

# 통 상 법 률

## 목 차

2017 / 6 (통권 제135호)

---

### ◆ 시 론

1. 회계투명성이 경제와 무역에 미치는 영향 ..... 최 중 경 / 3

### ◆ 논 단

1. WTO협정상 수입 국경세조정에 관한 연구  
- 탄소세와 배출권에의 적용가능성 및 그 시사점 - ..... 이 천 기 / 10
2. 국제투자협정상 ‘국내법 부합규정’에의 위반성 ..... 김 석 호 / 77
3. 반덤핑 관세 흡수 행위의 규제 현황 및 개선 방안  
- EU·미국의 제도를 중심으로 - ..... 손 보 미 / 137
4. 국제투자계약의 안정화 조항에 관한 고찰 ..... 김 여 선 / 187



## 회계투명성이 경제와 무역에 미치는 영향



한국공인회계사회 회장 최 중 경

### I. 글머리에: 회계정보는 왜 중요한가?

미국 남가주대학(University of Southern California)의 역사학자이자 회계학자인 제이콥 솔(Jacob Soll) 교수는 그의 저서 『회계는 어떻게 역사를 지배해 왔는가? (The Reckoning: Financial Accountability and the Rise and Fall of Nations)』에서 회계투명성이 기업, 나아가서는 국가의 흥망과 밀접한 관련이 있다고 주장한다. 통상 회계는 복잡하고 전문가들끼리나 통하는 어려운 언어(소위 Jargon)이고 일반 국민의 생활과는 큰 관련이 없다고 넘겨버리는 경우가 많은 한국사회의 관점에서 보면, 가히 충격적인 주장으로 보인다.

그러나 태평양 전쟁의 전개양상을 보면 전쟁의 승패는 국가의 산업역량에 의해 좌우된다는 것을 알 수 있으며, 산업역량의 측정엔 회계기록을 통해 가능하다는 것을 감안하면 제이콥 솔의 주장이 설득력이 없

는 것은 아니다.

태평양전쟁이 시작되었을 때 일본군의 주력 전투기 제로센은 미군의 주력 전투기 버팔로와 와일드캣을 압도했지만, 전쟁기간 중 미군이 항공기 엔진을 2차례 업그레이드하여 엔진출력을 높임으로써 전투능력을 획기적으로 증강시키는 동안 일본군은 단 한차례의 엔진 업그레이드도 성공하지 못했다. 태평양 전쟁 말기의 제공권은 100% 미군의 수중에 있었고 전쟁의 승패를 결정지은 중요한 요소가 되었다. 전쟁을 시작하기 전에 자국의 산업역량을 정확하게 측정하여 상대국의 산업역량과 비교함으로써 전쟁패배의 비극과 고난을 회피할 수 있는 길을 열 수 있는데 일본은 그리하지 못했다.

평상시에도 회계투명성은 경제 운용의 필수요소이다. 경제학원론 강의실에서 “경제학은 희소한 자원을 효율적으로 배분하

는 방법을 연구하는 학문”이라고 가르친다. 뒤집어 얘기하면 “자원을 효율적으로 배분하는데 실패하면 경제는 망한다.”이다. 그런데 자원을 배분하기 위한 의사결정을 하는데 있어 의사결정주체가 개인이든 기업이든 금융기관이든 정부든 의사결정에 필요한 정보는 모두 회계장부수치에 근거하고 있다. 회계정보가 잘못되면 회계정보에 입각한 모든 자원배분 의사결정이 잘못되고 경제는 성장의 기회를 박탈당하고 좋은 일자리도 충분히 만들어 내지 못하게 되는 것이다.

대우해양조선 분식회계 사태는 회계분식으로 인한 자원배분 왜곡과 국민혈세낭비의 문제도 크지만 산업정책측면에서 볼 때 산업구조조정 타이밍을 놓쳤다는 더 심각한 문제가 있다. 대우해양조선의 회계처리가 투명하게 이루어졌다면 손실발생 상황이 일찌감치 파악되었을 것이고 조선 산업 구조조정을 위한 조치가 서둘러 이루어짐으로써 조선 산업의 경쟁력을 보전하는데 보다 유리한 고지를 점할 수 있었을 것이다.

회계수치는 거시경제정책의 운용과도 관련이 있다. 자본주의 시장경제에서 기업의 매출을 모두 합산하면 GDP와 거의 유사하다고 할 수 있다. 회계수치가 틀리면 GDP 통계도 신뢰성을 잃게 되고 거시경제

정책의 방향(확장정책을 쓸지 긴축정책을 쓸지)을 정하는 것도 쉽지 않게 된다. 회계투명성이 떨어지면 경기하강국면에서 긴축정책을 써서 경제를 나락에 빠뜨릴 수도 있고, 반대로 경기상승국면에서 확장정책을 구사해 인플레이션의 함정에 빠질 수도 있는 것이다. 정부가 법인세와 소득세를 과세하는 데 있어서도 회계투명성은 중요하다. 세금산정의 출발점 역할을 하는 기초자료가 기업회계 장부상의 이익이기 때문이다. 기업회계 장부상의 이익에 세법규정에 따른 세무조정(‘손금불산입’이라는 항목으로 비용을 인정하지 않는 경우가 대부분)을 하면 과세표준이익이 산출된다.

## II. 회계투명성은 어떻게 확보되나?

회계투명성은 사회전반의 투명성 수준과 함께 간다고 보아야 하므로 사회전반의 준법정신, 도덕성 수준에 영향을 받는다. 또한 회계기준, 표준감사절차등 회계 관련 제도의 정비가 얼마나 잘 이루어졌는가에 의해서도 결정된다. 회계투명성을 확보하는데 있어 가장 중요한 수단은 공인회계사에 의한 외부감사이다. 외부감사는 회계정보 생산을 담당하지 않은 외부의 회계전문가인 공인회계사가 회계정보의 신뢰성에 대하여 객관적으로 평가하는 기능이기 때문이다. 외부감사가 제대로 이루어지면 사

회전반의 투명성 수준이 낮은 상황에서도 회계투명성이 확보될 수 있다. 60년대, 70년대에 사회전반의 투명성이 낮은 상황에서 정부가 외부감사인을 기업에 할당하는 지정방식의 외부감사제도가 실시된 배경이다.

공인회계사에 의한 외부감사제도는 서구자본주의에서 이식된 제도여서 우리나라는 외부감사의 필요성과 기능에 대한 인식수준이 서구사회보다 현저히 떨어진다. 1980년에 도입된 외부감사인 자유선임제도가 좋은 예이다. 주식이 분산되어 있고 전문경영인 체제가 정립되어 있는 미국의 경우에는 이사회에서 CEO를 선임하고 CEO를 감독하게 되는데, 이사회 구성원들의 회계전문지식이 부족하니까 공인회계사를 고용해서 CEO가 작성하여 제출한 재무보고서를 감사하게 한다. 따라서 이사회가 고용한 공인회계사는 CEO로부터 독립된 지위에서 회계감사를 실시하므로 객관성과 공정성이 확보된다.

그런데 1980년의 우리나라 기업지배구조는 오너가족에 의한 이사회가 구성되고 CEO도 대부분 오너가족의 일원이 담당하게 되어 있었으므로 이사회에서 공인회계사를 고용한다 해도 CEO로부터 독립적인 지위를 확보할 수 없게 되는 문제점이 엄연히 존재하였다.

미국과 한국의 기업지배구조 차이를 무시한 채 도입한 외부감사인 자유선임제도는 한국의 회계투명성을 크게 떨어뜨리는 결정적 요인이 되었고, 2016, 2017년 연속해서 IMD가 평가한 회계투명성 순위에서 세계 꼴찌라는 오명을 뒤집어쓰게 되었다. 기업지배구조상 이사회와 CEO가 한 몸이 되면 이사회가 선정한 공인회계사는 마치 「피고가 자신을 수사할 검사를 마음대로 고르는 양상」이 되어 회계감사가 제대로 이루어질 수 없다.

많은 사람들이 부실감사한 회계사를 엄하게 처벌하는 것이 해결책이라고 얘기하는데 이는 마치 크게 잘못된 범죄발생환경은 방치한 채 형량만 늘리면 범죄가 예방된다는 황당한 논리와 큰 차이가 없다. 2017년 현재의 기업지배구조도 1980년과 비교하여 볼 때 거의 비슷한 수준이므로 외부감사인 자유선임제도를 손질하여 지정방식으로 회귀하는 것이 반드시 필요하다.

대규모 분식으로 큰 물의를 일으켰던 대우조선해양의 경우도 결국 외부감사인인 공인회계사들이 독립적 지위에서 감사를 제대로 진행시키지 못하는데 근본원인이 있다. IMD입장에서 보면 회계투명성 확보의 가장 유효한 수단인 외부감사를 수행하는 공인회계사가 허약한(을)의 지위에 머무르며 절대(갑)인 기업CFO로부터 감사의견을

형성하기 위해 필수적인 자료를 제대로 징구하지 못하는 상황을 이해하기 힘들 것이다. 낙후된 기업지배구조에 맞추어 외부감사인 선임제도를 지정방식으로 바꾸지 않는 한 IMD 회계투명성 순위 세계꼴찌의 불명예를 벗어나기는 현실적으로 불가능해 보인다.

그 동안 이렇게 잘못된 제도가 버젓이 존재한 이유는 서구 기업과 우리나라 기업의 지배구조가 근본적으로 다르다는 점을 이해하지 못한 무지와 함께 외부감사의 공공재적 성격을 애써 외면하며 외부감사제도를 기업규제 차원에서 다룬 철학 빈곤에 뿌리를 두고 있으며, 감사대상기업 중 숨길 것이 많은 불량 기업들의 역선택도 한 몫 했다. 사실 따지고 보면 제대로 된 기업 주라면 공인회계사 외부감사를 내부 부정이나 오류를 찾는 데 적극 활용하는 것이 정상적인 사고방식이 아닌가?

### III. 회계투명성과 Korea Discount

IMD 회계투명성 순위 세계 꼴찌는 어떤 대접을 받게 될까? 우선 세계적인 규모의 계약입찰에 참여했을 때 여러 가지 불이익에 직면하게 된다. 제출한 재무보고서의 신뢰도를 의심받게 되므로 까다로운 이행 보증을 요구하는 등 부가조건이 추가되거

나, 아예 Short-List에서 배제될 것이다. 우리나라 기업이 발행한 주식, 채권의 평가도 제 값을 반영하지 못하게 될 것이고 우리나라 기업이 만든 제품도 제 값을 받지 못하게 될 것이다.

앞서 언급했듯이 회계투명성이 낮으면 국내적으로는 자원배분이 엉터리로 되어 생산성이 낮아지고 경제성장률이 떨어지며 일자리 창출도 어려워지면서 국제적으로는 Korea Discount의 빌미가 되어 우리 국민들이 피땀 흘려 이룩한 성과들이 제대로 평가받지 못하는 불이익을 감수해야 한다.

회계투명성을 높여야 하는 이유는 또 있다. 서구사회는 일찍부터 회계교육을 넓게 실시하고 회계투명성을 높이려는 노력을 해왔다. 특히 네덜란드는 작은 나라였지만 해외에 넓은 식민지를 보유하고 유럽에서도 독립국가의 지위를 확보하며 크게 번영하였는데, 그 배경 중 하나가 회계교육을 통해 고도로 발달한 자본주의 사회를 구축할 수 있었기 때문이라고 제이콥 솔(Jacob Soll) 교수는 설명하고 있다.

우리나라도 한 단계 업그레이드된 선진 국가로서 번영을 누리고 국제적인 신인도를 높여 제대로 된 대접을 받으려면 회계투명성을 제고하려는 노력을 게을리 하면 안되고 사회전반의 회계학 교육수준을 높이고 보다 대중화할 필요가 있다.

제이콥 솔(Jacob Soll) 교수는 스페인이 남미에서 막대한 부를 축적하고도 유럽의 중위권 국가에 머물고 있는 이유로 스페인이 회계교육을 소홀히 했기 때문이라고 주장하고 있다. 오늘날에도 국제사회에서 강소국인 네덜란드의 활약이 돋보이는 이유도 결국 회계교육을 통해 잘 훈련된 국민들이 있기 때문이라고 할 수 있다.

Korea Discount를 없애는 길은 긍정적인 측면에 한국을 홍보하는데 있는 것이 아니다. ‘Dynamic Korea’나 ‘Soul of Asia’나 목소리 높여 보아야 회계투명성 세계끝자임이 알려지는 순간 우리 국민과 기업의 신뢰도는 땅에 떨어지고, 어떤 형태의 국제협력도 제대로 된 파트너를 만나길 기대하기 어려워진다는 현실을 위정자들이 직시해야 한다.

#### IV. 통상마찰과 회계투명성

무역 분쟁 중 선진국이 자국 산업 보호를 위해 행사하는 긴급조치로서 반덤핑관세(Anti-dumping duty)와 상계관세(Countervailing duty)가 있다. 반덤핑관세는 수출축진을 위해 정상가격보다 낮게 수출판매가격을 설정하는 것을 방지하려는 목적을 갖고 있고, 상계관세는 WTO(세계무역기구)에서 금지하고 있는 보조금을 지급받은 수입품

에 대해 보조금을 받은 만큼 추가관세를 부과하여 불공정경쟁을 막겠다는 목적을 갖고 있다. 반덤핑관세가 부과되었을 경우 부과취소를 위해서는 수출판매가격이 정상판매가격임을 입증해야 하는데 그러기 위해서는 투명하게 작성된 원가계산자료가 뒷받침되어야 한다.

아무리 완벽한 원가계산자료를 제출하더라도 회계투명성이 세계끝자라는 낙인이 찍혀 있는 한 제출되는 원가계산자료의 신빙성은 크게 의심받게 될 수밖에 없다. 우리나라 자격증을 가진 회계사가 작성한 자료의 증거능력이 약해서 인정을 받지 못하기 때문에 결국 외국 자격증을 가진 회계사에게 의존할 수밖에 없는 상황이 연출될 것이다.

상계관세가 부과된 경우에도 크게 다르지 않다. 이 경우에는 원가계산자료와 함께 보조금이 특정기업이나 특정산업에 한정된 것이 아니라는 입증을 해야 하는데 보다 방대한 회계자료를 분석해야 설득력 있는 증거를 제시할 수 있게 된다.

이 밖에 조세회피 방지나 이중과세방지를 위한 국제협정들을 준수하는 과정에서도 회계기준의 정합성과 함께 회계정보의 투명성은 필수적으로 요구된다. 그러기 때문에 회계투명성을 제고하여 불필요한 분쟁이나 오해의 소지를 없애는 것이 국가적

과제로 추진되어야 하는 또 다른 당위성을 제공하는 것이다.

## V. 회계서비스 시장 개방

우리나라의 회계서비스 시장은 미국, EU 등 선진경제와의 자유무역협정(Free Trade Agreement, FTA)에 의해 단계적으로 개방되고 있다. 우리 회계산업을 자세히 들여다보면 소위 Big-4라고 지칭되는 국제적인 회계법인(PWC, KPMG, Deloitte, E&Y)과 제휴관계에 있는 대형회계법인들이 오래전부터 주류를 이루고 있어서 회계서비스 시장은 FTA 이전에도 이미 상당한 수준으로 개방되어 있었다고 보는 것이 맞다. 외국의 우수 회계법인의 입장에서 보면 제휴된 한국회계법인으로부터 브랜드 로열티를 받는 것이 안전한 비즈니스 모델이어서 현재의 상황이 개선되어야 한다는 생각이 크지 않을 것으로 보여진다.

회계서비스 시장 개방에 있어 앞으로의 쟁점은 외국의 회계사 자격을 자동적으로 국내 회계사 자격과 동일하게 인정할 것인지의 문제, 그리고 외국회계법인이 51% 이상 출자하는 국내회계법인을 허용할 것인지의 문제이다. 언어장벽 문제와 회계감사 서비스가 갖고 있는 업무리스크(부실감사에 대한 형벌과 손해배상), 그리고 Big-4

의 국내진출 상황을 감안할 때 추가쟁점이 수면 위로 떠오르는 데에는 한계가 있고, 시간도 꽤 걸릴 것으로 보이지만 모든 가능성을 열어 두고 대비하는 자세가 필요하다고 본다. 특히 우리말이 자유로운 외국 자격을 소지한 교포회계사나 외국자격을 취득한 한국인들이 국내에서 개업할 것을 요구하는 상황에 대한 준비가 필요해 보인다.

## VI. 맺음말: 회계와 법률 그리고 일자리

회계 자체는 법률체계의 일부라고 하기 어렵지만 법률의 이행과 적용 과정에서 법정신을 보다 정확하게 구현할 수 있는 유용한 수단이라고 정의할 수 있을 것 같다. 통상분야에서 무역마찰, 국제조세 분야와 관련한 분쟁의 해결과정에서 회계의 역할은 큰 비중을 차지한다. 그렇기에 회계와 관련된 국제적 흐름을 파악하고 필요한 전문지식으로 무장된 유능한 회계사를 평소에 충분히 양성해 두는 것이 개별기업과 산업 나아가 국가경제 전체의 이익을 보호하는 길이다.

회계투명성은 국가의 격을 결정하는 중요 요소이기도 하다. 회계투명성을 높이는 노력에 모두 나서야 한다. 일자리 일자리 하고 있는데 필자의 직관으로 판단할 때

회계투명성을 높이면 잠재 경제성장률이 2%p 올라가고 매년 일자리 10만개씩 늘릴 수 있다고 본다.

기술발전 수준으로 보나, 사회의 성숙도로 보나, 가사노동의 시장화 정도로 보나 선진국과의 격차가 큰 현실은 역설적으로 그만큼 Catch-up할 공간이 크다는 뜻이므로

성장의 속도가 빨라야 한다. 그럼에도 불구하고 우리 경제성장률이 선진경제 수준인 2%대에 머무르고 있는 것은 우리 경제의 자원배분이 비효율적으로 이루어지고 있기 때문이다. 7~8% 성장하는 중국 경제와 2% 성장하는 선진 경제와의 중간 어디에서 우리 경제성장률이 위치하고 있어야 정상이다.

# WTO협정상 수입 국경세조정에 관한 연구

- 탄소세와 배출권에의 적용가능성 및 그 시사점 -\*

고려대학교 법학연구원 통상법연구센터 전임연구원 이 천 기

\*논문접수 : 2017. 3. 24. \*심사개시 : 2017. 5. 25. \*게재확정 : 2017. 6. 16.

— < 목 차 > —

|                                    |                         |
|------------------------------------|-------------------------|
| I. 논의의 배경                          | 2. WTO협정상 조세의 정의        |
| II. WTO협정상 수입 국경세조정                | 3. 학설의 입장               |
| 1. 수입 국경세조정 근거규정의 구조               | 4. 판례의 입장               |
| 2. 법적 성격                           | 5. 평가: 조세 부정설           |
| 3. 적용가능한 조세유형                      | IV. 탄소세에 대한 수입 국경세조정 거부 |
| 4. 물적 적용범위                         | 1. 문제의 소재: 탄소세의 법적 성격   |
| 5. 요건                              | 2. 간접세 부정설              |
| III. 배출권거래제에서의 배출권에 대한 수입 국경세조정 거부 | 3. 간접세 긍정설              |
| 1. 문제의 소재: 배출권의 법적 성격              | 4. 평가: 간접세 긍정설          |
|                                    | V. 결 론                  |

## I. 논의의 배경

지난 제21차 기후변화협약 당사국총회에서는 파리협정이 채택되었다. 기존 교토 의정서와 달리 파리협정에서는 모든 당사

국이 온실가스 감축 노력에 참여하게 된다. 그러나 파리협정은 당사국들에게 법적 구속력을 가지는 구체적인 감축 목표와 방법을 부과하고 있지 못하며,<sup>1)</sup> 각 당사국은 국가별 기여방안에서 자신이 선택한 감축

\* 본고는 필자의 박사학위논문 “탄소국경세조정의 WTO협정 합치성 연구 - 탄소세제 및 배출권거래제에서의 국경세조정 가능성을 중심으로.” 중 국경세조정의 적용가능성과 관련하여 2017년 3월 18일 대한국제법학회 신진학자학술대회에서 발표한 내용을 추가 정리하여 작성하였습니다.

1) 파리협정 제4조 2항은 각 당사국이 자신이 제출한 국가별 기여방안을 달성하기 위해 “국내감축조치를 추진해야”(shall pursue domestic mitigation measures) 할 것만을 규정하고, 국가별 기여방안에 기재한 감축목표를 달성해야 할 ‘법적 의무’까지를 부과하고 있지는 않다(“shall pursue [...] with the aim of achieving [...])).

목표와 방법에 따라 온실가스 감축에 참여하게 된다. 그 결과 국가들의 온실가스 감축노력의 수준과 방식은 다수의 현행 지역 무역협정에서처럼 다양해지고 복잡해질 것으로 예상된다.<sup>2)</sup> 문제는 이처럼 국가마다 상이한 기후정책이 비대칭적으로 시행될 경우 탄소누출이 발생할 가능성이 있다는 점이다. 파리협정은 각 당사국의 국가별 기여방안에 따라 국가 차원의 감축 목표에 주목하는 반면,<sup>3)</sup> 탄소누출은 산업·상품 차원에서 발생한다. 따라서 국가 차원에서 당사국들이 동일한 탄소가격을 부담하고 있는 경우에도 산업·상품 차원에서 탄소가격이 상이해질 수 있다. 그 결과 탄소 배출규제가 심한 국가에 위치한 산업·기업들은 탄소배출을 줄이려 노력하는 대신 생산기반을 탄소 배출규제가 낮은 국가로 이전하려 할 것이다. 결국 전세계적인 탄소배출 총량은 감소하지 않고 탄소배출은 단순히 다른 국가로 이전되며, 탄소가격이 높은 국가에서 발생한 긍정적 환경효과(탄소배출 감소)는 탄소가격이 없거나 낮은 국가에서 발생한 부정적 환경효과(탄

소배출 증가)로 인해 상쇄되어 버린다.

국가들은 국내산업의 경쟁력 손실과 탄소누출을 방지하고 자국 환경정책의 실효성을 확보하기 위해 다양한 해결방안을 모색해왔다. 그 대표적인 예가 탄소국경세조정(Border Tax Adjustments: BTAs)이다. 탄소국경세조정은 자국의 탄소감축노력으로 인해 국내상품이 추가로 부담하게 된 조세를 수입상품에도 국경에서 부과하고 국내상품의 수출시 기 징수되었던 조세를 환급해줌으로써, 높은 탄소비용을 부담하는 국내생산업자와 상대적으로 낮은 탄소비용만을 부담하는 외국생산업자 사이의 “경쟁을 공정하게 만드는”(level the playing field) 것을 주된 목적으로 한다.<sup>4)</sup>

한편 이러한 기후정책들은 상품의 국제 무역에 직접적으로 영향을 미치는 조치이기도 하다. 따라서 WTO협정의 제 의무를 준수하는 것이어야 한다. 예를 들어 기후 변화 완화 목적으로 부과된 탄소세에 대해 국경세조정을 실시하는 경우 WTO회원국은 동 조치를 WTO협정의 국경세조정 규

2) Julien Bueb, Lilian Richieri Hanania, Alice Le Clézio, *Border adjustment mechanisms: Elements for economic, legal, and political analysis*, WIDER Working Paper 2016/20 (2016.4.), p. 1; Erkki J. Hollo, Kati Kulovesi, Michael Mehling, *Climate Change and the Law*, Springer, 2013, pp. 46-47.

3) Sam Kortum, David Weisbach, *Border Adjustments for Carbon Emissions: Basic Concepts and Design*, RFF Discussion Paper 16-09, Resources for the Future, 2016, pp. 3, 4; Warren H. Maruyama, “Climate Change and the WTO: Cap and Trade versus Carbon Tax?”, *Journal of World Trade*, vol. 45, no. 4, 2011, pp. 720, 721.

4) See, e.g., GATT Working Parting Report on Border Tax Adjustments, para. 4; Julien Bueb et al., *supra* note 2, p. 2.

거규정에 합치시켜야 할 것이다. 문제는 탄소세나 배출권거래제에서의 배출권이 ‘탄소 배출’에 대해 부과된 조치라는 데 있다. 탄소는 상품생산과정에서 발생하였으나 최종상품에는 물리적으로 포함되어 (physically incorporated) 있지 않은 요소이다. 위 요소에 부과된 조제가 WTO협정상 국경세조정의 적용범위에 해당되는지에 관해서는 논란이 있다. 만약 해당되지 않는다면, 수입상품에 대해 국경에서 부과된 탄소세나 배출권거래제에서 수입업자에게 부과되는 배출권 매입·제출 요건은 WTO협정에 합치하지 못할 가능성이 높다.

이러한 배경에서, 본고에서는 탄소세제나 배출권거래제를 시행하는 회원국이 탄소누출 방지를 위해 WTO협정의 국경세조정제도를 활용할 수 있는지를 검토하고자 한다.<sup>5)</sup> 제II항에서는 수입 국경세조정의 근거규정 분석을 통해 국경세조정의 적용

범위와 발동요건을 검토한다. 전술하였듯, 상품생산과정에서 배출된 탄소와 같이 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 투입요소나 생산과정(이하 “최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소”)에 대해 수입 국경세조정이 허용되는지가 본고의 목적상 중요하다. 이를 위해 GATT 제II조 2항(a), 제III조 2항, Ad Article III 2항을 중심으로 살펴본다. 그리고 제III항과 제IV항에서는 제II항에서 검토하였던 WTO협정 수입 국경세조정 근거규정에 관한 일반적 논의를 바탕으로, 배출권거래제 하에서 부과된 배출권과 탄소세에 대해 수입 국경세조정이 가능한지를 검토한다.

## II. WTO협정상 수입 국경세조정

수입 국경세조정을 통해 WTO회원국은 자국의 관세영역으로 진입하는 수입상품

5) 한편 본고에서는 수출 측면을 배제하고 수입 측면의 국경세조정만을 검토하고자 한다. 수입 탄소국경세조정은 기후변화를 완화하고 탄소배출을 감축하기 위한 목적에서 시행되는 조치인 반면, 수출 탄소국경세조정은 국내 생산업자들이 상품생산과정에서 보인 탄소감축노력을 상품 수출시 수출국이 스스로 무효화시키겠다는 의미이기 때문이다. 즉 수출 탄소국경세조정은 기후변화 완화라는 환경목적보다는 자국의 수출지향 산업·기업을 보호하는 것을 주된 목적으로 하는 조치이다. 또한 본고에서는 자세히 다루지 않으나, 탄소와 같이 ‘최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소’에 대해 수출 국경세조정은 (i) 생산과정에서 사용된 에너지, 연료와 기름, (ii) 수출품을 얻기 위해 이들이 사용되는 과정에서 소비된 촉매제 등에 대한 ‘전단계 누적간접세’에 대해서만 허용되므로, 탄소배출에 대해 부과된 그 외 다른 유형의 간접세는 WTO보조금협정에서 허용하는 수출 국경세조정의 범위에 해당되지 못할 가능성이 높다는 점에서 WTO협정과 합의성을 확보하는 데 어려움이 있다. 따라서 WTO협정상 국경세조정은 원칙적으로 수입 및 수출 측면 모두에서 허용되나, 적어도 ‘탄소’국경세조정의 맥락에서는 오로지 수입 측면에서만 국경세조정제도를 운영해야 한다. 이천기, “탄소세에 대한 수출 국경세조정 가능성 연구 - GATT Ad Article XVI 및 보조금협정 부속서 I, II의 해석을 중심으로-”, 제64회 안암법학회 춘계학술발표회(2017.5.27.), 15-16면 참조.

에 대해 관세와는 별개로 추가 과세가 가능하다. 단, 수입 국경세조정은 GATT 제II조 2항 (a)호와 제III조 2항에 따라 시행되어야 한다. 이하에서는 수입 국경세조정 근거규정의 내용, 법적 성격, 적용대상이 되는 조세유형 및 물적 적용범위, 발동요건을 차례로 검토한다. 특히, 수입 국경세조정이 가능한 조세유형 및 물적 적용범위에 대한 검토는 배출권과 탄소세에 수입 국경세조정이 적용될 수 있는지 여부를 판단하는 데 중요한 부분이다.

### 1. 수입 국경세조정 근거규정의 구조

수입 국경세조정의 기본조항은 GATT 제II조 2항 (a)호이다. 또한 동 규정에 명시되어 있듯이, 수입 국경세조정은 제III조 2항과도 합치하는 것이어야 한다.

“2. 이 조의 어떠한 규정도 계약당사자가 상품의 수입에 대하여 언제든지 다음을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.

(a) 동종의 국내상품에 대하여 또는 당해 수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또

는 일부 기여한 물품에 대하여 제3조제2항의 규정에 합치되게 부과하는 내국세에 상당하는 과징금”<sup>6)</sup>

#### 가. 해석(1)

제II조 2항 (a)호는 조문의 구조와 내용상 해석에 논란이 예상된다. 첫 번째 해석은 제II조 2항 (a)호가 “대하여”(in respect of)를 중심으로 병렬구조로 기술되었다고 보는 입장이다. 따라서 수입국은 두 가지 유형의 수입 국경세조정 적용대상(‘상품’ 또는 ‘물품’)에 대해, 국내적으로 부과한 내국세를 수입상품에도 부과하는 것이 가능하다.

이 해석에 따를 경우 [그림 1]와 같이 (i) 상품에 내국세와 부과된 경우와 (ii) 상품생산과정에서 투입·활용된 요소(“물품”)에 내국세가 부과된 경우 모두에 공통된 발동요건(제III조 2항과의 합치성 및 “상당하는” 요건)이 동일하게 적용될 것이다.

그러나 제II조 2항 (a)호는 “당해 수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품에 대하여”라고 규정하고 있지

6) GATT 제II조 2항 (a)호의 원문은 다음과 같다.

“2. Nothing in this Article shall prevent any contracting party from imposing at any time on the importation of any product:

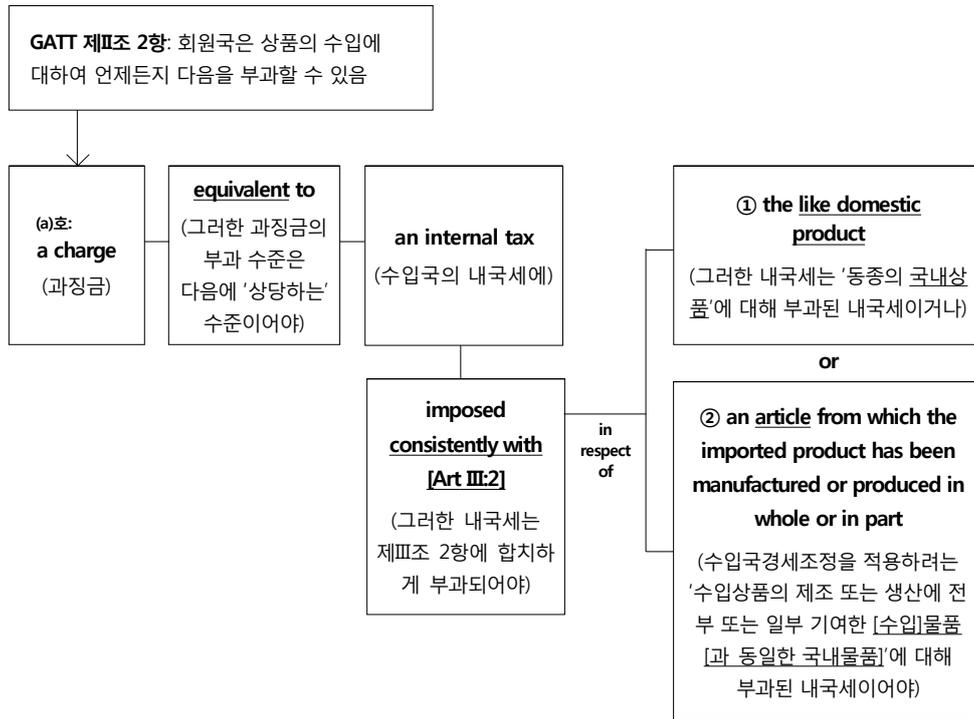
(a) a charge equivalent to an internal tax imposed consistently with the provisions of paragraph 2 of Article III in respect of the like domestic product or in respect of an article from which the imported product has been manufactured or produced in whole or in part;”

‘국내’ 상품의 제조 또는 생산에 기여한 물품이라고 규정하고 있지 않다. 위 해석대로라면 ‘수입상품의 생산과정에서 투입·활용된 요소에 대해 제III조 2항에 합치하게 부과된 내국세’에 상당하는 과징금을 수입상품의 수입시 부과할 수 있다는 내용이 되므로 논리적으로 의미가 맞지 않는다. 수입국 국내상품에 내국과세가 있었기 때문에 수입국 국내상품이 부담하게 된 추가 비용을 상쇄하고 수입상품과의 시장 경쟁관계를 공정하게 만들기 위한 것이 수

입 국경제조정인데, 위 해석대로라면 이미 수입상품에의 생산과정에서 투입·활용된 요소에 기 부과된 수입국의 내국세가 있다는 의미가 되기 때문이다.<sup>7)</sup>

따라서 이 해석방법이 정확한 것이기 위해서는 제II조 2항 (a)호에서 말하는 “물품”(an article)이 [그림 1]에 필자가 “[ ]”로 표시해 놓은 바와 같이 수입국에서 내국세가 부과된 수입국 ‘국내’물품을 의미한다고 보아야 할 것이다. 예를 들어 수입국이 자동차 생산에 들어가는 국산 강철(‘국내’

【그림 1】 제II조 2항 (a)호의 첫 번째 해석방법



7) 해석(1)의 예로는 다음을 참조. Donald Feaver, Benedict Sheehy, “Climate Policy and Border Adjustment Regulation: Designing a Coherent Response”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, 2012, p. 798.

물품)에 내국세를 부과하였다면, 이후 외 국산 자동차의 수입시에 수입국은 수입산 자동차에 들어간 강철에도 국경세조정을 통해 동일한 내국세를 부과할 수 있다는 의미로 해석되어야 한다. 단 제Ⅱ조 2항 (a) 호는 부정관사를 사용하여 단순히 “물 품”(an article)이라고 기술하고 있으므로, 해석(1)을 정당화하기 위해 필자가 제시한 이러한 대안적 해석은 제Ⅱ조 2항 (a)호 문 언을 이탈하는 해석이라 생각된다.

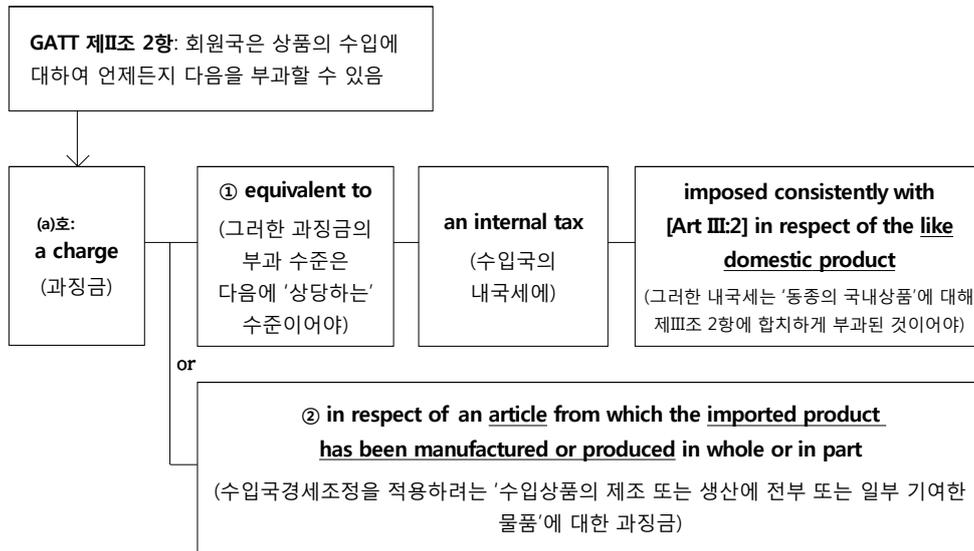
나. 해석(2)

제Ⅱ조 2항 (a)호의 또다른 해석은 [그림 2]처럼 수입 국경세조정이 (i) “동종의 국

내상품에 대하여” “제3조제2항의 규정에 합치되게 부과하는 내국세에 상당하는” 경 우, 또는 (ii) “당해 수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품” 즉 지금 국경에서 수입 국경세조정을 적용하 려 하는 수입상품의 생산과정에서 투입· 활용되었던 요소에 대해 가능하다고 보는 방식이다.<sup>8)</sup> 아래의 이유에서 해석(2)가 제 Ⅱ조 2항 (a)호의 문언을 반영하는 보다 정 확한 해석이라 생각된다.

해석(2)에 설득력이 있는 이유는 “당해 수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품에 대하여”라는 표현 때 문이다. 해석(1)에 따를 경우 국경세조정을

【그림 2】 제Ⅱ조 2항 (a)호의 두 번째 해석방법



8) 해석(2)의 예로는 다음을 참조. Christine Kaufmann, Rolf H. Weber, “Carbon-related border tax adjustment: mitigating climate change or restricting international trade?”, *World Trade Review* 10(4), 2011, pp. 502; 506.

적용하려고 하는 ‘수입상품의 생산과정에서 투입·활용된 요소’(“물품”)에 대해 이미 제Ⅲ조 2항에 따라 수입국 국내적으로 부과된 내국세가 있다는 의미가 되므로 논리적으로 의미가 맞지 않게 된다는 점을 앞서 확인하였다.

단 해석(1)과 달리, 해석(2)에 따를 경우 수입국이 “당해 수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”에 국경세조정을 실시하려는 경우에 수입국이 제Ⅲ조 2항과의 합치성 요건과 “상당하는” 요건을 충족시켜야 하는지가 제Ⅱ조 2항 (a)호상에 명시되어 있지 않은 것이 된다. 그러나 <수입 국경세조정의 법적 성격>에서 후술하는 바와 같이, 수입 국경세조정은 그 자체로서 재정적 국내조치에 해당되므로 해석(2)에 따를 경우에도 수입 국경세조정을 시행하는 수입국은 제Ⅲ조 2항을 준수해야 한다. 또한 관례의 입장에 비추어 볼 때 수입 국경세조정이 제Ⅲ조 2항에 합치한다면 제Ⅱ조 2항 (a)호의 “상당하는” 요건에도 합치되는 것으로 간주될 가능성이 높다.<sup>9)</sup> 따라서 결과적으로는 해석(1)나 해석(2)의 경우 모두에서, 수입국은 수입 국경세조정을 시행함에 있어 제Ⅱ조 2항 (a)호의 “상당하는” 요건과 제Ⅲ조 2항

“초과하는” 요건을 준수해야 한다.

## 2. 법적 성격

### 가. 문제의 소재

회원국의 국경에서 수입상품에 적용되는 재정조치는 원칙적으로 국경조치에 해당되어 제Ⅱ조 1항이 적용될 것이다. 그러나 동 조 2항은 제Ⅱ조 1항에 명시된 관세 이외에도 다른 유형의 재정조치들이 국경에서 부과될 수 있음을 규정하고 있고, 그 중 하나가 수입 국경세조정이다.

그렇다면 문제는 제Ⅱ조 1항과 제Ⅱ조 2항 (a)호의 관계이다. 제Ⅱ조의 제목이 “양허표”(Schedules of Concessions)인 것에서도 알 수 있듯이, 제Ⅱ조의 주된 내용은 재정적 국경조치이다. 그렇다면 제Ⅲ조 2항 (a)호의 수입 국경세조정은 제Ⅱ조의 일부를 구성하는 내용이니 재정적 국경조치인지 아니면 수입상품에 대해 국경에서 부과되었음에도 불구하고 그 법적 성격이 재정적 국내조치에 해당하는지가 문제될 수 있다. 만약 수입 국경세조정이 재정적 국경조치에 해당한다면, 제Ⅱ조 2항 (a)호 이외에도 제Ⅱ조 1항과의 합치성 여부도 추가로 문제될 것이다.

9) 이후 살펴볼 바와 같이, India-Additional Import Duties 사건에서 상소기관은 수입 국경세조정의 제Ⅲ조 2항 “초과하는” 요건과 제Ⅱ조 2항 (a)호의 “상당하는” 요건은 동일한 요건이라고 보았다. Appellate Body Report, India - Additional Import Duties, paras. 169-175.

## 나. 관련 규정의 해석

조약법협약 제31조 1항에 따라, 관련 규정의 해석은 일차적으로 “조약의 문면에 부여되는 통상적 의미에 따라” 이루어져야 할 것이다. 그런데 제II조 2항의 모두는 회원국이 상품의 수입에 대하여 “언제든지”(at any time) 수입 국경세조정을 시행할 수 있다고 명시하고 있다. 즉 수입 국경세조정은 국경에서 이루어지거나 또는 수입 상품이 이미 수입국 국내시장에 진입한 이후에도 이루어질 수 있다. 반면 국경조치는 수입상품에 대해 ‘국경에서’ 부과되는 조치이다. 따라서 수입 국경세조정은 국경 조치에 해당된다고 볼 수 없다.

또한 제II조 2항 (a)호가 제III조 2항과의 합치성을 발동요건으로 명시하고 있다는 점에도 주목할 필요가 있다. 제III조 2항은 재정적 국내조치에 적용되는 규정이다. 만약 수입 국경세조정이 재정적 국내조치가 아니라고 가정한다면, 수입 국경세조정의 시행에 제III조 2항과의 합치성을 요구한다는 것은 논리적으로 맞지 않을 것이다.

## 다. Ad Article III

GATT 부속서I의 Ad Article III의 두문은 “내국세 또는 그 밖의 내국과징금, 또는 제1항에 언급된 종류의 법률, 규정 또는 요건으로서 수입상품에 대하여 그리고 동

종 국내상품에 대하여 적용되고 수입상품의 경우에는 수입 시점 또는 지점에서 징수되거나 시행되는 것은, 그럼에도 불구하고 내국세 또는 그 밖의 내국과징금, 또는 제1항에 언급된 종류의 법률, 규정 또는 요건으로 간주되어야 하며, 이에 따라 제3조의 규정의 대상이 된다”고 규정하고 있다.

따라서 회원국의 국내법상 “내국세 및 그 밖의 내국과징금”이 어느 시점에 부과되는지는 해당 조치가 국내조치인지 또는 국경조치인지를 결정하는 데 결정적 요소가 될 수 없다. Ad Article III에 따라, 수입상품에 대해서는 ‘수입 시에’ ‘국경에서’ 재정조치가 부과되는 경우에도 만약 해당 재정조치가 국내상품에도 적용되는 경우에는 ‘국내조치’로 간주되어야 한다.

## 라. 하버나회의 상업정책에 관한 제3위원회의 입장

GATT 1947이 채택되기 이전인 하버나회의 협상 당시에도 ‘상업정책에 관한 제3위원회’는 체약국들이 위원회에 통보한 과징금제도 중 일부는 수입관세이지 내국세가 아니라고 판단하였던 바 있다. 이들 과징금은 (i) 수입국 내로 상품이 ‘진입’하는 시점에 그러한 진입을 조건으로 징수되었고, (ii) 수입국 국내적으로 동종 국내상품에 부과되는 유사한 과징금에 관련 없이

오로지 수입상품에만 적용된 것이라는 이유에서였다. 또한 수입국 법령에서 해당 과징금을 내국세로 규정한다 하더라도 그러한 사실만으로 국제법(ITO헌장)적으로 내국세 지위가 인정되는 것은 아니라고 지적하였다.<sup>10)</sup> 이후 하바나회의에서 GATT Ad Article III가 채택됨에 따라, 제3위원회 의 위 (ii)번 기준은 GATT상 국경조치와 국내조치를 구분하는 공식적인 기준이 되었다고 보인다.

#### 마. GATT작업반 및 WTO사무국의 입장

1970년 GATT국경세조정작업반과 WTO 사무국에서도 동일한 입장을 보였던 바 있다. 첫째, 국경세조정작업반은 “국경세조정”이라는 용어 때문에 그러한 조정이 반드시 국경에서 이루어져야 하는 것으로 생각될 수 있으나 반드시 그렇지 않고, 실제 일부 국가들은 수입상품이 국경을 통과한 이후에 소비자 판매 시에 국경세조정을 시행하고 있다고 설명하였다.<sup>11)</sup> 둘째, WTO 사무국에서도 수입 국경세조정은 반드시 국경에서 이루어져야 하는 것은 아니라고 설명하면서, GATT국경세조정작업반이 제

시하였던 동일한 예시를 판단근거로서 제시하였다. 일부 국가의 조세제도에서는 수입상품에 대한 수입국의 과세가 수입국 국내상품과 마찬가지로 상품이 수입국 내에서 판매되는 시점에 이루어지므로, 국경세조정이 수입상품이 국경을 통과한 이후에 이루어진다는 것이다. 단, 국경세조정은 해당 상품이 “국경을 통과하였다”(crossed the border)는 이유에서 이루어진 것이어야 한다고 부연하였다.<sup>12)</sup>

#### 바. 판례의 입장

##### (1) China - Auto Parts 사건

China - Auto Parts 사건에서 문제된 조치는 다음과 같다. 중국은 일정 법정 기준이 충족될 경우, 완제자동차에 적용되는 관세율에 상당하는 과징금(평균 25%)을 자동차 제조업체가 완제자동차를 생산·조립하는 데 사용하는 수입 자동차부품에 부과하였다. 반면 수입 자동차부품이 그러한 법정 기준에 부합되지 않는 경우에는 중국은 자동차부품에 적용되는 낮은 관세율(평균 10%)을 수입 자동차부품에 부과하였다.

10) Interim Commission for the International Trade Organization, *Reports of Committees and Principal Sub-Committees*, United Nations Conference on Trade and Employment Held At Havana, Cuba from 21 November 1947 to 24 March 1948, para. 42.

11) GATT Working Party Report on Border Tax Adjustments, para. 5.

12) Committee on Trade and Environment, *Taxes and Charges for Environmental Purposes - Border Tax Adjustment*, Note by the Secretariat, WT/CTE/W/47, 1997, para. 25.

제소국들은 문제된 과징금이 제III조 2항 1문에 반하는 내국과징금이라고 주장한 반면, 중국은 해당 과징금이 제II조 1항 (b)호 1문의 “통상적인 관세”(ordinary customs duties: OCDs)에 해당한다고 반박하였다.<sup>13)</sup> 따라서 패널은 문제된 조치의 제III조 위반 여부를 검토하기 이전에, 자동차 제조업자에게 부과된 과징금이 제소국들이 주장하듯이 제III조 2항의 “내국과징금”인지 아니면 중국이 주장하듯이 제II조 1항 (b)호의 “통상적인 관세”인지를 우선 판단해야 했다.

이에 대해 패널은 첫째, 제II조 1항의 “통상적인 관세”와는 달리 제III조 2항의 “내국과징금”은 ‘수입상품이 수입국에 진입하는 시점’에 ‘상품의 수입을 이유로’ 지불의무가 발생하지 않고 이후 해당 상품이 국내에서 재판매되거나 국내에서 사용될 경우에 그러한 의무가 발생한다고 설명하였다.<sup>14)</sup> 둘째, 만약 과징금을 지불할 의무가 수입상품의 유통, 판매, 사용, 운송 등 내부적·국내적인(internal) 요소에 기인하여 발생한 경우 그러한 과징금은 제III조에서 규율하는 국내과징금을 구성하고, 만약 과징금이 ‘수입 시에’ 부과되고 수입국 국내

시장에서의 유통과는 별개로 부과되는 것이라면 이는 국경조치로서 제II조의 적용 대상이 된다고 보았다.<sup>15)</sup>

상소기관도 패널과 마찬가지로 과징금 지불의무가 수입국에서 국내적으로 재판매되거나 또는 사용되는 등 내부적·국내적인 요소 때문에 발생하는지 여부가 해당 과징금이 제III조 2항의 ‘내국과징금’인지를 판단하는 데 중요한 기준이라고 보았다. 보다 구체적으로 첫째, 관세를 부과할 수 있는 회원국의 권리와 그러한 관세를 지불해야 할 수입업자의 의무는 해당 수입 상품이 수입국의 관세영역에 진입하는 순간에, 그러한 수입을 이유로 발생하는 것이다. 과징금의 징수 및 지불 시점은 해당 과징금이 통상적인 관세인지 내국세인지를 결정하는 데 결정적인 요소가 될 수 없다. 통상적인 관세가 수입 시점 이후에 징수될 수 있고, 내국세가 수입 시점에서 징수될 수도 있기 때문이다. 통상적인 관세를 구성하기 위해서는, 과징금의 지불의무가 제II조 1항 (b)호의 “on their importation”이라는 표현과 같이 ‘수입시’에 ‘그러한 수입을 이유로’ 발생한 것이어야 한다.<sup>16)</sup>

13) Panel Report, *China – Auto Parts*, para. 7.102.

14) *Ibid.*, paras. 7.128-7.129.

15) *Ibid.*, para. 7.132.

16) Appellate Body Report, *China – Auto Parts*, para. 158.

둘째, 해당 과징금을 지불할 의무가 외부적 요소 즉 수입과 관련하여 발생하는지 아니면 내부적 요소 즉 수입국 국내시장에서의 판매와 관련하여 발생하는지도 또한 중요하다. 즉 해당 과징금이 징수되거나 지불된 시점은 결정적인 요소가 될 수 없으며 제III조 2항의 의미에서 ‘내국과징금’ 인지를 결정하는 데에는 과징금 지불의무가 내부적 요소 즉 해당 상품이 국내적으로 재판매되거나 사용된다는 점에 근거한 것인지를 검토해야 한다. 그러한 내부적 요소는 상품이 수입국 내로 ‘수입된 이후에’(after the importation) 발생하기 때문이다.<sup>17)</sup>

이러한 판단 하에 상소기관은 문제된 과징금 부과 결정이 관세가 아니라 내국과징금이라고 본 패널 판단을 지지하였다. 과징금 부과 결정이 ‘상품 수입시’에 이루어진 선언을 통해서가 아니라, 이후의 단계 즉 ‘자동차 완제품 조립 또는 제조가 완료된 이후’에 지불에 대한 선언을 통해 이루어졌기 때문이었다.<sup>18)</sup> 나아가 상소기관은 문제된 조치가 제III조 2항 위반이라고 본 패널 판단에 법적 오류가 있다는 중국측 상소는 문제된 조치가 내국과징금이 아니라 관세라는 주장에 기초한 것임을 지적하

며, 문제된 조치가 제III조 2항 위반이라고 본 패널의 최종판단도 지지하였다.<sup>19)</sup>

따라서 회원국이 시행한 재정적 성격의 조치가 국경조치 또는 국내조치인지를 결정하는 데에는 (i) 그러한 재정조치를 취할 수 있는 회원국의 권리 및 해당 조치를 준수해야 할 수입업자의 의무가 어느 시점에 발생하는지, (ii) 그러한 권리·의무가 발생하는 진정한 이유가 무엇인지, 즉 특정 관세영역에 진입한다는 이유에서인지 아니면 해당 시장에서 상품이 판매된다는 이유에서인지를 검토해야 한다. 내국과징금은 통상적인 관세(ODCs)와는 달리 일단 상품이 수입국의 영토 내로 진입한 ‘이후’에 부과되는 조세라 할 수 있다.

이 사건에서 패널과 상소기관이 활용한 기준에 비추어 볼 때, 수입 국경세조정은 그러한 조세를 징수할 회원국의 권리와 수입업자의 조세지불의무는 수입국의 관세영역을 통과하였다는 이유에서 부과된 것이 아니라 이미 수입국 국내적으로 동종의 국내상품에 대해 동일한 내국과세가 이루어지고 있다는 점을 이유로 즉 수입국 국내적인 요소를 이유로 부과된 것이라고 보인다. 따라서 이 사건 패널과 상소기관의

17) *Ibid.*, paras. 162-163.

18) *Ibid.*, paras. 173, 181-182.

19) *Ibid.*, paras. 183-186.

판단에 비추어 볼 경우에도 수입 국경세조정은 재정적 국내조치라 생각된다.<sup>20)</sup>

(2) India – Additional Import Duties 사건

이 사건에서 패널과 상소기관은 GATT 제II조 1항 (b)호와 제II조 2항 (a)호 사이의 관계를 다루었다. 문제된 조치는 인도가 수입 알코올성 음료에 대해 부과한 가산세와 수입 알코올성 음료 및 우유, 건포도, 오렌지쥬스, 계산기 등 일부 농산품과 공산품에 부과한 특별가산세였다. 제소국 미국은 인도의 이러한 수입세가 주위적으로 “통상적인 관세”(ordinary customs duties: 이하 “OCDS”), 예비적으로 “모든 그 밖의 관세 및 모든 종류의 과징금”(all other duties or charges of any kind: 이하 “ODCs”)으로서 제II조 1항 (a)호와 (b)호 위반이라고 주장하였다.<sup>21)</sup> 반면 인도는 문제된 조치가 인도 내에서 생산 또는 제조된 알코올성 음료에 부과되는 소비세와 판매세, 부가가치세 및 그 밖의 지방세를 수입상품에도 대신 부과하는 조치이므로 GATT 제III조와 제II조 2항 (a)호의 적용범위에 해당된

다고 주장하였다.<sup>22)</sup>

이 문제에 관해 다양한 패널 판단이 이루어졌으나, 상소기관은 패널 판단 중 다수를 파기하면서 제II조 2항 (a)호의 “상당하는”과 “제3조제2항의 규정에 합치되게”에 관해 다음과 같이 판단하였다. 첫째, 제II조 2항 두문은 제II조 1항 (b)호와 제II조 2항 (a)호를 “연결”(connects)해 주고, 제II조 2항 (a)호는 과징금을 제II조 1항 (b)호의 적용범위에서 “면제”(exempts)시켜 준다. 따라서 제II조 2항 (a)호의 요건을 충족할 경우 제II조 1항 (b)호 위반이 아니게 된다. 또한 제II조 1항 (b)호와 제II조 2항 (a)호는 상호 밀접한 연관성을 가지므로 함께 해석되어야 한다고 보았다.<sup>23)</sup>

둘째, 패널과는 달리 상소기관은 상당성 요건과 제III조 2항과의 합치성 요건은 “서로를 격리시켜 별개로 해석할 수 없고 상호 의미를 부여하며 조화롭게 해석되어야 한다”고 설명하고, 상당성과 관련된 패널 판단을 파기하였다.<sup>24)</sup>

20) 수입 국경세조정이 재정적 국내조치에 해당한다고 보는 근거로 China – Auto Parts 사건 패널과 상소기관의 판단에 주목하는 견해로는 다음을 참조. Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, Michael Hahn, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy: Law, Practice, and Policy*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, 2015, p. 194.

21) Panel Report, *India – Additional Import Duties*, paras. 7.150, 7.216.

22) *Ibid.*, paras. 7.30, 7.150, 7.240; Appellate Body Report, *India – Additional Import Duties*, para. 4.

23) Appellate Body Report, *India – Additional Import Duties*, para. 153.

24) *Ibid.*, paras. 169-175.

셋째, 과징금이 그에 상응하는 내국세를 “초과하여” 부과되었는지 여부는 해당 과징금이 제II조 2항 (a)호 하에서 정당화될 수 있는지를 판단하는 데 불가분의 일부라고 설명하였다. 또한 패널 판단과 달리, 상소기관은 만약 국경에서 부과된 과징금이 제III조 2항 위반임을 주장하고자 할 경우 제소국은 제II조 2항 (a)호와 는 별도로 제III조 2항 위반에 관한 청구를 제기할 필요가 없다고 보았다.<sup>25)</sup> 따라서 상소기관은 패널이 제III조 2항과의 합치성 요건이 제II조 2항 (a)호의 적용에 있어 필요조건이 아니라고 본 것에는 법적 오류가 있다고 결론지었다.<sup>26)</sup>

이러한 판단에 따라 상소기관은 문제된 조치들이 제II조 1항 (a)호와 제II조 1항 (b)호에 위반됨을 미국이 입증하지 못하였다고 본 패널 판단을 파기하였으나,<sup>27)</sup> 패널 단계에서 사실증거가 충분히 확보·검토되지 않아 미국측 청구에 관해 법적 검토를 완료할 수 없다고 하였다. 다만, 증거가 불충분함에도 불구하고 상소기관은 수입 알코올성 음료에 부과된 수입세와 동종의 국내 알코올성 음료에 부과된 내국세 사이에 과세수준에 있어 차이가 있다고 패널이 암

시하였던 부분, 그리고 문제된 수입세의 세율이 일부 경우 미세하게나마 내국세율을 초과하는 것이 가능하다고 인도가 패널 단계에서 언급했었다는 사실에 주목하였다. 이러한 점에 비추어 상소기관은 사실 증거가 충분히 확보된 경우였다라면, 문제된 조치들은 수입상품에 국내과세 수준을 초과하는 과세에 해당되므로 제II조 2항 (a)호를 통해 “정당화될 수 없었을 것”(would not be justified)이며 제II조 1항 (b)호 위반을 구성하였을 것이라고 부연하였다.<sup>28)</sup>

#### 사. 평가

GATT상 재정조치는 관세 등 재정적 성격의 ‘국경’조치와 재정적 성격의 ‘국내’조치로 대별된다. 원칙적으로 전자는 제II조 1항의 적용을 받고, 후자는 제III조 2항의 적용을 받는다. 제II조 2항 (a)호에 따른 수입 국경세조정인 경우 그 법적 성격이 재정적 국경조치인지 아니면 재정적 국내조치인지가 문제될 수 있다. 이에 대해 필자는 제II조 2항 (a)호의 문언과 Ad Article III, 하마나회의 상업정책에 관한 제3위원회의 입장, GATT작업반과 WTO사무국의 입장, China - Auto Parts 사건에서의 패널

25) *Ibid.*, paras. 180-181.

26) *Ibid.*, para. 182.

27) *Ibid.*

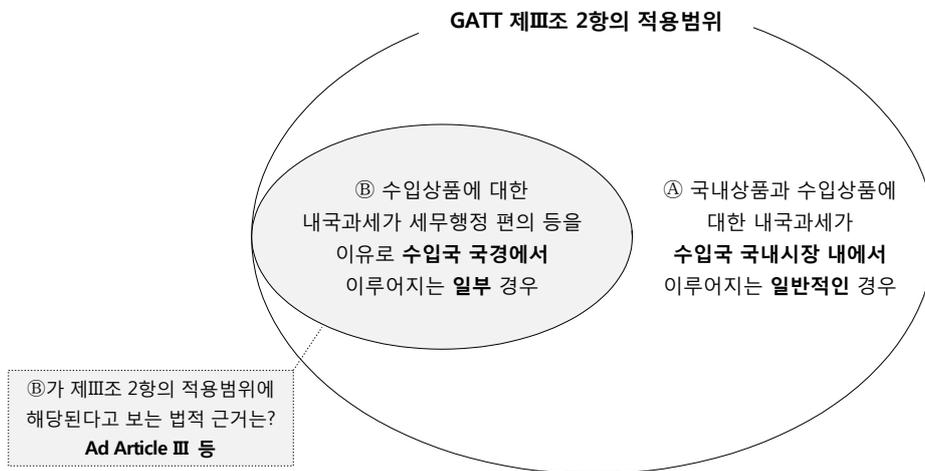
28) *Ibid.*, paras. 215-221.

과 상소기관 판단에 비추어 볼 때, 수입 국경세조정은 비록 국경에서 적용되나 재정적 국경조치가 아니라 재정적 국내조치에 해당된다는 결론에 이르게 되었다.<sup>29)</sup>

India – Additional Import Duties 사건에서 상소기관이 패널보고서의 관련 부분<sup>30)</sup>을

파기하면서 지적하였던 것처럼, 제Ⅱ조 2항(a)호의 “상당하는”과 제Ⅲ조 2항의 “초과하는”은 “서로를 격리시켜 별개로 해석할 수 없고 상호 의미를 부여하며 조화롭게 해석”되어야 한다. 이 사건에서 상소기관은 위 두 개 요건이 “동일한” 또는 “하나의” 요건을 구성한다고 명시하는 정도까지

【그림 3】 수입 국경세조정의 GATT 제Ⅲ조 2항과의 관련성



29) 필자와 동일한 견해로서 다음을 참조. Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, Michael Hahn, *supra* note 20, p. 194; Peter Van den Bossche, Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 3<sup>rd</sup> ed., Cambridge University Press, 2013, p. 359; Simon Lester, “Appellate Body Report on India – Additional and Extra-Additional Duties on Imports from the United States”, *Dispute Settlement Commentary (DSC)*, p. 11.

한편 본고와 직접 관련된 내용은 아니나, 유럽연합법 하에서도 ECJ가 (i) TFEU 제28조와 제30조에서 금지하는 ‘관세’ 및 ‘관세와 동등한 효과를 가지는 과징금’(charges having equivalent effect to customs duties: CEEs) 즉 재정적 성격의 국경조치와 (ii) TFEU 제110조에서 금지하는 ‘차별적인 내국과세’ 즉 재정적 성격의 국내조치를 구분하는 기준으로서 China – Auto Parts 사건 패널 및 상소기관과 동일한 판단기준을 활용하였으며, 수입 국경세조정을 TFEU 제110조의 적용을 받는 재정적 국내조치로 보았다는 점도 흥미롭다. 이천기, “유럽사법법원의 Outokumpu Oy 사건에 대한 재조명 -환경문제와 관련된 WTO법리와의 비교 및 그 시사점-”, 통상법률 제121호, 2015.2., 56-58면 참조.

30) 이 사건 패널은 “상당하는”은 “동일한 기능을 가지는” 내지는 “상응하는”의 의미이며, 제Ⅲ조 2항과의 합치성 요건과는 별개의 의미를 가진다고 설명하였다. Panel Report, *India – Additional Import Duties*, para. 7.187: ‘construing “equivalent” as meaning “having the same function”, or “corresponding”, preserves the separate meaning we think should be given to the concepts of “equivalence” and “consistency with Article III:2.” [밑줄첨가]

나아가지는 않았다. 그러나 앞서 살펴본 근거들이 보여주듯 수입 국경세조정이 제Ⅱ조 2항 (a)호 뿐 아니라 제Ⅲ조 2항의 적용도 동시에 받는 재정적 국내조치라고 전제하고 상소기관의 위 설명을 해석해 볼 경우, 비록 제Ⅱ조 2항 (a)호와 제Ⅲ조 2항에 각각 다른 표현(“상당하는”과 “초과하는”)이 쓰였으나 두 조항은 결국 동일한 조치(재정적 국내조치)에 적용되는 조항이므로 “상당하는”과 “초과하는” 사이에 조화적 해석이 이루어져야 한다고 상소기관이 본 것이라는 해석이 가능할 것이다.

### 3. 적용가능한 조세유형

#### 가. 내국세 및 내국과징금

제Ⅲ조 2항은 “내국세”(internal tax)뿐 아니라 “그 밖의 내국과징금”(internal charges of any kind)을 언급하고 있다. 반면 제Ⅱ조 2항 (a)호는 국내 “내국세”에 상당하는 수준의 국경세조정이 가능하다고만 규정하고 있을 뿐 “내국과징금”은 언급하고 있지 않다. 그렇다면 내국과징금에 대해서도 수입 국경세조정이 가능한가? 일부 학자는 US-Superfund 사건 패널이 내국과징금에 대해서도 수입 국경세조정을 허용하였다

고 판단하였던 바 있다. 패널은 의무불이행에 대한 징벌세(penalty tax)에 대해 수입 국경세조정이 가능하다고 보았는데, 이러한 징벌세가 제Ⅲ조 2항의 “내국과징금”에 해당된다는 주장이다.<sup>31)</sup> 또한 위 패널 판단에 의존하지 않더라도, 전술하였듯 수입 국경세조정은 궁극적으로 제Ⅲ조 2항의 적용을 받는 재정적 성격의 국내조치이므로 제Ⅲ조 2항이 적용되는 일반적인 내국과세의 경우와 마찬가지로 내국세 뿐 아니라 내국과징금까지도 적용가능하다고 생각된다.

#### 나. 간접세

내국세는 크게 직접세와 간접세로 구분된다. 국경세조정 작업반은 오로지 간접세만이 국경세조정의 대상이 될 수 있고, 자연인이나 법인에 직접 부과되는 직접세에는 국경세조정이 불가하는 점에는 국가들이 합의에 이른 상태라고 설명하였다. 작업반은 상품에 직접 부과되는 간접세의 예로서 소비세, 판매세, 종속세(cascade tax), 부가가치세를, 상품에 직접 부과되는 않는 직접세의 예로서 사회보장세와 급여세를 들었다.<sup>32)</sup>

31) Wen-Chen Shih, “The Border Tax Adjustment Provisions of the GATT/WTO and Their Implications on the Design of Energy and Carbon Tax”, *14 International Trade and Business Law Review* 53, 2011, p. 56.

32) GATT Working Party Report on Border Tax Adjustments, para. 14.

단, 일부 간접세의 경우 자본이나 노동 처럼 상품의 생산에 들어가는 투입요소에 대해 또는 생산과정에 대해 부과되기도 하는데 이를 “은폐된 조세”(taxes occultes)라 한다. OECD는 동 개념을 ‘자본설비, 보조재, 운송 및 과세가 가능한 그 밖의 상품의 생산에 사용된 서비스에 대한 소비세’<sup>33)</sup> 및 ‘광고, 에너지, 기계 및 운송에 대한 조세’<sup>34)</sup>로 정의하였던 바 있다.<sup>35)</sup> 국경세조정작업반은 “은폐된 조세”에 관해서는 국가마다 다양한 의견이 있다고 언급하였을 뿐 이 조세 유형에 국경세조정이 가능한지에 관해서는 입장을 명확히 하지 않았다. 또한 일부 국가를 제외하고는 대다수 국가들은 재산세, 인지세, 등록세에 대해서는 국경세조정을 시행하고 있지 않으나, 이들 조세에 관해서도 국경세조정 가부에 관해 국가간 의견 차이가 있다고 설명하였다.<sup>36)</sup>

따라서 국경세조정작업반 보고서에 비추어 간접세에는 국경세조정이 가능하고 직접세에는 불가함이 분명하지만, 은폐된 조세 등 일부 경우에는 국경세조정 가부가 여전히 불분명하다고 보인다.

#### 4. 물적 적용범위

간접세는 상품, 상품에의 투입요소,<sup>37)</sup> 상품의 생산과정<sup>38)</sup> 등 크게 세 가지 측면에서 부과될 수 있다. 그렇다면 GATT 제 III조 2항 내국민대우의무에 따라, 국내적으로 부과된 간접세에 상응하여 시행되는 수입 국경세조정도 마찬가지로 상품, 상품에의 투입요소, 상품의 생산과정 모두를 물적 적용범위를 하는지가 문제된다.

##### 가. 상품의 경우

33) *Ibid.*, para. 15.

34) *Ibid.*

35) *Ibid.* See also Javier de Cendra, “Can Emissions Trading Schemes be Coupled with Border Tax Adjustments? An Analysis vis-à-vis WTO Law”, *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 15, Issue 2, 2006, p. 139; Felicity Deane, *Emissions Trading and WTO Law: A Global Analysis*, Edward Elgar Publishing, 2015, p. 181.

36) GATT Working Party Report on Border Tax Adjustments, para. 15.

37) 예를 들어 US-Superfund 사건에서 미국은 슈퍼펀드 프로그램 하에서 다른 화학물의 생산과정에서 투입되는 특정 화학물 즉 상품에의 ‘투입요소’에 대해 과세하였다. 이 사건에서는 이처럼 상품에의 투입요소에 부과된 내국세에 대해 수입 국경세조정이 허용되는지가 문제되었다.

38) 예를 들어 정부가 기업들이 탄소다배출 상품생산방식을 사용하는 것을 줄이도록 유도하기 위해 상품생산에 사용된 특정 생산방식에 대해 과세하거나 또는 상품생산과정에서 발생한 온실가스 배출에 대해 과세되는 경우가 여기에 해당될 것이다. Patrick Low, Gabrielle Marceau, Julia Reinaud, “The Interface between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues”, *Journal of World Trade* 46(3), 2012, p. 492.

(1) 과세대상 국내상품과 ‘동종’인 수입상품

국내상품에 간접세가 부과된 경우, 수입 국경세조정은 과세대상이 된 국내상품과 동종인 수입상품에 대해 가능하다. 제Ⅲ조 2항 1문은 다른 회원국으로부터 수입되는 “상품”에 부과되는 내국세나 내국과징금은 동종의 수입국 국내“상품”에 부과되는 내국세나 내국과징금을 초과할 수 없음을 명시하고 있기 때문이다. 따라서 제Ⅱ조 2항 (a)호와 제Ⅲ조 2항에 규정된 국경세조정 발동요건을 충족하는 경우라면, 동종의 상품에 부과된 내국세에 대해 수입 국경세 조정을 실시하는 데에는 큰 어려움 없을 것으로 보인다.

(2) 과세대상 국내상품과 ‘직접 경쟁적이거나 대체가능한’ 수입상품

1) 문제의 소재

제Ⅲ조 2항 (a)호는 수입 국경세조정의 적용대상을 ‘동종상품’과 ‘수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품’으로 규정하는 반면, 제Ⅲ조 2항의 적용 범위는 동종상품과 직접 경쟁적이거나 대체가능한 상품이다.

【그림 4】 동종상품과 직접 경쟁적이거나 대체가능한 상품의 범위



【그림 4】에서처럼, 국내상품과 수입상품이 제Ⅲ조 2항 1문에 따라 ‘동종’인 경우 이들 상품은 자동적으로 동항 2문의 ‘직접 경쟁적이거나 대체가능한’ 상품이기도 하다. 동종상품은 그 자체로서 직접 경쟁적이거나 대체가능한 상품의 “부분집합”(subset)이기 때문이다.<sup>39)</sup> 제Ⅲ조 2항 1문의 ‘동종’상품은 완벽하게 대체가능한 상품을 의미하는 반면, 2문의 ‘직접 경쟁적이거나 대체가능한’ 상품은 불완전 대체재이지만 시장에서 상호 경쟁관계에 놓여있는 경우를 의미한다.<sup>40)</sup>

일부 학자들은 수입국에서 과세대상이 된 국내상품과 ‘동종’인 상품(Ⓐ)뿐 아니라

39) Panel Report, *Japan – Alcoholic Beverages*, para. 6.22; Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages*, p. 23; Appellate Body Report, *Korea – Alcoholic Beverages*, para. 118; Panel Report, *US – Cotton Yarn*, para. 7.57.

40) Patrick Low, Gabrielle Marceau, Julia Reinaud, *supra* note 38, p. 494.

동종이 아닌 ‘직접 경쟁적이거나 대체가능한’ 수입상품(㉔-㉕)에 대해서까지 수입 국경세조정이 가능하며, 상품에 대한 국경세조정 발동요건은 국경세조정 대상이 되는 수입상품과 수입국의 국내상품의 관계가 ‘동종상품’인지 아니면 ‘직접 경쟁적이거나 대체가능한 상품’인지에 따라 달라진다고 보고 있다.<sup>41)</sup>

이러한 판단의 근거는 수입 국경세조정이 그 자체로서 제Ⅱ조 2항의 적용을 받는 재정적 성격의 국내조치라는 데 있다. 따라서 수입 국경세조정은 제Ⅱ조 2항 (a)호의 적용을 받는 동시에 제Ⅲ조 2항의 적용을 받게 된다. 제Ⅱ조 2항 (a)호가 규정하고 있는 수입 국경세조정 적용범위와 제Ⅲ조 2항의 적용범위 모두를 합집합으로서 수입 국경세조정의 적용범위로 보아야 하므로, 수입 국경세조정의 최대 적용범위는 제Ⅱ조 2항 (a)호에 명시되어 있는 범위에서 더 나아가 직접 경쟁적이거나 대체가능한 수입상품까지로 보아야 한다는 주장이다.<sup>42)</sup>

## 2) 평가

수입 국경세조정의 가장 기본적인 근거

규정인 ‘제Ⅱ조 2항 (a)호의 문언에만 주목할 경우’ 제Ⅱ조 2항 (a)호가 제Ⅲ조 2항을 준용하고 있는 부분은 수입 국경세조정의 발동요건과 관련해서이므로 수입 국경세조정의 적용범위에 있어서까지 제Ⅱ조 2항 (a)호에 따른 적용범위와 제Ⅲ조 2항의 적용범위가 다같이 고려되어야 한다고 볼 이유는 없다. 제Ⅱ조 2항 (a)호는 수입 국경세조정의 적용대상을 ‘동종상품’과 ‘수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품’ 등 두 가지 유형으로 명시하고 있기 때문이다.

그러나 수입 국경세조정은 궁극적으로 제Ⅲ조 2항의 규율범위로 귀속되는 재정적 국내조치이다. 수입 국경세조정은 제Ⅲ조 2항의 적용을 받는 일반적인 경우 즉 수입상품과 국내상품에 대해 수입국의 국내시장에서 내국과세가 이루어지는 경우와 법적으로 구분되는 별개의 조치가 아니라, 그러한 내국과세가 단순히 세무행정의 편의 등을 이유로 수입상품에는 국경에서 관세와 함께 부과되고 있는 경우를 의미함을 앞서 [그림 3]에서 확인하였다.

41) See, e.g., Felicity Deane, “The Border Adjustments of the Australian Clean Energy Package”, *17 International Trade and Business Law Review*, 2014, p. 73; Wen-Chen Shih, *supra* note 31, pp. 56, 60-61; Warren H. Maruyama, *supra* note 3, p. 726.

42) See, e.g., Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, Michael Hahn, *supra* note 20, p. 194; Mitsuo Matsushita, “Some Issues of Environmental Measures in the Context of WTO Disciplines”, *Korea University Law Review*, Vol. 8, 2010, p. 83.

따라서 제Ⅱ조 2항 (a)호의 문언만에 비추어 볼 경우 수입상품과 국내상품의 관계가 [그림 4]의 ㉠부분 즉 ‘직접적으로 경쟁적이거나 대체가능한’ 동시에 ‘동종’인 경우야 수입 국경세조정이 가능하다는 해석에 도달할 수 있으나, 수입 국경세조정은 재정적 국내조치이므로 제Ⅱ조 2항 (a)호뿐 아니라 제Ⅲ조 2항도 적용된다는 점을 고려한다면 [그림 4]의 ㉠부분 뿐 아니라 ㉡-㉠)부분 즉 국내상품과 동종은 아니나 직접적으로 경쟁적이거나 대체가능한 관계에 있는 수입상품에도 수입 국경세조정이 가능하다고 보는 위 견해는 타당하다.

