

통 상 법 률

목 차

2021년 제2호 (통권 제151호)

◆ 논 단

1. 탄소국경조정 도입의 WTO 합치성 쟁점 :
GATT 제2조, 제3조, 제20조 김 호 철 / 3
2. Shareholder Claims for Reflective Loss in Investor-State Disputes and Reform
Options 이 재 성 / 55
3. 해외건설공사에 대한 하도급법의 적용가능성 및 FIDIC 표준계약조건의
하도급법 위반가능성 황 성 현 / 92
4. 코로나19 백신 관련 EU와 미국의 수출통제 위 민 복 / 137
5. 국제중재에서의 증거 배제 사유 : 영업상/기술적 기밀성과
정치적 민감성/국가기밀성의 비교를 중심으로 임 아 영 / 174

◆ 해외동향

1. WTO 제12차 각료회의를 앞두고 : 현황과 전망 안 홍 상 / 192
2. UN국제상거래법위원회 제4실무작업반 논의 동향 공 보 영 / 199
3. UN국제상거래법위원회 제5실무작업반 논의 동향 임 세 영 / 215
4. UN국제상거래법위원회 제6실무작업반 논의 동향 김 하 영 / 227

탄소국경조정 도입의 WTO 합치성 쟁점 :

GATT 제2조, 제3조, 제20조

산업통상자원부 FTA정책기획과장 김 호 철*

*논문접수 : 2021. 4. 22. *심사개시 : 2021. 5. 3. *제재확정 : 2021. 5. 11.

〈 목 차 〉

I. 서론	IV. WTO 조문별 합치성 분석
II. 탄소국경조정 개요	V. 새로운 접근 모색
III. 주요국 동향	VI. 결론 및 시사점

I. 서론

미국 바이든 대통령은 기후변화 관련 대선공약으로 2050년 청정에너지 전환 및 탄소중립(net-zero) 달성을 제시하고, 탄소배출감축 의무를 다하지 않는 국가로부터 수입되는 상품에 대한 탄소조정부담(carbon adjustment fees or quotas) 도입을 언급하였다.¹⁾ 캐서린 타이 美무역대표(USTR)도 통

상정책에 대한 공식 연설에서 기후변화를 포함한 환경적 요구를 반영한 통상개혁을 추진할 것임을 표명하였다.²⁾

EU도 그린딜을 통해 2050년 기후중립(climate neutrality) 목표를 선언하고 탄소규제를 강화하면서 국가간 규제수준 차이로 인한 탄소누출 우려를 해소하기 위한 탄소국경조정제도(CBAM: Carbon Border Adjustment Mechanism) 준비도 본격화하고

* 산업통상자원부 통상교섭본부 FTA정책기획과장, 미국변호사, 서울대 법학전문박사. 본고는 개인적인 견해이며 정부의 공식적인 입장과는 무관합니다.

1) The Biden Plan for a Clean Energy Revolution and Environment Justice, available at <https://joebiden.com/climate-plan>: “[...] the Biden Administration will impose carbon adjustment fees or quotas on carbon intensive goods from countries that are failing to meet their climate and environment obligations.”

2) USTR press release, “Remarks from Ambassador Katherine Tai on Trade Policy, the Environment and Climate Change”, 04/15/2021.

있다.³⁾ 파리협정의 감축목표를 성공적으로 달성하면서 공정한 경쟁 환경을 확보하려면 탄소국경조정이 필수적이라고 인식한다. 유럽 의회는 WTO와 FTA 협정에 합치되도록 차별적이거나 위장된 국제무역 제한조치가 되지 않는 형태의 CBAM 도입을 지지한다는 결의문을 채택하였다.⁴⁾ 이에 따라 EU집행위는 CBAM 규정 초안 발표를 준비 중이다.

사실 탄소국경조정 도입 논의는 오래전부터 제기되어 왔고, 학계의 다양한 연구와 각국의 입법 시도가 있었지만 법적, 정치적 및 기술적 어려움으로 실현되지 못하였다. 그러다 보니 이번에도 탄소국경조정 논의가 구체적 성과를 거두기 쉽지 않을 것이라고 보는 평가도 있다. 하지만 탄소

중립 확산에 대한 국제적 관심이 고조되어 있고, 미국과 EU 중심으로 정치적 의지가 강하며, WTO 다자체제도 개혁이 요구되는 시점임을 감안, 주요국이 기후클럽(climate club)을 결성하고 미참여국에 대한 탄소국경조정 도입을 압박하여 국제협상의 레버리지로 활용할 가능성이 크다.⁵⁾ 이 경우 일방적 과세 조치로 인해 주요국간 무역 갈등이 고조되고 기업의 글로벌 비즈니스가 위축될 수 있다는 우려도 제기된다.⁶⁾

국내 문헌에 GATT 제2조 제2항(a) 국경세조정을 중심으로 탄소국경조정에 대한 WTO 합치성 분석이 오래전부터 소개되었고 신진 연구도 활발하게 이루어지고 있다.⁷⁾ 이에 불구, 최근 다시 탄소국경조정

3) European Commission, Keynote speech by President von der Leyen at the World Economic Forum, 16 September 2020.

4) European Parliament, "Resolution towards a WTO-compatible EU Carbon Border Adjustment Mechanism", 2020/2043(INI).

5) 미국 경제학자 Nordhaus는 국제적인 환경 무임승차를 방지하고 각국의 탄소감축 동참을 확산시키기 위해 주요국이 기후클럽(Climate Club)을 결성하여 공통된 탄소가격제를 시행하고 미참여국에 과징금을 부과할 것을 제안해왔다: Nordhaus, W., "Climate Clubs: Overcoming Free-riding in International Climate Policy", American Economic Review 2015, 105(4) & "The Climate Club: How to Fix a Failing Global Effort", Foreign Affairs 99(3), May/June 2020.

6) 연합뉴스, "수출기업 발목 잡는 글로벌 통상 새 이슈들: 글로벌 법인세, 탄소국경세 등 급물살", 2021. 4. 19.자; Prag, A., "The Climate Challenge and Trade: Would border carbon adjustments accelerate or hinder climate action?", OECD Background paper for the 39th Round Table on Sustainable Development, 25 February 2020.

7) 탄소국경조정에 관한 국내문헌으로 다음을 참조: 이재형, "기후변화협약과 환경세의 국경조정", 통상법률 제61권, 2005; 이ורי, "탄소세의 국경세조정에 대한 WTO 법적 검토", 국제법학회논총 55(1), 2010. 3.; 이소영, "WTO Compatibility of Carbon Motivated Border Tax Adjustments - Border Adjustability of Carbon Taxes", 국제법학회논총 55(2), 2010. 6.; 김호철, 기후변화와 WTO: 탄소배출권 국경조정, 서울대학교 법학연구소 법학연구총서 34, 2011; 이천기, "WTO 협정상 수입 국경세조정에 관한 연구 - 탄소세와 배출권에

논의가 활성화되어 WTO에 합치되는 탄소 국경조정 설계에 대한 아이디어가 활발하게 모색되고 있는바,⁸⁾ 기존의 GATT 제2조, 제3조 및 제20조를 아우른 규범적 논의를 전반적으로 되짚어보고 WTO 협정과 합치되는 창의적인 접근과 국제적 논의가 어떤 방향으로 전개될지 점검해볼 필요가 있다고 생각한다.

본고는 탄소국경조정 개념, 미국과 EU 내 논의 동향과 향후 도입 가능성을 살펴보고, 조치 시나리오를 상정하여 GATT 제2조, 제3조 및 제20조를 중심으로 WTO 협정상 허용 여부와 관련된 법적 근거, 논란이 되는 쟁점, 합치성 조건과 대안은 무엇인지를 분석해 보고자 한다.

II. 탄소국경조정 개요

1. 개념적 접근

‘탄소(carbon)’는 지구에 존재하는 화학 원소를 의미하는데, 탄소국경조정에서 ‘탄소’는 화학원소 그 자체보다는 인간의 활동으로 인하여 발생하는 지구온난화를 유발하는 기체인 온실가스(greenhouse gas)를 지칭하며, 각국은 일반적으로 이산화탄소(CO₂), 메탄(CH₄), 아산화질소(N₂O), 수소불화탄소(HFCs), 과불화탄소(PFCs), 육불화황(SF₆) 등 6개 가스로 정의하고 있다.⁹⁾

‘국경조정(border adjustment)’의 경우, GATT 또는 WTO 협정상 규정된 용어가 아니라 강화상 발전된 개념으로, 국내상품에 부과되는 의무를 수입상품에도 동등하게 부과하기 위해 국경에서 조정하는 조치를 일컫는다. 이때 ‘국경’이라는 표현은 수

의 적용가능성 및 그 시사점”, 통상법률 135, 2017. 6.; 정민정, “국경탄소조정과 WTO 규범의 합치 여부”, 국제법학회논총 62(3), 2017. 9.; 이종교, “탄소세 및 배출권의 국경조정에 대한 주요 법적 쟁점 검토”, 환경법과 정책 20, 2018. 2.; 한정현, “국제 무역규범과 환경규범의 경쟁과 공존: EU 탄소국경조정제도를 중심으로”, 국제지역연구 30(1), 2021. 3.

8) Flannery, B., J. Hillman, J. Mares and M. Porterfield, “Framework proposal for a US Upstream GHG Tax with WTO-Compliant Border Adjustments: 2020 Update”, Resources for the Future, Report 20-14, October 2019; Harrell, P., “How Biden Could Use Trump’s Trade War Thumbscrews to Fight Climate Change”, Foreign Policy, August 2020; Reinsch, W., “A Trade Policy for the 20s, Climate”, CSIS commentary, January 26, 2021; Marcu, A., M. Mehling and A. Cosbey, “Border Carbon Adjustments in the EU: Issues and Options”, ERCST Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition, 2020; Lamy, P., G. Pons and P. Leturcq, “Greening EU Trade 3: A European Border Carbon Adjustment proposal”, Europe Jacques Delors Policy Paper, June 2020.

9) 저탄소녹색성장기본법 제2조 제9호 : “온실가스”란 이산화탄소(CO₂), 메탄(CH₄), 아산화질소(N₂O), 수소불화탄소(HFCs), 과불화탄소(PFCs), 육불화황(SF₆) 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 것으로 적외선 복사열을 흡수하거나 재방출하여 온실효과를 유발하는 대기 중의 가스 상태의 물질을 말한다.

출입과 관련된다는 의미이며, 국경에서 이루어진 조치뿐 아니라 반입된 상품에 대한 사후조치도 포함될 수 있다. ‘조정’은 국내 상품과 수입상품간 동등한 경쟁 여건 확보를 위해 조정한다는 의미를 내포한다.

GATT 체제에서 ‘국경세조정(BTA: Border Tax Adjustment)’ 개념으로 논의되어 왔고, 1970년 국경세조정 작업반보고서는 국경세조정을 “전체적으로 또는 부분적으로 도착지 과세원칙의 효력을 가져오는 재정적 조치(예: 국내시장에서 판매되는 유사한 국내상품과 관련하여 수출국에서 부과되는 세금부담으로부터 부분적으로 또는 전체적으로 벗어나게 하거나, 소비자들에게 판매되는 수입상품에 대해 수입국에서 유사한 국내상품과 관련하여 부과되는 세금의 일부 또는 전체를 부과)”라고 정의하였다.¹⁰⁾

따라서 ‘탄소국경조정(carbon border adjustment)’은 기본적으로 국내에 탄소세 또는 배출권거래제를 도입하면서 수입상품에 대해서도 동등한 의무를 부과하는 조치라고 할 것이다. 하지만 그 개념적 범위에 대해 학문적으로나 실무적으로 아직 명확

하게 정의되지 않았으며 다양한 유형의 조치들이 포함될 수 있다. WTO 합치성 분석도 각국별 상황에 따른 다양한 시나리오를 감안하여 접근해야 한다.

EU가 ‘탄소국경조정제도(CBAM)’ 용어를 사용한 것은 국내 탄소규제와 동등하게 수입상품에 재정적 의무를 부과하려는 취지를 강조하려는 의도이며, 실제 제도의 형태가 구체화된 것은 아니다. 전문가들은 조세 도입을 위한 내부의 까다로운 절차, 기존 제도와 조화 등을 고려하여 EU 배출권거래제(ETS)와 연계한 새로운 수입부담금 형태로 접근할 것으로 예상된다.

2. 도입 주장 근거

기후변화 국제체제인 UNFCCC 제3조 제1항¹¹⁾은 “모든 국가가 지구온난화에 책임이 있으나 기후변화에 대한 역사적 책임을 고려하여 선진국과 개도국간의 차별적인 의무를 부담”하는 ‘공동의 차별화된 책임(common but differentiated responsibilities)’ 원칙을 규정하였고, 파리협정 제4조 제3항¹²⁾에서도 이러한 원칙을 확인하였다. 국제사회 공동현안인 기후변화에 모든 국가

10) GATT, “Report of the Working Party on Border Tax Adjustments”, adopted on 2 December 1970, BISD 18S/97, para.5.

11) United Nations Framework Convention on Climate Change (1992), Article 3.1: “The Parties should protect the climate change system [...], on the basis of equity and in accordance with their common but differentiated responsibilities and respective capabilities. [...]”

가 공동으로 대응하지만, 각국의 탄소감축 책임 정도는 동일하지 않으며 어떠한 정책 수단을 선택할지도 조치국 재량이다. 이로 인해 각국간 기후정책 및 규제 수준에서 불균형이 발생하게 되고 이는 ‘경쟁력’ 저하와 ‘탄소누출’ 우려를 유발한다.

첫째, ‘경쟁력(competitiveness)’ 우려를 살펴보자. 일반적으로 경쟁력은 시장에서 상품 및 서비스를 판매할 수 있는 능력으로 정의되고, 시장점유율 및 수익의 증가로 측정된다. 특정국만 탄소규제를 도입하면 해당 국가의 기업 또는 상품이 그렇지 않은 국가의 기업 또는 상품에 비해 경쟁력 열위에 놓인다는 것이다. 국가경제 전체적으로 탄소규제가 경쟁력 저하를 가져오는지는 명확하지 않지만, 시멘트, 철강, 석유화학, 화학, 제지 등 탄소다배출 분야에서 기업의 경쟁력 저하 주장이 지속해서 제기되어 왔고, 일자리 문제와 직결되기 때문에 어려운 정치적 난관이기도 하다.¹³⁾

둘째, ‘탄소누출(carbon leakage)’이다.

IPCC는 “한 국가의 기후변화 정책의 결과로 그 국가 영역 밖에서 배출이 증가하거나, 그 국가 영역 안에서 배출이 감소하는 것”으로 정의하고 있다. 이론적으로, 생산기지가 재배치되는 운영누출, 해당국 환경규제 전망에 따른 투자누출, 화석연료 감소로 가격이 하락하고 소비가 증가함에 따른 간접누출 등이 거론된다. 탄소배출이 일어나는 장소가 어디든 모든 국가에 영향을 미치는 상황에서 상대적으로 낮은 비용으로 탄소배출 감축이 가능한 곳이 배출규제를 피해간다면 탄소감축 목표 달성도 불가능하게 된다.¹⁴⁾

정리하면, 특정국이 자국내 높은 감축의무 달성을 위해 엄격한 국내정책을 도입하는 경우, 해당국 기업이 낮은 감축의무로 규제가 덜 엄격한 국가의 기업에 비해 경쟁상 불이익에 처하고, 그 결과 탄소배출을 수반하는 생산활동이 규제가 덜 엄격한 국가로 이전되어 전세계적 온실가스 감축 노력도 실패할 수 있으므로, 국내 동종상

12) Paris Agreement (2015), Article 4.3: “Each Party’s successive nationally determined contribution will represent a progression beyond the Party’s then current nationally determined contribution and reflect its highest possible ambition, reflecting its common but differentiated responsibilities and respective capabilities, in the light of different national circumstances.”

13) OECD, “Linkages between Environmental Policy and Competitiveness”, OECD Environmental Working Paper No.13, 2010; Reinaud, J., “Issues behind Competitiveness and Carbon Leakage: Focus on Heavy Industry”, IEA Information Paper, 2008; Krugman, P., “Competitiveness: A Dangerous Obsession”, Foreign Affairs, March-April 1994, pp.28-44.

14) Stephenson, J. and S. Upton, “Competitiveness, Leakage and Border Adjustment: Climate Policy Distractions?”, discussion paper prepared for the OECD Round Table on Sustainable Development, 2009.

품과 경쟁 관계인 수입상품에도 국경에서 동등한 부담을 부과해서 공정한 경쟁 여건을 조성해야 한다는 것이다.

3. 무역과 환경 시각

무역과 환경 이슈와 관련, 자유무역과 환경보호 목표가 양립 가능한지, 어떻게 조화되어야 하는지에 대해 Esty와 Bhagwati 간 논쟁¹⁵⁾을 포함한 오랜 시각 차이가 있었다. 기후변화와 관련해서도, 무역자유화가 가져오는 규모효과, 구조효과, 기술효과, 규제효과 등에서 이견을 보인다.¹⁶⁾

편의상 환경보호와 자유무역의 두 진영으로 구분해보면, 우선 환경보호를 강조하는 진영은 ① 무역의 확대가 천연자원 소비와 폐기물 생산을 초래할 수 있고, ② 자유무역 규범이 지나치게 강조되면 각국의 환경보호 조치가 무력화될 우려가 있으며, ③ 기후변화라는 초국경적 환경문제 해결을 위해 무역조치도 활용될 필요가 있다고 주장한다. WTO 규범도 GATT 조항들이

환경문제가 대두되기 이전에 설계된 것이므로 환경적 가치를 반영하는 방향으로 보완해야 한다는 시각이다. 다음으로, 자유무역을 강조하는 진영은 ① 자유무역을 유지하면서도 환경개선 조치가 충분히 양립할 수 있고, ② 통상협정이 환경에 유해한 보조금을 철폐하고 오염통제 기술개발을 촉진하는 긍정적 효과도 있으며, ③ 환경목적 일방적인 무역제한조치 도입은 차선책에 불과하고 과장된 우려에 기초한 녹색보호주의라고 반박한다. WTO 규범과 관련해서도 통상규범의 환경화 시도가 자칫 위장된 보호무역 조치에 악용될 소지가 있으므로, 환경문제는 환경협정에서 다루어야 한다고 본다.¹⁷⁾

우루과이라운드(UR) 협상 과정에서 무역과 환경 의제를 추가하려는 일부 시도가 있었으나 협상 타결이 지연될 우려로 포함되지 못하였다. WTO 출범 이후에도 환경보호 목표를 보다 균형적으로 반영해야 한다는 요구가 계속 제기되어 왔고, 기후변화 문제에 대한 논의도 시도된 바 있다. 하

15) Bhagwati, J., "Trade and Environment: the False Conflict?", in Durwood Zaelke et al., Trade and the Environment: Law, Economics and Policy, 1993; Esty, D., *Greening the GATT*, Institute for International Economics, 1994.

16) WTO & UNEP, *Trade and Climate Change*, WTO-UNEP, 2009, pp.49-58.

17) 무역과 환경 관계에 대한 이론적 논의는 다음을 참조: Jackson, J., "World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or Conflict?" 49 Wash & Lee L. Rev. 1227, 1992; Cosbey, A., "Trade and Climate Change Linkages", A Scoping Paper produced for the Trade Ministers' Dialogue on Climate Change Issues, International Institute for Sustainable Development, 2007; Copeland, B. and S. Taylor, *Trade and Environment: Theory and Evidence*, Princeton University Press, 2013.

지만 선진국과 개도국 간 현저한 입장 차이가 지속되면서 기후변화와 WTO에 대한 본격적인 검토를 시작조차 못하고 있는 실정이다.

양측 입장을 간략히 소개하면, 선진국은 국제사회 공동현안인 기후변화 대응 과제에 WTO 규범도 기여하고 WTO 무역체제와 기후변화 목표간 상호지지를 확보하기 위한 차원에서 탄소국경조정 등 구체적인 이슈에 대해 논의할 필요가 있다는 견해다. Lamy 사무총장 시절에 WTO 사무국도 UNEP와 공동으로 ‘무역과 기후변화(Trade and Climate Change)’ 책자를 발간하여 이러한 논의를 적극적으로 뒷받침하였다.¹⁸⁾ 반면, 개도국은 무역자유화 역할을 담당하는 WTO 규범에 기후변화 이슈를 담을 수는 없음을 지적하면서, 기후변화 다자체제인 UNFCCC에서 먼저 합의를 도출하고 나서 WTO 체제 내에서 기후변화와 무역조치 간의 관계를 명확하게 하는 접근이 바람직하다는 견해다. 중국, 인도 등은 탄소배출의 역사적 책임이 있는 선진국이 개도국 상품에 일방적으로 탄소국경조정을 도입하려는 것은 기후변화 대응 목적보다는

교역 상대국의 경쟁력을 제한하려는 녹색보호주의(green protectionism)라고 반박하고 있다.¹⁹⁾

일례로, 지난 5월말 ‘2021 서울 P4G 녹색미래성장 정상회의’ 토론 세션에서 EU 집행위원장이 재정조치를 포함한 기후변화 안 도입 의지를 밝히는데 반해, 리커창 중국 총리는 새로운 녹색무역장벽에 대응하고 일방적인 보호무역을 배제해야 한다고 강조하였다.²⁰⁾

사건으로, 통상규범과 기후변화체제가 지나치게 편단되거나 우열을 논하기보다는 각자 분야를 규율하는 국제규범으로 조화롭게 발전해야 하며, 기후변화라는 인류공동의 과제에 대처하기 위해 환경 외부비용을 내부화하는 각국의 시장 기제 도입을 WTO 규범이 오래된 잣대로 경직되게 판단하는 것은 적절하지 않으므로, 지금 국제사회가 처한 현실과 시대적 요구에 맞추어 통상규범에 환경적 가치를 반영한 창의적 접근이 필요하다고 생각한다.

18) WTO-UNEP (2009), *supra* note 16.

19) Holmes, P., T. Reilly and J. Rollo, “Border carbon adjustments and the potential for protectionism”, *Climate Policy*, Vol.11, No.2, 883-900, 2011; IIEF (Indian Institute for Foreign Trade), “WTO Compatibility of Border Trade measures for Environmental Protection”, Centre for WTO Studies, 2010; Evenett, S. and J. Whalley, “The G20 and green protectionism: will we pay the price at Copenhagen?”, CIGI Policy Brief, 2009.

20) 헤럴드경제 2021. 6. 1.자, “‘문제는 탄소국경세’... P4G에서 재확인된 국제사회 쟁점”.

4. 장애요인

가. 법적 측면 : WTO 합치성 확보

탄소국경조정 도입의 법적 장애요인은 WTO 협정 위반 문제이다. 다수 통상전문가는 수입상품에 대한 탄소국경조정이 GATT 제2조 수입과징금 조항 또는 제3조 내국민대우 의무에 위반되고, 자국의 규제 수준 도입을 타방 당사국에 강요하는 일방조치가 된다면 제20조 일반예외로도 정당화되기 어려울 것으로 보고 있다. 따라서 탄소국경조정 조치를 현재의 WTO 규범에 합치되도록 설계하기가 쉽지 않은 상황이다.²¹⁾

나. 정치적 측면 : 산업계 반발

현실적인 장애요인으로 국내 산업계의 반발이 있다. 미국의 경우, 국내 배출권거래제 도입에 산업계가 경쟁력 저하 우려를 제기하면서 효과적인 탄소국경조정이 전제될 것을 요구하였으며, WTO 합치되는 탄소국경조정이 어렵다고 전문가들이 평가하면서 배출권거래제 전반에 대한 부정적 분위기가 형성되었다. EU의 경우, 자국 탄소다배출 산업계의 탄소누출 우려 제기

에 대해 그러한 탄소누출 분야에의 탄소배출권 무상할당으로 대응해왔다. 탄소국경조정이 새롭게 도입되면 기존 무상할당 제도를 대체할 가능성이 있어, 무상할당을 선호하는 산업계 입장에서는 탄소국경조정이 WTO 협정에 위반되고 국가간 통상분쟁을 촉발한다며 반대 목소리를 더하고 있다.²²⁾

다. 제도적 측면 : 탄소배출량 측정

기술적으로 수입상품의 생산과정에 배출된 탄소량을 정확하게 측정하고 검증할 방법이 없다는 점도 장애요인이다. 일반적으로 국가의 온실가스 배출통계는 IPCC 가이드라인에 따라 개별 분야별 측정된 수치를 취합하여 집계하는데, 특히 산업분야는 개별 ‘사업장’별로 측정한다. 배출권거래제는 일정 기준 이상의 온실가스 배출업체를 할당대상업체로 지정하고, ‘대상업체’별로 배출 목표치를 산정하여 배출권을 할당한다. 따라서 업체 또는 사업장 단위로 측정한 배출량 수치를 해당 시설에서 생산된 ‘상품’ 하나의 탄소배출량으로 환산하는 작업이 필요하고, 원자재-중간재-최종재에 이르는 복잡한 공급망을 거쳐 하나의

21) Pascal, L. et al. (2020), *supra* note 8, pp.6-7.

22) Pascal, L. et al. (2020), *supra* note 8, p.8; Evans, S., M. Mehling, R. Ritz and P. Sammon, “Border Carbon Adjustments and Industrial Competitiveness in a European Green Deal”, EPRG Working Paper, 2020; Monjon, S. and P. Quirion, “Addressing leakage in the EU ETS: border adjustment or output-based allocation?”, Ecological Economics, Vol.70, No.11, pp.1957-1971.

제품이 생산된다는 점을 감안할 때 최종제품의 탄소배출량을 산출하고 검증하는 작업에는 상당한 비용과 인력이 소요된다. 국내 상품의 탄소배출량 측정도 어려운 현실에서, 수입되는 상품에 대한 정확한 탄소배출량 산출은 쉽지 않은 일이다. 설령 생산자가 자체 집계한 탄소배출량을 제시한다고 하더라도 그 수치의 타당성을 검증하는 작업이 쉽지 않다.²³⁾

III. 주요국 동향

1. 미국

가. 관련 현황

미국은 글로벌 리더십과 국제사회에 대한 책임을 강조하면서도, 중국과 함께 온실가스 최다배출국이고 화석연료에 기반한 에너지 업계의 정치적 영향력이 상당하여, 미국이 온실가스 감축에 참여하려면 개도국도 상응하는 기여가 필요하다는 인식이 강하고, 정권 성향에 따라 국제적 온실가스 감축 노력에 상이한 반응을 보여 왔다.

2006년 민주당의 의회 다수의석 차지, 2007년 *Massachusetts v. EPA* 연방대법원 판결 및 2009년 오바마 정부 출범을 거치면서 미국의 기후변화정책이 전환기를 맞아 활발한 기후변화 입법 시도가 있었고, 2017년 트럼프 정부에서는 파리협정을 탈퇴하고 온실가스 정책이 전반적으로 후퇴하였다가, 2021년 바이든 집권 이후 기후변화정책이 다시 조명되고 있다.

2006년 이후 민주당 주도로 연방 차원의 배출권거래제 입법을 시도하면서 탄소국경조정제도 포함되었다. 2007년 美 전력협회가 국경조정제도 도입 요구를 처음 제기하였고, 그 해 7월 저탄소경제법안²⁴⁾과 이듬해 기후안보법안²⁵⁾에 국제배출할당제(international emission allowance)로 반영되어 검토되었다. 또한 2009년 미국청정에너지안보법안(일명 ‘Waxman-Markey Bill’)²⁶⁾에는 국경조정조치인 배출권 리베이트(emission allowance rebates)와 국제유보할당제(international reserve allowance program)로 구체화되었다.

2010년 민주당의 중간선거 패배 이후 연

23) Marcu, A. et al. (2020), *supra* note 8, p.34; Pauwelyn, J., “Statement of Joost Pauwelyn, Testimony Before the Subcommittee on Trade of House Committee on Ways and Means, 24 March 2009”, Committee on Ways and Means, U.S. House of Representatives, 2009.

24) S.1766 - 110th Congress: Low Carbon Economy Act of 2007.

25) S.3036 - 110th Congress: Climate Security Act of 2008.

26) H.R.2454 - 111th Congress: American Clean Energy and Security Act of 2009.

방의회 차원의 기후변화 입법이 어려워지고 배출권거래제에 대한 관심이 줄어든 반면, 탄소부담금(carbon fee) 도입과 연계된 입법이 새롭게 시도되었다. 2014년 제출된 미국기회탄소부담금법안(American Opportunity Carbon Fee Act)²⁷⁾에는 탄소배출부담금 도입과 함께 에너지 다소비 제조업 분야의 수입상품에 국내와 동등한 수준의 부담금(equivalency fee)을 부과하고 수출상품에는 배출권 부담을 환급하는 국경조정조치를 포함하였다. 2019년 제출된 에너지혁신탄소배당법안(Energy Innovation and Carbon Dividend Act)²⁸⁾도 탄소부담금 도입과 함께 수입상품에 대한 국경조정조치로서 탄소국경부담금조정(carbon border fee adjustment)을 명시하였고, 민주당 Deutch 의원은 올해 4월에 28명의 동료 의원과 함께 동 법안을 의회에 다시 제출하였다.²⁹⁾

나. 향후 전망

‘기후변화 대응’은 美 바이든 대통령의 정책 슬로건인 ‘더 나은 재건(build back better)’의 핵심적인 축으로, 대선공약인

‘청정에너지 개혁 및 환경 정의를 위한 계획’에 상세히 기술되어 있으며, 탄소조정 부담금(carbon adjustment fees or quotas) 도입도 명시되어 있다.³⁰⁾ 이에 맞추어, 바이든 대통령은 취임 직후 파리협정에 재가입하였고, 미국일자리게획(American Jobs Plan) 및 기후재정계획으로 친환경 인프라에 대규모 재정을 투입하여 국내 청정기술 혁신 역량 확충 및 일자리 창출을 도모하고 있다. 또한 4월 기후변화 정상회담 등에서 각국 정상들의 과감한 감축목표 선언을 중용하면서 외교정책, 국가안보 및 경제정책을 연계하고 있다.³¹⁾

타이 美무역대표(USTR)의 최근 연설은 미국 행정부가 무역과 환경을 보는 시각이 환경보호 진영 논리를 상당히 수용하고 있음을 보여준다. 타이 대표는 “무역자유화가 소득수준 증대를 가져와 환경보호 개선으로 이어질 것으로 믿어왔으나, 이와 반대로 환경기준을 낮추는 유인을 제공하여 바닥을 향한 경주(race to the bottom)를 촉진했다”고 지적하면서, “그간 통상공동체가 기후변화 위기 해결에 통상정책이 정당

27) S.2940 - 113th Congress: American Opportunity Carbon Fee Act; reintroduced as S.1128 - 116th Congress: American Opportunity Carbon Fee Act of 2019.

28) H.R.7173 - 115th Congress: Energy Innovation and Carbon Dividend Act of 2018; H.R.763 - 116th Congress: Energy Innovation and Carbon Dividend Act of 2019.

29) H.R.2307 - 117th Congress: Energy Innovation and Carbon Dividend Act of 2021.

30) The Biden Plan for a Clean Energy Revolution and Environment Justice, *supra* note 1.

31) The New York Times, ‘Biden Wants Leaders to Make Climate Commitments for Earth Day’, 13 April 2021.

한 도구가 될 수 없다는 입장을 취해왔으나 이는 사람들의 기대와 차이가 큰 바, 각자의 삶에 실질적인 변화를 가져올 수 있도록 통상개혁을 추진”하겠다는 의지를 밝혔다.³²⁾

다만 바이든 집권 초기의 미국내 정치적 상황이 당장 탄소세 도입을 위한 기후변화 법안을 추진하기에 부담스러운 측면이 있다. 상반기에 민주당은 의회에서 미국일자리계획 패키지를 통과시키는데 집중해야 하고, 탄소세 도입에 대해 민주당 중도진영 일부와 공화당 소수 지지만으로 입법이 여의치 않다.³³⁾ 이러한 맥락에서 존 케리 기후특사가 EU가 탄소국경조정을 서두르는데 우려를 표하고 이는 마지막 수단이라면서 적어도 11월 COP26까지 미루라고 요청한 것으로 보인다.³⁴⁾

이를 감안, 바이든 정부가 당장은 아니지만 금년 하반기에 탄소세 도입 법안과 함께 탄소국경조정 논의를 시작할 가능성이 크다고 본다.³⁵⁾ WTO 위반 문제에 대해서도 기존 전통적 접근에 얽매이지 않고,

미국내 전문가들이 제시하는 기후변화 조치에의 한시 의무면제(climate waiver)를 요청하거나 안보조치를 확장한 무역제재(climate sanction) 방안도 고려될 것이다.³⁶⁾

2. 유럽연합(EU)

가. 관련 현황

EU는 역내 탄소규제를 도입하고 국제협상에서 여타 국가의 적극적인 동참을 호소하면서, 기후변화 대응에 가장 주도적인 역할을 해왔다. 교토의정서에서 온실가스 감축목표(2012년까지 1990년 대비 8% 감축)를 약속하고, 이를 위해 2003년 EU 배출권거래제(ETS: emissions trading scheme)를 도입하였으며, EU 차원의 감축목표를 단계적으로 상향하면서(2020년까지 30% 감축, 2030년까지 55% 감축 등), EU ETS도 1단계(2005~2007년), 2단계(2008~2012년), 3단계(2013~2020년), 4단계(2021~2030년)를 거치면서 적용대상과 의무수준을 높여가고 있다.³⁷⁾

32) USTR press release, *supra* note 2.

33) Wall Street Journal, “Carbon Tax Sideline in Biden’s Push on Climate, Taxes: President, some Democrats fret over inequities from pricing carbon, despite lack of evidence”, 14 March, 2021.

34) Financial Times, “John Kerry warns EU against carbon border tax: US climate envoy ‘concerned’ about trade implications of Brussels’ plans”, March 12, 2021.

35) Kerry 인터뷰 발언, 2021.4.2: “President Biden believes that at some point in time, we need to find out a way to have a price on carbon that’s effective.”

36) Reinsch, W. (2021), *supra* note 8; Harrell, P. (2020), *supra* note 8.

2007년 EU 집행위가 ETS 3단계 개혁안을 검토하면서 배출권 무상할당을 유상경매로 전환할 것을 제안하였고, 탄소다배출업체가 경쟁력 저하 및 탄소누출 우려를 제기하였다. 이에 집행위는 ETS 개혁의 일환으로 특정분야 수입상품도 적용대상으로 포함하고 수출상품에는 보상을 제공하여 해당 상품의 유럽내 탄소비용 평균 수준과 동등하게 맞추는 방식의 탄소국경조정을 비공식 제안하고 의견수렴을 실시하였다. 하지만 EU 업계는 배출권 무상할당 연장을 강하게 요구하였고, 2009년 개정지침은 탄소누출 업종을 지정하여 무상할당 적용을 연장하는 방식으로 절충되었다.³⁸⁾

2010년 EU의 중기 감축목표 상향(2020년 20%→30%) 과정에서 프랑스 정부는 수입업자에게 EU ETS 배출권 구매를 의무화하는 탄소함유부담제(carbon inclusion) 도입을 제안하였다. WTO 합치성 확보를 고려하여, 조치 대상국은 기후변화 협상 참여를 거부하는 국가로 한정하고, 적용 범위는 생산과정에서 발생하는 배출만을

대상으로 할 것을 제안했다. 이탈리아 등 일부 지지가 있었지만, 독일, EU집행위 등 대다수는 이에 대해 부정적이었다. 파리협정 서명 직후인 2016년 초, 프랑스 정부는 시멘트 산업을 대상으로, 유럽 업체에 배분되는 할당을 기초로 시멘트 수입업자에게도 배출권 규제를 동등하게 적용하자는 제안을 하였다. 이에 대해 유럽 시멘트 업체가 지지하고, 유럽의회 환경위원회가 EU ETS 4단계(2021년-2030년) 개혁안에 반영하였으나, 유럽의회 전체회의에서 시멘트 산업에 대한 배출권 무상할당 연장을 결정하면서 무산되었다.³⁹⁾

2019년 취임한 폰테어라이엔 EU 집행위원장은 탄소중립 목표 이행을 위한 확고한 의지를 천명하고, 12월 그린딜(green deal) 발표, 이듬해 2020년 3월 기후법안(European Climate Law) 제출에 이어, 탄소국경조정제도(CBAM) 의견수렴을 개시하였다. 이를 토대로 2020년 10월 유럽의회에 WTO 합치되는 EU 탄소국경조정제도 도입 보고서를 제출하였고, 2021년 3월 유

37) European Commission, *EU ETS Handbook*, 2015.

38) European Commission, Draft Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC, December 2007; European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading system of the Community, 23 January 2008, COM(2008) 16 final; European Union, Directive 2009/29/EC of the European Parliament and the Council of 23 April 2009, Article 10(b).

39) Lamy, P. et al. (2020), *supra* note 8; EURACTIV, “France details plans for carbon inclusion mechanism”, 18 May 2010; Carbon Pulse, “Comment: Why is the EU cement sector resisting a CO₂ border measure?”, 31 January 2017.

럼의회는 이를 지지하는 결정문을 채택하였다.⁴⁰⁾

나. 향후 전망

EU측은 탄소국경조정제도(CBAM)과 관련하여 금년 6월까지 의견수렴 및 영향평가를 완료하고 7월부터 관련 지침(Directive) 제정을 위한 절차를 개시할 계획이며, 유럽 의회 의결을 거쳐 2023년부터 시행하는 것을 목표로 하고 있다.⁴¹⁾ 무상할당 연장을 선호하는 산업계의 반발, WTO에 위반되는 보호무역 조치라는 지적, 주요국과의 통상마찰 우려 등을 고려해야 하므로 EU 집행위가 제시한 일정대로 이루어질지는 지켜보아야 한다. 다만 폰테어라이엔 집행위원장의 그린딜 추진 의지가 강하고, CBAM 도입을 주도하는 프랑스가 내년 의장국이기에 때문에 정치적 탄력을 받을 것으로 보인다.

EU 집행위는 탄소국경조정으로 4가지 옵션을 검토해왔다. 첫째 국경에서 수입상품에 탄소세를 부과하는 것으로, 탄소누출 위험이 있는 분야를 대상으로 과세한다. 둘째 EU ETS 적용을 수입상품으로 확장

하는 것으로, 외국 생산자 또는 수입업자에게 배출권 구매를 의무화한다. 셋째 소비 단계에서 탄소세를 부과하는 방식이다. 넷째 수입에 별도의 배출권 의무를 적용하는 것이다.⁴²⁾ 언론에 유출된 EU CBAM 규정 초안을 보면, CBAM을 EU ETS 일부로 통합하여 운영하는 방식을 채택하려는 것으로 보인다.⁴³⁾

3. 우리나라

가. 관련 현황

우리나라 2008년 이명박 대통령이 국가비전으로 ‘저탄소 녹색성장’을 천명하면서 기후변화정책이 본격화되었다. 2009년 대통령 직속으로 ‘녹색성장위원회’가 발족하고, ‘녹색성장 5개년계획(2009~2013)’을 발표하였으며, 2010년 기후변화정책을 뒷받침할 ‘저탄소녹색성장기본법’이 제정되었다.

저탄소녹색성장기본법 제46조(총량제한 배출권 거래제도의 도입)에 의거, 2012년 ‘온실가스 배출권 할당 및 거래에 관한 법률’을 제정하여, 2015년 1월 1일부터 제1차 계획기간(2015~2017년)에 국내 525개 업체

40) European Parliament, *supra* note 4; 최재철, “EU 탄소국경조정제도(CBAM) 추진현황과 우리의 대응방안”, 국회토론회 발제자료, 2020. 12. 28.

41) WTO Committee on Trade and Environment, regular meeting on March 31, 2021.

42) Marcu, A. et al (2020), *supra* note 8, pp.22-23.

43) EURACTIV, “LEAK: EU’s carbon border tariff to target steel, cement, power”, June 3, 2021.

를 대상으로 과거 배출실적을 기초로 무상 할당 방식으로 배출권거래제를 시행하였고, 현재 684개 업체를 대상으로 제3차 계획기간(2021~2025년) 중에 있다. 제2차 계획기간부터 배출권 할당량의 3%에 대해 유상할당을 시작하였고 제3차 계획기간에는 유상할당 비율을 10%로 상향하였다. 다만, 비용발생도와 무역집약도가 높은 업종에는 배출권 무상할당을 유지하고 있다.⁴⁴⁾

한편, 지난해 10월 문재인 정부는 2050년 탄소중립 달성 목표를 선언하고, 12월 범정부 차원의 ‘2050 탄소중립을 위한 추진전략’을 발표하였으며, 이에 따라 탄소중립위원회 설치, 분야별 추진전략 수립 등을 진행 중이다.⁴⁵⁾

나. 각계 반응 및 전망

국내 배출권거래제 강화 및 2050 탄소중립 추진에 대해 산업계는 정책 방향에 긍정적으로 호응하면서도 생산비용 상승과 그로 인한 경쟁력 저하에 대한 우려를 제기하고 있다. 대한상회가 배출권거래제 참여기업 대상으로 설문조사 결과, 응답기업

중 75%가 탄소중립 추진이 기업경쟁력을 약화시킬 수 있다는 의견을 보였다.⁴⁶⁾ EU의 탄소국경조정제도(CBAM) 도입 움직임에 대해서도 추가적인 보호무역 조치로 작용할 가능성을 우려하고 있다.⁴⁷⁾

국내 배출권거래제는 현재 무상할당 비율이 90%이고 특정 업종에는 완전 무상할당을 인정하고 있어 탄소국경조정 도입이 당장 논의될 단계는 아니다. 오히려 미국 및 EU가 탄소국경조정을 도입하는 경우 공식 및 비공식 대화를 통해 국내 배출권 거래제 및 2050 탄소중립 정책과 연계하여 상응한 규제수준임을 설명하고 조치대상에서 면제받는 것이 중요할 것이다.

IV. WTO 조문별 합치성 분석

WTO 협정에 합치되는 탄소국경조정이 가능한가? 앞에서 설명한 바와 같이, 조치의 설계와 적용방식에 따라 WTO 규범에 합치될 여지는 분명히 있다. 이에, 통상법 학계에서 GATT 제2조, 제3조, 제20조를 중심으로 다양한 논의가 이루어졌다. 본고는 먼저 분석대상 조치를 상정하고, 기존

44) 기후변화 홍보포털(www.gihoo.or.kr) 참조.

45) 2050 탄소중립 홍보포털(www.gihoo.or.kr/net-zero) 참조.

46) 헤럴드경제 2021.4.18.일자, ‘국내 기업 10곳 7곳 “탄소중립 정책은 경쟁력 위기 요인”’ 기사 참조.

47) 한국무역협회 국제통상연구원, ‘폰데어라이엔 집행부 출범 2년차, 2021년 EU의 주요 통상 키워드는?’, 2021. 3. 23.

학계 논의를 토대로 법적 분석 틀을 제시한 다음, GATT 제2조, 제3조, 제20조를 순차적으로 분석하여 종합적인 의견을 제시해 보고자 한다.⁴⁸⁾

1. 분석대상 조치

분석대상 조치인 ‘탄소국경조정’은 수입상품에 대해 탄소배출량에 근거하여 국경에서 일정한 의무를 부과하는 행위이다. 이러한 조치의 개념적 범위에 매우 다양한 유형이 포함될 수 있는데, 특히 ① 조치 형식(type), ② 적용대상 범위(coverage), ③ 탄소배출 측정(measurement), ④ 조정 수준(adjusting), ⑤ 수출상품 환급(rebate) 여부 등이 고려된다.⁴⁹⁾

가. 고려사항

첫째, 조치 형식으로, 기본적으로 수입상품에 일정한 재정적 부담을 지우는 형태일 것이나, i) 국내 탄소규제와 동등한 수준의 탄소세 또는 관세나 부담금을 도입하는 방식, ii) 국내 배출권거래제를 확대하여 배출권 보유의무를 부과하는 방식, iii)

국내 제도와 연계하지 않고 별개 조치로 운영하는 방식 등으로 달라질 수 있다.

둘째, 적용대상 범위와 관련, i) 대상상품 범위가 모든 수입상품인지, 아니면 철강, 시멘트, 화학 등 탄소누출이 우려되는 특정 분야로 한정되는지, ii) 대상국은 모든 교역국인지, 일부 국가로 한정되는지, iii) 배출규제 범위는 직접배출만인지, 간접배출도 포함할지 결정해야 한다.

셋째, 탄소배출 측정방식에 있어, i) 개별상품별로 생산과정에서의 실제 배출량(real emissions)을 측정하도록 할지, ii) 개별상품별 측정의 현실적 어려움을 감안하여 상품군별 기준치(benchmark)를 미리 산정하여 적용할지, iii) 상품별 기준치를 산정한다면 평균(average) 배출량으로 할지 아니면 최선의(best) 가용기술 적용치로 할지, iv) 국가별 생산방식 차이를 반영하여 기준치 수준에 차등을 둘지 여부를 결정해야 한다.

넷째, 조정 수준과 관련, i) 탄소배출 톤당 가격 책정을 수입 시점의 거래가격으로 할지, 아니면 연간 평균 거래가격으로

48) 본고의 WTO 합치성 분석은 필자의 2011년 서울대 박사학위논문 및 단행본을 토대로 재구성한 것임을 밝힘: 김호철, 기후변화와 WTO: 탄소배출권 국경조정, 서울대학교 법학연구소 법학연구총서 34, 경인문화사, 2011.

49) Preg, A. (2020), *supra* note 6, pp.10-13; Marcu, A. et al. (2020), *supra* note 8, pp.17-18; Mehling, M., H. Asselt, S. Droege, K. Das and C. Verkuijl, “Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action”, Climate Strategies, 2017.

할지, ii) 수출국의 기후정책 수준을 크레딧으로 인정하여 조정할 것인지, 인정한다면 어떤 방식으로 할지 등이 결정되어야 한다.

나. 조치 시나리오

상기 조치 설계시 결정하는 고려요소에 따라 파생되는 다양한 시나리오가 가능하겠지만, 분석의 편의상 조치 형식과 의무 수준 산정방식에 주목하고 각각 두 가지 경우로 단순화하여 접근하고자 한다. 이를 기초로 다른 변형된 시나리오에 대해서도 유추 적용이 가능할 것이다.

조치 형식으로는, i) 국내적으로 탄소세 또는 배출권거래제를 도입하면서, 동등한 수준의 탄소배출 규제를 도입하지 않은 국가로부터 수입되는 상품에 대해 탄소배출량에 따라 부담금을 도입하거나, ii) 국내 배출권거래제를 확대 적용하여 배출권 보유의무를 부과하는 경우를 가정한다.

의무수준 산정방식으로, i) 원칙적으로 생산자가 제출하는 자료를 기초로 개별기준치 산정을 원칙으로 하되, 그러한 개별산정이 어려운 경우 수입국의 주된 생산방식을 토대로 산정한 상품별 법정기준치

(benchmark)를 적용하는 하이브리드 접근과 ii) 국가별 생산방식과 규제수준의 차이를 반영하여 상품 원산지국의 평균적인 탄소배출량에 기초하여 차별화된 ‘국가별 탄소배출계수’를 사용하는 방식을 상정하겠다.

추가적으로, 복수국간 합의 또는 탄소시장 연계 방식으로 주요국간 기후클럽(climate club)을 결성하고, 참여국 확대를 위한 협상 레버리지로 탄소다배출 미참여국에 탄소국경조정을 활용하는 상황도 고려한다.⁵⁰⁾

다. EU CBAM 사례

사전 유출된 EU집행위 CBAM 규정 초안⁵¹⁾을 보면, i) EU 역내 배출권거래제의 일환으로 수입상품에 확장 적용되고, ii) 철강, 시멘트, 비료, 알루미늄, 전기 분야를 대상으로 하며(기존 탄소누출 무상할당 대체), iii) CBAM 관리청을 신설하여 수입상품별 탄소배출량(embedded emissions) 및 배출권(CBAM certificates) 의무량을 산정하고, 등록된 신고자가 매년 제출하는 실제 배출자료를 기초로 검증하되 그러한 자료가 없을 경우 법정 기준치를 적용하며,

50) Preg, A. (2020), *supra* note 6, pp.13-14.

51) European Commission, "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the establishment of a Carbon Border Adjustment Mechanism ('CBAM')", available at www.euractiv.com.

iv) 신고자는 국경에서 EU ETS 배출권 경매가격 증가 평균을 기준으로 CBAM 가격을 지불하되 원산지국에서 지출한 탄소비용을 사후 환급하는 방식으로 설계되어 있다. 다만 최근 유출된 EU CBAM 규정이 아직 확정된 것이 아니고 향후 입안과정에서 수정을 거치게 되며, 이것이 유일한 형태가 아니라 미국 등에서 다른 방식의 탄소국경조정이 논의될 가능성이 여전하므로, 본고에서는 다양한 시나리오를 감안하여 분석하겠다.

2. 법적 분석틀

WTO 규범상 탄소국경조정 허용 논의는 세 가지 유형으로 구분된다. 첫째, GATT 제2조 국경세조정 법리를 탄소국경조정에 확장 적용하려는 접근이다.⁵²⁾ 둘째, GATT 제3조 내국민대우에 초점을 맞추어 국내와 동일한 수준의 비차별적 조치 부과는 가능하다는 접근이다.⁵³⁾ 셋째 GATT 의무

조항에 위반되더라도 제20조 환경예외로 정당화된다는 접근이다.⁵⁴⁾ 이를 감안, 분석 범위는 GATT 제2조, 제3조, 제20조로 하고, 분석 순서는 ①먼저 조치에 적용되는 의무규정을 검토한 다음 ②예외규정 원용 가능성을 살펴보겠다.

우선, ‘상품’에 대한 회원국 조치에는 GATT 규정들이 적용되며, 수입과 관련하여 국경에서 초과관세 및 수량제한을 금지하는 제2조 또는 제11조, 그리고 상품간 비차별대우 의무를 규율하는 제1조 및 제3조 위반 여부가 문제된다. 시장접근 규정은 조치 자체를 원칙적 금지(*per se prohibition*)하고 비차별대우 규정은 상품간 비차별 조건부 허용(*conditional permission*)이기 때문에, 실제 사안에서는 제소국이 제2조 또는 제11조 위반을 먼저 제기하면서 제1조 및 제3조 위반도 함께 청구하는 방식을 취하게 된다.⁵⁵⁾

GATT 제2조 및 제11조 적용 관련, 탄소

52) Porterfield, M., “Border Adjustments for Carbon Taxes, PPMs, and the WTO”, 41 U. PA. J. Int’l L. 1, 2019; Shih, W., “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; 이천기(2017), 전제 논문.

53) Hillman, J., “Changing Climate for Carbon Taxes: Who’s Afraid of the WTO?”, Climate & Energy Policy Paper Series, July 2013; Low, P., G. Marceau and J. Reinaud, “The Interface between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues”, Journal of World Trade 46(3), 2012; Pauwelyn, J., “U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law”, NI Working Paper 07-02, Duke University, 2007.

54) Lamy, P. et al. (2020), *supra* note 8; Marcu, A. et al. (2020), *supra* note 8.

55) 시장접근 규범과 국내규율 규범간 적용 구분에 대한 논의는 다음을 참조: Pauwelyn, J., “Rien ne Va Plus?

국경조정이 국경에서 과징금 또는 제한조치 형태로 부과되기 때문에 제소국은 수입과 연계된 조치라고 주장하고 피소국 입장에서는 내국세 또는 국내조치라고 하면서 제3조 적용대상이라고 항변할 것이다. 이와 관련, 제2조 제1항과 제3조 제2항 간, 제11조 제1항과 제3조 제4항 간 관계에 대한 복잡한 논의가 있으나, 국경에서 이루어지더라도 국내조치에 상당한 조치일 경우에는 제2조 제2항 국경세조정 및 제3조 주해를 들어 제2조 적용 배제를 항변할 수 있다.⁵⁶⁾

GATT 제3조는 수입상품과 국내 동종상품 간 동등한 경쟁여건을 보장하는 내국민대우(national treatment)를 규정하고 있다. 전체적인 구성을 보면, 내국세 및 기타 내국과징금에 대한 규율인 제3조 제2항과 국내법규, 규정 또는 요건에 대한 규율인 제3조 제4항으로 구분되며, 제3조 제1항의 일반원칙이 제3조 해석시 문맥으로서 고려된다. 탄소국경조정이 제3조에 위반되는지 살펴보려면 개별 조항별 구성요건을 구체적인 사실관계에 따라 분석해야 한다.

다음으로, GATT 협정상 의무에 위반되

더라도 제20조 일반예외에 해당될 경우 조치가 정당화될 수 있다. 제20조 예외 해당 여부는 첫째, 열거된 10개 예외사유 중 적어도 하나에 해당되는지, 둘째, chapeau 요건을 충족하는지에 대한 ‘2단계 테스트’를 거친다. 특히, 10가지 예외사유 중에서 (b)호 “인간, 동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치”와 (g)호 “고갈될 수 있는 천연자원의 보존과 관련된 조치로서 국내 생산 또는 소비에 대한 제한과 결부되어 유효하게 된 경우”가 주로 검토된다.

이와 별개로, 수출상품에 대해 경제적 혜택을 부여하는 방식으로 탄소국경조정이 이루어질 경우 보조금 규율 위반 여부도 문제될 수 있다. 실제로 미국, EU 등에서도 경쟁력 및 탄소누출 우려를 감안한 탄소배출권 무상할당 또는 수출업체에 대한 리베이트가 수입상품에 대한 조치와 함께 논의되고 있다. 수출상품 국경세조정에 대해서는 GATT 제6조 제4항 및 제16조 주해, 그리고 WTO 보조금협정 부속서 1(수출보조금 예시목록)이 검토되어야 하며, 보조금협정 위반시 GATT 제20조는 원용하기 어렵다는 것이 일반적인 견해이다.

Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS”, 4(2) World Trade Review 131, 2005; 김호철, “통상법에서 시장접근과 국내규제 규범간 구분: 한미 FTA 제13장과 금융규제 자율성”, 통상법률 제85호, 2009.

56) 국경에서 부과되는 국내조치에 대해 GATT 제2조 또는 제11조와 제3조 관계에 대해서는 다음을 참조 : 김호철(2011), 전거서, pp.118-128; 이천기(2017), 전거논문.

이에 대한 상세 분석은 본고에서는 생략하겠다.⁵⁷⁾

3. GATT 국경세조정 분석

GATT 제2조와 관련, 탄소국경조정이 일반적으로 국경에서 이루어지며, 수입상품에 대해 탄소배출량에 비례하여 재정적 의무를 부과하는 것이므로, 제2조 제1항에서 금지하는 ‘과징금(charges)’에 해당된다. 이에 대해, 피소국이 제2조 제2항(a) 국경세조정 및 제3조 주해를 들어 항변할 수 있는지가 분석의 핵심이다.

가. 국경세조정 논의

본격적인 분석에 앞서, 국경세조정 관련 GATT 당시 논의를 짚어볼 필요가 있다. GATT 체결국들이 1970년 채택한 국경세조정 작업반 보고서⁵⁸⁾, 그리고 관련 학계 논의를 토대로 국경세조정 적격대상을 살펴보면 아래와 같다.

(1) 상품에 직접 부과되는 과세

작업반은 국경세조정 개념에 대해 OECD

정의를 사용하여 “전체 또는 부분적으로 도착지 과세 원칙(destination principle)의 효력을 가져오는 재정적 조치”라고 하고⁵⁹⁾, 국경세조정 적격대상을 “상품에 직접적으로 부과되는 과세”(간접세를 의미)로 한정하였으며, 특별소비세, 판매세, 누적세, 부가가치세 등을 예시로 들었다. “상품에 직접 부과되지 않는 과세”(직접세를 의미)에 대해서는 국경세조정의 대상이 되지 않는다고 분명히 하고, 소득세, 사회보장부담금 등을 예시로 들었다.⁶⁰⁾

한편, ‘직접세와 간접세의 구분’이 협정상 명시된 규칙은 아니기 때문에, 협정 조문 해석에 있어서는 문언에 기초한 접근이 우선되어야 한다. 작업반 보고서가 ‘생산자’에게 부과되는 직접세(direct tax)와 ‘상품’에 부과되는 간접세(indirect tax)로 구분했던 이유를 보면, 직접세는 생산자에 의해 부담되고 상품의 최종가격에 반영되지 않지만, 간접세는 상품의 최종가격에 반영되어 소비자에게 전가되기 때문에 도착지 과세원칙에 따라 국경세조정을 허용함이 타당하다고 보았던 것이다. 하지만 경제학적으로 간접세만 소비자에게 전가된다는

57) 수출상품 국경세조정에 대한 상세 검토는 다음을 참조 : 김호철, “WTO 보조금협정과 탄소배출권 무상할당”, 통상법률 제101호, 2011.

58) GATT, “Report of the Working Party on Border Tax Adjustments”, adopted on 2 December 1970, BISD 18S/97.

59) *Ibid.*, para.4.

60) *Ibid.*, para.14.

가정이 타당한지 불분명하고, 국경세조정 규칙이 간접세에 주로 의존하는 국가에게 우호적이고 직접세에 주로 의존하는 국가에는 불리하다는 지적도 제기되었다.⁶¹⁾

(2) 투입요소에 대한 국경세조정

‘최종제품’에 부과되는 조치에는 이견이 없으나, ‘투입요소’에 부과되는 조치의 경우 국경세조정 허용 여부가 논란이 될 수 있다. GATT 제2조 제2항 국경세조정 문언상 최종제품뿐만 아니라 제품의 제조 및 생산에 전부 또는 일부 기여한 ‘물품(article)’에 부과되는 과세도 포함되며, 하바나현장의 협상당사자들이 향수에 포함된 알코올 성분에 따른 과징금을 적용사례로 언급한 바 있기 때문에, 상품 생산과정의 ‘투입요소’에 부과된 과세에도 국경세조정이 원칙적으로 허용될 수 있다.⁶²⁾

이와 관련, 1987년 미국-석유·수입물질에 대한 조세 사건(일명 ‘미국-슈퍼펀드 사건’)⁶³⁾에서, 미국이 수입상품에 투입된 특정 화학물질에 대해 내국세와 동일한 수준의 세율을 부과하고 이를 국경세조정이라고 주장하였고, EEC는 미국내 오염활동에

부과되고 미국내 환경프로그램의 재원을 확충하려고 고안된 것이므로 국경세조정 허용대상이 아니라고 반박하였는데, 패널은 조세가 어떤 정책목적을 가지고 있는지는 국경세조정 적격대상 판단과는 무관하며 해당 물품세가 상품에 직접적으로 부과되는 과세인 이상 국경세조정이 허용된다고 판단한 바 있다.

(3) 에너지 과세의 국경세조정 허용 여부

투입요소가 생산과정에서 소비되어 최종제품에 남아있지 않은 경우에도 국경세조정이 허용되는지는 논란이 있다. 투입요소가 최종제품에 체화되어 있지 않은 경우에는 상품에 직접적으로 부과되는 과세라고 설명하기 쉽지 않은 측면이 있기 때문이다. 탄소국경조정의 경우에도 생산과정에서 소비된 에너지를 기준으로 탄소배출량을 산정하고 의무를 부과하기 때문에 최종제품에 남아있지 않은 경우에 해당될 것이다. 국경세조정 작업반 보고서는 에너지세와 같은 ‘은폐된 조세(taxes occultes)’에 대해서는 회원국간 이견이 있다고만 서술하였다.⁶⁴⁾

61) *Ibid.*, paras.7-9.

62) *Ibid.*, para.40.

63) US-Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances (‘US-Superfund’), GATT Panel Report, adopted 17 June 1987, BISD 34S/136.

64) GATT, *supra* note 58, para.15.

직접적인 근거 규정은 GATT 제2조 제2항 국경세조정 조항으로 적용대상을 ‘수입 상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한(from which) 물품(an article)’으로 규정하고 있다. 또한, 국경세조정 조치가 제3조 제2항에 합치되도록 규정하였기 때문에, 문맥상 조화롭게 해석해야 하는데, 이는 상품에 ‘간접적으로(indirectly)’ 부과되는 조세도 규율대상으로 한다.⁶⁵⁾

부정설은 제2조 제2항 ‘an article’은 사전적으로 특정한 유형을 가진 물질을 의미하고, ‘from which’는 어떠한 재료로부터 제조 또는 생산된 것을 의미하므로, 최종 제품에 물리적으로 체화된 경우만을 대상으로 한다고 해석한다. 제3조 제2항 ‘간접적으로’ 문구에 대해서도 과세방법에 관한 표현에 불과하다면서 좁게 해석한다.⁶⁶⁾

긍정설은 제2조 제2항 문구상 물리적인 체화 여부와 관계없이 투입재료에 부과된 간접세를 포함하고 있으며, 상품의 생산과정에서 필연적으로 탄소배출이 발생한다면 그러한 탄소는 최종상품에 궁극적으로 귀속되는 요소에 해당된다고 본다. 제3조

제2항 ‘간접적으로’ 문구도 생산과정에서 부과되어 조세를 포함한 광의로 해석한다.⁶⁷⁾

한편, 수출상품 국경세조정을 유추 적용해야 한다는 견해도 있다. WTO 보조금협정 부속서 I(수출보조금 예시목록) (g)항에서 간접세의 면제 또는 경감을 허용하면서 물리적으로 체화되었는지 여부에 대한 제한을 두지 않아 투입요소에 부과되는 모든 부가가치세 조정을 허용하였고, (h)항에서 전단계누적간접세를 규정하면서 최종제품에 물리적으로 체화된 투입요소 뿐만 아니라 에너지, 연료, 유류, 촉매제에 대해 부과되는 경우도 포함하였음을 근거로 제시하면서, 수입상품에 대해서도 동일하게 접근해야 한다고 주장한다.

필자는 긍정설이 타당하고 생각한다. 첫째, 제2조 제2항 문언상 최종제품에의 물리적 체화 여부를 구분하는 명확한 근거가 없고 회원국간 합의된 기준도 아니다. 둘째, 제2조 제2항과 제3조 제2항을 조화롭게 해석하려면 제3조 제2항이 적용되는 내국세가 제2조 제2항 국경세조정 대상에 포

65) 생산과정에서 소비된 투입요소에 대한 과세의 국경세조정 허용 여부에 대한 논의는 다음을 참조: 이천기 (2017), 전제논문, 28-45; 김호철(2011), 전제서, pp.150-165 및 pp.189-193.

66) Shih, W. (2011), *supra* note 52, p.57; Goh, G., “The World Trade Organization, Kyoto and Energy Tax Adjustment at the Border”, *Journal of World Trade*, 2004, p.410.

67) Low, P. et al. (2012), *supra* note 53, pp.496-497; Pauwelyn, J. (2007), *supra* note 53, pp.20-21; 이재형 (2005), 전제논문, 175면.

함되도록 해야 한다. 셋째, 제3조 제2항의 ‘간접적으로’ 문구에 대해 WTO 패널 및 상소기구는 ‘일정한 연계(some connection)’를 요구하는 것으로 광의로 해석하여, 투입요소에 대한 과세가 최종상품에 전가되고 상품간의 경쟁조건에 간접적으로 영향을 미치는 경우에는 적용된다고 판단하였다.⁶⁸⁾

나. 제2조 제2항(a)

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

- (a) 동종의 국내상품에 대하여 또는 당해 수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부를 기여한 물품에 대하여 제3조 제2항의 규정에 합치되게 부과하는 내국세에 상당하는 과징금”

제2조 제2항(a)는 수입상품에 대해 국내

동종상품과 동등한 수준의 내국세를 부과하는 조치에 대해 제2조 적용 제외를 규정하고 있다. 동 조항이 원용되려면, 첫째, 동종의 국내상품 또는 당해 수입상품의 제조 또는 생산에 전부 또는 일부를 기여한 물품에 대한 ‘내국세(internal tax)’이어야 하고, 둘째, 그에 ‘상당하는(equivalent)’ 것이어야 하며, 셋째, 제3조 제2항의 규정에 합치되게 부과되어야 한다.

첫 번째 요건인 ‘내국세’와 관련, 통상적으로 국가 및 지방정부가 법률에 따라 국내에서 부과하는 세금을 지칭하므로 탄소세는 해당되지만 배출권거래제의 탄소배출권은 포함되지 않는다는 부정설이 제기된다.⁶⁹⁾ 하지만, 조세의 사전적 정의는 납세자에 대한 아무런 반대급부 없이 정부에 의해 강제적으로 부과되는 금전적인 기여이므로 시장에서 거래되는 탄소배출권도 포함될 여지가 있고, 수입상품에 재정적 형태로 부과될 수도 있기 때문에, 배출권거래제와 연계된 탄소국경조정이 배제된다고 보기는 어렵다.⁷⁰⁾

68) Appellate Body Report on *Canada-Periodicals*, p.20. 캐나다-분리간행물 사건에서 패널 및 상소기구는 분리간행물에 실린 ‘광고’에 대한 특별소비세도 분리간행물에 ‘간접적으로’ 부과되는 조치라고 판단하였다; Panel Report on *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, para.8.42. 멕시코-청량음료세 사건에서 패널은 스위트너에 대한 과세가 결국 스위트너를 사용한 청량음료에 전가되므로 상품에 간접적으로 적용되는 과세라고 판단하였다.

69) 이천기(2017), 전제논문, p.55; 2011년 *ATAA v. Secretary of State for Energy and Climate Change* 사건에서 ECJ가 EU ETS의 탄소배출권이 조세가 아니라고 보았다: Case C-366/10, *The Air Transport Association of America and Others*, Opinion of Advocate General Kokott delivered on 6 October 2011.

70) Pauwelyn, J. (2007), *supra* note 53, p.21.

이와 관련, 제2조 제2항(a) 적용범위에 ‘내국과징금’도 포함되는지가 문제된다. 제2조 제2항(a)의 취지는 제3조 제2항의 조치가 제2조 제1항에 의해 금지되지 않도록 하려는 것인데, 제2조 제2항(a)가 제3조 제2항과는 달리 내국세만 규정하고 내국과징금이 누락되어 있다. 이에 대해, 문언을 엄격히 해석하여 내국세에만 국경세조정이 허용된다는 견해와 문맥상 제2조 제2항(a) 내국세에는 제3조 제2항 내국세와 내국과징금이 모두 포함되도록 해석해야 한다는 견해가 있다. 이에 대해 아직 분명한 해답은 없지만, 동일한 표현이라고 하더라도 조항의 문맥과 취지에 따라 다른 의미를 가질 수 있고, 내국과징금도 배제하지 않는다고 보는 것이 타당하다.

국경세조정이 허용되는 내국세의 범위는 수입상품의 “제조 또는 생산에 전부 또는 일부 기여한 물품”에 대하여 부과되는 경우이다. 특히 탄소국경조정과 관련하여, 최종제품에 남아있지 않은 투입요소에 대한 과세까지 국경세조정을 허용할지가 문제되며, 앞에서 긍정설과 부정설을 소개한 바 있다. 이에 대해서는, ‘기여한(from which)’과 ‘물품(an article)’의 해석이 중요하며, 긍정설의 견해에 따라 넓게 해석하

면 탄소국경조정도 해당될 수 있다.⁷¹⁾

두 번째 요건인 ‘상당하는’ 관련, 사전적으로 두 비교대상간 동등한 가치를 가지는 상태를 의미하며, 이때 비교대상은 수입상품과 국내 동종상품의 생산과정에서 소비된 화석연료에 부과되는 재정적 부담이다. ‘상당하는’ 여부에 대해, 하바나 협정 검토회의 당시, “향수가 알콜성분을 포함하기 때문에 과징금이 부과된다면, 그러한 과징금은 향수의 가치가 아니라 알콜성분의 가치를 고려해야 한다”고 설명한 바 있다.⁷²⁾

탄소국경조정의 경우, 구체적인 의무 산정방식에 따라 상당성 여부를 판단해야 할 것이다. 앞에서 상정한 수입국의 주된 생산방식에 기초하여 산정하거나 원산지국의 평균 탄소배출계수를 사용하는 방식은 상품의 실제 탄소배출량과는 일정한 괴리가 있다. 하지만 상품별 탄소배출량을 정확히 측정하는 것이 현실적으로 어려움을 감안할 때, 생산과정에서 소비된 화석연료에 비례하여 부과하는 조치라고 주장할 여지가 있다고 판단된다. 일례로, 미국-슈퍼펀드 사건에서 수입상품에 포함된 특정 화학물질 산정에 미국내 주된 생산방법에 기초한 법정기준치를 적용한 사례가 있다.

세 번째 요건으로 국경세조정이 제3조

71) IV.3.가 국경세조정 논의 참조.

72) EPCT/TAC/PV/26, p.21.

제2항의 규정에 합치되는 방식으로 적용되어야 한다. 앞의 두 가지 요건이 충족하면 제2조 제2항(a) 국경세조정이 허용되는 내국세로 판단되고, 제3조 제2항 합치 여부 분석과 자연스럽게 연계된다. 다시 말해서, 탄소국경조정이 국경세조정에 해당되더라도, 제3조 제2항 합치 의무는 여전히 남는다.

다. 제3조 주해

“내국세 또는 그 밖의 내국과징금, 또는 제1항에 언급된 종류의 법률, 규정 또는 요건으로서 수입상품에 대하여 그리고 동종 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.”

제3조 주해는 국경에서 시행되더라도 국내적인 조치일 경우 제2조 또는 제11조 시장접근 규율이 아니라 제3조 제2항 및 제3조 제4항 내국민대우 규율이 적용된다고 규정하고 있다. 구성요건으로는 첫째, 내국세 및 기타 내국과징금 또는 법률, 규

정 및 요건이어야 하고, 둘째, 수입상품에 대하여 그리고 동종 국내상품에 적용되어야 한다.

첫 번째 요건인 제3조 주해 적용대상에는 제3조가 적용되는 정부의 국내조치가 광범위하게 포함되기 때문에 탄소국경조정도 해당된다. 재정적 부담이라고 보는 경우에는 ‘내국세 또는 내국과징금’, 그렇지 않더라도 ‘법규, 규정 및 요건’이라고 보는 데 어려움이 없다.

제3조 주해가 상품에 ‘적용되는(applied to)’ 조치를 대상으로 하고 있음을 들어, 탄소국경조정은 상품에 대한 조치가 아니라 ‘공정 및 생산방법(process and production methods)’ 관련 조치라는 반론이 제기될 수 있다. 참치-돌고래 사건에서 패널은 미국의 돌고래포획규제가 참치 자체, 참치 판매, 또는 참치에 영향을 주는 포획 방식을 규율하는 조치가 아니라고 하면서 제3조가 아니라 제11조 적용대상으로 판단한 바 있다.⁷³⁾

이와 관련, 앞의 국경세조정 논의와 마찬가지로, 생산과정의 탄소배출에 대한 과세가 상품에 일정 부분 전가되어 시장에서 경쟁 관계에 영향을 미치게 되며, 상품별 탄소배출량에 비례하여 의무수준이 조정

73) GATT Panel Report on *Tuna/Dolphin I*, para.5.10.

되기 때문에 간접적이지만 상품에 적용되는 조치라는 점은 부정하기 어렵다고 생각된다. 생산과정에서 어떤 행위를 금지하는 돌고래포획규제 사례와는 구별되어야 한다.

두 번째 요건 관련, 국내적으로 탄소세 또는 배출권거래제를 도입하면서 수입상품에도 함께 탄소국경조정을 적용하는 경우이면 해당된다. EC-석면 사건에서 조치가 명목상 수입상품과 동종 국내상품을 모두 대상으로 하지만 동종 국내상품 생산이 전혀 없어 실질적으로 수입상품에만 적용되는 경우가 문제되었는데, 패널은 국내적으로 생산이 없다는 사실만으로 제3조 주해 적용이 배제되지 않으며, 제3조 주해의 ‘그리고(and)’가 반드시 동일한 조치를 적용하도록 요구하는 것이 아니라고 판단하였다.⁷⁴⁾

라. 사안에의 적용: 제2조 적용 제외

상기 분석을 종합하면, 수입상품에 ‘과징금’ 형태로 탄소국경조정을 부과하는 경우 GATT 제2조 제1항 위반이 문제될 수 있으나, 이에 대해서는 제2조 제2항(a) 국경세조정 조항이나 제3조 주해를 원용하여 제2조 적용이 제외되고 제3조 제2항이 적용된다고 반박할 수 있다. 또한 탄소국경조정을 배출권거래제와 연계하여 탄소

배출권 보유의무로 부과하는 경우에는 그 운영방식에 따라 조세나 과징금이 아니라 제11조 제1항 ‘제한’에 해당될 가능성도 있으나, 마찬가지로 제3조 주해에 따라 제3조 제4항이 적용된다.

