

## 國際通商法の 발전과 憲法國家의 典型： 미합중국 憲法原則과 法制史를 중심으로

The constitutional states and international trade regime:  
Some commentary on the potential conflict thereof.

김기영\*

### 目 次

- |                                     |                    |
|-------------------------------------|--------------------|
| I. 序論                               | IV. 國際司法機關과 憲法の 충돌 |
| II. 國際社會의 通商警察로서의 세계무역기구(WTO)       | V. 結語              |
| III. 國際法과 國內法間의 基本적 문제들:<br>法制史的 斷想 |                    |

### I. 序 論

세계화의 진전으로 국제사회의 연대와 세계무역기구(WTO, 이하 WTO라 한다), 국제형사법재판소, 국제환경보호에 관한 새로운 국제규범체계의 모색 등 국제적 차원의 법치주의가 비약적 발전을 보이고 있다. 이제 시민은 일국의 헌법체계속에서 보호받고, 자신의 의무와 권리를 보지하는 존재로서가 아니라, 알게 모르게 국제규범 체계속에서 생존해가고 있다. WTO와 같은 국제통상관리체계의 등장과 그 역할은 당연히 우리 시민과 기업에게 영향을 미치고 있으며, 이러한 국제법체의 변화는 우리에게 그 통치권의 정당성에 관한 문제를 제기한다. 통치권의 이론적 정당성에 관한 고전적 사회계약설에 의하면 시민은 자신의 생명과 자유 재산에 관하여 자연법에 반하지 않는 국가의 최고법과 법제에 자신을 통치할 수 있는 권리를 정부에 위임하게 된다. 이러한 근대 헌법원리에 의하면 WTO같은 국제기구가 자신과 관련된 문제에 관하여 결정하고

\* 조선대학교 법과대학 부교수

자신의 권리와 의무의 범주를 한정하는 것은 세계시민권이 현실적으로 인정되지 않는 상황에서 국가의 외교정책과 국제법체계 내에서 찾을 수 밖에 없다. 대부분의 국가는 자국의 최고법에서 통치구조의 대강과 기본권보장을 선언하면서 국제사회와의 기본적인 관계에 관한 규정을 두고 있다. 예컨대 우리나라의 경우 신체의 자유랄지 행복추구권 등 기본권의 장에서 시민이 인간답게 살기위한 기본적 권리를 규정하고, 대통령, 국회, 사법부 등 통치구조에 관한 장을 두면서, 대통령에게 조약체결권을, 국회에 중요조약에 관한 동의권을 규정하고 있는 것이 그 한예가 된다. 또한 총강에서는 국제평화주의와 국제법 존중주의를 헌법의 기본질서의 하나로 규정하고 있다. 미국의 경우도 연방헌법에서 최고법조항(federal supremacy)을 두어 미국정부가 체결한 조약은 연방헌법 및 연방법과 동일한 위상을 갖고 국가의 최고법을 구성한다고 선언하고 있다. 이러한 국내헌법조항들은 아직은 현재의 국가통치권과 동일한 수준의 통치권을 행사하는 세계정부의 현실이 요원한 상황에서 국가의 통치권과 국제사회의 법치주의를 매개하는 전형적인 통로가 된다. 이러한 맥락속에서 WTO의 체제적 강화로 대표되는 최근의 국제통상법제의 변화양상에 관련하여 몇가지 헌법적 문제와 법원칙들에 관하여 간략히 살펴본다. 즉 WTO와 회원국간에 법제적 갈등을 야기할 수 있는 최고법에 기초한 헌법국가사상 보는 사상, 국제법과 국내법에 관한 규범평등론과 신법우선의 원칙 등을 법제사적 관점에서 살펴본다. 그리고 국제사법기관 결정의 국내적 직접적 효력에 있어 국내헌법이론인 明白委任의 原則(Super-strong clear statement rule)의 적용문제에 관하여 생각해 본다. 국내사법기관은 헌법을 정점으로 시민의 권리를 보장하고, 시민사회를 지탱하는 중요한 축을 이루어 왔다. 국제사법기관 결정의 국내적 효력문제는 WTO의 명실상부한 통상법치주의와 관련을 갖는 중요한 문제이다. 이 세가지 문제는 WTO와 회원국간의 갈등이 있는 경우 발생할 수 있는 가장 전형적인 법리적 문제이고, 특히 미국과 WTO간의 갈등이 왕왕 문제되는 시점이므로 미국법제사와 헌법원칙에 따라 문제되는 점을 짚어본다. 물론 이는 비단 미국에 국한되는 문제가 아니며, 다른 회원국과 WTO간의 갈등이 있는 경우에도 보편적으로 생각해 볼 수 있는 일반적 문제로서의 성격을 갖는 것은 물론이다.

## II. 國際社會의 通商警察로서의 세계무역기구(WTO)

WTO는 약 60개의 조약과 부속서, 결정, 양해각서라는 국제통상관리를 위한 포괄적 법적 집합체로서, 무역의 자유와 통상협상의 활성화, 통상에 있어서의 법적 예견가능

성, 경제개발, 공정경쟁 등을 지향하고 있으며,<sup>1)</sup> WTO 분쟁해결기구는 "crown jewel" 이라고 불릴 정도로 기존의 국제기구에서는 볼 수 없는 효율적인 사법기구로서의 특권을 부여받고 있다. WTO 탄생을 주도한 미국도 초창기에는 이러한 효율적 분쟁해결 기구에 대하여 통상협상을 통하여 회원국의 이익을 증진시키고, 회원국간 통상법치주의를 확립할 것이라고 찬사를 아끼지 않았다.<sup>2)</sup> WTO 분쟁해결기구<sup>3)</sup>는 통상관련 국내 사법기관과 동일하게 국제통상규범을 상위법으로 하여 국내 통상관련법제와 정부조치(소위 "domestic measure")가 다자간 통상협정에 위반하는지 여부를 심사하고 있으며, 구 GATT의 분쟁해결기구와 달리 逆滿場一致制에 따라 사법기관으로서 역할하고 있으며, 동 결정의 실효성은 감시와 보복조치의 승인을 통하여 확보하고 있다. 이러한 분쟁해결기구의 역할은 결정의 위하적 효과를 통하여 통제와 금지(deterrent effect)라는 예방경찰적 작용을 하고 있다고 평가할 수 있다.

즉 통상영역에서의 자유와 비차별의 이상을 구현하기 위한 WTO체제가 중립적 관리자로서의 역할을 가속화하면서, 회원국간 이해대립의 양상은 심화되고,<sup>4)</sup> 헌법상 주권 침해의 문제를 야기하고 있다. 헌법 또는 국제법상 국가주권 내지 통치권은 군과 정치세력을 통제·관리할 권한, 국가경제선을 통제할 권한, 다른 주권국가로부터 국가승인을 받을 권한, 베스트팔렌 주권으로 불리는 내정불간섭에의 권리 등 4가지로 구성되고, WTO의 주권침해의 문제는 국가의 내정불간섭의 문제와 관련을 갖는다. 미국패소의 WTO결정이 쌓여감에 따라, 국내비판자들은 WTO통상규범은 국제법에 불과한 것으로서, 국내법, 정부조치 등도 이에 부합토록 강제하는 것은 주권과 통치권의 침해이며, 의회가 국제통상기구 무한정의 통치권을 위임하는 것은 연방헌법상 인정될 수 없으며, 미국의 자기결정권을 침해한다고 비판한다. 비판자들은 특히 WTO의 본질은 국제관료기구(international bureaucrats)로서 국내통치기관과 달리 통치작용의 정당성을 정치적으로 확보할 수도 없고, 따라서 연방의회 제정법을 무효화할 수 없다고 한다.<sup>5)</sup> 이

1) WTO에 관하여, 서정두, 국제통상법, 삼영사 (2001) 107-142면 참조.

