

머리말

우리가 사는 세상은 공적 영역과 사적 영역으로 구성되어 있다. 사적 영역이란 시장과 가족에 관한 영역이다. 법을 공부하는 우리들은 민법에서 배우는 우리의 재산과 경제행위에 관한 물권법과 채권법, 그리고 우리의 친족관계와 재산의 상속관계에 관한 가족법을 상기해 보면 쉽게 이해할 수 있다. 우리에게 공적 영역이란 정부와 시민간의 관계이다. 사적 영역에 관한 사법과 달리 공적 영역에 관한 법은 공법이라 부르는데, 공법을 통한 우리의 법률관계는 헌법과 행정법, 그리고 형사법적 관계, 소송에 있어 법원과 시민간의 소송법적 관계 등 역시 법을 통하여 이해할 수 있다.

우리는 보통 법을 국가법(state norms)으로 이해하고 느낀다. 국가법은 법학개론 시간에 배우듯이 국내법과 국제법으로 나누어 볼 수 있다. 근대 국제법은 종교전쟁으로 중세 신이 지배하던 시대가 막을 내리고, 1648년 베스트팔렌 조약으로 근대 절대국가가 탄생하면서 시작된다. 근대 절대국가는 신이 아닌 국민이 중심이 되는 권력체계, 즉 근대 국민국가의 인식에 기반한 국가관으로, 근대 절대국가에서는 국가가 법적 인격자로 주체적 판단을 할 수 있게 된다. 그것은 근대 국제법의 초석이라 할 수 있다.

한편 민주주의와 국내법은 독립전쟁에서 승리한 미국이 세계 최초로 성문의 연방헌법을 제정함으로써 함께 하기 시작한다. 미국에서의 성문헌법의 제정은 또 다른 민주주의 모국으로 추앙받는 영국이나 프랑스와 달리 보다 법에 방점이 찍힌 헌법국가의 시작을 열게 된다. 영국의 명예혁명이나 프랑스의 대혁명이 권리장전이나 보편적 인권선언 같이 시민의 인권을 위한 정치적 성격이 강한 자유주의 혁명이었다면, 미국의 경우에는 권리장전은 물론, 국가권력의 구성에 관한 성문화된 헌법을 통하여 정치적으로는 물론 법적으로 국가체제가 완전한 모습을 갖춘다는 차이를 갖는다. 영국의 경우는 의회중심적이고 정치관행이 불문헌법으로서 최고의 법이 된다. 프랑스의 경우는 대혁명 후 제·개정된 수차례 성문헌법은 오랜기간 안정되지 못하고 수없이 정치적 변혁을 겪게 된다. 이는 민주주의 발전에 있어 세나라간 미묘한 차이를 느끼게 한다.

여기에서 본서의 출간과 관련하여 중요한 2가지 시사점이 있다. 17세기와 18세기에 걸쳐 발생한 시민혁명으로 세나라 모두 봉건 절대왕정이 시장에서 부를 축적한 자본가계급에 의한 혁명으로 붕괴되었다는 사실이다. 이로써 우리가 사는 세상은 공적 영역과 사적 영역으로 준별되게 된다. 다른 하나는 영국이나 프랑스와 달리 미국의 연방헌법은 국내법이지만, 연방과 주간의 이원적 주권체제로 인하여 시장을 규제하는 정부의 규제권한(police power)이 주정부에 포괄적으로 귀속되면서도, 연방헌법의 통제를 받게 된다는 점이다.

그런데 새로운 국가의 주인으로 등장한 시민계급, 보다 구체적으로 자본가계급은 시

장에서 경쟁하고 상공업을 통하여 이윤을 추구하는 자들이다. 그리고 국가나 정부는 시장을 규제하는 규제자(regulator)이다. 한편 시장은 국경이 없는(borderless) 세계 시장이고, 국가의 규제는 최소화되는 것이 미덕이며, 시장에서의 행위자를 차별없이 대해야 한다.

우리가 사는 세계화 시대에 있어 우리를 둘러싼 시민민주주의와 자본주의의 현실에 대한 역사적 개관은 본서가 의도하는 바를 어느 정도 추지할 수 있게 한다. 그동안 국제법을 전문적으로 다루고 대학에서 교재로 사용되는 책들은 상당수 있다. 그러나 세계화 시대에 있어 시장과 경제를 중심으로 관련법이나 이론을 탐구하는 서적들은 정치학자나 경제학자 같은 일반 사회과학자들이 펴낸, 따라서 자신의 학문분야의 이론에 기반하여 기술한 것들이 대부분이다.

본서는 법학의 전문성을 담고 있으면서, 세계화의 현실에서 최첨단에 있는 법이론이나 법개념들을 소개하는 것을 목적으로 하고 있다. 하루 하루 최첨단에서 시민민주주의 사회와 발전하는 시장을 사는 것이 우리의 현실이다. 그러한 현실을 같이 느끼면서, 본서는 보편적 시민민주주의 사회와 세계시장에 관한 골간이 되는 법체계에 대한 이해를 돕는 것을 목적으로 하고 있다. 따라서 본서는 법을 어느정도 학습한 대학 4학년, 또는 대학원 학생, 법학교수나 기업인, 국회의원, 행정공무원을 비롯하여 국제사회와 시장, 그리고 그에 적용되는 법이론과 법의 중요한 내용을 알고 싶어 하는 모든 지식인들에게 유용한 책이 될 수 있고, 또 그것이 필자가 희망하는 바이기도 하다.

본서의 제1장에서는 급속하게 발전하는 국제사회와 세계화의 현실에서, 시장과 민주주의에 관한 기존의 헌법과 국제법 체계의 본질이 무엇이고, 그것이 세계법으로 발전하게 되는 새로운 법관념과 그 현실에 관하여 살펴본다. 제2장에서는 미국의 리스태이트먼트 제4판 미국의 국제법과 국제관계의 장에 따라 국제법체계의 핵심적 내용을 학습한다. 제3장에서는 세계시장에 대한 공법적 규제를 위한 법체계를 음미한다. 자본가계급인 시민이 주축이 되어 일으킨 혁명으로 시민은 주권자로서의 지위를 가지지만, 다른 한편 개인인 시민은 시장에서 국가의 규제에 복종하여야 한다. 미국 헌법 주제간 통상조항(Interstate Commerce Clause)은 시장을 규제하는 주정부의 조치들이 미국의 통일된 시장의 번영에 방해가 되어서는 안된다는 취지를 담고 있다. 가장 중요한 국제통상법이라 할 수 있는 WTO법을 학자들이 世界經濟憲法體制라 부르듯이 WTO법은 미국 헌법 주제간 통상조항 같은 구조를 취하고 있다. WTO 회원국들의 국내조치는 단일의 세계시장의 번영에 방해가 되어서는 안된다. 제4장에서는 계약의 자유를 근본원리로 하여 세계시장에서의 사법 영역에 관한 법규범의 핵심적 내용을 간추려 학습한다. 제4장은 세계시장에서 기업들에게 가장 원칙적인 법규범으로 인식되고 있는 유엔통일매매법협약(CISG), 유엔계약법원칙(Principles), 그리고 대리제도의

기본구조와 화환신용장에 관한 사례들을 담고 있다.

책을 출간하려고 보니 필자가 목적하는 바와 달리 그 체계가 완결적이거나 책의 내용이 모든 문제들을 충분하게 다루었다고 하기에 부족하다는 것을 고백할 수 밖에 없다. 그러나 독자들이 새로운 이론이나 기본적 원리를 이해하는데 필요하다고 생각되는 것을 최대한 포함하고 다루려고 노력하였다. 앞으로 기회가 닿는대로 필요한 보완 작업과 개정작업을 추가할 계획이다. 천학비재한 자가 책을 출간한다는 것은 항상 조심스럽고 미안한 마음을 가지게 한다. 그러나 세계시장과 시민민주주의, 그리고 그에 관한 보편적 법체계가 발전하고 있다는 것은 법학 영역에서 느낄 수 있는 진화론적 기쁨이다. 감히 독자들의 일독을 권하는 바이다.

* 주제어: 국제법, 세계법, 국제통상법, 리스테인먼트, WTO, 유엔통일매매법협약, 세계계약법원칙, 화환신용장, 대리제도

Abstract

The world, in which we are thriving, is structured within two dimension, say, public and private spheres. The private sphere is one that is related to the market and family. Those of us, who study law, can easily understand it by recalling the law classes on real rights and debts related to our property and economic activities. It is much enlightening that the civil law on real property, contract, torts and family law related to an inheritance as well as our legal relation on kinship. On the other hand, the public sphere is governed by legal relationship between a government and citizen. Unlike private law related to the private sphere, the laws related to a public sphere is classed as a public law. That said, our social relationship on public law can also be understood through subjects of law, such as the constitution, administrative and criminal laws, as well as a procedural justice between the court and citizens in litigation. We usually understand and feel law as state-norms. State norms as a law can be divided into national and international law, as we are known of the general introduction to jurisprudence.

Modern international law was born when the era of the Middle Ages ruled by God came to an end due to the Wars of the Reformation, and the modern absolute state began to emerge with the Peace of Westphalia in 1648. This sea change had been enabled based on the recognition of a modern nation-state, a power system centered on the people rather than God, while the state is free and independent to decide on his own will qualifying itself as a legal personality. This historical path of development had laid a foundation of modern international law. Meanwhile, democracy and national law began to fate as if they are one unitary marching band, the moment of which the United States ended up with he war of independence and enacted the world's first written constitution. Such a memorable event to enact the written constitution in the United States had been a landmark for the beginning of constitutional state with a greater emphasis on the rule of constitutional law.

The practice of United States is unlike England or France, which are also revered as the mother countries of democracy. While the Glorious Revolution in England and the French Revolution in France had been omnious for the

people on conservative ethos, but revolutionary for the liberty of new wealthy class, they had been colored with political characteristics for the human right of citizens, such as the Bill of Rights and the Universal Declaration of Human Rights. On the other hand, the United States differs in that the state system was complete through a written constitution regarding the structure of government and separation of powers principle, a hobgoblin idea on odious and abusive power of despotism. It was accompanied one year later that a main text of Constitution was reinforced with the Bill of Rights through first ten amendments.

In the land of England, parliamentary system of government had been embedded and political practices between a monarchy and Westminster are regarded as the highest law of nation as an unwritten constitution.

Upon the French revolution, the attempt of written constitutions had occurred on several occasions thereafter, which, however, had been disturbed and unstable for a long time of period and underwent countless political changes. The differences among three leadership countries on modern democracy, if slight in nature, indeed make us feel a subtlety of national fates in the wake toward a development of civil democracy.

Here can we note two important implications relating the publication of this book. A fact described above is known to us that the feudal absolute monarchies of all three countries had collapsed as a result of the civil revolutions in the 17th and 18th centuries. The events to the road of revolutions had been engineered by the capitalist class, who held a piety of capitalism and accumulated wealth in the market. The character of civil revolutions naturally drove that the societal structure had to be divided into two dimensions concerning the public and private spheres. The other aspect of implications signified a need of integrity and unification of market. so that, unlike England or France, the federal constitution requires thriving a single unitary market within the United States while due to a dual sovereignty between the federal and state governments, the police power to regulate the market had, in principle, been reserved to the states. Of course, an exercise of state power to regulate comes under the control of federal constitution.

A bourgeoisie, or more specifically, the capitalist class, who emerged as new

masters of the state, are those who compete in the market and pursue profits through commerce and industry. On the other hand, the state or state government is a regulator to rule the market within the jurisdiction. In nature, the market is borderless and is naturally extensive at global scale. Traditionally, it is respected as a virtue for the state to minimize its regulatory measure, which brings a trade liberalization as one of supreme value in WTO laws. It is also required that actors in the market should be treated without discrimination, which attains a primacy as a principle of non-discrimination.

My short introduction to the reality of civil democracy and capitalism surrounding us in the globalized era naturally allows us to infer to some extent the intention of this book. There have been a number of books that have specialized in international law and have been used as a textbook in the universities. However, most books aimed to explore laws or theories centered on the market and economy in this age of globalization seemed to have been published by general social scientists, such as a political scientist or economist. In this context, they are written based on the theories of their own academic fields. In comparison, this wishes to publish this book had been spawned, the ideas explicated therein being designed to introduce legal theories and legal concepts standing at the forefront of globalizing world. No less importantly, I had efforted not to sacrifice any expertise of law as legally referenced. To put it more succinctly, the purpose of this book lies that the readers of book people can be aware of underpinnings through the legal system serving as the backbone of civil democracy and society of market economy. This mind of lawyers is essential to come up with the rapidly growing market at the forefront of world market.

That said, this book can be useful for college seniors or graduate students who have studied law to some extent. It also can inspire law professors, business people, Members of the National Assembly, administrative officials, in addition to all intellectuals who suffer from whipping or beating due to an incomprehensible legal structure and mandates relevant with their routine desk work.

Chapter 1 of this book examines the essence of existing constitution and international law theories directed to the nature of state power, market and

civil democracy in a rapidly developing international society in the age of globalization. Most of discussions had been expended to introduce and survey a new legal perception and its logic of reasoning as a law indebted to the concept of world law theory. Chapter 2 studies the core contents of international law according to the chapter on international law and international relations of the United States. It was spelled out to comply with the explanations and comments incorporated within the 4th edition of the Restatement of the United States.

Chapter 3 refers to the legal system characterized as a public law and concerning a regulatory measure over the world market by states. An idealistic class of citizens, who emerged for a capitalist hegemony, generally have a status of sovereign, which came into being as owed to their revolution. However, it is also true that the citizens as an individual or laity are required to obey the regulations of state in the market. The interstate commerce clause of the United States Constitution is generally viewed as being shunned with an intention that state governments' measures to regulate the market should not hinder the prosperity of US market at the federal level. WTO laws known to be the most important international trade law, in fact, have a structure similar to the interstate commerce clause of United States Constitution. In this point of view, scholars gave a name to WTO as the world economic constitutional system. In the same vein, WTO member countries should not hinder the prosperity of a single world market as if the Clause requires pursuing that of a single federal market. Chapter 4 summarizes the core of legal norms, which is purported to study the jurisprudence of global market in coverage of fundamental principles espousing the freedom of contract, laws of sales, contract, documentary letter of credit, basic rule on the agencies of civil law. Therefore, we will be exposed to the laws of United Nations convention on the sales contract (CISG), the United Nations contract law, popularly called Principles as well as short introductions for the agency laws and cases relating the civil dispute of documentary L/Cs.

I am unfeigned to confess that this book is neither thorough nor complete in terms of the craftsmanship of necessary exhaustiveness. So its contents may insufficiently cover issues or discussions as contrary to the author's purpose. However, I have exerted utmostly to include and cover as much as possible

what I think is necessary for readers to grasp new theories and basic principles. I plan to add necessary revisions and supplements as opportunities arise. As a scholar, I always feel cautious and sorry about publishing books. However, the development of global market, civil democracy, and the universal legal system related to them is certainly Darwinistic and an evolutionary joy that can be duly sensed in the field of law. I dare to recommend that readers can enjoy.

* Key words: International law, Global law, International trade law, Restatement, WTO, Convention on the International Sales of Goods(CISG), UNIDROIT Principles, Documentary letter of credit, Civil agency

제목 차례

머리말	1
Abstract	4
제 1장 국제사회와 국제법	27
I. 국제법의 연약한 부분 - 원주민의 권리	27
1. 서언	27
2. 국제법에 관하여	27
3. 기득권적 개념체계	29
4. 외교, 시민운동과 법률전문가	30
5. 개념 유형과 실무상 문제들	30
6. 필수적 요소들과 지표들	32
7. 결어	32
II. 국제법의 현실: 이팔전쟁과 국제사법재판소	36
1. 국제법의 특성	36
2. 국제사법재판소 2023년 12월 29일 결정	40
III. 시민민주주의와 보편적 법체계의 발전	42
1. 서언	42
2. 헌법과 국제법에 관하여	42
(1) 사회계약론과 근대 헌법의 탄생	42
(2) 권력의 본질과 근대 공법의 발전	43
(3) 권력의 분립과 권력의 통합	44
(4) 사법관들에 의한 보편적 법체계의 발전	45
(5) 국제사회와 권력의 결손	48
3. 국제법과 세계법	49
(1) 국제법의 연성화	49
(2) 세계법 개념에 대한 이해	50

4. 세계헌법주의와 세계헌법 강론	52
(1) 세계헌법주의	52
(2) 세계헌법 강론: 세계헌법주의의 구체화	54
5. 세계행정법 강론	55
(1) 대륙법과 영미법	55
(2) 강론의 역사적 성격	56
(3) 강론의 현재와 미래	58
6. 강론의 주요 요소와 현황	59
(1) 정의와 주요 이슈	59
(2) 현황과 발전 방향	60
7. 세계헌법과 세계행정법의 비교	61
(1) 세계헌법과 세계행정법	61
(2) 양자의 차이점	61
8. 결론: 의의와 시사점	62
IV. 외교적 보호와 기본권보호	66
1. 들어가며	66
2. 시장과 사인의 권리	66
3. 국가의 외교적 보호권	67
4. 맺으며	71
V. 세계행정법(GAL)	74
1. 국제헌법주의(International Constitutionalism)	74
2. 헌법제정권력(Constitutive Power)	74
3. 세계행정법의 이해	75
4. 세계행정법과 사법제도	76
5. 세계행정법의 개념	78
6. 구조와 합법적 체제	79
7. 심판절차의 적정성	80

8. 국제관리체제와 제한권	80
9. 세계행정기관의 규범과 결정	82
VI. 법의 개념과 세계행정법	84
1. 법의 개념과 세계행정법	84
2. ISEAL과 FSC	86
3. 정부나 국가기관에 대한 행정	87
4. 개인이나 사적 행위자들에 대한 행정	88
5. 심판청구 가능성	89
6. 법의 내재적 도덕성 문제	90
7. 공공성 요건 문제	92
8. 국제투자 중재재판소	95
9. 이유의 부기(Reason-giving)	96
10. 공공성(Publicity)과 투명성(Transparency)	97
11. 법의 일반성(Generality of Law)과 행정의 문제	100
12. 사적인 질서화(Private Ordering)의 문제	105
제 2장 국제법의 대강	110
I. 국제법의 법적 성격과 연원	110
1. 국제법의 법원	110
가. 정의	110
나. 설명과 사례	110
2. 국제법의 증거	115
가. 국제법의 증거	115
나. 설명과 사례	115
3. 국제법과 국제조약의 위상	118
가. 국제법과 미국 국내법으로서의 국제조약	118
나. 설명과 사례	118
4. 국제법의 결정과 해석	120

가. 국제법의 결정과 해석: 미국의 법	120
나. 설명과 사례	120
5. 미국 법원에서의 국제법과 국제조약들	122
가. 국내법으로서의 국제법	122
나. 설명과 사례	122
다. 주의할 점	123
6. 미국법의 해석과 국제법	124
가. 미국법의 해석과 국제법	124
나. 설명과 사례	124
다. 주의할 점	124
II. 국제법의 법적 주체	126
1. 국가의 정의	126
가. 국가의 정의	126
나. 설명과 사례	126
2. 국가의 승인과 수용	129
가. 국가의 승인과 수용	129
나. 설명과 사례	129
3. 외교관계의 승인과 유지	132
가. 외교관계의 승인과 유지: 미 합중국법	132
나. 설명과 사례	132
다. 주의할 점	132
4. 불승인의 효력	135
가. 불승인의 효력: 미국법 하에서 국내법상 효력	135
나. 설명과 사례	135
다. 주의할 점	135
5. 국가의 능력, 권리, 의무	139
가. 국가의 능력, 권리, 의무의 문제	139

나. 설명과 사례	139
6. 행위의 국가귀속성	141
가. 행위의 국가 귀속성	141
나. 설명과 사례	141
7. 국가승계	143
가. 국가승계	143
나. 설명과 사례	143
8. 국가재산과 국가계약	144
가. 국가승계: 국가의 재산과 국가의 계약	144
나. 설명과 사례	144
9. 국제조약의 승계	147
가. 국제조약의 승계	147
나. 설명과 사례	147
10. 법인의 국적	150
가. 법인의 국적	150
나. 설명과 사례	150
11. 개인의 국적	153
가. 개인의 국적	153
나. 설명과 사례	153
12. 개인의 국적과 시민권	156
가. 개인의 국적과 시민권: 미 합중국법	156
나. 설명과 사례	156
III. 국제조약	158
1. 국제법과 국내법	158
가. 양자의 관계	158
나. 설명과 사례	158
2. 국제조약의 정의와 본질	161

가. 국제조약의 정의	161
나. 설명과 사례	161
3. 국제조약의 범위	163
가. 국제조약의 범위: 미합중국의 법	163
나. 설명과 사례	163
4. 국제조약의 체결	166
가. 국제조약의 체결에 관한 권한	166
나. 설명과 사례	166
5. 국제조약의 효력	170
가. 국제조약의 효력 발생	170
나. 설명과 사례	170
6. 조약의 유보	174
가. 법원칙	174
나. 설명과 사례	174
7. 유보와 양해	178
가. 유보와 양해: 미국의 국내법	178
나. 설명과 사례	178
8. 국제조약의 구속력	180
가. 법원칙	180
나. 설명과 사례	180
9. 국제조약의 범위	181
가. 법원칙: 시간과 영역	181
나. 설명과 사례	181
다. 주의할 점	181
10. 승계된 국제조약들	183
가. 승계된 국제조약들	183
나. 설명과 사례	183

11. 국제조약의 해석	185
가. 법원칙	185
나. 설명과 사례	185
12. 국제조약의 해석에 관한 권한	188
가. 법원칙: 미국의 국내법	188
나. 설명과 사례	188
13. 국제조약의 무효	190
가. 국제조약의 무효	190
나. 설명과 사례	190
제 3장 국제사회와 시장의 규제	194
I. 국제통상법	194
1. 국제통상법의 개관	194
2. 세계시장과 무차별주의	198
3. 세계경제헌법체제	202
4. 입법창설적 성격의 다자조약	206
5. WTO의 현재와 미래	210
6. 국제법과 WTO 체제의 사적 개관	215
7. 국가와 시장	220
가. 서언	220
나. 국가면책 이론	220
다. 정부조달협정	221
라. 보조금및상계조치협정	224
8. 세계시장과 법치주의	227
가. 공법과 사법	227
나. 국제통상법의 발전	228
다. 국제거래법의 발전	228
라. 국제사법과 국제거래법	229

마. 국제통상법과 국제거래법	230
9. 원칙법과 예외법	232
가. 서언	232
나. 시장개방의 원칙	232
다. 비차별원칙	234
라. 공정무역의 원칙과 최소기준의 원칙	235
마. GATT의 예외조항	235
10. 수량제한 금지의 원칙	239
가. 예외법과 국내조치	239
나. 태국 담배수입금지조치 사건	240
다. GATT XX 일반적 예외	242
라. WHO 선언의 의미	244
11. 신보호무역주의와 다자주의	246
가. 규범의 다기성	246
나. GATT 체제에서 WTO 체제로	247
12. 국제사회와 通商法治	250
가. 국제법으로서의 WTO법	250
나. 통상법치를 향한 노력	252
13. WTO법과 기판력의 법리	254
가. 서언	254
나. 일반론적 고찰	254
다. WTO법과 기판력의 문제	259
14. GATT XX(g)에 규정된 예외	262
가. 유한천연자원 보존조치	262
나. 캐나다 정부의 수출통제조치	262
다. 관련된(relating to)과 주된 목적성	262
라. 연계성(in conjunction with)	263

마. 1991년 미국 참치수입제한 사건	264
바. 국내법의 역외적용	265
사. 참치수입제한과 관련성	266
아. 참치수입제한과 연계성	268
자. GATT 협정 III와 다른 협정조항과의 관계	270
15. GATT XX(h)에 규정된 예외	273
가. 상품협정에 따른 국내조치	273
나. 입법연혁과 규범의 다기성	274
다. ITO의 무산과 GATT의 발전	275
라. GATT XX:I(h) 예외사유	277
마. 상품협정의 예외와 서비스 무역협정	278
16. GATT XX(i)에 규정된 예외	281
1. 가격안정정책	281
다. 예외사유에 관한 논의	281
다. GATT와 가격 문제	282
라. 이론과 원칙을 넘어 통상법치로	284
17. GATT XX(j)에 규정된 예외	287
가. 일반적·지역적 공급부족	287
나. 1950년대 추후 논의 과정	288
다. 1960년대 논의	289
라. 결어	290
18. WTO 분쟁해결제도	293
가. 국제사법상 분쟁해결제도	293
나. 국제공법상 분쟁해결제도	294
다. GATT에서 WTO 분쟁해결제도로	295
라. 자유민주주의와 법치주의	296
마. 법적 안정성과 예측 가능성	297

바. WTO 회원국의 권리와 의무의 보장	298
사. 협정해석을 통한 권리와 의무의 확정	299
아. 조약법에 관한 비엔나협약	300
자. 상호합의를 통한 해결방식	302
차. 분쟁의 신속한 해결	302
카. 일방적 결정의 금지	303
타. 배타적 관할권	305
파. 강제적 성격	305
19. WTO의 구조적 문제: 분쟁해결제도	306
가. 서언	306
나. 분쟁해결제도의 공과	306
다. 사적 고찰	307
라. 미래를 위한 대안	309
마. 국가권력과 중립적 권력	310
바. 정통성의 위기와 국가들의 관행	313
사. 세계경제헌법체제와 민주성의 결손	316
제 4장 국제사회와 시장의 자유	321
I. Principles 해설	322
1. Principles 해설.A	322
가. 선의 공정거래의 원칙	322
나. Comment	322
다. Illustrations	322
라. Comment	323
마. Illustrations	323
바. Comment	323
사. Illustrations	324
아. Comment	324

2. Principles 해설.B	325
가. 강행규정	325
3. Principles 해설.C	328
가. 미확정인채로 남겨진 계약조건	328
나. Comment	328
다. Illustrations	329
라. Comment	329
마. Illustrations	330
바. Comment	330
사. Illustrations	330
4. Principles 해설.D	332
가. 惡意에 의한 협상	332
나. Comment	332
다. Illustrations	333
라. Illustrations	334
마. Comment	334
바. Illustration	334
5. Principles 해설.E	335
6. Principles 해설.F	336
가. 표현된 대리행위	336
나. COMMENT	336
다. Illustrations	336
라. Illustrations	337
마. Illustrations	338
7. Principles 해설.G	339
가. 대리권의 창설	339
나. COMMENT	339

다. Illustration	339
라. Illustration	339
8. Principles 해설.H	341
가. 표현되지 않은 대리인	341
나. COMMENT	341
다. Illustration	341
라. Illustration	342
9. Principles 해설.I	343
가. 무권 또는 월권 대리인	343
나. COMMENT	343
다. Illustration	343
라. Illustrations	344
10. Principles 해설.J	345
가. 무권 또는 월권 대리인의 책임	345
나. COMMENT	345
다. Illustration	345
라. Illustration	345
11. Principles 해설.K	347
가. 이해관계의 충돌	347
나. COMMENT	347
다. Illustrations	348
라. Illustration	348
12. Principles 해설.L	350
가. 대리행위의 추인	350
나. COMMENT	350
다. Illustration	350
13. Principles 해설.M	352

가. 복대리	352
나. COMMENT	352
다. Illustrations	352
라. Illustration	353
14. Principles 해설.N	354
가. 대리권의 종료	354
나. COMMENT	354
다. Illustrations	354
라. Illustration	355
15. Principles 해설.O	356
가. 강박에 의한 의사표시	356
나. Comment	356
다. Illustration	356
라. Comment	356
마. Illustration	357
16. Principles 해설.P	358
가. 원시적 불능	358
나. 계약체결 시점에서의 불능	358
다. 법적 권원 또는 권한의 결여	358
17. Principles 해설.Q	360
가. 현저한 불균형	360
나. 과도한 이익	360
다. 부당한 이익	360
a. 불평등한 협상력	360
라. Illustration	361
18. Principles 소송사건.A	363
가. 사안의 쟁점	363

나. 코멘트	364
19. Principles 소송사건.B	366
1. 사안의 쟁점	366
20. Principles 소송사건.C	368
가. 사안의 쟁점	368
나. 판결의 요지	368
21. Principles 소송사건.D	369
가. 사안의 쟁점	369
나. 판결의 요지	369
다. UNIDROIT 제4장 해석	369
5. Principles 소송사건.E	372
가. 사건의 쟁점	372
나. 판결의 요지	372
3. 돌아볼 점	373
II. 유엔물품매매협약	374
1. CISG 소송사건.A	374
가. 사안의 쟁점	374
나. 판결요지	374
다. 코멘트	374
라. 관련조항	375
2. CISG 소송사건.B	377
가. 사안의 쟁점	377
나. 판결요지	377
다. 코멘트	378
라. 관련조항	379
3. CISG 소송사건.C	380
가. 사안의 쟁점	380

나. 판결요지	380
다. 코멘트	380
라. 관련조항	382
4. CISG 소송사건.D	384
가. 사안의 쟁점	384
나. 판결요지	384
다. 코멘트	385
라. 관련조항	386
5. CISG 중재사건	388
가. 사안의 쟁점	388
나. 판결요지	388
다. 코멘트	389
라. 관련조항	391
III. 대리제도와 화환신용장	394
1. 대리제도에 관한 해설	394
가. 대리행위의 개념과 유형	394
나. 파트너쉽과 회사의 경우	395
2. 화환신용장 사례	397
가. 화환신용장 분쟁 사건.A	397
2. 화환신용장 분쟁 사건.B	400
다. 화환신용장 분쟁사건.C	403
참고문헌	407
국내문헌	408
외국문헌	411
국내 및 외국법원 판례와 법령	417
부록	422
부록 I	423

부록 II	433
부록 III	472
저자 소개	511

시민민주주의와 보편적
법체계의 발전: 세계시장과
국제법



제 1장 국제사회와 국제법

I. 국제법의 연약한 부분 - 원주민의 권리

1. 서언

한 학기 국제법을 강의하게 되었다. 헌법이나 판례법연구 등의 주제와 관련하여 교과서를 출간한 경험은 있지만, 수년간 국제법을 가르치면서 기존 교과서를 이용하였다. 국제법 교과서 중에는 정인섭 교수님과 김대순 교수님 교과서의 체계와 내용이 훌륭하여 매 학기 교재로 사용하고 있다. 아마도 국제법은 변호사 시험 과목이 아니어서 새로운 로스쿨 학생들에게 큰 인기를 끌지 못하는 듯 하다. 그러나 국제화 시대의 법학도에게 국제법에 대한 기본적인 이해는 매우 중요한 의미를 갖는다 아니할 수 없다. 이번 학기 국제법 강의를 기회로 시간나는대로 국제법의 대강을 강의노트 형식으로 다루어 보려고 한다.

2. 국제법에 관하여

국제법은 이름 그대로 국제사회를 규율하는 법이다. 국제사회에서 발생하는 사회현상을 규율하는 법은 국내법에서와 같이 사법과 공법으로 나눌 수 있는데, 국제법은 일반적으로 국제사회에서 발생하는 공법관계에 관한 법으로 이해되고 있다.¹⁾ 국제거래법이나 국제계약법도 광의의 국제법이라 부를 수 있지만, 개념법학적 차원에서 국제법이라 할 수 없다. 공법은 우월한 지위에 있는 국가와 시민이라는 수범자와의 관계를 다루는 법이다.

따라서 공법의 이상은 전단주의나 인치주의를 배격하고 당사자주의 내지 법치주의로 나아가려는 시민혁명정신의 현현이라 할 수 있다. 국가의 통치구조에 관한 최고법으로서의 헌법이나 국가의 행정작용에 관한 행정법, 형벌권의 행사에 관한 형법, 민사법원, 즉 재판부와 소송당사자들간의 권리의무관계에 관한 민사소송법 등 공법은 국가의 통치권이 자의적으로 행사되는 것을 막고 법치주의에 봉사한다. 근대시민사회의 민주주의는 법치주의를 필수요소의 하나로 하고 있다. 따라서 정부에 의한 통치권의 행사는 법률유보의 원칙에 따라 법에 근거가 있어야 하고, 합법성의 원칙에 따라 법에 위반되지 않아야 한다.

이러한 공법원리가 국제사회에 적용되어 하나의 법체계를 이루고 있는 법 분야가 국제법이라 할 수 있다.²⁾ 전통적인 국제법 영역인 국가관할권 국가영역 국제책임 같은 국제법 총론 부분은 사인을 권리 의무의 주체로 인정하지 않음으로서 공법으로서의 성격을 갖는다. 이러한 문제 영역들은 국내적으로 국가라는 우월한 주체에 관하여 일정한 국제법적 의무에 복종

1) 김대순. (2017). 국제법론 (제 19 판). [KIIP] 한국지식재산연구원 도서 DB, 0-0.

2) 김대순. 전거서.

하게 한다는 차원에서 공법적이다. 분권화된 국제사회에서 평등한 주권간의 관계를 다루므로 형식적 구조는 사법 비슷하지만, 그 실질은 국제사회의 가치나 자신의 의사에 따라 고권적 지위에 있는 국가에게 일정한 의무가 발생한다는 점에서, 마치 국내헌법상 통치구조 강론 같다. 국제법상 국가영역이나 국내관할권 문제는 국내헌법이나 형법의 내용을 다루고 있는데 이로써 공법적 성격을 갖는다. 말하자면 원리적으로 사인이 국제법 주체가 아니라는 것은 소극적으로 그 법은 공법적 성격의 법이 된다는 것을 의미한다.

한편 국제경제법이나 국제환경법 같은 영역은 강학상 새로운 국제법 분야로서 국제행정법으로 분류될 수 있다. 이러한 법들은 국가의 시장 또는 경제, 그리고 환경에 대한 규제와 국가의 국제법 준수 문제를 다루므로 당연히 공법적 성격을 갖는다 할 수 있다. 다음으로 국제사회와 개인간 직접적으로 권리의무관계를 창설하고 있는 국제인권법, 국제형사법, 국제난민법 등 20세기에 새롭게 발전하고 있는 국제법 영역은 과거 국가와 개인간 공법적 영역의 일부가 국제사회와 개인간 공법 문제화 한 것으로 역시 공법적 성격이 두드러진다.³⁾

우리는 이러한 개념법학적 접근방식을 통하여 한 학기 국제법의 정체와 그 내용에 관하여 탐구한다.⁴⁾ 국제법은 다른 법에 비하여 법의 성격이 연성적이고, 그 개념체계는 다기적이다. 따라서 국제법에는 연성법적 성격을 갖는 법이 많고, 수 많은 국제조약으로 인하여 조약마다 자신의 정의 조항을 두는 등 국제법을 학문적으로 일원화·체계화하는 것은 쉬운 일이 아니다. 이를 우리는 '국제법의 파편화 현상'이라 한다. 이러한 차원에서 우리는 한 학기 국내법과 다른 매우 독특한 법영역이라 할 수 있는 국제법을 학습한다.

어떻게 보면 국제법이나 국제사법재판소 판례들은 그 특별한 법적 성격으로 인하여 존 로버츠 미 연방대법원장의 말처럼 법이라기 보다는 '저장된 지식체계' 같기도 하다. 이는 물론 국제법에 본래적인 '약한 강제력(weak enforcements)'에서 기원한다. 더하여 수 많은 연성법이나 '국제법의 파편화 현상'으로 인하여 우리는 국제법을 '법이라기 보다는 지식으로' 국제재판소를 '재판소라기 보다는 국제법 교실'로 느끼게 하는 한 요인이 되고 있다.

국제화·세계화가 가속화되면서 현대 국제법은 급속히 발전하고 있다. 이는 '국제법의 연약한 부분'에서 그 맹아를 찾을 수 있는데, 국제법의 역사나 법적 주체 국가관할권 등 전통적인 국제법 장르에 따라 그 개념요소와 권리의무관계를 알아보기 전에 국제법 문제 중 연약한 부분의 예로 '원주민 문제'와 '세계행정법' 강론에 관하여 살펴본다. 두 주제는 개념 유형이나 권리의무관계 등을 둘러싸고 전형적인 법체계 문제로 다루고 있으므로, 국제법 창설요건을 갖추지 않은 기존의 연성법 문제라고 할 수는 없다.

이는 국제법의 법적 주체나 다자조약체제, 또는 관리기능의 문제로서 개념 유형간 한계선상에 있는 문제이고 이를 필자는 '국제법의 연약한 부분'이라 부르자고 제안하는 바이다. 필자가 명명한 '국제법의 연약한 부분'이라는 것은 기존의 연성법 문제와 달리 법정에서 실제 법적 문제로 논의된다는 점에서 독특한 면이 있다. 환언하면 기존 국제법 이론에 따라

3) Kim, K. (2014). Human Rights: Are They Just a Tweak for the Policy Makers or Administrators?. European Academic Research, 2(6).

4) 이한기. (2010). 국제법강의 (신정판). 박영사.

해결하기에는 복잡하고 다기한 성격을 가지고 있어 법정에서 구체적으로 이를 실현함에 있어, 또한 개념 유형이나 강제력의 문제와 관련하여 일원적·체계적이라고 하기 어려운 경우이다. 일본 위안부 강제징용이나 WTO에서 벌어지고 있는 미국과 WTO의 갈등은 그 한 예가 될 수 있다. 한편 국제법 문제를 분석함에 있어 원주민 분쟁 문제는 귀납법적 접근방식, 다음에 논의할 세계행정법 문제는 연역법적 접근방식의 특징을 보이고 있다.

3. 기득권적 개념체계

원주민들이 제기하는 법적 청구는 어떠한 개념론적 근거를 갖는가? 이 문제에 대한 불명확한 인식은 다양한 접근방식을 가능케 하고 활발한 토론으로 이어진다. 그러나 또한 국내적 차원에서 보면 원주민 관련한 문제들에 대한 이견과 반목 또한 만만치 않다. 그리고 이러한 혼란은 유엔 협상 또는 제안된 원주민 권리에 관한 선언을 둘러싼 협상에 심각한 장애가 되어 왔다. 이러한 주제에 관한 개념론적 또는 인식론적 패러다임으로 5가지 정도를 생각해 볼 수 있다.⁵⁾

그 5가지란 i) 인권과 비차별 원칙 이론 ii) 소수자의 권리 이론 iii) 자결권 이론 iv) 역사적 주권 이론 v) 조약이나 원주민과 국가간 협정에 근거한 청구 같은 원주민 지위에서의 청구권론 등이 그것이다.

이러한 개념 구조는 개별적으로 독특한 논의와 역사적 설명, 고유한 교조적 합법화와 탈법화, 제도적 요소들, 다양한 골동체와 각각을 한계 지우는 특징들을 가지고 있다. 개별적인 각각의 개념 구조는 그것을 정의하는 순수한 전제들에 의존한다. 이러한 전제들은 정치적 투쟁 속에서 채택되었다가 조절된다.

이러한 정치 투쟁의 주창자들 개별 유형간 넓은 범위의 분석적 차이점들을 밝히려 노력한다. 물론 이들은 이러한 차이들이 다시 또 논의되고 그 한계선들은 시간의 흐름과 함께 재편된다는 것을 대부분 인식하고 있다.

각각의 개념 구조의 핵심적 요소에 관한 논란, 특히 그들 사이의 한계선들은 정치적 이해관계의 충돌을 매개하는 프락시가 된다. 보편적 원리와 가치 보다는 기존의 분류 체계나 기성의 권위가 정치투쟁의 한 중앙에 자리하고 있는 것이다.

