

지역적 국제법의 형성과 국내법원칙의 수용* **

- EU의 기본권보호 문제를 중심으로 -

福王 守

駒沢女子大學 人文學部 國際文化學科 教授

정호수 역

경북대학교 강사, 경북대학교 일반대학원 박사과정 수료

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. 공동체법의 흠결과 국내법원칙의 수용에 의한 보완
- III. 지역적 국제법의 형성을 위한 국내법원칙 수용의 과제
- IV. 맺음말

【국문초록】

국제법은 ICJ규정 제38조에서 법의 일반원칙을 채택하였다. 법의 일반원칙의 채택은 적용 법규의 부재로 인한 재판 불능을 회피할 목적이었다. 법의 일반원칙은 국제법 질서에서 법적 안정성과 구체적 타당성을 제공해 왔다. 법의 일반원칙의 국제법의 법원으로서 안전판(safety-value)의 역할을 한다.

* 투고일 : 2012.06.01, 심사완료일 : 2012.06.25, 게재확정일 : 2012.06.24

** 본 논문은 研究紀要 제18호(駒沢女子大学)에 게재된 논문을 저자의 동의를 얻어 번역한 것입니다(駒沢女子大学研究紀要第18号に掲載された論文を著者の了解によって翻訳転載したものです).

리스본조약은 기본적 권리의 보호규정을 포함하고 있다. EC는 기본적 권리의 보호를 목적으로 하지 않았다. 그러나 EU는 회원국 국민인 EU 시민의 기본권 보호 정책을 독자적으로 창설하였다.

EU법의 흠결을 보완하기 위해 회원국 국내법의 일반원칙을 원용하였다. 이 원용이 기본권 보호 규정의 제정에 중요한 역할을 하였다. 또한 EC는 유럽인권협약에서 보장하는 권리를 법의 일반원칙이라고 하였다. 유럽인권협약은 ECJ의 판결을 통해 원용하였다.

EU법이 법의 일반원칙을 채택하는 것은 유럽 지역에서 국제법의 형성에 기여 하였다.

I. 머리말

2009년 12월 1일에 발효한 리스본조약은 EU법에서 명문상의 기본권보호 규정을 갖게 되었다. 일반적으로 기본적 인권(기본권)이란 인간이 태어나면서부터 부여된 권리로 이해된다.¹⁾ 이것은 주로 서유럽에서 근대 이후 자연권 사상을 배경으로 형성되었고, 국가의 존립과 더불어 권리로서 각국의 헌법을 통하여 보장되었다.²⁾ 그 의미에서 경제통합을 본래의 목적으로 한 국제기구인 유럽연합(European Union, EU)가 회원국 국민인 EU시민의 기본권보호 규정을 독자적으로 창설한 의의는 크다.

기본권보호 규정의 창설과정에서 중요한 역할을 차지하고 있는 것이 연합법의 흠결을 보충하기 위하여 '회원국의 국내법에 공통한 법원칙'이다. 이는 유럽공동체(European Community, EC)시대부터 유럽인권협약이 보장하는 '법의 일반원칙'이라는 총칭으로 주로 유럽사법재판소의 판결을 통하여 수용해 왔다. 본고에서는 법의 일반원칙을 매개로 지역적 국제법을 형성해 온 과정을 알아보고자 한다.

그러나 엄격한 법실증주의를 배경으로 형성해온 국제법에서 분쟁해결 시에

1) 法令用語研究会編, 有斐閣法律用語辭典(第3版) 有斐閣, 2006, 236頁.

2) 본고에서는 통상의 근대이후의 시민사회의 출발점을 자본주의사회, 근대법은 근대시민법으로 이해한다.

국내법원칙에 근거하는 것은 적지 않은 문제점이 지적되었다.³⁾ 특히 기본권보장 분야에서 대표되는 것처럼 통치권 행사에 관한 국내공법원칙의 국제법에 대한 수용은 주권국가의 합의에 기초하여 종래부터 국가 사이의 관계에 적지 않은 영향을 주고 있다. 그러나 본고에서는 EU에서 기본권보장 규정의 창설과정에 착안하여 국내법원칙 수용의 의의와 문제점을 살펴보고자 한다. 이를 통해 유럽의 지역적 국제법의 형성과정에 수행하는 국내공법원칙의 역할과 문제를 검증하고자 한다.

II. 공동체법의 흠결과 국내법원칙의 수용에 의한 보완

1. EC법의 흠결과 국내법원칙의 수용에 의한 보완

1) 공동체법의 이중구조와 ECJ의 법창설적 기능

EC는 1950년 슈망의 제안을 계기로 1958년에 설립되었다. 공동체는 동서냉전 구도를 배경으로 서구 자본주의 국가들이 경제통합을 목적으로 창설한 국제기구이다. 1952년 석탄철강공동체에 이어, 1958년 유럽경제공동체 및 유럽원자력공동체가 설립되었다. 이 주요 3공동체에서 EEC는 중요한 역할을 담당하였다.

공동체에 있어 법체계는 종래까지의 국제기구와는 다른 특징이 존재한다. 공동체법은 주로 2개의 법체계로 이루어져 있다. 하나는 EC의 근간인 3공동체 설립을 위한 기본조약에 의한 1차법이고, 다른 하나는 주요 3공동체의 파생법(공동체 입법)에 의해서 형성된 2차법이다. 이 법체계는 기본적으로 EU로 계승되었다. 다음으로 공동체는 종래의 국제기구와 회원국과의 관계와는 다른 특징을 갖고 있다. 즉, 공동체에 있어 일정분야의 의사결정 시에는 회원국의 판단에 의하지 않고, 최종적인 권한이 공동체 자체에 위임되어 있다. 부분적으로는 존재해 왔지만, 이제까지 국가의 독립성에 비추어 당해국에 배타적으로 속했던 의사결정을 다른 국제기구에 위임한 점은 선구적이라고 할 수 있다.⁴⁾

3) 본고에서는 실정국제법학의 입장 따라 국제법의 법원을 법의 발현양식 또는 법정립의 방법 및 절차라는 의미에서, 형식적 법원으로서 파악한다.

반면, 공동체법의 이중구조의 특징으로 일원적으로 체계화할 수 없는 다양한 법 영역의 존재이다. 여기에서 공동체법의 흠결을 보완하는 것 이상으로 중요한 역할을 담당한 것이 유럽사법재판소(European Court Justice, ECJ)였다. 일반적으로 ECJ의 임무는 공동체의 주요 기관인 EEC설립조약의 해석 및 적용에 대한 법규의 준수를 확보하는 것이었다(EEC조약 제164조).⁵⁾ 그 관할권은 계약상 공동체의 관할이라고 명문으로 규정되어 있는 경우를 제외하면, 기본적으로는 국내재판소에 속한다(제215조 1단). 따라서 ECJ가 다루는 손해배상소송의 대부분은 공동체의 비계약상의 손해배상책임을 추급(追及)하는 것으로 한정된다.

그러나 ECJ는 재판실무를 통하여, 실질적으로 공동체법의 형성에 깊이 관여해 왔다. 이 점에 대해 회원국의 입장에서는 유럽공동체의 설립시에 유럽의회에 입법권한을 부여하지 않았고, 이사회 및 EC위원회에 입법권한을 부여해왔기 때문에 실효적인 통제기관의 기능을 ECJ에 의한 엄격한 사후심사가 필요하게 되었다.⁶⁾ 이점에서 ECJ는 일정한 법창조적 기능을 담당하고 있다고 해도 좋을 것이다. 여기에서 ECJ가 공동체법의 흠결을 보완하기 위하여 적극적으로 근거한 것이 '법의 일반원칙' 개념이다.

2) 법 흠결의 보완수단으로서 '법의 일반원칙'

EC는 제1차법과 제2차법에 의해서 규율할 수 없었던 법 영역에 대하여 다양한 국내법을 수용하였다. 여기에서 시도된 것이 법의 일반원칙 개념을 EC법에 적극적으로 도입하였다.⁷⁾

예를 들어, EC법의 중심이 된 EEC조약 제215조 2단은 공동체의 "비계약상의 책임에 관하여 공동체는 회원국의 법에 공통한 일반원칙에 따라 그 기관 또는 직원이 임무의 수행 시에 발생한 손해를 배상해야만 한다"고 명시적으로 법의

4) 독일은 국가주권을 이양 가능한 고권과 불가양인 절대적 주권으로 나누고 있다. 독일기본법 제24조 1항에서는 고권을 유럽연합에 이양 가능함을 규정하고 있다.

5) 제소 건수의 증가로 1989년 제1심 재판소가 설치되었다(제225조). 관할권의 대상은 EU와 EU직원의 분쟁, 개인과 위원회의 소송, EU경쟁법 사건 및 손해배상청구소송이다(국제법학회編, 國際關係法辭典, 三省堂, 1995, 37頁; 広部和也·杉原高嶺編集代表, 解説条約集 2007, 三省堂, 55頁以下).

6) Michael Schweitzer, *Europarecht*, 1993, S. 104.

7) 大森正仁, 法の一般原則と国家責任に関する一考察, 慶応義塾大学法学開設記念論文集, 1990, 527頁以下.

일반원칙을 재판기준으로 규정하고 있다. 또한 ECJ는 제173조를 통해 “이 조약 또는 그 적용 범규위반 또는 권한남용을 이유로 하여 회원국, 이사회 또는 위원회가 제기하는 소송에 대하여 관할권을 갖는다”고 규정하고 있다. 또한 제164조에서는 “재판소는 이 조약의 해석 및 적용에 대하여 법의 준수를 확보한다.” 이 규정은 공동체조약이라는 성문법 이상의 것을 의미한다.

전통적인 법실증주의에 기초하고 있는 국제법학에서 이제까지 법의 일반원칙은 국제사법재판소(International Court of Justice, ICJ) 규정 제38조 1항(c)에서 “문명국이 인정한 법의 일반원칙”을 의미했다. 이제까지 ICJ에서 동 조항은 적용해야 할 조약과 국제관습법이 결여된 경우의 세 번째 재판규범으로서 의미를 갖는다.

