

국제환경조약의 국내법적 적용*

조흥석**

I. 들어가는 글

환경은 ‘우주를 형성하고 있는 모든 것들’이라고 할 수 있다. 그러나 일반적으로 환경이란 ‘인간의 생활과 직접적 또는 간접적으로 관계를 맺고 있는 자연적·인위적인 모든 외부적 생활조건’을 의미한다고 하겠다. 더 좁은 의미로, 환경은 자연환경과 생활환경으로 나눌 수 있다. 환경정책기본법 제3조(제2호, 제3호)에 의하면, 자연환경이란 ‘지하·지표(해양포함) 및 지상의 모든 생물과 이를 둘러싸고 있는 비생물적인 것을 포함한 자연의 상태(생태계)’를 말하고, 생활환경이란 ‘대기·물·폐기물·소음·진동·악취·일조 등 사람의 일상생활과 관련되는 환경을 말한다.’¹⁾

환경문제는 환경오염의 피해 및 영향이 한 국가에 한정되지 않고 다른 국가나 지구 전체에 영향을 미치는 것이 일반적이다. 따라서 환경문제는 냉전체제 붕괴 후 국제사회의 정치·경제적 질서를 규율하는 새로운 화두(話頭)가 되었다. 환경문제의 해결은 어느 한 국가의 노력에 의해서 해결될 수 없고 모든 국가의 공동 대응을 필요로 한다. 이렇게 하여 환경보

* 본 논문은 2000년 10월 28일 서울교육문화회관법원에서 개최된 세계국제법학회와 한국환경법학회의 공동세미나에서 발표한 것임

** 경북대학교 법과대학 교수

1) 환경의 의미에 관한 논의: 신현덕, 국제환경법의 연원, 환경법 연구 18(1996), 138쪽 이하, 참고, 헌법상 환경권 논쟁, 헌법학연구, 2(1996), 202쪽 이하 참고

호는 처음에는 국내법의 대상이었으나 이제는 인류공동의 중요문제로서 이를 새롭게 규율하려는 국제환경법의 분야가 급속히 성장하고 있는 실정이다. 이와 더불어 각국의 환경정책 및 경제활동 전반에 직접적으로 영향을 미치는 각종 환경협약이 증가하고 있다. 현재 체결된 국제환경조약은 대기, 수질, 폐기물 및 자연환경분야에서 200여 개에 달하고 있다.²⁾ 이중 우리 나라가 가입한 환경조약은 기후변화협약, 생물다양성협약 등 40개의 조약에 이른다.

요컨대, 환경문제는 여전히 헌법 등 국내법의 대상임에는 틀림이 없으나, 동시에 국제법의 규율대상이기도 하다. 환경보호의 필요성은 국가 내에서 뿐 아니라 국가 밖에서도 존재하므로 국내법의 규율대상인 동시에 국제법의 규율대상이 되는 것이다. 여기서 우선 국제환경조약이 이제까지 발전하여 온 환경에 관한 국제적 동향과 국제환경조약의 발전현황 등을 검토하고자 한다(Ⅱ). 둘째, 국제법의 법원으로서의 국제환경조약의 국내법적 지위를 간략히 확인할 필요가 있다(Ⅲ). 셋째, 구체적인 사건과 관련하여 국제환경조약으로부터 직접 법적 효과를 도출할 수 있는지의 여부(직접적용가능성여부), 또한 국제환경조약으로부터 개인의 주관적 소권이 인정되는지의 여부에 대하여도 살피고자 한다. 마지막으로 국제환경조약상의 어떤 규정과 국내법상의 그것이 충돌 혹은 경합하는 경우와 관련하여 발생할 수 있는 문제점에 관하여 고찰하기로 한다(Ⅳ).

2) www.me.go.kr:9999/DEPTDATA/0401/Convention.html

II. 환경문제에 대한 국제적 동향과 국제환경조약의 발전현황

1. 환경문제에 대한 국제적 동향

UN차원에서 이루어진 최초의 환경논의는 1972년 6월 스톡홀름에서 개최된 UN인간환경회의이다(UNCHE). 인간환경에 관한 '스톡홀름원칙 21'은 '국가는 유엔헌장과 국제법의 원칙에 따라 스스로의 환경정책으로 자신의 천연자원을 개발할 주관적 권리를 가지며, 자국의 관할이나 통제하에 있는 행동이 타국의 환경 혹은 국가관할권의 한계를 넘는 영역에 손상을 야기하지 않도록 보장할 책임이 있다'고 규정하고 있다. 즉, 개별 주권국에 대하여 자국의 자원을 그들의 환경정책에 따라 개발할 주관적 권리와 관할권 내의 행동을 보장하고, 타국 또는 자국관할권 외의 지역에 대한 손상을 야기하지 않도록 통제할 의무를 동시에 확인하고 있다. 유엔환경회의를 계기로 지구환경문제는 인류공동의 문제라는 인식이 확산되었을 뿐 아니라 스톡홀름원칙 21은 그 후에 계속되는 환경문제에 관한 법과 실행의 발전에 있어 매우 큰 영향을 미쳤다. 지구환경보전을 위한 국제적인 노력이 결실을 맺게 된 것은 1980년대이다. 1983년에는 2000년대를 향한 장기지구환경보전 전략을 수립하기 위해 '세계환경개발위원회(WCED)'가 구성되었고, 동위원회의 1987년 보고서인 '우리공동의 미래(Our Common Future. 일명 Brundtland Report)'는 "지속가능한 개발(Sustainable Development)"에 대한 전세계적 공감을 불러 일으켰으며,³⁾ 1988년 UN총회에서는 "지속가능한 개발"개념을 UN 및 각국 정부의 기본이념으로 삼을 것을 결의하였다.

3) 고영훈, 환경법, 법문사 2000, 347쪽 참고

UN에서는 유엔인간환경회의의 개최 20주년을 맞이하여, 생태적으로 건전하고 지속가능한 개발의 이념을 공식화하고 이를 실천하기 위하여 1992년 6월 브라질의 리오에서 UN환경개발회의가 개최되었다. 178개국과 68개 국제기구가 참가한 리오회의는 “현재의 개발이 현세대와 미래세대의 필요를 공평하게 충족시켜야 한다”는 지속가능한 개발의 이념을 UN차원에서 공식적으로 환경과 개발을 위한 중요한 목표로 선언하였다는 점에서, 또 118개국의 국가정상과 정부수반이 동 회의에 참가하였다는 점과 더불어 전세계적으로 환경을 정책결정의 중요원칙으로 삼은 계기로 만든 장이 되었다.⁴⁾ 동 회의에서는 ‘환경과 개발에 관한 리오선언’⁵⁾과 리오선언의 구체적 실천계획으로서 ‘의제 21(Agenda)’⁶⁾이 채택되었다.⁷⁾ 이 밖에도 UN에서는 1992년 12월 개최된 제47차 UN총회결의에 따라 유엔경제사회이사회 산하에 ‘유엔지속개발위원회(CSD: Commission on Sustainable Development)’가 설립되어, 각국의 ‘의제 21’에 대한 이행상황, 특히 재정이전 및 기술이전 분야의 이행상황을 중점 검토하고, 각국 정부·국제기구·민간단체의 ‘의제 21’ 이행에 관한 보고서와 각종 국제환경협약의 체결 및 이행상황을 평가하며, ‘의제 21’의 이행을 위한 국제협력을 증진하는 역할을 담당하고 있다.⁸⁾

4) 동회의에서는 지구환경보전을 위한 “공동의 차별적 책임(Common but Differentiated Responsibilities)”이 강조되어, 지구환경보전에 각국이 공동책임을 지며 서로 다른 현실과 능력에 맞게 차별적인 책임이 각국에 분배되어야 한다는 원칙이 표명되었다(위의 책, 348쪽).

5) “생태적으로 건전하고 지속가능한 개발”의 실현을 위한 ‘리오선언’은 지구환경질서의 기본규범으로서 전문과 27개 원칙으로 구성되어 있다.

6) ‘의제 21(Agenda)’은 지구환경문제의 원인이 되는 각종 사회·경제적 요인 등에 대한 대책과 대기·해양·폐기물·토양 등 부문별 환경문제에 관한 대책과 재정지원·기술이전 및 제도 등 지구환경보전을 위한 광범위하고 포괄적인 내용을 가지고 있으며, 각국 및 국제기구의 이행과제를 사회경제, 자원, 그룹별 역할, 이행수단 등 4개 분야 40개 장으로 분류하여 정책목표와 지침을 제시하고 있다(위의 책, 349쪽).

7) 이 밖에도 기후변화협약과 생물다양성보호협약, 산림원칙성명이 채택되었다(위의 책, 349쪽).

