

마리케쉬는 마스트리히트로부터 배울 수 있는가?

-WTO 모델로서의 유럽연합의 보충성원칙-

저자: 丁相朝 譯

발행년도: 1995

문헌: 國際去來法研究

권호: 4집 (1995년)

출처: 국제거래법학회

[259]

目次

- _ I. 머릿말: WTO의 문제점
- _ II. 권한배분의 원칙으로서 Subsidiarity(보충성) 개념
- _ III. 유럽연합에서의 Subsidiarity와 권한배분
- _ IV. 사법적 심사의 문제
- _ V. Subsidiarity의 현실적인 효과
- _ VI. 결론: 마리케쉬는 마스트리히트로부터 배워야 한다.

I. 머릿말: WTO의 문제점

_ 1994년 4월 15일 Marrakesh 각료회담에서 우루과이라운드협정의 성공적인 체결과 그의 효력발생을 위한 준비작업들에 의하여 국제경제법의 새로운 시대가 시작되었다.주1) Bretton Woods회담으로부터 50년이 지난후 세계무역기구(World

[260]

Trade Organization: WTO)협정이 체결됨으로써 국제통화기금(IMF), 세계은행, 그리고 새로운 기구인 세계무역기구를 토대로 한 21세기의 새로운 貿易體制의 法制度가 마련된 것이다.주2) WTO협정은 세계무역에 관한 새로운 행위규범을 제공해 줄 뿐만 아니라 상품과 서비스에 관한 무역의 多者間 自由化 협상의 場을 제공해주게 된다. 그것은 또한 동 협정하에서 체결국들이 무역관계를 수행해 나가는데 필요한 공동 기구의 역할을 하게 된다. WTO는 동 협정의 시행, 운영 및 집행 및 목적 실현을 담당하게 된다. WTO의 기구로는 각료회의, 총괄이사회, 상품교역 이사회, 서비스 교역 이사회, 지적소유권 이사회, 무역 개발 위원회, 기타의 다양한 위원회, 그리고 사무총장이 대표하는 사무국으로 구성된다. WTO는 GATT와 달리 그 국제법상 인격이 명시적으로 인정되어 있다. 동 협정 및 부속협정의 상세한 규정들

에 의하면, 모든 사항들이 잘 준비되어 있어서, 기존의 GATT와의 공존 및 협력에 의한 과도기적 기간을 경과한 후에, 점진적으로 WTO는 지구상의 모든 교역국을 포함한 전세계적인 기구로 발전할 것으로 기대된다.

_ 그러나, WTO협정을 면밀히 살펴보면, 장래의 WTO에 관한 WTO준비위원회에 의하여 더욱 명료하게 정리되어야 할 난해한 이슈들이 남아있음을 알게 된다. 즉, 이러한 난해한 이슈들 가운데 핵심적인 것으로는, 체약국들이 WTO라고 하는 超國家的 존재를 따라야 한다고 하는 國家 主權의 문제가 자리잡고 있는 것이다. 체약국들은 WTO라고 하는 새로운 초국가적 존재로 인하여 자신의 주권이 제한되는 것을 두려워하고 있을 것이다.

_ 흔히 사회적 또는 정치적 기구나 정부기구가 새로이 설치될 당시에는 단순히 협력적 기구로 설치되었지만 그후 무한히 확대되는 권한을 취득하게 되는 강한 경향을 보여주게 되는 과거의 경험들을 되새겨보게 된다. 이러한 경향이 통제되지 아니하고 방치되면, 보이지 않는 구심력으로 인하여, 중앙기구로 모든 결정권이 집중되고 주변 기구들은 점차적으로 권한을 상실하여 중앙기구의 통제하

[261]

에 들어가게 되는 것이다. 이러한 경향을 사전에 방지하고 중앙관료화의 질병을 막기위해서, 복잡하겠지만 채택가능한 견제시스템(checks and balances)이 요구되고 정치하면서도 효율적인 권한체제가 개발되어야 하는 바, 그러한 시스템 또는 권한체제는 모두 정확한 권한배분 및 엄격한 권한제한에 관한 명료하고 간결한 법원칙에 의하여 지배되는 것이어야 한다.

_ 이러한 맥락에서 방대한 WTO협정의 결점을 발견해볼 수 있다. 체약국들로서는 국가 주권의 문제가 Marrakesh협정 전체의 효용등에 관한 시금석이 되는 이슈일 수도 있는 것이다. 따라서, 비교해 볼만한 여타의 국제기구가 이러한 주권문제를 어떻게 처리하고 있는가를 조사해 보는 것이 바람직할 것이다. 예컨대, 여러가지로 WTO의 내부구조에 관한 모델이 되어준 유럽연합(European Union)의 경우가 좋은 비교분석의 대상이 될 수 있다(양자의 각료회의, 총괄이사회, 각종위원회, 사무국장의 지휘하에 있는 사무국 등). 네델란드 마스트리히트에서 유럽공동체 회원국들은 경제 및 통화연합 또는 단일시장의 형성을 가속화하기 위하여 1992년 2월 7일 협정을 체결하게 되었다. 여기에서 회원국들은 주권문제도 검토한 바 있고, 유럽연합의 대원칙의 하나로서 Subsidiarity(보충성)이라고 하는 원칙을 내세우게 되었다. Marrakesh협정은 마스트리히트협정으로부터 무언가 배울 수 있을 것인가?

II. 권한배분의 원칙으로서 Subsidiarity(보충성) 개념

_ Subsidiarity는 흔히 마스트리히트협약을 성공시킨 단어라고 불리어진다.주3) Subsidiarity원칙을 일종의 구체수단으로 인식하게 된 것은 근저에 상당한 불만이 있었다는 것을 전제로 한 것이다. 사실, 1980년대부터 유럽공동체는 지나친 중앙집권화의 폐단이 나타나기 시작하여 회원국들의 불만이 커져가고 있었다. 이러한 현상은 정치적 이니셔티브에만 국한된 것이 아니라 유럽공동체의 법체제에서도 나타났고 정치적 및 행정적 결정의 중심이 바뀌는 결과를 초래하였다. 회원국 국내법의 상당수가 상위의 유럽공동체 법령과의 관계하에서 유럽법원

[262]

(European Court of Justice: ECJ)에 의하여 무효로 선언되어 효력을 상실하게 되었다. 특정 이슈에 관한 개별적인 법규정이나 규칙 뿐만 아니라 다수 회원국들의 상당수 법령이 포괄적으로 유럽공동체의 상위법령과 모순된다는 이유로 효력을 상실하게 되었다. 유럽공동체 기구들의 권한은 놀라울만큼 강화되어 왔다. 유럽공동체 이사회와 위원회는 엄청난 분량의 법령정비사업을 추진하여, 바나나 거래에서부터 시작하여 중요한 외교정책 이슈에까지 걸치는 방대한 범위의 이슈들에 관한 통일적 지침 및 규칙을 제정함으로써 회원국들의 상당수 국내법을 대체하게 되었던 것이다. 이와같은 회원국으로부터 공동체 중앙기구로의 권한이전을 경험한 회원국들은 심각한 고민과 두려움에 휩싸이고 심지어는 그들의 정치적 및 문화적 독자성을 상실하게 될 위험마저 느끼게 되었다. 유럽의 통합이 정치적, 행정적, 법적 중앙집권화를 초래한다는 것이 새삼스럽게 놀랄만한 사실은 아니다. 그러나, 그러한 집권화의 차원과 정도가 점차적으로 위협적인 것으로 되었던 것이다.

_ 그럼에도 불구하고, 마스트리히트협약 체결국들은 의식적이고 의도적으로, 유럽통화연합에서와 같이 제도통일 또는 제도조화를 도모함으로써 통일과 집권화의 과정을 강화해왔다. 그러면서도 그들은 동시에 그러한 과정의 결과로 권한의 일방적 이전의 위험성을 방지할 필요를 충분히 인식하게 되었다. 중앙집권화의 위험을 통제하고 회원국 주권의 약화를 방지하기 위하여, 회원국들은 권한분배의 기본원칙 즉 Subsidiarity원칙에 관한 합의를 하게 되었던 것이다.

