

# 條約의 國內法的 效力

李相喆\*

## 차 례

- I. 條約의 憲法上 地位
- II. 現行憲法上 條約의 國內法的 效力에 관한 諸見解
  - 1. 憲法的 效力의 인정여부에 관한 見解
  - 2. 法律的 效力의 인정여부에 관한 見解
  - 3. 立法的 多者條約과 強行規範(jus cogens)인 條約은 法律보다 上位의 效力이 인정된다는 見解
- III. 效力同等說과 效力差等說에 관한 檢討·分析
  - 1. 憲法 第6條第1項의 解釋에 관한 私見
  - 2. 憲法 第60條第1項의 解釋에 관한 私見
  - 3. 國內立法의 慣行·態度
  - 4. 國內判例의 態度
  - 5. 國會同意 不要條約과 美國 行政協定の 比較·分析
  - 6. 條約締結 및 解釋의 實務慣行
- IV. 條約의 國內法的 效力에 관한 判例分析
- V. 結 語

\* 法制處, 法制官

## I. 條約의 憲法上 地位

憲法에서 국제법의 주요법원인 조약에 대하여 어떻게 이를 수용하고 어떤 國內法的 地位와 效力을 부여하고 있는지 여부에 관하여는 각국마다 고유한 헌법적 傳統·慣行이 형성되어 있어 뚜렷하게 서로 다른 태도를 보이고 있다.

전통적으로 國際法과 國內法의 관계에 대하여 학자들은 一元論과 二元論을 제시하여 왔으며, 一元論은 국제법과 국내법은 하나의 통일적 法體系내에 편입되어 있다는 견해이며, 이들이 상호 저촉될 경우에는 어느 쪽이 우선적 效力을 갖는지 여부에 따라서 國內法優位論과 國際法優位論이 서로 대립되어 왔다.<sup>1)</sup> 二元論은 국내법과 국제법은 각각 서로 다른 독자적인 법질서를 형성하고 있으며, 각각의 독자적인 타당근거와 規律領域을 확보하고 있다고 한다.<sup>2)</sup>

대체로 조약에 대한 각국의 헌법적 태도는 이른바 國際法과 國內法의 상호관계에 관한 위의 一元論과 二元論중 어느 쪽을 채택하느냐에 따라 대분될 수 있다. 일원론적인 태도를 취하는 국가는 국제조약을 국내법의 일부로서 자연스럽게 自動受容<sup>3)</sup>한다. 조약이 그대로 국내법의 일부로서 적용되므로 조약의 국내적 이행을 위하여 별도의 국내입법조치와 같은 變形을 거쳐야 할 필요가 있는 것은 아니다.<sup>4)</sup> 미국(憲法 제6조제2항), 일본(憲法 제98조),<sup>5)</sup> 독일(憲法 제25조),<sup>6)</sup>

1) 國內法優位論은 Jellinek의 國家自己制限說에 바탕을 두고 있다. 國際法이 한 국가에 적용되는 것은 당해 主權國家가 스스로 그 의사에 따라 자기제한을 하기 때문이라는 설명이다. 그러나 이 학설은 국제법을 국내법의 일부로만 보는 점, 국제관습법이 존재하는 근거를 제시하기 어려운 점 등에서 지지를 얻지 못하고 있다. 國際法優位論은 國內法의 效力범위는 國際法에 의하여 설정되는등 국내법은 국제법에 의하여 그 타당근거가 부여된다는 입장이다.

2) 20세기초 Heinrich Triepel은 기본적으로 국내법은 개인간 또는 개인과 국가간의 法律關係를 규율하는데 반하여 국제법은 국가 상호간의 法律關係를 규율한다는 점과 國內法은 국가의 독자적인 의사에 의하여 형성되는데 반하여 국제법은 다수국가의 共同意思에 의하여 형성된다고 주장하였다. 동시대의 Dinisio Anzilotti는 국내법은 입법자가 내린 命令이므로 복종하여야 되는 규범인데 반하여 국제법은 각 당사자들이 서로 合意한 것이므로 준수하여야 되는 규범이라는 것이다.

3) 加田杉外, 『現代國際法講義』, 有斐閣, 1995, 31頁.  
이를 일반적으로 “受容理論(doctrine of incorporation)” 또는 “一般的 受容”이라고 한다. 미국에서는 연방헌법 제6조제2항에 의하여 조약은 연방헌법 및 제정법률과 함께 국가의 최고법으로서 국내적 效力이 부여되고 있다. 프랑스헌법 제55조, 네덜란드헌법 제66조, 오스트리아헌법 제49조는 “公布를 條件으로” 一般的 受容을 인정하고 있다.

4) 條約의 內容이 별도의 國內의 立法措置없이 그대로 적용될 경우에 일반적으로 直接適用性(direct applicability)이 있다고 보고, 국내소송절차에서 이를 원용할 수 있는 경우에는 直接效力(direct effect)이 있다고 본다.

5) 日本憲法 第7條第1項에서는 天皇은 내각의 助言과 承認에 따라 국민을 위하여 조약의

프랑스(憲法 제55조), 필리핀(憲法 제2조제3항), 네덜란드(憲法 제63조), 오스트리아(憲法 제50조) 등이 이에 속한다고 볼 수 있다.<sup>7)</sup> 二元論的인 태도를 취하는 국가에서는 조약은 국회의 입법조치 또는 사법부의 판결과 같은 일정한 형식의 變形節次<sup>8)</sup>를 통하여 비로소 國內法으로 수용될 수 있다는 입장을 취한다. 영국(憲法慣行),<sup>9)</sup> 벨기에(憲法 제68조), 노르웨이(憲法 제26조) 등이 이에 속한다고 볼 수 있다.

우리나라의 경우, 憲法 제6조제1항에서는 조약의 국내적 효력에 관하여 “憲法

公布에 관한 國事行爲를 한다(天皇は, 內閣の助言と承認により, 國民のために, 左の國事に關する行爲を行ふ. 1. 憲法改正, 法律, 政令及び條約を公布すること, 2~10. 省略)고 규정하고 있고, 第98條第2項에서는 日本이 締結한 條約과 확립된 국제법규는 이를 성실하게 준수하는 것이 요구된다(日本國が締結した條約及び確立された國際法規は, これを誠實に遵守することを必要とする.)고 규정하고 있다. 물론 一般的 受容을 취하는 경우에도, 그 조약규정의 성질에 따라 非自動執行條約(non-self-executive treaty)인 경우에는 국내 재판소에서 적용될 수 없는 사례가 생길 수 있다. 구체적으로 권리·의무의 설정에 확정성이 없는 경우(외국인의 토지소유에 관한 1952년 勝井事件), 장래의 입법활동의 지침을 기술하는 것으로서 개인의 권리·의무를 창설하지 아니하는 경우(국제연합헌장 제55조 및 제56조에 관한 Fujii v. California, IRL, Vol.1.), 범죄행위에 대하여 重罰을 과하는 조약규정의 경우로서 그와 같은 處罰을 具體化하는 국내법이 마련되지 못하여 시행될 수 없는 경우(1970년의 항공기불법탈취방지조약) 등이다. 加曰杉外, 前掲書, 31頁.

- 6) 2. 獨逸基本法 제25조(國際法の 國內法的 效力) 一般的인 國際法規는 聯邦法의 一部를 구성한다. 일반적인 國際法規는 法律에 우선하며 聯邦領土의 住民에 대하여 직접적으로 權利와 義務를 발생시킨다.(Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes).
- 7) 美國의 경우 聯邦憲法 제6조제2항에서는 조약은 州의 憲法·法律에 대하여 우선적 효력이 있다는 明文規定을 두고 있고, 판례에서도 연방법률과 동등한 지위를 갖는 것으로 보고 있다. 프랑스의 경우 憲法 제54조 및 제55조에서 조약은 憲法보다는 下위의, 법률보다는 上위의 國內法的 效力을 가진다고 명시하고 있다. 네덜란드憲法 제63조 및 제65조, 오스트리아憲法 제50조는 조약을 2종류로 분류하여 법률제정과 동일한 비준절차에 의하는 조약은 법률과 같은 효력을, 憲法改正과 동일한 비준절차에 의하는 조약은 憲法과 같은 효력을 각각 인정하고 있다.

- 8) 加曰杉外, 前掲書, 31頁.

이같은 二元論的인 태도를 취하는 국가의 논리를 일반적으로 變形理論(theory of transformation)이라고 한다. 영국에서는 국민의 權利·義務에 관계되는 조약, 財政支出을 요하는 조약, 普通法의 變更이 요구되는 조약에 대하여는 議會의 立法措置가 필요하다. 캐나다에서도 國內法의 變更을 요하는 조약은 英國과 동일한 立法措置가 요구된다.

- 9) 영국은 國際法 원칙이 議會制定 성문법률(Act of Parliament)에 저촉될 경우에 법원은 국제법보다는 國內法의 우선적용을 받는다. Mortensen v. Peters사건(High Court of Judiciary of Scotland, 14 Scot. L. T. 227, 1906)에서 보듯이 판례법으로서 확립되어 있다.

에 의하여 締結·公布된 條約”과 “일반적으로 承認된 國際法規”<sup>10)</sup>는 國內法과 같은 효력을 갖는다고 규정하고 있다. 우리나라 憲法은 조약이 國內法的 효력을 갖기 위하여 특별히 변형절차를 거칠 필요가 없으므로 조약이 체결·공포되면 당연히 國內法的 효력을 갖는다고 보는 것이 우리나라 학계의 일치된 견해이다.<sup>11)</sup> 그러나, “國內法的 效力”이란 매우 막연한 규정이어서 학계와 실무계간에 심한 견해의 괴리현상을 보이고 있다. 이하 세계주요국의 관련제도와 관행을 살펴보고, 우리 헌법상 조약의 국내법적 효력에 관하여 제시되어 온 견해를 살펴 본 다음 조약과 법률과의 효력순위관계에서 모든 조약이 법률과 같은 효력을 갖는다는 견해와 국회동의를 얻는 조약에 한하여 법률과 같은 효력을 갖는다는 견해 등으로 갈리고 있다. 이하 이에 관한 헌법해석의 재검토, 국내입법의 관행·태도, 국회동의를 얻지 아니하는 조약과 미국의 행정협정의 비교, 정부내의 조약체결 실무관행, 판례의 태도 등에 관하여 살펴보고자 한다.

## II. 現行憲法상 條約의 國內法的 效力에 관한 諸見解

### 1. 憲法的 效力의 인정여부에 관한 見解

우리 憲法 제6조제1항에서 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 “國內法”과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있다. 이같은 國內法과 같은 효력이 구체적으로 어떤 효력을 의미하는지에 관하여는 여러 가지 견해가 제시되고 있다. 헌법적인 효력까지 갖느냐의 여부에 관하여는 憲法優位說, 條約優位說, 折衷說 내지 憲法同位說로 대립되어 있다. 헌법학자들은 대부분이 헌법우위설을 지지하고 있어 현재 多數說로 되어 있다.

10) 헌법학계에서는 “一般的으로 承認된 國際法規”란 국제관습법뿐만이 아니라 “國際法의 一般原則을 담고 있는 國際條約”도 포함된다는 견해가 제시되고 있다. 그러한 국제조약은 국내법적 효력을 발생하려면 憲法에 의하여 체결·공포되어야 하므로 우리나라가 當事國이 아닌 條約이나 체결·공포되지 아니한 조약은 국내법적인 효력을 갖지 못하며, 그럴 경우에는 해당 조약이 國際慣習法化되어야만 국내법적 효력이 발생가능할 것이다. 따라서 “一般的으로 承認된 國際法規”는 國際慣習法만을 의미한다고 주장한다. 반면에 다른 한편 우리나라가 當事國이 아닌 條約이라도 국제사회에서 일반적으로 規範性이 인정된 UN憲章, UN人權規約, 세계우편연맹규정, 제노사이드금지규정, 捕虜關聯제네바協定 등과 같은 조약들은 “一般的으로 承認된 國際法規”에 포함시켜야 한다는 견해도 제시되고 있다. 憲法에 의하여 締結·公布된 條約과 일반적으로 승인된 국제법규는 특별한 國內立法節次가 없이도 당연히 국내적 효력을 갖는다는 점에 관하여 국내학계에서는 대체로 긍정적이다.

11) 金明基, 『國際法原論(上)』, 博英社, 1996, 118면.

憲法優位說은 조약체결권은 헌법에 의하여 創設된 국가기관의 권능인 점, 헌법의 授權에 의하여 성립된 조약이 헌법에 우월하다는 것은 법이론상 불가능한 점, 헌법은 最高法規性을 지니고 있는 점, 헌법 제6조제1항에서 조약은 국내법적 효력이 있다고 규정하고 있으나 이는 위헌인 조약까지 국내법적 효력을 인정하는 것으로 볼 수 없는 점, 조약의 형식이라고 하더라도 國民主權主義 원칙을 배제할 수 없는 점, 조약의 체결·비준에 대한 동의는 헌법에 근거하는 것이므로 국회가 헌법보다 우월한 조약의 체결·비준 동의를 容認할 수 없는 점, 헌법 부칙 제5조에서는 조약이 헌법에 위배되지 아니하는 범위 안에서 有效하다고 규정한 점 등을 그 근거로 제시한다.<sup>12)</sup> 국제법학자들 다수가 이 견해를 지지하고 있다.<sup>13)</sup>

條約優位說은 조약의 준수는 憲法 前文의 국제협조주의의 귀결이므로 헌법보다 조약이 우위에 있다는 점, 조약은 모든 國家機關을 拘束하므로 우위가 인정되어야 하는 점<sup>14)</sup>, 헌법 제107조에서는 조약을 違憲審査對象으로 규정하고 있지아니한 점 등을 들어 조약이 헌법보다 우위의 효력이 있다는 견해<sup>15)</sup>로서 소수설이다.