8) 위의 책, 349쪽

이 밖에도 국제기구에서의 환경보전을 위한 노력으로는 경제개발협력기구(OECD)의 환경규정과 노력을 들 수 있다. 특히 OECD는 회원국간의 환경보전 및 개선을 위한 정책을 검토하고 국가간에 조화된 국제적 환경규범 수립을 위하여 1970년 환경정책위원회(EPOC)를 설립하였으며,⁹⁾ 1992년부터는 회원국들의 환경정책을 객관적으로 평가하고, 최선의 환경정책이행을 위한 공동노력을 촉진하기 위하여 환경성과평가를 실시하고 있다.¹⁰⁾ 뿐만 아니라 1972년 유엔환경계획(UNEP), 1965년 유엔개발계획(UNDP), 1947년 아·태경제사회이사회(ESCAP), 아시아·유럽회의(ASEM) 및 아시아·유럽환경기술센터(AEETC) 등이 설립되어 국제환경문제를 해결하기 위하여 노력을 경주하고 있다.¹¹⁾

2. 국제환경조약의 발전현황

지구환경문제가 국제사회의 새로운 쟁점으로 부각되면서 각국의 환경정책 및 경제활동 전반에 직접적으로 영향을 미치는 각종 환경조약이 체결되고 있다. 2000년 4월 현재 체결된 국제환경조약은 대기·수질·폐기물 및 자연환경 분야에서 216개에 달하고 있다.¹²⁾ 우리 나라는 현재 기후변화협약, 생물다양성협약 등 40개 환경조약에 가입하고 있다.¹³⁾ 이 중 주요한 국제환경협약의 현황과 우리 나라의 가입현황을 살펴보면 다음과 같다.

9) 위의 책, 351쪽

10) 위의 책

11) 위의 책, 352쪽 이하

12) 대기기후에 관한 국제환경조약이 12개, 담수보호와 관련하여 15개, 해양·어업에 관련하여 86개, 생물보호와 관련하여 50개, 핵안전과 관련하여 13개, 유해물질과 관련하여 11개, 기타 29개 등 216개의 협약이 체결되어 있다(www.me.go.kr/9999/DEPTDATA/0401/Convention.html).

13) 2000년 4월 현재, 대기기후와 관련하여 6개, 해양어업과 관련하여 13개, 생물보호와 관련하여 7개, 핵안전과 관련하여 6개, 유해물질과 관련하여 1개, 기타 7개 등 40개 환경협약에 가입하고 있다(www.me.go.kr/9999/DEPTDATA/0401/Convention.html).

기후변화협약(92. 5. 채택, 94. 3. 발효)에는 현재 181개국이 가입하고 있으며 우리 나라도 93. 12. 14. 가입하였다(94. 3. 21. 발효). 원의정서(87. 9. 채택, 89. 1. 발효),¹⁴⁾ 런던의정서(90. 6. 채택, 92. 8. 발효),¹⁵⁾ 코펜하겐 의정서(92. 11. 채택, 94. 6. 발효),¹⁶⁾ 몬트리올의정서(7. 9. 채택, 99. 11. 발효)¹⁷⁾ 등 4개로 구성된 몬트리올의정서에는 각 각 172개국, 138개국, 104개국, 33개국 등이 가입해 있고, 우리 나라는 각 각 92. 2. 27.(92. 5. 27. 발효), 92. 12. 10.(93. 3. 10 발효), 94. 12. 2.(95. 3. 2. 발효), 98. 8. 19.(99. 11. 10. 발효)에 가입하였다. 유해폐기물의 국가간 이동 및 그 처리의 통제에 관한 바젤협약(89. 3. 채택, 92. 5. 발효)에는 133개국이 가입하였으며 우리는 94. 2. 28.(94. 5. 29. 발효)에 가입하였다. 생물다양성협약(92. 5. 채택, 93. 12. 발효)에는 현재 176개국이 가입해 있는 실정이고 우리 나라도 94. 10. 3.(95. 1. 1. 발효)가입하였고, 148개국이 가입한 CITES(멸종 위기에 처한 야생동·식물종의 국제거래에 관한 협약. 73. 3. 채택. 75. 7. 발효)에는 93. 7. 9.(93. 10. 7. 발효) 가입하였다. 117개국이 가입한 람사협약(물새서식지로서 국제적으로 중요한 습지에 관한 협약. 71. 2. 채택, 75. 12. 발효)에는 97. 3. 28.(97. 7. 28. 발효)에 가입하였다. 이 밖에도 생명공학을 이용한 유전자변형 농산물 등 유전자변형생물체의 국가간 이동시 사전통보절차, 그것의 환경에 미치는 영향 및 위해성 평가, 유전자원 제공국에 대한 이익배분 등의 내용을 담은 생명공학안전성의정서가 2000. 1. 29. 캐나다몬트리올에서 열린 생물다양성협약 특별당사국총회에서 채택되었다. 동의정서는 50개국이 가입한 날로부터 90일 후에 발효된다.

편의상 협약분야별로 다시 정리하면 다음과 같다. 우선 대기·기후에

14) 오존층 파괴물질에 관한 몬트리올의정서를 말함

15) 몬트리올의정서의 런던개정서를 말함

16) 몬트리올의정서의 코펜하겐 개정서를 말함

17) 몬트리올의정서의 몬트리올개정서를 말함

관한 협약인 기후변화에 관한 국제연합 기본협약(기후변화협약)¹⁸⁾과 기후변화협약의 교토의정서¹⁹⁾, 몬트리올의정서가 있다. 해양·어업에 관한 협약으로는 국제포경규제협약,²⁰⁾ 대서양참치의 보존에 관한 국제협약,²¹⁾ 동남대서양 생물자원보존 협약,²²⁾ 남극해양생물 자원보존에 관한 협약,²³⁾ 1954년 유류에 의한 해양의 오염방지를 위한 국제협약(1962년 및 1969년 포함),²⁴⁾ 폐기물 및 그 밖의 물질의 투기에 의한 해양오염방지에 관한 협약(런던협약),²⁵⁾ 유류오염 손해에 대한 민사책임에 관한 국제협약,²⁶⁾ 해양법에 관한 국제연합협약²⁷⁾ 등이 있다. 유해물질·폐기물에 관한 협약으로는 유해폐기물의 국가간 이동 및 그 처리에 관한 바젤협약,²⁸⁾ 특정유해화학물질 및 농약의 국제교역시 사전통보 승인절차에 관한 로테르담 협약²⁹⁾ 등이 있다. 자연·생물보호에 관한 협약으로는 멸종위기에 처한 야생동·식물종의 국제거래에 관한 협약,³⁰⁾ 생물다양성협약,³¹⁾ 물새서식지로서 국제적으로 주요한 습지에 관한 협약,³²⁾ 국제식물보호협약,³³⁾ 이동성야생동물종보존 협약³⁴⁾ 등이 있다. 핵안전에 관한 협약으로

18) 92. 5. 9. 채택(94. 3. 21. 발효), 한국: 93. 12. 14. 가입(94. 3. 21발효)

19) 97. 12. 10 채택되었으나 현재 미발효 중에 있으며, 우리 나라는 아직 미가입 상태이다.

20) 46. 12. 2. 채택(48. 11. 10. 발효), 한국: 78. 12. 29. 가입(78. 12. 29. 발효)

21) 66. 5. 14. 채택(69. 3. 21. 발효), 한국: 70. 8. 28. 가입(70. 8. 28. 발효)

22) 69. 10. 23. 채택(71. 10. 24. 발효), 한국: 81. 1. 19. 가입(81. 2. 19. 발효)

23) 80. 5. 20. 채택(82. 4. 7. 발효), 한국: 85. 3. 29. 가입(85. 4. 28. 발효)

24) 54. 5. 12.(58. 7. 26. 발효) 채택되었다. 그 이후 62. 4. 11.(67. 6. 28. 발효), 69. 10. 21.(78. 1. 20. 발효) 두 차례에 걸쳐 개정되었으나 우리 나라는 아직 58년 협약에만 가입한 상태이다(78. 7. 31. 가입, 78. 10. 31. 발효).

25) 72. 12. 29. 채택(75. 8. 30. 발효), 한국: 93. 12. 21. 가입(94. 1. 20. 발효)

26) 69. 11. 29. 채택(75. 6. 19. 발효), 한국: 78. 12. 18. 가입(79. 3. 18. 발효)

27) 82. 12. 10. 채택(94. 11. 16. 발효), 한국: 96. 1. 29. 가입(96. 2. 28.)

28) 89. 3. 22. 채택(92. 5. 5. 발효), 한국: 94. 2. 28. 가입(94. 5. 29. 발효)

29) 98. 9. 10. 채택되었으나 아직 발효되지 않고 있으며, 우리 나라는 아직 미가입 상태에 있다.

30) 73. 3. 3. 채택(75. 7. 1. 발효), 한국: 93. 7. 9. 가입(93. 10. 7. 발효)

31) 92. 5. 22. 채택(93. 12. 29. 발효), 한국: 94. 10. 3. 가입(95. 1. 1. 발효)

32) 71. 2. 2. 가입(75. 12. 21. 발효), 1982년과 1987년 두 차례에 걸쳐 개정되었다. 우리 나라는 71년 조약에만 97. 3. 28. 가입하고 있다(97. 7. 28.).

