

신국제협정: 세 가지 패러다임에 관한 검토와 시사점

김기영*

【국문초록】

전통적인 국제법상 국가간 합의, 즉 강학상 국제조약으로 분류될 수 없는 새로운 방식의 행정협정은 국제사회의 긴밀화와 국제관계의 중요성에 상응하여 정치학, 국제법, 헌법학적으로 많은 다툼을 제공하고 있다.

국제법학자(國際法學者)들은 미국의 대통령이 국제주의자이건 고립주의자이건 국제의무를 기꺼이 받아 들이건 그로부터 탈출하건 상관없이 21세기 국제법의 제정은 형식적 기준보다는 보다 실용적 기준을 통하여 이해하여야 하고, 우리는 헌법이 부여한 권한을 보다 현실적으로 공유할 수 있도록 하여야 한다고 주장한다.

한편 국제조약의 헌법적 논란은 1990년 로렌스 트라이브(Laurence Tribe)가 클린턴 정부의 북미자유무역협정 가입을 위한 의회와 행정부간 절차가 위헌적이라고 지적한 것에서 시작한다. 그는 신국제협정은 헌법의 문언과 구조에 반하는 위헌적인 것이라고 주장하고 있다. 한편, 정치학자(政治學者)들은 정치가 가치의 배분이고 신행정협정은 의회 정치의 관점에서 살아 있는 생물과 같이 국내 정치와 국제 정치를 연결시켜 주는 것으로 비공식적 절차와 의회 관행에 주목하면서 신국제협정의 필요성과 불가피성을 주장하고 있다.

이러한 학설상 논란 상황에서 우리는 그것이 무엇이며, 어떠한 유형이 있는가 살펴보고, 그 정당성(正當性)에 관한 학설들을 살펴본다. 이러한 논의는 기초적이고 법철학적인 것이지만, 구체적 현실 문제를 이해하는데 도움이 될 수 있다. 신국제협정에 관한 학자들의 인식은 접근하는 관점에 따라 달라지는데, 본고에서는 신국제협정에 대한 3가지 패러다임을 살펴보고 그 의의와 시사점을 생각해 본다.

* 조선대학교 법사회대학 교수, 법과학박사. 한국/뉴욕주/미연방제9항소법원 변호사.

【목 차】

I. 문제의 제기	IV. 신국제협정과 국제법 패러다임
II. 신국제협정과 국제조약	V. 신국제협정과 헌법학 패러다임
III. 신국제협정과 정치학적 패러다임	VI. 결론: 의의와 시사점

I. 문제의 제기

국제법은 어떻게 만들어지는가? 법 위계론에 따르면 헌법은 한 국가의 최고 법이자 법이 효력을 발휘할 수 있는 실정법적 근거가 된다. 국제법을 구성하는 2개의 가장 주요한 법원은 국제관습법과 국제조약이다. 헌법은 조약의 체결절차에 관련한 조항들에서 국제법의 합헌적(合憲的) 창설을 보장하고 있다.

국제관습법은 국가들의 관행이라는 객관적 요소와 국가들의 법적 확신이라는 주관적 요소를 갖추었을 때에 법으로서 구속력을 가지므로, 헌법에 위배되는 조약이나 국제관습법이 법으로서 구속력을 갖는가는 차치하고라도 법의 창설 또는 제정에 관하여 헌법상 다툼의 소지를 제공하지는 않는다. 그러나 전형적인 국제조약과 국제관습법과 달리 행정협정적 성격의 국가간 합의를 어떻게 보아야 할 것인지는 문제로 남는다.¹⁾

특히 점차로 정상회담이나 정상간 외교가 중요해지고, 조약 체결 등에 있어 국내 의회의 정치적 대표성보다는 전문 외교관료의 역할이 중요해지면서 행정협정(行政協定) 성격의 국가간 합의가 외교관행으로 잡아가고 있다. 그러나 헌법에서 3권분립의 원칙을 철저히 성문화하여 구현하고 있는 미국 헌법, 한국 헌법 등에서 행정협정에 관하여 헌법은 침묵하고 있다. 고전적 성격의 대통령제 성문헌법은 행정협정이 갖는 중요성을 예상하지 못하였다.

영국을 필두로 불문헌법(不文憲法) 국가들의 경우에는 주로 의원내각제 정부 형태를 취하게 되는데 법원의 판례를 통하여 행정협정의 문제를 조절할 수 있다. 따라서 마치 비움의 미학이 그렇듯이 불문법 국가 즉 군왕의 사무 처리를 위하여 상식과 판례에 기초한 보통법 국가의 경우 미리 문자화하여 보다 문명적일 수 있는 성문법 국가의 경우보다 국내법상 다툼의 소지가 적다.

1) Pauwelyn, J., Wessel, R., & Wouters, J. (Eds.). (2012). *Informal international lawmaking*. Oxford University Press.

성문헌법(成文憲法)국가들의 경우에도 행정협정에 관하여 헌법이 침묵하거나, 외교나 전쟁 같은 국제관계에 관한 대통령의 권한은 법으로 심판할 수 없는 경우가 많다. 그렇지만 행정협정 아닌 조약에 관하여는 대부분의 헌법이 관련 조항을 두고 있고, 조약체결 문제는 직접적으로 전쟁에 관한 결정이나 외교적 결단이 아니어서 법원의 사법통제의 대상이 되고, 따라서 성문헌법 해석의 문제를 야기하므로 불문헌법(不文憲法)국가와 다른 면이 있다.

법현실주의 국가이자 판례법 국가인 미국법의 관점에서 미 연방헌법은 특히 하계도 성문법의 형태를 띠는 법실증주의의 대표적 예가 된다. 따라서 연방헌법은 미국에서 독일과 같은 개념법학·해석법학이 융성하는 계기를 제공한다고 할 수 있다.

판례법도 법 해석이나 법개념이 역할하지만, 해석법학이나 개념법학은 원래 성문법계의 법학 방법론이라 할 수 있다. 대표적 보통법 국가인 미국과 영국의 경우 성문법은 미 연방헌법을 비롯하여 19세기 영국 제레미 벤담의 공리주의(功利主義)사상에 힘있어 공법 영역을 중심으로 발전하게 된다. 그런데 전통적인 국제법, 즉 강학상 국제조약으로 분류될 수 없는 새로운 방식의 행정협정(이하 신국제협정이라 칭한다)은 해석법학적 관점에서, 또한 국제사회의 긴밀화와 국제관계의 중요성에 상응하여 정치학, 국제법, 헌법적으로 많은 다툼을 제공하고 있다.²⁾

국제법학자(國際法學者)들은 미국의 대통령이 국제주의자이건 고립주의자이건, 국제의무를 기꺼이 받아 들이건 그로부터 탈출하건 상관없이, 21세기 국제법의 제정은 형식적 기준보다는 보다 실용적 기준을 통하여야 한다고 주장한다. 엄격한 해석법학적 관점에서 탈피하여 정부기관이 헌법이 부여한 권한을 보다 현실적으로 공유할 수 있도록 하여야 한다고 주장한다.³⁾ 미 헌법하에서 의회와 집행부간 협정(Congress-executive agreement)은 외교 협상에 있어 헌법 제 2조 조약과 법적으로 같은 성격의 것으로 인정되어 왔다.

2) Kennedy, D. (1988). A new stream of international law scholarship. *Wis. Int'l LJ*, 7, 1.; 김대순. (2017). 국제법론 (제 19 판). [KIIP] 한국지식재산연구원 도서 DB, 0-0.; 배재식. (1997). 국제법1 (교과서). 한국방송통신대학교 출판문화원.

3) Boyle, A., & Chinkin, C. (2007). *The making of international law*. OUP Oxford; Boyle, A. E. (1999). Some reflections on the relationship of treaties and soft law. *International & Comparative Law Quarterly*, 48(4), 901-913.

신국제협정의 헌법적 논란은 1990년 로렌스 트라이브(Laurence Tribe)가 클린턴 정부의 북미자유무역협정 가입을 위한 의회와 행정부간 절차가 위헌적이라고 지적한 데에서 학자들의 논쟁거리가 되어 왔다. 그는 신국제협정은 헌법의 문언과 구조에 반하는 위헌적인 것이라고 주장한다. 한편 정치학자(政治學者)들은 정치는 가치의 배분이고 신행정협정은 의회 정치의 관점에서 살아 있는 생물과 같이 국내 정치와 국제 정치를 연결시켜 주는 것이라 본다. 그들을 비공식적 절차와 의회 관행에 주목하면서 신국제협정의 필요성과 불가피성을 주장하고 있다.

이렇듯 국제법과 국제정치의 현실은 국내정치, 나아가 헌정이나 법치주의와 같등할 소지가 매우 크다. 대다수 국제법 학자들과 정치학자들은 ‘우리의 헌법 관행을 통하여 집행부가 상하 양원 다수의 인준을 전제로 국가간 구속력있는 합의를 할 수 있다는 것은 확립되었다’고 보고 보고 있다. 특히 대통령의 외국과의 통상에 관한 권한 영역에서는 더욱 그러하며, 다만 의회와 행정부 간 협의는 헌법관행으로 굳어졌다고 주장한다.

이러한 미국의 헌법관행은 우리의 경우 과거 서울이 대한민국의 수도라는 것은 헌법상 관습법이라는 판례 또는 대통령의 통치행위(統治行爲)는 사법심사의 대상이 아니라는 판례들과 비교해 볼 수 있을 것이다.⁴⁾

또한 미국에서 일고 있는 행정협정 방식의 국제합의에 관한 헌법적 논란은 1961년 대일청구권 협정과 관련하여서도 시사점을 던진다.

다시 말하면 국회의 동의 없이 혁명정부 단독으로 일본과 구속력있는 합의를 하는 것이 합헌적인 것인가? 아니면 한일 청구권협정은 단순히 법적 구속력이 없는 정치적 합의에 불과한 것인가? 헌정이 중단된 상태에서 어떠한 법에 따라 조약이 체결되어야 하는가? 대일청구권 합의가 대한민국이 당사자인 구속력있는 조약으로서 후임 정부에도 그대로 효력이 발생하고 계속되는가? 등 여러 의문을 남기게 한다.

한편 미국에서 신행정협정의 문제는 주로 통상을 주제로 한 국제합의에서 발생한다. 통상 영역은 다른 행정 영역과 달리 즉응성과 전략성을 요소로 한다. 의회법에 따라 신속처리절차(Fast track procedure)가 인정되는 것도 그러한 배경에서 이해할 수 있다. 상원의 가중다수결(加重多數決)이라는 엄중한 절차

4) Corwin, S. E. (1926). Judicial Review in Action, 74 U. Pa. L. Rev. 639, 659-60; Corwin, S. E. (1953). The Steel Seizure Case: A Judicial Brick Without Straw, 53 Colum. L. Rev. 53, 53-55.

는 통상 관련 국제합의에서는 심각한 절차적 장애가 될 수 있다. 따라서 헌법 제 1조 10항 “의회와 집행부간 합의(Congressional-executive agreement)”가 신국제협정의 근거로 이용되고 있다.⁵⁾

신국제협정(新國際協定)은 법현실이 범규범의 해석과 운용에 영향을 미치는 사례의 하나가 되고 있다.⁶⁾ 2023년 3월 28일 미국과 일본은 중요한 미세 광석 물질 공급망을 강화하기 위하여 협정을 체결하였다. 협정 체결이 발표되자 공화당과 민주당 의원들은 공히 협상과 협정 체결과정에서미 통상 대표부가 월권적 행위를 하였다고 우려를 표했다.

동 통상협정은 의회의 동의를 받지 않고 집행부 단독으로 체결되었다. 지난 달 통상대표부 대사 캐서린 타이가 상원 재정위원회와 하원 ‘방법과 수단 위원회’ 공동의 양원 합동위원회 회의에 참석하였는데, 그 자리에서 양원 위원회 공화당 위원들이 의회의 인준 동의를 받지 않으면, 다음 행정부는 바이든 정부가 체결한 모든 국제협정을 무시하거나 다시 문제 삼아 새로운 협상을 할 것이라고 통고하였다.

민주당 위원회 의원들조차도 통상협정이 효력을 갖기 위하여는 노동과 환경 조항이 삽입되어야 하고, 행정부 독단으로 일방적으로 자유무역협정을 체결할 권한은 헌법적으로 존재하지 않는다고 주장한 것으로 알려졌다.

이러한 배경하에 우리는 신국제협정이 무엇이며, 어떠한 유형이 있는가 살펴보고, 그 정당성(正當性)에 관한 학설들을 살펴본다. 이러한 논의는 기초적이고 법철학적인 것이지만, 구체적 현실 문제를 이해하는데 도움이 될 수 있다. 신국제협정에 관한 학자들의 인식은 접근하는 관점에 따라 달라진다.⁷⁾ 신국제협정에 대한 3가지 패러다임을 살펴보고 그 의의와 시사점을 생각해 본다.

5) McDougal, M. S., & Lans, A. (1945). *Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreements: Interchangeable Instruments of National Policy* (pt. 1), 54 *Yale L.J.* 181, 237 n.99 (1945).

6) *Antoine v. Washington*, 420 U.S. 194, 202 (1975).; 정소현. (2018). 조약 체결절차법 제정 논의에 관한 고찰. *국제법학회논총*, 63(3), 75-101.

7) 학자들의 관점과 인식의 차이는 학제간 연구의 중요성을 시사하며, 또한 개별학문 분과의 발전을 위하여도 필요하다. 예컨대 법 강학에 있어 비판법학과 주류법학은 접근방식에 있어 차이가 있다. 법 강학에 있어 인식의 중요성에 관하여 Crenshaw, K. W. (1988). *Toward a race-conscious pedagogy in legal education*. *Nat'l Black LJ*, 11, 1. 참조.

II. 신국제협정과 국제조약

미국법과 관행에 따르면 국제협정은 다음 3가지 중 하나의 형태를 띤다.⁸⁾

첫째, 정통적인 조약의 형태를 띠는 경우가 있는데, 이때 국제협정은 집행부 구성원에 의하여 협상이 이루어지고 서명이 부가된다. 동 합의된 조약안은 미국 헌법절차에 붙여져 상원 출석의원 3분의 2의 인준을 받아 대통령이 최종 비준 함으로써 효력을 발생한다.

둘째, 정통적인 조약이 아니고 행정협정의 형식으로 제정되는 국가간 합의가 있다. 이들은 정통적인 조약과 같이 국제법으로서 구속력을 발휘하는데, 미 헌법판행 상 여러 형식으로 제정된다. 그러나 통상 행정협정은 상원의 조인과 동의(advise and consent) 등 연방헌법 제 2조 제 2항의 정식 인준절차를 밟지 않고 협정이 체결되어 왔다.⁹⁾

셋째, 미국과 외국 정부간 국제법적으로 구속력을 갖지 않는 비구속적 합의 또는 협정이 있다. 이러한 협정은 법적으로는 의미가 없으나 정치적 · 외교적으로 그 준수에 어떠한 인센티브가 있는 경우이다.¹⁰⁾ 이러한 행정협정들은 헌법과 헌법관행에 따라 유효하게 성립되면, 정치적 · 외교적 효력을 가지지만, 법적 효력은 법원에서 개별적으로 통제된다.

따라서 이러한 합의의 정치적 · 외교적 효력과 달리 그 법적 효력, 즉 국내법적 효력은 별개의 문제가 된다. 미국의 경우 국제법과 국내법의 관계에 있어 2원론적 입장에 있고, 법원의 판례법상 원칙은 반추정원칙(Non-Presumption Doctrine)에 따라 조약은 달리 증거가 없는 한 국내법정에서 효력을 발휘하지 않는다. 다만 헌법과 판례에 따라 일정한 경우 국제법이

8) Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States §303 (Am. Law Inst. 1987).

9) Koskeniemi, M. (2005). International legislation today: Limits and possibilities. Wis. Int'l LJ, 23, 61.; 김경화. (2016). 대통령과 국회의 협의를 통한 민주적 조약체결절차 구체화 방안. 헌법연구, 3(2), 55-93.; 배종인. (2006). 대통령의 조약 체결 · 비준권과 이에 대한 국회의 동의권. 세계헌법연구, 12(1), 129-156.; 정인섭. (2008). 조약의 체결 · 비준에 대한 국회의 동의권. 서울국제법연구, 15(1), 101-133.

10) Koh, H. H. (1997). Why Do Nations Obey International Law?, 106 Yale L. J. 2599, 2624-25.; 김경제. (2013). 국회의 조약체결 비준동의권 행사의 기능과 현실. 유럽헌법연구, (14), 191-224.

국내법(國內法)으로서 국내 법정에서 효력을 갖는 경우가 있는데, 이는 개별적으로 결정된다.

위 3가지 형태 중 첫번째의 경우는 의회의 인준 동의를 받아 법률의 형식을 갖추고 있어 국내법으로서 효력을 갖는다. 다만 반추정원칙에 따라 비자기집행 조약이라는 추정이 반복된 경우에 한하여 국내법으로서 적용될 것이다. 나머지 2가지 유형, 즉 본고의 주제라 할 수 있는 신국제협정의 경우에는 비자기집행 조약의 문제외에도, 그것이 헌법에 위반되지 않고 유효하게 성립한 합의인가의 문제가 발생한다.

