에 대한 동의도 마찬가지이다.

#### 2. 조약체결에 있어 국회동의를의 제도적 취지

대통령의 조약체결행위에 대해 국회의 동의를 받도록 한 취지는 몇 가지 의미를 지닌다.

첫째로는 국민에 의해 직접 선출된 의원들로 구성된 국회로 하여금 민주적으로 감독을 하고, 민주적 정당성을 제공한다는 점이다.

둘째로는 권력분립의 원칙에 입각해서 권력 상호간의 견제를 통해 조약체결권 행사의 남용 여지를 통제한다는 점이다.

셋째로는 조약이 국제법적으로는 국가간의 합의임에 따라 조약체결 상대방인 국가를 향해 그 효력이 발생하는 것이 당연함은 물론이고, 그 조약이 국내적 효력을 갖게 됨으로써 그에 상응한 규범적 정당성을 제공한다는 점이다. 즉 국가간의 합의라는 점에서 조약체결권자가 국민에게 권리를 제한하거나 의무를 부과하더라도 국제법준중의 원칙이라는 시각에서 준수를 요구함도 필요하겠지만, 국회에서의 동의절차를 통해 적극적인 규범수용조치로 파악할 수도 있다는

점이다.

넷째로는 국회에서의 동의의결은 조약체결권자에게 서명이나 비준행위가 정당하게 이루어진 것임을 추인하거나 이루어질 것임을 안내하는 효과를 지니며, 조약 상대방 국가에게 신뢰성을 제고한다는 점이다.

### 3. 조약체결에 있어 국회동의를 법적 성격

이상을 바탕으로 몇 가지 쟁점을 제기할 수 있다.

첫째로는 국회의 동의를 요하는 조약을 규정한 제60조 제1항을 예시규정으로 볼 것인지,<sup>683)</sup> 아니면 열거규정으로 볼 것인가<sup>684)</sup> 하는 점이다. 열거규정이 통설이다.<sup>685)</sup>

둘째로는 조약이 국회동의를 받았는지 여부에 따라 동의받은 조약은 법률과 같은 효력을, 받지 아니한 조약은 명령이나 규칙과 같은

---

683) 예시규정으로 보려는 논거는 두 가지가 제시된다 한다. 오늘날 국제관계의 긴밀화 복잡화에 따라 조약의 체결범위 및 그 내용이 질적·양적으로 더욱 다양해지고, 종전에 예견할 수 없었던 새로운 규율대상이 계속 나타나고 있다는 현실인식에 기초한다는 점이다. 이에 따라, 비록 헌법에 규정된 국회동의 대상조약은 아니지만, 그 체결 비준에 따라 국가와 국민에게 미치는 파급효과가 중대한 경우에는 국민의 대표기관인 국회의 민주적 통제를 받는 것이 타당하다는 것이다. 이에 관해서는 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), III. 2. 가; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 99면 참조.

684) 헌법이 포괄적인 문구를 쓰지 않고 동의권의 대상을 일일이 열거한다는 점에도 주목해야 한다고 한다. 이에 관해서는 배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006), 139면 참조.

685) 이는 결국 대통령의 전속적 권한행사에 대한 국회의 통제를 적정하게 배분한다는 입장에서 나타난 것이다. 궁극적으로는 불필요한 소모적 갈등을 줄이고, 동의절차로 인해 초래될 부작용 완화를 지향한다고 하겠다.

효력을 각각 인정함이 다수설이다. 이 견해는 국회의 동의를 입법행위로서의 성질을 지닌다는 점에 주목한 것이다. 하지만 이에 대해 국회의 동의는 대통령의 권한행사에 대한 통제를 통한 비준행위에 합법성이나 정당성을 부여하는 성격 내지는 국내법적 효력발생을 위한 전제요건으로서의 성격을 지닌 것으로 파악해야 함을 주장하는 견해(686)가 있다. 또한 조약의 내용이나 그 성질에 따라 조약의 유형을 ① 정치적 성격을 가지는 조약, ② 정치적 성격 외에 국민의 권리의무와 간접적 연관을 가지는 조약, ③ 국민의 권리 의무와 직접적 연관을 가지는 조약으로 구분하면서 실질적으로 법률적 효력을 가지는 조약은 세 번째 유형의 조약에만 해당된다고 주장하는 견해도 있다.<sup>687)</sup> 생각건대, 조약의 국내적 효력은 이미 헌법 제6조 제1항에 의해 부여받았음은 전술한 바와 같고, 헌법 제60조 제1항에 따라 국회의 동의절차를 거친 조약에 대해서는 법률의 등급을 부여받은 것으로 보아야 한다.<sup>688)</sup>

셋째로는 국회의 동의를 요하는 조약의 유형에 관해서는 비교법적으로 볼 때, 확실히 파악할 수는 없다는 점이다. 즉 미국이나 일

686) 그 논거로는 ① 법률안의 경우와는 달리 조약체결권은 헌법 제73조에 따라 대통령이 전속적으로 행사하는 권한이라는 점, ② 헌법 제60조 제1항에 의한 국회동의 대상여부에 대한 판단은 대통령이 행사하여 국회에 제출하고 있다는 점, ③ 국회동의를 조약안에 대한 수정동의가 불가능하다는 점, 그리고 ④ 국회동의를 대통령의 권한행사에 대한 통제를 그 본질로 하고 있다는 점 등이 제시된다. 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰: 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), II. 2. 가. 참조.

687) 이 견해는 기본적으로 국민의 권리와 의무에 관한 규범이 포함된 조약의 경우에만 법률적 효력을 인정할 수 있으며, 정치적 조약이나 이행입법 의무를 발생시키는 조약에 대하여는 법률적 효력을 인정하기 곤란하다는 견해이다. 허영, 『한국헌법론』 전정3판 (박영사, 2007), 176면.

688) 즉 입법행위로서의 성격에 주목한다 해서 비준행위에 대한 통제라는 의미가 훼손되는 것은 아니다. 그리고 헌법 제60조 제1항이 그 조항에 제시된 조약의 국내법적 효력을 부여하는 것은 아니라고 본다.

본의 경우에는 모든 조약이 국회의 동의를 받아야 하는 포괄주의적인 입법방식을 취하고 있다. 그에 비해 프랑스·독일 등의 경우에는 국회 동의 대상 조약을 열거하는 입법방식을 취하고 있다. 예컨대 독일은 기본법 제59조 제2항 제1문에서 “연방의 정치적 관계를 규정하거나 연방의 입법사항과 관련을 갖는 조약은 연방법률의 형식으로 … 한다.”고 하고 있다.<sup>689)</sup> 이에 비추어 볼 때, 국회 동의 대상 조약을 입법하는 것은 각국마다 그 당시 헌법정책적인 의지를 반영한 것으로 보여진다.<sup>690)</sup>

---

689) 독일의 경우 어느 범위에서 의회의 참여를 요구할 것인지는 헌법제정자의 결단에 의한 산물로 파악한다. 그리고 입법기관의 동의와 협력을 필요로 하는 조약의 유형에 관해서는 독일연방법무부 지침이 정하고 있다. 즉 연방법무부가 편찬한 “조약법률과 조약과 관련된 명령의 소견에 관한 지침”(1999년 새로운 소견이 반영되었는데)에 따르면, 입법기관의 동의와 협력이 - 요약하면 - 다음과 같을 때 필요로 한다. 그 조약이 ① 개인에게 권리와 의무에 근거가 되며, ② 그 실행에 형식적 의미의 연방입법자나 주입법자의 협력이 필요로 하는 그런 규정을 포함하며; ③ 현재의 국내적 법률상태에 합치하는 규정을 포함하며(이른바 양립협정; 합의를 통해 법률상태의 유지에 관한 국제법적 책임이 등장하는데); ④ 기본법상 재정헌법적 조항에 따라 법률적 규정을 필요로 하는(기본법 제115조 참조) - 단순하게 예산에 부합한 효과를 증가해서 - 재정적 책임을 포함하며; ⑤ 조약명문의 대상이었던 현행조약을 수정하거나 보완할 때, 필요로 한다. 상세한 내용은 vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 64; 제3장 제3절 I. 1. 라. 3).

690) 프랑스에서는 헌법 제53조에 의하여 ‘평화조약, 통상협약, 국제조직에 관한 협약 또는 협정, 국가의 재정을 구속하는 협정, 법률의 성질을 가지는 규정을 수정하는 조약 또는 협정, 사람의 신분에 관한 조약 또는 협정, 영토의 할양·교환 또는 병합에 관한 조약 또는 협정은 법률에 의하지 아니하고는 이를 비준 또는 승인할 수 없’도록 되어 있다. 따라서 법률에 의하여 비준이나 승인되지 않는다는 것은 국회의 동의를 있어야 한다는 것이다. 프랑스도 법률(loi)은 반드시 국회가 제정하는 규범이므로 법률에 의해서만 비준 또는 승인을 할 수 있다는 것은 국회의 동의를 얻어야 한다는 것과 같은 효과가 있다고 볼 수 있다. 이 외에도 헌법 제53조 제3항에 의하여 어떠한 영토의 양도, 교환, 병합도 이해관계를 가진 주민의 동의가 없으면 효력을 가지지 않는다. 프랑스에 관해 상세한 내용은 제4장 제3절 II. 참조.

## IV. 국회의 동의를 요하는 조약의 범위

### 1. 연혁

국회의 동의를 요하는 조약에 관해 우리 헌법은 1948년 제헌 이래 꾸준히 규율하고 있다. 그 동안 제5차 개헌(전문개정 1962. 12. 26 헌법 제6호)과 제8차 개헌(전문개정 1980. 10. 27 헌법 제9호)에서 각각 조약의 체결·비준에 관한 국회의 동의규정이 전면적으로 개정되었다. 그 외의 개정에서는 관련 조문에 대해 전혀 손을 대지 않았거나 조문의 순서 정도가 바뀌었을 따름이다.

먼저, 제헌헌법 제42조는 “국회는 국제조직에 관한 조약, 상호원조에 관한 조약, 강화조약, 통상조약, 국가 또는 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약, 입법사항에 관한 조약의 비준과 선전포고에 대하여 동의권을 가진다.”고 규정하였다.

1962년 제5차 개정헌법 제56조 제1항에서는 종래와 비교할 때, 안전보장에 관한 조약, 어업조약 및 외국군대의 지위에 관한 조약을 국회의 동의대상으로 신설<sup>691)</sup>하였다.

그리고 1980년 제8차 개정헌법 제96조 제1항에서는 종래와 비교하면 몇 가지 특징이 드러난다. 첫째, 통상조약이 우호통상항해조약으로 변경되었다. 둘째, 국제조직에 관한 조약과 국가나 국민에게 재정

---

691) 어업조약은 제5차 개헌 당시 한·일어업협정의 체결에 대비하여 규정한 것이고, 외국군대의 지위에 관한 조약은 1962년 당시 주한미군의 지위에 관한 협정의 체결에 대비하여 규정한 것이라고 한다. 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 99면; 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), III. 2. 가. 참조.

적 부담을 지우는 조약이 각각 중요한 국제조직에 관한 조약과 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약으로 변경되었다.<sup>692)</sup> 셋째, 어업조약과 외국군대의 지위에 관한 조약이 삭제되었다.<sup>693)</sup> 넷째, 주권의 제약에 관한 조약이 신설되었다.

## 2. 동의대상 조약의 내용

국회의 동의를 요하는 조약에 관해 헌법 제60조 제1항은 7가지 형태로 제시하고 있다. 구체적으로 어느 수준의 조약이 이에 해당하는지는 법제처가 심사하는 단계에서 주로 논의되었다. 하지만, 최근 들어서는 국회가 대정부 통제활동을 강화함으로써 본격적인 관심의 대상이 되기에 이르렀다. 특히 헌법 제60조 제1항에 해당하는 조약임에도 국회의 동의를 요청하지 아니하였을 경우 그 조약의 유효 여부

---

692) 이와 같이 각각 변경된 이유는, 우리나라 경제력의 비약적 상승에 따른 법적 자신감의 표현임과 동시에 전문적·기술적·임시적인 국제조직이나 그 규모가 경미하거나 중요성이 덜한 재정적 부담의 경우에는 이를 국회의 동의대상에서 제외하는 것이 바람직하다는 실무적인 입장을 존중하였기 때문이라고 한다. 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), III. 2. 가; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 99면 참조.

693) 어업조약은 대체로 기술적·전문적·행정적 사항을 내용으로 하고 있어 상당히 복잡하고 또한 원양어업의 진출에 있어서 때로는 관련국가와의 사이에 신속한 조약체결이 요청되기 때문에, 또 외국군대의 지위에 관한 협정은 실제로 체결된 이후 실질적으로는 무의미한 규정이 되었을 뿐만 아니라 헌법이 규율하기에 마땅하지 않아 각각 삭제된 것으로 본다. 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면; 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), III. 2. 가; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 99면 참조.

등이 문제될 수 있다. 이는 후술하는 권한쟁의심판절차 등을 통해 다투어질 개연성이 아주 높다고 보여진다.

그러면, 여기서는 각각의 조약의 개념과 국회동의 대상성의 판단기준에 관해 검토하기로 한다.<sup>694)</sup>

## 가. 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약

상호원조 또는 안전보장에 관한 조약은 외부로부터의 침략에 대하여 국가의 안전을 보장하기 위하여 국가 상호간 또는 국가와 국제기구간에 군사적인 상호원조를 약속하거나 군사적 동맹체를 형성하는 것과 같은 조약을 말한다.<sup>695)</sup> 이에는 국제연합헌장 제51조에서 언급된 ‘집단적 자위’를 사전에 약속하는 조약이나 헌장 제8장이 다루고 있는 지역적 약정이 해당된다. 그리고 안전보장은 상호원조보다 넓은 의미를 지닌 개념이며, 일반적인 무력사용금지의무를 선언하는 조약은 이에 해당되지 않는다.

이러한 조약은 외부로부터의 침략을 방지·예방하고, 이미 일어난 침략을 중지하게 하며, 침략에 대하여 제재를 가하려는데 있다. 따라서 비정치적인 분야의 상호협조에 관한 조약은 이에 해당되지 않는다.

---

694) 상세한 내용은 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 『국제법학회논총』 제46권 제3호 통권 제91호 (대한국제법학회, 2001. 6), 34면; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의의 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 100면 이하; 김선택, “헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, (헌법실무연구회 제70회 발표문, 2006. 11), 20면 이하 참조.

695) 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면; 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제473호 (법제처, 1997. 5), 103-120면; 배중인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006), 145면.

## 나. 중요한 국제조직에 관한 조약

중요한 국제조직에 관한 조약은 국제연합과 같은 중요한 국제조직을 구성하는 조약이나 국제조직과 국제법주체간의 조약을 말한다.<sup>696)</sup> 조약법에관한비엔나협약(1980. 1. 27. 조약 제697호) 제2조 제1항 제9호에 따르면, 국제조직이란 정부간 기구라고 정의하고, 이 조약법협약의 제정 당시 국제법위원회의 보고서에서는 국제기구란 조약에 의해 구성되고 기본법과 공동기관을 갖추고 회원국의 인격과 구별되는 별개의 법인격을 가진 국가결합체라고 하였다. 이렇게 볼 때 국제기구 즉 국제조직은 주권국가의 합의에 따라 조약에 의하여 성립되는 정기적·상설적 활동기관을 가진 국제단체로서 국제법상 인정되는 권리능력과 행위능력을 보유한 단체라고 한다. 이 단체는 국제기구의 일방행위로 설립되는 보조기관과는 구별되고, 비정부간의 합의로 결성되는 기구와도 구별된다. 또한 국제조직은 회원국의 인격과는 독립된 별개의 법인격을 가지므로 권리·의무능력을 가지는 국제법의 주체가 됨을 의미한다.

헌법이 규정한 ‘중요한’ 국제조직을 판단함에 있어서는 국제사회에서의 비중, 회원국과의 관계에 있어서 독자성의 정도, 그 설립목적·기능에 있어서 주권제약적인 요소 또는 입법사항을 포함하고 있는지 여부 등을 종합하여 판단해야 하고, 국제기구가 해당 영역에서 일종의 입법권을 행사할 수 있는지 여부, 탈퇴가 자유로운지 여부 등도

---

696) 이에 관한 상세한 내용은 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면; 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제473호 (법제처, 1997. 5), 103-120면; 이상훈, “헌법 제 60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의의 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 104면 참조.



판단기준이 될 수 있다고 한다.<sup>697)</sup>

이렇게 볼 때, 국제연합이나 전문기구 및 지역공동체 등은 중요한 국제조직에 해당하지만, 단순히 행정적·기술적·관리적·전문적인 성격을 가진 조직은 중요한 국제조직이라고 할 수 없다.

