

미국의 조약체결 관행과 국내적 시사점*

김인숙**

차 례

- I. 서론
- II. 국제합의 구분관행
 - 1. 조약/행정협정의 구분
 - 2. 행정협정의 유형별 구분
- III. 국제합의의 유형별 체결 근거 및 절차
 - 1. 조약의 체결 근거 및 절차
 - 2. 행정협정의 체결 근거 및 절차
- IV. 국제합의의 효력 관련 문제
 - 1. 국제법적 효력
 - 2. 국내법적 효력
- V. 미국의 국제합의 체결 관행의 국내적 시사점
 - 1. 우리나라 조약 체결 관행의 문제점
 - 2. 미국의 국제합의 체결 관행의 국내적 시사점
- VI. 결론

* 본 논문은 2010년 12월 제출된 외교통상부 북미국 용역보고서 ‘미국의 국제합의 체결에 관한 연구’의 일부 내용을 수정, 가필한 것임을 밝힙니다.

** 경기대 법과대학 부교수, 법학박사.

접수일자 : 2012. 10. 31 / 심사일자 : 2012. 11. 22 / 게재확정일자 : 2012. 11. 30

I. 서론

최근 우리나라는 세계화 추세에 발맞추어 다양한 분야에서의 국제협력 을 도모하고 있으며 선진국 특히 미국과 긴밀한 공조를 유지하기 위해 노력하고 있다. 이 과정에서 한국과 미국 양국간에 국제합의¹⁾의 체결이 증가하고 있는 바, 특히 기존에 상호방위조약, 한·미간 주한미군지위협정(SOFA) 및 부속문서가 체결·개정되어 운영되고 있고, FTA를 비롯한 다수의 조약들이 계속적으로 체결되고 있다. 그러나 이처럼 양국간에 국제합 의를 체결하고 이를 국내적으로 이행하는 과정에서 동 합의의 국내적 체 결절차 및 국내적 효력이 미국에서의 그것과 상이한데서 오는 오해가 국 내적으로 혼란을 초래하고 있다. 이는 국제법상 국제합의가 체결된 후 국 내적으로 이를 어떻게 이행할 것인지, 그리고 국내규범들과의 상위관계를 어떻게 확립할 것인지를 문제들 국가들의 관행에 맡겨두고 있기 때문이 다. 따라서 우리나라와 미국은 국제합의 체결절차 그리고 국제합의와 국 내규범과의 상위관계에 있어서 서로 달리 운영하고 있다. 예컨대, 우리나라는 헌법에 의하여 일정한 조약을 특정하여 국회의 비준동의를 받은 후 체결하도록 하고 있는 반면 미국은 ‘조약’이 상원의 조언과 동의에 의해 체결되도록 하고 있을 뿐이어서 미국의 조약체결관행상 상원의 동의를 받고 체결하는 국제합의를 ‘조약’으로 그렇지 않고 행정부의 책임으로 체 결하는 조약을 행정협정으로 구분하는 관행이 성립되고 있다. 결국 양 국 가 모두 국제합의 체결시 국회 혹은 상원의 동의를 받고 체결할 것인지 여부를 행정부가 결정하게 되겠지만 양국의 국제합의 체결절차에 대한

1) 본 연구에서는 국제합의, 조약, ‘조약’, 행정협정이라는 용어를 다음과 같이 서로 구별 되는 개념으로 사용되고 있다. 국제합의는 미국법상 ‘조약’과 행정협정을 포함하는 넓은 의미의 조약 즉 미국이 외국과 체결한 명시적인 합의를 모두 포함하는 개념이다. 또한 ‘조약’은 미국 헌법상 상원의 조언과 동의를 거쳐 체결한 국제합의만을 의미하 며, 국제법상의 넓은 의미의 조약과는 구별되는 개념이다. 마지막으로 행정협정은 미 국에서 상원의 조언과 동의절차 없이 행정부가 그 책임 하에 외국과 체결한 국제합 의를 의미한다. 또한 한국과 관련한 절에서 사용되는 조약이라는 용어는 한국에서의 조약체결관행을 고려하여 미국의 조약체결 관행에서 나타나는 좁은 의미의 ‘조약’과 동일한 의미가 아니라 일반적으로 체결되는 모든 종류의 국제합의를 일컫는 것으로 사용된다.

상이성으로 인해 국제합의 체결절차에 대한 국내적 이해를 도출하는데 일정한 불편함과 혼란이 초래되곤 하는 것이다.

또한 국제합의의 유형에 따라 국회 혹은 상원의 동의를 받는 것과 그렇지 않는 것이 존재하면서 특히 국회의 동의를 받지 않고 체결한 국제합의의 국내법적 효력과 국내법과의 상위관계가 양국에서 상이하기 때문에 양국간에 운영상의 문제를 발생시킬 수 있고, 또한 그러한 국제합의 체결에 있어 국내적으로 혼란을 초래하고 있는 부분이기도 하다. 다시 말해서 미국과 국제합의를 체결하여 운영하는 과정에서 미국과 한국이 일정한 국제합의 체결이후 채택된 후속문서나 운영절차상의 문서에 대해 각각 국내적 효력을 달리 부여하여 그 이행에 혼란이 초래될 수 있다는 것이다. 예컨대 우리나라 법원은 국회의 조약 체결·비준에 관한 동의를 거치지 아니하거나, 조약의 이행을 위해 후속적으로 채택된 문서, 혹은 운영절차상의 문서인 국제합의에 대해 국내법상 법률보다 하위규범으로 취급하고 있다. 법원의 태도에 따르면 법률과 하위 규범인 국제합의가 상충하는 경우 동 국제합의는 국제법상으로는 그 법적 효력이 인정되어 구속력을 갖는 문서임에도 불구하고 국내법상으로는 효력이 부인되면서 국제법적·국내법적 효력의 괴리현상이 초래될 수 있다는 것이다.

따라서 본 연구는 향후 우리나라가 미국과 계속적으로 국제합의 및 그 후속문서와 개정문서를 채택하고 운영해나갈 것이 예상되는 상황에서 미국의 국제합의 체결 관련 법제도에 관한 연구를 통해 양국간에 체결되는 국제합의의 법적 지위와 효력에 관한 이론적·법적 논리를 확립함으로써 대미협상 및 국내적 이해 확보를 위해 동 논거를 활용하고자 하는데 그 목적이 있다. 이하에서는 국제합의 유형에 따라 미국의 국제합의 체결에 관한 법제, 관행 및 학설, 판례를 찾아 검토한 후 우리나라의 국제합의 체결과 관련하여 발생하고 있는 문제점과 그에 따른 시사점을 도출하고자 한다.

II. 국제합의 구분관행

1. 조약/행정협정의 구분

(1) 구분관행

미국은 일반적으로 타국과 체결하는 국제합의를 그 체결절차에 따라 ‘조약(Treaty)’과 행정협정(Executive Agreement)으로 구분하는 관행을 확립하고 있다. 우선 미국에서는 헌법상 대통령이 상원의 조언과 동의(advice and consent)를 얻어 조약을 체결하도록 규정하고 있는바, 동 규정에 따라 상원의 동의를 얻어 체결한 국제합의를 ‘조약’으로 명칭하고 있다.²⁾ 한편 미국 내에서 국제합의를 체결하는 실제 관행을 관찰해보면 모든 국제합의가 상원의 조언과 동의절차를 통해 체결되는 것은 아님을 알 수 있다. 다시 말해서 일반적으로 미국에서는 헌법상 규정된 상원의 동의 절차를 거친 ‘조약’들이 다수 존재하지만 행정부가 헌법상 규정하고 있는 상원의 동의절차를 거치지 않고 단독으로 국제합의들을 체결하는 경우가 더 빈번하다.³⁾ 이처럼 미국에서는 행정부가 상원의 동의절차 없이 체결한 국제합의를 ‘조약’과 구분하여 행정협정이라 총칭하고 있는 것이다.

미국에서는 상원의 동의를 얻은 ‘조약’과 행정부의 책임하에 체결되는 행정협정들이 서로 다른 근거와 절차에 따라 체결되면서 국제합의를 그 체결근거 및 절차에 따라 유형별로 구분하려는 시도들이 나타나기 시작하였다. 미국이 체결하는 국제합의를 그 유형에 따라 구분하는 방법은 학자들에 따라 다양하게 제시되고 있다. 가령 Tribe와 Stone은 미국이 체결하는 국제합의를 조약(treaties)과 행정협정(executive agreements), 의회수권

2) 미국 헌법 제2조 제2절 제2항. 원문의 내용은 다음과 같다.: " The President ... shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur ..."

3) 미국 의회 보고서 검토해본 결과 1939년 이래 미국이 체결한 국제합의 가운데 90% 이상이 행정협정의 형태로 체결되었다고 한다.: Cong. Research Serv., The Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation: Analysis of Cases Decided by the Supreme Court of the United States, S. Doc. No. 108-17, 2002, pp.516-526. available at <http://www.gpoaccess.gov/constitution/pdf2002/012.pdf>.

행정협정(congressional-executive agreements)으로 구분하고 있으나⁴⁾ Jackson, Stephens, Aust, Borchard, Surrency 등 다수의 학자들은 미국이 체결하는 국제합의를 조약과 행정협정으로 대별하고 있다.⁵⁾ 한편 Nanda는 미국이 체결하는 국제합의를 조약과 다른 국제적 합의로 대분하고 다른 국제적 합의에 대통령 행정협정, 의회수권 행정협정, 조약이행 행정협정을 포함시키고 있으나⁶⁾ 이러한 구분은 다수의 학자들이 국제합의를 ‘조약’과 행정협정으로 구별하는 것과 별로 다르지 않다. 또한 Johnson의 경우에도 국제합의를 조약, 행정협정, 법률협정(Statutory agreement)으로 구분하고 있으나 의회수권 행정협정과 조약이행 행정협정이 결국 의회의 관여를 통해 체결된다는 점에서 법률협정이라고 명칭하고 있음을 고려하면 다른 학자들의 구분과 별다르지 않다.⁷⁾

상기 학자들의 국제합의 구분 논의를 토대로 비추어 보았을 때 미국에서 국가간에 체결하는 국제합의는 헌법상 요구되는 상원의 2/3 동의절차를 거치는지 여부를 기준으로 ‘조약’과 행정협정으로 대분하여 구별할 수 있다. 물론 학설에 따라 그 표현과 분류방법이 조금씩 상이한 것이 사실이다. 그러나 대체적으로 미국에서 국가간에 체결하는 국제합의를 헌법상 요구되는 상원의 동의절차를 거친 국제합의를 ‘조약’이라 칭하고 그러한

4) Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, Vol. I, third edition, New York: foundation Press, 2000, p.643-656.; Stone, Geoffrey R., Seidman, Louis Michael, Sunstein, Cass R., Tushnet, Mark V., and Larlan, Pamela S., *Constitutional Law*, forth edition, New York: Aspen Publishers, 2005, pp.403-405.

5) Jackson, John H., Davey, William J., and Sykers, Alan O., *Legal Problems of International Economic Relations*, forth edition, St. Paul, Minn: A Thomson Company, West Group, 2002, pp.103-105.; Stephan, Otis H., Jr. and Scheb II, John M., *American Constitutional Law*, third edition, A Thomson Company, 2003, pp.184-185.; Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, pp.157-158.; Borchard, Edwin M., "American Government and Politics: Treaties and Executive Agreement," 40 *The American Political Science Review* 729, 1946, pp.738-739.; Surrency, Edwin C., "The Treaty Law of the United States," 14 *The International and Comparative Law Quarterly* 602, 1965, p.603.

6) Nanda, Ved P., "Conclusion and Implementation of Treaties and Other International Agreements in the United States," 38 *The American Journal of Comparative Law* 369, 1990, pp.372-375.

7) Johnson, Loch and McCormick, James M., "The Making of International Agreements: a Reappraisal of Congressional Involvement," 40 *The Journal of Politics* 468, 1978, p.471.

절차를 거치지 않은 국제합의를 모두 묶어 일명 행정협정으로 구분하는 것은 일반적인 현상으로 보인다. 실제로 미국법원도 'United States v. Curtiss-Wright사건'에서 행정협정은 헌법상 명시적으로 인정되고 있지는 않지만 “그럼에도 불구하고 존재하는(nevertheless exist)”⁸⁾ 것이라고 판시하여 ‘조약’과 구분되는 행정협정의 존재를 인정한다. 이처럼 국가 간에 체결하는 국제합의를 ‘조약’과 행정협정으로 구분하는 미국의 태도는 명시적인 법 규정에 의해서가 아니라 일련의 관행에 따라 성립된 것임을 알 수 있다.