현실적으로 미국이 당사자인 대다수 국제협정은 제 2형의 국제협정들이다. 2018년 의회연구처 보고서는 관련 학자들의 측정에 따르면 미국이 당사자인 국제협정 90% 이상이 제 2형의 형식이라고 한다.¹¹⁾ 전술한 바와 같이 국제협정에는 3가지 형식이 있다. 제 2형 형식 이름에서 알 수 있듯이 동 형식의 국제협정은 상하 양원의 단순 다수결에 의한 동의로 효력을 갖게 된다. 이때에 의회는 이행법률을 제정하는데, 미국이 동 협정을 준수함에 있어 기존의 법과 상충되는 한도에서 새로운 이행법률은 구국내법(舊國內法)을 변경하게 된다. 다시 말하면 헌법 제 2조 2항의 조약체결절차의 통과가 어려운 현실에서 법률 제정을 위한 다수결 요건에 따라 엄중한 조약체결절차를 입법권 행사와 비슷하게 탈법적으로 운용한다고 볼 수도 있다. 이는 뒤에 보듯이 로렌스 트라이브와 같은 정통 해석법학론자들의 관점이다.

제 2형의 “의회와 집행부간 합의(Congressional-Executive Agreement)”에 의한 국제협정은 사전 동의, 사후 동의 등 2가지 유형의 합의로 만들어진다. 사전 동의 국제협정에서 대통령은 이미 존재하고 있는 자신의 헌법적 권한에 따라 협정 절차에서 권한을 행사한다. 즉 의회가 미리 법률안(法律案)을 가결하고, 대통령이 서명하여 법률로 확정된 후에 대통령은 법률에 따라 합의를 위하여 협상하고 협정을 체결하는 것이다.

사후 동의의 경우에 대통령은 의회로부터 미리 수권 받지 아니하고 국제합의를 위하여 협상에 나아가게 된다. 협상이 끝나게 되면, 대통령은 의회 동의를 얻기 위하여 상하 양원에 동 타결안을 송부한다. 국내 법률제정절차와 마찬가지로 동 타결안은 양원 모두 다수결에 의한 동의를 받아야 하고, 대통령이 이

11) Mayer Brown. (2023). Sole Executive Agreements and Their Role in US Law. <https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2023/04/sole-executive-agreements-and-their-role-in-us-law>

에 서명하여야 한다. 의회는 합의안에 대하여 수정을 가할 수 있지만, 이때에 대통령은 협상 상대국의 동의를 얻기 위하여 의회가 제안한 수정안을 상대국에 송부해야 한다.

마지막 3번째 형식의 행정협정은 헌법이 수권(授權)한 독립적 대통령 권한이 있다는 주장에 근거하여 인정되고 있다. 짐차로 사법부는 여러 사례에서 집행부에 의한 독자적 국제협정을 미국법 차원에서 조약과 기능적으로 동일한 것으로 인정하고 있다. 예를 들면 *American Ins. Ass'n v. Garamendi*에서 대법원은 유효한 행정협정은 연방법으로서 조약과 같이 주법에 우선한다고 판시하였다.¹²⁾

“독자적 국제협정이 헌법상 유효한가” 하는 문제를 살펴는데 있어 협정이 다루는 주제가 무엇인가가 중요하다. 만약 문제의 국제협정이 헌법상 명백하게 배타적(排他的)으로 대통령의 권한 영역 내에 있는 문제인 경우라면 의회의 동의에 상관없이 법적으로 허용된다는 주장이 보다 힘을 받을 수 있다.

만약 동의의 주제 영역에 관한 대통령의 권한이 불명확한 경우라면, 협정이 합헌적·합법적인가 하는 문제에 있어 사건을 맡은 법원은 (i) 의회가 암묵적으로 협정에 동의하였는가, (ii) 침묵하고 있는가, (iii) 아니면 협정 인준을 거부하였는가 살펴보아야 한다. 물론 국제협정이 미 국내법에 영향을 미치는지 미친다면 얼마나 미치는지의 문제는 협정의 조항이 자기집행적(Self-executing) 성격의 것인가 아니면 비자기집행적(Non self-executing) 성격의 것인가에 달려 있다.¹³⁾

자기집행적 조약이나 신국제협정은 후속 이행법률이 없어도 그 자체로 국내법으로서 효력을 발생한다. 비자기집행적 조약이나 신국제협정은 이와 반대로 통상 의회가 국내 제정법의 형태로 이행법률(履行法律)을 제정하도록 한다. 이로써 미 정부기관이 협정에 규정된 기능과 의무를 이행할 수 있도록 수권하는 것이다. 또한 동 이행법률에 따라 법원은 국제협정상 권리와 의무를 적용할 수 있다.

조약 조항이 자기집행적인가 비자기집행적인가 하는 것을 결정하는 것은 쉽

12) *American Ins. Assn. v. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003).

13) Yoo, J. C. (1999). *Treaties and public lawmaking: A textual and structural defense of non-self-execution*. *Columbia Law Review*, 2218-2258.; 이한기. (2010). *국제법강의* (신정판). 박영사.; 최원목. (2007). *국제법강의*. Ewha Womans University Press.

지 않다. 이에 관하여 대법원은 “조약 문언이 미 국내 법정에서 직접 적용되지 않도록 의도한 것이 명백하거나 상원이 인준을 함에 있어 조약의 비자기집행성을 전제한 경우”에 당해 조약은 비자기집행적인 것으로 보고 있다.¹⁴⁾

대법원의 견해는 아니지만, 많은 하급법원과 법률가들은 국제협정의 조항들이 헌법상 의회의 권한으로 배타적으로 규정하고 있는 경우에는 그러한 조약은 비자기집행적(非自己執行的)이라고 보고 있다. 예컨대 조약 조항이 국가 재원의 사용을 요한다거나 국가의 재정수입과 관련된 경우, 범죄와 형벌을 다루는 경우 하급법원은 이를 비자기집행적 조약으로 판단한다. 이러한 권한들은 의회의 배타적 권한 영역이어서 국내법정에서 직접 적용될 수 없게 된다.¹⁵⁾

이러한 논리가 현재 대다수 연방의회 의원들이 통상협정 사안에서 주장하고 있는 논리이다. 즉 연방의회는 관세를 부과하고 외국과의 통상을 규율하는 헌법상 권한을 통하여 미국의 통상 정책에 관한 제 1차적 기관이므로 대통령 단독으로 체결한 행정협정은 국내법적 효력을 갖지 못한다고 주장한다. 따라서 이러한 주장에 따르면 의회의 동의 없이 대통령 단독으로 자유무역협정을 체결하거나 가입하는 것은 집행부에 부여된 헌법상 권한을 일탈하는 위헌적(違憲的)행위가 된다.

Ⅲ. 신국제협정과 정치학적 패러다임

바바라 신클레어(B. Sinclair)교수에 따르면 의사당에서 바라 본 입법절차와 미 정부 교과서에 기술된 입법절차 사이에는 큰 간극이 존재한다. 입법을 향한 긴 여정은 선형적이고 예측가능하지만, 이제 그것은 유연하고 변화무쌍하게 되었다.¹⁶⁾

이러한 전제하에 신클레어 교수는 하원과 상원의 새로운 절차와 관행에 대하여 탐구할 필요가 있다고 주장한다. 즉 왜 이러한 새로운 입법방식이 등장하게 되었는지, 그것이 입법과정에 미치는 영향은 무엇인지, 그리고 새로운 입법방식(立法方式)으로 등장한 법의 내용과 성격은 무엇인지 생각해 보아야 한다.

14) Id.

15) Id.

16) Sinclair, B. (1997), *Unorthodox Lawmaking: New Legislative Processes in the U.S. Congress* (2d ed.).

미국의 경우 서비스 법률, 규제적 파기, 만능 제약 입법 등 현 입법과정에는 다양성(多樣性)이 존재하는 것이 사실이다. 빌 클린턴 대통령의 경제 정책이나 1995년 공화당의 예산법 등은 현 입법과정이 헌법의 행위자들에게 보다 많은 선택의 기회를 제공하고 있고, 그들이 선택한 입법과정의 대안들이 다른 입법적 경로를 만들고 있는 현실을 보여준다.

신클레어 교수는 우리에게 입법부의 중요한 특성을 상기시킨다.¹⁷⁾ 즉 입법부는 헌법과정에 있어 창조적(創造的)이라는 것이다. 정치에 종사하는 실무가들은 과정에 별로 신경 쓰지 않는다. 그 과정이 얼마나 고상하고 쓰레기 같은 것인가는 상관이 없다. 단지 자신들의 목적을 달성하기 위하여는 어떠한 과정도 마다하지 않는 목적 지향적 사람들이다.¹⁸⁾ 최근 의회는 매우 적응적인 기관이 되었다. 입법주제를 다루고 법을 만드는데 있어 다른 수단들을 사용하지 않는다.

비정통적(非正統的) 입법의 예로 법에 근거를 갖는 위원회나 위원회 절차 이후 조정과정 등을 무시하고 타스크 포스를 사용하는 것이나 위원회 예산을 무력화하고 하원에 대안 예산을 상정하는 것은 미 의회가 사용하는 여러 비정통적, 즉 법에 명확한 근거가 없는 여러 도구들 중 2개의 불과하다.

현재 의회는 수 많은 문제와 기회들에 상응하는 새로운 수단들을 자유롭게 이용하고 있다. 비정통적인 입법 과정을 통하여 여러 성공적인 입법 성과가 나왔지만, 그러한 독창성과 정통 절차로부터의 이탈은 경계할 필요가 있다. 우드로 윌슨(Woodrow Wilson)이 일갈한 바와 같이 의회 정부는 위원회 정부일 수도 있고 아닐 수도 있다.

다시 말하면 헌법은 의회의 위원회 제도에 대하여 침묵하고 있는 것이다. 그러나 현실에 있어 많은 의회 토론과정은 위원회(Congressional committee)나 부속위원회(Subcommittee)를 통하여 이루어 지고 있는 것이 사실이다. 그리고 이러한 정통적인 입법과정이 조작되고, 무시되는 경우 의회의 토론은 왜곡될 수 있고 입법의 질은 낮아질 것이다.

정치학적 입장은 신국제협정을 둘러싼 정당성 논의에 있어 존재와 당위를 같이 고려하는 절충적 입장이라 할 수 있다. 존재, 즉 지의 세계에서 인류는 도덕과 당위의 문제를 함께 생각해 왔다. AI 만능 세상에서 지의 세계의 혁신적 발전, 급속한 세계화 현실에서 집행부 중심의 신국제협정은 불가피할 수도 있다.

17) Id.

18) Gray, J. Congressional Roundup: Taxes: Legal Challenge to Voting Rule, N.Y. Times, Feb. 9, 1995, at A18.

그러나 의회와 법원은 역사적으로 시민의 자유와 권리를 지키는 보루로 기능해왔다. 따라서 정치학적 관점에서 이는 균형있게 해결될 문제이어야 한다.

IV. 신국제협정과 국제법 패러다임

1. 다자간 지적재산권 보호협정

오바마 행정부의 다자간 지적재산권 보호협정을 향한 협상은 비밀성(秘密性)으로 인하여 많은 비난을 받다 결국 실패하였다.¹⁹⁾ 그 과정에서 미국의 지적재산권법이 어떠한 영향을 받지 않는다는 미 통상대표부(USTR)의 그동안 주장은 초안과 배치되고 거짓이 되고 말았다. 그리고 이러한 논란으로 집행부가 미국을 구속(拘束)하는 국제협정을 체결하는 경우 취하여야 할 헌법적 절차와 방법에 대하여 또 다시 의문이 제기되고 있다.²⁰⁾

통상협정의 목적은 지적재산권에 관한 법을 세계화하고 그 이행을 강화하는 것이다. 그런데 동 초안에 따르면 여러점에서 불완전하지만 협상에 참여한 전문가들이 미국법에 규정되지 않은 내용과 원칙을 협상한 것이 확실하게 드러난다.²¹⁾ 예컨대 반위조통상협정 초안(草案)은 인터넷 서비스 공급자가 유튜브 같은 사이트에 콘텐츠를 업로드하여 반복적으로 저작권을 침해한 것으로 고발되는 경우 인터넷 사용자를 오프라인으로 축출할 수 있도록 압력을 가하고 있다. 또한 저작권 위반을 선동하는 자에게 미국은 형사적 제재를 의무화하도록 하고 있다.²²⁾

동 초안은 지적재산권 침해라는 일반적 용어(一般的用語)를 사용하고 있는데, 따라서 그것이 부득이하게 국제 협정화하는 경우 미국의 국내 지적재산권

19) The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) (2010 drafted and 2011 published)

20) Koh, H. H. (2016). Triptych's End: A Better Framework to Evaluate 21st Century International Lawmaking. Yale LJF, 126, 338.

21) 형사법 영역에서 불완전한 현실과 원칙의 추구에 관하여 LaFave, W. R. (1981). The Fourth Amendment in an Imperfect World: On Drawing Bright Lines and Good Faith. U. Pitt. L. Rev., 43, 307 참조.

22) Koh, Supra note 19.

법에서 일탈한 초안 내용들이 상표권이나 특허권 영역에도 그대로 적용될 우려가 있다. 동 협정 초안에 따르면 협정의 여러 합의 사항들을 감독하고 심지어 수정하기도 할 수 있는 감시위원회(監視委員會)창설도 고려하고 있다.²³⁾

이러한 제안단계의 일들이 설득력이 있는지 여부는 차치하고, 최소한 그러한 과정들이 공적 절차를 통하여 심의될 필요가 있다. 통상 헌법절차에 따를 때에 조약의 경우 집행부는 외국과 조약을 체결함에 있어 협정문 최종본을 상원의 조언과 동의를 위하여 인준(Approval)절차에 회부하여야 한다.

만약 그것이 행정협정이라면 그동안의 헌법관행에 따라 상하원 절차에 회부되어야 한다. 그러나 오바마 행정부는 동 협정은 순수한 행정협정으로서 대통령의 재가(裁可)를 거쳐 범규범이 제정될 수 있다고 주장한다.

그러한 일방적 집행권 주장은 통상 주체가 중요하지 않은 사안에서 가능하다. 물론 중요한 맥락에서 일방적 집행권이 행사된 예가 있는데, 지미 카터 대통령의 이란 인질 위기 사건 종식을 위한 합의, 구 소련의 재산수용에 대한 보상청구 합의 등이 그것이다.

그렇지만 대법원은 그러한 합의(合意)의 한계를 명확히 하지 않고 있다. 역사적으로 대법원의 관행과 협법구도는 그러한 일방적 집행권은 헌법이 규정하는 대통령의 명시적 권한에 해당하거나 최소한 역사적으로 계보가 있는 사안이어야 한다. 예컨대 외국 정부의 승인에 관한 대통령의 권한은 전자의 예이고, 세기에 걸친 청구권 합의에 관한 권한은 후자의 예이다.

지적재산권 보호협정에 가입하는 것은 일방적 집행권(一方的 執行權)영역에 관한 선례와 판이하게 다르다. 헌법상 대통령에게 지적 재산권이나 언론 방송 정책에 관한 독립적인 헌법적 권한을 부여한 것도 아니고 협상 사안이 집행권의 일방적 협정체결을 정당화할 수 있는 장기간의 역사적 관행(歷史的 慣行)에 해당하는 것도 아니다. 오히려 역으로 헌법은 이러한 주제 영역에서 의회에 본래적 권한을 수권하고 있다. 즉 의회는 외국과의 통상과 지적재산권을 규제할 수 있는 법을 제정할 책임이 부여되어 있다.²⁴⁾

집행부는 동 사안에 관하여 집행부가 일방적으로 권한을 행사하는 것이 의회의 본래적 특권(本來的 特權)을 침해하는 것이 아니라고 주장한다. 그 이유는 동 협약이 미 국내법에 영향을 미치지 않기 때문이라는 것이다.

그러나 국제 협정이 국내법에 영향을 미치지 않는 경우에도 미국의 국제 의

23) Id.

24) Trade Act of 1974, 19 U.S.C. 2253(c), 2412(b), 2432, 2437 (1976).

무를 창설하는 이러한 유형의 협정이 의회의 인준 없이 국제법이 되는 경우에는 심각한 헌법적 문제가 제기되는 것은 당연하다. 더욱이 대통령의 독자적 결정에 따라 지적재산권 보호협정이 체결되는 경우 이는 최소한 3가지 차원에서 미 국내법에 영향을 미칠 수 있다.

동 협정의 비 형사법적 부분, 즉 단순한 사법강제(私法強制)에 관한 부분은 협정에 합치하지 않은 주법을 무효화할 수 있고, 사안에 따라 연방법도 주법과 같은 운명이 될 가능성이 있다. 둘째 동 협정은 “장에 제압의 원칙”에 따라 동 협정이 강제되지 않는 경우에도 협정의 일반 원칙에 반하는 주법을 무효화할 수 있다. 셋째, 통상의 법해석 원칙에 따라 법원은 지적재산권, 통신정책 및 관련 분야에 관한 모호한 연방법을 협정에 부합되도록 해석하려 할 것이다.

