

美國憲法上 條約締結節次에 관한 諸問題

—上院의 同意權을 中心으로—

梁

建*

- | | |
|---|---------------------------------|
| I. 序 言 | 5. 條約과 行政協定사이의 選擇基準 |
| II. 美國憲法上 條約締結節次의 特徵 | 6. 行政協定에 대한 議會의 統制
立法 및 그 試圖 |
| III. 上院의 同意를 要하는 條約의 範圍
—이른바 行政協定의 문제— | IV. 上院의 留保附 同意 |
| 1. 行政協定의 概念・分類・問題點 | 1. 留保附 同意의 意義・法的性質 |
| 2. 條約에 基한 行政協定 | 2. 留保附 同意의 憲法上 根據 |
| 3. 議會의 同意에 基한 行政協定 | 3. 條約의 國內的 效力에 關한 留保 |
| 4. 大統領의 獨自의 權限에 基한
行政協定 | V. 結 語 |

I. 序 言

條約의 締結節次는 各國의 國內法(대개는 憲法)規定에 따라 相異하다. 國際法上條約이 有效하게 成立하기 위하여는 條約을 締結하려는 當事國사이의 合意가 成立되는 것이 필요한데, 이러한 合意가 成立하기 위해서는 各 當事國에서 條約締結의 意思가 有效하게 成立하지 않으면 안된다. 즉 國際法上 條約이 成立하기 위하여는 各 當事國에서 國內法(憲法)上 條約締結의 意思가 有效하게 成立하는 것이 필요하다. 다만 各國의 憲法上의 條約締結要件이 충족되었다는 것만으로 國際法上 條約이 成立되는 것은 아니지만, 그것 없이는 條約이 國際法上 成立할 수 없으므로 充分條件은 아니나 必要條件은 된다¹⁾. 그런데 國際法은 各國의 憲法上 條約締結

* 法經大學, 法學科助教授(서울)

1) 이것은 근래의 通說의인 입장에 따른 것이다. 憲法上 條約締結에 關한 節次的 要件을 違反한 경우 그 條約의 國內法上 效力이 인정되지 않는 것은 당연하지만, 그 條約의 國際法上 成立에 어떠한 영향을 미치는가, 즉 이른바 節次的 違憲條約의 國際法的 效力에 關하여는 國際法上 確立된 原則이 있다고 말하기는 힘들다. 종래 學說로서는 節次的 違憲條約은 國際法上 無效라는 說(憲法規定이 國際法的으로도 의미를 갖는다는 의미에서 獨逸에서는 Relevanztheorie라고 부른다.)과 有效라는 說(Irrelevanztheorie)이 대립하여 왔는데, 근래에는 그 節次的 要件의 違反이 明白한 경우에 한하여 無效라는 說(Evidenztheorie)이 有力하다. 이에 關하여 상세한 것은 G. Reichel, Die auswärtige Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 66-72; K. Holloway, Modern Trends in Treaty Law, 1967, pp 119-150참조.

1969년에 채택된 「條約法에 關한 비엔나協約」(Vienna Convention on the Law of Treaties)도 위의 이른바 明白說을 반영하여 그 제46조에서 다음과 같이 규정하고 있다. “①어떠한 國家도 條約에 의해 拘束되는 것에 대한 自國의 同意가 條約締結의 權限에 關한 國內法의 規定에 違反하여 表明되었다는 사실을, 그 國內法에 대한 違反이 명백하고 또한 基本的인 重要性을 갖는 國內法의 規定에 關한 것이 아닌 한, 그 同意를 無效로 하는 것으로서 援用할 수 없다. ②違反이 明白하다는 것은, 그 문제에 關하여 通常의 慣行에 따라서 그리고 誠實하게 행동하는 모든 國家에 대하여, 그 違反이 客觀的으로 明白한 경우를 말한다”.

要件이 충족되어야 한다는 것은 요구하지만 그要件이 구체적으로 어떠한 내용을 가져야 하는가에 관해서는 관여하지 않는다. 그것은 各國의 國內法에 맡겨져 있다²⁾. 그리고 이 國內法上的의 條約締結節次에 있어서 특히 문제로 되는 것은 條約締結에 대한 議會의 同意權이다.

美國憲法上的의 條約締結節次에 관한 문제를 고찰해보는 실제적 必要性은 위와 같은 일반적 논의의 전제로 다음의 두가지 관점에서 찾을 수 있을 것 같다. 우선 우리憲法の 條約締結節次에 관한 규정과 관련하여 그 解釋論 및 立法論을 위하여 參考가 될 것이다. 우리憲法은 제 50조에서 “大統領은 條約을 締結·批准”한다고 규정하고, 제95조 1항에서 “國會는 相互援助 또는 安全保障에 관한 條約, 國際組織에 관한 條約, 通商條約, 漁業條約, 講和條約, 國家나 國民에게 財政的 負擔을 지우는條約, 外國軍隊의 地位에 관한 條約 또는 立法事項에 관한 條約의 締結·批准에 대한 同意權을 가진다.”고 규정하고 있는데, 이 중 國會의 同意權에 관해 규정한 제95조 ①항에 관하여는 여러 문제가 있다. 특히 國會의 同意를 필요로 하는 條約의 範圍에 관련하여 「通商條約」, 「國家나 國民에게 財政的 負擔을 지우는 條約」, 「立法事項에 관한 條約」등의 범위를 구체적으로 어디까지 인정할 것인가하는 解釋上的의 문제와, 모든 「國際組織에 관한 條約」, 「漁業條約」등에 관하여 일일이 國會의 同意를 요하도록 하는 것이 立法論上 妥當한가 하는 문제, 그리고 國會의 同意는 事前同意에 한정되는가 아니면 事後同意도 인정될 것인가 하는 문제, 國會는 一括的인 同意 또는 否決만 할 수 있는가 아니면 留保를 붙이거나 또는 修正하여 同意할 수 있는가 하는 문제들이 있다. 이들 문제에 관하여 현실적으로 政治的 主要性을 띠고 문제화된 것은 없었던 것 같지만, 적어도 行政府의 實務上으로는 자주 문제가 되는 것으로 알려져 있으며 그럼에도 불구하고 적어도 내부적으로나마 文書化된 일정한 基準이 없이 case by case base로 처리되어오고 있는 것으로 알려져 있다. 이러한 문제들에 관하여 外國憲法の 理論과 實際를 참조하는 것은 중요하며, 특히 美國의 경우 國際政治의 主役으로서의 위치때문에 이 分野의 法發展역시 다른 나라들에 비하여 앞서고 있다고 할 수 있으므로 한층 의의가 있다고 생각된다.

둘째로 美國은 현재뿐 아니라 장래에 있어서 우리의 條約締結 相對國으로서 주요한 위치에 있을 것이므로 이런 관점에서 美國의 憲法上 條約締結節次를 살펴보는 것은 의의있는 일이다. 條約締結의 相對國의 國內의 節次를 알아야 할 法的 義務가 있느냐, 몰랐던 경우에 國際法的으로 피해를 감수해야 될 경우가 있는가에 관해서는 앞서 脚註1) 및 그 本文에서 언급한 것처럼 논의의 여지가 있지만³⁾ 그런 관점을 떠나서도 실제적인 필요성이 있음은 물론이다.

2) Hendry, *Treaties and Federal Constitutions*, 1955, p. 148.

3) 이와 관련하여 McNair는 條約締結의 節次에 관한 國內法規定중에서 周知性(notoriety) 있는 규정의 違反이 있는 경우에만 無效가 된다고 하여 이른바 明白說에 유사한 입장을 취하면서 예컨대 美國憲法 제2조 2절의 “大統領은 上院의 助言과 同意를 얻어 條約을 締結하는 權限을 갖는다.”는 규정을 그러한 周知性이 있는 대표적 예로 들고 있다. McNair, *The Law of Treaties*, 1961(2nd ed.), p. 63. 그러나 本稿에서 보는 것처럼 上院의 同意를 요하는 條約의 範圍등에 관하여 아직도 명확하지 않은점이 많고 결코 그 구체적인 세부의 문제가 「周知性」이 있다고 볼 수는 없음을 이미 여러 論者에 의해 지적되었다. 예컨대 K. Holloway, o.p. cit., p. 211참조.

II. 美國憲法上 條約締結節次の 特徵

美國憲法에서 條約締結節次に 관하여 규정하고 있는 부분은 다음의 두 條項이다.

제 2 조 2절 : “[2] 大統領은 上院의 助言과 同意를 얻어 條約을 체결하는 權限을 가지며 다만 이 경우에 上院의 出席議員 3分の 2의 찬성이 필요하다.”

제 1 조 10절 : “[3] 各州는 聯邦議會의 同意를 얻지 않고서는 …他州 또는 外國과 協定 또는 協約(Agreement or Compact)을 체결할 수 없으며……”

위의 두 條項중에서 특히 문제가 되는 것은 제 2 조 2절의 규정이다. 이 규정은 우선 文面上으로도 다른 外國의 憲法の 例에서 흔히 볼 수 없는 몇가지 特徵을 가지고 있다.

