

WTO 분쟁해결절차상 “정부조치”개념의 재조명: 사인의 행위와 WTO 피해소 적격*

서울대학교 법학전문대학원 교수, 전 WTO 상소기구 재판관 장 승 화

*논문접수: 2017. 9. 20. *심사개시: 2017. 9. 20. *게재확정: 2017. 10. 15.

〈 목 차 〉

I. 들어가기	IV. 사드 보복조치와 GATS상의 ‘회원국 조치 (measures by Members)’
II. 정부조치의 개념과 구성요소	1. 서비스협정상 “회원국 조치”의 정의
1. 정부기관의 작위 또는 부작위	2. 한국관광 중단조치에 대한 GATT/WTO 판례법의 적용
2. 사인의 행위와 국가 귀속 이론	3. 서비스협정 제1:3조 후문
III. GATT/WTO 판례법 상 ‘정부조치’의 존재 인정 기준	V. 맺음말
1. 사인의 행위의 국가 귀속에 관한 판례법	
2. 기타 관련 WTO 판례법	

I. 들어가기

WTO 분쟁해결절차는 WTO 회원국들 간의 WTO협정과 관련하여 발생한 통상 분쟁을 해결하는 절차로 인식되고 있다. WTO 분쟁해결절차를 일반적으로 규율

하는 분쟁해결양해(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 이하 “DSU”) 제6.2조¹⁾에는 패널 설치 요청서에 “문제되는 특정 조치 (the specific measures at issue)”를 밝히고 청구의 법적 근거를 요약하라고 규정되어 있다.

* 본 논문은 2017년도 서울대학교 아시아태평양법연구소의 지원을 받아 작성되었다. 본 논문의 초기 단계에 의견을 나누고 도움말을 준 안덕근, 이재민 교수와, 논문 및 자료 검색 그리고 각주 작업에 도움을 준 이동은, 이정호 서울대 박사과정생에게 감사 표시를 전한다.

1) 제6.2조 해당 부분 원문: “It shall indicate whether consultations were held, identify the specific measures at issue and provide a brief summary of the legal basis of the complaint sufficient to present the problem clearly.” 이와 유사한 요건은 패널설치요청 전단계인 협의요청서에도 요구되고 있다. (DSU 제4.4조 참조)

더욱이 DSU 제7.1조에 의하면 패널의 “위임사항(terms of reference)”에 관한 당사자 간에 특별한 합의가 없으면 표준위임사항(standard terms of reference)이 적용되는 바, 표준위임사항은 패널이 관련 부속협정에 비추어 제소국이 회부한 “문제(matter)”를 심사하는 것을 기본사항으로 하고 있는데, 여기에서의 “문제”는 위 제6.2조에서 요구하는 문제된 특정 조치와 청구의 법적 근거를 그 개념 요소로 한다.²⁾ 따라서 WTO분쟁해결절차에서 이 ‘조치’라는 용어는 WTO 분쟁해결절차에서 가장 근원적인 개념이며, 분쟁의 씨앗이라고 이야기 할 수 있다.

DSU 제3.3조에서는 WTO하에서 즉시 해결되어야 하는 분쟁 상황을 “한 WTO 회원국에게 WTO 부속협정하에서 직간접적으로 발생한 혜택이 다른 WTO 회원국이 취한 조치에 의해서 침해되었다고 생각할 때³⁾로 적시하고 있으며, 제3.7조는 분쟁해결체제의 첫 번째 목적이 통상 “문제된 조치(measures concerned)”를 철회

시키는 것이라고 규정하고 있다. DSU 제26.1조에서는 소위 비위반제소(non-violation complaints)의 대상은 “WTO 회원국의 어떤 조치의 적용(the application by a Member of any measures)”임을 명시하고 있다.⁴⁾

위 규정들에 비추어보면 다른 회원국이 문제 삼을 수 있는 어느 “WTO 회원국이 취한 조치”가 바로 WTO 분쟁해결절차의 제소 대상임을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 DSU에서는 이 ‘조치’의 개념을 정의하고 있지는 않기 때문에⁵⁾ 과연 어떤 종류의 조치가 어떤 방법으로 제소 대상이 될 수 있는지는 WTO 협정 문언상 명백하지는 않다. 따라서, 그 동안 GATT나 WTO 분쟁해결절차를 통해 이 ‘조치’ 개념을 구체화하고 어떠한 조치가 어떠한 방식으로 다투어질 수 있는지를 설명하고자 하는 시도가 있어 왔다. 우선 WTO 분쟁해결절차에서 ‘조치’ 개념과 관련한 여러 가지 어려운 구체적인 질문이 제기될 수 있는 바, 몇 가지 예를 들자면 다음과 같다.

2) Appellate Body Report, Guatemala- Cement I, WT/DS60/AB/R (adopted 25 November 1998), para. 72.

3) Article 3 (General Provisions): 3. The prompt settlement of situations in which a Member considers that any benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements are being impaired by measures taken by another Member is essential to the effective functioning of the WTO and the maintenance of a proper balance between the rights and obligations of Members.

4) 이는 GATT 제XXIII: 1(b)조 하의 “다른 계약국가의 어떤 조치의 적용(the application by another contracting party of any measure)”이라는 표현을 계승한 것이다.

5) WTO 개별 부속협정들에서는 간혹 “조치”의 개념을 정의하고 있는 경우가 있으나, 이는 아래에서 별도로 보기로 한다.

- 정부 아닌 사인의 행위(conduct by private parties)가 어떤 상황에서 WTO 분쟁해결절차에 회부될 수 있는가?
- 비문서조치(unwritten measures)가 다투어질 수 있는가?
- 정부의 관행(practice or conduct)이나 정책(policy)가 다투어질 수 있는가?
- 효력이 종료된 조치, 최종적이지 않은 조치, 분쟁 중에 수정된 조치 또는 WTO 설립 전에 도입된 조치가 다투어질 수 있는가?
- 조치의 개별 적용(as applied)과 함께 조치 그 자체(as such)가 다투어질 수 있는가?
- 조치 그 자체를 다투려면 그 조치는 반드시 WTO 회원국 집행부의 WTO 위반을 강제하는 강행조치(mandatory measures)이어야 하는가?
- WTO 회원국 집행부의 WTO 규범 위반이 강제되지 않는 임의조치(discretionary measures)는 그 개별 적용(as applied)만을 다투 수 있고, 그 자체(as such)를 다투

수는 없는가?

- 소위 “연속적인 행위(on-going conduct)”에 대한 다툼은 “as applied”와 “as such” 유형 중에 어디에 속하는가?

본 논문에서는 WTO분쟁해결절차의 대상인 ‘조치’의 개념에 대한 많은 질문들 가운데 첫 번째 질문에 답하고자 한다.⁶⁾ 이 질문은 WTO가 국가 또는 독립된 관세지역간의 분쟁을 기본으로 하기 때문에 원칙적으로 그 정부기관의 행위가 분쟁의 대상임은 분명하지만 간혹 ‘사인의 행위(conduct by private parties)’의 외형을 띄고 있지만 그 행위가 WTO가 금하는 무역차별효과를 발생시키면서 실질적으로 그 행위가 WTO 회원국과 밀접한 관계를 가지고 있기 때문에 이를 정부에 귀속(attribution)시켜 분쟁해결절차에 회부할 수 있는지의 문제이다.

역사적으로 이 문제가 처음 본격적으로 분쟁화 된 것은 일본 정부가 행정지도(administrative guidance)를 통해서 사기업들이나 비정부기관으로 하여금 무역차

6) 이에 관한 선행 연구로서의 외국문헌은 다음과 같다. Santiago Villalpando, “Attribution of Conduct to the State: How the Rules of State Responsibility May be Applied within the WTO Dispute Settlement System”, 5 Journal of International Economic Law 393-420, (2002); Rex J. Zedalis, “When do the Activities of Private Parties Trigger WTO Rules? ”, 10 Journal of International Economic Law 335-362 (2007); Jan Bohanes & Iain D. Sandford, “The (Untapped) Potential of WTO Rules to Discipline Private Trade-Restrictive Conduct”, Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference Paper (2008), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1166623>. 위 논문들에서 다루고 있는 내용과 본 논문과의 차별성은 아래 본문의 개별 분석에서 별도로 인용 및 소개, 평가하기로 한다.

별적인 행위를 유도한 경우에 그로 인해서 피해를 입은 일본의 교역상대국들이 일본을 상대로 이를 GATT나 WTO에 제소한 경우였다.⁷⁾ 일본 문화에서 유래되는 정부와 기업들 간의 밀착된 관계에서 연유한 사건들이었다. 그런데 최근에 들어서서는 이와 비슷한 문제가 중국 정부와 비정부기관 내지는 기업들 간의 밀접한 관계 때문에 문제되고 있다. 즉 중국은 사회주의경제에서 시작하여 시장경제로 전이되는 과정을 현재 거치고 있고 그 때문에 중국 정부와 비정부기관 내지 기업들 간의 관계는 다른 시장경제국가에서 보는 관계와 달리 보다 밀접한 것으로 인식되고 있다. 이러한 상황에서 중국을 이제 시장경제국가(market economy)로 인정할 것인지, 아니면 여전히 분쟁 사안별로 비 시장경제국가(non-market economy)로 취급할 것인지가 반덤핑/상계관세 맥락에서 분쟁이 진행되고 있다.⁸⁾

그런데 사인의 행위가 무역차별효과를 발생시키는 경우 그 행위가 정부에서 연유한 것이라면 이를 WTO에 제소할 수 있는지의 문제는 일본과 중국에만 국한되는 문제는 아니다. 정부가 기업이나 비

정부기관에 사실상의 영향력을 행사할 수 있는 국가 경제체제나 구조를 갖고 있는 나라들 모두에게 적용될 수 있는 문제이다. 이제 대부분의 WTO 회원국들은 WTO협정에 위반될 수 있는 행위를 정면으로 나서서 노골적으로 자행하는 것을 피하고자 한다. 그렇다 보면 간혹 WTO회원국들 중에는 마찬가지로 무역차별효과를 발생시키는 행위를 비정부기관이나 사인들이 나서서 하는 외양을 만들고 정부는 그 뒤에 숨어서 그 행위는 정부가 아닌 사인들의 자발적인 행위이기 때문에 WTO협정에 위반될 여지가 없다고 주장할 소지가 충분하다. 본 논문은 어떠한 상황에서 사인의 행위이지만 정부와의 관련성 때문에 이를 정부에 귀속시켜 WTO에 제소할 수 있는지에 관한 일반적 기준을 제시하는 것을 목적으로 한다. 그런데 이 문제는 추상적인 논의보다는 구체적 사실관계를 가진 분쟁을 예를 들어가면서 논의와 분석을 시도하는 것이 적합하다. 그런데 마침 현재 우리나라 정부와 기업이 바로 직면하고 있는 중국의 사드(THAAD) 보복조치가 사인의 행위이어서 WTO에 제소할 수 없는지, 아니면 그럼에도 불구하고 중국 정부와

7) 가장 대표적인 두 가지 분쟁사례는 Japan- Semi-conductor와 Japan- Films 사건이다. 이 사건들에 대한 상세한 소개와 분석은 후술한다.

8) 이 분쟁 협의요청서인 Request for Consultations by China, EU & US- Price Comparison Methodologies, WT/DS515&516/1, (12 December 2016) 참조.

의 관련성을 입증하여 정부조치로서 WTO에 제소할 수 있는지가 논란이 되고 있기 때문에⁹⁾ 이를 논의와 분석에 적용시킬 사례로 활용해 보고자 한다.

중국의 사드 보복조치는 현재까지 보도된 바로는 다음과 같이 분류할 수 있다.