33) 51. 12. 6. 채택(52. 4. 3. 발효), 한국: 53. 12. 8. 가입(53. 12. 8. 발효)

는 대기권·외기권 및 수중에서의 핵무기실험금지 조약,³⁵⁾ 핵무기 및 기타 대량 파괴무기의 해저, 해상 및 그 하층토에 있어서의 설치 금지에 관한 조약,³⁶⁾ 핵안전에 관한 협약³⁷⁾ 등이 있다. 이 밖에도 남극조약³⁸⁾과 환경보호에 관한 남극조약의정서,³⁹⁾ 세계문화유산 및 자연유산의 보호에 관한 협약,⁴⁰⁾ 환경변경기술의 군사적 또는 기타 적대적 사용의 금지에 관한 협약,⁴¹⁾ 세균무기(생물무기) 및 독소무기의 개발, 생산, 비축의 금지와 그 폐기에 관한 협약⁴²⁾ 등이 있다.

이와 같은 국제환경조약의 발전은 다음 3가지 점에서 중요한 의미가 있다고 하겠다.⁴³⁾ 첫째, 현존하는 환경관련 관습법의 내용을 더욱 구체화 하면서 환경보호에 관한 개별국가의 의무를 분명하게 확인하고 있다. 둘째, 환경관련 관습법만으로는 불가능한 환경보호의 기준과 국제기구의 조약의무 이행에 대한 감독 근거를 제공한다. 셋째, 이러한 체계는 국제인권법과 마찬가지로 국가간의 이익을 넘어 인류공동체의 공동이익을 보호하도록 촉진시킨다.

34) 79. 6. 23. 채택(83. 11. 1. 발효), 한국은 아직 미가입 상태이다.

35) 63. 8. 5. 채택(63. 10. 10. 발효), 한국: 64. 7. 24. 가입(64. 7. 24. 발효)

36) 71. 7. 21. 채택(72. 5. 18. 발효), 한국: 87. 6. 25. 가입(87. 6. 25. 발효)

37) 94. 9. 20. 채택(96. 10. 24. 발효), 한국: 95. 9. 19. 가입(96. 10. 24. 발효)

38) 59. 12. 1. 채택(61. 6. 23. 발효), 한국: 86. 11. 28. 가입(86. 11. 28. 발효)

39) 91. 10. 3. 채택(98. 1. 14. 발효), 한국: 96. 1. 2. 가입(98. 1. 14. 발효)

40) 72. 11. 23. 채택(75. 12. 17. 발효), 한국: 88. 9. 14. 가입(88. 9. 14. 발효)

41) 76. 12. 10. 채택(78. 10. 5. 발효), 한국: 86. 12. 2. 가입(86. 12. 2. 발효)

42) 72. 4. 10. 채택(75. 3. 26. 발효), 한국: 87. 6. 25. 가입(87. 6. 25. 발효)

43) Birnie & Boyle, International Law and the Environment(1992), pp. 84-85(성재호, 국제환경법의 법리, 한창규박사회갑기념논문집, 삼성사 1993, 979쪽 참고)

Ⅲ. 국제환경조약의 국내법적 지위

1. 국제환경조약의 국제법상 지위

국제사법재판소규정 제38조 제1항은 첫째, 분쟁당사국에 의하여 명백하게 인정된 조약, 둘째, 일반적인 것으로 표현되고 법으로서 인정된 관행으로서의 국제관습법, 셋째, 문화국가에 의하여 승인된 법의 일반원칙 등을 국제법의 법원으로 인정하고 있다. 이 밖에도 재판판결과 가장 권위 있는 국제법학자들의 견해 등을 들고 있다.⁴⁴⁾ 그러나 우리헌법 제6조는 조약과 일반적으로 승인된 국제법규만을 국내법으로 받아 들이고 있기 때문에 국제환경조약이 조약으로서의 지위를 가지는 것인지, 아니면 국제법의 일반원칙으로서의 지위를 가지는지의 여부가 검토되어야 할 것이다.

국제환경조약도 일용 조약의 형태로 존재하기 때문에 우선 조약에 대하여 일반적으로 검토하여야 할 것으로 보인다. 국제조약의 국제법 일반원칙성에 관한 문제는, 고려대상이 되고 있는 국제환경조약이 국제사회의 보편적 영역에서 구속력을 인정받고 있는지의 여부에 관한 것이다. 따라서 국제법의 일반원칙성의 기준은 그러한 국제법규가 존재하는지의 여부와 그러한 국제법규가 일반성을 가지는가가 결정적이라 하겠다. 전자의 경우 국제관습법⁴⁵⁾도 여기서의 국제법규에 포함된다고 하겠다. 즉, 국

44) 신현덕, 주1, 151쪽 참고

45) 국제공동체내에 존재하는 확고한 관행(객관적 요소)이 국제법에 근거할 때 정당한 것이라는 법적 확신(주관적 요소)을 부여받은 경우를 의미한다(vgl. hrsg. v. Isensee/Kirchhof, Handbuch des StaatsR., Bd. VII, Heidelberg 1992, S. 489, 541. K. Stern, Das StaatsR der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., München 1984, S. 488). 대개 국제관습법은 불문법이다. 국제관습법여부를 결정함에 있어서 법관에 의한 선결례와 여러 국가의 능력있는 국제법학자의 견해가 중요한 의미를 가진다고 할 것이다(국제사법재판소규정 제38조 1항). 그러나 현재에는 국제관습법은 점진적으로 조약집의 형태로 규정되고 있다(유엔헌장 제13조 1항 가 참고).

제관습법인 동시에 국제법의 일반원칙인 규범을 배제하지는 않는다.⁴⁶⁾ 후자의 경우 일반성은 국제법공동체에 의하여 일반적 구속력이 있는 것으로 인정되느냐의 여부이다. 독일연방헌법재판소는 국제법적 원칙의 일반성을 그것의 내용에 따라서가 아니라 일반적 구속력에 근거하여 판단한다.⁴⁷⁾ 거의 대다수의 국가에 의하여 국제법적 원칙이 법적 구속력을 가지는 것으로 인정되는 경우에 국제법원칙들은 국제법의 일반원칙이 된다고 한다.⁴⁸⁾ 그러나 이러한 압도적 다수의 국가에 무조건적으로 당해 국가가 포함되어야 하는 것은 아니다.⁴⁹⁾ 또한 단순히 다수의 국가에 의하여 - 예컨대 유엔총회의 결의에 의하여 - 제정된 국제법이 언제나 실질적 정당성을 가진다고 볼 수는 없다. 대다수 국가의 반대에도 불구하고 국제법의 일반원칙이 성립될 수도 없지만 - '정의'와 '평화'와 같은 개념을 정의하는 것이 간단한 문제가 아니라 할 지라도 - 그것의 실질적 내용도 국제법의 일반원칙여부를 판단하는 기준으로 완전히 배제될 수는 없다고 본다.⁵⁰⁾ 일반적으로, 인도주의적 전쟁법⁵¹⁾, 조약에 관한 비엔나협약(1969. 5. 23), 외교및영사관계에 관한 비엔나협약(1961. 4. 18) 등은 일반적인 국제법의 원칙으로 이해한다.

국제법의 일반원칙성에 대하여는 국제조약법⁵²⁾도 해당될 수 있는가가

46) BVerfGE 15, 25(33f.); 23, 288(317); 66, 39(64). Vgl. Isensee, *ibid.* S. 489, 541.

47) Vgl. BVerfGE 15, 25(33f.); 16, 27(33); 23, 288(317); 46, 342(367f.)

48) 따라서 유럽인권협약, 유럽공동체의 법원칙 들은 국제법의 일반원칙에 해당되지 않는다고 본다 (Stern, Anm. 45, S. 489f.)

49) *Ibid.*, S. 489

50) Isensee, Anm. 45, S. 494

51) 1949년의 제네바협약이 여기에 해당된다. 동 협약은 육지전에서의 군 부상자 및 병자의 상태개선에 관한 제네바협약(제1협약), 해상에서의 군 부상자, 병자 및 조난자의 상태개선에 관한 제네바협약(제2협약), 포로의 대우에 관한 제네바협약(제3협약), 전시에 있어서 민간인의 보호에 관한 제네바협약(제4협약) 등의 4개의 협약으로 이루어진다.

52) 당사국의 의식적이고 자발적인 참여를 전제로 하여 조약체결당사국이 국제법적 관계 또는 국제법적 효력을 형성하겠다는 일차된 의사표시에 의한다. 당사국의 수에 따라 상호조약 또는 다자간 조약이라 한다(Stern, Anm. 45, S. 488).

