

2015년 4월 국제경제법학회 학술대회

경제변동기 국제경제법학의 현재와 미래이슈

일시 : 2015년 4월 3일 (금)

장소 : 인하대학교 로스쿨 국제회의실(2층)

주최 : 국제경제법학회 / 인하대 법학연구소 /

연세대 법학연구원 SSK 기후변화와 국제법센터



인하대학교 법학연구소



연세대학교 법학연구원
SSK 기후변화와 국제법센터

프로그램

◆ 13:30 - 14:00 등록

◆ 14:00 - 14:30 개회

전체사회 : 오선영 교수 (송실대, 학회 연구이사)

개 회 사 : 정찬모 교수 (국제경제법학회 회장)

환 영 사 : 김인재 교수 (인하대 법학연구소장)

WTO 판례평석상 시상식

포 토 세 셴

◆ 14:30 - 15:50 1세션

좌 장: 김대원 교수 (서울시립대)

제1주제 : GATT/WTO TBT협정의 ‘표준’ 개념에 관한 연구

발 표 자 : 김민정 박사 (서울대/ 2014. 8. 서울대)

토 론 자 : 이길원 교수 (충남대)

제2주제 : 한-미 FTA 통신서비스 기술표준 조항의 이해

발 표 자 : 박영덕 박사 (전, 정보통신정책연구원/ 2014. 8. 연세대)

토 론 자 : 권현호 교수 (성신여대)

◆ 15:50 - 16:10 Coffee Break

◆ 16:10 - 17:30 2세션

좌 장: 이재형 교수 (고려대)

제3주제 : 투자자-국가 중재에서의 투자자에 대한 연구

기업 및 주주 당사자적격을 중심으로

발 표 자 : 주현수 박사 (김앤장/ 2014. 8. 연세대)

토 론 자 : 이재민 교수 (서울대)

제4주제 : 국가주권과 WTO결정의 정당성

발 표 자 : 장학수 박사 (충북대)

토 론 자 : 박민규 교수 (인하대)

◆ 17:30 - 17:50 감사패 전달, 기금통장 신탁

◆ 17:50 폐 회

제1주제 : GATT/WTO TBT협정의 ‘표준’ 개념에 관한 연구

발 표 자 : 김민정 박사 (서울대/ 2014. 8. 서울대)

토 론 자 : 이길원 교수 (충남대)

한국국제경제법학회(KSIEL)
2015년 춘계 신진학자 학술세미나

**The Concept of Standards in the WTO TBT Agreement :
The Issue of Standards/Technical Regulations
Distinction and the Meaning of “Voluntary Compliance”**

Minjung Kim
Asia Center, Seoul National University

The Issue of Standards/Technical Regulations Distinction

❖ **Nature of the Issue**

- Ambiguity of the concept 'standard' in the TBTA
- Important regulatory consequence of the TBT regime
- Recent interpretation and remaining ambiguity and discrepancies

Un-standardized Concept of Standards

❖ Standards in various contexts

- General meanings
- Meanings in economics

❖ Concepts of 'standard' in the GATT/WTO Agreements

- Service standards in the GATS
- Government procurement standards in the GPA
- Sanitary and phytosanitary standards in the SPSA

3

'Standards' Treatment in the WTO TBT Agreement (1)

❖ Legal Elements of the 'Standards' Concept

- ▷ The meaning of "product characteristics"
- ▷ The issue of PPM 'standard'
- ▷ The meaning of "for common and frequent use"
- ▷ The meaning of "approval by a recognized body"
- ▷ The meaning of "voluntary compliance"

4

'Standards' Treatment in the WTO TBT Agreement (2)

❖ Disciplines for 'Standards' in the WTO TBT Agreement

- ▷ Regulatory Framework for 'Standards' Disciplines
- ▷ Common disciplines for 'standard' & 'technical regulation'
- ▷ Different disciplines for 'standard' & 'technical regulation'
 - Non-explicit requirement of "legitimate objectives" for standards
 - Requirement of international standardization participation
 - Requirement of harmonization and national consensus
 - Requirement of publication and notification
 - Negative approach for STDs vs. positive approach for TRs

5

Conceptual Development of 'Standards'

❖ 'Standards' after the Kennedy Round

- Efforts to identify the problems of standards
- 1973 Proposed Draft Code

❖ 'Standards' during the Tokyo Round

- Coverage to cover labelling, packaging, marking, agricultural standards, SPS measures, etc.
- Terminology and definition of standards
- Rule developments

❖ 'Standards' in the Standards Code

- Terminology and Definitions
- Regulatory framework and scope of standards
- Common and different disciplines for STDs and TRs

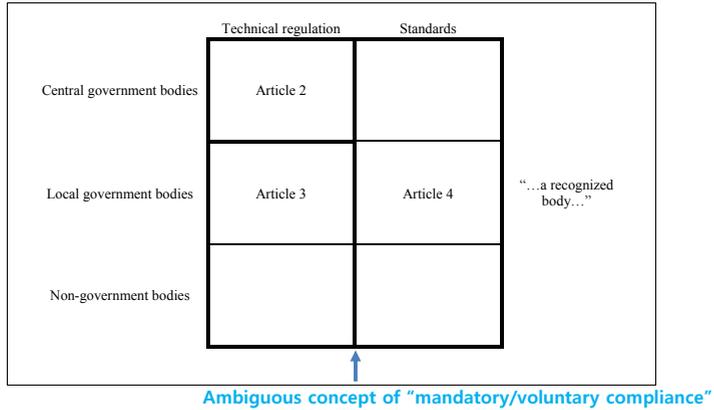
❖ 'Standards' during the Uruguay Round

- Issues of major legal requirements
- An issue of inserting a Code of Good Practice

6

CH II. Regulatory Framework of the WTO TBT Agreement

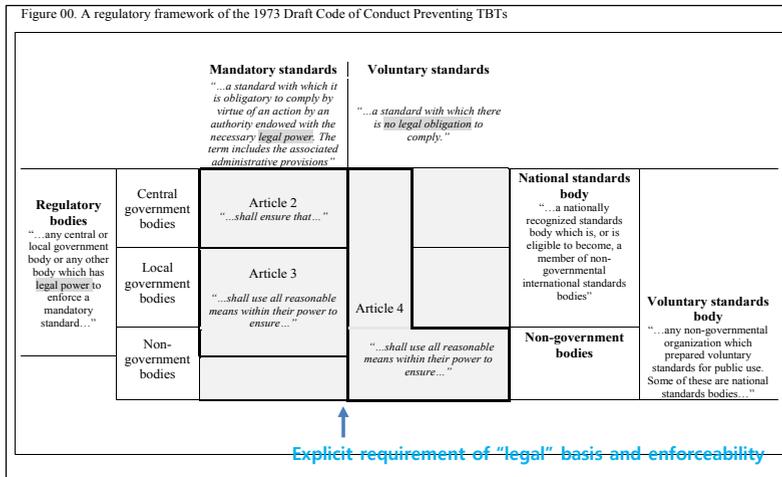
Figure 00. The basic framework of the WTO TBT Agreement



7

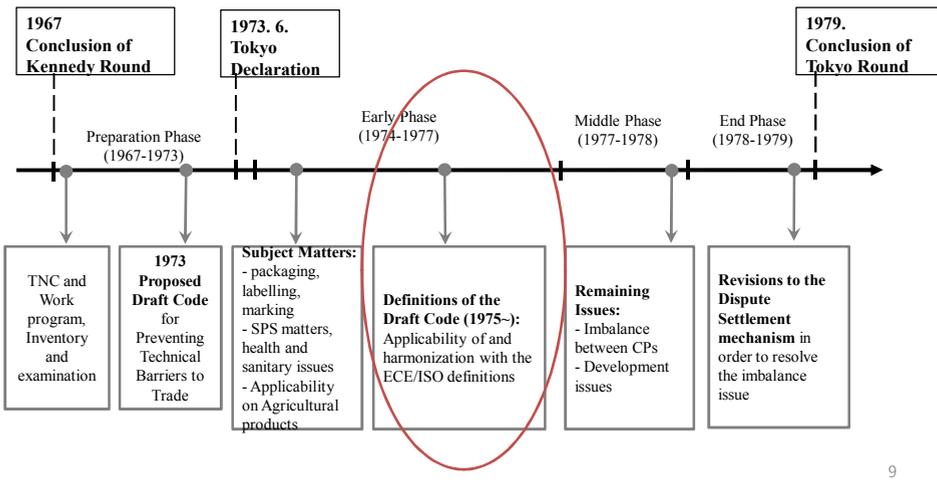
CH III. Before the Tokyo Round – the 1973 Draft

Figure 00. A regulatory framework of the 1973 Draft Code of Conduct Preventing TBTs



8

CH III. Tokyo Round Negotiation



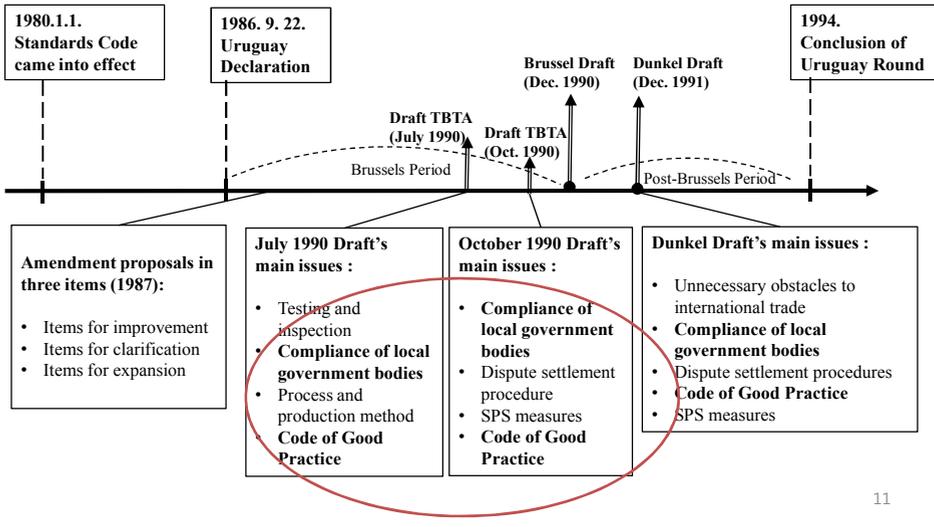
CH III. During the Tokyo Round – the 1978 Draft

Figure 00. A regulatory framework of the 1978 Draft Code of Conduct Preventing TBTs

		Technical regulations <i>"A technical specification, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory."</i>	Standards <i>"A technical specification approved by a recognized body for repeated and continuous application, with which compliance is not made mandatory."</i>	
Regulatory bodies <i>"A governmental or non-governmental body which has legal power to enforce a technical regulation. This may or may not be the same body which prepared or adopted the technical regulation."</i>	Central government bodies	Article 2		Central government bodies
	Local government bodies	Article 3		Local government bodies
	Non-government Regulatory bodies	Article 4		Non-government bodies
				Standardizing body <i>"A governmental or non-governmental body, one of whose recognized activities is in the field of standardization."</i>

Some indications for a "legal" element

CH III. Uruguay Round Negotiation



11

CH III. The Code of Good Practice during the UR

Figure 00. Initial proposal for Code of Good Practice

	Technical regulation	Standards
Central government bodies	Article 2 Preparation, adoption and application of technical regulations and standards by central government bodies	
Local government bodies	Article 3 Preparation, adoption and application of technical regulations and standards by local government bodies	
Non-government bodies	Article 4 Preparation, adoption and application of technical regulations and standards by non-government bodies	

→ Code of Good Practice for Non-Governmental Standardizing Bodies

Figure 00. An illustration of proposed revisions to the TBT Agreement

	Technical regulation	Standards
Central government bodies	Article 2 Preparation, adoption and application of technical regulations and standards by central government bodies	
Local government bodies	Article 3 Preparation, adoption and application of technical regulations and standards by local government bodies <i>and non-governmental bodies</i>	
Non-government bodies	Article 4 Preparation, adoption and application of technical regulations and standards by non-government bodies	

Code of Good Practice for Non-Governmental Standardizing Bodies

12

Revisiting the concept of “mandatory”

- Implications from the conceptual developments

• Definitions, Regulatory scope and the Distinction

	Definitions	Regulatory framework	distinction
1973 Draft Code	- "... legal obligation to comply" - "...an authority endowed with the necessary legal power"	- TR by CGB, LGB, RGB - STD by voluntary standard body (NGB)	-Clear indication of “legal” mandatory -Meaningful, clear distinction
Standards Code	- "... also... mandatory not by separate regulation but by virtue of a general law..." - "...a ngb which has legal power to enforce a TR..."	-TR &STD by CGB -TR &STD by LGB -TR &STD by NGB	-Less clear “legal” mandatory - Less meaningful distinction
WTO TBTA	- NGB includes "... a ngb which has legal power to enforce a TR..."	-TR by CGB, LGB, NGB -STD by CGB, LGB, NGB	-No indication of “legal” mandatory -Significant but ambiguous distinction

13

Legal Characterization of ‘Standards’ (1)

❖ Determination of a ‘standard’ in the Context of Article 2.4

- ▷ The Context of determining ‘standard’ in an Analysis to determine “relevant international standards”
- ▷ Two approaches in determining the concept ‘standard’
 - Separate analyses of ‘standards’ and ‘international’
 - Analysis of ‘international standards’

14

Legal Characterization of ‘Standards’ (2)

- ❖ **Determination of “mandatory compliance” in US-Tuna II**
 - Interpretations of the disputants, the Panel and the AB

- ❖ **Approaches to interpret the concept “mandatory”**
 - ▷ An approach based on *market-entry condition*

 - ▷ An approach based on *de jure* and *de facto* mandatory criteria

 - ▷ An approach based on *exclusivity* criterion

15

Revisiting “voluntary compliance”

- General applicability of the criteria for “mandatory compliance”

Table 00. Analytical criteria for mandatoriness and non-mandatoriness		
Analytical criteria	Mandatoriness	Non-mandatoriness
<u>Criterion 1.</u> Whether it was enacted by law	Mandatory TRs are enacted by law.	Voluntary standards are “not” enacted by law. (X)
<u>Criterion 2.</u> Whether it prescribes, prohibits, regulates certain product characteristics	Mandatory TRs prescribe, prohibit or regulate certain product characteristics.	Voluntary standards do “not” prescribe, prohibit or regulate certain product characteristics. (X)
<u>Criterion 3.</u> Whether it provides “only and exclusive means” to express certain product characteristics	Mandatory TRs provide “only and exclusive means” to express certain product characteristics.	Voluntary standards provide or allow “multiple or inclusive means” to express certain product characteristics. (?)
<u>Criterion 4.</u> Nature of the matter addressed by the measure	Not clearly explained	--

- Necessary condition vs. sufficient condition
- A redundant review criterion
- Exogenous elements vs. endogenous or inherent elements
- Mandatoriness and “specificity”: Increasing mandatoriness when it regulates a specific product in a specific way for specific purpose

Revisiting the Concept of 'Standard' in the TBT Regime (1) Overview

❖ Revisiting legal characterization of 'standard'

- Implications from the conceptual development
- Some legal evidence from the TBTA definitions
- A suggestion of two-stage analysis

❖ Revisiting the concept of "voluntary" compliance

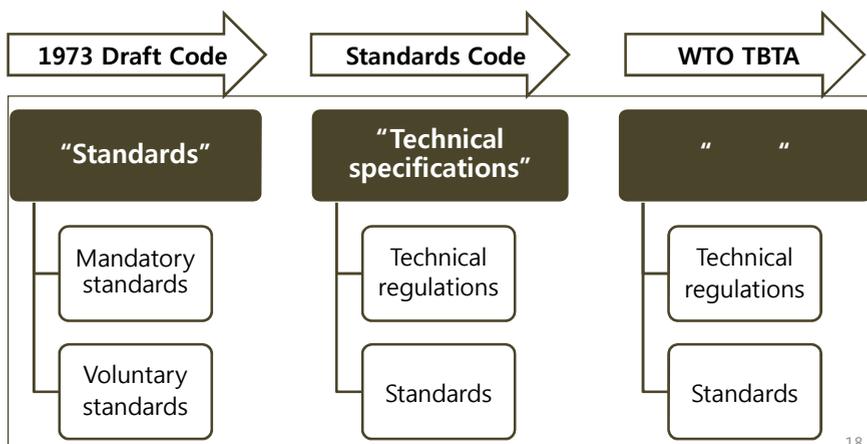
- Applicability of the for criteria for "mandatory compliance"
- Reconsidering the criteria of market-entry condition

❖ Revisiting 'standard' in the TBT regime

17

Revisiting the Concept of 'Standard' in the TBT Regime (2) legal characterization of 'standard'

▷ Sub-categories or Categories ?



“Standards” in the 1973 Draft Code

The term “standard” means **any specification which lays down some or all of the properties of a product** in terms of quality, purity, nutritional value, performance, dimensions, or other characteristics. It includes, where applicable, test methods, and specifications concerning testing, packaging, marking or labelling to the extent that they affect products rather than processes.

“Mandatory standards”

This is **a standard with which it is obligatory to comply** by virtue of an action by an authority endowed with the necessary legal power. The term includes the associated administrative provisions.

“Voluntary standards”

This is **a standard with which there is no legal obligation to comply**.

“Technical specifications” in the Standards Code:

A **specification** contained in a **document which lays down characteristics of a product** such as levels of quality, performance, safety or dimensions. It may include, or deal exclusively with terminology, symbols, testing and test methods, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product. [Explanatory note] This Agreement deals only with technical specifications relating to products. ...

Technical regulations:

A technical specification, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory.

Standards:

A technical specification approved by a recognized standardizing body for repeated or continuous application, with which compliance is not mandatory.

“Technical regulations” in the WTO TBTA:

Document which lays down product characteristics or their related processes and production methods, ..., with which compliance is mandatory. It may include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product or production method.

“Standards” in the WTO TBTA:

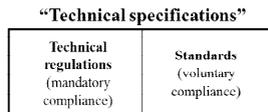
Document approved by a recognized body, **that provides, for common and repeated use, rules, guidelines, or characteristics for products or related process and production methods**, with which compliance is not mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or ...

The Initial Model



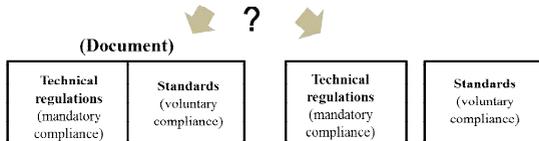
After Tokyo Round Negotiation

The Standards Code Model



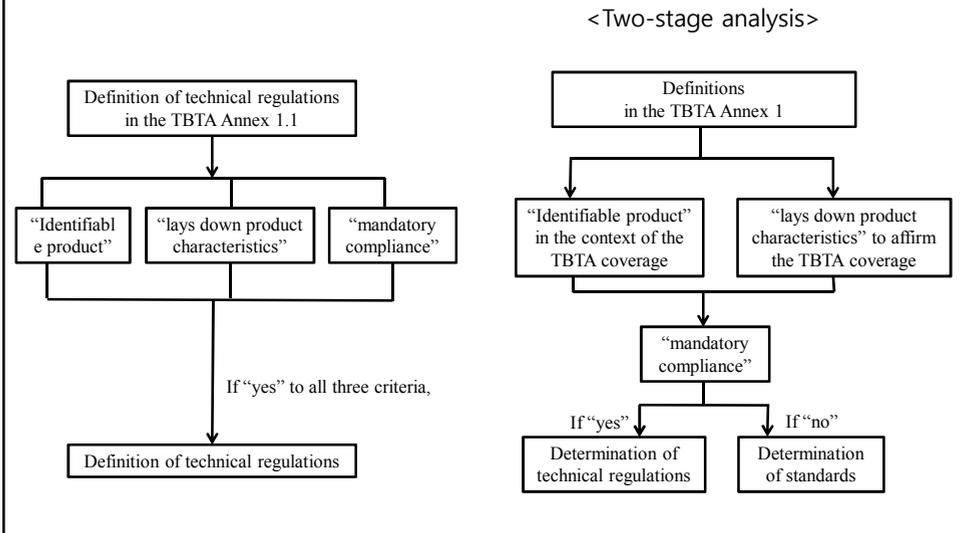
After Uruguay Round Negotiation

The TBTA Model



Revisiting legal characterization of 'standard'

- A suggested two-stage analysis



Revisiting "voluntary compliance"

- Reconsidering the criterion of market-entry condition

❖ The confusion

- A widely used concept of the expression "mandatory or voluntary" standards
- An explicitly rejected approach by the AB
 - No textual basis: no word "market" or "territory" found in the definitions

❖ The focus or scope of the concept market

- tuna product market or labelled tuna product market
- sardine product or sardine-named sardine product

Revisiting “voluntary compliance”

- General applicability of the criteria for “mandatory compliance”

Analytical criteria	Mandatoriness	Non-mandatoriness
<u>Criterion 1.</u> Whether it was enacted by law	Mandatory TRs are enacted by law.	Voluntary standards are “not” enacted by law. (X)
<u>Criterion 2.</u> Whether it prescribes, prohibits, regulates certain product characteristics	Mandatory TRs prescribe, prohibit or regulate certain product characteristics.	Voluntary standards do “not” prescribe, prohibit or regulate certain product characteristics. (X)
<u>Criterion 3.</u> Whether it provides “only and exclusive means” to express certain product characteristics	Mandatory TRs provide “only and exclusive means” to express certain product characteristics.	Voluntary standards provide or allow “multiple or inclusive means” to express certain product characteristics. (?)
<u>Criterion 4.</u> Nature of the matter addressed by the measure	Not clearly explained	--

- Necessary condition vs. sufficient condition
- A redundant review criterion
- Exogenous elements vs. endogenous or inherent elements
- Mandatoriness and “specificity”: Increasing mandatoriness when it regulates a specific product in a specific way for specific purpose

Revisiting ‘standard’ in the TBT regime

- ❖ **Changing global environment**
 - ▷ Rising importance of standards and standardizations in production and trade
 - ▷ Increasing roles of NGBs in standards and standardizations
 - ▷ Possibility of de facto mandatory standard
- ❖ **Development of the TBT regime through negotiations**
 - ▷ Expanded scope: incorporation of NGB’s role
 - ▷ Relaxed concept of mandatory/voluntary compliance
- ❖ **Rising importance of interpretation and application**
 - ▷ Textual approach
 - ▷ Development of jurisprudence
- ❖ **Extensive operability does not necessarily lead to more violations and deeper intrusion into domestic autonomy**

Thank you!

The Concept of Standards in the WTO TBT Agreement:
The Issue of Standards/Technical Regulations Distinction and the
Meaning of “Voluntary Compliance”

국문 요약문

김민정 (서울대학교 아시아연구소)¹

오늘날 생산과 소비에 대한 표준의 역할이 중요해지고 표준으로 인해 발생하는 비관세 무역장벽 문제가 심화되고 있는 가운데, GATT/WTO 다자무역체제는 이와 같은 국제 통상과 관련된 표준 문제를 규율하기 위하여 무역기술장벽(TBT)협정을 도입하고 이를 바탕으로 한 제도를 운영하고 있으나, 협정 목적상 ‘표준’에 관한 정의와 적용 범위가 분명하게 확립되지 못하여, 제도 운영의 불확실성과 제도적 한계를 겪고 있다. 이에 따라 본 논문은 WTO TBT협정의 규율대상 중 하나인 ‘표준’의 법적 개념을 연구하였다. 본 논문의 기본 목적은, WTO TBT협정 목적상 ‘표준’이라는 개념의 법적 의미를 재조명하고, 궁극적으로 동 협정이 무역장벽으로서의 표준 문제를 보다 효과적으로 규율할 수 있도록 ‘표준’의 법적 지위와 적용 범위를 확립하기 위한 학술적 근거를 제시하는 것이다.

이를 위하여 본 논문은 우선, 표준의 일반적 의미와 WTO협정 전반에서 나타난 표준에 관한 개념을 연구하였다. 그 결과, 표준에 관한 정의가 일반적으로 통일되어 있지 않았으며 WTO협정들 사이에서도 “표준”이라는 개념이 일관되게 사용되지 않고 있음을 알 수 있었다. 또한, ‘표준’ 개념을 정의하고 ‘표준’에 의한 통상 문제를 규율하는 것이 목적인 TBT협정에서조차도 동 개념이 충분히 구체적으로 규정되지 않아, ‘표준’ 개념의 법적 모호성과 TBT협정 이행상의 혼란이 초래되고 있음을 주목하였다.

따라서 본 논문은 현행 TBT제도에서 의미하는 ‘표준’ 개념을 보다 구체적으로 연구할 필요성을 주목하였다. 특히 ‘기술규정’과 대칭하면서도 구별되는 ‘표준’의 법적 의미, 적

¹ 서울대학교 아시아연구소 선임연구원; mjk@snu.ac.kr. 2015년도 춘계세미나 발표 주제와 내용은 저자의 서울대학교 국제대학원 박사학위 논문을 발췌, 요약한 것이며, 국문요약문은 보충자료다. 논문을 지도해주신 서울대학교 안덕근 교수님과 이재민 교수님, 고려대학교 이재형 교수님께 감사드린다. 아울러 박사학위 논문을 소개하고 토론할 수 있는 자리를 마련해 주신 국제경제법학회 운영진께 감사드린다.

용 범위 및 제도적 지위를 비교 분석함으로써 TBT협정에서의 ‘표준’ 개념을 명료화하고자 하였다. 기본적으로 TBT제도상 TBT협정의 규율대상이 기술규정, 표준 및 적합성평가절차로 나뉘고, ‘표준’은 ‘기술규정’과 개념적으로 매우 유사하지만 “강제적/자발적 이행”이라는 법적 요소에 의해 결정적으로 구분되고 있다. 이러한 구분이 갖는 법적 결과는 매우 중요함을 알 수 있는데, ‘표준’과 ‘기술규정’에 적용되는 규정들을 각각 비교 분석해보면, TBT협정은 ‘기술규정’보다 ‘표준’에 대해 완화된 법적 의무와 절차를 규정하고 있으며, 중앙정부기관을 통하여 간접적으로, 그리고 부속서의 모범관행규약에 대한 사전 수락을 요건으로 한 조건부로 부과되고 있음을 알 수 있었다. 이처럼 ‘표준’과 ‘기술규정’의 구분에서 비롯되는 중대한 법적 결과에도 불구하고, “강제적/자발적 이행”이라는 법적 요소에 대한 구체적인 규정과 설명이 없어, ‘표준’ 개념의 모호성은 한층 더 심화되고 있다.

TBT협정상 ‘표준’ 개념과 “강제적/자발적 이행” 개념을 명료화하고 바람직한 해석 방향을 제시하기 위하여, 본 논문은 기본적으로 다음의 두 가지 연구를 바탕으로 하는 분석 방법을 채택하고 있다. 그 하나는, TBT협정에 관한 다자협상 과정에서 제시되고 논의되었던 ‘표준’이라는 용어와 그 개념의 발달 과정에 대한 연구하는 것이다. 구체적으로, 해당 연구는 케네디라운드 협상 직후 TBT협정 도입에 관한 초기 논의 당시의 ‘표준’ 개념에서부터 시작하여, 동경라운드 협상 초안들의 ‘표준’ 개념, GATT 표준협정에서 채택된 ‘표준’ 개념, 그리고 우루과이라운드 협상을 거치면서 일부 변화한 ‘표준’ 개념들을 발달사적 측면에서 순차적으로 연구함으로써, 현행 TBT협정상 ‘표준’ 개념의 근본적인 도입 배경을 고찰하고 개념 발달의 흐름 속에서 주목해야 할 중요한 법적 요소와 해석 방향을 제시하고 있다.

다른 하나의 접근방법은, 최근 TBT분쟁에서 나타난 ‘표준’ 및 “강제적/자발적 이행”에 관한 WTO 분쟁해결기구의 해석 입장과 검토 기준들에 관해 연구하는 것이다. 특히 ‘표준’과 ‘기술규정’을 구분하는 “강제적/자발적 이행”이라는 법적 요소에 대해 최근 분쟁에서 논의되고 채택되었던 해석 논리와 접근 방법들을 분석함으로써, ‘표준’의 의미와 범위를 ‘기술규정’과의 관계 속에서 규명하고자 하였다. 이 과정에서 분쟁해결을 위하여 최종적으로 채택된 법적 논리 뿐만 아니라 분쟁당사국들과 WTO회원국들이 제시한 다양한 접근 방법들을 분류하고 검토함으로써, 향후 나아갈 방향을 제도의 실용성 측면에서 고려하고 있다.

상기 연구 결과 다음과 같은 몇 가지 중요한 결론들을 도출할 수 있었다. 우선, GATT/WTO 다자협상을 통하여 발전해 온 ‘표준’ 개념의 변천 과정을 연구한 결과, 기본적으로 ‘표준’이라는 의미를 나타내기 위하여 사용되었던 용어, 그 정의, 적용 범위가 상당한 변화를 거쳐서 오늘에 이르렀음을 알 수 있었다. 구체적으로 기술하면, 주요한 발달 특징으로 첫째, 이행이 법적으로 자발적이어야 한다는 ‘표준’에 관한 명시적인 법적 요건이 협상 과정을 통하여 점차 모호해졌으며 둘째, 과거에는 ‘표준’ 개념에 대해 표준을 준비, 도입, 적용하

는 기관에 관한 요건을 중요하게 규정하였으나 표준기관의 범위가 점차 중앙정부 기관, 지방정부 기관 및 非정부 기관을 모두 포함하는 매우 포괄적으로 발전함에 따라 제도적으로 무의미한 요소가 되었다. 셋째, 과거 GATT시절 TBT협정은 ‘표준’ 과 ‘기술규정’ 을 ‘기술요건’ 등과 같은 상위개념에 속하는 대등한 개념으로 간주하였고, 협정 의무에 있어서도 큰 차별을 두지 않았으나, 우루과이라운드 협상을 통하여 ‘표준’ 의 정의가 개정되고 모범관행규약이 도입된 결과, 현행 제도는 ‘표준’ 과 ‘기술규정’ 을 각각의 독립적인 의미와 범위를 갖는 개념으로 규정하고 있다.

또한, 최근 TBT 분쟁에서 나타난 ‘표준’ 개념의 해석과 적용을 연구한 결과 첫째, 현재까지의 분쟁에서는 ‘표준’ 에 관한 법적 해석과 적용이 협정 제2.4조의 “관련 국제표준에 기초하여” 에 관한 검토 맥락에서만 제한적으로 이루어졌으면 그 검토 기준 또한 일관적이지 않았다는 결론을 도출할 수 있었다. 둘째, US-Tuna II 사건을 분석한 결과 ‘기술규정’ 인지 ‘표준’ 인지를 판단하기 위한 법적 검토가 ‘기술규정’ 의 정의를 바탕으로만 이루어지고 ‘표준’ 의 정의는 고려되지 않았는 바, 이러한 검토방법이 바람직한 것인지에 대한 의문을 제기하였다. 셋째, “강제적/자발적 이행” 을 검토하는 과정에서 여러 가지 접근 방법들이 제시되고 논의되었으나 상소기구는 “유일하고 배타적인 방법을 제공하였는지” 의 기준을 가장 중요하게 고려하는 한편, “사실상(de facto)/법률상(de jure) 강제적이었는지” 의 기준과 “시장 판매를 위한 사전적 요건인지” 의 기준을 지나친 명문해석을 바탕으로 명시적으로 배제하였다는 연구 결과를 얻을 수 있었다.

이와 같은 연구 결과와 시사점들을 바탕으로 본 논문은, 현행 TBT제도상 ‘표준’ 의 의미를 재조명하고 향후 바람직한 해석 방향을 위하여 고려되어야 할 사항들을 제시하였다. 그 주요 내용으로 첫째, ‘표준’ 과 ‘기술규정’ 이 정의상 다소의 차이가 있음에도 불구하고 궁극적으로는 하나의 상위개념에 속하는 개념으로 이해되어야 할 것이고, 그렇다면 현재 적용되고 있는 1단계의 검토방법보다는, 우선 ‘표준’ 과 ‘기술규정’ 을 공통으로 결정하는 법적 요소들을 검토하고, 다음으로 둘을 구분하는 “강제적/자발적 이행” 이라는 법적 요소들을 검토하는 2단계 검토방법이 보다 바람직한 접근 방법임을 제시하고 있다. 둘째, 최근 분쟁에서 적용되었던 “강제적/자발적 이행” 에 관한 법적 검토기준들이 ‘표준’ 또는 ‘기술규정’ 을 결정하는 보편적인 검토기준으로 활용될 수 있는지를 검토한 결과, 대부분이 중복적이거나 필수조건들이라는 한계를 지니는 것으로 분석되었다. 셋째, “강제적/자발적 이행” 개념이 통상적으로 “시장판매를 위한 사전적 요건인지” 의 기준을 바탕으로 널리 이해되고 있는 반면, 최근 분쟁에서는 상소기구가 이러한 해석 방법을 명시적으로 배제함으로써 ‘표준’ 개념에 관한 실질적인 혼란을 가중시키는 결과를 초래한 것으로 분석된다. 또한 상소기구가 “강제적/자발적 이행” 개념의 모호성을 해결하지 않은 채 사안별 접근방법을 최종적으로 채택함으로써, 결과적으로 TBT제도의 ‘표준’ 개념은 여전히 불확실하게 남아 있으

며, 실제 적용에 있어 오히려 혼동이 가증될 수 있음을 주목하였다.

이처럼, 본 연구는 TBT협정의 ‘표준’ 개념에 대한 법 원칙이 아직 충분히 확립되지 않은 초기단계에서 수행되었다는 방법론적인 제약에도 불구하고, 제도발달과 함께 진화해 온 ‘표준’ 개념의 변천 과정과 분쟁과정에서 나타난 ‘표준’에 대한 다양한 접근 방법들을 포괄적이고 거시적인 차원에서 연구하여 향후 해석 방향을 제시하였다는 점에서 학문적 의의를 지닌다. 이와 같이 TBT제도 발달의 큰 흐름을 파악하고 그 배경 속에서 ‘표준’ 개념을 재조명함으로써, 동 개념에 대한 보다 유연한 해석이 가능하고 궁극적으로는 TBT협정 운용을 활성화시킬 수 있는 실질적인 방안이 도출될 수 있을 것으로 기대한다.

주제어: 표준(standard), 강제적/자발적 이행(mandatory/voluntary compliance), 기술규정(technical regulation), 무역기술장벽 협정(TBT Agreement), 동경라운드 협상(Tokyo Round negotiations)

제2주제 : 한-미 FTA 통신서비스 기술표준 조항의 이해

발표자 : 박영덕 박사 (전, 정보통신정책연구원/ 2014. 8. 연세대)

토론자 : 권현호 교수 (성신여대)

한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항의 이해

박영덕*

<차례>

- I. 머리말
- II. 한국이 체결한 FTA 통신서비스 규범의 유형
- III. 한국이 체결한 FTA의 통신장비/통신서비스 관련 기술요건 조항에 대한 개관
- IV. 한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항의 도입 배경
- V. 한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항의 분석
 - 1. 개관
 - 2. 기술·표준조치의 의미
 - 3. 통신서비스 기술·표준조치 권한의 내용과 한계
 - 1) 목적의 정당성
 - 2) 정당한 공공 정책 목적을 달성하기 위하여 고안될 조건
 - 3) 기술·표준조치 채택에 관한 사전적 투명성 의무
 - 4) 기술·표준조치 채택에 관한 사후적 투명성 의무
 - 5) 불필요한 장애를 초래하지 않을 조건 (필요성 심사)
- IV. 맺음말

.....

* 연세대학교 법학연구원 전문연구원.

I. 머리말

1990년대에 접어들면서 정보통신기술(Information and Communications Technology: ICT)이 눈부시게 발전하면서 북미자유무역협정(NAFTA)과 세계무역기구(WTO)를 중심으로 통신서비스 무역에 관한 국제통상규범도 태동하기 시작하였고,¹⁾ 2015년 4월 현재 한국은 총 13건의 자유무역협정(FTA) 차원의 통신협정문을 체결하였다.²⁾

FTA 통신협정문은 일반적으로 ‘WTO plus’를 지향하고 있어 GATS 통신부속서와 통신참조문서를 뛰어 넘는 규제 수준으로 합의되는 경우에는 FTA 당사국의 통신법제에 적잖은 영향을 미칠 수 있다. 이러한 맥락에서 볼 때 한-미 FTA 통신챕터의 ‘기술 및 표준에 관한 조치 조항’³⁾(이하 ‘통신서비스 기술·표준조치 조항’이라 함)은 당사국의 통신서비스 기술·표준조치 권한을 상당히 제약하고 있어 이 조항에 대한 심도 있는 해석이 요구된다.