2) 즉 당시의 미국 통상대표는 강한 WTO는 미국의 이익을 가져올 것이라고 보았다. 그것은 미국은 가장 개방적 자유시장경제체제를 가지고 있고, 따라서 시장의 자유를 진작하는 WTO규범의 엄격한 적용은 중국적으로는 미국의 통상이익에 도움이 될 것이라고 본 것이다.

3) WTO 분쟁해결제도에 관하여, 서정두, 전제서, 479-532면 참조.

4) 서구민주주의 발전사에서도 순수 자유방임적 자유국가로부터 관리국가로의 발전단계에서는 사회적으로 많은 혼란이 있게 된다. 예컨대 노동법, 사회보장법 등 중간법 내지 사회법이 양산되었던 미국의 New Deal시대는 이러한 혼란의 대표적 예이다.

5) 이는 단순히 비판에 그치는 것이 아니다. 미의회는 반덤핑, 보조금과 상계관세, 수입제한조치 등에 관한 WTO의 과도한 간여가 미국의 이익에 도움이 되는지 행정부의 정기적 보고를 요구하기도 한다.

러한 비판은 고유의 국내정책으로서의 성격을 갖는 보건, 안전, 환경문제에 관한 WTO의 관여로 인하여 증폭되고 있다. WTO와 미국 국내정치와의 충돌의 몇가지 예를 들면, 예컨대 큐바에 대한 제재를 담고있는 Helms-Burton 법 일부조항이 WTO 통상규범에 위반될 우려가 있어 원안대로 집행되지 못하고, 대통령의 재량에 따라 매일 그 집행가능성이 검토되고 있으며, 이란·리비아 경제제재법상 외국인에 대한 경제제재조치도 법규정대로 집행하지 못하고 있으며,<sup>6)</sup> 철강재수입제한법도 WTO와의 충돌가능성 때문에 집행이 어려워 국내철강산업보호라는 입법취지를 달성하지 못하고 있다.

### Ⅲ. 國際法과 國內法間의 기본적 문제들: 法制史的 斷想

#### 1. Blackstone의 法思想과 新法優先의 원칙

국제법과 국내법의 관계<sup>7)</sup>에 관하여 현재 다수의 학자는 미국 마아살 대법관이 제창한 평등의 원칙(equality principle)에 따라 양 규범은 동일한 법적 위상을 갖고, 따라서 후에 제정된 신법이 우선한다고 보고 있다.<sup>8)</sup> 국제법과 국내법의 관계에 관하여 신법우선의 원칙을 취하는 입장도 그 이론적 근거를 달리 하는 경우가 있다. 예컨대 헌법국가와 주권론에 이론적 근거를 두고 국내의회는 선 조약에 반하는 국내법을 제정

6) 클린턴 행정부는 이란의 대량살상무기보유와 테러리스트에 대한 자금지원가능성이 미국안보와 외교정책, 미국경제에 심각한 위협이 된다고 판단하여, 동맹국의 반대속에서 이란 에너지산업분야에의 투자를 금지시키는 한편 일반적으로 투자와 통상에 관한 제한조치를 입법화하였다. 그것이 이란·리비아 경제제재법이고, 동 법에 대하여 EU는 국제통상법상 비합법적이고 수용될 수 없는 법이라고 비판하였고, 영국은 제 3국에 대한 불법적 내정간섭이라고 강력한 반대의 의사를 표시하였다. 동법상 일정한 필요조건을 충족하는 경우 대통령의 재량하에 면제가 가능하였는 바, EU와 영국의 반대에 봉착한 미국은 WTO의 결정이 내려진 바 없음에도 동 면제조항을 원용하여 법집행을 하지 않았다.

7) 국제법과 국내법의 관계에 관하여, 정용태, 국제법과 국내법의 관계, 법학논집 vol. 1, 청주대학교 법학연구소 (1986), 79-102면 참조.

8) 국제조약의 법규범적 효력과 관련하여 초창기 미국대법원은 명백한 태도를 밝히지 않았다. 최초로 1829년 Marshall 대법관이 Foster 사건에서 국제조약은 헌법상 연방법과 동일하게 국가의 최고법을 구성하고, 국내입법과 상관없이 자동집행력을 보유한다고 판시한 바 있다. 그 당시 국내법에 대한 국제법우위의 경향에 대하여는 아무런 언급이 없었다. 이는 규범간 평등의 입장에 있는 것으로 국제법과 국내법의 관계에 있어 신법우선의 원칙의 토대가 된다.

함으로써 국제조약을 부인할 수 있으며, 이는 국가주권의 관점에서 당연한 것으로 이론 구성하는 입장이다.<sup>9)</sup> 이 견해에 의하면 국가주권의 우위라는 이론적 특징으로 인하여 연방법에 의한 조약의 폐기나 수정은 인정되는 반면, 그 반대, 즉 신 조약에 의한 연방법들의 폐기는 불가능하게 된다. 현재 미국 대법원의 입장은 마이살식 규범평등론에 입각하고 있으며, 또한 국내법에 의한 조약폐기나 수정에 특별한 헌법적 수권도 필요한 것이 아니라고 본다. 그 실제적 결과는 외교정책과 조약체결에 있어 당해 조약의 실제적 내용이 헌법에 위반하지 않는 한, 통치구조적 관점에서는 조약을 둘러싼 모든 문제에 관하여 조약체결권을 부여받고 있는 당해 통치기관이 전권을 휘두르게 된다.

신법우선의 원칙은 로마법 이래 기본적 법원칙의 하나로 인정되어 왔고, 보통법의 기초를 다진 Coke경에 의하여 확인되었다. 신법우선의 원칙은 그후 Blackstone경에 의하여 체계화된다. 블랙스톤에 의하면 법에는 단계구조가 있는 바, 최 상위의 법으로서 자연법(law of the nature)이 존재하고, 차상위의 법으로서 국가간 법, 즉 국제법(law of nations)이 존재하며, 마지막 단계의 법으로서 국내법(municipal law)이 존재한다고 한다. 자연법은 이성에 바탕하지만, 이성의 불충분으로 인하여 신의 의지(divine relation)가 필요하고, 신의 의지는 자연법에 무한정으로 우위에 있다고 하였다. 블랙스톤<sup>10)</sup>은 이러한 체계하에 국내법의 중요성과 왕의 통제하의 행정부 및 의회주권 내지 의회주의의 원칙에 관한 자신의 의견을 체계화한다.<sup>11)</sup> 의회는 절대적이며, 이성에 바탕한 보통법은 시간이 지남에 따라 그 정당성이 의심되는 경우가 많으며, 따라서 의회 제정법은 이러한 보통법의 결함을 교정하는데 필요하고, 보통법국가에서 제정법은 보통법에 우선하게 된다. 새로운 의회의 제정법은 구 의회의 제정법을 폐기하며, 이러한 신법우선의 원칙은 의회가 통치구조상 최고기관으로서의 지위를 갖는다는 점과 호응을 이룬다. 보통법의 추상성과 결함은 국가의 발전으로 제정법을 산출하는 의회의 역할과 지위를 점차 중요하게 만든다.<sup>12)</sup>

9) 이러한 견해는 Taylor v. Morton에서 Curtis대법관에 의하여 수용되면서, 특히 국내정책 수단의 확보차원에서 헌법적 차원의 문제가 제기된다. 국제조약의 우위보다는 국내 통치기관이 입법을 통한 기존조약을 수정할 수 있는 법적 근거를 헌법적 차원에서 인정하여야 한다는 것을 강조하게 된다.