#### 나. 상품생산과정에서 투입·활용된 요소의 경우

간접세는 상품생산과정에서 투입되거나 활용된 요소 또는 생산과정(이하 “상품생산과정에서 투입·활용된 요소”)에도 부과될 수 있다. 이 경우에도 조세행정을 단순화시키기 위해 보통 최종상품에 과세가 이루어지나, 세율결정 또는 과세대상활동의 선정은 해당 투입요소 또는 생산과정에 근

거하여 이루어진다.<sup>43)</sup> 또한 제Ⅱ조 2항 (a)호는 수입 국경세조정이 상품 또는 상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 ‘물품’에 적용될 수 있음을 규정하고 있으므로, 상품 뿐 아니라 상품생산에 ‘투입’된 요소에 부과되는 조세에도 수입 국경세조정은 원칙적으로 허용된다.

단, 간접세가 상품생산과정에서 ‘투입’되지 않고 단순히 ‘활용’된 요소 즉 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 투입요소나 생산과정(이하 “최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소”)에 부과된 경우에 대해서는 국경세조정 가부에 논란이 있어 왔다.<sup>44)</sup> 예를 들어 자동차 생산에 투입된 강판에 내국세가 부과된 경우 이는 ‘상품’에 대한 과세이므로 수입 국경세조정이 가능함은 분명하다. 그러나 자동차 생산과정에서 소비된 에너지에 내국세가 부과된 경우에도 수입 국경세조정이 WTO협정상 허용될 수 있는지는 불분명한 상태이다. 과거 국경세조정작업반은 제Ⅱ조 2항 (a)호의 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”의 예로서 최종상품인

43) Wen-Chen Shih, *supra* note 31, p. 57.

44) 예를 들어 WTO무역환경위원회에서 일부 회원국은 에너지세나 상품 투입요소에 부과된 과세에 대한 국경세조정 즉 탄소국경세조정이 WTO협정상 가능한지에 관해 문제를 제기하였던 바 있다. Communication from Singapore, *Promoting Mutual Supportiveness Between Trade and Climate Change Mitigation Actions: Carbon-Related Border Tax Adjustments*, WT/CTE/W/248 (2011.3.30.), pp. 2-3. See also Kateryna Holzer, *Carbon-Related Border Adjustment and WTO Law*, Edward Elgar Publishing, 2014, p. 67; Joost Pauwelyn, *U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law*, NI Working Paper 07-02, Duke University, 2007, pp. 17-23.

향수에 포함되어 있는 투입요소인 알코올의 경우를 들었던 바 있다.<sup>45)</sup> 그러나 국경세조정작업반이 최종상품에 물리적으로 포함된 요소만이 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”에 해당한다고 설명하면서 위 예시를 들었던 것은 아니었으므로, 국경세조정작업반의 설명만으로는 최종상품의 생산과정에서 투입·활용된 요소가 최종상품에 반드시 ‘물리적으로 포함된’ 것이어야 하는지는 여전히 불분명하다고 보인다.

이에 관해서는 크게 네 가지 견해가 논의되어 왔다. 아래에서는 우선 각 입장을 차례로 소개한 다음 <소결> 부분에서 종합적으로 필자의 견해를 제시하고자 한다.

(1) GATT 제II조 2항 (a)호에 주목하는 입장

1) 조문 해석

GATT 제II조 2항 (a)호는 회원국이 내국세에 상당하는 과징금을 동종의 국내상품에 대하여 또는 “당해 수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”에 대하여 수입의 어떠한 시점에서라도 부과

할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 GATT 제II조 2항 (a)호에 주목하는 입장에서는 특히 (i) “from which”, (ii) “an article”, (iii) 불어본과 서어본에 각각 쓰인 “incorporée”와 “servido”라는 용어를 중심으로 논의가 이루어져 왔다.

① “from which”의 의미

일부 학자들은 GATT 제II조 2항 (a)호가 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”(an article from which the imported product has been manufactured or produced in whole or in part)에 대하여 국경세조정이 가능하다고 규정하고 있음에 주목해왔다.

이 문구에 관해, 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대한 수입 국경세조정 부정설은 제II조 2항 (a)호에 “with the help of which”와 같은 표현이 아니라 “from which”가 쓰였으므로 최종상품을 어떠한 특정 요소‘로부터’ 생산한 것이 아니라 단순히 어떠한 특정 요소를 ‘가지고’ 생산한 경우는 제II조 2항 (a)호의 적용범위에 해당될 수 없다고 주장한다.<sup>46)</sup> 따라서 부정설은 오로지 최종상품에 ‘물리적으로

45) GATT Working Party on Border Tax Adjustments, para. 40.

46) Mitsuo Matsushita, Thomas J. Schoenbaum, Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 2006, p. 829; Christian Pitschas, “GATT/WTO Rules for Border Tax Adjustment and the Proposed European Directive Introducing a Tax on Carbon Dioxide Emissions and Energy”, 24 *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995, p. 493.

포함'된 '투입'요소만이 제II조 2항(a)에 따라 수입 국경세조정이 가능하다고 보고 있다.

반면 긍정설에 따르면 최종상품이 특정 요소'로부터' 생산되어야 한다는 것은 최종상품이 그러한 요소'로부터 만들어져야'(made from) 한다는 의미에 불과하다.<sup>47)</sup> 즉 상품생산과정에서 투입·활용된 요소가 최종상품에 물리적으로 포함되어 있는지에 상관없이 일단 수입상품의 제조에 들어가 기만 하면 수입 국경세조정이 가능하다는 주장이다. 따라서 예를 들어 상품생산과정에서 소비되어 최종상품에는 물리적으로 남아있지 않은 무형의 투입요소인 에너지나 촉매제에 부과된 내국세에도 수입 국경세조정이 가능해질 것이다.

### ② “an article”의 의미

부정설은 “물품”(article)에는 오로지 최종 수입상품에 물리적으로 포함되어 있는 투입요소만이 해당된다고 주장한다. 물품은 투입요소(input)에 그 의미가 가까운 반면, 상품생산과정에서 발생한 탄소배출처럼 최종상품에 물리적으로 포함되지 않는 요소의 경우 상품에의 투입요소보다는 산

출물(output) 또는 상품생산과정에서 발생한 폐기물·부산물에 가깝다는 이유에서이다.<sup>48)</sup> 또한 GATT의 불어본과 서어본에 물품에 상응하는 단어로서 “marchandise”와 “mercancía”가 각각 사용되었다는 점을 지적하기도 한다. 이들 단어는 “상품”(merchandise)의 의미이다.

반면 긍정설에 따르면 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소의 경우에도, 최종상품의 생산에 필수적으로 요구되는 것이라 한다면 최종상품의 일부를 구성하는 것으로 보아야 한다. 예를 들어 특정 상품의 생산과정에서 필연적으로 탄소배출이 발생하게 된다면, 그러한 탄소는 최종상품에 궁극적으로 귀속되는 요소로서 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품” 개념에 해당되는 것으로 보아야 한다는 주장이다.<sup>49)</sup>

### ③ 불어본의 “incorporée”와 서어본의 “servido”의 의미

일부 학자들은 영어본의 “manufactured or produced in whole or in part” 자리에 불어본에서 “incorporée”<sup>50)</sup> 즉 “포함된”(in-

47) Wen-Chen Shih, *supra* note 31, p. 58.

48) Felicity Deane, *supra* note 35, pp. 189, 208; 김홍균, WTO체제와 조화를 이루는 배출권거래제도의 설계, 서울국제법연구 제19권 1호, 2012, 118면.

49) Patrick Low, Gabrielle Marceau, Julia Reinaud, *supra* note 38, p. 496.

50) 제II조 2항 (a)호의 불어본 원문은 다음과 같다.

“2. Aucune disposition du présent article n'empêchera une partie contractante de percevoir à tout moment, à

corporated)이라는 용어가 쓰인 것에 주목하여, 오로지 수입상품에 ‘물리적으로 포함된’ 물품에 부과된 조세에만 국경세조정이 가능하다고 주장한다. 이 해석에 따르면, 예를 들어 온실가스 배출에 대해 부과된 조세는 수입 국경세조정의 대상이 될 수 없을 것이다.

반면 서어본<sup>51)</sup>에는 최종상품에의 물리적 포함여부에 대한 어떠한 언급도 없이, “제공된” 또는 “기여한”을 의미하는 “servido”라는 용어가 쓰여 있다. 따라서 서어본에 따르면 경우 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”의 의미가 광의로 해석될 가능성도 있다.<sup>52)</sup>

## 2) 국경세조정작업반의 입장

1970년 국경세조정작업반은 제II조 2항(a)호에 따른 국경세조정에 관해 논의하였으나, 자본이나 생산장비 등 최종상품에

물리적으로 포함되지 않은 요소나 운송·가공공정에서 사용되는 보조재에 대해서는 어떠한 명확한 결론도 내리지 못하였다.

국경세조정작업반은 간접세의 경우 국경세조정이 가능하고 직접세의 경우 불가능하다고 설명하였으나, 제3의 조세 유형인 “은폐된 조세”(taxes occultes)에 관해서는 국경세조정 대상이 될 수 있는지에 대해 국가들 간에 다양한 의견이 있다고 설명하였을 뿐이다. 은폐된 조세라 함은 “자본설비, 보조재, 운송 및 과세가 가능한 그 밖의 상품의 생산에 사용된 서비스에 대한 소비세”<sup>53)</sup> 및 “광고, 에너지, 기계 및 운송에 대한 조세”<sup>54)</sup>를 의미함을 앞서 확인하였다.

따라서 국경세조정이 반드시 상품 또는 최종상품에 물리적으로 포함된 요소에 부과된 간접세에 대해서만 허용되는 것인지, 아니면 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대해 부과된 간접세 또는 은

l'importation d'un produit:

(a) une imposition équivalant à une taxe intérieure frappant, en conformité du paragraphe 2 de l'article III, un produit national similaire ou une marchandise qui a été incorporée dans l'article importé;” [밑줄첨가]

51) 제II조 2항(a)호의 서어본 원문은 다음과 같다.

“2. Ninguna disposición de este artículo impedirá a una parte contratante imponer en cualquier momento sobre la importación de cualquier producto:

(a) una carga equivalente a un impuesto interior aplicado de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del artículo III a un producto nacional similar o a una mercancía que haya servido, en todo o en parte, para fabricar el producto importado;” [밑줄첨가]

52) Joost Pauwelyn, “Carbon Leakage Measures and Border Tax Adjustments under WTO Law”, *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 479, fn. 84.

53) GATT Working Party Report on Border Tax Adjustments, para. 15.

54) *Ibid.*

폐된 조세 등 그 외 조세 유형에 대해서도 허용될 여지가 있는지는 국경세조정작업반 보고서만으로는 분명하지 않다.

### 3) US-Superfund 사건 패널의 입장

#### ① 사실관계

1987년 US-Superfund 사건 패널은 상품 생산과정에서 사용된 투입요소에 대해 수입 국경세조정이 가능하다는 입장을 보였던 바 있다. 이 사건에서는 미국의 슈퍼펀드개정 및 재권한법(US Superfund Amendments and Reauthorization Act of 1986: 이하 “슈퍼펀드법”)이 문제되었다. 동 법 하에서 미국은 유해 폐기물 처리장을 정화하고 공공 보건문제를 해결하기 위한 슈퍼펀드 프로그램에 들어가는 자금을 확보할 목적으로 특정 기본화학원료(“feedstock chemicals”)에 대해 새로운 소비세와 법인소득세를 도입하였다.<sup>55)</sup>

과세대상목록에는 석유제품, 특정 기본화학원료 및 그러한 기본화학원료로부터 생산되거나 제조된 하류상품인 특정 수입물질(“imported substances”)이 포함되었으며, 그 가치와 무게에 따라 과세수준이 결정되었다. 그리고 미국은 과세대상인 특정

기본화학원료를 사용하여 생산 또는 제조된 특정 수입물질에 대해 슈퍼펀드 프로그램 하에서 과세대상에 해당되는 상품이 수입되는 경우 그러한 수입상품에 대해서도 상응하는 수준의 조세를 부과할 예정이었다.<sup>56)</sup> EEC, 캐나다, 멕시코는 미국이 특정 수입물질에 대해 적용한 과세가 GATT 제 III조 2항 위반이라고 주장하며 GATT에 소를 제기하였다.

#### ② 당사국 주장 및 패널 판단

이에 대해 미국은 수입물질에 부과될 세액은 슈퍼펀드법 하에서 과세대상인 특정 기본화학원료가 수입물질의 생산에 활용될 용도로 미국 내에서 판매되었더라면 해당 특정 기본화학원료에 대해 부과되었을 세액에 상당하는 수준이며, 따라서 GATT 제II조 2항(a)와 제III조 2항에 합치하는 국경세조정이라고 주장하였다.<sup>57)</sup>

반면 EEC는 첫째, 1970년 GATT 국경세조정작업반 보고서에 비추어 볼 때 조세의 성질 및 목적에 상관없이 모든 조세가 국경세조정의 대상이 되는 것은 아니라고 하면서, 미국 국내생산업자들을 위해 미국 정부가 제공하는 특정 서비스(폐기물 처리)에 재원을 마련해주기 위해 상품 판매

55) *Ibid.*, para. 2.1.

56) *Ibid.*, paras. 2.2-2.5.

57) *Ibid.*, para. 3.2.5.

에 부과된 조세는 국경세조정의 대상이 될 수 없다고 주장하였다. 수입상품의 생산업자들은 그러한 서비스로부터 어떠한 혜택도 입지 못하고 그러한 폐기물 처리에 원인을 제공한 바도 없다는 이유에서였다. 둘째, GATT에서는 지금까지 오로지 판매세와 소비세의 경우에만 국경세조정이 허용되어 온 반면 특정 기본화학원료에 대한 미국의 과세조치는 미국 내 생산과정에서 발생한 유해폐기물의 정화 자금 마련이라는 특정 목적을 위해 특정 상품에 부과된 것이므로, 일반적 세수확충 목적에서 부과된 판매세나 소비세와는 다르다고 주장하였다.<sup>58)</sup>

패널은 GATT 국경세조정작업반 보고서에 따르면 국경세조정에 관한 규칙은 오로지 직접세와 간접세만을 구분하고 있고 상이한 정책목적에 따라 조세를 구분하고 있지는 않다고 지적하였다. 조세의 ‘목적’은 국경세조정의 가부를 결정하는 데 관련성이 없으므로, 문제된 조세가 일반 세수확충 목적에서 부과된 것인지 아니면 환경자원의 합리적인 이용을 촉진하기 위한 것인지는 해당 조세에 대해 국경세조정이 가능한지를 결정하는 데 관련이 없다고 보았다. 패널은 특정 기본화학원료에 대해 부

과된 조세는 ‘상품에 직접 부과된 조세’(a tax directly imposed on products)로서 그 과세목적과는 무관하게 국경세조정이 가능하다고 하였다.<sup>59)</sup>

패널은 다음으로, 수입물질에 대한 과세가 제III조 2항 1문의 내국민대우 요건에 합치하는지를 검토하였다. 패널은 이 사건에서는 특정 수입물질이 미국 내에서 소비세 적용대상이 되는 기본화학원료로부터 생산되었다는 이유로 동 수입물질에 대해 과세가 이루어지고, 과세율이 원칙적으로 수입물질의 가치에 기초해서가 아니라 과세대상인 기본화학원료의 양에 기초해서 결정되고 있다는 점에 주목하였다. 따라서 특정 수입물질에 대한 과세가 미국 국내에서 동종의 국내상품이 부담하는 과세에 ‘상당하는’ 수준이므로, 해당 과세는 제III조 2항 1문 내국민대우 요건에 합치한다고 보았다.<sup>60)</sup>

### ③ 평가

US-Superfund 사건은 간접세, 즉 상품에 부과되는 조세의 경우에 제III조 2항에 따른 수입 국경세조정이 가능함을 재확인해 주었다는 데 의의가 있다. 또한 이 사건 패널이 실시하였듯 조세의 목적이 환경보

58) *Ibid.*, para. 3.2.7.

59) *Ibid.*, para. 5.2.4.

60) *Ibid.*, para. 5.2.8.

호인지 아니면 세수확보인지는 국경세조정  
정의 적용 가부를 결정하는 데 관련이 없  
다는 점도 중요하다. 그러나 이 사건 패널  
판단만으로는 오로지 최종상품에 물리적  
으로 포함된 요소만이 국경세조정의 대상  
이 될 수 있는지가 여전히 불분명하다.<sup>61)</sup>  
패널은 이 사건에서 상품생산과정에서 투입·  
활용된 요소를 “물리적으로 포함된”과  
“물리적으로 포함되지 않은” 개념으로 구  
분하지 않았으며, 수입 국경세조정을 위해  
투입요소(기본화학원료)가 최종상품(수입  
물질)에 물리적으로 포함된 것이어야 하는  
지에 관해 구체적으로 언급한 바도 없기  
때문이다.

일부 학자들은 US-Superfund 사건 패널  
이 과세대상이 최종상품에 물리적으로 포  
함되어 있는지 여부를 달리 고려하지 않았  
다는 점에 주목하여, 제II조 2항 (a)호의  
“수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는  
일부 기여한 물품”의 해석에 물리적 포함  
여부에 기초한 구분은 불필요하다고 주장

한다.<sup>62)</sup> 이러한 주장에 따를 경우 에너지  
나 탄소와 같이 최종상품에 식별가능한 물  
리적 흔적을 남기지 않는 요소에 부과된  
간접세에 대해서도 국경세조정이 가능해질  
것이다. 그러나 위 주장은 US-Superfund  
사건 패널 판단을 지나치게 확대해석한 것  
이라 보인다. 이 사건에서 패널이 다른 사  
안은 기본화학원료 즉 과세대상이 부분적  
으로 최종상품에 물리적으로 포함되어 있  
는 경우이었으므로 물리적 포함 여부가 문  
제될 이유가 없었다. 따라서 이 사건 패널  
판단을 최종상품에 물리적으로 포함되지  
않은 요소에 대한 과세가 문제되는 경우에  
까지 그대로 적용하는 데에는 무리가 있다.

## (2) GATT 제III조 2항에 주목하는 입장

### 1) 조문의 해석

수입상품에 부과되는 내국세에 관해 적  
용되는 GATT 제III조 2항 1문은 “상품에  
직접적 또는 간접적으로 적용되는”이라는  
표현을 쓰고 있다. 그렇다면 생산과정에서

61) Frank Biermann, Rainer Brohm, “Border Adjustments on Energy Taxes: A Possible Tool for European Policymakers in Implementing the Kyoto Protocol?”, 74(2) *Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung*, 2005, p. 252; Frank Biermann, Rainer Brohm, “Implementing the Kyoto Protocol without the USA: The Strategic Role of Energy Tax Adjustments at the Border”, 5 *Climate Policy*, 2005, p. 294; Paul Demaret, Raoul Stewardson, “Border Tax Adjustments under GATT and EC Law and General Implication for Environmental Taxes”, *Journal of World Trade* 28(4), 1994, p. 26; Committee on Trade and Environment, *supra* note 12, para. 70; Wen-Chen Shih, *supra* note 31, p. 59; Patrick Low, Gabrielle Marceau, Julia Reinaud, *supra* note 38, p. 497.

62) Ross Astoria, “Design of an International Trade Law Complaint Carbon Border Tax Adjustment”, *Arizona Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 6, 2015, p. 506; Joost Pauwelyn, *supra* note 52, p. 479; Patrick Low, Gabrielle Marceau, Julia Reinaud, *supra* note 38, p. 497.

배출된 탄소에 부과된 탄소세와 같이 최종 상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 부과된 조세가 상품에 “간접적으로 적용”된 것이라 볼 수 있는지가 문제될 수 있다.

첫째, 제III조 2항 1문의 “간접적으로”를 광의로 해석하는 입장이 있다. 즉 긍정설은 상품생산과정에서 투입·활용된 요소에 부과된 간접세는 최종상품에 간접적으로 부과된 것이고, 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소도 여기에 해당된다고 보고 있다.<sup>63)</sup> 이 해석에 따를 경우 예를 들어 상품생산과정에서 배출된 탄소에 대해서도, 그러한 탄소배출이 상품생산과정에서 필연적으로 발생하는 즉 상품의 생산요소로서 상품에의 불가분의 일부에 해당된다는 점을 보일 수 있다면 수입 국경세조정이 허용될 가능성이 높다.

둘째, 부정설은 제III조 2항 1문의 “상품에 [...] 간접적으로 적용되는”은 과세방법에 관한 표현이지 조세 자체의 성질에 관한 것은 아니라고 보고 있다.<sup>64)</sup> 일례로 Japan – Alcoholic Beverages I 사건 패널은

위 표현은 제III조 2항의 과세차별 유무를 판단하는 데 세율 뿐 아니라 과세방법이나 과세표준 등 조세징수에 관련된 규칙도 고려해야 한다는 의미라고 해석하였던 바 있다.<sup>65)</sup>

셋째, 2004년 보고서에서 WTO사무국은 ‘상품’에 대한 조세와 과징금은 국경에서 조정이 가능하나 ‘가공과정’(process)에 대한 조세와 과징금에는 국경세조정이 허용되지 않는다는 입장을 보였다. 따라서 예를 들어 연료에 대한 내국세는 수입연료에 대해서도 적법하게 부과될 수 있으나, 철강을 생산하는 과정에서 소비된 에너지에 대한 조세는 수입철강에 부과될 수 없다고 하였다.<sup>66)</sup>

반면 WTO사무국의 2009년 보고서에는 이 문제에 관해 기존 2004년 보고서와는 상이한 해석이 소개되었다. 사무국은 (i) GATT 제III조 2항에 포함된 “간접적으로”는 상품의 생산과정에서 투입·활용된 요소에 부과된 조세에 대해 수입 국경세조정이 가능하다는 의미라고 해석하는 입장이

63) Joost Pauwelyn, *supra* note 44, pp. 20-21; Paul Demaret, Raoul Stewardson, *supra* note 61, p. 18; Patrick Low, Gabrielle Marceau, Julia Reinaud, *supra* note 38, pp. 496-497; 이재형, “기후변화협약과 환경세의 국경조정”, 통상법률 제61호, 2005, 175면; 이로리, “탄소세의 국경세조정에 대한 WTO법적 검토”, 국제법학회논총 제55권 제1호, 2010, 168면.

64) Gavin Goh, “The World Trade Organization, Kyoto and Energy Tax Adjustment at the Border”, 38(3) *Journal of World Trade*, 2004, p. 410; Wen-Chen Shih, *supra* note 31, p. 57.

65) GATT Panel Report, *Japan – Alcoholic Beverages I*, para. 5.8.

66) WTO Secretariat, *Trade and Environment at the WTO*, World Trade Organization, 2004, p. 21.

있어 왔으며, (ii) 이 주장에 따를 경우 생산과정에서의 에너지나 연료, 또는 생산과정에서의 탄소배출에 대한 과세는 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않으나 “상품에 간접적으로 적용된” 것으로 볼 수 있다고 설명하였다.<sup>67)</sup> 그러나 2009년 보고서는 단순히 그러한 학설의 입장이 있다는 것을 소개한 것에 불과하므로 일부 학자들이 주장하듯<sup>68)</sup> WTO사무국의 공식 입장이 변경된 것이라고 보기는 어려우며, 또한 WTO협정의 해석과 적용에 관해 회원국간 이견이 있을 시 관련 법 규정을 해석할 권한은 어디까지나 패널과 상소기관에 있다.

## 2) 협상연혁

GATT 제III조 2항 1문의 초안 작성 당시 동 규정의 적용범위에 상품 뿐 아니라 생산과정까지 포함시킬 것이 의도되었으며, 따라서 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 부과된 조치에도 국경세조정을 허용하는 방향으로 “직접적 또는 간접적으로 적용”이라는 표현이 해석되어야 한다는 주장이 있다.

첫째, GATT 제III조 2항의 최초 초안에는 “동종상품에 대해 또는 그와 관련하여 적용된”(applied on or in connection with)라는 표현이 들어가 있었다.<sup>69)</sup> 둘째, 하바나 현장 협상 당시 브라질 대표는 GATT 제III조의 초안에 포함된 “간접적으로 적용된”의 의미에 관해 보다 구체적인 설명을 요구하였는데, 미국 대표는 상품 그 자체에 부과되는 조세가 아닌, 상품의 생산공정에 부과되는 조세가 “간접적으로 적용되는”의 범위에 속한다고 설명하였다.<sup>70)</sup> 즉 미국은 “직접적 또는 간접적으로 적용되는”라는 용어에 따라 상품의 가공공정에 대해 부과된 조세에도 국경세조정이 허용된다는 입장이었다. 단 이후 협상과정에서 이 부분은 더 이상 논의되지 않았다.<sup>71)</sup> 셋째, 국경세조정작업반 보고서의 부속서에 따르면, GATT 제III조 2항의 협상 당시 독일 대표는 제III조 2항에 따른 수입 국경세조정의 적용범위를 명확히 하기 위해 다음의 주해를 제III조 2항에 첨부할 것을 제안하였다.

67) WTO Secretariat, *Trade and Climate Change - A report by the United Nations Environment Programme and the World Trade Organization*, World Trade Organization, 2009, p. 104.

68) Felicity Deane, *supra* note 35, p. 75.

69) J. Andrew Hoerner, Frank Muller, *Carbon Taxes for Climate Protection in a Competitive World*, A Paper Prepared for the Swiss Federal Office for Foreign Economic Affairs, 1996, p. 27.

70) United Nations Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment - Verbatim Report*, E/PC/T/A/PV/9 (1947.6.5.), p. 19.

71) Wen-Chen Shih, *supra* note 31, p. 57.

“[제III조] 2항 1문에 기술되어 있는 ‘동종의 국내상품에 직접적 또는 간접적으로 적용되는 내국세 또는 그밖의 모든 종류의 내국과징금을 초과하는 내국세 또는 그밖의 모든 종류의 내국과징금’이라는 용어에는 상품 생산의 다양한 단계에서 부과된 내국세 또는 그밖의 모든 종류의 과징금(최종상품 내에 포함되어 있는 원자재, 반제품, 보조재 등에 부과되는 과징금 그리고 최종상품의 생산에 소비된 에너지에 부과된 과징금) 등 동종의 국내상품이 부담하는 과징금 전반을 의미하는 것으로 해석되어야 한다.”<sup>72)</sup> [밑줄첨가]

단 위 제안은 모든 협상국들의 동의를 얻지는 못하였다. 일부 국가들은 상품제조 과정에서 소비된 에너지에 대한 과세가 국경세조정의 대상이 될 수 없다는 입장을 보였으며, 결국 독일의 제안은 채택되지 못하였다. 따라서 제III조 2항의 협상연혁만으로는, 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 부과된 내국과세에 수입 국경세조정을 허용하는 것으로 GATT 입

안자들이 의도하였다고 보기에 충분하지 않다.

### 3) 평가

GATT 제III조 2항에 주목하는 위 의견은 일견 타당하다. 특히, 필자는 수입 정기간행물에 대해 캐나다가 부과한 소비세의 제III조 2항과의 합치성이 문제되었던 *Canada – Periodicals* 사건에 주목하는 바이다. 이 사건에서 문제된 소비세는 미국잡지의 캐나다 판 즉 내용은 동일하나 게재된 광고만이 다른 “스플릿런 판”(split-run edition)에 부과된 것으로서, 정기간행물 내에 포함된 모든 광고 가치의 80% 수준에 상당하는 소비세가 발행부수에 따라 부과되었다.<sup>73)</sup> 따라서 해당 소비세는 상품(정기간행물)의 물리적 특성에 관한 것이 아니라 상품에 포함된 내용(광고)에 관한 것이었다.<sup>74)</sup>

제소국 미국은 캐나다의 소비세 부과가 제III조 2항 1문과 2문 위반임을 주위적으로 주장하고, 제III조 4항 위반임을 예비적

72) GATT Working Party Report on Border Tax Adjustment, Annex: The GATT rules on Border Tax Adjustment, para. 14: “[T]he words ‘internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products’, as employed in the first sentence of paragraph 2, shall be construed to denote the overall charges born by like domestic product through being subjected to internal taxes or other internal charges at various stages of their production (charges born by the raw materials, semi-finished products, auxiliary materials, etc. incorporated in and by the power consumed for the production of, the finished products.)” [밑줄첨가]

73) Panel Report, *Canada – Periodicals*, para. 2.6.

74) 필자와 동일한 견해로는 다음을 참조. Christiane R. Conrad, *Process and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*, Cambridge University Press, 2011, p. 154.

으로 주장하였다.<sup>75)</sup> 반면 캐나다는 문제된 과세조치는 광고서비스에 관련된 부분이므로 GATT가 적용될 수 없으며 캐나다는 GATS에서 광고서비스를 양허하지 않았으므로 해당 과세조치와 관련하여 WTO협정상 어떠한 의무도 부담하지 않는다고 반박하였다.<sup>76)</sup> 그러나 패널은 캐나다의 주장을 받아들이지 않았다. 문제된 과세조치가 광고서비스에 관한 조치이기는 하나 과세가 정기간행물의 발행부수를 기준으로 이루어지고 있다는 점에 주목하여 GATT가 적용가능하다고 보고,<sup>77)</sup> 미국의 주장에 따라 GATT 제III조와의 합치성을 검토하였다.<sup>78)</sup> 또한 이후 상소기관도 캐나다의 주장에 동의하지 않았다. 패널과 마찬가지로, 과세가 광고에 대해서가 아니라 정기간행물에 대해 이루어졌고 과세가 정기간행물 발행부수를 기준으로 각 권마다 개별적으로 이루어졌다는 이유에서였다. 따라서 상소기관은 문제된 소비세 과세조치는 정기간행물에 대한 과세로서 상품에 영향을 미친다고 보고, GATT 제III조가 적용된다고 본 패널 판단을 지지하였다.<sup>79)</sup>

이처럼 *Canada-Periodicals* 사건 패널과 상소기관은 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소에 부과된 과세가 제III조 2항의 적용범위인지 판단함에 있어 과세조치와 과세대상상품 사이에 일정한 관련성이 있는지에 주목하였다. 다만 이 부분에 관해 당사국간 이견이 없었으므로 패널과 상소기관은 자신의 판단이 제III조 2항 1문의 “간접적으로 적용”에 근거한 것임을 달리 명시하지는 않았으나, 이러한 판단의 문언적 근거를 “간접적으로 적용”에서 찾는 것은 동 규정의 해석상 타당하다고 생각한다.

(3) WTO보조금협정 수출 국경세조정 규정을 GATT 수입 국경세조정 규정의 해석에 참고해야 한다는 입장

1) 주장의 논거

현행 규정상 국경세조정은 수입 측면과 수출 측면이 “동전의 양면”(two sides of the one coin)<sup>80)</sup>으로서 별개로 존재하며 그 내용이 일부 비대칭적이다. 이에 관해, 국경세조정제도가 추구하는 목적을 효과적

75) Panel Report, *Canada-Periodicals*, para. 5.12.

76) *Ibid.*, paras. 5.13-5.14.

77) *Ibid.*, para. 5.15.

78) *Ibid.*, paras. 5.20-5.30.

79) Appellate Body Report, *Canada-Periodicals*, pp. 17-19.

80) Felicity Deane, *supra* note 35, p. 179.

으로 달성하기 위해서는 국경세조정의 수출입 측면이 대칭적이어야 하며 보조금협정상 수출 국경세조정에 관한 내용이 GATT의 수입 국경세조정 근거규정을 해석하는 데 참고되어야 한다는 주장이 있다.<sup>81)</sup> 수출 국경세조정에 관해 규정하고 있는 보조금협정의 부속서I와 부속서II 각 주61은 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 부과되는 내국세도 일정 경우 국경세조정이 허용됨을 명시하고 있다. 따라서 이 주장은 수입 국경세조정의 물적 적용범위에 관한 논란은 WTO보조금협정을 통해 이미 해결되었다고 보고 있다.<sup>82)</sup>

보다 구체적으로, 이 주장이 제시하는 논리는 다음과 같다. 첫째, 1970년 국경세조정작업반 보고서에 따르면 GATT상 국경세조정 조항들은 모두 “일관성 있게” 고안되었으므로 국경세조정 문제가 서로 다른 조항에서 다루어지는 경우에도 이들 규정 간에 어떠한 비일관성도 있을 수 없다.<sup>83)</sup> 따라서 GATT 제II조, 제III조, 제VI조, 제

XVI조 모두 GATT에서의 국경세조정 문제를 다루는 단일 제도이다.<sup>84)</sup> 둘째, 수입·수출 국경세조정 모두 국내상품과 수입상품 간 시장경쟁을 공정하게 하기 위한 조치이므로 수출입 측면에서 규율내용이 상이해서는 안 된다. 따라서 보조금협정 부속서I 및 II에서와 마찬가지로 수입 측면에서도 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소에 대해 일정한 경우 국경세조정이 허용되어야 한다는 주장이다.<sup>85)</sup>

## 2) 평가

조약법협약 제31조의 해석규칙에 비추어 볼 때 패널과 상소기관이 보조금협정의 수출 국경세조정 규정 해석을 GATT의 수입 국경세조정 규정 해석에 참작할 가능성은 낮다고 생각한다. 첫째, 수입 국경세조정의 적용범위와 발동요건은 GATT 제II조 2항 (a)호와 제III조 2항의 문언을 통해 결정되어야 하며, 이들 규정의 해석에 보조금협정의 수출 국경세조정 규정을 참작할 수

81) Ernst-Ulrich Petersmann, “International Trade Law and International Environmental Law: Environmental Taxes and Border Tax Adjustment in WTO Law and EC Law”, *Environmental Regulation, the Economy and Sustainable Development*, Cambridge University Press, 2000, p. 148; Frank Biermann, Rainer Brohm, “Border Adjustments on Energy Taxes: A Possible Tool for European Policymakers in Implementing the Kyoto Protocol?”, *74(2) Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung*, 2005, p. 31.

82) Gary Clyde Hufbauer, Steve Charnovitz, Jisun Kim, *Global Warming and the World Trading System*, Peterson Institute, 2009, pp. 44-46.

83) GATT Working Party Report on Border Tax Adjustments, para. 9.

84) Warren H. Maruyama, *supra* note 3, p. 691.

85) *Ibid.*, p. 692; Kateryna Holzer, *supra* note 44, p. 101.

있기 위해서는 동일한 용어와 표현을 사용하고 있는 등 최소한의 문언적인 근거가 있어야 할 것이다. 그러나 수출 국경세조정에 관한 보조금협정 규정과 수입 국경세조정에 관한 GATT 규정 간에는 용어나 조문의 구조에서 그러한 유사성이 보이지 않는다.

둘째, 유추해석 긍정설의 논거 중 하나인 GATT 국경세조정작업반 보고서 9단락과 관련하여, 국경세조정작업반은 그러한 내용을 자신의 의견으로 피력한 것이 아니라 단지 대부분의 체약국들이 “주장했다”(argued)고 기술하였을 뿐이다. 이에 대해 유추적용 긍정설은 국경세조정작업반 내에서 국가들은 이 문제에 관해 이미 전반적인 합의에 이른 상태였으며 작업반 보고서에서 “주장했다”는 표현이 쓰인 것은 단순히 오타였을 가능성이 있다고 주장한다. “주장했다” 대신 “동의하였다”(agreed)라는 표현이 쓰였어야 했으며, 이 표현이 작업반보고서의 문맥에 비추어 볼 때 의미에 맞다고 지적한다.<sup>86)</sup> 그러나 국제기구의 공식문서에 기술적 오류나 오타가 발생한 경우 보통 오류·오타를 정정한 문서(corrigendum)

를 추가로 발급한다. GATT에서도 공식문서에 대해 정정문서가 발급된 전례가 다수 있다.<sup>87)</sup> 그러나 국경세조정작업반보고서에 대해서는 어떠한 정정문서도 발급된 적이 없다. 국경세조정작업반 보고서의 “주장했다”가 단순 오타였을 가능성은 낮아 보인다.

따라서 상기한 두 가지 이유에서, 수출 국경세조정 규정의 유추해석을 통해 수입 국경세조정의 적용범위 문제를 해결하기는 어려울 것으로 생각된다. 나아가, 수출 측면에서 WTO보조금협정상 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대해 국경세조정이 인정되는 경우는 “생산과정에서 사용된 에너지·연료·기름”이나 “수출상품의 생산과정에서 사용되어 소비된 촉매제”<sup>88)</sup> 등 “생산과정에서의 투입요소”의 소비에 대해 전단계 누적간접세<sup>89)</sup> 형식으로 과세가 이루어진 극히 일부 경우라는 점에서도 유추적용설은 설득력이 부족하다.<sup>90)</sup>

#### (4) GATT Ad Article III에 주목하는 입장

앞서 검토한 세 가지 접근법은 주로 수입 국경세조정의 근거규정인 GATT 제II조

86) Warren H. Maruyama, *supra* note 3, p. 691.

87) WTO의 GATT문서 데이터베이스([https://www.wto.org/gatt\\_docs](https://www.wto.org/gatt_docs))를 이용하여 필자가 산정한 바에 따르면, GATT 1947 당시의 GATT 공식문서 중 총 4,701건의 정정문서(/Corr.\*)가 발급 또는 제출되었다.

88) WTO보조금협정 부속서II 각주61.

89) WTO보조금협정 부속서I (h)항.

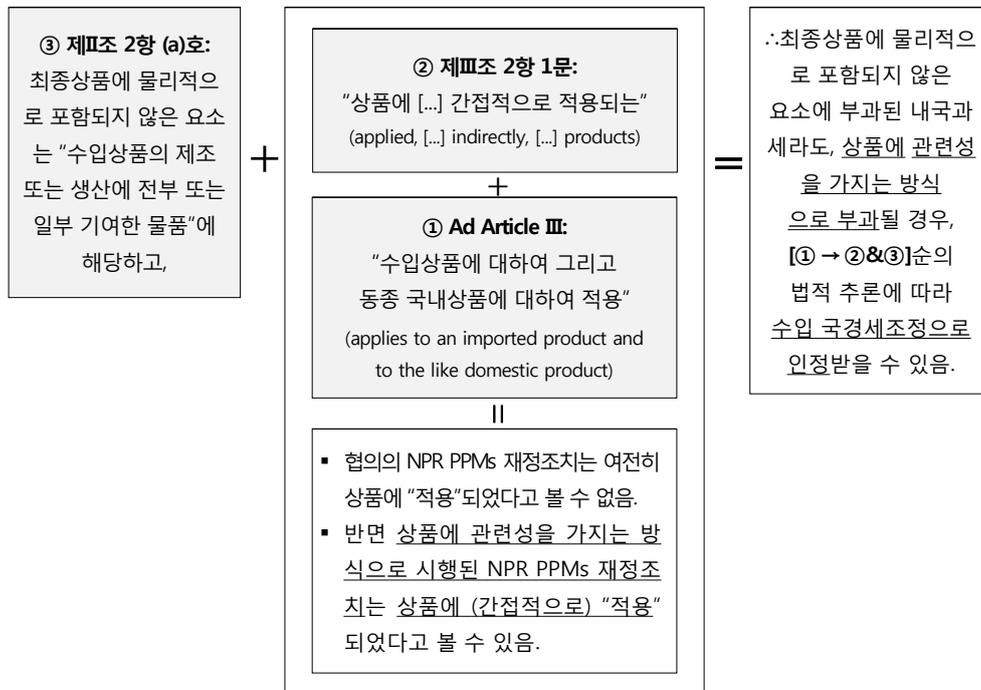
90) WTO협정상 탄소세나 배출권에 대한 수출 국경세조정의 가능성에 관해서는 다음을 참조. 이천기, 앞의 주5, 7-11면.

2항 (a)호와 제III조 2항의 해석에 주목하고 있다. 반면 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 국내적으로 부과된 조세를 수입상품에 대해 국경에서 부과하는 조치는 GATT Ad Article III의 적용을 받을 수 없으므로 국내조치가 아니라 국경조치로서 GATT 제II조 2항 (a)호와 제III조 2항

이 아니라 제XI조 1항의 적용범위에 속한다는 주장이 있다.

이 주장은 NPR PPMs 조치에 대해 GATT Ad Article III의 적용이 문제되었던 US-Tuna I 사건과 US-Tuna II 사건의 패널판단에 근거한 것이다.<sup>91)</sup> 이 두 개 사건

**【그림 5】 ‘최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소’를 이유로 부과된 내국세에의 수입 국경세조정 가부: 제III조 2항 (a)호, 제III조 2항 1문, Ad Article III의 조화적 해석**



91) 이 사건 패널은 (i) ‘규제’에 적용되는 제III조 4항의 해석은 ‘조세’에 적용되는 제III조 2항의 해석을 고려하면서 이루어져야 하고, (ii) 1970년 국경세조정작업반 보고서에서 확인하였듯 상품에 부과되는 조세에 관해 국경세조정이 가능하나 상품에 직접적으로 부과되지 않은 내국세는 국경세조정이 될 수 없다고 보았다. 따라서 Ad Article III는 오로지 ‘상품에 부과되는’ 내국세 즉 ‘상품 그 자체에 대해 적용되는’ 조치에만 적용된다고 설명하였다. GATT Panel Report, *US-Tuna I*, paras. 5.13-5.15. 또한 1994년 *US-Tuna II* 사건에서도 패널은 Ad Article III는 “상품 그 자체에 영향을 미칠 수 없고 수입국의 국내정책에 합치하는 방식으로 생산되지 아니한 동종상품에 대해 불리한 대우를 부여한 정책이나 관행에 관련된 법률, 규정 또는 요건의 집행에 대해서는 수입 시점 또는 지점에서 적용될 수 없다”고 하였다. GATT Panel Report, *US-Tuna II*, para. 5.8.

의 패널 판단에 비추어 볼 때 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소는 최종상품 그 자체에 영향을 미칠 수 없으므로 제Ⅲ조가 적용되는 국내조치라 할 수 없고, 제Ⅱ조 2항 (a)호는 제Ⅲ조 2항과의 합치성을 수입 국경세조정의 발동요건으로 두고 있으므로 결국 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에는 수입 국경세조정이 이루어질 수 없다는 주장이다.

(5) 소결: 수입 국경세조정 긍정설

수입 국경세조정의 적용범위에 관한 판단은 수입 국경세조정의 직접적인 근거규정인 제Ⅱ조 2항 (a)호에서 더 나아가 궁극적으로 제Ⅲ조 2항의 해석과도 일관된 것이어야 한다. 앞서 확인하였듯이 수입 국경세조정은 GATT 제Ⅲ조 2항의 적용을 받는 재정적 국내조치의 한 가지 세부 유형(앞서 검토한 그림 3의 ㉔)에 해당되기 때문이다. 또한 수입 국경세조정이 제Ⅲ조 2항의 적용을 받게 되는 법적 근거는 Ad Article III에 있으므로, 이들 두 개 규정에 더하여 Ad Article III도 일정한 관련성을 가진다.<sup>92)</sup>

이러한 맥락에서, 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 부과된 내국세에

수입 국경세조정이 가능한지를 판단하는 데에는 [그림 5]에서처럼 제Ⅱ조 2항 (a)호, 제Ⅲ조 2항, Ad Article III가 종합적으로 고려되어야 하며 이 세 개 규정 사이에 조화적 해석이 이루어져야 한다. 그러한 해석을 위해서는 2번 견해를 중심으로, 그리고 1번·4번 견해를 참고하여 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대해 수입 국경세조정을 허용하는 것이 타당하다고 생각한다. 구체적인 판단근거는 아래와 같다.

1) 제Ⅲ조 2항 1문의 “상품에 [...] 간접적으로 적용되는”과 Ad Article III의 “상품에 대하여 적용”의 의미

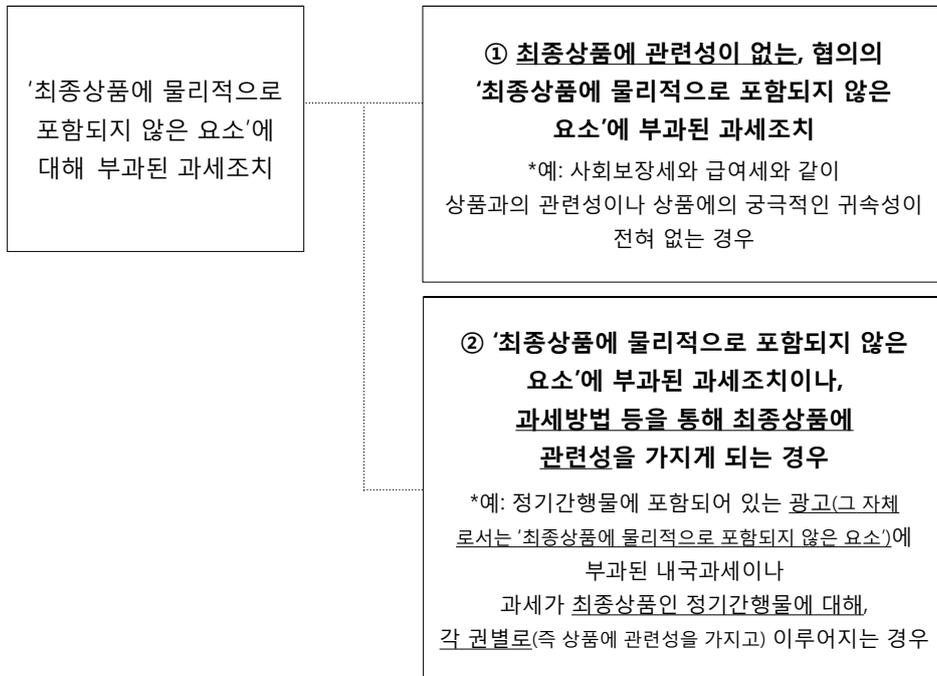
첫째, Canada-Periodicals 사건에 비추어 볼 때, 내국세가 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 부과된 경우라 하더라도 그러한 내국과세조치가 과세대상 ‘상품’에 일정한 관련성을 가질 수 있다면 위 2번 견해에서처럼 제Ⅲ조 2항 1문의 “상품에 [...] 간접적으로 적용되는” 조치에 해당되어 수입 국경세조정이 가능하다. 둘째, Ad Article III의 “상품에 대하여 적용”의 의미에 관해서도 제Ⅲ조 2항 1문의 “상품에 [...] 간접적으로 적용되는”과 사실상 동일한 해석이 이루어져 온 것으로 보인다.

92) Ad Article III가 수입 국경세조정에 관한 핵심조항이라는 평가로는 다음을 참조. Donald Regan, “How to think about PPMs (and climate change)”, *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change: World Trade Forum*, Cambridge University Press, 2009, p. 122.

예를 들어 US-Tuna I 사건과 US-Tuna II 사건 패널은 문제된 조치가 ‘상품 그 자체에 영향을 미칠 수 있는 경우’ Ad Article III의 의미에서 “상품에 대하여 적용”된 것이라고 판단하였다. 따라서 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 부과된 내국과세조치라도, 그러한 조치가 발현되는 과정에서 최종상품 그 자체에 영향을 미치거나 또는 최종상품에 관련성을 가질 수 있게 된다면 ‘최종상품에 (간접적으로) 적용’된 것으로서 Ad Article III를 거쳐 제III조 2항 1문의 적용범위로 귀속될 수 있을 것이다.

또한 수입 국경세조정의 맥락에서는, ‘최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소’ 개념을 좀 더 세분화하여 [그림 6]에서 처럼 (i) 협의의 ‘최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소’인 경우와 (ii) 그 자체만으로는 ‘최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소’이나 과세조치의 발현형태에 따라 상품과의 관련성을 가지게 되는 경우로 나누어 생각해야 할 필요가 있다. 후자의 경우에는 여전히 제III조 2항과 Ad Article III의 의미에서 최종상품에 (간접적으로) 적용된 경우로 볼 수 있다. 물리적으로 포함되지 않은 요소에 부과된 내국과세

**【그림 6】 ‘최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소’에 부과된 과세조치의 세부 구분 (상품에의 관련성 유무에 근거한 구분)**



가 최종상품과의 관련성이 강할수록 그러한 과세가 “상품에 간접적으로 적용”되었다고 인정받기 쉬울 것이다. 반대로 최종상품에 관련성이 없는, 순수한 의미의 물리적으로 포함되지 않은 요소일수록 “상품에 간접적으로 적용”되었다고 보기 어려울 것이다.

따라서 회원국은 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대해 과세를 하고자 하는 경우, 그러한 내국과세가 최종 ‘상품’ 자체에 일정한 관련성을 가질 수 있도록 하는 조세제도의 설계단계에서부터 의도하는 것이 중요하다. 예를 들어 *Canada-Periodicals* 사건에서의 광고<sup>93)</sup>와 같이 그 자체로서는 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대한 과세라도 그러한 요소가 최종상품의 주요 일부를 구성하여 최종상품에 귀속된다든지 또는 그러한 요소에 근거해서 조세책임이 발생하거나 과세수준이 결정되는 경우, 최종상품에 대해 관련성을 가지는 즉 상품에 ‘간접적으로 적용’된 과세조치로 인정될 가능성이 높다.

2) 제III조 2항 (a)호의 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”의 의미

수입 국경세조정에 대해서는 제II조 2항 (a)호와 제III조 2항 모두가 적용된다. 따라서 제II조 2항 (a)호의 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”의 의미를 해석하는 데에도 제III조 2항 1문과 Ad Article III의 상기 관련 부분을 반영하는 조화적 해석이 필요하다. 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대한 내국과세조치가 제III조 2항 1문의 “상품에 [...] 간접적으로 적용”에 해당될 수 있다고 패널과 상소기관이 판단한 경우라면, 다음으로 (i) 그러한 요소에 상응하는 문언적 근거가 수입 국경세조정의 기본조항인 제II조 2항 (a)호 문언에도 있는지 그리고 (ii) 만약 그러하다면 제II조 2항 (a)호 문언의 어떠한 부분에 해당하는지가 문제될 수 있다.

필자는 다음의 두 가지 이유에서 제II조 2항 (a)호의 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”에 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소가 포함될 가능성이 있다고 생각한다. 첫째, 최종상품에 물리적으로 포함되지 않았으나 (과세부과방식 등을 통해) 최종상품에 일정한 관련성을 가지게 된 상품생산요소가 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부

93) 이 사건 패널과 상소기관은 문제된 소비세가 상품 단위별로 즉 정기간행물의 발행부수에 따라 부과되고 있다는 점에 주목하여 GATT 제III조의 적용범위에 속한다고 보았다. Panel Report, *Canada - Periodicals*, paras. 2.6, 5.12, 5.15, 5.20-5.30; Appellate Body Report, *Canada - Periodicals*, pp. 17-19.

기여한 물품”에 해당된다고 보는 경우, 그러한 상품생산요소에 대한 수입 국경세조정에 있어 제Ⅱ조 2항 (a)호, 제Ⅲ조 2항, Ad Article III 모두가 일관되게 관련성을 가지는 조화적 해석이 가능해진다.

둘째, 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 수입 국경세조정이 허용될 수 없다는 부정설은 제Ⅱ조 2항 (a)호에 “수입 상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”라는 문구가 동종‘상품’과는 별개로 규정된 이유가 무엇인지에 충분한 답변을 제공해주지 못하다. 국경세조정작업반은 향수에 포함되어 있는 알코올 성분이 여기에 해당한다고 예시하였으나,<sup>94)</sup> 최종상품에 물리적으로 포함되어 있는 투입 요소는 최종상품과는 별개의 독립된 상품으로서 인정받을 수 있는 경우가 대다수이다. 즉 최종상품에 물리적으로 포함되어 있는 투입요소의 경우 그 자체로서 국제무역의 대상이 되는 하나의 ‘상품’을 구성할 수 있을 것이기 때문에, 그러한 요소에 대한 수입 국경세조정은 제Ⅱ조 2항 (a)호의 “동종[...] 상품에 대해”(in respect of [...] like [...] product) 부분에 해당된다고 보편될 것이다. 따라서 국경세조정작업반의 위 ‘예시’만으로는, 최종상품에 물리적으로

포함되지 않은 요소가 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품” 개념에 해당되지 않는다고 보기에 충분하지 않다. 위 개념이 제Ⅱ조 2항 (a)호에서 보다 명확한 독립적인 의미를 가지기 위해서는, 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소가 여기에 포함되어야 한다고 생각된다.

## 5. 요건

수입 국경세조정을 실시하려는 회원국은 제Ⅱ조 2항 (a)호에 규정된 요건과 제Ⅲ조 2항에 규정된 요건을 누적적으로 충족시켜야 한다. (i) 수입 국경세조정 수준의 “상당하는” 요건과 (ii) 제Ⅲ조 2항과의 합치성 요건이 이에 해당된다. 그리고 (i)번과 (ii)번 요건의 관계에 관해 US-Superfund 사건 패널은 미국의 수입 국경세조정이 제Ⅱ조 2항 (a)호의 상당성 요건에 합치하므로 제Ⅲ조 2항 1문의 “초과하는” 요건에도 합치하는 것이라 보았다.<sup>95)</sup> 이 접근법에 따른다면 패널은 우선 제Ⅱ조 2항 (a)호의 상당성 요건과의 합치성을 검토하고, 국경세조정이 상당성 요건을 충족하였다고 판단할 경우 제Ⅲ조 2항 1문의 “초과하는” 요건에 관해서는 추가로 검토

94) GATT Working Party on Border Tax Adjustments, para. 40.

95) GATT Panel Report, *US-Superfund*, para. 5.2.8.

하지 않을 것이다.

반면 India-Additional Import Duties 사건에서 상소기관은 제III조 2항의 “초과하는” 요건은 제II조 2항 (a)호의 “상당하는” 요건과 함께 해석되어야 하고, 또한 “상당하는”의 해석에 의미를 부여해 주는 것이라고 보았다. 또한 내국세를 “초과하는” 수준으로 수입상품에 과징금이 부과되었는지는 해당 조치가 제II조 2항 (a)호의 수입 국경세조정에 해당되는지를 판단하는데 필수 부분이며, 제소국이 수입국의 국경세조정이 제II조 2항 (a)호에 불합치한다고 이미 주장한 경우 제III조 2항 위반에 대해 별도의 청구를 제기할 필요는 없다고 설명하였다.<sup>96)</sup> 따라서 상소기관 입장에 따라 경우 제II조 2항 (a)호의 “상당하는” 요건과 제III조 2항의 “초과하는” 요건은 동일한 요건인 것으로 생각된다. 비록 상소기관이 두 요건 중 어느 요건부터 검토해야 하는지에 관해서는 명확한 입장을 보이지 않았으나, (i) 수입 국경세조정은 재정적 국내조치의 한 가지 세부 유형이므로 궁극적으로 제III조 2항에 귀속된다는 점, (ii) 제II조 2항 (a)호의 “상당하는” 요건보다는 제III조 2항 1문의 “초과하는” 요건의

해석이 다수의 판례를 통해 보다 명확하게 확립되어 있으므로 “초과하는” 요건부터 검토가 이루어질 가능성이 높다.

### 가. 과세수준의 상당성

첫째, 국경세조정작업반은 GATT 협상 문서에 주목하면서, 제II조 2항 (a)호의 “상당하는”의 의미는 만약 어떠한 상품의 일부가 과징금의 대상이기 때문에 결과적으로 그 상품에 대해 과징금이 부과되는 경우, 과징금이 오로지 그 상품의 특정 내용물에 관련해서만 부과되어야 함을 의미한다고 보았다. 예를 들어 향수에 알코올 성분이 포함되어 있다는 이유로 향수에 과징금이 부과되는 경우, 해당 과징금은 알코올 성분의 가치에 기초하여 이루어져야 하며 향수 전체의 가치에 기초하여 부과되어서는 안 된다. 즉 상품 그 전체의 가치가 아니라 해당 내용물의 가치에 근거해야 한다고 설명하였다.<sup>97)</sup>

둘째, 유사한 문제가 US-Superfund 사건에서도 다루어졌다. 국경세조정작업반 보고서와 마찬가지로, 이 사건 패널도 제II조 2항 (a)호에 쓰인 “상당하는”의 해석을

96) Appellate Body Report, *India-Additional Import Duties*, para. 180.

97) United Nations Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment - Verbatim Report*, Twenty-Sixth Meeting of the Tariff Agreement Committee, E/PC/T/TAC/PV/26 (1947.9.23.), p. 21; GATT Working Party Report on Border Tax Adjustments, para. 40; GATT Panel Report, *US-Superfund*, para. 5.2.7.

위해 GATT의 협상문서를 참조하였다. 패넬은 특정 수입물질에 적용되는 과세수준은 수입물질에 들어있는 기본화학원료가 수입물질의 제조 또는 생산에 사용되기 위해 미국 내에서 판매되었을 경우 슈퍼펀드 법 하에서 그러한 기본화학원료에 적용되었을 과세수준에 원칙적으로 동일하다고 하였다. 즉 해당 조세가 수입물질에 대해 부과된 이유는 수입물질이 미국 내에서 소비세의 대상이 되는 기본화학원료로부터 생산된 것이기 때문이고, 과세수준은 원칙적으로 수입물질에 제조 또는 생산에 사용된 ‘기본화학원료’의 양에 결정된 것이지 ‘수입물질’의 가치에 근거해서 결정된 것이 아니었다.<sup>98)</sup> 따라서 패넬은 기본화학원료에 대해 과세가 이루어진 결과 수입물질에 부과된 조세가 동종의 국내물질이 부담하는 조세에 상당하는 한, 그러한 과세는 제III조 2항 1문의 내국민대우 요건을 충족시키는 것이라고 결론지었다.<sup>99)</sup>

셋째, *India – Additional Import Duties* 사건 패넬은 제II조 2항 (a)호의 상당성 개념과 “제III조 2항의 규정에 합치되게 부과하

는” 요건이 제II조 2항 (a)호 하에서 상이한 별개의 판단요소이며, 국경에서 수입상품에 부과된 과징금이 수입상품에 부정적 영향을 미칠 정도로 과세수준이 수입국 국내상품에 대한 내국세와 차이가 있는 경우에도 여전히 상당성 요건을 충족할 수 있다고 보았다.<sup>100)</sup> 또한 패넬은 “상당하는” 요건이 수입상품에 부과된 과징금과 국내상품에 부과된 내국세 사이에 어떠한 정량적인 분석도 요구하지 않는다고 보았다. 그러나 상소기관은 이러한 패넬 판단에 동의하지 않았다. 패넬의 해석에 따를 경우 수입상품에 부과된 과징금이 국내상품에 부과된 내국세보다 훨씬 적은 경우에도 제II조 2항 (a)호의 상당성 요건을 충족할 수 있으며 이러한 해석은 동 규정의 적절한 해석이 될 수 없다는 이유에서였다.<sup>101)</sup> 상소기관은 제II조 2항 (a)호가 제III조 2항과의 합치성을 언급하고 있다는 점에 비추어 볼 때 상당성 개념은 ‘효과’와 ‘과세량’ 모두에 비추어 판단되어야 하며, 따라서 정성적인 비교평가 뿐 아니라 정량적인 비교평가도 필요하다고 보았다.<sup>102)</sup>

98) GATT Panel Report, *US – Superfund*, para. 5.2.8.

99) *Ibid.*

100) Panel Report, *India – Additional Import Duties*, para. 7.187; Appellate Body Report, *India – Additional Import Duties*, para. 175.

101) Appellate Body Report, *India – Additional Import Duties*, para. 171.

102) *Ibid.*, paras. 172, 175.

## 나. 제III조 2항과의 합치성

수입 국경세조정은 그 자체로서 제III조 2항의 적용범위에 속하는 재정적 내국조치이며 또한 제II조 2항 (a)호는 수입 국경세조정이 “제III조 2항의 규정에 합치되게 부과하는” 것이어야 함을 명시하고 있다. 따라서 수입 국경세조정을 실시함에 있어 수입회원국은 제III조 2항의 내국민대우의무를 준수해야 한다. 제III조 2항은 1문에서 수입상품과 국내상품이 ‘동종’인 경우와, 2문에서 수입상품과 국내상품이 ‘직접 경쟁적이거나 대체가능’한 경우를 나누어 내국민대우의무를 규정하고 있다.

### (1) 상품의 경우

#### 1) 1문과의 합치성

국내상품이 국경세조정의 대상이 되고 있는 수입상품이 국내상품과 ‘동종’인 경우, 제III조 2항 1문에 따라 수입국은 해당 수입상품에 대해 “동종의 국내상품에 직접적 또는 간접적으로 적용되는 내국세 또는 그 밖의 모든 종류의 내국과징금을 초과하는(in excess of)” 수준의 국경세조정을 부과할 수 없다.

첫째, 일각에서는 US-Superfund 사건 패널보고서에 비추어 볼 때, 패널과 상소

기관이 수입 국경세조정의 제II조 2항 (a)호와의 합치성을 검토함에 있어 “상당하는” 요건만을 검토하고 수입상품과 국내상품이 동종인지에 관해서는 별도로 검토하지 않을 가능성이 있다는 의견이 있다.<sup>103)</sup> US-Superfund 사건 패널은 수입 화학물질과 국내 화학물질이 동종인지를 검토하지 않은 채, 수입 화학물질에 대한 과세수준이 국내 화학물질에 대한 과세수준에 “상당하는” 것이라고 보아 곧바로 GATT에 합치하는 수입 국경세조정이라고 판단하였다.<sup>104)</sup> 그러나 US-Superfund 사건 패널이 국경세조정수준이 미국의 관련 국내과세수준에 “상당하는” 것임을 확인하고 동종상품 여부는 검토하지 않은 것은, 문제된 국내·수입 화학상품이 동종이라는 점에 당사국들 사이에 이견이 없었기 때문이라고 생각된다. 만약 제소국이 국내상품과 수입상품이 동종이 아니라고 주장하였다면, 패널은 우선 문제된 상품들이 ‘동종’인지부터 먼저 판단하고 동종상품임이 확인된 이후에 국경세조정수준이 국내 과세수준에 ‘상당하는’지를 검토하는 순서로 법적 검토가 이루어졌어야 할 것이다.

둘째, Japan-Alcoholic Beverages 사건에서 상소기관은 가장 작은 정도의 세액 차

103) Joost Pauwelyn, *supra* note 44, p. 28; Kateryna Holzer, *supra* note 44, p. 108.

104) GATT Panel Report, *US-Superfund*, para. 5.2.8.

이도 “초과하는” 요건을 위반한다고 보아 동 용어를 협의로 엄격하게 해석하였다.<sup>105)</sup> 따라서 제Ⅲ조 2항 1문에서는 수입 상품의 무역 경쟁력에 어떠한 영향도 미치지 못할 최소한의 차이 즉 최소 허용수준 (de minimis)만큼의 과세 차이도 허용될 수 없다. 단, 1문은 수입상품에 적용되는 세율이 국내상품에 적용되는 세율을 초과하는 것을 금지하는 것이므로 수입상품에 대한 세율을 국내상품 세율과 동일하거나 낮은 세율로 설정하는 것은 무관하다.<sup>106)</sup>

## 2) 2문과의 합치성

2문은 직접 경쟁적이거나 대체가능한 국내 및 수입상품이 서로 ‘유사하게 과세되지 아니한’ 경우를 규율한다. 2문과의 합치성을 판단하는 데에는 (i) “내국세 또는 그 밖의 내국과징금”의 적용을 받는 수입상품과 국내상품이 “직접 경쟁적이거나 대체가능”하고, (ii) 양자가 “유사하게 과세”되지 아니하였으며, (iii) 해당 과세가 “국내생산을 보호하기 위하여” 적용된 것 인지를 검토해야 한다.<sup>107)</sup>

첫째, 국내·수입상품이 상호 ‘직접 경쟁적이거나 대체가능한’지 여부를 판단함에 있어 핵심은 시장에서의 경쟁과 소비자 기호에 있다. 시장경쟁은 지속적으로 변화하기 때문에, 문제된 상품들이 직접 경쟁적이거나 대체가능한지 여부는 현재의 소비자 기호만을 근거로 결정되어서는 안 된다. 현재에는 소비자들이 양 상품이 경쟁관계에 있다고 여기지 않으나 그럼에도 상호 대체될 수 있는 경우가 있기 때문이다. 따라서 직접 경쟁적이거나 대체가능한 상품 여부는 양 상품이 “대체가능한지” 내지는 “특정 필요나 취향을 충족시킬 수 있는 대체적인 수단을 제공하는지”를 판단해야 한다. 특히 무역이나 상품간 경쟁에 규제가 부과되고 있는 경우, 상품에 대한 잠재 수요(latent demand)가 있어 현 시점에서는 소비자들이 대체관계에 있는 것으로 보지 않으나 그럼에도 상호 대체‘가능성’이 있는 경우가 있으므로, 잠재수요 또한 직접 경쟁적이거나 대체가능한 상품 여부에 고려되어야 한다.<sup>108)</sup>

둘째, Japan – Alcoholic Beverages 사건에

105) Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages*, p. 23.

106) 그러나 수입 국경세조정의 수준이 국내세율보다 낮게 설정된다면, 국경세조정의 소기 목적 즉 국내상품과 수입상품 사이의 경쟁조건을 공정하게 만든다는 목적을 달성하는 것이 그만큼 더 어려워질 것이다. Kateryna Holzer, *supra* note 44, p. 75.

107) Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages*, p. 24.

108) Appellate Body Report, *Korea – Alcoholic Beverages*, paras. 114-115, 122-124; Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages*, p. 25.

서 상소기관은 ‘유사하게 과세되지 아니한’은 제III조 2항 1문의 “초과하는”과 동일한 의미가 아니라고 보았다. 수입상품에 의 과세수준이 직접 경쟁적이거나 대체가능한 국내상품에의 과세수준을 초과하는 경우에도, 제III조 2항 2문의 의미에서는 “유사하게 과세”된 것일 수 있기 때문이다<sup>109)</sup> 최소허용수준(de minimis)을 넘어서는 과세수준 차이만이 “유사하게 과세되지 아니한” 것이며, 최소허용수준은 개별 사안별로 결정되어야 한다.<sup>110)</sup>

셋째, 제III조 2항 2문이 명시적으로 제III조 1항을 언급하고 있으므로, 회원국 조치의 제III조 2항 2문과의 합치성 판단에는 내국세 및 그 밖의 내국과징금이 “국내생산을 보호하기 위하여” 수입 또는 국내상품에 적용되어서는 아니된다는 제III조 1항 요건이 검토되어야 한다.<sup>111)</sup> 이를 위해 패널과 상소기관은 회원국 입법기관이 제시하는 입장이나 입법근거에 초점을 두기 보다는 해당 조치의 “양태, 설계 및 드러

난 구조”(design, architecture, and revealing structure)를 검토해 왔다.<sup>112)</sup>

(2) ‘상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품’의 경우

1) 문제의 소재

제II조 2항 (a)호에 따라 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 ‘물품’”와 관련하여 수입 국경세조정이 이루어지는 경우에도 그러한 조치는 ‘상품’에 대한 수입 국경세조정과 마찬가지로 제III조 2항에 합치하는 것이어야 한다.<sup>113)</sup> 그렇다면 물품에 대해 부과되는 수입 국경세조정의 경우에도 국내물품과 수입물품의 관계가 동종인지 또는 직접 경쟁적이거나 대체가능한지에 따라 상이한 발동요건이 적용되어야 하는가? 즉 ‘상품’에 대한 수입 국경세조정과 마찬가지로 수입물품과 국내물품이 상호 동종인 경우 제III조 2항 1문의, 직접 경쟁적이거나 대체가능한 경우 제III조 2항 2문의 적용을 받게 되는가? 또한 만약 그러하다면, “수입상품의

109) Appellate Body Report, *Japan –Alcoholic Beverages*, p. 26.

110) Appellate Body Report, *Japan –Alcoholic Beverages*, pp. 26-27. See also Appellate Body Report, *Canada –Periodicals*, p. 29; Appellate Body Report, *Chile –Alcoholic Beverages*, para. 49.

111) Appellate Body Report, *Japan –Alcoholic Beverages*, pp. 27-30.

112) Appellate Body Report, *Japan –Alcoholic Beverages*, p. 29.

113) 본고 제II항의 <수입 국경세조정 근거규정의 구조>에서 확인하였듯이, 해석(1)과 [그림 1]에 따르거나 또는 해석(2)와 [그림 2]에 따르는 경우를 불문하고 상품의 제조 또는 생산에 기여한 물품에 대한 수입 국경세조정도 제III조 2항을 준수하는 것이어야 한다. 수입 국경세조정은 그 자체로서 제III조 2항의 적용을 받는 재정적 국내조치이기 때문이다.

제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품” 개념에 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소(예를 들어, 상품생산과정에서 연소된 화석연료가 배출하는 탄소<sup>114)</sup>가 포함된다)고 볼 경우, 그러한 국내·수입 요소가 상호 동종인지 또는 직접 경쟁적이거나 대체가능한지를 어떻게 판단할 것인가가 문제될 것이라는 지적<sup>115)</sup>이 있다.

## 2) 판례의 입장: US-Superfund 사건

US-Superfund 사건 패널의 판단에 따를 경우, “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”에 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소가 포함된다 고 하더라도 위 지적과 같은 문제는 발생하지 않을 것으로 보인다.

이 사건에서는 미국이 최종상품(수입물질)이 아니라 그러한 최종상품에 포함되어 있는 기본화학원료를 이유로 최종상품에 소비세를 부과한 조치가 문제되었다. 패널은 문제된 과세조치가 GATT 입안자들과 국경세작업작업반이 “수입상품의 제조 또

는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”의 예시로서 제시하였던 “향수와 알코올”의 경우에 해당한다고 설명한 다음, 문제된 과세조치가 수입 국경세조정으로서 GATT에 합치하는지를 판단하는 데에는 수입 최종·상품(수입물질)에 부과된 과세가 ‘동종의’ 국내 최종·상품(미국에서 생산된 국내 물질)에 부과되었던 과세수준에 상당하는 것인지를 검토하였다. 즉 패널은 “기본화학원료에 대해 과세가 이루어진 결과 수입 물질[즉 최종상품]에 부과된 조세가 동종의 국내물질[즉 최종상품]이 부담하는 조세에 상당하는 한, 그러한 과세는 제III조 2항 1문의 내국민대우 요건을 충족”한다고 보았다.<sup>116)</sup>

“수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”에 대한 수입 국경세 조정의 발동요건은 수입·국내·물품(화석연료 연소과정에서 배출된 탄소) 간의 관계가 동종 또는 직접 경쟁적이거나 대체가능한지 여부에 근거해서가 아니라, 수입 국경세조정을 직접 부과받고 있는 수입·

114) 석유 등 대다수 화석연료는 그 자체로서 하나의 상품(에너지상품)을 구성할 수도 있기 때문에, 제II조 2항 (a)호의 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”으로서가 아니라 동 호의 “동종[...] 상품에 대해”에 해당될 가능성도 있다. 예를 들어, (i) 수입회원국의 내국과세가 화석연료 그 자체에 대해 이루어지는 경우(에너지세)가 후자에 해당되고, (ii) 상품의 생산과정에 발생한 탄소배출을 이유로 과세가 이루어지되 과세수준의 산정기준으로 화석연료의 탄소함량을 활용하는 경우(탄소세)가 전자에 해당된다. 여기서의 논의는 (ii)번의 경우를 예시한 것이다.

115) Wen-Chen Shih, *supra* note 31, pp. 77-78.

116) GATT Panel Report, *US-Superfund*, para. 5.2.8.

국내‘상품’(화석연료 연소를 통해 생산한 최종상품) 간의 관계에 따라 달라진다. 따라서 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품” 개념에 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소가 포함된다 하더라도, 일부 학자가 우려하듯<sup>117)</sup> 국내상품 생산시 배출된 탄소와 수입상품 생산시 배출된 탄소 사이의 관계가 동종 또는 직접 경쟁적이거나 대체가능한지를 어떻게 판단한 것인지의 문제는 발생하지 않을 것이다.

- 3) 최종상품을 기준으로 한 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”에 대한 수입 국경세 조정 발동요건

첫째, 위 US-Superfund 사건 패널 판단처럼, “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”을 이유로 과세가 이루어진 경우라도 과세대상물품이 귀속되는 ‘최종상품을 기준으로’ 수입·국내상품이 ‘동종’인 경우 제III조 2항 1문이 수입 국경세조정의 발동요건이 된다. 상품생산 과정에서 투입되었으나 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소를 이유로 국내 최종상품에 과세가 이루어진 경우, 앞서 검토하였듯 제III조 2항 1문의 “상품에 [...] 간접적으로 적용”을 통해 과세대상

국내 최종상품과 ‘동종’인 수입상품에 대해서는 동일 요소를 이유로 수입 국경세조정이 가능할 것이다.

둘째, 그렇다면 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소를 이유로 국내 최종상품에 내국세가 부과되었고, 그러한 과세대상 국내 최종상품과 직접 경쟁적이거나 대체가능한 수입상품에 대해서는 제III조 2항 2문을 발동요건으로 해서 수입 국경세조정이 가능할 것인가? 그러나 제III조 2항 2문에는 제III조 2항 1문의 “상품에 [...] 간접적으로 적용”에 상응하는 표현이 없다. 따라서 수입 국경세조정의 근거규정 중 제III조 2항의 “상품에 [...] 간접적으로 적용”에 주목하는 입장에 따를 경우, 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소를 이유로 국내상품에 과세를 한다면 그와 직접 경쟁적이거나 대체가능한 수입상품에 대해서는 수입 국경세조정이 허용되지 않을 가능성이 높다.

정리하면, 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소를 이유로 과세가 이루어지는 경우에는 과세가 이루어진 최종‘상품’을 기준으로 국내상품과 수입상품이 ‘동종’일 경우에만 즉 제III조 2항 1문의 적용을 받는 경우에만 수입 국경세조정이 가능할 것으로 보인다. 예를 들어 수입국A의

117) Wen-Chen Shih, *supra* note 31, pp. 77-78.

