

통 상 법 률

목 차

2017 / 4 (통권 제134호)

◆ 시 론

1. 인사행정 한류의 의의와 미래 김 동 극 / 3

◆ 논 단

1. 실질과세원칙의 적용을 통한 관세법상 구매자와 판매자 확정에 대한
연구 강 정 모 / 10
2. 한국 독점규제법의 역외적용 및 면제 요건에 대한 고찰:
항공사 국제카르텔 관련 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결을 중심으로 주 진 열 / 53
3. 투자조약과 지적재산권 보호: 한국의 투자조약 분석 허 난 이 / 84

인사행정 한류의 의의와 미래



인사혁신처장 김 동 국

I. 머리말

지난 3월 튀니지의 반부패청장과 국회의원 등을 포함한 방한단이 인사혁신처를 방문하였다. 먼 북아프리카 대륙에서 우리나라를 찾아준데 대해 감사하는 마음으로 손님을 맞이하였다. 튀니지의 반부패청장은 2011년 이른바 재스민 혁명 이후 민주화가 진행되면서 반부패 정책의 일환으로 공무원의 재산등록을 의무화하는 법안을 제출하였는데, 처음 도입하는 제도인 만큼 재산공개 대상자의 범위와 방법 등에 관해 고민이 많다고 하였다. 우리나라도 4.19 이후 『공무원재산등록법안』이 국회에 제출되었으며, 1964년에 최초로 공무원 재산신고를 도입한 이래 현재는 『공직자윤리법』에 4급 이상 공무원의 재산등록과 1급 이상 공무원의 재산공개가 의무화되어 운영되고 있다. 튀니지 방한단에게 우리나라의 경험에 비추어 볼 때 고위직에 대해서는

등록된 재산을 국민들에게 투명하게 공개토록 하는 것이 제도의 취지에 맞고 운영면에서도 효율적이라고 설명하자, 이들은 매우 공감한다는 뜻을 보였다. 자리를 함께 했던 튀니지의 국회의원은 우리나라의 사례를 국회 논의과정에서 충분히 알리겠다고 하였다. 방한단의 또 다른 관심사였던 온라인 재산등록시스템 등 구체적인 사항에 대해서는 실무 부서와의 만남을 차후에 갖기로 하고 한 시간 이상 진행된 면담을 마쳤다.

지난 2월 인사행정 협력을 위한 MOU 체결 차 세르비아와 카자흐스탄을 방문하였을 때도 이 국가들이 인사관리 분야에서 우리나라의 경험과 지식을 얻고자 하는데 많은 관심이 있음을 확인할 수 있었다. 특히 세르비아는 최근 공무원 교육을 위해 발족을 준비 중인 국립 공무원교육원과 관련해서 우리나라의 국가공무원인재개발원

의 경험, e-learning 시스템 등에 대해 깊은 관심을 보였다.

위 두 사례에서와 같이 최근 개발도상국을 중심으로 산업화와 민주화를 거치면서 발전해 온 우리나라의 공무원 인사제도와 발달된 정보통신기술을 기반으로 한 인사관리시스템을 자국에 활용하고자 하는 열기가 뜨겁다. 대중문화에 관한 한류는 이제는 낯익은 단어가 되었지만, 우리나라의 우수한 정책과 사례가 외국 정부에 전파되고 있는 현상에 대해서는 그 중요성에도 불구하고 상대적으로 관심이 덜하다. 정부정책과 제도와 관련해서는 여전히 ‘한류’보다는 ‘벤치마킹’이라는 단어가 더 익숙하다. 그러나, 지난 2010년 OECD의 개발원조위원회(DAC: Development Assistance Committee)에 가입하여 원조 받는 나라에서 원조를 해 주는 나라로 바뀐 첫 번째 사례가 된 이래 세계에서 16번째로 원조를 많이 하는 나라가 된 우리나라의 국제적 위상을 감안하면, 이제는 이른바 행정한류에도 눈을 돌려야 할 때이다.

II. 인사행정 한류의 의의와 성과

한류란 한국의 대중문화가 해외로 전파되어 인기리에 소비되고 있는 현상을 의미한다. 이에 비추어 인사행정 한류란 한국

의 공무원 인사제도와 그 발전 경험이 외국으로부터 선진적이고 바람직한 인사행정 모델로 평가되어 널리 전파되는 현상으로 정의될 수 있다. 구체적으로 공무원 채용, 교육훈련, 성과관리, 공직윤리, 퇴직관리 등 정부 인사관리와 관련된 영역에서의 제도와 시스템의 전파를 의미한다. 넓게는 이와 관련한 공무원들의 인적교류도 이에 포함한다고 볼 수 있다.

지금까지 진행되어 온 인사행정 한류와 관련된 주요 사업과 성과를 중심으로 그 의의를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 국가발전 과정에서 행정역량 강화와 공직부패 척결이라는 복합적인 난제에 직면하게 되는 개발도상국가에게 우리나라의 공무원 제도가 많은 영감을 주고 있다. 이들은 우리나라의 급속한 경제성장 과정에서 실적주의에 기초한 공정하고 투명한 공무원인사제도가 중요한 역할을 하였다는 점에 주목하고 있다. 터키, 캄보디아, 아랍 에미리트, 카자흐스탄, 콜롬비아 등 많은 국가들이 인사혁신처와 MOU를 체결하고 정부의 경쟁력 제고를 위한 인사관리에 많은 관심을 보이고 있다. 최근에는 우리나라에 컨설팅을 요구하는 주제가 전통적인 채용절차, 교육훈련 뿐만 아니라 성과관리, 공직윤리, 후생복지 등으로 다양화되고 있는 추세이다.

정보교류와 협력사업에 그치지 않고 우리나라의 전문가가 해당 국가에 체류하면서 주요 보직을 맡거나 컨설팅을 진행하는 경우도 있다. 2015년 공무원 교육에 지대한 관심을 가지던 우즈베키스탄의 카리모프 대통령의 요청으로 김홍갑 전 인사실장이 대통령직속 국립행정 아카데미의 부총장에 임명되어 약 2년간 근무하면서 공무원 교육과정을 체계화하는 한편, 고위직 선발절차와 부패방지 대책 등 인사제도 전반에 대해 자문을 진행하였다. 2014년에는 인도네시아 정부의 요청으로 인사법령 설계를 위해 자문단이 파견되기도 하였다.

둘째, 외국 공무원들의 우리나라의 공무원교육 프로그램에 참여하면서 공무원 교육이 인사행정을 비롯한 행정한류 확산의 매개로 기능하고 있다. 1984년부터 현재까지 인사혁신처 소속 공무원교육기관인 국가공무원인재개발원에서 실시한 외국공무원 교육 수료생은 125개국에 걸쳐 5,000명을 넘어섰다. 최초 교육과정은 말레이시아 공무원 대상 교육과정이었다. 당시 말레이시아 정부는 마하티르 총리가 주창한 동방정책(Look East Policy)의 일환으로 우리나라에 공무원 교육프로그램 개설을 요청하였고 국가인재원에서 이를 수용하여 1984년 제1기 말레이시아 공무원교육과정이 시작되었다. 매년 초급, 중견, 고급관리자 과정으로 나누어 각각 약 20명씩 총 60여

명의 공무원들이 우리나라에 들어와서 교육을 받고 있다. 주목할 점은 이 교육이 일회성으로 그치지 않고, 교육을 수료한 공무원들이 말레이시아 정부 내에 지속적인 지한(知韓), 친한(親韓) 인사로 성장한다는 것이다. 지금까지 국가인재원의 말레이시아과정을 수료한 1,500여명은 자발적으로 동창회를 결성하였고 이는 2011년 말레이시아 정부의 공식 등록단체가 되었다. 동창회 회원들은 한·말 정책협력에 가교 역할을 할 뿐만 아니라 한국을 홍보하는데도 큰 역할을 담당하고 있다. 말레이시아 내에서 이 교육과정에 들어오기 위한 경쟁이 심하고 엄격한 절차를 거쳐 교육생으로 선발되는 만큼 이 과정을 수료한 공무원들은 자긍심과 결속력이 대단하여 한때 ‘코티마피아’(코티는 국가공무원인재개발원의 옛 이름인 중앙공무원교육원(Central Officials Training Institute)의 영문 약자)라는 말이 생겨날 정도였다고 한다.

이 밖에도 1993년부터 운영하고 있는 싱가포르, 태국, 필리핀 등 10개의 아세안 회원국의 인사부처 소속 공무원들을 대상으로 하는 「ASEAN 공무원과정」, 2006년부터 운영하고 있는 케냐, 세네갈, 그레나다 등 아프리카와 중남미의 중견관리자 공무원들을 대상으로 하는 「글로벌 행정혁신과정」 등 세계 곳곳의 다양한 나라의 공무원들이 매년 국가인재원의 공무원교육프

로그그램을 찾아오고 있다. 작년에는 카리브해 연안 국가들의 공동체인 카리콤 회원국인 바하마, 자메이카, 바베이도스 등 8개국의 공무원들을 대상으로 하는 교육과정을 신설하는 등 그 대상 국가들이 점차 확대되고 있다. 교육내용은 우리나라의 공무원 채용제도, 성과평가 방법, 인재개발 전략 등 공무원 인사관리에 관련된 내용 뿐 아니라, 우리나라의 발전경험, 정부혁신, 전자정부 등 참여 국가들의 요구에 따라 다양하게 구성하고 있다. 우리나라의 사례를 토대로 자국의 발전전략을 구체적인 액션플랜 형태로 작성하는 내용도 교육과정에 포함되어 있다.

셋째, 외국공무원교육 등의 인사행정 한류 사업은 경제적 부가가치의 창출과도 직결된다. 그간 국가공무원인재개발원의 외국 공무원교육프로그램의 상당 부분은 공적개발원조(ODA) 사업의 일환으로 우리 정부의 예산을 지원하는 방식으로 이루어져 왔다. 그러나 「말레이시아 공무원과정」을 비롯해, 지난해 처음 시작한 「베트남 고위공무원과정」은 자국의 예산을 부담하면서 교육과정 개선을 요청함에 따라 시작되었다. 차관급 공무원 또는 차관급 승진 예정자 18명을 대상으로 진행된 교육은 고위공무원의 리더십과 정책역량 배양, 안정적인 경제발전과 사회통합 전략 등 베트남

정부의 요청에 따라 국가인재원에서 10일간의 교육이 이루어졌다. 러시아, 쿠웨이트, 카자흐스탄 등도 자국예산을 부담하는 교육과정 개선을 요청하는 등 이른바 주문형 과정은 계속 확대되고 있는 추세이다.

넷째, 우리나라와 개발도상국과의 관계에 국한되지 않고 선진 각국과도 우리나라의 인사혁신 사례 등을 공유하고 전파해 나가고 있다. 먼저, 유사한 문화권인 한·중·일 3국간 인사행정 협의체를 10년 이상 지속하고 있다. 2005년부터 시작한 3국 인사장관회의를 비롯하여 인사국장회의, 중간관리자 워크숍을 정기적으로 열고 있으며, 특정 주제를 잡아 심포지엄도 수시로 개최하고 있다. 지난 2015년 우리나라에서 개최한 인사장관회의에서는 3국간의 지속적인 인적 교류를 위해 상호 공무원 파견 근무와 교육을 확대해 나가기로 합의하였다.

이 외에도 공통적인 인사혁신 사례를 중심으로 OECD 회원국 등 선진국과의 교류협력도 활발히 진행되고 있다. 2006년 ‘고위공무원단 제도’가 출범한 지 10주년이 된 지난해에는 미국, 네덜란드, 일본, 중국 등의 인사국장들이 참여한 가운데 서울에서 국제 컨퍼런스를 개최하였다. 컨퍼런스에서는 개방과 경쟁, 성과와 책임, 역량 강화의 측면에서 지난 10년간의 성과를 참가국들과 공유하고 각국의 사례를 토대로 받

전방안을 논의하였다. 또한 지난 2016년 국가공무원인재개발원에서 열린 공공 HRD 국제컨퍼런스에서는 유럽공공행정연수원(EIPA) 원장, 프랑스 국립행정학교(ENA) 교수, 미국 연방고위공무원연수원(FEI)과 중국 국가행정학원 관계자들과 함께 각국의 정부혁신을 위한 공무원 인재개발 전략과 사례를 공유하였다.

III. 인사행정 한류의 지속적 발전방안

앞서 살펴본 인사행정 한류가 그 범위와 효과 면에서 대중문화와 같이 열풍이라고 하기는 아직 이르다. 공무원 인사제도 컨설팅, 외국공무원 교육 등 진행되고 있는 부분은 정착과 확산을 위해 더욱 노력하여야 하고, 새로운 분야의 발굴에도 관심을 가져야 할 때이다.

향후 인사행정 한류를 추진함에 있어서 가장 염두에 두어야 할 점은 긴 호흡과 장기적 시각이다. 공무원 인사제도는 정부 운영의 토대라 할 수 있다. 건축의 기초인 지반공사가 그러하듯 공무원 인사제도를 설계하고 수립하는 데는 충분한 준비와 시간이 필요하다. 따라서 우리나라의 성공한 인사제도 또는 혁신사례를 단기간에 전파하겠다는 생각은 적절하지 않다. 이미 외국에서 우리나라의 제도를 받아들인 경우에도 그 효과가 나타나는데 오랜 시간이

걸린다. 같은 맥락에서 일방적으로 제도를 이식하겠다는 시각도 경계해야 한다. 다른 정책도 마찬가지지만 정부활동에 필요한 인적 자원을 동원하고 관리하는 인사행정 분야는 그 나라의 정치적, 사회적, 문화적 특수성에 특히 많은 영향을 받기 때문이다. 따라서, 우리나라의 정책과 제도를 다른 나라에 전파하기 전에 그 나라의 상황에 대한 충분한 연구가 수반되어야 할 것이다. 금년부터 3개년에 걸쳐 우즈베키스탄이 우리나라의 인사·교육훈련 제도 설계와 각종 인사관리시스템 도입 등을 목표로 추진 중인 ODA DEEP(Developing Experience Exchange Program) 사업 실시 전에 현지에 파견 근무 중인 우리나라 공무원과 우즈베키스탄 정부가 충분한 협의를 진행하는 한편, 수차례의 현지 실사단을 보낸 것도 이러한 인식에서 비롯되었다.

한편, 외국공무원 교육 이외에 경제적 부가가치를 창출할 수 있는 새로운 분야를 발굴할 필요가 있다. 「e-사람」, 「국가인재데이터베이스」, 「공직윤리정보 종합시스템」, 「나라 배움터」 등 ICT에 기반을 둔 각종 인사관리시스템이 대표적인 예가 될 수 있다. 「e-사람」은 채용, 승진, 급여 등 공무원 인사전반의 업무를 단일의 데이터베이스와 관리시스템으로 통합한 시스템이며, 「국가인재데이터베이스」는 공직후보자에 대한 정보를 수집하고 관리하는 데이터베이스

이다. 『공직윤리정보 종합시스템』은 공직자의 재산등록과 공개, 주식백지신탁제도 등을 온라인으로 수행할 수 있도록 하는 시스템이며, 『나라 배움터』는 모든 공무원 교육훈련기관의 공동 활용할 수 있는 이러닝(e-learning) 콘텐츠의 통합 플랫폼이다. 개발도상국들은 이러한 시스템들의 도입이 인사행정의 효율성뿐만 아니라, 당면 과제인 정부의 투명성과 신뢰성을 높이는 데 기여할 수 있다는 점에서 많은 관심을 보이고 있다. 이와 같은 시스템들의 수출이 본격화될 경우 시스템 설계와 구현, 운영과 사후관리 등 다양한 분야에서 경제적 효과가 발생할 것으로 기대된다. 이외에도 고위공무원단 진입과 과장 승진 전에 실시하는 역량평가 제도도 역량 도출방법과 서류합 기법, 집단 토론, 롤 플레이 등 평가 방식과 관련하여 실질적인 컨설팅 사업이 가능한 분야이다.

마지막으로, 협력사업 등 특정한 계기에 의해서가 아니라, 외국에 나가 있는 우리나라 공무원과 우리나라를 거쳐 간 외국 공무원들을 상시적이고 지속적인 한류의 채널로 활용할 필요가 있다. 이는 인사행정에만 국한되지 않고 모든 분야에서의 한류와 관련된다고 할 수 있다. 매년 30여 개국에 걸쳐 300명 이상씩 교육과정을 나가는 우리나라의 공무원들이 우리 정책의 우수성과 문화를 알리는 홍보대사로서 활약

을 하는데 필요한 충분한 사전교육과 지원이 필요하다. 한편, 지난 30년간 우리나라의 공무원 교육프로그램을 거쳐 간 125개국 5,000여명의 외국공무원들과의 네트워킹을 지속적으로 강화해 나가야 할 것이다. 이들에 대해서는 체계적인 DB 관리를 토대로 정보 제공과 온-오프라인 커뮤니티 활동 등을 활성화할 필요가 있다. 특히, 말레이시아처럼 자발적으로 결성된 동창회에 대해서는 지속적인 관심을 기울여야 한다.

IV. 맺음말

‘한국은 발전 경험을 나눠 줄 수 있기 때문에 그 어떤 국가보다 아프리카에 기여할 수 있다’는 멜레스 에티오피아 전 총리의 말처럼, 반세기 만에 해외원조 수여국에서 공여국으로 전환한 유일한 나라인 우리나라는 개발도상국이 가장 선호하는 발전모델이 되었다.

공무원 인사제도는 우리나라의 발전과 함께 진화하여 왔다. 정부수립 이듬해인 1949년 국가공무원법을 제정한 이후 68년간 75차례에 걸쳐 국가공무원법을 개정하면서 산업화 시대의 능률성, 민주화 시대의 책임성과 투명성 등의 가치를 담았고, 정보화 강국의 면모는 전자적 인사관리시스템에 녹아들어 있다. 따라서 개발도상국

에 대한 인사행정 한류는 인사관리 제도와 시스템의 전파 이상으로 우리나라 발전의 역사와 함께 한 인사행정 분야의 고민과 지혜를 함께 나눈다는 의미를 가진다.

개발도상국을 대상으로 인사행정 한류를 추진함에 있어 가장 유의할 점은 일방적인 방식으로 진행되지 않도록 하는 것이다. 인사행정 한류가 자국의 상황에 대한 충분한 검토 없이 외국정부의 정책을 받아들이는 이른바 모방적 동형화(isomorphism)로서 기능하지 않도록 하기 위해서는 대상 국가의 문화와 토양에 대한 충분한 고려와

검토가 선행되어야 한다.

향후 인사행정 한류의 미래를 위해서는 개발도상국 이외의 국가까지 대상 국가를 다양화하고, 인사제도와 외국공무원교육 뿐 아니라 전자 인사관리시스템, 역량평가 등 그 분야를 새롭게 발굴할 필요가 있다. 아울러, 우리나라에서 공무원교육을 받은 외국공무원들과 지속적인 네트워크를 구축하는 것은 인사행정 한류 뿐 아니라 한류 전체를 활성화하는 효과적인 전략이 될 수 있을 것이다.

실질과세원칙의 적용을 통한 관세법상 구매자와 판매자 확정에 대한 연구

관세법인 GTMS 변호사, 관세사 강 정 모

*논문접수: 2017. 2. 20. *심사개시: 2017. 3. 21. *게재확정: 2017. 4. 14.

〈 목 차 〉

I. 서론	2. 납세의무자와 구매자
1. 연구의 배경과 목적	3. 구매대리인과 판매대리인
2. 연구의 범위와 방법	4. 소결
II. 관세법상 구매자 및 판매자의 개념	IV. 관세평가와 실질과세원칙의 적용국면
1. 개요	1. 실질과세원칙의 개념
2. 민사법상 거래당사자 확정의 원칙	2. 실질과세원칙의 구체적 적용범위
3. 구매자와 판매자의 개념 도출	V. 실질거래당사자 적용사례 검토 및 발전방안
4. 소결	1. 사례검토
III. 관세법상 구매자 및 판매자와 유사개념 비교	2. 발전방안
1. 개요	VI. 결론

I. 서론

1. 연구의 배경과 목적

최근 국제거래에 있어 제품의 기획, 생산, 판매, 홍보 등의 기능이 점점 세분화되어 감에 따라 국제매매계약에 참여하는 당사자가 점점 늘어나고 있는 추세이다. 그리고 국제매매계약에 있어 거래당사자가 늘어난다는 것은 그 거래계약의 구조가 더

욱 복잡해지고 있다는 것과 같은 의미이다. 이렇게 복잡해진 거래구조를 악용하여, 본인의 조세납부의무를 회피하거나, 과세표준을 낮게 계산하게 하는 구조를 만들어 정당한 세액보다 낮은 세액을 납부하려는 시도 역시 점점 늘어나고 있다.

관세 역시 납부의무를 회피하거나 낮은 관세액을 납부하기 위한 시도가 존재하고 있으며, 복잡한 거래구조를 이용하여 본인

이 국제매매계약의 당사자가 아니라거나, 형식상 제3자로부터 물품을 구매하는 구조를 통해 낮은 세액을 납부하고자 하는 시도를 적발하기 위해 과세관청 역시 여러 과세논리를 개발하고 있다.

그 중 특히 당사자가 선택한 형식적인 거래구조가 아닌 실질적인 거래구조를 파악하여, 실질 구매자 및 판매자를 확정하는 형태의 과세논리를 통해 형식상 특수관계 없는 당사자와의 거래이지만, 실질은 특수관계 있는 당사자와의 거래라거나, 형식상 제3자가 지급하는 권리사용료이지만 실질은 거래당사자 간 지급되는 권리사용료이므로 이를 가산하여야 한다는 논리 등이 있다.

그러나 이러한 논리는 거래당사자가 헌법으로 보장된 거래형성의 자유를 통해 선택한 거래형식을 과세관청에서 재구성하여 이를 과세하는 것으로 그 적용에 있어 신중하게 접근할 필요가 있다. 특히, 위와 같은 과세논리는 국세기본법 상 실질과세원칙에 따라 엄격하게 적용되어야 할 필요가 있다.

따라서 본 논문은 물품의 수입거래에 있어 구매자와 판매자의 개념이 무엇인지를 명확히 하고, 그러한 개념에 따라 거래당사자를 확정함에 있어 고려하여야 하는 요소들은 무엇인지 살펴, 국세기본법 상

실질과세원칙이 관세 측면에 있어 어떻게 적용되고 있는지를 살펴봄으로써, 관세에서 실무적으로 실질과세원칙을 적용하여 판매자와 구매자를 확정할 때, 고려하여야 하는 점과 향후 발전방향을 제시하고자 한다.

2. 연구의 범위와 방법

본 연구는 관세법 및 WTO 관세평가협정상 개념인 판매자와 구매자의 정의를 명확하게 하는 것과 국세기본법에서 정하고 있는 실질과세원칙을 소개하고 관세법에서 그러한 실질과세원칙이 어떤 국면으로 적용되고 있는지 살피는 것을 그 범위로 한다.

법률상 개념인 관세법상 판매자와 구매자의 개념을 명확하기 밝히기 위해 한국을 포함한 각 국가의 법령이나 판례의 개념들을 통해 이를 도출하며, 판매자와 구매자의 유사개념인 납세의무자와 판매대리인, 구매대리인과의 개념 비교를 통해 각각의 개념을 좀 더 명확하게 하고자 한다. 특히, 민사법의 고유한 개념인 매매에서 파생된 판매자와 구매자의 개념을 찾기 위하여 민사법상 의사표시 해석 방법을 통해서 관세법상 판매자와 구매자의 개념을 도출하고자 한다.

실질과세원칙은 그 개념과 국세기본법에서 정하는 요건들을 조항별로 확인하고,

관세 측면에서 실질과세원칙이 적용되는 국면을 사례분석을 위주로 살펴보고자 한다.

본 연구는 각국의 법령, 당국에서 발행하는 각종 자료와 정기·비정기 간행물, 판례, 관련 서적, 학자들의 연구논문 등의 문헌조사에 의한 방법으로 이루어졌다.

본 논문의 구성은

제1장 서론에서는 연구의 배경과 목적, 연구의 방법과 범위에 대해 설명하고자 한다.

제2장에서는 관세법상 구매자와 판매자의 개념을 민사법 상 의사표시 해석의 방법, 법령해석의 방법, 국내 및 해외 법령상의 개념 등을 통해 도출하고자 한다.

제3장에서는 구매자와 판매자의 개념과 유사개념으로 실무상 자주 혼란이 발생하는 납세의무자와 구매대리인 및 판매대리인의 개념과 비교·분석을 통해 구매자와 판매자의 개념을 더욱 명확히 하고자 한다.

제4장에서는 국세기본법 상 실질과세원칙이 관세에서 어떻게 적용되는지에 대해 판례를 위주로 적용요건 등을 분석하고자 한다.

제5장에서는 최근 관세사건 중 실질당사자 적용을 한 사례 검토를 통해 관세법의 실질당사자 적용에 있어 발전방안을 검토한다.

제6장에서는 본 논문의 결론으로서 연구한 내용을 요약하고 시사점을 제시한다.

II. 관세법상 구매자 및 판매자의 개념

1. 개요

관세법령상 판매자(Buyer)와 구매자(Seller)¹⁾라는 개념은 과세가격의 일반원칙을 규정하고 있는 관세법 제30조에서 주로 확인된다. 즉, 원칙적인 수입물품의 과세가격인 ‘실제 지급하였거나 지급하여야 할 가격(Price Actually Paid or Payable)’의 지급주체는 구매자로 규정²⁾되어 있으며, 실제지급금액에 가산하여야 하는 가산요소들의 지급주체도 구매자로 규정되어 있다.

판매자의 개념 역시 WTO 관세평가협정 제1조의 주해에서 실제지급금액을 직접 수취하는 상대방 또는 실제지급금액의 이익을 누리는 자의 개념으로 사용되고 있으

1) 본 연구 상 구매자와 판매자의 영문은 WTO 관세평가협정 상 Buyer와 Seller로 정하고 있어 이에 따른다. 예를 들어 WTO 관세평가협약 제1부 관세평가규칙 제1조 제1항 (d)목의 “that the buyer and seller are not related, or where the buyer and seller are related, that the transaction value is acceptable for customs purposes under the provisions of paragraph 2”.

2) 관세법 제30조 제1항.

며³⁾, 관세법상 원칙적인 과세가격 결정방법을 부인할 수 있는 특수관계 여부를 판단하는 기준이나 사후귀속이익의 귀속 주체로도 판매자의 개념이 사용되고 있다.⁴⁾

이렇듯 관세법, 그 중에서도 특히 관세평가영역에 있어서 구매자와 판매자의 개념을 명확히 하는 것은 과세표준을 계산하는 기초가 되는 실제지급금액이 어떤 금액인지 특정하고, 원칙적인 관세평가가 아닌 예외적인 관세평가(관세법 제31조 내지 제35조에 따른 과세가격 결정)를 하여야 하는지 여부를 판단하는 기준이 된다. 하지만 관세법과 WTO 관세평가 협정상 구매자와 판매자의 확정하는 요건이나 기준이 무엇인지를 찾을 수 없어 실무상 혼란이 있다.

따라서 본 장에서는 구매자와 판매자가 무엇을 의미하는 것인지 여러 법률해석 방법을 통해 찾아보도록 하겠다.

2. 민사법상 거래당사자 확정의 원칙

가. 논의의 필요성

논의에 들어가기에 앞서, 민사법상 계약 당사자를 결정하는 원칙에 대해 간략하게 소개하고자 한다. 당사자 간 계약관계에 있어 계약관계에 관여되어 있는 여러 당사자들 가운데 누가 거래당사자에 해당하는지를 확정하는 문제는 기본적으로 민사법상 의사표시를 해석하는 분야로 많은 논의가 존재⁵⁾하고 있다. 물론 민사법과 조세법은 그 적용분야가 사법인지 공법인지 여부나 입법목적의 차이 등으로 동일한 해석논리가 적용되지 않는다고 볼 수 있지만, 조세법을 정확하게 이해하기 위해서는 민사상 법률효과를 발생시키는 법률요건으로서의 법률행위 등을 세법상 과세요건과 연계하여 이해할 필요가 있다는 점⁶⁾은 분명한 것으로 보인다.

나. 법률행위 해석의 방법

계약은 2인 이상의 당사자가 청약과 승낙이라는 서로 대립하는 의사표시를 하고, 그 합치로 성립하는 법률행위⁷⁾이다. 여기서, 법률행위란 일정한 법률효과의 발생을 목

3) “Article VII of the general agreement on tariffs and trade 1994, Annex I . Notes and Supplementary Provision, Note to Article 1 Price actually paid or payable”

1. The price actually paid or payable is the total payment made or to be made by the buyer to or for the benefit of the seller for the imported goods.

4) 관세법 제30조 제3항 제3호, 제4호.

5) 예를 들어, 금융계약을 체결함에 있어 타인의 명의로 계약을 체결하였을 때 금융계약의 당사자를 계약체결명의자로 볼 것인지, 실제 자금을 출연한 자로 볼 것인지 여부.

6) 정병용, 민법과 세법, p.16.

적으로 하는 하나 또는 수개의 의사표시를 없어서는 안 되는 꼭 필요한 요소로 하는 법률요건⁸⁾을 말한다. 결국, 계약은 의사표시를 중심으로 당사자 간 의무와 권리를 발생시키는 것을 목적으로 하는 행위이므로 계약의 내용(목적이 되는 대상물건, 가격 등) 뿐 아니라 계약의 당사자가 누구인지의 여부는 결국 당사자의 의사표시를 해석하는 문제로 귀결된다.

이러한 법률행위의 해석의 방법은 전통적으로 법률행위의 해석에 있어서 표현의 문자적·언어적 의미에 구속되지 않고 표의자의 실제 의사, 즉 내심의 효과의사를 추구하는 자연적 해석이 가장 우선하며, 내심적 효과의사와 표시행위가 일치하지 않는 경우, 상대방의 시각에서 표시행위의 규범적·객관적 의미를 탐구하는 규범적 해석을 적용하며, 2가지 해석방법으로 법률행위를 해석할 수 없는 경우 당사자의 가정적 의사를 탐구하는 보충적 해석을 통해 법률행위를 해석하여야 한다고 본다.⁹⁾ 결국, 계약 당사자가 아닌 제3자(예를 들어, 과세관청)의 입장에서 당사자의 법률행위를 해석하는 문제에 있어서 당사자의 내심의 의사가 무엇인지를 찾아내는 것은 외부

로 표출되어 확인할 수 있는 표시행위를 해석하는 것이 무엇보다 중요하고 할 수 있다.

다. 사례분석

계약 당사자의 확정과 관련하여 참고할 만한 판례¹⁰⁾가 있어 이를 소개하고자 한다. 이 사건의 쟁점은 계약 당사자가 이 사건의 피고 A회사인지 아니면 A회사의 대표이사인 B인지 여부가 문제된 사안이었다.

원심은 계약 당사자를 계약서 상 명의를 표시되어 있는 B라고 보았다. 그러나 대법원은 “계약의 해석은 그 계약서 문언의 취지에 따름과 동시에 계약당사자가 기도하는 목적과 계약 당시의 제반사정을 참작하여 당사자의 진의에 맞도록 합리적으로 해석하여야 할 것”이라고 판시하면서, ① 계약서 상 당사자에 ‘A회사 대표이사 B’ 또는 ‘B A회사’라고 표시되고 그 이름 아래 A회사 대표이사의 직인이 날인되어 있고(문언 해석) ② 약정을 체결하기에 이른 경위를 살펴보면, A회사 경영을 둘러싸고 불화와 분쟁이 계속되기에 이르자, 이를 종식시키기 위하여 원고가 A회사의 재산일부를 넘겨받는 대신 그 경영에서 완전히 손을 떼

7) 박윤직, 민법총칙, p.201.

8) 박윤직, 민법총칙, p.194.

9) 윤진수, “契約 解釋의 方法에 關한 國際的 動向과 韓國法”, p. 31 ~ p. 34.

10) 대법원 1990. 3. 9. 선고 89다카17809 판결.

게 할 목적으로 위 약정을 체결하게 된 것임을 알 수 있는데, 그렇다면 대표이사 자격과 개인자격을 엄격하게 구별하여 A회사에 대하여는 직접 그 효력이 미치지 아니하게 할 의도로써 위 약정을 체결하였다고 보는 것은 사리에 맞지 않고(계약 체결의 경위), ③ 당사자가 이행하기로 한 사항 중에는 B 개인이 이행할 수 있는 것 이외에 A회사만이 이행할 수 있는 사항(A회사 소유의 부동산에 대한 소유권이전등기절차 이행)이 포함되어 있고(계약의 성격과 목적), ④ 계약서의 인증축타인이 “A회사 대표이사 B의 대리인 C”로 표시되어 있는 점(계약 체결 이후 당사자의 행동)을 보았을 때, 계약당사자는 A회사와 B 둘이라고 판시하였다.

이와 같이, 대법원에서도 앞서 살핀 계약 해석 방법인 계약서 문언 해석과 계약체결의 경위, 계약의 성격과 목적, 계약 체결 이후 당사자의 행위 등을 종합하여 민사법상 계약 당사자를 확정한다는 사실을 확인할 수 있다.

라. 소결

조세법과 민사법은 그 적용범위나 해석에 있어서 분명히 차이가 있지만, 조세법상 과세요건의 원인행위 중 하나인 계약행위를 해석함에 있어 민사법의 기준은 하나의 유용한 기준이 될 수 있다. 특히, 계약

당사자의 확정이 쟁점이 되는 조세사건의 분쟁에 있어서 사법부는 민사법 상 계약 당사자의 확정 기준에 따라 이를 검토할 가능성이 높다.

위에서 살펴본 바와 같이 민사법 상 계약 당사자의 확정에 있어서 가장 중요한 것은 당사자의 객관적 의사를 확인할 수 있는 처분문서인 계약서 상 누구를 계약당사자로 하는지가 될 것이다. 그리고 이러한 계약서 상 문구를 기초로 당사자들의 예비적인 교섭과 같은 계약 체결에 이르게 된 경위, 계약 체결 이후의 당사자들의 행동, 계약의 성격과 목적 등을 종합적으로 검토하여 계약 당사자인 구매자와 판매자를 확정할 수 있다.

3. 구매자와 판매자의 개념 도출

가. 개념 도출의 방법론

법령해석이란 특정 사안과 연관된 관련 법령의 의미와 내용이 무엇인지를 명확하게 하는 것을 의미한다. 법령해석의 방법은 ① 법령에서 따로 그 문구의 정의를 정하는 때에는 그 정의에 따르는 법규적 해석방법이 우선하고, 법규에 따로 정하는 바가 없는 경우 ② 법령 규정의 문자나 문장이 의미하는 바에 입각하여 해석하는 문리 해석방법(또는 문언 중심적 해석방법)과 사물의 이치·논리를 도입하여 법령을

해석하는 논리 해석방법을 통하여 법령을 조화롭고 합리적으로 해석하여야 한다.¹¹⁾

대법원도 법 해석의 방법과 한계를 “법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 한편 실정법은 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록 해석할 것도 또한 요구된다. 요컨대 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 나아가 그러기 위해서는 가능한 한 법률에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하면서, 법률의 입법 취지와 목적, 그 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 동원함으로써, 위와 같은 법해석의 요청에 부응하는 타당

한 해석을 하여야 한다”고 하여 법 해석에 있어서 문언의 통상적인 의미를 기초로 법률의 입법취지, 다른 법령과의 관계 등을 논리적으로 파악하여 해석하여야 한다고 본다.¹²⁾

관세법 상 구매자 및 판매자의 개념이 무엇인지에 대해서는 관세법 뿐 아니라 관련 사례나 WTO 관세평가협정 상에도 그 내용이 전무하기 때문에 법규적 해석방법을 통해서 그 개념을 찾을 수 없다. 따라서 이후에서는 판매자와 구매자라는 문구의 문리적 의미를 찾아보고, 다른 법령과의 관계 등을 통해 그 의미를 찾아보도록 하겠다.

나. 구매자와 판매자 문언의 문리적 의미

문리 해석이란 법령 규정의 문자나 문장이 의미하는 바에 입각하여 해석하는 것으로서 문언 중심적 해석이라고도 한다. 법령상 문자는 원래 무의미하게 사용되고 있는 것이 아니라 법령을 만들 때에 세심한 주의를 기울여서 입안자의 의도를 정확히 표현하기 위하여 가장 적당한 문자를 사용하기 때문에 성문법의 해석에 있어서는 먼저 그 문자를 충실히 파악하여 해당 법령의 의미를 파악해야 한다.¹³⁾

11) 백문흙, 법령해석 방법론 및 실무 pp. 5-36.

12) 대법원 2013. 1. 17. 선고 2011다83431 전원합의체 판결.

13) 백문흙, 전제서 p. 24.

국립국어원 표준국어대사전¹⁴⁾ 상 ‘구매자’는 물건을 사는 사람이나 단체라 하며, ‘판매자’는 상품 따위를 파는 사람 또는 그 기관이라고 한다. 그리고 ‘사다’라는 동사는 ‘값을 치르고 어떤 물건이나 권리를 자기 것으로 만들다’이고, ‘팔다’라는 동사는 ‘값을 받고 물건이나 권리 따위를 남에게 넘기거나 노력 따위를 제공하다’라고 한다. 따라서 ‘구매자’의 사전적 의미는 ‘물건의 값을 치르고 물건이나 권리를 자기 것으로 만드는 사람이나 단체’이고, ‘판매자’의 사전적 의미는 ‘상품의 값을 받고 물건이나 권리를 남에게 넘기는 사람이나 단체’가 된다.

결국, 구매자와 판매자의 문리적 해석 상 가장 중요한 지표는 “값을 치르고” “물건이나 권리를 넘겨받는” 것을 하는 것이라고 보인다.

다. 구매자와 판매자의 논리적 해석

법령의 문언을 해석함에 있어서 당해 법령상 그 문구를 해석할 수 없을 경우에는 논리적 해석 방법을 통해 이를 해석하여야

하며, 그 방법 중 하나로 유추해석이 있다. 유추해석은 A와 A'와 같이 서로 유사한 내용에 대하여 A에 대하여만 명문규정이 있고 A'에 대하여는 명문규정이 없는 경우에 A에 관한 규정과 같은 취지의 규정이 A'에 대하여도 있는 것으로 해석하는 방법을 말한다.¹⁵⁾

일반적으로 구매자(Buyer)와 판매자(Seller)라는 개념은 약정된 물품을 인도하고 반대급부로 이에 대한 대가를 지급하는 이른바 매매(賣買)계약(Sales Contract)의 당사자로서 이해된다.¹⁶⁾ 따라서 국내법률 및 해외 법률 상 매매계약의 당사자를 어떻게 정하고 있는지 살펴본다면, 관세법 상의 개념도 유추해석할 수 있을 것이다.

민법은 특별히 구매자나 판매자라는 용어를 정의하고 있지 않는다. 하지만 민법에서 정하는 매매의 의의¹⁷⁾를 통해 유추하면 매매계약 일방의 당사자(판매자)는 약정된 물품의 재산권을 상대방(구매자)에게 이전하기로 약정한 자이고, 상대방(구매자)은 이러한 재산권 이전의 반대급부로 일방의 당사자(판매자)에게 일정한 대금을

14) 이하 사전적 정의는 국립국어원 표준국어대사전 홈페이지인 <http://stdweb2.korean.go.kr/main.jsp> (검색일자 : 2016. 9. 9.)을 참고하였다.

15) 백문흙, 전계서 p. 34.

16) 관세법 및 WTO 관세평가협정은 기본적으로 국제물품의 매매계약을 전제로 하여 과세표준을 정하는 기준을 구매자가 판매자에게 실제로 지급하였거나 지급할 금액으로 한다.

17) 민법 제563조(매매의 의의) 매매는 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.

지급하기로 약정한 자라고 볼 수 있다.

해외법률의 개념을 살펴보기 위해, 상품 매매와 관련하여 가장 많이 통용되고 있는 대표적인 법률인 미국통일상법전(Uniform Commercial Code, “UCC”)나 국제물품매매 계약에 관한 국제연합협약(The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, “CISG”)상 구매자와 판매자의 개념을 살펴보겠다. UCC는 구매자와 판매자의 정의를 Article 2 - Sales 장에 두고 있으며, CISG에서도 국제매매계약의 당사자들을 Buyer와 Seller라고 정하고 있다¹⁸⁾. UCC 상 구매자와 판매자의 정의를 살펴보면, 구매자(Buyer)의 정의는 상품을 구입하거나 상품을 구입하기로 계약한 자라고 하며, 판매자(Seller)의 정의는 상품을

팔거나 상품을 팔기로 계약한 자¹⁹⁾로 하고 있다. 여기서 계약이라는 용어는 매매를 위한 계약(Contract for sale)을 의미하고, 매매(Sale)는 판매자가 구매자로부터 대가를 받고 소유권을 넘기는 것이라고 UCC는 정의한다.²⁰⁾

CISG 역시 구매자나 판매자라는 용어를 따로 정의하고 있지는 않지만, 판매자의 가장 중요한 의무는 물품과 물품과 관련한 모든 서류들, 소유권을 계약의 내용에 따라 이전하는 것²¹⁾이고, 구매자의 가장 중요한 의무는 물품의 대금을 지급하고, 계약에 따라 소유권을 이전받는 것으로 한다.²²⁾

따라서 관련법령에 따른 개념상 구매자와 판매자는 매매계약의 체결당사자로서 판

18) 예를 들어, 판매자의 계약의무위반에 대한 구매자의 구제수단을 정의하는 CISG 제45조를 살펴보면 다음과 같다.

If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may: (a) exercise the rights provided in articles 46 to 52; (b) claim damages as provided in articles 74 to 77.

19) UCC § 2-103. Definitions and Index of Definitions.

(1) In this Article unless the context otherwise requires

(a) “Buyer” means a person who buys or contracts to buy goods.

(d) “Seller” means a person who sells or contracts to sell goods.

20) UCC§ 2-106. Definitions: “Contract”; “Agreement”; “Contract for sale”; “Sale”; “Present sale”; “Conforming” to Contract; “Termination”; “Cancellation”.

(1) In this Article unless the context otherwise requires “contract” and “agreement” are limited to those relating to the present or future sale of goods. “Contract for sale” includes both a present sale of goods and a contract to sell goods at a future time. A “sale” consists in the passing of title from the seller to the buyer for a price (Section 2-401). A “present sale” means a sale which is accomplished by the making of the contract.

21) CISG 제30조.

22) CISG 제53조.

매자는 약정된 물품의 소유권을 이전해주고, 구매자는 그 물품에 대한 대가를 지급하는 의무를 지는 당사자로 볼 수 있다.

라. 사례검토

위에서 살펴본 바와 같이 구매자와 판매자에 대한 문리적 해석이나 논리적 해석에 따랐을 때, 구매자와 판매자를 판단하는 가장 중요한 기준은 ① 물품의 소유권 이전이 어느 당사자 간에 이루어졌는지, ② 대금의 지급이 어느 당사자 간에 이루어졌는지로 정리할 수 있다.

이와 관련하여 최근 거래당사자가 물품의 판매계약에서 구매자인지 수출자의 판매대리인인지 문제가 된 사례에서 하급심(부산지방법원 및 부산고등법원)²³⁾은 “관세법 상 수입물품의 과세가격은 구매자가 실제로 지급하였거나 지급할 가격을 기초로 정하고 있는데, 관세법 상 명문으로 구매자와 판매자에 대한 정의는 없지만, 일반적으로 수입거래에 있어서 판매자와 구매자란 실질적으로 자신의 계산과 위험 하에 수입거래를 하는 자들을 의미하는바, 구매자는 수입거래에 있어 스스로 수입물품의 품질·수량·가격 등을 결정하고, 하

자·수량부족·사고·불량채권 등에 위험을 부담하는 자를 말한다”고 판시하면서, 구매자로 볼 수 있으려면, ① 원하는 가격으로 물품을 자유롭게 판매할 수 있어야 하고, ② 스스로 고객을 선택할 수 있어야 하며, ③ 수출자(판매자)와 협의 없이도 고객과 독자적으로 가격 기타 판매조건 등을 협상할 수 있어야 하고, ④ 채고 발생 등의 손실 위험 등을 부담하여야 한다고 판시한다.

또한, 거래당사자가 판매자인지 수입자의 구매대리인인지 문제된 사례에서 대법원²⁴⁾은 판매자의 정의가 무엇인지는 밝히지 않은 채, ① 제조자와 A사가 체결한 표준매매계약서 상 A사가 구매자이고 소유권과 위험이 A사에게 이전되는 것으로 규정되어 있고, ② A사는 자신의 명의로 제조자에게 물품을 주문하고, 수입자를 A사로 하는 상업송장을 받은 다음, 자신의 명의로 제조자를 수익자로 하는 신용장을 개설하여 물품대금을 지급하였으며, ③ A사는 제조자에 대한 미지급 물품대금을 매입채무로 계상하는 한편 클레임 충당금을 계상하여, 물품의 결함 등 하자에 대한 보증책임에 대비한 점 등을 들어 A사는 물품의 실질적인 수출자 또는 판매자의 지위에

23) 이 사례의 원심은 부산지방법원 2015. 1. 5. 선고 2014구합21401 판결이고, 이에 대한 항소심은 부산고등법원 2015. 7. 3. 선고 2015누20312 판결로 모두 원소 패소로 결정되었다. 현재 이 사건은 대법원에 상고되어 심리가 진행 중이다.

