버드법(Byrd Amendment)에 대한 司法審査의 意義와 示唆點

조선대학교 법과대학 교수 金 起 暎

논문요약

자국의 통상이익을 확보하려는 국가의 노력과 무역의 자유화와 확대를 위한 경제심판관으로서 WTO의 역할은 인류복지의 극대화를 위하여 한 방향으로 나아가면서도 충돌하고 있다. 개별국가의 성장과 복지없는 인류복지의 극대화는 껍데기에 불과하고, 자유와 비차별(non-discrimination)의 원칙에 바탕한 기회균등, 공정경쟁조건의 보장이 없는 한 국제무역은 홉즈식 "즉발적 利己主義(spontaneous disorder)"만이 횡행하게 된다. 이를 구제하기 위하여 국가적·국제적 통상관리체제가 발전되어 왔으며, WTO가 세계경제헌법체제로서 많은 역할을 하고 있는 것은 주지의 사실이다. 많은 WTO업적 중 최근의 버드법 문제는 그 이례성과 전략성으로 인하여 양식있는 자의 관심이 대상이 되어 왔으며, 최근 미 연방법원과 WTO분쟁해결기구는 동 법의 적립금배분조항에 관하여 국제적·국내적으로 위헌성을 확인한 바 있다. 그러나 양대 司法機關의 결정취지는 동일한 것이 아니다. 미국 연방법원은 문제된 버드법 조항이 헌법상 보장된 표현의 자유와 평등권을 침해하여 위헌이라는 결정을 하였고, WTO분쟁해결기구는 반덤핑협정이나 보조금협정 등 관련협정에서 허용하고 있지 않는 내용의 무역규제조치를 하였다는 이유로 동법의 협정위반을 선언하고 그 철폐를 권고하였다. 이에 본고는 버드법상 적립금배분제도에 관한 양대 사법기관의 결정요지를 살펴보고, 헌법국가의 이상이라는 관점에서 사법기관의 역할과 버드법에 관한 사법심사가 주는 시사점을 음미하기로 한다. 이는 종래의 외교통상문제와 국내문제의 엄별이라는 기존관념으로부터 헌법국가이상의 역사적 의의와 발전, 국제법과 국내법의 관계, 사법기관의 국제적 협조와 연대라는 관점에서 보다 적극적 자세로의 인식전환과 관련을 갖는다. 사법기관은 역사적으로 시민사회의 형성·발전에 있어 기본적 가치의 수호를 통하여 국제적·국내적 차원에서

중요한 역할을 하여 왔으나, 현대 국제사회에서는 외교통상 행정영역의 발전에 뒤떨어지는 경향이 있고, 세계헌법주의라는 관점에서 새로운 조명이 필요하다고 본다. 결론에서는 현재 국제사회의 현실에서 사법부를 포함하여 우리 정부의 전략적·법제적 대응방안을 간략히 적시해 보도록 한다.

[주제어] 버드법, 세계무역기구, 憲法國家思想, 칸트의 세계헌법주의, 사법심사, 新法優先의 원칙
Byrd Amendment, WTO, Constitutionalism, Kant and International Constitutionalism, Judicial Control, Last-in-Time Rule

* 논문접수 : 2007. 3. 6. * 심사개시 : 2007. 3. 6. * 게재확정 : 2007. 5. 28.

目 次

Ⅰ. 序 說
Ⅱ. 美 聯邦法院의 판결요지
1. 事實關係
2. 聯邦法院의 판결요지
Ⅲ. WTO 紛爭解決機構의 판정요지
Ⅳ. 評釋: 兩 判決이 갖는 意義와 示唆點
1. 憲法國家思想과 市民社會의 확대
2. 憲法國家思想과 國際法·國內法의 관계
3. 戰略的 通商利益의 추구와 善意·公正의 원칙
Ⅴ. 結 語

Ⅰ. 序 說

2000년 미 의회는 1930관세법 7장에 754조를 증보·삽입하였는 바, 그것이 소위 버드수정입법이다. 동 버드법은 반덤핑관세 또는 상계관세를 부과·징수하는 경우 재무성 특별계좌에 예치하되, 개별 관세부가시마다 계좌를 달리하여 관리하도록 하고 있다. **관세청은 덤핑으로 피해를 입은 국내기업이 법적 요건을 충족하는 비용발생증명서를 제출하는 것을 조건으로 동 적립금을 피해기업에 배분토록 하고 있다.** 피해 국내기업은 同法에 따라 國際貿易委員會가 결정하도록 하고, 피

해기업명단을 관세청에 통보하도록 하고 있다. **동법상 피해를 입은 국내기업이란 1921년 반덤핑법에 따라 반덤핑관세가 부과되었거나 보조금효과 상계를 위한 상계관세가 부과된 건에서 청원을 제기하였거나 청원에 대한 지지를 표시한 국내생산자, 기업, 농가, 목장주 및 노동자대표 등으로서 현재 영업을 계속하고 있는 자를 의미한다.** 배분은 매년 하여야 하고, 최초의 배분은 2001년에 있었다.[1] 미국의 경우 자국 통상이익을 보호하기 위하여 의회를 중심으로 전략적 성격의 많은 통상입법을 하여 왔다는 것은 주지의 사실이다. 그럼에도 불구하고 문제의 버드법조항은 반덤핑관세 또는 보조금효과를 상쇄시키기 위한 상계관세수입을 피해를 입은 자국 기업에 배분하겠다는 것으로서, 외국의 수출기업에 대한 二重處罰로서의 성격을 갖고, 기업간 공정경쟁을 일관되게 주장해 온 미국정부의 태도와 정면으로 배치되는 것으로서, 국제사회의 많은 비판이 있어 왔다. 이에 2003년 우리 정부를 포함하여 16개 WTO회원국이 동법상 적립금배분조항이 WTO협정에 위반된다는 이유로 분쟁해결기구에 제소한 바 있다. **WTO분쟁해결기구는 협정위반판정을 내린 바 있고, 또한 최근 미 연방법원도 동법이 연방헌법에 위반된다는 판결을 한 바 있다.** 본고는 WTO 분쟁해결기구의 판정 및 연방법원의 판결이 갖는 의의와 문제점 등을 짚어보려 한다.

Ⅱ. 美 聯邦法院의 판결요지

1. 事實關係

가. 事案 I

1) 2006년 의회는 동법을 개정하였으나, 동 개정은 2007년 10월 1일부터 효력을 발생하도록 되어 있다.

본 사안은 사실관계를 둘러싸고 당사자간 많은 다툼이 있었으나, 다음과 같은 사실은 다툼이 없다. 1996년 국내 민물가재식품산업 대표회는 국제무역위원회에 중국으로부터 수입된 민물가재가 공정가격 이하로 수입됨으로써 산업에 피해를 주고 있거나, 피해를 줄 우려가 있다는 이유로 반덤핑청원을 제기하였다. 국제무역위원회는 반덤핑조사를 개시하였고, 원고를 포함한 동종 국내기업에 질의서를 통하여 반덤핑청원에 대한 "支持(support)", "反對(opposition)", "無意見(take no position)"을 박스에 표시하도록 하였다. 원고는 지지란에 표시하였으며, 상무성은 예비판정에서 산업피해를 인정하였다. 동종 국내기업의 청원에 대한 의견표시는 국제무역위원회가 반덤핑조사를 개시할 것인가를 정하는데 있어 선결조건이 되므로 중요한 의미를 가지는 바, 원고는 예비조사단계에서는 지지의견을 표시하였다가, 최종조사단계에서에는 "무의견" 란에 체크하였다. 버드법이 제정되고,[2] 반덤핑관세적립금의 배분을 위하여 관세청은 반덤핑조사절차에서 지지의견을 표명한 기업을 공표하였으나, 원고는 동 명단에 들어있지 않았다. **2002년 원고는 자신의 명단누락에 대하여 관세청에 이의를 제기하였으나 최종의견표명시 "무의견"에 체크하였다는 이유로 기각되고, 국제무역위원회에 의하여 역시 같은 이유로 기각되었다.**

나. 事案 II

제2사안의 사실관계는 다음과 같다. 1988년 미 상무성은 독일, 프랑스, 싱가포르, 태국, 스웨덴, 영국 등 외국으로부터 수입되는 마찰지지 베어링의 반덤핑조사를 시작하였고, 이에 따라 국제무역위원회는 국

2) 그런데 미국정부는 동법의 WTO협정위반에 관한 사건에서 적립금배분은 반덤핑으로 인한 국내기업의 실손해와 관계없이 이루어지고, 배분을 받기 위하여 피해를 주장·입증하여야 하는 것도 아니라는 입장을 취한 바 있는 바, 이러한 WTO분쟁해결절차에서의 미국정부의 입장은 본 사안과 관련하여 한 고려요소가 된다고 보았다.

내산업피해판정조사를 개시하였다. 원고(SKF)는 당해 조사의 이해관계인으로서 버드법 질의서상 반덤핑조사청원에 대하여 "반대"란에 표시하였다. 상무성은 공정가격 이하로 수입된 사실을 인정하고, 반덤핑관세를 부과하였으며, 적립금 배분과 관련하여 "영향을 받은 국내기업"의 명단을 공표하였는 바, 원고는 제외되었다. **2005년 원고는 이의를 제기하여 명단의 수정과 원고를 명단에 포함시킬 것을 요구하였으나, 국제무역위원회는 조사개시와 관련한 원고의 반대표시를 이유로 이를 거부하였고, 관세청에 대한 115,033,000 달러의 비용보상청구 역시 기각 당하였다.**

2. 聯邦法院의 판결요지

가. 事案 Ⅰ : 表現의 자유의 문제[3]

(1) 憲政史와 表現의 자유[4]

반덤핑조사에 있어 "필요한 지원을 하지 않은..."라는 이유로 적립금배분을 거절한 것은 미국헌법이 보장하고 있는 표현의 자유조항에 위반한다. 미헌정사에 있어 표현의 자유는 매우 중요한 의미를 가지고 있는 바, 1735년 Peter Zenger사건에서 영국 선동금지법(Seditious libel)에 반하는 법원의 판결은 미국 독립혁명의 시작을 알린다. 표현물에 관한 스페인법상의 허가제 (licensing system)는 영국법에 의하여 계수되었는 바, 1644년 영국혁명 직후 밀톤의 Areopagitica에서 비판받게 된다. 밀톤의 사상은 보통법상 사전제한금지의 원칙으로 수용되는 바, 블랙스톤은 표현의 사전제한은 학습, 종교 및 정부를 둘러싼 많은 쟁점에 관하여 편견을 조장할 우려가 있다고 하였다. 스페인의 허가제로

3) 이하 PS Chez Sidney, LL.C. v. U.S. Intern. Trade Com'n, 442 F. Supp. 2d 1329. CIT (2006) 참조.
4) 위 판결 IX. B. 1. 참조.