그러나 일반국제법의 경우와는 달리 EC에서 사용하고 있는 법의 일반원칙 개념은 보다 넓은 의미를 갖고 적극적으로 받아들여지고 있다. 예를 들어, EC법 내용의 중심은 행정법이었음에도 불구하고, 특히 1차법에는 행정절차에 관한 결여하고 있다. 이 때문에 ECJ는 특히 일반행정법 및 기초법의 영역에서, 불문의 공동체법을 형성해 왔다. 또 법의 일반원칙을 확인하는 방법은 일반적으로는 법칙화되어 있지 않고, 회원국 법의 비교를 통하여 발견하고 있는 것으로부터 회원국의 법질서에 공통한 법의 일반원칙은 비교유럽법이라고도 하였다.⁸⁾

더욱이 ECJ가 법의 일반원칙에 근거하는 것에 대해 다음과 같이 분석할 수 있다. 첫째, ECJ는 특정의 조약규정으로부터 일반원칙을 도출하였다. 둘째, 당해 일반원칙의 적용에 있어 ECJ는 개개의 문제에 대하여 해결책에 입각한 것이다. ECJ가 이와 같이 행동하는 법적 판단의 연원은 기본조약이 아니고, 법의 일반원칙이라는 것이다. 그리고 EC법의 흠결에 대해 대처하기 위하여 ECJ는 항상 EC법의 실효성을 확보하는 것이었다. 여기에서 ‘국내법에 대한 EC법의 우위의 원칙’이 도입되었고, ECJ는 본 원칙을 확고하게 구축해 왔다.⁹⁾

3) EU법에서 법의 일반원칙의 분류

법의 흠결에 대한 보완수단이라고 하는 본질에서 ECJ를 통하여 적용되는 법의 일반원칙의 개념은 일반국제법상의 “문명국이 인정한 법의 일반원칙” 개념보

8) Schweitzer, a. a. O., S. 17.

9) T. C. Hartly, *The Foundation of European Community Law*, 1994, 00.137ff.

다 넓게 다루어지고 있다. 일반적인 국가 사이의 분쟁을 대상으로 하는 ICJ에서 종래까지 ICJ규정 제38조 1항(c)인 “문명국이 인정한 법의 일반원칙”은 판결을 도출하기 위한 보충적인 역할을 해왔다. 이에 대하여 ECJ에서는 법의 일반원칙이 직접적인 판결의 기준으로 적용된 경우도 적지 않다.¹⁰⁾ 더욱이, EC법에서 EU법에 이르기까지 EU법은 이중의 계층구조를 유지해 오고 있고, 법의 일반원칙에 대하여도 각각 효력의 차이가 있기 때문에 이들의 통일적인 분류는 쉽지 않다.

일반국제법과 비교하여 종래까지의 EU에서 법의 일반원칙은 대략 ‘EU법 질서에 내재하는 원칙’, ‘회원국의 특성에서 유래하는 원칙’ 및 ‘일반 절차법적인 원칙’으로 분류할 수 있다.

(1) EU법질서에 내재하는 원칙

EU법질서에 내재하는 원칙은 기본조약의 목적과 전체의 시스템에서 연역된 원칙인 경우가 많다. 이 때문에 1차법과의 관계에서 도입되어졌고, 가장 강력한 효력이 인정된 법의 일반원칙이라고 한다.¹¹⁾ 다만, 그것들은 모두 EU 독자의 것이라고 단언할 수 없다. 왜냐하면, EU법의 대부분은 행정법이므로 가장 중요한 원칙의 일부는 프랑스 및 독일의 고도로 발달한 자연적 정의(natural justice)의 원칙으로부터도 수용하고 있다.¹²⁾ 그러므로 1차법 및 2차법이 제정되었음에도 불구하고, 대부분의 영역은 규정되지 않은 상태이다. ECJ는 이러한 흠결을 법의 일반원칙의 적용에 의해서 해결해온 것이다.¹³⁾ 특히 비례성원칙은 본고와 관련하여 유의해야 할 원칙이다.

(2) 회원국의 특성에서 유래하는 원칙

회원국의 국내법에 공통한 원칙은 재판 시에 적용법규 부재에 의한 재판불능

10) 山根裕子, 케이스ブックEC法, 東京大学出版会, 1996, 82頁.

11) 자유이동의 원칙, 회원국사이의 국적에 의한 차별의 원칙, 목적과 수단의 정당성, EC법의 우위 및 일반적 차별금지규정(EC조약 제12조) 등이다(山根裕子, 新版 EC/EU法, 有信堂高文社, 1995, 79頁; Schweitzer, a. a. O., S. 101ff.)

12) テイビッド&드 AO 워드/로버트레인(庄司克宏訳), EU法の手引き, 国際書院, 1998, 78頁.

13) 비례성의 원칙, 신의칙, 행정의 적법성, 기득권의 보호, 권리보호, 선의보호, 법정심문, 일사부재리의 원칙, 평등한 취급, 직권탐지주의, 기록열람권, 법률상당에 관한 비밀, 행정행위의 취소와 취하, 분배적 정의, 적절한 행정 등을 ECJ는 부분적으로 수용하고 있다(Schweitzer, a. a. O., S. 101ff.).

을 회피하기 위하여 수용된 원칙이다. 그러므로 입법 상으로도 EU법질서 자체에 내재하는 법원칙 정도로 강력한 효력이 인정되고 있지 않다. 국내법상 공통성을 인정하고 있거나, 통상은 재판관(및 법무관)에 의해 당해사건의 쟁점에 비취진 회원국 법률의 비교연구가 이루어진다. 반대로 동일한 법 개념이 존재하지 않아도 원칙이나 사고방식이 같으면 회원국에 공통의 원칙으로 보는 것이 많다.¹⁴⁾ 한편, 본고와 관련하여 중요한 원칙으로서 기본적 인권이 본 분류에 속한다.

(3) 일반 절차법적인 원칙

일반 절차법적인 원칙의 대표적인 예로 법적 안정성의 원칙을 들 수 있다. 법적 안정성의 원칙으로 분류되는 것으로서는 불가항력·금반언·기판력·시효 등이다. 또, 이 분류에 비례성의 원칙이 적용되고 있는 경우도 있다. 종래까지 이것들은 일반국제법상 법적 안정성의 원칙은 개인의 법률행위를 취소할 수 있는 정도까지 제약을 부과하는 점에 특징이 있다.¹⁵⁾

2. 기본권보호 규정 창설을 위한 EU의 입법과정

1) EC에 의한 기본권보장에 대한 대처

국내법에 대한 EC법의 우위의 원칙이 처음으로 판결한 것이 1964년 *Costa v. ENEL Case*이다. 본 판결에서는 EEC조약 제189조를 근거로 회원국의 국내법에 대한 공동체법의 우위성이 인정되었다. 그러나 공동체의 기본적 인권 보호에 관한 법의 흠결이 공동체설립 시 보다 강하게 지적되고 있기 때문에 모든 국내법에 대하여 EC법의 우위성을 관철하는 것은 어려운 상황이었다.

ECJ에 제소된 사건에서 공동체 설립 당시보다 기본적 인권의 보호가 요구되어졌다. 주로 독일이나 이탈리아에 관한 다수의 사건에서 ECJ는 특정의 EC법에 의해 회원국 국민의 권리침해의 문제가 다루어졌다. 초기의 ECJ는 이 쟁점에 대하여 판단을 내리는 것을 거부하였다. 예를 들어, ECSC설립조약에 관한 사건에서는 “공동체 기관의 타당성을 판단함에 있어 설립조약은 기본적 인권에

14) 모든 행정행위가 사법심사의 대상이 되어야 하는 원칙, 일사부재리, 피행정자의 평등, 조세와 공공서비스요금과의 차이, 부당이득의 금지, 기업비밀보호, 기본적 인권 등이다

15) Haetle, *op. cit.*, p.155.

관여하는 것은 아니다”라고 판결하였다.¹⁶⁾

ECJ가 처음으로 기본권에 대하여 언급한 것은 1969년 Stauder Case로 “그 준수를 확보하는 EC법의 일반원칙에는 인민의 기본권이 포함된다”고 판결하였다.¹⁷⁾ 또한 1974년 5월 14일 Nold v. Commission Case에서 ECJ는 인권보호의 연원을 “회원국에 공통한 헌법적 전통뿐만 아니라 회원국이 공동으로 작성하고 또한 서명한 국제인권보호조약”으로까지 확대하였다.¹⁸⁾ 여기에서의 국제인권보호조약은 1950년 유럽인권협약을 의미한다. 1948년 세계인권선언이 국제적인 인권보호의 지침으로서 채택된 이후 유럽인권협약은 최초의 지역적인 인권보장규장으로서 서유럽 국가들 사이에서 발효하였다. 유럽인권협약의 전문에서는 유럽 국가들이 “정치적 전통, 이상, 자유 및 법의 지배에 대하여 공통의 유산을 갖고, 세계인권선언 중에서 기술하고 있는 권리의 일부에 대하여 집단적 실시를 위하여 최초의 조치를 취한다”고 기술하고 있다. 지금까지 단순히 국내관할사항으로 여겨져 왔던 인권은 세계대전 이후 공통의 인권보장기준으로 정해졌다. 그 배경에는 구 문명국가로서 일정한 법문화적 요소를 공유하고 있다는 의식이 서유럽 국가들에 존재하고 있었다.¹⁹⁾

더욱이 회원국의 인권보장을 둘러싼 공동체의 소극적인 자세를 전환시키는 계기가 된 것이 1974년 5월 29일 독일 연방헌법재판소의 Solange I 판결이다. 독일 연방헌법재판소는 EC법에 기본권 규정을 포함하고 있지 않기 때문에, 기본권 규정이 포함될 때 까지는 연방헌법재판소가 위헌심사권을 갖고 있다고 하였다.²⁰⁾ 이 독일 연방헌법재판소의 판결에 영향을 받은 ECJ는 1975년 Rutili v. Minisuter of the Interior Case 판결에서 유럽인권협약을 공동체의 기본적 인권보호의 근거로서 처음으로 명시하였다.²¹⁾ 또한 EC의 주요기관도 1977년에 기본

16) Lammy Betten/Nicholas Grief, *EU Law and Human Rights*, 1998, p.54; see, Case 1/58[1959] ECR 17.

17) 伊藤羊一 EC法の国内法に対する優越(3), 法学教室 No.266, 2002, 12頁; see Case 29/69 Erich Stauder v City of Ulm-Sozialamt [1969] ECR 419 para. 7.

18) Betten/Grief, *op. cit.*, p.59.; 山根裕子, 케이스ブックEC法, 東京大学出版会, 1996, 95頁; ティッドエド AO 워드/로버트레인(庄司克宏訳), 前掲書, 79頁; see. Case 4/73 Nold v Commission [1974] ECR 491.

19) 拙稿, 欧州の基本権保護と法の一般原則, 敬和学園大学研究紀要9号, 2000, 166頁以下.

20) Schweitzer, a. a. O., S. 217f.; Betten/Grief, *op. cit.*, pp.64ff.; 川添利幸, 欧州統合とドイツ憲法, 国際社会における法の普遍性と固有性, 中央大学出版部, 1995, 180頁以下; Vgl. BVerfGE37, 271, 1974.

