국제법과 국내법의 관계론

한 창 영

— 차 례 —

Ⅰ 머 릿 말
Ⅱ 국제법과 국내법의 관계
Ⅲ 실제적 양상
Ⅳ 맺 는 말

Ⅰ 머 릿 말

처음으로 이 문제를 제기하여 이론적인 해명을 시도한 것은 1899년에 출판된 H. Triepel의 "Völkrrecht und Landesrecht"이다. Triepel은 Binding의 합동행위 (Vereinbarung) 의 이론을 국제법분야에 도입하여 국제법은 복수국가의 합치 즉 합동행위중에 표시되는 여러국가의 공동의사 (Gemeinwille) 에 기초를 두고 있다는 이론을 전개하여 국제법의 타당성을 개별국가의 의사에 기인한다는 여러가지 견해들을 비판하였다,

Tviepel의 문제제기이래 국제법과 국내법과의 관계를 구명하려는 국제법학자들의 노력은 그 문제를 국제법학의 서론부문에서 크낙한 비중을 차지하게 하였다.

실제로 국제법과 국내법의 문제는 국제법학 서론부문에서 국제법의 법적 성질등과 함께 상당한 비중을 차지하고 있는 문제인 것이다.

국제법과 국내법과의 사이에 모순이 있는 경우, 환언하면 동일사항에 대한 양자의 규정이 상이한 경우에 이 모순을 여하히 해결하는가. 국제법과 국내법과의 관계는 실제에 있어서 이와같이 주로 국제법에 충돌하는 국제법의 유효성에 관련하여 논의하는 것이 보통이다. 그러므로 이 문제는 일국의 국내법과 타국의 국내법과의 저촉을 취급하는 소위 국제사법의 문제와 혼동해서는 안된다. 예를 들면 어느 일국이 외무당국을 통하여 외국인 소유 토지의 비몰수를 규정한 일조약을 체결하였다고 하자. 그러나 전자의 국가가 이번에는 입법부를 통하여 경제적 자립 또는 토지개혁의 필요상 자국민의 재산과 더불어 외국인 재산도 몰수할 수 있는 권한을 행정부에 부여하는 입법을 행하였다고 하자. 이러한 경우에 외국인 토지 비몰수의 조약(국제법)과 외국인 재산몰수의 법률(국내법)과 그 어느편이 우선하는가.

국내법에 의하여 그 직위와 권한이 부여된 국가관리는 그 국유화법이 국제법상의 국가의무와 저촉한다고 하여 그 국유화법의 집행을 거절할 것인가. 이 사건이 국내법원에 상정되었을 때 법원은 국내법령의 어느 것을 적용할 것인가. 또 만약 국제법에서 판결을 내린다면 그 논거와 귀결은 국내법정의 그것과 상이할 것인가.

국제법과 국내법에 관한 이러한 문제는 첫째 양법의 체계적관련에 관한 이론의 문제인 동시에, 둘째로 국제법의 국내적타당 및 그 실증적기초의 문제가 된다. 종래, 이론의 면에서는 학설상의 대립이 현저하나 실제에 있어서는 국제법정과 특히 국가관행에 의하여 효과적으로 처리되어 왔다. 그러므로 이 문제의 정확한 파악은 이론적 고찰과 아울러 각국 법질서의 실증적 음미를 요한다. 이와같이 국제법과 국내법(특히 헌법)과의 관계의 문제는 단순한 법이론에 그치지 않고 각 국민의 매일같은 법적생활의 요구에 있어서 그 해결을 필요로 하는 실제문제이기도 하다[1]

이 문제를 다루는데 있어서 현대의 (gegenwärtigen) 국제적 질서에서 오는 다음과 같은 특색을 전제하고 고찰되어야 한다고 생각한다,

첫째로, 국제법사회(Völkerrechtsgemeinschabt)를 구성하는 국가들의 헌법들이 동질성(Homogenität)을 제시하고 있지 않다는 점이다. 특히 이른바 의부적 힘 (Auswärtigen Gewalt)에 관한 규제와 국제법적 의무를 이행하는데 적절한 표준을 제시하지 못하고 있다는 점이다.

둘째로, 국제법은 국내법에게, 국내법적인 작용으로 국제법이 국내법의 우위에 있다는 것을 보증케 하는 의무를 과하지 못하고 있으며 국내법은 그러한 우위성을 주로 인정하지 않고 있거나 또는 불충분하게만 인정하고 있다는 사실이다.

셋째로, 국제법의 규칙적인 집행기관은 국제법사회의 기관이 아니라 국가내적인 기관인 결과 국제법은 규칙적으로 개인에 의하여 직접적인 구속력을 갖는 것이 아니라 간접적으로 스스로 구속되어지는 국가의 중재에 의하여 구속력을 갖는다는 의미에서, 국제법은 국가법에 의하여 병합된다(mediatisiert)는 사실이다[2]

이와같은 특색을 유의하면서 국제법과 국내법과의 관계를 살펴보고 자 한다.

Ⅱ 국제법과 국내법의 관계

국제법과 국내법을 우선 이론적으로 고찰하는데 있어서도 필자의 관견으로서는 두가지 국면이 있다고 생각한다. 그 하나는 이론을 발생학적 견지에서 보는 입장이요 다음은 이론을 순수

1) 이한기, 국제법학 (상) p.116

2) F. Berber, Lehrbuch des Völkerrecht, Band. I p.91

이론적으로 보는 입장인 것이다.

발생학적 입장에서 고찰할 때 이 문제는 주권의 변천사를 간과할 수 없는 문제이므로 이하 국가주권의 변천과정과 국제법과 국내법에 관한 이론의 역사적 전개를 논하고 다음으로 순수이론면을 고찰하려 한다.

1. 국가주권의 변천과정

근대국가 이전에도 희랍적주권개념의 표상인 자족권(Autarkeir) 로마국민의 지상권(majestas populi romani) 로마제국의 권력 (Imperium Romanum)등의 개념이 있었고 특히 중세에 있어서는 국왕권력뿐 아니라 봉지를 통할하는 제후도 주권자인듯이 불린 예가 있으나 중세말기에 이르러 현대국가의 힘(strength)이 극히 증대되어 가고 통치권력이 집중됨에 따라 국왕권력을 정당화 하기 위해서 국왕 즉 국가의 권력을 특히 주권이라고 부르게 된 것이다. 그리하여 이러한 근대적 의미에 있어서의 주권관념을 체계적으로 선명한 최초의 학자가 Bodin, Jean (1539~1596)이었던 것으로, 그것이 점차적으로 국제법학에도 도입되어 국제관계에 있어서의 국가의 기본적 지위를 표시하는 말로 사용되게 되었다.