첫째, 條約締結에 대해 議會(Congress)의 同意를 요하도록 규정되어 있는 것이 아니라 上院의 同意를 필요로 한다고 규정함으로써 下院의 參與를 排除하고 있다는 점이다. 다른 外國 憲法の 例를 보면 兩院制國家에서는 兩院의 同意를 얻도록 하는 것이 通例이며 이 경우 兩院의 權限에 差等을 두는 경우에도 下院의 優越性을 인정하는 것이 보통이다⁴⁾. 이같은 美國憲法上的 特異點은 憲法制定당시의 歷史的 特殊性에서 그 이유를 찾을 수 있다. 憲法制定以前의 聯合規約(the Articles of Confederation)下에서는 議會가 條約의 協商代表를 임명하고 지시를 내렸으며 그 協商결과에 대해 承認 또는 拒否를 하였는데, 체결된 條約은 各州에 의하여 제대로 준수되지 않았으며 큰 혼란을 야기하였다⁵⁾. 憲法制定會議에서는 條約문제가 가장 큰 관심사의 하나였는데 그 핵심은 條約의 國內法的 效力, 특히 州法에 대한 優越性의 문제에 있었으며 반면 條約締結의 節次の 문제는 별로 관심을 끌지 못하였다. 애당초의 提案에 의하면 上院에 대해 條約締結權(단순히 大統領의 條約締結에 대한 同意權이 아니라)을 부여하였으나 다른 문제에 대한 妥協의 결과로 현재와 같이 大統領에게 條約締結權을 부여하되 上院에게 助言과 同意의 權限을 부여하도록 변경되었다⁶⁾. 上院만이 아니라 下院의 同意도 요하도록 하는 제안도 있었으나 下院議員은 任期가 짧고 그 構成員의 變動이 심하여 外交問題의 전문가로 발전하기 힘들며 또 그 構成員의 數가 많아 신속한 처리와 機密性의 보장이 어렵다는 이유로 채택되지 못하였다⁷⁾. 上院만의 同意를 요하도록 한 것은 또한 州代表로서의 성격을 갖는 上

4) 예컨대 日本憲法の 경우를 보면 條約案에 관하여 參議院에서 衆議院과 다른 議決을 한 경우에 兩院協議會에서도 意見의 一致가 없을 때, 또는 參議院이 衆議院에서 可決한 條約案을 受取한 후 30日以内に 議決하지 않는 때에는 衆議院의 議決을 國會의 議決로 본다고 규정하고 있다. 同憲法 제61조 및 제60조 참조. 다만 中南美 諸國의 憲法 중에는 美國憲法을 모방하여 上院만에 同意權을 준 憲法도 있다. 예컨대 Mexico憲法 제76조.

5) L. Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, 1972, p. 129.

6) M. Farrand, *The Framing of the Constitution of the United States*, 1913, p. 171, quoted in L. Henkin, op. cit., p. 373.

7) *The Federalist*, B.F. Wright ed., 1961, No. 64(Jay), No. 75(Hamilton)참조.

院으로 하여금 各州의 利益을 보호하게 한다는 의도를 반영한 것이다⁸⁾.

둘째의 特徵은 上院의 同意에 出席議員의 3分の 2의 찬성이라는 特別議決定足數를 규정하였다는 점이다. 이것은 條約의 체결을 가능한 한 어렵게 만들려는 것으로서 憲法制定 당시의 孤立主義의 경향을 반영한 것이다⁹⁾. 이것은 후에 美國이 孤立主義를 탈피하고 條約締結의 필요성이 증대하게 되자 큰 장애로 되었으며 특히 行政府로부터 불평과 비판의 대상이 되었다. 특히 否決된 條約 가운데 많은 경우는 단순한 黨派政治의 動機에서 비롯된 것이었다. 그리하여 國務長官이었던 John Hay 같은 사람은 “上院으로 가는 條約案은 마치 鬪牛場에 들어가는 황소같다. …한가지 확실한 것은 그것이 살아서 나오지는 못할 것이라는 점이다”¹⁰⁾라고 묘사하였는데, 이것은 제 1차 세계대전이 종료한 후 Wilson大統領의 주도아래 國際聯盟의 창설을 규정하였던 베르사이유條約이 결국 美國 上院에서 同意를 얻지 못했던 사건을 통하여 劇적으로 입증되었다. 그후 그같은 엄격한 同意의 要件을 완화하기 위한 여러 제안이 있었으나 성공하지는 못하였으며¹¹⁾, 다만 이것은 결과적으로 後述하는 바와 같이 行政協定이라는 회피수단의 濫用을 낳았다.

近來에는 國際協力の 필요성의 증대, 行政權의 強化, 行政府와 議會사이의 調整手段의 개선등으로 인하여 上院에서 否決되는 條約은 거의 없다¹²⁾. 그러나 條約의 政治的 性格의 輕重을 고려할 때에는 단순히 숫자만으로 평면적으로 생각할 수 없으며 예컨대 베르사이유條約의 否決은 다른 사소한 내용의 條約 수집件에 대한 同意와 상쇄될 수는 없는 것이다. 또한 上院은 條約을 확정적으로 否決시킴으로써 받게 될 비난을 회피하기 위하여 脚註 (12)의 통계에서도 보는 것처럼 때때로 條約의 審議를 보류하고 사실상 死藏시키는 경우가 있으며 최근의 例로는 1949년에 그 加入案이 上院에 제출되어 아직 계류중인 集團殺害禁止條約(the

8) L. Henkin, op. cit., p. 374. 그러나 條約에 관하여 下院의 權限이 전혀 배제되는 것은 아니다. 條約의 國內的 實施를 위하여 法律의 制定이나 豫算의 議決이 필요한 경우에는 下院의 權限이 작용하게 된다. 또 條約은 聯邦法律과 同位의 效力을 가지므로 (美國憲法 제 6조) 既存의 條約과 모순되는 新法律이 제정되면 既存 條約의 效力을 잃게 된다.

9) 예컨대 Jefferson은 “條約문제에 관한 우리의 制度는 가능한 限 外國과 條約을 체결하지 않는데에 있다.”고 말하였으며, 憲法制定會議당시 美國이 체결하고 있던 條約은 6개에 불과하였다. 3分の 2의 議決定足數에 관해서는 憲法制定會議에서도 論難이 있었으며 單純多數決로 하자는 제안은 1票의 차이로 부결되었다. 3分の 2의 定足數는 聯合規約下에서 13州代表로 구성되는 議會에서 9州의 찬성을 요구한것과 대체로 일치한다고 볼 수 있다. ibid.

10) J. Hay, Letters of John Hay and Extracts from Diary III, 1908, p. 156, quoted in ibid. p. 377.

11) 1928년까지에 있어서 上院의 過半數를 얻었으나 3分の 2에 미달하여 부결된 條約은 7件뿐이라는 지적도 있다. 改正案중에는 3分の 2의 要件을 삭제하고 下院에도 上院과 동등한 同意權을 부여하자는 것이 많았다.

上院의 議事規則중에는 3分の 1에 한명이 더 많은 少數議員으로 하여금 條約案의 特定條項을 삭제할 수 있도록 하는 규정이 있었으며, 베르사이유條約의 심의에 있어서 反對派는 單純多數決로 修正案의 채택을 가능케 하는 새로운 規則을 이용하여 大統領이 받아들일 수 없는 數多한 修正을 가하였는데 이러한 것은 결국 條約의 最終案이 3分の 2의 찬성을 얻지 못하도록 하는 요인으로 작용하였다. L. Henkin, op. cit., pp. 377-78.

12) 1789년부터 1967년까지 上院에서의 條約審議의 결과에 대한 圖表를 통한 분석에 관하여는 62 American Journal of International Law 162-63(1968)참조. 1945년부터 1971년까지의 통계를 보면, 上院에 제출된 총 382件의 條約중 修正없이 承認된 것이 282件, 修正된 것이 49件, 否決된 것은 없으며, 上院이 심의를 보류하고 아무런 최종적인 조치를 취하지 않은 것이 20件, 行政府로부터 撤回된 것이 31件으로 나타나 있다. E.S. Corwin's The Constitution and what it means today (Rev. by H.W. Chase and C.R. Ducat), 1973(13th ed.), p. 131.

Genocide Theaty)을 들 수 있다. 이와같이 3分の 2의 要件은 큰 장벽이 되어왔는데 이것은 한편 行政府에 대하여 條約締結에 대한 再考의 機會를 주어, 上院에서의 同意의 可能性이 희박하다고 생각될 때 大統領은 이미 相對國과 協議가 끝난 條約案을 上院에 회부하지 않기도 하고 일단 회부된 것을 撤回하기도 하였으며 또는 行政府의 執權에 변동이 있을 때에는 前行政府가 제출한 條約에 대해 上院에 이를 同意해달라는 壓力을 넣지 않기도 하였다.