적 인권을 존중하는 취지의 공동선언을 실시하였다.²²⁾ ECJ는 1979년 Hauer v. Land Rheinland-Pfalz Case 판결에서 유럽인권협약이 공동체의 인권보호의 연원이고, 이것이 1977년 ‘공동선언’을 통하여 이미 증명되었다고 보았다.²³⁾ 더욱이 1990년대에 들어서면서부터는 소련을 시작으로 한 동구공산주의체제의 붕괴에 EC는 스스로의 조직 개혁과 함께 한층 제도적 인권보장 활동의 필요성이 강요되었다. 1991년 ECJ는 유럽인권협약이 공동체의 기본권 보장의 주요한 연원인 뿐만 아니라 유럽인권협약의 인권존중 원리에 모순되는 조치를 받아들일 수 없다고 판결하기에 이르렀다.²⁴⁾

2) EU 창설에서 유럽헌법조약까지의 방식

(1) EU설립조약에서 기본적 인권의 새로운 지위

1992년 마스트리히트조약에 의해 EU가 설립되었다. EU조약은 취약한 기구의 일체화를 위한 개혁을 실시하였다. EEC는 EC로 명칭을 변경하였고(EU조약 제 G조 A), EC는 새로이 3개의 주요 기관으로서 이사회, 위원회 및 유럽의회를 두었다. 그리고 최고 의사결정기관인 유럽이사회의 지침에 근거하여 주요 3기관이 권한의 분배된 각 분야에서 임무를 수행하게 되었다. 이를 ‘단일제도틀’(the single institution framework)이라고 불린다(제E조). 이와 같은 독특한 권한분배에 기초하여 형식적으로는 ‘기관간 균형’(the institutional balance)이 EC에서는 의도되었다. 또한 연합의 목표를 규정한 제B조 3단에서 회원국 국민을 ‘연합시민’으로 규정하고, 연합시민권의 도입을 통하여 회원국 국민의 권리 및 이익의 보호를 강화하는 것을 명시하고 있다.

다음으로, 기본권 보장분야에 관하여 마스트리히트조약은 처음으로 기본권 보장에 관한 규정을 신설하였다.²⁵⁾ 동조약 전문에 의하면, 기구설립의 전제로서 “자유, 민주주의 및 인권 및 기본적 자유의 존중 및 법의 지배의 제원칙에 대한

21) See, Case 36/75 Rutili v Minisuter of the Interior [1975] ECR 1219.

22) See, Official Journal of the European Community (OJ) 1977 C 103/1.

23) Betten/Grief, op. cit., p.60; see, Case 44/79 Hauer v Land Rheinland-Pfalz [1979] ECR 3727.

24) W. Cairns, *Introduction to European Union Law*, 1997, p.78; see, Case 260/89 [1001], ECR, I-2925, 2963-64.

25) OJ 1992, C191 at <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>.

애착을 확인한다.” 또, 제F조에서는 민주주의에 근거하여 회원국의 주체성을 명확히 하는 것과 더불어 인권을 존중하는 취지의 규정을 처음으로 규정하고 있다. 제F조 1항에 의하면 “연합은 그 통치체계가 민주주의 원칙에 근거하는 회원국의 국가적 일체성을 존중해야만 한다.” 또 동조 제2항은 “연합은 유럽인권협약이 보장하는 것과 더불어 회원국에 공동한 헌법상의 전통에서 유래하는 기본적인 권리를 공동체법의 일반원칙으로서 존중해야만 한다”고 규정하고 있다.

1999년 발효한 암스테르담조약에 의해 기본권 보호의 기능이 강화되었다.²⁶⁾ 암스테르담조약 제6조 1항에 의해 “연합은 자유, 민주주의, 인권 및 기본적 자유의 존중의 제원칙 및 법의 지배, 회원국에 공통한 제원칙을 기초로 한다”고 규정된 것이다.

마스트리히트조약 제F조 2항은 암스테르담조약 제6조 2항로 바뀌었다. 또한 제7조가 신설되어 공동체의 인권보장 기능이 강화되었다. 제7조 1항에서는 이사회에 “제6조 1항에 열거된 제원칙에 대하여 중대하고 지속적인 위반의 존재를 인정하는 것”을 인정하였다. 제7조 2항에서는 이사회를 통하여 위반국에 대하여 일정 권한의 정지라고 하는 법적 제재가 부가되었다.

이후 EU는 기본권 보장 규정의 설치를 위하여 노력으로 1999년 유럽이사회에서는 EU 차원에서 보장되는 기본권이 현장의 형태로 명시적으로 규정되어야 한다는 견해가 나왔다.²⁷⁾ 이에 따라 설치된 ‘유럽자문회의’에 의해 초안 작업을 거쳐, 2000년 니스 유럽이사회에서 EC 주요 3기관에 의해 ‘EU기본권헌장’(Charter of Fundamental Rights of the European Union)이 선언되었다.²⁸⁾ 동 선언은 법적 구속력은 갖지 않지만, 기본권 보장 조약을 위한 중요한 지침으로서 그 후 조약 개정에 영향을 주게 되었다.

2003년에 발효한 니스조약을 통하여, EU는 커다란 개혁에 착수하였다. 이 개혁의 일환으로 추진한 것이 EU조약을 대체하는 새로운 기본조약인 유럽헌법조약의 채택이었다.²⁹⁾ 결과적으로 니스조약은 복잡하고 다양한 기구구조의 재편과 간략화 시킬 필요성이 재확인한 것에 그쳤다. 다만, 기본권보장의 점에서는 니스조약 중의 ‘연합의 미래에 관한 선언’이 중요하다. 동 선언의 23에서는 기본권

26) OJ 1997, C340.

27) 中西優美子, 欧州憲法条約草案におけるEU基本権憲章, 海外事情平成15年10月号, 2003, 38頁以下.

28) OJ 2000, C364/01.

29) OJ 2001, C80.

현장 지위의 문제가 EU의 미래에 관한 논의 중에서 다루는 것이 명시적으로 나타나고 있다.³⁰⁾

(2) 유럽헌법조약에 의한 기본권보장 규정 창설의 방식

2002년 유럽헌법조약 초안 기초를 위한 새로운 유럽자문회의는 가입 예정국을 포함한 회원국 정부대표, 회원국 의회 및 유럽의회의 대표로 구성되었다. 동자문회의는 의사결정과정의 투명성과 공개성의 확보에 노력하였다. 2003년 '유럽헌법조약초안'이 동자문회의에 의해 채택되었다. 동 초안은 그 후 수정을 거쳐, 2004년 유럽이사회에서 유럽헌법조약이 채택되었다.³¹⁾ 유럽헌법조약의 규정은 전체 4편으로 구성되었다. 특히, 제I부는 전문 및 EU의 구조를 나타내는 중요한 규정으로 구성되어 있고, 제I부에서는 EU의 정의와 목적이 규정되어 있다. 유럽헌법조약에서 총칙적인 기본권보장 규정은 제I편 제2부에서 규정하고 있다. 특히, 유럽헌법조약 제II편에서는 EU기본권헌장이 약간의 수정을 거쳐 EU법상 처음으로 구체적인 기본권 보장규정으로 편입되었다.

또한 제1편 제2부는 '기본권과 연합의 시민권'이라 제목 하에 제9조 기본권 및 제10조 연합의 시민권만으로 구성되었다. 2개의 조문이 1개의 부를 구성하고 있는 것만을 보아도 이들의 중요성을 알 수 있다. 제9조 2항은 EU가 유럽인권협약에 가입할 의사를 명기한 최초의 조문을 포함하고 있다.

제9조 3항에서 법의 일반원칙과 관련하여 기본적 인권에 관한 공통의 국내법은 연합법에서 '존중되는' 존재에서 '연합법을 구성하는' 존재로 위치가 변하게 되었다. 이와 같이 기본적 인권은 EU에서 가장 강한 효력을 갖는 연합법의 원칙에까지 이르게 되었다. 그러나 2005년 5월 프랑스와 2005년 6월 네덜란드에서 그 기준을 위한 국민투표를 통하여 부결된 이후, 유럽헌법조약에 대한 길은 교착상태에 빠지게 되었다.

3) 리스본조약에 의한 기본권규정의 창설

(1) 리스본조약에 의한 EU법의 근본적 개혁

30) OJ 2001, C80(Final Act).

31) CONV 850/03 at <http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.en03.pdf>; 庄司克宏, 欧州憲法草案の概要と評価, 海外事情平成15年10月号, 2003, 14頁以下.

유럽헌법조약의 비준문제가 장기화되는 가운데 2007년 상반기 유럽이사회 의 장국인 독일은 종래까지의 기본조약의 틀을 유지하면서, 교착상황을 타개할 방침을 명확히 하였다. 즉, 유럽헌법조약을 사실상 단념하는 한편, 유럽헌법조약의 기본적 방침을 계승하기 위해 EU조약의 큰 폭의 개정을 통한 기구제도 개혁을 추진하는 방침을 언급한 것이다. 2007년 브뤼셀 유럽이사회에서는 이미 회원국 수가 27개국에 이르렀고, 유럽헌법조약 문제의 타개가 최우선 과제로 공통의 인식에서 현행의 EU조약의 개정에 착수하는 것이 정식으로 승인되었다.

2007년 7월 EU 개혁조약에 관한 정부간회의(Intergovernmental Conference : IGC)가 개최되었고, 의장국 포르투갈에서 EU개혁조약안이 배포되었다.³²⁾ IGC는 유럽이사회에 의해 개혁조약의 조문 책정의 권한을 부여받았고, 동년 10월까지를 목표로 초안 작업을 실시하였다. 그 골격은 EU의 기구개혁을 시작으로 한 사법·내무분야에서 협력의 강화, 및 유럽의회의 권한 강화 등이었다. 또한 인권 보장분야에서는 유럽헌법조약에 이어 EU기본권헌장에 대하여 법적 구속력을 부여하는 문제가 검토되었다.³³⁾ 그 결과 2007년 10월 19일 EU 비공식 정상회의에서 개혁조약안은 리스본조약으로 명칭을 정하고, 정식 채택을 위한 최종합의에 도달하고, 동년 12월 17일에 EU 정상회의에서 서명되었다.³⁴⁾ 그리고 전 회원국의 비준을 거쳐 2009년 12월 1일 발효하였다.

리스본조약은 이제까지 EU의 복잡한 기구구조의 단일화를 의도하고 있다. 종래의 EU는 경제공동체인 EC, 정부간주의인 공동외교·안보정책 및 경찰·형사사법협력의 3주 체제로 구성되었다.³⁵⁾ 그러나 3주 체제는 폐지되고, EU 및 EC의 구별도 폐지되어 EU로 일원화 되었다. 리스본조약은 EU조약과 EU운영조약으로 구성되었다. 그러나 2개의 조약은 '동일한 법적 가치'(the same legal value)가 부여되었다. 또한 EU의 사법제도에 대해서도 재판의 신속성과 관할권 강화를 위한 개혁이 단행되었다. 새로운 체제에서는 EU사법재판소의 명칭 하에 사법재판소, 일반재판소 및 복수의 전문재판소^{역주1)}가 포함되게 되었다.³⁶⁾

32) 駐日欧州委員会代表部ホームページ, EU改革条約に関する政府間会議開始, at http://jpn.cec.eu.int/home/news_jp_newsobj2366.php.

33) CIG 1/70 at http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?id=1317&lang=en&mode=g; 駐日欧州委員会代表部ホームページ, 改革条約 at http://jpn.cec.eu.int/union/showpage_jp_union_european_union.php

34) OJ 2007, C306/1.