최고권력, 또는 지상권(Summa Potestas, majestas, Puissance souveraine)이라는 주권개념을 선명한 Bodin의 군주주권설은 군주가 국내에서의 최고권력자인 동시에 로마법왕이나 신성로마제국의 보편적 권위에도 종속되지 않는다는 것을 선명하기 위한 것이었으므로 그 개념내용도 국가는 그 영역권이 미치는 지역내에서 원칙적으로 절대적이고 배타적인 통치권능을 행사할 수 있다는, 이른바 대내주권과 또한 독립적인 권능에 따라 외부의 여하한 지배권력에도 종속되지 아니한다는, 이른바 대외주의 양측면을 겸지한다는 것이었다. 다른 여하한 권력도 상위에서 이를 억압할 수 없다고 한 이 군주의 최고권력이 항상 정당하고 합법적인 통치(recta, legitima gubernatio)를 행하여야 하며 그 통치가 전단적이거나 무책임적이어서는 안된다고 한것은 중세와 상이한 점이라 할 것이나 그의 이러한 국가론에서도 취중 주의할 점은 이 최고권력도 『법에 의해서 구속되지 않은 권력』이 아니고 신법(神法), 자연법, 제민족에 공통된 법 및 통치에 관한 법등에 의해서는 당연히 억압된다고 함으로써 국가가 법에 의해서 구속됨을 부인하지 않았다는 점인 것이다

그 후 국가이론은 다소 변천을 거듭하였든 바 즉 Hobbes, Thomas(1588~1679)가 『Liviathan』에서 군주권력설을 주창하고 神法이나 자연법에 의해서도 제한할 수 없는 절대적 항구적인 강력한 군주의 권력을 역설하여 질서의 원칙으로서 출발된 국가이론을 국제적 무질서의 원칙으로 변모케 한 기이한 전화의 과정을 보여주었고 Locke, Jchn(1632~1704)과 Rousseau, Jean Jacgues(1712~1778)는 전체로서의 인민이 주권자라는 인민주권설을 제기하여 그 권력은 불가분의 불가양도의 항구적인 것이라고 주장하므로써 미국이나 불란서의 혁명을 정당화 하기는 하

였으나 국내 어딘가에 절대권력이 존재하며 이 권력의 보지자는 권리행사에 있어 항시 책임이 부가된다는 모순을 포지함으로써 과학적인 학설체계의 구성에 있어 불비한 점이 허다하였던 것이다.

그리하여 역시 주권의 절대화를 주장하고 「지상의 절대적권력」인 국가주권은 국제법에 의해서도 구속되지 않는다고 한 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1770~1831) 을 거쳐서야 비로소 Gerber, Karl Friedrich Wilhelm von (1823~1891) 등이 상술한 바와 같은 이러한 절대권을 국가간의 특정인이나 또는 특정단체에 부여하려는 기책(企策)을 포기하고 법인으로서의 국가자체에 이를 귀속시키는 입헌군주주의하의 국가주권설을 주장하여 기왕의 보수 반동적인 군주전횡과 인민주권적인 반격을 조정하려는 성격을 정시했으며 19세기 이후의 근대 공법학에 있어서는 대체로 Jellinek, Georg (1851~1911)의 자기제한설 즉 주권이란 국가권력에 있어서 대내적으로는 최고적이고 대외적으로는 독립적인 것이라는 것이 통론되면서 항간의 절대적 주권이론을 극복하였는 바 과거의 국제법학자의 존귀한 유산으로 이룩된 이러한 경향은 그 학설이나 주장의 거점이 어디에 있든간에, 어쨌든 현실적으로는 국제법이 어느 의미에 있어서든지 절대적 주권국가를 구속하고 있다는 사실과, 최근 국제사회의 발달로 인하여 국제적 생활을 영위하는 국가기능이 확대되고 있다는 또 하나의 현실이 더욱 변형된 국가주권의 관념과 현대적인 주권문제의 의의를 명시해 주기에 이른 것이다.

19세기 후반이후의 국제사회에서는 국가간의 상호의존성이 증대하고 정치, 경제, 문화, 교통등의 각 방면에서 집단적인 상호행동이 요청된 결과 이러한 국제사회의 경향에 대해서 역작용을 해온 기왕의 독립적이고도 배타적인 국가주권이론에 대한 도전이 학문적인 논쟁에서가 아니라 근대과학의 계속적 진보에 의한 실제요청에 따라 시도되면서 주권제한의 새로운 경향이 현저해진 것이다.[3]

2. 역사적 전개

위에서 국가주권관념의 변천과정을 살펴 봤거니와 국가주권의 최고 절대성으로부터 그것을 제한하는 방향으로 나아가고 있는 경향을 엿볼 수 있는 것이다.

국가주권관념의 발달과정에 따라 국제법과 국내법에 관한 학설을 나열해 볼 때 그 궤적은 다음과 같은 도식으로 나타낼 수 있을 것이다.

국내법상위설→국제법과 국내법을 분립시키는 이원론 (dualism)→국제법상위설. 국내법상위설은 이론적 및 실정적으로 결함이 많다. 그럼에도 불구하고 국내법상위설이 제창되는 소이는

3) 김정균, 국제법과 국내법의 통일적인 상관형식, 성균관대학교부설 사회과학연구원, 사회과학 제 1 집 p. 27

그 시대적 환경과 정치적 배경을 고찰함으로써 이해할 수 있다. 국가의 실제활동을 실증적으로 연구하고 거기에서 국가의사의 최고성을 발견한 19세기 독일의 관념철학은 국가주권의 절대성을 강조하는 국내법상위설을 산출한 것이다. 이 설은 또한 정치적으로는 국가주의 및, 제국주의와 결합한다. 국내법의 국제법에 대한 우위를 긴판으로 국가의 자유의시에 의한 국제법의 변경, 또는 폐지를 가능케 하는 것은 이러한 정치적 요구에 일치한다. 더 나아가서 어느 특정국가의, 국제법 및 타제국의 국내법에 대한 우위를 인정하는 이론구성은 이러한 경향의 극한을 표시한 것이다.[4]

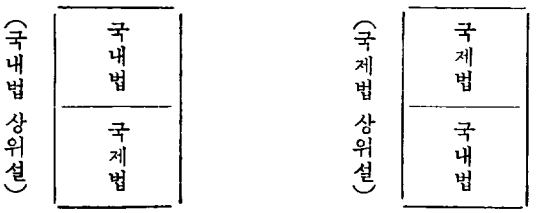
그런데 학설의 발생학적견지에서는 국내법상위설이 등장함으로써 국제법과 국내법과의 관계를 이론적으로 구성하게 되었다는 사실을 간과할 수 없는 일이라고 생각한다.

이 학설이 발생한 다음 국가주권의 변천에 따라 그 학설에 대한 비판이 생겼는가 하면 그 학설에 대항하는 학설이 나타나게 되었다고 볼 수 있다. 이런 의미에서 국내법상위설은 국제법과 국내법과의 관계에 관한 학설의 발전가능성을 정초해주었다는 점은 무시할 수 없을 것이다.

무릇 이론의 발전에는 비약이 있을 수 없는 법이다. 특히 역사적인 배경과 밀접 불가분의 관계를 갖고 있는 이론일수록 그렇다. 국제법과 국내법과의 관계에 관한 이론은 국가주권의 역사적 배경과 같은 궤적의 연관성을 갖고 있는 것이므로 그 이론의 역사적 전개 역시 비약성을 내포하고 있지 않다.

그러므로 이론상으로는 국내법상위설은 국제법상위설과 함께 일원론(monism)에 포섭되지만 그들의 역사적 전개는 다른 국면을 표시한다고 볼 수 있다.

국내법상위설과 국제법상위설을 도식으로 표시하면 다음과 같다.



위의 도식에서 보는 바와 같이 국내법상위설은 국내법이 국제법의 위에 있다는 학설이요, 국제법상위설은 국제법이 국내법의 위에 있다는 학설이다.

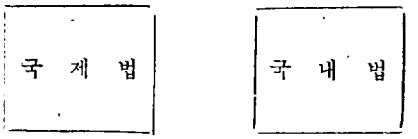
여기에서 주객을 전도시키면 양 학설에 대한 각각의 반대학설이 도출된다. 그렇게 전도시키는 것은 확실히 비약을 뜻한다.

따라서 국내법상위설로부터 국제법상위설에로 발전하기에 앞서, 이미 국내법에 관한 도식이 보여주는 것처럼 국내법상위설의 구조를 분해시키는 작업이 있어야 한다. 이 작업을 시도한 학

4) 이한기, ibid. p.120

설이 다름아닌 이원론인 것이다. 이원론은 국가주권의 절대성을 토대로 이론구성된 국내법상위설의 튼실한 구조를 와해시키는데 이바지 한 것이다. 이원론을 도식으로 표시하면 다음과 같다

(이원론)



이렇게 이원론은 국내법상위설의 수직적 구조를 평면적 구조로 변형시켰다. 그 다음 이원론의 평면적 구조를 수직적 또는 원추적 구조로 재건하려는 노력이 나타났다. 그런데 그러한 노력은 국내법상위설의 노력과는 판이하게 다른 것이었다.