折衷說은 기본적으로 헌법의 우위를 인정하면서도 국제사회의 변화추세에 맞추어 헌법해석에 修正을 가할 필요가 있고 國際聯合憲章과 같은 일부 조약은 憲法律과 같은 효력을 갖는다고 견해이다. 헌법학자들중에는 조약은 憲法核 즉 헌법의 근본규범보다는 하위에 있으나 憲法律보다는 上位이거나 同位라고 주장하고, 우리나라가 체결한 國際聯合憲章, 유네스코헌장, 國際人權規約은 헌법률과 같은 효력을 가진다고 본다.<sup>16)</sup> 또는, 오늘날 국제법의 우위를 헌법에 규정하는 국가가 증가하고 있고,<sup>17)</sup> 國際法優位를 주장하는 학자들이 증가

12) 金哲洙, 『憲法學概論』, 博英社, 1999, 225~226면; 丘秉朔, 『新憲法原論』, 博英社, 1996, 305~308면; 權寧星, 『韓國憲法論』, 法文社, 1994, 201면; 金永秋, 『國民憲法論』, 法律行政研究院, 1997, 79~80면; 金啓煥, 『憲法學精解』, 1998, 193~195면.

13) 李漢基, 『國際法講義』, 博英社, 1999, 143~144면; 李丙朝·李仲範, 『國際法新講』, 一潮閣, 1999, 28면; 金大淳, 『國際法論』, 三英社, 1997, 101~103면; 金貞鍵, 『國際法』, 博英社, 1998, 83~85면; 柳武烈, 『國際法』, 東國大學校法政研究所, 1991, 78~79면. 李漢基 교수는 조약에 의한 憲法修正은 인정될 수 없는 점에서, 金貞鍵 교수는 헌법 제6조 제1항의 文言의 解釋상 헌법이 조약에 우선할 수 없다는 점을 지적한다.

14) 宮澤俊義, 『日本國憲法』, 818頁.

15) 金哲洙, 上揭書, 225~226면; 丘秉朔, 上揭書, 305~308면.

16) 金哲洙, 上揭書, 225~226면.

17) 프랑스憲法 前文(1946), 이탈리아憲法 제11조(1948), 舊西獨基本法 제24조(1949) 등은 국제기구의 발전을 의식하여 國內主權을 제한하거나 국내권력구조를 수정하는 조약체결이나 유럽공동체의 발전을 위한 헌법수정을 가능하게 하는 장치를 마련하였다.

하는 추세에 있고, 따라서 국제사회의 변화추세에 맞추어 종래의 憲法學理論을 修正할 필요성이 있음을 인정하면서, 교통·통신의 눈부신 발전에 힘입어 지구촌시대가 도래한 지금 國際協力機構나 共同體의 결성가능성을 열기 위한 헌법의 自己制限可能性이나 규범의 국제적 標準化·統一化 추세를 감안할 때, 우리 헌법의 해석에 있어서도 조약중 그 性質에 따라서는 법률보다 優越한 地位를 인정하는 것이 타당하다고 본다.<sup>18)</sup>

한편, 국제법학자들중에는 憲法 前文에서 국제평화주의를 명시한 점, 국제법과 국내법간의 모순을 최소화할 필요가 있는 점, 헌법 제6조제1항의 문언중 “국내법”에는 헌법이 포함되는 점, 헌법 제107조에서 규정한 법원의 위헌법령심사권이나 제111조에서 규정한 헌법재판소의 위헌법률심사권의 대상에 조약이 포함되어 있지 아니한 점, 오늘날 국제관계에서는 國際法優位 趨勢가 보편화하고 있는 점 등을 들어 조약은 헌법과 同位の 效力을 가진다는 견해를 제시한다.

日本에서는 조약은 헌법 제98조제2항에 의하여 성실히 준수되어야 한다는 취지에 비추어 法律에 優越한 國內的 效力을 갖는다는 것이 慣行上 인정되어 있고, 다수 학자들의 견해이다.<sup>19)</sup> 헌법과 조약의 관계에 관하여 학설의 대립을 보이고 있는바, 일본헌법의 경우에는 國民主權原則, 조약의 국회승인절차와 헌법개정절차의 현격한 차이점 등을 고려할 때 憲法優位說이 유력하다.<sup>20)</sup>

생각건대, 조약의 국내법적 효력을 인정하는 문제이므로 헌법의 最高法規性을 존중할 필요가 있고, 조약체결권 자체도 헌법에 의한 국가기관의 권한이며, 헌법의 授權에 의하여 체결된 조약이 헌법에 우월하다고 보기 어렵고, 위헌인 조약에 대하여서까지 국내법적 효력을 인정하기 어려운 점에서 憲法優位說이 타당하다고 본다.

## 2. 法律的 效力의 인정여부에 관한 見解

조약의 법률적 효력 인정여부에 관한 견해는 ①조약은 法律的 效力을 갖는다는 견해, ②國會同意를 얻는 조약은 법률적 효력을 갖지만,國會同意를 얻지 아니하는 조약은 하위법령과 같은 효력을 갖는다는 견해로 구분된다. 이하,

18) 丘秉朔, 前掲書, 305~308면.

19) 高野雄一, 『憲法と條約』, 東京大學出版會, 1975, 209~213頁.

조약의 국내적 효력으로서 法律에 優越한 效力을 인정하는 것은 조약에 이미 법률의 국내적 효력을 慣行上 인정하여 온 구헌법과 대비하더라도 타당한 결론이라고 말할 수 있다(條約의國內的效力として『法律に優越する效力』を認めることは, 條約にすでに法律の國內的效力を慣行上認めてきた舊憲法との對比においても妥當な結論といえる).

20) 加田杉外, 前掲書, 31~32頁.

편의상 전자를 “效力同等說”로, 후자를 “效力差等說”로 지칭하고자 한다. 效力差等說중에서도 국회동의를 얻지 아니하는 조약은 하위법령중에서 대통령령과 같은 효력을 갖는다는 견해와 조약의 내용에 따라서 대통령령과 같은 효력 또는 총리령·부령과 같은 효력을 갖는다는 견해로 대립된다. 그러나, 效力差等說중에서는 조약체결권자가 대통령이고 국무회의의 심의를 거친다는 점에서 대통령령과 같은 효력을 갖는다는 견해가 多數說이다.

### (1) 效力同等說

조약은 憲法보다 하위에서 법률과 동일한 효력을 갖는다고 보고, 따라서 조약과 국내법률간에는 후법우선의 원칙과 특별법우선의 원칙이 적용된다고 본다.<sup>21)</sup> 국제법학자들중에는 條約중 입법사항을 포함하여 중요한 조약은 대부분 국회동의를 얻도록 하고 있는 점을 언급하고, 대부분의 민주주의국가에서 조약을 法律의 下位에 두는 사례가 거의 없고, 그렇다고 하여 法律의 上位에 두는 적극적인 규정을 두는 사례도 거의 없다는 점에서 法律과는 同位關係로 보는 것이 타당하다는 견해를 제시한다.<sup>22)</sup>

### (2) 效力差等說

국회동의를 얻는 조약은 法律的 效力이 인정되지만 국회동의를 얻지 아니하는 조약이나, 이른바 독자성이 없는 부속조약 또는 미국의 행정협정과 같은 조약은 大統領令과 같은 효력을 갖는다는 견해이며, 국내학계의 多數說이다.<sup>23)</sup> 다수의 학자들은 국회동의를 받지 아니하는 조약, 미국의 행정협정과 비슷한 조약, 기술적·절차적 조약, 독자성이 없는 부속조약의 경우에는 대통령령과 같은 효력을 갖는다는 견해를 밝히고 있다.<sup>24)</sup>

21) 李漢基, 前掲書, 143~144면; 金明基, 『國際法(上)』, 博英社, 1996, 119면; 鄭用泰·柳在馨, 『國際法學』, 大旺社, 1997, 102~103면; 金貞鍵, 前掲書, 83~85면.

22) 李漢基, 前掲書, 143~144면.

23) 權寧星, 前掲書, 203~204면; 金哲洙, 前掲書, 225~226면; 文鴻柱, 『韓國憲法』, 海岩社, 1987, 148면; 朴一慶, 『新憲法』, 法經出版社, 1990, 156~157면; 丘秉朔, 前掲書, 305~308면; 金啓煥, 前掲書, 193~195면; 許營, 『韓國憲法論』, 博英社, 1999, 172~176면; 金永秋, 前掲書, 79~80면; 李丙朝·李仲範, 前掲書, 28면.

24) 구체적으로, 중요조약의 체결에는 그 내용상 국민의 권리·의무에 관한 사항이 많고, 국가의 입법작용과 같은 성격을 가지기 때문에 국회동의를 필요하지만, 어떤 기본조약의 순수한 실시세목을 정하는 기술적·절차적·사무적인 내용의 조약은 국회의 동의를 필요로 하지 아니하고, 국회동의를 얻은 조약은 법률적 효력을 가지나 미국의 사례에서 불

여기서, 문제점이 제기될 수 있는 것으로서 헌법에 의하여 체결·공포되는 조약중 헌법 제60조제1항의 국회동의대상에 해당되지 아니하는 조약이 과연 법률적 효력을 갖지 못하는 것인지에 관하여는 여러 측면에서 다시 검토할 필요성이 있다고 보여진다. 이에 관하여는 후술하고자 한다.

### 3. 立法的 多者條約과 強行規範(jus cogens)인 條約은 法律보다 上位의 效力이 인정된다는 見解

국제사회의 변화추세에 맞추어 종래의 憲法學理論을 修正할 필요성이 있고, 규범이 국제적으로 표준화·통일화되는 추세에 있는 점과 일반국제법의 강행법규에 위반되는 조약은 무효로 되는 점 등에 비추어 특히 “立法的 多者條約”과 強行規範(jus cogens)인 조약은 법률보다 優越한 地位를 인정하여야 타당하다는 견해가 다수 학자들에 의하여 제시되고 있다.<sup>25)</sup>

수 있듯이 행정협정과 같은 것은 명령·규칙의 효력을 가진다는 견해(金哲洙·李丙朝·李仲範), ①입법사항에 관한 조약은 법률과 동일한 효력을 가지며, ②입법사항과 관계없는 조약과 헌법 제60조제1항의 국회동의대상에 해당되지 아니하는 조약은 행정부가 단독으로 체결할 수 있고, 이는 국회의 동의 없이 정부간에 체결되는 “行政協定”으로서 효력에 있어서 법률의 하위에 있으며, 그 체결권자가 대통령이고 국무회의의 심의를 거쳐야 하므로 “大統領令”과 같은 효력이 있다는 견해(丘秉朔), 조약이 국내법적 효력을 갖기 위한 절차적 요건으로서 Visa협정·문화교류관련협정과 같이 헌법에 특별히 열거하지 아니한 국가간의 단순한 행정협조적이고 기술적인 사항에 관한 조약은 국회의 동의를 요하지 아니하고 대통령령과 같은 효력을 갖는다는 견해(許營), 모조약의 부속조약으로서 독자성이 없으며 모조약의 효력을 보충하는 지위를 갖는 경우에는 憲法 제60조제1항의 “憲法에 의하여 체결·공포된 조약”에 해당되지 아니한다고 보는 견해(金明基), 국회관여없이 대통령이 체결하는 行政府協定은 합헌성통제의 목적상 법률의 하위에 두어야 한다는 견해(金大淳) 등이 있다.

25) 丘秉朔, 前掲書, 305~308면; 金貞鍵, 前掲書, 83~85면; 金大淳, 前掲書, 101~103면; 張孝相, 『現代國際法』, 博英社, 1987, 31~33면; 柳武烈, 前掲書, 78~79면.

구체적으로, 오늘날 國際協力機構나 共同體의 결성가능성을 열기 위한 헌법의 自己制限可能性이나 규범의 국제적 표준화·통일화 추세에 비추어 조약중 그 性質에 따라서는 법률보다 優越한 地位를 인정하여야 타당하다는 견해(丘秉朔), 條約중에서 “立法的 多者條約”에 대하여는 法律보다 우선적인 효력을 인정하되, “契約的 兩者條約”에 대하여는 법률과 같은 효력을 인정하고, 強行規範(jus cogens)인 조약의 경우에도 법률에 대하여 우선적 효력이 인정되어야 타당하다는 견해(金貞鍵), 강행법규의 경우에는 條約法에 관한 비엔나協約에서 強行法規가 명문화되고, 일반국제법의 강행법규에 위반되는 조약을 무효로 되는 점에 비추어 강행법규의 성질을 가진 조약은 국내적으로도 법률보다 상위의 효력이 인정되어야 한다는 견해(張孝相), 우리 憲法 前文에서 “항구적인 世界平和와 人類共榮에 이바지”하는 것을 憲法의 基本정신으로 하고 있는 점, 條約의 경우 憲法裁判所에 의한 違憲審査의 대상으로 규정되지 아니한 점, 條約을 法律의 上位에 두는 것이 세계국가의 진보적 경향인 점에 비추어 우리 憲法의 해석상 條約이 法律에 우선한다고 보는 것이



### III. 效力同等說과 效力差等說에 관한 檢討 · 分析

이미 살펴본 바와 같이 우리 憲法상의 조약중 국회동의를 얻는 조약은 법률과 같은 효력을 가지되, 국회동의를 얻지 아니하는 조약은 대통령령과 같은 효력을 가진다는 效力差等說이 국내학계의 다수설이다. 이에 반하여 效力同等說은 일부 학자들 사이에서 제시되고 있는 형편이다. 그러나, 國內立法의 慣行 · 態度, 정부 내의 條約締結 및 解釋에 관한 實務慣行, 조약관련 判例 등을 살펴볼 때 오히려 效力同等說을 뒷받침할 수 있는 여러 가지 사례들을 찾아볼 수 있다. 아울러 憲法 제6조제1항 및 제60조제1항의 해석에 대한 재검토 역시 필요할 것으로 생각된다. 특히, 效力差等說에서는 미국의 行政協定을 원용하여 이론적 근거를 제시하고 있다. 우리 憲法상 國會同意를 얻지 아니하는 조약의 경우 미국의 이른바 行政協定과 마찬가지로 國會同意를 얻지 아니한다는 공통점을 들어 그 법률적 효력을 부인하는 것이 타당한지에 관하여는 적지 아니한 의문이 제기된다. 이하 이를 구체적으로 살펴보고자 한다. 참고로, 학계에서 조약중 立法的 多數條約과 強行規範의 경우에는 법률보다 우위의 효력을 인정하여야 한다는 다수의 견해가 제시되고 있음을 이미 살펴보았는바, 여기서는 이를 논외로 하고, 국회동의를 얻는 조약과 이를 얻지 아니하는 조약간의 효력문제를 중심으로 하여 살펴본다.