한-미 FTA에 따라 구성된 분쟁해결패널(dispute settlement panel)은 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약의 제31조 내지 제33조에 반영된 ‘국제공법의 해석에 관한 관례적인 규칙’(customary rules of interpretation of public international law)에 따라 이 협정을 검토해야 한다.⁴⁾ 따라서 한-미 FTA 분쟁해결패널은 제14.21조 상의 특정 용어를 해석할 때 이 용어의 문맥과 한-미 FTA의 대상과 목적을 고려하면서 이 용어에 부여되어야 할 통상적 의미에 따라 성실하게 해석하도록 요구될 것이다.⁵⁾ 그런데 제14.21조 상의 특정 용어가 WTO협정에서 동일하게 또는 유사하게 규정되어 있다 하더라도 WTO협정이 이러한 용어의 ‘문맥으로’ 또는 ‘문맥과 함께’ 고려되기는 어렵기 때문

- 1) 즉 NAFTA에는 제13장(통신챕터)이 별도로 성안되었고, WTO 차원에서는 통신부속서(Annex on Telecommunications)가 서비스무역에 관한 일반협정(GATS)에 첨부되고, 1996년 4월에는 기본통신서비스에 관한 참조문서(Reference Paper on Basic Telecommunications Services)(이하 ‘통신참조문서’라 함)가 마련되었다.
- 2) 2015년 4월 현재 한국이 체결한 FTA(가서명본을 포함하되 통신협정문을 담고 있는 경우로만 한정)의 서명일(가서명일)/발효일과 「통신협정문」은 다음과 같다: 1) 대한민국 정부와 칠레공화국 정부 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-칠레 FTA’라 함), 2003. 2. 15 서명, 2004. 4. 1 발효, 「제12장(통신챕터)」; 2) 대한민국 정부와 싱가포르공화국 정부 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-싱가포르 FTA’라 함), 2005. 8. 4 서명, 2006. 3. 2 발효, 「제11장(통신챕터)」; 3) 대한민국과 유럽자유무역연합 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-EFTA FTA’라 함), 2005. 12. 15 서명, 2006. 9. 1 발효, 「제10부속서(통신서비스부속서)」; 4) 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-미 FTA’라 함), 2007. 6. 30 서명, 2012. 3. 15 발효, 「제14장(통신챕터)」; 5) 대한민국과 인도공화국 간의 포괄적 경제동반자 협정 (이하 ‘한-인도 CEPA’라 함), 2009. 8. 7 서명, 2010. 1. 1 발효, 「제7장(통신챕터)」; 6) 대한민국과 유럽연합 및 그 회원국 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-EU FTA’라 함), 2010. 10. 6 서명, 2011. 7. 1 잠정 발효, 「제7장(서비스무역, 설립 및 전자상거래 챕터), 제5절(규제의 틀), 제D관(통신서비스)」; 7) 대한민국과 페루 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-페루 FTA’라 함), 2011. 3. 21 서명, 2011. 8. 1 발효, 「제13장(통신챕터)」; 8) 대한민국과 콜롬비아공화국 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-콜롬비아 FTA’라 함), 2013. 2. 21 서명, 「제11장(통신챕터)」; 9) 대한민국 정부와 호주 정부 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-호주 FTA’라 함), 2014. 4. 8 서명, 2014. 12. 12 발효, 「제9장(통신챕터)」; 10) 대한민국과 캐나다 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-캐나다 FTA’라 함), 2014. 9. 23 서명, 2015. 1. 1 발효, 「제11장(통신챕터)」; 11) 대한민국과 터키공화국 간의 자유무역지대를 창설하는 기본협정에 따른 서비스 무역에 관한 협정 (이하 ‘한-터키 서비스무역협정’이라 함), 2015. 2. 26 서명, 「부속서 B(통신서비스부속서)」; 12) 대한민국과 뉴질랜드 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-뉴질랜드 FTA’라 함), 2015. 3. 23 서명, 「제8장(국경 간 서비스무역챕터), 제8.17조(통신서비스조항) 및 제8-B부속서(WTO 기본통신참조문서)」; 13) 대한민국 정부와 중화인민공화국 간의 자유무역협정 (이하 ‘한-중 FTA’라 함), 2015. 2. 25 가서명, 「제10장(통신챕터)」. 한편 별도의 통신협정문이 합의되지는 않았지만 통신서비스조항을 규정한 규범으로는 대한민국과 동남아시아 국가연합 회원국 정부 간의 포괄적 경제협력에 관한 기본협정 하의 서비스 무역에 관한 협정 (이하 ‘한-ASEAN 서비스무역협정’이라 함), 2007. 11. 21 서명, 2010. 1. 1 발효, 제27조 3항 참조. 논의의 편의를 위하여 필자는 이 글에서 한국이 체결한 FTA의 통신협정문과 통신서비스조항을 ‘FTA 통신서비스 규범’으로 통칭한다.
- 3) 한-미 FTA 제14.21조(Measures concerning Technologies and Standards). 이 글에서는 ‘기술 및 표준에 관한 조치’(measures concerning technologies and standards)를 ‘기술·표준조치’로 약칭한다.
- 4) 한-미 FTA 제22.11조 2항 2문. 이러한 ‘국제공법의 해석에 관한 관례적인 규칙’ 문구는 분쟁해결절차에 관한 NAFTA 제20장에는 반영되지 않았지만 WTO 분쟁해결양해에는 명문화되어 있다. DSU 제3조 2항 2문.
- 5) 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 1항.

에6) 한-미 FTA 분쟁해결패널이 WTO협정에서 사용된 동일한 용어 또는 유사한 용어에 대한 WTO 분쟁해결기관의 해석을 참작하기 위해서는 한국과 미국의 동의를 요구될 것이다.⁷⁾ 하지만 분쟁당사국 사이에 이러한 동의가 없다 하더라도 NAFTA 분쟁해결패널은 NAFTA 상의 특정 용어가 WTO협정에서 동일하게 또는 유사하게 규정되어 있는 경우에는 WTO 차원에서 확립된 관련 해석을 해당 용어 해석을 위한 길잡이(guidance)로 삼는 관행을 보이므로⁸⁾ 향후 통신서비스 기술·표준조치 조항을 둘러싸고 한-미 사이에 FTA 분쟁이 발생할 경우 FTA 분쟁해결패널이 관련 WTO 법리를 해석에서 고려할 것으로 생각된다. 이러한 맥락에서 아래에서는 우선 한국이 체결한 FTA 통신서비스 규범의 유형별 특징을 살펴보고 한국이 체결한 FTA의 통신장비/통신서비스 관련 기술요건 조항을 소개한 후 한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항의 각 요소에 대해서 관련 WTO 법리를 참조하여 풀이하고자 한다.⁹⁾

II. 한국이 체결한 FTA 통신서비스 규범의 유형

GATS 통신부속서와 통신참조문서의 패러다임 안에서 FTA 통신서비스 규범은 규제 수준의 정도에 따라 다양하게 유형화될 수 있다. 첫 번째 유형은 FTA 당사국이 별도의 통신협정문을 협상하지 않고 FTA의 서비스무역에 관한 협정문에 GATS 통신부속서를 단순히 참조편입(Incorporation by Reference: IBR)하는 방식이다(통신부속서 참조편입형).

두 번째 유형은 FTA 당사국이 GATS 통신부속서의 내용에 몇 가지 조항을 추가하여 FTA 통신협정문을 구성하는 방식이다(통신부속서+ α 형).¹⁰⁾

세 번째 유형은 FTA 당사국이 별도의 통신협정문을 합의하지 않고 그 대신 FTA 서비스양허표의 추가적 약속으로 통신참조문서를 첨부하는 방식이다(통신참조문서 양허표 첨부형).

네 번째 유형은 FTA 당사국이 통신참조문서의 내용을 별도의 FTA 통신협정문에 옮겨 규정하는 방식이다(통신참조문서형).

다섯 번째 유형은 FTA 당사국이 통신참조문서를 바탕으로 별도의 통신협정문을 구성하되 통신참조문서에서 규정되지 않은 몇 가지 조항을 추가하는 방식이다(통신참조문서+ α 형).

여섯 번째 유형은 FTA 당사국이 FTA의 서비스무역에 관한 협정문에 GATS 통신부속서를 단순

6) 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 3항에 근거하여 WTO의 해석을 FTA의 해석에서 참작하려는 논의에 대해서는 Locknie Hsu, "Applicability of WTO Law in Regional Trade Agreements: Identifying the Links" in Lorand Bartels & Federico Ortino (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 540-542 참조.

7) 예컨대 *Broom Corn Brooms* 사건에서 분쟁당사국인 미국과 멕시코는 '동종 상품'에 관한 WTO 법리를 따르는 'NAFTA 제801조와 제805조에 대한 해석'에 동의한 것으로 보인다. NAFTA Panel Report (Chapter 20), *The U.S. Safeguard Action Taken on Broom Corn Brooms from Mexico*, USA-97-2008-01, 30 January 1998, para. 64 & footnote 57 참조.

8) 예컨대 NAFTA Panel Report (Chapter 20), *Cross-Border Trucking Services*, USA-MEX-1998-2008-01, 6 February 2001, paras. 251, 260-270 & 289; *Broom Corn Brooms*, *supra* note 7, paras. 66-70. 또한 Hsu, *supra* note 6, pp. 547-551 참조. 다만 특정 용어가 WTO협정과 FTA에서 동일하게 또는 유사하게 규정되었다 하더라도 WTO협정과 FTA는 조약의 대상과 목적 그리고 특정 조항의 구조와 문맥이 상이하므로 FTA 분쟁해결패널이 WTO 해석을 존중하는 방식과 정도는 다양할 수 있다는 점에 유의해야 한다. Nicolas F. Diebold, *Non-Discrimination in International Trade in Services: 'Likeness' in WTO/GATS* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p. 144 참조.

9) 한국이 체결한 WTO/FTA 통신협정문의 조항별 비교에 대해서는 박영덕, "한국과 미국 간의 자유무역협정의 통신센터에 대한 연구", 박사학위논문, 연세대학교(2014), 339-344쪽 (이하 '박영덕(2014)'라 함) 참조.

10) NAFTA는 WTO 기본통신협상이 개시되기 전인 1992년 12월에 서명되었기 때문에 NAFTA 제13장(통신센터)에는 통신참조문서의 내용이 반영되지 않았고 GATS 통신부속서 협상안과 유사한 규정이 조문화되었다. 다만 NAFTA 제13장은 통신부속서와 유사한 규정에 더하여 몇 가지 독자적 규정을 추가적으로 담고 있으므로 <표 1>에서는 편의상 '통신부속서+ α 형'으로 유형화한다.

히 참조편입(IBR)하고 통신참조문서를 서비스무역에 관한 협정의 부속서로 첨부하는 방식이다(통신부속서 참조편입+통신참조문서型).

일곱 번째 유형은 FTA 당사국이 GATS 통신부속서와 통신참조문서를 바탕으로 별도의 통신협정문을 구성하되 ‘WTO plus’ 조항을 추가적으로 규정하는 방식이다(통신부속서+통신참조문서+a型).¹¹⁾

이러한 FTA 통신서비스 규범에 관한 유형화를 한국이 체결한 FTA 통신서비스 규범에 적용하면 아래 <표>와 같이 정리될 수 있는데 이 표는 한국이 통신서비스 규범 협상을 FTA 상대국에 맞추어 매우 실용적으로 추진했음을 시사한다.

<표> 한국이 체결한 FTA 통신서비스 규범의 유형과 통신장비/통신서비스 관련 기술요건 조항 (FTA 서명일(가서명일) 順)

통신서비스 규범	유형	공중 통신 망 및 서비스에 대한 접속과 이용에 관한 기술요건 조항		통신 망 또는 서비스의 공급 또는 이용에 관한 기술요건 개별 조항	
		통신장비 관련	통신서비스 관련	통신장비 관련	통신서비스 관련
NAFTA 제13장	통신부속서+a型	-	1302(7)(b)조	1304조	-
GATS 통신부속서	통신부속서型	5(f)(iv)조	5(f)(ii)&(iii)조	-	-
GATS 통신참조문서	통신참조문서型	-	-	-	-
한-칠레 FTA 제12장	통신부속서+a型	-	12.3(7)(b)조	12.5조	-
한-싱가포르 FTA 제11장	통신부속서+통신참조문서+a型	11.3(6)(c)조	11.3(6)(a)&(b)조	-	-
한-EFTA FTA 제10부속서	통신참조문서型	-	-	-	-
한-미 FTA 제14장	통신부속서+통신참조문서+a型	14.2(6)(c)조	14.2(6)(a)&(b)조	-	14.21조
한-ASEAN 서비스 무역협정 제27조 3항	통신부속서 참조편입型	통신부속서의 준용	통신부속서의 준용	-	-
한-인도 CEPA 제7장	통신부속서+통신참조문서+a型	7.3(6)(d)조	7.3(6)(b)&(c)조	-	-
한-EU FTA 제7장 제5절 제D관	통신참조문서+a型	-	-	-	-
한-페루 FTA 제13장	통신부속서+통신참조문서+a型	13.3(6)(c)조	13.3(6)(a)&(b)조	-	-
한-콜롬비아 FTA 제11장	통신부속서+통신참조문서+a型	11.2(6)(c)조	11.2(6)(a)&(b)조	-	-
한-호주 FTA 제9장	통신부속서+통신참조문서+a型	9.3(6)(c)조	9.3(6)(a)&(b)조	-	9.22조
한-캐나다 FTA 제11장	통신부속서+통신참조문서+a型	11.2(6)(d)조	11.2(6)(b)&(c)조	-	-
한-터키 서비스무역 협정 부속서 B	통신참조문서+a型	-	-	-	-
한-뉴질랜드 FTA 제8.17조 및 제8-B부속서	통신부속서 참조편입+통신참조문서型	통신부속서의 준용	통신부속서의 준용	-	-
한-중 FTA 제10장	통신부속서+통신참조문서+a型	10.3(6)(c)조	10.3(6)(a)&(b)조	-	10.14조

11) 박영덕(2014), *supra* note 9, 9-10쪽 참조.

III. 한국이 체결한 FTA의 통신장비/통신서비스 관련 기술요건 조항에 대한 개관

GATS 통신부속서는 회원국이 ‘공중 통신 전송 망 또는 서비스’(public telecommunications transport networks or services)¹²⁾의 기술적 무결성(technical integrity)과 같은 정당한 정책 목적을 위하여 PTTN 및 PTTS에 대한 접속과 이용에 관하여 필요한 조건을 부과할 수 있도록 보장하는데, 이러한 조건에는 ① PTTS 또는 PTTS와의 상호접속을 위하여 특정된 기술적 인터페이스를 사용하도록 하는 요건,¹³⁾ ② 필요한 경우 PTTS의 상호운용성(inter-operability)을 위한 요건,¹⁴⁾ 그리고 ③ PTTN과 상호연결되는 단말장치 또는 그 밖의 장비에 대한 형식승인과 그 장비를 PTTN에 부착하는 것과 관련된 기술요건¹⁵⁾이 포함된다. 여기서 ①요건과 ②요건은 ‘PTTS 및 PTTS에 대한 접속과 이용에 관한 통신서비스에 관련된 기술요건’으로 그리고 ③요건은 ‘PTTS 및 PTTS에 대한 접속과 이용에 관한 통신장비에 관련된 기술요건’으로 구분할 수 있다(위의 <표> 참조).

통신부속서 상의 이러한 ‘통신장비’에 관련된 기술요건 조항과 ‘통신서비스’에 관련된 기술요건 조항은 통신부속서를 반영한 FTA 통신협정문에서 거의 동일한 내용으로 수용되었다(위의 <표> 참조).¹⁶⁾ 이처럼 ‘PTTS 및 PTTS에 대한 접속과 이용에 관한 통신서비스에 관련된 기술요건’은 GATS 통신부속서와 FTA 통신협정문(통신부속서를 수용한 경우)에 의해 규율될 수 있지만, ‘통신서비스의 공급에 관련된 기술요건’을 전적으로 규율하는 조항은 WTO 체제에서는 마련되어 있지 않다. 관련하여 GATS 제VI조 4항은 기술표준 등에 관련된 국내규제 조치가 서비스 무역에 불필요한 장벽(unnecessary barriers)을 구성하지 않도록 보장하기 위하여 서비스무역이사회가 필요한 규범을 개발하도록 요구함으로써 관련 국내규제 규범을 마련하기 위한 협상이 진행 중에 있는데,¹⁷⁾ 이러한 협상을 통해서 ‘통신서비스의 공급에 관련된 기술요건’만을 독자적으로 규율하는 규범이 합의될 가능성은 매우 낮다고 본다.

IV. 한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항의 도입 배경

12) 이 글에서는 가독성을 높이기 위하여 ‘공중 통신 전송 서비스’(public telecommunications transport services)를 ‘PTTS’로, ‘공중 통신 전송 망’(public telecommunications transport networks)을 ‘PTTN’으로, ‘공중 통신 서비스’(public telecommunications services)를 ‘PTS’로, ‘공중 통신 망’(public telecommunications network)을 ‘PTN’으로 줄여 부르며, ‘기본 통신 서비스’(basic telecommunications services)와 ‘부가 서비스’(value-added services)를 각각 ‘BTS’와 ‘VAS’로 약칭하고자 한다.

13) GATS 통신부속서 제5조 (f)항 (ii)호. 또한 한-미 FTA 제14.2조 6항 (a)호 참조.

14) GATS 통신부속서 제5조 (f)항 (iii)호. 또한 한-미 FTA 제14.2조 6항 (b)호 참조.

15) GATS 통신부속서 제5조 (f)항 (iv)호. 또한 한-미 FTA 제14.2조 6항 (c)호 참조.

16) 한-칠레 FTA 제12장(통신채터)과 같이 NAFTA 제13장(통신채터)을 기본적으로 수용한 통신채터의 경우에는 ‘단말기 또는 그 밖의 장비를 PTTN에 부착하는 것에 관한 표준관련조치’(standards-related measures relating to attachment of terminal or other equipment to public telecommunications transport networks)를 통신채터의 적용범위에 포함시킨 후 이러한 표준관련조치 조항을 별도로 구성하여 상세히 규정한다. NAFTA 제1304조 및 한-칠레 FTA 제12.5조 참조. 그런데 이러한 표준관련조치(즉 통신 장비나 제품에 대한 기술표준에 관한 조치)에 대해서는 WTO의 무역에 대한 기술장벽에 관한 협정(TBT협정) 또는 FTA의 TBT채터가 불필요하게 중복적으로 적용될 수 있기 때문에 이러한 표준관련조치 조항은 FTA 통신협정문에서 제외시키는 편이 바람직하다고 본다.

17) 이러한 시설의제에 따라 1999년에 설치된 국내규제 작업반(Working Party on Domestic Regulation: WPDR)의 협상과 활동에 대해서는 박영덕(2014), *supra* note 9, 144-147쪽 참조. 한편 GATS 차원의 국내규제 규범이 발효되기 전이라도 회원국은 일정한 수준의 국내규제에 관한 의무를 부담한다는 점에 유의해야 한다. GATS 제VI조 5항 (a)호. 또한 GATS 차원의 국내규제 규범 협상 결과가 FTA 차원에 미치는 영향에도 주목할 필요가 있다. 예컨대 한-미 FTA는 제12.7조에서 서비스무역에서의 국내규제를 규정하고 있는데, GATS 국내규제 규범이 타결되어 발효되는 경우에는 그 내용을 한-미 FTA 차원에서도 유효하게 하기 위하여 한-미 간의 협의를 거쳐 제12.7조가 적절히 수정되어야 한다고 규정하고 있다. 한-미 FTA 제12.7조 3항. 또한 박영덕(2014), *supra* note 9, 148-149쪽 참조.

ICT 산업의 경우 특정 표준이 국가표준으로 채택되거나 기술규정으로 강제되면 망외부성(network externality)으로 인해 고착효과(lock-in effect)가 나타나 신규사업자의 시장 진입이 차단되는 결과가 초래될 수 있다.¹⁸⁾ 이러한 맥락에서 통신사업자의 기술 선택(choice of technology)의 유연성(flexibility)을 보장하여 특정 기술표준의 강제화나 단일표준화가 가져올 부정적 효과를 방지해야 한다는 주장이 제기되어 왔는데, 특히 미국은 시장자유성에 기반을 둔 이러한 규제 철학을 WTO/FTA 차원에서 확산시키기 위하여 2003년에는 기술 선택의 보장을 자국의 도하 개발의 체(DDA) 서비스 양허에 관한 최초 제안서에 추가하고¹⁹⁾ 싱가포르와의 FTA를 필두로 자국이 체결하는 FTA 통신챕터에 ‘기술 선택의 유연성 조항’을 꾸준히 포함시키고 있다.²⁰⁾ 특히 2004년 5월에 체결된 호주와의 FTA 통신챕터는 미국의 DDA 최초 제안서와 유사하게 “정당한 공공 정책 이익을 충족하기 위하여 필요한 요건을 준수할 것을 조건으로” PTS 공급자 또는 VAS 공급자에게 기술 선택의 유연성을 보장하고 있는데²¹⁾ 이 조항은 이후 ‘기술 선택의 유연성 조항’의 모델로서 기능하고 있다.²²⁾

한편 통신서비스 기술표준 정책과 관련하여 한국은 통신 기술의 상호운용성이나 통신망의 효율적 이용을 제고하기 위하여 WTO 회원국 또는 FTA 당사국에게 기술·표준조치를 적용할 권한을 충분히 보장해 주어야 한다는 견해를 강조하는 입장이었다. 이러한 한-미 사이의 입장차는 위피(WIFI) 논쟁²³⁾과 와이브로(WiBro) 논쟁²⁴⁾을 통해 극대화되었는데 당시 통신서비스 기술표준 정책을 실효성 있게 규제할 만한 국제통상규범이 미비하다 보니 미국은 한국의 WIFI/WiBro 정책에

18) 또한 EU법은 회원국의 국가기술표준(national technical standard)이 기술규정(technical regulation)과 동일하게 상품의 자유로운 이동에 ‘실체적으로’ 영향을 미칠 수 있다고 본다. Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on Information Society services (OJ L 204/37, 21 July 1998) as amended, recital 19 참조.

19) 이러한 제안서를 제출하면서 미국은 통신서비스 분야의 추가적 약속란에 “정당한 공공 정책 목적을 달성하기 위하여 필요한 요건을 준수할 것을 조건으로” 허가받은 BTS 공급자에게 서비스 공급 시 사용되는 기술의 선택을 허용한다고 기재하였다. US, Initial Offer, TN/S/O/USA, 9 April 2003, p. 50.

20) 미-싱가포르 FTA 제9.13조 참조.

21) 미-호주 FTA 제12.15조.

22) 예컨대 2004년 8월에 서명된 미-중미-도미니카공화국 FTA 제13.14조; 2005년 9월에 서명된 미-바레인 FTA 제12.14조; 2006년 1월에 서명된 미-오만 FTA 제13.14조; 2006년 4월에 서명된 미-페루 FTA 제14.14조; 2006년 11월에 서명된 미-콜롬비아 FTA 제14.14조; 2007년 6월에 서명된 미-파나마 FTA 제13.14조 참조.

23) 이동전화단말기에 탑재되는 무선인터넷 표준 규격으로 개발된 ‘Wireless Internet Platform for interoperability’(WIFI)를 한국정보통신기술협회(TTA)가 2002년 5월에 TTA 단체표준(TTAS.KO-06.0036 (WIFI 1.0))으로 채택하고, 한국 정부가 그해 12월에 WIFI 1.0 탑재를 의무화하는 내용으로 ‘전기통신설비의 상호접속기준’을 개정하겠다는 계획을 TBT 위원회에 통보하면서 한-미 간에 WIFI 논쟁이 본격화되었다. Committee on Technical Barriers to Trade, Notification, G/TBT/N/KOR/46, 20 December 2002 참조. 결국 2004년 4월에 개최된 한-미 통신 전문가회의에서 WIFI 표준을 기반으로 하되 BREW와 같은 다른 규격도 병행해서 사용할 수 있도록 하는 방향으로 협상이 타결되었고, 이에 따라 한국 정부는 2005년 4월부터 새로 출시되는 이동전화단말기부터 WIFI 2.0 탑재를 의무화하되 다른 플랫폼을 추가로 탑재할 수 있도록 허용하는 내용으로 ‘전기통신설비의 상호접속기준’을 2004년 7월에 개정하였다. 전기통신설비의 상호접속기준, 정보통신부고시 제2004-35호, 2004. 7. 30, 제54조 2항. WIFI 논쟁에 대한 자세한 내용은 박영덕(2014), *supra* note 9, 158-165쪽 참조.

24) 2000년 초에 전세계적으로 휴대인터넷에 대한 관심이 높아지자 2002년을 전후하여 IEEE 802.20 워킹그룹(플라리온과 어레이콤의 주도 아래 켈컴 등이 참여)과 IEEE 802.16e 태스크그룹(인텔이 자사의 WiMax 기술을 앞세워 태스크그룹을 주도)을 중심으로 휴대인터넷 서비스 제공을 위한 기술개발과 표준화 작업이 본격화되었다. IEEE 802.16 워킹그룹과의 협력관계를 구축하고 있던 TTA가 2004년 6월에 2.3Ghz 휴대인터넷에 관한 Wibro 1단계 표준(TTAS.KO-06.0064 & TTAS.KO-06.0065)을 IEEE 802.16 기반으로 채택하고, 한국 정부가 휴대인터넷(WiBro) 사업자 허가조건으로 TTA의 단일표준을 연계시키려 하면서 한-미 간의 Wibro 논쟁이 촉발되었다. 미국은 WiBro 사업자 허가조건에 IEEE 802.20 규격도 복수표준으로 포함시켜 줄 것을 지속적으로 요구하였으나, WiBro 상용서비스가 자리를 잡기도 전인 2008년에 ‘제3세대 파트너십 프로젝트’(3GPP)에 의해 ‘미래 장기 진화’(LTE) 규격이 개발되면서 국내외적으로 LTE 시장이 급속히 확대되고 WiBro 시장과 WiMax 시장이 크게 축소되었기 때문에 Wibro 논쟁은 자연스럽게 잦아들게 되었다. Wibro 논쟁에 대한 자세한 해설로는 박영덕(2014), *supra* note 9, 165-176쪽 참조.

대해 TBT협정만을 원용할 수밖에 없었다.²⁵⁾ 요컨대 한국과 미국 간의 WIPI/WiBro 논쟁은 미국이 2003년부터 WTO/FTA 포럼을 통해 ‘기술 선택의 유연성 조항’을 확산시키게 한 계기가 된 것으로 보인다.²⁶⁾

V. 한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항의 분석

1. 개관

한-미 양국은 한-미 FTA 제14.21조 1항에서 ‘당사국의 기술·표준조치 권한’과 ‘PTS 공급자 및 VAS 공급자의 기술 선택의 유연성’이 대등하게 존중되어야 한다는 입장을 천명하였다. 하지만 ‘당사국의 기술·표준조치 권한’에 수단-목적 심사(means-ends test) 요건을 부과하고(제14.21조 2항과 3항), 사전·사후적 투명성 의무를 부과함으로써(제14.21조 5항) 통신서비스 기술·표준조치 조항은 상대적으로 ‘통신사업자의 기술 선택의 유연성’에 더 큰 비중을 부여한 것으로 평가될 수 있다. 한편 제14.21조 4항은 “가능한 한도에서 각 당사국은 통신서비스 또는 VAS의 공급에 관한 기술요건이 디자인 또는 묘사적 특성보다는 성능(performance)에 기초하도록 노력해야 한다.”고 규정함으로써²⁷⁾ TBT협정 제2.8조의 핵심을 반영하고 있다.²⁸⁾

2. 기술·표준조치의 의미

한-미 FTA 통신챕터는 ‘표준’과 ‘기술·표준조치’ 등의 용어를 별도로 정의하지 않는다.²⁹⁾ 다만 한-미 FTA의 TBT챕터는 ‘표준’과 ‘기술규정’의 의미에 대해 TBT협정의 해당 정의와 동일하다고 규정하고 있고³⁰⁾ WPDR 협상도 TBT협정 상의 표준의 정의와 기술규정의 정의에 바탕을 두고 ‘서비스 기술표준’(technical standards in services)의 의미를 논의하므로³¹⁾ 한-미 FTA 통신챕터 상의 ‘표준’과 ‘기술·표준조치’ 그 자체의 의미에 대해서는 TBT협정 상의 ‘표준’ 정의와 ‘기술규정’ 정의에 관한 WTO 분쟁해결기관의 해석을 고려할 필요가 있다.³²⁾

25) 예컨대 WIPI 정책에 대한 미국 정부의 TBT협정 위반 주장에 대해 한국 정부는 ‘전기통신설비의 상호접속기준’ 개정 안이 무선인터넷 서비스에 관한 기술기준과 관련되므로 TBT협정 상의 기술규정에 해당되지 않는다는 점을 강조하기 위하여 TBT 통보문에 WIPI 1.0이 서비스 플랫폼 표준임을 명시한 바 있다. G/TBT/N/KOR/46, *supra* note 23, Section 6(Description of the content) 참조.

26) 이한영, 「디지털@통상협상 - UR에서 한미 FTA까지」(서울: 삼성경제연구소, 2007), 252쪽; 박영덕(2014), *supra* note 9, 153-154쪽 참조. 예컨대 USTR은 2004년 4월에 발표한 제1377조 보고서에서 미국 정부가 WTO/FTA 차원에서 통신사업자의 기술 선택을 보장하려는 무역정책 목표가 WIPI 이슈로 인해 더욱 강화되었다고 언급하였다. USTR, *Results of 2004 Section 1377 Review of Telecommunications Trade Agreements*, April 7, 2004, p. 5.

27) 성능에 기초한 기술요건의 예로는 2004년 7월에 한국 정부가 발표한 WiBro 기술방식 중에서 ‘인접된 기지국에서 동일한 주파수를 사용해도 성능 저하가 없어야 한다는 조건’이나 ‘시속 60Km로 이동 시, 기지국의 통신 반경 끝부분의 전송 속도는 가입자 수신 시에는 512Kbps 이상, 가입자 송신 시에는 128Kbps 이상이어야 한다는 조건’을 들 수 있다. 박영덕(2014), *supra* note 9, 208-209쪽.

28) 제14.21조 4항은 TBT협정 제2.8조와 유사하지만 ‘shall endeavor to’ 문구와 ‘to the extent possible’ 문구를 사용함으로써 제2.8조보다는 의무의 강도를 상당히 약화시킨 특징이 있다. *Ibid.*, 209쪽.

29) GATS 제VI조 4항과 5항에서 ‘기술표준’(technical standard)이라는 용어가 등장하지만 표준은 기술적 내용(technical content)을 포함하기 마련이므로 ‘기술표준’과 ‘표준’은 의미상 호환가능하다. Working Party on Domestic Regulation, *Technical Standards in Services: Note by the Secretariat*, S/WPDR/W/49, 13 September 2012, para. 6 참조.

30) 한-미 FTA 제9.10조.

31) 예컨대 S/WPDR/W/49, *supra* note 29, paras. 17-19 참조.

32) 국제표준화기구(ISO)의 서비스 표준(services standard)에 관한 정의도 함께 고려되어야 할 것이다. ISO의 서비스 표준에 관한 정의에 대해서는 ISO/IEC, *International Organization for Standardization (ISO) / International*

그런데 한-미 FTA 통신챕터 상의 ① ‘기술’ 또는 ‘표준’은 ‘PTS 및 VAS의 공급자가 자신의 서비스를 공급하기 위하여 이용할 수 있는 기술 또는 표준’으로 한정되고, ② ‘기술·표준조치’는 ‘이러한 기술 또는 표준을 제한하는 조치’로 한정된다는 점에 유의해야 한다. 게다가 한-미 FTA 통신챕터는 ‘통신서비스 무역에 영향을 미치는 조치’로 적용 범위가 제약된다.³³⁾ 따라서 통신챕터 상의 ‘기술·표준조치’는 ‘통신서비스의 무역에 영향을 미치는 조치’ 중에서 ‘PTS 및 VAS의 공급자가 자신의 서비스를 공급하기 위하여 이용할 수 있는 기술 또는 표준을 제한하는 조치’로 해석되어야 한다.

3. 통신서비스 기술·표준조치 권한의 내용과 한계

당사국이 보유하는 통신서비스 기술·표준조치 권한의 내용과 그 한계는 제14.21조의 2항과 3항에서 자세히 규정된다. 우선 당사국은 PTS 또는 VAS의 공급자가 자신의 서비스를 공급하기 위하여 이용할 수 있는 기술·표준조치를 적용할 수 있지만, 이러한 조치는 1) 정당한 공공 정책 목적을 달성하기 위하여 고안되고 2) 무역에 대한 불필요한 장애를 초래하는 방식으로 준비·채택 또는 적용되지 않을 것을 조건으로 허용된다.³⁴⁾

1) 목적의 정당성

한-미 FTA 제14.21조 2항 2문은 당사국에게 정당한 공공 정책의 목적을 정의할 권리를 일반적으로 부여하되, 통신장비/통신서비스의 국내 공급자(domestic supplier)³⁵⁾를 보호하는 것은 정당한 공공 정책 목적에서 명시적으로 제외하였다.³⁶⁾ 다만 PTS 공급자 또는 VAS 공급자가 특정한 스펙트럼 주파수 대역(spectrum frequency band)에서 자신의 서비스를 공급하기 위하여 이용할 수 있는 기술·표준조치의 경우에는 정당한 공공 정책의 목적이 네 가지의 범주로 제한된다.³⁷⁾

2) 정당한 공공 정책 목적을 달성하기 위하여 고안될 조건

Electrotechnical Commission (IEC) Guide 2, General Terms and Their Definitions Concerning Standardization and Related Activities, 8th edition (2004), Art. 3.2 참조.

33) 한-미 FTA는 통신챕터의 적용 범위를 ‘통신 서비스의 무역에 영향을 미치는 조치’로 규정하고 이러한 조치에 1) PTS에 대한 접속 및 이용에 관한 조치, 2) PTS 공급자의 의무에 관한 조치, 3) PTN 또는 PTS에 관한 그 밖의 조치, 4) VAS의 공급에 관한 조치를 포함시키고 있다. 한-미 FTA 제14.1조 1항. 또한 제14.1조 2항 참조.

34) 한-미 FTA 제14.21조 2항 1문.

35) 여기서 ‘통신장비/통신서비스의 공급자’는 통신서비스 공급자, VAS 공급자, 통신장비 공급자, 부가 장비 공급자 등을 포괄하므로 제14.21조 상의 ‘국내 공급자’는 국내 통신사업자뿐만 아니라 국내 통신장비사업자도 포함하는 매우 넓은 개념이라는 점을 유념하여야 한다. 박영덕(2014), *supra* note 9, 182쪽.

36) 휴면통상조항(dormant commerce clause) 사건에서 미국 연방대법원은 일반적으로 州法 목적의 정당성을 어렵지 않게 인정하지만 경제적 보호주의가 州法의 목적인 경우에는 그 정당성을 부인한다. *Baldwin v. G.A.F. Seelig, Inc.*, 294 U.S. 511, 527 (1935). 이러한 연방대법원의 기조는 한-미 FTA 제14.21조 2항 2문에서 ‘통신장비/통신서비스의 국내 공급자를 보호하는 목적’을 정당하지 않은 것으로 명시한 것과 무관해 보이지 않는다. 박영덕(2014), *supra* note 9, 185-186쪽.

37) 즉 기술·표준조치가 1) 스펙트럼의 효과적 또는 효율적 이용을 보장하거나 2) ‘국내 또는 국제 망이나 서비스’에 대한 소비자의 지속적인 접속을 보장하거나, 3) 법 집행을 촉진하거나, 4) 인간의 건강 또는 안전을 보호하도록 고안될 것을 조건으로 당사국은 PTS 공급자 또는 VAS 공급자가 특정한 스펙트럼 주파수 대역에서 자신의 서비스를 공급하기 위하여 이용할 수 있는 기술 또는 표준을 제한하는 기술요건을 적용할 수 있다. 한-미 FTA 제14.21조 3항. TBT협정 제 2.2조는 정당한 공공 정책을 예시적으로 열거한다는 점에서 볼 때 14.21조 3항은 전파 자원의 이용에 관한 기술·표준조치의 정당화 사유를 지나치게 한정하는 것으로 보이나, ‘법 집행의 촉진’이라는 공공 정책 목적은 정당화 사유를 크게 확대시킬 수 있기 때문에 전파 자원의 이용에 관한 정당화 사유가 그다지 제약되는 것은 아니라고 생각된다. 박영덕(2014), *supra* note 9, 183-184쪽.

