

# 國際通商에서의 法治主義 : 世界貿易機構(WTO) 抗訴機構의 몇가지 문제점

김기영

조선대학교 법대 부교수

WTO Appellate Body, A Conundrum amidst its Development and Challenge:  
Selective Approach on Several Cases

*Prof., Kim, Ki Yaoung*

1995년 세계무역기구가 출범하면서 구 GATT체제와 달리 국제통상에 관한 분쟁해결절차가 대폭 정비되었다. 逆滿場一致制의 채택, 處理時限의 명시, 국제통상에 있어 법치주의의 구체화를 위한 抗訴機構의 설치 등 舊體制와는 매우 다른 양상을 보이고 있다. 우리의 경우 국제무역은 국가의 미래가 걸려 있는 문제이고, 세계가 경제전쟁화되고 있는 현실에서 이러한 체제변화는 우리 정부나 법률 전문가의 관심 사항이 아닐 수 없다. 이러한 맥락에서 본고는 법치주의, 사법적극주의, 심판관의 역할이라는 명제하에 세계무역기구 항소기구체제의 성격과 문제점을 조명하고 검토한다. 세계무역기구 분쟁해결시스템은 국내사법체제나 다른 국제사법체제와 달리 비교적 역사가 일천하나, 향후 선례의 축적에 따라서는 국제사회에서의 법치주의 달성에 있어 하나의 典型을 제공할 수 있는 가능성이 크다. 그러나 국제협정체제라는 본질적 한계로 인하여 항소기구가 처하고 있는 현실은 그리 쉬운 것도 아니다. 국제통상에 있어서의 법치주의와 항소기구, 심판관의 역할문제는 매우 광범위한 문제영역에 걸쳐 있는 문제지만, 본고에서는 먼저 세계무역기구 출범의 의의와 성격을 살펴보고, 나아가 법치주의와 사법제도, 세계무역기구 분쟁해결시스템의 성격과 Judge-made law의 중요성, 항소기구심판권의 범위와 한계, 절차밖의 자가 제출한 참고자료의 문제, 항소기구와 정치기관 간의 관계 및 사법적극주의 문제 등에 관하여 몇가지 事例와 比較法史的 접근방식을 통하여 논한다.

## I. 序說 : 세계무역기구 出帆의 意義와 性格

인류의 역사는 역사학자들의 주장을 굳이 빌리지 않더라도 다양한 관점에서 고찰할 수 있다. 전쟁과 정복의 역사일 수도 있고, 인간의 예지와 자유에 힘있어 개량되어 가는 사회일 수도 있으며, 경제적 生産關係와 生産力의 관계에 따라 발전하는 역사적 필연일 수도 있을 것이다. 현대 인류사를 돌아봄에 있어 큰 획을 그은 것을 들라면 많은 이들이 제1, 2차 세계대전을 들 것이다. 전쟁이 연합국의 승리로 돌아감에

따라 평화를 위한 국제사회의 요구에 부응하기 위하여 정치적으로는 국제연합을, 경제적으로는 무역및관세에관한일반협정 소위 GATT체제(이하 GATT라 한다)를 탄생시켰다. 세계경제와 관련하여 당초 연합국이 구상하였고 좀더 이상적인 통상관리기구로서의 국제무역기구(ITO)는 관계국의 이해상반으로 결렬되고, 대신에 1947년 GATT체제가 출범한 것은 주지의 사실이다. 이러한 관점에서 보면 인류의 역사는 꼭 전쟁과 정복만의 역사라고 할 수도 없고, 또한 천재 경제과학자의 예언대로 생산관계와 생산력의 모순에 따른 역사적 필연과정이라고 보기도 어

렵다. 인류역사는 이데올로기나 도그마적 형식론하에서도 인류의 理性과 自由의 正機能을 통하여 개량되어가고 있다고 보면 그다지 틀리지 않다고 본다. 1947. GATT체제는 오랜기간 국제통상의 관리체제로서 기능해 왔고, 1986년 우루과이라운드를 기점으로 GATT체제는 세계무역기구(WTO)체제로 전환하게 된다.<sup>1)</sup> 세계무역기구체제는 복잡한 논리적 분석을 전제하지 않더라도, 누구나 일응 과거 인류의 이상이었던 통상영역에서의 국제무역기구(ITO)의 부활과 감을 같이 한다.

인간사회의 중요한 특질을 정치경제적 현상으로 이해하면, 미흡하나마 인류는 유엔과 세계무역기구라는 이상적인 기구를 통하여 정치경제적으로 통합되어 있다고 볼 수도 있다. 이러한 理想的의 체제에 대하여는 몇가지 관점에서 비판적 접근이 있을 수 있다.

첫째, 국제정치적 현실주의 입장에서 유엔과 세계무역기구의 의미를 축소하는 관점이다.

둘째, 국제사회의 통합론적 흐름에 대하여 지방주의화 또는 세계지방화 현상에 주목하는 견해이다. 즉, 지역경제통합을 통하여 세계경제통합의 이상론을 비판하거나, 정치적·문화적 특수성에 바탕한 世界地方化(glocalization)를 역설하는 이론 등이 그것이다.

셋째, 현재의 유엔과 세계무역기구체제를 제도적·실질적으로 개선해 나가면서, 인류의 지혜를 모아 이상적 통합을 달성해 나가려는 개량주의적 입장이 있다.

이러한 견해들은 국제사회의 정치경제적 현실을 받아들인다는 점에서 순수한 이상주의는 아니라고 할 수 있을 것이다.

그렇다면 인류의 이상을 대표하는 유엔과 세계무역기구는 인류의 통합이라는 관점에서 어떠한 의미를 갖는가? 국가간의 침해한 이해대립이라는 정치경제적 현실 속에서 이러한 기구의 앞날은 어떨까? 유엔에 대한 국제정치적 분석에 관하여는 기존의 많은 연구가 있어 왔으므로 생략하기로 하고, 본고는 세계무역기구의 국제경제적 의미와 통합이라는 관점에서 국제통상 법치주의<sup>2)</sup>에 관하여 논하려 한다. 정치경제학 첫머리에 우리가 배우는 것은 경제의 현실은 순수한 시장원리에 따라 작동하는 것이 아니라는 것이다. 자유체제와 시장원리는 근대 시민사회와 민주주의의 발달을 지탱하는 이론적 원리였지만, 국내에서의 시장의 실패, 국제통상에 있어서의 시장의 실패는 우리 모두 받아들이지 않을 수 없는 현실이다.<sup>3)</sup> 시장의 실패는 필연적으로 규제를 낳고, 경제에 대한 국내적 규제와 국제적 규제, 그리고 이에 대한 관리체제는 또한 필연적일 수밖에 없다.<sup>4)</sup> 1947년 GATT체제는 여러모로 부족하였다. 이를 보완하기 위하여 세계무역기구체제가 7년여의 긴 산고 끝에 출범하였다. 세계무역기구체제를 統合이라는 관점에서 그 특징을 찾는다면, 多者主義體制로의 전환을 내용으로 하는 ‘經濟의 民主化’와 ‘국제통상에서의 法治主義의 확립’을 드는데 누구도 주저하지 않을 것이다. 즉, 세계무역기구체제는 기존의 회색지대조치 및 부당한 경제력 압력 등 經濟無法, 국제경제체제에 대한 무관심과 소외현상 등을 극복하기 위한 체제라는 점에서 가히 혁명적이다.

세계무역기구체제의 큰 특징의 하나로 분쟁 해결절차의 효율화와 강화<sup>5)</sup>를 들 수 있는데, 이

1) 서정두, 국제통상법, 107-142면, 삼영사 (2001.) ; 이춘삼, 국제통상법 111면 이하, 박영사(1999.)

2) Jean-Bernard Auby, La Glocalisation, Le Droit et l'Etat (Paris: Montchrestien, 2003.), pp. 154이하 참조

3) 이영대, 국내규제와 국제통상에 관한 연구, 인권과 정의 208호(1999.12.) 102면 이하 참조

4) 이영대, 전개논문

5) 세계무역기구의 패널절차 및 항소기구에 관하여는 일반적으로 이춘삼, 전개서, 309-337면 참조

는 세계무역기구체제가 경제의 법치주의를 실현하기 위한 것이라 할 수 있다. 체제의 통합이 정치적 통합과 경제적 통합의 단계를 거친다는 것은 인류의 역사가 증명하고 있다.<sup>6)</sup> 물론 그 순서는 바뀔 수 있다. 미합중국의 경우 통합은 전쟁을 통하여 정치적 독립을 이루고, 연방헌법을 제정함으로써 이루어졌다. 연방헌법의 제정에 있어 통합과 관련하여 가장 중요한 조항 중 하나가 소위 通商條項(Commerce Clause)이다. 주간 통상에 관한 연방의회의 권한이 헌법적으로 확인됨으로써 미국은 경제적 통합을 이루었고, 연방정부의 헌법적 권한과 관련하여 가장 중요한 근거조항으로서 기능하고 있다. 유럽의 경우도 예외는 아니다. 유럽연합(EU)의 통합이 역내국간의 관세철폐로부터 시작하여 공동통상정책, 화폐의 통합을 이루어 내는 등 고도의 경제적 통합단계에 들어서고, 유럽 헌법의 제정을 통한 정치적 통합을 모색하고 있다는 것은 주지의 사실이다. 이렇듯 통합과 분열이라는 관점에서 경제가 기능하는 바는 매우 중요하다. 따라서 세계무역기구체제가 국가간의 통상갈등을 조화롭게 조정하고, 이를 強權의으로 누구나 수긍할 수 있는 法理에 따라 해결한다면, 世界의 一 經濟國家化가 달성될 수 있고, 먼 훗날 세계의 정치경제적 단일국가의 출현도 완전히 이상에 불과한 것이라고 할 수 없을 것이다.

이러한 맥락에서 필자는 다음과 같은 의문을 제기하려 한다.

세계무역기구의 분쟁해결기구(Dispute Settlement Body : DSB)가 패널과 항소기구의 설치를 통하여 경제의 법치주의를 실현한다고 하고 있는데,

첫째, 법치주의의 본질이 무엇이고, 법치주의를 수호하는 사법기관의 역할은 무엇인가? 둘째, 법치주의와 관련하여 세계무역기구패널이나 항소기구의 사법관의 역할은 무엇이고, 현재의 세계무역기구체제는 제대로 기능하고 있는가?