- 중국여행사들의 한국단체관광업무 전면 중단 (호텔, 레스토랑 예약 및 비자 대행 서비스 포함)
- 중국내 롯데마트에 대한 소방법상 점검 및 영업정지조치
- 중국내 한국산 상품 불매운동 (현대자동차 포함)
- 한국산 화장품 등 수입제한조치

롯데마트에 대한 소방점검 및 영업정지조치나 한국산 화장품에 대한 국경에서의 수입제한조치는 중국 ‘정부 조치’라는 점에 의문이 없으므로 이는 본 논문에서 특별히 다루지 않는다. 다만, 중국 여행사들이 한국 단체관광 업무를 중단하거나 중국소비자(단체)들이 한국산 불

매운동을 벌이는 것은 표면적으로는 사인의 행위이고 중국정부의 공식적이거나 명시적인 법령 적용을 통한 정부조치에 바로 해당된다고 하기는 어렵기 때문에 이를 WTO에 제소할 수 있는지를 판단하기 위해서는 WTO협정의 해석 및 기존 판례법의 검토를 통한 분석이 요구 된다. 따라서, 본 논문은 제2장에서 우선 WTO 관련 협정문의 해석이나 판례법 분석을 통해서 어떤 경우에 WTO 분쟁해결절차에서 다룰 수 있는 ‘조치’의 존재가 인정되는지를 살펴본다. 제3장에서는 정부가 아닌 사인(private bodies)의 행위가 무역 제한을 초래하는 경우에 어떤 상황에서 어떤 조건을 충족시키면 이를 정부에 귀속(attribution)시켜 ‘정부조치’로서 WTO 분쟁해결절차에 제소할 수 있는지를 검토하기로 한다. 제4장에서는 한국단체관광업무의 중단조치를 서비스협정 위반으로 WTO에 제소한다면 패널이나 상소기구가 이를 제소 가능한 ‘정부조치’로 인정할 가능성이 얼마나 높은지를 분석해보기로 한다.¹⁰⁾

9) 중앙일보, “사드 보복 WTO 제소, 승소 힘들지만 중국엔 부담“, (2017년3월22일), <http://news.joins.com/article/21392610>; SBSCNBC, “사드보복 WTO 제소 가능성과 실익은?“, (2017년 9월13일), <http://sbscnbc.sbs.co.kr/read.jsp?pmArticleId=10000874571>.

10) 이 주제와 관련된 논문은 이재민, “THAAD 배치와 중국 정부의 대한 관광산업 제한조치: GATS협정 위반 여부를 중심으로”, 국제경제법연구, 15(2), 7-42면, (2017.7)이 있다. 위 논문은 필자와의 선행 공동연구 작업을 기초로 한 것으로서 중국의 사드 보복조치 중 관광산업 제한조치의 GATS 협정위반 여부에 대한 전반적 분석을 담고 있다. 그 논문에서도 제 2장에서 중국의 관광산업 제한조치가 “정부조치”에 해당하는가를 비교적 간단히 다루고 있다. 본 논문에서는 WTO 제소대상으로서의 “정부조치”의 개

II. 정부조치의 개념과 구성요소

앞서 본 바와 같이 DSU에서는 분쟁해결절차에 회부될 수 있는 ‘조치’의 개념 정의를 내리지 않고 있다. 상소기구(Appellate Body)는 이와 관련하여 US-Corrosion-Resistant Steel Sunset Review 사건에서 통상적으로 행정부를 포함한 정부기관의 “작위 또는 부작위로서 정부에 귀속시킬 수 있는 행위(any act or omission attributable to a WTO Member)”는 원칙적으로 WTO분쟁해결절차의 대상인 ‘조치’가 될 수 있다고 판시했다.¹¹⁾ 여기서 분쟁해결절차의 대상이 되는 ‘조치’가 되기 위한 여러 개념 요소를 다음과 같이 추

출할 수 있다.¹²⁾

1. 정부기관의 작위 또는 부작위

첫째, ‘조치’에는 통상적으로는 행정부를 포함한 ‘정부기관’의 “작위 또는 부작위”가 포함된다. 특히 부작위는 WTO협정상 적극적인 작위의무가 부여되는 경우 이를 이행하지 않을 때 해당된다.¹³⁾ 정부기관의 행위의 형식(form)은 문제 삼지 않는다는 의미이다. 여기서 정부기관에는 행정, 입법, 사법부가 모두 해당된다.¹⁴⁾ 또한 중앙정부기관 이외에 지방자치단체기관의 행위도 포함된다고 본다.¹⁵⁾ 국영무역기업(state trading enterprises)의

념에 관한 WTO 판례법과 관련 이론을 보다 심층적으로 소개하고, 특히 사인의 행위가 어떤 상황에서 정부에 귀속되어 “정부조치”성을 획득할 수 있는지 그 판단기준을 제시한 이후 판례법에서 도출한 기준을 중국 광광산업 제한조치에 적용해 보면서, 이 논의와 분석이 중국의 사드보복조치를 겨냥하는 것뿐만 아니라 다자무역체제의 유지를 위한 어떤 중대한 함의를 갖는지를 살펴 본다.

- 11) Appellate Body Report, US- Corrosion-Resistant Steel Sunset Review, WT/DS244/AB/R, (adopted 9 January 2004), para. 81. (“In principle, any act or omission attributable to a WTO Member can be a measure of that Member for purposes of dispute settlement proceedings. The acts or omissions that are so attributable are, in the usual case, the acts or omissions of the organs of the state, including those of the executive branch”).(밑줄 추가)
- 12) 조치의 개념 구성요소를 (i) 작위나 부작위 (an act or omission)와 (ii) 정부에의 귀속 (attribution to a government) 두 가지로 나누는 견해로는, Alan Yanovich & Tania Voon, “What is the Measure at Issue?”, Andrew Mitchell (ed.), Challenges and Prospects for the WTO (Cameron May, 2005), p. 119-121 참조.
- 13) 대표적인 예로는 지적재산권관련무역조치협정(TRIPs)상의 지적재산권 보호의무를 들 수 있다. DSU 3.3조에서 “measures taken by another Member”라는 용어를 사용하는데 “taken”은 적극적인 작위에만 적합한 용어라는 해석도 있을 수 있지만, WTO협정상 적극적 작위의무가 부여된 경우 이를 이행하지 않는 소극적인 행위, 즉 부작위가 그 위반을 구성함에는 다툼이 없을 것이기 때문에 위 “taken”이라는 문구에만 좌우될 것은 아니라고 본다.
- 14) Appellate Body Report, US- Shrimp, WT/DS58/AB/R, (adopted 6 November 1998), para 173.
- 15) Alan Yanovich & Tania Voon, supra note 12, p. 120-121. 다만 이러한 이론 구성은 WTO 협정상의 특별 규정 문언에 비추어 아주 민감한 쟁점이 존재한다. 예를 들어 DSU 제22.9조는 제1문에서 지방정부가

행위는 최소한 GATT 제XVII조¹⁶⁾상의 요건을 충족할 때에는 당연히 WTO분쟁해결절차의 대상이 될 것이다. 정부소유기업(state-owned corporations)의 행위는 주로 보조금협정의 적용대상인 보조금의 주요 개념 구성요소인 정부 또는 “공공기관(public bodies)의 재정적 기여”¹⁷⁾가 있었는지를 판단할 때 문제되었다. 상소

기구는 두 개의 사건에서 어떤 경우에 정부소유기업이 정부와 마찬가지로 보조금 공여의 주체가 될 수 있는지를 실시하였다. 즉, 정부가 소유한다는 것만으로는 부족하고, 그 기업이 정부의 권한을 보유, 행사 또는 부여 받아서 이를 행사하여야 한다는 것이다.¹⁸⁾ 정부가 소유권을 통해 기업을 통제하고 있다는 것은

취한 조치에 대해서도 분쟁해결조항이 적용된다고 규정하고 있지만, 제2문에서 그로 인한 구제조치로 규정하고 있는 것은 그 중앙정부가 지방정부로 하여금 WTO협정을 준수시키기 위한 합리적인 조치를 취해야 한다는 것이다. 또한 제3문에서는 만일 제2문상의 구제조치가 가능하지 않을 때에는 DSU상 임시 구제조치인 보상과 보복조치에 관한 규정이 적용된다. 필자의 견해로는 지방정부의 행위도 DSU 분쟁해결절차의 대상이 되지만, 문제되는 지방정부와 중앙정부간의 관계는 그 나라 헌법이나 국내법체계에 좌우될 수 있으므로 WTO 회원국인 중앙정부에게는 지방정부로 하여금 WTO의무를 이행하도록 합리적인 조치를 할 의무를 부과할 뿐이고, 직접 중앙정부에게 지방정부가 한 행위를 철회(withdraw)할 의무를 부과하지는 않은 것으로 해석함이 타당하다고 본다. 다만, 구제조치로서 보상 및 보복조치가 그대로 인정되므로 실질적인 차이는 없을 것으로 생각된다. DSU 제22.9조와 비슷한 조문 형식을 취하고 있는 다른 협정 규정들로는 GATT 제XXIV:12조와 동조항 해석에 관한 양해, 서비스무역협정(GATS) 제I.3(a)(ii), 위생 및 검역조치협정(SPS) 제13조와 기술적 무역장벽협정(TBT) 제3.1조를 예로 들 수 있다.

- 16) Article XVII (State Trading Enterprises): 1. (a) Each contracting party undertakes that if it establishes or maintains a State enterprise, wherever located, or grants to any enterprise, formally or in effect, exclusive or special privileges,* such enterprise shall, in its purchases or sales involving either imports or exports, act in a manner consistent with the general principles of non-discriminatory treatment prescribed in this Agreement for governmental measures affecting imports or exports by private traders.

(b) The provisions of subparagraph (a) of this paragraph shall be understood to require that such enterprises shall, having due regard to the other provisions of this Agreement, make any such purchases or sales solely in accordance with commercial considerations,* including price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase or sale, and shall afford the enterprises of the other contracting parties adequate opportunity, in accordance with customary business practice, to compete for participation in such purchases or sales.

상소기구는 이 조문은 WTO회원국이 직접 행하였다면 차별적인 행위로서 GATT에 의해 금지되었을 것을 국영무역기업을 통해서 같은 행위를 하면서 이를 면탈하는 것을 방지하기 위한 규정이라고 설명한다. Appellate Body Report, Canada-Wheat Exports and Grain Imports, WT/DS276/AB/R, (adopted 27 September 2004), para. 85.

- 17) Article 1(Definition of a Subsidy): 1.1. For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if: (a)(1)there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as “government”), ...

- 18) Appellate Body Report, US- Antidumping and Countervailing Duties (China), WT/DS379/AB/R, (adopted 25 March 2011), paras. 317-322.

공공기관으로 인정받는데 유리한 증거임은 틀림이 없지만, 패널은 해당기업이 공공기관으로 인정될 수 있는지를 판단함에 있어서는 정부와 그 기업의 관계뿐만 아니라 그 기업이 그 나라 법질서 하에서 실제로 정부 권능을 행사하는 것으로 판단될 수 있는지를 포함하여 모든 고려요소를 참작하여 사안별로 판단하여야 한다고 판시했다.¹⁹⁾

위와 같은 상소기구의 판시와 WTO협정에 기초한 해석들은 모두 국제공법상의 국가책임에 관한 국제관습법을 조문화시킨 국제법위원회(International Law Commission, “ILC”) 국가책임협약 초안(*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*)²⁰⁾의 내용과도 그 맥을 같이 한다.²¹⁾ 예를 들어 동 초안 제4조, 제5조에서는 다음과 같이 규정한다.

Article 4 (Conduct of organs of a State)

1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.

2. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

Article 5 (Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority)

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law.

19) Appellate Body Report, US-Carbon Steel (India), WT/DS436/AB/R, (adopted 19 December 2014), para. 4.20, 4.29.