부터 시작한 영국의 사전제한금지의 원칙은 비록 출판물에 한한 원칙이지만, 미연방 수정헌법 제1조 표현의 자유의 이론적 기초를 제공한다.

미합중국은 公的問題에 있어 표현의 보호에 관한 많은 판례이론을 가지고 있으며, 그 핵심은 정부가 반대표현을 희생시키면서 다른 자의 표현을 지지해서는 안된다는 것이다. 단순한 출판물에 대한 정부허가의 문제와 사전허가제 금지로부터 시작한 표현의 자유는 진리와 학습이라는 개인적 성격의 문제로부터 미국독립혁명과 관련하여 정치적 성격의 자유권으로 발전한다.[5] **표현의 자유의 헌법적 보호는 시민의 정부와 사회변혁에 대한 사상의 자유로운 흐름을 보장하는 것이며,[6] 主權者인 시민의 의지에 따라 정부의 책임을 확보하기 위한 가장 원초적인 헌법원칙이고,[7] 이는 미국 독립혁명과 헌정사로부터 유래한 독특한 제도이며, 추상적 이론을 넘어 표현의 적극적 조장이고,[8] 다양한 표현이 공중의 심판을 통하여 걸러져 일부의 표현이 무용지물로 돌아간다 하더라도, 표현의 자유는 우리의 모든 것이 걸려있는 제도적 기반이다.[9]**

따라서 표현의 자유에 관한 헌정사적 관점에서 박스란 체크를 통하여 조사개시여부 및 적립금 배분여부를 결정하는 것은 공적 문제에 관한 표현과 토론은 방해받아서는 안되며(uninhibited), 철저하고(robust),

---

5) 미국 독립혁명 당시의 정국에서 정치적 표현은 시민과 정치가의 의무였다. 정치적 반대표현은 정국의 불안을 가져오지만, 반대표현에 대한 처벌과 위하, 정부의 독재만으로는 사회질서가 유지될 수 없다. 사상, 희망, 상상력을 봉쇄하고 처벌과 위하적 대응은 원한과 증오를 낳고, 안정된 정부를 오히려 위협한다. 따라서 표현의 자유의 보장은 사상의 자유시장을 통하여 안정으로 가는 유일한 통로이다. Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375-76, 47 S.Ct. 641, 648, 71 L.Ed. 1095.

6) Roth v. United States, 354 U.S. 476, 484, 77 S.Ct. 1304, 1 L.Ed. 2d 1498.

7) Stromberg v. California, 283 U.S. 359, 369, 51 S.Ct. 532. 75 L.Ed. 1117.

8) N.A.A.C.P. v. Button, 371 U.S. 415, 429, 83. S.Ct. 328. 9. L.Ed. 2d 405.

9) United States v. Associated Press, 52 F. supp. 362, 372 (S.D.N.Y. 1943)에서 러니드 핸드 판사의 견해.

개방적(wide-open)으로 이루어져야 한다는 憲法原則에 반한다.

또한 버드법상 조사개시절차 및 적립금 배분제도는 헌법이 보장하는 정치적·종교적·민족적 신조에 관한 표현 또는 행동을 강제하는 효과를 가짐으로써 헌법에 위반된다. 즉 자신의 양심에 반하는 표현을 강제해서는 안되며, 표현자는 자신이 표현하려는 내용의 결정에 있어 완전한 자율권이 보장되어야 하고, 이러한 자율권은 언론은 물론이고, 개인, 그리고 법인에게도 보장된다. 물론 정부는 일정한 경우에는 표현의 자유에 관한 제한을 가할 수 있지만, 진리의 획득을 위한 가장 최선의 방법은 시장의 자유경쟁에 맡기는 것이며, 본 버드법과 같이 박스체크를 통한 정부의 조사개시여부 결정제도를 적립금배분에 연계시키는 것은 헌법에 반한다.

(2) 聯邦政府의 豫算에 관한 조항[10]

표현의 자유와 표현에 대한 정부의 중립의무는 판례이론상 일정한 조건하에서 달리 취급될 수 있다. **미국도서관(American Library)사건에서 법원은 헌법상 예산조항(Spending Clause)에 근거하여 표현의 자유에 대한 일정한 예외를 인정하여 왔는 바, 이를 "給付國家的 例外"라고 부를 수 있다.** 동 사건에서는 공공도서관에 일정한 재정적 지원을 하면서 인터넷필터기를 설치할 것을 조건으로 하였다 하더라도, 헌법상 표현의 자유를 침해하였다고 할 수 없다고 하였다. 즉 의회는 헌법상 예산에 관한 조항에 근거하여 교육, 공공정보에 관한 국가목적을 위하여 예산배정에 일정한 조건을 부가할 수 있고, 조건부가와 달성하려는 국가목적의 고안에 관한 광범위한 자율권을 갖는다.[11] 동 사건에서 렌퀴스트 대법원장은 정부의 표현에 대한 규제가 "표현의 조장"과 연관되는 경우와 단순히 공중에 "지적 데이터베이스를 제공하는 것"과는 구별하여야 한다고 하면서, 버지니아대학이

10) 위 판결 IX B. 2. a. 참조
11) American Library, 539 U.S. 203, 123 S.Ct. 2297.

학생출판지원금을 지급하면서 종교적 출판을 제외한 것과 인터넷필터기를 설치할 것을 조건으로 부가한 것은 구별하여야 한다고 하였다. 정부는 군 징병목적의 법과대학방문을 제한하는 법과대학에는 연방지원금 지급을 금지토록 한 법률에 관한 Rumsfeld 사건을 근거로 버드법의 합헌성을 주장하나, 동 사건은 군에 관한 법과대학의 비판을 금지하거나 표현을 규제하는 것이 아니고,[12] 단순히 "방문 또는 접근금지"라는 행위를 규제하는 것으로, 버드법과 같이 특정의견표명을 구하고, 자신의 의견표명이 적립금배분자격에 영향을 미칠 것을 알면서도 자신의 입장을 표명토록 한 것과는 구별되어야 한다고 하였다.[13]

(3) 嚴格審査基準과 表現의 자유[14]

표현의 자유의 제한이 정부의 예산권의 조항에 따라 정당화되지 않는 경우, 당해 제한은 법원의 엄격심사기준(strict scrutiny)을 충족시켜야 한다. 따라서 당해 법률에 의한 표현의 자유의 제한은 "중요한 국가목적(compelling state interest)"을 위한 것이어야 하고, 당해 목적을 달성하기 위하여 필요한 범위내에서 "좁게 고안(narrowly tailored)"되어야 한다. 일반적으로 표현의 자유는 직접적으로 제한받거나 금지되는 것이 보통이고, 면세나 보조금지급의 차별과 같은 경우에는 표현의 자유가 직접 제한받지 않는다. 그러나, 예컨대 4%의 주판매세 면세혜택이 외교정책에 관한 특정의견을 지지하는 형태로 이루어지는 경우에는 엄격하고 교조적인 법원칙이 필요하다고 본다. 본 사건의 경우 적립금배분에 연계하여 사실상 진술을 강제함으로써 표현을 억압하고 있다. 학교를 공적으로 비판하였다는 이유로

12) 동 사건에서 징병사령관은 법과대학은 학교 내 게시판에 싸인을 걸어놓을 수도 있고, 군에 관하여 자유로이 발언할 수 있으며, 학생시위대를 조직할 수도 있으며, 따라서 동 법률은 법과대학이나 학생들의 표현의 자유를 제한하는 법률이라고 할 수 없다고 주장하였다.

13) 버드법상 허위의 의견표시에 관하여는 형사적 제재도 가능하다.

14) 위 판결 IX B. 2. b. 참조

정년보장심사에서 탈락시키는 것도 본 사안과 유사하다.[15] 즉 원칙상 私人은 정부영역으로부터 자유를 보장받는 데에 그치고, 정부에 일정한 급부나 이익을 구할 권리는 전통적으로 보장되지 않는 것으로 이해되어 왔다. 표현의 자유도 자유권적 영역의 기본권이지만, 정부의 급부가 표현과 관계되는 경우에는 급부를 받지 않는 자에게 제재적 성격을 갖게 되어 사인의 의사결정 내지 표현이라는 자율영역에 영향을 미치게 되고, 이는 개인의 자유로운 표현 및 표현의 다양성을 보장하는 헌법정신에 반한다. 그러한 법제도에 따라 표현을 억압하게 되면, 교수사회와 기업사회에 있어 진리와 공공선의 왜곡과 정체를 가져와 그러한 법을 제정한 정부로서도 책임질 수 없는 상황에 이르게 된다 아니할 수 없다.

버드법상 조사개시에 관한 의견조사는 표현의 자유에 관한 엄격심사기준에 위배된다. 반덤핑조사나 보조금조사청원과 관련하여 동종기업군의 의견을 조사하는 것은 국가목적상 필요하다고 할 수 있으나, 찬성의견기업에만 적립금을 배분케 하는 것은 피부색에 의한 차별과 다를 바 없다. 즉 國家目的은 인정되지만, 정책수단의 선택에 있어 필요한 범위내에서 좁게 고안된 것이라고 할 수 없다. 예컨대 당해 상품의 수입으로 인하여 기업에 "피해를 입었는가(injured?)"라고 물었다면 보다 중립적이고, 정확하며, 개인의 양심영역의 침해가 덜 할 수 있었을 것이다.

버드법은 조사대상 동종기업군에게 법률상 의무로서 정직하게 자신의 의견을 표명하도록 요구하고 있고, 당해 질의서는 기업인으로서 합리적·경제적 판단을 전제로 고안된 것이지만, 다른 관점에서 의견을 표명할 가능성도 배제할 수 없다. 그 가능성이 바로 헌법이 보호하는 양심형성의 자유와 의사표현의 자유를 침해한다고 보는 것이다. 어떤 입장을 가진 동종기업의 수를 파악하고, 덤핑으로 경제적 손해

15) Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593, 92 S.Ct. 2694.