_ 마스트리히트협약에 의하여 개정된 바 있는 유럽공동체조약(EC Treaty) 제3조b(2)에 의하여 다음과 같이 Subsidiarity원칙이 인정되어 있다:

_ "공동체는 그 배타적인 권한의 범위내에 속하지 아니한 사항에 관하여는, 개별 회원국에 의하여 특정 목적이 충분히 실현될 수 없고 규모나 효과면에서 공동체에 의하여 수행되는 것이 더 나은 경우에 한하여만, 공동체는 Subsidiarity원칙에 따라서 행동을 취한다."주4)

_ Subsidiarity원칙의 근저에 깔려있는 개념은 그 근대적인 모양의 개념이 카톨릭 교회의 교회법으로부터 유래된다. Subsidiarity원칙은 본래 기독교 윤리에 기초한 사회질서 및 정의의 규칙을 표현한 것이고, 그러한 사회질서 및 정의의 규

[263]

칙은 중앙기구와 주변기구가 서로 자신의 배타적 권한을 위해 경쟁해 나가는 계급적 사회체제 및 경제체제에서의 원칙이었던 것이다. 동 원칙의 추상적인 기준은 아주 간단하다: 즉, 하위의 소규모 기구는 독점적인 특권을 가지고 그 상위의 대규모 기구는 하위 소규모 기구에 대하여 보조적인 권한만을 행사할 수 있다는 것이다. 예컨대, 개인의 경우에도 개개인이 자신의 일을 처리할 수 있는 모든권한을 가지고, 타인과의 관계를 다루거나 상위의 사회적 및 경제적 단체들과 거래할 수 있는 권한을 가지고 있는 것을 원칙으로 한다. 오직 당해 개인이 자신의 내부적 또는 외부적 일을 성공적이고 만족스럽게 처리할 수 없는 경우에 한해서만, 당해 개인의 상위 대규모 기구로서 가정이 개입할 수 있을 뿐이다. 그리고 상위 기구로서의 가정이 그 책임을 다하여 일을 처리할 수 없거나 처리하는 것을 거절하는 경우에 한하여 가정의 상위기구에 권한이 이전될 뿐이다. 상위기구는 가정이 존재하는 마을 또는 도시가 있고, 그 위에 특정 지방 또는 국가 그리고 최상위에 초국가적 기구가 있게 되는 것이다. 다시 말해서, 상위의 기구 또는 주위를 둘러싸고 있는 기구들은 보조적 기구로서만 행위할 수 있고 문제된 주된 기구의 권한이 소멸한 경우에 한해서만 상위기구의 권한이 발동될 수 있는 것이다. 사회적, 경제적 및 정치적 개체로서의 개개의 기구는 자신의 내부적

및 외부적 일을 성공적이고 만족스럽게 처리할 수 있는 한 자신의 독자적인 권한을 가진다고 보여지고, 그 주위의 상위 기구들은 보조적인 권한만을 가지는 것이다.

– "개인기업 또는 개별 산업에서 성취할 수 있는 것을 개인으로부터 빼앗아서 단체에 위임하는 것이 옳지 못한 것처럼, 상위의 대규모 기구가 그 하위 소규모 기구에 의해서도 수행될 수 있는 기능과 권한을 자신에게 스스로 분배하는 것은 중대한 해악이고 올바른 질서를 파괴하여 정의에 반하는 것이다. 이것은 흔들리지 않고 변하지 않는 사회철학의 기본 원칙의 하나인 것이다. 사회적 행위는 본래 사회 구성원들을 도와주는 것을 그 목적으로 하는 것이지 그 구성원들을 파괴하거나 흡수하는 것이 아니다."(주5)

– 이러한 사상과 원칙은 서구의 많은 지역에서 폭넓은 지지를 받았고 특히 카나

[264]

다 및 호주와 같은 연방국가에서는 중앙기구와 지방 기구와의 사이의 권한배분의 문제가 유럽연방에서의 그것과 유사한 측면을 가지고 있기 때문에 Subsidiarity원칙은 환영을 받은 바 있다.주6) 연방공화국의 구조를 가지고 연방, 주, 지방의 3단계 기구로 구성되어 있는 독일에서도, 기본법 원칙으로서의 Subsidiarity원칙의 구체적 내용과 그 적용범위는 오랜기간에 걸쳐서 논쟁의 대상이 되어왔다.주7) 1990년도에 독일통일에 따른 獨逸基本法(Grundgesetz)을 개정하는 과정에서, Subsidiarity원칙이 서독 기본법의 공식 개념으로 명백히 채택되었다.주8) 그러나, 적어도 각 주법에서는 Subsidiarity 원칙이 오래전부터 조직원리의 하나로 인정되어 특정 지방의 문제에 관한 한 당해 하위 지방기구에 권한이 인정되어 왔다.주9) 유럽 전체적으로는 1975년에 유럽공동체 이사회보고서가 발간될 때부터주10) Subsidiarity원칙이 본격적으로 유럽공동체의 공동 이슈로 부각되었다. 동 원칙의 장단점과 구체적 내용 및 그 적절성 등에 관한 20여년간의 토론과 법원에서의 심리를 거쳐서,주11) 이제 마스트리히트의 도움으로 개정된 유럽공동체조약 제3조b(2)에 Subsidiarity의 구체적 모습과 명백한 법규정으로 등장하게 되었던 것이다.

[265]

III. 유럽연합에서의 Subsidiarity와 권한배분

1. 피상적 고찰

– 유럽공동체조약에 익숙치 않은 법조인들에게는, Subsidiarity원칙처럼 불명확하고 불확정적인 원칙이 유럽공동체 기구의 권한을 제한하고 회원국의 권한을 존중하는 원칙으로서 적절한 것인지 여부에 대하여 일단 의문을 제기하지 아니할 수 없을 것이다.주12) 사실, 유럽공동체조약의 기본원리와 그 속의 Subsidiarity원칙의 조절기능에 대한 피상적 고찰만으로는, Subsidiarity원칙과 같은 애매모호한 원칙이 기존의 권한 배분에 아무런 영향도 못미칠 것이고 아무런 정치적 및 법적 효과도 없이 단순히 입에 발린 선언 내지 무의미한 미사여구에 불과한 것이라고 볼 수도 있을 것이다.

– 첫째, 각 기구들의 권한은 이미 유럽공동체조약에 의하여 배분되어 있고 규제되었으며, 그러한 유럽공동체조약이 단일유럽법(Single European Act 1986)과 유럽연합조약(Treaty on European Union)에 의하여 개정되면서도 그러한 명문의 규정에 의하여 계속 규제되어 왔다. Subsidiarity라고 하는 새로운 원칙과 그러한 기존의 권한배분원칙에 우선하는 것은

아니기 때문에, Subsidiarity원칙이 기존의 권한배분원칙을 변경하거나 폐기할 수는 없는 것이다. 둘째, Subsidiarity라고 하는 애매모호한 개념과 유럽공동체조약 제3조b(2)의 불명확성을 고려해보면 유럽공동체의 중앙기구에 어떠한 새로운 권한도 부여된 것으로 볼 수 없고, 또한 유럽공동체에 부여된 권한들은 개별적으로 제한되어 있어서 유럽공동체조약에 각각의 권한이 명문의 규정으로 각각 엄격히 규정되어 있다는 것이 법원과 학계의 해석이다. 주13) 이러한 관점에서 본다면, Subsidiarity원칙은 유럽공동체의 기존 권한체제에 대하여 아무런 영향도 미치지 못할 것으로 보여지기도 한다.