20) International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, November 2001, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1 (“ILC 국가책임협약 초안”). 동 초안은 “an internationally wrongful act of a state”을 정의하고 소위 국제법상 국가책임법을 ILC에서 성문화해 놓은 것이다. 즉 “작위나 부작위의 행위가 국제법상 국가에 귀속되어 국제법 위반을 구성(conduct consisting an action or omission that is attributable to the State under international law and constitutes a breach of an international obligation)”하는 경우를 성문화해 놓았다.

21) 이재민, 전제 논문, 10면. 이에 관한 구체적인 분석을 제시한 논문으로는, Santiago Villalpando, supra note 6, p.393 이하 참조.

물론 상소기구가 앞서 본 판례에서 ‘조치’의 개념 정의를 하거나 이에 관한 해석을 내놓으면서 ILC 국가책임협약 초안을 직접 인용한 적은 없다. 다만, US-Anti-dumping and Countervailing Duties (China) 사건에서 상소기구가 보조금협정상 ‘공공기관’의 의미를 해석하면서 동 초안을 주목한 바가 있다. 상소기구는 위 사건에서 (i) ILC 국가책임협약 초안 조항이 WTO협정 중 특정 규정의 해석에 관련(relevant)이 되고, (ii) 그 조항이 국제관습법이나 법의 일반원칙에 해당된다면 WTO협정의 해석에 고려될 수 있다고 판시했다.²²⁾ 다만 상소기구는 그 사건에서는 이 문제에 대해서 정면으로 판단을 하지는 않았다.²³⁾ 물론 패널리나 상소기구는 WTO협정 조문을 해석하면서 DSU 제3.2조에 따라 조약해석에 관한 국제관

습법을 구체화한 ‘조약법에 관한 비엔나 협약’을 따르겠지만, 동 협약 제31(3)(c) 조24)에 의하더라도 ILC 국가책임협약 제4조나 제5조가 위 두 요건을 충족한다면 분쟁해결절차의 대상으로서의 ‘조치’ 개념을 해석하는데 최소한 참고가 될 수는 있을 것이다.

2. 사인의 행위와 국가 귀속 이론

정부기관이나 정부 권능을 행사하는 공공기관 등의 행위가 WTO 분쟁해결절차의 제소 대상이 됨이 원칙이지만, 사인의 행위라고 하여도 전면적으로 이를 WTO 분쟁해결절차에서 다루지 못하는 것은 아니다. 상소기구는 US-Corrosion-Resistant Steel Sunset Review 사건에서 앞서 본 바와 같이 ‘조치’ 개념을 정의하면서 “WTO 회원국의 행위(an act or omission by a

22) Appellate Body Report, US-Anti-dumping and Countervailing Duties (China), WT/DS379/AB/R, (adopted 25 March 2011), paras. 307-316.

23) 그럼에도 불구하고, 국제사법재판소(ICJ)가 ILC 국가책임협약 초안 제4조가 국제관습법에 해당한다는 의견을 표명한 바 있기 때문에 둘째 요건은 충족이 될 수 있을 것으로 보인다. International Court of Justice, Advisory Opinion, Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights (1999) ICJ Reports, p. 87 (“According to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of State must be regarded as an act of that State. This rule ... is of a customary character.”) 첫번째 ‘관련성(relevance)’의 요건에 대해서는, 분쟁해결절차란 WTO체제하에서 그 회원국인 국가(또는 독립된 관세구역)에 대하여 국제규범 위반으로 인한 책임을 묻는 것이기 때문에 그 분쟁해결절차의 대상이 되는 ‘정부조치(measures by WTO Members)’의 해석에 ILC 국가책임협약 초안이 그 내용상 상당한 관련성을 가진다고 하겠지만, 다른 한편으로는 국가책임협약이 국제무역과 관련된 경제문제를 다루는 것 보다는 국제공법적인 측면에서의 전통적인 국가책임을 다룬다는 점에서 차이가 있음을 부인하기는 어렵다.

24) Article 31(General Rule of Interpretation): 3. There shall be taken into account, together with the context: (중략) (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

WTO Member)”라는 표현 대신에 “WTO 회원국에 귀속될 수 있는 행위(any act or omission attributable to a WTO Member)”라는 표현을 사용했음에 주목해야 한다. 따라서, 정부기관이 아닌 사인의 행위라고 하더라도 그 행위가 정부와의 관련성을 가지고 결국 정부에게 귀속시킬 수 있는 경우에는 WTO 분쟁해결절차에 제소 가능한 ‘조치’가 될 수 있음을 의미한다. 최근 내려진 Argentina-Import Measures 결정문에서 상소기구는 예전 US-Corrosion-Resistant Steel Sunset Review 사건에서 제시한 ‘조치’의 개념이 사인의 행위이지만 특정 상황 하에서 이를 WTO 회원국에 귀속(attribution)시킬 수 있는 경우를 제외하는 것은 아님을 명확히 하였다.²⁵⁾ 따라서, 사인의 행위를 WTO 분쟁해결절차에서 다루려고 하면, 이 행위를 정부에 귀속시킬 수 있어야 하며, 따라서 어떠한 상황에서 정부 귀속을 인정할 수 있을 것인가가 핵심 쟁점으로 떠오르게 된다.

ILC국가책임협약 초안에서는 제8조에서 사인의 행위라도 그 행위를 수행함에 있어서 사실상 국가의 구체적인 지시(instructions)를 따르거나 아니면 그 명령/지도(direction) 또는 통제(control)하에서 행하는 경우에는 그 행위는 국제법상 국가의 행위로 간주된다고 규정하고 있다.²⁶⁾ 어떤 경우가 이에 해당하는지를 판단함에 있어서 “행위를 하는 사인과 국가 간의 실제 연결고리의 존재(the existence of a real link between the person or group performing the act and the State)” 여부가 매우 중요하다고 한다.²⁷⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 위 국가책임협약 초안 조문이 WTO 분쟁해결절차의 대상인 ‘조치’의 개념을 해석하는데 유관(relevant)하고 위 조문이 국제관습법을 반영한다는 전제하에서는, 어떤 경우에 사인의 행위가 국가에 귀속될 수 있어서 WTO 분쟁해결절차에서 다룰 수 있는지를 판단하는데 참고가 될 것이다. 다만, 상소기구는 아직 위 초안

25) Appellate Body Report, Argentina- Import Measures, WT/DS438, 444&445/AB/R (adopted 26 January 2015), footnote 440 (“[T]his, however, does not exclude that ... even the actions of private entities [] could be attributed to a Member in particular circumstances.”)

26) Article 8 (Conduct directed or controlled by a State): “The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.”(밑줄 추가) 이 조문에서는 사인(private parties)라고 명기하고 있지는 않으나, “a person or group of persons”의 개념에는 당연히 사인이 포함될 수 있으므로 이는 실질적으로 사인의 행위에 관한 규정이라 볼 수 있다.

27) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, Part Two, (2001), p. 47.

제8조를 판정문에서 명시적으로 인용하고 참고한 전례가 없다. 또한 GATT/WTO 판례 중에서는 패널이나 상소기구가 위 제8조가 제시하는 연결 고리지시, 명령, 지도나 통제에 국한되지 않고 사인의 행위의 정부 귀속을 인정할 수 있는 경우를 상정하고 있는 것으로 보이기 때문에 그러한 패널 또는 상소기구의 판정례를 아래에서 따로 상세히 살펴보아야 할 필요가 있다 즉, 위 초안 제8조에서 요구하는 연결고리의 형식에 구애 없이 GATT/WTO 판례법에 따라 사인의 행위를 정부에 귀속시켜 WTO에서 다룰 수 있는 여지가 있다는 점을 유의해야 한다.²⁸⁾

다만 관련 판정례를 검토하기에 앞서 한 가지 유의해야 할 점이 있다. 문제된 조치가 어떤 특정 WTO협정 위반을 이유로 제소되는 경우에는 그 특정 협정의 적용 대상 내지는 범위와 관련한 특별 규정이 있는지를 점검해야 한다는 것이다.²⁹⁾ 예를 들어, 중국의 단체관광서비스

중단행위와 관련되는 서비스협정의 경우에는 “서비스무역에 영향을 주는 회원국의 조치 (measures by Members affecting trade in services)”가 동 협정 적용 대상이며, 제1조에서는 “회원국의 조치”에 대한 용어 정의 규정을 두고 있다. 따라서, 문제된 조치가 서비스협정 적용대상에 포함될 수 있을지를 판단하려면 위 제1조상 “회원국의 조치”인지부터 살펴보아야 한다.³⁰⁾ 이에 관해서는 중국의 사드 보복조치가 서비스협정의 적용 대상인지를 아래에서 별도로 살펴면서 다루기로 한다.

III. GATT/WTO 판례법 상 ‘정부 조치’의 존재 인정 기준

1. 사인의 행위의 국가 귀속에 관한 판례법

지금 논의의 쟁점은 어떤 상황과 어느 정도의 증거가 존재할 때 비정부기관/사적주체의 행위가 정부에 귀속되어서 WTO

28) 국제사법재판소(ICJ)가 동 초안 제8조를 엄격하게 해석한 판결을 소개하며, WTO에서는 이에 구속될 필요가 없이 보다 폭 넓게 사인의 행위의 귀속을 인정해야 한다는 논문으로는, Alberto Alvarez-Jimenez, *International State Responsibility for Acts of Non-State Actors: The Recent Standards Set by the International Court of Justice in Genocide and Why the WTO Appellate Body Should Not Embrace Them*, 35 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 1(2007) 참조.

29) WTO 개별협정 전반에 걸쳐 사인의 행위를 정부와 연결시켜 규율하는 예를 소개하는 논문은, Jan Bohanes & Iain D. Sandford, *supra* note 6, p.8-20 참조.

30) 서비스협정 이외에도 TBT협정은 제한된 종류의 조치기술규정, 기준, 적합성평가절차들에 적용되며, 이들 조치들은 동 협정 부속서 1에서 정의되어 있다. 위생 및 검역조치(SPS)협정은 부속서A에서 소위 “SPS measures”에 관한 정의 규정을 두고 있다.

분쟁에 회부할 수 있는가의 여부이다. 이 맥락에서의 정부조치의 인정 기준에 대해서 가장 먼저 주목을 받는 판시를 한 것은 GATT 판례인 Japan- Semi-conductors 사건이다.³¹⁾ 동 사건 패널은 문제된 반도체 수출가격 제한이 일본 반도체업체가 자율적으로 결정한 사안이라는 일본 정부의 주장을 배척하면서, “일본 정부가 창출한 행정절차적인 구조(administrative structure)가 정부로 하여금 일정 가격 이하로 사기업체들이 미국에 수출을 할 수 없도록 가능한 최대한의 압력을 행사할 수 있게 작동되었다”³²⁾는 점을 지적하면서 ‘정부조치’의 존재를 인정하였다. 이 사건에서는 일본 정부의 관여가 GATT 제XI:1조상의 ‘조치(measures)’에 해당하는지 여부가 다투어졌다. 우선 패널은 일본의 주장과 달리 ‘조치’가 꼭 법적인 구속력을 가지거나 강제성을 띠 필요가 없다고 판시했다.³³⁾ 또한 일본 특유의 정부 정책 집행수단을 고려할 때 ‘행정지도

(administrative guidance)’만으로도 ‘조치’가 될 수 있다고 판단했다.³⁴⁾ 물론 패널은 강제력 없는 정부의 요청이 항상 제XI조상의 ‘조치’에 해당할 수 있는 것은 아니라고 하면서, 정부와 산업의 관계는 나라마다, 산업마다, 그리고 사건마다 여러 가지 변수에 영향을 받을 수 있다는 점을 인식해야 함을 강조하였다. 따라서 패널이 해야 할 작업은 바로 정부가 직접적인 강제를 하는 경우부터 정부가 간헐적으로 조언을 하는 경우의 양 극단의 형태 사이에서 구체적 사안마다 제XI조 적용대상이 되는 ‘조치’의 경계선을 긋는 것이라고 판시하였다. 판시했다.³⁵⁾ 동 패널에 의하면 어떤 조치가 공식적인 법령 등에 기초한 강제력이 있는 조치인지 여부는 그 조치의 형식(form)에 관한 문제일 뿐 내용(substance)의 문제가 아니므로 중요하지 않다고 하였다.³⁶⁾

특히 Japan Semi-conductors 패널은 정부조치의 존재를 인정할지를 판단함에

31) 1960년도에 발간된 정식 패널리포트가 아닌 GATT 보고서에서 GATT XVI:5조와 관련하여 사인의 행위와 GATT협정 위반에 대해서 다른 내용을 소개한 글로는, Rex J. Zedalis, *supra* note 6, p.338 각주 18 참조.