개념론적 구조라는 강고한 기성 건축물과 5개의 개별적 건축물을 가르는 선은 일종의 정치적 표현의 형식이라 할 수 있다. “원주민이 국제법적 주체가 되는가?” “원주민에 대한 취급은 국제법이나 국내법상 어떠한 차이가 있는가?” 같은 질문은 개념론적이지만, 판례법이나 제정법을 살펴 보면, 개별 학자들의 교육을 등에 업은 정치적 표현으로서의 성격을 갖는다는 것이다. 이러한 건축물은 법이라는 언어 및 철학을 사용하고 건축에 영향을 미치는 한편 그것들에 의하여 조건 지워진다.⁶⁾

5) Kingsbury, B. (1998). “Indigenous peoples” in international law: a constructivist approach to the Asian controversy. *American Journal of International Law*, 92(3), 414-457.

6) Id.

4. 외교, 시민운동과 법률전문가

정치적 이해관계는 인권이 그룹 단위로 인정될 수 있는가? 아니면 개인만이 그 주체가 되는가? 소수민족은 시민적 정치적 권리에 관한 국제협정 상 자결권을 가지지 못하는가? 아니면 모든 부족 단위에 자결권을 인정하여야 하는가? 우리가 학습하면서 유용하게 사용하는 기능적 개념 상 인권의 주체는 개별 원주민 단위에 집합적으로 귀속하는가? 아니면 개별 단위 내에 존재하는 원주민들인가? 정치적 이해관계로 인하여 이러한 여러 논란들이 극단적 입장으로 갈리게 되고 세상에 드러나지 않는 경우는 희소하다.

외교에 종사하는 법률가들은 반대로 이러한 정치적 양극화를 조화롭게 연결시키려 노력하고 목적으로 삼는다. 이는 개별적 한계선을 유연하게 하고 상호 융화할 수 있게 함으로써, 그것들이 모든 경우에 절대적·결정적 변수가 되지 않도록 하려는 것이다.

이러한 작업들에는 법률가 출신 시민운동가들도 동참하는 경우가 허다한데, 그들은 기본적으로 개념론적 인식을 가진 자들이어서 유형과 분류 체계 하에서 개념적 차이점들이 있다는 전제하에서 시작한다. 그리고 특정 유형의 이면에 존재하는 정치적 충동은 동 유형의 도메인을 확장함으로써 다른 목적을 위하여 날카로운 통찰력으로 체계화·전략화한다.

이러한 그들의 작업들을 들여다 보면, 자결권은 기본적으로 인권의 성격을 가지며, 소수자의 문화적 권리는 원주민의 토지 소유권 문제에 확장 적용되어야 한다고 주장하기도 하고, 모든 원주민 단위는 그러한 체계 하에서 자결권의 주체가 된다는 논리를 펴게 된다.

“규범적 문제에 관한 정치적 협상에 있어 어떠한 개념이 적용되는가?” 하는 문제는 보통 가장 중요하게 먼저 해결되어야 하는 문제이다. 개념체계의 문제가 해결된다면 논쟁들에 관한 소통이 쉬어지고 어떠한 분석 구조 또는 합법화 논리가 승리할 것인지 결정할 것이고, 따라서 그것이 결론의 도출에 영향을 미치게 된다.

유엔과 OAS 선언 초반 협상에서 많은 국가의 대표들은 쟁점을 인권법적 차원, 즉 소수그룹의 권리 문제로 다룰 것을 강하게 주장하였다.⁷⁾ 반면에 원주민 단위 대표들은 핵심적 문제를 자결권이나 역사적 주권의 차원에서 개념화 하였다.

시간이 감에 따라 5번째 유형의 개념체계가 유용하다는데 점차로 의견이 좁혀져 갔다. 이는 원주민 단위들에 의하여 제기된 법적 청구들이 독특한 것으로 매우 다른 개념체계를 가지고 있다는 인식에서 비롯되었다.

5. 개념 유형과 실무상 문제들

이 글의 과학적 요점은 원주민 단위들에 의하여 제기된 여러 청구들은 앞서 본 5가지 유형

7) 최원목. (2007). 국제법 강의. Ewha Womans University Press.

중 하나에 속하거나 한번에 여러 유형에 속할 수도 있다는 것이다. 따라서 청구들을 모두 하나의 장르로 보는 것을 어떠한 한 유형에 배타적으로 귀속되는 것으로 생각해서는 안된다.

진정한 분석상 차이들이 이러한 분류를 유형화 하는데 중요하지만, 이러한 차이들은 그 자체로 실무상 발생하는 더욱 어려운 문제들을 해결하는 데에는 한계가 있다. 실제 문제로서 3가지 유형의 문제가 발생한다.⁸⁾

첫째, “처음 4가지 기존체계와 유형들이 원주민 단위를 둘러싼 분쟁의 특징적 성격에 얼마나 깊숙히 그리고 얼마나 성공적으로 적용되고 있는가?” 하는 문제이다. 물론 이러한 기존체계와 유형들은 특별하게 원주민 단위와 관련된 법적 실행을 위한 규범 또는 관행에 의하여 만들어진 것은 아니다. 이는 거시적으로 일반론적 법이론 체계로서의 성격을 갖는다.

둘째 질문들을 보면 다음과 같다. 이러한 서로 다르고 명백하게 갈등하는 개념들이 통합된 법적 구조하에서 얼마나 상호 원활하게 그리고 적절하게 기능하는가? 처음 4가지 유형의 조절과 통합의 과정에서 노정된 문제와 한계들이 원주민 단위들의 청구에 관한 새로운 법적 유형을 창출하였다는 것을 시사하는가? 만약 그렇다면 그것이 어떻게 정당화될 수 있으며 어떠한 구조를 갖고 얼마나 중요한 의미를 갖는 것인가?

물론 이러한 질문들은 점차 침예화 되는 원주민 단위들의 법적 분쟁과 그러한 분야에서의 법과 공공정책의 급속한 진화를 배경으로 한다.⁹⁾ 이러한 문제들은 세계행정부 강론에서와 같이 연약한 부위에 있는 법적 문제가 된다. 따라서 5가지 유형은 그 중요도와 함의가 다르게 된다. 예컨대 자신이 주장하는 유형을 강조하기 위한 전략 또는 이러한 국제법의 파편화가 가져오는 맥락의 다양성과 합법화 현상이 일어나는 것이다.¹⁰⁾ 이는 인문 사회학 또는 철학과 행정학 등 다양한 법인접과학을 통하여 이상과 현실이 조화된 새로운 국제법 분야들이 최소한 담론과 체계론 세계에서 주목을 받고 현실에 적용될 수 있는 법을 향하여 발전해 가고 있다는 것을 의미한다. 요약하면 법원칙(doctrinal issues) 또는 정치적 평가(political assessment) 전 단계의 개념론적 논의들이 중요한 의미를 갖게 된다는 것을 알 수 있다. 따라서, 우리는 기존의 법실무와 학술적 법학 세계에서 구축된 기존 체계에 더하여 문제의 발견, 적용과정 및 도출된 합의 등에 관한 국제사례와 국내사례를 비교 연구하게 된다.

사법적 결정에 초점을 맞추어 살펴보게 되면, 개념구조나 체계의 형상이 국제법학에서 볼 수 있는 것들이 된다. 그러나 특이한 성격의 사건 부류에 해당하지만, 왕왕 국내법정에서 손해배상 등 실질적 의미를 갖는 소송의 형태로 문제가 발전하기도 한다. 이를 통하여 국내법정은 원주민 단위 문제에 관하여 사법적 기교와 법리를 발전시키고 있는 현실이다. 문제는 그것이 파편적이라는 것이다. 이때의 파편적이라는 말은 이중적이다. 분권화된 국제사회

8) Kingsbury. Supra note 5.

9) Kim, K. (2014). The relationship between the law and public policy: Is it a chi-square or normative shape for the policy makers?. *Social Sciences*, 3(4), 137-143.

10) Koskeniemi, M., & Leino, P. (2002). Fragmentation of international law? Postmodern anxieties. *Leiden Journal of International Law*, 15(3), 553-579; Hafner, G. (2003). Pros and cons ensuing from fragmentation of international law. *Mich. J. Int'l L.*, 25, 849.

의 본질로 인하여 발생하는 국제법 전반에 걸쳐 발생하는 국제법의 과편화에 더하여 원주민 단위라는 연약한 국제법 분과로 인하여 발생하는 다양성과 특수성이 이중으로 내재함으로써, 과편화 현상은 더욱 복잡한 양상을 띤다. 세계행정법의 문제도 국제법의 연약한 부분이지만 다른 점은 그것이 연역적 성격의 문제로 접근된다는 것이다. 반면에 원주민 단위의 문제는 법적으로 국제법의 주체, 즉 법인격의 문제처럼 기초적이고 보틀라인(bottom line)의 문제가 되어 귀납법적으로 접근하게 된다. 세계행정법 문제가 유럽대륙 학자들에 의하여 많이 논의되는 것과 대조적으로 원주민 문제의 법철학적 담론이 베네딕트 킹스베리 같은 영미법 학자들의 흥미로운 주제가 되고 있는 것은 이를 시사한다.¹¹⁾

6. 필수적 요소들과 지표들

필수적인 것으로 제안된 것들에 더하여 일부 지표들은 보통의 경우 특별한 상황에서 기대되는 것이지만 의무적인 것은 아니다. 반면에 다른 지표들은 단순히 관련성을 갖는 변수로 의심이나 이견의 존재시 평가되고 형량될 뿐이다. 원주민 단위 법적 분쟁의 (1) 필수적 요건들을 보면 (a) 특별한 민족 그룹으로서의 정체성 (b) 심각한 혼란, 강제이주 또는 착취의 역사적 경험 또는 그것들에 대한 잠재적 노출 (c) 지역과의 장시간 연계성 (d) 특별한 정체성 보존에 대한 회구 등이라 할 수 있다. 관련된 지표는 강한 지표와 기타 지표로 나누어 볼 수 있다.¹²⁾

강한 지표는 (i) 국가나 지역에서 비지배적일 것 (ii) 특정한 토지와 영역에 관련하여 긴밀한 문화적 연대감이 인정될 것 (iii) 지역 토지에 대한 선점유자들과 역사적 계속성이 인정될 것 등이다. 전 2가지는 보통의 경우 법적 요건이 된다. 또한 역사적 계속성을 위하여 선점자의 후손일 것을 요구하는 경우도 있다.

기타 지표로는 (i) 잠복해 있던 인간 그룹의 사회경제적·사회문화적 차이점 (ii) 언어·인종·물질적·영적 문화 등 뚜렷한 객관적 징표들 (iii) 잠복해 있던 인간 그룹들에 의하여 원주민으로 간주되거나 법적·행정적 체제에 따라 원주민으로 간주되는 경우 등을 들 수 있다.

어쨌거나 원주민 단위들 또는 원주민 단위의 구성원들에 의하여 제기되는 청구들과 협상에 관한 법실무 영역은 점점 풍성해지고 있다. 국내법정이나 국제법정 또는 재판소에서 새로운 법학 영역으로 발전해 가고 있는 것이다. 그러나 그것이 원주민 단위 분쟁에 대한 법적인 분석이나 정치적 이론을 위한 개념론적 근간에 합의가 이루어진 것을 의미하지는 않는다. 이미 기존 이론체계나 개념체계가 확실한 주권면제 이론이 존재함에도 불구하고 한일간 위안부 강제징용 문제에 대한 분란이 끊이지 않는다. 또한 원주민 단위 문제나 국제행정법을 둘러싼 WTO와 미국간의 갈등은 더욱 다기하고 복잡한 양상을 띠 수 밖에 없다는 것을 시사한다.

7. 결어

11) Kingsbury, *Supra* note 5.

12) *Id.*

기본적으로 원주민 단위 문제는 최소한 5개의 개념체계가 기능하고 있다고 본다. 어떠한 개념체계에 따라 訴因을 구성하고 소송물로 정리하여 다투느냐에 따라 법적 결론은 달라질 수밖에 없다. 마르티네즈 여사는 청구가 인권침해 문제로 구성되었다면 승소할 수도 있었다. 그러나 미 대법원은 원주민 단위의 구성원 자격 문제에서 이를 바라보았다. 결국 마르티네즈 여사는 사건을 산타 클라라 푸에블로의 자결권 문제의 하나로 보았고 이는 실제 소송 결과에 영향을 미쳤다.

러브레이스(Lovelace) 사건의 청구는 승소로 이어졌는데, 이는 소수부족 구성원으로서 그녀의 권리가 법원에 의하여 인정되었기 때문이다. 청구권원을 성적 차별에 관한 인권침해 문제로 구성하였다면 그 결과는 달라졌을지 모른다. 한편 유엔인권위원회는 조항 1.204에도 불구하고 링컨 레이크 밴드(Lincoln Lake Band)의 집요한 자결권 주장에 대하여 그 주장을 받아 들이지 않았다.¹³⁾

밴드는 자신의 청구를 자결권의 하나로 구성하였는데, 선택의정서와 소송 당시의 캐나다법에 따라 주장이 받아 들여지지 않았다. 결국 인권위원회는 소수자 권리(minority rights)의 문제로 구성하여 밴드의 청구를 받아들였지만, 여전히 원주민 단위 청구권(indigeneos peoples) 주장은 법원에 의하여 배척되었다고 보아야 한다.

반대로 델라무크(Delamuukw) 사건에서 청구인 인디언은 승소하여, 인디언은 원주민 단위로써 재산권의 주체가 된다는 캐나다 대법원의 판결을 이끌어 내었다.¹⁴⁾ 물론 이는 원주민 단위의 자결권과 관련되어 정치적으로 예민한 이슈임에도 캐나다 대법원은 과감하게 원주민 단위 주장을 받아들인 것이다. AI는 특허발명권의 주체가 될 수 없다는 영국 대법원의 최근 판결과 대비된다.

뉴욕주 북부 호오데노소니 사건 역시 어느정도 비슷한 소송전략을 동원하였지만, 다른 사람들의 과거 경험이나 관찰에 근거한 것이었다. 따라서 그들은 어떠한 타협이 이루어질 것으로 생각하지 않았다. 만족할 수 있는 유일한 해결책은 역사적 주권의 계속성을 인정받는 것이었다.

단일의 통합된 개념구조의 결손은 원주민 단위의 청구에 관한 범영역에 많은 전략적 가능성을 보여주고 있다. 이러한 문제는 원리적 성격을 가지므로 원주민 단위의 문제에 국한하지 않는다. 특히 소송법 영역에서는 자주 발생하는 문제인 것이 사실이다.

청구인들은 법정의 관할권이나 유연한 수용성을 고려하여 청구의 구조를 정할 것이다. 어떤 사건에서는 과도하게 월권하는 개념 구조를 살펴 볼 것이고, 다른 사건에서는 같거나 다른 법정에서 장래의 논쟁 노선을 위하여 어떠한 경로를 열게 할 수 있는 구조를 고려할 것이

13) Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981); Bayefsky, A. F. (1983). The Human Rights Committee and the Case of Sandra Lovelace. Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international, 20, 244-266.

14) Delgamuukw v British Columbia, [1997] 3 SCR 1010.

다.

피소된 자들은 제기된 주장과 동일한 논리구조를 갖는 논쟁에서 “청구인의 주장을 반박할 것인가” 아니면 그것을 “다시 새롭게 성격지울 것인가” 또는 “다른 개념구조에 따라 대응하는 새로운 청구를 제기할 것인가” 등을 결정하여야 한다.

권고나 결정을 할 수 있는 기구들은 몇가지 다른 방법이 가능한 시스템하에서 자신들의 접근방식을 재단해 볼 것이다. 그리고 구미에 맞지 않는 의미들을 피하기 위하여 둘 또는 더 많은 개념 구조들 사이에서 뭔가 달리 점프할 것이다. 아니면 보다 장기적이고 기능할 수 있는 접근방식을 창안하기 위하여 둘 또는 보다 많은 개념 구조들을 통합하려 할 것이다.

자유주의 사회에서 개념의 다기성은 한계선을 넘어 어떠한 가능성을 제공한다. 이러한 한계는 자유주의 사회가 원주민 단위가 제기하는 법적 분쟁에 대응하면서 반복적으로 맞닥뜨리는 한계이다. 따라서 그러한 개념의 유연성과 다기성은 정통성의 근거가 될 수 있다.

세계적으로 개념의 범위와 그들이 연계되고 융화되면서 어떠한 단일의 동질적인 개념 구조에 대한 집착을 무력화하는 일단의 방법은 사실 외래적이고 생경한 것이다. 즉 기존의 정치적 담론이나 일부 사회에서의 사회적 패턴에서 소외된 것들이거나 단순히 체제와 어울리지 않는 것이다.

심지어 중국에서 원주민 단위 개념은 받아들여지지 않고 있다. 또한 인권이론들은 명확한 한계를 갖는다.¹⁵⁾ 그럼에도 국내적 소수부족이라는 개념은 헌법 구조하에서 잘 발전된 기성 개념이다. 그리고 가능한 창안이나 개혁을 위한 구조를 제공한다. 핀란드에서 공식적 법과 정책은 사미 토지권(Sami land rights)을 광범위하게 인정하지 않고 있다.¹⁶⁾ 국가의 토지 사용권은 사미 문화와 상용할 수 없고 소수부족 정책 하에서 통제되고 있다.

미 합중국에서 강력한 소수부족 권리와 다문화 가치는 의심의 대상이 된다. 역사적 주권의 약화된 형태나 자결권은 약한 정도이긴 하지만 법적인 승인을 받았고 정치적 정통성을 인정받았다. 심지어 뉴질랜드에서는 공식적 다문화정책을 향하여 정책 기초를 바꾸는 것에 회의적이다. 이미 원주민 단위 정책을 기초로 양 문화정책이 강고하다.

능력은 권리의 절대성과는 거리가 멀고 침입과 남용을 허용할 뿐이다. 서로 갈등하고 절대로 상용불가능한 개념들에 기초한 시위를 일삼는 정치 세력들 사이에서 비일관성과 양극화를 통하여 원주민 단위의 청구에 관한 법이론들을 부인할 위험들은 엄연한 현실이다.

그럼에도 불구하고 국제법 체계와 세계 시스템은 힘을 통하여 여러 개념 구조들 간 연계성과 한계 같은 어려운 문제들을 완전하게 해결하기 어려울 것이다.

15) Wang, L. (2015). The definition of indigenous peoples and its applicability in China. *international journal on minority and group rights*, 22(2), 232-258.

16) Lantto, P., & Mörkenstam, U. (2008). Sami rights and Sami challenges: The modernization process and the Swedish Sami movement, 1886-2006. *Scandinavian Journal of History*, 33(1), 26-51.

보다 강화된 국제기구들, 예컨대 유엔 원주민 분쟁에 관한 영구재판소나 IACHR과 ILO의 감시시스템 같은 경우 감시기능과 의식화 건설에 있어 중요한 역할을 하고 있다. 특별기구, 예컨대 생물다양성협약 당사국 회의 같은 경우 어려운 정책 영역에 있어 규범과 행동계획 등을 제안하고 있다. 이는 국가, 원주민 단위, 전문가들의 인식공동체에 대하여 가치있는 행위준칙을 제공할 수 있다.

기능적 국제기구, 예컨대 유엔개발계획 같은 경우 원주민단위의 분쟁에 관한 정책을 위하여 명확하게 정당성을 제공할 수 있는 이론을 형성하는데 있어 부적절한 지위에 있다. 이는 회원국들 사이에 명확성이 부족하고 실료들이 제한된 친밀성과 경험을 가질 뿐이기 때문이다.

국제 원주민 단위 운동은 많은 국제기구에서 법적 쟁점을 창출하고 제안을 형성하는데 있어 중요한 역할을 하고 있다. 그리고 의제 21에서 세계보존전략에 걸쳐 법문들의 내용에 영향을 미치고 있다.

그러나 관련된 국제기구의 수는 운동의 현재 역량을 훨씬 초과하고 있다. 그리고 각 국제기구는 그 스스로의 운동법칙과 다른 정책대안을 향하여 스스로 채찍질하고 있다. 이러한 현상은 WTO, NAFTA, 제안단계에 있는 미주 국가들의 자유무역협정 등 국제경제협약과 관련한 국제기구의 경우에는 특히 두드러진다.¹⁷⁾ 이들은 원주민 단위에 중대한 영향을 미치지 않지만, 아직까지 원주민 단위 기구로부터는 별 영향을 받고 있지 않다.

따라서 일반적 규범적 기구들, 예컨대 UN이나 OAS 초안선언이 기능하는 바 있었고, 순간적 이지만 지지되는 경우, 계속 기능하였다. 경제기구와 일반 규범적 기구는 원주민 단위 문제에 있어 많은 차이를 보이고 있는 것이 사실이다. 일반 규범적 기구들은 상호 조화가 가능하고 공통적으로 확인 인증이 가능하도록 법과 정당화의 근거를 분명하게 체계화함에 있어 근본적 역할을 할 것이다. 다만 덜 알려진 개념적 문제들과 유형화의 문제들은 풀리지 않은 채로 전술한 바와 같이 국제법의 연약한 부분으로 계속 남을 것이다.

17) Kim, K. (2005). Toward a Free Trade Agreement Beyond the Unitary-East Asia and South Korean Strategy.

II. 국제법의 현실: 이팔전쟁과 국제사법재판소

1. 국제법의 특성

법해석의 원칙 중 제1원칙은 문리해석의 원칙이다. 법의 해석은 문리를 중심으로 신의와 성실의 원칙에 따라 해석하여야 한다. 로마법에 주석을 달던 주석법학이 근대 해석법학의 기원을 이루고 있고 나아가 근대 대학제도의 출발점이 되었다는 사실은 전술한 바 있다. 문리해석을 통하여 입법자의 의사를 구현하는 법해석원칙은 로마의 의사주의 법학과 주석법학에 그 연원을 두고 있다. 언젠가 다루었던 트라이브(L. Tribe)와 애커맨(B. Ackerman)의 헌법관의 차이는 미국의 연방시스템과 해석헌법학, 그리고 정치의 동태적·역사적 변천을 둘러싼 두 헌법학자의 갈등과 고뇌를 보여준다.¹⁸⁾

정치적 계기를 헌법적 계기로 치환하여 헌법변천을 법학적으로 수용하여야 한다는 애커맨의 주장과 애커맨의 주장은 정치적 혁명을 무리하게 법학에 접목시켜 헌법학과 정치학의 경계를 모호하게 하고, 수백년 이어온 법해석학적 전통과 법학자들의 존재 의의를 무너뜨렸다는 트라이브의 견해는 애커맨과 트라이브라는 학자들의 이름이 시사하는 묵시적 계시로도 이해할 수 있는 바이다. 민족이라는 의미의 국내법적 이름의 트라이브에게 있어 헌법은 오랜 전통에서 발전해온 판례법 체계일 것이다. 애커맨(Ackerman)이란 이름에서 애커는 과학적 뉴앙스의 에이스 또는 에이커, 동양적으로는 사랑이나 아이가 크다는 말이라 할 수 있다. 이러한 애커란 이름과 사람 맨이 결합하였으니 법학과 정치학이 결합하여 학제적 과학이 완성될 수 있다. 공공정책학이나 정치학과 결합하여 법학의 전통적 연구방법인 해석법학의 한계가 극복될 수 있을 것 같은 이름이다.

이스라엘과 팔레스타인간의 분쟁으로 중동전이 확장되는 양상이다. 베트남 반전시위 이후 최초로 미국의 많은 대학에서 대규모 반전시위가 발생하고 있다. 거인과 작은 배트맨의 싸움 같고 미국에 치욕을 안겨 준 베트남이라는 적국과도 오래전 화해, 협력, 상생의 길로 돌아섰는데, 이스라엘 만은 아직도 미국 정부의 비호를 받으면서 국제 분쟁의 중심에 서있다. 국제법을 위반하고 있는 이스라엘에 대한 미국의 지식인들과 대학사회의 인식이 별로 좋지 않은 것이다. 쥘리안(Julian)은, 우리도 국가라는 세속의 힘을 갖자, 솔로몬은 유대의 왕이었고 예수도 이스라엘 왕 아니었나? 종교가 세속화되어 떠돌던 유대인들이 발포어(Balfour)선언으로 영국과 미국의 지지를 받아 국가를 세웠으나, 이제는 중동의 문제국가가 되어가고 있다.

미 의회의 눈치보기는 역사적으로 유명하다. 특히 상원의 경우 매우 보수적이어서 자신의 지역구 기업과 로비스트들의 이익에 철저하다. 이는 국제사회에서 미국은 비협조적인 나라라는 부정적 이미지를 심었다. 각종의 진보적 주제인 환경 문제, 해양법 문제, 국제형사재판소 문제, 심지어 WTO 탈퇴 주장까지 미국 보수세력의 중심지인 상원은 역사적으로 매우

18) Tribe, L. H. (1994). Taking text and structure seriously: Reflections on free-form method in constitutional interpretation. Harv. L. Rev, 108, 1221.

장고한 보수 전통을 유지해 오고있다.¹⁹⁾

미국의 건국이 동부 13개주 연합에서 시작하였고, 남부주와 북부주간의 전쟁, 19세기 초반 뉴딜 위기 등이 주와 인민, 보수와 진보간의 갈등이라 할 수 있다. 미 역사의 발전은 주와 연방시스템 문제를 배경으로 하고 있는 것이다. 이는 주는 국가성을 가지는 실체이므로 보수적일 수 밖에 없고 사람과 사회는 진보·변화할 수 밖에 없는 존재라는 것을 시사한다. 미국의 역사는 연방시스템으로 인하여 헌법사라고도 할 수 있는데, 따라서 대통령과 부통령이 자동적으로 의장이 되는 상원, 그리고 연방대법원은 중요한 역할을 하여 왔다.

UN 창설 같이 세계헌법주의의 이상이 높은 시기라 할 수 있었던 19세기 중엽 브레튼우즈협정이 자국 기업과 경제에 반한다고 하여 ITO를 좌절시킨 것도 주를 대표하는 미 상원이었다.²⁰⁾ 명목상 기구인 영국의 상원과 달리 미국의 경우 상원과 하원의 권한이 균형을 이루는 균형형 양원제이다. 이때 상원은 각 주를 대표하고 그 이해관계는 다양할 수 밖에 없어, 새로운 과학이나 개혁안에 쉽게 동의하지 않는 성향을 보이게 된다.

미 국내에서도 하원 중심의 민주적 개혁을 주장하는 자들이 있지만, 경성헌법의 원리상 헌법개정이 쉽게 가능한 것이 아니다.²¹⁾ 전술한 트라이브와 애커맨의 관점상 차이도 바로 이러한 역사적 사실들과 정확히 맥락을 같이 한다. 최근 이스라엘과 팔레스타인 간의 분쟁을 둘러싸고, 남아프리카공화국이 이스라엘을 상대로 국제사법재판소에 제소하였다.

이스라엘이 종교와 국가가 결합한 대표적 나라라면, 넬슨 만델라와 백인 분리주의 운동인 아파타이드(Apartheid)로 유명한 남아프리카공화국은 종교 같은 흑백 갈등과 세속권력, 즉 준종교와 국가라는 세속적 프레임워크가 충돌하였던 대표적 나라이다. 과거 문제국이었던 남아공, 그러나 이제 이스라엘이 남아공과 비슷한 전철을 밟으면서 똑 같이 유엔 차원의 세계적 문제국이 되어 버렸다. 이번에 남아공이 이스라엘을 상대로 집단살해조약을 근거로 국제사법재판소에 행위금지 가처분을 구하면서 제소하였다는 소식에 기쁘면서도 역사를 돌아보게 한다.

언젠가 미 연방대법원 존 로버츠(John Roberts) 대법원장이 국제재판소는 재판소가 아닌 인류를 위한 지식의 저장소라고 하였다. 재판소의 결정에 강제력이 없고, 국내 재판소 같은 성격의 강제관할권을 행사하지 못한다. ICJ 규정 제38조 제2항 선택조항을 수락한 분쟁당사국에 대하여만 관할권을 행사할 수 있을 뿐이다. 존 로버츠 대법원장의 이 말은 국제사법재판소의 입법부적 성격에서도 수궁이 간다. 권고적 의견이라는 형식의 결정을 통하여 국내 입법기관 같이 추상적·가상적 성격의 문제에 관하여 유엔총회나 유엔 전문기관의 요청을 전제로 답을 주고 있다. 예컨대 “국가는 정당방위를 위하여 필요한 경우 핵무기를 사용할 국제법상 권리가 있는가” 라는 주제에 관한 ICJ의 권고적 의견은 국제법 학생들에게 중요한 판례의 하나이다.

19) Id.

20) Id.

21) Amar, A. R. (1987). Of Sovereignty and Federalism, 96 Yale L.J. 1425, 1426-27, 1519-20.

강행규범의 존재는 국내사회와 국제사회를 가르는 중요한 척도가 되어 왔다. 국가 또는 주권이라는 평등한 주체들로 구성된 국제사회에는 ‘국가들의 법적 확신’이나 ‘국가의 지속적 동의’ 같은 개념을 통하여 국제관습법과 국제조약의 2가지 중요한 法源을 법으로 인식하고 있다. 분권화된 구조로 인하여 국제관습법은 국제조약과 달리 객관적으로 적용되는 법이지만, 민사관습법과 달리 강행적으로 적용되는 것은 아니다. 우월한 통치주체인 정부가 존재하는 국내사회와 다르기 때문이다.

따라서 국제관행의 존재에도 불구하고, 당해 관행을 법으로 인정하지 않고 지속적으로 반대하는 국가(persistent objector)들에 대하여 당해 국제관습법은 법으로 적용되지 않는다. 예컨대 지속적으로 핵실험과 미사일 발사를 일삼고 있는 북한의 김정일 정권에 대하여는 핵확산금지조약 같은 조약이 국제관습법이 된 경우에도 “지속적 반대자” 이론에 따라 그러한 국제관습법이 북한에는 적용되지 않는다. 북한이 이미 탈퇴한 조약이기도 하지만, “핵실험이나 핵확산을 해서는 안된다는 법원칙이 국제관습법으로서 북한에 적용되어야 하지 않는가”라고 주장할 수 없다는 것이다.

그러나 국제사회의 긴밀화·광역화로 국제법에도 강행규범의 존재가 인정되어야 한다는 학자들의 주장이 힘을 얻고 있다.²²⁾ 전술한 바와 같이 국제관습법은 객관적으로 적용되는 규범이기는 하지만 강행적으로 적용되는 국제규범은 아니다. 소위 강행규범 또는 대세적 의무(Jus cogens/erga omnes/peremptory norms)는 국제관습법의 극히 일부에 해당한다. 그러나 강행규범의 존재가 적극적으로 인정되는 것이 어렵다 할지라도 소극적으로는 의미가 적지 않다. 의사주의적 국제법관이 전통적 법원칙으로 강고하게 역할하고 있는 국제법체계에서도 강행규범에 반하는 국제조약은 당연 무효이다. 과거 비밀조약이나 불법적 내용의 조약들이 전쟁의 원인을 제공하였던 반성과 회한이 조약에 관한 비엔나협약에 고스란히 반영되었다.

강행규범에 반하는 국제조약은 무효라는 법원칙이 국제관습법화 되었다는 것은 이제 통설적 견해이다.²³⁾ 따라서 비엔나협약 가입당사국이 아닌 경우에도 이러한 국제관습법은 조약을 체결하는 국가들에게 적용된다. 과거 국제법위원회(ILC)는 안보리가 강행규범에 반하는 결의를 할 수 있는가 하는 문제를 다룬 바 있다. 헌법상 국가는 헤겔식의 절대성이거나 절대선이다. 반면에 국제법상 국가는 전쟁과 평화라는 그로티우스의 이분법적 사회속 존재이다.

국내적으로 헌법과 형사법은 대표적 공법이기도 하지만, 법의 강행성을 절실하게 보여주는 법들이다. 이에 “국가의 핵무기 사용이 국제법상 용인될 수 있는가”라는 질문이 국제법과 형사법이 혼재된 문제라면, 세계정부라 자처하는 “유엔에서 유일하게 강제성이라는 국가적 요소가 있는 안보리가 불량할 수 있는가”라는 위 질문은 헌법과 국제법이 혼재된 문제라 할 수 있다. 두 문제는 이질적 사회인 국내사회와 국제사회가 법 차원에서 만나게 되었을 때 문제될 수 있는 상징적 차원의 문제이기도 하다.

두 문제를 통하여 “국제법의 관점에서 국가와 사람은 얼마나 다른가” “유엔과 국내법상

22) Schwarzenberger, G. (1964). International jus cogens. Tex. L. Rev., 43, 455.

23) Bassiouni, M. C. (1996). International Crimes: "Jus Cogens" and "Obligatio Erga Omnes". Law and Contemporary problems, 59(4), 63-74.

정부는 얼마나 다른가”를 탐색해 볼 수 있다. 위 가상 사례에서 핵무기 사용은 인명의 대량 살상으로 이어질 수 있으므로, “정당방위이론이 절대적으로 적용될 수 없거나 절대적으로 적용될 수 있다”는 스펙트럼의 양 극단에 위치시킬 수 있다. 두번째 사례에서는 “유엔이나 안보리는 세계적 차원의 정부이므로 절대적으로 선행해야 한다”거나 “유엔은 국가와 수평적 관계로서 국가가 국제사회에서 전략적 존재인 것처럼 필요한 경우 악한 결의도 가능하다”는 주장을 인정할 수 있을 것이다. 그리고 그 중간에 우리가 공부하는 현실 세계의 국제사회와 국제법이 존재하고 있다.

한편 국제사회의 분권화된 구조로 인하여 평등한 주체간 의사에 국제법 창설의 계기가 기반하는 연유로, 법해석원칙과 기준에 있어 국제법은 의사주의적 해석 방법이 제 1원칙이 되고 있다. 이는 국가를 대표하는 외교관이 재판관에 앞서는 것으로 이해하면 쉽다. 국제사회의 유일한 권력인 국가 또는 주권의 의사가 중심이 되면서 재판관은 전문가로서 보조적 역할을 할 뿐이다. 다시 말하면 강제성이라는 차원에서 보면 국제재판기관은 국내사법기관과 같이 통치권을 행사하는 우월한 주체나 기관이라 할 수 없고, 관련 법 분야 전문보조기관의 성격을 갖는 것으로 볼 수 있다. 예컨대 WTO 분쟁해결기구와 패널 또는 상소기구의 관계가 그러하다. 국제사법재판소가 유엔 전문기관으로서 권고적 의견을 내는 것도 그러한 차원에서 이해할 수 있다.

반대로 국내사회에서 주권자 개념은 정치적·이념적 개념일 뿐, 국내사회의 수직적 구조는 실제 통치권자로서의 정부와 피치자로서의 개인인 시민간의 관계이다. 이때 민주주의의 원리에 따라 권력자의 의사보다는 시민의 법적 안정성과 예측 가능성이 보다 중요하게 된다. 따라서 통상 의사주의 해석방법 보다는 문리해석의 원칙이 우선하게 된다. 그러므로 국내법 체계의 경우에는 구체적 분쟁을 전제로 재판관이 입법자에 앞서는 것으로 이해하면 알기 쉽다. 물론 국제법과 국내법 모두 입법자의 의사나 문리가 불명확한 경우라면, 법해석권자는 보충적으로 목적론적 해석(teleological interpretation)방식을 적용하여 법을 해석한다.²⁴⁾

아래는 이번 1월에 내려진 국제사법재판소의 남아공과 이스라엘간 분쟁 사건 결정 취지이다. 집단학살협약의 많은 조항은 국제법상 강행규범적 성격의 규범으로 인정되고 있다. 그러나 중동의 분쟁당사국들은 아직까지 이를 준수할 의지를 보이고 있지 않다. 존 로버츠 대법원장의 말대로 또 다시 국제사법재판소의 결정이 존중받지 못하고 지식의 저장소로 떨어지는 것은 아닌지 우려된다.

역사적으로 대부분의 경우에 국제재판소의 판결이나 결정이 규범력을 발휘하였다. 그러나 이는 분쟁당사국들의 국제법 존중과 자발적 준수로 인한 것이었다. 불행하게도 최근 우러 전쟁이나 이팔전쟁으로 인하여 국제법의 권위가 심각하게 위협받고 있다. 노암 촘스키(Noam Chomsky) 같이 인권과 해방, 평화를 주제로 하는 언어·문화 국제학자나 레온 뒤기(Leon Duguit) 같은 이상적 국제법 학자들은 불완전한 국제사회의 현실에서 어쩌면 당연한

24) Bianchi, A., Peat, D., & Windsor, M. (Eds.). (2015). Interpretation in international law. OUP Oxford.; Djajić, S. (2017). Searching for purpose: Critical assessment of teleological interpretation of treaties in investment arbitration. International Review of Law, 2016(3), 4.

목소리를 내고 있는 것이다.

2. 국제사법재판소 2023년 12월 29일 결정

남아프리카공화국의 가자지구 대량학살범죄의 예방과 처벌에 관한 협약(이하 “집단학살협약” 또는 “협약”) 위반 제정.²⁵⁾

제정서에는 남아프리카공화국은 “이 사건의 본안에 대한 법원의 결정이 나올 때까지 매우 긴급한 문제의 성격상 재판소에 다음과 같은 잠정 조치를 내려줄 것을 청구한다”라는 잠정 조치를 구하는 신청이 포함되어 있다.

대량학살협약에 의해 보호받는 집단으로서의 팔레스타인 사람들에 대하여:

(1) 이스라엘은 가자지구에 대한 군사작전을 즉시 중단해야 한다.

(2) 이스라엘은 자신의 지휘, 지원 또는 영향을 받을 수 있는 모든 군대를 포함하여 비정규 무장 부대는 물론, 이스라엘의 통제, 지시 또는 영향을 받을 수 있는 모든 조직 및 개인이 위 (1)항에 언급된 군사작전을 계속 수행할 수 있게 하기 위한 조치를 취하지 않도록 보장해야 한다.

(3) 남아프리카 공화국과 이스라엘은 팔레스타인 국민과 관련하여 ‘집단학살범죄의 예방 및 처벌에 관한 협약’에 규정하고 있는 의무에 따라 각자 권한 범위 내에서 대량학살을 방지하기 위하여 필요한 모든 합리적인 조치를 취해야 한다.

(4) 이스라엘은 집단학살협약에 따른 의무에 따라, 동 협약에 의하여 보호되는 집단인 팔레스타인 국민과 관련하여 다음과 같은 조치를 취해야 한다. 대량 학살, 특히 협약 제2조의 범위 내에 있는 모든 행위의 실행을 중단한다.

(a) 집단의 구성원을 살해하는 것,

(b) 그룹 구성원에게 심각한 신체적 또는 정신적 피해를 입히는 행위;

(c) 집단의 전체적 또는 부분적 파괴를 가져올 것으로 예상되는 집단생활 조건을 고의적으로 부가하는 것, 그리고

(d) 그룹 내에서 출산을 방지하기 위한 조치를 부가하는 것

(5) 이스라엘은 위의 (4)(c)에 따라 아래와 같이 팔레스타인인과 관련한 명령, 제한 및/또는 금지의 철회를 포함하여 권한 내에서 모든 조치를 중단하고 예방조치를 취해야 한다.

25) Application of Convention on Prevention and Punishment of Genocide (S. Afr. v. Isr.), Provisional Measures, ICJ General List No. 192 (24 May 2024) (order aff'g prev. provisional measures, indicating new provisional measures).