#### 다. 우호통상항해조약

우호통상항해조약은 주로 우호관계에 있는 국가간에 통상과 항해에 관한 권리·의무를 설정하는 조약으로서 보통 당사국 국민의 입국·거주·영업 등에 관하여 규정하며 영사의 교환을 규정하는 경우도 있다. 원래 이러한 조약은 과거 국가간의 관계가 복잡하지 않았을 때에 수교하면서 우호, 통상 및 항해에 관한 사항을 하나의 문건으로 합의하는 방식을 의미하였는데, 1980년 제8차 개헌에서 새로 삽입된 것은 지나치게 고전적인 조약의 형태로 되돌아 간 것이라는 지적을 받고 있다.<sup>698)</sup>

이러한 조약에서는 최혜국대우나 내국민대우조약을 포함하고 있는 것이 대부분이다.<sup>699)</sup> 우리나라와 특정국가간의 정치·경제분야의 기본적인 사항을 정한 조약이 이에 해당되고, 단순한 경제협력협정·무역협정·투자보장협정과 같은 것은 이에 해당되지 않는다.

---

697) 배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제 60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006), 149면.

698) 배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제 60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006), 147면.

699) 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면.

## 라. 주권의 제약에 관한 조약

주권의 제약에 관한 조약은 영역에 대한 배타적 관할권 또는 인적 관할권을 배제하거나 제한하는 내용이나 통치권을 제한하는 내용을 가지는 조약을 말한다. 여기서 주권의 제약이라고 하지만, 엄격하게 표현하면, 통치권의 제약이라고 봄이 타당하다. 즉 영토주권이나 중요한 통치권(입법, 사법, 행정)과 같이 국가의 운영에 있어 핵심적인 사항을 말하는 것으로 보여진다.<sup>700)</sup> 대표적인 예로는 유럽공동체의 설립 및 가입 과정에서 개별 회원국이 헌법을 개정하면서 고권의 이양<sup>701)</sup>을 규정하는 것을 들 수 있다.

그리고 영토할양조약이나 조차지설정조약과 같이 우리나라 특정지역에 외국의 주권이 미치게 하는 경우가 이에 해당하겠지만, 현실적으로 이를 예상하기는 어렵다.

특정조약의 해석이나 적용상 분쟁에 있어 국제사법재판소 등을 강제관할로 하고 그 심판의 결과에 기속되도록 하는 내용을 담고 있는 조약의 경우 주권의 제약에 관한 조약에 해당하는지가 문제된다. 이에 해당한다는 견해<sup>702)</sup>도 있지만, 조약의 본문에 관해 이미 약속을 한 것이고, 이를 이행하지 아니한 경우에 대해서는 강제적인 해결절차를 거치도록 한다는 측면을 의미하는 것이므로, 주권의 제약으로 보기는 어렵다.

---

700) 배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제 60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006), 148면.

701) 독일기본법 제23조 제1항 참조.

702) 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면.

## 마. 강화조약

강화조약은 전쟁을 종결시키고 평화를 회복하며 더 나아가서는 전후문제의 처리를 위한 교전국간의 합의를 위한 조약을 말한다.<sup>703)</sup> 강화조약에는 강화에 따르는 적대행위의 종료, 포로신분의 종료가 그 효과로서 규정되고, 영토의 할양·배상금의 지급등과 같은 강화조건과 이에 따르는 국적변경, 장래의 평화에 대한 담보 등을 정하게 된다.<sup>704)</sup>

## 바. 국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약

국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약이란 통상 조약을 체결함으로써 국가나 국고로부터 재정지출을 하게 되거나, 차관협정(또는 차관지불보증협정) 등과 같이 주채무나 보증채무를 부담하는 조약을 말한다.<sup>705)</sup> 따라서 사적인 계약관계에 의하여 국민이 개인적으

---

703) 독일에서는 강화조약에 관해 기본법 제79조 제1항 2문에서 기본법의 개정을 필요로 하는 조약으로 제시하고 있다.

704) 실제 전장에서 이루어지는 정전을 합의하는 행위는 이에 해당되지 않는다. 만약 국회의 동의대상으로 파악하게 되면, 신속한 의사결정에 장애가 되기 때문이다. 배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006), 146면 참조. 그러나 정전협정이 나중에 전쟁의 종식을 확정하고 평화적인 체제를 추구하는 성격의 조약으로 진전될 때에는 사후적으로라도 국회의 동의를 얻어야 한다.

705) 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면; 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제473호 (법제처, 1997. 5), 103-120면; 정인섭, “條約締結에 대한 國會의 同意制度 : 재정적 부담을 지우는 조약을 중심으로”, 『법학』 제43권 제3호 통권 제124호 (서울대학교법학연구소, 2002. 9), 79면 이하; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 105면; 배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학

로 경제적인 부담을 지게 되는 경우에는 결과적으로 그 지출이 많게 되더라도 이에 해당되지는 아니한다.

모든 조약은 정도의 차이는 있지만, 국가 또는 국민의 재정적 부담을 수반한다. 따라서 헌법에서 ‘중대한’이라는 단서를 명시하지 않더라도, 사소한 재정적 부담을 지우는 조약까지 국회의 동의를 얻어야 할 것으로 볼 수는 없다.

어느 정도가 중대한 재정적 부담이 되는지의 기준을 정함에 있어서는 우리나라의 경제력의 규모, 부담금의 납부에 따라 돌아올 이익의 정도, 조약가입에 따른 비용지출에 관하여 국회가 예산상 승인을 하였는지 여부, 법률상 지출이 예정되어 있는지 여부, 이미 책정되어 있는 예산사업의 수행을 위한 부담인지 여부, 계속적인 재정부담이 증가되리라 예상되는 경우,<sup>706</sup> 재정부담이 일방적인 것인지 계약적인지 여부<sup>707</sup> 등을 종합적으로 평가하여 결정하여야 할 것이다.

이상을 바탕으로 할 때, 국회의 동의를 요하는 중요한 재정적 부담에 관한 조약으로는 차관공여협정,<sup>708</sup> 조약의 목적 사업을 수행하기

---

회, 2006), 149면 이하 참조.

706) 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면; 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제473호 (법제처, 1997. 5), 103-120면; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 105면 참조.

707) 배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006), 150면 참조.

708) 이에 관해서는 고시류조약으로도 가능하다고 하지만, 일종의 골격조약(향후 상대국에 대하여 대외경제협력기금 차관을 제공할 의사가 있다는 점만을 확인하고, 차관이 제공될 경우 그 운영방식의 골격에 대해서만 합의하는 조약)에 대해서는 국회의 동의를 필요로 한다는 것이다. 정인섭, “條約締結에 대한 國會의 同意制度 : 재정적 부담을 지우는 조약을 중심으로”, 『법학』 제43권 제3호 통권 제124호 (서울대학교법학연구소, 2002. 9), 91면 이하 참조.

위하여 일정한 재정적 지출이 필요한 경우, 국제금융기구 설립협정의 가입과 같이 조약가입으로 인해 일정한 지분출자가 요구되는 경우, 조약의 체결이나 가입으로 인해 회원국으로서 운영부담금을 지불해야 하는 경우 등이 제시되고 있다.<sup>709)</sup>

그러나 조약가입에 따른 비용의 지출에 관하여 국회가 예산상 미리 승인한 경우 즉 기성예산에 부담금이 반영되어 있거나 또는 기존의 법률로 예정하고 있는 범위 안에서는 다시 국회의 동의를 거치지 않아도 될 것으로 본다. 하지만, 정부 예산안의 범위를 넘어서 수개 년도에 걸쳐 국가재정에 직접 영향을 미칠 만큼 재정적 부담을 부과한다면, 이는 국회동의를 대상으로 파악해야 한다.

## 사. 입법사항에 관한 조약

입법사항이라 함은 그 중요성에 비추어 국가의 입법기관인 국회의 의결을 거쳐 법률로 정하여야 하는 사항을 말한다. 여기에는 국민의 권리·의무에 관한 사항과 국가조직의 구성과 운영에 관한 사항이 해당된다. 그런데, 통치기구의 조직·구성·운영 및 직무범위 등을 정하는 사항이 조약과 관련해서는 연관될 여지는 거의 없다. 이런 점에 비추어 보면, 헌법 제60조 제1항이 규율하는 입법사항에 관한 조약은 국민의 권리·의무와 관련된 조약이라 할 것이다.

입법사항에 관한 조약에 해당하는 여부에 관한 판단기준으로 법제처는 크게 두 가지 흐름을 제시한다.<sup>710)</sup>

---

709) 그 외에도 차관도입협정에 대해서도 국회의 동의대상이 될 수 있는지 여부가 문제될 수 있는데, 헌법 제60조 제1항에 따른 국회동의 대상의 조약으로 보는 경우도 있었고, 제58조에 따른 계약으로 보는 경우도 있었다고 한다. 하지만, 1973년 이후에는 일관해서 조약으로 보지 아니하고 계약으로 파악하였다고 한다. 상세한 내용은 정인섭, “條約締結에 대한 國會의 同意制度 : 재정적 부담을 지우는 조약을 중심으로”, 『법학』 제43권 제3호 통권 제124호 (서울대학교법학연구소, 2002. 9), 85면 이하 참조.

첫째로는 조약이 국내법에 저촉되어 국내법의 수정·변경을 요하는 경우, 국내법의 제정 없이는 조약을 실시할 수 없는 경우 및 국내법에 근거가 없이 국민의 권리·의무사항을 정하는 경우 등을 내용으로 할 때이다. 이때에는 조약으로 인해 실질적으로 국내법을 개정하는 효과를 초래하게 되므로, 입법사항에 관한 조약에 해당한다는 것이다.

둘째로는 당해 조약을 시행하기 위해서는 국내법의 제정이나 개정이 필요한 경우이다. 구체적으로는 국가가 조약상의 의무를 이행하기 위하여 국민에게 새로운 의무를 부과해야 하는 경우와 조약의 시행을 위한 세부절차를 정비하거나 조약의 내용을 법령형식으로 공고할 필요가 있는 경우 등이 해당된다.

그런데, 조약이 직접 적용성과 아울러 직접적 효력을 지닌다 함(710)은 국내에서 이행입법이 없이도 조약 그 자체로서 국민들의 권리와 의무에 영향을 미치고, 국내법원에서 인용될 수 있음을 의미한다. 이런 조약은 자기집행적인 조약이라 할 수 있겠다. 여기서 말하는 입법사항에 관한 조약은 그 조약이 직접 적용성을 지니는 것과는 무관하게 직접적 효력, 즉 국민의 권리와 의무에 영향을 미친다는 측면에서의 효력을 지닌 조약을 의미하는 것으로 본다.

구체적인 정비방법으로 제시된 것을 살펴본다. 위의 기준이 개별적으로 분리되어 국내법령에 반영되어 정비되는 것이 아니라, 대부분

---

710) 이에 관한 상세한 내용은 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 32-37면; 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제473호 (법제처, 1997. 5), 103-120면; 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), III. 2. 나; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 101면 이하 참조.

711) 이에 관해서는 제3장 제5절 II. 4. 참조.

정비기준이 복합적이고 통합적으로 구성되어 정비된다. 하지만, 당해 법령정비의 성격이 단순히 집행적이고 행정적인 것이며, 그 정비형식도 법률이 아니라 대통령이나 총리령, 부령 등의 하위형식으로 정비되는 경우에는 국회 동의의 필요성은 상대적으로 미미하게 된다.

다음, 조약의 내용이 국내법에 규정되어 있거나 조약의 내용이 국내법 또는 이미 체결한 조약에 그 근거가 있는 경우에는 입법사항을 포함하고 있는 조약이라 하더라도 국회의 동의를 요하지 아니하며,<sup>712)</sup> 또한 조약이 국내법과 직접 관련이 없는 경우에는 역시 국회의 동의를 요하는 조약으로 볼 수 없을 것이다.<sup>713)</sup>

그리고 관련 국내법에 “외국과 체결한 협정에서 이 법에 정한 사항과 다른 사항이 있는 경우에는 그 규정이 정하는 바에 의한다.”라는 입법례와 관련되는 사항이다. 이런 입법례를 조약에서 규정하는 입법사항에 대한 근거규정 내지는 수권규정으로 볼 수 있는지가 문제된다. 이를 그렇게 본다면, 관련 국내법에 입법사항의 근거규정이 있으므로 국회의 동의를 얻지 아니하고 조약을 체결할 수 있을 것이다. 하지만, 이러한 입법례는 국내법에서 규정한 사항과 조약에서 규정한 사항이 서로 다른 경우 또는 국내법에 규정되지 아니한 사항이

---

712) 이와 관련해서 독일에서는 이른바 양립조약(sog. Parallelverträge)이란 것이 있다. 조약의 이행을 위해서는 오로지 법률이 필요하지만, 그러나 법률이 이미 존재하는 경우이다. 그런 경우 별도로 법률을 제정할 필요성이 있는가가 논란이 된다. 이에 관해서는 추상화설과 구체화설이 대립한다. 이에 관해 상세한 내용은 vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 62f.; 제3장 제3절 I. 1. 라. 3). 그런데 독일의 실무는 양립조약에서도 조약법이 제정되도록 하고 있다.

713) 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면; 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제473호 (법제처, 1997. 5), 103-120면; 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), III. 2. 나; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 103면.

조약에 새로이 규정된 경우에 있어, 조약과 국내법간의 효력의 우선 순위, 즉 어느 규범을 우선적으로 적용하는 것이 타당한지의 문제를 입법적으로 해결한 규정이라는 것이다.<sup>714)</sup> 후자가 타당한 것으로 본다.

## 아. 정리

이상에서 살펴본 바를 간략하게 몇 가지로 정리할 수 있다.

첫째로는 어떠한 조약이 국회의 동의를 받아야 하는 사유가 앞서 열거된 어느 하나로 인한 것이 아니고, 거의 대부분 중복적으로 나타난다는 점이다. 예컨대 이른바 한미행정협정의 사례에서 헌법재판소는 “외국군대의 지위에 관한 것이라는 점, 국가에게 재정적 부담을 지운다는 점, 입법사항을 포함한다는 점 등에서 헌법 제60조 제2항과 제1항에 근거해서 국회의 동의를 요한다.”고 하였다.<sup>715)</sup>

둘째로는 국회동의여부에 관한 심사기준에서도 특히 중요한 국제조직에 해당되는 조약인지 여부, 중대한 재정적인 부담을 포함하고 있는지 여부, 입법사항을 포함하고 있는 조약인지 여부 등이 중요한 심사사항으로 제기되고 있으며, 그 중에서도 입법사항을 포함하고 있는 조약인지 여부가 논란이 많이 제기된다.<sup>716)</sup>

셋째로는 입법과정과 실제에 있어 포괄적인 위임입법이 바람직스

---

714) 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), III. 2. 나; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 103면; 배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006), 152면 참조.

715) 헌재 1999. 4. 29. 97헌가14, 판례집 11-1, 273, 281-282.

716) 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제473호 (법제처, 1997. 5), 103-120면.



럽지 못한 과거의 관행이었는데, 이러한 관행이 국회동의 대상인 조약 문제에서도 그대로 원용되어 나타날 여지가 있다는 점이다. 현실적인 필요성을 받아들인다 할지라도, 그런 점에 비추어 합리적인 기준이 마련되어야만 한다.

넷째, 후술하는 바와 같이 국회에서의 수정동의가 불가능하고 또 동의안제출은 정부가 함에 따라 국회가 의결절차를 거치기만 할 뿐이지 실질적으로 국회의 의사를 반영할 수 있는 창구가 사실상 차단될 여지가 크다는 점이다. 그런 점을 감안해서 사전적인 절차의 활용 필요성, 예컨대 각종 상임위원회 활동을 통한 수렴의 여지를 폭넓게 열어놓음이 좋을 것이다.

## V. 국회동의절차와 관련된 쟁점

### 1. 수정동의의 가능 여부

조약의 내용을 국회의 동의과정에서 조정하거나 변경할 수는 없는가가 문제된다.

이에 관해서는 ① 조약의 국내법적 효력에 관한 한 입법권을 지니는 국회의 수정동의도 가능하다고 하는 견해,<sup>717)</sup> ② 조약의 수정가결이 정부의 외교교섭에 특정한 결론을 표시하여 의무지우는 것이 아니라면 상대국과의 협의하에 수정하도록 조건부로 의결할 수 있다는 견해,<sup>718)</sup> ③ 국회는 조약을 전체로서 동의하든지 부동의하든지 할 일이지 조약문안의 일부를 수정하여 동의하는 것은 허용되지 아니한다

---

717) 강경근, 『헌법』 (법문사, 2004), 134면.