국가주권도 법적제한(legal restraint)으로 부터의 자유는 아니다라는 법사상에서 국제법이 국내법의 상위에 있다는 학설이 나오게 되는 것은 당연한 귀결이다. 그래서 국내법위에 국제법을 두는 구조를 가진 국제법상위설이 등장하게 되었다고 본다.

또한 국내법상위설을 주장했던 태도와 국제법상위설의 그것과를 비교하여 볼 때 다른 점이 없지않다. 전자의 경우에는 국내법을 토대로 국제법을 "대외공법" (Das ausseres Staatsrecht)으로 간주할 정도로 하향식이었다. 뿐만 아니라 국제법을 서자취급을 하였다 해도 지나친 표현은 아닐 것이다. 또한 국내법상위설이 제창되던 당시를 표준으로 할 때 그것은 lex lata이었다고 볼 수 있다. 반면 국제법상위설은 상향식이요 어버이를 모시는 것과 같은 태도를 갖고 있으며 de lege ferenda의 성격을 갖고 있다고 생각한다.

이원론은 양자의 중간치에서 헤메여왔다고 풀이할 수 있을 것이다.

아무튼 국제법과 국내법과의 관계에 관한 학설들을 그 역사적 전개과정에서 살펴 볼 때, 국내법상위설→이원론→국제법상위설이란 도식으로 나타낼 수 있다고 생각한다.

3. 이론적 전개

국제법과 국내법과의 관계에 관한 학설은 셋으로 분류해서 고찰할 수 있다. 하나는 이원론(분립설) 이고 또 하나는 일원론 (통일설) 인데, 후자는 다시 국내법상위설(국내법우위설)과 국제법상위설(국제법우위설)의 양자로 구별된다.

1) 이원론 (dualism)

이원론은 국제법과 국내법이 각각 법적근거를 전적으로 달리한 별개의 독립적 질서에 속한다고 하는 학설인데, H. Triepel, D. Anzilotti, L. Oppenheim등의 학자가 이 설의 대표자이다. 다음과 같은 논거에서 국제법과 국내법은 완전히 서로 분리 독립된 별개의 법질서라고 한다.

첫째로 이 두 법질서는 서로 다른 법의 제정절차를 가진다. 다시 말하면 국내법은 한 국가가

단독으로 제정하는 법령과 그 국가안에서 생성된 관습법인데, 국제법은 둘 이상의 국가의 합의로 이루어지는 조약과 그들 사이에서 생성된 관습법이다.

둘째로, 이 두 법질서는 서로 다른 구속력의 근거를 가진다. 이 이론은 특히 Anzilotti가 강조하는 것으로, 국내법의 구속력의 근거는 헌법규범인데, 국제법의 구속력의 근거는 Pacta sunt servanda(약속을 지켜야 한다)라고 한다.

셋째로, 이 두 법질서는 서로 다른 규율대상을 가진다. 국내법은 국가의 지배밑에 있는 개인사이의 관계를, 또는 국가와 개인사이의 관계를 규율하는데 국제법은 국가사이의 관계를 규율한다.

네째로, 이 두 법질서는 서로 다른 법의 본질을 가진다. 국내법은 "개인의 위에 있는 "(over individuals) 주권자의 법인데 국제법은 주권국가의 위가 아니라 "주권국가 사이의 "(between sovereign states)법이므로 앞의 것보다 더 약한 법이다.

이러한 논거를 기초로 하여 이원론은 이 두 법질서가 서로 독립된 별개의 것이라는 것을 주장하고 동시에 다음과 같은 결론을 내세운다.

① 국제법은 전체적으로나 부분적으로 국내법의 일부분이 될 수 없다.

② 국내법이 국제법의 규칙을 변경하거나 만들어내지 못하는 것과 같이 국제법도 국내법의 규칙을 변경하거나 만들어내지 못한다.

③ 어떤 국가의 국내법에 따라서 국제법이 전체적으로나 부분적으로나 그 국가의 법의 일부가 되었다고 간주되는 경우에는 그것은 오로지 그 국가의 국내법령이나 관습에 의하여서만 그렇게 될 수 있는 것이며, 그렇게 되었을 때에 그 국제법의 규칙은 "채용에 의하여"(by adoption) 동시에 국내법이 된 것이다.

④ 그런 전체적 또는 부분적 채용이 없을 경우에 국내법원은 국제법의 구속을 받는 것이 아니며, 국내법의 규칙이 국제법의 규칙과 뚜렷이 충돌이 되는 일이 있더라도 국내법원은 국내법을 적용하여야 한다.[5]

이와같이 국제법과 국내법은 전연 별개의 독립적 법질서라고 생각되는 결과 국제법이 그대로(per se)국내법이 되는 것은 부정된다. 하나의 법이 다른 법에 의하여 타당성을 획득하는 것도 아니며 양자가 모두 어느 고차의 공통법으로부터 타당성이 부여된 것도 아니다. 따라서 국제법이 국내적으로 타당하려면 반드시 국제법을 국내법으로 개작하여야 한다. 즉 국가의 수용(reception)에 의한 변형(Transformation)이 필요하다.[6] 이것을 이론구성한 학설이 이른바 변형이론 (Transformationstheorie)인 것이다.[7]

5) 장기봉, 국제법, p.35
6) 이한기, ibid. p.118
7) 서독에서 지배적인 Transformationstheorie에 대해서 Swiss에서는 Rezeptionstheorie가 주장되고 있다는 것은 흥미있는 일이다. F. Berber, ibid. p.197

이 이론이 갖는 특징으로서 첫째, 변형의 이론으로서는 국제법이 국내법에로의 형태적 변환라는 사고방식이 본래의 모습이며, 둘째로 정부와 개인(=국민)과의 관계, 즉 이른바 국내관계가 폐쇄적인 것으로서, 국제법적인 관계와의 연관을 전혀 차단하여 이해되어지고 있다는 것이 지적되고 있거니와[8] 다음의 여러가지 점을 유의할 필요가 있다.

① 먼저 변형이 필요한가의 여부는 국제법자신의 문제가 아니고 국내법의 문제이라고 하는 점이다.

② 변형의 필요는 일반적으로 국가내부의 입법기관이나 정부의 행동에 관해서는 문제가 되지 아니한다.

그리고 국제법이 국내법에 변형되는 형식으로서는 대별하여 두가지로 나누어 볼 수 있다. 그 하나는 포괄적으로 국제법이 국내법중에 수용되는 경우이며 그 둘은 부분적으로 국제법이 국내법중에 수용되는 경우이다.