한편, 탄소국경조정의 WTO 합치성 판단에 있어 GATT 제2조 제2항(a) 국경세조정 분석은 그 복잡성에 비해 실질적인 의미는 크지 않다는 점에 유의해야 한다. 탄소국경조정이 제2조 제2항(a) 요건을 충족하더라도 제2조 의무 적용만 면제되는 것이지 제3조 합치 의무는 여전히 남는다. 또한, 국경세조정 관련 복잡한 분석과 해석적 논란을 거치지 않고도 제3조 주해를 원용하여 제2조가 아닌 제3조가 적용되도록 하는 동일한 결과를 얻을 수 있다. 결국 쟁점은 제3조 내국민대우 합치 여부이다.

4. GATT 제3조 내국민대우 분석

GATT 제3조 내국민대우는 기본적으로 수입상품과 동종 국내상품에 대해 경쟁조건인 동등성(equality of competitive conditions)을 보장하라는 것이며, ‘내국세 또는 내국과징금’에 적용되는 제3조 제2항과 ‘법규, 규정 또는 요건’에 적용되는 제3조 제4항이 주로 제기된다.⁷⁵⁾

74) Panel Report on *EC-Asbestos*, paras.8.91-8.95.

가. 제3조 제2항

“다른 계약당사자의 영토내로 수입된 계약당사자 영토의 상품은 동종의 국내 상품에 직접적 또는 간접적으로 적용되는 내국세 또는 그 밖의 모든 종류의 내국과징금을 초과하는 내국세 또는 그 밖의 모든 종류의 내국과징금의 부과상이 직접적으로든 간접적으로든 되지 아니한다. 또한 어떠한 계약당사자도 제1항에 명시된 원칙에 반하는 방식으로 수입 또는 국내 상품에 내국세 또는 그 밖의 내국과징금을 달리 적용하지 아니한다.”

제3조 제2항은 수입된 상품에 직접 또는 간접적으로 부과되는 내국세 및 기타 내국과징금을 적용대상으로 하며, 제1문 동종 상품에 대한 초과과세 금지 규정과 제2문 직접경쟁상품에 대한 유사과세 금지 규정으로 구성된다. 실제 분쟁에서 제소국이 제1문 동종상품 초과과세를 주장하면서 예비적 청구로 제2문 직접경쟁상품 유사과세를 주장하는 것이 일반적이다.

① 적용대상 조치

우선 탄소국경조정이 “내국세 및 기타 내국과징금(internal taxes or other internal

charges)”에 해당되는지 판단해야 한다. 문언 해석상, 내국세 또는 내국과징금은 관세영역 내에서 발생하는 내부적인 요인에 의해 재정적 의무가 촉발되어야 하며 수입된 상품에 부과되는 것을 의미한다.⁷⁵⁾

탄소국경조정은 수입상품이 생산되는 과정에서 탄소를 배출한 행위에 대해 국경에서 재정적 의무를 부과하는 조치이다. 탄소세 방식은 그 자체로 재정적 의무에 해당되며, 탄소배출권 보유의무 방식으로 부과되더라도 탄소배출권이 탄소시장에서 거래될 수 있고 의무 위반시 범칙금 형태로 제재가 이루어짐을 감안하여 재정적인 의무로 볼 여지가 있다. 다만 제3조 제2항 내국세 또는 내국과징금이 아니라고 하더라도 제3조 제4항이 적용되므로, 내국민대우 합치성 분석에서는 큰 차이가 없다.

탄소배출행위가 생산지국에서 발생하므로 국내적인 요인이 아니라는 지적이 있을 수 있으나, 재정적인 의무가 탄소배출행위로 인해 자동적으로 촉발되는 것이 아니라 국내 관할권 내로 반입되고 국내 동종상품과 경쟁하기 때문에 부과되는 것이므로 국내적 요인이라고 항변할 수 있다.

또한, 탄소국경조정은 상품 자체가 아니

75) 김호철(2011), 전제서, 제6장 GATT 비차별대우 원칙 위반 여부, 181-261면; 장승화, “GATT 제3조상의 ‘동종상품’의 개념”, 서울대학교 법학 제37권1호, 1996.

76) Appellate Body Report on *China-Auto Parts*, para.161.

라 생산 및 공정방식에 대한 과세이므로 상품에 ‘직접 또는 간접적으로’ 부과되는 조치라고 보기 어렵다는 주장이 제기될 수 있다. 그러나 제3조 주해에서 이미 설명하였듯이, WTO 패널 및 상소기구는 ‘간접적으로(directly)’를 넓게 해석하여 수입상품과 과세 조치간에 일정한 연계(some connection)만 있으면 충분하다고 보고 있기 때문에 이러한 주장은 맞지 않다.⁷⁷⁾

② 제1문 : 동종상품 초과과세

제1문은 수입상품에 대해 동종 국내상품에 비해 초과과세하지 않을 것을 규정하고 있다. 구성요건으로, 첫째 수입상품과 국내상품이 동종상품(like product)이어야 하고, 둘째 수입상품에 부과되는 내국세 또는 내국과징금이 국내상품에 비해 초과(in excess)하여야 한다.

첫 번째 요건으로, 동종상품 판단기준은 개별 사안별로 패널 및 상소기구의 해석과 적용을 통해 발전되어 왔다. 동종상품 표현은 제1조 제1항, 제2조 제2항, 제3조 제2항, 제3조 제4항 등에서 흔히 발견되며, 이들 동종상품 각각의 범위는 협정내 상이한 위치에서의 문맥과 상황에 따라 다르게 해

석된다.⁷⁸⁾

사전적으로 ‘동종(like)’은 “동일한 특성과 품질을 가진”, “거의 같은 모양, 크기” 등으로 풀이된다. 현실적으로 완전히 동일한 상품은 없다는 점을 감안, 두 상품 간에 동일한 특성과 품질을 어느 정도로 공유해야 하는지의 판단이 관건이라고 할 것이다. 이와 관련, 1970년 국경세조정 작업반은 동종성 판단기준으로 해당시장에서 상품의 최종용도, 소비자의 취향과 습관, 제품의 특성·성격·품질을 예시하였고, 이후 GATT 패널에서 상품의 관세분류가 고려요소로 추가하였다. 이에 따라, 동종성 판단시 기준으로, i) 특정시장에서 물품의 최종용도, ii) 소비자의 기호 및 습관, iii) 물품의 특성과 본질 및 품질, iv) 관세분류가 고려된다. 패널은 4가지 요소를 분석틀로 하여, 관련 증거들을 분류하고 전체적으로 검토하여 판단하게 된다.⁷⁹⁾

탄소국경조정에 적용해보면, 탄소다배출 수입상품과 탄소저배출 국내상품을 동종상품으로 볼지, 생산과정에서 ‘탄소배출량’의 차이를 들어 동종상품이 아니라고 할 것인지가 관건이다. 앞에서 설명한 동종성 판단의 4가지 요소에 탄소배출량이

77) Appellate Body Report on *Canada-Periodicals*, p.20; Panel Report on *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, para. 8.42.

78) Appellate Body Report on *Japan-Alcoholic Beverages*, Part H.1.

79) Appellate Body Report on *EC-Asbestos*, paras.102-103.

어떻게 고려될 것인지를 문제이다. EC-석면 사건에서 상소기구(상소판)는 발암성에 근거한 ‘건강 유해성(health risk)’이 상품의 물리적 특성과 소비자 선호에 차이를 가져온다고 봄으로써, 상품의 환경적 영향이 동종성 판단시 고려될 여지를 남겼다.⁸⁰⁾ 하지만 백석면과 같은 치명적인(lethal) 독성으로 인한 물리적 차이가 발생하는 경우와 탄소배출량 차이로 인해 단순히 소비자 선호에 영향을 미치는 경우는 달리 보아야 한다. 치명적인 유해성은 과학적으로 증명이 가능하지만, 상품의 탄소배출량 차이가 개별 소비자 선호에 미치는 영향은 간접적이고 과학적 입증도 어렵다. 더구나 동종성 분석이 시장에서 경쟁관계를 종합적으로 판단하는 것이므로, 상품의 최종용도와 물리적 특성이 동일한 경우에는 소비자 선호 차이만으로 동종성을 부인하기 어려울 것이다. 따라서 동종상품에 해당될 여지가 크다.

두 번째 요건으로, ‘초과하여(in excess)’ 표현은 최소한 동일하거나 유리한 경우를 의미하는 것이므로, 탄소다배출 수입상품에 대해 탄소저배출 국내 동종상품에 비해 높은 수준의 재정적인 부담을 부과한다면 초과과세이며, 그 초과하는 양이 아무리

미미한 정도라도 허용되지 않는다. 다시 말해서, 수입상품에 대해 생산국의 탄소배출계수를 적용하여 국내상품에 비해 높은 수준의 의무를 부과한다면 초과과세에 해당된다.⁸¹⁾

이와 관련, 탄소국경조정제 수입상품과 국내상품을 차별하지 않고 원산지 중립적으로 이루어지는 경우를 생각해 볼 수 있다. 이와 유사하게, 수입상품에 대한 탄소국경조정을 도입함에 있어, 원칙적으로 생산자가 제출하는 자료를 기초로 개별상품별 탄소배출량을 측정하여 과세율을 산정하되, 그러한 개별 측정이 곤란하거나 부적절한 경우 수입국 동종상품의 주된 생산 방식에 기초하여 과세하는 형태가 검토될 수 있다. 이 경우 수입상품과 국내 동종상품간 탄소배출량 차이와 무관하게 동일한 의무가 부과된다는 점에서 법적으로 초과과세가 아니지만, 수입상품의 실제 탄소배출량이 국내 동종상품에 비해 낮은 경우에는 불합리한 과세이고 조치의 당초 취지인 기후변화 대응과도 어긋나는 정책적 문제가 있다.

③ 제2문 : 직접경쟁상품 유사과세

제2문은 내국세 및 내국과징금 부과에 있어 제3조 제1항⁸²⁾ 원칙에 반하는 방식으

80) Ibid., para.114.

81) Appellate Body Report on *Japan-Alcoholic Beverages II*, p.23.

로 적용하지 않도록 하였고, GATT 제3조 주해⁸³⁾에서 이는 직접경쟁 또는 대체관계 상품이 유사하게 과세되지 않을 경우 적용된다고 설명하였다. 따라서 3가지 구성요건이 필요한데, 첫째, 수입상품과 국내상품이 직접경쟁 또는 대체관계(directly competitive or substitutable)에 있고, 둘째, 유사하지 않게(not similarly) 과세조치를 하였으며, 셋째, 이러한 조치가 국내생산을 보호하는 것이어야 한다.⁸⁴⁾

첫 번째 요건으로, ‘경쟁’, ‘대체’는 두 상품이 경쟁 관계에 있으며 이들이 대체 가능하거나 특정한 수요를 충족하는 대안적 방법을 제공하는 것을 의미하며, ‘직접’이라는 수식어로 두 상품간 경쟁관계에 일정한 근접성이 요구된다고 해석된다. 또한 제3조 제2항 문맥상으로 제1문의 동종상품에 해당하지 않지만 그 상품의 성격과 관련 시장에서 경쟁 조건상 제2문의 직접경쟁 또는 대체상품일 경우를 규율하기 위한 넓은 개념으로 이해된다.⁸⁵⁾ 서로 조금 다르더라도 그 시장과 상품의 특성상 직접

적인 경쟁 관계 또는 대체탄력성이 존재하면 해당되며, 실제 사안에서 국내산 소주와 수입산 양주, 분리간행 정기간행물과 비분리발행 정기간행물 등이 포함된 사례가 있으며, 탄소국경조정의 경우 수입산 냉연강판과 국내산 도금강판에 비유될 것이다.

두 번째 요건으로, ‘유사하지 않게’는 직접경쟁 또는 대체관계의 수입상품에 대해 동등한 경쟁 조건을 부여하는지를 검토하는 것이며, 제1문의 ‘초과하여’와 다르게 수입상품과 국내상품간 내국세의 미미한(de minimis) 차이는 허용하는 것으로 해석된다. 일본-주세 II 사건에서 수입된 양주와 국내산 소주에 유사하게 과세하였는지 판단에 있어 리터당 과세액, 알코올 도수당 과세액, 종량세율, 가격대비 과세비율을 비교 분석하였다.⁸⁶⁾ 한국-주세 사건에서 국내산 희석소주에는 38.5퍼센트, 보드카 등에는 104퍼센트를 과세하는 것은 미미한 수준의 차이를 넘는 것으로 판단하였다.⁸⁷⁾

82) GATT Article III:1: [...] should not be applied [...] so as to afford protection to domestic production.

83) GATT Annex I, Ad Article III, para.2: A tax conforming to the requirements of the first sentence of paragraph 2 would be considered to be inconsistent with the provisions of the second sentence only in cases where competition was involved between, on the one hand, the taxed product and, on the other hand, a directly competitive or substitutable product which was not similarly taxed.

84) Appellate Body Report on *Japan-Alcoholic Beverages II*, p.25.

85) *Ibid.*, p.26.

86) Panel Report on *Japan-Alcoholic Beverages II*, para.6.33.

세 번째 요건으로, 제3조 제1항에 명시된 원칙에 반하지 않아야 하는데, 국내생산을 ‘보호하도록(so as to afford protection)’ 적용되어서는 안 된다는 것이고, 내국세의 설계, 구성과 드러난 구조를 통해 판단할 수 있다. 일례로, 일본-주세 사건에서 패널 및 상소기구(이하 ‘상소기구’)는 내국세율의 현저한 차이를 근거로 국내생산을 보호하도록 적용되었다고 판단하였다.⁸⁸⁾

한편, ‘보호하도록’ 표현은 문언적으로 문제된 조치가 상품간의 경쟁관계에 미치는 결과를 가져오는 방식으로 적용된다는 의미이고, 조치의 의도나 목적과는 무관하다.⁸⁹⁾ 이론적으로 제3조제1항 분석시 조치의 차별적 효과뿐만 아니라 그러한 의도 또는 목적도 함께 검토하여 정당한 목적의 국내조치가 차별적 효과를 야기한다는 이유만으로 제3조 위반이 되지 않도록 해야 한다는 주장이 있었고⁹⁰⁾, GATT 시기의 1992년 미국-주류 사건과 1994년 미국-자동차세 사건에서 패널이 이러한 조치 목적

효과 접근법을 수용한 사례도 있다.⁹¹⁾ 그러나 WTO 출범 이후 이러한 접근은 일본-주세 II 상소기구에서 거부되었고⁹²⁾, 한국-주세 상소기구도 대부분 국내주류는 저율의 내국세가 부과되고 수입주류는 고율이 적용되는 구조를 근거로 국내생산을 보호하는 것으로 판단하였다. 칠레-주세 패널에서도 국내생산보호 의도가 없더라도 그 적용방식이 국내생산을 보호하는 결과를 초래하면 제3조 제1항 원칙에 반한다고 해석하였다.

나. 제3조 제4항

다른 계약당사자의 영토내로 수입되는 계약당사자 영토의 상품은 그 국내 판매, 판매를 위한 제공, 구매, 운송, 유통 또는 사용에 영향을 주는 모든 법률, 규정, 요건에 관하여 국내원산의 동종 상품에 부여되는 대우보다 불리하지 않은 대우를 부여받아야 한다. 이 항의 규정은 상품의 국적에 기초하지 아니하고 전적으로 운송수단의

87) Panel Report on *Korea-Alcoholic Beverages*, para.10.100.

88) Appellate Body Report on *Japan-Alcoholic Beverages II*, p.29.

89) UR타결 이후 당시 외교통상부의 WTO협정 비공식 번역본에는 ‘보호하기 위하여’라고 표기되어 있으나, 이는 영문 표현과도 다소 차이가 있고 국내생산보호 의도를 포함하는 것으로 이해될 오해의 소지가 있으므로 ‘보호하도록’으로 번역하는 것이 보다 적절하다고 생각된다.

90) Hudec, R., “GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test”, 32 *International Lawyer* 619, 1998, p.626.

91) *United States-Measures affecting Alcoholic and Malt Beverages*, 19 June 1992; *United States-Taxes on Automobiles*, DS31/R, 11 October 1994.

92) Appellate Body Report on *Japan-Alcoholic Beverages II*, p.29.

경제적 운영에 기초한 차등적 국내운임의 적용을 방해하지 아니한다.

제3조 제4항은 국내 법규, 규정 및 요건이 수입상품을 불리하게 대우하지 않아야 한다는 규정이다. 동 조항은 상품의 판매, 판매를 위한 제공, 구매, 운송, 유통 또는 사용에 영향을 주는 법규, 규정 또는 요건에 적용되며, 위반 구성요건으로 첫째 수입상품과 국내상품이 동종상품이어야 하고, 둘째 동종 국내상품에 비해 수입상품에 불리한 대우가 있어야 한다.⁹³⁾

① 적용대상조치

우선 ‘모든 법률, 규정 및 요건(all laws, regulations and requirements)’ 관련, 협정상이에 대한 명확한 정의는 없으나, 사전적으로 ‘법규’는 각국 국회에서 제정한 법률을 의미하고, ‘규정’은 법률 이외에 법적 구속력이 있는 하위법령을 지칭하며, ‘요건’은 그 유형을 불문하고 어떠한 이익을 얻기 위해 준수해야 하는 조건이다. 특히 요건에는 기업이 법적으로 준수하도록 구속되는 의무뿐만 아니라 기업이 정부로부터 혜택을 받기 위해 자발적으로 수용하는 조건도 포함한다. 따라서, 협정상 ‘조치’와 유사하게 넓은 개념이며 광범위한 영역에서 정부 조치를 모두 포괄하는 것으로 간

주한다. 탄소국경조정의 경우에는 법령이나 행정지침을 통해 일정한 의무를 부과하는 것이므로 이러한 법규, 규정 및 요건에 해당되는데 별다른 이견이 없을 것이다.

다음으로 “국내 판매, 판매를 위한 제안, 구매, 운송, 분배 또는 사용에 영향을 미치는” 조치이어야 하는데, 이때 ‘영향을 미치는(affecting)’은 상당히 넓게 해석되어 판매 조건을 직접적으로 규율하는 조치뿐만 아니라 상품간 경쟁조건을 불리하게 변경시키는 모든 조치를 포함한다. 이와 관련, 미국-FSC(제21.5조) 사건에서 상소기구도 ‘affecting’은 정부 조치와 상품 거래간의 연계(link)를 규정하는 것으로 일정한 효과가 있는 조치를 의미하며 광범위한 적용범위를 갖는 것으로 해석되어야 한다고 한 바 있다.⁹⁴⁾ 탄소국경조정의 경우 수입상품의 생산자에게 부담을 지우고 해당 상품의 판매 및 유통에 영향을 주게 되므로 이에 해당한다고 판단된다.

② 동종상품 불리한 대우

제3조 제4항의 첫 번째 요건인 ‘동종상품(like product)’의 범위는 협정내 문맥과 상황에 따라 해석되어야 한다. 문언상, 제3조 제2항은 동종상품과 직접경쟁 또는 대체관계 상품에 모두 적용되지만 제3조 제4

93) Appellate Body Report on *Korea-Various Measures on Beef*, para.133.

94) Appellate Body Report on *US-FSC (21.5)*, paras.208-213.

항은 동종상품에만 적용된다는 차이가 있다. 하지만 문맥상, 재정적 조치에 대한 내국민대우 규율과 비재정적 조치에 내국민대우 규율이 조화롭게 적용되어야 하는바, 제3조 제2항은 제1문 동종상품과 제2문 직접경쟁 및 대체상품으로 규율하고 있어 제1문 동종상품의 범위를 좁게 보았지만, 제3조 제4항은 하나의 문장으로 규율하므로 제3조 제2항에 비해 넓게 해석해야 한다. 따라서 제3조 제4항 동종상품의 범위는 제3조 제2항 제1문 동종상품보다는 넓지만 제2항의 제1문과 제2문을 합친 것보다는 좁게 해석된다.⁹⁵⁾ 또한 제3조 제1항 일반 원칙이 제3조 해석 전반에 지침이 되어야 하므로, 제3조 제4항 동종상품 분석시 그러한 경쟁조건의 동등성 보장을 고려해야 한다.⁹⁶⁾

탄소국경조정의 경우, ‘탄소배출량’이 동종상품 판단시 고려될 수 있는지 여부가 관건이다. EC-석면 사건의 상소기구가 동종상품 심사시 ‘건강 유해성’ 증거도 검토된다고 보았음을 들어 탄소배출량 차이가 고려될 가능성이 열려 있다는 일부 견해도 있으나, 앞의 제3조 제2항 분석에서 설명하였듯이 동종성 분석에서 환경적 요인을

고려하는 범위는 시장에서의 경쟁관계라는 관점으로 제한되며 다른 정황을 통해 두 상품간의 경쟁관계가 입증되면 동종성을 부인하기 어려운 것이 현실이다.

두 번째 요건인 ‘불리한 대우(less favorable treatment)’는 해당 조치가 관련 시장에서 수입상품과 동종 국내상품간의 경쟁조건을 수입상품에 불리하게 변경시키는 경우를 의미하며, 이는 회원국 국내조치가 국내생산을 보호하도록 적용되어서는 안 된다는 제3조 제1항 일반원칙이 반영된 것이다.⁹⁷⁾

불리한 대우 여부는 개별 사안별로 판단될 것이나, 탄소국경조정 조치의 경우 제3조 제2항 분석에서와 마찬가지로 탄소다배출 수입상품에 대해 탄소저배출 국내 동종상품에 비해 보다 높은 수준의 부담을 지우는 것이므로 불리한 대우에 해당된다고 판단된다. 이때 수입상품과 국내 동종상품에 다른 법적 요건이 적용한다는 사실 자체만으로 불리한 대우로 판단되는 것은 아니며, 그러한 법령상 차이가 수입상품에 실제 불리한 대우를 야기하는지를 검토한다. 또한 수입상품 일부에 불리하지만 다른 수입상품에는 유리하게 대우하는 것이

95) Appellate Body Report on *EC-Asbestos*, paras.96-99.

96) *Ibid.*, para.103.

97) Appellate Body Report on *Korea-Various Measures on Beef*, para.137; Appellate Body Report on *EC-Asbestos*, para.100.

므로 불리한 대우가 상쇄된다는 주장이 제기될 수 있는데, 기존 패널 결정에서 이러한 접근은 제3조의 취지에 반한다고 보았다.⁹⁸⁾

다. 사안에의 적용: 내국민대우 위반

수입상품에 대한 탄소국경조정 조치는 제3조 제2항의 제1문 및 제2문, 제3조 제4항 위반으로 제기될 수 있고, 그간 패널 및 상소기구 결정들에 비추어 탄소다배출 수입상품과 탄소저배출 국내상품간 동종성 판단에 있어 탄소배출량 차이는 고려되지 않으므로 이에 근거하여 차별적 의무를 부과하는 것은 상기 내국민대우 조항들에 위반된다고 보아야 한다.

물론, 탄소국경조정 방식에 따라 사안별로 판단이 달라질 여지는 있다. 이론적으로, 수입상품에 대한 의무 산정시 수입국 국내의 주된 생산방식에 근거한 법정기준치를 적용한다면 탄소배출량과 무관하게 수입상품과 국내 동종상품에 형식적으로 동일한 의무를 부담하는 것이므로 불리한 대우가 아니라고 항변할 여지가 있을 것이다. 하지만 국내상품과 수입상품에 동일한 방식으로 조치를 적용하더라도 시장에서

실질적으로 경쟁상 불이익을 초래하면 협정 위반이 되는 것이므로, 국내상품 대부분은 실제 탄소배출량에 근거한 개별기준치를 적용받아 의무수준이 비교적 낮고 수입상품 대부분에는 주된 생산방식에 근거한 법정기준치가 적용된다면 불리한 대우로 해석될 수 있다. 따라서 탄소국경조정 방식을 제3조에 위반되지 않도록 고안하는 것이 극히 어려워 보인다.

5. GATT 제20조 일반예외 분석

GATT 제20조는 탄소국경조정의 WTO 합치성 검토에 있어 가장 핵심적인 조항이다. 설령 제3조 의무에 위반되더라도 제20조 예외로 정당화할 수 있다는 주장이 흔히 제기된다. 아래 탄소국경조정 도입에 대해 제20조를 원용하려면 어떤 요건을 충족해야 하는지 상세히 살펴보겠다.⁹⁹⁾

가. 제20조 개요

다음의 조치가 동일한 여건이 지배적인 국가간에 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, 이 협

98) Panel Report on *US-Section 337*, para.5.14.

99) 김호철(2011), 전게서, 제7장 GATT 제20조 예외를 통한 정당화 여부, 265-345면; 김호철, “브라질-재생타이어 수입제한조치 사건”, 통상법률 제89호, 2009.

정의 어떠한 규정도 계약당사자들이 이러한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.

- (b) 인간, 동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치
- (g) 고갈될 수 있는 천연자원의 보존과 관련된 조치로서 국내 생산 또는 소비에 대한 제한과 결부되어 유효하게 된 경우

제20조는 그 자체로 의무를 발생시키는 것이 아니라 협정상 의무에 대한 예외를 제공하는 것이며, 의무조항과 달리 다음과 같은 절차적 특징을 가진다. 첫째 의무조항 위반이 제기되고 피소국이 그러한 위반을 정당화하기 위해 제20조를 명시적으로 원용한 경우에 그 범위에서 패널이 검토한다. 둘째 예외조항이기 때문에 이를 원용하는 당사국인 피소국이 이에 해당되는지를 증명할 입증책임을 진다.¹⁰⁰⁾

제20조 예외로 정당화되려면 첫째, 제20조에 열거된 10개 예외사유 중 적어도 하나에 해당되어야 하고, 둘째, chapeau 요건을 충족해야 한다. 이를 ‘2단계 테스트(two-tiered test)’라고 하는데, 1단계로 먼저 각호 요건을 분석하고, 2단계로 chapeau 요

건을 분석한다.¹⁰¹⁾ 협정문 자체가 충분한 해석기준을 제공하지 않고 있으므로, 그간 패널 및 상소기구가 실제 분쟁에서 판단한 결정사례가 중요한 해석적 지침이 되고 있다.

나. 1단계 : 각호 (b)와 (g)

탄소국경조정은 ‘기후변화’라는 국제적 환경문제에 대응하기 위한 조치이며, 환경과 관련해서는 제20조 각호 중 (b)호와 (g)호가 주로 인용된다.

- ① (b)호 : ‘인간, 동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치’

(b)호에 해당되려면, 첫째 조치가 인간, 동식물의 생명이나 건강을 보호하기 위한 것이어야 하고, 둘째 이를 위해 필요한 경우이어야 한다.

첫 번째 요건의 경우, 인간, 동식물의 생명이나 건강에 위협이 있는지 여부와 위반된 조치가 이러한 위협으로부터 보호하기 위한 것인지로 나누어 검토한다. 우선, 인간, 동식물의 생명이나 건강에 ‘위험(risk)’이 존재한다는 구체적인 과학적 증거와 전문가 의견을 제시해야 한다. ‘탄소배출’의 경우, 온실가스가 대기를 오염시켜 기후변

100) Appellate Body Report on *US-Wool Shirts and Blouses*, p.16.

101) Appellate Body Report on *US-Gasoline*, p.21; Appellate Body Report on *US-Shrimp*, paras.119-120.

화를 야기한다는 과학자들의 대체적 의견, 지구온도가 높아져 생물이 멸종되고 해수면이 상승한다는 스텐보고서, 각종 IPCC 보고서 등을 통해 기후변화가 인류의 생존에 야기할 위험을 주장할 수 있다. 미국-휘발유 사건에서 패널은 자동차 배출가스로 인한 ‘대기오염’이 건강 위험이 된다는 미국 주장을 부인하지 않았다.¹⁰²⁾ EC-호르몬 사건에서 상소기구는 위험에 부정적 효과가 잠재적인 경우도 포함된다고 보았다.¹⁰³⁾ 다음으로, 조치의 의도가 그러한 위험으로부터 ‘보호하기 위한(to protect)’ 것 이어야 한다. 탄소국경조정 관련 법령이 인간, 동식물의 생명이나 건강 보호를 명시적으로 언급하지는 않더라도 기후변화를 최대한 억제하려는 취지이므로 조치 의도를 충분히 입증 가능할 것이다.

이와 관련, ‘역외적용’ 문제가 제기될 수 있다. 수입상품의 경우 탄소가 배출되는 장소가 조치국이 아니라 생산지국이며 탄소국경조정도 결국 생산지국의 탄소배출을 감소시키기 위한 조치라는 점이다. (b)호의 인간과 동식물은 자국의 국민과 동식물을 의미하며 다른 회원국의 국민과 동식물을 보호한다는 명분으로 일방적 무역조

치가 허용되어서는 안 된다는 주장이 가능하다. 참치돌고래 I 사건에서 멕시코가 이러한 역외적용 문제를 제기하였고, 이에 대해 미국은 돌고래가 회유성 어종(migratory species)이기 때문에 어느 한 당사국의 관할권에 속하지 않는 공동의 자원이라고 반박하였다.¹⁰⁴⁾ 이에 더해, 참치돌고래 II 사건 패널은 (b)호 문언상 보호대상 생물체 위치에 대한 제한이 없고 국제법상 국가의 역외관할권 행사를 금지하지는 않음을 들어 태평양에 거주하는 돌고래를 보호하려는 미국의 조치도 (b)호에 해당된다고 판단하였다.¹⁰⁵⁾ ‘탄소배출’의 경우 온실가스 배출행위가 생산국에서 이루어졌다고 해도 그로 인한 지구온난화는 조치국을 포함하여 광범위하게 영향을 미친다는 점도 참고가 될 것이다.

두 번째 요건 관련, ‘필요한(necessary)’ 조치의 범위가 문제된다. 기존 분쟁사례를 보면, 우선 조치가 추구하는 가치의 상대적 중요도, 조치의 정책목표 실현에의 기여도, 조치의 무역제한적 효과의 3가지 요인을 비교형량(weighing and balancing)하고, 그 결과를 기초로 덜 무역제한적이고 회원국이 합리적으로 기대할 수 있는 이용

102) Panel Report on *US-Gasoline*, para.6.21.

103) Appellate Body Report on *EC-Hormones*, para.187.

104) GATT Panel Report on *Tuna/Dolphin I*, para.3.31.

105) GATT Panel Report on *Tuna/Dolphin II*, para.3.15.

가능한 다른 대안(alternative measure)이 있는지를 검토하는 방식으로 분석한다.¹⁰⁶⁾

탄소국경조정 조치에 적용하여 3가지 요인을 비교형량 분석해보면, 우선 국경조정이 추구하는 정책목적은 탄소배출 감축을 통한 ‘기후변화 완화’이며 그 중요성(importance)에 대해서는 인류가 공동으로 대응할 시급한 과제라는 시각과 과장된 위험이라는 시각이 나뉜다. 정책목적 기여도(contribution)는 정책목적과 채택된 조치간 진정한 관련성 여부를 검토하는 것으로, 탄소배출에 대한 의무 부과는 탄소배출을 줄이도록 유도하는 실질적인 효과가 있다고 볼 것이다. 조치의 무역제한효과(trade-restrictiveness) 측면에서 수입금지가 아니라 단순히 비용을 상승시키는 덜 제한적 조치이다. 따라서 목적의 중요성이 인간 생명을 위협하는 정도는 아니지만, 목적달성 기여도는 실질적이며, 무역제한 효과는 비용 상승에 그치는 것으로 평가되어, 종합적으로 정책목적에 실질적으로 기여하는 조치로서 무역제한 효과의 정도가 목적의 중요성 및 기여도에 적합한 수준으로 판단된다.

다음으로 합리적으로 이용가능한 대안 분석은 제소국이 대안을 제시하고 피소국은 제시된 대안이 이용가능하지 않다고 반

박하는 방식으로 진행된다. 탄소국경조정이 수입상품에 국내상품에 비해 불리한 기준을 적용하는 경우에는 두 상품에 동일한 기준을 적용하는 것이 대안으로 제시될 수 있으며, 패널은 그러한 대안으로 대체되더라도 정책목적으로 설정된 보호수준에 적합한지를 검토한다. 이때 보완적인 조치와는 구분되어야 한다. 국제협정을 통한 온실가스감축 공조, 탄소라벨링 제도 등은 대안이 아니라 보완조치이다. 다른 합리적인 대안이 없다면 필요성 테스트를 통과할 수 있다.

② (g)호 : ‘고갈될 수 있는 천연자원의 보존과 관련된 조치로서 국내 생산 또는 소비에 대한 제한과 결부되어 유효하게 된 경우’

(g)호에 해당하려면, 첫째 고갈될 수 있는 천연자원을 대상으로 하고, 둘째 그 보존과 관련된 조치이어야 하며, 셋째 국내 생산 또는 소비에 대한 제한과 결부되어 유효하게 되어야 한다.

첫 번째 요건 관련, 탄소국경조정의 보호대상인 ‘대기’가 ‘고갈될 수 있는 천연자원(exhaustible natural resource)’인지가 관건이다. 그간 분쟁사례를 보면, 미국-휘발유 사건에서 ‘대기’가 (g)호 대상인지 문제되

106) Appellate Body Report on *Korea-Beef*, paras.160-166.

있고 패넬은 대기가 자원이고 천연적이며 고갈될 수 있다고 판단하였다.¹⁰⁷⁾ 미국-새우수입금지 사건에서 ‘돌고래’가 문제되었는데, 상소기구는 번식을 통해 재생가능한 생물종도 경우에 따라서는 인간의 활동에 의해 멸종의 위험에 처할 수 있다고 판단하였고, 이에 더하여 (g)호가 1949년 작성된 문구라면서 환경보호에 대한 현재의 국제공동체 우려에 비추어 해석되어야 함을 강조하였다.¹⁰⁸⁾ 특히 1995년 WTO 협정 전문에서 지속가능한 개발 목표를 명시적으로 포함하였음을 들어, (g)호 ‘천연자원’ 범위도 정적인 것이 아니라 시대적 우려(contemporary concern)를 반영해야 하는 것으로 보았고, 1982년 유엔해양법협약 등 다른 국제협정들도 천연자원에 생물과 비생물을 모두 포함됨을 주목하였다. 탄소국경조정에 적용하면, ‘대기’가 예전에는 누구나 자유롭게 이용가능한 무한한 존재로 인식되었으나 IPCC 보고서에서 보듯이 점차 인간의 활동에 의해 소멸될 수 있는 유한한 자원으로 인식이 전환되고 있으며, 기존 분쟁사례에서 천연자원 대상 범위를 넓게 해석하고 있으므로, (g)호 주장이 가능하다고 생각된다.

두 번째 요건으로, 탄소국경조정이 대기

보존 또는 기후변화 완화라는 정책목적과 ‘관련된(relating to)’ 조치이어야 한다. ‘관련된(relating to)’ 표현은 ‘necessary’ 보다 완화된 요건으로 필요한 조치가 아니어도 넓게 포함될 수 있으나, 관련성 요건의 범위에 대해서는 해석상 논란이 있었다. 캐나다-정어 사건에서 정책목적인 고갈될 수 있는 천연자원의 보호를 주된 목적으로(primarily aimed at) 조치여야 한다고 해석하였으나, 미국-휘발유 상소기구는 이러한 테스트가 협정문상 근거가 없으며 유일한 기준이 아니라고 하고 조치와 목적간 실질적 관련성(substantial relationship) 여부에 초점을 맞추었으며, 이에 더해 미국-새우수입금지 상소기구는 목적-수단간 밀접하고 진정한 관련성(close and genuine relationship of ends and means)이 있어야 한다고 하였다.¹⁰⁹⁾ 탄소국경조정은 탄소배출 감축을 통한 기후변화 완화라는 정책 목적을 추구하는 것이며 조치의 전반적 구조와 형태도 이러한 목적에 맞추어 설계되어 있으므로 관련성 테스트를 충족할 것으로 판단된다.

세 번째 요건으로, 탄소국경조정이 국내 생산 또는 소비에 대한 제한과 결부되어 유효하게 된 경우이어야 한다. ‘유효하게

107) Panel Report on *US-Gasoline*, para.6.37.

108) Appellate Body Report on *US-Shrimp*, paras.128-129.

109) Appellate Body Report on *US-Shrimp*, para.137.

된(made effective)’은 국내적인 제한조치가 운영되고 있다는 것이고, ‘결부되어(in conjunction with)’는 공동으로 취해진다는 의미이다. 다시 말해서, 제한조치가 수입상품과 국내상품에 함께 부과되어야 한다는 공평성(even-handedness) 요건이라고 할 것이다. 이때 공평성 요건은 상당히 느슨한 형태로 적용되며, 제3조에서 말하는 동등한 부담 수준까지 요구하는 것은 아니다. 탄소국경조정 조항의 경우, 국내적인 탄소규제 조치와 함께 도입되는 것이므로, 의무수준이 다르더라도 공평성 요건은 충족할 수 있다.

다. 2단계 : chapeau 적용

제20조 chapeau는 예외의 남용으로 인해 협정상 의무와 권리가 훼손되어서는 안 된다는 인식을 반영한 신의성실원칙(principle of good faith)의 한 표현이고, 특정 예외사유에 해당하더라도 조치국의 법적 의무와 다른 회원국의 법적 권리를 적절히 고려하여 합리적으로 적용되도록 하려는 균형 테스트(balancing test)이다. 따라서 chapeau 해석 및 적용에 있어 어느 한쪽의 권리를 배제하거나 협정상 회원국간 권리와 의무의 균형을 무력화하지 않도록 해야 한다.¹¹⁰⁾

또한 chapeau는 ‘적용되지(applied)’ 문구

에 보듯이 기본적으로 조치가 적용되는 방식을 분석대상으로 한다. 다시 말해서, 조치 자체의 내용은 각호에서 분석하고, 조치의 적용되는 방식은 chapeau에서 분석한다. 물론 실제 분쟁사례에서 이러한 구분이 명확하지 않다보니 조치의 동일한 측면이 각호와 chapeau에서 중첩적으로 분석되는 경우도 있으나, 이러한 중첩 중첩 문제는 향후 발전시켜 나가야 할 과제이다.

아래 chapeau 위반 조치를 i) 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 경우, ii) 국제무역에의 위장된 제한의 경우로 구분하여 분석해 보겠다.

① 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별

자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 경우 3가지 구성요건을 검토하는데, 첫째, 조치의 적용이 차별을 야기하고, 둘째, 그러한 차별이 자의적이거나 정당화할 수 없으며, 셋째, 동일한 여건이 지배적인 국가간에 차별하는 방식으로 적용되는지 여부이다.

첫 번째 요건의 ‘차별(discrimination)’은 제3조의 차별과는 별개로 검토되며, 조치가 내용상 공정하게 되어 있더라도 그 적용에 있어 절차적인 차별도 포함된다. 탄소국경조정의 경우, 수입상품과 국내상품

110) Ibid., paras.156-159.

에 탄소배출량에 따라 의무수준에 차이가 있고 수입상품에 대해서는 부과 시점과 운영방식이 국내의 경우와는 다를 것이므로 차별이 존재한다.

두 번째 요건인 ‘자의적이거나 정당화할 수 없는(arbitrary or unjustifiable)’ 관련, 우선 ‘자의적’은 임의적이고 변덕스럽고 예측불가능한 방식으로 적용한다는 의미이고, 조치 적용의 경직성과 비유연성(rigidity and inflexibility), 수출국 의견수렴 기회(opportunity to be heard) 여부를 평가한다.¹¹¹⁾ ‘정당화할 수 없는’의 경우, 조치의 차별에 대해 논리적으로 정당화가 불가능하다는 의미이고, 의도되고 실질적인 강압적 효과(coercive effect) 여부¹¹²⁾와 진지한 협상 노력(engage in serious) 여부, 조치의 목적과 차별의 이유간 합리적인 연관성(rational connection)¹¹³⁾을 평가한다.

‘자의적이거나 정당화할 수 없는’ 요건은 chapeau 분석에 있어 가장 핵심적인 부분이며, 탄소국경조정의 WTO 합치성 여부를 좌우하는 중요한 기준을 시사한다. 다시 말해서, 차별적인 조치를 운영함에 있어 상소기구가 제시한 합치성 기준인, i) 조치 적용의 유연성, ii) 수출국 의견

수렴절차, iii) 조치의 강압적 효과 배제, iv) 협상을 위한 진지한 노력, v) 조치 목적과 차별 이유간의 합리적인 연관성 등을 유의해야 한다.

세 번째 요건의 ‘동일한 여건(same condition)’이란 수출국과 수입국간 사회경제적 경쟁상황이 같다는 의미인데, 이는 시장 경쟁조건의 시각에서 평가되어야 하고, 해당국의 탄소규제 수준을 이유로 동일한 여건이 아니라고 주장하기는 어려워 보인다.

② 위장된 국제무역에의 제한

위장된 국제무역에의 제한은 2가지 구성요건을 검토하는데, 첫째, 조치가 국제무역에의 제한이 되는 방식으로 적용되는지, 둘째, 그러한 제한이 위장된 것인지를 평가한다.

첫 번째 요건인 ‘제한(restriction)’은 제한적인 조건이나 조치를 의미하는 광범위한 개념으로, 탄소국경조정은 수입상품에게 경쟁상 불리한 일정한 제한조건을 부과하는 조치이므로 제한에 해당된다. 두 번째 요건인 ‘위장된(disguised)’의 경우 본래의 모습이나 형태를 바꾸어 정체를 숨기는 것으로, 탄소국경조정이 제20조 예외의 목적

111) Ibid., paras.177-180.

112) Appellate Body Report on *US-Gasoline*, p.28.

113) Appellate Body Report on *Brazil-Retreaded Tyres*, para.227.

이 아니라 국내산업을 보호하려는 숨은 의도를 가지고 취해진 것이라면 위장된 조치라고 판단될 것이다.

실제 사안에서는 자의적 차별, 정당화할 수 없는 차별, 국제무역에의 위장된 제한의 3가지 상황이 엄격하게 구분되지 않고 서로 연계하여 접근하기 때문에, 국제무역에 위장된 차별, 은폐된 제한이나 차별, 자의적이고 정당화할 수 없는 차별에 이르는 다양한 제한조치가 해당될 수 있다.

라. 사안에의 적용 : 엄격한 요건, 사안별 판단

수입상품 탄소국경조정 조치에 GATT 제20조 예외사유 (b)호와 (g)호가 원용될 수 있다. 다만 (b)호의 경우, 필요성 테스트를 통과하려면 조치가 정책목적에 실질적으로 기여하고 무역제한 효과가 비례하며 합리적으로 이용가능한 대안이 없어야 한다. 실제 사안에서 필요성 요건이 엄격하게 해석되는 경향이 있어, 조치를 설계함에 있어 신중한 검토가 요구된다. (g)호의 경우, 그간 분쟁사례에서 고갈될 수 있는 천연자원의 범위가 넓게 해석되고 관련성 요건도 상대적으로 완화되어 있으므로 탄소국경조치 사안에도 적용이 가능할 것으로 판단된다.

가장 문제되는 부분은 조치 적용과 관련

하여 chapeau 요건 충족 여부이다. 일방적인 무역제한 조치이기 때문에 자의적이거나 정당화할 수 없는 조치라고 판단될 여지가 크다. 그간 분쟁사례에서 드러난 5가지 사항(조치 적용의 유연성, 수출국 의견 수렴절차, 조치의 강압적 효과 배제, 협상을 위한 진지한 노력, 조치 목적과의 합리적인 연관성)을 유념해야 하며, 특히 조치가 자국의 일방적인 기준을 교역 상대국이 수용하도록 강압적으로 요구하거나 상대국과의 진지한 협상 노력이 결여된 경우는 chapeau 위반이다.

6. 종합 평가

GATT 제2조 국경세조정, 제3조 내국민대우, 제20조 일반예외를 중심으로 탄소국경조정의 WTO 합치성 여부를 살펴보았는데, 지금까지 분석한 결과를 평가해보면 아래와 같다.

첫째, 일부 연구들이 국경세조정 분석에 치중하고 있는데, 국경세조정 조항이 탄소국경조정에 적용 가능한지 여부에 아직 논란이 있고, 설령 해당되더라도 제3조 내국민대우를 충족해야 하므로, 결국은 제3조 위반 여부의 문제로 귀결된다. 그런데, 제3조에서 동종상품 분석이 시장에서의 경쟁 여건에 초점을 맞추고 있어, 최종제품의 특성과 용도가 동일하다면 탄소배출량이

다르더라도 동종상품으로 판단될 수밖에 없으며 차별적 조치는 위반이다.

둘째, 탄소국경조정이 제3조에 위반되더라도, 제20조 일반예외를 들어 정당화가 가능하지만, 이를 충족하려면 조치의 설계와 적용에 있어 신중한 접근이 요구된다. 예외사유 중 특히 (b)호와 (g)호가 관련되며, (b)호의 경우에 엄격한 필요성 테스트를 감안하여 조치가 설계되어야 한다. 또한 chapeau 요건의 자의적이고 정당화할 수 없는 차별로 비춰지지 않도록, 조치 적용에 있어 유연성과 진지한 협상 노력이 반드시 필요하다.

셋째, 상기 WTO 합치성 분석을 토대로 EU의 탄소국경조정제도(CBAM) 도입 방안을 살펴보면, 탄소관세 방식은 GATT 제2조, 탄소국경부담금 또는 배출권 의무 방식은 제3조 위반이며, 수출국 의견을 충분히 반영하여 제도를 유연하게 설계하지 않는다면 제20조로 정당화될 수 없다. EU도 제20조 요건 충족에 초점을 맞추고 있는 만큼, CBAM 설계과정에서 수출국과 적극적으로 소통하는 것이 무엇보다 중요하다.

V. 새로운 접근 모색

WTO 규범상 탄소국경조정 허용 문제가 단순히 특정한 사안에서 관련 규정의 해석을 넘어, WTO 규범이 국제공동체의 경제 활동을 규율하는 법으로서 현재 국제사회가 처한 상황에 비추어 어떤 역할을 하고 어떻게 변화해야 하는지의 근본적인 물음을 던지고 있다. 이는 방대한 지식과 치밀한 분석이 요구되는 작업이므로 여기에서 상세히 다루기 어려우나, 후속 연구작업을 위한 법이론적 측면과 방법론적 측면의 방향성을 점검해 보고자 한다.

1. ‘동등성’의 대안적 접근

우리가 ‘자유’ 시장경제를 추구함에 있어, 한 주체의 경제적 행위가 다른 주체에게 외부비용을 유발한다면 그러한 행위가 자유롭게 허용되는지 여부는 사회적 효용과 비용을 비교하여 판단하는 것이 타당하다.¹¹⁴⁾ 이러한 시각에서, A국의 B국 상품에 대한 탄소규제 허용 여부도 시장에서 B국 상품의 자유경쟁을 제약하는지만으로 판단해서는 안 되고, 전체 공동체 이익 차

114) Coase, R., “The Problem of Social Cost”, 3 Journal of Law and Economics 1-44, 1960: 로널드 코즈(Ronald Case)는 한 사회에서 A가 B에게 유해한 어떤 행위를 하도록 허용할 것인가 여부의 결정은 그 행위 자체의 선악만을 기준으로 판단해서는 안 되고 그 행위를 규제함으로써 얻게 되는 사회적 효용과 비용을 비교해야 한다고 보았다. 가령 B에게 가해지는 유해한 효과를 막으려고 A를 제지하는 것은 결국 A에게 해를 가하는 결과를 가져오는 ‘상호성(reciprocity)’이 있으며, 이는 A가 B에게 해를 끼치는 것을 용인할 것인가, 아니면 B가 A에게 해를 가하는 것을 용인할 것인가 선택의 문제가 된다고 하였다.

원에서 경제적 이익과 환경적 이익을 함께 고려해서 접근해야 한다.

현재 WTO 패널 및 상소기구는 GATT 비차별대우 및 일반예외 조항의 해석 및 적용에 있어 경제적 관점에서 시장에서 두 상품간 경쟁 관계에의 부정적 영향 최소화에 초점을 맞추기 때문에, ‘탄소배출’과 같은 환경정책 요인이 반영되기 어려운 측면이 있다. 그런데 보편적 인식과 합리성에서 보면, 생산과정에서 탄소 10톤을 배출한 수입 냉연강판과 친환경 공법을 적용하여 탄소 1톤만 배출한 국내 냉연강판을 과연 ‘동종’ 상품이라고 해야 하는지 의문이 든다. 제3조에 대한 통상법의 해석적 접근이 지나치게 경직되고 시야가 좁다는 느낌이고, 그러다 보니 WTO가 지난 25년간 세세한 문구와 오래된 인식에 얽매어 시대적 도전과 변화에 적응하지 못한다는 비판도 제기된다.

비차별대우 원칙은 시장에서 상품간 경쟁 조건의 ‘동등성’을 보장하려는 장치이다. 그런데 상품 생산과정의 사회적 비용이 시장가격에 충분히 반영되지 않아 시장이 왜곡된 상황이라면, 형식적인 동등성 확보에 지나치게 얽매었다 보면 실질적으로 동등하지 않은 여건을 고착하는 역설적 결과를 가져올 수 있다. 상품의 생산과정에서 배출되는 온실가스는 ‘기후변화’라는

사회적 비용을 야기하며, 이러한 비용의 외부성으로 인해 시장에서 상품가격에 제대로 반영되지 못하고 있고, 탄소국경조정은 이러한 시장 왜곡을 시정하려고 정부가 개입하는 조치이다. 통상규범이 시장에서 경쟁 조건의 동등성을 추구하면서 시장 자체의 왜곡을 시정하려는 정부 개입은 허용하지 않는 것은 지나친 형식 논리이다.

이러한 ‘동등성의 역설’을 감안, 비차별대우 원칙을 해석함에 있어 새로운 접근이 모색되어야 한다고 생각한다. 비차별대우에서 강조하는 ‘같은 것을 같게’라는 것은 법철학적으로 ‘정의’의 한 표현이고 법이 형식적 정의를 추구하느냐 실질적 정의를 추구하느냐에 대한 반복된 고민과 보완이 있었다. 이러한 법철학적 시각에 기초하여, GATT 해석 및 적용에서도 실질적 정의의 관점을 보완하여 시장 경쟁에서 잘못된 부분은 바로잡도록 허용하는 ‘교정적 동등성’에 기초한 대안적 접근이 논의되어야 한다고 본다.

2. 방법론적 아이디어

탄소국경조정의 WTO 합치성 문제를 해결하기 위한 방법론적 아이디어로는, ① GATT 관련 조문을 개정하는 방안, ② 분쟁해결시 해석적 지침을 채택하는 방안, ③ 한시적 의무면제 또는 평화조항에 합의

하는 방안, ④ 유사입장국간 복수국 합의 또는 FTA로 확대하는 방안이 있다.¹¹⁵⁾

첫째, 가장 확실한 방법으로 WTO 규범을 개정하는 방안이다. 일부에서 i) GATT 제3조 동종상품 판단시 고려요소로 생산공정방식(PPMs) 차이도 명시하거나, ii) GATT 제20조에 기후조치 항목을 신설하는 아이디어를 제시한다¹¹⁶⁾ 그러나 생산공정방식에 따른 차별 허용은 비차별대우 원칙의 근간을 흔드는 것이며, 기후조치 예외 신설도 현재로서는 회원국 컨센서스가 불가능하다.

현실적 방안으로, 기존 WTO 무역환경위원회(CTE) 논의에 기초한 점진적 접근을 생각해 볼 수 있다. 1995년 출범한 WTO CTE가 설정한 10개 의제 중 첫 번째가 다자환경협약(MEAs)에 명시된 특정무역의무(STO)와 WTO 규범간 관계였고, 이는 2001년 도하 각료선언문에도 DDA 환경협상의 핵심 의제로 포함되었다. 특히 GATT 제20조 개정과 관련하여, GATT 제20조에 (b)호 수정 또는 (k)호 신설을 통해

MEA에 의거한 환경관련 무역조치에 대해 완화된 기준을 적용하자는 제안¹¹⁷⁾ 등도 있었음을 참고할만하다.

둘째, WTO 설립협정 제IX.2조에 근거하여 회원국 3/4 다수결로 기후조치 관련 분쟁에 적용될 해석적 지침(authoritative interpretation)을 채택하여, 분쟁해결 관련 사안별 판단에 따른 불확실성을 해소할 수 있다.¹¹⁸⁾

해석적 지침 합의도 개정과 마찬가지로 어려운 일이지만, 이를 시도한다면 해석적 지침에 어떤 내용을 포함시킬지는 미리 고민해 볼 필요가 있다. 이와 관련, 사건으로 두 가지 고려사항을 제기하고자 한다. 첫째, 제3조와 제20조 간 적절한 역할부담 문제이다. 제3조는 의무조항이고 제20조는 예외적인 정당화이므로, 제3조 문제를 해결하지 않고 제20조 범위 확대에만 치중하게 되면 탄소국경조정 조치에 대한 균형된 접근이 어려울 수 있다고 본다. 둘째, 제3조가 아닌 제20조 해석으로 접근하고자 한다면, 각호 요건의 ‘실체적’ 내용에 대한

115) Das, K., H. Asselt, S. Droege and M. Mehling, “Making the International Trade System Work for Climate Change: Assessing the Options”, Climate Strategy, July 2018, pp.33-38; Hufbauer, G and J. Kim, “The WTO and climate change: challenges and options”, Working Paper No.09-9, PIIE, 2009 참조.

116) Das, K. (2018), *supra* note 112, p.34; Droege, S., H. Asselt, K. Das and M. Mehling, “The Trade System and Climate Action: Ways Forward under the Paris Agreement”, Climate Strategy, 2016, p.14; Holzer, K., *Carbon-Related Border Adjustment and WTO Law*, Edward Elgar, 2014, p.253.

117) EU non-paper, 19 February 1996.

118) Das, K. (2018), *supra* note 112, p.36; Holzer, K. (2014), *supra* note 113, p.254.

통제와 chapeau 요건의 ‘절차적’ 사항에 대한 통제를 명확하게 구분하고, 조치가 남용되지 않도록 각 단계별 구성요건을 보완해야 한다.

셋째, WTO 설립협정 제IX.3조에 근거하여 일정한 요건을 충족하는 탄소국경조정 조치에 대해 GATT 비차별대우 의무 적용을 한시적으로 면제하는 결정을 채택하거나, 각료회의 합의로 일정 기간 각국의 탄소국경조정에 대한 분쟁해결절차 회부 또는 보복조치를 자제한다고 선언하는 것이다.¹¹⁹⁾

당장 해결책을 제시하는 것은 아니지만, 의무면제 또는 평화조항 조건으로 탄소국경조정 설계 및 적용에 대한 일정한 가이드라인을 제시하여 각국간 조치의 조화와 협력적 분위기를 유도하고 이를 토대로 항구적인 다자적 해법을 논의할 수 있을 것이다.

넷째, 다자적인 어떠한 합의도 불가능한 상황일 경우, 유사입장국간에 탄소국경조정의 합법성 요건을 포함한 새로운 복수국간 기후 합의를 도출하거나 양자 및 역내 FTA 협상에 탄소국경조정에 대한 통상규

율을 포함시키고, 이를 토대로 참여국을 확대해 나가는 방안도 거론된다.¹²⁰⁾

아직은 탄소국경조정이 도입된 것이 아니라서, WTO 차원에서도 각국 입장과 논의의 방향성이 뚜렷하게 잡히지 않은 상황이고, 상기 방법론 아이디어에 기초하여 향후 논의를 본격화해 나갈 필요가 있을 것이다.

VI. 결론 및 시사점

‘탄소국경조정’ 분석과 논의에 앞서, 이를 바라보는 근본적인 시각이 중요하다. 자유무역을 중시하는 진영은 대체로 법적 안정성에 치중하여 WTO 협정상 주어진 문구를 해석하는 문제로 보거나 각국의 경제적 이해관계 다툼으로 치부하는 경향이 있다. 하지만, 무역이 국제사회의 유일한 가치는 아니므로, 탄소국경조정 논의에 대해 국제공동체가 현재 처한 상황에 비추어 글로벌 경제활동을 규율하는 법체계로서 WTO 규범의 역할에 대한 창의적 해법을 모색하는 미래지향적 과제라는 균형된 시각에서 접근해야 한다.

119) Das, K. (2018), *supra* note 112, pp.35-36; Kuijper, P., “Conflicting Rules and Clashing Courts: The Case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO”, International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010, p.42.

120) Mehling et al. (2017), *supra* note 47, pp.44-50; Holzer (2014), *supra* note 113, pp.258-260; Hufbauer, G. (2009), *supra* note 112.

금년 7월 EU 집행위가 탄소국경조정제도(CBAM) 규정을 발표하고 도입 일정을 구체화하면 국제적인 관심과 논의가 가열될 것이고, 美무역대표도 WTO 차원에서 환경적 가치 반영을 위한 개혁 논의를 촉발할 분위기이다. 이러한 상황이 전개되면, ‘비차별’과 ‘구속적 의무’ 방식의 통상 규범과 ‘차별적 책임’과 ‘자발적 기여’에 기초한 기후변화 규범간 접근방식의 차이가 노정되고 각국간 책임 배분을 둘러싼 선진국 진영과 개도국 진영간 대립과 갈등이 고조될 수 있다. 각국 통상협상가는 환경 목적 무역조치를 둘러싼 글로벌 긴장관계를 완화함과 동시에, 전통적 자유무역 가치와 새로운 기후변화 요구를 절충하여 균형된 해법을 도출해야 하는 어려운 역할을 맡게 될 것이다.

탄소국경조정이 WTO 협정에 합치되려면 법적 및 기술적 장애를 극복해야 한다. 우선 규범적 측면에서, 탄소배출량 차이에 따른 차별적 조치가 GATT 제3조를 합치되도록 하는 것은 극히 어렵다. 제20조의 경우에도 예외 조치 남용 우려가 있어 제한적으로 해석하는 경향이 있는바, 탄소국경조정의 환경적 취지가 충분히 고려된다는 보장이 없다. 일부에서 제기하는 안보 조치 확장으로 우회할 가능성도 배제하기 어렵다. 또한 기술적 측면에서도, 업체 또는 사업장별로 보고하고 측정한 수치를 개

별상품에 포함된 탄소함량으로 정확히 산정하여 이를 제대로 검증하는 것이 어렵다는 문제가 있다. 수입되는 상품에 생산지국이 아닌 수입지국의 주된 생산방식 또는 평균 배출량에 근거한 법정 기준치를 적용하는 것은 불완전한 해법이다.

결국 탄소국경조정은 법적 해석으로 해결되기 어렵고 각국이 정치적 타협으로 풀어야 할 문제이고, 방법론적 아이디어로 WTO 규범을 친환경적으로 개정하거나 기후변화협상 합의를 WTO 규범이 존중하는 방안이 있을 것이다. 어느 협상이 되었건 각국의 경제적 상황에 따른 자발적 기여에 의존하는 현행 기후변화협상 구조의 한계를 극복하는 것이 관건이다. 이에 대한 회원국 컨센서스 도출이 어렵다는 현실을 감안, 유사입장국이 기후클럽(climate club)을 형성하여 별도의 복수국 합의를 도출하고 결정적 다수(critical mass)를 형성해가는 접근도 예상되고, 이 과정에서 탄소국경조정이 협상 레버리지로 활용될 여지도 있을 것이다. 이러한 국제적 흐름에 맞추어 우리가 어떠한 통상전략으로 임할지에 대해 진지한 고민이 필요하다.

국내적으로 2050년 탄소중립을 선언하고 산업별로 친환경 전환 정책을 가속화하는 것은 매우 시의적절하고 환영할만하다. 이러한 정책적 노력은 각국의 탄소국경조

정 도입시 대상국이 되지 않도록 설득하는데 유용할 것이다. 이와 함께 산업계도 글로벌 통상환경의 변화를 기회로 활용하여 친환경 먹거리를 선도적으로 발굴해 나가야 할 것이다. 다만 국내 탄소규제에 있어, 글로벌 정책 동향과 국내 산업경쟁력을 충분히 고려한 균형적 접근이 바람직하다.

경제성장이 정체되고 제조업 생산이 줄어드는 유럽과 제조업 중심의 경제구조를 가진 우리와는 처한 현실이 다르고, 미국도 탄소규제 방식보다는 산업계의 친환경 혁신역량 강화와 인프라 확대에 주력하고 있음을 참고해야 한다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

김호철, *기후변화와 WTO: 탄소배출권 국경조정*, 서울대학교 법학연구소 법학연구총서 34, 경인문화사, 2011

_____, “WTO 보조금협정과 탄소배출권 무상할당”, 통상법률 제101호, 2011

_____, “브라질-재생타이어 수입제한조치 사건”, 통상법률 제89호, 2009

_____, “통상법에서 시장접근과 국내규제 규범간 구분: 한미 FTA 제13장과 금융규제 자율성”, 통상법률 제85호, 2009

이로리, “탄소세의 국경세조정에 대한 WTO 법적 검토”, 국제법학회논총 55(1), 2010.3

이소영, “WTO Compatibility of Carbon Motivated Border Tax Adjustments”, 국제법학회논총 55(2), 2010.6

이재형, “기후변화협약과 환경세의 국경조정”, 통상법률 제61호, 2005

이천기, “WTO 협정상 수입 국경세조정에 관한 연구 - 탄소세와 배출권에의 적용가능성 및 그 시사점”, 통상법률 제135호, 2017.6

장승화, “GATT 제3조상의 ‘동종물품’의 개념”, 서울대학교 법학 37(1), 1996

최재철, “EU 탄소국경조정제도(CBAM) 추진현황과 우리의 대응방안”, 국회토론회 발제자료, 2020.12.28

2. 해외문헌

Bhagwati, J., “Trade and Environment: the False Conflict?”, in Durwood Zaelke et al., *Trade and the Environment: Law, Economics and Policy*, 1993

Condon, M. and A. Ignaciuk, “Border Carbon Adjustment and International Trade: A Literature Review”, OECD Working Paper, 2013

- Cosbey, A., S. Droege, C. Fisher, and C. Munnings, “Developing Guidance for Implementing Border Carbon Adjustments: Lessons, Cautions, and Research Needs from the Literature”, Review of Environmental Economics and Policy, 2019
- Das, K., H. Asselt, S. Droege and M. Mehling, “Making the International Trade System Work for Climate Change: Assessing the Options”, Climate Strategy, July 2018
- Droege, S., H. Asselt, K. Das and M. Mehling, “The Trade System and Climate Action: Ways Forward under the Paris Agreement”, Climate Strategy, 2016
- Esty, D., Greening the GATT, Institute for International Economics, 1994
- European Commission, EU ETS Handbook, 2015
- European Parliament, “Resolution towards a WTO-compatible EU Carbon Border Adjustment Mechanism”, 2020/2043(INI)
- Flannery, B., J. Hillman, J. Mares and M. Porterfield, “Framework proposal for a US Upstream GHG Tax with WTO-Compliant Border Adjustment: 2020 Update”, Resources for the Future, Report 20-14, October 2019
- Harrell, P., “How Biden Could Use Trump’s Trade War Thumbscrews to Fight Climate Change”, Foreign Policy, August 2020
- Hillman, J., “Changing Climate for Carbon Taxes: Who’s Afraid of the WTO?”, Climate & Energy Policy Paper Series, July 2013
- Holzer, K., *Carbon-Related Border Adjustment and WTO Law*, Edward Elgar, 2004
- Hufbauer, G., and J. Kim, “The WTO and Climate Change: challenges and options”, Working Paper No.09-9, PIIE, 2009
- Lamy, P., G. Pons and P. Leturcq, “Greening EU Trade 3: A European Border Carbon Adjustment Proposal”, Europe Jacques Delors, Policy Paper, June 2020
- Low, P., G. Marceau and J. Reinaud, “The Interface between the Trade and Climate

- Change Regimes: Scoping the Issues”, *Journal of World Trade*, 2012
- Marcu, A., M. Mehling, and A. Cosbey, “Border Carbon Adjustments in the EU: Issues and Options”, *ERCST Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition*, 2020
- Mehling, M., H. Asselt, S. Droege, K. Das and C. Verkuijl, “Designing Border Carbon Adjustments for Enhanced Climate Action”, *Climate Strategies*, 2017
- Nordhaus, W., “Climate Clubs: Overcoming Free-riding in International Climate Policy”, *American Economic Review*, 2015
- _____, “The Climate Club: How to Fix a Failing Global Effort”, *Foreign Affairs* 99(3), 020
- OECD, “Linkages between Environmental Policy and Competitiveness”, *OECD Environmental Working Paper No.13*, 2010
- Pauwelyn, J., “U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law”, *NI Working Paper 07-02*, Duke University, 2007
- _____, “Rein ne Va Plus? Distinguishing Domestic Regulation from Market Access in GATT and GATS”, 4(2) *World Trade Review* 131, 2005
- Porterfield, M., “Border Adjustments for Carbon Taxes, PPMs, and the WTO”, 41 *U. PA. J. Int’l L.* 1, 2019
- Prag, A., “The Climate Challenge and Trade: Would border carbon adjustments accelerate or hinder climate action?”, *OECD Background paper for the 39th Round Table on Sustainable Development*, 25 February 2020
- Reinsch, W., “A Trade Policy for the 20s, Climate”, *CSIS commentary*, 26 January 2021
- Shih, W., “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

Stephenson, J. and S. Upton, “Competitiveness, Leakage and Border Adjustment: Climate Policy Distractions?”, discussion paper prepared for the OECD Round Table on Sustainable Development, 2009

WTO-UNEP, Trade and Climate Change, 2009

[국문초록]

탄소국경조정 도입의 WTO 합치성 쟁점 :
GATT 제2조, 제3조, 제20조

미국 바이든 대통령이 친환경 전환 공약에 탄소조정부담금을 명시하고 EU 의회가 탄소국경조정제도(CBAM) 도입을 지지하는 결의문을 채택하면서, 각국의 탄소국경조정 도입 가능성에 대한 국제적 관심과 우려가 커지고 있으며, 이러한 환경 목적의 일방적 무역조치와 관련한 WTO 합치성 분석과 대안 논의가 재조명되고 있다.

본고는 탄소국경조정이란 어떠한 조치이고 도입 논거는 무엇인지, 미국과 EU에서 무슨 논의가 진행되고 있으며 도입 전망은 어떠한지, WTO 협정에 합치되는 탄소국경조정이 과연 가능한지, 우리는 어떤 시각과 각오로 대처해야 하는지 등의 물음에 기초하여 해외 동향과 법적 분석을 정리하였다. 특히 WTO 합치성과 관련하여, GATT 제2조 국경세조정, 제3조 내국민대우 및 제20조 일반예외를 전반적으로 포괄하여 각 조항별 구성요건과 적용을 상세하게 분석하였고, 어떤 부분에서 창의적인 접근이 필요한지 평가해보았다.

주제어

탄소국경조정, 배출권거래, 기후변화, 세계무역기구(WTO), 국경세조정, GATT 제3조 내국민대우, GATT 제20조 일반예외

[ABSTRACT]

Carbon Border Adjustment and Its WTO Compatibility Issues:
GATT Articles II, III & XX

Kim, Hocheol

As the Biden plan included carbon adjustment fees or quotas and European Parliament adopted the resolution toward a WTO-compatible EU Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM), global businesses and communities draw attention with concern against the possibility of carbon border adjustment measures. It brings much discussion on the WTO compatibility of such environmental purposed unilateral trade measures.

This study is to explain the concept and rationals of carbon border adjustment, review current status of preparatory works and future outlook in the US and EU, and analyze the WTO consistency of such carbon border adjustment measures. In particular, regarding the WTO legality, GATT Article II (border tax adjustment), Article III (national treatment) and Article XX (general exception) are thoroughly examined and also the areas requiring creative approach are explored.

Key-words

Carbon Border Adjustment, Emission Trading, Climate Change, World Trade Organization, GATT Border Tax Adjustment, National Treatment, General Exception

Shareholder Claims for Reflective Loss in Investor-State Disputes and Reform Options

유엔국제상거래법위원회 법률담당관, 법학박사 이 재 성*

*논문접수 : 2021. 5. 10. *심사개시 : 2021. 5. 10. *게재확정 : 2021. 5. 22.

〈 목 차 〉

I. Introduction	2. Treaty-based responses by States
II. Shareholder claims and reflective loss	IV. Proposed reform solutions and concluding remarks
III. Responses by ISDS tribunals and States	
1. Treatment of reflective loss claims by ISDS tribunals	

I. Introduction

Since 2017, the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL” or the “Commission”) has been considering a number of reform options to improve the investor-State dispute settlement (“ISDS”)

system.¹⁾ One of the concerns identified by Working Group III, tasked with that work by the Commission, relates to multiple proceedings in ISDS.²⁾ This was on the basis that multiple proceedings could: (i) result in divergent interpretations by ISDS tribunals

* The views expressed herein are those of the author and do not reflect the views of the United Nations or UNCITRAL.

1) Official Records of the General Assembly, Seventy-second Session, Supplement No. 17 (A/72/17), para. 264.

2) Working papers and reports of Working Group III as well as comments received from States are available on the Working Group website (https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state).

leading to inconsistent or conflicting outcomes, undermining predictability;³⁾ (ii) increase the overall cost and duration of the dispute resolution;⁴⁾ impairing judicial economy; and (iii) distort the balance of rights and interests of relevant stakeholders.⁵⁾ It was mentioned that multiple proceedings could have damaging effects, particularly for developing States.⁶⁾ Accordingly, the Working Group concluded that reforms would be desirable.⁷⁾

Multiple proceedings in ISDS may result from a number of factors – the involvement of multiple parties located in different jurisdictions, the existence of multiple legal bases or causes for claims as well as the availability of multiple fora for asserting such claims.⁸⁾ However, they result mainly from two types of situations. The first type

is where different entities within the same corporate structure assert claims against the same measure in relation to the same investment. Those entities may raise their claims in various fora and under different sources of law, while seeking the benefit of substantially the same interest. The second type is where a State measure has an impact on a number of non-related investors. While issues of law and fact in these proceedings will generally be common to all the claimants, decisions rendered by separate tribunals may yield different outcomes.

This article examines the first type of situation leading to multiple proceedings, more specifically where foreign shareholders of a local company raise claims against a State for reflective loss.⁹⁾ It provides an overview of issues and concerns relating to

3) Report of Working Group III (ISDS Reform) on the work of its thirty-sixth session (Vienna, 29 October – 2 November 2018) (A/CN.9/964), para. 42, available at <https://undocs.org/en/A/CN.9/964>.

4) *Ibid.*, para. 45.

5) *Ibid.*, para. 42.

6) *Ibid.*, para. 46.

7) *Ibid.*, para. 53.

8) The topic of concurrent proceedings in international arbitration was considered by the Commission as a future topic at its forty-eighth (2015) and forty-ninth (2016) sessions based on notes prepared by the Secretariat (A/CN.9/848 and A/CN.9/881, available respectively at <https://undocs.org/en/A/CN.9/848> and <https://undocs.org/en/A/CN.9/881>). The deliberations at those sessions eventually contributed to the decision by the Commission to embark work on ISDS reform in 2017. *See supra* note 1.

9) While the topic of shareholder claims and reflective loss had been identified by the Working Group as a topic separate from multiple proceedings, the Working Group began to consider the two topics jointly beginning at

shareholder claims for reflective loss in ISDS (referred to below as “reflective loss claims”). This article then analyzes relevant case law of ISDS tribunals and treaty-based measures taken by States to respond to reflective loss claims and concludes by examining reform options under consideration by Working Group III. As the Working Group is focusing on procedural reforms mainly in the context of treaty-based arbitration, this paper also focuses on procedural solutions.¹⁰⁾

II. Shareholder claims and reflective loss

Shareholders of companies can be harmed in broadly two ways by measures taken by States or government entities. First, they can suffer ‘direct’ injury to their rights as a shareholder (for example, when their shares

are seized, or when their right to dividends or to attend and vote at a shareholder meeting is restricted). Second, they can suffer ‘indirect’ injury or so-called ‘reflective loss’ through an injury to the company, which affects its overall value and leads to a loss in the value of the shares.

This distinction between shareholders’ direct injuries and reflective loss is generally recognized in international law and has been reaffirmed by the International Court of Justice (“ICJ”). In the *Barcelona Traction case*, the court stated that “a distinction must be drawn between a direct infringement of the shareholder’s rights, and difficulties or financial losses to which he may be exposed as the result of the situation of the company”.¹¹⁾ The 2006 Draft Articles on Diplomatic Protection adopted by the International Law Commission (ILC) also makes this distinction.¹²⁾

its fortieth session. See Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-ninth session (Vienna, 5-9 October 2020) (A/CN.9/1044), paras. 41-56, available at <https://undocs.org/en/A/CN.9/1044>.

10) For example, this paper does not examine more substantive issues, like whether shareholders can assert contractual rights of the company and how to calculate damages. It also does not address other relevant issues, such as whether minority shareholders can raise claims and whether indirect shareholders can raise claims.