기술·표준조치가 ‘정당한 공공 정책 목적을 달성하기 위하여 고안될’(designed to achieve a legitimate public policy objective) 조건은 수단-목적 심사의 맥락에서 비례성 원칙(principle of proportionality) 상의 적합성 심사(suitability test) 또는 미국 연방대법원의 단순합리성 심사(rational basis scrutiny)에 상응한다고 볼 수 있다.³⁸⁾ 적합성 심사의 취지는 규제조치(수단)가 공공 목적을 기술적으로 달성할 수 있게 하는지를 평가하여 이러한 조치와 목적 간의 관계에서 최소한도의 합리성(minimum reasonableness)을 확인하려는 데에 있다. 즉 수단의 적합성이 충족되는지를 판단하기 위해서는 해당 조치가 최선의 대안인지를 심사할 필요는 없으며³⁹⁾ 수단과 목적 사이에 인과관계가 있으면 충분할 것이다.⁴⁰⁾ 따라서 당사국의 기술·표준조치가 추구하는 목적이 정당하다면 기술·표준조치가 ‘정당한 공공 정책 목적을 달성하기 위하여 고안될 조건’은 무리 없이 충족될 수 있다고 본다.⁴¹⁾

3) 기술·표준조치 채택에 관한 사전적 투명성 의무

당사국이 통신서비스 또는 VAS를 공급하기 위하여 특정한 기술·표준조치를 채택하는 경우 이러한 조치를 채택하는 규칙제정(rulemaking)⁴²⁾ 과정에서 당사국은 1) ‘시장의 힘’(market force)으로는 자국의 정당한 공공 정책 목적을 달성하지 못하였거나 달성할 것으로 합리적으로 기대될 수 없다고 결정하고, 2) 대체기술(alternative technology) 또는 대체표준(alternative standard)으로도 조치당사국이 정당한 공공 정책 목적을 달성할 수 있다는 것을 통신장비/통신서비스 공급자가 증명할 수 있도록 공급자에게 기회를 부여해야 한다.⁴³⁾

4) 기술·표준조치 채택에 관한 사후적 투명성 의무

당사국이 통신서비스 또는 VAS를 공급하기 위하여 특정한 기술·표준조치를 채택한 이후에는 두 가지의 투명성 의무가 부과된다. 우선 조치당사국의 정당한 공공 정책 목적을 효과적이고 합리적으로 달성할 수 있는 대체기술 또는 대체표준의 이용을 추가로 허용하는 규칙제정을 개시하도록 조치당사국에게 요청할 수 있는 기회가 통신장비/통신서비스 공급자에게 제공되어야 한다.⁴⁴⁾ 더

38) 박영덕(2014), *supra* note 9, 181쪽. 단순합리성 심사에서는 수단과 목적 사이에 ‘최소한도의 합리적 연관성’(minimally rational relation)이 있으면 되고 이는 양자 사이에 매우 느슨한 적합성으로도 충분하다. *Ibid.*, 64쪽. 단순합리성 심사는 일반적으로 수단과 목적 사이의 합리성이 어렵지 않게 인정된다는 점에서 적합성 심사와 유사한 측면이 있다. Michal Tamir, “Public Law as a Whole and Normative Duality: Reclaiming Administrative Insights in Enforcement Review”, *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, Vol. 12(2007), p. 73. 참고로 미국 연방대법원과 EU사법재판소의 수단-목적 심사에 대해서는 박영덕(2014), *supra* note 9, pp. 60-109 참조.

39) Federico Ortino, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004), pp. 405-406.

40) Panagiotis Delimatsis, “Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best Is Yet to Come”, *European Journal of International Law*, Vol. 19(2008), p. 390.

41) 박영덕(2014), *supra* note 9, 181쪽.

42) 통신채터 상의 ‘규칙’(rule)은 미국법의 틀 내에서는 실제적 규칙(입법적 규칙)만을 의미하고(해석규칙, 조직규칙, 절차규칙 등은 그 범위에서 제외됨), 한국법의 틀 내에서는 범규명령만을 의미(행정규칙은 그 범위에서 제외됨)한다고 해석하는 것이 타당할 것이다. *Ibid.*, 218쪽 참조. 미국 행정절차법 상의 규칙제정에 대해서는 Jeffrey S. Lubbers, *A Guide to Federal Agency Rulemaking* (Chicago: ABA Publishing, 2012), pp. 43-52 참조. 한-미 FTA 통신채터 상의 규칙제정의 의미에 대해서는 박영덕(2014), *supra* note 9, 210-223쪽 참조.

43) 한-미 FTA 제14.21조 5(a)항. 이러한 규칙제정 과정을 통해서 당사국이 기술·표준조치를 채택하기로 결정하면 채택된 규칙과 그 제정 근거는 신속하게 공표되거나 달리 공개적으로 이용가능하게 되도록 보장되어야 한다. 한-미 FTA 제14.20조 (a)항.

44) 한-미 FTA 제14.21조 5(b)항 1문. 전술한 바와 같이 한국 정부는 이동전화단말기에 WIPI 2.0 탑재를 의무화하되 다른 플랫폼을 추가로 탑재할 수 있도록 허용하는 내용으로 ‘전기통신설비의 상호접속기준’을 개정하였는데, 이러한

나아가 공급자의 이러한 요청에 대하여 조치당사국은 요청을 수용하거나 거부하는 이유를 적시하여 서면으로 답변하고, 이러한 답변이 공개적으로 이용가능하게 되도록 해야 한다.⁴⁵⁾

5) 불필요한 장애를 초래하지 않을 조건 (필요성 심사)

기술·표준조치가 ‘무역에 대한 불필요한 장애를 초래하는 방식으로 준비·채택 또는 적용되지 않을’(not prepared, adopted, or applied in a manner that creates unnecessary obstacles to trade) 조건은 필요성 심사(necessity test)를 요구하는데⁴⁶⁾ 이에 관한 구체적인 기준에 대해서는 GATT 제XX조, GATS 제XIV조 또는 TBT협정 제2.2조 상의 필요성 심사에 관한 법리가 참조될 수 있을 것이다.⁴⁷⁾

GATT 제XX조와 GATS 제XIV조 상의 필요성 심사에서 패널이 수행하는 비교형량(weighing and balancing)은 종합적인 판단을 내리기 위하여 각각의 고려 요소(피소 조치가 보호하고자 하는 이익/가치의 상대적 중요성, 피소 조치와 대안의 목적 실현에 대한 기여도, 조치의 무역 제한적 효과, 대안의 이행을 위한 피소국의 역량 등)를 개별적으로 검토한 후 상호간의 관계에서 모든 요소들을 평가하는 ‘총체적 작업’(holistic operation)으로 평가된다.⁴⁸⁾ 이러한 비교형량의 개념은 TBT협정 제2.2조 상의 필요성 심사에 적용되는 관계분석(relational analysis)/비교분석(comparative analysis)과 닮아 있지만⁴⁹⁾ 양자는 입증책임에서 차이를 보인다.⁵⁰⁾ 생각건대 한-미 FTA 제14.21조 2항은 기술·표준조치의 차별성 여부와 무관하므로 TBT협정 제2.2조 상의 필요성 심사의 경우와 유사하게 기술·표준조치가 불필요한 장애를 초래함을 제소당사국이 증명하도록 요구될 것이다. 관련하여 제14.21조 5항은 조치당사국이 기술·표준조치의 채택을 전후하여 대체기술 또는 대체표준의 이용가능성을 제고하도록 요구하고 있는데 이러한 사전·사후적 투명성 요건은

복수표준 허용 방식은 규칙제정을 통해 대체기술 또는 대체표준의 이용을 추가적으로 허용하는 사례에 해당될 수 있다고 본다. 박영덕(2014), *supra* note 9, 232-233쪽.

45) 한-미 FTA 제14.21조 5(b)항 2문.

46) 한-미 FTA 제14.21조 2항 1문.

47) 특히 GATS 제XIV조는 한-미 FTA 제14장(통신채터)의 목적 상, 필요한 변경을 가하여(*mutatis mutandis*) 한-미 FTA에 통합되어 그 일부가 되므로(한-미 FTA 제23.1조 2항 참조), 한-미 FTA 분쟁해결패널은 제14.21조 2항을 해석할 때 GATS 제XIV조를 관련 문맥으로 고려할 것이다. 참고로 ‘州的 기본권 제한 및 州間통상규제’에 대한 미국 연방대법원의 사법심사, EU사법재판소의 비례성 심사, WTO의 필요성 심사, 한-미 FTA 통신채터의 필요성 심사 등의 관련 요소와 특징을 항목별로 비교한 도표로는 박영덕(2014), *supra* note 9, 345-348쪽 참조

48) Appellate Body Report, *Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007, para. 182; Appellate Body Report, *United States - Measures Affecting the Cross Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005, para. 306 참조. WTO 필요성 법리는 ‘필요한’(necessary)의 의미를 ‘기여하는’(making a contribution to)보다는 ‘필수불가결한’(indispensable)에 가까운 ‘의미적 연속체’(continuum)로 전제함으로써 비록 덜 무역제한적인 대안이 존재하더라도 상기 비교형량 고려요소들에 대한 총체적인 평가를 통하여 피소 조치의 필요성이 인정될 수 있는 가능성을 열어 두고 있다. EU의 비례성 심사와 WTO 필요성 심사를 가정적 사례를 통해 도식으로 풀이하고 비교한 자료로는 박영덕(2014), *supra* note 9, 349-355쪽 및 137-141쪽 참조.

49) 상소기관은 *US - Tuna II (Mexico)* 사건에서는 비교분석을 비교형량과 유사하다고 언급하였고 *US - COOL* 사건에서는 관계분석을 비교형량과 유사하다고 언급하였다. 박영덕(2014), *supra* note 9, 181쪽의 각주 257; Appellate Body Report, *United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/AB/R, adopted 13 June 2012, footnote 645 to para. 320; Appellate Body Report, *United States - Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, WT/DS384,AB/R, WT/DS386/AB/R, adopted 23 July 2012, footnote 745 to para. 374 참조.

50) 즉 GATT 제XX조와 GATS 제XIV조의 경우에는 피소 조치의 필요성 충족에 대해서 피소국이 입증책임을 부담하지만 TBT협정 제2.2조의 경우에는 피소 조치의 필요성 불충족에 대해서 제소국이 입증책임을 진다. 박영덕(2014), *supra* note 9, 181쪽. 또한 Appellate Body Report, *US - Gambling*, *supra* note 48, para. 309; Appellate Body Report, *US - Tuna II (Mexico)*, *supra* note 49, para. 323 참조.

제14.21조 2항 1문과 연계하여 피소 조치가 ‘최소 무역제한적’(least trade-restrictive)으로 준비·채택 또는 적용되도록 보장하는 기능을 수행한다고 볼 수 있다.

VI. 맺음말

한-미 FTA 제14.21조는 통신서비스 기술·표준조치에 관한 정부의 권한과 한계를 현 시점에서 가장 상세하고 밀도 있게 규정한 국제통상규범으로서 향후 FTA 협상에서 여러 나라들에 의해 분석되고 활용될 것으로 예상된다. 예컨대 최근에 타결된 한-호주 FTA와 한-중 FTA는 한-미 FTA 제14.21조를 참조하여 통신서비스 기술·표준조치 조항(각각 제9.22조, 제10.14조)을 성안했는데 호주와 중국은 FTA 상대국에 따라 이 조항을 준거하여 추후 FTA 통신챕터 협상을 추진할 가능성이 있다.

한-미 FTA 제14.21조는 필요성 요건(제14.21조 2항 1문)을 사전·사후적 투명성 요건(제14.21조 5항)과 연계시키고 전과 자원의 이용에 관한 기술·표준조치의 정당화 사유를 네 가지 범주로 한정함으로써 ‘실제로는’ TBT협정 제2.2조보다 더욱 용이하게 제소당사국이 ‘피소 조치의 불필요한 장애 초래’에 관한 一應 증거(*prima facie* case)를 제출할 수 있을 것으로 생각된다.⁵¹⁾

이러한 맥락에서 볼 때 한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항은 ‘당사국의 통신서비스 기술·표준조치 권한’보다는 ‘통신서비스공급자의 기술 선택의 유연성’에 조금 더 비중을 두고 있다고 평가될 수 있는데, 한-호주 FTA와 한-중 FTA의 통신서비스 기술·표준조치 조항은 한-미 FTA 제14.21조의 1항과 2항 1문만을 반영하였기 때문에 ‘기술·표준조치 권한’과 ‘기술 선택의 유연성’을 매우 균형 있게 보장하고 있는 것으로 보인다.⁵²⁾ 따라서 더욱더 조화로운 기술·표준조치 조항이 WTO/FTA 포럼을 통해 개발될 수 있도록 하기 위해서는 한-호주 FTA型 통신서비스 기술·표준조치 조항이 미국式 FTA 통신챕터의 ‘기술 선택의 유연성 조항’에 대한 적절한 대안으로서 활발히 논의될 필요가 있다.

미국은 WIPI/WiBro 논쟁을 반면교사로 삼아 한국과의 FTA 체결을 계기로 한국의 통신시장에서 단일표준화 또는 강제표준화가 더 이상 추진되기 어렵게 하는 방식으로 한-미 FTA 통신챕터의 기술·표준조치 조항을 디자인한 것으로 보인다. 이러한 맥락에서 볼 때 ICT 표준화 지원 사업을 지속적으로 추진하는 한국 정부의 입장에서는⁵³⁾ 한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항의 사전·사후적 투명성 요소에 특히 주의하면서 통신서비스 기술표준정책을 입안하고 시행할 필요가 있다.

51) WTO 분쟁해결제도의 증거책임(burden of production)과 심증형성책임(burden of persuasion)에 관한 법리에 대해서는 박영덕(2014), *supra* note 9, 117-128쪽 참조.

52) 즉 한-호주 FTA와 한-중 FTA의 통신서비스 기술·표준조치 조항은 기술·표준조치 채택에 관한 사전·사후적 투명성 의무를 부과하지 않으며, 당사국이 정당한 공공 정책 목적을 정의할 권리를 제한 없이 인정하고, 기술·표준조치가 관련 국제표준에 기초하는 경우에는 무역에 불필요한 장애를 초래하지 않는다는 반박가능한 추정(rebuttable presumption)을 부여한다. 호주 FTA 제9.22조 2항의 각주 33; 한-중 FTA 제10.14조 2항의 각주 5 참조. 반면에 한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항은 국제표준과 관련하여 양 당사국이 ‘PTS 또는 VAS의 공급에 관한 기술요건’을 국제표준에 기초하는 것이 적절할 수 있음을 인정한다고만 규정함으로써(한-미 FTA 제14.21조 3항의 각주 16) TBT협정 제2.5조 2문과 같은 ‘반박가능한 추정’을 부여하지 않는다. 각주 16에 대한 상세한 분석으로는 박영덕(2014), *supra* note 9, 196-207쪽 참조.

53) 미래창조과학부, “2015년도 과학기술·ICT분야 연구개발사업 중합시행계획”, 미래창조과학부 공고 제2015 - 23호, 2014. 12. 31, 42쪽 참조.

<참고문헌>

- 박영덕, “한국과 미국 간의 자유무역협정의 통신챕터에 대한 연구”, 박사학위논문, 연세대학교 (2014)
- 이한영, 「디지털@통상협상 - UR에서 한미 FTA까지」 (서울: 삼성경제연구소, 2007)
- Committee on Technical Barriers to Trade, Notification, G/TBT/N/KOR/46, 20 December 2002
- Delimatsis, Panagiotis, “Determining the Necessity of Domestic Regulations in Services: The Best Is Yet to Come”, *European Journal of International Law*, Vol. 19(2008)
- Diebold, Nicolas F., *Non-Discrimination in International Trade in Services: ‘Likeness’ in WTO/GATS* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010)
- Hsu, Locknie, “Applicability of WTO Law in Regional Trade Agreements: Identifying the Links” in Lorand Bartels & Federico Ortino (eds), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* (Oxford: Oxford University Press, 2006)
- ISO/IEC, *International Organization for Standardization (ISO) / International Electrotechnical Commission (IEC) Guide 2, General Terms and Their Definitions Concerning Standardization and Related Activities*, 8th edition (2004)
- Lubbers, Jeffrey S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking* (Chicago: ABA Publishing, 2012)
- Ortino, Federico, *Basic Legal Instruments for the Liberalisation of Trade: A Comparative Analysis of EC and WTO Law* (Oxford: Hart Publishing, 2004)
- Tamir, Michal, “Public Law as a Whole and Normative Duality: Reclaiming Administrative Insights in Enforcement Review”, *Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights*, Vol. 12(2007)
- US, Initial Offer, TN/S/O/USA, 9 April 2003
- USTR, *Results of 2004 Section 1377 Review of Telecommunications Trade Agreements*, April 7, 2004
- Working Party on Domestic Regulation, Technical Standards in Services: Note by the Secretariat, S/WPDR/W/49, 13 September 2012

<국문초록>

한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항의 이해

박영덕

이 글은 한-미 FTA 통신서비스 기술·표준조치 조항(제14.21조)을 해석하여 양 당사국이 보유하는 통신서비스 기술·표준조치 권한의 내용과 그 한계를 수단-목적 심사의 관점에서 풀이하였다.

한-미 FTA 제14.21조는 당사국의 기술·표준조치 권한에 ‘불필요한 장애를 초래하지 않을 요건’을 부과하고, 규칙제정과 연계하여 사전·사후적 투명성 의무를 부과함으로써 상대적으로 ‘통신사업자의 기술 선택의 유연성’에 더 큰 비중을 부여한 것으로 평가될 수 있다.

반면에 한-호주 FTA의 통신서비스 기술·표준조치 조항(제9.22조)은 1) 기술·표준조치 채택에 관한 사전·사후적 투명성 의무를 부과하지 않으며, 2) 당사국이 정당한 공공 정책 목적을 정의할 권리를 제한 없이 인정하고, 3) 기술·표준조치가 관련 국제표준에 기초하는 경우에는 무역에 불필요한 장애를 초래하지 않는다는 반박가능한 추정을 부여한다는 점에서 볼 때 ‘기술·표준조치 권한’과 ‘기술 선택의 유연성’을 한-미 FTA 제14.21조보다 더 균형 있게 보장하고 있다. 따라서 더욱더 조화로운 기술·표준조치 조항이 WTO/FTA 포럼을 통해 개발될 수 있도록 하기 위해서는 한-호주 FTA型 통신서비스 기술·표준조치 조항이 미국式 FTA 통신챕터의 ‘기술 선택의 유연성 조항’에 대한 적절한 대안으로서 활발히 논의될 필요가 있다.

주제어: 자유무역협정, 통신참조문서, 통신서비스, 필요성 심사, 기술표준

<Abstract>

Toward an Understanding of the Article regarding “Measures Concerning Technologies and Standards” under the Telecommunications Chapter of the U.S.–Korea Free Trade Agreement

Young Duk Park

The purpose of this article is to examine a balance between the sovereign right to regulate technologies for legitimate public policy objectives and the value of allowing telecom operators flexibility to choose the technologies that they use to supply their services. To this end, the article attempts to analyze Article 14.21 of the KORUS FTA entitled “Measures Concerning Technologies and Standards” and compare it with Article 9.22 of the Australia–Korea FTA with respect to 1) the means-and-ends tests (including the necessity test) developed by the U.S. Supreme Court, the Court of Justice of the EU and the WTO Appellate Body, 2) the right to define its own legitimate public policy objectives, 3) the legal consequences of using relevant international standards as a basis for a measure concerning technologies or standards and 4) whether a rulemaking proceeding is required to initiate before and after adopting such measure.

This comparative analysis suggests that Article 9.22 of the Australia–Korea FTA strikes a balance between the regulatory right and the choice of technologies in a more desirable and appropriate way than Article 14.21 of the KORUS FTA. The article envisages a gradual advancement and expansion of the type of Article 9.22 of the Australia–Korea FTA in the future.

Keyword: Free Trade Agreement (FTA), Reference Paper, Telecommunications Services, Necessity Test, Technical Standards

**제3주제 : 투자자-국가 중재에서의 투자자에 대한 연구
기업 및 주주 당사자적격을 중심으로**

발 표 자 : 주현수 박사 (김앤장/ 2014. 8. 연세대)

토 론 자 : 이재민 교수 (서울대)

투자자 - 국가 중재에서의 서류상회사의 당사자적격에 대한 연구

연세대학교 법학박사 주 현 수

I. 서론

우리나라는 2014년 5월 현재 10개의 투자자-국가 분쟁해결절차를 포함한 자유무역협정을 체결하였고, 93개의 양자투자협정을 체결하였다. 또한, 다자적 차원에서 역내 포괄적 경제동반자협정에 참여를 하고 있고, 환태평양경제동반자협정에도 참여의사를 밝히는 등 투자자-국가 분쟁해결절차를 포함한 국제투자협정 체결에 있어 선두주자 중 하나이다.

또한, 2012년 미국계 사모펀드 론스타가 2006년에 개정된 한-벨기에·룩셈부르크 경제동맹 투자보장협정¹⁾에 의거하여 우리나라를 상대로 ICSID에 중재요청을 하면서²⁾ 우리나라가 체결한 여러 국제투자협정을 통한 투자자-국가간 분쟁해결절차(Investor-State Dispute Settlement, 이하 'ISDS'라 한다)에 대한 논의가 다시 활발해졌다.

론스타 분쟁사건의 경우 문제가 되었던 점은 투자중재를 요청한 벨기에 회사가 서류상 회사라는 점이다. 즉, 미국계 사모펀드 론스타가 벨기에에 설립한 스타홀딩스 회사를 통해 한국에 투자함으로써 외관상 한-벨기에 투자보장협정상 협정 상대국인 벨기에 기업이지만 그 협정 상대국에서 실제 영업활동을 하지 않는 서류상 회사(paper company)라는 점이 문제였다. 그럼에도 불구하고 론스타 펀드가 한-벨기에 투자보장협정을 근거로 투자자-국가 중재를 청구함으로써 제3국 투자자가 실질적 영업활동 없이도 투자협정의 혜택을 향유하는 조약쇼핑의 전형적인 사례가 되었다.

실질적 영업활동이 없는 제3국 투자자가 투자협정의 이익을 향유하는 무임승차(free-riding)를 가능하게 하는 것은 상호주의에 입각하여 양 체결당사국의 정당한 투자자를 보호하기 위함이라는 투자협정의 목적에 반한다.³⁾ 특히, 다국적 기업의 경우, 전세계 BIT와 FTA 투자협정을 검토하여 조약쇼핑을 한 후 본인들에게 유리한 국적을 취득하여 그 협정을 근거로 중재요청을 하는 일이 빈번하게 일어나고 있다.⁴⁾ 2000년대 이후로 전세계적으로 양자간 또는 지역간 투자협정 체결이 증가하면서 이런 현상이 심화되고

1) 정식명칭은 한-벨기에·룩셈부르크 경제동맹 투자보장협정이지만, 이하에서는 한-벨기에 투자보장협정이라 하겠다.

2) *LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/12/37, Registered Date : December 10, 2012. 론스타 펀드(LSF)는 1989년 미국 델러스에서 처음 설립된 부동산투자 전문 폐쇄형 사모헤지 펀드로 특히 부실채권정리, 부동산의 운용, 구조조정 등에 투자하고 있다. 론스타는 미국 본사에서 버뮤다(조세회피지역)→룩셈부르크→벨기에를 거쳐서 복잡한 출자구조를 통해서 외환은행을 인수했다. 벨기에 회사인 스타홀딩스를 통해 우리나라에 투자를 하였기 때문에 론스타는 한-벨기에 투자보장협정을 통해 우리나라를 상대로 투자자-국가 중재를 요청하였다.

3) Rachel Thorn and Jennifer Doucleff, "Disregarding the Corporate veil and Denial of Benefits Clauses : Testing Treaty Language and the Concept of Investor", in *Micheal Waibel eds. The Backlash against Investment Arbitration: Perception and Reality*, Kluwer Law International(2010), p. 20

4) UNCTAD, Scope and definition, *2 UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements* (2011), p. 13

있다.⁵⁾

그러나, 이런 조약 쇼핑 또는 국적 기획을 통한 서류상 회사의 투자자 적격을 일률적으로 부인하기도 어렵다. 왜냐하면, 그동안 대부분의 해외투자는 다국적 기업 주도로 이루어졌으며, 이런 해외투자를 통해 세계경제가 발전한 측면도 무시할 수는 없기 때문이다. 또한, 투자자의 다변화가 이루어진 현재에도 여전히 다국적 기업의 투자가 상당 부분을 차지하고 있다. 자본수출국의 위치로 도약한 우리나라 입장에서 우리 기업들의 해외투자시 이런 조약쇼핑(treaty shopping)이나 국적기획(nationality planning)을 전략적으로 활용할 수 밖에 없다.⁶⁾ 실제로 2013년 이후에는 우리 기업도 우리나라가 체결한 국제투자협정을 근거로 남아프리카, 중국을 상대로 투자자-국가 중재를 요청하기도 하였다.

다만, 투자분쟁이 발생하거나 분쟁이 예상되는 경우에 오직 투자협정상 투자중재를 활용할 목적으로 또는 국내분쟁을 국제분쟁화하기 위해서 서류상 회사를 설립하여 조약쇼핑을 하는 것은 투자협정 취지에 반하므로 이런 악의적 조약쇼핑은 제한할 필요가 있다.⁷⁾

최근 국제투자법은 외국인 투자보호와 투자유치국의 공익을 위한 규제권한간의 균형을 이루는 방향으로 변화하고 있다. 과거에 투자보호를 중시하여 투자자 및 투자의 범위를 확대한 결과 다국적기업과 주주가 서류상 회사를 통해 조약쇼핑을 하거나 권리를 남용하는 문제가 발생하게 되었고, 그 결과 오늘날 국제투자법에서는 국제투자법의 지속가능한 발전을 위해 투자자의 당사자적격을 제한하는 방향으로 변화가 진행중이다. 이처럼 투자보호와 투자유치국의 공익을 위한 규제권한 사이의 균형을 유지하여 지속가능한 발전을 이루기 위해서는 우리나라의 경우에도 악의적 목적의 서류상회사의 경우 당사자적격을 제한하는 방향으로 투자협정에서 투자와 투자자를 정의하는 것도 필요할 수 있다.

이하에서는 일반론으로서 우리나라의 투자현황과 국제투자법의 현황을 살펴보고, 과거 국제투자법에서 서류상 회사의 당사자적격이 인정될 수 밖에 없는 이유로서 실제 국제투자협정상 법인의 국적기준이 어떻게 규정되어 있는지, 실제 투자분쟁사례에서 서류상 회사의 당사자적격이 왜 인정되고 있는지, 이런 서류상 회사의 당사자적격 인정과 관련한 문제점 및 해결방안, 그리고 우리나라 투자협정에의 시사점 등을 검토하였다.

5) Ibid.

6) 2013년 우리나라 건설회사가 남아프리카 국가를 상대로 투자자-국가 중재를 제기하여 현재 비공개로 관련 절차가 진행중이다. 이런 우리 해외투자 기업의 중재요청은 점점 증가할 것으로 보인다. A Dynamic Asia, Korean construction company in an ad hoc investment treaty arbitration against North African state, June 1, 2013, available at : <http://www.legalbusinessonline.com/features/dynamic-asia/57788>

7) 같은 견해로 김재훈, 「한국의 국제투자규범 중 ISDS의 보호범위에 관한 연구」, 서울대학교 석사학위논문, 2008, 86면, Andrés Rigo Sureda, *Investment Treaty Arbitration : Judging Under Uncertainty*, Cambridge University Press, 2012, pp. 93-94, *Cementownia Nowa Huta SA v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/2(ECT), Award, 17 September 2009, para 117. "Treaty shopping per se is not in principle to be disapproved of, but in some instances it has been found to be mere artifice employed to manufacture an international dispute out of a purely domestic disputes."

II. 우리나라의 투자현황 및 국제투자법의 현황

1. 우리나라 투자현황

서류상회사의 중재요청권 인정 여부 및 그 기준을 살펴보고 우리나라의 투자협정에 어떤 형태로 반영할 지 검토하기 위해서는 우리나라에서 현재 이루어지는 외국인투자 현황과 우리기업의 해외투자 현황을 먼저 살펴볼 필요가 있다. 우리나라에서 이루어지는 외국인 투자는 아래 표1, 2, 3의 비교에서 보는 바와 같이, 직접투자에 비해 주식, 채권 등의 포트폴리오 투자가 30배 이상(유치액기준) 많은 것을 알 수 있다.

[표1] 우리나라의 직접 투자 유치 현황⁸⁾ (단위: 백만불)

	2011	2012	2013
전체	13,673	16,286	14,496
제조업	5,657	6,097	4,648
서비스업	7,269	9,602	9,848

[표2] 위 직접투자 중 M&A와 Greenfield 형 유치현황⁹⁾(단위: 백만불)

	2011	2012	2013
전체	13,673	16,286	14,496
M&A	1,971	3,749	4,970
Greenfield	11,702	12,537	9,526

[표3] 우리나라의 증권 투자 유치 현황¹⁰⁾ (단위: 백만불)

	2011	2012	2013
외국인 보유금액	326,813	382,136	421,743
시가총액대비(%)	30.6	32.5	33

우리나라는 경제규모 대비 자본의 유출입 규모가 큰 수준이며, 특히 GDP 대비 포트폴리오 투자가 아시아 신흥국 중 매우 높은 수준이다.¹¹⁾ 2013년 기준 자본시장 개방도도 아시아 국가 중 홍콩, 싱가포르, 대만, 일본 다음으로 높은 국가이다.¹²⁾ 우리나라는 자본이 급격히 유출입을 반복했던 2007년 금융위기 이후 총자본거래 중 장기자본이 차지하는 비율이 많이 증가하였음에도 불구하고 여전히 자본유출입의 변동성(variability)이 매우

8) 출처 : 산업통상자원부 「외국인직접투자통계」, E-나라지표, www.index.go.kr 참조

9) 2004, 2005년 등 2000년 중반까지 M&A와 Greenfield 투자가 6,000백만불 수준으로 비슷했고, Greenfield 투자는 감소추세, M&A가 증가추세였던 것(윤진기, 「외국인투자촉진법에 대한 연구: 그 실패를 중심으로」, 『경남법학』, vol 21, 2006, 42면)과 비교할 때, 최근에 공장설립 등을 수반하는 Greenfield 투자가 M&A 투자보다 많은 점은 투기성 자본인 소버린자산운용이 SK(주) 주식취득을 통해 적대적 M&A를 시도했던 2000년대 중반에 외국인투자촉진법의 실패라는 주장과 반대되는 결과로서 국가경제 발전을 위해 바람직한 현상이다.

10) '13.6월말 현재 외국인 전체 주식 보유규모는 377.9조원이며, 국가별로는 미국 146.9조원(외국인 보유액의 38.8%)영국 35.9조원(9.5%), 룩셈부르크 25.2조원(6.7%)순이다. 출처: 금융감독원 「외국인 투자자의 증권매매 동향」

11) 하혁진, 「글로벌 금융위기 이후 우리나라의 자본유출입 동향 및 특징」, 한국은행 금융강좌(2013), p. 7.

12) 2013 Index of Economic Freedom, <http://www.heritage.org/index/ranking> 참조

높은 외국인증권투자를 중심으로 자본거래가 크게 늘어나고 있다.¹³⁾ 투자주체 측면에서는 은행, 헤지펀드 등의 비중이 감소하고, 국부펀드, 중앙은행 등의 비중이 크게 확대되고 있는 경향이다.¹⁴⁾ 이런 외국인증권투자는 자본이득을 위한 자산운용을 목적으로 행해지므로 장기간 투자를 한다고 해도 국내외 투자여건이나 경제상황 등에 따라 언제든지 단기에 자금이 대거 유출될 수 있다는 단점이 있다.¹⁵⁾

한편, 우리기업의 해외직접투자현황을 한국 수출입은행이 발간한 2012년 해외직접투자 경영분석 통계를 통해 살펴보면¹⁶⁾, 세계 경제 위기 이후 아시아 지역의 투자가 증가하고 있는 반면, 북미, EU 지역의 투자는 감소하고 있는 추세로 전체 투자금액은 231억불이다. 업종별 투자현황을 보면, 투자하는 국가에 따라 구체적 수치는 달라지지만 제조업이 절반가량에 해당되고, 광업과 서비스업이 나머지 절반을 차지한다. 이는 우리기업이 주로 저임금노동을 활용하기 위한 임가공형태의 제조업에 진출하고 있음을 의미한다. 또한, 우리나라의 해외증권투자현황을 보면, 2013년 3월 현재 1,483억 달러로 아직 외국인의 국내증권투자규모에 크게 못 미친다.¹⁷⁾

우리나라의 외국인투자현황과 해외투자현황을 종합해 보면, 2013년말 기준으로 대략 외국인직접투자는 144억불, 외국인증권투자는 4,217억불이며, 우리나라의 해외직접투자는 231억불, 해외증권투자는 1,483억불 정도임을 알 수 있다.¹⁸⁾ 즉, 우리나라의 경우 외국인투자는 주로 증권투자형태로 이루어지고 있으며, 해외투자는 상대적으로 대기업을 중심으로 제조업 분야 직접투자의 형태로 투자가 많이 이루어지는 것을 알 수 있다.

이처럼 우리나라는 간접투자인 포트폴리오 투자가 직접투자 보다 30배나 월등히 많아서 유동성 위기에 민감한 환경이라는 점을 감안할 필요가 있다. 따라서, 기업 및 주주의 중재요청권 인정여부 판단 및 추후 국제투자협정을 체결할 경우에도 이런 국내적 상황을 감안하여, 투자자-국가간 분쟁해결절차 등에 있어서 포트폴리오 투자자에 의한 무분별한 중재요청을 방어하는 장치를 반영할 필요가 있다.¹⁹⁾

13) 하혁진, 앞의 글, p.6

14) 신희택, 『국제투자중재와 공공정책-최신 국제중재판정례 분석』, 서울대학교출판문화원, 2014, p. 5.

15) M. Sornarajah, International Law on Foreign Investment, 3rd ed. Cambridge University Press, 2010, pp. 196-197

16) 한국수출입은행, 『2012년 해외직접투자 경영분석』, 2014, 1-10면 참조

17) 나라경제, 우리나라의 해외증권투자 어디까지 왔나, 2013년 8월호. 2011년 GDP 대비 해외증권투자 규모는 6.4%에 불과해 전세계의 해외증권투자 규모 24.5% 보다 많이 작다.