논의되어야 한다. 조약도 국제법의 일반원칙이 될 수 있다는 점에 대하여는 서로 다른 의견이 존재한다. 그러나 당사국의 자발적 의사표시에 의하여 성립된 조약은 일반적으로 승인된 국제법규로 보지 않는 것이 타당하다고 볼 것이다.⁵³⁾ 그 이유를 설명하면 다음과 같다. 첫째, 국제사법재판소는 국제법의 일반원칙을 보충적 법원으로 이해하고 있다.⁵⁴⁾ 국제사법재판소규정 제38조 제1항 다)호의 체계적 지위와 생성역사를 통하여 판단할 때, 국제조약법이나 국제관습법에 따라 문제를 해결할 수 없는 경우에 국제법의 일반원칙이 적용된다고 보기 때문이다. 둘째, 국제법의 일반원칙이 조약의 형태로 국내법으로 편입된 경우 국내적 효력의 근거는 헌법 제6조, 제60조, 제73조, 제89조 등이 되기 때문이다.⁵⁵⁾ 셋째, 국제법의 일반원칙은 불명확하고, 관찰가능성이 결여되어 있기 때문에, 조약의 형태로서 규범의 명확성과 법적 구속력을 실현하고자 함에 그 목적이 있다. 이러한 관점에서 본다면 조약을 국제법의 일반원칙으로 이해하는 것은 국제법의 법적 지위의 후퇴를 의미하게 될 것이다. 넷째, 국내법적 다양한 가치규정과 원칙은 국제법의 일반원칙을 인정하는 재량을 크게 제한하고 있다(예를 들면 민주주의, 법치주의 등).⁵⁶⁾ 국제법의 일반원칙은 매우 어렵게 인정되는 규범이라 하겠다. 따라서 국제법은 확정을 위한 특별한 수단을 요구하고 있다(국제사법재판소 규정 제38조 1항 라)호). 다섯째, 국제조약은 협약가입시 가입당사국의 비준절차를 거치도록 하고 있다. 마지막으로 독일이나 미국과는 달리 헌법 제6조는 국제조약과 국제법의 일반원칙을 동일한 효력을 가지는 것으로 이해하고 있다는 점에서

53) Vgl. BVerfGE 31, 145(178); BK. GG, Art. 25, S. 8. 그러나 국제조약도 일반성을 가지는 한 국제법의 일반원칙이 된다는 주장이 있다. 이 견해에 따르면 이 조약은 선언적 성격을 갖는다고 한다 (vgl. Stem, *ibid.* 489).

54) *Ibid.* S. 488f.

55) *Isensee, Anm.* 45, S. 532

56) K. Ipsen, *VölkerR*, München 1990, S. 210

국제조약을 굳이 국제법의 일반원칙으로 구별할 실익은 없다고 하겠다.

2. 헌법적 서열로서의 국제환경조약

이미 알고 있는 바와 같이 국제법과 국내법과의 관계에 관한 일원론과 이원론, 국제법의 국내법적 근거에 관한 변형이론, 집행이론 및 수용이론은 국제법규범의 국내법체계내에서의 효력에 관하여는 아무런 해답을 제시하지 못한다. 다만 국내법적 효력이 있다고 말할 뿐이다.⁵⁷⁾ 국제법도 국가에 대하여 국내법을 국제법합치적 상태로 만들 의무를 지우기는 하나 그것을 실현하기 위한 서열(규범의 종류와 방법)에 대하여는 - 조약에서 특별히 규정하지 않는 한⁵⁸⁾ - 아무런 의사를 표현하고 있지 않다. 결국 국제법의 국내법적 서열확정의 문제는 국내법에 의하여 결정할 수밖에 없다.⁵⁹⁾ 여기에는 2가지 가능성이 있다. 하나는 변형규범 그 자체의 국내법적 의미를 고려하여 서열을 정하는 방법이다. 다른 하나는 헌법이나 법률규정에 의하여 서열질서를 확정하는 것이다.⁶⁰⁾

정당성의 근거와 제정취지를 고려할 때 헌법의 최고규범성은 인정된다. 그 다음에는 법률과 명령, 규칙 등이 뒤따른다. 여기서 직접적용이 가능한 국제조약상의 규정들이 서로 충돌하는 경우 위의 서열에 따라 상위 서열의 규범은 하위서열의 그것을 배제하기 때문에, 국내법으로 수용된 직접적용 가능한 국제조약이 국내법적 규범과 실질적으로 충돌하는 경우

57) Vgl. BVerfGE 73, 340(374)

58) 조약의 국내법적 효력 또는 적용의 우선순위는 국내법에서 조약의 효력을 어떻게 규정하느냐의 문제이다. 조약의 경우 그것의 내용에 따라 조약당사국이 국내법적 효력 또는 적용우선순위를 의 무지우고 있는지에 따라 달라진다(vgl. BVerfGE 73, 340(374)).

59) Vgl. BVerfGE 73, 340(374)

60) 대개의 경우 개별국가의 헌법들은 각각의 이론을 서로 주장할 수 있기 때문이다. 따라서 국제법 규범이 국내영역에서 적용될 때 그 서열은 헌법규범에 의하여 결정되어질 수 밖에 없고, 헌법규 범이 불명확한 경우에는 궁극적으로는 다수이론이나 헌법재판소의 결정에서 도출될 뿐이라고 하 겠다(Isensee, Anm. 45, S. 126, 129; Ipsen, Anm. 56, S. 1081).

국내법으로 수용된 국제법이 국내법영역에서 어떠한 서열질서에 위치하는가는 중요한 의미를 가진다.⁶¹⁾ 현행헌법은 제6조 제1항에서 "... 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 '같은 효력'을 가진다."고 규정하고 있기 때문에 조약으로서의 국제환경조약이 가질 수 있는 국내법적 지위는 헌법적 지위 또는 법률적 지위 중 하나일 것이다.

헌법전문과 헌법 제6조 제1항이 규정하고 있는 국제법존중주의의 입장에서 볼 때 국제법의 일반원칙은 헌법적 효력을 갖는다고 주장할 수도 있다. 따라서 국제환경조약상의 일반원칙은 헌법적 효력을 갖는다고 주장할 수 있다. 그러나 여기에 대하여는 다음과 같은 비판이 가능하다. 첫째, 국제법존중주의는 입법자 등에 대한 명령이지 헌법개정권력 그 자체에 대한 명령은 아니다. 국내법적 관점에서 볼 때, 헌법에 의하여 인정되는 원칙이 헌법 그 자체를 제한한다는 것은 논리적일 수 없기 때문이다. 헌법제정자가 헌법보다 더 높은 서열의 법률을 창설할 수 있다는 것은 논리적 설득력이 없다.⁶²⁾ 설령, 국제법존중주의에 따라 주권의 제한을 인정하여야 하는 경우가 발생한다고 하더라도 헌법에 우선하는 - 국제법이 신법인 경우 - 국제법의 우위는 인정될 수 없다고 본다.⁶³⁾ 이는 일반적으로 인정되고 있는 헌법의 최고규범으로서의 특징을 부인하는 결과를 초래한다. 아울러 헌법이 우선하는 경우와 국제법이 우선하는 경우를 판단할 심사기관이 없다. 우리헌법은 제111조 제1항 제1호, 제5호에서 위헌법률심판제도와 헌법소원심판제도를 인정하고 있기 때문이다.⁶⁴⁾ 둘째, 헌법과 동일한 효력을 가지는 것으로 이해한다면, 대한민국의 공권력 행사의 경우 요구되는 헌법의 민주적·법치국가적 구조를 불투명한 것으로 만들

61) Ipsen, *ibid.*, S. 1081

62) *ibid.*, S. 1092

63) Vgl. BK. GG, Art. 25, S. 11

64) 독일기본법 제100조 2항에는 기본법 제25조상의 권리·의무에 관한 소송절차를 따로 마련하고 있다.

우려가 있다.⁶⁵⁾ 즉, 국제법은 국제법공동체 상황에 따라 변화하여야 하기 때문에 - 헌법의 가치나 원칙들에 정면으로 반함에도 불구하고 - 국제법 합치적 법률을 제정하여야 하는 경우가 발생할 수 있다. 이 때문에 소위 '명확성 원칙'과 같은 한 국가의 근본적 가치들이 '시험에 빠질 수 있다'는 위험이 지적되고 있는 것이다.⁶⁶⁾ 셋째, 동일한 사항을 규율하는 국제법이 존재한다면 'lex posterior'에 의하여 헌법규범을 변경시킬 수 있게 된다. 이 경우 헌법개정절차에 관한 헌법 제10장의 존재 의미는 유명무실하게 될 것이다. 넷째, 조약의 국내법상 서열은 조약의 변형자에 의하여 결정된다고 볼 때⁶⁷⁾, 현행헌법 제60조 제1항은 국회의 동의를 필요로 하고 이 '동의'라는 변형자는 헌법 제49조에 따라 재적의원 과반수의 출석과 출석의원 과반수의 찬성에 의하여 행하여지므로 법률제정의 정족수와 동일하다. 따라서 조약은 법률과 동일한 효력을 가진다고 할 것이다. 마지막으로 독일기본법 제25조에서 '국제법의 일반원칙은 연방법률에 우선한다'고 규정하고 있는 독일의 경우나 미국헌법 제6조에서 '조약은 국내법 중 최상의 법률'이라고 규정하고 있는 미국의 경우에도 국제법의 일반원칙이나 조약을 헌법과 동일한 효력을 가지는 것으로 이해하는 학자는 많지 않다.⁶⁸⁾

65) 국제법은 법치주의가 요구하는 명확성을 일반적으로 충족시키지 못하기 때문이다. 또한 국민의 어떠한 결정이나 합의와는 무관한 규범이 국내법질서내에서 존재할 수 있기 때문이다. 따라서 체계적 해석에 의할 때 헌법상위의 국제법은 인정될 수 없다고 하겠다(vgl. Isensee, Anm. 45, S. 555).