11) *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment (1970), paras. 46-47, ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders (1970), 36, available at <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>. See also, *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Judgment on Preliminary Objections (2007), para. 88, ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders (2007), 614-615 (“The

In the domestic context, reflective loss claims are generally barred due to a number of policy reasons including judicial economy and the prevention of double recovery.¹³⁾ Accordingly, reflective loss claims are dismissed by domestic courts and only the

directly injured company can recover the loss.¹⁴⁾ This is found to be more efficient and fairer considering a number of corporate stakeholders involved, including creditors.

In contrast, many ISDS tribunals have

theory of protection by substitution seeks indeed to offer protection to the foreign shareholders of a company who could not rely on the benefit of an international treaty and to whom no other remedy is available, the allegedly unlawful acts having been committed against the company by the State of its nationality. Protection by ‘substitution’ would therefore appear to constitute the very last resort for the protection of foreign investments”), available at <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf>, and *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment (1989), para. 106, ICJ Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders (1989), 64 (“The ‘property’ to be protected under the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation was not the plant and equipment of the Italian company, ELSI, but the entity of ELSI itself, which was argued by the United States as being the property of the two US corporations”), available at <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/76/076-19890720-JUD-01-00-EN.pdf>.

- 12) Article 11 states that a State of nationality of shareholders in a corporation shall not be entitled to exercise diplomatic protection except in two circumstances. In contrast, article 12 states that the State is entitled to exercise diplomatic protection to the extent that an internationally wrongful act of another State causes direct injury to the rights of shareholders as such, as distinct from those of the corporation itself. *See* Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), paras. 49-50. The Draft Articles are also available at https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf.
- 13) *See* Gaukrodger, David, *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency*, OECD Working Papers on International Investment, 2013/03, OECD Publishing, 15-21, available at <http://dx.doi.org/10.1787/5k3w9t44mt0v-en>. *See also* Gaukrodger, David, *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2014/02, OECD Publishing, available at <http://dx.doi.org/10.1787/5jz0xvngnmr3-en>; Gaukrodger, David, *Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice*, OECD Working Papers on International Investment, 2014/03, OECD Publishing, available at <https://doi.org/10.1787/5jxvk6shpvs4-en>; and Chaisse, Julien and Lisa Zhuoyue Li, “Shareholder Protection Reloaded: Redesigning the Matrix of Shareholder Claims for Reflective Loss”, 52 *Stan. J. Int’l L.* 51 (2016), 54-57.
- 14) *See*, for example, *Meditrust Healthcare Inc. v. Shoppers Drug Mart* (2002), paras. 12 and 13. The Court of Appeal for Ontario stated: “[12] The rule in *Foss v. Harbottle* provides simply that a shareholder of a corporation – even a controlling shareholder or the sole shareholder – does not have a personal cause of action for a wrong done to the corporation. The rule respects a basic principle of corporate law: a corporation has a legal existence separate from that of its shareholders. A shareholder cannot be sued for the liabilities of the corporation and, equally, a shareholder cannot sue for the losses suffered by the corporation. ... [13] The rule in *Foss v. Harbottle* also avoids multiple lawsuits. Indeed, without the rule, a shareholder would always be able to sue for harm to the corporation because any harm to the corporation indirectly harms the shareholders.” Available at <https://files.pca-cpa.org/pcadocs/bi-c/2.%20Canada/3.%20Exhibits/R-0584.PDF>.

interpreted bilateral investment treaties (“BIT”) and multilateral treaties containing provisions on protection of investment and investors (referred to below generally as “investment treaties”) as permitting reflective loss claims. References to “shares” in many investment treaties are simply that they are treated as investment. For example, article 11.28 of the Korea-United States Free Trade Agreement (“KORUS”) states that an investment may take the form of shares, stocks and other forms of equity participation in an enterprise.¹⁵⁾ As shares in a local company typically fall under the definition of protected assets and constitute direct investment,¹⁶⁾ shareholders and indirect

investors are protected through an extensive notion thereof.

In fact, most of the ISDS claims against the Korean government have been raised by foreign shareholders, for example, LSF-KEB Holding SCA as a shareholder of Korea Exchange Bank,¹⁷⁾ Elliot Associates¹⁸⁾ and Mason Capital Management LLC¹⁹⁾ as shareholders of Samsung C&T, and Schindler Holding AG as a shareholder of Hyundai Elevator.²⁰⁾

Foreign investments are often structured through a number of different legal entities, including companies incorporated in the host State.²¹⁾ Instances where a foreign investor directly acquires physical assets are relatively

15) The text of KORUS is available at https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/korus/Chapter_Eleven_Investment.pdf.

16) Wehland, Hanno, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, 2013, 29-32. Article 1139 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) refers to equity or debt securities and defines them as including “voting and non-voting shares, bonds, convertible debentures, stock options and warrants.”

17) For more information, see UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/485/lsf-keb-v-korea>.

18) For more information, see UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/893/elliott-v-korea>.

19) For more information, see UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/941/mason-v-korea>.

20) For more information, see UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/939/schindler-v-korea>.

21) ISDS tribunals have generally indicated that structuring of an investment through companies incorporated in a specific jurisdiction with a view to obtaining protection under an investment treaty is legitimate. Wehland, *supra* note 16, 28, footnote 75.

rare. Instead, investors hold the shares of local companies directly or indirectly through an entity in a different jurisdiction.²²⁾ To complicate the scenario, the investor may itself be owned by a foreign entity, which may include a portfolio investor with minority shares. Considering that foreign shareholdings have greatly increased in recent years, there may be a wide range of entities that could be in a position to assert claims against the host State.

This may be due to foreign equity limitations in sectors like media, electricity, and telecommunications.²³⁾ Taking a minority

stake in a company controlled by a domestic shareholder may be the only way of investment for foreign investors.²⁴⁾ In such cases, treaty-based claims might be the only way to seek compensation arising from an injury caused by the host State's breach of its obligations under the applicable investment treaty. If foreign shareholders are denied this remedy, measures in breach of investment treaties might prevail, which could increase the potential risks for foreign investors. Accordingly, reflective loss claims could be a deterrent against any misconduct by the host State and could protect the

22) See *European American Bank Investment Bank AG (Austria) v. Slovak Republic*, PCA Case No. 2010-17, Award on Jurisdiction (22 October 2012), para. 321, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4226.pdf>. The tribunal noted: "This is broad language which is quite wide enough to encompass what is today the very common situation of a foreign company making an investment through a subsidiary incorporated in the host State. In the usage [...], an investor of State A which acquired control of a shareholding in a company incorporated in State B would be described as investing in the territory of State B irrespective of whether it had purchased the shares in its own name or arranged that they be purchased by a locally incorporated subsidiary whose decision-making it controlled."

23) See Mistura, Fernando and Caroline Rouet, *The determinants of Foreign Direct Investment: Do Statutory restrictions matter?*, OECD Working Papers on International Investment, 2019/01, OECD Publishing, 13, available at https://www.oecdilibrary.org/finance-and-investment/the-determinants-of-foreign-direct-investment_641507ce-en. "Equity restrictions are by far the most frequent type of restriction and can take different forms: they typically prevent full or foreign-majority ownership, but sometimes forbid foreign participation entirely; sometimes the scope is limited to acquisitions only instead of all foreign investments, i.e. acquisitions and greenfield projects; on rare occasions it applies only to listed companies or to investments in a specific company, typically former state monopoly holders; sometimes the cap on foreign ownership applies to the entire sector, stimulating competition only among foreign investors when the threshold is attained." The World Bank's analysis of foreign investment conditions in 103 countries indicates that nearly 80% of 103 countries surveyed maintain foreign equity limitations in some sectors. See De la Medina Soto, Christian and Tania Ghossein, *Starting a Foreign Investment across Sectors*, World Bank Policy Research Working Paper 6707, 2013, 6-7, available at <http://documents1.worldbank.org/curated/en/668051468333271202/pdf/WPS6707.pdf>.

24) *Supra* note 9 (A/CN.9/1044), para. 51.

interest of the shareholders and eventually that of the company.²⁵⁾

Nonetheless, Working Group III has identified a number of concerns with regard to reflective loss claims, some of which overlap with those identified with respect to multiple proceedings. This is because reflective loss claims by unrelated shareholders of the same injured company and by different shareholders in the vertical corporate chain combined with direct claims by the injured company itself, all of which can be based on different legal bases and in different fora (including domestic courts) are likely to generate multiple claims. In short, reflective loss claims open the possibility of a single economic entity having multiple chances to raise claims, only needing to prevail in one of them to be compensated. This scenario exposes a respondent State to the risk that it has to defend itself multiple

times against essentially the same alleged injury to the same economic entity, even if it prevails in one of them. Furthermore, divergent interpretations of the same facts and the same treaty provisions by different tribunals could lead to very different outcomes, raising concerns about inconsistency.

More specific to reflective loss claims, it is argued that their availability makes it difficult for the disputing parties to reach an amicable settlement due to the existence of potentially multiple as well as unknown claimants.²⁶⁾ Another concern about reflective loss claims is that they increase the risk of the so-called double recovery, compensations surmounting the injury suffered. In theory, a respondent State could be required to pay overlapping damages, should it fail to defend against more than one claim.²⁷⁾ Yet another externality relates

25) Submission by the Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) to UNCITRAL Working Group III (30 September 2020), available at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/cciag_shareholder_claims_submission_093020.pdf.

26) Arato, Julian, Kathleen Claussen, Jaemin Lee, and Giovanni Zarra, “Reforming Shareholder Claims in ISDS,” Academic Forum on ISDS Concept Paper, 2019/9, para. 14. “The availability of reflective loss claims also makes it difficult for States to have confidence in any settlement with management, or individual shareholders, as other shareholders may still be able to bring independent reflective loss claims for the same alleged injury.”

27) Damages, methodologies for calculating damages and underlying legal principles are also topics, which States have suggested the reforms might be necessary. *See* Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of thirty-eighth session (Vienna, 14-18 October 2019) (A/CN.9/1004*), paras.

to their distorting effect on corporate governance. One consequence of permitting reflective loss claims by foreign shareholders is discrimination as domestic shareholders are deprived of the same remedy. Furthermore, the local company might itself not be able to seek remedies under domestic law or an investment treaty. This could undermine the company's separate legal personality by enabling shareholders to impact its overall management and gain access to funds belonging to the company. In the case of the insolvency of the company, reflective loss claims pose potential risks for the company, its creditors as well as other shareholders because foreign shareholders could recover damages that would normally be shielded from

liquidation,²⁸⁾ on which various creditors may have priority, and on which other shareholders expect parity.²⁹⁾ Needless to say, these stakeholders may also have rights and means to raise claims and be compensated (also as an investor under an investment treaty).³⁰⁾ The availability of reflective loss claims does not necessarily negate such rights but rather complicates the overall process for recovering damages suffered by the company.

One may argue that the concerns outlined above are hypothetical, speculative and do not manifest in reality.³¹⁾ Nevertheless, it can be said that the uncertainties surrounding reflective loss claims continue to have a negative impact on the predictability of the

24, 102 and 104.

28) See UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, 266-274 (also recommendations 187-189), available at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf. "While many creditors will be similarly situated with respect to the kinds of claims they hold based on similar legal or contractual rights, others will have superior claims or hold superior rights. For these reasons, insolvency laws generally rank creditors for the purposes of distribution of the proceeds of the estate in liquidation by reference to their claims, an approach not inconsistent with the objective of equitable treatment. ... most insolvency laws rank the claims in the following order, those of secured creditors, administrative costs and expenses, priority and privileged claims (such as employee and tax claims), unsecured creditors to be followed by owners and shareholders. The general rule in insolvency laws is that shareholders are not entitled to a distribution of the proceeds of assets until all other claims that are senior in priority have been fully repaid (including claims of interest). As such, shareholders rarely receive any distribution in respect of their interest in the debtor."

29) Gaukordger, *supra* note 13 (2014/02), 20.

30) Other shareholders or creditors may also qualify as an investor to raise an ISDS claim. See Gaukrodger, *supra* note 13 (2013/03), 45-47.

31) CCIAG, *supra* note 25.

ISDS system for States, investors and shareholders alike, possibly adding to the increased cost of ISDS. And these doubts contribute to undermining the overall ISDS system, resulting in calls for and efforts of ISDS reforms. However, in developing reform options, one must be mindful to not overlook the fact that investment treaties provide additional protection to foreign investors recognizing that they face a heightened risk and that access to ISDS may be the only means available to seek compensation. By doing so, investment treaties achieve their underlying objective of encouraging foreign investment.³²⁾ Therefore, reforms aimed at bringing a level of certainty to issues arising from reflective loss claims through their regulation, either through substantive or procedural regulations, would need to take into account the impact that such regulations could have on the promotion of foreign investment.

III. Responses by ISDS tribunals and States

1. Treatment of reflective loss claims by ISDS tribunals

It is worth noting that the phrase “reflective loss claims” is nowhere to be found in investment treaties. However, the question of whether shareholders have a standing to raise such claims in investment disputes has been raised by governments in numerous cases and accordingly, addressed by ISDS tribunals. The *Lanco v. Argentina* case in 1998 is said to be the first tribunal to discuss this issue in detail, holding that the claimant with an equity share of 18.3% was an investor under article 1 of the Argentina-U.S. BIT.³³⁾ Since then, tribunals have generally found that shareholders are entitled to raise reflective loss claims based on a broad understanding of the scope of protected investment under investment treaties.³⁴⁾ Despite this general acceptance and permissive approach of arbitral tribunals

32) *Supra* note 9 (A/CN.9/1044).

33) *Lanco International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, 8 December 1998, para. 10, available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0450_0.pdf.

34) A survey of available and important awards in this regard and their findings can be found in Chaisse, *supra* note 13, 69-74.

with respect to reflective loss claims, some tribunals have acknowledged potential problems that they raise. This section introduces some of those findings.

In *Grynberg v. Grenada*, three shareholders claimed reflective loss arising out of an injury to their wholly-owned company, RSM, against which Grenada had successfully defended a claim.³⁵⁾ The tribunal, therefore, concluded that a prior award involving the company RSM had a binding effect on its shareholders and that if the shareholders wished to claim standing on their indirect interest in corporate assets, they are subject to the defences available against

RSM, including collateral estoppel.³⁶⁾

ISDS tribunals have been attentive to double recovery by considering related pending and prior claims and prorating damages.³⁷⁾ For example, the tribunal in *Impregilo S.p.A. v. Argentina* noted: “The question of double compensation being granted would seem to the Arbitral Tribunal to be a theoretical rather than a real practical problem. It seems obvious that if compensation were granted to AGBA (the company) at domestic level, this would affect the claims that Impregilo (shareholder of AGBA) could make under the BIT, and conversely, any compensation granted to

35) *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, Final award (13 March 2009)

36) *Grynberg et al. v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Award (14 October 2010), paras. 7.1.2-7. On the binding effect of the prior RSM award, the tribunal stated: “It is also not disputed that the doctrine of collateral estoppel is now well established as a general principle of law applicable in the international courts and tribunals such as this one” This is because they are, and were at the time of the Prior Arbitration, RSM’s three sole shareholders. They were thus privies of RSM at the time. As such, they, like RSM, are bound by those factual and other determinations regarding questions and rights arising out of or relating to the Agreement. Of course, RSM is a juridical entity with a legal personality separate from its three shareholders. But this does not alter the analysis. First, the Claimant shareholders’ only investment is a contract to which RSM is a party and the shareholders are not: the shareholders seek compensation for damage they allege they have suffered indirectly, ‘through RSM,’ for violations of RSM’s legal rights. Second, the three individual Claimants collectively own 100% of RSM’s stock and therefore entirely control the corporation. In these circumstances, ‘‘ there is nothing unfair in holding them to the results of RSM’s Prior Arbitration. It is true that shareholders, under many systems of law, may undertake litigation to pursue or defend rights belonging to the corporation. However, shareholders cannot use such opportunities as both sword and shield. If they wish to claim standing on the basis of their indirect interest in corporate assets, they must be subject to defences that would be available against the corporation – including collateral estoppel.”

37) Zarra, Giovanni, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, 2016, Eleven International Publishing and Giappichelli, 39.

Impregilo at international level would affect the claims that could be presented by AGBA before Argentine courts.”³⁸⁾

In *ST-AD GmbH v. Bulgaria*, the tribunal stated that a claimant does not need to have a majority of the shares in order to be considered as a protected investor and that while a shareholder is not able to ask for compensation for interference with assets of the company, it may claim for any loss of value of its shares resulting from an interference with the assets or contracts of the company.³⁹⁾ It, however, concluded that the claimant acquired the shares to open the possibility for recourse to international arbitration and that the initiation and pursuit of this arbitration was an abuse of the system of international investment arbitration.⁴⁰⁾ The tribunal emphasized this by stating: “The Tribunal has to ensure that

the BIT mechanism does not protect investments that it was not designed to protect, that is, domestic investments disguised as international investments or domestic disputes repackaged as international disputes for the sole purpose of gaining access to international arbitration.”⁴¹⁾

In *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States*, the tribunal held that *res judicata* barred the claims by Apotex-Holdings, which was resolved in a prior arbitration between the United States and Apotex-US, a company wholly owned and controlled by the claimants. The tribunal reasoned that the claimant was a “privy” with the Apotex-US as a result of their corporate relationship.⁴²⁾ In so doing, the tribunal noted that the doctrine of *res judicata* was a general principle of international law, applicable also to

38) *Impregilo S.p.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (11 June 2011), paras. 139-140. The tribunal stated: “In any case, there is, ‘’, a substantial caselaw showing that claims such as those presented by Impregilo enjoy protection under the applicable BITs. The Arbitral Tribunal finds no reason to depart from that caselaw.” In the final award, the tribunal declared that the Argentine Republic violated the Argentina-Italy BIT by failing to treat Impregilo’s investment in a fair and equitable manner and ordered compensation to Impregilo for damages it has suffered in the amount of USD 21,294,000 and interest on that amount. Available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0418.pdf>

39) *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction (18 July 2013), paras. 271, 275, and 282. The tribunal concluded that the dispute brought by the claimant was not within the competence of the tribunal. Available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3113.pdf>.

40) *Ibid.*, paras. 415 and 423.

41) *Ibid.*, para. 423.

interpreting investment treaties.⁴³⁾

In *Renée Rose Levy v. Peru*, the tribunal held that Ms. Levy's claim fulfilled the jurisdictional requirements under the ICSID Convention and the France-Peru BIT because she had both the requisite nationality under the BIT and owned and controlled Gremcitel, a Peruvian company, indirectly before the dispute had crystallized.⁴⁴⁾ Less than one month before a resolution was passed by the Peruvian government, which had the potential to frustrate the investment by the Levy family, the family had transferred the majority stake in the companies to Renée Rose Levy, the only French national in the family. The tribunal thus declined jurisdiction based on the "striking proximity of events" between the transfer of shares in Gremcitel to Ms. Levy and the issuing of the resolution of the Peruvian government, further stating

that "the only reason for the sudden transfer of the majority of the shares in Gremcitel to Ms. Levy was her nationality." Accordingly, the tribunal concluded that "the corporate restructuring by which Ms. Levy became the main shareholder of Gremcitel ... constitutes an abuse of process" and declined jurisdiction.⁴⁵⁾

In *Ampal-American Israel Corp. v. Egypt*, the tribunal, in considering whether the claimant improperly sought multiple chances of recovery, held that a claim by a shareholder and a claim by a 100 per cent subsidiary of that shareholder in a parallel arbitration was "tantamount to double pursuit of the same claim in respect of the same interest."⁴⁶⁾ The tribunal further observed that since jurisdiction of both proceedings were confirmed, it would crystallize into an "abuse of process" because, in substance, the same

42) *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award (25 August 2014), para. 7.40. Available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3324.pdf>. The tribunal upheld the respondent's jurisdiction objections against the claims on the grounds of *res judicata* (*Ibid.*, para. 12.1).

43) *Ibid.*, para. 7.11. "In the Tribunal's view, the doctrine of *res judicata* is a general principle of law and is thus an applicable rule of international law within the meaning of NAFTA Article 1131."

44) *Renée Rose Levy and Gremcitel SA v Republic of Peru*, ICSID Case No ARB/11/17, Award (9 January 2015), para. 63. Available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4105.pdf>.

45) *Ibid.*, para. 195.

46) *Ampal-American Israel Corp. v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Jurisdiction (1 February 2016), paras. 331 and 333. The tribunal further noted: "It follows from this therefore that there is no risk of a denial of justice occasioned by the absence of a tribunal competent to determine the MAGL portion of

claim was to be pursued on the merits before two tribunals. However, the tribunal qualified its statement by noting that “this resulting abuse of process is in no way tainted by bad faith on the part of the Claimants ... It is merely the result of the factual situation that would arise were two claims to be pursued before different investment tribunals in respect of the same tranche of the same investment.”⁴⁷⁾

With regard to a respondent State having to face multiple claims, the tribunal in *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic* stated: “Obviously, there could be both efficiency and fairness reasons to prefer that all shareholders of an entity affected by a challenged State measure could be heard in a single forum at a single time, together with the entity that they collectively own. The Tribunal is not unsympathetic to Italy’s circumstances, having to face claims now that are closely related to those it already successfully vanquished in a prior

proceeding. But the fact remains that neither the ICSID system as presently designed, nor the Energy Charter Treaty (“ECT”) itself, incorporate clear avenues (much less a requirement) for joinder in a single proceeding of all stakeholders potentially affected by the outcome. Absent such a system – which States have the power to create if they so wish – it would not be appropriate for tribunals to preclude arbitration by qualified investors ...”. In a sense, the tribunal was noting the shortcomings of the existing consolidation mechanisms and urging States to create one. In a footnote, the tribunal further stated: “Had Italy instead not prevailed in the prior proceeding but been ordered to pay compensation to the *Blusun* claimants, the Tribunal of course would have to be vigilant to prevent double recovery from Italy for the same loss. Because of the outcome of the *Blusun* case, however, that situation does not arise here.”⁴⁸⁾

the claim. Both Tribunals are seized of the merits and neither Tribunal has yet reached a decision on the merits.”

47) *Ibid.*

48) *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Decision on Respondent’s Application Under Rule 41(5) (20 March 2017), para. 170. In *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, Eskosol had filed an application for leave to file a written submission as a non-party. In that submission, Eskosol explained that it had initiated this case against Italy on its own behalf, that this case “arise[s] from the same factual matrix and adverse measures that are at issue in the

In 2017, the tribunal in *Orascom v. Algeria* observed that an investor who controls several entities in a vertical chain of companies, which was not illegitimate, may commit an ‘abuse’ if it seeks to impugn the same host State measures and claims for the same harm at various levels of the chain relying on several investment treaties concluded by the host State.⁴⁹⁾ The tribunal justified its conclusion stating that: “If the protection provided under an investment treaty is sought at one level of the vertical chain, and in particular at the first level of foreign shareholding, that purpose is fulfilled.

The purpose is not served by allowing other entities in the vertical chain controlled by the same shareholder to seek protection for the same harm inflicted on the investment. ... such additional protection would give rise to a risk of multiple recoveries and conflicting decisions, not to speak of the waste of resources that multiple proceedings involve.” The tribunal further went on to stress that such risks would conflict with the promotion of economic development because the initiation of multiple proceedings to recover for essentially the same economic harm would entail the exercise of rights for

Blusun arbitration,” and that the claims advanced by the Blusun claimants were of an “abusive nature.” Eskosol asserted that “the Blusun Claimants appear to be attempting to abuse these proceedings by seeking damages to which only Eskosol is entitled,” which would cause prejudice to Eskosol, its creditors and its minority shareholders. It affirmed that the Blusun claimants “have no authority to represent Eskosol’s interests” in the Blusun case, but nonetheless were attempting to obtain compensation “for all of Eskosol’s losses ... without the intent to channel these moneys into Eskosol so Eskosol can reimburse any such payments to the Eskosol Creditors.” See *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Application Under ICSID Arbitration Rule 37(2) (21 June 2016), Exhibit R-003, 1, 5, 17, 36. The tribunal apparently denied Eskosol’s application for non-disputing party submission. See Procedural Order No. 5 available at <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/3>.

49) *Orascom TMT Investments v. Algeria*, ICSID Case No. ARB/12/35, Award (31 May 2017), paras. 542–543. Available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8973.pdf>. The tribunal further stated: “It goes without saying that structuring an investment through several layers of corporate entities in different states is not illegitimate. Indeed, the structure may well pursue legitimate corporate, tax, or pre-dispute BIT nationality planning purposes. In the field of investment treaties, the existence of a vertical corporate chain and of treaty protection covering ‘indirect’ investments implies that several entities in the chain may claim treaty protection, especially where a host state has entered into several investment treaties. In other words, several corporate entities in the chain may be in a position to bring an arbitration against the host state in relation to the same investment. This possibility, however, does not mean that the host state has accepted to be sued multiple times by various entities under the same control that are part of the vertical chain in relation to the same investment, the same measures and the same harm.”

purposes that are alien to those for which these rights were established.

In *Lotus v. Turkmenistan*, the tribunal observed that: “... For example, the expropriation of the shares in the subsidiaries themselves, held by a claimant, would clearly violate the claimant’s rights, entitling it to bring a claim. But that is not the case here. The Request for Arbitration does not articulate any claims that do not derive exclusively from – and are not wholly overlapping with – contract claims belonging to Lotus Enerji.”⁵⁰⁾ The tribunal went on to decide that the claims by Lotus Holdings were manifestly without legal merit under ICSID Rule 41(5) and dismissed the claim.⁵¹⁾

Summary

The case law above shows that tribunals have been attentive to reflective loss claims and multiple proceedings that result therefrom. In certain instances, the tribunals have decided that the claims were not within

their jurisdiction. However, in most instances, they had to rely on doctrines of international law or precedents to reach such a conclusion. This is most likely due to the lack of concrete language in investment treaties and guidance provided to tribunals to address reflective loss claims and problems arising therefrom.

2. Treaty-based response by States

As illustrated above, governments, in a number of investment disputes, have argued that reflective loss claims should not be allowed. Whereas investment treaties do not provide express provisions on reflective loss claims, some States have responded by addressing the concerns.⁵²⁾ A number of recently concluded investment treaties provide provisions to mitigate the problems arising from reflective loss claims and multiple proceedings. This section examines such responses by States.

50) *Lotus Holding Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/17/30, Award (6 April 2020), para. 187. Available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11411.pdf>.

51) *Ibid.*, para. 196.

52) See Chapter IV in UNCTAD, *World Investment Report – Reforming International Investment Governance*, 2015, United Nations Publication, available at https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

A. Investor and investment

For example, treaty provisions have been drafted to prevent claims by certain investors.⁵³⁾ As the terms “investor” and “investment” determine which investors are protected and are able to bring claims against the host State, attempts have been made to clarify their meaning.

While not strictly relevant in the context of reflective loss claims, some investment treaties introduce minimum equity requirements. For example, article 1 of the Turkey-Azerbaijan BIT states that investments which are in the nature of

acquisition of shares or voting power amounting to or representing of less than 10% of a company are not covered by the BIT.⁵⁴⁾

Some investment treaties have tackled the issue by clarifying the scope of covered shareholders and claims permitted. They set a threshold, a level of direct ownership or a significant degree of influence in the management, to acquire standing under the investment treaty. This approach adopted in the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”) has been followed in recent investment treaties.⁵⁵⁾ Article 1116 of NAFTA permits claims by shareholders on

53) *Ibid.* See for example, China-Mexico BIT (2008), article 13(8), which reads: “The Contracting Parties recognize that under this Article, minority non-controlling investors have standing to submit only a claim for direct loss or damage to their own legal interest as investors.” Available at <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/759/download>.

54) See Turkey-Azerbaijan BIT (2011), article 1, available at <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/tips/328/azerbaijan---turkey-bit-2011->. See also article 2 of the Southern African Development Community (SADC) Model BIT Template (2012), which excludes portfolio investment (defined as investment that constitutes less than 10% of the shares of the company or otherwise does not give effective management or influence on the management of the investment) in all three options for defining investment. Available at <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>. The 1998 Framework Agreement on the ASEAN Investment Area (AIA) explicitly excluded portfolio investment, but the more recent ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), which entered into force in April 2012 superseding the AIA (article 47(1)), is not similarly restricted. It expressly extends protection to “shares, stocks, bonds and debentures and any other forms of participation in a juridical person and rights or interests derived therefrom”. According to article 4(a) and (c) of ACIA, assets must have the characteristics of an investment and, where applicable, may be subject to prior written approval.

55) See, for instance, article 10.16(1) of the Dominican Republic - Central America Free Trade Agreement (CAFTA-DR), article 8.23 of the European Union-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), article 9.19(1) of the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership (CPTPP) and article 11.16 (1) of KORUS.

their own behalf and article 1117 permits claims by shareholders on behalf of the enterprise that they own or control directly or indirectly. A level of “control” is required for an investor to bring a claim and compensation is provided to the enterprises for claims brought on behalf of the enterprise.⁵⁶⁾

While some tribunals had interpreted that these articles can be construed to permit reflective loss claims,⁵⁷⁾ recent tribunals have generally concluded that reflective loss

claims are prohibited under NAFTA.⁵⁸⁾ This is largely due to the consistent arguments by the NAFTA governments that shareholders cannot assert reflective loss claims on their own behalf, because it can only bring a direct loss claim under article 1116 and a derivative claim for injury to the company under article 1117.⁵⁹⁾ Article 11.16(1) of KORUS, which follows a similar approach, is further qualified by article 11.18(4), which states that the investors may not initiate or continue a claim if its parent company or subsidiary has raised a claim involving the

56) See article 1135(2) of NAFTA, “... where a claim is made under Article 1117(1): (a) an award of restitution of property shall provide that restitution be made to the enterprise; (b) an award of monetary damages and any applicable interest shall provide that the sum be paid to the enterprise; and (c) the award shall provide that it is made without prejudice to any right that any person may have in the relief under applicable domestic law.”

57) *Gami Investments Inc. v. Mexico*, Award (15 November 2004), paras. 120–21, available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0353_0.pdf and *Pope & Talbot v. Canada*, Award in Respect of Damages (31 May 2002), paras. 75–76, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0686.pdf>.

58) *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Damages (10 January 2019), paras. 379, 389 and 396. The tribunal stated: “(‘’) Articles 1116 and 1117 are to be interpreted to prevent claims for reflective loss from being brought under Article 1116. (...) Moreover, the Tribunal takes account of the common positions of the NAFTA Parties in their submission to Chapter Eleven tribunals.” It further stated: “The opportunity to invest ..., which was denied by the Respondent’s unlawful conduct, was an opportunity of the Investors and not an opportunity of Bilcon of Nova Scotia. Accordingly, compensation is owed directly to the Investors pursuant to Article 1116. It is not precluded by the prohibition against awarding ‘reflective loss’.”

59) See, *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Canadian Counter-Memorial on Damages, para. 26 (9 June 2017); *Gami Investments Inc. v. Mexico*, Submission of the United States (available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7789.pdf>), paras. 14 and 17 (30 June 2003); Statement of Defence of Mexico (in Spanish, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8041.pdf>), para. 167 (24 November 2003). Treaty interpretation by State parties and their effect is also one of the topics being considered by Working Group III. See *supra* note 9 (A/CN.9/1044), paras. 90–101 and a note by the Secretariat on the topic (A/CN.9/WG.III/WP.191).

same measure and arising from the same events or circumstances. This illustrates the need for further clarifying the language as found in NAFTA.

B. Denial of benefit

Some States have introduced a denial of benefit clause preventing third State nationals who own or control the investor from gaining access to treaty protection when they would otherwise not benefit from such protection due to their nationality.⁶⁰⁾ For example, article 17(2) of the 2012 U.S.

Model BIT allows a State party to deny benefits to an investor incorporated in the other State party, if the investor has no substantial business activity at the place of incorporation and is owned or controlled by persons of a non-party or the denying State party.⁶¹⁾ KORUS follows this approach adding a requirement for the denying Party to notify and to consult the other party under such circumstances. In practice, this means that investors controlled not only by a national of a non-State party but also by nationals of the host State could be denied

60) Denial of benefit clauses are said to have originated in Friendship, Commerce and Navigation treaties signed by the United States after 1945, in which companies of one State party were guaranteed certain rights in the territory of the other State party, namely the right to be recognized as an entity having legal personality and the right to access courts. Denial of benefit clauses were then included in the 1983 and following US Model BITs. *See* Gaillard, Emmanuel and Yas Banifatemi (eds.), *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, IAI Series No. 8, 2018. *See also* Gastrell, Lindsay and Paul-Jean Le Cannu, "Procedural Requirements of 'Denial-of-Benefits' Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol.30(1), 2015, 78-97, available at <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siu030>.

61) The text of the 2012 U.S. Model Law on Bilateral Investment Treaty is available at <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

"Article 17: Denial of Benefit

1. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party:
 - (a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or
 - (b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Treaty were accorded to the enterprise or to its investments.
2. A Party may deny the benefits of this Treaty to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise."

benefits by not being able to raise claims under the investment treaty. The aim is to avoid circumventing the protection provided under investment treaties and exclude from a treaty's protection (i) third State interests behind a mailbox company (as that State has not undertaken any commitment) and (ii) host State interests behind a mailbox company in order to deny protection to ultimate domestic shareholders. In relation to reflective loss claims, a denial of benefit clause would limit shareholders from using a mailbox company to raise their claims. However, the wording of denial of benefit clauses found in investment treaties vary to some extent and are not clear on instances

where reflective loss claims would be denied.⁶²⁾ The language in recently concluded treaties which are almost identical, for example, article 14.14 of the United States-Mexico-Canada Agreement ("USMCA")⁶³⁾ and article 9.15 of CPTPP may shed some light.⁶⁴⁾ Article 10.14 of the Regional Comprehensive Economic Partnership ("RCEP") Agreement follows a similar approach with some additional clauses and the footnote clarifies that Parties may deny the benefits at any times.⁶⁵⁾

Supplementing the provisions above, article 1117(2) of NAFTA⁶⁶⁾ as well as other provisions in investment treaties impose temporal limitations on when claims can be

62) *See, for example*, article 19(1) of ACIA, article 10.12.2 of CAFTA-DR, and article 17 of the Energy Charter Treaty.

63) Available at <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>.

64) *See also* article 11.18(4)(a) of KORUS, *infra* note 74. Article 9.15 of CPTPP provides: "1. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party that is an enterprise of that other Party and to investments of that investor if the enterprise: (a) is owned or controlled by a person of a non-Party or of the denying Party; and (b) has no substantial business activities in the territory of any Party other than the denying Party. 2. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party that is an enterprise of that other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments."

65) The Investment Chapter of RCEP does not contain an ISDS mechanism. Article 10.18 indicates that the Parties shall enter into discussion on ISDS no later than two years after the date of entry into force of the Agreement. Worth noting is article 10.4(3) on the most-favoured-nation treatment, excluding the applicability of the clause to international dispute settlement procedures or mechanisms under other existing or future international agreements. The text of RCEP is available at <https://rcepsec.org/wp-content/uploads/2020/11/All-Chapters.pdf>.

raised.⁶⁷⁾ This requires claims to be raised within a reasonable period of time and thus reduces the possibility of multiple proceedings after that period.

C. Consolidation

Provisions on consolidation and joinder are increasingly found in investment treaties. Consolidation and joinder are effective tools to address the cost and duration concerns associated with reflective loss claims that result in multiple proceedings. An increasing number of investment treaties permit a tribunal to order multiple proceedings that present common legal and factual issues to be heard together, in some cases, without the consent of the disputing parties. For example, article 1117(3) of NAFTA mandates consolidating claims under article 1116 and

those under article 1117 arising out of the same events, unless the tribunal finds that the interests of a disputing party would be prejudiced thereby. A more detailed provision on consolidation is found in article 14.D.12 of the USMCA. Article 8.43 of CETA also provides detailed rules for consolidation through the establishment of a separate division of a tribunal, referred to as the “consolidating division.”⁶⁸⁾

While effective in some instances,⁶⁹⁾ consolidation has its limitations. As had been the case in *CME v. Czech Republic* and *Lauder v. Czech Republic*,⁷⁰⁾ one limitation arises from the fact that consent of the disputing parties is required for consolidation and that disputing parties are often reluctant to consolidate.⁷¹⁾ In *Eskosol and Blusun*, attempts by Eskosol to join and for the

66) The text reads: “An investor may not make a claim on behalf of an enterprise described in paragraph 1 if more than three years have elapsed from the date on which the enterprise first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the enterprise has incurred loss or damage.”

67) See, for example, article 11.18 of KORUS.

68) Text of CETA is available at https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.

69) See, for example, *Canfor Corporation, Tembec et al., and Terminal Forest Products Ltd. v. United States*, UNCITRAL, Order of the Consolidation Tribunal (7 September 2005), consolidating three NAFTA ISDS cases sharing common questions of law and fact. The text of the order is available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0115.pdf>.

70) *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, Final Award (3 September 2001), para. 173.

71) *Ampal-American Israel Corp. v. Egypt*, Decision on Jurisdiction (1 February 2016), para. 329. “It may not be a desirable situation but it cannot be characterized as abusive especially when the Respondent has declined the Claimants’ offers to consolidate the proceedings.”

tribunal to consolidate the proceedings were unsuccessful due to the lack of a mechanism.⁷²⁾ The difficulties intensify because claims may arise from different treaties and different institutional arrangements. Consolidating claims based on different underlying treaties can prove difficult because they may contain differing substantive obligations, diverging time limits, and different dispute settlement fora and procedural rules. Attempts to address such difficulties by providing a single arbitration rule to govern the consolidated proceedings are found in article 3.24(5) of the European Union-Singapore Investment Protection

Agreement⁷³⁾ and article 14.D.12(8) of the USMCA. They provide that the consolidated tribunal “shall conduct its proceedings in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules, except as modified.” Article 11.18 (4)(b) of KORUS takes a similar approach allowing for cross-treaty consolidation yet without indicating the rules to be applied to the consolidated procedure.⁷⁴⁾ It remains to be seen whether such provisions on consolidation would prove effective to address multiple proceedings and reflective loss claims that arise from a wide range of circumstances involving various actors, investments and fora.

72) Eskosol asserts that it had asked ICSID to consolidate its case with the *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic* case, but that the request was denied. See *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, *supra* note 48, paras. 30 and 170.

73) The text reads: “The consolidating division of the Tribunal shall conduct its proceedings in the following manner: (a) unless all disputing parties otherwise agree, where all the claims for which a consolidation order is sought have been submitted under the same dispute settlement rules, the consolidating division shall proceed under the same dispute settlement rules; (b) where the claims for which a consolidation order is sought have not been submitted under the same dispute settlement rules: (i) the disputing parties may agree on the applicable dispute settlement rules available under Article 3.6 (Submission of Claim to Tribunal) which shall apply to the consolidation proceedings; or (ii) if the disputing parties cannot agree on the same dispute settlement rules within thirty days from the request made pursuant to paragraph 3, the UNCITRAL arbitration rules shall apply to the consolidation proceedings.”

74) Article 11.18(4) reads: “(a) An investor of a Party may not initiate or continue a claim under this Section if a claim involving the same measure or measures alleged to constitute a breach under Article 11.16 and arising from the same events or circumstances is initiated or continued pursuant to an agreement between the respondent and a non-Party by: (i) a person of a non-Party that owns or controls, directly or indirectly, the investor of a Party; or (ii) a person of a non-Party that is owned or controlled, directly or indirectly, by the investor of a Party. (b) Notwithstanding subparagraph (a), the claim may proceed if the respondent agrees that the claim may proceed, or if the investor of a Party and the person of a non-Party agree to consolidate the claims under the respective agreements before a tribunal constituted under this Section.”

D. Stay and coordination

In addition, States have included language in investment treaties empowering the tribunal to stay its proceedings and to take into account the decisions and awards of other related proceedings.⁷⁵⁾ For example, article 8.24 of CETA provides that if there is potential for overlapping compensation; or the other international claim could have a significant impact, the tribunal shall stay its proceedings or otherwise ensure that proceedings brought pursuant to another international agreement are taken into account in its decision, order or award.

E. Fork-in-the-road clauses

Some investment treaties have included the so-called “fork-in-the-road” clause, which provide that the investor must choose between the litigation of its claims in the host State’s domestic courts or through international arbitration and that the choice, once made, is final and irrevocable.⁷⁶⁾ Article VII (3) of the Argentina-U.S. BIT⁷⁷⁾ and article 8.2 of the France-Argentina BIT⁷⁸⁾ are just two examples.⁷⁹⁾ The tribunal in *M.C.I. Power Group v. Ecuador* noted in relation to article VI(2) of the U.S.-Ecuador BIT, that the fork-in-the-road rule refers to

75) Article 1120(9) of NAFTA empowers tribunals to issue a stay pending resolution of overlapping or related claims.

76) Dolzer, Rudolf and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Second edition, 2012, Oxford University Press, 267.

77) The paragraphs read: “2. In the event of an investment dispute, the parties to the dispute should initially seek a resolution through consultation and negotiation. If the dispute cannot be settled amicably, the national or company concerned may choose to submit the dispute for resolution:(a) to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute; or (b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement procedures; or (c) in accordance with the terms of paragraph 3.

3. (a) Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b) and that six months have elapsed from the date on which the dispute arose, the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration [...]”

78) The article reads: “If such dispute could not be solved within six months from the time it was stated by any of the parties concerned, it shall be submitted at the request of the investor: either to the national jurisdictions of the Contracting Party involved in the dispute; or to investment arbitration”. Once an investor has submitted the dispute either to the jurisdictions of the Contracting Party involved or to international arbitration, the choice of one of the other of these procedures shall be final.”

79) An asymmetrical fork-in-the-road clause found in USMCA Annex 14-D (Mexico-United States Investment Disputes) Appendix 3 (Submission of a claim to arbitration), which states: “An investor of the United States may not submit to arbitration a claim that Mexico has breached an obligation under this Chapter ...”, if the

an option, expressed as a right to choose irrevocably between different jurisdictional systems. Once the choice has been made, there is no possibility of resorting to any other option, and the right to choose once is the essence of the fork-in-the-road rule.⁸⁰⁾ However, such clauses may not be so relevant in the context of reflective loss claims, whereby the shareholders, foreign and domestic, are generally not able to raise such claims in domestic courts.

F. Waiver requirement

Some investment treaties require claims to be accompanied by the claimant's written waiver of any right to initiate or continue other dispute settlement procedures as conditions on consent. For example, article 11.18(2) of KORUS provides that claims on

behalf of a company which the claimant directly owns or controls may not be submitted if the notice of arbitration is not accompanied by the claimant's and the enterprise's written waivers of any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of either Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach.⁸¹⁾ This is almost identical to the approach found in article 14.D.5(e) of USMCA,⁸²⁾ which requires as a pre-condition to submission of a claim to arbitration that investors and, in certain circumstances enterprises owned or controlled by them waive their rights to initiate any other proceedings on the same measure.⁸³⁾

investor or the enterprise, respectively, has alleged that breach of an obligation under this Chapter, as distinguished from breach of other obligations under Mexican law, in proceedings before a court or administrative tribunal of Mexico." An analysis of this provision is provided in Bedrosyan, Alexander, "The Asymmetrical Fork-in-the-Road Clause in the USMCA: Helpful and Unique", Kluwer Arbitration Blog (29 October 2019), available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/29/usmca/>.

80) *M.C.I. Power Group v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award (31 July 2007), para. 181, available at <https://iaa-network.com/wp-content/uploads/2019/02/M.C.I.-Power-Group-v.-Ecuador.pdf>

81) Paragraph 3 of that article, however, allows the claimant or the enterprise to initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief and does not involve the payment of monetary damages, provided that sole purpose of preserving the claimant's or the enterprise's rights and interests during the pendency of the arbitration.

82) Similar language is included in article 1121 of NAFTA, article 26 (2), (3) of the 2012 Model U.S. BIT, article 10.18 of CAFTA-DR, article 10.17 of the U.S.-Chile FTA, and article 10.17 of the U.S.-Morocco FTA.

Summary

As illustrated in this section, a wide range of mechanisms and tools have been developed in investment treaties to prevent the occurrence of multiple proceedings arising from reflect loss claims and to effectively manage them, thus limiting their impact.

IV. Proposed reform solutions and concluding remarks

Intergovernmental discussions at OECD had considered the issues of shareholder

claims in ISDS during FOI Roundtables in March and October of 2013.⁸⁴⁾ Background papers were prepared by the OECD Secretariat on corporate law aspects and investment treaty practice.⁸⁵⁾ Discussions were focused on the policy considerations for reflective loss claims, particularly in light of their treatment under domestic corporate law. Discussions at the Roundtables illustrated a divergence of views of governments on whether it would be advisable to allow reflective loss claims in ISDS.⁸⁶⁾ While it was noted that further discussion and analysis would be required to assist governments refine their views about their

83) In *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, the tribunal noted “when both legal actions have a legal basis derived from the same measures, they can no longer continue simultaneously in light of the imminent risk that the claimant may obtain the double benefit in its claim for damages. This is what NAFTA article 1121 seeks to avoid”. See *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Award (2 June 2000), para. 27, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0892.pdf>. The claim was submitted for a second time. Noting that Chapter 11 of NAFTA does not contain a “fork-in-the-road” clause, the tribunal stated: “Chapter 11 of NAFTA adopts a middle course. A disputing investor is evidently entitled to initiate or continue proceedings with respect to the measure in question before any administrative tribunal or court of the respondent State in accordance with its law, without prejudice to eventual recourse to international arbitration. It is only when submitting a claim under Article 1120 that the requirement of waiver arises”. See *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Number 2)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision of the Tribunal on Mexico’s Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings (26 June 2002), paras. 29-30, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0898.pdf>.

84) OECD, Summary of the Roundtable discussion on Freedom of Investment 18 (20 March 2013), 4-8 and Summary of the Roundtable discussion on Freedom of Investment 19 (15-16 October 2013), 12-19, available respectively at <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/18thFOIRoundtableSummary.pdf> and <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/19thFOIRoundtableSummary.pdf>.

85) Gaukordger, *supra* note 13 (2013/03, 2014/02 and 2014/03).

86) Gaukordger, *supra* note 13 (2014/03), 9.

individual and collective goals, there has not been much follow-up discussion at the OECD and no discussion on concrete reforms options.

The discussions at UNCITRAL on this topic built on the preliminary work undertaken by OECD and have led to a dialogue about a number of proposed solutions to address the concerns arising from reflective loss claims.⁸⁷⁾ During the discussion, it was mentioned that the work should focus on instances which were perceived to be particularly problematic and had negative consequences.⁸⁸⁾ While a suggestion was made that the regulation of reflective loss claims should include a *per se* prohibition,⁸⁹⁾ it is unlikely that the Working Group would consider an entire ban on reflective loss, taking into account the doubts expressed about such a significant change in policy and the impact that a ban could have on foreign direct investment.⁹⁰⁾ Rather, the work will likely build on the wide range of

existing mechanisms and tools to mitigate concerns arising from shareholder claims as surveyed in chapter III, thus taking a restrictive approach. Guidance would also be sought from decisions rendered by ISDS tribunals on these issues. And obviously, reforms options to address multiple proceedings would obviously assist in addressing some of the issues arising from reflective loss claims.

It is anticipated that model clauses on consolidation would be developed addressing some basic questions such as who can initiate consolidation, who will make the determination and the basis for the determination. The aim would be to incentivize disputing parties and tribunals to proceed with consolidation thus reducing the number of multiple proceedings. More broadly, mechanisms to ensure coordination and cooperation among tribunals will be developed, which can only be based on enhanced information-sharing.⁹¹⁾ This

87) The discussions were based on the note prepared by the Secretariat on shareholder claims and reflective loss (A/CN.9/WG.III/WP.170), available at <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.170>.

88) *Supra* note 9 (A/CN.9/1044), paras. 42 and 50.

89) *Ibid.*, para. 50.

90) *Ibid.*, para. 51.

91) *Ibid.*, para. 46.

highlights the need for enhanced transparency as lack thereof would be a huge barrier to any coordination.⁹²⁾ One way of coordination is for a tribunal faced with a subsequent claim to stay or suspend its proceedings until an award is rendered. Clarifying the discretion of the tribunals to do so and setting forth the circumstances in which such a decision would be justified would need to be outlined.⁹³⁾

Development of tools for consolidation and coordination would, however, need to take into account their inherent limitations as mentioned in chapter III, particularly in cases where the proceedings might have been initiated based on different investment treaties, under different procedural rules, and administered by different institutions. Another aspect to take into account is that such mechanisms are more useful in concurrent proceedings and in this regard, introducing a clear statute of limitations would be useful.

As some tribunals have based their decisions on the doctrine of *res judicata* as a recognized principle in public international law, suggestions have been made that its application in investment arbitration could be clarified as part of the reform efforts. Therefore, reform efforts could focus on clarifying the requirements for applying the doctrine of *res judicata*. Nonetheless, doubts had been expressed that the doctrine could be interpreted differently depending on the jurisdiction and the applicable law and that providing guidance might inadvertently touch upon the substance or the merits of the dispute.⁹⁴⁾

Suggestions have also been made that further guidance could be provided on the doctrine of *lis pendens*, generally understood as providing that when an identical dispute is already pending before a tribunal, neither of the parties can initiate new proceedings relating to the same dispute for the duration of this pendency – the result being that only the first-in-time proceedings are allowed to

92) For example, in *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, the tribunal assessing a motion to dismiss the claim by Eskosol under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules was not able to review and give effect to the full award of the *Blusun* case due to confidentiality obligations. See *supra* note 48, Decision on Respondent's Application under Rule 41(5) (20 March 2017), para. 33, footnote 35.

93) *Supra* note 9 (A/CN.9/1044), para. 45.

94) *Ibid.*, para. 47.

proceed.⁹⁵⁾ However, considering that the first-in-time principle is not recognized in public international law, it is doubtful that the doctrine of *lis pendens* could apply in the investment arbitration. In fact, it has proven ineffective to redress the problem of parallel investment arbitrations initiated by claimants at different levels of the same chain of companies arising out of the same dispute.⁹⁶⁾

It is also foreseen that model clauses denying the benefits of the investment treaties and those to address abuse of process will be developed. A challenge would be to clarify the circumstances in which the tribunal can rely on those clauses to deny benefits and to set forth clear criteria for regarding a reflective loss claim abusive and

dismissing them. However, the aim of such clauses should not be to deter reflective loss claims, rather to encourage shareholders and other stakeholders to agree on a single forum for an amicable resolution of the dispute.

Tools to address reflective loss claims prior to the proceedings, for example, through waiver requirement may provide more certainty. For example, model waiver clauses for use by investors including companies in the case of claims by their shareholders, could be developed as one of the reform options.⁹⁷⁾ While some support was expressed for further elaborating on the fork-in-the-road clauses, their implication with regard to the issue of reflective loss claims seems limited, considering the triple-identity test requirement⁹⁸⁾ and the

95) See Reinisch, August, "The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes", 3 L Practice Intl Courts Tribunals, 2004, 37.

96) Gaillard, Emmanuel, "Abuse of Process in International Arbitration", ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol.32(1), 2017, 12. Footnote 53 states: "Some commentators have argued that the doctrine of *lis pendens* could apply in the context of parallel investment treaty arbitrations, and that parallel treaty arbitration claims by a company and a shareholder relating to the same underlying facts could meet the requirements of identity of cause of action and parties."

97) *Supra* note 9 (A/CN.9/1044), para. 49.

98) The application of the fork-in-the-road clause generally requires that the claims brought before the domestic court and before arbitral tribunals have the same object, the same cause of action and the same parties. However, it should be noted that the tribunal in *H&H Enterprises Investments v. Egypt* considered the triple identity test not relevant, especially when the investment treaty does not expressly require it. The tribunal noted: "the triple identity test is not the relevant test as it would defeat the purpose of Article VII of the U.S.-Egypt BIT, which is to ensure that the same dispute is not litigated before different fora. ...", investment arbitration proceedings and local court proceedings are often not only based on different causes of action but

foreign shareholders' restricted standings in domestic courts.

While the above-mentioned reform options provide tools to address issues arising from reflective loss claims and multiple proceedings, it should be noted that the Working Group had decided to identify instances which were perceived to be particularly problematic and had negative consequences. Therefore, reforms may also attempt to address the core issue, by preparing model clauses which would clarify the meaning of terms like "investment", "investor" or "control" in investment treaties.⁹⁹⁾ Another option would be to better define claims that shareholders could raise and the conditions to be met for them to

raise such claims. The ultimate aim of the reforms should not be to prohibit reflective loss claims but rather to regulate them so that: (a) the protection provided under investment treaties is not circumvented through the use of such claims; (b) they can be pursued when not asserted elsewhere and when the company is not in a situation to do so or waives its right to pursue the claim; (c) reflective loss claims are heard in the same forum when the company itself is pursuing the claim; and (d) the outcome of the proceedings do not require multiple compensation by the respondent State for the same injury. With regard to the last point, rules on whom the damages should be paid would guarantee some consideration.

also involve different parties. More importantly, the language of Article VII does not require specifically that the parties be the same, but rather that the dispute at hand not be submitted to other dispute resolution procedures; what matters therefore is the subject matter of the dispute rather than whether the parties are exactly the same." See *H&H Enterprises Investments v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/09/15, Excerpts of the Award (6 May 2014), paras. 364 and 367, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7979.pdf>.

99) In *Phoenix Action v. Czech Republic*, the tribunal dismissed an entire claim based on a finding that the claimant had committed an abuse of right. In reviewing the criteria for an investment under the ICSID Convention as set out in *Salini v. Morocco*, it stated: "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". It further stated that: "If it were accepted that the Tribunal has jurisdiction to decide Phoenix's claim, then any pre-existing national dispute could be brought to an ICSID tribunal by a transfer of the national economic interests to a foreign company in an attempt to seek protections under a BIT. Such transfer from the domestic arena to the international scene would ipso facto constitute a 'protected investment' – and the jurisdiction of BIT and ICSID tribunals would be virtually unlimited." See *Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award (15 April 2009), paras. 113 and 144.

While mechanisms have been developed to address concerns arising from reflective loss claims and more generally multiple proceedings, there seems to be agreement in the Working Group to develop multilateral options, particularly as the old-generation investment treaties do not provide for such means and as collective efforts and harmonized solutions to address those concerns would be more beneficial.¹⁰⁰⁾ In other words, the path seems to be towards a more comprehensive reform.

In summary, it is anticipated that the Working Group will develop a toolbox including the wide array of mechanisms outlined above.¹⁰¹⁾ While the final form is yet to be determined, work would likely involve the preparation of model clauses to be incorporated in investment treaties and guidance text for tribunals faced with such claims. It would then be left to States to implement such tools and one of the options being considered is a multilateral convention on ISDS procedural reform. Possibly modelled on the United Nations Convention

on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration,¹⁰²⁾ which provides for an opt-in mechanism for States to retroactively apply the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration to disputes arising out of more than 3,000 existing investment treaties, such a multilateral convention could make it possible to apply such tools to the existing ISDS framework. Structural reforms being considered by the Working Group (establishment of a permanent investment court or an appellate mechanism) could also include the same or similar tools.

As examined in this paper, the availability of reflective loss claims has its benefits and detriments requiring a balanced approach. Development of reform options by the Working Group and the eventual implementation by States both need to strike a balance between the need to address the potential harms and the need to protect foreign investors and their investment through effective remedies. Therefore, reform solutions would need to ensure that foreign investment continues to

100) *Supra* note 9 (A/CN.9/1044), para. 53.

101) *Ibid.*, para. 55.

102) Additional information about the Transparency Convention is available at <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/transparency>.

be promoted while possible harms of reflective loss claims are avoided. Furthermore, it would need to take into account the interest of a number of other stakeholders involved, for example, the impact that treatment of shareholder claims could have on the rights of non-claimant controlling or minority shareholders, creditors as well as the corporate/investment structure including the management's decision-making. The tension

will remain. And prioritization of interests may be necessary. It might not be possible to achieve a perfect balance with the reform options providing only imperfect alternatives.¹⁰³⁾ It is in this context that a toolbox approach might be viewed as the most appropriate in the sense that it would provide States with the flexibility in their implementation compared to a more stringent regulatory approach.

103) Arato, *supra* note 26, p.12.

References

⟨Books⟩

- Bottini, Gabriel, *Admissibility of Shareholder Claims under Investment Treaties*, 2020, Cambridge University Press
- De la Medina Soto, Christian and Tania Ghossein, *Starting a Foreign Investment across Sectors*, World Bank Policy Research Working Paper 6707, 2013
- Dolzer, Rudolf and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Second edition, 2012, Oxford University Press
- Gaillard, Emmanuel and Yas Banifatemi (eds.), *Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration*, IAI Series No. 8, 2018
- Gaukrodger, David, *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency*, OECD Working Papers on International Investment, 2013/03, OECD Publishing
- Gaukrodger, David, *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2014/02, OECD Publishing
- McLachlan, Campbell, Lauren Shore, Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, 2017, Oxford University Press
- Mistura, Fernando and Caroline Rouet, *The Determinants of Foreign Direct Investment: Do Statutory Restrictions Matter?*, OECD Working Papers on International Investment, 2019/01, 13, OECD Publishing
- Wehland, Hanno, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*, Oxford International Arbitration Series, 2013, Oxford University Press
- Zarra, Giovanni, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, 2016, Eleven International

Publishing and Giappichelli

〈Articles〉

Arato, Julian, Kathleen Claussen, Jaemin Lee, and Giovanni Zarra, “Reforming Shareholder Claims in ISDS”, Academic Forum on ISDS Concept Paper, 2019/9

Bedrosyan, Alexander, “The Asymmetrical Fork-in-the-Road Clause in the USMCA: Helpful and Unique”, Kluwer Arbitration Blog (29 October 2019)

Chaisse, Julien and Lisa Zhuoyue Li, “Shareholder Protection Reloaded: Redesigning the Matrix of Shareholder Claims for Reflective Loss”, 52 Stan. J. Int’l L. 51 (2016)

Gaillard, Emmanuel, “Abuse of Process in International Arbitration”, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol.32(1), 2017.

Gastrell, Lindsay and Paul-Jean Le Cannu, “Procedural Requirements of ‘Denial-of-Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions”, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol.30(1), 2015

Reinisch, August, “The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes”, 3 L Practice Intl Courts Tribunals, 2004

〈United Nations Documents〉

International Court of Justice (ICJ), Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders (1970, 1989 and 2007)

International Law Commission (ILC), 2006 Draft Articles on Diplomatic Protection

Notes by the UNCITRAL Secretariat - Concurrent proceedings in investment arbitration (A/CN.9/848 & A/CN.9/881)

Official Records of the General Assembly, Seventy-second Session, Supplement No. 17

(A/72/17)

Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10)

Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-sixth session (Vienna, 29 October – 2 November 2018) (A/CN.9/964)

Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of thirty-eighth session (Vienna, 14-18 October 2019) (A/CN.9/1004*)

Report of Working Group III (Investor-State Dispute Settlement Reform) on the work of its thirty-ninth session (Vienna, 5-9 October 2020) (A/CN.9/1044)

UNCTAD, World Investment Report – Reforming International Investment Governance, 2015, United Nations Publication.

〈Others〉

Submission by the Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) to the thirty-ninth session of UNCITRAL Working Group III (30 September 2020).

OECD, Summary of the Roundtable discussion on Freedom of Investment 18 (20 March 2013)

OECD, Summary of the Roundtable discussion on Freedom of Investment 19 (15-16 October 2013)

UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>)

〈Cases〉

Ampal-American Israel Corp. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11

Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1

Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/14/3

Canfor Corporation, Tembec et al., and Terminal Forest Products Ltd. v. United States, UNCITRAL Rules (1976)

Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), ICJ

Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), ICJ

Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), ICJ

Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic, ICSID Case No. ARB/15/50

European American Bank Investment Bank AG (Austria) v. Slovak Republic, PCA Case No. 2010-17

Gami Investments Inc. v. Mexico, UNCITRAL Rules (1976)

Grynberg et al. v. Grenada, ICSID Case No. ARB/10/6

H&H Enterprises Investments v. Egypt, ICSID Case No. ARB/09/15

Impregilo S.p.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/17

Lanco International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/6

Lotus Holding Anonim Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/17/30

M.C.I. Power Group v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6

Meditrust Healthcare Inc. v. Shoppers Drug Mart (2002), Court of Appeal for Ontario

Orascom TMT Investments v. Algeria, ICSID Case No. ARB/12/35

Phoenix Action, Ltd v The Czech Republic, ICSID Case No ARB/06/5

Pope & Talbot v. Canada, UNCITRAL Rules (1976)

Renée Rose Levy and Grencitel SA v Republic of Peru, ICSID Case No ARB/11/17

Ronald S. Lauder v. Czech Republic, UNCITRAL Rules (1976)

RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14

ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria, PCA Case No. 2011-06

Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2

Waste Management, Inc. v. United Mexican States (Number 2), ICSID Case No.
ARB(AF)/00/3

[국문초록]

투자자 국가 분쟁에 있어 간접손실에 따른 주주투자자의 청구권 및 관련 제도 개선에 대한 논의

2017년부터 유엔국제상거래법위원회는 투자자-국가 분쟁해결제도를 개선하기 위한 여러가지 방안들을 검토중에 있다. 그 동안의 논의를 통해 여러가지 사유에서 발생할 수 있는 복수의 투자중재절차 (특히, 국가의 특정 조치에 대하여 기업의 여러 이해관계자가 중재청구를 하는 경우) 그리고 그 원인 중 하나로 지목된 주주투자자들의 간접손실에 따른 청구권의 활용, 두 분야에 대해서는 제도 개선이 필요하다고 판단되었다. 이 글은 외국 주주투자자가 투자협정에 위배되는 투자유치국의 조치로 투자에 손실을 입은 경우, 해당 간접손실에 기인해 투자협정상의 중재청구를 할 수 있다는 입장을 견지한 중재판정부들의 결정 사례를 검토하고, 투자협정 개정 등을 통하여 간접손실에 기인한 주주투자자의 청구권을 제한하고자 하는 국가들의 노력을 살펴본다. 나아가 유엔국제상거래법위원회 제3실 무작업반에서 거론되고 있는 여러가지 제도개선 방안들을 살펴본 후, 앞으로 나아갈 방향을 모색한다. 모델 조항을 비롯한 여러가지 절차적인 장치를 마련 또는 정비하고, 유사한 청구가 있을시 중재판정부가 어떻게 사건을 처리하는 것이 바람직한지에 대한 가이드라인을 준비하는 등 다양한 개선 방안을 제시한다. 마지막으로 간접손실에 따른 주주청구권이 해당 외국 투자자들의 권리를 보호할 수 있는 효과적인 장치가 될 수 있으면서도 동시에 부작용이 있을 수 있다는 점을 감안, 다양한 이해관계를 균형있게 조율할 수 있는 개선 방안이 마련되어야 함을 강조한다.

주제어

투자중재제도 개선, 유엔국제상거래법위원회, 간접손실, 주주청구권, 복수의 중재절차, 투자/투자자, 절차의 병합 및 조율, 혜택부인 조항, 권리포기규정

[ABSTRACT]

Shareholder claims for reflective loss in investor-State disputes and reform options

Jae Sung Lee (Legal Officer, UNCITRAL)

Since 2017, UNCITRAL has been considering a number of reform options to improve the investor-State dispute settlement (ISDS) system. During the deliberations, multiple proceedings as well as shareholder claims for reflective loss were identified as concerns and areas where reform would be desirable. This article examines the situation where foreign shareholders of a local company raises claims against a State for reflective loss. It provides an overview of the issues relating to reflective loss claims by analysing relevant case law of ISDS tribunals and treaty-based measures taken by States to respond to reflect loss claims. The paper concludes by examining the wide array of reform solutions under consideration by Working Group III of UNCITRAL and suggests the possible way forward, including the development of model clauses and procedural tools as well as the preparation of guidance to tribunals faced with reflective loss claims. The paper emphasizes a balanced approach taking into account the fact that reflective loss claims provide an effective remedy for foreign shareholders and at the same time, pose a number of concerns to States as well as relevant stakeholders.

Keywords

investor-state dispute settlement (ISDS) reform, UNCITRAL, reflective loss, shareholder claims, multiple proceedings, investment, consolidation and coordination, denial of benefit clauses, waiver requirements

해외건설공사에 대한 하도급법의 적용가능성 및 FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성

GS건설 해외법무팀 변호사 황 성 현*

*논문접수 : 2021. 4. 23. *심사개시 : 2021. 5. 3. *게재확정 : 2021. 5. 13.

〈 목 차 〉

- | | |
|--|---|
| I. 서론 | III. 해외건설계약 주요 조항의 하도급법 위반가능성
- FIDIC 표준계약조건을 중심으로 |
| II. 해외건설공사에 대한 하도급법의 적용가능성 | 1. 해외건설 하도급계약 체결의 실무 |
| 1. 하도급법 적용 대상 건설공사에 대한
하도급법의 문언 | 2. FIDIC 표준계약조건의 종류 |
| 2. 하도급법 적용 대상 건설공사에 대한
공정위 및 법원의 입장 | 3. FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가
능성 |
| 3. 해외건설공사에 대한 하도급법 적용
의 타당성 | IV. 결론 |

I. 서론

대기업인 한국 건설회사가 해외건설공사를 수주하면 중소기업인 한국 하도급업자(subcontractor) 또한 해외건설시장에 동반 진출하게 되는 경우가 많다. 종합건설업자인 대형 한국 건설회사로서는 전문건

설업자인 한국 하도급업자의 근면성, 전문성, 언어적 편리성을 활용할 수 있고, 중소기업인 한국 하도급업자로서는 대기업의 글로벌 네트워크를 이용하여 해외진출 기회를 용이하게 확보할 수 있다는 이점이 있기 때문이다. 그러나 최근에는 국내외 건설경기 침체로 인해 경영난에 직면한 한

* 본고를 꼼꼼히 읽고 코멘트 해주신 화우 김윤희 변호사와 현대건설 노형래 변호사에게 감사의 말씀을 드린다.

국 하도급업자들이 과거에는 크게 문제삼지 않았던 해외건설공사에서의 불공정하도급거래행위를 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)에 신고하는 등 도급업자(main contractor)¹⁾인 한국 건설회사의 하도급거래 공정화에 관한 법률(이하 ‘하도급법’) 위반행위에 대해 적극 대응하고 있다. 해외건설공사에서의 하도급법 위반 문제로 건설회사 경영진이 국정감사 증인으로 출석을 요구받기도 한다. 실무상으로는 이미 해외건설공사에서의 하도급법 위반행위에 대한 시정명령 등의 공정위 제재처분은 물론 이에 불복하는 행정소송도 진행되고 있고, 이에 따라 새로운 법적 문제들이 발생하고 있다.

우선 국내법인 하도급법이 해외건설공사에도 적용될 수 있는지 여부가 문제된다. 특정한 국내법의 외국에서의 거래 또는 행위에 대한 적용 가부는, 사인간 법률관계의 준거법으로서 국내법이 적용가능한지 여부 또는 해당 국내법 조항이 외국법이 준거법인 경우에도 적용 가능한 국제적 강행규정인지 여부에 관한 민사적·국제

사법적 문제와, 그러한 거래 또는 행위에 대해 국내 행정·사법당국의 행정처분 또는 형사처벌이 가능한지 여부에 대한 행정법적·형사적 규정의 장소적 적용범위의 문제로 구분할 수 있다. 비록 국제사법 제6조는 “이 법에 의하여 준거법으로 지정되는 외국법의 규정은 공법적 성격이 있다는 이유만으로 그 적용이 배제되지 아니한다.”고 규정하고 있으나, 이는 행정적 내지는 형사적 제재의 부과 가부가 국제사법에 의해 판단되어야 한다는 것이 아니라 외국공법에 근거하는 사법적 규정의 적용 내지 사인들 간의 법률관계에 관계되는 반사적 효력에 관해 적용이 가능하다는 의미이다²⁾. 따라서 이 두 가지 문제는 별개의 법적 접근을 요한다. 본고는 해외건설공사에서의 하도급거래상 행위에 대하여 하도급법을 적용하여 부과하는 행정적·형사적 제재의 타당성을 행정법규와 행정형법의 장소적 적용범위 측면에서 살펴보고자 하는 시도이며, 민사적·국제사법적 문제에 대해서는 후속연구를 통해 보완하고자 한다. 해외건설공사에 대한 하도급법 적용에 따

1) 하도급관계 각 당사자를 지칭하는 호칭에 관하여, 하도급법은 상위 도급관계에서 공사를 수주한 수급인을 ‘원사업자’로, 이로부터 하도급을 받은 자를 ‘수급사업자’라고 표현하나, 건설실무상으로는 전자를 ‘도급업자(main contractor)’로, 후자를 ‘하도급업자(subcontractor)’로 널리 표현한다. 이하에서는 문맥에 따라 하도급법에 관한 서술시에는 ‘원사업자’와 ‘수급사업자’라는 표현을 사용하고, 그 밖의 경우에는 가급적 ‘도급업자’와 ‘하도급업자’라는 표현을 사용하기로 한다. 한편 민법에서는 ‘도급인’, ‘수급인/하도급인’, ‘하수급인’이라는 표현이 사용되는데, 지나치게 다양하고 유사한 호칭의 사용으로 혼란이 가중될 수 있는바, 본고에서는 민법상의 표현은 사용하지 않기로 한다.

2) 석광현, 국제사법 해설, 박영사 (2013), 139면.

른 사법적 법률관계의 분석은 국제사법에 따른 준거법 검토와 개별 하도급법 조항의 국내적 강행규정성 및 국제적 강행규정성에 대한 검토 없이 완결될 수 없는 것이 사실이나, 이하에서 살펴볼 바와 같이 하도급법이 대부분의 주요 의무위반에 대해 행정적·형사적 제재를 명시적으로 규정하고 있는 반면, 명시적으로 하도급계약 당사자의 사법상 권리를 변경하는 경우는 동법 제14조의 하도급대금의 발주자에 의한 직접 지급 조항뿐인 것으로 보이는 점, 제14조 이외의 하도급법 조항에 위배된 하도급계약의 효력에 관하여, 일부 하급심 판례에도 불구하고, 아직까지 그 사법상 효

력을 부인하는 강행규정임이 대법원 판례를 통해 확인된 사례는 없다는 점을 고려하면,³⁾ 적어도 실무적 관점에서는 연구의 우선순위가 행정법적·형사적 측면에 놓일 수밖에 없는 측면이 있다. 이러한 공법적 규정을 중심으로 한 국내법의 역외적용⁴⁾ 문제는, 특정한 법률관계에 적용 가능한 수개국의 법 중 당해 사안에 적용될 특정 법역(jurisdiction)의 법을 선택하는 국제사법상 준거법 선택문제와 달리, 특정국가의 국내법으로부터 출발하여 그것이 외국에서의 특정한 거래에도 적용 가능한가의 형태로 제기된다. 따라서 이는 일정한 법체계나 특정한 법률의 전체를 대상으로 하여

3) 법원은 하도급법은 그 조항에 위배된 도급 또는 하도급계약의 효력에 관하여는 아무런 규정을 두지 않는 반면, 그 조항을 위반한 원사업자를 벌금형에 처하도록 하면서 시정조치를 명하거나 과징금을 부과하도록 규정하고 있을 뿐이어서 원사업자와 수급사업자간의 계약의 사법상의 효력이 부인되지는 않는다는 취지로 판시하고 있으나(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다53457 판결 등), 하급심 판례 중에서는 대금지급 등 개별 하도급법 조항을 강행규정으로 보아 그에 반하는 하도급계약 내용의 사법상 효력을 부인한 경우도 있다(서울고등법원 2011. 6. 22. 선고 2010나91406 판결 등). 개별 하도급법 조항의 내용에 따라 강행규정성의 판단은 달라질 수 있을 것으로 보인다. 하도급법이 명시적으로 하도급계약 당사자의 사법상 권리를 변경하는 경우는 동법 제14조의 하도급대금의 발주자에 의한 직접 지급 조항뿐인 것으로 보이는데, 이에 대한 비교법적 검토에 대해서는 Andrea Hyungrae Noh(노형래), "Direct claim one link up in contracting chain: do lawmakers know best?", IBA-Construction Law International Vol. 16 Issue 1 (2021), p. 62 이하 참조.