#### 1. 憲法 第6條第1項의 解釋에 관한 私見

우리 憲法 제6조제1항에 조약의 “國內法的 效力”의 발생요건은 “憲法에 의하여 締結 · 公布된 條約”으로 규정되어 있다. 조약을 憲法에 의하여 체결 · 공포하기 위하여는 ①條約의 要件으로서 憲法에 의한 “條約”의 범위에 포함되는 것일 것,<sup>26)</sup> ②國務會議의 심의를 거칠 것, ③憲法 제60조제1항의 國會同意對象에 해당하는 경우에는 國會의 同意를 거칠 것, ④조약으로서 締結될 것, ⑤公布될 것의 5가지 요건이 충족되어야 한다. 그런데, 3번째 요건인 國會同意

타당하다는 견해(林觀淑), 법률적 효력을 갖는다는 다수설은 국제사회의 현실에 부응하지 못하는 점, WTO회원국은 그 부속협정에 반하는 국내법률들을 개폐하여야 하고 사후제정법률에 의하여서도 이들 부속협정의 효력을 부인할 수 없는 등 국가관행에 반하는 점을 들어 법률보다 우위의 효력을 인정하여야 한다는 견해(柳武烈) 등이 제시되고 있다.

26) 外務部, 『條約業務處理指針』, 1985, 11~12면.

외교통상부의 條約業務處理指針에 따르면, “조약” 해당여부는 ①당사자의 의사, ②실질적 내용의 성격과 중요도, ③권리 · 의무의 구체적 규정, ④2 이상의 당사자, ⑤형식 등의 基準에 의하여 구분하도록 하고 있다.

節次는 모든 조약이 다 대상이 되는 것은 아니고, 입법사항 등 일정사항을 포함하는 조약에만 한정되어 적용된다. 따라서 憲法 제60조제1항에 해당되지 아니하므로 국회동의를 거치지 아니한 경우라도 憲法 제6조제1항의 규정에 의한 조약의 효력발생요건을 충족하지 못하는 것은 아니다.

우리나라 憲法 제6조제1항 및 제60조제1항을 함께 살펴볼 때에 국민의 기본권을 침해하는 등 法律留保事項을 포함하여 모든 입법사항을 담고 있는 조약은 반드시 국회동의를 얻도록 규정하고 있다. 國會同意對象에 해당되는 條約이 이같은 국회동의절차를 거치지 아니한 경우에는 그 조약의 체결·공포절차에 중요한 흠이 생기는 것이므로 憲法 제6조제1항의 규정에 의한 조약의 效力發生要件을 충족시킬 수 없다.<sup>27)</sup> 따라서 조약의 국내적 효력이 부인될 수 밖에 없다고 본다. 그러나, 憲法 제60조제1항에 해당하지 아니하는 조약은 굳이 國會同意를 얻을 필요가 없으며, 국회동의를 얻지 아니하였다고 하여 憲法 제6조제1항의 규정에 의한 조약의 效力發生要件을 충족시키지 못하는 것은 아니다. 이 역시 憲法에 의하여 체결·공포된 조약으로서 엄연히 헌법 제6조제1항의 규정에 의한 유효한 조약이다.<sup>28)</sup>

憲法 제60조제1항에 해당되지 아니하여 국회동의를 얻지 아니하고 체결·공포된 조약은 국민의 기본권제한 기타 立法事項 등을 포함하지 아니하므로 일응 “形式的 의미의 條約”으로 볼 수 있을 것이다. 법률중 국민의 기본권 제한 기타 입법사항을 포함하지 아니하므로 반드시 법률로 규율되어야 할 내용은 아니지만 법률로서의 效力發生要件을 갖추고 있으므로 법률적 효력을 부인할 수 없는 경우 이를 “形式的 의미의 法律”로 볼 수 있다. “形式的 의미의 條約”은 마치 “形式的 의미의 法律”과 같이 국민의 기본권 제한 등과 같은 입법

27) 金啓煥, 前掲書, 194면.

28) 國會의 同意여부에 관계없이 憲法에 의하여 체결·공포된 모든 조약에 대하여 법률적 효력을 인정하게 된다면, 모든 조약에 대하여 입법사항을 포함하는 것으로 보아야 하고 국회동의절차를 거쳐야 할 것이라는 반론이 제기될 수 있다. 그러나, 엄밀한 의미에서 법률적 효력이 인정된다는 것과 입법사항을 포함한다는 것은 서로 다른 관점에서 파악될 수 있다. 법률적 효력은 “憲法에 의하여 체결·공포된 조약” 즉 특별한 흠없이 입법절차를 완료한 조약에 대하여 憲法 제6조제1항에 근거하여 부여되는 것인 반면, 立法事項이란 조약의 체결단계(立法段階)에서 헌법 제60조제1항의 국회동의대상 판단기준으로서 검토된다. 국회가 일정조약의 체결에 대비하여 관련 法律을 制定·改正하여 조약의 내용을 이미 國內法에 反映한 경우에는 그로써 國會의 意思는 確認이 되었다고 인정되므로 조약을 체결하면서 실무관행상 다시 국회의 동의를 얻지는 아니하고 있는 점을 살펴보다라도 서로 상이한 점을 알 수 있다.

사항을 포함하고 있지는 아니하지만 조약으로서의 효력을 갖는다고 보아야 할 것으로 생각된다. 현실적으로多數의 條約들이 이같은 “形式的 의미의 條約”에 해당된다고 보여진다.

우리나라는 憲法에 의하여 체결·공포되는 조약에 대하여 一元論의 입장에서 直接的 效力을 부여하는 제도를 도입하고 있다고 보는 것이 우리 헌법학계의 通說로서 일반적인 견해이다.<sup>29)</sup> 즉 우리 憲法 제6조제2항은 이른바 受容理論을 채택하여 조약을 체결한 경우에 별도의 국회입법조치와 같은 變形節次를 거치지 아니하고 조약의 締結過程 그 자체에 國會가 직접 干涉하도록 하는 것이므로 條約으로서 체결·공포되었다는 것은 이미 國會의 關與行爲와 節次가 종료되었다는 것으로 보아야 한다.<sup>30)</sup> 이 경우 국회동의를 얻도록 규정된 조약에 대하여는 반드시 國會同意를 얻어야 함은 當然하다. 그리고 이같은 국회의 關與節次를 마친 경우에는 동일하게 “國內法的 效力”이 부여되어야 할 것이다. 다만, 우리 헌법에서는 국회가 조약체결에 干涉하는 방식으로서, 첫째, 立法事項 등 중요조약의 경우에는 國會가 적극적으로 동의여부를 審査·決定하도록 하고, 둘째, 중요조약에 해당되지 아니하는 경우 즉 立法事項 등을 포함하지 아니하는 경우에는 국회의 동의여부의 행위를 省略하도록 하되, 그 중요조약여부의 판단은 국회가 이를 하지 아니하고 행정부가 하도록 하고 있다고 보여진다.<sup>31)</sup> 이는 條約의 체결권은 國內法律의 立法節次와는 다르게 행정부의 수반인 대통령과 입법기관인 국회의 권한으로 二元化되어 있고, 外交關係에 속하는 업무이므로 대통령에게 能動的인 입장에서 기본적으로 그 締結·批准權을 행사하도록 하되, 立法事項 등을 포함하는 重要條約에 대하여는 受動的인 입장에서 국회가 그 同意權을 행사하도록 규정하고 있다고 보겠다. 여기서 行政府가 헌법 제60조제1항에 해당되는 重要條約을 체결하면서 이를 국회에 제출하지 아니함으로써 국회가 그 동의여부를 심사·결정할 수 없도록 하는 등 행정부가 그 權限을 濫用할 경우에는 곤란하게 된다. 그러나, 이같은 문제점은 헌법 제60조제1항에 해당하는 국회동의대상조약은 이를 國會의 同意없이 체결·공포하더라도 그 조약은 헌법상의 체결절차를 위반한 것으로서

29) 金大淳, 前掲書, 101면.

30) 국회의 同意權은 행정부의 조약체결에 대한 政治的 統制行爲에 불과한 것으로 보기도 한다. 金大淳, 前掲書, 101면.

31) 條約同意案은 行政府가 제출하고, 國會는 행정부가 제출한 條約同意案에 대하여 동의여부의 意思를 행정부에 통보하므로 국회제출여부는 현실적으로 행정부가 判斷하도록 되어 있다.

違憲·無效가 되는 점<sup>32)</sup>을 생각할 때에 행정부의 權限行使는 충분한 견제와 제약하에 이루어 질 수밖에 없다고 본다.

## 2. 憲法 第60條第1項의 解釋에 관한 私見

憲法 제60조제1항은 立法權이 기본적으로 국회에 있음에 유의하여 憲法에서 법률에 유보한 立法事項 등을 포함하는 조약은 반드시 국회의 동의를 얻도록 규정하고 있다. 입법사항은 일반적으로 憲法에서 법률로 정하도록 留保한 사항과 다른 법률 또는 법률적 효력을 갖는 조약 등의 법규범에 대한 特例를 정하는 사항을 포함한다고 본다. 따라서, 입법사항을 포함하는 조약에 대하여 이를 국회동의를 얻지 아니하고 체결·공포하였다면, 이는 앞에서 살펴 본 바와 같이 憲法節次를 결한 것으로서 違憲·無效가 되어 국내적 효력이 발생되지 아니한다. 우리나라에서는 論理的으로 헌법 제60조제1항의 立法事項을 포함하면서 大統領令과 같은 효력을 가지는 조약이란 存在할 수 없다. 국회동의를 얻지 못하고 체결되었다고 하여 이같은 조약들이 하위법령인 대통령령과 같은 효력밖에 인정되지 못한다고 보는 견해에는 찬성하기 어렵다.

그렇다면, 헌법 제60조제1항에 해당되지 아니하는 조약에 대하여 국회동의를 얻었다고 하여 그 조약이 법률적 효력을 갖는다고 볼 수 있는가? 임의적으로 국회의 동의절차를 얻은 조약은 그 때문에 법률적 효력이 부여된다고 볼 수는 없다고 본다. 憲法 제60조제1항에서는 동항에 해당되는 조약에 대하여서만 국회동의를 얻을 것을 요구하고 있을 뿐이며, 동항에 해당되지 아니하는 조약에 대하여는 憲法에서 굳이 국회동의절차를 요구하지 아니하고 있고, 정부가 임의로 국회동의를 얻는 행위는 憲法 제60조제1항의 規定 適用과는 무관하며 불필요한 절차를 거치는 것으로 보아야 할 것이다.

한편, 국회의 동의대상조약의 구체적 범위에 관하여는 실무관행상 국회가 일정조약의 체결에 대비하여 관련 法律을 制定·改正하여 조약안의 내용을 이미 國內法에 反映한 경우 또는 미리 관계법률을 제정하여 일정조약에 관련된 사항에 대한 규정을 마련하여 그 집행을 정부에 위임한 경우 등에는 그로써 國會의 意思가 確認되었다고 볼 것이므로 그 조약을 체결할 경우 다시 국회의 동의를 얻지 아니하더라도 무방하다고 보고 있다.<sup>33)</sup> 條約締結에 따른

32) 國內憲法學界의 通說이다. 金哲洙, 前掲書, 226~227면; 丘秉朔, 前掲書, 307~308면; 金啓煥, 前掲書, 195면 등.

33) 法制處, “開途國 借款供與覺書에 대한 國會同意與否”, 1995.1.21.

財政支出에 관하여 국회가 예산상 미리 승인한 경우 또는 既存의 法律로 豫定하고 있는 범위 안에서는 다시 국회의 동의를 얻지 아니하여도 된다는 것이 실무관행으로 확립되어 있다.<sup>34)</sup> 借款供與協定은 통상 국가나 국민에게 財政的 負擔을 지우는 조약에 해당되며, 그 금액 등으로 보아 “重大한 負擔”에 해당되는 경우에는 原則적으로 國會同意를 얻어야 할 것이다. 그러나, 對外經濟協力基金法에서는 개발도상국과의 경제협력의 촉진을 위하여 對外經濟協力基金을 설치하고 財政經濟部長官으로 하여금 그 판단과 책임 하에 동기금을 운용하여 借款供與 등을 할 수 있도록 하고 있다는 이유로 오랜 기간에 걸쳐 국회동의를 불필요한 것으로 보는 것이 審査慣行으로 정착되어 있다. 이같이 국민의 權利·義務에 관한 내용을 規律하는 조약이나 기타 중대한 재정부담을 가져오는 조약의 경우에도 일정한 요건에 해당되는 경우에는 실무관행상 국회의 동의를 생략하고 있다. 이는 헌법에 의하여 체결·공포된 조약은 모두 국내적으로 法律的 效力을 갖는다는 관점에서 그중 입법사항 등을 포함하는 중요조약은 국회의 동의를 얻어야 하는 것이 원칙이되, 이미 관련법률의 제정 등을 통하여 國會의 同意意思가 確認된 경우에는 중복하여 다시 국회동의를 얻을 필요까지는 없다는 견해에 따른 것이라고 볼 수 있다.