상기와 같은 이원론의 주장에는 몇가지 난점이 있는데 우선 이원론의 철저한 변형이론을 살펴보기로 한다. 국제법규가운데는 국내법으로 변형되지 않는 한 국내적으로 적용되지 않는 것도 있다 (예, 인권에 관한 국제법). 그러나 모든 국제법이 그러한 성질을 가졌다고는 말할 수 없다. 국제법가운데는 그대로 국내적으로 적용될 것을 당연히 요청하고 있다고 생각되는 것도 아주 없지는 않다 (예, 외교사절의 특권). 이와같이 국제법의 견지에서 보면 국내법으로 변형되지 않고서도 국제법이 그대로 국내적으로 적용될 수 있는 경우도 있다. 그러나 이러한 경우에도 두 경우가 구별될 수 있는데, 즉 국제법의 국내적 적용을 위해서는 그 내용을 국내적으로 『변형』할 필요가 있다고 규정하는 국내헌법의 입장(예, 스웨덴)도 있을 것이고 또 그와 같이 새로운 국내법을 제정할 필요없이 국제법의 국내적 효력을 일반적으로 인정하는 국내헌법의 입장(예, 영국)도 있을 수가 있다. 이 후자의 경우에는 반드시 국내법으로 변형된 후가 아니라도 국제법이 국내법으로 적용될 수가 있는 것이다. 특히 국내관계의 많은 부분이 국제법의 규율의 대상으로 등장하게 된 19세기 후반 이후로는 이러한 후자의 예가 급진적으로 증가되고 있다는 것은 다 아는 사실이다. 그러므로 전술한 바와 같이 소위 변형이 필요한가 어떤가 하는 것은 결국 국내법의 문제이지 국제법 자신의 문제는 아니라고 볼 수 있다. 그렇다면 종래의 이원론자들이 국제법이나 국내법의 본질 또는 양자관계의 성질등으로부터 도출되는 당연한 결과라는 형식으로 소위 『변형이론』이라는 일반적인 이론을 미리 내어놓는 것은 부당하다고 말하지 않을 수 없다.

둘째로 이원론은 국제법과 국내법과의 분립성을 극단으로 강조하여 그 결합성을 전적으로 부인한다. 이렇게 부인하게 된 불가피성은 이미 학설의 역사적 전개에 살펴본 바와 같다. 양자의 관련을 시인한다 할지라도 그것은 사실관계에 불과하고 법적 관계로는 보지 않는다. 그러

8) 田畑茂二郎, 國際法の 國內法への『變型』理論批判, 恒藤博士還曆記念, 法理學及國際法論集 p.343

나 국가가 국제법의 내용과 상이한 내용의 국내법을 제정 실시한 경우에는 이로써 국내법이 곧 무효가 되는 것은 아니라 할지라도 그것은 일반적으로 국제법위반이 국내법으로 관념되고 국가는 이에 대하여 국내법을 이유로 국제법상의 책임을 면치 못하는 사실은 양자사이에 어느 정도의 법적관련이 존재한다는 증거가 된다고 할 수 있다[9]

셋째로, 국제법과 국내법의 법적성질에 반하며 양자간의 법적현상을 설명할 수 없다. 국제법과 국내법이 전혀 독립한 이종(異種)의 법질서라면 서로 타방을 부인하게 되므로, 양자를 동시에 법질서로서 또 동시에 양자의 법질서로서의 타당성을 인정할 수는 없다. 그러나 실제에는 국제법과 국내법은 어느 것이나 법질서인 동시에 법질서로서 타당하고 있는 것이다, 물론 국제법부인론이 없는 것은 아니나, 그것은 정당시안되며 적어도 일반이 법으로서 인정하고 있고 또 규범의 본질로 보더라도 국내법과 원리적으로 다르다고 할 수 없다[10]

넷째로, 이원론은 법학적인식의 통일성을 확보할 수가 없다. 분립적구성(이원론적구성)에서는 양자중 일방을 부인하여야 하며 이 부인되는 법질서는 법학적인식에서 제외되므로, 양자의 통일적인식이 불가능하게 된다. 그러나 법학적인식의 통일은 법학의 과학적 요청이다. 『분립적구성』이나 기타의 제구성이, 이것을 위한 과학적 가설에 지나지 않는다. 따라서, 그 기능은 법학적인식의 통일을 확보하는데에 있어야만 한다. 이 구성의 과학적기능을 충분히 이해한다면 『분립적구성』과 그 『분립설』은 당연히 확정적으로 방기하여야 할 것이다.

2) 일원론(monism)

일원론에는 대저 국내법상위설과 국제법상위설이 있다[11]

(a) 국내법상위설

이 설은 학설이 역사적 전개에서 이미 언급한 바와 같이 가장 오래된 또 제일 먼저 성립된 주장이다. 주로 독일의 학자들에 의해서 처음에는 주장되었던 것이다. P. Zorn, A. Zorn, W. Kaufmann, 비교적 최근에 와서는 M. Wenzel등의 소위 본학파(Bonner Schule)가 이 설을 취하고 있다. G. Iellinek의 유명한 국가의 『자기구속설』의 이론도 일종의 국내법상위설이라고 볼 수가 있다.

이들 본학파들에 의한 논거는 대략 다음과 같다. 법이란 일반적으로 국가가 국민에 대하여 발포하고 강제로써 보장하는 명령이므로 소위 국제법이라는 것도 이러한 조건을 갖추어서 비로

9) 이한기, ibid. p.1181

10) 백도광, 현대국제법학, p.56

11) 그런데 G. Dahm은 구분된 일원론 (differenziereder Monismus) 을 제삼의 학설로서 인정하고 있다. G. Dahm, Völkerrecht, Band I. p.55

소 법이 된다. 따라서 소위 국제법이라는 것도 국가가 그것을 국내적으로 법으로서 채용하여 국민에게 그 준수를 명령할 때 비로소 법으로서의 성질을 가지게 되고 그리하여 국내법의 일부를 형성하게 된다는 것이다. 그리하여 소위 국제법이라는 것은『대외국가법』(äus⌒seres Staatsrecht)에 불과한 것이라고 말한다. 또 비교적 연대적으로 근년에 속하는 Wenzel의 이론에 의하면, 특히 조약의 성립과정에 있어서 국제조약의 체결권한이 직접적으로는 국내헌법에 유래하고 있다고 말하고 따라서 국내헌법에 의하여 조약체결권한이 부여된 국가기관에 의하여 체결되는 경우에만 국제조약은 유효하게 성립될 수 있다는 사실을 특히 중요시 한다면 그러한 전제로부터 국제조약의 성립근거가 궁극적으로는 국내헌법에 있다고 말하는 것이다[12]

이 설에 대한 비판은 다음과 같다.

첫째로,『자기구속설』에 대한 비판을 감수하지 않으면 안된다.

자기구속설에는 여러가지 비판이 많다.

① 만일 각각의 주권국가가 이 설과 같이 그 자신의 대외법을 자유로히 폐지할 수 있고 따라서 그만큼 (pro tanto) 국제법을 폐지할 수 있다면은 명령적 의미의 법(즉 국내법)은 있어도 국제법은 없게 된다. 반대로 만일 대외법을 폐지할 국가권력이 없다면은 그 법은 국제법이 될 수는 있으나 그 구속력은 단순히 국가주권으로써만 설명할 수는 없게된다.

② Verdross 및 Politis와 같이『법초월적(meta-juristic)입장에서 행한 공격이다. 즉 자기구속설은 논리상 모순을 폭로하고 있다. 왜냐하면 하나의 의사가 의무적으로 되기 위해서는 여기에 의무를 과하는 보다 높은 규범을 채용하여야 하기 때문이라고 한다.

③ Hatschek는 자기구속설이란 국제사회가 영원히 무정부상태로 존재하지 않으면 안될 운명을 진 것이라는 결론에 불과하다고 비판한다[13]

둘째로, 국제법이 국내법속에 타당근거를 가지게 된다면 각기 국가의 수에 따라서 이 국제사회에 다수의 국제법이 존재하게 된다고 말하지 않을 수 없으므로 이것은 명백히 현실의 법경험에 모순하게 되는 것이다. 국가를 객관적으로 구속하는 통일된 법질로서의 국제법이 국제사회에 엄존한다는 것은 도저히 현실의 법경험으로서는 실정적으로 부정하기 어려운 일이다. 또 이 견해의 당연한 논리적 귀결로부터 본다면 국내법은 최고인 세계적인 법질서[14]로 화할뿐만 아니라 국제법 국내법과 그 운명을 같이 해야 할 것으로 된다. 즉 국내법이 소멸하면 국제법도 소멸하지 않으면 안될 것이다. 혁명과 같은 국내법의 변혁에 의해서도 국제법 그 자체의 타당성은 아무런 영향도 입지 않고 여전히 타당하다는 것은 오늘날 일반적으로 인정된 확정적인 원칙이라고 말해도 좋다. 따라서 이 설은 국제법이 왜 국가를 구속하는가 하는 근거조차 설명하지

12) 최재훈, 김순영, 안용교, 국제법학강의, p.52

13) 이한기, ibid. p.63 : J. Stone Legal Controls of International Conflict, p.30

14) 백도광, ibid. p.53

못하는 것이 된다.