이러한 문제는 다양한 관점에서 접근할 수 있고, 또한 법철학적 심오한 논의를 필요로 하는 것이지만 本稿에서는 세계무역기구 항소기구의 몇가지 事例와 比較法史的 觀點을 중심으로 문제를 짚어보려 한다. 논의에 앞서 이해의 편의를 위하여, 첫째, 세계무역기구분쟁해결체제는 국내법과 다른 국제기구체제하에서의 분쟁해결체제라는 점, 둘째, 종래의 國際仲裁의 전통과 유습의 영향으로 엄격한 사법체제와 어느 정도 차이가 있을 수 있다는 점 등을 주어진 조건으로, 그 반대명제로서 법치주의가 추구하는 司法審査, 사법부의 獨立, 사법의 最高性 등을 하나의 지향할 가치로 전제해 보도록 한다.<sup>7)</sup> 따라서 이하의 장에서는 분쟁해결이라는 측면에서의 세계무역기구의 최근 발전의 의미 및 Judge-made law 중요성, 항소기구의 심판범위 논쟁, 항소기구의 司法機構的 성격문제, 정치기관과의 관계 및 진보론자들이 주창하는 司法積極主義의 명제에 관하여 간략히 검토해 본다.

## II. 法治主義와 司法制度, 그리고 세계 무역기구 및 紛爭解決機構

국제통상에 있어 세계적 차원에서 법치주의를 확보<sup>8)</sup>하기 위하여 세계무역기구는 노력하고 있다. 그렇다면 과연 법치주의는 무엇이고, 인

6) Jean-Bernard Auby, 전게서

7) Kermit L. Hall, Unpublished lecture note. Utah State University : 동 강의에서 Hall 교수는 미국의 대법원은 200여 년에 걸쳐, Judicial review, judicial independence, judicial sovereignty를 이룩해 왔다고 주장하고 있다. 이러한 반대명제는 미국의 사법제도가 지향하는 가치로서 일면적일 수 있지만, 세계무역기구 현실에서 미국의 법문화적, 법제적, 정치경제현실적 영향력은 상당할 뿐만 아니라, EU의 창설 등 유럽의 최근발전이 미합중국의 발전과 비견되는 바 있으므로 일단 수용하기로 한다.

8) Jean-Bernard Auby, 전게서

간과 사회에 대하여 어떠한 기능을 하는가? 물론적으로 법치주의는 인간의 恣意的 지배를 막고 법에 의한 통치를 실현하기 위한 이데올로기이다. 법치주의를 통하여 인간은 사회에서 예측가능성과 법적 안정성을 확보할 수 있으며, 적법한 신뢰에 대하여 보호를 받게 된다. 법치주의는 근대 시민사회와 자유민주주의 발달과 보조를 같이 해 왔으며, 의회제정법률의 우위, 행정과 사법의 합법성 보장, 사법에 의한 행정 통제 등이 주요한 원칙을 구성한다. 이러한 법치주의는 근대의 형식적 법치주의로부터 실질적 법치주의로 변모하게 된다. 법치주의는 의회제정법률의 우위를 통하여 다수의 지배를 제도화하는 한편, 부당한 다수의 횡포로부터 소수자의 합법적인 권익을 보호함으로써 민주주의를 지탱하는 축이 된다는 것은 주지의 사실이다.<sup>9)</sup> 세계무역기구가 국제통상에 있어 법치주의를 실현한다 함은 앞서도 언급한 바와 같이 통상의 다자주의화를 실현하고, 기존의 회색지대조치 등을 다수의 합의와 사법기구를 통하여 국제통상의 player인 각국에게 貿易의 自由化와 豫測可能性을 보장한다는 것을 의미한다. 이러한 방향에서 세계무역기구는 기존의 GATT체제와는 달리 많은 변화가 있었다. 즉, 세계 대부분의 국가가 회원국이 됨으로써 다수의 참여가 이루어지고, 소위 쌍무주의의 관행과 一方主義의 통상압력 등에 대한 민주적 견제의 가능성이 열리게 되었다. 또한 무역의 자유화와 공정경쟁의 원칙을 수호하기 위한 사법통제제도가 혁명적으로 강화되었다. 분쟁해결에 관한 양해각서(Understanding of the Dispute Settlement: DSU, 이하 양해각서라 한다)를 채택하여 분쟁해

결절차를 체계화하고, 절차의 효율성을 제고하였으며, 항소기구를 설치하여 법령의 해석에 관하여 통일성을 보장하였고, 逆滿場一致制를 채택하여 분쟁해결의 완전사법화를 도모하였다. 역만장일치제는 종래 GATT의 만장일치제라는 분쟁해결에 있어 정치적 합의방식에 대신하는 것으로, 패널과 항소기구의 결정에 대하여 전 회원국의 거부가 없는 한 유효한 것으로 보는 것이다. 분쟁해결에 관한 양해각서 제16조의 해석상의 논란이 있을 수는 있으나, 140여 개의 회원국 중 최소한 승소 당사국은 동 결정에 대하여 거부하지 않을 것이므로, 역만장일치제는 패널과 항소기구의 결정이 바로 효력을 발휘한다는 것을 의미한다. 그것은 세계무역기구가 아직은 주권국을 회원국으로 한 국제기구에 불과하다는 기구의 정치적 성격을 최소한으로 담보하면서, 패널과 항소기구를 통하여 통상의 법치주의를 실현시키고자 하는 역사상 전대미문의 결정방식을 도입한 것이다. 그렇다면 형식적·실질적 법치주의의 확보와 관련하여 세계무역기구체제는 주권국가의 법치주의와 비교할 때 어떠한 특징을 갖는가?

첫째, 최고법규의 결여이다.<sup>10)</sup> 세계무역기구체제는 국제법상의 기구이고, 회원국 당사자 간에 체결된 조약이 최상위의 법규범으로 기능한다. 세계무역기구의 기본 조약인 설립협정 및 상품무역협정 등 주요 협정이 법체계상 회원국 간에 체결된 조약에 불과하다. 조약의 효력과 국내법체계상의 위상에 관하여 각국은 다양한 태도를 취하고 있지만, 많은 나라가 헌법과 모순되는 경우 조약의 효력을 부정하게 되므로 세계무역기구 및 분쟁해결기구는 법치주의를

9) 김기영, 헌법강의의 27-51면, 박영사(2002)

10) Kelsen과 같이 국제법과 국내법의 관계에 있어 국제법우위의 일원론, 초국가기구의 최고성을 주장하는 경우에는 이상론적 관점에서 국제사회에도 최고법규가 존재할 수 있다. J. Peter Pham, The Perils of Consensus: Hans Kelsen and the Legal Philosophy of the United Nations, 14 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 553 참조; 최고법규의 존재는 정치적 다수의 자의적 지배를 방지하는 최후의 보루가 되는데, 이는 현대 민주정의 기본적 신념을 이루고 있으며, 실질적 법치주의의 확보를 위한 필요전제조건이 된다.

하기 위한 전제조건인 회원국을 통치하기 위한 對人高權을 결할 수 있다. 주요 회원국, 특히 미국이나 유럽연합이 자국의 최고법을 근거로 세계무역기구협정을 부인하거나 분쟁해결기구의 결정을 무시하는 경우 직접적 대안이 없을 수 있다.<sup>11)</sup> EU나 유럽 제국은 비교적 국제조약에 대하여 예양의 원칙을 준수하고, 세계무역기구 체제를 긍정적으로 바라보는 측면이 있으므로 비교적 문제가 없다고 보나, 저개발국이 담합하여 세계무역기구체제에 도전하거나, 미국이 자신의 국익에 반하는 경우 자국의 최고법을 근거로 세계무역기구의 법치주의를 위협할 수도 있다.

둘째, 입법의 곤란 등 形式的 법치주의 관점에서 국내의 법치주의와는 구별된다.<sup>12)</sup> 세계무역기구체제는 설립협정과 상품무역협정 등 다자간 조약에 기초하고 있어, 현실에 적용한 신속한 입법이 국내의 경우와는 달리 비교적 어렵다. 국내의 경우 의회의 다수결의 원칙에 따라 또한 공통의 이해관계에 바탕하여 신속히 필요한 입법을 할 수 있으나, 국가간의 이해상반은 좀더 복잡한 양상을 띠 뿐만 아니라, 조약을 개정하기 위하여는 회원국 전부의 합의가 필요하므로 입법적 대응이 지체될 수 있다. 물

론 국제통상에 있어 각국간에 공통적인 인식기반이 어느 정도 확보되어 있고, 국제문제의 해결을 위하여 발전되어 온 협상의 기술을 통하여 보완될 수 있는 측면은 있다. 따라서 의회제 정법률의 우위라는 법치주의의 중요한 축이 세계무역기구조약개정의 곤란성으로 인하여 장애가 될 수 있다. 그렇다면 현재의 세계무역기구체제는 법치주의라는 관점에서 규범과 행정의 통제라는 사법제도 내지 사법권이라는 측면에서는 비교적 긍정적 측면이 있으나, 최고법규의 결여나 입법의 효율성 내지 원활한 형식적 법치주의라는 관점에서는 장애가 있는 체제이다. 그리고 이러한 장애는 세계무역기구체제가 국제기구라는 본래적 한계로 인하여 불가피하다.

따라서 세계무역기구체제하에서의 법치주의는 소위 Judge-made law와 관련하여 사법관의 準立法者的 役割을 통하여 확보하는 것이 현재의 단계에서 유효한 방법이라고 본다.<sup>13)</sup> 세계무역기구체제하에서의 Judge-made law의 중요성<sup>14)</sup>은 다음과 같은 점에서 더욱 절실하다.

첫째, 세계무역기구체제는 미국과 유럽연합에 의하여 지탱되고 있다고 해도 과언이 아니다. 이러한 현실에서 거창한 機構論的 改革을 주장하는 것보다는 구체적 분쟁사태에 대하여

11) 최고법규의 존재부인과 헌법우위설은 국내 헌법학자들에 의하여 다수설로 지지받고 있는데, 그러한 입론에 따라 국내에서 WTO분쟁해결기구의 결정을 존중하지 않는 경우가 있다. 그러한 경우 WTO의 제재라는 것은 보복조치의 승인 정도에 불과하고 결정 자체를 강제할 장치가 없다. 따라서 초국가기구나 유엔헌장 등의 최고성은 현실적으로 실현될 수 없고, 따라서 국제통상영역은 물론 국제사회에는 최고법규 또는 사법통제의 결여현상이 발생된다. 예컨대 미국의 경우 버드(Byrd)법이 WTO협정에 위반된다고 관정받았지만, 미국 대법원은 합헌성을 지지한 바 있다. EU의 경우에도 유럽사법재판소의 판결과 WTO분쟁해결기구의 결정이 모순되는 문제에 관한 논의가 있다. 국제법우위, 또는 세계법체제에 관한 이상과 현실의 모순이 실재할 수밖에 없는 현실인 것이다. 세계법체제에 관한 논의에 관하여, Jost Delbruck, Prospects for a World (Internal) Law?: Legal Developments in a Changing International System, 9 Ind. J. Global Legal Stud. 401 참조; 통상문제에 관한한 보복조치는 매우 실효성 있는 제재수단이 될 수 있으며, 과거 Calvo 조항을 둘러싸고 발생한 무역전쟁과 같은 현상은 현대 국제법체제 내에서는 발생할 가능성이 거의 없다. 그러나 국내의 경우와 같이 당해 국내조치를 직접적으로 무효화하거나 취소할 수 없다는 한계를 가지며, 이는 다양한 가치의 정치적 통일과 조화라는 최고법규의 존재의의와는 구별될 수 밖에 없다는 점에서 국내법체제 내에서의 법치주의와는 구별된다.