_ 그러나, 권한의 이론적 기초 또는 그 구체적 개념 자체가 명확하지 아니한 경우에는, Subsidiarity원칙을 무의미한 것으로 보는 피상적 고찰은 의문시될 수

[266]

밖에 없다. Subsidiarity원칙의 의미를 정확히 이해하기 위해서는 권한의 이론적 기초와 개념을 보다 명확히 해야 한다. 오늘날의 공법이론에 의하면, 권한이란 특정의 실체적인 목적을 달성하기 위하여 일정한 방법으로 행동을 취할 수 있는 권한으로 인정되고 개념과약된다. 주14) 따라서, 권한의 두가지 개념을 구체화해 볼 수 있는 바, 형식적 권한과 실체적 권한이라고 하는 개념이 그것이다. 형식적 개념이란 주어진 목적을 달성하기 위하여 어떠한 수단을 채택할 것인지 또는 어떠한 기구에 의하여 달성할 것인지 등을 결정하는 권한을 말한다. 실체적 권한이란 그 목적의 명확한 내용을 확정하는 권한을 말한다. 정확성과 확실성이야말로 이러한 권한 개념의 필수불가결한 요소인 것이다.

2. 새로운 고찰

_ 권한의 개념과 권한행사의 요건에 관한 오늘날의 이론을 염두에 두고 유럽공동체조약의 관련된 조항들을 자세히 살펴보면, 전술한 피상적 고찰에서와는 달리 조약상의 권한규정들이 상당히 불완전한 것임을 알게된다. 조약규정들의 이러한 불완전성은 권한의 형식적 개념과 실체적 개념 모두에 적용되는 한계성인 것이다. 유럽공동체조약은 공동체가 달성해야 할 일련의 실체적 목표들을 불명료하게 언급하고 있을 뿐이고, 그러한 목표를 실현하고 집행하기 위하여 적절한 방법과 수단 및 도구 등의 형식적 개념의 권한에 관한 규정은 두고 있지 않다. 주15) 조약규정의 이러한 흠결은 많이 발견할 수 있지만 가장 대표적인 예로 유럽공동체조약 제2조 및 제3조를 들 수 있는 바, 동 규정들에 의하면 공동체 회원국들 사이의 보다 긴밀한 관계 유지를 촉진하는 것등을 공동체의 추상적 목표의 하나로 열거하고(유럽공동체조약 제2조) 있는 것으로부터 알 수 있다. 공동체기구들은 조약상 이와같이 추상적 형태로 규정된 실체적 목표들을 달성해야 할 일반적 의무가 부과되어 있을 뿐이다. 주16) 다시 말해서, 그러한 목표들을 달성하고 집행하기 위한 상세한 조약규정으로 보다 정확성과 명료성을 갖춘 조약규정들이 결여되어 있음을 알 수 있게 된다. 따라서, 한두가지의 예외적인 규정을 제외하고는 주17)

[267]

유럽공동체조약은 권한배분에 관하여 법적으로 완전한 규정을 두고 있지 못한 것으로 결론 내릴 수 있다. 조약규정에 열거된 공동체의 목표들은 너무나도 추상적이고 일반적인 형태로 규정되어 있어서 공동체 기구들의 권한을 효율적으로 규정하거나 제한할 수 없는 것이고, 조약규정들은 그러한 권한의 구체적 내용에 관하여 법적으로 구속력있는 내용을 전혀 규정하고 있지 못한 것으로 볼 수 있기 때문에, 유럽공동체조약은 권한의 형식적 개념뿐만 아니

라 실체적 개념에 관한 규정까지도 결여하고 있는 것으로 볼 수 있는 것이다.

_ 이러한 결론은 필연적으로 Subsidiarity원칙의 광범위한 적용을 생각해 보게 한다. 유럽공동체조약 제3조b(2)의 규정으로부터도 Subsidiarity원칙의 그러한 광범위한 적용범위를 확인해 볼 수 있는 바, 동 규정에 의하면 공동체의 배타적 권한의 범위에 속하지 아니하는 사항에 관하여 Subsidiarity원칙이 적용되는 것으로 규정하고 있기 때문이다. 유럽공동체조약은, 독일기본법이 헌법기관들의 법적 권한을 규정주(18) 한 방식과는 달리, 배타적 권한과 공유 권한과의 구별주(19) 을 전혀 하고 있지 않기 때문에 공동체의 배타적 권한의 범위에 속하지 아니하는 사항에 관하여 적용될 Subsidiarity원칙의 의미를 오해할 위험성이 크다. 권한에 관한 오늘날의 이론에 따라서 권한을 형식적 개념과 실체적 개념으로 나누어 생각해 보면, 유럽공동체조약 제3조b(2)에 규정된 배타적 권한이란 공동체의 전적으로 우월하고 선점적인 권한으로서, 당해 권한의 실체적 개념으로서 명료한 실체적 목표들이 정의되어 있어야 하고 또한 형식적 개념으로서 그러한 목표들을 달성하기 위하여 택할 수 있는 일정한 수단들이 열거되어 있어야 할 것이다. 그러나 그러한 의미의 배타적 권한들은 유럽공동체조약에서 찾아보기는 아주 어렵다. 그러한 의미의 배타적 권한 또는 우월적이고 선점적인 권한이 조약상 규정되어 있지 않는 한, Subsidiarity원칙이 적용될 여지가 많이 생기게 되는 것이다. 이러한 점을 고려해보면, Subsidiarity가 유럽연합에서의 권한 배분에 관한 결정적 기준개념으로 된다고 볼 수 있다.

_ Subsidiarity원칙은 권한의 충돌이 있을 수 있는 모든 경우에 적용될 수 있는

[268]

바, 예컨대 유럽공동체조약이 실체적 목표를 애매모호하게 규정하고 있는 경우에는 그러한 목표달성을 위한 구체적 방법과 수단을 명료하게 규정하고 있더라도 실체적 권한의 충돌이 있을 수 있기 때문에 Subsidiarity원칙이 적용된다. 또한, 실체적 목표들이 명료하게 규정되어 있는 경우에도 그러한 목표를 달성하기 위한 적절한 수단과 방법 및 기구에 관한 명문의 규정이나 충분한 조약규정이 존재하지 않는 경우에도 형식적 권한의 충돌이 있을 수 있기 때문에 Subsidiarity원칙이 적용된다. 이러한 맥락에서, Subsidiarity원칙은 유럽공동체가 조약상의 애매모호한 규정만을 근거로 하여 권한을 주장하거나 행사하는 것을 방지할 수 있는 중요한 기능을 하게 된다. 특정 공동체기구가 유럽공동체의 다소 애매모호한 목표 규정(예컨대 제2조 또는 제3조)을 근거로 하여 권한을 주장하거나 행사하려고 하는 경우에는, Subsidiarity원칙이 적용됨으로써 당해 공동체기구가 자신의 권한행사를 적법한 것으로 입증해야 할 추가적 의무를 가지게 되는 것이다. 이러한 검토결과를 종합해보면 결과적으로, 유럽공동체조약상의 특정 목표가 공동체기구에 의하여 특정 수단을 통하여 달성되는 것이 과연 적법한 것인가 여부는 최종적으로 Subsidiarity원칙에의 합치여부에 의하여 판단되는 것이라고 말할 수 있을 것이다. 따라서 Subsidiarity원칙은 실제로 거의 모든 경우에 적용되는 원칙인 것이다. 동 원칙은 결코 입에 발린 선언이나 무의미한 미사여구로 무시해 버릴 수 없는 것이다. 오히려 그 반대로, 동 원칙은 유럽연합에 의한 정책결정의 적법성을 심사할 수 있는 일반원칙으로서, 유럽공동체조약에 규정된 권한규정의 흠결을 보충해 주는 필수 불가결한 기능을 수행하는 원칙인 것이다.

_ 회원국 사이의 보다 긴밀한 관계 유지의 촉진을 실체적 목표의 하나로 규정하고 있는 유럽공동체조약 제2조를 예로 들어 Subsidiarity원칙을 살펴본다. Subsidiarity원칙으로 인하여, 공동체는 회원국 국내법을 폐기하고 공동체 법령에 의하여 대체할 수 있는 권한을 당해

목표규정으로부터 당연히 취득하는 것으로 볼 수 없을 것이다. 오히려, Subsidiarity원칙에 의하여 조약상의 규정 이외에 추가적으로 적법성을 입증할 근거가 요구되는 바, 당해 목표가 회원국들에 의하여는 충분히 그리고 성공적으로 달성될 수 없고 오직 공동체에 의해서만 보다 효율적으로 달성될 수 있는 경우에 한해서만 공동체는 그러한 목표달성의 권한을 행사할 수 있는 것이다.