### 3. 國內立法의 慣行·態度

국회에서 法律을 제정하거나 행정부에서 정부입법을 추진하면서 조약에 관한 優先的 效力을 보장하는 규정을 두는 경우가 있다. 이 경우 입법기관은 憲法상 조약의 國內法的 效力에 대하여 나름대로의 憲法解釋을 행하고 그에 맞추어 조약관련조항을 立法化한 것이다. 이같은 국내의 입법과정에서는 조약의 국내법적 효력에 대하여 어떤 解釋見解와 관행을 가지고 있는지는 그 법률내용을 살펴보면 알 수 있다.

---

구체적인 사례로서, 世界著作權協約(1987.10.1. 조약제936호)은 조약내용을 반영하여 著作權法(1986.12.31. 법률제3916호)을 전문개정하였다는 이유로 국회동의를 얻을 필요가 없다고 회신하였고, 滅種危機에 처한 野生動植物種의 國際去來에 관한 協約(1993.10.7. 조약제1194호)은 조약내용을 반영하여 自然環境保全法(1991.12.31. 법률제4492호)을 제정하였다는 이유로 국회동의를 얻을 필요가 없다고 회신하였으며, 有害廢棄物의 國家間移動 및 그 處理의 統制에 관한 바젤協約(1994.1. 심사회신, 국무회의의결, 1994.5. 공포)은 조약내용을 반영하여 廢棄物의 國家間移動 및 그 처리에 관한 法律(1992.12.8. 법률제4534호)을 제정하였다는 이유로 국회동의를 얻을 필요가 없다고 회신한 바 있다.

34) 文俊朝, 『條約의 縮結節次와 施行에 관한 研究』, 韓國法制研究院, 1994, 90면.

위의 條約의 優先的 効力を 보장하는 條項은 조약과 법률 상호간에 水平的 對等關係가 성립됨을 전제로 하고 있다. 조약과 법률간에 수평적 대등관계가 성립되지 아니 한다면 그 경우에는 당연히 上位의 法規範이 우선적용되므로 특별법우선원칙을 명시할 필요가 없다. 이들 조항에서 “조약”은 效力差等說에서 주장하는 바와 같이 조약 중에 법률적 효력을 갖는 조약과 하위법령과 같은 효력을 갖는 조약의 2가지 유형을 모두 포함한 것을 의미하되, 하위법령과 같은 효력을 갖는 조약은 제외된 것으로 보기는 어렵다. 만일 效力差等說의 입장에서 입법이 이루어진다면, 조약을 단지 “條約”이라고 일률적으로 규정을 할 수 없고 이를 垂直的으로 分離하여 “조약(법률적 효력을 갖는 조약에 한한다)”, “조약(헌법 제60조제1항에 의하여 국회의 동의를 얻은 조약에 한한다)” 또는 “법률적 효력을 갖는 조약”과 같은 例示에 따라 條約範圍를 명백하게 限定하여야 타당하다.

그러나 지금까지 이와 같이 조약을 그 효력의 성질에 따라 2분하여 규정한 입법사례를 찾아볼 수 없다. 이는 법률의 立法過程에서 조약은 모두 일률적으로 법률적 효력을 갖는다고 해석하고 그런 전제하에서 立法이 이루어져 오고 있음을 보여주는 것이다. 다음과 같은 법률들의 내용을 분석하여 볼 때 “條約”에 대하여 일률적으로 “法律的 效力”이 인정된다는 전제하에 입법되었음을 알 수 있다.

(1) 外國人投資促進法·對外貿易法上 解釋指針

外國人投資促進法 第30條제6항<sup>35)</sup>에서는 “이 法은 大韓民國이 체결·公布한 國際條約의 내용을 修正 또는 제한하는 것으로 解釋되지 아니한다.”고 규정하고 있다. 법률과 하위법령이 저촉될 경우에는 당연히 법률이 우선적 효력을 갖는 것이므로 법률에 의하여 하위법령에 우선적 효력이 부여될 수는 없는 바와 같이<sup>36)</sup> 조약중 하위법령과 같은 효력을 갖는 조약이 있다는 전제하에서는 그와 같은 조약에서 법률에 대한 우선적 효력을 갖는 규정을 둘 수는 없다. 동법에서는 조약은 모두 법률적 효력을 갖는다는 입법적 해석을 전제하고 입법된 것임을 알 수 있다. 對外貿易法 제3조제2항의 해석·운영지침도 마찬가지이다.

35) 舊外資導入法 제47조를 繼承한 條項이다.

제47조 (國際條約과의 關係) 이 法은 大韓民國이 締結·公布한 國際條約에 規定된 내용을 修正 또는 制限하는 것으로 解釋되지 아니한다.

36) 물론, 法律의 委任에 의하여 하위법령에서 다른 법률에 대하여 優先的 効력을 갖는 규정을 둘 수도 있다. 이 경우 주지하는 바와 같이 하위법령이 優先的 効력을 갖는 것은 모법률에 위임근거를 두고 있고 당해 하위법령이 그 모법률의 규정내용을 補充하는 效力이 있기 때문이며, 하위법령에서 독자적인 규정을 두는 경우에는 당연히 법률에 대한 우선적 효력이 인정될 수 없다.

## (2) 船舶安全法·郵便法·特許法 등의 “特別法優先의 原則” 條項

船舶安全法 제16조에서는 船舶의 堪航성과 人命의 安全에 관한 條約에 이 법과 다른 規定이 있을 때에는 그 規定에 의한다고 규정하고 있다. 郵便法·特許法·國際民事司法共助法 및 國際刑事司法共助法에서도 유사한 규정을 두고 있다.<sup>37)</sup> 이들 법률은 모두 해당법률보다 관련조약이 우선적용된다는 이른바 特別法優先의 原則을 규정한 것이다.

여기서, 特別法優先의 原則이란 일반적 규정에 대하여 특별한 규정이 우선적인 효력을 갖는다는 법해석의 일반원칙이다. 이는 법규범 상호간의 효력의 우선순위를 가리는 것이지만, 비교대상인 법규범간의 水平的 關係<sup>38)</sup>를 전제로 한 것이다. 따라서 특별법우선의 원칙의 적용대상이 되는 법규범들간에는 당연히 모두 水平的인 對等關係가 成立되는 경우뿐이고, 그 효력에 대하여 垂直的 優劣의 구분을 할 수가 없다. 이들 水平的 對等關係에 놓여 있는 법규범 상호간에 충돌·갈등이 생기는 경우에 어느 법규범에 따를 것인가라는 해석문제에 봉착하게 되므로 그 규율내용이 보다 일반적인 성질을 갖는 것이냐 또는 보다 특별하고 예외적인 성질을 갖는 것이냐 하는 特別性여하를 기준으로 구분되어야 할 것이다.<sup>39)</sup> 결과적으로, 특별법우선의 원칙을 규정한 법률들은 “法律”과 “條約”이 水平的 對等關係에 위치한다는 전제하에 입법된 것이며, 따라서 이 역시 조약은 법률적 효력을 갖는 것과 하위법령과 같은 효력을 갖는

37) 郵便法 제11조에서는 郵便에 관하여 條約에 다른 規定이 있는 경우에는 그 規定에 의한다고 규정하고 있으며, 特許法 제26조에서는 特許에 관하여 條約에 이 법에서 規定한 것과 다른 規定이 있는 경우에는 그 規定에 따른다고 규정하고 있다. 海上交通安全法 제5조에서는 船舶의 충돌방지 등에 관하여 條約에 다른 規定이 있는 때에는 그 規定에서 정하는 바에 의한다고 규정하고 있고, 國際民事司法共助法 제3조에서는 이 법에 정한 司法共助節次에 관하여 條約 기타 이에 準하는 國際法規에 다른 規定이 있는 경우에는 그 規定에 따른다고 규정하고 있고 國際刑事司法共助法 제3조에서도 형사사법공조에 관하여 유사규정을 두고 있다.

38) 垂直的 關係에서는 당연히 상위의 법규범이 하위의 법규범에 대하여 우선적 효력이 있음은 의문의 여지가 없는 것이므로 特別法優先의 原則이 적용되지 아니한다. 이같은 上位規範優先 原則은 수평적인 법규범 상호간의 관계를 전제로 하는 특별법우선의 원칙보다 당연히 우월한 지위에 있는 解釋原則이다.

39) 條約과의 관계에서 조약에 대하여 效力의 優先順位를 부여하고 있는 국내법을 조항에서 特例規定으로서 조약에서 규정할 내용의 범위를 광범위하게 설정하거나 특별한 제한을 가하고 있지 아니하므로 광범위한 영역에 걸쳐 무슨 내용을 규정하던지 조약의 규정이 優先的 效力을 가진다는 뜻으로 볼 수밖에 없을 것이다. 또한, 국내법률상의 特例規定과 조약상의 一般規定이 충돌하는 경우도 상정할 수 있는바, 이같은 條約優先効 條項이 있는 경우 역시 조약의 일반규정이 우선적 효력을 갖는지 여부에 관하여는 이론의 여지가 있을 것이다.

것으로 구분되지 아니하고 모두 法律的 效力을 갖는다는 效力同等說의 解釋見解를 전제로 하고 있음을 알 수 있는 것이다.

### (3) 租稅特例制限法上 租稅特例制限制度

租稅特例制限法 第3條제1항에서는 “이 法, 國稅基本法 및 條約과 다음 各號의 法律에 의하지 아니하고는 租稅特例<sup>40)</sup>를 정할 수 없다.”고 규정하고, 동조 제2항에서는 “이 法, 國稅基本法 및 條約과 제1항 各호의 법률에 의하여 減免되는 租稅의 범위에는 당해 法律이나 條約에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 加算稅·讓渡所得稅 및 特別附加稅는 포함되지 아니한다.”고 규정하고 있다. 이는 전형적인 법률유보사항으로서 憲法 第59조의 租稅法律主義 原則상 법률 또는 법률적 效力을 갖는 법규범으로 규정하여야 될 것이다.

그런데, 동법 제3조에서는 租稅特例의 立法을 억제하기 위하여 일부법률과 조약에 의하는 경우를 제외하고는 이같은 조세특례를 정할 수 없다고 규정하고 있다. 특히 전형적인 법률유보사항인 조세특례에 관하여 조약으로 규정할 수 있도록 하면서 조세특례를 정할 수 있는 條約範圍를 國會議의를 얻는 조약 또는 법률적 效力을 갖는 조약에 한정하지 아니하고 있다. 이는 곧 조약은 단일의 법률적 效力을 갖는다는 점을 전제로 하는 것으로서 國會議의를 얻는 조약이나 얻지 아니하는 조약을 불문하는 것이므로 굳이 “법률적 效力을 갖는 조약” 또는 “國會議의를 얻는 조약”이라고 한정할 필요를 느끼지 아니한 것이라고 보여진다. 여기서, 가령 조약의 效力差等說에 입각하여 “하위법령과 같은 效力”을 갖는 조약까지 포함시켜 규정한 것이라고 가정하여 볼 때, 동법 제3조는 “하위법령과 같은 效力”을 갖는 조약에 대하여도 租稅特例를 정할 수 있도록 입법을 委任한 것으로도 해석될 여지가 있으나, 이는 憲法의 委任立法 原則상 구체적으로 범위를 정하여 위임하고 있지 못하므로 포괄위임·백지위임에 해당된다고 보여진다.<sup>41)</sup> 따라서, 동법 제3조는 조약이 일반적으로 법률적 效力을 갖는다는 전제하에 규정된 조항으로 보아야 할 것이다.

40) 여기서 “租稅特例”라 함은 제2조제1항제8호에서 “일정한 요건에 해당되는 경우의 特例 稅率의 적용, 稅額減免, 稅額控除, 준비금의 손금산입 등의 조세감면과 특정목적을 위한 익금산입, 손금불산입 등의 重課稅를 말한다.”고 정의하고 있다.

41) 憲法 第75조에서 대통령령에 대한 委任立法에 관하여는 具體的으로 범위를 정하여 委任하도록 규정하고 있으나, 제95조에서는 특별히 구체적으로 범위를 정하여 위임하도록 하는 明文規定을 두고 있지 아니하지만, 헌법의 合理的인 解釋상 “구체적으로 범위를 정하여 위임”한다는 내용은 委任立法에 관한 一般的인 法原則으로 확립되어 있다.



#### 4. 國內判例의 態度

판례 역시 조약에 대하여 국회동의여부에 따른 구분없이 “法律的 效力”이 인정된다는 견해를 유지하고 있다. 이에 관하여는 후술하고자 한다.

#### 5. 國會同意 不要條約과 美國 行政協定の 比較·分析

우리나라에서는 이미 살펴 본 바와 같이, 조약의 국내법적 효력에 관하여 效力差等說을 주장하는 학자중에는 미국의 경우 條約(treaty)은 연방상원의 同意節次를 거치며 聯邦議會가 제정하는 法律과 같은 효력을 가지는데 반하여 行政協定(executive agreement)<sup>42)</sup>의 경우 연방상원의 동의절차를 거치지 아니하며 연방의회가 제정하는 법률과 같은 효력을 가지지 못하는 점을 근거로 제시하고 있다. 그러나, 우리나라에서 국회동의를 얻지 아니하고 체결되는 조약과 미국에서 상원의 동의를 얻지 아니하고 체결되는 이른바 行政協定(executive agreement) 간에는 서로 동일한 制度로 보기 어려운 근본적인 차이점이 있다고 생각한다.