4) '역외적용'이라는 용어의 사용에 대해 이견이 있을 수 있다. 법의 역외적용(extraterritorial application of laws)을 "한 국가의 법은 그 국가의 영역 내에서만 적용되는 것이 원칙이라는 전제하에 경우에 따라 이 영토 외에서 적용되는 것을 예상하는 것"으로 정의할 경우(석광현, 정순섭, "국제자본시장법의 서론적 고찰 - 역외적용 및 역외투자자문업자 등의 특례를 중심으로", 증권법연구 제11권 제2호 (2010. 8), 32면, 33면), 역외적용은 속지주의와 대비되는 개념이 되므로 이하에서 국가관할권 이론 검토를 통해 살펴볼 바와 같이 속인주의에 기초한 것으로 보이는 공정위의 해외건설공사에 대한 하도급법 적용에 대해서도 '역외적용'이라는 표현이 가능하다. 그러나 국내법의 역외적용을 "외국인이 외국에서 한 행위에 대하여 국내법을 적용하는 것"으로 좁게 정의할 경우(석광현, "독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 역외적용", 판례연구 제21집(2), 서울지방변호사회 (2007. 12.), 19면), 국제법상 전통적으로 인정되어온 속인주의에 의한 국내법의 적용은 '역외적용'에 해당하지 않는다. 따라서 이하에서는 문맥이 허용하는 한 가급적 '역외적용'이라는 표현 대신 '해외건설공사에 대한 하도급법의 적용'이라는 표현을 사용하기로 한다.

일원적으로 이루어질 수 있는 논의는 아니며, 개별 법률 및 동 법률상 개별 규정의 성질을 고려하여 구체적으로 판단할 문제이다.⁵⁾ 이에 따라 본고에서도 먼저 하도급법의 적용범위에 대한 구체적 법 문언과 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용에 대한 공정위와 법원의 입장을 각각 살펴보고, 나아가 현재의 공정위 실무의 태도가 국가관할권 이론 측면에서 어떠한 이론적 기초를 갖는다고 볼 수 있을지 알아보고, 하도급법 이외의 행정법규 및 행정형법의 장소적 적용범위에 대한 대법원 판례와 해외건설공사에 하도급법을 적용함으로써 발생할 수 있는 실무상 문제점들을 살펴봄으로써, 해외건설공사에 대한 하도급법 적용의 법 이론적·실무적 타당성을 논하기로 한다.

한편, 한국 건설회사간의 계약이라 하더라도 해외건설공사 하도급계약(subcontract)

은 많은 경우 FIDIC⁶⁾ 표준계약조건 기반의 영문계약으로 체결되기도 한다. 이는 본고 제3장에서 후술하는 몇 가지 실무적 이유 때문인 것으로 생각된다. 그런데 FIDIC 표준계약조건 내용은 국내법인 하도급법과 전혀 무관하게 작성되었는바,⁷⁾ 이 중 하도급법 위반 소지를 제공할 수 있는 부분은 없는지 살펴볼 필요가 있다. 해외건설공사 하도급계약 실무상 가장 빈번히 문제되는 하도급법 제13조(하도급대금의 지급 등)와 관련하여 FIDIC 표준계약조건의 ‘pay-when-paid’ 조항, 유보금(Retention Money) 조항, 상계(set-off) 조항에 따른 각각의 하도급대금 미지급 또는 보류 행위의 하도급법 위반가능성을 논하고, 그 밖에도 하도급법 제3조(서면의 발급 및 서류의 보존), 제8조(부당한 위탁취소의 금지 등), 제3조의4(부당한 특약의 금지)와 관련 있는 FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성 문제를 함께 살펴보기로 한다.

5) 석광현, 정순섭, “국제자본시장법의 서론적 고찰 - 역외적용 및 역외투자자문업자 등의 특례를 중심으로”, 증권법연구 제11권 제2호 (2010. 8), 33면, 36면.

6) FIDIC은 Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils 이란 불어의 약어로 영어로는 The International Federation of Consulting Engineers, 한국어로는 국제컨설팅엔지니어링연맹으로 번역된다. FIDIC은 원래 전문적인 엔지니어링 조직들의 국제연맹이라는 의미이지만, 오늘날 FIDIC은 오히려 FIDIC의 표준계약조건들이라는 의미로 흔히 사용되고 있다. 정홍식, “FIDIC 건설표준계약에서 엔지니어의 이중적인 역할과 책임”, 법조 제64권 제8호 (2015. 8), 213면. 한편, FIDIC의 역사, 조직과 활동 및 계약위원회에 대한 보다 상세한 설명은 김승현, 국제건설계약의 법리와 실무 - FIDIC계약조건을 중심으로 제2판, 박영사 (2019), 35면 이하를 참조.

7) 공정위가 사용 및 보급을 권장하는 “해외건설업종 표준하도급계약서”의 경우 하도급법 및 그 하위법령의 내용을 충실히 반영하고 있고, 법령 개정이 있는 경우 수시로 이를 반영하여 개정된다. 그러나 국제컨설팅엔지니어링연맹이 발행하는 FIDIC 표준계약조건은 국내 하도급법을 알지 못하는바 그 제정 및 개정 또한 하도급법과 무관하게 이뤄진다.

II. 해외건설공사에 대한 하도급법의 적용가능성

하도급법은 동법의 해외건설공사에 대한 적용 여부에 대하여 명시적 근거규정을 두고 있지 않다. 따라서 하도급법의 적용 대상이 되는 하도급거래에 대한 관련 법령의 해석을 통해 동법의 적용이 국내건설공사로 국한되는 것은 아닌지 살펴보고, 해석상 해외건설공사에 대한 적용의 여지가 있다면 이에 대한 법원의 판례와 공정위 심결례 등 실무의 태도는 어떠한지 살펴보기로 한다. 나아가 공정위에 의한 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용과 관련하여 국가관할권 이론, 행정법규 및 행정형법의 장소적 적용 범위, 죄형법정주의 및 규제법정주의, 그 밖의 실무상 문제점 등을 중심으로 그 타당성 여부를 논하기로 한다.

1. 하도급법 적용 대상 건설공사에 대한 하도급법의 문언

하도급법 제2조 제9항은 하도급법의 적용대상이 되는 건설위탁을 ‘건설업자(건설산업기본법 제2조 제7호에 따른 건설사업자 등)’⁸⁾가 ‘그 업에 따른 건설공사의 전부 또는 일부’를 다른 건설업자에게 위탁하는 것을 말한다고 정의하고 있다. 공정위 예규인 ‘하도급거래공정화지침’은 동법의 적용대상이 되는 건설위탁과 관련하여, 건설산업기본법(이하 ‘건설법’)상 건설업자의 건설위탁으로서 (i)건설법 제 9 조(건설업의 등록 등)에 따라 종합공사를 시공하는 업종 또는 전문공사를 시공하는 업종을 등록한 건설업자가 시공자격이 있는 공종에 대하여 당해 공종의 시공자격을 가진 다른 등록업자에게 시공위탁 한 경우, (ii)건설업자가 시공자격이 없는 공종을 부대공사로 도급받아 동 공종에 대한 시공자격이 있는 다른 사업자에게 시공위탁 한 경우 등을 예시하고 있다.⁹⁾

8) 하도급법 제2조 제9항 및 동법 시행령 제2조 제7항은 ‘건설업자’의 범위를, 「건설산업기본법」 제2조제7호에 따른 건설사업자, 「전기공사업법」 제2조제3호에 따른 공사업자, 「정보통신공사업법」 제2조제4호에 따른 정보통신공사업자, 「소방시설공사업법」 제4조제1항에 따라 소방시설공사업의 등록을 한 자, 「주택법」 제4조에 따른 등록사업자, 「환경기술 및 환경산업 지원법」 제15조에 따른 등록업자, 「하수도법」 제51조 및 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제34조에 따른 등록업자, 「에너지이용 합리화법」 제37조에 따른 등록업자, 「도시가스사업법」 제12조에 따른 시공자, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」 제35조에 따른 시공자로 한정한다. 편의상 본고에서는 건설법상의 건설업자를 중심으로 논하기로 한다.

9) 하도급거래공정화지침(공정위 예규 제342호) III. 1. 다.

위와 같이 하도급법과 하도급거래공정화지침은 하도급법의 인적 적용 범위에 대해서는 비교적 명확히 규정하고 있으나, 하도급법 제2조 제9항의 ‘그 업에 따른 건설공사의 전부 또는 일부’에 해외건설공사가 포함되는지 여부, 즉 하도급법의 장소적 적용범위에 대해서는 명확히 규정하지 않고 있다.

이에 대해, 하도급법 제2조 제9항이 하도급법의 적용대상이 되는 건설위탁의 범위를 건설회사의 건설업자 등이 그 업에 따른 건설공사의 전부 또는 일부를 다른 건설업자에게 위탁하는 것으로 제한하는 이상 ‘그 업에 따른 건설공사’는 건설회사의 건설공사를 의미하는 것으로 볼 수 있다는 점, 그리고 과거 국토교통부가 질의회신을 통해 해외건설공사에 대해서도 건설회사의 일괄하도급금지 및 재하도급금지 규정이 적용되는지 여부에 대하여 건설회사는 기본적으로 국내법으로서 국내의 건설공사에 적용하는 법이며 해외건설공사에 대해서는 적용이 어려울 것이라는 입장을 밝힌 바 있는 점,¹⁰⁾ 하도급거래공정화

지침이 건설회법에 따라 등록된 건설업자가 ‘시공자격 있는 공종’에 대하여 시공 위탁하는 경우를 하도급법상의 건설위탁으로 예시하고 있는 점¹¹⁾ 등을 들어, 해외건설공사는 하도급법 제2조 제9항의 ‘그 업에 따른 건설공사’에 해당하지 않는다고 보아야 한다는 해석이 있을 수 있다.

그러나 하도급법 제2조 제9항은 하도급법의 적용대상인 건설위탁을 건설업자의 ‘그 업에 따른 건설공사’로 규정하고 있을 뿐 건설회사의 건설공사로 제한하지 않고 있는 점, 건설회법 제2조 제4호 또한 ‘건설공사’란 토목공사, 건축공사, 산업설비공사, 조경공사, 환경시설공사, 그 밖에 명칭에 관계없이 시설물을 설치·유지·보수하는 공사 및 기계설비나 그 밖의 구조물의 설치 및 해체공사 등을 말한다고 정의하고 있을 뿐 ‘건설공사’의 범위를 명시적으로 국내건설공사로 한정하지는 않고 있는 점, 하도급거래공정화지침은 공정위 예규로서 그 법 형식상 대외적 구속력이 없는 행정규칙¹²⁾일 뿐 법규명령¹³⁾ 또는 상위법의 위임에 따라 그 규정의 내용을 보충함으로

10) 국토교통부 건설산업과, 2008. 10. 9.자 “해외공사 재하도급 처벌유무” 질의에 대한 회신. 국토교통부 건설경제과, 2012. 8. 16.자 “해외공사 일괄 하도급 관련” 질의에 대한 회신.

11) 하도급거래공정화지침(공정위 예규 제342호), III. 1. 다. (1). (가).

12) 행정규칙은 행정기관이 행정조직 내부에서의 조직과 활동을 규율할 목적으로 법률의 수권 없이 정립하는 일반적·추상적 규정을 의미하며, 주로 행정기관 내부의 사무집행이 통일적으로 수행되는 것을 보장하기 위해 발령된다. 원칙적으로 내부적 구속력만을 가진다. 류지태, 박종수, 행정법신론 제15판, 박영사(2011), 299면, 308면 참조.

써 대외적인 법적 구속력을 갖는 법령보충적 행정규칙¹⁴⁾에 해당한다고 보기 어려운 점, 동 지침 스스로도 하도급법의 적용대상이 되는 건설위탁을 ‘예시’한 것이라고 명시하고 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 하도급법의 적용대상인 ‘그 업에 따른 건설공사’가 하도급법 문언상 반드시 국내 건설공사로 한정된다고 해석하기는 어려워 보인다. 다만 하도급법 문언상 ‘그 업에 따른 건설공사’가 반드시 국내건설공사로 한정되는 것으로 보이지 않는다고 하여, 곧 바로 해외건설공사를 포함한다고 단정하는 것은 경계해야 할 것이다. 법령해석에 따른 다툼의 여지가 있다고 보는 것이 보다 정확한 판단일 것이다.

어떠한 해석론을 따르든, 실무상으로는 이미 하도급법이 해외건설공사에도 적용가능하다는 전제 하에 해외건설공사 하도급거래 관련 민원이 빈번히 공정위에 제기되고 있는바, 이하에서는 이에 대한 법원과

공정위의 입장을 먼저 살펴보기로 한다.

2. 하도급법 적용 대상 건설공사에 대한 공정위 및 법원의 입장

공정위는 해외건설업 표준하도급계약서문에서 현지법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 하도급거래 당사자는 하도급거래와 관련하여 하도급법을 준수하여야 한다는 입장을 밝힌 바 있다.¹⁵⁾ 또한 해외건설공사 하도급거래에 하도급법이 적용되는지 여부를 문의한 질의에 대하여, 공정위는 하도급법 적용 여부는 계약체결 장소가 아닌 그 계약 당사자들에 의해 결정되므로 국내법인간 하도급거래 계약이라면 하도급법 적용대상으로 보는 것이 타당하다는 취지로 회신한 바 있다.¹⁶⁾ 공정위는 실제로도 하도급법이 해외건설공사에도 적용 가능하다는 전제 하에 시정명령 등 제재처분을 하고 있다.¹⁷⁾

그러나 하도급대상이 해외건설공사인

13) 법규명령이란 행정기관이 제정하는 일반적·추상적인 규정으로서 법규로서의 효력을 갖는 것을 말한다. *Ibid.*, 285면 참조.

14) 법령보충적 행정규칙의 대외적 구속력을 인정한 판례로는 대법원 1992. 1. 21. 선고 91누5334 판결, 대법원 1994. 3. 8. 선고 92누1728 판결, 대법원 2002. 9. 27. 선고 2000두7933 판결 등 참조.

15) 공정거래위원회, “해외건설업종 표준하도급계약서”, 2018. 12. 28. 개정, 1면.

16) 공정거래위원회, 2015. 5. 16.자 “하도급법의 적용 대상(해외업체 및 해외현장)” 질의에 대한 회신, 민원번호 2AA-1505-175723.

17) 대우건설과 유진건설 간의 나이지리아 아그바미지역 해상 석유 생산·저장·출하설비공사 상부시설공사 중 일부의 건설위탁 관련 사건에 대한 시정명령 (공정위 2007. 10. 19. 의결 제2007-493호), 현대중공업과 함창씨엠에스 간의 사우디 현장의 기계·배관 설치 공사의 건설위탁 관련 사건에 대한 시정명령 (공정위 2006. 11. 28. 의결 제2006-270호) 등.

경우 하도급법이 구체적으로 어떠한 법적 근거에 의하여 적용될 수 있는지 여부의 문제에 대하여, 아직까지 공정위와 법원의 입장이 공정위 심결례 또는 대법원 판례를 통해 명확히 밝혀진 바는 없는 것으로 보인다. 위와 같은 실제 제재처분 사례의 경우에도, 공정위 심의와 법원 소송에서 시정명령 그 자체의 위법성만 다투어졌을 뿐 해외건설공사가 하도급법의 적용대상인지 여부에 대해서는 명시적으로 판단되지 않았다.¹⁸⁾

3. 해외건설공사에 대한 하도급법 적용의 타당성

지금까지 살펴본 바와 같이, 하도급법의 장소적 적용범위를 국내건설공사로 한정하는 명문의 법령 또는 판례는 아직까지 없는 것으로 보인다. 그러나 동시에, 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용을 허용하는 명시적 규정 또한 존재하지 않으며, 해외건설공사에 대한 적용이 가능하다고 전제한 것으로 보이는 공정위 심결례 또는 대법원 판례에서도 그러한 역외적용의 타당성 자체에 대해 상세히 논하거나 그 법적근거를 밝힌 바는 없는 것으로 보인다.

이와 같은 상황에서, 현재의 공정위 실무는 앞서 살펴본 바와 같이 해외건설공사의 경우에도 하도급법의 적용이 가능하다는 입장인 것으로 보인다. 실제로 공정위 앞으로 많은 민원제기가 이뤄지고 있고, 공정위는 이를 조사·심의하여 제재처분 또는 고발조치 등을 하고 있다. 이들 제재처분 중 일부는 행정소송으로 다뤄지기도 한다. 이에 따라 원사업자인 한국 건설회사들은 한국 하도급업자와의 해외건설 하도급계약에 대해서도 하도급법이 적용된다는 전제하에 입찰절차 및 하도급계약의 체결·관리 등을 진행할 수밖에 없는 실정이다. 또한 외국 하도급업자에 대해서는 하도급법이 적용되지 않기 때문에, 동일한 해외건설프로젝트에서도 한국 하도급업자와 외국 하도급업자에 대한 관리가 입찰절차에서부터 계약체결 및 사후관리에 이르기까지 이원화되어 분리되는 현상이 나타나고 있다.

그렇다면 과연 공정위의 이러한 해외건설공사에 대한 적극적인 하도급법 적용이 법 이론상 그리고 실무상 타당성을 갖는지 살펴볼 필요가 있다. 특히 앞서 살펴본 바에 의하면 공정위는 하도급법 적용 여부를 장소가 아닌 당사자를 기준으로 판단해야

18) 상기 대우건설 사건에서 대우건설이 시정명령에 불복하여 대법원까지 소송이 진행되었으나 공정위 심의와 소송에서 시정명령의 타당성만 다투어졌고 해외건설공사가 하도급법의 적용대상인지 여부는 다투어지지 않아 이에 대한 판단은 내려지지 않았다. 대법원 2010. 9. 30. 선고 2008두16377 판결.

한다는 입장을 보이고 있는바,¹⁹⁾ 이러한 입장이 국가관할권 이론 측면에서 어떠한 이론적 기초를 가진다고 할 수 있을지 살펴본다. 이를 위해 국가관할권 이론을 먼저 간략히 살펴보고, 하도급법과 같은 행정법규 및 행정형벌을 수반하는 행정형법²⁰⁾의 장소적 적용범위에 대한 대법원 판례의 입장 또한 살펴보도록 한다.

가. 국가관할권 이론

한 국가가 자국영토 밖에서 적용되는 것으로 의도된 법규를 제정 및 집행할 수 있는지 여부에 대하여, 국제법은 역외입법관할권(extraterritorial jurisdiction to prescribe)에 대해서는 긍정적이나 집행관할권(enforcement jurisdiction)에 대해서는 기본적으로 영토적 제약성을 갖는다는 입장인 것으로 보인다.²¹⁾ ICJ(International Court of Justice)의 전신인 PCIJ(Permanent Court of International Justice)는 1927년의 ‘Lotus호

사건’에서 “국제법은 국가가 그들의 법의 적용과 그들 재판소의 관할권을 그들 영토 밖의 사람·물건·행위에까지 연장해서는 안 된다는 취지의 일반적 금지규칙을 수립하고 있지 않다 … 모든 국가는 자신이 최선이고 가장 적절한 것으로 생각하는 원칙을 채택할 자유를 갖고 있다”,²²⁾ “국제법이 국가에게 부과한 첫 번째 가장 중요한 제한은, … 국가는 타국의 영토에서 그 어떤 형태로도 자신의 힘을 행사해서는 안 된다는 것이다”²³⁾라고 판시한 바 있다.

하도급법의 해외건설공사에 대한 적용의 경우 아직까지 한국정부가 외국영토 내에서 강제조사 또는 수사를 진행하는 등의 집행관할권 행사에까지 나아간 바 없고, 인적 적용범위가 건설법상 건설업자 등 국내법상 등록건설업자, 즉 사실상 내국인으로 제한되어²⁴⁾ 국내에서의 강제조사 및 수사만으로도 하도급법 적용에 큰 어려움이 없으므로 실제로 그러한 문제가 발생할 가

19) 공정거래위원회, *supra note* 15, 16.

20) 형법전 외의 다른 법률에 규정된 형벌규정을 지칭하는 표현으로 강학상 ‘행정형법’, ‘특별형법’이라는 용어가 사용된다. 그 행위 자체가 반윤리성이나 반사회성을 가지는 것이 아니고, 행정의무 확보를 위하여 규정된 형벌규정을 ‘행정형법’이라고 한다. 그리고 형법전에 규정된 범죄행위들을 수정하여 거기에 더 가중된 형벌을 부과하거나 절차상의 특별규정을 마련해 두고 있는 법률을 ‘특별형법’이라고 한다. 구길모, “행정형법의 장소적 적용범위 - 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결”, 동아법학 제82호 (2019. 2), 509면.

21) 김대순, 국제법론 제15판, 삼영사 (2010), 389-393면.

22) PCIJ (1927), Series A, No. 10, p. 19 {김대순, *supra note* 21, 391면에서 재인용}.

23) *Ibid.*, pp. 18-19 {김대순, *supra note* 21, 393면에서 재인용}.

24) *Supra note* 8.

능성도 거의 없다고 본다. 문제는 한국정부와 법원이 PCIJ가 언급한 “자신이 최선이고 가장 적절한 것으로 생각하는 원칙”, 즉 국가입법관할권의 어떠한 이론적 기초에 따라 하도급법을 해외건설공사에 대해 적용하고 있는지, 그러한 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용이 법 이론적·실무적 타당성을 갖는지 여부이다.

국가입법관할권의 이론적 기초로서 지금까지 제시된 공식은 대체로 속지주의, 속인주의, 수동적 속인주의, 보호주의 그리고 보편적 관할권 등 다섯 가지이다. 이들은 주로 형사관할권을 중심으로 발전되어 나온 것이지만 속지주의와 속인주의 그리고 수동적 속인주의는 민사관할권의 경우에도 마찬가지로 적용된다.²⁵⁾ 본고에서는 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용과 관련 있는 속지주의 및 속인주의에 대해서만 간단히 살펴보기로 한다. 속지주의(territorial principle)란 행위자가 내국인인지 외국인인지를 불문하고 ‘한 국가의 영토 내에서’ 발생한 일정 행위에 대해 당해 영토국가가 해당 국가의 법을 적용하는 것을 말한다. 국가는 영토주권의 보유자로서 자국 영토 내의 사람과 사건에 대해 완전한 입법관할권을 향유한다는 것은 치외법권 또는 외국 군대의 주둔 등과 같은 예외

적 경우를 제외하고는 당연히 적용되는 국제법의 기본원칙이므로, 한국의 경우 통상적으로 각 법률에서 속지주의의 적용에 관한 명문의 근거 규정을 두지는 않는다. 반면, 속인주의(nationality principle)는 자국민에 대하여 거주지·행위지를 불문하고 자국 법을 적용하는 것을 말한다. 통치권의 대인고권의 행사로서 속지주의와 함께 2대 관할권 판단기준이라고 할 수 있다. 일반법인 민법이나 형법, 외국에 있는 자국민에게 적용하기 위해 특별히 제정된 법률 등에서 채택하고 있으며, 국제사법, 조세협정, 범죄인인도협정 등에 의해 관련국과의 영토고권 충돌을 회피하고 있다.

이에 따르면 하도급법 적용 여부를 장소가 아닌 당사자를 기준으로 판단해야 한다는 공정위의 입장은 국가관할권 이론 관점에서 ‘속인주의’에 기초한 것으로 볼 수 있다. 그런데 하도급법은 형법, 국제사법 등에서의와 달리 ‘속인주의’에 따른 역외적용 가능성을 명시하지 않고 있다. 이는 같은 행정법규인 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’) 및 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’)이 ‘효과주의’에 따른 역외적용 가능성을 명시²⁶⁾하고 있는 것과도 대비된다. 따라서 이하에서는 명시적인 속인주의 또는 그 밖

25) Ott, David H., *Public International Law in the Modern World*, Pitman (1987), p. 136 {김대순, *supra* note 21, 395면에서 재인용}.

의 역외적용 근거규정 없이도 하도급법을 해외건설공사에 대해 적용하는 것이 타당한지 살펴보기로 한다.

나. 행정법규 및 행정형법의 장소적 적용범위에 대한 판례

앞서 살펴본 바와 같이 아직까지 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용가능성 및 그 근거에 대해 법원이 명시적으로 판시한 바는 없는 것으로 보인다. 다만 비록 그 수가 많지는 않으나, 하도급법과 같이 명시적인 속인주의 또는 그 밖의 역외적용 근거규정을 두지 않은 하도급법 이외의 행정법규 및 행정형법의 적용범위에 대한 대법원 판례가 있는바 이를 참고할 필요가 있다. 이는 하도급법이 하도급계약의 효력을 직접적으로 변경 또는 제한하기보다는²⁷⁾ 일정한 행위유형을 규정하고 이의 위반시 아래와 같이 행정제재와 형벌을 부과하는 방식을 채택하고 있기 때문이다. 아래 표에서 볼 수 있는 바와 같이 대부분의 하도급법상 의무 위반에 대해 행정제재 뿐만 아니라 형사처벌이 가능한 바,²⁸⁾ 행정법규

뿐만 아니라 행정형법의 장소적 적용범위 측면의 검토가 필요하다.

<표> 하도급법상 주요 불법행위에 대한 행정제재와 형벌

	시정명령	과징금	형벌
서면미교부(제3조)	○	○	○
부당특약(제3조의4)	○	○	○
부당대금결정(제4조)	○	○	○
구매강제(제5조)	○	○	○
부당위탁취소(제8조)	○	○	○
부당반품(제10조)	○	○	○
부당대금감액(제11조)	○	○	○
부당결제청구(제12조)	○	○	○
부당한 경제적 이익 요구(제12조의2)	○	○	○
기술자료요구 및 유용(제12조의3)	○	○	○
대금미지급(제13조)	○	○	○
발주자의 대금 직접지급의무 위반(제14조)	○	○	X
부당대물변제(제17조)	○	○	○
부당영영간섭(제18조)	○	○	○
보복조치(제19조)	○	○	○
탈법행위의 금지(제20조)	○	○	○

26) 석광현, 정순섭, *supra note 5*, 37면. 한편 여기서 ‘효과주의’란 “법의 적용대상이 되는 행위가 우리나라의 영역 외에서 이루어진 경우라도 그 효과가 우리나라에서 발생하면 동법이 적용된다는 원칙”을 말한다. 석광현, 정순섭, *supra note 5*, 35면 참조.

27) *Supra note 3*.

28) 참고로 34개 OECD 국가 중 경쟁법상 형벌규정을 둔 나라는 13개국이며, 불공정하도급거래행위와 같은 경쟁법상 불공정거래행위에 대해 형벌규정을 두고 있는 나라는 한국이 유일하다고 한다. 윤해성, 최응렬, 김성규, 불공정하도급거래행위에 대한 형사제재의 한계와 개선방안 연구, 한국형사정책연구원 (2016), 61면 이하 참조.

먼저 행정법규의 장소적 적용범위 관련, 공정위가 현재 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용의 근거로 삼고 있는 것으로 보이는 ‘속인주의’에 기초한 행정법규 적용의 장소적 범위 및 기준에 대하여 아직까지 법원에 의해 명시적으로 판단된 사례는 없는 것으로 보인다. 다만 대법원은 조약 제860호로 발효되어 법률과 동위의 효력을 갖는 남극해양생물자원 보존에 관한 협약(Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources, 이하 ‘협약’)에 따른 검색과 양륙 및 전채 제한조치의 적법성에 관한 사건²⁹⁾에서, 처분의 대상인 선박의 기국과 관계없이, 동 협약은 우리나라 영토 전체에 그 효력이 미친다고 판시함으로써, 보편적 법 관할권 원칙으로서의 ‘속지주의’를 행정법규에 대해서도 확인한 바 있다. 또한 비록 ‘속인주의’에 기초한 역외적용은 아니나, ‘효과주의’에 기초한 행정법규의 역외적용에 대하여는 2004년 공정거래법의 역외적용에 관한 명문의 조항 신설 이전에도 법원은 공정거래법 제19조의 적용이 내국사업자에 한한다

거나 국내에서의 행위에 한정되는 것으로 해석할 만한 규정이 없는 점, 만일 공정거래법에 의한 부당공동행위의 규제가 그 행위가 이루어진 장소에만 의존하여 국제거래에 있어서 부당한 공동행위가 있었고 이로 인한 부정적인 효과가 국민경제에도 미쳤음에도 불구하고 그 행위가 외국에서 이루어졌다는 점만으로 공정거래법을 적용할 수 없게 된다면 사업자들이 그 행위의 장소를 외국으로 선택함으로써 공정거래법상의 각종 규제를 용이하게 잠탈할 수 있게 됨으로써 공정거래법이 추구하는 목적을 달성하기 어렵게 된다는 점 등을 고려하여 역외적용이 가능하다고 판시한 바 있다.³⁰⁾

반면 행정형법의 ‘속인주의’에 기초한 적용의 장소적 범위에 대해서는 보다 구체적인 내용의 판례들이 존재한다.³¹⁾ 최근 대법원은 피고인이 일본에서 안마사 자격이 없는 자³²⁾를 고용하여 안마시술소를 운영하다가 시·도지사에게 자격인정을 받은 자 이외의 영리목적 안마를 금지하는 의료

29) 대법원 2007. 12. 27. 선고 2007두11177 판결.

30) 서울고등법원 2004. 8. 19. 선고 2002누6110 판결, 대법원 2006. 3. 24. 선고 2004두11275 판결.

31) 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결, 대법원 2020. 4. 29. 선고 2019도19130 판결.

32) 안마사로 고용된 자들은 우리나라 국민이었던 것으로 보인다고 한다. 만일 안마사로 고용된 자들이 우리나라 국민이 아니었다면 이들에 대하여는 외국인의 국외범으로 형법의 적용범위에서 제외되는 문제가 발생할 수 있기 때문이다. 양벌규정에 따른 사업주의 처벌은 종업원의 행위에 위법성이 인정되어야 하는데 [박재운(대표집필), 주석형법 총칙1, 2판, 한국사법행정학회, 2011, 138-139면(신동운 집필 부분)], 종업원에 대하여 우리나라 형법이 적용되지 않는다면 그 고용주가 우리나라 국민이라 하더라도 이에 대하여 양

법위반(제91조, 제88조, 제82조 제1항)을 이유로 기소된 사건(대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결)에서, “의료법 제82조 제1항에 따른 안마사의 자격은 우리나라 시·도지사의 자격인정에 의하여 부여되는 것으로서 안마사를 시·도지사의 자격인정을 받은 시각장애인으로서 제한하는 위 규정의 목적이 시각장애인에게 안마업을 독점시킴으로써 그들의 생계를 지원하고 직업활동에 참여할 수 있는 기회를 제공하려는 데 있음을 고려하면, 대한민국 영역 외에서 안마업을 하려는 사람에게까지 시·도지사의 자격인정을 받아야 할 의무가 있다고 보기는 어렵다. 따라서 내국인이 대한민국 영역 외에서 안마업을 하는 경우에는 위와 같은 의무위반을 처벌하는 의료법 제88조 제3호의 구성요건 해당성이 없다고 할 것이다”라고 판시함으로써, 범죄의 구성요건 해당성 판단 단계에서 개별 행정법규의 입법 목적과 취지를 고려하여 행정형법의 속인주의에 따른 역외적용의 장소적 범위를 판단한 바 있다.

상기 대법원 판결은 행정형법의 속인주

의적 적용의 장소적 범위 판단 시 그 기준을 제시하였다는 점에서 의미가 있다. 종래에는 형법 제8조³³⁾에 따라 형법총칙의 조항은 타 법령에 특별한 정함이 없는 한 타 법령에서 정한 죄에도 적용되고, 형법총칙은 형법 제3조³⁴⁾의 속인주의 원칙을 포함하고, 형법 제3조에 대해 대법원은 범죄지인 외국에서의 가별성 여부를 불문하고 대한민국 국민이 외국에서 범한 죄에 대하여 대한민국 형법을 적용하여 처벌 가능하다는 절대적·적극적 속인주의의 입장³⁵⁾을 취하고 있는바, 모든 행정형법은 원칙적으로 속인주의에 의한 역외적용이 가능하다는 기계적·형식적 결론이 도출되는 문제가 있었다. 이 경우 행정법규가 원칙적으로 속지주의에 따라 국내에 한하여 효력이 미치고, 명문의 역외적용 근거규정이 있거나 개별 행정법규의 해석상 역외적용을 하지 않을 경우 입법 목적의 달성이 불가능한 경우 등에 한하여 역외적용 되고 있는 것과 달리, 오히려 행정법규의 이행을 확보하기 위한 수단에 불과한 행정형벌 조항은 원칙적으로 모든 경우에 형법총칙상의 속인주의 원칙에 기초하여 역외적용

별규정을 적용할 수 없을 것이다. 구길모, “행정형법의 장소적 적용범위 - 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결”, 동아법학 제82호 (2019. 2), 508면 참조.

33) 형법 제8조(총칙의 적용) 본법 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다.

34) 형법 제3조(내국인의 국외범) 본법은 대한민국 영역 외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.

35) 대법원 1986. 6. 24. 선고 86도403 판결, 대법원 2001. 9. 25. 선고 99도3337 판결, 대법원 2004. 4. 23. 선고 2002도2518 판결.

이 가능하게 된다는 모순이 발생한다. 이에 따라 상식적으로 처벌하지 않는 것이 당연한 경우로 보이는 무자격자인 내국인의 국외에서의 안마업 행위에 대해서도 국내에서 의료법 위반으로 기소되고 1심과 원심에서 유죄판결이 선고되는 등 심각한 문제가 발생하였다.³⁶⁾ 상기 대법원 판결은 범죄의 구성요건 해당성 판단 단계에서 개별 행정법규의 입법 목적과 취지를 고려하여 속인주의에 따른 역외적용의 장소적 범위를 판단하도록 함으로써, 모든 행정형법은 원칙적으로 형법 제8조와 제3조에 따라 속인주의적 역외적용이 가능하게 된다는 기계적·형식적 결론을 배제하였다는 점에서 큰 의미가 있다.³⁷⁾

다. 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용의 법 이론적 · 실무적 타당성

우선 속인주의에 따라 하도급법을 해외건설공사에 대해 적용할 경우, 이론적으로 해외건설공사 소재지국의 속지주의적 관할권 행사와 국제법상 관할권 충돌 문제가 발생할 가능성이 있다. 한국 하도급법상 강제되는 의무가 해외건설공사 소재지국 법률에 저촉되는 경우 등을 상정할 수 있

을 것이다. 다만 실무상 아직까지 하도급법의 준수가 해외건설공사 소재지국의 법률상 의무와 심각하게 충돌하는 경우를 보지 못한 점, 또한 앞서 살펴본 바와 같이 하도급법의 인적 적용범위가 건설법상 건설업자 등 국내법상 등록건설업자, 즉 사실상 내국인으로 제한되어 국내에서의 강제조사 및 수사만으로도 하도급법 적용에 큰 어려움이 없으므로 한국정부가 외국영토 내에서의 강제조사 또는 수사 등 집행관할권의 행사로까지 나아갈 가능성이 낮다는 점, 속인주의는 국제법상 전통적으로 인정되어온 관할권 원칙 중 하나라는 점 등을 고려하면, 현실적으로 하도급법의 해외건설공사에 대한 속인주의적 적용으로 인한 관할권 충돌의 문제는 심각하지 않을 것으로 보인다.

그보다는 국내법인간의 하도급계약이기만 하면 하도급법의 일반적인 해외건설공사에 대한 적용이 가능하다고 보는 듯한 현재의 공정위 실무는 국내법상 법률유보의 원칙, 규제법정주의,³⁸⁾ 죄형법정주의³⁹⁾ 위반가능성이 문제된다. 앞서 살펴본 바와 같이 행정법규는 원칙적으로 속지주의 원칙에 따라 국내에 한하여 효력이 미친다는

36) 구길모, “행정형법의 장소적 적용범위 - 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결”, 동아법학 제82호 (2019. 2), 513면-515면.

37) 다만 이에 대해서는 대법원이 형법 제3조와 관련된 사안임에도 형법 제8조를 직접적인 해석의 도구로 삼지 않았다는 측면, 즉 행정형법의 적용범위의 문제를 구성요건 단계의 문제로 끌어내린 잘못된 판결이라는 비판이 존재한다. *Ibid.*, 526면 이하 참조.

것이 통설⁴⁰⁾과 판례이다. 따라서 행정법규의 역외적용은 자본시장법 및 공정거래법과 같이 명문의 역외적용 근거규정이 있거나, 여권법 또는 국적법과 같이 속인주의적 역외적용을 전제하고 있음이 해석상 명백하거나, 과거 공정거래법의 역외적용 근거규정 신설 이전 법원이 공정거래법 제19조(부당한 공동행위의 금지)의 효과주의에 기초한 역외적용 가부에 대해 판시한 것과 마찬가지로 개별 행정법규 조항을 역외적용 하지 않으면 해당 행정법규가 추구하는 목적의 달성이 불가능함이 명백하다고 판단되는 경우에 한하여 가능하다고 보아야 한다. 행정법규에 의해 사인의 권리의무가 제한되고 제재처분이 수반되는 이상, 해당 행정법규의 역외적용을 통한 사인에 대한 권리의무 제한의 확장은 법률유보의 원칙상 반드시 명확한 법률상 근거가 있는 경우에만 가능하다고 보아야 할 것이기 때문이다. 그러나 하도급법은 공정거래법에서 분기된 법률임에도 공정거래법과 달리 명문의 역외적용 근거규정이 없다. 또한, 공

정한 하도급거래질서의 확립과 국민경제의 건전한 발전을 목적으로 할 뿐인 하도급법(동법 제1조)이 여권법 또는 국적법과 같이 속인주의적 역외적용을 당연히 전제하고 있다고 보기도 어렵다. 그렇다면 하도급법의 역외적용은 과거 공정거래법의 역외적용 조항 신설 이전 법원이 공정거래법 제19조(부당한 공동행위의 금지)의 효과주의에 기초한 역외적용 여부에 대해 판시한 것과 마찬가지로, 하도급법 개별조항별로 해외건설공사에 대해서도 적용된다고 해석하지 않으면 해당 하도급법 조항 또는 하도급법이 추구하는 목적의 달성이 불가능하다고 판단되는 경우에 한하여 개별적으로 가능하다고 보아야 할 것이다. 그런데 현재의 공정위 실무는 이러한 개별 하도급법 조항에 대한 역외적용의 불가피성 판단 없이 국내법인간의 하도급계약이 기만 하면 속인주의에 기초하여 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용이 가능하다는 것으로 보이는 바, 법률유보원칙과 규제법정주의 위반의 소지가 있다.

38) 헌법 제37조 제2항, 행정규제기본법 제4조. 한편 ‘법률유보의 원칙’이란 행정작용은 법률에 근거해서만 발동할 수 있다는 것으로서 행정은 법률이 수권한 때에 한하여 일정한 경우에 일정한 요건 하에서 행위할 수 있음을 의미한다(류지태, 박종수, 행정법신론 제15판, 박영사 (2011), 58면 참조). 또한 법률유보원칙은 기본권적 관점에서, 국민의 기본권을 제한할 때 법률에 근거를 둘 것을 요구한다. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는....법률로써 제한할 수 있으며”라고 하여 모든 기본권의 제한에 통용되는 일반적인 요건으로서 법률유보를 요구하고 있다(김하열, 헌법강의 제2판, 박영사 (2020), 118면 참조).

39) 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항, 형법 제1조 제1항.

40) 김동희, 행정법I 제24판, 박영사 (2018), 70면, 박균성, 행정법강의 제8판, 박영사 (2011), 58면, 홍정선, 행정법특강 제10판, 박영사 (2011), 54면 등 참조.

행정형법적 측면에서도 현재의 공정위 실무는 죄형법정주의에 위반하여 처벌의 확장을 가져오는 문제가 있다. 범죄와 형벌은 미리 법률에 규정되어 있어야 하는바 해석을 통한 가벌성의 확장은 죄형법정주의 위반에 해당한다. 앞서 살펴본 바와 같이 하도급법상의 대부분의 의무 위반에 대하여 형사처벌이 가능한 바, 가벌성의 확장이 수반되는 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용을 위해서는 명확한 법적근거가 필요하다. 그러나 하도급법은 해외건설공사에 대한 적용가능성에 대하여 명시적인 근거규정을 두지 않고 있다. 또한 상기의료법위반사건에 대한 대법원 판결과 관련하여 살펴본 바와 같이, 형법 제8조와 제3조의 기계적·형식적 적용에 의한 귀결로써 하도급법의 해외건설공사에 대한 속인주의적 적용이 자동적으로 가능하다고 보는 것도 타당하지 않다. 그렇다면 대법원 판례에서와 같이, 하도급법의 입법 목적과 취지를 감안하여 대한민국 영역 외에서 건설공사를 하려는 건설업자에게까지

하도급법상 개별 금지규정에 따른 의무가 있다고 판단되는 경우에만 제한적으로 해외건설공사에 대한 적용을 인정하여야 할 것이다. 이러한 구성요건 해석은 가벌성의 확장을 가져올 수 있는바, 엄격한 기준 하에 하도급법상 개별조항별로 해외건설공사에 대한 적용여부가 판단되어야 할 것이다. 또한 하도급법의 목적과 취지 해석에 있어서도, 단순히 수급사업자의 이익보호가 하도급법의 목적이므로 구성요건 해석상 해외건설공사에 대한 속인주의적 적용이 가능하다고 보는 것은 적절하지 않을 것이다. 하도급법의 보호법익은 수급사업자의 이익의 직접적 보호가 아닌 공정한 하도급거래질서의 확립과 국민경제의 건전한 발전에 있다. 수급사업자의 이익은 공정한 하도급거래질서 확립을 통해 얻어지는 간접적·반사적 이익에 불과하다.⁴¹⁾ 따라서 수급사업자의 이익에 부합하지 않더라도, 해당 하도급법 개별조항을 해외건설공사에 대해서까지 적용하지 않으면 공정한 하도급거래질서의 확립과 국민경제

41) 이에 대해서는 반론이 있을 수 있다. 하도급법 제1조는 하도급법의 목적으로 ‘공정한 하도급거래질서의 확립’과 ‘국민경제의 건전한 발전’만을 언급하고 있을 뿐이나, 대법원 판례(대법원 2003. 5. 16. 선고 2001다27470 판결 등)에서 확인되는 하도급법의 제정취지는 ‘수급사업자의 열위적 지위 보완’을 포함하고 있다. 이에 따라 수급사업자의 이익의 직접적 보호가 하도급법의 목적에 포함된다고 보는 견해도 있을 수 있다. 이러한 견해에 따르면 하도급법 개별조항별로 입법목적과 취지가 ‘공정한 하도급거래질서의 확립’과 ‘수급사업자의 열위적 지위 보완’ 중 어느 쪽에 가까운지 여부를 역외적용의 필요 여부 판단시 고려하는 접근도 가능할 수 있다. 다만 본고는 하도급법 개별조항의 엄격한 구성요건 해석을 통한 역외적용 가부 판단 없이 국내법인간의 하도급계약이건 하도급법의 해외건설공사에 대한 일반적 적용이 가능하다는 것으로 보이는 현재의 실무에 대한 서론적·문제제기적 고찰을 일차적 목적으로 하는바, 이에 대해서는 후속연구를 통해 보완하고자 한다.

의 건전한 발전이 불가능한 경우가 아니라면, 구성요건 해석을 통한 해외건설공사에 대한 적용은 엄격히 제한되어야 할 것이다. 그러나 현재의 공정위 실무는 개별 하도급법 조항의 엄격한 구성요건 해석을 통한 해외건설공사에 대한 적용가부 판단 없이, 국내법인간의 하도급계약이기만 하면 하도급법의 해외건설공사에 대한 일반적 적용과 그에 따른 형사처벌이 가능하다는 것으로 보이는바, 죄형법정주의 및 행정형법의 장소적 적용범위에 대한 상기 대법원 판결의 취지에 반할 소지가 있다.

위와 같은 법 이론적 측면 외에도, 정책적 타당성의 문제가 있다. 이는 개별 하도급법 조항의 해외건설공사에 대한 적용이 공정한 하도급거래질서의 확립과 국민경제의 건전한 발전이라는 하도급법의 목적달성을 위해 불가피하고 과연 반드시 필요한 것인지 여부의 판단과도 관련이 있다. 하도급법을 해외건설공사에 대해 적용할 경우 만약 해외건설공사 소재지국에도 유사한 하도급거래 관련 규제가 있다면 원사업자인 한국 건설회사는 이중의 규제를 받게 된다. 해외건설공사 소재지국에 그러한 하도급거래 관련 규제가 없는 경우에도 외국 건설회사와 경쟁해야 하는 원사업자인 한국 건설회사만 국내 하도급법에 의한 법

적 제약을 받게 되어 이는 공정한 하도급거래질서 확립에 기여하기보다는 오히려 한국 해외건설업의 위축만을 가져올 수 있다. 나아가 이는 대기업인 종합건설업자(주로 원사업자, 도급업자)로 하여금 중소기업인 한국 전문건설업자(주로 수급사업자, 하도급업자)와 함께 해외건설시장에 진출하는 것을 꺼리게 할 수 있다. 실무상으로도 공정위의 하도급법 적용으로 인해 원사업자인 한국 건설회사는 입찰절차에서부터 한국 하도급업자와 외국 하도급업자를 별도로 취급하게 되며, 이 과정에서 엄격한 하도급법의 적용으로 오히려 한국 하도급업자가 불이익을 입는 경우도 발생하고 있다. 예를 들어, 해외건설공사 하도급 입찰에서 외국 하도급업자에 대해서는 입찰가격 제출 후 입찰서 검토 결과와 최저 입찰가격을 기초로 입찰가격 재협상을 하는 경우가 흔히 발견된다. 그러나 이러한 해외건설시장 입찰 관행은 하도급법 제4조 제2항 제7호⁴²⁾ 위반의 부당한 하도급대금 결정이 될 수 있어 한국 하도급업자에 대해서는 적용이 곤란하다. 결국 이는 입찰가격 재협상의 기회로부터 한국 하도급업자들만을 배제함으로써 궁극적으로 한국 하도급업자들의 해외건설시장 진출을 제약하는 요인이 될 수 있다. 국내에서

42) 하도급법 제4조 제2항 제7호는 경쟁입찰에 의하여 하도급계약을 체결할 때 정당한 사유 없이 최저가로 입찰한 금액보다 낮은 금액으로 하도급대금을 결정하는 행위를 부당한 하도급대금의 결정으로 간주한다.

와 달리 해외업체와 경쟁하는 해외건설시장에서 한국 건설회사들에만 하도급법이 적용됨으로써, 당초 입법취지와 달리 원사업자인 한국 건설회사는 물론 수급사업자인 한국 하도급업자의 이익에도 반하는 결과를 초래하게 되는 일례로 볼 수 있다. 이러한 결과는 공정한 하도급거래질서 확립과 국민경제의 건전한 발전이라는 하도급법의 목적에도 부합하지 않는다고 보아야 할 것이다.

이와 같이 속인주의에 의한 하도급법의 해외건설공사에 대한 일반적 적용은 여러 법 이론적, 실무적·정책적 문제를 야기할 수 있다. 따라서 명확한 법률적 근거 없이 하도급거래 당사자가 국내법상 건설업자 등에 해당하기만 하면 해외건설공사에도 하도급법을 일반적으로 적용할 수 있다고 보는 현재의 공정위 실무는 재고되어야 한다. 공정한 하도급거래질서 확립을 위해 특정 하도급법 조항의 해외건설공사에 대한 적용이 불가피하다면, 명문의 근거규정을 마련하여 입법적으로 해결하는 것이 최형법정주의와 규제법정주의 측면에서 가장 바람직해 보인다. 그 전까지는 개별 하도급법 조항의 해석상 해외건설공사에도 적용하지 않으면 하도급법의 목적달성이 불가능함이 명백하다고 판단되는 경우에만 한하여 제한적·개별적으로 해외건설공사에 대한 적용을 허용하여야 할 것이다. 나아

가 명문의 근거규정을 마련하는 경우에도, 해외건설시장에서 국내 하도급법의 적용을 받지 않는 외국 건설회사들과 경쟁해야 하는 원사업자인 한국 건설회사들만 과도한 이중의 규제 또는 불리한 규제를 받아 해외건설업의 위축을 가져오지 않도록, 그리고 한국 하도급업자들 또한 오히려 하도급법의 적용으로 인하여 외국 하도급업자들과의 경쟁에서 불이익을 입거나 해외건설시장 진출기회를 잃게 되지 않도록, 해외건설시장의 현실과 관행을 고려하여 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용범위를 적절히 제한하여야 할 것이다.

III. 해외건설계약 주요 조항의 하도급법 위반가능성 - FIDIC 표준계약조건을 중심으로

1. 해외건설 하도급계약 체결의 실무

공정위는 하도급법 제3조의2에 따라 국내건설공사뿐만 아니라 해외건설공사에 대해서도 ‘해외건설업종 표준하도급계약서’(2014. 6. 30. 제정)를 작성하여 그 사용을 권장하고 있다. 그러나 최초 제정으로 부터 7년여가 지난 지금까지도 해외건설공사 하도급계약에서의 실무상 사용은 저조한 것으로 보인다.⁴³⁾ 면밀한 실증조사 사례는 알지 못하나, 저자의 경험과 주변

실무자들에 따르면 한국 건설회사 간의 하도급계약이라 하더라도 해외건설위탁계약일 경우 FIDIC 표준계약조건 기반의 영문계약으로 하도급계약을 체결하는 경우가 적지 않은 것으로 보인다. 이는 공정위 표준하도급계약서가 널리 활용되고 있는 국내건설공사의 경우와 대비되는데, 국내건설공사의 경우 해외건설공사에서와 달리 지방자치단체 및 공공기관들이 조례와 입찰참가자격 사전심사기준 등을 통해 공정위 표준하도급계약서 활용에 대하여 인센티브를 부여하고 있다는 점 또한 하나의 이유가 될 수 있을 것이다⁴⁴⁾. 그러나 국내 건설공사 뿐만 아니라 해외건설공사의 경우에도 표준하도급계약서 활용 시 일정한 법령상 인센티브는 존재한다는 점,⁴⁵⁾ 설사 법령상 인센티브가 없더라도 이것이 곧 한국 건설회사들간의 하도급거래에서 FIDIC 표준계약조건 기반의 영문계약을 체결할 이유는 되지 못한다는 점에서, 법령상 인센티브의 유무 또는 정도 차이가 국내건설공사와 해외건설공사 실무상의 표준하도급계약서 활용 차이를 설명하는 주된 이유

가 되기는 어려워 보인다. 그보다는, 해외건설공사의 특수성에 기한 다음과 같은 이유로 한국 건설회사들 간의 하도급계약에도 FIDIC 표준계약조건 기반의 영문계약이 적지 않게 활용되고 있는 것으로 보인다.

가장 큰 이유로는 도급업자인 한국 건설회사로서는 발주자(employer)와 체결한 도급계약상의 위험을 가능한 한 하도급업자에게 전가(flow-down)시킬 수 있는 내용의 하도급계약을 체결할 필요가 있기 때문일 것이다. 예를 들어 어떠한 종류의 자연재해가 하도급계약상에서는 하도급업자의 계약상 의무 이행을 면책하는 불가항력 사유(force majeure)로 인정되는 반면, 도급계약상에서는 인정되지 않는다면, 해당 불가항력 사유 발생 시 도급업자는 중간에서 발주자에 대해 하도급업자의 계약상 의무 불이행책임을 모두 부담하게 될 것이다. 따라서 이러한 상황을 피하고자 도급업자인 한국 건설회사들은 도급계약 일반조건(general conditions)과 거의 동일하거나 도급계약 일반조건보다 하도급업자에게 다

43) 미국 건설전문매체인 ENR(Engineering News Record)가 집계하는 2020년 해외건설 매출실적 기준 상위 7개 한국 건설회사 중 5개 회사 실무자에 의하면, 공정위의 해외건설업 표준하도급계약서를 자사 표준하도급계약으로 전면적으로 도입한 경우는 없었으며 상황에 따라 부분적으로 활용하는 경우만 발견되었다.

44) 대한건설정책연구원, 건설하도급 관련 판례 및 질의회신(2014. 2), 9면.

45) 예를 들어, 하도급법 시행령 별표3은 별점의 경감기준으로서 ‘원사업자가 직전 1년 동안 계속하여 하도급거래에서 하도급법 제3조의2에 따른 표준하도급계약서를 사용한 경우’를 규정하고 있고, ‘해외건설업 표준하도급계약서’ 또한 여기서의 표준하도급계약서에 해당한다.

소 불리한 내용의 일반조건을 하도급계약에 반영하고자 한다. 이를 위해 도급계약 일반조건을 그대로 하도급계약 일반조건으로 포함시키고 필요한 부분에 한하여 특별조건(particular conditions)을 통해 수정하는 방식을 사용하거나, FIDIC 표준계약조건 기반의 자체적인 표준하도급계약 일반조건을 만들어 활용하기도 한다. 국제건설도급계약 중 상당수가 FIDIC 표준계약조건을 기반으로 작성되어 있는 것으로 보이기 때문에, 위 두 경우 모두 하도급계약 또한 자연히 영문의 FIDIC 표준계약조건 기반 계약이 되는 경우가 많다.⁴⁶⁾

그 밖에도 한국 하도급업자와 외국 하도급업자에 대한 일률적인 계약관리가 가능한 점, 도급업자인 한국 건설회사가 외국 건설회사와 공동수급체(joint venture)⁴⁷⁾로 공사를 수행하는 경우 외국 건설회사가 포함된 공동수급체가 하도급계약 당사자가 되므로 외국 건설회사의 수용도가 높은 FIDIC 표준계약조건 기반의 영문계약을

활용할 수밖에 없게 되는 점 등의 이유가 있다.

해외건설공사에도 하도급법이 적용되어야 하는지 여부에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같이 이견이 있을 수 있다. 그러나 이미 하도급법 적용이 가능하다는 전제 하에 한국 하도급업자들이 공정위 앞으로 민원을 제기하고 있고, 공정위는 이에 대해 조사 및 시정명령 등 제재처분을 하고 있는 점, 그리고 이에 불복하는 행정소송까지 이어지고 있는 것이 실무인 점을 감안할 때, 현재 실무에서 널리 활용되고 있는 FIDIC 표준계약조건 기반의 하도급계약에 대한 하도급법 위반가능성 관점에서의 검토 필요성은 충분해 보인다. 따라서 이하에서는 해외건설공사 실무상 주로 문제되는 하도급법 조항을 중심으로, 관련 FIDIC 표준계약조건 내용의 하도급법 위반가능성을 살펴보기로 한다.

46) 만약 국내에서 널리 사용되는 도급계약 일반조건과 FIDIC 표준계약조건의 내용이 같거나 유사하다면, 굳이 한국 건설회사들 간의 해외건설공사 하도급계약까지 영문의 FIDIC 표준계약조건 기반 계약으로 체결할 필요는 없을 것이며, 국내건설공사에서 주로 사용되는 국문의 표준하도급계약조건을 사용하더라도 크게 문제되지 않을 것이다. 그러나 국내건설공사 도급계약과 FIDIC 표준계약조건 간에는 내용상 차이점이 많은 것으로 보인다. 구체적 차이점에 대해서는 석광현, “FIDIC 표준계약조건과 국내 민간건설공사 표준도급계약 일반조건의 비교”, 국제거래법연구 제25권 제1호 (2016. 7), 31면 이하 참조.

47) 도급업자(contractor)들 간 특정사업을 수행하기 위하여 결성된 공동기업체를 ‘건설공동수급체(construction joint venture)’라 하며 흔히 조인트벤처(joint venture) 혹은 컨소시엄(consortium)이라 불린다. 자세한 내용에 대하여는 정홍식, “해외건설프로젝트에서 시공자들의 건설공동수급체”, 국제거래법연구 제23권 제1호 (2014. 7), 85면 이하 참조.

2. FIDIC 표준계약조건의 종류

개별 FIDIC 표준계약조건 내용의 하도급법 위반가능성 검토에 앞서, 여러 FIDIC 표준계약조건 중 어떤 계약조건을 검토대상으로 할 것인지 판단할 필요가 있다. FIDIC은 지난 수 십 년 동안 다양한 표준계약조건을 발간하였으나,⁴⁸⁾ 현재까지 실무상 가장 널리 활용되고 있는 FIDIC 표준계약조건은 1999년 제정된 The Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer: the 1999 Red Book(이하 ‘Red Book’)인 것으로 보이며,⁴⁹⁾ 이와 함께 The Conditions of Contract for Plant & Design-Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor: the 1999 Yellow Book(이하 ‘Yellow Book’) 및 프로세스플랜트, 발전플랜트, 사회기반시설 또는 프로젝트파이낸스(project finance)에 의해 자금이 조달되는 건설공사에서 주로 사용되는 The Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects: the 1999 Silver Book

(이하 ‘Silver Book’)이 널리 활용되고 있다. 이 중 Red Book은 단순시공계약으로서, 도급업자는 발주자가 제공한 설계대로 시공하고 기성은 실측(measurement)에 따라 지급되며 엔지니어라는 제3자에 의해 계약이 관리된다. Yellow Book은 도급업자가 발주자 요구조건서에 따라 설계하는 설계 및 시공(Design-Build)계약으로서, 엔지니어의 확인(certification)에 기초한 기성지급조항을 가지고 있는 총액확정(lump sum)계약이다. Silver Book 또한 설계 및 시공계약에 해당하고 총액확정 계약이나, 도급업자가 설계 및 수행에 대해 전적인 책임을 지도록 보다 많은 위험이 도급업자에 전가되어 있고 엔지니어 없이 발주자가 계약을 관리한다.⁵⁰⁾ 또한 Red Book에 대해서는 FIDIC이 2011년 The Conditions of Subcontract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer(이하 ‘FIDIC Subcontract’)을 발간한 바 있다. 제목에서 알 수 있는 바와 같이, FIDIC Subcontract은 도급계약이 Red Book인 경우의 하도급계약으로서의 사용

48) FIDIC 표준계약조건의 역사와 전체 구성에 대해서는 Ellis Baker, Anthony Lavers and Rebecca Major, “Introduction to the FIDIC Suite of Contracts”, The Guide to Construction Arbitration, 2nd Edn., Law Business Research (2018), p. 33 이하 또는 김승현, 국제건설계약의 법리와 실무 - FIDIC계약조건을 중심으로 제2판, 박영사 (2019), 43면 이하를 참조.

49) Ellis Baker, Anthony Lavers and Rebecca Major, “Introduction to the FIDIC Suite of Contracts”, The Guide to Construction Arbitration, 2nd Edn., Law Business Research (2018), p. 35.

50) 김승현, 국제건설계약의 법리와 실무 - FIDIC계약조건을 중심으로 제2판, 박영사 (2019), 45면.

을 전제하고 있고,⁵¹⁾ 대부분의 계약조건이 Red Book과 동일하게 ‘back to back’ 방식으로 작성되어 있으나, Red Book과 달리 제3자인 엔지니어 대신 도급업자(main contractor)가 계약을 관리한다.⁵²⁾

한편 FIDIC은 2017년 Red Book과 Yellow Book, Silver Book 각각의 개정판을 발간하였고, 이는 1999년 표준계약조건의 주요 조항들을 더욱 상세하게 규정하고 당사자 간 위험배분에 대한 공평하고 균형적인 접근법을 보다 강화한 것으로 알려져 있다.⁵³⁾ 그러나 2017년 개정판이 실제로 해외건설시장에서 널리 활용되기까지는 시간이 걸릴 것으로 예상되는바, 본고에서는 사용자들에게 익숙한 1999년 표준계약조건을 검토대상으로 하기로 한다. 본고에서 다루는 1999년 표준계약조건 조항들의 경우 Red Book, Yellow Book, Silver Book에 따른 차이가 거의 없으나 일부 조항 표기 등 차이 있는바, 이중 상대적으로 차이가 큰 Red Book과 Silver Book 조항을 검토대상으로 하고 Red Book과 Silver Book

상의 조항 표기를 원용하기로 한다. 하도급계약에 대한 사용을 전제로 작성된 FIDIC Subcontract 뿐만 아니라 도급계약에 대한 사용을 전제로 작성된 Red Book과 Silver Book을 검토대상에 포함하는 이유는, 앞서 설명한바와 같은 실무상 이유로 한국 건설회사들이 Red Book 또는 Silver Book 기반의 도급계약 일반조건을 그대로 하도급계약 일반조건으로 포함시키고 필요한 부분에 한하여 특별조건을 통해 수정하는 방식을 사용하는 경우가 적지 않게 발견되기 때문이다.

FIDIC Subcontract의 경우, Silver Book 또는 Red Book 기반 도급계약 일반조건을 그대로 또는 일부만 수정하여 하도급계약 일반조건으로 반영하거나 도급업자 스스로의 자체 표준하도급계약 일반조건을 사용하는 실무상 경향을 고려할 때 그 실제 활용이 많지 않을 것으로 생각되나, 일반조건에 있어서는 Red Book과 내용상 차이가 크지 않은바 함께 검토하기로 한다. 따라서 이하에서는 검토대상인 1999년 Red

51) FIDIC, “The Conditions of Subcontract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer”, First Edn. (2011), Foreword. 다만 도급계약이 설계 및 시공을 모두 포함하는 경우에도 상당수의 하도급계약은 설계와 무관한 단순시공계약인바, 이러한 경우 도급계약이 Silver Book 기반의 계약이라 하더라도 Red Book 기반의 FIDIC Subcontract 또는 이와 유사한 내용의 하도급계약을 체결하게 된다. 그러나 이 경우 현장조건 또는 설계 등 문제에서 비롯한 하도급업자의 클레임에 대한 책임을 발주자에 전가(flow-up)하기 어려운바, 도급업자로서는 이러한 위험에 대한 면밀한 하도급계약관리가 필요하다.

52) Ellis Baker, Anthony Lavers and Rebecca Major, *supra note* 49, p. 46.

53) 김승현, *supra note* 50, 48면.

Book과 Silver Book, 2011년 FIDIC Subcontract을 통칭하여 FIDIC 표준계약조건이라고 하기로 한다.

3. FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성

해외건설공사 실무상 주로 문제되는 하도급법 위반의 불공정거래행위로는 유보금, 선급금, 기성금, 준공금 등의 과소 및 지연지급이 가장 많이 거론되고, 그 외에도 한국 하도급업자가 국내에서 주로 이용하는 건설 관련 공제조합 등 특정 금융기관을 계약이행보증 발급 기관에서 배제하는 행위, 행정편의 목적의 현지법인 설립 강요, 설계 및 물가변경 등에 따른 공사대금 변경의 어려움, 기타 원사업자의 부당한 책임전가 등이 거론된다고 한다.⁵⁴⁾ 이중 가장 빈번히 문제되는 유보금, 선급금, 기성금, 준공금 등의 과소 및 지연지급의

문제를 하도급법 제13조 및 관련 FIDIC 표준계약조건을 중심으로 자세히 살펴보기로 한다.⁵⁵⁾ 그 외에도, FIDIC 표준계약조건이 하도급법 제3조의 서면발급 및 서류보존 의무 위반, 동 법 제8조의 부당한 위탁취소의 금지의무 위반, 동 법 제3조의4의 부당한 특약의 금지의무 위반을 야기할 가능성을 살펴본다.

가. 하도급법 제13조(하도급대금의 지급 등)

하도급법은 원사업자가 수급사업자에게 건설위탁을 하는 경우에는 목적물 등의 수령일로부터 60일 이내의 가능한 짧은 기간으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하여야 한다고 규정한다(하도급법 제13조 제1항).

- 54) 한국도시행정학회, “개도국 소프트 인프라 구축을 통한 해외건설 수주 확대 방안 연구”, 국토교통부 용역 보고서 (2014. 5), 123면. 다만 원사업자 입장에서는 여기서 열거된 불공정거래행위에 각각에 대해 나름의 반론이 있을 수 있다. 예를 들어 원사업자인 한국 건설회사들이 특정 금융기관을 하도급계약이행보증 발급 기관에서 배제하는 이유는, 해당 금융기관에서 발급하는 계약이행보증이 해외건설공사 발주자들이 요구하는 무조건적 지급보증(unconditional demand guarantee), 즉 독립적 보증에 해당하지 않기 때문인 경우가 많다. 특정 하도급건설공사 관련 사유로 발주자가 원사업자가 제출한 이행보증(무조건적 지급보증)에 대해 지급청구를 하였음에도 원사업자는 해당 하도급업자가 제출한 이행보증(조건부 지급보증)에 대해 지급청구를 할 수 없다면 원사업자는 중간에서 심각한 현금흐름의 곤란을 겪을 수밖에 없다. 독립적 보증의 부당청구에 대한 비교법적 검토에 대해서는 Sung Hyun Hwang(황성현), “Preventive legal measures under Korean law against unjust bond calls”, IBA-Construction Law International, Vol 15 Issue 1 (2020) 참조.
- 55) 해외건설공사 실무상 주로 문제되는 하도급법 위반의 불공정거래행위 중 각종 공사대금의 과소 및 지연지급을 제외한 나머지는 FIDIC 표준계약조건과 무관함을 알 수 있다. 이들은 FIDIC 표준계약조건보다 원사업자에게 불리하게 체결되는 해외건설공사 도급계약의 현실과 이를 투영한 하도급계약 실무 등 해외건설공사 실무에서 기인하는 불공정거래행위에 해당하되, 본고에서는 논하지 않기로 한다.

그런데 FIDIC 표준계약조건은 유보금(Retention Money) 명목의 일정 금원을 중간기성(Interim Payment)에서 공제하도록 하고 있다(Silver Book 제14.3(c)조, Red Book 제14.3(c)조, FIDIC Subcontract 제14.3조). 또한, 발주자/도급업자가 도급업자/하도급업자⁵⁶⁾에 대해 해당 건설계약에 따른 채권을 갖는 경우, 중간기성에서 이를 공제할 수 있도록 규정한다(Silver Book 제2.5조, Red Book 제2.5조, FIDIC Subcontract 제3.3조). 도급업자의 계약 미 준수로 인하여 야기된 수리, 교체 등 관련 비용 역시 발주자의 도급업자에 대한 중간기성 지급 시 그 지급이 보류될 수 있다고 규정한다(Silver Book 제14.6조, Red Book 제14.6조). 나아가 FIDIC Subcontract은 도급계약(main contract)의 엔지니어가 도급업자(main contractor)의 도급계약 위반 외의 사유로 하도급업자의 기성청구가 포함된 도급업자의 기성지급청구를 승인(certify)하지 않은 경우 및 도급계약의 엔지니어가 승인하였더라도 발주자가 도급업자에게 해당 기성을 지급하지 않은 경우(fail to make payment)에도 도급업자는 하도급업자에 대한 해당

기성의 지급을 보류할 수 있다고 규정한다(FIDIC Subcontract 제14.6(b)조, 제14.6(c)조).

상기 FIDIC 표준계약조건들에 의하면, 도급업자는 하도급업자에게 크게 세 가지 사유로 하도급대금의 지급을 보류 또는 거부할 수 있다. 이하에서는 이 경우 각각 하도급법 제13조 위반이 성립한다고 볼 수 있는지 살펴본다.

(1) 'Pay-when-paid' 조항에 따른 대금미지급

첫째는 도급업자가 발주자로부터 도급업자의 귀책사유 없이 해당 하도급대금 기성 부분이 포함된 도급대금 기성금을 받지 못한 경우의 하도급대금 지급 보류 또는 거부이다(FIDIC Subcontract 제14.6(b)조, 제14.6(c)조). 이는 'pay-when-paid'로 영국법계 국가들에서 널리 알려진 계약조항으로, 영국에서도 『Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996』이 적용되는 영국 국내건설공사에서는 무효(ineffective)가 된다고 한다.⁵⁷⁾ 동 법 제정의 배경이 자신의 귀책사유로 인한 발주자 등 제3자로부터의 대금미지급을 이유로 'pay-when-paid'

56) 본고에서는 모두 하도급계약에서의 활용을 전제로 논하고 있기는 하나, Red Book/Silver Book의 경우 본래 도급계약을 전제로 작성된 반면 FIDIC Subcontract의 경우 하도급계약을 전제로 작성되었는바, Red Book, Silver Book, FIDIC Subcontract에 공통적으로 적용되는 내용의 설명 시에는 당사자를 '발주자/도급업자' 및 '도급업자/하도급업자'로 표기하기로 한다.

57) Section 113 of Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, 이세중, “건설하도급 법률관계의 비교법적 일고찰”, 국제거래법연구 제25권 제1호 (2016. 7), 160면.

조항을 원용하여 하도급업자 등에 대하여 대금지급을 거부할 수 없다는 영국 보통법상 법리에 있는 점을 감안하면,⁵⁸⁾ 도급업자의 귀책사유 없이 해당 하도급대금 기성부분이 포함된 도급대금 기성금을 받지 못할 경우에만 적용 가능한 상기 FIDIC 표준계약조건의 효력을 무효로 하는 것이 타당할지는 의문이다. 그러나 『Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996』은 발주자 등이 지급불능(insolvent)인 경우에만 예외적으로 ‘pay-when-paid’ 조항의 효력을 인정하므로,⁵⁹⁾ 상기 FIDIC 표준하도급계약조건 또한 일반적인 경우 영국 국내 건설공사에서는 무효가 된다고 보아야 될 것이다.

한국 하도급법 제13조 또한, 목적물 등의 수령일로부터 ‘60일’ 이내의 가능한 짧은 기한으로 정한 지급기일까지 하도급대금을 지급하도록 규정하고 있는 점(동조 제1항), 오히려 발주자로부터 해당 하도급대금 기성 부분이 포함된 도급대금 기성금 등을 받았을 때에는 15일 이내에 수급사업자에게 해당 하도급대금을 지급하도록 규정하고 있을 뿐(동조 제3항) 발주자로부터 하도급대금지급기일까지 해당 하도급대금

기성 부분이 포함된 도급대금 기성금을 받지 못한 경우에 대한 하도급대금 지급보류 또는 거부의 예외를 허용하고 있지 않은 점을 고려할 때, 발주자의 도급대금 미지급을 이유로 한 관련 하도급대금 미지급은 동 법 제13조 제1항의 위반에 해당한다고 보아야 할 것이다. 공정위 또한 질의회신을 통해 “하도급계약은 원도급계약과는 별도의 계약이며 하도급법에서 하도급대금은 목적물 수령일로부터 60일 이내의 가능한 짧은 기한 내에 지급하도록 규정하고 있으므로 원사업자는 발주자로부터 도급대금을 지급받지 않은 경우에도 하도급대금을 위 법정 지급기한 이내에 수급사업자에게 지급해야 한다.”고 하여 유사한 입장을 취한바 있는 것으로 보인다.⁶⁰⁾

(2) 원사업자의 유보금 공제에 따른 대금 미지급

둘째는 도급업자가 하도급업자에 대해 유보금 등 명목의 일정 금원을 하도급대금 기성에서 공제(deduct)하고 지급하는 경우의 하도급대금 지급 보류이다. FIDIC 표준계약조건은 발주자/도급업자가 계약상 정해진 유보금 한도에 도달할 때까지 유보금 명목의 금원을 매 중간기성에서 일정비율

58) Nicholas Denny, Robert Clay, Hudson’s Building and Engineering Contracts, 13th Edn., Sweet & Maxwell U.K. (2017), para. 9-087.

59) Ibid.

60) 한철수 외, 하도급법 기업거래 실무가이드, 공정경쟁연합회 (2020), 251면.

로 공제할 수 있도록 규정하고 있다(Silver Book 제14.3(c)조, Red Book 제14.3(c)조, FIDIC Subcontract 제14.3조). 공제된 유보금은 공사가 완료되어 인수확인서(Taking-Over Certificate)가 발급되고 하자통지기간(Defect Notification Period)이 만료되면 순차적으로 도급업자/하도급업자에게 반환된다(Silver Book 제14.9조, Red Book 제14.9조, FIDIC Subcontract 제14.7조). FIDIC 표준계약조건은 유보금의 목적에 대해서는 침묵하고 있는데, 일반적으로 하자보수의 담보 등 도급업자/하도급업자가 계약을 이행하는 과정에서 야기할 수 있는 손해로부터 발주자/도급업자를 보호하기 위한 목적으로 관례적으로 해외건설계약조건에 포함되는 것으로 이해된다.⁶¹⁾

이러한 유보금 공제 관행과 관련하여, 공정위는 브라질 CSP 제철소 건설을 위한 브라질 CSP 제철소와 포스코건설 간의 도급계약상 유보금 조항을 그대로 차용한⁶²⁾ 포스코아이씨티와 다수의 재하도급업자간의 재하도급계약상 유보금 조항에 대하여, 하도급법 제13조가 보장하는 수급사업자의 대금지급청구권을 지나치게 제한하는

부당특약(하도급법 제3조의4 제1항)에 해당한다고 판단하고, 포스코아이씨티가 유보금 조항에 따라 매 기성에서 일정 금원을 유보한 행위에 대해서는, 당사자 간 계약상 합의에 따라 유보하였더라도, 하도급법 제13조는 강행규정으로 하도급대금 및 지연이자 미지급 사실 그 자체로서 법 위반이 성립되는 것이므로 특별한 사정이 없는 한 당사자간의 약정이 강행규정에 우선할 수는 없다는 점을 들어 하도급법 제13조 위반에 해당한다고 판단한 바 있다.⁶³⁾ 실무상으로도 공정위는 건설업종 유보금 관행에 대하여 하도급대금 미지급 직권조사를 실시하는 등 유보금 공제를 하도급법 위반행위로 보고 엄중 제재하겠다는 입장인 것으로 보인다.⁶⁴⁾

하도급법 제13조가 원사업자의 하도급대금 지급 의무에 관하여 규정하면서 당사자간 합의 등 달리 상당한 이유가 있는 경우 하도급대금의 지급 거절이나 지연을 인정한다는 예외 규정을 두고 있지 않으므로, FIDIC 표준계약조건상의 유보금 조항을 이유로 하는 하도급대금의 일부 미지급 또는 지연지급은 하도급법 제13조 제1항

61) 현학봉·박형근, “FIDIC 계약조건에 적용되고 있는 유보금의 적정성에 대한 연구”, 대한토목학회논문집 Vol. 38, No. 3 (2018. 6), 499면.