24) 대법원 2014. 9. 26. 선고 2014두7572 판결.

있다고 보았다.

위의 판례의 구별기준을 분석해보면, 기본적으로 자신의 계산과 위험 하에 거래를 하는 자를 관세법 상 구매자와 판매자로 볼 수 있다고 하였다. 자신의 계산(on the account of)이라는 표현은 결국 물품의 대금의 지급을 실질적으로 받는 자들을 의미한다고 해석될 수 있으며, 위험(risk), 즉, 물품에 대해 발생할 수 있는 하자나 손실 등 모든 책임을 지는 당사자로 물품의 소유권을 가진다는 의미로 해석될 수 있다.

구매자를 판단하는 지표로서 판례가 제시한 기준들은 구매자는 완전한 소유권자로서, 그리고 대리인이 아닌 거래 당사자로서 가격과 고객 등을 자신이 직접 선택할 수 있는 자로 사실상 대리인과 본인을 구별하는 기준에 가깝다고 볼 수 있다.²⁵⁾

판매자를 판단하는 지표로 대법원이 제시한 기준들은 특히, 민사법상 계약당사자를 확정하는 문언해석(계약서 상 A사가 구매자이고, 소유권의 이전문구가 기재되어

있는 점)이나 계약 체결 이후의 당사자들의 행동(회계처리, 하자보증을 위한 충당금 설정) 등도 고려하여 관세법 상 판매자를 판단한다는 것을 알 수 있다.

4. 소결

관세법상 구매자와 판매자의 개념을 찾아보기 위해 이를 직접적으로 다룬 판례부터 민사법상 거래당사자를 확정하는 계약해석의 기술 체계까지 도입하여 이를 찾아보았다. 결론적으로, 관세법상 구매자와 판매자의 개념은 매매계약에 있어서 가장 중요한 요체라고 할 수 있는 물품의 소유권 이전과 대금 지급이 어느 당사자 사이에서 이루어졌는지가 가장 중요한 핵심 개념이라고 볼 수 있다. 소유권 이전이 누구로부터 누구에게 이루어졌는지를 확인하기 위해서는 당사자 간 소유권 이전의 의사표시 내용을 찾기 위한 민사법상 계약해석이 중요하다고 할 수 있다. 이러한 당사자의 의도는 결국 문서로 표시되는 계약서

25) 법원이 판시하는 세부적인 기준들은 미국관세청(Customs and Border Protection, “CBP”)이 제시하는 선의의 거래(bona fide sale)을 구분하는 기준과 거의 동일하다. CBP는 독립된 당사자로서 구매자는 아래 4가지 요건을 갖추면 인정될 수 있다고 하면서, 이러한 요건의 내용을 수행하지 못하는 당사자는 독립된 당사자가 아니라 대리인에 불과하다고 본다. 원문은 CBP, What every member of the trade community should know about: bona fides sales and sales for exportation; Jan 2000 para. 12

- a. 판매자에게 지시 하거나 (또는 할 수 있는지 여부)
- b. 판매자의 간섭 없이 원하는 가격에 물품을 재판매 할 수 있는 지 여부
- c. 판매자의 간섭 없이 자신의 고객을 선택하는지 (또는 할 수 있는 지 여부) 그리고,
- d. 수입물품을 주문 할 수 있는지, 또한 자신의 재고자산으로 기록했는지 여부

상 어느 당사자에게 소유권을 이전하기로 했는지를 중심으로 당사자들의 예비적인 교섭과 같은 계약 체결에 이르게 된 경위, 계약 체결 이후의 당사자들의 행동, 계약의 성격과 목적 등을 고려하여야 할 것이다.

III. 관세법상 구매자 및 판매자와 유사개념 비교

1. 개요

위에서 살핀 바와 같이, 실무상 구매자와 판매자 개념과 충돌이 많이 발생하는 개념으로 납세의무자, 구매대리인 및 판매대리인이 있다. 특히, 구매대리인이나 판매대리인의 경우, 국제거래의 구조가 복잡해지고 물품을 제조하는 제조사가 여러 국가에 소재하게 됨으로써, 거래당사자 입장에서 그 필요성이 점차 늘어나고 있는 추세이다.

이와 같은 유사개념들이 어떤 개념인지 알아보고, 구매자와 판매자 간의 차이점이 무엇인지를 알아봄으로써 관세법 상 구매자와 판매자의 개념을 더욱 명확하게 함으로써 실무 상 혼돈을 줄일 수 있을 것으로

생각된다.

2. 납세의무자와 구매자

가. 관세법 상 원칙적 납세의무자

납세의무자란, 납세의무의 주체, 즉 조세실체법상의 권리의무관계에 있어서 조세채무를 부담하는 자²⁶⁾, 즉 세법에 따라 국세를 납부할 의무가 있는 자²⁷⁾를 말한다. 관세법 상 원칙적인 납세의무자는 수입신고를 한 물품의 경우, 그 물품을 수입한 화주(貨主)이다. 화주가 불분명한 때에는 ① 수입을 위탁받아 수입업체가 대행수입을 한 경우에는 그 물품의 수입을 위탁한 자, ② 수입을 위탁받아 수입업체가 대행수입을 한 물품이 아닌 경우에는 송품장이나 선하증권 등에 적힌 수하인, ③ 수입 물품을 수입신고 전에 양도한 경우에는 그 양수인²⁸⁾이 각각 납세의무자가 된다.

관세법 상 납세의무자 규정의 변천을 살펴보면, 1972. 12. 30. 법률 제2423호로 개정되기 전의 관세법 제6조 제1항 제1호에서는 납세의무자를 “수입신고를 한 물품에 대하여는 그 신고인, 신고인으로부터 징수할 수 없는 때에는 그 물품을 수입한 화주

26) 임승준, 조세법 p. 94.

27) 국세기본법 제2조 제9호.

28) 관세법 제19조 제1항.

“라고 규정하였으나, 1972. 12. 30. 개정으로 관세납부의무는 원칙적으로 물품을 수입한 화주가 부담하는 것으로 하여, 신고인에서 화주로 관세납세의무자를 변경하였다.

결국, 1972. 12. 30. 개정 전 관세법에 따르면 신고납부방식으로 납부되는 관세의 원칙적인 납세의무자는 신고인이 되는 것으로 정하던 것을 수입물품에 대한 실질적인 처분권한자인 화주로 개정한 것이다.

나. 관세 납세의무자 범위에 대한 논의

(1) 2003년 대법원 판결 이전

“관세의 납세의무자인 화주”가 누구인지 문제되는 경우는 대부분 수입신고명의자와 수입물품에 대한 실질적인 지배력을 행사하는 자가 다른 경우가 대부분이다. 2003년 대법원의 판결이 나오기 이전에는 납세의무자의 확정과 관련하여 형식설과 실질적이 대립하였다.

형식설은 형식상 수입신고를 한 수입신고인이 납세의무자가 된다는 견해이다. 형식설의 요지는 자신의 명의를 사용하게 한 이상 명의대여자로서 그 행위에 대한 결과에 대하여도 책임을 지는 것이 타당하고, 실질적으로 이미 납부한 관세에 관한 손해는 소유권이 귀속되는 자에게 계약상의 청

구권이나 민사상의 부당이득으로 반환 청구하여 만회할 수 있으므로 수입명의인을 납세의무자로 보더라도 문제가 없다는 것이다. 또한, 관세는 신고납부방식에 의하여 신고로 확정되기 때문에 수입신고 시에 납세의무자임을 스스로 인정하였다가 사후의 이해관계에 따라 납세의무자가 아니라고 주장하는 것은 인정할 수 없기 때문이다.

실질설은 수입물품에 대해 실질적인 권한을 행사할 수 있는 자를 납세의무자로 보아야 한다는 견해이다. 실질설의 요지는 관세법에 실질과세의 원칙에 관한 규정이나 국세기본법 제14조를 준용한다는 규정이 없다고 하더라도, 실질과세의 원칙은 조세법의 대원칙으로 국세기본법 제14조는 관세법 영역에도 유추적용 될 수 있으므로 수입물품의 소유권이 귀속되는 자, 즉 소득·수익·재산 등에 의하여 소유권이 사실상 귀속되는 자가 관세법상 납세의무자라는 것이다.

기존의 관세청은 형식설에 입각하여 납세의무자가 스스로 납세의무자임을 확정하여 신고하는 신고납부제도에서는 수입신고(납세신고)시 납부세액과 함께 납세의무자가 확정된다는 점, 자신의 명의로 납세의무자로 신고하도록 한 것은 묵시 또는 명시적인 납세의무부담 동의로 보아야 한

다는 점을 이유로 근거하여 수입신고자를 납세의무자라고 보았다. 또한 납세자 스스로 확인한 관세납세의무자에 대하여 형식적인 화주인지 실질적인 화주인지 세관장이 심사할 필요가 없다는 입장이었다.²⁹⁾

이에 반해 법원은 관세의 원칙적 납세의무자인 ‘수입한 화주’가 누구를 의미하는지에 관하여 명시하지 않은 채로, 형식상의 수입신고인과 실제 수입자가 다른 경우 실제 수입자(물품의 소유자)가 관세의 납부의무자임을 전제로 한 것(실질설)으로 보이는 판결³⁰⁾을 하였다.

(2) 2003년 대법원 판결 이후

대법원은 대법원 2003. 4. 11 선고 2002두8442 판결에서 실질설에 따라 관세법상 납세의무자는 “수입신고를 한 물품에 대하여는 그 물품을 수입한 화주”를 들고 있는 바, 위 규정 소정의 관세납부의무자인 ‘그 물품을 수입한 화주’라 함은 그 물품을 수입한 실제 소유자를 의미한다고 판시하였다.

그리고 대법원은 판결에서 그 물품을 수입한 실제 소유자인지 여부는 구체적으로 ① 수출자와의 교섭, ② 신용장의 개설, 대금의 결제 등 수입절차의 관여 방법, ③ 수

입화물의 국내에서의 처분·판매의 방법의 실태, ④ 당해 수입으로 인한 이익의 귀속 관계 등의 사정을 종합하여 판단하여야 한다고 하였다.

결국, 위와 같은 대법원 판결은 사업자 등록명의를 대여하여 준 형식상의 수입신고명의인은 관세법 소정의 ‘물품을 수입한 화주’에 해당하지 않게 됨을 명시적으로 밝힌 리딩케이스가 되었다.

이후 법원은 관세의 납세의무자가 누구인지 여부가 쟁점이 된 사안³¹⁾에서 수입물품의 화주의 핵심적인 개념은 수입물품이 수입되기 이전 단계의 법률상 소유권자가 누구인지에 달려있다고 보고, 대법원 2002두8442 판결에서 제시한 납세의무자 판단 기준은 위 소유자성 유무에 대한 세부적 판단인자로 보고 있다.³²⁾

다. 검토

관세의 납세의무자에 대한 국내의 이론상 논의는 사실상 대법원 2002두8442 판결 이후 종결되어 실질설의 입장에 따르는 것으로 보인다. 이러한 실질설에 따라 수입신고의 명칭과 관계없이 관세의 납세의무

29) 관세청, “관세포탈물품에 대한 납세의무자 질의회신”, 청통관 47230-68, 1999. 5. 4.

30) 대법원 2002. 8. 27. 선고 2001도2820 판결.

31) 대표적으로 대법원 2014. 11. 27. 선고 2014두8636 판결 등.

32) 김민정·박훈, “실질과세원칙의 관점에서 바라본 관세법상 “물품을 수입한 화주”의 범위” p. 147.

자는 수입 전 물품의 법률 상 소유권을 누가 가지고 있는지에 따라 결정되며, 소유권 판단의 주요한 인자로서 ① 수출자와의 교섭, ② 신용장의 개설, 대금의 결제 등 수입절차의 관여 방법, ③ 수입화물의 국내에서의 처분·판매의 방법의 실태, ④ 당해 수입으로 인한 이익의 귀속관계 등을 살펴야 하는 것으로 보인다.

다. 관세법 상 구매자와 납세의무자의 동일 여부

대부분의 국제매매거래에 있어서 구매자(수입자)와 납세의무자가 동일하기 때문에 실무상 간혹 이를 혼용하여 사용하는 경우가 있다. 특히, 거래당사자가 인식한 구매자와 달리 과세관청에서 다른 당사자(예를 들어, 판매대리인)를 구매자로 보면서 기존 거래당사자가 인식한 구매자를 그대로 납세의무자로 보아 일정한 처분을 하는 경우, 거래당사자는 본인을 구매자로 보지 않는다면 납세의무자로 볼 수 없다는 주장을 하는 사례³³⁾가 있다.

그러나 관세법 상 구매자라는 개념은 과세가격 결정의 원칙에 있어서 실제지급 금액이나 특수관계자 여부를 판단하는 기준이 되는 개념인 반면, 납세의무자는 수

입물품에 대한 법률 상 소유권자인 화주로서 관세채권을 납부할 의무자 있는 당사자를 의미하는 것이므로 법률상 그 의미가 전혀 다른 개념이라고 생각된다.

위 사례에서 부산고등법원은 관세의 원칙적인 납세의무자는 물품을 수입한 화주로 되어 있고, 여기서 물품을 수입한 화주라 함은 그 물품을 수입한 실제 소유자를 의미하며, 그 여부는 구체적으로 수출자와의 교섭, 신용장의 개설, 대금의 결제 등 수입절차의 관여 방법, 수입화물의 국내에서의 처분 판매 방법의 실태, 수입으로 인한 이익의 귀속관계 등을 종합하여 판단한다는 2003년 대법원 판례의 판시내용을 그대로 언급한 후, ① 선하증권 및 수입관련 서류는 모두 원고가 화주로 기재되어 있는 점, ② 원고는 신용장 개설, 대금결제 등 수입절차에 직접적으로 관여한 점, ③ 원고는 무역거래 상 독립적인 수입거래의 주체로서 스스로 수입신고를 하고 그에 대한 관세를 납부한 점, ④ 납세의무자 규정은 과세가격 결정의 문제와 다른 차원의 문제인 점, ⑤ 국내 구매자(=과세관청 및 법원에서 판단한 관세법상 구매자)는 통관된 물품을 일반 구매계약에 따라 구매하는 자로서 수출입 무역거래의 주

33) 예를 들어, 부산고등법원 2015. 7. 3. 선고 2015누20312 판결(대법원 상소 진행 중)과 같이 물품의 수입신고를 하고 납세의무자로서 관세 등을 납부한 원고를 관세법 상 구매자로 보지 않고, 수출자의 판매대리인으로 보면서도 여전히 원고를 납세의무자로 보아 추가 관세 등을 납부하도록 한 사례.

체가 아닌 점에 따라 원고는 물품의 수입화 주로서 납세의무자에 해당한다고 보았다.

결국, 관세법 상 납세의무자는 법률 상 소유권만을 절대적인 기준으로 하여 수입 신고 이전 단계에서 법률 상 소유권을 누가 가지고 있었는지를 평가하여 결정하는 것인 반면, 관세법상 구매자는 소유권의 보유 여부가 중요한 평가 기준 중 하나이지만, 소유권 뿐 아니라 매매계약에서 실제 독립된 당사자로서 가격 결정, 고객 선

정 등을 할 수 있는지의 여부와 물품에 대한 하자나 위험에 대한 책임 여부까지 종합적으로 판단하여 실제 매매계약의 내용을 이행하는 당사자에 해당하는지를 평가하여 결정하는 것으로 볼 수 있다.

이상에서 살펴본 바와 같이 관세법 상 구매자와 납세의무자는 유사하기는 하나, 법률 상 엄격히 다른 개념으로서 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

<표 1> 관세법상 납세의무자와 구매자 비교

	관세법상 납세의무자	관세법상 구매자
관세법에서의 정의	수입신고를 한 물품의 경우, 그 물품을 수입한 화주(貨主)	법률 상 정의 없음
판례상 정의	물품을 수입한 실제 소유자 = 수입되기 이전 단계의 법률상 소유권자	실질적으로 자신의 계산과 위험 하에 수입거래를 하는 자 = 수입거래에 있어 스스로 수입물품의 품질·수량·가격 등을 결정하고, 하자·수량부족·사고·불량채권 등에 위험을 부담하는 자
판례상 판단지표	수출자와의 교섭, 신용장의 개설, 대금의 결제 등 수입절차의 관여 방법, 수입화물의 국내에서의 처분·판매의 방법의 실태, 당해 수입으로 인한 이익의 귀속관계 등	원하는 가격으로 물품을 자유롭게 판매할 수 있어야 하고, 스스로 고객을 선택할 수 있어야 하며, 수출자(판매자)와 협의 없이도 고객과 독자적으로 가격 기타 판매조건 등을 협상할 수 있어야 하고, 재고 발생 등의 손실 위험 등 부담 여부
평가	수입신고 전 법률 상 소유권을 가지고 있는지의 여부만을 평가하며, 판례상 지표는 이러한 소유권을 확인할 수 있는 대표적인 사실들을 나열한 것	소유권이 중요한 평가지표이지만, 소유권뿐만 아니라 독립적인 거래당사자로서 고객, 가격 등의 조건을 결정할 수 있는지를 종합적으로 평가
효과	관세채권에 대한 납부의무	관세평가 상 과세표준 계산 및 과세방법의 판단 기준

3. 구매대리인과 판매대리인

국제간 물품매매거래는 그 특성 상 격지간에 떨어져 있는 양 당사자 간에 거래가 이루어지며, 점차 그 거래의 구조가 복잡해지기 때문에 매매계약 사이에 구매자와 판매자 이외의 여러 당사자들이 개입하게 된다. 그 중 특히 판매자와 수입자의 구매대리인 간 또는 구매자와 수출자의 판매대리인 간의 구별이 모호한 경우가 실무상 자주 발생한다. 예를 들어, A국의 제조자에게 B국의 X가 물품을 주문하면서 물품은 A국의 제조자로부터 C국의 Y에게 직접 선적되었을 때, 과연 X가 이 국제매매거래에서 Y에 대한 구매대리인인지, 판매자인지 문제되는 경우가 있을 것이다.³⁴⁾

법률상 대리제란 본인과 일정한 관계에 있는 타인(대리인)이 본인을 위한 의사표시(법률행위)를 하고 그 법률효과가 전적으로 본인에게 귀속하게 하는 제도를 말한다. 이러한 대리제도의 본질적 기능은 제3자를 위한 사적자치의 확장 또는 보충의 역할을 하는 것이다.³⁵⁾ 다만, 관세 목적상 구매대리인이나 판매대리인은 때로는

자기(대리인)의 명의로 행위를 할 수 있지만 항상 위임자(구매자 또는 판매자)의 계산으로 물품의 구입이나 판매를 한다.³⁶⁾

판매대리인은 판매자의 계산으로 활동하는 자인데, 고객을 찾고, 주문을 받으며 때로는 물품의 보관 및 인도를 주선하게 된다.³⁷⁾ 구매대리인은 구매자의 계산으로 활동하는 자로서 공급자를 물색하고 수입자의 요구사항을 판매자에게 알려주고 샘플을 수집하고 물품을 검사하며 때로는 보험, 운송, 보관 및 인도 등을 주선하는 역할을 제공하게 된다.³⁸⁾

구매대리인이 인정된 사례를 살펴보면, 구매대리인은 ① 물품에 대한 소유권을 보유하지 않고, ② 구매자에게 제조자를 물색해주고, 구매자의 요구사항을 제조자에게 전달하고, 물품의 운송과 관련된 제반사항을 주선하는 업무를 수행하고, ③ 제조자에게 송장이나 고객번호를 명시할 때, 자신이 구매대리인임을 명시적 또는 간접적으로 표시하고, ④ 하자 발생 시 하자처리 과정을 협의하는 역할을 하더라도 최종 책임은 부담하지 않는 경우에 판매자가 아

34) 이와 유사한 사례로 대법원 2014. 9. 26. 선고 2014두7572 판결.

35) 서봉석, “민법상 타인을 위한 행위 제도 비교” p. 4.

36) WTO 관세평가협정 해설 2.1 para. 4.

37) WTO 관세평가협정 해설 2.1 para. 7.

38) WTO 관세평가협정 해설 2.1 para. 9.

닌 구매대리인으로 인정되었다.³⁹⁾

판매대리인이 부정된 사례를 살펴보면, ① 자신이 원하는 가격으로 상품을 재판매할 수 있고, ② 고객을 다른 당사자의 협의 없이 선택할 수 있고, ③ 구매한 상품을 자신의 재고로 인식하고, ④ 재판매된 상품에 대한 대손위험을 자신이 부담하기 때문에 판매대리인이 아니라 구매자로 보아야 한다고 판단하였다.⁴⁰⁾

즉, 구매대리인 또는 판매대리인과 판매자 또는 구매자 사이에 가장 큰 차이는 ① 매매계약 상 본인의 계산으로 활동을 하었는지, 즉 본인의 책임과 비용 부담으로 활동을 하는지 여부 그리고 ② 당해 계약에서 역할을 수행하면서 본인이 직접 의사결정을 할 수 있는지 여부라고 할 수 있다.

4. 소결

관세법상 구매자 및 판매자와 납세의무자나 구매(판매)대리인은 실제 거래구조의 형식에서 보았을 때 얼핏 구별하기 쉽지 않다. 우선, 납세의무자는 법률 상 관세를 납부하는 당사자로서 민사상 계약관계와 달리 법률상 강제적으로 결정된 조세채무자이다. 따라서 실질설에 따라 납세의무자

를 확정한다고 하더라도 그 판단에 있어 너무 많은 요소들이 고려된다면, 납세의무자에 대한 다툼이 훨씬 복잡할 수 있다. 각 국가의 입법례를 살펴보다도, 관세의 납세의무자를 누구로 결정할 것인지 판단함에 있어, 조세채권의 명확한 징수 여부가 하나의 중요한 지표로 고려되어야 한다. 이러한 고려에 따라 대법원에서도 관세의 납세의무자를 판단함에 있어 구매자와 달리 수입신고 전 법률 상 소유권을 가지고 있었는지 여부만을 살피는 것으로 생각된다.

관세법상 구매(판매)대리인의 경우, 거래 단계에 있어 직접적인 위험과 비용을 부담하는 당사자가 아니라 당사자를 위해 업무를 보조하는 역할을 하는 자이다. 따라서 명목 상 구매(판매)대리인이라고 하더라도 그 보조의 범위가 대리인으로 인정하기 어려울 정도의 역할을 한다면, 물품의 직접적인 위험을 부담한다면 단순한 대리인이 아니라 계약의 직접 당사자로 평가해야 할 것이다.

이러한 유사개념의 비교를 통해 관세법상 구매자와 판매자에 대한 개념을 명확하게 해 보았다. 결국, 위에서 살펴본 기준에 합치하는 자를 실질적인 구매자와 판매자로 보고, 관세평가를 진행하여야 할 것이

39) 대법원 2010. 5. 13. 선고 2008두9508 판결.

40) 관세평가분류원 2006-2-1, 2006. 1. 1.

다. 이러한 경우, 거래당사자가 실질과 달리 관세를 적게 납부할 목적 등으로 다른 당사자를 구매자와 판매자로 보고, 이를 기초로 관세평가를 하였다면, 과세관청 입장에서는 이를 부인하고 정당한 방법의 관세평가를 하여야 할 것이며, 이것이 바로 실질구매자와 실질판매자를 확정하는 가장 큰 의미일 것이다. 다음 장에서는 조세법 상 기본원칙인 실질과세원칙이 관세평가에 어떻게 적용되는지, 그리고 최근 실질판매자와 관련한 과세관청의 사례를 분석하여, 실무적으로 관세와 실질과세원칙에서 주의하여야 할 부분을 살펴보겠다.

IV. 관세평가와 실질과세원칙의 적용국면

1. 실질과세원칙의 개념

가. 실질과세원칙의 의의

실질과세원칙이란 헌법상의 기본이념인 평등의 원칙을 조세법률관계에 구현하기 위한 실천적 원리로서, 조세의 부담을 회피할 목적으로 과세요건사실에 관하여 실

질과 괴리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하는 경우에 그 형식이나 외관에 불구하고 실질에 따라 담세력이 있는 곳에 과세함으로써 부당한 조세회피행위를 규제하고 과세의 형평을 제고하여 조세정의 실현하고자 하는 데 주된 목적⁴¹⁾이 있는 조세법 해석의 기본원칙 중 하나이다. 미국 대법원은 이러한 실질과세원칙에 대해서 “직선으로 뻗어 있는 길의 끝에 있는 최종 결과물은 우회로를 따라가서도 얻을 수 있는 결과물과 다르지 않다.”⁴²⁾라고도 표현하였다.

이러한 실질과세원칙은 국세기본법 제14조에 명문으로 규정되어 있는 바, 국세기본법 제14조를 해석함에 있어 이를 ‘형식對 실질’의 구도로 이해하여 소득, 수익, 행위 또는 거래의 명칭이나 형식이 그 실질과 다른 경우에 한하여 실질과세원칙이 발동되는 것으로 보는 경우가 있다. 하지만 실질과세원칙의 본래적 의미 및 성격을 생각해보았을 때, 반드시 당사자의 행위나 거래의 형식이나 명칭과 그 실질이 불일치하는 경우를 전제하지 않고, ‘실질에 따라 과세한다’는 과세 전반의 논리 명제를 표현한 것으로 이해해야 할 것⁴³⁾이다.

41) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 판결.

42) “A given result at the end of a straight path is not made a different result because reached by following a devious path.” ; Minnesota Tea Co. v. Helvering, 302 U.S. 609 (1938).

43) 정승영, “실질과세 원칙과 ‘실질’ 판단에 대한 고찰” p. 17.

나. 실질과세원칙 상 실질의 의미

결국, 실질과세원칙을 명확하게 이해하기 위해서는 과연 ‘실질’이 무엇을 의미하는 것인지 명확하게 하여야 할 것이다. 종래에는 학설 상 법적 실질설⁴⁴⁾과 경제적 실질설⁴⁵⁾로 구분되어 실질과세원칙 상 실질의 해석과 관련한 견해의 대립이 있었다.

그러나 2007년 국세기본법 개정을 통해 법제화된 국세기본법 제14조 제3항에 명문화된 내용⁴⁶⁾과 2012년 대법원 전원합의체 판결⁴⁷⁾에서 “조세의 부담을 회피할 목적으로 과세요건사실에 관하여 실질과 괴

리되는 비합리적인 형식이나 외관을 취하는 경우에 그 형식이나 외관에 불구하고 실질에 따라 담세력이 있는 곳에 과세함”이라고 판시하여 경제적 실질설에 따라 ‘실질’의 의미를 해석하여야 하는 것이 타당한 것으로 생각된다.⁴⁸⁾

이러한 실질개념에 대한 해석에 있어서, 미국의 경우 실질과세원칙의 구체적인 판례법원칙(Doctrine)들에 따라 그 해석의 기준이 상이하다. 예를 들어, 실질우위이론(Substance Over Form Doctrine)⁴⁹⁾이나 단계거래이론(Step Transaction Doctrine)⁵⁰⁾의 경

44) 이 견해는 국세기본법 제14조의 규정이 과세대상 소득 등의 귀속이나 과세표준의 계산에 있어서 거래의 형식이나 명의, 외관 등이 아닌 진실한 법률관계를 기준으로 하여야 한다고 본다. 이 견해에 의하면 납세의무자가 자신의 세부담을 최소화하는 방향으로 거래형식을 선택하고 형성할 자유를 가지고 있기 때문에 어떤 거래행위를 조세회피행위로 보아 세법상 부인하기 위해서는 개별적이고 구체적인 특별규정이 필요하다고 본다. 송동진·정병욱, “실질과세원칙과 거래의 재구성” p. 62.

45) 이 견해는 거래의 법적 형식과 경제적 실질이 다른 경우 경제적 실질을 기준으로 세법을 해석하고 적용해야 한다는 입장이다. 이 견해에 의하면 국세기본법 제14조의 규정이 조세회피의 방지를 위한 일반조항으로서 개별 세법 상 부당행위계산 부인규정은 당연한 것을 확인한 선언적 규정에 해당한다고 본다. 송동진·정병욱, 전거서 p. 63.

46) 국세기본법 제14조 ③ 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 이 법 또는 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질 내용에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 보아 이 법 또는 세법을 적용한다.

47) 대법원 2012. 1. 19. 선고 2008두8499 전원합의체 판결.

48) 실질의 적용을 어떠한 기준에 따를 것인지에 대해서는 아직도 학계에서는 논란이 있다. 법적 실질설을 따라야 한다는 의견으로는 김영우, “실질과세원칙의 재검토” p. 113 등.

49) 거래의 법적 형식(legal form)보다 경제적 실질(economic substance)을 중심으로 그 거래가 세법상 요건을 충족하는지 여부를 판단하는 이론이다. 송동진·정병욱, 전거서 p. 55.

50) 납세의무자가 조세회피목적으로 일련의 거래를 한 경우 이를 1개의 거래행위를 한 것으로 보아 과세하는 것으로, 그 요건으로는 ① 구속적 약정 기준(the binding commitment test, 납세의무자가 첫 번째 단계의 거래를 행할 당시에 다음 단계의 거래를 계속하여야 할 의무가 있을 것), ② 최종결과 또는 의도 기준(the end result or intent test, 일련의 거래행위들이 처음부터 최종 결과에 도달할 목적으로 한 단일 거래의 구성요소일 것) ③ 상호의존 기준(the independence test, 각 단계의 거래행위들은 연속되는 다른 단계의 거래

우 경제행위의 본질(The True Nature of the Transaction)로 접근하는 반면, 경제적 실질 판단 이론(Economic Substance Doctrine)⁵¹⁾의 경우 경제적 이익(the Economic Benefit)의 개념과 관점에서 접근한다.⁵²⁾

이해를 위한 구체적인 예시로, 만일 A사가 100이라는 대금을 지급하고 외국의 B사로부터 직접 물품을 구입하여 100으로 수입가격신고를 하고 있었다고 한다. A사는 관세를 절감할 목적으로 외국의 구매대리업체 C사를 인수한(인수비용은 10) 이후, 나머지 부분은 변동 없이 A사는 C사에게 구매대리수수료 명목으로 50을 지급하고(C사는 B사에게 50을 전달), B사에게 물품대금을 50을 지급하는 거래구조를 만들었다고 가정해본다. 이후 A사는 수입가격신고를 50으로 하여 기존에 100으로 신고할 때보다 15만큼의 관세절감효과를 보는 것으로 한다.

이라는 개념에서 평가해보면, A사가 구매대리인인 C사를 통해 물품구매거래를 하면서 실질적으로 C사와 A사를 통해 판매자를 탐색하는 역할이나 판매자인 B사와의 연락 등 구매대리인으로서의 아무런 역할이 없고 단순히 물품대금을 B사에게 전달하는 역할만을 한다면, C사는 경제행위의 본질 상 일반적인 구매대리인 역할을 하지 않는다고 판단할 수 있다.

A사의 행위를 경제적 이익이라는 개념에서 평가한다면, A사가 구매대리인인 C사를 구매하기 위해서 지출한 경제적 비용 10을 통해 A사가 보는 효익이 단지 조세 이익인 15뿐이며, 다른 경제적 효익(예를 들어 구매대리인을 사용함으로써 해외판매처를 탐색하는 비용이 절감되는 효익 등)이 전혀 없다면, A사의 행위는 경제적 이익 측면에서 평가하였을 때, 조세이익 15를 누리게 할 수 없다고 판단할 수 있다.⁵³⁾

A사의 이러한 행위를 경제행위의 본질

살피건대, 국세기본법이 세법 전체를 아

행위들 없이는 아무런 의미를 가지지 못할 것)을 들 수 있다. 송동진·전병욱, 전게서 p. 56.

51) 미국의 여러 판례에서 논의되는 이론이자, 판결의 근거 이론으로 활용되는 이론인 ‘경제적 실질 판단 이론’(Economic Substance Doctrine)은 비과세 또는 과세경감유인 이외의 독립적인 경제유인이 없는 경우, 해당 경제행위는 경제적 실질이 없는 행위로 볼 수 있고, 따라서 조세 이익(Tax Benefit)을 부인할 수 있다는 내용의 이론이다. 즉 ‘경제적 실질 판단 이론’은 판단 대상인 경제행위 그 자체가 조세 이익을 제외하고는 어떠한 경제적 이익이 없는 경우, 해당 ‘조세 이익’(Tax Benefit)을 부인하는 것이다. 정승영, “미국의 단계 거래에 대한 과세와 우리 세법상의 시사점” p. 200.

52) 정승영, “실질과세 원칙과 ‘실질’ 판단에 대한 고찰” p. 31.

53) 경제적 이익(Economic Benefit)과 (경제)행위의 본질(the true nature of the transaction)의 차이는 다음처럼 설명될 수도 있다. 예를 들어, 기업 A가 기업 B와 합병을 한다고 하자. 그리고 기업 A가 해당 합병에서의 존속법인이라고 한다면, ① 경제적 이익(Economic Benefit)은 이른바 해당 합병으로 A가 일정 규모의

우르는 기본적인 면서 개별 세법을 지도하는 내용을 담고 있는 법이고, 실질과세의 원칙은 그러한 주요 원칙 중 하나인 점을 볼 때, 단순히 조세이익 외의 경제이익만이 아니라, 그보다 큰 범위의 실질, 즉 경제 행위의 본질에 따른 내용까지 담은 것으로 보아야 세법 전체의 체계의 정합성(整合性)과 통일성(統一性)이 확보된다.⁵⁴⁾

따라서 국세기본법 상 실질과세원칙의 기준이 되는 경제적 실질의 개념은 국세기본법의 법체계적 지위와 실질과세원칙이 세법 전반의 기본 원칙인 점을 고려하여 이를 판단하여야 하기 때문에, 미국에서와 같이 ‘경제행위의 본질’의 개념과 유사하

게 거시적인 개념을 설정하고, 구체적인 행위들에 대해 ‘경제적 이익’을 고찰하는 형태가 타당할 것⁵⁵⁾으로 보인다.

다. 실질과세원칙의 관세 적용 여부

실질과세원칙이 법문에 명시적으로 규정된 법은 국세기본법, 법인세법, 국제조세조정에 관한 법률, 지방세기본법 등이 있지만 관세법은 명문으로 실질과세원칙을 규정하고 있지 않다. 적용범위가 가장 넓은 국세기본법의 경우, 국세에 대한 기본적인이고 공통적인 사항 등을 규정하는 것을 그 목적⁵⁶⁾으로 하면서, 국세의 범위⁵⁷⁾에 관세는 포함되어 있지 않으며, 관세법상

합병차익을 가질 수 있어야 한다는 것이다. ② 하지만 행위의 본질(the true nature of the transaction)은 경제적 이익의 관점이 아니라, 합병을 하기 위해서 주주총회를 하고, 합병 결의를 하고, 주주들의 합병신주를 교부하는 등의 합병 과정상 일련의 구성행위들을 ‘합병’이라는 경제행위를 하고자 하는 목적 때문이라고 이해하는 것이다. 따라서 행위의 본질은 경제적 이익의 발생 여부와 상관없는 것이다. 단지 해당 행위가 무엇에 해당되는가에 집중하는 것이 행위의 본질의 측면이라면, 경제적 이익이 있다는 것은 일정한 행위들이 조세 이익(tax benefit)이 아닌 경제적 이익(pre-tax benefit)을 창출하여야 함을 뜻한다. 정승영, “미국의 단계 거래에 대한 과세와 우리 세법상의 시사점” p. 220.

54) 정승영, “미국단계거래에 대한 과세와 우리 세법상의 시사점”, p. 221.

55) 정승영, “실질과세 원칙과 ‘실질’ 판단에 대한 고찰”, p. 32.

56) 국세기본법 제1조.

57) 국세기본법 제2조 제1호 “국세”(國稅)란 국가가 부과하는 조세 중 다음 각 목의 것을 말한다.

- 가. 소득세
- 나. 법인세
- 다. 상속세와 증여세
- 라. 종합부동산세
- 마. 부가가치세
- 바. 개별소비세
- 사. 교통·에너지·환경세
- 아. 주세(酒稅)
- 자. 인지세(印紙稅)

국세기본법 제14조를 준용한다는 내용도 없기 때문에 관세에 실질과세원칙을 적용할 수 있는지가 문제된다.

실질과세원칙을 법적 실질설에 따라 해석한다면 개별세법 상 부인규정을 각각 두어야 하므로 관세법에도 개별적으로 실질과세원칙과 관련한 규정을 두어야 한다고 볼 여지가 있다. 하지만 실질과세원칙은 헌법 상 기본이념이 세법상 구체화된 기본원칙 중 하나이고, 2012년 전원합의체 판결에서 확인한 바와 같이 실질과세원칙을 경제적 실질설에 따라 해석하는 입장에서 보면 개별 세법 상 실질과세원칙을 명시적으로 규정하지 않더라도 그 적용은 가능하다고 보는 것이 타당할 것이다.

판례 역시 납세의무자인 실제 소유자를 판단하는 기준을 제시한 리딩케이스⁵⁸⁾에서 “관세법에도 적용되는 실질과세 원칙에 부합하는 것이라고 할 것”이라고 판시하고, 최근 판례⁵⁹⁾에서도 “국세기본법 규정이 관세에도 당연히 적용된다고 보기는 어려우나, 실질과세원칙은 세법의 해석·적용에 관한 중심적 원리이므로 국세기본법 제14조는 관세에도 당연히 유추적용된다고

보아야 한다”는 판시를 하여, 관세에서도 국세기본법이 규정하고 있는 실질과세원칙은 조세의 기본원칙으로서 적용된다고 볼 수 있다.

2. 실질과세원칙의 구체적 적용범위

가. 개요

실질과세원칙의 적용근거가 되는 국세기본법 제14조는 3개의 항으로 구성되어 있으며, 각각의 조항별로 그 적용의 범위와 내용이 다르다. 특히, 국세기본법 제14조 제3항은 2007년 개정을 통해 신설된 조항으로 관세평가에 있어서 거래 외형상 구매자 또는 판매자 사이에 다단계의 거래가 존재하지만, 경제적 실질에 따라 구매자와 판매자 사이의 직접적인 거래가 있었다고 볼 수 있는 이른바 ‘거래 재구성’의 근거가 된다.

이하에서는 국세기본법 제14조의 각 조항의 구체적 적용범위를 각 조항이 적용된 관세 관련 심판례를 위주로 검토하고, 특히 국세기본법 제14조 제3항의 구체적 적용범위와 실제 적용사례, 적용요건에 대한

차. 증권거래세

카. 교육세

타. 농어촌특별세

58) 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002두8442 판결.

59) 서울행정법원 2012. 9. 14. 선고 2011구합26664 판결.

검토를 하겠다.

나. 귀속에 대한 실질주의 - 국세기본법 제14조 제1항

(1) 개념

국세기본법 제14조 제1항은 “과세의 대상이 되는 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 귀속이 명의(名義)일 뿐이고 사실상 귀속되는 자가 따로 있을 때에는 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 하여 세법을 적용한다.”고 명시되어 있다. 동 조항의 문구를 분설하여 적용요건을 살펴보면, ① 과세의 대상이 되는 소득, 행위, 거래 등이 존재하고, ② 과세대상이 되는 소득, 행위, 거래 등이 귀속되는 명의가 존재하고, ③ 귀속되는 명의에도 불구하고 사실상 귀속되는 자가 있을 것으로 나눌 수 있다. 그리고 위 요건들에 해당하는 경우에는 과세대

상이 사실상 귀속되는 자를 납세의무자로 볼 수 있는 효과가 발생한다.⁶⁰⁾

위 국세기본법의 조항을 관세에 적용시키면, “수입물품⁶¹⁾에 대한 관세의 납세의무자는 그 수입신고의 명의⁶²⁾와 관계없이 수입물품이 사실상 귀속되는 자가 된다”라고 볼 수 있을 것이다. 여기서 사실상 귀속의 뜻은 실질적으로 당해 과세물건을 지배·관리하는 것을 의미한다고 보아야 한다.⁶³⁾ 이미 위에서 설명한 바와 같이 관세법상 납세의무자와 구매자는 동일한 개념이 아니므로 납세의무자와 구매자는 상이할 수 있다.

(2) 사례검토

이러한 국세기본법 제14조 제1항이 적용된 직접 적용법조에 기재하여 판단한 사례는 대부분 조세심판원의 결정사례들이다.⁶⁴⁾ 국세기본법 제14조 제1항을 근거로

60) 국세기본법 제14조 제1항이 적용된 국세사례로 법인의 귀속불명소득에 대한 납세의무자는 법인등기부상 대표이사가 아니라 회사를 사실상 운영하는 대표자라는 판결(대법원 1986. 1. 28. 선고 85누526 판결), 명의신탁 부동산에 대해 명의수탁자가 명의신탁자의 위임이나 승낙 없이 임의로 명의신탁재산을 양도한 경우, 양도소득을 사실상 지배·관리 처분할 수 있는 자는 명의수탁자에 해당한다는 판결(대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두10710 판결) 등이 대표적이다.

61) 관세법 제14조에 따라 관세의 과세물건은 수입물품이다.

62) 관세법 제242조에 따라 원칙적으로 수입신고는 화주 또는 관세사의 명의로 하는 것이므로, 수입신고명의인을 납세의무자인 화주로 보는 것이 실무상 일반적이라고 할 수 있다.

63) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2011두9935 판결.

64) 이는 국세기본법 제14조 제1항에만 해당되는 것은 아니다. 위에서 살펴 본 것처럼 관세는 국세기본법상 국세의 범위에 포함되지 않기 때문에 국세기본법상 실질과세원칙 조항이 관세와 관련한 사건에 직접 적용된다고 보기 어려우므로, 이러한 이유로 법원의 판결에서 직접 적용법조에 이를 기재하기 어려웠을 것으로 생각된다.

판단한 사례들의 유형을 살펴보면, 대부분 과세관청이 형식상 명의자가 아닌 수입물품에 대한 실제 물품을 수입한 화주에 대해 일정한 과세처분을 하는 경우, 처분을 받은 화주가 본인이 납세의무자가 아님을 다투는 사건이다.

결국, 관세 사건에서 국세기본법 제14조 제1항의 적용은 위에서 이미 설명한 관세의 납세의무자 판단 즉, 실질설에 따라 수입물품의 실제소유자가 누구인지를 해석하는 국면에 해당하는 것이다. 그리고 이러한 해석은 위 대법원 판례에서 제시한 판단의 주요한 인자인 ① 수출자와의 교섭, ② 신용장의 개설, 대금의 결제 등 수입절차의 관여 방법, ③ 수입화물의 국내에서의 처분·판매의 방법의 실태, ④ 당해 수입으로 인한 이익의 귀속관계 등을 위주로 수입신고 전 실제 소유권자가 누구인지를 판단하는 것으로 보아야 한다.

사례를 통해 실제 소유권자를 판단하는

구체적인 적용기준을 살펴보면, 주장된 실제 소유자가 부인되고 기존 수입신고명의인을 납세의무자로 인정한 사례⁶⁵⁾에서는 ① 원고가 B의 실제 운영자이므로 수입 등 업무처리를 주도하는 것이 자연스럽고, ② B가 원고, 원고의 가족과 지인들에 의해 함께 운영되고 있다고 하더라도, B를 곧바로 원고와 동일시 할 수 없는 점, ③ 오히려 수입물품에 대한 매매계약서 및 신용장에는 모두 B가 당사자로 기재되어 있고, 수입신고도 B가 하였던 점을 들어 수입물품의 실제소유자는 원고가 아니라 애초에 수입신고명의인인 B라고 판단하였다. 실제 소유자를 부인한 다른 사례⁶⁶⁾에서는 ① 송품장 및 선하증권 상 수하인이 청구인이고, ② 2000년 이후 계속해서 청구인을 수입물품의 납세의무자로 하여 수입신고 및 관세를 납부한 점, ③ 부가가치세, 종합소득세 등 운용 및 그 수익과 관련된 모든 제세의 납세의무자가 청구인인 점, ④ 이 건 관련 불법송금에 관하여 청구인의 배우

65) 서울행정법원 2016. 5. 20. 선고 2015구합72634 판결(하급심 확정). 사실관계를 요약하면 원고는 농산물도매업체인 주식회사 B를 운영하면서 한국농수산물식품유통공사로부터 시장접근물량 이내의 물량으로 양허관세를 적용을 받을 수 있는 알땅콩 수입권을 낙찰받아, 양허관세율을 적용(추천서 상 사용용도 : 가공용)받아 알땅콩을 수입하였다. 이후 과세관청은 B에 대한 관세조사에서 B가 일부 알땅콩을 가공용으로 사용하지 않은 점을 적발하고, B의 운영자인 원고에게 관세 등을 부과하였고, 원고가 이에 대해 불복한 사건이다.