18) 참고로 2013년말 기준 우리나라의 해외직접투자 누적액(신고기준)은 2,495억불(1968- 2013)이고, 외국인 직접투자 누적액(신고기준)은 2,181억불(1962-2013)로 우리나라의 해외직접투자가 외국인직접투자보다 약간 더 많다. 외국인직접투자동향은 산업통상자원부 외국인투자통계 www.motie.go.kr, 해외직접투자동향은 한국수출입은행 해외투자통계 <http://211.171.208.92/odisas.html> 참조

19) 2012년 *Occidental Petroleum v. Ecuador* 중재판정부는 투자분쟁 역사상 가장 큰 17억 7천만불 배상을 판정한 바 있다. 2013년에도 *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. v. Libya* 사건의 중재판정부는 9억 3천 5백만불 배상판정, *Stati v. Kazakhstan* 사건의 경우 4억 9천 7백만불, *Micula v. Romania* 사건의 경우 1억 1천 5백만불 등 매우 큰 액수의 손해배상 판정이 내려졌다. 2009년 통계상 손해배상 청구액이 평균 3억 4천 3백만불, 이 중 실제 배상 판정액은 평균 1천만불 정도였던 점과 비교할 때 실제 배상액이 점점 커지고 있음을 알 수 있다. UNCTAD, Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement 2013, IIA Issue Note 1(2014), p.1

2. 국제투자법의 현황

2014년 4월 UNCTAD가 발표한 2013년 한 해 동안 투자협정에 근거하여 제기된 57건의 투자중재 요청 중 선진국의 요청에 의해 개시된 중재는 45건 (79%)에 이른다는 점에서 아직까지는 선진국에 의한 중재제도 활용이 더 많다.²⁰⁾ 그러나, 2013년까지 누적된 중재판정의 결과를 보면, 그동안 중재판정 최종 결론이 나온 274건 중 대략 43%는 투자유치국, 31%는 투자자가 승소하였다는 점에서 중재판정이 반드시 투자자에게 더 유리한 것은 아니라는 점을 알 수 있다.²¹⁾ 또한, 2013년 공개된 23건의 투자중재 결정 중 14건이 관할권 존부에 관한 결정이었고 이 중 7건은 관할권이 부인되었는데, 이런 관할권 부인 비율은 전년도에 비해 높아진 것이다.²²⁾

1994년 NAFTA 협정 발효 이후 지난 20년 동안 국제투자협정에 근거한 국제투자법은 가히 놀랄만큼 급격히 발전 하였다.²³⁾ 수치상으로 보면, 2012년까지 2,800여개의 BIT를 포함하여 3,200개의 국제투자협정이 체결되었고, 514건의 투자협정에 근거한 중재요청이 제기된 사실에서도 알 수 있다.²⁴⁾

이와 같은 급격한 발전을 거친 국제투자법의 현상황은 Kurtz 교수가 적절하게 언급한대로 ‘국제투자법의 재평가의 단계’라고 볼 수 있다.²⁵⁾ 국제투자의 현단계는 과거와 비교해 보았을 때 새롭게 변화된 투자협정에서 국가들의 미래를 향한 변화를 현저하게 확인할 수 있다.²⁶⁾ 또한, 개발도상국의 해외투자액 증가, 각국 정부의 투자에 대한 경쟁적인 관심 증가, 시민단체의 압력, 경제개발 정책 수립의 복잡성 등이 국제투자법에 대한 새로운 접근 필요성을 말해주고 있다.²⁷⁾ 과거의 투자협정 규정과 그 해석을 바라보는 전통적인 접근방법이 주로 투자자 우호적(pro-investor)이거나 아니면 투자유치국 우호적(pro-host State)인 양 극단의 입장이었다면, 현재의 국제투자법과 정부정책 변화의 접근방법은 국가와 투자자의 지속가능한 발전을 위한 균형잡힌 관점으로 변화가 시작되고 있다.²⁸⁾ 최근에는 외국인 투자보호와 정부의 공중보건, 환경 등 공익을 위한 정당한 규제권한간의 균형을 유지하는 문제가 국제투자법의 새로운 문제로 등장하고 있다.²⁹⁾

20) UNCTAD, Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement 2013, IIA Issue Note 1, (2014), p. 1.

21) Ibid, p.10

22) Ibid, p.9

23) Federico Ortino, “Refining the Content and Role of Investment ‘Rules’ and ‘Standards’: A New Approach to International Investment Treaty Making”, *ICSID Review-FIIL*, Vol. 28, No. 1, (2013), p.152.

24) UNCTAD, Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement 2012, IIA Issue Note 1, (2013), p.1

25) Jürgen Kurtz, ‘The Shifting Landscape of International Investment Law and its Commentary’ *The American Journal of International Law* Vol. 106, No. 3, (2012), p.686.

26) Ibid, p.687, 새로운 투자협정은 기존 투자협정보다 투자협정 규정의 상세화 (FET, 수용, 예외조항, ISDS 등 조항의 의미 명확화) 및 복잡화(예전보다 국가안보, 건강, 안전, 환경, 근로자의 권리 등 보호를 더 많이 강조), 투자협정간 상호작용 및 중복(BIT, FTA 중복 체결, MFN 조항을 통한 중복 적용 문제)등 많은 부분이 변화되었다는 것을 알 수 있다.

27) Karl P Sauvart, ‘The Times They are A-changin’—Again—in the Relationships Between Governments and Multinational Enterprises: From Control, to Liberalization to Rebalancing’ *Columbia FDI Perspectives* No. 69 (2012), www.vcc.columbia.edu 참조

28) 같은 견해로 Federico Ortino, “Refining the Content and Role of Investment ‘Rules’ and ‘Standards’: A New Approach to International Investment Treaty Making”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 28, No. 1 (2013), p. 153.

이런 변화의 움직임은 투자자-국가 중재에서도 실제 사건으로 등장하고 있다. 국제투자협정에 포함된 투자보호 기준(protective standards)은 투자유치국의 불공정하고 명백히 독단적인 행위에 대해 중재요청을 할 수 있게 해 줄 뿐만 아니라 공중보건, 사회 평등 증진, 환경보전 등 공익을 목적으로 하는 정부의 조치들에 대해서까지 중재요청이 가능하도록 해주어 이런 사례들이 등장하고 있다.³⁰⁾ 그 대표적인 예가 2012년 독일 정부가 2022년까지 원자력발전소의 단계적 폐지정책을 수립하자, 스웨덴 회사 Vattenfall이 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty, 이하 ECT)상 공정하고 공평한 대우 위반으로 독일 정부를 상대로 ICSID에 중재요청한 경우³¹⁾와 최근 호주의 단순담배포장법(Tobacco Plain Packaging Act)에 대한 필립모리스 아시아의 UNCITRAL 중재요청과 우르과이의 담배포장 및 라벨규제에 대한 스위스 필립모리스의 ICSID 중재요청 등이 다.³²⁾ 위의 사례들처럼 공중보건, 환경 등 정부의 공공정책에 대한 투자자 분쟁이 증가하고 있어, 이를 어떻게 해결할 지에 대한 논의가 최근 많아지고 있다.³³⁾

III. 서류상 회사의 국적 인정 기준에 관한 국제투자분쟁 사례분석

1. 서류상 회사의 당사자적격 인정 중재판정례

투자협정상 투자자의 정의는 누가 중재요청을 제기할 자격(standing)을 가졌는지를 상세하게 기술하는 것이다.³⁴⁾ 궁극적으로 투자유치국을 상대로 투자자-국가 중재요청을 제기하기 위한 당사자적격은 중재판정부가 구성되는 근거가 되는 투자협정의 특정 문구에 의해 결정된다. 투자협정상 법인의 국적 결정 기준은 설립지 기준, 의결권지 기준, 소유·지배 기준이 있는데, 전통적으로 많은 국가들에서 투자를 촉진하기 위해서 법인 투자자의 정의에 설립지 기준 하나만 규정하는 경향이 있었다.

이처럼 설립지 기준만을 규정하는 것은 투자유치국에게 투자촉진이라는 장점을 가져다 주기도 하지만, 투자자로 하여금 법인 설립을 쉽게 하여 서류상 회사를 이용한 조약 쇼핑과 국적 계획을 가능하게 하는 부작용도 동시에 존재한다. 법인의 국적문제에 있어서 전통적으로 주로 문제가 된 점은 계약 당사국 영역 내에서 아무런 영업활동을 영위하지

29) James Zahn, *supra* note 54, p.23

30) *Ibid*

31) *Vattenfall AB and others v. Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12. 동 사건은 2012년 5월 12일에 ICSID에 접수, 2013년 2월 25일 중재패널이 구성되어 현재 절차 진행중이다.

32) *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA No.2012-12 참조. 2014년 1월 현재 중재판정부가 구성되었으며 2014년 2월 또는 3월 구술심리가 열릴 예정이다. 이 외에 *Philip Morris Brand Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/10/7, July 2, 2013 우르과이 정부의 담배라벨 및 포장 규제법령에 대한 필립모리스 스위스의 ICSID 중재요청은 관할권 판정이 나온 상태이다.

33) 신희택, 『국제투자중재와 공공정책-최신 국제중재판정례 분석』, 서울대학교출판문화원, 2014, 4면. 2013년도 *Lone Pine Resources Inc. v. Canada*(UNCITRAL), *Windstream Energy LLC v. Canada*(UNCITRAL), *Spence v. Costa Rica*(UNCITRAL) 등 환경 관련 분쟁이 제기된 바 있다. UNCTAD, *Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement 2013*, IIA Issue Note 1, (2014), p. 6.

34) Barton Legum, "Defining Investment and Investor: Who Is Entitled to Claim?" *22 Arbitration International*(2006) pp. 524-525.

않으면서 협정 체결 당사국이 아닌 제3국 투자자가 투자협정상 혜택을 얻기 위해 협정 체결 당사국 내에 서류상 회사(shell company)를 설립하는 경우이다. 그러나, 실무상 빈번하게 행해지는 서류상 회사의 조약쇼핑 또는 국적기획에 대해 관례법은 이것이 조세나 실질적 규범에 있어 투자자에게 투자우호적 법적환경을 제공해주는 것으로 적법하다고 인정해왔다.³⁵⁾ 제3국 국민에 의해 설립된 서류상 회사의 국적 인정 문제에 대한 중재판정의 동향은 그동안 일관되게 투자협정상 설립지 기준으로 관할권을 인정하고 있다. 이와 같은 동향은 *Saluka v. Czech Republic* 사건³⁶⁾, *ADC v. Hungary* 사건³⁷⁾, *Aguas del Tunari v. Bolivia* 사건 등에서 찾아볼 수 있다.

이와 더불어 최근에는 사실상 투자자가 투자유치국 자국민임에도 불구하고 본국을 상대로 중재요청을 제기하여 승소하는 *Tokios Tokelés v. Ukraine*³⁸⁾, *Rompotrol Group N.V. v Romania*³⁹⁾, *Yukos Universal v. Russian Federation* 사례와 같은 경우까지 생겨났다.

2. 서류상 회사의 당사자적격 부정 중재판정례

앞서 서류상 회사의 중재 당사자적격을 인정한 판정들의 공통점이 양 당사자의 재량에 근거한 해당 BIT상 투자 및 투자자 정의에 따라 서류상 회사의 인적관할권을 인정한 것이라면, 다음에서 살펴볼 인적관할권을 부정하는 판례들은 투자협정상 투자자 정의를 넘어서서 중재판정부가 적극적 해석을 통해 인적관할권을 부정한 사례들이다.

가. 법인격 부인을 통해 당사자적격 부정한 경우

2008년 12월 *TSA Spectrum v. Argentina* 사건(이하 TSA 사건)에서는 *Tokios Tokéles v. Ukraine* 사건⁴⁰⁾ Weil 교수의 반대의견 대로 ‘소유·지배 기준’에 의거, 중재판정부가 형식적 투자자의 ‘법인격을 부인하고(piercing the corporate veil)’, 그 배후의 실질적 투자자 국적을 법인의 국적으로 판단하여 인적관할권을 부정하였다.

신청인 TSA는 네덜란드 회사인 모회사 TSI의 자회사로 회사 지분 100%를 전부 모회사 TSI가 소유하고 있었다. 1997년 아르헨티나 정부는 TSA가 15년간 아르헨티나의 라디오를 운영하도록 양허계약을 체결하였으나, 아르헨티나 국영방송통신위원회가 동 계약을 종료시켰고 이에 대해 TSA는 모회사 TSI의 ‘투자(investment)’로서 네덜란드-아르헨티나

35) C. Schreuer, the future of investment Arbitration, p.14, In *Aguas del Tunari v. Bolivia*, "...it is not uncommon in practice, and -absent a particular limitation- not illegal to locate one's operations in a Jurisdiction perceived to provide a beneficiary regulatory and legal environment in terms, for examples, of taxation or the substantive law of the Jurisdiction, including the availability of a BIT .." (paras 330, 332)

36) *Saluka v. Czech Republic*, Partial Award(UNCITRAL), 17 March 2006, (Netherlands- Czech BIT)

37) *ADC Affiliate Ltd and ADC & ADMC Management Ltd v. Republic of Hungary*, Award, ICSID Case, No. ARB/03/16, 2 Oct 2006

38) *Tokios Tokéles v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/18, 29 April 2004.

39) *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Jurisdiction, 18 April 2008.

40) *Tokios Tokéles v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/18, 29 April 2004.

BIT⁴¹⁾에 근거하여 중재요청을 제기한 사건이다.⁴²⁾

중재판정부는 모회사 TSI의 대주주가 아르헨티나 국적으로 궁극적으로 TSA는 아르헨티나 국민에 의해 지배되므로 신청인은 ICSID 협약 제25조 제1항상 다른 계약국의 국민이라고 볼 수 없어 ICSID 관할권을 부인했다.⁴³⁾ TSA 사건에서 아르헨티나-네덜란드 BIT 상 투자자 정의 규정인 제1조 (b)항을 보면, 동 협정에서는 법인의 국적판단을 ‘설립지’ 기준과 ‘지배’ 기준 모두를 규정하고 있음을 볼 수 있다.

본 사안은 *Tokios Tokéles v. Ukraine* 사건이나 *Rompertrol Group N.V. v. Romania* 사건처럼 다른 당사국에 설립된 자국민이 지배하는 법인이 아니라, 현지법인으로서 그 당사국에 설립되어 다른 계약 당사국의 국민이 지배하는 법인이었다. 따라서, 중재판정부는 ICSID 협약 제25조 제2항 b호 후문 ‘외국인 지배’에 따라 관할권을 결정했다.⁴⁴⁾ 즉, 현지법인이라 할지라도 양 당사국이 합의한 경우 다른 당사국 국민으로 간주하도록 한 규정에 따라 관할권 여부를 판단하였다. 중재판정부는 동 협정 제25조 제2항 b호 후문을 분석하면서, 양 당사국이 합의했는지라도 ‘외국인 지배의 구체성과 존재’는 ‘이를 주장하는 쪽’에서 ‘객관적으로 입증’하여야 한다고 판단했다. 즉, TSA가 그 스스로 네덜란드 국민에 의해 지배되고 있다는 것을 입증해야 한다고 보았다.⁴⁵⁾ 중재판정부는 *Tokios나 TRG* 판정은 너무 엄격하게 국적기준을 적용하여 법인격부인을 하지 않았지만, 본 사안처럼 “현지법인의 외국인 지배의 경우에는 동 협정 제25조 제2항 b호 자체가 법인격 부인을 허용하는 것이며, 중재판정부가 그 실제 출처에 따라 외국인 지배 여부를 객관적으로 검증해야 한다”고 보았다.

이에 따라 본 사안을 검토한 중재판정부는 TSA의 최후 소유자 Jorse Justo Neuss는 아르헨티나인이고, 동인이 TSA 지분을 소유하는 네덜란드 모회사 TSI도 또한 지배하고 있으므로, TSA는 동 협정 25조 제2항 b호의 목적상 외국인이 지배하고 있지 않는 바, 네덜란드 국민으로 인정할 수 없어 관할권이 인정되지 않는다고 결론지었다.⁴⁶⁾ TSA 중재판정부는 ‘외국인 지배’의 중요성을 강조함으로써 ICSID 협약 제25조를 해석하였다. ICSID 제25조 제2항 b호는 실무에서 특별히 법인격을 부인하여 그 국적 뒤에 있는 실제

41) The Article 1 of Netherland-Argentina BIT

“For the purposes of the present Agreement:

(a) The term ‘investments’ shall comprise every kind of asset invested by an investor of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, in accordance with the laws and regulations of the latter Contracting Party, and shall include (...)

(b) the term ‘investor’ shall comprise with regard to either Contracting Party:

ii. without prejudice to the provisions of paragraph (iii) hereafter, legal persons constituted under the law of that Contracting Party and actually doing business under the laws in force in any part of the territory of that Contracting Party in which a place of effective management is situated; and

iii. legal persons, wherever located, controlled, directly or indirectly, by nationals of that Contracting Party.”

42) *TSA SPECTRUM DE ARGENTINA S.A. v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, December 19, 2008, para 9(이하 TSA Award)

43) Verrill Jr, Charles Owen. "Introductory Note to ICSID-TSA Spectrum de Argentina SA v. Argentine Republic." *ILM* 48 (2009): p. 493

44) Id. para 4

45) TSA Spectrum award, para.147

46) TSA award., para 162

(reality)를 발견하기 위해 만들어진 규정으로 '사기 상황의 존부와 상관없이 자동적으로 외국인 지배 여부를 판단하여 법인의 국적을 결정하는 체계화된 절차'라고 보았다.⁴⁷⁾

이런 중재판정부의 결론은 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조에 따라 ICSID 협약 제 25조를 그 문맥 뿐만 아니라 ICSID 협약 서문의 취지 및 목적을 고려하여, 조약의 문맥에만 의존한 문언해석에 그치지 않고 조약의 대상과 목적을 통해 합목적적으로 해석하여 ICSID 관할권을 인정한 타당한 관정이다. 이 관정을 통해 아르헨티나-네덜란드 BIT처럼 법인 투자자 정의 규정에도 설립지 기준과 함께 소유·지배 기준을 명확히 규정하는 것이 서류상 회사의 중재요청을 제한하려는 국가에게 있어 시사하는 바가 크다.

나. ICSID 제도 남용 항변을 인용하여 관할권을 부정한 경우

최초로 ICSID 제도 남용을 이유로 관할권을 부인한 대표적인 판례가 바로 *Phoenix Action Ltd v Czech Republic*⁴⁸⁾ 사건이다. 중재판정부는 신청인 Phoenix가 국내 분쟁을 국제중재로 가져가기 위해 이스라엘에 있는 체코 국민에 의해 설립된 가짜 회사(sham company)이므로 ICSID 중재 관할권이 없다고 결정하면서⁴⁹⁾, 이 중재요청을 'ICSID 중재 절차의 남용'으로 보아 비용은 신청인에게 부담시켰다.⁵⁰⁾ 중재판정부는 ICSID 중재를 통한 국제투자 보호 체계의 목적은 '투자유치국 법을 위반하여 이행된 투자'나 부실표시, 은폐, 부정부패, ICSID 중재제도의 남용과 같은 '신의성실(good faith)에 반하여 이행된 투자'를 보호할 수 없다고 강조하였다.⁵¹⁾ 중재판정부는 신의성실의 원칙은 국제공법에서 오랫동안 인정되어 온 원칙으로 모든 법체계에 존재한다고 하면서⁵²⁾, 신의성실 원칙에 따라 ICSID 제도의 남용과 관련된 투자에 대해서는 협정상 투자보호를 적용해서는 안된다고 하였다.⁵³⁾

위와 같은 투자인지 판단하기 위해 중재판정부가 제시한 고려사항은 6가지가 있는데 이것은 일명 Salini test라고 불리는 4가지 고려사항⁵⁴⁾에 2가지를 더한 것이다. 그 중 하나

47) *Martin, Antoine*. "International investment disputes, nationality and corporate veil: some insights from Tokios Tokelés and TSA Spectrum de Argentina." *Transnational Dispute Management* 8.1 (2011). pp.11-12, *TSA award*, para 147; The situation is different, however, when it comes to the second clause of Article 25(2)(b) of the Convention. **Here, the text itself allows the parties to agree to lift the corporate veil, but only "because of foreign control", which justifies, but at the same time conditions, this exception [...] the existence and materiality of this foreign control have to be objectively proven in order for them to establish ICSID Jurisdiction by their agreement"**

48) *Phoenix Action v The Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award on Jurisdiction, 15 April 2009

49) 본 중재요청은 이스라엘 회사인 Phoenix가 2개의 체코 국적 금속 회사, BP와 BG 인수 과정에서 발생하였는데, 2개의 회사는 모두 체코 국민 Vladimir Benot에 의해 지배되는 회사였다. 이미 2개의 회사는 체코 법원에 소송절차가 진행중이었다. Vladimir Benot는 자신의 가족이 지배하는 Phoenix 회사(이스라엘 법에 따라 이스라엘에 설립)에 BP와 BG를 매각하였고, 2달 후에 Phoenix는 투자분쟁의 존재를 투자유치국인 체코에 통보해 주었다. *Phoenix Action*, Award, paras 1-2, 28.

50) *Phoenix Action*, paras 151-152.

51) *Ibid*, para 100

52) *Ibid*, para 107

53) *Ibid*, para 113

54) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, (Italy/Morocco BIT), Decision on Jurisdiction, July 23, 2001. 동 사안에서 4가지(1.a contribution in money or other assets, 2. a certain duration, 3. an element of risk, 4. an operation made in order to develop an economic activity in the host State)의 투자 기준(criteria)이 마련된 바 있다.

는 ‘투자유치국 국내법에 부합하는(in accordance with the law of the host State) 투자’라는 요건과 ‘진실된(bona-fide) 투자’라는 요건이다. 먼저 중재판정부는 진실된 투자(bona-fide investment)인지 즉, 투자자가 투자유치국에 실제로 경제적 활동을 할 의도가 있었는지 여부를 판단하기 위해서 아르헨티나가 항변⁵⁵⁾한 4가지 고려사항(일명 bona fide test)에 대한 결정과 이유를 실시하였다.⁵⁶⁾ **하나는 투자 시기(Timing of the investment)의 문제**인데, Phoenix가 투자했을 때, 즉 체코의 2개 회사 BP와 BG를 샀을 때, 이미 세금과 관세와 관련된 문제와 함께 민사소송이 진행되고 있었다. 따라서, 신청인 Phoenix는 위 2개 회사가 민사소송은 14개월, 형사 수사는 20개월간 진행중이고, 은행 계좌는 18개월째 동결되고 있는 등의 상황임을 알고 있었다.⁵⁷⁾ **두 번째는 중재 요청의 시기(Timing of the claim) 문제**인데, 투자가 이루어지고 난 후 얼마가 지난 후에 중재요청을 하였는지 그리고 투자하기 전에 BIT 위반이나 손해가 중재요청의 핵심인지가 관건이다. 본 사안에서는 주장된 BIT 위반 사실의 대부분이 투자가 이루어지기 전에 발생했다는 사실이다. 중재판정부는 Phoenix가 체코 당국에 BP와 BG의 소유권을 등록조차 하기 전에 투자분쟁의 존재를 투자유치국에 통보했다는 사실에 주목했다.⁵⁸⁾ **세번째 계약의 실질(Substance of the transaction)의 문제**로 무엇이 계약의 실질이며 어떻게 계약이 이행되었는지의 문제이다. 본 사안에서 투자는 BP와 BG의 지분 매입을 통해 이루어졌는데 그 자금은 Beňo 가족이 지배하는 회사로부터 나왔으며, 이익의 이전(all of the transfers of interest)도 그 가족 내부에서 이루어지는 등 모든 주장된 투자는 단순히 Beňo 가족 내의 자산의 재분배일 뿐이라고 중재판정부는 결론내렸다.⁵⁹⁾ **마지막으로 중재판정부는 회사 운영의 진정한 본질의 문제(the true nature of the operation)**로 어떤 경제적 활동이 이루어졌으며, 투자자의 진정한 의도가 무엇이었나를 살펴보았다. 본 사안에서 Phoenix는 어떤 사업 계획도 자금조달 노력도 심지어 경제적 목적도 없었다.⁶⁰⁾

따라서, 중재판정부는 Phoenix가 체코에 어떤 투자도 하지 않았으며, 중재요청을 할 자격이 없는 최초의 투자자(initial investor, BP와 BG)가 중재요청권을 얻기 위해서 가족 내부의 자산의 재분배를 한 것에 불과하다고 보았다. 즉, 회사 구매 뒤의 목적은 사업을 영위하려는 것이 아니라 그들의 국내분쟁에 국제법 BIT상의 보호를 부여하기 위한 목적임이 명백하다고 하였다. 결론적으로 중재판정부는 ‘투자’가 체코 정부를 상대로 국제 중재를 요청하기 위해 이루어졌기 때문에, 계약(transaction)은 진짜(bona fide) 계약이 아니며 ICSID 체계로 보호받을 수 있는 투자가 아니다.⁶¹⁾ 이는 권리의 남용이고, 이것은 자격 없는 자에게 국제 중재 절차를 이용하게 할 목적의 법적 허구를 만들어내는 ‘중재절차의 남용(détournement de procédure)’이라고 실시하면서⁶²⁾ 본 중재판정부는 본안 판단

55) *Phoenix Action*, para 39

56) *Phoenix Action*. para 133

57) *Ibid*, para 136

58) *Ibid*, para 138

59) *Ibid*, para 139

60) *Ibid*, para 140

61) 이런 결론은 *Soci t e G n rale* 판정에도 인용되어 있다. *Soci t e G n rale v. Dominican Republic*, UNCITRAL, LCIA Case No. UN7927, Preliminary Objections to Jurisdiction, September 19, 2008, para 110

62) *Ibid*, paras 141-143

을 할 관할권이 없다고 하였다.

이 판정 이후에도 이와 유사한 *Cementonia v. Turkey*⁶³⁾, *Mobil v. Venezuela*⁶⁴⁾, *Millicom v. Senegal*⁶⁵⁾ 판정이 나왔으며, 실제 분쟁이 이미 발생했거나 미래 특정 시점에 발생할 것이 예측가능할 경우를 경계선(the dividing line)으로 보고, 미래 분쟁이 예측가능한 경우에는 회사 구조 재조정을 중재절차 남용으로 보고, 예측할 수 없는 미래 시점을 위해 회사구조를 재조정하는 경우는 남용이 아닌 것으로 봄으로써 권리남용의 시기상 기준을 확립한 *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* 판정도 나왔다.⁶⁶⁾

이와 같이 중재판정부가 분쟁해결을 위해 관련 규정을 적용하고 해석할 경우, 법령 규정에 따르되, 법적 안정성, 정의와 형평 사이에 균형있는 관점이 필요하다. 조약에 관한 비엔나 협약 제31조도 조약의 문맥 뿐만 아니라 조약의 대상, 목적 등을 고려하여 조약을 해석하도록 되어있기 때문이다. 왜냐하면, 무조건 형식적 투자자에게 협정상 보호를 부여하는 것은 외국인 직접투자를 촉진하고 실질적인 투자의 요건을 충족한 경우에만 투자보호를 하려는 투자협정의 근본 목적⁶⁷⁾에 위배되는 것이기 때문이다. 이와 같은 관점에서 볼 때, 신의성실 원칙에 입각한 ICSID 제도의 남용에 의한 관할권을 부정한 판정들은 투자보호와 투자유치국의 이익 사이에 균형을 맞추기 위한 노력이라는 점에서 발전적인 판정이라고 생각한다. 다만, 여전히 미래의 분쟁을 대비하기 위해 오직 관할권을 얻는 목적으로만 회사 구조를 재조정하여 서류상 회사를 설립한 경우에 대해서는 적법한 국적기획으로 볼 지에 대해서는 미해결 문제로 남아있다. 그러나, 신의성실이나 권리 남용 원칙과 달리 혜택의 부인의 경우에는 미래 분쟁을 위한 국적 계획의 경우에도 조약상 규정에 근거하여 확실하게 관할권을 부인할 수 있는 무기가 될 수 있으므로 투자협정에 혜택의 부인조항을 명문화하는 것이 중요하다.

IV. 서류상 회사의 당사자적격 인정 관련 문제점과 해결방안

1. 문제점

63) *Cementonia "Nowa Huta" S.A. v. Republic of Turkey*, Award, ICSID Case No. ARB (AF)/06/2, September 17, 2009.

64) *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezuela de Petrooleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd. and Mobil Venezuela de Petrooleos Inc. v. Venezuela*, ICSID CASE No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010

65) *Millicom v. Senegal*, ICSID CASE NO. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction, 16 July 2010, para 84. 즉, 동 중재판정부는 투자보호라는 이익을 받기 위해 이루어진 회사의 거래는 만약 인위적인 요건('artificial condition')하에 이루어진 것이라면 남용적인 행위라고 판단하였다. 그러나, 동 사안에서 남용적 행위가 없으므로 피청구국의 관할권 항변을 거부하였다.

66) *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para 2.99

"[T]he dividing-line occurs when the relevant party can see an actual dispute or can foresee a specific future dispute as a very high probability and not merely as a possible controversy. In the Tribunal's view, before that dividing-line is reached, there will be ordinarily no abuse of process; but after that dividing-line is passed, there ordinarily will be. The answer in each case will, however, depend upon its particular facts and circumstances, as in this case." 그러나, 동 사안에서 Pac Rim사는 분쟁 전에 회사구조를 재조정했기 때문에 남용적 행위가 없다고 보아 피청구국 엘살바도르의 신의성실 항변을 기각하였다.

67) A. K. Bjorklund. "Emerging Civilization of Investment Arbitration", *Penn St. L. Rev.* 113 (2008): p. 1278

대부분의 국제투자협정 및 ICSID 중재판정은 협정 당사국의 법에 따라 설립되거나 구성된 법인을 투자자로 인정하는 경향이 있어서, 법인의 실질적인 소유·지배 관계 또는 실질적 영업활동 여부 등을 고려하는 경우는 드문 편이다. 그러나 실질적인 소유·지배자가 제3국인 또는 자국민임에도 불구하고 법인 자체의 국적만으로 투자자로 인정하여 투자협정으로 보호하는 것은 ‘다른 체약국의 국민인 투자자와 투자유치국’ 간의 투자분쟁을 해결한다는 국제투자협정과 ICSID 협약의 본래 취지에 반할 수 있다.

물론 제3국 또는 자국의 투자자가 소유·지배하는 법인에 대해 일률적으로 중재를 요청할 수 없도록 당사자적격을 부인하는 것은 바람직하지 않다. 다만, 외국 기업이 오직 ICSID 등에 투자중재를 요청할 수 있는 투자협정의 혜택만을 노리고 서류상의 회사를 설립하거나 회사 구조를 재조정하여 국제 중재를 신청하는 조약쇼핑이나 국적기획은 제한할 필요가 있다.⁶⁸⁾

2. 해결방안

서류상 회사가 투자협정상 절차적 권리인 투자자-국가간 분쟁해결절차를 남용하는 것을 제한하는 가장 확실한 방법은 법인 투자자 정의에서 실질적 영업활동을 그 성립요건으로 규정하는 것이다. 투자협정상 실질적 영업활동을 요건으로 규정하지 못할 경우, 차선책으로 혜택의 부인을 투자협정에 규정한다면, 투자협정상 법인 투자자 정의에 해당하더라도 실질적 영업활동이 없는 기업의 경우에는 투자협정상 혜택을 누리지 못할 수 있다. 투자협정상 이런 혜택의 부인 조항이 규정되지 않았거나 규정되었더라도 중재판정부에 의해 인정되지 않는 경우는 마지막으로 법인격 부인 또는 신의칙(good faith) 또는 권리 남용(right of abuse)과 같은 법의 일반원칙에 따라 ISDS 제도 남용을 주장해 볼 수 있다.

가. 투자자 정의에 실질적 영업활동 요건 부과

우리나라가 체결한 한-EU FTA 제7.2조, 한-EFTA FTA 제1.4(b)조⁶⁹⁾처럼 법인 투자자 정의 규정에 실질적 영업활동을 요건으로 부가하여 실질적 영업활동이 없는 법인 투자자는 처음부터 그 보호 대상에서 제외하는 것이 가장 간명하고 확실한 방법이다.

이 방법에 대해 투자 유치 촉진 측면에서는 투자자 정의에 동 요건을 부과하지 않는 것이 더 유리할 수는 있다는 비판이 있을 수 있다.⁷⁰⁾ 그러나, BIT와 같은 투자협정이 외

68) V. Gupta, "Exclusion from within the ambit of a protected investor, a fair price to pay for the act of abusive treaty shopping", *Transnational Dispute Management* 1(2014)

69) "Investor of a Party" means: a juridical person or any other entity, constituted or organized under the applicable law of that Party and carrying out substantial business activities there.

70) 법무부, 한미 FTA 투자협정 해설, 395면. 물론, BIT가 일종의 투자보호에 대한 안전장치가 되어 줄 수 있다는 약속이라는 측면에서는 외국인 직접투자를 촉진하는 측면이 있을 수 있지만, 최근 BIT와 FTA 투자협정 등 국제투자협정이 급격히 증가함에 따라 ISDS 투자분쟁의 숫자도 증가하고 있다는 점도 무시할 수 없다.

국민 직접 투자(FDI) 유입을 촉진시키는데 대해서는 명확한 증거가 없다.⁷¹⁾ 2010년 WTO Economic Research and Statistics 분과에서 무역·투자 협정이 FDI를 유입했는지 그 효과를 연구한 자료를 보면, 지역간 투자협정의 경우는 투자 자유화 조항이 FDI를 촉진한 반면, 분쟁해결조항의 FDI 촉진 효과는 미미했다고 설명하면서, 이 결과에서도 중요한 것은 각 투자협정의 구체적 내용분석이 전제가 되어야 하며, 투자협정의 구체적 내용분석 없는 FDI 영향분석은 무의미하다고 밝힌 것을 볼 때 위와 같은 비판의 신빙성이 떨어진다.⁷²⁾ 따라서, 투자촉진과 투자분쟁 가능성을 비교형량 했을 때, 서류상 회사에까지 투자 보호를 해서 투자촉진을 하는 것보다 실질적 영업활동 요건을 법인 투자자 정의에 규정하여, 이를 배제하는 것이 더 이익이 될 수도 있다.

나. 혜택의 부인(Denial of Benefits)

투자촉진이라는 투자정책상의 이유로 투자자 정의에서 서류상 회사를 배제할 수 없다면 차선책으로 혜택의 부인조항을 투자협정에 규정해야 된다. 중재판정 실무에서 보았듯이, 서류상 회사에 대한 투자보호를 제한하기 위해 중재판정부가 법의 일반원칙인 신의칙, 권리 남용 등을 근거로 삼고 있지만 이는 모든 경우에 원용되지는 않는다. 중재판정부는 사안마다 서류상 회사가 ISDS 제도 남용을 위한 목적인지를 검토한 후 신의칙의 원칙에 위배되는 정도에 이른다면 관할권을 부인하였으며, ISDS 남용인지의 판단을 위해 우호적인 투자협정 체결국의 국적을 취득하기 위한 회사구조 재조정 시기여부도 검토하여 이미 분쟁이 발생한 후 또는 발생이 예상되는 시점에 서류상 회사를 설립한 경우에만 관할권을 부인하고 미래의 분쟁을 대비하기 위한 경우에는 신의칙에 반하지 않는 것으로 보는 입장이다. 따라서, 신의성실이나 권리 남용 원칙과 달리 혜택을 부인할 경우에는 미래 분쟁을 위한 국적 기획의 경우에도 조약상 규정에 근거하여 확실하게 관할권을 부인할 수 있으므로 투자협정에서 혜택의 부인 조항을 규정할 필요성은 더욱 높아졌다.

그동안의 중재판정 실무에서는 투자협정상 혜택의 부인 조항이 있는 경우에도 피청구국이 혜택의 부인 항변을 할 경우 여러 가지 요건을 내세워 이를 거절한 경우도 많다. 따라서, 이하에서 혜택의 부인 조항을 잘 활용하기 위해 동 조항의 취지, 역사 등과 함께 그동안 중재판정에서 다루어졌던 쟁점들을 검토함으로써 동 조항을 선택하는 투자유치국이 이를 어떻게 활용하는 것이 유리한지 살펴해보도록 하겠다.

(1) 혜택의 부인 조항의 취지

혜택의 부인 조항은 전통적으로 전쟁시에 적국(enemy) 회사에게 조약상 보호를 배제

71) Joseph E. Stiglitz, "Multinational Corporations: Balancing Rights and Responsibilities", ASIL Proceedings, 2007, p. 3

72) Axel Berger et al. ,Do Trade and Investment Agreement Lead to More FDI? Accounting for key provisions inside the Black Box, WTO, 2010, p.2. 이외에도 2003년 World Bank 연구소(Development Research Group)에서 작성한 연구결과를 보면, 2000년대 이후 급속도로 많아진 전세계 BIT(특히 개발도상국과 체결한 BIT)가 그 체결국에 외국인 직접 투자 유입을 촉진시켰는지에 대해 거의 영향을 미치지 못했다는 부정적 연구결과도 있다. Mary Hallward-Driemeier, *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit and they could bite*, June 2003, p.1.

하기 위한 것에서 출발하였으나, 오늘날에는 제3국 또는 자국의 투자자가 협정 상대국 기업을 소유·지배하고 있거나 그 기업이 상대국 내에서 실질적 영업활동을 하고 있지 않는 경우 등 협정 상대국 투자자가 아닌 자가 서류상 회사 설립을 통해 우회적으로 협정 상 혜택을 누리려는 것을 방지하기 위한 조항이다.⁷³⁾

(2) 혜택의 부인 조항의 적용 요건

혜택의 부인 조항은 2차대전 후 미국과 일본의 우호통상항해조약(FCN)에 처음 들어간 이후, 미국이 체결한 대부분의 BIT나 FCN 조약에 혜택의 부인 조항이 포함되었다.⁷⁴⁾ 다자협정에서 혜택의 부인 조항이 들어간 경우는 에너지헌장조약(ECT) 제17조와 NAFTA 제1113조이다.