12) Steve Charnovitz, The Emergence of Democratic Participation in Global Governance(Paris, 1919), 10 Ind. J. Global Legal Stud. 45 참조

13) 준입법자적 역할과 법치주의, 사법권의 독립에 관하여, D. Michael Guerin, Why an Independent Judiciary, Wisconsin Lawyer, Oct 2005 참조

14) 형사증거법상 공지의 사실과 관련하여 Judge-made law의 중요성에 관하여, Lewis W. Beilin, In Defense of Wisconsin Judicial Notice Rule, Wis. L. Rev. 499(2003)

사법관의 법판단작용을 통하여 국제사회에서 누구나 수용할 수 있는 확립된 룰(rule)을 정립하는 것이 효율적일 수 있다. 기구론적 개혁은 현재의 단계에서는 이상론에 머무를 수밖에 없기 때문이다.

둘째, Judge-made law의 중요성은 전통적으로 실질적 법치주의를 실현하기 위하여 중요한 기능을 하여 왔다. 의회를 통한 다수의 자의적 지배로부터 구체적 타당성과 정의를 확보하고, 정당한 소수자의 권익을 보호하는 데 많은 기여를 하였다. 제도적으로는 위헌법률심판 등 헌법해석을 통하여 司法官은 구체적 정의를 보장하고 체제를 수호하며 사회에서의 공정경쟁의 원칙을 보장하고, 개인의 자유를 수호하였다. 현재 세계무역기구는 설립협정을 위시하여 몇 가지 실체법적 조약, 그리고 분쟁해결절차와 관련하여 간략한 양해각서에 기반하여 운영되고 있다. 따라서 사안에 닦친 審判官으로서의 국내의 심판관보다 입법적 불비를 경험하는 경우가 좀더 많을 것이다. 따라서 심판관에 의한 법의 보충은 더욱 필요할 수밖에 없다. 물론 심판관의 자의에 대한 통제의 문제가 남을 것이다.

셋째, 국제통상과 국제거래 분야에서는 전통적으로 상인사회의 관행 및 GATT 이래 발전되어 온 관례가 중요한 지배준거를 제공해 왔다. 영미법이 전통적으로 강력하게 지배하고 있으며, 또한 유럽대륙의 외교와 조약법에 관한 전통이 큰 축을 이루어 왔다. 따라서 현실적으로 패널 또는 항소기구 법관의 구성이나 심판활동, 철학, 법리 등은 영미법과 대륙법이 교호하고 갈등하는 장이다. 따라서 미국과 EU의 법제적 영향은 물론이고, 패널이나 항소심 법관들의 역할에 관하여도 양 회원국의 법치주의적 전통이 상당한 영향력을 행사할 수밖에 없게 된다. 따라서 국제기구로서의 한계를 가질 수밖에

에 없는 현실에서 사법관의 적극적 역할을 통하여 경제법치주의의 이상이 수호되어야 하는 한편, 법치주의가 지향하는 예측가능성, 법적안정성, 정당한 신뢰보호의 원칙이라는 관점에서 이들의 심판활동에 대한 꾸준한 감시와 자의에 대한 통제가 필요하다.

### Ⅲ. 세계무역기구 抗訴機構는 *Marbury v. Madison*의 再版인가?

세계무역기구패널은 물론 세계무역기구 항소기구가 사법기구로서 본래의 기능을 다함에 있어 월권적 행위가 문제될 수 있다. 항소기구는 여지껏 분쟁해결에 있어 전형적 사법기구로서의 역할과 권한행사를 강조해 왔지만, 세계무역기구 항소기구가 각료회의 및 분쟁해결기구의 하급기구로서의 성격을 갖고 권한에 관한 법제의 불충분으로 인하여 많은 해석상의 문제를 가지고 있는 등 국내 법원과 다른 여건하에서 국내 법원과 유사한 사법적 성격을 保持할 수 있는가는 검토를 요한다. 사법권의 획정문제는 주지하다시피 대부분의 경우 자국의 최고법과 관련 법령에 근거를 두고 있으나, *Marbury v. Madison* 사건<sup>15)</sup> 이래 사법부 스스로의 선례를 통하여 해결하기도 한다. 세계무역기구의 항소기구도 미국의 대법원이 18세기에 부딪친 문제를 21세기에 이르러 다시 반추하는 상황에 있다고 보인다. 그런데 국제통상에 관한 국가간의 분쟁에 있어서는 사안의 성격이 법률의 위헌성 심사와 같이 단순한 것이 아니므로 세계무역기구패널이나 항소기구는 항소기구의 선례에 바탕하여 심판대상으로 부적격한 사안에 관하여 심판하는 오류를 범하거나, 적극적으로 관할권을 행사하여 통상의 정의를 확보하기도 한다. 즉, 심판권 범위의 불확실, 국내적 문제에 대한

15) 5 U.S.(1 Cranch) 137(1803)

越權的 간여가능성, 적극적 사법이라는 긍정적 측면, 심판권 범위에 관한 예측가능성 확보의 문제 등 긍정적·부정적 문제들이 복잡하게 관련되어 있다. 세계무역기구 사법기구 심판권의 문제의 입법적 근거는 분쟁해결에 관한 양해각서이고, 조약체계상 세계무역기구설립협정에 위반되어서는 안 되므로, 일면 설립협정은 동 양해각서의 상위법규와 같은 효력을 갖는다. 분쟁해결에 관한 양해각서는 패널이나 항소기구의 관장사항에 관한 원칙적인 조항만을 가지고 있어, 동 授權法規의 해석에 의한 보충이 필요한 경우가 많다. 문제를 단순화해 보면, 첫째, 세계무역기구 심판기구가 ‘할 수 있는 것,’ 둘째, ‘해야만 하는 것,’ 셋째, ‘해서는 안 되는 것’으로 3분해 볼 수 있다.

첫째 범주와 관련하여 양해각서는 항소기구는 패널의 법적 결정이나 결론을 유지, 변경, 파기할 수 있으며,<sup>16)</sup> 또한 권고에 따른 이행 조치가 세계무역기구협정에 미흡한 경우에는 다른 적절한 대행이행조치를 제안할 수 있다<sup>17)</sup>고 하고 있다. 둘째 범주에 해당하는 경우로는 세계무역기구의 통상분쟁과 관련 행위들에 관하여 주시할 의무, 분쟁해결기구의 의장 및 사무총장과 협의하에 실무절차규칙(Working Procedures)의 작성의무, 항소기구에 항소된 사안의 패널보고서 및 패널의 법적 판단에 대한 심판의무, 이행조치의 불충분이 있는 경우 대체이행의무의 권고, 당사자와 제3당사자의 제출서류의 비밀유지의무, 제3당사자의 서면 및 구두의견제출기회의 보장 등을 들 수 있다. 마지막으로 분쟁사안에 관한 涉外的 辯論(ex parte communication)금지, 협정상 권리와

의무를 확대하거나 축소시키는 등의 행위, 이해상반의 가능성이 있는 사건의 심판, 당사자가 사실심에서 다투지 않고 항소심에 이르러 제기한 쟁점에 관한 판단 등은 항소기구가 해서는 안 될 권한범위 밖의 것이다.

양해각서는 항소기구의 권한사항에 관하여 열거적으로나 또는 개념적·포괄적으로 규정하고 있지 않음바, 규정되지 않은 사항에 대해서는 반대해석상 항소기구가 심판권을 행사해서는 안 된다. 그러나 사법권의 본래적 특성으로 인하여 양해각서상 명문의 근거가 결여된 경우라도 심판권을 행사할 필요가 있다. 예컨대 양해각서는 제3당사자의 참가기회를 법적으로 보장하고 있으나, 그 구체적 범위에 관하여는 침묵하고 있는바, 선례의 경향을 보면 제3당사자에게 정도에 넘는 참가기회를 허용하여 소송의 본질인 대립당사자 구조에 반하는 오류를 범하기도 한다(당사자보다 더 깊이 관여하는 경우가 많다). 이는 세계무역기구가 국제기구로서 정치적 성격을 갖기 때문에 협약국의 이해주장기회를 보장할 수밖에 없는 여건하에서 이해되는 측면이 있지만, 어차피 역만장일치제를 채택하는 등 강도 높은 通商法治의 실현의지를 보인 마당에 문제가 있다고 본다.

항소기구가 입법적 불비를 보충하여 심판권의 범위를 선례를 통하여 확장함에 있어 몇 가지 근거조항을 원용할 수 있다. 항소기구는 사법기관이므로 당연히 또한 양해각서가 명문으로 금지하고 있듯이 부당한 입법행위(impermissible lawmaking)을 해서는 안 되므로, Marbury 사건의 경우와 같이 선례를 통하여 심판권의 범위를 확장한다 하더라도 법논리상 근

16) 원어로는 다음과 같다 : The Appellate Body may uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions of the panel. DSU 17.13

17) DSU 19.1은 두 문장으로 구성되어 있는바, 앞 문장에서는 심리후 패널 및 항소기구의 이행조치의 권고에 관하여, 뒷 문장에서는 동 권고와 함께 이행조치의 구체적 방안에 관한 제시에 관하여 규정하고 있다. 원어로는 다음과 같다 : In addition to its recommendations, the panel or Appellate Body may suggest ways in which the Member concerned could implement the recommendations.

거조항이 필요하다. 양해각서 3.2는 세계무역기구법령을 해석함에 있어서는 國際公法 解釋의 전통적 관습에 따를 것을 규정하고 있고, 항소기구는 동 조항의 의미를 조약에 관한 비엔나협약상 의무<sup>18)</sup>를 세계무역기구 사법기관에 부여하고 있는 것으로 보고 있다. 나아가 양해각서는 신속한 분쟁해결을 사법기관의 의무로 규정하고 있고,<sup>19)</sup> 또한 분쟁해결절차는 당사국간의 첨예한 분쟁이라는 측면보다는 모든 협약 당사국이 신의성실의 원칙에 따라 동 분쟁의 해결에 노력한다는 의의를 갖는 것으로 이해되어야 한다<sup>20)</sup>고 규정하고 있다. 이러한 조항들, 특히 DSU 3.2와 조약에 관한 비엔나협약은 사법기관으로서 협약에 규정된 당사국의 권리와 의무를 침해하지 않으면서, 항소기구가 분쟁의 동태적이고 진보적인 해결을 위한 법적 근거를 제공하는 것이다.