66) 조심2009관99, 2010. 8. 24. 사실관계를 요약하면 청구인은 ‘○○○○○○’이라는 업체를 영위하면서, 장의용품 등을 수입하였다. 그런데 청구인의 배우자는 청구인 명의의 환치기계좌를 이용하여 해외에 운영자금 등을 송금하고, 그 중 일부를 원단생산자에게 지급한 사실이 적발되면서, 처분청은 청구인을 「외국환거래법」 위반 혐의로 조사한 후, 청구인의 배우자를 ‘○○○○○○’의 실제대표로 보아 「외국환거래법」 위반 혐의로 검찰에 고발하였다. 그리고 처분청은 쟁점물품의 구입가격을 내용연수에 따라 조정한 금액을 생산지원비로 보아 청구인에게 부과하였고, 청구인이 이에 대해 불복한 사건이다.

자가 외국환거래법 위반죄로 처벌을 받았지만, 외국환거래법 위반 행위자로서의 처벌 대상자와 수입물품 화주로서의 납세의무자가 일치한다고 보기 어려운 점 등을 들어 수입물품의 실제소유자는 청구인의 배우자가 아니라 수입신고명의인인 청구인으로 보았다.

반면에 기존 수입신고명의인이 아닌 실제 소유자를 납세의무자로 인정한 대법원의 리딩케이스⁶⁷⁾에서는 ① 실질적으로 원고는 이 사건 오렌지의 수입과정에 관여한 바가 없었고, 소외 1이 주도적으로 수입계약의 체결에서부터 대금의 지급 및 국내에서의 판매·처분에 이르기까지 수입에 필요한 모든 업무를 처리하여 온 점, ② 소외 1은 오렌지의 수입신고가격을 실제 가격보다 낮은 가격으로 신고하는 방법으로 관세를 포탈한 사실이 세관에 적발되어 관세포탈죄 등으로 유죄판결을 받았던 점을 근

거로 수입신고 명의인인 원고가 아니라 소외 1이 실제 소유권자에 해당한다고 보았다.

다. 내용에 대한 실질주의 - 국세기본법 제14조 제2항

(1) 개념

국세기본법 제14조 제2항은 “세법 중 과세표준의 계산에 관한 규정은 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래의 명칭이나 형식에 관계없이 그 실질 내용에 따라 적용한다.”고 명시되어 있다. 국세기본법 제14조 제1항이 과세요건 중 납세의무자에 대한 실질과세원칙을 규정하고 있다면, 동 조항은 과세요건 중 과세표준에 대한 실질과세원칙을 규정하고 있다. 동 조항이 적용된 국세사례를 보면, 양도소득세 비과세요건인 주택에 해당하는지 여부를 판단⁶⁸⁾하거나, 양도소득세의 과세표준 계산에 있어 양도차익 계산⁶⁹⁾을 하는 경우 등으로 과세표준

67) 대법원 2003.4.11. 선고 2002두8442 판결 사실관계를 요약하면, 소외 1은 부도로 의류사업을 중단하면서, 형부인 원고의 명의를 빌려 C상사라는 상호로 사업자등록을 하고 미국산 오렌지를 수입하면서 실제거래 가격보다 낮은 가격으로 가격신고를 한 사실이 적발되면서, 처분청은 C상사의 명의상 대표자인 원고에 대하여 관세 등을 추징하는 처분을 하였고, 원고는 이에 불복을 하였다.

68) 대법원 2006. 10. 26. 선고 2005두4304 판결. 판결요지를 간단하게 요약하면 “양도소득세 1세대 1주택 비과세대상 여부를 판단함에 있어서, 주택을 양도한 자가 다른 건물을 소유하고 있는 경우, 그 다른 건물이 소득세법에서 정한 ‘주택’에 해당하는지 여부는 건물공부상의 용도구분에 관계없이 실제 용도가 사실상 주거에 공하는 건물인가에 의하여 판단하여야 하고, 일시적으로 주거가 아닌 다른 용도로 사용되고 있다고 하더라도 그 구조·기능이나 시설 등이 본래 주거용으로서 주거용에 적합한 상태에 있고 주거기능이 그대로 유지·관리되고 있어 언제든지 본인이나 제3자가 주택으로 사용할 수 있는 건물의 경우에는 이를 주택으로 보아야 할 것이다.”

69) 대법원 2002. 6. 28. 선고 2000두3443 판결 등. 판결요지를 간단하게 요약하면, “일정한 자산을 양도한 경우에 그 자산의 양도차익 예정신고 또는 과세표준 확정신고 시 양도자가 실지거래가액이라 하여 신고한 가액이 실지거래가액으로 확인되면 그 실지의 양도 및 취득가액에 의하여 양도차익을 산정하되, 위와 같

을 계산하는 것 뿐 아니라 과세대상에 해당하는지의 실질을 판단함에 있어서도 동조항이 적용되는 것으로 보인다.

관세의 과세표준은 원칙적⁷⁰⁾으로 ‘구매자가 실제로 지급하였거나 지급하여야 할 금액’에 일정한 가산요소를 가산하고, 공제요소를 공제한 금액이 된다. 따라서 국세기본법 제14조 제2항은 납세의무자의 거래 형식(명칭) 상 실제지급금액 해당여부나 가산 또는 공제요소가 문제되는 경우, 그 형식(명칭) 여부에 관계없이 그 경제적 실질에 따라 과세표준을 계산하라는 것으로 관세 분야에 적용할 수 있을 것으로 생각된다.

(2) 사례검토

최근 국세기본법 제14조 제2항의 적용이 정면으로 문제된 대표적인 관세사례 중 조세심판원 사례⁷¹⁾를 우선 살펴보겠다.

사실관계는 수입업체를 운영하는 청구인에 대해 처분청이 범칙조사를 실시한 결과, 종가세가 적용되는 물품에 대해서는 저가로 수입가격을 신고하고 종량세가 적

용되는 물품에 대해서는 고가로 수입가격을 신고하여 수입신고한 사실을 적발하고, 청구인을 관세포탈 및 허위신고 혐의로 고발하는 한편 저가신고에 따른 차액에 해당하는 관세 등을 청구인에게 경정고지하였다.

이에 대하여 청구인은 ① 추후 수입량 결정 및 경매가격을 높게 받기 위한 기초자료로 활용하기 위해 장부에 ‘제품값’을 기입하였고, ‘제품값’에는 물품의 수입가격과 구매대리인에게 지급할 구매수수료가 포함되어 있어 이를 실제 수입물품의 가격으로 볼 수 없음에도, 처분청이 단순히 장부상의 ‘제품값’을 실제지급금액으로 보아 과세한 것은 근거과세주의에 어긋나는 부당한 처분이며, ② 청구인은 수출자와의 계약에 따라 실제로 지급한 금액을 과세가격으로 신고하였음에도, 처분청이 단순히 청구인의 장부상 가격을 실제지급금액으로 보아 관세 등을 과세한 처분은 실질과세원칙을 위반한 것이라고 주장하였다.

이에 대해 조세심판원은 청구인의 판매장부상 ‘제품값’ 및 ‘제품단가’가 청구인이

은 신고가 없거나 신고가 있더라도 그 신고한 금액이 실지거래금액으로 확인되지 아니하면 기준시가에 의하여 양도차익을 산정하여야 하고, 비록 달리 실지거래금액이 확인되더라도 실지거래금액에 의할 것은 아니라 할 것이고, 기준시가에 의하여 산정하는 경우에도 실질과세원칙에 비추어 볼 때 양도차익이 실지양도금액의 범위를 넘을 수는 없다.”

70) 관세법 제30조 제3항에 따라 거래가격이 부인되지 않는 경우 등 관세법 제30조에 따른 원칙적인 과세표준 계산방법(제1방법)이 적용되는 경우를 말한다.

71) 2016. 4. 29. 조심2015관255.

은행에 제출한 일부 판매계약서의 판매가격 및 판매단가와 일치하는 점, 판매장부에 수입신고단위별로 ‘제품값’ 외에 ‘통관비’와 ‘이익금’이 원단위까지 상세히 기재되어 있는데 장부상 ‘통관비’가 관세사의 정산서상 관세를 포함한 수입대행수수료와 일치하여 ‘제품값’은 관세를 제외한 순수한 수입물품대금으로 보이는 점, 장부상 ‘제품값’과 수입신고금액과의 차액이 청구인이 과다송금한 외화송금액과 거의 일치하는 점, 청구인이 피의자 신문조서에서 장부상 ‘제품값’은 수입가격이라고 진술한 점 등에 비추어 장부상 ‘제품값’을 쟁점물품의 실제 수입가격으로 보고 수입신고한 과세가격과의 차액에 대해 관세 등을 과세한 이 건 처분은 잘못이 없는 것으로 판단하였다.

국세기본법 제14조 제2항과 관련하여 최근 대법원의 판결⁷²⁾ 역시 주목할 필요가 있다. 이 판결은 글로벌 스포츠의류업체의 국내자회사인 원고가 본사에 지급하는 국제마케팅비 명목의 금액이 관세의 과세표준의 가산요소 중 하나인 상표사용료에 해당하여 원고의 수입가격에 가산하여야 하는지가 문제된 사건이다.

원심⁷³⁾은 헌법 제38조와 제59조에서 규정하는 조세법률주의 원칙은 과세요건 등

은 국회가 정한 법률로써 규정하여야 하고, 그 법률의 집행에 있어서도 이를 엄격하게 해석·적용하여야 하며, 행정편의적인 확장해석이나 유추적용은 허용되지 않음을 천명하면서 원고가 지급하는 국제마케팅비는 ① 상표권에 화체(化體)되어 있는 가치의 사용대가인 상표사용료의 성격보다는 장래의 매출증대를 위한 활동으로 개별 수입물품에 대해 이루어지는 활동이 아닌 점, ② 본사가 국제마케팅비를 가지고 수행하는 기능(광고 동영상 제작 등)을 원고가 직접 수행한다고 가정하였을 때, 원고는 본사에 국제마케팅비용을 지급할 필요가 없지만 상표사용료는 여전히 지급하여야 하는 점 등을 보면 국제마케팅비와 상표사용료는 그 성격이 다른 점, ③ 마케팅 활동으로 브랜드나 상표의 가치가 증가되는 것은 간접적이고 부수적인 효과이며, 이런 점만으로 국제마케팅비가 상표사용료의 일부가 된다는 것은 지나친 비약으로 조세법률주의의 엄격해석원칙에 정면으로 반하는 것이라는 점 등에 비추어보면 원고가 지급하는 국제마케팅비는 관세법상 가산요소인 상표사용료의 성격을 가지지 않는다고 보았다.

하지만 대법원은 세법 중 과세표준의 계산에 관한 규정은 국세기본법 제14조 제2

72) 대법원 2016. 8. 30. 선고 2015두52098 판결.

73) 서울고등법원 2015. 8. 27. 선고 2014누65495 판결.

항에 따라 명칭이나 형식에 관계없이 그 실질내용에 따라 적용되어야 한다고 하면서, ① 이 사건 국제마케팅비에 의한 활동으로 본사가 보유하는 상표권의 가치가 높아지게 되면, 상표권자인 본사로서는 원고에게 상표권 사용의 대가를 추가로 요구할 합당한 이유가 있는 반면, ② 원고가 다른 해외현지법인들과 함께 그 비용을 분담한 것으로 보면, 본사로서는 원고와 같은 현지법인들의 부담으로 자신이 보유하는 상표권의 가치를 증대시키는 결과가 되어 불합리하고, 본사로부터 상표권의 가치 증대에 기여한 부분에 대한 대가를 받은 사정이 보이지 않는 점 등을 들어 원고가 지급한 국제마케팅비는 실질적으로는 관세의 과세가격에 가산되어야 할 요소인 권리사 용료와 같다고 보았다.

라. 우회행위 등에 대한 거래 재구성 - 국세기본법 제14조 제3항

(1) 개념

국세기본법 제14조 제3항은 “제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 이 법 또는 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우에는 그 경제적 실질 내용에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 보아 이 법 또는 세법을 적용한다.”라고 명시되어 있다. 상기한 바와 같이 2007년 국세기본법 개정을 통해 국세기본법 제14조 제3항을 신설하였는바, 동 조항은 납세의무자의 조세회피행위를 방지하기 위한 일반조항으로서의 의미를 가지는 것으로 보인다.⁷⁴⁾

특히, 관세법 상 실질구매자와 실질판매자를 적용함에 있어서 국세기본법 제14조 제3항이 주로 적용될 것이다. 왜냐하면, 실질과세원칙 차원에서 실질구매자와 실질판매자를 판단한다는 것은, 필요적으로 기존 거래당사자가 선택한 거래구조를 재구성해야 하는 것이기 때문이다.

74) 2007. 12. 31. 국세기본법 개정이유서 중 일부를 발췌하면 다음과 같다.

다. 실질과세원칙의 명확화(법 제14조제3항 신설)

- (1) 「국제조세조정에 관한 법률」에 따른 조세회피방지 규정이 국제거래뿐만 아니라 국내거래까지 적용됨을 명확히 할 필요가 있음.
- (2) 형식상 제3자를 통한 간접적인 방법이나 2 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 세법상 혜택을 부당하게 받는 경우에는 경제적 실질내용에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 보아 세법을 적용하도록 함.
- (3) 고도화·복잡화되고 있는 조세회피행위에 능동적으로 대처함으로써 조세회피행위가 축소될 것으로 기대됨.

국세기본법 제14조 제3항은 그 규정의 문구 상 ‘조세회피행위가 되는 단계 거래행위’를 적용 기준으로 두고 있는 구조를 갖추고 있다. 이는 미국에서 이야기되는 판례법이론인 경제적 실질 판단 이론(Economic Substance Doctrine)에서의 단계 거래 구성행위의 객관적인 표식을 그 적용 조건으로 하고 있는 특징을 보인다. 즉, 국세기본법 제14조 제3항은 미국에서의 경제적 실질 판단 이론의 내용과 단계 거래 이론의 내용이 혼합된 모습의 형태를 갖추고 있다고 평가할 수 있다.⁷⁵⁾ 따라서 동 조항이 말하는 경제적 실질이라는 문구는 이전에 살펴본 바와 같이, 그 개념을 미국에서와 같이 ‘경제행위의 본질’의 개념과 유사하게 거시적인 개념을 설정하고, 구체적인 행위들에 대해 ‘경제적 이익’을 고찰하는 형태로 하여야 할 것이다.

다만, 당사자는 본인에게 유리한 거래형식을 선택하고 형성할 자유는 분명히 헌법상 보장된 권리이며, 실질과세원칙 중 특히 동 조항의 경우 그 제한이 훨씬 당사자에게 직접적으로 적용되는 면이 존재한다. 즉, 납세의무자의 예측가능성과 개인적 편익을 제한한다는 부분과 납세의무자 간 공평한 조세부담이라는 규범적 목표 달성을

통한 사회적 편익에 기여하는 부분의 상충관계(trade-off)에 놓이게 되는 것이다.

따라서 실질과세원칙을 적용함에 있어서 본 조항을 통해 당사자가 선택한 거래형식을 재구성하고자 하는 경우에는 당사자의 주관적 요건, 예컨대 납세의무자가 전적으로 또는 주로 조세회피를 목적으로 우회적인 거래를 하는 경우 등을 적용요건에 포함시키는 것이 필요할 것⁷⁶⁾으로 생각되며 자세한 내용은 후술한다.

(2) 적용요건

동 조항의 문구를 분설하여 적용요건을 살펴보면, ① 제3자를 통한 간접적인 방법이나 둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로(조세회피행위 또는 객관적 행위형식 요건) ② 이 법 또는 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우(부당한 조세혜택 또는 주관적 조세회피 목적 요건)로 나눌 수 있다. 그리고 위 요건에 해당하게 되면 그 효과로 조세회피행위를 부인하고 경제적 실질에 따라 당사자가 직접 거래를 한 것으로 보거나 연속된 하나의 행위 또는 거래를 한 것으로 볼 수 있게 된다.

75) 정승영, “미국의 단계거래에 대한 과세와 우리 세법상의 시사점”, p. 219.

76) 송동진·전병욱, 전거서 p. 76.

① 객관적 행위형식 요건

객관적 요건으로는 세법이 예정한 통상적인 거래에 비하여 조세부담이 줄어들거나 없어지는 조세회피수단인 거래행위가 있어야 한다. 이러한 조세회피수단인 거래행위는 당초 의도하였던 경제적 효과를 달성하면서 과세요건을 충족하지 않도록 하는 것(과세요건의 회피)과 과세대상 금액을 감소시키거나 비과세·감면 요건이 충족되도록 하는 것이 있을 수 있다.⁷⁷⁾

조세회피수단인 거래행위로 대표적인 것은 국세기본법 제14조 제3항이 규정하는 “제3자를 통한 간접적인 방법”(우회행위)이나 “둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법”(다단계거래)이 있다. 그러나 동조항의 신설 이유 중 하나가 “고도화·복잡화되고 있는 조세회피행위에 능동적으로 대처함으로써 조세회피행위가 축소될 것으로 기대됨”으로 입법자의 의도 자체가 복잡해지는 조세회피행위를 능동적으로 대처하기 위한 것인 점, 실질과세원칙의 경제적 실질의 개념이 거시적인 경제행위의 본질을 찾기 위한 헌법적 원칙인 점 등을 생각했을 때, 조세회피수단인 거래행위가 반드시 동조 제3항에서 예시한 방법에 한정된다고 볼 수는 없고, 그 밖의 것도 포

함될 수 있을 것이다.

“둘 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법”(다단계거래 형식)의 경우, 조세회피수단을 구성하는 거래들 간에 어떤 관계가 있어야 하는지에 대하여는 미국 법원의 단계거래이론을 참고할 수 있다. 즉, 납세의 무자가 첫 번째 단계의 거래를 할 당시 다음 단계의 거래를 계속해야 할 의무가 있는지의 여부, 일련의 거래행위들이 처음부터 최종 결과에 도달할 목적으로 한 단일 거래의 구성요소인지의 여부 및 각 단계의 거래행위들이 다른 단계의 거래행위들 없이는 아무런 의미를 가지지 못하는지(상호의존성)의 여부 등의 사정을 고려할 수 있을 것이다.⁷⁸⁾

② 주관적 조세회피목적 요건

상술한 바와 같이, 국세기본법 제14조 제3항은 당사자의 거래형성 자유를 제한하는 성격을 가지고 있기 때문에 당사자의 주관적인 조세회피의 목적을 판단하여야 한다. 즉, 거래 당사자에게 조세회피목적이 없는 경우에는 결과적으로 조세부담이 감소하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 경제적 실질에 의한 재구성을 인정하여서는 안 될 것이다.

77) 송동진·전병욱, 전게서 p. 86.

78) 송동진·전병욱, 전게서 p. 87.

동 조항을 직접 근거로 판단한 증여세 사건⁷⁹⁾에서도 법원은 “납세자가 경제활동을 할 때에는 동일한 경제적 목적을 달성하기 위하여 여러 가지의 법률관계 중 하나를 선택할 수 있으며, 사적자치의 원칙과 법적 안정성 및 예측가능성 측면에서 납세자가 선택한 법률관계는 원칙적으로 존중되어야 할 것이나, (i) 납세자가 선택한 법률관계가 세금의 부담을 회피하기 위한 가장행위에 불과하거나, (ii) 그 법률관계가 조세를 회피하기 위한 목적 하에 이루어진 것 등이 인정된다면, 예외적으로 납세자가 선택한 법률관계가 부인되고 세법적 측면에서 경제적 실질에 부합하게 재구성될 수 있다”고 선언하면서 “이 사건 교차증여는 오로지 원고들에 대한 증여세를 줄이기 위한 목적 하에 이루어졌다. 즉 이 사건 증여의 대상은 불특정물인 주식으로 금원과 차이가 없어 특정물이 상호 교차증여된 경우와는 달리 부수적으로나마 사업목적(business purpose)을 전혀 인정할 수 없다(즉 이와 같이 교차증여 하더라도 증여세를 절감하는 것 이외에는 아무런 다른 효과를 가져오지 않는다)”는 이유 등으로 납세의무자의 거래형식을 부인하고 경제적 실질에 따른 재구성된 거래형식으로

과세한 처분을 인정하였다.

따라서 당사자가 그 거래형식을 선택한 유일한 목적이 조세회피인 경우에는 이러한 주관적 요건이 충족됨은 명백하다. 나아가 조세회피목적이 거래형식 선택의 주된 목적이지만 그 밖에도 부수적으로 다른 사업목적(business purpose)이 있는 경우에도 재구성을 인정할 것인지의 여부는 일률적으로 판단하기는 어렵고, 부수적인 다른 사업목적의 비중 및 의미, 당해 거래의 구조 등을 종합하여 판단해야 할 것이다.⁸⁰⁾

③ 세법 상 혜택 부여의 부당성

세법상 혜택의 부여가 부당한 것인지의 여부는 일률적으로 판단할 수 없고, 개별적 사안에서 해당 조항의 입법취지, 당사자가 조세회피를 위하여 선택한 거래의 종류 및 성질, 당사자가 회피한 세액의 크기 등의 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다. 세법상 혜택의 부여가 부당한 것인지의 여부의 판단은, 위에서 본 두 가지 요건(객관적 행위형식 요건과 주관적 조세회피 목적 요건을 바탕으로 하여, 최종적으로 조세회피거래를 세법상 부인하고 재구성할 것인지의 여부를 판단하는 단계로서, 위 두

79) 서울행정법원 2014. 8. 7. 선고 2013구합58993 판결. 현재 이 사건은 항소 기각된 이후, 대법원에 상고된 상태이다.

80) 송동진·전병욱, 전거서 p. 83.

가지 요건과 별개의 것으로 분리하여 생각할 수 없고, 위 세 가지 요건은 상호 보완하는 관계에 있다.

따라서 위 두 가지 요건이 충족되었다면 일단 해당 거래에 대하여는 세법상혜택의 부여가 부당하다고 볼 가능성이 크다고 할 것이다. 다만, 세법상 혜택의 부당성 요건은 위 두 가지 요건에서 다루어지지 않은 사정들을 추가로 검토하는 단계로서 일정한 독자성을 가진다고 볼 수 있다.⁸¹⁾

(3) 사례검토

국세기본법 제14조 제3항의 적용이 정면으로 다루어진 관세 관련 대법원 판결은 아직까지 없는 것으로 보인다. 다만, 하급심 판결⁸²⁾에서 국세기본법 제14조 제3항의 적용여부가 검토된 관세 사건이 있어 이를 검토하겠다.

사실관계는 다음과 같다. 식품업체인 원고는 중국 농산물수입 전문무역업체인 A와 B로부터 농산물을 공급받아서 가공한 후에 국내에서 판매하였다. 과세관청은 A와 B가 농산물을 수입하면서 수입가격을 통관지 세관에 낮게 신고하는 방법으로 관세를 적게 신고·납부하였는바, A와 B는 수입중개업자에 불과하고 원고가 수입물

품의 실제 화주에 해당하는 것으로 보고 원고에게 378억 원의 관세를 부과하였다. 이에 대하여 원고는 본인은 A와 B로부터 이 사건 수입물품을 구매한 자일뿐 관세법상 물품을 수입한 화주, 즉 납세의무자에 해당하지 않는다고 주장하였다.

법원은 과세관청의 주장은 “원고가 자신의 위험이 없이 저가의 과세가격 신고를 통한 위해 ‘원고 - A 또는 B - 수출업자’의 거래관계를 작출해낸 것으로 ‘원고 - 수출업자’의 직접 거래로 보아야 한다”는 주장이므로 이를 검토하기 위해서는 원고의 행위가 국세기본법 제14조 제3항에 따른 조세회피행위로 볼 수 있는지 여부를 판단하여야 한다고 하면서, 국세기본법 제14조 제3항은 ① 제3자를 통한 간접적 방법이나 2 이상의 행위 또는 거래를 거치는 방법으로 (객관적 행위형식 요건), ② 세법의 혜택을 부당하게 받기 위한 것으로 인정되는 경우 (주관적 조세회피 목적 요건)으로 구성되어 있고, ①의 요건과 관련하여 원고가 수출업자와 직접 거래하여도 동일한 경제적 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고, 실제로 중개업자의 역할을 수행하는 것에 불과한 A 등 중간 납품업체를 거래의 당사자로 개입시켰는지 여부가 문

81) 송동진·전병욱, 전거서 p. 90.

82) 서울행정법원 2012. 9. 14. 선고 2011구합26664 판결. 이 사건은 대법원(2014두8636)에서 원심판결의 판단이 정당한 것으로 확정되었다.

제되고, ②의 요건과 관련하여서는 저가신고로 인한 관세포탈에 대하여 원고가 A 등에게 이를 지시하거나 공모하였는지 여부, 원고가 수입업자인 A 등을 개입시킨 거래구조에 정당한 사업목적이나 경영상의 필요성이 있었는지 여부를 살펴야 한다고 보았다.

우선, ①요건에 대해서는 원고가 구매절차에서 일부 품질관리 등을 위해 생산자에게서 작황상태나 유기농 여부를 수시로 확인하는 등의 사실이 있지만 수입물품에 대한 수입물량과 가격결정의 주체는 여전히 A 등과 수출업자로 볼 수 있기 때문에 원고가 우회행위나 다단계 행위를 하였다고 보기 어렵고, ②요건에 대해서는 A 등은 원고와 거래하기 이전부터 참깨 등의 수입업자로 활동하여 왔고, 이 사건 수입물품 이외에도 다른 업체들과 정상적으로 물품수입업을 영위하던 중견업체이므로 원고가 이 사건 관세의 포탈을 위해 개입시킨 명목상 업체로 보기 어려운 점, 원고가 A 등에게 저가신고에 대한 공모나 지시가 있었다고 보기 어려운 점, 원고와 같은 농산물 가공회사가 해외로부터 직접 농산물을 수입하는 경우는 드물고, 대부분 수입업자를 경유하는 것이 일반적인 거래형태로 보이는 점, 원고는 과거에 중국산 농산물을 수입하였던 거래경험이 전무하였고, 최초로 중국산 농산물을 수입하면서 그 수입거

래의 경험이 있는 A 등을 수입업체로 선정하는 것이 합리적이라는 경영상 판단을 한 것으로 보이는 점 등을 종합하여 보면, 원고가 A 등을 통하여 이 사건 수입물품을 공급받는 행위에 대하여 그 경영상 필요성이나 사업목적성을 부정할 수 없다고 판단하였다.

V. 실질거래당사자 적용사례 검토 및 발전방안

1. 사례검토

최근 과세관청은 국내의 거래당사자가 선택한 거래형식을 부인하고, 실질과세원칙을 원용하는 듯한 입장에서 실질거래당사자가 형식과 다르다는 이유로 거래구조를 재구성하여 과세를 하는 사례가 늘고 있다. 대표적으로 ① 특수관계가 없는 제3자로부터 직접 수입을 하는 국내수입자에 대해서 사실상 특수관계가 있는 해외본사가 실질판매자에 해당하는 것으로 보아 과세가격결정방법을 제1방법 이외의 방법으로 과세하거나, ② 이른바 제3자 지급 로열티사례(해외거래처에 권리사용료를 지급하는 업체가 제품의 공급은 국내 납품업체의 명의로 수입한 것으로 받는 경우, 업체가 지급한 권리사용료를 수입물품에 가산하는 사례) 등이 있다. 최근 위 ①사례와

유사한 쟁점과 관련하여 관세청 과세전적 부심사 사례⁸³⁾ 중 실질판매자가 쟁점이 된 것이 있어 이를 검토해보고자 한다.

결정문의 사실관계를 살펴보면, 의류를 수입하는 청구법인은 구매대리인을 통해 특수관계가 없는 제조자로부터 물품을 수입하면서 제조자의 FOB 가격으로 수입신고를 하였다. 과세관청은 관세조사를 통해 물품의 실질적인 판매자는 제조자가 아니라 청구법인과 특수관계가 있는 해외본사이고, 청구법인이 신고한 수입가격은 실질판매자인 본사의 이윤 및 일반경비가 포함되어 있지 않기 때문에 청구법인이 수입신고한 가격은 특수관계에 영향을 받은 것이라고 보아 관세법 제33조에 따른 과세가격 결정방법(제4방법)으로 과세표준을 다시 계산하여 과세전통지 하였다.

관세청은 실질판매자 쟁점에 대한 판단을 하면서 우선, 제조자별로 청구법인을 구매자로 하는 Purchase Order(구매발주서)를 발행하고, 제조자는 구매발주서에 따라 제품생산을 하여 선적 준비 및 선적을 완료한 후 청구법인에게 선적증명서와 Invoice를 발행하고, 청구법인은 구매발주서, 선적증명서, Invoice를 확인 후 대금지급을 하고 있다고 하였다.

다만, 관세청은 청구법인과 제조자 간의 구매 및 제조와 관련한 계약이 체결되지 않은 점, 제품주문 시 본사의 내부시스템을 통해 제품별 구매수량이 주문 확정되는 점, 청구법인이 제조업체를 선택할 수 없는 점, 가격결정에 있어 구매대리인이 제조자와 가격협상을 진행하고 본사가 이를 최종 결정하는 점, 생산된 물품에 대한 선적관리를 본사가 하고 있는 점 등을 들면서, 본사가 실질판매자에 해당한다고 판단할 여지가 있으므로 소유권이 어떻게 결정되는지에 대해 명확한 조사가 필요하다고 보아 재조사 결정을 하였다.

앞서 살펴본 바와 같이, 관세법상 구매자와 판매자의 개념은 소유권과 대금지급이 이루어진 대상이 누구인지를 중심으로 당사자들의 예비적인 교섭과 같은 계약 체결에 이르게 된 경위, 계약 체결 이후의 당사자들의 행동, 계약의 성격과 목적 등을 종합적으로 검토하여야 한다. 관세청은 소유권 이전 여부가 실질 판매자가 누구인지를 판단함에 있어 가장 중요한 기준임에도 과세관청의 조사에 있어 그 부분이 명확하게 이루어지지 않은 것을 지적하여, 이를 재조사하라는 결론에 있어서는 일견 타당한 것으로 보인다. 그러나 결정문에서 인정된 사실관계 상 PO가 청구법인과 제조

83) 2014. 12. 4. 결정 적부심사 제2014-125호 사건.

자 사이에 존재한다면, 실제 국제거래에 있어 정식적인 계약서를 갖추기보다 개별 PO가 계약서로 인정되는 부분이 있음에도 계약이 체결되지 않았다고 판단한 것이 정당한지는 의문이다.

나아가, 위 결정문은 가정적으로 실질판매자가 제조자가 아닌 본사인 경우를 상정하여, 제4방법으로 과세된 처분의 내용이 정당한지를 판단하였다. 그러나 위에서 살펴본 바와 같이 거래당사자가 선택한 거래구조를 부인하고 거래를 재구성하여 과세처분을 하기 위해서는 객관적인 요건 뿐 아니라 거래당사자의 주관적인 조세회피 의도를 판단하였어야 함에도 불구하고, 이러한 판단을 한 내용이 전혀 확인되지 않는다. 만일, 거래당사자에게 조세회피의도가 인정되지 않는다면, 국세기본법 제14조 제3항에 따라 거래를 재구성하여 거래 재구성을 통해 실질과세원칙을 적용할 수 없음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

따라서, 실질구매자 또는 실질판매자를 결정하여 거래를 재구성하는 과세를 하기 위해서는 객관적인 행위요건 뿐 아니라 실제 회피된 세액의 크기나 당사자의 주관적인 조세회피 의도를 확인할 수 있는 부분

에 대해서도 분명히 판단되어야 할 것인데, 이러한 판단이 없이 단순히 객관적 행위요건만을 검토하여 거래를 재구성하려는 시도는 논란의 여지가 많은 것으로 보인다.

2. 발전방안

가. 관세법 상 실질과세원칙의 명시적인 수용

상기한 바와 같이, 관세법 상 실질과세원칙을 적용할 수 있는 명시적인 규정이 존재하지 않고 있어 그 적용의 명확성과 예측가능성이 국세에 비해 떨어지는 것이 사실이다. 이러한 부분에 대해서 기존 학계나 실무에서도 상당히 많은 지적⁸⁴⁾이 있었으나, 아직 이 부분에 대한 개선이 이루어지지 않고 있다. 특히, 실질과세원칙의 적용을 통해 단순히 그 거래의 ‘실질’에 대한 과세가 아니라 납세자가 선택한 거래형식을 재구성하는 수준의 실질과세원칙이 적용되는 것에 대해서는 조세법률주의, 엄격해석의 원칙, 명확성의 원칙 등 헌법상 기본원칙을 위반한 위헌적인 처분이 될 여지도 있다. 따라서 관세법 상에 실질과세원칙을 명문화하거나 국세기본법 제14조

84) 김민정·박훈, “실질과세원칙의 관점에서 바라본 관세법상 “물품을 수입한 화주”의 범위” p. 162; 김재식, “실질과세원칙에 기초한 관세의 납세의무자 판례연구”, 관세학회지 제6권 제2호, 2005, p. 17; 류수현, 관세판례해설, 한국관세무역연구원, 2005, p. 67 등.

를 준용하는 조항이 반드시 입법화되어야 할 것으로 보인다.

나. 실질판매자와 실질구매자에 대한 명확한 가이드라인 제시

이미 살펴본 것처럼 관세평가 목적에서 판매자와 구매자를 확정하는 것은 중요한 의미를 지니고 있지만, 명시적으로 개념이 정해지지 않아 과세관청과 납세의무자 사이에 많은 혼란이 존재하고 있다. 특히, 실질거래당사자를 다시 결정하는 거래를 재구성하는 형태로 과세가 이루어지는 경우, 그 개념과 구별기준들이 명확하게 정해지지 않은 상황에서 그 과세에 대한 저항이 다른 경우에 비해 심해질 수밖에 없다.

따라서 과세의 명확성 원칙과 과세요건 법정주의에 따랐을 때에는 관세법규 정의규정에 판매자와 구매자의 정의를 추가하는 것이 가장 바람직할 것이다. 특히, 현재 관세법은 납세의무자가 직접 수입신고를 통해 과세가격을 결정하고, 판매자와 구매자⁸⁵⁾를 모두 본인이 결정하여 자진해서 신고하도록 되어있어 더욱 그러한 정의규정이 필요하다고 할 수 있다.

그러나 앞서 살펴본 것처럼, 판매자와

구매자를 결정하는 요인이 여러 가지를 종합적으로 고려하기 때문에, 관세법 정의규정에 추가하는 것이 곤란하다면, 최소한 판매자와 구매자에 대해서 수입자들이 알아두어야 할 내용 등 가이드라인을 제시하는 방법이 고려될 필요가 있다.

이러한 가이드라인의 대표적인 예시로 미국 CBP에서 발간하는 “Informed Compliance Publication”이 있다. CBP는 Informed Compliance Publication의 서문에서 최근 관세 분야에서는 2가지 개념, “법규준수의 자율적인 관리”와 “책임의 분배”가 떠오르는 개념들이라고 하면서, 거래당사자의 자율적이고 책임 있는 법규준수를 위해 과세관청인 CBP에서 관련 주제에 대한 해석과 판례 등을 소개하는 자료를 배포한다. 이러한 가이드라인을 배포함으로써 납세의무자는 미리 본인의 거래에서 판매자와 구매자가 누구인지 스스로 판단할 수 있고, 과세관청 입장에서 명확한 기준에 따라 실질거래당사자를 확정할 수 있게 되며, 이를 어긴 납세의무자에 대한 처분에 있어서도 저항이 훨씬 덜할 것으로 생각된다.

실질거래당사자 분야 뿐 아니라, 수입자와 과세관청 사이에 분쟁이 많고 논란이

85) 수입통관 사무처리에 관한 고시의 별지 서식의 수입신고서 제11항에 기재되는 수입자는 납세의무자와 별도의 항으로 구별하여 신고하도록 하고 있으며, 납세의무자와 수입자가 상이한 경우를 전제하고 있는 점들을 고려하면 관세법의 구매자를 전제한 신고사항인 것으로 보이고, 수입신고서 제14항의 해외거래처는 관세법의 판매자와 동일한 개념이라고 볼 수 있다.

되는 분야(예를 들어, 납세의무자가 누구인지 여부)에 대해 과세관청에서 선도적으로 Informed Compliance 형태의 가이드라인을 제시하는 것은 관세평가행정에 있어서 선진화를 이루는 방안이 될 것으로 보인다.

다. 실질과세원칙 적용을 위한 업무지침 구비

최근 관세사건에서 실질판매자나 실질구매자 논리를 통한 과세논리를 살펴보면, ‘거래의 실질을 살펴보니, A와 B가 실질당사자인 것으로 보이므로, 당사자의 거래형태를 부인한다’는 식으로 단순하게 구성되어 있다. 하지만 위에서 살핀 바와 같이, 실질과세원칙 적용에 있어 귀속에 대한 실질(국세기본법 제14조 제1항)이나 내용에 대한 실질(국세기본법 제14조 제2항)을 판단하는 것과 거래를 재구성하는 형태(국세기본법 제14조 제3항)의 실질과세원칙은 그 취지와 적용 요건이 매우 상이한 것을 알 수 있다.

관세법에 실질과세원칙이 명시적으로 구비되어 있지 않은 부분도 있겠지만, 실제 관세 심사나 조사 단계에서 정확한 요건검토나 자료증빙이 이루어지지 않은 채 실질과세원칙을 적용하는 경우가 종종 있는 것으로 보인다. 관세심사 및 조사 단계에서부터 실질과세원칙 요건이 명확하게

검토되지 않은 채로 실질과세원칙을 적용한 관세 부과 처분이 이루어진다면, 향후 불복단계에서 조세심판원이나 사법부에서 과세관청에 불리한 판결을 할 가능성이 높다.

특히, 다른 과세처분의 근거와 달리 실질과세원칙에 따라 거래를 재구성한 사례의 경우, 거래당사자의 헌법적 권리를 제한하는 부분이기 때문에 사법부에서도 주관적 요건을 검토하는 등 그 적용요건을 매우 살피고 있다는 것은 위에서 본 바와 같다.

따라서 실제 심사 및 조사를 담당하고 있는 담당자들에게 실질과세원칙의 정확한 적용을 위한 업무지침 등을 마련하고, 이에 대한 숙지가 이루어져야만 실질과세원칙의 적용이 적법하고 바람직하게 이루어질 수 있는 것으로 보인다.

VI. 결론

헌법 제59조는 조세법률주의를 천명하며, 관세를 포함한 조세는 법률에 따라 정해진 요건과 절차에 따라 결정된다고 한다. 하지만 엄격한 조세법률주의만을 따를 경우, 급변하는 경제현실을 반영하지 못하고, 일부 납세의무자가 편법으로 과세의무를 면탈하는 경우, 성실한 납세의무자와의 균등한 과세가 이루어지지 못하게 되는 폐

해가 있다. 이러한 피해를 방지하기 위해 만들어진 조세법 상 대원칙이 바로 실질과세원칙이다.

관세법에서 실질과세원칙이 적용되는 국면 중 수입거래인 매매계약의 당사자가 실제로 누구인지를 결정하는 문제가 바로 본 연구에서 살펴본 실질구매자와 실질판매자를 확정하는 것과 같다고 볼 수 있다.

실질거래당사자를 확정하는 국면에 있어서는 우선 무엇이 구매자와 판매자의 개념인지 파악하고, 수입거래에 있어 그 개념에 가장 합치하는 당사자가 누구인지를 확인하는 것이 우선일 것이다. 이렇게 확인된 실질거래당사자와 납세의무자가 납세의무를 이행하면서 인식 또는 신고한 거래당사자가 다르고, 그 결과로 다른 납세의무자와 평등한 과세가 이루어지지 않았

다면, 비로소 실질과세원칙의 적용을 검토할 수 있는 것이다.

납세의무자 입장에서 보면, 관세평가 단계에서 중요한 개념인 판매자와 구매자에 대한 정의나 개념이 현행 법령상 명확하지 않고, 단지 판례에서 그 개념의 중요한 지표들을 제시하고 있는 수준이기 때문에 납세의무자가 이를 정확하게 신고하기 어려운 면이 존재한다.

따라서 관세제도의 선진화와 명확한 수입신고 등 관련 의무를 성실하게 이행하기 위해서 거래당사자에게 관세법에서 말하는 판매자와 구매자의 명확한 개념을 안내하고, 이에 따르도록 유도함으로써, 성실한 납세의무자를 보호하고 과세저항을 줄이는 것이 장기적으로는 관세세수확보에도 도움이 될 것으로 생각된다.

참 고 문 헌

- 곽윤직, 『민법총칙』, 박영사, 2004.
- 김민정·박훈, “실질과세원칙의 관점에서 바라본 관세법상 ”물품을 수입한 화주”의 범위
- 대법원 2014. 11. 27. 선고 2014두8636 판결을 중심으로 -”, 조세와 법 제8권 제1호, 2015.
- 김영우, “실질과세원칙의 재검토”, 인권과 정의 2016년 5월, 2016.
- 백문흠, “법령해석 방법론 및 실무”, 법제처 2011년도 제4기 법령해석과정, 2011.
- 송동진·전병욱, “실질과세원칙과 거래의 재구성 - 국세기본법 제14조의 해석론을 중심으로-”, 조세법연구 [XIX-1], 2013.
- 서봉석, “민법상 타인을 위한 행위 제도 비교 - 대리, 위임, 사무관리 -”, 홍익법학 제15권 제2호, 2014.
- 윤진수, “契約 解釋의 方法에 관한 國際的 動向과 韓國法”, 비교사법 제12권 4호 (통권31호), 2005.
- 임승순, 『조세법』, 박영사, 2011.
- 정부법무공단, “관세 포탈 시 등 납세의무자 확정 및 채권확보 방안 연구”, 관세청 연구용 역보고서, 2012.
- 정병용, 『민법과 세법』, (주)영화조세통람, 2011.
- 정승영, “미국의 단계 거래(Step Transaction)에 대한 과세와 우리 세법상의 시사점”, 조세연구 제12권 제1집, 2012.
- 정승영, “실질과세의 원칙과 ‘실질’판단에 대한 고찰, 조세법연구 [XIX-1], 2013.
- Customs and Border Protection, “What every member of the trade community should know about: bona fides sales and sales for exportation”, Jan 2000.

[국문초록]

실질과세원칙의 적용을 통한 관세법상 구매자와 판매자 확정에 대한 연구

관세평가에 있어 구매자(Buyer)와 판매자(Seller)를 확정하는 것은 실제지급금액을 특정하고, 거래당사자 간 특수관계 여부를 판단하는 기준이 되는 등 매우 중요한 쟁점이다. 그럼에도 불구하고 관세법과 WTO 평가협정 상 정확한 정의가 없고, 납세의무자나 구매대리인 등의 개념과 혼용되면서 실무상 혼란이 있다.

관세법 상 구매자와 판매자의 개념은 매매계약에 있어서 가장 중요한 요체라고 할 수 있는 물품의 소유권 이전과 대금 지급이 어느 당사자 사이에서 이루어졌는지가 가장 중요한 핵심이다. 소유권 이전이 누구로부터 누구에게 이루어졌는지를 확인하기 위해서는 당사자 간 소유권 이전의 의사표시 내용을 찾기 위한 민사법 상 계약해석이 중요하다고 할 수 있다. 이러한 당사자의 의도는 결국 문서로 표시되는 계약서 상 어느 당사자에게 소유권을 이전하기로 했는지를 중심으로 당사자들의 예비적인 교섭과 같은 계약 체결에 이르게 된 경위, 계약 체결 이후의 당사자들의 행동, 계약의 성격과 목적 등을 고려하여야 할 것이다.

거래당사자가 가격신고 등 자진신고를 통해 결정한 구매자와 판매자가 실질과 다른 경우, 과세관청은 국세기본법 제14조에 따른 실질과세원칙을 통해 결정된 거래구조를 경제적 실질에 따라 재구성할 수 있다. 다만, 이러한 경우에도 조세회피행위 또는 객관적 행위 형식 요건과 부당한 조세혜택 또는 주관적 조세회피 목적 요건과 같은 법률상 요건을 정확하게 검토하여야 할 것이다.

특히, 관세법은 명시적으로 실질과세원칙이 적용되지 않는 상황이기 때문에 입법을 통하여 관세법에도 실질과세원칙이 적용될 수 있도록 보완하여야 하고, 거래당사자에 대한 법적안정성 제고를 위해 실질적인 구매자와 판매자의 개념과 구별기준에 대한 가이드라인을 명확하게 제시하는 방안 역시 검토되어야 할 것이다.