- (a) 자신의 주거로부터의 추방 및 강제 이주
- (b) 다음의 박탈:
 - (i) 적절한 음식과 물에 대한 접근;
 - (ii) 적절한 연료, 피난처, 의복, 위생시설에 대한 접근을 포함한 인도적 지원에 대한 접근;
 - (iii) 의료용품 및 지원; 그리고
- (c) 가자 지구 팔레스타인의 생활 파괴

(6) 이스라엘은 팔레스타인과 관련하여 이스라엘 군대뿐만 아니라 이스라엘에 의해 지시, 지원 또는 영향을 받을 수 있는 비정규 무장 부대 또는 개인과 팔레스타인의 대상이 될 수 있는 모든 조직 및 개인에 대하여 다음과 같은 사항을 보장해야 한다.

이스라엘은 통제, 지시 또는 영향력을 행사하지 않으며, 위의 (4) 및 (5)에 설명된 행위를 저지르지 않는다. 대량학살을 저지르도록 직접적이고 공개적으로 선동하지 않으며, 대량학살을 저지르려는 음모, 대량학살을 저지르려는 시도 또는 대량학살에 공모하지 않는다. 그들이 이에 참여 또는 가담하는 경우 집단학살협약 제1조, 제2조, 제3조, 제4조에 따라 상응하는 처벌을 위한 조치를 취해야 한다.

(7) 이스라엘은 집단학살협약 제2조의 범위 내에서 불법적 행위에 관한 혐의와 관련된 증거의 파괴를 방지하고 증거의 보존을 보장하기 위한 효과적인 조치를 취해야 한다. 이를 위해 이스라엘은 상기 증거의 보존 및 유지를 보장하기 위한 사실 조사단, 국제 임무 및 기타 기관의 가자 지구 접근을 거부하거나 제한하는 조치를 취해서는 안된다.

이스라엘은 이 명령을 발효하기 위해 취해진 모든 조치에 대한 보고서를 이 명령일로부터 1주일 이내에 제출해야 하며, 그 이후에는 법원이 명령하는 정기적인 간격으로 다음 날짜까지 제출해야 한다. 사건에 대한 최종 결정은 재판부가 내린다.

(9) 이스라엘은 위법의 가능성이 있는 어떠한 조치도 삼가야 하며, 분쟁을 악화 또는 확대하거나 해결을 더 어렵게 만들 수 있는 어떠한 조치도 취하지 않도록 보장해야 한다.

Ⅲ. 시민민주주의와 보편적 법체계의 발전

1. 서언

필자는 대학에서 오랜 시간 헌법과 국제법에 관하여 연구하고 강의하였다. 그러나 헌법과 국제법간의 관계나, 국제법의 연성화 같은 주제에 관하여 이를 전체적으로 조망한 논문은 찾아보기 힘든 현실이다. 다만 필요에 따라 파편적으로 취급되고 있을 뿐이다.

헌법은 국가의 최고법이고 국제법은 국가간 권리와 의무관계를 다루는 법학분야이다. 국제사회의 본질은 분권화된 사회이고 주권평등의 원칙에 따라 법질서가 형성되어 있다. 그러나 국제사회와 국제법을 보편주의적·이상주의적 관점에서 접근하는 시각이 없지 않다. 환언하면 실증주의적·의사주의적 국제법관이 국제사회와 국제법의 현실이라면 보편주의적·이상주의적 국제법관은 국제사회와 국제법의 지향점이라 할 수 있다. 국제사회와 국제법을 바라보는 이러한 두가지 관점은 복잡하게 얽혀 있는 것이 사실이다.

공법의 두 축이라 할 수 있는 헌법과 국제법은 근대 절대국가, 근대 시민국가의 형성과 밀접하게 관련되어 있다.²⁶⁾ 국가권력의 절대성과 시민민주주의는 우리의 현재이자 우리의 미래이기도 하다. 이는 정치적 근본질서이기도 하지만 근현대법 발전의 토양이 되어 왔다. 그리고 정치와 법이라는 두차원의 질서는 상호 변증법적으로 발전해 가고 있다. 이러한 배경 하에 본고는 헌법과 국제법 담론의 여러 인접개념들에 관하여 그 본질과 공통점 및 차이점을 검토 분석함으로써, 국제사회와 국내사회를 관통하는 공법학의 현실을 큰 틀에서 조화적으로 조망할 수 있게 하는 것을 연구목적으로 한다.

본고는 먼저 헌법과 국제법을 관통하는 기존의 경성적 법체계의 역사적 발전과 그 현실적 열개를 구성 제시하는 것에서 논의를 시작한다. 나아가 국제법의 연성화와 국제법과 세계법, 세계헌법주의와 세계헌법론, 세계행정법 강론 등에 관하여 살펴본다. 나아가 이러한 논의들의 발전 배경과, 논의들의 주요 주제, 그리고 그 공통점과 차이점에 관하여 살펴본다. 그리고 국제사회의 변화로 인한 새로운 강론들의 미래에 관하여 간략히 진단해 본다.

2. 헌법과 국제법에 관하여

(1) 사회계약론과 근대 헌법의 탄생

법과대학 첫 시간이나 법학서 첫 머리에 가장 많이 등장하는 학자들이 영국의 토마스 홉스와 존 로크(John Locke), 프랑스의 장자크 루소(J.J. Rousseau), 그리고 샤를 루이 드 스킵다 몽테스키외이다. 이들이 대상으로 한 법철학의 주제들은 시민정부, 사회계약론 또는 권력과 법의 문제에 관한 것이었다. 법학과 정치학은 인접 유사학문인데 정치학이 권력의 본질에 관하여 천

26) O'Donoghue, A. (2013). International constitutionalism and the state. International Journal of Constitutional Law, 11(4), 1021-1045.

착한다면 법은 권력의 제도화에 관하여 살피는 학문이라 할 수 있다. 사회에서 법이 전문화 하면서 대학에서도 정치학이나 경제학 등 사회과학을 다루는 사회과학 대학과 법을 공부하는 법과대학을 다른 단과대학으로 보아 대학 체계를 나누고 있다.

또한 우리나라에도 미국과 일본식으로 대학원 중심의 법학 교육을 위한 로스쿨 체제가 들어선 것은 주지의 사실이다. 그러나 현실 세계에서는 명예혁명과 인권장전에서 보듯이 역사적으로 법과 정치는 긴밀하게 연관되어 있다. 시민사회는 시민이 주권자인 사회이고 시민은 주권자로서 자신을 통치할 수 있는 권한을 정부에 위임하였다. 그리고 정부로부터 자신의 생명과 자유 그리고 재산을 보호해줄 것을 약속받았다는 가설을 내용으로 하는 사회계약론은 근대법 특히 헌법을 중심으로 한 근대 공법의 출발점이자 종착점이라 할 수 있다. 사법의 아이디어인 계약이라는 개념을 이용하여 사회를 매개로 공법 영역에 접목시킨 사회계약론은 근대 시민국가를 특징지우는 법치주의와 헌법국가의 출현을 가능하게 하였다.

법의 본질을 약속으로 볼 때에 이는 계약이다. 계약 또는 약속은 원리적으로 사법과 공법에 공통될 수 있다. 그래서 Pacta Sunt Servanda는 '계약은 당사자를 구속한다'는 의미가 되어 민법에서도 차용하여 쓰고, '조약은 당사국을 구속한다'라는 의미로 국제법 강학시에도 사용한다. 법이 의사주의 로마법에 뿌리를 둔다 했을 때에 약속이나 합의가 사법과 공법에 공통될 수 있는 계기가 제공되는 것이다.

(2) 권력의 본질과 근대 공법의 발전

공법은 통치권을 행사하는 주체인 국가와 피치자인 시민간의 법률관계, 즉 위계를 본질로 하고 사법은 시장과 가족 같은 시민사회, 즉 평등한 자간의 법률관계를 규율하는 법이라는 본질적 차이를 가지고 있다.

그런데 사법과 공법의 철학적 퓨즈(fuse)는 다이시(A.V. Dicey)나 킹스베리(B. Kingsbury) 같은 학자들 세계에서 보듯이 사법 원리를 접목시켜 공법이 연성화 되면서, 오스틴식 법실증주의 같이 법의 본질을 강제력으로 보는 입장을 떠나는 계기가 된다. 켈젠의 법 위계론이나 하트의 제1차규범 제2차규범론은 법의 효력의 근거를 제도적으로 접근하였으나,²⁷⁾ 오스틴(J. Austin)은 법학자이지만 법의 효력의 근거를 주권자의 명령으로 보아 보다 권력적이라는 할 수 있다.

권력의 본질을 타인에게 영향력을 행사하여 그 타인을 변화시키는 힘이라 보는 연성적·현대적 권력 관념이나 타인의 의사를 지배하고 강제할 수 있는 경성적·고전적 권력 관념 같은 권력 관념의 이분법적 스펙트럼이 오스틴 같은 법실증주의나 이상주의적 법학자들을 통하여 법학에서도 그대로 발현되고 있다.

그러나 대부분의 법학자들은 절충적이어서 현실주의와 이상주의 스펙트럼 하에서 로마법의 의사주의를 중심으로 하는 오스틴 등의 고전적 법실증주의 또는 칸트나 뒤기(L. Duguit), 킹스베리 같은 제도론적 법학자들이라 할 수 있다. 이때에 고전적 법실증주의는 문리를 중요시 하

27) 권경휘. (2015). 규범성에 관한 하트와 켈젠의 대조적인 개념. 연세법학, 26, 263-289.

면서 권력의 의사를 확인하는 해석법학적 연구방법에 연결되고, 이상주의는 입법론적·공공정책적 법학 연구방법과 연관된다.

그런데 '의사주의적 국제법관'이 국제법의 핵심적 개념 체계를 제공하는 것에서도 알 수 있듯이 로마법의 의사주의는 사회계약론이나 헌법국가·법치주의와 무관하게 법의 본질적 요소이다. 근대 국제법의 시작이 17세기 중엽 베스트팔렌 조약으로 인하여 국가가 의사능력이 있게 되는 근대 절대국가의 탄생에서 시작된다고 보는 것은 이를 반증한다.²⁸⁾

근대 절대국가는 교황의 종교적 권위로부터 암흑시대인 중세 유럽을 근대화 하였지만, 새로운 권력인 절대 왕권은 시민 민주주의와는 개념상 거리가 멀다. 다만 이즈음 청교도 혁명이나 명예혁명 같은 시민 혁명과 의회민주주의의 탄생, 약 100년 후 미국과 프랑스의 부르조아 혁명, 그리고 성문헌법의 제정과 인권선언 등이 있었다. 베스트팔렌 조약이 체결된 1648년은 근대 시민 민주주의가 태동하게 되는 시기와 시대사적으로 근접하지만, 정치와 법은 최소한 개념론적으로 준별된다.

이때에 정치나 경제의 역사적·동태적 발전 법칙에 따라 법은 이면의 권력 현상을 현실적·제도론적으로 재구성한다. 앞서 본 학자들이 그러하다. 이들은 시민이 권력의 중심에 있게 되는 시민주권 사회에서 권력의 본질과 권력의 분립에 관한 원칙을 제시한 학자들이다.

이들의 주제는 주권(국제법에서는 주권, 헌법에서는 헌법제정권력이라는 용어를 사용한다)과 통치권의 문제라 할 수 있다. 보다 구체적으로 주권자, 즉 사회와 국가의 주인인 시민이 정부에 자신을 통치할 수 있는 권력을 위임하면서 권력을 어느정도 분립시켜 견제하게 할 것인가 그리고 직접민주주의 또는 대표제나 간접민주주의의 정도는 어떻게 할 것인가 등의 현실적 문제를 대상으로 한다.

(3) 권력의 분립과 권력의 통합

그중 권력분립과 권력통합이라는 권력분립주의의 문제에 관하여 살펴보면 양 극단의 스펙트럼 하에서 이들 세 학자의 생각에는 차이가 있다. 먼저 루소의 일반의사론은 시민 주권이 현실의 통치권으로 전화함에 있어 회의체 기구를 통하여 권력이 전체적으로 행사되는 것을 가장 이상적으로 보았다.

프랑스 대혁명이 발발하기 전까지 18세기를 살다 간 루소의 사상은 그가 죽은 얼마 후에 발생한 프랑스 대혁명에 중요한 영향을 끼쳤다. 그의 일반의지나 직접민주주의 사상은 의회중심의 시민 혁명이나 대표제 민주주의 같은 영국 민주주의 발전사와 대비된다.

한편 영국의 경우 크롬웰이 이끄는 청교도라는 신흥 자본가 그룹과 의회를 중심으로 귀족적 성격의 민주주의 혁명이 전개된다. 존 로크는 토마스 홉스보다 약 50년 이후 인물이고, 소년

28) Croxton, D. (1999). The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty. The international history review, 21(3), 569-591.

시절 에드워드 1세를 단두대에서 처형하는 것과 같은 청교도 혁명의 잔인함을 목도하고 주권론과 사회계약론에서 한걸음 더 나아가 의회와 왕권간 권력의 분립 필요성을 절감한 것으로 보인다.

그런 연유인지 몰라도 홉스(T. Hobes)의 경우 주권의 소재와 새로운 주권을 말한 사회계약론자라고는 할 수 있어도 권력 분립론자라고는 할 수 없다. 이에 비하여 로크는 시민주권을 전제로 입법권과 집행권의 분립이라는 이권분립론을 주장하였다.

그는 시민정부이론(Two treatises on civil government)이라는 저서를 통하여 그가 자란 시대 사적 배경이었던 왕과 의회간 갈등과 투쟁을 권력 분립을 통하여 설명하였다.²⁹⁾ 이러한 그의 생각은 현대 국제법 강론에도 그대로 반영되어 국제법 학자들이 국가관할권을 설명함에 있어 입법관할권과 집행관할권으로 이분하여 설명하는 것이 보통이다. 한편 '법의 정신(The spirits of law)'을 저술한 몽테스키외의 3권 분립론은 미국 헌법에 그대로 구현되었는데, 권력분립론 스펙트럼에서 권력통합의 정도가 가장 약하고 권력분립 쪽에 가장 가까운 법이론이라 할 수 있다.³⁰⁾

요컨대 이들이 주장하는 권력의 통합과 분립, 그리고 시민이 주권자이어야 한다는 당 시대의 민주주의관은 대체로 스위스의 직접민주주의, 중국의 인민대표대회나 구 소련의 두마 같은 회의체 독재형 민주주의, 영국이나 일본 같은 의원내각제, 미국과 제2차 세계대전 이후 독립한 신생국들의 대통령제 등으로 현실화하였다.

(4) 사법관들에 의한 보편적 법체계의 발전

한편 국제법 강론에 있어 “국가가 국제사회에서 어떠한 조건 하에 적극적으로 자신의 권한을 행사할 수 있는가” 하는 국가관할권의 문제와 달리, 주권면제의 경우에는 “일국은 타국의 사법관할권에 복종하지 않는다”는 소극적 논리구조를 갖는다. 법은 제도적인 성격을 띠므로 법인격론이나 권리나 의무의 주체 논의에서 보듯이 국가도 법에 복종하여야 하는 체계를 가지고 있다.

다만 국제사회를 연구의 대상으로 하는 국제법에 있어 국제사회는 분권화된 사회로서 수평적 사회이고 국가간 주권 평등의 원칙이 지배한다. 따라서 평등한 국가들로 구성되는 국제사회를 전제할 때에, 일국이 우월한 지위에서 타국을 피고로 사법관할권을 행사하는 것은 논리상 맞지 않는다.

이를 우리는 주권면제의 원칙(Sovereign immunity)이라 부른다. 다만 시대의 발전으로 주권면제의 원칙은 절대적 주권면제에서 상업적 예외에 따라 국가가 기업과 같이 상업적 성격의 행위를 하는 경우에는 타국의 재판권에 복종한다는 상대적 주권면제로 바뀌었다. 이러한 주권면제의 원칙은 미국과 영국의 주권면제법(SIA)처럼 성문법 형태로 인정되는 경우도 있고, 우리나라

29) Locke, J. (1824). The works of John Locke: in nine volumes (Vol. 7). C. and J. Rivington.

30) De seConDaT, C., & De Montesquieu, B. (2022). The spirit of the laws. DigiCat.

라 처럼 국제관습법의 한 원칙으로 적용되기도 한다.

로크의 이권분립론은 왕의 대권이나 동맹권을 더하여 4권 분립론으로 이해되기도 하는데, 이때 왕의 대권이나 동맹권은 전시 같은 비상 상황에 대응하기 위한 성격의 권력이거나 외교에 관한 권력이므로 현실에 있어 그로티우스의 전쟁과 평화에 관한 법, 즉 국제법 체계에 대응하는 것으로 수용할 수 있다.

따라서 로크의 권력분립론은 내정과 외교를 분리하여 접근하였다는 점에서 국내법과 국제법 이원론에 철저한 영국인들의 사고방식에 부합한다. 이러한 법사상사적 배경으로 인하여 세계 최초로 성문헌법을 제정하고 몽테스키외의 3권 분립 체계를 헌법에 고스란히 담은 미국이 헌법학에 지대한 영향을 끼쳤다면, 국제법 체계는 영국의 영향력이 크다고 할 수 있다. 그리고 헌법과 국제법은 시대사적으로 긴밀하게 관련을 가지고, 민주주의의 발전과 함께 국제사회와 국내사회를 아우르는 근대 공법의 핵심적 법체계를 이루고 있다.

사법권은 권력의 본질이라는 관점에서 수동적이고 비정치적 성격을 띠고 있다. 따라서 독재 정권이나 강력한 정권이 들어서는 경우 정치기관에 예속되어 정치적 시너로 전락할 우려가 있다. 대표적인 예가 히틀러 나치 정권의 법형식주의(Legal formalism)라 할 수 있다.

영국의 경우 최근에 대법원이 의회 편제에서 독립하였지만, 영국 민주주의의 오랜 역사에서 상원 법제사법위원회가 영국의 최고법원의 역할을 하였다는 것은 정치기관에 비하여 열악한 처지에 있을 수 밖에 없는 사법부의 처지를 시사한다. 편제도 그렇지만 그 역할도 주로 私法上 분쟁의 해결을 중심으로 한다.

법은 제도이고 정치는 권력이라는 본질을 가지므로 정치적 통합의 정도가 가장 강고한 단일 국가의 국내법 체계 하에서 일반적으로 司法權은 열악할 수 밖에 없고, 어떠한 방법으로도 독립이 보장되지 않는 한 법은 정치에 예속되기 쉽다(예컨대 우리처럼 헌법재판소와 대법원으로 사법체계를 이원화하는 방법을 생각해 볼 수 있다). 이에 비하여 미국이나 캐나다 같은 연방국가나 유럽연합 같은 초국가기구의 경우에는 연방헌법이나 국제법 형태의 기초조약을 통하여 국가나 그들의 체계정당성이 유지된다.³¹⁾

이러한 법들은 최고규범일 뿐만 아니라 강행적으로 적용되는 성격의 범규범이고, 개별 주나 구성국들이 정치적 실체라면, 연방정부나 초국가기구는 연방제도나 기초조약을 통하여 법제도적으로 자신의 통일성을 유지한다.³²⁾ 법이 정치의 우위에 설 수 있는 계기가 형성되는 것이다.

미 연방 대법원이나 유럽사법재판소 또는 유럽인권재판소는 입법권이나 집행권을 넘어 연방 헌법과 기초조약을 배경으로 최고법의 해석을 통하여 국가나 초국가기구의 체계와 정통성을 수호하는 역할을 하게 된다.³³⁾ 이번 트럼프 공화당 대통령 후보의 연방대통령 피선거권 논란도

31) Craig, P., & De Búrca, G. (Eds.). (2021). The evolution of EU law. Oxford university press.

32) Ward, I. (2003). A critical introduction to European law. Cambridge University Press; 전훈. (2009). 유럽공동체법원과 유럽인권법원을 통한 유럽법의 국내법 질서로의 정착. 토지공법연구, 43(3), 511-528.

33) Garrett, G., Kelemen, R. D., & Schulz, H. (1998). The European Court of Justice, national

이러한 관점에서 바라 볼 수 있다.

한편 국가는 단일국가와 연방국가(federal state)로 나누어 볼 수 있고, 국가보다는 통합의 정도가 약하지만, 국제기구보다는 통합의 정도가 강한 성격의 통일체로 앞서 본 초국가기구(Supranational organizations)나 국가연합(Commonwealth of nations)을 들 수 있다.

유럽연합(European Union) 같은 초국가기구는 단일국가나 연방국가 처럼 최고법으로서의 헌법을 가지고 있지 않다.³⁴⁾ 국제법 형태의 기초조약에 기반하여 공동체가 구성되어 있을 뿐이다. 그렇지만 일원론적 국제법관이나 국제법 존중주의에 따라 미국과 같이 기초조약과 EU법은 구성국법에 우선하여 적용되는 '유럽법의 최고성' 원칙에 입각해 있다.³⁵⁾

많은 나라들이 육지로 국경을 맞대고 있고 오랜 역사를 통한 전쟁과 평화의 반복은 국제법을 신성시하는 전통으로 이어지고, 유럽통합에 있어 법적 도구가 되고 있는 것이다. 다만 동쪽과 서쪽 유럽간 경제발전의 차이, 언어나 종교, 민족, 역사 등 여러 이질적인 사회문화적 요소의 차이로 미국과 같이 단일의 헌법을 통하여 연방국가로 나아가지는 못하고 있다. 따라서 유럽차원의 공동의 조세정책 또는 복지정책을 펴는 것은 불가능하다.

미국헌법에는 연방정부의 화폐주조와 군 예산 등에 관한 권한이 명시되어 있으나, EU의 경우 유럽중앙은행이 설치되어 있고 대부분의 EU 국가들이 유로(Euro)라는 단일 화폐를 사용하고 있지만, 그 근거가 미국과 같이 헌법에 기초하고 있지 않고 조약에 기초하고 있어 과거 영국과 같이 유로 아닌 자국 화폐를 사용하는 구성국도 있었다.

또한 미국 연방헌법과 달리 유럽군에 관한 내용을 기초조약이나 EU 법 조항에서 다루고 있지 않다. 그리고 미국의 경우 연방에서 탈퇴하기 위하여는 헌법 조항을 주장하며 법원에서 다투어야 하지만, 국제법 체제인 유럽연합의 경우 영국과 같이 언제든지 자의에 따라 구성국의 지위를 포기할 수 있다. 탈퇴를 위한 영국의 국민투표는 영국의 국내문제에 불과하고, 영국은 탈퇴로 인하여 유럽국가간 체결되어 효력을 유지하고 있는 수 많은 국제조약에 따른 책임을 부담할 뿐이다.

한편 영연방과 같은 국가연합은 초국가기구보다는 못하지만 단순한 국제기구 보다는 통합의 정도가 강한 것으로 이해된다. EU와 같이 유럽사법재판소(ECJ)가 공동체의 최고법원으로서 실질적 권한을 행사하고 있는 것과는 차이가 있지만,³⁶⁾ 아직도 체계상 영국의 추밀원(Privy council)이 영연방의 형식적 최고법원이 되는 과거 대영제국의 잔재가 남아 있다.

governments, and legal integration in the European Union. International organization, 52(1), 149-176; Mattli, W., & Slaughter, A. M. (1998). Revisiting the European court of justice. International organization, 52(1), 177-209.

34) 박인수. (2013). 유럽연합의 기본법과 법의 일반원칙. 유럽헌법연구, (13), 25-56; 전훈. (2005). 유럽헌법상의 보충성원칙. 공법학연구, 6(3), 27-49.

35) Chiti, E., & Mattarella, B. G. (Eds.). (2011). Global administrative law and EU administrative law: Relationships, legal issues and comparison. Springer Science & Business Media; 채형복. (2008). 유럽연합법의 국내법적 효력과 적용. 국제법평론, (28), 1-22.

36) Stone Sweet, A. (2010). The European Court of Justice and the judicialization of EU governance. Living Reviews in EU Governance.

한편 유엔과 같은 국제기구들은 전문성의 원칙에 따른다. 유엔은 형식적으로 포괄적 목적을 가지고 있지만, 실제로 국제평화와 안전을 목적으로 하는 국제기구이다. UN의 전문기관인 UNESCO는 경제 · 과학 · 문화 문제에 특화되어 있고, ICJ는 소송사건과 권고적 의견을 통하여 사법적 준입법적 권력을 행사하고 있다.

WTO는 국제무역, ILO는 노동문제, WHO는 보건문제를 전문적으로 다루는 국제기구이다. 따라서 포괄적이고 완전한 국제법 주체인 국가와 달리 교전권이나 정당방위 같은 이론이 국제기구에는 적용되지 않는다. 또한 국제기구는 어떠한 국가를 상대로 강제조치를 취할 수 없다. 유일한 예외가 되는 것이 유엔헌장 제51조 국제평화와 안전보장을 위한 안보리의 강제조치이다.

요컨대 국내사회와 국제사회를 관통하는 세계화 · 민주화의 발전과 그 현실은 아직 완전한 정치적 통일이나, 세계정부, 또는 경성적 성격의 보편적 법체계라는 인류의 이상에는 훨씬 미치지 못하고 그 달성은 요원하지만, 연방대법원이나, 유럽사법재판소, 국제사법재판소 같은 재판기관, 그리고 그러한 기관의 전문가 그룹, 또는 사법관들에 의하여 연성적 통일과 연성적 성격의 보편적 법체계가 점진적인 발전을 보이고 있다. 이는 후술하는 바와 같이 학자들 그룹에 의한 연성적 통일, 연성적 성격의 보편적 법체계의 발전으로 이어지는 것이다.

(5) 국제사회와 권력의 결손

국제사회와 국제법 차원에서 인식될 수 있는 유일한 권력적 성격을 갖는 기능이 제 51조 유엔 안보리 강제조치이다. 국가는 국제사법재판소나 국제중재재판소의 판결을 존중하고 이행하여야 하지만, 이는 규범적 차원의 것이고 국가가 이를 거부하면 국제사회의 비난을 받을뿐 이를 강제할 아무런 수단이 없다.

사회규범과 달리 법규범의 경우 일반적으로 규범력은 강제력으로 이어지지만, 국제법의 경우에는 규범력(normative power)이 일반적으로 강제력(coercive power)으로 이어지지 않는다.

또한 국제사회의 강행규범(erga omnes)문제에 관한 학자들의 인식도 매우 제한적이다. 분권화된 수평적 사회에서 강행적으로 국가를 기속하는 강행규범이 존재한다는 것은 논리적으로 모순이기 때문이다. 다만 국제형사재판소 협약 등 세계화와 국제사회의 발전으로 그러한 인식이 바뀌어 가고 있는 것이 사실이다.

법은 '주권자의 명령'이라는 홉즈의 법실증주의 관념이나 로크의 권력분립론은 국제사회와 국내사회, 국제법과 국내법을 준별하게 한다. 루소의 이상론이나 몽테스키외의 권력분립론은 일원적 시민사회, 그리고 국제법과 국내법을 일관하는 사법권의 중요성과 그 역할을 느끼게 한다. 이러한 그들의 사상과 헌법과 국제법에 관한 思辨들은 법과 권력의 본질, 법제도에 대한 이상적 · 현실적 이해와 그 발전에 기여하였다.³⁷⁾

37) 민경국. (2009). 하이에크의 헌법주의와 한국헌법 개정논의. 세계헌법연구, 15(1), 93-122.

권력의 본질과 통합, 그리고 분립과 견제 등에 관한 그들의 이론은 권력의 본질과 그 제도화에 많은 영향을 끼쳤고, 국제사회의 발전을 배경으로 이상주의 국제법관이나 지역통합 또는 세계헌법주의로 나아가는데 있어 현실적 가교로 기능하고 있다.

3. 국제법과 세계법

(1) 국제법의 연성화

전술한 헌법과 국제법에 관한 설명은 硬性的인 것이다. 그러한 경성적 성격의 설명은 의사주의적 국제법관이나 개념법학적 이해를 배경으로 현실사회의 국제법을 가장 명확하게 보여준다. 이러한 공법학 체계는 국제법의 軟性化를 통하여 변화하게 된다. 국제법의 연성화(soft law)란 법적 구속력은 약하지만, 국제 관계와 협력에서 중요한 역할을 하는 규범, 원칙, 지침, 권고 등의 발전을 의미하는 말이다. 연성법은 명확한 법적 의무를 부과하고 있지는 않지만, 국제사회에서 점점 더 중요한 역할을 하고 있다.³⁸⁾ 국제법의 연성화를 통해 우리는 국제법의 유연성과 적응성을 높이고, 다양한 국제 문제를 다룰 수 있는 효과적인 수단을 제공할 수 있다.

연성법은 의사주의적 국제법관에 따른 경성적 국제법과 여러 차이점을 보인다. 연성법의 첫째 특징은 법적 구속력이 부재하다는 것이다. 즉 연성법은 조약이나 국제협약과 달리 법적 구속력을 가지지 않는다. 이는 국가들이 연성법을 준수하지 않더라도 법적 제재를 받지 않는다는 것을 의미한다. 둘째, 연성법은 유연성과 적응성이라는 특징을 갖는다. 연성법은 변화하는 국제 환경과 다양한 이해관계를 반영하여 신속하게 대응할 수 있는 유연성을 제공하며, 이를 통해 빠르게 진화하는 문제에 대해 실질적인 해결책을 모색할 수 있게 한다. 셋째, 연성법은 비록 법적 구속력은 가지지 않지만, 국제사회에서 널리 받아들여지고 준수될 경우 강력한 규범적 영향력을 가질 수 있다. 따라서 연성법을 통하여 인류사회는 국제관행이나 도덕적 의무를 형성할 수 있게 된다.

연성법에는 다양한 종류의 것들이 있다. 먼저 국제기구의 결의와 선언이다. 유엔총회 결의, 유엔 인권 이사회 권고, 국제 노동기구(ILO) 선언 등은 법적 구속력은 없지만 중요한 지침과 표준을 제공한다. 지속 가능한 개발 목표(SDGs)도 연성법의 한 예이다. 유엔이 채택한 2030 지속 가능한 개발 목표는 법적 구속력이 없지만, 전 세계적으로 중요한 정책 가이드라인으로 작용하고 있는 현실이다. 한편 OECD 가이드라인을 연성법의 한 예로 들 수 있다. 경제협력개발기구(OECD)의 다국적 기업을 위한 가이드라인은 법적 구속력은 없지만, 기업의 사회적 책임(CSR)과 윤리적 경영을 촉진하는 데 중요한 역할을 한다.³⁹⁾

연성법에는 장점과 단점이 있다. 연성법의 장점으로 적응성을 들 수 있는데, 연성법은 빠르게 변화하는 국제 환경에 적응할 수 있는 유연성을 제공한다. 또한 연성법은 합의 도출을 용이하게 한다. 법적 구속력이 없는 만큼 국가 간 합의 도출이 상대적으로 용이하다. 연성법은 규

38) Boyle, A. (2014). Soft law in international law-making. *International law*, 5, 119-137.

39) Kim, K. (2022). The World Trade Regime, Transnational Corporations and Human Right. *Transnational Corporations and Human Right* (December 31, 2022). *Chosun Law Journal*, 29(3), 135-191.

법 형성에도 기여하는데, 시간이 지나면서 국제관습법으로 발전할 수 있는 규범적 기초를 제공한다.

연성법의 단점으로는 구속력 부족, 집행문제, 혼란가능성 등을 들 수 있다. 연성법은 법적 구속력이 없기 때문에 준수 여부가 국가의 자율에 달려 있다. 또한 법적 강제력이 없기 때문에 연성법을 위반해도 실질적인 제재가 어렵다는 집행상의 문제가 있다. 한편 다양한 연성법이 존재할 경우, 상충되는 지침이나 권고가 나올 수 있어 혼란을 초래할 수 쉽다는 단점을 가진다.

한편 연성법은 어떠한 현대적 의미를 가지고 어떠한 역할을 하고 있을까? 연성법은 국제법의 연성화 현상을 통해 다양한 국제 문제를 효과적으로 다루는 데 중요한 도구가 되고 있다. 국제사회에서 협력과 조율을 촉진하고, 법적 구속력이 없는 상황에서도 강력한 규범적 영향을 미칠 수 있다. 이러한 연성법은 특히 환경, 인권, 경제, 보건 등 다양한 분야에서 중요한 역할을 하고 있으며, 국제사회에서 보다 복잡하고 상호 연결된 문제들을 해결하는 데 기여하고 있다.

(2) 세계법 개념에 대한 이해

국제법(International Law)과 세계법(Global Law)은 서로 관련이 있지만, 그 개념과 적용 범위에서 차이가 있다. 두 법체계는 각각 특정한 목적과 기능을 가지고 국제관계와 세계질서를 규율한다.⁴⁰⁾ 국제법은 주로 국가 간의 관계를 규율하는 법체계로, 국가들 간의 협약, 관습, 일반 원칙 등을 통해 형성된다. 국제법의 주요 목적은 국가 간의 평화와 협력을 증진하고, 국제적 분쟁을 평화적으로 해결하는 것이라 할 수 있다. 국제법에서는 국가가 가장 중요한 주체가 된다. 다만 비국가 행위자, 예컨대 국제기구, 기업, 개인 등도 제한적으로 국제법의 주체가 될 수 있다.

국제법은 조약(Treaties)이라는 국가 간의 공식적인 합의를 통하여 형성된다. 또한 국제관습법(Customary International Law)은 오랜 관행과 이를 법으로 받아들이는 법적 신념(Opinio Juris)이 결합하여 일반적으로 효력을 갖는 국제법으로서 효력을 발생한다. 그 밖에 일반 법원칙(General Principles of Law)이라 불리우는 전 세계적으로 공통된 법 원칙과 국제사법재판소(ICJ) 판례나 국제법 학자의 견해 같은 판례와 학설도 국제법의 보조적 법원으로서 기능한다.

국제법의 집행은 WTO 보복조치 제도에서도 알 수 있듯이 주로 국가간의 상호주의에 의존하며, 강제력이 부족할 때가 많다. 예외적으로 유엔 안전보장이사회의 결의처럼 국제기구 등을 통해 일부 집행이 가능할 수도 있다. 국제법 영역은 인권법, 국제인도법, 해양법, 무역법, 환경법 등 다양한 분야로 나뉘어진다.

국제법에 비하여 세계법은 더 포괄적이고 통합된 법체계를 지향하며, 국가 간의 관계뿐만 아니라 개인, 국제기구, 다국적 기업 등 다양한 행위자 간의 관계를 규율하는 법을 통칭한다고

40) Johnston, D. M. (2005). World constitutionalism in the theory of international law. In *Towards World Constitutionalism* (pp. 3-29). Brill Nijhoff; 김기영. (2024). 시민민주주의와 보편적 법체계의 발전: 헌법과 국제법을 대체하는 세계법의 수사학. *법학논총*, 31(2), 3-42.

할 수 있다.⁴¹⁾ 세계법이란 개념은 전 지구적 문제에 대응하기 위한 법적 틀을 마련하고자 하는 시도에서 출발하였다.

세계법을 구성하는 법적 주체는 국가뿐만 아니라 국제기구, 다국적 기업, 비정부기구(NGO), 개인 등 다양한 행위자들을 포함한다. 국제법에서 유래하는 규범은 물론이고, 지역법, 민간 규범, 국제기구의 규정, 글로벌 거버넌스 메커니즘 등 다양한 차원의 연성적 규범들로 구성된다. 법적 강제력은 국제법보다 강력하지 않을 수 있으나, 다양한 글로벌 메커니즘과 규범을 통해 사실상 규범력은 매우 효율적으로 작동하는 경우가 많다. 세계법은 국제기구나 글로벌 거버넌스 체계를 통해 규범이 형성되고 집행되며, 기후 변화, 글로벌 경제, 사이버 보안, 공중 보건 등 전 지구적 문제를 포함한다.

국제법과 세계법의 유사점과 차이점, 그들간의 관계는 다음과 같이 요약된다.

국제법과 세계법은 둘 모두 국가 간의 관계를 규율하며, 전 세계적인 문제 해결을 목표로 하며, 국제지향적 성격을 가지므로 국제기구와 다자주의(multilateralism)를 중요시 한다.⁴²⁾ 양자는 그 범위에 있어 차이가 있다. 국제법은 주로 국가 간의 관계에 중점을 두는 반면, 세계법은 더 광범위하게 개인, 기업, 국제기구 등 다양한 행위자들을 포함한다.

또한 양자는 그 형성 및 적용에 있어 차이를 보인다. 환언하면, 국제법은 조약과 국제 관습법을 통해 형성되지만, 세계법은 글로벌 거버넌스, 비국가 행위자의 규범, 민간 규범 등 다양한 출처에서 규범을 형성하고 있다. 양자는 목적상 차이를 보이기도 하는데, 국제법은 주로 국가 간 평화와 협력을 목표로 하지만, 세계법은 더 포괄적인 글로벌 문제 해결과 지속 가능한 발전을 지향한다는 점에서 구별된다.

국제법은 현대를 사는 우리에게 있어 국제사회를 규율하는 지배적 법체계를 지칭하는 용어이다. 변화하는 국제사회, 다양한 성격의 국제규범의 발전에도 불구하고 국제법은 여전히 국제관계의 기본 틀을 제공하며, 국제평화와 안보유지, 인권보호 등에 중요한 역할을 하고 있다. 반면에 글로벌화가 진행됨에 따라 국제적 문제들이 더 복잡해지고 상호 연관되면서 세계법의 중요성이 커지고 있다.⁴³⁾

이러한 현실에서 세계법은 기후 변화, 국제 테러, 글로벌 경제위기 등 전 지구적 문제를 다루기 위한 통합된 법적 접근을 제공하는 정기능적 요소를 가지고 있다. 그러나 세계법 개념을 통하여 기존 국제법 체계를 완전히 대체한다는 것은 상상하기 어렵다. 그렇다면 국제법과 세계법은 상호 보완적인 관계에 있으며, 글로벌 거버넌스 체계를 통해 함께 발전해 나가야 한다. 이들은 복잡한 현대의 국제사회에서 법적 질서와 규범을 제공하는 데 중요한 역할을 하는 것

41) Krisch, N., & Kingsbury, B. (2006). Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. *European journal of international law*, 17(1), 1-13.

42) Petersmann, E. U. (1996). Constitutionalism and international organizations. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 17, 398.

43) Chesterman, S. (2008). Globalization rules: accountability, power, and the prospects for global administrative law. *Global Governance*, 14, 39.

이다.

4. 세계헌법주의와 세계헌법 강론

(1) 세계헌법주의

이마누엘 칸트(Immanuel Kant)의 세계헌법사상은 그의 철학적 작품, 특히 “영구 평화를 위하여” (Zum ewigen Frieden)에서 중요한 개념으로 등장한다. 칸트는 세계 평화를 달성하기 위해서는 특정한 정치적, 법적 구조가 필요하다고 주장했으며, 이는 현대 국제법과 국제정치 이론에 큰 영향을 미쳤다.⁴⁴⁾

칸트는 세계헌법사상의 주요요소로 먼저 영구평화의 조건에 대하여 말하면서, 국제사회에는 영구평화를 달성하기 위한 필수 조건이 존재하며, 이 조건들은 국가들이 반드시 따라야 할 원칙이라고 보았다. 그리고 이러한 조건에는 국가들간의 공개적 평화조약, 비밀조약 금지, 상비군의 폐지, 국가 간 내정불간섭 원칙, 전쟁 중 적대행위의 규제 등이 포함된다고 설명한다. 칸트는 오랜 역사를 지닌 공화정 체제에 관하여 논하였으며, 공화정 체제는 국제사회의 평화를 위한 최적의 정부 형태라고 주장하였다.⁴⁵⁾

칸트에 따르면 이때의 공화정은 법의 지배를 따르며, 시민들이 전쟁의 부담을 직접 짊어지기 때문에 전쟁을 피하려는 경향이 강하다고 생각하였다. 한편 칸트는 영구 평화를 위해 국가들이 법에 기반한 국제 연맹에 가입해야 한다고 주장하면서, 이때 국제연맹은 국가 주권을 유지하면서도 분쟁을 평화적으로 해결하기 위한 공동의 법적 틀을 제공하는 역할과 책임을 가져야 한다고 강조하였다.