10) 블랙스톤과 한국헌법에 관하여는, 전효진, 한국에 있어 영국헌법이론의 초기수용 vol. 13, 석당논총 동아대학교 석당전통문화연구원 (1987), 191-236면 참조.

11) 즉 블랙스톤에 의하면 국내법은 보통법과 제정법으로 구성되며, 제정법은 보통법을 확인하거나 보통법을 수정하게 된다.

12) 즉 자연법이란 살인, 절도, 위증 등은 처벌되어야 한다는 것과 같이, 소위 인간이면 누구나 공감할 수 있는 쉬운 (human lawgiver)차원의 법에 불과하며, 근·현대 국가의 발전은

이러한 국내법에 대한 국제법우위의 사상과 신법우선의 원칙은 유럽 대륙법계 국가의 법철학에도 그대로 수용되어 왔다. 또한 그의 자연법사상, 의회주권과 신법우선의 원칙은 미국독립이전 식민지시대의 미국에 그대로 계승되었다. 즉 식민지시대 미국의 여러주는 자연권에 바탕한 헌법을 바탕으로 새로운 헌법국가를 형성하려 하였으나, 여전히 국가주권을 상징하는 의회는 의회법률의 개폐행식으로 헌법을 쉽게 개정하였고, 그러한 개정은 블랙스톤의 신법우선의 원칙에 따라 헌법마저도 개정된 범위내에서 효력을 쉽게 상실케 하였다. 자연법의 최고성은 훼손되었고, 자연법의 현현인 헌법<sup>13)</sup>은 신법우선의 원칙에 따라 의회 제정법과 충돌하였고, 의회에 대한 정치적 불신이 횡행하였으나, 의회주권사상의 영향으로 사법부에 위헌심사권을 부여하는대는 소극적이었다.<sup>14)</sup> 한편 식민지시대의 동맹규약 (Articles of Federation)은 국제조약과 같은 성격을 가지고 있는 한편, 제한적이지만 동맹차원의 조약체결에 관하여 규정하고 있었다. 동맹이 체결한 국제조약과 주의회제정법과의 관계역시 주헌법과 주의회 제정법과의 관계와 같이, 당시의 정치적 혼란과 의회주권사상의 영향으로 블랙스톤이 말한 신법우선의 원칙은 강조되었으나, 국제법우위사상은 거의 폐기되고 말았다.<sup>15)</sup> 미연방의

---

많은 사무적 영역(indifferent matters)에 관한 관리와 법이 필요하게 되고, 의회의 입법 자로서의 역할이 중요하게 된다는 것이다.

- 13) 당시의 Otis 같은 학자는 자연법의 구체화로서 헌법의 최고성을 강력히 주장한 바 있고, 사우쓰 캐롤라이나 주헌법제정에 관한 요지에서 Tudor, Tucker도 헌법은 의회제정법보다 우위에 있으며, 쉽게 개정되거나 변경되어서는 안된다고 하면서, 미국의 헌법국가화로의 초석을 제공하게 된다.
- 14) 헌법의 최고성을 주장한 제퍼슨은 버지니아주 헌법에 관하여 헌법도 의회에는 복종하여야 하고, 의회제정법의 하나에 지나지 않는다고 하였고, 제임스 매디슨도 사법부에 위헌심사권을 부여하는 것은 사법부의 의회에 대한 우위를 결과하여 통치구조원리상 부적절하다고 하였다.
- 15) 따라서 주는 미국독립을 확인한 파리조약을 비롯하여 동맹이 체결한 국제조약을 의회제정법을 통하여 쉽게 폐기하였고, 제퍼슨도 국제조약의 체결이 모든 국내적 수단을 포기하는 것은 아니라고 하면서, 국제조약의 국내적 실효성을 보장하지 않았다. Rutgers v. Waddington사건에서는 식민지시대 당시의 뉴욕주 소유권보호법과 점령지처리에 관한 파리조약이 문제되었는 바, 소유권보호법에 따라 자신의 상점을 점거·사용한 영국 상인에 대한 소유권자의 임차료지급청구소송에서 법원은 파리조약에 따라 영국상인의 임차료지급의 무가 없다고 판시하였다. 동 판결은 국제조약의 국내적 효력에 관한 표시가 되는 판결이라고 인용되고 있다. 그러나 당시 Duane판사의 판결이유를 보면 신법우선의 원칙은 미국법상 확고한 법원칙이고, 국제조약은 주의회 제정법에 의하여 개정될 수 있다고 하였으며, 다만 법률이 명시적으로 국제조약에 반하는 규정을 가지고 있지 않는 한 암묵적으로는 국제조약을 개정할 수 없다고 보았다. 즉 동 사건의 피고측 변호인인 Hamilton, 원고측 변호인 그리고 주심법관은 모두 의회주권과 신법우선의 원칙에 따라 국제법우위나, 국제법의 국

기초를 마련한 제이나 매디슨의 보고서에도 주의회 제정입법이 외교정책 또는 국제법상 국제예양의 원칙에 따라 당시의 국제조약에 부합되어야 하고, 국제조약은 신법우선의 원칙에 따라 그 이전의 국제조약과 의회제정법에 우선한다는 점이 수차 강조되었으나, 그것이 의회가 국제조약에 반하는 법률을 제정하였을 때 그 효력이 부인된다는 것은 아니었고, 당시의 의회는 거의 의도적으로 국제조약에 반하는 법률을 제정하는 경향을 보였다.<sup>16)</sup> 즉 식민지시대에도 여전히 국제법우위 사상은 인정되지 못하였다.

## 2. 필라델피아 憲法會議와 憲法國家思想

독립전쟁후 주의회 제정법의 잦은 파리조약위반은 미국의 국제적 지위의 문제를 야기하였고, 그러한 문제는 필라델피아 헌법회의로 이어진다. 따라서 동 헌법회의에서는 주법률과 국제조약간의 효력상 상호관계가 중요한 의제가 되었고, 연방법의 최고성조항에 따라 국제조약은 연방법과 동일한 위상으로 주법에 우선하게 된다. 문제는 당시 주의 강력한 국가성으로 인하여 주법에 대한 연방법의 우위에 헌법회의의 초점이 맞추어졌고, 연방법과 국제조약간의 법 위계에 관하여는 헌법에 규정을 두지 못하였다는 점이다. 따라서 당시의 Blackstone의 법사상에 의하면 식민지시대 및 헌법회의 당시의 미국은 건국과정에서 헌법구도에 있어 다양한 가능성을 가지고 있었다.<sup>17)</sup>

내적·직접적 효력을 지지하지 않았다.