주제어

실질과세원칙, 관세법상 구매자와 판매자, 실질거래당사자 확정, 관세법상 납세의무자, 구매대리인, 판매대리인

[ABSTRACT]

A Study on the Application of Substance-over-Form Doctrine for Determination of Substantial Buyer and Seller from Customs Perspective

It is very important issue how to determine buyer and seller for confirming the price actually paid or payable and the existence of special relationship between contractual parties in customs valuation. However, there are many confusions in customs practice, such as mixed usage of the concept of the tax payer or buying agent with buyer and seller, because buyer and seller is not defined in WTO agreement or Korean Customs Act.

The most core value of the buyer and seller is that who is the parties transfer the ownership and payment, that are also the most important compositions of contract. It is also important interpretation of the contract under civil law principal to find the intention of parties' ownership transfer. In the end, there are many factors to find intention of parties' ownership transfer but the documents which explicitly express intention of the parties should be considered in priority. Also, it should be considered to see details of the conclusion of a contract such as negotiation between parties, parties behavior after the contract, the characters and the purpose of the contract and so on.

If buyer and seller which voluntarily declared by the parties are different with substantive buyer and seller, customs authority apply substantive-over-form doctrine under article 14 of Basic Act for National Taxes and could re-form structure of the transaction by economic substance. However, customs authority should review whether the conditions for substantive-over-form doctrine, such as if there exists tax evasion behavior or subjective purpose of tax evasion behavior.

Especially, Korean Customs Act does not stipulate substantive-over-form doctrine, so legislative complement is required to re-form transaction structure. Also, for the purpose of legal sta-

bility, the guideline of concept of buyer and seller and standards how to distinguish substantive buyer and seller would be published by customs authority.

Key words

Substance-Over-Form Doctrine, substantive buyer and seller on customs perspective, buying agent, customs taxpayer

한국 독점규제법의 역외적용 및 면제 요건에 대한 고찰:

항공사 국제카르텔 관련 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결을 중심으로

부산대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사 주진열

*논문접수: 2017. 3. 12. *심사개시: 2017. 3. 21. *게재확정: 2017. 4. 14.

〈 목 차 〉

I. 서론	2. 검토
II. 독점규제법의 역외적용 관련법령 및 사례	IV. 외국법상 적법행위에 대한 역외적용 요건과 관련 문제
1. 관련법령의 입법 배경	1. 대상판결의 요지
2. 대상판결 전·후의 역외적용 사례	2. 검토
III. 역외적용의 제한 원리로서 직접성·상당성·예측성 요건과 관련 문제	V. 결론
1. 대상판결의 요지	

I. 서론

주지하다시피 경쟁법의 일방적 역외적용(unilateral extraterritorial application)은 경쟁법 뿐 아니라 국제경제법 차원에서도 문제된다. 역사적으로 보면 1945년 미국 연방제2항소법원이 *Aloca* 판결에서 영향이론(effect doctrine)에 근거한 서면법의 역외적

용¹⁾은 국제법에 합치된다는 법리를 선언한 이래, 프랑스 등 일부 국가는 자국 회사에 대한 서면법 적용을 차단하기 위하여 영향이론은 국제법상 확립된 관할권 원칙이 아니라고 비판하면서 자국 회사가 타국 경쟁당국의 조사에 응하지 못하도록 하거나 자국 회사에 대한 타국 법원의 경쟁법

1) *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945). 이 사건에서 서면법 집행당국인 연방법무부는 ALCOA(미국 회사)의 국내 알루미늄 시장 독점화 사건과 관련하여 ALCOA의 캐나다 자회사인 ALCAN에 대해서도 서면법을 적용하였는데, 캐나다 정부는 자국 회사인 ALCAN에 대한 서면법의 역외적용은 국제법에 합치되지 않는다고 항의하였다. 이 사건은 당시 연방대법원의 구성 문제를 이유로 불가피하게 연방제2항소법원에서 진행되었기 때문에, 이 판결은 형식상 하급심 판결일 뿐 그 실질은 연방대법원 판결과 같은 지위에 있다.

판결이 승인·집행될 수 없도록 하는 대항법(blocking statute)을 제정하기도 하였다.²⁾ 그러나 미국과 함께 세계 경쟁법의 양대 축을 형성하고 있는 유럽연합(European Union, 이하 ‘EU’)도 1970년대부터 국제카르텔 사건에서 경제단일체(single economic entity)이론³⁾ 또는 담합실행지(place of implementation)이론⁴⁾을 원용하고, 기업결합 사건에서 영향이론⁵⁾을 원용하며 경쟁법을 역외적용하고 있는 바,⁶⁾ 경쟁법의 역외적용 자체가 국제법에 위반된다는 주장은 오늘날 더 이상 찾아보기 어렵다. 다만 역외적용 입법은 외국정부의 동의가 없어도 가능하지만 역외집행은 주권평등의 원칙상

외국정부의 동의가 반드시 필요하기 때문⁷⁾, 주요 경쟁법 집행 국가들은 가격·생산량·시장(고객)분할·입찰 담합처럼 경쟁제한효과가 뚜렷한 하드코어 카르텔과 관련하여 담합 혐의가 있는 외국회사에 대한 조사협조, 정보공유, 문서송달 등과 관련하여 상호주의에 바탕을 둔 양자 행정협정이나 양해각서를 통해 협력하는데 주력하고 있다.⁸⁾

한편 우리나라는 2004. 12. 31. 법률 제 7315호로 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 ‘독점규제법’ 또는 ‘법’)을 개정하면서 ‘제2조의2(국외행위에 대한 적용)’ 조항을 신설하여 “이 법은 국외에서

- 2) 프랑스의 1968년 Loi n°68-678 및 1980년 Loi n° 80-538, 호주의 1979년 Foreign Antitrust Judgments (Restriction of Enforcement) Act, 영국의 1980년 Protection of Trading Interests Act, 캐나다의 1985년 Foreign Extraterritorial Measures Act 등. 대항법에는 외국 경쟁당국의 조사에 협조한 자국민을 형사 처벌할 수 있도록 하는 조항도 있는데, 이는 조사에 협조한 자국민을 실제로 처벌하기 위한 것이 아니라 조사 불응을 정당화시킴으로써 자국민을 보호하기 위한 것이다.
- 3) 외국 모회사의 EC 역내 자회사가 가격담합을 한 경우 외국 모회사에 대해서도 경쟁법이 역외적용된다는 이론. *Imperial Chemical Industrial Ltd. v. Commission*, Case 48/69, [1972] ECR 619.
- 4) 외국회사가 외국에서 행한 가격담합이 EC 역내에서 실행된 경우 경쟁법이 역외적용될 수 있다는 이론. *Ahlström Osakeyhtiö and others v. Commission*, [89/85, 114/85, 116-117/85, 125-129/85] [1988].
- 5) 국외 기업결합이 EU 시장에 직접적이고 상당하고 예측 가능한 영향(“immediate, substantial and foreseeable effect”)을 미친다면 경쟁법이 역외적용된다는 이론. *Gencor Ltd v. Commission*, Case T-102/96 [1996].
- 6) EU 경쟁법의 역외적용 이론에 대한 보다 자세한 설명은 다음을 참조. Geradin Damien et al, *Extraterritoriality, Comity and Cooperation in EC Competition Law* (July 2008), <<https://ssrn.com/abstract=1175003>>. EU 경쟁법의 역외적용과 별개로 EU 회원국도 자국 경쟁법을 역외적용할 수 있다. 독일은 자국 경쟁법에 명문으로 영향이론에 근거한 역외적용 조항을 두고 있다.
- 7) 경쟁법과 관련한 다자조약은 존재하지 않으며 가까운 장래에도 다자조약 탄생의 기대하기란 극히 어렵다. 보다 자세한 논의는 다음 문헌을 참조. 주진열, “글로벌경쟁정책과 무역 이슈의 최근 동향,” 통상법률 통권 제101호, 2011; Diane P. Wood, “The Impossible Dream: Real International Antitrust,” 1992 *U. Chi. Legal F.* 277.
- 8) 보다 자세한 내용은 다음 문헌을 참조. Jörg Philipp Terhechte, *International Competition Enforcement Law Between Cooperation and Convergence* (Springer, 2011).

이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다”라고 규정함으로써 영향이론에 근거한 역외적용을 입법으로 분명히 하였다. 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)는 법 제2조의2가 신설되기 이전에 흑연전극봉 국제카르텔 사건에서 일본의 Showa Denko(昭和電工) 등 6개 외국회사에 대해 독점규제법을 처음으로 역외적용하였는데(공정위 의결 제2002-077호 2002. 4. 4), 대법원은 2006년 Showa Denko 판결에서 공정위의 처분 당시 독점규제법에 역외적용 명문 조항이 없었더라도 “외국사업자가 외국에서 다른 사업자와 공동으로 경쟁을 제한하는 합의 ... 대상에 국내시장이 포함되어 있어서 그로 인한 영향이 국내시장에 미쳤다면 그 합의가 국내시장에 영향을 미친 한도 내에서” 독점규제법을 적용

할 수 있다고 하였다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결).⁹⁾ 이 판결은 법 제2조의2가 신설된 이후에 선고된 것이지만, 이 조항의 입법과 무관하게 법해석상 영향이론에 근거하여 역외적용을 인정하였다는 점에서 의미가 있다. 대법원은 위 판결에서 영향이론 원칙만 언급하였을 뿐 역외적용 요건으로서의 ‘영향’이 어느 정도의 영향인지는 언급하지 않았다.

법 제2조의2의 “영향”의 의미는 일본의 All Nippon Airway(全日本空輸, 이하 ‘ANA’) 등 전 세계 26개 항공사가 가담한 항공화물운송 유류할증료 국제카르텔 사건에서 밝혀졌는데,¹⁰⁾ 대법원은 2014년 ANA 판결(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결, 이하 ‘대상판결’)¹¹⁾에서 (i) 독점규제법

9) 흑연전극봉 국제카르텔 사건과 Showa Denko 판결을 미국/EU의 역외적용 법리와 비교하며 논한 문헌으로는 다음을 참조. 김민서, “한국 경쟁법의 역외적용과 국제법적 평가,” 국제법학회논총 제51권 제3호, 2006; 김석호, “《競爭法(獨禁法)》의 域外適用을 위한 논리적 근거: 美國의 입장에 대한 비판적 고찰,” 국제법학회논총 제46권 제2호, 2001; 김석호, “미국 경쟁법상 ‘처벌법규’의 역외적용 - 한국 경쟁법에 주는 의미를 고려하며”, 통상법률 통권 제75호, 2007; 김원기, “국제카르텔에 대한 독점규제법의 역외적용-대상판결: 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결,” 기업법연구 제20권 제4호, 2006; 서헌제, “공정거래법의 역외적용: 실체규정의 역외적용을 중심으로,” 통상법률 통권 제23호, 1998; 서동원/이동미, “외국사업자에 대한 공정거래법의 역외적용, 공법연구 제33집 제5호, 2005; 석광현, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 역외적용,” 판례연구 제21집(2), 2007; 신현운, “경쟁법 역외적용의 최근동향,” 경쟁법연구 제20권, 2009; 허선, “국제카르텔에 대한 공정거래법 역외적용의 경험과 논리 - 흑연전극봉 국제카르텔 사건을 중심으로,” 경쟁법연구 제9권, 2003; 최승필, “경쟁법의 역외적용에 대한 법적검토,” 외법논집 제33권 제1호, 2009.

10) 이 사건 공정위 의결서는 다음과 같다. ① 한국발 세계행 답합: 공정위 의결 제2010-143호 2010. 11. 29, ② 유럽발 한국행 답합: 공정위 의결 제2010-144호 2010. 11. 29, ③ 일본발 한국행 답합: 공정위 의결 제2010-145호 2010. 11. 29. 한편 ②, ③과 같이 외국발 한국행 노선의 경우 실행지 국제국의 제재가 가능하기 때문에 공정위의 처분은 이중제재가 될 수 있다는 취지의 비판으로는 다음을 참조. 권오승, “한국 독점규제법의 역외적용 - 항공화물 국제cartel 사건을 중심으로,” 경쟁법연구 제24권, 2013, 157-164면; 최지현, “공정거래법 역외적용의 기준과 범위-항공화물운임 담합 판결을 중심으로,” 경제법연구 제15권 제1

은 국외행위가 “국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향”을 미치는 경우에만 제한적으로 적용되고(이하 ‘직접성·상당성·예측성 요건’이라고 함), (ii) 국외행위가 독점규제법에 위반되지만 외국법상 적법한 경우에는 해당 국가의 정당한 이익이 현저히 우월한지 등을 고려하여 역외적용을 제한할 수 있다는 법리를 처음으로 제시하였다는 점에서 그 의미가 크다.¹²⁾ 이에 본고는 대상판결에서 처음 제시된 역외적용 법리의 의미와 함께 이와 관련하여 제기될 수 있는 문제를 판례평석의 형식을 빌려 분석하고자 한다.

II. 독점규제법의 역외적용 관련법령 및 사례

대상판결 법리와 관련 문제를 검토하기에 앞서 관련법령의 입법 배경과 대상판결 이전에 있었던 공정위의 역외적용 사례를 간략하게 살펴본다.

1. 관련법령의 입법 배경

2004년 독점규제법의 역외적용과 관련한 신설된 조항으로는 법 제2조의2 외에도 공정위의 국제협력에 관한 제36조의2¹³⁾, 문서송달에 관한 제53조의3¹⁴⁾(2007년 개정)이 있다. 이들 조항의 입법 배경에는 서론에서 언급한 흑연전극봉 국제카르텔 사건이 있었는데, 이 사건을 개관하면 다음과 같다.

1997-8년 미국 연방법무부와 EU 경쟁당

호, 2015, 60-61면. 그러나 경쟁법의 역외적용 자체가 이중제재 가능성을 전제로 한 것이고 독점규제법상 제재 여부는 공정위의 재량이므로, 유럽발 한국행 담합 사건에서 EU의 제재 여부와 무관하게 한국 공정위로서는 당연히 법령에 따른 처분을 할 수 있다고 할 것이다. 일본 경쟁당국은 자국 항공사의 담합이 적법하다는 이유로 어떠한 제재도 하지 않았다.

- 11) 원고 ANA는 한국발 세계행 노선 및 일본발 한국행 노선의 유류할증료 담합에 가담하였는데, 공정위는 각 노선별로 2개의 처분을 하였다(한국발 세계행 - 공정위 의결 제2010-143호 2010. 11. 29, 한국발 세계행 - 공정위 의결 제2010-145호 2010. 11. 29).
- 12) 대법원은 공정위의 처분이 적법하다는 원심(서울고등법원 2012. 5. 16. 선고 2010누45912 판결)을 수긍하였다. ANA 판결 뒤에 선고된 JAL(日本航空)의 상고심 판결(대법원 2014. 5. 29. 선고 2012두25132 판결)도 이와 같으므로, 본고에서는 ANA 판결만 언급한다. Air France 등 일본을 제외한 다른 나라 항공사들의 상고심 판결(대법원 2014. 12. 24. 선고 2012두6216 판결 등)도 있지만 외국법상 적법행위에 대한 법리 설시는 없다.
- 13) “① 정부는 대한민국의 법률 및 이익에 반하지 않는 범위 안에서 외국정부와 이 법의 집행을 위한 협정을 체결할 수 있다. ② 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의하여 체결한 협정에 따라 외국정부의 법집행을 지원할 수 있다. ③ 공정거래위원회는 제1항의 규정에 의한 협정이 체결되어 있지 않은 경우에도 외국정부의 법집행 요청 시 동일 또는 유사한 사항에 관하여 대한민국의 지원요청에 응한다는 요청국의 보증이 있는 경우에는 지원할 수 있다.”
- 14) 2004년 구법 내용은 아래 각주 17) 및 18) 참조.

국은 흑연전극봉(Graphite Electrodes)¹⁵⁾을 생산·판매하는 8개 회사의 국제카르텔을 적발하였는데, 이들 중 6개 회사(일본 4개 회사, 미국 1개 회사, 독일 1개 회사)의 흑연전극봉 판매지역에 한국시장이 포함되어 있었다. 이에 공정위는 6개 회사의 가격담합은 법 제19조 제1항 제1호의 부당한 가격결정에 해당된다는 이유로 각 회사에 대해 과징금 등의 처분을 하였다(공정위 의결 제2002-077호 2002. 4. 4). 이들 6개 회사의 담합 기간인 1992년부터 1998년에는 역외적용에 관한 명문 조항이 없었지만, 공정위는 6개 회사가 1992. 5.부터 1998. 2.까지 약 553백만 달러의 흑연전극봉을 한국시장에 판매하였고, 흑연전극봉의 한국시장가격이 1992년 톤당 평균 2,255 달러에서 1997년 톤당 평균 3,356 달러로 약 49% 상승하는 등 합의 및 실행에 따른 ‘영향’이 한국시장에 미쳤으므로 독점규제법을 적용할 수 있다고 보았다.

한편 공정위는 이 사건을 처리하면서 국내 지점이 없는 외국회사에 대한 처분 의결서 송달에 실무상 어려움을 겪었는데, 결국 한글로 작성된 의결서를 국제등기우편으로 외국회사에 송달하였다.¹⁶⁾ 국제카르텔 사건에서 행정문서 송달과 관련한 실무상 난점을 해결하기 위해 2004년 독점규제법이 개정되었는데, 문서송달은 행정절차법을 준용하되 국내 지점이 없는 외국회사에 대해서는 관보 등을 이용한 공시송달이 가능하도록 제53조의2 제1항¹⁷⁾ 및 제2항¹⁸⁾이 신설되었다. 한편 *Showa Denko* 판결에서 대법원은 국내에 주소·거소·영업소 또는 사무소가 없는 외국회사에 대해서도 우편송달의 방법으로 문서를 송달할 수 있다고 하였는데, 이 판결을 계기로 2007년에 구법 제53조의3 제2항이 개정되고¹⁹⁾ 국내 지점 또는 대리인이 없는 외국회사에 대해서도 행정절차법에 따라 문서를 송달하도록 같은 조에 제3항²⁰⁾이 신설되었다.

15) 흑연전극봉은 주로 전기 용광로에서 고철을 녹이고 철을 제련하는데 필요한 약 3,000도 이상의 강한 열을 발생시키기 위하여 사용되는 기둥 형태의 흑연이다.

16) 이 사건에서 공정위의 문서송달 문제에 대한 논의는 다음을 참조. 허선, 전계논문, 236-237면.

17) “① 문서의 송달은 행정절차법 제14조 내지 제16조의 규정을 준용한다.”

18) “② 제1항의 규정에 불구하고 국외에 주소를 두고 있는 사업자 또는 사업자단체에 대해서는 국내에 대리인을 지정하도록 하여 동 대리인에게 송달하고, 해당 사업자 또는 사업자단체가 국내 대리인을 지정하지 아니한 경우에는 관보·공보·게시판·일간신문 중 하나 이상에 공고하고 인터넷에도 공고하여야 한다.”

19) “② 제1항의 규정에 불구하고 국외에 주소·영업소 또는 사무소(이하 “주소등”이라 한다)를 두고 있는 사업자 또는 사업자단체에 대해서는 국내에 대리인을 지정하도록 하여 동 대리인에게 송달한다.”

20) “③ 제2항에 따라 국내에 대리인을 지정하여야 하는 사업자 또는 사업자단체가 국내에 대리인을 지정하지 아니한 경우에는 제1항에 따른다.”

헌행법 제52조의2는 외국회사에 대한 행정문서 송달과 관련한 국내법적 근거가 될 수 있다는 점은 분명하지만 국제법 차원에서 보면 외국회사의 국적국에 대해서는 어떠한 구속력도 없다는 한계가 있다. 공정위가 의결서를 행정절차법에 따라 적법하게 외국회사에 송달할 수 있다는 것과는 무관하게, 행정문서 송달은 우리나라가 가입한 1965년 「민사 또는 상사에 관한 재판상 및 재판외문서의 외국에서의 송달과 고지에 관한 협약」²¹⁾의 적용 대상이 아니므로, 외국회사 국적국이 대륙법계 국가인 경우에는 우리나라 공정위의 일방적 송달 행위는 주권평등 원칙에 위반된다고 주장할 수도 있다.²²⁾ 이처럼 해당 국적국이 공정위의 송달을 인정하지 않는다면 역외적용의 실효성은 크게 반감될 수밖에 없다는 문제가 있다.

2. 대상판결 전·후의 역외적용 사례

공정위는 대상판결이 있기 전까지 앞서 살펴본 흑연전극봉 사건 외에도 비타민 국

제카르텔 사건(공정위 의결 제2003-098호 2003. 4. 29), 복사용지 국제카르텔 사건(공정위 의결 제2009-047호 2009. 1. 30), 마린호스 국제카르텔 사건(공정위 의결 제2009-152호 2009. 7. 3), 호주 철광석 회사(BHPB/Rio-Tinto)의 조인트벤처 설립 사건²³⁾에서도 국외행위에 대해 독점규제법을 적용하였다.²⁴⁾ 이들 사건은 공정위 또는 서울고등법원 단계에서 종결·확정되었기 때문에 대법원 판례는 없다.

III. 역외적용의 제한 원리로서 직접성·상당성·예측성 요건과 관련 문제

1. 대상판결의 요지

법 제2조의2는 영향이론에 근거하여 역외적용을 인정하고 있다. 그런데 법 제2조의2가 말하는 “국내시장에 영향을 미치는 경우”에서 “영향”이 구체적으로 어떤 의미인지 분명하지 않다. 대상판결은 역외적용 요건을 보다 구체적으로 밝히기에 앞서 다음과 같은 점을 지적하였다.

21) Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters(이하 ‘헤이그송달협약’). 헤이그송달협약이 행정문서 송달에도 적용될 수 있는지 여부와 관련하여 대륙법계 국가는 부정적이고 영미법계 국가는 긍정적이다.

22) 공법·사법을 엄격하게 구별하는 유럽 국가들은 행정권 발동과 관련한 문서송달에는 헤이그송달협약이 적용되지 않는다고 보고 1982년 「행정사건에 관한 문서의 국외 송달에 관한 유럽조약」을 체결하였다.

23) 공정위의 심사보고서가 송달된 후 관련 회사들이 조인트벤처 설립 계획을 철회하여 공정위 의결서는 없다.

24) 이들 사건에 대한 설명으로는 다음을 참조. 권오승, 전게논문, 153-156면.

국가 간의 교역이 활발하게 이루어지는 현대 사회에서는 국외에서의 행위라도 그 행위가 이루어진 국가와 직·간접적인 교역이 있는 이상 국내 시장에 어떠한 형태로든 어느 정도의 영향을 미치게 되고, 국외에서의 행위로 인하여 국내시장에 영향이 미친다고 하여 그러한 모든 국외행위에 대하여 국내의 공정거래법을 적용할 수 있다고 해석할 경우 국외행위에 대한 공정거래법의 적용범위를 지나치게 확장시켜 부당한 결과를 초래할 수 있다.

위 판시 중에서 “국외행위에 대한 공정거래법의 적용범위를 지나치게 확장시켜 부당한 결과”란 국가간 마찰 등 주권충돌 우려를 의미하는 것으로서 국제예양(international comity) 관념을 암묵적으로 반영한 것으로 보인다. 이러한 관념에 따라 대법원은 법 제2조의2의 “국내시장에 영향을 미치는 경우”라고 함은 “문제된 국외행위로 인하여 국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치는 경우로 제한 해석”해야 한다고 판단한 것으로 이해된다. 대상판결의 직접성·상당성·예측성 요건에 따르면 국외행위가 국내시장에 미

치는 영향이 (i) 간접적이거나, (ii) 직접적이라고 하더라도 그 영향의 정도가 미미하거나, 또는 (iii) 그 영향을 합리적으로 예측하기 어려운 경우에는 국가간 마찰을 피하기 위하여 역외적용이 제한될 수 있다.

또한 대상판결은 “국외에서 사업자들이 공동으로 한 경쟁을 제한하는 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있다면, 특별한 사정이 없는 한 그 합의가 국내시장에 영향을 미친다고 할 것이어서 이러한 국외행위에 대하여는 공정거래법 제19조 제1항 등을 적용할 수 있다”고 하였는데, 이 판시의 취지에 따르면 한국시장을 직접 대상으로 가격담합이나 입찰담합처럼 하드코어 카르텔(hardcore cartel)의 경우에는 직접성·상당성·예측성 요건이 충족된 것으로 볼 수 있을 것이다.²⁵⁾

2. 검토

가. 미국 대외무역반독점촉진법(FTAIA) 상 서면법 역외적용 요건과 비교

한편 대상판결의 직접성·상당성·예측성 요건은 1982년 미국의 대외무역반독점촉진법(Foreign Trade Antitrust Improvement Act, 이하 ‘FTAIA’)에 규정된 서면법 역외적용

25) 단 실행이 없는 가격담합의 경우에는 법 제19조 제1항의 부당공동행위에 해당된다고 하더라도 상당성 요건을 충족하기가 어려울 수도 있다.

요건 중 하나인 “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect”(이하 ‘직접성 등’이라고만 함)와 문언상 동일하다. 그런데 다음과 같은 사정, 즉 (i) FTAIA에는 서면법 역외적용 요건으로서 직접성 등 요건 외에도 다른 요건들이 있다는 점, (ii) FTAIA가 영향이론 법리를 단순히 성문화한 것인지 여부도 분명하지 않다는 점, (iii) FTAIA 법리는 주로 서면법 위반 손해배상 등 민사사건²⁶⁾에서 형성되어 미국 특유의 집단소송·원고적격·사물관할권 등 절차법적 쟁점이 실체법 쟁점과 극히 복잡하게 얽혀있다는 점을 고려하면, FTAIA 법리가 향후 우리 법원에서 그대로 수용될 가능성은 매우 적다. 이에 이하에서는 FTAIA 제정 배경과 연방법원의 법리 전개 과정을 간략하게 살펴보는 정도로 그친다.

먼저 FTAIA 제정 배경을 보면 다음과 같다. 서론에서 언급한 것처럼 영향이론에 근거한 1945년 *Aloca* 판결²⁷⁾ 이래 연방법무부는 국외 카르텔에 대해 서면법을 적극적으로 역외적용하였다. 그러나 국외 카르텔에 가담한 기업의 국적국이 크게 반발하

는 등 국제마찰이 발생하자, 연방제9항소법원은 1976년 *Timberlane* 판결²⁸⁾에서 영향이론에 따라 재판관할권이 성립하더라도 국제예양에 기한 타국 이익을 참작하여 역외적용 여부를 결정해야 한다는 이익형량이론(balancing doctrine)을 새롭게 제시하였다. 그러나 개별 사건에서 구체적으로 어떻게 이익형량을 할 수 있는지 객관적인 판단기준이 없고, 본질적으로 정치적 문제인 대외관계 문제를 법원이 결정하는 것 자체가 적절하지 않다는 비판도 있었다.²⁹⁾ 이처럼 *Aloca* 판결의 영향이론과 *Timberlane* 판결의 이익형량이론에 대한 논란이 거듭되는 과정에서 1982년 미국 의회는 서면법의 적용범위를 제한하는 FTAIA를 제정하였다. 그런데 FTAIA는 “서면법은 (수입거래가 아닌) 외국과의 거래 행위로서 (1) 그 행위가 (A) 외국과의 거래가 아닌 거래 또는 외국과의 수입거래 (B) 또는 미국 내에서 미국 수출업자의 외국과의 수출거래에 직접적이고 상당하고 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치고 (2) 그 영향이 서면법상 청구원인이 되지 못하면 적용되지 아니한다”³⁰⁾라고 상당히 복잡하게 규정하고

26) 대부분 연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Procedure)에 따른 민사사건으로 진행되고 연방법무부가 기소한 형사사건은 소수에 그친다.

27) *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945).

28) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

29) David Gerber, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization* (Oxford University Press, 2010), p. 7.

30) 원문: “[The Sherman Act] shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or

있는데, 연방법원은 FTAIA의 문구가 조악하다(“inelegantly phrased”)고 평하기도 하였다.³¹⁾ 이처럼 FTAIA의 문언 자체를 정확하게 이해하기가 어렵기 때문에 서면법의 역외적용 기준이 무엇인지 오늘날까지 논란의 대상이 되고 있다.³²⁾ 다만 서면법은 1890년 제정 당시부터 이미 당해 법률은 미국 내 주간 거래 뿐 아니라 외국과의 거래(“trade or commerce among the several States, or with foreign nations”)에 적용된다고 규정하고 있으므로, 미국으로 상품이 수입되는 ‘수입거래’(import commerce) 경

우³³⁾ ① 직접성 등 요건(“direct, substantial, and reasonably foreseeable effect”) 및 ② 서면법상 청구원인 요건(“such effect gives rise to a claim”)과 무관하게 종전 영향이론 법리에 따라 서면법이 역외적용된다고 볼 수 있다. 그러나 ‘수입거래가 아닌 외국과의 거래’ 행위의 경우 ① 및 ② 요건이 무엇을 의미하는지 명확하지 않다. 다만 FTAIA의 문언상 위의 ① 요건과 함께 ‘국내피해예외’(domestic injury exception) 요건으로도 칭해지는 ② 요건³⁴⁾이 충족되어야 서면법이 역외적용될 수 있다는 점은 분명

import commerce) with foreign nations unless - (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of [the Sherman Act], other than this section.”

31) Cf. *Carpet Grp. Int'l v. Oriental Rug Imps. Ass'n*, 227 F.3d 62, 69 (3d Cir. 2000); *United States v. Nippon Paper Indus. Co.*, 109 F.3d 1, 4 (1st Cir. 1997).

32) FTAIA의 태생적 불명확성을 지적하고 각 연방하급심의 견해 차이를 논한 문헌들로는 예컨대 다음을 참조. Gerard F. Bifulco, “From Sea to Shining Sea: A New Approach to Interpreting the Foreign Trade Antitrust Improvements Act,” 64 Emory L.J. 869 (2015); Richard W. Becklert & Matthew H. Kirtland, “Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law: What Is a “Direct, Substantial, and Reasonably Foreseeable Effect” Under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act?” 38 Tex. Int'l L.J. 11 (2003); Edward D. Cavanagh, “The FTAIA and Subject Matter Jurisdiction over Foreign Transactions under the Antitrust Laws: The New Frontier in Antitrust Litigation,” 56 S.M.U. L. Rev. 2151 (2003); Ronald W. Davis, “International Cartel and Monopolization Cases Expose a Gap in Foreign Trade Antitrust Improvement Act,” 15 Antitrust 53 (2001); Rene H. DuBois, “Understanding the Limits of the Foreign Trade Antitrust Improvement Act Using Tort Law Principles as a Guide,” 58 N.Y. L. Sch. L. Rev. 707 (2013-2014); Jordan A. Dresnick et al, “The United States as Global Cop: Defining the ‘Substantial Effects’ Test in U.S. Antitrust Enforcement in the Americas and Abroad,” 40 Univ. of Miami Inter-Am. L. Rev. 453 (2009); Richard Lobas, “A Quest for Consistency: The Meaning of Direct in the Foreign Trade Antitrust Improvements Act,” 5 Global Bus. L. Rev. 1 (2016); Diamond S. Lynn, “Empagran, the FTAIA and Extraterritorial Effects: Guidance to Courts Facing Questions of Antitrust Jurisdiction Still Lacking,” 31 Brook. J. Int'l L. 805 (2006); Edward Valdespino, “Shifting Viewpoints: The Foreign Trade Antitrust Improvement Act, a Substantive or Jurisdictional Approach,” 45 Tex. Int'l L. J. 457 (2009).

33) 예컨대 외국 기업들이 가격을 담합한 상품이 미국에 수입된 경우.

하므로, 수입거래가 아닌 국외행위에 대해 서면법의 역외적용을 주장하는 자는 ① 요건 외에도 서면법 위반으로 인해 국내피해가 발생하여 ‘원고의 청구원인’³⁵⁾이 있음을 증명해야 한다. 여하튼 ① 요건은 기본적으로 영향이론을 반영한 것으로 보이지만, 연방대법원은 1993년 *Hartford Fire Insurance* 판결³⁶⁾에서 FTAIA 문언이 모호하여 종전 판례법을 단순히 성문화한 것인지 아니면 변경한 것인지 여부는 알 수 없다고 하였다. FTAIA에는 직접성·상당성·예측성의 구체적인 판단기준은 없는데, 실제 사건에서 당사자들은 직접성 문제를 주로 다투었기 때문에 판례도 자연히 직접성 요건을 중심으로 형성되어 있다. 연방제9항소법원은 (i) 국외행위로 인한 국내영향이 어떠한 매개도 없이 즉시 나타나야 직접성이 인정된다는 입장이지만,³⁷⁾ 연방제7항소법원은 (ii) 국외행위와 국내영향 사이에 합리적으로 상당한 견련성(reasonably proximate causal nexus) 정도만 인정되면 직접

성이 충족된다는 입장이다.³⁸⁾ 서면법의 역외적용을 주장하는 원고의 입장에서 보면 전자의 기준보다 후자의 기준을 적용할 때 증명책임이 완화된다. 이처럼 직접성 판단 기준은 하급심 차원에서 서로 다르게 형성되어 있는데, 아직까지 연방대법원은 이 문제를 명시적으로 해결하지 않고 있다.

여하튼 서면법의 역외적용을 위해서는 ① 직접성 등 요건 및 ② 서면법상 청구원인 또는 국내피해예외 요건이 모두 충족되어야 한다는 점은 분명하지만, ② 요건이 ① 요건과 함께 실체법상 청구 요건인지 아니면 연방법원의 사물관할권(subject matter jurisdiction)을 제한하는 것인지와 관련하여 논란이 있었다. 민사사건에서 ② 요건이 (i) 사물관할권 제한 조항이라면 연방민사소송규칙(Federal Rule of Civil Procedure) 12(b)(1)³⁹⁾에 따라 원고가 연방법원의 관할권 성립을 증명해야 하는 반면, (ii) 실체법상 추가적인 청구 조항이라면 같은 규칙 12(b)(6)⁴⁰⁾에 따라 피고가 원고의 청구 주

34) FTAIA는 일정한 요건에 해당되지 않으면 서면법은 역외적용되지 않는다는 식으로 규정하고 있는바, 국내 피해가 발생한 경우에는 예외적으로 서면법이 역외적용된다는 의미에서 ‘국내피해예외’ 요건이라 한다.

35) *F. Hoffman-La Roche Ltd v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155, 174-75 (2004).

36) *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764, 797 (1993) (“[U]nclear is whether the Act’s “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect” standard amends existing law or merely codifies it”).

37) *United States v. LSL Biotechnologies*, 379 F.3d 672 (9th Cir. 2004).

38) *Minn-Chem, Inc. v. Agrum Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012) (en banc).

39) “Every defense to a claim for relief in any pleading must be asserted in the responsive pleading if one is required. But a party may assert the following defenses by motion: (1) lack of subject-matter jurisdiction.”

40) “...(6) failure to state a claim upon which relief can be granted.”

장이 이유 없음을 증명해야 한다. 따라서 원고 입장에서는 피고에게 증명책임을 부담시키는 실체법상 추가적 청구 조항으로, 피고 입장에서는 원고에게 증명책임을 부담시키는 사물관할권 제한 조항으로 해석되는 것이 유리하다. 이 문제와 관련하여 당초 연방하급심은 ② 요건은 사물관할권 제한 조항이라고 해석하였다.⁴¹⁾ 그러다 연방대법원이 2006년 *Arbaugh* 판결⁴²⁾에서 의회가 명시적으로 연방법원의 관할권 제한을 명시한 조항이 아닌 경우에는 해당 조항을 관할권 제한 조항으로 볼 수 없다⁴³⁾는 법리를 제시하자, 연방하급심은 FTAIA에는 관할권 제한에 대한 명시적 규정이 없다는 이유로 종전 입장을 변경하여 ② 요건은 실체법상 청구 요건이라고 하였

다.⁴⁴⁾ 판례는 셔먼법 위반 손해배상 사건에서 국외행위의 ① 요건의 영향으로 인해 ② 요건, 즉 원고의 피해가 초래되었다는 합리적 상당 인과관계(reasonable proximate causation)의 증명이 요구된다고 본다.⁴⁵⁾

위에서 살펴본 것처럼 대상판결이 독점규제법 역외적용 요건으로 제시한 “직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향”은 FTAIA에 규정된 셔먼법 역외적용 요건 중 하나인 “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect”와 문언상 동일하지만, 대상판결에는 FTAIA의 국내피해예외 요건에 해당하는 내용은 없다. 이 점에서 대상판결의 법리는 FTAIA에 따른 셔먼법 역외적용 요건과 같다고 볼 수 없으므

41) *United Phosphorus, Ltd. v. Angus Chem. Co.*, 322 F.3d 942 (7th Cir. 2003); *Den Norske Stats Oljeselskap As v. HeereMac V.O.F.*, 241 F.3d 420 (5th Cir. 2001); *Filetech S.A. v. France Telecom S.A.*, 157 F.3d 922, 931 (2d Cir. 1998); *Carpet Group Int'l. v. Oriental Rug Importers Association*, 227 F.3d 62, 69 (3d Cir. 2000); *McGlinchy v. Shell Chem. Co.*, 845 F.2d 802 (9th Cir. 1988); *United States v. Anderson*, 326 F.3d 1319 (11th Cir.); *Caribbean Broad. Sys., Ltd. v. Cable & Wireless PLC*, 148 F.3d 1080 (D.C. Cir. 1998).

42) *Arbaugh v. Y & H Co.*, 546 U.S. 500 (2006). 이 판결은 고용차별을 금지하는 연방민권법(Civil Rights Act of 1964)에 따른 개인의 청구 요건에 관한 것이다.

43) *Id.*, p. 516 (“when Congress does not rank a statutory limitation on coverage as jurisdictional, courts should treat the restriction as nonjurisdictional in character”).

44) *Animal Science Products. v. China Minmetals Co.*, 654 F.3d 462, 466 (3d Cir. 2011); *Minn-Chem, Inc. v. Agrium, Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012); *United States v. Hui Hsiung*, 778 F.3d 738 (9th Cir. 2014); *Lotes Co. v. Hon Hai Precision Industry Co.*, 753 F.3d 395 (2d Cir. 2014). 이에 대해 *Arbaugh* 판결은 연방민권법에 관한 것이고 이 판결에서 연방대법원이 FTAIA를 언급하지도 않았고 당초 미국 의회는 FTAIA를 연방법원의 사물관할권 제한을 위해 입법된 것이라는 비판도 있다. Abbott B. Lipsky, Jr. & Kory Wilmot, “The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Did Arbaugh Erase Decades of Consensus Building?” *The Antitrust Source* (August 2013), pp. 6-9.

45) *Empagran S.A. v. Hoffmann-LaRoche, Ltd.*, 417 F.3d 1267 (D.C. Cir. 2005); *In re Monosodium Glutamate Antitrust Litig.*, 477 F.3d 535 (8th Cir. 2007); *In re Dynamic Random Access Memory (DRAM) Antitrust Litig.*, 546 F.3d 981 (9th Cir. 2008); *Lotes Co. v. Hon Hai Precision Indus.*, 753 F.3d 395 (2d Cir. 2014).

로, 향후 독점규제법 역외적용 사건에서 FTAIA 법리가 그대로 원용될 수는 없을 것이다.

나. 직접성·상당성·예측성 여부 판단에서 고려요소

대상판결은 직접성·상당성·예측성 요건이 충족되는지 여부는 “문제된 행위의 내용·의도, 행위의 대상인 재화 또는 용역의 특성, 거래 구조 및 그로 인하여 국내시장에 미치는 영향의 내용과 정도 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단”하여야 한다고 하였다. 대상판결 사건은 법 제19조 제1항 제1호의 가격담합 사건이지만, 위 판시는 법 제3조의2 제1항의 시장지배적지위 남용, 제7조 제1항의 기업결합규제, 제23조 제1항의 불공정거래행위 등 독점규제법 전반에 걸쳐 적용될 수 있는 일반 법리로 제시된 것인데, 위 판시에서 예시된 각 고려요소가 너무 추상적이어서 이들 요소를 어떻게 종합적으로 고려해서 역외적용 여부를 판단할 수 있는지 분명하지 않다는 문제가 있다.⁴⁶⁾

대상판결 사건과 같은 가격담합 사안을 상정해보더라도, 예컨대 담합 대상인 상품

의 특성이 무엇을 의미하는지, 담합 대상인 상품의 거래구조가 한국시장에 대한 직접 수출이 아니라 제3국 회사를 통한 간접 수출이라면 직접성이나 예측성이 부정된다는 것인지, 국내시장에 대한 영향의 ‘내용’이 구체적인 경쟁제한효과를 의미하는지, 영향의 정도가 ‘어느 정도’면 상당성이 인정된다는 것인지, 위 판시 내용만으로는 알기가 어렵다. 다만 앞서 언급한 것처럼 대상판결은 “국외에서 사업자들이 공동으로 한 경쟁을 제한하는 합의의 대상에 국내시장이 포함되어 있다면, 특별한 사정이 없는 한 그 합의가 국내시장에 영향을 미친다”는 입장이므로 한국시장을 직접 대상으로 한 가격담합처럼 경쟁제한효과가 뚜렷한 국외 카르텔은 직접성 등 요건이 충족된다고 볼 수 있을 것이다.⁴⁷⁾ 이처럼 경쟁제한효과가 분명한 카르텔이 아닌 국외행위의 경우 위의 각 요소를 어떻게 고려해서 직접성·상당성·예측성을 인정할 수 있을지는 향후 구체적인 개별 사건을 통해 밝혀질 수밖에 없을 것이다. 이하에서는 국외 카르텔이 한국시장을 직접 대상으로 하지 않았더라도 담합 대상 제품이 최종적으로 한국시장으로 수입된 경우를 상정하여 직접성 문제에 대해 좀 더 살펴본다.

46) 미국 FTAIA의 직접성 등 요건의 문언상 의미도 불분명하고 연방법원의 판례도 모호하다는 점은 앞서 지적한 바와 같다. 미국 FTAIA 판례를 보더라도 직접성 등 판단기준과 관련하여 대상판결이 제시한 접근 방식은 찾아볼 수 없다.

47) 그럼에도 불구하고 직접성 등이 부인될 수 있는 “특별한 사정”이 과연 어떤 사정인지는 여전히 불분명하다.

다. 국외 카르텔과 직접성 요건 문제

독점규제법의 보호 법익은 국내시장의 경쟁이지 국외시장의 경쟁이 아니므로 국외 카르텔이 국내시장이 아니라 국외시장을 직접 대상으로 삼았다면 원칙적으로 독점규제법이 역외적용될 여지가 없다. 예컨대 중국 회사들로 구성된 카르텔이 오로지 미국 시장을 직접 대상으로 가격담합을 하였고 당해 담합이 한국시장에 영향을 미치지 않았다면 우리나라 독점규제법이 역외적용될 수 없는 것이다.

그러나 한국시장을 직접 대상으로 하지 않은 국외 카르텔의 담합 대상 제품이 제3국 회사를 통해 결국 한국시장으로 수입된 경우에는 국외행위가 한국시장에 어떠한 영향도 미치지 않았다고 단정할 수 없다. 그렇다고 해서 한국시장을 직접 대상으로 하지 않은 국외행위가 직접성 요건을 충족한다고 단정하기도 어렵다. 예컨대 국외 카르텔이 판매한 원재료를 수입한 제3국 회사가 그 원재료를 이용하여 만든 완제품이 한국시장에 수입되더라도, 제3국 회사가 한국에 대한 수출가격을 인상하지 않았

다면 한국시장에 직접적인 영향을 미쳤다고 보기가 어려울 것이다.⁴⁸⁾

다른 한편 오늘날 제품의 기획·생산·유통·판매가 여러 국가에 걸쳐 여러 회사를 통해 행해지는 이른바 글로벌가치사슬(global value chains, 이하 ‘GVC’) 현상⁴⁹⁾ 때문에 국외 카르텔이 한국시장을 직접적인 담합 대상으로 하지 않더라도 해당 카르텔이 판매한 제품이 한국시장으로 유입될 수 있는데, 이 때 ‘직접성’이 충족되는지 여부가 문제될 수 있다. 아직까지 우리나라에서는 GVC와 관련하여 직접성 여부가 문제된 실제 사례는 없으므로, 이하에서는 최근 미국 연방법원에서 다루어진 액정디스플레이(Liquid Crystal Display, 이하 ‘LCD’) 패널 국제카르텔 사건을 통해 GVC가 직접성 요건 차원에서 어떻게 문제될 수 있는지를 살펴본다.

미국 연방법무부는 한국·일본·대만·중국 회사들로 구성된 LCD 패널 국제카르텔(담합기간 2001-2006년)을 적발하고 이들을 기소하였는데, 2014년 연방제9항소법원은 이들이 생산한 LCD가 장착된 휴대폰

48) 또한 현실에서는 국외 카르텔의 가격담합으로 인해 제3국 회사의 수출가격이 어느 정도 인상되어 가격담합 효과가 한국시장으로 전가(pass-on)되었는지 여부를 판단하기가 어렵기 때문에, 상당성·예측성 요건을 충족한다고 보기가 어려운 측면도 있다.