국내상품(a)의 생산과정에서 발생한 탄소 배출에 대해 수입국 국내적으로 탄소세가 부과된 경우, 수입 국경세조정은 수출국B가 수입국A에 수출하는 ‘동종의’ 수입상품(b1)를 생산하는 과정에서 발생한 탄소배출에 대해서만 가능하다. 국내상품(a)와 동종이 아닌, 단순히 직접 경쟁적이거나 대체가능한 수입상품(b2)의 생산과정에서 발생한 탄소배출에까지 수입 국경세조정을 실시하는 것은 제III조 2항의 해석상 인정되기 어렵다.

한편 위 내용을 ‘상품’ 그 자체를 이유로 내국과세가 이루어지는 경우와 혼동해서는 안 된다. 최종상품 자체를 이유로 국내과세가 이루어지고 과세대상 국내상품과 수입상품이 직접 경쟁적이거나 대체가능한 경우에는 수입 국경세조정이 가능하며, 그러한 수입 국경세조정은 제III조 2항 2호를 발동요건으로 한다. 반면 여기에서 검토하고 있는 내용은, 최종상품을 생산하는데 활용된 ‘요소’를 이유로 해서 국내 최종상품에 내국과세가 이루어진 경우이다. 이 경우 과세대상 국내상품과 직접 경쟁적이거나 대체가능한 수입상품에 대해서는 수입 국경세조정이 허용되지 않기 때문에, 발동요건 또한 문제될 여지가 없을 것으로 보인다.

### III. 배출권거래제에서의 배출권에 대한 수입 국경세조정 가부

#### 1. 문제의 소재: 배출권의 법적 성격

배출권거래제 하에서 외국산 대상상품의 수입업자에게 상품 수입시에 수입국 권한당국으로부터 또는 배출권시장에서 배출권을 매입하여 제출하도록 의무화하는 조치(이하 “배출권 매입·제출 요건”)는 배출권거래제의 시행으로 인해 국내산업이 부담하게 되는 탄소비용을 수입상품에게도 부담시킴으로써 국내산업의 경쟁력 손실과 탄소누출을 방지하기 위한 조치이다. 아래에서는 제II항에서 검토한 이론적인 내용을 바탕으로 배출권 매입·제출 요건이 WTO협정에서 허용하는 국경세조정에 해당되는지를 검토하고자 한다.

본고 제II항의 3(적용가능한 조세유형)에서 확인하였듯 수입 국경세조정은 오로지 재정적 성격의 국내조치 중에서도 상품에 부과된 내국간접세에 대해서만 허용된다. 따라서 수입업자에 부과된 배출권 매입·제출 요건이 수입 국경세조정에 해당될 수 있는지를 판단하는 데에는, 회원국의 배출권거래제 하에서 부과되는 배출책임 즉 배출권이 내국간접세에 해당되는지가 중요한 문제가 된다. 배출권이 상품에

부과된 내국간접세에 해당될 수 있다면, 배출권 매입·제출 요건은 제II조 2항 (a)호와 제III조 2항에 따른 수입 국경세조정으로서 WTO협정상 적법한 것으로 인정될 가능성이 있다.

## 2. WTO협정상 조세의 정의

WTO협정상 ‘조세’에 관한 정의규정을 두고 있는 곳은 보조금협정이 유일하다. 보조금협정 부속서I의 각주58은 직접세를 “임금·이윤·이자·지대·사용료 및 다른 모든 형태의 소득에 부과되는 조세 및 부동산 소유에 부과되는 조세”라 정의하고, 간접세를 “판매·소비·매상·부가가치·면허·인지·이전·재고 및 설비에 대한 조세, 국경세 및 직접세 및 수입과징금 이외의 모든 조세”라 정의하고 있다. 그러나 위 정의규정만으로는 배출권이 WTO협정상 조세에 해당한다고 볼 수 있을지는 분명하지 않아 보인다.

## 3. 학설의 입장

### 가. 조세 긍정설

첫째, 일부 학자들은 조세를 “정부에 대한 일방적인 지불” 또는 “납세자에게 확인 가능한 반대급부가 없는, 정부가 부과하는 강제적인 기여”라고 정의하면서, 배출권거래제에서 부과되는 배출권이 이러한 조세의 정의에 부합한다고 보고 있다.<sup>118)</sup>

둘째, 배출권은 배출권거래제 하에서 설정된 탄소가격에 해당하므로, 조세와 사실상 동일한 효과를 가지는 “조세에 상당하는 과징금”(charge equivalent to a tax)이라 볼 수 있다고 주장한다.<sup>119)</sup> 또한 유사한 맥락에서 (i) 조세와 마찬가지로 배출권거래제에서도 온실가스 배출책임을 부담하는 대상주체에게 금전적 부담을 부과하는 제도라는 점, (ii) 비록 정부에 지불해야 할 총액은 불분명하나 배출권 제출은 반드시 준수되어야 하는 강제징수에 준한다는 점, (iii) 배출권 경매절차를 통해 확보한 자금은 공공목적에 위해 사용된다는 점 등에 비추어 배출권이 조세에 해당된다는 주장이 제기되어 왔다.<sup>120)</sup>

118) Javier de Cendra, *supra* note 35, p. 136; Karsten Neuhoff, Roland Ismer, *International Cooperation to Limit the Use of Border Adjustment*, Workshop Summary, South Center, 2008.9.10., p. 9; Joost Pauwelyn, *supra* note 44, pp. 21-22.

119) Jason E. Bordoff, *International Trade Law and the Economics of Climate Policy: Evaluating the Legality and Effectiveness of Proposals to Address Competitiveness and Leakage Concerns*, A Draft prepared for Brookings Forum: “Climate Change, Trade and Competitiveness: Is a Collision Inevitable?”, The Brookings Institution, 2008, p. 14.

120) Felicity Deane, *supra* note 35, p. 196.

셋째, 배출권거래제 참여업체들은 탄소 배출량을 줄일 경우 배출권을 탄소시장에서 매각하여 수익을 얻을 수 있으므로, 심지어 배출권거래제 참여업체들이 배출권을 무상으로 할당받은 경우라 하더라도 여전히 경제학적으로 일정한 기회비용을 부담하는 것이라고 보는 입장도 있다. 따라서 배출권 무상할당의 경우에도 일정 경제적 비용이 생산업자에게 부과되는 것이므로 조세에 해당된다고 주장한다.<sup>121)</sup>

#### 나. 조세 부정설

반대로 배출권은 “정부에의 일방적인 지불”로 볼 수 없다는 주장이 있다. 첫째, 조세의 경우 납부하더라도 정부가 반대급부를 제공해주지 않는 반면, 배출권의 경우 배출권 비용을 지불하는 대가로 배출권거래제 참여업체들은 탄소를 배출할 권리 즉 대기 중으로 이산화탄소를 방출할 수 있는 권리를 획득하게 된다. 즉 조세의 경우 납세자에게 확인가능한 반대급부가 없어야 하므로, 배출허용량에 대해 지불하는 비용을 조세라 볼 수는 없다는 것이다. 그리고 배출권을 “정부에의 일방적인 지불”

로 볼 수 없는 또다른 이유로서, 배출권의 경우 시장에서 매각함으로써 이익을 얻을 수 있다는 점도 지적된다.<sup>122)</sup>

둘째, 과거 미국 배출권거래제 법안들은 배출권 대부분을 배출권거래제에 참여하는 대상주체들에게 무상 분배하고, 배출권거래제 하에서 발생한 정부수익 중 대다수가 국고에 귀속되지 않고 배출권을 매각하는 대상주체들에게 재분배될 것을 규정하였던 바 있다. 예를 들어, Waxman-Markey 법안은 배출권 총량 중 85%가 배출권거래제 시행 초기에 무상 공여되고 15%만이 환경보호청이 주관하는 경매를 통해 매각되며, 경매를 통해 얻은 수익은 국고에 귀속되지 않고 에너지소비자, 정부의 에너지 연구·개발 프로그램, 에너지효율성보조금, 기타 용도로 할당될 것을 규정하고 있었다.<sup>123)</sup> 따라서 조세 부정설은 일부 배출권거래제 하에서 배출권을 통해 발생한 수익이 국고에 귀속되지 않는다는 점을 지적하며 이 경우 배출권을 조세로 볼 수 없다고 주장한다.<sup>124)</sup>

셋째, 탄소시장에서 배출권의 추가 매입

121) Joost Pauwelyn, *supra* note 44, p. 22.

122) Charles E. McLure, “The GATT-Legality of Border Adjustments for Carbon Taxes and the Cost of Emissions Permits: A Riddle, Wrapped in a Mystery, Inside an Enigma”, *11(4) Florida Tax Review*, 2011, p. 286.

123) Thomas L. Brewer, *The United States in a Warming World: The Political Economy of Government, Business, and Public Responses to Climate Change*, Cambridge University Press, 2014, p. 159.

124) Warren H. Maruyama, *supra* note 3, p. 695.

이 가능하다는 점에 주목하는 입장이 있다. 배출권거래제 참여업체들이 배출권을 정부로부터 직접 할당받는 것 이외에 탄소 시장에서 배출권을 추가로 매입할 수 있다면, 배출권을 “정부에의 일방적인 지불”로 볼 수 없으므로 조세가 아니라는 주장이다.<sup>125)</sup>

넷째, 일부 학자들은 배출권은 조세(tax) 뿐 아니라 수수료(fee), 과징금(charge) 중 어디에도 해당되지 않는다고 주장한다. 조세는 국가가 제공하는 공공서비스 이용에 대한 지불로서, 사전에 정해진 요율에 따라 부과되는 반면 배출권은 탄소시장에서의 수요와 공급에 따라 시장가격에 변동이 있을 수 있다는 이유에서이다.<sup>126)</sup>

#### 4. 판례의 입장

2011년 ATAA v. Secretary of State for Energy and Climate Change 사건<sup>127)</sup>에서는 유럽연합이 국제항공부문을 EU ETS로 편입시켜 외국항공사들이 자신의 항공기 운

항에 대해 배출권을 제출하도록 한 조치가 문제되었다. 이 사건에서 ECJ는 배출권이 조세가 아니라고 판단하였다. 비록 향후 WTO 차원에서 패널과 상소기관이 ECJ의 판단을 직접적으로 참고하지는 않을 것이나, 향후 WTO패널과 상소기관에서 동일한 문제가 제기되었을 경우를 대비하여 하나의 가능성 차원에서 이 사건을 검토하는 것은 여전히 유의미할 것이다.

본안판결에 앞서, 이 사건에 배정된 Juliane Kokott 법무관은 배출권은 조세에 해당하지 않는다는 의견서를 제출하였다. Kokott 법무관에 따르면, “과징금은 사용된 공공서비스에 대한 보수로서 부과되는 것이다. 과징금의 양은 공공기관에 의해 일방적으로 설정되며 사전에 결정된다. [...] 특히 조세의 경우 공공기관에 의해 일방적으로 설정되며 세율 및 과세기준과 같이 사전에 결정된 기준에 따라 부과”된다.<sup>128)</sup> 그러나 EU ETS와 같은 배출권거래제는 “시장기반조치”(a market-based measure)이다. 현재 EU ETS에서는 85%의 배출권이 무상할당

125) Roland Ismer, “Mitigating Climate Change Through Price Instruments: An Overview of the Legal Issues in a World of Unequal Carbon Prices”, *European Yearbook of International Economic Law* 2010, 2010, pp. 220-221; Kateryna Holzer, *supra* note 44, p. 105.

126) Lorand Bartels, *The Inclusion of Aviation in the EU ETS: WTO Law Considerations*, ICTSD Issue Paper 6, 2012, pp. 8-9.

127) Case C-366/10, *The Air Transport Association of America and Others*, Opinion of Advocate General Kokott delivered on 6 October 2011.

128) *Ibid.*, para. 214.

되고 나머지 15%는 경매로 판매되고 있는데, 경매로 판매되는 배출권의 가격도 사전에 결정되지 않고 오로지 수요와 공급에 의해서만 결정되고 있다. 또한 권한당국이 배출권을 할당한 배출권이 향후 탄소시장에서 거래되는 경우에도, 배출권 가격은 사전에 결정한 수치가 아니라 수요와 공급에 의해 결정된다.<sup>129)</sup> 따라서 법무관은 수입과 수출에 따라 자유시장 원리에 의해 결정되는 배출권 구매가격을 과징금이나 조세로 묘사하는 것은 “이례적일” 것이라고 설명하였다.<sup>130)</sup> 또한 이 사건의 선결적 판결 절차에서 다수의 기관과 정부가 지적했던 바와 같이, 국제민간항공기구 기관들도 환경과징금(environmental charges)과 배출권거래제를 구분하고 있다고 부연하였다.<sup>131)</sup> 이러한 설명에 비추어 보건대, Kokott 법무관은 과징금 등 조세의 경우 사전에 정해진 산정방식을 통해 징수되고 대상주체에게 부과될 책임의 정도에 대해 일정한 확신성을 보장해주는 반면 배출권 거래제에서는 배출권의 가격이 사전 결정되어 있지 않고 시장원리에 따라 결정된다

는 점에 특히 주목한 것으로 보인다.

이후 ECJ의 본안판결에서도 재판부는 배출권이 전통적인 의미에서 항공기 연료에 대한 ‘조세’라 볼 수 없다고 하였다. 재판부는 EU ETS가 공공당국 세수 확보를 목적으로 하지 않는다는 점을 지적하고, 사전에 결정된 산정기준과 세율을 적용하여 소비된 연료 1톤당 지불해야 하는 금액을 결정하는 것도 EU ETS 하에서는 불가능하다고 설명하였다.<sup>132)</sup> 따라서 이 사건에서 문제된 EU ETS 수정 지침 2008/101은 항공기 운행을 위해 보유하거나 소비된 연료에 대한 관세, 조세, 수수료, 또는 과징금을 구성한다고 볼 수 없으며<sup>133)</sup> “시장 기반조치”에 해당한다고 결론지었다.<sup>134)</sup>

## 5. 평가: 조세 부정설

다음의 이유에서 배출권의 조세 부정설이 타당하다고 생각된다. 첫째, 조세와 달리 배출권 매입·제출 요건의 경우 정부의 세수 확충을 주된 목적으로 하지 않는다.

둘째, 조세의 경우 세율이 사전에 정해

129) *Ibid.*, para. 215.

130) *Ibid.*, para. 216.

131) *Ibid.*, para. 218.

132) ECJ Case C-366/10, *Air Transport Association of America and others v. Secretary of State for Energy and Climate Change*, [2011] ECR I-13833, para. 143.

133) *Ibid.*, para. 145.

134) *Ibid.*, para. 147.

져 있으므로 과세대상이 되는 사업자들 입장에서 조세부담 수준 내지 비용에 관한 예측이 가능한 반면, 배출권거래제에서는 배출권 가격이 사전에 결정되지 않고 시장에서의 공급과 수요에 따라 변동한다.<sup>135)</sup> 가장 낮은 비용이 드는 해결책 쪽으로 시장참여자들의 의사결정이 지속적으로 변할 것이기 때문에, 무상할당되는 배출권의 수량과 이후 배출권거래시장 가격에 따라 배출권 가격은 지속적으로 변할 것이다. 이러한 점에서 배출권거래제는 조세와는 구별되는, 탄소시장에서의 수요와 공급에 따르는 시장기반제도이다. 이 부분은 유럽 사법재판소의 ATAA v. Secretary of State for Energy and Climate Change 사건을 통해 분명해졌다고 보인다.

셋째, 비재정적 성격의 정부규제라 할지라도 그 ‘효과’는 많은 경우 재정적 성격의 조세와 유사한 경우가 국제무역의 특성상 다수라는 점을 감안한다면, 일부 학자들이 주장하듯 배출권이 조세와 유사한 경제적 효과를 가진다는 점에만 근거하여 배출권을 조세라고 보기에 는 무리가 있다. 국경세조정의 적용대상을 너무 넓게 보는 경우 다양한 유형의 비재정적 정부규제조치에

까지 국경세조정이 가능해질 것이며, 불필요한 시장왜곡이 국제무역에 발생할 수 있다.<sup>136)</sup>

넷째, 앞서 [그림 6]에서 확인하였듯 WTO 협정상 수입 국경세조정이 가능하기 위해서는 과세의 이유가 되는 ‘법적 책임’<sup>137)</sup> 이 상품에 궁극적으로 귀속되거나 상품에 관련성을 가지는 경우이어야 한다. 그러나 배출권이 조세와 유사한 ‘경제적 효과’를 가진다는 점에 주목하고 있는 배출권거래제 국경세조정 긍정설의 논리만으로는 이 부분이 명확히 해결되지 않는다는 점이 또 다른 한계이다.

지금까지 검토한 이유에서, 배출권은 조세라 보기 어렵다. 또한 배출권을 조세로 보는 경우에도, 수입 국경세조정의 적용대상은 내국간접세로 한정된다는 점에 유념해야 한다. 배출권거래제에서는 배출책임이 탄소배출을 야기한 행위주체인 할당대상‘업체’과 탄소배출‘행위’를 기준으로 부과되므로 배출권을 상품에 대하여 또는 상품에 관련성을 가지고 적용된 간접세라 보기 어렵다. 따라서 국경에서 수입상품의 수입업자에게 부과되는 배출권 매입·제출 요건은 GATT 제II조 2항 (a)호 및 제III조

135) Patrick Low, Gabrielle Marceau, Julia Renaud, *supra* note 38, p. 505.

136) 필자와 유사한 의견으로 다음을 참조. Warren H. Maruyama, *supra* note 3, p. 694.

137) 배출권거래제에서 국내산업에 부과되는 배출제한 및 배출권 제출의무, 그리고 수입업자에 부과되는 배출권 매입·제출 요건이 여기에 해당한다.

2항의 의미에서 수입 국경세조정의 적용 범위에 해당된다고 볼 수 없으며, 그러한 조치는 Ad Article III의 의미에서 수입국의 국내“상품에[도 동일하게] 적용”된 조치라 볼 수 없으므로 상품의 수입에 대해 부과된 수입제한조치(즉 비재정적 성격의 국경 조치)를 구성하여 GATT 제III조가 아니라 제XI조 1항과의 합치성이 문제될 가능성이 높다고 생각된다.

#### IV. 탄소세에 대한 수입 국경세조정 가부

제IV항에서는 기후변화 완화 목적으로 회원국이 국내 탄소집약상품에 대해 탄소세제를 시행하는 경우, 탄소세에 대해 이루어지는 수입 국경세조정이 WTO협정상 적법한 것으로 인정될 가능성을 검토한다. 배출권과 마찬가지로, 탄소세도 최종상품의 생산과정에서 발생한 탄소에 근거하여 조세를 부과하는 것이다. 후술하는 바와 같이, 탄소세가 NPR PPMs에 근거한 조치라는 점은 수입 국경세조정 가부 판단에 있어 중요한 부분이다.

##### 1. 문제의 소재: 탄소세의 법적 성격

원칙적으로 내국간접세만이 WTO협정

에 따라 수입 국경세조정의 대상이 될 수 있다. 그렇다면 회원국이 상품생산과정에서 야기된 탄소배출에 대해 최종상품을 대상으로 탄소세를 부과하는 경우, 이 조세는 내국간접세에 해당되는가? 탄소세가 간접세가 아닐 경우 WTO협정상 탄소세에 대한 수입 국경세조정은 허용될 수 없다.

##### 2. 간접세 부정설

간접세 부정설은 첫째, 탄소세는 상품의 다양한 생산가공단계에서 배출되었으나 최종상품에는 물리적으로 남아있지 않은 탄소에 대해 부과된 것이다. 따라서 상품 그 자체에 직접 부과된 것이 아니므로 간접세라 볼 수 없다고 주장한다.<sup>138)</sup> 둘째, 탄소세가 “은폐된 조세” 특히 “에너지[...]에 대한 조세”에 해당한다고 주장하기도 한다. 은폐된 조세는 직접세인 사회보장세나 급여세처럼 보통 ‘생산요소’에 대해 부과되는 조세이므로, 상품에 대해 적용되는 간접세가 아니라는 주장이다.<sup>139)</sup>

##### 3. 간접세 긍정설

간접세 긍정설은 탄소세가 탄소배출에 대해 부과된 것이기는 하나 그러한 과세는 최종상품에 이루어지게 되므로 상품에 일

138) Kateryna Holzer, *supra* note 44, pp. 99, 100.

139) Gavin Goh, *supra* note 64, p. 411; Kateryna Holzer, *supra* note 44, pp. 102, 103.

정한 관련성을 가지게 된다고 본다. 따라서 제품에 적용되는 간접세로 볼 수 있다고 주장한다. 예를 들어, 탄소세가 최종상품에 부과될 경우 최종상품의 가격이 상승하고 그 결과 해당 상품에 대한 수요가 줄어들게 되므로, 탄소세가 상품의 소비에 영향을 미치며 제품에 일정한 관련성을 가진다는 주장이 있다. 또한 긍정설은 생산업자가 자신이 지불한 탄소세를 상품가격에 반영하므로 궁극적으로 탄소세로 인한 비용이 최종상품에 전부 또는 일부 전가되어 소비자가 부담하게 된다는 점을 강조하고, 소비자에게 최종적으로 비용이 전가되는 현상은 간접세가 가지는 특성이므로 탄소세도 간접세에 해당된다고 주장한다.<sup>140)</sup> 또한 유사한 맥락에서, 탄소세는 간접세 중에서도 특히 “개별소비세”(specific excise tax: SET)에 해당한다는 주장도 있다.<sup>141)</sup>

#### 4. 평가: 간접세 긍정설

간접세 부정설은 탄소세가 생산과정에서 배출되었고 최종상품에는 물리적으로 남아있지 않은 탄소에 부과된 것이므로

“상품에 대하여 적용”된 것이라 볼 수 없으며 따라서 간접세가 아니라고 주장한다. 그러나 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대해 부과된 조치라 하더라도 조치가 적용되는 과정에서 상품과의 관련성이 발생하는 경우에는 “상품에 대하여 적용”된 조치라 볼 수 있다. 간접세인지를 판단함에 있어 중요한 문제는 단순히 과세대상(탄소)이 무엇인지가 아니며, 과세책임이 상품에 귀속될 수 있는지 내지는 조세와 과세대상상품 사이에 일정한 “관련성”<sup>142)</sup>이 있는지 여부이다.

Canada – Periodicals 사건 패널과 상소기관의 판단을 통해 유추해 보건대, 조세와 과세대상상품 간의 관련성 유무는 과세율 산정방법이나 조세책임을 할당하는 방식을 통해 확인이 가능할 것이다. 상품에 적용된 간접세이기 위해서는, 상품 그 자체에 근거하여 과세율이 책정되거나 또는 조세책임을 각 상품들에 개별 할당되는 경우이어야 한다. 예를 들어, 상품 한 개당 배출되는 탄소량이 결정되고 이후 상품의 양에 따라 총 과세액이 결정되는 경우라면 탄소세는 과세대상상품에 관련성을 가지

140) Joost Pauwelyn, *supra* note 44, p. 20; Joost Pauwelyn, *supra* note 52, p. 478, fn. 80; Kateryna Holzer, *supra* note 44, p. 103; Peter Wooders, Aaron Cosbey, *Climate-linked tariffs and subsidies: Economic aspects (competitiveness & leakage)*, Background Paper for “Climate Change, Trade and Competitiveness: Issues for the WTO”, TAIT Second Conference, 2010.6., p. 18.

141) J. Andrew Hoerner, Frank Muller, *supra* note 69, p. 20, fn. 48.

142) See, e.g., *Panel Report, Mexico – Soft Drinks*, para. 8.42.

고 적용되었다고 볼 수 있을 것이다.<sup>143)</sup>

따라서 탄소세가 단순히 과세대상이 탄소 즉 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소라는 이유에서 탄소세가 상품에 적용되는 간접세가 아니라고 볼 수는 없다. 예를 들어 ‘상품 1개당’ 평균 탄소배출량과 과세율이 결정되고 이후 탄소세가 ‘상품의 수량에 따라’ 많이 또는 적게 부과되는 등 직접적인 과세대상이 되는 최종상품을 매개로 하여 즉 최종상품에 일정한 관련성을 가질 수 있는 방식으로 배출책임이 부과된다면, 그러한 과세는 “상품에 대하여 적용”된 내국간접세로서 제Ⅲ조 2항의 적용범위에 해당될 것으로 보인다. 그리고 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소가 최종상품에 가지는 관련성이 강할수록 제Ⅲ조 2항 1문의 의미에서 상품에 간접적으로 적용되었다고 인정받기 쉽고, 반대로 최종상품과의 관련성이 적은 경우일수록 상품에 간접적으로 적용되었다고 인정받기 어려울 것이다. 그 결과 앞서 검토한 배출권 매입·제출 요건과는 달리, 최종 ‘상품’에 대해 부과되는 탄소세는 Ad Article III를 통해 제Ⅲ조 2항 (a)호와 제Ⅲ

조 2항의 적용을 받는 재정적 국내조치 즉 수입 국경세조정에 해당될 것으로 생각된다.<sup>144)</sup>

마지막으로, 지금까지의 논의를 대표 사례로서 미국 연방의회 차원에서 제안되어 온 탄소세 법안에 적용해 보고자 한다. [표 1]에서처럼 대다수 미 탄소세 법안에는 탄소국경세조정 규정이 포함되어 왔다. 2번, 5번 탄소세 법안의 경우 수입 ‘상품’에 대한 과세를 명시적으로 규정하고 있으므로, 미국 국내적으로도 동일하게 상품에 과세되는 한 이는 간접세에 해당된다. 반면 1번, 3번, 4번, 6번, 7번, 8번 법안의 경우 탄소집약상품의 국내 ‘생산자·제조·업자’ 및 수입 ‘업자’에 대해 탄소세가 부과된다고 되어 있으므로, 이들 법안의 탄소세가 간접세가 되기 위해서는 국내 생산자·제조업자 및 수입업자를 대상으로 과세가 이루어지되 상품 단위별로 과세책임이 할당된다거나 과세수준이 상품을 기준으로 책정되는 등 상품과의 관련성을 가지기 위한 추가적인 조율이 필요하였을 것이다. 예를 들어 6번 법안에서는 수입 국경세조정의 적용대상을 수입상품이 아니라 수입업자

143) 본고의 제Ⅱ항 4.나.(2).3)의 <평가>를 참조.

144) 한편 이 논리는 앞서 본고의 제Ⅱ항에서 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대한 수입 국경세조정 가부와 관련해서 도출되었던 결론이기도 하다. 즉 탄소세가 GATT 제Ⅲ조 2항 1문의 “상품에 [...] 간접적으로 적용되는” 재정조치라는 결론(제Ⅱ항에서의 연구내용)은, 제Ⅳ항의 맥락에서 탄소세가 상품에 적용된 ‘간접세’라는 결론과 동일한 의미이다.

로 하고 있으나, 수입 국경세조정 수준이 (A) 미국 국내‘상품’이 탄소세로 인해 부담한 탄소비용과 (B) 수입‘상품’이 수출국(원산지)에서 부담하였을 탄소비용 간의 차이만큼임을 추가적으로 규정하고 있다.<sup>145)</sup> 따라서 이 경우 과세수준이 상품을 기준으로 결정되므로, 탄소세는 미국 국내 및 수입상품에 일정한 관련성을 가지고 부과된 것으로서 제III조 2항의 의미에서 간접세로 분류될 수 있을 것이다.

**【표1】 미국 연방 탄소세법안의 국경세조정 규정 예시**

|   | 법안명                                     | 내 용  |
|---|---|--|
| 1 | Save Our Climate Act of 2009 (H.R. 594) | <ul style="list-style-type: none"> <li>과세대상연료의 수입업자에 대해(“a tax on [...] importer thereof”) 탄소세가 부과되며(수입 탄소국경세조정), 과세대상연료가 수출되는 경우</li> </ul> |

|   | 법안명  | 내 용  |
|---|--|--|
|   |  | 어떠한 과세도 해당 연료에 부과되어서는 안 됨(수출 탄소국경세조정)을 1986년 내국세법 관련 부분의 말미에 삽입하는 방식으로 개정이 이루어질 것을 규정함. <sup>146)</sup>  |
| 2 | America’s Energy Security Trust Fund Act of 2009 (H.R. 1337) | <ul style="list-style-type: none"> <li>탄소세를 시행하고 있지 않은 국가로부터 수입된 탄소집약상품에 대해 (“on imports of carbon-intensive goods”) 동일한 탄소집약상품의 국내생산업자가 부담하였을 비용만큼 “carbon equivalency fee”를 부과하고(수입 탄소국경세조정), 국내 대 상상품의 수출시에는 해당 상품의 국내생산업자가 이 제도 하에서 부담하였을 비용만큼 탄소세의 공제 또는 환급을 허용해야 함(수출 탄소국경세조정)을 1986년 내국세법 관련 부분의 말미에 삽입하는 방식으로 개정이 이루어질 것을 규정함.<sup>147)</sup></li> </ul> |

145) S.2940, SEC.2.(a)는 1986년 내국세법 관련 부분의 말미에 다음의 내용을 삽입하는 방식으로 개정이 이루어질 것을 규정하였다.

“SEC. 4694. BORDER ADJUSTMENTS.

[...]

(b) Imports.—

[...]

(2) EQUIVALENCY FEE.—For any good identified by the Secretary under paragraph (1), the amount determined under this paragraph shall be equal to the difference between—

(A) the amount of the cost of such good which would be attributable to any fees imposed under this subchapter on inputs used in the manufacturing of such good if the inputs used in manufacturing such good were subject to such fees (as determined under regulations established by the Secretary), and

(B) the amount, if any, of the cost of such good which is attributable to comparable greenhouse gas or carbon content taxes or fees imposed by the foreign nation or substantial governmental unit from which such good is imported (as determined under regulations established by the Secretary).” [밑줄첨가]

146) H.R.594, SEC.3.(a).

147) H.R.1337, SEC.2.(a).

|   | 법안명   | 내 용  |
|---|---|--|
| 3 | Raise Wages, Cut Carbon Act of 2009 (H.R. 2380) | <ul style="list-style-type: none"> <li>과세대상연료의 수입업자에 대해("a tax on [...] importer thereof") 탄소세가 부과되며(수입 탄소국경세조정), 과세대상연료가 수출되는 경우 어떠한 과세도 해당 연료에 부과되어서는 안 됨(수출 탄소국경세조정을 1986년 내국세법 관련 부분의 말미에 삽입하는 방식으로 개정이 이루어질 것을 규정함.<sup>148)</sup></li> </ul>   |
| 4 | Climate Protection Act (S. 332)                 | <ul style="list-style-type: none"> <li>탄소오염물질의 모든 수입업자에 대해("impose on any [...] importer") 과세가 이루어져야 하며(수입 탄소국경세조정), 해당 물질이 수출되는 경우 어떠한 과세도 이루어져서는 안 됨(수출 탄소국경세조정을 미국 청정대기법 관련 부분의 말미에 삽입하는 방식으로 개정이 이루어질 것을 규정함.<sup>149)</sup></li> </ul>  |
| 5 | Managed Carbon Price Act of 2014 (H.R. 4754)    | <ul style="list-style-type: none"> <li>탄소집약상품의 수입에 대해("a [...] fee on imports of carbon intensive goods") 동일한 국내상품이 부담하였을 "permit fee"에 상당하는 수준으로 "greenhouse gas emission permit equivalency fee"를 부과하고(수입 탄소국경세조정), 국내 탄소집약상품의 수출시 수출업자에게 기 징수된 과세에 상당하는 금액을 지불해야 함(수출 탄소국경세조정을 1986년 내국세법 관련 부분의 말미에 삽입하는 방식으로 개정이 이루어질 것을 규정함.<sup>150)</sup></li> </ul> |

|   | 법안명   | 내 용  |
|---|---|--|
| 6 | American Opportunity Carbon Fee Act of 2014 (S. 2940) | <ul style="list-style-type: none"> <li>"국경조정"(Border Adjustments)이라는 제목 하에 첫째, 미국 탄소세로 인해 외국시장에서 경쟁열위에 처하게 된 국내상품에 대해 해당 상품 수출시 "equivalency refund" 즉 조세환급을 할 수 있고(수출 국경세조정), 둘째, 수입상품이 미국 탄소세로 인해 미국 국내시장에서 국내상품보다 경쟁우위에 있게 된 경우 해당 상품을 수입하는 수입업자에게 ("on the person importing such good") "equivalency fee"을 부과할 수 있음(수입 국경세조정을 1986년 내국세법 관련 부분의 말미에 삽입하는 방식으로 개정이 이루어질 것을 규정함.<sup>151)</sup></li> </ul> |
| 7 | Tax Pollution, Not Profits Act (H.R. 2202)            | <ul style="list-style-type: none"> <li>미국에서 생산된 상품의 수출시 수출업자에게 "equivalency refund"로서 기 징수된 조세와 관련된 비용만큼 환급이 가능하고(수출 국경세조정), 미국으로의 해당 상품 수입업자에 대해("on the person importing such good") 해당 상품이 미국에서 생산되었더라면 부과되었을 추가 비용만큼을 "equivalency fee"로서 부과할 수 있음(수입 국경세조정을 1986년 내국세법 관련 부분의 말미에 삽입하는 방식으로 개정이 이루어질 것을 규정함.<sup>152)</sup></li> </ul>  |

148) H.R.2380, SEC.2.(a).

149) S.332, SEC.101.(a).

150) H.R.4, SEC.2.(a).

151) S.2940, SEC.2.(a).

152) H.R.2202, SEC.2.(a).

|   | 법안명  | 내 용   |
|---|--|---|
| 8 | Climate Protection and Justice Act of 2015 (S. 2399) | <ul style="list-style-type: none"> <li>“탄소오염집약상품에 대한 탄소동등성국경세조정”(Carbon Equivalency Fee Border Adjustments for Carbon Pollution-Intensive Goods)이라는 제목 하에, 미국 청정대기법 하에서 부과받은 조세 등으로 인해 국내 탄소집약상품의 생산자가 부담하게 된 비용에 상당하는 “carbon equivalency fee”를 탄소오염집약상품의 수입업자에게 부과(“on any [...] importer of a carbon polluting substance”)(수입 국경세조정)하도록 미국 청정대기법의 관련 부분을 개정할 것을 규정함.<sup>153)</sup></li> </ul> |

(※ 출처: 본인 검색·정리)

## V. 결 론

본 연구에서는 파리협정의 출범 이후에 상품 및 산업 차원에서 여전히 탄소누출이 발생할 수 있으며, 따라서 이 문제를 해결하기 위한 한 가지 정책수단으로서 논의되어 온 탄소국경세조정이 WTO협정에서 허용하는 수입 국경세조정의 적용범위에 포섭될 수 있는지를 검토하였다. 주요 결론을 요약하면 다음과 같다.

제 I 항에서는 탄소국경세조정의 도입 및 운용이 논의되는 배경을 국가들의 기후 변화 완화 노력이 상이함으로 인해 발생하

는 탄소누출 문제를 중심으로 논의하였다. 또한 파리협정 체제의 출범 이후에도 탄소누출 문제가 여전히 발생가능하므로 탄소국경세조정에 관한 논의에 여전히 실익이 있음을 확인하였다.

제 II 항에서는 수입 측면 국경세조정의 적용범위와 발동요건을 검토하였다. 특히 상품생산과정에서 배출된 탄소와 같이 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소에 부과된 내국간접세에도 WTO협정상 국경세조정이 가능한지를 중심으로 검토하였다. 수입 측면에서 이 문제에 관한 학설의 입장은 (i) 제 II 조 2항 (a)호의 “수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”에 주목하는 입장, (ii) 제 III 조 2항 1문의 “상품에 [...] 간접적으로 적용되는”에 주목하는 입장, (iii) 보조금협정에 따른 수출 국경세조정에서 일부 경우 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대해서도 국경세조정을 허용해주고 있으므로 수입 국경세조정에 있어서도 대칭적으로 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에 대한 국경세조정을 인정해 주어야 한다는 입장, (iv) Ad Article III에 주목하는 입장 등으로 나뉜다. 이 중 본 연구에서는 Canada-Periodicals 사건 판결에 비추어 볼 때 패널과 상소기관이 (ii)번 입

153) S.2399, SEC.101.

장을 중심으로 그리고 (i)번과 (iv)번 견해를 보조적으로 참고할 가능성이 높다고 판단하였다. 따라서 상품생산과정에서 발생하였으나 최종상품에는 남아있지 않은 탄소의 경우에도 상품에 “간접적으로” 적용된 과세조치로서 제III조 2항 1문에 따라 수입 국경세조정의 물적 적용범위에 포함될 수 있다고 보았다.

제III항에서는 배출권거래제 하에서 부과된 배출권에 대해 수입 국경세조정이 가능한지를 검토하였다. 수입 국경세조정의 적용대상은 내국간접세로 한정된다. 따라서 배출권에 대해 수입 국경세조정이 가능하기 위해서는, 배출권이 ‘조세’이어야 하고 나아가 상품에 대해 적용된 ‘간접세’이어야 한다. 이에 대해 배출권이 배출권거래제의 적용을 받은 대상주체들에게 경제적 부담을 안기는 규제조치이므로 조세 또는 조세에 상당하는 과징금이라는 주장이 있으나, 배출권거래제 하에서는 일정한 경제적 부담을 지拂하고 그 반대급부로 배출권을 할당받는 것이므로 ‘반대급부 없는, 정부에의 일방적인 지출’이어야 하는 조세의 정의에 부합하지 않는다. 또한 배출권이 탄소시장에서 거래가 가능하며 수요와 공급에 따라 시장가격이 변동된다는 점에 비추어 볼 때 조세라 보기 어렵다. 또한 일부 학자들이 주장하듯 조세의 개념을 광범하게 해석하여 배출권이 ‘조세에 상당하는

과징금’에 해당한다고 보는 경우에도, EU ETS의 경우를 포함해서 현행 대다수 배출권거래제에서는 국내적으로 배출책임을 탄소배출을 야기한 행위주체 또는 탄소배출행위를 기준으로 부과하고 있으므로 배출권이 상품에 대하여 적용된 간접세라고 보는 데에는 여전히 어려움이 있다. 따라서 배출권거래제 하에서 수입업자에게 부과되는 배출권 매입·제출 요건은 WTO협정상 수입 국경세조정으로 인정될 수 없으며, 상품과의 관련성을 가지고 “상품에 대하여 적용”된 조치가 아니기 때문에 GATT Ad Article III의 적용을 받지 못하므로 상품의 수입에 대해 부과된 수입제한조치(즉 비재정적 성격의 국경조치)로서 GATT 제XI조 1항과의 합치성이 문제될 가능성이 높다.

마지막으로, 제IV항에서는 탄소세가 수입 국경세조정의 적용대상이 될 수 있는지를 검토하였다. 수입 국경세조정은 내국간접세에 대해 가능하므로, 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소인 탄소에 부과된 탄소세가 “상품에 대하여 적용”된 간접세라 볼 수 있는지에 대해 이견이 있다. 그러나 Canada – Periodicals 사건에서의 패널 및 상소기관 판단에 따를 경우, 단순히 과세대상(탄소)이 최종상품에 물리적으로 남아있지 않은 요소라 하여 해당 조세가 자동적으로 간접세가 아니라고 볼 수는

없다. 탄소에 대한 과세라 하더라도 최종 상품을 매개체로 하여 최종상품에 일정한 관련성을 가질 수 있는 방식으로 과세가 이루어진다면 “상품에 대하여 적용”된 재정조치로서 간접세에 해당될 수 있다. 따라서 앞서 검토한 배출권 매입·제출 요건과는 달리, 최종 ‘상품’에 부과되는 탄소세는

상품에 일정한 관련성을 가질 수 있으므로 Ad Article III를 통해 제II조 2항 (a)호와 제 III조 2항의 적용을 받는 재정적 국내조치, 보다 구체적으로는 수입 국경세조정으로서 인정받을 수 있다는 결론에 이르게 되었다.

## 참 고 문 헌

### 1. 단행본

Brewer, Thomas L., *The United States in a Warming World: The Political Economy of Government, Business, and Public Responses to Climate Change*, Cambridge University Press, 2014

Conrad, Christiane R., *Process and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*, Cambridge University Press, 2011

Deane, Felicity, *Emissions Trading and WTO Law: A Global Analysis*, Edward Elgar Publishing, 2015

Hollo, Erkki J.; Kati Kulovesi; Michael Mehling, *Climate Change and the Law*, Springer, 2013

Holzer, Kateryna, *Carbon-Related Border Adjustment and WTO Law*, Edward Elgar Publishing, 2014

Hufbauer, Gary Clyde; Steve Charnovitz; Jisun Kim, *Global Warming and the World Trading System*, Peterson Institute, 2009

Matsushita, Mitsuo; Thomas J. Schoenbaum; Petros C. Mavroidis; Michael Hahn, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy: Law, Practice, and Policy*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, 2015

\_\_\_\_\_; Thomas J. Schoenbaum; Petros C. Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 2006

Van den Bossche, Peter; Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 3<sup>rd</sup> ed., Cambridge University Press, 2013

### 2. 학술논문 및 보고서

김홍균, “WTO체제와 조화를 이루는 배출권거래제도의 설계”, 서울국제법연구 제19권 1호, 2012

- 이로리, “탄소세의 국경세조정에 대한 WTO법적 검토”, 국제법학회논총 제55권 제1호, 2010
- 이재형, “기후변화협약과 환경세의 국경조정”, 통상법률 제61호, 2005
- 이천기, “탄소세에 대한 수출 국경세조정 가능성 연구 -GATT Ad Article XVI 및 보조금협정 부속서 I, II의 해석을 중심으로-”, 제64회 안암법학회 춘계학술발표회, 2017.5.27
- \_\_\_\_\_, “유럽사법법원의 Outokumpu Oy 사건에 대한 재조명 -환경문제와 관련된 WTO 법리와의 비교 및 그 시사점-”, 통상법률 제121호, 2015
- Astoria, Ross, “Design of an International Trade Law Complaint Carbon Border Tax Adjustment”, *Arizona Journal of Environmental Law & Policy*, vol. 6, 2015
- Bartels, Lorand, *The Inclusion of Aviation in the EU ETS: WTO Law Considerations*, ICTSD Issue Paper 6, 2012
- Biermann, Frank; Rainer Brohm, “Implementing the Kyoto Protocol without the USA: The Strategic Role of Energy Tax Adjustments at the Border”, *5 Climate Policy*, 2005
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_, “Border Adjustments on Energy Taxes: A Possible Tool for European Policymakers in Implementing the Kyoto Protocol?”, *74(2) Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung*, 2005
- Bordoff, Jason E., “International Trade Law and the Economics of Climate Policy: Evaluating the Legality and Effectiveness of Proposals to Address Competitiveness and Leakage Concerns”, *A Draft prepared for Brookings Forum: "Climate Change, Trade and Competitiveness: Is a Collision Inevitable?"*, The Brookings Institution, 2008
- Bueb, Julien; Lilian Richieri Hanania; Alice Le Clézio, *Border adjustment mechanisms: Elements for economic, legal, and political analysis*, WIDER Working Paper 2016/20, 2016.4
- Cendra, Javier de, “Can Emissions Trading Schemes be Coupled with Border Tax Adjustments? An Analysis vis-à-vis WTO Law”, *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 15, Issue 2, 2006

- Deane, Felicity, “The Border Adjustments of the Australian Clean Energy Package”, 17 *International Trade and Business Law Review*, 2014
- Demaret, Paul; Raoul Stewardson, “Border Tax Adjustments under GATT and EC Law and General Implication for Environmental Taxes”, *Journal of World Trade* 28(4), 1994
- Feaver, Donald; Benedict Sheehy, “Climate Policy and Border Adjustment Regulation: Designing a Coherent Response”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, 2012
- Goh, Gavin, “The World Trade Organization, Kyoto and Energy Tax Adjustment at the Border”, 38(3) *Journal of World Trade*, 2004
- Hoerner, J. Andrew; Frank Muller, *Carbon Taxes for Climate Protection in a Competitive World*, A Paper Prepared for the Swiss Federal Office for Foreign Economic Affairs, 1996
- Ismer, Roland, “Mitigating Climate Change Through Price Instruments: An Overview of the Legal Issues in a World of Unequal Carbon Prices”, *European Yearbook of International Economic Law* 2010, 2010
- Kaufmann, Christine; Rolf H. Weber, “Carbon-related border tax adjustment: mitigating climate change or restricting international trade?”, *World Trade Review* 10(4), 2011
- Kortum, Sam; David Weisbach, *Border Adjustments for Carbon Emissions: Basic Concepts and Design*, RFF Discussion Paper 16-09, Resources for the Future, 2016
- Lester, Simon, “Appellate Body Report on India—Additional and Extra-Additional Duties on Imports from the United States”, *Dispute Settlement Commentary*, 2009
- Low, Patrick; Gabrielle Marceau; Julia Reinaud, “The Interface between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues”, *Journal of World Trade* 46(3), 2012
- Maruyama, Warren H., “Climate Change and the WTO: Cap and Trade versus Carbon Tax?”, *Journal of World Trade*, vol. 45, no. 4, 2011
- Matsushita, Mitsuo, “Some Issues of Environmental Measures in the Context of WTO Disciplines”, *Korea University Law Review*, Vol. 8, 2010

- McLure, Charles E., “The GATT-Legality of Border Adjustments for Carbon Taxes and the Cost of Emissions Permits: A Riddle, Wrapped in a Mystery, Inside an Enigma”, *11(4) Florida Tax Review*, 2011
- Neuhoff, Karsten; Roland Ismer, *International Cooperation to Limit the Use of Border Adjustment*, Workshop Summary, South Center, 2008.9.10
- Pauwelyn, Joost, “Carbon Leakage Measures and Border Tax Adjustments under WTO Law”, *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Edward Elgar Publishing, 2013
- \_\_\_\_\_, *U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law*, NI Working Paper 07-02, Duke University, 2007
- Petersmann, Ernst-Ulrich, “International Trade Law and International Environmental Law: Environmental Taxes and Border Tax Adjustment in WTO Law and EC Law”, *Environmental Regulation, the Economy and Sustainable Development*, Cambridge University Press, 2000
- Pitschas, Christian, “GATT/WTO Rules for Border Tax Adjustment and the Proposed European Directive Introducing a Tax on Carbon Dioxide Emissions and Energy”, *24 Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995
- Regan, Donald, “How to think about PPMs (and climate change)”, *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change: World Trade Forum*, Cambridge University Press, 2009
- Shih, Wen-Chen, “The Border Tax Adjustment Provisions of the GATT/WTO and Their Implications on the Design of Energy and Carbon Tax”, *14 International Trade and Business Law Review* 53, 2011
- Wooders, Peter; Aaron Cosbey, *Climate-linked tariffs and subsidies: Economic aspects (competitiveness & leakage)*, Background Paper for “Climate Change, Trade and Competitiveness: Issues for the WTO”, TAIT Second Conference, 2010.6

### 3. 국제 및 지역기구 문서

Committee on Trade and Environment, *Promoting Mutual Supportiveness between Trade and Climate Change Mitigation Actions: Carbon-Related Border Tax Adjustments, Communication from Singapore*, WT/CTE/W/248, 2011

\_\_\_\_\_, *Taxes and Charges for Environmental Purposes - Border Tax Adjustment, Note by the Secretariat*, WT/CTE/W/47, 1997

GATT Working Party Report on border tax adjustments, L/3464, 2 December 1970, BISD 18S/97

Interim Commission for the International Trade Organization, *Reports of Committees and Principal Sub-Committees*, United Nations Conference on Trade and Employment Held At Havana, Cuba from 21 November 1947 to 24 March 1948

United Nations Economic and Social Council, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment - Verbatim Report*, E/PC/T/TAC/PV/26, 1947.9.23

\_\_\_\_\_, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment - Verbatim Report*, E/PC/T/A/PV/9, 1947.6.5

WTO Secretariat, *Trade and Climate Change - A report by the United Nations Environment Programme and the World Trade Organization*, WTO, 2009

\_\_\_\_\_, *Trade and Environment at the WTO*, WTO, 2004

[국문초록]

## WTO협정상 수입 국경세조정에 관한 연구

### - 탄소세와 배출권에의 적용가능성 및 그 시사점 -

지난 제21차 기후변화협약 당사국총회에서 채택된 파리협정에서는 기존의 교토의정서와는 달리 모든 당사국이 온실가스 감축 노력에 참여하게 된다. 그러나 파리협정은 당사국들에게 법적 구속력을 가지는 구체적인 감축 목표와 방법을 부과하고 있지는 못하며, 각 당사국은 국가별 기여방안에서 자신이 선택한 감축목표와 방법에 따라 온실가스 감축에 참여하게 된다. 그 결과 국가들의 온실가스 감축노력의 수준과 방식은 다수의 현행 지역무역협정에서처럼 다양해지고 복잡해질 것으로 예상된다. 문제는 이처럼 국가마다 상이한 기후정책이 비대칭적으로 시행될 경우 탄소누출이 발생할 가능성이 있다는 점이다. 탄소 배출규제가 심한 국가에 위치한 산업·기업들은 탄소배출을 줄이려 노력하는 대신 단순히 생산기반을 탄소 배출규제가 낮은 국가로 이전하려 할 것이다.

일부 국가와 학자들은 탄소누출 문제를 해결하기 위한 방안으로 탄소세에 대한 수입 및 수출 측면의 국경세조정(border tax adjustments: BTAs)을 주장해왔다. 이러한 기후정책들은 상품의 국제무역에 직접적으로 영향을 미치는 조치이기도 하므로 WTO협정의 제 의무를 준수하는 것이어야 한다. 문제는 탄소세나 배출권거래제에서의 배출권이 '탄소'에 대해 부과된 조치라는 데 있다. 탄소는 상품생산과정에서 발생하였으나 최종상품에는 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소에 해당된다. 그런데 WTO협정상 국경세조정의 적용범위에 이러한 요소에 대해 이루어진 내국과세가 포함되는지에 관해서는 논란이 있다. 만약 근거 규정의 해석상 국경세조정이 허용될 수 없다면, 수입상품에 대해 국경에서 부과된 탄소세나 배출권거래제에서 수입업자에게 부과되는 배출권 매입·제출 요건은 WTO협정에 합치하지 못할 가능성이 높다.

이러한 배경에서, 본고는 탄소세나 배출권거래제를 시행하는 회원국이 탄소누출을 방지하고 자국 기후정책의 실효성을 확보하기 위해 WTO협정의 수입 및 수출 국경세조정제도를 활용할 수 있는지에 관한 검토를 목적으로 한다. 제 I 항에서는 탄소국경세조정의 필요

성을 탄소누출 문제를 중심으로 논의한다.

제II항에서는 수입 측면을 중심으로 국경세조정의 근거규정을 분석하여 국경세조정의 적용범위와 발동요건을 검토한다. 특히 상품생산과정에서 배출된 탄소와 같이 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소에 부과된 내국간접세에도 WTO협정상 국경세조정이 가능한지 여부를 살펴본다. 수입 국경세조정의 경우 제III조 2항 1문의 “상품에 [...] 간접적으로 적용되는”이라는 표현을 통해 최종상품에 물리적으로 포함되지 않은 요소에도 수입 국경세조정이 허용될 가능성이 있다.

제III항에서는 제II항에서 검토하였던 WTO협정 국경세조정 규정에 관한 일반적인 논의를 바탕으로, 배출권거래제 하에서 부과된 배출권에 대해 수입 국경세조정이 가능한지를 검토한다. 수입 국경세조정의 적용대상은 내국간접세로 한정된다. 따라서 배출권에 대해 수입 국경세조정이 가능하기 위해서는 배출권이 ‘조세’이어야 하고, 보다 구체적으로 상품에 대해 적용된 ‘간접세’이어야 한다. 그러나 배출권은 조세라 보기 어렵고, 배출권거래제에서는 배출책임이 탄소배출을 야기한 행위주체 또는 탄소배출행위를 기준으로 부과되므로 배출권을 상품에 대하여 또는 상품에 관련성을 가지고 적용된 간접세라 보기 어렵다. 따라서 수입업자에게 부과되는 배출권 매입·제출 요건은 WTO협정상 수입 국경세조정으로 인정될 수 없으며, 상품의 수입에 대해 부과된 수입제한조치로서 GATT 제XI조 1항에 불합치할 가능성이 있다.

제IV항에서는 탄소세가 수입 국경세조정의 적용대상이 될 수 있는지를 검토한다. 탄소세는 최종상품에 물리적으로 포함되어 있지 않은 요소인 탄소에 대해 부과된 조치이나, 직접적인 과세대상이 되는 최종상품을 매개로 하여 즉 최종상품에 일정한 관련성을 가질 수 있는 방식으로 과세가 이루어지므로 “상품에 대하여 적용”된 재정조치로서 간접세에 해당될 수 있다. 따라서 앞서 검토한 배출권 매입·제출 요건과는 달리, 최종‘상품’에 대해 부과되는 탄소세는 Ad Article III를 통해 제II조 2항 (a)호와 제III조 2항의 적용을 받는 재정적 국내조치, 보다 구체적으로 수입 국경세조정으로서 인정받을 수 있다.

## 주제어

국경세조정, 세계무역기구, 기후변화, 파리협정, 탄소누출

[ABSTRACT]

A Study on Import-side Border Tax Adjustments under WTO Law  
– Applicability to Carbon Taxes and Emission Allowances and its implication –

At the 21th session of the Conference of the Parties (COP) of the UNFCCC the Paris Agreement was adopted. Unlike the previous Kyoto regime, under the Paris Agreement all Parties will get to participate in greenhouse gas emission reduction efforts. However, the Paris Agreement does not provide for any legally binding obligations in terms of specific emission reduction targets or methods. Instead, each Party is free to decide upon its own reduction targets and methods through its Nationally Determined Contribution (NDC) submitted to the UNFCCC. As a result, it is expected that national climate policies of many countries will get increasingly diversified and complicated.

The problem then lies in the fact there is a possibility of carbon leakage on account of this asymmetries between and amongst countries' greenhouse gas emission efforts. When carbon leakage occurs, carbon- and energy-intensive industries and enterprises which operate within the jurisdiction of higher emission costs will simply move its production abroad to other jurisdiction of lower emission costs, instead of seeking to cut down on carbon emissions within the former jurisdiction.

Some nations and scholars have suggested carbon-related border tax adjustments (Carbon-related BTAs) on the import and export sides as a solution to prevent carbon leakage. BTAs aim to level the playing field between domestic and foreign producers, by allowing an importing country to impose an additional tax on imported products up to the equivalent amount of carbon costs that domestic producers bear under its national greenhouse gas reduction policy and by allowing an exporting country to rebate the previously collected carbon costs on domestic producers upon the exportation of products.

In the meantime, to the extent that these measures directly or indirectly affect international

trade in goods, they are also required to be in conformity with WTO law: for instance, if a WTO Member intends to apply BTAs to imported products equivalent to its domestic carbon tax, it needs to make sure that such BTAs are consistent with relevant provisions of GATT 1994, including Articles II:2(a) and III:2.

Yet, these are measures that are applied to ‘carbon emissions’. Carbon is emitted during production process of goods, but it does not remain in the final products. That is, carbon is not an element “physically incorporated” into or “physically present” in the final products. Under WTO law, there still remains a range of controversies as regards the applicability of BTAs to taxes imposed on such non-product-related elements. If relevant WTO provisions are to be interpreted to prevent BTAs from applying to taxes on these elements, it would become highly likely that carbon tax imposition on imported products at the border and allowance requirements imposed under the ETS run afoul of WTO law.

Against this backdrop, in this thesis the author mainly focuses on whether it is legally possible for WTO Members to utilize import- and export-side BTA system of WTO law in order to prevent carbon leakage and to maintain effectiveness of their carbon tax or emission trading systems. To achieve these objectives, in Chapter I this thesis discusses the necessity of carbon-related BTAs as a solution for carbon leakage.

In Chapter II the author interprets import-side BTA provisions under the GATT and sheds light on academic opinions and relevant GATT/WTO panel and Appellate Body findings, particularly focusing on the material scope of such BTAs, and the author draws the conclusion that import-side BTAs can be imposed upon non physically incorporated elements (like emitted carbon) via the wording “applied [...] indirectly” of Article III:2 GATT.

In Chapters III and IV, based on the conclusion in Chapter II the author discusses the possibility the carbon taxes and carbon emission allowances can be adjusted. In order for carbon emission allowances to be border tax adjustable it needs to be an indirect tax imposed directly or indirectly on products. While some scholars argue that carbon emission allowances de facto bear the identical or similar quality as a tax in terms of economic impacts or effects on pro-

ducers and manufacturers, the author concludes that they cannot be seen as a tax *stricto sensu*; and even assuming *arguendo*, they cannot be considered to be “applied [...] to” products. Accordingly carbon emission allowances cannot be border adjusted under WTO Agreement. In contrast, since carbon taxes are calculated on a per-unit basis and imposed indirectly on the final products *per se*, they are eligible for BTAs provided that they are implemented consistently with the most-favoured nation treatment and national treatment obligations respectively provided for under Articles I:1 and III:2 GATT.

**Key words**

border carbon adjustments, BTAs, WTO, climate change, Paris Agreement, carbon leakage

# 국제투자협정상 ‘국내법 부합규정’에의 위반성\*

인천대학교 법학부 교수 김 석 호

\*논문접수: 2017. 5. 4. \*심사개시: 2017. 5. 25. \*게재확정: 2017. 6. 16.

## 〈 목 차 〉

- |   |   |
|---|---|
| I. 서론   | 3. 기준 법령의 시간적 제약                                  |
| II. ‘국내법 부합규정’의 상이한 위치                        | IV. ‘국내법 부합규정’에의 위반성 문제의 소송 절차상 지위                |
| 1. 투자 도입(admission) 조항에 포함된 경우                | 1. 동 문제의 소송절차상 차지하는 지위의 다양성                       |
| 2. 투자 정의(definition) 조항에 포함된 경우               | 2. 본안(merit)前 단계 對 본안 단계                          |
| 3. 투자 대우(treatment) 조항에 포함된 경우                | 3. 관할(jurisdiction) 문제 對 심리적격성 (admissibility) 문제 |
| III. 관할(jurisdiction)거부를 위한 ‘국내법 부합 조항’에의 위반성 | V. 결 론  |
| 1. 국내법의 의미 및 위반 정도                            |   |
| 2. 투자도입국의 역할 및 지위                             |   |

## I. 서론

국제투자협정에서 국내법이 언급되거나 관련되는 경우는 생각보다 많다. 우선, 협정의 적용대상인 투자를 정의(definition)함에 있어 국내법에 부합되는 투자만으로 한정하고자 하는 경우도 있거니와 통상적으로 외자는 도입(admit)될 때 도입국의 법에 의해 통제를 받도록 하는 것이 원칙이다. 그 뿐만 아니라 정상적인 수용(expropriation)

을 위해서는 적법절차(due process)를 준수하도록 규정하는데, 이 경우엔 해당 국내법이 수용의 적법성 판단기준이 될 수 있는 것이며, 투자협정의 적용상의 예외를 정함에 있어서도 협정과 상치되는 기존의 국내법이나 환경법 등 특정한 법이 흔히 거론되기도 한다. 그밖에, 국제투자의 경우엔 도입국의 법 환경이 중요하므로, 그것이 보다 안정되고 공정한 지위를 갖도록 하기 위해 투자관련 국내법의 공개나 이에

\* 이 논문은 인천대학교 2016년도 자체연구비 지원에 의하여 연구되었음.

대한 이의제도를 돕으로서 국내법의 내용에 관여할 수 있도록 하는 조항을 두기도 하고, 나아가 투자협정상의 분쟁해결의 준거법으로서 당사국의 국내법이 지정되는 경우엔 그것이 투자분쟁 해결의 준칙이 될 수도 있다.

그러나 그 중 외자에 대한 당사국의 규제권을 확보하기 위해 투자협정에 도입되는 전형적인 규정은 ‘국내법 부합규정’의 형태를 띤다. 이는 ‘도입국의 법령에 따라 (in accordance with host state law)’ 도입되거나 투자될 것을 요구하는 규정이다. 동 규정은 도입국에 의해 요청되는 것으로서 그 원래 취지는 도입국의 규제권을 협정상 공인시키는데 있는 것이다.<sup>1)</sup> 상처된 의사의 합치라는 관점에서 투자협정을 파악하자면, 한편으로는 외자를 조장하고 보호해주되, 다른 한편으로는 도입국의 주권보호 및 기본정책의 수행을 위한 최소한의 규제권을 보장해주는 구조라 할 수 있다.<sup>2)</sup>

그러나 국제투자중재의 관행은 이와 다른 새로운 용도를 발전시켰다. 즉 합법성의 요구보다는 외국투자가가 국제법정에 제소하는 것을 저지할 목적으로 동 규정의 위반성을 원용하는 경우가 빈번하였기 때문이다. 따라서 국내법 위반의 당사자는 외국투자가일 수도 있고 도입국의 공공기관일 수도 있겠으나, 통상적으로 국제투자협정상의 ‘국내법 부합규정’에의 위반성이 법정에서 거론되는 경우라면 이는 도입국 당국이 국내법을 위반하는 경우가 아니라 전적으로 외국투자나 외국투자가가 투자도입국의 국내법을 위반한 경우라 할 수 있다.<sup>3)</sup> 왜냐하면 일단 도입국 당국이 자신의 국내법을 위반하는 경우는 그 경우도 드물거니와 그로 인해 외국투자가가 피해를 본 경우라면 당연히 투자협정이 규정한 국제중재에의 제소대상이 되는 것이어서 특별한 고찰이 요구되는 경우가 없기 때문이다. 이에 반해 외국 투자나 투자가가 투자도입국의 국내법을 위반할 가능성은 상

1) UNCTAD, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2011, p.38.

2) Cf. 캐나다-EU간 포괄적경제통상협정(CETA) Article 8.9 Investment and regulatory measures

1. For the purpose of this Chapter, the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.

3) 한-미 FTA의 경우, ‘투자허가(investment authorization)’를 위반한 경우를 정해진 중재법정에 제소할 수 있는 대상으로 거론하고 있는데. (Art.11.16, 1, (a), (i) (B); (b)(i)(B).) 이 경우 문언상으로는 당국도 이를 위반한 외국투자가를 국제중재에 제소할 여지가 인정되는 것이지만, 이런 경우는 일어날 가능성이 거의 없다. 왜냐하면 그런 경우엔 국내법을 통한 제재가 가능하고 그것을 선호할 것이기 때문이다. 따라서 해당 규정의 경우에도 당국이 위반한 경우에 외국투자가가 제소하는 경우에 국한될 것으로 보인다.

대적으로 고, 이는 대개 국내적으로 조치 되는 것이어서 그 자체로 국제중재의 제소 대상이 되는 것은 아니지만, 그 대신 만약 투자자가 국제중재에 제소한 경우라면, 이의 관할을 부인하기 위한 항변사유로 투자 도입국이 이를 거론하기 때문에 문제가 되는 까닭이다.

따라서 관할거부사유로 국내법 위반이 거론되는 경우엔, 일단 해당 위법성을 판단하는 기준이 무엇이어야 하며, 어느 정도 위반한 경우에 이를 인용하여야 할 것인지 등을 둘러싸고 많은 논란이 있게 되는 것이며, 그 다음, 해당 항변을 다루는 법정은 해당 문제를 관할(jurisdiction)의 근거로 봐야 되는 것인지 아니면 심리적격성(admissibility) 요건으로 봐야 하는 것인지 아니면 본안(merit)에서 다루어야 하는 것인지 등 소송절차상의 문제에 대한 판단부터가 역시 쉽지 않은 문제를 제기하게 됨으로써 이러한 문제의 합리적 해결을 위한 특별한 고찰이 요구된다 할 것이다.

이러한 고찰은 우선, ‘국내법 부합규정’이 어느 조항에 어떠한 형태로 규정되고 있는지 그리고 그것이 어떠한 의미를 가질 수 있는 것인지에 대해서 살펴볼 필요가 있으며(II), 그 다음, 해당 조항에의 위반성

을 판정하는 기준이 무엇이어야 하는지, 그리고 그것이 인정되기 위한 위반의 정도는 어느 정도로 할 것이며, 이는 어떻게 파악되는지 등을 살펴보아야 할 것이다(III). 끝으로 이 문제가 차지하는 위상이나 그것이 야기하는 문제 등을 고려할 때, 그것은 소송절차상 어떠한 지위를 가져야 하는 것이며, 어느 단계에서 다루어지는 것이 실무상 그리고 논리상 바람직한 것인지에 대해 생각해 볼 필요가 있게 한다(IV).

## II. ‘국내법 부합규정’의 상이한 위치

‘국내법 부합규정’은 도입국의 외자에 대한 규제권을 확립할 목적으로 대부분의 국제투자협정에서 등장하지만 그것이 규정되는 양상은 동일하지가 않으며 다양한 형태로 나타난다. 어떤 경우엔 정의(definition) 조항에서 등장하는가 하면, 또 어떤 경우엔 도입(admission)조항에 포함되기도 하고, 더 나아가 대우(treatment)조항에서 나타나기도 하며, 상당한 경우 이러한 조항들에 중복적으로 규정되기도 한다.<sup>4)</sup>

따라서 동 조항의 규정형태와 더불어 살펴보아야 할 것은 이러한 상이한 규정형태

4) 협정 발효 이전의 투자에 대해서도 적용한다는 규정을 두는 경우, 이에 포함되기도 하는데 이 경우는 어느 시기의 법이 기준이 되는 것인가가 별도로 문제되는 것을 제외하곤 정의 조항에 포함된 경우와 동일한 지위를 갖는다고 볼 수 있다. 이전 투자에 대한 적용 법의 문제는 이후에 별도로 언급하기로 한다.

는 각기 다른 효과를 의도한 것인지 그리고 그러한 의도된 효과가 부여되는 것인지 아니면 상이한 형태라 할지라도 동일한 결과나 동일한 효과를 갖게 되는데 불과한 것인지의 문제가 될 것이다.

### 1. 투자 ‘도입(admission)’ 조항에 포함된 경우

동 조항이 ‘투자 도입(admission)조항’에 포함된 경우란 동 조항이 투자도입(admission) 조항 또는 투자 도입 및 조장(admission & promotion)에 관한 조항 등에서 당사국이 외국투자를 도입함에 있어 “국내법에 따라(‘in accordance with host state law’) 도입한다”는 규정을 두는 경우이다.<sup>5)</sup> 그러나 경우에 따라서는 외자를 도입함에 있어 국내법에 의거한 동의(approval)를 받도록 하거나,<sup>6)</sup> 나아가 외자를 도입함에 있어 “국내법에 따른 권한을

유보”한다는 식의 노골적인 규정을 두는 경우도 있다.

국내법 부합 규정을 두는 당사국의 근본 목적이 투자도입 과정에서 도입국의 외자에 관한 규제권을 보장받고자 하는 취지임을 고려한다면, 해당 규정은 원래 투자 도입 조항에 두는 경우가 일반적이라 할 수 있다. 즉 정의 조항이나 대우 조항에선 등장함이 없이 오로지 투자 도입 조항에서만 규정되는 경우가 보다 일반적이라 할 수 있으며, 그것을 포함한 다른 조항이 등장하게 된 것은 이를 보충하기 위해서이거나 관할거부의 근거를 보다 공고히 하기 위한 취지인 것으로 보아야 할 것이다.

#### 가. ‘국내법 부합 규정’의 의미

투자도입 조항에서의 국내법 부합조항의 가장 일반적인 유형은 “당사국의 국내 법령에 따라 도입한다 (admit in accordance

5) “Each Contracting Party shall admit in its territory investments by nationals or legal persons of the other Contracting Party in accordance with its legislation and shall encourage such investments.” (한-벨기에·룩셈부르크 경제연합 BIT, 제2조 1항)

“1. Each Contracting Party shall encourage investors of the other Contracting Party to make investments in its territory and admit such investments in accordance with its laws and regulations. (2007년 한-중 BIT, 제2조 1항)

6) “--This has the effect of making the protection of the investment under the BIT subject to the obtaining of any required approvals under the national laws of the host Contracting State party (Wenhua Shan and Norah Gallagher, *Chinese Investment Treaties : Policies and Practice*, Oxford International Arbitration Series, 2009, p. 56).

7) 2. Each Party shall, subject to its rights to exercise powers in accordance with the applicable laws and regulations, including those with regard to foreign ownership and control, admit investment of investors of the other Party. (한-중 FTA 12장 2조 2항).

with the laws and regulations (legislation)”라는 규정의 형태이다. 즉 외자가 투자대상인 국가로 도입될 때, 도입국의 법령의 규제를 받도록 하겠다는 의미이므로 도입국의 규제권의 확보가 그 목적이라 할 수 있다. 즉 국내법에 부합하지 않은 경우는 합법적으로 도입된 투자로 볼 수 없다는 이유로 해당 투자협정의 적용에서 배제할 수 있게 함으로서 당사국의 정책에 부합하는 투자를 선별할 수 있는 권리를 확보하는 것이다.<sup>8)</sup>

그러나 이 규정이 실제 법정에서 원용되면서 문제되는 경우란 정책에 부합하는 투자의 선별의 경우가 아니라 불법적인 투자에 대해 국제법정에서의 제소를 저지할 목적으로 원용되는 경우이다. 특히 이러한 경우가 잦고, 그 효과가 큼으로써 그 의미가 새롭게 부각되었다.

도입조항에 포함된 국내법 부합규정의

효력은 무한한 것이 아니라 시간적 또는 기능적인 한계를 갖는다. 먼저, 도입 조항에 소재하는 까닭에 그 규제권은 도입시에 국한되는 것이며, 일단 도입된 이후에 대해서는 동 규정의 적용대상에서 벗어나게 된다. 그 다음, 도입 조항의 기능상, 선별이라는 역할에 국한되는 관계로 선별이외의 분야에 대해선 적용되지 않는다는 것이다. 또한 이 규정에 위반하였다고 하여 모두가 관할거부 대상이 되는 것도 아니라는 점이다. 따라서 관할거부의 가능성에 집착하는 경우, 이러한 한계들을 극복하기 위해 투자도입 조항이외에 협정의 여러 다른 부분에서 동시에 국내법 부합규정을 언급하게 된다.<sup>9)</sup> 그 대표적인 경우가 투자 정의(definition) 조항에서도 언급하는 경우이지만, 그 이외에 흔하진 않지만 투자 대우(treatment) 조항에서 등장하기도 하며,<sup>10)</sup> 그 보다 더 드문 경우이긴 하지만 협정 서문(preamble)에서 이와 유사한 문구가 등장

- 8) 동 규정의 목적은 이를 통해 자국의 정책에 부합하는 외자를 선별하거나 외자를 그러한 방향으로 유도하고자 하는데 있는 것이며, 그 정책은 국가에 따라 다양할 수 있다. 개도국의 경우엔 우선적 관심이 개발 일 것이며 이외 동시에 외자의 지나친 지배로 인한 주권침해의 방지에 관심이 주어질 것이다. 그러나 외자의 자유화를 추구하는 국가라 할지라도 안보나 보건, 환경 등의 정책을 위해 외자에 대한 규제를 완전히 포기하긴 어려운 것이 현실이다. 이러한 정책은 각국의 외자도입법에서 구현되고 있다(예: <외국인투자촉진법> 제4조 외국인투자의 자유화).
- 9) 그러나 당사국의 경제적 지위가 상승되는 경우엔 국내법 부합조항에 대한 집착은 줄어들 수 있고, 이로 인해 이를 언급하는 조항이 축소될 수도 있다. 한-중간 투자협정의 경우가 그 대표적인 경우이다. 즉 2007년도 한-중간 BIT의 경우엔 투자 정의(definition) 조항에서 투자 당시의 ‘법령에 따라’ 투자된 자산으로 규정하고 있었으나,(동 협정 제1조 1항) 2014년도 한-중 FTA의 투자 부문에선 ‘국내법령에 따라’란 규정이 투자 정의(definition) 조항에서 삭제되었다(동 협정 제 12.1조).
- 10) 대우(treatment) 조항의 대표적인 경우로는 내국민대우 조항이나 최혜국대우 규정 등에 국내법 부합규정을 포함시키는 경우라 할 수 있다.

하는 경우도 있다.<sup>11)</sup> 그럼에도 그 중에도 가장 잦은 경우라고 한다면, 투자 정의(definition) 조항과 투자 도입(admission) 조항에서 이를 동시에 규정하는 경우라 할 수 있다.<sup>12)</sup>

#### 나. 국내법 부합규정이 요구하는 양태

먼저, 투자 도입조항에 소재하는 국내법 부합규정의 목적이 외자에 대한 규제권을 확보하고자 하는 것이라면, 어떠한 의미를 갖는 것이든, 동 규정의 실현, 특히 이의 위반을 거론하기 위해서는 반드시 구체적인 국내법이 확립되어 있어야만 가능할 수 있다.<sup>13)</sup>

외자규제법상 외자 도입시 실시되는 도입국의 규제 및 관리 관행을 보면, 단순한 신고(declaration, notification)를 요구하는

경우에서부터 당국의 인·허가를 요구하는 경우까지 그 엄격성의 정도에 있어서는 다양하다. 인·허가를 요구하는 경우에는 투자와 관련된 특정 계약의 체결 시에 허가를 받도록 하거나 외국투자가 제한되는 분야를 두거나 특정 국내기업에 대한 외국인의 주식소유에 제한을 두는 경우에 적용되는 경우가 많다. 또 외자도입의 경우 투자가가 따라야 하는 특별한 외자도입절차를 설정하고 있는 경우가 많으며, 이 경우에도 그 절차가 요구하는 부담의 정도는 다양할 수 있고, 경우에 따라서는 개별 건당 심의 절차의 엄격성이 상이할 수도 있다.<sup>14)</sup> 이러한 관행을 고려할 때, 투자 도입시 국내법에 위반되었다고 주장될 수 있는 투자의 양상을 보자면, 우선 정해진 절차를 이행하지 않았거나, 신고나 인·허가를

11) 협정 서문(preamble)에서 이와 유사한 문구가 등장하는 대표적인 경우로는 Yemen-Oman BIT를 거론할 수 있다: “...Acknowledging that offering mutual promotion and protection of such investments, on the basis of investment laws and regulations in force in both countries and on the basis of this Agreement, will contribute in stimulating investment ventures which will foster the prosperity of both Contracting Parties. ...”