만약 대통령이 일방적으로 협상이나 협정 체결 등 절차를 진행한다면, 지적 재산권 보호협정은 법원에서 협정의 합헌성(合憲性)을 둘러싼 논란이 일 것이 틀림없다. 조지 부시 대통령이 핵무기 감축에 관하여 신국제협정, 즉 일방적 행정협정을 통하여 협상을 성사시켰을 때에, 조 바이든 상원 의원은 콜린 파월 당시 국무장관에 서한을 보내 헌법에 따라 상원의 동의를 얻어야 한다고 하면서, 부처간 보복으로 비화할 수 있다는 경고 시그널을 보낸 바 있다.²⁵⁾

해럴드 고 교수는 의회는 조 바이든(Joe Byden)의 교훈을 따라야 한다고 주장한다. 만약 대통령이 자신의 일방적 집행권 주장을 계속한다면, 통상, 지적 재산권, 통신정책 등 다른 외교적 사안에서 의회를 무시하는 선례를 남기게 될 것이다.²⁶⁾

오바마 대통령의 가장 최근의 지적 재산권 협상은 정부의 투명성 제고라는 그의 약속을 이미 위반하였다. 일방적 집행권을 통한 협상 절차를 생각하는 것은 제왕적 집행권(帝王的 執行權)을 개혁하겠다는 그의 약속을 스스로 거부하는 것이다. 의회는 헌법제정자들과 헌법 정신을 받들어 부처간 견제와 균형의 원리를 침탈하려는 시도에 대응하여야 할 것이다.

제 3형과 같이 구속력 없는 국제합의이든 제 2형과 같이 구속력 있는 행정협정이든 이론상 문제가 있다고 할 수 없다. 신국제협정은 18세기 국제법 용어인 조약(條約)에 해당하는 것이 아니다. 즉 그러한 다양한 형식의 국제 합의는 국제 조약이 되기 위하여 필요한 상원의 가중 다수결에 의한 인준이 필요하지 않다.

더욱이 대통령의 국제관계나 외교관계에 관한 대통령의 집행권에 관한 헌법

25) Koh, *Supra* note 20.

26) *Id.*

조항은 다른 헌법조항에 반하지 않는한 그러한 국제관계상 조치를 할 수 있는 헌법적 근거를 제공한다. 그러나 현재에 이르러 JCPOA(Joint Comprehensive Plan of Action)나 파리협정에서 보듯이 대통령은 동 협약들의 구속력을 호도 하면서 헌법의 조약체결권 조항을 잠탈하는 문제를 일으키고 있다.²⁷⁾ 대통령의 이러한 공격적 접근방식은 대통령에게 부여된 조약체결절차상 권한의 한계(限界)를 침탈한다.

이러한 변화에도 불구하고 많은 국제관계학자들과 비평가들은 여전히 헌법상 삼권분립 체계를 자기 마음대로 이용한다. 그들은 자신들이 좋아하지 않는 특정의 국가간 합의와 그로 인하여 만들어진 국제법을 위헌이라고 주장한다. 그것은 외교적 결정을 어떠한 3권체계의 하나에 귀속 시키는 것이 쉽지 않기 때문이다.

2. 집행권과 일방적 국제협정

전술한 바와 같이 최근 학자들은 국제법의 유형으로 기존 유형에 더하여 제 3형의 다른 카테고리를 더하고 있다. 의회와 행정부간 사전 합의(ex ante congressional executive agreements), 의회와 행정부간 사후 합의(ex post executive congressional agreements), 증보 행정 협정(executive agreements plus) 같은 카테고리가 그것이다.²⁸⁾

일부 유력한 학자들은 최근의 형식적인 국제관계 관련 규범들은 복잡한 규범 체계로 이루어졌다고 전제하면서, 오랜 숙적인 파리협정(Paris climate compact)이나 양자주의적 신뢰를 진작하기 이란 핵협상 등은 우리 헌법 체계의 핵심을 흔들고 위협하고 있다고 주장한다.

그러한 논란들은 수많은 복잡한 현실세계의 현실들을 의미있게 이해하기 위한 것이지만, 반면 중요한 의미를 희생하는 우를 범하고 있다고 본다. 현재의 집행부는 상대방 외국 국가와 국제 합의를 추구하고 있고, 의회는 이러한 집행부의 행위를 승인하는 태도로 나아가고 있다.

27) Bodansky, D. (2016). The Legal Character of the Paris Agreement, 25 Rev. Eur., Comp., and Int'l Envtl. L.142, 142.

28) Cass, D. Z. (2017). Navigating the newstream: Recent critical scholarship in International Law. In The Nature of International Law (pp. 47-90). Routledge.

전술한 지적재산권 보호협정에 관한 국제협정을 둘러싼 뜨거운 논란도 이러한 예인 것은 물론이다. 동 협정은 지적 재산을 집행하기 위한 다자간 무역 협정이다. 협정을 둘러싼 반대론자들은 앞서 본대로 동 협정의 실체와 목적에 관하여 이를 정책적으로 비판하고 있지만, 놀랍게도 많은 수의 법학자들은 집행부가 법적으로 그러한 협정을 체결할 권한이 있는가 의문을 제기한다.

이 부분에서 우리는 같은 사상(事象)을 두고서도 학문 체계의 영향력으로 인하여 학자들의 관점 또는 접근방식이 달라질 수 밖에 없다는 것을 알 수 있다. 반대론자들의 주장은 의회와 행정부간 합의가 있었다고 할 수 없고, 따라서 기존의 의회 행정부간 합의 어떠한 유형에도 해당하지 않으며, 그렇다고 증보행정협정, 즉 순수한 행정협정이라고 보기도 어렵다는 것이다.

다시 말하면 이번 합의는 높은 의자 사이에 떨어진 것과 같으므로 미국은 그러한 협정을 체결할 수 있는 합법적 권한을 결한다고 주장한다. 그러나 이를 비판하는 학자들은 이러한 논리가 간과하고 있는 것은 도식적 3권 체계를 통하여 과도하게 현실을 왜곡하고 있다고 지적한다.

사실 미국은 매년 수도 없는 국제협정(國際協定)을 체결하고 있으며, 이들은 국내법에 합치하는 것을 전제로 국내법과 같이 집행되고 있는 현실이다.²⁹⁾ 그럼에도 그것들은 신국제협정 유형 어디에도 해당하지 않는다. 이러한 협정들이 기존 개념과 유형 박스에 적절하게 부합하지 않는 실제 이유는 기존의 개념과 유형 박스가 몇가지로 매우 단순하게 구성되어 있기 때문이다.

돌이켜 보면 관료제(官僚制)의 복잡성으로 인하여 오바마 행정부 지적재산권 보호협정을 둘러싼 국제관계상 문제가 초래되었다. 동 보호협정이 처음으로 의회에서 난관을 맞이하자, 세세한 외교관계 문제에 대하여 잘 알 수 없는 미 정부 법률자문부처가 의회 의원들에게 새로운 지적 재산권 협정은 행정협정의 성격을 가지고 헌법에 반하지 않는다고 주장하면서 명확하지 않는 답변을 회신하였다.

물론 동 협정은 누가 보든지 기존 행정협정의 성격을 갖는 것은 아니다. 당시 국무성 법률자문으로 근무하던 고흥주 학장은 불명확한 답변을 명확히 하기 위하여 보다 현실적이고 설득력 있는 3가지 이유를 담은 답신을 작성하였다. 즉 동 지적 재산권협정은 일반적 사전 수권, 일관된 기존 집행부 관행, 전반적 법체계와 거시적 부합성 등 3가지 근거를 적시하고 동 협정은 당연히 헌법에

29) Koh, H. H. (2004). International law as part of our law. American Journal of International Law, 98(1), 43-57.

반하지 않는다고 주장하였다.

3. 헌법적 관습법화

사건이지만 지적재산권 보호협정의 체결은 헌법관행 또는 헌법변천이나 헌법 관습법으로 이해할 수 있고 세계화의 현실과 외교관행에 부합한다는 주장이 타당하다고 본다.

첫째, 미 의회가 이번 협정과 관련하여 명시적으로 사전 수권을 하지는 않았지만, 이미 집행부는 지적 재산권의 효과적 보호와 집행을 위하여 미국 아닌 외국과 국제 기준과 정책을 입안(立案)하고 합의할 수 있는 근거 법률을 제정한 바 있다.

둘째, 답신에서 볼 수 있듯이, 이미 의회와 집행부, 즉 정치기관은 오랜 기간 동일한 주제 영역에서 동일한 협정을 다루고 합의한 바 있다. 또한 동 협정은 지적 재산권이라는 특정 주제에 관한 장기간의 유사한 협정에서 보듯이 역사적 선례를 배경으로 의회가 집행부에 지적 재산권을 보호하도록 요구한 것이라고 할 수 있다.

따라서 실제 우리의 관행은 고흥주 교수 주장처럼 헌법적 관습이 된 것으로 이해할 수 있다. 즉 이미 의회가 자신의 행위를 통하여 원천적으로 이를 수용하였고, 광범위한 범위에서 일관(一貫)되게 행해지는 집행부의 행위라 할 수 있는 것이다.

국무성과 미 통상대표부는 협상 후 체결된 지적재산권 보호협정은 기존 법체계에서 일탈한 것이라 할 수 없고, 협정은 기존법에 전적으로 합치하며, 그 집행을 위하여 다른 법령을 제정할 필요가 없다고 보았다.

이러한 관점에서 지적재산권 보호협정은 이란 미국인 인질 석방을 가능케 한 알제리 협정과 닮았다. 알제리 협정은 1981년 *Dames Moore v. Ronald Reagan* 사건 대법원 결정에서 광범위하게 그 합헌성(合憲性)이 확인되었다.³⁰⁾

동 사건에서 대법원은 명시적으로 의회와 집행부간 사전 약정(prior agreement)을 원용하지 않았다.³¹⁾ 대신 동일한 영역에서 제정되고 긴밀하게 관련된 법률

30) *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981).

31) Helfer, L. R. (2008). Nonconsensual international lawmaking. *U. Ill. L. Rev.*, 71. ; Palmer, G. (1992). New ways to make international environmental law. *American Journal of International Law*, 86(2),

들을 판결의 근거로 삼았다. 또한 청구와 화해라는 결정적 합의를 이루어 낸 집행부의 오래된 관행을 근거로 하였다.

알제리 협정은 지적재산권 협정처럼 전통적인 신국제협정 박스 중 어느 하나에 적절하게 매칭되지 않는다.³²⁾ 이 사건에서 대법원은 이러한 헌법박스를 무시하면서, 대신 대통령에게 광범위한 재량권을 부여하려는 의회의 입법 의도가 보인다고 판시하였다.

대표적 국제법 학자인 해럴드 고는 이러한 묵시적 수권(默示的 授權)이론을 비판하였다. 그리고 동 판결은 국제 청구에 관한 인락을 위하여는 특별한 배경 하에서 좁게 해석되어야 한다고 주장하였다.³³⁾ 그러나 35년이 지난 지금 동 판결의 법원 설시는 좁게 해석되지 않고 있으며, 동 판결과 동 판결의 법리를 따른 많은 대법원 판결들이 케이스북에 고스란히 남아 있다.³⁴⁾

동 판결의 요지는 일반적 관점에서 의회의 통상적인 입법체계와 목적에 위배되지 않는 한 대통령의 행위에 대하여 가타 부타 하지 않고 묵인하는 의회의 오래된 관행(慣行)이 있다는 것이다. 즉 대법원은 입법부 의사(立法府 意思)에 반하는 다른 정황이 없는 한 의회는 특정 문제영역에 관하여 집행부의 조치를 허용하고 수권할 수 있다고 판단하였다.

그러한 허용 공간에서 대통령은 의회의 사전적 · 특정적 승인 없이도 국제 협정을 협상하고 체결할 수 있는 헌법적 자유를 가지고 있다. 데이비 & 무어 사건에서 대법원은 현대 헌법상 외교행위의 진실을 인식한 것이다.

다시 말하면 의회는 집행부의 모든 외교적 행위에 개별적으로 어떠한 판단과 간섭을 할 수도 없고 하지도 않는다는 것이다. 집행부의 외교적 행위가 다양한 방식으로 행해질 수 있다면, 의회는 기존의 유형을 넘어 다양한 방식의 국제법 창조(國際法 創造)를 인정하고 받아 들여야 한다.³⁵⁾

259-283.

32) U.S. Const. art. I, 10, cl. 1, 2, 3.; U.S. Const. art. II, 2, cl. 2.; Powell, H. J. (1985). The Original Understanding of Original Intent, 98 Harv. L. Rev. 885, 948.; Reisman, W. M. (1984). International incidents: Introduction to a new genre in the study of international law. Yale J. Int'l L., 10, 1.

33) Koh, Supra note 20.

34) Id.

35) Ackerman B. & Golove D. (1995). Is NAFTA Constitutional?, 108 Harv. L. Rev. 799. ; 그러나 2016년 태평양 동반자관계 협정(Transpacific Partnership

정부 부처가 효과적으로 기능하려면 다른 기관간 합의와 마찬가지로 일방 기관 당사자는 상대방 당사자에게 재량의 영역을 보장할 필요가 있다. 그리고 그 재량영역은 일반적 사전 수권, 집행부의 일관된 관행, 외교행보에 관한 통상적 규칙 등 넓은 지표가 허용하는 범위에서 집행부(執行府)의 자유를 보장한다.

이러한 문제들이 시사하는 바는 신국제협정 유형에 관한 헌법 박스가 국제관계에 있어 더 이상 의미를 가지지 못한다는 것이다. 그러한 도식적 체계는 미국이 현재 실행하고 있는 국제법 입법 방식의 다양성(多樣性)을 설명함에 있어 한계를 가진다. 최근의 행정협정 플러스 같은 새로운 입법방식을 유형화하면서 이를 기존의 유형에 더하는 비둘기 같은 접근 방식으로는 문제를 근원적으로 해결하지 못한다.

대신 우리는 보다 현실적이고, 쟁점 중심적·합의 중심적 개념체계로 관점을 돌릴 필요가 있다. 즉 집행부의 국제규범 제정 행위를 승인하고 수용하는 현재의 의회절차가 실제 기능하는 양태(樣態)를 보다 적절히 반영할 수 있도록 하여야 한다.

이를 위하여 3가지 요소가 중요하다고 본다. (i) 정부간 합의가 법적으로 구속력 있는 새로운 의무를 담고 있는가? (ii) 집행부의 정부간 합의와 국제법 창조에 관하여 의회 승인이 요구되는 정도는 어떠한가? (iii) 쟁점이 되고 있는 주제 영역에 관하여 헌법상 배분된 기관간 권한은 어떠한가?

21세기 입법행위는 전에는 보지 못했던 다양한 유형으로 행해지고 있다. 이는 법 조항이나 법조문을 도안한다는 차원에서 보면 더 이상 전통적인 입법방식(立法方式)에 한정되지 않는다는 것을 의미한다.³⁶⁾ 오늘날 이는 새로운 쟁점 영역에서 규범적 원칙들을 진작하기 위한 건설적 관계를 구축해가는 과정이라 할 수 있다. 이는 입법창설적 성격을 갖는데, 다자간 조약 체제에 대한근거를 마련하는 법규범으로 정수화(精隋化)화 된다.³⁷⁾

오랜 기간 이러한 입법창설적 체제 구축 노력은 수 많은 국가 관행을 창출하

Agreement)의 경우 의회의 동의마저 얻지 못하게 된다. 동 협정에 오바마 대통령이 서명하였으나 상원이나 의회의 동의를 얻지 못하고 있던 중, 2017년 트럼프 대통령이 의하여 미국은 탈퇴하게 된다.

36) Lesch, M., & Reiners, N. (2023). Informal human rights law-making: How treaty bodies use 'General Comments' to develop international law. *Global Constitutionalism*, 1-24.

37) Meyer, T. (2013). From contract to legislation: The logic of modern international lawmaking. *Chi. J. Int'l L.*, 14, 559.

였는데, 이로써 국제 관습법이 만들어지고 있다. 즉 국가들이 법적 의무에 대한 확신 하에 국가 관행을 반복하는 현상을 보이고 있는 것이다. 이러한 국제 협력방식의 전환은 국제법 법률가들의 역할을 변화시키고 있다. 50년 전 정부에서 일하는 법률가들은 구속력있는 조약 문언을 초안하고 최종적으로 조약화하는 일에 자신의 에너지를 집중하였다.

그러나 오늘날 그들은 빈번하게 자신들이 과거와 딱 반대로 행동한다는 것을 느끼고 있다. 즉 그들은 셸(shall)이 슈드(should)로 바뀌지 않도록 행동하면서 국제협정들이 기존 국내법 체계와 내용에 위배되지 않도록 하는데 주의를 기울인다.

또한 상호간 신뢰를 구축하여 정식 조약의 체결로 나아가기 보다는 되도록 법적으로 구속력(拘束力)이 약한 규범을 좋아하고,³⁸⁾ 향후 관계의 전개과정을 예측하면서 단지 희망적 목표를 설정하거나 파리협정과 같이 새로운 채무불이행 기반의 협력관계를 만들려 하고 있다.