(2) 구분기준

미국에서 대통령이 국제합의를 체결함에 있어 상원의 동의를 받은 ‘조약’으로 체결할지 행정협정으로 체결할지를 결정하기 위한 기준을 담은 규정은 어디에도 존재하지 않는다. 다만 미국 헌법상 조약체결권은 대통령에게 부여되어 있기 때문에 실제로 국제합의를 체결하면서 상원의 동의를 받을지 여부를 판단하는 권한은 결국 대통령의 몫이 되었고 결과적으로 행정협정의 체결이 빈번해지자 이를 견제하려는 의회의 노력도 있어 온 것으로 보고되고 있다.⁹⁾ 한편 이러한 과정에서 미국 행정부 내에서도 행정협정과 상원의 동의를 거쳐야 하는 ‘조약’을 구별하기 위한 기준을 수립하려는 시도를 하게 되었는데, 미국무성은 1955년 국제합의 체결 및 협상절차에 있어서 적용할 수 있는 지침으로서 일명 'Circular 175 Procedure'¹⁰⁾를 만들었다. 동 지침에는 ‘조약’ 및 다른 국제합의를 체결함에 있어서 의회와의 협의절차 및 승인의 형태를 선택하기 위하여 고려되어야 할 요소¹¹⁾들을 포함하고 있으며, 현행 미국 연방 외교관계법¹²⁾에도

8) United States v. Curtiss-Wright Case, 299 U.S. 304, 318 (1936).

9) M. M. Whiteman, "Executive Agreements", 14 *Digest of International Laws* 22, (1968) p.208.

10) U.S. Department of State, Office of the Legal Adviser, Treaty Affairs, Circular 175 Procedure, <http://www.state.gov/s/l/treaty/c175/>; and 11 Foreign Affairs Manual §720 (2006); American Law Institute, Restatement (3rd) of Foreign Relations Law §303, reporters' note 8 (1987).

11) ‘조약’ 혹은 행정협정 등 의회의 승인 형태를 선택하기 위해 고려되어야 구체적인 요

구체화되어 있다.

또한 1964년 11월 30일 미 국무성 조약담당부처는 상기 지침을 보완하기 위한 조약의 처리 지침을 마련하였는데, 동 지침에 따르면 다음의 경우에는 상원의 동의를 거쳐 ‘조약’의 형태로 국제합의를 체결하여야 한다. i) 대상이 되는 사안과 동 사안의 처리가 전통적으로 조약에 의해 다루어지는 경우, ii) 대상이 되는 사안과 동 사안의 처리가 전적으로 의회에 부여된 권한의 범위 내에 속하지도 않으며, 대통령의 헌법상 고유의 권한의 범위 내에 속하지도 않는 경우, iii) 국가간의 합의가 의회의 입법 없이 국내법적 효력을 갖고 시행되어야 하는 경우, iv) 국가간의 합의가 전체 국민에게 영향을 미치는 중요한 약속을 포함하는 경우, v) 대외적인 약속에 최대한의 형식성을 부여하고, 이와 유사한 형식을 타방 계약국에 대해서도 요구하는 것이 바람직한 경우.¹³⁾

2. 행정협정의 유형별 구분

전술한 바와 같이 미국에서 ‘조약’을 헌법상 규정된 상원의 동의절차를 거친 국제합의만을 지칭함에 있어서는 이의가 없으나 ‘조약’ 이외의 국제합의를 행정협정으로 포괄적으로 묶어서 사용할지 행정협정과 또 다른 국제합의로 구분할지는 학자들마다 그 방법이 다르다. 또한 ‘조약’ 이외의 국제합의를 행정협정으로 포괄적으로 묶어서 사용하는 경우에도 행정협정에 어떤 종류의 국제합의들을 포함시키는지와 관련해서도 그 구분이 조금씩 상이하다.

이와 관련하여 Borchard는 행정협정을 크게 의회에 의해 권한이 부여된

소는 다음과 같다.: 국제합의상의 의무 혹은 위험성(risk)이 국가 전체에 대해 미치는 영향의 수준, 국가 법령(state laws)에 영향을 미치도록 의도하고 있는지 여부, 의회에 의한 이행입법 없이 효력이 발생할 수 있는지 여부, 유사한 협정 체결과 관련한 미국의 관행, 특수한 형태의 합의 체결에 관한 의회의 선호도, 합의의 바람직한 형식, 합의의 존속기간, 합의의 신속한 체결 필요성, 일반적인 혹은 간소한 합의 체결의 타당성, 유사한 합의 체결에 있어서의 일반적인 국제관행 등: U.S. Department of State, 11 Foreign Affairs Manual §723.3(2006. 09).

12) 22 CFR 181.4.

13) M. M. Whiteman, *supra* note 9, p.209.

것(의회수권 행정협정)과 대통령이 그 자신의 책임하에 체결된 것(대통령 행정협정)으로 양분하고 있다.¹⁴⁾ Johnson의 경우처럼 다수의 구분방식과 달리 국제합의를 조약, 행정협정, 법률협정(Statutory agreement)으로 구분하여 조약이외의 국제합의를 하나의 행정협정으로 묶지 않고 행정협정과 법률협정으로 나누기도 한다.¹⁵⁾ 한편 Nanda의 경우 행정협정을 대통령 행정협정, 의회수권 행정협정, 조약이행 행정협정을 모두 포괄하는 의미로 사용하기도 한다.¹⁶⁾ 이는 미 국무성의 외교업무 메뉴얼과 미국 대외관계법 주석서에 제시된 구분법과도 유사하다고 볼 수 있다.¹⁷⁾

이처럼 미국의 학설 및 판례 등을 종합적으로 고려할 때 행정협정은 다음과 같이 크게 세 가지 범주로 나누어 설명해도 무리가 없을 것으로 보인다.¹⁸⁾ 첫째, 대통령이 헌법상 부여받은 고유의 권한의 범위 내에서 체결하는 행정협정으로서 일명 ‘대통령 행정협정(Sole Executive Agreements or Presidential Agreement)’이라 불린다. 둘째로 ‘의회수권 행정협정(Congressional-Executive Agreements)’이라 명칭되는 것으로서 연방의회가 입법을 통해 미리 조약체결권을 대통령에게 부여했거나 국제합의의 체결 후 일정한 기간 내에 의회 승인을 위해 제출을 요구하는 경우이다.¹⁹⁾ 셋

14) Borchard, Edwin M., "Shall the Executive Agreement Replace the Treaty ?," 53 *The Yale Law Journal* 664, 1944, pp.671-675.

15) Johnson, Loch and McCormick, James M., *supra* note 7, pp.471-476.

16) Nanda, ved P., *supra* note 6, pp.372-375.

17) 미 국무성은 '외교업무 메뉴얼'을 통해 행정협정을 세 가지의 형태로 구분하고 있다. 이하 구체적 원문은 다음과 같다.

i) Agreements which are made pursuant to treaty.

ii) Agreements which are made pursuant to treaty Legislation.

iii) Agreements which are made Pursuant to the Constitutional Authority of the President : U.S. Department of State, 11 Foreign Affairs Manual §723.2-2(2006. 09).; 한편 미국 대외관계법 주석서(Restatement(3rd) of the Foreign Relations Law § 303, cmt. a.(1987))에서도 이와 동일한 구분을 하고 있다. 이하 원문은 다음과 같다.: There are three forms of international agreement in the U.S. which do not require the consent of 2/3 of the Senate. i) Congressional-Executive agreements, ii) Executive agreements pursuant to treaty, iii) Sole executive agreements.

18) E. Plischke, *Conduct of American Diplomacy*, 1950, p.303.; U.S. Senate Foreign Relating Committee, *Treaties and other international agreements: The role of the United States Senate*, Committee print 106-71, Washington DC: library of Congress, 2001, p.5.

19) 그러나 Aust의 경우 의회수권 행정협정을 다음의 세 가지 유형의 국제합의를 포함하

제는 기존의 조약규정에 근거하여 후속적으로 조약의 이행을 위해 체결되는 ‘조약이행 행정협정(Executive Agreements pursuant to Treaty or Treaty Implement Agreement)’를 말한다.²⁰⁾

Ⅲ. 국제합의의 유형별 체결 근거 및 절차

1. ‘조약’의 체결 근거 및 절차

미국에서는 ‘조약’의 체결 근거를 연방헌법에 명시적으로 두고 있는데, 이는 조약체결에 관한 대통령의 권한을 규정하고 있는 조항과 관련이 있다. 연방헌법에 의하면, 대통령은 상원의 조언과 동의를 얻어 ‘조약’을 체결하도록 하여 조약체결권을 대통령에게 부여하는 대신에 상원의 조언과 동의를 얻도록 하고 있다. 또한 ‘조약’의 체결절차와 관련하여 연방헌법은 명시적인 규정을 두어 상원의 동의는 출석의원 2/3 찬성으로 이루어지도록 하고 있다.²¹⁾ 동 규정에 따르면 미국에서 ‘조약’을 체결하기 위해서는 상원의 동의가 필수적 요건으로 판단된다.²²⁾ 이 과정에서 하원의 동의

는 개념으로 정의하고 있다.: i) 기존 의회에 의해 법률에 의해 권한이 주어진 것(those authorized by a prior Act of Congress), ii) 후에 의회의 법률에 의하여 동의된 것(those subsequently approved by Act of Congress), iii) 이전 조약이나 행정협정에 의하여 권한이 주어진 것(those authorized by a previous Treaty or executive agreements):. Aust, Anthony, *supra* note 5, pp.157-158.

20) 여기서 행정협정에 포함되는 세 가지 구분에 대한 한국어 번역은 온전히 개인적 표현임.

21) 미국 헌법 제2조 제2절 제2항.: 원문의 내용은 다음과 같다.: " The President ... shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur ..."

22) 헌법제정회의에서 만든 연방헌법 초안에는 조약체결권한이 상원에 배정되어 있었으나 조약체결에 관한 행정부의 전통적인 역할을 고려하여 상원이 조언과 동의를 하도록 하는 규정이 포함되고 조약체결권한은 대통령에게 부여된 것으로 보고되고 있다. 이처럼 대통령에게 조약체결권을 부여하면서 상원에 대해 조언과 동의의 권한을 부여하고 있는 것은 적절한 고려 없이 체결된 조약이 국가이익을 해할 수도 있고, 특히 어떤 조약이 어느 지역의 이익을 충분히 고려하지 못한 채 체결되어 해당 지역에 불이익을 줄 수도 있다는 우려에서 비롯되었다고 한다.: Ramsey, Michael D., *Treaty Clause, in The Heritage Guide to the Constitution, by the Heritage Foundation, 2005, pp.205-209.*

여부에 대해서는 별도의 규정이 없으므로 하원의 참여는 필요치 않은 것으로 해석된다. 일련의 조약체결과정에서 의회가 헌법상 부여된 권한에 따라 조약 체결에 관여하는 시점은 조약의 교섭 및 조약문이 확정된 후 조약체결권자가 조약의 비준을 통하여 기속적 동의를 표시하기 이전이다.

2. 행정협정의 체결 근거 및 절차

미국 연방헌법상 대통령은 상원의 조언과 동의를 얻어 ‘조약’을 체결하도록 하고 있으며,²³⁾ 어느 州도 의회의 동의 없이 다른 州나 다른 국가와 “합의(agreement)나 계약(compact)”를 체결하지 못하도록 규정하고 있다.²⁴⁾ 이처럼 미국 연방헌법은 상원의 동의를 요하는 ‘조약’과 州에서의 ‘합의’ 체결에 대해서만 규정하고 있을 뿐 ‘조약’ 이외의 국제합의를 체결할 수 있는 권한이나 근거 및 절차에 대해서는 침묵하고 있다. 그러나 행정협정’의 세 가지 유형 가운데, ‘의회수권 행정협정’과 ‘조약이행 행정협정’의 경우 헌법상 명시적인 규정이 없음에도 불구하고 의회 수권과 母조약이 행정협정 체결의 근거가 된다는 점에는 의심의 여지가 없다.