셋째의 特徵은 上院의 同意뿐만 아니라 「助言」(advice)도 얻어야 한다고 규정되어 있는 점이다. 이것은 條約締結權에 대한 憲法制定者들의 특수한 관념에서 비롯되었다. 그들은 條約締結權을 본질적으로 行政權에 속하는 것도 立法權에 속하는 것도 아닌 「大統領 및 上院」(the President and Senate)이라고 하는 第四府의 權力으로 파악하였으며¹³⁾, 上院의 역할은 단순히 同意權의 行使를 통한 견제에 있다고 본 것이 아니라 條約의 交渉단계에서부터 締結이 완료할 때까지의 全過程에 있어서 大統領에게 助言을 주는 協議機關으로 보고 條約의 締結을 大統領과 上院이라는 混合된 權力의 協同行爲로 이해하였던 것이다¹⁴⁾. 初代 와싱턴 大統領은 이러한 관념에 따라 憲法의 明文대로 條約의 交渉단계에서부터 上院의 助言을 구하려고 시도하였다. 그러나 이러한 시도는 단 한번으로 끝나고 말았으며¹⁵⁾ 以後의 역대 大統領들은 누구도 上院의 助言을 公式적으로 요청하지는 않게 되었다. 이것은 근본적으로 그러한 절차가 번잡스럽고 비능률적이고 별로 효과가 없었기 때문이었다. 또한 上院으로서도 大統領과의 協動보다는 獨自의인 權限의 행사를 고집하여 助言보다는 同意權의 행사에 집착하였다. 그리하여 본래 大統領과 上院의 協同行爲로 이루어지는 하나의 權力으로 파악되었던 條約締結權은 對立된 두 개의 權限으로 分裂되었다¹⁶⁾.

그 결과로 上院은 1816년에 「外交委員會」(the Committee on Foreign Relations)라는 常任委員會를 설치하였는데, 以後 거의 모든 大統領들은 이 기구를 통하여 同委員會의 委員長과 委員들에 접촉함으로써 上院의 意見을 예측하고 條約이 否決되는 사태를 방지하기 위해 노력하였다¹⁷⁾. 근래에는 條約의 交渉의 代表者로 上院議員을 임명하는 일이 많은데¹⁸⁾ 이것 또한 上院과의 융화책의 하나임은 물론이다. 또한 上院이 적극적으로 特定한 條約의 체결을 大統領에게 촉구한 경우도 있는데, 예컨대 1948年 上院은 이른바 Vandenberg Resolution에서 「上院의 意見」(the sense of the Senate)이라는 法的 拘束力이 없는 決議의 형식으로 北大西洋條約

13) The Federalist, op. cit., No. 75 (Hamilton)참조.

14) L. Henkin, op. cit., p. 131 및 E.S. Corwin's The Constitution, op. cit., p. 129참조.

15) 그 상세한 에피소드에 관하여는 E.S. Corwin, The President: Office and Powers 1787-1957, 1957 (4th rev. ed.), pp. 209-10참조.

16) L. Henkin, op. cit., p. 131, pp. 374-76, 및 E.S. Corwin's The Constitution, op. cit., p. 129참조.

17) E.S. Corwin, ibid.

18) 이것이 美國憲法의 議員兼職禁止條項(제 1조 6절의 [2])에 違反하지 않는가 하는 논의가 있었으며 한때 포기된 적도 있으나 베르사이유條約事件 이후 부활되어 오늘날에는 통상적인 慣行으로 되었으며 더 이상 논란되지 않고 있다. L. Henkin, op. cit., pp. 131-32.

(NATO)의 체결을 권고한 바 있다¹⁹⁾.

Ⅲ. 上院의 同意를要하는 條約의 範圍

—이른바 行政協定の 문제—

1. 行政協定の 概念·分類·問題點

文面上으로만 보면 美國憲法은 모든 條約에 대해 上院의 同意를 요하는 것처럼 보인다. (제 2조 2절 [2]참조) 그러나 주지하는대로 美國의 行政府는 이른바 行政協定(executive agreements)이라는 명목으로 上院의 同意를 거치지 않고 수많은 條約을 外國과 체결하였다. (國際法上 Treaty라 함은 그 명칭의 여하에 불구하고 原則的으로 國家間의 文書에 의한 合意를 총칭하는 용어이며 따라서 行政協定도 國際法上 條約임은 물론이다). 이러한 行政協定을 인정하는 憲法上 明文은 존재하지 않는다. 다만 제 1조 10절 [3]에서 各州는 聯邦議會의 同意를 얻어 他州 또는 外國과 「協定 또는 協約」(Agreement or Compact)을 체결할 수 있다고 규정한 것에 비추어 적어도 제 2조 2절 [2]에서의 「條約」과 구별되는 개념으로서의 일정한 國家間의 合意의 형태를 인정했음이 암시되어 있다고 말할 수도 있겠으나²⁰⁾, 兩者의 區別에 관한 言及이 없을 뿐만 아니라 聯邦의 權根에 관한 규정에는 「協定」이라는 용어를 찾아볼 수 없다.

여기에서 우선 문제되는 것은 行政協定の 憲法上 根據가 무엇이나 하는 것이며, 그 根據가 있다고 하더라도 上院의 同意를 요하는 「條約」의 형식을 취하는 것과의 실질적인 區別基準은 무엇인가 하는 문제, 그리고 行政協定은 國內法上 어떠한 지위의 效力을 갖는가 하는 점등이 문제된다. (마지막 문제는 締結節次上的 문제가 아니라 일단 締結된 이후의 문제이므로 本稿의 대상에서 제외하기로 한다.)

흔히 一括하여 行政協定이라고 총칭하지만 그 체결의 法的 根據에 기준하여 몇가지로 區分해볼 필요가 있다. 美國 國務省이 行政協定の 문제에 관한 그 내부적 방침으로서 1955년에 공표한 이른바 Circular No. 175에 의하면 다음과 같이 규정하고 있다.

“3. 行政協定締結權의 範圍

……行政協定の 형식은 다음의 카테고리의 하나 또는 그 이상에 해당되는 協定에 대해서만 사용되어야 한다.

- a. 既存의 立法이나 條約에 基하여 체결되는 協定
- b. 議會의 承認 또는 施行立法이 있을 것을 조건으로 체결되는 協定
- c. 大統領의 憲法上 權限에 근거하여 체결되는 協定”²¹⁾.

19) Whiteman, Digest of International Law 5, 1961, p. 1081.

20) L. Henkin, op. cit., p. 129.

21) N.E. Leech, C.T. Oliver and J.M. Sweeney, The International Legal System, 1973, p. 1011에 수록.

위의 國務省 Circular No. 175는 1969년의 改正을 거쳐 1974년에 다시 改正되었는데, 上記 引用부분에 관련된 부분은 다음과 같이 변경되었다.

“721. 2. 憲法上 諸要件

.....

b. 條約以外の 國際協定

美國에 대한 그 効力發生이 上院의 助言과 同意 以外の 憲法的 根據에 의거하는 國際協定 (international agreements)은 「條約以外の 國際協定」(international agreements other than treaties)이다. (「行政協定」(executive agreements)이라는 용어는 오직 大統領의 憲法上 權限만에 基하여 체결되는 協定에 국한시키는 것이 적절하다) 條約以外の 國際協定の 憲法的 土臺에는 다음과 같이 세가지가 있다. 國際協定은 이들 憲法的 土臺중의 하나 또는 그 이상에 基하여 체결될 수 있다.

(1) 條約에 基한 協定

上院의 助言과 同意를 얻어 이미 發效하고 있는 條約중의 규정에서, 行政府에 의한 協定에 대해 議會의 事後措置없이도 그 根據를 부여하고 있는 경우에 大統領은 그 條約에 基하여 國際協定을 체결할 수 있다.

(2) 立法에 基한 協定

大統領은 既存의 法律에 基하여, 또는 議會에 의해 제정될 立法을 조건으로 國際協定을 체결할 수 있다.