32) GATT Panel Report, Japan- Semi-conductors, BISD 35S/116, (adopted 4 May 1988), para. 117. 이 패널 판정문에 대한 배경 설명과 평석으로는, John C. Kingery, *The U.S.-Japan Semiconductor Arrangement and the GATT: Operating in a Legal Vacuum*, 25 *Stan. J. Int'l L.* 467 (1989) 참조.

33) *Id.* para. 106.

34) *Id.* para. 107.

35) *Id.* para. 108.

36) *Id.* para. 117.

있어서 활용할 수 있는 두 가지 기준(two criteria)를 제시하였다. 첫째, 비강제적인 조치가 효과를 발휘할 수 있을 만큼 충분한 ‘유인 또는 반 유인요소(incentives or disincentives)’가 있다고 믿을만한 합리적인 근거가 있어야 한다. 둘째, 무역 제한적 효과를 발휘하는 조치의 적용이 기본적으로 정부의 행위나 관여에 의존적(dependent)이어야 한다.³⁷⁾ 첫 번째 기준과 관련해서, 동 패널은 일본의 반도체 산업이 그 당시 미국과 일본 정부 사이에 반도체 수출가격에 관한 협의가 이루어져서 일본 정부가 그 합의 결과를 이행해야 할 상황이었음을 모두 잘 인지하고 있었고, 일본 반도체 사업자가 일본 정부의 지침을 따르지 않는 경우에 이를 정부가 바로 감시할 수 있었다는 점을 주목하여, 비록 정부 지침이 법적 구속력을 가지지 않았더라도 반도체 사업자들이 이에 따라야 하는 충분한 유인요소가 있다고 판시했다. 동 패널은 이 상황에서 사업자들로 하여금 정부의 지침을 준수시키는(secure compliance) 장치가 존재하는 것은 아니었지만, 이는 이 첫 번째 조건을 따질 때 필수적인 요소가 아니라고 하였다.³⁸⁾ 두 번째 기준과 관련해서는,

동 패널은 문제된 조치의 구조와 구성요소(structure and elements)가 어떻게 이루어져 있고 어떻게 실제로 작동(operation)되는지를 면밀히 검토하였고, 그 결과 만약 정부 지침을 따르지 않을 경우 정부가 그 가격정보를 감시할 수 있었다는 점과 이 조치가 작동되는 데에는 정부가 결정적인 역할을 수행하였다는 점을 고려하여 이 조치는 정부 의존적이라고 판단했다.³⁹⁾

EEC의 사과 수입규제가 문제된 조치였던 사건에서, GATT 패널은 기본적으로 Japan- Semi-conductors 판정례의 기준을 따랐다. EEC의 사과수입규제제도는 공기관과 사적주체가 함께 관여하는 시스템이었다. 즉, 사과의 직접적인 구매는 EEC 기관이 하지만 사적주체인 생산자그룹이 철시(withdrawals by producer group)하는 이중구조를 취하고 있었다. 패널은 후자는 사적 주체의 행위이지만 수입규제제도가 작동되는 전체적인 모습을 보면 EEC가 가격과 공적 금융을 결정하고 EEC가 정하는 바에 따라 생산자그룹의 철시가 이루어진다는 점을 고려하여 그 수입규제제도가 전체적으로 GATT 제XI 조상의 ‘조치(measures)’에 해당한다고 판시했다.⁴⁰⁾ 또한 다른 GATT 패널은 일본

37) Id. para. 109.

38) Id. para. 110-111.

39) Id. para. 112-116.

정부의 비공식적인 행정지도를 통해 농산물 생산을 제한한 조치에 대하여 그 행위가 “정부에서 연유했으며, 그 방식이 일본의 맥락에서 효과적”이었기 때문에 GATT 제XI조상의 ‘조치’에 해당한다고 판시한 바 있는 바, 이는 Japan- Semi-conductors 판정이 제시한 기준과 다르지 않아 보인다.⁴¹⁾

WTO 체제가 출범한 이후 패널이 ‘정부조치’ 존재의 판단 기준을 다시 상세히 다룬 것은 Japan- Film 사건이다. 이 사건은 주로 GATT 제XXIII:1 (b)조상의 ‘비위반제소(non-violation complaint)’가 문제되었지만, 패널은 그 조문상 ‘조치’의 개념이 다른 WTO 협정상의 ‘조치’의 개념과 다를 이유가 없다는 입장을 표명했다.⁴²⁾ 동 패널은 Japan- Semi-conductors 패널처럼 ‘정부조치’가 반드시 정부가 법적으로

집행할 수 있는 조치에 국한되는 것은 아니며, 정부기관이나 공무원의 일반적인 정책관련 발언(general policy statements)이나 사적주체에 대하여 일반적으로 어떤 행위를 할 것을 수권(government actions generally authorizing certain private activities)하는 경우에도 ‘조치’가 될 수 있다고 판시했다.⁴³⁾ 심지어 정부가 정책을 발표하면서 법적 구속력 없는 선언적인 발언만을 했더라도 그것이 실질적으로 법적 구속력을 갖는 조치와 비슷한 효과를 낼 수 있고, 따라서 비위반제소에서의 정부 조치를 폭넓게 해석함이 옳다고 결론 내렸다.⁴⁴⁾

또한 Japan- Film 패널은 Japan- Agricultural Products 패널결정문⁴⁵⁾을 인용하면서 이 사건에서의 ‘조치’ 존재 여부 판단을 할 때에는 그 문제된 정부의 행위가 취해지

40) GATT Panel Report, EEC- Dessert Apples, BISD 36S/93, para. 12.9.

41) GATT Panel Report, Japan- Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products, BISD 35S/163, (adopted 2 March 1988)

42) Panel Report, Japan- Film, WT/DS44/R, (adopted 22 April 1998), para. 10.51.

43) Id. para. 10.42-43.

44) Id. para. 10.49 (“[W]e also consider it conceivable, in cases where there is a high degree of cooperation and collaboration between government and business, e.g., where there is substantial reliance on administrative guidance and other more informal forms of government-business cooperation, that even non-binding, hortatory wording in a government statement of policy could have a similar effect on private actors to a legally binding measure.... Consequently, we believe we should be open to a broad definition of the term *measure* for purposes of Article XXIII:1(b)....”(밑줄 추가)

45) GATT Panel Report, Japan-Agricultural Products, BISD 35S/163, (adopted 2 March 1988), p. 242 (“The practice of ‘administrative guidance’ played an important role. Considering that this practice is a traditional tool of Japanese Government policy based on consensus and peer pressure, the Panel decided to base its judgments on the effectiveness of the measures in spite of the initial lack of transparency.”.)

고 그 효과가 사적주체에 미치는 구체적인 맥락에 민감해야 한다고 판시했다.⁴⁶⁾ 즉, 어떤 행위가 정부조치가 되는지는 그 조치가 행해지고 효과를 발휘하는 그 국가의 특수성이나 특수한 여건이 있으면 이를 민감하게 고려해야 한다는 것이다. 동 패널은 이 연장선상에서 특히 일본의 특성상 행정지도라고 하더라도 일본 정부의 공권력이나 일본 정부가 국가 경제에 관여하는 역할 등에 비추어 사기업들이 그 지침을 준수할 것이 기대된다는 점에 비추어 보면 그 행정지도 역시 ‘정부조치’에 해당 할 수 있다고 판시했다.⁴⁷⁾

다만 Japan- Films 패널은 앞서 본 GATT 패널 판정례들을 모두 인용하면서 Japan- Semi-conductors의 ‘인센티브 테스트 (incentive test)’가 그대로 유용한 판단 잣대가 됨을 인정하면서도 그 잣대가 유일한 잣대 (exclusive test)이거나 ‘조치’로서 인정될 수 있는 최대한의 범주(outer limit)를 설정한 것으로 이해해서는 안됨을 명확히 하였다.⁴⁸⁾ 이 패널은 결론적으로 어떤 행위가 사적주체의 행위라고 해도 그 행위에

“충분한 정부의 관여(sufficient governmental involvements)”가 있었다면 그 행위가 정부조치로 간주될 수 있는 가능성을 배제할 수는 없고, 다만 이와 관련한 명확한 구분 기준을 제시하는 것은 어렵기 때문에 사안별로 구체적으로 타당한 결정을 내려야 한다고 판시했다.⁴⁹⁾

Japan- Films 패널결정은 항소되지 않았기 때문에 동 패널이 내린 ‘정부조치’ 존재 여부에 관한 판단 기준에 대하여 상소기구는 구체적으로 의견 표명을 할 기회가 없었다. 그러나 앞서 언급한 US- Corrosion-Resistant Steel Sunset Review 사건과 Argentina- Import Measures 사건에서 상소기구는 사적주체의 행위라고 하더라도 이를 정부에 귀속(attribution)시킬 수 있다면 WTO 분쟁해결절차의 대상이 될 수 있음을 명확히 하였고, 이와 관련하여 Japan- Films 판정례를 부적절하다고 지적한 바가 없기 때문에 GATT/WTO 패널들이 제시한 판단 기준은 현재까지 유력한 판례법으로 유지되고 있다고 봄이 타당하다.⁵⁰⁾

46) Panel Report, Japan - Films, WT/DS44/R, (adopted 22 April 1998), para 10.46.

47) Id. para. 10.44.

48) Id. para. 10.48.

49) Id. para. 10.56.

50) GATT/WTO 패널과 상소기구 판정 중 사인의 행위가 다투어 진 사례를 소개한 외국문헌으로는, Rex J. Zedalis, *supra* note 6, p.340-350 참조. 동 논문에서는 Korea - Various Measures on Beef 상소기구 결정문을 관련 판례로 소개하고 있으나, 이 사건에서는 상소기구가 사인의 행위(국내산 외국산 판매 선택)가

2. 기타 관련 WTO 판례법

WTO 분쟁해결절차의 대상인 ‘조치’에 관한 WTO 판례로서 ‘비문서 조치(unwritten measures)’에 관한 것을 소개할 필요가 있다.⁵¹⁾ 최근 판례인 Argentina- Import Measures 사건에서 상소기구는 비문서 조치라고 하더라도 그 존재를 증명하는 데에는 다투는 조치의 특성이나 성질에 따라서 정부에의 귀속(attribution)과 상세한 내용(precise content) 그리고 기타 요소들을 입증하면 된다고 판시하면서 비문서 조치가 분쟁해결절차의 대상이 될 수 있음을 분명히 하였다.⁵²⁾ 또한 이 사건 패널은 그 비문서조치의 입증과 관련해서, 문서화되어 있지 않다는 특성 때문에 이를

직접적인 증거로 입증하는 것은 현실적으로 불가능하거나 어렵기 때문에 간접 증거나 정황증거(circumstantial evidences)로서도 충분히 입증이 가능하다는 입장을 취했으며, 이러한 입장을 상소기구가 그대로 지지하였다.⁵³⁾

마지막으로 ‘조치’와 관련성 있는 판례는 ‘연속되는 행위(on-going conduct)’를 정부조치로서 제소할 수 있는지에 관한 것이다. 소위 반덤핑 “제로잉(zeroing)” 사건들에서 제소국들은 미국 반덤핑 조사당국이 특정한 법령에 기초하지 않고 그냥 지속적인 관행(concerted practices)으로 제로잉을 적용하는 것을 “on-going conduct”⁵⁴⁾로서의 정부조치로 제소하였는 바, 패널

한국 정부의 쇠고기 구분판매제도의 집행 과정에 연관되어 있기는 하지만 그것만으로 GATT 제III:4조의 규율 대상을 벗어날 수는 없다는 판시를 한 것이어서, 본 논문의 분석 대상과는 관련이 없는 사안이다. Appellate Body Report, Korea - Various Measures on Beef, WT/DS161 & 169/AB/R, (adopted 10 Jan. 2001), para. 146, 149 참조.