美國과 日本간에 1952년 美日行政協定이 의회의 승인없이 체결된 사례가 있는 바와 같이 미국에서는 상원과의 협동행위에 의하여 체결되는 條約(treaty) 외에, 대통령이 行政府의 首班으로서 헌법관행상 상원의 동의없이 行政協定을

42) 行政協定에 관하여는 美國聯邦政府내에서도 여러 가지 이론이 제기되고 있는데, 美國國務省이 승인한 “法律과 訴訟節次(laws and practice)”에서는 3가지 형태의 행정협정을 제시하고 있다. ①연방의회의 특별한 지시나 법제화에 의거하여 또는 그에 일치하여 외국 정부와 체결하는 협정 및 각서(agreements and understanding), ②특별한 制裁 또는 執行(sanction or implementation)에 의하여 연방의회의 승인없이 는 발효되지 아니하는 외국정부와 체결되는 협정 또는 각서, ③行政府(대통령) 단독으로 또는 행정부의 憲法上 權限에 적합하게 외국정부와 체결하는 협정 또는 각서이다. 이 중에서 세번째 유형의 사례는 흔하지 아니하며, 구체적인 예로서 행정권력하에서 軍司令官이 체결하는 休戰協定을 들 수 있다. 첫번째와 두번째 유형의 사례는 현행법에 따라 또는 현행법의 골격의 범위안에서 또는 입법행위에 의하여 시행되는 조약이나 각서로서 이른바 “條約(treaty)”이상으로 많은 국제합의를 형성하고 있다. 본래의 뜻에 충실하려면 “行政協定(executive agreement)” 이라기 보다는 “立法的 行政協定(legislative-executive agreement)”이라고 하는 것이 타당할 것이다. 첫번째 유형의 구체적인 사례로서 무역조약법(trade agreement act) 및 동 수정조항에 의하여 또는 그에 적합하게 체결한 互惠貿易條約, 연방의회에 의하여 또는 그에 적합하게 체결된 賃借(land lease)條約, 세입세법령 기타 관련규정에 일치되는 범위 안에서 선박의 이익에 대한 호혜면세에 관한 외교관교환각서에 의하여 체결되는 협정부류에 속하는 것들이 포함된다. 두번째 유형이 구체적인 사례로서는 國際勞動機構의 임무와 같이 미국연방이 입법상의 이행이나 충당을 행한 후 일정한 국제기구의 임무에 참여하는 것에 의한 협정 등이 포함된다. 大西公照, 『現代の國際法』, 信山社, 230~231頁.

체결하여 왔다.<sup>43)</sup> 이에 관하여 미국 연방헌법에 명문규정은 없지만 대통령은 일체의 行政權·유해군통수권 등 對外關係의 代表者로서의 지위에 근거하여 이와 같은 권한을 갖는 것으로 생각되어 왔다. 어떤 내용의 합의가 대통령에 의하여서만 체결될 수 있는가에 관하여 확립된 원칙은 없으며, 條約과 代替 가능한 것으로 인식되어 온 점이 있다. 이같은 측면에서도 日本의 行政協定도 美國制度와 매우 類似한 점이 인정된다.<sup>44)</sup> 일본의 행정협정 역시 憲法慣行으로서 인정되어 왔고, 이미 미일행정협정에 그 先例가 있으므로 국회동의를 예외를 인정하는 제도로서 미국과 거의 동일한 제도로 볼 수 밖에 없다.<sup>45)</sup>

우리나라에서 헌법에 의하여 국회동의대상에 해당되지 아니하므로 국회동의를 얻지 아니하고 체결하는 條約과 미국의 行政協定을 서로 비교하여 보면 다음과 같은 몇 가지 중요한 차이점을 찾아볼 수 있어 이를 근거로 국회동의를 얻지 아니하는 조약은 대통령령과 같은 효력을 가진다고 보는 것은 적절하지 못하다.

첫째, 우리나라에서는 국회동의를 얻지 아니하는 조약이라도 이는 엄연히 우리 헌법에 근거를 두고 헌법에 의하여 체결·공포하며 헌법에 의하여 그 효력이 발생한다. 이에 반하여 미국에 있어서의 行政協定(executive agreement)은 헌법상의 근거가 없다. 다만, 관행과 판례에 의하여 그 효력이 인정되는 합의 형태이다. 우리나라 헌법상의 “條約” 概念에는 국회동의를 얻지 아니하고 체결되는 형태의 국제적 합의가 당연히 포함되지만, 미국의 憲法과 判例 및 憲法慣行상으로 보아 “條約(treaty)” 概念에는 상원의 동의를 얻지 아니하고 체결하

43) 經塚作太郎, 『條約法の研究』, 中央大學出版部, 22~24頁.

대통령이 行政府의 首班의 자격에 기초하여 상원의 동의를 얻지 아니하고 國際的 合意를 체결하여 왔다(大統領が行政府の長としての資格に基づいて上院の同意を得ずに國際的 合意を結んできた).

44) 經塚作太郎, 上掲書, 22~24頁.

어떤 내용의 합의가 大統領에 의하여서만 체결될 수 있는가에 관하여는 확립된 原則이 없고, 지금까지 헌법상 의문이 제기되지는 아니하였다. “實質적으로 條約과 代替 가능한 것으로 사용되어 왔다”(實質的には條約とchangeableに使用されてきている).

45) 經塚作太郎, 上掲書, 22~24頁.

헌법관행으로서 일본도 인정하고, 이미 미일행정협정에 그 先例가 만들어진 것으로 볼 때, “국회의 승인의 예외적인 것으로서 행정협정을 미국과 동일한 것으로 취급할 수밖에 없다(憲法慣行としてわが國も認め、すでに米日行政協定でその先例が作られたとみるならば、國會の承認の例外として行政協定を米國同様に扱ひ得るわけ)”. 미국에서 발달된 제도이므로 일본도 도입할 수밖에 없다고 말할 수는 없지만, 또한 미국에서도 우려되고 있는 바와 같이 행정협정의 범위를 한정하는 것이 실제로는 곤란하고, “條約에 代替되는 制度로서 亂用되면 民主主義의 法則에 비추어 보아 결정적으로 희망을 상실하게 될 것이다(條約に代る 制度として亂用されるとすれば民主主義のルールからいって決して望ましいものではない)”.

는 형태의 조약이란 개념상으로 성립할 수 없게 되어 있다.<sup>46)</sup> 이같은 맥락에서 行政協定(executive agreement)이란 條約(treaty)의 한 유형으로 파악하기 보다는 “條約(treaty)”에 대응하는 상대적인 개념으로 이해될 수 있을 것이다.<sup>47)</sup>

지금까지 미국의 경우 慣行上 ①육해군통수권에 의하여 체결하는 것, ②헌법상 대통령이 독립적으로 체결하는 권능이 부여된 것, ③장래의 교섭의 기초가 될 합의, ④暫定協定(modus vivendi), ⑤美國國民의 賠償請求에 관한 것, ⑥條約(treaty)의 규정에 의하여 체결하는 合意 등이 행정협정의 대상이 되어 왔다.<sup>48)</sup> 여기서 특히 육해군통수권에 의하여 체결하는 休戰協定, 暫定協定, 損害賠償의 請求에 관한 내용은 우리나라의 경우 헌법 제60조제1항에 의한 主權制約 또는 立法事項에 해당되는 사항이 상당할 것으로 보여진다.

우리나라에서는 실무의 편의상 조약을 그 국내체결절차를 기준으로 “①조약류협정, ②차관류협정, ③告示類條約”을 구분하고 있다.<sup>49)</sup> 이는 국제법상 광의의 조약 즉 條約法에관한비엔나協約 제2조제1항의 조약을 3개의 유형을 구분한 것으로서 특히 세번째의 “告示類條約”은 우리 헌법 제6조제1항에서 규정한 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약”의 범주에는 포함시킬 수 없지만 條約法에관한비엔나協約 제2조제1항의 조약의 범주에는 포함되는 것으로 생각된다. 왜냐하면 헌법 제6조제1항에서 규정하고 있는 조약은 그 “성립·발효요건”으로서 대통령이 국무회의의 심의와 경우에 따라 국회의 동의를 얻어 이를 체결·공포하여야 하는데 비하여 “告示類條約”은 외교통상부장관이 관계부처와의 협의를 거쳐 체결절차를 취하고 그 내용을 관보에 고시하는 비교적 簡易한 국내절차를 밟기 때문에 헌법적 절차를 충족시키지 못한다. 이같은 “告示類條約”은 母條約의 실시·집행을 위하여 그 母條約에서 委任된 범위 안에서 보충적으로 체결하는 약정이나 집행적 성질의 세부약정, 국제기구에서 채택된 다자조약의 경우 그 조약내용중 경미한 사항을 기구의 결의를 통하여 수정하는 경우 등이 해당된

46) 外務部, 前掲書, 1985, 8~9면.

美國에서는 상원의 비준동의를 요하는 국제적 합의만을 “treaty”로 칭하고 기타는 “international agreement other than treaty”의 범주로 분류하여 구별하고 있다.

47) 行政協定과 유사한 개념으로 외교통상부의 실무지침에서는 履行協定(implementing agreement)이란 용어를 쓰고 있다. 이는 모협정/framework agreement)에 그 규정내용이 정확하게 예견되어 있고 모협정의 규정범위안의 권리·의무에 관한 사항을 규율대상으로 할 경우에는 그 조약적 성질이 부인될 수는 없지만 國內法上으로는 모협정과 동일시될 수 있으므로 “條約”의 締結節次를 따를 필요는 없다고 본다. 外務部, 前掲書, 13면.

48) 經塚作太郎, 前掲書, 199頁.

49) 外務部, 前掲書, 1985, 10면.

다.<sup>50)</sup> 이상과 같은 점에서, 미국의 행정협정은 오히려 우리나라에서 실무상 운영하고 있는 告示類條約과 상당한 공통점을 가지고 있다고 보여진다.

둘째, 우리나라 憲法 제6조제1항에서는 “憲法에 의하여 체결·공포된 조약”에 대하여 국회동의여부를 구별하지 아니하고 國內法的 效力을 부여하는 明文의 效力賦與規定을 두고 있는데 비하여 美聯邦憲法 제6조에서는 “條約”에 한정하여 미국의 最高法으로서의 효력을 부여하는 明文의 效力賦與規定을 두고 있으므로, 우리나라의 경우에는 국회동의를 얻지 아니하고 체결된 조약도 憲法 제6조제1항의 효력부여규정의 적용을 받지만, 미국의 行政協定の 경우에는 당연히 美聯邦憲法 제6조제2항의 明文의 效力賦與規定을 적용받지 못하고, 판례와 憲法慣行에 의하여 그 효력이 인정된다.

셋째, 條約과 國內法과의 관계에 대하여 대체로 우리나라와 미국이 공통적으로 受容理論을 채택하고 있다고 볼 수 있으나, 우리나라의 경우 국회동의를 얻어야 되는 대상조약은 헌법에 입법사항 등으로 일정하게 限定·列擧되어 있으므로 憲法상 효력부여규정의 적용을 받는 條約중에는 국회동의대상에 해당될 수도 있고 동의대상에 해당되지 아니할 수도 있다. 그러나, 미국의 경우에는 憲法상 條約(treaty)은 모두 上院의 同意를 얻어야 이를 체결할 수 있고 이에 반하여 行政協定은 모두 상원의 동의를 얻을 필요가 없다는 점에서 현저히 서로 다른 제도의 틀을 가지고 있다. 미국의 의회동의제도를 살펴보면, 의회는 상원과 하원으로 2분화되어 있음에도 불구하고 조약안은 그중 上院의 同意만을 얻으면 되도록 하여 대표성이 강한 下院이 전적으로 배제되어 있는 점, 상원이원의 3분의 2 이상의 特別多數決에 의한 同意와 그외에 助言까지 들도록 규정하고 있는 점 등에서 미국 연방의회의 법률제정 혹은 우리나라 국회의 법률제정에 비하여 상당한 차이가 존재하고 있음을 알 수 있다.<sup>51)</sup>

넷째, 우리나라의 경우, 效力差等說에 따르면 국회동의를 얻지 아니한 조약은 국민의 기본권을 制限·規制하는 법률과 같은 효력이 인정되지 못하므로 대통령령과 같은 효력을 갖는다고 하는데 반하여, 미국의 경우, 憲法慣行과 判例에 의하여 행정협정도 국가간의 약속으로서 미국시민의 기본권을 規制하는 내용을 규율하는 州의 法律보다 우선하는 國內法的 效力을 인정받고 있다. 따라서, 국회동의를 얻지 아니하는 우리나라의 조약과 상원의 동의를 얻지 아

50) 文俊朝, 前掲書, 55~56면.

51) 미국 연방상원의 조약안동의제도에 대하여는 시대착오적·非民主的이라는 지적이 있어 왔다. 金大淳, 前掲書, 100면.

니하는 미국의 行政協定을 비교할 때 그 효력 즉 기본권을 규제할 수 있는지 여부의 관점에서는 매우 근본적이고 뚜렷한 차이점을 보여 주고 있다. 우리나라에서 大統領令이란 행정부입법이므로 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 경우에 한하여 法律을 補充하는 기능을 수행하고, 그 외에는 독자적인 기능으로서 법률을 시행하기 위한 절차를 정하는 정도에 그치는 것인데 비하여, 미국에서 州의 法律이란 議會立法으로서 당연히 주민의 기본권을 規制할 수 있는 법적 지위를 가지는 것이다. 행정협정은 이같은 州의 法律에 우선하는 효력이 부여되고 있음을 간과하여서는 아니될 것이다.