를 입었는가 여부만을 조사하는데 그치는 것으로만 보면 그것은 "事實의 陳述"이지만, 현재의 질의와 답변제도는 순수한 경제적 피해라는 문제영역을 벗어나 정치적·철학적·국가외교정책에 관한 시민적 판단 등이 복합적으로 작용할 수 밖에 없다. 버드법은 WTO협정에 대응한 행정부조치에 근거한 것으로 중요한 국가목적을 위하여 절대적으로 필요한 것이지만, 덤핑으로 인한 實損害發生과 상관없이 조사시 표명된 의견에 바탕하여 적립금배분의 절대적 기준으로 삼음으로써, 표현의 자유를 명백히 침해한다. 예컨대 Schaumburg사건에서 기망행위, 공중교란 내지 선동 등을 방지하기 위하여 자선금 25% 이상을 재산형성, 직원급여, 간접비 등으로 사용하는 단체는 더 이상 기부금을 모집할 수 없도록 한 법규정이 법원에 의하여 위헌선언된 것은 자선단체의 과도한 공중선동이나 기망행위와 높은 관리비용과는 아무런 논리적 연관성이 없기 때문이었다. 본 사안의 경우에도 조사의 찬반의견과 실제 보상이 필요한 반덤핑 실손해의 발생과는 아무런 관련이 없다. 따라서 버드법은 법원의 엄격심사기준을 충족하지 못하였고, **그것은 "법률적용상 위헌가능성(unconstitutional on application)"을 넘어 "법조문 문면상(unconstitutional on its face)위헌"성이 명백하므로, 버드법 적립금배분조항중 지지란 표시를 전제로 한 배분은 헌법에 위반된다고 아니할 수 없다.** 따라서 원고의 표현의 자유의 침해주장은 이유 있어 위 판지에 반하는 범위내에서 동 조항의 위헌을 선언하는 바이며, 손해배상에 관한 원고의 청구에 대하여는 판단을 유보하고, 동 원고의 청구를 기각한다.

나. 事案 II : 法앞의 平等과 平等權

제2사안에 관한 법원의 판단은 다음과 같다.[16] **미 의회는 연방헌법상 예산조항 또는 주제간 통상조항에 따라 버드법과 같은 법률**

16) 이하 SKF USA Inc. v. U.S. 451 F. Supp. 2d 1355 (2006) 참조.

을 제정할 권한이 있다. 미 연방 수정헌법 제14조는 어떠한 "주정부"도 법 앞의 평등원칙을 침해할 수 없으며, 연방헌법 본문 제5조 적법절차조항(due process clause)에 따라 동 조항은 "연방정부"에도 적용된다. 평등권침해의 심사기준에 있어 "사회·경제입법영역"은 그것이 "의심스러운 차별" 내지 다른 "중대한 기본권의 침해"문제를 가지고 있지 않는 한 엄격심사기준이 아닌 合理性審査基準에 의한다.17) 합리성 심사기준에 의하면 발생할 수 있는 모든 사실에 기초하여 볼 때에 차별에 합리적 이유를 발견할 수 있다면 당해 법률이나 법률조항은 위헌이라고 할 수 없다. 그러나 입법목적과 선택된 정책수단과의 관련성이 너무 희박하여 당해 차별이 자의적이거나, 비합리적인 경우에 이르는 경우에는 위헌선언을 면할 수 없다. 또한 특정 법률조항의 위헌심사라도 전체적인 법률체계속에서 위헌심사를 하여야 한다.

버드법은 자유시장경제 체제의 성장과 유지를 진작하고 국제무역에 있어 미국의 통상기회를 확대하는 것을 주된 입법목적으로 하면서, 덤핑으로 인한 국내기업의 손해를 중립화하고, 덤핑행위를 방지하여 국내기업의 투자와 고용의지를 제고하며, 반덤핑관세수입의 배분이라는 수단을 통하여 미국통상법의 실효성을 제고하는 것을 목적으로 하고 있다. 국내기업을 위하여 덤핑행위나 보조금혜택 외국기업으로부터 공정경쟁조건을 확보하려는 입법목적은 "同種 國內企業全體"와 외국기업간의 문제로서, 동종국내기업간 차별과는 아무런 상관성을 갖지 않고, 따라서 입법목적과 정책수단과의 합리적 연관성을 인정하기 어렵다. 또한 덤핑으로 인한 손해를 보상하겠다는 법의 취지도, 조사시 의견표명과 기업의 손해발생과 합리적 연관성을 인정할 수 없다면, 그러한 차별은 위헌적 차별일 수 밖에 없다. 의회의 입법연혁이나 이 법정에서의 정부의 진술, 그리고 반덤핑법 전체에 비추어 볼 때에

17) FCC Communications, Inc., 508 U.S. 307, 313, 113 S.Ct. 2096, 124 L.Ed. 2d 211 (1993).

버드법은 덤핑으로부터 동종의 국내기업군을 보호하려는 것이고, 조사개시에 찬성한 기업을 보호하려는 것이 아니다. 조사여부에 관한 찬반은 정치적 신념에 따른 것일 수 있으며, 덤핑으로 인한 기업의 손해와 필연적 연관성을 갖는 것이 아니므로, 법령의 입법목적에 비추어 조사여부에 관한 찬반에 따라 적립금을 배분하는 것은 자의적이고 비합리적 차별이라고 밖에 볼 수 없다.[18] 따라서 버드법 적립금배분조항에 대하여 "적용상 위헌(unconstitutional on application)"을 선언하는 바이며, 원고에 대한 구제에 관하여 판단한다.

원고는 관련 반덤핑사건 전체적립금의 향후 배분을 금지하는 가처분명령과 배분으로 인한 국내기업간 불공정경쟁조건을 시정하기 위하여 배분금을 환수할 것을 구하면서, 예비적으로 최소한 일본으로부터 수입된 베어링에 관한 적립금부분에 관한 배분금지 가처분과 관세청의 배분금 환수를 구하였다. 그러나 법원은 배분의 금지나 배분금의 환수보다는 원고에 대한 적립금배분을 명령하는 것이 보다 적절한 구제수단인 것으로 보았다. 따라서 법원은 먼저 적용상 위헌이 선언된 법조문 부분의 "분리가능성(severability)"을 검토하였고, 선례에 따라 조사개시 지지의견 표명기업에 한하여 피해기업으로 간주한다는 법조문부분에 대한 "양적 일부위헌결정"을 하였다. 그리고 이러한 일부위헌취지에 따라 국제무역위원회는 원고를 피해기업에 포함시킬 것을 명령하였고, 관세청은 적립금배분 가능성을 검토·집행할 것을 명하였다.

Ⅲ. WTO 紛爭解決機構의 판정요지

한편 버드법은 WTO 분쟁해결기구에 의해서 국제협정에 위반된다고 판정된 바 있다. WTO 패널은 호주, 브라질, 캐나다, EU, 인디아,

18) 실제로 원고는 덤핑조사개시에 관하여 반대의견을 표시하였지만, 반덤핑으로 인한 비용발생자료를 통하여 실손해를 충분히 입증하고 있다.

일본, 한국 등이 제소한 사안에서 버드법상 적립금배분조항은 반덤핑 협정, 보조금협정, 1994GATT 등에 따른 제소국의 협정상 이익을 침해하며, 분쟁해결기구는 미국정부에 대하여 동법[19]을 협정에 일치시키도록 요구할 것을 권고하였다. 미국정부는 2002년 10월 18일 WTO 항소기구에 항소하였으나, 항소기구는 미국정부의 항소를 기각하였다.[20]

첫 번째 쟁점[21]으로 버드법이 덤핑행위와 보조금으로 인한 불공정경쟁에 "대응하고 그 효과를 상쇄하는 特定措置(specific action)"인가가 문제되었다. 패널은 국내조치가 협정상 의무와 관련이 있는 특정조치에 해당하기 위하여는 덤핑행위와 보조금에 해당하는 사실을 전제로, 그러한 사실에 대한 정부의 구체적 대응조치일 것, 덤핑행위와 보조금효과를 상쇄하기 위한 목적일 것 등의 요건을 갖추어야 한다고 하면서, 사안의 적립금배분제도는 덤핑 또는 보조금판정이 존재할 것을 전제로 한 제도이고, 덤핑이나 보조금판정으로 인한 관세수입이 있는 경우 법상 기속적으로 적립금배분이 이루어지므로 덤핑과 보조금에 관한 특정 국내조치에 해당한다고 하였다. 또한 문제의 버드법조항이 WTO 협정상 "대응하고 상쇄하는(against)" 특정 국내조치인가에 관하여, 동종 국내기업에 대한 적립금배분은 덤핑기업이나 보조금혜택을 받은 기업에 대하여 상대적으로 동종 국내기업의 경쟁력을 높이는 효과를 가져오는 한편, 재정적 인센티브를 통하여 덤핑조사나 보조금조사를 활성화하는 효과를 가지므로 덤핑과 보조금에

19) 버드법은 농촌 및 낙후지역개발, 식품 및 약품관련 행정기관예산집행에 관한 법 2001의 일부로 앞서본 바와 같이 1930년 관세법에 754조로 추가·개정된 법이다. WTO에서 다투어진 조항도 미연방법원에 제소된 사안과 같이 법상 피해국내기업에 대한 정의와 적립금 배분에 관한 조항이며, 패널이 인정한 적립금배분액수는 2001년 12월 현재 약 2억 6백만 달러에 이르고 있다.

20) US v. Australia etc, Continued Dumping and Subsidies Act of 2000, WT/DS/217, 234 (2003)

21) 첫 번째 쟁점인 특정조치(Specific Action)에 관하여 위 판정 VII장 A. 참조.

"대응하고 상쇄하는" 국내조치로서의 성격을 갖는다고 보았다.

이러한 패널의 판단에 대하여 미국정부는 적립금배분은 관세수입의 사용에 관한 국내정책상 문제로서, 버드법은 WTO 관련협정이 문제삼는 덤핑이나 보조금판정, 또는 관세부과와는 관련이 없다고 주장하였다. 또한 패널의 논리에 의하면 반덤핑관세수입을 국제긴급구호자금으로 사용한 경우에도 협정위반을 문제삼을 수 있게 되는 불합리가 있다고 주장하였다. 이에 대하여 항소기구는 덤핑이나 보조금판정 및 관세부과 등에 관한 직접적 국내조치가 아니라 하더라도, 그러한 판정이나 부과를 "前提로 한" 국내조치라면 국제협정위반문제가 발생할 수 있고, 또한 미국이 예시한 관세수입의 국제긴급구호자금으로서의 사용은 덤핑행위나 보조금효과에 대응하거나 그 효과를 상쇄하는 조치가 아니므로 적절한 예가 아니라고 하면서 주장을 배척하였다.

따라서 패널과 항소기구는 버드법 적립금배분조항은 WTO 다자간협정에 위반되어서는 안되는 "덤핑과 보조금에 관한 특정 국내조치로서의 성격"을 갖는다고 판단하고, 동 조항이 관련 WTO 협정에 위반되는지 여부[22]에 관하여 판단하였다. **먼저 반덤핑협정은 덤핑행위에 대응하는 국내조치로서 "반덤핑관세부과(tariff), 잠정조치(provisional measure) 및 제시된 가격인수(price undertaking)" 등의 세 가지 조치만이 가능하다고 한정하고 있으므로[23] 보조금배분은 반덤핑협정이 허용하는 국내조치가 아니고, 따라서 동 조항에 위반한다고 보았다.** 한편 미국은 보조금협정 부분에 관하여 WTO 협정체계상 보조금법리는 반덤핑법리와 다르므로, 상계관세 외에 다양한 국내조치를 취할 수 있다고 주장하였다. 이에 대하여 패널은 보조금협정상 예상할 수 있는 국내조치의 범주에 해당하는 조치만이 가능하다고 하면서, 보조금협정해석상 보조금효과를 상쇄할 수 있는 보복조치는 다자간협정체제에 기한 제재의 일환으로서만 가능하고, 국제제재방식 아

22) 위 판정 VII장 D. 참조.
23) WTO 반덤핑협정 18.1.