혜택의 부인 조항이 적용되기 위해서 두 가지 개별요소가 필요한데, **첫 번째 요소**는 투자자가 회사 설립지에서 “실질적인 경제 활동(substantial economic activities)”을 하지 않아야 한다. 일상적 의미로 살펴보면, ‘실제’ 경제활동은 세금을 납부하고, 주주총회를 개최하는 것 등의 단순한 공식활동을 넘어서기에 실질적인(substantial) 영업활동은 회사가 존재하기 위해 법상 요구되는 최소한의 영업활동(minimum business activity) 이상의 활동을 의미한다.⁷⁵⁾ 중재판정부의 판정에서 실질적 또는 일반적으로 적용가능한 실제 영업활동 기준을 도출할 수는 없지만, 사안별로 회사 자체의 특성에 따라 사무소 존재, 노동자 고용, 제무제표, 제품 카달로그 등 회사가 영업을 하고 있다고 인정할 만한 구체적 사실이 필요하다는 것을 알 수 있다.

실질적 영업활동 외에 '**두 번째 요소**'는 실질적 영업활동을 하지 않는다고 의심되는 회사가 그 회사 국적이 아닌 다른 국적의 투자자(investor) 또는 국민(national)에 의해 소유되거나 지배되어야 한다는 것이다. 만약 다국적의 복잡한 소유 구조로 구성되어 있는 법인의 경우에는 혜택의 부인 조항이 적용되는 범위가 개별단계 모두의 소유자에게 적용되는지 아니면 마지막 최후 단계의 소유자에게만 적용되는지 결정해야 할 것이다.

이를 결정하기 위한 구체적인 문구는 해당 조약에 따라 달라질 것이다. 미국의 경우는 초창기인 1980년대 서명한 BIT에서는 비당사국인 제3국 투자자만 혜택의 부인 대상으로 규정하였으나, 2004 미국 모델 BIT⁷⁶⁾에서는 “persons of a non-Party or the denying Party” 라고 개정해서 Tokios 사건과 같은 자국민의 중재요청을 미연에 방지하기 위한 문구를 투자협정에 명문화 하였다. 주로 미국이 체결한 투자협정에 포함되던 이러한 형태의

73) Mistelis, Loukas A., and Crina Michaela Baltag. "Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty." Penn St. L. Rev. 113 (2008): p. 1302.

74) Kenneth J Vandeveld, "The Bilateral Investment Treaty Program of the United States" (1988) 21 Cornell International Legal Justice, pp. 202, 206.

75) Christoph Benedict; International Law Association. German Branch. Sub-Committee on Investment Law. Working Group on General Public International Law and International Investment Law, "The determination of nationality of Investors of the Investment Protection Treaties", Halle (Saale) : Institut für Wirtschaftsrecht, Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, 2011, p.64.

76) 2012 미국 모델 BIT도 혜택의 부인 조항 관련해서는 2004 모델 BIT와 동일하다. Mark Kantor, 'Little Has Changed in the New US Model Bilateral Investment Treaty', ICSID Review, Vol. 27, No. 2 (2012), pp. 335-378.

혜택의 부인 조항이 최근에는 캐나다, 멕시코, 한국, 일본, 중국, 호주, 뉴질랜드, 페루, 레바논, 오스트리아, 아세안 포괄적 투자협정 등 여러 투자협정에 포함되고 있다.⁷⁷⁾

(3) 혜택의 부인 조항의 행사 여부 및 행사 시기

대부분의 BIT상 혜택의 부인 조항은 국가가 혜택의 부인을 선택할 수 있도록 규정하고 있다.⁷⁸⁾ 즉, 국가가 혜택을 ‘부인할 수 있거나(may refuse)’ 또는 혜택을 ‘부인할 권리를 갖는다(reserve the right to refuse)’고 규정되어 있다. 따라서, 혜택의 부인 조항은 자동적으로 적용되는 것이 아니라 국가의 재량에 따라 주관적으로 적용된다는 점을 주의해야 한다.⁷⁹⁾

Plama v. Bulgaria 중재판정부에서 혜택의 부인 조항의 행사 여부에 대해 “이 조항의 문구는 혜택을 부인하기를 원한다면 그 당사자는 적극적인 조치를 취해야 한다는 것을 의미한다”라고 실시하였다.⁸⁰⁾ 따라서, 혜택을 부인하는 당사국은 신청인에게 투자협정상 혜택을 부인하기 위해 일정한 조치를 취하여야 한다. 보통 투자협정은 혜택의 부인권을 행사하기 위해 어떻게 해야 하는지 구체적으로 규정하고 있지 않다. *Plama* 중재판정부는 ‘계약당사국의 공식적 관보게재(official gazette), 관련 투자법 또는 국내법 규정, 특정 투자자와 교환한 서신으로 충분하다’⁸¹⁾고 판단한 바 있다.

이처럼 혜택의 부인을 적극적으로 행사해야 한다는 중재판정부의 판정을 감안할 때, 더욱 중요한 것은 이 권리의 행사를 언제든지 할 수 있는 지 행사시기의 문제이다. 즉, 투자자와 투자유치국간에 분쟁이 발생하여 중재요청을 한 후에도 혜택을 부인할 수 있는지 여부가 중요하다.

이에 대해 에너지현장조약에 근거한 *Plama Consortium Limited*⁸²⁾ 사건과 *Veteran Petroleum Limited*⁸³⁾ 사건 중재판정부는 중재요청이 제기되고 난 후에는 투자자에게 혜택을 부인할 수 없다고 판단해왔다. 그러나, 최근 2012년 6월 CAFTA 협정에 근거한 *Pac Rim Cayman LLC* 중재판정부는 ICSID 중재규칙 제41조 제1항에 따라 중재요청이 제기된 후에라도 가능한 빨리 그리고 반박의견 제출 마감 시한이내에 혜택의 부인권을 행사하면 된다는 판정을 내린 것을 주목할 필요가 있다.⁸⁴⁾ 투자유치국 입장에서는 외국인

77) Mark Feldman, ‘Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration’, *ICSID Review-FILLJ*, Vol. 27, No. 2 (2012), p. 294, 구체적으로 캐나다-코스타리카 BIT (1999), 멕시코-중국 BIT (2009), 한국-일본 BIT (2003), 한중일 TIT(2012서명), 중국-아세안 FTA (2010), 호주-멕시코 BIT (2007), 아세안-호주-뉴질랜드 FTA (2010), 캐나다-페루 BIT(2007), 레바논-오스트리아(2002), 아세안 포괄적 투자협정 (2012) 등이 있다.

78) 매우 소수이긴 하지만, 아세안 포괄적 투자협정(ASEAN Framework Agreement on investment)처럼 혜택의 부인 조항을 의무조항(shall be denied)으로 규정하는 경우도 있다. *plama* Decision, para. 156.

79) *Anatolie Stati v. Kazakhstan*, SCC, Award, December 19, 2013, para 745

80) Herman Walker Jr., *Provisions on Companies in United States Commercial Treaties*, 50 AM. J. INT’L L. 373, 388 (1956)

81) *Plama* Decision, para. 157.

82) *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005 (44 International Legal Materials 721 (2005)), Award, 27.

83) *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, paras. 514-515.

84) *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the

투자기업이 투자의 진입단계에서부터 서류상 회사로 실질적 영업활동을 하지 않을 것이라는 점을 예상하기 힘들고, 실제 분쟁이 발생한 후에야 서류상 회사임을 알게 되는 경우가 더 많기 때문에 투자협정상 혜택의 부인을 의무사항(shall)으로 규정하기보다는 재량사항(may)으로 규정하여 외국법인의 자유로운 투자를 허용하되, 분쟁이 발생한 이후에도 혜택의 부인을 행사할 수 있다고 보는 것이 외국인투자자와 투자유치국 모두의 이해관계를 만족시킬 수 있다고 생각한다.

(4) 입증책임

그동안 피청구국이 혜택의 부인 항변을 하였음에도 불구하고, 중재판정부는 피청구국이 입증책임(burden of proof)과 통지(notice) 요건을 충족하지 못했다는 이유로 이를 받아들이지 않았다.⁸⁵⁾ 중재판정부가 혜택의 부인을 인정하지 않는 경향은 피청구국으로 하여금 투자협정에 규정되지 않은 법의 일반원칙인 ‘권리의 남용’ 항변에 의존하게 만든 원인이기도 하다.⁸⁶⁾

먼저, 입증책임을 이유로 혜택의 부인 항변을 부인한 판례의 입장을 살펴보겠다. ECT 제17조에 근거한 *AMTO v. Ukraine* 사례에서, 중재판정부는 ECT 제17조가 입증책임에 대해 중립적으로 규정되어 있으므로, 입증책임 분배의 일반원칙에 따라 ‘투자자’ 정의에 대해서는 신청인이, ‘혜택의 부인’ 항변에 대해서는 피청구국이 입증책임을 부담하다고 판단하였다⁸⁷⁾. 그러나, 중재판정부는 다국적기업과 같이 여러개의 다른 법역에서 활동하는 법인을 소유 또는 지배하는 투자자에 대해 피청구국이 그의 실질적 영업활동 여부를 입증한다는 것이 어렵다는 점을 인정하였다.⁸⁸⁾ 왜냐하면 피청구국의 입장에서 투자자의 회사가 실질적 영업활동을 하는지에 대한 정보에 접근하는 것이 쉽지 않기 때문이다. 따라서, 중재판정부는 피청구국이 신청인의 실질적 영업활동에 대한 증거가 모호하다는 점을 집요하게 파헤쳐서(exploit the paucity or ambiguity) 신청인으로 하여금 적극적으로 실질적 영업활동에 대한 입증자료를 제출하도록 하였다.⁸⁹⁾ 그럼에도 불구하고, 중재판정부는 동 사안에서 신청인의 입증자료에 근거하여 AMTO가 본국 라트비아에서 실질적인 영업활동을 영위한다고 인정하고 피청구국의 혜택의 부인 항변을 배척하였다.

반면에, AMTO 중재판정부와 달리 *Generation Ukraine Inc. v Ukraine*⁹⁰⁾ 중재판정부는 피청구국인 우크라이나가 AMTO 사안과 같이 신청인의 실질적 영업활동 증거의 모호성을 공격했음에도 불구하고, 입증책임을 엄격히 분배하여 피청구국이 신청인의 실질적 영업활동이 없다는 점에 대해 입증책임을 다하지 못하였기 때문에 혜택의 부인 항변을 배척하였다.

최근의 *Pac Rim LLC* 중재판정부는, AMTO 중재판정부처럼, 피청구국이 신청인의 실질적 영업활동에 대한 자료에 접근하는 것이 어려운 점을 고려하여 입증책임에 대해 유연한 접근 방법을 취

Respondent’s Jurisdictional Objections, 1 June 2012, para. 4.85.

85) Mark Feldman, ‘Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration’, *ICSID Review-FILJ*, Vol. 27, No. 2 (2012), p. 295

86) Ibid

87) *Limited Liability Company AMTO v Ukraine*, SCC Case No 080/2005, Final Award, 26 March 2008, para. 64.

88) Ibid., para 65

89) Ibid.

90) *Generation Ukraine Inc v Ukraine*, ICSID Case No ARB/00/9, Award, 16 September 2003, para. 15.8.

하였다. 즉, 일단 신청인이 비당사국 국민에 의해 지배되고 있다는 점을 피청구국이 증거의 우위 정도로 입증하면, 그 후에는 신청인이 최후 지배자의 국적이 당사국인 미국 국적이라는 점을 입증하도록 입증책임을 전환하였다.⁹¹⁾ 결론적으로, 중재판정부는 신청인이 단순히 우편 주소만 미국 주소로 되어있는 서류상 회사에 의해 지배받는 것이므로 진정한 미국 주주에 의해 지배되는 것이 아니라고 판단하여 피청구국의 혜택의 부인 항변을 인용하였다.⁹²⁾

(5) 혜택 부인의 통지 및 그 효과

중재판정부는 혜택의 부인 항변을 통지 요건을 충족하지 못했다고 하여 거절하기도 하였다. 통지의 핵심쟁점은 혜택 부인 조항을 행사한 ‘효과’가 그 행사한 시점부터 장래를 향한 효력만 있는 지 아니면 소급효가 있는지 여부와 관련되기 때문에 이를 함께 검토하기로 하였다.

Plama 중재판정부는 혜택의 부인 권리를 행사할 때까지 투자자는 협정상 혜택에 대해 합리적 기대를 갖기 때문에, 투자유치국은 투자자가 투자를 하기 전에 투자자에게 혜택의 부인을 행사할 지 여부에 대해 통지해야 한다고 판단하였다.⁹³⁾ 따라서, 혜택을 부인할 수 있는 권리를 구체적으로 행사하기 전까지 협정상의 혜택을 부여하는 것이 투자자의 합리적 기대 보호와 ECT 목적에 부합한다는 등의 이유로 혜택의 부인의 장래효만을 인정하였다.⁹⁴⁾ 그러나, 이에 대해서는 혜택의 부인 조항이 투자자에게 공지되면 그 법적인 기대가 방지된다는 반론도 있다⁹⁵⁾.

Yukos Universal Ltd v. Russia 중재판정부도 *Plama* 판정부의 통지 요건을 그대로 인정하였다. ECT 제17조는 혜택의 부인 ‘권리를 가진다(reserve the right)’ 라고 규정하고 있으므로 권리를 행사해야 하며, 공지를 통해 권리를 행사한 이후부터 장래효를 가진다고 하였다.⁹⁶⁾ 통지가 필요하다는 중재판정부의 일관된 동향을 인정한다고 하더라도 ‘분쟁이 발생하기 전’에 서류상 회사인지 파악하고 미리 혜택을 부인할 지 그 의도를 통보한다는 것은 실무상 어려움이 있다는 점을 고려해야 할 것이다. 따라서, 통지의 방법에 있어서는 개별적인 통지 보다는 *Plama* 판정부가 인정한대로 법률 규정이나 관보 게재 등 일반적인 선언으로 충분하다고 보아야 할 것이다.

여기서 중요한 점은, 중재판정부의 판정은 혜택의 부인조항은 장래효를 가진다는 입장이므로 혜택의 부인 조항을 투자협정에 규정하고도 제때에 혜택의 부인권을 행사하지 못하여 서류상 회사에 혜택을 부여하는 일이 없도록 해야 할 것이다. 정부가 FTA나 BIT 등 투자협정 ‘관보게재’시에 혜택의 부인을 할 수 있다는 내용을 반드시 ‘공지’하거나 상대방 국가에 ‘공식적으로 통지(notice)’하는 것도 이를 미연에 방지하는 방법이 될 것이다.

91) Pac Rim Decision on Jurisdiction, para 4.81.

92) Ibid. para 4.81. 중재판정부는 이외에도 신청인 회사의 임원의 증언에 따라 동 회사가 근로자나 회사 공간, 은행 계좌, 심지어 이사회도 없다는 점을 인정하였다. Ibid, paras 4.68-70

93) Plama Decision, para 161.

94) Plama Decision, paras 162, *Veteran Petroleum Trust v. Russian Federation*, ICSID Case No ARB/, Interim Award of 30 November 2008, para 514에서 재확인된다.

95) Ibid, para 164, A. Sinclair, 'The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration'(2005) 20 *ICSID Review- FILJ*, pp. 357, 385

96) *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia*, PCA Case No AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, para. 457.

다. 법인격 부인 또는 법의 일반원칙 활용

투자자는 현존하는 투자조약 내에서 자신의 투자가 최대한 보호될 수 있도록 하는 방안을 강구한다. 따라서, 투자자는 가장 우호적인 투자조약을 체결하고 있는 투자유치국에 서류상 기업을 설립하거나, 투자 분쟁이 발생한 경우 전략적으로 기업구조를 변경하여 투자자에게 가장 유리한 투자협정을 선택할 수 있는 국적을 취득하기도 한다. 그동안 중재판정부는 이런 국적 계획이나 조약쇼핑은 투자의 안정과 최대의 이윤을 추구하는 기업의 입장을 감안할 때 비도적적이거나 불법적인 것은 아니라고 판단해왔다.⁹⁷⁾ 이에 따라 그동안 중재판정부의 판정⁹⁸⁾은 법인의 국적을 투자협정상 형식적인 설립지 기준으로 결정하려는 경향이 강했고, 법인격 부인을 통해 실질적 소유·지배자의 국적을 가려내는데 소극적이었다.

그러나, 최근에 투자 분쟁이 발생한 경우 전략적으로 기업구조를 변경하여 오직 중재요청을 위한 목적의 국적 계획과 조약 쇼핑의 경우, 법인격 부인 또는 신의칙 등 법의 일반원칙 남용 등을 이유로 법인이나 주주의 당사자적격을 결정하려는 *TSA* 와 *Phoenix*, *Mobil* 등 사건의 중재판정이 나오고 있다. 또한, 위와 같은 결정을 지지하는 학자들의 주장도 많아지고 있다.⁹⁹⁾ 최근 국적 기획이라는 주제에 대해 Schreuer 교수는 이것이 중재절차의 남용을 위한 것이 아닌 그 자체로 유효한 것이 되기 위한 기준으로 ‘회사 구조 변경의 시기(on the time of restructuring)’를 제시하였다. 즉, “국적 계획의 유효성은 분쟁과 관련하여 회사 구조를 재조정된 시기에 달려있다”고 하였다. “만약 회사구조 재조정이 분쟁이 일어나기 훨씬 전에 이행되었다면 새로 취득한 국적은 인정받을 수 있지만, 현재 분쟁에 직면하여 마지막 순간에 국적을 변경하는 것은 거절되어야 한다”¹⁰⁰⁾고 견해를 피력하였다. 그동안 부당한 관행으로 인정되어 왔던 서류상 회사의 국적기획과 조약쇼핑에 대해 제동을 거는 다수의 중재판정과 이를 지지하는 학자들의 견해로 인해 국제투자 분야

97) 박덕영 외, 『국제투자법』, 박영사, 2012, p. 83. 그 예로 AdT 사안에서 피청구국은 BIT상 보호를 얻기 위해 전략적으로 기업구조를 변경하는 것은 사기 혹은 기업 형태의 남용이라고 주장하였는데 중재판정부는 법적인 혜택(세금, BIT를 포함하여 관할권에 관한 법 등)을 제공받기 위해 국적을 변경하는 관행은 비합법적인 것이라고 할 수 없다고 명시적으로 밝히기도 하였다(AdT Decision para 160-180).

98) 대표적인 중재판정으로 Tokios 판정, Rompetrol 판정, Saluka 판정 등이 있다. 그러나, 이 판정들에서도 회사가 사기 등의 불법행위를 통한 투자보호를 받고자 한 경우에는 법인격을 부인할 수 있다는 점은 인정했다. 그 예로 “[Piercing the corporate veil is] an equitable remedy where corporate structures had been utilised to perpetrate fraud or other malfeasance, but, in the present case, the Tribunal finds that the alleged fraud and malfeasance have been insufficiently made out to justify recourse to a remedy which, being equitable, is discretionary.” (Saluka Investments BV v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para. 230)

99) V. Gupta, "Exclusion from within the ambit of a protected investor, a fair price to pay for the act of abusive treaty shopping", *Transnational Dispute Management* 1(2014), Acconci, P. Determining the Internationally Relevant Link Between a State and a Corporate Investor- Recent Trends concerning the Application of the "Genuine Link" Test, *The Journal of World Investment & Trade*, vol 5, 2004, p.139. Burgstaller, M, Nationality of Corporate Investors and International Claims against Investor's Own State, *The Journal of World Investment & Trade*, vol 7, 2006, p. 857, Albert Badia, "Piercing the veil of State Enterprises in International Arbitration, *Kluwer International Law*, 2014, p. 136

100) C. Schreuer, "Nationality Planning", *Fordham Conference*, London, 27 April 2012, Revised 12 October 2012. p.18

에서 서류상 회사의 관할권 인정 여부에 대한 일정한 기준이 일응 마련되었다고 볼 수 있다.

V. 우리나라 투자협정상 법인 국적 기준 및 향후 개정방향 제언

1. 우리나라 투자협정상 법인 국적 기준

대부분의 BIT와 FTA 투자협정이 설립지 기준으로 법인의 국적을 규정하고 있으며, 이외에 우리나라 양자투자협정 중 ‘소유·지배’ 기준을 설립지 기준과 함께 법인의 국적인정 기준으로 규정한 투자협정은 한국-스위스 BIT¹⁰¹⁾와 한-멕시코 BIT¹⁰²⁾가 있다. 이렇게 소유·지배 기준을 사용하는 국가가 적은 이유는 소유·지배 기준을 정하는 것이 실무상 어렵기 때문이다.

또한, 설립지 기준과 함께 ‘본점소재지’ 기준을 법인의 국적 결정 기준으로 규정하고 있는 투자협정은 한국-사우디아라비아 BIT 제1조 제3항(b)(ii)로 법인이 자국에 주사무소(head office)를 두고 있을 것을 규정하고 있고, 한국-그리스 BIT 제1조 제3항(b)도 주된 영업소(principal place of business)를 요건으로 삽입하였다. 이 외에도 한국은 불가리아, 코스타리카, 칠레, 카타르, 아르헨티나, 포르투갈, 핀란드, 오스트리아, 세네갈, 프랑스, 독일과의 BIT에서 의결권지 기준을 규정하고 있다. 한-EU FTA에서도 제7.2조 정의조항에서 법인에 대하여 “대한민국 또는 유럽연합 회원국의 법에 따라 설립되고 등록 사무소, 경영본부 또는 주영업소를 가지고 있는 법인(set up in accordance with the laws (중략) and having its registered office, central administration or principal place of business)”로 규정하여 설립지 기준과 본점소재지 기준을 동시에 적용하고 있다. 다만, 동 FTA에서는 등록사무소, 경영본부¹⁰³⁾만 있는 경우에는 실질적인 경영활동이 없는 한, 법인으로 인정되지 않는다고 하여 법인 정의조항을 통해 실질적으로 혜택을 부인하고 있다¹⁰⁴⁾.

2. 우리나라 투자협정의 향후 개정방향

우리나라의 FTA중 한-EFTA와 한-EU FTA 투자자 정의에서 법인 투자자 정의에 실질적 영업활동 요건을 포함시켜서, 서류상의 회사를 제외하기도 하지만, 그 외 모든 FTA에서는 혜택의 부인 조항을 통해 서류상의 회사를 이용한 투자협정 무임승차 가능성을 차

101) 한-스위스 BIT Article 7(b)(2) : with respect to the republic of korea, juridical persons or companies or associations, (중략) incorporated in the territory of the republic of korea and lawfully existing in accordance with us laws and regulations thereof or in which korean nationals have directly or indirectly a controlling interest.

102) 한-멕시코 BIT Article 1(3)(b) : the term "juridical persons" means any entity which is incorporated or constituted, including an enterprise that is owned or controlled by the former contracting party

103) 경영본부란 최종적인 의사결정이 이루어지는 본점을 말한다. 한-EU FTA 제7.2조

104) 실질적인 경영활동은 GATS 제5조 제6항에서 언급하고 있는 개념으로 The Treaty establishing the European Community 제48조의 “effective and continuous link”에서 차용한 개념이다. 한-EU FTA ARTICLE 7.2 : DEFINITIONS (f)항 각주 3 참조.

단하고 있다.

한-싱가포르 FTA 제10.17조¹⁰⁵⁾는 ‘제3국’ 투자자가 소유·지배하고 있고, ‘실질적 영업 활동’을 하지 않는 기업에 대한 혜택을 부인하고 있다. 유사하게 비당사국, 제3국 투자자만 배제하는 경우는 한-칠레 FTA도 있다.

더 나아가, 한-미 FTA 제11.11조 제2항은 제3국 투자자 뿐만 아니라 ‘혜택을 부인하는 협정 당사국’ 자신의 투자자가 기업을 소유·지배하고, 그 기업이 실질적인 영업활동을 수행하지 아니하는 경우에도 혜택을 부인한다.¹⁰⁶⁾ 이와 유사한 협정은 한-인도, 한-아세안, 한-페루, 한-콜롬비아, 한-호주 FTA 등 한미 FTA 이후에 체결한 FTA는 이런 형식으로 규정되어 있다.

위에서 살펴본대로 한-칠레(03.2월 서명, 04.4월 발효), 한-싱가포르(05.8월 서명, 06.3월 발효) FTA 투자장의 혜택의 부인 조항에 제3국 투자자만 규정하고 있는 이유는 협정당사국 자국민에 의해 투자자-국가 중재가 제기되기 시작한 것이 2004년 6월 Tokios 사례 이후 본격화되었기 때문으로 판단된다. 2006년 체결된 한-미 FTA 이후 모든 FTA에는 제3국 뿐만 아니라 혜택을 부인하는 협정 당사국이 포함되어 있다는 것에서 이를 확인할 수 있다. 따라서, 자국민에 의한 투자자-국가 중재가 요청되는 경우가 많아진 오늘날의 상황에 대비하기 위해서 한-칠레, 한-싱가포르 FTA는 혜택의 부인 대상에 ‘부인하는 당사국 국민’도 포함하는 것으로 개정해야 할 것이다.

한편, 우리나라가 FTA의 투자 chapter 외에 BIT에서 혜택의 부인 조항을 넣기 시작한 것은 최근의 일이다. 1960년대 말부터 1990년대 체결한 대부분의 BIT에는 혜택의 부인 조항이 들어가 있지 않았고, 그동안 한-일 BIT에 유일하게 혜택의 부인 조항이 포함되어 있었다. 가장 최근 발효된 한-르완다, 한-우르과이 BIT¹⁰⁷⁾와 2014년 5월 17일 발효된 한중일 투자보장협정에 본격적으로 위 한미 FTA와 같은 혜택의 부인 조항이 삽입되기 시작했다.

따라서, 우리정부가 FTA 추진계획을 통해 미국, EU 등 거대시장 국가들과 FTA를 체결하여 FTA 중심국가로서 많은 성과를 내어 온 것처럼, 현재 혜택의 부인 조항이 들어가 있지 않은 대다수 기체결 BIT를 우선순위를 정하여 순차로 개정하는 작업을 해야 할 것이다.¹⁰⁸⁾ 또한, BIT 개정시 혜택의 부인 조항을 규정할 때, *Plama* 중재판정부의 판정

105) Subject to prior notification and consultation in accordance with Articles 19.3 and 20.4, a Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if investors of a ‘non-Party’ own or control the enterprise and the enterprise has no ‘substantive business operation’ in the territory of the other Party under whose law it is constituted or organised.

106) A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantive business activities in the territory of the other Party and persons of non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.

107) 2014.3. 현재 혜택의 부인 조항이 규정되어 있는 BIT는 한-일, 한-르완다 BIT와 한-우르과이 BIT, 한중일 투자보장협정 4개에 불과하다. 한-르완다, 한-우르과이 BIT 제14조, 한중일 투자보장협정 제22조 혜택의 부인조항 참조.

108) 우리나라에 가장 많은 외국인투자자는 EU 투자자이고, 1990년대 이전에 체결한 대부분의 BIT도 EU 회원국과의 BIT이다. 따라서, 개정 우선순위 확정시 EU회원국 중 우리나라에 주요 외국인 투자자인 네덜란드, 독일, 영국 등과의 BIT 개정을 서둘러야 할 것이다. 2009년 12월 리스본 조약 발효로 투자협상에 관한 포괄적 권한이 EU 집행위로 귀속되었지만, EU 집행위는 EU 회원국과 역외 제3국간의 BIT에 대한 경과규정을 마련하였고, 2012년 12

에서 ECT 제17조를 해석하면서 혜택의 부인 조항이 실질적인 권리(Part III)에만 미친다고 판정한 것처럼, 이와 같은 문제가 발생하지 않도록 혜택의 부인 조항의 해당 범위를 신중히 검토한 후 규정을 명확하게 마련할 필요가 있다.

또한, 향후 다국적 기업의 투자는 더욱 활성화 될 것이고, 우리나라가 체결한 수많은 투자협정을 통해 서류상 회사가 우리나라를 상대로 중재를 요청하는 경우가 많아질 수 있다. 따라서, 이를 미연에 방지하기 위해 기 체결 BIT에 ‘혜택의 부인’ 조항을 포함해야 한다. 또한, 이런 BIT 개정과 함께 혜택의 부인조항을 효과적으로 활용하기 위해 더 중요한 것이 바로 상대방 국가에 통지(notice)하는 것이다. 그동안 중재판정부의 입장이 혜택의 부인은 혜택을 부인하는 당사국의 적극적인 조치가 있어야 하고, 이런 조치는 장래 효를 가진다는 입장이므로 우리 정부 관련 부서는 그동안 우리나라가 체결한 FTA나 BIT 중 혜택의 부인 조항이 있는 투자협정의 ‘관보게재’시에 혜택의 부인을 할 수 있다는 내용을 공지하였는지 먼저 검토해야 할 것이다. 만약에 FTA 등 투자협정을 관보게재하면서 혜택의 부인을 공지한 적이 없다면 반드시 빠른 시일내에 이를 일률적으로 관보게재 등의 형식으로 ‘공지’하거나 관련 투자법 또는 국내법에 규정하거나 체결 상대방 국가에 서신교환의 방법으로 ‘공식적으로 통보(notice)’하는 것이 필요하다.¹⁰⁹⁾

위에서 살펴본대로 현재 국제투자법의 상황은 과거의 외국인투자자와 투자유치국간의 분쟁발생시 투자자 우호적 또는 투자유치국 우호적인 일방의 입장에서 양자간의 균형점을 찾는 방향으로 나아가고 있는 시점임을 알 수 있다. 이런 양자간의 균형점을 찾는 것은 결국 모두가 수긍할 수 있는 법적 체계(legal framework)가 마련되어 있을 때 가능하다. 최근 UNCTAD가 마련한 미래의 다자적 차원의 합의를 모색하는 기초 모델로 지속 가능한 성장을 위한 투자정책 체계(Investment Policy Framework for Sustainable Development(IPFSD))¹¹⁰⁾와 EU 집행위가 유럽 의회에 보고하여 유럽의회가 채택한 미래 유럽연합 국제투자정책(Report on the future European International Investment Policy)¹¹¹⁾은 이런 법적 체계 마련에 큰 시사점을 준다.

이런 국제투자정책의 변화를 반영하여 2013년 EU-캐나다 CETA 투자협정은 기존 투자협정보다 더 발전된 형태로 체결하였고, 다른 협정들에도 반영되도록 협상하고 있다.¹¹²⁾ 특히, EU는 투자협정상 투자자-국가간 분쟁해결절차를 포함한 투자보호 규정이

월 12일 EU 의회 및 이사회가 일반입법절차에 따라 이 제안을 채택하였다. 따라서, 리스본 조약 발효 이후에도 집행위의 사전 승인을 전제로 회원국과 제3국간 기존 BIT의 개정이나 새로운 BIT 협상을 진행할 수 있다. 2013년 EU-중국 BIT가 개시된 바있다. REGULATION (EU) No 1219/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, Article 7. 자세한 내용은 동 규정 참조. available at: <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/italaw1249.pdf>

109) 자세한 내용은 제5장 제1절 2.나.(3) 혜택의 부인조항 행사 여부 및 행사시기 211-212면 참조. Plama 중재판정부는 ‘채약당사국의 공식적 관보게재(official gazette), 관련 투자법 또는 국내법 규정, 특정 투자자와 교환한 서신으로 충분하다고 한 바 있다.

110) UNCTAD, “Towards a New Generation of International Investment Policies: UNCTAD’s Fresh Approach to Multilateral Investment Policy-Making”, *DIAE* (2013), p.2

111) Committee on International Trade, “Report on the future European International Investment Policy” A7-0070/2011, 22 March, 2011(이하 Committee Report라 함), European commission, Fact Sheet : Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements(November 2013)- A new start for investment and investment protection(이하 A new start for investment and investment protection 라 함)

투자유입에 있어 중요하기 때문에 이 투자보호 체계를 개선할 필요가 있다고 보고, 구체적으로 2가지 장기적인 접근방법으로 투자보호 제도를 개선하려는 입장을 표명하였다.¹¹³⁾ 첫째는 투자보호 규정의 명확화 및 개선(clarifying and improving investment protection rules)으로 ① 당사국들이 적법한 공공정책 목적의 규제권한을 재확인하는 것, ② 중재판정부의 간접수용 여부 판단을 위한 가이드라인으로서 간접수용 조항의 상세화(특히 공익을 위한 비차별적 방법의 정부규제 권한을 정부조치로 인한 투자자의 경제적 이익보다 우선시 하는 것), ③ 기존 공정하고 공평한 대우의 정의(definition) 부재로 인해 중재판정부의 재량 여지가 너무 큰 점을 개선하고자 공정하고 공평한 대우의 포함요소와 배제요소의 명확화를 위한 노력을 진행하겠다고 하였다. 둘째는 분쟁해결제도 운영방법의 개선(improving how the dispute settlement system operates)으로 ① 외국인투자자의 다중 또는 악의적인 청구의 예방(특히, 중재판정에서 패소한 투자자에게 투자유치국의 중재비용을 포함한 모든 비용 지불의무화), ② 중재제도의 투명성 증진(중재 관련 서류의 공개, 중재심리 참가 및 시민단체 등 이해관계자의 의견제출 허용), ③ 이해관계의 충돌해결과 중재판정의 일관성 유지를 위한 노력(중재인을 구속하는 행동지침 도입) ④ 투자규정을 해석함에 있어 당사국의 통제를 유지하는 보호방안(safeguards) 도입을 개선사항으로 정하고 있다.¹¹⁴⁾

UNCTAD나 EU와 같은 다자적 차원에서 전세계 공동의 투자정책 및 투자협정에 대한 지속가능한 법체계 및 정책체계를 마련하기 위한 노력은 주로 기존의 투자자 보호 위주의 모호한 투자협정 규정 및 폭넓은 재량적 해석 관행에서 공동의 이해관계, 투자유치국의 공공목적에 위한 정당한 규제권한 유지 및 중재판정의 일관성 유지를 위해 투자협정 규정의 명확화라는 패러다임 변화로 나타나고 있다. 향후 우리나라의 BIT, FTA 투자 장 등 국제투자협정 및 우리나라 투자 관련 국내법도 이와 같은 변화된 투자 패러다임을 잘 반영하여 투자보호를 통한 유치촉진과 정당한 국내규제의 균형을 이루도록 해야 할 것이다. 더불어, 우리나라도 세계 10위 BIT 체결국으로서¹¹⁵⁾ 투명하고 일관성 있는 투자 정책 및 이를 반영한 국내법, 국제투자협정을 마련함으로써 국제투자법 발전에 기여를 해야 할 것이다.

112) European commission, A new start for investment and investment protection, p. 1

Available at : http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf

113) Ibid, p. 2

114) A new start for investment and investment protection, p.2. EU 집행위는 2008-2012년 사이에 접수된 214건의 ISDS 사건 중 53%인 113건이 EU 회원국(주로 네덜란드, 독일, 영국) 투자자들에 의해 제기된 것이며, 2012년 한해 동안 개시된 52건 중 60%가 EU 투자자에 의해 개시되었고, 미국 투자자는 겨우 7.7%에 그쳤다는 UNCTAD 통계를 통해 최근 EU 투자자들이 ISDS를 가장 많이 사용하고 있음을 인정하였다. 한편, EU는 오히려 투자유치국의 규제권한 강화와 다중, 악의적인 투자자의 중재를 제한하는 방향으로 개선목적을 정하고, 실제 이를 투자협정(캐나다-EU CETA 투자협정 등)에 반영하고 있다는 점에서 투자 보호와 투자유치국의 재량 사이의 균형을 찾기 위해 노력하고 있음을 알 수 있다.