66) Stern, Anm. 45, S. 493

67) 조약에 대한 국회동의를 수권기능, 도입기능 및 서열확정기능을 가진다(Ipsen, Anm. 56, S. 1098; Isensee, Anm. 45, S. 136f.).

68) Vgl. K. Doehring, VVDstRL 32(1974), S. 22; Stern, Anm. 45, 493; L. Fisher, Constitutional Structures: Separated Powers and Federalism, Vol. 1, N.Y./London/etc. 1995, p. 360ff.

3. 법률적 서열로서의 국제환경조약

미국에서는 헌법 제6조는 조약을 최고법(supreme law)이라고 규정하면서도 헌법 또는 연방법률과의 우열에 관하여는 명백한 표현을 하고 있지 않다. 그러나 조약은 헌법에 반할 수 없다는 것이 미국에서의 일반적 입장이며 판례도 이를 확인하고 있다.⁶⁹⁾ 따라서 조약과 연방법률이 충돌하는 경우에는 신법우선의 원칙에 따라 해결한다. 이것은 조약을 연방법률과 동위의 효력을 가지는 규범으로 이해하고 있기 때문이다.⁷⁰⁾ 그러나 연방대법원의 판례경향은 기존의 조약을 수정하려는 입법자의 명시적인 의도가 보이지 않는 경우에는 조약이 의회의 법률에 위반한다고 해석하는 데에는 소극적이다.⁷¹⁾ 입법자가 새로운 법률의 제정을 통하여 기존의 조약을 무시할 수는 있지만 그러한 국내법에 의해서 국제법적 의무를 벗어날 수 없다고 보기 때문이다.⁷²⁾

독일에서는 기본법 제59조 제2항에 따라 조약은 반드시 국내법인 동의 법률에 의하여 국내적으로 효력을 발생하기 때문에 기존의 법률과 조약(엄격히 말하면 동의법률)이 충돌하는 경우에 신법우선의 원칙이 적용된다고 본다.⁷³⁾ 그러나 기존의 조약에 반하는 새로운 법률이 제정된 경우에는 독일법질서의 국제법우호성원칙을 고려하여 - 국제법적인 의무를 배제하는 또는 그러한 의무를 침해할 수도 있다는 것을 입법자가 명백하게 표시하지 않는 한 - 국제법적 의무와 가장 잘 합치하는 것으로 해석 또는 집행되어야 하는 것으로 이해하고 있다. 즉, 사후에 제정된 국내법이라 하더라도 국제법합치적인 해석 또는 적용이 필요하다고 보고 있다.⁷⁴⁾

69) Reid v. Covert, 354 U.S. 1, 161.(1957)

70) 양건, 헌법연구, 법문사 1995, 770쪽 참고

71) 김성준, 조약의 국내적 수용 비교연구, 법무부 1996, 76쪽. 참고

72) 위의 책, 77쪽

73) 동의법률을 연방의회에 의하여 제정된 연방법률의 한 형식으로 보기 때문이다.

74) Vgl. BVerfGE 74, 370: 4, 168. NJW 1988, 1463

일반적으로 조약의 국내법적 서열은 개별국가의 헌법규정과 관련되어진다. 우리의 경우 헌법 제6조 제1항에 조약은 국내법과 같은 효력을 가진다고 규정하고 있을 뿐 아니라 제60조에서는 법률과 같은 동의절차를 규정하고 있기 때문에 조약은 법률과 동일한 효력을 가진다고 할 것이다. 따라서 국제환경조약도 법률과 같은 효력을 가진다고 볼 것이다.

IV. 국제환경조약의 직접적용가능성

하나의 국제법적 규범이 국내법적 효력을 갖는다는 것이 국내법을 통한 어떠한 구체화없이도 행정관리나 법원이 구체적인 사건과 관련하여 그것으로부터 직접 법적 효과를 도출할 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 국내법적으로 적합한 보충적인 또는 이행규정이 없는 대개의 국제법상의 규정들은 재판절차에서 - 해석을 위하여는 도움을 주기는 하겠지만 - 강요적인 성격을 갖지 못하기 때문이다. 따라서 국제환경조약의 국내법적 효력과 관련하여 조약의 직접적용가능성 여부 즉, 직접 법적효과의 도출가능성을 검토할 필요가 있다.

1. 직접적용가능성의 개념

원래 국제법은 국가만을 대상으로 하는 규범이기 때문에, 개인의 권리·의무를 직접 생성하게 할 수는 없다. 어떤 국제규범의 국내적 효력은 그것이 구속력있는 국내법질서의 구성요소로 이해될 때에는 당연히 주어지는 것이다. 이에 반하여 직접적용가능성은 그 규범이 법원이나 다른 국내의 법적용기관에 의하여 별문제없이 적용될 수 있도록 구체화된 경우에

야 비로소 인정된다.⁷⁵⁾

집행기관이나 법원에 대하여 법적 효력을 미치지만 개인에 대하여 주관적 권리를 부여하지 않는 조약을 직접적용가능한 조약이라 칭하고, 개인에 대하여 주관적 권리를 부여하는 조약을 ‘자기집행적(self-executing)’이라고 칭하는 견해가 있고, 또 국내적 수용조치를 전제하지 않고서도 국내법영역에서 조약이 준수되는 경우에는 직접적용가능하다고 이해하고, 국내법적 준수를 위하여 수용조치를 요구하지 않는 경우를 자기집행적이라는 견해도 있다.⁷⁶⁾ 그러나 일반적으로 직접적용가능성은 대개 자기집행적이란 용어와 동의어로서 이해한다.⁷⁷⁾ 조약의 직접적용가능성은 구체적인 사건과 관련하여 별도의 입법없이 집행기관이나 법원이 결정의 근거로서 원용할 수 있는가의 문제라 하겠다.⁷⁸⁾ 직접적용가능성의 문제는 자기집행적이냐 아니냐가 중요한 것이 아니라 그것이 구체화되는 법작용없이도 적용되어질 수 있는가의 여부이다.⁷⁹⁾ 따라서 자기집행적 조약은 법을 집행하는 기관에게 - 즉, 법원이나 공무원에게 - 해당되는 개념이라 하겠다. 반면에 비자기집행적 조약은 국가의 입법기관에 대하여 적용되는 개념이라 하겠다.⁸⁰⁾

국제조약이 국내법체계 내에서 형식적 타당성을 가지고 직접적용 가능한 규범이라면 그것들은 반드시 법원에 의하여 적용되어야 한다. 따라서 국내적 이해관계에 반한다는 이유 또는 국제법적 기원의 규범이라는 이유로 국제조약의 국내적 집행을 방해할 수 있는 어떠한 장애도 인정되지

75) Ipsen, Anm. 56, S. 20

76) Vgl. G. Buchs, Die Unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen, Baden-Baden 1993, S. 26

77) Ibid., S. 26f.; Stern, Anm. 45, S. 492

78) Buchs, *ibid.*, S. 29

79) Doehring, Anm. 68, S. 24

80) Stern, Anm. 45, S. 486

않는다. 따라서 법원의 국제법에 대한 친근성 결여때문에 국제환경조약이 법원에 의하여 간과되는 경우가 발생해서는 안 될 것이다. 이하에서는 국제환경조약의 경우에 자기집행적 성격과 비자기집행적 성격을 어떻게 구별할 것인지를 검토하고자 한다.