그의 국제연맹에 관한 철학은 오늘날의 국제연합(UN)이나 유럽연합(EU)과 같은 국제기구의 사상적 기초를 제공하였다. 나아가 칸트는 국가 간의 법뿐만 아니라 개인과 국가 간의 법적 관계를 규율하는 세계 시민법이 필요하다고 주장하였는데, 이는 학자들에 의하여 세계헌법주의 또는 세계의회 구성 담론의 이론적 토대를 제공한다.⁴⁶⁾ 세계시민법을 통하여 세계 시민들이 전 지구적 차원에서 법적 권리를 보호받고 타국에서의 박해나 불공정한 대우로부터 자유로워질 수 있는 법적 기반을 마련할 수 있게 된다.

칸트는 법철학의 시작이라 할 수 있는 자연상태와 법의 상태에 관하여 설명하면서, 무질서한 자연 상태를 벗어나 법적 질서가 확립된 상태로 전환함으로써 국제사회의 평화가 보장될 수 있고 개인의 권리가 법에 의하여 보호받는다고 주장하였다.⁴⁷⁾ 이는 개인들 간의 사회계약을 통하여 근대 시민주권국가가 형성되었고, 이를 국가 차원에서 국제사회 차원으로 확장하여, 국가들 간에도 법적 계약을 통해 평화를 유지하는 상태로 전환하게 되는 것을 의미한다.

44) Schwöbel, C. E. (2011). Global constitutionalism in international legal perspective (Vol. 4). Brill.

45) 조병윤. (2017). 세계헌법 제정에 관한 고찰. 헌법논총, 28, 301-377.

46) 정채연. (2013). 하버마스의 세계주의 구상과 국제법의 헌법화. 중앙법학, 15(2), 305-342.

47) 정재황. (2022). 세계입헌주의와 인권보장체계. 헌법재판연구, 9(2), 93-133.

칸트의 세계헌법사상은 현대 국제법, 특히 국제인권법과 국제기구의 형성과 발전에 큰 영향을 미쳤다. 그의 사상은 국제법의 규범적 기초를 제공하며, 국제관계에서 법과 윤리의 중요성을 강조하는데 이른다.⁴⁸⁾ 예를 들어 칸트의 국제연맹사상은 국제연합(United Nations)의 설립 이념과 유사한데, UN은 국가 주권을 존중하면서도 국제평화와 안전을 유지하기 위한 공동의 법적 틀을 제공하고 있다.

칸트의 세계 시민법 개념은 국제형사재판소(ICC)와 같은 국제기구를 통해 전 세계적으로 인권을 보호하고 국제 범죄를 처벌하는 데 큰 영향을 미쳤고, 그의 사상은 유럽연합(EU)의 형성과 발전에 기여하였다.

이마누엘 칸트(Immanuel Kant)의 세계헌법사상은 그의 정치철학과 국제관계 이론에서 중요한 부분을 차지하는데, 칸트는 그의 저서 영구평화론(Zum ewigen Frieden)에서 국가 간의 평화와 협력을 위한 헌법적 접근을 제안하였고, 그의 사상은 오늘날 국제법과 국제기구의 형성에 큰 영향을 미쳤다.⁴⁹⁾

칸트의 세계헌법사상에는 공화주의 원칙이 깃들여 있는데, 칸트는 각 국가가 공화국(republic)이 되어야 한다고 주장하면서, 여기서 공화국은 권력의 분립과 법치주의가 확립된 국가를 의미한다고 보았다. 이러한 공화주의 원칙은 시민의 자유와 평등을 보장하고, 외교정책에서도 민주적 결정과정을 통해 전쟁을 방지할 수 있게 하는 정기능적 요소를 가지고 있다.

한편 칸트는 국가들이 서로 평화롭게 공존하기 위해 국제연맹(League of Nations)을 구성해야 한다고 주장하면서, 이는 단순한 동맹이 아니라 법과 협정을 통해 국가 간의 분쟁을 평화적으로 해결할 수 있는 조직을 의미한다고 보았다, 칸트는 이러한 국제연맹이 모든 국가의 주권을 존중하면서도 평화유지를 위해 법적으로 강력한 역할을 해야 한다고 주장하였다.

나아가 칸트는 모든 인간이 단일한 세계공동체의 구성원으로서 세계시민법(cosmopolitan law)의 보호를 받아야 하며, 세계시민법상 각국 국민뿐만 아니라 외국인이나 난민에 대해서도 인권을 보호하여야 하고, 이때에 권리란 국제적인 법적 보호를 받을 수 있는 권리를 의미한다고 주장하였다.⁵⁰⁾ 그의 주장에 따르면 인류는 세계시민법을 통하여 상호 존중과 법적 평등을 기반으로 한 글로벌 공동체를 형성할 수 있으며, 이를 위하여 영구평화가 전제되어야 한다.⁵¹⁾ 칸트는 영구 평화(perpetual peace)를 달성하기 위해서는 전쟁을 근본적으로 금지하는 법적, 제도적 장치가 필요하게 되는데, 그는 영구 평화를 위한 여러 조항을 제안하였고, 이는 국가 간의 상호 신뢰와 법적 구속력을 기반으로 한 국제 질서의 수립을 목표로 한다.

48) Gardbaum, S. (2009). Human rights and international constitutionalism. Ruling the world, 08-01.

49) 강성률. (2018). 세계시민주의와 칸트의 [영구평화론]. Journal of Education for International Understanding, 13(2), 1-38.

50) 허영식. (2004). 세계시민의 개념에 관한 시론: 세계시민교육의 이론적 기초. 아시아교육연구 (Asian Journal of Education), 5(3), 165-196.

51) Young, E. A. (2003). The trouble with global constitutionalism. Tex. Int'l LJ, 38, 527.

칸트의 사상은 현대 국제법과 유엔(United Nations) 같은 국제기구의 형성에 큰 영향을 미쳤고, 특히 국제연맹과 세계시민법 개념은 유엔의 역할과 인권 보호의 중요한 이론적 기반이 되었다. 칸트의 영구평화론은 오늘날 국제평화와 안보를 위한 다자주의(multilateralism)와 협력적 외교정책의 철학적 근거를 제공하고 있고, 국제연맹의 개념은 유엔 안전보장이사회(UN Security Council)와 같은 국제평화 유지 기구의 설립에 영감을 주기도 하였다.

한편 칸트의 세계시민법 개념은 글로벌 정의(global justice)와 인권 보호의 중요성을 강조하며,⁵²⁾ 국제형사재판소(International Criminal Court)와 같은 국제 인권보호기구의 필요성을 이론적으로 뒷받침하고 있다. 칸트의 세계헌법사상은 국가 간의 평화로운 공존과 협력을 위한 법적, 제도적 기틀을 제안하며, 오늘날 국제 관계와 국제법의 중요한 이론적 기반을 제공하고 있는데, 그의 사상은 지속 가능한 평화와 글로벌 정의를 실현하기 위한 철학적 지침을 제시하고 있다고 할 수 있다.

(2) 세계헌법 강론: 세계헌법주의의 구체화

“세계헌법론”은 국제법 및 세계질서에 대한 헌법적 접근을 탐구하는 학문 분야로, 주로 세계 헌법화의 가능성과 그 필요성에 대해 논의하는 학문분야이다. 이는 국제법, 세계정치, 인권, 세계경제 등 여러 분야와 밀접하게 연결되어 있다.⁵³⁾ 세계헌법론의 주요 주제들을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 세계헌법론은 세계 헌법화의 필요성을 강조하면서, 글로벌화와 국제적 문제 해결을 위한 세계적 규범과 법체계의 필요성을 논의한다. 국제적 협력과 통합을 강화하기 위해 공통의 법적 틀을 마련해야 한다는 주장이 제기되기도 한다.

둘째, 유엔, 국제형사재판소(ICC), 세계무역기구(WTO) 등 기존 국제기구들의 역할과 한계, 이러한 기구들이 어떻게 더 강력한 법적 지위를 가질 수 있는지, 그리고 세계 헌법화 과정에서 어떤 역할을 해야 하는지 논의한다.

셋째, 세계헌법론은 전 세계적인 인권보장을 위한 법적 틀과 메커니즘에 관하여 논의한다.

넷째, 세계헌법론은 세계 시민권의 개념과 그 실현 가능성에 관하여 논한다.

다섯째, 세계헌법론은 국가 주권과 세계적 법질서 사이의 균형을 어떻게 맞출 것인가에 대한 문제에 관하여 생각한다. 나아가 주권 국가들의 자율성을 유지하면서도 국제적인 규범을 따르게 하는 방안에 관하여 연구한다.

여섯째, 세계헌법론은 세계경제와 법의 문제도 다루는데, 국제경제법의 역할과 세계 경제거

52) 유럽 차원의 시민권 문제에 관하여 채형복. (2005). 유럽헌법에 있어 유럽시민권의 법적 지위. 공법학연구, 6(2), 257-278 참조.

53) 배정훈. (2022). 세계헌법주의 논의에 대한 시론적 연구-성립 여부 및 구성요소를 중심으로-. 세계헌법연구, 28(3), 1-32.

버넌스의 헌법적 기반 마련, 세계 경제불평등 문제 해결을 위한 법적 접근 등의 문제를 논한다.

일곱째, 세계헌법론은 생태계와 지속 가능성의 문제에 관심을 두고 있는데, 환경 보호와 지속 가능한 발전을 위한 세계적 법적 틀, 기후 변화와 같은 글로벌 문제에 대한 법적 대응방안 등에 관하여 연구한다.⁵⁴⁾

세계헌법론의 주요 학자와 저작들로 데이비드 헬드(David Held)의 글로벌 거버넌스와 민주주의에 관한 연구, 쥐르겐 하버마스(Jürgen Habermas)의 국제법과 글로벌 민주주의에 대한 철학적 고찰, 보아벤투라 드 소우자 산토스(Boaventura de Sousa Santos)의 법과 사회 이론 및 글로벌 법 질서에 대한 연구, 안토니오 네그리(Antonio Negri)와 마이클 하트(Michael Hardt)의 “Empire”와 “Multitude” 등의 저서는 글로벌 제국과 새로운 형태의 주권에 대한 논의 등을 담고 있다.

요컨대 세계헌법론은 단순히 이론적 논의에 그치지 않고, 실제로 국제법과 글로벌 거버넌스의 개선을 위해 구체적인 제안을 하고 있다. 환언하면 국제적 협력과 법적 통합을 통해 보다 공정하고 지속 가능한 세계를 만들기 위하여 필요한 학문적·실천적 접근을 제공하고 있는 것이다.⁵⁵⁾

5. 세계행정법 강론

(1) 대륙법과 영미법

세계행정법에 관한 베네딕트 킹스베리의 사상세계는 법의 본질과 개념에 관하여 많은 시사점을 던지고 있다.⁵⁶⁾ 법은 인문학과 사회학의 합성물과 같다. 따라서 우리는 법치주의를 보통법의 지배와 동일시 하는 경우가 많다. 보다 발전된 큰 사회로 진전하면서 법은 보다 복잡해지고 보통이 아니고 인위적·특수적 성격의 그 무엇으로 발전하고 있다. 전문가도 잘 모른다는 연동형 비례대표제가 우리가 사는 이 시대의 법현실이다.

법제사 시간에 우리는 두개의 큰 법문화를 접한다. 작은 사건을 앞에 둔 법원의 법관과 의회에서 호령하는 법률가 출신의 국회의원은 판례법이라 부르는 보통법과 제정법이라 부르는 성문법을 대비시키는 이미지라 할 수 있고, 우리는 쉽게 두 법문화의 차이를 느낄 수 있다.

검은 법복을 입고 법을 말하는 법관 중심의 라이트 로(rite law) 전통 또는 자연법(natural law)사상은 대륙과 단절되어 발전하였고, 프란시스 베이컨, 토마스 모어나 에드워드 코크 등 보통법 법원의 법관들은 지금도 절대권력과 맞선 민주주의·법치주의의 선각자이자 수호자로 추

54) 박병도. (2024). 현대국제법의 구조 변화와 국제환경법의 역할. 국제법학회논총, 69(1), 7-46.

55) Peters, A. (2009). The merits of global constitutionalism. Ind. J. Global Legal Stud., 16, 397.

56) Kingsbury, B., Krisch, N., & Stewart, R. B. (2005). The emergence of global administrative law. Law and contemporary problems, 68(3/4), 15-61.

양받고 있다.

단순하고 자연의 본성에 일치하는 법사상은 성문법 형태의 로마법에 주석을 다는 법학접근 방법, 소위 주석학과(Annotators)의 번영으로 획기적 전기를 맞는다. 로마제국과 대제국을 통치하기 위하여 제정된 성문의 제정 로마법은 법학자들에게 새로운 학문 융성의 기반이 된다.

12-13 세기 파리와 옥스포드의 주석법학자들은 법학은 물론 근대 대학의 시작을 알리는 계기를 제공한다. 인문학이나 사회학 같은 보편적 이성을 추구하는 자연법과 보통법 체계와 달리 인위적이고 정치적이며, 따라서 특수적일 수 밖에 없는 법학이 가능하게 된다. 이때의 유습으로 법학 교수에게 수여하는 캠브리지 대학의 법학 박사학위가 Doctor of Law 즉 LLD이고, 옥스포드 대학의 그것은 시민법 박사의 의미인 Doctor of Civil Law 즉 DCL이다.

MCL이 Master of Comparative Law 즉 비교법 석사라 DCL을 비교법 박사라 알고 있는 사람들이 많은데, 이때의 DCL은 민법 박사나 비교법 박사가 아니라 굳이 어원을 따지자면 시민법(Civil law) 박사라는 의미로 보는 것이 타당하다. 이러한 어원의 현실은 보통법에 비하여 로마법이나 대륙법이 보다 발전되고 복잡한 法系프라는 것을 시사한다. 캠브리지 대학의 법학은 옥스포드 대학의 주석학과의 융성에 비하여 늦고, 이러한 양 대학의 특성으로 지금까지 캠브리지 대학은 이과가 유명하고 옥스포드 대학은 문과가 유명한 옥스브리지 전통이 계속되고 있다.

법학의 발전은 18세기 말 미국의 독립과 헌법의 제정, 그리고 그후 얼마 후인 19세기 초 나폴레옹의 근대 성문 5법의 제정으로 전환기를 맞는다. 판례법 국가인 미국의 성문헌법 제정은 법의 인위성과 특수성을 위한 충분조건이 된다. 나폴레옹의 성문 근대 5법 역시 그러하다. 삼단논법 소위 실라기즘(Syllogism)의 법관들이 만드는 의식과 같은 소박한 법인 보통법과 달리, 근대 성문 5법은 인문학이나 사회학 또는 이상주의 정치학 차원을 넘어 법과 공공정책 또는 현실주의 정치학과 결합하게 되는 계기를 제공하는 것이다.⁵⁷⁾

(2) 강론의 역사적 성격

킹스베리의 세계행정법 강론이나 다이시(A. V. Dicey)의 헌법관은 전술한 법제사적 전통에 비추어 보면 복고적 성격을 갖는다. 그러나 중요한 것은 그것이 미래를 바라보는 진보적 성격도 함께 가지고 있다는 것이다. 세계행정법이나 다이시의 헌법관은 법의 출발점인 사람과 사회에 천착한다. 같은 유럽형 지성이라 할 수 있는 맑스처럼 세계는 빌리지이고 어찌면 국가는 소멸할 운명의 그것인지 모른다. 다이시나 킹스베리 이전 토마스 모어의 유토피아 사상의 새로운 부활 같기도 하다. 킹스베리의 세계행정법은 헌법을 수호하는 침병이라 불리우는 미 대법원의 일들과 묘한 대비를 이룬다.⁵⁸⁾

다이시의 헌법관이 인간과 사회, 그리고 사회계약론의 원칙으로 돌아가 프랑스 행정법을 법이 아니라고 신랄하게 비판한 것 역시 대비를 이룬다. 나폴레옹 혁명과 미국의 독립 및 헌법제

57) Grofman, B. (1989). The federalist papers and the new institutionalism: An overview. The federalist papers and the new institutionalism, 1-5.

58) 류병운. (2006). 세계행정법. 행정법연구, (16), 231-255.

정과 함께 법이 정치적, 인위적, 특수적으로 나아가는 계기가 되는 또 하나의 사건은 신성로마 제국의 해체와 독일의 흥기이다. 근대국가의 성립이 늦었던 독일의 법사상은 게르만 관습법(Thicket of German customary law)에서 시작한다고 할 수 있다. 근대 서양법 체계에 보통법과 시민법에 더하여 게르만 관습법이 더해진다.

이러한 법체계의 다양성은 법학자들에게 법의 효력의 궁극적 연원을 탐색하게 하는 계기를 제공한다. 오스틴(J. Austin)의 법실증주의가 주권자의 명령으로서의 법을 말하였고, 하트(HLA Hart)의 법실증주의는 민주주의와 국제화의 현실에서 보다 발전된 법실증주의를 이론화하고 체계화하였다. 하트의 법실증주의는 법의 본질을 법의 실제적 정당성에서 구하는 로널드 드워킨에 의하여 신랄하게 비판을 받는다. 두 학자는 20세기 가장 위대한 법철학자 중 한사람으로 추앙받고 있다.

하트의 대표적 저작이 법의 개념(The Concept of Law)이고 세계행정법 강론은 그의 제자인 킹스베리(B. Kingsbury)가 한 장을 맡아 기고한 글이다.⁵⁹⁾ 그의 세계행정법 강론을 읽다 보면, “각국의 의회와 법원에서 오늘도 법을 생산하는 우리들은 어쩌면 정치적 현실에서 사람의 본성과 이상적 사회를 꿈꾸며 유토피아를 향하고 있는 것은 아닐까?” 생각되기도 한다.

법을 私法 중심으로 사고하는 사상은 법은 법원에서 발견할 수 있고, 법관이야말로 진정한 법 창출자(judge-made law)라고 관념하는 영미법·보통법·판례법 국가의 법문화이자 법전통(Common law legal tradition)이라 할 수 있다. 영국이나 미국인들의 법과 정치에 대한 인식에는 ‘법은 법원이’ 정치는 입법부 또는 의회가 생산하고 실천한다는 사고방식이 뚜렷하다. 이에 로크(J. Locke)가 주장한 영국의 권력분립론은 주지하듯이 입법권과 집행권의 이권분립론이다.

이때에 법이나 법원은 권력이나 권력기관과는 거리가 먼 것이다. 사법권은 집행권이나 입법권의 한 분과로 매몰되어 버린다. 얼마전 까지만 해도 영국의 대법원이 실권이 없는 상원의 법제사법위원회인 것은 이를 시사한다. 보통법 전통 하에서 법은 인간적·자연적·사회적인 것이고, 다만 정치를 초월하는 상위법 사상(higher law concept)에 따라 세속의 권력이 침범할 수 없는 신성한 인간의 권리, 소위 천부인권사상이 발전하여 근대 법치국가의 기틀을 마련하게 된다.

주지하듯이 법원이나 사법권을 입법권이나 행정권과 나란히 하나의 세속권력으로 발전시킨 사상가가 프랑스의 몽테스키외이다. 에드워드 코크(E. Coke)나 윌리엄 블랙스톤(W. Blackstone)의 상위법 사상과 천부인권론, 몽테스키외의 3권 분립론은 세계최초의 헌법이라 할 수 있는 미국의 연방헌법에 고스란히 반영되게 된다.

또한 근대 민주주의의 핵심원리라 할 수 있는 홉즈나 로크, 그리고 루소의 사회계약론 역시 미국 헌법을 통하여 현실사회에서 빛을 보게 된다. 법을 정치권력의 관점보다는 인간과 사회 또는 정의와 형평의 관점에서 바라보는 것은 公法보다는 私法을 중시하고 법적 문제를 사법문제에서 시작하는 다이시의 헌법관에서 극명하게 느낄 수 있다.⁶⁰⁾ 행정법과 공법의 전통을 중시

59) Kingsbury, *Supra* note 5.

하는 프랑스 법체계나 법사상과 대비되는 부분이라 할 수 있다.

법에 정치나 행정을 긴밀하게 연관시키는 프랑스나 독일 같은 성문제정법(Civil law tradition) 국가들은 미국과 같이 천부인권사상이나 상위법 사상을 통하여 헌법통제가 원활하지 않은 경우 독재화의 운명으로 나아가기 쉽다. 법의 도덕적 정당성 차원의 문제를 외면하고 정치적 원리인 다수주의 원리만을 절대시하는 경우 히틀러 시절 수권법 같은 법을 통하여 일인 독재가 가능하게 된다.

소비에트를 비롯한 사회주의 국가가 맑스식 정치경제학적 독재라면 히틀러 시대 나찌, 즉 독일 사회주의 노동당 독재는 근대 자본주의 법문화가 법형식주의(Legal formalism)로 잘못 발전하여 탄생한 독재형태이다. 이때 사회는 다이스식의 다원주의로 나아가지 못하고 법은 정치의 시녀로 전락하게 된다. 법과 법학은 관방사법의 전통에 매몰되고 영국과 같은 직업공무원제나 법원의 고유한 역할은 찾아보기 힘들게 된다.

(3) 강론의 현재와 미래

경제와 정치의 담론에서는 시장의 실패 또는 정부의 실패라는 말을 쓴다. 본고의 주제인 법과 사회의 문제에서는 인간의 실패 또는 사회의 실패란 말을 쓸 수 있다. 국내사회에서의 독재 정부, 국제사회에서의 전쟁상태나 비인도적 행위 등이 이에 해당할 것이다. 이러한 인간과 사회의 실패는 '공법의 비대화 현상'과 무관하지 않다. 어쩌면 베네딕트 킹스베리에게 공법의 비대화란 국제사회의 발전과 세계화를 도외시한 전통국제법체계의 수구성으로 느껴질 것이다.⁶¹⁾

세계와의 현실은 사적 영역(Private sector)의 번영과 함께 한다. 이제 각종 국제표준은 새로운 규범으로 다가온다. 비정부간 기구인 국제상업회의소가 제정한 비국가법(Non-state norms)인 통일규칙들이 정통적 국제사법인 유엔통일매매법 협약 못지않게 규범력을 갖는 것은 국제사회와 국제규범에 대한 새로운 시각을 갖게 한다.⁶²⁾

파리환경협약의 포인트 시스템 같은 것은 사적 영역의 정신적 토양이라 할 수 있는 학교제도에서 아이디어를 구한 것이다. 우리는 옥스포드 출신 학자인 킹스베리의 풍부한 국제법 지식과 함께 세계행정법이라는 새로운 법영역을 생각하면서 국제사회와 법을 바라보는 시야를 넓힐 수 있었다. 그의 법철학에 있어 국가와 정치, 그리고 법은 오스틴식 사고에서 출발하는 가장 기본적인 것이지만, 하트의 접근방식처럼 그에게 있어 법은 복잡한 국제사회에서 일정한 논리과정과 기제를 통하여 규범력과 강제력을 갖게 되는 그 무엇이 된다.

하트의 법철학과 법의 개념은 킹스베리를 통하여 더욱 발전하여 '국제법과 헌법'을 넘어 '세계법 사상'으로 나아간다. 명실상부한 세계헌법체제가 되기 위하여 가야할 길이 멀지만 연성적

60) Dicey, A. V. (2013). The law of the constitution (Vol. 1). OUP Oxford.

61) 장준호. (2006). 세계사회를 이해하는 두 가지 구조: 칸트의 당위적 국제사회와 헤겔의 실재적 세계사회: 칸트의 당위적 국제사회와 헤겔의 실재적 세계사회. 정치사상연구, 12(1), 81-107.

62) 그러나 이기범. (2022). 국제법 접근 방법으로서의 '세계행정법'(GAL) 개념에 대한 비판적 고찰. 법학논총, 39(1), 79-105 참조.

성격의 세계행정법은 법의 일개를 이루며 구체화되고 현실화되고 있는 것이다.⁶³⁾ 私法의 人文的 성격은 어쩌면 유엔계약법 원칙 코멘트와 예시의 순번에서도 느껴진다. 코멘트의 예시 번호가 제목과 상관없이 코멘트는 코멘트대로 예시는 예시대로 순번이 이어진다.

체계와 구조는 인위적이고 정치적이다. 순번의 자연스런 흐름은 소박하고 인문적이다. 켈젠의 법단계설이나 하트의 1차규범, 2차규범론 같은 규범분류론은 법의 구속력을 설명하고 오스틴식 국가법 사상이나 전통 국제법 체계를 이해할 수 있게 한다. 다이시와 킹스베리의 법개념은 이러한 전통을 발전시켜 국제사회를 하나의 빌리지(Global village)로 이해하면서, 중앙집권적 국가나 국가법(State norms)을 넘어 사회를 다원적으로 바라보게 한다. 법의 본질을 '평등한 자들 간의 약속과 합의'에서 구하려는 그들의 생각은 마치 다아윈의 진화론처럼 우리 주위에서 구체화되어 가고 있다.⁶⁴⁾

세계화와 전문화 나아가 정보화 사회의 발전은 우리를 다원적 사회로 나아가게 하면서 다양한 성격의 규범들이 창출되고 세분화되어 가게 한다.⁶⁵⁾ 전통법 체계에 집착하고 법을 국가법으로만 인식하면서 그들의 주장을 외면하는 것은 변화한 거리에서 문명의 풍성함과 거대함을 느낄 수 있는 기회를 차버리고 절간 같은 관공소만을 찾는 미련함과 같은 것 아닐까?

우리는 이제 세계행정법 강론을 통하여 국가법의 본질을 갖는 국내법 또는 기성 “국제법(International law)체제”에서 세계시민사회를 그리는 새로운 “세계법(Global law)체제”를 구별하여야 할 계제에 이른 것이다.⁶⁶⁾

6. 강론의 주요 요소와 현황

(1) 정의와 주요 이슈

세계행정법(Global Administrative Law, GAL)은 국제 행정 활동을 규제하는 법적 원칙, 규칙, 절차, 규범 등을 포함하는 법 영역이라 할 수 있다.⁶⁷⁾ 세계행정법은 글로벌 차원에서의 투명성, 책임성, 참여, 합법성을 보장하는 것을 목표로 한다. 세계행정법은 다양한 국제기구와 국가 간의 협력, 다국적 기업의 활동, 비정부간 기구의 운영 등을 다루는데, 세계행정법은 이러한 행위자들이 법적 기준과 절차를 준수하도록 규제하고 있다.⁶⁸⁾

세계행정법의 주제는 첫째 투명성과 책임성이다. 국제기구와 다국적 기업의 활동에 대한 투

63) 석윤민. (2020). 국제연합의 행정절차에 관한 연구 (Doctoral dissertation, 서울대학교 대학원).

64) Kingsbury, Supra note 56.; Tripathi, R. (2011). Concept of Global Administrative Law: An Overview. *India Quarterly*, 67(4), 355-372.

65) Krisch, N. (2006). The pluralism of global administrative law. *European Journal of International Law*, 17(1), 247-278.

66) 金重權. (2020). 공법의 탈속지주의화에 따른 국제적 행정법에 관한 연구-개념형성을 중심으로. *공법연구*, 49(1), 93-115.

67) Harlow, C. (2006). Global administrative law: the quest for principles and values. *European journal of international law*, 17(1), 187-214.

68) 김대인. (2016). 세계행정법과 국제기구: 세계은행의 부정당업자제재 제도를 중심으로: 세계은행의 부정당업자제재 제도를 중심으로. *행정법연구*, (45), 1-23.

명성을 높이고, 책임성을 강화하기 위한 법적 메커니즘을 강조하며, 행정 절차의 공개, 이해관계자의 참여, 결정 과정의 설명 책임 등에 관하여 연구하게 된다.

세계행정법의 두번째 주제로 규제와 감독을 들 수 있다. 국제 금융 시스템, 환경 보호, 인권 보호, 무역 규제 등 다양한 분야에서의 국제적 규제와 감독을 위한 법적 틀을 제공한다. 이는 국제기구와 국가 간의 협력 메커니즘을 통해 이루어질 수 있다.

세계행정법의 세번째 주제는 합법성과 법적 구제이다. 국제적 행정결정이 법적 기준에 따라 이루어지도록 보장하고, 불법적이거나 부당한 결정에 대한 법적 구제 수단을 마련한다. 이러한 세계행정법의 목표는 국제법원이나 중재 기구를 통해 이루어질 수 있다.

(2) 현황과 발전 방향

유엔, 세계은행, 국제통화기금(IMF), 세계무역기구(WTO) 등 국제기구들이 세계행정법의 발전에 중요한 역할을 하고 있다. 이들 기구의 활동은 점점 더 법적 규범과 절차에 의해 규제되고 있다. 세계행정법은 다자주의와 국가간 협력을 통하여 발전한다. 국제적 협력을 통한 다자주의(multilateralism)의 강화는 세계행정법의 중요한 특징이라 할 수 있다. 따라서 세계행정법은 글로벌 문제 해결을 위해 여러 국가와 기구들이 협력하는 데 필요한 법적 틀을 제공하게 된다.⁶⁹⁾

세계행정법을 통하여 다양한 국제적, 지역적, 국가적 법적 틀을 통합하여 일관성 있는 글로벌 법질서를 형성하려는 노력이 지속되고 있다. 이러한 노력은 법적 확실성을 높이고, 다양한 법체계 간의 충돌을 최소화하는 데 기여한다. 한편 디지털 기술과 정보의 급격한 발전은 세계행정법 담론에서 중요한 요소로 등장하고 있는데, 이러한 변화하는 법적 환경은 데이터 보호, 사이버 보안, 디지털 경제 규제 등의 새로운 법적 과제를 던지고 있다.

세계행정법의 대표적 적용 사례로 환경 보호 영역에서 기후 변화 대응을 위한 국제 협약(예: 파리 협정)과 이를 이행하기 위한 글로벌 행정 절차와 규범을 들 수 있다. 또한 국제 금융규제 영역에서 글로벌 금융 위기 이후, 국제 금융 시스템의 안정성을 보장하기 위한 바젤 III와 같은 국제적 규제 프레임워크는 세계행정법의 중요한 부분을 차지하고 있다. 세계무역기구(WTO)의 규범과 분쟁 해결 메커니즘 역시 국제무역 활동을 규제하는 세계행정법의 중요한 사례라 할 수 있다.⁷⁰⁾

세계행정법 담론은 국제사회의 복잡한 행정적 도전과 과제를 다루기 위해 발전해왔으며, 앞으로도 계속 발전할 것이다. 이는 투명성과 책임성, 규제와 감독, 합법성과 법적 구제 등을 통해 국제 행정활동의 효율성과 정당성을 높이는데 중요한 역할을 한다. 다양한 국제기구와 국가, 기업, 비정부기구가 참여하는 이 법적 체계는 글로벌 거버넌스를 강화하고, 국제적 문제 해결을 위한 법적 기반을 제공하는데 기여하고 있다.

69) Cassese, S. (2015). Global administrative law: the state of the art. *International Journal of Constitutional Law*, 13(2), 465-468.

70) 김성원. (2014). WTO 체제의 유효성에 관한 세계행정법 시각에서의 검토. *동아법학*, (64), 205-232.

세계행정법 담론은 국제적 차원의 행정활동을 규율하는 법적 틀을 형성하고 발전시키는데 중점을 둔다. 이 담론은 국가 간, 국제기구, 비정부기구, 다국적 기업 등의 다양한 행위자들이 참여하는 글로벌 행정활동을 효과적으로 관리하고 규제하는 법적 체계를 마련하는 것을 목표로 하고 있다.

7. 세계헌법과 세계행정법의 비교

(1) 세계헌법과 세계행정법

세계헌법과 세계행정법은 모두 국제법의 발전과 글로벌 거버넌스를 위한 중요한 개념이지만, 그 목적과 범위, 기능에서 차이가 있다.⁷¹⁾ 다음은 이 두 개념의 주요 차이점을 정리한 것이다.

세계헌법(Global Constitutionalism)은 국제사회 전체를 규율하는 헌법적 원칙과 규범을 마련하는 것을 목표로 하며, 이는 국가 간의 관계뿐만 아니라 국제기구, 다국적 기업, 비정부기구(NGO), 개인 등 다양한 행위자들을 포함하는 포괄적인 법체계를 지향하고 있다.

세계헌법론은 결국 전 세계적으로 통합된 법적 질서를 구축하여, 글로벌 평화, 인권 보호, 민주주의 증진, 법치주의 확립 등을 달성하는 것을 목표로 한다. 세계헌법은 국내헌법처럼 권력의 분립, 기본권 보호, 법적 절차의 준수 등 헌법적 원칙을 국제적 차원에서 실현하려고 하며, 국제법, 국제 인권법, 국제경제법, 국제형사법 등 다양한 법 영역을 포괄한다. 세계헌법은 국제사회의 기본규범과 원칙을 확립하고, 글로벌 거버넌스의 법적 기반을 제공하며, 국제기구의 권한과 기능을 헌법적으로 규제하고 조정하는 기능을 한다. 세계헌법을 통하여 전 세계적으로 법적 일관성과 확실성을 제공할 수 있으며, 국제분쟁 해결에 기여할 수 있다.

세계행정법(Global Administrative Law)은 국제적 차원의 행정 활동을 규율하는 법적 틀로, 글로벌 차원에서의 투명성, 책임성, 참여, 합법성을 보장하는 것을 지향하는 법 영역이다. 따라서 세계행정법은 국제기구, 다국적 기업, 비정부기구 등의 행정적 활동을 규제하고, 이들이 법적 기준과 절차를 준수하도록 하는 것을 목적으로 하는 것이라 할 수 있다. 이를 통하여 공정하고 투명한 글로벌 행정과정을 보장하고, 국제적 결정과정에서 이해관계자의 참여를 촉진한다.

세계행정법의 범위는 국제기구(예: 유엔, 세계무역기구), 다국적 기업, NGO 등의 행정적 활동, 국제규제, 감독, 집행, 법적 구제 절차 등을 포괄한다. 세계행정법은 또한 국제행정 활동의 투명성과 책임성을 높이기 위한 법적 메커니즘을 제공하며, 행정결정 과정에서 이해관계자의 참여와 권리 보호를 보장하고, 국제적 규제와 감독을 통해 법적 일관성과 신뢰성을 유지하는 기능을 한다.

(2) 양자의 차이점

71) Krisch, N. (2009). Global administrative law and the constitutional ambition.

세계헌법과 세계행정법은 다음과 같은 차이를 갖는다.⁷²⁾

먼저 목적과 기능에서 차이를 보이는데, 세계헌법은 국제사회의 기본 원칙과 규범을 확립하고, 글로벌 거버넌스의 법적 기반을 마련하는 것을 목표로 하면서, 법적 일관성과 기본권 보호, 권력의 분립 등을 중점적으로 다룬다. 그에 비하여 세계행정법은 국제적 행정 활동의 규제와 감독, 투명성 및 책임성 확보에 중점을 두며, 공정하고 합법적인 행정 절차를 보장하는 것을 목표로 한다.

둘째 그 적용범위에서 차이를 보이는데, 세계헌법은 국제법, 국제인권법, 국제경제법 등 다양한 법 영역을 포괄하며, 국가 간 관계뿐만 아니라 국제기구와 개인 등 다양한 행위자들을 포함한다. 그러나 세계행정법은 주로 국제기구, 다국적 기업, NGO 등의 행정활동을 규율하며, 행정 절차와 규제, 감독 등에 중점을 둔다.

셋째 양자는 법적 성격에서 차이를 보인다. 세계헌법은 헌법적 원칙과 규범을 국제적 차원에서 실현하려는 시도로, 국제사회의 기본적인 법적 구조와 질서를 설정하는데 비하여, 세계행정법은 국제 행정활동의 구체적인 절차와 규범을 설정하고, 행정적 결정의 투명성과 책임성을 보장하는 규제적 성격을 가진다.

넷째, 세계헌법과 세계행정법은 그 법적 근거와 형성과정에서 차이가 있다. 세계헌법은 국제협정, 조약, 국제관습법, 국제기구의 헌장 등을 통해 형성되며, 국제사회의 헌법적 질서를 구축하는 데 중점을 두는데 반하여, 세계행정법은 국제기구의 규정, 국제협약, 다국적 기업의 내부규범, 비정부기구의 지침 등 다양한 출처에서 형성되고 행정적 규제와 감독에 중점을 두게 된다.

세계헌법과 세계행정법은 상호 보완적인 관계에 있으며, 국제사회의 법적 질서와 거버넌스를 강화하는 데 중요한 역할을 한다. 세계헌법은 보다 포괄적이고 기본적인 법적 원칙을 설정하는 반면, 세계행정법은 구체적인 행정 절차와 규범을 통해 국제 행정활동의 투명성과 책임성을 보장한다. 이 두 개념은 글로벌화된 세계에서 법적 일관성과 신뢰성을 제공하며, 국제적 협력과 문제 해결을 촉진하는 중요한 도구로 작용하고 있다.

8. 결론: 의의와 시사점

대부분의 법학자들이 강단에서 말하는 법이나 법학은 경성적인 것이다. 우리들의 논리는 “법은 이러한 근거에서 현실세계에서 사회규범으로서 강제력을 갖고 수범자들을 기속하고 법으로서의 효력을 발생한다” 라는 것이거나, “이러한 법은 법으로서 효력을 발생하고 우리를 기속하지만 정당한 법이 아니라거나 현실과 유리된 악법이다” 라는 것들이다.

19세기 콩트를 필두로 한 실증주의 철학의 영향으로 법학이 하나의 학문분과로서 사회에서

72) 헨리, & 로라. (2016). 국제기구의 국가에 대한 법적 책임성 향상-입헌주의자와 글로벌행정법 (Global Administrative Law) 적 접근 비교. 세계헌법연구, 22(1), 55-76.

어떠한 과학적 의미와 체계를 가져야 한다는 법실증주의는 법철학 전통에 큰 족적을 남겼다. 이전의 법학이 주석법학을 중심으로 법기술적 차원에 머물렀다면, 켈젠이나 하트 등 법실증주의 철학자들로 인하여 법학이 근대 사회과학의 하나로서 학문적 위상을 갖게 된다. 이러한 법실증주의 철학이 켈젠의 범위계론, 하트의 제1차규범, 제2차규범론 같이 하드웨어 또는 체계론적 성격⁷³⁾을 갖는다면, 그 소프트웨어적 차원에서 법이 담고 있는 내용의 정당성이나 법의 도덕성 문제를 다루는 자연법론 철학은 법실증주의 철학과 함께 법철학의 두 기둥을 이룬다고 볼 수 있다.