물론 이러한 국제법적 차원의 문제가 헌법적 논란으로 비화할 수 있다. 이때 국제법 제정에 있어 최근의 혁신적 변화는 스페판 브라이어(Stephan G. Bryer)대법관이 지적하듯이 법을 해석함에 있어 보다 실용적(實用的) 접근태도를 요구한다.

세계화된 현실에서 의회가 외교와 국제관계에 관한 집행부의 행위에 대하여 개별적으로 또는 모든 조치들을 공식적으로 승인하거나 불승인하는 것은 불가능할 뿐더러 그렇게 하고 있지도 않다. 다른 모든 기관간 공조관계에서 보듯이 일방 당사자는 상대방 당사자에게 재량영역을 부여하는 것이 필수적이다.

즉 일반적 사전 수권, 집행부의 일관된 관행, 그리고 거시적·전반적 관점에서 바라본 법체계와의 조화가 재량영역(裁量領域)에서 집행부 조치의 기준이 될 것이다. 이로써 타방 당사자는 양 기관간 공조관계를 법적으로 구속하는 새로운 협정에 관하여 타방 당사자와 긴밀하게 협의하면서 필요한 조치를 할 수 있을 것이다.

4. 도그마를 넘어

우리는 국제법 규범의 창출에 관한 새로운 개념체계에 동의하던 아니하던 21

38) Dupuy, P. M. (1990). Soft law and the international law of the environment. Mich. J. Int'l L., 12, 420.

세기 국제법 제정방식의 생산적 측면을 몰각하는 기계적 유형화는 지양할 필요가 있다. 21세기 국제법 제정은 만남과 관계, 개인적 사상 현실적 소통을 통한 살아 있고 숨쉬는 현실세계의 복잡한 그림이다. 그 과정은 협력과 관심, 규범을 심화함으로써 법을 창조하고 체제를 구축하는 한편 이를 진작시키는 것을 목적으로 하여 나아가고 있다.

이러한 현실을 수용하기 위하여는 특정 국제 협상을 둘러싼 집행부와 입법부의 상호 작용의 역사, 자료, 주제, 실체적 본질을 보다 잘 이해할 수 있는 법개념과 체제에 대한 새로운 인식을 가질 필요가 있다.³⁹⁾ 우리는 하루가 다르게 발전하는 다차원적(多次元的)세계에 살고 있다.

우리는 현실 세계의 풍요로운 생명들의 행위를 기계적인 법적 분석과 체크리스트에 끼워 맞추려는 시도를 버려야 한다. 이제 변화하는 유형화·체계화 분석방법은 우리의 머리를 구두처럼 옥죄게 하는 구 시대의 유물이 되어 버렸다.

그러나 다른 한편 국제관계에 관한 법을 미국의 리스테이트먼트(Restatement)와 같이 개념법학적 차원에서 원리화 하여 정리함으로써 연계화, 체계화, 강화시키려는 노력은 부분적으로 국제법의 근간을 정리·건설하고 국제법과 국내법 사이에 다리를 놓는 것과 같이 바람직한 면도 있다.

국제사회에 있어 국제법과 지배구조에 관하여는 수 많은 비판과 반대론이 제기되고 있는 것이 사실이다. 물론 대부분 피곤한 주의·주장으로 허무하게 결말나게 된다. 그러나 미국 같은 강대국의 국제관계법은 특히 국제법을 약화시키고 심지어 무력화 할 위험이 있다. 따라서 그러한 괴수(behemoth)경향에 대응하기 위한 전략들이 필요하다.

그러한 전략으로 4가지를 생각해 볼 수 있다. (i) 국제관계법을 정상화시키고, (ii) 판례법에 대한 보다 체계적 재언(體系的 再言)과 정리(整理)를 통하여 국제법을 적절하게 복원하려는 노력, (iii) 다른 국가의 국제관계에 관한 리스테이트먼트법에 대한 연구, (iv) 마지막으로 다관점화, 즉 국제법과 국제관계에 관한 다원적 관점을 인정하려는 노력 등이 그것이다.

후자의 방법은 국제관계법을 여러 다양한 처지에 있는 법적용자들의 관점을 통하여 바라보는 것이다. 특히 그들의 법과 규칙, 그리고 실행들이 다른 국가들에 미치는 영향을 사려 깊게 생각하고, 국가들의 국제관계법을 비교법적으로

39) 국제법 관련 주제는 아니지만 헌법심사와 역사에 관하여 Crenshaw, K. W. (1997). Color blindness, history, and the law. The house that race built, 1, 280. 참조.

연구할 필요가 있다. 미국의 국제관계법이 괴수 같은 국제법으로 나아가지 않게 하기 위하여는 국제법을 도안하고, 재언을 통하여 정리하고, 이를 해석함에 있어 신중하게 접근하고 다관점주의를 진작할 필요가 있다.

5. 신국제협정과 도덕적 의무

그러나 신국제협정이 국내에서 아무런 구속력을 갖지 않는다는 다수 학자들의 도식적 기성 관념에 대하여 비판적 견해도 없지 않다.

여러 헌법 사안과 분석을 통하여 볼 때에 헌법은 정치적 합의에 나아갈 수 있는 대통령의 권한을 제한하고 있다. 따라서 헌법의 기능적 관점에서 대통령의 정치적 합의에 관한 권한은 헌법상 통제(統制)를 받아야 한다.⁴⁰⁾ 미국이 당사국인 다른 국제조약과 마찬가지로 이러한 정치적 합의는 국제적으로나 국내적으로 실효적으로 기능하고 있기 때문이다.

이를 위하여 우리는 합의 형식, 주제와 내용, 유기성과 자율성 등에 따라 달라지는 다양한 정치적 합의를 구별하고 유형화(類型化)할 필요가 있다. 현 관행대로 연방정부가 정치적 합의를 할 수 있는 권한이 있다 하더라도, 그러한 권한과 현재의 관행은 조약상 조약체결절차나 보다 일반적으로 국제관계에 관한 여러 조항들에 적절하게 부합하지 못한다.

따라서 이러한 관행이 합헌적(合憲的)이기 위하여 헌법 문언, 제정 당시의 문언 의미, 관행, 구조, 사려 깊음 등을 조사 분석해 볼 필요가 있다. 이로써 어렵지만 정치적 합의로 나아갈 수 있는 집행부의 권한에 대한 헌법적 근거를 제시하고, 의회의 견제 역할을 제안할 수 있을 것이다.

이러한 체계적 접근 방식은 다양한 정치적 합의를 분석하고 평가하는 하나의 틀을 제공하고, 집행부의 정치적 합의를 헌법에 일치하도록 정통성(正統性)을 부여할 수 있다. 그리고 의회가 언제 그러한 정치적 합의에 관한 정보를 요구하고 인준할 것인가에 관한 결정에도 도움을 줄 수 있다. 이란과 국가간 국가안보 합의는 사례 분석을 통하여 이러한 이론을 예증할 수 있게 한다.

집행부의 정치적 합의 권한은 수많은 중요한 상징적 의미를 가지고 있다. 우리는 헌법과학적 인증(憲法科學的 認證)을 통하여 현재까지 모호하고 비현실적인 수많은 집행부의 정치적 합의를 정통성 있는 합의로 발전시킬 수 있다.

40) Hollis, D. B., & Newcomer, J. J. (2009). "Political" Commitments and the Constitution, 49 Va. J. Int'l L. 507.

이러한 인 증은 집행부의 정치적 합의에 관하여 정보를 획득할 수 있는 근거를 제공하기도 한다. 희귀한 예이지만 어떤 경우에는 국회의 인준을 받도록 할 수 있는 근거가 될 수 있다. 새로운 이론과 국제관계에 관한 집행부의 정치적 합의 권한은 헌법의 기본원칙과 현 정부관행을 조화시킬 수 있게 하고, 일부의 선택적인 이해를 미국 정부의 모든 국제적 합의로 확장하여 규율할 수 있게 한다.

왜 그럴까? 1992년 오란 영(Oran Young)의 의문처럼 우리도 자문해야 한다. 행위자가 자신의 행위를 체제나 제도가 요구하는 바에 맞추려는 의무감을 가지거나 느끼는 이유가 뭘까? 그것은 도덕적 이유(道德的 理由)에서 연유한다. 그러나 어떠한 것을 행하여야 한다는 의무감에도 차이가 있다. 법적인 이유와 규범적 이유가 그것이다. 비록 영은 더 나아가 구체적 의미를 밝히지 않았지만, 이러한 도덕적, 규범적, 법적 이유는 사실 의무라는 전통적 개념에 깊게 깃들여 있다.

초국가적인 행위자들의 국제규범을 준수하여야 한다는 도덕적 의무감은 국내적으로 구속력 있는 법이 되도록 한다.⁴¹⁾ 즉 그러한 국제규범이 법원의 해석을 통하여 또는 국내법으로 수용되거나 변형을 통하여 국내법 체계에 포섭되는 계기가 된다. 법철학과 법과정론의 대표적 학자인 프랭크(Franck)와 체이세스(Chayes)는 모두 초국가적 행위자들은 그들이 국내적 절차를 통하여 국제규범의 합법성을 수용한 경우에 더욱 국제규범을 준수하려는 의지가 강화된다고 한다.

바로 이 국제규범의 국내적 수용이야말로 “국제법은 법의 개념을 충족하지 못한다”고 주장한 하트(H.L.A. Hart)가 생각하지 못하여였던 것이다. 물론 하트는 그 자신의 용어와 체제에 따라 초국가적 상호작용과 법 과정(Legal Process), 세계규범의 해석과 국내적 수용이라는 개념을 인식하고 사용하였다. 이는 그가 말한 제 2차 규범 또는 인정규범(Rule of recognition)에 해당함에도, 이러한 2차 규범 또는 인정규범이 국제사회의 법질서에도 존재한다는 것을 간과한 것이다.⁴²⁾

우리는 독창적 법이론을 넘어 국내법화한 국제규범에 대한 복종은 매우 심오한 역사적 뿌리를 가지고 있으며 건전한 이론적 배경을 가지고 있다는 것을 부인할 수 없다. 국제규범을 해석하고 그러한 규범들을 국내법화 함으로써 전체적인 과정은 국가이익의 재건을 가능케 한다. 종국적으로 국제규범의 준수에

41) Dunoff, J., Hakimi, M., Ratner, S. R., & Wippman, D. (2023). *International Law: Norms, Actors, Process*. Aspen Publishing.

42) H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 97-114 (1961).

대한 의무감은 그로한 과정을 통하여 국제사회에서 국가의 정체성(正體性)을 유지 가능하게 한다.

새로운 주권 관념으로 특징지워지는 후기 의무중심시대에 “초국가적 법 과정(Transnational legal process)”이 풍성해지면 풍성해질수록 “왜 국가들은 국제규범을 준수하여야 하는가”라는 수수께끼는 자연스럽게 풀리게 될 것이다.⁴³⁾

V. 신국제협정과 헌법학 패러다임

1. 애커맨과 골로브의 보편주의 헌법관

헌법은 법학도에게 훈련 받은 논쟁의 장이라고 할 수 있다. 따라서 헌법에 관한 담론이나 주장은 헌법이 규정하고 있는 문언과 그러한 문언들을 해석함에 있어 역사적으로 쌓여 온 상당수의 원칙들이 학자들간 논쟁에 있어 공통적 기반을 제공하여야 한다.⁴⁴⁾ 그러므로 순수한 수학이나 이단적 헌법 논객들과 같이 아무리 고상하고 현명한 법리(法理)를 제시한다 하여도 그것은 결국 기능하지 못하게 된다.

법률가들은 사람들이 법과 규범에 구속되듯이 법문(法文)에 구속된다. 따라서 법률가의 공덕이란 헌법이라는 거대한 우주에서 작은 진리를 구하는 것이다. 그것은 보다 큰 복종의 습관에 동기를 부여하는 습관적 마음이다.⁴⁵⁾ 헌법에 대한 이러한 겸허한 이해가 있다면 헌법을 공부하는 우리들은 잘못된 전공(專攻)을 택하였다는 후회를 하지 않을 것이다.

이러한 이해를 전제할 때에 헌법은 결국 개인들의 기호를 제어하는 투명한 언어로 남게 될 것이다. 따라서 헌법학자들이 수 많은 미사여구를 동원하여 일관되지 않으면서 헌법 문언과 구조에 반하는 주장을 하는 것은 문제이다. 그것이 기존 헌법이론 체계에 대한 공개적이고 전위적인 공격이라면 학과간(interdisciplinary)변형적 논리로 받아 들여질 수도 있다.

43) Koh, H. H. (1996). Transnational Legal Process, 75 Neb. L. Rev. 181.

44) Tribe, L. H. (1994). Taking text and structure seriously: Reflections on free-form method in constitutional interpretation. Harv. L. Rev, 108, 1221.

45) Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 485-86 (1965).

헌법학자들의 주장은 헌법학자들간 원활한 소통을 할 수 있도록 훈련되고 해석의 예술을 통하여 헌법 기업(constitutional enterprise)의 구성원들간 널리 공유된 교조적 원칙, 법문과 구조, 역사적으로 확인되어온 진실들을 통하여 독자성(獨自性)과 정체성(正體性)을 가질 수 있다. 브루스 애커맨(B. Ackerman)과 데이비드 골로브(D. Golove)는 의회에 부여된 헌법적 권한에 따라 의회는 조약체결절차에 관한 헌법 제 2조와 상관없이 국제협정을 인준할 수 있다고 주장한다.⁴⁶⁾

비록 헌법상 조약 조항이 명문화되어 있지만 1940년대 이후 일련의 정치적 사건들로 대통령이 양원 합동회의의 다수결 절차를 통하여 국제협정을 체결할 수 있다는 헌법적 관행(憲法的 慣行)을 창출해 내었다. 즉 소위 전술한 “의회 집행부간 행정협정” 또는 “상위법 제정(Higher law-making)을 향한 일련의 단계”라고 이름 붙여져 설명되고 있다.

애커맨과 골로브에 따르면 헌법 제 2조 조약 조항은 오래전 헌법 세계에서나 이용되던 것이고 배타적 성격을 가져 현재의 관점에서 거의 기능하지 않는 조항이라고 한다. 반면에 의회와 집행부간 행정협정은 보편적(普遍的)이고 매우 체계적(體系的)이어서 그 근원에 관하여 아무런 의문이 없다고 주장한다.⁴⁷⁾

애커맨과 골로브는 1940년대 이후 급격한 헌법적 변천이 발생하여 시민, 대통령, 의회는 국제협정을 상원 출석 3분의 2 대신에 상하 양원 단순 다수결에 따라 인준할 수 있다고 한다. 그리고 이러한 변천은 오랜 역사 속에서 시간을 맞추어 이루어져 왔고, 시기 상조라고 할 수 없다고 주장한다.⁴⁸⁾

환언하면 두 학자 주장의 요지는 헌법 제2조 조약 인준 및 헌법 제 5조 헌법 개정 절차에 관하여 상원의 관여를 규정한 헌법 조항과 문언은 모두 비민주주의적이고, 헌법 제정 당시 기초자들의 심각한 실패일 뿐만 아니라 주 정부의 권리에 관한 비시대적(非時代的)관념에 기초하여 심한 기능적 부작용을 야기하고 있다는 것이다.⁴⁹⁾

애커맨과 골로브의 이러한 보편주의 헌법관은 분파적이고 파당적이며 소규모 관점을 무시할 수 없음에도 수 많은 주들을 헌법적으로 거세하는 결과가 된다.

46) Ackerman B. & Golove D. (1995). Is NAFTA Constitutional?, 108 Harv. L. Rev. 799.

47) Id.

48) Id.

49) Id.

이러한 주장에 따르면 미국의 실제 현실이라 할 수 있는 주 정부들은 월슨 대통령이 베르사이유 조약을 통하여 국제연맹에 가입한다면 이를 방해해서는 안 된다는 결론에 이르게 된다.⁵⁰⁾

애커맨과 콜로브에 따르면 실제 1940년대 미국의 다수 시민들은 주 정부들이 무지하여 베르사이유 조약에 가입하지 못하였고 이는 제 2차 세계대전 발발의 기회를 제공하였으며, 따라서 헌법상 보장된 주들의 조약 인준 권한은 비난받아 마땅하게 된다.⁵¹⁾

2. 트라이브의 헌법지형학

트라이브(L. Tribe)에 따르면 헌법이 법적 문서라면 법문(法文)을 있는 그대로 인식하는 것이 법률가의 1차적 사명이다. 문리해석의 원칙(Plain language rule)은 어떠한 해석방법 보다 앞서는 것이다. 헌법의 문언들은 미합중국 시민의 이름으로 존재하게 되고 매우 독특하지만 상호 연관되어 있는 제도들과 관행으로 이루어진다.⁵²⁾

다시 말하면 연방헌법은 규범적(規範的) 성격과 정치적(政治的) 성격을 같이 보유하고 있고, 제도들과 관행을 규율하는 법원칙들을 담고 있다. 법문들을 개별적으로 독립하여 읽게 되면 매우 제한된 의미만으로 느껴진다. 따라서 법문들을 상호 연관되게 읽는 경우에만 헌법 조항들은 미합중국 정부의 체제와 구조를 의미 있는 것으로 만든다.⁵³⁾

헌법은 기본 건축학(Basic architecture)이다.⁵⁴⁾ 헌법의 문언은 단순히 지시, 권력, 금지 등의 연속이 아니고 서로 연관된 하나의 구조물이다. 이는 헌법의 문언(Text)과 구조(Structure)로 구성되며, 헌법학의 성공을 이끌어 내었다. 따라서 헌법 문언의 유형과 상호기능은 물론이고 헌법 문언 밖의 건축물, 즉 헌법이 대상으로 하고 헌법에 기초하여 창조된 거대한 정부 조직의 유형과 상호 기능에 대하여 항상 관심을 가져야 한다.