49) 국제거래·통상 차원에서 GVC 관련 문제에 대한 논의는 다음을 참조. OECD/WTO/World Bank, *Global Value Chains: Challenges, Opportunities and Implications for Policy* (2014), http://www.oecd.org/tad/gvc-report_g20_july_2014.pdf.

완제품이 미국 소비자에게 판매되었다는 이유로 직접성 요건이 충족된다고 하였다.⁵⁰⁾ 한편 미국의 모토롤라 본사가 중국 등 해외에 설립한 10개 자회사는 카르텔로부터 휴대폰용 LCD 패널을 구매하여 휴대폰을 생산하였는데, 모토롤라 본사는 자신의 구매액 및 해외 자회사의 구매액과 관련하여서도 대만회사 AU Optronics 등을 상대로 손해배상의 소를 미국에서 제기하였다. 2015년 연방제7항소법원은 다음과 같은 사실, 즉 (i) 모토롤라 본사는 본사 및 해외 자회사의 전체 LCD 구매액의 1%만 직접 구매하였고, (ii) 나머지 99%는 해외 자회사가 구매하여, 이 중 42%는 미국 수출용 휴대폰에 조립하고, 57%는 제3국 수출용 휴대폰에 조립하였으므로, (iii) 99%는 본사와 아무런 관계가 없다고 인정한 뒤, 해외 자회사의 LCD 구매로 인한 모토

롤라 본사의 손해가 증명되지 않았으므로 원고적격을 인정할 수 없다고 하였다.⁵¹⁾ 모토롤라 본사는 연방대법원에 상고허가 신청을 하였지만 불허되었다.⁵²⁾ 이처럼 셔먼법 위반 연방제9항소법원의 형사사건에서는 담합 제품이 미국 소비자에게 판매되었다는 이유로 FTAIA의 직접성 요건이 인정되었으나, 연방제7항소법원의 민사사건에서는 피해 증명이 없다는 이유로 원고적격이 없다고 결론지어졌다.

GVC 문제를 우리나라 독점규제법 차원에서 보면, 예컨대 한국 회사 X가 ‘A국에 설립한 자회사 B(즉 A국 회사)’가 ‘중간재 카르텔에 가담한 A국 회사 Y’로부터 중간재를 구매하여 완제품을 생산하고, X가 B로부터 완제품 한국으로 수입하여 한국 소비자에게 판매한 경우, Y에 대한 독점규제

50) *Hsiung and AU Optronics Co. America Inc. v. United States*, (9th Cir., July 10, 2014).

51) *Motorola Mobility LLC v. Au Optronics Co.* 775 F.3d 816 (7th Cir., Decided November 26, 2014. Amended January 12, 2015). 관련 평석으로는 다음을 참조. Robert Connolly, “Motorola Mobility and the FTAIA,” *Cartel Capers* (Sept. 30, 2014), <<http://cartelcapers.com/blog/motorolablog/motorola-mobility-ftaia>> (최종방문 2016. 8. 10); Frank Liss et al., “In Re-Issued Motorola Decision Interpreting the FTAIA, Seventh Circuit Panel Modifies Rationale for Dismissal of Price-Fixing Claims Arising from Foreign Component Purchasing,” *Arnold Porte LLP Advisory* (December 2014), <<http://files.arnoldporter.com/adv1214%20-%20motorola%20ftaia.docx.pdf>> (최종방문 2016. 8. 10).

52) 한편 한국 공정위는 모토롤라 본사의 손해배상 사건을 심리한 연방제7항소법원에 모토롤라 본사의 손해배상청구는 오로지 해외에서만 거래된 LCD 담합 부분도 포함하고 있는데 이러한 경우까지 셔먼법이 역외적용되면 주권충돌 문제가 야기되므로 모토롤라의 청구는 기각되어야 한다는 내용의 의견서(*amicus curiae* brief)를 제출하였다. Brief of the Korea Fair Trade Commission as Amicus Curiae in Support of Appellees’ Opposition to Rehearing En Banc in the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Motorola Mobility v. AU Optronics Co. et al.* (May 23, 2014), pp. 1-5. 앞서 살펴본 것처럼 연방제7항소법원이 모토롤라 본사의 손해배상청구를 기각한 이유는 원고적격이 없다는 것이므로, 한국 공정위가 주장한 국제예약을 고려한 것은 아니다.

법의 역외적용과 관련하여 직접성 여부가 문제될 수 있을 것이다. 다른 한편 X가 A로부터 수입한 완제품을 직접 구매한 국내 소비자는 독점규제법 제56조 제1항⁵³⁾에 따라 Y를 상대로 손해배상의 소를 제기할 수도 있는데, 이 때 손해액 증명과 관련하여 대단히 복잡한 문제가 발생할 수 있다. 판례에 의하면 카르텔로 인한 손해액 산정 기준은 (i) 담합이 없었더라면 존재하였을 가상의 경쟁가격(이른바 ‘but-for price’)과 (ii) 담합으로 인해 형성된 가격의 차액이다(대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결 등). 따라서 원고는 먼저 Y의 가격담합이 없었더라면 형성되었을 가상의 경쟁가격부터 중회귀분석 등 계량경제분석에 따라 증명해야 한다.⁵⁴⁾ 한편 B 또는 X가 판매가격에 담합가격을 전가(pass-on)하지 않았다면 원고의 피해는 없다고 할 것이므로, 원고로서는 (i) B가 X에게 판매한 완제품 가격에 담합가격이 얼마나 전가되고, (ii) X가 원고에게 판매한 완제품 가격에

담합가격이 얼마나 전가되었음을 모두 증명해야 한다.⁵⁵⁾

지금까지 살펴본 것처럼 우리나라 독점규제법 위반 손해배상소송에서는 미국식의 원고적격 개념이 없으므로, 한국 회사의 해외 자회사가 국외 카르텔이 판매한 제품을 구매하여 한국 소비자에게 판매한 경우 한국 본사는 피해 증명과 무관하게 국외 카르텔을 상대로 일단 손해배상청구의 소를 제기할 수 있을 것이고, 피해증명 여부는 본안에서 판단될 것이다.

IV. 외국법상 적법행위에 대한 역외 적용 요건과 관련 문제

1. 대상판결의 요지

대상판결 사건에서 원고 ANA는 자신의 행위는 ‘일본 항공법’에 따른 적법한 행위로서 독점규제법이 적용될 수 없다고 주장하였다.⁵⁶⁾ 원고가 원용한 일본 항공법 제

53) “사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.”

54) 계량경제분석에 따른 가상의 경쟁가격 증명과 관련한 문제에 대해서는 다음을 참조. 주진열, “카르텔 손해액 추정을 위한 계량경제분석의 규범적 통제,” 법학연구(연세대 법학연구소) 제22권 제1호, 2012.

55) 우리나라 독점규제법 위반 손해배상소송에서 원고의 손해증명은 미국과 달리 원고적격 문제가 아니라 본안 판단 사안이므로 손해증명이 없을 경우 (소 각자가 아니라) 원고의 청구는 기각된다.

56) 이외에도 원고는 한국의 구 항공법(2007. 12. 21. 법률 제8787호로 개정되기 전의 것) 제10조 제2항, 제121조 제1항 본문 및 제2항, 제129조 제1항, 제150조 제1항, 제152조 「대한민국 정부와 일본국 정부간의 항공운무에 관한 협정」(이하 ‘한일항공협정’) 제10조 제2항에 따라 정당화된다고 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 구 항공법과 한일항공협정은 항공운임에 대한 가격경쟁을 제한하는 것이 아니라 인가받은 운

110조는 “국내의 지점과 국외의 지점 간의 노선 또는 국외의 각지 간의 노선에서 공중의 편의의 증진을 위하여 국내항공사업자가 다른 항공운송사업자와 행하는 연락 운수에 관한 계약, 운임협정 기타 운수에 관한 협정의 체결에 대하여는 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하게 되어 이용자의 이익을 부당하게 해하는 경우에 해당하지 아니하는 한「사적독점의 금지 및 공정거래의 확보에 관한 법률」(이하 ‘일본국 독점금지법’이라고 한다)의 적용이 배제된다.”라고 규정하고 있는데, 원심이 인정한 사실관계에 따르면 원고는 유류 할증료 담합과 관련하여 일본 항공법에 따라 국토교통성의 인가를 받았고, 일본 국토교통성은 항공법 제110조에 따라 원고에 대하여 일본 독점금지법은 적용되지 않았다고 하였다. (실제로 일본 경쟁당국은 ANA를 제재하지 않았다.)

대법원은 일본 항공법을 원용한 원고의 주장을 판단하기에 앞서 다음과 같은 법리를 제시하였다.

국외에서 이루어진 외국 사업자의 행위가 국내시장에 영향을 미치는 경

우에는 공정거래법 제2조의2의 요건을 충족하므로, 당해 행위에 대한 외국 법률 또는 외국 정부의 정책이 국내 법률과 상이하여 외국 법률 등에 따라 허용되는 행위라고 하더라도 그러한 사정만으로 당연히 공정거래법의 적용이 제한된다고 볼 수는 없다. 다만 동일한 행위에 대하여 국내 법률과 외국의 법률 등이 충돌되어 사업자에게 적법한 행위를 선택할 수 없게 하는 정도에 이른다면 그러한 경우에도 국내 법률의 적용만을 강제할 수는 없으므로, 당해 행위에 대하여 공정거래법 적용에 의한 규제의 요청에 비하여 외국 법률 등을 존중해야 할 요청이 현저히 우월한 경우에는 공정거래법의 적용이 제한될 수 있다고 보아야 할 것이고, 그러한 경우에 해당하는지는 당해 행위가 국내시장에 미치는 영향, 당해 행위에 대한 외국 정부의 관여 정도, 국내 법률과 외국 법률 등이 상충되는 정도, 이로 인하여 당해 행위에 대하여 국내 법률을 적용할 경우 외국 사업자에게 미치는 불이익 및 외국 정부가 가지는 정당한 이익을 저해

임을 기준으로 그 정도가 과도하지 않은 범위 내에서 가격경쟁을 예정하고 있는 것이라고 보아야 하므로, 지정항공사들 사이의 운임 등에 관한 합의 내용이 단순히 운임의 체계에 관한 사항을 변경하는 것을 넘어 일정한 항목에 대한 할인을 제한하는 내용까지 포함하고 있다면, 이러한 합의는 항공법과 한일항공협정이 허용하는 범위를 벗어나는 것으로서 법 제58조의 독점규제법 적용의 예외 사유라고 할 수 있는 ‘자유경쟁의 예외를 구체적으로 인정하고 있는 법률 또는 그 법률에 의한 명령의 범위 내에서 행하는 필요·최소한의 행위’(대법원 2011. 4. 14. 선고 2009두7912 판결 등)에 해당되지 않는다고 하였다.

하는 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다. (밑줄 첨가)

그 다음 대법원은 이 사건과 관련한 다음과 같은 사정, 즉 (i) 유류할증료 담합에 가담한 항공사들의 일본발 국내행 항공화물운송시장에서 점유율이 연도별로 76% 내지 88%에 이르므로 당해 담합이 국내시장에 미치는 영향이 작다고 볼 수 없고, (ii) 유류할증료 담합에 관하여 일본 정부는 원고 등의 신청에 따라 그 결과를 인가하였을 뿐이어서 담합에 대한 관여 정도가 높다고 볼 수 없고, (iii) 일본 항공법 제110조가 국토교통성의 인가를 받은 운임협정 등에 대하여 일본 독점금지법의 적용을 제외하고 있으나, 일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는 경우는 그 예외로 규정하고 있으므로 일본 법률과 한국 법률 자체가 서로 충돌된다고 보기 어렵고, (iv) 원고가 일본 법률과 한국 법률을 동시에 준수하는 것이 불가능하다고 볼 수도 없다고 판단하고, 원고의 행위는 독점규제법의 적용이 제한되어야 하는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

2. 검토

앞서 살펴본 대상판결 법리의 핵심은 독점규제법 위반이 분명한 국외행위, 즉 한

국시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치는 행위라고 할지라도 그 행위가 국적국의 법령에 의하여 ‘강제’된 경우에는 (i) 행위자의 적법행위 기대가능성이 낮을 뿐 아니라 (ii) 주권평등의 원칙이나 국제예약을 고려하여 외국법령을 존중해야 할 필요도 있기 때문에 역외적용이 제한되어야 한다는 것이다. 그러나 한국 독점규제법상 위법인데 외국법상 적법이라고 해서 역외적용을 무조건 제한하면 한국시장의 경쟁보호라는 정당한 이익이 크게 침해될 수도 있다. 이 때문에 단순히 외국법상 적법 행위라는 이유만으로 독점규제법의 역외적용을 제한할 이유는 없는 것이다. 위와 같은 대상판결의 법리는 미국 서면법의 역외적용 제한 법리와 비슷한 측면이 있는데, 이하에서는 대상판결의 법리를 미국 판례상 서면법 역외적용 제한 사유인 국가면제(state immunity), 국가행위(act of state), 국가강제(foreign sovereign compulsion), 국제예약(international comity)과 비교하여 살펴보고, 향후 실제로 문제될 수 있는 사안으로 생각되는 (i) 외국정부가 강제·승인·묵인한 카르텔이 독점규제법에 위반되는 경우와 (ii) 외국정부가 승인한 기업결합이 독점규제법에 위반되는 경우를 상정하여 논하기로 한다.

가. 미국 서면법의 역외적용 면제 법리와 비교

앞서 살펴본 것처럼 미국 FTAIA에 따르면 국외행위가 미국시장에 직접적이고 상당하고 합리적으로 예측 가능한 영향을 미치고 그러한 영향이 서면법상 청구원인이 되는 경우에는 서면법이 역외적용될 수 있다(본고 ‘III.2.가’ 참조). 그러나 연방법원은 국가행위 또는 국가강제에 의한 외국기업의 서면법 위반행위에 대해서는 서면법을 역외적용하지 않고, 일정한 경우에는 국제예약을 고려하여 역외적용을 면제할 수도 있다. 연방 판례법상 서면법의 역외적용 면제 항변으로 인정되는 국가면제, 국가행위, 국가강제, 국제예약 법리를 살펴보면 다음과 같다.⁵⁷⁾

첫째, 연방대법원은 1812년 *Schooner Exchange* 판결⁵⁸⁾에서 외국정부의 모든 행위에 대해서는 책임면제가 인정된다는 절대적 국가면제 법리를 제시하였는데, 1952년 국무부

는 대외정책상 국가면제는 고권적 행위(*acta jure imperii*)에 대해서만 적용되고 상업행위(*acta jure gestionis*)에 대해서는 적용되지 않는다는 제한적 국가면제론의 입장을 취하였다. 미국 의회는 이러한 제한적 국가면제론에 따라 1976년 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunity Act, 이하 ‘FSIA’)을 제정하였는데, 고권적 행위와 상업행위를 명확하게 구별하기가 쉽지 않은 경우도 있다. 일단 연방법무부는 외국정부 소유의 국영기업의 상업 활동은 민간기업과 마찬가지로 서면법의 적용대상인 상업행위라는 입장이다.⁵⁹⁾ 한편 연방법원은 중동산유국들로 구성된 석유수출기구(Organization of Petroleum Exporting Countries, 이하 ‘OPEC’)의 가격담합이 문제된 사건에서 원유 수출가격 담합은 OPEC 회원국의 천연자원 수출과 관련한 고권적 행위로 인정한 바 있다.⁶⁰⁾

둘째, 국가행위 법리에 따르면 권력분립

57) 이하 내용은 “주진열, “국가개입 수출카르텔 관련 경쟁법과 WTO법의 충돌·조화 문제-중국 수출카르텔 관련 미국 반독점법 사건과 WTO 사건의 시사점,” 이화여자대학교 법학논집 제21권 제2호, 2016, 419-422면.

58) *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812).

59) *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), 3. 31. (“[M]ost activities of foreign government-owned corporations operating in the commercial marketplace will be subject to U.S. antitrust laws...”).

60) *International Association of Machinists v. OPEC*, 477 F.Supp. 553 (C.D. Cal. 1979), 649 F.2d 1354 (9th Cir. 1981), cert. denied, 454 U.S. 1163 (1982).

서면법의 역외적용에 대한 항변으로서 FISA에 따른 국가면제 원용 가능성 여부에 대한 이론적 논의로는 다음을 참조. Donald E. deKieffer, *The Foreign Sovereign Immunities Act and Antitrust: A Hollow Promise*, 7 Syracuse J. Int’l L. & Com. 37 (1979), pp. 37-52.

원칙에 근거하여 국제문제에서 행정부 및 입법부의 우위를 전제로 외국정부의 행위에 대한 사법심사는 자제되어야 한다. 연방대법원은 1897년 *Underhill* 판결⁶¹⁾에서 주권 국가는 타국의 독립성을 존중해야 하므로 일국의 국내 법원은 타국에서 일어난 타국 정부의 행위에 대해 판단할 수 없고 타국 정부 행위와 관련한 문제는 해당 국가들 정부가 스스로 해결해야 한다는 국가행위 법리를 제시하였다.⁶²⁾ 즉 타국 정부의 행위로 인한 자국민 피해 구제 문제는 법원이 아니라 정부 간 외교적 협상으로 해결되어야 한다는 것이다. 연방대법원은 1909년 *American Banana Co.* 판결⁶³⁾에서 피고(*United Fruit*)가 코스타리카 정부로 하여금 자신의 경쟁자인 원고(*American Banana*)의 코스타리카 소재 농장과 철도를 수용하도록 한 행위는 서면법 위반이라는

주장과 관련하여, 서면법의 역외적용 자체가 가능하지 않을 뿐 아니라 국가행위 법리에 따르더라도 코스타리카 정부의 수용행위에 대해 서면법을 적용할 수 없다고 하였다. 1918년 *Oetjen* 판결⁶⁴⁾에서 연방대법원은 국가행위 법리는 국제예약을 최대한 고려한 것이라고 하였다. 그러나 1964년 *Banco Nacional de Cuba* 판결⁶⁵⁾에서는 국가행위 법리는 국제법이 아니라 연방헌법상 권력분립 원칙에 근거한 것이고, 이는 사법부가 외국정부의 행위에 대하여 판단하게 되면 행정부·입법부의 외교정책을 저해할 수 있다는 우려를 반영한 것이라고 하였다.⁶⁶⁾ 1972년 *First National City Bank* 판결⁶⁷⁾에서도 연방대법원은 국가행위 법리는 권력분립 원칙을 반영한 것이라는 점을 재확인하였다. 지금까지 살펴본 것처럼 연방대법원은 국가행위 법리를 1900년대

61) *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250 (1897),

62) *Id.*, p. 252 ("Every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves.")

63) *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

64) *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U. S. 297 (1918).

65) *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U. S. 398 (1964).

66) *Id.*, p. 424 ("The act of state doctrine does...have "constitutional" underpinnings. It arises out of the basic relationships between branches of government in a system of separation of powers...The doctrine as formulated in past decisions expresses the strong sense of the Judicial Branch that its engagement in the task of passing on the validity of foreign acts of state may hinder rather than further this country's pursuit of goals both for itself and for the community of nations as a whole in the international sphere.")

67) *First National City Bank v. Banco Nacional de Cuba*, 406 U.S. 759 (1972).

초반까지는 국제법 차원에서 설명하였지만 1960년대부터는 연방헌법상 권력 분립 원칙에 근거한 것으로 설명하고 있는데, 1990년 *W.S. Kirkpatrick* 판결⁶⁸⁾에서는 1909년 *American Banana* 판결에서 제시된 국가 행위 관련 설시는 방론(dictum)에 지나지 않는다고 하였다. 이처럼 연방대법원은 국가 행위 법리를 국제법상 국가면제(state immunity)⁶⁹⁾와 구별하고 있다.⁷⁰⁾ 셔먼법 손해배상소송 사건에서 국가 행위 법리는 피고가 외국정부인 경우에 원용할 수 있고, 피고가 민간기업인 경우에는 아래에서 살펴 볼 국가강제 법리를 원용할 수 있다.

셋째, 국가강제 법리에 따르면 외국정부가 자국 기업에게 어떤 행위를 강제하고 해당 기업이 정부의 강제를 따르지 않을 경우 중대한 불이익을 받거나 중대한 이익을 얻을 수 없는 경우에는 행위자에게 적법 행위를 기대할 수 없으므로 국내법을

역외적용할 수 없다.⁷¹⁾ 이는 앞서 살펴본 국가행위 법리와는 달리 미국 연방헌법상 권력 분립 원칙에 근거한 것이 아니다. 국가강제가 인정되기 위해서는 셔먼법을 위반한 국외 행위가 외국정부에 의해 강제되고, 외국정부의 명령이 셔먼법 위반행위와 관련하여 지엽적인 것이 아니라 근본적인 것이어야 하며,⁷²⁾ 셔먼법을 위반한 국외자가 국적국 정부에 가격담합 등을 용이하게 하는 입법을 적극 요청한 경우에는 국가강제의 항변을 할 수 없다.⁷³⁾ 국가강제가 인정된 사례로는 1960년대 베네수엘라 정부가 자국 원유 수출기업에게 미국 정유업체에 대한 원유 판매 중단을 명령한 사건이 있다.⁷⁴⁾

넷째, 국제예양 법리에 따르면 국제관계와 미국의 국익을 고려하여 국외행위에 대한 재판관할권 행사를 자제할 수 있다. 연방대법원은 1895년 *Hilton* 판결⁷⁵⁾에서 일국이 국제적 의무나 관행 뿐 아니라 자

68) *W.S. Kirkpatrick v. Environmental Tectonics Co.*, 493 U.S. 400 (1990).

69) 미국 연방대법원은 *Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812) 판결에서 절대적 국가면제를 인정한 바 있으나, 미국 의회는 제한적 국가면제론에 따라 1976년 Foreign Sovereign Immunities Act(이하 'FSIA')를 제정하였다.

70) 국가행위 법리가 아닌 FISA에 따른 국가면제를 원용한 셔먼법의 적용 면제 항변에 대한 논의로는 다음을 참조. Donald E. deKieffer, *The Foreign Sovereign Immunities Act and Antitrust: A Hollow Promise*, 7 Syracuse J. Int'l L. & Com. 37 (1979), pp. 37-52.

71) *Cantor v. Detroit Edison Co.*, 428 U.S. 579 (1976); Restatement (Third) of Foreign Relations Law § 441.

72) *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Co.*, 595 F.2d 1287 (3d Cir. 1979).

73) *United States v. Sisal Sales Co.*, 274 U.S. 268 (1927); *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Co.*, 370 U.S. 690 (1962).

74) *Interamerican Refining Co. v. Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F.Supp. 1291 (D. Del. 1970).

75) *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895).

국의 권리도 함께 고려하여 타국의 입법, 행정, 사법 행위가 자국 영역에까지 미치는 것을 용인하는 것이 국제예양이며, 국제예양은 절대적 의무는 아니지만 단순한 예의(courtesy)도 아니라고 하였고, 1993년 *Hartford Fire Insurance* 판결⁷⁶⁾에서는 외국 법원의 판결, 외국법원에서 이미 진행 중인 사건, 외국법과 미국법 사이에 진정한 저충(true conflict)이 있을 때 재판관할권 행사를 자제할 수 있다고 하였다.⁷⁷⁾ 한편 연방제9항소법원은 *Timberlane* 판결⁷⁸⁾에서 개인이 제기한 반독점법 민사사건의 경우 애당초 행정부의 국제예양 고려가 배제되었기 때문에, 당해 사건이 국제관계에 미치는 영향에 대한 행정부의 의견을 중시해야 한다고 하였다. 연방법무부의 경우 국제적 요소가 있는 반독점법 사건의 경우 주권평등 존중이라는 광의의 관념을 반영한 국제예양을 고려해야 하고,⁷⁹⁾ 일단 행정부가 국외행위를 반독점법 위반으로 연

방법원에 제소하였다면, 법원은 행정부가 미국의 국익이 국제예양보다 더 중요하다는 판단을 한 것으로 보고 행정부가 내린 국제예양 판단을 법원이 다시 판단하는 것은 자제되어야 한다는 입장이다.⁸⁰⁾

위와 같이 미국의 경우 판례법상 서면법 역외적용 면제 사유와 관련한 법리는 1890년대 후반부터 개별 사건을 중심으로 서서히 형성되어 왔음을 알 수 있다. 한편 대상 판결에서 대법원은 독점규제법 적용 제한 사유로서 미국 연방대법원의 국가행위 법리에 상응하는 법리를 제시하지는 않았고, 국제예양을 명시적으로 언급하지도 않았다는 특징이 있다.⁸¹⁾ 다만 대상판결이 제시한 법리는 미국 판례법상 국가강제와 국제예양 법리를 혼합시킨 것으로 볼 여지는 있다.

나. 외국정부가 강제·승인·묵인한 수출 카르텔이 독점규제법에 위반되는 경우

76) *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993).

77) 이 사건에서 연방대법원은 *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United State*에 규정된 재판관할권 조항을 참조하지 않았다.

78) *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

79) U.S. Department of Justice & Fair Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), 3. 2. Comity.

80) Id. ("In cases where the United States decides to prosecute an antitrust action, such a decision represents a determination by the Executive Branch that the importance of antitrust enforcement outweighs any relevant foreign policy concerns. The Department does not believe that it is the role of the courts to "second-guess the executive branch's judgment as to the proper role of comity concerns under these circumstances.")

81) 그러나 대상판결 판시 중에서 "외국 법률 등을 존중해야 할 요청이 현저히 우월한 경우에는 공정거래법의 적용이 제한될 수 있다"는 부분은 국제예양 관념을 어느 정도 반영한 것으로 볼 수 있다.

국외행위가 해당 국적국의 법령이나 정부의 명령을 준수하기 위한 것이라면, 이러한 경우까지 독점규제법을 역외적용하게 되면 결국 행위자로 하여금 자국 법령을 위반하거나 정부 명령에 불응하도록 강제하는 결과가 된다. 국적국의 입장에서는 한국 독점규제법의 역외적용은 자국민에게 불법을 강요하는 것이므로 주권침해가 문제될 수도 있다. 특히 국외행위의 주체는 한국 독점규제법을 위반하거나 자국 법령을 위반할 수밖에 없는데, 이러한 결과는 일반적인 정의 감정도 부합되기 어렵다. 이 때문에 직접성·상당성·예측성 요건을 충족하는 국외 카르텔이라고 할지라도, 해당 수출업자들이 국적국의 법령이나 정부의 명령을 준수하기 위한 것이라면 적법행위 기대가능성이나 정의 관념을 고려하여 독점규제법의 역외적용을 제한하는 것이 타당하다.⁸²⁾ 예컨대, A국이 수출제한 차원에서 자국 기업에게 수출카르텔을 강제하고 해당 카르텔이 한국으로 직접 수출한 경우에는 직접성·상당성·예측성 요건

이 충족되더라도 독점규제법의 역외적용을 제한할 수 있는 것이다. 이와 달리 수출업자들의 적극적인 요청에 따라 외국정부가 단지 수출카르텔을 승인하거나 묵인한 경우에는 해당 수출업자들의 적법행위 기대가능성이 인정될 뿐 아니라 외국정부의 정당한 이익을 인정하기도 어려우므로, 원칙적으로 독점규제법의 역외적용이 인정되어야 할 것이다.⁸³⁾

미국 판례도 외국정부의 강제가 아닌 단순 묵인이나 승인에 의해 성립된 외국 카르텔에 대해서는 서면법이 역외적용될 수 있다는 입장인데,⁸⁴⁾ 국가강제와 관련하여 최근 연방법원에서 다루어진 3개 사건을 소개하면 다음과 같다. 먼저 중국의 비타민 C 카르텔 사건을 보면, 원고는 2005년 뉴욕동부 연방지방법원에 중국의 비타민 C 카르텔에 대한 손해배상청구의 소를 집단소송 형식으로 제기하였는데, 원고는 미국에 비타민 C를 수출한 중국 회사들이 수출가격 및 물량을 담합하였고 이는 서면법

82) 미국도 외국정부의 강제(foreign sovereign compulsion)에 의한 국외행위에 대해서는 역외적용을 면제하고 있다. *Interamerican Refining Co. v. Texaco Maracaibo, Inc.*, 307 F. Supp. 1291 (1970); U.S. Department of Justice/Fair Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), 3. 32, <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>>.

83) 예컨대 우리나라 국내 산업의 불황극복을 위하여 해당 사업자들의 요청에 따라 공정위가 독점규제법 제 19조 제2항 제3호에 따라 승인한 카르텔이 외국에 수출한 경우, 수입국 입장에서는 한국정부의 강제에 의한 카르텔로 인정할 수 없으므로 경쟁법을 역외적용할 수 있을 것이다.

84) *Continental Ore Co. v. Union Carbide & Carbon Co.*, 370 U.S. 690 (1962); *United States v. Watchmakers of Switzerland Information Center*, 134 F. Supp. 710 (S.D.N.Y. 1955); *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Co.*, 595 F.2d 1287 (3d Cir. 1979).

제1조에 위반된다고 주장하였다. 이에 피고 중국 회사들은 수출가격 및 물량 결정은 중국정부 기관인 중국의약보건품수출입상회(China Chamber of Commerce for Import & Export of Medicines & Health Products, 이하 ‘CCCMHPIE’)의 지시에 따른 것이므로 외국주권면제법(Foreign Sovereign Immunities Act, 이하 ‘FSIA’) 및 연방 판례법상 국가행위, 국가강제, 국제예양의 법리에 따라 셔먼법이 적용될 수 없다고 주장하였다. 중국 상무부도 피고 중국 회사들이 가입한 CCCMHPIE는 정부기관이므로 비타민 C의 수출가격 및 물량 결정은 국가행위 또는 국가강제에 해당하므로 피고들에 대해 셔먼법이 적용될 수 없다는 의견서(*amicus curiae* brief)를 제1심 재판부에 제출하였다. 그러나 2011년 9월 제1심은 (i) 중국정부가 세계무역기구(WTO)에서 비타민 C의 경우 2002년부터 수출통제를 하지 않았고 2008년부터는 수출입상회의 지시에 따르지 않은 수출회사에 대한 제재를 중단하였다고 주장한 점 등에 비추어보면, CCCMHPIE가 정부기관이라거나 수출가격담합이 정부에

의해 강제되었다는 중국 상무부의 의견서를 믿기 어렵다고 하면서 국가행위 등을 원용한 피고들의 약식판결(summary judgment) 청구를 기각하고,⁸⁵⁾ 2013년 3월 피고들에게 손해배상책임을 인정하였다.⁸⁶⁾ 그러나 2016년 9월 연방제2항소법원은 중국 상무부의 의견서에 비추어볼 때 중국법과 미국 셔먼법 사이에 진정한 저촉을 인정할 수 있다고 하면서 피고들의 국제예양항변을 받아들여 제1심을 파기하였다.⁸⁷⁾ 한편 중국 회사들의 마그네사이트와 보크사이트 수출과 관련하여 뉴저지 연방지방법원 및 펜실바니아 연방지방법원에서 다루어진 2개 손해배상 집단소송 사건에서도 비타민 C 사건에서처럼 국가강제 쟁점이 제기되었다. 그러나 2014년 마그네사이트 판결에서는 원고의 직접구매 증명이 없다는 이유로 원고적격이 부정되었고,⁸⁸⁾ 2016년 보크사이트 판결에서는 원고의 가격담합 개연성 증명이 없다는 이유로 집단소송이 불허됨으로써,⁸⁹⁾ 국가강제 여부 쟁점에 대한 판단 없이 사건이 종결되었다.⁹⁰⁾

85) *In re Vitamin C Antitrust Litigation*, 810 F. Supp. 2d 522 (E.D.N.Y. 2011).

86) *In re Vitamin C Antitrust Litigation*, No. 06-MD-01738-BMC-JO (E.D.N.Y. Mar. 14, 2013).

87) *In re Vitamin C Antitrust Litigation*, No. 13-4791 (2d Cir. Sept. 20, 2016).

88) *Animal Science Products, Inc. & Resco Product, Inc. v. China National Metals & Minerals Imports & Export Co. et al.*, Civ. No. 2:05-cv-04376 (2014).

89) *Resco Product, Inc. v. Bosai Minerals Group et al*, Civil Case No. 06-235, 158 F.Supp.3d 406 (2016).

90) 이들 사건에 대한 보다 자세한 설명은 다음을 참조. 주진열, “국가개입 수출카르텔 관련 경쟁법과 WTO

다. 외국정부가 승인한 기업결합이 독점규제법에 위반되는 경우

경쟁법 분야에서 기업결합은 카르텔과 함께 역외적용과 관련하여 가장 많이 언급되는 국외행위이다. 한국을 포함한 주요 경쟁법 집행 국가들은 일정 규모 이상의 기업결합의 경우 관련 회사가 경쟁당국에 미리 신고하도록 하고, 경쟁당국의 사전심사에 따라 경쟁제한 우려가 없다고 인정되는 경우에는 기업결합이 승인된다. 그런데 기업결합의 경쟁제한성 사전심사는 향후 탄생할 기업이 기업결합으로 형성된 시장 지배력을 행사하여 관련시장에서 가격인상 등 경쟁제한효과를 초래할 수 있는 행위를 할 우려가 있는지 여부를 미리 추측하는 작업이어서, 경쟁당국의 재량적 판단이 개입될 수밖에 없다. 이처럼 기업결합 사전심사는 장래의 경쟁제한효과 여부를 추측하는 작업이기 때문에, 동일한 기업결합 사안에 대해 각국 경쟁당국의 판단이 서로 다를 수 있다. 이러한 사정 때문에 외국 경쟁당국이 승인한 국외 기업결합을 한

국 공정위가 독점규제법 제7조 제1항의 경쟁제한적 기업결합에 해당된다는 이유로 불허할 수 있는지가 문제될 수 있다.

위 문제와 관련한 실제 국내 사건은 없으므로 가상의 사례를 들어 설명하면 다음과 같다. X국에서 기업결합 당사자가 국내 시장 판매보다는 해외 수출을 주로 하는 회사라고 하자. 이 때 X국 경쟁당국은 자국시장에 별다른 경쟁제한 우려가 없다면 해당 기업결합을 승인할 수 있을 것이다. 그러나 해당 기업결합으로 인해 한국 수입시장에서 가격인상 등 경쟁제한효과를 초래할 우려가 있다면 한국 공정위는 독점규제법 제7조에 따라 해당 기업결합을 승인하지 않을 수 있다.⁹¹⁾ 이러한 경우에는 한국 독점규제법과 X국 경쟁법이 상충된다고 볼 수 없고, 한국 공정위의 기업결합 불허가 X국의 정당한 이익을 침해한다고 보기도 어렵기 때문에, 대외판결이 고려요소로 제시한 “당해 행위가 국내시장에 미치는 영향”이 크다면 역외적용이 타당하다고 본다.⁹²⁾

법의 충돌·조화 문제 - 중국 수출카르텔 관련 미국 반독점법 사건과 WTO 사건의 시사점 -,” 이화여자대학교 법학논집 제21권 제2호, 2016, 422-425면.

91) 예컨대, 한국 제조업체에 원재료를 대량 수출하는 외국회사들 사이의 기업결합으로 독점기업이 탄생할 경우 한국 수입시장에 직접적이고 상당한 영향을 미칠 것으로 합리적으로 예측할 수 있다.

92) 2001년 EU 경쟁당국은 미국 경쟁당국이 승인한 General Electrics와 Honeywell의 합병을 EU 경쟁당국은 EU시장의 경쟁을 제한할 우려가 있다는 이유로 불허하였는데, 이 때문에 미국과 EU 사이에 외교적 마찰이 발생하였다. Eleanor M. Fox, “GE/Honeywell: The U.S. Merger that Europe Stopped-A Story of the Politics of Convergence,” in Eleanor M. Fox and Daniel A. Crane (ed.), *Antitrust Stories* (Foundation Press, 2007).

V. 결론

독점규제법 제2조의2는 역외적용의 근거로서 영향이론을 채택하고 있는데, 과거 미국의 사례로부터 알 수 있듯이 영향이론의 기계적인 적용은 자칫 국가간 마찰을 불러일으킬 수 있다는 문제가 있다. 대상판결에서 대법원은 법 제2조의2에 따른 역외적용의 범위를 제한하기 위하여 직접성·상당성·예측성 요건을 제시하였는데, 이러한 법리는 과도한 역외적용으로 인한 국가간 마찰을 예방하기 위한 것으로 이해된다. 해당 판시는 미국 FTAIA에 규정된 서면법 역외적용 요건 중 하나인 “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect”와 문언상 동일하지만, FTAIA의 국내피해 예외 요건에 해당하는 내용은 없다는 점에서 향후 독점규제법 역외적용 사건에서 FTAIA 법리가 그대로 이용될 수는 없을 것이다.

한편 대상판결은 한국시장을 직접 대상으로 삼은 국외 카르텔의 경우 특별한 사정이 없는 한 직접성·상당성·예측성 요건이 충족된다는 입장이다. 이 경우를 제외한

사안에서 해당 요건의 충족 여부는 개별 사안에 따라 구체적으로 판단할 수밖에 없을 것이다. 또한 대상판결은 국외행위와 관련하여 ① 국적국의 정당한 이익이 ② 독점규제법 역외적용의 필요성보다 현저하게 큰 경우에는 역외적용이 제한될 수 있다고 하였다. 본고 ‘IV.1’에서 살펴본 것처럼 해당 판시의 내용이 상당히 추상적으로 기술되어 있어, 어떤 경우에 ①이 ②보다 현저하게 크다고 판단할 수 있는지 일률적인 판단 기준을 제시하기란 극히 어렵다. 그러나 법적 판단기준의 모호성의 문제는 비단 대상판결 뿐 아니라 법해석 전반에 걸쳐 나타나는 현상이어서 대상판결에 특유한 문제라고 보기는 어렵다. 이 문제 역시 결국 추후 개별 사건에서 사안별로 해결될 수밖에 없을 것으로 생각된다. 대법원은 대상판결에서 국제예양이라는 용어를 직접 사용하지는 않았지만, 대상판결의 취지는 복잡한 글로벌 시장경제 환경에서는 외국의 정당한 국가정책은 가급적 존중하여 독점규제법의 역외적용을 합리적으로 제한할 필요가 있다는 것이므로 결국 국제예양이 암묵적으로 반영되었다고 볼 여지는 있다.

참 고 문 헌

- 고영한, “독점규제법의 역외적용”, 경제법의 제문제(재판자료 제87집), 2000.
- 권오승, “한국 독점규제법의 역외적용-항공화물 국제cartel 사건을 중심으로,” 경쟁법연구 제24권, 2013.
- 김민서, “한국 경쟁법의 역외적용과 국제법적 평가,” 국제법학회논총 제51권 제3호, 2006.
- 김석호, “《競爭法(獨禁法)》의 域外適用을 위한 논리적 근거: 美國의 입장에 대한 비판적 고찰,” 국제법학회논총 제46권 제2호, 2001.
- _____, “미국 경쟁법상 ‘처벌법규’의 역외적용 - 한국 경쟁법에 주는 의미를 고려하며,” 통상법률 통권 제75호, 2007.
- 김원기, “국제카르텔에 대한 독점규제법의 역외적용-대상판결: 대법원 2006. 3. 23. 선고 2003두11124 판결,” 기업법연구 제20권 제4호, 2006.
- 서헌제, “공정거래법의 역외적용: 실체규정의 역외적용을 중심으로,” 통상법률 통권 제23호, 1998.
- 서동원·이동미, “외국사업자에 대한 공정거래법의 역외적용,” 공법연구 제33집 제5호, 2005.
- 석광현, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 역외적용,” 판례연구 제21집(2), 2007.
- _____, “외국국가에 대한 민사재판권의 행사와 주권면제, 법조 제49권 12호, 2000.
- 신현운, “현행 독점규제법의 역외적용”, 연세법학연구 제2집, 1992.
- _____, “경쟁법 역외적용의 최근동향,” 경쟁법연구 제20권, 2009.
- 오병선, “독점규제법의 역외적 적용과 국제예양,” 국제법학회논총 제29권 제2호, 1984.
- 주진열, “글로벌경쟁정책과 무역 이슈의 최근 동향,” 통상법률 통권 제101호, 2011.
- _____, “카르텔 손해액 추정을 위한 계량경제분석의 규범적 통제,” 법학연구 제22권 제1호, 2012.
- _____, “국가개입 수출카르텔 관련 경쟁법과 WTO법의 충돌·조화 문제 - 중국 수출카르텔 관련 미국 반독점법 사건과 WTO 사건의 시사점 -,” 이화여자대학교 법학논집 제21권 제2호, 2016.

- 최승필, “경쟁법의 역외적용에 대한 법적검토,” 외법논집 제33권 제1호, 2009.
- 최지현, “공정거래법 역외적용의 기준과 범위-항공화물운임 담합 판결을 중심으로,” 경제법연구 제15권 제1호, 2016.
- 허 선, “국제카르텔에 대한 공정거래법 역외적용의 경험과 논리 - 흑연전극봉 국제카르텔 사건을 중심으로-”, 경쟁법연구 제9권, 2003.
- Bifulco, Gerard F., “From Sea to Shining Sea: A New Approach to Interpreting the Foreign Trade Antitrust Improvements Act,” 64 Emory L.J. 869 (2015).
- Becklert, Richard W. & Matthew H. Kirtland, “Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law: What Is a “Direct, Substantial, and Reasonably Foreseeable Effect” Under the Foreign Trade Antitrust Improvements Act?” 38 Tex. Int’l L.J. 11 (2003).
- Brief of Amicus Curiae The Ministry of Commerce of the People’s Republic of China in Support of the Defendants’ Motion to Dismiss the Complaint, Dkt. No. 69, In re Vitamin C Antitrust Litig.*, No. 06-MD-01738-BMC-JO (E.D.N.Y. Sept. 22, 2006).
- Brief of the Korea Fair Trade Commission as Amicus Curiae in Support of Appellees’ Opposition to Rehearing En Banc in the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, Motorola Mobility v. AU Optronics Co. et al.* (May 23, 2014).
- Cavanagh, Edward D., “The FTAIA and Subject Matter Jurisdiction over Foreign Transactions under the Antitrust Laws: The New Frontier in Antitrust Litigation,” 56 S.M.U. L. Rev. 2151 (2003).
- Davis, Ronald W., “International Cartel and Monopolization Cases Expose a Gap in Foreign Trade Antitrust Improvement Act,” 15 Antitrust 53 (2001).
- DuBois, Rene H., “Understanding the Limits of the Foreign Trade Antitrust Improvement Act Using Tort Law Principles as a Guide,” 58 N.Y. L. Sch. L. Rev. 707 (2013-2014).
- Connolly, Robert, “Motorola Mobility and the FTAIA,” Cartel Capers (Sept. 30, 2014), <<http://cartelcapers.com/blog/motorolablog/motorola-mobility-ftaia>> (최종방문 2016. 8. 10).
- Damien, Geradin et al, *Extraterritoriality, Comity and Cooperation in EC Competition Law* (July 2008), <<https://ssrn.com/abstract=1175003>> (최종방문 2016. 8. 10).

- Dresnick, Jordan A. et al, “The United States as Global Cop: Defining the ‘Substantial Effects’ Test in U.S. Antitrust Enforcement in the Americas and Abroad,” 40 *Univ. of Miami Inter-Am. L. Rev.* 453 (2009).
- Liss, Frank et al., “In Re-Issued Motorola Decision Interpreting the FTAIA, Seventh Circuit Panel Modifies Rationale for Dismissal of Price-Fixing Claims Arising from Foreign Component Purchasing,” *Arnold Porte LLP Advisory* (December 2014), <<http://files.arnoldporter.com/adv1214%20-%20motorola%20ftaia.docx.pdf>> (최종방문 2016. 8. 10).
- Lipsky, Abbott B., Jr. & Kory Wilmot, “The Foreign Trade Antitrust Improvements Act: Did Arbaugh Erase Decades of Consensus Building?” *The Antitrust Source* (August 2013).
- Lobas, Richard, “A Quest for Consistency: The Meaning of Direct in the Foreign Trade Antitrust Improvements Act,” 5 *Global Bus. L. Rev.* 1 (2016).
- Lynn, Diamond, S., “Empagran, the FTAIA and Extraterritorial Effects: Guidance to Courts Facing Questions of Antitrust Jurisdiction Still Lacking,” 31 *Brook. J. Int’l L.* 805 (2006).
- OECD/WTO/World Bank, *Global Value Chains: Challenges, Opportunities and Implications for Policy* (2014), <http://www.oecd.org/tad/gvc_report_g20_July_2014.pdf> (최종방문 2016. 8. 10).
- Terhechte, Jörg Philipp, *International Competition Enforcement Law Between Cooperation and Convergence* (Springer, 2011).
- U.S. Department of Justice/Fair Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* (1995), 3. 32, <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>> (최종방문 2016. 8. 10).
- Valdespino, Edward, “Shifting Viewpoints: The Foreign Trade Antitrust Improvement Act, a Substantive or Jurisdictional Approach,” 45 *Tex. Int’l L. J.* 457 (2009).
- Wood, Diane P., “The Impossible Dream: Real International Antitrust,” 1992 *U. Chi. Legal F.* 277.