셋째로, Wenzel과 같이 조약체결권한이 국내헌법에 의해서 부여되고 있다는 것을 이유로 국제법의 타당근거가 국내법에 있다고 주장하는 것도 그 논리에 명백한 비약이 내포되고 있다. Wenzel의 이론으로써는 오늘날 아직도 국제법가운데서 중요한 지위를 차지하고 있는 관습국제법의 타당성을 설명할 수 없을 뿐 아니라, 또한 누구가 국가를 대표하여 조약체결에 참가할 것이냐를 결정하는 문제(국내헌법속의 규정)와 조약의 타당성 자체에 관한 문제를 혼동하고 있다는 비판을 면할 수가 없을 것이다[15]

(b) 국제법상위설

국제법상위설을 주장하는 학설을 필자의 관견으로서는 동태적 파악 방법과 정태적파악방법으로 2대별하여 고찰할 수 있다고 생각한다.

제일은 동태적파악방법으로 국제법상위설을 주장하는 것으로서 백 도광교수의 학설을 들 수 있을 것이다. 그의 주장은 다음과 같다.

국제법주권(국제법질서의 주권성)은 그 『형상』(eidos)이 통일 단일하고, 국내법과 국제법은 통일 단일한 구실을 맡은 일체양용(一體兩用)의 관계이며, 역계적생성(力系的生成)을 통하여 『노고스』에 치중(致中)하는 이원치중(二元致中)의 구성인바, 이것은 일체양용설=이원치중론 즉 이원치중와 일체양용설 일체양용의 이원치중론이라고 부르기로 하는데, 일체양용 또는 이원치중의 일원론에 해당한다[16]

이와같이 백 도광교수는 주역의 철학적논리로서 국제법과 국내법과의 관계를 이론구성하고 있는 점이 특기할만한 점이라 할 수 있으며 백 도광교수가 밝히고 있는 바와 같이 그의 이원차중론은 생성적으로는 생성동화(대사)이론 그리고 형식논리적으로는 목적적교환이론이 그 이론적 뒷받침이 되는 것이다[17]

그러므로 백도광교수의 이론은 동태적 접근방법에 의한 국제법상위설이라 할 수 있다고 생각한다. 이에 대한 비판은 지면을 달리하기로 한다.

제이는 정태적파악방법에 의한 국제법상위설을 살펴본다.

Kelsen 및 Verdross가 중심이 되어 있는 Wien학파가 그의 법단계설을 기초로 하여 확립한 학설로서, 이원론의 논거에 대하여 모조리 정면적인 반대이론을 내세우고 국제법질서와 국내법질서가 하나의 통일적 법체계를 이루고 그 체계안에서 국제법이 국내법의 상위에 있는 것이라고 설명한다. 이 이론은 대체로 다음과 같이 이원론의 논거를 비판한다.

15) 최재훈, 김순영, 안용교, ibid. p.53

16) 백도광, ibid. p.70

17) 백도광, ibid. p.69

첫째로, 그 두 법질서의 제정절차가 다르다는데 대한 비판.

국제법을 만들어내는 관습과 조약은 둘 또는 그 이상의 국가의 합의를 필요로 하고, 그 반면에 국내법을 만들어내는 관습법과 입법은 한 국가의 국민 또는 그 국가의 입법기관등에 의하여 이루어진다는 점에 있어서 국제법과 국내법의 제정절차가 다르다는 것은 인정하지만 그것은 본질적 차이가 아니며, 비록 국내법이 국제법이 제정되는 것과 전연 다른 방법으로 제정되더라도 그러한 차이는 이 두 법규범이 서로 다른 독립적체계에 속한다는 것을 뜻하지 않는다. 이러한 결론의 타당성은 한 국가안에서 적용되는 법률이나 명령 및 지방자치법규등이 그 제정절차가 다름에도 불구하고 그들이 그 국가의 헌법의 테두리 안에서 제정되고 효력을 가지는 것이므로 다같이 한 국가의 법체계에 속한다는 사실과, 연방국가에 있어서의 각구성국들이 서로 다른 법제정기관과 법의 제정절차를 가지고 있다하더라도 그들이 제정한 법이 연방헌법의 테두리안에서 효력을 가질 수 있는 것이므로 한 체계에 속해 있는 법으로 볼 수 있다는 사실로 이해될 수 있는 것이다.

둘째로, 그 두 법질서의 구속력의 근거가 다르다는데에 대한 비판.

국내법에 있어서의 근본규범은 헌법이다. 그러나 이 헌법에 기초를 두고 있는 법질서는 그 헌법이 실제에 있어서 잘 준수되고 있다는 조건밑에서만 유효한 것이라고 생각할 수 있다.

예를 들면 어떤 입헌군주국가에서 일군의 폭도들이 일어나 합법정부를 타도하고 정권을 장악하여 공화국을 세웠다면 그 전의 헌법은 효력을 잃게 되고 새 공화국헌법이 그 법질서에 속해 있는 개인들의 실제행위의 합법성 또는 불법성을 결정짓게 될 것이다. 그러나 이 새 정부가 합법정부냐 아니냐 하는 것은 종전의 그 국가의 헌법으로는 결정될 수 없는 것이며 국제법상의 승인요건에 따라서 국가들에 의하여 결정된다. 그렇다면 어떤 국가의 헌법은 그 유효성의 근거를 그 자체안에서 찾아낼 수 있는 것이 아니라, 결국 그것을 국제법상의 승인요건인 실효성의 원칙(principle of effectiveness)에서 찾아내게 된다고 말할 수 있다. 따라서 국내법질서의 유효성의 궁극적 근거는 국제법질서의 기초가 되는 근본규범에서 찾아낼 수 있는 것이라고 할 수 있다. 이와같은 논리적결론에 비추어 볼 때 국제법과 국내법이 서로 다른 유효성의 근거를 가지고 있다하여 그 두 법질서가 서로 독립된 별개의 법질서라고 하는 것은 타당하지 않은 것이다.

세째로, 그 두 법질서가 규율대상이 다르다는데 대한 비판.

이 이원론의 논거에 대하여 Kelsen과 Verdross의 견해가 다르다. Kelsen은 국가의 국내사항이라는 것은 모두가 국제적 합의(국제법)의 대상이 될 수 있으며, 따라서 국가의 국내사항과 국제적사항을 두 다른 법적 규율대상으로 구별할 수 없으므로 그 두 법질서의 규율대상이 다르다는 이유에서 국제법과 국내법이 별개의 법질서에 속한다는 것은 옳지 않다고 말하는 반면에 Verdross는 국제법 질서가 스스로 차지하는 법단체(주권국가)들의 병존을 전제하고 있으므로

국제법상의 어떠한 규범도 이런 법단체들의 존립(存立)이나 그들의 고유한 생활관계를 전적으로 파괴 할 수 없으며, 국제법이 전반적으로 국가들의 자치를 불가능하게 할 정도로 그들의 생활관계에 개입할 경우에는 국제법 자체가 소멸하게 될 것이라고 주장함으로서 Kelsen의 견해에 동조하지 않는다. 이러한 견해는 Verdross가 그의 법 이념에 철저하면서 동시에 있는 그대로의 국제적 생활관계를 기초로 하여 국제법이론을 구성하고 있는데서 나온 것으로서, Kelsen이 그의 국제법상위의 일원론을 관철하기 위하여 실증법적 방법과 그것으로 부족할 경우에는 형식논리에 의하여 철두철미하게 그의 이론을 전개하고 있는 점과 다르다. 이러한 견해차이에서 (그밖의 이유도 있지만) Verdross는 Kelsen의 이론을 과격한 일원론 (radikaler Monismus) 이라고 하고 자기의 이론을 온건한 일원론 (gemässiger Monismus) 이라고 한다. 따라서 Verdross는 이원론자들의 세째 논거를 어느정도 받아들인 것으로 볼 수 있다.