그러나 서문에서 국내법령이 언급되는 경우는 언급 그 자체의 구속력이 인정되기도 어려운 경우임과 동시에 그 구체적 언급의 의미도 위법성을 문제 삼는 제약(impediment)의 기능이 아니라 외자 촉진을 지원(support)하는 의미를 갖는 것으로 볼 수 있을 것이다(同旨, Desert Line 판정문, para.101).

12) 정의(definition)조항에는 없이 도입(admission) 조항에서만 등장하는 경우가 사실 더 많지만, 정의(definition)조항에 포함된 경우엔 거의 도입(admission) 조항에도 포함되는 경향을 갖는다.

13) 외자증명서가 없으므로 보호대상이 아니라는 피제소국 측 주장에 대해, 그러한 주장을 하려면 증명서 발급이 필요하다거나 증명서 발급 요건 및 절차 등이 규정되어 있어야 하는데, 그러한 규정이 없는 경우라면 피제소국의 주장이 타당할 수 없다고 판정된 바 있다(Desert Line 판정 para.109).

14) 이러한 특별절차가 외국 투자자에 대해서만 적용되게 되어 있는 까닭에 이의 적용이 ‘내국민대우’에 반한다는 이의가 제기될 수 있으므로 이러한 문제를 사전에 예방하기 위해 이러한 절차 적용 등이 내국민대우에 반하지 않는다는 규정을 세심하게 투자협정에 규정하는 경우도 있다(한-중 FTA Art.12.13, (1), 한-미 FTA, Art.11.13, (1) 등).

받지 못한 경우가 될 수 있을 것이며, 또한 이러한 절차나 인·허가 등을 필한 경우라 할지라도 이를 위해 제출된 필요 서류에 오류나 허위의 사실이 있는 등의 흠이 있는 경우도 포함될 수 있을 것이다. 그 다음, 외자제한 분야에 투자한 경우이거나 외국인의 주식소유에 제한이 있음에도 이러한 규정을 무시한 경우도 주요한 양상이 될 수 있을 것이다. 그밖에, 이러한 도입절차 과정에서 부과된 조건이 있는 경우엔 투자자가 이러한 요건을 충족하지 못한 경우도 거론될 수 있을 것으로 보인다.

그 다음, 동 규정의 가장 일반적인 형태라고 한다면, 위에서 언급한 것처럼, 투자협정에서는 단순히 '국내법에 따라 도입한다'고 규정하고, 구체적인 절차 및 여건

등은 국내법에 일임하는 형태이지만, 경우에 따라서는 국내법에서 언급될 사항들이 투자협정에서 직접 언급되는 경우도 없지 않다. 예를 들자면, 법이 요청하는 경우엔 서면 '동의(written approval)'를 받아야 한다거나,<sup>15)</sup> 당국에 '등록(register)'할 것을 요구하거나,<sup>16)</sup> 투자 도입을 위한 특정 '조건(condition)'을 이행하도록 요구한다거나<sup>17)</sup> 투자 관련 특정 계약의 체결 시엔 당국의 '허가(authorize)'를 받도록 하는 내용이 협정에 직접 규정되는 경우도 있고,<sup>18)</sup> 외국인의 주식 소유분에 대한 '상한이나 통제(foreign ownership and control)'의 가능성 등을 협정에서 직접 언급하는 경우도 있다.<sup>19)</sup> 이러한 경우엔 해당 조치의 가능성이 국제협정상 인정되는 것이어서 투자

15) 1990년 UK-Nigeria BIT의 경우, 이러한 형태의 규정을 두고 있다: "(I) -- This Agreement shall, to the extent that a written approval is required for an investment, only extend to investment, whether made before or after the coming into force of this Agreement, which is specifically approved in writing by the Contracting Party in whose territory the investment has been made or is subject to the laws in force in the territory of the Contracting Party concerned and to the conditions, if any, upon which such approval shall have been granted. (동 협정 제2조 1항) ASEAN 국가들(인도네시아, 브루나이, 말레이시아, 필리핀, 싱가포르, 태국)이 체결한 대부분의 BIT의 경우에도 이러한 규정이 포함되어 있다.

16) "-- and which are specifically approved in writing and registered by the host country and upon such conditions as it deems fit for the purposes of this Agreement." (1987년 ASEAN 투자협정, Art. II (1))

17) "(i) in Malaysia, is invested in a project classified by the appropriate Ministry in Malaysia in accordance with its legislation and administrative practice as an 'approved project'.

The classification as an 'approved project' may, on application, be accorded to investments made prior to the date of the entry into force of this Agreement on conditions to be stipulated for each individual case; and ..." (Sweden-Malaysia BIT (1979) art. 1. (i)).

18) "(2) In particular, each Contracting Party shall authorize the conclusion and execution of licencing contracts and of contracts relating to commercial, administrative or technical assistance, in so far those activities are connected with investments as mentioned in paragraph 1." (Korea-Belgo-Luxemburg Economic Union BIT, Art. 2 (2)).

도입국의 규제권은 보다 확실하고 강화될 수 있을 것이다.<sup>20)</sup> 하지만 이러한 조치의 구체적 실시 역시 공포된 국내법의 존재를 전제로 하는 것이지 비공개 된 것이거나 예측할 수 없는 수시적 조치의 가능성이 인정되는 것은 아님이 지적될 필요가 있다.

#### 다. 투명성(transparency) 조항과의 관계

‘투명성(transparency) 조항’이란 별개의 독립된 조항으로 존재하며, 통상적으로 외자 관련 입법에 대해선 가능한 한 사전에 공개하도록 하며, 투자자가 요청하는 경우엔 해당 법령에 대한 정보제공의 의무를 규정하고, 그 내용이 불공정한 경우엔 이에 대해 당사국 또는 해당 투자자가 이의를 제기할 수 있는 장치를 두도록 하는 등의 내용을 규정하고 있다.<sup>21)</sup>

이는 투자도입국의 법령이나 제도의 공정한 운용을 요구하는 것이 목적이지만, 이는 ‘국내법 부합규정’에 대응하는 규정으로 볼 수 있는 조항이기도 하다. ‘국내법

부합규정’이 법령에 따르도록 요구할 수 있는 투자도입국의 권리를 규정한 것이라고 한다면, ‘투명성 조항’은 이러한 도입국의 재량권의 남용을 막기 위한 장치인 것으로 파악될 수도 있기 때문이다. 즉 정해진 법에 따르되, 도입국 당국의 예측할 수 없는 수시적이고 자의적인 조치를 막을 수 있도록 한다는 의미로 파악될 수 있는 것이다.<sup>22)</sup>

#### 2. 투자 정의(definition) 조항에 포함된 경우

이는 ‘in accordance with host state law’란 규정이 투자 정의(definition)조항에 포함되어 있는 경우로, 자국의 국내법에 따라 투자된 또는 도입된 자산이 협정의 적용대상이 된다는 취지로 규정되는 경우를 말한다.<sup>23)</sup> 투자 정의 조항에 ‘국내법 부합규정’이 등장하게 된 주요 이유는 위에서 언급한 것처럼 도입조항의 규정만으로는 관할이 배제될 수 없는 경우가 존재할 수 있는

19) 한-중 FTA 12장 제12.2조 2항이 대표적인 경우이다(cf. supra note 14).

20) 때에 따라서는 국내법은 ‘국제적 효력(international legal effect)’이 없다는 항변이 제기되기도 하는데, 이러한 협정상 규정이 있는 경우엔 이러한 항변은 불가능하게 될 것이다(cf. *Fraport AG v. the Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para. 391).

21) 미국의 2004년 Model BIT, Art.10 (Publication of Laws and Decisions Respecting Investment), Art. 11 (Transparency); 한-중 FTA, Article 12.8 (Transparency) 등 참조..

22) Cf. *Fraport AG v. the Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para.402.

23) 중국이 체결한 대부분의 양자투자협정(Bilateral Investment treaty)은 이에 해당되는 다음과 같은 규정을 두고 있다. “[t]he term ‘investment’ means every kind of asset invested by investors of one Contracting Party in accordance with the laws and regulations of the other Contracting Party in the territory of the latter

기능적 한계를 커버할 필요가 있기 때문인 것으로 보인다. 즉 정의조항에 국내법 부합 요건이 포함된 경우엔 국내법을 위반한 투자는 협정의 대상인 투자 자체가 되지 못할 것이기 때문에 도입조항상의 규정의 한계를 극복함으로써 협정의 적용대상에서 배제시킬 수 있는 가능성을 보다 확실히 할 수 있다고 보는 까닭이다. 그러나 양자의 기능이 상이할 수 있는 관계로 투자 정의조항에 국내법 부합규정이 포함된 경우라도 투자도입조항에 동시에 포함되는 것이 일반적이다.

### 가. 투자 정의 조항상의 국내법 부합규정의 효과 : Salini 판정상의 의미

우선, 투자 정의조항에 포함된 국내법 부합요건의 정확한 의미 및 효과가 무엇인지를 살펴볼 필요가 있는데, 이를 위해

ICSID 중재법정이 투자 정의조항에 소재하는 '국내법 부합규정'의 의미를 보다 상세히 그리고 최초로 다룬 2001년 *Salini v. Morocco* 사건<sup>24)</sup>에 대한 분석이 필요하다. 동 법정은 동 조항이 갖는 의미에 대해 나름대로의 선구적인 해석을 시도하였으나 이에 대한 오해의 소지도 없지 않아 이에 대한 명확한 정리가 필요해 보인다.

동 사건은 이태리 회사인 Salini社가 모로코 정부와 체결한 계약의 위반이 문제된 건이다. 이의 해당 부분을 요약하자면, 피고인 Morocco 정부는 일단 ICSID의 관할을 부정할 목적으로 항변을 제기하게 되며,<sup>25)</sup> 그 주요한 이유 중의 하나로 해당 투자가 국내법에 의할 경우 '투자'가 아니라고 주장한 것이다. 즉 이태리-모로코간 양자투자보호협정(Bilateral Investment Treaty: 이하 BIT라 함)은 협정의 적용대상인 투자

...”(UNCTAD, *Scope and Definition*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNITED NATIONS, New York and Geneva, 2011, p.36.) 태국이 체결한 BIT의 경우도 국내법 부합규정이 투자 정의 조항에 등장하는 경우가 많다(cf. Thai-Peru BIT).

24) *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case ARB/00/4, July 16, 2001.

25) 이 사건에서는 2가지 관할권에 대한 항변이 제기되었다. 첫째, 건설계약은 본 건 BIT상의 투자범위에 포함되지 않는다는 것이었다. 둘째, 건설계약은 본 건 BIT외에 ICSID 협약에서 규정한 투자의 범위에도 포함되지 않는다는 것이었다. 이에 대해 ICSID 법정은 우선 투자유치국인 모로코의 국내법에 근거하여 항변을 기각하였다. 그 다음, 분쟁의 대상인 건설계약이 ICSID 협약상의 투자에 해당하지 않는다는 피신청인의 주장에 대하여 중재판정부는 투자 여부를 판단하는 기준으로 1) 자본의 투입(contribution), 2) 특정 기간(duration), 3) 위험부담(risk assumption) 등의 요소를 고려해야 한다고 하면서, 본 건 건설공사는 7년 여 간에 걸쳐 진행되었으므로 자본투입과 특정 기간이라는 요건에 부합되며, 공사비용을 초기에 정확히 산출할 수 없는 상황이었으므로 투자자에게는 일정한 위험부담 요소가 있었다고 하면서 투자로서의 요건을 모두 갖추었다고 하였다. 또한 이탈리아-모로코간 BIT 분쟁해결조항에서 그 대상이 되는 분쟁을 '모든 분쟁(all dispute)'라고 규정하고 있으므로, 모로코 정부가 계약상 의무를 위반하는 경우에도 투자분쟁해결조항을 원용할 수 있다고 보았다.

를 정의함에 있어, 투자를 ‘투자유치국 법규정에 따라 … 투자된 모든 종류의 자산 (the categories of invested assets … in accordance with the laws and regulations of the aforementioned party)’으로 정의하였고(제1조 제1항), 이에 모로코 법(Decree n°2-98-482 of December 30, 1998)에 의할 경우, 문제의 계약은 당사계약(service contract)이므로 투자에 해당할 수 없다고 주장한 것이다.<sup>26)</sup> 이에 대해 법정은 해당 BIT에서 ‘투자유치국 법과 규정에 따라’ 투자된 자산을 그 적용대상으로 규정하고 있는 경우라 할지라도, 이는 어디까지나 투자국 법은 투자의 유효성(validity)에 관여한다는 것이지, 투자의 정의(definition)에 관여한다는 의미는 아니라고 판단하며, 모로코 법에 의할 때 해당 건은 단순한 상거래일 뿐 투자로 볼 수 없다는 모로코 정부의 주장을 배척하였다. 그리고 ‘유효성’ 문제란 불법성 여부에 관한 문제로서, 국내법을 위반한 투자는 해당 협정의 보호대상에서 배제하도록 하는 것이라고 실시하였다.<sup>27)</sup>

#### 나. 사후의 관행을 통해 본 정확한 의미

국제투자협정의 투자 정의 조항내의 국내법 부합조항의 지위에 대한 Salini 법정의 취지는 이를 추종하는 입장이 많지만 그렇지 않은 입장도 있었다. 왜냐하면 이는 ‘국내법에의 부합성’은 투자의 정의(definition)에 관여하지 않는다고 한 까닭이다. 이에 대한 사후의 관행을 보자면, 먼저, 국내법 부합성의 문제가 투자협정의 보호대상인지 여부를 판단하는 기준이 된다는 점에 대해서는 일단 대체적으로 일치되는 것 같다. UNCTAD의 입장도 그러하다. UNCTAD는 대표적인 세계기구인 UN에 소속된 기관이라는 점과 국제기구 중에서도 드물게 개도국의 입장이 주로 반영되는 기구라는 점에서 그 의미가 적지 않다 할 것이다. 동 기구의 대표적인 간행물에서 국제투자협정상 투자 정의조항에 포함된 국내법 부합규정은 국내법에의 부합여부가 투자협정의 보호대상 여부를 판단하는 기준이라고 함으로서 그것이 유효성에 관여하는 것임을 인정하고 있다.<sup>28)</sup> 그 다음, Salini 판정 이후의 모든 판정들도 투자 정의 조항에 국내법 부합규정이 포함된 경우, 국내법을 위반한 외국투자는 해당 투

26) supra note 24, para.38.

27) “...this provision refers to the validity of the investment and not to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal. ...” (Ibid, para.46)

28) In agreements that apply this limitation, investment that is not established in accordance with the host country’s laws and regulations will not be considered protected investment (UNCTAD, supra note 1, op. cit., p.37).

자협정의 보호대상에서 배제될 수 있다는 취지에 동조하고 있으며, 이 경우 관할에서 배제되는 것으로 판단하였다.<sup>29)</sup>

반면, 국내법 부합규정이 협정상의 투자 정의(definition)에 관여하는 것은 아니라는 Salini의 취지에 대해서는 일치되지 않는 경우가 많은 것 같다. 그 대표적인 경우로 2007년 Fraport 사건에 대한 관할판정의 경우를 들 수 있다. 동 판정의 경우엔 투자정의 규정에 국내법 부합조항이 포함되어 있는 경우,<sup>30)</sup> 국내법을 위반한 투자는 협정상 투자의 지위를 갖지 못하게 되는 것이므로, 이로 인해 관할로부터 배제된다고 판단하였다.<sup>31)</sup> 이는 국내법에의 부합 여부가 당사자간의 투자 정의의 요건이 되는 것으로 파악한 것이어서, 그것이 투자 정의와는 무관하다고 본 Salini 법정의 취지와 일견 상치되는 것처럼 보일 수 있다.<sup>32)</sup>

만약 하나의 문제를 두고 명백히 상반된 것 같은 입장이 존재한다면, 이러한 입장이 제시된 배경, 그 영향 및 결과 등을 고려하여, 가능하다면 보다 바람직한 입장으로 통일시킬 필요가 있을 것이다.

이를 위해 먼저, Salini 판정의 입장이 제시되게 된 상황 및 그 결과를 살펴 볼 필요가 있다. 첫째, 동 법정이 굳이 국내법이 투자의 정의에 관여하는 것이 아니라고 언급한 이유는 무엇이었을까? 이는 국내법의 위반 문제가 투자 정의의 구성요건이 될 수 없다는 의미라기보다는 모로코 법상 해당 거래는 투자가 아니라는 주장을 거부하기 위한 목적이었던 것으로 볼 필요가 있다. 즉 '국내법에 따라 도입된' 이라는 규정을 갖고 해당 국내법이 위법성의 문제를 넘어서서 협정의 적용대상인 투자의 구체적 종류 및 범위까지 규정하는 것을 용

29) 이의 대표적인 경우 2004년 Tokios Tokelés v. Ukraine 사건판정을 들 수 있다(Tokios Tokelés v. Ukraine Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, April 29, 2004, para. 84).

30) 해당 협정의 경우는 다음과 같이 규정하고 있었다. "1. The term 'investment' shall mean any kind of asset accepted in accordance with the respective laws and regulations of either Contracting State, and more particularly, though not exclusively: ..."

31) "... Fraport's ostensible purchase of shares in the Terminal 3 project, which concealed a different type of unlawful investment, is not an "investment" which is covered by the BIT. As the BIT is the basis of Jurisdiction of this Tribunal, Fraport's claim must be rejected for lack of Jurisdiction *ratione materiae*. (Fraport, Award, para.404.); 2010년 Anderson v. Costa Rica 사건판정에서도 투자정의 조항에 포함된 국내법 부합규정에 위반된 투자에 대해 해당 투자협정상의 투자가 아니라고 함으로서 관할을 부인하였다(Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19/5/2010, paras.59-61).

32) Inceysa Vallisoletana v. El Salvador 사건판정의 경우엔 국내법에의 부합성을 투자의 정의에 관계된다고 직접적으로 언급하진 않았지만, 그것이 '합의관할'의 구성요건이 되는 것으로 파악함으로써 간접적으로 그것이 당사자간 합의된 투자의 개념의 구성요소가 되는 것임을 인정한 바 있다(cf. Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para.145).

인할 수 없다는 취지로 언급한 것이다. 둘째, 국내법 위반 문제를 두고 그것은 정의의 문제가 아니라 유효성의 문제라고 한 이유는 무엇일까? 이미 당사국 국내법이 투자의 범위를 정할 수 없다고 하기 위해 국내법이 투자의 정의와는 무관하다고 한 상황이어서, 이와 구분하기 위하여 유효성의 문제임을 강조한 것으로 볼 수 있다. 따라서 국내법에의 부합 요건이 당사자간 합의된 통상적인 투자 정의의 구성요건이 되는 것임을 부정하고자 한 의도는 아니라고 볼 수 있을 것이다.

반면, Fraport 사건의 경우엔 -Salini 사건의 경우와는 달리- 처음부터 국내법 위반의 문제만이 제기되었다. 이에 국내법은 투자 종류 등과 관련된 투자 정의에 관여하지 않는다는 언급을 강조해야 할 필요가 없게 된 것이고, 따라서 이를 굳이 유효성의 문제라고 구별하여 지적할 필요도 없었다고 할 수 있다. 즉 당사자간의 합의관할(jurisdiction *ratione voluntatis*)이 인정되는 한, - 최소의 한계는 있다 할지라도- 투자 협정에서 당사자간에 그 적용대상인 투자

의 개념 및 종류를 규정할 수 있는 것임은 원칙적으로 공인되는 것인 만큼, 그 요건으로서 국내법 부합 요건을 거론할 수 있음을 인정한 것이라 할 수 있다.<sup>33)</sup>

따라서 일견 상처된 것같이 보이는 입장이 기실은 전혀 상반되지 않음을 파악할 수 있는 것이다. 즉, 양자 간에는 상황의 차이로 인해 달리 표현되게 된 것일 뿐 근본적인 차이는 없기 때문이다. 따라서 우리가 가져야 할 유일한 주의 사항은 Salini 판정의 선구적 지위로 인해 그 영향이 적지 않았던 관계로 이에 맹목적으로 집착한 나머지 국내법 위반 여부는 무조건 투자 정의(definition)와는 전혀 무관하다는 입장을 견지하지 않도록 주의해야 한다는 점일 것이다.

그러나 문제는 오히려 다른 곳에서 나타날 수 있다. Salini 법정이나 사후 이를 추종한 판정들에 의하면, 국내법에 위반되지 않은 투자 즉 유효한 투자는 해당 협정의 보호대상이 된다는 것이며, 그렇지 못한 경우엔 협정의 보호대상에서 배제된다는 의미로 파악하고 있다. 그렇다면 해당 협

33) 이러한 취지는 2006년 *Inceysa Vallisoletana v. El Salvador* 사건판정에서 잘 나타나고 있다; “... the dispute on the competence of the Tribunal, based on the alleged violations of the Agreement, has been focused on determining whether or not the investment was made by the Claimant in the territory of the Respondent is protected by the Agreement, i.e., determining whether the consent given by El Salvador includes the investment made by the Respondent [sic], or, on the contrary, leaves it outside its scope and therefore excludes it from the scope of application of the Agreement and, consequently, from the jurisdiction of the Centre” (ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para.145)

정의 보호대상이 된다는 것은 또 무슨 의미일까? 34) 국제투자협정은 비록 긴 내용을 갖는 것은 아니지만 그 성격상 '실체적 규정'과 '절차적 규정'으로 확연히 구분되는 구조를 갖고 있다. 실체적 보호규정은 내국민 대우, 최혜국 대우, 몰수 금지, 송금보장 등의 규정이 포함될 것이고, 절차적 보호규정은 '對국가소송' 즉 해당 투자에 대한 분쟁 당사자인 외국투자가가 투자도입 국가를 상대로 국제중재에 회부할 수 있도록 한다는 것이다. 투자 정의 조항에 국내법 부합규정이 있는 경우, 동 규정의 위반성이 인정되는 경우엔 투자협정의 보호대상에서 배제되는 것이라는 점에 대해서는 큰 이론이 없음은 이미 언급한 바와 같지만, 문제는 투자협정의 보호대상에서 배제된다는 의미가 모든 경우에 반드시 협정상의 관할에서 배제되는 것으로 귀결되지 않을 수도 있다는 점이다. 즉 관할은 인정하되 실체적 보호 규정만이 적용되지 않는 것도 가능할 것이기 때문이다. 이 문제는 소송절차상 지위에 관한 문제로서, 확고히 정해질 수 있는 문제라기보다는 필요와 결과가 고려되어야 하는 정책적인 측면이 있는 것이라 할 것이다.<sup>35)</sup>

### 3. 투자 보호(Protection) 조항에 포함된 경우

당사국이 외자유제권의 확보에 집착하는 경우라 하더라도, 위에서 언급한 바처럼, 투자도입(admission)조항의 국내법 부합규정은 투자가 최초로 도입되는 당시의 합법성만을 문제 삼을 수 있으며, 투자 정의(definition) 조항상의 해당 조항 역시 협정의 적용대상인 투자를 정한다는 점에서 상이할 뿐, -별도의 언급이 없는 한- 이 역시 도입 당시의 합법성만이 문제될 수 있다는 한계를 갖는다. 따라서 이를 시정하거나 보충할 수 있는 별도의 장치가 필요할 수 있는데, 흔하진 않지만, 이러한 문제점을 처리하기 위한 방편으로 투자 대우(treatment) 또는 보호(Protection)를 규정하는 조항 속에 국내법 부합규정을 포함시키는 경우가 있다. 왜냐하면 투자 보호 또는 대우에 관한 조항들은 합법적으로 도입된 이후의 경우에 대해서만 적용되는 부분이기 때문이다. 따라서 이러한 규정을 두는 경우는 위법성의 시기를 고려하여, 투자 당시를 위해서는 투자 도입(admission)조항에 그리고 투자도입 이후를 위해서는 투자 보호(Protection) 규정에 해당 규정을 동시에

34) Salini 사건의 경우엔 모로코 법에 따라 당국과 투자계약이 정상적으로 체결되었던 만큼 국내법에 위반된 바가 없다고 판단되어 관할이 인정된 경우이고, 이후 본안에 들어가서 실체적 보호 규정이 적용된 사례라 이에 대한 정확한 언급은 없었다.

35) 이에 대해서는 후술하는 <IV. 국내법 부합규정의 위반성 문제의 소송절차상 지위> 부분에서 논하게 됨.

두는 경우가 일반적이다.<sup>36)</sup>

불법성을 문제 삼을 수 있는 시기의 한계는 보호(Protection) 조항에 해당 규정을 함으로써 일단 해결할 수 있다고 하고, 그것이 동 규정의 목적이라고 하자. 그러나 이는 전혀 예상치 못한 곳에서 새로운 문제를 유발하게 된다. 즉 당사국의 의도와는 별도로, 법기술상 동 규정의 구체적 결과가 무엇인가의 문제가 발생하는 때문이다. 만약 투자 정의에서 배제되거나 정해진 도입절차를 제대로 지키지 않은 경우라면, 당연히 해당 투자협정의 보호대상에서 배제되는 것일 뿐만 아니라 이는 협정이 설정한 관할의 대상도 되지 않을 가능성이 큼은 이미 지적한 바와 같다. 따라서 동 조항에서의 위법성이 문제되는 경우, 피소된 도입국은 소정의 법정에 대해 해당 사건에 대한 관할이 없음을 주장할 수 있게 될 것이다. 그렇다면 ‘보호(Protection)’조항에 포함된 국내법 부합규정의 위반이 문제되는 경우에도 도입국이 그것을 근거로 관할

부존재를 주장할 수 있을까? ‘보호 조항’이란 이미 합법성이 확보된 소정의 투자에 대해서만 적용되는 것이란 점을 고려하게 되면 이에 대해서는 상이한 견해가 존재할 수 있다.

먼저, 보호조항상의 국내법 부합규정의 위반 문제가 있을 때도 정의 조항이나 도입조항의 경우처럼 관할 부존재를 주장할 수 있다고 보는 입장이 있을 수 있다. 이러한 입장은 -그것이 놓인 위치가 어디이든- 국내법 부합규정을 두는데 합의한 당사국들의 의도는 국내법을 위반한 투자나 투자를 해당 협정의 보호에서 배제하고자 한 것이므로, 그 결과 해당 협정상 주요한 보호수단인 국제중재에 대한 제소를 인정하여서는 안된다는 취지라 할 수 있다.<sup>37)</sup> 특히 이러한 입장은 관할(Jurisdiction)의 문제와 심리적격성(Admissibility)의 문제를 엄격히 구분하지 않는 경우에 타당한 것으로 보이며, 현재 상당수의 ICISD 판정의 입장이 그러한 것으로 보인다.

36) Spain-El Salvador BIT (1995)의 경우가 대표적인 경우이다. 동 협정 제2조 (promotion & admission) 1항과 3조 (protection)의 1항에서 국내법 부합 규정을 동시에 언급하고 있다. 1996년 독일과 우크라이나간 BIT의 경우엔 도입조항(2조 (1))과 최혜국 대우 및 내국민 대우 조항(3조 (1))에 동시에 규정하고 있다.

37) 관할은 당사자에 의해 합의되는 것이지만 이것의 존부를 최종적으로 결정하는 것은 법정임을 인정한 다음, 관할 존부를 판단하는 세 기준으로서, 1) 관할 존부에 대한 추정 금지(Absence of presumptions in favor or against jurisdiction), 2) 당사자의 의사의 파악(Identification of the will of the Contracting States) 3) 신의성실의 원칙에 따른 해석(Interpretation according to the principle of good faith)을 거론하였고, 당사자의 의사를 고려한 신의성실한 해석에 의할 때, 국내법 부합규정은 관할을 배제하고자 하는 것이라고 해석하였다 (cf. Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, 2/8/2006, Award, para.176 이하).

그 다음, 대우 또는 보호 조항은 이미 적법하다고 인정된 적용대상 투자에 대해서만 적용되는 부분임을 고려함으로써, 논란의 여지가 있는 정의 조항이나 도입 조항의 것과는 확실히 구분될 수 있는 것으로 보는 입장이다. 이에 의하면, 보호 조항상의 국내법 부합 규정예의 위반이 문제되는 경우라면 이는 이미 관할이 확립된 이후에 야기된 문제가 되는 것이므로, 따라서 동 조항을 근거로 위법성을 문제 삼을 순 있 다할지라도 적어도 그것을 근거로 관할의 부존재를 주장하긴 어렵다고 보는 것이다. 이러한 입장은 해당 규정상의 불법성의 문제가 법기술상 엄밀한 의미에서의 관할(jurisdiction) 배제의 요건은 될 수 없으니, 이를 문제 삼더라도 심리의 대상이 될 수 없도록 하거나 본안(merit)에서 심리하도록 해야 한다는 입장으로 귀결된다. 우선, 심리대상이 될 수 없도록 해야 한다는 전자의 경우는 관할의 개념을 jurisdiction의 문제와 admissibility의 문제로 엄격히 구분함으로써 협의의 관할은 성립되었다 할지라도 심리의 대상이 될 순 없는 것으로 보아야 한다는 것이므로, 이를 admissibility의 문제로 보아야 한다는 것이고, 후자의 경

우는 -jurisdiction의 문제와 admissibility의 문제를 엄격히 구분하는 것과 무관하게 해당 문제는 관할의 문제가 아니라 이는 본안(merit)에서 다루어져야 할 문제로 보는 것이다.<sup>38)</sup>

그런데 동일한 국내법 부합규정을 두고 이의 위반에 대해 관할의 문제로 볼 수도 있고 본안의 문제로도 볼 수 있다는 가능성이 존재할 때 이는 부가적으로 또 다른 중대한 문제를 야기하게 된다. 왜냐하면 관할의 요건일 때는 중재를 받아들이나 마느냐의 문제가 되는데 반하여, 본안의 경우엔 책임의 감경이나 손해배상의 인정 여부 및 그 액수를 정하는 것이어서, 같은 위법성 문제가 논란이 되는 경우라도 위법성 판단 기준이 같을 수 없게 되기 때문이다. 예를 들자면, 손해배상이 문제되는 경우엔 선의의 위반이든 또는 사소한 위반이든 모두가 고려의 대상이 될 수 있겠지만, 관할 존부의 기준이 되는 경우엔 사소한 위반만으로 관할을 거부하기엔 문제가 있는 등 위법이 있다는 것만으로 무조건 관할을 거부하긴 어렵게 될 것이기 때문이다.

38) “127. The Tribunal considers that a distinction has to be drawn between (1) legality as at the initiation of the investment (“made”) and (2) legality during the performance of the investment … Thus, on the wording of this BIT, the legality of the creation of the investment is a jurisdictional issue; the legality of the investor’s conduct during the life of the investment is a merits issue …” (Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24 June 2010, para.127)

### III. 관할(Jurisdiction)거부를 위한 ‘국내법 부합조항’에의 위반성

#### 1. ‘국내법’의 의미 및 위반 정도

통상적으로 ‘도입국의 법령에 따라 (according to host state law)’ 투자되어야 한 다거나 도입될 것을 요구하는 ‘국내법 부합규정’의 의미는 일견 간단할 것 같지만 구체적인 경우에 들어가면 그리 간단하지가 않으며, 이에 대한 견해 또한 다양하게 갈리고 있음을 알 수 있다. 특히 이는 이미 지적한 바처럼 관할의 문제로 제기될 때와 본안의 문제로 제기될 때에 그 위법성이 인정되는 기준이 다를 수 있기에 더욱 그러하다. 그런데 관행상 동 규정예의 위반성이 거론되어 문제되는 경우는 주로 피제소국이 관할을 부인하기 위해 당사국 법에 대한 위법성을 주장하는 경우이다. 이러한 경우엔 동 규정예의 위반성은 관할 거부라는 중대한 결과를 가져오는 것이어서 이에 대한 인정은 제한적일 수밖에 없으며,<sup>39)</sup> 또한 이에 대한 판단은 보다 신중할 수밖에 없을 것이다.

이러한 위반성을 판단하기 위해 우선적으로 해결해야할 문제를 주요 단계별로 살펴보자면, 무엇보다도 먼저, 위반을 판단

하기 위해선 그 기준이 되는, 즉 위반이 주장되는 법의 실체가 무엇인가의 문제와 만약 그것이 도입국의 실정법이라면 적용되어야 하는 법의 범위는 도입국 법의 전체인가 아니면 그 일부인가, 또 만약 그 일부라면 어느 범위까지로 하여야 하는가를 결정하여야 할 필요가 있다(가). 일단 기준이 되는 법이 정해졌다면, 그 다음 단계로는, 기준이 되는 법을 어느 정도까지 위반하였을 때라야 그 위법성을 인정하여야 할지 즉 위법성 정도에 대한 기준이 결정되어야 할 것이다(나).

#### 가. ‘국내법’의 의미

‘국내법 부합규정’에의 위반성을 판단하려면, 무엇보다 먼저, 위반의 기준이 되는 ‘국내법’이란 무엇을 가리키는 것이며 그 적용범위는 어디까지인가를 확정할 필요가 있다. 그러나 이 문제의 해결을 위해 이에 대한 판정이나 학설을 살펴보게 되면, 이 문제에 대한 입장이 일치되지 않고 있음을 알게 되며, 이를 통합하기 또한 쉽지가 않음을 깨닫게 된다. 그 주요한 이유를 들자면, 이는 단순한 견해 차이에 국한되는 것이 아니라 위반성을 다루어야 하는 각각의 필요나 그 상황에 따라 달라질 수밖에 없는데다가, 대부분의 경우엔 전체적

39) Stephan W. Schill, “Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 11, Issue 2, 2012, 290.

이고 통합적인 관점을 도외시하고 오로지 해당 문제만을 해결하는데 국한하거나 특정 판정만을 평석하는데 그치기 때문인 것으로 보인다.

우선, 이에 관한 입장들을 대략적으로 정리하자면 크게 양분해 볼 수 있는데. 하나는 당사국의 법을 당사국의 '실정법'으로 파악하고자 하는 입장이고, 다른 하나는 이를 실정법으로 보는 것이 아니라 '기본적인 법원칙'을 가리키는 것이라고 보는 입장이다. 그 다음, 세부적인 차원에서도 견해가 나뉘고 있는데, 실정법을 기준으로 보는 입장에서도 이를 '법 전체'를 커버하는 것으로 보아야 한다고 주장하는 경우가 있는가 하면, 다른 한편에서는 그 전체가 될 수는 없고 그 중 '투자와 관련된 특정한 법'에 국한되는 것으로 보아야 한다고 주장하는 입장도 있다. 또한 이를 실정법 규정이 아니라 법의 기본원칙으로 파악하는 입장에서도 법원칙의 해당 여부를 판단함에 있어서, 그것을 도입국 법령의 기본원칙으로 보는 입장이 있는가 하면, 국제적으로 통용되는 법원칙으로 파악하는 입장도 있다.

#### (1) 위반성의 기준의 제한 필요성

당사국의 국내법이란 무엇을 가리키는 가라고 했을 때, 가장 쉽게 거론할 수 있는 입장으로는 그것은 당사국의 실정법 전체라고 하는 입장일 것이다. 이는 대체적으로 피제소국이 취하는 입장이며, 그 근거로는 일견 문언상 그렇게 보이기 때문이다. 그러나 제소자인 투자자의 입장에서 볼 때, 이러한 입장은 당사국의 일방적 행위에 의해 국제중재에의 제소자체를 부인할 수 있게 하는 것이어서 국제투자를 보호·조장하기 위해 체결된 투자협정의 기본 목적과 상치되는 것으로 보일 수도 있다. 따라서 동 문제가 제기되고 이에 대한 당사자의 견해가 상충되면, 해당 법정은 이에 대한 법해석을 하지 않을 수 없게 되며, 해석은 국제관습법을 반영하고 있는 '조약법에 관한 비엔나협약'상의 조약해석 원칙에 의하게 될 것이다. 비엔나 협정에 의하자면, 문맥상의 통상적인 의미와 동시에 그 목적(object and purpose)도 함께 고려하도록 요구하고 있다.<sup>40)</sup> 따라서 해당 경우 역시 문언뿐만 아니라 투자의 목적을 고려하는 관점에서 위법성의 기준을 재차 파악해 볼 필요가 제기되게 된다.

우선, 투자협정의 목적은 외자 도입의 촉진이며 이를 위해 외자의 보호 장치를

40) "1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." (Vienna Convention on the law of treaties, Art.31 (1))

마련하는 것이라는 데에는 이의가 없다. 그 다음, ‘국내법 부합규정’이 도입된 취지를 보자면, 도입국으로선 외자의 도입이 요청되지만 때에 따라서는 그것이 도입국의 주권 자체를 침해할 소지도 없지 않는 것이어서 이러한 부작용을 방지할 최소한의 장치로 도입되었다고 할 수 있다. 그리고 ‘협정’이 당사자들의 상치된 의사간의 균형잡힌 합의임을 전제한다면, 투자협정이란 원칙적으로 외국투자를 보호·조장하고자 하는 목적이지만, 이를 일방적으로 인정하는 경우엔 도입국의 주권침해의 우려가 있기 때문에 도입국의 법외의 부합규정을 도입함으로써 균형을 이룬 것으로 볼 수 있다. 그런데 만약 ‘국내법 부합규정’을 적용함에 있어 문언 그대로 해당 국가의 실정법 전체를 기준으로 삼고, 이에 대한 모든 위반의 경우를 문제 삼을 수 있다면, 이는 협정상 투자 보호의 핵심 요소인 국제중재에의 제소 가능성 자체가 당사국의 의도에 의해 일방적으로 부정될 수 있게 되는 것이고, 이는 필요 이상으로 외국투자를 희생시키는 결과가 되는 것이어서, 투자협정의 또 다른 주요 목적인 외국투자의 보호·조장이라는 목적이 과도하게 침해될 우려가 없지 않다.

대부분의 경우, ‘국내법 부합규정’에 대한 위반의 결과는 손해배상액의 결정요인이 아니라 협정에서 설정한 국제중재에 대한 제소권을 부인할 수 있는 즉 관할권 성립의 요건으로 해석되고 있다.<sup>41)</sup> 이러한 경우엔 위법성의 기준이 되는 법의 범위는 더욱 좁아질 수밖에 없으며, 그 위반 정도도 중대한 위반에 국한될 필요가 있다. 왜냐하면 도입국의 자의적 조치를 규제하고 이의 적절성 여부를 국내법정이 아니라 국제법정에서 판단 받을 수 있도록 하고자 하는 것이 투자협정의 요체인데, 이를 위해선 국내법 내용 및 이의 적용에 있어서의 부적절성 여부가 가능한 한 국제법정에서 심리될 것이 필히 요청되는 것이므로, 국내법 위반을 이유로 관할 자체를 부정할 수 있는 경우란 극히 제한적으로 인정되어야 할 것이기 때문이다. 더군다나 도입국은 자국 내의 외국투자에 불법이 인정된다고 판단하는 경우, 이에 대해 아무런 조치도 취할 수 없는 지위에 있는 것이 아니라 협정과 관계없이 지체없이 상응하는 조치를 취할 수 있는 지위에 있다. 그럼에도 도입국의 일방적인 대응조치의 과소나 타당성 여부를 다투는 게 아니라 이를 문제 삼을 기회조차 투자자로부터 박탈하는 경우

41) 이의 최초의 근거로 Salini 판례(Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco, Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23/7/2001, para. 46)를 언급하는 경향이 많다. 그러나 이에 대한 반론도 만만치 않다. 이에 대한 문제점은 이후에 언급하기로 한다.

라고 한다면, 논리상 그 위법으로 인한 주권침해의 정도는 명확해야 할뿐만 아니라 외자의 조장 및 보호라는 목적을 희생시킬 만큼 그 정도에 있어서도 중대해야 할 것이기 때문이다.

기준이 되는 법의 제한에는 두 요인이 작용할 수 있는데, 하나는 적용 법의 범위를 줄이는 방법이며, 다른 하나는 그 위반의 정도를 높이는 방법이다. 예를 들자면, 기준이 될 수 있는 법을 전체의 법이 아닌 특정한 법으로 제한하는 방법이 있을 수 있는 반면에, 모든 국내법을 기준으로 인정하는 경우라 하더라도 관할을 거부할 정도로 위반의 정도가 중한 것에 제한하는 방법이 있을 수 있을 것이다. 현재의 관행은 불분명하게 이 양자를 혼용하고 있으며, 딱히 말하자면, 전자의 경우엔 주로 ‘그 자체 불법’의 기준으로, 후자의 경우엔 ‘법의 일반원칙’이 주요한 역할을 하고 있는 것으로 보인다.

## (2) 기준이 되는 법의 제한 기준

먼저, 국내법 부합성의 기준으로 인정할 수 있는 법은 어느 범위까지를 인정해야 할 것이며 어느 법은 배제되어야 할 것인지의 문제에 대한 해결방안으로서 크게

두 입장이 제시될 수 있는 것 같다. 하나는 기준이 되는 법을 특정한 법 특히 투자협정의 경우엔 외자도입과정이 문제되는 만큼 투자관련 실정법으로 국한하고자 하는 입장이며, 다른 하나는 외자가 국가의 기본질서의 유지와 관계될 수 있는 한 실정법 전체가 기준이 되어야 하겠지만, 그럴 경우엔 관할 거부원인으로 삼기에는 문제가 있으므로, 실정법 위반 그 자체를 넘어서서 실정법상의 기본원칙이 침해되는 정도가 기준이 되어야 한다는 입장이다.

### 1) 투자관련 실정법으로 보는 입장

첫째, 국내법의 의미를 일단 해당 국가의 모든 실정법임을 전제로 하되, 투자협정의 ‘국내법 부합규정’의 존재이유를 감안하고, 이 경우 위법성의 결과가 투자협정의 보호대상에서의 제외라는 중대한 것임을 고려한다면, 해당국가의 실정법 위반 모두가 해당될 순 없다고 판단한 다음, 이러한 결과를 수반하는 위법성의 기준이란 결국 외국투자와 관련된 법규에 한정되어야 한다고 보는 입장이다. 이는 특히 ‘국내법 부합규정’이 투자 도입 시에만 적용되도록 규정된 경우엔 당연히 외자 도입과 관련된 법규만이 해당 기준이 될 수 있다고 보게 된다.<sup>42)</sup>

42) “... However, unless specifically stated in the investment treaty under consideration, a host State should not be in a position to rely on its domestic legislation beyond the sphere of investment regime to escape its international undertakings vis-à-vis investments made in its territory ... it is the Tribunal’s view that the legality re-

그러나 이러한 입장의 경우, 주로 투자 관련법이 관련되는 것이라고 하는 점에선 타당성이 있을 수 있으나, 그러한 법 이외 것은 배제된다고 한다면 이는 타당하지 않을 수 있다. 왜냐하면 투자협정상의 국내법 부합규정의 목적은 도입국의 최소한의 질서를 유지하는데 있는 것이므로, 투자협정에서 특정한 투자법만을 지칭한 경우가 아닌 이상, 이는 특정한 법에 국한될 수 있는 것이라기보다는 그 결과가 어떠한 것인지가 중요할 것이기 때문이다. 따라서 도입국의 기본질서에 명백히 영향을 주는 경우라면 그 위반된 법이 무엇인지는 그리 중요하지 않을 것이라는 점에서 문제가 있다고 할 수 있다.

그 다음, 그것을 인정할지 여부를 두고도 논란이 있겠지만, 이를 인정한다 할지라도 거론될 수 있는 첫 번째 문제로는, 어떤 법이 투자 관련법이며 어떤 법은 그것에서 배제되는 것인지가 불분명한 경우가 많다. 후자의 경우엔 특히 ‘경쟁법’의 포함여부가 문제된 경우가 많은데, 이는 그것

이 투자 관련법인가도 문제되거나와 상당 부분은 도입 당시 보다는 그 이후의 활동에 대해 적용될 소지가 많기 때문이기도 하다. 이러한 문제점을 고려하여, 특정 투자협정의 경우엔, 적극적인 방법으로, 국내법 부합성 여부에 원용될 구체적인 국내법으로 외자관련 특정 범명을 제한적으로 적시하는 경우도 있으며,<sup>43)</sup> 또 다른 투자협정의 경우엔, 소극적인 방법으로, 경쟁법 등을 투자협정의 적용대상에서 배제하는 명시적 규정을 두기도 한다.<sup>44)</sup> 그러나 적용대상이 되는지 여부를 두고 구체적으로 문제된 것으로는 경쟁법에 그치지 않고, 이외에 통신법, 형법 등도 거론될 수 있다. 이러한 입장이 갖는 두 번째 문제로는 이러한 입장을 취하는 경우, 적용되어야 하는 법의 범위에 덧붙여, 어느 시기의 법이 적용되어야 하는 것이며, 어느 정도의 위반이 있는 경우에 그 위반성이 인정될 수 있는지에 대한 추가 기준이 또한 필요하게 되는데, 이에 대한 분명한 기준 또한 없다는 점이다.

quirement contained therein concerns the question of the compliance with the host State's domestic laws governing the admission of investments in the host State ...” (Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14/7/2010, para.119)

43) 인도네시아가 영국(1977년), 호주(1993년) 칠레(1999년)등과 체결한 BIT에선 “in accordance with the Law No 1 of 1967 concerning foreign investment and any law amending or replacing it.”라는 규정을 두어 구체적으로 ‘외자도입법’만이 그 적용대상임을 명시하고 있다.

44) “For the purposes of this Chapter: activities carried out in the exercise of authority means activities carried out neither on a commercial basis nor in competition with one or more economic operators; ...” (EU-Canada간 CETA, Article 8.1 Definitions)

2) ‘법의 기본원칙(fundamental legal principle)’으로 보는 입장

둘째, 동 규정상 불법성의 인정은 관할의 부인이라는 중대한 결과를 초래하는 점을 고려한다면, 우선 모든 실정법 규정을 대상으로 하여 이를 위반한 모든 경우를 ‘국내법 부합규정’의 위반으로 인정하긴 어렵다는 점, 그리고 투자협정의 궁극적인 목적이 외자 촉진 및 보호라는 점을 고려한다면, 이 협정 속에 ‘국내법 부합규정’이 도입된 취지는 도입국의 주권침해를 막고자 하는 범위 내에 국한되어야 함과 동시에 이는 또한 외자 촉진을 지나치게 저해하지 않는 범위 내이어야 한다는 한계를 갖는다는 점 등을 감안해야 하는 것이므로, 이 경우의 위법성은 단순한 실정법의 위반에 그치는 것이 아니라 그것이 법의 기본원칙(fundamental legal principle) 또는 국제공서(international public order)를 침해하는 정도의 것이라야 함을 주장하는 입장이 제기된다.

그러나 이러한 입장도 세밀히 보면 다시 세 입장으로 세분될 수 있다. 첫째는 ‘도입국 법령의 기본원칙’을 기준으로 제시하는 경우이다.<sup>45)</sup> 이는 해당 법령을 도입국의 실정법을 의미하는 것으로 보되, 그 위반의 결과가 관할의 거부라는 중대한 결과라면, 모든 법의 위반이 이에 해당될 수는 없는 것이므로 이의 위반이 인정되기 위해선 규정 위반자체가 아니라 그 법령에 반영된 기본이념이나 가치에 반하는 정도이어야 한다고 보는 입장이다. 즉 ‘국내법의 기본원칙’이 기준이 된다는 것이고, 국내법 부합성이 주요한 이유는 도입국의 공공복지(public welfare)나 경제적 안녕(economic well-being)에 관련이 있기 때문이며,<sup>46)</sup> 이를 고려하자면 도입국 관련법의 취지나 도입 동기 및 목적 등이 필히 고려될 필요가 있을 것으로 본다.

둘째는 ‘국제적 법원칙’으로 보는 입장이 있다. 즉 협정에서 구체적 법명이 아니라 막연히 ‘당사국의 법령’으로 규정한 경

45) “Indeed, in order to receive the protection of a bilateral investment treaty, the disputed investments have to be in conformity with the host State laws and regulations. On the other hand, as was determined by the arbitral tribunal in the Lesi case, investments in the host State will only be excluded from the protection of the treaty if they have been made in breach of fundamental legal principles of the host country …” (Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, 29/7/2008, Award, para.319); 그밖에 2008년 Desert Line 판정도 유사한 입장을 보였다(Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/OS/17, 6/2/2008, Award, para. 104).

46) “② 외국인인 다음 각 호의 경우 외에는 이 법에 따른 외국인투자를 제한받지 아니한다.  
1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우  
2. 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우  
(<외국인투자촉진법> 제4조 2항)

우이고, 그것이 무엇을 의미하는지를 둘러싸고 당사자간 견해의 충돌이 있으며, 이로 인해 이것의 의미 확정을 위한 법해석이 필요한 경우라면, 조약 규정의 의미를 일방에 의해 결정되도록 할 수는 없는 것이고, 만약 쌍방이 동의할 수 있는 의미여야 한다면, 이는 당사국의 법령 자체라기 보다는 전 세계 국내법의 기본원칙 즉 ‘국제적 법원칙’ 또는 ‘일반적인 법원칙’을 의미하는 것으로 보아야 한다는 입장이다.<sup>47)</sup> 이러한 입장의 대표적인 경우로 2006년도 *LESI v. Algeria* 사건 판정<sup>48)</sup>을 언급할 수 있다. 2009년 *Phoenix Action v. Czech Republic* 사건 판정도 이에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.<sup>49)</sup>

셋째, 이러한 입장은 일반적 법원칙이나 국제적 법원칙이라는 용어 대신 ‘국제공서(international public policy; ordre public in-

ternational)’를 거론하는 쪽으로 나아갈 수도 있다. 그 대표적인 경우로 2006년 *Inceysa* 판정을 거론할 수 있는데, 동 법정은 투자협정에서의 국내법 부합규정의 도입취지가 국제공서의 구현(a clear manifestation of said international public policy)에 있다고 보았다.<sup>50)</sup>

국내법 부합규정에의 위반 여부의 기준으로 법의 기본원칙을 거론하는 입장의 장점으로는, 우선, 투자협정상상의 ‘국내법 부합규정’의 존재이유 및 그로 인해 부과되는 한계 등을 고려함으로써, 사소한 위반으로 관할이 거부되는 문제점을 완화하고 해당 규정의 남용을 막을 수 있다는 점 그리고 국제적 법의 원칙이나 일반적 법의 원칙으로 보는 입장의 경우엔 해당법의 제정이나 그 일차적 적용자가 도입국이라는 점을 고려하여 도입국의 일방적 남용 가능

47) 이러한 입장을 취하는 경우, 해당 규정이 국내 실정법을 의미하는 것으로 인정되기 위해선 조약상에 구체적으로 특정한 범명을 언급해야할 필요가 있게 될 것이다. 이런 입장에 의할 경우, 구체적인 투자범명을 언급한 투자협정의 경우 이의 의미가 부각될 수 있을 것으로 보인다.

48) 동 법정이 ‘법의 기본원칙’이 기준이 되어야 하는 이유로는, 첫째, 조약상 규정의 의미는 쌍방이 수용할 수 있는 의미이어야 하는 것이지 일방에 의한 좁은 의미일 수 없다고 함으로서 당사국의 실정법자체가 기준이 될 수 없음을 확인한다. 둘째, 그 대안으로서 고전적이고도 전반적으로 정당화될 수 있는 방법을 찾게 되며, 이에 의할 때, 협정의 보호가 박탈되려면 법의 기본원칙 (principes fondamentaux)을 위반한 경우이어야 한다고 판단하였다(*L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, ICSID Case No. ARB/05/3, 관할판정(decision), 12/7/2006, para.83 (iii)).

49) “The Tribunal is concerned here with the international principle of good faith as applied to the international arbitration mechanism of ICSID. The Tribunal has to prevent an abuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention, in ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected.” (*Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 113)

50) *Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para. 246.

성을 완화할 수 있다는 점 등이 지적될 수 있을 것이다. 또한 부수적으로는 이러한 위반성을 최종 판단하여야 하는 자가 국제법정이라는 점을 고려할 때,<sup>51)</sup> 이러한 입장을 취하는 경우엔 위반된 구체적인 국내 법령을 거론할 필요가 없을 것이므로, 구체적인 국내 법령보다는 법의 기본원칙에 더 익숙할 국제법정의 상황에 보다 부합할 것으로도 보인다.

그러나 결정적인 단점으로는 우선 대부분의 투자협정상 ‘국내법 부합규정’과 관련하여 ‘법의 기본원칙’이란 용어 자체가 등장하지 않는다는 점이다.<sup>52)</sup> 그럼에도 불구하고 이를 기준으로 원용할 경우엔 조약 규정도 없이 일방적으로 도입국의 이익을

지나치게 침해하는 것으로 판단될 소지도 없지 않다.<sup>53)</sup> 특히 투자협정의 ‘국내법 부합규정’의 도입취지가 일반적인 이익의 보호가 아니라 도입국의 개별적인 기본질서를 지키고자 하는 것이란 점에서 본다면 특히 그러하다. 그리고 만약 국내법과는 무관하게 법의 기본원칙이나 국제공서를 원용하는 경우라면<sup>54)</sup> 굳이 국내법 부합규정에 근거할 필요가 없을 수 있다는 점도 문제로 지적될 수 있다.

그 다음, 이를 인정한다 할지라도, 법의 기본원칙의 구체적 내용을 확정함에서나 그 위법성을 인정함에 있어서의 판단 기준이 모호하여 국제법정의 재량이 지나치게 커진다는 문제점을 거론할 수도 있을 것이다.<sup>55)</sup>

- 
- 51) “... as the legality of the investment is a premise for this Tribunal’s jurisdiction, the determination of such legality can only be made by the tribunal hearing the case, i.e. by this Arbitral Tribunal...” (Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para.209).
- 52) 이러한 문제를 의식하여 2014년 EU와 Canada간에 체결된 CEPA의 경우엔 아래와 같이 특정한 법 원칙에 위반된 경우엔 제소할 수 없다는 명문의 규정을 두고 있다: “3. For greater certainty, an investor may not submit a claim under this Section if the investment has been made through fraudulent misrepresentation, concealment, corruption, or conduct amounting to an abuse of process(CEPA, Article 8.18, (3)).
- 53) “... The Claimants’ interpretation goes beyond the terms of the BIT, in an attempt to further the investor’s protection without due regard for the State’s interests...” (Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, para.263) 따라서 동 법정은 법의 기본원칙을 기준으로 삼아야 한다는 판례를 거부한 경우라 할 수 있다.
- 54) World Duty Free Company 사건 판정에선 국제공서에 위반한 경우엔 국내법 부합규정과 무관하게 관할이 부인될 수 있음이 인정되었다. 동 법정은 부패행위(corruption)를 통해 취득한 투자에 대해 국내법 위반이라고 하기보다는 “국제사회에 공통된 국제공서(an international public policy common to the community of nations)”에 위반된다는 이유로 관할을 부인하였는데, 이 경우 ‘국내법 부합규정’에 위반 여부에 대해선 어떠한 언급도 하지 않았다(World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 31/8/2006, para. 148, para. 157).
- 55) 이는 결국 법의 예측가능 기능을 침해하게 될 것이며 실무적으로는 중재판정의 일관성을 해하는 결과를 초래하게 될 것이다.

## 나. 위법의 정도

관할 거부의 근거로서의 국내법 부합규정의 위반성이 인정되기 위해서는 판단기준이 되는 법이 무엇인가와 더불어 위법의 정도 즉 어느 정도의 위법이 있는 경우 동규정의 위반성이 인정될 수 있는지도 역시 중요한 문제가 됨은 지적인 바와 같다. 따라서 이제 이러한 정도에 이르기 위해선 어떠한 불법성이 이에 해당될 수 있는 것인지, 그리고 위반의 정도를 강화하기 위해 도입된 법의 기본원칙은 이 경우 어떻게 사용되고 있는지를 판례를 중심으로 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 지금까지의 국제중재판례의 입장을 살펴보면, 이 문제의 해결을 위한 기준이 단순하지도 또한 쉽지도 않은 관계로 이론적이기 보다는 실용적으로 해결하고자 하는 것 같으며, 그 결과 국내법 위반만으로 국내법 부합규정의 위반성이 확실히 인정될 수 있는 경우인 ‘그 자체 불법’인 경우 그리고 그 이외의 경우에 적용되는 ‘법의 기본원칙에 위반’되는 경우로 나누어 취급하고 있는 것

으로 보인다.

### (1) 국내 법령에의 명백한 위반

#### 1) ‘그 자체 불법(illegal per se)’인 투자

ICSID를 비롯한 국제투자중재 판례에 의거하면, 국내법 위반만으로 국제투자협정상 ‘국내법 부합규정’에의 위반성이 인정될 수 있는 가장 중요한 기준으로 ‘투자 그 자체가 불법(illegal per se)’인 경우이어야 함을 일관되게 요구하고 있다.<sup>56)</sup> 여기서의 ‘그 자체가 불법인 투자’란 투자 목적으로 사용된 자산(asset)이 불법인 경우이거나 자산의 사용 즉 사업 활동(business activity) 그 자체가 불법인 경우를 의미하는 것으로서,<sup>57)</sup> 이러한 경우는 별도로 법의 기본원칙에 반하는 것인지를 더 이상 살펴볼 필요 없이 그 자체로서 국내법 부합규정의 위반성이 인정될 수 있는 경우로 보게 된다. 그 대표적인 경우로는 투자계약 자체가 무효인 경우를 들 수 있을 것이며, 투자 업종 자체가 불법인 경우도 이에 해당할 수 있을 것이다. 또한 토지나 주

56) Cf. Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29/4//2004, paras. 86, 97.; Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8/11/2010, para. ; Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8/3/2010, para.145 등. 이 경우의 대부분은 국내법 부합규정의 위반성을 관할의 존부의 요건으로 파악하였다는 특징을 갖는다.

57) Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29/4//2004, para. 86 (리투아니아-우크라이나간 BIT에는 국내법 부합규정이 투자 정의 조항인 제1조 1항에 포함되어 있었다); Stephan W. Schill, “Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration,” *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 11, Issue 2, 2012, 288.

식 등에 있어 제한된 소유분 이상을 취득한 경우도 포함될 수 있을 것이다. 이는 주로 도입국의 투자관련 법령의 주요 규정에 대한 명백한 위반을 의미하는 것으로 보인다. 따라서 투자관련 법령 이외의 위반의 경우(예: 형법의 위반 등)는 그 자체 불법으로 취급하기 보다는 국제적 기본원칙이나 국제공서의 위반으로 취급되는 경향이 있다.<sup>58)</sup>

‘그 자체 불법’이 되기 위해서는 해당 도입국 법령의 주요 규정을 명백히 위반한 경우여야 하겠지만, 관련 법령 위반의 구체적 효과가 무엇인지에 따라 그 인정 여부를 두고 논란이 야기될 수도 있다. 예를 들자면, 국내법령이 효력법규인지 단속법규인지에 따라 ‘그 자체 불법’인지의 여부에 대한 견해의 대립이 있을 수 있는 것이다.<sup>59)</sup> 즉, 외국인이 구매할 수 있는 법적

상한을 넘어 주식을 취득한 경우, 해당 법령이 상한 이상의 주식 소유 그 자체를 불법화하거나 무효화하는 것이 아니라 그러한 거래를 행한 당사자를 처벌하는데 그치는 경우, 이러한 경우도 그 자체 불법으로 보아야 하는지에 대해서는 상이한 견해가 존재한다. 긍정설의 경우엔 입법취지를 고려함으로써 이를 그 자체 불법인 경우에 해당할 수 있다고 보는 입장이다.<sup>60)</sup> 반면 부정설의 입장은 투자 그자체가 불법인 것은 아니고 단지 취득행위만이 불법인 것이고, 또한 이러한 불법에 대해서는 행위자가 국내법상의 처벌을 받음으로서 일단락되는 것이므로, 이러한 상황에 대해 ‘국내법 부합규정’을 거론하며 국제중재 관할까지 거부하고자 하는 것은 지나치거나 부적절하다고 보는 것이다.<sup>61)</sup> 그러나 이러한 입장도 불법을 협정상 전혀 문제 삼지 말자는 것은 아니고, 단지 이를 관할 거부의

58) 이에 대해서는 ‘(2) 법의 기본원칙에의 위반’ 부분 참조. 따라서 경쟁법의 경우엔 모든 국가가 갖추고 있는 법이 아니므로 국제적 기본원칙이나 국제공서로 보기에겐 문제가 있게 된다.

59) 효력법규인지 단속법규인지 여부는 법규정 자체에 의해 정해질 수도 있지만, 법원의 관례에 의해 정해질 수도 있다. 우리나라의 경우 <외국환거래법>의 경우, 관례가 동법에 위반된 외환거래를 무효로 하는 것이 아니라 당사자를 처벌하는데 국한하는 단속법규로 해석하고 있다.

60) 이를 인정한 대표적인 판정으로 Fraport 판정을 들 수 있다. 필리핀 헌법과 법률(Dummy law)에 의해 특정 기업에 대한 외국투자자의 지분소유분에 대한 제한이 있었는데, 이를 위반한 것은 합법적인 자산을 불법적으로 사용한 경우라기보다는 그 자체 불법으로 본 경우라 할 것이다(Cf. Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007).

이후 동 판정은 취소위원회(Annulment Committee)에 회부되어 취소되었지만, 이는 절차상의 흠 때문이었을 뿐, 위의 논지는 그대로 유지되었다고 할 수 있다(Cf. Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide, 23/12/2010).

61) Fraport 판정상의 Cremades 중재인의 반대의견의 논지가 이러한 취지인 것으로 보인다. “Investor illegality

사유가 될 수 없다는 것이지 본안에서 책임의 감경사유나 손해액의 증감을 고려하는데 까지도 고려대상으로 삼지 말자는 것은 아니며, 그러한 경우는 관할문제보다는 오히려 본안에서 다루는 것이 협정의 기본 목적에 더 부합할 것으로 보는 입장인 것이다.

2) ‘그 자체 불법’으로 인정되지 않는 경우

‘그 자체 불법’이라는 개념은 절대적인 개념이라기보다는 상대적으로 제시된 개념이다.<sup>62)</sup> 즉, 이는 그 자체는 합법이지만 부수적인 또는 형식적인 측면만이 불법인 경우를 전제로 제시된 개념이라 할 수 있으며, 따라서 이러한 경우는 ‘그 자체 불법’이 될 수 없는 경우로서, 국제법정의 관행에 의하면, 이를 그 자체 불법이 아닌 경우라고 칭하는 대신, ‘사소한 위반(minor breaches)’이라는 개념을 사용하고 있다.<sup>63)</sup> 이에 판례를 중심으로 어떠한 경우를 사소한 위반으로 판단하였는지를 살펴볼 필요

가 있다.

① 형식이나 절차상의 흠이 인정되는 경우

통상적으로 투자분쟁 당사자중 원고인 투자가는 기준이 되는 법의 범위를 가능한 축소하고자 할 뿐만 아니라 그 위반 정도도 위중해야 함을 주장하는 반면, 피고가 되는 도입국의 입장에선 모든 자국법을 기준으로 하고자 할 뿐만 아니라 위반 여부만 문제될 뿐 위반의 정도와는 무관한 것임을 주장하게 된다. 따라서 이러한 현격한 입장 차이의 존재는 이에 대한 해당 규정의 해석을 요하게 되며, 투자협정의 목적 및 당사자 간의 균형 등을 함께 고려하는 객관적인 입장에 의하자면, 당사국법의 사소한 위반까지 국내법 부합규정에 반하는 것으로 보기엔 문제가 있는 것으로 판단하게 된다. 왜냐하면, 관행상 국내법 부합규정은 위법한 투자를 투자협정의 보호대상에서 배제할 목적으로 원용된다는 점이고,<sup>64)</sup> 이로 인해 사소한 정도의 위반

is serious, and there are many means to address it. However, in my opinion, it is an artificial, decontextualised interpretation of Article 1(1) of the BIT that excludes the jurisdiction of this Arbitral Tribunal for an alleged breach of the Philippine Anti-Dummy Law, and an interpretation that does violence to the object and purpose of promoting and protecting investment in the Philippines...” (Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades, para.14).

62) 그 자체 불법이란 용어를 최초로 거론한 Tokio 판정도 사소한 절차상의 위반과 구별 짓는 개념으로서 이를 언급한 것이다.

63) Cf. Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8/11/2010, para. 297.

64) Cf. Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco, Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23/7/2001, para. 46.

까지 이 규정의 위반으로 인정할 경우, 투자가는 사소한 위반 하나로 당사국의 부당한 조치에 대해 다룰 기회마저 박탈당하게 되는 부당하고도 불합리한 결과를 초래할 뿐만 아니라 이는 궁극적으로는 외자 보호라는 투자협정의 목적이 지나치게 침해되는 결과를 가져올 것이기 때문이다.

이러한 사소한 위반의 대표적인 유형으로는 등록서류상 사소한 오류나 규정된 행정절차상의 흠이 인정되는 경우 즉 '형식상의 불법'의 경우가 거론된다. 이를 인정할 선구적인 경우로는 2004년 Tokios Tokelés v. Ukraine 사건 판정을 들 수 있다. 이 경우 도입국 당국이 지속적으로 해당 투자를 외자로 등록해 왔음에도 불구하고, 사소한 실수(minor errors)로 야기된 등록 서류상의 흠(defects)을 이유로 투자협정의 적용대상에서 배제하고자 한데 대해, 국내법상의 행정절차상의 양식에 부합하지 않았다는 것은 '그 자체 불법'인 경우와 구분되는 것으로 그것이 투자로서의 성격을 바꿀 수 없는 것이라는 점,<sup>65)</sup> 그리고

형식적인 흠을 관할거부의 사유로 인정하는 경우, 이는 '투자협정의 목적(the object and purpose of the Treaty)'에 반하게 된다는 점을 지적함으로써, 그러한 사소한 불법이 국내법 부합규정의 적용대상에서 배제되어야 하는 주요한 근거가 투자협정의 '목적'에 있는 것임을 밝혔다.<sup>66)</sup>

그 다음, 2008년 Desert 판정은 이에 나아가 사소한 위반에 해당할 수 있는 경우를 보다 일반화하였다. 즉 동 법정은 위법성 여부를 판단함에 있어 기준이 되어야 하는 것은 '단순한 형식(mere formalism)'이 아니라 '실체적 목적(material objective)'이어야 함을 지적하였으며, 만약 그렇게 하지 않을 경우, 국내법 부합 의무는 투자자로 부터 국제법정예의 제소권을 박탈하기 위한 인위적 함정(artificial trap)이 될 수 있음을 지적하였다. 동 사건의 경우, BIT는 그 적용대상인 투자를 정의함에 있어 당사국의 법령에 따라 수락(accepted)되고 투자증명서(investment certificate)를 발급받은 투자에 국한하였음에도 불구하고,<sup>67)</sup> 투자

65) Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 97.

66) Ibid., para. 86.; 그 외에 2010년 Alpha Projektholding v. Ukraine 사건판정에서는 형식상의 사소한 위반은 '국내법 부합규정과는 무관한 것이라고 판단하였다. (Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8/11/2010, 297)

그밖에, 2010년 Alpha 사건 판정에서는 -Tokios 판정취지를 그대로 추종하며 - 해당 자산이 협정에 규정된 투자(investment)의 범주에 드는 한- 행정절차상 흠이 있다고 하여 그것의 성격이 바뀌진 않는 것임을 재확인하였다(Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8/11/2010, para.297).

67) "The term "Investment" shall mean every kind of assets owned and invested by an investor of one Contracting Party, in the territory of the other Contracting Party, and that is accepted, by the host Party, as an investment

협정의 목적을 고려할 경우 국내법에의 부합성은 제한적으로 해석되어야 하는 것이며, 이러한 국내법상 절차나 형식적 요건을 갖추지 않았다고 하여 당연히 대상 투자에서 배제되는 것이 아님을 밝힌 것이라는 점에서 의의가 있다.<sup>68)</sup>

② 국내법 위반의 결과로 특혜나 보증이 박탈되는 경우

그 자체 불법이라는 개념은 또한 법 위반의 결과가 국내법상 부여된 특정한 권리나 특권을 박탈당하는 경우와는 구분되는 개념으로 인정된다.

먼저, 2010년 *Inmaris* 판정의 경우를 보면, 국내법령을 위반한 결과로 해당 국내법에 의해 주어진 특혜나 권리를 박탈당하는 것이라면, 그러한 위법은 투자협정의 보호에서 제외되는 국내법 위반의 경우로 볼 수 없다고 판단하였다. 즉 이는 ‘그 자체 불법’인 경우로 볼 수 없다고 본 것이

다.<sup>69)</sup> 그 다음, *LESI* 판정의 경우엔 해당 사건에서 위반이 거론된 국내법은 조세상의 특혜를 받기 위한 체계에 불과한 것이므로 이에 대한 위반은 투자협정의 목적과는 무관한 것이라고 판단하였다.<sup>70)</sup>

따라서 적어도 관할을 부인하기 위해 ‘국내법 부합규정’에의 위반성을 문제삼는 경우라면, 단지 혜택이 박탈되는 경우와 국내법에 의해 무효가 되거나 처벌의 대상이 되는 경우와는 확연히 구분되어야 할 필요가 있어 보인다.

③ 부수적 투자가 위법인 경우

그 이외에 사소한 위반의 유형으로 거론될 수 있는 경우로서, 해당 투자의 수익성의 핵심 부분이 아닌 부수적인 부분에 있어서의 불법성이 문제되는 경우를 추가해 볼 수 있다. 이는 *Fraport* 사건 판정에서 거론된 바 있다.<sup>71)</sup> 즉 투자의 핵심되는 부분에 위법성이 없다면, 설령 해당되는 투자

according to its laws and regulations, and for which an investment certificate is issued.” (Oman-Yemen BIT art.1 (1))

68) *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/OS/17, 6/2/2008, Award, para.106. ASEAN 협정(1987) 제2조 제1항은 ‘투자유치국에 의하여 등록된 투자’라는 문구를 두고 있으며, 인도네시아가 영국, 호주 칠레 등과 체결한 BIT에서는 적용대상 투자의 정의에 대하여 ‘1967년 인도네시아 외국투자법 제1호에 따라 승인된 투자’라고 하는 등 구체적 문언을 두고 있다. 그러나 이러한 경우에도 인정될 개연성이 있다는 것이지 절차 및 형식상 위반이 당연히 관할거부의 이유로 인정된다는 의미인 것은 볼 수 없을 것이다. 그 결과를 별도로 또 고려해야 하는 까닭이다.

69) Cf. *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services Gmbh and Others v. Ukraine*, ICSID Case No.ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8/3/2010, para.145.

70) *L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, ICSID Case No. ARB/05/3, 관할판정(decision), 12/7/2006, para.83 (iii).

의 지엽적인 부분에서의 위법성이 있다손 치더라도, 더군다나 그러한 위법으로 인해 수익성(profitability)이 증가된 것도 아니라면, 이를 고의로 위반한 것으로 볼 수도 없는 것이어서, 이를 관할 거부의 사유로 인정하지 않을 개연성이 주어진다는 견해를 언급한 것이다. 즉 지엽적인 투자 부분에서 고의가 없는 위반일 것을 요건으로 하는 것이다.

## (2) 법의 기본원칙에의 위반

판례가 관할 부인의 근거로서 국내법 부합규정에의 위반성을 확실하게 인정하는 경우로는 투자자 ‘그 자체 불법’인 경우이다. 이것은 분명 국제 판례에 의해 일관되게 인정되고 있는 것이긴 하지만, ‘그 자체 불법’인 경우가 위반성이 인정되는 유일한 경우인지에 대해서는 언급이 없다.<sup>72)</sup> 그러

나 판례를 두루 살펴보자면, 법의 기본 원칙(fundamental principles of law)이나 국제 공서(international public order)에 반하는 경우도 국내법 부합규정에의 위반성이 인정될 수 있는 경우로서 추가 거론할 수 있을 것으로 보인다.<sup>73)</sup>

### 1) 고의적인 위반의 경우

국내법 부합규정에의 위반성을 다룸에 있어 거론되는 ‘법의 기본 원칙’이나 ‘국제 공서’라는 용어는 관행상 본래의 의미로 보다는 ‘그 자체 불법’인 경우와 대비되는 경우로서, 주로 ‘합법적인 투자를 불법적으로 취득한 경우’에 대해 거론되고 있는 것이며,<sup>74)</sup> 이는 다른 관점에서 볼 경우엔 고의에 대한 책임을 묻는 기능을 하고 있는 것으로 파악된다.<sup>75)</sup>

통상적으로 공서의 적용 경우엔 그 적용

71) *Fraport AG v. the Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para.396. 동 법정은 이에 더 나아가 선의인지 아닌지가 불분명한 경우엔, 그러한 불법으로 인한 수익성(profitability) 증가 여부를 고려할 필요가 있으며, 불법으로 인해 수익성이 증가하지 않는 경우라고 한다면, 이를 선의로 파악할 수 있을 것이라 세부적인 견해까지 표명한 바도 있다.

72) Stephan W. Schill, “Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration,” *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 11, Issue 2, 2012, 290.

73) 이러한 경우엔 국내법 부합규정상의 국내법은 투자관련법에 국한되어야 한다고 보는 입장을 보완해 줄 수도 있다. 왜냐하면 투자관련법 이외의 법 위반이 문제되는 경우라 하더라도, 적어도 그것이 해당국의 법의 기본질서나 국제공서에 반하는 것으로 인정된 경우라면, 투자협정의 보호대상에서 배제될 수 있을 것이기 때문이다.

74) Cf. Stephan W. Schill, “Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Volume 11, Issue 2, 2012, 293.

이는 대부분 사기 또는 고의적 은폐, 뇌물 등을 통한 투자 취득의 경우가 문제된다.