우선 ‘의회수권 행정협정’은 연방의회가 입법을 통해 미리 조약체결권을 대통령에게 부여하거나(소위 事前(Ex ante) 의회수권 행정협정) 국제합의의 체결 후 의회가 이행입법을 하거나 합동결의(joint resolution)²⁵⁾에 의해 승인함으로써(소위 事後(Ex post) 의회수권 행정협정) 성립되고 있다.²⁶⁾ 예를 들어 1961년 ‘외국지원법’²⁷⁾의 수권에 의하여 경제협력, 사법

23) 미국 헌법 제2조 제2절 제2항.

24) 미국 헌법 제1조 제10절 제3항. 구체적 원문의 내용은 다음과 같다.: “ No State shall, without the Consent of Congress, ... enter into any Agreement or Compact with another State, ...”

25) 미국에서 상원의 동의절차를 결한 행정협정의 체결이 빈번해지면서 행정협정에 대한 의회의 통제 시도는 여러 가지 방법으로 또한 수차례에 걸쳐 행해진 것으로 보인다. 우선 미국에서 의회는 대정부 질의나 국정감사 등의 방법을 통하여 행정부의 외교 정책, 그 방향 및 구체적인 집행에 관한 사항에 대하여도 견제와 감독을 할 수 있다. 이러한 과정에서 의회는 결의의 채택을 통해 정부에 대해 국제합의 체결과 관련한 실질적 통제가 가능하다: Stefan A. Riesenfeld and Frederick M. abbot, *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study*, 1994, p.54.

26) L. Henkin, *Foreign Affairs and the United States Constitution*, Mineola, New York: The

공조, 차관, 마약 등과 관련한 800여개의 ‘의회수권 행정협정’이 체결되었다.²⁸⁾ 또한 1990년부터 2000년까지 국제합의 체결관행을 살펴본 결과, 행정협정들 가운데 ‘의회수권 행정협정’이 80% 이상으로 절대 다수를 차지하고 있으며, 특히 이들 가운데 다수는 事後 ‘의회수권 행정협정’²⁹⁾에 속한다.³⁰⁾

또한 ‘조약이행 행정협정’은 헌법상 명시적인 규정은 없으나 대통령이 母협정을 이행하기 위한 행정협정을 체결할 권한이 있다는 점은 일반적으로 확립된 견해이다.³¹⁾ ‘Girard 사건’에서 미국 대법원도 母조약의 이행을

Foundation Press, Inc., 1972, pp.173-76.; Restatement(3rd) of the Foreign Relations Law of the United States § 303 reporter's n.8 (1987).

27) the Foreign Assistance Act of 1961, Pub. L. No. 87-195, 75 Stat. 424(codified in scattered sections of 22 U.S.C.).

28) Oona A. Hathaway, "Treaties' End: The Past, Present, And Future of International Lawmaking in the United States" *117 Yale L.J.* 1236, 2008, p.1256 footnote 48.

29) 미국에서 1980년부터 2000년까지 체결한 행정협정 가운데 사후 의회수권행정협정으로 체결된 사례는 다음과 같다.: Atomic Energy Act--Exemption, Pub. L. No. 109-401, 120 Stat. 2726 (2006) (codified in scattered sections of 22 U.S.C.); Balanced Budget Downpayment Act, Pub. L. No. 104-99, §201(a), 110 Stat. 26, 34 (1996) (approving the Global Learning and Observations To Benefit the Environment (GLOBE) agreement and appropriating funds to the Commerce, Justice, and State Departments and to the judiciary); Uruguay Round Agreements Act, Pub. L. No. 103-465, 108 Stat. 4809 (1994) (codified in scattered sections of 19 U.S.C.); North American Free Trade Agreement Implementation Act, Pub. L. No. 103-182, 107 Stat. 2057 (1993) (codified in scattered sections of 19 U.S.C.); South African Democratic Transition Support Act of 1993, Pub. L. No. 103-149, 107 Stat. 1503 (1993) (codified in scattered sections of 22 U.S.C.) (encouraging U.S. private sector investment in and trade with South Africa); Support for East European Democracy (SEED) Act of 1989, Pub. L. No. 101-179, 103 Stat. 1298 (1989) (codified in scattered sections of 22 U.S.C.) (removing trade restrictions and liberalizing foreign investment between the United States, Poland, and Hungary); United States-Canada Free-Trade Agreement Implementation Act of 1988, Pub. L. No. 100-499, 102 Stat. 1851 (1988) (codified at 19 U.S.C. §2122 (2000)); Agreement for Cooperation Concerning Peaceful Uses of Nuclear Energy, Pub. L. No. 99-183, 99 Stat. 1174 (1985) (codified at 42 U.S.C. §2156 (2000)); United States-Israel Free Trade Area Implementation Act of 1985, Pub. L. No. 99-47, 99 Stat. 82 (1985) (codified at 19 U.S.C. §2112 (2000)); Oona A. Hathaway, *Ibid.*, p.1256 footnote 49 참조.

30) Oona A. Hathaway, "Presidential Power over International Law: Restoring the Balance", *119 Yale L.J.* 140, 2009, p.155.

31) 김선택, "미국헌법상 통상협정체결에 관한 정부·의회간 권한 배분", 『미국헌법학연구』 제18권 제2호, 미국헌법학회, 2007. 9, 208쪽.

위해 체결된 행정협정의 효력을 인정함으로써 대통령의 ‘조약이행 행정협정’의 체결권한을 인정한 바 있다.³²⁾ 미 국무성 조약담당국의 법률지원자 문관(assistant legal adviser)이었던 Whiteman은 미국의 관행과 이론을 살펴본 결과 母조약의 해석상 조약의 목적달성을 위해서 필요한 보조협정이 체결될 수 있다는 의도가 조약에 포함되어 있다면 ‘조약이행 행정협정’의 체결이 가능한 것으로 봐야 한다는 의견표명을 통해 ‘조약이행 행정협정’의 체결근거로 조약에 담긴 의도를 중시하고 있다.³³⁾

반면 소위 ‘대통령 행정협정’은 그 체결 근거가 명확하지 않기 때문에 가장 논란이 컸던 유형이다. 그러나 미국에서는 헌법에 명시적인 규정이 없음에도 불구하고 연방차원에서 행정협정을 협상하고 체결할 수 있는 권한은 고유하게 대통령에게 부여되고 있다고 해석되고 있다.³⁴⁾ 미 국무성의 ‘외교업무 매뉴얼’도 ‘대통령 행정협정’이 헌법상 부여받은 대통령 스스로의 권한에 근거하여 체결하는 국제합의로서 별도의 조약이나 입법에 의한 수권이 필요치 않다고 본다.³⁵⁾ 하지만 동 ‘외교업무 매뉴얼’은 대통령이 국제합의를 체결하고자 할 때 ‘조약’으로 체결할 것인지 아니면 행정협정으로 체결할 것인지를 결정하기 위해서는 우선 국무성의 법률지원자문관과 협의해야 할 뿐 아니라 의회와도 협의를 거치도록 하고 있다.³⁶⁾

이처럼 행정협정은 체결 근거에 대한 명시적 규정이 없기 때문에 혼란이 초래되었고 결국 미국 의회는 행정협정의 체결을 통제하기 위한 방편으로³⁷⁾ 1972년 8월 22일 일명 ‘Case Act’³⁸⁾를 제정하여 미국이 체결하는

32) E.g., *Wilson v. Girard*, 354 U.S. 524 (1957): 이 사건에서 법원은 일본내 미군에 대한 형사관할권을 규정하고 있는 행정협정에 대해 일본과의 안보 관련 母조약에 의해 권한을 부여받은 것으로서 유효하다고 인정하고 있다.

33) M. M. Whiteman, *supra* note 9, p.229.

34) Dr. Richard J. Erickson, "The Making of Executive Agreements by the United States Department of Defense: An Agenda for Progress", 13 *B.U. Int'l L.J.* 45, 1995, p.54.

35) U.S. Department of State, 11 Foreign Affairs Manual §723.2-2(c)(2006. 09).

36) *Ibid.*, §723.4(2006. 09).

37) Gerhard von Glahn, *Law among Nations*(5th ed), New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 1986, pp.481-482.

38) The Case-Zablocki Act of 1972, Pub. L. No. 92-403, 86 Stat. 619 (1972) (codified as amended at 1 U.S.C. §112b (2006)).

‘조약’ 이외의 모든 국제합의는 당해 협정체결 이후 60일 이내에 의회로 송부하도록 규율하게 되었다.³⁹⁾

IV. 국제합의의 효력 관련 문제

1. 국제법적 효력

국제법상 조약의 성립 및 효력과 관련한 가장 기본적인 조약이라 할 수 있는 1969년 조약법에 관한 비엔나협약에 따르면 조약(treaty)이란 그 명칭이나 형식에 상관없이 국가간에 문서로 작성된 합의를 의미한다.⁴⁰⁾ 따라서 국제법상 국가간의 합의가 문서로 작성되면 그 명칭이 어떠하든, 또한 국내적으로 어떤 절차를 거치든, 다시 말해서 의회의 동의절차를 거쳤는지 여부에 상관없이 모두 조약에 해당되며, 다양한 명칭이나 형식으로 체결되는 조약들의 법적 구속력에는 차이가 없다.⁴¹⁾ 그러한 의미에서 미국에서 통상적으로 명칭되는 ‘조약’은 국제법상 당연히 조약에 해당하며 더군다나 행정협정도 국가간의 합의를 담은 문서에 해당하므로 조약에 해당하고 상원의 동의를 받은 ‘조약’과 그렇지 않은 행정협정은 국제법상으로는 구속력의 차이가 없다. 다시 말해서 어떠한 국제합의가 헌법상 의회의 동의 절차를 거쳐 체결되든, 아니면 대통령의 권한의 범위에 속하는 사항이어서 행정협정으로 체결되든 그것은 국내법상의 문제일 뿐 국제법적 효력에 영향을 미치지 않는다는 말이다.

39) 동 입법은 행정협정을 체결함으로써 헌법상 ‘조약’ 조항이 침해되는 되는 것을 방지하기 위해서라기보다 의회의 동의절차 없이 대통령이 단독으로 체결하는 국제합의에 대하여 의회가 관여하기 위한 목적으로, 특히 의회는 대통령이 의회의 통제 없이 체결하는 행정협정을 과다하게 사용하는 것을 막기 위한 목적을 갖고 있었던 것으로 알려지고 있다.: Oona A. Hathaway, *supra* note 28, p.1250

40) 조약법에 관한 비엔나협약 제2조 제1항. 미국은 동 협약에는 가입하지 않고 있지만 동 규정은 국제관습법이 반영된 것으로서 미국에 대해서도 동일하게 적용될 수 있다.:Olivier Corten, Pierre Klein, *The Conventions on the Law of Treaties, A Commentary*, volume I, Oxford University Press, 2011, pp. 34-45.

41) 정인섭, 『신국제법강의-이론과 사례-』 박영사, 2012.1, 54쪽.

2. 국내법적 효력

전술한 바와 같이 미국에서 국제합의를 ‘조약’과 행정협정으로 구분할 경우 이러한 유형별 국제합의가 별도의 입법조치도 없이 국내적 효력을 갖는 것으로 볼 수 있는가 하는 점과 국내법과의 효력의 상위관계에 대한 검토가 필요하다.

(1) 일반적 효력 발생요건

미국 헌법상 ‘조약’ 체결에 대한 의회의 조언과 동의는 조약체결절차를 완성하고 ‘조약’의 국내적 효력을 확보하기 위한 요건이라고 해석될 수 있다. 미국 법원에 따르면 대통령은 ‘조약’ 체결과 관련하여 협상을 하고 비준할 권한을 갖고 있지만⁴²⁾ 이를 일방적으로 할 수는 없다. 대통령은 상원의 동의를 얻은 ‘조약’에 대해서 비준을 할 수 있으며,⁴³⁾ 상원의 동의를 요함에도 이를 얻지 못하면 ‘조약’은 국내적 효력을 발하지 못한다. 즉 승인이나 동의형식의 의회 관여권은 정부의 조약체결에 대한 일종의 veto권으로서 동의를 결한 경우에 실질적인 의미를 갖는 것이라고 볼 수 있다.⁴⁴⁾ 이와 관련하여 실제로 다수의 판례는 미국이 상원의 동의를 받아 비준한 ‘조약’은 국내법에 해당한다고 보아 조약의 국내법적 효력을 인정하고 있다.⁴⁵⁾

또한 ‘조약’이 헌법에서 부여된 조약체결권한을 넘어 체결된 경우 그 효력을 인정할 것인지가 문제될 수 있다. 이와 관련하여 미국 법원은

42) 미국 법원은 'Doe v. Braden 사건'에서 행정부가 체결하는 조약이 국가의 기본법에 의해 규정되어 있는 방식에 따라 비준되어야 한다는 것은 외교권을 가지고 협상을 함에 있어서의 전제조건이 된다고 판단하였다.: Doe v. Braden, 57 U.S. 635, 16 How. 635, 14 L. Ed. 1090(1853); In re heikich Terui, 187 Cal. 20. 200 p.954, 17 A.L.R. 630(1921).