(3) 大統領의 憲法上 權限에 基한 協定

議會가 제정한 立法과 저촉하지 않는 限, 大統領은 그 憲法的 權限內의 어떠한 문제에 대하여도 國際協定을 체결할 수 있다. ...”²²⁾

위에서 알 수 있는 것처럼 애초의 Circular No. 175에서는 議會 또는 上院(條約에 基한 경우)의 同意의 時點을 기준으로 a와 b의 分類를 구분하고 있었으나 1974년의 改正에서는 條約에 基한 것인가 立法(事前 또는 事後)에 基한 것인가에 따라 (1)과 (2)를 구분한 점이 다르며, (c)와 (3)은 동일한 내용이다. 또한 改正된 Circular No. 175에서는 용어상의 문제에 유의하여 종래 條約以外の 모든 協定을 「行政協定」이라고 부른 것은 잘못이며 「條約以外の 國際協定」이라는 용어가 정확함을 지적하고, 「行政協定」이라는 용어는 (3)의 分類, 즉 오직 大統領의 獨自의 權限에 근거하여 체결되는 경우에만 적합하다고 말하고 있다. 이것은 이미 學者들이 용어를 구별하여 (2)의 分類를 Congressional-Executive Agreements, (3)의 分類를 Sole Executive Agreements 라고 부른 것을²³⁾ 반영한 것으로 보인다. 그밖에 國務省은 한 統計表에서 보다 細分된 區分을 사용한 경우도 있는데, 이에 의하면 ①事前의 立法에 基한 경우 ②事後의 立法을 조건으로 發效하는 경우 ③既存 條約에 基한 경우 ④條約에

22) H.L. Steiner and D.F. Vagts, Transnational Legal Problems, 1976 (2nd ed.), p. 605에 수록.

23) 예컨대 L. Henkin, op. cit., p. 173, 176참조

基함과 아울러 부분적 또는 전체적으로 立法에 基하는 경우 ⑤오직 大統領의 權限만에 基한 경우 ⑥부분적으로 大統領의 權限에 基함과 아울러 부분적으로 事前 또는 事後의 立法이나 條約에 基하는 경우의 여섯가지로 分類하고 있다²⁴⁾.

建國以後 美國은 수많은 行政協定을 체결하였는데, 한 統計에 의하면 條約數에 對比한 行政協定の 數를 다음과 같이 보여준다²⁵⁾.

	條約	行政協定
1789—1839	60	27
1839—1889	215	238
1889—1939	524	917
1940—1945	30	432
1946—1972	368	5,590

行政協定중에서도 그 대부분을 차지하는 것은 前記 (2)의 카테고리, 즉 立法에 基한 協定이며 그 중에서도 특히 事前의 法律에 基한 것이 대부분이다. 한 統計에 의하면 1946년부터 1968년까지 체결된 4926件的 行政協定중에서 事前의 法律에 基한 것이 4261件이며, 大統領의 獨自의 權限만에 基한 것은 49件에 불과하다²⁶⁾. 그러나 大統領의 獨自의 權限에 基한 行政協定이 相對的으로 少數라고 하더라도 政治的으로 중요한 것들이 이 형식으로 이루어지고 있다는 데에 문제가 있음이 지적되고 있다.

2. 條約에 基한 行政協定

美國의 大統領은 既存條約에서 예정하고 있는 協定 또는 既存條約의 施行에 필요하다고 생각하는 協定을 수많은 체결하였다. 實例로서는 韓美相互防衛條約 제 4 조에 基하여 체결된 駐韓美軍의 地位에 관한 協定(俗稱 韓美行政協定)을 들 수 있다. 이러한 協定을 체결할 수 있는 大統領의 權限에 의문이 제기된 적은 없는 것 같으며, 大法院判例도 이를 인정하고 있다²⁸⁾. 다만 條約에 基한 協定은 말하자면 委任協定 또는 執行協定の 성격을 갖는 것인 만큼 委任 또는 執行의 限界를 넘었느냐의 여부가 문제될 수 있을 것이다. 이와 관련되는 문제라고 볼 수 있는 것으로서 國際組織에 관한 條約에서 새로운 加盟國이 있을 때마다 새로이 上院의 承

24) E.S. Corwin's The Constitution, op. cit., p. 136참조.

25) Steiner and Vagts, op. cit., p. 589. 그러나 「行政協定」의 數는 그 定義를 어떻게 하느냐에 따라 달라질 것임은 물론이다. 國務省 法律顧問(Legal Adviser)의 견해에 의하면 특정한 문제의 交渉의 開始에 관한 外交的 交換公文이나 또는 條約이나 協定の 實施에 관한 節次的 施行細則등은 公式的 條約集(Treaties and Other International Acts Series)에 포함시키지도 않으며 國際聯合會의 登錄에서도 제외한다고 한다. Documentary Supplement to Leech, Oliver and Sweeney, op. cit., p. 273.

26) 상세한 것은 E.S. Corwin's The Constitution, op. cit., p. 136의 圖表참조.

27) 이러한 協定은 우리憲法上으로는 國會의 同意를 요하는 사항이다. 제95조 1항 참조.

28) 美日安保條約 제 3 조에 基한 美軍의 地位協定에 관한 事件에서, 大法院은 “安保條約 제 3 조에 대한 上院의 承認으로 인하여 ……行政協定の 체결도 授權된 것이다.”라고 判示하였다. Wilson v. Girard, 354 U.S. 524(1957).

認을 요하느냐의 문제가 있다. NATO의 경우에는 그 加盟國의 변동이 條約에 대해 중대한 의미를 갖는다고 보아 새로운 上院의 同意가 필요하다고 보았던 반면, UN의 경우에는 新加盟國이 있을 때마다 上院의 同意를 요한다는 先例는 없었다²⁹⁾.

3. 議會의 同意에 基한 行政協定

議會, 즉 上·下兩院의 同意에 基한 行政協定(이른바 “Congressional-Executive Agreements”)은 그 同意의 時期에 따라 ①事前의 法律에 의한 授權에 基한 協定과 ②協定の 締結後 議會의 共同決議(Joint Resolution)를 통한 承認立法이나 施行立法(implementing legislation), 또는 施行을 위한 歲出豫算(appropriation)의 議決등을 통하여 同意가 주어지고 이 同意를 發效의 條件으로 하는 協定으로 區分할 수 있다. 前者의 例로서는 郵便協定, 貿易協定, 課稅協定, 武器貸與(lend-lease)協定, 外國援助協定등을 들 수 있고, 後者の 例로서는 ILO, IMF, IBRD, UNESCO, WHO 등 각종 國際機構에의 加入의 경우를 들 수 있다³⁰⁾.

Congressional-Executive Agreements의 合憲性을 뒷받침하는 憲法理論은 그렇게 명확하지도 않으며 또한 일치되어 있지도 않다³¹⁾. 憲法은 明文上 條約締結權을 규정할 뿐 그 이외의 國際協定の 체결에 관해서는 언급하고 있지 않다. 議會가 大統領에게 協定の 締結權을 委任하였다는 견해가 있으나 議會는 그 자신 外國과 交涉할 權限이 없으므로 아무런 委任할 것을 갖고 있지 않다. 議會의 立法權이 大統領의 外交交涉權과 결합하여 그러한 權限이 발생한다는 주장이 있지만 모든 行政協定이 다 國內的으로 執行되는 國內法으로서의 성질을 갖는 것은 아니며 예컨대 國際機構에 加入하는 경우에 이용되는 Congressional-Executive Agreement는 議會의 立法事項에 속한다고 볼 수 없는 경우가 많은데 이런 때에는 설명이 되지 않는다. 궁극적으로 주장되는 것은 비록 議會나 大統領이 그 獨自的으로는 특정한 國際協定の 근거가 될 權限을 못갖는 경우가 있다하더라도 이들 兩者는 서로 結合됨으로써 國際關係에서의 國家主權을 代表하며 따라서 그러한 主權에 固有하게 포함되어 있는 (inherent) 모든 權限을 행사할 수 있는데 이러한 權限속에는 國際協定을 체결할 수 있는 權限도 포함된다는 것이다. 이것이 이른바 the doctrine of inherent powers의 요지이다³²⁾. 이 견해를 뒷받침하는 大法

29) L. Henkin, op. cit., p. 425.

30) Leech, Oliver and Sweeney, op. cit., p. 1013 참조. UN에의 加入의 경우에는 條約의 형식을 취하여 上院의 同意를 얻었다. 憲章에 따른 구체적인 施行에 관하여는 法律(the United Nations Participations Act)에 의해 規律되고 있는데, 예컨대 憲章 제43조에 따라 安全保障理事會에 軍隊를 파견하는 特別協定の 체결에는 議會의 承認을 얻는 형식, 즉 Congressional-Executive Agreement에 의하도록 되어있다. 59 US Statutes, p. 621, 22 U.S.C. 287d.

31) 그 合憲法 내지 範圍에 관하여는 일찍부터 論爭이 있었다. 대표적인 것으로 다음을 참조. Borchard, Shall the Executive Agreement Replace the Treaty? 53Yale Law Journal 664 (1944); McDougal and Lans, Treaties and Congressional-Executive or Presidential Agreements: Interchangeable Instruments of National Policy, 54 Yale L.J. 181, 534 (1945); Borchard, Treaties and Executive Agreements—A Reply, ibid., 616.

32) McDougal and Lans, op. cit., p. 255; E.S. Corwin, The Constitution and World Organization, 1946, pp. 235-261.

院判例로서 유명한 U.S. v. Curtiss-Wright Export Corp.에서의 Sutherland 判事의 判決意見이 있다³³⁾. 다만 이것은 附加的意見(dictum)이다.