2. 직접적용가능성의 기준

법관의 국제조약에 대한 친밀성 결여 이외에도 다음과 같은 이유로 국제법은 국내적으로 직접 적용될 수 없다고 한다. 첫째, 국제법은 그 내용이 애매하고 불완전하기 때문이다. 둘째, 국제법에는 규범자체의 적용을 위하여 조정제도를 두고 있고 또한 상호주의원칙이 지배하고 있다.⁸¹⁾

그러나 조약의 직접적용가능성문제를 최초로 다루었던 *Foster v. Neilson* 사건에서 Marshall 대법원장은, 조약의 문언을 볼 때 자기집행성의 의도가 명확하고 집행을 위한 자세한 기준을 둔 경우에는 자기집행적이라고 판시하였다.⁸²⁾ 다만 이 경우에 자기집행성의 의도가 명확하지 않는 경우에는 조약문 자체와 주변사정을 고려하여야 할 것으로 보았다.⁸³⁾ 또 Marshall은 당사국이 어떠한 특정행위를 행할 것을 약속하는 경우, 조약이 사법영역이나 정치영역을 지향하는 경우, 조약이 입법적 조치를 통하여 실행되도록 규정하고 있거나 집행조치에 대한 지침을 자세히 규정하고 있지 않는 경우 비자기집행적 조약이라고 하고 있다.⁸⁴⁾ 이 밖에도 미국의 판례는 조약의 내용이 명확하지 못하고 애매하고 광범위한 규정⁸⁵⁾과 의회의 전속적 권한에 관한 규정⁸⁶⁾ 등은 비자기집행적으로 보고

81) B. Conforti, *National Court And The International Law of Human Rights*, in: *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Conforti/Francioni(ed.), Hague/Boston/London 1977, p. 8

82) 27 U.S. (2pet) 253, 314ff. (1829)

83) 27 U.S. (2pet) 253, 313f. (1829)

84) 27 U.S. (2pet) 253, 314f. (1829)

85) *U.S. v. Vargas*, 370 F. Supp. 908, 915(1975)

있다.

유럽재판소는 자기집행성의 판단기준을 다음의 4가지에 두고 있다.⁸⁷⁾ 첫째, 다른 어떠한 구체화없이도 직접 적용될 수 있을 정도로 완전한 것이어야 한다. 둘째, 무조건적이어야 한다. 셋째, 조약체결국의 어떠한 집행조치도 필요로 하지 않아야 한다. 넷째, 조약체결국에 대하여 어떠한 판단여지도 허용하지 않아야 한다. 독일연방헌법재판소도 이러한 견해를 확인하고 있다.⁸⁸⁾

K. Ipsen에 따르면 조약의 직접적용가능성은 다음의 기준에 의하여 결정된다고 한다.⁸⁹⁾ 첫째, 그것의 실행과 효력을 위하여 그 규범이 어떠한 국내적 집행행위를 더 이상 요구하지 않아야 한다. 둘째, 그 규정은 - 구체적인 법적 효과가 그것으로부터 도출할 수 있도록 - 명백·충분하게 확정되어야 한다. 조약당사국에 대하여 조약의 규정을 집행함에 있어서 중요한 판단여지를 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다. 셋째, 그 규범은 문자, 목적, 내용에 따라 개인에게 권리를 부여하고 의무를 부과하여야만 한다. 오직 국가만을 대상으로 하는 또는 국가에 대하여 어떠한 행위나 인용 또는 부작위를 의무지우는 규범의 경우에는 그러하지 아니하다.

B. Conforti는 비자기집행적 조약을 - 엄격하게 말하면 - 2종류의 규정들로 구성되어 있다고 보았다.⁹⁰⁾ 그 하나는 국가에 대하여 어떠한 의무도 창설하지 못하는 규정 및 단지 그 이행을 위한 재량권을 부여하는 경우, 다른 하나는 의무를 부과하지만 그것을 이행하기 위하여 필요한 기관 또는 제도가 아직 완전하게 발전되지 않았기 때문에 이행될 수 없는 규정들이 그것이라고 이해한다.

86) *Bartram v. Robertson*, 15 F. 212f. (1852); *Tuner v. Am. Baptist Miss. Union*, 24 F. Cas. 344f. (1852)

87) *Isensee*, Anm. 56, S. 160

88) *BVerfGE* 31, 145ff.(173f.); Vgl. *Isensee*, *ibid.*, Rn. 391f., S. 160f.

89) *Ipsen*, *ibid.*, Rn. 21, S. 1090f.

90) *Conforti*, *op. cit.* 81, p. 8

G. Buchs 는 주관적 기준과 객관적 기준으로 나누고 다음과 같이 자세히 설명하고 있다. 주관적 기준으로 조약당사국의 의사를 들고 있다. 국내 입법기관의 추가적인 행위를 전제하지 않고서 조약이 국내법적으로 적용될 것을 목적으로 하는 경우에 인정된다고 한다.⁹¹⁾ 아울러 직접적용 가능성에 대한 명백한 의사표시를 동반하는 조약은 거의 예외적이기 때문에 - 조약문, 조약자료집 및 조약체결상황 등을 고려하여- 해석을 통하여 이러한 의사를 판단할 수밖에 없다고 한다.⁹²⁾ 그러나 조약당사국의 의사를 명확히 확정한다는 것이 용이하지 않기 때문에, 조약당사국의 직접적용의사는 객관적 관점에 따라 판단되어야 할 것이다. 즉, 조약당사국이 그러한 특성을 의식하지 못한 경우라 하더라도 - 조약문, 조약자료집, 조약체결상황, 조약전의 체계, 조약의 의미와 목적·대상, 조약의 규정이 국내법질서속으로 어려움 없이 적용될 수 있는지의 여부, 동일한 국내법이 존재하고 있는지의 여부, 또는 국내법적으로 관철되어질 수 있는 조직체계 또는 객관적 조건이 이미 존재하고 있는지의 여부, 뿐만 아니라 주관적 권리의 보장여부 및 다른 국가기관의 판단에 대한 존중 등 - 여러 상황을 종합검토하여 직접적용가능성 여부를 객관적으로 판단할 수 있을 것이라고 한다.⁹³⁾ 그러나 이 견해에 대하여 객관적 의사가 주관적 의사와 극심한 불일치를 이루는 경우가 발생할 수 있고 또한 객관적 기준에 의하여 부여된 권한을 일탈할 수 있다는 점이 문제점으로 지적되고 있다.⁹⁴⁾

결국 궁극적으로는 국제조약의 자기집행성 여부는 개별국가의 법질서를 바탕으로 법원이나 헌법재판소에 의하여 해결되어야 하는 해석의 문제라고 하겠다.⁹⁵⁾⁹⁶⁾ 우리 헌법재판소도 비준된 조약의 국내적 적용과 관

91) Buchs, Anm. 76, S. 46

92) 따라서 주관적 기준보다는 후술하는 객관적 기준이 더 중요한 의미를 가진다고 하겠다.

93) Buchs, Anm. 76, S. 48, 88f

94) Ibid., S. 50f

95) Ibid., S. 46, 71

런하여 우리 사회의 전통과 현실 및 국민의 법감정과의 조화를 이루도록 해석할 필요가 있다고 판시하고 있다.⁹⁷⁾ 일반적으로 조약의 내용이 개인의 권리·의무와 관련이 있는 경우에는 자기집행적일 가능성이 높다.⁹⁸⁾ 따라서 개인의 권리·의무에 관한 내용이라기 보다는 당해국가의 환경보호 의무를 일반적으로 규정한 국제환경조약은 대개 비자기집행적이라 하겠다. 국제환경조약은 주로 환경보호의 기준, 환경보호를 위한 개별국가의 의무나 이행과제, 정책목표나 지침 등을 주된 내용으로 하기 때문에 자기집행적 성격이 없는 경우가 일반적이라고 하겠다.

3. 직접적용가능성과 개인의 주관적 소권

직접적용가능성은 특별한 입법조치 없이 그 자체에 기하여 조약이 법원이나 행정기관에 의해 직접 적용될 수 있다는 의미이다. 그러나 조약을 근거로 개인이 직접 소송을 제기할 수 있다는 의미는 아니다.⁹⁹⁾ 직접적용가능성 문제와 주관적 권리성 문제를 동시에 결정하여야 하는 경우가 빈번하게 발생하고 또 양자는 서로 깊은 관련성을 가지고 있기 때문에, 직접적용가능성을 가진 규정은 동시에 개인의 주관적 권리가 될 가능성이 높다는 것을 부인할 수는 없지만¹⁰⁰⁾, 자력집행성여부는 조약을 근거로 직접 법원에 소송을 제기할 수 있는 개인의 구체적 권리성 여부와는 - 엄격한 의미에서 - 별개의 문제라 하겠다.¹⁰¹⁾ 국가의 특별한 이행조치없이 국

96) 그러나 우리의 경우는 국제조약에 대응하는 - 독일의 동의법률과 같은 - 국내법을 제정하지 않으므로 수용법률의 해석을 통하여 조약당사국의 의사를 판단하는 방법은 처음부터 배제되어 있다고 하겠다.