- 16) 당시 미국동맹이 체결한 국제조약들은 전쟁발발 전 영국시민의 재권회복에 관한 국제적 차원의 협조에 관련된 것이 주였다. 그런데 당시 많은 주의회는 제정법을 통하여 그러한 재권의 무효와 채무이행거부의 정당성을 인정하는 법률 제정하여 시행함으로써 국제조약을 부인하다시피 하고 있었다.
- 17) 주지하다시피 미국은 세계에서 최초로 성문헌법을 제정한 나라이고, 미국헌법의 제정에 있어 로크와 루소의 자연법사상 몽테스키외의 권력분립론이 많은 영향을 끼쳤다. 이에 비하여 블랙스톤의 자연법사상은 자연법의 법체계상 우위를 인정하지만, 근·현대 관리국가의 발전에 발맞추어 자연법의 최고성보다는 의회주권을 대표하고 공공이익의 극대화로서의 성격을 갖는 제정법의 역할을 강조하고, 의회제정법률과 보통법의 관계, 의회의 최고성과 신법우선의 원칙 등에 관한 체계적 법이론을 제공한다.

(표)

Blackstone의 법사상과 주요 경우의 수 (세세하게 더 많은 경우의 수가 있을 수 있음)	주의 국가성을 유지하고 동맹규약 등 국제조약체제로서 남는 경우	연방헌법을 제정하고 연방국가를 건국하는 경우
제 1 경우	버지니아주 헌법 등 자연권으로서의 기본권을 담고 있는 주헌법이 최고법의 지위에 있고, 의회제정법률과 국제조약간에 신법우선의 원칙에 의하는 경우	연방헌법의 최고성을 인정하고 연방의회제정법률과 국제조약간에 신법우선의 원칙에 의하는 경우: 물론 주헌법이나 주법률은 연방헌법이나 연방법률의 하위법이 된다.
제 2 경우	주헌법이 최고법의 지위에 있고 의회제정법률과 국제조약간에 국제법우위의 원칙에 의하는 경우	연방헌법이 최고법의 지위에 있어 연방의회제정법률과 국제조약간에 국제법우위의 원칙에 의하는 경우
제 3 경우	헌법사상을 무시하고, 의회주권의 원칙에 따라 헌법, 의회제정법률, 국제조약간에 신법우선의 원칙에 의하는 경우	헌법사상을 무시하고 의회주권의 원칙에 따라 연방헌법, 연방의회제정법률, 국제조약간에 신법우선의 원칙에 의하는 경우
제 4 경우	헌법사상을 무시하고 국제법우위의 사상은 유지하면서, 헌법과 의회제정법률과는 신법우선의 원칙에 의하는 경우	헌법사상을 무시하고 <sup>18)</sup> 국제법우위의 사상은 유지하면서 연방헌법과 의회제정법률과는 신법우선의 원칙에 의하는 경우 <sup>19)</sup>

헌법회의에서 국제조약과 연방법과의 관계에 관하여 제임스 윌슨같은 이는 먼저 조약체결에 있어 상원이외에 하원의 관여를 인정하자고 제안하기도 하였고, 매디슨같은 이는 당시 지배적인 국제법이었던 국제법·국내법 이원론에 따라 국제조약은 오직 국내입법을 통하여만 국내적으로 효력을 갖도록 하자는 제안도 있었다. 국제조약과 국내법과의 관계에 있어 헌법국가의 탄생은 중요한 변화를 가져온다. 즉 블랙스톤에 의하면, 의회주권과 신법우선의 원칙은 가장 중요한 국내법원리 또는 체계로서 기능하게 되며, 자연법은 법체계적으로 상위이지만 주권 즉 의회를 통하여만 구체적으로 구현된다. 또한 국제법과 국내법간의 관계에 있어 국제법이 법체계상 상위이지만, 이원론에

18) 따라서 당시 연방헌법의 제정과 관련한 버지니아주 원안은 연방법의 최고성조항에 부정적이었다. 버지니아주 원안상 소위 "National Veto Plan"에 의하면 주법에 올만이 있는 경우 연방의회는 신연방법을 제정하고, 신법우선의 원칙에 따라 우선효를 부여하도록 하는 정도였다.

19) 사실 연방헌법의 연방법 최고성조항은 연방헌법이나 연방법령이 주헌법이나 주법률에 우선한다는 것이지 연방헌법, 연방법률, 국제조약간의 범위계를 정하고 있는 것은 아니다. 따라서 연방헌법의 연방법률에 대한 우위는 당시의 영국식 의회주권사상에 비추어 자연권사상, 이론적 범위계 관념, 권력간 견제와 균형의 과정을 확보하는 과정에서 법원의 판례를 통하여 이루어진 것으로 보는 것이다(Marbury v. Madison).

따라 그 규범영역은 엄격히 구별되고 많은 경우 그 층들은 법적 문제라기 보다는 국제예양의 문제에 그치고, 국회의회는 언제나 신법우선의 원칙에 따라 국제법에 반하는 내용의 입법을 할 수 있으며, 의회제정법에 우위에 서는 “구체화된 상위법”은 존재할 수 없다.<sup>20)</sup> 이러한 상황 하에서 메디슨은 헌법국가와 법체계에 관하여, 첫째, 당시에는 법제정기관으로서 도저히 상상할 수 없었던 “국민대표회의”를 통하여 헌법비준을 추진하자고 제안하였으며,<sup>21)</sup> 둘째, 의회주권과 신법우선주의사상의 폐해를 제거하기 위하여 오직 엄격한 헌법개정절차에 의하여만 개정되는 자연법의 현현이자 “구체화된 상위법으로서의 헌법”을 제안하였고, 셋째, 전형적인 국제법·국내법 이원론을 극복하고, 국제조약의 국내법으로서의 성격을 인정하고, 당시에는 이례적인 국내에서의 자동집행력의 헌법적 근거를 마련한다. 넷째, 그러나 다른 한편 동맹규약 내지 당시의 여타 국제조약과 헌법을 준별하여 전자는 국가도덕적 관점에서 의미를 가지며, 후자는 정치적 성격을 갖는다고 하면서, 그러한 전제에서 “국제법·국내법이원론”을 수용하고 당시의 정치상황을 수습하는 한편<sup>22)</sup> 헌법을 중심으로 한 미연방의 탄생에 기여한다.<sup>23)</sup> 전술한 바와 같이 현재의 연방헌법의 文理만으로는 여전히 연방헌법과 연방법률, 그리고 국제조약간 법적 위상이나 관계에 관하여 아무런 해답을 발견할 수 없다. 결국 후에 마아살의 위헌법률심사제에 의해 보완되는 메디슨의 발상은 국제조약과 의회제정법을 둘러싼 갈등과 암투는 해결하지 못하고, 다만 이러한 3가지 유형의 법이 주법에 우선한다는 결과만을 확보하게 되고, 인민주권이나, 헌법의 경성성을 강조함으로써 당시의

20) 따라서 식민지시대의 주헌법은 신제제라는 의미에서의 헌법 내지 기본법이었던 의회제정법의 하나로 취급되고 있었다. 전술한 바와 같이 식민지시대의 주의회는 영국의 원격 통제하에서 의회제정법의 최고성을 신봉하고 있었고, 국제조약으로서의 성격을 갖는 동맹규약, 동맹이 체결한 기타의 국제조약 등을 주의 전략에 따라 수시로 폐기·개정하는 상황이었다.