William Cohen과 Jonathan D.Varat는 미국 연방최고법원이 UNITED STATES v. BELMONT, 301 U.S. 324(1937) 사건 판결에서 행정협정은 국가간의 약속으로서 州의 政策과 法律에 우선한다는 이유로 그 하급심판결을 파기한 점을 인용하면서 判例에 의하여 行政協定(executive agreement)이 州의 法律에 優先한다는 점을 밝히고 있다.<sup>52)</sup> 조약을 존중하는 이같은 원칙은 미연방憲法 제6조제2항<sup>53)</sup>에 명백하게 규정되어 확립된 원칙이며, 국제관계에 관한 권한은 완전히 聯邦政府에게 있고 일부 주에 의하여 부분적으로 축소 조정되거나 간섭받는 조건으로 행사되지 아니하며, 또한 그렇게 행사될 수도 없다는 것이다. 국가간의 約束은 언제나 상원의 참여가 요구되는 조약의 형태로 되는 것은 아니고, 국가간의 約束중에는 의정서, 잠정협정, 우편협정, 行政協定(agreement) 등이 다양하게 존재한다는 것이다. 행정협정도 국가간의 약속의 한 형태로서 비록 연방의회의 동의를 얻는 것은 아니지만 미국시민의 기본권을 제한하는 미국의 州法律보다도 優先的 效力이 인정된다. 이같은 州 議會의 制定法律보다 효력의 우위를 인정하는 이유는 條約 및 行政協定 締結權이 연방정부의 權限으로 되어 있고, 일부 주에 의하여 그 내용이 부분적

52) William Cohen, Jonathan D.Varat, *Constitutional Law, case and Materials*, 1993, pp.241~242.

53) ①美聯邦憲法 제6조제2항.

②이 憲法, 憲法에 의하여 제정되는 合衆國 法律 및 合衆國의 권한에 의하여 체결되거나 또는 장차 체결될 모든 條約은 국가의 最高法이며, 모든 州의 법관은 이에 拘束되고, 州의 憲法 또는 法律중에 배치되는 규정이 있어도 그에 拘束되지 아니한다(Article. VI. This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding).

으로 간섭받는 조건하에서 행사될 수 없기 때문이라고 하겠다. 이는 당시 Sutherland 大法官의 견해에서도 구체적으로 잘 나타나 있다.<sup>54)</sup>

類似判例인 UNITED STATES v. PINK, 315 U.S. 324 (1942)<sup>55)</sup>에

54) Sutherland 大法官의 見解는 다음과 같다.

“우리는 지켜지지 못하고 있는 뉴욕주의 어떤 정책이라도 정말로 존재하는지에 관하여 의문을 멈출 수 없다. 왜냐하면, 우리는 이 사건에서와 같은 國際的 約束에 대하여 州의 어떤 정책도 우월한 지위를 갖는다고 보지 아니하기 때문이다.”(“We do not pause to inquire whether in fact there was any policy of the State of New York to be infringed, since we are of opinion that no state policy can prevail against the international compact here involved ……”).

“條約이란 둘 또는 그 이상의 獨立된 國家간에 공공복리를 증진할 목적으로 체결되는 약속이다(Altman & Co. v. United States, 224 U.S. 583, 600). 그러나, 國家간의 約束은 …… 이 사건의 경우와 같이 언제나 上院의 參與가 요구되는 조약의 형태로 되는 것은 아니다. 이들 國家간의 約束 중에는 議定書, 暫定協定, 郵便協定, 이 사건의 예에서 보는 바와 같은 行政協定 등이 다양하게 존재한다.”(“A treaty signifies a compact made between two or more independent nations with a view to the public welfare. Alhnan & Co. v. United States, 224 U.S. 583, 600. But an international compact, as this was, is not always a treaty which requires the participation of the Senate. There are many such compacts, of which a protocol, a modus vivendi, a postal convention, and agreements like that now under consideration are illustrations.”).

“명백하게 말하면, 美國聯邦의 對外的인 權限은 州의 法律과 政策을 고려에 넣지 아니하고 행사될 수 있는 것이다. 이같은 점에서 조약의 優越性은 …… 시작될 때부터 인정되어 왔다. 조약을 존중하는 이같은 原則은 미연방 헌법 제6조제2항에 明白하게 規定됨으로써 확립되어 있으며, 동일한 원칙이 國際關係에 관한 權限은 완전히 聯邦政府에게 있고 일부 州에 의하여 부분적으로 축소조정되거나 간섭받는다는 條件으로 행사되지 아니하고 또한 그렇게 행사될 수도 없다.”(“Plainly, the external powers of the United States are to be exercised without regard to state laws or policies. The supremacy of a treaty in this respect has been recognized from the beginning …… And while this rule in respect of treaties is established by the express language of cl. 2, Art. VI, of the Constitution, the same rule would result in the case of all international compacts and agreements from the very fact that complete power over international affairs is in the national government and is not and cannot subject to any curtailment or interference on the part of the several states. compare United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304, 316, et seq.”).

55) 미국 聯邦政府는 舊蘇聯 保險會社의 뉴욕支社를 상대로 하여 이른바 Roosevelt - Litivnov協定을 근거로 동 뉴욕支社의 자금으로 補償받기 위하여 訴訟을 제기하였다. 뉴욕法院은 소송을 棄却하였고, 그후 연방대법원은 하급심판결을 破棄하였는데, 그 理論的 根據는 모두 위의 UNITED STATES v. BELMONT 사건에서와 同一하다. 다만, 이 사건의 경우 당시 Douglass 大法官은 判決理由로서 다음과 같은 견해를 제시하였다.

“조약은 연방헌법의 最高法條項(제6조제2항)에 근거하여 미국연방내의 法이 된다. 그

서는 만일 주 정부에 대한 소송에서 패소하고 외교정책이 변경될 수 있다면, 중대한 결과가 발생할 것이고, 하나의 주가 聯邦政府의 外交權限에 관련된 障礙를 야기할 경우에는 聯邦國家 全體로서 이에 대응하여야 할 것이라는 것이다. 구소련에 대한 승인정책은 友好關係를 달성하기 위하여 구상된 것으로서, 확실히 국가간의 지속성 있는 우호관계를 위한 조건은 국가정책에 반하여 주에 대한 소송이 제기되고 구소련과 敵對的 분위기가 계속되는 가운데에서 활성화되지는 아니할 것이라는 견해가 제시되었다.

한 걸음 더 나아가 行政協定은 연방헌법상의 條約(treaty)과 비슷한 권위와 효력을 가진다는 주장이 제시되고 있다. Malcolm. N. Shaw<sup>56)</sup>는 위의 판례에서 연방대법원은 그와 같은 行政協定은 憲法 제2조제2항<sup>57)</sup>의 규정에 의하여 상원의 조언과 동의를 얻어 체결하는 條約과 같은 地位와 權威를 갖는다

와같은 國際的 約束과 Roosevelt - Litvinov協定과 같은 協定들은 …… 비슷한 權威를 갖는다.”(“…… the action of New York tends to restore some of the precise irritants which had long affected the relations between these two great nations and which the policy of recognition was designed to eliminate.”)

“…… 뉴욕주에 대한 訴訟은 거대 兩國간의 關係에 오랜 기간 영향을 주어 온 소중한 어떤 촉진인자를 회복시키려는 것이고, 뉴욕주의 承認政策은 그것을 제거하려는 意圖로부터 나온 것이다.”(“A treaty is a ‘Law of the Land’ under the supremacy clause(Art.6, C1.2) of the Constitution. Such international compacts and agreements as the Litvinov Assignment have a similar dignity …… ”)

“만일 州 政府에 대한 소송에서 敗訴하고 外交政策이 변경될 수 있다면, 重大한 結果가 발생할 것이다. 만일 하나의 州가 …… 연방정부의 外交權限에 관련된 障礙를 야기할 경우에는 聯邦國家 全體로서 이에 對應하여야 할 것이다. (구소련에 대한) 承認政策이 이 사건의 예에서 보는 바와 같이 그 友好關係를 달성하기 위하여 構想된 것인 바, 확실히 국가간의 持續性 있는 友好關係를 위한 조건은 國家政策에 반하여 州에 대한 소송으로 (구소련과) 敵對的 분위기가 계속되는 가운데에서 활성화되지는 아니할 것이다.”라는 견해를 밝힌 바 있다.(“…… If state action could defeat or alter our foreign policy, serious consequences might ensue. The nation as a whole would be held to answer if for ‘enduring friendship’ between the nations, which the policy of recognition in this instance was designed to effectuate, are not likely to flourish where, contrary to national policy, a lingering atmosphere of hostility is created by state action.”)

56) Malcolm. N. Shaw, *INTERNATIONAL LAW*, Cambridge University Press, 1997, pp.117~118.

57) ①美聯邦憲法 제2조제2항.

②大統領은 上院의 출석의원의 3분의 2이상의 찬성에 의한 助言과 同意에 의하여 條約을 체결하는 權限을 가진다(He shall have Power, by and with Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur ;).

(such executive agreements possessed the same status and dignity as treaties made by the President with the advice and consent of the Senate under Article II of the Constitution.)고 주장하고 있다. 물론 “條約과 같은 地位와 權威”가 구체적으로 무엇을 의미하는지는 명확하지 아니하지만, 적어도 우리나라의 大統領令과 같이 국민생활을 규제할 수 없는 행정부입법과는 비교할 수 없는 그보다 월등한 법적 효력을 인정한다는 의미가 포함된다고 보아야 할 것이다.

## 6. 條約締結 및 解釋의 實務慣行

### (1) 條約의 國內法的 效力에 관한 從來의 見解

우리 헌법 제6조제1항은 조약을 국내법의 일부로서 수용한다는 의사를 명백히 표명한 것으로 본다.<sup>58)</sup> 조약과 국내법이 충돌하는 경우 國際法과 國內法의 合致推定の 法理에 따라서 서로 충돌하지 아니하도록 하는 것이 법해석의 원칙에 부합된다고 본다.<sup>59)</sup> 헌법과 조약간에는 헌법이 우선하며, 법률과 조약간에는 통상 동등한 효력을 갖는 것으로 보고, 後法優先의 原則 및 特別法優先의 原則에 의하여 해결한다. 대부분의 민주주의 국가에서는 조약의 효력을 법률의 하위에 두는 사례가 거의 없는 실정이고, 그렇다고 하여 법률의 상위에 둔다는 적극적 규정을 두고 있는 경우도 거의 없는 점에 비추어 조약과 법률간의 효력관계를 최소한 同位關係로 파악하여 왔다. 다음과 같은 법제처의 해석사례를 살펴보다라도 이 점을 확인할 수 있다.<sup>60)</sup>

1965.2.1. 당시 駐韓美大使館이 外務部에 대하여 국내법인 新聞·通信等の 登錄에 관한 法律(1963.12.12. 법률제1486호, 이하 “新聞·通信登錄法”) 제5조 및 제7조와 국제조약인 大韓民國과美合衆國間의友好·通商및航海條約(1957.11.7. 조약제40호, 이하 “韓·美友好通商航海條約”) 제7조 및 제8조사이에 저촉되는 점을 지적하면서 법률개정을 요청하자, 당시 외무부는 위의 법률과 조약중 어느 쪽이 우선적 효력을 갖는지 여부에 대하여 法制處에 유권해석을 의뢰하였다.

58) 李漢基, 前掲書, 143면.

59) 그외에, 美國·日本의 사례와 같이 國家行爲 내지 政治問題로서 해석하는 등의 방법도 생각하여 볼 수 있을 것이다. 일본에서는 1959년 砂川 사건에 대하여 최고법원은 美日安保條約의 체결행위를 일종의 統治行爲로 판단한 바 있다. 그러나, 이같은 해결방안은 조약의 本質的인 파악과 해결을 외면하려는 것이라고 평가되고 있다.

60) 李漢基, 前掲書, 144~146면.



이에 대하여 法制處에서는 헌법 제5조제1항은 체결·공포된 조약은 국내법과 동일한 효력을 갖는다고 규정하여 “國際法·國內法同位說”의 입장을 취하고 있음을 밝히고, 국내법 상호간의 충돌이 있는 경우의 효력을 결정하는 一般原則에 따라 양자간의 效力을 결정하여야 할 것이며, 따라서, 特別法優先의 原則에 따라 韓·美友好通商航海條約 제7조 및 제8조는 新聞·通信登錄法 제5조 및 제7조에 優先한다고 회신하였다.<sup>61)</sup>

또한, 1965.7.24. 외무부는 주한미대사관으로부터 보험면허신청을 하고자 하는 美國法人에 대하여 免許를 내주지 아니하는 것은 韓·美友好通商航海條約 제7조의 內國民待遇條項에 대한 위반이라는 견해를 듣고 법제처에 이에 대한 有權解釋을 요청하였다. 이는 韓·美友好通商航海條約 제7조가 국내법률의 적용관계에 대하여 그 효력이 있는지를 묻는 내용이다. 법제처는 1965.8.17. “內國民待遇”란 외국인에 대하여 법령의 집행·적용에 있어서 자국민과 同等·無差別의 처우를 하는 것을 뜻하므로 관련 美國法人의 한국내에서의 보험면허신청은 관계법령인 保險業法 및 外國保險業者에 관한法律이 정하는 바에 따라 유사한 여건 하에서 韓國人의 보험면허신청의 경우와 同等하게 처리되어야 한다는 의견을 회신한 바 있다.<sup>62)</sup>

## (2) 條約의 國內法的 效力에 관한 最近의 見解

헤이그民事送達協約案<sup>63)</sup>에 대한 法制處의 검토자료를 살펴보면, 헌법에 의

- 61) 구체적인 해석이유는 다음과 같다. 첫째, 현행헌법 제5조제1항은 체결·공포된 조약은 국내법과 동일한 효력을 갖는다고 규정하여 “國際法·國內法同位說”의 입장을 취하고 있음에 비추어 체결·공포된 조약과 국내법간에 상충되는 내용이 있을 때에는 국내법 상호간의 충돌이 있는 경우의 효력을 결정하는 一般原則에 따라 양자간의 效力을 결정한다. 둘째, 韓·美友好通商航海條約은 그 人的 規律對象이 체약국민에 국한되어 있는 것이지만 新聞·通信登錄法 제5조 및 제7조는 모든 외국인을 일반적으로 규율하고 있음에 비추어 전자는 후자에 대한 特別法關係에 있다. 셋째, 위와 같이 볼 때, 特別法優先의 原則에 따라 韓·美友好通商航海條約 제7조 및 제8조는 新聞·通信登錄法 제5조 및 제7조에 優先한다.
- 62) 구체적인 해석이유는 다음과 같다. 즉 첫째, 韓·美友好通商航海條約 제7조는 양체약국의 국민과 회사는 타방 체약국에서의 營業上의 行爲 등에 관하여 內國民待遇를 받도록 규정하고 있고, 동조에서의 “內國民待遇”란 외국인 또는 외국법인에 대하여 법령의 집행·적용에 있어서 자국민과 同等·無差別의 처우를 하는 것을 뜻한다. 둘째, 관련 美國法人의 한국내에서의 보험면허신청은 관계법령인 保險業法 및 外國保險業者에 관한法律이 정하는 바에 따라 유사한 여건 하에 있는 한국인 또는 한국법인의 보험면허신청의 경우와 동등하게 처리되어야 한다. 셋째, 위 법률의 집행에 있어서 주무부장관이 保險業規制의 필요에 입각하여 일반적으로 新規免許를 줄 것인가의 여부를 결정하는 것은 당해 부의 장관의 裁量에 속하는 사항이다.