세계무역기구 항소기구의 심판권 확정이 자의적이어서 불만이 있는 경우에 어떠한 문제가 발생할까? 세계무역기구 항소기구는 Marbury에서의 미국 연방대법원과 같이 해석상의 다름이 있는 사법권 범위의 문제를 자신의 선례를 통하여 확립하고 유지할 수 있는가?

첫째, 기구론적 관점에서의 파기가가능성이 다.<sup>21)</sup> 기본 조약인 세계무역기구설립협정이나 관련 조약에 의하면 항소기구의 법해석권이 국내 사법기관과 달리 최종적이지 않고 각료회의나 사무총장 등 세계무역기구 정치기관이 최종적이고 배타적 해석권한을 행사하도록 되어 있다. 따라서 세계무역기구협정상 협약국 4분의 3 이상의 동의하에 항소기구의 의견이 무효화될 수 있다(그러나 세계무역기구 항소기구는 실제적으

로 GATT의 선례에 따라 협약국 만장일치가 있어야 한다고 보고 있다). 실재상 특정 분쟁과 관련하여 항소기구의 법해석이 파기되는 경우는 거의 없겠지만, 법논리적으로 항소기구의 법해석권은 최종적이지 않다.

둘째, 패소분쟁당사국의 불복가능성이다. 세계무역기구협정상 패널의 결정이나 항소기구의 심판 등은 협정 당사국 만장일치에 의하지 않는 한 조건없이 수락되어야 한다. 이때에 당사국은 세계무역기구협정상 최후의 수단으로 양해각서에 대하여 우선적 효력을 갖는 세계무역기구협정에 따라 면제(waiver)를 구할 수 있다. 면제를 위한 정족수도 협정상 회원국 4분의 3의 동의를 요하나 세계무역기구는 GATT의 선례에 따라 만장일치가 필요하다고 보고 있다.

셋째, 항소기구의 심판권 행사가 부적절한 경우 당사국은 좀더 일반적인 국제재판기관인 국제사법재판소(ICJ)에 권고적 의견을 구할 수 있는가가 문제된다. 국제사법재판소는 법(statute)에 따라 유엔의 전문기구에 대하여만 권고적 의견을 발할 수 있으므로, 부정적으로 보는 견해가 있을 수 있다. 만약, 분쟁 당사국이 부적절한 심판권 행사에 근거하여 패널이나 항소기구가 이미 실제적 결정을 한 경우에, 국제사법재판소에 위법한 심판권 행사를 이유로 제소하는 것이 가능한가가 문제될 수 있다. 세계무역기구협정이 분쟁 당사국의 무조건 수용을 규정하고 있고, 국제사법재판소는 국제협정에 따라야 하므로 그러한 제소를 수용하지 않을 가능성도 있으나, 국제사법재판소법은 국제기구의 창설 조약 및 구성협정에 관한 해석상의 문제가 있어 제소된 경우에 재판소 사무국은 지체없이

18) 조약에관한비엔나협약 제31조 참조

19) DSU 3.3

20) DSU 3.10

21) Robert Howse, The Most Dangerous Branch? WTO Appellate Body Jurisprudence on the Nature and Limits of the Judicial Power, The Role of the Judge in International Trade Regulation—Experience and Lessons for the WTO, Thomas Cottier et al (eds), The World Trade Forum, vol. 4, pp. 15-16, The University of Michigan Press(2003)

관련 국제기구에 제소사실을 통지하고 관련 소송서류 사본을 송부하도록 되어 있으므로,<sup>22)</sup> 동 조항에 근거하여 국제사법재판소가 심판권을 행사할 여지가 있다.<sup>23)</sup>

#### IV. 抗訴機構는 仲裁機關 또는 國際通商法 포럼(forum)인가 司法機關인가?

세계무역기구는 과거 GATT와 달리 경제민주주의의 실현을 위하여 다자주의와 법치주의적 가치를 대폭 수용하고 있다는 사실은 전술한 바와 같다. GATT와 달리 항소기구를 둔 것도 그러한 맥락에서 이해되지만, 아직 국제중재로서의 성격이 남아 있고, 세계무역기구자체가 국가간 협정체제라는 한계로 인한 사법보좌적 성격, 패널구성원의 성격, 분쟁해결절차에 관한 법규의 흠결 및 국내 사법기관 같은 체계성의 미비 등으로 인하여 어느 정도 사법적 성격의 기구화가 될 것인가는 향후 항소기구의 태도가 중요한 변수로 작용할 것으로 보인다. 한 예로 변론절차와 관련하여 항소기구는 변론절차가 아닌 情報源으로부터 사안에 관한 사실의 주장·입증<sup>24)</sup>이나 법적 보좌를 어느 정도까지 받을 수 있는가가 문제된다. 즉, 패널이나 항소기구가 실제적 진실의 발견을 위하여 협정 당사국 이외의 자료부터 사안에 관한 변론서류를 제출 받아 사실인정의 자료로 사용할 수 있는가의 문제이다. 세계무역기구의 회원국은 국가에 한하고, 사안에 이해관계가 있는 회원국은 제3당사자로서 절차에 참가하고 변론할 기회가 주어

진다. 그렇다면 협정 당사국이 아닌 個人, 公益協會, 非政府間 機構등이 패널이나 당사국의 변론서류에 첨부되지 않은 상태에서(특히 독자적으로 제출하는 경우가 문제된다) 항소기구의 요청이 없음에도 사안에 관하여 서면제출을 통하여 진술한 경우 항소기구가 이를 수용할 수 있는가가 문제되는 바, 그것이 소위 절차 밖의 자에 의한 참고자료(Amicus Curaie) 문제이다. 대부분의 국내 민사소송절차에 있어 당사자자치의 원칙상 법원은 당사자의 주장·입증의 범위 내에서 심리하고 또한 그러한 범위를 일탈하는 경우에는 변론주의 위배의 문제가 발생하게 된다. 예외적으로 법원이 직권조사 또는 직권탐지를 하여야 할 경우가 있고, 공지의 사실인 경우에는 당사자제출의 변론서류에 의하지 않고도 사실을 인정할 수 있는 경우가 있음은 물론이다.<sup>25)</sup> 전술한 바와 같이 세계무역기구 분쟁사안의 법적 성격이 국제통상에 관한 공법적 성격의 것이므로, 패널절차나 항소기구의 심리절차에 있어 職權主義的 要素가 더욱 강화될 수 있을 것이다.

Turtles 사건<sup>26)</sup>에서는 패널과 항소기구의 조사심리와 관련하여 정부 아닌 법적 주체의 서면진술이 문제되었는데, 패널은 양해각서는 패널에 관련 증거의 제출요구권을 부여하고 있는 바,<sup>27)</sup> 반대해석상 패널이 요청하지 않은 변론 또는 증거서류를 회원국 아닌 자가 제출할 수 있는 권리는 없다고 보아야 한다고 판시하였다. 항소기구는 이러한 패널의 견해를 배척하였다. 즉, 항소기구는 양해각서의 ‘情報開示要求(seek

22) 국제사법재판소법 제34(3) 참조

23) Robert Howse, 전제논문

24) 원칙적으로 항소기구는 패널단계에서의 법적 쟁점과 그에 관한 패널의 판단에 대하여만 심리할 수 있으나, 항소기구가 완전한 분석이론(Completing Analysis)을 적용하는 경우 항소기구는 이 점에 관하여 분명한 입장을 보이고 있지 않다.

25) Lewis W. Beilin, 전제논문

26) United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58AB/R(1998)

27) 양해각서 13.1은 “패널은 적절하다고 생각되는 개인이나 기구로부터 정보 또는 기술적 자문을 구할 수 있다”고 하고, DSU 13.2에서는 “관련 있는 정보원으로부터 정보를 구할 수 있고, 사안의 특정 문제에 관하여 전문가의 의견을 구할 수 있다”고 규정하고 있다.

information)’라는 문구를 좁게 해석해서는 안 되고, 양해각서가 규정하고 있는 사실의 객관적 진실의 탐지라는 증거조사절차의 기본취지<sup>28)</sup>에 비추어 좀더 넓게 해석하여야 한다는 입장을 취하였다. 또한 양해각서에서는 패널은 절차의 진행에 관하여 절차에 관한 규칙을 정할 수 있도록 하고 있으며,<sup>29)</sup> 또한 앞에서 본 바와 같이 사안의 객관적 평가의 의무를 패널에게 부과하고 있는바, 이는 사안의 사실관계에 관한 객관적 평가와 협정의 위반 여부에 관한 판단을 포괄하는 넓은 개념으로 이해하여야 하고, 따라서 패널의 정보개시요구에 관한 권한은 특별한 경우에 있어 패널의 사실심리에 관한 일부 권한을 규정하고 있는 것에 불과한 것이므로, 패널은 필요한 경우 절차 밖의 자가 제출한 참고자료를 사실인정의 자료로 할 수 있고, 패널이 하지 않았다면, 항소기구가 항소심단계에서 그러한 참고자료를 수용할 수 있다고 하였다. 특히 양해각서가 국내의 민사소송법이나 증거법과 같은 체계적이고 자세한 것이 아니므로, 패널은 전술한 자신의 의무를 이행함에 필요한 경우에는(indispensably necessary) 적극적으로 권한을 행사할 필요가 있다고 하면서, 항소기구는 Turtles 사건에서 협정 당사국 변론서류에 첨부된 비정부기구제출 변론서류 3부와 독자적으로 제출된 참고자료 1부를 변론자료로 수용하였다.

이하에서는 동 사건의 항소기구의 判旨에 대하여 검토해 보도록 한다.