115) MENA OECD PROGRAMME, Trends in international investment rule-making and Investor-State Dispute Settlement, p.9 [Chart of Top 10 Signatories of BITs in the world] 참조, 독일, 중국, 스위스, 영국, 이집트, 이탈리아, 프랑스, 네덜란드, 벨기에-룩셈부르크, 한국 순서임. available at: www.oecd.org/mena/investment/45727836.pdf (2013.11.28 검색)

[참고1] 우리나라가 체결한 BIT상 법인의 국적 기준 (발효일 기준 역 연대기순)

법인국적 기준	우리나라가 체결한 BIT 현황
설립지 기준	<p>한-중-일¹¹⁶(13.5.23 서명, 14. 5. 17 발효) 한-르완다(13. 2.16 발효,09.5.29 서명), 한-우르과이(11.12.8 발효, 09.10 서명) 한-콩고 (11.8.13 발효, 06.11 서명), 한-벨기에¹¹⁷ (11.3.27. 발효, 06.12.12 서명) 한-부르키나파소 (10.4.14 발효, 04.10.26 서명), 한-가봉(09.8.9 발효, 07.8.10 서명) 한-키르기즈(08.7.8 발효, 07.11.19 서명), 한-도미니카(08.6.10 발효,06.6.30 서명) 한-모리셔스(08.3.7 발효, 07.6.18 서명), 한-아제르바이잔 (08.3.7 발효,07.6.18 서명) 한중 BIT(개정) (07.12.1 발효,07.9.8 서명), 한-자메이카 (07.11.05 발효, 03.6.10 서명) 한-쿠웨이트(07.8.31 발효, 04.7.15서명), 한-리비아 (07.3.28 발효, 06.9.21 서명) 한-레바논(06.12.21 발효 ,06.5.5 서명), 한-가이아나(06.8.20 발효, 06.7.31 서명) 한-모리타니(06.7.21 발효, 04.12.15 서명), 한-크로아티아(06.5.31 발효,05.7.19 서명) 한-알바니아(06.5.18 발효,03.12.15 서명), 한-이란(06.3.31 발효, 98.10.31 서명) 한-슬로바키아(06.2.7 발효, 05.5.27.서명), 한-네덜란드(05.3.1 발효, 03.7.12 서명) 한-요르단(04.12.25 발효,04.7.24 서명), 한-UAE(04.6.15 발효, 02.6.9 서명) 한-베트남(개정)(04.6.5 발효, 03.9.15 서명), 한-오만(04.2.10 발효, 03.10.8 서명) 한-트리니티토바고(03.11.27 발효, 02.11.5 서명), 한-브루나이(03.10.30 발효, 00.11.14 서명) 한-이스라엘 (03.6.19 발효, 99.2.7 서명), 한-일(03.1.1 발효, 02.3.22 서명) 한-과테말라(02.8.17 발효, 00.8.1 서명), 한-엘살바도르(02.5.25 발효, 98.7.6 서명) 한-파나마(02.2.8 발효, 01.7.10 서명), 한-알제리(01.9.30 발효, 99.10.12 서명) 한-온두라스(01.7.19 발효, 00.10.24 서명), 한-니카라과(01.6.22 발효, 00.5.15 서명) 한-모로코(01.5.8 발효, 98.1.27 서명), 한-나이지리아(99.2.1 발효, 98.3.27 서명) 한-우크라이나(97.11.3 발효, 96.12.16 서명), 한-벨라루스(97.8.9 발효, 97.4.22 서명) 한-홍콩(97.7.30 발효, 97.6.30 서명), 한-스웨덴(97.6.18 발효,95.8.30 서명) 한-남아공(97.6.6 발효, 95.7.7 서명), 한-볼리비아(97.6.4 발효, 96.4.1 서명) 한-이집트(97.5.25 발효, 96.3.18 서명), 한-캄보디아(97.3.12 발효, 97.2.10 서명) 한-라트비아(97.1.26 발효, 96.10.23 서명), 한-카자흐스탄(96.12.26 발효, 96.3.20 서명) 한-필리핀(96.9.25 발효, 94.4.7 서명), 한-라오스(96.6.14 발효, 96.5.15 서명) 한-인도(96.5.7 발효, 96.2.26 서명), 한-타지키스탄(95.8.13 발효, 95.7.14 서명) 한-체코(95.3.16 발효, 92.4.27 서명), 한-루마니아(90.8.7 발효, 94.12.30 서명) 한-스페인(94.7.19 발효, 94.1.17 서명), 한-터키(94.6.4 발효, 91.5.14 서명) 한-페루(94.4.20 발효, 93.6.3 서명, 2011.8.1 FTA 발효로 종료) 한-인도네시아(94.3.10 발효, 91.2.16 서명), 한-리투아니아(93.11.9 발효, 93.9.24 서명) 한-파라과이(93.8.6 발효, 92.12.22 서명), 한-우즈베키스탄(92.11.20 발효, 92.6.17 서명) 한-이태리(92.6.26 발효, 89.1.10 서명), 한-러시아(91.7.10 발효, 90.12.14 서명) 한-몽고(91.4.30 발효, 91.3.28 서명), 한-파키스탄(90.4.15 발효, 88.5.25 서명) 한-폴란드(90.2.2 발효, 89.11.1 서명), 한-태국(89.9.30 발효, 89.3.24 서명) 한-말레이시아(89.3.31 발효, 88.4.11 서명), 한-헝가리(89.1.1 발효, 88.12.28 서명) 한-방글라데시(88.10.6 발효, 86.6.18 서명), 한-덴마크(88.6.2 서명, 발효) 한-스리랑카(80.8.15 발효, 80.3.28 서명), 한-영(76.3.4 서명, 발효) 한-튀니지(75.11.28 발효, 75.5.23 서명)</p>
혼합기준	한-볼가리아(06.11.16 발효, 06.6.12 서명), 한-사우디아라비아(03.2.19 발효, 02.4.4 서명)

(설립지 + 본 점 소재지)	<p>한-코스타리카(02.8.25 발효, 00.8.11 서명)</p> <p>한-칠레(99.9.16 발효, 96.9.6 서명, 한칠레 FTA로 04.4.1(종료))</p> <p>한-카타르(99.5.16 발효, 99.4.16 서명), 한-아르헨티나(96.9.24 발효, 94.5.17 서명)</p> <p>한-포르투갈(96.8.11 발효, 95.5.3 서명), 한-핀란드(96.5.11 발효, 93.10.21 서명)</p> <p>한-그리스(95.11.4 발효, 95.1.25 서명), 한-오스트리아(91.11.1 발효, 91.3.14 서명)</p> <p>한-세네갈(85.9.2 발효, 84.7.12 서명), 한-프랑스(79.2.1 발효, 77.12.28 서명)</p> <p>한-독(67.1.15 발효, 64.2.4 서명)</p>
혼합기준 (설립지 + 소유·지배)	<p>한-멕시코(02.6.27 발효, 00.11.14 서명)</p> <p>한-스위스(71.4.7 서명, 발효, 06.9.1. EFTA 발효로 종료)</p>

- 116) 한중일 투자보장협정 Article 1(4) the term "enterprise of a Contracting Party" means any legal person or any other entity **constituted or organized under the applicable laws and regulations of that Contracting Party** (후략)
- 117) 개정前 1976년 한-벨기에 투자보장협정에는 **한국의** 경우 incorporated and existing under the laws and regulations of the republic of korea or **in which nationals of the republic of korea have directly or indirectly a substantial interest**, 벨기에의 경우 **having its seat in its territory and consituted in accordance with the legislation of belgium**로 규정

[참고 2] 우리나라가 체결한 FTA 투자 chapter 상 법인의 국적 기준

FTA	법인의 국적 정의
한-칠레 한-미 한-콜롬비아	enterprise of a Party means an enterprise <i>constituted or organized</i> under the law of a party <u>and a branch</u> , located in the territory of a Party and carrying out business activities there
한-싱가포르	enterprise means any corporation, (중략)that is duly <i>incorporated ,constituted or set up or otherwise duly organised</i> under the law of a party and <u>including branches</u> , (후략)
한-EFTA	4 (b) a juridical person or any other entity, except branches, <i>constituted or organized under the applicable law of that Party and carrying out substantial business activities there</i> , making or having made an investment in the territory of another Party
한-ASEAN	Juridical person of a Party means any legal entity duly <i>constituted or otherwise organized</i> under a Party's applicable law, (중략) <u>and its branch</u>
한 - 인도 CEPA	enterprise ¹¹⁸⁾ means any entity <i>constituted or organized</i> under applicable law, (중략) and <u>a branch</u> of an enterprise;
한-EU	Juridical person of a Party means a juridical person <i>set up</i> in accordance with the laws of one of EU or of Korea respectively, <i>and having a registered office, central administration or principal place of business</i> in the territory of the EU or Korea (중략). Should <i>the juridical person have only its registered office or central administration(중략)</i> , <i>it shall not be considered as Juridical person of the EU or of Korea, unless it engages in substantive business operations¹¹⁹⁾..(후략)</i>
한-페루	enterprise of a Party means an enterprise <i>constituted or organized</i> under a Party's law and its <u>branch</u>

118) 한-인도 FTA에서는 투자자로서 법인의 정의 외에 투자 정의에 The Parties understand that in order for an enterprise in the territory of a host Party to qualify as an "investment" under this Chapter, it must have a place of business and assets used to carry out business activities in the territory of that Party. 별도 기준 삽입

119) In line with its notification of the Treaty establishing EC to the WTO (WT/RGE /39/1), the EU Party understands the concept of "effective and continuous link" with economy of Member State of EU enshrined in Article 48 of the Treaty as equivalent to the concept of "substantive business operations" provide for in paragraph 6 of Article V of the GATS. Accordingly, for a juridical person set up in accordance with the laws of Korea and having a registered office or central administration in the territory of Korea, the EU Party shall only extend benefits of this agreement if that juridical person possesses an effective and continuous link with the economy of Korea.

제4주제 : 국가주권과 WTO결정의 정당성

발 표 자 : 장학수 박사 (충북대)

토 론 자 : 박민규 교수 (인하대)

국가주권과 WTO결정의 정당성

(State Sovereignty and Legitimacy of WTO's Finding)

발표자: 장 학 수

I. 도입

WTO회원가입시 회원국의 국가동의를 WTO판정에 대한 정당성 요소이다. WTO회원국의 국가동의를 국가자신의 자유의지의 표현으로서 비추어진다. 그러므로 WTO협정에 대한 국가동의를 존재하는 경우에 WTO회원국들은 최고의 이익을 보유하는 것으로 추정된다.¹⁾ 국가동의를 또한 국가의 법률적 주권의 표현이다.²⁾ 그러므로, 국가동의를 일치하는 상소기구와 패널 결정은 그들이 법률적 국가주권을 강화하고 있기 때문에 합법적인 것으로 간주된다.

그러나, 국가의 법률적 주권은 주권에 대한 유일한 이해이다. 이 논문에서는 Krasner의 다양하고 논리적이며 독립적 의미인 주권에 대한 견해를 채택하여 논의하고자 한다. WTO의 정당성에 관한 국가주권과 WTO간의 관계를 이해하기 위하여 국가주권에 대한 국가 간의 힘의 불균형 증가와 국제기구의 세계화 결과를 고려한 후에 WTO회원국에 대한 영향은 평가될 수 있다는 접근방법을 취하고자 한다.

그러므로, 세계화, 정부간 네트워크의 발달, 국가간 증가된 힘의 불균형이 어떻게 국가주권에 영향을 미치게 되는지에 대하여 논의를 하고자 한다. 이러한 입장에서 국가주권에 대한 WTO의 영향이 평가되고 WTO는 국가주권을 약화시키기보다는 강화시킨다고 주장할 수 있다.

국가주권이라는 관점에서, WTO에 대한 국가동의를 WTO판정의 정당성 평가의 출발점이다. 그러나, WTO협정에 대한 국가동의 범위에 대한 제한은 국가들이 WTO의무를 준수해야 하는 이유를 설명해줄 수 있다. 예를 들어, 국가들이 유의미한 협상에 참여할 수 있는 범위는 국가동의를 상소기구의 결정을 정당화할 수 있는 범위를 한정하는 것이. 그 다음, 더 상세하게 이러한 제한을 살펴보고, 상소기구와 패널 결정의 범위가 WTO정당성의 중요한 근원인 국가동의를 일치한다는 점을 분석할 것이다. 예를 들어, 만약 WTO협정문이 국가동의를 얻었다고 가정하면, 그 협정문에 대한 참여가 상소기구 결정의 가장 중요한 정당성 요건이다. 조약법에 관한 비엔나협약 제31.1조는 WTO협정문을 해석근거의 기초임을 명시하고 있다.

그럼에도 불구하고, WTO협정문은 종종 모호하고 불분명하다. 결과적으로, 상소기구는 종종 자신의 결정을 그 협정문에 완전히 의존하지 못한다. 그러나 정당성 근거로서의 협정문의 중요성 때문에 상소기구는 점차 적용가능한 WTO협정문에 대한 엄격한 조문해석에 근거하여 자신들의 결정을 정당화하려는 시도를 한다. 예를 들어, 상소기구는 종종 용어의 정의를 하기 위하여 사전을 이용하기도 하고 자신들의 결정을 정당화하기 위하여 WTO협정의 문장구조를 상세하게 검토하기도 한다.

1) Alain Pellet, *The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making*, 12 AUSTL. Y. B. INT'L L. 22, 45 (1988).

2) Stephen Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy* 4 (1999). 그는 이러한 차원의 국가주권을 "국제적 법률주권"이라고 명명하였다.

이 논문은 상소기구의 조문에 근거한 정당화에 대한 상소기구의 시도에도 불구하고, 모호하고 불분명하며 불완전한 WTO협정문 때문에, 상소기구는 자신들의 결정에 대한 정당화를 위하여 다른 정당화 요소들에 근거할 것을 강요받기도 한다. 그러므로 상소기구는 여전히 국가동의를 일치하지만 국가주권의 다른 의미를 강요하는 자신의 결정을 지지하기 위하여 국가주권의 다양한 의미를 이용한다.

II. WTO 회원가입과 국가주권에 대한 영향

주권의 개념은 상호 관련되지만 논리적으로 독립적인 많은 다양한 의미들을 포함한다.³⁾ 그러므로 다른 것들을 약화시키면서 주권의 범위를 강화하는 것은 가능하다. 더욱이, 국가주권에 대한 WTO의 영향은 국가주권에 대한 이해에 의존한다. 예를 들어, 국가 간 협력은 국가들의 효과적 지배를 위하여 필요하다.⁴⁾ 협력하는 한 가지 방법은 국제기구를 통해서이다. 국제기구에의 회원가입은 자국의 법률적 주권을 표현하는 반면에, 회원국들의 웨스트팔리아 주권을 약화시킨다.

WTO에서 국가주권에 대한 회원국의 영향은 수직 또는 수평적 관점을 지닌다. 수직적 관점은 WTO와 각 회원국 간의 확립된 관계의 결과로서 국가주권에 대한 효과이다. 수평적 관점은 WTO 회원국이 국가 간의 관계에 영향을 미치는 방법에 초점을 맞춘다. WTO에서 회원국의 국가주권에 대한 수평 또는 수직적 관점은 국제제도의 상호의존성 증가 및 세계화와 국가 간에 존재하는 힘의 불균형이라는 두 가지 측면에서 평가될 필요가 있다. 예를 들어, 흑자들은 국가들이 WTO회원국 의무와 상관없이 법률적으로 동등하다고 정의한 국가 간의 변화와 대부분의 국가들이 행사할 수 있는 주권 수준인 행동적 주권이라고 언급하는 것이 존재한다.⁵⁾ 유사하게, 국가들 간의 힘의 불균형은 국가의 웨스트팔리아 주권을 약화시키며 대부분의 국가들이 완전히 자주적이지 않은 결과를 초래한다.⁶⁾ 이것은 특히 오늘날과 같은 정치, 경제적으로 통합된 세계에서는 더욱 그러하다.⁷⁾

이것은 WTO가 국가주권을 약화시키기 보다는 강화할 수 있음을 시사한다. 사실, Kal Raustiala는 국제기구는 오늘날 국가들이 번영하고 동시에 사회적 목표를 달성할 수 있는 주요한 수단이라고 주장한다. 결과적으로, 국제기구는 국가들이 자국의 주권을 재확인하고 표현하는 주요한 수단이다.⁸⁾ 따라서 국가주권과 WTO의 정당성에 대한 WTO의 영향은 국가 간에 다양할 것이다.⁹⁾

예를 들어, 1950년 독립을 쟁취한 국가들에게는 UN 회원가입이 자국주권을 확인하기 위하여 요

3) Supra note 2.

4) Anne-Marie Slaughter, Sovereignty and Power in a Networked World Order, 40 STAN. J. INT'L L. 283, 285 (2004).

5) Richard H. Steinberg, Who is Sovereign?, 40 stan. j. int'l. l. 329, 331-332 (2004).

6) Jenik Radon, Sovereignty : A Political Emotion, Not a Concept, 40 STAN. J. INT'L L. 195, 197 (2004).

7) Robert O. Keohane, Sovereignty Interdependence, and International Institutes, in IDEAS AND IDEALS: ESSAYS ON POLITICS IN HONORS OF STANLEY HOFFMAN 91 (Linda B. Miller & Michael Joseph Smith eds., 1993).

8) Kal Raustiala, Rethinking the Sovereignty Debate in International Economic Law, 6 J. INT'L ECON. L. 841, 841, 860 (2003).

9) Daniel W. Drezner, On the Balance Between International Law and Democratic Sovereignty, 2 CHI. J. INT'L L. 321, 329 (2001).

구되었다.¹⁰⁾ 오늘날도 비슷하게 WTO회원가입은 캄보디아나 네팔처럼 WTO가 제공할 수 있는 구체적인 무역혜택 만큼이나 국제공동체에 의한 수용에서도 많은 혜택이 있을 수 있다. 많은 국가들에게 WTO는 그들에게 이전에는 보유하지 않았던 주권을 행사할 수 있는 능력을 제공할 것이다.¹¹⁾

세계화와 국가 간의 힘의 불균형은 국가들이 행사할 수 있는 주권 형태에 중요한 영향을 미친다. 국가주권에 대한 영향을 통하여 WTO 정당성을 평가할 때, 우리는 비WTO회원국들이 행사할 수 있는 현실적 주권 수준을 명심할 필요가 있다. 따라서 WTO에서 국가들의 참여는 오늘날 세계에서 그들이 더욱 완전한 주권을 행사하도록 허용할 때, “국제경제기구는 주권에 대한 위협이 아니라 긍정적인 힘으로 이해될 수 있다.”¹²⁾

1. 법률적 주권

법률적 주권은 국가들의 사법적 독립성과 평등을 의미한다.¹³⁾ 모든 국가의 법률적 평등은 유엔헌장 제2.1조에서 확인된다. 동 조는 “UN은 모든 회원국의 주권평등 원칙을 기반으로 한다.”라고 규정하고 있다. 국가들이 국제조약 의무에 구속되기 이전의 국가동의 요건은 국가의 법률적 주권의 표현이다.¹⁴⁾ 왜냐하면 동의란 국가의 법률적 주권의 표현이기 때문이다. WTO는 그 회원국들로부터 동의를 얻었기 때문에 약간의 정당성을 획득한다.

WTO회원가입이 국가의 법률적 주권에 영향을 미치는 범위는 우리가 국가주권에 대하여 폐지 가능성 개념을 사용하는지 또는 거부권에 근거한 국가주권 개념을 사용하는지 여부에 의존한다.¹⁵⁾ 거부권에 근거한 국가주권 개념에 의하면, 국가들이 사후 거부권을 행사할 수 없는 규정이나 결정을 야기하는 과정을 형성하는 경우의 WTO 회원가입은 국가의 법률적 주권을 의미한다.¹⁶⁾ DSU 제16.4조와 제17.14조에서 역 총의의 결과로서, 국가들은 패널이나 상소기구의 결정을 거부할 수 없기 때문에 국가들의 법률적 주권은 WTO회원국에 의하여 영향을 받는다.¹⁷⁾

그러나, 국가주권의 영향에 대한 평가는 국가주권이 세계화의 증가와 국가 간의 힘의 불균형에 의하여 특성화된 세계에서 성공적인 방법이라는 측면에서 다루어질 필요가 있다. 이와 관련하여, 법률적으로 평등하다고 정의된 국가 간의 중요한 변화와 그들이 사실상 행사할 수 있는 일정 수준의 힘이 있다.

패널과 상소기구의 결정은 그 과정 및 결과가 회원국 간의 힘의 불균형을 더 반영하기 쉬운 외교적 분쟁해결형태인 GATT1947에서 힘의 변화를 제공함으로써 회원국들이 중요한 법률적 주권에 대한 형식적인 평등에 근접할 수 있다.¹⁸⁾ 어느 정도 규범에 근거한 무역제도를 강화하는 것은 일부 WTO 법이 모든 회원국에게 적용되기 때문에 무역제도에서 힘의 역할을 함의한다.¹⁹⁾ 그러므로 WTO하에

10) Radon, *supra* note 6, at 199.

11) Steinberg, *supra* note 5, at 330-333.

12) Raustiala, *Rethinking*, *supra* note 8, at 856.

13) KRASNER, *supra* note 2, at 14.

14) LOUIS HENKIN, *INTERNATIONAL LAW: POLITICS AND VALUES* 28 (1995).

15) Raustiala, *Rethinking*, *supra* note 8, at 846-848.

16) *Id.* at 847.

17) *Id.* at 847-848.

18) Robert Howse, *The legitimacy of the World Trade Organization*, in *THE LEGITIMACY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS* 355, 361. (Jean-Marc Coicaud & Veijo Heiskanen eds., 2001).

서 국가간의 무역관계의 입법화는 기존의 힘의 불균형적 이익을 취할 수 있는 회원국 능력을 감소 시킴으로써 합법적 WTO회원가입을 도모하였다.

2. 웨스트팔리아 주권

웨스트팔렌 주권은 국가주권의 또 다른 의미를 가진다. 그것은 세계를 배타적 영토단위의 분배에 근거한 국제정치 영역에 대하여 서술하고 다른 국가나 국제기구가 역외 행위자로서 국내정치적 구조에 개입하는 것을 배제할 권리를 포함한다. 그러므로 웨스트팔리아 주권은 “만약 어떤 국가의 통치자가 역외의 권한구조를 인정하는 협정에 가입하는 경우”에 영향을 받게 된다.

일부 주석가들은 이러한 영토에 근거한 주권 개념이 국제제도에서 중요한 패러다임이 되고 있는 ‘공간 배치’ 대신에 ‘공간 네트워크’인 경제적 합의와 상호작용에 대하여 점차 증가하고 있는 국제형식에 의하여 침해되고 있다고 주장한다. 결과적으로, 국제적 차원에서 점차 증가하는 것으로 추정되는 경제문제를 국가들이 효율적으로 지배하기 위하여 국내 권한당국 및 정부기관은 국제경제에 의하여 발생하는 어려움에 대해 이익을 제기하는 다른 국가의 정부기관과 협력함으로써 자국의 영토적 한계를 극복해야 한다. 이것은 정부간 네트워크를 형성하게 된다.

그러나, 정부기관 간의 네트워크의 보급증가는 전통적인 웨스트팔리아 주권 개념에 이익을 제기하고 있다. 그리고 더 나아가, 이러한 네트워크는 종종 국가 간의 힘의 불균형을 되풀이하게 한다.²⁰⁾ 예를 들어, 미국안보국과 교환국, 그리고 기타 외국 안보 통제자들 간의 협력체제는 미국 안보통제국의 특성을 의도적으로 이전하고자 한다.²¹⁾ Ann-Marie Slaughter는 미국은 명백히 가장 중요한 무역 파트너를 포함한 다른 많은 국가들과 다르므로, 모호한 독점금지 정책의 요구와 본질에 대한 네트워크 접근방법을 역사적으로 선호해 오며 따라 다자협상에서 많은 것을 상실하였다고 밝혔다.²²⁾ 더욱이, Sakia Sassen은 국가 그 자체는 세계 절차의 주요기구가 되고 있으며 국가참여에 의하여 세계기구와 세계경제의 통합은 상당히 변경되기 시작하였으며, 종종 뉴욕과 같은 “세계적 도시”에 집중되고 있다.²³⁾ 따라서, 이러한 세계시장은 오직 한정된 많은 강대국에 의한 규제책임이 존재한다. 그러므로 예를 들어, 국제자본의 흐름이 국가주권에 대한 거대한 파생문제를 야기할 수 있는 반면에, 어떤 국가들은 국가주권의 세계화 영향의 확대에 의하여 이 세계시장들을 촉진시키고 규제하는데 다른 국가들보다 더 많은 능력을 갖고 있다.²⁴⁾ 이것은 또한 정책결정 당국이 반드시 국경과 동일하지 않아도 되는 방법을 강조하고 영토에 근거한 전통적 국가주권 개념에 이익을 제기한다.²⁵⁾ 국가의 웨스트팔리아 주권은 WTO 회원가입으로 영향을 받게 된다. 웨스트팔리아 주권의 기본개념 중 하나는 다른 국가의 국내문제에 대한 불간섭이다. 그러나 웨스트팔리아 주권은 규제가 아니라 권위 문제이다.²⁶⁾ 결과적으로, WTO상소기구 보고서의 자동적 채택을 유도하는 역총의 원칙은 국가의 웨스트팔리아 주권에 영향을 미친다. 예를 들어, 회원국은 자국에 불리한 상소기구 결정에 합치하기

19) Jose E. Alvarez, *The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences*, 38 *Tex. INT'L. L.J.* 405, 443 (2000).

20) Kal Raustiala, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, 43 *Va J. Int'l L.* 1, 24-25 (2002).

21) Slaughter, *supra* note 4, at 294.

22) *Id.* at 24.

23) Sakia Sassen, *Losing Control? Sovereignty in an Age of Globalization* 28-29 (1996).

24) Steinberg, *supra* note 23, at 434-435.

25) Jayasuriya, *supra* note 23, at 434-435.

26) Krasner, *supra* note 2, at 20.

위하여 국내법을 변경하여야 하는 경우에 그 국가의 정책결정 과정에 대하여 WTO에게 일정한 권한을 부여하는 것이다.

동시에, WTO 회원가입은 국가들의 웨스트팔리아 주권을 강화시킨다. 첫 번째, 상소기구 결정의 회원국 정책결정 과정에 대한 영향은 정부간 네트워크에 대하여 약속한 세계화된 세상의 관점에서 평가될 필요가 있다. 두 번째로, 경제적 지배와 정부간 네트워크의 발달을 위한 기초로서 관할권의 효율성 감소는 국가들의 웨스트팔리아 주권에 이익을 제기한다. 낮은 조약 수준의 협력 덕분에, 이러한 네트워크는 중요한 방법이 되어 강대국들은 다른 국가에 자국의 규범모델을 부과할 수 있다. 그러므로 국가 상호관계에 대한 수평적 관점에서 WTO 회원가입은 정부 간 네트워크에 부정적 영향을 최소화함으로써 국가들의 웨스트팔리아 주권을 강화시킬 수 있는 경제적 지배의 대안적 형태 또는 그에 상응하는 형태이다.

예를 들어, 국제기준의 발달로 인한 조화는 이 새로운 규제개념의 중요한 부분이다.²⁷⁾ 특히 WTO/TBT협정은 국제기준의 역할을 규율한다.²⁸⁾ 그러나, 총의에 대한 WTO의 강조는 정부 간의 네트워크 보다는 주권평등과 역외 행위자를 배제하려는 국가주권에 더 합치하는 방식으로 국제기준의 발달을 가져온다.²⁹⁾

3. 상호 의존적 주권

상호의존적 주권은 또 다른 차원의 국가주권이다. 국경간의 정보, 사상, 상품, 사람, 오염물질 또는 자본유동을 규제하기 위한 공공기관의 능력을 의미한다.³⁰⁾ 국가들의 상호의존적인 주권은 세계경제의 상호의존성 및 세계화의 증가에 의하여 상당히 영향을 받는다. WTO회원가입은 상품 및 서비스 무역을 제한하기 위한 자신들의 권리에 대한 제한에 동의하였기 때문에 국경 간 유동에 대한 국가규제를 어느 정도 침해한다. 이러한 영향은 WTO 회원가입 이전에 존재하던 규제 수준을 먼저 고려한 후에 적절히 평가될 수 있다.

예를 들어, 낮은 수송비용과 “통신 혁명”은 기업들이 인터넷을 통하여 한 국가에서 상품을 생산하고, 또 다른 국가에서 그것을 조립하고, 세 번째 국가에서 그 조립된 상품을 판매하도록 구분하는 것을 더 용이하게 만드는 것과 같은 방법을 통하여 나타나고 있다.³¹⁾ 이러한 요소들은 국제무역뿐만 아니라 경영 및 레저를 위해서도 국제적 차원에서 다루어지고 있다.³²⁾ 국가 간의 상당금액의 자본이동의 용이성은 뉴욕이나 런던에서 내려진 결정이 말레이시아 또는 남아프리카의 국민들에게 중요한 영향을 미칠 수 있음을 의미한다. 이러한 상호연결의 증가는 중동전쟁 또는 기근이 호주로의 이민 또는 난민문제를 야기하며 의약품이나 총기류에서 이전보다 더 큰 암시장 형성을 의미한다.³³⁾

27) Slaughter, supra note 4, at 293.

28) Agreement on Technical Barriers to Trade, art. 2 PP4, 6, 9, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A.

29) Raustilala, Architecture, supra note 26, at 59.

30) Krasner, supra note 2, at 4.

31) Adeno Addis, The Thin State in Thick Globalism: Sovereignty in the Information Age, 37 Vand. Transnat'l L. 1, 23 (2004).

32) Frankel, supra note 37, at 58-65.

33) Kal Raustiala, Law, Liberalization and International Narcotics Trafficking, 32 N. Y. U. J. Int'l L. & Pol. 89, 91 (1999). Louis Henkin, That "S" Word: Sovereignty, and Globalization, and Human Right, Et Cetera, 68 Fordham L. Rev. 1, 5-7 (1999).

전 세계적 상호연결의 증가는 이러한 관계들이 국가의 자율성을 제한하고 비용부담을 시키며 상호의존하게 될 때 상호 의존성으로 해석된다.³⁴⁾ 예를 들어, 상호의존과 세계화의 증가는 단독으로 운영하는 낙관적인 정책 결과를 달성하려는 국가능력을 감소시킨다.³⁵⁾

세계의 상호의존 및 세계화 증가는 “세계의 미국화”라고 불리기도 한다.³⁶⁾ 이것은 국제제도를 조정하는 힘에 대한 명확한 이해가 존재하는지 여부와 무관하게, 이 논평은 국가간 힘에서의 차이 증가를 지적한다.³⁷⁾ 이러한 힘의 불균형은 국가주권의 상호의존 및 세계화 증가에 협력하여 작동하고 그 효과를 강화시키는 또 다른 요소이다.

4. 효과적 WTO가 없는 세계

WTO가 국가주권에 어떻게 영향을 미치는지에 대한 분석은 국가가 운영하는 환경을 고려해야 한다. 이것은 국가들이 효과적 WTO가 없는 세계에서 어떻게 적응할지에 대한 고려에 의해 증명될 수 있다. WTO와 같은 국제기구들은 경제적 세계화를 주도하기도 하고 지배하기도 한다.³⁸⁾ 예를 들어, TBT협정과 SPS협정은 국제표준기구에서 국가의 역할, 국내기준 조화의 필요성, 상호승인 협정의 역할과 관련한 의무를 포함한다.³⁹⁾ WTO의 DSU는 국가들이 국제경제 분쟁을 해결할 수 있는 상세하고 효율적인 분쟁해결장치를 규정하고 있다. 더욱이, WTO에서 이미 해결된 문제의 범위는 관련 문제의 범위를 증가시켜서 광범위하고 다양한 영역의 협상을 진행할 능력을 증진시킨다.⁴⁰⁾ 결과적으로, 효과적 WTO가 없는 세계는 경제 자유화 과정을 위협하고 국제경제 생활을 규율할 수 있는 다자기구의 부재를 의미하기도 한다.

무역 자유화의 정면에서 국가들은 더 높은 보호수준을 구성하거나 대안으로 유사한 승인을 한 다른 국가에게 시장접근을 가능하게 해줌으로써 일방적 조치에 참여할 수 있는 선택권을 보유하게 된다.

대신에, 국가들은 자발적으로 다른 국가들과 양자협정 또는 지역협정에 협상을 진행함으로써 더 나은 경제자유화를 추진하려고 한다. 사실상, WTO협상의 명백한 어려움과 이것이 자유무역협정(FTA)에 제공하는 자극은 효과적 WTO가 없는 세상으로 들어가는 창이다. 더욱이, 구속력 있는 법률과 분쟁해결절차를 지닌 WTO는 국가 간 힘의 불균형에 대하여 드러난 그 밖의 영향력을 제한한다.⁴¹⁾ 양자협상, 양허 그리고 분쟁해결절차 대신에 자유무역협정에 의하여 규제되는 무역제도는 이러한 힘의 불균형을 확대할 것이다.

효율적WTO의 부재는 지배 문제를 야기한다.⁴²⁾ 앞서 언급하였듯이, 정부 간 네트워크를 통한 강

34) Keohane & Nye, supra note 25, at 7-8.

35) Judith H. Bello, National Sovereignty and Transnational Problem Solving, 18 Cardozo L. Rev. 1, 5-7 (1999).

36) Keohane & Nye, supra note 25, at 257.

37) Id. at 9-17.

38) Raustilala, Rethinking, supra note 8, at 862.

39) SPS협정, art 3. WTO마라케쉬설립협정 부속서 1A, Legal Instruments-Results of the Uruguay Round, 1967 U.N.T.S. 493; TBT Agreement, supra note 34, art 2, pp4, 7, art .5, pp.4,5.

40) Alvarez, supra note 20, at 418-419.

41) Alvarez, supra note 20, at 418-419.

대국 지배의 핵심 부분은 이 문제들이 다자협상에서 다루어질 때 발생하는 타협을 회피할 수 있다는 점이다. 네트워크는 또한 국가들이 원하는 결과를 달성하기 위하여 자국의 연성권력과 강성권력을 사용할 수 있는 더 큰 기회를 제공하기도 한다.⁴³⁾ 예를 들어, 현재 협상라운드에 투자 및 경쟁을 포함하려는 WTO의 실패는 미국이 기관 네트워크를 통하여 이러한 규범목적을 증진시키기 위한 자국을 제공하고⁴⁴⁾, 규범수출을 통한 수렴을 야기한다.⁴⁵⁾

이것은 이러한 하위조약의 규제 형태가 점차 널리 확산되고 있음을 시사한다. 더욱이, FTA와 지역무역협정은 국가들이 처음에 WTO에 포함시키고자 하였던 투자나 정부조달과 같은 문제를 규율하기도 한다. 결과적으로, 이러한 협정은 세계적 지배장치로서 그 중요성이 증가하고 있다고 추정하게 된다. 결국, 국가들은 가능한 포럼이 무엇이든지 간에 의심 없이 결과를 달성하고자 할 것이다. 예를 들어, WTO에 의하여 그러한 협상이 거절되는 것에 대응하여 OECD의 투자협정에서 협상을 시도하는 것을 볼 수 있다.

WTO회원국이 어떻게 국가주권을 강화시킬 수 있는지에 대한 한 가지 사례는 ‘연어-거북사건’에서 상소기구의 결정에 의하여 제시되었다.⁴⁶⁾ 미국은 아메리카 국가 간 바다거북 보호 및 보존 협약을 체결하였고, 그것은 각 당사국의 해양조건에 적절한 거북 배제장치(turtle excluder devices; 이하에서는“TED”라고 칭한다)를 이용할 것을 요구하는 것이었다. 이것은 동 협약의 당사국이 아닌 국가에 대하여 미국의 section 609 적용을 반대하는 것이었다. 그에 따라, 그 국가들이 미국과 비교해 볼 때 인증된 거북배제 장치를 이용한 배를 사용하여 어획을 하지 않았기 때문에 미국으로의 연어 수입은 금지되었다.

상소기구는 동일 조건의 국가 간에 자의적이거나 불공정한 차별 수단을 구성하는 방식으로 적용되지 아니하는 조치를 요구하는 GATT 제20조 전문을 적용함에 있어서 미국의 제소국과의 진지한 협상 실패는 중앙아메리카와 캐리비안 국가들과의 협약에 대한 협상이라는 측면에서 특히 “불공정한 차별”을 구성한다고 결정하였다.⁴⁷⁾ 더욱이, 그 국가들이 자국과 견줄만한 TED프로그램을 채택할 것을 요구하는 미국의 요구는 어떤 수출국에 대하여 우월한 특별 조건을 고려할 수 있는 충분한 탄력성을 나타내는데 실패하였고, 이것은 또한 “불공정한 차별”을 구성한다고 언급하였다.⁴⁸⁾

상기 결정에서, 상소기구는 주권 국가가 수출국의 특정한 정책채택에 대하여 조건적 접근을 할 수 있는 자격을 부여받은 일방적 조치의 발동이 금지되지 아니한다고 지적하였다.⁴⁹⁾ 그러므로, WTO는 자국정책에 근거하여 자국 시장에서의 조건적 접근을 할 수 있는 회원국의 주권을 인정하였다.