- 51) 사드보복조치 중 관광서비스 제한조치와 관련하여 중국정부가 법령이나 기타 공식 문서를 통해 여행사들에게 명령이나 지시를 내렸을 가능성은 낮아 보이고, 대신 구두로 명령이나 지시 또는 협조요청을 하였을 가능성이 높기 때문에 ‘비문서 조치’가 WTO 분쟁해결절차의 대상이 될 수 있는지는 매우 중요하다.
- 52) Appellate Body Report, Argentina- Import Measures, WT/DS438, 444&445/AB/R, (adopted 26 January 2015), para. 5.104. 이 사건에서의 쟁점은 비문서 조치라도 이를 규범(rules or norms)으로 파악해서 그 자체(as such)를 다룰 수 있는지 여부였다. 이 판례는 문서로 기록되거나 법령을 집행하는 형식이 아니더라도 어떤 조치가 정부에 귀속될 수 있고 그 조치의 내용을 입증하면 분쟁해결절차에서 다룰 수 있다는 점을 명확히 한 의의가 있는 판례이다.
- 53) Id. para. 5.159-160. 이 사건에서는 아르헨티나가 수입대체 내지는 무역수지균형을 맞추기 위한 “managed trade policy”를 실행하면서 법령에 기초하지 않고 직접 수입업자들과 1:1로 계약을 체결해서 사실상 수입 금지나 무역수지균형을 맞추기 위한 조치를 계속적으로 반복해서 실행에 옮겼다. 제소국들은 그러한 개별 행위를 제소한 것이 아니라 일정한 패턴을 가지고 무역제한적인 효과를 낳는 아르헨티나 정부의 조치를 “unwritten measures”로서 제소하였고, 패널은 그 비문서 조치를 직접 증명할 수 있는 증거가 없는 상황에서도 여러 간접증거 및 정황증거에 기초하여 위 비문서조치의 존재를 인정하였다.

과 상소기구도 이것도 가능하다고 반복해서 판시했다.⁵⁵⁾ EC and Certain Member States- Large Civil Aircraft 사건에서도 상소기구는 문서로 기록되어 있지 않은 보조금 지급 프로그램도 “concerted action or practice”인 경우 그것이 일반적으로 반복해서 적용되는 규범이나 법령(rule or norm)이라는 점을 입증할 필요 없이 바로 그 지속적 관행 자체를 ‘조치’로 다룰 수 있는 가능성을 밝힌 바도 있다.⁵⁶⁾

IV. 사드 보복조치와 GATS상의 ‘회원국 조치 (measures by Members)’

1. 서비스협정상 “회원국 조치”의 정의

사드보복조치 유형 중에 정부조치에 해당하는지 여부가 명백하지 않은 여행

사들의 한국 관광업무 중단행위는 WTO 서비스협정과 가장 직접적으로 연관되고 그 위반 가능성이 높기 때문에, 일단 한국 관광업무 중단과 관련된 일련의 행위들이 WTO 서비스협정의 적용 대상이 되는지부터 따져 보아야 한다. 서비스협정 제I:1조에서는 동 협정은 “서비스무역에 영향을 주는 회원국의 조치 (measures by Members affecting trade in services)”에 적용된다고 규정한다. “서비스무역(trade in services)”이란 용어는 제I:2조에서 네 가지 모드로 분류하여 정의하고 있다.⁵⁷⁾ 일단 사드보복조치를 통해 제한된 한국관광서비스는 중국 국민들이 소비자로서 국경을 통과하여 우리나라 국내에서 제공받는 관광 관련 서비스 (예: 호텔 예약 등)이므로 소위 ‘service Mode b’에 해당한다.⁵⁸⁾ 제I:3조(a)에서는 서비스협정의 적용 대상인 “회원국의 조치 (measures

54) Panel Report, US- Orange Juice (Brazil), WT/DS382/R, (adopted 17 June 2011), para. 7.176 (observing that “on-going conduct may be simply described as conduct that is currently taking place and is likely to continue in the future.”)

55) Appellate Body Report, US-Continued Zeroing, WT/DS350/AB/R, (adopted 19 February 2009), paras. 164, 171, 180, 185.

56) Appellate Body Report, EC and Certain Member States- Large Civil Aircraft, WT/DS316/AB/R, (adopted 1 June 2011), para. 794.

57) Article 1(Scope and Definition): 2. For the purposes of this Agreement, trade in services is defined as the supply of a service:

(a) from the territory of one Member into the territory of any other Member;
(b) in the territory of one Member to the service consumer of any other Member;
(c) by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member;
(d) by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member.

by Members)”를 용어 정의하고 있는데 이는 다음과 같다.

For the purposes of this Agreement:

(a) “measures by Members” means measures taken by:

- (i) Central, regional or local governments and authorities; and
- (ii) Non-governmental bodies in the exercise of powers delegated by central, regional or local governments or authorities;

In fulfilling its obligations and commitments under the Agreement, each Member shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure their observance by regional and local governments and authorities and non-governmental bodies within its territory;

또한 서비스협정 제XXVIII조에서는 동 협정상 “조치(measures)”에 대해서 다음과 같이 정의 한다.

For the purposes of this Agreement:

(a) “measures” means any measure by a Member, whether in the form of a law,

regulation, rule, procedure, decision, administrative action, or any other form;

우리나라가 중국의 한국관광서비스 제한조치를 WTO 서비스협정에 위반하였음을 이유로 제소하기 위해서는 일단 그 조치가 위 용어 정의에 따른 “회원국(중국)의 조치”에 해당함을 입증해야 한다. 물론 이 용어 정의의 해석에 관한 WTO 판례법은 아직 형성되어 있지 않다. 우선 서비스협정 제XXVIII조상의 “measures”의 정의는 내용에 관한 것이 아니고 형식(form)에 관한 것이다. 즉, 정부의 조치라면 그 형태는 입법, 사법, 행정부의 모든 조치를 의미하며 그 형식에 제한이 없음을 명시하고 있다. 또 제I:3(a)조 제(i)호상의 ‘조치’의 정의는 상소기구가 US-Corrosion-Resistant Steel Sunset Review 사건에서 판시한대로 분쟁해결절차의 대상이 되는 정부조치의 ‘통상의 경우(in the usual case)’로서 “정부기관이나 당국”이 취한 행위 그 자체를 의미한다. 만약 중국 중앙정부(국가여유국)나 지방정부 및 당국이 중국 국민이 한국으로 여행을 가서 한국 호텔이나 관광업소로부터 받는 숙박 및 관광 서비스 제공에 영향을 주

58) 만약 중국여행사와 한국 관광업소간에 이메일이나 전화통화 방식으로 서비스가 공급된다면 ‘service Mode a’, 중국여행사 직원이 단체여행객과 함께 여행하면서 가이드 서비스 등을 제공하면 ‘service Mode d’ 에도 해당될 가능성도 있다. Service Mode b에 해당함을 전제로 한 상세한 분석은, 이재민, 전 계논문 p. 16 이하 참조.

는 행위를 하였다면, 제(i)호상의 ‘회원국의 조치’가 존재한다.

그러나 그러한 직접적인 공권력 행사가 없었다고 해서 중국여행사들의 한국관광업무 중단행위가 서비스협정상 ‘회원국의 조치’에 해당할 수 없는 것은 아니다. 앞서 GATT/WTO 판례법에 의하면 비정부기관의 행위라고 하더라도 그 행위가 정부의 행위로 귀속(attribution)시킬 수 있다면 이는 분쟁해결절차의 대상인 “정부조치”가 될 수 있으며, 이는 서비스협정에서 “회원국의 조치”에 관한 정의 규정이 있더라도 여전히 제(i)호상의 정의에 해당함을 증명하는 한 가지 방법이 될 수 있다. 따라서, 중국정부가 어떠한 방법이나 경로를 통해서라도 중국여행사들의 중국 국민에 대한 한국관광업무를 중단시키거나 또는 제한하였고 이 때문에 간접적으로라도 한국내 호텔 및 관광업자들의 중국인 관광객에 제공하는 서비스에 영향을 미치게 되었다면, 앞서 본 ‘귀속(attribution) 테스트’를 통과한다는 전제 하에 서비스협정의 적용대상인 ‘회원국의 조치’가 될 존재하는 것으로 판단될 수 있을 것이다.

흥미로운 사실은 서비스협정은 제(ii)호에서 ‘회원국의 조치’에 관한 또 다른 정의 규정을 제시하고 있다는 점이다. 즉, 정부기관이 행한 행위뿐만 아니라 비정부기관이 행한 행위라도 정부기관으로부터 위임받은 권력(delegated powers)을 행사하는 것이라면 ‘회원국의 조치’에 해당된다. 다만, 이는 비정부기관의 행위를 정부에 귀속(attribution)시킬 수 있는 여러 경우의 수 중 한 가지를 예시한 것에 불과할 뿐, 제(ii)호의 정의 규정이 있다고 하여 정부 권력의 위임 방식 이외에 GATT/WTO 판례법에 따라 비정부기관의 행위가 정부의 행위로 귀속될 수 있는 다른 길이 차단된다고 할 수는 없다.⁵⁹⁾

여하튼 제(ii)호에 의하면 “비정부기관이 정부로부터 위임받은 권력을 행사하는 과정에서 취한 조치”도 ‘회원국의 조치’에 해당되므로 이에 관하여 좀 더 면밀히 해석을 해 보기로 한다. 우선 정부로부터 위임받은 권력이므로 결국 공권력을 행사하는 것인데, 어떤 경우에 정부 공권력을 위임 받았다고 할 수 있는지가 관건이 된다. 서비스협정은 아니지만, 상소기구인 보조금협정의 맥락에서 “위임

59) 물론 분쟁이 제기되면 중국은 제(ii)호에 해당하는 비정부기관의 행위 이외에 다른 방법으로 비정부기관의 행위가 정부로 귀속되어 ‘정부조치’가 될 수는 없다고 주장할 수 있을 것이나, 이는 “사인의 행위라도 정부에 귀속되면 이를 정부조치로 분쟁해결에 회부할 수 있다”고 판시한 최근의 상소기구 판례에 비추어 볼 때 받아들여질 가능성이 낮다.

(delegation)”이라는 단어를 해석한 바가 있어서 참고가 된다. US-Countervailing Duty Investigation on DRAMS 사건에서 상소기구는 패널이 보조금협정 제1.1(a) (1)조상 정부가 사적주체(private bodies)에게 “entrust”하였다는 의미를 해석하면서 “entrust”와 “delegate”를 동의어로 취급한 것의 오류를 지적하는 과정에서 “delegation”이라는 단어의 의미를 제시했다. 즉, “delegation”이란 정부가 사적주체에게 일정한 행위를 수행할 책임을 부여하는 수단이 될 것인데, 이는 통상적으로 공식적인 방법을 통해 달성되지만, 때로는 비공식적일 수도 있다고 판시했다.⁶⁰⁾

결국 중국의 한국관광서비스 제한조치는 사적주체인 중국여행사들이 한국관광 상품이나 비자발급 대행 등을 중단함으로써 한국 내 호텔 및 관광업소의 대중국인 서비스 공급에 영향을 끼친 행위인데, 그 행위를 중국 정부에 귀속(attribution)시킬 수 있을지에 따라서 ‘정부조치’로 볼 수 있을지가 결정될 것이다. 이에 관한 판단을 함에 있어서는 앞서 소개한 GATT/WTO 판례법상의 판단 기준을 적용하면서 ILC 국가책임협약 초안의 관련 조항을 참조하는 것이 옳은 방법일 것인데, 이하에서 그 분석을 해 보기로 한다.