한편 로마법에 주석을 달던 전통법학의 유습은 해석법학이라는 이름으로 지금도 법학전문대학원이나 법과대학의 주요한 학문적 접근방식의 하나이다. 로마 원로원 같은 의회제정법률의 이해와 해석이 중요한 의미를 갖는 대륙법계 국가들은 물론이고 판례법 국가에서도 판례의 의미를 찾고 해석의 문제가 발생한다고 했을 때 해석법학은 당연히 현재에도 중요한 의미를 갖는다.

새로운 법전원 체제로 인하여 기초법의 위기나 법철학의 부재가 우려되고 있는 현실이다. 우리는 가끔 법을 생각하고 탐구하는 철학자의 자세보다는 법기술자나 법미꾸라지들이 되려고 하고, 법을 통하여 사리사욕이나 출세의 욕망을 채우려는 사람들이 많아지면서, 그것이 오히려 법학교육의 가치인양 오도되는 슬픈 현실을 느끼기도 한다. 변시합격률을 높이는 것이 법학교육의 유일한 목적 같이 되어버린 현실이 안타까운 것이다.

이러한 안타까운 현실에서도 필자의 관심분야인 국제법 영역에서는 세계화의 급속한 진전으로 법과 법체계에 대한 반추와 새로운 이해의 계기가 마련되고 있다. 하트의 명저 제목이 법의 개념(The Concept of Law)인 것처럼 법은 사회에서 법으로서 규범력과 강제력을 발휘할 때 법이라 할 수 있고, 그럴 때에 법은 법의 개념범주 하에 포섭될 수 있다.⁷⁴⁾ 하트로부터 수학한 제자들이나 칸트나 켈젠, 뒤기 같은 유럽대륙의 법관념론자들, 미국의 보편주의적 국제법 학자들은 국가와 권력 중심의 국제사회와 국제법의 새로운 경향을 반영하여 법의 개념 또는 법의 본질에 천착할 계기를 제공한다.

새로운 국제법 제정 형식을 인정하여야 한다는 고흥주 교수의 주장이나 국제법의 효력은 국가의 의사에 기반하고 국가간에 적용되는 법이라는 전통 국제법 체계로부터 파격적으로 모든 법은 결국 개인의 문제로 환원되어야 하며 국제법 역시 예외가 아니라는 뒤기의 주장은 법의 개념이나 본질에 관한 새로운 이해가 필요하다는 것을 시사한다. 특히 베네딕트 킹스베리 같은 학자는 세계행정법(GAL)의 개념에 천착하면서 국제사회와 국제법의 발전에 부응하여 새로운 법의 개념을 제시하고 있다. 그리고 칸트의 초월적 관념론이나 이상주의 또는 윤리론은 세계정부나 세계헌법주의로 이어진다.⁷⁵⁾

차제에 필자는 국제법과 세계법에 대한 법개념론적 검토의 기회를 가지고 싶었다. 사실 세계

73) 권경휘. (2015). 승인의 규칙에 관한 하트의 이론. 강원법학, 46, 45-72.

74) 최봉철. (2008). 하트의 법개념 비판. 성균관법학, 20(3-1), 1053-1073.

75) 김남준, & 박찬구. (2015). 세계화 시대의 세계시민주의와 세계시민성: 어떤 세계시민주의? 어떤 세계시민성?. 倫理研究, 105, 1-34.

정부가 존재하지 않는 현실에서 세계법이란 개념은 기존의 의사주의적 국제법관이나 법실증주의 법철학의 관점에서는 그 존재를 인정하기 어렵다. 본 논문 전반부 부분에서 논한 바 있듯이 국제사회에 존재하는 법이란 각국의 헌법과 관습국제법이나 조약 같은 전통 국제법 정도일 것이다. 다만 이러한 관점에서도 세계법이 존재한다고 한다면, 이는 입법창설적 성격의 다자조약이나 기존 관습국제법이 성문화에 성공한 경우 그를 지칭하는데 사용되는 용어가 될 수 있다. 유엔헌장이나 IMF 협정, 세계경제헌법체제라 불리는 WTO 협정, IMF 협정 같은 것이 이에 해당할 것이다. 또한 법적으로 구속력을 갖는 경성적 성격의 전통국제법은 아니지만, 유엔총회의 결의에 따라 효력을 갖는 연성법, 예컨대 유엔인권선언, 천연자원의 영구주권에 관한 유엔총회결의 같은 것 등은 세계법이라 부를 수 있을 것이다.

본고는 헌법이나 국제법 같은 기본적 시스템에 관한 법을 연구하는 학자들을 위하여 우리 주위에서 창궐하고 있는 다양하고 이질적인 새로운 규범들에 관한 개념론적 검토와 있을 수 있는 용어상의 혼란을 막기 위한 시론적 유형화를 도모해 보았다. 예컨대 세계헌법이나 세계헌법주의는 가장 이상적 성격의 것이라 할 수 있다. 세계행정법 강론은 보다 구체적이면서도 유엔헌장이나 유엔인권선언 등을 통하여 형성하지만 세계헌법이 존재한다는 것을 전제로, 76) 우리 주위의 새롭고 다양한 유형의 국제법을 하트가 주장한 법의 개념과 본질론에 따라 세계행정법이라는 유형으로 범주화하고 있다.

국제사회의 발전과 법을 통한 통합은 세계적 차원 그리고 지역적 차원에서 활발하게 이루어지고 있다. 여기에서 중요한 마음 자세는 세계행정법 강론에서 볼 수 있듯이 법의 개념과 본질에 관하여 유연한 프레임을 인정하고 받아들이는 것이다. 이러한 사고방식은 이미 20세기 초론 풀러(Lon Fuller)의 법철학에서 그 맹아가 싹튼 바 있다. 법의 개념과 법을 구성하는 요소는 시대와 장소를 초월하는 절대적 성격의 그 무엇이 아니다. 법환경의 변화에 따라 필요한 새로운 요소와 필요하지 않아 도태되어도 좋은 요소들이 존재하며, 법의 개념과 본질은 시간과 장소 같은 법환경에 따라 변할 수 있는 상대적인 것이다.

본고를 통하여 필자가 의도하는 바는 기존의 경성적 법체계와 법개념, 그리고 새롭게 발전하는 새로운 법체계와 법개념에 대한 차이와 그 기본적 대강을 이해하는 것이다. 최소한 새로운 용어들에 대한 혼란을 최소화하기 위하여 가장 경성적이고 현실적인 국제사회와 국제법 체계, 가장 연성적이고 이상적인 세계헌법 강론과 세계헌법주의, 경성성과 연성성, 이상과 현실의 스펙트럼에서 가장 중도적인 세계행정법 강론 등 세가지 차원에서 그들이 생각하는 법개념과 법철학 및 현실에서의 발현을 개관해 보았다. 여기에서 간취할 수 있는 것은 국제사회의 발전과 통합에 있어 司法官과 法哲學者, 그리고 人文社會 哲學者들이 중요한 역할을 한다는 것이다.

이는 국제사회가 권력 정치 국가 중심의 경성적 국제법관으로부터 전문가 사회로 지식사회로 발전해 나간다는 것을 의미한다. 미국이 헌법국가로 발전함에 있어 대법원과 사법관의 역할은 매우 중요한 인자가 되어 왔다. 또한 유럽의 통합과 관련하여 유럽사법재판소와 그 재판관들은 역시 중요한 역할을 하고 있다. WTO가 패널이나 항소기구를 통하여 통상분쟁을 사법적으로 처리하면서 통상법치가 세계적 차원에서 성공적으로 구현되고 있다.

76) 박진완. (2014). UN 헌장의 세계헌법적 성격—Jürgen Habermas의 헌법화된 국제질서이론에 의한 검토—. 헌법학연구, 20(2), 179-236.

이는 세계의회나 세계정부가 존재하지 않는 현실에서 국제사회와 국제법의 통합에 있어 사법관이나 사법기구가 매우 중요한 역할을 한다는 것을 방증한다. 국제사법재판소 역시 분쟁을 전제로 사법적 권력을 행사하면서 권고적 의견을 통하여 입법적 성격의 권한까지 행사하고 있다. 부재하고 있는 세계의회의 공백을 약간이나마 메울 수 있는 것이다. 이렇듯 전통적 국가 중심의 권력적 국제법 체제는 사법관이나 국제기구 사법시스템을 통하여 전문가 중심의 司法的 國際法體制를 통하여 보다 민주적이고 소통이 가능한 체제로 발전하고 있다.

또한 국제사회의 발전에 있어 법학자와 법철학자는 시스템 설계에 있어 매우 중요한 역할을 한다. 다양한 연성법들을 법의 개념에 포섭하기도 하고 유엔계약법 원칙이나 국제매매계약에 관한 유엔협약, 모범법 등의 제정에 있어 주도적 역할을 하면서 국제법과 세계법의 발전에 기여하고 있다. 나아가 유엔장설의 법철학적 밑그림을 제공한 한스 켈젠의 법철학은 물론 칸트의 인문철학과 초월적 관념론, 윤리적 이상주의는 완전한 민주주의 국가들의 연대를 통하여 이상적 세계정부 출현을 위한 토대를 마련하고 있다.

IV. 외교적 보호와 기본권보호

1. 들어가며

일본의 국민 소셜미디어(SNS) 라인야후가 한국 네이버에 대해 자사 지분을 매각하라는 요구를 공식적으로 드러내었다. 라인야후 지분 3분의 1을 소유한 소프트뱅크가 절반 이상을 갖도록 자본 개편을 추진하겠다는 계획인데, 현실화할 경우 네이버는 13년간 키워 온 일본 거대 메신저 기업의 경영권을 잃을 수도 있다고 한다. 이번 네이버 라인사태에 대하여 당사자인 네이버는 이미 사법적 차원에서 일본국 기업인 소프트뱅크와 원만한 해결을 보았다고 하면서 문제가 확대되는 것을 경계하고 있다. 그러나 혹자는 라인사태는 국경이 없는 시장에서 각국이 데이터 주권을 지키려는 세계적 추세 속에서, 국가의 자국민보호의무와 외교적 보호권 문제가 잠복되어 있는 문제라고 주장하며 정부의 소극적 대응을 비난하기도 한다.

2. 시장과 사인의 권리

전술한 바와 같이 법은 사회생활관계 중 법률관계 다시 말하면 권리와 의무관계를 다루는 학문이다. 우리는 통상 법을 책임으로 이해하고 있다. 중세시대 신에 예속되던 시절 인간의 정신세계에서 의무관념이 강조되던 것이 아직도 법학 체계의 근간으로 남아 있는 것이다. 그러나 이미 ‘권리위에 잠자는 자는 보호 받지 못한다’라는 로마시대 법언이 웅변하듯이 권리 중심의 법학 역시 역사가 길다.

근대 르네상스와 시민혁명을 거쳐 법학에 있어 권리와 의무는 균형을 이루게 된다. 자본주의 혁명으로 신분제와 앙시앙 레짐(ancien regime)이 붕괴하면서 시민주권사회가 되었다. 시민주권사회는 헨리 메인의 ‘신분에서 계약으로’라는 말을 통하여 이해하면 알기 쉽다. 굳이 계약론자들의 아이디어를 찬미하지 않더라도 평이하게 시장의 모든 경제행위는 대출계약에서 시작하여 근로계약, 원료매입계약, 최종 상품의 매매계약까지 계약이 그 법적 도구가 되어 이루어진다. 따라서 우리는 근대적 의미의 소유권을 향유할 수 있으며, 계약이나 법에 따라 여러 권리를 보유할 수 있다.

한편 코어스 씨어렘과 그의 회사이론이 시사하듯이 주식회사제도는 주주의 유한책임을 통하여 투자와 경제활동을 고취하고 시장 경제를 진작해 왔다. 이러한 시민들의 사적 권리들은 시장의 확대와 세계화로 한편으로는 WTO법이나 CISG, 국제도산협약과 같이 통일된 세계시장과 통일사법을 통하여 보호받고 있으며, 다른 한편 국가의 외교적 보호권을 통하여 보호받고 있다.

자본주의가 고도로 발전하면서 자유경쟁의 폐해가 수인하기 어려운 상황에 이르면서 정부가 77)시장에 적극적으로 개입하게 된다. 주지하듯이 절대왕정을 무너뜨리고 등장한 자유민주주의 국가는 최소국가·소극국가로서의 성격을 가진다. 국가의 역할은 치안이나 국방과 같은

77) Wilson, W. (1887). The study of administration. Political science quarterly, 2(2), 197-222.

최소한에 그치고 공적 영역과 사적 영역은 엄격하게 분리된다.

그리고 각 영역에 대응하여 공법과 사법이 발전하고, 공법과 사법 또는 공권과 사권은 개념법학적 관점에서 엄격하게 구분된다. 반면에 자유경쟁의 폐해 즉 시장의 실패(market failure)로 인한 새로운 국가는 복지와 정의를 위하여 큰 정부를 지향하고 일을 많이 하는 적극국가적 성격을 갖는다. 이는 미 헌정사에서 보듯이 “헌법국가에서 행정국가“로의 변화를 의미하기도 한다.⁷⁸⁾

국가는 법치주의 또는 법치행정의 원리에 따라 사인과 달리 법에 근거하여 행위하는 존재이므로 헌법국가에서 행정국가로의 발전은 새로운 법을 요구한다. 이때 새로운 법은 헌법이나 법원조직법 또는 균형법 같은 전형적 공법이나 민법 혹은 상법 같은 전형적 사법과 달리 공법과 사법적 요소가 혼재된 중간법적 성격을 갖는다. 이러한 새로운 성격의 행정법을 통상 중간법, 사회법 또는 경제법으로 칭한다. 따라서 고전적 차원의 개인의 권리는 사회국가적 원리에 따라 제약받고, 전통적 권리로서의 공권과 사권을 넘어 연금수급권 또는 노동권 등 다양한 사회권적 권리가 발생한다.⁷⁹⁾

3. 국가의 외교적 보호권

경제나 시장은 자연인 또는 법인 같은 사적 주체들이 행위하는 장이다. 국가도 시장에서 행위자가 될 수 있으나 국가가 사적인 성격의 행위를 하게 되면 법에서는 국가라 할지라도 일반 사인과 다름없게 본다. 따라서 상업적 예외에 따라 주권면제라는 법원칙의 예외에 해당하고, 그러한 행위로 인한 분쟁은 타국의 재판권에 복종한다는 것은 전술한 바와 같다.⁸⁰⁾

한편 국제법은 공법적 성격의 법으로 통치권의 주체인 국가간 권리와 의무관계를 연구대상으로 한다. 환언하면 개인은 전통국제법에서 법인격자로 취급되지 않고 있으며, 국제사회에서 재산에의 권리 가족간의 권리 같은 사권이란 관념은 존재하지 않는다. 즉 국제사회에서 개인은 중세시대 같은 의무나 책임을 부담하지 않을 뿐만 아니라 권리를 주장할 수도 없다. 다만 전술한 바와 같이 국제형사법의 발전으로 국제형사재판소가 관장하는 4가지 범죄에 관하여 국제사회에서 개인의 형사책임이 인정되는 경우가 있다. 그리고 국제인권법의 발전으로 박태훈 사건에서 보듯이 유엔인권위원회에 국가보안법 위반을 이유로 형사처벌을 하는 것은 인권침해라고 주장하며 다룰 수도 있다.

제1차세계대전 후 독일황제이자 전범인 빌헬름 2세는 국제법에 따라 처벌받지 않았다. 국가와 국가간 법률관계를 다루는 학문분과인 국제법체계 하에서 그를 처벌할 수 없었던 것이다. 다만 전범국인 독일에게 거액의 손해배상을 규정한 베르사이유 조약을 체결하게 되고, 빌헬름 2세의 형사적 문제는 독일 국내법에 따르게 하였다. 이후 빌헬름 2세가 수많은 시중을 대동하고 네덜란드로 망명하였다는 것은 주지의 사실이다.

78) Id.

79) 김기영. (2002). 헌법강의. 서울: 박영사.

80) 정인섭. (2012). 신국제법강의. 박영사.

거액의 배상금으로 인한 독일 경제의 파탄으로 유럽은 또 한번의 전쟁을 겪게 된다. 제2차 세계대전이 끝나고 그 전후처리를 위한 뉘른베르그 전범재판은 역사상 처음으로 국제사회가 개인을 직접 법에 따라 심판한 최초의 선례가 된다. 이것이 개인의 국제법주체성에 관한 시작이었고, 이후 현대국제법의 발전으로 개인의 국제법 주체성이 보다 활발하게 인정되고 있다.

국가와 시민간의 관계는 국가의 자국민 보호의무나 기본권 보호의무, 사형의 부과 같은 예에서 보듯이 절대적 관계이다. 이러한 프레임워크는 데이터 주권이나 네이버 보호조치 같은 담론의 배경이 된다. 요컨대 전통국제법 하에서 개인을 국제사회나 국제법이 직접 다룬다는 것은 국제법의 철칙중 하나인 국내문제불간섭 내지 내정불간섭 원칙에 정면으로 위배된다고 인식되어 왔다.

이는 국제사회에서 개인의 사법상 권리들은 국가의 外交的 保護權에 따라서만 보호받을 수 있다는 법리가 발전되어 온 배경이 된다. 그런데 이러한 외교적 보호권은 국가의 권리이다. 로마법 격언에 따르면 권리는 오직 권리자만이 포기할 수 있다. 이는 그 자체로 자명하여 지금도 유효하다. 다만 선거권 같은 공권의 경우에는 사권과 달리 선거시 그 행사를 포기할 수는 있어도 개인이 그 권리 자체를 처분하거나 포기할 수는 없다는 것이 다수설이다.

국가의 외교적 보호권 역시 공권으로서 국가가 권리 그 자체를 포기할 수는 없다. 다만 국가는 이를 행사하지 않을 수는 있다. 우리 대법원과 헌법재판소도 징용부 사건에서 이러한 취지에 따라, 외교적 보호권의 행사 여부, 행사한다면 그 정도 등 외교적 보호권은 국가의 권리이자 국가의 재량 영역에 있는 권리라고 보아 외교적 보호권을 행사하지 않는 것이 청구인의 기본권을 침해한다는 청구인의 주장을 배척한 바 있다.⁸¹⁾

외교적 보호권은 국적국의 권리이다. 따라서 보호 대상인 개인의 국적을 국제법적으로 확정할 필요가 있는데, 국적을 정하기 위한 통일된 국제법은 존재하지 아니하므로 국내법이 국적 결정의 기준이 된다. 이때 몇가지 중요한 법문제가 발생하는데, 먼저 개인이 외국의 불법행위로 피해를 입어 외교적 보호를 구하는 경우 피해시점과 청구시점의 국적이 다르게 되는 경우 발생하는 문제이다.

전통 국제법상 國籍繼屬 原則의 따라 피해시점과 청구시점의 국적은 계속 동일할 것이 요구된다. 이 원칙은 자신의 이해관계에 따라 국적을 변경하여 외교적 보호를 요구하는 것을 막기 위한 목적에서 인정되고 있다. 다만 현대사회에서 자연스럽게 국적이 변경되는 사례가 많아짐에 따라, 국제법위원회(ILC)의 외교적보호에관한협약 초안에서는 국적계속의 원칙을 채택하면서도 청구와 관계없는 이유로 국적이 변경된 경우에는 예외를 인정하고 있다.

국적은 국적법에 따라 형식적으로 결정되는 것이 원칙이지만, 노테봄 사건에서 ICJ는 진정한 관련성(genuine connection)이 없는 국적은 국적이라 할 수 없고 과테말라 정부는 노테봄에 대하여 국적국으로서 외교적 보호권을 행사하려는 리히텐슈타인의 국적국 주장을 인정할

81) 일제강점기 강제징용 사건[대법원 2018. 11. 29. 선고 주요 사건 판결] 2013다67587 손해배상(기) 등.

의무가 없다고 판시하였다.⁸²⁾ 동 판결은 이중국적의 경우 인정되고 있던 진정한 관련성 이론을 무리하게 확장하여 이미 독일 국적자가 아닌 노테봄에게 외교적 보호를 실질적으로 박탈한 것이라는 비난을 받고 있다. 또한 동 판결은 국적변경의 자유를 인정하는 현대인권법과도 배치된다.

혹자는 “출생과 함께 국적을 취득 하였지만, 외국으로 이주하여 오래 산 경우 출생지국 즉 그자의 국적국과 진정한 관련성이 있을까?” “진정한 관련성이 부인된다면 이때에 출생지국을 국적국이 아니라고 보는 것이 법감정에 비추어 또는 법적 안정성에 비추어 타당할까?” 같은 의문을 제기하기도 한다. 이러한 문제점들을 고려하여 ILC협약 초안에서는 위 판례이론을 의도적으로 반영하지 않았다. 한편 이중국적자의 경우에 어떠한 국가가 외교적 보호를 줄 수 있는가 하는 문제는 진정한 관련성 이론에 따르는 것이 합리적이다.

다시 말하면 보호의 대상이 되는 개인과 가장 관련성이 깊은 나라가 외교적 보호권을 행사하여야 한다고 보는 것이 통설적 견해이다. 그리고 이중국적의 경우 국적국이 개인에게 피해를 입힌 경우, 다른 국적국이 피해를 입은 개인을 위한 외교적 보호를 주장할 수 있는가라는 문제가 있다. 이때에 개인은 가해국 국민이기도 하므로, 다른 국적국의 보호를 요구하는 것은 일응 부적절하다. '국적저축에 관한 1930년 헤이그협약'이 이러한 입장이다.

다만 일방의 국적이 다른 국가의 국적에 비하여 '실효적(effective) 또는 지배적(dominant)'인 경우라면 실효적 또는 지배적 국적국의 외교적 보호를 인정하는 것이 합리적일 것이다. 이탈리아와 미국간 Merge 사건은 이중국적과 실효적 국적이 문제된 대표적 사례이다. 이 사건에서 미국은 Merge를 위하여 청구를 제기하였으나, 이탈리아는 이중국적의 경우 국가는 다른 국적국에 대하여 외교적 보호권을 주장할 수 없다고 항변하였다.

재판부는 이중국적의 경우에도 실효적 국적국은 외교적 보호권을 행사할 수 있지만, 이 사건에서 미국이 실효적 지배국이라는 점이 입증되지 않았다고 보았다. 국제법위원회 초안 제 7조에서도 이중국적의 경우 지배적(predominant) 지위에 있는 국적국의 외교적 보호권을 인정하고 있다.⁸³⁾

한편 국적국만이 외교적 보호를 행사할 수 있다고 한다면 무국적자나 국적국의 박해를 피하여 도피한 난민의 경우, 외교적 보호로부터 사실상 배제되는 문제가 발생한다. 이의 불합리를 제거하기 위하여 국제법위원회 규정초안 제8조는 “무국적자와 난민의 경우 합법적인 상거주지국(lawfully and habitually resident in that state)이 이들을 위한 외교적보호를 행사할 수 있다”고 규정하고 있다.

사법상 人에는 민법총칙에서 공부한 바와 같이 자연인과 법인이라는 두가지 유형의 人이 있다. 앞서 본 노테봄 사건이 자연인의 국적이 문제된 대표적 사례라면 바르셀로나 전력회사

82) Liechtenstein v Guatemala - Nottebohm - Judgment of 6 April 1955 - Second Phase - Judgments [1955] ICJ 1; ICJ Reports 1955, p 4; [1955] ICJ Rep 4 (6 April 1955).

83) Merge Claim (United States v. Italy) Italian-United States Conciliation Commission 14 R.I.A.A. 236 (1955).

(Barcelona Traction Co.) 사건은 법인의 국적이 문제된 대표적 사례이다. 통상 국적 결정에 있어 법인의 국적은 등록지국으로 보는 것이 관례이다. 어느나라 법에 따라 설립된 법인인가, 즉 설립지법주의에 따르는 것이다.

바르셀로나 전력회사는 캐나다법에 따라 설립된 회사로 스페인에서 영업활동을 하다 파산하여 스페인 파산법에 따라 파산절차가 진행되고 있었다. 동 회사의 국적국인 캐나다가 회사와 주주의 이익을 보호하기 위해 노력하다가 중단하였다. 이에 동 회사의 대주주들의 국적국인 벨기에가 자신의 국민들을 보호하기 위하여 외교적 보호권을 주장하면서 스페인을 상대로 국제청구를 제기하였다.

ICJ는 회사와 주주는 별개의 법인격을 가지므로 회사에 대한 피해가 항상 주주의 피해를 의미하지는 않으며, 더 큰 혼란을 방지하기 위하여는 기업의 국적국만이 외교적 보호를 행사할 수 있다고 판시하였다.⁸⁴⁾

국가의 위법행위로 인해 외국인에게 피해가 발생한 경우, 국내구제완료의 원칙에 따르면 국적국이 곧바로 책임을 추궁할 수는 없다. 상대국가에서 가능한 권리구제수단을 모두 경료한 이후에도 법적 구제를 허용하지 않았을 때에, 비로서 유책국을 상대로 국가책임을 추궁할 수 있다. 國內救濟完了의 原則(exhaustion of legal remedies)은 ILC협약 초안 제14조에 규정되어 있으며, 국제관습법상의 원칙으로 보는 것이 통설이다.

다만 협약 초안 제15조에 따르면 일정한 상황에서는 국내적 구제의 완료가 요구되지 않는다.

첫째, 실효적 구제를 제공할 수 있는 합리적 수단이 현지에서 제공되지 않고 있거나, 현지 법원이 독립성이 없기로 악명이 높은 경우, 또는 구제를 기대하기 어려울 정도로 반대의 판례가 확고히 확립되어 있는 경우 등과 같이 국내적 구제절차가 합리적인 구제가능성을 제공하지 못하는 경우

둘째, 구제절차가 유책국에 의하여 불합리하게 지연되고 있는 경우(undue delay)

셋째, 피해자와 유책국간에 연결성이 미약하여 유책국에서 국내적 구제를 밟으라는 요구가 합리적이지 않은 경우

넷째, 피해자가 유책국으로의 입국이 거부된다거나 하여 국내적 구제절차로부터 명백히 배제되고 있는 경우

다섯째, 분쟁 당사국들이 원칙의 적용을 배제하기로 합의하거나 또는 피청구국이 이에 기한 항변을 포기한 경우 등 국내적 구제의 완료가 요구되지 않는 몇가지 예외를 생각해 볼 수

84) Belgium v Spain - Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) - Judgment of 5 February 1970 - Second Phase - Judgments [1970] ICJ 1; ICJ Reports 1970, p 3; [1970] ICJ Rep 3 (5 February 1970).

있다.

4. 맺으며

막 글을 맺으려는데 뉴스에 의정 분쟁에 관한 소식이 전해진다. 정부의 의과대학 증원 방침에 반발하는 의대생들이 각 대학교 총장을 상대로 낸 가처분신청에 대해 법원이 이를 기각했다는 것이다. 서울중앙지법 민사합의50부(김상훈 부장판사)는 30일 국립대인 강원대·제주대·충북대 의대생 총 485명이 각 대학 총장·한국대학교육협의회장을 상대로 제기한 대입전형 시행계획 변경 금지 가처분신청을 받아들이지 않았다고 한다. 한편 법원은 이들이 국가를 상대로 낸 가처분신청은 서울행정법원으로 이송해야 한다고 판단하였다.

이번 노트의 주제인 외교적 보호에 관련된 네이버 라인사태 같이 국제사회를 배경으로 한 문제는 '전략과 법'이 중요한 요소가 된다. WTO법을 해석함에 있어 미국의 국내정책과 국내법 규준을 적용하자고 주장하는 경우도 없지 않지만, 이는 드문 일이다. 라인사태에서 일본정부가 행정지도를 통하여 시장에 개입하기는 하였지만, 그것이 네이버에 대하여 위법행위를 구성한다거나 할 것 같지는 않다. 위안부나 피징용공 문제와는 다르다고 보아야 한다. 다만 정부가 다양한 비사법적 방법을 통하여 우리 기업인 네이버를 전략적·외교적으로 보호해야 하는 것은 당연하다.

요컨대 국가는 외교적 보호권의 주체로서 피징용공 사건 담당법원의 판사대로, 그 행사 여부나 행사의 방법 정도에 있어 전적으로 재량권을 행사한다. 즉 전략과 법에 따라 재량하여야 하고 재량할 수 있다. 물론 남아프리카공화국 Kaunda 사건에서 보듯이 “심각한 인권침해를 받은 자국민의 보호는 국가의 의무이며, 증거가 명백하다면 정부에 대한 지원요청은 거부될 수 없고, 만약 거부된다면 이는 사법심사의 대상이 될 수 있다”고 평가한 판례도 없지 않다. 이러한 경우는 재량의 축소 또는 영의 재량의 상황이라 할 수 있다.

이에 대하여 의대정원 문제는 '이념과 공공정책'으로서의 성격이 강하다. 보수적 정파라면 이를 시장논리에 맡기게 될 것이다. 의사협회의 자율권을 존중할 것이고, 세계시장에서의 의료서비스 문제에 있어서는 이념과 상관없이 의료시장의 개방에 대비한 전략과 국제법을 생각할 것이다. 따라서 보수정부마저 의대증원을 강력하게 추진하는 작금의 현실은 그만큼 의사부족 문제가 심각하다는 것을 의미한다. 적극국가·행정국가화의 내용과 그 한계, 의과대학생들의 학습권이나 직업선택의 자유 그리고 국민의 보건에의 권리 등 국가의 기본권 보호의무와 시민의 기본권이 충돌하는 문제에서 법원이 일단 정부의 손을 들어 준 것이다.⁸⁵⁾

헌법국가에서 행정국가로 국가의 성격이 변화함에 따라 시장에 대한 국가의 개입이 잦아진다. 소위 적극국가 또는 현대 복지국가관의 진전으로 행정절차법 등 행정법 영역이 새롭게 정비된다. 행정청의 행정행위는 기속행위와 재량행위로 나뉘어 지는데, 국민의 기본권을 제약하는 행위들은 기속행위, 국민의 공공복지를 위한 급부행정 영역은 재량행위의 성격을 가

85) 의대정원 증원처분에 대한 집행정지신청 사건[대법원 2024. 6. 19. 자 중요 결정] 대법원 2024 무 689.

지는 것이 일반적이다.

의사증원 정책영역을 급부행정 영역에 해당한다고 보면 국가의 증원신청에 관한 조치들은 국가의 재량행위에 해당할 것이다. 따라서 의사협회나 의과대학생들의 기본권 침해 주장이 받아들여질지 의문이다. 다만 재량행위의 경우에도 재량권의 남용·일탈이 있는 경우에는 무효는 아니지만 취소될 가능성이 없지 않다. 한편 행정국가화의 경향에서 법치행정의 원리를 구현하기 위하여 독일에서는 피해를 입은 시민에게 無瑕疵裁量行使請求權이라는 새로운 행정법상 권리를 판례를 통하여 인정하고 있다.⁸⁶⁾

동 권리는 행정청의 행정권 발동에 재량행위가 인정되는 경우에도, 이에 관하여 하자없는 적법한 권리행사를 청구할 수 있는 권리로 독일 연방행정재판소의 띠툼판결(1960.8.8.)에서 처음 논의되고 발전된 권리이다. 당시 주거지역에 설치된 석탄제조시설로 인해 피해를 입은 인근 주민이 이에 대하여 소송을 제기하였고, 연방행정재판소는 무하자재량행사청구권을 인정하고 재량권의 영으로의 수축에 근거하여 이 주장을 인용하였다. 앞서 본 외교적 보호에 관한 남아프리카공화국 헌법재판소 사례의 취지와 유사하다.

무하자재량행사청구권은 새로운 권리로서 권리성이 인정되는 경우에도, 적극적으로 행정의 개입을 요구할 수 있는 행정개입청구권은 재량권이 영으로 수축되는 경우 외에는 인정되지 않는다. 또한 “행정개입청구권이 인정되는 경우에도, 절차법상 의무화 소송을 인정할 수 있는가”가 문제되는데 부정설이 다수설이다. 무하자재량행사청구권이 인정되기 위하여는 정부의 작위의무를 발생시키는 강행법규가 존재하여야 하고, 그러한 근거법규는 공익과 사익을 보호하는 것이어야 한다.

본 사안과 관련하여 헌법이나 교육 또는 의료관계법 조항들이 근거법규가 될 수 있을 것이다. 무하자재량행사청구권에 관한 대표적 판례로 검사임용거부처분취소 사건을 들 수 있다. 많은 행정법학자는 동 사건에서 독자적 권리로서 무하자재량행사청구권이 처음 인정된 것으로 보고 있으나 홍정선 교수는 비례의 원칙 또는 과잉제한 금지의 원칙이나 기존의 재량권 일탈 남용 이론이 적용되어 취소의 판결이 나왔을 뿐, 무하자재량행사청구권을 독자적 권리로 인정한 판결이 아니라고 한다.

요컨대 무하자재량행사청구권은 행정청의 근거법규가 사익을 보호하는 목적을 갖는 경우 인정되는 개인의 주관적 공권으로서, 보통 실체적 공권이 행정청의 특정한 처분을 전제로 하는 것과 차이가 있다. 예컨대 도로점용허가를 받은 자에게 있어 근거법규인 도로법에서 보호하려는 사익은 개인의 도로점용으로 인한 영업상 이익이 된다. 한편 “무하자재량청구권의 독자적 권리성이 인정되는 경우, 재량처분의 상대방은 무하자재량청구권의 침해만으로 항상 취소소송의 원고격적이 인정되는가”하는 문제가 있다.

다수설은 무하자재량행사청구권을 형식적 권리로 보아, 예컨대 직업선택의 자유나 학습권

86) 김동희. (1990). 무하자재량행사청구권. 법학, 31(3/4), 59-85; 홍강훈. (2012). 무하자재량행사의 독자적 청구권성. 공법연구, 40(3), 289-311; 이비안. (2012). 이익형량(利益衡量)의 입장에서 바라본 행정법: 무하자재량행사청구권(無瑕疵裁量行使請求權) 및 신청권(申請權). 법학연구, 53(1), 59-87.

같은 실체적 권리와 독립하여 검토될 수 없다고 본다. 다만 무하자재량행사청구권의 ‘상대방인 행정청의 법적 의무는 단순한 응답의무가 아니라 재량의 한계를 준수하여 처분을 발령할 의무로서 거부처분의 재처분의무의 내용을 확정’하는 기능을 할 것으로 보아야 할 것이다.

전술한 바와 같이 권리 관념과 의무관념은 법을 생각함에 있어 핵심적 키워드라 할 수 있다. 자본주의·시민사회의 등장으로 중세시대 의무 본위의 사고방식은 권리와 의무가 균형을 이루는 시대를 열었다. 한편 자본주의 사회의 진전으로 사회적 부정의와 시장의 실패는 적극국가·행정국가 시대를 여는 계기가 된다. 그리고 새로운 공권 새로운 사회권 관념의 발전으로 법치주의를 둘러싸고 정부와 시민간 법적 분쟁으로 비화하는 사례가 빈발하고 있다. 의정분쟁 역시 그 한 예가 된다.

의사라는 직업은 국민의 건강과 생명을 지키는 소중한 역할을 수행하는 공공적 성격을 갖는다. 이에 따른 여러 의무가 법에 의하여 요구되고 있다. 한편 의사는 하나의 직업으로서 그 자격은 재산권으로서의 성격을 가지기도 한다. 사회적·경제적으로 적절한 의사의 수 또는 의과대학 정원 등의 문제를 순수한 공익적 문제로만 볼 것인가? 학습권이나 자유로운 직업선택권, 적정의사 수와 의사직의 재산권 역시 법이 보호하려는 이익이라 할 수 있고 무하자재량행사청구권을 인정하여야 하는 것은 아닌가?

정부의 시장 개입이 사회국가화로 인하여 확대되면서 권리와 의무의 균형에서 시작한 시민민주주의·자본주의는 의무를 강조하는 정부와 새로운 권리를 주장하는 시민간 갈등 양상으로 비화하는 경우가 많아지고 있다. 시민들은 조심스럽게 정부를 상대로 한 가처분이나 본안소송의 향후 추이를 지켜보고 있다.

V. 세계행정부법(GAL)

1. 국제헌법주의(International Constitutionalism)

칸트의 국제헌법주의는 이상주의적 세계관을 대변한다.⁸⁷⁾ 이에 대하여 세계를 현실주의 또는 신현실주의 관점에서 바라보는 입장이 있다. 현실주의적 세계관은 정치나 경제 등 현실적으로 공동체의 역학관계에서 중요한 의미를 갖는 요소의 상호작용과 인과관계를 분석의 대상으로 한다. 현실주의적 세계관에 공동체의 역사적 경험과 교훈을 더하여 그 현상을 이해하고 진단한다면, 우리는 이를 신현실주의(neo-liberalism)라 부를 수 있다.

예컨대 유럽의 통합과 복지의 문제에 관하여 시장의 단일화나 대 공산권 공동방위의 관점에서 EU로의 통합과 확대를 지지한다면, 이는 현실주의적 관점이라 할 수 있다. 유럽의 협력과 통합을 지지하면서도 수많은 전쟁과 그로 인한 역사적 교훈들을 통하여 현실을 이해하여야 하고, 원리적 차원에서 무조건 통합으로 나아가야 한다고 주장할 수 없다고 보는 것은 후자의 관점이 된다. 미국이 현실주의 입장이라면 에드워드 카를 비롯한 영국 학자들은 신현실주의 입장이라 할 수 있다.

2. 헌법제정권력(Constitutive Power)

하나의 공동체를 이해함에 있어 정치과정은 중요한 의미를 갖는다. 정치과정은 통합(inclusion)과 배제(exclusion)의 과정이라 할 수 있다. 공동체의 주체세력은 구성권 또는 제헌권(constitutive power)을 통하여 통합을 가능케 하고, 저해요소들을 배제하여 공동체를 유지한다. 통합과 배제의 정치과정에 관한 예로 200여년전 미 합중국의 건국 과정을 들 수 있다.

당시 연방주의자와 반연방주의자의 대립은 연방주의자의 보고서를 통하여 적나라하게 드러나는데, 결국 연방주의자의 승리로 미 합중국은 연방국가가 된다. 통합과 배제의 정치과정은 EU의 통합과정이나 WTO 같은 입법창설적 다자조약 체제에서도 볼 수 있다.⁸⁸⁾ 미국의 경우 통합과 배제라는 정치 현상은 19세기 중엽 노예해방을 둘러싼 남북 주들간 대치를 둘러싸고 또 한번 발생한다.

통합과 배제의 과정은 공동체 창설을 위한 제헌세력의 일이기도 하지만, 공동체 유지를 위하여 권력을 위임받아 통치권을 행사하는 정부의 일상적 기능에서도 볼 수 있다. 절대왕권이 나라를 지배하던 시절에는 권력간 분립이란 존재하지 않았다. 그러나 시민이 제헌세력 또는 헌법제정권력으로 등장한 근대 시민민주주의 사회에서는 권력은 분립되어 상호 견제토록 되어 있다.

87) 강성률. Supra note 45.

88) 박인수. (2013). Supra note 31.; 전훈. (2009). 유럽공동체법원과 유럽인권법원을 통한 유럽법의 국내법 질서로의 정착. 토지공법연구, 43(3), 511-528.

예컨대 김건희 특별법에서 볼 수 있듯이 의회 다수당의 독재를 방지하기 위하여 헌법은 대통령에게 법률안 거부권을 부여하고 있다. 대표적 권력분립주의 헌법의 예로 미국의 연방헌법을 들 수 있는데, 미국은 정부를 입법·행정·사법의 삼권으로 분립하여 상호 견제와 균형을 이루게 하고 있다. 특히 미국은 연방국가이므로 연방정부와 주정부간 이원적 주권체계를 가지고 있고, 양원제 의회와 함께 다양한 권력분립구도가 헌법에 내재해 있다. 이는 연방주의자의 보고서를 통하여 알 수 있듯이, 전단적 권력에 대한 심각한 회의와 시민의 인권 보장을 배경으로 한다.