718) 김철수, 『헌법학개론』 (박영사, 2007), 1150면.

는 견해<sup>719)</sup> 등이 있다.

만약 외교권을 국회와 대통령이 공동으로 행사한다면, 수정 동의 가능성을 부정하기는 어려울 것이다. 하지만, 국회의 동의 여부에 의해 조약에 대한 기속적 동의를 발생하는 것이 아니다. 다시 말해서 조약의 국제법적 효력은 헌법 제73조에 규정된 대통령의 진속적인 조약체결·비준권에 근거해서 발생한다.<sup>720)</sup> 이런 점에 비추어 제1설은 받아들이기 어렵다. 특히 조약 상대국과의 신뢰관계에 중대한 영향을 미치게 된다고 할 것이다. 다음, 제2설은 사실상 새로운 조약을 체결하는 것에 다름 아니라는 점이다.

아무튼 조약의 국제법적 효력과 국내법적 효력을 구별하는 경우 국회가 조약의 수정동의권을 갖느냐에 관하여 긍정설과 부정설이 대립되어 논쟁을 벌이고 있는 것은 무의미해진다. 국회가 수정동의를 한다고 해도 그것은 어디까지나 국내법적 효력의 문제이고, 국제법적 효력에는 아무런 영향을 미치지 못한다.<sup>721)</sup> 관련해서 독일에서는 조약법은 단지 조약체결에 관한 동의만을 포함할 수 있으며, 따라서 조약명문 전체에 대해 동의할 뿐이다. 수정이나 보완은 불가능하다. 수

---

719) 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 98면; 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제55호 (법제처, 2003. 10), III. 1. 다; 김선택, “헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, (헌법실무연구회 제70회 발표문, 2006. 11), 18면 이하; 배종인, “대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006), 143면 참조.

720) 국회가 수정동의를 할 수 있다면, 이는 대통령의 조약체결권행사를 침해한 것이고, 이는 우리 헌법이 예정한 통치권한의 배분원칙에 반하는 것이라고 한다. 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 98면 참조.

721) 계획열, 『헌법학(상)』 신정판 (박영사, 2004), 184면.

정이나 보완을 하고자 하면, 조약당사국들과 새로이 협상되지 않으면 안 된다고 한다.<sup>722)</sup>

만약 국회가 조약안에 대해 수정의결을 하였을 경우 그 효력이 어떻게 되는가도 문제된다. 이는 대통령의 조약체결권, 즉 조약의 내용을 상대국가와 협상해서 자유로이 형성할 권한을 침해한 것이다. 국회에게는 오로지 조약에 대한 동의 여부를 결정할 권한만이 부여되었을 따름이다.<sup>723)</sup>

## 2. 동의를 시기

국가의 기속적 동의를 표시가 비준행위로써 완료되는 조약의 경우에 국회의 동의는 서명 후 비준 전에 행하게 되며, 서명만을 요하는 조약의 경우에는 그 체결에 대한 사후동의의 성격을 지니게 된다. 물론 후자의 경우 대부분 그 조약에 국내절차 완료 사실을 당사국간에 서로 통보함으로써 당해 조약이 발효된다는 조항을 마련하는 것이 관행이다.<sup>724)</sup>

## 3. 동의대상인 내용을 유보하는 경우

체결하고자 하는 조약의 내용 중 국회의 동의를 받아야 할 사항이 포함되어 있으나 이 사항을 유보하고 체결하고자 하는 경우에도 국

---

722) 연방의회직무규정(Sartorius I, 제35호) 제82조 제2항은 “연방의 정치적 관계를 규율하거나 또는 연방입법의 대상과 관계되는(기본법 제59조 제2항) 외국과의 조약 및 유사한 조약에 관해서는 수정발의는 허용되지 아니한다.”고 규정하고 있다. Vgl. Schweitzer, Staatsrecht III, S. 67.

723) 동지: 김선택, “헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, (헌법실무연구회 제70회 발표문, 2006. 11), 18면 이하 참조.

724) 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006), 80면.

회의 동의를 얻어야 하는가가 문제된다.<sup>725)</sup> 이는 먼저 당해 유보선언에 의하여 유보되는 내용의 범위가 명확히 확정되어야 한다. 그래야 입법사항이 유보의 범위에 속하는지를 판단할 수 있게 된다.

그래서 유보되지 아니한 부분에 입법사항이 미소하게나마 남아 있을 경우 그 조약은 국회의 동의를 받아야 한다. 그러나 유보선언에 의하여 당해 규정의 적용을 완전히 배제하는 경우에는 그 조약은 국회의 동의를 받을 필요가 없을 것이다. 하지만 나중에 유보선언을 철회할 경우 그때에는 그 조약에 대해 국회의 동의를 받아야 할 것이다.

#### 4. 사정변경이 발생한 경우

조약의 지속적 발전과 관련하여 규율대상이 급격하게 변동되었을 경우 기존의 조약에 대해 국회에서 새로운 동의를 필요로 하는지가 문제된다.

이에 관해 독일에서는 기본법 제59조 제2항 제1문과 연관관계에서 문제되었다.<sup>726)</sup> 즉, 국제법상 조약으로 인해 진전된 사실상의 발전이 그 동의법에 의해 차단되는지 여부가 문제된 것이다. 국제법상 조약의 단순하게 이루어진 지속적 발전은 원래의 동의법에 의해 수행될 수 있는 것으로 본다. 하지만, 요식적이고 또 명백하게 수정이 이루어지게 되면 그때에는 의회의 새로운 동의가 요구된다. 이러한 의미

---

725) 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10), 28-37면; 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10), III. 2. 나; 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7), 103면 이하 참조.

726) Vgl. BVerfGE 90, 286, 357ff., 372. 이 사건은 유고슬라비아 내전에 나토군의 배치와 관련된 것으로 나토조약은 사실상 암묵적으로 변경이 초래된 것이므로 새로운 동의법이 필요함을 주장함으로써 제기된 사건이었다.

에서 수정이 언제 이루어지는가는 그 당시의 국제법상 조약 내지 조약당사자의 행동에 강력하게 좌우된다. 그렇지만, 일반구속적인 형태로 해명할 수는 없다고 한다.<sup>727)</sup>

## VI. 국회 동의권과 관련된 헌법재판적 통제

### 1. 국회동의권의 구조적 한계

전술한 바와 같이 헌법 제60조 제1항에 규정된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의는 사전동의이다. 즉 국가의 기속적 동의를 표시가 비준행위로써 완료되는 조약의 경우에 국회의 동의는 서명 후 비준 전에 이루어져야 하며, 서명만을 요하는 조약의 경우에는 그 체결에 대한 사후동의의 성격을 지니게 된다.

이와 관련해서 국회의 동의권을 행사함에 있어 몇 가지 한계 요인에 봉착한다는 점이다.

첫째로는 조약에 대해 대통령이 비준을 하기 이전이라 하더라도 국회가 동의안을 부결시키기는 그리 용이하지 않다는 점이다. 기속적 동의를 표시하기 이전에 국내적 절차의 핵심으로써 국회에서의 동의 절차가 진행되는 것이긴 하지만, 동의안을 부결시켰을 경우 국가간의 신뢰관계에 부담으로 작용하고 또 국제법 존중주의에 배치되게 된다.

둘째, 우리 헌법은 국회의 동의를 요하는 조약의 유형으로 열거하고 있지만, 실제 조약에는 그 중 어느 하나의 유형에 한정되기 보다는 아주 복합적으로 연결되어 있다든가, 매우 복잡하고 난해한 경우가 적지 않다는 점이다. 그럼으로써 간단하게 동의권을 행사하기에는

---

727) Vgl. Degenhart, Staatsrecht I, S. 84.

한계를 발생하게 된다.<sup>728)</sup>

셋째, 국회동의제도의 구조적인 한계인데, 당해 조약이 국회의 동의대상에 해당하는 여부의 최종적인 판단의 주체는 대통령이다. 실제로 동의안으로 제출된 조약에 관해서만 국회는 동의권을 행사할 수 있을 따름이다.

넷째, 분명 헌법 제60조 제1항에 해당하는 국회 동의 대상 조약임에도 동의안을 제출치 아니하고 기속적 동의를 하는 경우를 상정할 수 있다.

다섯째, 조약안 전체를 동의 대상으로 삼는 것이 아니라 수권범위 내의 사항을 대상으로 하거나 조약의 이행을 위한 사항을 그 대상으로 한다는 이유로 조약안의 일부를 동의 대상에서 배제한 다음, 나머지에 대해서만 상정하는 경우이다.<sup>729)</sup> 또 이미 체결된 조약에 규정된 내용을 시행하기 위한 집행적 성격의 세부사항에 관한 합의나 조약의 본질적 내용을 변경함이 없이 이를 일부 수정하기 위한 합의를 규율하는 이른바 고시류조약에 해당한다 주장하지만, 실제로는 국회의 동의대상에 해당함에도 그 대상에서 의도적으로 배제하는 경우를 상정할 수 있다.

---

728) 이는 국회에서의 동의절차를 진행하기 이전에 유관 상임위원회 등에서 비공식적인 절차(조약체결절차의 틀 속에는 없는 절차라는 의미에서)를 거치면서 충분한 공감대형성이 필요함을 의미한다. 이는 상임위원회중심주의라는 국회 운영원칙에도 부합한다고 본다.

729) 예컨대 2005헌라8사건에서 정부는 “세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬 협정 부속서 1가 중 1994년도 관세 및 무역에 관한 일반협정에 대한 마라케쉬 의정서에 부속된 대한민국 양허표 일부개정안”에 대해 국회에 비준 동의안을 제출하면서, ‘미국과의 이행을 위한 별도 합의서’와 ‘인도와 이집트와의 국별 합의서’를 포함시키지 아니하였다. 이 사건에서는 이에 관해 청구인인 국회의원이 권한쟁의심판을 청구한 것이었다. 헌재 2007. 7. 26. 2005헌라8 참조.

## 2. 권한쟁의심판

### 가. 문제의 소재

조약체결권자인 대통령이 조약에 대해 비준 등의 기속적 동의를 표시하기에 앞서 헌법 제60조 제1항에 열거된 조약에 대해서는 국회의 동의를 받아야 한다. 이때 국회는 조약안을 의결하는 과정에서 적법하게 통제할 수 있게 된다. 앞서 지적한 바와 같이 헌법 제60조 제1항에 규정된 바에 따른 조약에 해당하는 여부의 판단은 대통령을 수반으로 한 정부의 몫이다. 다시 말하면, 국회는 의안으로 제출된 조약에 관해 동의 여부만을 의결할 뿐이다.

그런데, 헌법 제60조 제1항에 따라 국회의 동의를 요하는 조약에 해당함에도 불구하고 이러한 동의절차를 거치지 아니하고 비준을 마치고 조약의 효력을 발생시킨 경우, 이에 대한 통제문제가 등장하게 된다. 이에 관해서는 헌법 제111조 제1항 제4호와 헌재법 제62조 제1항 제1호에 따라 정부와 국회간의 권한쟁의심판이 가능하다. 국회는 헌법 제60조 제1항에 의해 보장된 ‘조약체결·비준에 관한 동의권’이 침해되었음을 주장할 수 있다.

국회는 합의제 기관으로서 의결절차를 거쳐야만 의사표시가 가능하다. 국회의 다수과가 의결을 통해 정부 내지 대통령을 상대로 조약이 동의대상임에도 불구하고 동의안을 제출하지 아니한 행위가 헌법이 국회에게 부여한 권한을 침해한 것임을 주장함은 전혀 문제되지 않는다. 그런데 문제는 국회의 동의대상인 조약에 대해 동의안을 제출하지 아니한 행위를 국회 재적의원 과반수가 그대로 방치할 경우 이에 대해 다른 방법으로는 통제는 불가능한 것인가가 문제된다.

이에 관해 다투는 방법으로는 두 가지 형태가 고려된다. 그 하나는 국회의원이 국회의 권한침해를 주장하면서 다투는 이른바 제3자의

소송담당이다. 다른 하나는 국회의 동의권한을 구성하는 것이 바로 국회의원의 심의·표결권한이므로, 국회의원의 심의·표결권침해를 주장하면서 다투는 것이다. 이에 관해 헌법재판소는 2007. 7. 26. 국회의원과 정부간의 권한쟁의(2005헌라8)사건에서 자신의 입장을 정리하였다. 전자에 관해서는 8:1로, 후자에 관해서는 전원일치로 각각 부적법한 것으로 보았다.<sup>730)</sup>

그러면, 여기서는 제3자의 소송담당을 인정할 필요성을 간략하게 제시한다. 권한쟁의심판청구가 인용되는 경우에 관해서는 다른 심판 절차에서의 효력문제와 함께 별도의 항을 만들어 다루기로 한다.

#### 나. 제3자의 소송담당의 허용여부

제3자의 소송담당이란 청구인 자신의 권한이 침해된 것이 아니고 청구인이 속한 기관이나 단체의 권한이 침해되었음을 이유로 다투는 경우를 말한다.<sup>731)</sup> 예컨대 국회의 헌법상 또는 법률상 권한이 정부에 의해 침해되었을 경우 국회의 구성원인 국회의원이나 원내교섭단체가 국회의 권한침해를 이유로 권한쟁의심판을 청구할 청구인적격을 갖는지의 문제이다.

헌행법에 아무런 규정이 없음을 이유로 헌법재판소는 이를 적극적으로 부인하고 있다. 그 이론적 근거로는 다수결의 원리와 의회주의의 본질에 어긋난다는 점, 기관 내부에서 민주적으로 해결하는 것이 아니고 사법적 수단을 통한 해결을 도모함으로써 제도를 남용하려 한다는 점 등을 제시한다.

---

730) 이와 관련해서 구체적인 검토는 생략한다. 헌법재판소 결정례에 관해서는 집중적인 분석이 별도로 이루어지기 때문이다. 후술하는 제5절 참조.

731) 이에 관해 상세한 내용은, 양건·김문현·남복현, 『헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서』 헌법재판연구 제10권 (헌법재판소, 1999), 266면 이하 참조.



그러나 이는 제도의 부작용만을 부풀려 강조함에 지나지 않는다. 헌법 제8조에서 정당제도를 보장하고 정당이 국가권력의 구조적인 운영과정에 깊숙이 관여하는 한, 그로 인해 야기될 폐해를 해소하는 차원에서 접근해야 한다. 그래서 논의되는 것이 기능적 권력분립이다. 전통적으로 국회가 수행하던 기능이 정당을 통한 국회와 정부의 권력통합현상으로 인해 야당인 소수당에게 넘어갔다고 보아야 한다. 이런 점에서 소수당 내지 야당<sup>732)</sup>이 의회의 기능적 지위를 대체할 수 있는 구조적인 틀을 만들지 않으면 안 된다. 바로 이런 시각에서 제3자의 소송담당을 인정할 필요성이 제기되는 것이다.

국회의 동의대상인 조약임에도 정부가 동의안을 제출하지 아니한 경우에 대한 국회 차원에서의 대응방법을 원내 의석의 구성을 바탕으로 구체적으로 살펴본다.

먼저, 여소야대일 경우이다. 야당이 국회 전체의 의사결정을 주도할 것이므로, 위의 사례가 나타났을 경우 최종적으로는 국회의 이름으로 정부를 상대로 권한쟁의심판을 청구할 수 있을 것이다. 따라서 여기서는 제3자의 소송담당을 인정할 필요성이 없다고 할 수 있겠다.

다음, 여대야소일 경우이다. 여당이 국회의 의사결정을 주도하고, 정부와 같은 정당 소속으로서 정부의 입장을 존중하는 자세를 취할 때에 문제되는 것이다. 즉 국회의 동의권이 사실상 무력화되는 결과를 초래하게 된다.<sup>733)</sup> 바로 이런 경우에 제3자의 소송담당을 채택되어야 할 당위성이 나타난다.

---

732) 여기서 단순히 야당이라 칭하기 어려운 점이 있다. 의원내각제일 경우에는 그대로 타당하겠지만, 대통령제인 우리나라의 경우에는 야당이 반드시 소수파인 것은 아니다. 만약 야당이 소수파라면, 제3자의 소송담당은 필수적이다. 하지만, 다수와 내지 과반수를 차지한다면, 정상적인 의회 내부의 절차를 통한 통제가 가능할 것이다.

733) 보다 근본적으로 국회에 의한 대정부견제기능이 무력화되거나 요식화되고 말게 된다.