75) ‘그 자체 위반’인 경우엔 고의의 여부가 문제되지 않을 가능성이 크다. 이는 고의의 여부를 물을 기회가

의 결과가 중요하기 때문에 과정에서의 고의 유무는 문제 삼지 않는 것이 일반적이지만, 국제투자법정의 입장을 보자면, 고의적인 불법을 용인한다는 것은 ‘신의성실(good faith)의 원칙’을 어긴 것을 방임하는 것이 되며, 나아가 ‘법 준수 의무(respect of law) 원칙’의 위반을 용인하는 결과가 된다고 보아, 이를 기본질서에 반하는 것으로 판단하는 것으로 보인다. 따라서 이 경우엔 ‘법의 기본원칙’이란 용어 보다는 ‘국제적 법원칙’이란 용어를 선호하며, 특히 뇌물을 포함한 부패(corruption)행위의 경우엔 ‘법의 기본원칙’이라는 용어보다는 ‘국제공서’<sup>76)</sup>라는 용어를 더욱 선호하는 경향으로 보인다. 이 경우의 ‘국제공서’라는 개념은 국내법 부합규정의 남용을 막기 위한 용도이기 보다는 오히려 국제사회의 질서유지를 위해 당연히 준수되어야 하는 국제

사회의 공서를 의미하는 경향이 짙은 것으로 파악된다.<sup>77)</sup>

국제중재법정의 관행을 보면, 일단 고의성이 인정되는 경우엔, ‘그 자체 불법’인 경우라 하더라도 ‘그 자체 불법’의 경우로 취급하지 않고, ‘법의 기본원칙’에 반한다고 하거나 ‘국제공서’에 반하는 경우로 인정하고 있다. 또한 이러한 논지에 의할 것 같으면, ‘그 자체 불법’이 아닌 경우라 하더라도 고의가 인정되는 경우엔 결과에 따라 심각한 위반이 될 가능성이 없지 않다. 국내법과 국제공서의 적용순서를 보면, 국내법 부합규정의 취지를 고려할 경우, 고의적인 불법이 인정되면 국내법의 원칙에 반하는 것이 되고, 나아가 국제공서에 반하는 것으로 판단되는 것이 순리인 것 같지만, 그것보다는 고의적인 불법이 인정되는 경우엔 바로 국제공서 또는 국제적 기

없다는 의미도 된다. 그러나 위반성의 심각성을 파악함에 있어 우선 고려될 수 있는 것은 고의의 여부일 수 있다. 선의의 위반 보다는 고의적인 위반의 경우에 대해 위반성의 강도를 중하게 인정할 것이기 때문이며, 이는 범죄의 경우처럼 고의가 구성요건에 해당되진 않는다 하더라도 위반성의 경중을 판단하는 기준은 될 수 있을 것이기 때문이다. 그리고 국제중재법정의 관행도 표현방법은 다르다 할지라도 고의를 중요하게 취급하는 것으로 보인다.

76) 국제공서의 개념에 대해선 관점에 따라 다양하게 파악될 수 있겠지만, 적어도 다음과 같은 두 가지 개념으로 파악될 수 있을 것이다. 첫째, 국내법 부합규정의 위반성은 관할 거부라는 결과를 야기하는 만큼 그 위반성은 제한적으로 해석되어야 한다는 논리 하에 국내공서라는 개념을 국제적으로 통용될 수 있는 개념의 한도 내로 제한하는 의미로 국제공서라는 개념을 사용하는 경우이다. 이 경우 말이 국제공서이지 국제적으로 통용될 수 있는 국내공서를 의미한다. 둘째는 명실 공히 국제공서의 의미로 사용되는 것으로, 국내법과는 무관하게 국제사회에서 공히 준수해야 하는 국제사회의 보편적인 공서(‘transnational public policy’ 또는 ‘truly international public policy’)를 의미하는 경우이다(Cf. World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4/10/2006, paras.138-9).

77) 이러한 경우엔 국내법 규정과는 무관하게 불법성이 문제될 수도 있다(Cf. Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27/8/2008, para. 143-144).

본원칙의 위반으로 판단하며, 이를 통해 자동적으로 국내법 규정에서의 위반성이 추정되는 경우가 오히려 많은 것 같다.<sup>78)</sup> 이러한 상황이 진전되다 보면, 특히 법의 일반원칙이 국제공서로 전환되는 경우엔, 국내법 부합규정에 대한 언급 자체가 생략될 지경에 이를 수도 있음이 지적될 필요가 있다.<sup>79)</sup>

먼저, 고의적인 위법에 대해 '국내법의 기본원칙'에 반한다고 하여 관할을 거부한 전형적인 경우로는 2008년 Desert 판례를 언급할 수 있다. 이 경우 국내법 부합규정이란 불법적인 투자를 배제함으로써 투자자의 합법성을 확보하고자 하는 것이므로, 이 경우 설령 행정절차 서류상의 사소한 흠에 해당할 수 있는 것이라 할지라도 그것이 명백히 고의 (예: 허위표시나 은닉 의

사)에 기인한 경우라면, 이는 '도입국 법의 기본원칙(fundamental principles of the host State's law)'에 반하는 것이어서 관할이 인정될 수 없는 것으로 판정하였다.<sup>80)</sup> 즉 그 자체 불법이 아닌 형식상의 흠의 경우라 할지라도 그것이 명백한 고의에서 비롯된 경우엔 '그 자체 불법'인 경우와 동일한 지위에 이를 수 있음을 의미한다.

그 다음, ICISD 중재법정에 의한 2006년 Inceysa 판정은 고의적인 위법(산업경험 및 재정상태에 대한 허위표시)에 대해 국제공서에의 위반 여부를 먼저 판단하였고, 국제공서에 반하는 것은 동시에 국내법에도 반한다는 논리를 전개하였다.<sup>81)</sup> 여기서의 국제공서의 구체적 내용은 '법의 준수(respect for the law)'의무와 신의성실(good faith)의 원칙이었다.<sup>82)</sup>

78) Inceysa 사건의 경우, BIT에는 국내법 부합규정이 포함되어 있었고, 또한 분쟁해결의 준거법으로 일반적으로 승인된 법규와 국제법 및 국내법의 원칙이 정해져 있었는데, 이에 법정은 국내법에서의 부합여부를 판단하기 이전에 일반원칙을 적용해야 한다고 판단하였다(Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para.224).

79) 특히 ICISD 법정의 경우엔 -국내법 부합규정과 무관하게- 신의성실(good faith) 원칙에 반하여 취득된 투자 등에 대해선 동 법정에 제소를 용인할 수 없는 것으로 보고 있다(Cf. Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 106s).

80) Desert Line Projects LLC v. Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, para.104.

81) 원고는 그의 산업경험이나 재정능력에 대해 고의적으로 허위표시(fraudulent misrepresentation)를 함으로서 기술검사계약을 취득하였음이 인정되었고, 법정은 이러한 사기(fraud)행위를 통한 투자취득은 국제공서에 반하는 것이고 이는 또한 국내법에도 반하는 것이라고 인정함으로써 관할을 부인하였다(Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, paras. 230s.).

82) Inceysa 사건 담당 ICISD 법정은 Good faith 원칙이 BIT 상의 원칙이면서 또한 El Salvador 국가 헌법(constitution)상의 원칙이라고 지적하였으며, 또한 사기(fraud)에 대해서는 국제공서(international public policy)를 거론하였다. '법의 준수(respect for the law)'의무에 대해선 Cf. Ibid., para.248 ; 신의성실의 원칙 부분에 대해선 Cf. Ibid., para.230.

그밖에, 2006년 World Duty Free Company 판정도 언급할 필요가 있다. 동 사건의 경우엔 뇌물(bribe)이 문제된 경우이며, 관련 BIT에는 국내법 부합규정도 있었고 분쟁 해결의 준거법으로 법의 일반원칙과 당사국 국내법이 지정되어 있었다. 이러한 상황에서 동 법정은 특이하게 투자의 불법성을 판단함에 있어선 국내법의 기준보다 국제공서의 기준이 순서상 우선되어야 한다는 견해를 밝혔다.<sup>83)</sup>

끝으로, 고의적인 불법이 신의성실의 원칙이나 법의 준수 의무 원칙 등에 반하는 것으로 인정되는 경우라면, ‘국내법 부합 규정’이 없는 경우에도 관할에서 배제될 수 있음이 지적될 필요가 있다.<sup>84)</sup> 이는 국

제투자중재법정의 일반적인 경향인 것으로 보이며, ICSID의 경우엔 더욱 명확한 것으로 보인다.<sup>85)</sup> 이는 국제투자자가 해당 투자분쟁에 대해 도입국을 상대로 국내법정이 아닌 국제법정에 제소할 수 있도록 함은 투자자가 신의성실히 법을 준수한다는 전제하에서 인정되어야 하는 것으로 보는 때문이며, 또한 ‘누구도 불법으로부터 혜택을 받을 수 없다(nemo auditur propriam turpitudinem allegans)’는 원칙에 의해서라도 이러한 원칙을 위반한 투자자에 대해서는 국제중재 체계를 사용할 권리를 인정하지 말아야 한다고 보는 까닭이다.<sup>86)</sup>

이러한 경우엔 관할거부를 위한 도구로서의 ‘국내법 부합규정’의 실익은 상당부

83) 따라서 해당 투자계약은 뇌물(bribe)을 통해 취득된 것이 인정되는 이상, 이는 ‘국제사회에 공통된 국제공서’에 반하는 것으로 판단하였고, 이후 그것과는 별도로 국내법에 반하는 것인지에 대해선 따로 확인하였다(World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4/10/2006, paras. 148, 157).

84) “States cannot be deemed to offer access to the ICSID dispute settlement mechanism to investments not made in good faith.” (Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 106)

85) “...These are illegal investments according to the national law of the host State and cannot be protected through an ICSID arbitral process. And it is the Tribunal’s view that this condition - the conformity of the establishment of the investment with the national laws - is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT.” (Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 101.); “These are general principles that exist independently of specific language to this effect in the Treaty.” (Gustav F W Hamseter GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18/6/2010, para.124)

86) 따라서 Plama 판정의 경우엔 국내법 부합규정이 없음에도 불구하고 위계에 의한 투자 취득은 도입국의 국내법에 반할 뿐만 아니라 국제공서의 기본개념에도 반하는 것이라고 판단하였다. 이 경우에 적용된 구체적인 법의 기본원칙은 ‘신의성실(good faith)의 원칙’이었으며, 신의성실 원칙이란 불가리아 법의 일부이기도 하며 또한 국제공서의 일부이기도 하다고 판단하였다(Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27/8/2008, paras. 143-144).

분 사라지게 되며, 이러한 경우의 ‘국내법 부합규정’이란 ‘그 자체 불법’인 경우에만 적용되거나 아니면 단지 본안에서 책임 감경이나 유리한 손배액 산정을 위한 도구로 전략하는 결과가 될 것이다.

‘그 자체 불법’인 경우엔 불필요하겠지만, 투자를 취득하는 방법상의 불법성이 인정되는 경우 -즉 대체적으로 고의적인 위법성을 제재하는 용도로 국제적 법원칙이나 국제공서가 원용되는 경우- 라면 불법성의 인정이외에 또 하나의 추가적 요건으로서 ‘인과관계(causality)’가 필요하다고 보는 입장이 있다.<sup>87)</sup> 즉 설령 부패행위나 위계 등의 행위가 인정되는 경우라 하더라도 이에 대한 ‘국내법 부합규정’상의 제재 즉 관할거부가 인정되려면, 그러한 불법행위가 없었더라면 투자가 성립되지 않았을 경우에 국한되어야 한다고 보는 것이다. 이는 만약 그러한 불법 행위가 없었다 하더라도 투자가 이루어질 수 있었던 경우라면 이에 대해 국내법 부합규정에 의한 관할 거부는 부당할 수 있다는 입장으로 보인다. 설령 위법행위가 없었다 할지라도 투자가 이루어졌을 경우라고 한다면, 해당 투자의 성립이나 시행 때문에 국가의 기본

원칙이 침해되었다고 볼 순 없는 것이고, 단지 그 취득방법의 불법성만이 문제되는 것인데, 이러한 경우엔 국내법상 제재가 보다 적합한 경우일 수 있고, 또한 중재법정의 경우엔 관할 거부가 아니라 본안에서 그 위법성 문제만을 다루는 것이 보다 타당할 것으로 보이기도 한다.

이와 같은 맥락에서 Fraport 판정상 반대 의견을 낸 Bernardo Cremades 중재인의 견해를 언급할 필요가 있다. 그에 의하면, 원칙상 ‘투자자의 행위(investor’s conduct)’에 관한 것은 본안(merit)의 문제여야 하는 것이며, ‘국내법 부합규정’에 의해 야기되는 관할 문제는 ‘자산의 유형(the type of asset)’이 합법적인 것인지 여부의 판단에 국한되어야 한다고 보았다.<sup>88)</sup>

이와 같은 입장들이 일면 수증가는 점을 갖고 있음이 확실하다면, ‘국내법 부합규정’이 오로지 공서 조항의 성격을 갖는 것이라고 하는 관점이나, 고의적 불법에 관한 한, 국내법 부합규정의 존재와 관계없이 관할을 거부할 수 있다는 투박한 관행은 보다 정교하게 조정될 필요가 있을 것으로 보인다.

87) “...it was not established by the Respondent that Cocobod would not have entered into the JVA if it had known that Hamester was making a pre-profit on its contribution” (Gustav F W Hamseter GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, 18 June 2010, para. 137.)

88) Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, dissenting opinion, para.38.

2) 선의(good faith)의 위반의 경우

‘그 자체 불법’인 경우엔 고의 여부 자체가 문제가 되지 않을 것이므로 논외로 하고, 그 이외의 경우로서 주로 고의가 ‘국내법 부합규정’에의 위반성이 인정되는 주요 요인인 경우라면, 선의의 위반인 경우엔 위반성이 면제될 수 있을까라는 문제가 제기될 수 있다. 물론 선의의 위반이 ‘그 자체 불법’인 경우가 아니라면, 이를 두고 국제공서에 반하는 것으로 판정할 것 같진 않지만, 그러나 이는 국내법 부합규정에의 위반을 오로지 관할(jurisdiction) 문제로 보고, 국내법 부합규정을 일종의 공서(public policy) 조항으로 간주하면서, 불법에 해당하는 근거가 ‘그 자체 불법’인 경우와 ‘국제적 기본원칙이나 국제공서에 반하는 경우’에 국한할 경우, 어떠한 불합리한 결과가 야기될 수 있는지를 지각할 수 있는 계기를 제공할 수 있을 것으로 본다.

먼저, 법에 대한 무지가 사소한 위반으로 인정될 수 있을까? 범죄의 경우엔 통상적으로 고의가 요구되고 있지만, 이는 국민으로서 해당 법을 당연히 알고 있다는 것을 전제로 하는 것이므로 법의 무지를

면죄 사유로 인정하진 않는다. 하지만 외국인의 경우엔 문제가 다를 수 있다. 외국 투자가로선 도입국의 법령에 대해 모르는 경우가 대부분일 수 있기 때문에, 법의 무지를 면죄사유로 거론할 소지가 없지 않는 까닭이다. 더군다나 이 경우는 대부분 범죄도 아니다.

그러나 이에 대해 부정적인 입장을 개진한 국제중재판정도 있음에 유의할 필요가 있다. 동 법정의 판정취지에 의하면, 외국 투자가가 도입국의 법령에 대해 잘 모를 수 있다는 점은 인정될 수 있으나, 투자를 위해 상당한 자본을 투입하는 것이라면, 해당 투자의 안전을 위해서라도 당연히 도입국의 투자환경에 대해 파악하게 될 것이며, 따라서 도입국의 법령에 부합하는지 여부에 대해 살펴볼 ‘상당한 주의(due diligence) 의무’를 인정한다고 하여 이를 지나치다거나 불합리한 것으로 볼 수 없다고 판단하였기 때문이다.<sup>89)</sup> 이러한 논지는 ‘국내법 부합규정’을 고의 여부와는 무관하게 그 결과만 중시하는 일종의 공서 조항으로 보는 경우엔 더욱 부합할 수 있을 것으로 보인다. 그러나 투자의 불법성이

89) “...prudent investment practice requires that any investor exercise due diligence before committing funds to any particular investment proposal. An important element of such due diligence is for investors to assure themselves that their investments comply with the law. Such due diligence obligation is neither overly onerous nor unreasonable. ...” (Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19/5/2010, para.58)

투자가 자신의 무지에 의해 직접적으로 결 과한 것이 아니라,<sup>90)</sup> 공공기관인 도입국 내의 투자 파트너가 불법인 사업임에도 불구하고 외자를 유치하였고, 이를 믿고 불법성을 모른 채 동참함으로써 간접적인 불법이 문제되는 경우에는, 도입국의 주의·관리 의무도 연관될 수 있는 것이어서 그리 간단하지 않을 수 있다. 특히 도입국의 불법은 본안(merit)의 대상이며, 투자가의 불법은 관할(jurisdiction)문제로 보는 현재의 여건을 고려할 경우,<sup>91)</sup> 투자가의 불법만을 문제 삼게 되고, 관할이 부인되는 경우엔 투자가가 지적하는 도입국의 불법성은 따질 기회마저 없어질 수 있는 것이어서, 이를 과연 지나치지도 불합리하지도 않다고 할 수 있을지에 대해서는 단언하기 어려울 것이다.<sup>92)</sup> ‘국내법 부합규정’이 없는 경우엔 더욱 말할 필요도 없을 것으로 보인다.

그 다음, 자신의 잘못 없이 법을 오인한

경우는 면책될 수 있을까? 외국투자가는 일반적으로 외국 법령에 대해 정통하지 않을 뿐만 아니라 법률전문가도 아닌 까닭에 해당 투자가 도입국의 법령상 문제가 없는지를 파악하기 위해선 대부분 도입국 법률전문가의 조력을 받게 된다. 이러한 경우, 동 법률전문가의 잘못된 의견으로 인해 야기된 불법성에 대해서도 외국투자가의 제소권을 부인하는 결과를 부여할 수 있는 것인지 여부가 문제될 수 있다. 특정한 법령의 경우, 이러한 경우를 선의(good faith)의 위반의 경우로 분류하고, 이에 대해선 투자자에 유리하게끔 관할이 성립되도록 해석하고자 하는 상당한 주장(considerable arguments)이 있을 수 있음을 지적한 경우도 있다.<sup>93)</sup>

(3) 공서(public policy; l'ordre public)가  
원용될 수 없는 이유

국가의 기본질서를 보호하기 위한 제도로는 공서(公序)의 규정이 널리 인정되고

90) 이 경우에도 도입국 법제도의 투명성에 문제가 있는 경우라면 간단하지 않을 수 있다.

91) “... If the legality of the Claimant’s conduct is a jurisdictional issue, and the legality of the Respondent’s conduct a merits issue, then the Respondent Host State is placed in a powerful position. In the Biblical phrase, the Tribunal must first examine the speck in the eye of the investor and defer, and maybe never address, a beam in the eye of the Host State...” (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, dissenting opinion, para.37)

92) 이는 외국투자자에게 도입국의 모든 법에 대해 잘 알아야 할 것을 요구하는 것이어서 지나치다는 견해가 있을 수 있다(同旨, Cf. Stephan W. Schill, “Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration,” The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Volume 11, Issue 2, 2012, 298).

93) Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para.396. 그럼에도 해당 사건의 경우엔 그러한 개연성도 없다고 판단하였다.

있고, 이의 인정을 위해서는 단순한 법규의 위반을 넘어서서 그 위반의 결과가 사회의 기본질서에 명백히 반하는 정도에 이르러야 한다. 보는 관점에 따라 투자협정상 국내법 부합규정도 이와 유사한 기능이 있음도 사실이고,<sup>94)</sup> 이 경우에 기존의 공서 체계를 준용하게 되면, 위반정도를 판단하기 위한 별도의 기준을 고민할 필요 없이 모든 것이 일시에 해결될 가능성도 있어 보인다.<sup>95)</sup> 그럼에도 불구하고 이 경우 공서라는 통상적인 방법을 사용하기 어려운 이유는 무엇일까? 물론 투자협정상의 ‘국내법 부합규정’을 일종의 공서 규정으로 본다면, 고의나 선의에 대한 특별한 고려는 어려울 수밖에 없다. 공서의 침해 여부는 고의 여부나 불법의 정도가 직접적인 고려대상이 아니며, 원칙상 그 위반의 결과만이 문제될 것이기 때문이다.<sup>96)</sup> 그러나 국내법 부합규정의 적용상 공서가 원용될 수 없는 근본적인 이유는 다음에 있다 : 첫째, ‘국내법 부합규정’이 관할의 거부만을 위해 그 용도가 국한되는 것이 아

니기 때문이다. 물론 그중 가장 중요한 결과가 관할의 거부이지만, 그밖에 본안에서의 책임의 경감이나 손배액의 증감에도 실질적인 영향을 줄 수 있는 것이고, 이 경우엔 공서의 개념이 부적절하기 때문이다. 둘째, 만약 공서의 제도를 준용하게 되면, 이는 오로지 국내 질서의 보호에만 국한되게 되는데, 이러한 경우 국내공서의 판단은 국가의 재량사항이 되는 것이어서, 이의 판단권이 국제법정에 있는 상황과 부합하지 않을 뿐만 아니라, 이를 인정하는 경우 국내법 부합규정에의 위반성을 도입국이 남용할 수 있고, 이러한 경우 이를 저지할 가능성이 없어지게 되는 까닭이다. 즉, 도입국은 투자자의 제소를 피하기 위해 자국의 공서를 핑계 삼아 관할회피 사유로 남용할 가능성이 많고, 이를 저지하기 위해선 공서를 인정한다할지라도 국내공서가 아니라 국제공동체의 공서의 경지에 이르도록 요구할 필요가 있게 된다. 이는 단순한 법규위반으로 위반성이 필히 인정되지 않는 경우에도 그 위반성이 공서에 반

94) “It is uncontroversial that respect for the law is a matter of public policy not only in El Salvador, but in any civilized country...” (Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para. 248)

95) ‘그 자체 위반’의 경우엔 그로 인해 공서의 침해 결과가 당연히 추정되는 경우로 볼 수 있을 것이다.

96) “In interpreting the phrases “owned or controlled” and “in accordance with the ...laws...,” ... Each Claimant must meet this requirement, regardless of his or her knowledge of the law or his or her intention to follow the law. Thus, the Claimants’ statements that they intended to follow the law or that they did not know the law are irrelevant to a determination of whether they actually owned or controlled their investments in accordance with the laws of Costa Rica.” (Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, 19/5/2010, para.52)

할 것을 요구하는 것을 꺼리며, 또한 국내법의 기본원칙이라는 용어 대신에 법의 국제적 원칙 또는 국제공서로까지 거론하게 되는 주요 이유인 것으로도 판단된다.

## 2. 투자도입국의 원용 지위 및 역할

### 가. 투자도입국의 원용 지위

체계상 국제투자분쟁을 국제법정에 제소하는 자가 전적으로 외국 투자가임을 고려한다면, ‘국내법 부합규정’에의 위반성을 근거로 관할을 부인하고자 하는 자는 전적으로 피제소자인 도입국일 수밖에 없다. 그런데 불법이란 양 당사자 모두가 관련될 수 있는 것임에도 불구하고, 원칙상 투자가의 불법은 관할(jurisdiction) 문제로, 도입국의 불법은 본안(merit)의 문제로 취급하게 되는 현재의 관행을 고려하자면, 도입국의 국내법 위반성에 대한 주장을 저지하기 위한 항변이 매우 중요할 것으로 보이며, 이의 한 방편으로서 도입국의 불법성을 어느 정도 원용할 수 있을지가 문

제될 수 있다. 투자가가 거론하는 도입국의 모든 불법을 관할 부인에 대한 항변사유로 인정할 순 없겠지만, 국제중재판례에 의할 경우, 특정한 상황의 경우엔 도입국이 투자가의 불법성을 원용할 자격을 상실케 할 수 있음을 인정하고 있다. 그럼 어떠한 상황일 경우, 도입국은 투자가의 불법성을 원용할 수 없게 될까?

첫째, ‘clean hand의 논리’가 적용되는 경우이다. 이는 관할 문제에 적용되는 원칙으로서, 법정에 등장하기 위해선 깨끗한 손으로 등장하여야 한다는 것이다.<sup>97)</sup> 이를 인정한 대표적인 경우로 2007년 Ioannis 사건 판정을 거론할 수 있다. 동 사건은 자국의 공기업이 법에 위반된 원권행위(*ultra vires*)를 통해 외국투자가와 concession 계약을 체결한 상황에서, 도입국은 관할을 부인하기 위해 해당 계약이 불법으로 체결되어 무효라고 주장하였다. 그러나 법정은 자신의 기관의 불법행위를 문제 삼아 투자협정의 적용을 거부할 수 없는 것임을 밝혔다.<sup>98)</sup> 이는 원칙상 이익을 보기 위해 자

97) clean hand doctrine에 대해서는 다음을 참고할 것: Moloo, “A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law”, 2010, file:///C:/Users/1/Downloads/SSRN-id2358229.pdf; Gerald Fitzmaurice, “The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law,” in *Recueil Des Cours, Collected Courses, Volume 92 (2007)*, p.119s; Bin Cheng, *General principles of law as applied by international courts and tribunals* (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006), p.156s.

98) “... It does not allow a State to preclude an investor from seeking protection under the BIT on the ground that its own actions are illegal under its own laws. In other words, a host State cannot avoid jurisdiction under the BIT by invoking its own failure to comply with its domestic law.” (Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6/7/2007, para. 182)

신의 불법을 스스로 원용할 수 없다는 의미이기도 하거니와 구체적으로는 공기업의 불법이 도입국인 Georgia에게 귀속되는 것인 상황에서는<sup>99)</sup> 도입국은 투자자의 불법성이 인정되는 경우라 할지라도 관할을 부인하기 위해 이를 원용할 자격을 상실하게 된다고 볼 수도 있는 것이다.

둘째, ‘금반언(estoppel)의 원칙’이 거론되는 경우이다. 이는 ‘공정성의 원칙(Principles of fairness)’에 해당하는 것으로, 투자자의 불법이 설령 인정되는 경우라 할지라도, 이를 알면서도 묵인 또는 승인한 상황이라면, 이후 도입국은 관할을 부인하기 위해 이 투자자의 불법을 원용할 수 없게 된다는 것이다.<sup>100)</sup> 이 원칙은 위의 Ioannis 사건에서 역시 확인되었다. 동 사건의 경우, 투자자의 투자 계약 체결과정에는 Georgia의 두 명의 대통령과 두 명의 수상이 협상에 개입하였으며, 또한 해당

국가의 주무기관에 의해 정상적으로 비준되었고 또한 이행되고 있는 상황이었다. 이러한 상황이라면, 투자자는 동 계약이 Georgia의 국내법상 문제가 없다고 확신하였을 것이며, 그 결과 이 계약에 의한 정당한 기대이익을 갖게 되는 상황이라 할 것이므로, 이에 대한 투자협정의 보호를 받을 지위를 갖게 된다고 보았다. 따라서 이러한 상황임에도 불구하고, 이후 도입국이 동 계약의 불법성을 원용하는 경우라면, 이는 금반언의 원칙에 어긋나게 되어 관할 부인의 근거로 인정될 수 없게 된다고 본 것이다.<sup>101)</sup> 그러나 금반언의 원칙이 적용되려면, 도입국이 불법을 알고 있었어야 하는 것이므로, 설령 불법이 있었다 하더라도 투자자가 이를 의도적으로 숨긴 경우엔 도입국이 알고 있었다고 볼 수 없는 것이므로, 이 경우엔 적용될 수 없을 것이다.<sup>102)</sup>

99) 국가기관의 행위는 월권행위라 하더라도 국가에 책임이 귀속 된다: “The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions.” (ILC, Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001, UN, 2008.)

100) “Principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defense when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its law.” (Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para.346)

101) Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6/7/2007, paras. 191-2.

102) Cf. Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, paras. 346-8.

셋째, 도입국에 의한 ‘신의성실(good faith) 원칙’의 위반이 인정되는 경우이다. 이는 Desert line 사건에서 언급된 바 있다. 즉 도입국 국가원수에 의해 조장되고 동의된 투자라고 한다면, 설령 해당 투자가 절차상 흠이 있다 할지라도 이를 근거로 관할을 부인하고자 하는 것은 가장 기본적인 신의성실의 원칙에 반하는 것으로 판단하였다.<sup>103)</sup> 신의성실 원칙은 국제투자법상 두 단계에서 원용될 수 있는데, 하나는 투자를 시행하는 단계에서 원용되는 경우이고, 다른 하나는 소송절차 단계에서 원용되는 경우이다. 이 경우는 후자에 해당하는 것으로, 전자를 ‘실체적 신의성실(material good faith) 원칙’이라고 한다면, 후자는 ‘절차적 신의성실(procedural good faith) 원칙’이라 할 수 있을 것이다.<sup>104)</sup>

#### 나. 투자도입국 판결의 지위

‘국내법 부합규정’에의 위반성이 관할의 문제일 경우, 이에 대한 최종 판정권자는

해당 사건을 맡은 국제중재법정이 될 것이다.<sup>105)</sup> 그러나 이러한 위반성의 근거가 법의 일반원칙이나 국제공서에의 위반이 아니라 도입국의 실정법에의 위반이 문제되는 경우, 중재인이 국내법 전문가가 아니라 하는 점을 고려한다면, 해당 실정법에의 위반 여부에 대한 투자도입국의 유권해석이 무시할 수 없는 역할을 할 가능성이 있다. 이는 특히 해당 국가의 법원 판결의 경우가 그러하다. 따라서 어떠한 경우에 이를 고려하게 되는 것인지, 그리고 고려하게 될 경우, 국제법정은 국내법원의 판결에 구속되는 것인지 아니면 고려할 수 있는 재량이 있는 것인지를 둘러싸고 논란의 여지가 있을 수 있다.

먼저, 국제법정이 국내법원의 판결 등을 고려할 필요가 있는 경우는 투자도입국이 제기한 투자가의 실정법에의 위반 여부에 대한 판단이 쉽지 않은 경우이다. 이러한 어려움은 사실에 대한 입증이 부족한 경우에도 발생할 수 있을 것이고, 법이 명확하

103) “... when they welcomed and approved the Claimant’s investment, they did so with all that it entailed. It would offend the most elementary notions of good faith, and insulting to the Head of State, to imagine that he offered his assurances and acceptance with his fingers crossed, as it were, making a reservation to the effect “that we welcome you, but will not extend to you the benefits of our BIT with your country.” (Desert Line Projects LLC v. Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6/2/2008, para.119)

104) 신의성실 원칙은 도입국에게만 적용되는 것이 아니라 투자가에 대해서도 적용된다. 투자가의 신의성실(good faith) 의무의 위반으로 관할이 거부된 대표적인 경우로는 Plama 사건의 경우를 들 수 있을 것이다 (Cf. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, August 27, 2008).

105) Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2/8/2006, para.209.

지 않은 경우에도 그럴 수 있을 것이다. 이러한 경우에 이미 관련된 법원 판결 등이 있다면, 이는 위반 여부 판단에 중요한 고려사항이 될 수 있으리라 본다. 이는 <Generation Ukraine 사건>에서 확인된 바 있다. 동 사건의 경우, 투자도입국은 관할을 부인하기 위해 외국 투자자가 자국 내에 투자를 위해 설립한 회사가 자신의 국내법에 부합하게 등록되지 않았음을 거론하였다. 그러나 절차상 위법을 명확히 인정하는 행정 결정이나 판결 등은 제시되지 않았다. 이에 법정은 국내법상 위반임을 확인하기 위해 조사가 필요하나 그러한 조사를 시행할 권한이 법정에게는 없으니, 현재의 상태 즉 회사의 존재를 그대로 인정할 수밖에 없다는 취지를 밝혔다.<sup>106)</sup> 이 판정취지에서 두 가지 함의를 발견할 수 있다: 한편으로는 ‘국내법 부합규정’에의 위반성에 대한 입증책임은 원용하는 자인 투자도입국에 있음을 간접적으로 시사한 것으로도 볼 수 있을 것이다. 또 다른 한편으로는, 위법성 여부가 모호한 경우, 투자도입국의 유권기관에 의한 결정이 중요한 영향을 미칠 수 있음을 또한 간접적으로

시사한 것이라 할 수도 있다. 이는 비록 판결을 적극적으로 고려한 경우는 아니지만, 제시했다라면 고려했을 것이란 의미로 볼 수 있기 때문이다.

투자도입국 법원의 판결 등이 위법성의 인정에 있어서 무시할 수 없는 역할을 할 수 있음을 인정한다면, 그 다음으로는 투자도입국 법원의 위법성에 관련된 결정이 국제중재법정에서 어떠한 지위를 갖는 것인지가 문제될 수 있다. 이는 국제법정이 이를 의무적으로 고려해야 하는 것인지 아니면 고려 여부를 재량껏 결정할 수 있는지의 문제이기도 하며, 그것이 법으로서의 지위를 갖는 것인지 아니면 하나의 사실로서의 지위를 갖는지의 문제이기도 하다.

이 문제와 관련하여, **Fraport** 판정의 관련 부분을 언급할 필요가 있을 것 같다. 동 사건에서 도입국이 ‘국내법 부합규정’에의 위반성을 거론하며 관할권이 없음을 주장하자, 이에 대해 투자자는 국내법 부합성은 단지 국내법에 의해 결정되는 것이므로 이에 대해 국제적 효력이 인정될 수 없는 것이라고 항변하였다. 이에 대해 법정은,

106) “Respondent has not produced any decision of a competent Ukrainian court on the validity of the state registration... In these circumstances, the tribunal must accept the status quo of [the corporation’s] effective existence as a Ukrainian legal entity because this Tribunal has no jurisdiction to investigate and rule upon the alleged formal defect raised by Respondent.” (Generation Ukraine v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, 16/9/2003, para.9.3) 이러한 취지는 이후 2010년 Alpha 판정에서 그대로 원용되었다(Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8/11/2010, para.295).

조약이 국내법으로 반정(反定: renvoi)하는 경우는 결코 드물지 않으며, 해당 ‘국내법 부합규정’은 조약인 투자협정이 국내법으로 반정한 경우로 볼 수 있고, 이러한 국내법으로의 반정이 있는 경우, 해당 국내법에의 위반은 국제적 효력을 갖는다는 입장을 밝힌 바 있다.<sup>107)</sup> 동 법정의 취지를 고려하면, 일견 국내법 위반여부에 대한 국내법원의 판결이 있는 경우, 그것의 국제적 효력이 인정된다고 보는 주장도 불가능하진 않을 것 같다. 그러나 위법성 여부에 대한 국내결정이 국제적 효력을 가질 수 있는 것이긴 하지만, 이러한 최종결정권자는 국제중재법정이자 국내법원은 아니므로 법원 판결의 고려 여부는 국제법정의 재량사항으로 보아야 한다는 주장도 가능할 것이다. 전자의 경우엔 국내 판례가 법의 지위를 갖는 경우가 될 것이고, 후자의 경우에 있어서의 국내 판례는 하나의 사실로서의 지위를 갖게 될 것이다. 이에 관해서 명백히 밝힌 중재판례는 아직 없는 것으로 보인다. 그러나 이러한 상황에서 최근 EU의 관행이 관심을 끌 수 있다. 최근 EU는 나름대로의 새로운 국제투자법의 내용을 담은 국제투자협정들을 일관되게 체결하고 있는데, 그 중 이 문제에 관련된 규

정을 보면 다음과 같다: 우선, 법원 및 국내 유권기관이 국내법에 부여한 압도적 해석(prevaling interpretation)에 대해선 국제법정이 이를 의무적으로 따르도록 규정하고 있다. 반면 국제법정이 국내법에 대해 부여한 의미에 대해서는 국내 법원이 이에 구속되지 않음을 명시하고 있다.<sup>108)</sup> 물론 이는 당사자간에만 구속력이 있는 것이지만, 이에 관한 명확한 국제적 관행이 없는 상황에서 앞으로 미칠 영향이 없진 않을 것으로 보인다.

### 3. 기준 법령의 시간적 제약

국내법 부합규정에의 위반성을 판단함에 있어서 마지막으로 문제되는 것은 그 기준이 되는 법은 어느 시기의 법이 되어야 하는 것인가이다. 투자란 한 순간에 끝난다기보다는 일련의 과정을 갖는 것이므로 그 위반의 시기도 다양할 수 있다. 또한 법령이라는 것도 항상 고정되어 있는 것이 아니라 상황에 따라 개폐되기도 한다. 이러한 상황에서 ‘국내법 부합규정’에의 위반성을 판단할 기준이 되는 법령은 어느 순간의 법령이어야 할 것이며, 그 이후의 법에 위반된 경우는 아무런 의미도 없는

107) *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para.394.

108) 캐나다-EU간 CETA, Article 8.31, 2.

것일까?

초기의 판례에서는 국내법에의 위법성을 심리함에 있어 도입 당시의 경우와 도입 이후의 경우를 구별함이 없이 검토한 때도 있었던 것으로 보인다.<sup>109)</sup> 그러나 그 이후 점차 이 문제에 대한 보다 정확한 입장이 정리되게 되었으며, 그 결과 투자도입 당시의 위법과 도입 이후의 위법의 경우를 명확하게 구분하는 입장을 확립하게 되었다.

첫째, 도입(admission) 조항의 경우엔 그 성격상 도입 당시에 유효한 법령만이 관할 거부를 위한 ‘국내법 부합규정’에의 위반성을 판단하는 기준이 될 것이다.<sup>110)</sup> 따라서 그 이후에 변경된 법에의 위반은 본안(merit)에서 문제가 될 순 있겠으나,<sup>111)</sup> 관할(jurisdiction) 거부를 위한 ‘국내법 부합

규정’의 위반성을 판단하는 기준이 될 수는 없을 것으로 보인다.

그 다음, 투자 정의(definition)조항의 경우에도 관할 거부를 위한 불법성은 대부분 도입 당시의 유효한 법에의 위반이어야 할 것으로 보이지만,<sup>112)</sup> 규정하기에 따라 투자활동 전반에 대해 위법성을 고려할 수 있도록 만들 수도 있을 것으로 보인다. 그러나 이는 당사자간의 합의에 근거해야 하는 만큼 도입국의 일방적 의사만으로 반영되긴 어려울 것이다.

끝으로, 보호(protection) 조항에 포함된 경우엔 도입 당시가 아니라 그 위반 당시의 법령이 기준이 될 것으로 본다. 따라서 이 경우에 중요해 지는 것은 법의 자의적 개정 에 관한 것이다. 법의 공개 및 운영의 공정성에 대해서는 소위 ‘투명성(transparency)

109) 초기의 판례에 해당하는 Salini 판정에서는 국내법에의 위법성을 심리함에 있어 도입 당시의 경우와 도입 이후의 경우를 동시에 검토한 것으로 보인다. 다행히 모든 경우에 불법이 인정되지 않았기에 별 다른 문제는 없었던 것으로 보인다(Cf. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23/7/2001, para.46).

110) “Of course, the analysis of the conformity of the investment with the host State’s laws has to be performed taking into account the laws in force at the moment of the establishment of the investment...” (Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 103)

111) 특히 Fraport 사건에서 피제소국인 필리핀은 투자의 전 과정에서의 불법성이 고려되어야 함을 주장하였으나, 법정은 관할거부를 위한 국내법 위반의 주장은 투자를 시행하는 당시의 위법성에 국한되는 것이며, 그 이후의 불법성은 본안(merit)에서 다루어야 할 문제라고 판단하였다(Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007, para. 345).

112) BIT에서 ‘국내법령에 따라 협정 이전에 행해진 투자에 대해서도 적용된다’고 규정한 경우에, 법정은 투자 당시의 위법(legality as at the initiation of the investment)과 그 이후 투자의 수행과정에서의 위법(legality during the performance of the investment)을 구분하여야 하며, 관할을 문제 삼는 위법성은 투자 당시의 위법성에 국한되어야 하는 것으로 보았다(Gustav F W Hamseter GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, 18/6/2010, para.127).

조항’에서 규정하게 되지만, 외국투자관련 법령의 자의적 개정 문제는 이에 속하지 않고 있어, 이를 별도로 규정할 필요가 있을 수 있다. 이의 대표적인 예로 EU의 국제투자법에 대한 혁신적 개념이 포함된 ‘캐나다-EU간의 포괄적 경제통상 협정 (CETA)을 거론할 수 있다. 이 경우엔 투자에 부정적(negatively) 영향을 주거나 투자자의 기대이익(investor’s expectations)을 침해하는 방식으로 개정된 법령은 국내법 부합규정의 위반성을 판단하는 기준으로 사용될 수 없음을 명시하고 있다.<sup>113)</sup> 따라서 이러한 규정이 있는 경우엔 관할 거부 사유로서 뿐만 아니라 본안에서도 그 위반 문제를 거론하기 어려울 것으로 보인다.

법령의 시간적 제약과 관련한 두 번째 문제로는 협정체결 이전에 시행된 투자의 위법성에 대한 문제이다. 협정체결 이후의 투자에 대해서만 적용되는 것으로 명문화

하는 경우도 없진 않겠지만,<sup>114)</sup> 원칙상 특별한 언급이 없는 이상, 협정은 발효 이후에 대해서만 적용되는 것이므로, 그 이전의 투자는 협정의 대상 자체가 아닐 것이다. 따라서 만약 협정 체결이전의 투자에 대해서도 투자협정의 보호대상에 포함시키고자 한다면, 이를 위한 별도의 규정을 둘 필요가 있다. 그러나 이 규정 역시 양당사자간의 이익이 동시에 반영되어야 하는 관계로, 이를 협정의 대상에 포함시킬 때는 동시에 이를 위한 요건으로 국내법에의 부합성을 요구하는 경우가 대부분이다. 예를 들자면, ‘국내법령에 따라 도입된 협정 이전의 투자에 대해서도 해당 협정이 적용된다’는 식의 특별규정을 두는 것이다.<sup>115)</sup> 이러한 규정의 취지가 투자의 범위를 확대하는 것임을 감안하면 그 효과는 투자 정의 규정상의 ‘국내법 부합규정’과 유사하다고 할 수 있다. 이러한 규정의 경우에도 관할 거부 사유로 국내법 부합의무를 거론

113) CETA Article 8.9 Investment and regulatory measures

2. For greater certainty, the mere fact that a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor’s expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Section.

114) 이를 명확히 하기 위하여 협정 이후의 투자에만 적용되는 것으로 규정하는 경우도 있다. (예) “1) Le terme “investissement” designe toutes les categories de biens investis apres l’entree en vigueur du present Accord par une personne physique ou morale, y compris le Gouvernement d’une Partie Contractante, dans le territoire de l’autre Partie Contractante, conformément aux lois et reglements de ladite Partie.” (Italy-Maroc간 BIT, art.1.1.)

115) “[t]his Treaty shall also apply to investments made prior to [the Treaty’s] entry into force by nationals or companies of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party **consistent with the latter’s legislation.**” (독일-가나간 BIT 제10조)

할 수 있는 것은 도입 당시의 법령에 의한 불법성일 것이며, 그 이후의 불법성은 단지 본안의 심리대상이 될 가능성이 크다. 그러나 특별 규정을 두면서도 국내법 부합 규정을 포함하지 않는 경우도 있을 수 있는데,<sup>116)</sup> 이 경우에도 국내법 부합의무는 인정될 수 있음에 유의할 필요가 있다. 왜냐하면, 해당 조항에 의해 일단은 이전의 투자가 투자협정의 적용대상에 포함되는데 그치겠지만, 만약 투자협정의 정의 조항이나 도입조항에 ‘국내법 부합규정’이 존재한다면, 그것은 모든 대상에게 적용되게 될 것이므로 협정 발효 이전의 투자 역시 투자 당시의 불법성이 문제될 수 있을 것이며, 이 또한 관할의 문제가 될 수도 있을 것이기 때문이다.

#### IV. 국내법 부합규정에의 위반성 문제의 소송절차상 지위

##### 1. 동 문제의 소송절차상 차지하는 지위의 다양성

국내법 위반이 소송법상 차지하는 지위는 간단하지가 않다. 먼저, 극히 단순한 유형만을 고려하는 경우라 할지라도 다음의

경우들로 나누어질 수 있다 : 첫째, 국내법을 위반함으로써 협정 대상인 투자 자체가 존재하지 않게 되는 경우라면 관할자체가 성립하지 않을 수 있다. 둘째, 현재의 관행에 의하자면, 국내법 위반이 ‘그 자체 불법’으로 인정되는 경우엔 ‘국내법 부합규정’에의 위반이 인정됨으로서, 관할거부의 원인이 될 수 있을 것이다. 셋째, 국내법 위반이 거론되는 사유가 ‘국제적 기본원칙’이나 ‘국제공서’에 반하는 것으로 인정되는 경우라면, 국내법 부합규정이 있는 경우에는 물론이고, 관례상 그러한 규정이 없는 경우일지라도, 국제법정은 관할을 거부할 가능성이 있다. 넷째, 이러한 상황에 미치지 못한 국내법 위반사항 (예: 절차적 흠, 사소한 위반 등)은 본안에서 당사자의 책임의 유무나 경감 또는 손해액의 증감 등에 영향을 줄 수 있을 것이다.<sup>117)</sup>

그 다음, 국내법 위반이 복합적인 요소를 갖고 있는 경우엔 더욱 복잡한 문제를 야기할 수 있다: 첫째, 위법의 당사자가 일방만의 문제가 아니라 쌍방이 동시에 관련되었을 경우의 문제이다. 이 경우, 투자의 불법 문제는 관할의 문제로 다루어 질 것임에 반해, 도입국의 불법 문제는 본안의 대상이 되도록 하는 현재의 관행에 의

116) Cf. 캐나다-EU간 CETA, art.8.1, d).

117) *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18/6/2010, para.138.

하면, 동일한 불법의 문제가 상이한 지위를 갖게 될 수 있으며, 이는 어느 일방에게 지극히 불리한 위치에 처하게 할 수 있어 문제가 될 수 있다. 이러한 불법이 별개가 아니라 서로 연관되어 있는 경우엔 특히 그러하다. 따라서 이러한 경우엔 둘 모두를 관할 단계에서 다루게 하든지 아니면 둘 다를 본안에서 다룰 수 있도록 하는 방법을 강구할 필요가 있을 수 있다.

둘째, 하나의 불법행위가 있었다 하더라도 그 결과 투자 그 자체의 합법성에는 문제가 없는 반면, 오로지 당사자의 처벌만이 문제되는 경우도 간단하게 처리할 수 있는 경우는 아니다. 이 경우엔 단순하게 관할 준부의 문제로 처리하기 보다는 법리상 관할의 존재는 인정하되 심리대상이 아니라고 하는 것이 오히려 무리가 없을 것으로 보인다.

셋째, 위법성이 인정되는 경우이지만, 그러한 위법이 없었다 할지라도 투자는 이루어졌을 경우라면, 이 역시 단순히 관할의 문제로 처리하기엔 법리상 문제를 야기할 수 있다.

## 2. 본안(merit)前 단계 對 본안 단계

국내법 위반의 문제를 다룸에 있어서 소송절차상 어느 단계가 더 적절할 지의 문제는 단순히 법리상의 문제인 것만은 아니고, 당사자의 의사나 소송절차를 보다 공정하고 원활하게 진행할 책임을 가진 법정의 재량이 관련되는 문제이기도 하다.

먼저, 모든 국내법 부합 문제가 자동적으로 관할의 문제가 되는 것은 아니고, 그것이 관할 문제가 되려면, 일단 관할을 부인하고자 하는 당사자가 이를 그 근거중 하나로 제기하였을 때에야 비로소 관할 문제로 다루어 질 가능성이 있는 것이다. 만약 그렇지 않은 경우라면, 본안의 문제가 될 가능성이 크다.<sup>118)</sup> 그 다음, 당사자가 국내법 위반 문제를 관할 문제로 제기하였다 할지라도, 당연히 관할 단계에서 다루어지는 것은 아니고, 위법의 경중이나 본안과의 관련성 등을 고려하여 법정이 본안에서 다루는 것이 보다 더 적절하다고 판단할 가능성도 없지 않다.<sup>119)</sup> Pheonix 사건이 이의 대표적인 경우에 해당한다.<sup>120)</sup> 그밖에, 위의 경우와 반대로, 관례상 본안

118) 그러나 관할 부존재의 결정이 본안 단계에서 결정 난 경우도 없지 않다. 이의 대표적인 경우로 World Duty Free Company 사건을 거론할 수 있다. 동 사건의 경우, 도입국은 관할 단계에서 국내법 부합규정에의 위반을 주장하지 않았으므로 본안으로 나아갔고, 본안에서 투자의 불법성이 인정됨으로서 법정은 원고가 소송을 유지할 자격이 없음을 선언한 것이다(World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 31/8/2006, para.188).

119) Rahim Moloo & Alex Khachaturian, The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law, Fordham International Law Journal, Vol. 34, 2011, pp.1500.

에서 다루어질 경우임에도 불구하고, 소송 경제(judicial economy)상 본안전 단계에서 다루어질 가능성도 없지 않다.<sup>121)</sup> 실제로 본안의 문제라 할 수 있는 우산조항(umbrella clause)의 적용 가능성 문제를 본안전 단계에서 다룬 경우와 같다고 할 수 있다.<sup>122)</sup>

### 3. 관할(jurisdiction) 문제 對 심리적격성(admissibility) 문제

투자협정상 ‘국내법 부합규정’의 위반의 결과가 투자협정의 보호대상에서 배제시키거나 한 것임에 대해서는 이론이 없어 보인다. 그러나 투자협정은 크게 두 부분으로 나뉘어질 수 있는데 하나는 실제적 보호규정의 부분이고 다른 하나는 절차적 보호규정이다. 후자의 경우엔 관할 거부의 문제로 인식될 수 있는 반면 전자의 경우엔 본안에서 다루어질 수 있는 문제이다.

그러나 국내법 부합규정이 많은 논란을 야기하는 주된 이유는, 국내법 위반 문제가 본안에서도 다루어질 수 있음에도 불구

하고, 도입국은 이를 관할 거부를 위한 주요 수단으로 사용하고자하기 때문이다.

그러나 관할의 문제도 하나가 아니라 다시 둘로 나누어 질 수 있는데, 하나는 ‘법정’이 해당 분쟁을 다룰 자격이 있느냐(법정의 자격성)의 문제로서, 이는 협의의 관할(jurisdiction)의 문제에 해당하는 것이며, 다른 하나는 ‘사건’이 제소될 자격이 있느냐(사건의 자격성)의 문제로서, 이는 심리적격성(admissibility)의 문제에 해당된다. 현재까지 이와 관련된 대부분의 투자분쟁 판정의 경우엔 투자의 불법성 문제를 관할 존부의 문제로 파악해 왔으나, 혼치는 않았지만 이에 대해 이의를 제기한 경우도 없지 않았다. 특히 위법성 판단과 관련하여 야기되는 문제가 단순하지 않은 관계로 이를 오로지 관할 존부의 판단으로만 해결하기엔 문제가 많기 때문에 이를 투박한 ‘관할’의 문제로 다루기보다는 보다 유연하고 세심한 ‘심리적격성’의 문제로 다루는 것이 바람직하다는 견해가 대두되고 있다.<sup>123)</sup>

120) *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27/8/2008, paras.126-130.

121) “... This access can be denied through a decision on the merits. However, if it is manifest that the investment has been performed in violation of the law, it is in line with judicial economy not to assert jurisdiction.” (*Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15/4/2009, para.104)

122) Cf. *El Paso Energy Int’l Company v. Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/03/15, decision on jurisdiction, 27/4/2006. paras. 42-44.

123) Cf. Newcombe Andrew, ‘Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits?’, Chester Brown and Kate Miles (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, 2011, 187-200.

관할의 문제로 다루기보다는 심리적격성 문제로 다루는 것이 보다 바람직하다는 견해가 제기되는 이유는 다음과 같으며, 일견 타당성이 없지 않아 보인다:

첫째, 이미 살펴본 것처럼, 국내법 위반이 문제되는 상황이나 그 기준 등이 결코 단순하지 않은 문제에 대해 오로지 존부라는 양단간의 결정방법밖에 없는 관할의 문제만으로 이를 일괄처리하기엔 부적절하다는 것이다. 물론 확실하게 관할의 문제가 되는 경우도 없진 않지만, 그렇지 않은 경우가 훨씬 많은 상황이라면, 이를 대상으로 관할 유무의 결정만으론 적절한 처리가 어려울 것은 명확한 것 같다.

둘째, 설령 본안이 아니라 그 전단계에서 처리해야 할 상황이라 할지라도, 법리상 이를 협의의 관할 문제로 다루기가 어려운 경우가 상당수 존재한다. 관할의 존부는 그 기준이 명확하게 정해져 있는 것이고, 그것이 충족되는 경우엔 일단 본안으로 나아가야 하는 것이지만, 실제적으로는 관할이 인정됨에도 불구하고 심리에 나아갈 수 없거나 그러지 않는 것이 바람직한

경우가 드물지 않다. 예를 들자면, Plama 사건의 경우처럼, '국내법 부합규정'도 없었고, 규정된 관할의 요건은 충족된 상황임에도 불구하고, 불법이라는 이유로 이에 대한 심리를 거부하고자 하는 상황이라면, 이는 더 이상 협의의 관할 문제는 아닌 것이다. 또한 구체적 국내법 위반의 거론 없이 법의 기본원칙이나 국제공서 등에 반하는 것으로 판단되는 경우라면, 이 역시 관할의 문제로 보긴 어려운 것이다. 따라서 통상 이는 협의의 관할의 문제가 아니라 이와 다른 '심리적격성'의 문제로 다루게 된다.<sup>124)</sup>

국내법 부합성 여부의 문제는 '심리적격성'의 문제로 다루는 것이 적당함을 시인하는 경우라 할지라도, 이 경우엔 '심리적격성'이라는 제도가 국제투자중재법정의 경우에도 인정될 수 있는 것인지가 문제될 수 있다. 중재가 당사자간의 합의에 의해 성립되는 것인 한, 당사자간에 합의된 명문의 규정에 의해 관할이 인정되는 경우라면, 본안 심리에 들어가는 것이지, 심리 부적격이란 이유로 이를 거부할 수 없다는 견해가 있기 때문이다.<sup>125)</sup> 그러나 ju-

124) 따라서 Phoenix 사건의 경우에도 관할이 인정되는 경우라면, 심리적격성으로 다루어야 할 것이다.

125) "... There is here no express power to dismiss a claim on the grounds of 'inadmissibility', as invoked by the USA; and where the UNCITRAL Arbitration Rules are silent, it would be still more inappropriate to imply any such power from Chapter 11." (Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL Partial Award, 7/Aug./2002, para. 124.); "... This Tribunal has no express or implied power to reject claims based on inadmissibility. Accordingly, we reject the USA's admissibility challenges generally." (Ibid., para. 126)

isdiction의 요건이 충족된 경우라 하더라도, 그 이외의 다른 이유에 의해서도 심리를 거부해야 할 필요가 생길 수 있는 것이어서,<sup>126)</sup> 설령 admissibility에 관한 명문의 규정이 없다고 하여 무조건 본안 심리에 들어가야 하는 것은 타당하지 않다고 보는 입장도 있다.<sup>127)</sup> 이러한 대립된 입장은 나름대로 근거가 없는 건 아니지만, 적어도 ICSID중재 및 투자조약분쟁의 경우엔 후자의 입장이 보다 타당할 것으로 보인다. 왜냐하면, 첫째, 구조상 ICSID를 비롯한 국제투자분쟁 관할 중재법정의 경우엔, 다른 중재의 경우와는 달리 분쟁당사자 간의 합의에 의해 법정이 성립되는 것이 아니라 국가들만의 합의에 의해 관할 법정은 이미 창설되어 있는 것이고, 분쟁당사자는 이미 창설되어 있는 법정에 제소할지

여부만을 결정하게 되는 것이다. 이러한 명확한 이중적 구조는 단계상 jurisdiction의 단계와 admissibility 단계가 분명하게 구분될 수 있도록 해준다. 즉, 당사자가 법정에 소를 제기할 수 있다는 문제와 그 사건이 법정에 의해 심리될 수 있다는 문제가 분명히 구분될 수 있는 상황이기 때문이다. 그리고 이미 당사자의 의사와 무관하게 설립된 법정은 명문의 규정과 무관하게 심리여부에 대한 독자적인 판단권을 갖게 된다. 둘째, ICSID의 경우엔 비록 ‘admissibility’란 용어는 언급하고 있진 않지만, 이에 갈음할 수 있는 ‘competence’란 용어를 사용하고 있는데,<sup>128)</sup> 이 경우의 competence란 용어는 jurisdiction이란 용어에 대비적으로 사용되며, 사실상 admissibility의 개념으로 사용되고 있다.<sup>129)</sup>

ICSID의 경우엔 CMS 법정이 이와 유사한 입장을 표시한 바 있다; “41. ... The distinction between admissibility and jurisdiction does not appear quite appropriate in the context of ICSID as the Convention deals only with jurisdiction and competence.” (CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Case No. ARB/01/8, 17/july/2003, para.41)

126) 예를 들자면, 투자협정상 ‘denial of benefit’조항에 해당되는 경우엔 해당 사건에 동 협정이 적용되지 않게 되므로 관할 요건이 충족되는 경우라 하더라도 청구원인(cause of action)이 없게 된다.

127) Cf. Bureaux Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC BV v. Republic of Paraguay, Case No. ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para. 132-33; Tecnicas Medioambientales TECMED SA v. United Mexican States, Case No. ARB (AF)/00/2, 29/May/2003, para.73-74; Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 September 2003, para. 15.7; Ioan Micula Viorel Micula and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility of 24 September 2008, para.63-64.

128) <ICSID convention> art. 41; <ICSID Arbitration Rules> art. 41.

129) 우선 jurisdiction에 대한 항변은 관할 요건의 충족문제에 관한 것으로 규정하고 있는 반면, competence에 대한 항변은 관할요건 이외의 이유를 근거로 한 심리거부 청구의 경우로 규정하고 있다. 즉 전자는 법정의 관점에서 파악하는 개념으로, 후자는 사건의 관점에서 파악하는 개념으로 사용되고 있는 것인데, 이 경우엔 competence란 용어가 admissibility란 개념과 대응될 수 있는 개념으로 사용되고 있다고 할 수

그밖에, 관할(jurisdiction)이 아닌 심리적격성(admissibility)의 문제로 다를 경우엔 다음과 같은 이점이 있다: 첫째, 관할의 문제는 관할의 법정 요건의 충족 여부만을 따지게 되지만, 심리적격성의 문제는 다양한 이유를 근거로 삼을 수 있다. 따라서 복잡하고 다양한 유형을 갖는 '국내법 부합규정'에의 위반성 문제는 심리적격성의 문제로 다루는 게 보다 적합하다. 둘째, ICSID의 경우, 관할 부존재로 판정난 경우엔 취소위원회(Annulment Committee)에 동판정의 취소를 요구할 수 있게 되지만,<sup>130)</sup> 심리부적격으로 판정한 경우엔 취소위원회의 심사대상이 되지 않는다는 이점이 있다. 셋째, 관할 부존재로 판정할 때 보다는 심리부적격으로 판정하는 경우엔 확립된 국제법원칙에 근거한 명백한 근거와 법적 논거를 제시하지 않을 수 없게 되는데, 이로 인해 보다 더 강력한 메시지를 줄 수 있을 뿐만 아니라 관련 법의 발전에 더욱 이바지할 수 있다는 이점 또한 무시할 수 없다.<sup>131)</sup>

## V. 결론

1) 국제투자협정이란 투자본국과 투자도입국간의 타협의 산물이며, 이로 인해 전자의 경우엔 투자의 안전 및 보호의 확보를, 후자의 경우엔 국가정책이나 주권의 보호에 관심을 갖게 되는데, '국내법 부합규정'이란 후자에 기여하는 것으로 투자도입국의 외자에 대한 기본정책을 반영하고자 하는데 그 일차적 목적이 있는 것이라 할 수 있다. 그러나 일단 국제투자분쟁이 발생한 경우엔 해당 '국내법 부합규정'의 사용용도가 전혀 달라지게 되는데, 피제소국의 경우, 이를 투자가에 의한 국제법정에의 제소를 저지하기 위한 주요 수단으로 원용하고자하기 때문이다. 국내법 부합규정이 국제법정에의 제소를 저지하기 위한 주요수단이 되게 되면서, 이의 보다 완벽한 구현을 위해 도입(admission)조항이외에도 투자 정의(definition) 조항, 보호(protection) 조항 등 여러 조항에 중복적으로 규정되는 결과를 야기하였다.

2) 그러나 국내법 위반이란 다양하고도 복잡한 형태를 띠 수 있는 것이어서, 모든 불법의 경우가 관할의 문제가 되는 것이 아닐 뿐만 아니라 설령 관할거부의 원인으로 인정되지 않았다고 하여 불법성이 전적

있는 것이다. 이러한 관점에서 보자면, 이 competence이란 용어가 admissibility이라는 용어와는 다르다고 한 CMS 법정의 언급은 해당 규정에 대한 피상적 분석에 그쳤던 것으로 보인다(CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, Case No. ARB/01/8, 17/july/2003, para. 41 참조).

130) ICSID convention Article 52.

131) Newcombe Andrew, op. cit., 199-200.

으로 면제되는 것도 아니다. 지금까지의 국제중재판정들을 살펴보다라도 이 문제를 다루는 방법이나 그 기준이 일관되거나 통일적이지 못하며, 이의 개선을 위한 시도 또한 쉽지 않은 실정이다.

첫째, 관할의 존부를 위한 기준으로서의 불법성의 인정 기준은 그 정도나 중요도에 있어서 상당하여야 할 것이므로 그 이외의 경우의 불법성의 인정기준과 상이할 수밖에 없다. 또한 관할 거부의 이유로 국내법 부합성의 요구는 이에 대한 국내조치가 가능함에도 불구하고 재차 이를 원용하는 것이므로 이의 남용을 막기 위해서라도 이러한 요건에의 충족여부의 기준은 상당하고도 엄격할 필요가 있어, 타 경우와 구분될 필요가 있다.

둘째, 관할 거부에 해당할 수 있는 경우의 위법성의 정도가 보다 위중해야 하는 것임을 인정한다할지라도 국내법 위반에 해당하는 유형이 다양하고 또 복잡한 양상을 가질 수 있는데다 구체적인 경우 어느 정도의 위반이 있어야 하는 것인지에 대한 기준은 일목요연할 수 없어서 논란이 야기될 수밖에 없을 것이며, 그 위법성이 관할 문제이외에서도 동시에 문제될 수 있는 것이라면, 이 경우의 위법성의 정도 또한 관할의 경우와는 상이할 수 있어서 문제는 더욱 복잡하게 된다. 따라서 ‘국내법 부합

규정’에 대해서 통상의 공서 조항에 준하는 역할이 주어진다면 보다 간단할 것으로 보이나, 그 복잡한 양태와 이를 단순히 관할의 문제만으로 볼 수 없는 특수성 등으로 인해 이의 위상이나 그 위반성의 평가가 복잡다단해지게 된다. 이는 지금까지 이 문제를 다룬 국제중재판정에서 해당 문제에 대한 처리가 일관되지 못하고 있음이 이를 증명하고 있다. 그럼에도 지금까지 합의된 기준이 없진 않는데, 이는 다음과 같이 정리해 볼 수 있다: 첫째, 관할거부의 이유가 될 만큼의 위반의 중요성이 인정되는 경우로, ‘그 자체 위법’인 경우와 ‘국제적 법의 원칙’이나 ‘국제공서’에 반하는 경우를 들 수 있다. 둘째, 적어도 국내법의 요구에 부합하지 못한다 할지라도, 그것이 절차상 또는 형식적인 흠결인 경우엔 원칙적으로 관할 거부의 이유로는 인정되지 않는다. 셋째, 고의적인 불법은 관할거부의 이유로 인정될 가능성이 높으며, 그것이 비난가능성이 높은 경우라면 국내법부합 규정이 없는 경우라도 심리거부의 이유가 될 수도 있다.

그러나 불법의 형태에 간단하지 않은 관계로 다음과 같은 경우엔 논란이 있으며, 그것이 관할 거부의 이유로 원용된 경우엔 특히 그러하다: 첫째, 투자 그 자체는 불법이 아니나 그 취득과정이나 방법만이 불법인 경우, 둘째, 불법행위 그 자체는 유효

하나 그 행위자만 처벌되는 경우, 셋째, 불법이 없었다 하더라도 투자가 이루어졌을 경우 등, 이의 해결을 위해서는 심도있는 분석이 필요할 것으로 보인다.

3) 끝으로, 국내법 부합규정에의 위반성은 꼭 관할거부의 이유로 사용되어야 하는 것일까의 문제가 제기된다: 첫째, 투자가의 국내법 위반에 대해서 투자도입국은 모든 조치를 취할 수 있는 입장임에도 불구하고 이를 재차 국제법정에서 제소를 저지하기 위한 수단으로 사용하도록 하는 것이 과연 형평스러운가? 둘째, 국가의 불법행위는 본안(merit)의 대상인 반면, 투자자의 불법은 관할(jurisdiction)의 문제로 다룰 수 있도록 하는 것이 형평스러운 것인가? 만약 이 모두를 하나의 단계에서 다룰 수 있도록 하고자 하는 경우, 이를 통일적으로 관할의 문제로 다루는 게 적합할까 아니면 모두를 본안에서 다루도록 하는 것이 보다 더 적합할까?

먼저, 투자자의 이익에 부합하는 게 관할의 인정밖에 없는 경우라고 한다면, 모두를 관할의 문제로 처리하는 게 부당하게 보이므로, 일괄적으로 처리하는 경우라면 본안에서 하는 게 일견 보다 합리적일 것으로 보인다. 더군다나 본안에서 심리하는 경우라 하더라도 청구원인이 없는 경우라면 심리를 거부할 수 있을 것이고, 관할요

건이 충족된 경우라 하더라도 심리의 가치가 없는 경우라면 이 역시 심리거부로 처리할 수 있다고 한다면, 이를 부정해야할 결정적인 이유는 없을 것으로 보이기 때문이다. 또한 본안에 들어가서야 비로소 배제여부를 판단할 수밖에 없는 문제도 존재한다(denial of benefit 조항, 우산 조항 등의 적용여부).

그럼에도 불구하고 모두를 관할, 보다 정확하게는 본안전 단계에서 다룰 수밖에 없는 경우를 가정하는 경우라면 어떠할까? 이는 국내법 부합규정이란 -그것이 어느 조항에 소재하든- 그 취지가 국내법에 위반인 모든 투자를 투자협정의 적용대상에서 배제하고자 하는 것이라고 보는 투자도입국의 입장에 부합하는 것이긴 하지만, 법적으로 극복하여야 할 중요한 문제를 갖고 있다: 즉, '국내법 부합규정'이 있는 경우는 이를 합의관할의 요건으로 보아 이의 위반 문제를 관할 문제로 다루는 것이 불가능한 것은 아니지만, '국내법 부합규정'이 존재하지 않는 경우임에도 특정한 불법에 대해 심리를 거부하여야 할 경우가 있다면, 이는 당사자간의 합의 관할이 없는 경우이므로 협의의 관할 문제로 보기가 불가능할 수 있는 까닭이다. 이에 해당 문제를 해결할 수 있도록 하기 위해선, 우선 광의의 관할 개념을 협의의 관할(jurisdiction) 개념과 심리가능성(admissibility) 여부의 문

제로 나누도록 한 다음, 국내법 부합규정에의 위반성 문제는 협의의 관할이 아니라 심리가능성의 문제로 다루도록 한다면, 이러한 문제점을 해결할 수 있을 것이라는 견해가 제기되게 된다. 이는 불법적인 투자를 투자협정 적용대상에서 배제하고자 하는 투자도입국의 의도도 존중하면서도 복잡 다양한 유형의 불법성의 문제를 일괄적

으로 다룰 수 있도록 하는 것이라는 점에서 그 설득력이 있다. 단지 현재의 국제중재법정의 관행은 심리가능성의 문제를 엄격히 구분하지 않고 있는 실정이지만, 그 가능성이 인정되고 그 실익이 적지 않다면, 이를 보다 적극적으로 활용하는 관행의 확립이 바람직할 것으로 보인다.

## 참 고 문 헌

### <단행본>

- Andreas Kulick and Carsten Wengler, A Corrupt Way to Handle Corruption? Thoughts on the Recent ICSID Case Law on Corruption, 37 Legal Issues Econ. Integration, 2010.
- Bottini, Gabriel. "Legality of Investments under ICSID Jurisprudence." edited by Michael Waibel. Wolters Kluwer Law & Business ; Aspen Publishers, 2010.
- Dolzer, Rudolf, and Christoph Schreuer. Principles of international investment law. Oxford; New York: Oxford University Press, 2008.
- Dugan, Christopher F, Don Wallace, Noah Rubins, and Borzu Sabahi. Investor-state arbitration. New York: Oxford University Press, 2011.
- Lamm, Carolyn B., and Hansel T. Pham. "Fraud and Corruption in International Arbitration." In Liber amicorum : Bernardo Cremades, edited by Miguel Angel Fernández-Ballesteros and David Arias. Las Rozas (Madrid), La Ley, 2010.
- Monique Sasson, Substantive Law in Investment Treaty Arbitration - The Unsettled Relationship between International and Municipal Law, Wolters Kluwer 2010.
- Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, Bilateral Investment Treaties, 1995.
- Stephan W. Schill, Illegal Investments in International Arbitration, working papers series, Max Planck Institute for International Law, January 4, 2012.

### <논 문>

- Abdel Raouf, Mohamed. "How should International Arbitrators Tackle Corruption Issues." In Liber amicorum : Bernardo Cremades, edited by Miguel Angel Fernández-Ballesteros and David Arias. Las Rozas (Madrid): La Ley, 2010.

- Friedrich Rosenfeld, *The illegality of Investments in light of Market Access Provisions*, Lima Arbitration N° 5 - 2012/2013, 195-206.
- Gaillard, Emmanuel, and Yas Banifatemi. "The Meaning of 'and' in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process." *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 2003, 375-411.
- Hunter, Martin, and Gui Conde E Silva. "Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitrations." *The Journal of World Investment* 4, no. 3, 2003, 367-378.
- Hwang, Michael, and Kevin Lim. "Corruption in Arbitration - Law and Reality." *Asian International Arbitration Journal* 8, no. 1, 2012, 1-119.
- Knahr, Christina. "Investments "in Accordance with Host State Law." *Transnational Dispute Management* 5, 2007, (<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1070>).
- Kreindler, Richard. "Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine." In *Between East and West : essays in honour of Ulf Franke*. Huntington, N.Y.: Juris, 2010, chap.23.
- Kriebaum, Ursula. "Investment Arbitration - Illegal Investments.", *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2010, 307-335.
- Laplante, Lisa J. "The Law of Remedies and the Clean Hands Doctrine: Exclusionary Reparation Policies in Peru's Political Transition." *American University International Law Review*, 2008, 265-277.
- Martin, Timothy A. *International Arbitration and Corruption: And Evolving Standard*. *Transnational Dispute Management*, 2004. ([www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=88](http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=88).)
- Mirzayev, Ruslan. "International Investment Protection Regime and Criminal Investigations." *Journal of International Arbitration* 29, no. 1, 2012, 71-105.
- Moloo, Rahim. "A Comment on the Clear Hands Doctrine in International Law." *Transnational Dispute Management* 8, no. 1, February 2011. (<http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1646>.)

- Newcombe, Andrew. "Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits?", Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, (ed.) Chester Brown, Kate Miles, Chester Brown, Kate Miles, Cambridge University Press, 2011, chap.9, 187-200.
- Newcombe, Andrew. "Investor Misconduct and Investment Treaty Arbitration: Mapping the Terrain," "Kluwer Arbitration Blog.," January 25, 2010. (<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/01/25/investor-misconduct-and-investment-treaty-arbitration-mapping-the-terrain/>).
- Stephan W. Schill, "Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration", The Law & Practice of International Courts and Tribunals, Volume 11, Issue 2, 2012, 281-323.
- Rahim Moloo, "A Comment on the Clean Hands Doctrine in International Law", TDM 1 (2011): (file:///C:/Users/1/Downloads/SSRN-id2358229.pdf)
- Rahim Moloo & Alex Khachaturian, The Compliance with the Law Requirement in International Investment Law, Fordham International Law Journal, vol. 34, 2011, 1473-1501.
- Jarrod Hepburn 2014, "In accordance with which Host State Law? Restoring the 'Defence' of Investor Illegality in Investment Arbitration", Journal of International Dispute Settlement, Volume 5 Issue 3, November 2014, 531-559.

#### 〈 주요 판례〉

- Desert Line Projects LLC v. Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008.
- Fraport AG v. the Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16/8/2007.
- Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, award, 18/6/2010.
- Ioannis Kardassopoulos v. Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6/7/2007.
- Inceysa Vallisoletana v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 August 2006.

- Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para.
- World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 31/8/2006.

[국문초록]

국제투자협정상 '국내법 부합규정'에의 위반성

국제투자협정은 투자도입국의 정책 추진을 위한 외자에 대한 규제 필요성과 외자의 조달을 위한 외자에 대한 보호 보장의 필요라는 상반된 이해관계에 대한 타협의 산물이라 할 수 있다. 따라서 국제투자협정은 외자의 보호와 차별대우 금지를 위한 규정을 담고 있으면서도 도입국의 정책 고려의 필요성을 위한 규정을 동시에 갖게 되는데, 후자를 위한 대표적인 규정이 '국내법 부합규정'이라 할 수 있다.

이는 형식적으로는 도입국의 법령에 따라 도입되거나 투자되어야 함을 규정하는 것이므로 주로 도입시에 외자의 스크린을 위한 기회를 보장하도록 의도한 것으로 보인다. 그러나 국제투자협정의 핵심의 하나가 국제중재에의 '대국가 소송(ISDS)'을 인정하는 것이라는 특이성 때문에 동 조항의 쓰임새가 원래의 취지 이외에 투자자의 대국가소송을 저지하기 위한 수단으로 사용되기에 이르렀으며, 이로 인해 적어도 두 방향으로 큰 변화를 초래하였다.

한편으로는 다양한 조항에 이를 포함하는 시도가 일어났다. 즉 원래 도입조항에 포함되는 해당 규정이 보다 완전한 효과를 위해 투자 정의 조항에도 포함되기 시작했으며, 나아가 투자 보호규정에도 포함되는 경우도 생겼다.