어떠한 憲法理論을 취하든 Congressional-Executive Agreements는 오늘날 確立된 憲法慣行으로 인정되고 있으며 이를 확인한 수개의 大法院判例도 존재한다³⁴⁾. 더 나아가 Congressional-Executive Agreement는 條約에 대하여 相互轉換할 수 있는(interchangeable) 완전한 代替物이 되었다는 견해가 오늘날 광범히 인정되고 있다³⁵⁾. 즉 大統領은 원한다면 어떠한 國際協定이라도 條約이 아닌 Congressional-Executive Agreement의 형식으로 체결할 수 있다는 것이다. (그 差異는 결국 上院의 出席議員 3分の 2의 찬성 대신에 上·下兩院의 單純多數決에 의한다는데에 있다.) 단 國務省은 후술하는 바와 같이 적어도 公式적으로는 條約의 형식을 취해야 할 일정한 경우가 있음을 긍정하고 있다.

Congressional-Executive Agreements의 그나름의 적극적 측면 내지 존재이유로는, 上院議員 1/3 + 1인에 의한 條約拒否權의 不合理를 없앤다는 점, 많은 條約의 경우 施行立法이나 歲出豫算의 議決을 요하는 점으로 보아 條約의 체결후 下院의 反對로 이를 확보하지 못하는 위험이 없다는 것, 下院의 의견을 반영시키는 것이 보다 民主主義의 이념에 合致한다는 것, 條約의 형식을 취하는 경우에는 施行立法이나 歲出豫算을 필요로 하는 때에 上院의 二重的 同意를 거쳐야 하는 폐단이 없이 一回의 議會의 事後同意로 가능하다는 것 등이 지적되고 있다³⁶⁾.

4. 大統領의 獨自的 權限에 基한 行政協定

行政協定에 관한 많은 論難은 특히 大統領의 獨自的 權限에 基한 行政協定, 즉 Sole Executive Agreements에 관하여 발생하였다. 이것은 上院만이든 上·下兩院이든 전혀 議會로부터의 法的 統制를 받지 않고 체결되는 것이기 때문이다. 이 종류에 속하는 代表的 實例로서는 惡名 높은 「알타」協定이나 「포츠담」協定을 들 수 있고(더구나 이것들은 秘密協定이었다.) 그 밖에 여러 休戰協定이나 海外駐屯美軍의 地位協定 등이 이에 속한다³⁷⁾. 근래에는 外國에 美軍(특히 空軍)의 基地를 설치하고 그 對價로 經濟援助를 주는 協定이 이 형식을 취하였는데, 1972年의 「폴투갈」 및 「바레인」과의 이러한 協定의 체결에 있어서는 議會와 큰 對立이 있었

33) “憲法上 意味에서의 條約에 해당하지 않는 그러한 國際協定을 체결하는 權限은 憲法에서 明文으로 인정되어 있지는 않으나 그럼에도 불구하고 國家性的 概念에 不可分하게 固有한 것으로서(inherently inseparable from the conception of nationality) 존재한다.” 299 U.S. 304 (1936).

34) 예컨대 Field v. Clark, 143 U.S. 649 (1892); Hampton, Jr. & Co. v. U.S., 276 U.S. 394 (1928); Altman & Co. v. U.S., 224 U.S. 583 (1912).

35) L. Henkin, op. cit., p. 175.

36) ibid., pp. 175. 76.

37) 상세한 예는 E.S. Corwin's The Constitution, op. cit., p. 137 참조

38) infra III, 6 참조.

다³⁸⁾. 最近의 例로서 베트남戰爭時의 Nixon 과 Thieu 間의 書翰이나 파리協定, 「블라디보스톡」에서의 美蘇間의 SALT協定, 이른바 「헬싱키」協定(“유럽에서의 安保와 協力에 관한 會議의 最終議定書”) 등이 議會의 關與없이 大統領獨自로 이루어졌는데 이것들은 政治的 公約(Political Commitments)을 포함하기는 하나 法的 拘束力이 있는 것이라고는 보기 어렵다³⁹⁾. 그렇더라도 相對方에게 公約을 주는 경우(예컨대 Nixon-Thieu 書翰)에는 相對方에 의해 法的 拘束力이 있는 것과 마찬가지로의 重要性이 있는 것으로 받아들여질 것이며, 반면 公約을 받아내는 경우(예컨대 「블라디보스톡」에서의 SALT 協定)에는 相對方이 이를 준수하지 않게 될 위험이 크다. 때문에 後述하는 것처럼 議會는 이러한 協定도 統制하려고 시도한다.

大統領이 그 獨自의 權限으로 일정한 行政協定을 체결할 수 있다는 데에는 異論이 없는 것 같다. 문제는 그 範圍를 어디까지 인정할 것이냐, 그 根據는 무엇이나에 관하여 발생한다. 일반적으로 인정되고 있는 것으로서는, 大統領의 “總司令官(Commander-in-Chief)”으로서의 地位(憲法 제 2 조 2 절 [1])에서 休戰協定이나 美軍의 地位協定등을 체결할 수 있고, 또한 “全權大使 기타 外交使節을 接受”하는 權限(憲法 제 2 조 3 절)으로부터 外國政府의 承認을 포함하는 協定을 체결할 수 있다는 데에는 의견이 일치한다. 그런데 大法院判例는 더 나아가 一般的인 行政協定 締結權을 인정하는 듯한 견해를 보이고 있다. U.S. v. Belmont⁴⁰⁾에서 Sutherland 判事は 蘇聯을 承認한 내용을 담은 “Litvinov Agreement”에 관하여 언급하면서 다음과 같이 쓰고 있다.

“……承認, 外交關係의 수립, 讓渡 그리고 이들에 관련된 協定, 이런 것들은 모두 두 政府間의 國際的 協約으로 귀결되는 하나의 行爲의 여러 부분들이다. 交涉, 請求權의 讓受 그리고 그에 관한 協定이나 附屬文書들은 모두 大統領의 權限內에 있다는 것은 의문의 여지가 없다. 對內問題에 관한 政府의 權力은 聯邦政府와 州에 배분되어 있다. 對外問題에 관한 政府의 權力은 배분되어 있지 않으며 全的으로 聯邦政府에 부여되어 있다. 本件에서 문제되고 있는 사항에 관하여는 行政政府(the Executive)가 政府의 唯一한 機關(Sole organ of that government)으로서 發言할 權限을 갖고 있다. ……이 協定과 같이 國際協約은 반드시 上院의 參與를 요구하는 條約만은 아니다. 그러한 協約은 수많이 존재하며 議定書, 暫定協定, 郵便協約 그리고 本件에서 문제되고 있는 것과 같은 協定은 바로 그러한 例이다. ……”⁴¹⁾

위의 判決意見중에서 특히 주목되고 있는 것은, 문제된 協定의 憲法上 根據를 단순히 “全

39) Proceedings of Am. Soc. of Int'l Law, 1977, p. 242.

40) 301 U.S. 324 (1937). 그 事實과 判旨를 요약하면 다음과 같다. 1933年 美國의 Roosevelt 大統領과 蘇聯의 Litvinov 는 協定을 체결하였는데 이에 의하면 美國은 蘇聯을 承認하고 한편 蘇聯은 革命 후 沒收된 러시아會社에 資本을 갖고 있는 美國人에 대한 請求權을 美國에 讓渡한다는 내용을 포함하였다. Belmont는 이같은 資本을 갖고 있었으며 美國政府는 이를 沒收하기 위해 提訴하였다. 下級法院에서는 訴를 棄却하였으나 大法院은 原審을 破棄하고 政府勝訴의 判決을 내리면서, 聯邦政府는 國際問題에 대하여 完全한 權限을 가지며 行政協定은 司法에 우선 한다고 判示하였다.

41) 301 U.S. 330-31(1937).

權大使 및 기타의 外交使節을 授受”하는 權限에서 찾고 있는 것이 아니라, 承認문제뿐 아니라 보다 광범한 外交政策에 관한 權限을 뒷받침한다고 볼 수 있는 包括的인 根據, 즉 對外問題에 관한 “唯一한 機關”으로서의 大統領의 地位에서 구하고 있다는 점이다. 이것은 前述한 Curtiss-wright 事件의 大法院判例에서 行政協定の 根據를 “國家性的 概念에 不可分하게 固有한” 權限에서 찾은 것과 같은 입장이다.

前記 國務省 Circular No. 175(1974)에서도 다음과 같이 위의 判旨와 유사한 입장을 취하고 있다.

“……大統領이 國際協定을 체결할 수 있는 根據가 되는 憲法上 根源은 다음의 것을 포함한다.