[269]

IV. 사법적 심사의 문제

1. 효율성-결정하기 어려운 개념

_ 이제까지의 검토결과는 필연적으로, Subsidiarity원칙이 법원칙으로 취급될 수 있는가라고 하는 보다 어려운 다음 문제로 연결된다. 법원칙에 해당되는가에 따라서 Subsidiarity원칙이 법적으로 구속력있는 권한배분을 할 수 있는 것인가 그리고 동원칙의 적용결과는 사법적 심사의 대상이 될 수 있는 것인가 하는 문제에 대한 해답이 나올 수 있을 것이다.주20) 유럽공동체조약 제3조b(2)에 의하면 조약상의 목표가 회원국에 의하여 '충분히' 달성될 수 없고 공동체에 의해서 보다 '효율적으로' 달성될 수 있는 경우에 공동체는 행동을 취해야 한다고 하는 조약규정의 표현에 의하면 Subsidiarity원칙이 법원칙으로서의 성질을 가지고 있는지가 의문시되는 것처럼 보인다. Mackenzie-Stuart경은 조약규정의 애매모호성을 다음과 같이 말한 바 있다:

_ "조약규정은 판사들에게 그 성질상 본질적으로 정치적인 문제에 대한 대답을 요구하고 있는 것이다. 특정의 결정을 할 수 있는 권한이 중앙기구에 의하여 행사되어야 할 것인가 아니면 회원국 차원에서 행사되는 것이 더 효율적인가 하는 문제는 어느 쪽이든 모두 강력한 주장이 제기될 수 있는 문제로서, 그 대답은 사법적 결정이 불가능한 여러가지 요소들에 좌우될 것이다. 그럼에도 불구하고 유럽공동체조약은 유럽법원(ECJ)에 대하여 제3조의 규정에 관한 해석을 하도록 요구하고 있다.주21)

_ 솔직히 말하자면 조약규정에 나오는 "충분하다" 또는 "효율적"이라는 용어가 사법적 심사에 적절하고 믿을만한 기준을 제공해 주기 어렵고 법률용어로는 적합하지 못하다는 점을 시인해야 할 것이다. 그들 용어는 법률적 효과를 가져다 주기에는 부적절하고 사법적 심사에도 적합하지 않은 것이다. 특정의 목표가 A에 의하여 충분히 달성될 수 있는가 또는 B에 의하여 더욱 효율적으로 달성될 수 있는가 하는 문제에 대한 결정은 순수하게 정치적 평가와 추측에 달려있는

[270]

것이다. 그러한 결정은 상당한 불확실성과 저울질할 수 없는 요소들을 내포하고 있는 장래의 변화들에 대한 비교판단과 예측을 필요로 하기 때문이다. A 또는 B로의 권한 배분 또는 이전의 결과는 상호비교 및 예측의 대상이 되는 것이다. 이러한 장래에 관한 결정은 전통적으로 政治的 恣意나 정치적 결단 또는 좋게 말해서 정치적 지혜의 대상이나 그러한 영역에 속한 것이었다. 이와는 반대로 판사들은 과거에 발생한 사실이 옳은 것인가 그른 것인가 또는 합법적인가 불법적인가 하는 판단만을 한다.

_ 따라서, "충분한"이라거나 "효율적"이라고 하는 Subsidiarity원칙의 주된 적용기준은 법제도의 세계에 상당히 이국적인 요소를 도입하게 된 것이다. Subsidiarity원칙에 의하면 권한의 배분이 목표달성의 효율성에 좌우되도록 되어 있기 때문에, Subsidiarity원칙의 해석 및 적용을 담당하는 법조인들은 전통적인 판단과는 달리 극히 생소하고 어색한 판단을 해야하게 되는 것이다. 권한의 충돌의 경우에 있어서 효율적인 해결을 실현하는 방법은 법적인 효과에 관한 것이라기 보다는 정치적인 영향에 관한 것으로 보인다.

_ 그러나, 상이한 견해를 주장하는 분들도 있다. 그러한 반대의견에 의하면, 유럽공동체조약 제3조b(2)의 立法史를 돌이켜볼 때, 마스트리히트협정의 체결국들은 "목표가 충분히 달성될 수 없는 경우에"라고 하는 표현을 도입함으로써 정치적으로 결정되어야 할 효율성의 원칙을 의도적으로 회피하려고 시도했다고 한다.주22) 정치적으로 영향을 받는 효율성 원칙을 회피하려고 하는 그러한 시도가 성공을 거두지 못했다는 것은 명백하다. "충분한"이라거나 보다 "효율적" 또는 "가장 효율적"이라는 용어를 채택했어도 정치의 세계에서 법률적 영역을 확보하는 어려움을 극복할 수는 없는 것이기 때문이다. 그러한 용어들은 정치적 효율성에 관한 상이한 단계들에 불과한 것이다. "충분한"이라거나 "효율적"이라는 용어에 대하여 법적인 효과나 법적인 의미를 부여하고 법적으로 운용가능한 기준들을 도입하는 것이 불가능한 것으로 보인다. 아주 예외적인 경우에 회원국들의 행정이 과거의 경험에 비추어 불충분한 것으로 간주되어야 한다는 결론에 법조인들이 도달했다고 하더라도 별차이는 없을 것이다. 예외적인 경우에 법조인의 그러한 결정이 있다고 해서 공동체 차원에서 보다 효율적인 목표달성이 가능하다고 하는 예측이 필연적으로 내려질 수는 없기 때문이다.

[271]

2. Subsidiarity의 치명적인 애매모호성

_ 효율성기준의 법적성질에 관한 주된 반대는 Subsidiarity의 내용의 치명적인 애매모호성으로부터 유래된다.주23) 사실, Subsidiarity원칙은 분권화를 주장하는 분들뿐만 아니라 중앙집권화된 공동체 기구를 옹호하는 분들에게 의해서도 원용되는 원칙이기도 한 것이다.주24) 그리고 어느 의견이 옳은 것인지 누구도 말하기 어려울 것이다. 권한의 배분이 목표달성의 효율성에 따라 결정된다면, 회원국이 아니라 공동체 기구에 권한을 배분하는 것이 항상 설득력을 가질 것이다. 공동체에 권한을 배분하는 경우의 장점을 몇가지만 열거하더라도, 유럽전체에 걸친 자본의 조달 또는 집중, 공동체 시장에 관한 중앙집권화된 조사, 상사거래에 관한 법제도의 통일추진 등이 그 대표적인 예일 것이다.

_ 공동체내에서의 권한의 배분이 최종적으로 효율성에 의하여 결정된다면, 유럽공동체조약에 특정 목표를 규정하는 것이 권한 배분에 관한 한 더이상 중립적인 것으로 볼 수 없고 오히려 권한배분에 직접적으로 영향을 미치게 되는 것이다. 예컨대, 공동체 회원국들 사이의 보다 긴밀한 관계 유지를 촉진하는 것과 같은 특정 목표를 열거하여 규정함으로써, 공동체에 대한 권한 배분이 보다 효율적일 것이라고 하는 것을 전제로 하고 있다고 해석되기 쉽다.주25) 결과적으로 Subsidiarity원칙은 자신의 이상적인 권한배분의 기본원칙에 상반되고 더 나아가 중앙

[272]

집권화를 일반적으로 정당화시켜주는 본질적이고 강한 경향을 내포하고 있는 것으로 생각될

수도 있다. 따라서, Subsidiarity원칙은 공동체의 중앙기구들에 대하여 우월한 지위를 부여하는 주는 원칙으로 전락케하는 내부적 장치로 생각될 수도 있는 것이다.

_ 공동체가 보다 효율적으로 목표달성을 할 수 있고 회원국들의 관련된 행위들이 충분하지 않다고 하는 사실이 입증되지 않았다면 공동체로 하여금 달성해야 할 일정한 목표를 유럽공동체조약 내에 규정해 두었겠는가? 유럽공동체조약 내에 열거된 모든 목표규정들을 보면, 공동체 차원에서 권한집중화를 암시하는 효율성의 전제를 내포하고 있는 것으로 보인다. 결론적으로 Subsidiarity원칙은 효율성 원칙의 위장된 모습에 불과하고 Subsidiarity의 본래의 이상으로서 권한의 분배를 정반대 방향으로 바꾸어 권한집중화를 실현하는 법적 근거가 될 수 있다.