97) 헌판집 3, 387(426)

98) 그것은 조약을 통하여 인정되는 인권보장은 부분적으로 - 그것의 내용을 통하여 파악할 때 - 국가에 대하여 일정한 의무를 부과하는 권리와 관련되어 있기 때문이다(Kálin/Riedel/u.a., Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes, Heidelberg 1993, S. 27; Buchs, Anm. 76, S. 88)

99) Buchs, *ibid.*, S. 40

100) *ibid.*, S. 88

내법적으로 직접적용가능한 조약이라 하더라도 개인을 그 대상이나 주체로 하지 않는다면 직접 개인의 주관적 권리를 도출할 수 없기 때문이다.¹⁰²⁾

국제법은 국가를 주체로 하는 규범이기 때문에, 국제법에 따라 체결국이 부담하게 되는 의무로부터 개인의 주관적 권리가 발생하는 것은 아니다.¹⁰³⁾ 그러나 오늘날 각종 국제조직도 국제법의 주체가 되고 있고, 인권과 관련하여서는 예외적으로 개인의 국제법 주체성도 인정하는 경향이 있다.¹⁰⁴⁾ 개인의 권리와 의무와 관련하여 개인에 대하여도 국제법의 주체성을 예외적으로 인정하는 경향으로 나아가고 있다 할 것이다. 그러나 이러한 고전적 주권개념에 대한 사고가 변화되고 있다 하더라도 자국민에 대하여 - 조약의 구체적 내용 내지 특별한 성격을 근거로 - 그러한 권리의무를 직접 인정하는 것은 극히 예외적인 경우라 할 것이다. 즉, 직접적용가능한 조약이라 하더라도 그 내용상 개인에게 주관적 권리성이 인정되는 것은 예외적이라 하겠다.¹⁰⁵⁾

하나의 규범이 개인에 대하여 구체적 권리를 부여하는지의 여부는 그 규범의 구체적 내용 내지 특별한 성격에 따라 판단되어야 한다.¹⁰⁶⁾ 주관적 권리성은 조약의 내용이 반드시 개인에게 주관적 권리를 부여하는 목적을 가진 경우에 인정된다 할 것이므로, 결국 국제법의 어떤 조항이 개

101) Ibid., S. 89

102) 예컨대 자기집행적 상호방위조약 등이 그러하다(cf. Goldwater, F.Supp. Bd. 481, S. 949/962, Fn. 60).

103) Buchs, Anm. 76, S. 39

104) 국제군사재판을 위한 런던조약 제6조(평화에 대한 파괴자), 전쟁범죄에 관한 국가원수의 책임 및 조직적 범죄의 승인 등의 경우에는 개인에게도 책임을 지우고 있다(BK. GG, Art. 25, S. 12; Ipsen, Anm. 12, S. 74ff.; Stern, Anm. 1, S. 485, 491).

105) Buchs, Anm. 55, S. 40

106) 같은 이유로 1963년의 Van Gend & Loos에서 유럽재판소는 국제조약상의 국가에 대한 금지로부터 - 그 내용이 충분히 명백하다면 - 개인이 그것을 주장할 수 있을 수 있다고 결론내렸다(1963. 5. 2., Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes 1963, S. 3/25).

인에 대하여 직접 권리와 의무를 발생시키는가의 여부는 구체적인 경우에 법원이나 헌법재판소에 의하여 결정된다고 보아야 한다.¹⁰⁷⁾ 국제환경조약은 일반적으로 개인의 권리·의무의 보호를 주된 목적으로 하는 규범이 아니기 때문에 직접적용가능성을 가진다 하더라도 주관적 소권이 될 가능성은 희박하다고 하겠다.

V. 국제환경조약의 국내법과의 충돌·경합

1. 국제환경조약의 국내법과의 충돌

국제환경조약은 법률과 동일한 효력을 가진다고 하겠다. 따라서 국제환경조약이 헌법에 반하는 경우 당연히 위헌법률심판이나 헌법소원이 가능하다고 할 것이다.¹⁰⁸⁾ 그러나 헌법 제35조에 규정되어 있는 환경권과 국가와 국민의 환경보전의무의 법적 성격은 - 인간의 존엄과 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조나 신체의 자유를 보장하고 있는 헌법 제12조 등과 매개되지 않는 한 - 구체적 권리로 이해되지 않고 입법자에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 지우는 추상적 권리에 불과하다고 할 것이다. 이런 점에서 국가에 대하여 주로 환경보전을 위하여 노력할 의무를 부담하게 하고 있는 국제환경조약은 원칙적으로 헌법 제35조와 충돌하지 않는다고 본다. 따라서 국내법의 영역에서 국제환경조약을 위반하는 법률이 존재한다고 할 지라도 헌법상 기본권과의 충돌문제는 발생하지 않을 것이다.¹⁰⁹⁾ 오히려 국제환경조약의 주된 내용이 환경보호의 기준, 그 정

107) R. Streinz, Art. 25, in: M. Sachs, GG-Komm., Rn. 39, S. 764; Menzel/Ipsen, VölkerR, 2. Aufl., München 1979, S. 59

108) Stern, Anm. 45, S. 507

책목표나 지침 등에 관한 것이기 때문에, 입법자의 입법위임에 대한 자제한 기준을 제공한다고 하겠다.

국제조약이 법률과 동일한 서열을 가지는 경우에 발생하는 문제점은 국내법과의 충돌의 문제이다. 즉, 동일한 규범영역을 규율하는 규정이 국제조약에도 존재하고, 동시에 국내법에도 존재하는 경우에는 법규범의 충돌이 있을 수 있다.¹¹⁰⁾ 엄격한 의미에서 국제조약과 국내법과의 충돌의 문제는 조약의 직접적용가능성을 전제로 한다. 따라서 직접적용가능성이 매우 낮은 국제환경조약과 국내법과의 충돌의 문제는 예외적인 경우에 발생할 것이다. 조약과 국내법이 충돌하는 경우에 어떠한 것이 우선하는가에 대하여 현행헌법에는 어떠한 언급도 없다.¹¹¹⁾ 따라서 상위서열인 헌법을 침해하지 않는다면, 조약상 규정과 그와 관련되는 국내법이 충돌하는 경우 해석을 통하여 해결되어야 할 것이다.¹¹²⁾ 기존의 법률과 충돌하는 조약을 체결하는 경우에는 신법우선의 원칙이 적용된다. 그러나 이 원칙을 엄격하게 따르는 국가는 많지 않다.¹¹³⁾ 기존조약과 충돌하는 국내법을 제정하여, 신법인 국내법이 국제법을 무효화 한다는 것은 국제법준중

109) 환경권을 포함하는 사회적 기본권은 권리라고 표현하고 있음에도 주관적 공권성은 일반적으로 인정되지 않는다. 그 이유는 첫째, 환경권의 보호대상이 불명확하기 때문이다. 둘째, 환경권은 국가에 대한 방어권적 성격을 갖지 않고 있다. 셋째, 공기·물·자연경관 및 종류의 다양성이라는 보호법익은 개인적 법익이 아닌 경우가 일반적이다. 따라서 국가의 환경보호의무를 주관적·개인적 권리의 보장에 의하여 해결할 수 없는 성격을 가진다. 마지막으로 환경기본권의 실현은 국가의 경제적·재정적 능력을 전제로 하는 권리이다. 따라서 실현불가능한 성격의 권리를 기본권으로 선언함으로써 오히려 자유권의 기본권적 성격을 훼손시킬 수 있다.

110) 예를 들면 우리 나라 환경정책기본법 시행령 제2조(법표 1 환경기준)에 의하면 대기환경기준은 아황산가스(SO₂), 일산화탄소(CO), 이산화질소(NO₂), 먼지, 오존(O₃), 납(Pb)은 각 각 연간평균치 0.03ppm 이하, 8시간 평균치 9ppm 이하, 연간평균치 0.05ppm 이하, 총먼지연간평균치 150 μg/m³, 8시간평균치 0.06ppm 이하, 3개월평균치 1.5 μg/m³ 이하라고 규정하고 있다. 그런데 만약 국제환경조약상의 규정이 이 보다 더 엄격한 기준을 요구하고 있다면, 국내법과 국제환경조약은 충돌의 문제를 야기할 것이다.

111) 미국헌법 제6조에는 조약은 "국내에서의 최고법"이라고 규정하고 있고, 독일기본법 제25조에는 국제법의 일반원칙은 "연방법에 우선한다"는 규정이 있다.

112) Conforti, op. cit. 81, p. 11

113) Ibid.