3. 세계행정법의 이해

제헌권이나 世界行政法의 이해는 이러한 통합과 배제의 정치과정에서 이해할 수 있다. 다만 우리가 세계의회법이나 세계재판소법이라 부르지 않는 것은 존 로크식 또는 국제법식 명명이라 할 수 있다. 몽테스키외와 달리 존 로크는 정치과정을 통하여 도안된 정부의 통치권을 입법과 집행권으로 이분하였다.

국제법 강론의 한 체계인 국가관할권 문제에 있어 우리는 입법관할권과 집행관할권으로 이분화할 뿐 특별히 사법관할권이란 말을 사용하지 않는다. 그런데 이는 단순히 명명의 문제가 아니라 어느정도 현실을 반영하고 있다.

지금은 독립한 사법부가 되었지만, 얼마전까지만 하더라도 영국의 대법원은 의회의 상원 법사위 소속기관에 불과하였다. 또한 입법창설적 다자조약으로 만들어진 국제행정 또는 국제관리체제는 기본적으로 관련 주제에 관하여 국가간 권리와 의무를 규정하고, 법적 분류가 발생할 경우 이를 해결하는 사법기능이 핵심을 이루고 있다.

따라서 입법과 사법작용은 공동체 초창기나 약한 공동체가 가져야 할 최소한의 국가기능이라 할 수 있다. 이는 정복왕 윌리엄이 영국을 정복하고 처음으로 행한 일이 보통법 법원을 정비한 것이었고, 입법과 집행의 이분법은 민주주의 이론가 로크에 의하여 17세기에서야 주창된 사실에서도 알 수 있다. 또한 우드로 윌슨에 의하여 행정의 중요성이 부각되기 시작한 20세기 무렵까지만 하더라도, 미국이 의회와 사법부를 중심으로 한 헌법국가였다는 사실 역시 이를 시사한다.

요컨대 우리가 세계행정법을 이야기 하는 것은 세계화와 함께 통합과 배제의 정치과정이 성숙해가고 있다는 것을 반증한다.⁸⁹⁾ 그러나 이는 사실 입법과 분쟁해결제도를 본질로 하는 중세시대 큐리아 레지스(Curia Regis)체제 비슷하다.

유엔이 분담금 문제로 시끄럽고 WTO 상소심 법관 임명이 무력화되는 현실에서 국제관리체제를 통하여 볼 수 있는 행정은 원시적이거나 연약하다. 또한 세계행정법과 국제관리체제를 통하여 우드로 윌슨이 제창한 현대 적극국가 또는 복지국가 패러다임을 찾는 것은 여전히

89) 류병운. Supra note 58.

요원하다.

ILO나 WTO가 시장과 노동의 이익을 수호한다 하여도, 이는 원리에 불과하거나 최소한의 기준을 지키기 위하여 권고하는 성격을 가질 뿐이다. 유엔인권보장 체계 역시 그러하다. 그러나 세계행정법이 이름에 불과하고 그 본질에 있어 행정보다는 입법이나 사법기능의 문제와 관련된다고 하여, 그것이 이상적인 차원의 것에 불과하다거나 또는 현재의 공동체와 관련이 없다는 것은 아니다.

세계행정법은 현재 국제기구의 체제론적 이해를 강습하고 이를 유지 강화하는 것은 물론 그것을 발전시키기 위한 개념론적 패러다임이기 때문이다.⁹⁰⁾ 제한권을 통한 공동체의 창설과 유지 및 강화, 그리고 그 발전은 헌법제정권력의 계속되는 관심사이기 때문이다. 이때에 헌법과정은 통합과 배제라는 정치과정과 실질적으로 매우 유사하다.⁹¹⁾

전자는 규범적 위앙스가 보다 강할 뿐이다. 통합과 배제라는 정치과정 또는 헌법과정은 영국의 EU 탈퇴나 트럼프의 대선 출마자격 논란에서도 볼 수 있다. 공직자의 공무담임권에 관한 수정헌법 제14조 제4항에 따라 반역 등 일정한 범죄에 연루된 자는 공직선거에 출마할 수 없게 되어 있다.

지난 미 대선 개표과정에서 발생한 의사당 난입사건과 관련하여 기소된 트럼프는 동 조항에 따라 내년 대선은 물론 공화당 후보 선출을 위한 예비선거에 출마할 자격이 있는지 불투명하게 되었다. 주대법원과 연방대법원에서 출마자격을 둘러싼 법적 논쟁이 한창인 가운데 주대법원의 판결이 갈리고 있다.

콜로라도주와 메인주 대법원이 트럼프의 공화당 대통령후보 경선에 참여할 자격을 박탈한 가운데 미시간주 대법원은 이를 인정하여 혼선을 빚고 있다. 아마도 연방대법원은 사법부의 독립이나 정치적 중립성을 위하여 최종 판결을 늦추지 않을까 한다. 정치과정과 헌법과정이 불가분적으로 연결된 예라 할 수 있다.

4. 세계행정법과 사법제도

전술한 바와 같이 세계행정법에 있어 입법·사법적 체제는 국가 아닌 세계행정의 주체인 공적단위, 즉 세계관리체제의 핵심적 부분이 된다. 따라서 세계행정법과 관련하여 법적 분쟁의 해결을 위한 사법제도는 매우 중요한 의미를 갖는다.

예컨대 EU의 통합문제에 있어 유럽사법재판소의 역할이 중요하고 미국의 역사는 이민과 개혁의 역사로서, 미 대법원은 미 합중국의 정합성과 동질성, 그리고 정치적·경제적·사회적 통합을 위하여 노력하였다.

90) Cassese, *Supra* note 69.

91) Kim, K. (2018). *Best Practices for the Constitutional Government Under the South Korea Framework of Democratic Experimentalism* (Doctoral dissertation, Walden University).

흑백차별 같은 인종차별, 선거홍보물 언어의 다양성 문제 등 차별을 배제하고 통합을 향한 많은 판결에서 그 예를 찾을 수 있다. 지금도 이민의 제한이나 이민법 문제가 중요한 법적 주제가 되는 것은 통합과 배제라는 공동체의 정치과정이 헌법과정의 성격을 갖는다는 것을 보여준다.

대륙법 전통 체계하에서, 이는 스펀트의 통합주의적 헌법관에 의하여 대표된다. 통합을 위한 사법제도는 (i) 강제관할권 (ii) 심급체계 (iii) 지역적 체계성 등 세가지 관점에서 평가해 볼 수 있다.⁹²⁾ 가장 통합의 정도가 강한 사법제도는 우리나라, 일본, 미국 등 국가 형태의 조직, 즉 단일국가나 연방국가에서 찾아 볼 수 있다.

이들 나라의 사법제도 하에서 국민은 대부분 출생과 함께 국적을 취득하고, 속인주의 원칙에 따라 사법제도에 당연히 복종하여야 한다. 또한 사실심과 법률심 등 3심 체계가 헌법과 법률에 따라 보장되어 있다. 그리고 관할권 조항에 따라 보통의 경우 지역적으로 법원조직이 체계화 되어 있다.

세계행정법이 다루는 국가 아닌 공적 주체, 대표적으로 국제기구 같은 경우 이러한 세가지 관점에서 강고한 사법제도를 가지고 있지 못하다. 예컨대 국제사법재판소의 강제관할권은 ICJ 규정 제38조를 수락한 국가에만 미친다. 이는 국가의 동의를 국제법 효력의 근거로 보는 뿌리 깊은 의사주의적 국제법관 체계에서 벗어나지 않는 것이다. 따라서 국내 형사법원 또는 민사법원의 관할권과 성격을 달리한다.

국제기구 중 사법적 성격이 강하다고 할 수 있는 WTO 분쟁해결제도의 경우에 회원국 자격을 취득하게 되면, 단일수락의 원칙(single undertaking principle)에 따라 당연히 분쟁해결기구의 관할권을 수락하는 것으로 간주된다.

이는 개별적으로 수락여부가 결정되는 국제사법재판소의 경우와는 다르지만, 회원국 자격 취득이라는 국가의 자발적 의사에 기초하여 관할권이 창설되므로, 그 궁극적 연원이 국가의 의사에 기초한다는 점에서 동일하다. 또한 WTO의 경우, 심급체계는 존재하지만 지역적 체계성의 관점에서 국내사법제도와는 차이가 있다. 그리고 WTO 내에 지역협정 감시기구는 있지만, WTO 분쟁해결기구가 지역협정 분쟁해결기구의 상급심은 아니다.

EU의 경우를 보면 국제기구(International organization)라기 보다는 초국가기구(Supranational organization)라 할 수 있다. '국가간'이라는 의미의 '국제'라는 말이 의미하듯이, 국제기구는 평등한 주권국가들이 모여 자신들의 편의를 위하여 국제기구를 만들고, 국제기구의 위상은 일반적으로 자신들과 평등한 지위에 있는 다른 법인격자라 할 수 있다. 이에 비하여 EU는 초국가기구란 말이 어울린다. 초국가기구는 개별 구성국을 초월한 독립된 실체이지만, 연방국가에 비하여 통합의 긴밀도가 적다고 할 수 있다.

예컨대 EU법은 미국과 같이 최고법으로서 구성국 국내법에 대하여 우위의 효력을 갖는다.

92) Kingsbury, Supra note 55.

그렇지만 미국과 달리 EU 차원의 심급체계나 지역적 체계성은 갖추지 못하고 있다. 환언하면 미국과 같이 연방대법원 격인 유럽사법재판소 즉 ECJ는 존재하지만, 연방지방법원이나 연방고등법원에 해당하는 법원은 존재하지 않는다는 것이다. 물론 미국과 같이 EU법 문제인 경우에는 구성국법원의 제청과 같이 일정한 법절차에 따라 ECJ가 관할권을 행사한다.

이는 이주 시민간 소송과 함께 미 연방법원의 관할권 발생 원인의 하나인 연방문제 관할(federal question)비슷하다. 그런데 미국의 경우 이원적 주권체계 하에서 주 정부는 포괄적으로 통치권을 행사할 수 있다. 말하자면 본래적 의미의 국가권력은 수정헌법 제10조에서 보듯이 주에 포괄적으로 귀속된다.

연방정부는 헌법제정권력이 연방헌법에서 위임한 사항에 관하여 제한적으로 권력을 수임받았을 뿐이다. 따라서 연방법원은 주 고유의 권한 범위내에 있는 문제에 관하여 적극적으로 관할권을 행사하지 않고 자제하는 관행이 있다. 사법적 자제(judicial restraint)의 특수한 경우로 우리는 이를 ‘주 고유의 독립적 근거에 의한 자제(Adequate and independent state ground doctrine)’라고 부른다.

이번 트럼프 소송의 경우, 주 대법원은 연방문제의 성격을 가진 사안에서 판단을 자제하지 않고 판결로 나아갔다. 주 문제이자 연방문제이기도 한 사안에서 적극적으로 심판권을 행사한 것이다. 다만 연방대법원에도 동일한 소송이 계속되어 있어 연방법원의 판결 추이가 주목된다.

아마도 연방법원 역시 ‘주 고유의 독립적 근거에 의한 자제’ 같은 이론에 따르지 않고, 적극적으로 심판권을 행사할 것 같다. 그렇다면 연방법원에서 트럼프의 경선에의 출마자격을 인정하는 경우 주 대법원의 판결은 어떻게 될까? 수정헌법 제 6조 연방법의 우위 조항이 상호 모순·저촉하는 연방법원의 판결과 주법원의 판결에도 그대로 적용될 수 있을까?

문리상 연방법에는 연방법원의 판례법도 포함되어야 한다고 하면 답은 긍정적이라 할 수 있다. 또한 대통령 선거의 整合성이나 연방제도의 體系성의 관점에서도 트럼프는 모든 주에서 공화당 경선에 출마할 수 있다고 보아야 한다.

세계행정법 문제는 20세기 유엔의 창설과 함께 새롭게 문제 영역으로 등장하고 있다.⁹³⁾ 통합과 배제의 정치과정·헌법과정으로서 논의되는 문제로서, 세계행정법에 대한 우리의 인식 문제는 복잡한 법체계는 물론, 공직에 대한 우리의 기성관념에 맞물려져 있는 문제이다. 어쩌면 UN 공무원과 초국가기구인 EU의 유로크라트(Eurocrat), 미합중국 연방공무원 등의 위상과 우리의 인식은 칸트식 부르조와 이상주의 세계체제의 진단을 위한 시금석이 될지도 모른다.

5. 세계행정법의 개념

93) Kingsbury, Krisch, & Stewart, Supra note 56.

세계화와 인류의 동질화로 인하여 세계행정법이라는 새로운 학문분야가 발전하고 있다. 이는 국가 아닌 다른 공적 주체, 대표적으로 입법창설적 성격의 다자조약 체제, 우리가 흔히 국제관리체제라고 부르는 WTO, 해양법 기구, 여러 지역협정, 우주관리나 북극해 관리를 위한 다자조약 체제 같이 새로운 성격의 국제기구가 제정하는 규범과 판정 등이 일정한 受範者 그룹이 있거나 아니면 그들에게 실질적으로 영향을 미치는 경우 이러한 규범과 판정을 지칭하는 말이다.

이때에 일정한 수범자 그룹이란 i) 다른 공적 주체(other public entities) ii) 국가 또는 개별 국가들의 기관 iii) 개인이나 다른 사적 행위자들을 의미한다. 이러한 실제적 세계행정법과 함께 절차법 영역의 세계행정법이 존재한다.

이는 자신들의 법이나 판정과 관련하여 세계행정법 제정기관의 행위를 통제하는 절차에 관한 법으로 우리는 이를 世界行政節次法이라 할 수 있다. 예컨대 WTO 세이프가드협정이 회원국 또는 회원국 정부에 영향을 미치는 世界實體行政法이라면, WTO의 DSU는 세이프가드 협정을 둘러싼 회원국간 통상분쟁에 대하여 판정을 내리기 위한 절차를 다루는 세계행정절차법이라 할 수 있다.

이러한 세계행정절차법은 심리를 위한 절차의 준비, 투명한 절차, 이유부기의무, 참가요건, 법적 책임과 배상 등에 관한 법이라 할 수 있다. 이러한 세계행정소송들에 관하여 公共性(requirement of publicness)과 법으로 적용될 수 있는 기능적 의미들에 관하여 살펴볼 필요가 있다.⁹⁴⁾

6. 구조와 합법적 체제

세계행정기관의 제도와 구조 및 공적 기관의 헌법적 통제는 인권의 신장과 자유, 개인의 능력, 평등과 공정 또는 복지 같은 실제적 정의의 실현에 있어 당연히 가장 중요한 것이다.

이러한 문제들은 공법이 추구하는 가치나 세계행정법의 정신을 실제 구현하는데 있어 중요하다. 이들은 아마도 대부분의 경우 실제적 정의를 추구함에 있어 많은 힘이 될 것이다. 그럼에도 이러한 문제들에 대한 연구는 아직 시작에 불과한 단계이다.

WTO의 DSU 같이 조직 기구의 절차법을 만들어 제도의 도안과 헌법체계를 만들어 지배하는 것은 주요 행위자들의 전략에 영향을 미칠뿐 아니라, 탈출구 또는 목소리의 조건과 비용을 결정한다. 입법을 위해 구성된 의회처럼 신중한 정책결정절차가 가능한 헌법체제는 논쟁이나 공적 합리화에 있어 보다 나은 평가를 가능하도록 할 것이다. 그러나 실제적 결정 그 자체로는 일관된 논리나 명확성을 결여하기 쉽다.

모든 관련된 이해관계자가 대표성을 갖는 의사결정절차는 그것이 폐쇄적인 경우에도 성공할

94) Kingsbury, *Supra* note 56.

것이다. 그러나 대표성에 약간의 결함이 있는 경우에도 법절차가 투명하고 관련된 시민사회나 산업분야들과의 광범위한 협의가 선행되는 경우, 역시 성공할 수 있는 가능성이 높다고 할 수 있다.

7. 심판절차의 적정성

재판절차의 적정성은 관할권 문제, 청문절차, 제소권(loci standi), 구성원의 임명 등에 관련된 법과 규칙에 의하여 좌우된다. 법적 분쟁을 법에 따라 해결하려는 사법적 성격이 강한 재판기관은 실무상 보다 많은 입법적 기능을 부여 받는다. 이러한 성격의 절차법에서는 법률가와 법적 접근방식이 중요한 의미를 가지고, 다른 행위자들은 해를 입게 되는 구조가 된다.

심의적 성격이 강한 기구에서 절차법이란 광범위한 시민사회의 참여를 가능케 하고, 새로운 의제에 대한 대응이 신속하다는 장점이 있다. 또는 그러한 절차법은 보다 강력한 이해관계자들로 인하여 무력화되어 다른 유연한 법정에서 다투어지고 결정을 내리도록 하기도 한다. 예컨대 미국정부의 WTO 분쟁해결제도에 대한 불신과 상소심법관 임용에 대한 거부권행사는 그러한 맥락에서 이해할 수 있다.

규범적 관점에서 제도의 도안은 실제적 성과가능성을 높일 수 있어야 한다. GAL로 부터 얻을 수 있는 교훈은 약간의 처방과 다른 접근방식에 관하여 가이드로서 기능한다.⁹⁵⁾ 특히 GAL과 실증적 정치이론에 관한 연구가 결합하는 경우 우리는 많은 교훈을 얻을 수 있다.

제도의 도안은 또한 GAL 체계에 의하여 커버되지 못하는 다른 경로를 참작할 필요가 있다. 아니면 표준적인 합리주의적 제도주의자들의 논리를 고려하여야 한다. 예컨대 보편주의적 가치가 기능할 수 있는 영역의 주요한 정치적 인물들에게 상상력의 리더십을 발휘하도록 자극하는 것이 필요하다. 보편주의적 가치가 지배적인 영역으로 기후변화와 환경주의(environmentalism)는 그 한 예가 될 것이다.

이러한 영역에서는 단순히 분과적인 또는 국가내적인 정치적 이익을 초월하여 상상력에 따른 행동과 조치가 가능할 뿐만 아니라, 현실적으로 차이를 만들어 낼 수 있다.

8. 국제관리체제와 제한권

국제관리체제를 구성하기 위한 헌법제정권력, 소위 제한권은 “구성을 향한 권력(constitutive power)” 이라 할 수 있는데, 이는 국제기구의 구성과 같이 국제사회에서도 일어나는 현상이다. 국제사회의 다자조약체결 과정은 연방국가 양원제 국회에서 상원에 비견할 수 있다.

따라서 국내헌법에서의 제한권 문제가 보통의 경우 상원과 하원이 공동하여 행사하는 권력이라면 국제사회에는 하원이라 할 수 있는, 즉 세계시민을 대표하는 세계의회가 부재하므로

95) Krisch, Supra note 65.

제한권의 행사는 국가간 합의에 기초한다. 상원 같이 다수결에 의하여 의사결정을 할 수 없고 모든 국가의 동의로 다자조약체제가 창설되지만, 굳이 비유하자면 국제사회의 제한권자는 미국 같은 연방국가의 상원에 비견해 볼 수 있다.

제한권과 “헌법의 권위(pouvoir constituant and pouvoir constitue)” 라는 명제에 깃든 논리와 문제들이 그러한 상황에서 의미를 갖는다. 정부간 기구들의 창설을 위한 구성과정에서 구성의회의 대표성 문제는 각 참여국의 행정부에 의하여 선발된 수임인들이 파견됨으로써 해결될 것이다.⁹⁶⁾

요즈음 변화한 현실에 따르면 NGO와 같이 시민사회를 대표하는 국제기구 안팎에 존재하는 한계선 상의 사람들을 위한 빈자리도 없지 않다. 그들은 스스로 그들의 회원이나 지지자들 사이에(inter se) 또는 회원이나 지지자들에 관하여(vis a vis) 일정한 대표제 시스템을 가지고 있다.

개별 국가들의 대표성 문제는 구성하려는 헌법이 개별국가의 동의절차가 필요한 강학상 조약이거나 기타 폭넓은 사려과정을 거쳐야 하는 성격의 것이라면 더욱 중요한 의미를 가질 것이다. 일단 헌법이 제정되면 만들어진 제도와 헌법 기관들은 원 구성권력으로부터 어느 정도는 독립·분리될 것이다. 예컨대 독립·분리의 정도가 강하다면 WTO 분쟁해결기구는 국내 사법기관 유사한 지위를 가질 것이고, 분리·독립 정도가 약하다면 중재로서의 성격을 가져 지위나 역할의 관점에서 회원국들이 보다 중요한 의미를 가질 것이다.

창설된 제도는 절차법을 채택하고 묵시적 권한을 행사하며, 개인이나 개별 국가들의 권리침해에 대하여 책임을 인정하거나 부인할 것이다. 또한 다른 부차적 성격의 기관을 창설하거나 다른 제도들과 함께 합동하여 제도를 강화시킬 것이다. 나아가 일반적이고 포괄적으로 헌법제정행위 유사한 절차를 통하여 실체적 행정법과 절차적 행정법을 창설하고 적용할 것이다.

그러한 제도들을 보다 강력하게, 보다 깊게 정착시키는 것은 WTO와 미국 정부간 갈등이 시사하듯이 훨씬 어려운 문제가 된다. ‘대중이 없이 민주주의는 없다(no democracy without demos)’라는 경구는 ‘정부형태나 조직 없이는 헌법주의가 없다(no constitutionalism without a polity)’라는 주장과 같은 것이다.

현 세계헌법주의 하에서 세계적 차원의 완전한 정부나 세계시민을 동질화시키는 그 무엇이 존재하지 않는 현실이다. 그러나 제도와 규범, 책임을 강화시키는 조치들과 국가내적, 국가간 또는 제도 밖의 간헐적이고 얇은 차원에 머무를 수 밖에 없는 절차와 과정들은 세계헌법주의를 위한 사회적·정치적 조건들을 창설하는데 있어 도움이 되는 것이 사실이다.

이러한 제도나 모범적 국제기구들이 EU나 다른 특별한 상황 밖에서 이러한 부담을 견딜 힘이 존재하는지에 관하여 보면, 단기적으로는 회의적이다. 그러나 전술한 여러 접근방식이

96) Johnston, *Supra* note 40.

이 문제에 관하여 실무적으로 유효한 작업을 하기 위하여 중요한 동기를 제공하는 대표적인 방식임에는 틀림없다. 그러나 헌법주의를 향한 동기와 열망은 이견과 다툼을 피할 수 없다.

열망의 목적, 구조적·실체적 목표와 선택의 실현을 향한 방향감각은 현 세계의 현실에서 합의된 또는 일반적 행위준칙이 지향하는 목적을 정확히 반영하고 있는 것이 아니다. 이때 선택이란 윤리나 덕목을 넘어 가치를 우선하는 것 또는 의무를 넘어 권리가 중요해지는 것을 의미한다. 이때에 가치는 사회적 가치에서 시작하여 국제적 헌법제도를 통하여 자연스럽게 경제적 성격의 것으로 강화될 것이다. 또한 의무론적 관념을 넘어 권리론적 관념이 보다 중요해질 것이다.

헌법주의는 나아가 체계와 구조의 정합성을 의미하는데, 이는 세계법이나 현존 제도가 아직은 가지지 못한 것이다. 또한 가까운 장래에 가질 수 있는 것도 아니다. 물론 이는 구체적이고 최소한의 범위에서 핵심적 기능이 적절한 기구나 행위자에게 배분되고, 어느정도 이행된다는 것을 의미한다.

이러한 최소한의 기능에 대하여 이를 설명하고 공감할 수 있는 정치사는 찾아볼 수 없다. 이는 20세기 새로운 현상이고 세계의 광역화·긴밀화로 인하여 발생하는 것이다. WTO 국제해양법체제, 남극조약, EU, 국제형사재판소 협약 등 다자조약 체제에서 일어나는 현상이다. 우리는 이를 국제헌법주의로 이해할 수 있고, 입법창설적 다자조약을 통하여 그들의 주체에 관하여 관리하고 통제하는 행정적 기능을 수행하게 된다.

이러한 새로운 정치현상을 이해함에 있어, 서양정치사상의 요소이자 정치적 아이디어 또는 관행으로 발전되어 온 입법권의 역사에 비견될 수 있는 세계적 차원의 그 무엇이 없다. 따라서 세계 입법권이 무엇을 의미하고 어떻게 구성되는지 설명할 수 있는 공통된 기반을 찾는 것은 매우 어렵다. 사실 구성적 권력, 즉 제한권이 국제적으로 행사되고 있지만, 보다 풍성한 형태의 국제헌법주의는 ‘부단한 생성(statu nascendi)’의 과정에 있을 뿐이다. 그럼에도 불구하고 세상과 시민을 향한 헌법주의자들의 신념은 여전히 기능하고 있다.⁹⁷⁾

9. 세계행정기관의 규범과 결정

국가 아닌 공적 단체 즉 세계행정기구에 의하여 창설된 규범과 결정은 여러 행위자들에 대하여 영향을 미친다. 세계행정기구의 실체적 외부 생산물은 그 처분의 대상이 되거나 영향을 받는 행위자에 따라 세부적 유형으로 나누어진다. 이때에 공공성(Publicness)요건은 세부적 유형 모두에 있어 공통적으로 필요하다.

이중 실체적 법규범과 결정들의 대상이 되거나 또는 국가 아닌 세계행정기구에 대하여 실질적으로 영향을 미치는 것들을 대표적 유형으로 꼽아 볼 수 있다. 이러한 유형은 국제 표준화 분야에서 그 예를 찾아 볼 수 있다.

97) Peters, *Supra* note 55.; Petersmann, *Supra* note 42.; Schwöbel, C. E. (2011). *Global constitutionalism in international legal perspective* (Vol. 4). Brill.

WTO 기술장벽협정은 수입에 대한 기술 차원의 제한이 국제표준에 일치하는 경우, 회원국은 WTO법을 위반하지 않았다는 추정의 이익을 누린다. 다만 그러한 추정은 반증에 의하여 번복 가능하다. WTO는 국제표준의 준비 및 채택, 그리고 적용에 있어 선한 관행을 위한 협약을 제정한 바 있다. 동 협약은 실제 국제표준화기구(ISO) 표준이 WTO법체계 내에서 안전한 항구로 기능하기 위하여 의무적으로 시행하여야 할 방법들에 대하여 일정한 가이드를 설정하고 있다.

VI. 법의 개념과 세계행정법

1. 법의 개념과 세계행정법

세계행정법에 대한 탐구는 법의 본질과 법철학의 주제들을 돌아볼 수 있는 계기를 제공한다. 법의 본질을 주권자의 명령으로 보는 오스틴식의 사고는 근대법을 이해하는데 있어 크게 공헌하였다. 이를 우리는 법실증주의 법철학이라 부른다.

법실증주의 법철학은 법의 효력의 근거가 무엇인지를 철학적으로 탐구하고, 법의 강제력은 법이 법이기 위한 핵심적 요소가 된다. 절대 왕권의 오랜 역사 속에서, 주권자의 명령에서 법이 효력을 갖는 근거를 찾던 영국의 법실증주의와 달리, 범게르만 주의나 게르만 관습법의 전통을 가진 유럽 대륙법계 국가들의 법실증주의는 사회관습이나 근본규범을 법이 법으로서 효력을 갖는 궁극적 연원으로 삼았다.

오스틴에 의하여 대표되던 영국의 법실증주의는 하트에 이어지고 유럽대륙의 법실증주의는 한스 켈젠에 의하여 집대성되었다. 법의 효력의 근거에 천착하는 법실증주의 법철학과 대비되는 것이 자연법 철학이다. 자기입법의 금지 소급입법의 금지나 이중처벌의 금지 같은 근대헌법의 기본 원칙들은 인간의 본성에서 유래하는 자연적 성격의 법이다.

우리는 이를 자연법이라 부르고 자연법 철학자들은 법의 효력을 궁구하는 법실증주의자들과 달리 법의 도덕적 정당성을 법철학의 중심주제로 삼게 된다. 로마의 키케로나 법과 정의의 문제에 천착하던 중세의 교회법 학자들, 근대 사회계약론자들은 인간 본성의 정의나 신의 뜻, 선한 주권 리바이어던, 시민 정부의 본질, 일반의사 같은 법의 이상과 정의의 문제를 다룬 자연법적 법철학자들이라 할 수 있다.

이러한 자연법 철학의 전통은 코크경의 보통법 지배사상이나 블랙스톤의 상위법 사상(higher law concept)에서 발견할 수 있는데, 이는 미국의 헌법제정과 헌법국가 사상으로 현실화된다. 20세기 들어 법의 도덕적 정당성과 자연법적 정의에 천착한 대표적 학자는 로널드 드워킨이라 할 수 있다.

하트의 인증에 관한 법규칙(rule of recognition),⁹⁸⁾ 즉 그의 3단계 법유형 중 2단계 법을 중심으로 세계법체제 하에서 인식할 수 있는 법효력의 근거를 찾는 하트 이론에 반기를 들고 정당하지 않은 법은 법으로서 갖추어야 할 요소를 갖추지 못한 것이라고 반박하였다.

이러한 하트와 드워킨의 다른 법철학적 주제와 접근방식은 세계행정법에 대한 이해를 위하여 필요하다. 세계행정법의 법철학적 이해에 있어 대표적 학자라 할 수 있는 다이젠하우스는 영국 법실증주의의 계보를 잇고 있다. 그는 세계행정법이 어떠한 체계와 과정에 따라 법

98) 권경휘, 전거서, 주) 73.

으로서의 요소를 갖추고 법의 개념론적 유형의 하나에 속할 수 있는가 하는 문제를 주제로 삼고 있다.

로널드 드워킨⁹⁹⁾과 론 풀러를 법철학에 있어 근본주의자·원리주의자로 성격 규정한다면 하트나 다이젠하우스는 현상주의자 또는 현실주의자로 성격 규정할 수 있다. 로널드 드워킨은 법이 법이기 위하여 필요한 도덕적 정당성을 통하여 법은 인류의 이상을 향하여 나아가야 하며, 이는 보통법이 무엇인가를 밝히는 보통법법원에 의하여 改良的인 방식을 통하여 토마스 홉즈가 말한 유토피아에 도달할 수 있다고 본다.

그는 근본주의자이지만 미 판례법국가의 학자로서 법원의 역할을 중시하면서 이상주의와 현실주의를 아우르고 있다. 론 풀러 역시 자연법 법철학자로서 법이 갖추어야 할 8가지 필수적 요소를 제시하였다.¹⁰⁰⁾ 로널드 드워킨에 비하여 분석적이라 할 수 있고, 도덕적 정당성을 넘어 법의 사회에서의 역할 같은 사회적·공공적 정당성의 차원에 이르게 된다.

따라서 같은 자연법 철학자의 계보에 속하지만, 드워킨은 근본주의자, 론 풀러는 원리주의자라고 지칭하는 것이 적절하다. 세계행정법을 이해함에 있어 분석의 대상으로 국가법(state norms)에 초점을 맞춘 기존 이론들은 많은 도움이 된다.

론 풀러의 8가지 요소나 헤겔식 절대이성으로서의 戰前 독일법은 국가법 철학자들의 분석과 비판의 대상이 된다. 국제법은 법철학적 법의 개념 세계에서 국내법에 비하여 그 법으로서의 성격이 강하다 할 수 없다. 그러나 모든 범죄자가 감옥에 가지 않듯이 국내법의 법으로서의 효력 역시 완전하지 않은 것은 세계행정법 법철학자들에게는 고무적인 것이다.

다이젠하우스의 눈에는 국내행정법이나 그 절차가 론 풀러가 말한 8가지 요소를 갖추지 못한 것은 세계행정법 체계를 철학화함에 있어 기회가 된다. 행정은 대표적 공법 영역이다. 법의 본질을 탐구하는 법철학적 방법에 있어 개별법 분과별로 법철학을 발전시키자는 양천수 교수의 주장을 다이젠하우스 세계행정법 철학에 대비시켜 보는 것은 의미가 있다.¹⁰¹⁾

행정은 정부의 대표적 권력작용이다. 우리는 근대 민주주의 시민사회를 공적 영역과 사적 영역으로 나눈다. 이는 근대 민주주의 학문의 기본 체계를 이루고 있고, 강고한 지식체계의 뿌리이다. 정부는 공적 영역의 대표이고, 사적 영역 즉 시민사회 또는 시장의 규제자(regulator)이다.

이때에 정부의 규제는 법에 따라야 하고, 우리는 이것을 법치주의라 부른다. 법치주의와 국가법의 전통은 법의 개념이나 법철학적 탐구에 있어 시금석처럼 중요한 기준으로 역할한다. 그러나 세계화의 급속한 진전으로 국가보다는 시장이나 경제가 생각의 단초가 된다.

99) Dworkin, R. (1986). Law's empire. Harvard University Press.

100) Fuller, L. L. (1957). Positivism and fidelity to law--A reply to Professor Hart. Harv. L. Rev., 71, 630.

101) Dyzenhaus, D. (2012). Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. Global Constitutionalism, 1(2), 229-260.

이는 국가법과 법치주의를 생각의 단초로 하는 기존 법철학적 접근방식에 도전의 계기가 된다. 한 예로 지중해 시대 구 상인법이 20세기 유엔을 중심으로 한 새로운 국제정치경제 질서에서 다자조약 형식의 국제법으로 성문화되는 현실과 관련한 국제거래법의 법으로서의 성격에 관한 논란을 들 수 있다.

구속력과 강제력을 핵심요소로 하고 법은 주권자의 명령이라는 관념이 동료간 제재와 규범력을 통하여 법을 바라보는 골드스미스에서 보듯이 연성적으로 발전한다. 다이젠하우스는 거역할 수 없는 세계화 현실에서 국가법의 본질을 갖는 국제법(international law)을 넘어 새로운 법현상으로서의 세계법(global law), 보다 구체적으로 법의 개념세계에 세계행정법(GAL: Global administrative law)이라는 새로운 법유형을 도전적으로 분석·제시하고 있다.

형벌과 감옥으로 대표되는 기존 국가법체계, 그리고 개인이나 국가같이 법의 대상이자 권리 의무의 주체에 대한 타동사적 입법이나 결정(intransitive legislation or decision)이 가능한 “기존 국가법 체제에서 세계행정법이 어떻게 법으로 인식될 수 있을까”를 탐구하고 있는 것이다. 이를 위하여 그는 세계체제에 내재하는 본래적 위약성 및 법의 연성성을 공공성(publicness)요건 개념의 도입을 통하여 입체적으로 분석하고 있다.

2. ISEAL과 FSC

사회환경인증 및 라벨에 관한 국제기구(ISEAL)는 숲관리위원회를 포함하여 여덟개의 부속기구들로 구성되어 있는데, 대부분의 경우 국제표준기구 관행을 따르고 있다. 또한 사회환경표준의 설정을 위한 시행규정을 제정하였다.

예를 들면, 이러한 표준화 절차는 제안된 표준에 관하여 두가지 단계의 공적 평가를 거치게 하고 있다. 또한 공적 평가에서 제기된 중요한 문제에 대하여 공식적으로 서면 형식의 답변이 부기되어야 한다. 이는 근대국가의 헌법과정과 적법절차의 원칙이 세계행정법 차원에서 구현되고 있는 예라 할 수 있다.

모든 세계행정기구들은 예외없이 이해관계자들의 권형을 재단하고 합의를 이루어 내기 위한 표준설정노력을 의무화하고 있다. ISEAL은 이러한 합의를 ‘일반적 합의(General Agreement)’라고 정의한다.¹⁰²⁾ 이때에 일반적 합의란 관련된 여러 이해관계의 중요 부분, 실질적 쟁점, 이해관계자들의 입장을 구하는 절차 등에 관하여 지속적 반대(sustained opposition)가 없는 상태를 의미한다.

1993년 창설된 FSC 또한 정치한 표준 세트를 발령하였는데, 물론 이는 숲의 관리에 관한 원칙과 기준을 정하고 있다. 동 기준은 개별적 지역 수품의 상세한 표준을 담고 있으며, 목재와 목재산품에 대한 인증을 통하여 기준 준수 여부를 공개하고 있다.

102) Loconto, A., & Fouilleux, E. (2014). Politics of private regulation: ISEAL and the shaping of transnational sustainability governance. *Regulation & Governance*, 8(2), 166-185.

국내행정법상 법 위반에 대한 형사처벌이 가능한 것과 달리, 범위반자에 대하여 형사처벌을 할 권한은 없지만, 인증을 통하여 범위반의 주체에 대하여 시장에서 경쟁상 불이익을 주는 것이다. 이는 국제거래법을 둘러싼 오스틴과 골드스미스의 법의 효력에 관한 본질론과 비슷한 문제로 다가온다.

동료에 의한 연성적 성격의 제재, 이는 시장과 경제에 기반하고 있는 시민사회에 있어 어찌 면 형벌보다도 엄중한 규범적 효력을 갖는지도 모른다. 한편 과거 전통국제법체계 하에서 국가만이 국제법이 다루는 주제이고 관심이었던 인식이 바뀌어 가고 있다.

WTO SPS 협정에서 위생 및 검역조치를 취하는 회원국은 지역적 차이를 반영하여 보다 상세한 현실을 반영할 것을 의무화하고 있다. 이러한 새로운 경향은 세계행정법의 발전과 성숙을 시사한다. 국제환경법 영역에서 자주 볼 수 있는 인증마크 제도 역시 과거와는 볼 수 없었던 국제법의 ‘국내법으로의 근접화’ 현상이라 할 수 있다.

더욱 새로운 것은 FSC 회원 자격은 법개념론상 체계와 상관없이 FSC 원칙을 지지하는 모든 단체와 개인에게 부여된다. 이는 전통국제법체계와 달리 세계행정기구가 국가처럼 잡식성(Omnibus)이 될 수 있다는 것을 의미한다.

따라서 대등한 당사자간의 전통국제법 체계와 달리 우월한 지위에서 단체와 개인을 규범체계에 부종시키고, 국내정치와 법을 통하여 가치를 배분하는 기능을 수행하는 국가처럼 규범을 집행하는 성격의 권력작용인 행정작용이 이론적으로 가능할 수 있는 기회를 제공한다.

동 기구의 일반의회는 경제, 사회, 환경의 3부로 구성되며, 각 부는 의회에서 동등한 투표권을 갖는다. 또한 일반의회의 각 부는 동등한 권리를 갖는 남과 북 2부로 나뉘어져 있다. 2002년부터 정부의 숲관리 부서 역시 가입이 허용되고 있다.¹⁰³⁾

3. 정부나 국가기관에 대한 행정

세계행정법에는 정책의 대상자가 있거나 또는 정부나 특정 국가의 기관에 대하여 실질적으로 영향을 미치는 실체적 규범과 결정이 있을 수 있다.

이 유형에 해당하는 최초의 세계행정법 사례는 WTO 상소기구의 새우와 거북 사례라 할 수 있다.

미국 정부가 인도의 새우 어선이 거북이의 보호를 위한 미국 정부의 법조항을 위반하였다고 주장하면서 인도로부터의 새우 수입을 금지하였다.