관련해서 제3자의 소송담당을 인정할 경우 다수결의 원리나 의회주의의 본질이 훼손당한다는 지적을 한다. 하지만, 헌법재판소의 법정의견에 따를 경우 훼손이 아니라 다수파의 횡포로 귀착되고 합리적인 통제장치가 근본적으로 봉쇄되는 결과를 초래한다. 그런 점에서 소수파보호를 위한 제도적 장치로서 필수적이다.

또 기관 내부의 민주적인 의사결정을 통한 문제해결을 하지 못하고, 사법으로 쫓아오는 등의 남용에 대해 우려하는 점에 대해서도 지적하고자 한다. 먼저, 오히려 소수파가 합리적으로 주장할 수 있는 제도적 장치를 만들어 놓지 아니할 경우 다수의 횡포를 견제할 도구가 사라지게 됨을 의미한다. 이는 경우에 따라서는 사실상의 힘을 관철시키려는 형태로 나타날 우려도 있게 된다. 그보다는 법치주의나 민주주의의 틀 속에서 머물러 문제해결을 도모하도록 함이 훨씬 순기능적이라고 할 것이다. 다음, 정당 상호간의 정치적 이해관계가 첨예하게 대립하면, 궁극의 문제해결은 법치주의의 틀 속에서 이루어질 수밖에 없다는 점이다. 정치의 사법화 현상은 필연적이다.<sup>734)</sup> 실제로 이제까지 정치적으로 논란이 많았던 사건들은 거의 대부분이 당시 야당에 의해 국가기관이 정치적으로 동원된 것에 지나지 않았음이 현실이다.

생각건대 제3자의 소송담당을 실정법적 근거가 없음을 이유로 부인하는 것은 바람직스럽지 못하다.<sup>735)</sup> 소수의견이 주장하듯이 헌재법

---

734) 다만 여기서 헌법재판소는 사법의 정치화가 초래되지 않도록 운용의 묘와 지혜를 발휘해야 할 것이다.

735) 또한 헌법재판소법 제64조는 권한쟁의심판청구서의 기재사항을 규정하고 있는 바, 2003. 3. 12 법률 제6861호로 일부 개정이 이루어졌다. 그 내용은 제64조 제1호 중 “청구인”을 “청구인 또는 청구인이 속한 기관”으로 하고, 동조 제2호 및 제3호 중 “피청구기관”을 각각 “피청구인”으로 한다는 것이었다. 개정 이유에는 심판청구서의 기재사항이 왜 이렇게 바뀌게 된 것인지 유감스럽게도 명시되지 아니한 상태이다. 그러나 제1호에서 “청구인”을 “청구인 또는 청구인이 속한 기관”으로 명확하게 개정된 것은 제3자의 소송담당을 용인한

제40조에 규정된 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’에 의거해서 제3자의 소송담당을 용인함이 적절하였을 것으로 본다. 물론 어느 정도의 인적 범위에 대해 인정할 것인가에 대해서도 고려함은 필요하였을 것이다. 아무튼 제3자의 소송담당을 부인함으로써 국회의 동의대상임에도 동의안을 제출하지 아니한 조약에 대한 국회에서의 통제는 여소야대에서만 가능할 뿐이지, 여대야소에서는 구조적으로 불가능하게 되고 말았다. 그럼으로써 소수자보호가 매우 취약해지는 허점을 드러내고 말았다.

### 3. 국회동의권과 관련된 다른 헌법재판적 심판절차

국회의 동의를 얻어야 함에도 불구하고 이를 얻지 아니하고 체결된 조약에 대해 헌법소원심판이나 위헌법률심판절차를 통해 다룰 수 있는지가 문제된다.

#### 가. 헌법소원심판

먼저, 헌법소원심판에 관해 살펴본다. 국회의 동의를 요하는 조약이 국회의 동의절차를 거치지 아니하였음을 이유로 헌법소원의 심판

---

것으로 볼 수밖에 없을 것이다. 독일의 경우에도 이런 형태로 입법이 되어 있음을 본다. 또한 이러한 개정의 遠因이 되었던 ‘헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서’에도 이를 명확히 밝혀 놓았다. 그 보고서에서는 소극적 권한쟁의를 인정하고 제3자의 소송담당을 허용하는 형태로 개정안을 제시하고 있다. 즉 “제64조를 제64조 제1항으로 하고 제2항을 다음과 같이 신설한다. 그리고 제1항 제1호의 청구인을 청구인 또는 청구인이 속한 기관으로 하고, 제2호와 제3호의 피청구기관을 각각 피청구인으로 한다.”는 것이었다. 상세한 내용은 양건·김문현·남복현, 『헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서』 헌법재판연구 제10권 (헌법재판소, 1999), 319-320면 참조. 이를 바탕으로 할 때 헌법재판소의 법정외건이 제3자 소송담당을 부인함은 매우 부적절한 것이었다 지적하지 않을 수 없다.

청구 가능성이 주장될 여지가 있다. 조약 그 자체를 둘러싸고 헌법소원심판의 청구가 가능함은 전술한 바와 같다.<sup>736)</sup> 또한 국회의 동의대상에 해당함에도 동의를 받지 아니하고 체결된 조약의 경우 그 조약이 국민의 자유와 권리를 제한하거나 의무를 부담하는 내용을 포함하고 있다면, 국회의 동의대상인지와 무관하게 조약 자체가 공권력의 행사에 해당함에 따라 당연히 심판청구의 대상이 될 것이다.<sup>737)</sup>

하지만, 청구사유에 있어 절차의 위헌성을 전적인 근거로 주장하는 형태의 다툼은 불가능하다고 할 것이다. 또한 국회의 동의를 요하는 조약의 경우 국회의 동의권 자체가 심판대상이 될 수 있는가가 문제될 수 있으나, 불가능하다고 본다. 국회의 동의절차는 조약이 완성된 규범성을 지니는 필요적 구성요소에 지나지 않기 때문이다. 다만, 절차의 하자를 이유로 심판과정에서 부수적으로 위헌성을 주장할 수는 있을 것이다.

## 나. 위헌법률심판절차의 가능성

다음, 위헌법률심판에 관해 살펴본다. 국회의 동의대상인 조약임에도 동의절차를 밟지 아니한 조약에 대해 이 심판절차에서 다룰 수 있는지 여부가 문제된다. 당해 조약이 구체적 사건에서 재판의 전제가 될 경우에는 국회의 동의절차를 밟지 아니하였다는 점에서 일단은 법규명령적 효력이 인정된다 할 것이고, 그런 점에서 헌법 제107조 제2항에 따른 절차가 진행되어야 할 것으로 본다.

국회의 동의대상임에도 그 절차를 거치지 아니한 것은 중대한 헌법위반이라 할 수 있다. 하지만, 헌법 제73조에 따라 대통령이 조약

---

736) 제2절 VI. 3. 가. 참조.

737) 그리고 심판하는 과정에서 국회의 동의대상에 해당하는 여부도 중요한 심리 대상으로 다루어지게 될 것이다.

을 체결·비준하고 공포함으로써 조약은 성립된 것이고, 그렇게 성립된 조약의 국내적 효력은 헌법 제6조 제1항에 근거해서 부여받은 것으로 보아야 한다. 이는 결국 선협적으로는 국회의 동의를 받지 아니한 조약의 효력여부를 논의할 수는 있지만, 실제로는 사후적 통제의 절차를 통해서만이 다툼이 가능하고, 또 현행법상으로는 헌법재판소에 제청의 대상이 될 수 없다는 한계를 드러내게 된다.

관련해서 그런 조약은 규범 상호간의 충돌문제를 야기시킨다. 아무리 조약이 국내법과 같은 효력을 지닌다 해서 조약의 국내법적 위상을 설정함에 있어 국회의 동의권행사를 통한 통제를 받아야 하는 조약이 통제를 받지 않았음에도 법률과 동등한 효력을 인정할 수는 없다. 기껏해야 범규명령적 등급의 효력을 인정할 수밖에 없게 되는데, 이 경우 법률과 충돌될 경우 상위법우선의 원칙에 입각해서 그런 조약의 효력을 부인하게 되는 결과를 초래하게 된다. 우리가 국제법상 조약에 대해 우호적인 입장을 전개하기 위해 특별법우선의 원칙, 후법우선의 원칙 및 국제법우호적인 해석 등을 동원하곤 한다. 이런 원칙은 조약이 그와 대등한 국내법규범과의 관계에서 적용되는 것이지, 상하관계에 놓인 조약을 유효하게 존속시키기 위해 활용할 수 있는 것은 아니라고 하겠다.

아울러 이런 조약이 상위규범과의 충돌로 인해 사법적 통제의 대상이 되었을 때, 당해사건에 한해 적용이 배제될 뿐이고, 규범적 효력이 부인되지는 않는다고 보아야 한다.<sup>738)</sup> 이는 이론적으로 중대한 문제를 초래한다고 보여진다.

---

738) 물론 이런 조약의 경우 전혀 헌법재판적인 통제가 불가능하다고 할 수는 없을 것이다. 가설적 상황이긴 하지만, 가능성을 예정할 수 있으며, 이에 관해서는 후술한다.

#### 4. 동의결여 조약에 대한 인용결정의 효력

국회의 동의대상 조약임에도 동의를 받지 아니하거나 일부 내용을 누락시켜 동의를 받은 조약이 확정되어 그 효력을 발생하고 있을 경우 이에 대해 다양한 형태로 사법적 통제가 이루어질 수 있을 것이다. 심판대상은 기본적으로 이원화시켜 논의되어야 한다. 즉 그 하나는 국회의 동의를 받지 아니한 행위(제출의무의 불이행이나 불완전 이행)이고, 다른 하나는 그러한 절차를 통해 확정된 행위로서의 조약이다.

그러면 여기서는 양자에 대해 각각 심판대상이 될 수 있는지 여부와 인용결정이 이루어진 경우 그 효력문제를 다루기로 한다.

##### 가. 권한쟁의 인용결정의 효력

국회의 동의대상임에도 동의안을 제출하지 아니한 조약과 관련해서 국회의 동의권침해를 다룰 기회는 대폭적으로 축소되었음은 전술한 바와 같다. 하지만, 전면 봉쇄된 것은 아니다. 이와 관련해서 심판청구가 이루어지고 헌법재판소가 청구인용을 결정하였을 경우 그에 따른 효력에 관해 검토한다.

이에 관해 헌재법 제66조는 제2항에서 헌법재판소는 권한침해의 원인이 된 피청구인의 처분을 취소하거나 그 무효를 확인할 수 있고, 헌법재판소가 부작위에 대한 심판청구를 인용하는 결정을 한 때에는 피청구인은 결정취지에 따른 처분을 하여야 한다고 규정하고 있다. 그리고 제67조에서는 제1항에서 헌법재판소의 권한쟁의심판의 결정은 모든 국가기관과 지방자치단체를 기속하며, 제2항에서는 국가기관 또는 지방자치단체의 처분을 취소하는 결정은 그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다고 한다.

조약이 국회의 동의대상임에도 동의안을 제출하지 아니한 대통령의 행위를 부작위 내지는 처분<sup>739)</sup>으로 구분해서 살펴보기로 한다. 인용결정이 있을 경우 그 행위가 부작위에 해당한다면, 대통령에게 동의안제출의무를 부과한 것으로 보아야 할 것이다. 일부 누락시켜 제출한 행위에 해당한다면, 제출행위가 취소되고 따라서 결정취지에 맞춰 새로이 동의안을 제출해야 할 의무가 발생한 것이라 하겠다. 이는 헌재법 제67조 제1항의 기속력에서도 도출되는 내용이다.

아울러 지적해야 할 사항은 동의안을 제출함에 있어 일부 누락시키거나 동의안을 제출하지 아니하고 대통령이 조약에 대해 비준하였을 경우 헌법재판소가 인용결정을 한다 할지라도, “그 처분의 상대방에 대하여 이미 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.”는 점이다. 다시 말하면, 동의안제출의 부작위나 하자있는 동의안제출행위에 대해 심판청구를 인용한다 할지라도, 당해 조약이 발생한 효력에 대해서는 아무런 영향을 미치지 아니함을 의미한다는 점이다. 물론 국회가 새롭게 동의안을 의결함에 있어 부결시킨다면, 그것은 다른 문제라고 하겠다.

권한쟁의의 인용결정에 따른 후속적인 절차를 진행하기 위해 새롭게 국회에 동의안이 제출되었을 경우를 상정한다. 이때 국회가 동의안을 의결한다면, 사후적으로 하자를 치유한 것으로 보아야 한다. 하지만, 국회가 부결시켰을 경우에는 매우 어려운 문제가 발생하게 된다. 이런 경우에는 국내적 효력이 부인됨은 물론이고, 국제법적 효력도 부인하는 절차를 거쳐야 하지 않을까 한다.<sup>740)</sup> 국내적 효력에 있어서는 기존 질서에 형성된 법적인 관계는 전술한 헌재법 제67조 제

---

739) 이는 동의안을 제출함에 있어 일부 내용을 누락시킨 경우에 해당할 것이다.

740) 단순히 국회의 동의절차를 거치지 아니한 경우와 동의절차를 거쳤으나 국회에서 적극적으로 거부의 의사표시, 즉 부결이 된 경우는 구분해야 한다. 또 그에 상응하게 서로 다른 절차가 진행되어야 한다.

2항에 따라 존중될 수밖에 없다. 국제법적 효력문제는 조약법협약 제 46조를 존중해야 하지만, 적극적으로 국회에 의한 통제가 이루어진 것이므로, 정부는 조약의 폐지절차를 진행함이 타당하다고 본다.

### 나. 헌법소원심판의 인용결정

국회의 동의를 받지 아니하였다는 사유 그 자체로 인해 헌법소원 심판의 청구가 받아들여지는 것은 아니라는 점은 이미 전술한 바와 같다. 이 절차에서 다투어지는 것은 조약의 기본권관련성 측면에서 제기된다. 아무튼 여기서는 조약 자체가 심판대상이 되어 기본권침해 여부가 다투어지는 과정에서 부수적으로 국회의 동의절차를 거치지 아니한 것에 대해 다루어지게 될 것이다. 결국 심판청구인은 부수적으로 그 위헌성을 주장할 것이다.

이에 관해 헌법재판소는 국회의 동의절차를 거치지 아니한 것의 위헌여부도 판단할 수밖에 없다고 본다. 어쨌든 심판대상인 조약에 대해 심판청구의 인용결정이 어떠한 사유로 나타나는지에 따라 여기서 논의하는 사안에 대한 접근은 달라져야 한다. 먼저, 실체적인 사유, 즉 기본권침해로 인해 인용결정이 이루어진다면, 이때에는 조약의 헌법재판적 통제에 관한 일반론에 따라야 할 것이다. 다음, 기본권침해가 아닌 절차의 위헌성으로 인한 것이라면, 조약의 국내적 효력까지도 존중해야 하고, 그 후속절차는 권한쟁의심판절차에서 인용결정을 한 경우와 동일하게 접근함이 합리적이지 않을까 한다.

### 다. 위헌법률심판의 인용결정

국회 동의절차를 거치지 아니한 조약은 법규명령적 등급을 적용받아야 함은 이미 전술한 바와 같다. 법규명령적 효력을 지닌 조약이



위헌법률심판절차에서 다투어지는 경우는 그 조약의 규율 내용이 법률과 서로 충돌하고 그런 과정에서 충돌된 상위법규에 해당하는 법률의 위헌여부가 심판대상이 되고, 그때 부수적으로 그 조약도 다투어지는 경우를 상정할 수 있겠다.

그때 그 조약에 위헌성이 인정된다면, 조약의 헌법재판적 통제에 관한 일반론에 따라야 할 것이다. 그리고 상위법규에 해당하는 법률에 위반된다면, 상위법우선의 원칙을 엄격하게 적용해야 한다.<sup>741)</sup> 그 조약이 국회의 동의를 받았더라면, 후법우선의 원칙이나 국제법우호적인 해석의 원칙이 적용되었을 것이다.

아무튼 후속적인 절차의 진행을 통한 정비문제는 권한쟁의심판절차의 경우에 비추어 해결함이 타당하지 않을까 한다.

## VII. 문제의 정리

이상에서는 우리 헌법 제60조 제1항에 규정된 조약에 대한 체결·비준에 관한 국회의 동의권을 둘러싸고 초래되는 여러 가지 문제에 대해 검토하였다. 핵심적인 몇 가지 사항을 확인하는 것으로 마무리를 짓기로 한다.

첫째, 국회의 동의대상인 조약에 해당하는 여부를 확정함에 있어 실무와의 많은 교감을 통해 좀더 세부적이고 치밀하게 다루어져야 할 것으로 본다. 이 문제는 정당간의 이해관계가 치열하게 대립함에 따라 앞으로 분쟁의 여지가 폭넓게 발생할 것으로 본다.