닌 국내조치는 오직 보조금협정에서 명시하고 있는 상계관세의 부과만이 가능하다고 하면서,[24] 다만 GATT 1994 VI 장과의 관계적 해석상 반덤핑협정과 같은 법리에 따라 잠정조치, 제시된 가격인수 등도 암묵적으로 허용된다고 보았다. 이로써 미국의 주장을 배척하고 패널의 결정을 유지하였다.

패널은 버드법이 반덤핑이나 보조금조사에 관한 국내절차에서 찬성기업에 대한 적립금배분으로 인하여 쉽게 조사개시 정족수를 충족시키게 하고 있고, 따라서 더 많은 조사가 이루어질 수 있게 하여, 조사개시결정의 공정성과 중립적 통계에 바탕한 **조사개시결정을 불가능하게 하고 있다**고 보았다. 즉 조사개시절차에 있어 지지요건은 동 절차에 관한 반덤핑협정 및 보조금협정조항[25]을 의미없는 조항으로 만들고, 따라서 동 조항을 위반하였다는 것이다. 그러나 항소기구는 國際條約의 一般 解釋原則에 비추어 볼 때, 동 조항은 국내조사절차에 관련된 것으로서 조사개시청원이 "국내산업에 의하여", "국내산업을 위하여" 제기되었는가를 결정토록 하는데 의미가 있으며, 동 조항요건을 충족할만한 수의 동종기업의 찬성이 있는 경우에는 그러한 조사개시요건이 충족된 것으로 본다는 것일 뿐, **그러한 요건을 충족시키는데 있어 국내적으로 어떠한 정책수단을 선택하는가 하는 문제까지 통제하는 것이라고 볼 수는 없다**고 보았다.[26] 또한 패널은 미국이 선택한 지지요건이라는 국내정책수단은 WTO 협정체계를 관통하는 일반원칙인 선의공정의 원칙을 위반한 것이라고 판단하였으나, 항소기구는 지지요건이 국제정책수단으로서 회원국의 재량범위 내에 해당하여 반덤핑협정이나 보조금협정조항에 위반되지 않는다면, 선의공정의 원칙에 위반되었다고 볼 수 없다고 하였다.[27]

---

24) WTO 보조금협정 32.1.
25) WTO 반덤핑협정 5.4 및 보조금협정 11.4.
26) 위 판정 VIII장 B 참조.
27) 위 판정문 VIII장 C 참조.

Ⅳ. 評釋: 兩 判決이 갖는 意義와 示唆點

1. 憲法國家思想과 市民社會의 확대

버드법의 찬성 지지요건과 적립금배분조항에 대한 미 연방법원의 판결과 WTO분쟁해결기구의 권고결정은 자유와 평등, 즉 비차별이라는 자유주의 정치경제체제를 수호할 최후의 보루로서 가장 대표적이고 영향력 있는 사법기관의 심판이라는 점에서 의미를 갖는다.[28] 미 연방헌법은 舊體制(ancien regime)에 대한 해방으로서의 성격을 가지며, 블랙스톤이 예시한 자연법을 구체화한 세계최초의 헌법으로서의 의의를 갖는다. 구체제에 대한 해방이라는 성격, 엄격한 삼권분립주의에 의한 권력간 견제와 균형, 의회주권을 초월한 상위법·자연법에 바탕한 헌법국가사상 등은 자유민주주의의 발전에 있어 획기적 전환을 이루는 계기가 된다. 따라서 미 독립이전의 봉건적·점진적 민주주의 발달과정에 견주어 보다 획기적이고, 이러한 정치적 진전은 프랑스로 이어지며, 누구나 민주주의 기원국인 영국보다도 미국을 자유주의 국가의 전형으로 보고 있다. **또한 이러한 자유와 평등사상은 영국식 의회주권을 넘어 미 연방헌법의 제정으로 인민주권(popular sovereignty)과 헌법제정권력론**[29]**을 현실화하고, 자유와 기회균등의 원칙하에 시민사회의 진전을 이루어 왔다.** 한편 시민사회는 전통적으로 국가영역과는 구별되는 것으로 이해되어 왔으며, 시민사회의 문제는 주로 정치·경제적 문제로서 다루어져 왔고, 헌

---

28) Symposium: WTO "Constitutionalism", Jeffrey L. Dunoff, Constitutional Conceits: The WTO's Constitution and Discipline of International Law, 17 Eur. J. Int'l, L. 647 (2006).

29) 미 연방헌법은 세계최초로 의회 아닌 헌법제정회의(Constitutional convention)를 통한 입법방식을 취하였고, 이는 인민주권과 헌법제정권력 관념을 태동시키는 역사적 의의를 갖는다.

법적 차원에서는 인간의 존엄과 행복추구권, 포괄적 자유와 법 앞의 평등이라는 불가침의 기본권문제로서 헌법의 해석자에게 많은 여지를 남겨 놓은채 기본적 원칙의 문제로서 취급되어 왔다.[30] 인간의 존엄과 행복은 자유가 전제되지 않고서는 불가능하다. 자유권적 기본권의 체계에 대하여는 다양한 견해가 제시될 수 있지만, 표현·집회·결사의 자유로 대표되는 정치적 자유, 기업활동 등 자신의 생존을 위한 경제적 자유, 자신의 개인영역에 관한 사생활의 자유 등을 한 패러다임으로 볼 때에, 이중 경제적 자유의 보장과 평등의 이념은 그대로 WTO 국제통상관리체제에서 세계적으로 구현되고 있다.[31] 즉 **WTO 통상관리체제는 많은 다자간 무역협정으로 구성된 국제협정체제로서, 자유시장경제체제와 기업활동의 세계시장차원에서의 자유화와 기업간 非差別(non-discrimination), 즉 기회균등의 보장을 통한 세계복지의 극대화를 지향하는 世界經濟憲法思想에 기초하고 있다**

30) 가장 고전적 헌법인 미 연방헌법의 경우를 보더라도, 시민의 기본권은 천부불가침의 권리로서 당연한 것으로 전제되어 연방헌법본문은 국가의 통치구조의 대강과 압수, 수색 등 통치객체로서의 시민과의 관계에서의 적법절차의 문제, 연방국가로서 연방법의 최고성 등을 규정하고 있으며, 기본권조항이 없다. 기본권조항은 미연방헌법제정후 수정헌법의 형태로 규정되어 왔고, 그것도 표현의 자유와 평등권 등 매우 중요한 자유권적 기본권에 한하여 규정을 두고 있다. 그후 각국 헌법의 성문화에 있어 나라마다 자유권적 기본권보호영역을 헌법에서 구체적으로 규정하기도 하고, 바이마르공화국헌법 등 사회국가적 헌법의 탄생은 사회권적 기본권을 헌법에 규정하게 되고, 평화헌법의 이념이나 국제관계 국가의 경제적 질서 등 국가의 중요한 기본질서 원칙 등이 헌법에 구체화되는 경우가 많아졌다.

31) WTO 협정은 다자간 국제조약으로서의 성격을 갖지만 다른 국제무역협정에 법위계적으로 상위법이라고 할 수 있고, 이는 WTO분쟁해결기구의 사법기관화와 함께 헌법국가사상의 확산에서 이해할 수 있다. Ernest-Ulrich Petersmann, Constitutionalism and International Organization, Symposium: Institution of International Economic Integration, Ch. VI. The WTO Agreement as a Global Integration Agreement, A. 3. Legal Primacy over other International Trade Agreements 17 Nw.J. Int'l L. & Bus. 398 (1997) 참조.

고 본다.[32] 따라서 버드법에 대한 미 연방법원의 판결과 WTO 분쟁해결기구의 판정은 헌법의 해석을 통하여 자유와 평등의 이념을 최종적으로 확인하고 시민사회의 질서를 수호하여할 가장 대표적 사법기관이 자신의 견해를 표명하였다는 데에 중요한 의미를 가지고 있다. 자유와 평등이라는 고전적 시민사회의 이념은 시장의 실패로 인하여 국가의 사적 영역에의 간섭과 규제를 필요로 하게 되었고, 또한 국내적 차원에서의 시장의 실패와 국가규제의 문제는 국제적 차원에서의 시장관리체제의 필요를 야기하였다. 국내적 차원에서의 국가의 시장개입은 노동자복지, 국민복지, 독과점금지를 통한 시장의 자유화 등 복잡한 성격의 중간법제정을 통하여 이루어지는 반면, GATT이래 현재의 WTO체제에 이르기까지 국제적 차원의 시장실패에 대한 간섭과 규제는 기업의 자유, 즉 시장의 자유화와 기업간 비차별이라는 고전적 이념에 충실하고 있다.[33] 따라서 **본 판결은 이데올로기적으로 근세 시민사회의 정치·경제적 자유주의, 블랙스톤(Blackstone)에 의하여 확인된 自然權思想, 미국독립과 프랑스 혁명에 의하여 확립된 자유민주주의적 헌법질서에서 연원하는 자유와 평등 이념의 보편적 확산이라는 관점에서 의미를 부여할 수 있다. 역사적으로 자유와 평등이념의 수호와 확산에 있어 중요한 역할을 하는 국가기관은 헌법의 최종해석자로서의 사법기관이었다.** 통합에 있어 이데올로기 및 사법기관의 역할이라는 관점에서 미 연방국가형성의 교훈은 WTO나 EU를 통하여 역사적으로 반복되고 있다고 본다. 구

32) WTO 협정체제를 통한 정치·경제적 통합과 헌법국가의 확대에 관하여, Id. Ch. VI. The WTO Agreement as a Global Integration Agreement, A. Constitutional Functions of the WTO Agreement, 참조.

33) 물론 WTO의 경우 노동라운드(Blue Round), 환경라운드(E Round), 경쟁라운드(C Round) 등 향후 발전양상에 따라 국가의 시장규제와 같은 성격의 체제로 발전할 가능성도 없지 않다. 그러나 여전히 상품흐름의 자유화, 서비스시장개방 등 시장의 자유화와 기업간 비차별이 WTO체제의 핵심을 이루고 있는 것이 사실이다.

GATT체제와 다른 점이 WTO의 경우 분쟁해결기구의 사법기관화라는 점이고, EU의 경우 유럽사법재판소가 통합에 있어 중요한 역할을 하고 있다는 것은 주지의 사실이다. 또한 이러한 사법기관들은 最高法의 해석자로서 국가의 기본가치와 이념을 수호하고 시민사회를 중심으로 한 정치·경제적 통일을 수호하여 왔다.