WTO 상소기구는 미국 정부가 다른 나라로부터의 새우 수입과 동일한 방법으로 인도로부터의 새우 수입을 취급하길 거부한 것이 GATT에 반하는 것이라 보지 않았다.¹⁰⁴⁾ 물론 GATT

103) Id.

법 문리에 따르면 미국 정부의 GATT 법 위반 판정이 가능하게 보이기도 한다.

상소기구는 미국 시장에서의 새우에 대한 수요가 만약 지금보다 심각하게 거북이에 위협이 되는 경우 허용되지 않는다는 미국 정부의 공법상 판단을 존중하였다. 그러나 상소기구는 미국 정부가 자신의 법적 결정에 이르는 방식이 자의적이거나 정당화될 수 없는 것으로 판단하였다.

그 근거로 미국정부는 인도 어선들이 법을 위반하였다는 사실과 이를 다룰 수 있는 기회, 또는 이유가 부기되고 이의의 대상이 되는 서면결정에 관하여 사전에 적절한 방법으로 통지하지 아니한 사실을 들고 있다.

실제로 미국 정부의 결정과정은 법이 요구하는 공공성 요건을 충족하지 못하였다. 그 이유는 분쟁의 성격이 단순히 미국 시민으로 구성된 공동체 문제를 넘어 인도 시민들의 이해관계에 영향을 미치는 문제이기 때문이다.

4. 개인이나 사적 행위자들에 대한 행정

세계행정법에는 정책의 대상자가 있거나 또는 개인이나 다른 사적 행위자들에 대하여 실질적으로 영향을 미치는 실체적 규범이나 결정이 있을 수 있다.

이러한 성격의 규범이나 결정은 점차로 세계행정체제의 중요한 요소로 발전하고 있다. GAL 체제 안에서 법의 개념을 확인하기 위한 중요한 시금석(touchstone)은 세계체제가 개인에게 권리를 부여하는 상황에서 존재한다.

이때에 그러한 권리나 권리의 법적 유효성은 한편으로 다른 법적 주체들의 법적 의무에 중요한 의미를 갖는다. 또한 그러한 권리는 세계행정기구의 규범과 결정을 존중할 것인가 아니면 무시할 것인가 하는 권리의 비중을 정하는데 있어 중요하다. 국내정치나 국내행정법 체계는 시장을 규제하는 규제자로서 정부와 시민간의 권리와 의무관계를 내용으로 한다.

세계행정기구는 WTO나 ISO에서 보듯이 세계시장을 규제하는 규제자로서, 세계화와 현대국제법의 발전에 힘입어 그 역할이 확대되고 있다. 물론 국가처럼 중앙집권적이라거나 주제를 넘어 포괄적인 규제자인 것은 아니다. 다만 국제기구의 전문화 원칙 및 국가와 국제기구간 평등하고 분권적인 본래적 성격으로 인하여 한계를 가질 뿐이다.

세계체제가 개인에게 의무를 부과하는 경우, GAL 기준에 따라 체제의 조치를 분석해 보는 경우가 점차 많아지고 있는 것이 사실이다. 이때 ‘直接的 轉移性(direct transivity)’ 이 있는지 환원하면 세계 규범이나 결정이 직접 다투어질 수 있는가 하는 것이 핵심적 분석대상이

104) United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Appellate Body Report and Panel Report pursuant to Article 21.5 of the DSU - Action by the Dispute Settlement Body WT/DS58/23 | 26 November 2001.

된다.

유엔 안보리 테러자금지원에 관여한 것으로 의심받는 개인이나 단체를 위한 리스팅 절차 개혁안은 2008년 6월 30일 안보리 결의 1822로 입안되었는데, 이는 2008년 9월 유럽사법재판소 Kadi 사건 이전이다.¹⁰⁵⁾ 동 절차개혁안은 공공성에 관한 수개조의 핵심적 요소를 담고 있으며, 절차 개혁안이 필수적이라는 느낌을 불러 일으킨다.

이러한 개혁 조항들은 사항의 자세한 사항을 안보리에 보고할 수 있도록 개별국가에게 리스팅을 작성토록 의무화하고 있다. 이 보고서 리스팅에는 이전 리스팅과 이유가 부기된 진술서를 첨가할 절차와 함께 공중에 개방하기 적절한 진술서 부분들을 표기하도록 하고 있다.

또한 개혁안에는 실행가능한 일주일 이내에, 개인에게 리스트에 올랐거나 리스트에서 삭제되었다는 사실을 통보토록 의무화하고 있다. 또한 기존 리스팅의 연례 검토를 위한 절차와 리스팅으로부터의 삭제에 관한 기존 절차의 권장에 관하여 규정하고 있다.

5. 심판청구 가능성

앞서 본 실제적 규범과 결정에 있어 가장 대조가 되는 문제는 정책대상자 또는 달리 영향을 받는 이해관계자들에 의하여 심판청구가 가능한가 하는 점이다. 국제관계에 있어 사법적 성격의 기구가 다른 기구의 규범이나 결정에 대하여 심판권을 행사하는 경우는 거의 찾아 볼 수 없다.

다만 공동의 협조하에 그것이 가능한 경우가 있다. 한 예를 들면 MOX 플랜트 사건¹⁰⁶⁾에서 아일랜드가 원용한 국제중재재판소 관할권 주장에 대한 유럽사법재판소의 결정이 이에 해당한다. 동 사안에서 중재재판소는 ECJ 결정은 법리적으로 오직 아일랜드의 행위에만 적용된다고 보았지만, 그럼에도 불구하고 ECJ 결정이 있을 때까지 자신의 절차를 진행하지 않기로 하였다.

국제기구간 관계의 수평적 성격으로 인하여 단순히 정치적 기능만이 가능한 별개의 심판기구는 별로 흔하지 않다. 국제적 위계질서를 통하여 이러한 상황이 관리될 것이며, 보다 공식적인 심판절차가 단순한 정치적 기능과 함께 발전할 것이다. 이는 분쟁이 원인이라 할 수 있는 최초의 행정작용에 있어 공공성 기준 관련하여 넓은 범위로 심판가능성이 열린다는 것을 의미한다.

한편 후술하는 바와 같이 공공성의 한 요소로서 심판의 주제의 문제가 있다. 두번째 차이점으로 법치주의와 권리의 보호가 적용가능한가 하는 문제가 있다. 법치주의와 권리의 보호는

105) Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission (2008) C-402/05.

106) Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 May 2006. Commission of the European Communities v Ireland. European Court Reports 2006 I-04635. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2006:345.

개인을 둘러싸고 발생하는 문제이고, 국가나 국제기구의 경우에는 그 적용이 없다. 따라서 이는 오직 개인을 직접 대상으로 하는 유형에서 발생하는 문제라 할 수 있다.

6. 법의 내재적 도덕성 문제

이상 세계행정법 체계상 인정될 수 있는 모든 부류의 실체적 규범과 유형을 동시에 고려해 볼 때, 이들은 론 풀러(Lon Fuller)의 법의 내재적 도덕성(inner morality of law) 같은 근본적 질문을 상기시킨다.¹⁰⁷⁾

이러한 논의는 “주권국가들은 법에 본래적으로 내재된 요건들을 권리로서 주장할 수 있는가?” 라는 제레미 윌드론의 법철학 논문 초안에서 발견되기도 한다. 앞서 세계행정법 관련 하여 살펴 본 법이 갖추어야 할 필수적 요건이라고 논증된 방식에 따라 국가의 경우에도 똑 같이 천착해 볼 문제인 것이다.

따라서 특정 행정환경 하에서 풀러의 지표가 존재하지 않고 현실적으로 존재할 수 없다면, 풀러의 관점에서 법적 현상이 아니라고 의심할 수 있을 것이다. 그는 법현상으로 인식되기 위하여 필요한 여덟가지 요건을 제안하였다. 그 여덟가지 요건은 다음과 같다.

- (i) 법은 일반성(generality)을 가져야 한다.
- (ii) 법은 입법절차를 거쳐 제정되고 공표됨으로써 공공성(publicity)을 가져야 한다.
- (iii) 소급입법의 남용으로 권리의 침해가 없어야 한다(non-retroactivity).
- (iv) 법은 보통인이 쉽게 이해할 수 있도록 명료하여야 한다(clarity).
- (v) 법은 상호 모순 저촉되지 않아야 한다(non-contradiction).
- (vi) 법은 영향을 받는 당사자들의 능력 범위 밖의 행위를 요구해서는 안된다(possibility of execution).
- (vii) 법은 너무 자주 개정되어 법적 주체가 자신의 행위의 기준으로 삼기 어려워서는 안된다. 즉 항상성(constancy)이 요구된다.
- (viii) 법의 실제 집행의 결과는 공표된 법규범과 조화를 이룰 수 있어야 한다(congruence).

풀러는 대부분의 관리지휘 단위들은 기본적으로 상급자와 하급자 같은 행정체계내 상호관계에 관심을 가질 뿐이다. 또한 시민사회에 대하여는 집단적으로 전체적 영향력에만 관심을 가진다. 한편 법으로서의 징표라 할 수 있는 내재적 도덕성 요소에 집착할 뿐이다.

또한 이러한 여러 요건들에 집착하는 것이 결국 효율성을 유지하기 위한 것이다. 관리 지휘 단위들의 이러한 집착은 지배자와 피지배자의 관계에 있어 즉각적 상호성을 위한 것이 아니다. 즉각적 상호성은 근대자유국가에서 법이 갖추어야 할 독특한 형식의 명령으로서의 법일 것을 요구한다.

데이빗 다이젠하우스(David Dyzenhaus)는 행정법 원리에 의하여 실제 요구되는 법의 요소와

107) Fuller. Supra note 100.

법개념, 즉 합법성의 문제에 대하여 그 정도를 보다 정밀하게 살필 수 있도록 즉각적 상호성 접근방식을 적용하였다.¹⁰⁸⁾ 그의 논의는 최소한 다양한 앵글로 아메리칸 체계하에서 의미를 가지고 있다.

국내 행정법의 중요한 부분 특히 규범 가이드라인 또는 결정과 같이 행정기관에 의하여 제정되거나 집행되고 실제적으로 법적 형식을 갖춘 표현물들이 풀리의 기준과 전혀 상관이 없거나 아주 일부만 관련되어 있을 뿐이었다.

그렇다면 우리는 그러한 것들이 법이라고 주장할 수 있을까? 이는 개념론적 문제이다. 이러한 개념론적 문제는 GAL에서 반복적으로 제기되는 문제와 동일하지만, 법철학적으로 세계 행정법의 문제를 완전하게 해결해주지 못한다.

이 문제에 관하여 미국정부가 주장하는 하나의 해결책은 행정기관에 권한을 창설하지만, 이는 일반적이고 추상적 용어를 통하여 어떤 종류의 효과적인 검토의 근거를 창설하지 않는 '자동사적 성격의 입법(intransitive legislation)'을 관행으로 하는 것이다. 그리고 개인과 관계를 갖는 행정기관이 자신에게 부여된 권한을 구체적으로 사용함으로써, 외부를 기속하는 타동사적(transitive)인 것으로 바뀌게 하는 것이다.

그러한 시점에서 법의 내재적 도덕성이 요구하는 요건을 준수할 의무라는 것이 의미를 갖게 된다. 그리고 이때에 합법성은 지배자와 피자배자, 행정주체와 행정객체, 통치자와 피통치자 간의 관계를 체계화하고 이해하기 위한 도구가 될 수 있을 것이다.

다이젠하우스는 합법성을 주장하면서 정통성을 세우는 작업은 법의 내부적 도덕성 요건에 얼마나 부합하는지에 달려 있다. 이러한 요건들은 대체로 체계가 잘 갖추어지고 공식적이지만, 상당한 정도로 중요도가 있으면서도 결함 역시 크다. 국내 행정법 체계에서도 그 결함은 무시할 수 없는 수준이다. 따라서 세계행정법의 법요소와 법개념에 대하여 논의하는 것은 당연하다.

법이 요구하는 이러한 요건들에 부합하거나 이를 준수한다는 것은 세계행정법과 같은 실험적 법(putative law)의 합법성을 위하여 필요하다. 그러한 부합 또는 준수는 시스템이나 질서속에서만 가능하다. 그러나 우리는 이를 실험적 법을 법으로 만드는 사법시스템의 한 부분이라고 인식하지 않는다.

이때 합법성이라는 것은 사법심사나 사법적 합법성을 인정하는 결정과 같이 사후책임만을 요소로 하는 것이 아니다. 입법이나 집행 등 법 현상에 관여하는 공무원들의 법에 대한 충성심 역시 중요한 요소이다.

따라서 이는 세계행정법 체계내에서는 헌법적·실체적·절차적 행정법에 대한 충성심을 의

108) Dyzenhaus, D., Hunt, M., & Taggart, M. (2001). The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation. Oxford University Commonwealth Law Journal, 1(1), 5-34.

미한다. 법이라고 주장하면서 합법성을 주장하지만 그러한 주장이 모두 똑같이 심사의 대상은 아닌 것이다.

풀러의 법철학에서 자동사 입법을 타동사 입법으로 만드는 작업과정은 합리적 범위내에서 법치주의 원칙이 지배하는 국가내에서 이루어진다. 우리의 질문은 “그것이 국가 밖에서도 가능할까” 라고 하는 것이다. 국제사회를 규율하는 국제법은 최고성을 갖지만, 평등한 주권간 또는 국제기구에 관한 법으로 일방이 타방을 대상으로 하여 타동사 입법을 한다는 것은 이론상 상상하기 어렵다.

다이젠하우스는 국가를 초월하여 헌법적·구성적 세계행정법이 풍성해지기 위하여는 보다 질 높고 정확한 권한의 행사 관행 또는 권한의 위임이 필요하다고 주장한다.¹⁰⁹⁾ 드워킨의 “법의 제국(Empire of Law)” 이 국가법의 한계에서 자연법적 정의와 법적 정당성을 세계법체제의 요건으로 주장하였다면, 이제 세계법은 세계체계와 자동사적 입법, 즉 기존 분권적 국제법 체제에서 타동사적 입법 즉 수직적 국제법체제를 말하게 된 것이다.

이는 국제법에서 드워킨식의 자연법적 세계법으로 나아가 체계와 현상에 기반한 진정한 의미의 세계법을 향한다는 것을 시사한다. 그 현상의 正과 邪, 즉 價値의 문제를 떠나 세계법 또는 세계행정법 현상은 실제 우리의 주위에서 일어나고 있다. 그러나 이러한 현상에는 근본적인 문제가 잠재해 있다는 교훈을 간과해서는 안된다.

그 문제는 세계적 차원의 지배체제의 실행은 그 체제가 국가에 의하여 권한이 부여되거나 위임된 관계로 인하여 적절하게 이론화되기 어렵다는 사실에서 연유한다. 물론 이때 권한의 부여나 위임이 직접적으로 국가에 의하여 부여되거나 위임된 것이 아니라, 국가로부터 자신의 권한부여나 위임에의 권리를 도출한 다른 단체에 의한 것일 수는 있으나, 이론화의 어려움은 마찬가지이다.

전부는 아니지만, 대부분의 경우에 세계행정기관은 이러한 헌법적·구성적 권리를 가진 것으로 인식되고 있지 않다. 그렇지만 이 경우에 다른 헌법적·구성적 법이 존재할 것이다. 요컨대 이러한 경우, 그들의 실제적 행정 결과물 또는 자신들의 절차에 복종하도록 통제하는 행위들이 “어떤 근거에서 타동사적 입법이나 집행이 될 수 있고, 그것이 합법적인 것으로 인정될 것인가” 가 핵심적 문제가 된다.

그러한 상황에서 실험적 세계행정법의 법적 성격은 국내 민주주의 법체계에서 국내행정법의 법적 성격의 문제와 같이 타동사적 구조에 의하여 결정되는 것이 아니다. 하트의 법단계론적 구조이론이나 합법성 원칙과 같은 공공성 요건이 복합되어 법으로서의 정체성 판단의 기준이 만들어지게 되는 것이라고 보아야 한다.

7. 공공성 요건 문제

109) Id.

이러한 배경하에 우리는 세계지배체제의 확장에 초점을 맞추어 살펴 보았지만, 향후에도 복잡한 현실과 이론체계를 조율함으로써 법이 요구하는 공공성(publicness)의 문제에 대하여 계속 생각해 보아야 한다.¹¹⁰⁾ 법이 요구하는 공공성의 문제는 근대 시민민주주의 국가에서 법의 개념을 이해함에 있어 점차로 더욱 본질적 요소가 되고 있다.

이러한 관념은 론 폴러가 말한 법의 8 요소와 비교될 수 있는데, 공공성은 법에 본질적으로 내재하는 것이며, 이때 공공성은 법을 이용하려는 선택과 법을 이용함으로써 얻는 가치로부터 혜택을 창출하는 것을 가능케 한다. 환언하면, 세계행정법에 대한 이해는 폴러의 법철학에 법 개념의 본질적 요소로서 공공성이라는 키워드를 불러오는 것이다.

공공성은 폴러의 법의 내재적 도덕성 관념과 같이 평이하게 법이 가져야 할 한 요소가 된다. 이는 하트가 말한 법의 개념에 대한 인식론적 체계처럼 주위의 세계행정법 현상을 설명한다. 다시 말하면 하트의 제 2 단계 법, 즉 인증에 관한 법 유형에 포섭되어 특정한 사법제도 하에서 법으로서 인식할 수 있기 위하여, 무엇이 중요하고 중요할 수 있는가 하는 문제를 결정하는 것이다.

공공성 요건은 산출된 실체적 규범이나 결정의 질, 법산출의 절차, 법을 생산하는 법산출기관 사이에 일원성과 체계성을 보장한다. 이로써 공공성 요건은 폴러의 내재적 도덕성이 직면하는 자동사 입법의 문제를 피할 수 있다.

공공성 요건은 또한 법치주의에 따른 법의 보호기능을 국가와 국제기구에도 적용함으로써, 국제법에 본질적으로 내재하는 문제를 피할 수 있다.

그것은 공공성 요건을 통하여 국가는 “국제법의 모든 법은 명확하여야 하고 자신들을 위하여 제정된 것이며 특수적인 성격보다는 일반성을 가져야 한다” 라는 자기들의 주장을 계속 이어 나갈 수 있기 때문이다.

이러한 주장들은 약소국에 의하여 제기되는 경우는 드물고, 주로 강대국들의 논법인 것은 우리의 경험칙이라 할 수 있다. 이러한 주장에 내재하는 국제법체계의 본래적 결함을 커버하기 위하여 공공성 요건은 매우 중요한 것이다.

만약 국가간 법이 자기입법이나 아테네의회 같이 매우 작고 절연된 정치공동체에서 가능한 루소식 이상주의 입법과정에 가까워지면 가까워질수록, 우리는 그러한 자기입법이 공공성을 더욱 회구할 것이라고 합리적으로 추론할 수 있다.¹¹¹⁾

만약 국제기구가 철폐로부터 안전할 권리가 있다거나 회원국들의 결정에 의하여 자의적으로

110) J. Waldron, 'Can There Be a Democratic Jurisprudence?', November 2008 version, NYU PILT Research Paper 08-35 (SSRN).

111) Social Contract (trans. Cole), Bk II, ch. 6. 킹스베리 교수는 막스 베버의 잘못된 국가관이나 법해석학자들의 개념론적 분석을 넘어 루소가 입법에 있어 일반의사를 반영하여야 한다는 공공성과 일반성 요건을 강조한 것은 경성적 법학관이나 경성적 국가관을 극복하고 국제사회의 규범화를 위하여 매우 도움이 된다고 주장하고 있다.

예산 삭감을 당하지 않는다면, 공공성 요건은 그러한 결정과정에 적용될 것이고 그것은 일반적 이익이라 할 수 있다.

한편 유엔인권이사회는 국내 재판소에서의 절차는 신속하게 진행되어야 한다는 법이 요구하는 요건은 공정한 청문절차에의 권리를 구성하는 한 요소가 된다는 것을 명확히 하였다. 재판소가 구성되는 경우 법정 앞에서의 평등의 원칙이 준수되어야 한다. 그러나 재판절차를 통한 청문절차에의 권리의 범위는 어떻게 될까? 이는 해석상의 문제로서 법적인 쟁송으로서의 성격을 갖는가를 기준으로 무엇이 포함되고 무엇이 포함되지 않는가에 대한 신중한 검토가 필요하다.

재판소를 구성하는 국가는 독립적이고 중립적인 재판소를 진정으로 희구한다는 사실이 재판소의 권능범위내의 절차가 모두 필연적으로 법적 쟁송이라는 것을 의미하지는 않는다. Y.L. v. Canada 사건¹¹²⁾에서 이사회는 “청구가 법적 쟁송인가”의 여부는 “문제되고 있는 권리의 본질이 무엇인가”에 달려 있다. 또는 “캐나다 사법제도가 그 형량과 재판을 어떻게 하도록 하고 있는가 하는가”에 따라 결론을 달리하게 된다.

이사회 3인의 구성원은 정신적 건강의 사유로 육군에서 해임된 군인이 청구한 연금수령권 문제는 군사적 요소가 포함되어 있어 통상의 노동권이라 할 수 없다고 판시하였다. 이사회는 또한 연금검토위원회는 캐나다 정부의 한 기관으로서 권한과 책임을 갖는 행정기관이며 법원이나 재판소가 아니라고 보았고, 따라서 “사건의 연금분쟁은 법적 쟁송으로서의 성격을 갖지 않는다”고 판시하였다.

보다 최근 사건의 개별의견에서는 예비준비기구의 실시내용에 초점을 맞추면서 조항 제14조 제2문장이 행정재판소나 행정청이 내린 모든 결정에 필연적으로 적용되는 것이 아니라는 데 동조하고 있다. 따라서 이러한 경우에 재판소는 독립적 성격을 가져야 하거나 필히 청문절차를 제공할 필요가 없다. 법적 쟁송으로서의 성격은 오직 행정청의 결정이 상소되거나 사법기구로서의 본질을 갖는 법원이나 재판소에 의하여 심리되는 경우에 한하여 인정될 수 있을 뿐이다.

이사회는 최근 사건들에서 독자적으로 이 문제에 관하여 어떠한 결정적 입장을 밝힌 바 없다. 이사회가 이러한 입장을 보이는 한 이유는 유엔인권이사회는 아직까지 제도적으로 그러한 결정을 할 수 있는 권한이 없기 때문이다. 환언하면, 자신의 기관이 제도하에서 가지는 기관으로서의 역할 및 개인의 청원을 다룰 수 있는 권한, 그리고 ICCPR의 실제적 규정들의 의미에 관한 다툼과 문제들간의 관계를 명확히 하고, 자신의 역할과 책임을 분리해 낼 수 없는 처지라는 것이다.

이사회는 스스로 모든 청원의 심판적격과 본안 사건의 실제적 문제들에 대한 신중하고 자세한 심리를 하여야 한다고 느끼고 있다. 물론 이때에 청원은 절차적 요건을 갖추어야 하고, ICCPA에 열거된 권리의 침해에 대하여 법적으로 잘 구성하여 청구(colourable claims)되어야

112) Y. L. v. Canada, Communication No. 112/1981, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/41/40) at 145 (1986).

한다. 따라서 이사회가 행정적 절차에 관한 조항 제14(10)을 넓게 해석하면 할수록 제1 선택 의정서 가입국에 대한 더많은 개인들의 청원이 제기될 것이다.

ICCPR은 많은 나라들이 가입해 있고 그들의 사법시스템 하에서 인정받고 있는 범규범이다. ICCPR을 행정절차 내에서 권리의 보호를 위한 원칙의 연원의 하나로 해석하는 것은 만족스럽지 못한 불완전한 절차를 개혁하고 구제함에 있어 유용한 역할을 할 것이고, 이는 결국 회원국 법원이나 다른 국가기관에 도움이 될 것이다.

ICCPR은 또한 개인에게 영향을 미치는 행정절차에 관련한 비국가기관(Non-national bodies), 예컨대 정부간 기구들에 대하여 그들이 준수할 기준을 제공한다. 유럽인권재판소는 법원으로서 유엔인권회와 같이 법원이라 할 수 없는 기관과 대비할 수 있다. 그러나 유럽인권재판소가 공무원 신분과 지위에 관한 사안에서 유엔인권이사회 보다 그 적용범위를 좁게 해석한 것은 매우 이례적이라 할 수 있다.

Pellegrin v. France 사건¹¹³⁾에서 법원은 ECHR 조항 제6조는 국가의 주권적 권한을 행사하는 국가 공무원 - 이 사안에서는 경찰공무원 - 에 관한 고용관계 쟁송에까지 확장하여 적용된다고 할 수 없다고 결정하였다.

관련된 조약의 영문본들 사이에 존재하는 의미상의 차이가 이 사건 결론에 영향을 미쳤는지 모르겠다. 그러나 본문상의 차이를 넘어 국제기구의 적절한 역할과 타당한 심판범위에 관한 보다 근원적 차이가 존재한다. 이러한 문제들은 공공성 기준을 적용함으로써 쉽게 표현되고 이해가 가능한 것은 물론이다.

8. 국제투자 중재재판소

다음으로 국가의 행정행위에 관하여 투자중재판정부에 의한 사법심사에 대하여 살펴본다. 국제투자 중재재판소가 국가의 행정행위에 대하여 심판하는 예가 점차 많아지고 있다. 그러나 아직까지 일원적 심판기준에 근접하고 있다가나, 그러한 재판소의 기능적 권능 또는 재판소의 지위에 대한 체계적 평가가 이루어지고 있는 것은 아니다.

한 예를 들자면, 북대서양자유무역협정(North Atlantic Free Trade Agreement: NAFTA)의 중재재판소는 Pope & Talbot Inc v. Canada 사건¹¹⁴⁾에서 국제관습법을 적용하여 심판하였다.¹¹⁵⁾ 동 사안은 재목 제조업자와 캐나다 정부간 행정적 거래행위가 국제적 최소기준을 충족시키는지 문제가 되었다.

113) Pellegrin v France, Judgment, Merits, App No 28541/95, ECHR 1999-VIII, [1999] ECHR 140, (1999) 31 EHRR 651, IHRL 3222 (ECHR 1999), 8th December 1999, European Court of Human Rights [ECHR]; Grand Chamber [ECHR].

114) Pope & Talbot Incorporated v Canada, Interim award, IIC 192 (2000), 26th June 2000, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL).

115) 다만 동 협정 분쟁해결절차에 관하여 위헌성 논의가 있다. 이에 관하여, 김기영. (2009). 美國憲法上 北美自由貿易協定 (FTA) 紛爭解決節次의 違憲性에 관한 약간의 考察. 법학논총, 16(1), 221-252.

국제적 최소기준(international minimum standard)에 있어 국가는 외국인들의 재산에 관련하여 외국인의 처우에 관한 원칙들을 준수하여야 한다. 외국인 재산 문제는 수십년에 걸쳐 수많은 법적 선례와 국가관행의 실행례들이 축적·발전되어 있다.

다양한 행정조치에 대하여 어떻게 법이 적용되어야 하는가에 관한 논의는 매우 성숙되어 있으며, 이는 Pope & Talbott Inc v. Canada 사건에서 담당 재판소와 나프타 회원 3국간에 갈등과 긴장이 고조되어 있는 것에서도 알 수 있다. 동 사안에서 세 나라는 공동으로 협정해석에 관한 노트를 발간하였는데, 노트들은 실제 재판소의 접근방식에 심각한 도전으로 평가되고 있다.

그러한 불확실성은 국가의 외국인에 대한 처우에 관한 기존 국제법체계를 둘러싸고 발생하는 세계행정행위자들의 조치를 평가하는 기준의 관점에서, 매우 심각한 문제로 발전하고 있다.

9. 이유의 부기(Reason-giving)

특정부류의 결정이나 특정부류의 규범의 채택에 대하여 이유를 부기하여야 한다는 근대법의 원칙은 많은 영역의 세계 행정관행에서 발견되고 있다. 즉 이러한 법적 요건에 관한 규범적이고 기능적인 이유들은 쉽게 발견된다.

행정지배 메커니즘은 하나의 스펙트럼으로 표시해 볼 수 있는데, 그 한 극단에는 본질적으로 정치적 방식의 메커니즘, 다른 한 극단에는 법적 방식의 메커니즘을 위치시켜 볼 수 있다. 이러한 배치는 결정을 위한 숙려과정의 정도와 결정에 대한 이유부기 의무의 정도 등에 따를 것이다. 비밀투표하에 투표를 통하여 결정하는 방식은 가장 순수한 정치적 방식의 메커니즘이라 할 수 있고, 이때 그러한 결정에 대하여 어떠한 이유를 부기할 의무를 부과하거나, 그밖에 다른 사람들을 설득할 필요가 없을 것이다.

역으로 사법적 메커니즘은 이유를 부기할 의무가 요구되며, 부기된 이유들이 당사자와 이해관계에 있는 자들에게 결정의 합리성을 확신시키기 위하여 상당한 노력을 할 것이 요구된다. 양 극단의 중간에 보다 정치적이지만, 자의적 결정자(arbitrary decisionist) 같은 방식의 기능보다는 심의적인(deliberative)기능이 요구되는 전형이 있을 것이다.

이러한 분석방식을 발전시킴에 있어 존 페레존(J. Ferejohn)은 “일국의 민주주의에 있어 결정적으로 중요한 역할을 하는 선거시 유권자의 결정 같은 순수한 정치적 메커니즘은 대개가 정치적 결정의 민주적 정통성을 확보하기 어려운 세계행정 차원에서 일상화하기 어려운 것이 사실이다” 라고 지적한다.¹¹⁶⁾

116) J. Ferejohn, 'Accountability in a Global Context' (International Law and Justice Working Paper ILLJ 2007/5, Global Administrative Law Series, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, 2007) www.iilj.org.

개인적으로 또는 집단적으로 매일 정치적 결정을 내리면서 권력을 누리는 행위자들은 합법성 결손을 극복하기 위하여 관행적으로 결정에 이유를 부기한다. 그렇지 않으면 지배에 필수적인 그룹들의 반감과 이의 또는 비협조에 직면하게 된다.

프랑스와 지부티간 1986년 “법적인문제에관한상호협조를위한협약(Convention on Mutual Assistance in Legal Matters)” 에 있어 지부티(Djibouti)와 프랑스간 분쟁¹¹⁷⁾은 기존의 실정법과 공공성과 연계되는 폭넓은 공감대간의 합성을 시사하는 대표적 예가 된다. 동 협약은 다른 국가들 사이에 체결된 많은 협약중 하나이다.

1986년 양자협약 제17조는 “상호협력의 거부에 대하여는 이유를 부기하여야 한다” 고 구체적으로 규율하고 있다. 협약 제2조는 중대한 국가이익에 해가 될 수 있는 경우에는 자료들의 비공개를 허용하고 있다.

지부티 법관 보렐(Borrel) 피살사건에 관한 자신의 조사기록 사본을 지부티에 보내지 않겠다는 프랑스의 조사법관에 의한 심판대상 거부결정은 ICJ에 의하여 선의공정의 원칙에 입각한 결정이라고 판결이 난 바 있다.

동 판결의 핵심 근거는 조사법관이 자신의 결정에 대한 이유와 법적 근거를 합리적으로 제시하였다는 데에 있다. 또한 법적 분석에 기초하여 ICJ는 협약 제2조에 규정된 거부권 발동의 충분한 근거가 된다고 판시하였다.

제17조 이유부기 요건에 관하여 보면, ICJ는 이때의 이유는 실체적 이유(substantive reasons) 일 것을 요구한다고 판시하였다. 따라서 프랑스가 거부결정의 이유로 동 협약 제2조만을 언급하였다면 불충분했을 것이라고 설시한다.

법원은 이러한 판단을 뒷받침하는 2개의 주장을 제시하고 있는데, 그러한 주장들은 협약 문언에 의하여 필연적인 것이 아니고, 약간은 연성적이지만 공공성 기준의 관점으로 조금씩 이동하고 있다고 할 수 있다.

실체적 이유를 부기함으로써 협조를 제안받은 국가가 제안을 거부함에 있어 자신의 선의와 공정의 원칙을 보강할 수 있게 하고 있다. 그리고 적시된 이유는 협조를 제안한 국가가 장애를 회피하기 위하여 외교적 협조 공문을 어떻게 수정할 수 있는지 검토할 기회를 제공할 수 있게 된다.

프랑스가 공식적 외교채널을 통하여 이러한 이유부기 의무를 다하지 못한 것은 ICJ가 협약 위반 사유로 판단하였고, 유일한 위반사유이지만 조사법관의 거부결정은 결국 위법한 것이 되었다.

10. 공공성(Publicity)과 투명성(Transparency)

117) Djibouti v. France, ICJ, 2008, para 147.

공공성 요건, 즉 “모든 알아야 되는 사람들에 대한 공개성(publicity)”은 홉즈가 말한 주권자의 법제정에 효력을 부여하기 위한 중요한 요건이다. 그것은 또한 벤담식 ‘자유주의적 실증주의(liberal Benthamite positivism)’에서도 강조되고 있는 것이다.

그것은 입법이나 공적 결정에서 모든 자의 알권리를 보장하는 과정의 일부이고, 국민에게 공개하는 과정에서 책임의 주체이고 공직을 수행하는 자들이라 할 수 있는, 즉 법을 만드는 특정 입법자, 법을 구현하는 판사 또는 행정관리들의 책임을 보다 확실하게 할 수 있게 한다.

우드로 윌슨(W. Wilson)이 비밀외교의 종식을 주장하고 국제협정의 공개라는 새로운 가치와 질서를 강조한 이래, 그는 공공성 요건, 즉 지도자들이 공적인 정서를 보다 무겁게 받아들이고 공적 논의 과정에서 ‘국제사회와의 약속을 보다 진지하게 고려하도록 함으로써, 전쟁으로 향하려는 외교의 기본적 본성을 누그러뜨려야 한다’고 생각하였다.

그의 공개 외교의 원칙은 전 세계 나라들의 환영을 받고 있고, 새롭게 체결된 조약은 유엔 조약시리즈에 유엔사무총장 명의로 등록되어야 한다는 유엔헌장의 회원국 의무로 살아 남아 있다.

현재 세계행정을 담당하는 거의 모든 공적 기관들은 자신들의 결정과정을 보다 철저히 공개하라는 시민들의 압력에 직면하고 있다. 중앙은행들의 모임인 바젤위원회(Basel Committee)는 제안서 초안 채택 이전, 사적 이해관계자 그룹들로부터 코멘트를 받기 위하여 제안서 초안을 미리 공간하였다. 또한 NAFTA의 중재재판소는 제3자의 자문의견서(amicus briefs)를 받고 있으며, 많은 기관들이 시민들과의 소통을 활발히 하고 있다.¹¹⁸⁾

이러한 현상에 대한 몇 가지 이유는 전적으로 수단적인 것이 아니다(non-instrumental). 대부분의 정당화 사유는 법이나 공적 결정의 질적 우수성을 제고하는 것과 관련된다.

이는 발전된 정보의 소통체계, 공동의 선택과 규제 등을 통하여 가능할 것이고, 이로써 “위선의 공민화 효과(civilizing effect of hypocrisy),” 즉 옳은 것을 행하고 불의를 배격하는(blowback) 잠재적 본성과 열망의 진작을 통하여 전반적인 기구의 정통성을 강화하고 보조할 것이다.

또한 법사회학적 메커니즘을 통하여 법과 법을 준수하는 시민들의 행위의 전반적인 질적 수준과 영향력을 개선할 수 있을 것이다. 지배의 정통성을 향하는 중요한 요소로서 공개성(publicity)을 위한 정치적 노력들은 법원칙이나 결정들이 “법으로서의 자격을 갖기 위하여 공적으로 접근가능하여야 한다”는 법적 요건이라고 종종 표현되고 있다.

118) Charnovitz, ‘The Emergence of Democratic Participation in Global Governance (Paris, 1919)’, 10 Indiana Journal of Global Legal Studies (2003), 45; Charnovitz, ‘Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance’, 18 Michigan Journal of International Law (1997) 183.

이러한 주장에 대하여 세계행정법 학자들 사이에 완전한 합의가 이루어진 것을 아니다. 그러나 백년전 아마도 국제법 족보상, 법으로서의 요건을 갖춘 “비밀 또는 비공개적 국가관행” 중 많은 부분에 관하여 그 법으로서의 성격에 대하여 의문을 가질 수 있는 근거를 제공하고 있는 것이 사실이다.¹¹⁹⁾

안보나 정보문제에 관한 수많은 국가간 협정이나 조약들은 비밀로 유지되지만, 이러한 국가관행은 다른 국가관행에 대한 법적 취급과 달리 일반적으로 국제법을 창출하거나 국제의무를 발생시키는 것으로 해석되지 않는다. 안보나 정보 문제에 대한 국가관행의 하나로, 범죄인 인도절차를 거치지 않고 은밀하게 피의자를 타국으로 송환하거나 정보와 기밀을 공유하기 위한 국가간 합의를 들 수 있다.

IMF는 자신의 위원회 결정은 물론이고, 채무국에 대한 조언과 협약들의 대부분을 기밀로 취급하고 그 비밀성을 유지하고 있다. 이러한 관행은 조언과 협정들이 쉽게 법적 지위를 창출하지 못한다는 사실을 공인하는 것으로 이해된다.

다른 유형의 사례로 WTO 상소기구를 들 수 있는데, 동 기구는 법원과 마찬가지로 法理에 따라 중요한 법적 의견을 창출하는 기구이다. 그러나 동 기구의 결정을 법원의 판결과 같은 성격의 것으로 보는데에는 반대하는 견해가 많다.

그 이유는 단지 WTO 체제의 구조적 이유 때문만이 아니고, 동 기구는 기구의 청문절차 거의 대부분을 비밀로 유지할 수 밖에 없는 제약을 받고 있을 뿐만 아니라, 그로 인하여 법적 성격이 강한 법원절차에서 볼 수 있는 “공중에 대한 공개성”이라는 근대법 요건을 갖추었다고 주장할 수 없는 결함을 가지고 있기 때문이다.¹²⁰⁾

칸트는 그가 말한 ‘공공성의 형식적 특성(formal attribute of publicness)’ 즉 ‘공법의 공개성을 초월하는 그 무엇의 원칙(transcendental principle of the publicity of public law)’을 일반적으로 법령이나 정책에 적용하지 않았다.¹²¹⁾

그러나 그 초월적 원칙을 특정 법령이나 공공정책을 지배하는 커다란 교훈을 위하여 사용하였다. 다른 인간들의 권리에 영향을 미치는 모든 공적 행위들은 그들이 담고 있는 교훈들이 공개된 그들의 모습과 상용되지 않는 한, 정당하지 않은 것이다.

‘공적’이란 말을 통하여 칸트가 의미했던 것은 이상적이고 합리적인 시민대중이었다. 이러한 공개성의 원칙(principle of publicity)은 다른 사람들에게 정의를 실현하기 위한 필요조건

119) Société Française pour le Droit International, Colloque de Genève, La pratique et le droit international (2004).

120) Kim, K. (2013). A Reform Agenda of WTO Revisited: The Elements of Public Administration and International Organization. International Journal of Advanced Research (2013), 1(10), 634-648.

121) I. Kant, Perpetual Peace (1795), Appendix, in H. Reiss (ed.), Kant's Political Writings (1991), 125 and 126.

이라 할 수 있다. 다만 충분조건은 아니다.