원칙에 입각할 때 국제법적·국내법적으로 많은 문제가 발생할 것이기 때문이다.¹¹⁴⁾

이 문제를 해결하기 위한 방법으로는 우선 특별법우선의 원칙이 있다. 국제조약을 특별법으로 국내법을 일반법으로 이해함으로써 국제법의 상위규범적 효력을 인정한다.¹¹⁵⁾ 그러나 동 원칙은 헌법과 법률에 의해 채택된 조약은 국내법과 '같은 효력'을 가진다는 헌법의 명문에 반한다. 아울러 이 원칙은 국제법에 의하여 규율되는 주체나 대상이 특별한 성격을 가져야 한다는 점에 근거를 두고 있기에 특별한 성격이 존재하지 않는 경우에는 적용되기 어렵다 하겠다.¹¹⁶⁾ 따라서 많은 국가에서 국내법이 국제법적 의무와 충돌하지 않도록 법률을 해석하는 또 다른 해석원칙을 인정하고 있다. 이른바 '국제법합치성 추정원칙'인 것이다. 신법인 국내법에서 조약과 반대되는 입법자의 의도가 명백히 인식되지 않는 한, 그 법률은 국제법의 효력에 영향을 미치지 않는 것으로 해석한다.¹¹⁷⁾ 따라서 국내법에 불분명한 규정이 있는 경우 명백하게 구체적으로 주어진 국제법적 의무를 존중하는 방향으로 국가가 법을 제정하였다고 해석하여야 할 것이다.¹¹⁸⁾ 다시 말하면 입법자가 법률을 제정할 때 국제조약에 우선한다는 명백한 의사표시가 있는 경우에 한하여 국내법은 기존의 조약을 배제한다는 원칙이다. 반드시 후법의 제정자가 이미 존재하는 국제조약을 파기할 목적을 가졌다고 볼 수는 없기 때문이다.¹¹⁹⁾ 국제조약이 국내법적 효력을 부여받았다면 '이중의 규범의사'¹²⁰⁾에 따라 국내법질서내에서 그

114) Stern, Anm. 45, S. 482

115) Conforti, op. cit. 81, p. 11f.; Stern, Anm. 45, S. 482

116) Conforti, ibid., p. 12

117) Ipsen, Anm. 56, S. 1082

118) Conforti, op. cit. 81, p. 11

119) Ibid., p. 12

120) 여기서 '이중의 규범의사'라 함은 국제법을 국내적 영역에서 적용하겠다는 의사와 조약체결당 사국에 대한 약속준수의사를 말한다(ibid.).

효력이 유지되어야 한다고 보는 것이 타당하다. 다만 신법인 국내법이 효력을 가질 필요가 있는 때에는 그러한 이중의사가 무효화되어야 하는데, 이 경우에는 국제법과 국내법이 단순히 충돌한다는 것만으로는 부족하고 이미 존재하는 국제법을 부인한다는 취지의 '명백한 의사표시'가 따로 있어야 한다고 보아야 하는 것이다.¹²¹⁾ 이러한 국제법합치성 추정원칙은 현행헌법의 규정에 명백하게 반하지 아니하면서도 가장 국제법우호적인 기준이라 하겠다. 결론적으로 국제조약과 국내법이 충돌하는 경우에는 국제법적 의무를 파기하려는 입법기관의 명백한 의사표시가 존재하지 않는 한, 국내법질서 속에서 국제법은 효력을 갖는다고 보아야 한다.¹²²⁾ 그러나 국제환경조약과 국내환경법의 충돌은 특정사항에 대한 국제환경조약상의 규정이 국내환경법상의 그것보다 엄격한 경우에 발생하는 것으로 보아야 한다. 국내환경법의 규율수준이 국제환경조약상의 규율수준을 상회하는 경우에는 원천적으로 조약의무위반의 문제가 발생하지 않기 때문이다.

2. 국내법과의 경합과 국내법의 품결

동일한 규범영역을 규율하는 규정이 국제조약에도 존재하고, 동시에 국내법에도 존재하는 경우에는 법규범의 경합이 있을 수 있다.¹²³⁾ 따라서 국제환경조약상의 규정과 국내환경법상의 규정이 경합될 수 있다. 조약

121) 국제법적 의무의 대상과 국내법규정의 대상이 완전히 동일한 경우에는 이미 존재하는 국제법적 의무를 거부하는 입법자의 의사는 '묵시적'으로도 도출될 수 있다고 한다(ibid., p. 12f.). 그러나 묵시적이란 용어는 불명확한 개념이기 때문에 또 다른 불확실성을 야기할 수 있다. 따라서 위의 경우에는 입법자의 의사가 묵시적이 아니라 '명시적'으로 표현되었다고 해석할 것이다.

122) Ibid., p. 14

123) 예를 들면 우리 나라 환경정책기본법 시행령 제2조(별표 1 환경기준)에 의하면 대기환경기준은 아황산가스(SO₂), 일산화탄소(CO), 이산화질소(NO₂), 먼지, 오존(O₃), 납(Pb) 등만을 규제하고 있다. 그런데 만약 국제환경조약이 석면, 다이옥신 등을 추가적으로 규정하고 있다면, 환경정책기본법(시행령)과 국제환경조약은 이 점에서 경합되고 있다고 할 것이다.

의 형태로 성립되는 국제환경조약은 법률과 동일한 효력을 가진다. 헌법 제35조에 규정되어 있는 환경권과 국가와 국민의 환경보전의무의 법적 성격은 - 인간의 존엄과 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조나 신체의 자유를 보장하고 있는 헌법 제12조 등과 매개되지 않는 한 - 구체적 권리로 이해되지 않고 있으며 입법자에게 환경보전을 위하여 노력할 의무를 지우는 추상적 권리에 불과하다고 본다면, 국가에 대하여 주로 환경보전을 위하여 노력할 의무를 지우고 있는 국제환경조약은 원칙적으로 헌법 제35조와 충돌하지 않는다. 국제환경조약은 국가(특히 입법자)에 대하여 환경보전을 위한 정책목표와 지침 등을 제시하고 있는 점에서 헌법상 입법위임을 구체화한다고 말할 수 있다. 따라서 헌법을 위반하는 국제환경조약은 거의 존재하지 않을 것이다. 오히려 국내법영역에서 헌법규정이 추상적이거나 법률의 내용이 불명확한 경우, 헌법규정이나 당해 환경에 관한 법률과 경합하여 이러한 법률들을 해석하는 지침이 되고, 또 이를 보충하는 법규범의 역할을 한다고 하겠다. 다음으로는 국제환경조약과 관련된 내용이 국내법에 규정되어 있지 않는 경우를 예상할 수 있다. 이 경우에는 자기집행성을 가지는 것으로 직접적용 될 수 있는 성격의 환경 규정인지의 여부가 중요한 의미를 갖는다. 자기집행성을 가지는 경우라면 구체적인 국내법으로 법원의 재판작용이나 행정부의 집행작용 등에서 직접적용될 수 있기 때문이다.

VI. 마치는 글

- * 국제환경조약은 환경보호에 관한 개별국가의 의무를 분명하게 하고, 환경보호의 기준과 국제기구의 조약의무 이행에 대한 감독 근거를

제공한다는 점에 의미가 있다.

- * 헌법 제6조 1항과 제60조 등을 볼 때, 조약은 법률과 동일한 효력을 가진다고 할 것이다. 따라서 국제환경조약도 법률과 같은 효력을 가진다.
- * 국제환경조약은 주로 환경보호를 위한 개별국가의 의무나 이행과제, 정책목표나 지침 등을 주된 내용으로 하기 때문에 자기집행적 성격이 부인되는 것이 일반적이다.
- * 국제환경조약은 일반적으로 개인의 권리·의무의 보호를 주된 목적으로 하는 규범이 아니기 때문에 직접적용가능성을 가진다 하더라도 주관적 소권이 인정될 가능성은 희박하다.
- * 국제조약과 국내법이 충돌하는 경우에는 국제법적 의무를 파기하려는 입법기관의 명백한 의사표시가 존재하지 않는 한, 국내법질서 속에서 국제법은 효력을 갖는다.
- * 헌법규정이 추상적이거나 법률의 내용이 불명확한 경우, 국제환경조약은 헌법규정이나 환경에 관한 법률을 해석하는 지침이 되고, 또 이를 보완하는 역할을 한다.

국제환경조약은 일반적으로 직접적용가능성이 적기 때문에 국내법과 충돌하는 경우는 거의 발생하지 않을 것이다. 오히려 국내법 해석의 기준을 제시하거나 국내법의 미비나 흠결을 보완하고 보충하는 법규범의 역할을 한다고 하겠다. 그러나 국제환경조약은 환경보호의 기준이나 이행과제 또는 정책목표나 지침 등을 규정하고 환경보호에 관한 개별국가의 의무 등을 주된 내용으로 하기 때문에, 국내법적으로도 헌법상 환경권의 실현과 국가(특히 입법자에게)의 환경보전의무 이행이라는 관점에서 중요한 의미를 가진다. 그러나 조약은 입법과정에서 정부가 주도적인 역할

을 하는 만큼, 입법권을 가진 의회의 권한이 많은 영역에 있어 제한되는 결과를 가져올 수 있다. 특히 환경조약의 체결시에는 조약체결을 담당하는 정부내의 부서뿐만이 아니라 환경문제를 취급하고 있는 다른 부서간의 긴밀한 협조관계가 필요하다고 할 것이다. 국내환경법의 제정시 입법과정에서 환경담당 부서의 참여가 당연시 됨에도 불구하고, 동일한 효력을 가지는 환경조약의 체결시에 환경담당부서의 참여가 배제된다면 소위 입법절차상의 모순이라고 하겠다. 따라서 환경조약의 체결시에는 환경문제에 관한 공동의 관심사를 가지는 환경담당부서의 참여가 반드시 필요하며 입법권을 가지는 국회에 대하여도 - 조약에 대한 동의라는 사후적(?) 절차가 있음에도 불구하고 - 사전적 협의 등을 거침으로써, 차후에 예견될 수 있는 문제점과 국가신뢰의 손상을 미연에 방지하여야 할 것이다.