버드법의 사법심사에 있어 미연방법원은 표현의 자유의 헌정사적 중요성을 위헌선언의 한 근거로 들고 있다. 표현의 자유는 자아발전과 개성의 신장이라는 개인적 차원의 가치로부터 국가 정치질서의 형성과 유지의 전제가 되는 가장 중요한 기본권으로 발전하게 되고, 이는 미국 독립혁명사를 통하여 경험적으로 다가오게 된다. 따라서 표현의 자유는 다른 어떠한 기본권에 우선하여 미 연방수정헌법 제1조에서 규정하고 있다. 표현에 대한 통제는 오히려 정치권력의 불안으로 이어지며, 시장을 통하여 사상이 교환되고, 상호 비판·검증됨으로써 정치적 안정이 이루어질 수 있다는 것이다. 연방법원은 警察的 規制로서의 성격을 갖는 표현의 자유의 제한과 정부의 예산조항을 통한 급부적 성격의 국가작용에 부수한 표현의 규제를 구별하여 사법심사기준을 달리하고 있다. 이는 국가가 일정한 급부를 제공하는 경우, 즉 급부국가로서 행동하는 경우에는 필요한 국가목적을 달성하기 위하여 매우 광범위한 재량권을 행사할 수 있고 표현의 자유를 제한하는 일정한 조건을 부가할 수 있다는 것이다. 그러한 성격에 해당하지 않는 표현의 규제는 법원선례에 따라 엄격심사기준을 충족하여야 한다. 따라서 그 제한은 "중요한 국가목적"을 위한 것이어야 하고, 그 달성을 위한 규제는 "좁게 고안"되어야 한다. **연방법원은 버드법상 의견표시를 조건으로 한 적립금배분이 의회의 예산권범주에 속하는 국가작용이 아니라고 보았는 바, 이는 적립금배분이 특정 반덤핑관세수입이나 보조금 상계관세수입과 견련되어 있고, 매 건마다 특별계좌를 통하여 관리되고 있어 국가의 일반 예산집행으로서의 성격을 갖는다고 보기 어렵다는 입장으로 보인다.** 이러한 법원의 판단

은 WTO와 관련하여서도 중요한 의미를 갖는다. WTO는 국제협정체제인 바, WTO가 순수한 국내정책적 문제, 특히 예산집행에 관한 문제까지 통제한다는 것은 헌법상 국가주권, 국제법상 국내문제불간섭원칙에의 위반문제를 야기할 수 있기 때문이다. 또한 미국법원은 버드법상 기업의 의견표시를 적립금배분에 연계시킴으로써 자유로운 양심형성을 방해하고, 사실상 진술을 강제하여 양심의 자유를 침해한다고 보았다. 물론 미국헌법은 우리나라와 같이 良心의 自由에 관한 독립된 조항을 가지고 있지 않으므로 양심의 자유는 표현의 자유의 보호영역에 포섭된다.

그러나 헌법국가사상의 기원을 제공한 칸트의 세계헌법주의(International Constitutionalism)[34]라는 이상론적 관점에서 현재의 WTO 通商法治主義는 장애를 가지고 있다. 국제주의자(Internationalist)들은 이러한 이상을 전형으로 하고 있지만, WTO체제가 루쏘나 로크가 그들의 一般意思論 내지 시민정부론에서 말한 시민이익 총합의 극대화를 위한 헌법체제[35]라고 보기 어려운 일면이 있다. 물론 **WTO는 시장의 자유화와 기업간 비차별(non-discrimination)을 통하여 "인류복지의 극대화"를 그 지향점으로 하고 있지만, 현실적으로 기업을 위한 체제로서의 성격을 가지고 있다. 시민 대다수가 企業이 아닌 消費者**

34) Locke나 Kant의 세계헌법주의에 관하여, Petersmann, supra note 31, Ch. V. "The Kantian Imperative: Constitutional Functions of International Guarantees of Freedom, Non-Discrimination, Rule of law and "Democratic Peace" A. National and International Constitutionalism 참조.

35) Locke나 Rousseau는 헌법체제의 이념으로서 시민이익의 총화를 꼽았다. 이러한 이념은 미국의 건국과 프랑스혁명으로 이어지고, 프랑스 등이 주도하고 있는 EU통합, 나아가 통상영역에서의 경제헌법체제라고 할 수 있는 WTO탄생에 이르기까지 정치적 통합과 헌법국가사상의 확산에 관한 사상사적 배경을 이룬다. 로크의 시민이익 총화의 극대화라는 이념이 WTO탄생에 미친 영향에 관하여, Id. Ch. III., C. The Lockean Concept of Rights-Based Domestic Policies and the Primacy of Foreign Policy: The Example of the U.S. and EC Implementing Legislation for the 1994 WTO Agreement 참조.

로 구성되어 있고, 현실적으로 WTO체제하에서 소비자의 이익은 거의 무시되고 있다는 것은 경제헌법으로서의 WTO체제의 불완전을 의미한다.[36] 소비자이익[37] 외에도 버드법의 위헌심사에서 보았듯이 헌법이 수호하려는 인격의 존엄과 개성신장, 표현의 보장 등에 관한 계량화하기 어려운 헌법적 이익이 고려되지 않는다는 문제가 있다. 이러한 상황 하에서 국내정책에 관한 권한과 책임을 수행하는 국내의회가 기존 국제조약을 무시하고, 신법우선의 원칙을 정략적으로 남용할 가능성이 증대되고 있다. 또한 사법심사를 통한 세계헌법주의 이념의 구현도 국제사법기관과 국내사법기관간의 협조에 있어 많은 이론적 문제를 가지고 있다. 예컨대 버드법에 관한 WTO분쟁해결기구의 결정은 국내적으로 自動執行的 條約(self- executing treaty)과 같은 성격의 것이 아니므로,[38] 적립금배분 조항의 협정 불일치결정은 국내적으로 직접적 효력을 갖지 않는다. 따라서 연방법원의 일부위헌결정에 배치되지 않는 새로운 의회제정 입법을 통하여 적립금배분제도는 계속 유지될 수 있을지도 모른다. 그것은 국제주의자의 눈에는 마키아벨리적 無政府主義일수도 있고, 국가주의자(Nationalist or Federalist)의 관점에서는 국가이익, 주권과 헌법수호를 위한 현실적 개량주의의 결과일 수도 있다. 헌법국가의 보편화라는 관점에서 사법기관 역할의 중요성

36) Ernest-Ulrich Petersmann, How To Constitutionalize International Law and Foreign Policy For the Benefit of Civil Society? 20 Mich. J. Int'l L. 1 (1998).

37) 많은 현대 헌법에서는 소비자이익의 보호를 위하여 헌법명문으로 또는 포괄적 기본권의 하나랄지 인간다운 생활권의 하나로서 헌법해석상 소비자권리를 헌법적 권리의 하나로 규정하고 있다. 예컨대, 권영성, 헌법학원론, 박영사, 2001, 534면 이하 ; 김기영, 헌법강의, 박영사, 2002, 878면 이하.

38) 또한 외교통상정책을 수호하는 입법부나 행정부의 관행은 전통적으로 자국의 이익을 위하여 최대한 여지를 남겨놓으려는 태도를 보이는 경우가 많고 이러한 관행은 자동집행적 성격의 조약을 체결하는데 주저하는 태도로 이어진다. 국제사법기관의 창설에 관한 조약이 판례이론상 자동집행적 성격의 조약으로 체결된 경우는 거의 전무하고, 최근 해양법재판소에 관한 협약이 처음으로 자동집행적 조약으로 체결된 바 있고, 미국상원은 조심스럽게 동 협약가입을 고려하고 있다고 한다.

을 고려할 때, 국제사법기관 창설조약을 체결하는 경우 최소한 自動執行的 條約을 체결토록 할 필요가 있다. 또한 후술하는 바와 같이 명백한 委任의 원칙[39]을 수용하여 국제사법기관을 국내헌법 통치체계로 편입하고, 당해 국제조약의 해석과 사안에의 적용에 한하여, 제한적으로 국민수임기관의 지위에 있도록 하는 것이 바람직하다.[40]

2. 憲法國家思想과 國際法·國內法의 관계

버드법도 그렇지만 국내입법이 국가이익을 도모하기 위한 의도적 성격의 것이건 法의 無知로 인한 경우건 국제협정에 반하는 경우가 있다. 국제법과 국내법의 관계[41]는 진부한 법문제의 하나지만, 국제사

39) 위임의 원칙(principle of delegation)은 통치기관의 국민대표성(democratic representation)의 원리와 관련되며, 헌법이론상 의회의 행정부에 대한 법규정립권의 위임에 관한 것이다. 칸트나 로크, 루쏘식의 시민사회의 보편적 헌법주의에 의하면 국가헌법, 세계헌법은 시민사회의 기본가치질서를 공유하고 있다고 보고, 국제사법기관과 국내사법기관은 헌법의 최종적 해석을 통하여 시민사회의 통합과 가치질서를 수호할 수 있다. 이때에 유일한 걸림돌인 위임 또는 대표성의 문제는 문명국의 헌법이론의 하나인 명백한 위임의 원칙과 조약의 체결에 있어, 특히 국제사법기관 창설조약체결시 자동집행적 성격의 조약체결을 통하여, 해결할 수 있다고 보는 것이다. 그렇게 보면 국제사법기관은 형식상 의회의 수임을 받은 행정청과 같은 지위에 있게 된다.

40) 헌법해석론 상 사법기관의 지위에 관하여는 다양한 학설이 있고 다양한 지위를 갖는 것으로 보지만, 국민의 수임기관 내지 대표기관, 또는 주권행사기관으로서의 지위를 갖는다고 보는 데에 별다른 이견이 없는 것 같다. 예컨대 김철수, 헌법학개론, 박영사, 2001, 1158면 따라서 국제사법기관이 조약체결에 관한 헌법이론에 따라 국내에서 국민의 수임기관의 지위를 취득한다고 보면 헌법상 위임의 법리 내지 국민대표성의 문제를 근거로 국제사법기관 판정의 국내적·직접적 효력을 부인할 수 없다. 그러나 그러한 경우 판례법국가의 경우에는 국제사법기관의 판정이 선례로서 당연히 법원성을 취득하지만, 성문법국가의 경우에는 선례의 구속력이 인정되지 아니하므로 조약과 국내법이 불일치하는 경우 이론상 국내사법기관의 결정과 국제사법기관의 결정의 모순은 여전히 존재할 수 있다.