21) 이는 영국식 의회주권사상(parliamentary supremacy)으로부터 인민주권사상(popular sovereignty)으로 발전하는데 혁명적 기초를 제공한다. 그리고 이러한 인민주권사상은 프랑스혁명을 통하여 프랑스에서 재현되게 된다.

22) 따라서 국제조약의 준수는 단순히 국가예양 내지 국가도덕적 문제에 불과하게 된다. 전술한 영국상인에 대한 임차료지급 소송도 그렇지만, 실제로 승전국인 미국으로서는 국제조약에 따른 여러 구속들을 부당하게 여기고 있었다. 메디슨은 따라서 법률적 차원에서 신법에 의하여 국제조약에 반하는 내용을 담는 것에 대하여 반대하지 않았다. 나아가 법원이 국내 신법에 반하는 국제조약을 법으로 인식하고 적용하는 것이 국제예양이나 국가도덕적 관점에서 바람직할 수도 있으나, 이는 현명하지 못하거나 무익한 일(unwise or perfidious)이라고 하였다. 즉 메디슨은 국제조약과 국내법의 관계에 있어서 당시의 국제법·국내법이원론, 의회주권과 국내정치 우선사상을 그대로 받아들이고 있다.

23) 따라서 다른 많은 건국의 아버지(founding fathers)들 중에 특히 헌법의 아버지(father of constitution)라고 불리운다.

上位法思想인 자연법사상과 결합하여 헌법의 최고성을 이론적으로 기초하였다. 이러한 헌법의 최고성이론은 후에 마이살의 위헌법률심사제에 의하여 구체화되었다고 평가된다.

물론 이러한 사상은 버지니아주 등 반연방주의자(Anti-federalist)들에 의하여 심한 반대에 부딪힌다. George Mason같은 자는 여전히 연방헌법까지도 신법우선의 원칙에 따라 주통치영역에 관한 한 주의회 제정법으로 개정폐기할 수 있으며, 조약체결 등 헌법상 외교정책과 관련하여 국내입법과 달리 하원이 관여하지 않는 것은 매우 이상하다(strange and dangerous)고 반박한다. 즉 메이슨이나 헨리같은 반연방주의자는 국제조약은 국내법에 대하여 상위법이므로 연방헌법에도 우선하는 것 아닌가라고 의문을 제기하고, 국제조약은 의회제정법과 동일한 절차에 따라 체결되어야 하므로, 양원제를 채택한 상황에서 주의 국가성을 대표하는 2인의 상원의원만이 관여하는 것은 민주적 정당성의 관점에서 비합리적이며, 조약의 국내에서의 구체적 법적 효력인 자동집행력을 인정하는 것은 신법우선의 원칙과 결합하여 당시 국제조약으로 피해를 받고 있는 미국의 정치상황에서도 바람직하지 않다고 반박한다. 이러한 반연방주의자들의 탄핵론에 대하여 미국의 배상책임 등을 규정하고 있는 당시의 국제조약은 주의 집합체로서의 미국정부만을 구속하는 것이고, 주 제정법에 우선할 뿐이며, 자연법의 구체화로서의 성격을 갖는 헌법이나 새로운 연방법에 우선할 수 없다는 Corbin의 견해, 국제조약과 조약체결에 관한 문제는 연방헌법에 의하여 제한받는 것은 물론이고, 사법부 등 다른 헌법수입기관과 같이 조약체결에 관한 헌법상 수입범위에 의한 제한을 받는다는 Nicholas의 견해 등 연방주의자의 재탄핵론이 제기되기도 한다.<sup>24)</sup>

어쨌든 연방헌법의 비준논란은 뉴욕주 헌법회의에 관한 보고서로 정리되게 되고, 그것이 John Jay, James Madison, Alexander Hamilton 등에 의하여 정리된 Federalist paper이며, 동 보고서는 연방헌법을 해석하고 이해하는데 있어 중요한 참고자료가 된다. 많은 국제주의자들은 동 보고서를 국내 신법으로 국제조약을 개정하거나 폐기할 수 없다는 중요한 근거로 삼고 있으나, 사실 동 보고서는 국제조약과 관련한 신법우선의 원칙에 관하여 명확한 답을 주지는 못하고 있다. 예컨대 제이같은 이는 국제조약은 당사국의 합의에 의하여만 개정·폐기할 수 있고, 개정·폐기되지 않는 한 헌법과 정치적 변혁에 관계없이 당해 국가를 구속하며(any form of government), 국내법은 국제조약에 어떠한 구속력도 행사할 수 없다고 하였으나, 이는 당시의 국제법 이론인 국제법우위의 이론론을 확인하고, 주의회의 전횡에 대한 연방법과 국제조약의 최고성을 강조한 것으로 이해되고 있다. 또한 해밀톤 같은 이는 국제조약체결 등 외교

24) 연방헌법과 연방주의에 관하여는, 박남규, 미국 연방헌법상 연방주의, 사회과학연구 vol. 8, 창원대학교 사회과학연구소 (2001), 33-49면 참조.

정책과 국내입법 및 집행권은 성격상 구별되는 바, 그것은 국제조약은 국가간의 계약이라는 것이다. 따라서 해밀턴은 국제조약에 관한 특별법원을 통하여 그 국내적 실효성을 보장하여야 한다고 하였으나, 그것이 국내신법이 국제조약에 우선한다는 의미로 이해되고 있지는 않으며, 다만 다수견해는 주의회의 국제조약과 관련한 자의적 전횡에 대한 법원의 견제필요성을 강조한 것이라고 보고 있는 것 같다.

#### IV. 國際司法機關과 憲法の 충돌

WTO 분쟁해결기구의 활발한 활동은 일면 국경을 초월한 세계적 사법기관으로서의 면모를 가지고 있다. WTO패널이나 항소기구의 결정은 구속적 선언(self-imposed)으로서의 성격을 갖고, 회원국은 당연히 WTO 통상규범과 일관 국제법이론에 따라 이를 존중하여야 한다. 우리나라 헌법이론상으로도 국제법존중의 원칙에 따라 그러한 결정은 당연히 국내적으로 효력을 갖는다고 보아야 한다. 그러나 현재의 미국과 EU의 법제와 관행은 그러한 결정의 국내적 자동집행력(self-executing)을 인정하고 있지 않다. 즉 구속적 선언과 자기집행력을 구별하고 있으며, WTO는 이에 대비하여 기구내에 결정의 이행에 관한 감시제도를 두고 있는 것은 주지의 사실이다. 이러한 관점에서 세계헌법이론에 기초한 시민의 보편적 기본권관념과 세계사법기구의 이상은 국내헌법과 갈등을 일으키게 된다. 국가의 통치기관은 자국 최고법의 규범력을 수호할 수 밖에 없고, 국제규범의 국내법적 효력은 완전하지 못하게 된다.

즉 국제주의자(internationalist)나 初國家主義者(transnationalist)는 이상적으로 국제사법기관 결정의 완전한 국내적 효력을 주장할 것이지만,<sup>25)</sup> 헌법의 규범력을 수호하려는 입장에서는 헌법과의 조화를 고려하지 않을 수 없다. 근대시민사회의 헌법이 보편적으로 채택하고 있는 權力分立의 원리와 委任禁止의 原則(non-delegation doctrine)<sup>26)</sup>은 외교통상정책과 국제통상규범의 국내적 효력을 약화시키는 창구가 된다.