둘째, 국회가 대통령의 조약체결에 대해 헌법 제60조 제1항에 따른

---

741) 이는 국회동의 대상이 되는 조약에 대해 절차의 번잡성이나 부담을 이유로 동의절차를 가능하면 생략하거나 우회하려는 정부의 행태에 대한 경중으로 작용할 것이다.

동의권을 통해서만 통제할 수 있는 것은 아니라는 점이다. 즉 당정협의, 상임위원회에서의 질의, 예산안의 심의·의결이나 관련 법률안의 제정 등을 통해서도 실질적으로 견제할 수 있다는 점에 주목해야 한다. 동의안의 의결절차가 통제로 인해 야기될 부담 때문에 제대로 기능할 수 없다는 한계를 지닐 수도 있다. 그에 반해, 통상적인 국회에서의 각종 의정활동을 통해 효율적으로 통제할 수 있다는 점에도 주목해야 한다. 그리고 정부측에서도 오히려 동의안을 제출하기 이전에 조약안을 마련해서 협상하는 단계부터 미리 적극적으로 국회와의 공화적인 여건을 조성함으로써 실효성을 증대하고 국민대표성을 강화하는 효과를 달성할 수 있게 될 것이다.

셋째, 제3자의 소송담당은 권한쟁의심판에 있어 필수적이다. 제3자의 소송담당을 실정법적 근거가 없음을 이유로 부인하는 것은 바람직스럽지 못하다. 헌법소법 제64조 제1호를 개정해서 종래 ‘청구인’이라고 규정되었던 것이 ‘청구인 또는 청구인이 속한 기관’으로 바꾼 것은 제3자의 소송담당을 인정하고자 한 취지이었다. 그리고 소수의견이 주장하듯이 헌재법 제40조에 규정된 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’에 의거해서 제3자의 소송담당을 용인함이 적절하였을 것으로 본다. 물론 어느 정도의 인적 범위에 대해 인정할 것인가에 대해서도 고려함은 필요하였을 것이다.

넷째, 제3자의 소송담당을 부인함으로써 국회의 동의대상임에도 동의안을 제출하지 아니한 조약에 대한 국회에서의 통제는 여소야대에서만 가능할 뿐이지, 여대야소에서는 구조적으로 불가능하게 되고 말았다. 그럼으로써 소수자보호가 매우 취약해지는 허점을 드러내었으며, 정당민주주의가 폭넓게 자리하는 현행헌법 운용실제를 간과하였다는 비판을 피할 길이 없다고 본다.

다섯째, 국회의 동의대상인 조약임에도 동의를 받지 아니한 경우

그 조약은 규범 상호간의 갈등이나 충돌 영역에 있어 법률하위적 등급을 부여받게 되는 한계를 지닌다는 점이다. 이때 충돌해결원칙은 상위법우선의 원칙이 적용됨에 주목해야 한다. 국회의 동의를 거친 조약만이 법률과 동등한 등급을 부여받게 되고, 상호간의 충돌에 있어 특별법우선의 원칙, 후법우선의 원칙, 국제법우호적인 해석 등이 구현된다고 하겠다.

여섯째, 국회에 조약동의안을 제출함에 있어 일부 누락시키거나 동의안을 제출하지 아니하고 대통령이 조약에 대해 비준하였을 경우에 대해 권한쟁의심판이 청구되어 그 심판에 있어 헌법재판소가 인용결정을 한다 할지라도, 당해 조약이 발생한 효력에 대해서는 헌법재판소법 제67조 제2항에 따라 국내법상으로 아무런 영향을 미치지 아니한다. 게다가 국제법적인 효력에 대해서도 조약법협약 제46조로 인해 영향을 미치지 못한다.

## 제5절 국제법규와 관련한 우리 헌법판례 분석

### I. 개설

헌법재판소는 “헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다”<sup>742)</sup>고 판시하고 있다. 이에 대한 구체적 내용은 국제법규가 국제인권조약인가 아닌가로 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

---

742) 헌재 2001. 4. 26. 99헌가13.

헌법재판소는 경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)이나 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(The International Covenant on Civil and Political Rights)과 같은 국제인권법의 법적 효력의 서열에 대하여는 직접 논하고 있지 않다. 그런데 판례가 이들에 관하여 언급하고 있는 것을 보면, 국제인권법을 단순히 법률적 차원의 것으로 취급하지 않고 있는 것으로 볼 수 있다. 일반적으로 국제인권법이 헌법적 효력내지 서열을 가진다고 할 때, 그 구체적 내용은 3가지로 구분되어 나타날 수 있다. 첫째, 헌법과 마찬가지로 직접 위헌심사의 기준이자 재판규범으로서 작용하는 것으로 보는 견해이다. 둘째, 국제인권법은 직접적인 위헌심사의 재판규범은 아니고 헌법을 해석하는데 있어서 존중되어야 할 중요한 참고조문에 해당한다는 견해이다.(이를 “간접적용”이라고 하는 견해도 있다.) 셋째, 국제인권법은 직접적인 위헌심사의 재판규범은 아니지만 그에 위배된 법률이나 국가작용은 결국 헌법 전문과 제6조 제1항이 규정한 국제평화주의 내지 국제법 존중주의를 위반한 것이 되어 위헌이 된다는 견해이다.<sup>743)</sup> 한편 헌법재판소는 국제인권조약이 아닌 다른 조약에 대해서는 대체로 법률적 효력을 가지는 것으로 보고 있다.

## II. 국제인권법에 관한 판례

### 1. 98헌마4 헌법소원(일간지구독금지처분 등 위헌확인) 사건

743) 이명웅, “국제인권법과 헌법재판”, 『저스티스』 통권 제83호, 190면 (한국법학원, 2005. 2).

1998. 10. 29. 선고한 98헌마4 헌법소원 사건에서, 청구인은 구치소에 수감 중이었는데 구치소측이 간행물(인권하루소식지)의 구독을 불허하고 구독중인 일간지도 수시로 일부 내용을 삭제하여 전달하자, 그러한 공권력 행사는 헌법이 보장하는 표현의 자유(알 권리)를 침해할 뿐만 아니라, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조 제2항<sup>744</sup>)이 보장하는 표현의 자유를 침해한 것이라고 주장하였다.

헌법재판소는 먼저 위 행위가 우리 헌법 제37조 제2항에서 규정하는 과잉금지의 원칙에 위배하여 알 권리를 침해한 것인지 여부를 판단하였다. 구체적으로 입법목적의 정당성이 있는지, 입법수단이 적정한 것인지, 피해의 최소성 원칙에 위배된 것은 아닌지, 공익과 시익간의 법익균형성이 유지되고 있는지를 판단하였다. 그 결과 위 신문기사 삭제행위가 청구인의 알 권리를 과잉 제한한 것이라거나 본질적 내용을 침해하였다고 볼 수 없다고 하였다.

그러면서 “앞에서 알 권리의 침해여부에 관하여 판단한 바와 같은 이유로 청구인의 행복추구권 내지 일반적 행동자유권 침해나 국제인권규약 위배주장은 이유가 없다”고 하고 있다.

여기서 주목되는 것은 헌법재판소가 해당 행위가 헌법상의 알 권리를 침해하였는지 여부뿐만 아니라 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조 제2항 위배 여부를 실질적으로 판단하였다는 것이다. 위 국제규약상의 표현의 자유의 경우, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제19조 제3항 본문 및 (b)는 우리 헌법 제37조 제2항과 유사한 형태의 제한근거 규정을 두고 있었으므로,<sup>745</sup>) 우리 헌법 제37조

---

744) 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.

745) “이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따

제2항을 앞에서 판단한 이상 별도로 판단할 내용이 없었던 것이다. 위 판례는 헌법재판소가 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약을 하나의 헌법적 차원의 범규범으로 전제하고 있다고 볼 수 있다. 그렇지 않다면 그 규약위배 여부를 따질 필요가 없기 때문이다. 만일 법률적 효력을 가진다면 그 규약은 “위헌여부”심사의 기준이 될 수 없고 따라서 그 위반여부가 동 사건에서 문제되지 않았을 것이다.<sup>746)</sup>

## 2. 97헌바23 구 형법 제314조 위헌소원 사건

1998. 7. 16. 선고된 97헌바23 구 형법 제314조 위헌소원 사건은 단순한 집단적 노무제공의 거부행위까지 형사처벌을 하는 구 형법 제314조(업무방해죄: “...위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 2만5천환 이하의 벌금에 처한다”)가 위헌인지 여부가 문제되었다. 청구인들은 노무제공의 거부에 대하여 위 조항을 적용하는 것은 결과적으로 형사처벌의 위협 하에 노무제공을 강요하는 것이 되므로 헌법 제12조 제1항 후문의 강제노역금지 원칙을 위배하고 제33조의 근로3권을 침해할 뿐만 아니라 강제노역을 금지하는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약에 위배된다고 주장하였다.

헌법재판소는 위 규약 위반 부분에 대하여 다음과 같이 판단하였다.

그리고 1966년 제 21회 국제연합(UN) 총회에서 채택된 “시민적및정치적권리에관한국제규약”(1990. 6. 13. 조약 1007호, 이

---

라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에 한정된다.

(a) 타인의 권리 내지 신용의 존중

(b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호”

746) 이명웅, “국제인권법과 헌법재판”, 『저스티스』 통권 제83호, 187면 (한국법학원, 2005. 2).

른바 B규약) 제8조 제3항은 법원의 재판에 의한 형의 선고 등의 경우를 제외하고 어느 누구도 강제노동을 하도록 요구되지 아니한다는 취지로 규정하고 있고, 여기서 강제노동이라 함은 본인의 의사에 반하는 노역은 과할 수 없다는 의미라고 할 수 있는 우리 헌법 제12조 제1항 후문과 같은 취지라고 할 수 있다. 그렇다면 강제노역금지에 관한 위 규약과 우리 헌법은 실질적으로 동일한 내용을 규정하고 있다 할 것이므로, 이 사건 심판대상 규정 또는 그에 관한 대법원의 해석이 우리 헌법에 위반되지 않는다고 판단하는 이상 위 규약 위반의 소지는 없다 할 것이다.<sup>747)</sup>

이 결정 역시 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 규정을 헌법의 내용과 동일하다는 전제하에 형법 조항이 위 규정에 위배되는지 여부를 판단하고 있는데, 이는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약이 헌법적 차원의 규범력을 갖는 것을 전제하고 있는 것이라 보여진다. 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약이 단순히 법률적 효력만은 갖는다면 형법 규정이 위 규약에 위반되었는지 여부를 판단할 필요성이 없기 때문이다.<sup>748)</sup>

### 3. 99헌가13(부정수표단속법 제2조 제2항 위헌제청) 사건

2001. 4. 26. 선고한 99헌가13(부정수표단속법 제2조 제2항 위헌제청) 사건은 지급 거절될 것을 예견하고 수표를 발행한 뒤 지급제시기일에 수표금이 지급되지 아니하게 한 수표발행인을 형사처벌 하도

---

747) 헌재 1998. 7. 16. 97헌바23, 판례집 10-2, 265.

748) 이명웅, “국제인권법과 헌법재판”, 『저스티스』 통권 제83호, 187면 (한국법학원, 2005. 2), 188면.

록 한 부정수표단속법 제2조 제2항이 평등의 원칙, 형벌비례성의 원칙 등에 위반되었는지 여부가 문제되었다.

이 사건은 대전지방법원이 직권으로 헌법재판소에 위 조항의 위헌 여부심판을 제청한 것인데, 동 법원은 제청시 다음과 같은 위헌제청 이유를 실시하였다, 즉 “...수표가 어음과 같은 역할을 하고 있음에도 수표는 부도시 형사처벌이라는 강제성을 띠고 있다. 이는 대한민국이 1990. 7. 10. 가입하여 조약 1007호로 발효된 국제연합의 ‘시민적및정치적권리에관한규제규약’ 제11조, 즉 ‘어느 누구도 계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금되지 아니한다’는 명문에 정면으로 배치되어 헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의에 위반된다”는 것이다.

이에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 판단하였다.

헌법 제6조 제1항의 국제법 존중주의는 우리나라가 가입한 조약과 일반적으로 승인된 국제법규가 국내법과 같은 효력을 가진다는 것으로서 조약이나 국제법규가 국내법에 우선한다는 것은 아니다. 아울러 이 사건 법률조항에서 규정하고 있는 부정수표 발행행위는 지급제시될 때에 지급거절될 것을 예견하면서도 수표를 발행하여 지급거절에 이르게 하는 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 수표의 지급증권성에 대한 일반 공중의 신뢰를 배반하는 행위를 처벌하는 것으로 그 보호법익은 수표거래의 공정성인 것이고 나아가 소지인 내지 일반 공중의 신뢰를 이용하여 수표를 발행한다는 점에서 그 죄질에 있어 사기의 요소도 있다 하여 처벌하는 것이다. 결코 ‘계약상 의무의 이행불능만을 이유로 구금’ 되는 것이 아니므로 국제법 존중주의에 입각한다 하더라도 위 규약 제11조의 명문에 정면으로 배치되는 것이 아니다.<sup>749)</sup>

---

749) 헌재 2001. 4. 26. 99헌가13, 판례집 13-1, 773-4.



위 판시의 첫번째 문장에서 국제법 존중주의의 의미를 국내법과 동등한 것으로 보고, 국제법이 우월한 것이 아니라고 선언한 것은, 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약의 위 조항이 우리나라 헌법과 법률에는 없는 내용으로서, 국내법과 충돌될 소지가 없지 않았기 때문인 것으로 보인다. 어쨌든 헌법재판소는 위 부정수표단속법 조항이 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제11조에 배치되는 것은 아니라고 보았다. 이러한 판시 태도 역시 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 조항을 순전히 법률적 효력만을 지닌다고 전제할 경우에는 있기 어려운 것이고, 하나의 심사기준으로서 판단된 것이라 하겠다.<sup>750)</sup>

#### 4. 98헌마425등 준법서약서등 위헌확인 사건

2002. 4. 25. 선고된 98헌마425등 준법서약서등 위헌확인 사건의 소수의견에서 재판관 김효중, 주선희는 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 제18조 제2항에 관하여 다음과 같이 실시하고 있다.

국가가 가석방의 조건으로서 특정 개인에게, 외형적인 복종을 요구하는데 그치는 것이 아니라 복종의 당위성에 대한 내적인 확신을 강요하는 것이 된다. 스페인 헌법 제16조 제2항은 ‘누구도 자신의 이데올로기, 종교 혹은 신념의 고백을 강요당하지 않는다’고 규정하며, 유엔인권규약 B규약 제18조 제2항이 ‘누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 않는다’고 규정한 것, 또한 독일

---

750) 이명웅, “국제인권법과 헌법재판”, 『저스티스』 통권 제83호, 187면 (한국법학원, 2005. 2), 188면.

기본법 제4조 제1항이'……세계관적 고백의 자유는 불가침이다'고 규정한 것은 그러한 신념의 고백의 강요가 가져오는 내심의 자유의 침해성을 방지하기 위한 것이다. 이는 '십자가 밟기'와 같은 신앙고백 등을 방지하려는 헌법의 역사적 귀결에 해당한다.<sup>751)</sup>

위 언급은 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약 조항을 직접 재판규범으로서 언급한 것은 아니나, 다른 헌법과 나란히 언급하고 있어 동 규약이 헌법적 차원의 것이라는 점을 보여주고 있다.

## 5. 2002헌가1(병역법 제88조 제1항 제1호 위헌제청) 사건

2004. 8. 26. 선고한 2002헌가1 사건은 양심적 병역거부를 허용하지 않는 병역법 조항이 양심의 자유를 침해하는 것인지가 문제되었다. 다수의견은 합헌결정을 하였다. 그런데 이 사건의 소수의견에서 재판관 김경일, 전효숙은 국제인권법의 관점에서 다음과 같이 서술한 바 있다.

1966년 국제연합(UN)에서 채택한 '시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights)' 제18조는 사상, 양심 그리고 종교의 자유를 보장하고 있고, 1993년 국제연합인권이사회(Human Rights Committee)는 사상, 양심 그리고 종교의 자유에 관한 일반의견 제22호(General Comment No. 22)에서 '치명적인 무력을 사용할 의무는 양심의 자유와 자신의 종교 혹은 믿음을 표현하는 권리와 심각하게 충돌할 수 있으므로 양심적 병역거부권이 위 제18조

---

751) 헌재 2002. 4. 25. 98헌마425, 판례집 14-1, 378.