35) 庄司克宏, EU法政策編, 岩波書店, 2003, 131頁以下, 141頁以下.

역주1) 현재 전문재판소는 니스조약에 의해 사법패널(judicial panel)의 하나로 설치된

(2) 기본권보장 규정의 창설

인권보장 분야에 관해서도 리스본조약 발효 후 개정 TEU는 몇몇의 주목할 만한 개정이 있었다. 우선 전문에서 유럽인권협약 전문에 대응하는 문구인 “불가침인 동시에 양도 불가능한 인간의 권리, 자유, 민주주의, 평등 및 법의 지배를 보편적 가치로서 발전시킨 유럽의 문화적, 종교적 및 휴머니즘적 유산으로부터 영향을 받으며”를 포함하고 있다.

다음으로 제2조에는 연합의 가치에 관한 새로운 규정으로 “연합은 인간의 존엄성의 존중, 자유, 민주주의, 평등, 법의 지배 및 소수자의 권리를 포함한 인권 존중의 가치 위에 설립된다. 이 가치들은 다원주의, 비차별, 관용, 정의, 연대 및 남녀평등을 특징으로 하는 사회에 있어 회원국에 공통하는 것이다”라고 규정하고 있다. 더욱이 목적 조항으로서 제3조는 크게 개정되었다. 제3조 1항에서 “연합의 목표는 평화, 그 가치 및 인민의 복지를 촉진하는 것이다”라고 규정하고 있다. 이어 제2항에서는 “연합은 역외국경의 통제, 망명, 이민 및 범죄의 예방과 대응에 관한 적절한 조치를 취함으로써 사람의 자유이동이 보장되는 시민들에게 역내국경이 없는 자유, 안전 및 사법지대를 제공한다”고 규정하고 있다. 그리고 제3조 5항 1문에서 “다른 세계와의 관계에 있어 연합은 연합의 가치와 이익을 유지·촉진하고, 연합 시민들의 보호에 기여한다”고 규정하고 있다.

다음으로, 리스본조약 제6조는 니스조약 제6조를 답습하면서도 미 발효된 유럽헌법조약 제I편 제9조와 깊은 관련성을 갖고 있다. 제6조는 기본적 권리를 규정하고, 3개의 항으로 구성되어 있다.

유럽헌법조약 제1-9조와 비교하여, 제6조에서는 제1항이 가장 큰 변화를 보이고 있다. EU기본권헌장은 제조약의 조문 규정으로서는 직접 편입되지 않았지만 법적 구속력이 부여되었다. 제6조 1항 제1단에서 “기본권헌장과 제조약은 법적으로 동등한 가치가 있다.” 다만, 제2단에 의하면 제조약과 동등한 가치를 갖으면서도, 동헌장상 규정의 효력은 제조약에 우선하여 연합의 권한을 확대할 수 없다. 제3단에 의해 구체적인 권리, 자유 및 원칙은 이것들을 규율하는 헌장 제7편의 일반규정 및 동 규정의 전거를 이루는 헌장에 대한 해설을 충분히 고려

EU공무재판소가 전문재판소로 그 성격이 변경되어 계속 임무를 수행하고 있다. 또한 TFEU 제262조에서는 지적재산권 분야를 관할하는 전문재판소의 설립을 예정하고 있다.
36) 庄司克宏編, EU法実務編, 岩波書店, 2008, vii頁以下, 347頁以下; 庄司克宏, リスボン条約(EU)の概要と評価, 慶応法学10号, 2008, 198頁, 200頁以下, 231頁.

하여 해석해야 한다.

다음으로 제6조 2항은 유럽헌법조약 초안과 비교하여 유럽인권협약에 대한 가입을 규정하고 있다. 헌법조약은 초안단계에서 유럽인권협약 가입을 장래에 추구한다는 표현이었지만, 채택문에서는 ‘추구하다’(seek)는 표현이 삭제되었다. 이 때문에 강한 명령(shall)의 의미가 강조되었다. 다만, 후단은 유럽인권협약에 대한 가입이 제조약에서 정하는 연합의 권한에는 영향을 미칠 수 없다.

제3항은 유럽헌법조약과 거의 같은 문구로 법의 일반원칙을 규정하고 있다. 이에 의해서 유럽인권협약이 보장하고, 회원국 공통의 헌법에서 유래하는 기본권은 EU법의 일반원칙을 구성하게 되었다. 이를 통해 EU조약은 스스로 기본권 보장규정을 갖게 되었다.

한편, 리스본조약의 정부간회의 최종보고서에서 기본권 보장과 관련하여 EU 기본권헌장에 관한 선언(Declaration concerning the Charter of Fundamental Rights), 유럽연합조약 제6조 2항에 관한 선언(Declaration on Article 6(2) of the Treaty on European Union), 우위성에 관한 선언(Declaration concerning primacy)을 채택하였다.³⁷⁾

III. 지역적 국제법의 형성을 위한 국내법원칙 수용의 과제

이상의 역사적 경위에서도 밝힌 것과 같이 EU에서는 국내법원칙의 수용을 통하여 연합법의 형성이 서서히 이루어져 왔다. 이것을 답습하여, 지역적 국제법의 형성을 위한 국내법원칙의 수용의 의의와 과제에 대하여, 일반국제법의 경우와 비교로부터 기초적인 고찰을 시도한다.

한편, 이제까지 법학일반에서 법의 체계는 공법과 사법으로 분류가 기본적인었다. 공법과 사법의 구별은 국가통치권의 발동의 유무를 기준으로 이루어져 왔고, 국가통치권의 발동에 관한 법 분야가 공법으로 파악되고 있다.³⁸⁾ 통치권은 국가의 대내적인 지배권의 의미를 갖지만, 이는 영역고권, 대외고권 및 자주조직권의 3가지 성질을 갖는다.³⁹⁾ 법사학의 측면에서 보면, 로마법에서는 현대적

37) OJ 2007, C306/2.

38) 伊藤正巳·加藤一郎編, 前掲書, 85頁.

39) 内閣法制局法令用語研究会編, 前掲書, 1038頁.

인 견지에서 보는 당연히 공법에 속하는 법 분야가 종종 사법에 의해서 취급되고 있기 때문에 로마법학이 공법에는 별로 관심을 갖고 있지 않았다는 지적도 있다. 양자의 구별하게 된 것은 대륙법계에서는 로마법을 계수한 독일의 중세 이후 및 19세기 이후의 영미법에서이다. 본고에서는 국가통치권 발동의 유무를 기준으로 공법과 사법을 구별하고, EU법에 대한 국내법원칙의 수용에 대하여 기초적인 고찰을 진행한다.

1. 국내사법원칙의 수용에 대하여

1) 일반국제법에서 국내사법원칙의 수용

(1) 국제재판을 통한 국내사법의 수용

20세기 초 국제법과 국내사법과의 관계를 연구한 H. Lauterpacht는 정치적 실체로서의 정부를 구비한 국가의 권리의무에 관한 국제법 분야에는 종래까지 사법개념의 유추적용이 행해져 왔기 때문에 양자는 깊은 관련성을 갖고 있다고 한다. 국제법에서 사법의 지위에 대하여, 국제법이 보호하는 이익이 근본적으로는 국내법 및 사법이 보호하는 이익에 동일한 것이 점차 인정되고 있다. 왜냐하면, 국제관계 분야에서 국가의 정치적 활동은 원칙적으로 주로 경제상의 집단적 이익을 보호하기 위한 것이기 때문이다. 그리고 로마법이나 그 외의 사법상의 일반적 규칙에는 적지 않게 자연법의 요소가 포함되어 있다.⁴⁰⁾

18세기 후반 이후, 서유럽국가들은 일찍이 산업혁명을 경험하고, 인접국가와의 관계를 긴밀하게 하는 국제사회의 우위에 입각하여 스스로를 문명국으로 부르게 되었다. 여기에서 구 문명국을 묶는 공통의 배경이 된 것이 그리스도교와 함께 보급된 로마시민법이다. 일반적으로, 일찍이 로마제국에서 자국민과 정복한 이방인을 규율하는 법이 만민법(*jus gentium*)이고, 유럽공법을 원형으로 한 오늘날의 국제법으로 발전한 것이다. 이에 대하여 평등한 시민의 관계를 규율한 것이 로마시민법(*jus civile*)이다. 이는 로마제국 멸망 후에도 그리스도교와 함께 서유럽지역에 공통한 법문화로서 발달해 왔다.

더욱이, 19세기 이후의 국제중재재판을 통해 국제법 분야에 수용된 국내사법

40) Lauterpacht, *op. cit.*, p.297; 拙稿, 法の一般原則の今日的意義と問題点(二), 法学新報103卷10号, 1997 115頁以下.

원칙이 실정국제법에 대한 수용의 길이 열리게 되었다. 1920년에는 상설국제사법재판소(Permanent Court of International Justice: PCIJ)가 국제연맹규정 제14조에 의해 연맹이사회의 권한 하에서 설치되었다. PCIJ는 또한 실정국제법의 법원을 적용법규로 하는 세계최초의 국제적인 사법재판소가 되었다. PCIJ규정 제38조(3)에서 “문명국이 인정한 법의 일반원칙”으로서 처음으로 실정국제법상 명문화하게 되었다. 즉, 문명국이 인정한 법의 일반원칙이란 국제재판에서 조약과 국제관습법상의 적용법규가 존재하지 않는 경우에 재판불능(*non Lique*)을 회피하기 위해 도입된 실정국제법상의 개념이다.⁴¹⁾ 이것이 세계대전 후 국제연합의 설립과 함께 ICJ규정 제38조 1항(c)로서 오늘날까지 계속되고 있다.

(2) ICJ규정 제38조 1항(c)의 평가

PCIJ는 제1차 세계대전을 둘러싼 다양한 전후처리 재판에 진력하였다.⁴²⁾ 또한 이전의 국제중재재판처럼 직접적인 인용을 피하면서도, 국내사법원칙은 비교적 많이 수용하고 있다. 다만, 이들의 원칙들도 명시적으로 문명국이 인정한 법의 일반원칙으로서 수용된 것은 아니다.

세계대전 이후 국제사법재판 판례를 분석한 B. Chen은 PCIJ를 계승한 ICJ 설립 시기를 포함하여 국제재판에서 국내법의 일반원칙의 적용 측면을 분석하였다. 그는 판례의 분석을 통하여, 법의 일반원칙은 아래의 4가지로 분석되고 있다. 이것들은 자기보전의 원칙(*self-preservation*), 신의성실의 원칙(*good faith*), 책임개념(*concept of responsibility*)에 관한 원칙 및 사법절차(*judicial proceedings*)에 관한 원칙이다. B. Chen의 분석에서도 법의 일반원칙의 적용이 재판실무의 측면에 한정되어 있고, 이것이 통상의 국가실행을 규율하는 것은 아니고, 동 원칙은 국제관습법과 구별하여 파악하고 있다.