- (a) 對外關係에 있어서 國家를 代表하는 行政權首班(Chief Executive)으로서의 大統領의 權限
- (b) 全權大使 및 기타의 外交使節을 接受하는 大統領의 權限
- (c) ‘總司令官’으로서의 大統領의 權限,
- (d) ‘法律이 충실히 執行되도록 배려’⁴²⁾하는 大統領의 權限”⁴³⁾

論者에 따라서는 특히 Belmont 事件의 判旨에 근거를 두면서, 大統領은 外國과 어떠한 문제에 관해서도 어떠한 協定도 체결할 수 있는 憲法上 權限이 있다(政治的 理由로 自制는 할지라도)고 주장한다⁴⁴⁾. 그러나 이러한 견해는 條約締結에 관한 憲法の 明文을 전혀 무의미하게 만드는 것이라는 批判이 강하다⁴⁵⁾. 결국 반드시 上院의 同意를 얻어 條約의 형식으로 체결하여야 할 경우가 있다고 할 것이지만 문제는 그것이 어떤 경우인지 하는 것이다. 이 문제는 節을 바꾸어 論한다.

5. 條約과 行政協定 사이의 選擇基準

憲法上の 明文을 존중하여 적어도 일정한 경우에는 반드시 條約의 형식으로 체결되어야 한다면 그것은 어떠한 경우인가. 일정한 國際的 協定을 체결하는 경우 그것을 條約의 형식으로 할 것인가 아니면 行政協定の 형식으로 할 것인가의 選擇基準은 무엇인가⁴⁶⁾. 이에 관하여 國

42) 美國憲法 제 2조 3절.

43) Steiner and Vagts, op. cit., p. 605에 수록

44) 에컨대 McClure, International Executive Agreements, 1941, p. 330, 363, 371; Mathews, The Constitutional Power of the President to Conclude International Agreements, 64 Yale L.J. 345 (1955); Wright, The United States and International Agreements, 38 Am. J. Int'l Law, 341, 348 (1944); McDougal and Lans, op. cit., 246 참조.

45) Borchard, op. cit.; Berger, The Presidential Monopoly of Foreign Relations, 71 Mich. L. Rev. 1 (1972) 참조.

46) 종래 이것이 大統領에 의하여 극히 恣意的으로 행하여졌다는 단적인 유명한 예가 있다. T. Roosevelt 大統領의 시절, 도미니카共和國과 도미니카 稅關의 운영에 관한 條約이 署名되어 T. Roosevelt는 이를 上院에 회부하였으나 그 通過가 無望하게 되자 獨自으로 行政協定の 형식으로 체결하여 버렸다. 그 후 議會는 이 協定을 事後承認하였다. Schwartz, A Commentary on the Constitution of the United States: The Powers of Government, 1963, p. 150, quoted in Leech et. al., op. cit., p. 1008.

務省 Circular No. 175(1974)는 다음과 같이 밝히고 있다⁴⁷⁾.

“721.3 憲法上 認定되는 諸節次중에서의 選擇에 있어 고려할 事項.

어느 特定한 國際協定에 있어서 따라야 할 節次를 결정함에 있어서 다음의 諸要素에 적절한 고려가 행하여져야 한다.

- a. 그 協定이 國家全體에 영향을 미치는 公約(committments) 또는 危險을 포함하고 있는 程度.
- b. 그 協定이 州法에 영향을 미치도록 되어 있는지의 여부.
- c. 그 協定이 議會에 의한 事後의 立法이 없어도 效力을 發生하는지의 여부.
- d. 類似한 協定에 관한 美國의 과거의 慣行.
- e. 特別한 形態의 協定에 대한 議會의 選好.
- f. 그 協定에 바람직한 形式性(formality)의 程度.
- g. 協定の 豫定된 持續期間, 協定の 迅速한 체결의 필요성, 및 通常的 또는 短期의 協定の 체결의 要望性.
- h. 類似한 協定에 관한 일반적인 國際慣行.

어느 國際協定이 條約으로서 發效될 것인가 또는 條約以外的 國際協定으로서 發效될 것인가를 決定함에 있어서, 上院, 議會全體 또는 大統領의 憲法上 權限을 侵害하거나 損傷케 하지 않도록 최대의 주의를 기울여야 한다.

721.4 사용될 協定の 形態에 관한 문제 : 議會와의 協議

a. Circular 175의 요청에 수반하는 모든 法律覺書에서는 추천된 協定の 形態의 근거에 관하여 철저하게 검토가 행하여져야 한다.

b. 어느 國際協定이 條約으로서 체결되어야 할 것인가 또는 條約以外的 國際協定으로서 체결되어야 할 것인가에 관하여 문제가 있는 경우에는 이 문제는 그 部署의 法律顧問의 注意에 회부되어야 한다. 만일 法律顧問이 그 문제가 議會와의 協議를 要하는 심각한 것이라고 생각하는 경우에는, 議會關係 次官補 및 기타 關係公務員에게 覺書가 전달되어야 한다. 그 문제에 관한 그들의 견해를 受領한 後 法律顧問은 그 문제가 해결되지 않은 경우에는, 그 決定을 구하기 위하여 覺書를 長官에게 전달한다. 가능한 빠른 時日에 그러한 문제들이 확인되어 최후순간에서의 決定을 피하고 충분한 時間內에 協議가 끝날 수 있도록 가능한 모든 勞力이 행하여져야 한다.

c. 그러한 문제에 관한 協議는 적절한 議會指導者 및 委員會와 갖는다. ……”

위의 Circular 175에 대하여는 여러 批判이 가해지고 있다. 첫째, 그 基準이 不明確하여 빠져나갈 구멍이 넓다는 것이며, 둘째, 최종적인 決定權을 國務省에 맡기고 있으므로 위의 基

47) Steiner and Vagts, op. cit., pp. 605, 6, 수록.

準은 결국 自己審判이상의 것은 되지 못한다는 것이다⁴⁸⁾.

6. 行政協定에 대한 議會의 統制立法 및 그 試圖

行政協定, 특히 大統領의 獨自의인 行政協定の 濫用에 대한 우려가 심각하게 되고 議會가 이의 統制를 본격적으로 시도하기 시작한 것은 1950年代의 이른바 Bricker Amendment 파동⁴⁹⁾에서 비롯한다. Bricker 上院議員이 제안한 이 憲法修正案은 단순히 行政協定만을 대상으로 한 것이 아니라 條約을 비롯한 일체의 國際協定の 締結에 대한 統制를 시도한 것이었으며,⁵⁰⁾ 이 때의 주된 動機는 여러 人權條約의 체결이 특히 平等權의 문제와 관련하여 州權의 制約을 초래하게 될 것이라는 우려에서 나온 것이었다⁵¹⁾.

50年代의 Bricker Amendment 파동이 실패로 끝난 뒤 行政協定の 문제가 다시 議會로부터 제기되기 시작한 것은 70年代初이다. 이 時期에 있어서 行政協定の 문제를 둘러싼 議會와 政府의 緊張은 그 실질문제에 있어 以前과는 달리하였다. 여러 人權條約에의 加入의 문제가 여전히 남아 있었지만 核心은 베트남戰爭과 관련된 것이었다. 美國은 行政府가 체결한 많은 行政協定の 迷路를 통하여 서서히 베트남戰爭의 늪으로 빠져들어갔으며 결국 全面介入을 하게 되었던 것이다. 이를 契機로 하여 일련의 調査가 행하여졌고 결국 「에티오피아」, 「라오스」, 「타일랜드」, 「스페인」, 「폴투갈」등과 秘密의 軍事協定이 체결된 사실이 드러났다⁵²⁾.

이 時期에 특히 문제되었던 事件의 하나는 앞에서 언급한 「폴투갈」 및 「바레인」과의 基地協定이었다. 1971年 末 Nixon은 「폴투갈」의 Azores에 있는 美空軍基地의 사용에 관한 協定の 延長을 合意하면서 435萬弗의 經濟援助를 약속하였으며⁵³⁾, 또한 같은 시기에 그때까지 英國과 默示的인 合意아래 사용했던 「바레인」의 基地에 관하여 「바레인」의 獨立과 함께 새로 協定을 체결하였는데, 이 두 協定은 모두 議會의 參與없이 交換公文의 형식으로 이루어졌다. 이에 대하여 上院은 1972年 3月 이들 協定이 條約의 형식으로 그 同意를 위하여 上院에 제출되어야 한다는 決議案을 통과시켰다. 그러나 行政府는 이에 不應하면서(上院만의 그러한 Resolution은 大統領에 대한 法的 拘束력이 없다) 이들 協定은 總司令官으로서의 大統領의 權限으로 체결된 것이며 특히 「폴투갈」과의 協定은 NATO 條約에 근거한 것이라고 대응하였다⁵⁴⁾.

48) Comments by Thomas M. Frank, Proceedings of ASIL, 1977, p. 254.

49) 그 경과에 대해서는 Buergenthal, International Human Rights: U.S. Policy and Priorities, 14 Virginia J. Int'l Law 611, 612-14(1973)참조.