회에 있어 법치주의의 전전으로 새롭게 우리에게 다가온다.[42] Grotius 이래 국제법과 국내법의 관계에 관하여는 이원론과 일원론, 국제법우위론, 국내법우위론, 규범평등론 등 다양한 이론적 전형이 제공되어 왔다. 블랙스톤의 국제법 우위사상과 의회주권주의는 이원론적 성격의 국제법 우위론을, 유럽대륙의 합리주의자들은 국제법우위의 일원론 내지 국제법우위의 국제예양론 등에 가까웠고, 미국독립과 헌법국가사상은 헌법우위의 규범평등론에 가깝다고 본다.[43] **현재 세계 많**

41) Armin von Bogdany, Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal From Germany, Harv. Int'l L. J. 223 (2006).

42) 민주주의와 국가의 최고성의 문제는 국제법과 국내법을 구별하는 기준이 된다. 국가의 최고성은 영국의 parliamentary sovereignty 또는 parliamentary supremacy에서 확인된 이래 미연방헌법의 Federal supremacy에서 다시 확인되고 일반적으로 민족국가(nation-state)를 전제로 한 개념이라고 볼 수 있다. 미국의 경우 헌법적 차원에서 주정부에 관하여는 supremacy란 용어를 사용하지 않고 state sovereignty란 개념을 사용하고 있는 바, 이때의 sovereignty는 헌법개념상 통치권에 가까운 개념이다. 또한 민주주의가 다수에 의한 지배라는 보다 정치적 성격의 개념임에 반하여, 국가의 최고성은 필연적이진 않지만 보통의 경우 민주주의를 전제로 한 보다 제도적 개념이라고 할 수 있다. 따라서 최근 미국이 메디슨·해밀톤식의 연방주의 (federalism)를 강조하고, 연방의회가 신법우선의 원칙을 강조하는 것은 보다 법제도론적이고 헌법우위에 바탕한 국제법과 국내법의 엄격한 이원론적 입장에서 이해할 수 있고, 한편 주권과 국가이익우선경향으로 볼 수 있다. 민주주의 원칙과 국가의 최고성, 평화조약체제(Treaty of Peace)의 최고성(supremacy) 가능성에 관하여, Vasan Kesavan, The Three Tiers of Federal Law, Ch. IV. Some Structural Considerations, A. Democratic Principle, B. Supremacy Principle, C. Possible Supremacy of Last-in-Time Law of Peace, 100 Nw. U. L. Rev. 1479 (2006).

43) 우리나라 헌법 제 6조에서도 국제법과 국내법의 관계에 관하여 규정하고 있으며, 동 조항의 해석에 관하여 학설상 대립이 있는 것은 주지의 사실이다. 미 연방헌법의 경우에는 연방헌법, 연방법 및 조약은 주법에 우선한다는 연방법의 최고성조항만을 두고 있어, 연방헌법 法文上으로는 연방헌법, 연방법, 조약간의 법위계에 관하여 아무런 규정을 발견할 수 없다. 따라서 연방헌법제정당시의 영국식 의회주권사상의 영향은 신법우선의 원칙에 따라 헌법도 법률에 의하여 개폐될 수 있게 된다. 따라서 이

은 나라의 법제도가 헌법우위의 규범평등론에 따르고 있다고 볼 때에, 국제조약과 국내의회 제정법과의 관계는 新法優先의 原則에 의하게 된다.[44] 국제주의자의 입장에서는 신법우선의 원칙이 자국의 이익을 고집하기 위한 정략적 성격의 것으로 이용될까(소위 "power-oriented last-in-time rule") 우려하고 있다. 물론 국가주의자의 입장에서 보면 의회는 헌법체계하에서 그 사회의 지혜를 대표하고, 국제사회가 모든 善을 대표하는 것은 아니라고 반박할 수 있을 것이다. 앞서 본바와 같이 WTO협정체제는 경제문제 전반을 규율하는 것도 아니고, 국제무역 분야에 한하고 있고, 조약의 국내적 효력에 관한 兩分說[45] 등 국제규범의 국내적 차원에서의 缺損이 불가피한 상황에서 국내의회는 신법우선의 원칙에 따라 자국의 통상이익을 지키려는 경향을 보인다. 특히 이러한 경향은 WTO에 대한 기대가 자국에 대한 불리한 결정들로 인하여 실망으로 바뀐 나라들에서 발생한다. 예컨대 미국이 대표적인 경우일 것이다. 국제주의자들의 신법우선의 원칙에 대한 경계는 일면 타당한 면이 있지만, 이상적·현

러한 법제는 의회내 정략과 정국불안으로 법적 안정성을 위협하였다. 헌법제정회의라는 독특한 입법방식으로 인한 헌법의 경성성, 마아샬 대법관의 위헌법률심사제로 인하여 의회제정법에 대한 헌법우위가 선언되었으나, 국제조약과 의회제정법과의 관계는 여전히 신법우선의 원칙에 따른다고 보는 것이 다수설이다.

44) 헌법, 국제법, 연방법률, 주법률 등에 관한 법위계론과 신법우선의 원칙에 관하여, Vasan Kesavan, supra note 42, Ch. I. the Rising tide of Last-in-time rule 참조.

45) 자동집행조약과 비자동집행조약의 구분은 멀리 Locke의 외교적 대권과 국내통치권의 구별에서 기원한다. 즉 Locke는 일정한 경우에 조약은 비자동집행적 성격의 것으로 체결될 수 있다고 하였다. 이러한 Loke의 사상이 연방헌법에 영향을 미친 것은 당연하나, 현재의 미행정부나 입법부의 관행은 비자동집행적 조약(Non-self executing treaty)의 체결을 원칙으로 하고 있고, 연방대법원은 조약의 국내적 차원에서의 효력에 관하여 비자동집행적 성격(presumption of non-self execution)을 추정하고 있다. Id. pp. 1628-1629.

실적 관점에서의 국가주의자들의 재비판과 장애도 만만치 않다. 첫째, 현실적으로 신법우선의 원칙은 블랙스톤 이래 현재에 이르기까지 국제법과 국내법의 관계에 관한 다수설적 견해이고, 둘째, 자동집행적 성격의 조약과 비자동집행적 성격의 조약 구분, 헌법적 차원에서 內治에 대한 외교정책의 특수성, 統治行爲論 및 사법심사 자제론 등으로 인하여 사법기관의 역할은 제한적일 수 밖에 없게 된다. 즉 사법부는 모호한 경우 自國 의회제정법 선호로 이어지는 경우가 많으며, 국내사법부가 적극적으로 시민사회를 위한 世界的 憲法政策者로서 기능할 것을 기대하기는 어렵다. 이러한 난점은 국제법의 국내적 효력에 관하여 相互主義의 원칙을 취하는 경우 사법부로서도 適用法의 선택에 있어 보다 신중할 수 밖에 없어 더욱 가중된다.

전술한 바와 같이 시민사회의 진전은 시장의 실패로 인하여 새로운 國家的[46]·國際的 管理體制[47]를 탄생시켰다. 그러나 국가적 관리체제와 국제적 관리체제는 국가주의자와 국제주의자의 대립과 조화문제를 가져오고 있다. 미국은 WTO 탄생에 적극적으로 관여하면서 WTO는

---

46) 예컨대 1930년대 미국의 뉴딜정책 등이 그것이다.

47) WTO체제로 대표되는 국제통상관리체제는 다음과 같은 세가지 패러다임에 기초하고 있다. 먼저 자유, 평등, 소유권의 보호, 계약의 자유 등 소위 인간관계와 거래에 관한 가장 원초적인 법이 필요하고, 이를 "transaction law"라 할 수 있다. 이는 완전한 자율적·분권적 질서로서의 성격을 가지지만, 개인과 국가의 경제적 이기주의(homo economicus)로 인하여 실패할 수 밖에 없다. 이러한 원초적인 법의 실패가 소위 시장의 실패라 할 수 있고, 무임승차 (free riding), 공해(pollution), 독과점의 폐해 등은 그 대표적 예가 된다. 원초적인 법의 실패를 구제하기 위하여 관리체제가 필요하고, 그것이 소위 국가와 WTO체제 등 제도화와 통합을 위한 법 "organization law" 이라고 할 수 있다. 그러나 국가적 관리체제도 세계시장을 기준으로 보면 실패할 수 있고, 이러한 정부의 실패(governmental failure)는 시장의 실패(market failure)보다도 폐해가 클 수 있다. 따라서 이를 위하여 통상에 관한 영구한 헌법체제의 필요성 "constitutional law"이 발생한다. 이러한 세계경제헌법체제가 WTO라 할 수 있다. WTO가 기초하고 있는 세가지 패러다임에 관하여, Petersmann, supra note 31, 402-405면 참조.

종국적으로 미국의 통상이익의 증진에 기여할 것이라고 낙관하였다. 그것은 미국의 자유시장경제체가 WTO 이념을 통하여 국제사회에 확산될 것이고, 이는 미국기업에 이익을 가져올 것이라는 예측에 기초한 것이다.[48] 그러나 WTO 체제가 시간을 더해 감에 따라 미국에 불리한 권고와 판정이 많아지고, 국내적으로 국제사회에 대한 회의적 시각도 만만치 않다. 즉 자국의 노동자보호문제랄지, 국내 보건정책이나 환경정책까지 WTO에 의하여 통제받는 현실에서 헌법적 차원의 主權問題가 제기되는 한편, 의회의 전략적 대응도 새로이 모색되고 있다고 한다. 앞서 언급한 신법우선의 원칙에 따라 국제조약이나 WTO 결정 등 국제사회의 규범적 요구에 대하여 통상이익을 수호하기 위하여 필요한 경우 기존 국제조약을 무시할 수도 있다는 것이다. 국제주의자들은 이러한 미 의회의 경향을 전술한 바와 같이 정략적 또는 권력정치적 신법우선의 원칙이라고 비판하고 있다. **국가주의자들은 법리적으로 헌법적 차원의 "대표성과 위임의 문제(delegation)"를 제기한다.** 국제조약의 경우에는 헌법상 조약체결권에 따라 국가를 대표하는 자가 조약을 체결하고 체결된 당해 국제규범은 국가 내에서도 헌법적 차원의 대표성을 인정받을 수 있지만,[49] 국제사법기관의 결정은 헌법적 대표성 내지 국민수임기관으로서의 지위를 결하여 국내적으로 직접적 효력을 발생할 수 없다는 것이다. 이를 해결하기 위하여 의회의 행정부에 대한 위임에 있어 발전된 法理인 "明白委任의

48) 미국의 경우 규모가 큰 다국적 기업은 개발도상국의 전체 국가경제규모와 버금가게 되므로, 미국의 경우 기업의 자유를 신봉하고, 국제사회에서 자유시장경제체제를 주장하는 것은 놀라운 일이 아니다.