상기의 원칙들 중에서 유의할 것은 책임개념에 관한 원칙이다. B. Chen의 분석에 의하면, 20세기 이후 국제중재재판 및 사법재판에서는 ‘책임개념에 관한 법의 일반원칙’이 많이 적용되었고, 개개의 원칙이 구체화되었다. 이 점에 대하여는 H. Lauterpacht은 근대 중재재판 판례를 통하여 대응하는 사법상의 원칙을 수용할 필요성은 한층 커지고 명확해졌으며, 국제불법행위에 대한 국가책임

41) 拙稿, Non Liguét 対策における国連の課題とEUの先験性, 国連の紛争解決機能とその限界, 中央大学校出版部, 2002, 288頁以下.

42) 同 拙稿, 279頁以下.

의 이론에서 나타나고 있다.⁴³⁾ 더욱이, B. Chen에 의하면 “본 개념은 진정한 의미에서는 본질적으로 국내사법에서 책임과 유사하다. 그 본질이란 범위반행위를 침범하는 모든 법 주체에 의무를 부과하고 있는 점이다.”⁴⁴⁾ 그 이유로서는 아래의 점을 고려할 수 있을 것이다. 즉, 근대 국제법의 형성과정에서는 가산국가적인 개념이 지배적이고, 국가상호의 관계가 사인상호의 관계에 매우 유사하다는 것이다.⁴⁵⁾ 또 이제까지 전 인류에 공통한 국제공익이라는 개념 자체가 성숙되지 않고, 국제적인 위법행위는 대등한 국가관계에서 법익을 침해한다는 것이다. 이때문에 위법성의 구제에는 국내법상의 사법관계에 준하여 피해에 근거하여 손해배상이라는 형식 되었다.⁴⁶⁾

따라서 국가책임을 둘러싼 국제재판 판례를 통하여 개개의 법의 일반원칙의 내용이 보다 구체화되고 있는 과정을 볼 수 있다. 예를 들어, 상당한 주의의무 위반과 같이 국제법 위반행위에서는 완전한 회복을 행할 의무가 도입되기에 이르렀다. 그것은 정당한 보상을 회복의 범위로 하고, 원상회복을 목적으로 한 금전배상의무라는 것이 거의 명백해지게 되었다.

그러나 그 후 국제사법재판에서 재판소의 관할을 부정하게 되면서 실질적으로 사법재판을 회피하는 경우도 증가하게 되었다.⁴⁷⁾ 사실, ICJ에서 국가책임을 둘러싼 배상소송의 비율도 PCIJ시대에 비하여 감소하고 있고, 문명국이 인정한 법의 일반원칙이 직접적으로 판결의 연원이 되는 것은 아니다. 국가책임을 둘러싼 몇몇의 판례에서도 몇몇의 국내사법원칙이 수용되고 있는 것에 불과하다. 이것은 다음과 같은 내재적인 원인이 고찰된다. 첫째, 동 원칙은 PCIJ 규정을 통하여 실정법상의 국내법원칙으로서 자리매김에도 불구하고, 실질적으로는 자연법의 요소가 포함되고 있다. 즉, 법률가자문회의에서 조약문이 정해지기까지의 논의의 과정에서는 동 원칙에는 당초 ‘문명제국민의 법적 양심’이라는 자연법적인 요소가 포함되어 있었다. 또, 그 기원인 로마시민법 자체가 사법을 중심으로 한 법이고, 자연법의 요소가 적지 않게 포함되어 있다.

둘째, PCIJ규정 제정 당시의 문명국 개념이 이미 오늘날의 국제사회의 실정

43) Lauterpacht, *op. cit.*, p.134.

44) Cheng, *op. cit.*, p.389.

45) 田畑茂二郎, 前掲國際法I, 126頁以下.

46) 栗林忠男, 國際法, 日本放送出版協會, 1990, 120頁.

47) 拙稿, 前掲論文, 292頁以下.

에는 부합하지 않는 것이다. PCIJ 규정 제정에서 ‘크리스트교적 유럽 문명국’ 개념은 오늘날에 있어 국제사회의 문명국을 망라하는 것은 아니다. 국제인권규약(1966)에서도 볼 수 있는 것과 같이 국제법의 모체가 된 사회란 구문명국이 아니고, 상호협력과 공존을 필요로 하는 보편적인 국제사회로서 보편화될 필요가 있다.

따라서 법의 일반원칙 개념에 포함되는 내재적인 모순은 국제사법재판 심리에서 예측성의 결여를 초래하고, 재판 자체의 신뢰성에 불안정한 요소를 제기하게 되었다. 이미 1960년대에는 배상책임을 쟁점으로 하는 소송에 대하여 개발도상국이 재판 부탁을 주저하는 경향이 나타나고 있다.⁴⁸⁾ 그 이유로서는 분쟁국측에서는 주로 개발도상국측이 자국보다도 정치적으로 우위에 있는 구문명국에서 발달한 법원칙의 적용을 우려하고 있다는 것이다. 그와 같이 재판소 측에서도 스스로의 권위를 보호하기 위해서는 재판의 공정성과 예측성을 확보해야만 하고, 굳이 애매한 인상을 주는 문명국이 인정한 법의 일반원칙의 적용을 피하고 있다는 것이다.

2) EU에서 국내사법원칙의 수용

슈망 플랜을 제창하여 유럽통합의 아버지로 부리는 슈망에 의하면, 공동체의 기본구상에는 민주주의와 크리스트교로 불리는 2개의 기둥이 있었던 것이다. 특히 유럽이 크리스트교 문화에 근거하는 것을 전제로 하여, 동지역의 정치 도덕 규범 등을 파악하고 있던 점은 중요하다.⁴⁹⁾ 오늘날 국제법은 법실증주의에 근거하여 근대 이후의 유럽공법을 원형으로 형성되어 왔다. 그리고 공동체 회원국의 대부분은 근대 이후 국제법의 모체가 되었던 크리스트교적 문명국으로서의 구문명국에 해당한다.

그러므로 공동체 설립 시부터 로마시민법은 공동체 회원국에 공통하는 국내사법의 요소로서 존속하고 있는 것이다. 또, 공동체로부터 EU에 이르기까지 동기가 유럽지역의 경제통합을 가장 중요한 목적으로 영위해왔던 점을 감안하면, EU법 분야에서 로마시민법에서 유래하는 국내사법원칙을 수용하는 것은

48) 小川芳彦, 國際裁判所と法の創造, 法と政治15卷4号, 1964年, 19頁.

49) 坂本進, 欧州憲法條約と神の記載, 日本EU学界年報25号, 2005, 238頁; 金丸輝男, ECからEUへ, 創元社, 1995, 18頁以下.

EU법의 형성뿐만 아니라 유럽의 지역적 국제법의 형성에 기여한다고 할 것이다. 예를 들어, 공동체의 비계약상의 손해배상책임을 둘러싼 재판에서 ECJ는 명시적이지는 않지만, 공동체의 책임이 과실의 개념에 근거하는 것을 인정하고, 과실의 인정 시에는 공동체 활동의 성질을 고려해왔다.⁵⁰⁾ 과실이 배상책임을 발생시킨 것은 이미 로마시대부터 인정되어 왔고, 시민법에서 중과실(*lata culpa*)이 악의(惡意)와 동일시되기에 이르렀다. 또, 일반국제법상의 재판에서도 국가의 중과실이 국가책임을 발생시킨다고 판결이 나오고 있다.⁵¹⁾

더욱이 일반국제법상 추상적으로 정의되어 왔던 국내법원칙에 대하여 EU법에서는 보다 구체적인 실정법상의 원칙으로서 자리매김해 왔다. 예를 들어, 공동체법에서 법적 안정성의 원칙은 동 원칙의 적용에서 나타나는 것처럼 다양한 부수적인 개념의 형성을 위하여 한층 구체적인 역할을 담당하고 있다. 이들 중에서 가장 중요한 것이 불소급의 원칙, 기득권 및 정당한 기대의 원칙이다.⁵²⁾ 이들 원칙은 EU의 배상책임을 둘러싼 소송에서 각각 밀접하게 관련하여 적용되고 있다.

2. 국내공법원칙의 수용에 대하여

1) 일반국제법에서 국내공법원칙의 수용

(1) 국내사회의 구조적 성질과 공법의 역할

국내공법원칙의 국제법에 대한 수용에 관해서는 국내사법의 경우와는 다른 상황에서 도입되어 왔다. 즉, 일반국제법의 분야에서는 최근에 이르기까지 국내공법원칙이 의식적으로 수용되어왔던 것은 아니었다. 그 근본적인 이유로는 국내사회와 국제사회의 구조의 차이를 들 수 있다.

근대이후의 시민사회는 일반적으로 특정 권력층으로부터 인간의 자유를 확보하기 위하여 형성되어 왔었다. 르네상스시대에 있어 개인으로서의 자각과 함께 시작된 시민사회의 목표였던 것이다. 여기에서 자기의 현상을 자기의 책임에서 결정한다는 자율성을 지상가치를 두는 사고방식을 자유주의원칙이라고 한다. 인

50) 広岡隆, 欧州統合の法秩序と司法統制, ミネルヴァ書房, 1998, 135頁.

51) Max Jaser(柴田光蔵訳), 로마法概説, 玄文社, 1979, 296頁以下.

52) T. C. Hartley, *op. cit.*, p.149, I.20-23.

간 자유의 핵심을 이루는 것은 개인의 인격의 자유이다. 중세부터 근대에까지의 과도기에 있던 절대주의 시대에서 시민은 인격의 자유를 확보하기 위하여 인간 존중을 궁극의 가치원리로서 사회개혁을 추구해왔다. 그리고 인간존중의 실현을 위한 구체적인 권리가 인권이고, 타율 지배에서 자유는 태어나면서부터 주어지는 권리로 파악되는 것이다. 이 사상은 당시의 대표적인 사회계약론자들에 의해서 구체화되었고, 절대주의적 지배에 대한 시민혁명을 촉발하게 되었다.⁵³⁾ 특히, 18세기 후반의 미국 독립선언이나 프랑스 인권선언에서는 개인이 인격자로서 존중되어 왔고, 인간으로서의 자유로운 권리는 국가에 우선하는 자연권이라는 것이 나타나고 있다. 더욱이 시민사회는 자기결정을 취지로 하는 사적자치의 원칙을 기본으로 범치국가를 형성해 왔다. 여기에서 통치자와 피치자가 동일해야만 하는 민주주의 원리가 확립되었다. 이들의 보편적인 가치관을 전제로 국가를 단위로 하는 국내사회의 기본적인 현상을 정의하기 위하여 입헌주의가 도입되었던 것이다. 이 단계의 국가에서 인간의 존엄원리는 더욱 개인 존엄원리로 파악되기에 이르렀다. 여기에서 불가침의 개인의 인격이란 도덕상 추상적인 내용뿐만 아니라 적정한 절차를 거쳐 공적으로 확보해야 할 구체적인 내용을 의미한다.