43) *Avero Belgium Ins. v. American Airlines, Inc.*, 423 F.3d 73 (2d Cir. 2005).

44) 김선택, 전제논문, 225쪽.

45) 관련 사례들은 다음과 같다.: *Zicherman v. Korean Air Lines Co., Ltd.*, 516 U.S. 217, 116 S. Ct. 629, 133 L. Ed. 2d 596 (1996); *Dreyfus v. Von Finck*, 534 F.2d 24, 34 A.L.R. Fed. 377 (2d Cir. 1976); *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287 (3d Cir. 1979).

‘Asakura v. City of Seattle사건’ 등에서 ‘조약’이 헌법에서 부여된 ‘조약’ 체결권한을 넘어 체결된 경우 연방헌법상의 국내법을 구성하지 못한다는 입장을 일관되게 표명하여 왔다.⁴⁶⁾ 이는 ‘조약’ 체결권한이 연방헌법을 변경하거나 연방헌법과 상충하는 경우에까지 확대될 수 없기 때문이라는 것이다. 따라서 ‘조약’은 헌법에 위반되어서는 아니 된다.

반면 적정한 절차에 어긋나게 행정협정을 체결한 경우 의회의 통제가 실패하였다면 그러한 행정협정의 효력은 국제법상 그리고 국내법적으로도 여전히 유효하다는 것이 미국에서의 기본적 태도인 것으로 판단된다. 즉 미국의 외교관계법 주석서에 따르면 행정협정은 ‘Case Act’ 규정에 따른 의회의 동의절차나 미 국무성 ‘Circular 175 Procedure’에 따른 절차에 어긋나는 경우에도 그 법적 효력에는 변함이 없다.⁴⁷⁾

(2) 자기집행력

국제합의가 체결될 경우 그 자체로서 국내적으로 직접적 효력을 가지는지 여부가 국제합의의 자기집행적 효력에 관한 것이다. 이와 관련하여 미국법원은 미국이 외국과 체결한 국제합의를 그 국내적 효력발생 절차에 따라 자기집행조약(self-executing treaty)과 비자기집행조약(non-self-executing treaty)으로 구별한다.⁴⁸⁾ 자기집행조약이란 조약이 체결되면 국내적으로 그 이행을 위한 별도의 입법절차 없이 자동으로 집행되는 조약을 의미한다. 따라서 자기집행조약은 의회의 제정법과 동일한 효력을 가지며, 국내법의 일부를 구성한다. 반면에 비자기집행조약이란 이행을 위한

46) 관련 사례들은 다음과 같다.: Asakura v. City of Seattle, 265 U.S. 332, 44 S. Ct. 515, 68 L. Ed. 1041 (1924), opinion amended, 44 S. Ct. 634 (U.S. 1924); The Cherokee Tobacco, 78 U.S. 616, 20 L. Ed. 227 (1870); Doe v. Braden, 57 U.S. 635, 16 How. 635, 14 L. Ed. 1090 (1853); In re Heikich Terui, 187 Cal. 20, 200 p.954, 17 A.L.R. 630 (1921); Pagano v. Cerri, 93 Ohio St. 345, 112 N.E. 1037 (1916).;

47) American Law Institute, Restatement (3rd) of Foreign Relations Law pt. III, introductory note s 312 (1987).; U.S. Department of State, 11 Foreign Affairs Manual §714 (2006. 05).

48) 여기서 '자기집행조약'이라는 의미는 미국의 국제합의 체결관행상 상원의 동의를 거친 '조약'만을 의미하는 것이 아니라 국가간의 문서로 체결된 국제합의들을 총칭하는 것으로 이해된다.

별도의 입법절차를 요하는 조약을 말한다.⁴⁹⁾

이와 관련하여 조약의 자기집행성 여부에 따라 관련 국제합의의 국내적 효력발생 절차가 상이하므로 이를 구분하는 기준이 필요할 것이다. 실제로 미국에서는 국제합의 체결관행상 외국과 체결하는 조약이 자기집행 조약에 해당하느냐 비자기집행조약에 해당하느냐를 결정하기 위해서는 조약의 국내적 이행을 위해 별도의 이행법률이 필요한지 여부에 대한 판단이 전제되어야 하는데 이행법률의 필요성 여부를 판단하기 위해서는 기본적으로 조약에 반영된 당사국들의 의도(intent)를 중시하고 있다.⁵⁰⁾ Gordon에 의하면 조약의 내용을 통제할 수 있는 권한이 오로지 입법부에 있을 때, 혹은 조약이 명백히 입법부의 관여를 규정하고 있는 경우에는 이행법률의 필요성이 의도되고 있는 것으로 판단된다. 그러나 조약의 자기집행적 성격을 판단하는데 조약의 성격이나 목적과 같은 요소는 실질적 중요성이 없다고 한다.⁵¹⁾ 이와 관련하여 미국의 대외관계법 주석서는 (i) 조약 자체가 이행입법이 없을 경우 국내법으로 효력을 가지지 않는다는 의도를 명확히 하고 있는 경우, (ii) 상원이 동의에 있어서, 또는 의회가 결의를 통하여 이행입법을 요구할 경우, (iii) 헌법에 의하여 이행입법이 요구될 경우에 비자기집행조약에 된다고 하여 자기집행조약과 비자기집행조약을 구별하고 있다.⁵²⁾ 반면 미국 법원의 관행은 자기집행조약에 해당하는지를 판단함에 있어 다음과 같이 네 가지 요소들을 고려하고 있다. i) 조약의 체결 목적과 대상 ii) 국내적 이행을 위한 적절한 국내적 절차와 제도의 존재여부, iii) 대체적 이행수단의 유효성 및 이용가능성, iv) 자기집행 또는 비자기집행의 즉시적 그리고 장기적인 사회적 결과.⁵³⁾

49) Joseph T. Latronica, J.D., *American Jurisprudence*, Second Edition, § 4. Treaty as municipal law, Database updated July 2010.

50) Gordon, William C., "International Law; Self-Executing Treaties: The Genocide Convention," 48 *Michigan Law Review* 852, 1950, pp.853-857.

51) *Ibid.*

52) American Law Institute, Restatement(3rd) of the Foreign Relations Law of the United States § 111 (3), (4) (1987).

53) 구체적인 예는 다음의 사례를 참조: *Islamic Republic of Iran v. Boeing Co.*, 771 F.2d 1279, 41 U.C.C. Rep. Serv. 1178 (9th Cir. 1985), cert. dismissed, 479 U.S. 957, 107 S. Ct. 450, 93 L. Ed. 2d 397 (1986); *Air Transport Ass'n of America v. City of Los*

한편 국제합의 체결후 국내적 효력 발생을 위해 별도의 이행입법 절차가 필요한지 여부를 누가 결정할 것인지와 관련하여, 미국 법원의 견해에 따르면 대통령이 국제의무를 이행하기 위해 여러 가지 정치적, 외교적 수단을 사용하여 왔으나 대통령이 일방적으로 비자기집행조약을 자기집행조약으로 전환할 수 있는 방법은 없다고 한다. 비자기집행조약으로부터 야기되는 국제의무를 국내법으로 전환할 수 있는 책임은 의회에 있다.⁵⁴⁾ 따라서 조약이 국제적 의무를 구성하는 경우에도, 조약 그 자체가 비자기집행적 성격을 갖는 것으로 의도되었고, 그러한 점에 기초하여 비준하였을 경우 의회가 동 조약을 이행하기 위한 입법을 하지 않는다면 동 조약은 구속력을 갖는 국내법이 되지 못한다.⁵⁵⁾ 그러나 미국의 대외관계법 주석서에 따르면 미국이 체결한 국제협정이 자기집행조약이나 비자기집행적 조약이나 하는 것은 최종적으로 분쟁이 발생한 경우 미국법원의 해석에 따라야 하는 바, 미국이 체결한 국제협정을 그 발효 시부터 당사국의 국내법 하에서 효력을 갖게 하려는 의도를 조약 중에 나타낸다면 그들은 통상 헌법적 제한 하에서 자기집행적 조약이라고 법원은 해석하여야 한다. 또한 법원은 국제법과 미국이 체결한 조약들에 효력을 부여하여야 하지만 비자기집행조약은 필요한 이행조치가 없을 경우 효력을 부여하지 아니한다.⁵⁶⁾

실제로 대통령이 체결한 행정협정과 관련하여 국내법적으로 직접적 효력을 갖는지, 즉 자기집행성을 갖는지에 대해서는 수차례 법원에 그 판단이 맡겨진 바 있다. 특히 대통령의 고유한 헌법상의 권한에 근거하여 체결하는 ‘대통령 행정협정’의 경우 자기집행성이 있는지에 대한 논란이 제기되곤 했다. 예컨대, 1870년 ‘Watt v. U.S. 사건’에서 양국 군대에 의한 산후안(San Juan)島の 공동 관리를 내용으로 담고 있는 미국과 영국간 잠정협정이 대통령의 책임아래 행정협정의 형태로 체결되자 워싱턴 주 대

Angeles, 844 F. Supp. 550 (C.D. Cal. 1994).

54) *Medellin v. Texas*, 128 S. Ct. 1346, 170 L. Ed. 2d 190 (U.S. 2008).

55) *Ibid.*.

56) American Law Institute, *Restatement(3rd) of the Foreign Relations Law of the United States* § 154 (1987).

법원은 동 행정협정의 국내적 효력, 즉 자기집행성을 인정하였다.⁵⁷⁾ 동 법원은 대통령의 헌법상 고유한 권한의 행사로서 체결한 행정협정이 국내적 효력으로서 자기집행성을 갖는 근거는 대통령이 헌법상 부여받은 고유의 권한 그 자체에서 찾고 있다. 따라서 대통령의 헌법상 고유의 권한에 속하는 사항인 이상 의회가 그 범위 내에서는 행정협정의 체결에 간섭할 권한이 없다는 것이다. 그러나 미국-멕시코간 범죄인인도조약의 특정 조항에 관한 해석유보를 담은 교환각서와 관련하여 당시 미국 국무 장관이었던 Knox는 대통령의 헌법상 부여된 고유한 권한의 범위 안에서 체결된 행정협정은 그 자체만으로는 국내법적 효력이 발생하지 않기 때문에 동 교환각서가 미국 내에서 이행되기 위해서는 새로운 입법조치 혹은 정식조약의 채택이 필요하다고 주장하면서 동 행정협정의 자기집행성을 부정한 것으로 보고되고 있다.⁵⁸⁾

한편 조약의 수권에 의해 체결된 행정협정의 경우 조약이 이미 의회의 동의하에 체결되었고 별도의 입법조치없이 국내적으로 집행되어 지므로 조약의 구체적 이행을 위해 체결된 행정협정도 별도의 입법조치없이 당연히 국내적인 효력, 즉 자기 집행성을 갖는 것으로 해석되고 있다.⁵⁹⁾

(3) 최고규범성

미국 헌법은 헌법과 헌법에 의해 제정되는 법률과 그 권한 내에서 체결하는 조약과 장래에 체결되는 조약은 모두 미국의 최고법(law of the land)으로서 각 주의 법관은 그 주의 헌법 및/또는 법률에 상충되는 규정이 있는 경우에도 이에 구속된다고 규정하고 있다.⁶⁰⁾ 동 규정에 의하면

57) C. H. Hackworth, *5 Digest of International Law*, 1943, p.393.

58) *Ibid.*.

59) McDougal and A. Lans, *Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreement: Interchangeable Instruments of National Policy*, Studies in World Public Order by McDougal and Associates, 1960, pp.434-435.

60) 미국 헌법 제6조 제2항. 원문의 구체적 내용은 다음과 같다.: “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.”