49) 그런데 미국의 경우 자동집행적 조약과 비자동집행적 조약이론에 따라 미국정부가 서명비준한 조약의 경우에도 자동집행적 성격의 조약에 한하여 국내적으로 직접적 효력을 인정하고 있고, 비자동집행적 조약의 경우에는 사법기관의 재량에 따라 그 국내적 효력이 인정되기도 하고 부인되기도 한다. 미국법상 조약의 성격에 관한 양분론은 헌법구도상 외교정책영역과 국내통치부분을 구별하는 관념, 국제사회와의 관계에 있어 대통령과 행정청의 재량여지를 넓히는 실제적 효과를 가지고 있다.

원칙"이 국제사법기관결정의 국내적 효력에 관하여도 적용되어야 한다는 견해가 주장되고 있다.[50] **현재 경제적 차원의 국제사회와 그 규범체제, 즉 WTO의 경우 그 분쟁해결기구의 결정은 미국과 EU에서 자동집행력을 인정받고 있지 못하다.[51] 즉 미국과 EU의 시민은 자국법정에서 WTO분쟁해결기구판정에 근거하여 자신의 권리를 주장할 수 없다. 이는 전술한 자유와 평등이라는 시민사회의 기본원칙과 이념을 보편적으로 확산시키는데 있어 장애라 아니할 수 없다.[52]** 국제주의자들은 국제법·국내법 일원론이나 선례구속의 원칙에 따라 국제사법기관의 국내적 효력을 인정하여야 한다고 주장하나, 법리상 선례구속의 원칙은 판례법국가에서만 인정되고 있고, 국제사법기관과의 共助라는 차원에서의 접근도, 전술한 바와 같이 국내헌법상 대표성의 문제, 위임의 법리에 따른 제약이 있어 禮讓과 法理의 衝突의 문제가 발생하게 된다. 따라서 WTO와 국제통상영역에서의

---

50) 즉 대통령이나 의회가 국제사법기구창설에 관한 조약체결을 하는 경우 행정입법에 있어 범위를 명확히 정하여 위임하는 것과 같이 당해 결정의 국내적 자동집행력을 명확히 정하여 조약을 채결하여야 한다는 것이다. 이러한 입장은 전술한 바와 같이 헌법에 대하여 국제조약은 의회제정법과 같고, 조약을 해석하고 분쟁을 판정하는 국제사법기관은 행정입법을 하는 행정청에 비견된다고 보는 입장과 상통한다. 즉 그러한 명백한 위임이 없는 경우에는 국제사법기관의 결정은 국내적 효력의 근거가 없고, 선례로서 법원을 구속할 수 없게 된다.

51) 미국과 EU는 분쟁해결기구의 판정에 관한 국내적·직접적 효력을 부여하고 있지 않다. 즉 미국의 경우 5인의 연방항소법관으로 구성된 분쟁해결기구판정 심의위원회가 설치되어 있다. G. N. Horlik, WTO Dispute Settlement and the Dole Commission, 6 J. World Trade 45-48 (1995). 또한 EU의 경우에도 기초조약에서 WTO설립협정과 부속서가 국내적으로 직접적(자동집행적)효력을 갖는 것은 아니라고 선언하고 있고, 유럽사법재판소도 같은 취지의 판결을 한 바 있다. Official Journal of the EC, No. L336-2(December 23, 1994).

52) 즉 전술한 헌법국가사상과 시민사회의 확대에 있어 사법기관의 역할의 중요성을 감안할 때에 국제사법기관결정이 국내에서 국내적·직접적 효력을 갖지 못하는 것은 국제사회의 통합에 있어 중대한 걸림돌이 된다고 본다.

법치주의는 국내적 차원에서 사법적 통제라는 한 본질을 결하게 되어 그러한 한도에서 장애를 갖게 된다.

본 버드법은 모처럼 국제사법기관인 WTO분쟁해결기구와 국내사법기관인 미 연방법원이 한 목소리로 그 위헌성을 확인하였다는 점에서 의의를 갖는다. 물론 그 위헌성의 근거는 당해 사법기관의 심사기준을 제공하는 준거규범의 차이로 인하여 상이하다. 미 연방법원은 자국의 헌법에 따라 위헌성을 심사하게 되므로, 국가사회를 구성함에 있어 시민에게 보장되는 불가침의 인권전반이 심사범위가 됨에 반하여 WTO의 경우에는 다자간 무역규범을 통하여 보장하려는 통상의 자유와 기업간 평등, 기회균등과 공정경쟁 등 경제 특히 국제무역에서의 요구되는 헌법적 이념이 심사기준이 된다. 따라서 심사기준 또는 사법기관이 적용하여야 할 법 및 국가사회와 국제사회가 처하고 있는 현실 및 이해상반, 정책상의 차이로 인하여 국내와 국제사법기관 간 불일치한 판결이 내려질 가능성은 매우 크다. 특히 미 연방법원이 평등권위반에 관하여 설시한 바와 같이 평등권침해심사에 있어 사회·경제입법영역은 그것이 "의심스러운 차별" 내지 "다른 중대한 기본권 침해"문제를 가지고 있지 않는 한 "엄격심사기준"이 아닌 "합리성 심사기준"에 의한다. 이때에 重大한 基本權이란 사생활의 자유, 여행의 자유, 표현의 자유 등 국가사회에서의 인격의 유지, 자아발전, 정치적 참여와 관련된 것으로서 그것이 불가침의 천부인권으로서 개인에게 본래적이거나, 정부의 구성이나 비판과 관련하여 직접적으로 관련을 갖는 기본권 등을 의미한다. **따라서 경제법·통상법 영역에 대한 국내적 위헌심사에서 위헌선언이 내려질 가능성은 매우 희박하다. 즉 엄격심사기준이 아닌 合理性 審査基準에 의하는 경우 법원은 심지어 행정부가 예상하지 못한 입법목적을 스스로 구성하여 정책수단과 입법목적과의 합리성을 推定·再建할 수 있기 때문이다.**[53] 따라서 현재 법치주의의 세계적 실태에 의할 때에 국제주의와 국가주의의 관점 차이와 잠재적 갈등은 완전히 해소되었다고 볼 수

없다. 또한 양 사법기관에 의하여 적립금배분조항의 위헌성이 확인되었다 하더라도, 미 연방법원의 판결의 취지가 WTO판정과 동일한 것도 아니다. 즉 미 연방법원은 우리 헌법재판소의 일부위헌결정과 같이 찬성기업에 한하여 적립금배분을 하는 것은 헌법에 위반된다는 취지의 양적 일부위헌결정을 한 것이다. 즉 적립금배분제도 자체가 위헌이라는 취지는 아니므로, WTO분쟁해결기구가 협정해석상 반덤핑과 보조금효과를 상쇄하는 국내조치로는 "關稅賦課, 暫定措置, 제시된 價格引受만이 가능하다"는 취지와 동일한 것이 아니다. 따라서 **연방법원이 설시한 바와 같이 의견표시에 기초한 적립금배분이 아닌 실손해 발생에 보다 직접적이고 합리적으로 관련성을 가지면서 표현의 자유를 침해하지 않는 적립금배분제도는 헌법해석상 국내적으로 용인가능하고, 그렇다면 다시 전술한 국제사법기관 판결의 국내적 효력의 문제가 발생하게 될 것이다.**

또한 WTO 분쟁해결기구가 회원국 경제법령 및 국가제도·관행 등을 협정에 따라 심사한다고 해도, 그 범위는 포괄적인 것이 아니다. 당연히 경제영역 중 국제무역, 즉 통상에 국한될 수 밖에 없으며, WTO 분쟁해결기구의 說示에서도 알 수 있듯이 당해 무역협정이 규정하는 사항과 直接的 關聯性이 인정되어야 한다. 즉 버드법의 적립금배분조항이 국가의 일반 예산집행차원의 국내적 문제인가 아니면 반덤핑 또는 보조금판정과 관세부과에 관한 국제적 차원의 협정위반의 문제인가가 중요한 쟁점의 하나가 된다. 그 점에 관한 한 WTO 패널이나 항소기구가 "대응하고 상쇄하는(against)"이라는 협정문언을 보다 적극적으로 이해하고, 덤핑이나 보조금판정 및 관세의 부과와 직접적으로 관련되는 국내조치가 아니더라도 그러한 판정이나 관세부과를 "전제로 한" 국내조치에까지 협정위반 문제가 발생한다고 확대

53) 즉 실제상 미국법원의 관행은 엄격심사의 범주에 드는 경우는 違憲을 豫定한 심사를, 합리성심사의 범주에 드는 경우에는 合憲을 예정한 심사를 행하고 있다.

해석한 것은 國際主義者에게는 의미가 있다고 본다.

3. 戰略的 通商利益의 추구와 善意·公正의 원칙

16개국 공동으로 미국을 제소한 본 사안에서 WTO는 반덤핑협정, 보조금협정, 상품무역협정의 관련조항을 근거로 동 조항은 협정이 적용되는 국내조치에 해당하고, 또한 협정이 허용하지 않는 정책수단인 적립금배분을 법제도화함으로써 관련협정에 위반되었다고 보았다. WTO 항소기구에 의하여 배척된 일부 WTO패널의 판정요지 중 조사개시청원에 관한 국내정책수단선택이 WTO 전체 규범체계를 관통하는 선의공정의 원칙에 위반되었다고 한 점이 주목된다. 시장의 자유와 기업·국가간 非差別, 공정경쟁의 보장이라는 WTO 이념에 비추어 볼 때에, 국내 동종기업에 대한 적립금배분은 덤핑기업 내지 보조금지원을 받은 기업의 입장에서 보면 관세부과라는 불이익과 동종 미국 국내기업의 배분수익으로 인한 상대적 기업경쟁력의 감소 등 二重의 불이익을 당하는 결과가 된다. 또한 적립금배분시 의견표시를 기초로 적립금을 배분하는 경우 공정한 기초조사가 가능하지 않다고 본 패널의 견해 역시 타당한 면이 있다고 본다. 항소기구는 이러한 패널의 판정에 대하여 공정한 조사의 문제는 대외적 규제에 관련된 것이라기 보다는 對內的 節次考案에 관한 문제이므로 직접적으로 협정위반의 문제가 있다고 보기는 어렵다고 설시하면서 패널의 판정을 파기하였다. 이러한 항소기구의 입장은 국내문제에 관하여 관여를 최소화하고 다자간 무역규범해석에 있어 해석상 통일을 담보하여야 할 지위를 고려할 때에 이해될 수도 있다. 그러나 사실 반덤핑협정이 체결되어 있고 덤핑행위에 대한 경제적 평가에 대하여 경제학적인 관점에서도 의견이 다른 현실에서 덤핑조사를 남발토록 할 우려가 있는 방식의 조사는 엄격한 국내조사요건을 규정하고 있는 협정조항을 의미없게 만드는 결과를 야기한다고 본다. **특히 전술한 헌법국가의 이상과**

소비자이익의 극대화라는 관점에서 국내기업에 대하여 조사에 찬성토록 하는 것은 미 연방대법원의 설시대로 기업의 양심의 자유를 침해하거나 공정한 덤핑조사와 소비자이익54)을 희생하는 "反憲法國家的 결과"를 야기한다.