또 다른 한편으로는 예기치 않은 많은 법적 문제를 야기하게 되었다. 첫째, 국내법에의 부합성 여부가 어느 하나의 상황의 기준이 아니라 다양한 상황의 다양한 기준이 되게 됨으로써 이에 따른 기준이 복잡하게 된 것이다. 즉 원래의 취지대로 도입 여부의 기준이 될 수 있을 뿐만 아니라 사후 관행으로 정착된 것처럼 국제중재의 제소를 인정할지 여부의 기준이 될 수도 있는 것이고, 또한 이는 본안 단계에서 책임의 경감이나 배상금의 책정을 위한 고려대상이 될 수도 있는 것인데, 이러한 경우마다 그 기준은 동일할 수 없는 것이어서 문제를 복잡하게 하는 것이다. 둘째, 위의 기준 중 가장 중요한 것은 관할의 인정 여부를 위한 기준으로 사용되는 경우라 할 수 있는데, 이의 결과가 관할의 거부라는 중대한 결과를 가져오는 만큼 이를 인정할 수 있는 기준 역시 가벼울 수 없을 것이므로 이의 위반을 인정할 수 있는 중대한 위법인 경우의 기준을 정하는 것이 쉽지 않다는 점이다. 현재의

관행에 의하면, ‘그 자체 위반’인 경우와 ‘국제적 법의 원칙’ 또는 ‘국제공서’에 위반되는 경우에 관할이 거부되고 있으나, 그 기준이 일관된다고 볼 수는 없다. 셋째, 관할거부의 이유로의 불법성이 심각성을 요구하는 것이라면, 이러한 경우는 굳이 ‘국내법 부합규정’이 없는 경우라도 문제될 수 있을 것이어서 국내법 부합규정의 존재이유 자체가 문제될 수도 있게 된다는 점 또한 문제로 제기될 수 있다. 넷째, 국내법 위반의 경우가 간단하지 않고 다양한 유형을 갖게 된다는 점에서 이를 근거로 관할을 거부하는 기준을 정하는 것 역시 간단할 수 없어서 문제를 야기하게 된다. 예를 들자면, 위법이 없었다 할지라도 투자가 이루어졌을 경우라든가 투자 자체는 합법이나 그것을 실행하는 행위만이 위법인 경우 또는 그 위법이 선의에 의한 것이었거나 투자활동의 지엽적인 일부만이 위법인 경우 등이 거론될 수 있다. 다섯째, 국내법 위반이 문제되는 경우가 다양하고 그 위반 정도의 상이성이 인정되는 상황이라면, 이를 소송절차상 다양한 단계에서 다룰 수도 있겠지만, 이를 다루는 단계를 가능한 한 단일화하는 것도 바람직 할 수 있다. 특히 본안 전 단계에서 다루어지는 경우라면, 이를 종래처럼 단순히 관할(jurisdiction)의 가부만을 결정하는 문제로 다룰 것이 아니라 보다 다양한 이유를 세심하게 다룰 수 있는 ‘심리적격성(admissibility)의 문제로 다루는 것이 더 적합할 수 있다. 이러한 경우, 엄격한 의미에서의 관할의 문제가 아닌 경우도 포함할 수 있을 것이며, 거부 이유를 제시함에 있어서도 보다 다양한 이유를 보다 확실한 국제법적 근거를 기초로 제시할 가능성이 크므로 실무 차원에서 이를 위한 고려의 필요가 있다고 할 것이다.

끝으로, 소송절차상 국내법 위반을 원용하고자 하는 자는 자신의 불법성이 없어야 하며, 상대의 불법성을 목인한 사실 또한 없어야 한다는 제약이 있으며, 국내법 위반 여부를 판단하는 권한은 국제법정에 있으나 국제법정이 국내법에 대해 취약한 사실을 고려하면 객관적인 해당 국가의 관련된 판례는 위법성을 판단함에 있어 주요한 고려대상인 사실이 될 수 있는 것으로 보인다.

## 주제어

국제투자분쟁해결센터, 국제투자협정, 국내법에의 위반, 투자의 불법성, 국내법 부합성, 국내법 부합규정, 조약법에 관한 비엔나 협약, 관할기준, 심리적격성, 국내 투자법, 신의성실 원칙, 법의 일반원칙, 국제공서

[ABSTRACT]

## The Violation of the Regulation 'in accordance with host state law' in International Investment Agreement

The right to regulate foreign investment is essential to host states which pursue their development policy. In International Investment protection agreements it is just realized by the regulation 'in accordance with host state law.' But in case foreign investor brings investment disputes to international arbitration, its role is shifted from the realization of it's development policy to the ground to rebut jurisdiction of international arbitration. This host states' desire to exclude jurisdiction of international arbitration makes pertinent regulation appear cumulatively in plural clauses: Par example, in admission clause, definition of investment clause and protection clause etc.

This shift of role of the regulation concerned results in many difficult legal problems; Firstly, all kinds of violation of host state's laws can't result in the exclusion of jurisdiction. If so, of which degree the illegality can attain for this end? Secondly, can host state always invoke the illegality of investment whenever he want to do, independent of his own illegality? If not, in which case he can't invoke it ? Thirdly, it is the international arbitral tribunal who decides if the investment concerned is illegal or not. But International tribunal is not usually accustomed to domestic laws. Therefore, which effect the judgements concerned of domestic courts can have in this case?

The type and form of illegality of investment are not simple. This fact raises at least two dimensional problems: one is the substantial problem on if the tribunal shall recognize the difference enter 'the illegality as such' of investment and the illegality of means of investment. the another is the procedural problem on if the questions concerned shall be treated in the phase of jurisdiction or in merit. If illegality is invoked to reject to apply the Investment agreement, is it to be a question of jurisdiction in a narrow meaning or of admissibility ?

**Key words**

according to domestic laws, clean hand, good faith, international principle of laws, international public policy, Vienna Convention on the law of treaties, jurisdiction *ratione materiae*, admissibility, illegal investment, compliance with the law requirement.

# 반덤핑 관세 흡수 행위의 규제 현황 및 개선 방안

## - EU·미국의 제도를 중심으로 -

포스코 무역통상그룹, 법학석사 손보미

\*논문접수: 2017. 5. 20. \*심사개시: 2017. 5. 25. \*게재확정: 2017. 6. 16.

### 〈 목 차 〉

|                      |                    |
|----------------------|--------------------|
| I. 서론                | 3. 관세 흡수 조사        |
| II. 반덤핑 관세 흡수 일반     | 4. 검토              |
| 1. 의의                | IV. 반흡수 제도의 개선 방안  |
| 2. 문제의 소지            | 1. 반덤핑 관세 공제의 타당성  |
| III. 반덤핑 관세 흡수 규제 현황 | 2. 관세 흡수 조사의 운영 방향 |
| 1. 개관                | V. 결론              |
| 2. 반덤핑 관세의 비용 취급 여부  |                    |

## I. 서론

수출자의 덤핑으로 인해 수입국 산업 내에 피해가 발생한 경우, 수입국 정부는 이를 시정하기 위하여 해당 제품에 대해 반덤핑 관세를 부과한다. 이는 합리적인 수입자라면 반덤핑 관세 납부로 인한 비용을 다음 거래단계에 전가함으로써 대상제품의 시장가격을 인상시킬 것이라는 예상을 바탕으로 한 것이다. 그런데 만약 수출자가 수입자의 관세 부담을 줄이고 가격경쟁력을 유지하고자 수출가격을 오히려 인하하거나 관계수입자와의 거래를 이용하여

비용을 흡수하는 등 시장가격에 변화가 일어나지 않는 경우, 당초 반덤핑 조치가 의도한 피해의 구제 효과는 기대할 수 없게 된다.

이처럼 반덤핑 조치의 실효성 확보를 위해서는 수출자 또는 수입자의 적절한 관세 납부가 반드시 전제되어야 함에도, WTO 반덤핑 협정은 반덤핑 관세의 흡수 행위에 관한 명확한 제재 규정을 두고 있지 않다. 이에 회원국들은 자국의 실정에 맞게 상이한 방식으로 반흡수 제도를 운영하고 있다. 이 때 각 회원국은 다음과 같은 딜레마

에 처하게 된다. 만약 반덤핑 관세 흡수 행위를 적절하게 규제하지 못하는 경우 자국 산업의 보호 목적을 달성할 수 없게 되는 반면, 자칫 과잉 제재를 가하는 경우 WTO 반덤핑 협정상 기본 원칙들을 벗어나 '구제적'(remedial) 수단이 아닌 '응징적'(punitive) 수단으로 변질될 우려가 있다.

이에 본고에서는 반덤핑 조치의 본래 목적인 '덤핑으로 인한 피해의 구제'를 달성하기 위하여, 반덤핑 관세 흡수 행위를 어떻게 다루어야 할 지 살펴보고자 한다. 이를 위한 작업으로 우선 반덤핑 관세 흡수 행위의 의미와 양상을 살펴본 뒤, EU와 미국을 예로 들어 반흡수 제도의 운영 현황이 어떠한지를 비교 검토한다. 마지막으로 WTO 반덤핑 협정의 취지에 비추어 각국의 반흡수 제도가 지니는 문제점과 이에 대한 개선방안을 모색해 보고자 한다.

## II. 반덤핑 관세 흡수 일반

### 1. 의의

반덤핑 관세의 '흡수'(absorption)란 수출자 또는 수입자가 관세 납부액을 시장가격에 전가하지 않고 비용의 전부 또는 일부를 부담함으로써 본래 반덤핑 조치가 의도

한 역내 산업의 보호 목적 달성을 저해하는 행위를 말한다.<sup>1)</sup> 다시 말해 제휴 또는 보상약정 등 특수관계(non-arm's length)에 있는 회사 간에 반덤핑 관세를 분담한 결과, 시장 가격이 관세 부과분만큼 인상되지 않거나 오히려 하락하는 경우를 의미한다.

가령 수출자 A의 내수 판매가격이 \$120, 관계수입자 B에 대한 수출 판매가격이 \$100, 독립구매자 C에 대한 재판매 가격이 비용과 이윤 \$10을 더한 \$110이라고 가정해보자. 이 때 덤핑 마진율은 구성수출가격 산정 방식에 따라  $\{120-(110-10)\}/100*100=20\%$ 가 된다. 당초 의도한 대로라면, 반덤핑 조치 이후 관계수입자 B는 통관가격 \$100의 20%에 해당하는 \$20의 반덤핑 관세를 납부한 뒤, 독립구매자 C에 대한 재판매 가격에 이를 반영하여 \$130에 판매하는 결과가 되어야 할 것이다.

그런데 만약 관계수입자 B가 반덤핑 관세 납부액 \$20에 대한 비용을 스스로 부담하거나 사후에 수출자 A로부터 보전 받는 방법으로 이를 시장가격에 전가하지 않거나(흡수 유형 2), 수출자 A가 관계수입자 B에 대한 판매가격을 \$83.3으로 인하함으로써 관계수입자 B가 이에 대한 \$16.7(=83.3\*20%)만큼의 반덤핑 관세를 납부한

1) Glykeria J. Demataki, "Absorption in EC Antidumping Proceedings", Journal of World Trade 32(6) (1998), 57.

뒤에도 여전히 비용, 이윤을 커버한 채 \$110의 시장가격을 유지할 수 있도록 하는 경우(흡수 유형 1), 관세 흡수가 일어났다고 할 수 있다.

반덤핑 관세 흡수가 발생하는 원인으로 다음과 같은 경우를 생각해 볼 수 있다. 첫째, 반덤핑 관세는 보통 수입물품의 통관가액에 일정 비율을 곱하여 세액을 산출하는 종가세(ad valorem duty) 형태로 부과된다. 이는 제품 가격을 반영한 공평 과세 목적에 부합한다는 장점이 있지만, 통관가액이 높아지는 경우 이에 비례하여 더 많은 관세를 납부해야 한다는 점 때문에 수입자와 수출자는 의도적으로 통관가액을 낮추어 관세를 흡수하려는 경향이 생긴다. 둘째, 수출자가 기존 시장점유율을 지키거나, 생산설비의 최소가동률을 유지하기 위해 영업

손실을 안고서라도 판매를 지속할 필요가 있는 경우이다. 셋째, WTO 협정문상 포괄적이고 통일된 반흡수 규정이 존재하지 않고 국가마다, 그리고 개별 사안마다 관세 흡수 행위에 대한 규제 방식이 상이한 관계로 제도의 공백 또는 비대칭을 이용하여 전략적으로 관세를 회피하는 경우이다.

## 2. 문제의 소지

그런데 반덤핑 제도에 관한 통일된 국제규범인 ‘WTO 반덤핑 협정’(이하 ‘협정’)은 관세 흡수 행위의 정의 및 이에 대한 규제 방법에 대하여 명확하게 다루고 있지 않다. 다만 반덤핑 관세의 정산, 환불에 관한 협정 제9.3.3조에서 재판매가격의 변화에 대한 결정적 증거가 있는 경우 구성수출가격에서 반덤핑 관세를 공제하지 않는다고

<그림> 반덤핑 관세 흡수 유형

\* 정상가격 \$120, AD 마진을 20%

|             | 수출자 A  | → | 관계 수입자 B                        | → | 독립 구매자 C |
|-------------|--------|---|---------------------------------|---|----------|
| <기준>        | \$100  |   | + 비용, 이윤 \$10                   |   | \$110    |
| <AD 조치 후>   | \$100  |   | + AD 관세 \$20<br>+ 비용, 이윤 \$10   |   | \$130    |
| - 흡수 유형 1 : | \$83.3 |   | + AD 관세 \$16.7<br>+ 비용, 이윤 \$10 |   | \$110    |
| - 흡수 유형 2 : | \$100  |   | + AD 관세 \$20<br>+ 비용, 이윤 \$10   |   | \$110    |

규정하고 있어, 환불 범위 결정 시 관세 흡수 사실의 고려 필요성을 간접적으로 언급하고 있을 뿐이다.<sup>2)</sup>

각국은 수출자 또는 수입자의 관세 흡수 행위를 방지하기 위한 여러 가지 방안을 마련하고 있다. 가령 반덤핑 관세 부과 시 종가세(ad valorem duty) 방식이 아닌 통관 물품의 단위수량 당 일정 세액을 부과하는 종량세(specific duty) 방식을 채택함으로써 관세 흡수 유인을 줄이고자 하기도 한다.<sup>3)</sup> 보다 실질적인 방법으로 협정 9.3.3조의 내용을 유추 적용하여 여타의 재심에서도 구성수출가격 산정 시 반덤핑 관세를 공제하기도 하며, 별도의 조사를 통해 관세 흡수가 일어난 만큼 덤핑 마진율을 인상하거나 일몰재심 등에서 반덤핑 조치의 지속 필요성을 판단하기 위한 근거로 삼기도 한다.

그런데 만약 관세 흡수 행위에 대해 과잉 규제가 이루어진다면, 협정 제9.3조가 규정하고 있는 “반덤핑 관세는 덤핑마진을 초과하여 부과할 수 없다”는 원칙을 포함한 반덤핑 협정의 기본 원칙들이 훼손될

우려가 있다. 또한 국가마다 상이한 반흡수 제도의 운영은 수출자, 수입자 등 이해관계자들의 혼란과 분쟁을 가중시킨다. 이에 조사 당국은 반덤핑 조치의 적절한 이행을 뒷받침하면서도 협정상 주요 원칙들에 위배되지 않는 범위 내에서 관세 흡수 제도를 운영해야 하는 과제를 지닌다.

### III. 반덤핑 관세 흡수 규제 현황

#### 1. 개관

반덤핑 관세 흡수에 대한 규제 방식은 크게 구성수출가격에서 반덤핑 관세를 공제하는지 여부(‘duty as a cost’ 이슈)와 수출자의 반덤핑 관세 흡수 행위를 요건으로 하는 별도의 조사가 가능한지 여부로 나누어 볼 수 있다.

#### 가. ‘Duty as a Cost’ 이슈

수출자와 수입자 간 제휴 및 보상약정으로 인해 수출가격을 신뢰할 수 없는 경우, 조사당국은 최초의 독립구매자에 대한 재

2) 후술하겠지만, 동 조항은 첫째, 초과 납부 관세의 환불, 정산 시 적용되는 규정이며 둘째, 재판매가격의 적절한 변화가 있는 경우 반덤핑 관세의 공제를 금지한다고 소극적으로 규정하고 있을 뿐, 적극적인 의미에서 관세 흡수 행위 발생 시 이를 어떻게 규제할 것인지에 대한 방법을 제시하고 있지 않다는 한계를 지닌다.

3) 가령 EU 집행위는 중국산 가공·보존처리 감귤류에 대한 반덤핑 예비판정에서 “반덤핑 조치의 실효성 보장 및 수출가격 인하를 통한 반덤핑 관세의 회피 방지를 위해, 전통적인 종가세 부과 방식 대신 톤당 특정 세액을 부과하는 종량세 부과 방식을 채택한다”고 결정한 바 있다 (Certain Prepared or Preserved Citrus Fruits originating in China (Provisional), OJ (2008) L 178/19 (126)).

판매 가격에서 수입과 재판매 사이에 발생한 비용 및 이윤을 공제한 구성수출가격을 사용할 수 있다(협정 제2.3조). 이러한 경우 해당 가격은 이전가격(transfer pricing)으로서 독립기업 간 거래가격(arm's length price)을 반영한다고 보기 어렵기 때문이다.

회계적 관점에서 보면 반덤핑 관세는 당연히 수입자의 비용에 해당한다. 그런데 이것을 덤핑 마진 계산 목적상 공제 대상에 해당하는 '비용'으로 보아야 하는지에 대해서는 논란이 있다. 협정 제2.4조 제4문은 구성수출가격에서 '관세(duties), 조세(taxes) 등의 비용'을 공제해야 한다는 일반적이고 간결한 서술만 있을 뿐, 구체적인 공제 항목이나 기준에 대해서는 언급하고 있지 않기 때문이다.

덤핑으로 인한 피해를 구제하기 위해 부과된 관세를 다시 비용으로 공제하여 덤핑 마진을 높이는 것은 이중구제(double remedy)가 되어 부적절하며 관계수입자를 비관계수입자에 비해 불합리하게 차별하는 것이라는 입장과, 협정문상 반덤핑 관세를

비용으로 취급하지 않을 근거가 없을 뿐더러 관계수입자는 수출자의 덤핑행위에 대한 충분한 인식을 바탕으로 이에 가담하였다는 점에서 비관계수입자와 다르게 취급할 필요성이 있다는 입장이 대립된다.

한편 실제 덤핑마진을 초과하여 납부한 관세의 환불 범위 결정에 관한 협정 제 9.3.3조에서는 구성수출가격 산정 시 정상가격, 수입과 재판매 사이에 발생한 비용, 후속 판매가격<sup>4)</sup>에 적절히 반영된 재판매 가격에 변화가 있었다는 결정적인 증거가 제시되는 경우 반덤핑 관세를 공제하지 않는다고 한다. 바꾸어 말해, 반덤핑 조치 이후 관련 시장에 당초 의도한 수준만큼의 가격인상 효과가 나타나지 않는 경우, 구성수출가격에서 반덤핑 관세를 공제할 수 있다는 의미이다. 이는 수출가격에서 반덤핑 관세를 비용으로 공제하는 관행을 유지하려던 유럽과 이에 반대하는 일본, 한국 등의 국가들 간에 치열한 협상의 산물로서 도입된 것이다.<sup>5)</sup> 그런데 이는 구성수출가격 산정 방식에 관한 협정 제2.3조, 제2.4조가 아니라, 환불 여부 및 범위 결정에 관

4) 협정 제9.3.3조 문언상 '후속 판매가격'(subsequent selling prices)이란 관계수입자의 재판매 이후에 도소매상 및 최종 소비자에 대한 거래 가격을 모두 포함하는 것으로 이해된다. 그런데 관계수입자가 아닌 이후의 독립 거래상의 판매가격까지 통제하는 것은 수출자나 관계수입자의 소관이 아닐뿐더러 이를 증명하기도 어렵다. 나아가 이는 거래 당사자의 가격 설정에 관한 자율성을 침해하는 '재판매가격 유지행위'로서 반경쟁법 위반을 불러일으킬 소지가 있다. 이에 '후속 판매가격'은 관계수입자 이후 두 번째 거래 주체의 재판매가격만을 의미한다고 보는 의견으로 Gary N. Horlick 외, *The World Trade Organization Antidumping Agreement*, *Journal of World Trade* (1995), 27 참고.

5) 동 조항에 관한 우루과이 협상의 진행 경과에 대하여는, Edwin Vermulst, *The WTO Anti-Dumping Agreement*:

한 제9.3조에 규정되어 있어 반덤핑 관세의 흡수 행위를 어떻게 다루어야 하는지에 대한 포괄적인 지침을 제공하고 있지 않다. 이에 아직까지도 이 조항의 해석을 둘러싸고 회원국들 간에 반덤핑 관세의 비용 취급 여부에 대한 이른바 ‘duty as a cost’ 논란이 계속되고 있다.

### 나. 별도의 흡수 조사

한편 반덤핑 관세의 흡수 사실이 있는 경우, 이를 요건으로 하는 별도의 조사를 개시하여 마진율을 재산정하거나 관세 부과 기간을 연장하는 등의 규제 방안을 생각해볼 수 있다. 이는 관세 흡수라는 변칙적 행위로 인해 기존의 반덤핑 조치의 실효성이 저해되는 것을 바로잡기 위한 조사라는 점에서, 반덤핑 협정에서 규정하고 있는 제11.2조의 중간재심 등 전형적인 재심의 성격과는 차이가 있다.

그러나 변경된 반덤핑 조치의 효력이 장래를 향하여 미친다는 점을 생각해볼 때,

흡수 조사는 그 명칭 여하를 불문하고 덤핑마진 계산 방식 및 효력 범위에 있어 협정상 재심 관련 조항과 합치해야 할 것이다. 협정 제11.1조에서는 반덤핑 관세는 덤핑으로 인한 피해를 상쇄하기 위해 필요한 기간과 범위 내에서 부과되어야 한다고 규정하고 있다.

## 2. 반덤핑 관세의 비용 취급 여부

### 가. EU

#### (1) 일반

EU 반덤핑 기본규칙(이하 ‘기본규칙’)<sup>6)</sup> 제2조(9)항은 협정 제2.4조 제4문과 유사하게 구성수출가격 산정 시 수입과 재판매 사이에 발생한 관세, 조세를 포함한 모든 비용과 이윤을 공제하여야 한다고 규정한다. 이에 대한 구체적인 공제 항목을 열거하면서 ‘반덤핑 관세’가 여기에 포함됨을 분명히 하고 있다.<sup>7)</sup> 즉 재심 등의 조사에서 구성수출가격을 산정하는 경우, 반덤

A Commentary, Oxford University Press (2005), 176-178; Mark Koulen, The New Anti-dumping Code through Its Negotiating History, in Bourgeois, The Uruguay Round Results, Berrod and Gippini Fournier (1995), 218-221; Alan F. Holmer 외, Enacted and Rejected Amendments to the Antidumping Law: In Implementation or Contravention of the Antidumping Agreement?, 29 International Law 483 (1995) 508 등 참고.

6) Regulation (EU) 2016/1036 of the European Parliament and of the Council, OJ (2016) L 176/21.

7) 「기본규칙 제2조(9)항」 (...) 유럽연합 내 신뢰할만한 수출가격을 확립하기 위하여, 수입과 재판매 사이에 발생한 관세(duties), 조세(taxes)를 포함한 모든 비용과 이윤을 조정하여야 한다. 조정이 필요한 항목은 일반적으로 수입자가 부담하거나, 수입자 또는 수출자와 제휴 또는 보상약정이 있는 연합 내외의 당사자가 지불한 것으로서, 통상의 운임비, 보험비, 취급비, 하역비, 부수비용, 관세, 반덤핑 관세, 기타 수입국 내에서 물품의 수입 또는 판매를 사유로 지불한 조세 및 관관비와 이윤에 대한 합리적 마진을 포함한다.

핑 관세는 비용으로 공제하는 것이 원칙이다(‘duty as a cost’ 원칙).

가령 반덤핑 원심 조사 결과, 정상가격 \$120, 관계수입자에 대한 수출가격 \$100, 관관비, 이윤 등 \$10, 독립구매자에 대한 최초의 재판매 가격이 \$110 이어서 20% ( $=\{120-(110-10)\}/100*100$ )의 덤핑 마진율을 부과 받았다고 가정해보자. 이후 정상가격 및 관계수입자의 관관비, 이윤은 동일하다고 전제하고, 수출자가 판매가격을 덤핑 마진율에 해당하는 20%만큼 각각 인상하여 관계수입자에 대한 수출가격이 \$120, 독립구매자에 대한 재판매가격이 \$132이 되었더라도, 반덤핑 관세 \$24 ( $=120*20\%$ )을 공제한 결과 덤핑마진율은 여전히 18.33% ( $=\{120-(132-24-10)\}/120*100$ )가 된다.<sup>8)</sup> ‘Duty as a cost’ 원칙에 따르면, 덤핑마진율을 없애기 위해서는 재판매가격은 40% 인상된 \$154이 되어야 한다. ( $\{120-(154-24-10)\}/120*100=0\%$ ) 다시 말해 덤핑마진을 “0”으로 만들기 위해서는 당초 부과 받은 반덤핑 관세의 두 배 만큼 판매가격을 인상(‘double jump’)해야 함을 의미한다.

한편 기본규칙 제11조(10)항에서는 반덤

핑 관세가 시장 내 재판매가격 및 후속 판매가격에 적절히(duly) 반영되었다는 결정적 증거가 제시되는 경우에는 구성수출가격 산정 시 이를 공제하지 않는다고 규정하고 있다. 즉 수출자 등이 반덤핑 관세를 흡수하지 않고 다음 거래단계에 전가하여 역내 판매가격이 의도한 수준으로 인상된 경우에는 반덤핑 관세를 공제하지 않는다는 것이다.

동 조항은 1994년 신설된 초과 납부 관세의 환불 범위에 관한 협정 제9.3.3조의 내용을 도입한 것인데,<sup>9)</sup> EU 기본규칙은 이를 환불조사에 국한하지 않고 종료재심, 중간재심, 신규수출자 재심 등 각종 재심에 모두 적용되는 것으로 폭넓게 규정하였다. 또한 협정 제9.3.3조에서 반덤핑 관세의 공제 여부 판단 시 정상가격, 수입과 재판매 사이의 비용, 재판매 가격의 변화에 대해 고려하도록 한 반면, 기본규칙 제11조(10)항은 이 중 마지막 요소인 재판매 가격의 변동에 대해서만 언급하고 있다.<sup>10)</sup>

협정 제9.3.3조의 신설은 기존의 ‘duty as a cost’ 원칙이 폐기되었음을 의미한다는 수입자들의 주장에도 불구하고, 유럽사법당국은 협정 제2.4조 제4문의 ‘관세, 조세

8) 해당 예시는 Vermulst (2005), 177.

9) Council Regulation (EC) No 3283/94, OJ (1994) L 349/1 제11조(10)항에 신설되었다.

10) Edwin Vermulst, EU Anti-Dumping Law and Practice(2nd edit.), Sweet&Maxwell (2010), 191.

등의 비용'의 의미에는 당연히 반덤핑 관세도 포함되며, 협정 제9.3.3조는 이에 대한 예외로서 반덤핑 관세를 공제하지 않아도 되는 경우에 대해 규정한 것일 뿐이라는 입장이다.<sup>11)</sup> 마찬가지로 기본규칙 제11조(10)항 또한 기본규칙 제2조(9)항의 반덤핑 관세 공제 원칙을 완화하는 예외 규정임을 분명히 하였다.<sup>12)</sup>

## (2) 관련 논의

이러한 'duty as a cost' 원칙, 즉 반덤핑 관세의 비용 취급 원칙에 대하여 수입자 등을 중심으로 이중구제 논란 등 많은 비판이 제기되어 왔다.<sup>13)</sup> 해당 원칙은 관계수입자가 반덤핑 관세만큼 역내 판매가격을 인상('single jump')한 것에 그치지 않고, 당초 부과받은 반덤핑 관세의 두 배만큼 판매가격을 인상('double jump')할 것을 요구하기 때문이다. 또한 이는 비관계 수입자의 경우에는 적용되지 않는 것이어서, 관계수입자를 불합리하게 차별하는 것이라는 비판이 있었다.<sup>14)</sup>

수입자들은 첫째, 덤핑으로 인한 부작용

을 상쇄하기 위해 필요한 정도를 초과하여 관세를 부과하는 것은 WTO 반덤핑 협정 및 EU 기본규칙, 비례성 원칙에 반하며, 둘째, 덤핑을 유발하는 시장 행위의 교정을 위해 원심 기간의 데이터를 바탕으로 추정된 마진율이 향후 환불조사 등에서 '실제 덤핑마진'을 인상시키는 요인이 되는 것은 모순이라고 보았다. 셋째, 비관계수입자는 관계수입자와 달리, 반덤핑 관세를 소비자에게 전가할 유인이 크다는 점은 양자를 차별하는 정당화 근거가 되지 못하며, 넷째, 이는 수출가격에서 반덤핑 관세를 공제하지 않는 미국, 호주, 캐나다 등 교역 상대국의 관행과도 불합치 한다고 하였다.<sup>15)</sup>

그러나 유럽사법재판소는 아래와 같은 논거로 'duty as a cost' 원칙을 지지하였다.<sup>16)</sup> 첫째, 반덤핑 조치는 시장 행위의 근본적이고 영구적인 변화를 가져오기 위한 것이므로, 관계수입자가 덤핑마진만큼 가격을 인상한 것('single jump')만으로는 시장 행위에 확정적인 변화가 있다고 할 수

11) T-162/94, NMB France SARL and Others v Commission, (1996) ECR II-427, paras. 65-66.

12) T-73/12, Einhell Germany AG and Others v. Commission, (2015) ECR II-1, para. 90.

13) Van Bael&Bellis, EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments(5th edition), Kluwer Law International (2011), 592-593.

14) C-188/88 NMB and Others v. Commission, (1992) ECR I-1689; T-162/94 (1996) ECR II-427 등.

15) T-162/94, (1996) ECR II-427.

16) C-188/88, (1992) ECR I-1689-1690; T-162/94, (1996) ECR II-427-429 등.

없으며 따라서 이는 비례성 원칙 위반이 아니라고 하였다. 둘째, 관계 수입자는 덤핑에 대한 충분한 인식을 가지고 이에 동참하였다는 점에서 ‘덤핑 울타리’(dumping fence)의 다른 한 쪽 끝에 있는 자이며, 덤핑 이면의 상업적 관행 및 추후 관세 환불 가능성에 대한 예측이 가능하여 소비자에게 반덤핑 관세를 전가하는 것을 꺼린다고 하였다. 반면 비관계 수입자의 경우 향후 관세 환불 성공 여부에 대한 불확실성을 떠안기 보다는, 해당 비용을 소비자에게 전가하려는 경향이 크다고 하였다. 이러한 관계수입자 및 비관계 수입자의 법적, 경제적 상황 차이로 인해 양 자를 다르게 취급하는 것은 불합리한 차별이 아니며, 협정 제2.3조에서 조사당국으로 하여금 수출 가격을 신뢰할 수 없는 경우 특별한 취급을 허용하고 있다는 점도 이를 뒷받침한다고 하였다. 셋째, 다른 교역국들이 ‘duty as a cost’ 원칙을 채택하지 않았다는 사실 자체가 이것이 불법임을 의미하지는 않는다고 하였다.

### (3) 예외적 비공제 요건

그렇다면 기본규칙 제11조(10)항에 따라 반덤핑 관세를 공제해서는 안 되는 예외적인 경우를 살펴보겠다. 해당 규정은 재판매가격 및 후속판매가격에 관세가 적절히 전가되었음에 대한 결정적 증거가 있어야 한다고만 언급하고 있으며, 그 구체적인 판단 기준은 조사기관의 재량에 맡겨져 있다. EU 사법당국에 따르면 기본규칙 제11조(10)항은 기본규칙 제2조(9)항의 ‘duty as a cost’ 원칙에 대한 예외에 해당하므로, 관련 요건이 충족되었는지 여부를 엄격하게 판단해야 한다는 입장이다.<sup>17)</sup>

#### 1) 관세 전가의 적절성

관세가 재판매가격 등에 적절히(duly) 전가되었는지를 판단하기 위해, 조사기관은 먼저 과거 원심 대상기간과 신규 조사 대상기간의 재판매 가격을 비교한다. 조사기관은 ‘적절성’ 판단을 위한 넓은 재량을 가지고 있는데,<sup>18)</sup> 덤핑마진율의 ‘일부’가 아닌 ‘전체’에 해당하는 만큼 재판매가격이 인상되었을 것을 요한다.<sup>19)</sup> 이 때 단순히 전후 기간의 전체 가중평균 가격을 비교하는 경우도 있지만<sup>20)</sup> 보다 엄격하게 동일·

17) T-73/12, (2015) ECR II-1, para 90.

18) T-74/12, Mecafer SA France v. Commission (2015) ECR, EU:T:2015:864, para 67.

19) Certain Casting originating in China, C(2011) 9440 (35) (unpublished) (Robert M. MacLean, Duty as a Cost in EU Anti-Dumping Refunds: The Triple Jump and Other Obstacles to Success, Journal of World Trade 47 (2013), 각주 39에서 재인용).

20) Silicon Metal originating in Russia, Commission Decision C(2012) 2064 (31) (MacLean (2013) 각주 42);

유사제품을 위한 제품분류번호(PCN, product control number)<sup>21)</sup>별로 가격의 적절한 인상 여부를 심사하기도 한다.

그런데 후자의 PCN별 비교 방식('PCN-by-PCN method')의 경우, 기본규칙 제11조(10)항의 문언 및 목적에 비해 수입자들의 부담을 무리하게 가중시킨다는 비판이 있다.<sup>22)</sup> 기본규칙 제11조(10)항에서 참조하고 있는 기본규칙 제2조에 따르면 복수의 제품 모델에 관계없이 수출자별로 단일한 개별 마진율을 계산하도록 되어있는데, 반덤핑 관세의 적절한 전가가 있었는지 여부를 판단할 때에도 이와 동일하게 전체 가중평균 가격을 비교해야 한다는 것이다.<sup>23)</sup> 나아가 PCN별 비교 방식은 WTO 판례에서 금지하고 있는 제로잉 관행, 즉 덤핑마진 산정 시 음(-)의 마진율을 제외하는 계산 방식과 유사한 것으로 허용될 수 없다고 주장하였다.<sup>24)</sup>

이에 대해 유럽사법재판소는 EU 위원회

가 관세 전가의 적절성 여부를 판단하기 위한 넓은 재량을 가진다는 점을 다시 한번 확인한 뒤, 이는 반덤핑 조치로 인해 관계 수입자가 덤핑마진을 제거할만한 수준의 행동 변화를 일으켰는지에 관한 것이므로 기본규칙 제2조에 따른 덤핑마진 계산과는 목적이 다르며, 오히려 PCN별 비교 방식이 재판매가격의 변화 추이를 살펴보기에 더욱 적절하다고 판단하였다.<sup>25)</sup> 마찬가지로 덤핑마진 계산과 관련된 제로잉 관행의 금지는 반덤핑 관세의 비공제 요건 충족 여부 판단과는 관련이 없다고 하였다.<sup>26)</sup>

다만 일부 PCN 거래 건에 대하여 반덤핑 관세가 후속 판매가격에 전가되었던 경우에도 일괄적으로 수출가격에서 반덤핑 관세 전액을 공제하는 것은, 수출가격을 인위적으로 낮추어 덤핑마진을 높이는 결과를 낳아 비례성 원칙에 반한다고 하였다. 따라서 환불조사에서 PCN별 가격 비교 테스트를 통과한 거래 건이 있었던 경우, 원

Ferro-Silicon originating in Russia, OJ (2012) L 22/1 (25).

21) 제품분류번호(PCN)란 덤핑마진 계산 시 동일·유사제품에 대한 정상가격 및 수출가격을 비교하기 위해 부여된 일련의 코드이다. 대상 제품의 규격, 물리적·화학적 특성, 용도, 가공방법 등의 요소를 포함한다.

22) PCN별 비교는 'duty as a cost' 원칙에 따른 재판매가격의 '이중인상'(double jump)에서 나아가 '삼중인상'(triple jump)의 개념을 도입하는 것으로써, 반덤핑 협정 제9.3.3조의 정신과 목적에 반한다고 비판하는 MacLean (2013), 627-629.

23) T-74/12, (1992) paras 54; 64.

24) Ibid., para 105.

25) Ibid., paras 63, 73.

26) Ibid., paras 108-110.

심 마진율과 실제로 재산정한 마진과의 차액을 환불해 주어야 한다고 하였다.<sup>27)</sup>

## 2) 결정적 증거

다음으로 관계수입자 등은 반덤핑 관세가 시장가격에 적절히 전가되었다는 ‘결정적(conclusive) 증거’를 제시해야 한다. ‘결정적 증거’란 보통의 반덤핑 조사에서 요구되는 일반적인 입증 수준보다 높은 것으로서, 다른 여타의 증거와 모순되지 않으며 특정 결론을 이끌어내기에 의심의 여지가 없는 확정적인 증거를 가리킨다.<sup>28)</sup> 이때 실무상 조사기관은 과거 원심 대상기간 동안의 재판매가격이 ‘검증’(verified)된 자료일 것을 요한다.<sup>29)</sup> 만약 원심 조사 당시 모사인 수출자의 샘플링 대상 제외 등으로 인해 해당 관계수입자가 답변 및 수검 대상이 아니었던 경우, ‘결정적 증거’를 구성하는 비교 데이터로서의 적격이 없어 ‘duty as a cost’ 원칙의 배제를 주장하지

못한다.<sup>30)</sup>

또한 수입자의 매출 총액이 반덤핑 관세 납부액보다 큰 폭으로 증가하였다는 사실만으로는 관세의 적절한 전가에 대한 직접적이고 분명한 증거가 될 수 없으며,<sup>31)</sup> 수입자와 관계사 지위에 있는 수출자가 아닌, 다른 수출자의 원심 재판매 가격과 비교하는 것 역시 관련성이 없어 기각된 사례가 있다.<sup>32)</sup> 기타 수입품과 역내 제조물품에 대한 재판매 실적이 혼합되어 있어 이를 명확하게 구분하기 어려운 경우에도 증거 불충분으로 본 사례가 있다.<sup>33)</sup>

## 3) 검토

이처럼 EU 위원회와 유럽사법재판소는 구성수출가격에서 반덤핑 관세를 공제하지 않는 예외적인 경우를 매우 제한적으로 인정하고 있어, 수입자들이 반덤핑 관세를 환불받거나 수출자들이 재심을 통해 마진

27) Ibid., paras 143-144.

28) W.J. Stewart, Collins Dictionary of Law, Collins (2006); John Bouvier, A Law Dictionary: Adapted to the Constitution and Laws of the United States, Childs & Peterson (1856).

29) Robert M. MacLean, The EU's Anti-Dumping Refund System: Too Many Hurdles to Jump for Effective Relief?, Global Trade and Customs Journal, Vol. 7, Issue 4 (2012), 166.

30) 관계수입자의 모회사가 원심 데이터를 보유하고 있지 않은 신규수출자인 경우 일정한 요건 하에 대체 증거를 인정한 사례가 있으나, 이는 일반적으로 정립된 기준은 아니고 개별 사안에 따라 달리 판단하는 것으로 보인다 (MacLean (2013), 616-617).

31) Nu Air Compressors and Tools SpA originating in China, C(2011) 8824 (unpublished) (MacLean (2012), 각주 20).

32) Certain Casting originating in China, C(2011) 9440 (35) (unpublished) (MacLean (2013), 각주 27).

33) Synthetic Fibre Ropes originating in India, C(2006) 5087 (15) (unpublished) (MacLean (2013), 각주 28).

율을 낮추는 것을 어렵게 만든다. 그런데 앞서 설명한 조사기관의 실무 관행은 수출자 또는 수입자들의 부담을 크게 가중시킴에도 불구하고, 반덤핑 법규 및 관련 공고 어디에서도 언급되어 있지 않아 객관성과 정당성을 결여하였다는 비판이 따른다.<sup>34)</sup> 또한 조사 관련 질의서 등에 ‘duty as a cost’ 원칙의 예외를 주장할 수 있는 기회가 주어지지 않아, 수출자나 수입자는 이를 별도로 다투어야 한다는 문제점이 지적된다.<sup>35)</sup>

## 나. 미국

### (1) 일반

1930년 관세법(이하 ‘법’) §772(c)(2)(A)<sup>36)</sup>은 수출가격 산정 시 미국으로 해당 물품을 운반하는데 수반되는 추가적 비용 일체와 수입 관세(import duties)를 공제해야 한다고 규정한다. 제조자들은 동 법문상 ‘수입 관세’의 의미에는 반덤핑 관세가 명백히 포함되는 것이므로, 수출가격 산정 시

이를 공제해야 함을 주장하여 왔다.

이에 대해 미국 상무부 및 국제무역법원은 “관련법 및 상무부 규칙에서 ‘수입 관세’의 의미를 별도로 정의하고 있지는 않지만, 관련 법령의 편제 및 무역구제조치의 목적을 고려할 때 이는 반덤핑, 상계관세와 같은 ‘특별 관세’와 구별되는 ‘일반 관세’만을 가리킨다고 보는 것이 합리적인 해석”이라는 입장이다.<sup>37)</sup> 가격차별효과를 상쇄하기 위해 계산된 세율을 수출가격에서 다시 공제하는 것은 ‘이중 계산’(double counting) 또는 ‘순환 계산’(circular calculation)이 되어 수출가격을 인위적으로 낮추고 마진율을 부풀리는 결과를 낳게 된다는 것이다.<sup>38)</sup> 나아가 상무부 및 국제무역법원은 반덤핑 관세가 동 법문상 ‘수입 관세’에 해당하지 않더라도, 대상제품을 수입하는데 수반되는 제반 비용으로서 공제되어야 한다는 주장 역시 인용하지 않는다.<sup>39)</sup>

최근 판결에서 제조자는 수출자가 관세 지급인도(DDP) 조건 판매를 통해 통관 기록상 수입자로서 반덤핑 관세를 납부한 점

34) MacLean (2013), 614, 630.

35) Ibid.

36) 19 U.S.C. §1677a(c)(2)(A).

37) Federal Mogul Corp. v. U.S., 813 F. Supp. 856, 872 (CIT. 1993); AK Steel Corp. v. U.S., 988 F. Supp. 594 (CIT. 1997); Hoogovens Staal v. U.S., 4 F. Supp. 2d 1213, 1220 (CIT. 1998) 등.

38) Certain Cold-Rolled Carbon Steel Flat Products from Korea, 63 FR 781, 786 (Jan. 7, 1998); AK Steel, 988 F. Supp. 594 (CIT. 1997); Hoogovens, 4 F. Supp. 2d at 1220 (CIT. 1998).

39) Ibid.

을 강조하며 이에 대한 비용 공제를 주장 하였으나, 미 국제무역법원 및 연방항소법원은 판매가격이 반덤핑 관세를 반영하여 인상된 경우 반덤핑법의 목적이 달성된 것이므로 이를 비용으로 공제하는 것은 이중 계산에 해당한다고 하였다.<sup>40)</sup>

## (2) 관세 상환 규정

### 1) 내용

단, 상무부 규칙(이하 ‘규칙’) 19 CFR §351.402(f)항은 수출자가 수입자가 지불하여야 할 반덤핑 관세를 대신 납부하거나 수입자에게 이를 상환(reimbursement)<sup>41)</sup>하여 준 경우, 수출가격에서 해당 금액을 차감할 것을 규정한다.<sup>42)</sup> 이 경우 수입자들

은 관세 납부에 대한 경제적 부담 없이 덩핑 가격에의 판매를 지속할 수 있게 되며, 미국 내 생산자들은 비교열위를 벗어나지 못하게 되기 때문이다. 국제무역법원도 상무부의 관세 상환 규정은 반덤핑법의 실효성을 보장하기 위한 합법적인 권한 행사에 해당하는 것이라고 보았다.<sup>43)</sup>

수입자는 통관물품에 대한 세액확정(liquidation) 이전에 미국 세관(CBP)에 관세 상환 사실이 없음을 증명하는 서류를 제출해야 하며,<sup>44)</sup> 이를 제출하지 않은 경우 관세 상환이 있었던 것으로 추정되어 관세 부과액의 두 배에 달하는 금액을 징수 받게 된다.<sup>45)</sup> 상무부는 반덤핑 조사 예비 또는 최종판정 공고에서 수입자로 하여금 해당

40) Apex Exports v. United States, No. 11-00291, 2013 WL 6978901 (CIT. 2013); Apex Exports v. United States, Appeal No. 14-1234, 777 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2015).

41) 이에 대한 번역으로는 변상, 배상, 상환, 환급 등이 있겠으나(법령용어한영사전(제2판), 법제처 (2009) 참고), 본고에서는 형식적인 관세 납부 의무자는 수입자이지만, 실질적으로는 수출자가 관세 부담을 지는 주체로서 수입자의 지출 비용을 보전해 준다는 의미를 담기 위해 ‘상환’(償還)으로 번역하였다. 변상, 배상 등의 용어는 귀책에 대한 보상의 의미로 오인할 수 있어 채택하지 않았으며, 또 다른 번역 용어인 ‘환급’은 수입자의 관세청에 대한 ‘초과 납부 관세 환급 신청’과 같은 용어와 구별하기 위해 사용하지 않았다.

42) 이에 대한 예외로, 반덤핑 조사개시 이전에 수출자 및 생산자가 수입자와 “상무부의 시행령 공고일 이전에 판매되었으며, 상무부의 최종판정 공고일 이전에 수출된 제품에 대해서는 반덤핑 관세를 적용하지 않을 것”을 보증하는 계약을 체결한 경우, 반덤핑 관세 상환액을 공제하지 않는다(19 CFR §351.402(f)(1)(ii)).

43) Outokumpu Copper Rolled Products AB v. U.S. 829 F. Supp. 1371, 1382 (CIT. 1993); Hoogovens, 4 F. Supp. 2d at 1217 (CIT. 1998).

44) 증명서의 내용은 다음과 같다. “I hereby certify that I (have) (have not) entered into any agreement or understanding for the payment or for the refunding to me, by the manufacturer, producer, seller, or exporter, of all or any part of the antidumping duties or countervailing duties assessed upon the following importations of (commodity) from (country): (List entry numbers) which have been purchased on or after (date of publication of antidumping notice suspending liquidation in the Federal Register) or purchased before (same date) but exported on or after (date of final determination of sales at less than fair value).” (19 CFR §351.402(f)(2))

45) 19 CFR §351.402(f)(3).

증명서를 제출할 것을 통지하고 있다.

## 2) 요건

관세 상환에 관한 규정은 매우 엄격한 요건 하에 적용된다. 첫째, 관세 상환의 주체는 해외 수출자 또는 생산자이며, 이는 실제 납세 의무를 지는 수입자와 별개의 주체여야 한다. 수출자가 동시에 통관 기록상 수입자로서 행위하는 경우와 같이 양 자가 동일한 주체인 경우에는 동 규정이 적용되지 않는다.<sup>46)</sup> 수출자가 반덤핑 관세를 대납, 상환하여 준 것과 수입자의 지위에서 관세를 직접 납부한 것은 경제적 실질이 동일함에도 불구하고 이를 다르게 취급하는 것은 불합리하다는 제조사의 주장에 대해서, 국제무역법원 및 연방법원은 규칙 19 CFR §351.402(f)의 목적은 수출자가 수입자의 반덤핑 관세 납부 책임을 면책함으로써 수입자의 가격 인상 유인을 무효화하는 것을 막기 위함이라고 밝히면서, 수출자가 ‘수입자’로서 반덤핑 관세를 납부 의무를 지는 경우 미국 내 저가 판매를 지양하고자 하는 유인이 작동되므로, 반덤핑

관세를 중복 부과할 필요성이 없다고 하였다.<sup>47)</sup>

이 때 수출자와 수입자가 관계회사인지 여부는 관련이 없다. 과거 상무부는 수출자와 관계사 지위에 있는 수입자는 덤핑마진 계산 목적상 단일한 주체(single entity)로 취급되므로 동 규정 적용을 위한 ‘별개의 주체’에 해당하지 않는다는 입장이었다.<sup>48)</sup> 그러나 동 규칙의 문언 어디에도 적용 대상을 비관계 수입자로 한정하는 내용이 없을뿐더러, 구성수출가격 계산 방식과 반덤핑 관세의 상환 여부에 대한 판단은 별개의 사안이라는 이유로 상무부는 기존 입장을 변경하였다.<sup>49)</sup> WTO 반덤핑 협정의 이행에 관한 행정조치계획(SAA)에서도 상무부는 관계사, 비관계사를 불문하고 관세 상환의 사실이 있는 경우 반덤핑 관세 인상의 권한이 있음을 확인하고 있다.<sup>50)</sup>

나아가 수출자와 수입자가 동반 영업활동 또는 인센티브 계약 등의 밀접한 관계가 있는 경우 최초의 독립구매자를 ‘사실상 수입자’로 보아 관세 상환 규정을 적용해야 한다는 주장에 대해서도, 국제무역법

46) Cold-rolled Carbon Steel Flat Products from the Netherlands, 64 FR 11833 (Mar. 10, 1999); Certain Welded Carbon Steel Pipes and Tubes from Thailand, 66 FR 53388 (Oct. 22, 2001).

47) Apex Exports, No. 11-00291, 2013 WL 6978901 (CIT. 2013); Apex Exports, 777 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2015)

48) Antifriction Bearings (other than Tapered Roller Bearings) and Parts thereof from various countries, 58 FR 39729 (Jul. 26, 1993).

49) Color Television Receivers from the Republic of Korea, 61 FR 4410-11 (Feb. 6, 1996).

50) Uruguay Round Agreements Act, Statement of Administrative Actio, H.R. Doc. No. 103 - 316, Vol.1, 885 (1994), 216.

원은 법령, 판례 및 관행에 비추어 보아 최초의 독립구매자에게 수입자의 지위를 부여하거나 관계수입자가 예치한 관세를 ‘관세 상환액’으로 바꾸어 이해할 수 없다며 이를 일축하였다.<sup>51)</sup>

둘째, 당해 ‘연례재심 대상기간’ 동안에 관세 상환의 사실이 있어야 한다. 가령 상무부가 연례재심 대상기간 수 년 전에 있었던 관세 상환 약정을 바탕으로 대상기간에 관세 상환이 있었다고 추정하여 두 배의 덤핑마진을 부과한 것에 대해,<sup>52)</sup> 국제무역법원은 대상기간 외의 관세 상환 약정이 대상기간에 대한 관세 상환 사실을 입증하는 것은 아니라고 보아 상무부의 판결을 환송한 사례가 있다.<sup>53)</sup>

셋째, 관세 상환 행위에 대한 ‘충분한 증거’가 있어야 한다.<sup>54)</sup> 충분한 증거란 단순

한 기미(*mere scintilla*)을 넘어 합리적인 사고에 의해서라면 해당 결론을 뒷받침하기에 적절하다고 여길만한 증거를 말한다.<sup>55)</sup> 상무부는 수출자와 수입자 간에 관세 상환 약정과 같은 구체적 증거가 있는 경우에 이를 인정하며,<sup>56)</sup> 수출자와 수입자 간에 자금 이전이나 원가 미만의 이전가격 설정이 있었다는 사실 자체만으로는 관세 상환이 있었다고 보지 않는다.<sup>57)</sup> 반덤핑법은 관계사로 하여금 내부 거래가격을 정상거래(*arm's length*) 기준으로 설정할 것을 요구하거나 관계사 간 자금 이전을 금지하지 않으며, 이는 합당한 사업 행위의 일환일 수 있기 때문이다. 따라서 관세 상환 규정을 적용하기 위해서는 이전가격의 세부 비용가산 항목에 반덤핑 관세가 포함되어 있는 등, 해당 행위로부터 관세 상환을 추론할 만한 구체적 관련성이 입증되어야 한다.

51) *Outokumpu, U.S.*, 829 F. Supp. at 1383-84 (CIT. 1993).

52) *Certain Stainless Steel Butt-Weld Pipe Fittings from Taiwan*, 65 FR 81827 (Dec. 27, 2000).

53) *Ta Chen Stainless Steel Pipe, LTD. v. U.S.*, 342 F. Supp. 2d 1191 (CIT. 2004). 수출자들은 첫째, 1992~1994년에 걸친 관세 상환 약정의 존재는 조사대상기간인 1998~1999년에 상환이 있었다는 사실에 대한 충분한 증거가 되지 못하며, 둘째, 이를 소명하기 위한 적절한 절차적 기회를 보장받지 못했으며, 셋째, 덤핑마진을 초과하는 관세 부과는 미국법 및 국제법을 위반하는 조치임을 주장하였다.

54) 19 U.S.C. § 1516a(b)(1)(B). 가령 수출자와 수입자 간 관세 상환 약정, 회계처리 방법, 수입 신용장 문구, 전신 송금 기록 등이 그 증거가 될 수 있다.

55) *Consolidated Edison Co. v. NLRB*, 305 U.S. 197, 229, 59 S.Ct. 206, 83 L.Ed. 126 (1938); *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447, 454, 106 S.Ct. 2009, 90 L.Ed.2d 445 (1986) 등.

56) Valerie A. Slater 외, "Show Me the Money": A Practitioner's Guide to the Intersection of Customs and AD/CVD Law, 28 U. Pennsylvania J. Int'l L (2007), 68-69.

57) *Porcelain-on-Steel Cookware From Mexico*, 65 FR 30068 (May 10, 2000), *Torrington Co. v. U.S.*, 881 F.Supp. 622, 631-632 (CIT. 1995).

### 3) 입증책임의 전환

수입자가 규칙 19 CFR §351.402(f)(2)항에 따라 통관 물품에 대한 세액확정 이전에 관세 상환의 사실이 없었다는 증명서(certificate)를 제출한 경우, 상무부는 관세 사기(custom fraud) 등 반대 사실에 대한 충분한 증거가 없는 이상 별도의 조사를 하지 않는다.<sup>58)</sup> 때문에 관세 상환 규정에 따른 반덤핑 관세의 차감을 주장하기 위해서는 제소자 측에서 수입자의 증명서보다 증거력에 우위를 가지는 자료를 제출해야 한다.<sup>59)</sup> 하지만 수입자가 세액확정 시점까지 이러한 증명서를 제출하지 않은 경우, 관세 상환의 사실이 있었던 것으로 추정되며 수출자에게 반대 사실에 대한 입증 책임이 전환된다(규칙 19 CFR §351.402(f)(3)).

입증책임이 전환되는 또 다른 경우는 1997년 상무부 정책성명안(proposed statement of policy)에 의한 것으로서, 과거 연례재심 최종판정에서 수출자의 관세 상환

사실이 인정된 경우 이후의 연례재심에서도 관세 상환의 사실이 계속되는 것으로 추정된다.<sup>60)</sup> 이에 대해 수출자들은 해당 내용은 상무부 규칙에 규정된 것이 아니며, 각 연례재심은 별개의 절차이므로 이러한 추정은 허용될 수 없다고 주장하였으나, 상무부는 과거에 관세 상환의 사실이 확인되었던 경우 이에 대한 신중한 조사가 필요하며, 관련 증거가 답변자인 수출자 측에 치중되어 있음을 이유로 상무부의 적정 권한 범위 내에 있는 것이라고 판시하였다.<sup>61)</sup>

이를 반증하기 위해서 수출자는 첫째, 수입자가 확정 반덤핑 관세에 대한 유일한 납부 의무를 지는 자이며, 둘째, 수입자가 확정 반덤핑 관세를 납부할 만한 재정적 능력을 보유하고 있거나,<sup>62)</sup> 혹은 상환의 필요성이 충분히 사라졌다고 볼 만한 상황의 변동이 있음을 증명하여야 한다.<sup>63)</sup> (일명 ‘Hoogovens Test’) 가령 상무부는 수입자가 예치하였던 관세액이 당해 연례재심에서 예상되는 관세 확정액보다 컸고, 수

58) Torrington, 881 F.Supp. at 632 (CIT. 1995).

59) 70 FR 39735, 39740 (Jul. 11, 2005).

60) Certain Cold-Rolled Carbon Steel Flat Products from the Netherlands, 63 FR 13204, 13213 (Mar. 18, 1998) (citing to Dec. 18, 1997 Supplemental Questionnaire, Conf. Doc. 44, at 1).

61) Ibid.

62) 상무부는 반덤핑 관세 예치금을 납부한 사실만으로는 확정 반덤핑 관세를 납부하였다고 볼 수 없으므로, 이를 이유로 반덤핑 관세 납부를 위한 재정적 능력이 있음을 증명하기 어렵다고 판시한 예도 있다 (Porcelain-on-Steel Cookware from Mexico, 65 FR 30068 (May 10, 2000)).

63) 63 FR 13204, 13213 (Mar. 18, 1998).

입자의 영업이익이 이를 상회할 만큼 충분하였던 경우 관세 상환의 필요성이 사라졌다고 불만한 상황 변화가 있음을 인정하였다.<sup>64)</sup> 또한 기업구조조정(*corporate restructuring*), 자본확충(*capital infusion*) 등의 사실이 있었다라도, 이것이 수입자의 반덤핑 관세 납부 자원이 아니라 자생적 수익 창출의 원천이었던 경우, 관세 상환이 지속되고 있다는 추정에 대한 반증이 될 수 있다고 하였다.<sup>65)</sup>

#### 4) 효과

수출자의 반덤핑 관세 대납 또는 상환 사실이 인정되는 경우, 상무부는 수출가격에서 실제 또는 추정 가능한 관세 상환액을 차감한다(규칙 19 CFR §351.402(f)(1)(iii)). 만약 수출자가 반덤핑 관세 전부를 대납

또는 상환해 준 경우 반덤핑 관세가 두 배가 되는 효과를 낳는다.<sup>66)</sup>

수출자가 연례제심에서 관세 상환에 관한 조사기관의 정보 제출 요구에 최선을 다해 협조하지 않아 ‘불리한 이용 가능한 정보’(adverse facts available)에 기한 벌칙 관세를 부과 받은 경우, 상무부는 해당 벌칙 관세를 수출가격에서 차감하여 최대 벌칙 관세의 두 배에 달하는 관세를 부과할 수 있다.<sup>67)</sup> 이 때 관세 상환 행위에 연루되지 않았던 상대 수입자가 관세청(CBP)에 관세 상환의 사실이 없었다는 증명서를 제출하였거나 기타 이해관계자로서 반대되는 사실에 대한 입증을 한 경우, 별도의 기타 마진율을 적용받을 수 있다.<sup>68)69)</sup>

64) Porcelain-on-Steel Cookware from Mexico, 65 FR 30068 (May 10, 2000).

65) 63 FR 13204, 13214-15 (Mar. 18, 1998); Hoogovens Staal BV. v. United States, 86 F. Supp. 2d 1317, 1322 (CIT. 2000).

66) 이 때 상무부는 판정문상에 기록상 어떤 자료에 근거하여 관세 상환의 사실을 인정하였는지 명시하여야 한다 (Hoogovens (1998)).

67) Certain Stainless Steel Butt-Weld Pipe Fittings from Taiwan, 70 FR 39735 (Jul. 11, 2005).

68) Valley Fresh Seafood, Inc. v. United States, Court No. 06-00132 (CIT. 2007).

69) 국제무역법원은 연례제심에서 수입자별(importer-specific) 관세율 정산이 가능한 근거로 ① 법 19 U.S.C. §1675(a)(2)(A)은 연례제심에서 대상제품의 개별 ‘통관’(entry) 건에 대한 덤핑마진을 계산해야 하며, 대상 제품 물량 및 종류가 상당한 경우 평균(averaging) 및 통계적으로 유효한 표본을 사용할 수 있다고 한 점 (19 U.S.C. §1677f-1(a)), ② 규칙 19 CFR §351.212(b)(1)은 연례제심 시 일반적으로 ‘개별 수입자’에 대한 정산율을 계산한다고 규정한 점, ③ 상무부 규칙 제351조 등의 개정에 관한 공보(Antidumping Duties; Countervailing Duties; 61 FR 7316 (1996))에서 상무부는 과거 통관 건별(entry-specific) 관세 정산의 실무상 어려움으로 인해 수입자별(importer-specific) 정산 방식을 택하게 되었다고 언급한 점, ④ 마지막으로 관세 상환에 관한 19 CFR §351.402(f)에서 수입자가 관세 상환이 없었다는 사실을 증명하지 못하는 경우 수출 가격에서 해당 상환액을 차감한다는 점을 들고 있다 (KYD, Inc. v. U.S., Court No. 09-00034 (CIT, 2010)).

### 3. 관세 흡수 조사

#### 가. EU

##### (1) 의의 및 연혁

EU는 재심 및 환불조사에서 관세 흡수 사실을 고려하여 덤핑마진율을 산정하도록 한 것 외에, 관세 흡수를 요건으로 하는 별도의 조사 절차에 대해 규정하고 있다. 반덤핑 조치 이후 수출가격이 오히려 감소하였거나, 수출자와 수입자 간 보상 약정(compensatory arrangement) 등으로 인해 재판매가격 또는 후속 판매가격이 충분히 인상되지 않는 경우, 관세 흡수가 일어난 만큼 반덤핑 관세를 추가적으로 부과할 수 있도록 한 것이다.

반흡수 조사 규정은 1988년 이사회 규칙(Council Regulation) 2423/88<sup>70)</sup>을 통해 처음 입법된 이후, 수차례의 개정을 통해 요건 및 내용을 정비하여 왔다. 1988년 이사회 규칙 2423/88 제13조(11)항은 직접 당사자 누구라도 수출자가 관세를 부담하였다는 사실, 즉 재판매가격이 반덤핑 관세에 상응하는 수준으로 인상되지 않았다는 사실에 대한 충분한 자료를 제시하는 경우

해당 관세 부담액만큼 추가 관세를 부과할 수 있으며, 이는 소급효를 가질 수 있다고 규정하였다.

이에 대해 반흡수 조사는 전통적인 재심과 요건 및 효과를 달리 하는 특수한 절차로서, GATT 규범과의 합치성에 관한 논란이 제기되었다. 첫째, 실제 덤핑 수준을 초과한 반덤핑 관세 부과 가능성이 있으며, 둘째, 덤핑 마진율, 특히 정상가격에 대한 재산정 방법에 관해 명확히 규정하고 있지 않으며, 셋째, 반흡수 조사 결과 소급적으로 추가적인 과세를 할 수 있도록 한 점, 넷째, 기존의 재심 제도로 충분히 규율 가능하다는 점 등이 그것이다.<sup>71)</sup>

이러한 논란을 반영하듯, 구(舊) 규칙은 1994년 이사회 규칙 3283/94<sup>72)</sup> 제12조로의 개정을 통해 조사 성격 및 방식을 구체화하였다. 흡수 조사의 신청 주체를 유럽공동체(EC) 내 생산자로 한정하였으며, 이는 반덤핑 조치의 실효성 검토를 위한 조사의 '재개'(reopen)에 해당한다고 그 성격을 분명히 하였다.(동조 제1항) 또한 GATT 규범에 저촉된다고 많은 비판을 받던 소급 적용 조항을 삭제하였고, 통상적으로 6개월 이내에 조사를 완료할 것(동조 제4항)과

70) OJ (1988) L 209/1.

71) Van Bael 외, *Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC*(3th edition), CCH Europe (1996), 316; 小室程夫, *國際經濟法*, 信山社 (2011), 208-210.

72) OJ (1994) L 349/1.

조사개시 이후 일정 기간 내에 정상가격의 변화에 대한 충분한 증거가 제시되는 경우에는 이를 고려해야 한다는 규정을 추가하였다(동조 제5항).<sup>73)</sup>

2004년 이사회 규칙 461/2004<sup>74)</sup>는 재심(review) 대신 재조사(reinvestigation)라는 용어를 사용하였고, 기타 효율성 및 예측가능성을 높이는 방향으로 내용을 개정하였다. 우선 공동체 산업뿐만 아니라 다른 이해관계자들의 신청에 의해서도 조사가 개시될 수 있다고 하였으며, 재판매가격 또는 후속 판매가격이 충분히 인상되지 않은 경우뿐만 아니라 수출가격이 감소한 경우에도 동 조항을 적용할 수 있다고 하였다(동조 제1항). 또한 반흡수 조사를 통해 변경된 관세는 원심에서 부과된 관세의 두 배를 초과할 수 없으며(동조 제3항), 통상적으로 6개월에서 최장 9개월 이내에 조사

를 완료하지 못한 경우 기존의 관세가 그대로 적용됨을 분명히 하였다(동조 제4항).

2009년 이사회 규칙 1225/2009<sup>75)</sup>는 위원회 직권 또는 회원국의 신청에 의하여도 반흡수 조사를 개시할 수 있도록 하였으며(동조 제1항), 가장 최근 개정 규칙으로는 2016년 의회 및 이사회 규칙 2016/1036<sup>76)</sup>이 시행중이다.<sup>77)</sup>

## (2) 절차

역내 생산자 또는 이해관계자는 반덤핑 관세 부과 이후 수출가격이 감소하였거나 재판매가격 또는 후속 판매가격에 충분한 변화가 없어 동 조치의 실효성이 저해되고 있다고 여겨지는 경우, 일반적으로 관세 부과로부터 2년 이내에 반흡수 조사를 신청할 수 있다.<sup>78)</sup> 중간재심처럼 조사를 신청을 위해 최종관정으로부터 최소 1년이 경

73) 우루과이 라운드 이후 EU 반덤핑 기본규칙 개정 내용에 관한 자세한 설명으로는 M Hansen 외, *Le Nouveau Reglement Communautaire Antidumping*, *International Business Law Journal*, Vol. 1995, Issue 4 (1995), 465-492 참고.

74) OJ (2004) L 77/12.

75) OJ (2009) L 343/51.

76) OJ (2016) L 176/21.

77) 보조금 수입품에 관한 의회 및 이사회 규칙(Regulation (EU) 2016/1037 of the European Parliament and of the Council, OJ (2016) L 176/55)에서도 이와 유사하게 상계관세의 흡수에 관한 규정을 두고 있다. 반덤핑 기본규칙은 제12조 전체를 할애하여 특수한 절차로서 반흡수 조사를 다루고 있는 반면, 반보조금 기본규칙은 이를 중간재심에 관한 제19조의 하위 조항인 제3항에 위치시켜 중간재심의 한 형태로 흡수 사실을 조사하도록 하고 있다.

78) 이는 법정 신청 기한을 의미하는 것은 아니며, 반덤핑 조치의 시급한 실효성 확보를 위해 일반적인 경우 2년 이내에 신청이 이루어짐을 의미할 뿐이라고 설명하는 Edwin Vermulst 외, *The Anti-Absorption Provision in EC Anti-Dumping Law*, *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 2, Issue 3 (2007), 131.

과해야 한다는 유예기간을 두고 있지 않으며, 조사기관 직권 또는 회원국의 신청에 의해서도 가능하다(기본규칙 제12조(1)항).

EU 위원회는 관련 사실에 대한 충분한 정보가 제출되는 경우 이사회와 협의를 거쳐 조사를 개시할 수 있으며, 해당 사실을 관보에 게재함으로써 이해관계자들에게 서면 제출, 청문회 등을 통한 의견 개진의 기회를 제공한다. 반흡수 조사도 보통의 조사에서와 마찬가지로 대상업체가 많은 경우 샘플링이 이루어지며, 질의서 발송, 답변서 검토, 실사, 청문회 등의 절차를 통해 다양한 정보와 의견을 검토한다.

관세 흡수로 인해 반덤핑 조치의 실효성이 저해되는 상황을 빠르게 시정하기 위하여, 반흡수 조사는 보통의 재심보다 훨씬 짧은 기한인 6개월에서 최장 9개월 이내에 종료되어야 한다.<sup>79)</sup> 이 기간 내에 EU 위원회가 조사 결과에 대한 제안서를 발의하지 못하면, 기존의 관세가 그대로 적용된다(동조 제4항).

한편 반덤핑 관세 흡수 사실은 독립된 조사 외에, 재심에서 검토되기도 한다. 가

령 조사기관은 중간재심 또는 종료재심에서 장래에 덤핑의 관행이 지속, 재발할 가능성이 있는지를 판단하기 위해 수출국 및 EU 양국의 대상제품 국내의 판매가격, 설비가동률 외에 우회수출(circumvention) 및 관세 흡수의 관행이 있는지를 고려한다.<sup>80)</sup>

### (3) 방법

반흡수 조사는 다음과 같은 두 단계에 걸쳐 이루어진다. 첫 번째 단계로 관세 흡수로 인해 반덤핑 조치의 효과가 저해되었는지를 판단하며, 이것이 인정되는 경우 두 번째 단계로 관세 흡수 정도를 고려하여 덤핑마진을 재산정한다.

반흡수 조사에서는 피해의 존재 및 공동체의 이익 등 다른 요건에 대해서는 별도로 재심사하지 않는다.<sup>81)</sup> 이는 원심 등 과거의 조사에서 ‘앞서’ 확립된 피해가 경감되고 있지 않은 경우, 이를 정상화하기 위해 마진율을 재조정하는 것이기 때문이다(기본규칙 제12조(2)항).

#### 1) 가격 변화 검토

첫 번째 단계로 조사기관은 원심 대상기

79) 종료재심, 중간재심은 통상 12개월에서 최장 15개월 이내에 조사가 완료되어야 하며, 신규수출자재심의 경우 9개월 이내에 조사가 완료되어야 한다(기본규칙 제12조(5)항).

80) Biodiesel originating in the U.S., OJ (2015) L 239/69, 74, 79.

81) Ring binder mechanisms originating in China, OJ (2000) L 250/1, 5 (38); Certain electronic weighing scales originating in Singapore, OJ (1995) L 307/30, 33.

간(“original IP”)과 흡수 재조사 대상기간 (“new IP” 또는 “absorption IP”)<sup>82)</sup>을 비교하여 재판매가격 또는 후속 판매가격이 충분히 인상되지 않았거나, 수출가격이 하락하였는지를 검토한다.<sup>83)</sup> 기본규칙 제12조 (2)항에 따르면 전자의 경우 덤핑마진을 의무적으로(“shall”) 재계산 하여야 하며, 후자의 경우에는 재량에 의해(“may”) 덤핑마진을 재계산 할 수 있다.

판매가격의 ‘충분한’ 변화 여부를 판단하기 위해, 조사기관은 반덤핑 조치 이후 합리적으로 예상할 수 있는 재판매 가격, 즉 원심 대상기간의 통관가격에 반덤핑 관세를 더한 ‘벤치마크 가격’과 신규 대상기간의 ‘실제 재판매가격’을 비교한다.<sup>84)</sup> 실제 재판매가격이 벤치마크 가격에 미치지

못한 경우, 그 차이만큼 관세 흡수가 있었다는 사실에 대한 일응의 증거(prima facie evidence)가 된다. 이 때 기술이나 소비 패턴의 변화로 인해, 실무상으로 원심 대상기간과 신규 대상기간의 가격 비교가 어려운 경우가 종종 발생하기도 한다.<sup>85)</sup>

이 때 이해관계자들은 EU 내 시장가격이 충분히 변화하지 않은 것은 관세 흡수 사실 외에 다른 요인에 기인한 것이라고 소명할 수 있는 기회를 가진다(동조 제2항). 예를 들어 시장가격<sup>86)</sup> 또는 정상가격의 하락<sup>87)</sup>, 상품조합(product-mix)의 변경<sup>88)</sup>, 수입자의 판관비 또는 이윤 감소<sup>89)</sup>, 일반 관세의 인하<sup>90)</sup>, 수출국의 환율 약세<sup>91)</sup> 등의 사실은 반덤핑 조치가 당초 의도한 가격 인상 효과를 기대할 수 없는 정

82) 사안에 따라 다르며, 보통 흡수 조사 개시 직전 1년~1년 6개월 정도의 기간이 된다. 수출 거래 건이 많지 않은 경우, 신뢰할만한 데이터 확보를 위해 재조사 대상기간을 더 길게 잡는 경우도 있다.

83) 조사기관은 우선 전자를 심사한 뒤, 흡수 사실에 대해 명확한 결론이 나지 않는 경우 이어서 후자를 심사한다(Unwrought unalloyed magnesium originating in China, OJ (2000) L 267/17 (10)-(13)).

84) 한편 원심에서 ‘최저수입가격’(MIP) 형태의 관세 부과가 있었던 경우, 벤치마크 가격은 최저수입가격에서 수입과 재판매 사이에 발생한 비용(일반 관세, 하역비, 판관비, 신용비 등) 및 이윤을 더한 가격이 된다고 판시한 사례도 있다(Ammonium nitrate originating in Russia, OJ (1998) L 093/1).

85) 기존 제품과 완전히 차별화 된 제품인지, 물리적 특성이 유사한 대체 모델인지에 따라 가격 비교 대상에 포함시킬지 여부를 판단한 사례로 OJ (1995) L 307/30 (10); Television camera systems originating in Japan, OJ (1997) L 276/20 (40)-(41) 등 참고.

86) OJ (2000) L 267/17; OJ (1998) L 93/1 (23).

87) OJ (2000) L 250/1.

88) OJ (1995) L 307/30 (20). 상품조합의 변경으로 인한 수출가격 상승요인과 하락요인이 동시에 존재하는 경우, 모델별(model-by-model) 가중평균 가격을 비교하는 것이 합리적인 방식이라고 본다.

89) OJ (2000) L 250/1; Polypropylene binder or baler twine originating in Poland, the Czech Republic and Hungary, OJ (2001) L 221/1 (12).

90) Sulphanilic acid originating in China, OJ (2004) L 40/17.

당화 사유로 고려될 수 있다. 특히 정상가격의 하락이 있는 경우, 후술하는 바와 같이 흡수마진 산정 시 정상가격에 대한 재평가를 함께 요청할 수 있다.