42) Dani Rodrick, Governance of Economic Globalization, in Governance in a Globalizing World 347, 357-362 (Joseph S. Nye & John D. Donahue eds., 2000).

43) Joseph S. Nye, The Paradox of American Power: Why the World's Only Superpower Can't Go It Alone 9 (2002).

44) Slaughter, supra note 4, at 292-295.

45) Raustilala, Evolution, supra note 31, at 27-28.

46) Appellate Body Report, United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, P 49, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998).

47) Shrimp-Turtle, supra note 53, p49.

48) Id. pp 165-166, 172.

49) Id, P 121.

Ⅲ. 국가동의를 대한 몇 가지 제한

국가동의를 상소기구 결정을 부분적으로 정당화할 수 있는 정도는 WTO협정에 근거하여 동의한 국가의 상황에 의존하게 된다. 회원국들이 자국의 최대이익이 존재하는 것에 동의한다는 주장을 과소평가하는 상황에서 동의하는 경우, 국가동의를 WTO와 상소기구 결정을 정당화하는 능력의 일부를 상실한다.

1. 국가동의를 자율성

국가동의를 강제되는 범위에서 국가동의를 정당성은 감소된다. 조약법에 관한 비엔나 협약 제52조에 의하면, 무력 위협 또는 사용에 의하여 국가동의를 얻는 경우에는 그것은 무효가 된다.⁵⁰⁾ 중요한 원칙은 국가동의를 대한 이러한 예외를 이해하는 한 가지 방법은 동의는 구속을 위해서 자유롭게 제시될 필요가 있다는 것이다. 그러므로 비엔나협약 제52조가 오직 무력 위협 또는 사용에 대해서만 언급하였지만, 원칙적으로 어떤 형태의 강제는 국가동의를 대한 규범적 특성을 감소시킨다.

WTO에 대하여 비난한 주장들 중 하나는 협상을 section 301조에 근거하여 미국이 취한 일방적 조치의 위협에 대하여 책임을 지고 착수하여야 한다는 것이고, 특히 TRIPS협정과 같은 특정 WTO협정은 오직 그러한 조치를 회피하기 위하여 시작되었다는 점이다.⁵¹⁾ 일방적 무역제재의 위협은 양적으로는 무력의 위협과 다르지만, 질적으로는 상당히 유사하다. 이것은 바로 우리가 그러한 조치의 위협 속에서 더 이상 WTO협정에 대한 국가동의를 자유롭게 제시되었다고 합리적으로 결론을 내릴 수 없는 이유이다.

그러나, 국경 간 상품 및 서비스 이동에 대한 미국이나 다른 국가의 규제는 그들의 주권행사에 해당한다. 미국의 경제규모 때문에, 그러한 규제는 많은 국가들에게 경제적 영향을 미친다. 이것이 그러한 조치를 반드시 불법적인 것으로 만들지는 않는다.⁵²⁾ 그럼에도 불구하고 여전히 무역제재의 위협이 국가동의를 합법성을 약화시키는지 여부에 대한 의문은 남는다.

한 가지 답은 무역조치를 특정정책을 채택하는 다른 국가에게 맞추는 것은 “강요”라는 것이다. ‘새우-거북 사건’에서, 상소기구는 미국이 자국조치를 적용하는 것은 GATT 제20조 서문에 의해 “불공정한 차별”을 구성한다는 결정을 하지 않으려고 미국은 영향을 받는 모든 국가를 동일하게 대우해야 할 의무가 있다고 판정하였다. 동 사건에서 미국은 자국의 조치가 캐리비안 연안국들과 함께 지내면서 제소국과 유사한 협상을 착수할 의무가 있음을 의미했다. 상소기구의 판정은 법률적 협상

50) Vienna Convention on the Laws of Treaties art.52, May 23, 1969, 8 I.L.M.679, 1155 U.N.T.S.331.

51) Peter Drahos & John Braithwaite, Information Feudalism: Who owns the Knowledge Economy? 194. 2002. 많은 국가들이 미국과 함께 그 협정을 시작할 수 있는 어떤 대안적 방법도 가지지 않고 있다고 설명한다; Peter Gerhart, Reflections: Beyond Compliance Theory-TRIPS as a Substantive Issue, 32 Case. W. Res. J. Int'l L. 357, 368. 2002.

52) Henkin, supra note 14, at 29. 경제적 압력과 불평등한 협상력에 의하여 도출된 동의에서 도망칠 수 있는 방법은 전혀 없다고 주장한다. 많은 개발도상국들은 그들이 지적재산권을 취할 수 있다고 생각해서가 아니라 미국시장에의 접근에서 자국의 이익 때문에 TRIPS협정에 동의하였다고 설명한다.

의무를 형성하지는 않지만, 그 결정에 대한 강조는 유연성에 대한 요구, 즉 다양한 국가의 다양한 상황들을 고려하기 위한 요구에 해당한다.⁵³⁾

우루과이라운드가 진행되는 동안, 이러한 체제를 채택하면서 미국은 일방적으로 section 301 규칙을 적용하는 대신에, 다른 국가들과 협상을 착수하면서 다른 국가들의 조건 및 요구를 고려하지 않았다고 주장할 수 있다.⁵⁴⁾ 결과적으로, 국가들은 우루과이라운드의 최종결정의 실패가 미국이 Section 301에 대한 의존성을 증가시켰다고 이해한 것은 의심의 여지없이 사실이지만, WTO협정이 여전히 미국이나 다른 경제대국을 위한 파레토 최적⁵⁵⁾의 결과라고만 이해할 수 없다. 대신에, WTO는 WTO가 존재하지 않았을 때 발생했던 것 보다 더 커다란 모든 회원국의 가치 및 이익 간의 형평을 더 잘 나타내는 것으로 이해된다.⁵⁶⁾

과거 및 현재의 협상라운드가 진행되는 동안 협상절차에서 형식적 평등이 존재하지 않음에도 불구하고, 만약 우리가 이러한 협상이 진행되는 동안 그렇지 않았더라면 존재했을 상황에 대한 국가들의 기회를 평가하게 된다면, 우루과이라운드가 최악소국도 자국의 의견을 표명하거나 고려되어야 할 자국이익을 보유하도록 하는 협상내용을 제공했다고 결론을 내릴 수 있다.

그러나, 이러한 주장에는 한계가 있다. 협상은 국가들이 자국의 동의가 표명되지 않는 국제규범에 대한 의무가 없기 때문에 발생한다. 그러므로 협상은 어떤 국가의 법률적 주권에 대한 대응이다. 그러나 이 논문은 WTO의 정당성에 대한 평가는 국가들이 사실상 소유하고 있는 다양한 수준의 주권을 고려할 필요가 있다고 주장하고자 한다. 협상이 진행되는 동안 국가들의 권한행사가 국가 평등이론과 너무 큰 차이를 만드는 경우, 상소기구의 정당성 평가의 기초로서의 주권은 약화된다.⁵⁷⁾ 동의는 WTO협정을 정당화하는 회원국의 능력을 상실시킨다.

2. 국가동의를 순환적 근거

국가동시에 대한 최종적인 한 가지 문제는 국가들의 국제법적 의무를 추정하게 과정을 설명할 수 있지만, 그것이 국가들은 왜 국제법적 의무를 준수해야 하는지에 대한 문제에 답을 제공하지는 못한다.⁵⁸⁾ 한 가지 답은 조약은 당사자를 구속하며 신의성실하게 수행되어야 한다는 규칙, 즉 ‘협정은 준수되어야 한다(pacta sunt servanda)’와 같이 동의와는 별개인 또 다른 원칙을 지적하는 것이다.⁵⁹⁾ 그러나, 이 원칙도 국가동시에 의존하는 것이며 우리에게 순환적 이유를 남긴다. 한편, 동의

53) Robert Howse, The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case : A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate, 27 Colum. J. Envtl L. 419, 507 (2002).

54) Gregory C. Shaffer, Defending Interests 51-52 (2003). 저자는 Section 301은 일방적 조치가 아니라 공적 및 사적인 사실 수집 과정과 외국정부에 압력을 가하는 수단으로 이해되어야 하기 때문에, 더 합법화된 WTO분쟁해결제도에 대한 “전체, 국가들”의 수용은 Section 301의 사용을 촉진시키기도 하고 제한하기도 한다고 주장한다. ; Panel Report, United States-Section 301-310 of the Trade Act of 1974, P 8.1, WT/DS152/R, (Jan. 27, 2000).

55) 네이버국어사전, 파레토최적은 사회적 자원의 가장 적합한 배분상태로서, 그 사회구성원의 상태를 현재보다 유리하게 할 수 있을 때의 자원분배 상태를 의미한다.

56) Howse, supra note 19, at 360.

57) 예를 들어, WTO 협상은 비준을 위해 나머지 회원국에게 제시된 결괄르 가지고 종종 소규모 집단에 의하여 수행된다. 일반적으로 WTO를 이해하기 위해서는 www.wto.org/english/the_wto_

58) Alain Pellet, The Normative Dilemma : Will and Consent in the International Law-Making, 12 AusJ. Y.B. Int'l L. 22, 33 (1998). “국가 의지는 그러한 과정의 일부인 조약에의 참여에 대한 설명일 뿐이다. 그것은 국가들이 더 이상 조약을 이행하려고 하지 않을 때 국가의무의 근거를 설명하지 못한다.

59) Joyeeta Gupta, Legitimacy in the Real World : A Case Study of the Developing Countries, Non

자체는 국가들이 왜 그들의 마음을 변경할 수 없는지에 대한 이유를 제시하지 못한다.⁶⁰⁾ Robert Howse 교수가 주장하였듯이, 자유무역의 경제적 이익과 같은 WTO규범 준수이유와, 세계를 두 개의 환경으로 형성하도록 한 자기중심적 보호주의(beggar-thy-neighbor protectionism)를 회피함에 있어서 WTO의 역할을 지적할 또 다른 이유가 존재한다.⁶¹⁾ 그럼에도 불구하고, 국가동의로만 왜 국가들이 WTO의무를 준수해야 하는지를 적절히 설명하지 못하는 경우가 존재한다.

IV. 국가동 의와 상 소기 구 결 정 의 정 당 성

1. 협 정 문 의 참 여

WTO의 정당성이 회원국의 동의에서 파생되는 한, WTO협정문은 이러한 동의를 획득하고,⁶²⁾ 상 소기 구는 WTO협정에 대한 엄격한 조문해석을 채택해야 한다고 주장한다.⁶³⁾ 조문은 상 소기 구가 구성한 문서이다. 그러나 어느 주석가가 지적하였듯이, “상 소기 구는 종종 상당히 모호한 조문에 근거하여 해석상 심각한 선택을 하게 된다.”⁶⁴⁾ 한편, 지금까지 많은 사례에서 오직 상 소기 구만이 조문에 대한 해석을 할 수 있다. 이러한 사례들에서, 상 소기 구는 그러한 결정을 정당화시켜 줄 다른 출처를 찾아볼 필요가 있었다.

DSU 제3.2조는 상 소기 구의 해석 목적과 한계에 대한 윤곽을 제시한다.⁶⁵⁾ 첫 번째 해석상의 매개 변수는 회원국들은 DSU가 대상협정에 의해 회원국의 권리와 의무를 보유하고 국제공법의 관습적 해석규칙에 의하여 그 대상협정의 기존의 조항을 확인하고 있다고 인식한다는 점이다.⁶⁶⁾ 두 번째 매개 변수는 “분쟁해결기구의 권고 및 규칙은 대상협정에서 규정된 권리 및 의무를 추가하거나 삭제할 수 없다는 점이다.”⁶⁷⁾

Governmental Organizations, and Climate Change, in *The Legitimacy of International Organizations* 482, 507 (Jean-Marc Coicaud & Veijo Heiskanen eds., 2001).

60) Lea Brilmayer, *American Hegemony : Political Morality In a One- Superpower World* 93 (1994) ; Tomas M. Franck, *The Power of Legitimacy Among Nations* 187 (1990). “많은 조약처럼 계약적 의무는 ‘당사국들의 단순한 협정’에 의하여 구속력을 형성하지는 못하다.”고 설명한다.

61) Howse, *supra* note 19, at 363. 그는 WTO규범은 자국의 절차 및 산업과 관련하여 개별국가의 행동에 영향을 미친다고 설명한다.

62) William N. Eskridge, Jr., *The New Textualism*, 37 UNCLA L. Rev. 621, 621 (1990). 그는 “조문의 의미는 그 제정역사를 포함한 주위 문맥에 결정적으로 의존한다.”라고 주장한다.

63) Robert Howse, *Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law, in The EU, NAFTA and the WTO : Towards a Common Law of International Trade?* 52, 53 (J. H. H. Weiler ed., 2001). 그는 GATT하에서 패널의 결정은 조문에 거의 관심을 가지지 않았다고 주장한다.

64) Joanne Scott, *International Trade and Environmental Governance : Relating Rules (and Standards) in the Eu and the WTO*, 15 Eur.j. Int'l L. 307, 311 (2004).

65) Joost Pauwelyn, *The Role of Public International Law in the WTO : How Far Can We Go?*, 95 Am. J. Int'l L. 535, 564 (2001). 그는 DSU 제3.2조는 “WTO 패널이 WTO의 대상협정을 해석함에 있어서 관찰해야 하는 내재적 한계를 규정하고 있다”고 지적한다.

66) *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, art 3.2. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, Legal Instruments-Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125 (1994). 이하에서는 DSU라고 칭한다.

67) DSU art 3.2.

상소기구가 종종 자신들의 결정을 WTO협정 조문에서 근거를 찾고자 시도하는 한 가지 이유는 이러한 해석상의 접근방법이 DSU 제3.2조를 가장 잘 충족시켜줄 수 있기 때문이다. 이것은 최소한 조문 적용을 통한 결정들이 회원국의 권리와 의무를 추가하거나 삭제하는 것이 아니라 동 협정에 대한 확인을 가장 잘 고려할 가능성이 있기 때문이다.⁶⁸⁾

그러나, WTO협정문의 모호성과 애매성은 상소기구가 형식적 정당성의 원천으로서 국가동의와 일치하는 방식으로 그 조문을 어떻게 해석하는가에 관한 문제가 남는다. 최우선 핵심은 비엔나협약 제32조와 일치시키는 것이고, 상소기구는 비엔나협약 제31조의 적용에서 발생하는 의미가 모호하고, 이해하기 어렵거나 상당히 터무니없고 비합리적인 결과를 야기하는 경우에, 해석의 보충수단으로서 협상자의 의도를 살펴볼 수 있다.

사전을 참고하는 것 이외에⁶⁹⁾, 상소기구는 자신들의 조문 해석을 안내하기 위한 다양한 해석 규칙을 이용해 오고 있다. 예를 들어, 상소기구는 국제공법의 해석규칙이 비엔나협약 제31조 및 제 32조를 포함하고 있다는 것을 분명히 했다.⁷⁰⁾ 비엔나협약이 WTO협정과 관계없는 조약일지라도, WTO협정의 해석지침으로서 그 합법성은 DSU 제3.2조의 문언에서 파생된다. 이것은 외부자료가 WTO협정문에서 언급될 때, WTO협정의 해석을 위해 이용될 수 있다고 주장하는 것이다.⁷¹⁾

비엔나협약 제31.1조는 “조약은 문맥에서 그 조약의 문언에게 부여되는 본래의 의미에 일치하며 그 조약의 목표와 목적에 비추어 신의 성실하게 해석되어야 한다고 규정하고 있다.⁷²⁾ 이것은 조약조문을 해석과정의 출발점으로서 강화시켜 준다. 그러나 그 규정은 해석이 외부와 단절된 상태에서 이루어질 수 없지만 WTO협정의 목표와 목적에 비추어 이루어질 필요가 있다는 것을 의미한다.⁷³⁾ 뒷부분에서 더 상세하게 논의하듯이, 상소기구는 무역자유화라는 일반적 목적에 기초한 기술적 해설을 회피해 오고 있다. 대신에 상소기구의 결정을 정당화하기 위한 구체적 문언 그대로 목적을 계속해서 지지하고 있다.⁷⁴⁾

상소기구는 조약 해석에 관한 비엔나협약을 지지하는 반면에, 비엔나 협약의 이러한 해석 원칙은

68) Claus-Dieter Ehlermann, *Experiences from the WTO Appellate Body*, 38 *Tex. Int'l L. J.* 469, 480-81 (2003).

69) *Id.* at 480.

70) *Id.* *Reformulated Gasoline*, *supra* note 65, at 17. 비엔나협약 제31조는 일반국제관습법의 지위를 획득하였다고 주장했다.

71) Howse, *supra* note 66, at 507-508. 그는 과거에 상소기구는 GATT의 용어를 정의하기 위해 WTO 협정 서문에 근거하여 국제환경법 사용의 정당화를 주장한 적이 있다고 지적했다; Pauwelyn, *supra* note 77, at 554-555. 그는 특정 “WTO규범이 비 WTO규범을 통합할 수 없지만 그것들에 대하여 명백하게 언급하고 있지 않다. 이러한 방식으로 이러한 비 WTO규범은 WTO주장의 일부분이 될 수 있다.”고 설명한다.

72) *Vienna Convention on the Law of Treaties*, *supra* note 63, art. 31.1.

73) Richard H. Steinberg, *Judicial Lawmaking at the WTO : Discursive, Constitutional, and Political Constraints*, 98 *Am. J. Int'l L.* 247, 261 (2004). 그는 본래의 의미에 너무 많은 비중을 두게 되면 목표, 목적, 문맥, 그리고 협상의 역사가 간과될 수 있다고 주장한다. 그러한 경우에, 비조약적 요소에 대하여 비중을 두지 않는 것은 협상자들이 명백하게 의도했던 것에 반하는 해석을 할 수 있게 만들며, 비조약적 요소에 대하여 비중을 두지 않는 것은 협상자들이 명백하게 의도했던 것에 반하는 해석을 할 수 있게 만들며, 조약법의 기본원칙인 국가동의를 효과적으로 부정하고 정치적 영향을 위험하게 만든다.

74) John H Knox, *The Judicial Resolution of Conflicts Between Trade and the Environment*, 28 *Harv. Envtl. L. Rev.* 1, 3 (2004); Ehlermann, *supra* note 80, at 480 (2003). 비엔나 협약 제31.1조는 조약이 문맥 속에서 조약의 문언에 부여된 본래의 의미와 일치하도록 그리고 그 조약의 목표 및 목적에 비추어 충실하게 해석되어야 한다고 지적한다.

존재하지도 않는 조약의 용어 또는 의도하지 않았던 조약 개념에 대한 귀책(imputation)과 그 중요성을 요구하거나 묵인하지 않고 있다는 입장을 취하고 있다.⁷⁵⁾ 상소기구는 또한 “패널과 상소기구들 중 누구의 업무가 분쟁해결양해(DSU)를 개정해야 하는지는 분명하지 않으며, 오직 WTO회원국만이 DSU를 개정할 권한을 가진다.”라고 지적하였다.⁷⁶⁾ 이러한 접근방법과 일치하게 상소기구는 조문에 근거하지 않았다는 이유로 수많은 패널 결정을 각하하였다. 예를 들어, ‘새우-거북 사건’에서 상소기구는 “패널이 제20조 문언의 본래 의미를 명백하게 검토하지 않았다”는 이유로 패널의 GATT 제20조의 해석을 각하하였다.⁷⁷⁾ 대신에 미국에 의해 주장된 제20조 서문의 조항이나 구체적인 두 개의 예외 중 어느 것에도 전혀 근거를 찾을 수 없는 기준이나 검사에 대하여 자신들의 해석에 근거하였다.⁷⁸⁾ ‘EC-석면 사건’에 대한 상소기구 보고서에서 이러한 증거 배제에 대하여 조문에 어떤 근거도 없다는 이유로 ‘상품의 동종성’에 대한 GATT 제3조의 분석으로 패널의 건강 위해성에 대한 증거 배제를 반복하였다.⁷⁹⁾ ‘호르몬 사건’에 대한 보고서에서는, 상소기구는 패널이 제3.1조의 “근거하여”와 제3.2조에 “합치하여”라는 표현의 의미상의 차이에 주의를 기울이지 않았기 때문에, SPS협정 제3조에 대한 패널 결정을 반복하도록 강요당했다.⁸⁰⁾

이것은 상소기구가 패널이 “동 협정 조문에 주의를 다하지 않았다”는 이유로 패널 결정을 번복한 유일한 사례이다. 그러나 이러한 사례들은 상소기구의 조문에 대한 수사적 해석에도 불구하고, 더 근접한 분석들이 상소기구의 결정은 조문이 아닌 다른 자료에 근거된다는 것을 나타낸다.

예를 들어, ‘EC-석면사건’에서 패널 결정의 결함은 주로 절차적인 것으로, 즉 패널은 자신들의 분석에서 증거를 배제하였으며 모든 관련 증거를 평가하는데 실패하였다.⁸¹⁾ 패널이 자신들의 분석에서 고려하지 못한 모든 증거를 고려한 후에도, 상소기구는 패널과 동일한 결정을 내릴 여지를 남겨두었다. 대신에, 이러한 결정은 회원국에 대한 존중의 형태로 드러낸다. 즉 상품의 건강상 위해성은 그것이 GATT 제3조의 동종 상품인지 여부에 대한 분석을 제공할 수 있다는 것을 인정하는 것이다. 상소기구는 회원국들에게 GATT의 내국민대우와 합치하는 방식으로 국내 상품과 수입 상품, 즉 동종상품 여부를 구별할 수 있는 범위를 증대시켰다.

더 나아가, ‘EC-호르몬 사건’에서 패널이 제3.1조와 제3.2조의 표현의 차이에 주의를 기울이지 않았다는 상소기구의 결정은 조문에 근거하였지만, 그 조문은 이러한 차이를 정의하지 않았다. 대신에, 상소기구는 회원국에 대한 존중과 부합하는 해석 채택의 필요성에 대하여 상소와 결부된 제3조의 “목표” 및 “목적”에 초점을 맞추었다.⁸²⁾

이러한 사례들은 WTO협정의 목표 및 목적에 대한 참고가 어느 정도까지 합법적인지 여부에 관한

75) Appellate Body Report, India- Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, p.45, WT/DS50/AB/R (Dec. 19, 1997).

76) Appellate Body Report, India- Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, p.45, WT/DS50/AB/R (Dec. 19, 1997).

77) Shrimp-Turtle, supra 53, p.155.

78) Id. p.121.

79) Appellate Body Report, European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, p.133, WT/DS135/AB/R(Mar. 12, 2001)

80) Appellate Body Report, European-Communities--Measures Concerning Meat and Meat Products, p.164, WT/DS48/AB/R (Jan. 16, 1998).

81) Asbestos, supra note 92, p.113.

82) Hormones, supra note 92, p.165.

문제를 제기한다. 더 상세한 것은 이하에서 논의하고자 한다. 이것은 여전히 해석지침으로서 협정 존중에 대한 합법성 문제를 남긴다.

2. 협정 존중

전통적으로 이해되는 존중은 *in dubio mitius*의 해석원칙에 포함된다. 위에서 언급하였듯이, 이 원칙은 'EC-호르몬 사건'에서 상소기구가 국제기준을 이용할 의무를 형성하면서 SPS협정 제3.1조의 "근거하여"라는 표현에 대한 패널 해석을 번복하기 위하여 사용한 것이다. 그 사건에서 상소기구는 동 원칙을 "우리는 주권 국가가 자신들에게 덜 부담스러운 의무 보다 더 부담스러운 의무, 즉 강제적 적합성에 의한 의무 또는 그러한 기준, 지침, 그리고 권고에 의한 준수 부과를 의도하였는지를 쉽게 추정할 수 없다."는 의미로 서술하였다.⁸³⁾ 해석 원칙으로서 협정존중에 대한 문제 중 하나는 그 합법성은 조문이 아니라 주석자들이 주권에 대하여 결정을 할 자격이 없음을 의미하는 존중으로 묘사된 것에서 나온다는 것이다.⁸⁴⁾ 이것은 조문의 근거 부재뿐만 아니라 상소기구가 회원국에 대하여 존중할 것을 요구하는 주권에 대한 이해로서 WTO 회원가입이 어떻게 국가주권을 강화시킬 수 있는지를 간과하고 있다는 점을 강조한다.

그러나, 상소기구의 해석을 제공하고 단순히 WTO협정의 규제를 제안하고자 하는 해석을 회피하려는 더 제한된 형태의 또 다른 존중이 존재한다. 이러한 형태의 존중은 회원국의 권리가 자국의 보호수준을 설정하는 것을 승인한다. 상소기구는 자국의 적절한 위생보호수준을 결정하고자 하는 회원국의 권리를 인정하는 경우에 그러한 존중을 적용하였다.⁸⁵⁾ 그리고 GATT 제20조의 문맥상, 그것은 그들이 주어진 상황 속에서 적절하게 고려하는 건강보호 수준을 결정하기 위한 논쟁이 필요 없는 당연한 회원국의 권리로서 언급된다.⁸⁶⁾

상소기구의 이러한 결정은 WTO협정문의 근거를 제한한다.⁸⁷⁾ 그러나, 여기서 승인되고 있는 자유로운 조치의 유형은 회원국의 자국정책에 대한 선택에 대한 존중이다.⁸⁸⁾ 이것은 회원국이 채택하는

83) Id.

84) Layla A. Hughes, *Linitibg the Jurisdiction of Settlement Panels : The WTO Appellate Body Beef Hormones Decision*, 10 *Geo.Int'l Envtl. L. Rev.* 915, 921 (1998).

85) *Hormones*, supra note 92, p. 172. ; Steve Charnovitz, *Commentary, Internet Roundtable : The Appellate Body's GSP Decision*, 3 *World Trade Rev.* 239, 241 (2004). 그는 WTO조약은 회원국의 실질적 권리에 합치되지 않으며, 그렇게 하는 것은 가능하지도 않다. 오히려, WTO조약이 수행하는 것은 실질적인 의무를 전달하는 것이다. 이것은 호르몬 사건에서 상소기구가 회원국에게 권리를 허용하는 것이 아니라 대신에 회원국이 선택할 수 있는 보호수준을 결정하지 않는 WTO규범을 승인하는 것이라고 주장한다.

86) *Abestos*, supra note 91, p. 168.

87) *Hormones*, supra note 92, p.172.

88) Clause-Dieter Ehlermann & Nicolas Lockhart, *Standard of Review in WTO Law*, 7 *J. Int'l Econ.* 1. 491, 517 (2004). SPS 조치의 채택에서 정책선택에 관하여 국가에게 부여된 존중을 설명한다. WTO가 자국의 보호수준을 선택할 회원국의 권리를 제한하지 아니한다는 주장은 불확실성이 존재하지 않는다면 그렇지 아니하다. 예를 들어, *Hormones*, supra note 92, p. 173. 그러나, 이 사건에서는 "적절한 보호수준을 한정할 회원국의 권리는 절대적이거나 완전무결한 권리는 아니다."고 지적한다. ; Henrik Horn & Joseph Weiler, *Textualism and its Discontents*, in *The Principles of World Trade Law : The World Trade Organization* 25, 30 (2003). 국제기준이 "TBT협정은 회원국이 채택하는 위생성 보호수준에 영향을 미치려고 의도하지 않는다는 주장을 지지하기에 효율적이거나 적절한지 여부에 대한 유일한 검사는 소비자

조치의 유형과 이러한 조치가 자국의 정책적 선택을 달성하기 위하여 이행되는 방법에 대한 존중과는 전혀 다르다. 전자 유형의 존중은 WTO의 주권강화 역할을 약화시키지 않는다. 왜냐하면, 위해성 수준을 설정하려는 회원국의 권리는 WTO협정에 의하여 제한되도록 전혀 의도하지 않았기 때문이다. 더욱이, 위해성 수준에 대한 회원국의 선택은 다른 회원국의 주권에 영향을 미치지 않는다.

마지막으로, 최근사례에서 상소기구는 회원국의 규범적 자율성을 감소시키는 방식으로 WTO 의무를 해석하기 위하여 조문의 정당성을 사용하였다. 예를 들어, 개발도상국에 대한 특혜관세 부여와 같은 조건에서, 상소기구가 비차별적인 일반특혜관세제도(Generalized System of Preference: GPS)의 우대를 부여하는 조항의 주석³을 참조한 것은 법적 의무를 형성하였다.⁸⁹⁾ 그럼에도 불구하고 주석자들은 “원조국은 GPS우대를 수정 또는 철회할 수 있는 자신들의 권리가 대단히 ‘경성’법적 제재 대상이 됨을 결코 수용하지 않았다.”라고 지적하였다.⁹⁰⁾ ‘정어리 사건’에서, 상소기구는 국제기준이 TBT협정의 일부분이 되기 위하여 총의에 의하여 채택될 필요는 없다는 자신들의 결정을 지지하기 위하여 “조문 분석”을 사용하였다.⁹¹⁾ 더욱이, 반덤핑협정 제17.6조 (ii)호가 사법심리의 구체적 존중기준을 규정하고 있음에도 불구하고, 분쟁해결 규칙 및 절차에 관한 양해(DSU) 제11조와 비교하여, “제17.6조(ii)호의 기준이 국내 반덤핑 결정에 대한 WTO 심리에 전혀 영향을 미치지 못한다.”고도 지적하였다.⁹²⁾

이러한 사례들은 다른 문제들, 즉 조문이 이러한 결정을 정당화할 수 있는 범위 또는 그것들이 다른 근거에 의하여 정당화될 수 있는지 여부와 같은 문제들을 야기한다.

3. 예외와 입증책임

“입증 책임”은 제소국 또는 응소국이 주장을 입증하거나 반박할 수 있는 증거를 제시할 것을 요구하는지 여부에 대하여 언급하는 것이다. ‘인도산 울 셔츠 및 블라우스 사건’에서 상소기구는 다음과 같이 입증책임 배분과 관련한 일반 규칙을 서술하였다.

입증책임은 특정 주장 또는 방어의 확실성을 주장하는 제소국 또는 응소국 중 한 당사국에 의존하게 된다. 만약 당사국의 주장이 사실이라는 추정을 제기하기에 충분한 증거를 제시하였다면, 그 입증책임은 그 추정을 반박할 충분한 증거를 제시하지 못한다면 패소하게 될 상대국에게 전환된다.⁹³⁾

행동에서 파생된 것이다.”고 지적한다.

89) Appellate Body Report, European Communities for Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, p. 147, WT/DS246/AB/R (Apr. 7, 2004).

90) Charnovitz, supra note 97, at 249; Robert Howse, Commentary, in Internet Roundtable : The Appellate Body's GPS Decision, supra note 98, at 246 & 249 (2004); Robert Howse, India's WTO Challenge to Drug Enforcement Conditions in the European Community Generalized System of Preferences : A Little Known Case with Major Repercussions for " Political" Conditionality in US Trade Policy, 4 Chi. J. Int'l L. 385, 393 (2003). “GPS에 대한 설명에서 비차별 개념은 비록 완전하거나 원하는 법률적 효과를 아닐지라도, 주된 법률적 효과를 지닌다.”고 주장한다.

91) Appellate Body Report, European Communities-Trade Description of Sardines, PP 219-227, WT/DS231/AB/R (Sept. 26, 2002).

92) Daniel K. Tarullo, The Hidden Costs of International Dispute Settlement : WTO Review of Domestic Anti-Dumping Decisions, 34 Law & Pol'y Int'l Bus. 109, 147 (2002).

93) Appellate Body Report, United States- Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, WT/DS33/AB/R (Apr. 25, 1997).

그러므로, 제소국에서 응소국으로 입증책임이 전환될 때, 어떤 결정은 회원국을 존중하기 위해 위임할 수 있다.⁹⁴⁾ 이것은 입증책임이 없는 당사국은 일응타당 사건이 확정될 때 까지 WTO의무를 위반한 것은 아니라고 추정되기 때문이다.

입증책임을 어디에 배분해야 하는지에 대한 결정의 중요성은 이러한 결정이 어떻게 타당하게 형성되었느냐 하는 문제를 야기한다. '인도산 울 셔츠 및 블라우스 사건'에 포함된 공식은 입증책임은 응소국이 특정한 주장이나 방어를 확정하고자 할 때 전환됨을 나타낸다. 그러나 그것은 WTO의무가 입증책임을 응소국에게 전환할 것을 요구하는 예외적인 경우가 항상 명백한 것은 아니다.

'호르몬 사건'에서, 상소기구는 제소국이 모순적인 일응타당 사건을 확정할 것을 요구하는 일반적 규칙은 예외와 같은 조항을 단순히 서술함으로써 회피되지 않는다고 주장하였다.⁹⁵⁾ 이것은 상소기구가 형식보다는 실질을 강조하고 있고 중요한 조문에 관심을 기울인다는 것을 의미할 수 있다. 그러나 상소기구의 사례들은 예외적인 상황이 발생하는 경우에 조문은 결정에서 주도적 역할 이상의 고려 요소임을 보여준다.

GATT 제20조는 "일반적 예외"에 해당하며, 상소기구는 제소국이 GATT 제1조, 제2조 제4조에 포함된 의무 위반을 확정할 책임을 부담하는 반면에, 그들이 제20조 예외에 근거하기를 바라는 경우에는 그 입증책임은 응소국에게 전환된다.⁹⁶⁾ 일반특혜관세제도 사건에서 비록 상소기구가 응소국이 문제를 제기하고 입증한 예외적 사례와 제소국이 문제를 제기하고 응소국이 입증한 사례간의 차이를 구별하였을지라도, 원칙-예외와 유사한 관계가 GATT 제1조와 권능조항(Enabling Clause) 사이에도 존재하는 것으로 결정하였다.⁹⁷⁾

SPS협정과 TBT협정에 대한 상소기구의 접근방법은 상당히 간단하지 않다. 이것은 'EC-호르몬 사건'에서 패널이 SPS협정 제3.1조와 제3.3조 사이에 원칙-예외의 유사 관계를 형성하였다고 결정하였던 반면에, 상소기구는 이 결정을 번복하였다.⁹⁸⁾ 이 결정에 대한 근거들 중의 하나는 제3.1조와 제3.3조의 관계는 GATT 제1조, 제3조, 제20조의 관계와는 "질적으로 다르다"는 것이었다. 이러한 차이가 구성하는 것에 관하여 상소기구가 부여한 지침은 "제3.3조가 더 높은 보호수준을 설정할 수 있는 회원국의 자율권을 인정하는 것이다."라는 지적에 대한 예외가 거의 없다.⁹⁹⁾

'정어리 사건'에서, 상소기구는 TBT협정 제2.4조가 원칙-예외 관계를 포함한다는 패널의 결정을 번복하였다.¹⁰⁰⁾ 상소기구는 TBT협정 제2.4조와 SPS협정 제3.3조 사이의 강력한 개념적 유사성은 패널이 '호르몬 사건'에서 상소기구의 근거를 적용해야 한다는 것을 의미했다고 결정하였다.¹⁰¹⁾ 이것은 입증책임이 Codex기준이 EC의 합법적 목적을 충족시키기 위한 "효율적이고 적절한" 것임을 확정하려는 제소국 페루에게 유보되었음을 의미하였다.¹⁰²⁾ 상소기구에 의한 이러한 접근방법은 TBT협정과 SPS협정의 일응 위반을 확정하는 것을 더 어렵게 만들었다.

94) Veijo Heiskanen, *The Regulatory Philosophy of International Trade LAW*, 38 J. World Trade 1, 32 (2004). 그는 존중과 가장 잘 부합하는 도구는 심리기준이라고 주장한다.

95) *Hormones*, supra note 92, p.104

96) *Reformulated Gasoline*, supra note 65, at 22; *Shrimp-Turtle*, supra note 53, p.34.

97) *GPS*, supra note 101, p.99.

98) *Hormones*, supra note 92, p.104.

99) *Id.* p. 104.

100) *Sardines*, supra note 103, p. 282.

101) *Id.* p. 274.

102) *Id.* p. 275.