네째로, 그 두 법질서의 본질이 다르다는데 대한 비판.

법은 강제질서로서 그것에 배치되는 불법한 행동을 하였을 경우에는 강제적 수단(재재)를 가하겠다고 위협함으로써 인간의 사회적행동을 규율하기 위한 특수한 사회적 기술이라고 하는 법의 개념에 비추어 볼 때, 국제법에 있어서도 그것에 위반되는 행위를 한자에 대하여, 그 수단이 국내법에 있어서와 같이 발달되지는 못하였지만, 제재가 가하여질 수 있으므로 국제법도 본질적인 면에서 볼 때 국내법과 다른 것이 아니다.

국제법상위의 일원론자들은 이원론의 논거에 대하여 대체로 위에서와 같은 비판을 하는 동시에 그들은 그밖에 다음과 같은 논거에서 국제법과 국내법이 같은 체계안에 있고 또한 국제법이 국내법의 상위에 있다는 것을 설명한다.

① 국가들의 시간적, 공간적, 인적 및 사적 적용범위의 한계를 결정지어주는 것, 다시 말하면 국제법이 국가의 성립, 승인 및 소멸을 규율하는 것, 국가들이 아무 땅이나 자기의 영토라고 주장하지 못하며 제 마음대로 영해의 범위를 확장할 수 없는 것, 모든 국가가 세계의 아무 인민이나 자기의 법에 복종할 것을 강요할 수 없다는 것, 어떤 국가나 다른 국가의 대내 대외적사항에 법적 근거없이 개입할 수 없다는 것 등은 국제법이 국가들의 시간적, 공간적, 인적 및 사적 적용범위의 한계를 결정지어주는 것을 입증하여주는 것이다. 이러한 사실은 국제법과 국내법이 한 체계안에서 국제법이 국내법보다 윗자리에 있다는 것을 입증하여 주는 것이다. 이러한 결론의 타당성은 대한민국 법질서와 일본의 법질서가 별개의 법질서이므로 대한민국이 일본법질서의 시간적, 공간적, 인적 및 사적 적용범위의 한계를 전연 결정지울 수는 없지만, 대한민국의 중앙기관이 같은 법질서 안에 있는 그 하부법단체인 지방 자치단체의 그런 적용범위의 한계를 결정지울 수 있다는 사실에 비추어 보면 곧 수긍될 수 있는 것이다.

② 많은 국가들의 평등권이나 독립권은 그보다 더 높은 법적 질서를 전제함으로서만 생각할 수 있다. 이러한 더 높은 법적질서를 부정한다면 세계의 주권국가들이 각자가 절대적 최고권위

자라고 날 뛰는 혼란상태에 빠지게 될 것이다.

③ 국제법에 배치되는 국내법은 그 사실만으로 곧 무효로 되지는 않으며 별다른 규정이 없는 한 그 국가의 관계기관은 그 법을 적용하여야 한다. 이것은 마치 위헌적 법률이 제정되었을 경우에 관계법원이 그 법률이 일정한 헌법규정에 위반된다는 것을 결정하기 전에는 효력을 가지는 것으로 간주될 수 있는 것과 같다. 그러나 그러한 국내법규에 의하여 권리의 침해를 받은 국가가 그러한 국내법규를 폐기하거나 적용하지 않을 것을 요구할 수 있으며 그런 법을 제정한 국가가 거기에 응할 의무가 있다는 사실, 그런 법을 적용하여 내린 법원의 판결에 대하여 관계국가가 국제적으로 책임을 지게 된다는 사실, 그런 국내법규와 관련하여 관계국가 사이에 분쟁이 일어나서 그 분쟁이 법적으로 해결될 경우에는 언제나 예외 없이 국제법의 우월성이 인정된다는 사실등에 비추어 볼 때 그러한 국내법규의 효력은 일시적인 것에 지나지 않으며, 국제법이 국내법의 윗자리에 있다는 결론을 내릴수 있다[18]

그런데 국제법상위설의 난점은 국내법의 타당성이 국제법의 위임에 근거한다는 소위「위임의 우위」(Delegationsprimat)를 인정하고 있는 것이다. 그래서 국내법은「국제법에 의하여 위임된 부분법질서」(delegierte Teilrechtsordngen der Völkerrechtsordnungen)이라고 본다.

이 설은 국내법의 독자적 존재를 부정하고 그 타당성의 기초가 국제법에 있다고 하는 점에서 명백히 오류를 범하고 있다. 법으로부터 역사적 사회적 요소를 일체 사상(捨象)하는 순수법학파의 이와같은 입장은 실제적인 법의 타당성의 문제와 인식의 문제와를 혼동하고 있다. 국제법위반의 국내법을 국제법자신의 입장에서 무효화할 수 없는 점으로 보아 국제법이 국내법의 상위에 있다고는 말하기 어렵다. 철저한 국제법상위설의 주장을 위해서는 국제사회의 법적구성이 현재와는 전연 상이하게 근본적으로 변화하여 국제법이 국가를 초월한 법단체의 법으로서 세계법에까지 발달함을 요한다. 그러므로 국제법상위설은 입법론적(de lege ferenda)견지에서 매력적이기는 하나 국제법원의 판결이나 국가의 실행으로부터 지지를 받고 있는 것은 아니라고 할 수 있다[19]

국제평화를 보증하는 세계국가로 다원적인 국가질서가 진보해간다는 관점에서 보면 국제법상위설이 좋지만 그것은 국제적인 국가간의 관계의 현재적인 사실에 일치하는 것은 아니다[20]

국제법상위설이 이와같이 국제법 발달의 현단계에 적합하지 않음에도 불구하고 제창되는 이유는 그 이론적 구성의 정치적 배경을 고찰함으로써 이해할 수 있다. 국제법상위설은 정치적으로 국제주의 및 평화주의와 결합하는 것이다. 국제법의 국내법에 대한 우위에 근거하여 각 국가의 행동범위를 객관적으로 확정하는 것은 그 정치적 요구에 일치한다. 제1, 제2차 대전 후에

18 장기봉, ibid. p.36

19) 이한기, ibid. p.122

20) F. Berber, ibid. p.95

특별히 국제법상위설이 강조된 이유는 여기에 있다[21]

요컨대 오늘날 국제법 발달의 현실적경향은 국제법상위설의 일원론이라고 할 수 있으나 그러나 국제법과 국내법이 일국내의 법질서와 같이 상하의 단계를 구성하기 위해서는 국제사회와 국가와의 관계가 실질적으로 전체와 부분과의 관계에 있어야 한다. 현재 국제법상위설은 현실보다 너무 앞서고 있으며, 이원론은 너무 뒤떨어져 있다. 국제법이 국내법에 우월하면서도 아직까지는 양자 사이에 상대적 구별이 존재하여 국제법은 직접적 타당성을 주장할 수 없고 동시에 국내법을 당연히 직접적으로 무효화 할 수도 없다[22]

Ⅱ 실 제 적 양 상

위에서 국제법과 국내법과의 관계를 역사적 그리고 이론적으로 고찰해 봤거니와 이번에는 실제적으로는 어떻게 다루어지고 있는가에 대하여 살펴보기로 한다.

1. 국제법원의 실제

국제법과 국내법과의 관계에 관한 일원론 및 이원론의 논쟁과는 관계없이 상설국제사법법원은 여러 실제문제를 효과적으로 해결하였다.