## 2) 덤핑마진의 재산정

앞에서 관세 흡수로 인해 충분한 가격 변화가 일어나지 않았다는 사실이 인정되는 경우, 두 번째 단계로 조사기관은 반덤핑 조치의 효과를 정상화하기 위해 덤핑마진을 새롭게 재산정한다. 조사 방식은 신규 대상기간에 대한 수출가격만을 재평가하여 이를 원심 대상기간의 정상가격과 비교하는 단순 흡수조사(기본규칙 제12조(2)항)가 원칙이며, 수출자가 조사개시 후 일정 기한 내에 정상가격의 변동을 뒷받침하는 완전한 정보를 제출하는 경우 신규 대상기간에 대한 수출가격과 정상가격을 모두 재평가하여 양 자를 비교하는 복합 흡수조사(기본규칙 제12조(5)항)<sup>92)</sup>를 행한다.

복합 흡수조사가 있는 경우, EU 생산자들은 조사기관에 대하여 해당 시점 이후

수입 통관물품에 대한 관세평가를 보유하고 있다가 향후 변경된 관세를 소급적으로 부과할 수 있는 ‘등록’(registration) 절차의 적용을 요청할 수 있다(기본규칙 제12조(5)항).<sup>93)</sup> 등록 절차는 반덤핑 관세의 소급 적용을 예외적으로 허용하는 것이므로, 이를 정당화하는 충분한 증거를 함께 제시해야 한다(기본규칙 제14조(5)항). 가령 EU 생산자들은 조사기간이 장기화되는 동안 관세 흡수로 인해 불안정한 지위에 놓인 국내 산업을 보호할 필요성을 들어 등록을 신청하기도 한다.<sup>94)</sup>

정상가격 및 수출가격의 계산방식은 일반적인 조사에서와 같이 기본규칙 제2조에 따라 이루어지며, 만약 조사대상 업체의 비협조로 인해 신뢰할만한 정보를 얻지 못하는 경우 조사기관은 이용 가능한 정보(facts available)에 기초하여 흡수 관세를 산정할 수 있다(기본규칙 제18조).<sup>95)</sup>

## (4) 효과

흡수조사 결과 덤핑마진이 상승한 경우,

91) OJ (2001) L 221/1 (13).

92) 이는 1994년 기본규칙(이사회 규칙 No. 3283/94)에 새로 포함된 것으로, 정상가격의 변화 가능성을 고려하지 않고 수출가격의 하락에만 의존하여 추가적인 반덤핑 관세를 부과하는 것은 WTO 반덤핑 협약 제2.4조에 위배될 소지가 있다는 문제점을 시정하기 위한 것으로 보인다.

93) 이러한 수입 물품의 ‘등록’ 절차로 인해, 수출자는 향후에 추가적인 관세를 소급적으로 부과 받게 될 가능성을 신중하게 고려한 뒤 정상가격의 재검토를 요청하게 되어 현실적인 억제 효과를 지닌다고 설명하는 Vermulst (2007), 133.

94) Microwave ovens originating in the Republic of Korea, OJ (1998) L 85/29 (14)-(16).

95) 조사 비협조 수출자들에게 유럽통계청(Eurostat) 수입 데이터를 기준으로 흡수 관세를 부과한 사례로

반덤핑 부과 관세는 이사회에 이사회에 단순 과반수가 반대하지 않는 이상 위원회의 제안서 발의일로부터 1개월 이내에 변경되어야 한다. 이는 최초로 부과된 관세의 두 배를 초과해서는 안 되며, 최소부과원칙(lesser duty rule)에 따라 피해마진을 초과할 수 없다(제12조(3)항). 변경된 관세는 흡수조사 판정에 대한 관보 게재일로부터 적용되며, 이후 별도의 재심이 없는 이상 원심 판정 부과기간까지 효력을 지닌다. 단 복합 흡수조사에서 ‘등록’ 절차의 신청이 있었던 경우, 등록일 이후 통관분에 대하여 소급 적용이 가능하다. 한편 흡수조사 결과 재산정 마진이 원심 마진보다 낮아진 경우, 관세율의 변경 적용 없이 조사가 종료된다.<sup>96)</sup>

#### (5) 검토

EU의 반흡수 규정은 많은 법적, 기술적 문제를 야기한다. 첫째, 흡수조사는 정상가격의 변동에 대한 이해관계자의 충분한 입증 없는 이상, 수출가격만을 재평가하는 단순 흡수조사를 원칙으로 하고 있다.

그런데 제품수명주기가 짧거나 가격의 하락이 심한 산업군의 경우에도 정상가격의 변동이 없다는 추정에 기댈 수 있는지에 대한 의문이 있다. 또한 복합 흡수조사는 이를 신청한 수입자에 대하여만 진행하는데, 정상가격의 하락이 개별업체에 한정된 요인이 아니라 국제 원재료 가격의 인하 등 모든 수출 제조자에게 미치는 전반적인 요인으로부터 기인한 경우, 이러한 처우는 실질과 다른 과세의 불공평성을 낳을 수 있다.

둘째, 복합 흡수조사의 경우 기본규칙 제14조(5)항의 ‘등록’ 절차를 원용한 소급 부과 가능성을 전제하고 있는데, 이는 합리적인 근거 없이 수입자에게 관세 납부 의무에 대한 불확실성을 지우게 된다는 지적이 있다.<sup>97)</sup> 반덤핑 관세의 소급에 관한 일반 규정인 기본규칙 제10조(4)항은 ‘덤핑이 상당 기간 계속되었거나’, ‘수입자가 덤핑과 그로 인한 피해의 사실에 대하여 알고 있거나 알았어야만 했던 경우’, 그리고 ‘수입의 급증이 있었던 경우’에 한해 최종 판정 마진율을 예비판정 이전 90일까지

Certain finished polyester filament fabrics originating in China, OJ (2007) L 246/1. 한편 조사 협조 수출자들의 데이터가 조사 대상에 대한 완전성(totality)을 대표하므로, 기타 업체의 관세율에는 변동이 없다고 판단한 사례도 있다(OJ (2001) L 221/1 (27)).

96) 이러한 경우 수출자의 신청 또는 위원회 직권으로 반덤핑 관세의 변경 또는 종료를 검토하기 위한 중간 재심 개시의 타당성을 뒷받침하는 사유가 될 수 있다(Demataki (1998), 75). 실제로 수출자들이 흡수조사에서 정상가격 하락으로 인해 덤핑마진이 낮아지자, 중간재심을 신청하여 0%의 덤핑마진을 적용받은 사례로 Microwave ovens originating in China, Korea, Malaysia and Thailand, OJ (2000) L 244/33 참고.

97) Hansen (1995), 465-492.

소급 적용할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 덤핑의 심각성 및 수입자의 인식 여하와 관계없이, ‘등록’ 절차 규정의 형식적 원용을 통해 추가적 관세의 소급 부과를 정당화할 수 있는지는 의문이다.

이에 정상가격의 재산정을 필수화 하거나 요건을 완화하고, 소급 적용 가능성을 삭제하여 수출자의 불합리한 부담을 경감하는 것이 타당할 것이라고 생각한다. 자세한 내용은 뒤의 관세 흡수 제도의 개선 방안에 관한 단락에서 후술한다.

## 나. 미국

### (1) 의의

상무부는 반덤핑 조치 시행 공고일로부터 2년, 4년 후 개시된 연례재심에서 이해관계자의 신청이 있는 경우, 해외 수출자 또는 생산자가 관계 수입자를 경유한 판매에서 반덤핑 관세를 흡수하였는지 여부를 조사해야 한다(법 §751(a)(4)<sup>98</sup>, 규칙 19 CFR §351.213(j)(3)). 이는 1994년 우루과이 라운드 협정 체결 이후 입법된 것으로, 수출자가 반덤핑 관세를 미국 구매자에게 전

가하지 않고 스스로 흡수함으로써 반덤핑법의 목적을 저해하는 것을 막기 위함이다.<sup>99</sup>)

관세 흡수 조사 결과는 연례재심에서의 덤핑 마진 계산에 영향을 미치지 않는다.<sup>100</sup> 다만 상무부는 이를 국제무역위원회(ITC)에 통지함으로써, 5년마다 이루어지는 일몰재심에서 덤핑 및 피해가 지속, 재발할 것인지를 판단하는데 고려하도록 한다(19 U.S.C. §1675a(a)(1)(D)). 관세 흡수가 있다는 사실은 반덤핑 조치가 철회되는 경우 해외 생산자 또는 수출자가 미국 시장 내에 더욱 공격적으로 진입하리라는 점을 암시하므로, 일몰재심에서 반덤핑 조치의 철회 가능성이 낮아짐을 의미한다.<sup>101</sup>)

### (2) 요건

관세 흡수 조사를 위해서는 ‘시행령 공고 2년, 4년 뒤에 개시된 연례재심’에서 ‘이해관계자의 신청’이 있는 것으로 족하다. 연례재심 대상기간 동안 통관 물량이 있어야 함은 물론이다. 제조자들은 동 규정이 상무부가 제1차, 제3차, 제5차 연례재심에서 반흡수 조사를 개시할 수 있는 권

98) 19 U.S.C. §1675(a)(4).

99) *Agro Dutch Industries Ltd. v. U.S.*, 508 F.3d 1024 at 1028 (Fed. Cir. 2007).

100) 미 의회의 우루과이 라운드 협정의 이행에 관한 행정조치계획(Uruguay Round Agreements Act, Statement of Administrative Action(“SAA”), H.R. Doc. No. 103-316, Vol. 1, 885 (1994).

101) *Agro Dutch*, 508 F.3d at 1028 (Fed. Cir. 2007).

한을 배제하는 것은 아니라고 주장한 바 있으나, 상무부 및 국제무역법원, 연방순회법원 판결은 상무부로 하여금 특정 상황에서 흡수 조사를 개시할 수 있도록 하는 규정이 그 외의 상황에서도 조사를 개시할 수 있는 권한을 부여하는 것은 아니라며 이를 받아들이지 않았다.<sup>102)</sup>

관세 흡수 조사는 해외 생산자 또는 수출자가 관계 수입자를 경유하여 대상제품을 판매한 경우에 적용된다. 이 때 관계 수입자는 수출자와 별개의 주체여야 하므로, 만약 수출자가 스스로 통관 기록상 수입자로 행위하는 경우에는 동 규정이 적용되지 않는다.<sup>103)</sup>

### (3) 입증 책임

상무부는 수출자가 미국 내 독립구매자에게 판매한 가격이 덤핑마진을 충분히 상쇄하는 수준으로 인상되었는지 여부를 조사한다. 그런데 연례재심 결과 관계수입자에 대한 수출가격이 정상가격 미만인 경

우, 즉 양(+)의 덤핑마진이 있는 경우, 해당 ‘가중평균 마진율’ 만큼의 관세 흡수가 이루어진 것으로 추정된다.<sup>104)</sup> 제소자 측은 실제의 덤핑 및 흡수 규모는 전체 가중평균 마진율보다 상당히 크므로, ‘개별 덤핑 거래 건’에 대한 마진율을 바탕으로 흡수 여부를 판단해야 한다고 주장하였다. 그러나 상무부는 이는 단 한 건의 거래에 덤핑이 있는 경우에도 관세 흡수를 인정하게 되어 인위적으로 관세 흡수 비중을 부풀리는 왜곡된 결과를 낳으며, 관련법 및 규칙에 의해 위임받은 내용이 아니라고 판시하였다.<sup>105)</sup>

해당 추정은 독립구매자가 대상제품에 대한 최종 정산 관세를 전부 납부할 것이라는 증거에 의해 반복될 수 있다.<sup>106)</sup> 가령 관계수입자와 독립구매자 간에 ‘독립구매자가 최종 반덤핑 관세 납부 책임을 진다’는 법적 구속력 있는 합의 등이 이에 해당하며, 수출자의 대미 영업이익이 흑자라는 사실만으로는 이에 대한 반증이 되지

102) Certain Cold-Rolled and Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Korea, 62 FR 18404, 18418-19, 18435-36 (Apr. 15, 1997); NTN Bearing Corp. of Am. v. U.S., 104 F. Supp. 2d 110, 157-58 (CIT. 2000); FAG ITALIA S.p.A. and Fag Bearings Corp. v. U.S., 291 F.3d 806 (Fed. Cir. 2002).

103) Agro Dutch, 508 F.3d at 1031-33 (Fed. Cir. 2007); Corus Staal BV v. U.S., 593 F. Supp. 2d 1373, 1387-88 (CIT. 2008).

104) Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products from Germany, 64 FR 43146 (Aug. 9, 1999); Activated Carbon from China, 75 FR 70208, 70210-11 (Nov. 17, 2010).

105) Certain Cold-Rolled and Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Korea, 63 FR 13170, 13173-74 (Mar. 18, 1998).

106) 70 FR 39735 (Jul. 11, 2005).

않는다.<sup>107)</sup>

이에 대해 수출자들은 덤핑마진의 존재만으로 관세 흡수 사실이 있다고 보는 것은 사실상 반박 불가능한 추정으로 위법일 뿐만 아니라, 일몰재심에서의 피해 판단을 무의미하게 만든다고 주장하였다.<sup>108)</sup> WTO 반덤핑 협정 및 행정조치이행계획(SAA)은 상무부로 하여금 반덤핑 관세 흡수 여부에 대한 ‘유의미한’ 분석을 할 것을 요구하는데, 해당 추정은 이러한 작업을 거치지 않는다는 것이다. 또한 이는 고객사들에게 거래가 발생하였던 수 년 뒤까지 반덤핑 관세에 대한 무한, 불확정 책임을 지우는 결과를 낳는다고 하였다.<sup>109)</sup>

그러나 상무부는 최초의 독립구매자가 확정 관세에 대한 납부 책임을 진다는 약정 없이는 달리 관세 흡수가 일어나지 않았다고 불만한 근거가 없으며, 이에 대한 입증 책임은 수출자 등 답변자에게 있다는 입장을 유지하였다.<sup>110)</sup>

수출자가 상무부의 관세 흡수 조사 질의에 대해 성실히 답변하지 않는 경우, 불리

한 이용가능한 정보에 근거하여 반덤핑 관세의 흡수가 있었다고 판단할 수 있다.<sup>111)</sup>

#### (4) 효과

상무부가 관세 흡수 긍정 판정을 내리는 경우 이는 연례재심 마진율에는 영향을 미치지 않으나 상무부는 이를 국제무역위원회에 통지하여, 일몰재심에서의 장래 피해 발생 가능성 판단시 고려하도록 한다(19 U.S.C. §1675(a)(4), §1675a(a)(1)). 미국은 덤핑과 피해에 대한 판단 기관이 이원화되어 있는 관계로, 일몰재심의 경우 상무부는 덤핑의 지속·재발 가능성과 반덤핑 조치 철회 시 우세하게 될 덤핑 마진의 규모에 대해, 국제무역위원회는 반덤핑 조치 철회 시 중대한 피해의 지속·재발 가능성에 대해 각각 판단하고 있다.

상무부가 반덤핑 조치 철회 시 발생할 덤핑 마진의 규모를 결정할 때에는 일반적으로 원심 최종판정 마진율, 또는 보다 적절한 경우 최근의 연례재심 판정 마진율에 기댄다.<sup>112)</sup> 그런데 관세 흡수가 있는 경우 수입자는 반덤핑 조치의 철회 이후에 기존

107) Ibid.

108) Extruded Rubber Thread from Malaysia, 63 FR 12752, 12756-57 (Mar. 16, 1998).

109) Ibid.

110) Ibid.

111) 70 FR 39735, 39737-9 (Jul. 11, 2005).

112) SAA, 890-891; U.S. Enforcement and Compliance Antidumping Manual (2015), Chapter 25. Section 751(c) Five-year (“Sunset”) Reviews, 9.

의 관세 흡수액만큼 미국 내 판매가격을 낮추면서도 이전과 동일한 이익을 얻을 수 있기 때문에, 원심 또는 재심 마진율을 장래에 대한 예상 마진의 규모로 삼기란 부적절하다.<sup>113)</sup> 이에 상무부는 흡수 사실이 없었다면 보고하였을 마진율, 즉 원심 또는 재심 마진율과 최근 연례재심 마진율에서 관세 흡수액만큼을 상향 조정한 것 중 더 높은 마진율을 ‘예상 덤핑 마진 규모’로 보아 이를 국제무역위원회에 제출한다.<sup>114)</sup>

국제무역위원회는 일몰재심에서 반덤핑 조치 종료 시 피해의 지속, 발생 가능성을 판단할 때에 상무부의 흡수 판정 결과를 고려한다(법 §752(a)(1)<sup>115)</sup>). 특기할 만한 점은, 법 §752(a)(6)<sup>116)</sup>은 국제무역위원회로 하여금 상무부가 제출한 덤핑 마진 규모를 고려할 수 있는 재량을 부여하고 있는 반면, 흡수 사실에 관한 판정은 반드시

고려하도록 규정한 점이다.<sup>117)</sup>

나아가 관세 상환 규정과 관세 흡수 규정을 중복적으로 적용할 수 있는지에 대한 문제가 있다. 상무부는 관세 상환 및 관세 흡수 규정이 별개의 요건과 효과를 바탕으로 상호 독립적으로 적용됨을 인정하면서도, 관세 상환 시 수출가격에서 반덤핑 관세를 차감하여 두 배의 마진율을 만들고, 여기에 다시 관세 흡수를 고려하여 추가적 조정을 하는 것은 예상 덤핑 규모를 과대 평가하는 것이라며, 반덤핑 관세를 차감하여 산정한 연례재심 마진율만을 회에 보고한 사례가 있다.<sup>118)</sup>

#### 4. 검토

앞서 살펴본 EU와 미국의 관세 흡수 제도를 비교해 보면 다음과 같다. 우선 재심

113) SAA, 885; House Report, H.R. Rep. No. 103-826, pt.1 (1994), 60.

114) Sunset Policy Bulletin §II.B.3.b, Policies Regarding the Conduct of Five-year (“Sunset”) Reviews of Antidumping and Countervailing Duty Orders; Policy Bulletin, 63 FR 18871, 18873-74 (1998). 여기에는 관세 흡수에 관한 업체별 판정 결과와, 실행 가능한 범위 내에서 흡수 규모에 대한 지표표를 포함하여야 한다. (Senate Report, S. Rep. No. 103-412 (1994), 50).

115) 19 U.S.C. §1675a(a)(1)(D).

116) 19 U.S.C. §1675a(a)(6).

117) WTO U.S.-OCTG 사건 첫 패널 미팅에서, 멕시코는 첫째, 상무부의 관세 흡수 판정이 국제무역위원회의 피해 가능성 판단과 어떤 관련성이 있으며 둘째, 국제무역위원회로 하여금 상무부가 제출한 덤핑 마진 규모를 고려할 수 있는(‘may’) 재량을 부여하는 규정(관세법 제752(a)(6), 19 U.S.C. 1675a(a)(6))과 상무부의 관세 흡수 판정을 반드시(‘shall’) 고려하도록 하는 강행규정(관세법 제752(a)(1), 19 U.S.C. 1675a(a)(1)(D))의 내용이 어떻게 조화될 수 있는지에 대한 질의를 제기하였다. 미국은 당해 분쟁에서 관세 흡수 이슈는 쟁점이 되지 않는다고 보아 답변을 생략하였지만, 이에 대한 의문이 언제든지 제기될 수 있음을 시사한다(U.S.-OCTG from Mexico, WT/DS282/R (2004), Annex E, E-46).

118) Porcelain-on-Steel Cooking Ware from Mexico, 65 FR 281-283 (Jan. 4, 2000).

등에서 덤핑마진 산정 시 수출가격에서 반덤핑 관세를 비용으로 공제하는지 여부와 관련하여, EU는 기본규칙 제2조(9)항을 통해 반덤핑 관세를 비용으로 취급함을 명시하고 있고, 다만 기본규칙 제11조(10)항에서 재심이나 환불조사 시 반덤핑 관세가 재판매 가격 및 후속 판매 가격에 적절히 반영되었다는 결정적 증거가 있는 경우에는 예외적으로 반덤핑 관세를 공제하지 않는다고 규정하여 협정 제9.3.3조의 내용을 폭넓게 도입하였다.

한편 미국은 상당한 논쟁에도 불구하고, EU와 같은 방식의 ‘반덤핑 관세의 비용 공제’ 관행을 채택하지 않고 있다. 관세법 §772(c)(2)(A)의 해석상 수출가격 또는 구성수출가격 산정시 반덤핑 관세를 공제하지 않음을 원칙으로 하고 있으며, 다만 예외적으로 수출자가 수입자를 대신하여 반덤핑 관세를 납부하거나, 이를 상환해준 경우에만 해당 금액을 공제한다(규칙 19 CFR §351.402(f)). 해당 예외를 적용하기 위해서는 수출자와 수입자 사이에 단순한 자금 이전이 있었던 사실만으로는 부족하며, 관련 약정 등 명시적인 증거가 있어야 한다.

다음으로 반덤핑 관세 흡수를 요건으로 하는 별도의 조사가 어떻게 이루어지는지를 살펴보면, EU는 반덤핑 조치 이후 수출

가격이 감소하였거나 재판매가격이 의도한 수준까지 충분히 인상되지 않은 경우, 수입자가 관계사 지위에 있는지 여부를 불문하고 별도의 반흡수 조사를 통해 덤핑마진율을 상향 조정 한다(기본규칙 제12조). 이는 수출가격만을 재산정하는 단순 흡수조사와 정상가격까지 함께 재산정하는 복합 흡수조사가 있다. 단순 흡수조사의 경우 변경 관세는 판정문의 관보 게재일로부터 장래를 향해 적용되나, 복합 흡수조사의 경우 ‘등록’ 신청이 있었다면 해당 시점으로까지 소급 적용이 가능하다.

미국의 경우 제2차, 제4차 연례재심에서 이해관계자의 신청이 있는 경우, 상무부는 반덤핑 관세가 재판매가격에 전가되었는지 여부를 판단하는 관세 흡수 조사 제도가 있다(법 §751(a)(4), 규칙 19 CFR §351.213(j)(3)). 이는 덤핑 마진율에 영향을 미치는 것은 아니고, 다만 일몰재심에서 반덤핑 조치의 지속 여부를 판단하기 위한 장래의 피해 발생 가능성을 검토할 때에 고려하도록 하고 있어 비교적 수출자 및 수입자에게 미치는 페널티 요소가 적다. 하지만 미국 내에서도 여전히 이전가격 조작 우려와 역내 산업의 철저한 보호 등을 이유로 ‘반덤핑 관세의 비용 공제’ 규정을 자국법에 포함시켜야 한다는 목소리가 높다.<sup>119)</sup>

119) Holmer (1995), 506-509; Terence P. Stewart, U.S.-Japan Economic Disputes: The Role of Antidumping and

이는 근본적으로 EU와 미국의 반덤핑 관세 부과 방식의 차이에서 비롯된 것이라는 시각이 있다. 미국과 같은 소급효 시스템 하에서는 주기적으로 실제 덤핑 마진율을 정산하는 기회가 있어 흡수 행위 규제를 위한 특별한 절차의 필요성이 낮은 반면, EU와 같은 장래효 시스템 하에서는 별도의 조사 개시 없이는 흡수 행위를 효과적으로 규제할 수 있는 방법이 없다는 것이다.<sup>120)</sup> 그러나 흡수 행위의 규제 목적이

‘반덤핑 조치의 구제 효과’가 저해되는 것을 막기 위함임을 고려할 때, 관세의 소급적, 장래적 부과 방식에 관계없이 이를 아우르는 타당성 검토가 필요할 것이다.

국가 간에 일정한 합의가 이루어지지 않은 비대칭적인 반흡수 제도의 운영은, 수출자의 동일한 판매 정책에도 불구하고 도착지 국가가 어디인지에 따라 다른 결과를 낳는 등 교역국 간에 끊임없는 혼란과 분쟁의 소지를 제공할 뿐만 아니라, WTO 반

<표> 반흡수 제도 관련 WTO 반덤핑 협정 및 EU, 미국의 규정 비교

| WTO 협정   | EU 기본규칙  | 미국 관세법   |
|--|--|--|
| <b>1. 반덤핑 관세의 공제 여부</b>  |  |  |
| 협정 제2.4조 제4문<br>: 구성수출가격에서 관세, 조세 등 비용 공제<br>* 단, 반덤핑 관세의 비용 취급 여부에 대한 해석 차이<br><br>협정 제9.3.3조<br>: 환불조사에서 정상가격, 수입과 재판매 사이의 비용, 재판매가격에 변화가 있는 경우 반덤핑 관세 공제 금지 | 기본규칙 제2조(9)항 <b>[원칙]</b><br>: 구성수출가격에서 반덤핑 관세 공제 원칙<br><br>기본규칙 제11조(10)항 <b>[예외]</b><br>: 재심, 환불조사에서 반덤핑 관세가 재판매가격 등에 적절히 전가된 경우, 구성수출가격에서 반덤핑 관세 공제 금지 | 관세법 §772(c)(2)(A)<br>: 수출가격 산정 시, 반덤핑 관세 공제 금지 원칙<br>* 규칙 19 CFR §351.402(f)<br>: 단, 수출자가 수입자를 대신하여 반덤핑 관세를 대납, 상환하는 경우 수출가격에서 이를 공제<br><br>유사 조항 없음 |
| <b>2. 별도의 흡수 조사 가능성</b>  |  |  |
| 협정 제11조<br>: 중간재심, 일몰재심 등 전형적 재심 유형만을 규정   | 기본규칙 제12조<br>: 수출가격 감소, 재판매가격의 불충분한 인상의 경우, 반흡수 조사를 통한 덤핑마진 재산정<br>* 유사 중간재심의 성격으로 보아야 하는지에 대한 이견 존재   | 관세법 §751(a)(4)<br>: 제2차, 제4차 연례재심에서 관세 흡수 조사 가능. 덤핑마진율에는 영향 없으며 다만 일몰재심에서 장래의 피해 가능성 판단시 고려  |

Countervailing Duty Laws, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 16, No.3 (1999), 730.

120) Glyceria (1998), 각주 15.

덤핑 협정상의 기본 원칙들을 훼손할 우려가 있다. 때문에 각국은 덤핑으로 인한 피해의 구제라는 반덤핑 조치의 실효성을 보장하면서도 ‘공정한 시장 경쟁의 장’을 마련할 수 있도록 흡수 관련 제도를 정비할 필요가 있다. 아래에서는 협정상 관련 규정들을 바탕으로 반덤핑 관세의 비용 취급 타당성 및 독립된 반흡수 조사 가능성과 그 한계에 대해 살펴보겠다.

#### IV. 반흡수 제도의 개선 방안

##### 1. 반덤핑 관세 공제의 타당성

###### 가. 협정 제2.4조 제4문의 의미

구성수출가격 산정 시 반덤핑 관세가 공제 대상 비용인지를 검토하기 위해서는 관련 조항의 문언뿐만 아니라, 입법 취지 및 반덤핑 법체계 전체의 목적을 종합적으로 살펴보아야 한다.<sup>121)</sup> WTO 분쟁해결기구 패널보고서에 따르면 협정 제2.3조는 수출자와 수입자 간 제휴나 상환약정 등으로

인해 수출가격을 신뢰할 수 없는 경우 회원국으로 하여금 구성수출가격을 사용할 수 있는 권한을 부여하고 있으며,<sup>122)</sup> 협정 제2.4조 제4문은 강행규정이 아닌 임의규정 형태(‘should’)로서 독립구매자에 대한 재판매가격으로부터 수입과 재판매 사이에 발생한 제반 비용, 이윤을 조정하도록 권고한다. 이러한 구성수출가격 특별 공제 조항은 회원국이 의도하는 모든 항목이 아니라, 규정상 허용된 특정 항목에 대하여만 공제 권한이 있음을 의미한다.<sup>123)</sup> WTO 패널이 해당 법문을 제한적으로 해석하는 이유는 구성수출가격에 대한 공제는 곧바로 수출가격을 떨어뜨려 덤핑 마진율을 상승시키기는 요인으로 작용하기 때문인 것으로 보인다.

협정 제2.4조 제4문상 ‘관세, 조세 등을 포함한 비용’이라는 문구를 형식적으로 해석하는 경우, 반덤핑 관세 또한 수입국 내 사업을 영위하며 발생하는 비용으로서 공제 대상에 포함된다고 이해할 수도 있다. 그러나 반덤핑 관세는 수출자의 불공정 덤

121) 조약법에 관한 비엔나 협약(VCLT) 제31조(1)항에 따르면 조약은 문맥과 목적에 비추어 해당 문언에 부여되어 있는 통상적 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다. WTO 분쟁해결기구 패널 보고서에서도, 반덤핑 협정상 규정을 해석할 때에는 사전적 정의뿐만 아니라 문맥, 목적 등을 함께 고려해야 한다고 한다(U.S.-Stainless Steel Plate in Coils and Stainless Steel Sheet and Strip from Korea, WT/DS179/R (2000), para 6.99).

122) Ibid, para 6.90.

123) 만약 회원국이 의도하는 모든 추가적인 공제를 허용하게 된다면, 수출가격 구성 방식에 관한 지침이 무용지물이 되어버리고 말 것이기 때문이다(Ibid, para 6.94).

평행위로 인한 내수 산업의 피해를 상쇄하기 위해 부과되는 특별 관세로서, 일반 관세와 별개의 목적과 성격을 지닌다.<sup>124)</sup> 만약 재심에서 새로운 덤핑 마진율을 계산할 때에 원심 대상기간 당시 존재하지 않았던 반덤핑 관세를 공제하게 된다면, 덤핑마진에 왜곡이 발생할 뿐만 아니라 관계수입자를 비관계 수입자에 비해 불합리하게 차별하는 결과를 낳게 될 것이다.<sup>125)</sup> EU 사법당국이 관계수입자의 차별 대우 근거로 관계수입자는 덤핑의 한 쪽 울타리 끝에 있는 자로서 수출자와 덤핑행위에 대한 인식을 함께하며, 향후 환불 가능성에 대한 정보가 많다는 점을 드는 것은<sup>126)</sup> 실제 다양한 거래 현실의 면면을 고려하지 않은 추정으로서 타당하지 않으며, 반덤핑 관세를 비용으로 취급해야 하는 논거로 충분하지도 않다.

협정 제2.4조 제4문은 신뢰할 만한 수출

가격을 구성하기 위한 규정이지<sup>127)</sup> 반덤핑 관세 부과로 인한 가격 인상 효과를 다시 상쇄할 것을 의도한 규정이 아님을 고려할 때, 이를 ‘duty as a cost’ 원칙에 대한 근거 규정으로 보기는 어렵다고 생각한다.

이는 반덤핑 협정 전체의 목적에 비추어 볼 때 좀 더 분명해진다. 반덤핑 관세는 덤핑으로 인한 피해를 구제하기 위하여 실제 덤핑 수준을 초과하지 않는 범위 내에서 부과되어야 한다(협정 제9.3조). 만약 수입자가 관세 납부를 통해 기존의 덤핑을 상쇄하는 수준으로 역내 판매가격을 인상하였음에도 불구하고 반덤핑 관세를 수출가격에서 공제하여 마진율을 높인다면, 이는 비례성 원칙을 초과하는 이중구제(double remedy) 효과를 낳는다. 다시 말해 임시적, 구제적인 성격을 지닌 반덤핑 조치를 영구적, 징벌적으로 기능하게 할 우려가 있다.<sup>128)</sup>

124) 박노형 외, 신 국제경제법, 박영사 (2013), 111면. 이 책은 일반관세와의 또 다른 차이로, 반덤핑 관세는 양허관세의 상한 구속을 받지 않는다는 점을 들고 있다(GATT 제II조 2항(b)).

125) 협정 제2.4조는 관계수입자에 대해서만 적용되는 규정이어서, 비관계 수입자의 경우 반덤핑 관세를 비용으로 공제하지 않기 때문이다. 같은 취지로 MacLean (2013), 609-610.

126) C-188/88, (1992) ECR I-1689; T-162/94, (1996) ECR II-427 등.

127) 비록 구성수출가격에 관한 특별 공제 규정이 정상가격과 수출가격의 공정 비교에 관한 제2.4조에 포함되어 있더라도, 이는 가격 비교가능성(price comparability)을 위한 여타의 조정과는 별개의 목적을 가진다. 이는 독립 구매자에게 최초로 재판매된 금액에서부터 역으로 제반 비용, 이윤을 공제함으로써 ‘실제 수출가격’ 대신 ‘신뢰할 수 있는 수출가격’, 즉 영리원칙에 따른(commercial basis) 거래가 있었다면 수입자가 지불하였을 가격에 도달하기 위함이다(WT/DS179/R, para 6.99 참고).

128) 같은 취지로 반덤핑 관세 공제 관행의 문제점을 지적하는 Letter from Alan F. Holmer, General Counsel, Office of the U.S. Trade Representative to Hans Beseler, Director, Trade Policy Instruments, Commission of the European Communities (Mar. 31, 1986) (Holmer (1995), 각주 86 재인용).

### 나. 협정 제9.3.3조의 적용범위

다만 수출자가 관계사 지위에 있는 수입자를 통해 거래하면서 반덤핑 관세를 흡수하는 경우, 내수 산업의 피해를 구제 목적을 달성하기 어려워지므로 이를 일정 방식으로 제재할 필요가 있다. 이에 대한 협정국들의 고민은 반덤핑 관세 초과 납부액의 환불에 관한 협정 제9.3.3조에서 부분적으로 찾아볼 수 있다. 이에 따르면 조사당국은 환불 조사에서 구성수출가격을 사용하는 경우, 정상가격의 하락, 수입과 재판매사이에 발생한 비용의 감소, 재판매가격의 인상 여부를 고려하여야 하며 위의 사실에 대한 ‘결정적 증거’가 제시되는 경우 반덤핑 관세를 공제하지 않을 것을 권고한다. 바꾸어 말해 수출자의 관세 흡수행위로 인해 재판매가격이 의도한 만큼 인상되지 않은 경우, 수출가격에서 반덤핑 관세가 차감되는 결과 관계수입자는 반덤핑 관세 납부액을 환불받기 어려워진다.<sup>129)</sup>

그러나 협정 제9.3.3조가 반덤핑 관세의 비용 취급에 대한 예외를 규정한 것이라고

보기는 어렵다. 동 협정 조항의 입법 배경에는 반덤핑 관세의 공제 관행을 관철하려는 EU와 이를 반대하는 국가 간의 치열한 논쟁이 있었던 바, 이는 ‘duty as a cost’ 원칙을 최대한 합리적으로 배제하려는 타협점이었던 사실을 상기할 필요가 있다.<sup>130)</sup> 이를 고려할 때, 동 조항의 의미는 수출자 및 관계수입자가 특정 기간 동안 덤핑 마진을 관리하여 환불을 받은 뒤 다시 덤핑 행위를 재개하는 등, 환불 조사를 남용하여 부당이득을 얻도록 하지 않기 위해 반덤핑 조치의 효과가 시장 내에 전가되었는지 여부를 신중히 고려하도록 한 것이라고 이해할 수 있다. 그럼에도 불구하고 EU의 입법례에서와 같이, 이를 과거에 대한 정산 목적의 환불 조사뿐만 아니라 장래효를 지니는 기타 채심에까지 확대하여 적용한 것은 협정의 문언 범위를 벗어난 것으로 보인다.

한편 미국은 수출자가 수입자를 대신하여 관세를 납부하거나 상황이 이루어진 경우(상무부 규칙 19 CFR §351.402(f))를 제

129) 협정 제9.3.3조는 수입자 등 이해관계자에게 재판매가격의 적절한 인상과 관련하여 매우 높은 증명 수준인 ‘결정적 증거’를 요하고 있어, 실무상 이를 충족시키기 어렵다는 문제가 있다. 실제로 이를 입법화한 EU에서도 환불조사의 엄격한 요건 및 절차 지연으로 인해 수입자들이 효율적으로 관세를 환불받는 것이 어렵다는 회의적인 목소리가 있다(Van Bael&Bellis, *EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments*(5th Edit.), Kluwer Law International (2011), 596).

130) 동 협정안의 변경 이력을 살펴보면, 1991년 12월 최종 협정문 초안(‘둔켈 텍스트’) 이전까지 구성수출가격에서 반덤핑 관세 납부액을 공제하지 않는 것이 ‘우선’(first)이라는 내용이 포함되었다가 마지막에 삭제되었다. 이에 대한 상세 설명은 James P. Durling 외, *Understanding the WTO Anti-dumping Agreement: Negotiating History and Subsequent Interpretation*, Cameron May (2002), 444-447 참고.

외하고는 연례재심에서의 확정 관세율 정산 시 반덤핑 관세를 공제하지 않는다. 협정 제9.3.3조를 채택하지 않은 것은 자국 내 반덤핑 조치의 장벽을 완화하는 것으로서, 회원국의 재량사항이라고 할 수 있다. 한편 관세 상환에 관한 상무부 규칙은 그 대상과 내용에 있어 관세 흡수 규정과 차이를 지닌다. 전자는 수출자와 수입자 간의 관계를 규율하는 것으로서 수출자가 수입자의 반덤핑 관세를 대납, 상환해주는 경우에 적용되는 반면, 후자는 미국 내 관계수입자와 독립구매자 간의 관계를 규율하며, 반덤핑 관세가 구매자에게 적절히 전가되었는지 여부를 심사하는 것이기 때문이다.

관세 상환에 대한 상무부 규칙은 덤핑마진의 범위를 초과하는 만큼 관세를 부과하는 것으로서 협정 제9.3조에 위배되며, 수출가격 공제 항목에 대한 한정적 열거 조항인 협정 제2.4조에 포함되어 있지 않은 관세 상환액을 공제하는 것은 회원국의 권한 범위 밖이라는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 관세 상환은 리베이트 할인의 성격과 유사한 것으로서 공정한 가격 비교를 목적으로 하는 제2.4조의 취지에 부합하며, 수출가격에서 해당 금액을 하향 조정한 결과 최종 관세는 실제 덤핑마진과 일치하게

되므로 협약 제9.3조에 위배되는 것도 아니다.

또 하나의 쟁점으로, 협정 제9.3조는 실제 덤핑 마진이 낮은 경우의 ‘환불’에 대해서만 편면적으로 규정하고 있다. 그렇다면 동 조사에서 반덤핑 관세를 비용으로 차감함으로써 기존에 비해 덤핑 마진이 상승된 경우, 관세를 추가적으로 징수 할 수 있는가? 미국과 같은 소급적 부과 시스템 하에서는 연례재심에서 반덤핑 관세의 최종 납부 책임이 확정되므로, 기존의 현금 예치율보다 확정 관세율을 상향, 하향하는 것이 모두 가능하다. 그런데 EU와 같은 장래효 시스템 하에서는 원심에서 관세가 확정되므로, 법문의 근거 없이 조사 당국이 관세를 추가 징수할 수 있는지에 대해 이견이 있을 수 있다.

이에 대해 소급적 부과 방식을 지닌 국가는 확정관세와 기존 예치율과의 차액에 대해 환불 또는 추가 징수가 모두 가능하고, 장래적 부과 방식을 지닌 국가는 관세 하향으로 인한 환불만 가능하다고 보는 것은, 어떤 부과 방식을 택하는지에 따라 국내 산업의 보호 능력에 현저한 차이를 낳아 합리적이지 않다는 의견이 있다.<sup>131)</sup> 그러나 환불에 관한 협정 제9.3.3조는 실제로 보다 과도한 반덤핑 관세를 납부한 수입자를

131) 심종선, WTO 반덤핑협정 해설, 법률출판사 (2014), 238면.

보호하기 위한 규정이므로, 조사당국이 납세자에게 불리하게 변경된 관세를 추가적으로 징수할 수 있는 근거 규정은 아니라고 생각한다. 또한 조사당국이 관세 행정의 효율성 등을 위해 장래적 시스템을 택하여 확정 관세를 부과하는 경우, 이를 신뢰하는 수출자 및 수입자들의 법률관계를 안정시킬 필요가 있다. 확정관세 부과 이후 수출자의 흡수행위 등에 의해 덤핑이 악화되는 경우, 중간재심 및 일몰재심 등을 통해 관세율 및 부과기간을 조정하는 방법으로 접근하는 것이 타당하다.

## 2. 관세 흡수 조사의 운영 방향

### 가. 성격

조사기관은 원심 판정 시 해당 조치로 인해 역내 시장가격이 덤핑 또는 피해가 없는 수준까지 인상될 것이라는 합리적 기대 하에 반덤핑 관세를 부과한다. 그런데 관세 흡수라는 변칙 행위로 인해 오히려 덤핑이 심화되거나 시장가격에 변화가 없는 경우에는, 반덤핑 조치가 의도한 구제 효과를 보장하기 위해 이를 제재할 필요성이 있다고 하겠다.<sup>132)</sup>

앞서 살펴본 바와 같이, EU는 반덤핑 관세 흡수 행위를 요건으로 하는 별도의 조사를 통해 기존의 마진율을 상향하는 것을 허용한다. 한편 미국은 관세 흡수 사실이 연례재심에서의 덤핑 마진율에 영향을 미치지 않지만, 일몰재심에서 장래의 피해 가능성 판단 시 이를 고려하도록 하여 반덤핑 조치의 연장 가능성을 높이는 요소로 작용한다.

이러한 반흡수 조사가 어떤 성격을 지니는가에 대해서는 이견이 있을 수 있다. EU가 반흡수 조사 관련 규정에서 재심(review)과 구별되는 ‘재조사’(reinvestigation)라는 용어를 사용하는 것에서 암시하고 있듯이, 이는 일반 재심과 구별되는 특징을 가지기 때문이다. 가령 일몰재심 또는 중간재심은 일정 기간의 경과 및 중대한 상황 변동이 발생한 경우에 반덤핑 조치의 계속적 부과 필요성을 검토하는 반면, 반흡수 조사는 원심 또는 재심을 통한 반덤핑 조치의 실효성을 보장하기 위해 본래의 조치에 수정을 가하는 것이라는 차이가 있다.<sup>133)</sup>

그러나 반흡수 조사는 과거 원심 대상기간 동안의 사실을 재조사하기 위한 것이 아니라 반덤핑 관세 부과 이후 새로이 발

132) 특히 EU와 같이 반덤핑 관세의 장래효 시스템을 가진 국가의 경우, 관세 흡수 사실에 대한 별도의 조사 없이는 기존 반덤핑 조치의 실효성을 검토할 수 있는 방법이 없다고 설명하는 Demataki (1998), 76.

133) 중간재심은 상황 변동에 대한 ‘중립적 반응’인 반면, 반흡수 조사는 반덤핑 조치의 이행을 보장하기 위한 절차라고 설명하는 Demataki (1998), 59.

생한 흡수 행위를 규제하기 위함이므로, 협정 제11조상 재심의 일종으로 보는 것이 자연스럽다.<sup>134)</sup> 더군다나 반흡수 조사를 통해 변경된 관세율의 효력이 장래를 향하여 미친다는 점을 생각해볼 때, 이는 필연적으로 재심의 성격을 지닌다고 보아야 할 것이다. 과거의 판매 데이터 분석을 통해 반덤핑 관세의 최종 납부 책임을 확정하거나 초과 납부액을 정산하기 위한 협정 제9.3조와 달리, 협정 제11조에서 규정하고 있는 재심 절차는 반덤핑 관세의 존속 필요성 등에 관한 장래에 대한 분석(prospective analysis)을 바탕으로 장래를 향해 효력을 지니기 때문이다.<sup>135)</sup> 만약 동 조사를 흡수 행위 발생을 요건으로 한 원심의 재개로 바라본다면, 반덤핑 협정에서 권리관계의 조속한 안정을 위하여 조사기한을 12개월에서 최장 18개월로 제한하고 있는 취지를 무색하게 만들 우려가 있다.<sup>136)</sup>

흡수 조사의 근거 규정에 대한 논의를 살펴보면, 2002년 WTO 무역정책검토(Trade

Policy Review)에서 EU는 “반흡수 절차는 반덤핑협정 제11.2조의 (중간)재심의 한 형태로서, 수출가격을 협정 제2조에 일치하도록 재산정하는 목적을 가진 것”이라고 하였다.<sup>137)</sup> 이와 유사하게 2004년 WTO 무역정책검토 회의에서는 “반덤핑협정 및 1994년 GATT 제VI조는 반흡수에 관한 명시적 조항을 포함하고 있지 않으나, 반흡수 절차는 반덤핑 또는 상계관세 부과 직후 관세가 흡수되고 있는 것으로 보이는 경우, 반덤핑 조치의 효과를 재정립하는 것을 목표로 한다”면서 “GATT의 관점에서 동 절차는 수출가격의 재산정을 주된 목적으로 하는 재심의 한 형태로 보인다”고 하였다.<sup>138)</sup>

한편 미국의 흡수 관련 규정은 제11.3조의 일몰재심 요건과 맞닿아 있다. WTO U.S.-Cement 사건에 대한 패널 신청서에서, 멕시코는 미국 상무부가 반덤핑 관세 부과 종료 후 덤핑의 지속 또는 재발을 초래할 가능성이 있는지를 판단함에 있어, 관

134) 반흡수 조사를 수출가격의 재평가에 초점을 맞춘 중간재심의 단순화 형태(Edmond McGovern, EU Anti-Dumping and Trade Defence Law and Practice, Globefield Press (2016)), 또는 특별신속재심(Bael&Bellis (2011), 581)으로 바라보는 의견이 있다.

135) U.S. - DRAMS from Korea, WT/DS99/R (1999), para 4.37.

136) EU의 반보조금에 관한 기본규칙(Regulation 2016/1037, OJ (2016) L 176/55)은 반덤핑 기본규칙과 달리 흡수조사를 중간재심의 하위 규정으로 두고 있다는 점도 이를 뒷받침한다.

137) Trade Policy Review, EU, Minutes of Meeting-Addendum, WT/TPR/M/102/Add.2 (2003), 141 (Vermulst (2007), 각주 27에서 재인용).

138) Trade Policy Review, EU, Minutes of Meeting-Addendum, WT/TPR/M/136/Add.2 (2005), 22 (Vermulst (2007), 각주 27에서 재인용).

세 흡수에 기초한 덤핑마진에 의존하고, 그러한 덤핑마진을 일몰재심에 사용할 목적으로 국제무역위원회에 보고하는 것은 협정 제11.1조, 제11.3조, 제11.4조, 제2조, 제6조와 합치하지 않는다고 주장하였다.<sup>139)</sup> 해당 분쟁은 미국과 멕시코 양국의 상호 합의된 해결로 종료되어 협정 위반에 대한 구체적 논증과 패널의 입장을 확인할 수는 없었으나,<sup>140)</sup> 흡수 조사의 효과가 일몰재심에서의 판단에 영향을 미치는 경우, 일몰재심 관련 규정(제11.3조) 등과 합치되어야 함을 시사하였다.

## 나. 검토

### (1) 조사 신청

EU의 경우 흡수 조사 신청 시 이해관계자들에게 관세 흡수 사실을 뒷받침하는 충분한 정보를 제시할 것을 요구하는 반면, 미국은 이해관계자의 신청만을 요건으로 하고 있다. 미국의 경우 최종 관세율 확정을 위한 주기적 연례재심에서 관세 흡수의 사실을 효율적으로 검토할 수 있도록 하나, 그렇다 하더라도 관세 흡수 조사는 확정 마진율의 산정과 별개의 목적을 지니므로 신청자에게 관련 입증 자료를 제출하도록 하는 것이 합리적이라고 생각한다. 나

아가 흡수 조사의 남발 방지 및 관련 이해관계자들의 보호를 위하여 동 자료는 흡수 혐의의 개연성을 뒷받침하는 객관적이고 합리적인 정보여야 할 것이다.

### (2) 조사 대상

EU는 흡수조사에서 원칙적으로 신규 조사 대상기간의 수출가격만을 재평가하여 원심에서의 정상가격과 비교하며, 예외적으로 정상가격의 변화에 대한 완전한 정보가 제출되는 경우에 한해 이를 검토하도록 한다. 반면 미국은 연례재심 대상기간의 정상가격과 수출가격 모두를 재평가하여 흡수 여부를 판단한다.

그런데 EU와 같이 단순 흡수조사를 원칙으로 삼는 경우, 협정 제2.4조의 내수가격 및 수출가격의 동일 거래단계, 동일 시기에 대한 공정 비교 원칙 및 협정 제9.3조의 덤핑 수준을 초과하는 반덤핑 관세 부과 금지 원칙에 저촉될 가능성이 있다. 비록 EU의 반흡수 규정이 일정 요건 하에 복합 흡수조사를 허용하고 있다고 하더라도, 반덤핑 협정 합치적인 제도 운영을 위해서는 개선이 필요하다고 생각한다. 가장 이상적인 모습은 정상가격 및 수출가격 모두를 전면적으로 재심사하는 복합 흡수조

139) U.S. - Cement from Mexico, WT/DS281/2 (2003) 4-5p.

140) U.S. - Cement from Mexico, WT/DS281/8; G/L/604/Add.1; G/ADP/D46/2 (2007).

사를 원칙으로 삼는 것이겠지만, 조사의 효율성 및 역내 피해 구제의 긴급성을 위하여 조사당국에게 수출가격의 변화만을 검토할 수 있는 재량을 인정할 수도 있다고 본다. 가령 역내 생산자들이 조사 신청 단계에서 관세 흡수의 사정을 제외하고는 시황 등에 변화가 없어 단순 흡수조사로 족하다는 점을 주장하고, 이에 대한 수출자나 수입자의 다툼이 없는 경우 단순 흡수조사를 허용할 수 있을 것이다.

한편 반흡수 조사에서 산업피해 또는 공동체 이익에 대한 검토 없이 덤핑 측면에 대한 조사만을 통해 추가적 관세를 부과하는 것이 협정 제3조 등에서 ‘덤핑으로 인한 피해 발생’을 요건으로 하고 있는 것에 위배되는가?<sup>141)</sup> 생각건대 반흡수 조사는 ‘기준’에 확립된 내수 산업의 피해를 구제하기 위해 시행중인 조치의 실효성을 정비하기 위함이므로, 피해 사실에 대한 근거 없이 관세를 부과하는 것이 아니다. 중간 재심에 관한 협정 제11.2조에서도 반덤핑 관세의 지속적 부과 필요성, 관세 철회 및 변경 시 피해의 계속, 재발 여부, 혹은 양자 모두에 대하여 검토할 수 있다고 규정함으로써, 덤핑과 피해 측면을 나누어 조사하는 것을 허용하고 있다.

### (3) 판단 기준

관세 흡수 여부 판단 시 단순히 전후 시장 가격 비교 또는 덤핑 마진의 존재 여부에 의존하는 것은, 해당 규정의 존재 자체로 흡수 사실의 인정을 용이하게 할 우려가 있다. 조사기관은 원료 가격, 판매 패턴, 기술 진보, 소비자 트렌드, 환율 변화 등 시장 환경에 영향을 미치는 다양한 요소뿐만 아니라, 비관계수입자와의 거래 가격, 반덤핑 관세 납부 책임에 대한 특별 약정 등 거래 당시의 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 할 것이다. 또한 협정 제6조의 취지에 맞게, 이해관계자에게 이에 대한 반박 의견 및 정당화 사유를 제출할 수 있는 기회를 충분히 보장해야 할 것이다.

### (4) 효과

흡수 조사 결과 반덤핑 마진율이 인상되는 경우, 이 효력은 여타의 재심과 같이 장래를 향하여 미치는 것으로 한정해야 할 것이다. EU의 복합 흡수조사(기본규칙 제12조(5)항)에서 관세를 소급 적용할 수 있도록 허용하는 것은 타당한 근거가 없을 뿐만 아니라, 협정 제10.6조가 덤핑의 전력이 있거나 덤핑에 대한 수입자의 인식이 있었고, 단기간 내 대규모 덤핑 유입 등 반

141) Van Bael은 반흡수 조사에서 덤핑으로 인해 피해가 유발되었는지 여부에 대한 검토 없이 추가적인 관세를 부과하는 것은 舊관세무역일반협정(GATT)에 위배된다는 입장이다. (Van Bael, EEC Anti-Dumping Enforcement: An Overview of Current Problems, European Journal of International Law, Vol.1 (1990), 144.

덤핑 조치의 구제효과를 심각하게 저해할 수 있는 ‘중대한 상황’(critical circumstance)이 있는 경우에 한해 확정 관세를 예외적으로 소급할 수 있도록 규정한 것에도 저촉될 우려가 있다. 또한 반덤핑 관세의 장래호 부과 방식을 채택한 EU 등 대다수 국가에서는 원심 최종판정 마진율이 곧 확정 관세로서의 효력을 가지는데, 향후 흡수조사를 통해 변경된 관세를 이해관계자들의 신뢰에 반하여 소급 적용하는 것은 협정 제5.10조에서 반덤핑 조사 기한을 12개월에서 최장 18개월로 제한하여 이해관계자들의 법률관계를 조속히 안정시키고자 하는 취지를 무색하게 만들 수 있다.

한편 흡수 조사 결과 반덤핑 마진율이 오히려 낮아진 경우, 반덤핑 조치의 허용 범위에 관한 협정 제9.3조 및 제11조의 취지에 비추어 이해관계자의 신청이 없더라도 조사기관 직권으로 중간재심 또는 환불 조사를 개시할 수 있는 규정을 두는 것을 고려해 볼 수 있다.<sup>142)</sup>

## V. 결론

EU와 미국은 반덤핑 조치의 실효성 보

장을 위하여 각기 상이한 방식으로 반흡수 제도를 운영하고 있다. 일차적으로 수출자, 수입자 등 이해관계자들은 향후 재심 등에 있어 예상치 못한 불이익을 입지 않도록 관세 흡수 관련 제도의 내용과 효과를 정확히 이해하고 이를 수출전략에 반영할 필요가 있으며, 나아가 각국은 WTO 반덤핑 협정의 기본정신에 비추어 피해를 유발하는 덤핑 행태의 근절을 통한 ‘공정한 경쟁의 장’을 실현할 수 있도록 흡수 관련 규정을 정비해야 할 것이다.

우선 반덤핑 관세의 비용 취급 여부에 대해서는 일반관세와 구별되는 반덤핑 관세의 특성 및 이중구제 방지 필요성을 고려할 때, 원칙적으로는 이를 공제하지 않는 것이 타당하다고 생각한다. 다만 협정 제9.3.3조는 반덤핑 관세 공제 원칙에 대한 예외가 아니라, 덤핑으로 인한 피해가 구제되지 않은 경우에 수입자가 관세를 부당하게 환급받는 결과를 방지하기 위한 장치로 이해해야 할 것이다.

다음으로 흡수 행위로 인해 기존 반덤핑 조치의 실효성이 저해되는 경우, 조사당국은 특수한 중간재심의 성격을 지니는 흡수 조사를 통하여 덤핑마진율을 재산정하거

142) 한편 흡수조사 결과 반덤핑 관세의 상향 조정만 가능하도록 규정한 것은, ‘반덤핑 관세 부과가 더 이상 정당화 되지 않는 경우 조치가 종료되어야 한다’는 협정 제11.2조에 위배된다는 Vermulst (2007) 주장은 반론이 가능하다. 중간재심은 장래에 대한 분석이므로, 흡수 조사 결과 “0” 또는 “-” 마진율이 나오는 경우에도 원심 부과 기간(5년) 동안 이를 유지할 수 있기 때문이다.

나 일몰재심에서 장래의 덤핑 및 피해 가능성을 판단할 때에 고려할 수 있다. 이 때 흡수조사는 협정 제2.4조가 규정하고 있는 가격의 공정비교를 위하여 가능한 정상 가격과 수출가격을 모두 심사하는 완전한

형태를 취하는 것이 바람직하며, 변경된 관세의 효력은 다른 재심의 경우와 같이 장래를 향하여 미치는 것으로 한정해야 할 것이다.

## 참 고 문 헌

### [단행본]

박노형 외, 신 국제경제법, 박영사 (2013)

심종선, WTO 반덤핑협정 해설, 법률출판사 (2014)

법령용어한영사전(제2판), 법제처 (2009)

Edmond McGovern, EU Anti-Dumping and Trade Defence Law and Practice, Globefield Press (2016)

Edwin Vermulst, The WTO Anti-dumping Agreement: A Commentary, Oxford University Press (2005)

-----, EU Anti-Dumping Law and Practice (2nd edition), Sweet & Maxwell (2010)

James P. Durling 외, Understanding the WTO Anti-dumping Agreement: Negotiating History and Subsequent Interpretation, Cameron May (2002)

John Bouvier, A Law Dictionary: Adapted to the Constitution and Laws of the United States, Childs & Peterson (1856)

Mark Koulen, The New Anti-dumping Code through Its Negotiating History, in Bourgeois, The Uruguay Round Results, Berrod and Gippini Fournier (1995)

Van Bael 외, Anti-Dumping and other Trade Protection Laws of the EC(3th edition), CCH Europe (1996)

Van Bael&Bellis, EU Anti-Dumping and Other Trade Defence Instruments(5th edition), Kluwer Law International (2011)

W.J. Stewart, Collins Dictionary of Law, Collins (2006)

小室程夫, 國際經濟法, 信山社 (2011)

[단행논문]

Alan F. Holmer 외], Enacted and Rejected Amendments to the Antidumping Law: In Implementation or Contravention of the Antidumping Agreement?, 29 International Law 483 (1995)

Edwin Vermulst 외], The Anti-Absorption Provision in EC Anti-Dumping Law, Global Trade and Customs Journal, Vol. 2, Issue 3 (2007)

Gary N. Horlick 외], The World Trade Organization Antidumping Agreement, Journal of World Trade (1995)

Glykeria J. Demataki, Absorption in EC Antidumping Proceedings, Journal of World Trade 32(6) (1998)

M Hansen 외], Le Nouveau Reglement Communautaire Antidumping, International Business Law Journal, Vol. 1995, Issue 4 (1995)

Robert M. MacLean, The EU's Anti-Dumping Refund System: Too Many Hurdles to Jump for Effective Relief?, Global Trade and Customs Journal, Vol. 7, Issue 4 (2012)

-----, Duty as a Cost in EU Anti-Dumping Refunds: The Triple Jump and Other Obstacles to Success, Journal of World Trade 47 (2013)

Terence P. Stewart, U.S.-Japan Economic Disputes: The Role of Antidumping and Countervailing Duty Laws, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 16, No.3 (1999)

Valerie A. Slater 외], "Show Me the Money": A Practitioner's Guide to the Intersection of Customs and AD/CVD Law, 28 U. Pennsylvania J. Int'l L (2007)

Van Bael, EEC Anti-Dumping Enforcement: An Overview of Current Problems, European Journal of International Law, Vol.1 (1990)

[기타 법령 및 자료]

- EU

Council Regulation (EEC) No 2423/88, OJ (1988) L 209/1

Council Regulation (EC) No 3283/94, OJ (1994) L 349/1

Council Regulation (EC) No 461/2004, OJ (2004) L 77/12

Council Regulation (EC) No 1225/2009, OJ (2009) L 343/51

Regulation (EU) 2016/1036 of the European Parliament and of the Council, OJ (2016) L 176/21

Regulation (EU) 2016/1037 of the European Parliament and of the Council, OJ (2016) L 176/55

- 미국

Senate Report, S. Rep. No. 103-412 (1994)

House Report, H.R. Rep. No. 103-826, pt.1 (1994)

Uruguay Round Agreements Act, Statement of Administrative Action, H.R. Doc. No. 103-316, Vol.1, 885 (1994)

Antidumping Duties; Countervailing Duties; Proposed Rule, 61 FR 7316 (1996)

Sunset Policy Bulletin, Policies Regarding the Conduct of Five-year ("Sunset") Reviews of Antidumping and Countervailing Duty Orders; Policy Bulletin, 63 FR 18871 (1998)

U.S. Enforcement and Compliance Antidumping Manual (2015) (<http://ia.ita.doc.gov/admanual/>)

#### [판례]

- *EU Commission Implementing Regulation*

Certain electronic weighing scales originating in Singapore OJ (1995) L 307/30

Television camera systems originating in Japan, OJ (1997) L 276/20

Microwave ovens originating in the Republic of Korea, OJ (1998) L 85/29

- Ammonium nitrate originating in Russia, OJ (1998) L 093/1
- Ring binder mechanisms originating in China, OJ (2000) L 250/1
- Unwrought unalloyed magnesium originating in China, OJ (2000) L267/17
- Polypropylene binder or baler twine originating in Poland, the Czech Republic and Hungary,  
OJ (2001) L 221/1
- Sulphanilic acid originating in China, OJ (2004) L 40/17
- Certain finished polyester filament fabrics originating in China, OJ (2007) L 246/1
- Certain Prepared or Preserved Citrus Fruits originating in China (Provisional), OJ (2008) L  
178/19 (126)
- Microwave ovens originating in the People's Republic of China, the Republic of Korea,  
Malaysia and Thailand, OJ (2000) L 244/33
- Synthetic Fibre Ropes originating in India, Commission Decision C(2006) 5087 (unpublished)
- Nu Air Compressors and Tools SpA originating in China, Commission Decision C(2011)  
8824 (unpublished)
- Certain Casting originating in China, Commission Decision C(2011) 9440 (unpublished)
- Silicon Metal originating in Russia, Commission Decision C(2012) 2064 (unpublished)
- Ferro-Silicon originating in Russia, OJ (2012) L 22/1
- Biodiesel originating in the United States of America, OJ (2015) L 239/69
- *European Court of Justice*
- C-188/88 NMB and Others *v.* Commission, (1992) ECR I-1689
- T-162/94, NMB France SARL and Others *v.* Commission, (1996) ECR II-427
- T-73/12, Einhell Germany AG and Others *v.* Commission, (2015) ECR II-1
- T-74/12, Mecafer SA France *v.* Commission, (2015) ECR EU:T:2015:864

- *U.S. Department of Commerce*

Antifriction Bearings (other than Tapered Roller Bearings) and Parts thereof from various countries, 58 FR 39729 (Jul. 26, 1993)

Color Television Receivers from the Republic of Korea, 61 FR 4410 (Feb. 6, 1996)

Certain Cold-Rolled and Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products From Korea, 62 FR 18404 (Apr. 15, 1997)

Certain Cold-Rolled Carbon Steel Flat Products from Korea, 63 FR 781 (Jan. 7, 1998)

Extruded Rubber Thread from Malaysia, 63 FR 12752 (Mar. 16, 1998)

Certain Cold-Rolled and Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Korea, 63 FR 13170 (Mar. 18, 1998)

Certain Cold-Rolled Carbon Steel Flat Products from the Netherlands, 63 FR 13204 (Mar. 18, 1998)

Cold-rolled Carbon Steel Flat Products from the Netherlands, 64 FR 11833 (Mar. 10, 1999)

Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products from Germany, 64 FR 43146 (Aug. 9, 1999)

Porcelain-on-Steel Cooking Ware from Mexico (sunset), 65 FR 281 (Jan. 4, 2000)

Porcelain-on-Steel Cookware from Mexico, 65 FR 30068 (May 10, 2000)

Certain Stainless Steel Butt-Weld Pipe Fittings from Taiwan, 65 FR 81827 (Dec. 27, 2000)

Certain Welded Carbon Steel Pipes and Tubes from Thailand, 66 FR 53388 (Oct. 22, 2001)

Certain Stainless Steel Butt-Weld Pipe Fittings from Taiwan, 70 FR 39735 (Jul. 11, 2005)

Activated Carbon from China, 75 FR 70208, 70210-11 (Nov. 17, 2010)

- *U.S. Court of International Trade*

Federal Mogul Corp. v. U.S., 813 F. Supp. 856 (CIT. 1993)

Outokumpu Copper Rolled Products Ab v. U.S., 829 F. Supp. 1371 (CIT. 1993)

Torrington Co. v. U.S., 881 F.Supp. 622 (CIT. 1995)

AK Steel Corp. v. U.S., 988 F. Supp. 594 (CIT. 1997)

Hoogovens Staal v. U.S., 4 F. Supp. 2d 1213 (CIT. 1998)

Hoogovens Staal BV. v. U.S., 86 F. Supp. 2d 1317 (CIT. 2000)

NTN Bearing Corp. of Am. v. U.S., 104 F. Supp. 2d 110, 157-58 (CIT. 2000)

Ta Chen Stainless Steel Pipe, LTD. v. U.S., 342 F. Supp. 2d 1191 (CIT. 2004)

Valley Fresh Seafood, Inc. v. United States, Court No. 06-00132, (CIT. 2007)

Corus Staal BV v. U.S, 593 F. Supp. 2d 1373, 1387-88 (CIT. 2008)

KYD, Inc. v. U.S., Court No. 09-00034 (CIT. 2010)

Apex Exports v. United States, No. 11-00291, 2013 WL 6978901 (CIT. 2013)

- *U.S. Federal Circuit Court of Appeals*

FAG ITALIA S.p.A. and Fag Bearings Corp. v. U.S., 291 F.3d 806 (Fed. Cir. 2002)

Agro Dutch Industries Ltd. v. U.S., 508 F.3d 1024 (Fed. Cir. 2007)

Apex Exports v. United States, Appeal No. 14-1234, 777 F.3d 1373 (Fed. Cir. 2015)

- *U.S. Supreme Court*

Consolidated Edison Co. v. NLRB, 305 U.S. 197, 229, 59 S.Ct. 206, 83 L.Ed. 126 (1938)

FTC v. Indiana Federation of Dentists, 476 U.S. 447, 454, 106 S.Ct. 2009, 90 L.Ed.2d 445  
(1986)

- *WTO DSB*

U.S.—DRAMS from Korea, WT/DS99/R (1999)

U.S.—Stainless Steel Plate in Coils and Stainless Steel Sheet and Strip from Korea,  
WT/DS179/R (2000)

U.S.—Cement from Mexico, WT/DS281/2 (2003)

U.S.—Cement from Mexico, WT/DS281/8; G/L/604/Add.1; G/ADP/D46/2 (2007)

U.S.—Oil Country Tubular Goods(OCTG) from Mexico, WT/DS282/R (2004)

[국문초록]

반덤핑 관세 흡수 행위의 규제 현황 및 개선 방안

- EU·미국의 제도를 중심으로 -

수출자의 덤핑 행위로 인해 자국 산업에 피해가 발생한 경우, 각국은 이를 구제하기 위하여 반덤핑 관세를 부과한다. 이는 합리적인 수입자라면 관세 납부로 인한 비용을 다음 거래 단계에 전가함으로써 덤핑을 상쇄하는 수준으로 가격을 인상할 것이라는 예상을 바탕으로 한다. 그런데 만약 수출자가 수출가격을 인하하거나 수입자와 비용을 분담하는 방법으로 실제 가격 인상 효과가 나타나지 않는 경우, 당초 조사당국이 반덤핑 조치를 통해 의도한 피해의 구제 목적을 달성할 수 없게 된다.

그런데 WTO 반덤핑 협정은 이러한 관세 흡수 행위에 대해 명확한 제재 규정을 두고 있지 않다. 다만 반덤핑 관세의 환불에 관한 협정 제9.3.3조에서 구성수출가격 산정 시 재판매가격의 적절한 변화가 있었는지 여부를 고려해야 한다고 간접적으로 언급하고 있을 뿐이다. 이에 회원국들은 각기 상이한 방식으로 반흡수 제도를 운영하고 있다.

대표적으로 EU와 미국의 관세 흡수 제도를 비교해 보면, 반덤핑 관세의 비용 취급 여부('duty as a cost' 이슈) 및 관세 흡수 조사 방식에 있어 큰 차이를 보인다. 우선 EU는 재심 등에서 구성수출가격을 산정하는 경우 원칙적으로 반덤핑 관세를 비용으로 공제하며, 다만 시장가격이 적절히 인상되었다는 결정적 증거가 있는 경우에는 예외적으로 이를 공제하지 않는다. 반면 미국은 수출자가 수입자를 대신하여 반덤핑 관세를 납부하거나 이에 대한 상환 약정이 있었던 경우를 제외하고는 반덤핑 관세를 비용으로 공제하지 않는다.

다음으로 EU는 반덤핑 조치 이후 수출가격이 하락하거나 재판매가격이 충분히 인상되지 않은 경우 별도의 반흡수 조사를 통해 덤핑 마진율을 재산정한다. 특히 정상가격과 수출가격을 모두 재심사하는 복합흡수조사의 경우, '등록' 신청을 통한 반덤핑 관세의 소급 적용도 가능하다. 한편 미국은 제2차, 제4차 연례재심에서 이해관계자의 신청이 있는 경우 관세 흡수 조사가 이루어지며, 이는 덤핑 마진율에 영향을 미치는 것은 아니고 다만 일몰 재심에서 장래의 피해 발생 가능성을 검토할 때에 고려된다.

각국의 반흡수 제도는 WTO 반덤핑 협정상 기본 원칙들과 조화를 이루도록 개선해 나갈 필요성이 있다. 첫째, 반덤핑 관세는 덤핑으로 인한 가격차별을 상쇄하기 위한 것이므로, 덤핑 관세의 인위적 인상으로 인한 이중구제 효과를 피하기 위해서는 구성수출가격에서 이를 비용으로 공제하지 않는 것이 타당하다고 생각한다. 다만 협정 제9.3.3조의 의미는 부당 환급 방지를 위해 관세 흡수 사실을 고려하도록 한 것으로 이해해야 할 것이다. 둘째, 관세 흡수 행위를 요건으로 하는 별도의 조사를 개시하는 경우, 변경된 관세의 효력은 협정 제11조의 다른 재심의 경우와 같이 장래를 향해 적용되는 것으로 한정해야 할 것이다. 또한 협정 제2.4조에서 규정하고 있듯이 정상가격과 수출가격의 동일시기, 동일 단계에서의 공정한 비교를 위하여, 흡수조사는 가능한 정상가격과 수출가격을 모두 심사하는 완전한 중간재심의 형태를 취하는 것이 바람직할 것이다.

## 주제어

관세 흡수, 반흡수 조사, 단순흡수조사, 복합흡수조사, duty as a cost, 관세 상환, WTO 반덤핑 협정 제9.3.3조, 이중구제, 이중계산, 재판매가격, 후속판매가격, Hoogovens 테스트

[ABSTRACT]

## Anti-absorption Regulations: Recommendations Based on a Comparative Study between the U.S. and European Models

An antidumping duty is imposed to remedy the injurious effects of dumped goods, based on the assumption that a reasonable importer would pass on the additional costs incurred due to the duty to the subsequent purchasers by increasing the resale prices of the goods. However, the remedial effect is lost when the exporter or importer absorbs the additional costs, resulting in little change to the resale prices of the goods.

The WTO Anti-dumping Agreement does not contain any specific provision about duty absorption except Article 9.3.3 which only deals with the concept in relation to the reimbursement of overpaid antidumping duties. Accordingly, each country maintains different regulations regarding duty absorption.

For example, the United States and the European Union have different regulations regarding whether antidumping duties should be treated as costs. The EU generally deducts antidumping duties as costs when calculating the constructed export price unless there is conclusive evidence that the antidumping duties have duly passed on to the resale prices in which case no deduction is made. The U.S., on the contrary, does not deduct antidumping duties as costs unless the exporter pays the duties on behalf of the importer or makes reimbursements to the importer.

The United States and the European Union also differ in how they investigate duty absorption. The EU conducts a separate duty absorption investigation to recalculate the dumping margin when the export prices have declined or the resale prices have not increased sufficiently. The EU even provides for retroactive application of the revised dumping margin when it conducts the complex anti-absorption investigation which recalculates both the export price and normal price. In the U.S., on the other hands, a duty absorption investigation is only conducted as part of the 2nd and 4th annual administrative reviews, which results do not affect dumping mar-

gins, but are only considered at the sunset review to examine the likelihood of recurrence of injury.

The investigating authority in each country should improve its duty absorption regulations to be consistent with the fundamental principles of the WTO. First, in order to avoid double remedy, antidumping duties should not be deducted as costs when calculating constructed export prices. Second, the result of a separate duty absorption investigation, like interim reviews, should only be applied proactively as required under Article 11 of the Anti-dumping Agreement. Moreover, in order to ensure a fair comparison as required under Article 2.4, a duty absorption investigation should take the form of a full-fledged investigation which examines both the normal value and the export prices.

#### **Key words**

duty absorption, anti-absorption investigation, simplified anti-absorption investigation, complex anti-absorption investigation, duty as a cost, duty reimbursement, WTO ADA Article 9.3.3, double remedy, double counting, resale prices, subsequent selling prices, Hoogovens Test

# 국제투자계약의 안정화 조항에 관한 고찰

제주대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사 김 여 선

\*논문접수: 2017. 5. 20. \*심사개시: 2017. 5. 25. \*게재확정: 2017. 6. 16.

## 〈 목 차 〉

|                  |                    |
|------------------|--------------------|
| I. 서설            | 2. 재협상/조정과 발동요건    |
| II. 안정화 조항의 의의   | 3. 재협상/조정조항의 무용론   |
| III. 전통적 동결조항    | V. 안정화조항과 ISD중재    |
| 1. 불가변/일치조항      | 1. 안정화조항과 우산조항     |
| 2. 동결조항과 적용범위    | 2. 안정화조항과 F&ET조항   |
| 3. 동결조항과 입법주권 제한 | 3. 안정화조항 위반과 보상/배상 |
| IV. 경제균형조항       | VI. 결론             |
| 1. 의의            |                    |

## I. 서설

자원개발이나 경제개발과 관련하여 체결하는 장기적 투자계약을 국가계약(state contract)이라고 한다.<sup>1)</sup> 정부나 공기업 등이 계약주체가 되므로 국가계약이라 하고, 계약목적물에 대한 독점적 인·허가를 부여하여서 양허계약(concession contract)이라고도 한다. 국가계약은 투자수용국(host coun-

try, '수용국')의 정치적 목적이나 공공정책에 따라 수용 등의 위험에 노출된다. 예를 들어 수용국은 계약체결 당시의 법률을 변경하여 투자에 영향을 미치거나 계약의 파기와 같은 영향을 미칠 수 있다. 따라서 투자자는 국가규제와 같은 비상업적 위험의 회피를 위하여 계약에 안정화조항(Stabilization Clauses)을 규정한다.<sup>2)</sup> 안정화조항은 수용국의 불안정한 법제도를 대체

\* 이 논문은 2016학년도 제주대학교 교원성과 지원사업에 의하여 연구되었음.

1) 실제로 양허계약, 투자계약 그리고 국가계약은 같은 것으로 본고의 제목은 국제투자계약으로 표현하고 본문에서는 국가계약이라고 표현한다.

2) Andrea Shemberg, "Stabilization Clauses and Human Rights", IFC/SRSR Research Paper (2008), p. 4.