_ Subsidiarity원칙의 치명적인 애매모호성이 과거에도 존재해 왔고 동 원칙의 기원인 종교법에서까지도 찾아볼 수 있는 것은 전혀 놀라울 것이 없다. 예컨대, 교황 요한 23세는 공공기관의 개입은 Subsidiarity원칙에 그 토대를 두고 있다고 하였다.주26)

_ Subsidiarity원칙의 포괄성을 고려해보면 동원칙의 자의적인 내용과 범위에 직면하게 되고 권한 배분에 관한 사법적심사의 기준이 결여되어 있다는 놀라운 사실에 직면하게 된다. 주27)

3. 원칙과 법규

_ Subsidiarity원칙의 애매모호성과 정치적 판단기준으로서의 성질 등에도 불구하고 법학자들이 동원칙을 법원칙으로 취급할 수 있는 근거는 무엇인가?주28)

[273]

_ 법학자들은 법학방법론을 말한다. 즉, 법학방법론에 의하면 원칙과 법규는 구별되어야 한다고 한다.주29) 법규는 적용가부 또는 유효무효의 이분적 판단(all-or-nothing approach)을 토대로 하고 있어서, 특정 요건이 충족되는 모든 경우에 법규는 적용되고 하나의 요건이라도 충족되지 아니하면 당해 법규는 적용되지 아니하게 된다. 예컨대, 형법은 상당히 엄격한 법규로 구성되어 있고 유추해석이 금지되어 있다. 특정 행위가 범죄를 구성하게 되면 당해 범죄를 범한 자는 형법 법규에 따라 처벌되어야 하는 것이다. 이에 반하여 원칙은 특정 사건에 직접적으로 적용되는 것이 아니라 법조인들로 하여금 특정의 규제적 측면과 법률적 가치를 고려하도록 요구할 뿐이다. 원칙은 여타의 원칙들 및 법규들과의 실체적 관계를 고려하도록 도와준다. 원칙은 그 성질상 다른 원칙들과 중복되거나 충돌되어서, 상이한 해석이나 상충되는 견해들을 비교판단할 수 있도록 해준다. 따라서 법원칙은 법률적 판단과정에 정책형성의 요소를 도입시키는 결과를 가져다 주게된다. 그러한 법원칙의 가장 대표적인 예로서 유럽공동체조약 제3조b(3)에 규정된 비례의 원칙을 들 수 있다. 비례의 원칙은 구체적인 사건을 직접 해결할 수 없지만, 입법권의 행사 및 행정에 관한 중요한 측면들을 제시해주고 있고 그러한 측면들은 관련된 법률적 판단 과정에서 고려되어야 할 것들인 것이다.

_ 그러나 Subsidiarity원칙의 토대로 되는 효율성의 기준이 법원칙이라 보기도 어렵다. 원칙과 법규와의 방법론적 구별에 의하여, Subsidiarity원칙과 같이 주로 정치적인 판단기준까지도 법적성질을 가진 법원칙으로 인정할 수는 없는 것이다. 법원칙이 법규보다는 결정의 요소가 적은 것은 사실이지만 법원칙도 법률적 판단의 과정에서 일정한 방향으로의 판단이나 결정을 가능하게 하는 것이다. 법원칙은 법조인으로 하여금 일정한 방향으로 판단을 하도록

요구하고 특정 사안에서 일정한 실체적 측면들을 고려하도록 요구하게 된다. 그러나 Subsidiarity원칙의 효율성 기준은 그러한 법원칙으로서의 요건과 성질을 갖추고 있지 못하다. 전술한 바와 같이, Subsidiarity원칙은 그 애매모호성으로 인하여 판사가 일정한 실체적 판단을 하는데 기준이 되어주지 못한다. 동 원칙은 공동체의 분권화와 중앙집권화라고 하는 상충되는 결과를 본질적으로 예상하고 있다는 점에서

[274]

자체모순을 내포하고 있는 것이다. 효율성의 원칙으로부터 분권화의 결론에 도달하는가 아니면 중앙집권화의 결론에 도달하는가의 문제는 정치가의 개인적이고 자의적인 판단에 좌우될 것이고 당해 정치인은 자신의 결정을 Subsidiarity원칙에 의하여 정당화하려고 한다. 결론적으로 효율성의 원칙은 법원칙이 갖추어야 할 실체를 충족시켜주지 못하고 있다.

— 효율성 기준의 그러한 자의적인 내용을 고려해보면, Subsidiarity원칙의 적용에 관한 한 어느 법원이든지 司法的 自制를 할 것이고, 프랑스 행정법 용어에 따르면 법원이 제한된 관할권만을 행사하려고 할 것이다.주30) 따라서, 유럽공동체법원(ECJ)은 공동체의 정치적 기관들이 행사하는 재량권을 존중할 수 밖에 없고 특히 당해 기관들이 특정의 관련된 정치분야에서 상당한 지식과 정보를 보유하고 있는 경우에는 더욱 그들의 재량권을 존중하게 될 것이다. 재량권을 존중하지 아니하면, 공동체법원은 한편으로 입법권을 공유 또는 행사하는 결과로 되거나 공동체 내에서 제2의 행정기관으로 기능하는 결과를 초래하게 될 것이기 때문이다.

4. Subsidiarity의 準法的 성질

— 이상에서 살펴본 바를 종합해보면, Subsidiarity원칙은 통상적인 의미에서의 법원칙에 해당된다고 볼 수 없고 오히려 정치적인 명령이나 정치적 선언이라고 생각된다. 동 원칙은 권한의 분산을 용이하게 하게 가능한 한 중앙집권화를 회피하기 위한 단순한 전제 또는 선언에 해당된다. 다만, 정치적 명령이나 선언도 법적인 관련성을 가질 수 있음은 부인할 수 없다. 동 원칙에 대하여 위에서 살펴본 정치적 성질에도 불구하고, 동 원칙의 구체적 내용 가운데 합리적인 법적 관련성 또는 법적 중요성을 찾아볼 수 있어서, 결과적으로 동 원칙의 準法的 성질을 인정하게 된다.

— 유럽공동체조약 제3조b(2) 규정의 표현을 다시금 자세히 검토해본다. 특정 목표가 회원국들에 의해서 충분히 달성될 수 없는 경우에 "한해서 그리고 그러한 한도에서만" 공동체가 행동을 취한다고 규정되어 있다. 이러한 법규정의 표현방식이 소송법상 소위 부정적인 형태의 표현을 통한 입증책임을 연상케한다. 예컨

[275]

대, "고의가 없는 한 단순한 행위만으로는 범죄를 구성할 수 없다"고 하는 형법규정의 경우에도, 부정적인 표현방식을 통하여 통상적으로 범죄의 고의가 없다는 것을 전제로 하고 있고 판사는 반대의 사실이 입증되지 않는 한 피고인의 결백을 전제로 하여 재판을 해야 한다. 이러한 예에서와 마찬가지로 유럽공동체조약 제3조의 제한적 또는 부정적 표현방식의 법적 기능을 생각해 볼 수 있다. 즉, "한해서 그리고 그러한 한도에서만"이라는 표현을 사용함으로써 동 조약은 통상적으로 권한이 회원국에 부여되어 있고 오직 예외적인 상황하에서만 당해 권한이 공동체기구로 이전된다고 하는 점을 명백히 하고 있는 것이다. 물론 전술한 바와 같이 그러한 예외적 상황의 존부에 관한 판단은 법적인 판단은 아니다. 그러한 판단은

순수히 정치적 판단이거나 상당히 윤리적 판단일 것이다. Subsidiarity원칙이 가끔 법원칙과 정치적기준의 중간적 성질을 가진 것으로 말하여지는 것도 전혀 근거가 없는 것은 아니다. 주31) 따라서, 그러한 관점에서 Subsidiarity원칙의 준법적 성질을 말할 수 있을 것이다.