고전적 헌법원리로서 권력분립의 원리는 절대권력으로부터 국민의 기본권을 보호하기 위하여 국가권력을 분립시키고 상호 견제와 균형을 이루도록 하고 있다. 예컨대 입법, 집행, 사법의 엄격한 3권분립론 하에서 각 3권은 헌법에서 자신에게 부여한 성격의 권력작용만을 하여야 하며, 그러한 권력작용은 헌법적 차원에서 상호 견제와 균형

25) 그것이 불가능한 경우 최소한 국제법상 국가의 책임확보를 하려 할 것이고, 그러한 영역은 국내헌법상 입법·행정영역과 관련된다.

26) 정하명, 미국연방법원에서의 위임의 한계, 공법연구, vol. 30, no. 5, 375-389면 참조.

을 이루어야 한다. 그 반면은 위임금지의 원칙이다. 헌법에서 자신이나 타 기관에 부여한 통치작용을 타 기관이나 제 3의 기관에 위임해서는 안되며, 당해 기관은 자신의 통치작용에 있어 헌법적으로 책임을 져야 한다. 따라서 국회가 입법작용으로서의 성격을 갖는 권력작용을 행정부에 위임한다거나, 행정작용을 수행하는 특별검사의 임명에 있어 행정부가 아닌 사법부의 감독을 받도록 하는 특별검사법은 권력분립의 원리 내지 위임금지의 원칙에 반한다. 이는 이후 백지위임이나 포괄위임만을 금지하는 포괄위임금지의 원칙 또는 명백위임의 원칙으로 발전한다.<sup>27)</sup>

이러한 위임금지의 원칙 내지 明白委任의 原則은 국제통상규범의 국내적 효력과 관련하여 문제된다. 즉 시민적 차원에서 국제통상규범의 국내적 실효성을 최후로 담보하게 되는 국내사법기관이 국제사법기관의 결정을 선례로서 법으로 보는 경우 이는 대통령, 의회 등 타부가 행사하는 외교정책과 그 집행에 관한 헌법적 권한을 국제기구, 예컨대 WTO분쟁해결기구에 위임하는 결과가 된다. 국제사법기관의 결정은 국제적 차원의 문제이고, 그 효력체계는 국제법에 따를 것이지만, 그것이 국내적 차원에서 집행이 문제되는 경우 국내헌법과 조화되어야 한다는 것이다. 대부분의 국내헌법상 외교통상정책의 입안과 조약에 의한 법제화, 그 해석, 집행 등은 대통령, 의회 등 정치기관의 권한영역이고 사법부는 이에 관하여 전통적으로 예양의 입장에 있다.<sup>28)</sup> 따라서 국내 입법·집행권은 전통적으로 조약체결에 있어 그 해석 집행과 관련하여 “자신의 재량을 확보하기 위하여” 비자동집행적 성격의 조약(non-self executing treaty)을 체결하는 것이 보통이다. 이는 전통국제법상 자동집행력이 있는 조약과 비자동집행력이 있는 조약을 구별하여 직접적 국내적 효력을 인정하거나 부인하는 국제법이론의 현실적 배경을 구성한다. 따라서 국내헌법상 외교정책과 국제조약 영역은 행정부가 준사법기관으로서 역할을 하게되는 경우가 많고, 자국의 통상전략과 통상이익의 보호를 위한 전문 행정영역으로서 대통령과 관련 행정부서가 많은 재량권을 보지하게 된다.<sup>29)</sup> 돌이켜 위임금지의 원칙과 관련해 보면, 국내사법기관이 국제사법기관의 결정의 국내적 효력을 그대로 받아 들이는 경우 헌법상 타기관의 통치작용을 국제사법기관에 위임하는 결과를 야기하여 국내헌법위반의 문제가 발생한다.

위임금지의 원칙은 고전적 3권분립의 헌법체계 내에서 인정되어온 원칙으로 현대에

27) 일부 학자는 현대국가의 국회관행을 두고 “위임입법의 홍수시대”라고 표현하기도 한다. 김철수, 헌법학개론, 박영사 (2007) 1260면.

28) 따라서 사법부는 외국정부가 국내법정에서 자신의 조약상의 권리를 주장하는 경우에도, 당해 조약이 자동집행력이 있는 조약이 아니거나 당해 조약이 국내 신법과 모순되는 경우에는 그러한 조약상의 권리를 인정하지 않아왔다.

29) 미국 통상대표부(USTR)의 직계나 활동 등은 대표적 예가 될 것이다.

들어와 많은 쇠락이 있었다. 즉 법원은 지금도 동 원칙을 헌법원칙으로 받아들이고 있지만 점차 위임금지의 원칙에 근거하여 법률의 위헌성을 선언하는 경우가 적어지고 있다. 또한 학자들도 위임금지의 원칙은 폐기되었거나,<sup>30)</sup> 연방헌법 제 1조 해석상 명문의 근거가 있는 범위내에서 제한적 배타적으로 의회에 대하여 인정될 수 있는 것으로 축소하여 보고 있다. 그러나 현대 헌법해석론상 위임금지의 원칙의 의미가 적어지고 있다고는 하여도, 일정한 통치권의 행사가 권력분립원리의 본질에 반하거나, 헌법 명문조항에 위반되어서는 안된다. 따라서 의회가 법률의 제정을 통하여 행정부에 법규정립에 관한 위임을 행하는 경우에도 그 위임은 의회의 권한을 규정하고 있는 연방헌법 제 1장에 위반되어서는 안되고, 동 조항에 따라 위임의 헌법적 근거가 필요하다고 본다.<sup>31)</sup> 그것은 적극국가·급부국가의 등장과 행정권의 비대화·전문화 그리고 의회 만능사상으로 인한 헌법침해를 방지하기 위한 최소한의 요청이다.

최근의 법원의 태도는 전통적인 위임금지의 원칙을 헌법문제로서 취급하기 보다는 법률의 해석과 집행에 있어 적용되는 원리로 자주 원용하고 있다. 법원의 판례이론인 “명백위임의 원칙(Super-strong clear statement rule)”에 의하면 자신의 통치작용이나 타기관의 통치작용을 타기관 또는 제 3의 기관에 위임하기 위해서는 당해 위임이 위임모법상 명백하고 확실하여야 한다는 것이다. 즉 헌법상 통치기관은 권력분립주의에 따라 헌법에서 부여한 자신의 권한만을 행사할 수 있으며,<sup>32)</sup> 위임에 따라 타기관이

30) Posner나 Vermeule은 연방헌법 해석상 위임금지의 원칙이 도출되지 않는다고 보았다. 연방헌법 제 1조 연방의회는 장에 따라 의회는 법률의 제정을 통하여 자유롭게 자신의 통치작용의 일부 및 타기관의 통치작용의 일부를 위임할 수 있다고 한다. 또한 최근 미국의회와 행정부는 일부 국제사안과 관련하여 국제사법기관의 창설을 위한 조약(물론 의회의 행정부의 재량에 따라 집행되는 비자동집행적 성격의 조약이다)에 비준·서명하려는 움직임이 있다고 한다. 이는 국내통치작용의 일부를 국제사법기관이라는 타기관에 위임하는 것으로서 헌법상 권력분립의 원리 및 위임금지의 원칙에 위반될 소지가 있는 것이다. 이러한 국제적 성격의 위임은 헌법에 의한 통제가능성이라는 측면에서 국내헌법기관에의 위임과 성격이 다르다고 할 수 있다.