[국문초록]

한국 독점규제법의 역외적용 요건과 관련 문제에 대한 고찰:

항공사 국제카르텔 관련 대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결을 중심으로

독점규제법 제2조의2는 “이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장에 영향을 미치는 경우에는 적용한다”라고 규정함으로써 영향이론에 근거한 역외적용을 규정하고 있다. 그런데 “국내시장에 영향을 미치는 경우”에서 어느 정도 ‘영향’이 인정되어야 역외적용을 할 수 있는지 분명하지 않은데, 2006년 Showa Denko 판결(대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결)도 영향이론 원칙만 언급하였다. 영향이론의 의미는 일본의 ANA 등 전 세계 각국의 26개 항공사가 가담한 항공화물운송 유류할증료 국제카르텔 사건에서 밝혀졌는데, ANA판결(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012두13689 판결, ‘대상판결’)에서 대법원은 (i) 독점규제법은 “국내시장에 직접적이고 상당하며 합리적으로 예측 가능한 영향”을 미치는 경우에만 제한적으로 적용되고, (ii) 외국법상 적법한 행위인 경우에는 여러 가지 요소를 고려하여 역외적용을 제한할 수 있다는 법리를 처음으로 제시하였다는 점에서 그 의미가 크다. 대법원은 한국시장을 직접 대상으로 한 국외 카르텔의 경우 특별한 사정이 없는 한 직접성·상당성·예측성 요건이 충족된다는 입장인데, 이 경우를 제외한 사안에서 역외적용 여부는 개별 사안에 따라 구체적으로 판단할 수밖에 없을 것이다. 한편 한국시장을 직접 대상으로 하지 않은 국외 카르텔이 판매한 제품이 제3국 회사 등을 거쳐 간접적으로 한국에 수입된 경우에는, 직접성·예측성과 관련하여 상당히 복잡한 쟁점이 제기될 수 있을 것으로 보인다. 대법원은 대상판결에서 ‘국제예양’이라는 용어를 직접 사용하지는 않았지만, 대상판결의 취지는 복잡한 글로벌 시장경제 환경에서는 특히 외국의 정당한 국가정책 등 주권을 가급적 최대한 존중하여 독점규제법의 역외적용을 합리적으로 제한할 필요가 있다는 것이므로 결국 국제예양의 원칙이 묵시적으로 반영되어 있다고 볼 수 있다. 독점규제법 제71조의 전속고발로 성립된 형사사건이나 법 제59조의 손해배상청구로 성립된 민사사건에서도, 대상판결 사건처럼 공정위 처분을 다투는 행정사건과 같은

정도로 국제예양을 고려해야 하는지 여부는 향후 개별 사건에서 해결되어야 할 과제로 남는다.

주제어

독점규제법, 역외적용, 영향이론, 국제예양, 국가강제, 가격담합

[ABSTRACT]

A Comment on Some Problems of Extraterritorial Application
of Korean Monopoly Regulation Act:

Supreme Court 2014. 5. 16. declared 2012Du13689 Decision concerning
International Cartel of Air Cargo Carriers

The Article 2-2 of Korean Monopoly Regulation Act (“MRA”) stipulates: “This Act applies to the extraterritorial conduct when it affects domestic market.” The meaning of “affect” in the Act was firstly addressed in the Supreme Court 2014. 5. 16. declared 2012Du13689 Decision concerning All Nippon Airway (“ANA”), a member of international cartel of air cargo carriers which affected the price of cargo services in the Korean market. The ANA Court opined that the Monopoly Regulation Act can be applied to the extraterritorial conduct only when it has “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect” on domestic market. This test has an important role in limiting the reach of the MRA to avoid international conflicts. When an international hardcore cartel directly targets the Korean market, the Court said, the requirement of “direct, substantial, and reasonably foreseeable effect” is presumed. On the other hand, the Court also opined that extraterritorial application of the MRA should be limited when it is hard to expect that the foreign company to follow the MRA because of the true conflict between foreign law and the MRA. Although the Court did not directly referred to the word of ‘international comity’, it seems clear that the decision fully reflects the idea that the comity should be the guiding principle of the reach of the MRA.

Key words

Korean Monopoly Regulation Act, extraterritorial application, effect doctrine, sovereign compulsion, international comity, price fixing

투자조약과 지적재산권 보호: 한국의 투자조약 분석

고려대학교 법학연구원 통상법연구센터 전임연구원 허 난 이

*논문접수: 2017. 3. 20. *심사개시: 2017. 3. 21. *게재확정: 2017. 4. 14.

〈 목 차 〉

- | | |
|--|-----------------------------------|
| I. 서론: 투자조약과 지적재산권 보호의 문제 | 4. 우산조항에 따른 주장 |
| II. 투자조약상 ‘투자’로서의 지적재산권 | 5. 최혜국대우원칙에 따른 주장 |
| 1. 투자조약상 보호대상으로 인정되는 ‘투자’의 정의 | 6. 수용 및 보상 조항에 따른 주장과 긴급 조치조항 |
| 2. 투자유치국 국내법상 보호되는 지적 재산권 | 7. 이행요건 부과금지의무에 따른 주장 |
| 3. 국내법과는 별도로 투자조약상 보호 되는 지적재산권: 국제지적재산권조약의 적용가능성 | 8. 유보 및 비합치조치 조항에 따른 주장 |
| III. 투자조약상 투자자-국가 분쟁해결제도를 통한 지적재산권 보호 | IV. 한국의 투자조약과 지적재산권 관련 규범 분석 |
| 1. ‘적법절차의 원칙’에 따른 주장 | 1. 한국이 체결한 양자투자협정에서의 ‘지적재산권’ |
| 2. 내국민대우원칙에 따른 주장 | 2. 한국이 체결한 자유무역협정 투자챕터에서의 ‘지적재산권’ |
| 3. ‘합리적 기대이익’의 보호규정에 따른 주장 | V. 결론: 투자조약을 통한 국제지적재산권 보호의 강화 |

I. 서론: 투자조약과 지적재산권 보호의 문제

투자조약은 기본적으로 투자유치국에서 외국인 투자자의 권리를 상호적으로 보호하기 위하여 체결되어 왔다. 이는 외국인 투자자가 투자유치국의 국내법 체제 및 행정처분에 직접적으로 영향을 받지만 내국민만큼의 보호를 충분히 받지 못하는 경우

가 많았기 때문이다. 그리고 이러한 보호를 통해 투자조약 당사국들이 이루고자 한 것은 상호투자의 활성화일 것이다. 즉, 투자에 관해서만 다루고 있는 양자투자협정(Bilateral Investment Treaty, BIT)뿐 아니라 동일한 내용을 무역과 결부시켜 ‘투자챕터’로써 포함한 자유무역협정(Free Trade Agreement, FTA) 또한 동일한 목적을 가진 투자조약의 한 형태로 볼 수 있겠다. 따라

서 예전에는 성문법으로써 직접 보호받지 못하였던 외국인 투자자들의 권리가 향상되고 투자유치국 또한 이를 존중할 의무를 지게 되었다.

이러한 권리 중 최근 가장 이슈화되고 있는 것은 바로 ‘지적재산권(intellectual property right)’에 관한 문제일 것이다. ‘지적재산권’이란 특허권, 실용신안권, 상표권, 디자인권 등을 총칭하는 개념으로 개개의 권리는 지적재산권에 관한 일련의 국내법에 의해 보호된다. 지적재산권은 ‘무형(intangible)’의 권리로서 종종 상업적으로 유통되는 다른 상품(예를 들어 서적, 음반, 기기 등)의 특성에 내포되기도 한다. 우리나라의 경우 헌법 제22조 제2항에 “저작자·발명가·과학기술자와 예술가의 권리는 법률로써 보호한다.”라고 규정함으로써 지적재산권 보호의 근거를 마련하였고, 이에 근거하여 특허법, 실용신안법, 상표법, 디자인보호법, 저작권법, 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률 등이 제정되었다.¹⁾ 각

국가는 일련의 지적재산권법을 통해 산업과 문화의 발전을 도모하고, 궁극적으로는 국민경제의 발전을 목표로 삼고 있다.

오늘날 산업의 디지털화와 더불어 서비스 산업의 투자가 확대됨에 따라 지적재산권의 중요성이 부각되고 있다. 특히 이러한 산업에 관련된 외국인 투자의 경우 해당 산업의 운영에 있어 지적재산권 확보가 필수적이다. 그러나 투자유치국과 외국인 투자자 국적국의 지적재산권 보호 수준이 다른 상황에서 투자유치국의 일련의 조치가 외국인 투자자의 지적재산권을 침해할 수도 있으며, 따라서 이 또한 투자조약상 보호되어야 하는 ‘투자’로서 인정되어 투자자-국가 분쟁해결절차를 통해 적극적으로 주장되어 왔다.²⁾ 그리고 다양한 투자조약의 규정에 따라 투자유치국의 국내법상 인정되는 지적재산권뿐 아니라 국제지적재산권조약상 권리까지 보호될 수 있게 되었다. 아래에서는 투자조약에서 지적재산권이 어떻게 외국인 투자자의 ‘투자’로 인

1) 배대현, “지적재산권 개념의 형성·발전”, 『지적재산권법연구』, 제2권, 265-293면, (1998) 참조.

2) 지적재산권과 관련한 투자조약상 투자자-국가 분쟁의 대표적인 예로서 최근 Philip Morris사와 관련된 중재사건들이 있다. *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (17 December 2015); *Philip Morris Brand Sa’rl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 July 2016).; 이외에도 *Eli Lilly and Company v The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Award (17 March 2017); *Shell Brands International AG and Shell Nicaragua S.A. v Republic of Nicaragua*, ICSID Case No. ARB/06/14, Settlement agreed by the parties (12 March 2007); *AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v Republic of Niger*, ICSID Case No. ARB/11/11, Award (15 July 2013) 참조.

정되어 보호될 수 있는지 살펴보고, 구체적인 보호수단으로서의 투자자-국가 분쟁 해결절차를 검토해보고자 한다. 물론 본 연구에서의 중점을 두고 있는 일반적인 투자조약규범의 분석이 전 세계 투자조약들에 대해 보편적으로 적용될 수 있는 것은 아니다. 따라서 보다 구체적으로 우리나라의 투자조약들의 경우 어떻게 지적재산권을 ‘투자’로서 인정하고 있고, 향후 투자자-국가 분쟁해결절차로 이어질 수 있는 투자조약상 지적재산권 보호규범 또한 살펴보고자 한다.

II. 투자조약상 ‘투자’로서의 지적 재산권

1. 투자조약상 보호대상으로 인정되는 ‘투자’의 정의

외국인 투자자의 투자가 어떠한 투자조약의 보호대상이 되려면 가장 먼저 ‘투자’의

요건에 부합하여야 할 것이다. 이는 해당 투자조약의 적용가능성뿐 아니라 ‘국제투자 분쟁해결센터 (International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)’와 같은 투자자-국가 분쟁해결제도상 재판관할권을 결정하는 중요한 요소이다.³⁾ 이러한 요건은 기본적으로 투자조약상의 ‘투자의 정의’ 규정에 나타나 있다. 일반적으로 ‘투자의 정의’는 자산개념에 기반을 두고 있는데,⁴⁾ 예를 들어 한중일 투자협정 제1조에서는 “‘투자’란 자본 혹은 다른 재원의 투입, 수익 혹은 이윤의 기대 또는 위험의 부담과 같이 투자의 특성을 지니는 것으로 투자자가 직접·간접적으로 소유하거나 통제하는 모든 종류의 자산을 말한다”고 하면서 해당 자산의 유형을 나열하였다.⁵⁾ 여기에는 투자자의 자산으로서 ‘지적재산권’이 포함되기도 한다. 예외적으로 ‘기업’ 개념을 중심으로 ‘투자’를 정의하는 투자조약들도 있는데,⁶⁾ 그 예로서 캐나다-카메룬 BIT 제1조에서는 ‘투자’가 기업 그 자체 또는 기업의

3) 김석호, “ICSID 중재상 ‘투자’의 개념: Ambiente Ufficio s.p.a. 회사 외 대 아르헨티나 사건 관할판정을 중심으로”, 『통상법률』, 제119호, 76-78면, (2014) 참조.

4) 대한민국이 체결한 모든 투자조약들은 자산개념을 근거로 ‘투자’를 정의하고 있다.

5) 대한민국 정부, 중화인민공화국 정부 및 일본국 정부 간의 투자 증진, 원활화 및 보호에 관한 협정 (2014) 제 1조 (1) 참조.

6) UNCTAD에서는 ‘투자의 정의’ 규정과 관련하여 ‘자산’개념 기반 규정과 ‘기업’개념 기반 규정을 분류하여 투자조약들을 분석하였다. 그러나 이는 ‘투자’를 어떻게 정의하는지의 방식 차이일 뿐 두 형식 모두 실질적으로는 자산과 기업 두 개념을 모두 ‘투자’의 범주로 포함하고 있다. UNCTAD Investment Policy Hub, “Mapping of International Investment Agreements”, (http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#sectionContainer_38), (최근 접속일: 2017년 3월 16일).

소유한 주식, 증권, 채권 등을 포함하는 것이라고 규정하고 있다.⁷⁾ 물론 이러한 정의 규정 유형에서도 직접적인 기업의 소유여부와는 관계없이 ‘지적재산권’을 포함하고 있다.⁸⁾

만약 투자조약에서 ‘투자(investment)’의 정의에서 지적재산을 분명히 포함하고 있다면 이는 당연히 투자조약의 보호대상이 될 것이다. 그러나 반드시 명시적으로 ‘지적재산’이라는 용어가 ‘투자’의 정의규정에 언급되어야만 하는 것은 아니다. 투자조약은 ‘투자’를 단순히 다양한 형태의 ‘재산(property)’이나 ‘자산(asset)’으로만 명시할 수도 있고, 구체적인 예시 없이 그저 ‘무형 재산(intangible property)’을 포함한다고 규정할 수도 있다.⁹⁾ 물론 ‘무형 재산’의 예시에 지적재산이 명시되는 경우도 있지만 그보다 더 광범위한 형태의 재산을 포함할 수도 있으며, 국내법 또는 국제조약상 ‘지적재산’의 정의를 인용할 수도 있다.¹⁰⁾ 이렇듯 다양한 ‘투자’의 정의가 가능한 상황에서 가장 중요한 점은 바로 지적

재산권이 투자조약상 법적으로 보호되는 권리로 해석될 수 있는지 여부이다.

2. 투자유치국 국내법상 보호되는 지적재산권

사실 아직까지 전세계적으로 보편적인 ‘지적재산’의 개념이 확립되지는 못하였다. 따라서 다수 투자조약들은 조약당사국들의 국내법에 근거하여 ‘투자’의 일부로서의 지적재산에 관한 권리 범위를 설정하고 있다. 그러나 ‘투자’의 정의규정에서 직접적으로 국내법을 원용하여 지적재산을 포함하는 경우는 다소 드물다. 이러한 경우 국내법은 단순히 보조적 역할이 아니라 투자조약상 규범의 일부로 편입되게 된다.¹¹⁾ 예를 들어 베냉과 가나의 BIT 제1조(a)(iv)항을 살펴보면, ‘투자’에 대해 “모든 종류의 자산, 구체적으로 ... 지적재산권과 영업권(goodwill), 기술 공정 및 노하우, 그리고 조약의 양 당사국들 모두의 국내법에 따라 인정되는 모든 유사한 권리”를 포함

7) Agreement between Canada and The Republic of Cameroon for the Promotion and Protection of Investment (2014) 제1조 참조. 비록 동 조항이 기본적으로 ‘기업’을 중심으로 ‘투자’ 개념을 서술하고는 있으나 결국 ‘자산’ 개념을 모두 포함하고 있다.

8) *Ibid.*

9) Correa, C. and Viñuales, J. E., "Intellectual Property Rights as Protected Investment: How Open are the Gates?", *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, 93 (2016).

10) *Ibid.*

11) *Ibid.*, p. 96.

한다고 정의하고 있다.¹²⁾ 또한 터키와 아프가니스탄의 BIT 제1조2항(d)에서는 구체적으로 “투자유치국의 법과 규칙에 따라” 지적재산권을 ‘투자’의 일부로 인정하고 있다.¹³⁾ 국내법이 투자조약상 ‘투자’의 존재를 결정하는 요소가 되는 경우, 국내법에 근거하여 투자조약상 보호되는 ‘지적재산권’인지 여부가 결정된다. 또한 국내법에 변경이 생긴다면 이에 따라 투자조약상 인정되는 ‘투자’인지 여부가 달라질 것이다. 예를 들어 어떠한 미등록 상표가 국내법상 인정된 것이 아니라면 아무리 국제적으로 인정되고 있어도 이는 투자조약으로 보호되는 ‘투자’가 아니게 된다.

다른 투자조약들의 경우 ‘투자’의 정의에서 ‘지적재산권’이라는 용어를 직접 사용하였지만 국내법에 근거하여 판단한다는 규정은 없는 경우도 많다. 예를 들어 최근 타결된 환태평양 경제동반자 (Trans-Pacific Partnership, TPP)협정의 투자챕터 제9.1조나 우리나라와 쿠웨이트 간 BIT 제1.1조에 서는 ‘지적재산권’을 투자의 범위에 두고

있지만 당사국들의 국내법에 대한 언급은 찾아볼 수 없다. 또는 아예 ‘지적재산권’ 대신 좀 더 광범위한 의미의 ‘무형 재산’을 ‘투자’ 정의규정에 두고 있는 경우도 있다. 그 예로서 북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement, NAFTA) 제1139조(g)에서는 ‘투자’에 무형 재산이 포함된다 고만 규정하였다. 하지만 이러한 경우들에서도 지적재산권의 유무에 대해서는 일차적으로 당사국들의 국내법에 의존할 수밖에 없을 것이다.¹⁴⁾ 이는 투자조약의 근본적인 목적이 ‘투자유치국 내에서의 외국인 투자자의 권리’를 보호하는 것이므로 투자유치국의 영토적 관할권 내에서 국내법 체계를 따라야 하는 상황이 전제되어 있기 때문이다. 따라서 국내법상 인정되는 ‘지적재산권’이라면 응당 ‘투자’의 범위에 속할 것이며, 국내법으로 보호되고 있는 ‘무형 재산’으로서의 지적재산 역시 ‘투자’에 해당할 수 있을 것이다.¹⁵⁾ 나아가 그러한 지적재산권이 외국인 투자자의 금전적 기여 및 위험 감수 등 조약상 다른 요건들 또한 충족하는 경우 비로소 투자조약상 보

12) UNCTAD, "Intellectual Property Rights in International Investment Arrangements", in *International Investment Agreement Monitor 01*, (UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2007/1), 3-4, (2007).

13) *Ibid.*

14) Correa, C. and Viñuales, J. E., *supra* note 9, 97-98.

15) 일례로 NAFTA 규정과 관련된 *Eli Lilly v. Canada* 사건에서 중재신청인은 ‘투자’의 개념을 국내법상 인정되는 지적재산권 등 무형 재산을 포함하는 것으로 광범위하게 해석하였는데, 피소국 또한 동 사건에서 ‘투자’의 정의에 대해서는 동의하였다. *Eli Lilly and Company v The Government of Canada*, *supra* note 1, Claimant’s memorial, at para 163, Respondent’s Counter-memorial, at para 209.

호되는 외국인 투자자의 투자'가 되는 것이다.

3. 국내법과는 별도로 투자조약상 보호되는 지적재산권: 국제지적재산권 조약의 적용가능성

앞서 살펴보았듯이 당사국들 (특히 투자유치국)의 국내법 요건을 충족하는 지적재산권이 '투자'의 범위 안에 포함되어 보호될 수 있음은 분명해 보인다. 하지만 만약 국내법의 적용범위를 벗어난 지적재산권 또한 투자조약상 '투자'로 규정되어 있다면 이 또한 보호될 수 있는 것일까? 특히 '국내법'에 대한 명시적인 규정이 없다면 이러한 의문을 가질 수밖에 없을 것이다. 아무리 조약의 취지상 일차적으로 국내법에 근거한다 할지라도 조약의 원문을 분석한다면 반드시 '국내법'에만 의존할 이유는 없기 때문이다. 예를 들어 '무형 재산'으로서 '투자'의 범위에 포함되는 영업권, 기술 공정 및 노하우 등은 대부분 국내 지적재산권법상 '지적재산권'의 범위에 포함되지는 않고 있다.¹⁶⁾ 만약 투자조약상 '지적재산권'의 유형이 명확하게 나열되지 않

은 경우라면 어떠한 형식의 권리까지 '지적재산권'에 포함될 수 있을까? 만약 해당 투자조약에서의 '지적재산권' 범위가 영업권 등까지 포함하는 광범위한 것으로 해석된다면 당사국의 국내에서는 인정되지 않는 별도의 지적재산권 개념을 창설할 수 있는 것일까? 즉, 국내법상 '지적재산권' 개념의 범위를 초과하는 개념까지 국제법상 '지적재산권'으로서 당사국들에게 적용할 수 있는지 의문일 것이다.¹⁷⁾

그러나 분명한 것은 투자조약이 국내 지적재산권법과는 그 대상과 목적이 분명히 다르며, 따라서 국내법과는 별도의 독립된 법규범이라는 점이다. 따라서 아무리 조약의 해석을 위하여 당사국들의 국내법적 요건을 함께 검토한다 할지라도 이는 국내법을 참조하는 것에 불과하며 그 규범이 국내법과 동일한 것은 아니다.¹⁸⁾ 그러므로 비록 어떠한 무형 재산이 투자유치국의 국내 지적재산권법상 보호대상이 아니라고 할지라도 그 개념이 외국인 투자자의 '투자'로 볼 수 있다면 투자조약상 보호의 대상이 된다. 이는 당사국들마다 서로 다른 지적재산권법의 적용 요건이 있다 할지라

16) Correa, C. and Viñuales, J. E., *supra* note 9, 102.

17) *Ibid.*, 103.

18) 물론, 명시적으로 '국내법'을 근거로 두고 있는 조약의 경우, 해당 조약상 '투자'로서의 '지적재산권' 개념은 국내법에 연결되어 해석될 것이다. 여기서 설명하고 있는 경우는 '국내법'이라는 명시적인 근거가 부재한 경우에 한한다. *Ibid.*

도 ‘지적재산’이라는 어느 정도 공통된 개념이 확립되어 있는 이상 투자조약에서의 ‘투자’로는 공통적으로 인정될 수 있음을 의미한다. 다시 말해, 투자조약으로 새로운 지적재산권이 창설된다기보다 국내법에만 국한되지 않는 독립적인 조약상 권리가 존재한다는 것이다.

투자조약에서 보호될 수 있는 ‘투자’로서의 지적재산권이 국내법에만 근거하지 않는 경우 국제지적재산권조약상 지적재산권 또한 ‘투자’의 범위에 속할 수 있을까? 최근까지의 중재사건들을 살펴보면 외국인 투자자가 투자유치국으로 하여금 국제지적재산권조약상 의무를 준수함으로써 자신의 ‘투자’인 지적재산권을 보호하도록 요구하여 왔다.¹⁹⁾ 예를 들어 *Philip Morris Asia v Australia* 사건에서도 “공업소유권 보호를 위한 파리협약(Paris Convention for the Protection of Industrial Property)”과 “무역 관련 지적재산권에 관한 협정 (Agreement

on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)”상 의무를 근거로 투자유치국인 호주의 조치에 대해 문제를 제기하였다.²⁰⁾ 또한 *Eli Lilly and Company v The Government of Canada* 사건에서 Lilly사는 캐나다가 TRIPS협정과 “특허협력조약(Patent Cooperation Treaty)”상 지적재산권 보호 의무를 위반하였다고 주장하였다.²¹⁾ 이후 *AHS v Niger* 사건에서 AHS사는 나이지리아가 자신들의 상표를 도용함으로써 지역 지적재산권조약인 “방기 협정(Bangui Agreement)”²²⁾을 위반하였다고 주장하였다.²³⁾ 외국인 투자자들의 경우 국가가 아닌 개인에 불과하므로 국제지적재산권조약에 대하여 조약 내 분쟁해결절차를 통해 직접적으로 당사국의 의무 위반을 다룰 수 없고, 투자유치국의 국내법원에서도 국내법체제에 따라 국제지적재산권조약을 직접 원용하기 어려우므로 투자자-국가 분쟁해결제도에서 적극적으로 이러한 주장

19) Ruse-Khan, H. G., “Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms in Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, 242, (2016).

20) *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, *Notice of Arbitration*, (21 November 2011), at paras 6.5 and 7.6 - 11.

21) *Eli Lilly and Company v The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, *Notice of Arbitration*, paras 71, 77.

22) Bangui Agreement Relating to the Creation of an African Intellectual Property Organization, Constituting a Revision of the Agreement Relating to the Creation of an African and Malagasy Office of Industrial Property, Bangui (Central African Republic), (2 March 1977).

23) *AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v Republic of Niger*, ICSID Case No. ARB/11/11, Award (15 July 2013), para 150.

을 제기하였다.²⁴⁾ 안타깝게도 결국 위 사건들에서는 중재판정부가 관할권 문제 등을 이유로 직접 국제지적재산권조약의 위반 여부를 확인하지는 않았다. 하지만 최근 체결된 BIT 및 FTA 투자챕터 중 일부는 명시적으로 TRIPS협정상 지적재산권 보호 규정을 원용하고 있는 점에 비추어 본다면, 국제지적재산권조약상 지적재산권의 개념이 투자조약상 ‘투자’의 개념에서 완전히 배제되는 것이라고는 볼 수 없을 것이다.

III. 투자조약상 투자자-국가 분쟁 해결제도를 통한 지적재산권 보호

투자유치국의 국내법상 인정되는 지적재산권은 국내법원을 통해서도 당연히 보호를 요청할 수 있다. 그리고 국내법원에서 다투어지는 지적재산권은 국내법인 지적재산권법의 적용 가능성을 전제하에 국내법적 검토의 대상이 된다. 하지만 만약 국내법원의 절차가 공정하지 못하거나 또는 문제된 지적재산권이 국내법상 명시적으로 인정되는 것이 아니라면 투자조약상 투자자-국가 분쟁해결절차가 또 다른 권리 구제수단이 될 수 있을 것이다. 이 때 투자

자-국가 분쟁해결절차에서는 해당 지적재산권이 ‘투자’로서 인정될 수 있는지는 물론, 투자유치국이 어떠한 투자조약상 의무를 위반하여 해당 지적재산권을 침해하였는지 여부가 다투어질 수 있다. 아래에서는 투자유치국의 국내 조치 및 규범이 정당한 지적재산권을 침해한다고 여겨지는 경우, 외국인 투자자가 자신의 조약상 권리 실현을 위해 제기할 수 있는 주장들을 살펴보고자 한다.

1. ‘적법절차의 원칙’에 따른 주장

만약 외국인 투자자의 지적재산권이 투자유치국의 국내법상 보호되는 것이라면 이의 구제수단으로서 국내법원의 절차도 가능할 것이다. 하지만 만약 국내법원의 판결이 공정하지 못하다면 외국인 투자자는 투자자-국가 분쟁해결제도를 통해 동 판결 자체의 투자조약 위반여부를 다툴 수 있을 것이다. 투자조약상 ‘공정하고 공평한 대우(fair and equitable treatment, FET)’에는 ‘신의성실(good faith)의 원칙’뿐 아니라 ‘공정한 적법절차(due process)’보호까지 포함된다.²⁵⁾ 따라서 외국인 투자자라고 할지라도 국내법상 보장되는 적법절차에 따라 대우 받을 권리가 FET를 통하여 보호

24) Ruse-Khan, H. G., *supra* note 19, 242.

25) 김용일, 홍성규, “국제투자협정상 공정하고 공평한 대우에 관한 연구”, 『중재연구』, 제22권 제3호, 187-213면, (2012) 참조.

될 수 있어야 한다.²⁶⁾ 또한 이러한 ‘적법절차’ 원칙과 더불어 ‘사법거부(denial of justice)의 배제’ 원칙²⁷⁾에 따르면 투자유치국은 “법원으로서의 접근 거부, 부적절한 절차 및 부당한 결정”을 포함하는 “외국인에 대한 민·형사상 정의의 부적절한 집행을 배제하여야 한다.”²⁸⁾ 하지만 투자자-국가 중재절차가 국내법원 판결에 대한 항소심 역할을 하는 것은 아니라는 점을 주의하여야 할 것이다.²⁹⁾

2. 내국민대우원칙에 따른 주장

국내법원에 제소할 수 있는 지적재산권 침해의 경우가 아니라고 할지라도 만약 어떠한 지적재산권이 외국인 투자자가 소유한 것이라는 이유로 불리한 대우를 받게 된다면 이 또한 투자자-국가 분쟁해결절차의 대상이 될 것이다. 일반적으로 투자조

약상 “내국민대우(national treatment)원칙”에 따르면 “각 계약당사자는 자국의 영역 안에서 다른 쪽 계약당사자의 투자자가 행한 투자의 운영·관리·유지·사용·향유·매각 또는 그 밖의 처분에 관하여 자국 투자자에게 부여하는 대우 중 투자자에게 보다 유리한 것보다 불리하지 아니한 대우를 부여”하도록 규정하고 있다.³⁰⁾ 투자의 정의 규정상 지적재산권이 ‘투자’에 해당한다면 지적재산권의 유지나 사용 등에 있어 투자유치국으로부터 불리한 대우를 받게 된다면 이는 당연히 내국민대우원칙 의무 위반으로 주장될 수 있을 것이다.

예를 들어 우리나라가 1980년에 가입한 “공업소유권(industrial property)³¹⁾의 보호를 위한 파리협약(이하 파리협약)” 제2조 제1항에서도 내국민대우 원칙을 규정하고 있는데,³²⁾ 이에 따라 외국인 또한 자신의

26) Woolf, Jowell and Le Sueur, *De Smith's Judicial Review*, 6th edition, 346, (2007).

27) Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, 44, (2005).

28) 산업자원부, 『투자자-국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책적 시사점』, 133면, (2007).

29) Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award (1 November 1999), paras. 99-105. 동 사건 중재판정부는 멕시코 당국이 신청인과의 계약을 파기한 것에 대해 멕시코 법원이 유효하다고 판단한 판결이 단순히 옳지 않다고 해서 바로 국제법 위반이 발생하는 것이 아니라고 명시하였다. 투자조약상 ‘사법거부의 배제’라는 의무 위반이 발생하려면 단순한 판결의 법리적 오류가 아니라 멕시코 법원의 판결이 “명백히 악의적으로 법 적용을 했는지”여부가 검토되어야 한다.

30) UNCTAD Investment Policy Hub, *supra* note 6, 참조.

31) “Industrial Property”는 국문으로 “공업소유권” 또는 “산업재산권”이라고 번역되며, 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권 등 산업상의 비유체적 이익에 관한 배타적 권리의 총칭이다.

32) 파리협약(1988) 제2조 제1항의 원문은 다음과 같다: “동맹국의 국민은 모든 동맹국에서 공업소유권의 보호에 관하여 본 협약에서 특별히 정하는 권리를 침해하지 아니하고 각 동맹국의 법령이 내국민에 대하여

산업재산권과 관련하여 국내법의 적용에 대해 내국인과 동등한 지위를 향유할 수 있다.³³⁾ 비록 투자조약이 WTO의 “무역관련 지적재산권에 관한 협정(이하 TRIPS협정)” 제3조의 규정처럼 파리협약 등 다른 지적재산권 관련 국제조약들을 직접적으로 언급하지는 않았지만, 투자조약상 내국민대우원칙 또한 국제지적재산권조약상 보장되는 내국민대우원칙을 아우르는 폭 넓은 개념으로 해석될 수 있을 것이다.

대다수의 투자조약들에서 투자 설립 후의 경우에 대해서만 내국민대우원칙을 규정하고 있다. 그렇다면 만약 외국인 투자자가 국내법상 지적재산권을 등록하려는 경우 그 절차상 내국민보다 불리한 대우를 받게 된다면 어떨까? 물론 이러한 경우 아직 국내법상 인정되는 지적재산권이 아니므로 내국민의 국내법상 등록된 지적재산권과 동등하게 비교될 수 없을지도 모른

다. 하지만 미국이나 캐나다가 다른 국가들과 체결하는 투자조약들 중 상당수가 투자 설립 전의 경우까지 내국민대우원칙의 적용범위에 포함시키기도 한다.³⁴⁾ 따라서 이러한 조약에서는 특별한 예외조항이 없는 한 지적재산권의 취득단계에서도 내국민대우원칙이 적용될 수 있을 것이다.³⁵⁾

3. ‘합리적 기대이익’의 보호규정에 따른 주장

투자조약에서 가장 널리 활용되고 있는 FET 규정은 외국인 투자자에 대한 투자유치국의 대우에 관해서 매우 광범위한 의무를 부과할 수 있는 요건으로서, 여기에는 단순한 절차적 공정성에 관한 규범 외에도 외국인 투자자의 ‘합리적 기대이익(legitimate expectation)’의 보호까지 포함될 수 있다.³⁶⁾ 투자유치국의 투명한 법체계와 명시적 또는 묵시적인 확약에 근거를 두고 이

현재 부여하고 있거나 또한 장래 부여할 이익을 향유한다. 따라서 동맹국의 국민은 내국민에게 과하는 조건 및 절차에 따를 것을 조건으로 내국민과 동일한 보호를 받으며 또한 권리의 침해에 대하여 내국민과 동일한 법률상의 구제를 받을 수 있다.”

33) 김정완, “산업재산권의 국제적 보호와 내국민대우원칙”, 『법학논총』, 전남대학교 법학연구소, 제24권, 81-86면, (2004).

34) 그 예로서 미국 모델 BIT (2004), 제3.2조는 “... no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments”라고 규정하고 있는데, 여기서 설립(establishment)의 단계에서도 내국민대우원칙이 적용될 수 있음을 분명히 하고 있다.

35) Liberti, L., “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview”, *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, 8, (2010).

36) 김용일, 홍성규, 전제논문, 참조.

루어지는 외국인투자자의 합리적 기대이익에 대한 보호³⁷⁾는 여러 국가들의 법체제에서 그 필요성이 인정되어 왔으며 ‘공정성’에 있어서 항상 기본 요소로서 받아들여져 왔다.³⁸⁾ 또한 동 규정은 국내법상 인정되는 지적재산권 외에도 국제법상 지적재산권 보호를 위한 근거가 될 수 있다. 앞서 살펴본 지적재산권 관련 중재사건에서도 외국인 투자자들은 투자유치국이 자신들의 합리적 기대이익을 침해하였다고 주장하였다. 비록 투자자들의 지적재산권이 국내법상 등록되어 인정되는 것은 아니었지만, 투자유치국이 당사국인 국제지적재산권조약상 보호 받는 지적재산권이었으므로 “투자유치국이 해당 조약상 의무를 준수할 것”이라는 합리적인 기대가 성립한다는 것이다.³⁹⁾

일견 이러한 주장은 외국인 투자자들에게 매우 편리해 보인다.⁴⁰⁾ 하지만 투자유치국의 입장에서 본다면, 투자조약의 체결 당시 다른 조약상 의무가 FET의 일부에

포함됨으로써 외국인 투자자들에게까지 구속될 것을 의도하지는 않았을 것이다.⁴¹⁾ 투자조약의 목적이 외국인 투자자들을 보호하기 위한 것이라고는 하지만 그 체결 주체들은 모두 국가들이며, 결국 당사국 간 구속력이 발생하는 것이다. 국제지적재산권조약 또한 당사국들 사이에서 대외적 구속력을 바탕으로 성립된 것이며 이의 대내적 구속력은 각 당사국의 국내법 체제에 따라 판단되어야 할 것이다. 이러한 점을 감안한다면, 단순히 투자조약의 수혜자에 불과한 외국인 투자자가 투자조약 당사국이 해당 조약에 명시적으로 편입시키지 않은 다른 국제법상 의무를 강요할 수 있는지 의문이다. 또한 만약 이러한 주장이 가능하다면 결국 다른 조약상 의무가 이행되었는지에 대한 판단이 선결문제인데, 투자조약에 관한 관할권만을 가진 중재판정부가 과연 이를 판단할 관할권을 가지는지 문제될 수 있다. 결국 가장 중요한 점은 과연 문제된 투자유치국의 국내법 체제가 열

37) Dolzer, R. and Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, 133-134, (2012).

38) Klager, R., 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, 165, (2011) 참조.

39) *Eli Lilly and Company v The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2,, Claimant's Memorial, (29 September 2014), para 279 참조. 동 사건에서는 NAFTA 제17장 지적재산권 챕터가 ‘지적재산권’ 보호를 위한 국제법상 의무로 인용되었다.

40) Ruse-Khan, H. G., *supra* note 19, 251.

41) 실제로 *Philip Morris Asia v. Australia* 사건에서 호주는 FET의 기준을 다른 조약상 의무까지 포함하는 것으로 해석하는 것은 BIT상 투자자에 대한 보호의 범위를 벗어나는 것이라고 항변하였다. *Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Australia's response to the Notice of Arbitration, (21 December 2011) 참조.

하나 국제지적재산권조약의 내용을 반영하고 있고 또 반영할 수 있는지에 대한 가능성이 있다.⁴²⁾ 만약 투자유치국이 자동적으로 국제법의 내용을 직접 국내에 적용하는 일원론적 체제인 경우 외국인 투자자의 합리적 기대이익이 좀 더 인정될 수 있는 반면, 국회를 통한 별도의 국내 입법절차가 필요한 경우라면 해당 국내법이 직접 제정되기 전까지는 합리적 기대이익을 주장하기 어려울 수 있다.

4. 우산조항에 따른 주장

투자조약에서 지적재산권 보호를 위해 활용될 수 있는 또 다른 규정은 바로 ‘우산조항(umbrella clause)’일 것이다. 이는 투자조약에 다른 법적 요소에 근거하여 투자유치국의 투자자 보호 의무를 편입해올 수 있는 유용한 수단이 될 수 있다.⁴³⁾ 물론 동 조항은 투자자와 국가간 조약이 아닌 계약상의 권리 및 의무에 있어 분쟁이 발생하는 경우에도 투자조약상 투자자-국가 분쟁해결절차를 진행할 수 있는지에 있어 특히 논쟁이 되었다.⁴⁴⁾ 하지만 만약 투자

유치국의 국내법이 아닌 국제지적재산권 조약 등 다른 국제법규범 또한 동 조항을 통해 투자조약에 포함된다면 이 또한 투자자-국가 분쟁해결에서 다투어질 수 있는 사안이 된다. 그 예로서 *Phillip Morris Asia v. Australia* 사건에서 원용된 홍콩과 호주 간 BIT 제2.2조에서는 당사국들이 “다른 당사국의 투자자의 투자와 관련된 어떠한 법적 의무라도 준수해야 할 것”을 규정하고 있다. 그리고 *Phillip Morris*사는 이에 근거하여 호주가 TRIPS협정과 파리협약의 의무를 위반하였으므로 이는 해당 투자조약상 우산조항 또한 위반한 것이라고 주장하였다.⁴⁵⁾

하지만 호주는 이러한 해석이 중재판정부의 관할권을 다른 다자조약에 대한 당사국의 의무에 대해서까지 확장하는 것이므로 BIT에서 당사국들 간 합의된 분쟁해결 조항의 기능이 아니라고 반박하였다.⁴⁶⁾ 아직까지 다수의 견해는 기본적으로 우산조항은 외국인 투자자들로 하여금 민사적 계약에서의 권리를 투자조약을 통해서도 주장할 수 있도록 함에 그 목적이 있었으며,

42) Ruse-Khan, H. G., *supra* note 19, 255.

43) Sinclair, A., “Umbrella Clauses”, in M Bungenberg et al. (eds), *International Investment Law - A Handbook*, 887 - 958, (2015) 참조.

44) 자세한 내용은 조희문, 「국제투자조약상 '포괄적 국가계약의무 준수조항'에 관한 연구」, 한국연구재단보고서, (2010) 참조.

45) *Philip Morris Asia v. Australia*, *supra* note 20, para 7.16.

46) *Philip Morris Asia v. Australia*, *supra* note 41, paras 34-35.

당사국의 다른 조약상의 권리까지 의무화 하기 위함은 아니라고 보고 있다.⁴⁷⁾ 물론 조약의 명문상 반드시 민사적 계약만이 우산조항의 적용대상이라고 단정할 수는 없겠지만, 조약의 해석원칙에 따라 해당 조문의 대상과 목적이 분명히 고려되어야 한다는 점 또한 무시할 수 없을 것이다.

5. 최혜국대우원칙에 따른 주장

최혜국대우원칙에 의하면 동 원칙이 규정된 투자조약 당사국이 아닌 제3국에 대한 대우 수준보다 당사국에 대한 대우가 “불리하지 아니하여야(no less favorable)” 한다.⁴⁸⁾ 따라서 투자유치국 국내법상 보호되는 지적재산권의 경우 다른 국적의 외국인 투자자에 비해서 자신의 지적재산권에 대해 불리한 국내법 적용이 있다면 당연히 내국민대우뿐 아니라 최혜국대우의무 또한 주장될 수 있을 것이다. 그렇다면 만약

외국인 투자자가 투자조약상 “최혜국대우(Most-favored nation, MFN)원칙”에 따라 ‘다른 투자조약에서의 지적재산권 보호 수준’을 요구한다면 이는 가능한 것일까? 만약 미국-호주 자유무역협정처럼 국제지적재산권조약 중 하나인 TRIPS에서의 지적재산권 보호수준을 인정하고 있는 다른 투자조약이 있다면,⁴⁹⁾ 그러한 조약의 당사국은 다른 투자조약의 당사국들에 대해서도 (예를 들어 호주-홍콩 BIT의 경우 홍콩에 대해서) 동일한 수준의 대우를 부여해야 할 의무가 있다.⁵⁰⁾

하지만 이러한 주장에 있어서 가장 큰 취약점은 바로 국제지적재산권조약상의 의무가 조약체결 주체인 당사국들 사이에서 구속적인 것이지 외국인 투자자와 같은 개인에게까지 직접적으로 시행되는 것은 아니라는 점이다.⁵¹⁾ 즉, 국제지적재산권조약 수준의 지적재산권 보호가 어떠한 투자조

47) *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award* (Ad Hoc Arbitral Tribunal, 19 August 2005), 251; Newcombe and Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, 438, (2009); Sinclair, A., *supra* note 43, 887-958 참조.

48) Reinisch, A., “Most Favoured Nation Treatment”, in M Bungenberg et al. (eds), *supra* note 43, 813 - 14.

49) 미국-호주 FTA 투자챕터 제11.9조 제1항(f)에서는 기술이전등과 관련하여 투자유치국이 이행요건을 부과하지 말 것을 의무화하고 있는데, 이에 대해 동조 제3항에서는 다음과 같이 규정하고 있다: “(b) Paragraph 1(f) does not apply:(i) ... to measures requiring the disclosure of proprietary information that fall within the scope of, and are consistent with, Article 39 of the TRIPS Agreement.” 즉, TRIPS협정에 합치하는 경우에만 이행요건 관련 의무에 대해 예외를 적용할 수 있으므로 투자유치국으로 하여금 TRIPS협정 제39조상의 의무를 준수할 것을 요구하고 있다.

50) Ruse-Khan, H. G., *supra* note 19, 262.

51) *Ibid.*, 263.