이러한 결정을 조문과 연결하면서 상소기구가 수행했던 문제는 ‘정어리 사건’에서 드러났다. TBT협정 제2.4조는 예외를 포함하지 않는다는 상소기구의 결정은 상소기구가 페루에게 국제기준이 “효과적이고 적절한” 것인지 여부를 확립할 의무를 부과하고 있음을 의미했다. 반대로, TBT협정 제2.4조는 회원국은 그러한 국제기준 또는 국제기준의 관련 부분이 “그들의 정당한 목적을 충족시키기에 비효과적이거나 부적절한 수단”일 경우를 제외하고 기술규정을 사용해야 한다고 규정하고 있다.¹⁰³⁾ “예외”라는 용어의 사용과 상소기구에 의하여 사용된 긍정적 공식화와 달리 그 국제기준이 비효과적이고 부적절하다는 부정적인 것을 입증할 의무는 상소기구의 결정이 조문에 근거하지 않았음을 나타낸 것이다.¹⁰⁴⁾

이것은 상소기구의 조문과의 격리에 관한 정당성 문제를 야기한다. ‘정어리 사건’에서 언급하였듯이, 상소기구는 SPS협정, TBT협정, GATT 사이의 질적인 차이가 존재한다는 점에 관하여 어떤 추가적 견해를 제시하지 않았다. 한 주석자는 TBT협정과 PS협정 사건과 비교하여 GATT사건에서 상소기구의 다양한 접근방법은 “긍정적 조화의 철학”에서 유래한다고 주장한다. 예를 들어, 회원국은 그들이 국제기준의 규정에 근거하지 아니한 경우와 의문이 제기된 규정이 비차별적인 경우에도 TBT협정과 SPS협정의 위반을 구성할 수 있다. 이것은 곧 GATT에 반하는 것으로, 원칙적으로 회원국들의 차별적 규정 채택을 제한한다.

이러한 차이는 GATT에 의해 적용된 수단에 반영되며, 그것은 주로 국경에서 적용되는 차별적 조치를 목적으로 한다. 반대로, TBT협정과 SPS협정은 국내 상품과 외국상품을 차별하는 국내조치를 제한한다. 그러므로 TBT협정과 SPS협정은 회원국의 규범적 자율성을 상당히 침해할 가능성을 가진다. 왜냐하면 대부분의 정부규정들은 국제무역과 관련될 잠재성을 가지고 있기 때문이다. 이것은 상소기구가 무역에 대한 차별적 조치와 정당한 조치를 구별할 수 있는 방법에 대한 문제를 야기한다. 이것은 이 조항의 범위를 넘어서는 문제인 반면에, 몇 가지 견해들을 다음에서 다루고자 한다.

지금까지의 분석은 상소기구의 주장이 대조적임에도 불구하고, 상소기구가 동 협정들이 원칙-예외 관계를 포함하고 있지 않다고 결정하도록 GATT와 비교되는 것은 TBT협정과 SPS협정의 조문이 아니라 다양한 규범적 기능이라고 주장한다.

이것은 당연히 상소기구의 접근방법에 대한 정당성 문제를 야기한다. 상소기구 접근방법을 위한 한 가지 가능한 정당성의 근거는 비엔나 협약 제31.1조이다. 이미 논의하였듯이, 제31.1조는 조문에 근거하여 조약의 목표 및 목적을 고려하는 것을 정당화하고 있다. 그것은 TBT협정과 SPS협정은 GATT와 상당히 다름을 보여주고 있다. 이것은 TBT협정과 SPS협정에 대한 상소기구 해석의 정당성은 제2.4조와 제3조의 해석에서 이러한 차이를 고려할 수 있을 뿐만 아니라, 상소기구가 이러한 차이를 고려할 것이 요구된다고 주장한다.¹⁰⁵⁾

이러한 상소기구의 결정은 회원국들이 조치의 정당성과 차별을 구별하는 수단으로서 국제기준과

103) Id.

104) Heiskanen, *supra* note 106, at 30.

105) Henkin Horn and Joseph H. H. Weiler, *European Communities- Trade Description of Sardines : Textualism and its Discontents*, Discussion Paper Prepared for the American Law Institute Project, 'The Principles of World Trade Law : The World Trade Organization,' November 25, 2003; Id. at 5-7. 그는 목표와 목적을 고려하는 것은 조문을 넘어서는 것이 아니라 대신에 정교한 해석의 일부를 구성하는 것이라고 주장한다.

WTO의 역할을 잠재적으로 감소시키는 관련 국제기준과 일치하는 규정을 채택하도록 촉진하는 TBT협정 제2.5조를 약화시킨다. 게다가, 그 결정은 국가가 국제기준을 사용하지 않은 것 때문에 TBT협정 위반을 발견하게 될 가능성이 더 적다. 그에 따라 첫 번째 사례에서 국제기준은 국가들이 사용할 유인책을 감소시킨다. 반면에, 회원국들은 국제기준을 사용하지 않을 규정을 채택할 더 큰 자유를 누리게 된다.

‘정어리 사건’에서 상소기구는 국제기준에 대한 TBT협정 제2.4조 참조와 총의에 의하여 발전되지 아니한 국제기준을 포함하는 TBT협정 부속서 I 에서의 “기준”이란 용어에 대한 주석도 해석하였다.¹⁰⁶⁾

그러나 상소기구 결정에 대한 정당성 평가는 위에서 서술된 입증책임에 대한 접근방법에 비추어 이루어져야 한다. 표면상으로, 그 결정의 결과는 관련 국제기준이 총의에 의하여 채택되지 아니할 수 있고, 따라서 WTO는 더욱 광범위하게 적용 가능한 국제기준에 문을 열고 있다. 이것은 상소기구가 회원국들이 국제기준을 사용할지 여부를 결정함에 있어서 유연성을 가져야 한다는 요구에 민감하다는 주장을 약화시킨다.

그것은 회원국들은 자신들의 결정 근거로서 국제기준을 사용하지 않는 경우와 회원국의 국제기준에 대한 동의여부는 TBT협정 제2.4조에 위반하여, 국가의 법률적 주권을 약화시킨다는 것을 의미한다. 국가들의 웨스트팔리아 주권은 국제기준이 WTO를 통하여 그들에게 부과하는 정도에서 약화된다.

그러나 만약 국가 간의 수평적 관계에 대한 정어리의 영향을 고려하면 상소기구의 결정이 국제기준 설정기구 내에서 약소국에게 더 많은 권한을 부여하였기 때문에, 국가들의 웨스트팔리아 주권을 강화시키는 것으로 이해될 수 있다. 이러한 결론은 다음과 같은 견해에서 근거한 것이다. 첫 번째, EU와 미국과 같은 국가들은 그 경제적 규모 덕분에 국가들이 자국 영토내로 수입하기 위하여 자국의 국내기준 준수를 요구할 수 있다. 그러므로 이러한 국가들은 국제기준의 요구가 더 적다. 그러나 이러한 국제기준기구들은 대부분의 다른 국가들이 국제기준 형성에 영향을 미칠 수 있는 가장 효과적인 수단이다. 이것은 그 기준이 총의에 의하여 투표된 경우에 더 많은 기준설정 국가들의 투표권이 기준수용 국가들의 투표권을 사용하는 것보다 더 자주 투표권을 사용하게 된다고 주장한다.¹⁰⁷⁾ 이것은 기준 설정자들이 국제기준 기구에 대한 대안을 가지고 있기 때문이다. 즉 국제기준의 일방적 기준의 개발이 그것이다. 더욱이, 국제기준은 TBT협정과 SPS협정을 통하여 강화될 수 있다는 사실은 더 큰 회원국들이 국제기준 기구를 우회하고 일방적인 기준을 설정하도록 하는 추가 장려책을 제공한다.

총의에 의하여 채택되지 않은 기준을 TBT협정에 통합함으로써, 상소기구의 결정은 대부분국가들이 국제기준기구에 진지하게 참여하게 하는 장려책을 만든다. 이 견해가 사실로 입증되는 범위 내에서, 이 결정은 일방적인 기준 개발을 감소시킴으로써, 많은 회원국의 웨스트팔리아 주권을 강화시킬 것이다.¹⁰⁸⁾

106) Sardines, supra note 103, pp.222-227.

107) Charnovitz, supra note 34, at 13. 국제기준기구에 의해서 보다 오히려 일방적으로 개발된 기준이 기술 및 과학적 목표 이상의 더 많은 자국의 국내 절차에 대하여 경쟁성을 강화시키도록 설정되었다.

108) 이것은 총의에 의한 투표 원칙 하에서 조차 국제기준 기구의 결과가 강대국에 대한 영향에서 반드시 자유

더욱이, 여기서 입증책임의 문제를 두 가지 방식으로 구분하여 볼 필요가 있다. TBT협정 제2.4조 위반 결정을 쉽지 않게 만들면서 상소기구는 TBT협정의 일응위반 확립을 더 어렵게 만들었다. 앞서 언급하였듯이, 이러한 형태의 존중은 GATT보다는 TBT협정에 의하여 발생하는 회원국 조치에 대한 더 침해적 규정에 의하여 정당화될 수 있다. ‘정어리 사건’의 결정은 총의에 의하든 비 총의에 의하든 더 큰 범위의 기준을 TBT협정으로 통합된다는 것을 의미한다. 이것은 일단 일응위반 사건이 확정되면, 상소기구는 정당한 조치와 차별적 조치의 구별에 이용 가능한 더 큰 범위의 기준을 가진다는 것을 의미한다.

실제 효과는 상소기구가 최소한 명백하게 합법적이며 허용되어야 하는 국내조치와 TBT협정이 비난해야 하는 조치를 구별하지 않는 것으로 나타났다. 그것은 그 적용의 합법성을 결정하려는 이 조항의 범위를 넘어선 것이지만, 다음과 같은 문제는 언급되어야 한다. 최우선적이고 가장 중대한 문제는 국제기준이 총의에 의하여 채택되지 않을 것을 포함한다는 ‘정어리 사건’의 결정이 중대한 주권 문제를 야기한다는 것이다 더욱이, TBT협정 제2.4조의 해석은 그 조문에 대한 관심에서 한정된 정당성을 획득한다. 따라서 이러한 동 조항에 대한 정당성에 관한 관심은 회원국이 TBT협정과 SPS협정 위반을 결정할 가능성 감소와 어떤 조치가 TBT협정에 위반하였는지 여부의 결정에서 국제기준의 역할에 의하여 더 중요해질 것으로 보여진다.

마지막으로, 이러한 중대한 주권문제 중 일부가 회피하는 대안적 접근방법은 오직 총의에 의하여 채택된 국제기준에 대하여 언급하면서 TBT협정 부속서I로 해석하는, 반면에 제2.4조는 원칙 및 예외적 관계를 포함하는 것으로 해석하는 것이다. TBT협정 부속서 I 조항에는 이러한 접근방법의 여지가 분명히 존재한다. 이러한 접근방법은 제2.5조 자체에 상소기구에 의하여 옹호된 해석적 접근방법을 제공하게 된다.¹⁰⁹⁾

또한, 상소기구가 TBT협정과 SPS협정간의 차이를 고려하는 정도에서, 입증책임의 배분보다 더 적절한 도구는 사법적 심리기준이다.¹¹⁰⁾ 사법적 심리기준은 상소기구의 심리수준이 회원국의 조치에 적용되며, 무역 분야에서 국내당국의 권한을 한정하는 핵심적 역할을 수행한다고 언급하였다.¹¹¹⁾ 다양한 심리기준은 이미 GATT에서 사용되고 있다. 즉 상소기구는 GATT 제20조(g)에 따라 “관련된” 것으로 주장되는 조치보다는 GATT 제20조(b)에 의한 정당성을 “필요로 한” 것으로서 추구하는 조치에 대하여 더 엄격한 심리를 적용한다.¹¹²⁾

TBT협정 제2.4조의 경우에는, 이것을 “근거로서(as a basis)”라는 표현으로 회원국 규제와 국제기준 간의 덜 엄격한 합리적 관계를 요구하는 것으로 해석된다고 제시하였다. 그에 따라, 제소국이 제2.4조에 대한 일응위반을 확립하는 것을 어렵게 만든다. 대안으로, 상소기구는 국제기준이 회원국

로울 필요는 없다고 주장하는 것은 아니다.:Slaughter, supra note 4, at 292. 그러나 이들 기구에 의하여 달성된 결과가 만약 강대국이 일방적으로 기준을 마련한 경우보다는 더 적은 범위 내에서 약소국의 베스트 팔렌 주권과 법률 주권을 약화시킨다.:Steinberg, supra note 5, at 333. 추정컨대, 국가주권의 평등은 국제기구 내에서 관측되지만, 강대국은 의제를 설정하거나 정책결정 과정에 대한 외적인 힘을 이용함으로써 이러한 결정에서 결과를 조종할 수 있다고 입증하고 있다.

109) Shrimp-Turtle, supra note 53, p.121. 그는 조약 해석자는 조약에 불필요한 것을 제공하는 해석을 채택하지 않는다고 지적하였다.

110) Heiskanen, supra note 106, at 32. 그는 WTO법에서 심리기준의 역할과 작용을 탐구했다.

111) Ehlermann & Lockhart, supra note 100, at 491.

112) Reformulated Gasoline, supra note 65, at 17-18.

의 정당한 목적 달성을 위해 비효과적이고 부적절한지 여부를 결정할 때 덜 존중되는 기준을 선택할 수 있다.¹¹³⁾

4. 국제공법 이용의 정당성

상소기구의 국제공법 사용은 DSU 제3.2조와 비엔나협약 제31조의 참조를 근거로 한다. 특히, 비엔나협약 제31.3조는 해석과정에서 기타 국제공법 연원의 사용에 대하여 언급하였다.

비엔나 협약 제31.3조는 다음과 같이 규정하고 있다.

문맥은 다음의 것을 참작하여야 한다.

- (a) 조약의 해석 또는 그 조약 규정의 적용에 관한 당사국 간의 추후 합의
- (b) 조약의 해석에 관한 당사국 합의를 확정하는 그 조약 적용에서의 추후 관행
- (c) 당사국간의 관계에 적용될 수 있는 국제법 관련 규칙
- (d) 당사국의 특별한 의미를 특정 용어에 부여하기로 의도하였음이 확정되는 경우에는 그러한 의미가 부여된다.

이 논문은 국제규칙, 특히 조약법 이용과의 관련성 때문에 31.3조에 초점을 맞춘다. 이미 알 수 있듯이, 제31.3조는 명확한 모델은 아니다. 예를 들어, ‘당사국’이라는 표현이 WTO협정 당사국인지 기타 국제법 규칙의 당사국인지가 분명하지 않다. 그리고 만약 후자라면, 모든 WTO회원국 또는 분쟁관련 당사국인지 여부는 국제법 규칙의 당사국이어야 한다.

이러한 모호성의 결과로, 이러한 규범 해석의 범위는 주로 논쟁이 되는 기타 국제공법의 규칙을 고려하기 위하여 상소기구에 부여한다. 동의를 상소기구 결정을 위한 정당성의 연원이 되는 정도에서는 제31.3조는 WTO협정을 해석하기 위한 기타 국제공법 규칙의 이용을 위한 본문의 근거를 제공한다.¹¹⁴⁾

이러한 본문의 근거 이외에도, 상소기구는 종종 국가들에 의하여 동의된 기타 국제법규를 추가한다.¹¹⁵⁾ 그러나, 이것은 상소기구가 국제관습법 적용을 요청하는 경우에는 그러하지 아니한다. 상소기구가 ‘호르몬 사건’에서 사전예방주의 원칙이 국제관습법 원칙이 되었는지 여부를 결정하기를 거부하였을 때 이 문제를 인식하고 있었던 것으로 보인다.¹¹⁶⁾

113) Jacqueline Peel, Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science as an International Normative Yard stick 73 (Jean Monnet Working Paper 02/04, 2004). <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040201.pdf>. 그는 SPS사례에서 WTO 정책 결정자들은 국내 SPS조치에 대한 과학적 근거를 검토함에 있어서 존중하는 태도를 채택하지는 않았지만, 입증책임의 전략적 배분을 통하여 운용상의 존중의 범위는 매우 제한된다고 지적하였다.

114) Knox, supra note 86, at 55-56. 그는 1차 새우-연어 사건에서 상소기구가 조문외의 원칙에 주로 의존한 것으로 보인다고 지적하였다.

115) Sxott, supra note 76, at 311. “상소기구는 부과된 규제를 위반한 당사국이 당해 환경협정의 당사국이 아니고, 따라서 그 협정에 동의하지 않은 경우에도 다자적 환경제도에 의하여 채택된 무역 규제에 대하여 더 ‘관대한’ 접근방법을 채택할 수 있다.”고 밝혔다.

116) Hormones, supra note 92m p.123. 그는 상소기구가 국제법에서 사전예방주의 원칙과 위상에 대한 입장을 취하지 않기로 결정하였다고 지적하였다.

WTO협정 이외의 법연원의 이용에 대한 문제들 중 하나는 다른 조약법 체계에서 구속력 있는 분쟁해결제도의 부재는 국가들이 이러한 규범이 구속력 있는 분쟁해결기구나 WTO의 강제제도와 같이 해석되어야 한다고 의도하지 않았음을 시사한다.¹¹⁷⁾ 앞서 언급하였듯이, 국제공법의 이용을 위한 조문의 근거로서 DSU 제3.2조와 비엔나협약에 대한 과도한 의존이 수반하는 또 다른 어려움은 비엔나협약 31.1조는 상소기구가 기타 국제공법 규칙들에 의존하는 경우에 한하여 불분명하다는 점이다.

비엔나협약 제31조와 제32조가 DSU 제3.2조에 의하여 WTO협정에 포함된다는 결론에도 불구하고, 이러한 문제들을 상소기구가 기타 국제공법 규칙에의 의존을 정당화하기 위해 이 조항들을 거의 사용하지 못한 이유를 부분적으로 설명한다. 예를 들어, 상소기구가 생물 및 무생물 자원을 포함한 GATT 제20조(g)의 “고갈될 수 있는(exhaustible)”이란 문언 해석을 위하여 ICJ의 남미비아 자문의 견, UN해양법 협약, 그리고 기타 국제환경법 원칙들과 같은 국제공법 연원들을 이용함에도 불구하고, 그들의 해석적 접근방법의 근거로서 비엔나협약에 대한 언급은 전혀 없었다.¹¹⁸⁾ 위에서 논의한 불확실성에도 불구하고, 상소기구가 자신들의 결정을 정당화하기 위해 비엔나협약을 사용하지 않은 것은 스스로의 해석에 대한 정당성을 약화시킨다.

상소기구는 사실의 예시로서 국제공법 외부의 연원에 의존하기도 한다.¹¹⁹⁾ John Knox가 지적하였듯이, 다자환경 협정의 사례에서, 이러한 것들은 무역 자유화와 환경보호 간의 정치적으로 수용 가능한 균형을 반영한다.¹²⁰⁾ 예를 들어, ‘새우-거북사건’에서 상소기구는 “동일한 다자적 절차들이 바다거북 보존을 위한 프로그램 설치를 위해 이용 가능하고 실현 가능함을 증명한 회원국들의 WTO 의무를 고려하여 아메리카 상호협약을 해석하였다고 지적하였다.¹²¹⁾

상소기구는 거북이들이 GATT 제20조(g)의 의미 내에서 “고갈될 수 있는” 것으로 입증하면서 멸종위기의 야생 동 . 식물에 대한 국제무역협정 부속서I의¹²²⁾ 거북 목록에 대하여 언급하였다.¹²³⁾ 더욱이, ‘GSP사건’에서, 상소기구는 개발도상국이 “개발, 재정 및 무역의 필요성”을 보유하게 되는 권능조항 (Enabling Clause)의 요건은 국제기구에 의하여 채택된 다자적 도구들에 대한 참조로 결정될 수 있다고 밝혔다.¹²⁴⁾ 이러한 경우에, 상소기구는 다자적 도구를 법률적 의무의 연원으로서가 아니라 사실에 대한 지표로서 이용하였다.

이러한 접근방법의 정당성은 주로 위법성의 부재에서 파생된다. 특히, 상소기구의 기타 국제법에 대한 사실상의 이용은 WTO 회원국의 권리 및 의무를 변경하지 않는다는 것을 의미한다. 따라서 DSU 제3.2조에 의하여 설정된 척도(parameters)를 존중한다. 이러한 국제협정들이 정치적 타협을

117) Pauwelyn, supra note 77, at 560.

118) Shrimp-Turtle, supra note 53, p.130. 현대의 많은 국제협약과 선언들은 “천연자원”을 생물 및 무생물을 포함하는 것으로 종종 언급한다고 지적한다.

119) Howse, supra note 66, at 506. 바다거북의 보호 및 보존을 위한 아메리카 상호협약에 내포된 협정에 대한 상소기구의 의존성은 지적하였다. ; Pauwelyn, supra note 77, at 572. WTO회원국들 중 강대국에 의하여 비준된 비-WTO 규범들은 상소기구의 WOT협정 해석에 영향을 미칠 수 있다고 지적한다.

120) Knox, supra note 86, at 58.

121) Shrimp-Turtle, supra note 53, p.170.

122) Mar. 3, 1973, 27 U.S.T. 1087, 993 U.N.T.S. 243.

123) Shrimp-Turtle, supra note 53, p.132. 멸종위기의 동식물에 대한 국제무역에 대한 협약의 부속서 I의 목록은 멸종위기의 모든 종을 포함한다.

124) GPS, supra note 101, p.163.

반영하는 한, 상소기구에 의한 동 협정들에 대한 참조는 국제규범 체계와 더 일치하는 결정을 하도록 기여한다. 이것이 무역제도의 안정성에 기여하는 정도는 WTO의 목적으로 비춰질 수 있다. 그러나 다음에서 더 상세하게 설명하겠지만, 무역제도의 안정성은 상소기구의 결정에 더 많은 정당성을 부여하기에는 너무 광범위한 목표이다.

상소기구의 사실로서의 기타 국제공법 규범의 사실상의 이용은 국가들의 법률적 주권과 관련되지는 않는다. 왜냐하면 그것이 국가들의 법적 권리 및 의무와 변화를 유도하지는 않았기 때문이다. 더욱이, 만약 우리가 국가들이 독자적 조치를 통해서 달성할 수 없는 목적달성을 위하여 다자적 조약에 참여하는 것을 수용한다면, WTO분쟁해결에서 사실상 이러한 협정을 사용하는 것은 최소한 회원국들의 WTO의무가 기타 비 무역적 목적 달성 능력의 약화를 회피하게 하고 상호의존적 주권을 강화시킨다.

5. 결과적 정당성

세계화는 국가들이 자국의 국경 너머에서 발생하는 결정이나 사건에 의해서도 영향을 받도록 한다. 예를 들어, 환경침해와 조직적 범죄는 국제적 차원에서 영향을 미친다. 더욱이, 국가들은 자국민들이 기대하는 통치 유형을 가져오기 위하여 다른 국가 및 국제기구들과 점차복잡해지는 협력의 형태를 강요받고 있다.¹²⁵⁾

WTO는 항상 광범위하게 요구되는 목적들을 달성하기 위한 회원국들의 능력을 어느 정도까지는 증가시키고 있다. 예를 들어, 마라케쉬 협정의 서문은 “지속가능한 개발”이라는 목표에 따라 세계자원의 최적의 이용을 허용하며 환경 보존 및 보호를 추구하는 반면에, 생활수준을 증진시키고 완전고용 보장이라는 목적에 대해 규정하고 있다.¹²⁶⁾

상호의존적 주권은 “국경 간 상품 및 손해”에 대하여 통제를 하고자 하는 규제자의 욕망을 담고 있다.¹²⁷⁾ 회원국들의 독자적 조치로는 달성하기 어려운 목적을 성취하도록 하는 장치로서 WTO에 의하여 형성된 상소기구의 결정은 약간의 정당성을 획득하게 될 것이다.¹²⁸⁾ 이것은 또한 WTO 정당성은 WTO회원국의 주권과 WTO 비회원국의 주권행사 능력을 비교함으로써, 평가될 필요가 있다는 주장을 지지한다. 예를 들어, WTO회원가입이 국가들이 그 밖의 가능한 것들 보다 더 광범위한 정책적 선택 추구를 가능하게 할 때, WTO는 국가들의 상호의존적 주권을 강화시킨다.¹²⁹⁾

이것은 상소기구가 자신들의 해석을 가이드해 줄 수 있는 WTO의 목적을 어떻게 정당하게 결정할 수 있는지에 대한 문제를 야기한다. 그것은 종종 WTO의 회원가입이 회원국들이 자신들의 “경제적 복지”를 증진시킨다고 주장된다.¹³⁰⁾ 국제경제 이론에 따르면, 어떤 국가의 관세에 대한 일방적 자유

125) Bello, *supra* note 101 41, at 1030.

126) TBT Agreement, *supra* note 34, at pmb1.

127) Raustilala, *Rethinking*, *supra* note 8, at 867.

128) Jackson, *supra* note 15, at 790. 그는 주권 문제는 국제적 차원에서가 아니라 국내적 차원에서 “그 결정들이 선의의 정부정책 문제로서 결정되어야”하는지 여부에 관한 실질적인 문제라고 주장한다.

129) Robert Jennings, *Sovereignty and International Law*, in *State, Sovereignty, and International Governance* 27, 37 (Gerard Kreijen ed., 2002). 적절한 정부의 기능이 국제적으로 수행되는 것을 가능하게 하는 기구의 창설은 국가주권에 대한 제한에 대단히 많은 것이 아니라 국제적 계획에 대한 정부의 국가 권력의 확대시킨다고 주장한다.

130) Kevin C. Kennedy, A. *WTO Agreement on Investment: A Solution in Search of a Problem/*, 24

화는 “국내복지”를 확실히 증가시킨다. 그러나 자유무역에 대한 이 경제적 사례는 WTO협정의 특정한 상호호혜(reciprocity)에 대한 요구를 설명하지 못한다.¹³¹⁾ 무역협정에 대한 정치, 경제적 이해는 강력한 국내 이익집단 사이의 렌트추구(rent-seeking)를 고려함으로써 밝혀진다. 결과적으로, WTO와 같은 무역협정은 경제적 의미에서 보다는 정치적 의미에서 종종 최적의 파레토가 된다.¹³²⁾

이미 논의하였듯이, TBT협정과 SPS협정과 같은 WTO협정은 관세 및 기타 국경조치의 축소를 다루지는 않지만, 그 삭제는 자유무역에 대한 경제적 사례에 의하여 요구된다. 대신에, 회원국들은 외국인에 대한 차별에 참여하지 않기로 동의하였을 뿐만 아니라 자국 규정이 위해성 평가 및 국제 기준에 근거하는 것과 같은 긍정적 의무를 지는 것으로 간주하였기 때문에 이러한 협정들은 규제적인 것으로 설명된다.¹³³⁾ 결과적으로, 회원국들은 어떤 형태의 차별에도 관여하지 않고 이 협정들을 위반할 수 있다. 이러한 경우에는, WTO협정 준수에 대한 혜택의 영향은 불확실하다.¹³⁴⁾

반덤핑협정¹³⁵⁾과 TRIPS협정과 같은 기타 WTO협정들은 불확실한 경제적 신임장을 갖는다. 예를 들어, 반덤핑협정에 의한 금지는 종종 가격경쟁을 좌절시키는 것으로 비추어진다.¹³⁶⁾ 더욱이, TRIPS협정은 모든 회원국들이 비슷한 수준의 지적재산권 보호 채택을 요구한다. TRIPS협정의 구체화된 보호수준 여부는 오직 사례별 근거에 의하여 결정될 수 있고 회원국의 혜택을 증진시킬 것이다. TRIPS협정은 “모든 회원국들에게 복지 증진을 기대할 수 없는” 혁신 수단에 대한 접근과는 대조적으로 혁신 결과물 보호에 중점을 두고 있다. 그리고 그것은 부유한 국가들에게 가장 의존성이 높으므로 그 혜택이 감소될 국가는 최빈개도국들이 될 것이다.

이것이 시사하는 점은 경제이론이 일방적 자유화를 지지하는 반면에, WTO준수는 회원국들의 경제적 혜택의 증가라는 일반적 목적을 달성하기 때문에 정당하다는 주장은 각 사례에 대하여 너무 일반적 서술이며 의존적이므로 많은 정당성을 제공할 수 없다. 이것은 언급된 기타 WTO의 역할에 대하여도 사실이다. 즉 제2차 세계대전 상황에서 제시된 근린 궁핍화 정책(beggar-thy-neighbor)의 보호주의를 회피하려는 역할을 의미한다. 이것이 가치 있는 목적이라는 것은 의심의 여지가 없다 그러나 그것은 너무 일반적이어서 상소기구 판정의 정당성을 위한 지침을 제시하지 못하고 있다.¹³⁷⁾

‘새우-거북 사건’에서 상소기구는 패널이 광범위한 목표를 고려하여 WTO협정을 해석하려는 경향이 있다고 표명하였다. 그 사건에서 상소기구는 “WTO의 다자무역제도를 약화시키지” 않으려는 매우 일반적 목표를 고려하여 GATT 제20조를 해석하였다.¹³⁸⁾ 상소기구는 이러한 목표는 권리 또는 의무가 아니며, 해석규칙도 아니기 때문에 이러한 접근방법을 거절하였다.¹³⁹⁾ 대신에, 상소기구는 패널이 제20조의 목적 및 목표를 검토했어야 한다고 결정하였다.¹⁴⁰⁾

U. Pa. J. Int'l Econ. L. 77, 94 (2003); Paul R. Krugman & Maurice Obstfeld, *International Economics* 218-223 (6th ed. 2003). 여기서 그는 자유무역에 대한 경제적 및 정치적 논쟁을 제시한다.

131) Howse, *supra* note 19, at 365.

132) Sykes, *supra* note 148, at 24-26.

133) Heiskanen, *supra* note 106. 국가들의 다자 무역제도에의 참여를 반영한다.

134) Howse, *supra* note 19, at 355-356.

135) TBT Agreement, *supra* note 34.

136) Tarullo, *supra* note 104, at 111. 대부분의 경제학자들은 반덤핑법이 어떤 상황에서는 가격경쟁을 좌절시키기 때문에 가이드를 잘못한다고 지적한다.

137) Howse, *supra* note 19, at 369.

138) *Shrimp-Turtle*, *supra* note 53, p.36.

139) *Id.* at p116.

140) *Id.* at p116.

‘새우-거북 사건’은 상소기구가 “무역제도 유지”나 사실상의 “경제적 후생”과 같은 광범위한 목적을 고려하여 WTO협정을 해석하는 것을 거부하였음을 시사한다. 패널이 입증하였듯이, 그러한 목표는 무역제도에 대한 패널의 목적론적 의미 이상의 합법적 해석을 구성하는 것과 그것이 수용해야 하는 것에 관한 어떤 지침도 제시하지 못하였다.¹⁴¹⁾ 대신에, 상소기구는 그러한 해석에 지침을 제공할 구체적인 연구논문들의 목적 및 목표에 의존하였다.

‘호르몬 사건’에서, 상소기구는 제3.3조의 해석을 지지하기 위하여 SPS협정의 목적과 목표에 의존하였다. 그 사건에서, 상소기구는 제3.3조의 “관련된 그리고 다층을 구성된 문언”으로서 서술된 것을 해석하도록 강요받았다.¹⁴²⁾ 그리하여 상소기구는 선언적 “또는” 상당히 무관한 것으로 해석을 유도하는 방식으로 제3.3조의 의미를 구축하도록 요구받았다. 이렇듯 조문과 분리한 결과로 인하여, 상소기구는 EC가 또한 제5.1조의 위해성 평가를 수행할 것이 요구된다는 결론을 지지하기 위하여 SPS협정 제3조의 목표 및 목적에 의존하였다. 그러므로 상소기구는 다음과 같이 지적하였다.

일반적 측면에서, 제3조의 목표 및 목적은 가능한 한 광범위한 기초에 근거하여 회원국들의 SPS 조치의 조화를 증진시키는 것이며 동시에 자국민의 생명 및 건강을 보호하려는 회원국의 권리 및 의무를 인정하고 보호하는 것이다.¹⁴³⁾

위에서 언급하였듯이, 목표 및 목적을 고려하여 WTO협정을 해석하는 것은 비엔나협약 제31.1조에 의하여 위임된다. ‘정어리 사건’에서 입증책임 분배와 관련한 상소기구의 결정은 최소한 GATT와 비교하여 TBT협정의 다양한 목표 및 목적에 의해 부분적으로 정당화되었다고 앞에서 주장하였다. 언뜻 보기에, 이것은 상소기구가 자신들의 해석 지침을 위해 WTO협정의 목표 및 목적에 대한 폭넓은 이해를 사용할 준비가 되었다는 것을 시사한다. 그러나 ‘정어리 사건’의 결정은 TBT협정 제2.4조의 위반 확립을 더 어렵게 만든 결과에 의하여 구분될 수 있다. 이것은 ‘새우-거북 사건’에서 패널의 접근방법과는 다르다. 그것은 GATT 제20조의 예외의 범위를 상당히 제한하였다. 결과적으로, 상소기구 스스로 제기한 문제가 상소기구의 준수 개념에 대하여 더 많은 의문을 제기한다.

조문에 근거하는 한, 상소기구가 WTO협정의 목표 및 목적에 의존하는 것은 옳다고 생각된다. 이것은 상소기구가 기타 조약상의 목표 및 목적에 대한 참조의 정당화를 방해한다. 대부분의 사례에서, 상소기구는 WTO협정 서문에서 목표 및 목적을 유추한다.¹⁴⁴⁾ 이러한 서문은 일반적으로 초안으로 작성되고, 그에 따라 상소기구가 회원국들의 단독조치로 달성할 수 없는 목적 달성을 허용하는 방식으로 WTO협정을 해석하도록 한다. 반면에 상소기구는 조문 참조에 의하여 자신들의 해석 근거로 삼을 것을 허용한다.

V. 결론

141) Howse, *supra* note 19, at 363.

142) Hormones, *supra* note 92, p 176.

143) Hormones, *supra* note 92, p 177.

144) GSP, *supra* note 101, pp. 91-99. WTO협정 서문에서 목표 및 목적을 처음으로써 권능조항이 어떻게 운영되는지를 결정한다. ; Shrimp-Turtle, *supra* note 53, p. 129. 26U. Pa J. Int'l Econ. L. 693.

상소기구는 점차적으로 회원국들에게 지대한 영향을 미치는 경제적 및 사회적 파급효과를 갖는 복잡한 WTO협정을 해석할 것을 요청받고 있다. 도하라운드의 느린 진행과 WTO협정의 수정을 위하여 마라케쉬협정 제10조의 절차이용에 따른 회원국들의 어려움으로 인하여, 상소기구는 때로는 가장 좋은 분쟁해결이 정치적 절차에 맡겨두는 것이라고 점차 생각하고 있다. 이러한 환경에서, 상소기구는 당연히 WTO협정과 같은 논쟁적인 연원에서 자신들의 결정에 대한 근거를 찾으려고 한다.

이러한 접근방법은 분명히 옳지만, 상소기구는 어느 정도까지만 조문에 대한 해석을 취할 수 있다. 결과적으로, 그들은 종종 자신들의 결정을 위하여 다른 해석 도구에 의존할 것을 강요받는다. 가끔 이러한 것들은 상소기구에 의하여 명백하게 인식되지만, 또 다른 시점에서 그것들이 조문의 수사적 표현의 걸치레로 숨겨진다. 이 논문은 “국가주권에 대한 함의”를 고려하여 이러한 해석도구 중 일부와 그것의 정당성을 살펴보았다.

WTO협정 해석에 대한 더 명백한 접근방법 중 일부, 즉 “*in dubio mitius*”¹⁴⁵와 같은 것을 제안하고자 한다. 그것은 전통적으로 국가주권 존중과 일치하는 것으로 해석되며, WTO협정 조문에 근거하지 않을 뿐만 아니라 국가주권을 강화시킬 수 있는 WTO협정 해석과 반대되는 것이다. 대조적으로, 이 논문은 국가주권에 대한 다양한 해석은 WTO회원가입 국가의 주권강화 역할을 고려하는 상소기구 결정을 위하여 기타 비조문적 정당성을 나타내는 것이라고 주장하고자 한다.

결국, 상소기구는 자신들의 근거가 그들이 원하듯이 엄격하게 조문에 근거하지 않는 경우, 자신들의 결정을 지지하는 근거를 명백하게 서술하거나 설명하지 못하는 것은 상소기구 결정의 정당성을 약화시킨다. 대신에, WTO회원가입의 주권강화 역할에 근거한 더 명확하고 정당한 이유의 표명은 상소기구 결정의 정당성을 증진시키고 상소기구가 자신들이 수행해야 할 의무라고 느끼는 협정문 해석에 대한 극심한 고통에서 벗어나게 하여 종종 설득하기 어려운 문제를 회피하도록 할 수 있다.

145) 의심스러운 경우에는 피의자에게 유리하게라는 원칙을 의미한다. 즉 WTO협정 해석에서도 의심스러운 경우에는 약자에게 유리하게 해석하도록 하는 것이다.