50) 그 상세한 내용에 대해서는 Sohn and Buergenthal, International Protection of Human Rights, 1973, p. 948ff. 참조. 그 요점은 대략 다음과 같다. 첫째, 條約 또는 行政協定の 어느 規定도 憲法상의 基本權을 제약할 수 없다. 둘째, 모든 條約과 行政協定の 國內的 實施를 위하여는 議會의 立法이 필요하다. 셋째, 모든 行政協定 또는 기타의 協定の 체결은 法律에서 규정하는 方式으로 또 그 限度內에서만 행하여져야 한다.

51) Buergenthal, op. cit., p. 612.

52) Rossiter and Longaker, The Supreme Court and the Commander in Chief, 1976 (expanded ed.), p. 158.

53) 經濟援助등 國庫의 支出에는 議會의 法律에 의한 歲出豫算(appropriation)의 의결이 필요하다.

54) E.S. Corwin's The Constitution, op. cit., p. 138 note 66; Statement by U.A. Johnson, Under Secretary for Political Affairs, before the Senate Committee on Foreign Relations on Feb. 1.

以後 大統領의 行政協定締結權을 제한하기 위한 일련의 法案들이 제출되었는데, 이중에서 法律로서 확정된 것으로 1972년에 제정된 “行政協定の 議會에의 提出에 관한 法律”(Law on Transmittal of Executive Agreements to Congress; 1 U.S.C.A. 112b)이 있다. 그 規定은 다음과 같다⁵⁵⁾.

“§ 112b. 美國의 國際協定 : 議會에의 提出

國務長官은 美國이 當事者로 되어있는, 條約以外的 모든 國際協定の 本文을, 그 協定이 美國에 대해 效力을 發生한 後 60日 以內의 期間에 있어서 가능한 限 早速히 議會에 提出하여야 한다. 그러나 그 即刻的인 公開가 美國의 國家安保에 해롭다고 大統領이 생각하는 경우에는 그 協定은 議會에 提出되지 아니하며, 다만 大統領으로부터의 적절한 通知에 따라서만 그 機密이 解除될 수 있는 적절한 命令下에서 上院 外交關係委員會 및 下院 外交問題委員會에 提出되어야 한다.”

이 法律은 行政協定の 範圍를 축소시키는 것을 그 직접적 내용으로 하고 있지는 않지만 秘密協定을 배제시킴으로써 行政府의 協定締結權을 제약하려는 취지에서 나온 것이다⁵⁶⁾. 그러나 이에 대하여는 너무 微溫的이라는 批判이 따른다. 우선 協定の 效力자체에 대하여는 전혀 손을 쓰지 않고 있다. 또한 議會에 제출해야 할 協定の 범위를 명확히 규정하지 않고 있어서, 비록 法的 拘束力이 있다고는 보기 힘들지라도 강력한 政治的 公約을 포함하는 類의 秘密協定이 規制의 대상이 되는지 분명치 않다⁵⁷⁾. 실제로 1973年 1月, 베트남戰爭의 休戰協商의 進행중 Nixon은 Thieu에 대하여 平和協定の 어떠한 違反에 대하여도 “總力으로 對應”(respond with full force)할 것을 약속하였는데 이는 議會에 대해서도 전혀 秘密裡에 행하여졌다. Thieu에 대한 約束은 결국 지켜지지 않았지만,

法律로서 확정되지는 못했으나 주목되고 있는 法案으로서 1972年 Ervin 上院議員등에 의해 제안되었던 “行政協定の 議會審査에 관한 法案”(Bill on Congressional Review of Executive Agreements)이 있다.

이 法案은 제 1절에서 모든 行政協定은 즉시 議會에 提出되어야 하되 다만 安保上 필요한 때에는 議會의 秘密會에서 심의한다고 규정하고, 上·下兩院의 同時議決(concurrent resolution)로 그 行政協定の 承認을 拒否할 수 있으며 그러한 拒否가 없는 限에서 議會에 提出된 후 60日이 경과한 후에야 行政協定の 效力이 발생한다고 규정하였다. 이 法案에서 특히 議會에게 行政協定の 拒否權을 인정된 것에 관하여는 憲法解釋과 관련하여 論難이 많다⁵⁸⁾. 이 法案은 聽聞會에서 논의되었을 뿐이나 그에 類似한 法案이 그후 上院의 通過까지 본 적이 있고 以後

55) Leech et. al., op. cit., p.1016에 수록.

56) 상세한 것은 Hearings before the Senate Committee on Foreign Relations on S. 596, 92nd Cong., First Sess., Oct. 20-21, 1971 (Documentary Supplement to Leech et. al., op. cit., pp.269-82에 수록)

57) Rossiter and Longaker, op. cit., p.159.

58) Steiner and Vagts, op. cit., pp.607-9 참조.

에도 계속하여 거의 동일한 내용의 法案이 제출되고 있다. 最近의 것으로는 이른바 Morgan-Zablocki bill 이 있다⁵⁹⁾.

또한 최근에 上院만에 의한 獨自의인 統制의 수단으로 개발된 것으로서 1976년의 이른바 The Clark Resolution 이 있다. 이에 의하면 上院은 그 議決로 특정한 行政協定이 條約으로서 上院의 同意를 받아야 할 것이라고 決議할 수 있고 한번 이러한 決議를 받은 行政協定에 대하여는 上院 議事規則上 그 協定의 施行을 위한 일체의 조치(예컨대 歲出豫算의 議決)를 취하지 못하도록 규정하고 있다. (1977년의 修正된 決議에 의하면 이른바 Sole-Executive Agreement 에 대하여서만 적용한다고 규정하고 있다.) 이 決議에 대해서는 行政府뿐만 아니라 下院으로부터도 批判이 가해지고 있다⁶⁰⁾.

IV. 上院의 留保의 同意

1. 留保附 同意의 意義·法的性質

美國憲法上 條約締結節次에 관하여 실제의 慣行을 통하여 확립된 特異한 것은 上院이 行政府가 제출한 條約에 때때로 留保를 붙여 同意하였다는 점이다. 上院에 의한 留保는 條約의 특정한 規定을 修正하는 것이거나 條約規定에 特別한 解釋을 가하는 것이거나 또는 條約의 效果나 適用에 있어서 特別한 制限을 가하는 것으로 나타난다. 論者에 따라서는 留保의 內容이 모든 當事者에게 적용되는 경우 이를 修正(amendment)이라고 부르고, 留保의 內容이 오직 美國의 義務內容을 제한하는 경우만을 留保(reservation)라고 부르면서, 前者는 二國間條約에서 後者는 多數國間條約에서의 형태라고 구분하기도 한다⁶¹⁾.

條約의 內容은 全權委員의 署名으로 確定되며, 國內의 法律案과는 달리 議會는 전체에 대한 承認여부만을 결정할 뿐 內容을 修正하거나 留保를 붙이지 않는 것이 各國의 通例이다⁶²⁾. 이에 비추어 보면 美國上院의 慣行은 확실히 例外的인 것으로 보인다. 그러나 留保의 內容이 어떠한 것이든 上院이 붙인 留保는 그것만으로 곧 確定的 效力을 갖는 것은 아니다. 大統領은 上院이 붙인 留保에 대하여 不滿일 때에는 이를 拒否할 수 있으며 이 때에는 결국 條約은 成立되지 못한다. 또한 大統領이 上院의 留保에 관하여 相對當事國과 再交渉을 하는 경우라도 相對方이 이를 거부할 수 있음은 물론이다. 결국 上院이 붙인 留保는 大統領에 대해 그에 관한 再交渉의 義務를 부과시키는 것도 아니며 더구나 相對方에 대한 拘束力은 없다. 이렇게

59) 이 法案에 관한 論爭에 대하여는 Proceedings of ASIL, op. cit., p. 235ff 참조.

60) ibid., p. 239ff 참조.

61) E.S. Corwin's The Constitution, op. cit., p. 130.

62) 日本에서는 그 認否에 관하여 理論上 對立이 있다. 그 대략에 관해서는 丸山 健, “條約”, 法律時報 臨時增刊 憲法三〇年の理論と展望(1977年 5月) pp. 195-6참조.

붙때 上院의 留保附 同意는 留保의 內容이 相對方에 의해 受諾됨을 條件으로 하는 停止條件附 同意라고 할 수 있을 것이다.

留保附 同意의 몇몇 實例를 보면 다음과 같다⁶³⁾. 1795年 美國이 憲法制定後 최초로 체결한 英國과의 通商航海條約(通稱 Jay Treaty)에 上院이 同意함에 있어 그 일부 條項의 적용을 배제하는 취지의 追加條項을 삽입할 것을 條件으로 하였는데 결국 英國은 이를 受諾하여 留保한 대로의 條約이 成立하였다. 이에 반하여 파나마運河에 관한 1900年의 Hay-Pauncefote 條約의 체결에 있어서 처음에는 美國上院이 修正한 것을 大統領이 批准하였기 때문에 英國政府가 不應하여 일단 條約은 성립하지 못했으나 그 후 再次 交渉이 되어 新條約이 성립하였는데 여기에는 앞서 留保한 內容이 고려되었다. 한편 上院이 留保를 붙인 條約에 대하여 大統領이 拒否함으로써 결국 成立을 못 본 例로서는 1919年의 仲裁裁判條約, 同年의 베르사이유條約, 1920年의 常設國際司法裁判所에 관한 議定書 등을 들 수 있다.