62) 본 사안에서도 해외건설공사하도급계약 작성에 있어 도급계약 일반조건을 그대로 하도급계약 일반조건으로 포함시키고 필요한 부분에 한하여 특별조건을 통해 수정하는 실무상 경향을 따른 것으로 보인다.

63) 공정거래위원회 2017. 4. 4. 의결 제2017-116호.

64) 공정거래위원회, 2016. 3. 28.자 보도참고자료 “건설업종 유보금 관행 등 하도급대금 미지급 직권조사 실시”.

의 위반으로 판단될 수밖에 없을 것이다. 다만 이 경우 해외건설공사계약 실무상 광범위하게 활용되고 있는 유보금 조항의 존재와, 통상 그 유보금의 비율이 도급업자인 한국 건설회사의 영업이익률을 상회하는 현실로 인해, 도급업자인 한국 건설회사로서는 한국 하도급업자들에 대해 이러한 유보금 부담을 분산하지 못하고 해외 발주자와 한국 하도급업자들 사이에서 상당한 재정적 부담을 안게 되는 문제가 발생한다.⁶⁵⁾ 이러한 부담은 도급업자인 한국 건설회사들이 해외건설공사 수행 시 한국 하도급업자와의 하도급계약 체결을 꺼리게 하는 원인이 될 수도 있다. 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용 여부 판단 시 해외건설시장의 현실과 관행에 대한 고려가 요구되는 부분이다.

(3) 원사업자의 상계권 행사에 따른 대금 미지급

셋째는 도급업자가 하도급업자에 대해 하도급계약에 따른 채권을 갖는 경우의 하도급대금 지급 보류 또는 거부이다. 도급업자의 하도급업자에 대한 하도급계약에 따른 채권은 전기, 수도 등 사용료(Silver Book 제4.19조, Red Book 제4.19조), 발주자의 장비 사용료(Silver Book 제4.20조, Red Book 제4.20조), 완공검사 통과 실패

(fail to pass the Tests on Completion)로 인한 계약금액 감액분(Silver Book 제9.4조, Red Book 제9.4조, FIDIC Subcontract 제9.2조), 하자보수 불이행으로 인한 비용(Silver Book 제11.4조, Red Book 제11.4조, FIDIC Subcontract 제11.1조) 등 하도급계약상 명시적으로 규정된 채권과 하도급업자의 계약위반에 따른 손해배상청구권 등 그 밖의 하도급계약과 관련한 모든 채권을 의미한다. FIDIC 표준계약조건에 따르면, 발주자/도급업자는 이러한 자신의 도급계약/하도급계약상 채권을 자동채권으로 하여 언제든지 도급업자/하도급업자의 발주자/도급업자에 대한 중간기성 등 도급대금채권/하도급대금채권을 상계(set off)하고 상계된 금액을 공제(deduct)하여 도급대금/하도급대금을 지급할 수 있다(Silver Book 제2.5조, Red Book 제2.5조, FIDIC Subcontract 제3.3조). 이와 같이 도급업자가 하도급업자에 대해 FIDIC 표준계약조건에 따라 상계권을 행사하고 이를 이유로 하도급대금의 일부 또는 전부를 미지급하는 경우에도 과연 하도급법 제13조 위반에 해당하는 것인지 살펴볼 필요가 있다.

이에 대해 대법원은 비록 FIDIC 표준계약조건 관련 사건은 아니지만 유사한 하도급계약분쟁 사건에서, 원사업자가 상계

65) 현학봉박형근, *supra note* 61, 499-500면.

를 주장하며 수급사업자에 대하여 대금지급을 지연하거나 거부하는 행위가 하도급법 제13조 위반에 해당하는지 여부와 관련하여, “공정위는 특단의 사정이 없는 원사업자가 대금지급기일에 하도급대금의 지급을 거절하거나 그 지급을 미루고 있는 사실 자체로써 위반행위가 되는지 여부를 판단하면 되고, 원사업자가 그 지급을 거절하거나 그 지급을 미룰만한 상당한 이유가 있는지 여부에까지 나아가 판단할 필요는 없다.” 고 판시한 바 있다. 즉 대금지급 사실이 있거나 하면 즉하고 원사업자의 대금지급 사유를 판단할 필요는 없다고 판시함으로써 상계 등을 원인으로 한 민사상 채권소멸이 하도급법 제13조 위반에 대한 항변사유가 될 수 없다고 보는 듯한 입장을 취한 바 있다.⁶⁶⁾ 그러나 한편으로는, “시정명령은 하도급법 제13조 위반행위로 인한 결과가 그 당시까지 계속되고 있는지를 확인하여 비록 법 위반행위가 있더라도 하도급대금채무의 불발생 또는 변제, 상계, 정산 등 사유여하를 불문하고 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 아니한다면 그 결과의 시정을 명하는 내용의 시정명령을 할 여지는 없다고 보아야 한다.”고 판시함

으로써, 상계로 하도급법 제13조 위반행위의 결과가 더 이상 존재하지 않는다면 그 결과의 시정명령을 할 여지는 없다는 입장을 취한 바도 있다.⁶⁷⁾

공정위는 원사업자의 수급사업자에 대한 손해배상채권의 귀책사유 및 손해배상채권액이 아직 확정되지 않은 상태에서의 원사업자의 손해배상채권을 자동채권으로 하는 하도급대금채권 상계주장을 배척하여 왔으나,⁶⁸⁾ 채권의 존부와 금액에 대해 다툼이 없는 원사업자의 수급사업자에 대한 사급품 대금채권을 자동채권으로 하는 상계주장은 인정한 사례가 있다.⁶⁹⁾

생각건대, 적법한 상계에 의해 이미 민사상 소멸한 하도급대금채권에 대하여도 미지급시 하도급법 제13조 위반이 성립된다고 보는 것은 헌법상 법률유보원칙에 반하여 원사업자의 재산권을 과도하게 침해할 소지가 있다. 하도급법의 입법 목적인 ‘공정한 하도급거래질서 확립’(하도급법 제1조)에 비추어 보더라도, 하도급법 제13조가 적법하게 소멸한 하도급대금채권에 대해서까지 그 미지급에 대해 원사업자가 행정제재 및 형사처벌의 책임을 지도록 예

66) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94누10320 판결, 대법원 1999. 3. 9. 선고 98두17036 판결, 대법원 2009. 8. 31. 선고 2009두11478 판결.

67) 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009두11843 판결.

68) 공정거래위원회 2016. 3. 2. 의결 제2016-065호, 공정위 2014. 10. 29 의결 제2014-240호.

69) 공정거래위원회 2016. 3. 2 의결 제2016-065호.

정하고 있다고 해석하는 것은, 지나치게 수급사업자 보호에 치우친 무리한 해석으로 보인다. 따라서 적어도 적법한 상계가 있었는지 여부에 대해 다툼이 없거나 일응 다툼의 여지가 없는 경우에 대해서도 그로 인한 대금미지급시 하도급법 제13조 위반이 성립한다고 보는 것은 타당하지 않아 보인다.

비록 판례의 입장이 다소 모호해 보이는 부분은 있으나, 상기 대법원 판례와 공정위 심결례에 따를 경우, FIDIC 표준계약조건에 따라 원사업자가 수급사업자의 하도급대금채권에 대해 상계권을 행사할 수 있는 원사업자의 하도급건설공사계약상 자동채권이 수급사업자의 하도급계약 위반을 사유로 하는 손해배상청구권인 경우라면 그 존부와 금액에 대해 당사자간 다툼이 수반될 소지가 높다고 할 것인바, FIDIC 표준계약조건에 따른 원사업자의 상계권 행사와 이에 따른 하도급대금 미지급은 많은 경우 하도급법 제13조 위반의 대금미지급으로 판단될 가능성이 있다.⁷⁰⁾

나. 하도급법 제3조 (서면발급 및 서류 보존)

하도급법은 원사업자가 수급사업자에게 건설위탁을 하는 경우 및 건설위탁을 한 이후에 해당 계약내역에 없는 위탁 또는 계약내역을 변경하는 위탁을 하는 경우 반드시 사전에 수급사업자에게 서면을 발급하도록 하고 있다. 또한, 그 기한은 건설위탁의 경우 수급사업자가 건설위탁 및 추가·변경위탁에 따른 계약공사를 착공하기 전까지로 규정하고 있다(하도급법 제3조 제1항). 서면에는 하도급대금과 그 지급방법 등 하도급계약의 내용 및 동 법 제16조의2 제1항에 따른 목적물 등의 공급원가 변동시 하도급대금의 조정요건, 방법 및 절차 등 대통령령으로 정하는 사항을 적고 원사업자와 수급사업자가 서명 또는 기명날인하여야 한다(동 법 제3조 제2항). 나아가, 서면에 명시되지 아니한 사항에 대하여 원사업자가 수급사업자에게 위탁수행을 요구하고 이로 인하여 발생하는 비용을 수급사업자에게 부담시키는 약정의 경우 부당한 특약으로 보고 있다(동 법 제3조의4 제

70) 다만 공정위가 원사업자의 상계 주장을 하도급법 제13조 위반으로 보는 경우라도, 동 법 제33조(과실상계) 적용 가능성은 있다. 하도급거래공정화지침 II. 6. 라호는 “목적물의 시공 및 제조과정에서 수급사업자의 부실시공 등 수급사업자에게 책임을 돌릴 수 있는 사유가 있음이 명백하고 객관적인 증거에 의하여 입증되어 같은 수급사업자의 귀책부분에 대하여 하도급대금을 공제 또는 지연 지급하는 경우(예 : 재판의 결과 또는 수급사업자 스스로의 인정 등으로 확인 된 경우)”를 공정위 시정조치 등에 있어서의 참작사유로 ‘예시’하고 있는바, 원사업자의 상계권 행사 및 그에 따른 하도급대금미지급이 이에 해당하거나, 또는 이와 대등한 그 밖의 “원사업자의 이 법 위반에 수급사업자의 책임이 있는 경우”(동 법 제33조)로 인정된다면, 공정위 시정조치 등에 있어 참작사유로 작용할 수 있을 것이다.

2항 제1호).

그런데 FIDIC 표준계약조건은 계약이행을 요구하는 발주자/도급업자의 지시(instruction)가 서면이어야 하고(Silver Book 제3.4조, Red Book 제3.3조, FIDIC Subcontract 제3.1조), 공사변경(Variation) 지시 시에는 공사변경에 관한 절차(Silver Book 제13조, Red Book 제13조, FIDIC Subcontract 제13조)가 적용됨을 규정하고 있을 뿐, 그 서면에 공사변경 지시에 따른 계약대금 변경금액이나 수급사업자의 서명 등을 필수적으로 기재하도록 요구하고 있지는 않다. 또한 공사변경을 지시할 경우 계약대금 변경절차(Silver Book 제3.5조, Red Book 제12조, FIDIC Subcontract 제12.3조)를 진행하여야 하나(Silver Book 제13.3조, Red Book 제13.3조, FIDIC Subcontract 제13.2조), 공사변경 지시 서면 발급 당시부터 계약대금 변경절차에 따른 계약대금 변경 결정 내용을 포함하여야 하는지, 일단 공사변경 지시 후 추후 계약대금 변경절차를 진행할 수 있는지 여부에 대해 분명히 규정하고 있지 않다. Silver Book 제13.3조는 “upon instructing or approving a Variation, the Employer shall proceed with Sub-Clause 3.5 [Determinations]~”라고 하여 공사변경의 지시 이후 하도급대

금변경 절차를 진행할 것을 예정하고 있다고 볼 수 있으나, Red Book 제13.3조와 FIDIC Subcontract 제13.2조는 단순히 “Each Variation/Subcontract Variation shall be evaluated in accordance with Clause 12 [Measurement and Evaluation]/Sub-Clause 12.3 [Evaluation under the Subcontract]~”라고만 규정하고 있어 하도급대금 변경절차의 진행시기가 명시적으로 규정되어 있지는 않다.

다만 FIDIC 표준계약조건이 공사변경 지시가 있는 경우 도급업자/하도급업자는 일단 이에 구속되고 이행하여야 한다(shall execute and be bound by)고 규정하고 있고 그 이행을 거부할 수 있는 사유로 자재부족 등 특정사유를 열거하고 있으나 하도급대금 변경에 대한 미합의를 포함하고 있지는 않은 점(Silver Book 제13.1조, Red Book 제13.1조, FIDIC Subcontract 제13.1조), 건설계약에서 공사변경 지시 조항을 두는 취지가 실무상 발주자 요구조건 또는 계약상세 일부가 계약체결 이후 비로소 확정되거나 변경되는 것은 불가피한 현실임에도 불구하고 매번 계약금액과 공기 변경 등에 대한 당사자 간 합의 없이는 공사변경이 불가능하게 되는 곤란을 피하기 위함에 있는 점,⁷¹⁾ 동 FIDIC 표준계약조건들 또한

71) Ellis Baker, Ben Mellors, Scott Chalmers, Anthony Lavers, FIDIC Contract: Law and Practice 1st Edn., Informa (2010), para. 3.285.

발주자/도급업자에게 도급업자/하도급업자의 동의 없이도 일방적으로 공사변경을 지시할 수 있는 권한(unilateral right)을 부여하는 조항으로 해석되는 점⁷²⁾ 등에 비추어 보면, 공사변경을 지시하는 서면에 계약대금 변경 결정 내용이 포함되어 있지 않더라도 발주자/도급업자는 일단 도급업자/하도급업자에게 변경 작업의 이행을 요구할 수 있고, 계약대금 변경절차는 추후 진행할 수 있는 것으로 해석하여야 할 것이다. 실무상으로는, 발주자의 지시가 있는 경우 계약자는 일단 이를 즉시 이행하여야 하고, 이러한 지시가 계약대금 변경을 요하는 공사변경(Variation)인지 기존의 계약상의무인지 여부, 또는 계약대금과 공기 변경의 적정성 등에 대해서는, 추후 다투어야 함을 명시적으로 규정하고 있는 계약 사례가 종종 발견된다.

따라서, 만약 원사업자가 계약대금 변경 금액 및 수급사업자의 서명 등 하도급법 제3조 제2항에서 규정하는 사항을 모두 기재한 서면을 발급하지 아니한 상태에서, FIDIC 표준계약조건에 따라 수급사업자에게 일방적으로 공사변경(Variation)을 지시(instruct)하고 계약대금 변경 등에 대한 합의 이전이라도 일단 이의 이행을 요구할 경우, 이는 하도급법 제3조 제1항 위반에

해당할 가능성이 높다. 나아가 그러한 공사변경에 따른 비용을 수급사업자에 전가할 경우 이는 하도급법 제3조의4(부당한 특약의 금지) 제2항 제1호의 위반이 될 수 있다.

다. 하도급법 제8조 (부당한 위탁취소의 금지 등)

하도급법은 원사업자는 건설위탁을 한 후 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없는 경우에는 건설위탁을 임의로 취소하거나 변경하는 행위를 하여서는 안 된다고 규정한다(하도급법 제8조 제1항 제1호). 이때 ‘위탁의 취소’라 함은 ‘위탁의 해제·해지’를 포함한다(부당한 위탁취소, 수령 거부 및 반품행위에 대한 심사지침(이하 ‘부당위탁취소 심사지침’)) II. 1). 나아가, 계약 해제·해지의 사유를 원사업자의 경우 관계 법령, 표준하도급계약서 등의 기준에 비해 과도하게 넓게 정하거나, 수급사업자의 경우 과도하게 좁게 정하는 약정의 경우 부당한 특약으로 보고 있다(동 법 제3조의4 제2항 제4호, 동 법 시행령 제6조의2 제5호, 부당특약고시 II. 5. 마).

부당위탁취소 심사지침은 하도급법 제8조의 ‘위법성’ 판단 시에는 원사업자가 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없음에

72) Ibid., para. 3.386.

도 불구하고 건설위탁을 임의로 취소 또는 변경(이하 ‘취소’)한 것인지 여부를 중심으로 판단하되, 위탁계약 체결 및 위탁취소의 경위, 위탁계약의 내용 및 취소한 위탁계약의 범위, 계약이행 상황, 위탁취소의 방법 및 절차 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여야 한다고 규정한다(부당위탁취소 심사지침 III. 1. 나. (1)).

또한 부당위탁취소 심사지침은 하도급법 제8조의 ‘수급사업자의 책임으로 돌릴 사유’란 수급사업자의 귀책사유로 인해 계약을 이행할 수 없는 경우 또는 수급사업자가 계약내용을 위반하여 계약목적을 달성할 수 없는 경우 등을 말한다고 규정하며, 예시로서 ① 수급사업자에게 파산 또는 회생절차의 신청 등 경영상의 중대한 사유가 발생하고 그로 인하여 계약내용을 정상적으로 이행할 수 없다고 인정되는 경우, ② 수급사업자가 감독관청으로부터 영업취소 또는 영업정지 등의 처분을 받은 경우로서 계약내용을 정상적으로 수행할 자격 또는 능력이 없다고 인정되는 경우, ③ 수급사업자가 특별한 이유 없이 목적물 등의 시공의 착수 등을 거부하여 납품 등의 시기(이하 ‘납기’)에 완공할 가능성이 없다고 인정되는 경우, ④ 수급사업자가 목적물 등의 품질에 영향을 미치는 주요 공정 또는 공법 등을 임의로 변경하는 등 계약의 중요한 내용을 위반하고 그 위반으

로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우를 제시한다(부당위탁취소 심사지침 III. 1. 나. (2)).

나아가 부당위탁취소 심사지침은 하도급법 제8조의 ‘임의로’ 위탁을 취소하는 행위는 원사업자가 수급사업자와 실질적인 협의 없이 일방적으로 위탁을 취소하는 행위를 말하며, 원사업자가 ‘임의로’ 위탁을 취소한 것인지 여부는 ① 위탁취소의 사유가 해당 하도급거래 계약서에 규정되어 있고 위탁취소가 위 계약서에 따른 내용 및 절차에 따라 이루어졌는지 여부, ② 원사업자와 수급사업자간에 실질적인 협의가 있었는지 여부(이때 실질적인 협의 여부는 위탁취소의 사유 등이 정상적인 거래관행에 어긋나거나 협의과정에서 원사업자가 사회통념상 옳바르지 못한 것으로 인정되는 수단 또는 방법을 사용한 것인지 여부 및 협의과정이 충분했는지 여부 등을 기준으로 판단하여야 한다고 규정한다. 만약 원사업자의 사실상의 강요에 의하거나 수급사업자의 자유로운 의사결정이 저해된 상태에서 합의서가 작성되는 등 합의의 진정성이 인정되지 않는 경우에는 실질적인 협의가 없었던 것으로 본다고 한다), ③ 원사업자가 위탁을 취소함으로써 수급사업자가 입게 될 손실에 대하여 양 당사자가 충분한 협의를 거쳐 정당한 보상을 하고 위탁을 취소하였는지 여부를 종합적으

로 고려하여 판단하여야 한다고 규정한다(부당위탁취소 심사지침 III. 나. (3)).

그런데 FIDIC 표준계약조건은 발주자가 언제든지 임의로(at any time for the Employer's convenience) 도급계약을 해지할 수 있다는 조항을 두고 있다(Silver Book 제15.5조, Red Book 제15.5조). 발주자가 통지한 날로부터 28일 후 또는 이행보증(Performance Security)의 반환일 중 더 늦은 날 계약해지의 효력이 발생한다. 해지사유에는 원칙적으로 제한이 없으나, 발주자 스스로 남은 공사를 수행하거나 제3자가 수행하게 하기 위한 목적으로는 본 조항에 의한 해지를 할 수 없도록 제한하고 있다. 본 조항에 의한 해지 시 발주자는 도급업자에게 불가항력 사유(Force Majeure) 계속에 의한 해지 시와 동일한 보상을 하여야 하며, 이는 기 수행 공사에 대한 대금지급, 공사를 위해 도급업자가 주문한 물품 등의 비용, 도급업자가 완공을 예상하고 이미 부담한 비용, 가설물과 공사시설물의 철거 비용 및 도급업자의 장비 철수 비용, 공사수행 인력의 귀국비용 등을 포함한다(Silver Book 제 15.5조 및 제19.6조, Red Book 제 15.5조 및 제19.6조).

따라서, (i) FIDIC 표준계약조건에 의한 발주자의 임의해지는 하도급법 제8조의 '수급사업자의 책임으로 돌릴 사유'가 없

는 경우에도 가능한 점, (ii) 설사 Silver Book 또는 Red Book 제19.6조에 의해 정당한 보상이 주어진다고 가정하더라도 ('loss of profit'이 배상되지 않으므로 정당한 보상으로 판단되기 어려울 수 있음에도 불구하고) 구체적 위탁취소사유가 계약상 규정되어 있지 아니한바 실질적 협의 없이 발주자의 일방적 통지에 의한 위탁취소가 가능한 점 등에 비추어, 원사업자가 이와 같이 FIDIC 표준계약조건에 따라 임의로 하도급계약을 해지할 경우 하도급법 제8조 위반의 부당한 건설위탁취소가 되는 것은 아닌지 문제된다. 아직까지 상기 FIDIC 표준계약조건에 의한 해지를 다룬 공정위 심결례 또는 대법원 판례는 없는 것으로 보인다. 다만 Silver Book과 Red Book 제15.5조 단서가 발주자 스스로 남은 공사를 수행하거나 제3자가 수행하게 하기 위한 목적으로는 본 조항에 의한 해지를 할 수 없다고 제한하고 있어, 현실적으로 발주자/도급업자가 그 이외의 목적으로 도급계약/하도급계약을 중도해지 하는 경우는 많지 않을 것이다. 그러나 해외건설공사 도급계약/하도급계약 실무상으로는 Silver Book 및 Red Book 제15.5조의 단서 부분이 전부 삭제되어 있거나 공기지연이 있는 경우에는 적용되지 않도록 규정하는 등 완화되어 있는 경우가 흔히 발견되는바, 해외건설공사를 수행 중인 원사업자로서는 동 조항에

근거하여, 수급사업자의 책임으로 돌릴 사유가 없는 경우에도, 비용절감 등 그 밖의 여러 이유로, 기존 수급사업자와의 계약을 임의해지 하고 잔여 하도급건설공사를 직영 전환하거나 다른 수급사업자를 통해 완성하고자 할 수 있다. 이러한 경우 FIDIC 표준계약조건에 의한 임의해지는 하도급법 위반의 부당한 건설위탁취소로 판단될 수 있을 것이다(동 법 제8조 제1항 제1호). 또한, 이와 같이 Silver Book 및 Red Book 제15.5조의 단서 부분이 삭제되어 있거나 완화되어 있어 그 사유에 사실상 제한이 없도록 변형된 FIDIC 표준계약조건상의 임의해지 조항은, 계약 해제·해지 사유를 제한적으로 열거하고 있는 해외건설업종 표준하도급계약서⁷³⁾ 등 기준에 비해 과도하게 원사업자에 의한 해제·해지 사유를 넓게 정한 약정으로서 부당특약에 해당한다고 판단될 수도 있을 것이다(동 법 제3조의4 제2항 제4호, 동 법 시행령 제6조의2 제5호, 부당특약고시 II. 5. 마).

라. 하도급법 제3조의4(부당한 특약의 금지)

하도급법은 원사업자는 수급사업자의

이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건(이하 ‘부당특약’)을 설정하여서는 아니 된다고 규정하고(동 법 제3조의4 제1항), 부당특약으로 간주되는 약정의 유형을 예시하고 있다(동 법 제3조 제2항, 동 법 시행령 제6조의2, 부당특약 고시⁷⁴⁾). 부당특약으로 예시된 유형의 약정이 아니라 하더라도, 수급사업자의 이익을 부당하게 침해하거나 제한하는 계약조건으로 판단될 경우 이러한 약정은 동법 위반의 부당특약이 될 수 있다. 부당특약 심사지침⁷⁵⁾은 이와 관련하여 하도급법 및 동 법 시행령상의 부당특약간주약정을 보다 구체화하고 사례를 예시하고 있으나, 해당 지침에 열거되지 않은 사항이라 하더라도 하도급법 제3조의4 위반이 될 수 있음을 명시하고 있다(부당특약 심사지침 I).

부당특약 심사지침은 하도급법 제3조의 ‘수급사업자의 이익’이라 함은 수급사업자가 원사업자와 하도급거래를 함으로 인하여 얻게 되는 이윤발생, 기업성장, 사업확대, 종사원의 소득증대, 기술축적 등의 다양한 유무형의 경제적인 혜택을 말한다고 규정한다(부당특약 심사지침 V. 1. 가). 하도급법 제3조의4 제1항의 ‘위법성 판단기

73) 해외건설업종 표준하도급계약서(2018. 12. 28. 개정) 제57조 제1항 및 제2항.

74) 공정위 고시 제2019-4호, 하도급법 시행령 제6조의2 제5호의 ‘공정거래위원회가 정하여 고시하는 약정’의 유형을 정함을 목적으로 2019. 6. 19. 제정·시행.

75) 공정거래위원회 예규 제336호.

준'은 원사업자와 수급사업자 간에 제조 등의 위탁과 관련하여 체결한 하도급거래의 계약조건이 공정하고 타당한지 여부이다. 즉, 건설위탁과 관련된 계약조건이 원사업자와 수급사업자가 서로 동등한 입장에서 충분한 협의과정을 거쳐 결정된 것인지 여부, 원사업자가 수급사업자에게 목적물 등의 품명, 내용, 규격, 수량, 재질, 공법 등 하도급대금을 결정하는데 필요한 자료 정보를 성실하게 제공하였는지 여부, 당해 업종의 통상적인 거래관행에 어긋나는지 여부, 하도급법 및 건설산업기본법 등 관계법령의 취지에 부합하는지 여부, 목적물 등의 내용 및 특성, 수급사업자가 입은 불이익의 내용과 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단한다(부당특약 심사지침 V. 1. 나).

앞서 FIDIC 표준계약조건과 유사한 유보금 조항에 대하여는 이미 공정위가 심결례를 통해 하도급법 제3조의4 제1항 위반의 부당특약에 해당한다고 판단한바 있음을 살펴보았다.⁷⁶⁾ 또한 FIDIC 표준계약조건상의 발주자의 임의해지 조항 또한 부당특약으로 판단될 가능성이 있음을 살펴보았다(동 법 제3조의4 제2항 제4호, 동 법 시행령 제6조의2 제5호, 부당특약고시 II. 5. 마). 하도급법 제3조의4 제1항의 부당특약 요건은 일반적인 요건이므로, 하도급법

제3조의4 제2항에 의한 부당특약간주약정에 해당하지 않더라도, 그 밖의 다른 FIDIC 표준계약조건에 대해서도 구체적 사정에 따라 부당특약 해당 여부가 다투어질 수 있을 것이다. 따라서 이하에서는 해외건설공사 실무상 가장 빈번히 다투어지는 조항 중 하나인 time-bar 조항의 부당특약 해당 가능성에 대해 살펴보기로 한다.

FIDIC 표준계약조건은, 도급업자/하도급업자가 공기연장 또는 계약대금 증액 클레임 사유의 발생 사실을 알았거나 알 수 있었어야 하는 때로부터 28일/21일 내에 발주자/도급업자에 대하여 해당 클레임 사유를 적시하여 클레임 통지를 하여야 하고, 기한 내 통지를 하지 않을 경우 해당 클레임 권리를 상실하게 된다는 time-bar 조항을 두고 있다(Silver Book 제20.1조, Red Book 제20.1조, FIDIC Subcontract 제20.2(a)). 하도급업자의 time-bar 기간(21일)이 도급업자의 time-bar 기간(28일) 보다 짧기 때문에, 도급업자로서는 하도급업자로부터 클레임 통지를 받은 이후 발주자에게 도급계약상의 time-bar 기간 내에 해당 하도급계약상 클레임과 관련하여 도급계약상 클레임을 통지하는 것이 가능하다. 이러한 time-bar 조항은 하도급법령에서 예시하는 부당특약간주약정의 유형에는 해당하지

76) 공정거래위원회, *supra* note 63.

않는다. 그러나 time-bar 기한 도과시 하도급업자는 상당한 경제적 이익을 상실할 수 있는 점, 해외건설계약 실무에서도 가장 빈번히 다투어지는 계약조항 중 하나인 점, 국내하도급계약 실무상으로는 time-bar 조항이 그다지 활용되지 않고 있는 점⁷⁷⁾ 등을 고려하면, 향후 time-bar 조항의 하도급법 제3조의4 제1항 위반의 부당특약 해당 여부가 다투어질 가능성은 충분히 보인다.

아직까지 이를 다룬 공정위 심결례 또는 대법원 판례는 없는 것으로 보인다. 다만 부당특약 심사지침상의 하도급법 제3조의4 제1항의 위법성 판단기준에 비추어 살펴보면, 부당특약 심사지침은 당해 업종의 통상적인 거래관행에 어긋나는지 여부를 위법성 여부의 판단기준 중 하나로 하고 있는 바, 국제건설계약에서 보편적으로 널리 활용되는 조항인 time-bar 조항이 그 존재 자체만으로 곧 바로 부당특약으로 판단되지는 않을 것으로 보인다. 만약 원사업자만 국내 하도급법의 적용을 받지 않는 해외건설공사 도급계약에 따라 time-bar 조항의 제한을 받고, 하도급계약에는 하도급법에 따라 time-bar 조항을 두는 것이 불가능하다면, 하도급업자들이 도급계약상 time-bar 기간을 도과하여 클레임을 통지할

경우 원사업자는 발주자에 대해 해당 하도급계약상 클레임과 관련하여 도급계약상 클레임을 제기하지 못하고 해당 클레임 권리를 상실하게 되는 결과가 초래될 수 있다. 이는 해외건설시장에서 원사업자인 한국 건설회사에게만 과도한 계약상 위험을 부담하게 하는 것이 될 수 있다.

따라서 time-bar 조항의 존재 자체만으로 부당특약 여부를 판단하기보다는, 업계의 통상적 거래관행에 비추어 도급계약상 time-bar 조항과 하도급계약상 time-bar 조항이 형평성 측면에서 적절히 비례를 맞추고 있는지 여부, 그리고 해외건설업 관행상 수급사업자의 클레임 권리 상실 기한이 적절하다고 판단되는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 부당특약 여부를 판단해야 할 것이다. 예를 들어, 해외건설업의 통상적 거래관행의 표지 중 하나로 볼 수 있는 FIDIC 표준계약조건에서의 time-bar 기간인 28일/21일과 비교하여, 또는 해당 해외건설공사의 도급계약상 time-bar 기간과 비교하여, 합리적 이유 없이 하도급계약상의 time-bar 기간만 현저히 짧게 규정되어 있다면, 이는 부당특약으로 판단될 수 있을 것이다.

77) 석광현, “FIDIC 표준계약조건과 국내 민간건설공사 표준하도급계약 일반조건의 비교”, 국제거래법연구 제25권 제1호 (2016. 7), 77면.

IV. 결 론

이상과 같이 해외건설공사에 대해 국내 법인 하도급법을 적용하여 행정적·형사적 제재를 하는 것이 가능한지 여부와 관련하여, 공정위 및 법원 실무의 태도와 법 이론적·실무적 측면에서의 타당성을 살펴보았다. 공정위 및 법원 실무는 하도급법의 속 인주의에 기초한 해외건설공사에 대한 일반적 적용이 가능하다고 전제하는 것으로 보인다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 명확한 법률적 근거 없는 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용은 죄형법정주의, 규제법정주의, 법률유보원칙 위반의 문제를 야기할 수 있는바, 하도급거래 당사자가 국내법상 건설업자 등에 해당하기만 하면 해외건설공사에도 하도급법을 일반적으로 적용할 수 있다고 보는 현재의 공정위 실무는 재고되어야 한다. 특히 수년 전부터 하도급법위반사건에 대한 공정위의 전속 고발권 폐지 논의가 계속되는 등 하도급거래분쟁의 형사사건화 경향이 가속화될 조짐이 있는 점을 고려하면, 현재의 공정위 실무에 대한 재고 필요성은 더욱 높아지고 있다고 할 수 있다. 또한, 공정한 하도급거래질서 확립을 위해 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용이 불가피하다는 정책적 판단이 있는 경우라 하더라도, 명문의 근거규정을 마련하는 입법적 보완이 선행

되어야 한다. 입법적 보완이 있기 전까지는, 행정형법의 장소적 적용범위에 관한 최근의 대법원 판례에서와 같이, 하도급법의 입법목적과 취지를 감안하여 대한민국 영역 외에서 건설공사를 하려는 건설업자에게까지 하도급법상 개별 금지규정에 따른 의무가 있다고 판단되는 경우에만 제한적으로 해당 개별 하도급법 조항에 한하여 해외건설공사에 대한 적용을 허용하여야 할 것이다. 나아가, 해외건설공사에 대한 하도급법의 적용이 해외건설시장에서 국내 하도급법의 적용을 받지 않는 외국 건설회사들과 경쟁해야 하는 원사업자인 한국 건설회사에 대해서만 이중의 규제 또는 불리한 규제로 작용할 수 있는 점, 이로 인해 수급사업자인 한국 하도급업자 또한 오히려 외국 하도급업자들과의 경쟁에서 불이익을 입을 수 있는 점을 고려하면, 해당 개별 하도급법 조항의 해외건설공사에 대한 적용이 과연 공정한 하도급거래질서 확립과 국민경제의 건전한 발전이라는 하도급법의 목적 달성을 위해 불가피한 것인지, 오히려 해외건설업의 위축만을 가져오는 것은 아닌지 정책적으로도 신중을 기할 필요가 있다. 따라서 불가피하게 해외건설공사에 대해 적용을 하는 경우에도, 해외건설시장의 관행과 현실을 고려하여 그 적용범위를 적절히 제한하여야 할 것이다.

한편, 해외건설공사에 대한 하도급법의

적용을 전제로 FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성을 살펴보았다. 앞서 살펴본 일부 FIDIC 표준계약조건을 제외하면, 그 밖의 FIDIC 표준계약조건 중 그 내용만으로도 곧 바로 하도급법 위반가능성 판단이 가능한 경우는 많지 않은 것으로 보인다. 그러나 FIDIC 표준계약조건은 상대적으로 발주자와 계약자 간 이익의 균형이 대등한 점, 해외건설시장에서의 치열한 수주 경쟁으로 인하여 현실의 해외건설공사 도급계약은 FIDIC 표준계약조건보다 발주자에 유리한 내용으로 체결되는 경우가 많은 점, 이 경우 도급업자로서는 도급계약상의 이러한 위험을 반영하여 도급계약조건과 거의 동일한 내용으로 하도급계약을 체결하거나 이러한 상황을 미리 예상하여 FIDIC 표준계약조건보다 하도급업자에게 다소 불리한 내용으로 작성된 자체 표준하도급계약을 활용할 수밖에 없게 되

는 점 등을 종합적으로 고려하면, 실제로 체결되는 한국 건설회사간 해외건설공사 하도급계약조건에는 이보다 많은 다양한 하도급법 위반가능성이 존재할 것으로 보인다. 따라서 국내법인간 하도급거래이기만 하면 해외건설공사에 대해서도 하도급법의 일반적인 적용이 가능하다고 보는 것이 현재의 공정위 실무인 이상, 그 타당성 여부와는 별개로, 원사업자인 한국 건설회사들로서는 기 체결한 FIDIC 기반의 영문 하도급계약조건 중 하도급법상 부당특약에 해당하는 내용은 없는지, 계약조건에 따른 권리행사시 하도급법 위반행위가 성립할 소지는 없는지, 만약 불필요하게 과도하게 원사업자에게 유리하게 작성된 표준하도급계약조건이 있다면 이를 미리 개정함으로써 하도급법 위반가능성을 최소화할 필요는 없는지 여부 등에 대해 사전에 면밀한 주의를 기울여야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 공정거래위원회, 2016. 3. 28.자 보도참고자료 “건설업종 유보금 관행 등 하도급대금 미 지급 직권조사 실시”
- 공정거래위원회, “해외건설업종 표준하도급계약서”, 2018. 12. 28. 개정
- 구길모, “행정형벌의 장소적 적용범위 - 대법원 2018. 2. 8. 선고 2014도10051 판결”, 동아법학 제82호 (2019. 2),
- 김승현, 국제건설계약의 법리와 실무 - FIDIC계약조건을 중심으로 제2판, 박영사 (2019)
- 김대순, 국제법론 제15판, 삼영사 (2010)
- 김동희, 행정법I 제24판, 박영사 (2018)
- 김하열, 헌법강의 제2판, 박영사 (2020)
- 대한건설정책연구원, 건설하도급 관련 판례 및 질의회신 (2014. 2)
- 류지태, 박중수, 행정법신론 제15판, 박영사 (2011)
- 박균성, 행정법강의 제8판, 박영사 (2011)
- 석광현, 국제사법 해설, 박영사 (2013)
- 석광현, 정순섭, “국제자본시장법의 서론적 고찰 - 역외적용 및 역외투자자문업자 등의 특례를 중심으로”, 증권법연구 제11권 제2호 (2010. 8)
- 석광현, “독점규제 및 공정거래에 관한 법률의 역외적용”, 판례연구 제21집(2), 서울지방변호사회 (2007. 12)
- 석광현, “FIDIC 표준계약조건과 국내 민간건설공사 표준도급계약 일반조건의 비교”, 국제거래법연구 제25권 제1호 (2016. 7)
- 윤해성, 최응렬, 김성규, 불공정하도급거래행위에 대한 형사제재의 한계와 개선방안 연구, 한국형사정책연구원 (2016. 2),

- 이세중, “건설하도급 법률관계의 비교법적 일고찰”, 국제거래법연구 제25권 제1호 (2016. 7)
- 정홍식, “FIDIC 건설표준계약에서 엔지니어의 이중적인 역할과 책임”, 법조 제64권 제8호 (2015. 8)
- 정홍식, “해외건설프로젝트에서 시공자들의 건설공동수급체”, 국제거래법연구 제23권 제1호 (2014. 7)
- 한철수 외, 하도급법 기업거래 실무가이드, 공정경쟁연합회 (2020)
- 한국도시행정학회, “개도국 소프트 인프라 구축을 통한 해외건설 수주 확대 방안 연구”, 국토교통부 용역보고서 (2014. 5)
- 현학봉·박형근, “FIDIC 계약조건에 적용되고 있는 유보금의 적정성에 대한 연구”, 대한토목학회논문집 Vol. 38, No. 3 (2018. 6)
- 홍정선, 행정법특강 제10판, 박영사 (2011)
- Andrea Hyungrae Noh(노형래), “Direct claim one link up in contracting chain: do law-makers know best?”, IBA-Construction Law International Vol. 16, Issue 1 (2021. 3)
- Baker, Ellis, et. al, FIDIC Contract: Law and Practice 1st Edn., Informa (2010)
- Baker, Ellis, et. al, “Introduction to the FIDIC Suite of Contracts”, The Guide to Construction Arbitration, 2nd Edn., Law Business Research (2018)
- FIDIC, The Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer: the 1999 Red Book
- FIDIC, The Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects: the 1999 Silver Book
- FIDIC, The Conditions of Subcontract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer (2011)

Dennys, Nicholas, et. al, Hudson's Building and Engineering Contracts, 13th Edn., Sweet & Maxwell U.K. (2017)

Ott, David H., Public International Law in the Modern World, Pitman (1987)

Sung Hyun Hwang(황성현), "Preventive legal measures under Korean law against unjust bond calls", IBA-Construction Law International, Vol 15, Issue 1 (2020. 3)

[국문초록]

해외건설공사에 대한 하도급법의 적용가능성 및 FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성

최근 국내외 건설경기 침체로 인해 경영난에 직면한 한국 하도급업자(subcontractor)들이 공정거래위원회에 과거에는 크게 문제삼지 않았던 해외건설공사에서의 불공정하도급거래 행위를 신고하는 등 도급업자(main contractor)인 한국 건설회사의 하도급법 위반행위에 대해 적극 대응하고 있다. 실무상으로는 이미 해외건설공사에서의 하도급법 위반행위에 대한 시정명령 등의 공정위 제재처분은 물론 이에 불복하는 행정소송 등도 진행되고 있으며, 이에 따라 새로운 법적 문제들이 발생하고 있다.

본고에서는 우선 국내법인 하도급법을 해외건설공사에 적용하여 행정적·형사적 제재를 하는 것이 가능한지, 해외건설공사에 대한 적용이 가능하다면 그 법적 근거는 무엇인지 살펴본다. 이를 위해 하도급법령의 구체적 문언 및 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용에 대한 공정위와 법원의 입장을 살펴보고, 현재의 공정위 실무의 태도가 국가관할권 이론 측면에서 어떠한 이론적 기초를 갖는다고 볼 수 있을지 살펴본다. 나아가 하도급법과 같이 명문의 역외적용 근거규정이 없는 행정법규 및 행정형법의 장소적 적용범위에 관한 최근의 대법원 판례와 하도급법의 해외건설공사에 대한 일반적 적용으로 인해 해외건설공사 실무상 발생하는 문제점들을 살펴봄으로써, 하도급법의 해외건설공사에 대한 적용의 법 이론적·실무적 타당성을 논한다.

한편, 한국 건설회사간의 계약이라 하더라도 해외건설공사 하도급계약(subcontract)은 실무상의 이유로 FIDIC 표준계약조건 기반의 영문계약으로 체결되는 경우가 적지 않다. 그러나 FIDIC 표준계약조건은 국내 하도급법과 전혀 무관하게 작성되었는바 이 중 하도급법 위반 소지가 있는 부분은 없는지 살펴본다. 먼저 해외건설공사 하도급계약 실무상 가장 빈번히 문제되는 하도급법 제13조(하도급대금의 지급 등)와 관련하여, ‘pay-when-paid’ 조항, 유보금(Retention Money) 조항, 원사업자에 의한 상계(set-off) 조항에 따른 하도급대금의 미지급 또는 보류 행위의 하도급법 위반가능성을 논한다. 그 밖에도 하도급법 제3조(서면의 발급 및 서류의 보존), 제8조(부당한 위탁취소의 금지 등), 제3조의4(부당한 특약

의 금지)와 관련 있는 FIDIC 표준계약조건의 하도급법 위반가능성 문제를 함께 살펴본다.

주제어

하도급법, 원사업자, 수급사업자, 속인주의, 도급업자, 하도급업자, 행정형법, FIDIC
표준계약조건, 대금미지급, pay-when-paid, 유보금, 상계

[ABSTRACT]

A Study on Application of Subcontracting Act to Overseas Construction Projects and Violation of Subcontracting Act by Use of FIDIC Conditions of Contract

Hwang, Sung Hyun

Korean subcontractors - which are facing financial difficulties recently due to the prolonged recession in both the domestic and overseas construction industries - are actively responding to Korean main contractors' violation of Fair Transactions in Subcontracting Act ("Subcontracting Act") in overseas construction projects by referring such unfair subcontracting practices to Korean Fair Trade Commission ("KFTC"). In practice, as it is already not uncommon for KFTC imposing administrative sanctions against the violations of Subcontracting Act in overseas construction projects and Korean main contractors contesting the sanctions by filing administrative suits thereto, new legal issues are arising.

This article addresses first whether Subcontracting Act - as is a statutory domestic law - can be applied to overseas construction projects and thereby led to administrative or criminal sanctions and, if such application is possible, what the legal basis is. To this end, this article examines relevant provisions of Subcontracting Act along with KFTC and Korean courts' positions on the application of Subcontracting Act to overseas construction projects, and thereby analyses what theoretical basis the current KFTC's practice has in terms of theory of state jurisdiction. This article addresses further the legal theoretical and practical validity of the application of Subcontracting Act to overseas construction projects in the light of Korean Supreme Court's recent rulings regarding the territorial scope of application of administrative laws and administrative criminal laws that lack an express provision for extraterritorial application, as well as the practical problems which arise in overseas construction projects due to the application of Subcontracting Act.

Meanwhile, in the case of overseas construction projects, it is not uncommon that even sub-

contracts between Korean construction contractors are written and entered into in English based on FIDIC Conditions of Contract for some practical reasons. As FIDIC Conditions of Contract was, however, drawn up regardless of Korean Subcontracting Act, this article addresses the possible violation of Subcontracting Act by the use of FIDIC Conditions of Contract. First, it discusses 'pay-when-paid' clause, 'Retention Money' clause and 'set-off by main contractor' clause of FIDIC Conditions of Contract as to whether these clauses may cause violation of Article 13 of Subcontracting Act which prohibits non-payment or withholding of payment for any reasons save for certain statutory exceptions. In addition, other possible violations of Subcontracting Act by the use of FIDIC Conditions of Contract are examined as well, in respect of Article 3 (Issuance and Retention of Documents), Article 8 (Prohibition of Unreasonable Cancellation of Entrustment) and Article 3-4 (Prohibition against Unfair Special Agreements) of Subcontracting Act.

Key Words

Subcontracting Act, Main Contractor, Subcontractor, Nationality Principle, Administrative Criminal Law, FIDIC Conditions of Contract, Non-payment, Pay-when-paid, Retention Money, Set-off

코로나19 백신 관련 EU와 미국의 수출통제

외교부 국립외교원(운영지원과) 사무관 위 민 복

*논문접수 : 2021. 5. 6. *심사개시 : 2021. 5. 7. *게재확정 : 2021. 5. 18.

— < 목 차 > —

I. 들어가며	3. 수출제한을 상쇄하기 위한 반덤핑 혹은 상계관세
II. EU 및 미국에서의 수출통제	4. 자유무역협정
1. EU의 수출통제	
2. 미국의 수출통제	IV. 세계적으로 필요한 대안
III. WTO 체제 하의 수출통제	1. 백신 생산국들이 해야 할 일
1. 수출통제와 관련된 WTO 상의 의무	2. 전세계적으로 백신을 생산하는데 있어 서의 장애점 및 그 해결책
2. GATT 예외(일반적 예외와 안보상의 예외를 중심으로)	V. 맺으며

I. 들어가며

2021년 3월 31일, 스위스는 유럽연합(이하 ‘EU’)에게 백신 관련, EU의 수출통제 목록국가에서 제외해달라는 요청을 공식적으로 보낸다. 3월 24일 EU에서 코로나19 백신의 역외 수출에 대한 통제책을 발표¹⁾

했기 때문이다. 발표에 따르면, 상호성(reciprocity)과 비례성(proportionality) 원칙을 도입하는 것을 골자로 하고 있으며, 수출대상국의 코로나19 상황과 백신 접종 비율과 백신 접근 수준에 따라 평가한 다음 수출을 허가하겠다는 내용²⁾이다.

1) Commission strengthens transparency and authorisation mechanism for exports of COVID-19 vaccines, EC (2021.3.24.), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1352.

2) EU tightens COVID vaccine export controls (2021.3.24.), <https://www.dw.com/en/eu-tightens-covid-vaccine-export-controls/a-56975604>.

가령 백신을 생산하는 국가들(EU 혹은 미국, 인도 등)이 백신 접종율이 높은 영국이나 이스라엘과 같은 나라, 혹은 백신을 수입만 하지 수출을 하지 않는 나라들에 대해 해당 국가들의 상황에 따라 백신 수출을 통제(control)할 수 있다는 의미이다. 그런데 문제는 원래는 백신 수출을 마음대로 할 수 있는 대상 국가 중에서 스위스를 제외했다는 점³⁾이었다.

3월 8일에는 인도 최대의 제약사인 Serum Institute의 CEO가 인도 정부에게 개입을 요청하는 서한⁴⁾을 보낸다. 미국이 방위생산물법(*Defense Production Act*)을 적용하여 코로나19 백신 제조에 필요한 세포배양배지나 원재료 등을 미국으로 수입하기 어려워졌기 때문이었다.

2월 말에는 이탈리아가 자국 내 아스트라제네카 백신 생산분을 호주로 수출 금지시키는 등, 코로나19와 관련하여 수출통제가 실제로 일어나고 있는 상황에서 각 통상법에서는 보건 위생 위기에 있어서의 수

출통제를 어떻게 다루고 있는지에 대해 한번 점검해 볼 필요가 있다 하겠다.

본고는 크게 세 단락으로 나뉘며, 첫 번째는 EU 및 미국에서의 수출 통제에 대해 알아본다. 주요 백신을 모두 EU 및 미국의 제약 회사들이 제작하고 생산하는 현실로 비춰볼 때 둘의 의미가 거대하며, 실제로 제각기 일종의 수출통제를 실시하고 있기 때문이다. 가장 최근으로는 3월 말, 아스트라제네카 백신의 생산국 중 하나인 이탈리아가 역외 수출대상국이었던 호주에게 원래 수출하려 했던 물량을 막았던 사건⁵⁾이 있었다. EU의 지침⁶⁾에 따른 것이었다.

이탈리아의 대-호주 백신 수출 통제는 이탈리아 외교부에 따르면 세 가지 근거에 따라 이뤄졌다. 첫 번째, 호주의 코로나19 피해가 그리 심각하지 않다. 두 번째, EU 및 이탈리아 내 백신 부족 상황과 아스트라제네카 측의 EU 및 이탈리아에 대한 백신 공급이 지연되고 있다. 세 번째, 따라서 수출 허가 대상이 된 백신 생산분이 이제

3) Switzerland asks EU for exception to vaccine export rules (2021.4.4.),

<https://www.swissinfo.ch/eng/switzerland-asks-eu-for-exception-to-vaccine-export-rules/46504060>.

4) SII seeks govt intervention over US ban on export of vaccine raw materials (2021.3.9) : https://www.business-standard.com/article/pti-stories/serum-institute-seeks-govt-s-intervention-over-import-of-covid-vaccine-raw-material-from-us-121030801163_1.html.

5) 이탈리아 외교부 보도자료, Request for authorisation to export COVID-19 vaccines filed by AstraZeneca: https://www.esteri.it/mae/en/sala_stampa/archivionotizie/comunicati/riciesta-di-autorizzazione-all-esportazione-di-vaccini-anti-covid-19-da-parte-di-astrazeneca.html.

6) 2021년 1월 30일에 있었던 Commission Implementing Regulation (EU) 2021/111을 의미한다. 백신과 같은 제품의 역외 수출은 건마다 EU의 허락을 받도록 되어 있다.

까지 이탈리아 및 EU에 공급된 백신 생산 분에 비해 대규모였다. 호주는 영국으로부터 물량을 바꿔서 받았으며, EU에 이의를 제기하지 않았다.

미국의 경우는 수출통제의 핵심에 트럼프 대통령이 개시했던 “워프작전(Operation Warp Speed)”⁷⁾이 있다. 2020년 5월에 시작된 이 계획은 백신 개발을 연내에 완수시킨다는 것으로서, 핵심은 미국 내 제약사들에 대한 대규모 개발비의 지원이었다. 트럼프 정부는 이 계획을 완수하기 위해 방위물자생산법을 수 없이 발동시켰고, 그 결과 백신 생산물 대란이 일어나게 됐다. 문제는 트럼프 정부가 각 제약회사들과 체결했던 계약 내용상 타 국가들에 대한 미국 내 생산된 잉여 백신의 공여, 판매, 공유 등이 실질적으로 막혀있다는 사실이 폭로⁸⁾된 바 있다. 따라서 바이든 정부로서도 백신의 해외 제공에 난색을 표하고 있으며, 이는 전세계적인 백신 공급 부족이 예견되는 상황에서 눈여겨 봐야 할 점이다.

두 번째는 WTO 체제 하에서의 수출통

제 조치이다. 분쟁해결절차에 일반적으로 소요되는 시간은 물론 아직 상소기구가 완비되려면 멀었다는 사실도 그렇고, 작게는 마스크, 크게는 의료장비와 백신에 이르기까지 코로나19와 관련된 각 경제권의 수출통제에 대해 실질적으로 이의 혹은 분쟁을 제기할 회원국은 없을 것으로 예상된다.

그리고 세 번째는 세계적으로 필요한 대안에 대해, 네 번째는 결론의 순서로 알아보도록 하겠다.

II. EU 및 미국에서의 수출통제

1. EU의 수출통제

(1) 회원국에 대한 수출통제

EU의 경우, EU 회원국이 자국 국내법에 따라 다른 국가들에 대해 수출통제를 할 수 있다. 다만 자국 국내법으로 수출을 통제한다 하더라도 마음대로 통제할 수는 없고 조건이 따른다. EU기능조약(TFEU)에 따르는 일반 조건과 예외 조건을 의미하는

7) Here's how to get billions of COVID-19 vaccine doses to the world, 2021년 3월 18일, <https://www.piie.com/blogs/trade-and-investment-policy-watch/heres-how-get-billions-covid-19-vaccine-doses-world>.

8) 가령 아래 기사에 따르면, 트럼프 정부와 각 제약사들 간의 계약에 미국 내 수요가 있는 한, 미국 정부는 제품이나 원재료의 사용을 허가하거나 사용하지 않는다는 식의 내용이 들어가 있다고 한다. 직접적으로는 ‘donate’나 ‘sell’, ‘share’와 같은 단어가 직접적인 계약위반을 구성하기 때문에 관련 내용 발표에 대해 미국 정부가 극도로 조심하고 있다.

“We Are Hoarding”: Why the U.S. Still Can't Donate COVID-19 Vaccines to Countries in Need (2021년 4월 6일): <https://www.vanityfair.com/news/2021/04/why-the-us-still-cant-donate-covid-19-vaccines-to-countries-in-need>.

것으로서, 일반적으로 EU기능조약 제35조⁹⁾는 같은 EU 회원국끼리의 “수량 제한 및 동등한 효과를 갖는 모든 수출 제한 조치”를 금지하고 있고, 제36조¹⁰⁾에는 예외적인 수출 통제의 허용 조건을 설명하고 있다. “인간의 생명과 건강 보호(the protection of health and life of human)”에 따른 수출 통제 혹은 수출 금지가 회원국에게 허용되는 사례인데, 이 때에도 물론 “회원국 간의 무역에 있어서 자의적 차별(arbitrary discrimination), 혹은 위장된 차별(disguised discrimination)”을 구성해서는 아니 된다. 기술적이고 과학적이면서 통제의 근거가 있어야 함은 물론이며, 분쟁이 생길 경우 입증 책임은 수출제한조치를 부과한 회원국에게 있다.

다만 분쟁이 생길 경우, 결국은 유럽사법재판소(이하 ‘CJEU’)의 관할 하에서 해결되며, CJEU는 공중 보건을 지키기 위한 합법

성을 획득하기 위해 필요한 통제가 어느 정도가 적절한지에 대해, 비례성(proportionality)의 원칙에 따라야 한다는 논리로 제36조의 원용을 상당히 좁게 해석해왔다.

그러나 대개의 경우는 CJEU까지 가기 전에, 집행위원회(EC) 선에서 끝난다. EC 혹은 다른 EU 회원국이 다른 회원국의 수출제한 조치에 대해 이의를 제기하여 소위 “침해절차(infringement process)”¹¹⁾를 개시할 수 있기 때문이다.

중요한 점은 EU 전체의 “공동 안전 우려(common safety concerns)”가 아닌 한, 각 회원국 공중보건 조치는 회원국에게 관할권이 있다는 사실이다. 그래서 코로나19가 처음 퍼졌던 2020년 상반기 당시 회원국들끼리 마스크 쟁탈전이 일어났었고, 이를 EC가 나서서 해결했던 전례가 있다. EC가 해결했다는 의미는 회원국 간 협력을 독려

9) TFEU 제35조(수출에 대한 수량제한) Quantitative restrictions on exports, and all measures having equivalent effect, shall be prohibited between Member States.

10) TFEU 제36조(수출입 및 물자 이동제한의 예외) The provisions of Articles 34 and 35 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between Member States.

11) TFEU 제258조(조약상 의무 위반 회원국에 대한 위원회의 역할) If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under the Treaties, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations. If the State concerned does not comply with the opinion within the period laid down by the Commission, the latter may bring the matter before the Court of Justice of the European Union.

했다는 뜻으로서, TFEU 제168조 제5항¹²⁾에 따르면 EU의 각 기구는 “인센티브 조치(incentive measures)” 혹은 “모니터링 관련 조치(measures concerning monitoring)”만을 채택할 수 있을 뿐이다.

(2) 비회원국에 대한 수출통제

원칙적으로 EU 바깥쪽에 대해서는 회원국이 아닌 EU가 관할권을 가지며¹³⁾, 그에 따라 EU 전반적으로 적용되는 수출통제에 대한 공통 규칙도 있다.¹⁴⁾ 다만 상술한 2020년 3월 초, 프랑스와 독일, 체코 공화국이 마스크를 포함, 개인보호장구(PPE, personal protective equipment)에 대해, EU 비회원국은 물론이고 같은 회원국에 대한 수출도 제한시켰던 당시, EC는 EU 역외에

대한 수출을 통제하는 것을 내용으로, EU 회원국 전체가 EU 역외에 수출제한 조치를 부과하도록 한다.¹⁵⁾ 회원국의 수출관리 당국이 허가를 내리지 않는 한 6주일, 그 후 추가적으로 30일 동안 수출 금지 조치를 내린 것이다. 다만 당시 수출 허가 부과 대상에서 유럽자우무역지대, 즉 EFTA 회원국(노르웨이, 리히텐슈타인, 스위스, 아이슬란드)들은 예외로 수출 허가 없는 거래를 용인했고,¹⁶⁾ 나중에는 이 예외국가 목록에 EU 회원국이 아닌 세르비아와 알바니아 등도 추가됐다.¹⁷⁾

그 후 EU는 의료 장비 관련 수출 허가를 실시하려는, 가령 의료기기 수출통제를 원하는 회원국들에게 해당 조치를 모두 EC에 보고하도록 했고, “EU 내 의료용 제

12) TFEU 제168조 제5항(보건 개선과 보호를 위한 인센티브 조치) The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, may also adopt incentive measures designed to protect and improve human health and in particular to combat the major cross-border health scourges, measures concerning monitoring, early warning of and combating serious cross-border threats to health, and measures which have as their direct objective the protection of public health regarding tobacco and the abuse of alcohol, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States.

13) TFEU 제207조(통상정책 관할) The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt the measures defining the framework for implementing the common commercial policy.

14) REGULATION (EU) 2015/479 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 11 March 2015 on common rules for exports, 제10조.

15) COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2020/402, 서문 para. 7-8 (2020년 3월 14일), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020R0402>.

16) COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2020/426, 서문 para. 2 (2020년 3월 19일), https://eur-lex.europa.eu/eli/reg_impl/2020/426/oj.

17) COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2020/426, 제2조(수출허가) 제4항 (2020년 3월 23일), https://eur-lex.europa.eu/eli/reg_impl/2020/568/oj.

품의 공급과 수요를 맞추려는 노력을 협조하기 위한 목표”로 기구(Clearing House)¹⁸⁾를 세우기도 했다.

(3) EU 수출통제와 WTO 수출통제

원칙적으로 EU 회원국들은 회원국을 혹은 비회원국을 상대로 보건 예외를 이용하여 수출통제를 시도할 것이다. 회원국들을 상대로 할 때는 TFEU 제36조, 비회원국들을 상대로 할 때는 REGULATION (EU) 2015/479 제10조를 통해서다. 전술했듯이 현재는 COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2020/402를 통해 비회원국에 대한 의료 관련 제품 수출을 허가제로 바뀌어서 실시중이다.

WTO는 후술하겠지만 수량제한금지의 예외, 일반 예외, 안보 예외 등을 통한 수출통제를 허용하고 있으며, “본질적인” 제품이 부족한지, 그 제품이 꼭 필요한지 혹은 안보와 관계 있는지 등의 조건에 맞춰서 통제하는 방식이다. 사실 각 조항의 구체적인 내용에 들어가면 유사한 내용이 많으므로¹⁹⁾ EU 체제와의 차이가 별로 없는 것으로 보일 수 있지만 결정적인 차이는

EU가 시간이 오래 필요한 WTO 분쟁해결절차(DSU)보다 이런 팬데믹 시기에 보다 효율적으로 통제를 구사한다는 점에 있을 것이다.

팬데믹 시기에는 적시성이야말로 제일 중요하기 때문이다. DSU를 이용하는 경우 상소 및 이행분쟁까지 고려할 경우 수 년 이상이 소요될 수 있다. 실제로 코로나19와 관련된 수출통제를 근거로 WTO 분쟁해결절차를 이용하려는 시도는 아직 없었다. 물론 현재 미국의 상소기구 위원 지명 반대로 인해 상소기구가 불능(limbo) 상태에 빠진 것도 간과할 수는 없겠다.

2. 미국의 수출통제

미국의 수출통제는 2020년 코로나19의 확산 이후, 백신개발과 관련되어 미국이 내린 조치를 중심으로 알아보도록 한다. 초기 확산세 당시 미국에는 PPE가 매우 부족한 상황이었으며 당시 트럼프 정부가 내린 조치는 수출통제가 아니라, PPE의 국내 생산을 강제하는 방위생산물법(DPA, Defense Production Act)²⁰⁾이었다. 전통적

18) COVID-19 Clearing House for medical equipment, EC, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/emergency-support-instrument/covid-19-clearing-house-medical-equipment_en.

19) 가령 EU TFEU 제36조의 “인간의 생명 및 건강의 보호”는 GATT 제20조 (b)호의 “인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치”와 대부분 같다.

20) Virus Surge Brings Calls for Trump to Invoke Defense Production Act (2020년 7월 22일), <https://www.nytimes.com/2020/07/22/us/politics/coronavirus-defense-production-act.html>.

의미로서의 수출통제를 미국은 하고 있지 않다는 의미로서, 방위생산물법을 통하다 보니 수출통제와 비슷한 효과를 내고 있을 뿐이다.

트럼프 정부에 이어 바이든 정부²¹⁾도 DPA를 이용하여 PPE 및 백신 생산을 집중 시키고 있는 상황이다. 방위생산물법에 대해서는 아래와 같다.

방위생산물법은 한국전쟁이 발발한 1950년, 위급시 중요한 계약 체결 권한을 대통령에게 일시적으로 부여했던 양차 세계대전의 경험을 법제화시킨 것으로서, 계약 완수를 위한 자원과 설비를 재배치할 대통령 권한이 포함되어 있다. 오늘날의 방위생산물법은 국내 민간 기업들이 주요 국가 안보 및 방어 수요를 맞추도록 자원과 생산을 움직일 수 있게 대통령에게 광범위한 권한이 주어진 형태이다.

트럼프 대통령은 방위생산물법을 동원, 의료 관련 물품의 수출을 제한하고 마스크와 호흡기(특히 동 법에 따라 GM이 자동차 생산 설비를 호흡기 생산 설비로 교체

했다)의 국내 생산을 늘렸으며,²²⁾ 코로나19 검사소 확대에도 방위생산물법을 원용했다. 이는 바이든 대통령에게도 그대로 이어졌다. 백신 접종시설의 전국 확대에 방위생산물법을 원용한 것이다.

바이든 대통령의 방위생산물법 원용은 코로나19에 대해 주와 지방정부들이 필요장비를 조달하고, 비단 코로나19만이 아닌 향후 닥칠 수 있을 팬데믹에 대해 장기적 전략 개발을 위한 것이었다. 특히 화이자 백신 생산 및 공급과 PPE, 검사소 등과 관련하여 방위생산물법에 근거하여 지원을 크게 늘렸다. 이미 방위생산물법의 활용을 주장했던²³⁾ 화이자에 대해서는 대량 생산과 일정을 달성할 수 있도록 핵심 설비와 자원에 우선적으로 접근할 수 있도록 해줬다. 이 조치는 트럼프 정부 때와 동일한 것으로서, 백신 제조용 재료의 수출을 거의 막는 효과를 가져왔다. 미국 정부와의 계약이 우선이기 때문이다.

그래서 2021년 4월 원래 한 달에 1억 6천만 도즈를 생산하기로 되어 있던 인도의

21) Understanding Biden's Invocation of the Defense Production Act (2021년 3월 4일), <https://www.lawfareblog.com/understanding-bidens-invocation-defense-production-act>.

22) Prioritizing and Allocating Health and Medical Resources to Respond to the Spread of COVID-19, 미국 연방 관보 (2020년 3월 23일), <https://www.federalregister.gov/documents/2020/03/23/2020-06161/prioritizing-and-allocating-health-and-medical-resources-to-respond-to-the-spread-of-covid-19>.

23) 화이자의 방위생산물법 요구 관련 기사, Pfizer Seals Deal With U.S. for 100 Million More Vaccine Doses, 뉴욕타임스 (2020년 12월 23일), <https://www.nytimes.com/2020/12/23/us/politics/pfizer-vaccine-doses-virus.html?searchResultPosition=4>.

Serum이 미국 때문에 핵심 재료 37개를 구하지 못하는 사태가 일어났다. 현재 Serum은 아스트라제네카(AstraZeneca) 백신을 한 달에 1억 도즈, Novavax 백신을 한 달에 6~7천만 도즈를 생산하기로 되어 있었지만, 그 재료를 수출해줘야 할 미국 회사들이 방위생산물법으로 인해 국외 수출을 할 수 없게 된 상황이다. 가령 화이자 백신은 19개 국가의 86개 업체에서 나오는 280여 재료를 갖고 제조한다.

이는 세계의 제약공장이라 일컫는 인도의 심각한 백신 생산 저하²⁴⁾로 이어졌다. 방위생산물법에 따른 미국의 원재료 수출 제한으로 인해 노바백스(Novavax) 백신 생산이 절반 이하로 격감한 것이다.

한편 인도의 상황 악화에 따라 미국은 산소호흡기와 산소 관련 장비 및 설비, PPE, 백신 재료,²⁵⁾ 긴급 진단키트, 치료제(remdesivir) 등의 지원을하기로 결정 내린다.²⁶⁾ 미국 정부와 각 관련 기업들 간의 계약서가 공개되지 않은 상태에서 진행했기 때문에 인도적 지원에 따른 것으로 추

측된다.

III. WTO 체제 하의 수출통제

WTO의 기본적인 규칙과 예외는 1947년에 정해졌으며, 이는 지금까지 거의 수정이 안 되어 있는 GATT를 의미한다. 즉, 1940년대세계대전을 경험했던 당시 협상국들은 필수 재화가 부족하다는 상황에 대해 잘 인식하고 있었으므로, 물자 부족과 관련되는 예외적 상황에 대해 GATT에 미리 설정해 놓았었다. 본 장에서는 “중대한 부족(*critical shortage*)”과 관련된 수량제한과 수출 제한, 비차별 원칙과 발간 및 통보 의무와 같은 일반적인 WTO 상의 규칙에 대해 알아본다. 그 다음에는 보건 보호, 일반적 또는 지역적으로 공급이 부족한 상황, 국내 산업 공급을 위한 원자재의 수출 제한, 국가안보, 자유무역협정 등 여러 가지 예외 목록을 보도록 한다.

24) Adar Poonawalla urges US Prez to lift ban on export of vaccine raw material (2021년 4월 17일), https://www.business-standard.com/article/current-affairs/adar-poonawalla-urges-us-prez-to-lift-ban-on-export-of-vaccine-raw-material-121041600967_1.html.

25) 미국에서는 승인이 나지 않은 미국 정부의 아스트라제네카 주문 및 생산 물량을 인도로 돌리기로 한 것이다. 대략 2억 도즈 분량이다.

26) FACT SHEET: Biden-Harris Administration Delivers Emergency COVID-19 Assistance for India(2021년 4월 28일), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/04/28/fact-sheet-biden-harris-administration-delivers-emergency-covid-19-assistance-for-india/>.

1. 수출 통제와 관련된 WTO 상의 의무

가. 수량제한의 일반적 철폐(*General Prohibition on quantitative export restrictions*)

GATT 제11조 제1항은 “다른 계약당사자 영토의 상품의 수입에 대하여 또는 다른 계약당사자 영토로 향하는 상품의 수출 또는 수출을 위한 판매에 대하여, 쿼타, 수입 또는 수출 허가 또는 그 밖의 조치 중 어느 것을 통하여 시행되는지를 불문하고, 관세, 조세 또는 그 밖의 과징금 이외의 어떠한 금지 또는 제한도 계약당사자에 의하여 설정되거나 유지되어서는 아니된다”라고 되어 있다. WTO 내 다른 회원국들은 그런 수출 제한조치에 대해 이의를 제기할 수 있으며, 이의를 받은 조치에 대해 해명할 책임은 조치를 취한 회원국에게 주어진다. WTO 사무국이 각 회원국에게 이의를 제기하는 형태가 아니다. 회원국의 특정 조치에 직접 이의를 제기하고, 관련 협상을 주도하는 EU 집행위원회(EC)처럼 독립된 기관이나 소추인(prosecutor)이 WTO에 없는 때문이다.

따라서 조치를 취한 회원국은 해당하는

조치가 조문상의 “쿼타, 수입 또는 수출 허가 또는 그 밖의 조치”에 해당하는지, 그리고 제품의 수출을 위한 판매 혹은 수출에 제한이나 금지를 구성하는지 밝혀야 한다.²⁷⁾

코로나19 팬데믹과 관련되어 일어난 수출제한 조치 대부분은 수출금지만이 아니라, GATT 제11조 제1항의 “쿼타, 수입 또는 수출 허가 또는 그 밖의 조치”에 해당될 것으로 보인다. 다만 수출세(*export duties*)의 경우는 GATT가 명시적으로 반대하고 있지 않다. 수량제한(*quota*)과 세금(*duties*)의 경제학적 효과는 동일하기 때문에, WTO 회원국이 수량제한 조치를 수출세를 통해 부과한다면 아마 수출제한이라는 목표를 이룰 수 있을 것이다. 따라서 이론상 코로나19 팬데믹 상황에서 필수 재화의 유출을 WTO 원칙에 맞게 제한하려면 수출세 부과만으로 충분할 수 있을 것이다.

다만 WTO 판례²⁸⁾에 따르면 GATT 제11조 1항은 수출되는 물량에 “제한적 효과(*limiting effect*)”를 갖는 것으로 해석한다고 나온다. 이 제한적 효과는 단순히 수량으로 나타날 필요는 없으며, 관련되는 맥락에 따라 해당 조치의 디자인과 설계, 외부로 드러나는 구조(*design, architecture, re-*

27) 상소기구 보고서, *Argentina - Import Measures* (DS438), para. 5.216-5.218.

28) 상소기구 보고서, *China - Raw Materials* (DS394), para. 320.

vealing structure)를 통해 보일 수 있다.

It suggests that Article XI of the GATT 1994 covers those prohibitions and restrictions that have a limiting effect on the quantity or amount of a product being imported or exported.²⁹⁾

해당 조치가 과연 디자인과 설계, 외부로 드러나는 구조에서 “제한적 효과”만을 갖는지의 여부를 가리기 위해, 판례에 따르면 (1) 비용과 부담(*cost and burdensomeness*), (2) 수출입 절차에서 야기되는 불확실성, (3) 해당 범위의 임의성(*arbitrariness*)에 따라 측정된다.³⁰⁾

나. “중대한 부족(*critical shortage*)”

GATT 제11조는 “식품 또는 수출계약당사자에게 불가결한 그 밖의 상품의 중대한 부족을 방지 또는 완화하기 위하여 일시적으로 적용되는 수출의 금지 또는 제한(제2항 a)”일 경우 수량제한을 허용하고 있다. 다만 이 조건은 조건이 성립될 경우 허용되는 것일 뿐, 그 자체가 예외는 아니며, 제11조 제2항 (a)³¹⁾를 만족할 경우 제20조

의 예외를 적용시키는 조건으로 확대해석되지는 않는다. 따라서 필수 불가결한 상품이 중대한 부족에 빠졌을 경우 수출국은 해당 상품을 대상으로 일시적으로(*temporarily*) 수출제한에 들어갈 수 있으며, 이 조치는 GATT 제20조의 일반예외에 따른 것이 아니므로 이의를 제기하는 회원국에게 입증책임이 돌아간다.

Accordingly, where the requirements of Article XI:2(a) are met, there would be no scope for the application of Article XX, because no obligation exists³²⁾.