약(A)에 약속되어 있다 하더라도, 실질적으로 다른 투자조약(B) 당사국 국적의 투자자에 대한 대우가 동 조약(A) 당사국 국적의 투자자에 대한 대우보다 불리한 경우에만 B조약의 당사국 투자자에게 문제될 수 있는 것이다. 결국 단순히 국제지적재산권조약상의 의무가 한 투자조약에 포함되어 있다는 사실만으로 이러한 의무를 MFN원칙을 근거로 다른 투자조약 당사국의 투자자가 투자유치국에게 직접 강요할 수 있을지에 대해서는 아직까지 논쟁의 여지가 있다. 물론 각 투자조약에서 MFN원칙 규정이 어떻게 규정되어 있는지에 따라 다양한 해석의 여지는 있으므로 향후 발생할 지적재산권 관련 투자분쟁 및 관련 논의를 통해 이러한 주장의 활용 가능성이 검토되어야 할 것이다.⁵²⁾

6. 수용 및 보상 조항에 따른 주장과 긴급조치조항

대다수의 투자조약에서 나타나는 “수용(expropriation)”과 “보상(compensation)”조항은 외국인 투자자 보호라는 목적상 매우 핵심적이다. 동 조항에 따르면 “공공목적

을 위하여”, “비차별적으로”, “국내법 및 국제기준에 따른 적법절차에 의하여”, 그리고 일정한 보상조건에 따른 보상이 이루어지는 경우를 제외하고는 어떠한 체약당사자도 자신의 영역 내에서 “다른 어떠한 체약당사자의 투자자가 행한 투자를 수용 혹은 국유화하거나 수용 혹은 국유화에 상당하는 그 어떠한 조치”도 하지 말아야 한다.⁵³⁾ 이는 국가들이 서로 자국 관할권 내에서 내국민을 대상으로 취할 수 있는 국가의 규제권한에 대해서는 인정하고 있지만, 이것이 외국인 투자자의 투자를 방해하는 요소가 되어서는 안 된다는 우려를 반영한 조항이다.⁵⁴⁾ 여기서 ‘수용’이란 재산의 강제적 압수와도 같은 단순한 직접수용행위 뿐 아니라 명의이전이나 압수 없이 이루어지는 권리 및 재산의 ‘박탈(deprivation)’과도 같은 ‘간접수용(indirect expropriation)’ 또한 포함된다.⁵⁵⁾ 지적재산권 또한 응답 외국인 투자자의 무형자산으로서 ‘투자’에 해당하므로 동 조항의 적용대상이 된다. 특히 지적재산권을 침해하는 투자유치국의 조치는 해당 권리를 투자유치국이 직접 압수하는 것이 아니라 그 가치를 훼손하는 박탈행위로서 간접수용에 해당한다. 따라

52) Ibid.

53) UNCTAD, “Expropriation”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 1, (2012).

54) Ibid.

55) Ibid, 3.

서 외국인 투자자는 지적재산권과 관련하여 수용 및 보상조항을 충분히 원용할 수 있을 것이다.

하지만 투자조약들 중 주로 FTA 투자챕터에서는 ‘강제실시권(compulsory license)’과 같은 긴급조치에 대한 규정을 두고 있다. 즉, 수용 및 보상조항이 기본적인 의무이기는 하나 TRIPS협정에 따라 지식재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 ‘발동(issuance)’이나 지식재산권의 ‘취소(revocation)’, ‘제한(limitation)’ 또는 ‘생성(creation)’이 FTA 내 지적재산권 챕터와 합치하는 경우에 대해서는 동 조항이 적용되지 않는다. 일례로 최근 타결된 TPP협정 제9.7조 제(5)항에서도 이러한 내용이 포함되어 있다.⁵⁶⁾ 이러한 긴급조치조항을 원용하여 자국조치를 정당화할 수 있는 주체는 투자유치국

이다. 하지만 중요한 것은 바로 동 조항에서 명시적으로 TRIPS협정과 FTA 지적재산권챕터 등 별도의 국제지적재산권규범과의 합치성이 필수 요건으로 포함되었다는 점이다.⁵⁷⁾ 즉, 외국인 투자자는 투자자-국가 분쟁해결절차를 통해 투자유치국으로 하여금 TRIPS협정과 같은 국제지적재산권조약상 요건을 충족하였는지 입증하도록 요구할 수 있게 된다.⁵⁸⁾

투자자-국가 분쟁해결을 위한 중재판정부에게 TRIPS협정이나 FTA 지적재산권챕터와 같은 국제지적재산권조약을 직접 해석하고 적용할 관할권이 있는지 여부가 문제될 수 있겠다.⁵⁹⁾ 또한 TRIPS협정과 합의성이 강제실시권에 대해서만 명시되어 있다는 점 때문에 TRIPS협정 중 특허권 관련조항인 제30조만 부분적으로 검토되

56) 원문은 다음과 같다: “This Article shall not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that the issuance, revocation, limitation or creation is consistent with Chapter 18 Intellectual Property) and the TRIPS Agreement.” 다른 FTA들(예를 들어 한·미 FTA 제11.5조 제(5)항)과 특히 구별되는 점은 바로 밑줄 강조된 부분과 같이 긴급조치의 경우에도 단순히 FTA내 지적재산권 챕터뿐 아니라 TRIPS협정에 합치하도록 규정하고 있다는 점이다. 또한 해당 조문의 각주19에서는 구체적인 용어의 해석과 관련하여 다음과 같이 명시하고 있다: “For greater certainty, the Parties recognize that, ..., the term “revocation” of intellectual property rights includes the cancellation or nullification of those rights, and the term “limitation” of the intellectual property rights includes exceptions to those rights.”

57) Ruse-Khan, H. G., *supra* note 19, 266-267; Liberti, L., *supra* note 35, 9-12.

58) 실제로 Eli Lilly v. Canada 사건에서 Eli Lilly사는 캐나다의 조치가 NAFTA 지적재산권챕터와 합치하지 않는 점을 문제 삼았다. *Eli Lilly and Company v The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Claimant’s Reply Memorial, (11 September 2015), 124-153.

59) TRIPS협정이 별도의 조약인 만큼, 동 협정이 포함되어 있는 WTO 체제상 분쟁해결기관 또는 해당 FTA 내 국가 대 국가 분쟁해결기관 등 다른 기관들 또한 해석 권한을 주장할 수 있기 때문이다. Ruse-Khan, H. G., *supra* note 19, 267.

어야 하는 것인지 문제될 수 있다.⁶⁰⁾ 하지만 결국 투자조약상 긴급조치조항을 적용함에 있어 중재판정부는 필수적으로 TRIPS협정 및 FTA 지적재산권챕터를 함께 검토하여야 하고, 이 과정에서 본래 조문의 문맥과 목적이 올바르게 해석하기 위해서 전체 조문들을 유기적으로 해석할 수밖에 없을 것이다.⁶¹⁾ 따라서 긴급조치조항은 직접적인 원용을 통해 국제지적재산권조약상 권리를 확보하고자 하는 외국인 투자자에게 더 유리한 수단이 될 수 있을 것이다.

7. 이행요건 부과금지의무에 따른 주장

전통적 BIT들 대부분에서는 존재하지 않았지만, 일부 BIT들과 최근 투자챕터를 포함하여 체결된 FTA들에서는 “이행요건 (Performance Requirement) 부과금지 의무”를 명시하고 있다.⁶²⁾ 먼저 이행요건이란 투자유치국 정부가 외국인 투자의 설립 및 운영에 대해 부과하는 요건들로서 투자의 허가여부에 결부되거나 해당 요건들을 충족하는 경우 특혜를 부여하는 등의 방식으로

부과된다. 지적재산권과 관련해서는 특히 특정수준의 연구개발(Research and Development, R&D)활동을 투자유치국 국내에서 행하게끔 강요하거나 직접적인 기술이전을 요구하는 경우 ‘이행요건’으로 볼 수 있다.⁶³⁾ 미국과 같은 일부 국가들은 투자시장의 상호자유화를 위하여 이행요건 부과를 명시적으로 금지하는 조항을 투자조약에 포함하여 왔다. 해당 투자조약들에 따르면 투자유치국은 외국인 투자자에게 “자국 영역의 자연인이나 법인 또는 다른 어떠한 실체에게 기술·생산공정 또는 그 밖의 재산권적 가치가 있는 지식을 이전하도록” 요구할 수 없다.

여기서 ‘재산권적 가치가 있는 지식(proprietary knowledge)’이란 매우 포괄적인 개념이므로 반드시 국내법에 따라 등록된 지적재산권에만 국한된 것으로 보기 어려우며, 넓게는 국제지적재산권조약상 그 가치가 인정되는 지식을 아우르는 것으로 해석될 수 있을 것이다. 또한 일부 BIT 및 FTA에서는 동 의무를 좀 더 구체화하였는데, 기술이전이라는 이행요건 부과를 원칙적

60) *Ibid.*, 269.

61) *Ibid.*

62) Nikièmap, S., *Performance Requirements in Investment Treaties: Best Practices Series-December 2014*, International Institute for Sustainable Development, 7, (2014). 이행요건 부과금지의무를 포함한 BIT 목록은 UNCTAD Investment Policy Hub, *supra* note 6, 참조.

63) Nikièmap, S., *supra* note 62, 2-3; UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*, United Nations, 152-153, (2003).

으로 금지하면서도 국제지적재산권조약인 TRIPS협정과 합치하는 조치를 예외적으로 허용하고 있다.⁶⁴⁾ 즉, 예외와 관련하여 TRIPS협정을 이행요건 부과금지의무 규정의 일부로 포함시킨 것이다.⁶⁵⁾ 따라서 투자자-국가 분쟁해결절차에서 문제된 조치가 이행요건 부과금지의무의 예외가 될 수 있는지 여부를 살피기 위해 TRIPS협정 합치성을 반드시 검토해야만 하므로 외국인 투자자가 TRIPS협정을 직접 원용할 수 있게 된다.

8. 유보 및 비합치조치 조항에 따른 주장

아무리 국가들이 외국인 투자 유치와 경제발전을 위하여 투자조약을 체결하더라도 이로 인해 자국의 자율적인 국내정책이 제한받을 수도 있다. 따라서 원활한 투자조약 협상과 투자유치국 주권에 미치는 부정적 영향을 최소화하기 위하여 당사국들은

‘유보(reservations)’ 및 ‘비합치조치(non-conforming measures)’라는 예외 조항을 합의해왔다.⁶⁶⁾ 동 조항에서는 투자조약에 의한 일반적인 시장 자유화 약속 중에서 특정 경제분야나 산업군에 대해서 예외를 명시하거나 또는 특정 의무(예를 들어 내국민대우나 최혜국대우원칙, 이행요건 부과금지의무 등)에 대한 구체적인 예외 사항을 열거하고 있다.⁶⁷⁾

동 조항과 관련하여 일부 투자조약들에서는 두 가지 형식으로써 TRIPS협정을 원용하고 있다. 첫째, TRIPS협정 제3조(내국민대우), 4조(최혜국대우), 5조(보호의 취득 또는 유지에 관한 다자간 협정)에서 규정하고 있는 예외사항들 또한 투자조약의 예외로 인정되어야 한다는 것이다.⁶⁸⁾ 즉, 투자조약상 내국민대우나 최혜국대우원칙의 예외로서 TRIPS협정의 요건도 함께 포함되게 된다.⁶⁹⁾ 따라서 투자유치국의 조치가

64) 예를 들어 호주-일본 BIT (2014) 제2조 (f)항은 다음과 같이 규정하고 있다: “(Neither Party shall impose or enforce any of the following requirements) to transfer technology, a production process or other proprietary knowledge to a person in its Area, except when the requirement: (ii) concerns the disclosure of proprietary information or the use of intellectual property rights which is undertaken in a manner not inconsistent with the TRIPS Agreement.” (중요부분 밑줄 강조).

65) *Liberti, L., supra note 35, 14-15.*

66) UNCTAD, “Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations”, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 5-12, (2006).

67) *Ibid.* 17-32.

68) *Liberti, L., supra note 35, 9.*

69) 예를 들어, 미국 모델BIT (2004) 제14.4조는 다음과 같이 규정하고 있다: “Articles 3 [National Treatment] and 4 [Most-Favored-Nation Treatment] do not apply to any measure covered by an exception to, or derogation from, the obligations under Article 3 or 4 of the TRIPS Agreement, as specifically provided in those Articles

해당 투자조약의 예외로 인정될 수 있는지에 대한 분쟁이 발생한 경우, 외국인 투자자는 TRIPS협정 예외조항과의 합치성을 직접 주장할 수 있을 것이다. 둘째, 일부 투자조약에서는 아무리 유보 및 비합치조치로 인해 투자조약상 의무에서 제외된 조치라고 할지라도 TRIPS협정을 위반하는 것은 허용될 수 없음을 명시하고 있다.⁷⁰⁾ 이 경우에도 물론 투자조약상 예외가 인정되기 위해서는 TRIPS협정의 예외규정상 요건 또한 합치되어야 함을 의미하지만, 단순히 예외조항에만 국한된 것이 아니라 좀 더 포괄적으로 TRIPS협정을 원용하고 있다는 점에서 첫 번째 형식과는 미묘한 차이가 존재한다.⁷¹⁾ 즉, 이러한 형식의 투자조약들은 첫 번째 유형처럼 단순히 TRIPS협정상의 예외를 직접 도입하고 있는 것이 아니라 어떠한 비합치조치를 규정할 때 해당 조치가 TRIPS협정상 (예외조항이 아닌 다른 실체적 의무를 설명하는 조항도 포함하여) 모든 규범과 합치하여야 한다는 것이다. 결국 이 경우 외국인 투자자가 투자자-국가 분쟁해결제도를 통해

TRIPS협정의 예외요건뿐 아니라 투자유치국의 다른 실체적 의무에 대해서도 좀 더 적극적으로 다룰 수 있는 가능성을 열어두고 있다.

IV. 한국의 투자조약과 지적재산권 관련 규범 분석

1. 한국이 체결한 양자투자협정에서의 ‘지적재산권’

한국이 체결하여 발효한 BIT중 아직까지 종료되지 않은 BIT들은 아래 <표 1>에 나타나듯이 총 87개에 달한다. 한중일 BIT를 제외하고는 모두 양자간 체결되었으며, 현재 한국의 BIT들에서는 모두 명시적으로 지적재산권을 ‘투자’의 범위 안에 포함하고 있는 것으로 보인다. 다만 관련 용어의 사용에는 각 BIT마다 다소 차이가 있다. 국문 조약문들에서는 단순히 ‘지적재산권’ (또는 ‘지식재산권’)만 사용된 것이 아니라 ‘무형재산’⁷²⁾, ‘지적소유권’⁷³⁾, ‘무체재산권’⁷⁴⁾ 등 다양한 용어가 사용되었다. 하

and in Article 5 of the TRIPS Agreement.”

70) 예를 들어 캐나다-말리 BIT (2014) 제16.5조는 다음과 같이 규정하고 있다: “In respect of intellectual property rights, a Party may derogate from Articles 4 (National Treatment), 5 (Most-Favoured-Nation Treatment), and 9(2)(c) (Performance Requirements) in a manner that is consistent with: (a) the TRIPS Agreement; (b) an amendment to the TRIPS Agreement in force for both Parties; and (c) a waiver to the TRIPS Agreement granted pursuant to Article IX of the WTO Agreement.”

71) Liberti, L., *supra* note 35, p. 9.

72) 영국, 네덜란드와의 BIT.

지만 모든 BIT에서 영문으로 ‘intellectual property rights’이라는 통일된 용어를 사용하고 있다는 점에서 이는 단순히 국문 번역의 차이로 보인다. 물론 지적재산권에 어떠한 개념들이 포함되는지에 대한 예시 목록 또한 다소 차이가 있으나, 대부분 보편적으로 인정되고 있는 저작권, 공업소유권, 상표권, 특허권 등을 모두 지적재산권의 범위에 포괄적으로 포함하고 있다. 여기서 중요한 점은 ‘지적재산권’의 예시를 한정적으로 나열한 것이 아니라 몇 가지 예시로서 제시하고 있다는 것이다.

한편, 한국이 체결한 BIT들은 직접적으로 “국내법상의 ‘지적재산권’”이라고 한정하여 명시하지는 않았기에 단순히 국내법에만 국한하여 ‘지적재산권’을 정의해서는 안 될 것이다. 게다가 한국이 체결한 모든 BIT에서는 국내법상으로는 ‘지적재산권’으로 포함되지 않는 ‘영업권(또는 영업신용, good will)’에 대해서는 아예 해당 BIT에서 명시적으로 ‘지적재산권’으로 포함시켜 두었거나, 또는 ‘지적재산권’과는 별도로 투자조약상 보호받아야 하는 ‘투자’의 종류로 기술하였다. 그러나 후자의 경우에

도 일부 국가들과의 BIT를 제외하고는⁷³⁾ 대부분 동 개념 또한 지적재산권과 동등하게 보호될 수 있는 권리로서 명시적으로 포함하고 있다. 전반적으로 기술의 발전에 따라 좀 더 최근에 체결될수록 보다 더 상세하고 구체적인 정의규정이 발전된 것으로 보인다. 그리고 ‘지적재산권’의 개념에 관한 예시 목록 또한 상세해지고 있다. 일례로 가장 최근 체결된 한중일 BIT에서는 “저작권 및 저작인접권, 특허권 및 실용신안권, 상표, 산업디자인, 집적회로의 배치설계, 식물 신품종, 상호, 원산지 표시 또는 지리적 표시 및 미공개정보 관련 권리를 포함한 지식재산권”을 ‘투자’의 일부로 상세히 규정하여 향후 지적재산권의 범위에 관한 분쟁을 미연에 방지하고자 하였다. 그리고 “포함한”이라는 용어를 사용하여 동 목록이 예시에 불과하다는 점을 강조함으로써 향후 기술 및 산업 발전을 통해 새로운 개념들 또한 ‘지적재산권’의 범위에 포함될 수 있는 융통적인 구조를 보이고 있다.

안타깝게도 아직까지 한국이 체결한 BIT 중에서는 다른 실체적 규정에서 직접적으로

73) 덴마크, 헝가리, 폴란드, 파키스탄, 우즈베키스탄, 리투아니아, 페루, 체코, 핀란드, 칠레, 쿠웨이트, 중국 (개정 전)과의 BIT.

74) 방글라데시와의 BIT.

75) 튀니지, 프랑스, 세네갈, 헝가리, 파키스탄, 리투아니아, 스페인, 엘살바도르, 과테말라, 일본과의 BIT 및 한중일 BIT.

지적재산권 개념이 언급되었거나 TRIPS협정 등 여타 국제지적재산권 규범이 포함된 사례는 찾아볼 수 없었다. 물론 이러한 언급이 없다고 해서 실제적 규정이 지적재산권 관련 문제에 적용되지 않는 것은 아니지만, 국제지적재산권조약이 투자조약의 일부로서 직접 적용될 수는 없다는 한계가 있다. 그러나 오늘날 많은 국가들이 투자

챕터를 포함한 FTA로써 기존 BIT 규범을 흡수하고 좀 더 상세한 규범을 발전시키고 있으며, 한국 또한 FTA의 투자챕터에서 ‘투자’로서의 지적재산권과 관련 규범을 적극적으로 명시하고 있다. 아래 <표 1>은 한국이 체결한 BIT에서 ‘지적재산권’이 어떻게 정의되고 있는지에 대해 직접 해당 규정을 정리한 것이다.

<표 1> 한국이 체결한 양자투자협정상 지적재산권 관련규정⁷⁶⁾

(2017년 4월 기준)

체결국	발효일	지적재산권 관련규정
독일 (조약227)	1967-01-15	제8조 <1> ‘투자’의 정의 “著作權, 工業財産權, 技術公定權, 商標權 및 營業權”
스위스 (조약376)	1971-04-07	제7조 다. ‘투자’의 정의 “저작권, 공업소유권, 기술공정권, 지식권, 상품권, 상호권 및 영업권”
튀니지 (조약552)	1975-11-28	제7조 다. ‘투자’의 정의 “저작권, 공업소유권, 기술공정권, 지식권, 상표권, 상호권”
영국 (조약567)	1976-03-04	제1조 (a) ‘투자’의 정의 “무형재산권 및 영업권”
프랑스 (조약673)	1979-02-01	제2조 1. ‘투자’의 정의 “저작 및 출판권, 공업소유권, 발명권, 기술적 방법, 상표, 등록 상호 및 상업의 무체자산”
스리랑카 (조약711)	1980-07-15	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권, 공업소유권(발명특허, 상표, 의장 등), 기술, 상품명 및 영업권”
세네갈 (조약870)	1985-09-02	제1조 가. ‘투자’의 정의 “유형, 무형의 자산”

76) 외교부, 공식 홈페이지 “조약정보” 참조. (최근 접속일: 2017년 3월 10일), (http://www.mofa.go.kr/trade/treaty/treatyinformation/bilateral/index.jsp?menu=m_30_50_40&tabmenu=t_1). UNCTAD, Investment Policy Hub, “International Investment Agreements” 홈페이지 참조. (최근 접속일: 2017년 4월 18일), (<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/111#iiaInnerMenu>).

체결국	발효일	지적재산권 관련규정
덴마크 (조약950)	1988-06-02	제1조 가. '투자'의 정의 “공업 및 지적소유권, 공업기술, 상표, 영업권, 기술 및 기타 유사한 권리”
방글라데시 (조약961)	1988-10-06	제1조 3. '투자'의 정의 “무체재산권 및 영업권”
헝가리 (조약967)	1989-01-01	제1조 1. '투자'의 정의 “저작권, 특허권, 상표권, 산업디자인, 기술공정 및 노하우 등 지적소유권 분야의 권리”
말레이시아 (조약971)	1989-03-31	제1조 다. '투자'의 정의 “저작권, 특허, 상표, 상표명, 산업디자인, 교역비밀, 산업공정 및 노하우 등을 포함한 지적·산업소유권 및 영업권”
태국 (조약986)	1989-09-30	제1조 (3) '투자'의 정의 “특허권, 상표권, 상호권 및 영업권”
폴란드 (조약994)	1990-02-02	제1조 가. '투자'의 정의 “저작권, 특허, 상표권, 상호권, 산업디자인, 거래비밀, 기술공정 및 노하우 등을 포함한 지적소유권 및 공업소유권 그리고 영업권”
파키스탄 (조약1000)	1990-04-15	제1조 (3) '투자'의 정의 “지적소유권”
몽골 (조약1052)	1991-04-30	제1조 (1) '투자'의 정의 “저작권, 상표권, 특허권, 상표권, 상호권, 산업디자인, 영업비밀, 기술공정 및 노하우 등을 포함한 산업 및 지적 재산권 그리고 영업권”
러시아 (조약1055)	1991-07-10	제1조 (1) '투자'의 정의 “저작권, 상표권, 특허, 산업디자인, 기술공정, 노하우, 영업비밀 및 상호권 등을 포함한 지적재산권 그리고 영업권”
오스트리아 (조약1062)	1991-11-01	제1조 가. '투자'의 정의 “저작권 및 발명특허권·상표권·공업의장권·실용신안권·기술공정·노하우·상호권·영업권 등 사업재산권”
이탈리아 (조약1094)	1992-06-26	제2조 (1) '투자'의 정의 “저작권, 공업소유권, 기술공정, 노하우, 상표, 상호”
우즈베키스탄 (조약1114)	1992-11-20	제1조 (1) '투자'의 정의 “저작권·상표권·특허·산업디자인·기술공정·노하우·영업비밀 및 상호권 등을 포함한 지적소유권과 영업권”
파라과이 (조약1188)	1993-08-06	제1조 (3) '투자'의 정의 “저작권·산업재산권(발명특허권·실용신안·산업디자인 또는 모델·상표권·상호권·생산시 표시 또는 원산지 명칭등)·노하우 및 영업권”

체결국	발효일	지적재산권 관련규정
리투아니아 (조약1197)	1993-11-09	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권, 특허권, 상표권, 상호권, 산업디자인, 거래상의 비밀, 기술공정, 노하우 및 거래상의 신용 등과 관련한 권리를 포함한 공업소유권 및 지적소유권”
인도네시아 (조약1214)	1994-03-10	제1조 (1) ‘투자’의 정의 “저작권·상표권·특허권·산업디자인·노하우·영업비밀 및 상호권을 포함한 지적재산권 그리고 영업권”
터키 (조약1224)	1994-04-20	제1조 (1) ‘투자’의 정의 “저작권·노하우·영업권과 발명특허권·상표권·산업디자인 및 상호권 등의 산업재산권”
스페인 (조약1242)	1994-07-19	제1조 2. ‘투자’의 정의 “특허권, 상표권, 제조허가 및 노하우등을 포함하는 지적재산권”
체코 (조약1276)	1995-03-16	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·상표권·특허·산업디자인·기술공정·노하우·거래 비밀·상호권 등을 포함한 지적소유권 및 영업권”
타지키스탄 (조약1302)	1995-08-13	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권, 특허권, 상표권, 상호권, 산업설계, 기술공정, 거래비밀 및 노하우 등을 포함한 지적재산권과 영업권”
그리스 (조약1311)	1995-11-04	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권, 특허권, 상표권, 상호권, 산업설계, 거래비밀, 기술공정 및 노하우 등과 관련된 권리를 포함한 산업재산권과 지적 재산권, 그리고 영업권”
인도 (조약1337)	1996-05-07	제1조 1. ‘투자’의 정의 “각 계약당사자의 관계법에 따른 저작권·특허권·상표권·상호권·산업설계·기술공정·거래비밀·노하우 등 지적재산권 및 영업권”
핀란드 (조약1335)	1996-05-11	제1조 가. ‘투자’의 정의 “저작권, 특허권, 상표권, 상호권, 의장권, 거래비밀, 기술공정, 노하우 및 영업권 등을 포함한 지적소유권 및 산업재산권”
라오스 (조약1342)	1996-06-14	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·산업설계·기술공정·거래 비밀 및 노하우 등을 포함한 지적재산권과 영업권”
포르투갈 (조약1348)	1996-08-11	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권, 특허권, 실용신안, 산업설계, 상표권, 상호권, 거래 및 사업비밀, 기술공정, 노하우 및 영업권 등 지적재산권”

체결국	발효일	지적재산권 관련규정
아르헨티나 (조약1352)	1996-09-24	<u>제1조 1. ‘투자’의 정의</u> “저작권, 상표권, 특허, 산업설계, 기술공정, 노하우, 거래비밀, 상호권 등을 포함한 지적재산권 및 영업권”
필리핀 (조약1351)	1996-09-25	<u>제2조 다. ‘투자’의 정의</u> “지적재산권 및 영업권”
카자흐스탄 (조약1366)	1996-12-26	<u>제1조 1. ‘투자’의 정의</u> “저작권·상표권·특허권·산업설계·기술공정·노하우·거래비밀 상호권 등 지적재산권 및 영업권”
라트비아 (조약1365)	1997-01-26	<u>제1조 1. ‘투자’의 정의</u> “저작권·상표권·특허권·의장·기술공정·노하우·거래비밀·상호권 등을 포함한 지적재산권과 영업신용”
캄보디아 (조약1372)	1997-03-12	<u>제1조 1. ‘투자’의 정의</u> 저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·거래비밀 및 노하우 등을 포함한 지적재산권과 영업신용
이집트 (조약1404)	1997-05-25	<u>제1조 1. ‘투자’의 정의</u> “저작권·상표권·특허권·산업설계·기술공정·노하우·거래비밀·상호권 등 지적재산권 및 영업권”
볼리비아 (조약1408)	1997-06-04	<u>제1조 (3) ‘투자’의 정의</u> “저작권·산업재산권(발명특허권, 실용모델, 산업설계 또는 모델, 상표권, 상호권, 원료 및 생산지표시)·노하우 및 영업권”
남아프리카 공화국 (조약1409)	1997-06-06	<u>제1조 (1) ‘투자’의 정의</u> “저작권, 상표권, 상호권, 특허권, 산업설계, 기술공정, 노하우, 거래비밀 및 영업권을 포함한 지적재산권”
스웨덴 (조약1412)	1997-06-18	<u>제1조 1. ‘투자’의 정의</u> “지적재산권, 기술공정, 상표권, 거래비밀, 노하우, 영업권 및 기타 유사한 권리”
홍콩 (조약1414)	1997-07-30	<u>제1조 4. ‘투자’의 정의</u> “저작권·상표권·특허권·의장·기술공정·노하우·영업비밀·상호권 등의 지적재산권 및 영업신용”
벨라루스 (조약1419)	1997-08-09	<u>제1조 1. ‘투자’의 정의</u> “저작권·특허권·상표권·상호권·산업설계·기술공정 및 노하우 등을 포함한 지적재산권과 영업신용”

체결국	발효일	지적재산권 관련규정
우크라이나 (조약1433)	1997-11-03	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권, 상표권, 특허, 의장, 기술공정, 노하우, 영업비밀 및 상호권 등을 포함한 지적재산권 및 영업신용”
나이지리아 (조약1478)	1999-02-01	제1조 (1) ‘투자’의 정의 “지적재산권 및 영업신용”
카타르 (조약1486)	1999-05-16	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·산업설계·기술공정·영업비밀 및 노하우를 포함한 지적재산권과 영업권”
모로코 (조약1561)	2001-05-08	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·상표권·특허권·산업설계·기술공정·노하우·영업비밀 및 상호권 등을 포함한 지적재산권과 영업신용”
니카라과 (조약1566)	2001-06-22	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·산업설계·기술공정·영업비밀 및 노하우를 포함한 지적재산권과 영업권”
온두라스 (조약1575)	2001-07-19	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·산업설계·기술공정·영업비밀 및 노하우를 포함한 지적재산권과 영업권”
알제리 (조약1574)	2001-09-30	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·상표권·특허권·산업설계·기술공정·노하우·영업비밀·상호권 및 영업권을 포함한 지적재산”
파나마 (조약1583)	2002-02-08	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·산업설계·기술공정·영업비밀 및 노하우 등에 관한 권리를 포함하는 지적재산권과 영업신용”
엘살바도르 (조약1596)	2002-05-25	제1조 1. ‘투자’의 정의 “기술공정·상표·산업적 표지·상호·산업설계·기술적 노하우·회사명 및 기타 핵심권리 등 지적재산권 및 산업재산권”
멕시코 (조약1598)	2002-06-27	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권, 특허권, 상표권, 상호권, 산업설계, 기술공정, 영업비밀·노하우를 포함한 지적재산권과 영업신용”
과테말라 (조약1602)	2002-08-17	제1조 1. ‘투자’의 정의 “지적재산권”
코스타리카 (조약1603)	2002-08-25	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·산업설계·지리적표시·집적회로배치설계·상호권·기술공정·영업비밀 및 노하우에 관한 권리를 포함한 지적재산권과 영업권”

체결국	발효일	지적재산권 관련규정
일본 (조약1614)	2003-01-01	제1조 2. ‘투자’의 정의 “상표권, 산업설계, 집적회로의 배치설계, 저작권, 특허권, 상호권, 원산지의 출처나 명칭의 표시, 미공개정보를 포함한 지적재산권”
사우디 아라비아 (조약1623)	2003-02-19	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·산업설계·기술공정·노하우·상표권·거래 또는 영업비밀·상호 및 영업신용을 포함하는 모든 지적재산권”
이스라엘 (조약1642)	2003-06-19	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·산업설계·기술공정·영업비밀·노하우 및 영업권과 관련한 권리를 포함한 지적재산권”
브루나이 (조약1650)	2003-10-30	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장권·기술공정·영업비밀·노하우 및 영업권에 관한 권리를 포함하는 지적재산권”
트리니다드토바고 (조약1651)	2003-11-27	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장권·기술공정·영업비밀·노하우와 관련되는 권리를 포함하는 지적재산권 및 영업권”
오만 (조약1655)	2004-02-10	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권 및 관련 권리·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·영업비밀·노하우를 포함하는 지적재산권 및 영업권”
베트남 (조약1674)	2004-06-05	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·상표권·특허·의장·기술공정·노하우·영업비밀·상호권을 포함한 지적재산권 및 영업권”
아랍 에미레이트 (조약1677)	2004-06-15	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장권·기술공정·영업비밀·노하우 및 영업권을 포함하는 지적재산권”
요르단 (조약1697)	2004-12-25	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·영업비밀을 포함하는, 그러나 이에 한정되지 아니하는, 지적재산권 및 영업신용”
네덜란드 (조약534) 전면개정 후 (조약1710)	1975-06-01	제2조 (1) ‘투자’의 정의 “무형재산, 기술 가공 및 지식분야의 제권리”
	2005-03-01	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·노하우를 포함하는 지적재산권 및 영업신용”

체결국	발효일	지적재산권 관련규정
슬로바키아 (조약1761)	2006-02-07	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·영업비밀·노하우를 포함하는 지적재산권 및 영업권”
이란 (조약1772)	2006-03-31	제1조 1. ‘투자’의 정의 “특허권·실용신안·산업설계·산업신안·상표권·상호권·노하우 등의 산업재산권 및 지적재산권과 영업신용”
알바니아 (조약1782)	2006-05-18	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·영업비밀·노하우를 포함하는 지적재산권 및 영업권”
크로아티아 (조약1784)	2006-05-31	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·저작인접권·특허권·상표권·상호권·의장·영업비밀·노하우를 포함하는 지적재산권 및 영업신용”
모리타니아 (조약1794)	2006-07-21	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·거래비밀·노하우 등을 포함하는 지적재산권 및 영업권”
가이아나 (조약1801)	2006-08-20	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·영업비밀·노하우에 관련된 권리를 포함한 지적재산권과 영업신용”
불가리아 (조약1817)	2006-11-16	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·상표권·특허권·의장·기술공정·노하우·영업비밀·상호권을 포함하는 지적재산권 및 영업신용”
레바논 (조약1823)	2006-12-21	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권, 특허권, 의장 또는 모형, 상표권 또는 서비스 마크, 상호권, 기술공정, 노하우 및 영업신용을 포함한 지적재산권과 계약당사자의 법령에 따라 인정된 기타 유사한 권리”
리비아 (조약1839)	2007-03-28	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·거래비밀·노하우 등을 포함한 지적재산권 및 영업권”
쿠웨이트 (조약1863)	2007-08-31	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·상표권·특허·상호·산업디자인·기술공정·노하우·거래비밀·영업권 등을 포함한 지적소유권”
자메이카 (조약1870)	2007-11-05	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·상표권·특허권·의장·기술공정·노하우·영업비밀 및 상호권 등을 포함한 지적재산권과 영업신용”

체결국	발효일	지적재산권 관련규정
중국 (조약1872)	2007-12-01	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·상표권·특허권·의장·기술공정·노하우·영업비밀·상호권을 포함하는 지적재산권과 영업신용”
아제르 바이잔 (조약1879)	2008-01-25	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·산업디자인·기술공정·영업비밀·노하우 등을 포함한 지적 재산권과 영업신용”
모리셔스 (조약1894)	2008-03-07	제1조 1. ‘투자’의 정의 “산업소유권·저작권·특허권·실용 실안 특허·의장·상표·상표권·기술공정·노하우 등의 지적재산권 및 영업신용”
도미니카 공화국 (조약1899)	2008-06-10	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·영업비밀·노하우 및 영업신용을 포함한 지적재산권”
키르기즈 (조약1901)	2008-07-08	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·산업설계·기술공정·영업비밀 및 노하우 등을 포함한 지적재산권과 영업신용”
가봉 (조약1964)	2009-08-09	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·거래비밀·노하우 등을 포함한 지적재산권 및 영업권”
부르키 나파소 (조약2001)	2010-04-14	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·거래비밀·노하우 등을 포함한 지적재산권 및 영업권”
벨기에· 룩셈부르크 (조약2038)	2011-03-27	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·영업비밀·노하우에 관련된 권리를 포함한 지적재산권과 영업신용”
콩고공화국 (조약2055)	2011-08-13	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·상표권·특허·산업디자인·기술공정·노하우·거래비밀·상호권 및 영업권을 포함한 지적 재산권”
우루과이 (조약2067)	2011-12-08	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권, 특허권, 상표권, 상호권, 의장, 기술적 공정, 영업비밀 및 노하우를 포함하는 지식재산권 및 영업신용”
르완다 (조약2025)	2013-02-16	제1조 1. ‘투자’의 정의 “저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술적 방법·영업비밀·노하우를 포함하는 지식재산권 및 영업신용”
한중일 (한국-중국-일본) (조약2183)	2014-05-17	제1조 (1) ‘투자’의 정의 “저작권 및 저작권접권, 특허권 및 실용신안권, 상표, 산업디자인, 집적회로의 배치설계, 식물 신품종, 상호, 원산지 표시 또는 지리적 표시 및 미공개 정보 관련 권리를 포함한 지식재산권”

2. 한국이 체결한 자유무역협정 투자 챕터에서의 ‘지적재산권’

현재까지 한국이 체결하여 발효된 FTA들은 한·EU FTA를 제외하고는 모두 투자챕터(또는 FTA의 일부를 구성하는 투자협정)를 포함하고 있으며, 특히 모든 FTA들에서 ‘투자’의 정의규정에 명시적으로 지적재산권이 포함되어 있다. 비록 일부 FTA들에서는 ‘지적재산권’과 관련하여 ‘영업권’의 개념을 명시적으로 포함하지는 않았지만, 지적재산권의 개념을 유연하게 해석한다면 충분히 영업권 또한 ‘지적재산권’의 범위에 포함될 수 있을 것이다. 따라서 한국의 FTA 투자챕터에서는 국내법상 지적재산권뿐 아니라 좀 더 포괄적인 범위의 ‘지적재산권’ 개념이 적용될 수 있을 것이다.

FTA 투자챕터의 가장 큰 특징은 바로 앞서 살펴본 전통적인 BIT들과는 달리 지적재산권과 관련하여 좀 더 상세한 규범들이 포함되었다는 점이다. 중국과의 FTA를 제외하고 한국이 체결한 대부분의 FTA내 ‘수용 및 보상’과 ‘이행요건’, ‘유보 및 비

합치조치’ 조항에서 명시적으로 지적재산권과 관련된 규범을 포함하고 있다. 물론 각 FTA마다 포함하고 있는 조항 종류에는 다소 차이가 있다. 그러나 실체적 규정에서 지적재산권의 문제를 언급하는 경우 대부분 TRIPS협정과의 합치성을 요건으로 두고 있으므로 이의 직접적인 원용이 가능하게 되었다. 특히 ‘유보’ 또는 ‘비합치조치’와 관련하여 지적재산권을 언급한 FTA들 중 일부는 TRIPS협정상의 예외를 동 FTA 투자챕터의 예외로 포함시키는 수준에 그쳤지만,⁷⁷⁾ 상당수의 FTA들에서는 “이 장의 어떠한 규정도 어느 당사국이 무역관련지적재산권에관한협정 그리고 세계지적재산권기구의 후원 하에서 체결된 다른 조약들을 포함하여, 양 당사국이 당사국인 지적재산권 보호와 관련한 국제협정하에서의 권리와 의무로부터 일탈하는 것으로 해석되지 아니한다”⁷⁸⁾는 내용을 포함함으로써 직접적으로 국제지적재산권 조약과 투자조약과의 조화를 도모하였다.⁷⁹⁾ 아래 <표 2>는 한국이 체결한 FTA 투자챕터에서의 지적재산권 관련 규정을 정리한 것이다.

77) 페루, 뉴질랜드와의 FTA.

78) 한-칠레 FTA 제10.9조 제4항.

79) 칠레, 싱가포르, ASEAN, 인도, 터키, 베트남과의 FTA.

<표 2> 한국이 체결한 FTA 투자챕터 에서의 지적재산권 관련규정⁸⁰⁾

(2017년 3월 기준)

체결국	발효일	투자챕터 내 지적재산권 관련규정
칠레 (조약1665)	2004-04-01	<u>제10.1조 ‘투자’의 정의</u> “지적재산권” <u>제10.9조 유보 및 예외</u> 4. “이 장의 어떠한 규정도 어느 당사국이 무역관련지적재산권에관한협정 그리고 세계지적재산권기구의 후원 하에서 체결된 다른 조약들을 포함하여, 양 당사국이 당사국인 지적재산권 보호와 관련한 국제협정하에서의 권리와 의무로부터 일탈하는 것으로 해석되지 아니한다.” <u>제10.13조 수용 및 보상</u> 7. “이 조는 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동 또는 지적재산권의 취소, 제한이나 생성에는 적용되지 아니한다. 다만, 이는 이러한 발동, 취소, 제한 또는 생성이 무역관련지적재산권에관한협정에 합치함을 전제로 한다.”
싱가포르 (조약1767)	2006-03-02	<u>제10.1조 ‘투자’의 정의</u> “지적재산권 및 영업권” <u>제10.9조 불합치조치</u> 5. “이 장의 어떠한 규정도 「무역관련 지적재산권에 관한 세계무역기구협정」 및 세계지적재산권기구의 후원 하에서 체결되는 그 밖의 조약을 포함하여, 양 당사국이 당사자인 지적재산권의 보호와 관련한 국제협정상의 권리와 의무에서 이탈하는 것으로 해석되지 아니한다.” <u>제10.13조 수용 및 보상</u> 6. “이 조는 무역관련 지적재산권에 관한 협정에 따라 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동 또는 지적재산권의 취소·제한 또는 생성에는 그러한 발동·취소·제한 또는 생성이 무역관련 지적재산권에 관한 협정에 합치하는 한도 내에서 적용되지 아니한다.”
EFTA (아이슬란드, 리히텐슈타인, 스위스)	2006-09-01	<u>대한민국과 아이슬란드공화국, 리히텐슈타인공화국, 스위스연방간의 투자에 관한 협정⁸¹⁾</u> <u>제1조 2. ‘투자’의 정의</u> “지적재산권·기술적 노하우 및 영업권”

80) 산업통상자원부 “FTA강국, KOREA” 홈페이지 참조. (최근 접속일: 2017년 3월 10일).

(<http://www.fta.go.kr>); 외교부, 공식 홈페이지 “조약정보” 참조, (최근 접속일: 2017년 3월 10일, (<http://www.mofa.go.kr>).

81) 한·EFTA 자유무역협정 제1.4조에 따르면 “투자에 대하여, 일방으로 대한민국과 타방으로 아이슬란드·리히텐슈타인 및 스위스 간에 별개로 체결된 투자 협정을 참조한다. 이들 당사국들에 대하여 그 협정은 자유무역지대를 설립하는 문서의 일부를 구성한다.”

체결국	발효일	투자챕터 내 지적재산권 관련규정
		<u>제13조 수용 및 보상</u> 각주 2. “제13조는 「무역관련 지적재산권에 관한 협정」에 따라 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동 또는 지적재산권의 취소·제한 또는 생성에는 그러한 발동·취소·제한 또는 생성이 자유무역협정 제7장(지적재산권)에 합치하는 한도에서 적용되지 아니하는 것으로 양해된다.”
ASEAN (인도네시아, 말레이시아, 필리핀, 싱가포르, 태국, 브루나이, 베트남, 라오스, 미얀마, 캄보디아)	2007-06-01	대한민국과 동남아시아국가연합 회원국 정부 간의 포괄적 경제협력에 관한 기본협정 하의 투자에 관한 협정⁸²⁾ <u>제1조 차. ‘투자’의 정의</u> “유치당사국의 법과 규정 및 유치당사국이 당사국인 국제협정에 따라 인정된 지적재산권 및 영업권” <u>제9조 유보</u> 5. “이 협정의 어떠한 규정도 무역 관련 지적재산권에 관한 세계무역기구 협정 및 세계지적재산권 기관 후원 하에 체결된 그 밖의 조약을 포함하는, 당사국들이 당사자인 지적재산권의 보호에 관한 국제협정상의 권리와 의무를 훼손하는 것으로 해석되어서는 아니된다.” <u>제12조 수용 및 보상</u> 5. “이 조항은 무역 관련 지적재산권 협정에 따라 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동에는 적용되지 아니한다.”
인도 (조약 1982)	2010-01-01	<u>제10.1조 ‘투자’의 정의</u> “지적재산권” <u>제10.1조 ‘수익’의 정의</u> “수익은 어떠한 이윤·이자·자본수익·배당금·사용료·수수료 또는 지적재산권과 관련한 지급을 포함하되, 이에 한정되지 아니하는, 투자에서 산출되거나 파생된 금전적 수익을 말한다.” <u>제10.5조 이행요건</u> 1. “어떠한 당사국도 자국 영역 내 다른 쪽 당사국 투자자의 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나, 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여 다음의 어떠한 요건도 부과 또는 강요하거나, 어떠한 약속 또는 의무부담을 강요해서는 아니 된다.” 바. “자국 영역의 자연인이나 법인 또는 다른 어떠한 실체에게 기술·생산공정 또는 그 밖의 재산권적 가치가 있는 지식을 이전하는 것, 다만, 다음을 제외한다. 2) 지적재산권의 이전에 관계되고 무역관련 지적재산권에 관한 협정에 불합치하지 않는 방식으로 부과되는 요건”

82) “대한민국과 동남아시아국가연합 회원국 정부 간의 포괄적 경제협력에 관한 기본협정” 제2.3조 ‘투자’에서는 “1. 당사국들은 사업 친화적인 환경과 함께 자유롭고, 원활하고, 투명하고 경쟁적인 투자 제도를 창설한다. 2. 이러한 목적으로, 당사국들은 투자제도의 자유화에 관한 협상을 개시한다”고 명시하고 있다.