하여 체결·공포되는 조약은 일반적으로 법률적 효력을 갖는다는 견해에 입각하고 있음을 알 수 있다.<sup>64)</sup> 이는 이미 살펴 본 바와 같이 法制處가 이미 오래 전부터 “法律·條約同位說”을 견지하고 있음을 가리킨다. 法制處의 檢討意見<sup>65)</sup>을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 협약안 제6조(中央當局指定制度)·제13조(국내법상 共助要件의 排除)·제15조(緊急保全·保護處分制度)<sup>66)</sup> 및 제16조(抗訴期間滿了時의 救濟制度)<sup>67)</sup> 등과 관련하여 국회동의여부에 대한 부처간 의견이 일치하지 아니하였다. 이에 따라 법제처에서는 부처간의 의견의 통일을 도모할 필요가 있었으며,<sup>68)</sup> 결국, 다음과 같은 합의에 도달하게 되었

63) 정식제명은 民事또는商事의裁判上및裁判外文書의海外送達에관한協約(CONVENTION ON THE SERVICE ABROAD OF JUDICIAL AND EXTRAJUDICIAL DOCUMENTS IN CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS; Concluded November 15, 1965)이다.

64) 당시 法院行政處에서는 국제민사사법공조법 제3조의 규정은 동법 제정 이후 체결되는 조약은 後法 및 特別法으로서 이 법에 優先한다는 내용으로 사전에 국내법과의 충돌여지를 일소한 점, 국내법과 배치되는 내용은 모두 留保 또는 反對宣言을 하므로 별도의 立法措置가 필요없다는 점, 국제형사사법공조법의 경우 제정 이후 다수의 형사사법공조조약을 체결한 바 있으나, 동법 제3조(공조조약과의 관계)에 의하여 공조관련조약에 대한 우선적 효력이 부여되므로 자연히 조약과의 충돌여지가 없어져 별도의 立法措置가 필요 없었던 사례가 있는 점 등을 들어 국회동의를 불필요하다는 의견을 제시한 바 있다.

65) 헤이그民事送達協約案에 대한 法制處 事前檢討報告書(99.5.11.) 참조.

66) 협약안 제15조는 소환장 등이 송달목적으로 해외에 송부되었어야 하고 피고가 출석하지 아니한 경우, 피고 또는 그의 소재지에 실제 교부되는 등 일정요건에 해당되지 아니하면 法官은 判決을 내릴 수 없다. 다만, 제약국은 소환장 등이 이 협약에 규정된 방식 중 하나로 송부되었고, 최소한 6월 이상으로서 구체적 사안에 따라 판사가 합리적이라고 판단하는 기간이 경과하는 등 일정요건하에서는 判決을 내릴 수 있다고 선언할 수 있다. 이들 규정에도 불구하고 法官은, 긴급한 경우 保全 또는 保護處分을 命할 수 있다 (Notwithstanding the provisions of the preceding paragraphs the judge may order, in case of urgency, any provisional or protective measures)는 내용이다.

67) 제16조는 召喚狀 또는 이에 상응하는 문서가 이 협약의 규정에 따라 송달목적으로 해외에 전달되었어야 하고, 출석하지 아니한 피고에 대하여 判決이 내려진 경우에는 法官은 일정조건이 충족되는 경우에 한하여 抗訴期間의 滿了로부터 被告를 救濟할 수 있다(When a writ of summons or an equivalent document had to be transmitted abroad for the purpose of service, under the provisions of the present Convention, and a judgment has been entered against a defendant who has not appeared, the judge shall have the power to relieve the defendant from the effects of the expiration of the time for appeal from the judgment if the following conditions are fulfilled ……)는 내용이다.

68) 國內法律에 대한 特例는 立法事項으로 보고 있다. 구체적인 예를 들면, 민사소송법 제696조 내지 제723조에는 가압류·가처분제도가 마련되어 있는바, ①“판결의 집행을 할 수 없거나 판결의 집행이 현저히 곤란할 염려가 있는 때”(법 제697조) 또는 “현상의 변경으로 당사자의 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행함에 현저히 곤란할 염려가 있는

다. 즉 헌법 제60조제1항에서 국회의 동의대상으로 立法事項을 규정한 취지는 조약의 체결·비준절차에 있어서 그 조약의 내용중 立法事項이 포함되어 있는 경우에는 立法權을 가진 國會가 이를 審査할 수 있도록 하려는 것이고, 따라서, 입법사항을 포함하는 조약안은 헌법 제60조제1항에 의하여 국회의 동의를 얻어야 하고, 立法事項을 포함하지 아니하는 조약안은 국회의 동의를 얻을 필요가 없으나, 일단 체결·공포되면 국제민사사법공조법 제3조에 의하여 동법에 대한 優先的 效力이 인정된다고 보아야 할 것이라는 것이다.<sup>69)</sup> 이 상에서, 조약은 국회동의여부에 관계없이 헌법에 의하여 체결·공포되면 법률적 효력을 갖는다는 견해를 취하고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>70)</sup>

### (3) 國會立法原理와 國會同意制度에 관련된 몇 가지 問題點

첫째, 조약은 체결당시 立法事項을 포함하지 아니하는 상태에서 체결되더라도, 일단 체결된 후에 事後的으로 국내에서 그 조약과 저촉되는 법률을 제정하는 경우에는 통상 條約(특히 兩者條約)이 특별법적 지위를 갖게 되는 점에

때”(법 제714조)에 신청할 수 있는 점, ②申請主義를 채택하고 있는 점(법 제699조 및 715조)에서 이 협약안 제15조의 緊急保全·保護處分命令 制度는 동법에 의한 가압류·가처분제도에 대한 特例를 포함한다고 보고 있다. 그외에 立法事項의 구체적 범위 및 事例에 관하여는 拙稿, “ILO同一賃金協約과 關聯勞動法令·判例 研究”, 『법제』 제484호(1998년 4월호) 및 “國際犯罪人引渡條約과 關聯刑事法 研究”, 『법제』 제487호(1998년 7월) 참조.

- 69) 국내법률상 조약의 優先効 條項과 조약상 特례조항의 관계에 관하여는 첫째, 조약에서 국내법에 대한 特례조항을 정하는 경우 그 “特例規定”으로서의 성질은 국내법상의 條約優先効 條項이 있으므로 그에 의하여 부여되는 것이라고 볼 수 없으며, 그 조약 자체가 법률적 효력(헌법 제60조제1항)을 가지며, 국내일반법에 대하여 통상 조약에서 특별한 내용을 규정(특별법우선원칙)하기 때문으로 보아야 하고, 둘째, 국내법상의 조약우선효 조항이 향후 削除되더라도 이와 무관하게 그 조약의 特례조항 자체의 성질은 소멸되지 아니하고, 조약은 직접적인 國內法的 效力(헌법 제60조제1항)이 보장되므로 그 特례조항으로서의 성질을 그대로 지속하며, 셋째, “국내법률에 대한 特례규정”은 법률로 정하여야 할 이른바 “立法事項”에 해당되고, 넷째, 조약은 독자적으로 헌법 제73조(대통령의 조약체결·비준권)에 근거하여 체결되는 것이므로, 법률상의 조약우선효 조항을 조약에 特례규정을 정할 수 있도록 수권 또는 위임하여 주는 근거조항이라고 볼 수 없고, 다만 조약상의 일반조항에 대하여 국내법상의 特례조항이 성립되는 경우에는 국내법에 조약우선효 조항이 있는 때에 한하여 조약의 優先効가 인정될 것이라는 견해를 제시하고 있다.
- 70) 국제민사사법공조법 제3조는 조약체결시 그 내용이 입법사항에 해당됨에도 불구하고 국회동의대상에서 이를 제외하여 국회동의를 얻지 아니하여도 조약이 적법하게 체결된 것으로 보도록 하려는 의미(헌법 제60조제1항의 適用免除)까지 포함된 것으로 볼 수 없다는 것이다.

비추어 그 조약의 입법사항이 아니었던 종전내용이 국내법의 효력을 배제한다는 의미에서 입법사항인 내용으로 事後轉換될 수 있을 것이다.<sup>71)</sup> 그러나, 이미 적법하게 체결·공포되어 시행중인 조약에 대하여 다시 체결절차중의 하나인 국회동의절차를 거칠 수도 없다. 이같은 矛盾은 조약의 效力發生要件인 헌법 제6조제1항의 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약”에 대하여 效力발생요건 외의 외부적 요소인 국회동의여부에 의하여 效力상의 차등을 두기 때문이다. 물론 이 경우 效力同等說에 의하면 아무런 矛盾이 발생하지 아니하게 된다.

둘째, 어떤 조약에 단지 하나의 條項이 立法事項을 포함하는 경우에도 그 조약에 대하여 국회동의를 얻어야 하므로 입법사항을 포함하지 아니하는 나머지 다수의 조항까지 국회의 동의를 얻을 수밖에 없다. 이 경우 效力차등설에 의하더라도 立法事項과 無關한 條項들까지 일단 그 조약이 체결·공포되면 法律的 效力이 부여된다고 보아야 한다. 그런데, 정부에서는 헌법 제60조제1항에는 해당되지 아니하는 조약이지만 그에 대하여 법률적 효력을 갖는 조약으로 체결할 필요가 있을 수 있다. 이와같은 경우 정부가 任意로 國會同意를 얻더라도 이는 헌법 제60조제1항의 규정을 適用하여 국회동의를 얻은 조약으로 보기 어려울 것이다. 따라서, 效力差等說에 의할 경우 입법사항 등 국회동의대상기준에 알맞은 조약 외에는 정부가 정책상 필요한 경우라고 하더라도 법률적 효력을 갖는 조약을 체결하는 것이 制度的으로 不可能하게 된다는 문제점이 제기된다. 이 점에서도 국회동의를 얻지 아니하는 조약에 대하여 效力同等說에 입각하여 이를 “形式的 의미의 條約”으로서 그 법률적 효력을 부여할 필요성이 있다고 본다.

셋째, 국회동의대상조약의 선정기준은 效力差等說에 따르면, 국민의 권리·의무에 관한 사항을 규정하는 조약인지 여부에 의하여 설정되어야 할 것이지만, 현행 헌법 제60조제1항은 그와 같은 論理에 의하여 설명되기 어렵다. 국회입법권원리 또는 입법사항과 직접 관련성이 없는 내용을 규정하는 조약도 이를 국회동의대상 선정기준에 포함시키고 있기 때문이다. 즉 “相互援助 또는 安全保障에 관한 條約”, “중요한 國際組織에 관한 條約”, “友好通商航海條約”들이 반드시 법률유보사항을 포함하지 아니할 수 있다. 국내법령이 정하는 바에

71) 또는 效力差等說에 따르면, 사후에 제정된 國內法律과 상충되는 條約의 내용은 그 효력이 상실될 수밖에 없다. 이 경우 國際的으로는 여전히 조약의 효력이 유지되지만 국내적으로는 일단 적법한 締結節次를 完了하여 유효하게 발효된 후 事後立法에 의하여 그 효력이 상실되는 것이다. 그러나, 상대국과 협의하여 다시 체결절차를 밟거나 발효후에 국회동의만을 별도로 얻는 방법은 問題가 많다고 본다.

의하여 외국에 무상원조하거나, 외국으로부터 무상으로 원조를 받는 내용, 국제조직의 설립·운영에 관한 조약 등은 법률유보사항이라고 볼 수 없다. “國家나 國民에게 重大한 財政的 負擔을 지우는 條約”은 입법사항과 무관한 경우가 충분히 있을 수 있어 국회의 입법권보다는 예산심사·의결권과 밀접한 관련이 있고, 중대한 부담여부의 判別基準에 따라 동일한 財政負擔條約이 법률적 효력이 부여되기도 하고 대통령령과 같은 효력이 부여되기도 하므로 같은 종류의 조약의 효력에 一貫性이 缺如될 수밖에 없다. 따라서, 이를 국회입법원리에 위하여서만 설명하기는 어렵다. 國家政策의 수립에 있어서 중요한 사항이라고 생각되어 포함시킨 기준도 있을 것이다. 헌법 제60조제1항의 국회동의기준은 國會立法原理와 기타 다른 原理가 複合되어 있음을 의미하는 것이고, 이같은 점에서도 조약의 효력에 관하여 우리 헌법상 “國會同意”와 “法律的效力”을 單純 等式關係로만 파악할 수 없음을 가리키는 것이라고 본다.