법원은 국제관계에 있어서 국가행위의 합법성여하를 결정하는 표준은 국내법이 아니라 국제법이라는 원칙을 견지하였다. 「국제법과 그 기관인 법원의 입장에서 볼 때 국내법은 국내관결이나 행정처분과 마찬가지로 국가의사를 표시하고 국가활동을 구성하는 단순한 사실에 불과하다.」라고, 판시한 법원의 태도는 명백히 법원이 국내법을 해석할 권능이 있음을 표시한 것이다 동시에 국제법은 국가행위의 합법성여하를 측정하는 자기 자신의 표준을 제공함으로 국제법과 국내법이 상이한 법체계에 속하는 것인지 또는 법규범의 계층(hierarchy)에 있어서 어느 것이 상부에 또 어느 것이 하부에 있는지는 그다지 중대한 문제가 아니었다. 상설국제사법법원이 국제법률관계에서 일관적으로 적용한 원칙은 「국제법이 지방의 법을 무효화 한다.」(International law nullifies the law of the land)라는 「국제법우선의 원칙」이었다. 뿐만 아니라 국제중재법정 및 국제청구법정에서 내린 다수의 판결도 이 원칙을 확인한 것이다. [23]

이와같은 원칙은 G. schwarzenberger에 의하여 더욱 명백히 밝혀지고 있다.

그에 의하면 상설국제사법법원 또는 국제사법법원에 의하여 이루어진 원칙들을 다음의 여섯

21) 이한기, ibid. p.122
22) 이한기, ibid. p.123
23) 이한기ibid. p.124

가지로 요약된다.

(1) A State is estopped from pleading before the Court that the non-fulfilment of its international obligations or the violation of an international treaty is due to its constitution, or to acts or omissions on the part of its legislative, judicial and administrative organs or any self-governing body under its control.

(2) Municipal law cannot prevail either over the obligations of a State under international customary law, including the minimum standards of international law, or over its obligations under international treaty law.

(3) A State which has cotracted international obligations is bound to make in its nunicipal law such alternations as may be necessary to ensure the fulfilment of its international obligations.

(4) A violation of international law does not cease to be so because a State apdlies the same measures to its own subjects.

(5) The evasive form of a measure under municipal law is irrelevant if, in fact, it amounts to a violation or non-fulfilment of an international obligation.

(6) A measure of a municipal character which endangers treaty rights of other States is a violation of an international obligation. [24]

2. 각국의 실제

국제법과 국내법과의 관계에 관한 각국의 실제를 보면 대체로 다음과 같은 경향을 발견할 수 있다. 첫째로, 국내법은 국제법과 저촉할지라도 유효하게 존속한다. 국내법률관계에 있어서 국내법정이 적용하는 것은 국내법이다. 그러므로 이 경우에 「국내법은 국제법을 폐한다」(The law of the land cancels international law)라고 할 수 있다. 둘째로, 대다수의 국가가 국제법과 국내법과의 저촉을 회피하기 위하여 국제법을 국내법으로 수용(reception), 편입(incorporation), 또는 채용(adoption)함으로써 국제의무와 국내법제도와의 조화를 기하고 있는 것이다[25]

그런데 이러한 경향을 이론적으로 고찰하여 보면 국제법과 국내법의 효력의 우열관계는 상당히 복잡한문제를 내포하고 있거니와, 그 중요한 가능태(可能態)로서는 다음 7개형태를 들 수 있다.

① 일반적인 국제법규의 일체의 국내법규에 대한 우월

24) G. Schwarzenberger, International Law, Vol. I p.69

25) 이한기, ibid. p.125

② 일반적인 국제법규의 헌법의 원칙규정과의 동위, 헌법의 통상규정 및 다른 일체의 국내법규에 대한 우월

③ 일반적 국제법규의 일반헌법과의 동위, 기타의 국내법규에 대한 우위

④ 일반적 국제법규의 헌법의 원칙규정에 대한 하위, 헌법의 통상규정 및 기타 모든 국내법규에 대한 우위

⑤ 일반적 국제법규의 헌법의 원칙규정에 대한 하위, 헌법의 통상규정과의 동위, 다른 일체의 국내법규에의 우위

⑥ 일반적 국제법규의 헌법일반에의 하위, 기타 일체의 국내법규에의 우위

⑦ 일반적 국제법규의 헌법일반에의 하위, 법률과 동위, 기타 일체 국내법규에의 우위.[26]

이러한 가능태에 각국의 국제법과 국내법에 관한 헌법규정이 점하는 위치를 살펴 볼 수 있거니와 그것을 일일이 구체적으로 천착하는 것은 생략한다.[27]

아무튼 헌법중에서 관습국제법 혹은 조약에 대하여서 법률에 우선하는 효력을 인정하여 국제법위반의 국내법이 제정되는 가능성을 헌법자신이 저지하고자 하는 것이 최근의 헌법에 있어서의 일반적 경향이어서 B. Mirkine-Guetzévitch의 소위 공법의 일원화(unité du droit public) 경향이 있는 것이다. 다시 말해서 위의 가능태중 ⑦로부터 ①로 향하는 경향이 있다고 보아진다.

3. 대한민국헌법 제5조 1항

대한민국헌법은 제5조1항에서 『이 헌법에 의하여 체결 공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다』고 규정함으로써 국내법과 우리나라의 국내법이 어떠한 관계에 있다는 것을 밝히고, 아울러 우리나라가 국제법을 존중하고 국제평화의 유지에 적극 협력하겠다는 취지에서 규정된 것이다.[28]

구법하에서 비준이란 용어대신 체결이란 용어를 사용한 것은 조약중에는 비준을 요하지 않은 것이 있기 때문에 이들을 모두 포함하기 위한 것이다.[29]

위의 규정에 의하여 조약과 관습국제법규는 대한민국의 국내법으로서 일반적수용이 되었다고 볼 수 있거니와 이미 언급된 7개의 가능태중에서 ⑤내지 ⑦의 가능태중의 하나가 우리 헌법의 취지에 합치하는 해석이라고 하겠다. 다음에는 우리 헌법의 국제법조항을 해석해 보기로 한다

26) 김철수, 헌법질서론, p.280

27) 현행각국헌법전 (법제자료 제1집);현행각국헌법전 (법제자료 제3집): 등 국학원, 세계각국헌법집, 참조

28) 장기봉, ibid. p.41

29) 박일경, 신헌법해의p.245

a) 조약의 개념. 조약이란 국가간에 법률상의 권리의무를 창설·변경·소멸하는 2국 또는 그 이상의 국가에 있어서의 약속이라고 위선 말할 수 있을 것이다. 국제간에 있어서 문서에 의한 약속에는 조약·협약·협정·선언·의정서·교환공문등 각종의 형식이 있지만, 법률상의 효력에는 하등의 차이가 없다. 그런데 본 규정에서 말하는 체결·공포된 조약은 그 명칭의 여하를 불문하고 국제적 합의(약속)이면 다 조약이라고 할 수 있으되, 다만 한국이 체결, 공포한 국제조약에 국한된다.

b) 조약의 체결, 공포, 국가의 조약체결권은 원칙으로 국가의 원수가 이를 행하든가 그가 임명하는 대표자에 의하여 행하여진다. 우리 헌법에 있어서도 대통령이 국가의 원수로서 조약체결권을 가진다. 조약에는 국회의 비준을 요하지 않고 체결로써만 효력이 발생하는 것도 있고 그렇지 않은 것도 있다. 헌법 제56조1항은 「국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약 국제조직에 관한 조약, 통상조약, 어업조약, 강화조약, 국가나 국민에게 재정적 부담을 지우는 조약, 외국군대의 지위에 관한 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결, 비준에 대한 동의권을 가진다」고 규정하고 있다. 따라서 제5조1항에서의 「체결공포된 조약」이 제56조1항의 어느 조약에 해당할 경우에는 한국대통령은 그의 비준에 있어서 사전에 국회의 동의를 얻어야 한다.