첫째, 양해각서상 항소기구는 패널절차에서의 법적 쟁점 및 이에 관한 패널의 판단에 대하여 심리할 수 있을 뿐이며,<sup>30)</sup> 항소기구에 관한 실무절차규칙(Working Procedures)이나 양해각서 어느 조항에도 패널에 부여된 정보개시요구권이 부여되어 있지 않다는 점이다. 그러나 이러한 문제에도 불구하고 Steel 사건<sup>31)</sup>에서 항소기구는 참고자료의 수용권을 다시 확인하고 있는바, “양해각서나 위 실무규칙 어느 조항에서도 그러한 참고자료의 수용권을 규정하고 있지 않다. 다른 한편, 그러한 참고자료의 수용을 금지하고 있는 것도 아니므로, 양해각서상 항소기구의 實務節次規則制定權 조항<sup>32)</sup>에 따라 양해각서 및 세계무역기구협정에 명시적으로 위반하지 않는 범위 내에서 항소기구는 필요한 경우 그러한 참고자료를 수용할 수 있다”고 하였다. 항소기구의 권한범위를 확정함에 있어 모든 경우에 명문의 근거가 필요하다고 보는 것은 양해각서 및 세계무역기구협정의 해석에 있어 심판관의 보충의 여지가 많은 점, 해석을 통한 보충이 없는 경우 실제로 패널이나 항소기구의 활동이 무력화될 수 있다는 점 등을 고려할 때에 타당하지 않다고 본다. 특히 Turtles에서의 항소기구의 판지는 패널의 非要請 參考書類의 受容權은 양해각서 제13조의 정보개시요구권에 근거한 것이 아니고, 동 조항과 함께 패널의 규칙제정권을 규정한 조항을 종합적으로 고려한 것이므로, 항소기구에 정보개시요구권

28) 양해각서 11은 “패널의 역할은 분쟁해결절차에 관한 본 양해각서와 세계무역기구협정상 의무이행과 관련하여 분쟁해결기구를 보좌하는 데 있으며, 따라서 패널은 관련 사실의 객관적 평가와 협약의 위반 여부 등 사안의 객관적 평가를 함으로써, 분쟁해결기구가 협정 당사국에 적절한 권고와 결정을 하도록 보좌하여야 한다. 패널은 분쟁 당사국과 정기적으로 협의하여야 하며, 상호 원만한 해결을 위하여 협정 당사국에 적절한 기회를 제공하여야 한다”고 규정하고 있다.

29) 양해각서 12.1은 “패널은 분쟁 당사국과의 협의 후 달리 결정하지 않는 한, 부속서 3의 실무작업규칙에 따라야 한다”고 규정하고 있다.

30) 항소는 패널보고서에 적시된 법적 쟁점과 동 쟁점에 관한 패널의 법적 해석에 국한된다. DSU 17. 6

31) United States-Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot Rolled Lead and Bismuch Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, WT/DS138/AB/R (2000)

32) 양해각서 17.9에서는 “항소기구는 분쟁해결기구 의장 및 사무총장과 협의하에 실무작업규칙을 제정하여야 하고, 이를 회원국에 통보하여야 한다”고 규정하고 있다.

이 명시적으로 부여되지 않는 한 항소기구는 그러한 참고자료(amicus submission)를 수용할 수 없다고 보는 것은 적절치 않다. 또한 항소기구는 일정한 경우에 사실조사를 할 수 있다고 보아야 하며, 당해 참고자료가 사실관계를 포함한 경우는 물론 법적 의견을 담고 있는 경우에는 항소기구는 이를 수용할 수 있다고 보아야 한다. 이러한 항소기구의 입장은 패널절차에서 필요한 사실에 관한 심리가 불충분한 경우가 많은 현실에서 사안의 해결을 위하여 교육지책으로 패널과 항소기구의 절차에 관한 규칙제정권을 원용하여 자신의 권한을 확장하고 있는 것이다.

둘째, 당사자 또는 제3당사자<sup>33)</sup>가 참여하는 분쟁해결절차에 참고자료의 제출을 통하여 보충적으로 참가할 수 있는 분쟁해결절차상의 권리는 GATT 이래 세계무역기구에 이르기까지 일반적으로 인정되고 있지 않았다. 즉, GATT나 세계무역기구는 국제통상의 공법적 성격의 문제를 다루는 것이며, 이는 GATT/세계무역기구협정의 원칙조항에 분명하게 한계를 두고 있다.<sup>34)</sup> 그러나 항소기구는 세계무역기구협정의 좀더 고차원적인 이념조항을 고려하여 상대적으로 해석하여야 한다고 하였다. 즉, 세계무역기구협정은 “회원국은 통상과 무역정책이 시민의 복지향상, 완전고용, 실질소득의 안정적 성장, 유효수요의 창출, 세계 내의 통상에 관한 권리의 확대 및 기타 관련된 이익의 증대를 위한 것이라는 데에 인식을 같이 한다”<sup>35)</sup>고 규정하고 있는바, 환경문제나 보건문제 등이 심각한

통상쟁점화하고 있는 차제에 회원국인 국가만이 변론에서 진술할 수 있다고 제한적으로 보는 것은 매우 보수적인 견해라는 비판을 면하기 어렵다는 것이다.

셋째, 참고자료 수용에 관한 항소기구의 적극적 입장은 분쟁해결절차의 機密性(confidentiality) 또는 當事者主義의 관점에서 비판받을 수 있다. 그러나 명문의 근거없이 요청받지 않는 제3자 제출의 변론서류를 裁量에 근거하여 수용한다 하더라도, 그것이 양해각서가 보호하려고 하는 항소기구, 당사자, 제3당사자 간의 기밀성의 원칙에 반한다고 할 수 없다. 나아가 소송절차에 있어 당사자주의는 국내법체계에서도 상당 부분 수정되고 있는 현실이고, 분쟁해결절차의 중국적 목적이 분쟁당사자와 이해관계가 있는 제3당사자의 원만한 만족과 함께 국제통상법규범에 따른 객관적 규범통제제도의 확립에도 그 취지가 있다고 보면, 당사자주의 원칙을 모든 경우에 강조하는 것은 타당하지 않다고 보아야 한다.<sup>36)</sup> 분쟁해결 과정에서 당사자가 자기에게 불리한 주장을 하지 않는 절차적 현실, 실제적 진실의 좀더 효율적인 발견 및 객관적 규범통제의 취지를 살리기 위하여 당사자 및 제3당사자의 선정에 있어 항소기구의 재량권을 인정하고 있는 점, 패널과 항소기구가 당사자 주장과 다른 법리적 판단을 행할 수 있는 점 등을 종합해 보면 필요한 경우 절차 밖의 자가 제출한 참고자료를 수용할 수 있다고 보아도 부당한 것은 아니다.

넷째, 실제로 항소기구의 구성원들이 法的 助

33) 분쟁해결절차상 당사자 또는 제3당사자로서 참가할 수 있는 자는 회원국에 한한다.

34) 즉, GATT/WTO 협약은 “1947 GATT 협약국 또는 세계무역기구 회원국(1994 GATT협약국)과 그러한 회원국 내지 협약국의 국민과의 관계를 규율하는 법체계는 아니다”고 밝히고 있다. The GATT/WTO did not create a new legal order the subjects of which comprise both contracting parties or Members and their nationals.

35) 세계무역기구설립협정 전문 원문은 다음과 같다: Members recognize that their relations in the field of trade and economic endeavor should be conducted with a view to raising standards of living and ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of the rights of traders afforded by the system, but many other interests of individuals are protected as well

36) Robert Howse, 전제논문

言이나 補助를 받기 위하여 참고자료를 통한 節次外的 方法을 사용하는 경우가 있다. 양해각서는 항소기구의 법원은 세계무역기구분쟁해결의 진행에 관하여 항상 관심을 가지도록 하고 있고,<sup>37)</sup> 국제사법재판소법에 따르더라도 법적 의견은 국제법의 한 法源이 되므로, 항소기구는 일정한 경우 법적 조언을 받을 수 있다고 보아야 한다. 실제로 항소기구는 사안의 해결을 위하여 법학자의 참고연구를 참작한 바 있는데, 이러한 경우는 당사자주의의 예외에 해당할 뿐만 아니라, 당사자가 그러한 사실을 알지 못하는 경우가 많다. 이러한 맥락에서 절차 밖의 자에 의한 참고자료수용의 인정범위는 좀더 확대될 필요가 있고, 이로써 충분한 법적 보좌를 통하여 재판관의 편견과 무지를 보완할 수 있다.<sup>38)</sup>

다섯째, 비교법제적으로도 항소기구는 이러한 참고자료의 수용에 있어 재량권을 갖는다고 보아야 한다. 미국의 경우 대법원의 판결은 법적 구속력을 가지고, 중재법원 또는 주법원을 기속하는바, 심판관에 대한 법적 보좌는 매우 절실하다. 국제사법재판소는 물론 각종의 국제사회의 특별법원, 유럽사법재판소, 유럽인권법원, 미주인권법원 등이 심판관에 대하여 사안의 해결을 위한 법적 보좌의 필요상 이러한 참고자료를 수용하고 있는바, 항소기구도 참고할 만하다. 즉, 유럽인권법원은 항소기구와 유사하게 유럽인권협약에 따라 절차에 관한 실무규칙제

정권을 인정하고 있고,<sup>39)</sup> 동 조항의 입법 이전에도 이미 법원관례상 그러한 참고자료를 수용한 바 있으며, 미주인권법원은 관련 협약의 명문근거 없이 그러한 권한을 관행적으로 인정하였고, 미국의 대법원도 똑같은 경험을 가지고 있다.<sup>40)</sup> 이러한 성격의 참고자료수용권은 대륙법계보다는 당사자자치의 원칙이 좀더 철저한 영미법계에서 전통적으로 환영받아 왔는 바,<sup>41)</sup> 이는 대륙법계는 糾問主義的 司法傳統에 따라 법원의 권한이 더욱 포괄적이고 자유로웠기 때문에 굳이 그러한 제도의 채택이 필요없었기 때문인 것으로 보인다. 필요한 경우 이러한 참고자료의 수용은 항소기구의 司法的 성격과 배치되는 것이 아니며, 이를 부인하는 것은 오히려 국가간 통상분쟁의 사법적 해결의 강화라는 세계무역기구설립취지에 역행하고, 국제중재에서 볼 수 있는 엄격한 당사자에의 기속경향이 라는 유습을 답습하는 결과밖에 안 된다는 점에서 적극적으로 보는 것이 타당하다고 본다. 또한 이를 인정한다고 하여 항소기구가 전문보좌기관 또는 행정기구적 성격을 갖게 되어 사법적 해결의 강화라는 새로운 GATT체제 혹은 세계무역기구가 지향하는 이념에 배치된다고 보기도 어렵다.

## V. 抗訴機構와 세계무역기구 政治機關은 어떠한 관계인가?

37) 양해각서 17.3은 “항소기구는 법률, 국제통상, 협정의 실제적 사항에 관한 공인된 전문가로서 국제적으로 인정받는 자로 구성한다. 항소기구는 회원국 정부로부터 독립되며, 안분하여 회원국을 원만하게 대표할 수 있도록 구성한다. 항소기구의 심판관은 항상 요청에 따라 상시근무가 가능하여야 하고, 분쟁사안에 관한 당사국의 동향 및 세계무역기구의 관련 조치들에 관하여 항상 주의를 기울이고 보좌를 같이하여야 한다. 그리고 직간접적으로 이해의 충돌 가능성이 있는 사안에 관하여는 관여할 수 없다”고 규정하고 있다.