2. 한국관광 중단조치에 대한 GATT/WTO 판례법의 적용

Japan- Films 패널이 판시한대로 WTO 협정상 분쟁해결절차의 대상이 되는 ‘조치’의 개념은 개별협정에서 그 적용대상에 관하여 특별 규정을 도입하고 있지 않는 한 모든 협정에 공통적으로 적용될 수 있다. 따라서 기존의 판례들이 WTO협정 중에서 다른 개별 협정 규정에 관한 것이라고 하더라도 한국관광서비스 제한조치가 서비스협정상 적용 대상이 되는 ‘회원국의 조치’에 해당하는지를 판단하는 데에도 유용한 판례가 될 수 있음은 앞서 보았다. 우선 Japan- Semi-conductors 판정부터 한국관광서비스 제한조치에 적용해 보기로 하자.

우선 가장 핵심적인 주장 사실은 중국 정부(국가여유국)이 지방여유국 및 북경 주요여행사를 소집하여 특정 일자부터 한국여행상품 관련업무를 전면 중지할 것을 구두로 지시하였는지 여부이다. 그런데 이 사실을 입증할만한 직접적인 증거가 없다는 가정 하에서 과연 이러한 사실을 입증할 수 있을 것인지는 WTO 분쟁해결절차상의 증거법 문제이다. 상소기구가 그동안 축적한 증거법 법리에 의

60) Appellate Body Report, US-Countervailing Duty Investigation on DRAMS, WT/DS296/AB/R, (adopted 20 July 2005), para. 110.

하면, 중국 정부인 국가여유국이 중국내 여행사들을 상대로 한국여행상품 관련 서비스를 중단할 것을 지시하거나 권유하였다는 사실을 입증하는 데에는 직접적인 개별 증거에 의존하지 않더라도 그와 관련된 여러 가지 정황증거나 간접사실에 비추어 입증하는 것이 가능할 수 있다. US- Countervailing Duty Investigation on DRAMS 사건에서도 상소기구는 보조금협정의 맥락이지만 한국 정부가 비정부기관들의 행위에 관여했다는 패널의 사실 인정 과정에서 개별 증거뿐만 아니라 정황증거를 포함해서 관련 증거를 전체적으로 평가하는 것이 가능할 뿐만 아니라 적당하다는 판시를 한 바도 있다.⁶¹⁾ 이는 패널이 관련 사실인정을 할 때 DSU 제11조에 따라 “객관적인 평가(objective assessment)”를 해야 할 의무가 있지만 그 평가 방법에는 패널의 폭 넓은 재량이 인정되며, 구체적인 사안에 따라 패널은 사실을 직접 인정할만한 증거가 없을 때 정황증거에 기초한 추론(inferences)을 통해서 사실을 인정할 수 있다는 관례⁶²⁾에도 부합한다.

이와 관련하여 Japan- Semi-conductors 패널이 언급한대로, 정부의 관여는 법적 구속력을 가진 공권력행사일 필요는 없으며 행정지도와 같이 법규에 근거하지 않은 비공식적인 구두 지시만으로도 충분하다는 점이 중요하다. 또한 Argentina-Import measures에서 상소기구가 명백히 한 것처럼 “unwritten measures”라고 하더라도 제소 가능한 정부조치에 해당할 수가 있다. 다만, 그 조치가 어떤 내용(substance)을 가지고 있는지가 입증의 대상이지 그 조치가 어떤 형태로 이루어졌는지, 즉 형식(form)은 중요하지 않다는 판례법을 상기할 필요도 있다. 다시 말하자면, 특정 일자에 30개 주요 여행사들이 일제히 한국관광상품 판매를 중단한 것은 사인의 행위라고 하더라도 그것이 정부에서 연유된 것이어서 그 사인의 행위와 정부 사이에 진정한 연결고리(real link)가 있음을 증명하면 되는 것이지, 중국 정부가 구체적으로 어느 날 어느 시간에 어느 장소에서 어떤 법적 근거 하에 어떤 형식으로 주요 여행사들에게 지시를 했는지를 개별적으로 입증할 필요는 없다.

61) Id, para. 150, 154.

62) Appellate Body Report, US- Continued Zeroing, WT/DS350/AB/R, (adopted 19 February 2009), para. 357 (“Because the design and operation of national regulatory systems will vary, we believe that, in a specific case, a panel may have a sufficient basis to reach an affirmative finding regarding a particular fact or claim on the basis of inferences that can be reasonably drawn from circumstantial rather than direct evidence.”)(밑줄 추가); Appellate Body Report, Canada-Aircraft, WT/DS70/AB/R, (adopted 20 August 1999), para. 198.

따라서, 예를 들어 (i) 2017. 3. 3. 국가여유국 홈페이지에 <한국여행에 대한 알림>을 등재해서 한국관광과 관련해서 신중히 여행 목적지를 선택하라는 공지가 나간 사실, (ii) 그 이후 3. 15.부터 방한 단체관광비자 신청자가 전무했고 중국 주요여행사들이 한국 관광 관련 업무를 전면 중단한 사실, (iii) 중국 국영여행사의 경우는 한국 여행을 하기 위한 전제 조건인 단순 항공권 또는 호텔예약, 개별 비자발급업무도 전면 중단한 사실, (iv) 중국의 관보적인 성격을 가진 인민일보나 환구시보가 국가여유국의 여행 목적지 신중 선택 제안을 사설에 보도하며 한국 여행을 자제할 것을 촉구한 사실 등⁶³⁾을 종합적으로 고려했을 때, 중국내 여행사들의 한국관광상품의 중단조치는 중국 정부와 진정한 연결고리가 있다는 입증이 가능할 것으로 판단된다.

보강증거의 수집은 WTO 패널이 구성된 이후에 패널을 통해서도 가능할 수

있다. 즉, DSU 제13조에 의하면 패널은 누구로부터라도 사실 인정에 필요한 정보를 제출할 것을 요청해서 이를 사실 인정의 근거로 삼을 수 있고, 만약 관련 정부가 이를 거부하는 경우에는 불리한 추정을 할 수도 있다는 점을 활용할 수 있다. 실제로 Argentina- Import Measures 사건에서 패널은 피제소국인 아르헨티나에게 문제된 조치를 직접 입증할만한 증거 제출을 요구했으나 이를 아르헨티나가 거절하였고, 따라서 패널이 이에 대한 불리한 추정을 하여 다른 정황증거들에만 입각해서 문제된 비문서 정부조치의 존재를 인정한 바도 있다.⁶⁴⁾

이번에는 Japan- Semi-conductors 패널이 제시한 두 가지 기준을 적용해 보자. 첫째, 중국 정부가 중국의 국영 또는 사기업 여행사들에게 한국관광 관련업무를 중단 또는 자제해 달라는 지시 또는 요청을 하였다면, 그 조치가 법적 구속력이 있는지 여부와 상관없이 여행사들에게

63) 이에 관한 외신의 보도 등 사실관계의 근거에 대해서는, 이재민, 전제논문, p. 11-12 참조.

64) Appellate Body Report, Argentina- Import Measures, WT/DS438, 444& 445/AB/R, (adopted 26 January 2015), para. 5.159 (“In previous disputes, the Appellate Body has held that “the refusal by a Member to provide information requested of it undermines seriously the ability of a panel to make an objective assessment of the facts and the matter, as required by Article 11 of the DSU”, and that, as part of its objective assessment of the facts under Article 11 of the DSU, a panel is entitled to draw adverse inferences from a party’s refusal to provide information. Therefore, “[w]here a party refuses to provide information requested by a panel under Article 13.1 of the DSU, that refusal will be one of the relevant facts of record, and indeed an important fact, to be taken into account in determining the appropriate inference to be drawn”)(밑줄 추가)

효과를 발휘할만한 충분한 유인요소 (incentives)가 있는지 여부이다. 흥미롭게도 사드보복조치 관련해서는 일본 반도체사건에서와 흡사한 정황이 드러난다. 즉, 일본 반도체산업이 자국 정부가 미국 정부와 반도체 수출가격에 관한 국가간 다툼이 있었으며 일본 정부가 양국간 협의 내용을 이행해야 할 필요성이 있었다는 것을 잘 인식했던 것처럼, 중국 여행사들 역시 한국과 중국 정부 사이에 사드배치를 둘러싼 불협화음이 있어 양국간 긴장이 고조되고 있었으며, 중국 정부가 한국 국방부와 롯데 사이에 사드배치 부지에 관한 합의가 공식화되자 그 다음날 “중국의 이익을 위하여 필요한 조치를 하겠다”는 중국정부의 입장표명이 있었음을 당연히 중국 여행사들이 인식하고 있었다. 또한, 일본 반도체사업자들은 정부가 제안하는 반도체가격제한을 따르지 않는 경우에 자사의 가격을 일본 정부가 감시할 수 있었기 때문에 이를 따라야 할 충분한 유인요소가 있었다고 판단되었다. 사드보복조치와 관련해서도, 중국 여행사들은 한국관광 대행업무를 계

속하는 경우 이를 중국 정부가 쉽게 홈페이지 확인을 통해 감시할 수 있음을 주지하고 있었기 때문에, 중국 정부와 기업체들 간의 관계를 고려했을 때, 정부의 지시나 권유를 따를 충분한 유인요소가 있었다고 설득력 있게 주장할 수 있을 것이다. 더욱이 중국의 <여행사 조례> 제51조⁶⁵⁾에 의하면 여행사들이 출국여행 업무, 특히 여행목적지와 관련하여 조례 위반이 있으면 중국 정부는 시정명령, 과태료 부과 또는 영업허가 취소를 명할 수 있는 바, 중국 정부가 여행사들에 대하여 보유하고 있는 광범위한 규제 권한을 감안했을 때 여행사들은 국가여유국의 한국여행관련 업무에 대한 지시가 법적 강제력을 가진 것이 아니라 단순히 행정지도 내지는 권유의 성격만을 띠었다고 하더라도 이에 곧바로 따를 유인요소가 충분하다고 주장할 수 있다. 실제로 며칠 후 같은 날짜에 동시에 30개 이상의 여행사들이 일제히 홈페이지에서 한국관광 관련 업무를 중단함을 공지하고 이를 그대로 실행에 옮겼다는 것은 유인요소가 충분하기 때문에 국가여유국의

65) **여행사 조례 제51조:** 본 조례의 규정을 위반하여, 중국경내주민의 출국여행업무를 영위한 경우, 혹은 출국여행업무를 영위하는 여행사가 여행자를 조직하여 국무원여행 행정주관 부문에서 공표한 중국공민출국여행목적지 이외의 국가 및 지역을 여행한 경우, 여행행정 관리부문은 시정명령을 내릴 수 있고, 불법소득을 몰수할 수 있으며, 불법소득이 10만 위안을 초과하는 경우 불법소득의 1배이상 5배 이하의 과태료를 병과할 수 있다. 상황이 엄중한 경우, 여행사의 업무경영허가증을 취소할 수 있다. (http://www.cnta.gov.cn/zwgk/fgwj/xzfg/201603/t20160302_761973.shtml)

지시나 권유를 100% 따라야 했었음을 단적으로 보여 준다. Japan- Semi-conductors의 두번째 기준, 즉 중국 여행사들의 한국관련여행업무 중단조치의 작동이 정부에 의존(dependent)하였는지는 중국 정부가 사드공식화 이후 직간접적으로 불만의 의사를 표시한 이후 중국 여행사들이 이를 일사불란하게 따랐다는 점에 비추어 보면 정부의존성 역시 충족이 될 것으로 보인다.