미국의 헌법뿐만 아니라 법률과 “조약”도 최고법에 해당한다. 동 규정은 헌법과 법률 및 조약을 개별 州법과의 관계에서 상위성을 부여하기 위한 것으로 보아야 할 것이다. 특히 미국 헌법상 조약을 최고법으로 인정하고 있는 것은 많은 州들이 반복적으로 조약을 위반하는 것을 방지하기 위한 것이었다고 설명되고 있다.⁶¹⁾

미국 헌법상 최고법에 관한 규정과 관련하여 제기될 수 있는 문제는 미국 헌법 제6조에 따라 최고법으로서의 지위를 부여받은 “조약”의 범위를 어디까지 인정할 것인가 하는 것이다. 헌법의 해석상 상원의 동의를 얻은 ‘조약’이 미국의 헌법 및 법률과 함께 최고법에 해당한다는 점에 대해서는 이견이 없는 것으로 보인다.⁶²⁾ 그러나 최고법으로서의 “조약”에 행정협정도 포함하는 것인지와 관련하여 미국 헌법 규정을 살펴보면, 헌법 제2조상 상원의 조언과 동의를 얻은 ‘조약’ 체결권을 대통령에게 부여하고 있고, 제6조에서는 헌법과 헌법에 의해 제정되는 법률과 그 권한에 의해서 체결하는 “조약”과 장래에 체결되는 “조약”은 모두 미국의 최고법이라고 규정하고 있다. 이와 관련하여 제6조상의 “조약”은 제2조와 동일한 표현을 사용하고 있지만 “헌법에 의해 .. 그 권한에 의해서”라는 수식어에 의해 그 의미가 제한되고 있는 점을 감안할 경우 헌법상 부여된 권한에 따라 체결된 모든 조약, 즉 상원의 조언과 동의를 얻은 ‘조약’과 대통령의 그 권한의 범위 내에서 체결한 행정협정을 포함하는 광의의 국제합의를 의미하는 것으로 해석될 수 있다. 따라서 헌법 제2조상의 최고법에는 헌법과 헌법에 따라 제정되는 법률, 상원의 조언과 동의를 거친 ‘조약’ 그리고 대통령이 헌법상 부여받은 권한의 범위 내에서 체결하는 대통령 행정협정과, 의회수권 행정협정 및 조약이행 행정협정⁶³⁾을 모두 포

61) 이에 대한 자세한 설명에 대해서는 Vazquez, Carlos Manuel, "The four Doctrines of Self-Executing treaties," 89 *The American Journal of International Law* 695, 1995, pp.698-699.

62) C. G. Fenwick, "Proposed Limitations upon Executive Agreements", *A.J.I.L.*, vol. 47, No. 1, 1953, pp.284-287; C. H. Hackworth, *supra* note 57, pp.425-426.

63) 조약의 수권에 의해 체결된 행정협정의 경우 조약이 이미 의회의 동의하에 체결되었고 별도의 입법조치없이 국내적으로 집행되어 지므로 조약의 구체적 이행을 위해 체결된 행정협정도 별도의 입법조치없이 당연히 국내적인 효력을 갖는 자기집행조약으로서 조약의 최고규범성이 그대로 승계되어 진다고 보고 있다.: McDougal and

합하는 것으로 판단된다.⁶⁴⁾ 이러한 해석은 ‘Belmont 사건’에서 법원에 의해 지지되고 있다. 즉 미국법원은 ‘Belmont 사건’에서 대통령이 상원의 동의 없이도 행정협정을 체결할 수 있음을 인정하는 한편 더 나아가서 행정협정은 헌법상의 최고법에 해당됨을 인정하고 있는 것이다.⁶⁵⁾ Nelson은 동 사건이 대통령이 일방적으로 헌법상의 최고법을 창조할 수 있는 광범위한 권한을 갖고 있음을 인정하고 있는 매우 의미 있는 사례라고 소개하고 있다.⁶⁶⁾ 이와 동일한 맥락에서 ‘Pink 사건’의 법원도 뉴욕 주법이 대통령의 행정협정에 구체화된 연방의 외교정책에 종속될 수밖에 없음을 인정하면서 행정협정은 미국 헌법상의 최고법으로서 주법도 행정협정에 반할 수 없음을 확인하고 있다.⁶⁷⁾

한편 ‘Medellin 사건’ 법원은 대통령 행정협정이 의회에 의한 민주적 통제 절차를 거치지 않고 미국의 “최고법”의 지위를 획득하고 있는 것에 대한 비판에 직면하여 대통령 행정협정이 그 유효성을 획득하기 위한 세 가지 한계를 지적하고 있다. 첫째, 헌법 제2조에서 대통령에게 부여된 권한의 범위 내에서 행정협정을 체결할 것, 둘째, 의회 제정법에 의해 명백히 권한을 부여받았을 것, 셋째, 대통령의 일방적 행위에 대해 의회의 동의를 획득한 경우 행정협정을 체결할 것.⁶⁸⁾ 동 판례에 의하더라도 행정협정이 대통령에게 부여된 권한의 범위 내에서 체결되는 한 최고규범성을 획득하게 된다는 사실에는 변함이 없다고 할 것이다.

(4) 국제합의의 국내법과의 상위관계

전술한 바와 같이 미국에서는 그 체결근거 및 절차에 따라 국제합의를

A. Lans, *supra* note 59, pp.434-435.

64) M. M. Whiteman, *supra* note 9, p. 238.

65) United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937), at 330-333.

66) Anne E. Nelson, “From Muddled to Medellín: A Legal History of Sole Executive Agreements”, 51 *Ariz. L. Rev.* 1035, Winter 2009, p.1045.

67) 동 사건에서 법원은 뉴욕 주법은 소련의 승인과 관련한 외교정책에 반하는 것으로서 미국의 헌법질서와도 부합하지 않는다고 판시하고 있다.:United States v. Pink, 315 U.S. 203(1942), at 230-231, 233.

68) Medellín v. Texas, 128 S. Ct. 1346(2008), at 1371-1372.

‘조약’과 행정협정으로 구분하고 있으며 그 유형에 따라 국내법과의 상위 관계를 달리하는 것으로 판단된다. 따라서 이하에서는 이를 차례로 살펴 보고자 한다.

1) ‘조약’과 국내법과의 상위관계

전술한 바와 같이 미국 헌법에 따라 헌법과 법률 및 조약은 최고법의 지위를 부여받고 있다. 그러나 헌법에 의하더라도 상원의 동의를 얻은 ‘조약’과 연방헌법 및 법률과의 상위관계가 명확하지가 않다. 하지만 미국의 법해석 관행상 일반적으로 상원의 동의를 얻은 ‘조약’은 헌법과의 관계에서는 항상 헌법이 ‘조약’에 우선하는 것으로 해석하고 있으며, ‘조약’과 의회제정법과의 관계에 대해서는 ‘조약’과 의회제정법이 동일한 효력을 갖는 것으로 인정되기 때문에 신법우선원칙에 따라 조약 체결전의 법률에는 우선하나 조약 체결후의 법률과의 사이에는 법률이 우선하는 것으로 보고 있다.⁶⁹⁾

이와 관련하여 ‘조약’과 국내법의 상위관계에 관한 미국 법원은 상원의 동의를 거친 ‘조약’은 여타 규범과의 상위관계에서 의회가 제정한 법률과 동일한 효력을 갖는 것으로 해석하고 있다.⁷⁰⁾ 다만 조약체결 이전의 연방 법률에 대해서는 조약이 우선적 효력을 가지나⁷¹⁾ 조약체결 이후의 연방 법률에 대해서는 그 연방 법률이 우선적 효력을 가진다고 보고 있다.⁷²⁾ 실례로 1888년 ‘Whitney Robertson사건’에서 대법원은 조약과 의회 제정법의 상충시 신법우선의 원칙이 적용되지만 가능한 한 양자가 모두 유효하게 되도록 해석하는 방향으로 노력하여야 한다고 판시하였다.⁷³⁾ 또한

69) C. G. Fenwick, “Proposed Limitations upon Executive Agreements”, *A.J.I.L.*, vol. 47, No. 1, 1953, pp.284-287.; C. H. Hackworth, *supra* note 57, pp.425-426.

70) *Mora v. New York*, 524 F.3d 183 (2d Cir. 2008), cert. denied, 129 S. Ct. 397, 172 L. Ed. 2d 285(2008).

71) 기존의 연방규정보다 조약이 우선적 효력을 갖는다는 판례는 *Lemnitzer v. Philippine Airlines*, 783 F. Suoo. 1238(N.D. Cal. 1991); *Swearingen v. U.S.*, 565 F. Suoo. 1019 (D. Colo. 1983) 참조.

72) *U.S. V. Palestine Liberation Orization*, 695 F. Supp. 1456(S.D. N.Y. 1988).

73) *Whitney Robertson case*, 24 U. S. 190(동 사례에 대한 자세한 설명은 Sprout, "theories as the Applicability of International Law in the Federal Courts of the Unites States",

‘Tag v. Rogers 사건’에서 법원은 헌법과 법률의 저축에 있어서는 선후관계를 불문하고 항상 헌법이 우선하며, 법률과 조약이 충돌하는 경우에는 신법우선의 원칙이 적용된다고 판시하였다.⁷⁴⁾ 결론적으로 미국의 학설과 판례는 헌법은 법률과 의회동의를 얻은 ‘조약’의 상위규범이며 동일한 효력을 갖는 ‘조약’과 법률간에는 신법우선의 원칙을 적용하여 규범 성립의 선·후관계에 따라 그 효력의 우위가 결정된다는데 이의가 없는 것으로 판단된다.

2) 행정협정과 국내법간의 상위관계

전술한 바와 같이, 미국 법체제상 상원의 동의를 얻은 ‘조약’에 대하여 의회 제정법처럼 헌법의 하위규범성을 인정하고 있다는 점에서 행정협정도 일단 헌법의 하위규범이라는 것은 논의의 여지가 없는 것으로 보인다. 그러나 행정협정과 의회제정 법률과의 상위관계에 대해서는 이론적 대립이 있어 왔다. 특히 행정협정 가운데 그 근거가 분명한 의회수권 행정협정과 조약이행 행정협정에 대해서는 논란이 적으나 대통령 행정협정의 연방 법률과의 상위관계에 대해서는 논란이 있는 것으로 보인다.

이와 관련하여 Whiteman은 행정협정의 근거와 무관하게 상원의 동의를 얻은 ‘조약’과 의회의 제정법간에 적용되는 신법우선의 원칙이 행정협정과 의회 제정법간에도 적용되어 규범 성립의 선·후관계에 따라 그 효력의 우위가 결정된다고 본다. 따라서 행정협정의 체결 이후에 성립된 의회 제정법은 항상 행정협정에 우선한다고 본다.⁷⁵⁾ 실제로 1957년 ‘Wilson v. Girard사건’에서 대법원은 미·일 안보조약에 근거하여 체결한 조약이행 행정협정과 조약 체결후의 의회 제정법과의 상충문제에 대해 의회 제정법의 우위를 인정하였다.⁷⁶⁾ 또한 1943년 ‘U.S. Rathjen Brothers 사건’에서 의회수권 행정협정 보다 후에 성립된 제정법의 우위를 인정하였고, 1934년

A.J.I.L., vol. 26, 1932 참조).

74) Tag v. Rogers case, 362 U.S. 904(동 사례에 대한 자세한 설명은 Sprout, "Theories as the Applicability of International Law in the Federal Courts of the United States", A.J.I.L., vol. 26, 1932 참조).

75) M. M. Whiteman, *supra* note 9, p.233

76) Wilson v. Girard Case, 354 U.S. 524, 77 S.Ct. 1409, 1 L.Ed. 2d 1544 (1957), at 530.