38) Robert Howse, 전제논문

39) 유럽인권협약 제55조

40) 예컨대 낙태에 관한 *Roe v. Wade* 사건의 부당성에 관한 미국 정부의 참고문헌자료를 법원이 수용한 *Webster v. Reproductive Health Services* 492 U.S. 490, 109 S.Ct. 3040, 106 L.Ed.2d 410(1989) 등을 들 수 있다. 주정부의 공권력작용이 사법절차에서 문제되는 경우 미국 정부는 자신의 의견개진을 위하여 *amicus brief*를 제출하는 경우가 많다.

41) Robert Howse, 전제논문

前述한 바와 같이 항소기구의 협정해석권한은 最終的이지 않다. 세계무역기구법제상 각료 회의나 사무총장은 조약해석에 관한 최종승인권능을 배타적으로 행사하게 된다. 더욱이 일정한 경우에는 협정에 따라 원초적으로 세계무역기구의 심판권과 조약해석권이 배제되는 경우도 있다. 항소기구가 협정해석의 최종적 권한을 가지고 있지 않다는 것은 향후 세계무역기구가 지향하는 통상법치주의를 확립함에 있어 중요한 의미를 가지며, 심판관의 정치적 감각이 필요한 대목이기도 하다.

이에 관하여 두 가지 先例를 살펴보도록 하자. 먼저 인디아 국제수지(Balance of Payment) 사건에서는 인디아정부의 국제수지방어를 위한 정부조치가 GATT조항에 위반되는가가 심판대에 올랐는바, 세계무역기구 국제수지위원회 및 사무총장의 전속적 관할권에 속하는가 아니면 세계무역기구 분쟁해결기구도 병존적으로 관할권을 행사할 수 있는가가 쟁점으로 등장한다. 인디아 정부는 1994 GATT에 따라<sup>42)</sup> 동 위원회와 사무총장에게 위반 여부에 관한 專屬的 審判權이 부여되어 있다고 주장함에 대하여 세계무역기구 패널은 동 조항이 분쟁해결기구의 관할권을 배제하는 것이라고 할 수 없다고 판시하자, 인디아 정부가 항소한 사안에서, 항소기구는 “양해각서는 분쟁해결기구에 협약위반을 둘러싼 분쟁에 대하여 일반적으로 관할권을 부여하고 있고,<sup>43)</sup> 管轄權不在의 경우를 명시적으로 부속서 244)에서 열거하고 있는바, 이는 한정적으로 보아야 할 것이며, 따라서 개발도상국을 위한 국제수지적자방어를 위한 국내 조치는 회원국(즉, 국제수지위원회 및 사무총장)이 심사한

다라고 하는 GATT조항으로부터 바로 패널이니 항소기구가 그러한 분류를 심사할 수 없다고 하는 것은 법리상 받아 들일 수 없다”고 보았다.

인디아 정부는 관할권쟁점과 관련하여 GATT 선례의 구속력을 주장하면서, 협약국의 전속적 심판권을 주장하였으나, 항소기구는 국제수지에 관한 협정에 따라 그러한 관행은 우루과이라운드 및 1994 GATT의 제정으로 번복되었다고 보는 것이 타당하다고 보았다. 인디아 정부는 나아가 동 국제수지에 관한 협정이 국제수지적자방어를 위한 국내 조치의 ‘적용(application)’에 한하여 양해각서상 분쟁해결절차에 흡수된다고 규정하고 있으므로, 국제수지적자방어를 위한 국내조치의 ‘실체적 적법성’의 문제는 여전히 모든 회원국, 즉 세계무역기구의 정치기관이 심리하여야 한다고 주장하였다. 그러나 항소기구는 동 조항의 ‘적용’이라는 문구는 통상 관련 국내법령이 분쟁해결기구의 심판대상이 된 경우 강행적으로 적용되는 강제조항이 협정에 위반된 경우에만 폐지권고 등을 할 수 있다는 소위 강행법규 및 임의법규 구별이론(mandatory rules)에 근거하여 임의법령조항은 그것이 ‘效果的으로 適用(effectively applied)’되는 경우에 한하여 심판대상이 된다는 전통적 GATT 법원칙을 확인하는 것에 불과하다고 하면서, 인디아정부의 조치는 ‘적용’이건 ‘법령조항’이건 일단 당연히 분쟁해결기구가 관할권을 행사할 수 있다고 판시하였다. 항소기구의 이러한 태도는 조약해석자로서 당연한 결론을 도출한 것이라고 보며, GATT 관련 조항의 의미를 분명히 한정하고 세계무역기구의 또 다른 협정인 양해각서

42) 1994 GATT XVIII:B 에서는 상품무역과 관련된 국제수지에 관한 국내 조치는 국제수지위원회와 사무총장이 심사하도록 하고 있다.

43) 본 양해각서상 분쟁해결에 관한 절차는 세계무역기구설립협정 및 본 양해각서조항에 의거하며, 세계무역기구 부속협정과 개별적 또는 중첩적으로 문제되는 당사국의 권리와 의무에 관한 분쟁을 협의하고 해결하는 데 적용된다. DSU 1.1.

44) 부속서 2에서는 위생검역조치등에관한협정 11.2, 섬유류협정 2.14, 2.21 등 8개의 관련 협약의 특별분쟁해결조항 및 일정 요건하의 복수국간 무역협정 등 9가지 경우를 특별분쟁해결절차로서 열거하고 있다.

의 건설적 해석이라는 관점에서 타당하다고 본다.

항소기구의 說示에는 협정해석상 복잡한 문제가 잠재되어 있으나, 항소기구가 ‘적용’은 물론 국제수지정책의 ‘실체적 정당성’ 문제에 관하여까지 심판권을 행사할 수 있다고 본 것은 정당하다고 보아야 하는바, 그것은 첫째, 항소기구는 세계무역기구의 개별협정상 분쟁과 동 분쟁의 해결을 위한 특별절차와 일반적 분쟁해결절차를 규정하고 있는 양해각서 간의 관계를 명확히 하여야 할 일차적 책임이 있으며, 양해각서는 분쟁해결 시스템은 다자간 무역체제에 法的 安定性과 豫測可能性을 부여하는 것을 주 임무로 하고 있다고 규정하고 있고,<sup>45)</sup> 비록 法文上 ‘적용’이라는 문구를 사용하고 있지만, 인디아 정부의 주장이 協定註釋의 해석문에 근거하고 있고 주석이 좀더 중요한 GATT의 원칙 조항 등을 번복할 수 있다고 보는 것은 타당하지 않으며, 따라서 회원국의 협정상 이익을 침해 또는 무효화하는 국내 조치에 관하여 분쟁해결기구에 일반적 관할권을 부여하고 있는 양해각서의 적용이 배제된다고 보는 것은 法理上 부당하기 때문이다.

인디아 정부는 또한 세계무역기구의 기구간 균형이라는 관점에서 항소기구의 심판권행사는 부당하다고 항변하였으나, 항소기구는 이를 배척하였다. 동 배척결정에 대하여는 비판이 있다.<sup>46)</sup> 즉, 항소기구의 심판권 행사가 형식적으로는 국제수지위원회의 심판권을 배척하는 것은 아니지만, 실제적으로 이를 무력화시킬 수 있다는 것이다. 즉, 국제수지위원회의 결정은 회원국 만장일치를 요건으로 하는 정치적 결정으로서 비효율적인 반면, 소수의 심판관에 의한

항소기구는 더욱 효과적이어서 국제수지위원회가 무력화될 수 있고, 항소기구의 결정이 단지 회원국 1국의 의사와 동일한 것에 불과한 상황이 발생할 수 있게 된다. 이러한 상황은 세계무역기구가 국가간 협정체제이며, 따라서 기구간 균형이라는 관점에서 바람직하지 않고, 과거 GATT체제하 정치기관과 사법기구 간 갈등의 문제를 재현할 우려가 있으므로, 이러한 사안의 경우에는 분명하게 정치기관의 결정을 존중함으로써 逆滿場一致制의 도입 등 통상의 법치주의의 실질적 확립이라는 새로운 세계무역기구 체제를 수호할 필요가 있다는 입장이다. 이러한 견해는 국제수지 문제는 전통적으로 정치적 성격의 문제로서 협정의 해석을 본연의 임무로 하는 분쟁해결기구가 관장할 사항이 아니라는 점을 중시한다. 그러나 이러한 비판은 일정한 경우에 양해각서와 조약에 관한 비엔나협약에 따라 국제관례상 분쟁해결기구가 정치기관의 결정에 필히 예양하여야 할 경우가 있지만,<sup>47)</sup> 국제법해석에 관한 관습법에 따라 협약조항을 해석·적용하는 것은 분쟁해결기구의 본래의 역할이라는 점, 분쟁해결기구의 역할을 그렇게 한정적인 것으로 보는 것은 양해각서상 일반적 관할권부여조항 및 통상에 대한 적극적 사법통제하의 관점에서 부당하다는 반박이 가능하다. 즉, 분쟁해결기구는 유엔의 많은 부속기구 및 국제통화기금(IMF) 등의 보좌를 통하여 국제수지 문제 등에 관하여 심판권을 행사할 수 있다고 보아야 한다.

본 사안에서의 또 하나의 문제는 適法한 관할권 존부를 어느 기관이 판단하는가의 문제이다. 당사국(미국과 인디아)은 항소기구의 관할권

45) 양해각서 3.2의 원문은 다음과 같다 : “The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system..”

46) Roessler, The Institutional Balance Between the Judicial and Political Organs of the WTO, paper presented at the Kennedy School of Government, Harvard University, June 1, 2000, Conference on Efficiency, Equity and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millenium 참조

47) 조약에관한비엔나협약 제31조

존부에 관한 판단에 대하여 “그러한 판단을 행할 수 없다”는 항변을 제기하지 않았는바, 이는 향후 역만장일치제 등과 결합하여 분쟁해결기구의 역할증대에 크게 긍정적 효과를 미칠 것으로 보이며, 구 GATT체제와 새로운 세계무역기구체제와의 획기적 결별을 공고히 한 것으로 평가할 수 있고, 나아가 분쟁해결기구가 다른 국제사법기구와 유사한 역할로 발전하고 있음을 반증한다. 특히 세계무역기구의 주도국인 미국이 그러한 항변을 제기하지 않은 것은 의미가 크다.