규정에서 도출될 수 있는 것으로 본다'고 하였다. ... 우리나라는 1990년에 위 규약에 제18조에 대한 아무런 유보없이 가입하였고, 1991년에 국제연합회원국이 되었으며, 2004년의 결의를 포함하여 양심적 병역거부권을 인정하여야 한다는 인권위원회의 최근 결의들에 직접 동참하기도 하였다. 양심적 병역거부권을 이미 많은 나라에서 인정하고 있고 우리나라와 같이 양심적 병역거부로 많은 사람이 처벌된 국가는 드물다는 사실뿐 아니라, 우리의 법률과 관행이 위와 같은 국제법규와도 도저히 조화될 수 없음을 비추어 보더라도 더 이상 이 문제를 외면하거나 미룰 수 없으며 대안을 적극적으로 모색할 필요성이 있다.

### III. 기타 조약에 관한 판례

헌법재판소는 국제인권조약이 아닌 다른 조약에 대해서는 대체로 법률적 효력을 가지는 것으로 보고 있다. 예를 들면 다음과 같다.

#### 1. 97헌바65(특정범죄가중처벌등에 관한 법률 부칙 제2항등 위헌소원) 사건

1998. 11. 26. 선고한 97헌바65에서 헌법재판소는 조약은 국내법과 같은 효력을 갖는 것이라고 하면서 다음과 같이 판시하였다.

마라케쉬협정도 적법하게 체결되어 공포된 조약이므로 국내법과 같은 효력을 갖는 것이어서 그로 인하여 새로운 범죄를 구성하거나 범죄자에 대한 처벌이 가중된다고 하더라도 이것은 국내법에 의하여 형사처벌을 가중한 것과 같은 효력을 갖게 되

는 것이다. 따라서 마라케쉬협정에 의하여 관세법 위반자의 처벌이 가중된다고 하더라도 이를 들어 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라거나 행위시의 법률에 의하지 아니한 형사처벌이라고 할 수 없으므로, 마라케쉬협정에 의하여 가중된 처벌을 하게 된 구특가법 제6조 제2항 제1호나 농안법 제10조의 3이 죄형법정주의에 어긋나거나 청구인의 기본적 인권과 신체의 자유를 침해하는 것이라고 할 수 없다.<sup>752)</sup>

이 결정은 마라케쉬협정을 국내에 직접 적용될 수 있는 법률적 효력을 갖는 것이라는 전제하에 위와 같은 판시를 하고 있는 것으로 볼 수 있다.

## 2. 대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정 제2조 제1의 (나)항

1999. 4. 29. 선고한 97헌가14 결정(대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정 제2조 제1의 (나)항)에서 헌법재판소는 대한민국과 아메리카합중국간의 상호방위조약 제4조에 의한 시설과 구역 및 대한민국에서의 합중국 군대의 지위에 관한 협정 제2조 제1의 (나)항에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

이 사건 조약은 그 명칭이 ‘협정’으로 되어 있어 국회의 관여 없이 체결되는 행정협정처럼 보이기도 하나 우리나라의 입장에

---

752) 헌재 1998. 11. 26. 97헌바65, 판례집 10-2, 698.

서 볼 때에는 외국군대의 지위에 관한 것이고, 국가에게 재정적 부담을 지우는 내용과 입법사항을 포함하고 있으므로 국회의 동의를 요하는 조약으로 취급되어야 한다. . . .이 사건 조약은 국회의 비준동의와 대통령의 비준 및 공포를 거친 것으로 인정되므로 이 사건 조약이 국내법적 효력을 가짐에 있어서 성립절차상의 하자로 인하여 헌법에 위반되는 점은 없다. . . .이 사건 조약 제2조 제1의 (나)항에 의하면 이 사건 조약 발효당시 미군이 사용중인 시설과 구역에 대하여는 사용공여의 합의가 있는 것으로 간주되나, 이 조항을 당해재산의 소유자에 대한 관계에서 공용수용·사용 또는 제한을 한 경우와 같이 권리의 변동을 초래하는 것으로 해석할 수는 없으므로, 이 조항에 의한 법률효과로서 사인의 재산권에 대한 침해가 발생할 여지는 없다. 국가가 미리 적법한 소유권 또는 사용권 취득을 마치지 않은 사인의 특정 재산을 사실상 공여된 시설과 구역으로 취급함으로써 국가(대한민국) 또는 미군이 그 재산을 권원 없이 사용하거나 그 밖의 방법으로 사인의 재산권을 침해하는 사태가 있다 하더라도, 그것은 위 조항 자체에 내재된 위헌성에서 비롯된 결과라고는 볼 수 없으므로 위 조항이 국민의 재산권을 침해한다고는 할 수 없다.

위와 같이 판시함으로써 결정문에 명시적인 표현은 없었지만 위 협정을 법률상 효력을 지니는 것으로 보고 이에 대한 위헌법률심판을 행한 것으로 볼 수 있다.

### 3. 99헌마139등(대한민국과일본국간의어업에관한협정 비준등 위헌확인) 사건

2001. 3. 21 선고된 99헌마139등(대한민국과일본국간의어업에관한협정비준등 위헌확인) 사건에서 헌법재판소는 헌법 제6조 제1항은 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”라고 규정하고 있는바, 이 사건 협정은 우리나라와 일본간의 어업에 관해 ‘헌법에 의하여 체결·공포된 조약’으로서 국내적으로 ‘법률’과 같은 효력을 가진다고 판시하였다.

#### 4. 2000헌바20(국제통화기금협정 제9조 제3항 등 위헌소원) 사건

2001. 9. 27 선고된 2000헌바20(국제통화기금 제9조 제3항 등 위헌소원) 사건에서 헌법재판소는 국제통화기금협정 제9조 (지위, 면제 및 특권) 제3항(사법절차의 면제) 및 제8항 (직원 및 피용자의 면제와 특권), 전문기구의 특권과 면제에 관한 협약 제4절, 제19절(a)은 “각 국회의 동의를 얻어 체결된 것이므로 헌법 제6조 제1항에 따라 국내법적 효력을 가지며, 그 효력의 정도는 법률에 준하는 효력이라고 이해된다. 한편 이 사건 조항은 재판권 면제에 관한 것이므로 성질상 국내에 바로 적용될 수 있는 법규범으로서 위헌법률심판의 대상이 된다고 할 것이다”라고 판시하였다.

#### 5. 2002헌마611(의료법 제5조 등 위헌확인) 사건

2003. 4. 24. 선고된 2002헌마611(의료법 제5조 등 위헌확인) 사건에서 헌법재판소는 “아시아·태평양 지역에서의 고등교육의 수학, 졸업증서 및 학위 인정에 관한 지역협약은 우리나라도 가입하고 있으나(조약 제99호 발효일 1989. 9. 29), 그 법적지위가 헌법적인 것은 아니며 법률적 효력을 갖는 것이라 할 것이므로 예비시행 조항의 유

무효에 대한 심사척도가 될 수는 없다”라고 판시하고 있다.

## 제7장 결 론

### 제1절 연구의 정리와 요약

#### I. 연구의 정리

이 연구에서는 조약과 국제법규를 둘러싸고 국내적으로 제기될 수 있는 헌법적 차원의 논의사항을 체계적으로 다루고자 하였다. 기본적인 쟁점은 우리 헌법상 국제법규범과 관련해서 제기된 사항을 중심으로 구분하였다. 즉 헌법 제6조 제1항이 지닌 의미, 국제인권법의 국내법적 지위, 헌법 제60조 제1항의 구체적인 의미 및 조약과 국제법규에 관해 집적된 헌법재판소와 대법원 판례 등이 그것이다.

이상을 위해 이 연구에서는 세계의 주요국가인 미국, 독일, 프랑스 및 일본에서의 국제법규범과 헌법재판에 관해 비교법적 시각에서 접근하였다.

또한 비교대상인 독일과 프랑스가 속한 유럽의 경우 통합이 급속하게 이루어져 유럽헌법의 제정이 시도되기에 이르렀다. 이런 점을 감안해서 유럽법이 국제법이나 국가법에 어떻게 그 고유한 위상을 설정하는지에 관해서도 주목하였다. 이는 독일이나 프랑스에 있어 국제법이 각국의 국내법에 미치는 영향에 대해 명료하게 파악하는데 기여한다. 또 유럽법이 국제법과 구분되는 고유한 속성을 지닌다는 점을 확인하는 성과도 거둘 수 있었다.

이 연구에서는 비교대상을 미국, 독일, 프랑스 및 일본으로 한정하다보니, 그 이외의 다른 국가에서 전개되는 국제법규범의 헌법적 의미에 관해서는 깊이 다루지 못하였다는 한계가 있음을 밝힌다.



## II. 연구의 요약

이 연구에서 비교법적인 시각에서 다른 나라의 실재를 검토함은 궁극적으로 우리나라에서 국제법규범이 헌법적으로 어떠한 의미를 지니는지를 명확하게 파악하고자 함이다. 그런 점에서 연구결과는 우리나라와 관련된 사항으로 한정해서 요약하기로 한다.

먼저, 우리 헌법 제6조 제1항의 의미와 관련한 연구결과이다.

첫째, 헌법 제6조 제1항이 조약이나 국제법규에 대해 국내적 효력을 부여한 규범적 근거이다. 즉 별도의 입법조치가 없이 그 자체로서 국내적인 효력을 지닌다.

둘째, 조약이 국회의 동의를 필요로 하는 여부를 기준으로 국회의 동의를 받은 조약에 대해서는 법률의 효력을, 그 이외에 국회의 동의를 요하지 않는 조약에 대해서는 법규명령의 효력을 인정할 수밖에 없다. 헌법 제60조 제1항에 해당함에도 국회의 동의절차를 거치지 아니한 조약이라면, 그런 조약에 법률의 등급을 부여할 수 없다. 이는 등급부여자 내지 변형자를 헌법 제60조 제1항이 아닌, 국회의 개별적인 동의안 의결행위로 보는 것이다.

셋째, 우리 헌법은 제73조와 제60조 제1항에서 조약의 ‘체결·비준’을 각각 규정하고 있는데, 이것은 기속적 동意的 의사표시를 통합적으로 의미하는 것으로 해석된다.

넷째, 국회의 동의를 요하는 조약과 동의를 요하지 않는 조약으로 구분할 수 있고, 그 외에도 고시류 조약, 기관간 협정, 지방자치단체의 합의서 등이 있다. 고시류 조약은 母협정이 명시적으로 또는 묵시

적으로 위임한 범위 내에서 체결하는 경우 母협정을 그 법적 근거로 볼 수 있다. 이러한 조약의 체결권 행사의 주체는 대통령이고, 외교통상부장관은 권한을 위임받은 것에 지나지 않는다. 그 외에도 정부부처간의 기관간 협정이나 지방자치단체의 합의서가 있으나 조약의 성격을 결여한 것으로 본다.

다섯째, 일반적으로 승인된 국제법규란 대다수의 국가가 승인하여 국제사회에서 보편적 효력을 갖는 규범으로서 국제관습법과 우리나라가 가입하지 아니한, 국제사회에 일반적으로 인정된 조약을 말한다. 일반적으로 승인된 국제법규는 대체로 이중적인 법적 성격을 지닌다는 점에 주목해야 한다. 즉, 그 자체가 국제관습법으로서의 성격을 지님과 아울러 조약의 형태로, 특히 다자간 조약의 형태로 성문법전화한 것이기 때문이다. 이와 같이 법전화된 다자간 조약은 우리나라가 이미 가입한 경우라면, 일반적으로 승인된 국제법규로 볼 수는 없다.

여섯째, 자기집행적인 조약이란 당연히 조약의 국내적 효력이 인정됨을 전제로 한다. 이를 바탕으로 직접 적용성이라는 요소와 직접적 효력이라는 요소, 이 두 가지를 충족시켜야만 자기집행성은 인정된다고 할 것이다.

자기집행적인 조약과 관련해서 직접 적용성이 인정되는 조약이 모두 헌법소원의 심판대상이 될 수 있는 것은 아니다. 그런 조약 중 직접적 효력이 인정되는 조약, 즉 기본권을 제한하거나 의무를 부과하는 내용을 담고 있는 조약만이 대상이 된다. 또한 비자기집행적인 조약의 경우 그 이행입법에 대해 헌법소원심판의 청구가 가능할 것이다. 그 이행입법에 조약이 본질적인 요소로 작용할 경우 그 조약은 부수적으로 심판의 대상이 될 수 있다.

일곱째, 국제법과 국내법의 충돌에 있어 해결원칙으로는 상위법우

선의 원칙이 먼저 채택됨은 당연하고, 그에 이어 후법우선의 원칙과 국제법우호적인 해석의 원칙이 동원되어야 한다. 그러나 특별법우선의 원칙을 후법우선의 원칙보다 먼저 적용함은 국제법관계에 사실상 우월적 지위를 인정하는 셈이 된다.

여덟째, 조약이 국민의 기본권을 침해하는 경우 헌법소원의 대상이 될 수 있으며, 기속적 동의를 표시함으로써 조약이 발효하고 또 공포된 시점을 기준으로 심판청구가 가능하다. 물론 예외가 있다.

아홉째, 조약이 헌법을 비롯한 상위규범에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되었을 경우, 법원은 법률의 등급을 지닌 조약에 해당하면 그 위헌여부에 대한 심판을 헌법재판소에 제청해야 한다. 그리고 법률하위의 등급을 지닌 조약에 해당하면 직권으로 헌법이나 법률에 위반되는 여부를 심사한다. 조약에 관해 위헌결정을 선고함은 자제함이 바람직하다. 하지만, 중대한 위헌성이 내재되어 있다면, 헌법불합치결정이나 한정결정(한정합헌이나 한정위헌을 포함하는)등의 변형결정을 적극 활용함을 권장하고자 한다.

열 번째, 국회의 동의를 받아야 하는 조약임에도 동의절차를 거치지 않았음을 이유로 이른바 비동의조약이나 고시류조약 내지 정부부처의 기관간 협정으로 인해 헌법 제60조 제1항에 의해 보장된 국회의 동의권침해문제가 권한쟁의에 있어 하나의 유형으로 자리할 것으로 보여진다. 또한 지방자치단체에 의한 대통령의 조약체결권 침해문제도 권한쟁의의 발생 개연성이 높다고 하겠다.

다음, 국제인권법이 헌법재판의 재판규범이 되는지에 관해서이다.

첫째, 국제인권법은 인권과 관련된 모든 국제법규를 통칭하는 표현이다. 국제법규 가운데 인권보장을 위한 국제법규를 국제인권법이라 하겠다. 이에 반해 국제인권규약이라 함은 1966년 12월 16일 유엔총

회에서 채택된 경제적, 사회적 및 문화적 권리에 관한 규약(A규약)과 시민적 및 정치적 권리에 관한 규약(B규약)을 말한다.

둘째, 국제인권법도 우리 헌법 제6조 제1항에 근거하여 국내법적 효력을 가진다. 그 가치를 인정하는 견해는 다양하게 나타난다. 헌법재판소는 국제인권법에 대해 헌법적 효력을 인정하는 결정을 선고한 적도 있다. 헌법재판에서 재판규범으로 인정함은 국제인권규약에 대해 헌법적 가치를 가지는 규범으로 인정함을 의미한다고 하겠다.

셋째, 국제인권법과 규범통제의 관계와 관련해서 국제인권법이 재판규범으로 작용되는 것이 가능한지와 국제인권법에 대한 규범통제가 가능한지, 그리고 가능하다면 어느 기관이 국제인권법에 대한 규범통제를 하는 것이 적합한지에 관해서는 향후 좀 더 논의가 필요하다.

넷째, 국제인권법이 헌법재판에서 재판규범으로 작용하기 위해서는 헌법적 가치를 가진다고 보아야 한다. 왜냐하면 국제인권법이 헌법적 가치를 가지지 않는다고 인정하게 되면 위헌법률심판(즉 법률이 ‘헌법’에 위반되는지 여부를 판단하는 것)의 판단기준이 될 수 없고, 헌법소원(공권력의 행사 또는 불행사에 의하여 ‘헌법’상 보장되는 기본권이 침해되었을 때 구제절차)사건에서도 재판규범으로 작용할 수 없기 때문이다.

다섯째, 국제인권법이 헌법과 동일한 효력을 가진다고 보는 입장에서는 국제인권법도 헌법재판에 있어서 재판규범이 될 수 있다고 본다. 그러나 헌법적 가치를 가진다고 보는 견해도 그 구체적 집행과 관련해서는 다양하게 견해가 나뉘어진다.