_ Subsidiarity원칙에 관한 한 입증책임의 문제라기 보다는 정당화의 책임의 문제라고 보여진다. 주32) 보다 정확히 말하자면 정치적 정당화의 법적책임으로서 법적인 기능을 수행하는 것이라고 말할 수 있다. 즉, 유럽공동체조약 제3조b(2)는 유럽공동체로 하여금 회원국에 대하여 권한을 행사하기 위해서 극도의 긴급성이거나 예외적인 가치 또는 예외적인 장점 등의 예외적인 법적 근거에 의하여 공동체의 권한을 정당화하도록 요구하고 있는 것이다. 통상적으로 유럽공동체에 권한이 부여되는 집권화는, 중앙기구에 의한 체계적인 조사라거나 자본 조달의 용이함 또는 다양한 회원국 국내법의 통일의 가능성 등의 장점과 연결된다. 그러나 이와같은 통상적인 장점만으로 공동체의 권한을 정당화할 수는 없다. 동조약 제3조의 Subsidiarity원칙에 의하면 공동체에 권한이 부여되기 위하여 합리적이고 특별한 정당화가 필요하기 때문이다. 다시 말해서, 공동체의 권한행사에 통상적으로 따르는 장점들은 특정의 사안에서의 공동체 권한을 정당화해 줄 수는 없는 것이고, 당해 특정 사안에서의 공동체 권한 행사를 정당화해 줄 수 있는 별도의 합리적이고 특별한 정당화근거가 있어야 한다는 것이다.

_ Subsidiarity원칙의 이러한 준법적 책임으로 인하여, 정치적 재량권에 대한 제

[276]

한적 사법권 개입이 인정되어 왔기 때문에, 동 원칙은 사법적 심사 또는 사법적 통제를 부분적으로나마 받을 수 있게 된다. 잘 정립되어 있는 행정법 이론에 의하면, 주33) 법원은 정치적 결정을 무시하고 법원의 판단을 우선할 수는 없지만, 당해 정치적 결정이 정치적인 재량권의 법적한계를 존중했는가 여부를 심사할 수는 있는 것이다. 따라서, 법원은 특정 재량권 행사가 논리적인가 여부, 재량권 행사에 있어서 관련된 모든 측면을 모두 고려했는지 여부, 재량권의 행사가 자의적이라거나 부적절하거나 일탈요소를 가지고 있는지 여부 등에 관한 심사를 할 수는 있다. 이와같이 정치적인 재량권에 대한 사법적 심사의 원칙들은 거의 통일되어 있고 유럽공동체법원(ECJ)에 의해서도 준수되어야 한다.

_ 이러한 의미의 사법적심사가 가능하게 됨으로써 판사들은 상당한 정도로 공동체로의 권한 이전을 통제할 수 있게 된다. 즉 공동체로의 일방적인 권한이전이 법적인 합리성의 범위를 넘은 경우에는 사법적 심사를 통하여 금지할 수 있는 것이다. Subsidiarity원칙의 이러한 준법적 원칙으로서의 기능은 가장 가치있는 것으로서 사실 유럽연합에서의 권한체제에 있어서 필수불가결한 원칙으로 기능한다. 이러한 점에서 Subsidiarity원칙이 무의미하고 입에 발린 선언에 불과하지않는가 하는 의심을 어느정도 지울 수 있게 된다.

V. Subsidiarity의 현실적인 효과

1. 전환점으로서의 Subsidiarity

_ 아마도 Subsidiarity원칙이 유럽공동체 내에서 보여주는 현실적인 효과를 평가하는 것은 아직 이를지도 모른다. 그러나 최근의 몇가지 경향을 볼 때, 공동체와 회원국 사이의 권한 배분에 있어서 명백히 Subsidiarity원칙의 도입이 전환점으로 되었다고 볼 수 있다. 예컨대,

유럽공동체 위원회와 이사회가 추진해오던 입법움직임이 최근에 폐기되었던 것이다. 유럽공동체 이사회가 그러한 自制의 근거로서 Subsidiarity원칙이 원용되었던 것이다. 가장 최근의 대표적인 예로는 제조물책임과 유사한 소위 상사서비스 책임에 관한 指針(Directive)안을 폐기한

[277]

것을 들 수 있다.주34)

2. "Dassonville"으로부터 "Cassis de Dijon"까지

_ 아마도 마스트리히트이후 가장 멋진 변화로는 소위 "Cassis de Dijon"이론의 부분적 폐기를 들 수 있을 것이다. 이러한 변화는 Subsidiarity원칙에 의하여 영향을 받은 것이 명백하다. "Cassis de Dijon"이론은, "회원국간의 수입에 대한 數量制限(quantitative restrictions)에 상응하는 모든 조치를 금지"하고 있는 유럽공동체 조약 제30조에 관한 유럽공동체법원의 유명한 판결로부터 유래된 것이다.주35) 초기에 유럽공동체법원(ECJ)은 "수량적 제한에 상응하는 조치들"의 개념을 상당히 넓게 해석하려고 했고, 그러한 해석경향으로 인하여 소위 Dassonville공식(주36)에 의하면, 공동체내부의 교역을 직접적 또는 간접적으로 방해할 가능성이 있는 모든 회원국 국내법규정들이 조약규정상의 금지대상에 해당될 수 있었다. Dassonville공식에 의하면, 그러한 국내법규정은 그 교역방해 또는 교역제한 효과가 당해 회원국의 국내적으로 적법하고 승인될 수 있는 효과에 의하여 보상될 수 있는 경우에는 정당화될 수 있을 것이다. 그러나 그러한 정당화는 동 조약 제30조에 따라서 유럽공동체법원의 사법적심사의 대상이 되었다.

_ Cassis de Dijon사건에서 문제된 독일법은 독일에서의 판매용 주류가 반드시 최소한 일정량의 알코올을 함유하고 있어야 한다고 규정하고 있었다. 그러나 문제된 프랑스의 Cassis de Dijon라고 하는 산딸기술에 함유되어 있는 알코올은 독일법이 요구하는 최저알코올함유 비율에 약간 미달하고 있었다. 당해 독일법규정은 독일주류뿐만 아니라 독일에 수입된 외국주류에 대해서도 적용될 수 있는 것이었지만, 유럽공동체법원은 당해 독일법규정이 유럽공동체조약 제30조에 위반되어서 당해 법규정은 공동체내부간 거래에 관하여는 무효라고 판시하였다.주37) 소위 Cassis de Dijon이론에 의하여, 공동체내부간 교역을 제한하거나 방해하는 조치나 법규정은, 공동체법과 합치되거나 승인될 수 있는 회원국요건을 충족시키기 위하여 필수불가결한 경우가 아닌 한, 유럽공동체조약 제30조 위반으로 판단되었다.

[278]

_ 그이후 Cassis de Dijon의 엄격한 이론으로 인하여, 특정 회원국의 규제적 효과가 있는 법규정이 다른 회원국들의 법과 상이한 경우에 항상 당해 회원국의 법규정의 효력을 의문시하게 되었다. 특히 관심이 집중된 법규정으로는 독일 맥주 양조주(주38) 라거나 이태리 파스타 성분주(주39) 등에 관한 법규정들이 있었다. 특정 회원국의 상대적으로 높은 수준의 보건기준 이거나 품질기준에 관한 법규정은, 보다 낮은 수준의 기준을 가진 회원국에게 제조된 제품의 회원국간 교역을 필연적으로 방해하거나 제한하게 된다. 따라서, 유럽공동체조약 제30조는 회원국의 법제도에 관하여 아주 독특한 양상의 경쟁을 초래하게 되었다.주40) 즉, 회원국의 교역 규제가운데 가장 높은 수준의 규제기준을 마련한 회원국의 국내법규정은 회원국내부간 거래를 제한하거나 방해하는 결과로 되기 때문에, 가장 낮은 수준의 규제기준을

마련한 국내법규정만이 유럽공동체조약 제30조와 합치되어 유효한 것으로 지속될 수 있었던 것이다. Cassis de Dijon이론은 때때로 특히 보건이나 환경 또는 안전보장과 관련하여 극히 불합리한 결과를 초래하기도 하였다. 보건, 환경 또는 안전보장에 관한 회원국의 법규정들은 시장질서에 의해 지배되지 않는 것이고 오히려 시장질서의 제한을 대가로 하여 개인적 또는 공공의 이익을 보호하게 되는 것이다. 그러나 유럽공동체조약 제30조의 적용으로 인하여 그러한 개인적 또는 공공의 이익뿐만 아니라 각 회원국의 문화적 특성마저도 위협을 받게되었던 것이다.