또한 항소기구에 의하여 파기되었지만 패널이 원용한 선의공정이라는 일반원칙은 회원국이 국내통상정책을 전략적으로 남용하는 것을 방지한다는 관점에서 의미가 크다고 본다. 한편 국내 위헌심사와 WTO 체제의 성격상 차이로 인하여 연방법원의 버드법에 대한 사법심사에서는 이러한 점이 고려되지 않고 있다. 적립금배분제도라는 독특한 제도가 국제통상에 있어 기업간 또는 회원국간 공정경쟁이라는 관점에서 매우 이례적일 뿐만 아니라 미연방법원도 인정하였듯이 연방정부의 관례적이고 공적인 성격의 연방 자금지원과는 성격을 달리한다. 즉 이는 국가의 사기업에 대한 공공연한 지원인 것이다. 그러나 패널과 달리 연방법원은 세제 감면정도의 문제로 이를 인식하고 있고, 연방법원의 판결취지가 적립금배분제도 자체의 위헌성을 확인한 것이 아니라 그 배분방식의 위헌성만을 확인한 상황에서 국내위헌심사의 본질적 한계로 인하여 전략적 차원의 국내통상정책의 남용가능성을 국내사법기관이 치유한다는 것은 문제가 있을 수 밖에 없다. **따라서 전술한 바와 같이 국제사법기관판정의 국내적·직접적 효력을 담보할 수 있는 체제를 이론적으로 또는 제도적으로 확보할 필요가 있다고 본다. 지금과 같이 미국과 EU 스스로 국내적·직접적 효력을 否認하고, 국내적 효력부여를 위한 독자적 심의체제나 법체계를 유지하는 것은 자국의 통상이익에 반하는 경우 경제영역에서마저 UN식의 拒否權을 인정하는 것과 다를 바 없다고 본다.**

Ⅴ. 結 語

54) 상품의 품질이 같다면 덤핑상품은 국내소비자에게 경제적으로 유리할 것이다.

대한민국도 16개국의 하나로서 미국의 버드법에 대하여 WTO에 제소한 바 있고, 동법의 적립금배분조항이 관련협정에 위반된다는 결정이 있었으며, 이는 通商正義의 확보라는 관점에서 진보적 성과의 하나라고 볼 수 있다. 그러나 미 연방법원의 판결이 적립금배분조항 자체를 위헌으로 본 것이 아니어서 미 의회가 법원의 판결취지에 어긋나지 않는 범위내에서 적립금배분조항을 그대로 유지할 가능성이 있고,[55] 이는 미 국내 헌법체계 및 해석론상 불가피한 것일 수 있다. 최근 미 정부는 의회의 政略的 新法優先의 원칙, 자국의 주권과 통치권의 보존 등 통상영역은 물론이고 국제사회에서 자국의 正體性과 利益을 보호하려는 경향을 보이고 있다. 그러한 경향이 헌법상 삼권분립의 원칙과 외교통상정책에 관한 司法禮讓論에 따라 사법부의 司法消極主義와 연결되는 경우 국제사회의 통합과 진전이 위협받는다고 본다. 주지하다시피 미 연방의 발전사에서 볼 수 있듯이 연방헌법상 주제간 통상조항(Interstate commerce)과 이의 해석을 통한 연방대법원의 역할은 미국의 정치적 통합을 위하여 중요한 의미를 가진다. EU 통합 역시 비슷한 과정을 거쳐 현재에 이르고 있으며, 이는 政治的 統合을 위한 전제로서 經濟的 統合이 얼마나 중요한가를 보여주고 있다. 그러나 WTO 체제에 대한 미국과 EU의 법제적 대응은 자국의 통상이익을 보호하기 위하여 국제규범영역과 국내규범영역을 구별하고 달리 취급하려는 경향을 보이고 있다. 또한 통합의 전제가 되는 자유와 평등이라는 시민사회의 보편가치 수호자로서 사법기관의 공조와 협력도 전술한 바와 같이 법리적 관점에서 문제를 내포하고 있다. 본 논문은 헌법국가의 이상이라는 관점에서 국제협정체제와의 조화의 문제를 최근 가장 대표적인 버드법 사법심사를 중심으로 그 의의와

55) 물론 미국의 경우 연방법원의 위헌결정은 우리 헌법재판소의 위헌결정과 같이 일반적 효력을 갖지 않는다. 즉 구체적 규범통제제도하에서 위헌결정은 당해 사안에 한하여 개별적 효력만을 갖는다. 그러나 연방법원의 견해는 사실상 미 의회를 구속한다고 보는 것이 定說이다.

시사점을 짚어 보았다. 국제협정체제와 그 유지를 위한 準司法的 性格의 분쟁해결기구와 국내사법기관의 접근방식은 어느정도 차이를 가질 수 밖에 없으며, 보다 원활한 사법서비스의 제공을 위한 판결의 자동집행력 부여의 문제 등 국제통상법적으로 보다 체계적이고 비교법적인 후속 연구가 필요하다고 본다. 여하간 국제협력의 분위기하에서도 현실적으로 국제사회와 주권과의 갈등가능성은 불가피한 측면이 있고, 그것이 국가통상 전략적 문제를 내포하는 경우 더욱 악화될 우려도 있다. 이러한 상황에서 우리나라도 국제협력을 꾸준히 추진하는 한편, 우리의 통상이익을 수호하기 위하여 필요한 전략적·법제적 대응을 신중히 생각해볼 필요가 있다고 본다. 국가의 통상이익을 수호하기 위한 전략의 고안은 보다 포괄적이고 체계적 분석이 필요한 문제이지만 본고의 주제와 관련하여 몇 가지 점을 예시해 보도록 한다.

첫째, 정부가 경제와 무역의 중요성을 강조해 오면서도 법제적 차원에서는 문제를 소홀히 하고 있는 면이 있다고 본다. 중요한 통상사안의 결정에 관하여는 국가적 차원에서 대통령이나 대통령 직속 종합통상행정관청을 설치하여 그 권한과 책임으로 하는 것이 좋다고 본다. 미국의 1974년 무역법이나 1988년 종합무역법이 한 예가 될 수 있다. 의회와 행정부의 외교통상문제에 관한 적극적 자세와 정책과 협상에 있어 재량범위를 넓히고, 사법부는 상호주의에 바탕하여 헌법의 해석을 통하여 국민의 권익수호차원에서 최후의 보루로서 역할하여야 한다.

둘째, 외교통상 행정의 주무부서를 일원화 또는 간이화하여 체계적 행정체계를 갖출 필요가 있다고 본다. 현재의 법제 하에서는 과거 중국으로부터의 마늘수입에 관한 수입제한조치문제에서 드러난 바와 같이 권한과 책임을 일원적으로 귀속시키기 어렵고 책임행정을 확보하기 어렵다고 본다. 미국의 대통령직속 외교통상대표부와 같은 기구를 설치하는 것이 한 방법이 될 수가 있다. 그렇게 되면 사법부의 통상행정에 관한 사법심사도 보다 전략적이고 행정부의 재량을 존중할 필요가 있는 영역과 일반 행정처분적 성격을 갖고 사법심사가 자유로울 수 있는 영

역으로 구분되는 등 사법심사이론과 상응하여 발전될 필요가 있다.

셋째, 전문성을 갖춘 법관으로 구성된 전담 국제무역법원을 설치할 필요가 있다. 통상문제는 다른 행정영역과는 다른 성격이 있고, 헌법적 차원에서도 외교문제는 다른 국내적 차원의 문제와는 달리 취급되고 있으므로, 이에 상응하여 최소한 전담 국제무역법원이 설치될 필요가 있다고 본다. 독일의 연방통상법원이나 미국의 국제무역법원이 하나의 본보기가 될 수 있다.

넷째, 미국의 슈퍼 301조나 EU의 新通商政策과 같이 방어적 자세에서 보다 공격적이고 전략적 통상정책으로 전환을 추진할 필요가 있고, APEC나 중국, 일본과의 지역협력체 구상 등 기존협력체제를 강화하는 한편으로 지역연대를 추진할 필요가 있다. 그러한 영역은 헌법상 적극적 권력으로서의 성격을 갖는 행정부와 의회를 통하여, 시민의 권리차원에서는 사법부의 역할을 통하여 국익을 수호하여야 한다고 본다. 또한 외교통상협력관계의 증진·유지 못지않게 그 분쟁해결기관 판정의 국내법적 효력의 부여와 관련하여 법률전문가로 구성된 심의기구를 설치할 필요가 있다고 본다.

[참고문헌]

1. 문 헌

Ernest-Ulrich Petersmann, Constitutionalism and International Organization, Symposium: Institution of International Economic Integration,

Ernest-Ulrich Petersmann, How To Constitutionalize International Law and Foreign Policy For the Benefit of Civil Society? 20 Mich. J. Int'l L. 1 (1998).

G. N. Horlik, WTO Dispute Settlement and the Dole Commission, 6 J. World Trade 45-48 (1995).

Official Journal of the EC, No. L336-2(December 23, 1994).

Symposium: WTO "Constitutionalism", Jeffrey L. Dunoff, Constitutional Conceits: The WTO's Constitution and Discipline of International Law, 17 Eur. J. Int'l, L. 647 (2006).
Vasan Kesavan, The Three Tiers of Federal Law.
권영성, 헌법학원론, 박영사, 2001
김기영, 헌법강의, 박영사, 2002

2. 판 례

American Library, 539 U.S. 203, 123 S.Ct. 2297.
FCC Communications, Inc., 508 U.S. 307, 313, 113 S.Ct. 2096, 124 L.Ed. 2d 211 (1993).
N.A.A.C.P. v. Button, 371 U.S. 415, 429, 83. S.Ct. 328. 9. L.Ed. 2d 405.
Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593, 92 S.Ct. 2694
PS Chez Sidney, LL.C. v. U.S. Intern. Trade Com'n, 442 F. Supp. 2d 1329. CIT (2006)
Roth v. United States, 354 U.S. 476, 484, 77 S.Ct. 1304, 1 L.Ed. 2d 1498.
SKF USA Inc. v. U.S. 451 F. Supp. 2d 1355 (2006)
Stromberg v. California, 283 U.S. 359, 369, 51 S.Ct. 532. 75 L.Ed. 1117.
United States v. Associated Press, 52 F. supp. 362, 372 (S.D.N.Y. 1943)
US v. Australia etc, Continued Dumping and Subsidies Act of 2000, WT/DS/217, 234 (2003)
Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375-76, 47 S.Ct. 641, 648, 71 L.Ed. 1095.