#### IV. 條約의 國內法的 效力에 관한 判例分析

##### (1) 條約은 國內法과 동일한 效力을 가지며 特定分野의 조약의 경우 特別法으로서의 效力이 있다는 사례

대법원판례<sup>72)</sup>는 조약은 國內法과 동일한 효력을 가지며 특정분야의 조약은 일반법에 대한 特別法으로서의 效力이 있다는 입장이다. 항공운송에 관하여 아직까지 國內法이 제정된 바 없으므로 이에 관한 法律關係는 일응 일반법인 民法의 적용 대상이 된다고 전제하고, 국제항공운송에 관하여는 정부가 國務會議의 의결과 國會의 批准同意를 거쳐 1967. 10. 11자로 “헤이그議定書”<sup>73)</sup>를 조약 제259호로 공포하였는바, 대한민국은 동 헤이그議定書에 가입함으로써 1929.10.12. 바르샤바에서 서명된 “바르샤바協約”<sup>74)</sup>에의 가입의 효력이 발생하였고, 따라서 바르샤바협약은 헤이그의정서에 의하여 개정된 내용대로 國內法과 동일한 효력을 가지게 되어서 국제항공운송에 관한 法律關係에 대하여는 일반법인 民法에 대한 特別法으로서 1955년 헤이그에서 개정된 바르샤

72) 求償金(1986.7.22. 제3부 판결 82다카1372), 원심판결: 서울고등법원 1982.7.9. 선고, 82나170판결.

73) “1929.10.12.바르샤바에서서명된국제항공운송에있어서의일부규칙의통일에관한협약을 개정하기위한의정서”를 말한다.

74) “국제항공운송에있어서의일부규칙의통일에관한협약”을 말한다.

바協約이 優先適用되어야 한다는 것이다.

(2) 非自己執行的 條約의 성질과 그 國內的 效力여부에 관한 事例

舊關稅法 제43조의12<sup>75)</sup>에 관한 대법원판례(관세등 부과처분취소, 1989. 3.14. 제4부 판결 87누1115)<sup>76)</sup>를 살펴보면, 대법원은 “관세율표상물품의분류를위한 품목분류에관한협약”에 따른 關稅協力理事會의 품목분류위원회가 1979.5.2. 제42차회의에서 품목분류에 관하여 종전의 내용을 변경하는 결의를 하였다 하더라도 그것이 國內法的 效力을 갖기 위하여는 관세법 제7조제1항의 품목분류를 동법 제43조의12의 규정에 따라 변경하는 등 “國內法으로 受容하는 節次”를 거쳐야 하는 것이므로 그와 같은 수용절차를 거치지 아니하는 이상 위 위원회의 決議 자체가 바로 관세납세의무자를 拘束할 수 없다는 당원의 일관된 견해라고 밝히고 있다. 그러나, 관세협력이사회의 권고 자체의 국내적인 효력은 부인할 수 없다고 본다. 다만, 관세율을 적용받는 일반국민에 대하여는 그 “勸告”의 내용 자체를 직접 적용할 수 없을 뿐이다.

우리나라의 경우 체결·공포된 조약에 대하여는 變形理論을 도입하고 있는 국가들의 경우와 같이 변형절차를 거쳤는지 여부에 의하여 그 체결된 조약의 國內法的 效力 여부가 결정된다고 해석할 수는 없다. 물론, 체결·공포된 조약중에는 명시적인 규정에 의하여 우리 정부가 향후 별도의 국내입법을 하여야 할 의무를 부담하는 경우도 있겠으나, 이 경우 우리 정부가 국내입법조치를 하여야 할 의무를 부과하는 條約條項 자체의 國內的 效力은 유효하다고 보아야 하고, 다만 國內立法措置에 의하여서 비로소 국민의 기본권제한 등과 같은 입법사항이 법률적 의무로서 具體化될 것이므로 그 때까지는 일반국민에 대하여 국내입법의무를 규정한 조항을 直接的으로 적용할 수는 없다. 이는 조약의 規定方式의 차이에서 발생하는 문제로서 체결국 국민에게 직접적인 權利制限이나 義務賦課를 규정하는 경우에는 원천적으로 이같은 문제는 발생할 수 없다.

75) 구 관세법(1987.12.4. 법률제3981호로 개정되기 전의 것)을 말한다.

76) 참조판례: 대법원 1987.9.22.선고, 85누161, 216, 413 각판결, 1987.11.10.선고, 85누201, 381 각판결, 1988.10.24.선고, 87누1100판결, 1989.1.17.선고, 88누1110판결, 1989.3.14.선고, 88누6122판결.

원심판결: 서울고등법원 1987.11.6.선고, 85구483판결.

(3) 國會同意를 법률적 효력 발생의 必要的 要件으로 보고 있는지  
여부에 관한 사례

항공운송관련 손해배상청구사건<sup>77)</sup>에 관한 지방법원 판례를 살펴보면, 판결문 중 航空運送契約의 출발지 및 도착지국인 대한민국은 국무회의의 의결과 국회의 批准同意를 거쳤다는 사실과 1967.10.11.자로 “헤이그의정서”를 조약 제259호로 공포함으로써 위 의정서가 國內法과 동일한 효력을 가지게 되었다고 언급하고 있는바, 이와 같은 문언은 국회의 批准同意를 거친 것이므로 國內法律과 같은 효력을 가지는 것이라는 뜻으로 혼동할 수도 있다. 그러나, 여기서는 국무회의의 의결과 국회의 동의사실을 객관적으로 표현한 것일 뿐이다. 또한 “國內法”과 동일한 효력을 가진다는 것이므로 이것을 곧 “법률”을 가리킨 것으로 단정할 수도 없다. 따라서 이같은 판결내용을 “國會同意를 거친 조약이므로 法律的 效力을 갖는다”는 의미로 볼 수 없다.

(4) “國內法과 同一한 效力”이 있다고 표현할 경우 이는 법률과  
동일한 효력이 있다는 의미로 사용된 사례

商標法과 파리協約에 관한 대법원판례<sup>78)</sup>에서 “파리협약이 國內法과 동일한 효력이 있어” 가맹국의 상표 기타 공업소유권을 보호하도록 되어 있다고 하여도 타인의 선출원등록상표와 유사한 이 사건 商標法상 등록상표의 登錄要件 欠缺<sup>79)</sup>을 適法化할 이유는 되지 못한다고 본다. 즉 국회동의여부를 전제하지 아니하고 파리협약은 국내법인 商標法과 동일한 효력이 있다고 하여도 商標法의 일부조항을 배제하는 의미의 특례를 특별히 규정하지는 아니하다고 있으므로 商標法이 적용된다는 것이다. 이같은 사례는 다른 조약관련 판례들에서도 찾아볼 수 있다.

77) 손해배상(자)청구사건(서울민사지법 1993.1.15. 선고 91가합55778 제17부판결 : 항소).

78) 商標登錄無效(1990.7.24. 제2부 판결 89후1479), 원심판결 : 특허청 1989.7.25.자, 87항당211 심결.

79) 舊商標法 제12조 소정의 聯合商標는 기본상표와 유사한 것으로서 동법 제8조·제9조에 해당하지 아니하는 경우에 한하여 登錄이 허용되는 것이므로 출원등록이 된 상표가 타인의 선출원등록상표와 類似한 것일 때에는 그 타인의 상표가 聯合商標의 기본상표보다 뒤에 출원된 것이라고 하여도 그 등록이 심판에 의하여 無效로 되지 아니하는 한 聯合상표의 등록을 받을 수 없다는 것이다.

(5) 條約은 國內法에 대하여 優先適用되므로 仲裁法은 뉴욕協約에서 규정하지 아니한 사항에 대하여 補充的으로만 적용된다는 사례

조약이 國內法에 대하여 優先適用된다고 할 경우 이는 國內法律에 대하여 優先適用된다는 의미로 보아야 할 것이다. 판례<sup>80)</sup>는 우리나라가 1973. 2. 8. “뉴욕협약”<sup>81)</sup>에 商事限定 및 相互主義의 유보선언을 하고 가입하여 위 뉴욕협약 제12조제1항의 규정에 따라 그 90일 후인 1973. 5. 9. 제42번째 가입국이 된 사실 및 일본국 역시 위 뉴욕협약에 가입하고 있는 사실(1961. 9. 18. 발효)이 있다고 전제하고, 위 뉴욕협약은 조약과 마찬가지로의 효력을 지닌 것이라 하겠으므로 이 사건 仲裁判定의 承認 및 執行에 관하여는 뉴욕협약이 國內法에 優先하여 適用되고 위 협약이 규정하고 있지 아니한 사항에 대하여서는 補充的으로 우리나라 仲裁法이 적용된다고 본다.<sup>82)</sup>

(6) 憲法的 效力을 갖는 條約까지 想定한 사례

하급심판례로서 저작권침해금지가처분 청구사건<sup>83)</sup>의 판결문에서는 “우리 憲法 제3조의 규정이 개정되거나 남북한이 서로 주권을 인정하고 국가로 승인하거나 또는 憲法的 效力을 가지는 條約이 締結된 바가 없는 이상, 북한지역이 우리 주권의 범위 밖에 있다거나 우리 법령의 적용 밖에 있다고 볼 수 없으며,” 라고 쓰고 있는 바, 이는 우리 憲法的 解釋상 憲法的 效力을 가지는 조약도

80) 執行判決(서울민사지법 1984.4.12. 선고 83가합7051 제7부판결:항소), 參照判例: 대법원 1987.3.24. 선고, 86다카715판결(공1987,709), 1988.2.9. 선고, 84다카1003판결(공1988,491), 1981.2.10. 선고, 80다2189판결(공1981,13727), 1982.12.28. 선고, 80누316판결(공1983,373).

81) “外國仲裁判定의承認및執行에관한유엔協約”(The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)을 말하며, 1958. 6. 10. 성립되고, 1959. 6. 7. 발효된 다자조약이다.

82) 鄭印燮, 『韓國判例國際法』, 弘文社, 1998, 217면.

83) 서울민사지방법원 1989.7.26. 선고 89가13692 제50부판결:확정). 判決要旨는 다음과 같다.

“南北韓이 서로 主權을 인정하고 國家로 承認하거나 또는 하나의 국가내에서 서로 다른 法律體系를 상호인정하기로 하는 憲法的 效力을 가지는 條約이 체결된 바 없는 이상, 우리 헌법에 의거하여 제정된 저작권법이나 민법 등 모든 法令의 效力은 당연히 北韓地域에 미친다 할 것이므로 越北作家가 북한지역에 거주하면서 저작한 著作物의 경우에도 우리 저작권법에 의한 저작권을 취득하였다 할 것이고 그가 사망한 경우에는 남한에 있는 그의 相續人이 이를 상속한 것으로 보아야 한다.”



想定할 수 있다는 전제하에 그런 조약이 체결되어 있지 아니한 이상은 우리 법수가 北韓地域에 적용될 수밖에 없다는 주장을 전개하려는 취지로 보여진다.

## V. 結 語

우리 憲法 제6조제1항에서는 헌법에 의하여締結·公布된條約은 國內法的 效力을 가진다고 규정하고 있다. 종래 이에 대한 다수학자들의 解釋見解을 살펴보면, 조약은 헌법보다 하위의 효력을 가지며, 법률과 같은 효력을 갖되, 國會同意를 얻지 아니하는 조약은 國會立法原理에 비추어 보거나 미국의 行政協定을 참고할 때에 하위법령중 대통령령과 같은 효력을 갖는다는 것이다.

그러나, 이미 살펴 본 바와 같이 헌법에 의하여 체결·공포되는 조약중 헌법 제6조제1항에 해당되지 아니하는 國會同意 不要條約은 ①우리 헌법 제6조제1항에 규정된 조약으로서의 成立·發效要件을 충족시키는데 아무런 흠이 없는 점, ②조약체결권은 법률제정의 경우와는 달리 행정부와 국회의 권한으로 二元化되어 있고 헌법 제61조제1항의 국회동의제도는 순수한 실질적 의미의 법률이라고 할 수 있는 立法事項만을 그 동의대상으로 규정하고 있는 것이 아니어서 엄밀한 의미에서 동 제도는 國會立法原理만을 補完하기 위한 것이라기 보다는 다소 複合的인 성격의 基準을 규정한 것으로 보여지는 점, ③이른바 미국의 行政協定은 聯邦憲法上 條約(treaty)의 범위에 포함되지 아니할 뿐만 아니라 議會立法이 아님에도 불구하고 基本權을 規制하는 州의 法律에 대하여는 판례법에 따라 優越한 效力이 부여되고 있는 점, ④따라서 미국의 行政協定은 우리나라의 大統領令과 같은 效力밖에 가지지 못한다고 볼 수 없는 점, ⑤우리나라에서 국회동의를 얻지 아니하고 체결하는 조약 중에는 獨自性 있는 基本條約에 해당되는 경우가 얼마든지 있는 점, ⑥따라서 헌법상 “국회동의 불요조약”을 基本條約의 시행을 위한 단지 節次的·技術的 事項만을 규율하는 독자성 없는 附屬條約으로 단정할 수 없으며, 이같은 附屬條約들은 實務上으로 告示類條約으로 분류·처리하는 점, ⑦國會立法의 慣行·態도와 정부의 條約締結 實務慣行上 조약은 국회동의여부를 구분하지 아니하고 법률적 효력을 갖는 것으로 보는 점, ⑧國內判例의 態度 역시 조약은 국회동의여부를 구분하지 아니하고 법률과 같은 效力을 갖는다는 解釋見解를 견지하여 왔다고 볼 수 있는 점 등에서 大統領令과 동일한 效力을 갖는다고 볼 수는 없고, 그 法律的 效力을 부인하기 어렵다고 생각된다. 아울러, 일부 憲法學者와

國際法學者의 多數가 조약중 立法的 多者條約과 強行規範에 대하여는 국제사회의 國際法優位論의 普遍化 기타 變化추세에 맞추어 종래의 憲法學理論을 修正할 必要性이 있는 점, 규범이 국제적으로 통일화추세에 있는 점, 일반국제법의 強行法規에 위반되는 조약은 무효로 되는 점 등에 비추어 이들 조약에 대하여는 法律보다 優位の 效力을 인정하여야 타당하다는 견해를 積極 제시하고 있는 점은 주목할 가치가 있다.