機構間 均衡 問題에 관한 또 다른 사례로 Turkish Textiles 사건<sup>48)</sup>을 들 수 있는바, 동 사건에서는 EU의 관세동맹에 가입하기 위한 터키 정부의 수입제한조치가 심판대상이 되었다. GATT는 일정한 요건하에 관세동맹 또는 자유무역지대의 창설을 허용하고 있는바,<sup>49)</sup> 관세동맹이나 자유무역지대를 창설하는 경우에도 GATT의 타 조항에서 규정하고 있는 협약국의무를 위반해서는 안 되는 것은 물론이다. 특히 GATT가 규정하고 있는 비차별의무<sup>50)</sup>를 준수하여야 하는바, 따라서 해석상 관세동맹의 창설과 관련하여 당사국의 협약상 의무면제는 관세동맹의 본질에 반하는 GATT 의무조항의 적용만이 배제될 뿐, 일반적으로 모든 협약국 의무조항이 배제되는 것은 아니다. 앞서 본 사례와 유사하게 Turkey Textiles에서도 GATT는 관세동맹의 제안에 관하여 그것이 협약에 위반되는지에 관하여 협약국이 이를 심사하고 권고하도록 규정하고 있고, 요건을 엄격하게 갖추지 않은 경우에도 협약국 3분의 2의 찬성으로 관

세동맹 또는 자유무역지대의 창설을 승인할 수 있다<sup>51)</sup>고 하고 있는바, 다만 우루과이 협정상 일정한 최소요건을 갖추어야 한다.<sup>52)</sup> 어쨌든 관세동맹이나 자유무역지대의 창설과 관련하여 협약국, 즉 商品貿易委員會에 심사권을 부여하는 한편, 그와 병행하여 분쟁해결기구에 의한 관할권을 인정하고 있다.<sup>53)</sup>

동 사안에서 패널은 동 조치가 관세동맹의 창설과 아무런 관련이 없고, 따라서 더 나아가 관할권의 존부에 관한 판단을 할 필요가 없다고 판시하면서(judicial economy), 분쟁해결기구의 관할권 문제판단을 회피하였다. 항소심에서 항소기구는 참고의견으로 관할권 문제는 국제수지 사건에 관한 위 선례를 참조하여야 한다고 판지를 再支持하면서, 문제의 수입제한조치가 관세동맹창설요건을 충족하는지에 관한 심사 없이 동 조치가 관세동맹의 창설과 관련이 없다고 단정한 것은 의문이라는 견해를 밝혔다.

동 결정의 적절성을 검토함에 있어, 다음과 같은 세 가지 상황을 가정해 보아야 한다. 관세동맹이나 자유무역지대의 창설이 협약국에 의하여 (i) 무조건 또는 일정한 조건하에 승인된 경우, (ii) 그것이 거부된 경우, (iii) 아직 협약국이 정치기관을 통하여 의견을 표명하지 않은 경우 등을 가정해 보자. 앞의 두 가지 경우에 항소기구가 심판권을 행사하는 것은 불가하고, 기구간 균형이나 조약에 관한 비엔나협약에 따른 조약당사국의 관행에 비추어 불가능하고 政治機關의 결정에 禮讓하여야 한다고 본다. 그러나 아직 정치기관의 결정이 없는 경우에 항소기구가 심판권을 행사할 수 없다고 하면,

48) Turkey-Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products, WT/DS34/AB/R. 1999.

49) GATT XXIV 참조

50) GATT I.

51) GATT XXIV : 7

52) 우루과이라운드에서 합의한 ‘Understanding on Article XXIV’에 따르면 최소한 문단 5,6,7,8의 요건은 충족하여야 하는 것으로 되어 있다.

53) GATT XXII, XXIII

GATT협약에 위반된 국내조치를 행한 당사국이 법적 공백을 이용하여 동 위반조치를 계속 유지하게 되는 한편, 협약상 이익을 침해당한 협약국은 자신의 권리를 방어하기 위한 아무런 조치를 취할 수 없게 되는 불합리가 발생한다. 반대로 동 조치가 협약에 합치되고, 관세동맹의 창설이 긴요한 당사국 역시 법적 공백으로 인하여 자신의 이익을 지킬 수 없게 된다.

그런데 이러한 상황을 극복하기 위하여 항소기구가 심판권을 행사하였더라도 정치기관의 심사권을 배제하는 것은 아니므로, 향후 정치기관의 결정과 상치되는 경우가 발생할 수 있다. 만약 문제의 국내 조치가 GATT협약에 위반되지만, 관세동맹에 관한 GATT 특별조항에 따라 합법적으로 보아야 한다는 결정을 내리고, 향후 정치기관이 반대의 결정을 내린 경우, 원래의 제소국은 당연히 분쟁해결기구에 再審을 요청할 것이다. 반대로 항소기구가 관세동맹요건에의 불합치를 결정하고, 정치기관이 반대의 결정을 한 경우, 패소당사국은 국내 조치를 복원할 것이고, 정치기관의 결정에 불만이 있는 승소당사국은 재심을 요구할 것이다. 승소당사국의 재심절차에서 분쟁해결기구는 정치기관의 결정에 예약하는 것이 타당하다고 보며, 따라서 관세동맹의 창설은 가능하게 된다고 보아야 한다.

이러한 두 가지 사례만을 보더라도 항소기구와 정치기관 간의 관계는 복잡한 성격을 가지고 있음을 알 수 있다. 아래에서 논급하는 바와 같이 세계무역기구의 항소기구는 기구론적으로 국내 법원과는 처한 상황이 다르다. 주권국가간 협정체제이므로 자신의 권한범위를 확정함에 있어 복잡한 변수에 영향을 받게 되며, 권리구제의 효율성, 권고 등의 이행가능성, 기구간 균형의 문제, 사안의 성격과 정치기관과의 갈등가능성 등 많은 문제가 잠재되어 있다. 그러나 새로운 세계무역기구체제의 현실을 고려해 보면, 분쟁해결기구의 적극적 관할권행사가 정치기관

의 반발로 이어질 가능성은 그다지 큰 것 같지 않으며, 통상법치의 강화라는 관점에서 활발한 심판권행사가 필요하다고 본다.

## VI. 세계무역기구 抗訴機構의 司法積極主義는 무엇을 의미하는가?

법치주의 내지 사법부의 역할에 관하여 司法積極主義와 司法消極主義라는 이념상의 갈등이 있어 온 것은 주지의 사실이다. 절대왕권시대 왕권의 대리인으로서 官房司法에 머물던 사법권이 선거제도에 바탕한 民主政의 출현과 존 로크 및 몽테스키외의 권력분립론에 터잡아 민주주의를 지탱하는 한 축이 되어 왔다. 미국 독립혁명과 프랑스 혁명이 민주주의의 발달사에 있어 일대 전기를 이루는 역사적 사건으로 평가되고, 이후 사법부는 미국사가 증명하듯이 자유와 정의를 수호하고, 국가의 통일성을 유지하는데 지대한 역할을 해왔다. 미국에 있어 사법부는 주의회와 연방의회의 권한행사를 통제하고, 연방헌법의 해석을 통하여 국가가치의 구심점을 형성함으로써 미합중국을 유지해 왔다고 하여도 과언은 아니다.

그러나 미국은 물론이고 대부분 국가의 사법부가 정치와 법의 갈등 속에서 어떻게 본연의 역할을 다해 나갈 것인가는 항상 문제시되어 왔다. 노예 문제를 둘러싼 미국 사회의 혼란과 19세기 중엽의 미국의 사법부, 20세기 초 사회개혁입법을 둘러싼 루즈벨트 대통령과 대법원의 대립은 정치와 법이 갈등하는 가운데 사회진보나 보수로의 회귀냐의 국가진로를 결정한다.54) 사법부의 역할과 관련하여 많은 論者들은 사법적극주의를 강조한다. 또한 국제통상론자들과 국제사회의 이익단체 등은 제각기 항소기구의 사법적극주의를 요구하고 나선다. 사법적극주의와 사법소극주의는 어의 그대로 가치중립적 성격을 갖는바, 따라서 보수를 위한

사법적극주의도 논리상 성립되지 않는 것은 아니지만, 대부분의 경우 사법적극주의는 사회의 진보를 향한 사회이념과 결부되는 것이 보통이다.

사법권은 국가3권 중 독특한 성격을 갖는 국가작용으로서, 개인의 권리구제를 단초로 한 국가작용이다. 입법권이 抽象的 性格의 권력작용이라면, 사법권은 事件과 論爭을 전제로 한 권력작용인 것이다. 따라서 다른 권력작용보다 국민 개개인에게 가까울 수 있고, 역사적 사건을 통하여 사회의 進歩가 表面化되기도 한다. 다른 한편, 사법작용은 집행권과 같이 국가권력작용을 구체적으로 現在化하지만, 사법작용의 最終性의 원리에 따라 그 현재화는 최종적이다. 따라서 사법권은 보수화되는 경향을 갖기가 쉽고, 일관성과 선례의 구속성의 원리가 지배적 가치가 된다.<sup>55)</sup> 사법적극주의는 이러한 한계에서 이해되어야 하기 때문에, 일반논자들이 주창하는 바와 같이 사법적극주의를 쉽게 성취할 수 있는 명제로 받아들이기는 어렵다. 많은 衡量과 주어진 制定法, 先例 등의 갈등 속에서 改良의 으로 접근할 수밖에 없는 현실인 것이다. 그것은 법적 안정성과 예측가능성이라는 법치주의의 이념과 관련을 갖는다. 시민은 누구나 자유와 정의를 누릴 권리가 있으며, “사건과 논쟁에 휘말린 시민은 당연히 예제는 이랬는데, 왜 오늘은 다른가”에 관하여 의문과 불신을 가질 수 있고, 법원은 이에 대하여 적절하게 해명할 의무가 있는 것이다. 극단적이지만 법적 안정성과 예측가능성이 보장되지 않는 사회는 不滿과 私的 報復이 팽배하고, 行爲者는 아무런 합리적 결정을 내릴 수 없게 된다.

사법적극주의라는 개념은 일반적으로 미국의

사법제도와와의 관련하여서 이해하면 연혁적으로 타당할 것이다. 사법적극주의를 통하여 주정부와 연방제도하에서 연방의 통일성을 발전시켜 가는 도상에서 사법부가 적극적으로 심판권을 행사하면서 주정부를 복속시키고 국가가치를 형성발전시켜 가게 되었고, 따라서 이러한 사법적극주의는 전술한 바와 같이 보통의 경우 사회개량 내지 진보적 성격의 정치적 가치와 보조를 같이 하게 된다. 국제사법기구라는 맥락에서 사법적극주의를 이해하면, 저 유명한 Lotus 사건에서부터 시작하여야 한다. 즉, 동 사건에서 국제사법재판소는 “국가는 국제법규범에 具體的으로 一定한 의무가 부과되지 않는 한, 자유롭게 자신의 통치권을 행사할 수 있다”는 국제법상의 大原則을 천명하였다.<sup>56)</sup> 따라서 사법적극주의는 구체적인 의무조항이 없는 경우에 심판관이 적극적 해석작용을 통하여 국제법상 주체인 國家를 견제하고 일정한 의무를 부과할 수 있다는 명제로서의 의미를 갖게 된다. 이때에 국가가 수호하여야 할 가치와 국제기구의 심판관의 司法的 價値가 충돌할 여지가 있다.