3. "Cassis de Dijon"에서 "Keck"까지

– 마스트리히트이후 유럽공동체조약 제30조에 근거한 유럽공동체법원의 관할은 극적인 변화를 받게되었다. 1993년의 Huenermund판결과 1994년의 Keck판결의 두 판결주41) 로 인하여 Cassis de Dijon이론은 보다 제한된 범위에 한정되게 되었다. 유럽공동체법원은 이제까지 유지해왔던 Cassis de Dijon이론이 어리석고 불합리한 결과를 초래하는 경우에 적용할 수 없다고는 이론적 근거에(reductio ad

[279]

absurdum) 의하여 그러한 변화를 정당화한다. 동 법원에 의하면, 회원국 국내법 규정이 회원국간 교역을 언급하고 있는가 여부에 관계없이 유럽공동체조약 제30조에 위반되는 효과를 가진 모든 국내법규정들은 무효로 판단될 수 있다.주42) 그러나, Cassis de Dijon이론의 부분적인 적용제한으로 인하여 중대한 변화가 이루어지게 되었는데, 외국인과 내국인을 차별하지 않고 판매 전반에 관하여 적용되는 회원국 국내법 규정에 관하여는 동 이론이 더 이상 적용되지 않게 된 것이다. 결과적으로 동 조약 제30조는 오직 순수히 제품관련 국내법규정에만 적용되고 부정경쟁방지법규라거나 유통관련법규와 같은 분야에 대해서는 적용되지 않게 된 것이다.

– 유럽연합은 올해에 들어와서 Keck이론의 출범을 보는 기쁨을 맞게 되었다. 내외국인 차별이 없이 판매전반에 적용되는 국내법규정에 관하여 조약 제30조가 적용되지 아니한다고 하는 경우에 그러한 국내법규정의 유형과 내용이 아직 애매모호한 것은 부인할 수 없지만, 유럽공동체법원이 Cassis de Dijon이론 등 관련된 공동체법의 적용을 제한하고 회원국 국내법의 존재가 존중되도록 보장하겠다고 하는 의지와 이론적 변화는 주목할 만하다.

– 권위있는 법학자들의 견해에 따르면,주43) 유럽공동체법원의 관할권행사에 관한 이러한 변화는 동 법원이 Subsidiarity원칙을 채택한 결과라고 볼 수 있다. 동 법원도 공동체 법규가 적법한 범위내의 회원국 국내법을 부당하게 제약하거나 간섭하는 경향이 있다고 시인하고, 그러한 경향은 유럽공동체조약의 실제적목적조항에 의해서도 정당화될 수 없다고 판단하게 되었다. 따라서, 동 조약 제30조와 같은 공동체 법규는 그 적용범위가 Subsidiarity원칙에 의하여 제한된다는 결론에 도달하게 되는 것은 당연하다. 동 조약 제30조의 법적 효과는 동 조약내의 특정 목표의 달성에 의하여 정당화되어야 하는 것이다.

– 마지막으로, Subsidiarity원칙의 규율적 효과를 주목해본다. 동 원칙은 공동체기구들로 하여금, 공동체의 특정 행위나 조치가 유럽공동체조약상의 목표에 의하여 정당화될 수 있는 것인가에 대하여 심사숙고할 것을 강력히 요구하는 것이

[280]

다. 공동체가 자신의 행위나 조치를 하기 이전에 자신의 권한에 대한 검토를 해보아야 한다

는 사실은, 공동체기구의 자제에 의하여 부당한 권한행사를 미리 방지하는 추가적인 안전장치의 기능을 하게 된다.

VI. 결론: 마리케쉬는 마스트리히트로부터 배워야 한다.

_ 다시 마리케쉬로 돌아와서 국제법상 새로운 주체로 등장하는 세계무역기구(WTO)에 관한 시금석과 같은 이슈로서의 체약국의 주권문제를 생각해 본다. 세계무역기구의 창설과 활동개시 이전에도 장래의 체약국들의 주권문제에 관한 해결방안이 무엇인가에 따라서 그 장래 또는 존속여부가 결정적으로 영향을 받게 될 것이다. 전술한 바와 같이 유럽공동체 또는 유럽연합에서의 변화와 그에 따른 회원국들의 반응을 고려해볼 때, Subsidiarity원칙은 세계무역기구와 그 체약국과의 사이의 권한배분을 위한 모델로서 신중히 고려되어야 할 것이다.

_ 마리케쉬협정의 체약국들은, 중앙기구에의 권한집중과 주변 체약국들의 권한상실을 방지할 수 있는 신뢰할만한 권한체제에 관한 만족스러운 해석에 도달하지 못한 것으로 보인다. 동 협정은 그 방대한 분량의 규정들에도 불구하고, 중앙기구와 주변 구성요소들로 구성된 기구에서 발생하게 되는 소위 구심력을 통제하기에는 역부족이다. 이러한 결함으로 인하여 다른 교역국들은 협정에 가입하려고조차 하지 아니할 것이다. 동 협정의 가입으로 인하여 부분적으로 주권을 상실하게 되지 않을까 그리고 자치정부로서의 권한을 상실하게 되지 않을까 하는 우려와 걱정이 타당한 것이기 때문이다. 따라서 세계무역기구협정 체약국들은 권한배분에 관한 충돌을 방지하기 위한 기초로서 Subsidiarity원칙을 수용하는 양해각서를 마련하는 것이 바람직할 것이다.

_ Subsidiarity원칙 자체가 법적인 요소보다는 정치적 요소를 더 많이 내포하고 있는 상당히 복잡한 구조로 되어 있는 것은 부인할 수 없다. 그러나, 동 원칙에 따라서 합의된 일정한 목표의 추구 실현에 있어서 가능한한 분권화해야 한다고 하는 정치적 요구가, 집행불능의 명제 또는 강요할 수 없는 프로그램에 불과한 것은 결코 아니다. 동 원칙의 법적인 의미는 정치적 정당화를 해야 하는 법적책임이 부과되어 있다는 점에서 발견할 수 있다. 정치적 정당화에 관한 이와같은 법적책임은 중앙집권화의 경향을 방지할 수 있는 융통성있고 유용한 장치인 것이다. 어떠한 정치적 행위가 Subsidiarity원칙에 합치되는지 여부는 부분적으로 [281]

나마 사법적 심사의 대상이 되기 때문에, 동 원칙은 장래 세계무역기구의 중앙기구들이 행사하는 정치적 재량권에 필수불가결한 제한을 가할 수 있게 될 것이고, 결과적으로 권한의 균형있는 분배에 기여하게 될 것이다. 물론, 마리케쉬협정이 가칭 세계무역법원(World Trade Court of Justice)에 관한 협정에 의하여 보충되고 완성되어야 한다는 필수불가결한 전제조건이 있고, 그러한 세계무역법원은 세계무역기구의 조치들에 관한 사법적 심사를 담당해야 할 것이다.

_ 본인의 결론을 간략히 요약하자면, 마리케쉬는 마스트리히트를 교훈삼아 Subsidiarity원칙을 채택해야 한다는 것이다. 이것은 다음의 GATT라운드, 예컨대 서울라운드와 같은 차세대 가트라운드를 위한 제안인 것이다.