하고자 하는 의도가 크다.<sup>3)</sup> 수용국은 투자 유치를 위하여 안정화조항의 규정을 허용 혹은 장려하는 경우도 있다.<sup>4)</sup> 최근의 안정화조항은 투자 리스크 회피보다 ‘좋은 투자 환경’(welcoming investment environment) 제공의 의미도 있다.<sup>5)</sup>

본고는 안정화조항에 대한 국제투자규범에서 법적문제를 고찰하는 것을 목적으로 하며 다음과 같은 쟁점들을 검토한다.

첫째, 안정화조항은 수용국의 일방적인 수용과 국유화에 대한 방지의 목적이 있었다. 동시에 관련 법률변경에 대하여 투자자의 동의라는 내용으로 규정된다. 수용국의 국내법 안정을 약속하는 법적 안정화조항이 대표적이다.<sup>6)</sup> 최근의 안정화조항은 과세와 환경 등 국가규제의 안정을 포함하는 폭넓은 내용을 규정한다. 안정화조항은

전통적 동결조항(freezing)에서 경제균형조항(economic equilibrium clause)등으로 발전되어 오고 있다. 안정화조항의 종류와 특징 등을 살펴본다. 둘째, 안정화조항은 국내법 안정을 통한 투자보호와 수용국의 입법주권 제한이 대립한다. 계약자체의 안정화조항의 적법성 여부에 대한 ISD중재 사례와 학설을 중심으로 살펴본다. 셋째, 경제균형조항은 전통적 동결조항과 달리 당사자간 경제적 불균형이 발생되면 재협상/조정 과정을 거쳐 균형을 유지하고자 한다. 이와 관련하여 재협상/조정의 요건에 대하여 살펴본다. 넷째, 국가계약분쟁이 IIA(International Investment Agreement, ‘IIA’)의 국가와 투자자간 분쟁해결제도(Investor-State Dispute, ‘ISD’)의 대상이 되고 있다.<sup>7)</sup> ISD사례에서 수용국의 안정화조항 위반에 대하여 IIA의 근거조항은 우산조항(umbrella

3) Thomas Waelde & George Ndi, “Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation,” *Texas International Law Journal*, Vol. 31, Issue 2 (1996), pp. 216, 218-219; Abdullah Al Faruque, “Efficacy and Political Economy of Stabilization Clauses: A Critical Appraisal,” *Oil, Gas & Energy Law*, Vol. 4 (2007), pp. 31-33.

4) Abdullah Al Faruque, pp. 31-33.

5) Katja Gehne / Romulo Brillo, “Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment,” *NCCR TRADE REGULATION*, Working Paper No 2013/46 (2014), p. 4.

6) UN-IFC(International Finance Corporation), *Stabilization Clauses and Human Rights* (2009), pp. 12-15.

7) 국가계약분쟁의 ISD관할권은 일부 기각 사례가 있지만 대부분 인정되고 있다. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Decision on jurisdiction, July 23, 2001, (42 I.L.M. (2003)) p.609; *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on objections to jurisdiction, Aug 6, 2003, 18 ICSID REV.-FINVLJ(2003), p. 307; *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Decision on objections to jurisdiction, Jan. 29, 2004; Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are there Differences?,” *Annulment of ICSID Awards : a Joint IAI-ASIL Conference*. Bern : Stämpfli (2004) pp. 189-221 참조.

clause)과 공정·공평대우조항(fair & equitable treatment, 'F&ET')으로 선례가 확립되고 있다. 이에 대하여 ISD중재사례를 중심으로 검토한다. 마지막으로 결론에서는 국가계약상 안정화조항의 본질에 대하여 상술한 쟁점들을 중심으로 정리하고자 한다.

## II. 안정화 조항의 의의

법적인 관점에서 국가계약은 사적계약보다는 일방 당사자가 국가라는 점에서 공법적 요소가 강하다. 국가는 인·허가에 관한 공법상 계약(행정계약)이고, 공공정책에 따라 일방적으로 파기 가능한 것으로 생각할 수 있다. 투자자는 민법상 계약과 같이 당사자의 합의없이 파기 불가능한 것으로 이해하고자 한다. 과거에는 국가계약에 대하여 단순 사인계약과 달리 국제협정 혹은 준국제협정(quasi)으로 파악하고자 하였다. 여하튼 국가계약은 공·사법적 특성을 가지고 규제를 받는다. 그러나 국가계약의 법적성격에 대한 논쟁은 과거 분쟁해결에서 외교적보호권 행사하는 경우에 의미가 있었다. 준거법 적용에 따라 수용국

에게 국제 혹은 국내책임으로 귀결지을 수 있었기 때문이다.<sup>8)</sup>

ISD대상으로 국가계약이 명시됨으로 최소한 IIA의 ISD에서는 상술한 논쟁은 의미가 없게 되었다. 미국 2012년 Model BIT에서 ISD대상으로 투자계약(investment agreement)을 포함하여 보호대상으로 하고 있다. 모델BIT에서는 “투자계약은 계약 일방 국가와 투자자간에 서면계약, 투자와 투자자에 대해 일정한 권리를 부여, 계약국이 통제하는 천연자원에 관한 투자의 권리, SOC에 관한 사업의 수행권리, 계약국을 대신하여 서비스를 공급하는 권리를 포함하는 것”으로 정의하고 있다.<sup>9)</sup> 안정화조항에 대하여 “수용국과 투자자간 사적계약으로 투자활동 과정에서 법 적용의 예외를 허용하는 것”이라는 정의가 있다.<sup>10)</sup> 국가계약에서 일방당사자인 국가를 상인으로서의 지위를 인정하는 것으로 보인다.

안정화조항은 첫째, 수용국의 법률의 전부 혹은 부분적으로 동결하는 동결조항이 있다. 동결조항은 수용국의 IIA상 권리를 제한하는 것처럼 보이지만 국가가 주권을

8) 김부찬, “국제기업의 국제법주체성과 외교적 보호제도”, 『국제법학회논총』 Vol. 44 No. 2 (1999), pp 139-164; 최승환, “해외투자의 계약적 보호방안과 국제법적 보호방안”, 『국제법무연구』 Vol.1 No.1 (1998), 경희대학교 국제법무대학원, pp. 151-173에서 안정화조항과 준거법에 대하여 자세하게 설명하고 있음.

9) Article 24 of the 2012 Model BIT: Submission of a Claim to Arbitration.

10) Shemberg, Andrea (2008), Stabilization Clauses and Human Rights, IFC/SRSG Research Paper. 11 March 2008. [http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/Publications\\_LOE\\_Stabilization](http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/Publications_LOE_Stabilization), p. 4.

행사할 경우에는 보장이 안된다는 유력한 견해도 있다.<sup>11)</sup> 둘째, 신법 적용으로 인한 재정적 피해를 보전하는 경제균형조항과 동결조항과 경제균형조항의 조합으로 ‘계약의 안정성을 보호하기 위한 추가보호’를 위한 복합형 조항 등이 있다.<sup>12)</sup>

### III. 전통적 동결조항

#### 1. 불가변/일치조항

동결조항의 초기형태는 수용국이 국가 계약을 일방적으로 파기하여 투자를 수용/국유화하는 것을 금지하는 불가변조항(intangibility/inviolability)이 대표적이었다.

예를들어 *Aminoil v. Kuwait* 사례의 석유 생산협정 제17조는 “일반 또는 특별입법, 행정조치 혹은 기타행위에 의해 본 협정을 무효로 해서는 안 된다. 정부 및 회사가 본 협정의 일부변경, 삭제 혹은 추가를 할 경우 양자이익을 위해 바람직하다고 합의하

는 경우를 제외하고, 정부나 회사는 본 협정조항을 변경해서는 안 된다”고 규정한다.<sup>13)</sup> 최근에는 IIA에서 수용과 보상의 조항이 정형화되어 있고 그 기준도 명확하여서 이 조항이 국가계약에 규정되는 경우는 거의 없다.

일치조항(consistency)은 국내법과 일치되는 계약규정만 프로젝트에 적용되는 것을 말한다. 계약과 불일치한 국내법 제정을 금지하는 의도가 크다. *Dublin Petroleum International (Syria) Ltd v. Syria* 사례의 생산물분배계약(Production Sharing Agreement, ‘PSA’) 제18(1)조는 “계약당사자와 운영회사는 현행 시리아에서 발효된 모든 법률과 행정법규를 준수하여야 한다. 단 계약발효일 부터 유효한 것이라도 계약 조항에 위배되거나 혹은 어떤 법률 및 행정규칙과 불일치하거나 혹은 개정을 진행하는 것에 대하여서는 당사자와 운영자에게 구속력이 없다”고 규정한다.<sup>14)</sup>

일치조항은 ‘선의’에 따라 계약을 이행

11) Maniruzzaman, A.F.M., “The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of the Emerging Trends”, *Journal of World Energy Law & Business*, Vol.1, No.2, (Oxford Academic 2008), p.126.

12) Maniruzzaman, A.F.M., p. 127.

13) *Government of the State of Kuwait v. The American Independent Oil Company (AMINOIL)*, 24 May 1982, 21 ILM 976; Martin Hunter & Anthony C Sinclair, “Aminoil Revisited Reflections on a Story of Changing Circumstances,” *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Todd Weiler(ed), (Cameron 2005), pp. 347-381.

14) Maniruzzaman, A. F. M. p. 124 (2008); *Cameroon Oil Transportation Company - S.A. (COTCO)* 제24(3)조

하고 수용국의 일방적 계약수정 및 파기는 조항 위반이 된다.<sup>15)</sup> 일치조항은 국내법상 일종의 특별법(Lex Specialis)으로 보고 국가계약과 불일치한 법률에 영향을 받지 않게 된다.<sup>16)</sup> 예를 들어 1999년 아제르바이잔 석유개발계약 제24(1)조 규정은 “이 계약은 아제르바이잔 국회동의 후에 아제르바이잔 법률이 되며, 계약상 특별약정을 제외하고 이 계약과 불일치 혹은 충돌하는 현재 혹은 미래의 어떠한 법률, 법령 그리고 행정명령 보다 우선한다”고 규정한다.<sup>17)</sup> 이 조항은 일종의 역외영토지위(Enclave Status)를 창설하는 것과 유사한 의미를 가진다.<sup>18)</sup>

## 2. 동결조항과 적용범위

동결조항은 수용국의 법률, 법규, 행정 명령 그리고 정책구조(조세/재정 등)의 일

방적인 변경으로 계약내용에 부정적 영향을 미치는 경우를 대비하는 조항이다. 동결조항은 당사자 합의가 없는 한 일방적으로 계약을 변경하거나 파기할 수 없도록 하고 있다. 계약의 준거법을 고정하여 법령개정을 통한 계약변경도 불허한다.<sup>19)</sup> 동결조항은 엄격 동결조항과 제한적 동결조항으로 나눈다.

엄격동결조항은 계약목적물과 관련된 모든 입법을 계약유효 기간내 동결하는 것으로 한다. 라틴아메리카 SOC모델협정 제13조는 “투자프로젝트와 관련된 모든 상황에서 이 투자계약은 현행법률 구조에서 절대적으로 법률 안정성을 향유할 수 있다”고 규정한다.<sup>20)</sup> Libyan American(LIAMCO) v. Libya 사례의 석유개발협정 제38조는 “리비아정부, 위원회와 지자체는 본 협정과 관련하여 필요한 일체의 절차를 취하고,

“COTCO의 사전 동의없이 계약조항과 위배되는 어떠한 입법, 행정명령과 정책이 상술한 이 계약과 유관한 회사, 주주, 자회사, 대리상 그리고 지점 등에 적용할 수 없다. COTCO는 카메룬 현행 입법 및 행정법규와 관련된 조치에 대하여 선택하여 적용할 권리가 있다. 이러한 입법과 행정법규 그리고 행정조치가 상술한 인원에 대하여 부정적 영향을 주는 경우에는 이 프로젝트의 실시 및 활동을 고려하여 부적용을 요구할 권리가 있다” 라고 규정한다. Lorenzo Cotula, “Reconciling Regulatory Stability and Education of Environment Standards In Investment Contract: Towards A Rethink of Stabilization Clauses,” Journal of World Energy Law & Business, Vol. 2(2008), p. 160.

15) Christopher T. Curtis, “The Legal Security of Economic Development Agreements,” Harvard International Law Journal, Vol. 29. No.2 (1988), pp. 317-318.

16) Maniruzzaman, A. F. M., p. 122.

17) State Oil Company of Azerbaijan Republic (SOCAR) v. UGE Lanser PTI LTD.

18) Shemberg, Andrea, p. 17.

19) Katja Gehne/Romulo Brillo, p. 6.

20) Shemberg, Andrea, p. 17.

회사가 본 협정에 의하여 수여되는 일체 권리의 향유를 보증한다. 당사자 동의를 제외하고 본 협정에 규정된 권리를 수정하여서는 안 된다. 효력발생기한내 본 협정은 석유법과 본 협정이 포함하는 개정협정에 근거하여 실시일 이전 발효한 행정법규로 해석을 진행한다. 회사의 동의가 없으면 행정법규의 개정과 폐지는 회사의 계약 권리에 영향을 미쳐서는 안 된다”고 규정한다.<sup>21)</sup>

제한적 동결조항은 조세나 사용료 등의 안정성을 위하여 법률동결을 요구하는 것이다.<sup>22)</sup> Bolivia의 1997년 상품분배 모델계약 제12조는 “석유법(Hydrocarbon Law) 제 52조의 규정에 의하여 적용되는 생산품분배협정의 광구토지 사용비 및 허가체계는 계약 유효기한 내 고정적이다”고 규정한다. Cameroon-COTCO 간 협정((1998) 제24조는 “카메룬은 Chad-카메룬 간 석유발전과 운송관 프로젝트 중 법률, 조세, 관세, 외환관리의 안정성을 보장한다. 이 협정하에서 실시되는 활동을 고려하여, 법률 개정, 조세, 관세, 외환관리는 협정과 관련된 회사, 주주, 자회사, 시행사, 도급사, 운

송인 그리고 위임받은 자의 권리의무에 대하여 부정적 영향을 받는 경우에는 시행하지 않는다”고 규정한다.

Duke Energy v. Peru 사례에서 문제가 된 계약(DEI Bermuda LSA) 제5조는 “이 법적 안정화 계약은 발효일로 부터 10년 유효기간을 가진다. 결과적으로 페루법이 개정되어도 개정이 본 계약에 명시된 것보다 일방 당사자에게 더 유리하거나 해로운 경우가 기간 동안 당사자 일방에 의하여 개정할 수 없다”고 규정하고 있다. 이 사례에서 안정화조항의 적용범위가 쟁점이었다. 중재판정부는 “안정화조항을 규정했다면 기존의 법 규칙의 적용과 일관된 해석이 되면 이것은 안정화에 포함된다. 광의적 안정화는 LSA가 체결된 때에 유효한 법규칙에 대하여 일관된 해석을 하여야 한다. LSA발효시에 존재한 법규칙의 안정적 해석의 유지는 ‘기존규칙의 연속성’(a particular, consistent and stable interpretation)의 일부라고 하였다.<sup>23)</sup> 중재판정부는 “LSA 발효시에 조세제도를 구성하는 법률이나 규칙은 투자자에게 불리하게 개정되거나 해석 또는 적용되지 않아야 한다. 이것에

21) Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Government of the Libyan Arab Republic (1997) 62 I.L.R. 140; Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. The Libyan Arab Republic, Award of 12 April 1997, ILC.

22) Peter D. Cameron, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability, (Oxford University Press 2010), p. 74.

23) Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Award, 18 August 2008, para. 219.

도 불구하고 기본적으로 안정화조항에 의하면 법 규칙은 분명히 불합리 또는 자의적인 방법으로 해석·적용되지 않아야 한다”고 하였다.<sup>24)</sup> 따라서 안정화의 범위가 법률개정 뿐만 아니라 해석과 적용에까지 미치고 있다.

### 3. 동결조항과 입법주권 제한

#### 가. 무효의 근거

첫째, 국제법 규칙의 강행규범을 근거로 한 무효의 주장이 있다. 안정화조항의 적용범위를 국유화/수용의 금지로 한정한다면 「국가의 천연자원에 대한 영구주권의 원칙」(UN General Assembly Resolution 1803 on the Permanent Sovereignty of States over Natural Resources, ‘영구주권원칙’)과 같은 국제법상 강행법규(*jus cogens*) 때문에 계약으로 입법주권을 배제할 수 없다고 한다.<sup>25)</sup> ‘영구주권의 원칙’은 국제법상 창설된 헌법적 제한으로 입법주권과 관련한

근거가 된다고 한다.<sup>26)</sup>

둘째, 국내법상 입법권 제한은 원천 무효의 입장이다. 안정화조항은 국내법(헌법)상 월권(*ultra vires*)으로 입법기관으로부터 사전수권 혹은 사후추인이 없다면 동결조항이 포함된 국가계약은 원천무효라고 한다.<sup>27)</sup> 따라서 안정화조항이 포함된 계약은 국내법상 무효이고 국제법의 보호대상도 아니라고 한다.<sup>28)</sup>

셋째, 안정화조항을 사법원칙의 연장선에서 무효로 보고 있다. ‘사정변경 원칙’(*rebus sic stantibus*)은 ‘계약신성원칙’(*sanc-tity of contract*)과 ‘계약준수원칙’(*pact sunt servanda*)과 같은 법 원칙과 조화의 기능이 있다. 당사자는 계약체결 당시 예견불가능한 객관적 사정이 발생하면 계약은 변경될 수 있다. 내용에 중대한 변화가 있으면 조정/재협상 혹은 해지/해제할 수 있을 것이다. 따라서 안정화조항이 입법권 행사를 제한할 수 없다고 한다.<sup>29)</sup> 다국적기업이 개도국과 계약에서 우월적 지위를 이용하

24) 2000년 집권한 신정부는 구 정부의 민영화 정책을 재검토 하였다. 신청인에 대하여 현지투자회사의 기업 결합은 가장거래(*sham transaction*)이고 조세감면은 페루 국유기업(*Electroperu*)자산의 민영화를 초래했다고 주장했다(*para. 130*). 신청인은 이는 선의(*good faith/estoppel*)에 위배된다고 주장했다(*paras. 233-236*).

25) *Texaco v. Libya*, 17 ILM 3 (1978), *para. 88*; Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (Oxford 2012), p. 86.

26) M. Somarajan, *The Settlement of Foreign Investment Dispute*, (Kluwer Law International 2000), p. 210.

27) *Ibid.*, p.211.

28) Thomas Waelde & George Ndi, p. 242.

29) Amaechi David Nwokolo, “Is There a Legal and Functional Value for the Stabilisation Clause in International

여 안정화조항을 규정하는 것은 강박에 의한 의사표시로서 무효에 해당된다고 한다.<sup>30)</sup> ISD중재사례에서 안정화조항을 무효라는 입장을 나타낸 경우는 드물다. *Amoco International Finance v. Iran* 사례에서 중재판정부는 “수용국이 자발적으로 양허에 관한 권리를 포기하는 안정화조항을 이해할 수 없다”고 하여 무효의 입장에 있다.<sup>31)</sup>

#### 나. 유효의 근거

첫째, ‘영구주권원칙’의 국제 강행법규 지위를 부정하면서 유효성을 주장한다. ‘계약자유 원칙’도 국가주권의 구성부분으로 ‘영구주권원칙’이 ‘계약자유 원칙’보다 우월한 법적효력을 향유하는 것은 아니

라고 한다.<sup>32)</sup> AIOil사례에서 “국유화 권리를 제한하는 국제법 규칙은 존재하지 않는다”고 하였다. 그리고 ‘영구주권원칙’은 강행법규가 아니어서 안정화조항은 유효하다고 하였다.<sup>33)</sup> 국가계약의 상업적 성격을 가지고 있어 국제법 규칙은 적용근거가 될 수 없다는 견해도 있다.<sup>34)</sup> *Revere Copper v. OPIC* 사례는 조세인상과 관련한 법률개정을 안정화조항 위반이라고 하여 제기된 중재이다.<sup>35)</sup> 자메이카 대법원의 안정화조항은 ‘원천무효’(void ab initio)라는 판결에 대하여 중재판정부는 “수용국이 외국인대우에 관하여 국제법 원리의 적용을 부인해서는 안 된다”고 하였다. 특히 “국가가 선행적으로 외자유치 정책을 제시하고 국내법 집행으로 투자자의 경제적 이익에 중대

Petroleum Agreements?”, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, Annual Review, Vol. 8 (2005), p. 187 (dndee.ac.uk).

30) Thomas Waelde, “Stabilising International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation,” Centre for Petroleum and Mineral Law and Policy (CPMLP) professional NO. PP13(1994), p. 52.

31) *Amoco International Finance v. Iran*, Award, 14 July 1987; Dolzer & Schreuer, p. 84.

32) T. Hansen, “The Legal Effect Given Stabilization Clause in Economic Development Agreement,” *Virginia Journal of Investment Law*, Vol. 28(1998), p. 1015.

33) *American Independent Oil Company v. Kuwait*(1982), p. 977.

34) Thomas Walde & George Ndi, p. 254.

35) *Revere v. OPIC* 사례에서 안정화조항 위반은 간접수용에 해당한다고 다루어졌다. 투자자(*Revere Copper and Brass Inc.*, ‘Revere’)와 미국해외민간투자회사(*Overseas Private Investment Corporation*, ‘OPIC’)간의 분쟁으로 미국내 중재기관에서 판정되었다. Revere는 자메이카 정부와 현지자회사(RJA)에 25년간 조세면제와 독점채굴권(보크사이트)에 관한 안정화조항이 포함된 국가계약을 체결했다. 당사자간 분쟁으로 RJA는 1975년에 영업을 중지했다. RJA공장은 OPIC에 보험을 가입했다. 보험약정에서 OPIC는 국제법 원칙에 반하는 수용으로 피해를 받는 경우 보상을 규정하였다. OPIC에는 Revere에 보상할 의무가 있다고 하였다. *Revere Copper & Brass, Inc. v. OPIC*, AAA Award, 17 ILM (1978), p. 1321.

한 영향을 준 경우”가 그러하다고 하였다. 또한 국가계약의 특성상 국제성은 당연하며 계약보장(contractual guarantees)의 필요성이 있다고 하였다.<sup>36)</sup> 또한 “수용국은 일정기간 주권을 제한할 수 있는데 자메이카 헌법에서 명확하게 규정하고 있다. 양허계약의 조세 안정화조항은 유효하다”고 판정하였다.<sup>37)</sup>

둘째, 안정화조항은 주권의 자주적 제한으로 유효하다고 한다. 현대경제에서 국가주권 관념은 포기할 수 있으며, 천연자원에 대한 권리포기도 국제경제질서에서 가능하다고 한다.<sup>38)</sup> ‘계약신성’ 혹은 ‘조약준수’는 투자자의 기득권 존중의 측면에서 유효하다. 안정화조항은 ‘당사자자치’이고 법제도의 안정은 국가계약에 근거한 의무준수라고 한다.<sup>39)</sup> *Texaco v. Libiya* 사례에서 중재판정부는 “수용국은 주권행사를 할 수 있다. 안정화조항은 투자자에게 회수할 수 없는(irretraceable)권리를 약속하는 것이

라고 한다. 정부의 국가계약 체결은 주권포기가 아니고 행사이므로 국가가 소(중재)를 제기하지 않는 것이 의무”라고 하였다.<sup>40)</sup>

셋째, 계약준수라는 사법원칙에 근거하여 유효를 주장한다. *LETCO v Liberia* 사례의 중재판정부는 “수용국의 일방적 법집행 방지의 목적으로 안정화조항을 규정한다. 이 조항은 당연히 존중되고 준수되어야 한다. 그렇지 않으면 수용국은 입법을 통하여 쉽게 그 계약의무를 위반할 수 있다”고 하였다.<sup>41)</sup> *Parkerings-Campaniet AS v. Lithuania* 사례에서 안정화조항을 통한 국내법 변경의 제동은 투자자가 계약에 의하여 향유하는 권리이고, 이것은 기득권성질로서 철회할 수 없는 것이라고 하였다.<sup>42)</sup>

넷째, 국내법을 근거로 유효를 주장한다. *Liamco v. Lybian* 사례에서 ‘계약신성원

36) Ibid., p. 1334.

37) Ibid., p. 1342.

38) 법률동결조항은 국제법상 무효이고 경제평형조항은 국제법상 유효하다는 견해도 있다. Laura Henry, “Investment Agreement Claims under the 2004 Model US BIT: A Challenge for State Police Power?”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 31, Issue 3 (2010), p. 939.

39) Dolzer & Schreuer, p. 87.

40) *Texaco Overseas Petroleum Co. v. Lybian Arab Republic*, 1977, 53 ILR 389, pp. 476-477.

41) *MINE v. Guinea*, Decision on Annulment, 22 December 1989, para.6.33, 6.36. *CMS v. Argentine*, Award, 12 May 2005, para.151; Dolzer&Schreuer, p. 84.

42) *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 Sep 2007, paras. 119-126.

칙'은 국내법과 국제법에서 인정되고, 리베리아 국내법에서도 효력이 있다고 하였다.<sup>43)</sup>

#### IV. 경제균형조항

##### 1. 의의

경제균형조항은 수용국에게 계약내용의 변경을 허용하지만 투자자의 경제적 지위를 유지하기 위하여 계약내용의 재협상/조정을 통하여 손실 보상을 내용으로 한다. 경제균형조항은 동결조항과 비교하여 재협상/조정을 통한 보상의 확실한 구제수단이 담보되므로 입법권을 제한하지 않는 새로운 접근이다.<sup>44)</sup>

전형적으로 아제르바이잔의 관련 모델 계약 제42조는 “당사자가 본 계약과 그 부속계약에 의하여 향유하는 권리와 이익은 사전에 당사자 동의 없이 수정, 개정 혹은 감소되어서는 안 된다. 만약 정부가 현행 혹은 장래의 법률, 조약, 정부간 협정, 법령 혹은 행정명령이 본 계약의 규정을 위

반하거나 혹은 당사자에 대하여 불리하거나 혹은 소극적인 영향을 조성하는 경우, 즉 조세법규의 모든 개정, 조례, 행정관행, 계약관할의 수정을 포함하지만 이에 한정하지 않고, 본 계약의 조항은 당사자 경제균형을 재확립할 수 있도록 조정될 것이고, 게다가 이미 계약자의 권리와 이익에 대하여 불리한 영향이 조성되었다면, 국가는 경제상황의 불리 혹은 악화로 인하여 조성된 손실과 피해에 대하여 보전하여야 한다. 국가는 당연히 그 직권 범위내에서 계약운용의 법률수단을 확보하고, 정부는 전술한 원칙 즉, 조약 정부간협정, 법률 법령 혹은 행정명령과 본 계약과 충돌 혹은 부합하지 않는 상황을 해결하기 위한 합리적이고 의문이 없는 조치를 취하여야 한다”고 규정한다.<sup>45)</sup>

경제균형조항은 입법이나 법령개정으로 계약의 특별한(조세) 혹은 일반적 조건에 영향을 미치는 경우에 적용된다. 그리고 사정변경으로 계약 당시의 경제적균형을 달성하지 못하는 경우에 조정/재협상을 하도록 한다. 특별한 사정은 국내상황의 근본적

43) Lybian America Oil Co. v. Lybian Arab Republic, 17 ILM, 3(1978), p. 56.

44) Shemberg, Andrea, p. 24.

45) 모델조항은 아제르바이잔 석유국영기업(State Oil Company of Azerbaijan Republic)과 COC(Consortium of Oil Companies)간의 석유생산물 분배계약(Petroleum Production Sharing Agreement of 1995)에 그대로 규정되었다. Petroleum production sharing agreement of 10 November 1995 between the State Oil Company of Azerbaijan and a Consortium of Oil Companies.

변화(fundamental change of circumstance), 상업손실과 계약의무이행의 무의미적 상황(commercial impracticability/frustration of purpose) 혹은 실질적 영향으로 국내법 개정이 필요한 경우이다.<sup>46)</sup> 이 경우에 당사자는 경제균형을 위하여 재협상이나 사정변경으로 인한 손실과 피해에 대해 보상을 보증한다.

경제균형조항은 목적에 따라 다음과 같이 분류할 수 있다. ① 계약의 경제적 이익에 대한 협상이 가능한 경제균형조항(negotiated economic balancing clause) ② 경제적 이익을 사전에 약정하는 약정경제균형조항(stipulated) ③ 계약이행 과정에서 필요시 당사자 동의에 의하여 재협상/조정을 하는 무제한경제균형조항(non-specified) 등이 있다.<sup>47)</sup> 이외에도 계약에서 경제균형을 이루는 재협상/조정을 내용으로 조항을 다양한 방법으로 설계하기도 한다.

## 2. 재협상/조정과 발동요건

### 가. 개설

재협상/조정은 계약이행 과정에서 사정변경이 발생하면 경제균형조항을 근거로 재협상/조정을 하게 된다. 재협상/조정은 계약에서 규정한 절차에 의하고 당사자 일방이 재협상/조정을 거절하면 계약위반을 구성한다.

일반적으로 재협상/조정의 내용은 경제균형조항에 포함하여 규정하지만 별도로 단독조항으로 규정하는 경우도 있다. 그리고 재협상/조정의 내용을 국내법에 포함하는 규정을 두는 계약도 있다.<sup>48)</sup> 베트남의 채광계약서(Lasmo clause) 제17.8조는 “유효일 후, 새로운 법률 및/또는 규정이 베트남에 도입되어 계약자 이익에 영향을 미치는 경우, 또는 기존의 법률 및/또는 규정의 모든 개정은 당사자가 이러한 사실이 없는 상황에서 향유하는 동일한 경제적 상황을 보장하도록 협의하여, 본 계약에 필요한 사항을 변경한다”고 규정한다.<sup>49)</sup>

한편 재협상/조정을 단독의 조항으로 국

46) 서아프리카 천연가스수송관 프로젝트 계약에서 실질적인 악영향, 프로젝트 수익 감소 혹은 경제적 이익에 대한 실질적 악영향 등을 언급하고 있다. Piero Bernardini, “Stabilization and adaptation in oil and gas investments,” *Journal of World Energy Law Business*, Vol. 1, No. 1 (2008), pp. 104-106.

47) Shemberg, Andrea, pp. 24-26.

48) 대표적으로 Article 47(b) of the Ghama/Shell Clause; The Petroleum Production Agreement, The Government of Ghana and Shell Exploration and Production Company of Ghana Ltd. 등이 있다. Piero Bernardini, p. 98.

49) The Lasmo Group Production Sharing Contract of 1992 between the “Vietnam National Oil and Gas Corporation of the Socialist Republic of Vietnam, Lasmo Vietnam Ltd. & C. Itoh Energy Development Co., Ltd for Offshore Block 04-2” Art.17.8 (Introduction of New Laws and Regulations).

내법에 그 내용을 명시한 경우도 있다. ‘러시아 생산물분배계약에 관한 연방법률(1995)’ 제17(1)조는 “계약조건은 계약존속 기간 동안 동일한 효력을 유지한다. 계약조건은 당사자간 합의에 의해서만 변경될 수 있다. 다만 러시아 연방 민법이 정하는 현저한 사정변경에 해당하는 사유가 발생한 때에는 당사자 일방이 타방 당사자에 대하여 계약의 변경을 요청할 수 있다. 또한 당사자의 합의에 의해 계약조건이 변경된 경우 변경된 계약조건은 원계약과 같은 효력이 있다”고 규정한다.

카타르 모델계약 제34(12)조는 “당사자는 계약 그리고 현행 법률과 법규에 근거하여 계약 발효일로부터 형성된 재무상황에 의하여, 당사자의 동의, 만약 장래의 법률·법령·조례가 당사자의 재무상황에 영향을 준다면, 특별히 관세가 계약에서 규정한 비율을 초과한 경우, 당사들은 신의성실의 원칙에 의하여 협상을 진행하여야 한다. 목적은 계약의 균형을 유지하기 위한 공평한 해결방안을 형성하기 위한 것이다. 만약 공평한 해결방법으로 합의를 달

성하지 못하는 경우, 당사자 일방은 제31조에 의하여 중재를 제기할 수 있다”고 규정한다.<sup>50)</sup>

#### 나. 발동요건

재협상/조정요건(trigger events)은 첫째, 불공정성 제거 혹은 불공평성 변경(removing the unfairness or adopting an equitable revision)과 같은 주관적 기준, 둘째, 계약상 경제균형회복<sup>51)</sup>과 같은 당사자 이익보호를 강조하는 객관적 기준, 셋째, 계약내용과 요건에 의하여 취득할 수 있는 합리적 기대이익의 결과<sup>52)</sup>와 같은 일방 당사자 이익보호 요건 등이 있다. 그러나 일방 당사자만의 사정변경 결과를 받아들이는 것은 아니다. 양당사자에게 공통으로 적용되는 사정변경이 존재하여야 한다.<sup>53)</sup> 사정변경은 당사자 이익에 반하는 피해, 본질적인 피해나 실질적 경제 불균형을 발생시키는 피해의 존재 혹은 경제/재정적 본질에 대한 중대한 영향(materially affect)이 있어야 한다. 그 결과와 영향이 당사자의 계약시점에서 기대이익과 본질적으로 다른 경우

50) Qatar, Model Exploration and Production Sharing Agreement of 1994 (art 34.12 ‘Equilibrium of the Agreement’); Barrows, Middle East, Suppl 124, 1 (1995), reproduced in Annex 1; 유사한 것으로 Model Production Sharing Agreement of 1997 for Petroleum Exploration & Production of Turkmenistan(art. 16-6) 등이 있다.

51) Qatar Model Exploration and Production Sharing Agreement of 1994.

52) Model Production Sharing Agreement for Turkmenistan.

53) UNIDROIT, Principal of International Commercial Contracts (2004), 6.2.2-3.

에 해당된다. 재협상/조정은 계약의 권리·의무관계로서 사정변경을 이유로 일방 당사자가 계약을 종료할 수 없다.<sup>54)</sup>

대부분의 계약에서 재협상/조정의 발생요건, 효력과 목적을 추상적으로 규정하여 재협상/조정과정에서 문제가 되고 있다. 어떠한 조항은 사정변경시 적용된다는 것을 규정하지 않고, 일정기간 내(예를 들어 3년마다) 당사자간 재협상/조정하도록 모호하게 규정하기도 한다.<sup>55)</sup> 물론 발생요건은 복잡성, 예견불가능성과 경제적 상황에 대한 본질적 불확실성 때문에 상세한 정의를 할 수는 없을 것이다.<sup>56)</sup>

경제균형조항은 당사자가 신의성실원칙에 따라 재협상/조정에 임하고, 경제균형을 회복하면 될 것이다. 그러나 재협상/조정을 통하여 새로운 계약내용에 합의하지 못하더라도 이 조항을 위반하였다고 할 수 없다. 이 조항의 위배는 재협상/조정을 거

절하거나 고의로 재협상/조정을 방해하는 것이다. 이 경우에는 경제균형조항의 배상규정이 적용될 것이다.<sup>57)</sup>

### 3. 재협상/조정조항의 무용론

재협상/조정조항이나 그 내용을 규정하지 않아도 재협상/조정은 당연한 과정이라는 무용론이 있다. 첫째, 국제상공회의소(International Chamber of Commerce)의 한 보고서는 “국제중재에서 조정조항을 채택하는 것보다 ‘약속준수원칙’을 직접 적용하는 것이 논쟁을 희석시킨다고 한다.<sup>58)</sup>

둘째, 재협상/조정 조항이 없어도 다른 계약조건이나 관련 법률에 의하여 재협상/조정을 검토하게 된다. 중요한 근거로서 ‘불가항력조항’(force majeure)과 ‘사정변경조항’(hardship)이 있다.<sup>59)</sup> 사정변경과 관련하여 「사법통일국제국제협회」(UNIDROIT)에서는 어떤 사실의 발생으로 이행비용의

54) Piero Bernardini, p. 105.

55) 가나/셀 계약 제47(b)조.

56) Piero Bernardini, p. 106.

57) Lorenzo Cotula, Regulatory Takings, Stabilization Clause and Sustainable Development, OECD Global Forum on International Investment, OECD Investment Division (2008), p. 4 ([www.oecd.org/investment/gfi-7](http://www.oecd.org/investment/gfi-7)).

58) ‘Adaptation of Contracts’, ICC Publication No. 326; John. Y. Gotanda, “Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36 (2003), p. 1464.

59) 1992 between “Vietnam National Oil and Gas Corporation of the Socialist Republic of Vietnam, Lasmo Vietnam Ltd. & C. Itoh Energy Development Co., Ltd for Offshore Block 04-2”에서 ‘불가항력조항’을 규정하고 재협상/조정을 명시하고 있다.

증가 혹은 이행의 가치가 감소하여 계약균형에 중대한 변경이 초래하는 경우에; ① 그러한 사건이 발생하거나 또는 불리한 입장의 당사자가 계약 체결 후 알게 되었을 때, ② 그러한 사실이 불리한 당사자가 계약체결시 합리적으로 보아 고려할 수 있었던 것이 아닌 것 ③ 그러한 사실이 불리한 당사자의 통제의 범위의일 것 ④ 사건의 리스크가 불리한 당사자에게 인수되지 않았을 것의 요건을 필요로 한다. 이 결과 불리한 당사자는 재협상을 요청할 수 있다. 재협상 요청자체가 이행유보를 의미하는 것은 아니다. 합리적 기간내 합의에 도달하지 못하면 당사자는 법원에 계약해제 또는 수정을 구할 수 있다고 규정한다.<sup>60)</sup>

셋째, 재협상/조정은 계약에 내재된 고유의 의무라고 한다. 국제계약법은 ‘선의 원칙’(good faith)과 당사자간 ‘협조의무원칙’(duty of the parties to cooperate)을 기본 원칙으로 한다. 『UN다국적기업행동수칙』은 계약규정의 흠결에 대한 재검토/재협상을 위한 규정을 두고 있다. 즉 “국제기업은 강박에 의하거나, 명백한 불평등계약, 계약의 기초를 이루는 근본적인 사정변경이 발생하는 경우에 정부/정부기관과 체결한 계약의 재협상/재검토를 요청받을 때

적극적으로 응하여야 한다. 당사자 관계에서 예견할 수 없는 주요한 왜곡 그리고 이에 의한 당사자의 일방에 대한 억압과 불공정한 계약으로 해석되는 경우이다”라고 규정한다.<sup>61)</sup>

## V. 안정화조항과 ISD중재

안정화조항의 효력은 그 조항 자체를 두고 다투어져왔다. ISD중재에서는 전반적으로 국제법 규칙을 준거로 하여 유효의 입장으로 판정결과가 모아졌다. ISD중재에서 안정화조항의 위반근거를 IIA에서 찾는 문제가 남아있다. IIA의 ‘투자정의’에서 계약을 포함하고 ISD대상으로 계약을 규정하면 ISD의 관할권이 인정된다. ISD중재에서 안정화조항 위반여부를 다투게 되면 IIA상의 근거가 필요하다. ISD중재에서는 IIA상의 ‘우산조항’과 ‘F&ET’가 적용되었다. 그리고 안정화조항을 위반하여 피해가 발생되면 배상 혹은 보상의 문제가 발생된다. 아래에서 상세하게 살펴본다.

### 1. 안정화조항과 우산조항

#### 가. 우산조항의 의미

60) UNIDROIT Principal of International Commercial Contracts(2004) 6.2.2 6.2.3.

61) UN-ECOSOC 1979 Transnational Corporations: Codes of Conduct, Art. 5.

IIA에서 타방 계약국 국민에 대해 부담 할 의무의 준수를 규정하는 조항이 규정되어 있다. 즉, 계약에 규정된 분쟁해결조항에 관계없이 IIA의 ISD를 이용하는 합의준수조항(*pacta sunt servanda clause*), 거울조항(*mirror effect clause*) 혹은 우산조항(*umbrella clause*) 등으로 표현되는 규정을 두었다. 우산조항은 계약상 의무를 BIT 보호우산 아래 두었다는 의미로 사용되고 있다.

IIA에서 우산조항은 첫째, ‘체결한 모든 의무를 준수’(observe any obligation it may have entered into) 둘째, ‘체결된 약속의 준수를 보장’(constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into) 셋째, ‘부담하여야 할 의무를 준수’(observe any obligation it has assumed)와 같이 수용국이 준수할 의무를 규정한다. 우산조항에서 규정한 의무는 모든 의무(*any obligation*)와 구체적 승낙(*specific commitments*)등 다양하게 규정한다. 우산조항은 규제에 의한 계약상 권리가 침해되는 것을 방지하는 것에 의미가 있다. 그러나 수용국이 부담할 구체적 승낙을 하면 우산조항

의 효과는 명백하다. 일반적으로 구체적 승낙은 국가계약이나 인·허가 관련 사실에서 발생한다.<sup>62)</sup>

안정화조항의 우산조항에 의한 보호와 관련하여 계약의 일방당사자인 국가와 계약의 성격에 대하여 의미있는 설명이 있다. 국가계약 분쟁에서 적용되는 공법이 사적성격을 가지면서 국가의 공적 주체로서 역할은 축소된다. 반면에 투자자는 사적주체로서 권리와 공익사업의 주체로서 공공성을 가지고 있다. 따라서 투자자와 국가의 사적 계약관계가 IIA의 우산조항에 의한 보호가 가능한 ‘국제적 수준으로 격상’한다고 한다.<sup>63)</sup>

아래에서 논의될 ISD중재 판정사례에서는 「미국-아르헨티나BIT」가 적용되었다. 제2(2)(c)조는 “각 계약국은 투자에 관한 의무를 부담하게 되었을 경우에는 해당 의무를 준수한다”(each party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments)고 규정하고 있다. 이 조항의 의무에 계약의무의 포함여부가 쟁점이었다.<sup>64)</sup>

62) F. A Mann, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, *British Year Book of International Law* (1981), p. 245.

63) Maniruzzaman, A.F.M., p. 146; Hirsch, Moshe, “Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths”, Pierre-Marie Dupuy (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, (2009), pp. 97-114. 120 Faruque, p. 326.

64) Dolzer & Schreuer, p. 176.

## 나. 우산조항의 의무와 보호범위

CMS v. Argentine 사례에서 신청인은 관세구조가 권리자의 동의없이 변경되었다고 주장하였다.<sup>65)</sup> 중재판정부는 “인·허가와 관련한 안정화조항을 파기하는 것은 BIT우산조항 위반이라고” 하였다.<sup>66)</sup> LG&E v. Argentine 사례에서 중재판정부는 “사전에 안정화조항 변경의 상호동의를 없었고,<sup>67)</sup> 결국 법적 안정화조항을 준수하지 않아 우산조항에 위배된다”고 하였다. 아르헨티나는 안정화조항에 동의하여 투자유치를 하였고 우산조항은 투자자에 적용된다고 하였다.<sup>68)</sup> El Paso v. Argentina 사례에서 중재판정부는 우산조항의 적용범위를 “국가나 공공기관의 일반 상업계약 위반은 포함하지 않고, 수용국이 동의한 추

가적인 투자보호를 포함한다”고 하였다.<sup>69)</sup> 주권자인 국가에 의해서(안정화조항과 같은) 추가적인 투자보호가 계약에 규정된 경우 그 추가적인 보호 위반은 우산조항 위반이라고 하였다.<sup>70)</sup> 결론적으로 우산조항은 어떠한 통상의(주권자인 국가에 의한 추가적인 투자보호가 없는) 계약위반은 BIT위반으로 전환되는 것은 아니라고 했다.<sup>71)</sup> Duke Energy v. Peru 사례에서 중재판정부는 안정화조항의 보호범위는 “장래 법률개정과 법률해석의 변화도 포함한다.”<sup>72)</sup> 기존의 법률해석이나 판례가 없더라도 합리적 기준에 따라 법률해석을 할 수 있다. 수용국의 국내법조항의 해석보다 안정화 조항이 우위에 있다”고 결론내리고 있다.<sup>73)</sup>

65) CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, paras. 145-146.

66) Ibid., paras. 151, 296, 302.

67) LG&E Energy Corp and ors v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No ARB/02/1, para. 98.

68) Ibid., para. 175.

69) El Paso Energy International Co v. Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/03/15, para. 81.

70) Ibid., paras. 79, 81.

71) Ibid, para. 82. 중재판정부는 IIA우산조항에 의해서 계약위반이 IIA위반이 된다고 하면 IIA의 다른 조항은 무용이 된다(para. 76). 단순한 상업계약은 중재규정을 명시할 수 있어 IIA중재를 신청할 필요는 없다(para. 77). 우산조항의 적용범위 광범위하게 해석하면 사소한 분쟁도 우산조항의 보호를 받게된다(para. 82).

72) Duke Energy International Peru Investments No 1, Ltd v. Peru, Award and Partial Dissenting Opinions; ICSID Case No ARB/03/28, paras. 2-7; Cotula, Lorenzo, “Pushing the Boundaries vs. Striking a Balance: Some Reflections on the Stabilization Issue in Light of Duke Energy International Investments v. Republic of Peru”(http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1571) 참조.

73) Ibid., paras. 7-9.

Burlington v. Ecuador 사례에서 중재판정부는 “국가계약에 규정되지 않는 조세문제를 추가 혹은 제거하는 것은 중요한 문제이다. 계약을 수정하여 생산공유비율을 계약에 포함해야 한다”고 하였다.<sup>74)</sup> 안정화조항을 경제균형 측면으로 파악하여 사적계약으로 해석하였다.<sup>75)</sup> 즉, 안정화조항을 사적당사자간 체결된 평범한 계약조항의 하나로 판단하였다. 국가의 지위도 사적당사자로 한정하였다. 안정화조항을 우산조항의 보호범위의 대상이 아닌 것으로 보았다. LG&E v. Argentina 사례에서 중재판정부는 “BIT의 우산조항은 계약에서 파생된 의무 등을 포함한다. 구체적 의무가 우산조항에 의해 포함된다. 가스법(Gas Law) 규정은 일반의무가 아니므로 우산조항 위반”이라고 하였다. 더불어 중재판정부는 우산조항과 안정화조항의 차이점을 설명하였다. 단순한 법률변경은 안정화조항 위반을 구성하지 않는다. 입법 등을 통하여 불리한 법률을 투자에 적용하면 안정화조항 위반이다. 관련 법령의 폐지(abrogation) 혹은 부적용은 계약위반이 되어 우산조항 위반”이라고 하였다.<sup>76)</sup> 다소 모호한 설명

으로 보인다.

## 2. 안정화조항과 F&ET조항

현재 모든 IIA에서는 “각 당사국은 F&ET와 충분하고 안전한 보호(full protection and security) 등 관습국제법에 의한 대우를 적용대상 투자에 제공해야 한다” 라는 F&ET조항을 규정한다. F&ET는 관습국제법하에서 발전되어온 모호한 개념으로 적용요건과 범위에 대한 논쟁은 여전히 존재한다. 일반적으로 ISD중재판정에서 나타난 F&ET의 구성요소로는 ‘자의적 또는 차별적 조치’(arbitrary or discriminatory measures), ‘사법거절’(denial of justice), ‘합법적 기대이익’(legitimate expectations)과 ‘투명성’(transparency)으로 집약되고 있다.<sup>77)</sup>

ISD중재에서 안정화조항 위반의 근거로 F&ET조항을 들고 있다. Tecmed v. Mexico 사례에서 중재판정부는 “F&ET조항은 국제법상 ‘선의’에 근거하여 투자설립 당시의 합법적 기대이익의 침해를 포함한다”고 한다.<sup>78)</sup> Thunderbird v. Mexico 사례에서는 ‘선의’에 근거하여 ‘합법적기대’가 발생하

74) Burlington Resources Inc v. Ecuador, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/08/5, para. 24.

75) Ibid., paras. 181-183.

76) LG&E v. Argentina, ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para. 169.

77) Kenneth J. Vandeveld, “A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment,” N.Y.U.J. Int’l L. & Pol. Vol. 43 (2011) 참조.

고 투자자가 수용국의 제반 행태를 신뢰하는 것이 합법적 기대이익이라고 한다.<sup>79)</sup> 따라서 합법적 기대이익은 ‘선의’에 기반하고 법해석의 공정성과 유연함의 법리를 제공한다.<sup>80)</sup> 『조약법조약』에서도 조약은 ‘선의’로 해석할 것을 규정한다.<sup>81)</sup> 선의는 일반 법원칙이며 국제법 일반원칙이다. 계약의 권리·의무이행에서 당사자 일방의 유리한 법 집행은 비합리적이며 오히려 조약위반의 문제로 될 수 있다.<sup>82)</sup> *MTD v. Chile* 사례에서 중재판정부는 “합법적 기대이익은 상당한 주의(*due diligence*)와<sup>83)</sup> 선의라는 의무에 기반하여 발전되고 있다. 합법적 기대이익은 첫째, 비양심적 행위(*unconscionable*)의 금지의무 둘째, 위험에 대한 적절한 지식을 가지고 투자할 의무 셋째, 합리적 방법으로 투자 활동할 의무

라고” 하였다.<sup>84)</sup> 실제로 F&ET는 국제투자법에서 국내법 중 민법에서 “특정 조항간 겹을 메우는 해석상의 선의”와 같은 역할을 하고 있다. 물론 국제법에서 선의는 F&ET와 별개로 그 자체에 내재해 있다고 할 것이다.<sup>85)</sup>

합법적 기대이익은 F&ET의 구성요소로서 안정된 법적 및 상업적 틀을 유지할 의무를 의미한다. 그렇다면 투자에 악영향을 주는 어떤 변화도 합리적 기대이익에 반한다는 것으로 해석될 수 있다. 그러나 수용국 규제권한을 제한하는 것은 정당화될 수 없으므로 합법적 기대는 일정한 요건을 수반한다. *LG&E v. Argentina* 사례에서 합법적 기대는 투자 당시 수용국이 제시한 조건에 기초하여 성립한다고 하였다.<sup>86)</sup> *ISD*

78) 환경법이 환경·건강·생태계 균형의 보호 목적으로 이용된다는 기대에도 불구하고, 정치적 이유로 허가 연장이 거부되어 합법적 기대이익이 침해되었다고 한다. *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras. 153-154, 157-158.

79) *Thunderbird v. Mexico*, Arbitral Award, 26 January 2006, para. 147. Stephen Fietta, “The Legitimate Expectations, Principle under Article 1105 NAFTA - *International Thunderbird Gaming Cooperation v. The United Mexican States*”, *Journal of World Investment and Trade*, Vol. 7(3), (2006) p. 147.

80) Brownlie, Ian, *The Rule of Law in International Affairs*, International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations, Martinus Nijhoff Publishers (1998), pp. 15-19.

81) 조약법 조약(Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) 제31조(해석의 일반규칙) ...선의(*good faith*)에 따라 해석되어야 한다.

82) Katja Gehne/Romulo Brillo, p. 24.

83) *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para. 178.

84) Maniruzzaman, A.F.M., p. 149.

85) Dolzer & Scheurer, p. 122.

86) *LG & E v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, paras. 127, 130, 133.

중재에서 확인된 합법적 기대이익의 발생 요건은 ① 계약적 약속(contractual arrangements) ② 비공식적 약속(informal presentations) ③ 일반적 규제체계(general regulatory framework) 등이 있다.<sup>87)</sup>

투자당시 법령변경으로 피해가 발생되면 합법적 기대이익의 침해가 되어 F&ET 위반 여부가 다투어지고 있다. 수용국이 입법이나 규제를 일방적으로 변경하면 합법적 기대이익을 침해하는지 문제이다.<sup>88)</sup> 특정 약속이 존재하지 않으면 법령개정은 주권범위이므로 합법적 기대이익의 침해는 발생되지 않는다. 그러나 법적 안정성이라는 기대와 법령개정이라는 주권과의 형량 문제는 남는다고 할 것이다. 입법변경이 과도한 경우에는 특정약속이 없어도 합법적 기대이익의 침해 가능성이 존재한다.<sup>89)</sup> *Enron v. Argentina* 사례에서 투자는 가스업에 대한 규제조건에 근거하였지만, 10년 후 요금제도의 보장은 철회되었다. 중재판정부는 F&ET위반을 인정하였다.<sup>90)</sup>

외자유치를 위해 제정된 법령을 개정하여 투자결정의 본질적 내용이 변화되는 것은 합리적 기대이익 침해로서 F&ET위반으로 보고 있다.<sup>91)</sup>

### 3. 안정화조항 위반과 보상/배상

*Aramco v. Saudi Arabia* 사례에서 중재판정부는 “안정화조항은 합법적 국유화 행위에 대한 기업보호 보다 보상근거”라고 하였다.<sup>92)</sup> *AGIP v. Congo* 사례에서 중재판정부는 “안정화조항은 당사자가 자주적으로 규정하였고, 정부의 입법권과 규제권에는 영향이 없다. 안정화조항은 당사자 일방이 계약에 관한 일방적 행위에 적용된다. 국제법 규칙에 근거하여도 국내법상 국유화는 정당하고, 안정화조항에 의하여 보상을 진행하여야 한다”고 하였다.<sup>93)</sup> *Aminoil v. Kuwait* 사례에서 “국가주권은 제한될 수 있고 안정화조항 자체는 유효하다고 한다. ISD중재에서 실질적으로 원상회복 판정은

87) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment* (2012), pp.69-78.

88) *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, para. 99.

89) M. Potestà, p. 115.

90) *Enron v. Argentina*, paras. 262-266, 268.

91) *LG&E v. Argentina*; *Sempra v. Argentina*, paras. 298 303-304; *BG v. Argentina*, para. 310에서 유사한 결론에 이르고 있다.

92) *Maniruzzaman, A. F. M.*, p. 140; *Aramco v. Saudi Arabia*, 27 I.L.R., para. 168. *AGIP v. Congo*, Award, 30 November 1979, 21 ILM 1982, paras. 86-88.

93) *AGIP S.p.A. v. Congo*, ICSID Case No. ARB/77/1, Award, 30 Nov 1979.

거의 불가능하므로 안정화조항의 중요한 기능은 보상을 하는데 있다”고 하였다.<sup>94)</sup> *Liamco v. Libya* 사례에서도 입법주권은 보장되어야 하고, 안정화조항을 위반하면 적절한 보상을 하여야 한다고 하였다.<sup>95)</sup> 이 사례들은 안정화조항에 의한 입법주권의 제한에 대하여 유·무효의 입장으로 나누어지고 있다. 다만 중요한 것은 안정화조항을 위반하면 보상하여야 한다는 입장에 서있다는 것이다.

수용국이 IIA의 규정을 위반하여 투자에 피해가 발생되면 배상의 문제가 발생될 것이다. 반면에 수용국이 공익목적으로 정당하고 합리적인 입법주권 행사 혹은 규제를 하는 경우에는 보상의 대상이 된다. 이것은 IIA상 ‘수용과 보상’ 조항에 의해서도 명백하다.

안정화조항 위반과 관련하여 보상/배상의 문제는 다음과 같은 특징을 가진다. 첫째, ISD중재에서 순수한 안정화조항 위반을 원인으로 신청된 사례는 없다. IIA상 기타의 의무위반과 동시에 안정화조항 위반이 심리되었다. 안정화조항 위반의 보상/

배상의 요건이나 구체적 근거에 대한 판정 사례는 존재하지 않는다. 둘째, 안정화조항의 위반에 따른 보상과 배상의 명확한 구분이 어렵다. 왜냐하면 안정화조항의 효력 자체를 부정하는 경우에는 보상의 근거에 불과하다는 논리도 성립하기 때문이다. 이에 관한 중요한 논리를 보면 “안정화조항은 공익의 국가규제를 제한하는 것이 아니다. 안정화조항은 법률변경에 따른 피해를 보전하는 것을 목적으로 한다. 수용국은 법령 변경으로 투자를 규제할 수 있다. 안정화조항 위반은 국제규범 위반이 아니다. 수용국이 단지 보상의무 때문에 법령변경이나 국가규제를 하지 않을 뿐이다”라는 의견도 있다.<sup>96)</sup>

안정화조항 위반에 따른 보상은 수용/국유화와 관련하여 다루어졌다. 수용국이 법률개정과 정책변경으로 투자의 경제적 권리의 ‘실질적 박탈’(Substantial Deprivation)의 결과가 나타나게 되면 간접수용이 된다. 간접수용에 해당하는 극단적인 조치는 안정화조항 위반으로 보상의 대상이다.<sup>97)</sup> 결론적으로 간접수용이 되면 경제균형조

94) *Government of Kuwait v. American Independent Oil Co (Aminoil)*, Award, 24 March 1982, *International Law Material*, Vol. 21 (1982), p. 976.

95) Dolzer & Schreuer, p. 86.

96) Katja Gehne/Romulo Brillo, p. 21.

97) R. Geiger, “Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment,” *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11, No. 1(2002), p.104.

항의 재협상/조정 요건을 위반하는 결과가 된다. 동결조항도 규제변경의 경우에 그 영향이 있으면 보상의무를 부담한다.<sup>98)</sup> 그러나 안정화조항이라는 투자자의 ‘합법적 기대이익’의 침해와 경제균형조항의 경제회복을 방해하는 것 때문이라면 오히려 배상의 문제가 발생될 것이다.<sup>99)</sup>

WAGP and Kashagan Contracts는 중요한 경제균형조항의 배상의 근거를 제공하고 있다. 간접수용이 되어 안정화조항에 위배하는 기준으로 ‘중대영향’(material impact), ‘중대한 부정적 영향’(material adverse affect)과 ‘프로젝트수익 혹은 회사이익의 중대한 감소’(material decrease in project benefits or company value)를 들고 있다.<sup>100)</sup>

경제균형조항의 목적은 보상이 아니고 계약의 경제균형을 회복하자는데 있다. 경제균형조항에 의하면 당사자는 신의성실 원칙에 따라 재협상/조정을 통하여 경제균형을 회복하면 된다. 그러나 재협상/조정을 통하여 새로운 계약내용을 합의하지 못한다고 경제균형조항을 위반하였다고 할

수 없다. 경제균형조항 위반은 결국 재협상/조정을 거절하거나 고의로 재협상/조정을 방해하는 것을 말한다. 이 경우 경제균형조항에 의하여 배상(보상이 아님)을 하여야 할 것이다.<sup>101)</sup>

## VI. 결론

안정화조항의 목적은 투자위험 회피와 관리에 있다. 대부분의 석유개발과 국가 SOC사업 등과 같은 자본집중형 프로젝트 계약에 포함되어 있다. 즉 ‘양허계약’, ‘생산물 공유계약’ 그리고 BOT계약(Build-Operate and Transfer Agreement) 등에서 필수적으로 규정된다. 한 연구기관(SRSG)은 전 세계 인프라 관련기업, 채광기업, 원거리통신기업과 서비스기업 등이 체결한 76개의 투자계약서를 분석하였다.<sup>102)</sup> 연구에 의하면 동결조항은 여전히 아프리카, 동유럽, 중앙아시아와 중동 등의 채광기업 계약서에서 많이 발견되고 있다.<sup>103)</sup> 동결조항은 아직까지 계약체결에 영향을 미치고 있고 최고 계약의 안전한 보장이라고 말한다.

98) Piero Bernardini, p. 110.

99) Ibid., p. 109.

100) John Y. Gotanda, pp. 1466-1467.

101) Piero Bernardini, pp. 107-108.

102) Katja Gehne/Romulo Brillo, p.15.

103) Ibid., pp. 16-17.

최근 OECD국가 계약서에 동결조항은 제한적이고 경제균형조항이 많이 발견되고 있다.

ISD중재에서 다루어진 안정화조항은 대부분 조세(관세)에 한정되었다. 복잡한 인권 등의 문제는 다루어진 바가 없다. 안정화조항이 법적구속력을 가지지만, 보편적 공공정책을 실현하는 것을 방해하지 않는 범위에 한할 것이다. 즉 인권실현을 위한 규제는 안정화조항의 범주에 속하는 것이 아니다.<sup>104)</sup> 최근에는 사회와 환경 영역으로 확대되어 가고 있다. 국가주권은 무제한이 아니다. 인권실현과 환경보호에 관한 의무준수는 국제적으로 공인된 하나의 원칙이다.<sup>105)</sup> 따라서 안정화조항은 국제법 준수의 제한을 받는다. 예를 들어 2003년 「BTC의 인권양해각서」에서 안정화조항을 제한한 사례가 있다. 수용국이 추진하는 인권과 환경보호를 안정화조항의 적용 예외로 하고 있다.<sup>106)</sup> 투자계약 자체에서 공

공정책에 대한 제한을 가하는 경우는 있다. *Gabcikovo-Nagymaros* 사례에서 ICJ는 “국제환경법의 대두는 기존 조약의무에 피해를 주지 않는 법률의 새로운 발전이다. 계약 의무를 이행할 때 고려하여야 한다”고 하였다.<sup>107)</sup> 결국 계약의무의 이행에서 국제법의 발전으로 인하여 재협상의 상황이 발생하게 된다.<sup>108)</sup>

안정화조항의 고유기능은 국유화와 투자자에게 불공정 대우를 방지하는데 있다. 안정화조항의 위반은 ‘불공정한 대우의 보상’이 아니라 ‘규제에 대한 보상’이다. *Feldman v. Mexico* 사례에서도 이를 확인하고 있다.<sup>109)</sup> 다른 한편으로 생각하면 국가의 국제법 의무 준수를 회피하는 것을 동조한다는 의문도 있다. 그러나 법적 관점에서도 안정화조항은 공익을 위한 국가의 규제를 방해하는 것이 아니다. 안정화조항은 법률 변경에 따른 피해보상을 염두에 두는 것이다.<sup>110)</sup> 결국 안정화조항 위반

104) Sheldon Leader, “Human Rights, Risks, and New Strategies for Global Investment,” 9 J. Int’l Econ. L. (2006), p. 657.

105) Principle 2 of the Rio Declaration on Environment and Development; Article 19 of the 1994 Energy Charter Treaty.

106) BTC Human Rights Undertaking (2003), sections 3(e), 6.

107) *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), [1997] I.C.J. Rep. 92, 37 I.L.M. 162.

108) Abba Kolo & Thomas Walde, “Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles and Industry Practices”, *Transnat’l Dispute Mgmt* Vol. 1 (2004).

109) *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 Dec 2002(ICSID Additional Facility), para. 103.

110) *Cotula*, p. 173.

은 국제법 미준수가 아니다. 국가의 국제 의무를 고려하지 않는 주권행사를 제한하고자 한다. 즉 국가가 국제의무에 따라 행동하는 것을 허용하지 않았다는 것이 아니라 보상의무 때문에 규제를 하지 않는다는 의미도 된다. 법령의 변경은 일반적 규범에 영향을 미치지 않는 정도의 최소수준으로 하여야 한다. 그렇지 않은 경우에는 안정화조항에 의하여 보호받을 수 있다. 국제규범을 준수하려는 국가정책이 투자계약 당시에도 존재했다면 안정화조항에 의해 보호받을 수는 없다.

마지막으로 우리나라가 외국투자자와 국가계약을 체결하는 경우 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 적용 받기 때문에 계약상 안정화조항이 규정되는 것은 불가능하다.<sup>111)</sup> 물론 자원개발과 관련하여 안정화조항이 규정된 국가계약이 발견된 것도 없다. 결국 문제가 되는 것은 우리나라의 사업주체의 해외자원개발과 관련한 계약에서 안정화조항은 반드시 규정하여야 한다는 것이다. 상술하였지만 안정화조항은 IIA상 보호에서 결국 보상과 배상의 문제만을 수반하게 되기 때문이다.

111) 제4조(국제입찰에 따른 정부조달계약의 범위)에 의하여 입찰 계약으로 하여야 하고 계약 내용도 엄격하게 제한하기 때문이다.

## 참 고 문 헌

- Andrea Shemberg, “Stabilization Clauses and Human Rights”, IFC/SRSG Research Paper (2008).
- Thomas Waelde & George Ndi, “Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation”, Texas International Law Journal, Vol. 31 Issue 2(1996).
- Abdullah Al Faruque, “Efficacy and Political Economy of Stabilization Clauses: A Critical Appraisal”, Oil, Gas & Energy Law, Vol. 4(2007)
- Katja Gehne / Romulo Brillo, “Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment”, NCCR TRADE REGULATION, Working Paper No 2013/46,(2014)
- UN-IFC(International Finance Coporation), Stabilization Clauses and Human Rights, (2009)
- Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are there Differences?”, Annulment of ICSID Awards : a Joint IAI-ASIL Conference. Bern : Stämpfli(2004)
- Martin Hunter & Anthony C Sinclair, “Ammoil Revisited Reflections on a Story of Changing Circumstances”, International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Todd Weiler(ed), (Cameron 2005)
- A. F. M. Maniruzzaman, “The Pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A Critical Appraisal of Emerging Trends”, Journal of World Energy Law & Business, Vol. No.2(2008)
- Lorenzo Cotula, “Reconciling Regulatory Stability and Education of Environment Standards In Investment Contract: Towards A Rethink of Stabilization Clauses”, Journal of World Energy Law & Business, Vol.2(2008)

- Christopher T. Curtis, “The Legal Security of Economic Development Agreements”, Harvard International Law Journal, Vol. 29. No.2(1988)
- Peter D. Cameron, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability, (Oxford University Press 2010)
- M. Somarajan, The Settlement of Foreign Investment Dispute, (Kluwer Law International 2000)
- Piero Bernardini, “Stabilization and adaptation in oil and gas investments”, Journal of World Energy Law Business, Vol.1, No.1 (2008)
- Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, (Oxford 2012)
- Laura Henry, “Investment Agreement Claims under the 2004 Model US BIT: A Challenge for State Police Power?”, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31, Issue 3(2010)
- John Y. Gotanda, “Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 36 (2003)
- R. Geiger, “Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment”, New York University Environmental Law Journal, Vol.11, No.1(2002)

[국문초록]

## 국제투자계약의 안정화 조항에 관한 고찰

자원개발이나 경제개발과 관련된 투자에서 체결하는 장기적 계약은 국가계약이라고 한다. 정부나 공기업 등이 계약주체가 되어 국가계약이라 하고, 투자자에게 계약목적물에 대한 독점적 인·허가를 부여하여 양허계약이라고도 한다. 국제투자는 수용국의 정치적 목적이나 국가 공공정책에 따라 수용 등의 위험에 노출된다. 예를 들어 계약당시 법률의 개정 혹은 신법의 제정을 하는 경우 계약은 영향을 받는다. 이 경우 투자위축과 투자자체 상실을 초래하는 결과에 직면한다. 따라서 당사자는 국가규제와 같은 비상업적 위험회피를 위하여 계약에 안정화조항을 규정한다.

안정화조항은 수용국의 국유화방지 및 수용국의 투자에 영향을 미치는 계약내용의 변경에 대한 투자자 동의를 요하는데 목적이 있다. 국내법상 안정화를 약속하는 법적 안정화조항이 전형적이다. 최근의 안정화조항은 수용국 과세와 환경과 같은 규제변경에 대한 투자보호 형태로 변화되고 있다. 즉 환경과 노동 등과 같은 비재정 문제를 포함하고 있다. 따라서 안정화조항 형식도 전통적 동결조항에서 경제균형조항 등으로 발전되어 오고 있다.

특히 주목할 만한 것은 현대 안정화조항의 대표 유형인 경제균형조항이다. 이는 신법적 용으로 발생하는 손해를 보상하는 것을 내용으로 한다. 경제균형조항은 수용국에게 계약내용의 변경을 허용하지만 투자자의 경제적 지위의 유지를 위하여 계약내용의 재협상/조정을 통한 국가보상을 내용으로 한다. 경제균형조항은 동결조항과 비교하여 보상이라는 확실한 구제수단이 있다. 입법권을 제한하지 않고 재협상을 내포한다는 점에서 새로운 접근이다.

안정화조항은 수용국 국내법의 안정화를 통한 투자보호와 수용국의 입법에 관한 국가주권 문제가 대립이라는 본질적 문제가 있다. 투자보호를 위한 안정화조항이 국내법을 개정하는 국가주권을 제한할 수 있는지 여부의 적법성 문제가 존재한다. 이에 대하여 국내법상 유·무효설의 대립이 있다. 다만 최근에는 안정화조항을 포함하는 국가계약의 분쟁이 IIA의 ISD대상이 되고 있다. 물론 국가계약의 ISD관할권 대상 여부는 일부 기각사례는 있

지만 거의 대부분 인정된다. 경제위기로 인하여 발생한 아르헨티나 ISD사례에서는 안정화 조항의 적법성 문제를 모두 우산조항을 적용하여 판정하였다. ISD중재에서는 우산조항의 보호범위를 축소 해석하여 안정화조항의 적용을 최소화하고자 한다. 그 이유는 첫째, IIA 우산조항에 의해서 계약위반이 IIA위반으로 전화되면 IIA의 다른 규정은 무용이 된다. 둘째, 단순한 상업계약은 투자가가 상사중재 규정을 계약에 규정할 수 있어 IIA중재를 신청할 필요가 없다. 셋째, 우산조항 기능을 광범위하게 해석하는 것은 투자가가 사소한 분쟁에까지 우산조항을 이용하는 결과를 도출하게 된다.

국가주권은 무제한이 아니고 국제법 의무에 근거하여 인권실현과 환경보호에 관한 의무준수는 국제원칙이다. 안정화조항은 국제법 준수라는 제한을 받는다. 안정화조항은 공익을 위한 국가규제들을 제한하는 것이 아니다. 안정화조항은 법률변경에 따른 손실을 부담하는 것을 목적으로 한다. 수용국은 법률변경을 통하여 투자를 규제할 수 있다. 이는 국제법의 준수이고 국제법이 허용하는 국가주권의 범위이내이다. 결론적으로 안정화조항의 법적문제에서 수용국은 안정화조항을 위반하여 국내법을 개정하는 것이 국제법 위반이라는 것 때문이 아니고 투자자에 대한 보상의무 때문에 규제를 하지 않는 것이다.

## 주제어

국가와 투자자간 분쟁해결제도, 안정화조항, 국제투자중재, 국제투자계약, 국제투자협정

[ABSTRACT]

## A Study on Stabilization Clauses in International Investment Contract

The State Contract is a long term contract related to investment for resource or economic development. National contract is that One of contract parties becomes a nation or a public enterprise, and concession contract is that one authorizes exclusive permission or authorization for the object of a contract to investors. International Investment can be exposed to expropriation according to political objects or national public interests. For an instance, in case of amending governing law in the time of concluding the contract or enacting the new law, the contract can be influenced. In this case, shrinkage of investment or frustration of one itself may be confronted by the results. Thus, the parties, for the non-commercial risk aversion like national regulations, enact stabilization clauses to ones' contract.

The purposes of stabilization clauses ask the agreement of investors for thee nationalization prevention and the contract adjustment effecting investment of host country. For promising the stabilization in domestic law, Legal stabilization clauses are general. Recently, the stabilization clauses are changing to host country taxation and the form of investment protection by amendments of environmental and other regulations. In other words, financial matters includes non-financial matters like environment and labor. The formality of stabilization clauses develops from conventional freezing clauses to economic equilibrium clauses.

Particularly noteworthy is the economic equilibrium clause of a representative type of the stabilization clauses. This contains the damage compensating by the new law application. The economic equilibrium clause allows a host country to amend provisions of the contract, but, to maintain the economic status of investors, it contains compensations through re-negotiation/adaptation clause of the contract. The economic equilibrium clause, compared to the freezing clause, has firm salvation remedies. This is a new approach in a regard of including re-negotiation not limiting legislative power.

The economic equilibrium clause causes problems between investment protection and realization of profit and sovereignty of state in legislation. Accordingly, The legitimacy of the economic equilibrium clause can be disputable, so that resolution of a dispute settlement body is necessary. The effectiveness of the economic equilibrium clause by ISD Arbitration gets settled in leading precedents. In case of ISD Arbitration resolveing, in national contract, whether it directly is legitimate, the economic equilibrium clause, itself, is on the hearing.

As the economic equilibrium clause becomes IIA Arbitration, the problem is which application ground provisions are. The Argentina ISD precedent caused by economic crisis is adjudicated by applying the Umbrella Clause. The act of a nation is judged by whether it violates the economic equilibrium clause based on Umbrella Clause of IIA. ISD Arbitration tries to minimize the range of applying the economic equilibrium clause by restrictive Interpretation of the protection range of the umbrella clause. This is because, first, when violation of contract by IIA umbrella clause becomes IIA violation, other regulations of IIA come to futility, second, in simple commercial contract, investors can enact commercial arbitration so that there is no need to ask for IIA arbitration, and, third, extensively interpreting the umbrella clause results in investors utilizing the umbrella clause in trivial dispute.

The supremacy of state is not unlimited, and realization of civil rights based on duty of international law and observance duty on environmental protection are international principle. The economic equilibrium clause is restricted as compliance with international law. The economic equilibrium clause does not limit nations of public interests. The purpose of the economic equilibrium clause is to burden the damage by amending governing laws. Host country will regulate to investment of foreign. It is not a violation of international law. The host country act not on international code as the economic equilibrium clause but on not regulating because of indemnification.

### **Key words**

State-Investor Dispute(ISD), Stabilization Clauses, International Investment Arbitration, International Investment Contract, International Investment Agreement(IIA)

# 「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 공정하게 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

| 저자     | 성명 | 소속 | 이메일(연락처) | 위임여부(O,X) | 서명 |
|--------|----|----|----------|-----------|----|
| 제 1 저자 |    |    |          |           |    |
| 교신저자   |    |    |          |           |    |
| 공동저자1  |    |    |          |           |    |
| 공동저자2  |    |    |          |           |    |
|        |    |    |          |           |    |

(별지2) 연구윤리규정준수 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 ○ ○ ○ (인)

(별지 3) 연구윤리규정준수 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 ○ ○ ○ 인

# 「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 작성방법」에 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 ‘훈글’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,  
로마자르 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 6월 20일 발행(통권 제135호)

1994년 2월 20일 등록(97-10-5-11)

발간등록번호 : 11-1270000-000225-07

ISSN : 1598-4915

발행인 : 법무부장관 직무대행 차관 이 금 로

편집인 : 법무실장 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. 135

Jun 20, 2017

*Publisher* Lee, Keum-ro / 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.