50) Id.

51) Id.

52) Tribe, *Supra* note 44.

53) Tribe, L. H., & Dorf, M. C. (1991). *On Reading the Constitution* 96.

54) Id.; *United States v. Lopez*, 2 F.3d 1342, 1367-68 (5th Cir. 1993) cert. granted, 114 S. Ct. 1536 (1994).

트라이브에 따르면 헌법의 문언과 구조를 심각하게 받아 들인다는 것은 헌법이라는 거대한 건축물의 지형학(Geometry)이다. 여러 요소들을 상호 독립케 하고 그들 간 상호 연관성에 관한 기본적 기하학이다. 따라서 자의적 헌법 해석은 헌법 지형학의 관점에서 심각한 오류에 빠질 수 있다.⁵⁵⁾ 지형학적 고찰은 일정한 복잡계(複雜界)의 구조적 일체성과 연관되는데, 복잡한 구조체에서 각 부분은 유기적으로 다차원적 전체를 이룬다. 헌법과 헌법에 기반하여 창출된 정부기관 역시 예외가 아니다.

트라이브와 해석법학적 관점에서 헌법과 정부조직의 일체성(一體性)은 지형학적으로 건전한 헌법 해석 방식을 통하여 이루어진다. 헌법의 의미를 수미일관되게 하는데 있어 가장 현실적이고 확실한 요소는 법률의 제정, 조약의 체결, 협정의 인준, 헌법개정 등의 문제가 있을 때에 구체적인 헌법 문언과 지시에 따르는 것이다.⁵⁶⁾ 그리고 그러한 문제에 관한 헌법의 지시가 불명확하거나 문언의 의미에 차이가 있는 경우 이를 조화롭게 해석하는 것이다.

Immigration and Naturalization Service v. Chadha 사건에서 대법원이 위헌 선언한 입법적 거부(Legislative veto)는 헌법상 지형학 문제를 담고 있는 한 예이다.⁵⁷⁾ 의회의 입법권이 단순히 모호한 차원의 고체물이라고 가정해 보자. 그러한 차원은 의회의 입법위임 만큼이나 수 많은 범프(Bump)와 외부 확장물로 인하여 모두 부드러운 것만은 아니다.

그러한 차원은 정부 부처의 차원에 가까울 정도가 될 것이다. 만약 우리가 작은 확장을 문제 삼는다면 이를 밖으로 확장해 보고 다시 원래의 고체물로 되돌리는 작업을 통하여 우리는 입법권이나 행정권의 지형학을 근본적으로 다른 것으로 바꾸어 놓을 수 있다.⁵⁸⁾ 우리는 그림에 하나의 구멍을 만들어 차원이 아닌 구체적인 그림, 예컨대 도너츠의 구멍에 보고 싶은 어떠한 요소를 삽입하였다 하자. 이는 입법적 거부에 의하여 영향 받는 변천 유형의 하나일 것이다.

해석법학의 오묘함은 단순히 통상의 위임에서 볼 수 있는 범프나 확장이 아니라 탄창 구멍처럼 의회 권한으로 돌아와 문제를 야기한다. 이로써 창설된 의

55) Newman, G. L. (2004). The uses of international law in constitutional interpretation. *American Journal of International Law*, 98(1), 82-90.

56) Wittgenstein, L. (1969). On Certainty 200, at 27e (G.E.M. Anscombe & G.H. von Wright eds. & Denis Paul & G.E.M. Anscombe trans.).

57) *INS v. Chadha*, 462 U.S. at 967, 1005 (1983).

58) *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714, 721-27 (1986).

회 권한은 입법부가 법의 집행을 직접적으로 감독하는 결과가 되어 헌법의 제안자들이 거부한 “의회제 정부 형태(Parliamentary System of Government)”와 유사하게 된다. 지형학적 관점은 법률가나 법학 교수처럼 “헌법 해석이라는 기업”에 관여하는 자들이 오류를 범할 수 있다는 것을 넘치지 알려준다.⁵⁹⁾ 지도의 고형물들이 마치 전체의 모습을 보여주고 있다고 잘못 생각하는 것이다.

3차원의 대상을 2차원으로 모두 표현하지 못한다. 또한 우리는 4차원의 도형을 그리는 것이 3차원의 도형을 그리는 것보다 쉽고, 3차원의 대상을 그리는 데 있어 뒤어나 앞에 점선을 이용하곤 한다. 대부분의 사람들은 그것이 3차원의 도형을 그린 것이라는 것을 이해하지만, 점선을 사용하는 관습을 모르는 사람들은 점선에 있는 갭(Gap)을 실제 도형에 구멍이 난 것으로 착각할 수 있다.

헌법해석에 있어서도 이러한 오류가 가능하다.⁶⁰⁾ 헌법이 법문을 통하여 정부의 구조와 체계를 기술하는데, 이는 여러 연속적인 문장으로 표현된 실제 보다 다차원적인 것이다. 헌법에 의하여 기술된 정부의 지형은 그것이 기술하려고 하는 정부의 실제 외관을 완전하게 표현하지 못한다.⁶¹⁾ 수학자들과 마찬가지로 헌법의 해석자들은 헌법 문언과 구조의 간극을 읽어야 하고 이에 관한 관행에 따라야 한다. 이러한 간극은 헌법에 무수히 존재하고 어떤 경우에는 매우 기본적인(基本的)인 것이다.

예컨대 수정헌법 제 6조 신속재판의 원칙과 변호인의 조력을 받을 권리 기타 형사절차상 기본권은 모든 형사 절차에서 인정되는 시민의 기본권이다. 다만 연방헌법인 이유로 연방정부가 규범을 지켜야 할 수범자(Norm receiver)가 되는데, 법문 어디에도 연방이라는 말은 없다.⁶²⁾ 즉 3차원적인 기술이지만 헌법 구조와 관련된 연혁에 따라 그 이면과 전면을 추정할 수 있고 연방정부를 구속한다는 1개의 차원이 더하여져 수학자가 점선으로 이를 표현하는 것처럼 연방정부를 구속하는 것이 된다.

59) Tushnet, M. (1988). Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law 60-69.

60) Rogers, M., & Molzon, R. E. (1992). Some Lessons About the Law From Self-Referential Problems in Mathematics, 90 Mich. L. Rev. 992, 1005-06.

61) Monaghan, H. P. (1981). Our Perfect Constitution, 56 N.Y.U. L. Rev. 353, 353-60.

62) Lipkin, R. J. (1994). Can American Constitutional Law Be Postmodern?, 42 Buff. L. Rev. 317, 352 n.102.

또한 헌법 제 1조 9항의 인신보호영장(Habeas Corpus)과 자기입법 및 소급입법의 금지는 제 1조 10항의 주 정부의 자기입법 및 사후입법 금지 조항에 연관되어 연방정부만을 구속하는 것이 된다. 즉 헌법의 문언과 구조를 통하여 논리적(論理的)이고 체계적인 헌법 해석이 가능한 것이다.

헌법 법문에서 통상적으로 생략되지만, 암묵적으로 그것이 존재하는 것으로 해석되는 또 하나의 다른 예로 “오로지”라는 말을 들 수 있다. 애커맨을 포함한 일부 헌법학자들은 “오로지”라는 말의 생략이 우리 정부의 건축학적 구조 속에 실제 구멍이 존재하는 것으로 잘못 이해하고 있다.

헌법개정에 관한 5조는 동조의 헌법개정 조항이 유일한 방법이라고 명시하고 있지 않다. 헌법 제 2조 조약 조항 역시 동 조항이 중요 국제조약을 인준하는 유일한 방법이라고 명시하고 있지 않다. 브루스 애커맨(B. Ackerman)교수와 아킬 아마르(A. Amar)교수는 이 간극이 우리 정부 구조의 진정한 구멍이라고 오해하고 있는 것이다.⁶³⁾ 따라서 그들은 필요한 경우 代替的方法에 따라 헌법이 개정될 수 있으며 국제조약이 체결되고 효력을 발휘할 수 있다고 주장한다. 그러나 이는 앞서 든 예에서 점선을 진정한 구멍으로 보는 오류를 범하고 있다.

트라이브에 따르면 애커맨 교수는 헌법 해석에 있어 이와 같은 오류를 범하고 있는 것이다.⁶⁴⁾ 그의 헌법개정에 관한 이론은 상위법 제정 이론(Higher law-making) 또는 헌법적 계기 이론(Constitutional moments)이라 할 수 있는데, 헌법 제 5조 헌법개정에 있어 “오로지”란 말이 없다는 사실을 자신의 주장의 근거로 삼고 있다. 이러한 그의 논리와 접근방식은 조약체결절차에 관한 헌법 제 2조 조약 조항에도 그대로 적용된다.

헌법 제5조와 헌법 제 2조 조약 조항은 국민과 정부간 가장 중요한 합의사항인 헌법개정, 그리고 미국과 외국 정부간 가장 중요한 합의인 조약 체결에 관하여 규정하고 있다. 즉 두 조항은 “헌법개정과 제정” “조약 체결과 효력”의 문제를 규정하고 있고 이는 우리의 통치구조에 있어 가장 중요(重要)한 체계(體系)를 형성하는 역할을 한다.

이는 미합중국을 구성하는 주 정부에 가장 근본적인 국가의 합의에 관하여 “헌법 제 5조는 직접적으로” “헌법 제 2조는 상원에 의하여 평등하고 유일하게” 결정적 역할을 하도록 규정하고 있다. 트라이브와 해석법학자들은 견제와 균형,

63) Amar, A. R. (1994). The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V, 94 Colum. L. Rev. 457, 459.

64) Tribe, Supra note 44.

입법권의 절묘한 분배 등 헌법 기초자(Founding fathers)들의 사려 깊은 고안을 전제할 때에 미학적 건축과 같은 이러한 조항들에 대하여 애커맨식의 접근방식을 허용해서는 안된다고 주장한다.

알렉산더 해밀톤은 “법 해석은 법을 세우는 법원(法院)에 의하여 채택된 상식(常識)의 법칙에 따라야 한다”라고 하였다.⁶⁵⁾ 따라서 법을 정당하게 적용하였는가 하는가를 알아 볼 수 있는 진정한 기준은 그 법이 연원하는 원천과 얼마나 부합하는가에 있다. “어떠한 것을 하여야 한다”는 법문의 명령은 “다른 것을 하지 말아라” 하는 금지라 할 수 있다. 이전에 무엇을 할 수 있는 권한이 있었고 하도록 명령되었던 것과 모순되지 않는 한 이는 자연적(自然的)인 것이다.

트라이브는 이러한 “배타성의 원칙(Rule of exclusivity)”이 현재 쟁점이 되고 있는 조항 이전에 또는 그와 상관없이 존재하였던 권한을 부인하기 위하여 사용된다면 이는 상식에 반하는 것이라고 한다. 그러나, “하나의 표현이 있다면 다른 대안은 배제되어야 한다”는 법 격언은 의회와 연방법원의 권한을 제한적으로 열거하고 있는 헌법 조항의 해석에 적절하게 적용될 수 있다고 주장한다.

예컨대 의회는 제 1조에서 법원(法院)을 창설할 권한을 헌법으로부터 부여받고 있으므로 헌법 제 3조 형사배심재판에의 권리는 민사배심재판제도를 창설할 의회의 권한을 배제하는 것으로 보는 것은 적절하지 않다.⁶⁶⁾ 그러나 많은 경우에 하나의 표현이 있다면 다른 대안은 배제되어야 한다는 법 격언은 일정한 정부조직을 창설하고 그들이 행사하는 권한을 부여하기 위한 헌법조항에 매우 의미있게 적용될 것이다. 물론 헌법 제 9조 “열거하지 않은 기본권의 보장” 조항과 같이 헌법이 배타성(排他性)의 원칙을 스스로 부인하는 경우도 있다.⁶⁷⁾

3. 헌법변천과 해석법학

애커맨과 콜로브 등 헌법변천론자들의 주장에 관하여 트라이브 등 해석법학자들의 비판을 중심으로 헌법변천과 해석법학론자들의 시각을 비판적으로 대비시켜 본다. 트라이브와 헌법학자들은 1945년 특정 역사적 사건을 어떻게 이해

65) Black, C. L. Jr (1960)., The Lawfulness of the Segregation Decisions, 69 Yale L.J. 421, 421.

66) U.S. Const. art. III, 2, cl. 2.

67) Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 135 (1803); Myers v. United States, 272 U.S. 52, 161-64 (1926).

하건 애커맨과 콜로브의 거대이론(巨大理論)은 근본적으로 오류를 내포하고 있다고 한다.

그들의 헌법변천 이론에 따르면 헌법 제 5조에 상관없이 특정한 일련의 사건들에 의하여 헌법변천의 효과가 발생한다고 하지만, 그들은 역사적 사실을 그것이 진정 의미하는 바를 넘어 바라보는 오류를 범하고 있다는 것이다.

그들은 (i) 헌법의 제정, (ii) 수정헌법 제 14조 인준, (iii) 1930년대 대법원의 기존 보수법학에서 진보적 자세로의 회귀, (iv) 1945년 의회와 집행부간 협정 이론의 興起 등을 합법적 헌법 변천의 典型 이라고 주장한다. 그리고 우리가 이를 준수할 때에 구속력 있는 헌법으로 존경받을 수 있는 진정한 헌법변천이 일어난다고 주장한다. 그러나 헌법의 발전사에서 보통의 사람이 생각하는 것보다 더 심오한 질서를 발견해 내려는 애커맨의 노력에 대하여 트라이브나 해석법학에 충실한 학자들은 그의 주장에 동조하지 않는다.

“이론과 역사”는 편안하지 않은 관계이다. 미국사를 돌아볼 때에 예외적인 순간들이 있다. 미 합중국의 건국, 남북 전쟁 후 국가 재건 등 본질적으로 “새로운 헌법 질서를 정당화하기 위하여 무엇이 요구되는가”에 관한 문제에 있어 우리는 어떠한 특별한 설명을 통하여서만 헌법사를 이해할 수 있다. 그러나 트라이브 등 헌법학자들은 “이는 더 위대한 것이 사소한 것을 포함하여 무시하거나 가두어 버린다는 의미가 아니다”라고 주장한다. 환언하면 그러한 역사적 사건들은 어떠한 결정적인 사건들의 의미를 밝힘으로써 보다 덜 중요한 사건들을 보다 잘 이해할 수 있게 한다는 의미로 받아들여야 한다는 것이다.⁶⁸⁾

칸트의 존재론이나 당위론을 거론하지 않더라도 “존재(存在)하는 것으로부터 무엇이 정당(正當)한 것인가”의 문제는 우리 주위 일상에서 항상 닥치는 문제이다. 그렇지만 미국의 가장 결정적인 역사적 순간들을 설명하는 이론들이 규범적이건 기술적이건 다른 보통의 헌법 문제들을 설명할 수 있는 원칙을 도출할 수 있다는 가정은 옳지 않다는 것이 헌법학자들의 주장이다.

1787년 헌법제정은 누구나 인정할 수 있는 미 헌정사 최대의 사건이다.⁶⁹⁾ 애커맨 역시 이에 동의하면서, 헌법개정에 관한 제 5조 절차 아닌 다른 헌법개정절차가 가능하다고 주장한다.⁷⁰⁾ 그는 자신의 주장의 근거로 헌법제정과 건국

68) Tribe, *Supra* note 44.

69) Galston, M., & Galston, W. A. (1994). Reason, Consent, and the U.S. Constitution: Bruce Ackerman's We the People, 104 *Ethics* 446, 449.

70) Landry, T. K. (1992). Ackermania!: Who Are We the People?, 47 *U.*

그 자체가 법에 위반하여 가능했던 것이라 주장하면서, 미 헌법의 제정은 동맹 규약상 헌법개정 조항에 반한다고 주장한다. 물론 이는 헌법 제 5조 아닌 다른 계기로 헌법 개정이 가능하다는 자신의 주장을 강화하기 위한 방증(傍證)으로 이용되고 있다.

에커맨과 아마르는 헌법 제 5조 헌법개정방법은 배타적인 것이 아니고 다른 방법에 의한 헌법개정이 가능하다고 주장하는 대표적 학자이다.⁷¹⁾ 다만 에커맨은 헌법 제정 당시 법에 반하여 헌법이 제정되었고, 그러한 역사적 사실이 다른 방법에 의한 헌법개정이 가능하다는 그의 주장을 뒷받침하는 간접적 근거로 이용되고 있는데 비하여, 아마르는 다른 논리로 헌법 제 5조 이외의 방법에 의한 헌법개정이 가능하다고 주장하고 있다.