에 미국이 쿠바와 체결한 통상협정에 대해 1938년의 ‘Revenue Act’의 우위를 인정한 바 있다.⁷⁷⁾

그러나 ‘United States v. Guy W. Capps, Inc., 사건’에서 지방법원은 後에 성립된 행정협정은 기존의 의회 제정법과 충돌하는 범위 내에서는 미국 내에서 법적 효력이 부인된다고 판시하여 신법우선의 원칙을 무시하고 의회 제정법의 우위를 인정하였다.⁷⁸⁾ 이러한 견해는 상원의 조언과 동의를 얻어 체결되는 ‘조약’은 기존의 모든 제정법에 우선하지만 행정협정은 기존의 법률을 변경할 수는 없으므로 원칙적으로 모든 제정법에 합치되어야 한다는 주장과도 일맥상통한다.⁷⁹⁾ 1955년 ‘Maria Jeritza Seery v. U.S.사건’ 법원도 연방의회 제정법이 대통령 행정협정에 대해 우선적 효력을 갖는 것으로 판정하였다.⁸⁰⁾

이처럼 연방 법률과 행정협정, 특히 대통령 행정협정의 상위관계에 대한 미국 법원의 태도는 일관적이지 않은 것으로 나타나고 있다. 이와 관련하여 외교관계법 주석서에 따르면 의회수권 행정협정은 ‘조약’처럼 연방 법률과 동등한 법적 지위가 인정되며, 조약이행 행정협정은 母협정인 조약을 근거로 체결되므로 母협정과 동등한 법적 지위가 인정되어 효력상의 별다른 문제가 발생하지 않는다고 본다. 그러나 의회의 참여가 완전히 배제되는 대통령 행정협정의 경우 그 범위뿐만 아니라 연방 법률과 동등한 법적 지위를 인정할 것인가에 대해서 명확히 정해진 바는 없다고 한다.⁸¹⁾ 결론적으로 미국에서 행정협정과 의회제정법과의 상위관계는 일반적으로 조약이행 행정협정이나, 의회수권 행정협정처럼 의회가 행정협정 체결에 관여한 경우에는 상호간에 신법우선의 원칙을 적용하는데 큰 거부감이 없지만 대통령 행정협정과의 관계에 있어서는 동 원칙을 적용

77) M. M. Whiteman, *supra* note 9, p.233

78) *Ibid.*, pp.227-228.

79) C. H. Hackworth, *supra* note 57, pp.425-426.

80) 동 사건에 대한 자세한 설명은 Covey T. Oliver, *Executive Agreements and Emanations from the Fifth Amendment*, A.J.I.L., vol. 49, No. 2, 1955, pp.362-366 참조.

81) American Law Institute, *Restatement(3rd) of the Foreign Relations Law of the United States* § 303(1987), cmts. e, f, j.; *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 57 S.Ct. 758. 81 L.Ed. 1134 (1937).

하는데 주저하고 있으며 관행이 확립되었다고도 볼 수 없는 것으로 판단된다.

한편 행정협정과 州법과의 상위관계에 대해서, 미국 법원은 세 가지 유형의 행정협정은 모두 州법과 상충하는 경우 州법에 우선한다는 견해를 일관되게 표명하여 왔다.⁸²⁾ 실례로 1870년 ‘Watt v. U.S. 사건’에서 워싱턴 주 대법원은 대통령의 책임아래 체결된 행정협정의 국내적 효력을 법원 판결 사상 최초로 인정하였는바, 이 사건에서 법원은 동 행정협정이 의회 제정법인 워싱턴 지방조직법에 우선하는 효력을 갖는 것으로 판단하였다. 이러한 판례의 태도는 미국 헌법상 헌법과 법률 및 조약은 최고법으로서 州법은 최고법에 부합하여야 한다고 규정하고 있으며 최고법으로서의 조약의 의미에 행정협정도 포함되는 것으로 해석할 경우 당연한 논리적 귀결이라고 판단된다.

V. 미국의 국제합의 체결 관행의 국내적 시사점

1. 우리나라 조약 체결 관행의 문제점

우리나라가 국제합의를 체결함에 있어 발생하는 문제는 크게 절차적인 것과 효력에 관한 것으로 대분할 수 있다. 우선 절차적인 것으로는 헌법 제60조에서 규정하고 있는 조약의 체결·비준에 대한 국회 동의를 받아야 하는 조약과 그렇지 않은 조약의 구별에 관한 것이고, 효력에 관한 것으로는 조약 체결 이후에 채택된 부속문서 혹은 개정문서의 국내적 효력에 관한 것이다. 이하에서는 이를 차례로 살펴보고 나서 미국 법제에 대한 연구결과가 국내적으로 어떠한 시사점을 갖는지를 살필 것이다.

82) Am. Ins. Ass'n v. Garamendi, 539 U.S. 396 (2003); Dames & Moore v. Regan, 453 U.S. 654 (1981) ; American Law Institute, Restatement(3rd) of the Foreign Relations Law of the United States § 303 cmt. j(1987).; Bradford R. Clark, Domesticating Sole Executive Agreements, 93 Va. L.R. 1573 (2007); Michael p.Van Alstine, Executive Aggrandizement in Foreign Affairs Lawmaking, 54 U.C.L.A. L. Rev. 309 (2006); 동 사례들에 대한 설명은 Saikrishna B. Prakash & Michael D. Ramsey, The Executive Power over Foreign Affairs, 111 Yale L.J. 231 (2001) 참조.

(1) 조약의 체결절차 관련 문제

우리나라에서 조약의 체결절차와 관련한 문제는 헌법 제60조에서 규정하고 있는 조약의 체결·비준에 관한 국회의 동의권의 범위와 그러한 동의를 결하고 체결한 조약의 절차적 정당성에 관한 것이다. 전술한 바와 같이 미국에서는 헌법상 조약은 상원의 조언과 동의를 거쳐 체결하도록 규정하고 있어 상원의 동의를 받는 ‘조약’의 범위를 어디까지 인정할 것인지에 대한 논란이 일었고 결국 미국무성은 관련 지침을 채택하여 ‘조약’과 행정협정의 체결 기준을 마련하고 있다. 우리나라의 경우 헌법 60조에서 일정한 유형의 조약들의 체결·비준에 대해서는 국회의 동의를 받도록 규정하고 있어서 미국에서처럼 국회의 동의를 받을 조약의 범위를 결정할 수 있는 조약체결권자의 재량이 넓지 않다. 그러나 우리나라에서도 헌법 제60조 1항상 규정된 국회의 체결·비준에 대한 동의를 받아야 하는 조약의 범위가 매우 추상적이라는 데서 논란이 발생되어 왔다. 실제로 국내외적으로 민감할 수밖에 없는 조약(특히 통상분야)을 체결하는 과정에서 국가의 기속적 동의표시를 서명만으로 완료하여 약식조약의 형태로 체결한 경우가 많으며⁸³⁾, 더 나아가 국내적 절차가 필요 없는 일명 고시류조약의 형태⁸⁴⁾로 체결한 국제합의의 국내적 효력에 대한 논란이 있었던 것도 사

83) 약식조약의 경우 조약에 구속을 받겠다는 동의표시가 서명만으로 완료되기 때문에 비준절차가 별도로 요구되지 않으며 약식조약으로 체결하는 대부분의 조약들이 국회의 동의를 받지 않고 체결된다.; 약식조약으로 체결되었으나 국회의 동의를 받은 조약들에 대한 구체적 설명은 정인섭, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권,” 『서울국제법연구』 제15권 1호, 서울국제법연구원, 2008, 108-109쪽 참조.

84) 일반적으로 조약에 대한 국가의 기속적 동의표시를 위한 우리나라 국내적 절차는 국무회의의 심의와 대통령의 재가를 통하여 진행된다. 그러나 母조약의 실시·집행을 위하여 보충적으로 체결되는 시행약정이나 母조약의 일부 내용을 수정하기 위한 합의문서인 경우 복잡한 국내절차를 거치지 않고 관계부처와 협의를 거쳐 외교통상부장관이 체결절차를 거치고 그중 특정한 부분에 대해서는 관보에 고시할 수 있다. 이렇게 체결된 조약을 실무 편의상 '고시류조약'이라고 칭한다. 어떤 조약을 고시류조약으로 체결할지에 대한 규정은 없으나 외교통상부는 일반적으로 이미 체결된 조약에 규정된 내용을 시행하기 위한 집행적 성격의 세부사항에 관한 합의이거나, 조약의 본질적 내용을 변경함이 없이 이를 일부 수정하기 위한 합의인 경우에 고시류조약의 형태를 취하는 것으로 보고되고 있다(외교통상부, 알기쉬운 조약업무(e-book), 외교통상부 조약국, 2006.3, 38-39쪽).

실이다⁸⁵⁾. 고시류조약은 법적 구속력을 갖는 조약임에도 불구하고 국무회의의 심의, 국회의 동의, 대통령의 비준 절차, 공포절차 등 우리나라의 통상적인 조약체결절차를 거치지 않고 체결되고 있다⁸⁶⁾는 점에서 논란의 소지가 있다. 이는 고시류조약은 母조약의 실시·집행을 위하여 보충적으로 체결되는 시행약정이나 母조약의 본질적인 변경 없이 일부 내용을 수정하기 위한 합의문서인 경우에 체결되는 형태이기는 하지만 실제로 고시류조약의 내용이 母조약의 본질적인 변경에 해당하는지 여부가 불명확할 수 있고, 母조약의 실시·집행을 위한 경우에도 그 내용이 입법에 관한 사항을 포함할 가능성을 전혀 배제할 수는 없기 때문이다.

(2) 조약의 효력관련 문제

우리 헌법 제6조는 “헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다”고만 규정하고 있어 조약의 국내적 효력 특히 국내법과의 상위관계에 대한 구체적 기준을 마련하고 있지 않다. 이와 관련하여 우리나라 법원은 헌법상 국회의 동의를 받은 조약은 국내법상 법률과 동위의 지위를 가지는 것으로 해석하며,⁸⁷⁾ 국회의 동의를 받지 않은 조약에 대해서는 대통령령과 같은 효력을 인정하고 있다.⁸⁸⁾ 또한 일부 국제법 학자들⁸⁹⁾도 우리나라 법원의 태도와 입장을

85) 고시류조약의 문제는 2000년 7월 31일자 한국과 중국간 일명 ‘마늘합의서’와 2008년 4월 일명 ‘쇠고기합의서’ 체결시 절차적 정당성이 논란이 된 바 있으며 특히 ‘쇠고기합의서’의 국내적 효력 문제를 다룬 논문들이 다수 제출되었다.: 최원목, “한·미 쇠고기협상 합의문에 대한 국제법적 평가와 대책방향” 『통상법률』 제82호, 법무부, 2008. 8.; 김영석, “한미 소고기 수입합의의 국제법적 검토,” 『서울국제법연구』 제15권 제2호, 『서울국제법연구』, 2008.; 김대원, “미국산 쇠고기 위생조건 합의서와 가축전염예방법에 관한 국제통상법적 고찰,” 『안암법학』 제33호, 2010.9 등의 논문 참조.

86) 외교통상부, 알기쉬운 조약업무(e-book), 앞의 책, 39쪽.

87) 대법원, 2005.05.5 선고 2004추10 전라북도 학교급식조례 재의결 무효확인 사건, 서울고등법원 2006.7.27. 선고 2006토1 인도심사청구 사건 등 참조; 우리나라 헌법재판소도 동일한 입장이다(헌재 2001.09.27 2000헌바20 결정, 국제통화기금조약 제9조 제3항 등 위헌소원 사건 참조)

88) 서울고등법원 2006.7.27. 선고 2006토1 인도심사청구. 동 사건에서 법원은 “...우리나라 헌법은 ”헌법에 의하여 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”고 규정하고 있고(헌법 제6조 제1항), 이러한 헌법 규정

같이하여 국회의 동의를 거치지 않은 고시류조약은 대통령령과 같은 효력을 갖는 것으로 해석하고 있다. 이러한 논리에 따르면 고시류조약을 포함하여 행정부가 국회의 동의 없이 단독으로 체결하는 조약은 법률보다 하위규범이므로 동 조약이 국회가 제정한 법률을 개폐할 수 없음은 물론, 오히려 국회는 관련 법률의 개정만으로 조약의 국내법상 효력을 무력화시킬 수 있다는 주장도 가능하다. 그러나 이러한 상황이 현실적으로 발생할 경우 행정부의 대외적 권한이 의회에 의해 지나치게 통제되는 결과를 초래할 수 있다는 점에서 문제가 된다.