현재까지 WTO에서 제11조의 수량제한 관련 분쟁은 중국의 자원 수출 관련 분쟁(DS394)이 유일하다. 당시 상소기구(보크사이트와 같은 자원의 “부족”에 따른 수출 제한조치를 중국이 10년 이상 적용했기 때문에 “일시적 적용(*temporarily applied*)”이라 결론내리지 않았다. 또한 상소기구는 불가결한(*essential*) 상품은 “절대적으로 필수적이거나 필요한(*absolutely indispensable or necessary*)”으로 정의했다. 패널은 중국에게 무엇이 “불가결”한지 정하는 것은 중

29) 상소기구 보고서, *Argentina - Import Measures* (DS438), para. 5.217.

30) 패널 보고서, *Columbia - Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear* (DS461) para. 7.192.

31) 식품 또는 수출계약당사자에게 불가결한 그밖의 상품의 중대한 부족을 방지 또는 완화하기 위하여 일시적으로 적용되는 수출의 금지 또는 제한.

32) 상소기구 보고서, *China - Raw Materials* (DS394), para. 334.

국만이 아니며, “제한조치를 취할 때 조치 대상국의 특별한 상황을 고려해야 한다”고 말한바 있었다. 다만 내화물 보크사이트 (refractory-grade bauxite)가 중국에게 “불가결”한 자원임은 인정했다.

동 분쟁에서 상소기구는 “중대한 부족”에 대한 정의도 내렸다. “결정적으로 중요한 상황. 혹은 극도로 중요하거나 결정적 단계이거나 전환점에 이를 상황 수준으로 중대한 물량의 부족”이라고 했으며³³⁾ 앞서 패널은 중국이 주장했던 내화물 보크사이트 잔존량 16년 어치와 분쟁제기국들이 주장한 91년 분량을 비교한 뒤, 중국 주장처럼 내화물 보크사이트가 중대한 부족에 이르지 않았다고 판단했었다.

코로나 19 팬데믹과 관련된 수출제한이 “불가결한 상품”을 대상으로 “일시적으로 적용”되는 한 GATT 제11조의 수량제한 철폐에 해당되지는 않을 것이다. 다만 GATT 제13조는 수량제한의 시행에 있어서 공고(notice)를 요구하고 있다.

다. 비차별, 발간 및 공고(*non-discrimination, publication, notification*)

GATT 제13조는 수출에 대한 모든 수량 제한을 금지하되 조건에 맞는 수량제한을

하는 경우 모든 제3국의 동종상품에 대해서도 “무차별”하게 적용할 것을 요구하고 있다. GATT 제13조 제2항부터 제4항은 모두 이와 관련된 의무를 규정하고 있으며, 제10조 “무역규정의 공표 및 시행”은 모든 수출 제한 조치를 “신속히 공표”하도록 요구하고 있다.

2. GATT 예외(일반적 예외와 안보상의 예외를 중심으로)

가. 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치

GATT 상의 의무에 대한 모든 침해를 사실 건강 보호를 위한 조치로 정당화시킬 수 있다. 달리 말해서 GATT 제11조 제2항에서 거론된 “중대한 부족” 조건이 맞을 경우 수량제한 조치가 금지되지는 않는데, 제11조에 따른 조치를 인정받지 못하는 경우, GATT 예외(제20조나 제21조, 혹은 자유무역지대를 거론하는 제24조)로 들어가서 방어를 할 수 있다는 의미다.

제20조의 일반적 예외, 특히 (b)호는 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치를 말하고 있지만, 그에 따라 수출제한 조치를 부과하려면 동 제한 조치가 건강 보호를 위해 “필

33) *Ibid.*, para. 324.

요한지”를 증명해야 한다. 보통의 경우 이 필요성은 그 목표가 얼마나 중요한 보건 보호인지, 해당하는 조치가 건강 보호라는 목표에 얼마나 기여하는지에 따라 결정될 것이다. 또한, 만약 “덜 침해되는 조치”가 가능하다면 곧바로 해당하는 수출제한을 풀어야 한다는 것으로 해석될 수 있다.

브라질 타이어 분쟁³⁴⁾에서 상소기구는 수입금지가, “그 목표 달성에 기여하는 제품 생산에 적절함을 보이는 경우 “필요”하다고 말했었다. 추가적으로 제20조의 다른 조항과 마찬가지로 건강을 위한 제한은 “국제무역에 있어 위장된 제한 혹은 같은 조건일 경우 회원국 간에 임의적이거나 정당화시킬 수 없는 차별적 수단을 구성하는 방식”으로는 적용될 수 없다³⁵⁾고 했다.

따라서 한 회원국이 일부 회원국들을 대상으로 건강 보호를 위한 수출 금지를 하려면 대상 국가들마다 다른 조건임을 보여야 한다. 혹은 그 조치가 “임의적이거나 정당화시킬 수 없는” 조치가 아니며, 무엇이 “정당화(*justification*)”인지는 상소기구 보고서에 따르면 불명확하다. 건강과 직결될 수도 있고 아닐 수도 있기 때문이다. 가

령 EC - Seals 분쟁³⁶⁾에서 상소기구는 수입국의 독자적인 도덕이나 윤리관에 기초해 수입금지가 허용될 수 있다는 가능성도 보였었다.

나. 일반적 또는 지역적으로 공급이 부족한 상품의 획득 또는 분배에 필수적인 조치(*Measures “essential” to address “general or local short supply*)

코로나19와 관련되어 눈여겨봐야 할 예외 조항은 제20조의 (j)호다. 규정은 이러하다. “일반적 또는 지역적으로 공급이 부족한 상품의 획득 또는 분배에 필수적인 조치. 단, 동 조치는 모든 계약당사자가 동 상품의 국제적 공급의 공평한 몫에 대한 권리를 가진다는 원칙에 합치되어야 하며, 이 협정의 다른 규정에 불합치되는 동 조치를 야기한 조건이 존재하지 아니하게 된 즉시 중단되어야 한다.”

물론 이 조치 또한 제20조의 두문(chapeau)에 나와 있듯이 “자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 제한을 구성하는

34) 상소기구 보고서, *Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres* (DS332), para. 246.

35) in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade.

36) *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products* (DS401), para. 5.320-338.

방식으로 적용되지 아니한다는 요건”을 조건으로 한다.

이 (j)호는 본래 제2차 세계대전 이후 물자 공급의 부족 양상을 해결하기 위한 의도가 있었다.³⁷⁾ 특히 “자연재해(natural catastrophe)”에 따른 긴급 상황도 염두에 두고 만들어진 규정이므로 코로나19와 같은 팬데믹도 (j)호에 해당될 수 있다.

WTO가 생기기 전 GATT 시절, 미국의 수출제한이 제20조 일반예외와 제21조 안보예외에 해당하는지에 대한 분쟁이 제기된 사례가 있었다. 체코슬로바키아가 1949년, 유럽재건프로그램에 있어서 미국으로부터 차별 대우를 받았다고 주장했는데,³⁸⁾ 당시 미국은 제20조와 제21조를 조치의 근거로 내세웠었다. 다만 공식적인 GATT의 결정은 당시 나오지 않았다.

한편 “필수적”의 의미에 대해 WTO 상소기구가 정의를 한 판례가 있다. 인도의 미국산 태양전지 차별 사건에서 WTO 상

소기구는 “절대적으로 필수적이거나 필요한(absolutely indispensable or necessary)”이라 정의³⁹⁾내리면서 ““필요하다”는 단어만큼 연속체(continuum)의 ‘필수적인’ 목표에 가까운 곳에 위치해 있다”고도 설명했다.⁴⁰⁾ 당시 상소기구는 제20조 (b)호의 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 “필요한” 조치인지를 판단하기 위해 이 설명을 사용하기도 했었다.⁴¹⁾

다만 일반적 또는 지역적으로 공급이 부족하다는 의미를 보면, 수량제한 철폐를 규정한 제11조와는 달리 제20조 (j)호는 “중대한(crucial)”이라는 단어, 혹은 공급 부족의 의미를 보충하는 다른 형용사가 빠져 있다. 그러므로 그 해석의 범위가 제11조보다 더 넓다고 보는 편이 옳을 것이다. 상소기구 또한 지리적 영역이나 시장에서 어떤 한 제품의 “부족”은 국내외(or이 아닌 and이다) 시장에서 정말 부족한지를 판단해야 한다고 언급⁴²⁾했었다.

37) GATT Analytical Index (pre-1995), p.593

https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art20_gatt47.pdf.

38) ARTICLE XXI -UNITED STATES EXPORTS RESTRICTIONS(GD4), GATT disputes: 1948-1995 Volume 1: Overview and one-page case summaries, p.41.

39) 상소기구 보고서, *China - Raw Materials* (DS394), para. 326.

40) The plain meaning of the term thus suggests that this word is located at least as close to the “indispensable” end of the continuum as the word “necessary”. 상소기구 보고서, *India - Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules* (DS456), para. 5.26.

41) *Ibid.*, para. 5.62-63.

42) An assessment of whether there is a situation of “products in general or local short supply” should not focus

동 분쟁에서 상소기구는 단순히 국내에서의 생산량이 부족하다는 이유만으로 지역적으로 공급이 부족하여 인도가 여러 국내 업체 지원 조치를 할 수밖에 없었다는 논리를 부정했었다. “지역적 혹은 국제적인 공급망의 신뢰성만큼이나 국제적인 제품의 공급이 안정적이고, 접근 가능한지” 여부도 봐야 한다는 이유였다.⁴³⁾

따라서 현재의 인도처럼 코로나19 확진자 급증으로 인해 산소호흡기가 부족하여 인도가 산소호흡기 수출 금지를 내릴 경우, 만약 다른 회원국이 분쟁을 제기한다면 WTO 패널은 인도 국내의 호흡기 생산은 물론 다른 WTO 회원국들의 호흡기 생산 역시 공급 부족 상황인지를 판단할 것이라는 결론이 나온다.

한편 최근 WTO 패널에서 제20조 (j)호에 대한 판단이 나온 사례가 한 건 더 있었다. EU 및 회원국의 에너지조치 분쟁으로서, 비록 현재 WTO 상소기구가 미국의 반대로 인해 상소기구 위원 임명이 안 된 마비 상태이기 때문에 최종 결론이 나온 것이라 할 수는 없겠지만, 이 패널 보고서

가 제20조 (j)호, 특히 “공급 부족”의 해석에 대한 실마리를 주는 것은 사실이다.

2018년 러시아는 EU 국가들(크로아티아, 헝가리, 리투아니아)의 천연가스 에너지 정책 관련하여 이의를 제기한다. 여기에 대해 WTO 패널은 EU 국가들의 “공동 이해관계 프로젝트(projects of common interests)”로서 인센티브를 주는 조치가 러시아의 주장대로 최혜국대우나 내국민대우와 불합치하다고 결정했다. 특히 일반적 또는 지역적인 공급 부족에 대해 WTO 패널은 제20조(j)호는, 이를테면 천연가스가 현재(presently) 공급부족 상태인지만을 다를 뿐, “현재는 충분하지만, 나중에는 부족해질지도 모르는” 상태를 다루지는 않는다고 했다.⁴⁴⁾

다만 제20조 (j)호는 흥미로운 조건을 하나 갖고 있다. 제11조 제2항의 수량제한 조건(중대한 부족)과는 달리, “동 조치는 모든 계약당사자가 동 상품의 국제적 공급의 공평한 몫에 대한 권리를 가진다는 원칙에 합치되어야” 한다는 조건이다. 그러므로 코로나19의 상황에서 마스크나 산소

exclusively on availability of supply from “domestic”, as opposed to foreign or “international” sources. *Ibid.*, para. 5.69.

43) *Ibid.*, para. 5.71.

44) 패널보고서, *European Union and its Member States — Certain Measures Relating to the Energy Sector* (DS476), para. 7.1348.

This indicates that Article XX(j) does not cover products that are currently not in short supply but that may become “products in ‘‘ short supply” in the future.

호흡기, 의료 장비나 설비, 백신 등의 의약품 등과 관련, 제20조의 (j)호를 원용하여 수출통제를 하는 회원국을 상대로, 각 WTO 회원국들이 공평한 몫을 주장할 수 있다는 근거로 작용할 수 있다.

물론 자국민에게 이중 및 삼중(booster shot) 접종 이후에도 충분한 백신 물량을 갖고 있는 나라가 있다 하더라도 그 나라를 상대로 이익을 제기하기는 쉽지 않을 것이다. 현재 모든 나라에 백신 공급 부족이 있다고 봐야 하기 때문이다.

다. 국내 산업 생산 공급용 원재료에 대한 수출통제

제20조의 (i)호⁴⁵⁾는 원재료가 부족하거나 세계적으로 가격대가 높을 때 원용이 가능한 조항이다. 물론 조건은 있다. “...유지되는 기간 동안”으로 한정된 것이다. 물론 그 외에도 “국내산업에 부여되는 보호

를 증가”시키도록 운영되면 안 되며, 무차별과 관련된 규정에서 벗어나도 안 된다. 당연하겠지만 두문의 규정⁴⁶⁾도 지켜야 할 것이다.

라. 안보상의 예외

코로나19 팬데믹 시기에 수출제한의 근거가 될 수 있는 또다른 조항은 GATT 제21조 안보예외이다. 이 조항은 “자신의 필수적인 안보이익(*its essential security interests*)의 보호를 위하여 필요하다고 계약당사자가 간주하는 다음의 조치”를 추진할 근거가 된다. “전시 또는 국제관계에 있어서의 그밖의 비상시(*other emergency*)”에 하는 조치다. 특히 (c)호와 관련⁴⁷⁾하여 “모든 조치(*any action*)”가 조항대로 가능하고, 그 결정권은 조치를 실행하는 개별 회원국에 있다고 주장하는 나라들이 있다⁴⁸⁾. 이 논리에 따르면 WTO 패널과 상소기구는 제21조 안보예외를 원용하는 국가들의 힘

45) 정부의 안정화계획의 일부로서 국내원료의 국내가격이 국제가격 미만으로 유지되는 기간 동안 국내가공 산업에 필수적인 물량의 국내원료를 확보하기 위하여 필요한 국내원료의 수출에 대한 제한을 수반하는 조치. 단, 동 제한은 이러한 국내산업의 수출 또는 이러한 국내산업에 부여되는 보호를 증가시키도록 운영되어서는 아니되며 무차별과 관련된 이 협정의 규정으로부터 이탈하여서는 아니된다.

46) 다음의 조치가 동일한 여건이 지배적인 국가간에 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, 이 협정의 어떠한 규정도 계약당사자가 이러한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.

47) “국제 평화 및 안보의 유지를 위하여 국제연합헌장 하의 자신의 의무에 따라 계약당사자가 조치를 취하는 것을 방해하는 것.” 원문은 아래와 같다.

to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

에 의문을 품지 못한다는 결과로 이어질 수 있다.

그러나 안보예외를 다뤘던 최근 패널 판례⁴⁹⁾(상소로 이어지지 않았다)에 따르면, 우크라이나 내전을 이유로 화물운송 트럭의 통행을 막았던 러시아의 조치가 안보예외로 인정을 받기 위한 조건으로 세 가지가 제시됐다. 첫 번째는 해당 조치의 필요성, 두 번째는 해당 조치가 러시아의 필수적인 안보이익을 보호하기 위한 조치인지의 여부, 세 번째는 전시 또는 국제관계에 있어서의 비상시에 해당됐는지의 여부이다. 특히 세 번째 항목과 관련하여, 패널은 “무장 분쟁(*armed conflict*)”의 “객관적 사

실(*objective fact*)”이 있고 영토와 국민을 보호할 정도의 조치가 있어야” 전시 혹은 비상시에 해당된다고 봤다.⁵⁰⁾ 그렇다면 무엇이 객관적 사실인가? 무장 분쟁을 포함한, 유엔총회(UN General Assembly) 결의문을 근거로 봤다.⁵¹⁾

다만 최근에 있었던 카타르와 사우디아라비아의 분쟁 관련 패널보고서⁵²⁾를 보면, 국가안보 위급 상황⁵³⁾에 대해 우크라이나-러시아 분쟁보다 더 넓게 해석했음을 알 수 있다. 이 분쟁 역시 상소기구로의 상고가 있었지만 전술한 상소기구 구성의 문제로 분쟁절차가 이어지는는 않고 있는데, 이 분쟁에서 패널은 분쟁에 따른 위급상황

48) 특히 미국이 그런 입장이다. 제21조의 문구(“which it considers”)가 자기결정을 의미하는 것이므로 안보예외를 내세우는 경우, 해당 예외는 분쟁해결기구의 적용 대상이 아니라는 의미이다.

Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (DS512)- Report of the Panel (2019) WT/DS512/R/Add.1, Appendix D-10 (Executive Summary of the U.S Third Party Oral Statement), para. 106.

49) 패널보고서, *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit* (DS512), 2016-19.

50) *Ibid.*, para. 7.43.

51) *Ibid.*, para. 7.122.

52) *Saudi Arabia, Kingdom of - Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights* (DS567).

53) 다만 동 분쟁의 국가안보 관련 예외조치는 TRIPS(무역관련 지적재산권) 협정상의 안보예외(제73조)가 그 대상이었다. 조문 내용은 아래와 같다.

제 73 조

국가안보 관련 예외조치

이 협정의 어느 조항도 다음사항을 요구하는 것으로 해석되지 아니한다.

가. 공개시 자기나라의 필수적 국가안보이익에 반한다고 회원국이 판단하는 정보의 제공

나. 아래와 관련, 회원국의 필수적인 국가안보이익의 보호를 위해 필요하다고 간주되는 조치의 금지

(1) 핵분열 물질 혹은 이에서 추출되는 물질

(2) 무기, 탄약, 전쟁장비의 거래 및 군사시설에 대한 보급목적을 위하여 직접적 또는 간접적으로 수행되는 상품 및 재료의 거래 관련 조치

(3) 전시 또는 국제관계에 있어서의 기타 비상사태에 취해진 조치

다. 국제평화 및 안보의 유지를 위한 국제연합헌장 하의 의무이행을 위한 회원국의 조치금지

(emergency)이 존재하는지 패널이 판단을 내릴 수 있고,⁵⁴⁾ 유엔총회 정도 되는 국제 기구의 결의문이 아니라 하더라도 사우디아라비아와 카타르 간의 외교 단절 상황 및 양국 간의 갈등으로, 위급상황이 존재함을 판단했다.⁵⁵⁾

그러므로 코로나19 관련해서는 WHO과 같은, 보건 부문의 권위 있는 국제기구 사무총장의 팬데믹 선언⁵⁶⁾이 곧 비상사가 존재한다는 근거로 작용할 수 있으며, 가령 백신이나 백신 재료를 갖고 회원국들 간 갈등이 일어나는 경우, 그 또한 위급상황이 존재한다고 할 여지가 있다는 의미다. 이는 각 회원국의 수출제한 조치의 근거로 작용할 수 있을 것이다.

다만 2021년 4월 13일까지 코로나19 관련해서 WTO 회원국들이 통보⁵⁷⁾한 건수는 모두 355건에 이른다. 대부분 수출입 조치에 해당하며, 그 근거로서 안보를 거론한 건수는 거의 없다는 점이 눈에 띈다. 대체

로는 중대한 부족, 혹은 제20조에 따른 예외를 거론하고 있다.

3. 수출제한을 상쇄하기 위한 반덤핑 혹은 상계관세

한 회원국이 수출제한을 한다고 가정해보면, 그 회원국이 해당 제품을 충분히 생산한다고 가정할 때, 그 관련 제품(가령 백신이나 마스크, 의료장비 등)의 가격이 하락할 것이라 예상할 수 있다. 그렇다면 가령 백신 원료의 가격이 하락할 경우라면 백신 제조사에게 일정의 보조금을 주는 행위로 해석할 수도 있다. 그 다음 수출제한을 풀었을 때 해당 제품은 상당한 가격 경쟁력을 지니게 될 것이다.

물론 대단히 극단적인 가정이라 할 수 있다. 팬데믹 상황에서 현실화하지는 않을 것으로 보이며, 실제로 그런 상황이 생긴다고 하더라도 세계적인 공급 부족 때문에, 수입국들은 기꺼이 경쟁력이 좋아진

54) 패널보고서, *Saudi Arabia, Kingdom of — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights* (DS567), para. 7.267.

55) *Ibid.*, para. 7.268.

56) 코로나19는 WHO가 공식적으로 발표한 6번째('09 신종플루, '14 야생폴리오, '14 서부아프리카 에볼라, '16 지카, '18 에볼라, '19 코로나19) “국제적 공중보건 비상사태(國際的公衆保健非常事態, Public Health Emergency of International Concern, PHEIC)”이다.

WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

57) WTO의 코로나19 통보 페이지, https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm.

그 제품들을 수입할 것으로 보인다.

다만 관련된 판례가 존재한다. 캐나다의 통나무 수출통제 조치가 과연 캐나다가 해당 업자들에게 보조금을 주는 것과 동일한 효과를 내는지 여부를 가리는 내용이었는데, 제소국인 미국은 전술한 바와 동일한 논리를 사용하고 있다. 그러나 패널은(해당 분쟁은 상소가 없었다) 미국의 주장을 받아들이지 않았다. 수출통제 조치에 따른 통나무 가격에 대한 영향이 불충분했기 때문이다. 게다가 캐나다 정부가 통나무 업자들에게 특혜를 주기 위해 지시를 했거나 누군가에게 위임했거나, 그를 유도했거나 하는 확실하고도 긍정적인 행위(*explicit and affirmative action*)가 없었다.⁵⁸⁾

관련된 사례로는 EU와 아르헨티나의 바이오디젤 분쟁이 있다. EU는 아르헨티나가 바이오디젤의 원료인 콩에 수출세를 부과하여 바이오디젤의 가격을 왜곡시켰다고 주장했는데, 상소기구(국제참조가격(*international reference price*))를 이용한 EU

의 정상가격(*normal value*) 계산방식이, 원산지인 아르헨티나의 생산비용을 기반으로 하지 않았기 때문에 반덤핑 협정상의 정상가격 산식과 어긋나며, 수입에 대한 무역구제(*trade remedy*)로 수출제한을 상쇄해서는 안 된다고 판단했다.⁵⁹⁾

4. 자유무역협정

GATT가 아닌, 자유무역협정을 통한 수출 통제의 가능성도 없지는 않다. 그러나 FTA 대부분은 수량제한과 일반적 예외 혹은 안보예외 규정에 있어 GATT 규정을 그대로 따르는 경우가 많다.⁶⁰⁾ 가령 한미 FTA 협정에서 일반적 예외는 “1994 GATT 제20조 및 그 주해는 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합”된다고 쓰여 있다. 최근 개정된 USMCA 역시 제32장 “예외 및 일반규정(EXCEPTIONS AND GENERAL PROVISIONS)”은 GATT 제20조 (b)호를 그대로 들여왔다.⁶¹⁾ 아직 잠정 발효 상태인 EU와 캐나다 간의 CETA(Comprehensive

58) 패널보고서, *United States — Measures Treating Export Restraints as Subsidies* (DS194), para. 8.44.

In sum, we consider that the ordinary meanings of the words “entrusts” and “directs” require an explicit and affirmative action of delegation or command.

59) 패널보고서, *European Union — Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Argentina* (DS473), 2013-16, para. 6.288 및 6.270.

60) 가령 한미 FTA 협정의 경우 제2장 상품에 대한 내국민 대우 및 시장접근(NATIONAL TREATMENT AND MARKET ACCESS FOR GOODS) 제2.8조의 수입 및 수출 제한(IMPORT AND EXPORT RESTRICTIONS)은 GATT 제11조를, 제23장 예외(EXCEPTIONS) 제23.1조의 일반적 예외(GENERAL EXCEPTIONS)는 GATT 제20조 및 제21조를 그대로 포함했다. 가령 제2.8조 제1항에는 “...1994 GATT 11조 및 그 주해는 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합되어 그 일부가 된다”고 쓰여 있다.

Economic and Trade Agreement) 또한 “중대한 부족”은 GATT 제11조⁶²⁾를, 제28장 예외(EXCEPTIONS)는 GATT 제20조⁶³⁾의 일반예외와 제21조의 안보예외⁶⁴⁾를 그대로 통합시켰다.

안보예외의 경우 아예 안보예외를 갖고 있지 않은 FTA(대표적으로 한-EFTA FTA), WTO의 안보예외를 거의 그대로 들여온 FTA, WTO 목적과 규정의 범위를 확대한 FTA로 나뉜다. 대표적으로 한-EU FTA⁶⁵⁾가 있는데, 이는 GATT의 안보예외 규정보다 확대된 경우다.

GATT에 나오는 “국제평화 및 안보의 유지를 위한 국제연합헌장 하의 의무이행”에서 국제연합헌장 항목을 삭제하여 일반화시켰기 때문이다. 한미 FTA 역시 제23장 제23.2조 필수적 안보(ESSENTIAL SECURITY)에서 한-EU FTA와 마찬가지로

하고 있다. 다만 한미 FTA의 경우, 주석⁶⁶⁾을 보면 중재판정부 혹은 패널에게 예외 적용의 판단을 부여하고 있는데 이는 안보예외를 혹시 적용하는 경우, 그 판단을 조치를 실행하는 국가가 아닌 제3자에게 맡긴다는 의미로서, 안보예외 해석의 주체가 명확하지 않은 GATT에 비해 FTA 체제를 이용할 경우 재판가능성의 여부를 확실히 제3자가 행사할 것이라는 점에서 중요하다⁶⁷⁾ 하겠다.

그러나 전술했듯, WTO에 통지되고 있는 코로나19 관련 조치 내용들은 대부분 제21조가 아닌, 제20조와 관련되는 근거를 기반으로 하고 있으며, 자유무역협정이 GATT보다 더 국가 자율성을 좁히는 근거로 사용된다면, 자유무역협정 중 안보예외를 근거로 수출통제를 하는 경우는 상당히 낮으리라 판단된다.

61) 제32.1조, Article XX of the GATT 1994 and its interpretative notes are incorporated into and made part of this Agreement, *mutatis mutandis*.

62) 제2장(NATIONAL TREATMENT AND MARKET ACCESS FOR GOODS) 제2.11조의 수입 및 수출제한(Import and export restrictions).

63) 제28장 제28.3조 일반예외(General exceptions).

64) 제28장 제28.6조 국가안보(National security).

65) 한-EU FTA의 경우, 제15장 “제도·일반 및 최종규정” 제15.9조 안보예외에서 보면, “당사자가 국제평화와 안보 유지의 목적을 위한 자신의 국제적 의무를 수행하기 위해 조치”가 나와 있다.

66) 나항의 “보다 명확히 하기 위하여 당사국이 제11장 투자 또는 제22장 제도규정 및 분쟁해결에 따라 개시된 중재절차에서 제23.2조를 원용하는 경우 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 그 예외가 적용됨을 판정한다”를 의미한다.

67) Ji Yeong Yoo and Dukgeun Ahn, “Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?” *Journal of International Economic Law*, 2016, p.439.

물론 코로나19 관련 수출 제한은 FTA 계약국을 상대로 하기보다는, 후술하겠지만 대체로 백신 생산력이 있는 선진국들(EU, 미국 등)이 FTA와 관계 없이 시행할 가능성이 더 높으며, 오히려 현재 백신의 교가 필요하다는 이유도 안보만이 아니라 여타 다른 FTA 예외에 따른 수출 통제의 가능성을 낮출 것으로 보인다.

IV. 세계적으로 필요한 대안

2021년 4월 중순 현재 인도에서는 하루 30만 명 이상의 확진자가 발생하는 등, 상황이 대단히 심각해지고 있다. 그렇지만 수출 건수마다 허가를 받도록 한 EU와는 달리 인도는 2021년 1월 이래 수 천만 도즈의 백신을 수출해왔다. 가장 최근에는 4월 22일 파라과이로 200만 도즈를 수출했다⁶⁸⁾. 물론 사태의 심각성 때문에 인도는 3월 24일부터 백신에 대해 임시 수출금지

를 실시⁶⁹⁾한 바 있고 4월 11일에는 코로나 19 치료제로 알려져 있는 렘데시비르(Remdesivir)의 수출도 일시 금지⁷⁰⁾했다.

이러한 조치는 전술했듯, WTO 불합치라 부르기 어려우며, 인도의 사정이 대단히 악화됐기 때문에 실질적으로 분쟁을 제기하는 회원국도 없을 것으로 보인다. 다만 사태가 점점 심각해지는데도 불구하고 인도가 백신을 수출하는 이유는 코백스 퍼실리티(COVAX Facility)⁷¹⁾를 통해 백신을 배포해야 할 의무가 있기 때문이다. 그러나 현재 코백스는 목표치('21년 3월 말까지 1억 도즈)를 크게 밑돌고(3,850만 도즈) 있는 형편⁷²⁾이다.

부국들이 코백스와 관련 없이 자국 정부와 제약회사들 위주로 선구매 계약을 대규모로 체결했기 때문이다. 따라서 코백스에 들어갈 예산이 그만큼 줄어들었고, 주요 백신 생산국인 인도의 코로나19 상황도 도움이 되지 못 하고 있다. 그만큼 인도 생산

68) India exported millions of vaccine doses during its own Covid emergency (2021년 4월 26일): <https://qz.com/2001534/why-did-india-export-millions-of-covid-vaccines/>.

69) Coronavirus: India temporarily halts Oxford-AstraZeneca vaccine exports (2021년 3월 24일): <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-56513371>.

70) Coronavirus digest: India bans export of remdesivir COVID-19 treatment drug (2021년 4월 11일): <https://www.dw.com/en/coronavirus-digest-india-bans-export-of-remdesivir-covid-19-treatment-drug/a-57159122>.

71) '21년 말까지 전 인구의 20%까지 백신 균등 공급 목표로 세계보건기구[WHO], 감염병혁신연합[CEPI](백신개발), 세계백신면역연합[GAVI](백신공급)을 중심으로 추진되고 있는 다국가 연합체이다.

72) The best hope for fairly distributing COVID-19 vaccines globally is at risk of failing. Here's how to save it (2021년 4월 13일): <https://theconversation.com/the-best-hope-for-fairly-distributing-covid-19-vaccines-globally-is-at-risk-of-failing-heres-how-to-save-it-158779>.

분의 수출량이 급감했기 때문이다.

즉, 각국의 정책에 따라 백신 배포가 지연될 수 있으며, 세계적으로 백신 공급이 부족하기 때문에 2020년 초 마스크와 같은 물품을 각국이 먼저 수입하려 갈등이 났던 양상이 재현될 가능성은 상당히 높다고 볼 수 있다. 백신민족주의(*vaccine nationalism*) 혹은 경제학적으로 인근공핍화(*beggar thy neighbor*) 정책의 여지가 큰 것이다. 이 장에서는 각국의 정책적 고려에 따른 코로나19 백신 부족 현상을 위한 대안을 알아본다.

첫 번째로 백신 생산국들이 해야 할 일, 두 번째로 전세계적인 백신 생산에 있어서의 장애점과 그 해결책 제안으로 이어진다.

1. 백신 생산국들이 해야 할 일

백신 생산국들은 세계는 물론 자국을 위

해서라도 공급망(*supply chain*)에 문제가 없도록 주의해야 한다. 원재료부터 최종 백신 상품과 접종을 모두 자국 내에서 해결할 수 있는 나라는 없으며, 전세계가 모두 이어져 있기 때문이다. 그러므로 최종 백신을 생산하는 나라는 백신을 원재료를 만드는 나라에게 제공하지 않을 경우, 백신 원재료를 수출하는 나라로부터 수출통제와 같은 보복을 당할 수 있다. 이런 위기 관리를 위해 수많은 백신 생산국 정부가 선구매 계약을 통해 원재료를 확보했었다. 문제는 최종 백신은 물론 원재료도 수출하지 못 하는 나라들이다.

현재 화이자나 아스트라제네카 등 유럽 회사들이 제조하고 있는 백신 재료는 대체로 미국과 중국에서 공급받고 있으며⁷³⁾, 백신 원재료 생산지/생산국이 그만큼 집중화되어 있다는 의미이다.

73) The Covid-19 Vaccine Production Club Will Value Chains Temper Nationalism? (2021년 3월), *World Bank Group*, <http://documents1.worldbank.org/curated/en/244291614991534306/pdf/The-Covid-19-Vaccine-Production-Club-Will-Value-Chains-Temper-Nationalism.pdf>.

그림 1. EU 백신 생산업체들이 주로 수입하는 원재료 수출국 지도⁷⁴⁾

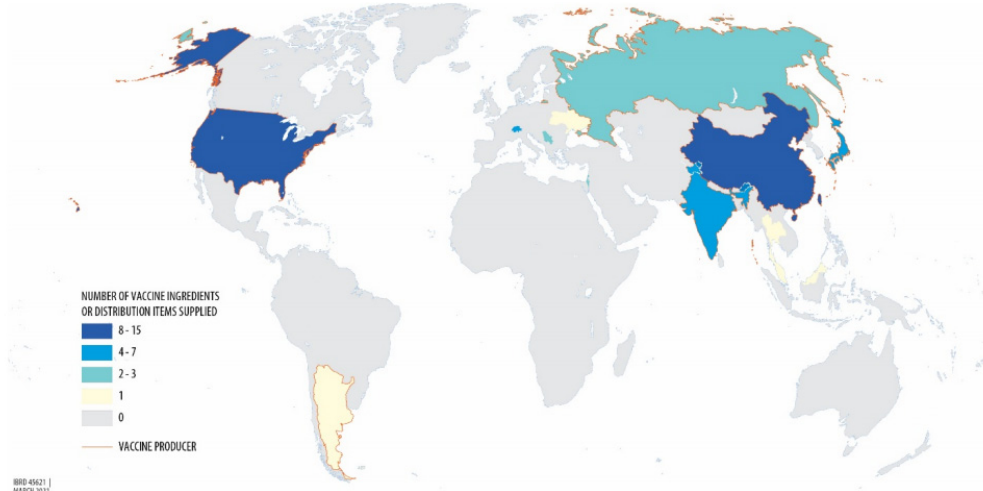
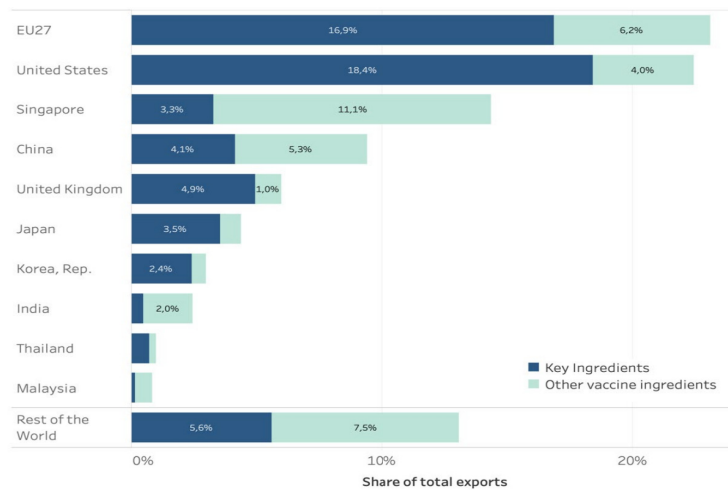


그림 2. 코로나19 백신 원재료 수출 상위 10개국⁷⁵⁾



Source: World Integrated Trade Solution (WITS) for 2017, 2018 and 2019 for the 20 products listed in Appendix Table 1.

한편으로는 백신 생산국과 원재료 제공국이 대체로 일치한다는 점도 알 수 있다. 실제로 코로나19 백신 원재료를 수출하는

상위 10개국은 EU, 미국, 싱가포르, 중국, 영국, 일본, 한국 순이다. 그러므로 백신을 생산하는 국가들이 똑같이 백신을 생산하

74) *Ibid.*, p.10.

75) *Ibid.*, p.14.

는 국가들을 상대로 수출 통제를 할 가능성은 높지 않다고 볼 수 있다. 냉전시기의 상호확증파괴(mutually assured destruction)와 비슷하다 볼 수 있겠다. 2월 말 EU(이탈리아)가 호주를 상대로 했던 임시적인 백신 수출 금지는 호주에 백신 생산 공장이 없었고, 원재료 수출도 하지 않는 국가였었기에 가능했을 것이다.

그러나 가상적으로, 특히 코로나19 백신에 대한 수출통제를 할 경우 주요 백신 수출국들이 이 상황을 이용하여 “백신 외교(vaccine diplomacy)”를 확대할 것으로 보인다.

특히 러시아와 중국이 동유럽을 대상으로 이 상황을 활용할 가능성이 높으며⁷⁶⁾, EU와 영국이 아스트라제네카를 둘러싼 논란을 벌이는 와중에 최근 헝가리 총리실은 러시아와 중국 백신이 화이자보다 더 우월하다는 발표를 하기도 했으며⁷⁷⁾ 슬로바키

아 총리는 러시아 백신을 승인하겠다고 나섰다.⁷⁸⁾ 두 백신 모두 EU 차원에서 승인을 하지 않았는데도 말이다. 중국 또한 “건강 실크로드(健康絲綢之路)”의 개념을 제시⁷⁹⁾ 하여 자국산 백신 제공에 적극적으로 나서는데, 소프트웨어를 늘리려 노력하고 있다. 한편 인도의 악화된 상황을 이유로 푸틴 대통령은 모디 인도 총리와의 통화를 통해 5월 1일부터 러시아 백신 8억 5천만 도즈의 인도 내 생산을 합의하기도 했다.⁸⁰⁾

하지만 EU가 호주에게 했던 수출 통제의 사례, 그리고 미국이 타국에 대한 백신 공여를 머뭇거리고 있는 사례 등, 보다 수출통제가 세계적으로 확대되는 경우에는 비단 백신과 그 원자재만이 아니라 다른 “필수 재화”의 보복을 불러 일으킬 수도 있으며, 에너지와 식량, 의약품의 공급망에도 피해를 끼칠 수 있다.⁸¹⁾ WTO 내에서는 코로나19 백신 관련 지재권을 유예해야

76) Vaccine diplomacy: soft power lessons from China and Russia? (2021년 4월 27일):

<https://www.bruegel.org/2021/04/vaccine-diplomacy-soft-power-lessons-from-china-and-russia/>.

77) PMO Head Says Chinese and Russian Vaccines Better than Western Ones (2021년 4월 15일),

<https://hungarytoday.hu/chinese-vaccine-hungary-gergely-gulyas-sputnik-v-government-press-conference/>.

78) New Slovak leader sticks with Russian vaccine (2021년 4월 28일),

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-04-27/wto-chief-pursues-a-hectic-agenda-to-fix-world-trade-s-referee>.

79) Mapping China's Health Silk Road | Asia Unbound (cfr.org)

<https://www.cfr.org/blog/mapping-chinas-health-silk-road>.

80) As Russia sends planes with aid for India, Putin, PM Modi discuss Sputnik V, vow to establish 2+2 dialogue (2021년 4월 29일), <https://www.indiatoday.in/india/story/russia-sends-aid-for-india-putin-pm-modi-hold-talks-1796143-2021-04-29> 및

Телефонный разговор с Федеральным канцлером Австрии Себастианом Курцем (2021년 4월 28일), *러시아 대통령궁 보도자료*, <http://kremlin.ru/events/president/news/65465>.

하느냐에 대한 논쟁이 있으며, 여기에 대해 Ngozi Okonjo-Iweala WTO 사무총장은 구체적인 입장을 내지 않은 채, “실용적(practical)” 해결책을 주문⁸²⁾하고 있을 뿐이다.

그러므로 수출통제는 가급적이면 실행시키지 않는 편이 세계를 위해서 바람직하다. 수출통제가 백신 이동을 막는 것은 물론이고, 백신 제조에 있어 전세계가 연결되어 있기 때문에 민간 부문, 즉 글로벌 가치공급망(Global Value Chain)까지 왜곡시킬 가능성이 크다. 현재로서 필요한 것은 수출통제를 가급적 하지 않기로 각국이 협력하는 한편, 수요에 대처하기 위해 백신 생산을 크게 증대시켜야 한다. 그러나 여기에 장애점이 존재한다.

2. 전세계적으로 백신을 생산하는데 있어서의 장애점 및 그 해결 제언

백신 생산 증대는 정책 지원이 반드시 필요하다. 시장 논리로만 접근하기는 힘들기 때문이다. 미국의 경우 전술한 Operation

Warp Speed와 같은 적극적이고 대규모적인 정책 및 금융지원으로 백신 개발 일정을 크게 앞당길 수 있었다.

물론 아스트라제네카와 노바백스(Novavax)의 경우 세계 각국에 라이선스를 통해 생산 시설을 확보하고 있으며, 한국에서도 SK 바이오사이언스가 아스트라제네카를 생산 중⁸³⁾이고 노바백스 또한 생산될 예정이다.⁸⁴⁾

다만 여기서의 장애점은 각국의 수출제한 혹은 그와 유사한 효과를 낼 수 있을 정책의 가능성과 함께 공급망에 자본과 원자재, 그 외 각종 지원이 정책적으로 필요하다는 사실이다. 하지만 궁극적으로는 국가들 간의 협조가 있어야 백신의 생산 및 배급이 원활해질 수 있을 것이다. 그러나 상황이 급속도로 악화된 인도는 물론 EU나 미국이 세계적인 백신 협력에 나설 것 같지는 않아 보인다.

현실적으로는 현재 목표치에 미달하고 있는 코백스를 강화하는 편이 제일 바람직하다. 선진국만이 아니고 전세계에 백신을

81) Export controls on COVID-19 vaccines: Has the EU opened Pandora's Box? (2021년 2월 11일), <https://voxeu.org/content/export-controls-covid-19-vaccines-has-eu-opened-pandora-s-box>.

82) WTO Chief Pursues a 'Hectic' Agenda to Fix World Trade's Referee - Bloomberg, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-04-27/wto-chief-pursues-a-hectic-agenda-to-fix-world-trade-s-referee>.

83) 올해 7,900만 명분 백신 확보를 위해 범정부 역량 총동원(2021년 4월 12일), 보건복지부(mohw.go.kr) 보도자료.

84) 안정적인 백신 수급을 위한 글로벌 기업 협상 가속화(2021년 4월 27일), 보건복지부(mohw.go.kr) 보도자료.

공급할 수 있는 체계가 이미 만들어져 있기 때문에 별도로 구성할 필요 없이, 코백스 공급망을 안정화할 수 있는 정책적 지원에 가입국들이 모두 협력하되 투명성이 훨씬 더 강력해져야 할 것이다.

V. 맺으며

코로나19는 세계적으로 비슷한 시기에 급속도로 퍼져 팬데믹이 되었으며, 2020년 상반기 많은 국가들이 의료 용품과 장비의 생산, 수입에 돌입했고 수출통제가 시행되었다. 그러자 2021년 이후로 백신과 관련 제품을 둘러싼 수출통제도 출현했다. EU(이탈리아)가 호주로 향하는 아스트라제네카 백신 25만 도즈의 수출을 막은 것이다. 물론 호주가 수입선을 변경함으로써 큰 사건으로 비화하지는 않았지만 이를 둘러싼 통상 분쟁이 앞으로도 생길 수 있다는 전례가 생겼으므로, 향후 또다른 팬데믹이 발생하거나 위급 상황이 생길 경우 코로나19와 관련되어 발생한 사건들은 좋은 참고 사례가 될 것이다.

한편 수출통제를 직접적으로 하기보다 국내법을 통하여 실질적인 수출통제 효과를 내는 국가(미국)도 있다. 이런 현상은 백신을 실제로 생산하는 국가들이 비교적 소수이기 때문에 발생하고 있다고 봐야 하

며, 전술했듯 기존 WTO 판례나 조항을 통해, 해당 국가들의 조치가 WTO 규정과 불합치하다고 판단내리기 힘들 가능성이 크다. 수출 제한과 관련하여 수량제한의 일반적 철폐 조항과 중대한 부족의 개념, 일반적 예외와 안보상의 예외의 전례를 볼 때, WHO에서 직접 팬데믹이라 선포까지 한 상황에서 통상규범에 맞지 않는다고 주장할 근거가 충분하지 않을 것이기 때문이다. 물론 현재의 WTO 상소기구가 작동할 멈춘 상황도 도움을 주지 않는다.

따라서 무역 분쟁이 아닌, 백신 생산의 증대만이 현재 코로나19 상황 극복의 핵심이라고 볼 때, EU나 미국과 같은 핵심 백신 생산 국가 혹은 연합체의 정책이 야기할 리스크 관리가 필요하다 하겠다. 2020년 초 마스크 등의 개인 위생장비 부족 사태는 각국의 생산능력 증대를 통해 해결이 가능했었다. 하지만 백신의 경우는 PPE의 경우처럼 갑작스러운 생산 증대가 쉽지 않다.

한편 국제정치의 시각으로 봤을 때 백신 민족주의가 가져오는 틈새를 다른 강대국들(중국과 러시아)이 활용할 것이기 때문에 미국과 EU가 지속적으로 자국우선주의를 추구하기에는 한계가 있다. 가령 유럽에 속해있기는 하지만 EU 가입국이 아닌 세르비아의 경우,⁸⁵⁾ EU와의 협력은 동화

일 뿐이라며 2021년 1월부터 중국 및 러시아산 백신⁸⁶⁾을 접종받기 시작했고, 이로 인해 인접국(특히 이탈리아)에는 백신 투여 상품까지 등장했었다. 4월 말까지 세르비아는 전인구(약 700만) 중 37% 정도가 접종받을 것으로 예상된다.

코로나19는 국제 보건상의 위기만이 아니라 각국의 보호무역주의의 본능을 건드리는 위기도 야기했다. 동시에 전세계가

얼마나 긴밀하게 연결되어 있는지, 얼마나 팬데믹과 같은 위기에 허술한지도 드러낸 것이다. 이 문제를 타개하기 위해 코백스 체제가 탄생했지만, 결국에는 또다시 생길 수 있는 다른 팬데믹을 막기 위하여 수출 통제를 막고, 세계 각국의 백신 선구매용 자금을 확보하면서 저개발국들의 부담을 줄이는 별도의 무역·투자협정이 필요할 수도 있을 것으로 본다.

85) 세르비아는 중국 일대일로에 주된 투자 대상국이기도 하다. Serbia's vaccine diplomacy: Balancing China and the West (2021년 4월 14일),

<https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/serbias-vaccine-diplomacy-balancing-china-and-west>.

86) How did Serbia become a European vaccine champion? With help from its friends (2021년 4월 29일), <https://www.thenationalnews.com/world/europe/how-did-serbia-become-a-european-vaccine-champion-with-help-from-its-friends-1.1213813>.

참 고 문 헌

언론기사

EU tightens COVID vaccine export controls (2021.3.24):

<https://www.dw.com/en/eu-tightens-covid-vaccine-export-controls/a-56975604>

Switzerland asks EU for exception to vaccine export rules (2021.4.4.), <https://www.swissinfo.ch/eng/switzerland-asks-eu-for-exception-to-vaccine-export-rules/46504060>

SII seeks govt intervention over US ban on export of vaccine raw materials (2021.3.9.), https://www.business-standard.com/article/pti-stories/serum-institute-seeks-govt-s-interventi-on-over-import-of-covid-vaccine-raw-material-from-us-121030801163_1.html

“We Are Hoarding”: Why the U.S. Still Can’t Donate COVID-19 Vaccines to Countries in Need (2021년 4월 6일): <https://www.vanityfair.com/news/2021/04/why-the-us-still-cant-donate-covid-19-vaccines-to-countries-in-need>

Virus Surge Brings Calls for Trump to Invoke Defense Production Act (2020년 7월 22일), <https://www.nytimes.com/2020/07/22/us/politics/coronavirus-defense-production-act.html>

Understanding Biden’s Invocation of the Defense Production Act (2021년 3월 4일), <https://www.lawfareblog.com/understanding-bidens-invocation-defense-production-act>

Pfizer Seals Deal With U.S. for 100 Million More Vaccine Doses, 뉴욕타임스(2020년 12월 23일), <https://www.nytimes.com/2020/12/23/us/politics/pfizer-vaccine-doses-virus.html?searchResultPosition=4>

Adar Poonawalla urges US Prez to lift ban on export of vaccine raw material (2021년 4월 17일, https://www.business-standard.com/article/current-affairs/adar-poonawalla-urges-us-prez-to-lift-ban-on-export-of-vaccine-raw-material-121041600967_1.html

India exported millions of vaccine doses during its own Covid emergency (2021년 4월 26일): <https://qz.com/2001534/why-did-india-export-millions-of-covid-vaccines/>

Coronavirus: India temporarily halts Oxford-AstraZeneca vaccine exports (2021년 3월 24일):
<https://www.bbc.com/news/world-asia-india-56513371>

Coronavirus digest: India bans export of remdesivir COVID-19 treatment drug (2021년 4월 11일): <https://www.dw.com/en/coronavirus-digest-india-bans-export-of-remdesivir-covid-19-treatment-drug/a-57159122>

The best hope for fairly distributing COVID-19 vaccines globally is at risk of failing. Here's how to save it (2021년 4월 13일): <https://theconversation.com/the-best-hope-for-fairly-distributing-covid-19-vaccines-globally-is-at-risk-of-failing-heres-how-to-save-it-158779>

PMO Head Says Chinese and Russian Vaccines Better than Western Ones (2021년 4월 15일), <https://hungarytoday.hu/chinese-vaccine-hungary-gergely-gulyas-sputnik-v-government-press-conference/>

New Slovak leader sticks with Russian vaccine (2021년 4월 28일), <https://www.politico.eu/article/slovakia-eduard-heger-prime-minister-sputnik-coronavirus-vaccine/>

As Russia sends planes with aid for India, Putin, PM Modi discuss Sputnik V, vow to establish 2+2 dialogue (2021년 4월 29일), <https://www.indiatoday.in/india/story/russia-sends-aid-for-india-putin-pm-modi-hold-talks-1796143-2021-04-29>

WTO Chief Pursues a 'Hectic' Agenda to Fix World Trade's Referee - Bloomberg,
<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-04-27/wto-chief-pursues-a-hectic-agenda-to-fix-world-trade-s-referee>

Serbia's vaccine diplomacy: Balancing China and the West (2021년 4월 14일),
<https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/serbias-vaccine-diplomacy-balancing-china-and-west>

How did Serbia become a European vaccine champion? With help from its friends (2021년 4월 29일), <https://www.thenationalnews.com/world/europe/how-did-serbia-become-a-european-vaccine-champion-with-help-from-its-friends-1.1213813>

The Tragedy of Vaccine Nationalism (2020년 9월/10월),

<https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-07-27/vaccine-nationalism-pandemic>

조약문

TFEU 제35조(수출에 대한 수량제한)

TFEU 제36조(수출입 및 물자 이동제한의 예외)

TFEU 제168조 제5항(보건 개선과 보호를 위한 인센티브 조치)

GATT 1947 제11조, 제20조, 제21조

TRIPs(무역관련 지적재산권) 협정상의 안보예외(제73조)

WTO 판례

Argentina - Import Measures (DS438)

China - Raw Materials (DS394)

Argentina - Import Measures(DS438)

Columbia - Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear
(DS461)

China - Raw Materials (DS394)

Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (DS332)

European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal
Products (DS401)

India — Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules (DS456)

European Union and its Member States — Certain Measures Relating to the Energy Sector
(DS476)

Russia - Measures Concerning Traffic in Transit (DS512)

Saudi Arabia, Kingdom of — Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights (DS567)

United States — Measures Treating Export Restraints as Subsidies (DS194)

European Union — Anti-Dumping Measures on Biodiesel from Argentina (DS473)

WTO

GATT Analytical Index (pre-1995) p593

https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art20_gatt47.pdf

WTO의 코로나19 통보 페이지,

https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/notifications_e.htm

논문

Joost Pauwelyn, “Export Restrictions in Times of Pandemic: Options and Limits under International Trade Agreements”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3579965

Erin Jiangyuan Fu and Joe McMahon, “The Global Scramble for PPE amid COVID-19: Lessons from the EU Export Restrictions and Import Facilitation Through Regulatory Cooperation on PPE”, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, Vol. 16, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3815761

Ji Yeong Yoo and Dukgeun Ahn, “Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?” Journal of International Economic Law, 2016, 19, 417-444

기타(정부기관, 연구소 보고서 등)

[EU 집행위원회]

Commission strengthens transparency and authorisation mechanism for exports of COVID-19 vaccines, EC, 2021년 3월 24일: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1352

COVID-19 Clearing House for medical equipment, EC, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/emergency-support-instrument/covid-19-clearing-house-medical-equipment_en

COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2020/402 (2020년 3월 14일),
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020R0402>

COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2020/426 (2020년 3월 19일),
https://eur-lex.europa.eu/eli/reg_impl/2020/426/oj

COMMISSION IMPLEMENTING REGULATION (EU) 2020/568 (2020년 3월 23일),
http://data.europa.eu/eli/reg_impl/2020/568/oj

[이탈리아 외교부]

Request for authorisation to export COVID-19 vaccines filed by AstraZeneca:
https://www.esteri.it/mae/en/sala_stampa/archivionotizie/comunicati/riciesta-di-autorizzazione-all-esportazione-di-vaccini-anti-covid-19-da-parte-di-astrazeneca.html

[피터슨국제경제정책연구소]

Here's how to get billions of COVID-19 vaccine doses to the world, 2021년 3월 18일,
<https://www.piie.com/blogs/trade-and-investment-policy-watch/heres-how-get-billions-covid-19-vaccine-doses-world>

[미국 연방관보]

Prioritizing and Allocating Health and Medical Resources to Respond to the Spread of COVID-19 (2020년 3월 23일),
<https://www.federalregister.gov/documents/2020/03/23/2020-06161/prioritizing-and-allocating-health-and-medical-resources-to-respond-to-the-spread-of-covid-19>

[백악관]

FACT SHEET: Biden-Harris Administration Delivers Emergency COVID-19 Assistance for India (2021년 4월 28일), <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/04/28/fact-sheet-biden-harris-administration-delivers-emergency-covid-19-assistance-for-india/>

[세계보건기구]

WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

[세계은행]

The Covid-19 Vaccine Production Club : Will Value Chains Temper Nationalism? (2021년 3월),
World Bank Group, <http://documents1.worldbank.org/curated/en/244291614991534306/pdf/The-Covid-19-Vaccine-Production-Club-Will-Value-Chains-Temper-Nationalism.pdf>

[브뤼헐 연구소]

Vaccine diplomacy: soft power lessons from China and Russia?(2021년 4월 27일).
<https://www.bruegel.org/2021/04/vaccine-diplomacy-soft-power-lessons-from-china-and-russia/>

[미국외교협회]

Mapping China's Health Silk Road | Asia Unbound (cfr.org)

<https://www.cfr.org/blog/mapping-chinas-health-silk-road>

[러시아 대통령궁]

Телефонный разговор с Федеральным канцлером Австрии Себастианом Курцем (2021년 4월 28일), <http://kremlin.ru/events/president/news/65465>

[VOX EU]

Export controls on COVID-19 vaccines: Has the EU opened Pandora's Box? (2021년 2월 11일), <https://voxeu.org/content/export-controls-covid-19-vaccines-has-eu-opened-pandora-s-box>

[보건복지부]

올해 7,900만 명분 백신 확보를 위해 범정부 역량 총동원(2021년 4월 12일), 보건복지부(mohw.go.kr) 보도자료

안정적인 백신 수급을 위한 글로벌 기업 협상 가속화(2021년 4월 27일), 보건복지부(mohw.go.kr) 보도자료

[국문초록]

코로나19 백신 관련 EU와 미국의 수출통제

EU와 미국은 2020년 초 코로나19가 본격화되면서 처음에는 마스크와 산소호흡기 등의 개인위생도구들을, 2021년에는 백신 공급에 대해 수출통제 혹은 수출통제와 효과가 동일한 국내법을 적용한다.

EU 체제는 대표적으로 두 가지 형태, 회원국에 대한 수출통제와 비회원국에 대한 수출통제에 대한 근거를 제공하고 있다. 회원국에 대한 통제는 유럽사법재판소에서 관할권을 가지며, 보통 회원국끼리의 수출통제 조치가 발생하여 갈등을 야기할 경우, EU가 나서서 회원국들 간의 협력을 도모한다.

다만 EU는 비회원국에 대한 통상정책에 대해 EU가 관할권을 갖는다. 2020년 초기 마스크와 관련하여 혼란이 있었으나 이때 EC가 나서서 EU 전체가 비-EU 국가들에게 수출통제를 하도록 조치했다.

미국의 경우는 PPE 및 백신 개발과 관련하여 트럼프 정부 시절 방위생산물법을 활용하여 수출을 막아왔다. 그 후 Operation Warp Speed를 통해 백신 개발을 가속화시키면서 미국 정부는 계속 방위생산물법을 원용하여 백신 개발에 필요한 원자재를 백신 개발에 끌어들이도록 한다. 수출이 그만큼 안 됐다는 의미다. 방위생산물법의 활용은 바이든 정부로도 이어졌으며, 2021년 상반기 들어 백신 확보가 충분해지면서, 반대로 상황이 악화된 인도에 지원을 결정하는 등, 변화가 생기고 있다.

한편 이러한 수출통제는 현재의 WTO 체제 하에서 용인될 수 있는 것으로 간주된다. 수출제한과 관련된 WTO 상의 의무인 수량제한의 일반적 철폐(제11조 제1항) 내용으로 볼 때 수출제한이 가능하며, 중대한 부족(제11조 제2항)이 있는 경우 또한 수출통제가 가능하다. 다만 해당 조치는 신속하게 공표해야 한다(제13조).

물론 일반적 예외(제20조)를 통하면 GATT 상의 의무 예외 조치로서 수출통제를 할 수 있다. 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치로서 가능하고 일반적 또는 지역적으로 공급이 부족한 상품의 획득 또는 분배에 필수적인 조치로서도

가능하다. 또한 안보상의 예외(제21조)도 이론상 근거로 작용할 수 있지만 코로나19와 관련하여 WTO에 통보된 수많은 관련 조치들 중 안보상 예외를 거론한 건수가 거의 없는 것으로 보인다.

극단적으로는 수출제한을 상쇄하기 위한 반덤핑 혹은 상계관세를 통해 수출통제 조치를 추진하는 나라를 상대로 관세를 부과시킬 수 있을 것이다. 그러나 현재의 상황에서 해당하는 상황이 발생할 가능성은 그리 높아 보이지 않는다.

다만 각국이 특히 백신 관련하여 백신민족주의, 혹은 인근공핍화 정책을 통해 수출통제를 추진하는 경우 세계의 코로나19 극복은 멀어질 수밖에 없다. 통계로 볼 때, 백신 생산국들과 백신 원재료 생산국들은 대체로 같기 때문에 더욱 자국우선주의의 압박이 심해질 수 있다. 또한 백신이 국제정치학적으로 도전하는 국가들(중국이나 러시아)에게는 하나의 기회가 될 수 있음을 염두에 두어야 한다. 따라서 가급적이면 수출통제는 실행하지 않는 편이 세계의 코로나19 극복은 물론 국제정치학의 관점에서도 바람직해 보인다.

근본적으로는 백신 생산이 크게 늘어야 하기 때문에, 전세계적인 공급망이 원활하게 돌아가도록 각국의 정책 공조가 절실하다. 현실적으로는 현재 전세계 백신 공급을 목표로 설정된 코백스를 강화하는 편이 합리적이다.

코로나19는 국제 보건상의 위기는 물론 전세계가 얼마나 긴밀하게 연결되어 있는지를 드러내는 사례이다. 전술한 코백스 체제 강화 외에 향후 또다른 팬데믹을 막기 위해서는 자금 확보 및 저개발국들을 위한 새로운 형태의 협정이 필요할 수도 있을 것이다.

주제어

WTO GATT 예외 수출통제 수출제한 코로나19 안보예외 백신 민족주의 보호무역주의

[ABSTRACT]

COVID-19 related Export restriction of the EU and the US

WI, Minbok

Exportation of PPEs (personal protective equipments) such as masks or ventilators when the COVID-19 got started in earnest in the early 2020 and vaccines in 2021 is restricted through their policies of the EU and the US. Some emerged as export restriction measures or a domestic law which has a same effect as explicit export control.

The EU offers two types of export control, within the single market and the outside of the EU. Among the member countries, the CJEU has competence on export restriction but generally the European Commission interferes or meddles the matter among members when necessary, especially at the time they become controversial.

The 27 countries, however, has a competence on exterior trade policies so when they had a chaos over masks in the early 2020, at the time the EC stepped in and made a whole member have an export restriction on PPEs counter non-members.

On the matter of PPEs and development of vaccine in the US, the Trump administration had blocked exportation using the DPA (Defense Production Act of 1950). The same government initiated Operation Warp Speed which expedited development vaccines, maintaining the DPA which attracted resources need in development, which meant export of relevant materials were seriously hampered. Using the DPA has lingered on until now after the Biden administration inaugurated. But things changed since the situation in India became very worrying, once vaccine hoarded in 2021, the government decided support of PPEs and vaccine resources to India.

Meanwhile, export restriction of PPEs or vaccine is considered valid under the WTO systems. WTO obligations in respect of export restriction includes *general prohibition on quantitative export restriction* (Art. 11) or the “*critical shortage*”. Clearly, it should be published promptly.

Naturally, WTO exceptions of Art. 20 could be used in restriction policies including measures

necessary to protect human life or health, measures “*essential*” to address “*general or local short supply*” National Security (Art. 21) can also be used theoretically but a lot of notification published on the WTO did not specify that clause as a basis.

Extremely, anti-dumping or countervailing duties to offer export restriction could be raised against countries using restrictions but it would be virtually not possible regarding the current situation.

But realistically, if a lot of countries take an export control as vaccine nationalism or beggar-thy-neighbor, conquest of COVID-19 would be difficult. Statistically, countries of vaccine manufacturing and vaccine-resource producing are largely same, ironically which could enforce nationalism in each state. Furthermore, we have to consider that challenging countries such as Russia and China find an opportunity in view of international politics. Thus, preferably such restriction policies are not advisable to be taken for not only coping with COVID-19 but also stabilizing international status quo.

Basically, however, vaccine production should be increased rapidly, so policies-coordination among countries are in need for smoothing global supply chain. Practically it is reasonable to strengthen COVAX Facility.

COVID-19 unfolded an example of international health crisis but also showed how world are deeply inter-connected. Another kind of international treaty or regime could be necessary to hold against another pandemic and securing fund for developing countries other than reinforcing COVAX Facility.

keywords

Export control restriction PPE vaccine mask WTO GATT exception DPA defense production
act nationalism COVID-19 EU EC quantitative covax security

국제중재에서의 증거 배제 사유 :

영업상/기술적 기밀성과 정치적 민감성/국가기밀성의 비교를 중심으로

변호사 임 아 영

*논문접수 : 2021. 2. 6. *심사개시 : 2021. 2. 9. *게재확정 : 2021. 2. 23.

〈 목 차 〉

I. 서론	IV. 비교 검토
II. 영업상 기밀 사유	V. 결론
III. 정치적/제도적 민감성 및 국가기밀 사유	

[I]n recent years, international arbitrations often develop into a “battle of documents.”¹⁾

I. 서론

중재판정부의 증거에 대한 판단은 사건 심리 결과에 중요한 결과를 미칠 수 있다는 점에서 국제중재 절차 내에서 문서제출 절차는 상당히 중요하다.²⁾ 상술하면, 문서

제출절차에서 각 당사자는 사건과 관련되고 결과에 중대한 영향을 미치면서 상대의 점유, 보관, 통제 하에 있는 문서 목록을 작성하여 상호 교환하고, (보통 Redfern Schedule이라고 통용되는 양식의) 문서 제출 요청 목록을 교환한 후에, 상대의 요청에 대한 답변을 작성하고, 다시 그에 대하여 재답변을 작성하여야 한다.³⁾ 중재판정부는 위 목록을 검토한 후 당사자가 제출하지 아니하고 다툼이 되고 있는 문서를 증거로서 제출할 의무가 있는지에 대한 결

1) Karl-Heinz Bockstiegel, ‘Presenting Evidence in International Arbitration’ [2001] 16(1) ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, p.7.

2) Jeffrey Commission and Rahim Moloo, Procedural Issues in International Investment Arbitration (1st edn, Oxford University Press 2018) p.113, para. 7.01.

3) 국제변호사협회(IBA) 국제중재 증거조사규칙 제3조 제3항.

정을 내린다.⁴⁾ 사건 당사자의 입장에서는 상대방으로부터 최대한 중요한 문서들을 제출 받아 서증으로서 활용하고자 함과 동시에, 반대로 자신이 점유, 보관, 통제하는 중요하고 관련된 문서들을 상대방에게 제출하지 아니할 정당한 문서제출 거부사유가 있는지를 검토하게 된다.

문서제출절차의 의의는 “공개된 기록에 있지 않은” 자료들에 대한 “합리적인” 접근 기회를 제공하는 것에 있다.⁵⁾ 즉 문서제출 거부 사유가 논의되는 문서들은 기본적으로 사건에 대한 관련성과 중요성이 인정되어 서증으로서의 가치가 인정되는 것들을 대상으로 한다. 그러나 영업상/기술적 기밀이나 정치적, 제도적 민감성과 같은 다른 가치들을 보호하기 위해 국제중재 절차에서의 문서제출 의무는 제한될 수 있다.⁶⁾ 중재판정부는 이 두 가지 예외에 해당하고 기밀을 보

호할 강력한(compelling) 필요성이 있는 경우 증거의 제출로부터 이러한 문서를 배제하여야 한다.⁷⁾

본고에서는 위 두 가지 예외가 국제상사중재와 국제투자중재 절차에서 어떻게 해석 및 적용되고 있는지에 대해 살펴보면서 각 사유가 어떻게 다른지를 중심으로 검토해보고자 한다.⁸⁾ 위 사유들은 현재 국제변호사협회의 국제중재 증거조사규칙(이하 ‘IBA 증거조사규칙’) 제9조 제2항 (e), (f)목으로 정리되어 있지만 그 전에도 다른 법리의 모습으로 존재한 적이 있다.⁹⁾ 참고로 최근 2020년 12월 17일에 2020 개정 IBA 증거조사규칙이 새로 채택되었는데, 위의 증거 배제 사유들에 관해서는 제9조 제2항 본문에 ‘전부 또는 일부(in whole or in part)’라는 문언을 추가한 것 외에 달리 바뀐 내용은 없다.¹⁰⁾

흥미로운 것은, IBA Working Party는 증거

4) Ibid., 제3조 제7항.

5) William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, 절차명령 제8호 (2009. 11. 25.), para. 1(a).

6) Richard M. Mosk and Tom Ginsburg, ‘Evidentiary Privileges in International Arbitration’ [2001] 50(2) The International and Comparative Law Quarterly, p.345.

7) 정홍식, ‘국제중재 절차 내에서 증거조사: 국제변호사협회(IBA)의 2010 증거규칙을 중심으로’ 仲裁研究, 제21권 제3호 (2011) 21-54, p.48.

8) 본고에서는 변호사-의뢰인간 특권, 변호사의 직무성과물에 대한 예외 등의 특권에 대한 내용은 다루지 않으며, 위에 제시한 두 가지 예외에 대해서만 다루기로 한다. 특권 등에 관해서는 김갑유, 양성우, ‘국제중재절차에서의 서류공개 의무와 그 예외로서 변호사-고객간 특권에 관한 연구’, 법학평론 제1권(2010. 9.) 참조.

9) Nicolas Gregoire, Evidentiary privileges in international arbitration: a comparative analysis under English, American, Swiss and French law (Geneve: Schulthess, 2016), pp. 13-16.

10) 2020년 개정 사항에 관한 자세한 내용은 IBA, Comparison of the Rules between 2010 and 2020, at: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx 참조.

조사규칙 제9조 제2항 (f)목을 처음 규칙에 삽입할 때 그 이유가 일부 정치적 기구/기관에서 제9조 제2항 (e)목의 영업상, 기술적 기밀(commercial and technical confidentiality)만으로는 자기들 기관 내부의 기밀 자료를 다루지 못한다는 우려를 표시하였다는 데 기인한다고 설명하고 있다는 점이다.¹¹⁾ 즉, 당시에 (f)목을 추가한 이유는 비상업적인 기구/기관에게도 서류의 기밀성을 주장함에 있어 대등한 위치(equal footing)를 부여하기 위함이었다는 것이다.¹²⁾ 아래에서는 각 사유들에 대해 살펴보고 이에 대한 법리의 발전 방향이 IBA working party의 규칙 개정 취지에 부합하는지 등을 검토해보고자 한다.

II. 영업상 기밀 사유

종래 증거에 관한 사항들은 절차로 성질이 결정되어 중재판정부의 재량에 따라 중재지법 또는 기타 절차적 규정이 적용 가능한 준거법으로서 적용되는 것이 원칙이다.¹³⁾ 이에 관해 다수 국제중재 규칙에서 이에 관한 중재판정부의 재량을 인정하고

있다.¹⁴⁾ 현재 실무적으로는 IBA 증거조사 규칙이 국제상사중재와 국제투자중재 전반에 걸쳐 국제중재 절차 내에서 증거를 채집하고 제출하는 방법을 규율하는 가이드라인으로서 널리 채택되고 있다.¹⁵⁾

1. 근거 규정

국제중재 내에서 영업상 또는 기술상의 기밀성을 이유로 증거에서 배제하는 내용을 담은 대표적인 근거 규정은 위에서 언급한 바와 같이 IBA 증거조사규칙 제9조 제2항 (e)목에서 찾아볼 수 있다.

ARTICLE 9

2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of the following reasons:

[...]

(e) grounds of commercial or technical confidentiality that the Arbitral Tribunal determines to be compelling

11) IBA Working Party, Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration, at http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx p.27.

12) *Ibid.*

13) Richard M Mosk and Tom Ginsburg, *supra* note 6, p.345.

14) 예를 들어, LCIA 중재규칙(2020) 제22.1조 (vi)항 및 SIAC 중재규칙(2016) 제19.2조 참조.

15) Carolyn B. Lamm, Eckhard R. Hellbeck, Michael P. Daly, Matthew N. Drossos, 'Users' Perspectives on Challenges Facing the Institutions in a Changing World: Author Notes' [2009] 24(1) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, p.28; Jeffrey Commission and Rahim Moloo, *supra* note 2, p.121, para. 7.24.

제9조

2. 중재판정부는 일방 당사자의 요청에 따라, 또는 자신의 결정에 따라, 다음에 해당하는 이유로 문서, 진술서, 구두 증언 또는 조사의 전부 또는 일부를 증거 또는 제출로부터 제외한다.

[...]

(e) 중재판정부가 보호해야 할 강력한 필요성이 있다고 판단한 영업상 또는 기술적 기밀이 관련된 경우

그 외에도 ICDR 중재규칙(International Dispute Resolution Rules and Procedures) (2014) 제21조 제5항과 같이 명시적으로 국제중재 절차 중 문서제출절차에서 영업상 또는 기술적 기밀에 대한 보호를 규율하고 있는 중재규칙도 있다(“[t]he tribunal may condition any exchange of information subject to claims of *commercial or technical confidentiality* on appropriate measures to protect such confidentiality” / “중재판정부는 영업상 또는 기술적 기밀 주장의 대상이 되는 정보의 교환에 그러한 기밀성을 보호

하기 위한 적절한 조치를 조건으로 부과할 수 있다.”)(강조는 필자). 그러나 중재규칙에서 이를 명시적으로 규율하는 예는 위 규정 외에는 찾아보기 어렵고, 대다수의 경우 중재판정부가 중재 절차 내에서 증거의 제출 요부, 증거능력 및 증거력을 결정할 수 있다는 권한을 규정하는 데에 그친다.¹⁶⁾

참고로, 국제투자중재 절차 내에서의 영업상 기밀을 이유로 하여 문서 제출을 거부할 수 있는 근거로서 검토할 수 있는 법규로서 일부 국제투자협정들을 들 수 있다. 대표적인 예로 대한민국과 미합중국 간의 자유무역협정(한-미 FTA) 제23.4조, 북미자유무역협정(NAFTA) 제2105조와 그 후속으로 체결된 미국-멕시코-캐나다 협정(USMCA) 제32.7조에서는 ‘정보의 공개’라는 표제 하에 영업상 기밀에 해당하는 정보에 대한 제출 의무의 예외를 규정한다. 다만 이러한 규정들은 피청구국/당사국 정부에서 주장할 수 있는 것처럼 규정되어 있어 투자자 측이 직접 이를 원용하여 영업상 기밀을 보호할 가능성은 낮을 것으로 판단된다.¹⁷⁾

16) 예를 들어, UNCITRAL 중재규칙(2010) 제27조 제4항 참조(“The arbitral tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered.”).