주1)

For a survey, see Petersmann/Abbott, First Report of the Committee on International Trade Law, submitted to the International Law Association, Buenos Aires Conference, 14-20 August 1994. For more background information cf. [Jackson, Restructuring the GATT System, 1990](#); Oppermann/Molsberger (eds.), A New GATT for the Nineties and Europe '92, 1991; Petersmann/Hilf (eds.), The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations, Legal and Economic Problems, 2nd ed. 1991; Petersmann, Current Legal Problems in GATT Dispute Settlement Proceedings in the Field of Antidumping Law, in: Friedmann/Mestmacker (eds.), Conflict Resolution in International Trade, 1993, pp.167; Benedek, Die Rechtsordnung des GATT aus volkerrechtlicher Sicht, 1990, pp.27; [Fikentscher, Wirtschaftsrecht Bd.I, 1983, pp.257](#); Hudec, Enforcing International Trade Law, 1993, pp.3; see also the conference papers published in: World Trade Materials, 1993.

주2)

Cf. Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 1993, §20 Rn.6ff.; [Jackson/Davey, Legal Problems of International Economic Relations, 2nd ed. 1986, pp.281](#); Jackson, The World Trading System, 1992, pp.31; Senti, GATT, 1986, pp.10.

주3)

Cf. e.g. Cass, The Word that saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community, Common Market Law Journal 29 (1992), 1107.

주4)

Bulletin der Bundesregierung No.16, 113ff.(12. 2. 1992).

주5)

Quadragesimo Anno #79, Acta Apostolicae Sedis XIII(1931), 177, 203, quoted in Editorial Comments, 27 (1990), 182; on the historical roots of Subsidiarity and the canon law background cf. Herzog, Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung, Der Staat 2 (1963), 399 et sequ.; Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 9 et sequ.

주6)

Cf. Cass, op. cit. (note 3), Community Market Law 28 (1992), 1107 et sequ.

주7)

Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 71 et sequ.; disapproving: Herzog, op. cit. (note 5), Der Staat 2 (1963), 399, 412 et sequ.; Scholz, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, 1966, 48 et sequ.; Blanke, Das Subsidiaritätsprinzip als Schranke des Europäischen Gemeinschaftsrechts?, Zeitschrift für Gesetzgebung 1991, 133, 135.

주8)

Cf. Article 23 GG: Scholz, Grundgesetz und europäische Einigung, Neue Juristische Wochenschrift 1992, 2593, 2599.

주9)

Pipkorn, Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1992, 697, 699; disapproving: Scholz, Das Wesen und die Entwicklung der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen, 1966, 49.

주10)

Supplement 5/75-Bull. EC.

주11)

Cf. Cass, op. cit. (note 3), Community Market Law, 28 (1992), 1107, 1112 et sequ.; Schweitzer/Fixson, Subsidiarität und Regionalismus in der Europäischen Gemeinschaft, JURA 1992 et sequ.; Toth, The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty, Common Market Law Review 29 (1992), 1079, 1080 et sequ, 1088 et sequ.

주12)

Cf. Scholz, op. cit. (note 7), 1966, 49; Pechstein, Subsidiarität in der EG-Medienpolitik, Die öffentliche Verwaltung 1991, 535, 536; Toth, Is Subsidiarity Justiciable?, European Law Journal 19 (1994), 268 et sequ.

주13)

Grabitz, in: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag, Band 2, 5. Ergänzungslieferung September 1992, Art. 189, No.4. Cf. now Art. 3b (1) EC.

주14)

Stettner, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, 6 et sequ., 159 et sequ.

주15)

Pipkorn, op. cit. (note 7), Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1992, 697, 699.

주16)

Cf. Article 145 (Council), Article 155 (Commission), Article 164 (Court).

주17)

Cf. Article 85 EWGV.

주18)

Pipkorn, op. cit. (note 7), Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1992, 697, 699; Toth, op. cit. (note 10), European Law Journal 19 (1994), 268, 269 et sequ.; id., The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty, Common Market Law Review 29 (1992), 1079, 1087 et sequ.

주19)

Cf. Grundgesetz Articles 72 et sequ.

주20)

Cf. Toth, op. cit. (note 12), European Law Journal 9 (1994), 268; Pipkorn, op. cit. (note 9), Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1992, 697, 700 et sequ.

주21)

Lord Mackenzie-Stuart, The Times, December 11, 1992, quoted from Toth, op. cit. (note 10), European Law Journal 19 (1994), 268, 271.

주22)

Disapproving Schmidhuber/Hitzler, Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips im EWG-Vertrag, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1992, 720, 722 et sequ.

주23)

Herzog, op. cit. (note 5), *Der Staat* 2 (1963), 399, 420; Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, 73; Blanke, op. cit. (note 5), *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1991, 133, 142 et sequ.; Cass, op. cit. (note 3), *Community Market Law* 28 (1992), 1107; Bleckmann, *Der Vertrag über die Europäische Union*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1992, 335, 336; Heintzen, *Subsidiaritätsprinzip und Europäische Verfassung*, *Juristen-Zeitung* 1991, 317, 318; Hochbaum, *Kohäsion und Subsidiarität*, *Die öffentliche Verwaltung* 1992, 285, 289; Faber, *Die Zukunft kommunaler Selbstverwaltung und der Gedanke der Subsidiarität in den EG*, *Deutsches Verwaltungsblatt* 1991, 1126, 1135: the amendment of Art. 3b(2) as "Pyrrhic victory".

주24)

Cf. the remark of Mr. Delors, president of the EC Commission, that he does not understand Subsidiarity in the strict sense of the German constitutional doctrine, but as a general task to the European Community, to settle what it can more efficiently settle than the Member States, *Europa-Archiv* 1988, D 340, 341; disapproving: Blanke, op. cit. (note 7), *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1991, 133, 135; Hochbaum, op. cit. (note 23), *Die öffentliche Verwaltung* 1992, 285, 288.

주25)

Hochbaum, op. cit. (note 23), *Die öffentliche Verwaltung* 1992, 285, 291.

주26)

New Catholic Church Encyclopaedia 13 (1967), 762; amendments in brackets by the author; cf. Cass, op. cit. (note 3), *Community Market Law* 29 (1992), 1111.

주27)

Herzog, op. cit. (note 5), *Der Staat* 2 (1963), 399, 401, 407 et sequ.; Blanke, op. cit. (note 7), *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1991, 133, 141 et sequ.; cf. also Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, 28 et sequ. cit. (note 7), *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1991, 133, 141 et sequ.; cf. also Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, 28 et sequ.

주28)

Approving: Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 1968, 73; Heintzen, op. cit. (note 23), *Juristen-Zeitung* 1991, 317, 320.

주29)

[Dworkin, Taking Civil Rights Seriously, 1977, 14 ff., 24](#); id., A Matter of Principle, 1985, 2 ff.; Esser, Grundsatz und Norm, 4th 1990, S.69; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6th ed. 1991, 333 et seq., 421 et seq.

주30)

Toth, op. cit. (note 12), European Law Journal 19 (1994), 268, 283; Heintzen, op. cit. (note 23), Juristen-Zeitung 1991, 317, 319.

주31)

Heintzen, op. cit. (note 23), Juristen-Zeitung 1991, 317.

주32)

Cf. Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, 278 et sequ.

주33)

Erichsen, in: Allgemeines Verwaltungsrecht (ed. Erichsen/Martens), 9. Aufl. 1992, 10 Rdnr. 8 ff.

주34)

Cf. Europe, Agence internationale d'information pour la e presse NO 6250 13/14. Juin 1994.

주35)

EuGH, Slg. 1979, 649-"Cassis de Dijon".

주36)

EuGH, Slg. 1974, 837-"Dassonville".

주37)

EuGH, Slg. 1979, 649-"Cassis de Dijon".

주38)

EuGH, Slg. 1987, 1227-"Reinheitsgebot".

주39)

EuGH, Slg. 1988, 4233-"Drei Glocken".

주40)

Cf. Reich, Competition between Legal Orders: A New Paradigma of EC Law?, Common Market Law Review 29 (1992), 861.

주41)

EuGH, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, 770-"Keck"; EuGH, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1994, 119-"Hunermund".

주42)

Cf. the Keck judgement, No.14.

주43)

Ress, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1993, 745; Moschel, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrs-freiheit, Neue Juristische Wochenschrift 1994, 429 at p.431; Blaise, Subsidiarite a Lxembourg?, Editorial, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1994, Vol.11, Juni 10.