2. 미국의 국제합의 체결 관행의 국내적 시사점

(1) 조약의 체결절차 관련

행정부의 조약체결권을 수행함에 따른 약식조약이나 고시류조약의 증가현상은 기술적 조약의 증가 등 시대적 흐름과 조약체결 업무의 신속성과 원활함을 위해 필요한 부분이라고 생각한다. 다만 헌법 제60조 제1항에 규정된 사항들과 관련한 국회의 조약체결에 동의권에 대한 논란을 해소하기 위해서는 헌법 및 관련 법률의 해석과 관행에 따라 조약 체결업무를 수행하고 있는 행정부의 조약체결절차를 체계적으로 규범화하여 국회의 조약체결절차에 대한 민주적 통제를 실질화 할 필요성이 있다. 일반적으로 국회의 동의 없이 체결되는 약식조약이나 고시류조약의 증가는 비단 통상조약과 관련하여서만 생겨나는 현상은 아니라는 점에서 통상분야를 포함하여 모든 분야를 포괄하는 조약체결절차에 관한 법률을 제정하는 것이 타당하다고 보여진다.⁹⁰⁾ 미국의 경우 미국에서도 상원의 동

아래에서는 국회의 동의를 요하는 조약은 법률과 동일한 효력을, 국회의 동의를 요하지 않는 조약은 대통령령과 같은 효력을 인정하는 것이라고 해석함이 타당하므로..."라고 판시하고 있다.

- 89) 김대순, 『국제법론』, 삼영사, 2011, 264쪽.; 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 『국제법학회논총』 제46권 제1호(통권 89호), 대한국제법학회, 2001. 6. 43-44쪽.
- 90) 조약체결절차법의 제정 필요성과 관련해서는 김부찬, “조약체결에 대한 국회 동의권에 관한 고찰 -헌법 제60조 제1항의 개정 및 조약체결절차법의 제정 필요성과 관련하여-”, 『국제법학회논총』 제52권 2호, 대한국제법학회, 2007, 78쪽; 신각수, “조약체

의를 거치지 않고 체결한 행정협정의 효력을 의회가 문제 삼자 사법부가 정치적 문제라는 이유로 동 문제에 대한 사법적 판단을 회피함으로써 행정부의 조약체결에 대한 의회의 통제가 실패한 바 있다는 점은 전술한 바와 같다. 이러한 이유에서 미국은 대통령의 책임하에 체결되는 행정협정이 증가하자 'Case Act' 등을 통하여 조약체결에 대한 절차적 규범을 마련하고 의회의 행정부에 대한 통제권을 확보하고 있다. 또한 미국은 오래 전부터 상원의 동의를 요하는 '조약'과 행정협정을 구별하기 위한 기준을 수립하고 있으며, 행정협정의 경우도 유형별 구분과 유형에 따른 행정협정의 체결 범위를 범주화하는 노력을 통해 의회의 통제권을 확보하고 있다.

우리의 경우 조약체결 절차에 관한 법률을 제정하되 협상과정 전반에 대해 국회에 보고하고 동의를 받도록 하는 것 보다는 사후통제의 방법으로 행정부의 책임을 묻도록 하는 것이 외교에 관한 행정부의 권한을 효율적으로 수행하는 방안이 될 것으로 판단된다. 특히 헌법상 국회의 동의를 받아 체결한 조약들을 이행 혹은 개정하기 위해 체결하는 후속협정이 고시류조약의 형태로 체결되는 경우에 미국에서 행정협정에 대한 의회의 통제 가능성을 열어놓았듯이 국민의 권리나 의무에 영향을 미치는 정도, 입법에 관한 사항인지 여부 등의 일정한 기준에 따른 심사를 통해 의회에 의한 통제가 가능하도록 할 필요성이 있다. 또한 조약체결 과정을 체계화하는 한편으로 헌법 제60조에 따른 국회의 동의여부 및 조약의 형식을 채택하기 위한 구체적 기준들을 수립하여 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 중요한 조약들이 그간의 조약체결 관행에 따라 국회의 동의 없이 약식조약, 고시류조약, 신사협정 등의 형태로 체결되고 있다는 오해와 혼란의 가능성을 사전에 배제할 필요성이 있을 것으로 판단된다.

(2) 조약의 효력 관련

미국의 경우 국제합의의 국내법적 효력에 대해 관행을 어느 정도 확립하고 있으며, 특히 행정협정의 경우 의회의 관여 여부에 따라 국내법과의

결절차법 제정의 필요성”, 『국제법동향과실무』 제3권 1호, 외교통상부, 2004, 87-90쪽 참조.

상위관계가 달리 인정된다는 점에서 우리나라와는 조금 상이하게 운영되고 있다. 국제합의의 국내적 효력을 어떻게 운영할 것인지는 국가마다 각각 다른 관행들에 의해 운영되므로 우리나라가 미국의 관행만을 일방적으로 참작하거나 따를 필요는 없으며, 국제의무에 부합하는 한도 내에서 우리의 국내사정에 맞는 국제조약과 국내법의 상위관계에 대한 법리를 개발할 필요가 있을 것으로 판단된다.

전술한 바와 같이 미국에서는 의회수권 행정협정은 ‘조약’처럼 연방 법률과 동등한 법적 지위가 인정되며, 조약이행 행정협정은 母협정인 ‘조약’을 근거로 체결되므로 母협정과 동등한 법적 지위가 인정되어 효력상의 별다른 문제가 발생하지 않는다고 본다. 다만 의회의 참여가 완전히 배제되는 대통령 행정협정의 경우 그 범위뿐만 아니라 연방 법률과 동등한 법적 지위를 인정할 것인가에 대해서 명확히 정해진 바는 없다고 한다.⁹¹⁾ 반면 우리나라에서 조약의 실시·집행을 위하여 보충적으로 체결되는 시행약정들은 대부분 고시류조약의 형태로 체결되고 있고 이들에 대해 법원과 학설이 법률보다 하위의 규범력을 인정하고 있다.⁹²⁾ 그러나 만일 법률보다 하위규범인 고시류조약이 여타 규범인 법률과 상충하는 경우가 발생하면 동 조약의 국제법적 효력은 여전히 존속하게 되는 상황에서 국내법적 효력만 상실하게 되는 효력의 괴리현상을 발생케 하여 혼란을 초래할 가능성이 크다.

실제로 미국은 행정협정이 체결되어 국내법보다 하위규범으로 인정된다 할지라도 동 행정협정의 국제법적 효력 때문에 의회에 의한 통제가 실효성을 갖추지 못하고 있다는 비난에 직면하고 있다.⁹³⁾ 우리의 경우에

91) American Law Institute, Restatement(3rd) of the Foreign Relations Law of the United States § 303(1987).

92) 앞의 주 89), 90) 참조.

93) 미국에서도 ‘조약’의 형태로 국제합의를 체결할 것을 요구하는 의회의 견해와 달리 체결된 행정협정에 대해서는 예산삭감의 방법을 통하여 대통령의 외교권 행사에 실질적 제약을 가할 수 있으며(Stefan A. Riesenfeld and Frederick M. abbot, *supra* note 25, p.54.), 특히 군사 분야에 있어서 대통령이 일방적으로 행정협정을 체결하는 경우 의회는 예산삭감, 장비규모의 감축, 원조거절 등의 방법으로 대통령에 대해 통제를 가할 수 있다는 견해가 있다(Glenn Sulmasy & John Yoo, "Katz and the War on Terrorism", *41 U.C. Davis L. Rev.* 1219, 2008, p.1253). 그러나 미국 대법원은 이러한

도 어떤 형태의 국제조약이든 국내법보다 하위 규범으로 인정한다고 하여 그에 대한 통제가 실효성을 확보할 수 있을 것이라고 단정할 수는 없다. 따라서 고시류조약을 포함하여 국회의 동의를 받지 않은 조약을 국회의 동의를 받은 조약과 구분하여 법률의 하위규범으로 분류하는 접근방법은 타당하지 못한 것으로 판단된다. 특히 고시류조약이 母조약을 세부적으로 시행하기 위하여 母조약의 근거하에 체결된 경우, 이 조약은 모조약과 불가분의 일체를 구성하는 것이므로 국내법상으로도 母조약과 동일한 효력을 갖는 것으로 보아야 할 것이다. 이에 대해서는 외교통상부의 조약 체결관행에서도 동일한 태도로 나타나고 있다.⁹⁴⁾

결론적으로 고시류조약 등 국회의 동의 없이 체결한 조약의 국내법과의 효력문제는 헌법 제60조의 입헌목적에 어긋나지 않는 범위내에서 국제법과의 조화를 이루기 위한 방향으로 그 실행관행을 확립해 나갈 필요가 있을 것으로 판단된다.

VI. 결 론

최근 우리나라가 미국과의 긴밀한 공조유지를 위해 체결하는 다수의 국제조약들은 그 체결 및 운영과정에서 몇 가지 오해와 혼란을 초래하고 있다. 이는 국제법상 조약체결절차 및 그 국내적 효력에 대해서는 개별 국가들의 선택에 맡겨진 사항으로서 국가들마다 각각 그 절차와 효력이 상이하게 운영되고 있기 때문이다. 이와 관련하여 우리나라는 헌법에 의하여 일정한 조약을 특정하여 국회의 체결·비준에 대한 동의를 받은 후

조치들이 실질적인 입법을 대체할 수 없다는 점에서 의회에 의한 통제의 한계를 지적하고 있다(Tenn. Valley Auth. v. Hill, 437 U.S. 153(1978), at 189). 다시 말해서 의회에 대한 이러한 종류의 의회통제는 행정부의 정책결정을 수정하는 충분한 수단이 될 수 없다는 것이다. 또한 의회의 행정협정 체결에 대한 통제의 실행은 결국 미국의 국제의무 불이행 사태를 초래하는 것이므로 실효성을 거두기 힘들다는 지적이 있다(Oona A. Hathaway, *supra* note 30, p.230).

94) 외교통상부, 외교통상부 알기쉬운 조약업무(e-book), 외교통상부 조약국, 2006.3(외교통상부 인터넷 홈페이지 <http://www.mofat.go.kr/mofat/ebook/convn/library/ebook001/viewer.html>), 49쪽.

체결하도록 하고 있는 반면 미국은 조약이 상원의 조언과 동의에 의해 체결되도록 하고 있을 뿐이어서 미국의 조약체결관행상 상원의 동의를 받고 체결하는 국제합의를 ‘조약’으로 그렇지 않고 행정부의 책임으로 체결하는 조약을 행정협정으로 구분하고, 이들의 국내법적 효력도 달리하는 관행이 성립되고 있다. 특히 대통령이 헌법에 따라 부여된 권한의 범위 내에서 체결하는 행정협정이 그 절차 및 국내법적 효력과 관련하여 많은 혼란을 초래하면서 조약 주무부서인 미 국무성과 법원은 오랜 세월을 걸쳐 행정협정의 절차적 정당성을 확보하기 위한 기준 마련에 노력을 기울여왔다.

국제합의의 국내적 효력을 어떻게 운영할 것인지는 국가마다 각각 다른 관행들에 의해 운영되므로 우리나라가 미국의 관행만을 일방적으로 참작하거나 따를 필요는 없으며, 국제의무에 부합하는 한도 내에서 우리의 국내사정에 맞는 국제조약과 국내법의 상위관계에 대한 법리를 개발할 필요가 있을 것으로 판단된다. 그러나 미국도 행정협정이 체결되어 국내법보다 하위규범으로 인정된다 할지라도 동 행정협정의 국제법적 효력 때문에 의회에 의한 통제가 실효성을 갖추지 못하는 한계에 직면하고 있다는 점을 고려할 필요가 있다. 우리의 경우에도 어떤 형태의 국제조약이든 국내법보다 하위 규범으로 인정한다고 하여 그에 대한 통제가 실효성을 확보할 수 있을 것이라고 단정할 수는 없다는 점에 유의할 필요가 있는 것이다. 국내적으로 행정부의 국제합의 체결에 대한 통제가 가능할 수는 있으나 여전히 국제적 의무는 남아있게 된다는 점을 감안해야 한다는 것이다. 따라서 국제합의의 체결은 헌법 제60조 입헌목적에 근거한 절차적 차원에서의 통제를 통해 헌법정신에 위배되지 않도록 하되, 국내법과의 상위관계를 지나치게 형식화하지 않음으로서 대외적 관계에서 실리를 얻을 수 있는 융통성 있는 조약의 실행관행을 확립해 나갈 필요가 있을 것으로 판단된다.