이제는 Japan- Film 판례를 적용해 보도록 한다. 이 사건에서 패널은 정부가 개입하는 형태가 반드시 법적으로 집행 가능한 수단일 필요는 없고 심지어 정부 기관이나 공무원의 일반적인 정책관련 발언만 있었다고 하더라도 그것이 실질적으로 법적 구속력을 갖는 조치와 비슷한 효과를 낼 수 있으면 충분하다고 보았다. 사드보복조치와 관련해서 중국 정부는 “중국의 이익을 위하여 필요한 조치를 하겠다”라는 일반적인 선언을 하였고, 2017. 3. 3.자로 한국을 여행지로 선택하는데 신중을 기하라는 공지를 홈페이지에 게시하여 지방여유국이나 국영여행사들이 이를 그대로 인용 공지하였다. 또한, 중국의 국영언론사인 인민일보나 환구시보에서 한국 여행에 대한 부정적인 입장을 표명하면서 이를 자제할 것을 촉구한 것도 중국 정부가 간접적으로 정

책방향을 표명한 것으로 볼 수 있다. 따라서, 2017. 3. 2.자에 구체적인 구두지시를 통해 여행사들에게 한국여행관련 업무의 전면 중단을 명령 또는 요청한 사실이 직접 증거로 입증되지 않는다고 하더라도, 위와 같이 중국 정부가 직간접적으로 정책관련 발언이나 공지를 한 것만으로도 실제로 중국 여행사들이 한국여행관련 서비스를 전면 중단시키는 효과가 있었기 때문에 정부와 그 중단행위간에 실제 연결고리가 있고, 따라서 정부조치의 존재를 인정할 수 있다고 설득력 있게 주장할 수 있다. 중국의 국영 및 민영 여행사들이 동시에 일사불란하게 한국여행업무를 중단하는 것이 정부의 영향력이 아닌 다른 이유로 설명이 되지 않을 것이라고 본다.

Japan- Films 뿐만 아니라 그 이전의 GATT 판정례에서도 일관되게 언급된 사항은 어떤 비정부기관의 행위가 정부에게 귀속될 수 있는지는 그 행위가 취해지고 효과를 발휘하게 되는 해당 국가의 특수한 여건이나 상황이 있으면 이를 예민하게 고려해야 한다는 것이다. 일본이 피제소국이었던 사건들에서 패널들은 항상 일본이라는 나라가 정부가 국가경제에 관여하는 역할이 타국에 비하여 광범위하고, 일본은 기업체들이 일본 정부의 지침을 잘 따르는 문화가 존재하는 국가

경제체제임을 주목하면서 사기업들의 단체 행동이 국가에 귀속될 수 있다고 판시하였다. 이 측면은 중국의 경우 더욱 설득력 있게 주장될 수 있다. 즉 중국은 아직도 사회주의경제체제가 국가경제의 기본 골격이고 따라서 중국 정부와 국영기업이나 심지어 사기업들과의 관계는 일본에서의 정경 관계보다 더 긴밀하다고 주장할 수 있다.⁶⁶⁾ 이 논점은 최근 상소기구의 여러 판시 내용에 비추어 볼 때에도 매우 유의미하다. 즉 최근 상소기구는 보조금협정의 맥락이지만, 어떤 주체를 정부 내지는 공공기관(public body)으로 볼 수 있는지에 관한 법적 기준을 제시하면서도 그 판단은 국가나 산업 또는 문제된 조치의 성질에 따라서 구체적으로 사안에 맞게 판단하여야 하며, 따라서 문제된 조치를 채택한 국가의 특수성을 잘 고려하여야 한다는 판시⁶⁷⁾를 하고 있음을 활용할 수 있다.

이번에는 국가책임 귀속론(attribution theory)과 관련하여 ILC 국가책임협약 초안을 적용하여 보자. 동 협약 초안 제8조는 사적주체의 행위라고 하더라도 그 행

위가 사실상 국가의 구체적인 지침을 따라 행동한 것이거나 국가의 명령/지도나 통제하에서 행한 것이면 국가의 행위로 간주된다고 규정하고 있다. 중국 여행사들의 한국관광업무 중단행위가 사적주체의 행위라고 하더라도 앞서 본 정황증거나 간접증거에 기초하여 중국 정부인 국가여유국의 구체적 지시나 권유에 따른 것임을 입증할 수 있는 가능성이 있다. 가사 중국 정부가 한국여행업무 중단 내지는 자제라는 구체적 지침(instructions)을 주지 않았다고 하더라도, 중국 여행사들이 같은 날 일사불란하게 서비스 중단조치를 단행한 것은 그 여행사들이 최소한 이 문제된 조치와 관련해서는 중앙정부의 정책방향에 관한 지시나 명령(direction)을 받는 관계에 있거나 통제(control)하에 있는 것이라고도 주장할 수 있을 것이다. 다만, 여기서 주의해야 할 점은 위 초안 제8조는 사인의 행위가 국가에 귀속될 수 있는 경우를 예로 들고 있는 것이지 위 조건을 충족하지 않으면 사인의 행위를 국가에 귀속시킬 수 없다고 단정하고 있지는 않다는 것이다.⁶⁸⁾

66) 중국이 사드 보복조치와 유사한 방식의 경제 제재를 그 동안 여러 번 활용해 왔다는 사례를 보여주는 논문으로는, 유현정·주재우, 한국의 사드배치결정에 대한 중국의 대한 경제보복과 한국의 대응방안, 세계지역연구논총 35집 2호 (2017), p. 167 이하 참조.

67) Appellate Body Report, US-Carbon Steel(India), WT/DS436/AB/R,(adopted 19 December 2014), para. 436.

68) 위 초안 제8조의 규정을 WTO에 액면 그대로 엄격하게 적용하는 것이 적당하지 않고, 국제경제의 맥락에서는 위 초안의 요건 적용에 더 완화된 기준을 제시하는 것이 적당하다는 견해로는, Rex J.

마지막으로 언급할 사항은, 서비스협정의 용어 정의 규정인 제XXVII조에서 ‘조치(measures)’가 어떤 형식인지 상관없다는 취지로 “any other form”이라고 규정하고 있다는 점이다. 따라서, 어떤 행위라고 하더라도 그 행위의 형식을 따질 필요없이 정부에 귀속될 수 있다는 점만 입증되면 서비스협정상 ‘조치’에 해당할 수 있다. 그런 점에서도 중국 정부가 어떤 구체적인 형식으로 여행사들의 한국관광업무 중단에 영향을 미쳤는지와 상관없이 그 중국여행사들의 업무중단행위가 정부에 귀속할 수 있다는 것만 입증하면 ‘조치’의 존재를 입증할 수 있게 된다.

3. 서비스협정 제1:3조 후문

중국여행사들의 한국관광관련 업무중단조치가 “회원국(중국)의 조치(measures by Members)”인지는 앞서 충분히 살펴 보았다. 다만, 서비스협정 제1:3조 후문에 흥미로운 회원국의 의무가 규정되어 있어 이를 살펴 보아야 한다. 그 후문에 의하면, 회원국들은 서비스협정상의 의무나

약속(commitments)을 이행하는 과정에서 자국 지방 정부나 당국 또는 그 영토내의 “비정부기관(non-governmental bodies)”들이 그 의무나 약속을 준수(ensure observance)하는데 활용할 수 있는 합리적인 조치(reasonable measures)를 취해야 한다.⁶⁹⁾

따라서, 가사 중국 여행사들의 한국관광관련 업무중단행위가 정부에 귀속되지 않는 비정부기관(private bodies)의 행위라고 가정하더라도, WTO 회원국인 중국정부는 그 여행사들이 중국정부가 부담하는 의무나 양허표상의 약속을 무효화할 수 있는 행위를 막기 그 ‘의무를 준수하는 것을 담보(ensure)’하기 위해 합리적인 조치를 취해야 할 의무가 있는데, 중국정부는 오히려 이를 조장하거나 묵인 또는 방치함으로써 위 후문 상의 회원국 의무를 위반하고 있다고 주장할 수도 있을 것이다. 이는 위 관광업무중단행위로 인하여 무역제한의 효과가 시장에서 현저하게 발생하고 있는 점에 비추어 사인이 WTO협정상의 의무를 준수하도록 담보하지 못하고 있다고 할 수 있기 때문이다.⁷⁰⁾ 특히 상소기구가 WTO 분쟁해결절

Zedalis, supra note 6, p.353-356 참조.

69) 원문은 다음과 같다. “In fulfilling its obligations and commitments under the Agreement, each Member shall take such reasonable measures as may be available to it to ensure their observance by regional and local governments and authorities and non-governmental bodies within its territory;” WTO 협정 전반에 걸쳐 이러한 형식의 조문들, 특히 “shall take reasonable measures”와 “ensure”의 의미에 대하여 분석하는 논문은, Jan Bohanes & Iain D. Sandford, supra note 6, p.27 이하 참조.

차의 대상으로서 부작위(omission)를 포함한다고 판시한 것에 비추어보면 위 조문에서 정부가 사인의 서비스협정상 의무준수를 담보하기 위해 취해야 할 합리적인 조치를 취하지 않은 부작위가 서비스협정 제1:3조 후문 위반이 된다고 충분히 주장할 수 있을 것으로 보인다.

이에 대해서는 위 후문에 나오는 ‘비정부기관(private bodies)’이 모든 사적주체를 포함하는지 아니면 제1:3(a)(ii)조에서 나오는 ‘정부 권력을 위임받아 행사하는 비정부기관’에 국한되는 것인지가 논란이 있을 수는 있다. 그러나 위 후문에 나오는 비정부기관이 제(ii)호상의 비정부기관에 국한된다는 문구가 없고, 제(ii)호상에도 “정부 권력을 위임받아 행사하는 비정부기관”을 축약하여 단순히 ‘비정부기관’으로 표기한다는 문구가 없기 때문에 위 후문에 나오는 비정부기관은 반드시

정부 권력을 위임받아 행사하는 기관에 국한시킬 필요가 없다고 주장할 수 있을 것이다. 또한 이러한 후문의 해석은 관련 맥락(context)이라고 할 수 있는 서비스협정 제VIII조와 제IX조에 의해서도 뒷받침된다. 즉, 동 규정들은 사기업이면서 ‘정부 권력을 위임’받은 경우에 한하지 않고 모든 서비스 독점공급업자나 복수의 서비스 공급자들의 특정한 영업관행이 경쟁과 서비스교역을 제한하는 효과가 있음을 인식하고 이들이 정부의 서비스협정상 의무(obligations)나 약속(commitments)을 위반하지 않도록 해야 할 의무를 WTO회원국에게 부과하고 있다. 따라서 이 규정상의 의무들과 균형을 맞춘다는 관점에서 위와 같이 제1:3조 후문의 “비정부기관”을 폭넓게 해석하는 것이 더욱 맥락에 맞는 합리적 해석이라고 주장할 수 있다.⁷¹⁾

70) 이와 같은 논지로는, Jan Bohanes & Iain D. Sandford, *supra* note 6 참조.

71) 또한 TBT협정 제3.1조, 제4.1조나 SPS협정 제13조에서도 유사한 조문형식을 가지고 있는데, “비정부기관”에 대하여 특별한 정의규정이 없기 때문에 위와 같이 해석될 여지가 크다는 점도 도움이 될 수 있을 것이다.