17) 예를 들어, 한-미 FTA 제11.21조 제3항(“이 절의 어떠한 규정도 피청구국이 보호정보를 공개하거나 제 23.2조(필수적 안보) 또는 제23.4조(정보 공개)에 따라 자국이 보유할 수 있는 정보를 제공하거나 접근을 허락하도록 요구하지 아니한다.” / “Nothing in this Section requires a respondent to disclose protected information or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article 23.2

한-미 FTA 제23.4조

이 협정의 어떠한 규정도 공개되면 법 집행을 저해하거나 달리 공익에 반하게 되거나 특정한 공기업 또는 민간 기업의 정당한 상업적 이익을 저해하게 될 비밀 정보를 당사국이 제공하거나 그에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것으로 해석되지 아니한다.

KORUS FTA Article 23.4

Nothing in this Agreement shall be construed to require a Party to furnish or allow access to confidential information the disclosure of which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest or which would prejudice the legitimate commercial interests of particular enterprises, public or private.

2. 인정 범위

영업상 또는 기술적 기밀성을 예외적인 증거 배제 사유로 인정하는 근거는 이러한 문서의 공개로 인해 일방 당사자가 불이익을 입을 우려가 있기 때문이다. 특히 이는

분쟁 당사자 쌍방이 같은 시장 내의 경쟁 관계에 있는 경우에 특히 두드러진다.¹⁸⁾

당사자가 영업상, 기술적 기밀을 이유로 특정 문서를 증거로부터 배제하기 위해서는 기밀성에 대한 주장만으로는 부족하다. 당사자가 ‘영업상 기밀(business secrecy)’을 주장하고 그 밖의 다른 부가 설명이 없을 경우에는 중재판정부가 증거로부터 배제하는 예외 사유를 인정하기 어렵다.¹⁹⁾ 특히 IBA 증거조사규칙이 직간접적으로 적용되는 중재절차에서는 이러한 배제 사유를 주장하는 당사자가 ‘보호해야 할 강력한 필요성’의 근거를 주장, 입증해야 한다.

이러한 예외 사유가 인정되는 문서들의 경우에는 거래처로부터 기밀성이 보호되어야 하는 민감한 영업상 또는 기술적 정보를 담고 있는 문서인지 여부가 중요하다. 실무적으로 거론되는 영업상 기밀 문서의 예로는 금액 산정 내역, 재무 기록, 세금 관련 기록, 제3자와의 비밀유지약정에 의하여 보호되는 문서 등이 있다.²⁰⁾ 기술적 기밀성이 인정되는 문서의 예로는 공식(formulas), 노하우 및 모델(models) 등이

(Essential Security) or Article 23.4 (Disclosure of Information).”)

18) Reto Marghitola, Document Production in International Arbitration, International Arbitration Law Library, Volume 33 (Kluwer Law International 2015), Chapter 5 at para. 5.11.

19) Nathan D. O'Malley, Rules of Evidence in International Arbitration: an Annotated Guide (Routledge 2012), p. 301, para. 9.84.

20) Reto Marghitola, *supra* note 18, para. 5.11.

있다.²¹⁾ 이러한 예시는 한정적인 것이 아니며, 기업들이 기밀을 유지하기 위해 심도 있게 노력을 기울이는 영업 비밀 기타 영업상 정보들이 모두 해당될 수 있다.²²⁾

위와 같은 정보가 담긴 문서의 보호 필요성에 대해서는 그 정보의 경제적 가치가 큰 경우에 그 문서를 증거에서 배제할 강력한(compelling) 필요가 있다고 보는 견해가 있다.²³⁾ 한편, 중재판정부가 판단하기에 강력한 필요성을 요구한다는 점에서 이 문언은 중재판정부에게 광범위한 재량을 부여한 것이라는 견해도 있다.²⁴⁾

III. 정치적/제도적 민감성 및 국가 기밀 사유

전통적으로 여러 국가들에서는 정부가 당사자가 된 소송에서 국가 안보, 외교 관계, 내각 문서 기타 정부 정책과 연관된 정치적으로 민감한 문서들에 대해서는 특권을 주장할 수 있도록 하고 있었는데, 이를 영국에

서는 Crown Privilege 또는 공익 면제(public interest immunity)라 하고, 미국에서는 국가 기밀 특권(States Secrets Privilege)이라고 부른다.²⁵⁾

1. 근거 규정

위에서 언급한 바와 같이, IBA 증거조사 규칙 제9조 제2항 (f)목에서는 이러한 문서들을 증거로부터 배제할 수 있도록 하는 근거 규정을 두고 있다. IBA Working Party는 비상업적인 기구/기관에게도 서류의 기밀성을 이유로 한 증거 배제 사유를 인정하여 대등한 위치(equal footing)를 부여하기 위함이라고 설명하고 있다.²⁶⁾

ARTICLE 9

2. The Arbitral Tribunal shall, at the request of a Party or on its own motion, exclude from evidence or production any Document, statement, oral testimony or inspection, in whole or in part, for any of

21) *Ibid.*

22) Nathan O'Malley, *supra* note 19, para. 9.84.

23) Reto Marghitola, *supra* note 18, para. 5.11.

24) Marieke van Hooijdonk and Yves Henrinckx, 'The Impact of the IBA Guidelines and Rules on the search for the Truth in Arbitration (21 March 2019), in Luc Demeyere (ed.), *Do arbitral awards reveal the truth?* (Wolters Kluwer 2019), 93-120, p.14.

25) Audley Sheppard, 'The Approach of Investment Treaty Tribunals to Evidentiary Privileges' [2016], 31(3) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, p. 682.

26) IBA Working Party, *supra* note 11.

the following reasons:

[...]

(f) grounds of special political or institutional sensitivity (including evidence that has been classified as a secret by a government or a public international institution) that the Arbitral Tribunal determines to be compelling

제9조

2. 중재판정부는 일방 당사자의 요청에 따라, 또는 자신의 결정에 따라, 다음에 해당하는 이유로 문서, 진술서, 구두 증언 또는 조사의 전부 또는 일부를 증거 또는 제출로부터 제외한다.

[...]

(f) 중재판정부가 보호해야 할 강력한 필요성이 있다고 판단한 특별한 정치적 또는 제도적 민감성(정부 또는 공적 국제기관에 의하여 기밀로 분류된 증거 포함)이 있는 경우

이와 관련하여 필수불가결한 안보 이익 또는 공공의 이익을 위하여, 정치적 민감

성 내지 국가 기밀을 담은 문서를 국제중재 절차에서 보호하려는 근거 규정을 국제투자협정에 직접 명시하는 추세를 찾아볼 수 있다. 대표적인 예로 한-미 FTA(제11.21조 제3항 및 제23.2조, 제23.4조), NAFTA(제2102조 및 제2105조), USMCA(제14.D.8조 제3항 및 제32.2조, 제32.7조) 등에서는 필수적 안보 이익에 해당하거나 기타 공공 이익에 해당하여 민감한 문서들의 공개에 대한 예외를 규정하고 있다.²⁷⁾

2. 인정 범위

중재판정부가 특정 문서의 정치적 또는 제도적 민감성을 판단함에 있어 독립적인 판단을 할 수 있다는 점은 널리 받아들여지고 있다.²⁸⁾ 즉 일방 당사자인 국가 또는 투자유치국의 국내법에서 민감하다고 규정한 사실은 중재 절차에서 고려될 수는 있으나 그 자체로 증거 배제를 허용하는 근거로 받아들여지지 않는 아니한다.

다만 국내법에서 핵심적인 국가 안보 기밀로 규정되어 있는 문서에 대해서는 통상 정치적 민감성이 인정되고 있다.²⁹⁾ 이 점에 주목하여 일각에서는 정치적/제도적 민

27) 그 밖에도 CAFTA-DR FTA(2004) 제10.21조 제3항, 중국-호주 FTA(2015) 제9.17조 제4항, 미국-우루과이 BIT(2005) 제18조, 제19조 등이 유사한 문언을 규정하고 있다.

28) Reto Marghitola, *supra* note 18, para. 5.11.

29) 일례로, *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada (UPS v. Canada)*, UNCITRAL, Decision of the Tribunal Relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege, 8 October 2004, para. 9.

감성 내에서도 핵심 국가 이익에 관련된 문서들과 여타의 문서들을 구분하여, 전자는 그 자체로 보호 필요성이 강력하고 별도의 이익 형량 과정이 필요하지 않은 반면, 그 외의 문서들은 강력한 보호 필요성을 입증해야 한다는 견해가 있다.³⁰⁾ 또한 이 점에서 IBA 증거조사규칙 상의 정치적 또는 제도적 민감성은 국가 기밀보다는 범위가 넓은 것으로 해석되고 있다.³¹⁾

국제투자협정중재에서는 피청구국이 문서제출절차에서 자국법에 따른 기밀 정보 내지 정치적, 제도적 민감성을 이유로 들어 문서제출의무가 없다는 중재판정부의 결정을 받고자 노력하는 경우를 종종 볼 수 있다.³²⁾ 그러나 국내법은 그 자체로 정치적, 제도적 민감성의 지표나 근거가 되기 어렵다.³³⁾ *Biwater Gauff v. Tanzania* 사건에서는 피청구국 탄자니아 정부가 탄자니아 헌법 제54조 제4항(대통령이 내각으로부터 받았거나 받을 수 있는 조언과 관련된 정보의 누설의 금지) 및 1967년 증거법 제132조(영국법상 “Crown Privilege”

를 성문화한 것으로 평가됨)를 근거로 하여 문서제출요청 대상이 된 문서들 중 일부에 대한 제출을 다투었는데, 중재판정부는 피청구국으로 하여금 자국 국내법을 근거로 문서제출의무를 배제할 수 있게 한다면 이는 (i) (조약법에 관한 비엔나 협약 제27조에 규정된) 국내법을 근거로 국제법상의 의무를 불이행할 수 있게 하는 결과를 낳으며, (ii) 국제중재 절차상 당사자 간의 불균형이 발생하게 되고, (iii) 탄자니아 헌법상의 “법원(any court)”에는 ICSID 협약에 따라 구성된 중재판정부가 해당되지 않는다고 판단했다.³⁴⁾ 결론적으로 중재판정부는 피청구국이 원용한 탄자니아 헌법 및 국내법을 적용하지 않고, IBA 제9조 제2항(f)목을 적용하여 문서 제출 요부를 판단하였다.³⁵⁾

실무적으로 중재판정부가 피청구국의 정치적 또는 제도적 민감성 주장을 받아들이지 않은 예로는, 공개적으로 접근 가능한 문서 내지 의견서의 초안,³⁶⁾ 국제 조약 초안에 관하여 당사국들 간에 회람된 연

30) Christina L. Beharry, ‘Objections to Request for Documents in International Arbitration: Emerging Practices from NAFTA Chapter 11’ [2012] 27(1) ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, p. 57.

31) Reto Marghitola, *supra note* 18, para. 5.11.

32) Christoph H. Schreuer and others, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press 2009), p.658.

33) 추가로 *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, UNCITRAL, 절차명령 제12호(2014. 11. 14.) para. 4.6. 참조.

34) *Biwater Gauff v. Tanzania*, ICSID Case NO. ARB/05/22, 절차명령 제2호(2006. 5. 24.), p.8.

35) *Ibid.*, p.9.

락, 해석, 입장 표명, 의견을 담은 문서들,³⁷⁾ 다른 경로를 통해 공개적으로 접근 가능하게끔 할 수 있는 문서들,³⁸⁾ 작성 시로부터 상당한 기간(5년 이상)이 지나서 공개해도 큰 피해가 없다고 판단되는 문서들이³⁹⁾ 있다.

다만 마지막 예시인 ‘문서 작성 시로부터 상당한 기간이 경과되었다는 사실’에 관해서는, 이를 민감성 유무 판단 시 고려 요소라고 본 중재판정(*UPS v. Canada, Pope & Talbot v. Canada*)들이 있는가 하면,⁴⁰⁾ 반대로 시간의 경과를 국가 안보 우려를 치유할 수 있는 사유가 되지 않는다며 고려 요소로 인정하지 않은 중재판정(*Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*)도 있어 주의를 요한다.⁴¹⁾

IV. 비교 검토

1. 공통점

IBA 증거조사규칙 상의 영업상/기술적 기밀과 정치적/제도적 민감성의 공통점은, “중재판정부가 보호해야 할 강력한 필요성이 있다고 판단”하는 것이 전제되어야 한다는 점이다. 이로부터 도출되는 구체적인 공통점은, 첫째 비공개 보호 필요성에 대한 중재판정부의 재량이 인정된다는 것과 둘째 다른 (변호사-의뢰인간 특권, 변호사의 직무성과물로 인한 특권 등) 소위 절대적인 성격의 특권과 달리 위의 예외 사유들은 비공개 보호 필요성이 공개 필요성에 비하여 강력할 것이 요구되는 등 비교 형량을 거쳐 결정되는 상대적인 성격을 지닌다는 점이다.⁴²⁾

셋째, 제3자의 이익이 고려될 수 있다는 점에서도 위 두 예외 사유는 공통점을 갖는다. 영업상/기술적 기밀 사유의 경우 제3

36) *Vito G Gallo v. Canada*, UNCITRAL, 절차명령 제3호(2009. 4. 8.), para. 57

37) *Canfor Corp v. United States of America*, UNCITRAL, 절차명령 제5호(2004. 5. 28.), para. 22.

38) *Merrill & Ring Forestry v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Decision on Production of Documents in Respect of Which Cabinet Privilege Has Been Invoked (2008. 9. 3.), para. 24.

39) *UPS v. Canada*, *supra* note 29, para. 9.

40) *UPS v. Canada*, *supra* note 29, para. 12; *Pope & Talbot v Canada*, UNCITRAL, Decision by the Tribunal (2000. 9. 6.), para. 1.4.

41) *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, ICSID Case No. ARB/16/16, 절차명령 제4호(2018. 11. 3.), para. 44.

42) *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, 절차명령 제13호 (2012. 7. 11.), para. 22.

자에 대한 의무(기밀유지의무 등)은 고려되는 것이 일반적이며,⁴³⁾ 정치적/제도적 민감성의 경우에도 *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada* 사건에서 제3자의 비밀 정보가 포함된 문서들에 관하여 중재판정부가 특별한 경우를 제외하고는 제3자의 합리적인 기대는 보호 받아야 한다는 취지의 판단을 내린 바 있다.⁴⁴⁾

2. 차이점

영업상/기술적 기밀과 정치적/제도적 민감성의 가장 큰 차이점은, 후자의 경우 오직 국가만이 주장, 입증할 수 있다는 데에 있다. *Philip Morris v. Australia* 사건에서 중재판정부가 IBA 증거조사규칙 제9조 제2항 (b)목(법적·윤리적 규정에 따른 법률적 장애·특권)과 (f)목을 대조하면서 사기업과 국가 사이의 분쟁에 있어서 (b)목의 경우 당사자 쌍방이 원용할 수 있지만 (f)목의 경우 일방 당사자(국가)만이 원용할 수 있기 때문에 (f)목을 적용함에 있어 일방 당사자를 불리하게 하는 방식으로 해석·적용하면 안 된다고 지적한 것도 이에 기인한

다.⁴⁵⁾ 이러한 지적은 (e)목과 (f)목의 대조에서도 유효하다.

다시 말해 두 가지 증거 배제 사유의 가장 근본적인 차이점은 당사자 쌍방이 모두 원용할 수 있는지 여부에 있고, 이는 국제 중재 절차에서의 당사자를 동등하게 대우해야 한다는 대원칙과 연관된다.⁴⁶⁾ 이는 *Biwater Gauff v. Tanzania* 사건에서 중재판정부가 피청구국 정부가 국내법에 지정한 정치적 민감성을 그대로 받아들일 경우 중재절차에서 당사자 간 불균형이 생긴다고 지적한 것과 일맥상통한다.⁴⁷⁾

이로 인해 파생되는 또 다른 차이점은 중재판정부가 구체적인 사건에서 국가인 일방 당사자가 정치적, 제도적 민감성 내지 국가 기밀을 사유로 특정 문서가 증거로부터 배제되어야 한다고 주장할 경우에 그 국가가 형량을 제대로 하였는지(또는 신의성실의 원칙에 위반되는 주장을 하는지)에 대한 심사를 한다는 점이다.⁴⁸⁾ 이를 **Balancing test**라고도 하는데, 예를 들어 만일 국가가 정치적, 제도적 민감성을 주장함에 있어 일관성이 없거나 선별적으로 문

43) Nathan O'Malley, *supra* note 19, p. 302, para. 9.86.

44) *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, *supra* note 41, para. 50.

45) *Philip Morris Asia Limited v. Australia*, *supra* note 33, para. 4.6.

46) Jeffrey Commission and Rahim Moloo, *supra* note 2, p. 125, para. 7.34.

47) *Biwater Gauff v. Tanzania*, *supra* note 34, p.8.

48) *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, *supra* note 41, para. 38.

서를 골라 증거로부터 배제될 것을 주장한 다면—국가 기밀을 근거로 증거 배제를 주장하면서 동일하게 국가 기밀로 지정된 다른 문서를 서면에서 인용하는 경우 등—중재판정부는 이러한 주장을 기각할 가능성이 높다.⁴⁹⁾

영업상/기술적 기밀	정치/제도적 민감성
중재판정부의 재량	
강력한(Compelling) 보호 필요성	
제3자 이익의 고려	
국가사인 원용 可	국가 원용 可
-	국가의 형량 판단 (Balancing Test)

최근 *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada* 사건에서 위와 같은 심사가 어떻게 이루어지는지를 살펴볼 수 있다. 이 사건은 캐나다-이집트 BIT(1996)에 근거하여 이집트 투자자가 캐나다 통신 기업에 투자하였는데 캐나다 정부가 통신 산업에서 공정한 경쟁이 가능한 규제 환경을 구축하지 못했다는 이유로 ICSID에 회부된 중재 사건이다. 동 사건의 문서제출절차에서 캐나다 정부는 제출 요청을 받은 문서들 중 일부에 대해서는 국가 안보를 이유로 제출 의무를 다투었다. 캐나다 정부는 우선 국가 안보를 이유로 삼은 정보를 선별한 과

정을 설명하고 “신의성실에 입각하여 상당한 주의(due diligence)를 다하였다”는 점과 “가능한 한 최대한 많은 정보를 공개하기 위해 노력하였다는 점”을 호소하였다.⁵⁰⁾

또한 (i)자국 안보에 대한 우려와 청구인의 문서 공개에 대한 이익을 형량하였을 때 후자는 순수한 경제적 이익으로서 인권 등에 비해 본질적으로 중요성이 떨어지고, (ii)문제된 문서들을 공개한다고 하여 청구인의 본 중재에서의 입장이 유리해진다고 보기 어려우며, (iii)국가 안보를 이유로 삼은 문서의 범위가 제한적이기 때문에 청구인의 공정한 재판을 받을 권리에 침해됨이 없고, (iv)현재까지 이와 관련하여 피청구국이 문서 중 민감한 부분을 삭제(redact)하고 제공한 것 이상의 내용을 공개할 경우 문서의 내용에 대한 추측이 가능해져서 국가 안보에 위협이 된다는 점을 강조했다.⁵¹⁾

이에 중재판정부는 피청구국 정부가 선별적으로 증거를 배제하려고 하는 등의 신의성실에 반하는 행동을 한 근거를 찾아볼 수 없으며, 특히 정부가 문서제출 요청에 상응하는 문서를 235건이나 제출했다는 점에 주목했다. 그 중 피청구국 정부가

49) Nathan O'Malley, *supra* note 19, p.310, para. 9.100.

50) *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*, *supra* note 41, para. 25.

51) *Ibid.*, para. 26.

128건을 일부 삭제하여 제공하고 그 중 27건에 대해서만 국가 안보를 주장하고 있으며, 각 정보에 대해 왜 국가 안보에 저해되는지를 자세히 설명하고 있다는 점도 고려했다.⁵²⁾ 반면 문서 작성 시로부터 상당한 기간이 도과되었다는 주장에는 근거가 없다며 이를 고려 요소로 받아들이지 않았다.⁵³⁾

여기에서 실무적으로 주목할 것은 중재판정부에서 정치적, 제도적 민감성 유무를 판단함에 있어 피청구국 정부가 상당한 주의(due diligence)를 다하였는지를 중점적으로 고려한다는 데에 있다. 즉 영업상, 기술적 기밀 여부가 비밀유지약정의 유무 또는 그 기밀이 유출되었을 때의 경제적 변화에 집중하는데 반해, 정치적, 제도적 민감성은 그 정보 자체의 성질뿐만 아니라 정부가 이를 선정할 때 어떤 기준으로 어떻게 선별하였는지, 다른 자료들을 얼마나 제공하였는지, 민감한 내용만을 일부 삭제하고 다른 내용은 제공하였는지, 공개 시 어떤 이익이 어떻게 침해되는지를 최대한 자세하게 설명할 것을 요구한다는 점이다.

V. 결 론

앞서 살펴본 영업상, 기술적 기밀과 정치적, 제도적 민감성은 두 가지 측면에서 국제중재 절차 내에서 동등함/대등함을 이루고자 하는 노력과 결부되어 있다. 첫째는 최초에 IBA Working Party에서 IBA 증거조사규칙에 정치적, 제도적 민감성을 명문화하고자 한 취지는 비상업적인 국제기구·기관들이 이를 활용하여 기업 등의 기밀 주장과 대등한 발판을 마련해주기 위함이었다. 둘째는 IBA 증거조사규칙이 적용되는 국제중재 사건에 국가 정부 또는 공공기관 등이 당사자로 등장하면서, 이러한 경우에 정치적, 제도적 민감성을 일방 당사자만 원용할 수 있다는 점과 이를 원용하는 국가·공공기관의 주장을 액면 그대로 받아들일 경우 자기 판단으로(self-judging) 불리한 증거를 배제하게 해 주는 근거로 오남용될 우려가 있다는 점이 지적되었다.

초기에 IBA Working Party에서 고민하던 맥락과는 사뭇 다른 국면에서 당사자를 동등하게 대우해야 한다는 원칙이 등장하는 것은 흥미롭다고 할 수 있다. 또한 정치적, 제도적 민감성 판단에 있어서 피청구국 정부가 제대로 형량을 하였는지를 심사하는 Balancing Test 과정은 현실적으로 타당한

52) *Ibid.*, paras. 38, 43.

53) *Ibid.*, para. 44.

방향이지만 자칫 잘못 적용될 경우에 중재 절차 내에서의 피청구국의 행태에 관한 판단에 그칠 수도 있다는 점에서 실제 사건

에서는 여전히 다양한 논의의 가능성이 남아 있는 지점이라고 할 것이다.

참 고 문 헌

국내문헌 - 논문

정홍식, '국제중재 절차 내에서 증거조사: 국제변호사협회(IBA)의 2010 증거규칙을 중심으로' 仲裁研究, 제21권 제3호 (2011) 21-54면.

외국문헌 - 단행본

COMMISSION, Jeffery and MOLOO, Rahim. *Procedural Issues in International Investment Arbitration* (1st edn, Oxford University Press 2018).

GREGOIRE, Nicolas. *Evidentiary privileges in international arbitration: a comparative analysis under English, American, Swiss and French law*. (Genève: Schulthess, 2016)

KHODYKIN, Roman and MULCAHY, Carol. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (1st edn, Oxford University Press 2019)

MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 33 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015)

O'MALLEY Nathan D., *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide* (Routledge 2012)

SCHREUER, Christoph H. MALINTOPPI, Loretta. REINISCH, August. SINCLAIR, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press 2009)

외국문헌 - 논문

BEHARRY, Christina L. 'Objections to Requests for Documents in International Arbitration: Emerging Practices from NAFTA Chapter 11' [2012] 27(1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz 'Presenting Evidence in International Arbitration' [2001] 16(1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*

LAMM, Carolyn B. HELLBECK, Eckhard R. DALY, Michael P. DROSSOS, Matthew N. 'Users' Perspectives on Challenges Facing the Institutions in a Changing World: Author Notes' [2009] 24(1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*

LEW, Julian D M. Document Production and Legal Privilege in International Commercial Arbitration. in, *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (Oxford Scholarship Online 2016)

MOSK, Richard M and GINSBURG, Tom. 'Evidentiary Privileges in International Arbitration' [2001] 50(2) *The International and Comparative Law Quarterly*

POLASEK, Martina. 'Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/05/22) Introductory Note to Three Procedural Orders' [2007] 22(1) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*

SHEPPARD, Audley. 'The Approach of Investment Treaty Tribunals to Evidentiary Privileges' [2016] 31(3) *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*

VAN HOOIJDONK, Marieke and HERINCKX, Yves, The Impact of the IBA Guidelines and Rules on the Search for the Truth in Arbitration (March 21, 2019). Luc Demeyere (ed.), Do arbitral awards reveal the truth? (Wolters Kluwer 2019), pp. 93~120; ISBN 978-94-03-00767-0, at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3362748> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3362748>

판결례

Biwater v. Tanzania Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 2 (24 May 2006).

Canfor Corp v United States of America, UNCITRAL, Procedural Order No. 5 (28 May 2004).

Elliott Associates L.P. v. Republic of Korea, PCA Case No. 2018-51, Procedural Order No. 16 (7 August 2020).

Glamis Gold Ltd v United States of America, UNCITRAL, Decision on Request for Production of Documents and Challenges to Assertions of Privilege (21 April 2006).

Global Telecom Holding S.A.E. v Canada, ICSID Case No. ARB.16/16, Procedural Order No 4 Decision on the Claimant's Objections to the Respondent's Claims of Privilege (3 November 2018).

Merrill & Ring Forestry v Canada, ICSID Case No. UNCT/07/1, Decision on Production of Documents in Respect of Which Cabinet Privilege Has Been Invoked (3 September 2008).

Philip Morris Asia Limited v Australia, UNCITRAL, Procedural Order 12 Regarding the Parties' Privilege Claims (14 November 2014).

Pope & Talbot, Inc. v. Canada, Decision on Cabinet Confidence (6 September 2000).

United Parcel Service of America, Inc v Government of Canada, UNCITRAL, Decision of the Tribunal Relating to Canada's Claim of Cabinet Privilege (8 October 2004).

Vito G Gallo v Government of Canada, UNCITRAL, Procedural Order No 3 (8 April 2009).

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc v Government of Canada, UNCITRAL, Procedural Order No 8 (25 November 2009)

William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc v Government of Canada, UNCITRAL, Procedural Order No 13 (11 July 2012).

Jardine Lloyd Thompson Canada v Western Oil Sands Inc [2005] AJ No. 943 (19 July 2005) (Alberta Court of Queen's Bench Judicial District of Calgary)

국제협정

Free Trade Agreement between Central America, the Dominican Republic and the United States of America (signed 5 August 2004, entered into force 1 January 2009) ('CAFTA-DR') art. 10.21.3

Free Trade Agreement between the Government of Australia and the Government of the People's Republic of China (signed 17 June 2015, entered into force 20 December 2015) art. 9.17.4

Free Trade Agreement between the United States and the Republic of Korea (signed 30 June 2007, entered into force 15 March 2012, amended as of 1 January 2019) ('KORUS FTA') art. 11.21.3

North American Free Trade Agreement (signed 17 December 1992, entered into force 1 January 1994) ('NAFTA') arts 2102, 2105

Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (signed 4 November 2005, entered into force 31 October 2006) ('US-Uruguay BIT') art 18

United States-Mexico-Canada Agreement (signed 30 November 2018 and 10 December 2019, entered into force on July 1, 2020) ('USMCA') arts 14.D.8, 32.2, and 32.7

[국문초록]

**국제중재에서의 증거 배제 사유 :
영업상/기술적 기밀성과 정치적 민감성/국가기밀성의 비교를 중심으로**

국제중재에서의 문서제출절차의 목적은 분쟁 당사자들에게 공개된 기록 외의 관련되고 중요한 문서들을 입수할 합리적인 기회를 제공하기 위한 것이다. 그러나 이에 따른 문서제출의무는 절대적인 것은 아니다. 제출 요청된 문서 중에는 그 관련성 및 중요성에도 불구하고 증거로서의 가치보다 더 중요한 가치를 보호하기 위해 증거능력이 배제되기도 한다.

본 논문에서는 국제중재절차에서 위와 같은 예외 사유에 해당하는 상업적 기밀성과 정치적 민감성/국가 기밀성을 비교하여 분석하고자 한다. 두 가지 사유 모두 IBA 증거규칙에 확립되어 있지만 IBA 증거규칙이 도입되기 이전에도 다양한 형식으로 존재하여 적용된 바 있다. 두 가지 사유는 증거능력을 배제하는 사유라는 공통점을 갖고 있으나, 각기 다른 가치를 보호하기 위해 도입되었다는 차이를 가진다.

주제어

국제중재, 국제상사중재, 국제투자협정중재, 국제투자중재, 증거조사, 문서제출요청, IBA 증거규칙, 증거거부특권, 기밀성, 정치적 민감성

[ABSTRACT]

Documents Excluded from Evidence:
Comparing the Grounds for Commercial Confidentiality and Political
Sensitivity/State Secrecy

The purpose of document production in international arbitration is to provide the disputing parties with a reasonable opportunity to obtain relevant and material documents beyond those on the public record. However, the obligation to produce documents is not absolute. Some documents, despite their relevance and materiality, may be excluded from evidence to protect certain interests that outweigh the probative value of the evidence.

This article will provide a comparison between the grounds of commercial confidentiality and political sensitivity/state secrecy in international arbitration proceedings. Both grounds are now well-established in the IBA Rules but had existed before the IBA Rules in various forms. They share similarities as grounds to exclude a document from being admissible as evidence, but also seeks to protect different interests.

Keywords

International arbitration, International commercial arbitration, Investment Treaty Arbitration, International investment arbitration, Document Production, Request to produce documents, IBA Rules on the Taking of Evidence, Grounds to exclude from evidence, Commercial confidentiality, Political Sensitivity

WTO 제12차 각료회의를 앞두고 :

현황과 전망

주제네바 대표부 참사관 안 홍 상

I. 머리말

이제 갓 26살을 넘긴 WTO¹⁾에게 2020년은 가장 큰 격변의 시기였다고 해도 무방할 것이다. 그간 다자무역체제를 주도하는 주체이자 규범제정 기관의 역할을 하던 WTO는 미국의 홀대/반대와 회원국들의 합의 부재 속에 WTO의 존재 가치에 대한 회의론과 21세기의 경제·무역 현실을 반영하지 못한다는 비판에 시달리고 있었다. 그 와중에 WTO의 수장이었던 아제베도(Roberto Azevedo, 브라질) 사무총장은 2020년 5월 갑작스레 사임을 표명하였고, 2017년 이래 미국의 반대로 신규 위원을 위촉하지 못하고 있던 WTO 상소기구는 11월말 홍자오(Hong Zhao, 중국) 위원의 임기 만료로 공식적으로 문을 닫게 되었다. 설상가상으로 코로나 판데믹으로 인해 WTO의 공식 업무가 화상회의로 대체되면서 한동안 수산보조금·농업 등 주요 협상

이 지연되었고, WTO 개혁의 신호탄이 될 것으로 예상하였던 제12차 각료회의(MC-12; 12th Ministerial Conference)마저 2021년으로 연기되면서 협상 모멘텀까지 상실하고 말았다. 이와 함께 성대하게 치뤄질 예정이었던 WTO 설립 25주년 행사(Silver Jubilee) 또한 간소하게 화상행사로 대체되었다.

이처럼 큰 홍역을 치른 WTO가 예전의 활기를 되찾기 위해 노력하고 있다. 2021년 3월 새로 선출된 응고지 사무총장(Ngozi Okonjo-Iweala, 나이지리아)은 취임 일성으로 WTO가 다시금 세간의 주목을 받는 의미있는 조직으로 거듭나기 위해 코로나 대응 등 세계적인 문제에 기여할 수 있어야 하고, 다자무역체제에 대한 신뢰 제고를 위해 MC-12의 성공이 매우 중요함을 역설하였다. 이에 응고지 사무총장은 지난 4월 중순 코로나 대응을 위해 백신

1) WTO는 1995년 1월 1일 설립.

생산업체·주요 국제기구·시민단체 등이 참여하는 회의를 개최하여 WTO의 기여방안에 대해 논의하는 한편, 4명의 사무차장을 교체하고 비서실도 재편하는 등 본격적인 행보를 위해 사무국 조직을 정비하고 있다. 미국도 과거 정권과는 다르게 다자 무역체제에 협조적인 모습을 보이고 있으며 WTO 회원국들도 MC-12의 성공적 개최를 위해 다자·복수국간 협상을 가속화하고 있는 등 올해 연말(11.30. ~ 12. 3., 제네바)로 예정된 MC-12에 대한 기대가 높아지고 있는 상황이다.

II. 주요 논의동향

모두 MC-12가 성공적으로 개최되어야 한다는 점에 대해서는 동의하는 바이나, 어떤 성과를 거둘 것인지에 대해서는 각기 견해가 다르다. 하지만 회원국들은 대체로 다자협상 중 수산보조금과 농업, WTO의 적실성 제고를 위한 코로나 대응(무역과 보건), WTO의 체제적 문제 중 분쟁해결체제 정상화(상소기구 기능 복원), 그리고 다소 논란이 있지만 복수국간 협상(공동성명이니셔티브; Joint Statement Initiatives (JSIs)) 중 일부분에 대한 성과가 필요하다는 점에 대해서는 공감하는 바이다.

또한, 현재 코로나 판데믹으로 인해 MC-12의 개최방식이 불확실²⁾하여 화상회의로 치러질 경우 협상이 제한되고, 과거 각료회의의 실패를 피하기 위해 사전에 대부분의 사항에 대해 합의를 하고 각료회의 시 실제 협상을 하기보다 합의된 결과에 대해 서명만 하는 방식도 논의되고 있으나, 이는 협상 추이를 지켜볼 필요가 있어 보인다.

1. 수산보조금

수산보조금 협상은 WTO 도하라운드 맨데이트에 따라 협상이 진행되다가 협상 모멘텀 상실로 2011년 협상이 중단되었으며, 2015년 UN 총회에서 채택된 지속가능개발의제(SDG) 제14.6조에 의거하여 2020년까지 타결이 예정되었던 분야이다. 협상 기한을 넘긴 만큼 회원국들은 금년 말까지 수산보조금 협상의 타결을 고대하고 있으나, 20년 이상 논의가 지속되어 온 만큼 여전히 국가들간 대립도 첨예한 상황이다.

협상 의장(Santiago Wills 주제네바콜롬비아대표부 대사)은 그간 논의 결과를 토대로 작년 하반기 2차례의 수정 통합협정문을 회람하였으며, 최근 5월 중순 회원국들의 합의 도출을 도모하기 위한 수정문안

2) 코로나 상황 및 당시 스위스 방역 당국의 입장에 따라 △전체 대면, △전체 화상(virtual), △하이브리드(일부 대면, 일부 화상) 방식이 검토 중.

을 회람하였다. 그리고 동 협정문에 대한 협상을 토대로 7월 중순 수산보조금에 대한 장관회의를 개최하여 합의를 모색할 계획이다.

수산보조금에 대해서는 각국이 처한 상황 및 해당국의 역량에 따라 입장이 갈리며, △과잉어획/과잉능력에 기여하는 보조금을 금지하는 방식 및 예외, △IUU (Illegal, Unreported and Unregulated; 불법, 비보고, 비규제) 어획에 대한 판정주체와 절차, △개도국 특혜(S&DT; Special & Differential Treatment)를 어떻게 부여할 것인지가 주요 쟁점이라고 할 수 있다.

2. 농업

농업 협상도 수산보조금과 마찬가지로 20여년에 걸쳐 논의가 지속된 분야로서, 세부 협상 분야별로 회원국들의 견해차가 드러난다. 수산보조금 협상과 달리 하나의 통합협정문이 존재하는 것은 아니고 7개 협상 분야별³⁾로 실무그룹을 활용하여 논의를 진전시키고 있으며, MC-12 계기 성과가 필요하다는 공감대는 있으나 국가마다 성과로 생각하는 분야가 다소 다른 상황이다.

최근 논의를 바탕으로 △무역왜곡을 유

발하는 국내보조 감축에 대한 진전된 방안, △식량안보 목적 공공비축에 대한 영구적 해법 마련, △개도국의 식량안보 우려를 해소하면서 세계식량계획(WFP; World Food Program)이 인도적 목적으로 구매하는 식량에 대한 수출제한 배제, △수출제한에 관한 투명성 제고 등이 유망한 성과로 거론되고 있는 바, 협상 의장(Gloria Abraham Peralta, 주제네바코스타리카대표부 대사)은 여름휴가 전까지 성과 패키지에 대한 1차 초안을 작성하여 회람할 계획이다.

일각에서는 욕심을 내기보다 견해차가 심하지 않은 투명성 개선 등의 분야를 급변 각료회의의 목표로 삼자는 주장도 하고 있으나, 일부 국가들은 농업 관련 반드시 주요 성과가 있어야 한다는 입장을 강하게 표출하여 최종 합의 결과에 대한 귀추가 주목된다.

3. 코로나 대응(무역과 보건; Trade & Health)

코로나 팬데믹 대응과 관련하여 WTO가 기여할 수 있는 부분을 모색하지는 분야로, 세계적인 문제에 적실성있게 대응하여 WTO의 위상을 제고하면서 실제 문제 해결을 도모하자는 취지이다. 무역과 보건은

3) ①국내보조, ②시장접근, ③수출경쟁, ④수출제한, ⑤면화, ⑥식량안보 목적 공공비축(PSH), ⑦개도국 특별 긴급관세(SSM).

현재 국가별 입장 등에 따라 크게 3가지 방안이 제시된 상태이다.

우선 첫 번째는 오타와그룹⁴⁾이 주장하는 ‘무역과 보건 이니셔티브’로서, 필수 의약품의 원활한 이동을 위해 수출규제를 제한하고 원활한 공급망 확보를 위해 무역원활화 조치를 공유하며 투명성을 제고하는 것이다. 5월 중순까지 총 51개국이 동 이니셔티브에 동참을 선언한 상황이다.

두 번째는 인도·남아공을 필두로 60여 개도국들이 제기하는 TRIPs 협정에 대한 일부 면제이다. 이는 과거 에이즈와 조류독감 백신 확보에 어려움을 겪은 아프리카 등 개도국들이, 일부 선진국의 코로나 백신 독점으로 인해 개도국이 백신을 실질적으로 확보하기 위해서는 백신 특허 관련 내용 등을 일부 면제(waiver)하여 개도국이 직접 생산하는 방법밖에 없다는 것이다. 이에 선진국들은 현재 TRIPs 협정내 유연성 조항인 강제실시권과 같은 기존 체제로도 충분히 동일한 효과를 누릴 수 있다고 주장하나, 개도국들은 강제실시권 이행을 위한 국내입법도 녹록치 않은 상황이라고 반박하고 있는 등 견해차를 보이고 있다. 최근 미국이 TRIPs 협정 일부 면제에 대해 함께 합의할 수 있는 문안을 만들어보자는

협상에 동의하고 나서면서 이에 동조하는 국가들이 나타나는 등 예전과는 다른 분위기가 감지되며, 이를 제안한 개도국들은 5월 하순경 기존 제안서를 일부 수정하겠다는 입장을 표명한 상태이다.

마지막으로는 사무총장이 주장하는 ‘제3의 길’, 즉 백신 개발·생산업체와 개도국의 제약업체간 자발적 라이선싱 등을 통해 개도국에서의 백신 생산을 늘려 백신 수급 불균형을 해결하자는 논리이다. TRIPs 협정 일부 면제만으로는 개도국의 기술적·인적 역량상 단기적인 해결책으로 보기 어려우며, 민간간 협업을 통해 개도국의 유통 시설을 활용하자는 실용적인 접근법이다. 이를 위해 서두에서 언급한 바와 같이 4월 중순 백신 생산업체·주요 국제기구·시민단체 등이 함께 모여 백신 수급에 있어 문제점 및 해결방안이 무엇이며, 이를 위해 WTO가 어떻게 기여할 수 있는지 등을 논의한 바 있다.

현재 어느 하나로 의견이 기울기보다 상기 3가지 방안을 모두 포함하여 무역과 보건에 대한 종합 패키지를 작성하려는 시도 등이 논의 중이며, 이에 대한 구체적인 문안 등도 조만간 공개될 것으로 보인다.

4) 중견회원국간 WTO 개혁 관련 논의를 위해 2018년 8월 발족한 소그룹으로, 우리나라를 포함하여 총 14개 회원국으로 구성(조정국 : 캐나다).

4. WTO 개혁

WTO에 대한 개혁은 WTO의 주요 3대 기능 모두에 걸쳐서 논의되는데, ①협상 기능의 활성화, ②통보·모니터링 강화와 투명성 제고 등 회원국들의 규율 강화 및 ③분쟁해결체제 개선 등이다. 그중 회원국들이 가장 시급하며 규범 이행을 담보하기 위한 수단으로 중요하다고 판단하는 것이 WTO 상소기구 기능 복원 등 분쟁해결체제 개선이다.

과거 2019년 분쟁해결기구(DSB) 의장이었던 David Walker(주제네바뉴질랜드대표부 대사) 주도로 상소기구 정상화를 위해 진행된 Walker Process가 미국의 경직적 입장으로 사실상 논의가 중단된 이후 새로운 논의는 부재한 상황이다. 특히, 미국 의회가 초당적으로 상소기구의 역할에 대해 불만을 표출한 상황이며, 새로운 행정부도 아직 상소기구에 대한 구체적인 입장을 내놓고 있지 않아서 선불리 회원국들이 개선안을 제기하기 못하는 실정이다. 다만, 구체적인 정상화 논의가 없는 와중에도 회원국들은 꾸준히 상소기구의 기능 복원을 주장하고 있으며, 시간 제약상 금번 각료회의시까지 상소기구 정상화에 대한 세부 내용이 결정되기는 쉽지 않을 예정이나 이에 대한 작업계획(work program)에라도 합의하여 각료회의 이후 구체적인 내용을 논의

해 나가자는 주장에 공감대가 형성되고 있다.

다른 개혁 의제들도 논의가 미진하며, 일부 국가들은 산업보조금 및 국영기업에 대한 규율을 강화해야 한다고 주장하고 있으나 구체적인 제안이나 논의도 아직은 부재한 상황이다.

5. 복수국간 협상 : 공동성명 이니셔티브

WTO 회원국 전체가 참여하는 다자협상의 성격상 협상 개시 및 타결을 위한 컨센서스 형성이 매우 어렵고, 과거 WTO 설립 당시 규범들이 시대에 뒤떨어졌다는 판단하에 현재 4개의 공동성명 이니셔티브(JSIs)가 복수국간 협상 형식으로 논의가 이루어지고 있다. 다만, 인도·남아공 등 일부 국가들은 이러한 복수국간 협정 또한 컨센서스를 통해 WTO 체제 내로 편입되어야 한다며 동 협상들의 법적 지위에 의문을 제기한 상황으로서, 이러한 우려가 해소되지 않을 경우 협상 타결이라는 성과가 무력화될 가능성도 존재한다.

공동성명 이니셔티브는 ① 전자상거래, ② 투자원활화, ③ 중소·중견기업(MSMEs; Micro, Small and Medium-sized Enterprises) 및 ④ 서비스 국내규제이며, 이중 서비스 국내규제 협상은 서비스 관련

국내규제를 명확히 기재하여 교역장벽을 해소하고 투명성을 증진시키자는 취지로써 기술적인 협상은 대부분 완료되고 일부 정치적 합의가 필요한 바 MC-12까지 협상 타결이 유망한 분야이다. 전자상거래를 통한 신규 무역규범을 제정하는 전자상거래 협상과 각국의 투자 관련 조치의 투명성과 예측가능성을 높이고 행정절차를 간소화·가속화하자는 투자원활화 협상 모두 통합협정문을 바탕으로 논의를 진전시켜 나가고 있으며, 각료회의까지 성과를 도출하기 위해 최대한 노력하고 있다. 국제무역 활동 참여에 많은 어려움을 겪는 중소·중견기업의 진출을 활성화하려는 중소·중견기업 협상은 지난해 말 제시된 무역원활화·금융접근 등 7개 아젠다를 구체화하고 이행하는 한편, 새로운 의제 발굴에도 주력하고 있다.

협상 타결에 가까울수록 각 협상별로 법적 지위를 공고화하고 WTO 체제내로 자연스럽게 통합되기 위한 노력을 병행하고 있으며, 이러한 성과가 구체적으로 어떻게 나타날지 기대되는 바이다.

6. 기타 : 환경·여성 등 신규 분야

이외에 협상 타결이라는 성과는 없어도 그간의 진전을 평가하고 앞으로의 방향을 모색하기 위한 일부 분야에 대한 언급이

있을 것으로 보이는 바, 주요 분야로는 △기후변화·순환경제 등 환경적 지속가능성을 강조하는 무역과 환경(Trade & Environment), △무역에 있어서 여성의 경제적 역량을 강화하자는 무역과 여성(Trade & Women) 등이 있다. 이들 분야는 미국 및 EU에서 높은 관심을 가지고 있는 사안들로서, 금번 각료회의보다는 차기 각료회의를 목표로 활발한 논의가 기대된다.

III. 맺음말

응고지 사무총장은 “WTO 각료회의는 금년 주요 국제기구의 연차총회·각료회의 중 가장 마지막 순서에 위치하여 코로나 대응 등 세계적인 문제에 제대로 대응하지 못하는 모습을 보이면 보기 매우 안 좋을 것”이라고 발언한 바 있다. 마지막 순서는 세간의 이목이 집중되는 만큼 MC-12의 성공적 개최를 위해 회원국들을 독려하는 취지면서, WTO도 세계문제에 여전히 기여할 수 있다는 것을 보여주자는 표현일 것이다.

거듭된 각료회의 성과 미흡 등을 통해 의미있는 개혁에 실패하고 규범의 업데이트가 지지부진하며 수년전부터 WTO는 위기에 처해 있다고 언급되어 왔다. 여전히 금년 각료회의의 성과 도출을 위해 갈 길

이 멀지만 이번에도 회원국들이 견해차를 극복하지 못하고 합의에 실패하여 WTO가 더 수렁에 빠질지, 회원국들이 머리를 맞대고 슬기로운 해법을 모색하여 WTO의 위상을 예전처럼 끌어올릴 수 있을지는 지

켜볼 필요가 있다. ‘Last, but not least’와 같이 마지막 순서여도 동일하게 중요한 비중을 갖는 국제기구로 계속 남아 있을 필요가 있는 바, 단순히 ‘last’로만 치부하는 일이 없도록 회원국들의 건투를 빈다.

UN국제상거래법위원회 제4실무작업반 논의 동향

법무부 국제법무과 공익법무관 공 보 영

I. 회의 개요

1. 회의 경과

국제연합 국제상거래법위원회(UNCITRAL) 제4실무작업반(이하 ‘작업반’)은 전자상거래 활성화를 위한 국제규범 마련을 과제로, 「국경간 신원관리 및 신뢰서비스의 국제적 승인에 관한 규범안」을 만들기 위해 2019년부터 총 3차례 회의를 진행하였다.

최근 제61차 작업반 회의는 2021. 4. 6. 부터 9.까지 미국 뉴욕에서 대면과 화상회의를 병행하는 하이브리드 방식으로 개최되었다.

2. 회의 결과 요지

제61차 회의는 모델법(model law) 규범화를 전제로 ① 서비스 제공자의 책임, ② 전자서명조항 관련, 초안 규정과 기존 UNCITRAL 규범과의 정합성 판단, ③ 국

경간 승인, ④ 정의 조항 일부의 문제에 관하여 논의를 진행하였다(A/CN.9/WG.IV/WP.167, 이하 ‘초안’).

당초 이번 회기에서 초안의 내용을 확정할 예정이었으나, 논의 결과 국가 주도의 전자서명 제도를 유지하고 있는 EU식 모델(eIDAS Regulation 기반)을 지지하는 나라와 계약법적 규율을 강조하는 미국식 모델을 지지하는 나라 간 이견이 상당하여 일부 컨센서스(consensus)를 이루려는 노력이 있었음에도 불구하고, 최종적으로는 합의가 도출되지 않았다.

이에 기존 계획과 달리, 올해 10월 18일부터 오스트리아 비엔나에서 개최될 예정인 제62차 작업반 회의에서 추가 일정을 마련하기로 결정하였다.

II. 제61차 작업반 회의 주요 논의사항

1. 제1조(정의) 관련

① 초안 제1조 (c)¹⁾는 신원관리(IdM) 서비스의 맥락에서 개인과 신원 간 구속력을 보장하는데 사용되는 프로세스를 정의하고 있는데, 해당 프로세스 명칭을 무엇으로 할지에 관하여 논의를 진행하였다.

과거 제59차 회의에서 위 프로세스의 명칭을 “Electronic Identification”²⁾으로하기로 합의했었다. 이는 국제전기통신연합 전기통신 표준화 섹터(ITU-T)의 제6조 제12항 “Entity Authentication”³⁾의 내용을 차용한 것인데, ITU-T가 법인격(entity)에 대해서만 규정하는 반면, 당시 초안은 인격(person)뿐 아니라 사물(object)도 규정하고 있었기 때문에 다의적 의미로 해석될 우려가 있는 용어(“Authentication”)를 그대로 베끼지 않고, “Electronic Identification”으로 바뀌어서 사용하게 되었다. 또한 제59차 회의에서 신원관리 서비스뿐 아니라 신뢰서

비스(trust service) 맥락에서도 사물과 신원을 연결하기 위한 프로세스를 별도로 규정하고, 이를 “Authentication”⁴⁾이라고 정의하였다.

한편, 지난 제60차 회의 논의 결과, 신원관리 서비스 및 신뢰서비스의 대상에서 “사물”이 전부 삭제되면서 “Authentication” 규정은 자연스럽게 삭제되었다. 반면, “Electronic Identification”의 경우 “사물”이 삭제됨에 따라 “인격(person)”에 대한 신원관리 프로세스만 남게 되어 당초 ITU-T에서 정의 조항을 차용할 때 고려했던 문제점이 해소되어 ITU-T 제6조 제12항과 동일하게 명칭을 “Electronic Identification”에서 “Authentication”로 다시 수정할지의 문제가 남아 있었다.

이와 관련, 이번 제61차 회의에서는 “Electronic Identification”은 인증대상 자체 또는 결과로서의 상태 개념이고, “Authentication”은 인증대상을 증명하는 과정의 개념이므로 정의 조항의 취지에 부합하는 “Authentication”이 더 적합하다는 견해와

1) Article 1. Definitions (c) “Electronic identification” [“Authentication”], in the context of IdM services, means a process used to achieve sufficient assurance in the binding between a person and an identity.

2) Article 1. (d) “Electronic identification”, in the context of IdM services, means a process used to achieve sufficient assurance in the binding between a [subject][person] and an identity.

3) ITU-T X.1252 Terms and definitions 6.12 (entity) authentication: A process used to achieve sufficient confidence in the binding between the entity and the presented identity.

4) Article 1. (b) “Authentication”, in the context of trust services, means a process used to attribute an identifier to an object.

해당 조항의 의도는 더 이상 증명이 필요 없는 인증의 수준을 지향하는 것이므로 추가적인 신원의 증명이 필요한 “Authentication”보다 “Electronic Identification”이 적합하다는 견해가 제시되었다. 우리측은 신기술 개발과 함께 나타날 수 있는 다양한 신원 관리 서비스를 수용하기 위해 사물 인증 등을 포함할 수 있는 “Authentication”이 적합하다는 의견을 제시하였다. 작업반은 이에 관한 결정을 유보하고 다음 회기에서 계속 논의하기로 하였다.

② 초안 제1조 (k)5)는 “신뢰서비스(Trust service)”에 대한 정의 조항으로, 지난 제59차 회의 전까지는 “데이터의 품질에 일정 수준의 신뢰성을 제공하는 전자적 서비스”로 규정하고 있었다가 제59차 회의를 통해 유럽연합 전자인증규정(“eIDAS”)⁶⁾의 정의 조항의 접근 방식과 마찬가지로 신뢰서비

스의 예시들(전자서명, 전자타임스탬프 등)을 추가하도록 수정되었다.

이번 제61차 회의에서는 eIDAS 접근방식과 더욱 유사하도록 예시들을 설명하는 문구를 삽입하되, 신뢰서비스가 제공된 서비스 자체를 지칭하는 것임을 명확히 하고, 초안 제13조7)와 같이 신뢰서비스의 활용으로 인한 결과를 지칭하는 것이 아님을 분명히 하기 위해 “and includes” 다음에 “the methods and means for creating and managing”를 추가할 것이 제안되었다.

이에 관해 의미를 명확히 하는 설명 문구를 추가하는 것에 대해서는 폭넓은 지지가 있었지만, 표현 형식에 관하여는 △ “methods and means” 대신 “modalities”가 적합하다는 견해, △ “methods”는 찬성하면서 “means” 용어 사용에는 반대하는 견해, △ “method” 대신 “creating”이 적합하다

5) Article 1. Definitions (k)

“Trust service” means an electronic service that provides assurance of certain qualities of a data message and includes electronic signatures, electronic seals, electronic time stamps, website authentication, electronic archiving and electronic registered delivery services.

6) eIDAS Article 3 Definitions (16)

‘trust service’ means an electronic service normally provided for remuneration which consists of:

- (a) the creation, verification, and validation of electronic signatures, electronic seals or electronic time stamps, electronic registered delivery services and certificates related to those services, or
- (b) the creation, verification and validation of certificates for website authentication; or
- (c) the preservation of electronic signatures, seals or certificates related to those services.

7) Article 13. Legal recognition of trust services

The result deriving from the use of a trust service shall not be denied legal effect, validity or enforceability, or admissibility as evidence on the sole ground that:

- (a) It is in electronic form; or
- (b) It is not supported by a trust service designated pursuant to article 23.

는 견해 등 다양한 의견이 제시되었다.

한편, 해당 조항 내 열거된 목록을 전부 삭제하고 추상적 정의만을 유지하는 방안도 제시되었고, 목록을 그대로 두는 경우에도 신뢰서비스 목록의 확장 가능성을 명확히 하기 위해 “among other things”와 같은 문구를 추가하자는 의견이 제시되었다. 이에 대하여 새로운 신뢰서비스가 등장해도 초안의 적용을 받으려면 이에 대응되는 ‘기능적 등가성’ 규칙의 만족이 선행되어야 하므로 확장 가능한 목록으로 정의하는 것은 실질적이지 못하다는 일부 반대 의견이 제기되었다.

우리측은 신기술 개발과 함께 나타날 수 있는 다양한 신뢰서비스를 수용하기 위해 초안 제13조의 기능적 동등성 원칙을 고려하면서, 정의 규정을 유연하고 개방적인 형식으로 두어야 한다는 의견을 제시하였다. 또한 예시 목록을 삭제하는 것에는 원칙적으로 찬성하면서, 예시적 목록을 유지

하는 경우에도 “etc.”와 같은 문구를 추가하여 확장 가능성을 열어둘 것을 제안하였다. 작업반은 결정을 유보하고 다음 회기에서 계속 논의하기로 하였다.

2. 초안 제4조(해석)⁸⁾ 관련

초안 제4조는 초안의 해석에 관한 것으로, 같은 조 제1항은 사법관할권 제정시(enacting jurisdiction) 통일된 해석을 도모하기 위한 일반적인 원칙을 규정하고, 같은 조 제2항은 해석의 공백을 보충하기 위한 조항으로서, 유엔국제전자계약협약(United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, ECC) 제5조⁹⁾로부터 비롯된 것이다.

초안에 관하여 논의를 시작한 2019년 당시에는 초안의 형태가 협약(convention)인지 모델법(model law)인지 여부에 관하여

8) Article 4. Interpretation

1. In the interpretation of this [instrument], regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.
2. Questions concerning matters governed by this [instrument] which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based[or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law].

9) ECC article 5. interpretation

1. In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.
2. Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based Of, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

합의가 없었으나, 제60차 회의에 이르러 초안을 모델법으로 성안하기로 합의하였다. 이와 관련하여 이번 제61차 회의에서는 협약의 특성¹⁰⁾을 반영하기 위해 규정된 ECC 제5조 제2항을 그대로 차용한 제4조 제2항을 모델법 내에서도 유지해야 되는지에 관하여 논의가 진행되었다.

일부 국가들은 각국의 법령해석과 국제사법의 원칙에 근거하여 초안 제4조를 선택적으로 적용할 수 있으므로 삭제할 필요가 없다는 의견을 제시하였지만, 전자상거래와 관련된 기존 UNCITRAL 모델법에서는 같은 조 제2항 후단과 같은 문구가 없다는 점을 근거로 제2항 후단을 삭제해야 한다는 의견이 다수의 지지를 받아 제2항 후단의 “[or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international

law]” 부분은 삭제하는 것으로 결정되었다.

3. 초안 제12조(신원관리 서비스 제공자의 책임), 제24조(신뢰서비스 제공자의 책임) 관련

신원관리 서비스 제공자 및 신뢰서비스 제공자의 책임 관련 조항의 경우 많은 변화가 있었다. 제58차 회의에서 책임 조항은 서비스 제공자의 의무 위반으로 인한 손해배상책임(제1항), 책임 면제사유(제2항, 제3항), 책임 면제의 예외사유(제4항)로 구성된 하나의 조항으로 되어 있었는데, 제59차 회의에 이르러 위 제3, 4항이 삭제되었고, eIDAS 제11조와 제13조의 내용을 차용한 옵션 a,¹¹⁾ 전자서명모델법(Model Law on Electronic Signatures, MLES) 제9조의 내용을 차용한 옵션 b,¹²⁾ 초안의 책임 조항 중 남아 있는 제1항 및 제2항에 옵션 a를 추가하는 옵션 c¹³⁾로 나누어졌다. 제

10) ECC 제5조 제2항은 협약의 적용하는 과정에서 사법 조항(private law provisions)의 해석에 적합하지 않을 수 있는 협약의 해석에 관한 국제공법의 일반 규칙을 참조할 수 있다는 우려 때문에 추가된 것이다 (A/CN.9/527, para. 124).

11) [The liability of IdM service providers shall be determined according to applicable law.]

12) An IdM service provider shall bear the legal consequences for its failure to comply with its obligations under [this instrument].

13) 1. The IdM service provider shall be liable for damages caused to any person due to intentional or negligent failure to comply with its obligations under [this instrument] [arising from the provision of IdM services][under article 6]

2. Paragraph 1 shall be applied in accordance with rules on liability under applicable law.

3. Notwithstanding paragraph 1, the IdM service provider shall not be liable to the subscriber for damage arising from the use of an IdM system to the extent that:

(a) That use exceeds the limitations [on the purpose or value of the transactions for which the IdM system may be used]; and

60차 회의에서는 일부 표현이나 위치의 변화가 있었으나, 결론적으로 옵션 a와 옵션 c가 남게 되었고, 이번 제61차 회의에서는 옵션 a를 일부 수정한 ‘Option A’¹⁴⁾와 옵션 c를 일부 수정한 ‘Option B’¹⁵⁾ 중에서 무엇이 적합한지 논의가 이어졌다.

제61차 회의에서 유럽연합 소속 국가들은 Option B를 지지하였고 한국을 비롯한 일부 국가는 Option A를 지지하였는데, 미국은 많은 신원관리 및 신뢰서비스가 계약에 의해 규율되는 사정을 고려하여 대안적인 Option C¹⁶⁾를 제시하였다. 논의가 진행됨에 따라, 각국의 선호가 Option B와

Option C로 양분되었고, 두 가지 입장의 공통 요소를 파악하기 위한 노력으로 일부 용어가 수정되거나 삽입되었다.

Option B의 경우 손해배상 요건 중 책임 능력에 관한 요건은 각국 법률에 따라 상이하다는 의견에 따라 “고의 또는 과실 (intentional or negligent)”이 삭제되었고, 기존 UNCITRAL 문헌과 일맥상통하도록 “손해(damage)”를 보다 넓은 의미의 “손실(loss)”로 수정하였다. 또한 Option B에서 계약법상 책임과 초안상 의무 간의 관계를 명확히 하기 위해 Option B 제1항에 “under contract”가 삽입되었다.¹⁷⁾ 한편, Option C

(b) the IdM service provider has notified provided the subscriber of those limitations in accordance with applicable law reasonably accessible means that enable [a [user or] third party] to ascertain those limitations.

14) The liability of [IdM service provider][trust service provider] shall be determined according to the law.

15) 1. Without prejudice to its liability arising from a failure to comply with other obligations under the law, The[IdM service provider][trust service provider] shall be liable for damage caused to any person due to intentional or negligent failure to comply with its obligations under [this instrument].

2. Paragraph 1 shall be applied in accordance with rules on liability under the law.

3. Notwithstanding paragraph 1, the [IdM service provider][trust service provider] shall not be liable to the subscriber for damage arising from the use of an [IdM system][trust services] to the extent that:

(a) That use exceeds the limitations on the purpose or value of the transactions for which the [IdM system][trust services] may be used; and

(b) The [IdM service provider][trust service provider] has notified the subscriber of those limitations in accordance with the law.

16) 1. Subject to rules of mandatory law and the express obligations provided for in articles [6, 7 and 14], the liability of the participants in an [IdM systems][Trust service] is governed by the operational rules, procedures, and practices governing the [IdM systems][Trust service];

2. Liability not governed by paragraph 1 shall be governed by otherwise applicable law.

17) 최종적으로 수정된 Option B는 다음과 같다.

1. Without prejudice to its liability arising from a failure to comply with other obligations under the law [or under contract], The [IdM service provider][trust service provider] shall be liable for [loss] caused to any person due to failure to comply with its obligations under [this instrument].

2.~3. (생략)

의 경우 주로 미국이 Option C의 내용을 설명하는데 시간을 할애했고, 문구의 수정이 있지는 않았다. 이후에 미국은 Option B의 제2항 및 제3항을 반영한 수정안¹⁸⁾을 제시했지만 회의 일정상 이에 대한 추가 논의는 이뤄지지 않았다.

Option B와 Option C 간의 차이가 상당함에도 불구하고 두 가지 옵션 간에 공통 요소가 파악되었다. 첫째, 두 옵션 모두 초안상 의무에 더하여 각국 법률(mandatory law)이 적용되는 것으로 이해되고, 둘째, 두 옵션 모두 서비스 제공자가 초안상 의무를 이행하지 않는 경우 그러한 의무가 계약상 어떤 상태에 놓여 있는지와 관계없이 책임을 지게 된다. 셋째, 두 옵션 모두 계약상으로 서비스 제공자의 손해배상책임을 제한할 수 있다는 가능성을 인정하고, 넷째, 두 옵션 모두 책임에 관련되어 있으나, 초안에서 논의되지 않은 다른 모든 문제는 각국의 적용 가능한 법률(applicable law)에 따라 해결되어야 함을

인식하고 있다.

한편, Option B의 제3항은 신원관리 서비스 제공자 또는 신뢰서비스 제공자가 의무 위반으로 인한 손해배상책임을 면제받기 위해서 사용자에게 일정한 내용(Option B 제3항 (a)목)을 각국의 법령에 따라 미리 통지(같은 항 (b)목)할 것을 요구하고 있는데, 사용자가 단순히 관련 내용을 통보받는 것뿐만 아니라 이에 대해 스스로 인지하고 수용(accepted)되었음을 확인하는 절차가 있어야 된다는 의견이 제시되었고, 많은 국가들이 초안에 대해 투명성을 높인다는 취지에서 공감하였다. 사무국은 이러한 통지 및 수용 메커니즘이 실제로 작동될 수 있는지를 고려해보고, 다음 회기에 논의를 이어가기로 결정하였다.

4. 초안 제16조(전자서명)¹⁹⁾ 관련

초안 제16조는 신뢰서비스 중 “전자서명 서비스”를 규정한 것으로, 같은 조 제1항

18) 1. The IdM service provider shall be liable for any [loss arising out of] breach of its obligations under articles [6 and 7] in accordance with the contract, including operational rules, procedures and practices, subject to any mandatory rules of law.

2. Paragraph 1 shall be applied in accordance with applicable rules on liability [under the law].

2bis. Liability not governed by paragraph 1 shall be governed by otherwise applicable law.

3. The IdM service provider shall not be liable to the subscriber for damage arising from the use of trust services to the extent that:

(a) That use exceeds the limitations on the purpose or value of the transactions for which the IdM service may be used; and

(b) The IdM service provider had notified the subscriber of those limitations in accordance with the law.

19) Article 16. Electronic signatures

은 전자서명이 법적 효력을 인정받기 위해 필요한 일반 원칙을 설명하고 있다. 구체적으로, 같은 항은 전자서명에 이용된 기술이 무엇인지 묻지 않고 데이터 메시지와 관련하여 1) 사람을 식별하고 2) 그 데이터 메시지에 포함된 정보가 그 사람의 의사(intention)를 지시(indicate)하고 있으며, 믿을만한 방법이 사용된 경우라면 법적 효력을 인정하고 있다. 한편, 현재 초안은 법적 효력을 인정받기 위한 상황으로 법률(law)이 전자서명을 요구(require)하거나 허용(permit)하는 두 가지 경우를 상정하고 있다.

위 제1항과 관련하여 지난 제58차 초안에는 법률이 사람의 서명을 요구하는 경우만 상정하고 있었는데, 전자서명의 주체로

사람뿐만 아니라 사물이 포함되면서 법률이 서명을 허용하는 경우를 추가하게 되었다. 그러나 제59차 회의를 거치면서 사물의 전자서명이 삭제되었고, 결과적으로 이번 제61차 회의에서는 두 가지 상황 중 법률이 전자서명을 허용(permit)하는 경우를 삭제할지에 관하여 논의하게 되었다.

이에 대하여, 제61차 회의에서는 초안 제16조와 유사한 ECC 제9조 제3항20)의 ‘서명의 흠결 상황(consequences for the absence of)’이 법률이 전자서명을 허용(permit)하는 경우를 포함할 수 있다는 의견이 제시되었고, “require”가 “permit”를 포함하고 있으므로 “permit”만 삭제하면 된다는 의견, “permit”을 “or attributes legal

-
1. Where a rule of law requires or permits a signature of a person, that rule is satisfied in relation to a data message if a reliable method is used to:
 - (a) Identify the person; and
 - (b) Indicate the person's intention in respect of the information contained in the data message.
 2. A method is presumed to be reliable for the purposes of paragraph 1 if an electronic signature designated pursuant to article 23 is used.
 3. Paragraph 2 does not limit the ability of any person:
 - (a) To establish in any other way, for the purpose of paragraph 1, the reliability of a method pursuant to article 22; or
 - (b) To adduce evidence of the non-reliability of a designated electronic signature.
- 20) ECC Article 9(3)
- Where the law requires that a communication or a contract should be signed by a party, or provides consequences for the absence of signature, that requirement is met in relation to an electronic communication if :
- (a) A method is used to identify the party and to indicate that party's intention in respect of the information contained in the electronic communication; and
 - (b) the method used is either :
 - (i) as reliable as appropriate for the purpose for which the electronic communication was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement;
 - (ii) proven in fact to have fulfilled the functions described in sub-paragraph (a) above, by itself or together with further evidence.

effects”로 수정하는 의견, “permit”을 유지하면서 새로운 용어를 추가하자는 의견 등 다양한 주장이 제기되었다.

또한, 법률이 서명을 허용(permits)한다는 표현은 ‘전자적 이전 가능한 기록 모델 법(UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records)’에 관한 내용으로 적합할 수 있지만 광범위한 적용을 위해 ‘기능적 등가성’을 규정하는 초안의 규정으로는 적절하지 않다는 의견도 제시되었다. 그리고 전자서명은 법률의 요구나 서명의 부재 시에만 활용하는 것이 아니라 전자기술의 발전 등으로 다양하게 활용될 수 있는 서명 방법의 하나이므로, 보다 유연한 규율이 필요하다는 의견도 제시되었다.

결론적으로 “permit”을 수정해야 된다는 기초적인 사실에 대해서만 합의가 되었고, 어떻게 바꿀지에 관하여는 합의점을 찾지 못했다. 작업반은 ECC 제9조 제3항이 당시 신중한 접근(careful deliberation)의 결과였다는 점을 상기하면서 다음 회기로 논의를 이어가기로 했다.

5. 초안 제22조(신뢰서비스의 신뢰성 판단 기준)²¹⁾ 관련

초안 제22조는 신뢰서비스의 신뢰성(reliability)을 사후(*ex post*)적으로 결정하기 위한 판단 기준으로, 같은 조 제1항은 신뢰성 판단 요소로 신뢰서비스 제공자의 관행, 적용 가능한 산업 표준, 관련 조항에 적용 가능한 국제적 기준과 절차 등 다양한 예시를 나열하고 있고, 같은 조 제2항은 제1항의 예시적 판단 기준 이외에도 일반적으로 신뢰서비스에 관련된 기능을 실제로 수행한 것으로 증명되는 경우에도 신뢰성이 인정된다고 규정하고 있다.

지난 제60차 회의 결과, 위 제1항의 예시적 판단 기준은 ‘절대적’인 것이 아니라 ‘상대적’이라는 점에 대한 합의가 있었고, 이러한 부분을 명확히 하기 위해 이번 제61차 초안 제22조 제1항에 (h)호(The function for which the trust service is being used)가 추가되었다. 그런데 초안의 형식상 새로 추가된 위 (h)호는 신뢰성을 결정하

21) Article 22. Requirements for determining reliability for trust services

1. In determining the reliability of the method for the purposes of articles 16 to 21, all relevant circumstances shall be taken into account, which may include:
 - (a)~(g) (생략);
 - (h) The function for which the trust service is being used;
 - (i) (생략);
2. A method is deemed reliable if it is proven in fact to have fulfilled the functions to which the relevant trust service relates.
3. (생략).

는 여러 개의 예시적 기준 중 하나에 불과하여 유사 조항인 ECC 제9조 제3항 (b)(i)²²⁾와 비교하여 적절하지 않다는 의문²³⁾이 제기되었다.

이번 제61차 회의에서는 ECC 제9조 제3항 (b)(i)와 일관성을 유지하기 위해 초안 제22조 제1항 (h)의 문안을 “For the purposes of articles 16 to 21, the method is reliable if: (i) it is as reliable as appropriate for the purposes for which the trust service is being used”로 대체할 것이 제안되었다. 이에 반하여 신뢰서비스 제공자가 이용자의 이용 목적(purpose)을 알 수 없으므로, 위 제22조 제1항 (h)의 ‘function’이 대안인 ‘purpose’보다 적합한 개념이며, ‘as appropriate’라는 개념은 불명확하다는 의견이 제시되었는데, 신뢰성 판단은 신뢰서비스의 이용 목적을 알고 있는 이용자 및 관련 인물(relying party) 사이의 문제이므로 신뢰서비스 제공자는 관련이 없다는 반론이 다시 제기되었다.

한편, 이른바 ‘부인방지 안전조항(safety

clause against non-repudiation)’이라 불리는 초안 제22조 제2항은 ECC 제9조 제3항 (b)(ii)²⁴⁾에서 비롯된 것인데, 이 조항에 의하면 서명의 신뢰성과 무관하게 사용된 서명이 1) 실제 서명자의 신원을 표시하고 2) 서명자가 그 전자통신에 포함된 정보에 대하여 가지는 의사가 나타나 있다는 점이 입증되면 서명의 효력이 인정²⁵⁾된다.

그런데 각주 25) ECC 해설에서도 알 수 있듯이 ECC 제9조 제3항 (b)(ii)는 같은 항 (b)(i)와 무관하게 신뢰성 테스트의 대안으로 규정되어 있는 반면(즉, (ii)항으로 증명된 방법은 신뢰성 판단과 무관함), 초안 제22조 제2항은 같은 조 제1항과 연계하여 신뢰성 테스트 중 하나로 규정되어 있다(즉, 같은 조 제2항으로 증명된 방법은 신뢰성 테스트를 만족한 것으로 추정(deem reliable)됨). 따라서, 이와 같은 차이점에도 불구하고 ECC 제9조 제3항의 법적 효과와 초안 제22조의 법적 효과가 동일한 것인지 의문이 제기되었다.²⁶⁾

이에 대하여, 제61차 회의에서는 초안

22) 위 각주 20) 참조.

23) Issues paper for informal consultations, note by the Secretariat, para. 52.

24) 위 각주 20) 참조.

25) ECC 해설 para. 164 paragraph 3 (b)(ii) validates a signature method—regardless of its reliability in principle—whenever the method used is proven infact to have identified the signatory and indicated the signatory’s intention in respect of the information contained in the electronic communication.

26) Issues paper for informal consultations, note by the Secretariat, para. 58.

제22조 제2항의 “deemed”는 입증책임 전환을 설정하는 것으로 이해될 수 있고, 문언 자체에 ECC와 같이 ‘추가적인 증거 단독 또는 공동으로(by itself or together with further evidence)’라는 문구를 포함하지 않는 차이가 있으므로, 초안 제22조 제2항을 삭제하고, 위에서 논의된 초안 제22조 제1항 (h)의 대안으로 제시된 문구(“(i) it is as reliable as appropriate for the purposes for which the trust service is being used”)에 “(ii) it is proven in fact to have fulfilled the functions to which the relevant trust service relates, by itself or together with further evidence”를 추가하자는 의견이 제시되었다.