따라서 상기한 조약에 대한 국회의 동의는 그 비준의 전제조건이라고 해석하여야만 할 것이다. 그런데 국회의 동의라는 비준의 전제조건은 국내법상의 제한이고, 국제법상으로는 국회의 동의없이라도 비준만 되면 조약은 국제법적인인 효력을 가지게 된다고 보는 것이 통설이다. 이것이 절차상의 위헌조약의 문제이다.

c) 일반적으로 승인된 국제법규, 일반적으로 승인된 국제법규란 말은 1919년의 Weimar헌법 제4조에서 사용된 말 (die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts)로서 서독기본법 제25조에서는 국제법의 일반법규(die allgemeine Regeln des Völkerrechts)라고 용어를 바꾸고 있다. 이것은 승인이라는 용어가 국가에 의한 승인행위를 수반해야 한다는 오해를 풀기 위하여서였다. 어쨌든 이 국제법규는 국제법공동체의 대다수국가가, 또는 강대국가가 구속적이라고 인정하는 객관적체질서이며, 모든 국가에 의하여 승인될 것을 필요로 하지 않는다.

이러한 국제법의 일반원칙으로서는 국제법적인 제정법인 조약법(Vertragsrecht)과 관습법(Gewohnheitsrecht)를 포함하는 일반적으로 인정되고 있는 국제법규를 말한다. 이러한 조약법으로서는 UN헌장의 일부, 1878년의 세계우편연맹규정등이 있으며, 또 전쟁법의 일반근본원칙 대사나 공사등의 법적지위에 관한 제원칙, 민족자결원칙, Pacta sunt servanda의 원칙등이 있다. 그러나 1948년의 국제연합의 인권선언이나 Potsdam선언이나 국제사법 법원규정 제38조1항의 문명국가에 의하여서 승인된 법의 일반원칙은 이에 포함되지 않는다[30].

30) 김철수, ibid. p.280

d) 「국내법과 동일한 효력을 가진다」

우리 헌법은 국제법의 국내적효력에 관해서 「국내법과 동일한 효력을 가진다」고만 규정하고 있을뿐, 국내법적질서 가운데 어느 계층의 국내법과 동일한 효력을 가지는 것인지 그것에 대해서는 아무런 규정도 두지 않았다. 이에 대하여 우리나라 통설은 「법률」과 동일한 효력을 가지는 것으로 이해하고 있다(헌법우선설). 그러나, 헌법의 전문에서 시현된 바 국제평화주의와 국제민주주의에 입각하여 가능한 한 국제법을 충실히 준수하고 아울러 국제법과 국내법간의 모순을 자발적으로 방지하려고 기도된 것이 헌법 제5조의 규정이라고 볼 수 있으므로, 「국내법과 동일한 효력을 가진다」고 하는 그 「국내법」속에는 헌법과 법률등이 총칭적으로 포함되고 있는 것으로 해석함이 옳을 것이다. 그렇다면 체결]공포된 국제조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 결국 헌법과 동순위의 효력관계에 있게 되고 (헌법. 조약동위설) 따라서 또한 법률보다는 우선하는 효력관계에 있게 된다[31].

Ⅳ 맺 는 말

위에서 국제법과 국내법에 관한 관계를 역사적, 이론적 그리고 실제적인 면에서 고찰하였거니와 결론적으로 이론면에서는 일원론중 국제법상위설을 택하게 되었으며 실제적인 면에서 우리나라 헌법의 국제적질서는 헌법. 조약동위설을 취하였다.

헌법에서 국제법의 헌법과의 동순위의 효력관계를 인정한다고는 하지만 사실상 국제법이 헌법과 내용적으로 저촉하는 일은 거의 발생하지 않을 것이다. 만약에 헌법과 저촉하는 조약이 있다고 할 경우에는, 그러한 조약은 헌법에 대한 후법인 경우는 소위 「후법우선」의 원칙에 의하여 헌법에 대해서 우선하며, 그리하여 헌법과 모순하는 한도내에서 실질적으로 헌법의 규정을 변경하는 것으로 해석하여야 할 것이다. 물론 그러한 경우는 소위 헌법의 개정은 아니기 때문에 위의 조약이 수정 또는 폐기되면 당해 헌법규정은 당연히 효력을 회복하게 될 것이다 헌법을 변경하는 정도의 내용의 조약을 체결함에는 헌법개정에 준하는 절차가 입법정책적으로 요망되기는 하지만, 그러나 그것의 여부가 상술한 바와 같은 결론을 좌우하는 것은 아니다. 또 반대로 조약이후에 이루어진 헌법개정으로 말미암아 개정된 헌법규정과 그 이전의 조약의 내용이 서로 저촉할 때에는 그 조약은 개정된 헌법규정의 한도내에서 국내적 효력에 관하여 그 효력이 제한됨은 물론이다[32]

G. Dahm이 적절히 표현한 바와 같이 국제법과 국내법의 관계는 변화관계(Wechselverhält-

31) 최재훈, 김순영, 안용교, ibid. p.63

32) 최재훈, 김순영, 안용교, ibid. p.63

nis)이다. 이러한 변화관계를 국제평화지향적으로 관계구성하려는데 평화의 기술학인 국제법의 역할이 기대되는 것이다. 한편으로는 국가기관들의 협력하에 국제법적 의지형성이 실현되면 될수록 그만큼 국내법은, 국내법권안에 국제법적 규범이 유효하게 만드는 방향으로 기울게 될 것이다. (Je mehr sich die völherrechtliche Willensbildung unter der Mitwirkung nationaler Organe vollzieht, desto mehr wird das nationale Recht seinerseits dazu neigen, völkerrechtliche Normen auch im inländischen Rechtskreis gelten zu lassen.)[33]

국제법과 국내법과의 관계에 있어서 이론적으로나 실제적으로 국제평화를 지향하는 입장에서의 approach를 택하여야 한다고 생각된다. 그러나 G, Dahm의 이른바 생활현실성 (Lebenswirklichkeit)를 무시한 이론적 또는 실제적 approach는 그림위의 떡과 같은 것이 될 것이다.

그러므로 생활현실성에 토대를 두면서 평화지향적으로 나아가는 approach를 취하지 않으면 안될 것이다. 여기에는 특히 입법부의 역할이 기대되는 것이다[34].

(72년 7월 稿)

33) G. Dahm, ibid. p. 68

34) G. Dahm, ibid. p. 69

Summary

On the Relation between International Law and Municipal Law.

by

Hann Chang Young

I am of opinion that until now the relation between Iternational Law and Municipal Law have been dealt wih mainly in the viewpoint of theory and practice, so that in my essay I make an effort to deal with the relation of International Law and municipal Law in the viewpoint of historical process of its development.

In so doing, I try to find out the historical orbit of peace pursuit in the developm-ent of the theory on the relation between International Law and municipal Law. With this result, I make an overture to contribute to the peace of the world by rule of law in the international society as well as in the domestic society.

As G. Dahm has aptly said, the relation between International Law and municipal Law is the relation of change. It is to be expected that the role of International Law, as art of peace, should construct on the basis of the relation of change the frame directing international peace.

The more the formation of will of International Law realizes under the cooperation of organizations of many States, the more International Law has the tendency to make the rules of International Law effective within the domain of municipal Law.

In dealing with the relation between International Law and Municipal Law, I think that the approach to seek for the international peace should be adopted either in theory or in practice. But the approach in disregard of the reality of life (Lebe-nswirklichkeit), as G .Dahm put it, is not desirable.

In short, the role of legislation of many States is, in particular, expected.