여섯째, 우리 헌법재판소는 국제인권규약에 대하여 헌법적 가치를 인정하면서 헌법재판의 재판규범으로 인정하였다. 그러나 우리가 가입하지 아니한 국제인권법에 대해서는 그 효력을 부정하였다. 또 청구인이 재판규범으로 주장한 국제규범에 대해서는 법률적 가치를 인

정하였지만 재판규범으로 판단하는 것은 거부하였다.

일곱째, 국제인권법과 관련하여 적법하게 체결·공포되었다고 해서 모든 국제인권법에 대해 자기집행력을 인정하기에는 한계가 있다고 본다. 그 내용과 규정 형식을 검토한 다음, 법원이나 헌법재판소가 자기집행력 여부를 판단함이 바람직할 것이다.

이어서, 우리 헌법 제60조 제1항에 규정된 조약에 대한 체결·비준에 관한 국회의 동의권을 둘러싸고 초래되는 문제에 관해서다.

첫째, 국회의 동의대상인 조약에 해당하는 여부를 확정함에 있어 실무와의 많은 교감을 통해 좀더 세부적이고 치밀하게 다루어져야 할 것으로 본다. 이 문제는 정당간의 이해관계가 치열하게 대립함에 따라 앞으로 분쟁의 여지가 폭넓게 발생할 것으로 본다.

둘째, 국회가 대통령의 조약체결에 대해 헌법 제60조 제1항에 따른 동의권을 통해서만 통제할 수 있는 것은 아니라는 점이다. 즉 당정협의, 상임위원회에서의 질의, 예산안의 심의·의결이나 관련 법률안의 제정 등을 통해서도 실질적으로 견제할 수 있다는 점에 주목해야 한다. 동의안의 의결절차가 통제로 인해 야기될 부담 때문에 제대로 기능할 수 없다는 한계를 지닐 수도 있다. 그에 반해, 통상적인 국회에서의 각종 의정활동을 통해 효율적으로 통제할 수 있다는 점에도 주목해야 한다. 그리고 정부측에서도 오히려 동의안을 제출하기 이전에 조약안을 마련해서 협상하는 단계부터 미리 적극적으로 국회와의 공화적인 여건을 조성함으로써 실효성을 증대하고 국민대표성을 강화하는 효과를 달성할 수 있게 될 것이다.

셋째, 제3자의 소송담당은 권한쟁의심판에 있어 필수적이다. 제3자의 소송담당을 실정법적 근거가 없음을 이유로 부인하는 것은 바람직스럽지 못하다. 헌재법 제64조 제1호를 개정할 취지와 헌재법 제40

조에 규정된 ‘헌법재판의 성질에 반하지 아니하는 한도에서’라는 입법의도를 살려 제3자의 소송담당을 용인함이 적절하였을 것이다.

넷째, 제3자의 소송담당을 부인함으로써 국회의 동의대상임에도 동의안을 제출하지 아니한 조약에 대한 국회에서의 통제는 여소야대에 서만 가능할 뿐이지, 여대야소에서는 구조적으로 불가능하게 되고 말았다. 그럼으로써 소수자보호가 매우 취약해지는 허점을 드러내었으며, 정당민주주의가 폭넓게 자리하는 현행헌법 운용실체를 간과하였다는 비판을 피할 길이 없게 되었다.

다섯째, 국회의 동의대상인 조약임에도 동의를 받지 아니한 경우 그 조약은 규범 상호간의 갈등이나 충돌 영역에 있어 법률하위적 등급을 부여받게 되는 한계를 지닌다는 점이다. 이때 충돌해결원칙은 상위법우선의 원칙이 적용됨에 주목해야 한다. 국회의 동의를 거친 조약만이 법률과 동등한 등급을 부여받게 되고, 상호간의 충돌에 있어 후법우선의 원칙과 국제법우호적인 해석 등이 구현된다고 하겠다.

여섯째, 국회에 조약동의안을 제출함에 있어 일부 누락시키거나 동의안을 제출하지 아니하고 대통령이 조약에 대해 비준하였을 경우 이에 대해 권한쟁의심판이 청구되어 그 심판에 있어 헌법재판소가 인용결정을 한다 할지라도, 당해 조약이 발생한 효력에 대해서는 헌법재판소법 제67조 제2항에 따라 국내법상으로 아무런 영향을 미치지 아니한다. 게다가 국제법적인 효력에 대해서도 조약법협약 제46조로 인해 영향을 미치지 못한다.

## 제2절 개선대안

조약을 비롯한 국제법규범에 관해 향후 헌법개정과정에서 근본적

으로 검토해서 반영해야 할 요소도 다수 있다고 하겠다. 하지만, 이 연구에서는 헌법재판소법을 개정하는 수준에서 가능한 사안에 대해서만 대안을 모색하기로 한다.

첫째로는 조약이나 국제법규의 규범통제와 관련된 사항을 헌법재판소법에 신설해 반영하는 것이다. 이는 헌법을 개정함이 없이도 가능하다고 본다. 즉, 국제법상 조약의 규범적 차원에서의 갈등을 이원화해서 접근하는 방안을 제안하고자 한다. 헌법위반을 포함한 상위규범과의 충돌문제와 대등규범 상호간의 충돌문제이다.

법원은 구체적 사건에서의 법적 분쟁을 해결함을 주된 임무로 한다. 그래서 조약이 다른 대등규범과의 충돌문제가 발생할 경우 이를 법원이 관할하게 한다. 그 반면에, 위헌을 포함한 상위규범과의 충돌문제가 발생하면, 헌법재판소에 제청해서 그 심판결과에 따라 재판하도록 하는 방안이다. 즉 국회의 동의를 받았는지의 여부와 관계없이 통일적으로 위헌법률심판절차를 거치도록 하는 것이다. 이렇게 함으로써 심판기관의 이원화로 인해 야기되는 부작용을 해소함은 물론이고, 심판기관 고권작용의 효력에 따라 심판대상이 된 조약의 운명이 달라지는 불합리를 극복할 수 있을 것이다.

둘째, 일반적으로 승인된 국제법규에 대해 위헌심판이 가능한지를 논의함도 중요하지만, 그 이전에 국제법규가 국내적 효력을 가지는 시점과 절차를 구체화할 필요가 있다고 하겠다. 이는 독일기본법 제25조에 규정된 국제법상 일반원칙에 관해 제100조 제2항의 절차를 거치게 함으로써 그 의미를 명료하게 하는 그런 법적 효과를 확보할 수 있을 것이다.

셋째, 국제인권법과 규범통제의 관계와 관련해서 국제인권법이 재판규범으로 작용함이 가능한지와 국제인권법을 규범통제의 대상으로 할 수 있는지, 그리고 할 수 있다면 어느 기관이 통제를 하는 것이

바람직한지 등에 관해서는 입법적으로 명료하게 규율함이 바람직한 것이다.



# 참 고 문 헌

## 1. 국내문헌

### 가. 단행본

- 강경근, 『헌법』 (법문사, 2004)
- 계희열, 『헌법학(상)』 신정판 (박영사, 2004)
- 계희열(역)·콘라드 헤세(저), 『통일독일헌법원론』 제20판 (박영사, 2001)
- 국가인권위원회, 『국제인권법의 국내이행에 있어 문제점 및 대안』 (국가인권위원회, 2004)
- 국회통일외교통상위원회, 『통상관련 조약체결과정에 있어서 주요국의 행정부와 의회의 역할분담에 대한 규범적, 사례적 고찰』 (국회통일외교통상위원회, 2004)
- 권영성, 『헌법학원론』 (법문사, 2007)
- 김대순, 『국제법론』 (삼영사, 2007)
- 김철수, 『헌법학개론』 (박영사, 2007)
- 나인균, 『국제법』 (법문사, 2004)
- 박인수, 『유럽헌법연구 I』 (영남대학교 출판부, 2006)
- 법무부, 『유럽연합(EU)의 통합체제』 법무자료 제235집 (법무부, 2000)
- 법무부, 『조약의 국내적수용 비교 연구』 법무자료 제208집 (법무부, 1996)
- 성낙인, 『헌법학』 (박영사, 2007)
- 양건, 『헌법강의 I』 초판 (법문사, 2007)
- 양건·김문현·남복현, 『헌법재판소법의 개정방향에 관한 연구용역보고서』 헌법재판연구 제10권 (헌법재판소, 1999)

- 이호선, 『유럽연합(EU)의 법과 제도』 초판 (세창출판사, 2006)
- 외교통상부 조약국, 『알기쉬운 조약업무』 (외교통상부 조약국, 2006)
- 장영수, 『헌법학』 (홍문사, 2007)
- 전광석, 『한국헌법론』 (법문사, 2006)
- 정태호(역)·클라우스 슈라이히(저), 『독일헌법재판론』 (미리교역, 2001)
- 최재천, 『“대한민국과 체결한 조약, 헌법위에 군림하는가?” : 법제처 조약심사의 문제점과 대안』 (최재천사무실, 2004)
- 채형복, 『유럽헌법법』 (한국학술정보, 2005)
- 한국법제연구원, 『다자조약의 유보에 관한 연구』 (한국법제연구원, 1995)
- 한국법제연구원, 『조약의 체결절차와 시행에 관한 연구』 (한국법제연구원, 1994)
- 허영, 『한국헌법론』 전정3판 (박영사, 2007)
- 헌법재판소, 『헌법재판실무제요』 수정판 (헌법재판소, 2003)
- 홍성방, 『헌법학』 (현암사, 2007)

## 나. 논문

- 권형준, “어린이의 기본권에 관한 고찰 : 특히 UN어린이 권리조약을 중심으로”, 『헌법학연구』 제4권 제2호 (한국헌법학회, 1998. 10)
- 김강운, “프랑스의 법률에 대한 조약우위의 원칙”, 『법학연구』 통권 제23호 (한국법학회, 2006)
- 김대순, “유럽공동체, 얼마나 ‘연방적’인가?”, 『법학연구』 제16집 (전북대학교 법학연구소, 1989. 3)
- 김대순, “유럽공동체법의 우위에 관한 약간의 고찰”, 『法學研究』 제11집 (전북대학교 법학연구소, 1984)
- 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 『국제법학회는

- 총』 제46권 제3호 통권 제91호 (대한국제법학회, 2001. 6)
- 김석현, “條約 留保의 定義에 있어서의 諸問題 : UN국제법위원회 작업을 중심으로”, 『국제법학회논총』 제46권 제3호 통권 제91호 (대한국제법학회, 2001. 12)
- 김선택, “헌법 제60조 제1항에 열거된 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권”, (헌법실무연구회 제70회 발표문, 2006. 11)
- 김성순·이금옥, “위헌조약의 효력에 관한 소고”, 『사회과학연구』 5 (순천대학교사회과학연구소, 1993. 12)
- 김성원, “地域統合過程에 있어서 法院의 役割에 관한 研究 : 地域統合條約을 中心으로”, 『한양법학』 제12집 (한양법학회, 2001. 12)
- 김용진, “國會의 同意를 要하는 條約의 범위”, 『법제』 제244호 (법제처, 1988. 10)
- 김용진, “條約締結에 따른 國內法의 整備에 관한 소고”, 『법제』 제258호 (법제처, 1989. 2)
- 김인숙, “WTO규범의 국내적 효력과 관련 국내법제의 개선방안 : 전라북도 급식조례의 GATT 위반 판결을 중심으로”, 『법제연구』 통권 제30호 (한국법제연구원, 2006. 6)
- 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 『인권법연구』 제1호 (가톨릭대학교 인권법연구소, 2005. 10)
- 김태천, “재판과정을 통한 국제인권협약의 국내적 이행”, 『국제인권법의 국내이행에 있어 문제점 및 대안』 국가인권위원회 심포지엄 (2004. 10. 27.)
- 나인균, “국제법의 국내적 집행”, 『성균관법학』 제14권 제2호 (성균관대학교비교법연구소, 2002. 9)
- 나인균, “헌법재판과 국제법규범”, 『헌법논총』 제4집 (헌법재판소, 1993. 12)
- 박기갑, “조약의 자기집행력 : 프랑스의 이론 및 판례를 중심으로”, 『법학논집』 34 (고려대학교법학연구원, 1998. 12)

- 박배근, “국제법상의 ‘비구속적 합의’”, 『국제법평론』 통권 제22호 (삼우사, 2005. 10)
- 박영태, “조약심사와 그 사례 소개”, 『법제』 통권 제473호 (법제처, 1997. 5)
- 박찬운, “실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용”, 『인권과 정의』 통권 제320호 (대한변호사협회, 2003. 4)
- 박찬운, “실무적 입장에서 본 국제인권법의 직접적용”, 『헌법학연구』 제8권 제4호 (한국헌법학회, 2002. 12)
- 박찬운, “국제인권조약의 국내적 효력과 그 적용을 둘러싼 몇가지 고찰”, 『법조』 제56권 제6호 (법조협회, 2007. 6)
- 배종인, “남북합의서의 처리절차 및 국내법적 지위”, 『국제법 동향과 실무』 vol.5 no.1 · 통권 제14호 (외교통상부 조약국, 2006. 5)
- 배종인, “대통령의 조약 체결 · 비준권과 이에 대한 국회의 동의권(헌법 제60조 제1항의 해석)”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006)
- 백진현, “조약의 국내적 효력 : 이론, 시행, 정책의 비교분석 및 한국에의 함의”, 『국제법학회논총』 통권 제87호 (대한국제법학회, 2000. 6)
- 백충현, “국제인권법의 실천방향”, 『인권과 정의』 통권 제221호 (대한변호사협회, 1995. 1)
- 변해철, “유럽연합조약에 대한 위헌심사 -프랑스 Conseil constitutionnel, 1992년 4월 9일 결정(Déc. n°92-308 DC)”, 『인권과 정의』 통권 제233호 (대한변호사협회, 1996. 1)
- 변해철, “국민투표제에 대한 소고 -1995年 8月 4日 프랑스 헌법개정을 중심으로”, 『현대헌법학이론, 우제이명구박사화갑기념논문집(I)』 (1996)
- 변해철, “유럽연합조약과 프랑스헌법”, 『외법논집』 제2권 (한국외국어대학교 법학연구소, 1995)

- 성낙인, “프랑스 이원정부제(반대통령제)의 현실과 전망”, 『헌법학연구』 제4집 제2호 (한국헌법학회, 1998. 10)
- 성재호, “국제조약과 국내법의 관계에 관한 실태적 고찰”, 『국제법평론』 통권 제21호 (삼우사, 2005. 1)
- 소진운·이상현, “위헌조약의 효력과 사법심사”, 『지역개발연구』 6 (군산대학지역개발연구소, 1994. 12)
- 신각수, “조약체결절차법 제정의 필요성”, 『국제법 동향과 실무』 제3집 제1호 (통권 제7호) (외교통상부 조약국, 2004)
- 양 건, “한국 인권보장의 현황과 과제 : 국제인권조약과 관련하여”, 『세계헌법연구』 제7권 (국제헌법학회 한국학회, 2002)
- 오승철, “국제인권규약(B규약) 제9조 제3항의 국내법적 해석·적용”, 『인권과 정의』 통권 제294호 (대한변호사협회, 2001. 2)
- 유병훈·이상희, “우리나라의 입법과정에 관한 고찰”, 『법제』 통권 제530호 (법제처, 2002. 2)
- 외교통상부 조약국, “조약체결절차법 세미나 주요 토의 내용”, 『국제법 동향과 실무』 제3집 제1호 (통권 제7호) (외교통상부 조약국, 2004)
- 이근관, “대만정부와의 외교관계단절(1992) 이후 한국-대만 간 조약관계에 관한 고찰 : 서울행정법원 2005. 9. 8. 선고 2004구합35615 및 동 법원 2005. 9. 8. 선고 2004구합35622 판결에 대한 평석을 겸하여”, 『법학』 제47권 제2호 통권 제139호 (서울대학교 법학연구소, 2006. 6)
- 이금옥, “위헌조약의 효력에 관한 소고”, 『현대법학의 과제』 구산 박종영 교수 화갑기념논문 (구산 박종영 교수 화갑기념논문간행위원회, 1993)
- 이명웅, “국제인권법과 헌법재판”, 『저스티스』 통권 제83호 (한국법학원, 2005. 2)
- 이명웅, “국제인권법의 국내법적 효력 - 헌법과의 관계 및 헌법재판에