한편 두 학자는 모두 “헌법 문언이 수정헌법 제 5조 이외의 개정방법을 허용한다”는 주장의 근거로 헌법 5조에 ‘오로지’ 라는 말이 없다는 것을 들고 있다. 아마르 교수는 이에 더하여 전문, 수정헌법 제 1조, 제 9조, 제 10조를 통하여 국민주권 원칙이 내포되어 있으며, 이로써 통상 “헌법회의나 헌법개정 국민투표 단순 다수결에 의하여” 새롭게 헌법을 개정할 수 있다는 독창적(獨創的)인 주장을 한다.

그러나 트라이브와 그를 지지하는 헌법학자들은 그들의 주장에는 이러한 오류외에도 우리 헌법시스템의 지형에서 발견되는 간극을 시스템 자체에 구멍, 즉 하자가 있는 것으로 착각하여 역사적으로 이례적인 미 헌법 제정이라는 혁명적 사건을 이후 다른 보다 덜 중대한 헌법변경(憲法變遷)을 설명하기 위한 이론 근거로 오용하는 오류가 있다고 본다.

다시 말하면 헌법문언의 간극은 헌법 문언과 구조를 진지하게 이해하고 이를 바탕으로 한 헌법 해석을 통하여 메꾸는 것이 법률가와 법학도의 사명이고, 역사적 사건을 자의적으로 헌법에 접목시켜 헌법의 규범적 성격(規範的 性格)을 몰각하고 정치의존적·비규범적 성격의 것으로 매도하여서는 안된다는 비판을 면하기 어렵다는 것이다.⁷²⁾

Miami L. Rev. 267, 289 n.85.

71) Benedict, M. L. (1998). Constitutional history and constitutional theory: Reflections on Ackerman, reconstruction, and the transformation of the American constitution. Yale L J, 108, 2011.

72) Antonin Scalia, Originalism: The Lesser Evil, 57 U. Cin. L. Rev. 849, 856-65 (1989).

한편 애커맨 교수는 내전과 국가 재건기 수정헌법의 역사로부터 통상인이 얻을 수 있는 의미보다 과도하게 나아가고 있다. 물론 이는 자신의 이론을 뒷받침하기 위한 것이다. 애커맨 교수는 시민에 기반한 상위법 제정(上位法 制定)을 지지하고 이로써 헌법 제 5조 주 정부 중심의 헌법개정방식의 대안으로 삼거나 보완할 수 있다고 한다. 이러한 주장은 남북전쟁 후 미국의 재건기에 국가발전과 정치적 차원에서 일단의 주 정부의 의사에 따라 독립적으로 근본법을 제정할 수 있다는 원칙을 법으로 승화(昇和)시키는 근거를 제공한다.⁷³⁾

그러나 트라이브와 그를 지지하는 헌법학자들은 헌법의 문언을 무시할 수 없는 법률가나 일반인들까지도 최소한 경험적으로는 그러한 주장에 동조하지 않을 것이라고 주장한다. 공화당 주도의 재건기 의회는 남부 주들이 완전하게 미합중국으로 복귀하려면 수정헌법 제 14조를 비준할 것을 조건으로 내걸었다. 이 과정에서 일부 남부주들에 있어 수정헌법 제 13조의 비준을 위한 이전 투표들이 수정헌법 제 14조 비준을 위한 것으로 인정되었다. 이러한 당시의 사정들은 미 헌정사에 매우 이단적(異端的)인 사건으로 남아 있는 것이 사실이다.⁷⁴⁾

물론 공화당의 전략이 애커맨의 주장대로 헌법개정에 관한 5조를 무의미하게 하였는가 하는 점은 헌법사가들에 의하여 더 연구되어야 할 것이다. 그러나 트라이브와 일단의 헌법학자들은 수정헌법 제 14조가 주 의사보다 시민의 열망에 따라 가능하였다는 주장만으로 헌법 제 5조 이외에 미국적·시민적 상위법 제정과정의 헌법적으로 유효하다고 주장하는 것은 논리의 비약이라고 본다.⁷⁵⁾

이를 위하여 애커맨 교수는 재건기 이례적 사건을 너무 과도하게 삽입하는 오류를 범하고 있다는 것이다. 그와 달리 1860년 사건은 일회적인 역사적 사건으로 미합중국에 반기를 들고 불법적으로 전쟁을 일으킴으로써 헌법상 의무를 저버린 주들의 진정한 의사와 상관없이 미국 스스로 자신의 정치적 의지(政治的 意志)를 표현한 것이라고 보는 것이 적절하다고 보고 있다.⁷⁶⁾

그들에 따르면 역사적으로 매우 이례적인 사건을 통상의 역사적 기간에 적용하여 일반화하는 것은 부적절하다. 즉 애커맨의 이론은 헌법상 비례적 고려를

73) Bobbitt P. (1989). Is Law Politics?, 41 Stan. L. Rev. 1233, 1233-37.

74) Foner, E. (1988). Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877, at 276.

75) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1856).

76) Joseph B. J. (1965). The Framing of the Fourteenth Amendment 17476 (1965).

하지 않는 무감각(無感覺)한 것이 된다. 트라이브 등 해석법학자들은 미 내전과 미국의 재건기 시대 벌어진 진정한 국가통합을 위한 역사적 사건을 1930년대 경제규제 입법에 관한 새로운 헌법적 이해 등 중요한 역사적 전환점에 연계지우는 오류를 범하고 있다고 본다.

애커맨이 1937년을 여러가지 관점에서 헌법적 계기로 본 것에 많은 평론가들도 동의하고 있으며 옳은 것이다. 이 당시 경제입법과 관련한 대법원의 판결들이 중요한 것은 틀림 없다. 공식적인 헌법 조항의 개정보다 실제적으로 보다 현실적인 중요성을 갖는 변화라는 것에 많은 사람들이 동의하고 있다. 그러나 트라이브 등 해석법학자들은 대법원의 뉴딜 판결은 논란은 있지만 합법적(合法的)인 헌법해석(憲法解釋)을 통하여 이루어진 것들이다.

동맹규약(Articles of Confederation)같이 중앙정부, 즉 연방정부가 헌법에 의하여 명시적으로 위임된 권한만을 행사할 것인가 묵시적 권한까지 부여 받았다고 볼 것인가 하는 문제는 이상적(理想的)으로 볼 때 헌법 문언에서 확실하게 규정하는 것이 바람직하다.⁷⁷⁾ 헌법의 기초자들은 중앙정부에 “명시적으로 위임(not expressly delegated)되지 않는” 권한들은 주정부에 포괄적으로 귀속토록 한 이전 동맹규약과 달리 중앙정부에 “위임되지 않는(not delegated)” 권한들은 주정부에 포괄적으로 귀속되는 것으로 하였다.

1895년과 1937년 사이 여러 사건에 나타난 대법원의 수사학(修辭學)은 동맹규약 시절 명백위임의 관점을 지지하지 않는 것으로 보인다. 만약 그러한 관점이 사건 결과에 결정적 영향을 미쳤다면, 1937년 Hammer v. Dagenhart 사건에서 하급심 판결을 파기하고 맥클루우 선례로 복귀 한 것은 헌법 구조의 변화라고 보아야 한다.⁷⁸⁾ 그리고 이러한 헌법구조의 변화는 헌법개정을 통하여 가장 효율적으로 성취될 수 있다.

그러나 트라이브 등 해석법학자들은 실제 아동 노동 사건에서 데이(W. R. Day)대법관의 명백 위임 수사학은 수사 그 자체에 머무르고 말았다고 본다.⁷⁹⁾ 당시 사건들의 쟁점이 되었던 것은 헌법 제 1조 위임 조항 하에서 의회의 묵시적 권한의 범위가 문제되었고, 이는 정도의 문제였던 것이고 헌법이라는 기본

77) Fisher, W. W. III (1992). The Defects of Dualism, 59 U. Chi. L. Rev. 955, 962 & n.12.

78) Hammer v. Dagenhart, 247 U.S. 251, 275-76 (1918); McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

79) Tribe, Supra note 44.

적 건축에 관한 문제가 아니라는 것이다. 즉 헌법개정의 문제가 아닌 헌법 해석의 문제였던 것이다. 물론 공공정책적(公共政策的) 관점에서 우리가 헌법 제 1조를 광의로 해석할 것인가 협의로 해석할 것인가의 문제는 굉장히 중요한 문제이다.

그러나 “중요하고 빛난다”고 하여 모두 헌법학에서 금으로 취급하지 않는다.⁸⁰⁾ 정책학과 헌법학은 이점에서 차이가 있다. 이에 관한 오류는 여러 오류 중 첫번째로 중요한 “분류의 오류”가 된다. 다시 말하면 이는 통치나 정책 영역의 문제에 있어 일어나는 모든 중대한 변화를 헌법개정(憲法改正)으로 보거나 헌법개정을 하였어야 한다고 보는 오류이다.

예컨대 로크너(Lochner)와 그 외 1937년 진보 판결을 통한 대법원의 혁명은 공식적 헌법개정을 요하는 사안이 아니다.⁸¹⁾ 이는 단순히 옷을 갈아 입은 것에 불과하고 “법원이 그 실재를 어떻게 해석하는가”라는 헌법해석상의 문제일 뿐이다. 로크너의 정신은 절차적 적법절차·실체적 적법절차를 확인하면서 법 앞의 평등 정신의 귀감이 되고 있다.

따라서 트라이브 등 해석법학자들에게 있어 다기(多岐)한 헌법해석상 문제들을 어떠한 일원적 이론으로 포장하거나 모든 사안을 통일적으로 이해하는 것은 미려한 일이다.⁸²⁾ 그럼에도 애커맨 교수는 1860년대 미국의 재건기와 1937년 뉴딜을 마치 상위법 제정에 관한 전형을 마련한 것으로 본다. 애커맨 교수의 이론에 따르면 수정헌법 제 14조가 합법적이고 그 논리에 따라 뉴딜 시대 헌법의 변천도 합법적이 되지만 트라이브 등 해석법학자들은 그러한 주장에 동조하지 않는다.

요컨대 뉴딜로 인한 변화는 그것이 아무리 국가적으로 심대한 결과를 가져왔다 하더라도 통상(通常)의 헌법 해석 결과일 뿐 애커맨 교수가 주장한 상위법 제정 방식과 유형에 관한 이론을 정당화시키는 것이 아니다.⁸³⁾

뉴딜 시대 대법원 판례들은 그 실질에 있어 많은 국가 헌법에서 보장하고 있

80) Bobbitt P. (1994). Reflections Inspired by My Critics, 72 Tex. L. Rev. 1869, 1897.

81) Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 53 (1905).

82) 형사법 영역에서 이에 관한 문제로 LaFave, W. R. (1974). “Case-by-Case Adjudication” versus “Standardized Procedures”: The Robinson Dilemma.” The Supreme Court Review 1974: 127-163 참조.

83) West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, 398-400 (1937).

는 사회권이나 생존권적 성격의 권리를 인정한 것들이지만 그러한 헌법들이 규정하고 있는 성문 제정헌법 조항과는 구별하여야 하는 것이다.

사람들이 이전의 모든 것들을 의심하게 만드는 시계의 13번째 차임벨 소리와 같이 애커맨 교수는 1945년 역시 1787, 1860, 1937년과 같이 또 다른 “헌법적 계기(Constitutional moment)”라고 주장하지만, 트라이브에 따르면 그의 주장은 그의 그 이전 헌법적 계기 주장보다 설득력이 없다.

트라이브에 따르면 우리가 일회성이지만 1860년대 수정헌법 제 14조를 의도적 원칙으로 받아 들이거나, 1937년 뉴딜을 혁명적이지만 헌법 해석을 통한 혁명으로 받아 들인다면, 1945년 의회와 집행부간 행정협정에 의하여 촉발된 문제들에 대한 분석도 그와 유사하지 않을 이유가 없다고 전제한다.⁸⁴⁾ 그러한 전제하에 비록 애커맨 교수가 2차 세계대전 와중에 대통령, 하원, 상원 사이에 외교적 문제의 최고성을 두고 심한 갈등 관계에 있었다는 주장을 하고 있지만, “조약 조항(Treaty clause)” 어디에도 헌법 해석에 관한 일반원칙 외에 달리 취급하여야 할 근거를 찾아 볼 수 없다고 비판한다.

조약 조항에 관한 애커맨 교수의 주장에 대하여 특히 비판의 목소리를 높이고 있다. 그는 비록 그가 헌법 문언과의 일치를 위하여 노력하였지만, 결국 “공적인 합의 또는 헌법의 법문과 구조를 무시할 수 밖에 없는 전쟁 시기 같은 상황은 헌법 문언과 구조를 지울 수 있는 예외적 상황이 된다”고 주장한다.

그러나 그의 주장대로라면 “헌법은 공적 의견들이 아무리 격렬하고 깊게 갈등하더라도 이를 견디어 내기에 충분한 정부 체계와 구조를 구축하여야 한다”라는 헌법 본연의 중추적 사명(中樞的 使命)을 다하지 못하게 된다는 것이다. 즉 트라이브에 따르면 헌법 체계 내에 존재하는 합법적 변천 과정을 통하여 걸러 낼 수 없는 공적 의견의 갈등을 견딜 수 있는 강한 시스템과 정부 체계는 바라기 어렵게 된다는 것이다.⁸⁵⁾

1945년 브레튼 우즈 협정(Bretton Woods Agreement)이 정식 조약이 아닌 “의회와 집행부간 행정협정” 형식으로 채택된 것이라면 이는 헌법 제 1조와 제 2조를 대비하여 놓고 볼 때 순수하게 헌법 구조적 관점에서 공식적인 헌법 개정이 필요하다고 생각되기도 한다. 실제 하원은 그러한 헌법개정안을 가결 통과시킨 바 있다.

84) Tribe, *Supra* note 44.

85) *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483, 495 (1954); *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

1945년은 1787년, 1860년, 1937년과 완전히 같은 상황이라고 볼 수 없다. 다시 말하자면 1945년 주요 국제조약의 인준·동의에 관한 하원의 역할을 주장하고 상원의 가중 다수결에 의한 인준·동의 대신에 양원의 단순 다수결에 의하여 인준·동의 하자는 하원의 요구를 상원이 묵인(默認)한 것은 헌법의 문언과 의미를 변경하는데 합의하였던게 아니다.

하원의 헌법개정안 가결과 상원의 묵인은 미국의 지도자들 상당수가 여전히 이러한 조항들을 불명확한 헌법의 명령으로 보는 것을 확실하게 불식(拂拭)시키자는 의도로 행한 것이 명백하다고 보아야 한다. 시민 다수는 여전히 1945년 상원의 묵인을 헌법 해석에 있어 하나의 당연한 권리로 승화시킨 것이라 할 수 없다고 볼 것이다. 시민의 지지는 단지 정치적 분열을 막기 위한 것이라 보아야 한다.

트라이브 등 일단의 헌법학자들은 애커맨 교수가 1945년 정치가들의 권력을 향한 경쟁이 헌법의 의미에 대한 의문을 해소하고 적절한 의미를 찾는데 상관성(相關性)을 갖는지 설명하지 못하였다고 비판한다.⁸⁶⁾ 트라이브 교수는 그가 든 이전의 사례와 그에 대한 의문들과 아무런 관계도 없다고 비판한다.

4. 결어

애커맨의 상위법 제정에 관한 이론과 최근 주장은 많은 헌법학자들이 한결 같이 그 이론의 위험성을 우려하고 있다. 1937년 헌법적 변천에 관한 그의 설명에서 애커맨은 “헌법적 계기(Constitutional moments)”라는 용어를 통하여 헌법 변천의 정통성을 설명하였다. 이때에 대부분의 학자들은 단순히 헌법의 해석을 통하여든 그의 설명대로 헌법적 계기에 의한 것이든 어쨌거나 그것이 정통성(正統性)을 보지한다고 인정하였다.

그런데 1945년 의회와 집행부간 협정이 문제로 등장하자 그의 이론을 적용하는 과정에서 이미 헌법해석상 심각한 문제를 가지고 있는 탈법적(脫法的) 국제협정 체결의 정통성을 강화하기 위하여 그의 검증되지 않은 이론을 이용하고 있다. 그들 주장의 총체적 결과는 개별적으로 문제되는 총화(總和)에 비하면 적은 것이다. 만약 그가 강화하려는 결론만 없다면 그 스스로도 의회와 집행부간 합의가 헌법의 문언이나 구조에 비추어 얼마나 일관되지 못한 주장이라는 것을 스스로도 알 수 있었을 것이다.

86) Tribe, *Supra* note 44.

학자들은 선례와 상위법 제정에 관한 애커맨 교수의 편파적 주장에서 특별한 느낌을 가지지 않을 수 없다. 애커맨은 그가 설명한대로 비공식적 형식에 따라 헌법 개정이 가능하다고 하고 있으므로 그의 주장은 헌법의 문언과 구조가 무시될 수 있는 가능성이 크다. 그런데 사람들이 그의 이론과 헌법과정을 말하면서 헌법 문언과 구조가 그때 그때 편의에 따라 대접받을 수 있다는 문제에 대하여는 아무런 관심이 없는 것 같다.