TBT 협정 Article 3(Preparation, Adoption and Application of Technical Regulations by Local Government Bodies and Non-Governmental Bodies)

With respect to their local government and non-governmental bodies within their territories:

3.1 Members shall take such reasonable measures as may be available to them to ensure compliance by such bodies with the provisions of Article 2,

Article 4(Preparation, Adoption and Application of Standards):

4.1 ...They shall take such reasonable measures as may be available to them to ensure that local government and non-governmental standardizing bodies within their territories, as well as regional standardizing bodies of which they or one or more bodies within their territories are members, accept and comply with this Code of Good Practice.

V. 맺음말

이상의 논의를 종합하면, 중국여행사들의 한국여행관련 업무 중단조치는 사적 주체의 행위라고 하더라도 GATT/WTO 판례법에 따라 중국정부에 귀속되는 정부조치라고 설득력있게 주장할 수 있다. 설사 중국여행사들의 보복조치가 정부에 귀속될 수 없는 사인의 행위라고 가정하더라도, 중국정부는 서비스협정 제1:3조 후문에도 불구하고 중국여행사들의 행위가 중국정부의 서비스협정상 의무나 약속을 위반하는 효과를 발생시키고 있음에도⁷²⁾ 이를 방치하거나 조장한 것이므로, 이를 방지할 합리적 조치를 취해야 하는 의무를 위반하고 있다.

최근 유감스럽게도 청와대는 중국을 상대로 한 사드보복조치의 WTO 제소를 고려하고 있지 않다는 입장을 표명하였다.⁷³⁾ 이는 현재 북한의 핵도발에 기인한 심각한 안보상황과도 무관하지 않으며 결국 우리나라 국익 전체 차원에서 판단할 문제일 수도 있다. 여하튼 제반 상황

의 전개 방향에 따라 정부 관계부처에서는 언제든지 WTO 제소가 가능할 수 있도록 준비를 하고 있어야 할 것이며, 본 논문이 그 준비에 기여할 수 있기를 기대한다.

마지막으로 한가지 언급해야 할 점은, 어떤 조치를 제소할 때 그 조치는 패널 설치요청 시점에 존재하거나 효력이 유지되고 있어야 한다는 것이다. 만약 앞으로 중국여행사가 한국관광업무를 재개하기 시작하면 더 이상 WTO 분쟁해결절차의 대상으로서의 ‘조치’가 존재하지 않게 될 가능성이 있다. 따라서, 이는 WTO 제소 시점을 선택할 때 고려할 사항이다. 물론, WTO판례법상 패널설치요청 이후에 조치가 더 이상 존재하지 않게 된 경우에는 DSB가 위반된 조치를 철회하도록 권고할 수가 없지만, 그 조치의 협정위반을 확인하는 판정을 받을 수는 있다.⁷⁴⁾ 우리나라 입장에서는, 중국을 상대로 향후 사드보복조치와 유사한 무역 제재의 재발을 방지한다는 관점에서, 중국적으로 위반된 조치의 철회를 얻지 못하

SPS 협정 Article 13(Implementation): ...Members shall take such reasonable measures as may be available to them to ensure that non-governmental entities within their territories, as well as regional bodies in which relevant entities within their territories are members, comply with the relevant provisions of this Agreement.

72) 이에 관한 자세한 법적 분석은 이재민, 전제 논문 참조.

73) 조선일보, “靑, ‘中 사드 보복’ WTO 제소 않기로...” 지금은 중국과 협력할 때(2017년9월14일) http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2017/09/14/2017091402882.html

74) Appellate Body Report, US- Certain EC Products, WT/DS165/AB/R, (adopted 10 January 2001), para. 81와 Appellate Body Report, US- Upland Cotton, WT/DS267/AB/R, (adopted 21 March 2005), para. 272 참조.

여도 분쟁해결절차에서 그 위법성을 확인 받는 것만으로도 매우 유의미할 수 있다고 생각된다. 이는 중국에 대한 관계에서만 중요한 것이 아니라, WTO 회원국이 사인의 행위 뒤에 숨어서 WTO 제소를 피하려고 하는 행동은 다자무역

체제상의 WTO 의무를 실질적으로 위반하는 탈법행위에 해당함을 우리나라가 WTO 분쟁해결절차를 통해 전세계에 알림으로써 다른 모든 WTO 회원국들이 이와 같은 행위를 다시 반복하지 않도록 하는데 기여하는 효과도 있다고 본다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

이재민. THAAD 배치와 중국 정부의 대한 관광산업 제한조치: GATS협정 위반 여부를 중심으로. 국제경제법연구. 제15권 2호. 2017.

유현정 · 주재우. 한국의 사드배치결정에 대한 중국의 대한 경제보복과 한국의 대응방안. 세계지역연구논총 35집 2호. 2017.

2. 외국 문헌

Santiago Villalpando, “Attribution of Conduct to the State: How the Rules of State Responsibility May be Applied within the WTO Dispute Settlement System”, 5 Journal of International Economic Law 393 (2002)

Rex J. Zedalis, “When do the Activities of Private Parties Trigger WTO Rules?”, 10 Journal of International Economic Law 335 (2007)

Jan Bohanes & Iain D. Sandford, “The (Untapped) Potential of WTO Rules to Discipline Private Trade-Restrictive Conduct”, Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference Paper (2008)

Alan Yanovich & Tania Voon, “What is the Measure at Issue?”, Andrew Mitchell (ed.), Challenges and Prospects for the WTO (Cameron May, 2005)

International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Supplement No. 10 (A/56/10), chp.IV.E.1, (2001)

_____, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries. Yearbook of the International Law Commission, vol. II, Part Two, (2001)

International Court of Justice, Advisory Opinion, Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, ICJ Reports (1999)

Alberto Alvarez-Jimenez, “International State Responsibility for Acts of Non-State Actors: The Recent Standards Set by the International Court of Justice in Genocide and Why the WTO Appellate Body Should Not Embrace Them”, 35 Syracuse J. Int’l L. & Com. 1(2007)

John C. Kingery, “The U.S.-Japan Semiconductor Arrangement and the GATT: Operating in a Legal Vacuum”, 25 Stan. J. Int’l L. 467 (1989)

3. 참고 GATT/WTO 판정례

Appellate Body Report, Guatemala- Cement I, WT/DS60/AB/R (adopted 25 November 1998)

Appellate Body Report, US- Corrosion-Resistant Steel Sunset Review, WT/DS244/AB/R, (adopted 9 January 2004)

Appellate Body Report, US- Shrimp, WT/DS58/AB/R, (adopted 6 November 1998)

Appellate Body Report, Canada-Wheat Exports and Grain Imports, WT/DS276/AB/R, (adopted 27 September 2004)

Appellate Body Report, US- Antidumping and Countervailing Duties(China), WT/DS379/AB/R, (adopted 25 March 2011)

Appellate Body Report, US-Carbon Steel (India), WT/DS436/AB/R, (adopted 19 December 2014)

GATT Panel Report, Japan-Agricultural Products, BISD 35S/163, (adopted 2 March 1988)

Panel Report, Japan- Film, WT/DS44/R, (adopted 22 April 1998)

Panel Report, US- Orange Juice (Brazil), WT/DS382/R, (adopted 17 June 2011)

Appellate Body Report, Korea-Variou Measures on Beef, WT/DS161 & 169/AB/R, (adopted 10 January 2001)

Appellate Body Report, Argentina- Import Measures, WT/DS438, 444 &445/AB/R (adopted 26 January 2015)

GATT Panel Report, Japan- Semi-conductors, BISD 35S/116, (adopted 4 May 1988)

GATT Panel Report, EEC- Dessert Apples, BISD 36S/93, (adopted 22 June 1989)

GATT Panel Report, Japan- Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products BISD 35S/163, 242, adopted on 22 March 1988)

Appellate Body Report, EC and Certain Member States- Large Civil Aircraft, WT/DS316/AB/R, (adopted 1 June 2011)

Appellate Body Report, US-Countervailing Duty Investigation on DRAMS, WT/DS296/AB/R, (adopted 20 July 2005)

Appellate Body Report, Canada-Aircraft, WT/DS70/AB/R, (adopted 20 August 1999)

Appellate Body Report, US- Continued Zeroing, WT/DS350/AB/R, (adopted 19 February 2009)

Appellate Body Report, US- Certain EC Products, WT/DS165/AB/R, (adopted 10 January 2001)

Appellate Body Report, US- Upland Cotton, WT/DS267/AB/R, (adopted 21 March 2005)

[국문초록]

WTO 분쟁해결절차상 “정부조치” 개념의 재조명: 사인의 행위와 WTO 피제소 적격

본 논문은 WTO 분쟁해결절차의 피제소 적격을 가진 “WTO 회원국의 조치”의 개념을 정의하고 분석한다. 위 ‘조치(measures)’ 개념에는 정부기관의 행위(작위 또는 부작위) 뿐만 아니라 사인의 행위라고 하더라도 그 행위가 정부에 귀속(attribution)되는 경우를 포함한다. 이 논문의 핵심은 어떤 상황에서 그 귀속을 인정할 수 있는지에 관한 기준을 기존의 GATT/WTO 판정례와 ILC 국가책임협약 초안에 비추어 도출해 내고자 한다. 이 논의를 위한 구체적인 사례로서 현재 문제되고 있는 중국의 사드 보복조치 중 한국관광서비스 제한행위를 예로 들어 분석한다. 본 논문은 중국여행사들의 한국관광서비스 중단행위가 비록 사인의 행위라고 하더라도 그 여행사들과 중국 정부의 독특한 관계에 비추어 볼 때 중국정부가 직접 한국관광서비스를 공권력을 동원하여 금지시킨 것이라는 직접 증거가 없다고 하더라도 WTO 증거법 법리에 따라 간접증거 내지는 정황증거에 기초하여 그 사인(중국여행사)들의 행위를 중국 정부에 귀속시킬 수 있다는 논거를 제시한다. 본 논문의 분석은 중국 사드 보복조치만을 겨냥한 것만이 아니라 중국을 비롯한 다른 WTO 회원국들의 향후 사드보복조치와 유사한 무역 제재의 재발을 방지하는 논거를 제시한다는 점에서 유의미하다.

주제어

정부조치, 회원국 조치, 국가귀속, 세계무역기구 제소, 사드보복조치, 서비스협정, 사인의 행위, 국제법위원회 국가책임협약 초안, 공공기관, 비문서조치, 연속된 행위

[ABSTRACT]

Revisiting the Concept of “Government Measures” under
the WTO Dispute Settlement:
Can Conduct by Private Parties Be Challenged?

This paper aims to define the concept of “measures by WTO Members”, which can be challenged under the WTO dispute settlement procedures. This concept captures not only any act or omission by a WTO Member, but also conduct by private parties that can be attributable to a WTO Member. The main focus of this paper is to delineate the criteria for under what circumstances such attribution can be recognized. For this purpose, this paper comprehensively reviews all the GATT and WTO jurisprudence (Panel and Appellate Body Reports) that touched upon the concept of ‘measures’ in the context where seemingly private parties’ conduct has been challenged under the GATT/WTO dispute settlement. To avoid making this analysis too abstract, this paper attempts to apply the criteria drawn from the prior jurisprudence to China’s retaliatory measures against South Korea’s recent decision to deploy THAAD facilities, which was made against possible missile attacks by North Korea. This paper reaches a conclusion that, in light of the unique relationship between the Chinese government and its non-governmental entities including private enterprises, China’s THAAD-related retaliatory measures can be challenged under the WTO dispute settlement in reliance on the WTO evidentiary rules that allow proof of the key facts (attribution) by use of circumstantial evidence. The analysis provided for in this paper may contribute to preventing circumvention of WTO obligations by WTO Members by use of a mask of private parties’ conduct in the future.

Key words

government measures, measures by WTO Members, attribution, WTO filing, THAAD retaliatory measures, GATS, conduct by private bodies, ILC Draft Articles on State Responsibility, public bodies, unwritten measures, on-going conduct