31) 따라서 Thomas Merrill은 권력의 통합이나 전제가능성의 방지 등, 위임금지원칙의 헌법적 차원의 기능적 역할이 있으며, 따라서 법원은 헌법심사에서 위임의 근거가 헌법명문상 인정되는가에 관하여 엄격하게 심사하여야 한다고 한다. 이로써 의회의 헌법적·정치적 책임을 확보할 수 있고, Chadha 사건에서 보듯이 의회는 예산이나 보고제제를 통하여 행정부를 통제할 수 있을 뿐이며, 違憲의 委任과 事後統制는 권력의 융합과 의회전제로 나아갈 우려를 조장한다고 보는 것이다.

32) 따라서 “원칙적으로” 입법권은 추상적 성격의 규범정립작용만을 할 수 있으며, 집행권은 법령의 해석과 집행, 그리고 사법권은 법령의 해석과 확인작용만을 할 수 있다. 법률에 따라 행정부가 입법적 성격의 권력작용을 행사하거나, 의회가 심리와 재판적 성격의 작용을 하는

행사하여야 할 성격의 권력작용을 행사하기 위해서는 당해 위임에 관한 명백하고 확실한 모법상 근거가 필요하며, 그러한 근거가 결여되는 한 당해 법령의 해석이나 집행은 법원에 의해서 무효화되거나 취소되게 된다. 국내헌법원칙인 이러한 명백위임의 원칙은 국제조약의 해석과 관련하여 국제위임의 문제와 관련을 갖는다. 즉 국제사법기관 결정은 국내헌법상 사법적 성격의 작용이고, 법원은 국내헌법상 자신에게 부여된 사법작용의 일부를 대통령이나 의회가 국제기구에 위임하는 것으로 본다. 이러한 전제하에 입법부나 행정부가 국제사법기관의 결정이 직접적으로 국내적 집행력을 갖는다고 명백하고 확실하게 조약에서 선언하거나,<sup>33)</sup> 아니면 당해조약을 수용하는 국내입법을 한 경우 외에는 당해 조약은 모두 근거모법(예컨대 WTO 설립협정 등 국제조약)이 명백하고 확실한 위임원칙에 반할 뿐만 아니라, 비자동집행적 성격의 조약으로 분류되어 법원에 의하여 그 국내적 구속력이 부인되게 된다.<sup>34)</sup> 따라서 국내사법기관과 국제사법기

경우에는 근거법률에 명백하고 확실한 근거를 가지고 있어야 한다.

- 33) 미국의 경우에 국제사법기관 결정의 국내적 효력을 직접적으로 인정하는 선례가 적은 바, 이는 전술한 바와 같이 통치작용의 위임과 관련하여 헌법적 문제가 관련되어 있기 때문이다. 최근에 해양에 관한 조약은 국제해양법재판소 결정의 국내에서의 자동집행력을 인정할 수 있는 명백하고 확실한 조문상 표현을 가지고 있다 (즉 ICJ의 강제관할권, 소위 compulsory jurisdiction이라는 표현을 넘어 "decisions of the Seabed Disputes Chambers shall be enforceable in the territories of the States Parties in the same manner as judgments or orders of the highest court of the State Party in whose territory the enforcement is sought"). 미국 상원은 동 협약의 비준을 검토한 바 있고, 미국 국무성은 관례대로 동 협약의 비자동집행력(non-self executing)을 유보하고 가입여부를 고려하고 있다고 한다. 그러나 동 협약에서는 조약가입시 그러한 유보를 허용하지 않는다는 명문조항을 또한 두고 있다. 이러한 갈등은 헌법상 외교정책과 위임의 원칙을 둘러싼 미국의회와 행정부의 헌법해석자로서의 역할로 볼 수도 있다. 어쨌건 동 협약에 미국이 유보없이 가입하는 경우 소위 명백한 위임의 원칙에 따라 국제해양법재판소 결정은 역사상 이례적으로 미 국내에서 자동집행력을 갖게 될 것이다.
- 34) 미국의 경우 국제사법재판소의 강제관할권조항은 수락하지 않고 영사관계에 관한 비엔나협약 선택의경서에 가입하고 있는 바, 동 의경서는 협약상 분쟁에 관하여 ICJ 강제관할권을 인정하고 있다. 국제주의자나 초국가주의자들은 이러한 강제관할권(소위 compulsory jurisdiction)조항은 자동집행력의 인정근거가 된다고 보고 있지만, 그러한 협약조항만으로는 ICJ판결의 국내 자동집행력이 인정되지 않는다고 보는 것이 다수설이다 (이에 대하여 Medellin & Torres사건에서 Bryerer대법관의 소수의견은 그러한 협약조항은 미국에 대한 구속력있는 협약해석권을 확인한 것으로 보아야 하고 자동집행력을 갖는다고 보고 있다). 또한 다른 국제협약과 관련하여 당해 협약에서 미국에 대한 ICJ 강제관할권을 인정하고, 국제사법재판소 규정과 UN헌장에서 미국이 당사자인 경우 국제사법재판소의 결정에 따른다고 규정하고 있다 하더라도 ICJ결정을 근거로 미 연방법원에서 직접 그 집행을 구할 수 없다고 보고 있다. 私法的 次元에서의 국제사법기관 결정도 문제가 있다. 예컨대 미국의

관과의 대화(dialogue)나 결정의 실효성(penetration to state)은 축소될 수 밖에 없다.

그렇다면 국제사법기관의 결정에 위임금지의 원칙 또는 명백위임의 원칙을 적용하는 경우 그 헌법적 의의는 어디에 있을까?

첫째, 명백위임의 원칙은 정치기관의 책임을 확보하는데 기여한다. 현재의 국제조약 법체계하에서 조약, 나아가 국제사법기관 결정의 국내적 효력에 관하여 입법부나 행정부는 광범위한 재량권을 부여받고 있다. 일단 비자동집행적 성격의 조약을 체결하고, 자신의 판단에 따라 입법부와 행정부에 부여된 다양한 헌법적 법적 수단을 동원하여 국내적 효력을 부여하거나 하지 않을 수 있다.<sup>35)</sup> 따라서 조약체결단계에서 명백위임원칙 기준에 따라 조약에의 구속의사를 확실히 하도록 하여 정치적 책임을 확보하는 것이 근대 헌법원리에 부합한다고 본다. 명백위임의 원칙은 기존 국제조약법원칙에 반하여 국제사법기관결정의 직접적 국내적 효력을 주장하는 과격사법관들의 헌법적 책임을 확보하는데도 기여할 것이다.