2. 留保附 同意의 憲法上 根據

留保附 同意는 大統領에 대해서나 相對方國家에 대해서나 귀찮고 곤란한 것이며 條約締結에 대한 큰 障礙임에 틀림없다. 그럼에도 이 慣行에 대하여 아직껏 심각한 憲法的 疑問이 제기된 적은 없으며 오늘날 確立된 慣行으로 받아들여지고 있다⁶⁴⁾.

留保附 同意의 憲法上 根據에 관하여 理論上으로는, 上院은 條約締結에 同意를 할수도 拒否할 수도 있으므로 일정한 留保를 붙여 이를 條件으로 同意할 수 있는 것은 당연하다는 論理, 혹은 上院에 회부된 條約의 拒否와 아울러 留保가 붙은 條約에 대해 미리 同意를 주는 것이라는 견해가 있다⁶⁵⁾.

大法院判例도 일찌기 留保附 同意를 명시적으로 인정하였다⁶⁶⁾. 또한 上院의 議事規則에도 留保附 同意權의 存在를 전제한 規定이 있다⁶⁷⁾.

留保附 同意의 慣行은 美國上院의 役割의 歷史의 特殊性에 기인하는 것으로 이해되고 있다. 적어도 建國당초 條約의 체결에 관한 上院의 역할은 프랑스의 議會처럼 獨立한 監督的인 國民代表機關의 立場에서 大統領의 條約締結權의 행사를 有效化할 것인가의 여부를 정하는 역할이 아니라, 大統領과 함께 共同으로 條約의 체결에 참여한다는 立場에 있었던 것이다. 여기에 孤立과 中立이라는 당시의 建國精神에서 條約締結에 신중을 기한다는 고려가 가하여진 것이다⁶⁸⁾.

63) L. Henkin, op. cit., p.134, 378-80 참조.

64) ibid., pp.133-34.

65) ibid.

66) Haver v. Yaker, 1 Wall. 32, 35 (U.S. 1869); Fourteen Diamond Rings v. U.S., 183 U.S. 176, 183 (1901).

67) Senate Rules §37.

68) supra II. 참조.

3. 條約의 國內的 效力에 관한 留保

上院이 붙이는 留保의 內容은 때때로 國家間的 權利義務의 內容에 變更을 가하는 것이 아니라 條約의 美國內에서의 效力이나 施行에 관하여 拘束하는 것이 있었다⁶⁹⁾. 1919年の 仲裁裁判條約에 대한 同意에 있어서上院은, 이 條約에 加入하더라도 次後 구체적 事件을 條約에 따라 仲裁裁判에 회부하기 위해서는 다시 個別的으로 上院의 同意를 받아야 한다는 留保를 붙였는데, 大統領은 결국 이를 거부하고 말았다. 또한 上院은 때때로 어느 條約이 國內的으로 效力을 발생하기 위해서는 議會의 事前의 承認을 통한 實施措置가 필요하다는 留保를 붙였다. 이것은 일정한 條約을 非自動執行的(non-self-executing)인 것으로 만드는 것으로서 특히 歲入에 영향을 주는 條約들이 이에 해당한다⁷⁰⁾. 大法院判例도 이러한 留保의 效力을 명백히 인정하였다⁷¹⁾. 또한 유명한 것으로 베르사이유條約에 있어서 上院은 數多한 留保를 붙였는데 이 중에는 條約의 實施에 議會의 역할을 보장하기 위한 것들이 많았고 兩院의 同時議決로 大統領의 意思와 무관하게 條約에서 脫退할 수 있도록 하는 내용도 있었다. 또한 1961年の Convention on the Organization for Economic Cooperation and Development에 대한 留保附 同意에서 보는 것처럼, 條約上 어느 규정도 美國憲法上 大統領 또는 議會의 權限에 변경을 가하는 것이 아니라는 내용의 留保도 있었다⁷²⁾.

留保附 同意와 관련되는 문제로서, 上院은 때때로 留保라는 형식 대신에 어느 특정한 條項에 대한 “understanding”이라는 형식으로 그 意見을 첨가한 경우가 있다. 이런 경우 相對方에게 그것이 傳達되어 受諾 또는 默認되는 경우에는 문제가 없으나, 傳達되지 못하거나 혹은 전달되어도 그에 관한 명백한 合意가 없이 條約이 成立되는 경우에는 後日의 紛爭의 가능성을 남길 위험이 있다⁷³⁾.

V. 結 語

美國憲法上 條約締結의 節次는 그 지극히 간명하게 보이는 條文에도 불구하고 여러 問題點과 그에 따른 많은 論議가 있음을 보았다. 그것은 美國의 國際政治에서의 位置, 그것이 美國

69) 다음의 예에 관해서는 L.Henkin, op. cit., p.134 참조.

70) 美國憲法 제 1조 7절(1): “歲入에 관한 모든 法律案은 먼저 下院에 提出되어야 한다. 하지만 다른 法律案과 마찬가지로 上院은 이에 대해 修正案을 發議하고 또는 修正을 붙여 同意할 수 있다.”

71) U.S. v. American Sugar Co., 202 U.S. 563(1906).

72) 條約의 國內的 效力이나 施行에 관한 留保에 관하여 크게 문제된 하나의 判決이 있다. Power Authority of State of New York v. Federal Power Commission, 247 F. 2d. 538, (D.C. Cir. 1957). 이 判決은 그 후 大法院에 제류 중 爭點의 소멸(moot)로 말미암아 却下되어 본래의 爭點에 대한 大法院의 意見은 구할 수 없게 되었다. 그 상세한 分析, 批判에 관하여는 L. Henkin, The Treaty Makers and the Law Makers: The Niagara Reservation, 56 Columbia Law Rev. 1151(1956) 참조.

73) L. Henkin, Foreign Affairs and the Constitution, 1972, p.136, 381-83 참조.

의 國內政治에 미치는 影響의 深刻性的의 反映이기도 하다. 條約締結의 國內的 節次의 問題는 우리로서는 아직 行政的 次元의 問題에 지나지 않음이 사실이다. 本質的으로 政治的 性格의 이 問題가 法律問題로서 다루어진다는 것은 아직 우리로서는 現在의 問題라기 보다는 未來의 問題일지 모른다. 그러나 外交相對國으로서의 美國의 條約締結節次의 問題는 벌써부터 美國의 問題만은 아니다.

Legal Problems on the Treaty-Making Process in the U.S.

Kun Yang

Summary

I

Article II, section 2, clause 2 of the U.S. Constitution provides that 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." Despite its simple looking expression, the provision presents, among others, two difficult problems of interpretation with regard to the practice of treaty-making, which concern us also. Those problems are: 1) What is the scope of the "treaty" within the meaning of the above mentioned clause, in other words, does every international agreement which the President enters into requires Senate approval, and, if not, what belongs to such agreements without Senate approval; 2) May the Senate lay down the conditions to its consent to the proposed treaty.

II

From an early date, the Presidents frequently have entered into agreements with foreign governments which are not referred to the Senate for its advice and consent. These international agreements other than treaties, the so-called Executive Agreements may, according to their respective legal bases, be classified as those 1) pursuant to the treaty, or pursuant to the legislation (the Executive-Congressional Agreements), 2) pursuant to the constitutional authority of the President alone (the Sole-Executive Agreements). Though constitutional doctrine to support Congressional-Executive Agreements is not clear or agreed, it is now widely accepted that the Congressional-Executive Agreement is a complete alternative to a treaty. Controversies have swirled about the Sole-Executive Agreement which is concluded by the President alone wholly on his own authority such as powers as Chief Executive to represent the nations in foreign affairs, or powers as Commander-in-Chief. Periodically, Senators have objected to some executive agreements, and some proposals sought to regulate them, but most of them in fail. The most significant legislation that had been enacted was the Transmittal Act of 1972, which requires the Secretary of State to transmit to the Congress the text of "any international agreement, other than a treaty," as soon as practicable after it has entered into force

with respect to the United States, within a maximum period of 60 days. This Act, however, does not touch on the President's right itself to conclude executive agreements, but only prohibits secret agreements.

III

In many instances the Senate has given its consent to the treaty on such conditions that seek a modification in the terms of a treaty, or a particular interpretation of it. The constitutional authority of the Senate to impose reservations has not been seriously questioned, and all now accept this practice. Reservation usually requires renegotiation and, therefore, must be an additional obstacle in the treaty-making process. However, this practice may be understood from the viewpoint that the treaty-making is a function of a fourth branch of government, the President-and-Senate, differently from other exercises of Presidential power.