더욱이 시민사회를 모체로 하는 국내사회에서 입헌주의는 개인의 존엄원리의 확보를 위하여 몇 개의 파생원리를 도입하고 있다. 이들의 대표적인 예로서는 인권보장, 권력분립 및 국민의 국정참여에 대한 보장 등이다.⁵⁴⁾ 이 중에서 국민의 국정참여에 대한 보장원리는 특권계급에 의한 제한 선거를 부정하는 것을 계기로 전국민을 통한 민주정치에 관철을 욕하는 것이다. 따라서 현대의 입헌민주주의 국가는 개인의 존엄의 구체적인 내용인 기본적 인권을 보장하는 수단으로서 국가의 권력행사에 관한 최종의사결정권을 국민에게 부여하고 있다. 이것이 국민의 국정참여보장의 귀결로서의 국민주권이고, 개인의 존엄원리에 근거한 파생원리이다. 그것은 2개의 요소를 포함한다. 첫째는 전 국민이 헌법을 승인하는 정당성이고, 둘째는 헌법제정 후의 권력행사의 최종의사결정권을 유권자가 장악하는 권력성이다. 여기에서 현대의 입헌민주주의의 관점에서는 통치권의 억제와 균형을 취지로 하는 권력분립의 관철을 위한 국민주권이 파악되었다.

따라서 국내사회란 입헌민주주의적인 헌법을 배경으로 평화적으로 안정한 필

53) 真田芳憲, 法学入門, 中央大学出版部, 1996, 130頁以下.

54) 佐藤幸治, 前掲書, 6頁; 芦部信喜, 前掲書, 15頁以下.

연사회로 파악할 수가 있다. 그리고 국내법상으로는 행위규범(사회규범) 중에서 재판관을 통하여 그 이익을 실현할 수 있지만, 재판규범(강제규범)으로 파악되어 왔다. 이와 같이 형식적인 법원으로서 국내법규범이란 기본적으로 양 규범이 일체가 되는 것으로 이해되고 있다. 이것이 국내법의 집권적 성질이다.

(2) 국제사회의 구조적 특질과 국내공법원칙 유추의 한계

국제사회는 종래부터 병립한 주권국가 사이의 의사의 합치를 전제로 형성되어 왔다. 이 점에서 국제사회는 오늘날에서도 기본적으로 합의사회이다. 또, 국제사회의 상위에 있는 헌법은 존재하지 않고, 통일적인 권력기구도 존재하지 않는다. 이것이 국제법의 분권적 성질이다. 그러므로 실정국제법학에서는 재판규범이 반드시 행위규범은 아니다. 엄밀히 양자의 성질을 구비한 완전한 법규범이란 조약과 국제관습법에 한정되어 왔다.⁵⁵⁾

또, 국내법과는 달리 종래까지의 일반국제법에서 민사법 분야와 형사법 분야는 명확히 분화하고 있지 않았다. 이 때문에 국제법에 위반하는 행위는 국내법상 형사법분야에 속하는 행위에 있어서도 국제불법행위로 불려 왔다. 그리고 종래까지는 국내법상 형사법분야에 해당하는 문제에 관해서도 오히려 원상회복이나 금전배상과 같은 국내민사법상의 책임해제의 방법을 유추해서 문제해결이 되어왔다. 즉, 범죄에 대한 형벌권의 행사를 규정한 형사법이 국내공법에 자리매김하고 있는 것으로부터도, 국내사법에 대응한 분야와 비교하여 국내공법에 대응한 국제법분야의 형성이 지체되고 있다. 국제형사법분야가 비약적으로 발달한 것은 2002년 국제형사재판소의 설립이 계기가 되었고, 또한 역사적으로도 짧다.⁵⁶⁾

더욱이 문제가 된 것은 국제인권보장 분야이다. 국내사회에서 개인의 존엄의 구체적인 내용인 인권이란 무엇보다도 기본법인 헌법을 통하여 확보되어야만 하는 공법분야에 속하다. 그러나 일반국제법을 통한 인권보장을 둘러싼 개인의 존엄이라는 개념 자체가 국내사회의 기본원리 등에는 확립되어 있지 않았다. 종래의 국제사회는 독립한 주권국가가 합의한 범위에서 성립한 것에 불과하다. 그러므로 현시점에서 국내사회와 같은 수준의 개인의 존엄원리를 국제사회의 총

55) 田畑茂二郎, 國際法新講(上), 東信堂, 1990, 26頁以下; 松井芳郎他著, 國際法(新版), 有斐閣, 1993, 16頁以下.

56) 拙稿, 國際刑事裁判所規定と国内公法概念類推, 敬和学園大学研究紀要第13号, 2004, 70頁以下.

의로 수용하고, 동원리로부터 국제법을 통일적으로 파악하는 것은 매우 곤란하다. 더욱이 인권보장은 현재에도 기본적으로는 각국 헌법의 중심 과제이고, 국가가 국제법상 부담하고 있는 실정법상의 의무라기보다도 점점 입법론적인 요구가 되었다. 사실, 국제인권협약의 실시에도 있어서도, 자유권적 기본권의 보장은 거의 확립되어 있는 것에 반하여 사회권적 기본권의 실현은 국가의 입법조치에 의해 점진적 달성을 요구하고 있다.⁵⁷⁾

이것은 인도적 개입을 하는 전쟁범죄처리의 문제에도 깊은 관련이 있다. 1990년대 이후, 인도적 관점에 근거하여 UN의 문제해결책의 대부분은 결과적으로 무력개입을 수반하고 있다. UN의 승인에 근거한 인도적 개입 시에도 여전히 국제적인 정치력이나 경제력을 가지는 초강대국 주도의 판단이 우선해 왔다. 이 초강대국 중심의 인도적 개입을 피개입국의 대부분은 위법한 개입으로 보고, 주권의 침해를 이유로 거부해 왔다. 결과적으로 강대국의 의사를 국제사회의 총의라고 할 수 없고, UN의 의사결정 과정에 대한 항의로 받아들여져 왔던 것이다. 여전히 국제사회는 법의 실효성을 확보하기 위한 구조 기반이 미약하다. 따라서 국제공익 또는 인류 공통의 이익 개념도 여전히 거기까지 연역적인 가치 체계를 구축하는 것까지는 이르지 않았다고 지적하고 있다.

2) EU에서 국내공법원칙의 수용

(1) EU에서 국내공법원칙 수용의 평가와 문제점

지역적 국제법의 형성을 위한 국내법의 수용문제, 특히 국제법에 대한 국내공법의 수용 문제에 대하여 기초적인 고찰을 시도하고자 한다.

종래까지 유럽인권협약과 EU조약의 매개가 되었던 것은 각 회원국에 공통한 헌법적 전통에서 유래하는 기본권으로서 법의 일반원칙이라는 개념이다. 이제까지의 검증에서도 밝혀진 것을 통해 리스본조약에서 EU는 스스로의 기본조약 중에서 기본권 보호규정을 정식으로 갖게 되었다. 즉 TEU 제6조 1항에 의해 EU기본권헌장은 제조약과 동등한 가치를 갖는 것으로 인정되었다. 또, TEU 제6조 3항에 근거하여 유럽인권협약이 보장하고, 회원국에 공통한 헌법적 전통에서 유래하는 기본권은 EU법의 일반원칙을 구성하게 되었다. 이 점에서 EC시대에 행해져 왔던 국내공법원칙의 수용은 확실히 기본권 보장분야에서 EU법의

57) 經塚作太郎, 前掲書, 183頁.

형성에 크게 기여한 것으로 평가된다.

다만, TEU에서는 구체적인 인권내용이 독립한 개별의 조문으로 규정되어 있지 않다. 더욱이 EU법에서 인권 전체를 포괄적으로 법의 일반원칙으로 규율하는 것은 문제점으로 지적하고 있다.⁵⁸⁾ 그것은 법의 일반원칙 개념 자체에 내재하는 추상성과 깊은 관련이 있다. 일반적으로 사적자치를 원칙으로 하는 사법과는 달리 공법은 국가통치권의 자의적인 발동을 억제하기 위하여 엄격히 실정법에서 규율해 왔던 법 분야이다. 그럼에도 불구하고, EU에서 행정법 분야의 불충분을 보완할 목적으로 영국 행정법상의 자연적 정의의 원칙이 EU법질서에서 내재하는 법의 일반원칙으로서 수용되어 왔다. 국내사회에서 국민이란 국가주권을 형성하는 기본적인 구성요소이다. 국민의 권리의 현상은 현재에서도 기본적으로 당해국가의 국내관할사항이다. 특히, 자유권적 기본권은 국가 이전의 권리이고, 엄격히 실정법이 규율해온 공법분야에 속한다. 이 때문에 본래 인권분야는 극히 추상적인 법의 일반원칙의 범주에는 포함되지 않는다.⁵⁹⁾ 사실, 법의 일반원칙을 판결의 직접적인 연원으로 하기 위하여 판결에서 명확성이나 객관성이 의문시 되는 판례도 존재한다.⁶⁰⁾

일례로 1994년 X v. Commission Case이다. ECJ는 조약이나 국제관습법에 근거하지 않고, 법의 일반원칙에 의하여 직접적으로 문제의 해결이 시도된 사례이다. 본 사건은 EC시대의 1989년에 제기된 사건으로 EC위원회 임시직원의 수용심사 시 지원자 본인의 동의 없이 실시된 에이즈검사에 관한 재판이다. 여기에서는 지원자의 프라이버시권 보호와 건강검진 실시에 의한 공동체의 일반적 공익이 충돌하였다. 1992년 제1심 재판소 판결에서는 지원자인 원고의 제소가 대부분 각하되었다. 하지만 ECJ는 위원회의 행위가 공동체의 목적인 일반적 공익을 이탈하고 있고, 과도한 프라이버시권의 침해라고 판단한 것이다. ECJ는 유럽인권협약 제8조 및 공동체 회원국 공통의 헌법적 전통에 비추어 프라이버시권을 공동체의 법질서가 보호해야 하는 기본적 인권의 하나로 인정하고 있다. 그러나 한편으로 공동체의 목적인 일반적 공익에 합치하고, 보호되는 권리의 본질을 침해하지 않는 한 기본적 권리에 제한을 설정해도 좋다고 판결하고 있다. 이

58) 拙稿, 実定国際法における国内公法概念の類推, 敬和学園大学研究紀要12号, 2003, 115頁以下.

59) 권리남용의 금지나 법적 안정성 같은 통치권의 발동을 위한 행위기준으로서의 역할에 머무르는 것이다(Betten/Grief, *op. cit.*, p.57.)

60) 拙稿, 法の一般原則と国内法の衝突に関する一考察, 敬和学園大学研究紀要10号, 2001, 185頁以下.

문맥에서는 비례성의 원칙에 근거하여 프라이버시권의 제한 자체를 완전히 부정하는 것은 아니고, 오히려 공동체의 일반적 공익에 합치하는 한에서는 공동체의 목적에 적합한 수단이라는 것을 인정할 취지로도 받아들일 수 있다. 즉, 동 판결에서는 강력한 효력을 갖는 EU법질서에 내재하는 원칙으로 비례성이 회원국의 특성에서 유래하는 원칙으로 프라이버시권에 우선한다는 해석도 도출된다. 그리고 그 판단은 재판소의 자유재량으로 위임되어 있다.