참 고 문 헌

- 김민서, “조약의 유형에 따른 국내법적 지위의 구분”, 『국제법학회논총』 제46권 제1호(통권 89호), 대한국제법학회, 2001. 6.
- 김부찬, “조약체결에 대한 국회 동의권에 관한 고찰 -헌법 제60조 제1항의 개정 및 조약체결절차법의 제정 필요성과 관련하여-”, 『국제법학회논총』 제52권 2호, 대한국제법학회, 2007.
- 김선택, “미국헌법상 통상협정체결에 관한 정부·의회간 권한 배분”, 『미국헌법학연구』 제18권 제2호, 미국헌법학회, 2007. 9.
- 김영원, 미국행정협정연구, 고려대학교 법학석사논문, 1989.
- 김정건, 『국제법』, 박영사, 1987.
- 배종인, 『헌법과 조약체결: 한국의 조약체결 권한과 절차』삼우사, 2009.
- 신각수, “조약체결절차법 제정의 필요성”, 『국제법동향과실무』 제3권 1호, 외교통상부, 2004.
- 외교통상부, 알기쉬운 조약 업무(e-book), 외교통상부 조약국, 2006.3.
- 외교통상부, 알기쉬운 기관간 약정업무(e-book), 외교통상부 조약국, 2007.10.
- 정인섭, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의권” 『서울국제법연구』 제15권 1호, 2008.
- 정진석, “조약의 체결·비준에 대한 국회의 동의” 『서울국제법연구』 제11권 1호, 서울국제법연구원, 2004.
- Anne E. Nelson, “From Muddled to Medellín: A Legal History of Sole Executive Agreements”, *51 Ariz. L. Rev.* 1035, Winter 2009.
- American Law Institute, Restatement(3rd) of the Foreign Relations Law of the United States(1986)
- Aust, Anthony, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000.
- Bradford R. Clark, “Domesticating Sole Executive Agreements”, *93 Va. L.R.* 1573, 2007.
- Borchard, Edwin M., "American Government and Politics: treaties and Executive Agreement," *40 The American Political Science Review* 729, 1946.
- Borchard, Edwin M., "Shall the Executive Agreement Replace the Treaty ?," 53

- The Yale Law Journal* 664, 1944.
- Borchard, Edwin M., "Treaties and Executive Agreements-A Reply," 54 *The Yale Law Journal*, 1945.
- C. H. Hackworth, *Digest of International Law*(1940-1944), Vol. 5, JX 237 .H3, 1944.
- C. Sabis, "Congress and the Treaty Power: An Originalist Argument Against Unilateral Presidential Termination of the ABM Treaty", *Denver Journal Of International Law and Policy*, 2002 Winter.
- Dr. Richard J. Erickson, "The Making of Executive Agreements by the United States Department of Defense: An Agenda for Progress", 13 *B.U. Int'l L.J.* 45, 1995.
- Derek Jinks & Neal Kumar Katyal, Disregarding Foreign Relations Law, 116 *Yale L.J.* 1230, 2007.
- Gerhard von Glahn, *Law among Nations*, 5th ed, New York: Macimillan Publishing Co., Inc., 1986.
- Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the United States Constitution*, 2.ed., New York: Oxford University Press, 1996.
- Johnson, Loch and McCormick, James M., "The Making of International Agreements: a Reappraisal of Congressional Involvement," 40 *The Journal of Politics* 468, 1978.
- J. H. Jackson, W. J. Davey and Sykers, alan O., *Legal Problems of International Economic Relations*, forth edition, West Publishing Co., 2002.
- J. O'Donnell, "The Anti-Ballastic Missile Treaty Debate: Time for some Clarification of the President's Authority to Terminate a Treaty," *Vanderbit Journal of International Law* 2002, Nov..
- Klarevas, Louis, "The Law: The Constitutionality of Congressional-executive Agreements", *Presidential Studies Quarterly* 33 (2), 2003.
- Lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford University, 1961.
- Michael P. Van Alstine, Executive Aggrandizement in Foreign Affairs Lawmaking, 54 *U.C.L.A. L. Rev.* 309, 2006.
- M. M. Whiteman, *Digest of International Law* (1963-1973), Vol. 14, JX 237 .W55, 1973.

- Mcdougal and Lans, "Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreements: Interchangeable Instruments of National Policy," 54 *The Yale Law Journal*, 1945.
- Oona A. Hathaway, "Presidential Power over International Law: Restoring the Balance", 119 *Yale L.J.* 140, 2009.
- _____, "Treaties' End: The Past, Present, And Future of International Lawmaking in the United States "117 *Yale L.J.* 1236, 2008.
- Saikrishna B. Prakash & Michael D. Ramsey, The Executive Power over Foreign Affairs, 111 *Yale L.J.* 231, 2001.
- Surency, Edwin C., "The Treaty Law of the United States," 14 *The International and Comparative Law Quarterly* 602, 1965.
- Nanda, ved P., "Conclusion and Implementation of Treaties and Other International Agreements in the United States," 38 *the American Journal of Comparative Law* 369, 1990.
- Ramsey, Michael D., *Treaty Clause*, in *The Heritage Guide to the Constitution*, by the Heritage Foundation, 2005.
- Raoul Berger, *Executive privilege: A Constitutional Myth*, Cambridge, Harvard University Press, 1974.
- S. Riesenfeld, "The Power of Congress and the President in International Relations", 25 *California Law review* 643, 1937.
- Stefan A. Riesenfeld and Frederick M. abbot, *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study*, 1994.
- Sprout, "theories as the Applicability of International Law in the Federal Courts of the Unites States", *A.J.I.L.*, vol. 26, 1932
- Stone, Geoffrey R., Seidman, Louis Michael, Sunstein, Cass R., Tushnet, Mark V., and Larlan, Pamela S., *Constitutional Law*, forth edition, New York: Aspen Publishers, 2005.
- Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, Vol. I, third edition, New York: foundation Press, 2000.
- Yoo, John C., "Law as treaties?: The Constitutionality of Congressional-Executive Agreement", 99 *Michigan Law Review* 757, 2001.

〈관련 웹사이트〉

Library of Congress, <http://www.loc.gov/law/guide/nations.html>

Older Treaty Texts (before 1950), <http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwsl.html>.

<http://digital.library.okstate.edu/Kappler>.

Department of State's Foreign Affairs Network,

<http://www.state.gov/www/statedis.html>

<http://www.state.gov/documents/organization/88317.pdf>

<http://www.state.gov/m/a/dir/regs/fam/>

<국문초록>

미국에서 국제합의를 체결하는 과정은 두 개의 독립된 절차로 나뉜다. 그래서 미국은 일반적으로 타국과 체결하는 국제합의를 그 체결절차에 따라 '조약'과 행정협정으로 구분하는 관행을 학립하고 있다. 우선 미국에서는 헌법상 대통령이 상원의 조언과 동의를 얻어 조약을 체결하도록 규정하고 있는바, 동 규정에 따라 상원의 동의를 얻어 체결한 국제합의를 '조약'으로 명칭하고 있다. 한편 미국에서는 행정부가 헌법상 규정하고 있는 상원의 동의절차를 거치지 않고 단독으로 국제합의들을 체결하는 경우가 더 빈번한데 이를 '조약'과 구분하여 행정협정이라 총칭하고 있는 것이다. 미국의 학설 및 판례 등을 종합적으로 고려할 때 행정협정은 대통령 행정협정, 의회수권 행정협정, 조약이행 행정협정 등으로 구분된다. 그러나 특히 대통령이 헌법에 따라 부여된 권한의 범위내에서 체결하는 행정협정이 그 절차 및 국내법적 효력과 관련하여 많은 혼란을 초래하면서 조약 주무부서인 미국무성과 법원은 오랜 세월을 걸쳐 행정협정의 절차적 정당성을 확보하기 위한 기준 마련에 노력을 기울여왔다.

한편 우리나라에서도 조약은 크게 두 개의 범주로 구분된다. 대통령은 우리 헌법 제60조 제1항 규정에 따라 일정한 조약을 체결·비준할 때는 국회의 동의를 받도록 하고 있다. 따라서 국제합의의 유형에 따라 국회의 동의를 받는 것과 그렇지 않는 것이 존재한다. 미국에서처럼 우리나라에서도 국회의 동의를 받지 않고 체결한 국제합의의 절차적 문제와 국내적 효력에 관한 문제가 논란이 되어왔다.

국제합의의 국내적 효력을 어떻게 운영할 것인지는 국가마다 각각 다른 관행들에 의해 운영되므로 우리나라가 미국의 관행만을 일방적으로 참작하거나 따를 필요는 없으며, 국제의무에 부합하는 한도 내에서 우리의 국내사정에 맞는 국제조약과 국내법의 상위관계에 대한 법리를 개발할 필요가 있을 것으로 판단된다. 특히 미국도 행정협정이 체결되어 국내법보다 하위규범으로 인정된다 할지라도 동 행정협정의 국제법적 효력 때문에 의회에 의한 통제가 실효성을 갖추지 못하는 한계에 직면하고 있

다는 점을 고려할 필요가 있다. 우리의 경우에도 어떤 형태의 국제조약이든 국내법보다 하위 규범으로 인정한다고 하여 그에 대한 통제가 실효성을 확보할 수 있을 것이라고 단정할 수는 없다는 점에 유의할 필요가 있는 것이다. 국내적으로 행정부의 국제합의 체결에 대한 통제가 가능할 수는 있으나 여전히 국제적 의무는 남아있게 된다는 점을 감안해야 한다는 것이다. 따라서 국제합의의 체결은 헌법 제60조 입헌목적에 근거한 절차적 차원에서의 통제를 통해 헌법정신에 위배되지 않도록 하되, 국내법과의 상위관계를 지나치게 형식화하지 않음으로서 대외적 관계에서 실리를 얻을 수 있는 융통성 있는 조약의 실행관행을 확립해 나갈 필요가 있을 것으로 판단된다.

주제어 : 국제합의, 조약, 행정협정, 미국헌법 조약조항, 헌법 제60조1항, 대통령행정협정, 의회수권행정협정, 조약이행행정협정

Practice of treaty conclusion in the United States and its implications for Korea

Kim, In-Sook*

The process for making binding international agreements in the United States today proceeds along two separate but parallel tracks. Submitted to the Senate under the Treaty Clause of the Constitution, the treaty must gain the consent of two-thirds of the Senate in order to become law for the United States. The other hand, these international agreements are generally called executive agreements, are proceeding not through the Treaty Clause, but subject to approval by a majority of both houses of Congress. There are three types of executive agreements: Congressional-Executive Agreements, Treaty Implement Agreement and Presidential Agreement. The three are distinguishable by the legal authority upon which they rest.

Because the Treaty Clause requires that all but thirty-three members of the Senate assent to a treaty and includes no provision for participation by members of the House, it surely makes a substantial difference which of these two methods is used. Relying on customs and practices, the Senate has unsuccessfully sought to distinguish between treaties and executive agreements by claiming that the former is reserved for substantive agreements and the latter for routine and essentially non-political business. Especially US Department of primary concern of treaty and courts have been endeavoring to establish standards to secure procedural legitimacy of executive agreements for a long time, because the agreements that the president concludes under the constitutional authority have been causing lots of confusions about procedures and domestic legal effects.

On the one hand, in the Korean legal system there are two categories of treaties. According to the Articles 60, paragraph 1 of Korean Constitution, the National Assembly shall have the right to consent to the conclusion and ratification of treaties. Like the executive agreements in the United States, international agreements concluded without the consent of the National Assembly in Korea have been causing lots of confusions about procedures and domestic legal effects.

* Kyonggi University, Department of Law, associate professor

We have no reason to consider or follow US traditions strictly because domestic managements of international agreements are ruled by relevant countries' respective codes, and new legal principles which accords with Korean domestic affairs and which sets up the relationship between subordinates and superiors about the international treaties and domestic laws needs to be developed in accordance with the international obligations. Especially we need to take into account that US Congress have their limits to control the executive agreements because of their international effects, even though they are subordinated to domestic laws. It is the same in Korea that we need to pay attention to the fact that we cannot be sure of the actual effect of control to any kinds of international agreements which is subordinated to domestic laws. It means that apart from the domestic possibility of the administrative control to the international agreements, still international obligations remains. So conclusions and revisions of international agreements should be in accordance with the spirit of the Constitution securing procedural controls on the basis of the Articles 60, paragraph 1 of Korean Constitution, and we need to establish flexible practices to obtain practical interests by not formalizing the relationship between subordinates and superiors of the international agreements and domestic laws excessively.

Key Words : Treaty Clause of the Constitution, international agreements, Treaty, executive agreements, Congressional-Executive Agreements, Treaty Implement Agreement, Presidential Agreement, Articles 60, paragraph 1 of Korean Constitution