트라이브와 해석법학자들은 헌법 국가와 입헌정(立憲政)의 프로젝트에 일생을 헌신하는 법률가들은 그것이 어떠한 역사적 근거와 가치를 가지는가 불문하고 애커맨의 이론과 이를 최근 사례에 적용하려는 그의 시도가 헌법해석 문제를 해결함에 있어 아무런 역할도 할 수 없다는 것을 알아야 한다고 주장한다. 애커맨과 글로브의 논문은 헌법국가의 이상을 효율성, 민주성, 정통성이라고 요약하여 말하였다. 해석법학자들은 “누가 그러한 주장에 달리 말할 수 있는가?”라고 하면서, 헌법 문언과 구조에 충실하고 이를 위하여 필요한 역사적 사실에 충실하는 자들이야 말로 두 학자의 주장에 이견을 제기할 수 있을 것이라고 한다. 즉 효율성, 민주성, 정통성은 헌법과 헌법학이라는 거대한 기업에서 바라 볼 때에 빙산의 일각에 불과하다. 우리에게 닥쳐진 문제는 헌법을 둘러싼 관행이 헌법적(憲法的)인 것인가 하는 문제이며, 이는 훨씬 복잡한 문제라는 것이다.

존 하트 엘리(John Hart Ely)는 다음과 같이 말하였다. 중립적이고 지속 가능한 원칙은 영원한 미와 기쁨의 원천이라 할 수 있다.⁸⁷⁾ 그러나 그것이 헌법의 문언이나 구조에 근거를 두지 않는 한 우리는 우리의 업(業)을 수행함에 있어 그것을 헌법 규범이라고 주장할 수 없다. 물론 엘리, 트라이브, 그리고 많은 헌법학자들은 헌법의 문언과 구조가 헌법 여러 주제 영역에서 어떻게 기능하는가에 관하여 논쟁을 할 것이다. 그리고 그들은 그러한 의문들에 대한 치열한 토론이야 말로 헌법 강학(講學)의 본질이라 할 수 있다고 본다.⁸⁸⁾

그들에 따르면 주제를 미 독립혁명, 남북 전쟁, 뉴딜, 새로운 국제 정치경제 질서의 의미와 연관시키는 것은 또 다른 흥미거리를 제공하기 위한 대화(대화)의 책략과 혼동하여서는 안된다. 그러한 주제에 대한 접근방식의 변화는 그것

87) Ely, J. H. (1980). *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Harvard University Press.

88) Ely, J. H. (1973). *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 *Yale L. J.* 920, 949.

이 다른 가치가 있는 것을 불문하고 있는 그대로 보아야 한다는 것이다. 그리고 미국 헌법을 해석하는 법관·법학자·법률가들로 구성된 거대한 헌법기업 (Constitutional enterprise)으로부터 완전히 외인(外人)이 되어 사라져 버리는 우를 범해서는 안된다는 것과 강조한다.

그들에 따르면 헌법과 헌법학이라는 거대한 기업은 항상 쉬운 것이 아니다. 즉 아무리 정밀한 기본원칙이나 동 원칙에 따라 적절한 결론이 도출되었다 하더라도 몇마디 말로 영원히 변치 않는 광범위한 합의를 이루어내지는 못하는 것이 사실이다. 그렇게 보았을 때에 애커맨과 콜리브의 주장과 그 반대자들인 트라이브와 해석법학자들의 주장 중 한편은 매우 특이하고 아마도 가장 건강하지 못한 주장을 하고 있는지 모른다.

후자 그룹은 복잡하고 난해한 헌법이라는 기업체에도 불구하고 헌법 문언과 구조를 논리적으로 해석하는 해석법학(解釋法學)의 기본은 법률가인 우리들이 지켜내야 할 가치로 보고 있다. 헌법학의 전형과 기본 관념에 따라 훈련 받은 법률가들이 이를 지킬 때만이 헌법 기업은 경외감과 엄숙함으로 지속 가능하다는 것이다. 그리고 그러한 헌법 기업에 대하여 심각하게 고민하는 사람이라면 이단(異端)의 주장과 법리로 가득한 학자들이 헌법이라는 가면을 쓰고 기업을 훼손하는 경우 분명하게 그에 항의하여야 한다고 주장한다.

VI. 결론: 의의와 시사점

헌법과 국제법은 국가사회와 국제사회를 규율하는 대표적 공법(公法)들이다.⁸⁹⁾ 헌법은 국가의 최고법이며 민주주의를 지탱하는 시민사회의 약속을 담고 있다. 그리고 대부분의 국가의 헌법에는 국제법의 효력과 조약 등 국제법의 제정절차에 관한 헌법조항을 가지고 있다. 한편 국제법은 일원론·이원론 같은 이론을 떠나 보면, 국내문제 불간섭의 원칙, 국내법의 국제법 일치 의무 등으로 실제 국제사회를 규율하는 국제법과 국내사회를 규율하는 국내법은 성격(性格)을 달리하는 것이 사실이다.⁹⁰⁾

물론 바르셀로나 전력회사 사건에서 보듯이 국내법 상의 법개념들이 국제법

89) Goldsmith, J., & Levinson, D. (2009). Law for states: international law, constitutional law, public law. Harvard Law Review, 1791-1868.

90) Id.

정에서 이용되고 존중되기도 하지만, 국내법을 근거로 국제의무 의행을 거부할 수 없다. 한편 국내법원은 국제규범의 법적 성격에 따라 적용되는 법규범과 국내법원에서 구속력을 가지지 못하는 법규범으로 법규범의 성격에 따라 취급을 달리하는 것이 보통이다.⁹¹⁾ 전술한 바와 같이 국내 헌법절차에 따라 정식으로 체결·비준된 조약은 헌법재판소나 대법원을 구속하는 강학상 의미의 조약이 된다.

따라서 해상운송에 관한 헤이그 비스비 협약은 대한민국이 정식으로 가입한 다자조약(多者條約)으로 동 협약과 동 협약에 따라 당연히 효력을 갖는 헤이그 협약에서 정한 책임발생 사유와 책임제한에 관한 규정은 우리 대법원을 기속한다. 그러나 유엔인권선언처럼 단순히 유엔총회의 결의에 따라 효력을 발생하는 연성적 법규범은 헌법재판소 실시대로 이상적이지만 재판소는 동 인권선언에 구속되지 않는다.⁹²⁾

미국은 영국 식민지배로부터 독립하면서 세계 최초로 최고법(最高法)으로서 헌법을 제정하고 헌법국가와 시민 민주주의의 시작을 알렸다. 3권 분립에 기초한 통치구조를 헌법에 규정하고 의회의 전제를 우려하면서 엄격한 3권 분립, 권력간 견제와 균형을 이루어 낸 것은 미국 민주주의의 특징 중 하나이다. 그리고 최초로 연방국가와 연방시스템을 헌법에 구현하면서, 이전 헌법관행에 불과했던 것이 성문화(成文化)된다.⁹³⁾ 유엔이 만들어지고 관습법의 성문화 법전화가 유행한 것과 궤를 같이한다.

영국은 의회민주주의의 혁명을 이끌어 내었지만, 불문헌법 국가이다. 프랑스는 대혁명으로 구체제를 무너뜨리고 부르조와 혁명의 성공을 이끌어 내었지만, 영국 비슷하게 회의체 기관의 최고성을 인정하면서도 오랫동안 통치구조에 관하여는 침묵하였다. 사적(史的)으로 미국 민주주의 역사는 영국 및 프랑스와 다른 면이 있다.

미국은 연방시스템으로 인하여 조약이나 국제협정의 법적 성격과 효력의 문제가 우리나라와 같은 단일국가 헌법과 달리 복잡한 양상을 띄고 있다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾

91) McGinnis, J. O., & Somin, I. (2006). Should International Law Be Part of Our Law. *Stan. L. Rev.*, 59, 1175.

92) Kim, K. (2014). Human Rights: Are They Just a Tweak for the Policy Makers or Administrators?. *European Academic Research*, 2(6).

93) Amar, A. R. (1987). Of Sovereignty and Federalism, 96 *Yale L.J.* 1425, 1426-27, 1519-20.

본고는 이러한 배경하에 미국 정부의 새로운 방식에 의한 국제규범의 창출과 그 문제점을 살펴 보았다. 미국 헌법은 제 2조 집행부 조항에서 조약 체결절차를 명시적으로 규정하고 있다. 그러나 상원의 가중 다수결에 의한 조약의 인준(認準)은 현실적으로 매우 어렵다. 전술한 바와 같이 미국은 동 조항으로 인하여 제 1차 세계대전 종전 후 국제연맹에 가입하지 못하였으며, 제 2차 세계대전 종전 후 ITO 같은 포괄적 통상기구를 만들지 못했다.

이는 하원(下院)이 비교적 진보적이고 과학적이라면 상원은 보수적이고 정치적이어서 에스보다는 노로 나아가는 경향이 강한 것을 부인하기 어렵다는 것을 시사한다. 미국이 국제형사재판소 조약이나 국제해양법 조약에 선뜻 가입하지 못하여 국제사회의 빈축을 사는 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

이러한 조약들에 가입하기 위하여 굳이 편법적인 헌법 제 1조 10항을 이용할 필요는 없기 때문이다. 다만 전술한 바와 같이 경제나 통상 관련 문제들에 관하여는 헌법 제 1조 10항이 자주 이용된다. 패스트 트랙 소위 통상 문제에 관한 신속처리절차를 둔 취지와 연결된다.⁹⁶⁾ 상하 양원의 단순 다수결보다 상원의 가중 다수결 요건이 국제규범이 헌법이 요구하는 인준·동의를 받아 효력을 발생하는데 있어 보다 어려운 장애라 할 수 있다. 이는 양원 중 상원이 보다 보수적이기 때문이기도 하다. 요컨대 현재의 국제사회에 있어 미국이 당사자인 조약과 국제협정은 법리적(法理的)으로 모호한 지위에 있다는 것을 부인하기 어렵다.

본고를 요약 정리해 보고 시사점을 생각해 본다.

먼저 미국이 당사자인 조약과 국제협정의 법리적 문제에 관하여 세 가지 패러다임과 학설상 대립이 있다. 이에 관한 패러다임은 세 가지로 나누어 볼 수 있는데, 정치학적 관점, 국제법적 관점, 헌법적 관점이 그것이다.

정치학적 관점은 당연히 미 의회내 현실정치에 초점을 맞추고, 미국의 국익(國益)과 외교사적 관점에서 국제협정을 이해하려고 한다. 현실적으로 사안을 분석하고 의회가 협정에 나아갈 수 밖에 없었던 배경이나 협정 체결 후의 당사국과의 관계의 발전 등을 설명하고 분석한다. 일반적으로 현실에 중점을 두어

94) Id.

95) *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920); *The Paquete Habana: The Lola*, 175 U.S. 677 (1900).

96) Koh, H. H. (1992). *The Fast Track and United States Trade Policy*, 18 *Brook. J. Int'l L.* 143, 146 n.7.

인식하지만, 절차와 규범적 가치 역시 소홀히 하지 않는다.

국제법적 관점은 국가간 권리와 의무관계를 분석의 키워드로 하고 있으므로, 새로운 방식의 국제협정이 국가간 권리와 의무를 창설하는가를 분석하고 설명한다. 과학 기술의 발전과 세계화, 미국의 국제사회에서의 리더십 몰 등 저간의 배경을 바탕으로 생각해 볼 때 집행부 주도의 신국제협정은 구속력을 가지는 有效한 법이라고 보아야 한다는 주장이 우세하다.⁹⁷⁾

이는 우드로 윌슨의 행정국가, 적극국가, 급부국가, 복지국가 사상과 연결되어 집행권의 확대와 사회의 전문화 경향과 상용하게 된다. 의사주의적 국제법관을 넘어 보편주의적 국제법관(Universalism)의 국제법학자들은 이러한 입장을 취하는 것이 보통이다.⁹⁸⁾

한편 “국제사회에서 국가는 자신의 의사에 의하지 않고는 어느 것에도 구속되지 않는다”는 강고한 의사주의적·법실증주의적 국제법관을 가지는 대부분의 국제법 학자들은 정식의 헌법절차에 따라 체결된 조약과 집행부간 간이한 절차에 따라 합의하고 성안(成案)하여 집행하는 행정협정을 최소한 개념상으로는 구별한다.

다만 국가와 국가간 권리의무 관계가 국제법 프레임워크인 관계로 국내 절차상의 사유를 근거로 국제 의무의 이행을 거부할 수 없게 된다. 그 준수에 있어 의회의 정식 인준을 받지 않았다는 항변을 제기할 수 없는 것이다. 정식 조약 아닌 행정협정에 따라 집행부가 협정을 실제 이행한 경우 그에 따른 예산이나 비용 등은 국회의 감사제도를 통하여 견제될 수 있고, 협정 상 국민의 권리와 의무가 규정된 경우라면 구체적 법적 분류로 발전하여 법원(法院)에 의하여 통제받을 수 있을 것이다.

조약이나 국제규범의 효력 문제는 조약이나 국제협정의 체결이나 동의 또는 비준이 헌법상 기관들의 행위이므로 헌법이론 상 이를 어떻게 보아야 할 것인가 하는 문제가 제기된다. 헌법학 관점에서 바라본 새로운 방식에 의한 국제협정은 두가지 관점이 있다. 그 하나는 신현실주의적(Neo-liberal) 접근방식으로 헌정사의 중요 모멘트를 계기로 헌법변천이 이루어졌다는 헌법변천설이다.⁹⁹⁾

97) Wolfrum, R., & Röben, V. (Eds.). (2005). *Developments of international law in treaty making* (Vol. 177). Springer Science & Business Media.

98) Kim, K. (2021). *A Legacy of Hans Kelsen and Tentative Inquiry—Transformation and New Discourse for the World Government—Yonsei Law Review* (2021), 32 (3), 547-598.

다른 하나는 헌법의 문언과 구조는 법률가에게 가장 중요한 것이고, 이를 진지하게 고려하여 문리적이고 체계적으로 헌법과 정부라는 구조물을 축조하는 것이 법률가의 사명이라고 보면서, 헌법기업(Constitutional enterprise)이라는 관점 또는 개념법학·해석법학적 관점에서 접근하여야 한다는 견해가 대립되고 있다.

신현실주의 헌법학 또는 헌법변천론은 애커맨(Ackerman)의하여 대표되고, 후자의 관점은 로렌스 트라이브(Laurence Tribe)교수와 그를 지지하는 헌법학자들의 입장이다. 본고는 두 교수의 주장과 비판을 요약하여 살펴 보았다. 미국의 법학은 법현실주의라 할 수 있다. 법이 현실사회에서 어떻게 발현되는가를 관찰하고 설명하며 비판한다. 그러나 애커맨의 신현실주의는 쉽게 무시하기 어렵다.

실제 중요한 헌법적 계기가 되는 역사적 사건에서는 법문에 따라 법이 충실하게 적용되지 않는 경우가 없지 않다.¹⁰⁰⁾ 독립혁명을 위한 헌법의 필요성은 식민지 13개국의 단합을 절대적으로 필요하였다. 분열은 곧 영국의 재침입과 식민지배의 복원으로 이어질 우려가 있는 상황에서 헌법제정(憲法制定)이 이루어졌다.

동맹규약이 요구하는 비준 요건을 갖추지 못한 제정헌법은 그대로 미국을 기속하는 헌법이 되고 이후 미국의 헌정은 헌법변천이나 헌법관행으로 평가될 수 있을 것이다. 남북 전쟁 당시 수정헌법 제 14조 헌법개정도 막후의 편법과 협박 등 어떻게 보면 탈법적(脫法的)으로 이루어졌다.

그러나 수정헌법 제 14조는 현재 법원에 의하여 가장 많이 인용되는 헌법조항의 하나가 되고 있다. 이 역시 헌법변천이나 헌법관행으로 설명되어 질 수 있을 것이다.¹⁰¹⁾

한편 1937년 대법원의 진보판결들은 가히 혁명적이다.

독일의 본 기본법이나 대한민국 헌법 같은 현대 복지국가적 헌법에서나 있을까 말까 한 정책들이 연방의회 입법으로 가능하게 되고, 이에 대하여 대법원이 처음의 보수주의 태도에서 진보적으로 선행하여 합헌판결(合憲判決)을 내린 것

99) Forbath, W. E. (1998). Constitutional change and the politics of history. Yale L. J, 108, 1917.

100) Scott, C. (1992). Constitutional Moments and Crockpot Revolutions. Conn. L. Rev., 25, 967.

101) Id.

은 정책적 관점에서 가히 혁명적이고 헌법개정에 준하는 것들이라 할 수 있다.

이에 대하여 트라이브 교수는 법학적 관점에서 이는 헌법해석을 통하여 이루어진 것이라고 반박한다. 1945년 애커맨 교수의 헌법적 계기 주장은 세계경제 3각축을 창출한 브레튼 우즈(Breton Woods)체제에 관한 것이다.

브레튼 우즈 체제는 IMF, IBRD, WTO라는 2가지 핵심적인 국제경제체제를 일컫는 말인데, 이러한 브레튼 우즈 체제가 미국 헌법상 정식 조약체결절차에 따르지 않고 헌법 제 1조 “의회와 집행부간 협정(Congressional-executive agreement)” 규정에 따라 효력을 발생하였다는 것은 역사적 사생아(私生兒)가 탄생한 것 같은 느낌을 준다. 동 체제는 현재도 강건히 유지되고 있고, 1995년 구 GATT체제에서 확대·발전된 WTO체제를 학자들은 국제경제헌법체제라 부른다.¹⁰²⁾ 애커맨 교수가 자신의 헌법적 계기 이론의 4가지 역사적 증거 중 1945년 브레튼 우즈 체제를 그 하나로 든 것이 수궁이 가기도 한다.