이에 대하여 초안은 사전, 사후적 신뢰성을 모두 규정하는 점에서 사후적 신뢰성만으로 접근하는 ECC와 중요한 차이가 있으므로 ECC와 동일하게 수정하는 것을 반대하는 의견도 제시되었다. 또한 “부인방지 안전조항”의 취지를 살리면서 초안과의 조화를 이루기 위해 초안 제22조 제1항 (h)

를 그대로 두고, “in particular, if it is proven in fact that the function has been fulfilled”를 추가하자는 의견도 제시되었다.

결국, 이번 제61차 회의에서는 다양한 의견이 제시되었으나 합의에 이르지 못하는 하였고, 작업반은 다음 회기에 최종적으로 결정하기로 하였다.

6. 초안 제23조(신뢰할 수 있는 신뢰서비스의 지정)²⁷⁾ 관련

초안 제23조는 이른바 ‘신뢰성의 추정(presumption of reliability)’ 조항으로, 신뢰서비스의 신뢰성을 사전적(*ex ante*)으로 판단하기 위한 기준을 마련하고 있다. 사무국은 초안 여러 군데에 산재되어 있는 판단 기준을 하나로 통합하자는 의견을 제시하였는데, 구체적으로 초안 제23조 제1항에 (a)호와 (b)호²⁸⁾를 삽입하고, 초안 제16조 내지 제21조에서 내용이 중복되는 각조 제2항 및 제3항²⁹⁾의 삭제를 제안하였다.

27) Article 23. Designation of reliable trust services

1. A person, organ or authority, whether public or private, specified by the enacting jurisdiction as competent may designate trust services that are reliable for the purposes of articles 16 to 21.
 - [(a). A method is presumed to be reliable for the purposes of articles 16 to 21, if a trust service designated pursuant to paragraph 1 is used.
 - (b). Paragraph 2 does not limit the ability of any person:
 - a) To establish in any other way the reliability of a method; or
 - b) To adduce evidence of the non-reliability of a designated trust service.]

28) 위 각주 27) 대괄호 참조.

29) 2. A method is presumed to be reliable for the purposes of paragraph 1 if an [16조 내지 21조의 개별 신뢰서비스] designated pursuant to article 23 is used.

이에 대하여 통합 논의는 규정의 완전성 및 명확성이 희생되는 결과를 초래할 수 있다는 우려가 제기되었으나, 다수의 국가는 초안 규정 내의 중복을 피하는 것에 지지의 의사를 밝혔다. 다만, 중복되는 조항을 초안 제23조가 아니라 초안 제22조로 통합하자는 반대 의견이 제시되었고, 사무국은 이러한 제안을 고려하여 다음 회기에 계속 논의를 진행하기로 하였다.

7. 초안 제25조(국경 간 상호 인증 관련)³⁰⁾

초안 제25조는 외국 신원관리 및 신뢰서비스의 승인을 위한 조항으로, 이번 제61차 회의에서는 △관할 국가 밖에서 제공되는 신원관리 서비스 또는 신뢰서비스가 관

할 국가 내에서 동일한 법적 효과를 가지기 위해 필요한 신뢰의 수준(level of reliability)을 어느 정도로 할지, 그리고 △국경간 제공되는 신원관리의 대상이 무엇인지, 마지막으로 △초안 제25조 제3항은 국제적 맥락에서 신원관리 및 신뢰서비스 신뢰성의 사전(*ex ante*) 지정 조항(초안 제11조 및 제23조)으로 이번 회의에 새롭게 제안된 것인데, 이를 유지할 필요가 있는지에 관해 논의를 진행하였다.

우선, 신뢰의 수준과 관련하여 제58차 회의 초안에는 전자서명모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Signature, MLES) 제12조 제2항³¹⁾을 기초로 “상당히 동등(substantially equivalent)”과 “동등(the same)”이 함께 규정되어 있었는데, 제60차 회의까지 두 가지 옵션이 그대로 유지되었

3. Paragraph 2 does not limit the ability of any person:

- (a) To establish in any other way, for the purpose of paragraph 1, the reliability of a method pursuant to article 22; or
- (b) To adduce evidence of the non-reliability of a designated [16조 내지 21조의 개별 신뢰서비스].

30) Article 25. Cross-border recognition of IdM[systems][services] and trust services

1. (생략)

2. In determining whether [identity credentials][an IdM system][IdM services] or a trust service offers [a substantially equivalent][the same] level of reliability, regard shall be had to [recognized international standards].

[3. Equivalence shall be presumed if a person, organ or authority designated by [the enacting jurisdiction] according to article 11 and 23 has determined the equivalence for the purpose of this paragraph.]

31) MLES, Article 12. Recognition of foreign certificates and electronic signatures

1. (생략)

2. A certificate issued outside [the enacting State] shall have the same legal effect in [the enacting State] as a certificate issued in [the enacting State] if it offers a substantially equivalent level of reliability.

3. ~ 5. (생략)

다. 이번 제61차 회의에서는 추가적으로 신원관리 시스템에 대한 유연성을 가질 수 있도록 신뢰의 수준을 “최소한 동등(at least equivalent)”으로 규정하자는 의견이 제시되었으며, 많은 지지를 받았다. 우리 측은 “상당히 동등”이란 개념은 주관적이어서 “상당히”에 대한 객관적 기준이 별도로 마련되어야 한다는 의견을 제시하였다. 사무국은 지지를 거의 얻지 못한 “동등”을 삭제하고, “상당히 동등” 및 “최소한 동등”을 남긴 상태로 최종 결정을 다음 회기로 유보하였다.

다음으로, 신원관리(IdM)의 맥락에서 신뢰의 수준을 제공하는 주체를 신원자격증명(identity credentials), 신원관리시스템(IdM system) 또는 신원관리서비스(IdM service) 중 어느 것으로 할지에 관하여 논의를 진행하였다.

△실제 국경 간 적용에 있어서 신뢰되거나 승인되는 신원관리 대상은 신원자격증명(identity credentials)이라는 견해, △신원자격증명은 신원관리시스템 및 신원관리

서비스를 이용한 결과 개념으로 부적합하고 신원관리서비스(an IdM service or IdM services)가 적합하다는 견해, △신원관리시스템이 신원관리서비스를 포함하는 개념이고, 시스템의 속성을 지칭하는 것이 바람직하므로 신원관리시스템(IdM system)이 적합하다는 견해 등 다양한 의견이 제시되었다.

마지막으로, 초안 제25조 제3항이 삽입되면 국제적 맥락에서 신뢰성의 사전 지정 접근법이 어떻게 적용되는지에 대하여 유용한 지침이 될 수 있으므로 초안대로 유지되어야 한다는 견해가 제시되었고, 우리 측은 초안규정의 형식이 “협약”인 경우에는 의미가 있을 수 있지만 “모델법”인 이상, 각국의 사전 지정의 기준이 상이하므로 실효성을 가질 수 없고, 초안 제25조 제3항은 초안 제11조 제4항³²⁾ 및 제23조 제4항³³⁾과 중복되므로, 동 조항이 없더라도 제1항과 제2항만으로 위 제25조의 기능이 유지될 수 있다는 의견을 제시하였다. 사무국은 초안 제25조 제3항 삭제 여부에 관한 논의를 유보하고 제3항 자체를 괄호를

32) Article 11. Designation of reliable IdM systems

4. In designating an IdM system [service], no regard shall be had:

(a) To the geographic location where the IdM system [service] is operated; or
(b) To the geographic location of the place of business of the IdM service provider.

33) Article 23. Designation of reliable trust services

4. In designating a trust service, no regard shall be had:

(a) To the geographic location where the trust service is provided; or
(b) To the geographic location of the place of business of the trust service provider.

설정한 채로 다음 회기에 계속 논의하기로 하였다.

III. 평가 및 소감

금번 제61차 작업반 회의에 직접 참여하면서 느낀 것은 ‘현재 의제로 설정된 주제들이 어떻게 변화하였는지’, ‘왜 지금 시점에 문제인지’를 정확히 알고 있어야 회의 결과를 온전히 이해할 수 있다는 점이었다. 작업반의 현재 논의 동향을 파악하려는 독자도 이와 같은 점을 염두해두면 좋을 것 같다. 이번 회의에서 논의된 대부분의 쟁점은 아쉽게도 합의에 도달하지 못했고 다음 회기에서 다시 논의가 진행될 예정이다. 논의가 이처럼 평행선을 달렸던 이유를 간략하게 짐작해보면 다음과 같다.

첫째, 계약법적 구조를 강조하는 미국과 국가 주도의 법체계를 강조하는 유럽연합(구체적으로 유럽연합 회원국들) 사이에 이견이 상당했기 때문이다. 제58차 회의에서 처음 공개된 초안의 상당 부분을 유럽연합 전자인증규정(“eIDAS”)에서 차용한 것을 고려하면, 미국이 강조하는 계약법적

법체계(legal framework)가 쉽게 조화를 이루기 어렵다는 점에서 납득이 되는 부분이다.

둘째, 기술친화적인 전자상거래 특성상 기술의 발달 수준이 나라마다 다르기 때문이다. 처음 초안을 만들 때 그 근간이 되는 기본원칙 중 하나로 “초안이 신원관리 또는 신뢰서비스에 이용되는 특정 기술의 제공을 배제, 제한 또는 법적 효력을 박탈할 목적으로 적용되서는 안된다”는 ‘기술적 중립성(technology neutrality)’³⁴⁾을 천명했지만, 앞서 살펴본 ‘정의 조항’에 대한 논의만 보더라도 기술의 개발 정도에 따라 초안을 바라보는 시각 차이가 크다는 것을 알 수 있었다.

셋째, 초안과 기존 UNCITRAL 전자상거래 규범과의 정합성을 판단함에 있어서 각국의 전자상거래 관련 입법 현황이 개입된다는 점이다. 즉, 기존 UNCITRAL 전자상거래 규범은 협약인 ECC를 제외하고 각국의 사정에 따라 시기적으로나 내용적으로 다르게 도입³⁵⁾되었는데, 각국은 현재 자국의 전자상거래 관련 입법 현황에 따른 입장을 고수하고 있어서 단순히 초안과

34) A/CN.9/936, para. 67.

35) 우리나라의 경우만 보더라도, ‘유엔전자상거래모델법’의 경우 1996년에 성안된 이후 국내에 도입되어 ‘전자문서 및 전자거래 기본법’이 제정되었으나, ‘전자서명’과 관련하여서는 국내 정보통신기술의 발달로 인하여 전자문서의 무결성 및 진정성의 보장이 필요해짐에 따라 1999년에 국내에서 ‘전자서명법’이 먼저 제정되고 난 이후에 2001년에 비로소 ‘유엔전자서명모델법’이 성안되었다.

UNCITRAL 전자상거래 규범과의 정합성을 비교하기 어려운 것이 현실이다.

작업반의 계획상 다음 회기를 끝으로 「국경간 신원관리 및 신뢰서비스의 국제적 승인에 관한 규범안」은 모델법으로 성안될 예정이다. 모델법을 국내로 수용할지 여부는 입법정책의 문제지만, 국내에 입법되는 경우 많은 법률이 개정되어야 할 것으로 보이고 특히, 초안과 가장 밀접한 관련이 있는 ‘전자서명법’의 대대적인 수정이 필요할 것으로 예상된다. 국내법 수용과정에서의 문제점은 다음 회기를 거쳐 초안이 확정된 다음 자세히 논의하기로 하고, 여기서는 초안과 최근 개정된 우리나라 ‘전자서명법’의 차이점을 가볍게 언급하면서 본 고를 마치고자 한다.

개정 전자서명법은 기존 국가 주도의 공인인증제도를 폐지하고 민간 주도의 다양

한 전자서명 기술서비스가 시장에서 동등하게 경쟁할 수 있는 제도적 여건을 마련하였다. 그러나 개정 전자서명법에 의하더라도 여전히 민간의 전자서명인증업무는 국가가 운영기준³⁶⁾을 고시하고, 준수사실 인정 여부³⁷⁾를 확인하고 있다. 따라서 전자서명 서비스의 제공자(provider) 측면에서는 민간 영역이 활성화된 것이지만 전자서명의 관리 및 감독에 대해서는 국가의 관여가 여전히 남아 있다.

또한 현재 ‘전자서명법’은 많은 신뢰서비스(미래에 개발될 새로운 기술을 포함하여) 중 하나의 기술인 ‘전자서명’만을 다룬 것이다. 초안에 규정된 다른 신뢰서비스들(예를 들어 전자 타임 스탬프 등)은 우리 국내법상 전자거래기본법 등 여러 곳에 산재해 있다. 한편, 현재 ‘전자서명법’은 신뢰서비스이자 동시에 신원관리 서비스로

36) 전자서명법 제7조(전자서명인증업무 운영기준 등)

1. (생략)
2. 과학기술정보통신부장관은 다음 각 호의 사항이 포함된 전자서명인증업무 운영기준(이하 “운영기준”이라 한다)을 정하여 고시한다. 이 경우 운영기준은 국제적으로 인정되는 기준 등을 고려하여 정하여야 한다.
 1. 전자서명 및 전자문서의 위조·변조 방지대책
 2. 전자서명인증서비스의 가입·이용 절차 및 가입자 확인방법
 3. 전자서명인증업무의 휴지·폐지 절차
 4. 전자서명인증업무 관련 시설기준 및 자료의 보호방법
 5. 가입자 및 이용자의 권익 보호대책
 6. 그 밖에 전자서명인증업무의 운영·관리에 관한 사항.

37) 전자서명법 제9조(인정기관)

1. 과학기술정보통신부장관은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제52조에 따른 한국인터넷진흥원(이하 “한국인터넷진흥원”이라 한다)을 운영기준 준수사실의 인정에 관한 업무를 수행하는 기관(이하 “인정기관”이라 한다)으로 지정할 수 있다.

기능하고 있는데. 이는 전자서명이 그 기술의 특성상 사람의 신원을 확인(또는 식별)하기가 유용하기 때문에 함께 사용된 것이다. 즉, 신원관리와 신뢰서비스는 이용 기술에 따라 상호 연동되기도 하고 반대로 서로 관련이 없을 수도 있다.³⁸⁾

38) 우리나라의 경우, 정보통신망법상 ‘본인확인기관제도’를 통해 신원확인제도를 운영하고 있다(한편 개정 전자서명법상 전자서명인증업자로 지정되는 경우 자동으로 본인확인기관으로 지정된다).

UN국제상거래법위원회 제5실무작업반 논의 동향

법무부 국제법무과 전문위원 임 세 영

I. 회의 개요

1. 회의 경과

국제연합 국제상거래법위원회(UNCITRAL) 제5실무작업반(이하 ‘작업반’)은 2018년 12월 제54차 회의부터 소규모 기업의 도산제도 개선에 대한 논의를 본격적으로 시작하였다. 이 논의는 기존의 「UNCITRAL 도산법 입법지침(UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, 2004)」을 토대로 이와 충돌하지 않는 수준에서 별도로 ‘소규모 기업을 위한 간이도산절차에 관한 입법지침’을 마련하는 것을 목표로 한다.

해당 입법지침의 성안을 위해 총 5차례의 공식 작업반 회의 및 다수의 비공식협약이 개최되었으며, 가장 최근의 제58차 작업반 회의는 2021년 5월 4일부터 7일까지 오스트리아 빈 국제센터(Vienna International

Center)에서 싱가포르의 Herald Foo 의장 주재 하에 온·오프라인에서 동시에 진행되었다.

2. 회의 결과 요지

이번 작업반 회의에서는 입법지침의 공식 명칭으로 「소규모 기업을 위한 도산법 입법지침(Legislative Guide on Insolvency Law for Micro and Small Enterprises)」을 채택하였다.

그리고 제57차 회의에서 마무리하지 못한 잔여 쟁점에 대한 검토를 마침으로써 입법지침¹⁾ 중 ‘권고(Recommendation)’ 부분의 문안을 우선 확정하였고, 이를 금년 6월에 열릴 제54차 UNCITRAL 본회의에 회부하여 승인을 받기로 하였다.

주석(Commentary)의 경우, 이번 회의에

1) 이 입법지침은 크게 정의조항(Glossary), 권고(Recommendation) 및 주석(Commentary)으로 구성된다.

서 논의를 마무리하지 못하였기 때문에 일단 현재의 초안을 권고(안)과 함께 본회의에 제출하여 원칙적인 승인(approval in principle)을 받은 후, 다음 회의(제59차, 2021년 12월 12~17일 예정)에서 성안을 완료하고 2022년 제55차 본회의에서 최종 승인을 받을 예정이다.

II. 주요 논의사항

1. 권고안 18(의제 승인)

권고안 18은 간이도산절차 상 채권자들의 승인을 요하는 사항에 대하여 적법하게 통지를 받은 채권자들이 ‘이의(objection)’를 제기하지 않거나 ‘충분한 반대(sufficient opposition)’를 하지 않는 때, 그 사항은 채권자들에 의해 승인된 것으로 간주하는 이른바 의제승인제도를 둘 것을 권고하고 있다.²⁾

의제승인제도의 도입을 지지하는 입장은 우선 소규모 기업의 도산은 통상의 도산절차와 달리 채권자들의 무관심으로 인한 절차 지연의 우려가 있으므로 일정한 요건을 충족한 경우에는 채권자의 승인을 간주할 필요성이 있다는 점을 주요한 근거로 제시한다. 또한 현재의 입법지침(안)은

개별 통지 등 채권자 보호 장치를 마련해둠으로써 채권자 보호와 절차의 신속성·효율성 간 균형을 유지하고 있어 의제승인제도의 도입으로 인해 채권자의 권리를 중대하게 침해할 위험성이 낮다는 점 등을 근거로 든다.

주석에서도 이 권고의 필요성 및 정당성에 대한 설명을 더 충분히 할 것이 제안되었으며 작업반은 이를 참고하여 다음 회의 논의를 진행할 예정이다.

2. 권고안 34(간이도산절차 개시의 통지를 받지 못한 채권자들에 대한 절차 적용 배제)

당초의 권고안 34는 간이도산절차 개시 통지를 받지 못한 채권자에 대하여 - 그해당 절차에 참가한 경우를 제외하고는 - 그의 채권이 간이도산절차의 영향을 받지 않도록 하고 면책 대상 채권에서도 제외되도록 하였다.³⁾

지난 회의에서는 ① 이 권고를 삭제하자는 의견, ② 현재 문안을 유지하되 주석에서 그 적용 범위 및 남용 방지 장치 등에 대해 설명하자는 의견 및 ③ 의무조항(should)이 아닌 선택조항(may)으로 변경하

2) 이번 제58차 회의에서는 지난 회기에서 확정된 기존 문안이 그대로 유지되었다.

3) 논의 전후 문안을 비교하면 다음과 같다.

자는 의견 등이 제안되었고 이번 회의에서도 해당 논의가 이어졌다.

특히 문안 삭제 및 수정 의견은 현재의 권고안이 자칫 채권자에 대한 과도한 혜택 부여가 될 수 있다는 우려에 근거한 것이다.

논의 결과, 간이도산제도에 관한 도산법은 도산절차 개시 통지를 받지 못한 채권자의 채권 처리 방법을 명시하여야 한다는 취지의 중립적인 표현이 최종 채택되었으며, 표제 또한 이를 반영하여 수정되었다(각주3 참조).

또한, 이와 별개로 적법절차(due process)의 측면에서 위 통지 누락의 효과와 남용 방지 조치의 필요성을 주석에서 자세히 언급하기로 하였다.⁴⁾

3. 권고안 72(회생계획의 내용)

당초의 권고안은 간이도산절차에 관한 도산법이 회생계획의 조건, 채권자 목록 및 개별 채권자에 대한 조치, 회생계획 이행 방식 등 일정한 내용을 회생계획에 필수적으로 포함할 것을 요구하도록 하였다.

이번 회의에서는 “자산 목록(list of assets)”을 그 필수 사항에 추가하자는 의견이 있었다. 이러한 의견을 제시한 국가들은 이 자산 목록이 담보권에 종속되는 자산을 표시할 수 있어야 한다고 주장하였다. 이 입장은 특히 해당 목록이 회생계획의 이행 가능성을 가늠해보려는 채권자들에게 유용할 뿐만 아니라, 채무자와 권한당국도 활용할 수 있는 자료라는 점에서 상당한 지지를 받았다.⁵⁾

논의 전	채택
[No effect of the commenced proceeding on un-notified creditors] 34. The insolvency law providing for a simplified insolvency regime [should][could] specify that claims of creditors not notified of the commencement of the simplified insolvency proceeding and having not joined the proceeding are unaffected by the simplified insolvency proceeding and excluded from any discharge that may result from that proceeding.]	Possible consequences on claims of creditors not notified of the commencement of the simplified insolvency proceeding 34. The insolvency law providing for a simplified insolvency regime should specify consequences on claims of creditors no notified of the commencement of the simplified insolvency proceeding.

- 4) 우리나라는 그동안의 작업반 회의에서 권고안 34와 같이 미통지 채권자들의 채권을 권리 변경(회생절차의 경우) 및 면책(파산절차의 경우)의 대상에서 배제하는 것은 - 특히 우리나라 대법원 판례 및 현행 법령과 비교할 때 - 미통지 채권자들에 대한 과도한 혜택 부여로서 불합리하다는 의견을 꾸준히 표명하였다. 또한 해당 권고를 입법에 반영할 경우 국가별 도산제도의 차이점 때문에 그 요건의 규정이 쉽지 않고, 채무자 및 채권자가 이를 남용할 위험성도 존재함을 지적하였다. 이번 회의에서 최종 채택된 문안은 이러한 우려들이 적절히 반영된 것으로서 우리나라가 그동안 취해온 입장과도 부합하는 것으로 보인다.

“자산의 가치(value of assets)”도 해당 권고안에서 다룰지에 대해 논의가 이루어졌는데, 자산 평가와 관련해서는 다수의 복잡한 이슈들이 존재하여 포함이 어렵다는 지적이 있었다. 평가의 기초(계속기업의 가치 또는 청산 가치 등), 평가 비용, 평가 수행 및 비용 부담의 책임을 지는 당사자 및 특정 자산의 가치 결정 방법 등에 대한 의문이 제기되었다. 특히 기존 UNCITRAL 도산법 입법지침이 이러한 평가에 관해 언급하고 있지 아니한 상황에서, 간이도산절차 상의 자산 가치 평가 요건을 부과하는 것은 절차를 오히려 복잡하게 만들 수 있다는 우려가 존재하였다.

이와 별개로 자금의 흐름, 핵심/비핵심 자산, 도산 전 송금 및 중요 정보 비공개에 대한 제재도 포함시켜야 한다는 의견도 있었으나 지지를 받지는 못하였다.

논의 결과, 최종적으로 자산의 가치 및 그 평가에 관한 사항은 제외되었으며, 담보권에 종속되는 것을 비롯한 채무자의 자산 목록 및 (청산의 경우와 달리) 회생계획에 따라 채권자에게 이루어지는 조치들을

필수 사항에 추가하는 권고안이 채택되었다.

4. 권고안 74(통지받지 못한 채권자에 대한 회생계획의 구속력)

이 권고는 회생계획에 대하여 반대할 기회를 부여받지 못한 채권자는 그 회생계획에 구속되지 않도록 할 것을 규정하고 있다.⁶⁾ 이는 지난 회의 시, 우리측 제안을 반영하여 UNCITRAL 도산법 입법지침과 정합성을 갖는 수정 문안이 채택된 결과이다.

그러나 관련 주석(271 및 272)은 이 권고의 취지 및 ‘반대할 기회를 부여받지 못한 경우’의 구체적인 의미에 대해 정확히 설명하고 있지 못하여, 다음 회의에서 해당 부분의 보완이 필요하다.

5. 권고안 75(다툼이 없는 회생계획)

당초의 권고안은 권한 당국이 정해진 기간 내에 제출된 회생계획에 대하여 이의(objection)나 충분한 반대(sufficient opposition)를 접수한 바 없다면, 그 계획은 채무

5) 이와 유사한 취지에 기초한 문안 수정은 청산 일정의 최소 내용에 대해 규정하고 있는 권고안 58에서도 이루어졌다.

6) 원문은 다음과 같다.

Effect of the plan on unnotified creditors

74. The insolvency law providing for a simplified insolvency regime should specify that a creditor whose right are modified or affected by the plan should not be bound by the terms of the plan unless that creditor has been given the opportunity to express opposition on the approval of the plan.

자에 의해 승인된 것으로 간주하는 의제승인제도를 각 국가가 의무적으로 채택하도록 하였다.

이번 회기에서는 “is deemed to be”라는 표현을 그대로 유지하고, 간이도산절차 상 채권자의 의제승인제도를 일반적으로 규정하고 있는 권고안 18과의 정합성 및 일관성을 확보하기 위해 일부 표현을 수정하였다.⁷⁾

그 결과, 해당 권고는 권고 18의 요건이 충족된 경우 회생계획안이 승인된 것으로 간주한다는 문안으로 간략하게 정리되었다.

지분권자(equity holder)의 승인 간주도 포함하자는 의견이 있었으나, 최종적으로 채택되지는 않았다.

앞서 논의된 권고안 18 및 권고안 75에 대한 공통 지적 사항은 채권자의 침묵(silence)을 항상 긍정이나 동의로 취급해서는 안된다는 점이다. 채권자의 권리 보호는 통상적으로 간이도산절차 전반에서 중

요하게 형량되어야 할 요소 중 하나인데, 의제승인제도는 자칫 이를 취약하게 할 수 있기 때문에 제도의 도입 및 운용 과정에서 주의가 필요하다.

또한 의제 승인이 반드시 일반적인 투표절차보다 비용 측면에서 효율적이지는 않다는 점을 고려해야 한다는 의견이 제시되었다.

6. 권고안 83(간이회생절차에서 파산절차로의 전환)

이 권고에 따르면 권한 당국은 간이회생절차가 진행 중이라도 채무자가 변제능력을 결여하였고 회생 가능성 또한 없다고 판단될 때, 그 자신의 결정 또는 이해관계인이나 독립 전문가(independent professionals)의 신청에 따라, 간이회생절차의 중지 및 파산절차로의 전환을 결정할 수 있다.

다만 그 결정 과정에서 독립 전문가의

7) 논의 전후 문안을 비교하면 다음과 같다.

논의 전	채택
Undisputed reorganization plan 75. The insolvency law providing for a simplified insolvency regime should specify that the plan is [deemed to be] approved by creditors <u>if the competent authority receives no objection and no sufficient opposition to the proposed plan within the established time period.</u>	Undisputed reorganization plan 75. The insolvency law providing for a simplified insolvency regime should specify that the plan is deemed to be approved by creditors <u>if the requirements under recommendation [18] are fulfilled.</u>

참여 수준을 어떻게 설정할지, 그리고 이러한 절차의 전환이 회생계획 제출 기한 등을 과도하게 제약할 위험성 등을 어떻게 다룰지에 대해 여러 의견이 제시되었다.

최종 채택된 내용에 따르면, 권한 당국이 회생계획 제출 전에 절차의 전환을 고려하게 될 경우, 권한 당국은 회생계획의 준비 및 제출에 필요한 시간을 충분히 염두에 두어야 하고 그 전환 결정을 내림에 있어 독립 전문가와 논의할 수 있도록 도산법에 마련되어야 한다.

7. 권고안 84(면책 결정)

당초의 권고안은 배당 종료 후 또는 배당을 하지 않기로 결정한 후에 권한 당국의 결정에 의해 면책의 효력이 발생하도록 규정하였다.

그러나 면책 결정 시기에 관하여 이와 같이 엄격하게 규정할 필요가 없다는 의견을 우리나라를 비롯한 다수 국가들이 표명

하였다.

이러한 입장이 최종적으로 수용되어 권고 84에서는 신속히 면책되어야 한다고만 규정하고 면책 결정의 시기를 제한적으로 언급하지 않았다.⁸⁾ 이와 관련하여 주석에서도 배당 완료 전의 면책이 가능함을 설명하기로 하였다.

8. 권고안 86(채무변제계획의 수행을 조건으로 하는 면책)

권고안 86의 위치를 현재와 같이 “간이 파산절차에서의 면책” 부분에 둘 것인지, 아니면 “간이회생절차에서의 면책” 부분으로 이동할 것인지에 대한 입장 차이가 존재하였다.

우리나라를 비롯한 일부 국가들은 이 권고안이 파산절차보다는 개인 채무자의 회생절차에 관련되는 내용이므로 간이회생절차에서의 면책에 관한 권고안 91 다음으로 옮기는 것이 바람직하다고 주장하였다.

8) 논의 전후 문안을 비교하면 다음과 같다.

논의 전	채택
88. The insolvency law providing for a simplified insolvency regime should specify that, in a simplified liquidation proceeding, discharge <u>[should take effect upon decision of the competent authority following the distribution of proceeds or the determination that no distribution can be made.]</u>	84. The insolvency law providing for a simplified insolvency regime should specify that, in a simplified liquidation proceeding, discharge should be <u>granted expeditiously.</u>

그러나 개인(사업자)에 대한 파산절차에서도 권고안과 같이 채무변제계획이 적용되는 입법례들이 존재한다는 이유로 영국을 비롯한 다수 국가들이 반대함에 따라 권고안 86은 현재의 위치를 그대로 유지하기로 하였다.

9. 권고 87(간이회생절차에서의 면책)

당초의 권고안은 간이회생절차에서의 완전한 면책은 회생계획의 성공적인 수행을 조건으로 하며 그 수행에 대한 권한 당국의 확인이 이루어진 즉시 효력이 발생하도록 규정하여야 한다(“should”)고 서술하였다.

이에 대해 제도 운용의 유연성을 - 특히, 회생계획의 성공적인 수행보다는, 회생계획의 인가를 조건으로 완전한 면책을 고려하는 입법례가 존재한다는 점을 고려할 때 - 좀 더 허용한다는 측면에서 “should” 대신 “may”를 사용해야 한다는 의견이 제시되었고(한국, EU, 프랑스, 이탈리아 등) 결국 “may”가 최종 채택되었다.⁹⁾

10. 수정 전 권고안 87(일부 면책)

수정 전 권고안 87은 다툼이 없는 일부 채권에 대하여 우선 면책 결정을 하고, 다툼이 있는 채권의 면책은 별도 절차에서 다룰 수 있도록 하였다.

이에 대해 일부 면책은 많은 국가들에 생소한 제도이며 이 제도의 도입은 간이도산절차 상의 혼란을 야기하고 소송 위험을 증가시킬 수 있다는 점을 근거로 다수 국가들이 해당 권고의 삭제(option 3)를 주장하였다.¹⁰⁾

결국 이 권고안은 삭제하는 것으로 최종 결정되었다.

11. 권고안 102(도산에 근접한 시기의 이사의 의무)¹¹⁾

권고안 102에 의하면, 채무자의 사업을 지배하는 자는 채무자의 도산이 임박하거나 피할 수 없음을 알았거나 알았어야 하는 때에는 채권자 및 기타 이해관계인의 이익에 관하여 적절한 고려를 하여야 하

9) 원문은 다음과 같다.

Discharge in simplified reorganization proceedings

87. [91] The insolvency law providing for a simplified insolvency regime may specify that full discharge in simplified reorganization is conditional upon successful implementation of the reorganization plan and it shall take immediate effect upon confirmation by the competent authority of such implementation.

10) Option 1 및 option 2은 개별 국가들의 참고를 위해 주석(commentary)에서 언급하기로 정리하였다.

11) 해당 권고안이 위치한 R. 부분과 관련하여 “도산 전” 또는 “도산 예방”조치 중 어떤 표제명을 채택할지에

고, 재정적 곤란의 초기 단계에서 도산을 피하거나 그 정도를 최소화하기 위하여 합리적인 조치를 취하도록 도산법에 규정하여야 한다.

본 권고가 필요한지 여부 및 그 적용 대상 범위에 관하여는 국가들의 입장이 일치하지 않았다. 다수 국가들은 본 권고가 필요하며 특히 ‘채무자의 사업을 지배하는 자’에게 위와 같은 의무를 부과하도록 규정해야 한다는 입장을 취하였으며 그대로 최종 채택되었다.

그러나 이와 달리 위 내용이 개별적인 개인 사업자들에게는 적용될 수 없는 반면에 통합된 소규모 기업들에 지배력을 행사하는 개인들의 책임을 결정하는 절차적 측면을 다루지 않는다는 점에 근거하여 본 권고는 불필요하며 삭제도 가능하다는 일부 의견도 존재하였다.

12. 권고안 105(비공식 채무조정 협의 참여에 관한 인센티브 제공)

본 권고안은 비공식 채무조정 협의 참여에 관한 적절한 인센티브 제공이 가능하다고 규정하고 있는데, 그 인센티브 부여 대상에 채무자나 공공기관 뿐만 아니라 “다른 이해관계인, 특히 근로자(and other rele-

vant stakeholders, in particular employees)” 들까지 포함할 것인지에 대해 상반된 입장이 존재하였다.

해당 문구의 삭제를 주장하는 국가들이 권고안의 핵심은 다른 이해관계인보다는 ‘채무자’에 대한 혜택 부여에 있다는 점을 근거로 들었다. 그러나 다른 국가들은 간이도산절차 상 근로자의 권리 보호 차원에서(아래 13. 참조) 해당 문구의 유지를 주장하였다.

논의 결과, 이 권고안은 기본적으로 각 국가들에게 광범위한 재량권을 부여하고 있으므로(“may consider”) 근로자를 인센티브 부여 대상에 포함하되 제도 채택 및 구체적인 운용은 개별 국가에게 맡기는 방향으로 합의되었다.

13. 근로자 권리 보호 규정 신설에 관한 논의

가. 논의 배경

EU 대표는 지난 제57차 작업반 회의에서 현재 논의 중인 입법지침에 근로자 보호에 관한 규정들을 추가할 것을 제안하였다. EU의 제안은 기본적으로 EU 회원국들에 적용되는 법령(근로자 보호를 위한 각

대하여 견해가 대립하였는데, 전자를 지지하는 의견(우리나라, 영국 등)이 우세하여 최종적으로 “R. Pre-commencement aspects”라는 표제가 채택되었다.

종 법적 요건 등)과의 부합성을 높이기 위한 것으로 보인다. 해당 수정안은 이번 제 58차 회의에서 충분한 논의를 거쳐 최종 권고안에 반영되었다.

나. 주요 내용

(1) 권고안 1(간이도산제도의 주요 목적)

권고 1의 (d)는 간이도산절차로부터 영향을 받는 “이해관계인(parties in interest)”의 보호를 간이도산제도의 주요 목적 중 하나로 규정하고 있는데, 그 “이해관계인”의 범위에 “근로자”도 새로이 포함하였다.

근로자는 채권자의 지위에 있지만, 사용자인 소규모 기업의 도산에 의해 중대한 영향을 받을 수도 있으므로 단순히 일반적인 채권자와 동일한 지위에 있는 것으로 보기에 어렵다. 따라서 ‘이해관계인’에 근로자를 명시적으로 포함함으로써 근로자들이 추가적인 보호를 받을 수 있도록 하였다.

같은 권고 조항의 (e)는 채권자 등 이해관계인의 절차 참가를 촉진하기 위한 실효성 있는 조치를 제공하도록 하였는데, 여기서의 이해관계인에도 근로자를 포함하여 규정하였다.

(g)는 도산절차가 일종의 사회적 낙인이 되어서는 안된다고 명시하고 있으며, (g bis)

에서도 희생이 가능할 경우 고용과 투자를 보전할 것을 요구함으로써 근로자의 권리를 보호하고자 하였다.

(2) 권고안 6(권한 당국의 감독 기능 관련)

사무국은 지난 회기 EU의 제안을 반영하여, 당사자들이 적용 법률에 따라 근로자들에게 부담하는 의무를 준수하는지에 대한 감독을 권한 당국의 기능에 포함하도록 권고안 6 (i)의 문안을 정리하였다.

이번 회기에서는 권고안 20과의 정합성 등을 고려하여 “적용 법률(applicable law)”을 “도산법 및 도산절차 상 적용되는 다른 법률(insolvency law and other laws applicable within insolvency proceedings)”로 수정함으로써 그 의미 및 범위를 보다 명확히 하였다.

(3) 권고안 19(이해관계인들의 권리 및 의무)

권고안 19는 간이도산절차 상 이해관계인들의 권리 및 의무에 관하여 규정하고 있는데, 개별 국가의 국내법이 규정하는 경우에는 근로자도 이해관계인에 포함되도록 하였다.

(4) 권고안 20(간이도산절차에서의 근로자의 권리와 이익의 보호)

당초의 권고안은 “J. 근로자(Employees)”

라는 신설 항목 아래에 본 권고안을 두고, 도산법에 다음과 같은 내용을 포함하도록 하였다.

- 권한 당국은 도산에 있어 근로자의 권리 및 이익 보호와 관련된 ‘적용 법률’의 모든 요건이 간이도산절차에서도 준수되도록 하여야 함
- 위 적용법률 상의 요건들은 소규모기업의 근로자들이 직접 또는 그 대표자를 통하여, 간이도산절차의 개시 및 그 절차로부터 발생하는 그들의 고용 상태 및 권리에 영향을 주는 모든 문제들에 관하여 적절하게 정보를 제공 받아야 한다는 점을 포함할 수 있음

이번 회기에서는 특히 위 내용 중 근로자에 대한 채무자의 정확하고 완결성 있는 정보 제공 의무가 강조되었다.

논의 결과, 해당 권고안의 위치를 기존의 “E. 참가자(Participants)” 항목으로 이동하고 “간이도산절차에서의 근로자의 권리 및 이익 보호”라는 표제를 두기로 결정하였다.

또한 “적용 법률(applicable law)”이라는 표현은 “도산법 및 도산절차 상 적용되는 다른 법률(insolvency law and other laws applicable within insolvency proceedings)”로 수정하여 그 의미 및 범위를 명확히 하

였다.

(5) 권고안 22(간이도산절차 개시 기준 및 절차)

권고안 22 (c)는 간이도산제도에 채권자 및 채무자를 절차 개시 신청의 남용으로부터 보호하는 장치를 둘 것을 요구하고 있다. 본 권고는 그 보호 대상에 채권자 및 채무자 뿐만 아니라 “근로자 등 다른 이해관계인”을 추가하였다.

다. 소결

간이도산절차 상 근로자의 권리 보호에 관한 EU의 제안에 대하여 해당 내용은 도산법이 아니라 노동법에서 규정할 내용이라는 이견 및 각 국가의 국내법제에 대한 과도한 제약이라는 지적이 제기되기도 하였다.

그러나 일부 권고안의 경우, 의무조항이 아닌 선택조항의 형태를 채택하였으며, 관련 주석에서 본 입법지침이 각 국가의 국내법 상 이미 존재하는 근로자 보호 제도에 영향을 주려는 취지가 아니라는 점과 입법지침에 따른 근로자 보호의 적정 수준은 결국 각 국가가 국내법으로 결정할 문제라는 점을 설명함으로써 가급적 개별 국가의 입법 권한 및 재량을 존중하고자 하였다.

결과적으로 살펴보면, 논의 과정에서 EU 측 제안이 상당 부분 수용되었고 구체적인 표현 및 위치에 대한 약간의 수정을 거친 후 최종 채택되었다.

IV. 평가 및 소감

이번 제58차 실무회의에서는 「소규모기업을 위한 도산법 입법지침」 중 권고(Recommendation) 부분이 성안되었다. 총 107개의 권고 문안이 확정되었으며 최종 승인을 위해 6월말경 개최될 제54차 UNCITRAL 본회의 제출을 앞두고 있다.

소규모기업을 위한 간이도산제도는 코로나로 인해 전세계 경제가 침체에 빠진 현 시점에서 더욱 시의성을 갖는 주제이다. 많은 국가들과 주요 국제기구가 다양한 중소기업 구제 방안을 내놓고 있지만 각종 조치에도 불구하고 도산, 특히 중소기업 도산의 급격한 증가는 피할 수 없는 상황이다. 직접적인 재정지원은 현실적으로 한계가 뚜렷하고, 보다 중장기적인 관점에서는 도산절차의 간소화를 통한 기업의 비용 절감 및 회생절차에 대한 지원 강화가 바람직하다. 이러한 측면에서 이번 작업반의 논의 결과물은 각 국가들에게 매

우 중요한 의미를 가진다.¹²⁾

또한 이번 입법지침(안) 논의는 단순히 도산절차법 뿐만 아니라 도산실체법의 관점에서도 상당히 중요한 의미를 가진다고 보인다. 특히, 신속하고 효율적인 간이도산절차의 확립과 채권자를 비롯한 이해관계인의 보호라는 두 가치 간의 형량은 권고안에 대한 논의 과정 전반을 지배하는 문제였다고 볼 수 있다. 작업반의 논의는 두 가치 간의 균형을 살리되, 각 국가의 입법 재량을 가급적 존중하는 방향으로 진행되었다.

권고의 대부분은 우리나라의 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 부합하는 내용으로 정리가 되었으나, 신고 또는 통지되지 않은 채권자의 도산절차 상 권리와 의무, 근로자 보호 규정 및 의제승인제도 등 우리 법제와 완전히 일치하지 않는 부분들도 존재하므로 이에 대한 주의가 필요하다.

이번에 채택될 문서는 법적 구속력 및 강제력이 없는 ‘입법지침’이기는 하나, 최종 승인될 경우에는 향후 이를 반영한 법령 개정 및 제도 변경에 대한 고려가 필요할 수 있으므로 관련 논의 내용을 정확히 파악하여 수용의 실익 및 우리 법제와의

12) 실제 작업반 회의에서도 현재 논의 중인 간이도산제도에 대한 입법지침이 자국 법제 개선에 필요한 자료라고 밝힌 국가들이 다수 있었다.

괴리를 줄일 수 있는 방안에 대한 검토가 필요할 것이다. 특히 주석(Commentary) 부분에 대한 논의는 다음 회기인 제59차 작업반 회의에서 마무리될 예정인바, 권고와

부합할 뿐만 아니라 우리 법제와의 괴리를 최소화하는 방향으로 성안될 수 있도록 관련 논의에 계속 적극적으로 참여할 필요가 있다.

UN국제상거래법위원회 제6실무작업반 논의 동향

법무부 국제법무과 사무관 김 하 영

I. 회의 개요

1. 회의 배경

2012년 국제해법회의(Comite Maritime International, 이하 ‘CMI’)에서는 선박경매국이 매수인에게 부담 없는 소유권(clean title)을 부여하고 이를 당사국들이 승인하도록 하는 국제규범 초안(A Proposed Draft International Convention on Recognition of Foreign Judicial Sales of Ships, 이하 ‘베이징 초안’)이 제안되었으며, 이후 2018년 UN국제상거래법위원회(UNCITRAL) 제53차 본회의에서 베이징 초안을 바탕으로 선박경매에 관한 국제규범 성안작업을 진행하자는 제안(스위스)이 제6실무작업반(이하 ‘작업반’) 의제로 채택되었다.

2. 회의 경과

작업반은 2019년 제35차 회의를 시작으

로 지금까지 총 4차례에 걸쳐 회의를 진행하여 선박경매의 승인 관련 국제규범의 형식을 모델법(model law)이 아닌 협약(convention)으로 하고, 그 적용 범위는 회원국들이 실시한 선박경매에 한정하는 것으로 합의하였다.

제38차 작업반 회의는 2021년 4월 19일부터 23일까지 오스트리아 빈 국제센터(Vienna International Center)에서 독일 출신 Ms. Beate Czerwenk의 주재로 대면과 화상 회의를 병행하는 하이브리드 방식으로 개최되었으며, 베이징 초안의 제3차 수정안(A/CN.9/WG.VI/WP.90, 이하 ‘수정안’)을 바탕으로 논의를 계속하였다.

3. 회의 결과 요지

제38차 회의는 의장의 제안에 따라 협약의 적용범위(수정안 제3조), 통지 절차의 기능(수정안 제4조), 선박경매증서의 발급

및 효력(수정안 제5조), 선박경매의 취소와 전속적 관할(수정안 제9조) 및 정의 규정(수정안 제2조)에 대한 논의를 중심으로 진행되었다. 그 결과, 수정안 제3조, 제4조 및 제6조에 대한 구체적 문언을 합의하고, 선박경매 취소 시 당해 선박경매와 선박경매증서의 효력 등에 대한 논의가 진행되었으나 합의에는 이르지 못하여 이 부분 논의는 사무국 수정안을 바탕으로 차기 회의에서 지속하기로 하였다.

이에 따라 차기 회의에서는 선박경매 취소 시 선박경매와 선박경매증서의 효력, 온라인 등기국(repository)의 운영 방법, 기타 정의규정들에 대한 세부적 검토를 진행할 것으로 보인다.

II. 제38차 작업반 회의 주요 논의사항

1. 협약의 적용범위(수정안 제3조)

수정안은 선박경매가 실시되는 시점(at the time of judicial sale)에 선박이 경매국의 영토 내에 위치하고(수정안 제3조 제1항 a호), 선박경매 결과 매수인이 “부담 없는 소유권(clean title)”을 취득하는 경우(같은 항 b호)에 협약이 적용되도록 규정하고

있다. 이와 관련하여 선박경매 실시 시점을 언제로 해석할지와 수정안 제3조 제1항 b호의 삭제 여부가 논의되었다.

가. 수정안 제3조 제1항 a호

작업반은 선박경매를 실시하는 시점(at the time of judicial sale)이 언제인지에 대한 해설(explanatory note)을 추가하기로 합의하였다. 선박경매 실시 시점에 관한 여러 해석기준¹⁾들이 제시되었으나, 각국의 다양한 입법례를 포괄적으로 반영할 수 있는 시간적 범위를 상정하는 것은 불가하다는 지적에 따라 해설에는 본 조항의 취지가 경매국이 해당 선박경매에 대한 관할을 가지고 있음을 보장하기 위함임을 명시하고, 선박경매절차 내내 선박이 경매국의 영토 내에 있을 것을 요하지는 않는다는 점을 추가하기로 합의하였다.

나. 수정안 제3조 제1항 b호

협약의 적용범위에 관한 수정안 제3조 제1항 b호를 삭제하고, 해당 내용을 개별 규정(수정안 제5조 내지 제10조)에 반영하자는 의견이 제시되었으나 채택되지 않았다. 작업반은 같은 호가 협약의 적용범위에 관한 개괄적 이해를 제공한다는 점에서

1) 선박경매 개시시점부터 종료시점까지의 절차 전반을 의미한다는 견해, 선박경매 개시시점에만 경매국 영토에 있으면 충분하다는 견해 등이 그것이다.

문안을 유지하기로 합의하되, 수정안 제5조 내지 제10조는 선박경매 결과 ‘부담 없는 소유권(clean title)’이 부여된 경우에만 적용됨을 명시하는 문안을 추가하기로 하였다.

2. 통지의 기능(수정안 제4조) 및 국제적 효력(수정안 제6조)

수정안 제4조 통지 조항이 독자적 의미의 규정(stand-alone provision)인지 아니면 선박경매증서의 발급요건인지, 또한 선박경매의 국제적 효력 발생요건인지 논의되었다.

수정안 제4조는 독자적 의미의 규정이지 아니며, 이를 국제적 효력의 발생요건으로 규정하는 경우 경미한 통지절차 위반을 이유로 선박경매의 국제적 효력이 부인될 수 있어 수정안 자체가 무력화될 수 있다는 점이 지적되었다. 작업반은 수정안 제4조의 통지 절차는 선박경매증서 발급요건에 해당하며, 이를 반영해 수정안 제6조(선박경매의 국제적 효력)의 문안을 수정하였다.

작업반은 수정안 제6조에 선박경매의 국제적 효력은 선박경매증서가 발급된 경우에 발생한다는 내용을 추가하고, 선박경

매의 국제적 효력은 수정안 제4조의 통지 절차를 전제로 한다²⁾는 제6조 단서를 삭제하기로 합의하였다.

3. 선박경매증서의 발급 및 효력

가. 선박경매의 종국성과 자동발급(수정안 제5조 제4항)

수정안 제5조 제4항은 선박경매증서는 경매절차가 종국된 경우 매수인의 신청에 따라 부여된다고 규정하고 있다. 이에 대해 선박경매 종국성의 판단 기준 및 경매증서의 자동발급 여부가 논의되었다. 작업반은 선박경매가 확정적으로 종료되는 시점에 대한 각국 입법례가 상이하다는 점을 반영, 선박경매가 종료된 경우 경매국의 규정 및 절차에 따라 선박경매증서가 자동적으로 발급되는 것으로 같은 항을 수정하였다.

나. 선박경매증서의 공증 및 전자적 발급(수정안 제11조)

수정안 제11조 제1항은 선박경매증서에 대해 별도 공증(아포스티유 등)을 요구하지 않도록 규정하며, 같은 조 제2항 내지 제3항은 선박경매증서의 전자적 발급에

2) A judicial sale to which this Convention applies that is conducted in one State Party shall have the effect in every other State Party of conferring clean title to the ship on the purchaser, **provided that the judicial sale was conducted in accordance with the notice requirements in article 4.**

관한 내용으로, 작업반은 같은 조 문안을 유지하되 수정안 제5조와의 유기적 관계를 고려해 조문의 위치를 제5조 다음으로 이동하기로 합의하였다.

다. 선박경매 취소 시 선박경매증서의 효력(수정안 제5조 제6항)

수정안 제5조 제6항은 선박경매증서는 선박경매가 수정안 제9조에 따라 취소되지 않는 한 수정안 제6조의 국제적 효력을 갖는다고 규정하고 있으나, 같은 항을 삭제하고 이를 수정안 제9조에서 통일적으로 규정하기로 합의했으며, 선박경매가 취소된 경우 선박경매증서의 국제적 효력이 유지되는지 여부는 각국의 다양한 의견³⁾을 고려해 차기 회의에서 추가적으로 논의하기로 했다.

작업반은 수정안 제5조 제6항 규정을 삭제하고 이를 선박경매의 취소에 관한 효력을 규정하는 수정안 제9조에서 통일적으로 규율하기로 합의하였다. 또한 수정안 제9조 제1항 및 제2항의 전속적 관할에 관한 규정은 유지하되, 선박경매가 취소된

경우의 효력에 관한 같은 조 제3항 및 제4항 규정은 당사국의 국내법을 따르는 것으로 새로운 수정안을 마련하기로 하였다.

4. 정의규정(제2조)

수정안 제2조 정의규정 관련, ‘담보권(charge)’, ‘선박우선평권(maritime lien)’, ‘저당권(mortgage)’ 등을 어떻게 규정할 것인지 논의를 하였다. 작업반은 담보권, 선박우선평권에 대한 정의 규정은 유지하고, 수정안 제4조 및 제7조에 등장하는 ‘등기된 담보권(registered charge)’에 대한 정의를 추가하기로 합의하였다.

한편, 수정안 제2조 (e)호는 저당권이란 (i) 선적국에서 등기 또는 등록된, (ii) 경매국의 국제사법에 따른 준거법에 의해 인정하는 “mortgage” 또는 “hypothèque”를 의미한다고 규정하고 있다. 작업반은 저당권의 정의 규정에 “mortgage”와 “hypothèque”를 모두 포함시키기로 합의했으며, 수정안 제2조 (e)호 (ii) 요건의 삭제에 대해 다수국들이 동의하였다. 우리나라를 포함한 일부 국가들은 (ii) 요건의 필요성을

3) ① 선박경매증서는 별도의 독립적인 효력을 갖지 않으므로 선박경매가 취소되는 경우 선박경매증서의 국제적 효력 또한 자동적으로 소멸한다는 견해, ② 선박경매가 수정안 제10조의 공서양속 위반을 이유로 취소되지 않는 한, 선박경매증서의 국제적 효력은 유지된다는 견해, ③ 선박경매의 취소에도 불구하고 선박경매증서의 국제적 효력이 유지되는 경우(예: 매수인의 악의 등)를 열거적으로 규정해야 한다는 견해, ④ 선박경매증서의 국제적 효력이 유지되는 경우는 각국의 국내법을 따르도록 규정해야 한다는 견해 등이 제시되었으며, ⑤ 선박경매증서가 발급된 이후 선박경매가 취소되는 경우는 극히 예외적인 경우로 수정안에서 이러한 경우까지 별도로 규정할 필요가 없다는 주장도 제기되었다.

주장하였으나 다수 국가들은 경매국의 국제사법에 따른 준거법은 결국 선적국법으로, 선적국법이 인정하는 저장권이란 결국 등기된 저장권을 의미하는 바, (ii) 요건은 (i) 요건과 중복된다는 이유로 삭제의 필요성을 강조하였다.

III. 평가 및 소감

지난 제37차 회의에서 작업반은 2021년까지 선박경매에 대한 규범 성안을 완료하고 2022년 UN 총회(General Assembly)에 이를 상정할 계획이었으나, 금번 회의 진행 상황에 비추어 볼 때 올해 말까지 문안에 대한 최종 합의가 이루어지기는 어려워 보이고, 이르면 내년 중 합의에 도달할 가능성이 있어 보인다.

금번 제38차 회의에서는 협약의 적용범위, 통지의 기능, 선박경매의 국제적 효력 및 일부 정의 규정 등에 대한 합의가 이루어졌으며, 선박경매증서의 기능 및 효력, 선박경매취소에 따른 권리관계 등에 관한 쟁점들을 깊이 있게 논의하는 등의 진전이 있었다. 하반기 개최될 차기 회의에서는 선박경매 취소 시 선박경매증서 및 선박경매의 효력, 온라인 등기국(repository)의 운영 방법 및 기타 정의 규정들(ship, purchaser 등)에 대한 논의가 이어질 것으로 보인다.

금번 제38차 회의의 경우 성안작업이 마무리 단계에 접어든다는 점을 고려하여, 의장이 제안한 논점들에 대한 구체적인 문언 검토를 위주로 대비하였으나, 문언 수정보다는 오히려 주요 조문(수정안 제4조 내지 제6조, 제9조)에 대한 해석이 심층적으로 논의되는 등 회의가 예상하지 않은 방향으로 흘러가는 경우가 있었다.

본 협약은 국가 간에 체결한 이해관계나 분명하게 대립하는 쟁점이 있기보다는 각국의 국내법과 조화를 이룰 수 있는 경매 절차를 구상하는 과정에서 수정안에 대한 해석 및 이해에 차이가 있는 것으로 보인다. 특히 본 협약은 선박경매의 구체적인 집행 절차를 규율하는 것이 아닌, 외국에서 이뤄진 선박경매에 국제적 효력을 부여하여 선박경매의 담보가치를 확보하는 게 주된 목적인바, 협약의 목적을 달성하면서 최대한 다양한 입법례를 반영할 수 있는 수정안을 도출하는 것이 중요할 것으로 보인다.

본 작업반은 마무리 단계에 접어든 상태이나, 협약의 주요 조문들에 대한 해석 관련하여 통일적인 입장이 정립된 것은 아니며, 특히 선박경매 취소의 효력에 대한 논의는 차기 회의에서도 심층적으로 다뤄질 것으로 생각된다.

우리나라의 경우 협약의 각 조문 간 유

기적인 관계 및 본 협약이 실제 선박경매 절차에서 어떻게 구현되는지에 대한 이해를 좀 더 높여야 할 필요가 있다. 금번 회의에서 가장 중점적으로 논의된 선박경매 취소의 효력에 대한 논의를 이해하기 위해서는 경매국에서는 선박경매의 효력을 문제삼지 않았으나 등기국에서 선박경매의 효력을 협약상 이유(공서양속 위반 등)로 부인하는 경우 등 다양한 상황을 가정하고

이러한 경우에 대한 협약의 해석을 검토해보아야 한다.

특히 우리나라의 경우, 조선업의 선두에 있으며 선박거래가 활발하다는 점을 고려할 때 본 협약이 우리나라 법제와 부합하는 방향으로 성안될 수 있도록 차기 회의에 대비하고, 차기 회의 논의 의제를 제안하는 등 적극적으로 대응할 필요가 있다.

「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 연구결과와 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 심사의 의무) 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 연구윤리규정 준수서약서를 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 안건에 대해서 심의에 참여할 수 없다.
- ③ 편집위원장이 본 연구윤리규정을 위반한 때에는 편집위원장을 제외한 편집위원의 합의에 따라 연구윤리위원회를 구성한다.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2009년 6월 30일부터 시행한다.

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

「통상법률」 편집위원회 귀중

논문제목 :

연구윤리규정준수 확인서

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

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

논문 사용권 및 복제·전송권 위임서

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

200 년 월 일

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

(별지2) 연구윤리규정 준수 서약서(편집위원용)

「통상법률」 귀중

본인은 「통상법률」의 편집위원으로서 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하며, 특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

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

20 년 월 일

편집위원 ○ ○ ○ ㉠

(별지3) 연구윤리규정 준수 서약서(심사위원용) (2009. 6. 30. 신설)

「통상법률」 귀중

본인은 「통상법률」의 심사위원으로서 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하며,
특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

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

20 년 월 일

심사위원 ○ ○ ○ ㉠

「통상법률」 원고 심사 및 편집 규정

제정 2003년 11월 1일

개정 2018년 1월 1일

개정 2020년 1월 1일

제 1 장 총 칙

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

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

제 2 장 통상법률 편집위원회

제3조(편집위원회의 설치) 「통상법률」誌의 학문적 수준을 제고하고 전문논문집으로서의 성격을 유지·발전시키기 위하여 「통상법률」誌에 게재될 원고의 심사와 편집에 관한 사항을 결정하는 ‘통상법률 편집위원회’(이하 “편집위원회”라 한다)를 둔다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 편집위원장 및 7인 이내의 편집위원으로 구성한다.
- ② 편집위원장은 법무부 국제법무과장으로 한다.
- ③ 편집위원은 해당분야 연구 성과가 뛰어난 국내외 법학교수, 법학박사 학위를 소지한 연구자, 해당분야의 법조실무경력 5년 이상의 판사, 검사, 변호사 및 관련분야 전문가 중 편집위원장이 위촉한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 편집위원 중 1인을 간사로 지명할 수 있으며 필요에 따라 편집위원 중 1인을 편집자문위원으로 둘 수 있다.

제5조(편집위원회의 임무)

- ① 편집위원회는 다음 각호에 관한 사항을 결정한다.
 1. 「통상법률」誌에 투고된 원고의 심사 및 「통상법률」誌의 편집
 2. 원고 심사를 위한 심사위원 및 전문심사위원의 지정 및 위촉
 3. 게재된 논문의 사후 수정 또는 게재 취소 여부 결정
 4. 기타 편집위원회의 구성과 운영에 관한 사항
- ② 편집위원회는 다음 각호에 관한 사항에 대하여 편집위원장의 자문에 응한다.
 1. 「통상법률」誌 발간을 위한 기본 방침과 편집방향
 2. 기획논단 주제 선정
 3. 기타 편집위원장이 필요하다고 인정하는 사항
- ③ 편집위원장의 권한은 다음과 같다.
 1. 제4조 제3항에 따른 편집위원의 위촉
 2. 제4조 제4항에 따른 간사 및 편집자문위원의 지명
 3. 제6조 제1항의 편집회의 주재
 4. 제6조 제1항에 따른 임시회의 소집
 5. 제8조 제4항에 따른 심사위원의 교체
 6. 제11조 제4항에 따른 원고 게재 여부의 결정
 7. 기타 「통상법률」誌 발간과 관련하여 필요한 사항의 결정

제6조(편집위원회의 운영)

- ① 편집위원회는 매년 1회 이상의 편집회의를 소집하며 편집위원장의 판단에 따라 임시회의를 소집할 수 있다.
- ② 편집위원회는 재적 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결하며, 편집위원장이 필요하다고 인정하는 경우는 서면, 이메일 등을 통해 이를 진행할 수 있다.

제7조(편집위원의 임기)

- ① 편집위원의 임기는 2년으로 하되 연임할 수 있으며, 편집자문위원으로서의 임기는 편집위원 임기 만료시 함께 종료된다.
- ② 편집위원이 임기의 개시에 앞서 타 학술지의 편집위원으로 재직 중인 경우 또는 임기 중 타 학술지의 편집위원으로 재직하게 되는 경우에는 지체없이 편집위원

장에게 이를 통보하여야 한다.

- ③ 편집위원은 임기가 완료된 이후에도 후임자 충원 시까지 그 직무를 계속 수행하며 이미 착수한 업무는 충원 후에도 완결한다.
- ④ 특별한 필요성이 인정되는 경우 편집위원장은 임기가 종료되지 아니한 편집위원을 해촉할 수 있으며, 새로 임명된 편집위원은 전임자의 잔여 임기 동안만 편집위원의 직무를 수행한다.

제8조(편집위원의 임무)

- ① 편집위원은 「통상법률」誌의 발간과 관련하여 원고의 심사 및 「통상법률」誌의 편집에 대해 필요한 사항의 결정을 그 직무로 하고, 이를 위해 편집위원장이 인정하는 부득이한 사유가 없는 한 제6조 제1항에 따른 정기회의와 임시회의에 참석하여야 한다.
- ② 편집자문위원은 편집위원의 직무를 수행하며, 편집위원장이 필요하다고 인정하는 경우 「통상법률」誌의 발간과 관련한 추가적 자문을 제공할 수 있다.

제 3 장 원고의 심사

- 제9조(심사 대상) ① 「통상법률」誌에 게재될 모든 논문(판례평석 포함)은 심사의 대상이 된다. 다만 시론, 자료 및 기록물, 연구노트, 서평, 동향 등은 별도의 심사없이 편집위원회에서 게재여부를 결정할 수 있다.
- ② 「통상법률」誌에 게재하기 위해 제출되는 논문은 독창적인 것으로서 기존 간행물에 게재된 것이 아니어야 한다.
 - ③ 논문은 「통상법률」誌의 원고작성방법을 준수하여 작성된 것이어야 한다.
 - ④ 편집위원회는 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서가 제출되지 않은 논문에 대해서는 심사를 거절할 수 있다.

- 제10조(심사위원 선정 및 심사 의뢰) ① 편집위원회는 「통상법률」誌에 투고된 원고의 게재여부를 심사하기 위하여 논문당 3인의 심사위원을 선정해야 한다.
- ② 심사위원은 대학에 재직 중이거나 재직하였던 국내외 법학교수, 법학박사 학위를 소지한 연구자, 법조실무 경력 5년 이상의 판사·검사·변호사 중에서 위촉하되, 필요한 경우 편집위원회는 기타 국제통상 및 국제거래 분야의 전문가를 전문심사

위원으로 위촉할 수 있다.

③ 편집위원회는 다음 각호의 사항을 고려하여 심사위원을 위촉한다.

1. 해당 논문에서 다루는 주제와의 관련도
2. 해당 분야에서의 연구실적
3. 학계 또는 실무계에서의 인지도
4. 공정한 심사를 수행하기 어려운 사정이 있는지 여부

④ 심사 의뢰를 받은 심사위원은 지체없이 심사에 착수하여 심사 결과를 신속히 편집위원회에 제출하여야 한다.

⑤ 논문을 투고한 편집위원은 자신의 논문에 관한 심사위원의 선정이나 논문 게재 여부의 결정에 참여할 수 없으며, 해당 논문은 편집위원회 외부에 심사를 의뢰하여야 한다.

제11조(심사 기준) 원고의 심사는 다음과 같은 기준에 의한다.

1. 「통상법률」 원고작성방법 준수 등 형식적 적합성
2. 연구목적의 타당성과 그 목적 실현방법의 적합성
3. 연구의 구성과 내용의 독창성 및 논리성
4. 필요한 참고문헌 활용의 적정성 및 충실성
5. 연구결과의 학문적 기여 또는 사회적 활용 가능성
6. 연구윤리준수
7. 국문초록 및 외국어초록의 질적 수준과 분량
8. 기타 편집위원회에서 「통상법률」誌의 심사를 위해 필요하다고 인정하는 기준

제12조(심사 절차) ① 편집위원회는 심사위원에게 투고된 논문의 원고와 심사결과서 양식, 연구윤리규정준수 서약서 양식을 송부한다.

② 투고된 원고는 투고자를 익명으로 하여 심사 과정을 거쳐야 하며, 심사 논문의 내용 중 투고자의 신원을 알 수 있을 만한 부분은 삭제하여 심사를 의뢰한다.

③ 논문의 심사는 제9조의 심사 기준에 따라 행하되 원고를 송부한 날로부터 2주일 이내에 완료하여야 한다. 단, 편집위원장의 허가에 따라 심사 기간은 1주일을 연장할 수 있다.

④ 심사 의뢰 후 3주일 이내에 심사 결과가 제출되지 아니할 경우, 편집위원장은 그 심사위원을 해당분야의 전문가 또는 편집위원 중의 한 사람으로 교체할 수 있다.

⑤ 심사위원은 게재여부의 결정과 관계없이 심사 의견을 반드시 작성하여야 하며,

심사결과서 원본 파일은 3년간 보관하여야 한다.

- ⑥ 법무부는 심사위원에게 소정의 심사료를 지급할 수 있다.

제13조(심사 판정) ① 심사위원은 원고의 심사결과를 위원회에 보고하고, 편집위원회는 보고된 원고에 대하여 다음과 같이 판정한다.

1. 수정·보완 없이 게재가 가능한 때: 게재 가능
 2. 수정·보완 후 게재가 가능한 때: 수정 후 게재
 3. 수정·보완 후 재심사가 필요한 때: 게재 유보
 4. 전면적 수정·보완이 이루어지지 않는 한 게재가 불가능한 때: 게재 불가
- ② 심사 결과는 <별표>에 따라 점수를 합산하여 총점에 따라 게재 여부를 결정하되, 심사위원 중 2인 이상이 ‘게재 유보’ 의견을 내거나, 1인 이상이 ‘게재 불가’ 의견을 낸 경우 편집위원회의 결정으로 게재하지 아니할 수 있다.
- ③ 편집위원회의 판정은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ④ ‘수정 후 게재’로 판정된 원고에 대해서는 투고자로부터 수정본을 제출받아 편집위원장이 검토 후 게재 여부를 결정한다.
- ⑤ ‘게재 유보’로 판정된 원고는 투고자가 수정하여 다시 제출하면 편집위원회가 재심사를 통하여 게재 여부를 결정할 수 있다.

제14조(심사 결과의 통보) ① 편집위원회는 심사 결과를 투고자에게 통보하고, 필요한 경우에는 투고된 논문의 내용 수정 또는 보완을 요구할 수 있다.

- ② 수정 또는 보완의 심사 결과 내용을 통보받은 투고자는 논문을 수정 또는 보완하여 7일 이내에 다시 제출하여야 한다.
- ③ 게재가 결정된 논문은 특별한 이유 없이 투고 철회할 수 없으며, 편집위원장의 승인 없이 무단 철회할 경우 투고자는 향후 투고 제한 등 일정한 불이익을 받을 수 있다.

제15조(수정 후 게재 또는 게재 유보에 대한 이의제기)

- ① 투고자는 수정 후 게재 결정에 이의가 있는 경우 그 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 수정거부사유서를 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 제출하여야 하며, 편집위원회에서 타당성 여부를 판정하여 수정·보완 요구 또는 게재 여부를 결정한다.
- ② 투고자는 게재 유보 결정에 이의가 있는 경우 그 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 수정거부사유서를 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 제출하여야 하며,

편집위원회에서 타당성 여부를 판정하여 게재 유보 여부를 결정한다.

제16조(게재 불가에 대한 이의제기) ① 투고논문에 대하여 게재 불가 결정이 있을 경우 투고자는 심사 결과 통보일로부터 7일 이내에 사유를 명확하고 구체적으로 기재한 이의서를 편집위원회에 제출함으로써 이의를 제기할 수 있다.

② 편집위원회는 투고자가 전항의 이의를 제기하면 3일 이내에 이의 내용의 당부를 협의한 다음 적합하다고 인정될 경우 해당 논문을 재심사에 회부한다.

③ 편집위원회는 전항의 재심사에 대해서는 당해 논문심사에 관여하지 않은 새로운 심사위원을 선정하여 심사를 의뢰하고, 해당 심사 결과에 대해서는 본 학술지의 심사 및 게재규정을 준용하되, 편집위원회가 게재여부를 최종 결정한다.

제 4 장 원고의 게재 등

제17조(원고의 게재) ① 위원회에서 ‘게재’로 판정한 원고는 「통상법률」誌에 게재한다.

② 「통상법률」誌의 내용은 법무부 및 관련기관의 인터넷 홈페이지에 게시할 수 있다.

③ 법무부는 투고자에게 소정의 원고료를 지급할 수 있다.

④ 「통상법률」誌는 매년 2, 5, 8, 11월 20일에 발행한다. 단, 발행예정일이 토요일 또는 공휴일에 해당하는 때에는 그 익일에 발행한다.

제18조(자료의 전송) ① 편집위원회는 「통상법률」誌를 법률문화 발전, 학술진흥 기여 기타 필요한 경우 데이터화하여 각종 도서관 등에 전송 및 제공할 수 있다.

② 편집위원회는 게재 결정 즉시 투고자에게 자료 전송 및 제공에 대한 의사를 물어야 하며 7일 이내에 반대의 의사표시가 없으면 동의한 것으로 간주한다.

제 5 장 보 칙

제19조(규정의 개정) 본 규정은 위원회의 과반수 찬성에 의하여 개정할 수 있다.

부 칙(2003년 11월 1일)

제1조(시행일) 본 규정은 2003년 11월 15일부터 시행한다.

부 칙(2018년 1월 1일)

제1조(시행일) 본 개정안은 2018년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙(2020년 1월 1일)

제1조(시행일) 본 개정안은 2020년 1월 1일부터 시행한다.

제2조(경과규정) 현재 재직 중인 편집위원들은 재위촉되어 본 개정안이 시행되는 2020년 1월 1일부터 그 임기가 개시되는 것으로 본다.

「통상법률」 원고 작성 방법

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

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

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

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

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

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

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

⑥ 원고는 다음의 규격에 따라 작성한다.

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

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

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

⑦ 목차는 I., 1., 가., (1), (가)의 순으로 표기한다.

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

⑨ 각주는 다음과 같이 기재한다.

1. 단행본 : 저자명, 서명, 면수, 출판연도

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

3. 판 례 : 대법원 1900. 00. 00. 선고 00다0000판결(법원공보 1900년, 000면) 또는
대판 1900. 00. 00, 00다0000
4. 외국 출전 및 판결은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있다.
단, 일본 판결의 경우 선고 일에 평성, 소화 등 연호를 쓸 경우 괄호 안에
서기를 표시한다.
5. 영문성명, 논문명, 서명 등은 각 단어의 첫 자 외에는 반드시 소문자로 표기
한다.
- ⑩ 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 ‘면’으로 표기하고,
로마자자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 별도의 ‘p.’와 같은 표시를
생략하고 숫자만을 표기하며, 면수나 연도 등에서 ‘부터, 까지’를 나타내는
부호로 ‘-’을 사용한다.
- ⑪ 외국 법률이나 제도 등은 우리말로 표기하고 ()안에 원어를 표시한다. [예:
가석방제도(parole system)]
- ⑫ 참고 문헌은 각주의 기재 방식에 따름을 원칙으로 하되, 다음과 같은 사항에
유의하여 기재한다.
 1. 저자명, 서명, 출판관련사항은 각 쉽표.로 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 편집위원회 간사가
지정한 전자우편(e-mail)주소로 송부하거나, 온라인투고시스템에 제출한다.

[편집위원장]

박정현 (국제법무과장)

[편집위원]

김인호 (이화여대 법학전문대학원 교수)

강병근 (고려대 법학전문대학원 교수)

채형복 (경북대 법학전문대학원 교수)

안덕근 (서울대 국제대학원 교수)

강준하 (홍익대 법과대학 교수)

조성준 (일리노이공과대 시카고 켄트로스쿨 교수)

이재성 (유엔국제상거래법위원회 법률담당관)

계 간 지 통 상 법 률

2021년 5월 26일 발행(통권 제151호)

1994년 5월 20일 등록(97-10-5-11)

발간등록번호 : 11-1270000-000225-07

ISSN : 1598-4915

eISSN : 2765-5962

발행인 : 법무부장관 박 범 계

편집인 : 법 무 실 장 강 성 국

발행처 : 법무부 / 편집실 : 국제법무과 / 전화 : 02-2110-3664 / FAX : 02-2110-0327

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

인 쇄 : 성 진 사 : 031-388-4485

[비매품]

INTERNATIONAL TRADE LAW

Vol. 151

May 26, 2021

Publisher Park, Beom-Kye / Minister of Justice

Editor Kang, Sung-Kook / Deputy Minister for Legal Affairs

Edited in

International Legal Affairs Division

Published quarterly by

Ministry of Justice

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