첫째, 명백위임의 원칙은 의회주의와 민주적 정당성의 이념에 부합한다. Edward Swaine교수가 언급한대로 국제위임도 법원리론적으로 미국의 연방주의나 각국의 헌법상 통치구조와 동일한 차원에서 이해할 수 있다. 그러나 국제위임에서 가장 문제되는 점은 국제기구, 특히 국제사법기관의 경우에는 국내 통치기관과 달리 정치적 책임을 확보할 수 없다는 점이다. 따라서 국제사법기관으로서는 명백위임의 원칙에 따라 자신의 결정의 국내적 정당성을 확보하는 것이 필요하다. 미국의 대법원은 미국의 연방주의와 헌법상 통치구조하에서 가장 중요한 역할을 하는 기관이지만, 여전히 국내적으로 非多數的 난관(countermajoritarian difficulty)의 문제가 있다는 것은 주지의 사실이다. 따라서 국제기구나 국제사법기관은 국내 행정부나 의회를 통하여 자신의 지위를 확보하는 것이 필요하다. EU도 그렇지만 미국의 경우 국내 입법기관과 행정기관이 의 교정책과 통상규범에 관한 자신의 재량영역을 확보하기 위하여 비자동집행적 성격의 조약을 법기술적으로 이용하고 있는 것은 전술한 바와 같고, 이러한 관행은 국제법과 국내법상 선행로서 법적 지위를 확보해 왔다. 따라서 명백위임의 원칙에 따르지 않는 경우 미국에 불리한 결정이 있다면 미국 입법부와 행정부는 국제사법기관 결정의 국내적 효력을 부인하게 될 것이고, 그러한 입법부와 행정부에 불만을 가질 수 있는 미국

---

경우 ICSID결정, 즉 국제투자분쟁과 관련한 국제사법기관의 결정에 관하여는 일정한 국내 법적 조건을 충족하는 경우에 결정의 국내적 효력을 인정하고 있다.

35) 국제사법재판소 결정의 국내적 효력과 관련한 Medellin 사건이 그것이다. 동 사건에서 대통령은 자신의 헌법상 권한을 동원하여 국제사법재판소 결정의 국내적 집행을 이루어 냈다.

시민(예컨대 WTO 사법기관의 완정이 자신에게 유리한 개인)은 비자동집행적 성격의 조약이라는 법리로 인하여 미국법정에서 자신의 권리를 주장할 수 없게 된다. 또한 국제사법기관결정의 국내적 효력과 관련한 명백위임의 원칙은 외교정책에 관하여 국내 헌법적으로 입법부와 행정부가 권한과 책임을 행사하도록 한 입헌민주주의원리에도 부합하고, 법원이 명문의 근거없이 적극적 역할을 하는 경우 발생할 수 있는 또 다른 비다수의 난관문제를 방지할 수 있으며, 나아가 국제사법기관의 정치적 정당성도 확보할 수 있다고 본다. 이는 또한 외교정책을 둘러싼 국내 정치기관과 외국정부나 국제기구와의 공모나 부패로부터 민주적 책임을 확보하고, 국내정책과 외교정책에 관하여 동일한 수준의 헌법적 견제를 가능케 한다고 본다.<sup>36)</sup>

둘째, 명백위임의 원칙은 행정부와 입법부의 외교적 전문성을 보장하는데 필요할 것이다. 외교정책이나 국제협상은 매우 복잡한 상황에서 결정되고 이루어진다. 예컨대 미국과 멕시코가 국제사법재판소에 다투고 있는 상황에서 미국은 이라크침공에 관한 멕시코의 지원을 얻기 위해 노력한 바 있다. 또한 자국기업에 최소한의 피해를 확보하면서, WTO통상법제에 일치하는 국내세법을 고안하여야 한다. 이는 외교통상정책에 본질적으로 내재하는 복합성과 전문성의 특징을 말해 준다. 미국은 물론이고 국제사법재판소의 강제관할권을 수락한 세계 대다수 국가가 국제사법재판소 결정의 국내적 자동집행력을 인정하고 있지 않다. 그렇지 않는 경우 미국이나 한국법정에서 자국정부나 외국정부를 상대로 국제사법기관의 결정의 직접적 효력을 주장하면서 시민의 소송이 폭주할 것이다. 즉 각국은 자국의 외교정책의 전문성이라는 차원에서 조약의 성격결정에 있어 전문 외교공무원에게 많은 재량권을 부여하고 있고, 국제사법기관결정의 국내적 효력과 관련한 조약도 마찬가지이며, 따라서 조약체결단계에서 명백위임의 헌법원칙이 고려될 필요가 있고, 이는 사법심사에 있어 명확성의 원칙을 보장하는데도 기여할 것이다.

36) 국가주의자(Nationalist)의 오래된 주장이 외교정책과 관련한 정부의 타락문제이다. 예컨대 미국의 경우 국내보건정책이나 사회복지정책에 대한 헌법적 통제와 외교정책에 관한 헌법적 통제는 실제적으로 많은 차이를 보여왔다. 외교통상영역의 전문성이 날로 확대되고, 외교행정관청의 재량성과 전략성이 강조됨에 따라 국내적 차원의 민주적 통제가 제대로 확보되지 못하는 경향을 보이고 있다.

## V. 結 語

현재 세계는 국제화 세계화의 가속화 현상을 보이는 한편, 그 이면에는 자국의 실리 추구를 위한 협상력의 제고와 정책적 법적 대응방안의 모색 등 국제사회의 현실은 매우 복잡한 양상으로 진행되고 있다. WTO로 대표되는 국제통상관리체제는 매우 효율적인 체제로 법적 개편을 하였고, 그 현실도 과거의 GATT체제와는 다르다. 매우 강력한 경제헌법체제로서 국제통상에 관하여 기존 국제법원칙인 회원국중심의 보충성의 원칙이 지배한다기 보다는 국제기구중심 지배체제화하고 있는 경향을 보이고 있다. 따라서 WTO체제가 지배하는 국제통상영역에서 자국의 이익을 극단적으로 보호하려는 경우 회원국, 특히 강대국 회원국과 WTO간의 마찰과 갈등가능성이 없다고 아니 할 수 없다. 즉 WTO와 회원국간에 심각한 갈등이 발생하는 경우 회원국은 신법우선의 원칙에 따라 정략적으로 통상협정과 반하는 국내법률을 제정하거나, 헌법원칙에 반한다는 이유로 통상협정의 규범적 효력을 부인할 가능성이 없지 않다. 또한 국내법원은 엄격한 명백위임의 원칙을 충족하지 않는 한 WTO분쟁해결기구의 결정을 선행으로 인정하지 않을 것이다. WTO가 세계통상경찰로서 통상분쟁에 관한 심판관으로서 활동하면서, 결정의 이행 및 감독장치를 강화하고, 교차보복제도 등 결정의 실효성을 담보하고 있지만, 궁극적으로 결정의 국내적 효과는 보장되지 않고 있다. 따라서 마찰과 갈등이 심화되는 경우 패소국이 자발적 또는 강제적으로 WTO에서 탈퇴할 수 밖에 없는 상황도 배제할 수 없다. 그러나 4분의 3 가중정족수에 의한 탈퇴의결로 인하여 회원국이 강제적으로 탈퇴할 수 밖에 없게 되는 경우는 현실적으로 가능성이 적다. 그렇다면 이상적 국제통상관리체제, 국가주권의 문제, 개별 회원국의 공적 질서와 가치, 통상이익추구라는 주어진 변수 하에서 회원국과 WTO는 憲法, 國內法, 그리고 國際通商法을 둘러싸고 무엇이 正當한 法인가를 탐색하지 않을 수 없을 것이다.