- 서의 법원성”, 『국제인권법의 국내이행에 있어 문제점 및 대안』 국가인권위원회 심포지엄 (2004. 10. 27.)
- 이상훈, “조약의 국내법적 효력과 규범통제에 대한 고찰”, 『국제법 동향과 실무』 vol.3 no.1 통권 제7호 (외교통상부 조약국, 2004. 2)
- 이상훈, “헌법상 조약의 법적 성격에 대한 고찰 : 조약의 국내법적 효력 및 국회동의를 법적 성격을 중심으로”, 『법제』 통권 제550호 (법제처, 2003. 10)
- 이상훈, “헌법 제60조 제1항에 대한 고찰 : 국회동의를 법적 성격 및 입법사항에 관한 조약을 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.2 no.3 통권 제5호 (외교통상부 조약국, 2003. 7)
- 이상철, “조약의 국내법적 효력”, 『법제연구』 통권 제16호 (한국법제연구원, 1999. 6)
- 이성덕, “혼합조약(Mixed Agreements)의 조약법상 문제점에 관한 연구”, 『국제법학회논총』 제41권 제2호 (대한국제법학회, 1996. 12)
- 이세경, “유럽공동체법의 유형 및 효력”, 『토지공법연구』 제37집 제2호 (한국토지공법학회, 2007. 8)
- 이용중, “조약의 비준에 관한 국가실행”, 『국제법 동향과 실무』 vol.3 no.4 통권 제10호 (외교통상부 조약국, 2004. 11)
- 이장희, “국제법의 국내법적 도입에 관한 이론: 변형이론·수용이론·집행이론”, 『입법조사연구』 통권 제234호 (국회도서관 입법조사분석실, 1995. 8)
- 이한주, “미국과 캐나다에서의 국제적인 인권보호위반에 관한 소송”, 『공법학연구』 제5권 제1호 (한국비교공법학회, 2004)
- 임지봉, “헌법적 관점에서 본 ‘국회의 동의를 요하는 조약’ : 대한민국의 경우를 중심으로”, 『국제법 동향과 실무』 vol.3 no.1 통권 제7호 (외교통상부 조약국, 2004. 2)
- 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 『법학논집』 34 (고려대학교법학연구소, 1998. 12)

- 장영수, “국제인권규약의 국내법적 의의와 효력”, 『판례실무연구(III)』 (박영사, 1999)
- 전학선, “유럽헌법과 프랑스 헌법개정”, 『유럽헌법연구』 창간호 (유럽헌법학회, 2007. 6)
- 전학선, “프랑스의 국민투표법률을 통한 헌법개정 -1962년 11월 6일 국민투표에 의한 법률(Loi référendaire)에 관한 결정을 중심으로”, 『헌법학연구』 제13권 제1호 (한국헌법학회, 2007. 3)
- 전학선, “프랑스의 정부형태”, 『세계헌법연구』 제12권 제1호 (국제헌법학회 한국학회, 2006. 6)
- 전학선, “유럽연합의 국가성여부와 법적 성격”, 『공법학연구』 제6권 제1호 (한국비교공법학회, 2005. 2)
- 전학선, “헌법관습에 관한 일고찰”, 『토지공법연구』 제25집 (한국토지공법학회, 2005. 2)
- 전학선, “프랑스에서 외국인과 선거”, 『공법연구』 제28집 제3호 (한국공법학회, 2000. 3)
- 전학선, “프랑스 헌법재판소와 기본권보장”, 『외법논집』 제9집 (한국외국어대학교 법학연구소, 2000)
- 전학선, “프랑스 위헌법률심판에서 심판범위”, 『외법논집』 제8집 (한국외국어대학교 법학연구소, 2000)
- 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석 : 한국의 국가관행을 대상으로”, 『헌법학연구』 제8권 제4호 (한국헌법학회, 2002. 2)
- 정경수, “국제인권법의 국내 적용에 관한 비판적 분석”, 『민주법학』 제17권 (민주주의법학연구회, 2002. 2)
- 정인섭, “헌법재판소 판례의 국제법적 분석”, 『헌법실무연구』 제5집 (헌법실무연구회, 2004)
- 정인섭, “條約締結에 대한 國會의 同意制度 : 재정적 부담을 지우는 조약을 중심으로”, 『법학』 제43권 제3호 통권 제124호 (서울대

- 학교법학연구소, 2002. 9)
- 정재황, “프랑스 1958년(현행)헌법의 개정”, 『법학연구』 제2권 제1호 (홍익대학교 법학연구소, 2000. 2)
- 정재황, “조약에 대한 위헌심사의 문제”, 『법학연구』 1 (홍익대학교법학연구소, 1999. 12)
- 정준현, “조약에 의한 재산권침해의 가능성과 제도적 대응”, 『법제』 통권 제449호 (법제처, 1995. 5)
- 제성호, “南北合意書에 대한 國內法的 效力附與問題: 국제법상 조약의 개념과 우리 헌법과의 관련성을 고려하여”, 『법조』 제53권 제4호 통권 제571호 (법조협회, 2004. 4)
- 조홍석, “한국에 있어서의 국제인권법의 국내법적 보장”, 『헌법학연구』 제4권 제2호 (한국헌법학회, 1998. 10)
- 조홍석, “국제인권법의 국내법적 서열과 직접적용가능성”, 『저스티스』 제32권 제3호 (한국법학원, 1999. 9)
- 채리식, “조약의 수용방법에 관한 소고”, 『한국해법학회지』 제23권 제2호 (한국해법학회, 2001. 11)
- 최승환, “인권조약의 효용성: 국제인권규약을 중심으로”, 『국제인권법』 제2권 (국제인권법학회, 1998)
- 홍완식, “유럽연합과 보충성의 원칙”, 『헌법의 유럽화』 제3회 유럽헌법학회 학술발표회 발표논문 (유럽헌법학회, 2007. 6. 28)
- 히가시자와 야스시, “재판규범으로서의 국제인권법: 사법에 의한 국제인권법의 실현을 향하여”, 『서울국제법연구』 제13권 제1호 통권 제24호 (서울국제법연구원, 2006. 6)
- Franck Moderne et Park In-soo, “La France et la Constitution européenne”, 『공법학연구』 제6권 제3호 (한국비교공법학회, 2006)



## 2. 독일헌헌

- Bernhardt, Rudolf, Das Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, Tübingen 1976
- Bernhardt, Rudolf, Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge, in: Isensee & Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992
- Bleckmann, Albert, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, Köln 1993.
- Clostermeyer & Lehr, Ländermitwirkung bei völkervertraglichem Handeln auf EU-Ebene, in: DÖV 1998
- Degenhart, Christoph, Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht, Schwerpunkte, Bd. 13, 19Aufl., Heidelberg 2003
- Frenz, Die Verdrängung des Lindauer Abkommens durch Art. 23 GG, in: DVBl. 1999
- Frowein, Jochen Abr., Völkerrecht - Menschenrechte - Verfassungsfragen Deutschlands und Europas. Ausgewählte Schriften, Berlin 2004
- Geck, Wilhelm Karl, Das Bundesverfassungsgericht und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 2, Tübingen 1976
- Geiger, Rudolf, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl., München: 2002
- Grewe, Wilhelm, Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988

- Ipsen, H. P., Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972
- Ipsen, Knut, Völkerrecht, 4. Aufl., München 1999
- Jarass, Hans D., EU-Grundrechte, München 2005
- Läufer, Thomas, Vertrag von Nizza. Text des EU-Vertrages und des EG-Vertrages, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, deutsche Begleitgesetze, Bonn 2002
- Menzel, Jörg, Tobias Pierlings & Jeannine Hoffmann (Hrsg.), Völkerrechtsprechung. Ausgewählte Entscheidungen zum Völkerrecht in Retrospektive, Tübingen 2005
- von Münch & Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl., München 2001
- Partsch, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatrechtlichen Recht. Überprüfung der Transformationslehre, Karlsruhe 1964
- Pieroth, Bodo, & Bernhard Schlink, Staatsrecht II. Grundrechte. Schwerpunkte, 19. Aufl., Heidelberg 2003
- Randelzhofer, Albrecht, Völkerrechtliche Verträge. Vereinte Nationen, Beistandspakte, Menschenrechte, See-, Luft- und Weltraumrecht, Umweltrecht, Kriegsverhütungsrecht, Deutsche Einheit, 6. Aufl., 1994
- Rudolf, Völkerrecht und deutsches Recht, Tübingen 1967
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München 2003
- Schroeder & Selmayr, Die EG, das GATT und die Vollzugslehre, in: JZ 1998
- Schweitzer & Hummer, Europarecht, 5. Aufl., 1999
- Schweitzer, Michael, Staatsrecht III. Staatsrecht - Völkerrecht - Europarecht, 8. Aufl., Tübingen: 2004

- Seidel, Die Zustimmung der Bundesregierung zu Verträgen der Bundesrat mit auswärtigen Staaten gemäß Art. 32 III GG, Berlin 1975
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz (Hrsg.), Lexikon des Rechts. Völkerrecht, 2. Aufl., Berlin 1992
- Steinberger, Helmut, Allgemeine Regeln des Völkerrechts, in: Isensee & Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, München 1994
- Streinz, Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1989
- Streinz, Europarecht. Schwerpunkte, Bd. 12, 6. Aufl., Heidelberg 2003
- Tilch, Horst (Hrsg.), Münchener Rechts-Lexikon, Bd. 1, 2, 3, München 1987
- Tomuschat, Christian, Die staatrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Isensee & Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 1992
- Verdross, Alfred, & Bruno Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 1984

### 3. 프랑스헌헌

- Ronny Abraham, Droit international, droit communautaire et droit interne, Rapport public du Conseil d'Etat, 1989
- Ronny Abraham, Droit international, droit communautaire et droit

- français, P.E.S., Hachette Supérieur, 1989
- Andreas Auer, La justice constitutionnelle et la démocratie référendaire, in Justice constitutionnelle et démocratie référendaire, Editions du Conseil de l'Europe, 1996
- Pierre Avril et Jean Gicquel, Droit parlementaire, 2e éd., Montchrestien, 1996
- Bernard Chantebout, Droit constitutionnel, 22e éd. Armand Colin, 2005
- Thierry Di Mano, Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office, Economica et PUAM, 1994
- Louis Favoreu et Loïc Philip, GDCC, 13e éd, 2005
- Jean-François Flauss, Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français, LPA, 10 et 15 juillet 1992
- Patrick Gaïa, Le Conseil constitutionnel et l'insertion des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne – Contribution à l'étude des articles 53 et 54 de la Constitution, Economica et PUAM, 1991
- Patrick Gaïa, Les interactions entre les jurisprudences de la Cour constitutionnelle des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, RFDC, 1996
- Constance Grewe, La révision constitutionnelle en vue de la ratification du traité de Maastricht, RFDC, n°11, 1997
- Francis Hamon, L'extension du référendum : données, controverses, perspectives, Pouvoirs, n°77, 1996
- Francis Hamon, Le choix d'un système électoral par la voie référendaire, RFDC, 1997
- Léo Hamon, D., 1963

- François Hervouet, Réception du droit communautaire par le par le droit interne des Etats, RDP, 1992
- Dmitri Georges Lavroff, Le droit constitutionnel de la Ve République, 2e éd., Dalloz, 1997
- François Luchaire, L'Union européenne et la Constitution. IIe partie : La révision constitutionnelle. IIIe partie : ommentaire de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, RDP, 1992
- François Luchaire, La Constitution pour l'Europe devant le Conseil constitutionnel, RDP, 2005
- Pierre Mazeaud, Droit communautaire et constitutions nationales, Rapport AN n°2630 du 11 mars 1996
- Pierre Pactet, Droit constitutionnel, 24e éd., Armand Colin, 2005
- Roger Pinto, Article 55, in La constitution de la république française, Economica, 1987
- Joël Rideau, Constitution et droit international, RFDC n°2, 1990
- Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 7e éd., Montchrestien, 2006
- Elisabeth Zoller, Droit des relations extérieures, PUF, 1992

#### 4. 미국헌

- Bonchard, Treaties and Executive Agreements, A Reply, 54 Yale. L. J. 616 (1945)
- Bruce Ackerman & David Golove, The Constitutionality of NAFTA, 198 Harv. L. Rev. 799 (1995)
- Harold Koh, The National Security Constitution: Sharing Power

- After the Iran–Contra Affair (1990)
- Laurence Tribe, Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free Form Method in Constitutional Interpretation, 108 Harv. L. Rev. 1221 (1995)
- Lockwood, The United Nations Charter and United States Civil Rights Litigations: 1946–1955, 69 Iowa L. Rev. 901 (1984)
- Louis Henkin, Foreign Affairs and the Constitution, Foundation Press (1972)
- Louis Henkin, Lexical Priority or “Political Question”: A Response, 101 Harv. L. Rev. 524 (1987)
- Louis Henkin, The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese Exclusion and its Progeny, 100 Harv. L. Rev. 853 (1987)
- Michael Tigar, Judicial Power, the Political Doctrine, and Foreign Relations, 17 UCLA. Rev. 1135 (1970)
- Myres S. McDougal & Asher Lans, Treaties and Congressional–Executive or Presidential Agreements: Interchangeable Instruments of National Policy, 54 Yale L. J. 181 [Part I] , & 534 [Part II] (1945)
- Nadine Strossen, United States Ratification of the International Bill of Rights: A Fitting Celebration of the Bicentennial of the U.S. Bill of Rights, 24 U. Toledo L. Rev. 203 (1992)
- Paust, Self–Executing Treaties, 82 Am. J. Internat’l L. 760 (1988)
- Richard W. Leopold, The Growth of American Foreign Policy (1962)
- Ronald D. Rotunda & John E. Nowak, Treatise on Constitutional law – Substance and Procedure –, 3rd. ed. V.1 (1999)
- T. Frank & E. Weisband, Foreign Policy by Congress (1979)
- Westen, The Place of Foreign Treaties in the Courts of the United

States: A Reply to Louis Henkin, 101 Harv. L. Rev. 511  
(1987)

## 5. 일본문헌

小林直樹、憲法講義(下)、東京大學出版、1973年  
浦部法穂、憲法學教室、日本評論社、2002年  
浦部法穂、憲法學教室II、日本評論社、1991年  
佐藤功、註釋日本國憲法、學陽書房、1992年  
佐藤幸治、憲法、青林書院、2000年  
野中俊彦 外、憲法 II、有斐閣、1995年  
樋口陽一、憲法、創文社、1992年  
樋口陽一、比較憲法、青林書院、2004年  
小林直樹、憲法の構成原理、東京大學出版部、1981年  
小林直樹、憲法判斷の原理(下)、日本評論社、1978年  
齋藤正彰、國法体系における憲法と條約、信山社、2002年  
佐藤功、日本國憲法概説、學陽書房、1992年  
杉原泰雄、憲法 2、有斐閣、1989年  
藤田久一、國際法講義 1、東京大學出版會、1995年  
藤田久一、國際法講義 2、東京大學出版會、1995年  
田畑茂二郎、國際法講義(上)、有信堂、1984年  
田畑茂二郎、國際法講義(下)、有信堂、1984年  
筒井若水、國際法基礎講義、有非閣、1995年  
山本武彦外、國際化と人權、國際書院、1994年  
初川滿、國際人權法概論、信山社、1994年  
齋藤正彰、國宝体系における憲法と條約、信山社、2002年

戸松秀典、司法審査制、剋草書房、1989年

芦部信喜、人權と憲法訴訟、有斐閣、1994年

佐藤達夫外、日本國憲法成立史 3巻、有斐閣、1994年



## 研究者 略歷

### [남복현]

한양대학교 법정대학 법학과 졸업  
한양대학교 대학원 법학석사  
한양대학교 대학원 법학박사  
독일 쾰른대학교 객원교수  
한양대, 중앙대, 충남대, 전북대, 군산대 등 강사 역임  
현 호원대학교 법경찰학부 교수

### [전학선]

한국외국어대학교 법과대학 법학과 졸업  
한국외국어대학교 대학원 법학석사  
프랑스 국립 파리(Paris) 제XI대학교 법학박사  
헌법재판소 헌법연구원, 단국대학교, 광운대학교 교수 등 역임  
현 한국외국어대학교 법대 교수

### [이경주]

고려대학교 법과대학 법학과 졸업  
일본 일교대학교 대학원 법학석사  
일본 일교대학교 대학원 법학박사  
경북대학교, 인하대학교 등 강사 역임  
현 인하대학교 법대 교수

[성신제]

고려대학교 법과대학 법학과 졸업

고려대학교 대학원 법학석사

고려대학교 대학원 박사과정 수료

미국 인디애나대학교 로스쿨 법학석사

미국 위스콘신대학교 로스쿨 법학박사

영상대학교 법률학과 교수, 일본 동경대학교 법학부 객원교수 등 역임

현 한남대학교 법대 교수

版 權  
所 有

---

憲法裁判研究 第18卷

국제조약과 헌법재판

---

2007年 12月 24日 印刷

2007年 12月 27日 發行

發行處 憲法裁判所

서울 종로구 가회로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

印 刷 (주)서라벌 E&P

---

(非賣品)