한편, 오늘날에 있어서 기본적 인권의 원칙 및 비례성의 원칙은 동시에 EU법에서 조약상의 원칙으로서 명문화되었다.

(2) 유럽인권협약에 대한 가입

EU 설립에 따라 공동체내에서 기본권 보장을 철저히 하고자 한 것이 EU에 의한 유럽인권협약에 대한 가입을 위한 논의이다.⁶¹⁾ 1996년 이사회는 EC가 유럽인권협약에 가입하는 문제에 대한 의견을 ECJ에 요구하였다. 이에 대하여 ECJ의 권고적 의견에 의하면, 기본적 인권의 존중은 EU 회원국에 공통한 일반 원칙이고, 공동체 행위의 합법성을 심사하는 근거가 된다. 다만, EC가 유럽인권협약에 가입하는 것에는 2개의 법적 문제가 존재한다. 첫째, 가입조약 체결의 전제로서 EC 자체의 권한이 결여되어 있다. 즉, EC에는 기본적 인권에 대하여 입법권한이 일반적으로 결여되어 있고, 이 분야에서의 대외적 권한도 존재하지 않는다. 둘째, EC의 기본조약과 유럽인권협약은 근본적으로 입법 취지가 다르다. ECJ와 유럽인권재판소의 관할권의 문제에 대하여는 구체적인 제안과 충분한 정보가 확보되지 않는 한 회답할 수 없다고 하였다.⁶²⁾

따라서 리스본조약에 의해 EU의 기본권보장 기능의 강화는 유럽 전체의 지역적인권보장기구인 유럽평의회(Council of Europe)와 유럽인권협약 가입국의 요청에도 대응하고 있다. 1990년대 이후에 급속히 증대된 제소건수에 대응하기 위하여 이미 유럽평의회는 1998년 발효한 유럽인권협약 제11의정서를 통하여 유럽에서 인권보장 제도의 근본적인 개혁을 목적으로 하고 있었다. 제11의정서에 의하여 새로운 인권재판소가 발족하고, 종래의 인권위원회는 인권재판소에 통합되어 제도 기능의 강화가 의도된 것이다. 더욱이 유럽인권협약 제14의정서

61) 拙稿, 리스본조약을 통한 EU의 欧州人権条約加入への課題, 駒沢女子大学研究紀要第17号, 2010, 206頁 以下.

62) Betten/Grief, *op. cit.*, p.111ff.; 山根裕子, 前掲ケースブックEC法, 96-97頁; see Opinion 2/94 Accession by the Community to the ECHR [1996] ECR I-1759.

는 2004년에 유럽평의회 각료위원회 회의에서 정식으로 채택되고, 2010년 6월 1일 발효하였다.

제14의정서에 의해 EU와 유럽인권협약에 관한 새로운 규정이 신설되었다.⁶³⁾ 제14의정서에 의해 개정된 유럽인권협약 제59조 2항에서는 “유럽연합은 이 조약에 가입할 수가 있다”고 규정하고 있다. 이에 대응하는 되는 것이 TEU 제6조 2항이다. 다만, TEU 제6조 2항은 이 가입은 제조약에서 정하는 연합의 권한에 영향을 미치지 않도록 앞으로도 유럽인권협약에 대한 가입을 위하여 EU와 유럽인권재판소와의 정기적인 의견교환의 과정에 주시할 필요가 있다.

3) 보충성원칙에 의한 기구의 민주적 통제

공동체 설립 시에 공동체법의 이중적 구조는 광범위하게 미치는 EU법의 흡결과 국내법원칙의 수용을 필요로 하였다. 그러므로 EU에서 법의 일반원칙을 둘러싼 문제의 본질은 입법권한의 귀속문제로 시작되었고, 기구와 회원국 사이의 권한문제에 깊은 관련된다. 이를 국제기구를 통한 국가주권의 현상과 민주주의의 문제로 파악할 수 있을 것이다. 더욱이 EU에서 회원국의 의사결정 권한의 문제, 더 나아가서는 기구 내에서 각 기관들 사이의 권한 문제와 관련하여 EU법에 대한 국내법의 수용 문제를 검증할 필요가 있다. 본고에서는 아래의 쟁점에 대해서만 간략히 다루고자 한다.

(1) 기본권보장을 통한 주권이양의 한계와 독일의 대응

EU에서는 종래까지 민주주의의 결여(democratic deficit)에 대한 지적이 있었다.⁶⁴⁾ 일반적으로 보통선거에 의하여 선출되는 의회가 행정부를 통제하는 것이 민주주의의 제도적 보장이다. 이에 대해 EC의 정책결정에 유럽의회나 회원국 의회가 충분히 통제할 수 없는 것이 민주주의의 결여라고 한다. 그리고 이제까지 EC에서는 이사회에 입법권이 위임되었고, 제안권을 독점하는 위원회가 과도

63) 그 외의 주요한 개정은 단독재판관에 의한 사건의 처리제도의 도입, 판결이행에 관한 새로운 제도의 도입 등이다(大西直樹, 欧州人權裁判所, 法の支配 No. 139, 2005, 95頁以下).

64) 庄司克宏, 國際機構, 岩波書店, 2006, 208頁 以下; 須網隆夫, 超國家機關における民主主義, 法律時報 74卷 4号, 2002. 20頁 以下.

한 정치적 권력을 보유하고 있다는 비판이 있었다. 그리고 EU와 회원국 사이의 권한 관계에 대하여 민주주의의 관점에서 동 기구에 대하여 국가주권의 위양이 어디까지 가능한가라는 문제는 오히려 헌법학을 중심으로 하는 국내법분야에서 활발히 논의되어 왔다.⁶⁵⁾

마스트리히트조약의 발효에 앞서 1992년 독일에서는 기본법 제23조[유럽연합을 위한 원칙들]가 신설되었다. 기본법 제23조에 의해서 EU에 연방참사원의 동의를 얻어 고권을 이양 할 수 있다고 하였다. 그러나 독일연방헌법재판소는 무제한적인 기본권 이양을 인정한 것은 아니다. 1993년 마스트리히트조약의 합법성을 둘러싼 '마스트리히트 판결'에서 독일연방헌법재판소는 EU가 민주주의 원리에 근거한 기구라는 것을 인정하는 한편, 독일의 고권적 주권의 한계를 넘는 EU기관의 권력남용에 대해서는 여전히 독일연방헌법재판소의 심사가 미친다고 판결한 것이다.⁶⁶⁾ 본판결에서는 기본법 제23조의 주된 목적이 국제기구에 의한 국가의 기본원리의 침해방지라는 것을 확인하고 있다.

더욱이 2009년 6월에는 리스본조약의 비준에 관한 독일연방헌법재판소의 새로운 판결이 있었다.⁶⁷⁾ 본건에서는 동 조약의 비준이 기본법 제38조 1항 선거권의 침해문제가 쟁점이 되었다. 독일연방헌법재판소는 리스본조약 자체가 기본법에 위반하지 않는다. 그러나 해결되지 않은 몇 개의 문제는 존재한다. 그것은 EU의 민주주의가 현재의 통합 단계에서는 국가와 유사하게 형성되어 있지 않다는 점이다(제276-297단). 그리고 EU법의 우위는 무제한적인 것으로 인정한 것은 아니고, 이제까지의 관례에서 확인하고 있는 범위에서 적용의 우위이고, 예외적 또한 특별한 경우에는 재판소가 권한 이양에 근거한 통제 및 헌법상의

65) 拙稿, EUの基本権保障と民主的統制, 法学新報 116卷 3·4号, 2009, 671頁 以下; 拙稿, 欧州人権条約の国内受容に関する基礎的考察, 敬和学園大学研究紀要11号, 2002, 192頁以下.

66) 판결에 의하면, EU에 대한 가입은 민주주의원리와는 모순되지 않고, 그 전제로서 "국민에서 유래하는 정통성과 영향력의 행사가 당해국가연합의 내용에서도 확보되어야 한다." 즉 민주주의의 원리는 주권이양을 방해하지 않고 그를 위해서는 국가결함으로서의 EU 자체가 민주적이어야 한다. 그리고 EU가 「고권적 임무를 수행하고, 그를 위하여 고권적 기능을 행사하면, 이것을 각국의 의회를 통하여 '민주적 정통성'을 확보하는 것은, 우선 무엇보다도 회원국의 국민이다(ドイツ憲法裁判研究会編, ドイツの憲法裁判, 信山社, 1996, 325頁 以下; vgl. BVerfGE, 89, 155, Urteil v. 12. 10. 1993).

67) 中西優美子, ドイツ聯邦憲法裁判所によるEUリスボン条約判決, 貿易と関税 vol.58. No.2. 2010.2, 67頁以下; vgl. BVerfGE. 2 BvE2/08 vom 30. 06. 2009.

일체성에 근거한 통제를 행사할 수 있다고 하였다(제331-343단).

(2) 보충성원칙에 의한 기구의 민주적 통제

상기 판례에서도 명확히 하고 있는 것처럼 EU의 민주적 통제의 근거로서 중요하게 된 것이 보충성의 원칙의 준수이다. 동 원칙은 니스조약의 EU조약 제2조 및 EC조약 제5조에서 규정하고 있었다. 또, 이것을 입증하는 것으로서 회원국의 국가적 일체성의 존중을 명기한 니스조약하의 EU조약 제6조 3항이 존재하였다. EC조약 제5조에 의하면, 그 목적 달성은 회원국 주도로 행해졌다. 공동체는 스스로에게 부여된 권한과 목적의 범위 내에서만 행동해야만 한다. 행동의 목적이 회원국에 의해 충분히 달성되지 않거나 또한 그 행동의 규모 또는 효과에 비추어 공동체가 보다 잘 달성할 수 있는 경우에 한하여 공동체가 보충적으로 행동한다.⁶⁸⁾

그리고 리스본조약에 의한 EU법 개정의 결과, 민주주의에 대해서는 새로운 제2편으로서 제9조부터 제12조까지가 민주주의의 원칙에 관한 규정으로서 신설되었다. 제9조에서 유럽시민권의 부여와 제10조에서 대의민주주의를 명시하고 있다. 이에 따라 보충성의 원칙은 기구의 목적과 권한을 기초하는 법원칙으로서 보다 명확한 위치를 차지하게 되었고, 동 원칙에 관한 규정이 보다 많이 규정되었다. 먼저, TEU 제3조(연합의 목표)에서 보충성의 원칙은 직접적으로 규정하고 있지 않다. 처음으로 규정된 것은 EU의 목표달성에 관한 비례성의 원칙이고, 이제까지 보충성의 원칙의 다음에 규정되어 왔다.⁶⁹⁾ 제3조 6항에서는 “연합은 제조약에서 연합에게 양도된 권한을 행사함으로써 적절한 수단에 의해 그 목표를 추구한다”고 규정하고 있다. 또 동 규정에 대응하는 표현으로 기구 및 회원국 사이의 권한을 규정한 제4조 1항에 의하면, “제5조에 따라 제조약에서 연합

68) 中原喜一郎, 欧州聯合と補充性の原則に関する一考察, 法学新報102卷3-4号, 1995, 376頁以下.