체결국	발효일	투자챕터 내 지적재산권 관련규정
		<u>제10.8조 비합치조치</u> 5. “이 장의 어떠한 규정도 무역관련 지적재산권에 관한 협정 및 세계지적재산권 기관 후원 하에 체결된 그 밖의 조약을 포함하는, 양 당사국 모두가 당사자인 지적재산권의 보호에 관한 국제협정상의 권리와 의무로부터 이탈하는 것으로 해석되어서는 아니 된다.” <u>제10.12조 수용 및 보상</u> 6. “이 조는 무역관련 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지적재산권의 취소·제한 또는 형성이 무역관련 지적재산권에 관한 협정에 합치되는 범위 내에서 그러한 발동·취소·제한 또는 형성에 적용되지 아니 한다.”
EU (유럽연합 가입 28개국)	2015-12-13	<u>투자챕터 불포함</u> (제7장“서비스 무역·설립 및 전자상거래”에서 서비스분야에 대한 투자를 함께 다루고 있음) <u>투자보호에 대해서 유럽연합 가입국들과 기존 BIT 유지</u> 독일(조약227), 프랑스(조약273), 영국(조약567), 벨기에·룩셈부르크(조약583), 네덜란드(조약1710), 덴마크(조약950), 스웨덴(조약1412), 핀란드(조약1335), 오스트리아(조약1062), 이탈리아(조약1094), 스페인(조약1243), 포르투갈(조약1348), 그리스(조약1311), 체코(조약1276), 헝가리(조약967), 폴란드(조약994), 슬로바키아(조약1761), 리투아니아(조약1197), 라트비아(조약1365), 불가리아(조약1817), 루마니아(조약1260), 크로아티아(조약1784) 에스토니아, 슬로베니아, 키프로스, 몰타, 아일랜드와는 BIT를 체결하지 않음
페루 (조약2054)		<u>제9.7조 이행요건</u> 1. “어느 당사국도 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자의 설립, 인수, 확장, 경영, 영업, 운영 또는 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 다음의 요건을 부과 또는 강요하거나, 이에 대한 약속 또는 의무부담을 강요하지 아니한다.” 바. “자국 영역의 인에게 기술(각주 5), 생산공정 또는 그 밖의 재산권적 지식을 이전하는 것” 각주 5. “더 명확히 하기 위해, 제1항의 어떠한 규정도 당사국이 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자의 설립, 인수, 확장, 경영, 영업, 운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 근로자의 훈련을 자국 영역에서 한다는 요건을 부과 또는 강요하거나 약속 또는 의무부담을 강제하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다. 다만, 그러한 훈련은 자국 영역에 있는 인에게 특정한 기술, 생산 공정 또는 그 밖의 재산권적 지식을 이전하는 것을 요구하지 아니한다.” 4:나. “제1항 바호는 다음에 적용되지 않는다. 1) 당사국이 무역관련 지적재산권에 관한 협정 제31조에 따라 지적재산권의 사용을 승인하는 경우, 그리고 무역관련 지적재산권에 관한 협정 제39조의 범위에 해당하고 이에 합치되는 재산권적 정보의 공개를 요구하는 조치,”

체결국	발효일	투자챕터 내 지적재산권 관련규정
		<u>제9.18조 ‘투자’의 정의</u> “지적재산권” <u>제9.8조 비합치조치</u> 4. “제9.3조(내국민대우) 및 제9.4조(최혜국대우)는 무역관련 지적재산권에 관한 협정에 구체적으로 규정된 바와 같이, 그 협정에 따른 당사국의 의무의 예외 또는 이탈인 어떠한 조치에 대해서도 적용되지 아니한다.” <u>제9.12조 수용</u> 6. “이 조는 그러한 발동, 취소, 제한 또는 생성이 제17장(지적재산권)에 합치하는 범위에서 무역관련 지적재산권에 관한 협정에 따라 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지적재산권의 취소, 제한 또는 생성에 적용되지 않는다.”
미국 (조약2081)	2012-03-15	<u>제11.6조 수용 및 보상</u> 5. “이 조는 무역관련 지적재산권에 관한 협정에 따라 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지적재산권의 취소·제한 또는 생성에 적용되지 아니한다. 이는 그러한 발동·취소·제한 또는 생성이 제18장(지적재산권)에 합치하는 것을 한도로 한다.” <u>제11.8조 이행요건</u> 1. “어떠한 당사국도 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 다음의 요건을 부과 또는 강요하거나, 이에 대한 약속 또는 의무부담을 강요할 수 없다.” 바. “자국 영역의 인에게 특정한 기술, 생산공정 또는 그 밖의 재산권적 지식을 이전하는 것” 3:나 “제1항바호는 다음에 적용되지 아니한다. 1) 당사국이 무역관련 지적재산권에 관한 협정 제31조에 따라 지적재산권의 사용을 승인하는 때, 또는 무역관련 지적재산권에 관한 협정 제39조의 범위 내에 해당하고 이에 합치되는 재산권적 정보의 공개를 요구하는 조치” <u>제11.28조 ‘투자’의 정의</u> “지적재산권”
터키 (조약2133)	2013-05-01	<u>대한민국과 터키공화국 간의 자유무역지대를 창설하는 기본협정에 따른 투자에 관한 협정⁸³⁾</u> <u>제1.1조 ‘투자’의 정의</u> “지식재산권” <u>제1.10조 비합치조치</u>

83) 한·터키 자유무역협정 제1.4조에 따르면 “2. 다음 협정은 각각의 발효일에 한·터키 자유무역협정을 설립하는 법적 문서의 일부를 구성한다. 다. 제1.5조제2항부터 제1.5조제4항까지의 규정에 따라 체결될 수 있는 서비스무역 및 투자 협정.” 제1.5조(자유화)에 따라 “3. 양 당사국은 상품무역협정 발효 직후 서비스무역 및 투자 협정에 관한 교섭을 개시한다.”

체결국	발효일	투자챕터 내 지식재산권 관련규정
		4. “이 협정의 어떠한 규정도, 「무역 관련 지식재산권에 관한 세계무역기구 협정」(TRIPS) 및 세계지식재산기구(WIPO)의 후원 하에 체결된 그 밖의 조약을 포함하여, 양 당사국이 당사자인 지식재산권의 보호에 관한 국제협정상의 권리와 의무로부터 이탈하는 것으로 해석되지 아니한다.” <u>제1.12조 수용 및 보상</u> 5. “이 조는 TRIPS 협정에 따라 지식재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지식재산권의 취소·제한 또는 생성에 적용되지 아니한다. 이는 그러한 발동·취소·제한 또는 생성이 기본협정의 제2장(지식재산권)에 합치하는 경우로 한정한다.”
호주 (조약2215)	2014-12-12	<u>제11.7조 수용 및 보상</u> 5. “이 조는 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」에 따라 지식재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지식재산권의 취소, 제한 또는 생성에 적용되지 아니한다. 이는 그러한 발동, 취소, 제한 또는 생성이 제13장(지식재산권)과 합치하는 것을 한도로 한다.” <u>제 11.9 조 이행요건</u> 1. “어떠한 당사국도 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 다음의 요건을 부과 또는 강요하거나, 이에 대한 약속 또는 의무부담을 강요하지 아니한다.” 바. “자국 영역의 인에게 특정한 기술, 생산공정 또는 그 밖의 재산권적 지식을 이전할 것” 4. “제1항바호는 다음에 적용되지 아니한다. 가. 당사국이 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」 제31조에 따라 지식재산권의 사용을 승인하는 경우, 또는 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」 제39조의 범위 내에 해당하고 이에 합치되는 재산권적 정보의 공개를 요구하는 조치” <u>제11.28조 ‘투자’의 정의</u> “지식재산권”
캐나다 (조약2216)	2015-01-01	<u>제8.8조 이행요건</u> 1. “당사국은 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업 또는 운영과 관련하여, 다음의 요건을 부과 또는 강요하거나, 이에 대한 약속 또는 의무부담을 강요하지 아니한다. 바. 자국 영역의 인에게 기술, 생산공정 또는 그 밖의 재산권적 지식을 이전할 것,” 5. “제1항바호는 다음에 적용되지 아니한다. 가. 당사국이 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」 제31조에 따라, 또는 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」 제39조의 범위 내에 해당하고 이에 합치되는 재산권적 정보의 공개를 요구하는 조치에 따라, 지식재산권의 사용을 승인하는 경우” <u>제8.11조 수용 및 보상</u> 4. “이 조는 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」에 따라 지식재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지식재산권의 취소, 제한 또는 생성에 적용되지 아니한다. 다만, 그 발동, 취소, 제한 또는 생성은 세계무역기구 협정에 합치한다.”

제결국	발효일	투자챕터 내 지적재산권 관련규정
		<u>제8.45조 정의</u> “지식재산권이란 저작권 및 관련 권리, 상표권, 지리적 표시권, 의장권, 특허권, 집적회로 배치설계권, 그리고 비공개 정보 보호와 관련된 권리를 말한다.” <u>제8.45조 ‘투자’의 정의</u> “지식재산권”
중국 (조약2269)	2015-12-20	<u>제12.1조 ‘투자’의 정의</u> “저작권 및 저작인접권, 특허권 및 실용신안, 상표, 산업디자인, 집적회로의 배치설계, 식물 신품종, 상호, 원산지 표시 또는 지리적 표시 및 미공개정보 관련 권리를 포함한 지식재산권”
뉴질랜드 (조약2271)	2015-12-20	<u>제10.2조 ‘투자’의 정의</u> “지식재산권” <u>제10.9조 수용 및 보상</u> 5. “이 조는 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」에 따라 지식재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지식재산권의 취소, 제한 또는 생성에 적용되지 아니한다. 이는 그러한 발동, 취소, 제한 또는 생성이 제11장(지식재산권)과 합치하는 것을 한도로 한다.(각주8)” 각주 8. “보다 명확히 하기 위하여, 양 당사국은 이 조의 목적상 지식재산권의 “취소”라는 용어가 그러한 권리의 취소 또는 무효화를 포함하며, 지식재산권의 “제한”이라는 용어가 그러한 권리에 대한 예외를 포함한다는 것을 인정한다.” <u>제10.11조 이행요건</u> 1. “어떠한 당사국도 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 다음의 요건을 부과 또는 강요하거나, 이에 대한 약속 또는 의무부담을 강요하지 아니한다.” 바. “자국 영역의 인에게 특정한 기술, 생산공정 또는 그 밖의 재산권적 지식을 이전할 것” 4. “제1항바호는 다음에 적용되지 아니한다. 가. 당사국이 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」 제31조에 따라 지식재산권의 사용을 승인하는 경우, 또는 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」 제39조의 범위 내에 해당하고 이에 합치되는 재산권적 정보의 공개를 요구하는 조치” <u>제10.15조 비합치조치</u> “4. 제10.5조(내국민대우) 및 제10.6조(최혜국대우)는 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」에 구체적으로 규정된 대로 그 협정에 따른 당사국의 의무에 대한 예외 또는 이탈인 어떠한 조치에 대하여도 적용되지 아니한다.”
베트남 (조약2270)	2015-12-20	<u>제9.7조 수용 및 보상</u> 6. “이 조는 무역관련 지식재산권에 관한 협정에 따라 지식재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지식재산권의 취소, 제한 또는 생성에 적용되지 아니한다.”

체결국	발효일	투자챕터 내 지적재산권 관련규정
		<u>제9.9조 이행요건</u> 1. “어떠한 당사국도 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 다음의 요건을 부과 또는 강요하지 아니한다.” 바. “자국 영역의 인에게 특정한 기술, 생산공정 또는 그 밖의 재산권적 지식을 이전할 것” <u>제9.12조 비합치조치</u> 4. “이 장의 어떠한 규정도, 무역 관련 지식재산권에 관한 협정 및 세계지식재산기구의 후원 하에 체결된 그 밖의 조약을 포함하여, 양 당사국이 당사자인 지식재산권의 보호에 관한 국제협정상의 권리와 의무로부터 이탈하는 것으로 해석되지 아니한다.” <u>제9.28조 ‘투자’의 정의</u> “지식재산권”
콜롬비아 (조약2299)	2016-07-15	<u>제8.7조 수용 및 보상</u> 5. “이 조는 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」에 따라 지식재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지식재산권의 취소·제한 또는 생성에 적용되지 아니한다. 이는 그러한 발동·취소·제한 또는 생성이 제15장(지식재산권)과 합치하는 것을 한도로 한다.” <u>제8.9조 이행요건</u> 1. “어떠한 당사국도 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 다음의 요건을 부과 또는 강요하거나, 이에 대한 약속 또는 의무부담을 강요할 수 없다.” 바. “자국 영역의 인에게 특정한 기술, 생산공정 또는 그 밖의 재산권적 지식을 이전하는 것,” 3:나. “제1항바호는 다음에 적용되지 아니한다.” 1) 당사국이 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」 제31조에 따라 지식재산권의 사용을 승인하는 경우, 또는 「무역관련 지식재산권에 관한 협정」 제39조의 범위 내에 해당하고 이에 합치되는 재산권적 정보의 공개를 요구하는 조치 <u>제8.28조 ‘투자’의 정의</u> “지식재산권”

V. 결론: 투자조약을 통한 국제지적 재산권 보호의 강화

아직까지 투자조약을 통하여 외국인 투자자가 지적재산권을 보호하려고 했던 시

도는 많지 않았다. 하지만 대다수의 BIT 및 FTA 투자챕터에서 지적재산권이 투자조약상 ‘투자’로 인정되고 있는 만큼 이에 대한 실체적 규범의 적용은 불가피 할 것으로 보인다. 그리고 최근 상당수의 FTA

투자챕터에서는 투자유치국 국내법상 보호되는 지적재산권뿐 아니라 TRIPS협정과 같은 국제지적재산권조약상 지적재산권 보호의무가 투자조약 내로 포함되었다. 이에 따라 국내외적으로 인정되는 ‘지적재산권’에 대해서 투자조약상 투자자-국가 분쟁해결제도를 통한 지적재산권 보호가 가능해졌고, 외국인 투자자는 단순히 국내법원에만 의존하지 않고 직접 적법절차의 원칙이나 최혜국대우, 내국민대우원칙에 따라 국내법상 지적재산권 보호 수준을 문제삼을 수 있게 되었다. 특히 국제지적재산권조약상 보호되는 지적재산권의 경우, 투자조약상 ‘합리적 기대이익’의 보호규정, 우산조항, 최혜국대우원칙, 수용 및 보상조항 등을 통한 주장의 가능성이 제기된 바 있다. 더욱이 기존 BIT 체제에서 좀 더 발전된 FTA 투자챕터에서는 긴급조치조항,

이행요건 부과금지의무, 유보 및 비합치조치 조항 등에서 좀 더 적극적으로 TRIPS협정과 같은 국제지적재산권조약을 원용하고 있으므로 향후 체결될 투자조약들 또한 이러한 추세를 반영할 것으로 보인다. 한국이 체결한 양자투자협정과 FTA 또한 모두 국내법상 지적재산권뿐 아니라 국제지적재산권의 보호를 포함하고 있으며, 디지털, 콘텐츠, 서비스 산업 등에서 강세를 보이고 있는 만큼 앞으로 한국 또한 투자조약상 지적재산권 보호에 많은 관심을 기울여야 할 것이다. 전 세계적으로 지적재산권 보호를 위한 투자자-국가 분쟁해결사례가 증가할 것으로 전망되는 가운데, 우리나라 또한 투자유치국이자 외국인 투자자의 국적국으로서 적극적으로 대비책을 마련하여야 할 것이다.

참 고 문 헌

〈국내문헌〉

- 김석호, “ICSID 중재상 ‘투자’의 개념: Ambiente Ufficio s.p.a. 회사 외 대 아르헨티나 사건 관할판정을 중심으로”, 『통상법률』, 제119호, (2014).
- 김용일, 홍성규, “국제투자협정상 공정하고 공평한 대우에 관한 연구”, 『중재연구』, 제22권 제3호, (2012).
- 김정완, “산업재산권의 국제적 보호와 내국민대우원칙”, 『법학논총』, 전남대학교 법학연구소, 제24권, (2004).
- 배대현, “지적재산권 개념의 형성·발전”, 『지적재산권법연구』, 제2권, (1998).
- 조희문, 「국제투자조약상 '포괄적 국가계약의무 준수조항'에 관한 연구」, 한국연구재단 보고서, (2010).
- 외교부, 공식 홈페이지 “조약정보”, (<http://www.mofa.go.kr>).
- 산업자원부, 「투자자-국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책적 시사점」, (2007).
- 산업통상자원부 “FTA강국, KOREA” 홈페이지, (<http://www.fta.go.kr>)

〈외국문헌〉

- Correa, C. and Viñuales, J. E., “Intellectual Property Rights as Protected Investment: How Open are the Gates?”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, (2016).
- Dolzer, R. and Schreuer, C., *Principles of International Investment Law*, 2nd edition, (2012).
- Klager, R., ‘Fair and Equitable Treatment’ in *International Investment Law*, (2011).
- Liberti, L., “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview”, *OECD Working Papers on International Investment*, OECD Publishing, (2010).

- Newcombe and Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, (2009).
- Nikièmap, S., *Performance Requirements in Investment Treaties: Best Practices Series-December 2014*, International Institute for Sustainable Development, (2014).
- Paulsson, J., *Denial of Justice in International Law*, (2005).
- Reinisch, A., “Most Favoured Nation Treatment”, in M Bungenberg et al. (eds), *International Investment Law – A Handbook*, (2015).
- Ruse-Khan, H. G., “Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms in Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, (2016).
- Sinclair, A., “Umbrella Clauses”, in M Bungenberg et al. (eds), *International Investment Law – A Handbook*, (2015).
- UNCTAD Investment Policy Hub, “Mapping of International Investment Agreements”, (http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#sectionContainer_38).
- UNCTAD, “Intellectual Property Rights in International Investment Arrangements”, in *International Investment Agreement Monitor 01*, (UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2007/1), (2007).
- UNCTAD, “Expropriation”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, (2012).
- UNCTAD, “Preserving Flexibility in IIAs: The Use of Reservations”, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, (2006).
- UNCTAD, *Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries*, United Nations, (2003).
- Woolf, Jowell and Le Sueur, *De Smith’s Judicial Review*, 6th edition, (2007).

〈판례〉

- AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v Republic of Niger*, ICSID Case No. ARB/11/11, Award (15 July 2013).

Eli Lilly and Company v The Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, Award (17 March 2017).

Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award (Ad Hoc Arbitral Tribunal, 19 August 2005).

Philip Morris Asia Limited v The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (17 December 2015).

Philip Morris Brand Sa'rl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 July 2016).

Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award (1 November 1999).

Shell Brands International AG and Shell Nicaragua S.A. v Republic of Nicaragua, ICSID Case No. ARB/06/14, Settlement agreed by the parties (12 March 2007).

[국문초록]

투자조약과 지적재산권 보호:

한국의 투자조약 분석

오늘날 산업의 디지털화와 더불어 서비스 산업의 투자가 확대됨에 따라 외국인 투자자의 지적재산권 또한 중요한 이슈가 되었다. 투자유치국과 외국인 투자자 국적국의 지적재산권 보호 수준이 다른 상황에서 투자유치국의 일련의 조치가 외국인 투자자의 지적재산권을 침해할 수도 있기 때문이다. 대다수 투자조약상 지적재산권은 ‘투자’로서 인정되어 실체적 규범의 보호를 받게 된다. 이에 따라 투자조약상 투자자-국가 분쟁해결제도를 통한 지적재산권 보호가 가능해졌고, 외국인 투자자는 단순히 국내법원에만 의존하지 않고 직접 적법절차의 원칙이나 최혜국대우, 내국민대우원칙에 따라 국내법상 지적재산권 보호 수준을 문제 삼을 수 있게 되었다. 특히 국제지적재산권조약상 보호되는 지적재산권의 경우, 투자조약상 ‘합리적 기대이익’의 보호규정, 우산조항, 최혜국대우원칙, 수용 및 보상조항 등을 통한 주장이 가능해보인다. 더욱이 기존 BIT 체제에서 좀 더 발전된 FTA 투자챕터에서는 긴급조치조항, 이행요건 부과금지의무, 유보 및 비합치조치 조항 등에서 좀 더 적극적으로 TRIPS협정과 같은 국제지적재산권조약을 원용하고 있으므로 향후 체결될 투자조약들 또한 이러한 추세를 반영할 것으로 보인다. 한국이 체결한 양자투자협정과 FTA 또한 모두 국내법상 지적재산권뿐 아니라 국제지적재산권의 보호를 포함하고 있으며, 앞으로 한국 또한 투자유치국이자 외국인 투자자의 국적국으로서 적극적으로 대비책을 마련하여야 할 것이다.

주제어

투자, 양자투자협정, 자유무역협정, 지적재산권, 투자자-국가 분쟁해결제도, 무역관련 지적재산권에 관한 협정.

[ABSTRACT]

Investment Treaties and the Protection of Intellectual Property Rights:
Analysis on Korea's Investment Treaties

Along with the development of related industries, the intellectual property rights (IPR) of foreign investors became an important issue. Due to the different levels of IPR protection, there is a possibility of IPR infringement by the policy measures taken by the host states. Fortunately, most investment treaties have included IPR as a kind of 'investment' protected by their substantive provisions. This means that foreign investors can rely on ISDS to pursue their rights protection. Thus, the investors can argue due process obligation and national treatment principle under the investment treaty regarding the host state's domestic legal procedures. Also, regarding IPR protected by international IPR agreements, the norms of legitimate expectations, umbrella clause, most-favored-nation principle can be insisted based on BITs. Moreover, recent FTAs have incorporated TRIPS and other IPR agreements in their investment chapters, specifically in the provisions of safeguard, performance requirements, reservations and non-conforming measures. This trend is likely to be continued by the following investment treaties, and Korea's BITs and FTAs are good examples. Further development of IPR provisions in investment treaties and active studies on this issue are necessary for Korea to prepare for future ISDS disputes.

Key words

Investment, Bilateral Investment Treaty(BIT), Free Trade Agreement(FTA), Intellectual Property Right, Investor-State Dispute Settlement(ISDS), Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights(TRIPS).

「통상법률」 연구윤리규정

2009. 6. 30 제정

제1장 전문

제1조(목적) 이 규정은 법무부 국제법무과가 발간하는 「통상법률」에 게재할 논문과 관련하여 논문의 저자, 편집위원, 심사위원 등이 지켜야 할 연구윤리의 원칙과 기준을 정함으로써 「통상법률」의 연구윤리를 제고하고 건전한 연구문화의 정착에 기여하는데 그 목적이 있다.

제2장 저자 등의 연구윤리

제1절 저자의 연구윤리

제2조(연구부정행위의 금지) 저자는 연구과제의 제안, 연구과제의 수행, 연구결과 의 보고 및 발표 등에서 위조·변조·표절 등 연구부정행위(이하 부정행위)를 하여서는 안된다. 부정행위는 구체적으로 다음 각 호와 같다.

1. “위조”는 존재하지 않는 허구의 자료를 이용하는 등 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구과정 또는 연구자료 등을 인위적으로 조작하거나 임의로 변형하거나 삭제함으로써 연구내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다.
3. “표절”은 타인의 연구생각, 연구내용 또는 연구결과 등을 정당한 승인이나 인용표시 없이 도용하는 행위를 말한다. 다만, 타인의 연구결과를 그 출처와 함께 인용하는 경우에는 그러하지 아니하다.
4. “부당한 논문저자 표시”라 함은 연구내용 또는 결과에 대하여 공헌 또는 기여를 한 정도에 따라 저자(역자)(단독연구의 경우)나 저자(역자)의 순서(공동연구의 경우)를 정확하게 표시하지 않는 행위를 말한다. 연구에 공헌이나 기여한 자에게 정당한 이유 없이 논문저자(역자) 자격을 부여하지 않거나, 공헌 또는 기여를 하지 않는 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자(역자) 자격을 부여하여서는 아니된다. 다만, 연구나 저술에 대한 작은 기여가

있는 경우에는 이를 각주, 서문, 상의 등에서 감사를 적절하게 표한다.

5. 본인 또는 타인의 부정행위의 의혹에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위

제3조(연구결과에 대한 책임) 저자는 자신의 연구결과에 대하여 스스로 책임을 진다.

제4조(연구결과물의 중복게재 또는 이중출판의 금지) ① 저자는 국내외를 막론하고 이전에 출판된 자신의 연구결과(출판예정이거나 출판심사 중인 연구결과 포함)를 새로운 연구결과인 것처럼 본 학술지에 투고하여서는 아니된다.

- ② 저자는 본 학술지에 투고한 연구결과를 그 심사가 끝나기 전에 여타 학술지에 중복해서 투고하여서는 아니된다.

- ③ 투고 이전에 출판된 연구물(박사학위 논문 포함)의 일부를 사용하여 출판하고자 할 경우에는 학술지의 편집자에게 이전 출판에 대한 정보를 제공하고 편집자는 이에 대하여 중복게재나 이중출판에 해당하는지의 여부를 확인하여야 한다.

- ④ 저자가 연구물을 투고하는 경우에는 (별지1)의 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 작성하여 제출하여야 한다. 다만 본 연구윤리규정의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 기존의 투고 및 게재된 논문 등에 대하여는 본 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권에 동의한 것으로 간주한다.

제5조(검증을 위한 연구 자료의 공유) ① 연구결과가 본 학술지에 게재된 이후 그 연구결과물의 재분석을 통한 검증을 목적으로 연구 자료를 요청하는 경우에는 연구 참여자에 대한 기밀이 보호되는 범위 내에서 자료를 제공할 수 있다.

- ② 제1항에 따라 연구 자료를 제공받은 자는 오로지 당해 목적으로만 연구 자료를 사용할 수 있으며, 다른 목적으로 연구 자료를 사용하고자 할 경우에는 본 학술지의 편집위원장 및 그 저자의 사전 동의를 얻어야 한다.

제6조(인용 표시방법) ① 저자가 타인의 연구생각, 연구내용 또는 연구결과 등을 활용하고자 하는 경우에는 본 학술지가 정한 원고 투고 규정에 따라 정확하게 표시하여야 하며, 상식에 속하는 자료가 아닌 한 반드시 그 출처를 명백히 밝혀야 한다.

- ② 개인적인 접촉을 통해 얻은 비공개 학술자료의 경우에는 이를 제공한 연구자의 동의를 받은 후에 인용할 수 있다.

제2절 편집위원의 연구윤리

제7조(편집위원의 편집방법) ① 편집위원은 본 학술지에 투고된 논문 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하면서 게재여부를 결정하여야 한다.

② 편집위원은 본 학술지에 투고된 논문을, 저자의 성별·나이·소속기관은 물론이고 어떠한 선입견이나 사적 친분과 무관하게, 오직 논문의 수준과 논문심사규정에 의거해서 공평하게 취급하여야 한다.

③ 편집위원은 투고된 논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단능력을 지닌 심사위원에게 의뢰하여야 한다.

제8조(비공개 의무) 편집위원은 투고된 논문의 출판 여부가 결정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하여서는 아니된다.

제9조(통지 의무) 편집위원은 심사위원이 심사와 관련하여 문제를 제기하는 등 편집위원회에서 심의·의결할 사항이 발생하면 편집위원회에 지체 없이 통지하여야 한다.

제3절 심사위원의 연구윤리

제10조(심사위원의 심사방법) ① 심사위원은 저자의 전문지식인으로서의 독립성을 존중하여야 하며, 심사의견서에는 논문에 대한 자신의 견해를 밝히되 보완이 필요하다고 생각되는 부분에 대해서는 그 이유를 설명하여야 한다.

② 심사위원은 본 편집위원회가 의뢰하는 논문을 심사규정에서 정한 기간 내에 성실하게 심사하여야 하고 그 결과를 본 편집위원회에 통지하여야 한다. 이 경우 자신이 해당 논문을 심사하기에 책임자가 아니라고 판단될 때에는 본 편집위원회에 그 사실을 지체 없이 통지하여야 한다.

③ 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대하여 이 규정의 제4조 제1항 또는 제2항의 중복투고 등의 문제를 발견하였을 때에는 본 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알려야 한다.

제11조(객관적이고 공정한 심사의무) 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대하여 개인적 학술신념과 저자와의 사적친분을 떠나 객관적이고 공정한 기준에 의하여 심사하여야 한다. 심사자가 충분한 근거를 명시하지 않거나 심사자 본인의

관점이나 해석과 상충된다는 이유로 수정 또는 보완을 요구해서는 아니된다.

제12조(비밀유지의무) ① 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대한 비밀을 준수하여야 한다.

② 심사위원은 논문의 심사를 위해 특별히 조언을 구하는 경우가 아니라면 논문을 다른 사람에게 보여주거나 그 내용에 관하여 다른 사람과 논의하여서는 아니된다.

③ 심사위원은 자신이 심사한 논문이 게재된 본 학술지가 출판되기 이전에 해당 논문의 내용을 인용 또는 참조해서는 아니된다.

제3장 연구부정행위에 대한 처리절차 등

제13조(서약) ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 본 연구윤리규정을 준수할 것을 서약해야 한다. 다만 본 연구윤리규정의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 기존의 편집위원장 및 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 본 연구윤리규정에 서약한 것으로 간주한다.

② 편집위원장, 편집위원, 심사위원은 각각 (별지2)와 (별지3)의 연구윤리규정준수 서약서를 작성하여야 한다.

제14조(연구윤리규정 위반의 보고) ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자가 본 연구윤리규정을 위반한 사실을 안 경우 연구윤리규정을 환기시킴으로써 문제를 사전에 예방할 수 있도록 한다.

② 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 제1항의 노력에도 불구하고 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자가 이 규정을 위반한 경우에는 제15조에 의한 연구윤리위원회(이하 ‘연구윤리위원회’라고 한다)에서 위반사항에 대하여 심의하여야 한다.

③ 연구윤리위원회는 제2항의 사실을 알린 자의 신원을 외부에 공개하여서는 아니된다.

제15조(연구윤리위원회의 구성원칙) ① 제14조 제2항에 따른 심의 등을 위해 필요한 경우에 편집위원장은 연구윤리위원회를 구성하여야 한다.

- ② 이 경우의 편집위원장은 제1항의 연구윤리위원회의 위원장이 되며, 5인 이상의 위원을 임명한다. 다만, 연구윤리위원회 각 위원은 자신이 직접적인 이해관계가 있는 안전에 대해서 심의에 참여할 수 없다.
- ③ 편집위원장이 본 연구윤리규정을 위반한 때에는 편집위원장을 제외한 편집위원의 합의에 따라 연구윤리위원회를 구성한다.

제16조(연구윤리위원회의 조사) ① 연구윤리위원회는 부정행위의 사실 여부를 입증하기 위하여 조사를 실시한다.

- ② 연구윤리위원회는 필요한 경우 특별조사위원회를 구성할 수 있다.
- ③ 조사위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하며, 조사결과를 확정하기 이전에 이의제기 및 변론의 기회를 주어야 한다. 당사자가 이에 응하지 않을 경우에는 이의가 없는 것으로 간주한다.
- ④ 연구윤리규정 위반으로 제보된 자는 연구윤리위원회에서 행하는 조사에 협조해야 한다. 만약 정당한 조사에 협조하지 않거나 방해하는 경우에는 연구윤리규정의 위반으로 간주한다.

제17조(조사결과보고) ① 연구윤리위원회는 조사의 결과와 내용을 조사의 종료 및 판정 후 각각 10일 이내에 편집위원회에 보고하여야 한다. 조사의 결과보고서에는 다음 각 호의 사항이 반드시 포함되어야 한다.

1. 제보의 내용
 2. 조사의 대상이 된 부정행위
 3. 조사위원회의 조사위원 명단
 4. 당해 연구에서의 피조사자의 역할과 부정행위의 사실 여부
 5. 관련 증거 및 증인
 6. 제보자와 피조사자의 이의제기 또는 변론 내용과 그에 대한 처리결과
- ② 조사결과보고서는 제보자와 피조사자에게 문서로써 통보한다.

제18조(연구윤리위원회의 제재조치 건의권) 연구윤리위원회는 조사 결과 연구윤리규정에 위반한 사실이 있다고 판단되는 경우 부정행위자에 대하여 편집위원회에 징계 등 적절한 제재조치를 건의할 수 있다.

제19조(징계의 절차 및 내용) ① 연구윤리위원회의 징계 건의가 있을 경우, 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 징계 여부 및 징계내용을 최종적으로 결정한다.

② 편집위원회는 이 규정을 위반한 자에 대하여 경고, 투고제한 등의 징계를 할 수 있고, 그 조치를 위반한 자의 소속기관에 알리거나 대외적으로 공표할 수 있다.

제20조(조사 대상자에 대한 비밀 보호) 연구윤리위원회 위원 등은 부정행위 의혹에 대하여 본 학술지의 최종적 조치가 취해질 때까지 조사 대상자의 신원을 외부에 공개해서는 아니된다.

제21조(연구윤리규정의 개정) 이 규정의 개정 절차는 본 편집위원회의 권한사항으로 한다.

부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2009년 6월 30일부터 시행한다.

(별지1) 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서
(「통상법률」 제00호)

「통상법률」 편집위원회 귀중

논문제목 :

연구윤리규정준수 확인서

저자(들)은 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하여 논문을 작성하였으며 특히 아래의 사항에 대하여 확인합니다.

1. 저자의 지적 창작이며, 타인의 저작권을 침해한 바 없음
2. 저자는 투고논문의 작성에 실질적인 지적 공헌을 하였으며, 투고논문의 내용에 대하여 모든 책임을 부담함
3. 투고논문은 타인의 명예 등 권리를 침해한 바 없음
4. 투고논문은 과거에 출판된 적이 없으며, 다른 학술지에 중복 게재를 위하여 투고하지 않았고, 투고할 계획이 없음
5. 「통상법률」 발행인은 투고논문에 대한 저작권 침해에 대하여 이의제기, 고소 기타 저작권 보호를 위한 제반 권리를 보유함

논문 사용권 및 복제·전송권 위임서

저자(들)은 본 논문이 「통상법률」에 게재될 경우, 논문사용권 및 복제·전송권을 「통상법률」에 위임합니다.

200 년 월 일

저 자	성 명	소 속	이메일(연락처)	위임여부(O,X)	서 명
제 1 저 자					
교 신 저 자					
공동저자1					
공동저자2					

(별지2) 연구윤리규정 준수 서약서(편집위원용)

『통상법률』 귀중

본인은 『통상법률』의 편집위원으로서 『통상법률』의 연구윤리규정을 준수하며, 특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

1. 투고논문에 대하여 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하면서 게재 여부를 결정함
2. 투고논문에 대하여 저자의 성별·나이·소속기관은 물론이고 어떠한 선입견이나 사적 친분과 무관하게, 오직 논문의 수준과 논문심사규정에 의거해서 공정하게 취급함
3. 투고된 논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단 능력을 지닌 심사위원에게 의뢰함
4. 투고논문의 출판 여부가 결정될 때까지 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하지 않음
5. 심사위원이 심사와 관련하여 문제를 제기하는 등 편집위원회에서 심의·의결할 사항이 발생하면 편집위원회에 지체 없이 통지함

20 년 월 일

편집위원 ○ ○ ○ ㉠

(별지 3) 연구윤리규정 준수 서약서(심사위원용) (2009. 6. 30. 신설)

『통상법률』 귀중

본인은 『통상법률』의 심사위원으로서 『통상법률』의 연구윤리규정을 준수하며,
특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

1. 본인은 당해 심사논문을 심사함에 있어 공정하고 합리적으로 심사할 수 있음
2. 심사논문을 심사규정에서 정한 기간 내에 성실하게 심사하여 그 결과를 본회 편집위원회에 통지하도록 함
3. 심사논문에 대하여 개인적 학술신념이나 저자와의 사적 친분을 떠나 객관적이고 공정한 기준에 의하여 심사함
4. 심사를 함에 있어 충분한 근거를 명시하도록 하고, 본인의 관점이나 해석과 상충된다는 이유로 수정 또는 보완을 요구하지 않음
5. 심사논문의 중복투고 등 부정행위를 발견하였을 때에는 본 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알림
6. 심사를 의뢰받은 논문에 대한 비밀을 준수함, 부정인용 및 참조를 하지 않음

20 년 월 일

심사위원 ○ ○ ○ ㉠

「통상법률」 원고 심사 및 편집 규정

제정 2003년 11월 1일

제 1 장 총 칙

제1조(목적) 본 규정은 법무부 국제법무과가 발간하는 「통상법률」에 게재할 원고의 심사 및 편집에 관한 절차 및 기준을 정함을 목적으로 한다.

제2조(대상) 심사대상 원고는 다른 학술지나 기타 간행물에 발표되지 않은 것이어야 하며, 원고의 체제와 분량은 「통상법률」 원고 작성방법에 따라야 한다.

제 2 장 통상법률 편집위원회

제3조(원고 심사 및 편집) 「통상법률」에 게재할 원고의 심사와 편집에 관한 사항을 결정하기 위하여 「통상법률 편집위원회」(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

제4조(위원회의 구성) 위원회의 구성은 다음과 같다.

- ① 위원회는 위원장 및 7인 이내의 위원으로 구성한다.
- ② 위원장은 법무부 국제법무과장으로 한다.
- ③ 위원은 판사, 검사, 변호사 및 관련 분야 전문가 중 위원장이 위촉한다.
- ④ 위원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다.
- ⑤ 위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 편집위원 중 1인을 간사로 지명할 수 있다.

제5조(위원회의 임무) 위원회는 다음 각호에 관한 사항을 결정한다.

1. 「통상법률」의 편집 및 출판에 관한 일반사항
2. 원고의 접수 및 심사
3. 위원회 운영에 관한 사항

제 3 장 원고의 심사

제6조(원고 심사) ① 제출된 원고는 위원회가 위촉한 3인 이상의 심사위원에 의한 심사를 받아야 한다.

② 원고 심사시 필자 및 담당 심사위원에 관한 사항은 공개하지 않는다.

③ 법무부는 원고 심사위원에게 소정의 원고 심사료를 지급할 수 있다.

제7조(심사 기준) 원고의 심사는 다음과 같은 기준에 의한다.

1. 논리적 완결성
2. 내용의 독창성
3. 학문적 기여도
4. 문장 및 각주 처리의 정확성
5. 기타 위원회에서 『통상법률』의 심사를 위해 필요하다고 인정하는 사항

제8조(심사 판정) ① 심사위원은 원고의 심사 결과를 위원회에 보고하고, 위원회는 보고된 원고에 대하여 다음과 같이 판정한다.

1. 게재
 2. 수정보완 후 게재
 3. 게재 유보
 4. 게재 불가
- ② 위원회의 판정은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ ‘수정보완 후 게재’로 판정된 원고는 필자가 수정하여 제출하고 위원장이 검토 후 게재 여부를 결정한다.
- ④ ‘게재 유보’로 판정된 원고는 수정하여 다시 투고하면 위원회가 재심사를 통하여 게재 여부를 결정할 수 있다.

제 4 장 원고의 게재 등

제9조(원고의 게재) ① 위원회에서 ‘게재’로 판정한 원고는 『통상법률』에 게재한다.

② 『통상법률』의 내용은 법무부 및 관련기관의 인터넷 홈페이지에 게시할 수 있다.

③ 법무부는 필자에게 소정의 원고료를 지급할 수 있다.

④ 『통상법률』은 매년 2, 4, 6, 8, 10, 12월 20일에 발행한다.

제10조(자료의 전송) 위원회는 『통상법률』을 법률문화 발전, 학술진흥 기여 기타 필요한 경우 데이터화하여 각종 도서관 등에 전송 및 제공할 수 있다. 이에 동의하지 않는 원고의 필자는 발행일로부터 1월 이내에 반대의 의사표시를 할 수 있고 당해 원고는 전송되지 아니한다.

제 5 장 보 칙

제11조(규정의 개정) 본 규정은 위원회의 과반수 찬성에 의하여 개정할 수 있다.

부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2003년 11월 15일부터 시행한다.

「통상법률」 원고 작성 방법

제1조(원고의 양식) 원고는 본 요령에 따라 ‘한글’로 작성함을 원칙으로 한다.

제2조(원고의 요건) 원고는 독창성을 갖는 것으로서 다른 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다.

제3조(원고 작성 요령) ① 원고는 연구논문, 사례연구, 연구자료, 해외동향 등으로 구별하여 작성한다.

② 원고는 원고지 150매 내외 (A4 용지 20~25매) 분량으로 작성함을 원칙으로 한다.

③ 원고는 표지, 본문, 참고문헌 목록, 국문 초록, 영문 초록으로 구성한다.

④ 원고의 표지에는 원고의 종류, 논문 제목(국문 및 영문 제목 모두 표기), 필자의 성명(괄호 안에 영문 표기), 소속, 직책, 학위, 연락처(주소, 전화번호, 이메일주소) 등의 인적사항, 은행계좌, 주민등록번호를 기재한다.

⑤ 공동으로 집필한 논문의 경우는 주 저자(책임 연구자)와 공동 저자를 구분하여, 주 저자·공동 저자의 순서로 표시한다.

⑥ 원고는 다음의 규격에 따라 작성한다.

1. 용지 여백 : 위쪽 20, 아래쪽 15, 왼쪽 30, 오른쪽 30, 머리말 15, 꼬리말 15

2. 본 문 : 왼쪽 여백 0, 오른쪽 여백 0, 들여쓰기 2, 줄간격 160, 글꼴 신명조, 글자 크기 10

3. 각 주 : 왼쪽 여백 3, 오른쪽 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 신명조, 글자크기 9

⑦ 목차는 I., 1., 가., (1), (가)의 순으로 표기한다.

⑧ 직접 인용할 때에는 “ ”(큰 따옴표)를 사용하고 강조할 때에는 ‘ ’(작은 따옴표)를 사용한다.

⑨ 각주는 다음과 같이 기재한다.

1. 단행본 : 저자명, 서명, 면수, 출판연도

2. 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 학술지명, 권·호수, 면수, 간행연월

3. 판 례 : 대법원 1900. 00. 00. 선고 00다0000판결(법원공보 1900년, 000면) 또는
대판 1900. 00. 00, 00다0000
 4. 외국 출전 및 판결은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있다.
단, 일본 판결의 경우 선고 일에 평성, 소화 등 연호를 쓸 경우 괄호 안에
서기를 표시한다.
 5. 영문성명, 논문명, 서명 등은 각 단어의 첫 자 외에는 반드시 소문자로 표기
한다.
 - ⑩ 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 ‘면’으로 표기하고,
로마자자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 별도의 ‘p.’와 같은 표시를
생략하고 숫자만을 표기하며, 면수나 연도 등에서 ‘부터, 까지’를 나타내는
부호로 ‘-’을 사용한다.
 - ⑪ 외국 법률이나 제도 등은 우리말로 표기하고 ()안에 원어를 표시한다. [예 :
가석방제도(parole system)]
 - ⑫ 참고 문헌은 각주의 기재 방식에 따름을 원칙으로 하되, 다음과 같은 사항에
유의하여 기재한다.
 1. 저자명, 서명, 출판관련사항은 각 마침표로 구분한다.
 2. 출판관련사항의 경우, ‘출판지: 출판사, 출판연도’의 형식으로 표기한다.
 3. 서양인 저자의 이름을 적을 때에는 성을 먼저 쓰고, 공저의 경우에는 처음
나오는 저자만 성을 먼저 쓴다.
 4. 동일 저자가 작성한 문헌이 복수인 경우, 문헌이 출판된 연도순에 의하여 나
열한다.
 - ⑬ 원고 뒷부분에 국문 및 영문 초록과 주제어(keywords, 국문 및 영문)를 10개
내외로 기재한다.
 - ⑭ 기타 논문작성방법에 관하여는 사단법인 한국법학교수회에서 제정한 “논문작
성 및 문헌인용에 관한 표준”에 따른다.
- 제4조(원고의 제출) 작성 완료한 논문은 발행일 1개월 전까지 편집위원회의 간사
가 지정한 전자우편(e-mail) 주소로 송부한다.

[편집자문위원]

장승화 (서울대 법학전문대학원 교수, 現 Journal
of International Economic Law
Editorial Advisory Board Member)

[편집위원장]

구상엽 (국제법무과장)

[편집위원]

김인호 (이화여대 법학전문대학원 교수)
강병근 (고려대 법학전문대학원 교수)
채형복 (경북대 법학전문대학원 교수)
안덕근 (서울대 국제대학원 교수)
예세민 (대전지방검찰청 부장검사)
이재성 (유엔국제상거래법위원회 법률담당관)

격 월 간 **통 상 법 률**

2017년 4월 20일 발행(통권 제134호)

1994년 2월 20일 등록(97-10-5-11)

발간등록번호 : 11-1270000-000225-07

ISSN : 1598-4915

발행인 : 법무부장관 직무대행 차관 이 창 재

편집인 : 법 무 실 장 김 호 철

발행처 : 법무부 / 편집실 : 국제법무과 / 전화 : 2110-4245 / FAX : 2110-0327

주 소 : (13809) 경기도 과천시 관문로 47 정부과천청사 1동 514호

인 쇄 : 성 진 사 : 031-388-4485

[비매품]

INTERNATIONAL TRADE LAW

Vol. 134

April 20, 2017

Publisher Lee, Changjae / Acting Minister of Justice

Editor Kim, Hochul / Deputy Minister for Legal Affairs

Edited in

International Legal Affairs Division

published bimonthly by

Ministry of Justice

※ “통상법률”에 게재된 내용은 필자의 개인적인 견해이며, 법무부의 공식 견해가 아님을 밝힙니다.