국제통상영역에서 새롭게 등장하고 있는 환경 문제, 보건 문제 등을 둘러싼 정책결정에 있어 權威인 國家와 그러한 保健이나 環境法規 등이 통상문제와 결합하여 세계무역기구의 심판관의 심판대에 오른 경우 어떻게 이를 해결할 것인가가 문제될 것이다. 세계무역기구 심판관이 국내의 보건정책을 시정하라고 하는 것이 타당한가? 사법적극주의론자들은 당연히 사회의 진보를 위한 심판관의 적극적 역할을 강조할 것이다. 그러나 이때에 전술한 바와 같이 심판관들은 주어진 법과 형량의 문제에 고민하면서, 법치주의가 지향하는 가치의 복잡성을 받아

54) 예컨대 Roosevelt 대통령의 사회개혁입법과 관련하여, Keller, Morton. Regulating a New Economy: Public Policy and Economic Change in America, 1900-1933. Bodton: Harvard University Press, 1990.

55) D. Michael Guerin, 전제논문

56) *France v. Turkey*, P.C.I.J. Reports, Series A. No. 10(1927)

들이면서 자신의 판단권을 행사할 의무가 있다. 그것이 진정한 통상영역에서의 법치주의의 확보라는 세계무역기구의 혁명이념에 부합하는 것이며, 정치적 주장에 영향을 받는다면, 어쩌면 모처럼 마련한 국제사회에서의 법치주의의 이념은 많은 비판 속에서 空轉될 수 있다. 세계무역기구와 법치주의가 관심의 초점이 되는 것은 심판작용의 대상영역이 경제와 통상 문제이고, 형사법적 문제나 기타 긴요한 성격의 정치나 인권 문제 등과 달리 국가간 이해대립관계가 조금 덜 첨예할 수 있어, 세계인의 합의하에 향후 국제사회의 정치적 통일까지도 바라보면서, 법치주의의 한 시험무대가 될 수 있기 때문이다.

그렇다면 우리는 법치주의와 관련하여 사법적극주의는 몇가지 조건이 있다는 것을 알 수 있다. 첫째, 사법적극주의는 사법작용을 하는 심판기관의 적극적·정치적 역할을 기대하는 것이며, 다른 한편 司法權의 본질적 한계로 인하여 認識된 法規範의 해석확인작용을 넘을 수 없다는 제한이 가해진다는 것이다. 이는 심판권에 복종하는 법적 주체에게 법적 안정성과 예측가능성을 부여하고 先例의 拘束性의 原理(stare decisis)에 따라 일정한 사법적 기준을 제공하여야 한다는 것을 의미한다.<sup>57)</sup> 사건과 논쟁에 대한 심판작용을 통하여 축적된 선례들은 사회를 합리적으로 통치해 나가는 데 있어 큰 역할을 하게 됨은 역사가 증명하고 있고, 심판관의 자질로서 어느 정도는 복잡한 현실 여건 속에서 마키아벨리와 같은 통치감각을 가져야 하기도 한다. 정도의 차이는 있지만 선례의 중요성은 법계가 다른 英美法係나 大陸法係나 모두 공통된다. 사법적극주의와 관련하여 헌법의 최종해석권한은 국내통치체계에서 중요한 의미

를 갖는다. 심판관은 헌법의 해석을 통하여 좀 더 기본적인 국가가치를 확인하고 교양시킬 수 있으므로, 사법적극주의가 가능할 수 있는 영역은 더욱 넓어질 수 있다. Judge-made law란 이러한 복잡한 여건 속에서 만들어지는 것이며, 특히 영미법계에서는 선례구속성의 원리에 따라 형성된 법문화로 인하여 사법부에 대한 신뢰와 존경이 비교적 크다.<sup>58)</sup>

둘째, 이러한 諸條件들은 보통의 국내사법체계에 주어진 것들이다. 국제사법기구의 역할에 있어 사법적극주의는 더욱 많은 복잡한 조건들이 주어진다. 세계무역기구의 분쟁해결기구의 예를 들면, 첫째, 세계무역기구설립협정과 많은 관련 협정으로 구성된 법규범체계는 본질적으로 국가간의 조약이고, 국내법체계하에서의 헌법과 같은 정치기관을 견제할 수 있는 최고법규가 아니다. 둘째, 세계무역기구의 최고기구는 각국 외교관계 장관급으로 구성된 각료회의가 되며, 패널이나 항소기구의 결정 등은 일정한 사항의 이행을 명하는 권고의 형태이고, 동 결정들은 분쟁해결기구(DSB)라는 政治的 性格의 기구에 의하여 최종적으로 채택되는 경우에 효력을 갖는다. 즉, 국내의 통치구조와 같이 권력분립의 원리에 따라 권력간 균형이 확보되어 있는 것이 아니고, 패널이나 항소기구는 사법기관적 성격을 가지면서도, 정치기관의 專門的 司法補佐機構로서의 성격을 공유한다. 대부분의 국내 사법기관은 勸告的 意見을 낼 수 없고, 개인의 권리의 實效的 救濟가 불가능한 경우에는 사법권을 행사해서는 안되는 등 憲法上 權力作用으로서의 성격을 엄격히 保持한다. 셋째, 세계무역기구협정체제는 國內法보다는 비교적 精巧하지 못하므로 심판관이 할 수 있는 일과 할 수 없는 일에 관한 명확한 법적 근거를 발견하

57) D. Michael Guerin, 전계논문  
58) 전계논문

기 어려운 경우가 많다. 이러한 입법적 불비 등 다양한 이유로 어떤 면에서는 대륙법계와 영미법계 법문화의 交互實驗室로서의 성격을 갖는다고 볼 수도 있고, 미국과 유럽연합 등 주요 세계무역기구 회원국의 피부양기구로서의 성격도 든다. 그렇다면 세계무역기구의 심판관은 국내사법관보다 훨씬 불리한 여건 속에서 통상영역에서의 법치주의 확보를 위한 마키아벨리가 되어야 한다. 미국과 유럽연합이 국가이익 등을 내세워 과도한 사법적극주의적 판결에 반발하면 기본적 합의에 대한 과거까지는 가지 않는다 하더라도, 많은 곤란이 발생할 수 있다. 세계무역기구협정체계가 비교적 법적 공백이 심하며 심판관에 의한 입법적 보충의 여지가 많다 하더라도 法の無知로 인한 자의성의 문제가 발생할 수 있으며, 합리적인 경우에도 經濟大國의 이해 문제로 인한 무언의 압력을 느낄 수도 있다. 1947 GATT 창설 이래 국제통상에 관한 국제적 규율체계가 확립되었고, 구 GATT체제 하에서도 패널 등 분쟁해결절차가 있었지만, 1995년 세계무역기구 탄생으로 인하여 사법적 성격의 분쟁해결절차가 갖추어졌다고 평가되고 있다. 아이러니컬 하게도 우리 헌법재판소와 유사하게 1995년 이후 세계무역기구체제하에서 국제통상에 관한 많은 선례가 형성되어 있다고 하지만, 미국 등 선진 제국의 선례축적과는 비교가 되지 않을 것이다. 따라서 세계무역기구 심판관들은 미국과 EU 등 주요 회원국의 法文化的·法理的 攻撃과 無言의 政治的 壓力 속에서 통상에 관한 현명한 統治者로서의 역할을 찾아내어야 하는 難題에 봉착하게 된다.

세계무역기구하에서의 사법적극주의와 관련하여 보면 사법관은 국제법상 의무가 명백하지 않은 경우에는 국가의 주권과 통치작용에 제한을 가하는 국제법상 의무를 부과해서는 안 된

다는 국제법의 기본 원칙을 그 출발점으로 삼는다. 심판관이 단순한 문리해석차원(fill the blank)을 넘어 사법입법(Judge-made law)을 통하여 수호하여야 할 가치를 확인하고,<sup>59)</sup> 주어진 협정에 구체적으로 의무가 명시되어 있지 않은 경우에도 적극적 사법작용을 통하여 그러한 의무를 도출해 내고, 국가주권 및 통치작용에 제한을 가한다는 것은 그것이 정치적 성격의 被審判者를 가지고 있기 때문에 국내 사법기관보다 어려울 것이다. 굳이 유추하자면 法史的으로 미국연방과 주정부하에서의 연방법원의 역할과 유사한 측면이 있고, 법형식적으로는 EU하의 유럽사법재판소가 처한 위치와 유사한 점이 있다. 즉, 사법적극주의와 관련하여 보건·환경정책 등 회원국의 국내통치상 이익이 침해하게 개입된 쟁점에 대하여 분쟁해결기구가 어느 정도 간여할 수 있는가 등이 현실적으로 닦친 숙제이다.

## VII. 結 語

향후 좀더 본격적인 연구를 기대하면서 몇가지 선례를 통하여 부분적으로 항소기구의 문제점을 살펴보았다. 세계무역기구는 새로운 분쟁해결절차에 관한 합의를 통하여 야심적으로 국제통상영역에서의 법치주의를 위하여 나아가고 있다. 그러나 주어진 여건은 매우 지난한 과제를 던지고 있다. 구 GATT체제와 달리 좀더 체계적인 사법체제를 갖추고, 국제사회의 발전과 진보를 위한 적극적 역할을 위하여는 관련 행위자에게 법적 안정성과 예측가능성을 보장할 수 있어야 한다. 종래의 중재절차와 유사한 체제로부터 신뢰성 있는 사법체계적 모습을 갖추기 위하여는 부단한 노력이 있어야 한다고 본다. 영미법계와 대륙법계의 法律 專門家들이 설

59) Lewis W. Beilin, 전계논문

득될 수 있는 合理的 先例體系가 확립되지 않는다면, 회원국들의 不滿과 私的 報復에 대하여 아무런 합리적 반박을 할 수 없게 된다. 그러한 문제의 해결은 입법적 노력만으로 달성될 수 없고, 또 세계무역기구체제하에서는 국내의 경우보다 입법적 해결에 의지하는 것이 더욱 어렵다. 영미법체계와 같이 선례구속성의 원리에 바탕하여 精緻한 先例體系를 갖추는 것이 가장 효율적인 방법이라고 생각되며, 경제영역에 국

한되는 아쉬움이 있지만 세계무역기구 심판관들의 마키아벨리적 叡智가 인류가 꿈꾸는 國際理想을 위하여 어떻게 작용할 것인가 기대된다.

**주제어** : 세계무역기구(WTO), 항소기구(Appellate Body), 법치주의, 법관의 역할, 사법적 극주의, 소송과 참고자료, 국제무역(통상), 국제사법제도