69) EC조약 제5조에서 공동체에 의한 어떤 행동도 이 조약의 목적을 달성하는 것에 필요한 범위를 넘어서는 안된다는 규정은 각 회원국의 합법적인 경제활동의 제한이 정당화되는 것은 수용된 조치가 정당하게 추구되는 EU 전체의 공공목적 달성을 위한 적절하고 필요한 경우에 한한다(エドワード&レイン(庄司克宏訳), 前掲書, 81頁以下; see Evelyn Ellis(ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, 1999, pp. 1ff.).

에게 부여하지 않은 권한은 회원국에게 남아 있다.” 이처럼 보충성의 원칙에 근거한 EU의 권한 내용이 나타나기 이전에 목표에 대응하는 수단의 필요성을 설명한 비례성의 원칙이 규정된 점에서 후자의 원칙이 강조된 인상을 받는다.

따라서 권한에 관한 기본원칙을 규정한 제5조에서 보충성원칙이 명문으로 규정되었다. 제5조 1항에서는 “연합의 권한의 한계는 권한배분의 원칙에 의해 규율된다.” 그리고 제5조 3항 1단에서 보충성의 원칙에 대해 규정하고 있다. 또한 제5조 3항 2단에서는 EU뿐만 아니라 그 회원국에도 동 원칙의 실효성 확보의 의무를 부여하고 있다. 그리고 제5조 4항에서는 비례원칙에 따라 연합 조치의 내용 및 형식은 제조약의 목적을 달성하는 데 필요한 범위만을 규정하고 있다. 이들 규정에서 보충성원칙 및 비례원칙을 통하여 연합의 민주적 정통성을 연합 자신뿐만 아니라 회원국에게도 의무를 부여하고 있다.

IV. 맺음말

실정국제법학에서 국내법원칙의 수용은 적용법규의 부재에 의한 재판불능을 회피하는 것이 목적이었다. 문명국이 인정한 법의 일반원칙은 대외적인 국가주권의 독립성을 전제로 하는 국제법질서의 안정성을 유지하는 한편, 재판관의 자유재량행위를 통한 적용법규의 발현이라고 하는 일종의 법창조적 행위를 정당화하는 것이다. 일반적으로 법에는 법적 안정성과 구체적 타당성이라는 각각의 실현과정에서 나타나는 모순·대립하는 목적이 있다. 따라서 이 양자의 타협점을 발견하는 것이 법의 책무이다.⁷⁰⁾ 이 점에 비춰보면, 법의 일반원칙은 실정국제법질서에서 법적 안정성과 구체적 타당성을 조정하는 하나의 역할을 담당한다. 또, 법의 일반원칙 개념의 발전은 국제법과 국내법의 이원적인 대립문제를 지양하고, 이들의 통합을 통하여 국제법우위의 파악을 추진하는 계기가 될 것이다. EU법에서 동 원칙의 수용은 이제까지 유럽의 지역적 국제법의 형성에 기여해 온 것이 인정된다.

다만, 추상적인 국내법원칙 개념에 대한 과도한 의존은 독립된 주권국가의 합의에 근거한 실정국제법학의 이론적 전계에 모순되는 것이다. 그와 동시에 분쟁 당사자 사이의 정치적 및 경제적 인 이해관계가 보다 직접적으로 법적 관계에

70) 川添利幸, 法学概論, 文久書林, 1983 26, 30頁.

영향을 주게 될 것이다. 오늘날, 일반국제법상 문명국이 인정한 법의 일반원칙에 대해서는 다양한 관점에서 새로운 이론적 지위가 시도되고 있다.⁷¹⁾ 현재에도 동 원칙이 국제재판에만 적용범위를 한정된 조약과 국제관습법 다음의 법적인 판단 기준이라는 사실은 일관되어 있다. 이에 비취보면, 여전히 동 원칙의 주된 기능은 빈번히 적용되는 법의 연원으로서 여전히 남겨두어야 하는 안전판(safety-value)이라는 점이다.⁷²⁾

PCIJ에 의해 국제사법재판이 시작되지 않은 1920년대에 있어 국제사회는 조직화되지 않은 공동사회로서 온갖 우세한 이해관계 그 자체가 법으로서 주장되고, 그 한 요인에는 국제법 분야에 대한 국내사법의 유추를 들 수 있다. 그리고 이 문제 관하여 경험주의적 또한 사회학적인 취급의 필요성이 주장되고 있다.⁷³⁾ 더욱이 국제사회의 조직화가 추진되고 있는 현재에는 인권보장 분야를 일례로서 국내공법을 국제법에 수용하는 의의와 문제점을 국제입법 형성과정과 관련하여 검증할 필요가 있다.

주제어 : 지역적 국제법, 국내법원칙, 법의 일반원칙, 인권, 유럽연합

71) 拙稿, 前掲法学新報 103卷10号 前掲論文, 121頁以下.

72) Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958. p.166.

73) Lauterpacht, *op. cit. (Private Law Sources.)*, p.305.

참 고 문 헌

- 廣部和也·杉原高嶺編集代表, 解説條約集, 三省堂, 2007
- 廣岡隆, 歐州統合の法秩序と司法統制, ミネルヴァ書房, 1998
- 金丸輝男, ECからEUへ, 創元社, 1995
- 大森正仁, 法の一般原則と國家責任に関する一考察, 慶應義塾大學法學開設記念論文集, 1990
- 大西直樹, 歐州人權裁判所, 法の支配 No. 139, 2005
- 福王守, 法の一般原則の今日的意義と問題點(二), 法學新報103卷10号, 1997
- 福王守, 歐州の基本權保護と法の一般原則, 敬和學園大學研究紀要9号, 2000
- 福王守, 法の一般原則と國內法の衝突に関する一考察, 敬和學園大學研究紀要10号, 2001
- 福王守, Non Liguets 對策における國連の課題とEUの先驗性, 國連の紛争解決機能とその限界, 中央大學校出版部, 2002
- 福王守, 歐州人權條約の國內受容に関する基礎的考察, 敬和學園大學研究紀要11号, 2002
- 福王守, 實定國際法における國內公法概念の類推, 敬和學園大學研究紀要12号, 2003
- 福王守, 國際刑事裁判所規定と國內公法概念類推, 敬和學園大學研究紀要第13号, 2004
- 福王守, EUの基本權保障と民主的統制, 法學新報 116卷 3-4号, 2009
- 福王守, リスボン條約を通じたEUの歐州人權條約加入への課題, 駒澤女子大學研究紀要第17号, 2010
- 山根裕子, 新版 EC/EU法, 有信堂高文社, 1995
- 山根裕子, ケースブックEC法, 東京大學出版會, 1996
- 小川芳彦, 國際裁判所と法の創造, 法と政治15卷4号, 1964
- 松井芳郎他著, 國際法(新版), 有斐閣, 1993
- 伊藤羊一, EC法の國內法に對する優越(3), 法學教室 No.266, 2002
- 庄司克宏, 歐州憲法草案の概要と評價, 海外事情平成15年10月号, 2003
- 庄司克宏, EU法政策編, 岩波書店, 2003
- 庄司克宏, 國際機構, 岩波書店, 2006

- 庄司克宏編, EU法實務編, 岩波書店, 2008
- 庄司克宏, 리스ボン條約(EU)の概要と評價, 慶應法學10号, 2008
- 栗林忠男, 國際法, 日本放送出版協會, 1990
- 中西優美子, ドイツ聯邦憲法裁判所によるEUリスボン條約判決, 貿易と關稅
vol.58. No.2. 2010.2
- 中西優美子, 歐州憲法條約草案におけるEU基本權憲章, 海外事情平成15年10月号,
2003
- 中原喜一郎, 歐州聯合と補充性の原則に關する一考察, 法學新報 102卷 3・4号,
1995
- テイビッドエド AO ワード/ロバートレイン(庄司克宏譯), EU法の手引き, 國際書
院, 1998
- 川添利幸, 歐州統合とドイツ憲法, 國際社會における法の普遍性と固有性, 中央大
學出版部, 1995
- 坂本進, 歐州憲法條約と神の記載, 日本EU學界年報25号, 2005
- Max Jaser(柴田光藏譯), โรม法概說, 玄文社, 1979
- 眞田芳憲, 法學入門, 中央大學出版部, 1996
- 田畑茂二郎, 國際法新講(上), 東信堂, 1990
- 須網隆夫, 超國家機關における民主主義, 法律時報 74卷 4号, 2002
- 國際法學會編, 國際關係法辭典, 三省堂, 1995
- ドイツ憲法裁判研究會編, ドイツの憲法裁判, 信山社, 1996
- 法令用語研究會編, 有斐閣法律用語辭典(第3版) 有斐閣, 2006
- Evelyn Ellis(ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*,
1999
- Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the
International Court*, 1958
- Lammy Betten/Nicholas Grief, *EU Law and Human Rights*, 1998
- Michael Schweitzer, *Europarecht*, 1993
- T. C. Hartly, *The Foundation of European Community Law*, 1994
- W. Cairns, *Introduction to European Union Law*, 1997

Case 29/69 Erich Stauder v City of Ulm-Sozialamt [1969] ECR 419

Case 36/75 Rutili v Minisuter of the Interior [1975] ECR 1219

Case 44/79 Hauer v Land Rheinland-Pfalz [1979] ECR 3727

Case 260/89 [1001], ECR, I-2925, 2963-64

Opinion 2/94 Accession by the Community to the EHCR [1996] *ECR* I-1759

[Abstract]

**The Development of EU Law by Analogies of
Domestic Law Principles
:as Viewed Through the Security of Human Rights.**

Mamoru FUKUOH

Professor, Komazawa Women's University Faculty of Humanities
Department of International Culture

Jeong, Ho-Soo

Lecturer, Kyungpook National University

International law adopted general principles of the law in ICJ rules the Article 38. That was aiming at avoiding non-trial from no existence of Apply the rule of law. general principles of the law have provided the legal stability and the specific validity for the system of the international law and it has been playing a role of safety-value as a legal source of the international law

The Lisbon Treaty involves Protection regulations of fundamental rights. EC had no purposes of protecting fundamental rights but EU themselves made protection policies of fundamental rights for the citizens and invoked the general principles of EU members' municipal law for making up for the faults of EU' law and it played a important role of establishing protection regulations of fundamental rights.

Besides, EC claimed that the rights which the European Convention on Human Rights assures was general principles of the law. the European Convention on Human Rights was quoted through the judgment of ECJ. the adoption, mentioned above, contributed to the formation of international law

in Europe.

Key words : Regional international law, national law of principle, the
general principle of law, human rights, the European
Union