이러한 역사적 예들은 애커맨 교수의 상위법 제정의 독특한 계기를 통하여 가능하게 된다. 미국은 연방국가인 관계로 헌법 제 6조는 연방법의 최고성(Federal supremacy)에 관하여 규정하고 있다. 이 조항에 따라 역사적으로 헌법제정이나 헌법개정, 연방의회의 혁명적 사회법 제정과 이를 지지하는 대법원 판결, 브레튼 우즈 체제 같은 입법창설적 성격의 국제 규범들은 연방헌법 또는 연방법으로 상위법(上位法)이 되는 것이다.

요컨대 미국의 양원제 의회 체계하에서 상원은 보수적 성격의 회의체, 하원은 진보적 성격의 회의체 기관(Assembly body)으로 역할하고 있는 것이 사실이다. 전술한 바와 같이 제 1차 세계대전후 미국의 국제연맹 가입에 상원이 인준 동의를 거부한 것이 제 2차세계대전 발발의 한 원인이 된 것은 역사적으로 안타까운 일이다. 국제사회는 하루가 다르게 변화하고 있다. 세계화와 전문화는 일상의 일이 되고 있다. 이는 집행부의 할 일이 그만큼 커지고 있다는 것을 의미한다.

그리고 집행부 주도의 국제규범은 날로 필요성이 증가되고 있다. 헌법 제 2조 정식 조약을 넘어 헌법 제 1조 의회와 집행부간 협정은 미국이 적극국가로 나아가는데 기여하였다.¹⁰³⁾ 이제는 헌법 제 1조 절차까지 생략된 집행부 단독

102) Kim, K. (2022). The World Trade Regime, Transnational Corporations and Human Right (December 2022) DOI: 10.18189/isicu.2022.29.3.135

103) United States Steel Corp. v. Multistate Tax Comm'n, 434 U.S. 452, 460-64 (1978).

의 행정협정 방식이 등장하여 현실이 되고 있다. 물론 그러한 법들의 규범력과 구속력은 국제법적 분쟁의 경우 국제재판소가, 국내법적 분쟁인 경우 국내재판소가 결정할 것이다.

정치적 혁명이 있었지만 불문헌법 국가로 출발한 영국은 필요한 경우 의회가 헌법적 문제에 대하여 새로운 법을 제정할 수 있다. 예컨대 상원 법사위(上院法司委)가 영국의 대법원이었던 시절이 있었지만 이제는 새로운 의회 제정법률로 의회에서 독립하여 독자적인 성격의 영국 대법원으로 기구적 개편이 있었다. 식민지 시대 본국과 식민지 의회의 잦은 입법으로 법적 안정성을 누릴 수 없었던 미국의 시민들은 다수의 횡포를 제어하기 위하여 법개정을 어렵게 하고 코크경이나 블랙 스톤 같은 상위법 사상을 헌법이라는 이름으로 구현하였다.

그러나 200년이 지난 지금 고전적 헌법은 오리지널리즘(Originalism)과 현대적 재해석 사이에서 갈등하고 있다.¹⁰⁴⁾ 신행정협정을 둘러싼 헌법변천 논란은 새로운 불문헌법 또는 헌법관습법 처럼 되어 법원은 이를 법으로 보고 당사자간 법적 분류에서 권리와 의무를 확정할 것이다. “서울은 대한민국의 수도라는 것은 대한민국 헌법체계하에서 헌법관습법”이라고 실시한 헌법재판소의 판결처럼 미 대법원은 사안에 따라 신국제협정들을 법규범으로 사안에 적용하고 있다.

〈논문투고일:2023.08.04.

심사일:2023.08.16.

게재확정일:2023.08.21.〉

주 제 어	신국제협정, 국제입법, 해석법학, 헌법과 국제법, 헌법의 변천, 보편주의 국제법
Keywords	New form of international agreement, International law-making, Interpretive jurisprudence, Constitutional law and international law, Constitutional change, Universalism

104) Brest, P (1980). The Misconceived Quest for the Original Understanding, 60 B.U. L. Rev. 204, 209-17.

【참고문헌】

국내문헌

- 김대순. (2017). 국제법론 (제19판). [KIIP] 한국지식재산연구원 도서 DB.
- 김경제. (2013). 국회의 조약체결 비준동의권 행사의 기능과 현실. 유럽헌법연구, (14), 191-224.
- 김경화. (2016). 대통령과 국회의 협의를 통한 민주적 조약체결절차 구체화 방안. 헌법연구, 3(2), 55-93.
- 배재식. (1997). 국제법1 (교과서). 한국방송통신대학교출판문화원.
- 배종인. (2006). 대통령의 조약 체결·비준권과 이에 대한 국회의 동의권. 세계헌법연구, 12(1), 129-156.
- 이한기. (2010). 국제법강의 (신정판). 박영사.
- 정소현. (2018). 조약체결절차법 제정 논의에 관한 고찰. 국제법학회논총, 63(3), 75-101.
- 정인섭. (2008). 조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권. 서울국제법연구, 15(1), 101-133.
- 최원목. (2007). 국제법 강의. Ewha Womans University Press.

외국문헌

- Ackerman B. & Golove D. (1995). Is NAFTA Constitutional?, 108 Harv. L. Rev. 799.
- Amar, A. R. (1987). Of Sovereignty and Federalism, 96 Yale L.J. 1425, 1426-27, 1519-20.
- Amar, A. R. (1994). The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V, 94 Colum. L. Rev. 457, 459.
- Benedict, M. L. (1998). Constitutional history and constitutional theory: Reflections on Ackerman, reconstruction, and the transformation of the American constitution. Yale L J, 108, 2011.
- Black, C. L. Jr (1960)., The Lawfulness of the Segregation Decisions, 69 Yale L.J. 421, 421.

- Bobbitt P. (1989). Is Law Politics?, 41 Stan. L. Rev. 1233, 1233-37.
- Bobbitt P. (1994). Reflections Inspired by My Critics, 72 Tex. L. Rev. 1869, 1897.
- Bodansky, D. (2016). The Legal Character of the Paris Agreement, 25 Rev. Eur., Comp., and Int'l Envtl. L.142, 142.
- Boyle, A., & Chinkin, C. (2007). The making of international law. OUP Oxford.
- Boyle, A. E. (1999). Some reflections on the relationship of treaties and soft law. *International & Comparative Law Quarterly*, 48(4), 901-913.
- Brest, P (1980). The Misconceived Quest for the Original Understanding, 60 B.U. L. Rev. 204, 209-17.
- Cass, D. Z. (2017). Navigating the newstream: Recent critical scholarship in International Law. In *The Nature of International Law* (pp. 47-90). Routledge.
- Corwin, S. E. (!926). Judicial Review in Action, 74 U. Pa. L. Rev. 639, 659-60.
- Corwin, S. E. (1953). The Steel Seizure Case: A Judicial Brick Without Straw, 53 Colum. L. Rev. 53, 53-55..
- Crenshaw, K. W. (1997). Color blindness, history, and the law. *The house that race built*, 1, 280.
- Crenshaw, K. W. (1988). Toward a race-conscious pedagogy in legal education. *Nat'l Black LJ*, 11, 1.
- Dunoff, J., Hakimi, M., Ratner, S. R., & Wippman, D. (2023). *International Law: Norms, Actors, Process*. Aspen Publishing.
- Ely, J. H. (1980). *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Harvard University Press.
- Fisher, W. W. III (1992). The Defects of Dualism, 59 U. Chi. L. Rev. 955, 962 & n.12.
- Foner, E. (1988). *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, at 276.

- Forbath, W. E. (1998). Constitutional change and the politics of history. *Yale L. J.*, 108, 1917.
- Galston, M., & Galston, W. A. (1994). Reason, Consent, and the U.S. Constitution: Bruce Ackerman's *We the People*, 104 *Ethics* 446, 449.
- Henkin, L. (1996). *Foreign Affairs and the United States Constitution* 200-217 (2d ed.).
- Dupuy, P. M. (1990). Soft law and the international law of the environment. *Mich. J. Int'l L.*, 12, 420.
- Ely, J. H. (1973). The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*. 82 *Yale L. J.* 920, 949.
- Goldsmith, J., & Levinson, D. (2009). Law for states: international law, constitutional law, public law. *Harvard Law Review*, 1791-1868.
- Gray, J. Congressional Roundup: Taxes: Legal Challenge to Voting Rule, *N.Y. Times*, Feb. 9, 1995, at A18.
- H.L.A. Hart, *The Concept of Law* 97-114 (1961).
- Helfer, L. R. (2008). Nonconsensual international lawmaking. *U. Ill. L. Rev.*, 71.
- Hollis, D. B., & Newcomer, J. J. (2009). "Political" Commitments and the Constitution, 49 *Va. J. Int'l L.* 507.
- Joseph B. J. (1965). *The Framing of the Fourteenth Amendment* 17476 (1965).
- Kennedy, D. (1988). A new stream of international law scholarship. *Wis. Int'l LJ*, 7, 1.
- Koh, H. H. (2004). International law as part of our law. *American Journal of International Law*, 98(1), 43-57.
- Koh, H. H. (1992). The Fast Track and United States Trade Policy, 18 *Brook. J. Int'l L.* 143, 146 n.7.
- Koh, H. H. (1996). *Transnational Legal Process*, 75 *Neb. L. Rev.* 181.
- Koh, H. H. (1997). *Why Do Nations Obey International Law?*, 106

- Yale L. J. 2599, 2624-25.
- Koh, H. H. (2016). Triptych's End: A Better Framework to Evaluate 21st Century International Lawmaking. *Yale L&J*, 126, 338.
- Kim, K. (2021). A Legacy of Hans Kelsen and Tentative Inquiry—Transformation and New Discourse for the World Government—. *Yonsei Law Review* (2021), 32(3), 547-598.
- Kim, K. (2014). Human Rights: Are They Just a Tweak for the Policy Makers or Administrators?. *European Academic Research*, 2(6).
- Kim, K. (2022). The World Trade Regime, Transnational Corporations and Human Right (December 2022) DOI: 10.18189/isicu.2022.29.3.135
- Koskenniemi, M. (2005). International legislation today: Limits and possibilities. *Wis. Int'l LJ*, 23, 61.
- Landry, T. K. (1992). Ackermania!: Who Are We the People?. *U. Miami L. Rev.* 267, 289 n.85.
- Lesch, M., & Reiners, N. (2023). Informal human rights law-making: How treaty bodies use 'General Comments' to develop international law. *Global Constitutionalism*, 1-24.
- Lipkin, R. J. (1994). Can American Constitutional Law Be Postmodern?. *42 Buff. L. Rev.* 317, 352 n.102.
- Monaghan, H. P. (1981). Our Perfect Constitution, *56 N.Y.U. L. Rev.* 353, 353-60.
- Newman, G. L. (2004). The uses of international law in constitutional interpretation. *American Journal of International Law*, 98(1), 82-90.
- Tribe, L. H., & Dorf, M. C. (1991). On Reading the Constitution 96.
- Tribe, L. H. (1994). Taking text and structure seriously: Reflections on free-form method in constitutional interpretation. *Harv. L. Rev.* 108, 1221.
- Tushnet, M. (1988). Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law 60-69.
- McGinnis, J. O., & Somin, I. (2006). Should International Law Be

- Part of Our Law. *Stan. L. Rev.*, 59, 1175.
- Meyer, T. (2013). From contract to legislation: The logic of modern international lawmaking. *Chi. J. Int'l L.*, 14, 559.
- McDougal, M. S., & Lans, A. (1945). Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreements: Interchangeable Instruments of National Policy (pt. 1), 54 *Yale L.J.* 181, 237 n.99 (1945).
- Palmer, G. (1992). New ways to make international environmental law. *American Journal of International Law*, 86(2), 259-283.
- Pauwelyn, J., Wessel, R., & Wouters, J. (Eds.). (2012). *Informal international lawmaking*. Oxford University Press.
- Powell, H. J. (1985). The Original Understanding of Original Intent, 98 *Harv. L. Rev.* 885, 948.
- Reisman, W. M. (1984). International incidents: Introduction to a new genre in the study of international law. *Yale J. Int'l L.*, 10, 1.
- Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States §303 (Am. Law Inst. 1987).
- Rogers, M., & Molzon, R. E. (1992). Some Lessons About the Law From Self-Referential Problems in Mathematics, 90 *Mich. L. Rev.* 992, 1005-06.
- Antonin Scalia, Originalism: The Lesser Evil, 57 *U. Cin. L. Rev.* 849, 856-65 (1989).
- Sinclair, B. (1997), *Unorthodox Lawmaking: New Legislative Processes in the U.S. Congress* (2d ed.).
- Scott, C. (1992). Constitutional Moments and Crockpot Revolutions. *Conn. L. Rev.*, 25, 967.
- Tribe, L. H. (1994). Taking text and structure seriously: Reflections on free-form method in constitutional interpretation. *Harv. L. Rev.* 108, 1221.
- LaFave, W. R. (1974). "Case-by-Case Adjudication" versus "Standardized Procedures": The Robinson Dilemma. *The Supreme Court Review* 1974: 127-163.

- LaFave, W. R. (1981). The Fourth Amendment in an Imperfect World: On Drawing Bright Lines and Good Faith. *U. Pitt. L. Rev.*, 43, 307.
- Wittgenstein, L. (1969). On Certainty 200, at 27e (G.E.M. Anscombe & G.H. von Wright eds. & Denis Paul & G.E.M. Anscombe trans.).
- Wolfrum, R., & Röben, V. (Eds.). (2005). Developments of international law in treaty making (Vol. 177). Springer Science & Business Media.
- Yoo, J. C. (1999). Treaties and public lawmaking: A textual and structural defense of non-self-execution. *Columbia Law Review*, 2218-2258.

【법령과 판례】

- Antoine v. Washington*, 420 U.S. 194, 202 (1975).
- American Ins. Assn. v. Garamendi*, 539 U.S. 396 (2003).
- Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714, 721-27 (1986).
- Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483, 495 (1954).
- Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981).
- Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1856).
- Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485-86 (1965).
- Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251, 275-76 (1918).
- INS v. Chadha*, 462 U.S. at 967, 1005 (1983).
- Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 53 (1905).
- Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 135 (1803).
- Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).
- McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).
- Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 161-64 (1926).
- Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
- The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900).
- Trade Act of 1974*, 19 U.S.C. 2253(c), 2412(b), 2432, 2437 (1976).

U.S. Const. art. I, 10, cl. 1. 2. 3.

U.S. Const. art. II, 2, cl. 2.

U.S. Const. art. III, 2, cl. 2.

United States v. Lopez, 2 F.3d 1342, 1367-68 (5th Cir. 1993)
cert. granted, 114 S. Ct. 1536 (1994).

United States Steel Corp. v. Multistate Tax Comm'n, 434 U.S.
452, 460-64 (1978).

West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379, 398-400 (1937).

【Abstract】

**Thoughts on the new international law-making:
A new form of international agreement revisited
from a triptych of academic disciplines**

Kiyoung Kim^{*}

From the traditionalist position on international law, a new form of compact agreement, which cannot be classified as an international treaty in terms of academic framework, had long fueled much of contention in politics, international law, and constitutional law. A growing practice of compact agreement had been natural as corresponding with the global compression of international community and rising aspiration of peace regime on the international relations.

The scholars of international law believe that, regardless of whether the President of the United States is an internationalist or an isolationist, the enactment of international law in the 21st century will be based on more pragmatic rather than formal criteria. It is still true whether or not he is willing to accept or escape the international obligations so that we can more realistically share the powers conferred by the Constitution.

On the other hand, a constitutional controversy on somewhat mushy yet sophisticated issues on the compact agreements began with the Laurence Tribe's acrimonious criticism in 1990. He argues that a procedure between Congress and the executive branch for the Clinton administration's accession to the North American Free

^{*} Prof. Chosun University College of Law and Social Science, SJD. Lawyer.

Trade Agreement(NAFTA) is unconstitutional. His criticism pointed out that the NAFTA is unconstitutional since it is contrary to the text and structure of the Constitution. On the other hand, scholars of political science believe that, while a politics is termed as the distribution of values, the new form of compact agreement serves connecting the domestic and international politics as a living organism and must be affirmed from the standpoint of parliamentary politics. The political scientists argue on the necessity and inevitability of a new form of international agreement as pursuant to the nature of political process on informal procedures and parliamentary practices.

In respect of the theoretical controversy, the paper is devoted to survey what the new form of compact agreement is, what types we can identify and explore the theoretical contest among the disciplines. As the dealings of paper attempt to touch on the core of scholarly assertions as fundamental and philosophical, the endeavor could inculcate the mind of international lawyers within and outside the government by providing a better framework to understand the specific real-world issues. The perception and rationale for the new form of international agreement should differ varying with their academic disciplines from which their thought stems from. The paper ends with implications within the grand scale of jurisprudence.