내가 나 자신의 의도를 좌절시킬 수 있어 공개적으로 선언하기 어려운 교훈 - 성공하기 위하여는 어떤 희생을 치르더라도 기밀성이 유지되어야 하고, 나의 계획에 대한 모든 사람들의 공분과 저항을 야기하지 않고는 공적으로 인정할 수 없는 - 은 오직 그러한 필요적이고 일반적인, 따라서 미리 예상할 수 있는(priori foreseeable) 반대만을 선동할 것이다. 그것은 그 자체로 부당한 것이고, 따라서 타인에 대한 위협을 구성하기 때문이다.

“교훈의 관점에서 무엇을 체계화하는 것은 일정 법령이나 일정한 성격의 법령들은 비공개되어야 하거나 기밀성을 유지하여야 한다는 데에 공적이고 법적인 사회의 동의가 있을 수 있다”는 중요한 인식을 가질수 있는 여지를 남기고 있다.

세계적 차원의 법적 지배를 구성하는 특정한 공적 행위들에 대하여 기밀성과 비공개성을 인정하여야 한다는 주장은 설득력을 가지고 있는 것이 사실이다.

‘비공개성(non-publicity)’은 법관, 중재인 및 다른 소규모 법적 결정권자 그룹들 사이에 보다 신중한 심리를 가능케 하는 전제요건의 하나가 된다는 인식이 널리 퍼져 있다.

협상시 기밀성 유지는 다른 이해관계나 이유들을 고려하는 ‘특수적 이성’을 이용할 수 있게 하고, ‘공공이성(Public reasons)’ 요건을 충족시키는 한편, 너무 얽은 국민투표 같은 이성을 이용하여 방정석의 관객들에게 어필하려는 정치지도자들의 문제를 감멸시킬 수 있다.¹²²⁾

예컨대 상업적으로 예민한 정보의 기밀성은 화학무기조약과 그외 무기통제협약 하에서 감시와 조사를 위한 국제체제에 필수적으로 필요한 조건이다.

정부와 그 밖의 공적 기관들은 특정 정보를 생산하고 공급하여야 할 적극적 의무를 제한하는 “헌법문제 차원의 좋은 이유(good constitutional-type reasons)”를 가지고 있다.

따라서 일부 NAFTA 회원국은 ‘헌법적 불확실성(constitutional uncertainties)’이 있는 경우, ‘특정 이슈가 지방정부나 주정부 아닌 연방정부의 규제권한의 범위에 있는지’ 같은 문제에 대하여 외국투자자에게 구체적으로 설명할 수 없다는 것을 인식하고 있다. 이러한 이유로 그들은 NAFTA 제11장이 ‘투명성의 원칙(Principle of transparency)’을 준수할 것을 요구하는 것이 아니라는 것을 확인하고 싶어 한다.

11. 법의 일반성(Generality of Law)과 행정의 문제

법의 일반성과 행정의 문제를 생각해 본다. 일반성이란 개념이 현대 사회가 처한 현실에서 법이 법이기 위한 요건이 되는가? 홉스(T. Hobbes)는 법이 그 범위에 있어 필연적으로 일반

122) Luban, ‘The Publicity Principle’, in R. Goodin (ed.), *The Theory of Institutional Design* (1996) 154.

적이어서 할 필요는 없다고 보았다. 모든 법이 입법자의 일반적 판단 또는 문장이듯이 모든 개별적 판결들은 법의 심판을 받는 자에게는 법이 되는 것이다.

켈젠(H. Kelsen)은 ‘논리적으로 선행하는 규범을 통한 인증’이라는 개념을 이용하여 모든 규범의 효력과 유효성에 초점을 맞추었다. 따라서 적법하게 인증을 받은 개인에 대한 관리의 공적 행위를 법의 개념 속에 포함시키는데 있어 별다른 어려움이 없다.¹²³⁾

조셉 라쓰(J. Raz) 역시 켈젠과 같이 일반적 규범에 지배되는 특정 질서를 자신의 법의 개념 속에 포함시켰다. 다만 그러한 특정 질서는 일반적 규범으로부터 도출되어야 하고, 따라서 수범자인 시민들이 계획할 수 있도록 하여야 한다고 보았다.

제레미 월드론(J. Waldron)은 이러한 기성 법학에 반기를 들었다. 루쏘 계보의 주장을 통하여 일반성(generality)은 자의적 권력이나 독재로 부터 시민사회를 보호할 수 있는 중요한 보호막이라고 하였으며, 이는 자유와 평등을 위하여 필수적인 요소라는 입장을 취하고 있다.¹²⁴⁾

다이시(A. V. Dicey)의 보통의 법, 즉 私法的 원칙과 행위들에 대한 강조, 그리고 그에 부수한 행정의 통제를 위한 수단으로서의 특별행정법에 대한 회의들은 수십년에 걸쳐 영국과 그 외 많은 나라들의 법이론과 관행에 영향을 미친바 있다.¹²⁵⁾

론 풀러(L. Fuller)에 의해 만들어진 ‘법의 성격을 구성하는 목록’ 역시 비록 법의 지배하에 있지만, 일상적 행정 그 자체로 법으로서 존중을 받아야 한다는 의심을 남기고 있다.

예를 들어 로버트 제닝스(R. Jennings)는 국제사법재판소 소장에서 은퇴한 이래 학문으로서의 국제법과 국제정책에 대한 재정립의 필요성을 강조한 바 있다. 그것은 국제법에 있어 상대적으로 발달이 더딘 정치적·행정적 차원의 것이라 할 수 있다. 이러한 차원의 문제들은 필연적으로 법적 차원의 완전한 발전을 가로막는 장애라 할 수 있다.¹²⁶⁾

이러한 견해는 1954년 ICJ 권고적 의견에서 명확히 밝혀지는데, 유엔 직원문제와 관련하여 유엔헌장 제15장이 문제되었다. ICJ는 “유엔총회는 규정을 제정할 권한은 가지지만, 특정 사안에 대하여 재판을 하거나 달리 취급할 수 있는 권한을 가지지는 않는다”고 실시하였다.

여기에서 가장 기초적인 유형화 내지 분류의 문제가 잠재해 있다. 즉 몽테스키외적 사고가 깨뜨려 본 입법, 사법, 행정의 3권분립의 문제를 돌아보게 한다. 한 분류 기준은 추상적 규범을 제정하는 입법권과 특정분쟁 사안에 관한 심판권을 가르는 기준이다.

123) Alexander Somek, ‘Kelsen Lives’, 18 EJIL (2007) 409.

124) Waldron, Supra note 110.

125) Dicey, ‘Droit administratif in Modern French Law’, 18 LQR 303 (1901); A.V. Dicey, An Introduction to the Study of the Law of the Constitution (8th edn., 1915).

126) Jennings, ‘International Lawyers and the Progressive Development of International Law’, in J. Makarczyk (ed.), Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski (1996) 413, at 422.

이는 많은 나라의 사법시스템하에서 입법권과 사법권 사이의 강렬한 대조와 상관성을 갖는다. 따라서 이러한 사법시스템하에서 사법적 결정은 당해 특정 사안에 한하여 적용될 뿐, 입법적 성격을 가지지 않는다. 다시 말하면 공식적으로 법의 연원(source of law)으로 인정받지 못한다는 것이다.

두번째 분류 기준은 추상적 규범을 제정하는 입법행위이지만, 비사법적으로 특정 사안을 다루는 국가작용을 가르는 기준으로 우리는 이를 행정권이라 부를 수 있다. 이러한 분류 구조는 결국 재판이나 행정을 통하여 특정한 사안을 다루는 특별한 성격의 국가작용과 일반적 성격의 입법권을 가르게 된다.

법이라는 개념이나 범주로부터 세계 통치관행의 상당부분을 배제하는 것이 규범적으로 바람직한가 하는 것에 우리는 회의한다. 많은 세계적 차원의 통치작용의 진정한 모습은 일부 국가의 정부구조 하에 존재하는 기능적 차이의 정도와 구체화에는 이르지 못하는 약한 열개를 이루고 있는 것이 사실이다.

따라서 세계행정을 생각할 때에 입법행위와 행정행위는 대개가 동일한 성격의 것이다. 이러한 맥락에서 법의 개념의 한 부분에 불과할 수 있는 “일반적 성격” 요건을 완고하게 고집하는 것이 세계행정법 강화상 유용한 것인가 회의가 드는 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고 일반성이라는 요건이 세계행정법상 법의 개념을 위한 필수적 요건인가?

세가지 의견들이 부분적이지만 해답을 주고 있다. 첫째, 권위에 대한 인증체계 속에서 높은 수준의 법이 필연적으로 모세혈관으로 불리워지는 법적 행위에까지 확대·적용되는 것은 아닐 것이다. 이때 모세혈관 같은 법적 행위는 ‘고도의 구체성’과 ‘온건한 범주성’을 그 성격으로 할 것이다.

다이스는 근대 프랑스 행정법(Droit administratif in Modern French Law (1901)과 헌법에 관하여 많은 연구를 하였다. 그는 법치주의 하에서 일반 법원의 역할, 일반 법원의 독립성과 권력분립주의에 관하여 주장하였는 바, 그의 주장에 대한 이후 영국에서의 논쟁은 “사실 일반법원보다 특별한 분야에 적당한 전문성이 필요하고, 이를 통하여 공공행정의 질을 제고하면서 행정을 규제하여야 한다는 주장”과 긴장관계에 놓이면서 발전한다.

다이스의 행정법에 대한 편하는 실제 민사사건과 형사사건을 다루는 “정상적 법원(regular courts)” 아닌 다른 법원에 의하여 국가와 피치자인 시민간의 분쟁에 적용되는 원칙에만 초점이 맞추어져 있다는데에서 연원한다.

그러나 그러한 특별행정적 성격의 법적 행위는 홉즈나 켈젠의 이론체계에 따라서 또는 법이 되기 위하여 필요한 조건들을 갖추었다는 이유로 법으로서 존중될 것이다.

둘째로 일반성 요건(requirement of generality)은 관할권에 관한 이론적·실무적 설명 없이는 적용하기가 어렵다. 일반성 요건은 많은 나라의 국내 입법부를 위하여 합리적으로 설명

되어지는 한편, 복잡하거나 난해한 것이 아니겠지만, 세계관리체제에 적용되는 경우 심각한 도전적 문제들이 야기될 것이다.

셋째로 일반성 요건은 일부 사법시스템 또는 일부 동질적 사법시스템 부류를 위한 특정적 법학체계를 구성하는 요소가 될 수 있을 것이다. 예컨대 영국식 의원내각제처럼 의회가 실제적으로 국가권력 전부에 대하여 권능을 가지는 한편, 대표성과 생산성을 상징하는 입법부가 정부의 중심이 되는 국가 또는 행정에 대하여 전권을 행사하는 대통령이 정부의 중심이 되는 미국식 대통령제 국가의 사법시스템이 여기에 해당할 것이다.

일반성은 그러한 모든 법에 적용되는 일반적 법의 개념을 위한 필수적 요건이 아니다. 이미 설명한 바와 같이 세계행정법을 궁구하는 특정 영역의 법학을 위한 필수적 부분을 이루는 것은 아니라는 것이다.

중앙집권적 성격을 가질 수 밖에 없는 법의 세계에서 분권화되고, 탈중앙적인 법을 인식하는 것은 특별한 분야와 그 세계의 질서의 문제(matter of code)이지 기능적인 것이 아니다. 세계 통상관행, 다국적 기업 조직의 일상적 행위들 또는 협상에 있어서의 제약 등 모든 사회적 제약을 법이라는 하나의 체계에 포함시켜 버리는 것은 옳지 않다.

세계행정법의 존재를 주장하는 학자의 하나인 튜브너가 이러한 성격의 관리체제를 위하여 제안한 ‘유효성 실험’은 순수히 사회적 코딩의 하나에 불과한 것이다. 즉 그 코딩의 본질은 전술한 바와 같이 “법적 다원성이란 주어진 사회 분야에서 합법과 불법이라는 상반된 극단의 이분법하에서 사회적 행위들을 감시하는 다양한 소통과정의 복잡성”이라는 사실에서 연원한다.

이는 법의 규범력이나 강제력보다도 법의 실존적·형식적 성격을 강조하는 차원의 주장이다. 이 견해에 따르는 경우 법을 단순히 사회통제나 강제력이라는 기능적인 것으로 관념하는 것을 완화하는 큰 장점이 있다. 그가 강조하듯이 법은 단순히 사회통제, 갈등해결, 행위들간 조정, 새로운 입법이나 법개정에 대한 기대, 권력의 축적, 사적 규제, 징계나 형벌을 가하는 실제와 영혼들과 같은 기능을 수행하는 규범들의 열개가 아니다.

그러나 그러한 기능적 징표들의 상관성을 무시하는 것은 유효한 법이기 위한 모든 내용과 징표들을 창출하는 근거들을 제약하는 것이다. 이러한 문제가 權威的 法源들이 통합되어 적정한 시스템을 이루는, 즉 국가법 체계 같은 법체계가 존재하지 않는 規範的 現象世界가 맞닥뜨리는 가장 큰 문제이다. 이러한 규범적 현상세계에서 일어나는 전통적 성격의 사법시스템 부재는 그의 규범적 강론과 열개 같은 체계의 다원성을 전제할 때에 아마도 피할 수 없는 것이다.

튜브너는 분산화된 세계관리를 위한 부차적 시스템하에서 법규범이나 권위적 결정자를 인식할 수 있는 능력은 약할 수 밖에 없다는 것을 인식하고 있다. 그의 생각은 그러한 규범들은 상대적으로 자기완결적이고 국경을 초월한 사회적 서브시스템(subsystem)하에서 생성되며, 실제 이러한 서브시스템 하에서 반복되는 관행을 통하여 자기 인증적이다. 이러한 관행은

상당기간 법의 세계를 확장하였고, 내부체계에서 위계적으로 기능하였으며, 국제상업회의소 경우와 같이 상사계약의 당사자들은 중재나 전문조직 또는 기업조직 등으로 외부화(externalize)하였다.

마지막 몇개 문단에서 언급된 규범적 관행의 영역은 종종 “사적인 질서화(private ordering)”라 불리운다. 그러한 영역들의 분석은 대부분 정부나 정부성(governmentality)에서 시작하지 않는다. 또한 정치영역의 자율성을 위한 어떠한 주장에서 시작되는 것도 아니다. 대신 사적 영역에 있어 ‘즉시적인 질서화’로부터 시작한다.

그러나 ‘현대사회의 법체계화(juridification)’에 관한 학자들, 예컨대 크리스찬 조오지(C. Joerges), 니콜라스 루먼(N. Luhmann), 군더 튜브너(G. Teubner)와 일부 학자들은 사적 행위자에서 멈추지 않는다. 이들의 글은 사적 질서화와 공식적 규제는 독립적으로 진전되는 것이 아니라 상호 의존적으로 진전한다고 주장한다.

기술과 시장의 변화 정도가 매우 빨라서 공식적 규제가 따라갈수 없는 경우에도, 공적 규제를 위한 요소에 대한 수요는 광범위한 범위의 대중에 영향을 미치는 더욱 복잡해지는 공공행정과 함께 한다. 특히 그 공공행정분야가 위협에 대한 이슈를 포함하고 있는 경우에는 더욱 그러하다.

그것들은 “사적 질서화의 시작으로 이해될 수 있으며, 공적 문제 또는 공법 개념을 향하여 진전 발전”해 가는 것이다. 실제 핵심적 쟁점들 중 대부분은 형식적으로 공적 제도인 것, 행정적 성격의 규제자, 입법자, 법관을 포함한 공무원들, 그리고 공적인 관행들 간의 상호작용에 관한 것이다.

이때 ‘비공식적 관행(unofficial practices)’은 ‘사적 질서화’라고 부를 수 있는데, 다만 대부분의 경우에 그것은 순수히 사적인 것이 아니다. 세계행정법이 기능할 수 있는 것도 바로 그들의 사적 성격과 공적 성격이 연계되어 열개를 이루고 있기 때문이다.

일종의 열개를 이루고 있는 행정체계, 그리고 그러한 연성적 체계에 관한 법은 본 글에서 반복적으로 주장되어 왔는데, 이는 가능한 최대한 범위내에서 경성적 성격의 ‘베버의 관료제(Weberian bureaucracy)’로부터 일탈해 있다. 반면에 공개되고 유연하며, 지식에 기반한 EU 유형의 지배체계(comitology), EU의 공개적 조정방식 또는 아마도 사이버공간의 진화하는 지배방식 등을 향하고 있다.

비록 행정의 형식이 특별나게 베버식에 맞아 떨어지는 것은 아니지만, 새로운 세계행정법 형식은 “경성적 법의 해체화(deformation of law)”를 필요로 하는 공공행정 영역에 대한 베버식 해안의 테두리안에 있는 것이 사실이다. ‘超國家的 私法化’를 향하는 이러한 특별한 접근방식은 전통적 법관념에 따를 때에 공법이 있어야 할 위상에 대한 심각한 의문을 던지고 있는 것이 사실이다.

국가를 초월하여 법을 인식할 수 있다는 튜브너의 대안적 설명은 법철학적으로 법의 연원,

법의 인증, 사법시스템의 개별화, 그밖에 개념적 차원에서 제기되는 법학적 문제들과 같은 기본적 문제들을 극복하지 못하고 있는 것이 사실이다.

튜브너는 법학 강론과 사회관행에 대한 “반근본주의적 분석(anti-foundational analysis)”을 통하여 문제를 다루려 하고 있다. 튜브너의 전략은 도덕성이라는 범주 또는 통상적 정치과정으로부터 이해관계와 전문성으로 구성된 “부차적 관행(sub-specialized)의 공동체”로 전환하는 것이다. 이러한 공동체는 시민사회의 핵심에 접근하기 어렵고, 심지어 교육을 받은 엘리트의 대부분과도 상관이 없는 경우가 다반사다.

현대 민주주의의 여건하에서 국가를 넘어서는 법개념을 지지하는 입장에서, 튜브너의 주장을 규범적으로 매력적인 그 무엇으로 받아들이기는 쉽지 않다. 오히려 법에 내재하여야 하는 ‘조절된 공공성요건’을 강조하고 이론화하는 것이 규범적으로 더욱 중요한 것이다. 국제법을 향한 다른 공적체계간의 접근방식을 이용한다면, 이러한 공공성 요건에 기반한 체계를 갖추기 위한 조건들을 효과적으로 추구할 수 있게 한다.

12. 사적인 질서화(Private Ordering)의 문제

세계행정법을 법의 개념에 포섭하기 위한 “사적인 질서화(Private Ordering)”의 문제를 생각해 본다. 세계행정법이 법이 되기 위하여 해부하는 범주는 매우 다양하다. 회사간 규범, 표준화 과정, 다국적기업(MNE)의 내부규범, 국제기구의 규범 등 비국가법(Non-state norms), 중재, 윤리위원회, 몬트리올의정서 준수위원회 같은 정부-산업간 비정부간 기구와 비국가적 성격의 분쟁해결구조, 일정 단위의 주체간 점증하고 다양화하며 깊어가는 소통구조, 복잡한 정보의 흐름에 대한 관리 등이 대강 그러한 범주에 해당한다.

그러나 사적인 질서화의 범주는 절차 또는 행위와 정당화의 패턴이 세계행정법의 다른 범주와 유사한 경우에도 “법의 개념에 관한 어떠한 주장이든 모두 적용할 있는가” 하는 심각한 문제를 야기한다. 이러한 범주하에서 “공공성 요건(publicness requirement)의 적용가능성”에 관하여 특별한 의심을 하여야 하는가 하는 문제가 발생한다는 것이다. 군더 튜브너(G. Teubner)는 상인법이나 사이버공간에서의 법 같은 21세기 현재의 관행 속에서 법이 무엇인가, 즉 법의 정체를 탐구하면서 법이라는 개념은 보다 급진적으로 국가로부터 분리되고 있다고 주장한다.¹²⁷⁾

때때로 학자들은 새로운 세계법은 기본적으로 변방적이고 즉시적이며 사회적 성격이 생명인 법이라고 주장하고 인식한다. 그러나 사실 세계법의 실체는 특별한 분야나 사회의 무수한 하부구조에서 일하는 전문가들에 의하여 점차로 체계화되어 가고 제도화되고 있다.

세계행정을 위하여 공식적 국가법(formal state-based law)이 적용되는 경우, 보편화된 법 원칙에 따라 법의 위반을 권위있게 정의하거나 체계화된 제재권이 결여되어 있는 경우가 많

127) Teubner, ‘Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?’, in K.-H. Ladeur (ed.), Public Governance in the Age of Globalization (2004) 71; G. Teubner (ed.), Global Law Without a State (1997).

다. 환언하면 그것은 형식에 있어 보다 즉흥적이고 임시적인 것이 되어 가고 있다. 세계적 정치시스템이 부재하고 아직까지 세계적 사법시스템이 존재하지 않는 한, 법을 만드는 입법 행위를 위한 새로운 방식은 스스로 유효하다고 믿는 계약에 불과하게 되어 버렸다.

뒤크하임(E. Durkheim)은 계약의 구속력은 “계약 그 자체에 의하여서가 아니라 보다 넓은 사회적 맥락에서 도출되어야 한다” 라고 강조하였다. 그러나 튜브너는 세계경제 및 법관행 하에서 자기인증(self-validation)의 역설은 여러 이유로 찬란하게 가려져 있다고 주장한다.

(1) 시간 (time) - 되풀이 되는 법적 행위로 인하여 상호 반복적으로 법적 행위와 구조를 형성하고, 현재의 계약은 이미 존재하는 법원칙의 표준화이자 미래의 갈등을 규제하는 자기복제과정을 의미하게 된다. 이러한 자기인증은 시간과 함께 묻혀지는 것이다.

(2) 위계 (hierarchy) - 이러한 자기인증은 위계(hierarchy)에 의하여 묻혀지는데, 일용 추상적 성격과 형식을 가지는 확인과 해석에 관한 제 2차 규범과 계약의 제1차 규범 간 공존과 합성된 위계 등이 자기인증의 문제를 복잡하게 만들어 약하게 하거나 사라지게 한다.

(3) 외부화 (externalization) - 계약에 따라 권한이 부여되는 사적 성격의 영역에서 마저, 실제로는 비계약법적 메커니즘, 즉 국제상업회의소(International Chamber of Commerce)와 같이 준법원 또는 준입법부(quasi-courts or quasi-legislatures)같은 기업조직들을 이용하여 비공식적 법질서를 창출할 권한을 수권하고 있다.

이러한 법질서의 예로 ICC가 제정한 인코텀즈(Incoterms)나 화한신용장통일규칙(UCP)을 들 수 있는데, 이러한 규범들은 권력, 즉 국가가 관여하여 만드는 국가법(state norms)과 달리 오스틴식 공식적 법은 아니지만, 동료간 제재(peer pressure)를 통하여 여전히 상인사회를 규율하는 골드스미스식 법으로서의 성격을 갖는다.

오스틴과 골드스미스의 차이는 순전히 법의 구속력과 비구속력이라는 이분법에서 나오는 단순한 것이어서, 세계행정법의 법으로의 개념화 범주화를 위하여 Lon Fuller식으로 다양한 요소를 도입할 필요가 있다. 기업조직의 본질을 갖는 이러한 단체들은 국가에 의하여 수권 받은 것도 아니고, 국제법에 따라 세계적 차원의 공적 권한을 위임받은 것도 아니다.

ICC 제정규범과 같은 현대 상인법은 자기 합법적이다. 그것은 다른 법체계에 의한 인증을 통하여 강화되지만, 그 규범력이나 법으로서의 효력이 다른 법체계의 인증에 의존하지 않는다. 환언하면 그러한 인증은 어떠한 구성적(constitutive) 효력을 가지지 않는다.

이때에 그가 말하는 법이란 조직과 직능단체, 약하게 열개지어진 분권적 조직의 법적 결정 체계 속에서 교환되는 탈중양적(heterarchical), 연계적(connectionistic) 네트워크 유형(network-type)식 소통체계에서 생성되고 있다.

이러한 현상은 실제 이미 결정되거나 해결된 사안이 아닌 한, 어떠한 법이 실제 적용될 것인가 미리 진단하는 것을 어렵게 하고, 만약 일반성 요건이 법규범이 되기 위한 요건이라면

잠재적으로 일반성 요건을 해하는 것이 된다.

따라서 적용가능한 법규범의 인식은 약해지고, 진정한 결정자가 누구인가의 문제는 더욱 불명확하게 된다. 인도적 간섭의 문제 역시 불명확해지며, 이러한 불명확성의 문제는 미디어 직능단체, 비정부간 기구, 다국적기업, 수개국 정부의 여러 기관, 나토, 유엔 안보리 등등에 확대된다. 세계관리체제의 많은 영역에서 이러한 불명확한 열개가 적절한 법현상이 될 수 있도록 사법적 통제를 하거나, 정부 또는 외교부 같이 교정 또는 통제를 행하는 적절한 메커니즘은 존재하지 않는다.

튜브너가 제시한 이론적 해결방안은 공식적이고 체계화된 합리성과 비공식적 즉시성 사이를 아우르는 ‘동적 이원론(dynamic dualism)’ 이라 할 수 있는데, 법제도에 있어 양자는 상호우위를 주장할 수 없다. 아직까지 그러한 이원론은 주로 독립한 국가들 사이, 기업이나 임시적 성격이 강한 시장, 정부 제도나 임시적 성격이 강한 공적 의견 같은 정치경제적 영역에서나 가능하다.

세계화는 이원론의 즉시성 측면을 강화하는 경향이 있다. 제도들은 더이상 자유라는 이름으로 저주되지 않게 된다. 다른 여러 사회적 분야에서 제도들과 즉시적이고 비공식적인 체제 간 상호 균형을 통하여 자유민주주의는 변성하게 된다.¹²⁸⁾

상호 반작용 같은 균형은 산업혁명 당시 영국의 경제 분야에서 시작되었고, 프랑스와 미국 독립혁명을 통하여 정치적 분야에도 퍼지게 되었다. 고도로 합리화된 제도들은 즉시적 성격을 가지는 새로운 소통과정의 분권화된 복잡성에 의하여 견제받게 되었고, 소통과정의 전부를 통제할 수 없게 되었다.

이러한 동태적 과정은 오직 일반 경제영역과 일반 정치영역에서 진정으로 기능하며, 사회적 영역에서는 한나라 안에서도 그리 잘 기능하지 않는다. 세계행정을 가능케 하는 동력하에서 이러한 상호 민주적 반작용과 균형의 과정의 현실화는 높은 수준의 자율성과 다른 사회적 분야와의 차별화에 따라 달라진다.

비정치화(depolicitization), 비관료화(debureaucratization), 지위를 향한 경쟁 또는 산출의 질에 관련한 명성 등 비경제적 경쟁요소들의 주위에는 즉시적 세계질서가 생성되고 있는 몇개의 특별분야가 존재하고 있을 것이다. 그러나 불행히도 이는 혼란 현상이 아니다.

세계법은 발전이 안된 또는 구조적으로 결함이 있는 법이 아니고 완벽하게 날 수 있는 법이다. 그것은 세계적 차원에서 정치적·제도적 지원을 받지 못하고 있을 뿐이다. 그러나 고도의 전문화된 강론이나 사회적·경제적 과정과 구조적으로 강력하게 결합되어 있는 것이다.

그것은 다원적인 것이다. 그러나 다원성은 강론을 통하여 또는 네트워크를 통하여 가능한 것이고 민족성이나 국적을 통하여 이루어지는 것이 아니다. 법적 다원성은 더이상 갈등하는

128) 이러한 제도주의적 법철학과 법이론에 관하여, M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation* (1925); S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1917) 참조.

사회규범의 세트로 정의되어서는 안되고, 주어진 사회분야에 있어 복잡하고 다양한 소통과 정으로 정의되어야 한다. 이때 각 사회분야는 “합법과 불법이라는 이원적 코드” 하에서 사회적으로 바람직한 행동을 준수하여야 한다.



제 2장 국제법의 대강

I. 국제법의 법적 성격과 연원

1. 국제법의 법원

가. 정의

제 1장에서는 국제법의 법적 성격과 그 연원에 관하여 살펴 본다. 국제법에서 법원(Sources of International Law)이란 국가들로 구성되는 국제공동체에 의하여 법으로 받아들여진 것들을 의미한다. 이러한 법원은 (a) 국제관습법 (b) 국제조약 (c) 세계 주요 법계에 공통되는 일반원칙에서 연원하는 기본 법원칙 등으로 존재한다. 국제관습법은 법적 의무감으로 인하여 국가들이 일반적으로, 그리고 지속적으로 준수하는 국제관행으로부터 생성된다. 국제조약은 조약 당사국에 적용되는 법을 창출하며, 국가들에 의하여 일반적으로 준수될 것이 의도되고 실제 널리 수용되는 것을 전제로 국제관습법 형성의 계기를 제공한다. 주요 법계의 법제도에 공통되는 일반원칙은 그것이 국제관습법이나 국제조약에 편입되어 있지 않거나 반영되어 있지 않다 하더라도, 적절한 때에는 국제법을 보완하기 위하여 원용될 수 있다.

나. 설명과 사례

a. 국제법의 연원과 증거

국제법의 연원과 국제법의 증거는 준별하여야 한다. 법규칙 또는 원칙이 국제법으로 존재함에 있어 여러 유형이 있다. 즉 이는 국제법의 연원의 문제이다. 반면에 법규칙 또는 법원칙이 사실상 여러 유형의 국제법으로 존재하는 것을 증명하는 것은 국제법의 증거의 문제이다.

b. 국가의 실행

국제법에서 국가의 실행이란 공적 조치 및 정부 행위, 정책의 공식적 선언은 물론이고, 외교 행위와 지침을 포함한다. 그것들이 일방적이건, 또는 OECD, 즉 경제협력개발기구 같은 기구처럼 여러 나라들이 협력하는 경우이건 상관하지 않는다. 또한 부작위 역시 국가실행을 구성할 수 있다. 예컨대 국가가 자신의 법적 권리에 영향을 주는 타국의 행위를 알고도 묵인하는 경우, 이는 부작위에 의한 국가실행의 한 예가 된다. 국제관습법에 이르기 위하여 필요한 국가실행은 필히 장기적으로 계속되어야 하는 것은 아니다. 국가실행이 비교적 단기적인 경우에도 국제관습법은 성립할 수 있다. 그러나 그것은 “일반적이고 지속적(general

and consistent)“인 것이어야 한다. 국가실행은 그 실행이 보편적으로 존중되고 있지 않은 경우에도 일반적일 수 있다. 국가실행이 어느정도 보편적이어야 하는가에 관하여 정확한 공식은 존재하지 않는다. 그러나 당해 행위와 특별히 관련된 국가들 사이에서 광범위하게 수용되고 있다는 사실이 방증되어야 한다. 주요국가들의 상당수가 문제의 국가실행을 채택하지 않는 것은 당해 원칙이 일반적 국제관습법으로 성립하는 것을 방해한다. 물론 이때에 참가국들간 적용되는 특별국제관습법(particular customary law)으로 인정될 수는 있다. 국제관습법 원칙은 그 생성과정에서 동 원칙에 대하여 반대를 선언한 국가에 대하여는 구속력을 가지지 않는다.

국가의 실행이 국제관습법 원칙이 되기 위하여는 국가들이 그것을 법이라고 인식하고 준수하는 객관적 사실이 존재하여야 한다. 국가들이 일반적으로 준수하지만, 동시에 법적으로 자유롭게 무시할 수 있는 것으로 느끼는 경우에는, 국제관습법이 성립하지 않는다. 국가들이 원래 예양 또는 습관에 따라 준수하는 실행은 국가들이 일반적으로 그것을 준수하는 것이 법적 의무라고 믿기 시작하면서 법이 된다. 그러나 그러한 법으로의 변환이 언제 일어나는지를 결정하는 것은 매우 어려운 문제이다. 법적 의무라고 신뢰하는 감정에 대한 명백한 의무, 예컨대 공식적 선언 등은 필요하지 않다. 법적 확신(Opinio Juris)은 작위나 부작위로부터 추론될 수 있다.

c. 국제관습법

국제관습법은 국가들의 묵인과 행동에 의하여 성립하고, 모든 국가를 구속하지만, 원칙적으로 실행에 대하여 반대 의사를 표시하고 실행이 아직 법으로 변환되지 않고 변환 과정 중인 경우, 그것이 나중에 법이 된 경우에도 반대 의사를 표시한 국가에는 법의 효력이 미치지 않는다. 역사적으로 그러한 반대와 일반 국제관습법 원칙의 적용에 대한 예외가 인정된 경우는 흔하지 않다. 다만 관습국제법이 강행규정(peremptory norms: jus cogens)에 이른 경우에는 예외이다. 한편 실행이 국제법 원칙으로 발전·숙성된 이후 국제법 체계에 진입한 국가에게도 동 국제법 원칙의 효력이 미친다.

지역 또는 다른 특별한 그룹에 있어 국가들의 실행은 그러한 국가들 사이에 적용되는 지역적, 특별한 또는 특정적 관습법을 생성하기도 한다. 이때에 기속을 받는다고 주장되는 국가는 단순히 정치적 편익을 위한 것이 아니라, 하나의 법적 의무로서 그러한 관습을 수용하였거나 인지하고 묵인하였다는 것이 입증되어야 한다. Asylum Case (Colombia v. Peru), [1950] I.C.J. Rep. 266, 277. 그러한 특별 국제관습법은 본질적으로 당사국들간 인지와 묵인에 기초한 합의로 볼 수 있다.

d. 국제조약

국제조약은 국제법하에서 당사국들간 구속력을 가지는 법적 의무를 창설한다. § 321 참조. 보통의 경우 국가간 합의는 계약에 관한 국내법 체계하에서 당사자간 법이 만들어진 것으로 보는 사적 계약법 차원의 의미에서 법의 존재형식, 즉 법원이라 할 수 있다. 그러나 모든 나라들에 개방된 다자조약들은 점차로 일반적 입법을 위하여 사용되며, 이들은 인권법처럼

새로운 법으로 만들어지거나, 조약법에 관한 비엔나 협약처럼 국제관습법을 성문화하거나 발전시키기 위하여 이용되기도 한다. 국제조약은 국제관습법 발전에 기여한다.

헌법적 성격을 가지거나 또는 국제기구헌장과 같은 일부 국제조약은 그러한 국제기구에 권한을 부여하고, 가중 다수결 방식의 결의를 통하여 기구 회원국들에게 의무를 부과한다. 그러한 의무는 국제기구 창설조약으로부터 연원하며, 국제기구에 의하여 채택된 결의는 그 회원국을 위한 국제법의 제2차적 법원이 된다. 예를 들어 국제통화기금은 환율의 유지와 변경 또는 통화가치의 저평가 등에 관한 법규정들을 가지고 있으며, 국제 민간항공기구는 비행과 공해상 비행을 위한 항공사 자격 등에 관한 구속력 있는 법규준을 설정해 놓고 있다. 구속력을 가지지 않지만, 특정 주제에 관한 국제법을 선언하려는 국제기구의 결의도 있으며, 이에 관하여 미국의 리스테이트먼트는 § 103, Comment c.에서 설명하고 있다.

유엔헌장은 세계 거의 대부분의 국가에 의하여 준수되고 있다. 몇 안되는 나머지 비회원국들은 유엔이 창설한 법원칙들을 인정하고 있다. 무력사용을 금지하고 있는 유엔헌장의 조항들은 모든 국가를 구속하는 국제법원칙이 되었다. 헌장 제 103는 “헌 헌장의 유엔회원국 의무와 다른 국제조약의 의무가 상호 충돌하는 경우에는 헌장상 의무가 우선한다”고 명시적으로 규정하고 있다. 회원국들은 유엔헌장과 일치하지 않는 국제조약을 체결하지 못하는 것으로 이해하고, 그러한 조약의 체결을 하지 않고 있다. Art. 7 of the North Atlantic Treaty, 1949, 63 Stat. 2241, T.I.A.S. No. 1964, 34 U.N.T.S. 243; Art. 102 of the Charter of the Organization of American States, 1948, 2 U.S.T. 2394, T.I.A.S. No. 2361, 119 U.N. T.S. 3.; Restatement Comment k. 등 참조.

e. 국제조약과 국가들의 관행

국제조약은 국가들의 관행을 구성한다. 따라서 부섹션 (2)에 따라 국제법의 발전에 기여할 수 있다. North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark & Netherlands), [1969] I.C.J. Rep. 3, 28-29, 37-43. 참조. 일부 다자조약은 적극적으로 반대하지 않는 비회원국들을 구속하는 법으로서의 효력을 갖기도 한다. 다자조약이 (i) 일반적으로 국가들에 의하여 준수되도록 고안되고, (ii) 그것이 광범위하게 수용되며, (iii) 주요국들의 상당수가 그 내용의 법적 효력을 부인하지 않는 경우 그러한 관습법적 효력을 가질 수 있다는 것이다. 특정 주제에 관한 유사한 양자조약의 광범위한 네트워크는 국가의 실행을 구성하고 역시 국제관습법을 결과한다. 만약 국제조약이 관습법을 확인·선언하는 성격을 갖거나 관습법의 발전에 기여한다면, 당사국들에 의한 조약의 종료는 그 자체로 이미 형성된 국제법으로서의 효력이 계속되는데 영향을 미치지 않는다. 그러나 국제조약에 따라 창설된 의무에 대한 광범위한 거부는 그러한 의무의 지속적 효력에 역행하는 국가의 관행으로 볼 수 있다.

f. 국제관습법과 국제조약

국제관습법과 국제조약에 의하여 창출된 법은 국제법적으로 동등한 권위를 갖는다. 당사자들이 달리 합의하지 않는한, 국제조약에 의하여 창설된 법은 국제관습법상 이전의 일치하지 않는 법에 우선한다. 그러나 국제법 중 강행규범적 성격을 갖는 것은 이미 성립된 관습법에

우선하거나 그것을 개폐할 수 없다. 만약 그러한 강행규범을 위반하여 당해 국제조약이 무효인 경우에도 당연히 강행규범에는 아무런 영향을 미치지 않는다. 새로운 국제관습법에 일치하지 않지만, 이전 국제조약에 따라 창설된 국제의무는 당사자가 의도하고 그 의사가 명백한 경우에 한하여 새로운 국제관습법에 의하여 개폐된다. 따라서 1958년 해양법협약 당사국인 미국과 많은 회원국들은 동 협약의 일부 조항들이 그와 모순·저촉되는 내용의 새로운 관습법에 의하여 폐기되었다는 것을 수용하고 있다.

g. 강행규범

국제법 중 일부규범은 국가들로 구성된 국제공동체에 의하여 강행적 성격, 즉 국가들이 합부로 훼손할 수 없는 성격의 규범으로 인식하고 있다. 이러한 규범들은 국제조약이나 그와 모순되는 다른 형식의 국제법에 우선하거나 무효화하기도 한다. 그러한 강행규범은 새롭게 만들어진 동일한 성격의 국제법에 의해서만 변경될 수 있다. 무력사용을 금지하고 있는 유엔헌장 원칙들은 강행규범적 성격을 가지는 것으로 일반적으로 알려져 있다.

h. 법의 일반원칙

대부분의 국제법은 그것이 관습법이건 또는 조약에 따라 만들어진 국제법이건 세계 주요 사법제도 하에서 발견되는 법원칙들과 유사한 법원칙들을 반영하고 있다. 그리고 역사적으로 그러한 국내법 원칙 또는 보다 오래전 공통의 뿌리로부터 파생된 것들이 많다. 국내법상 사법제도와 공통되는 법의 일반원칙은 독립된 법의 연원으로 인정될 수 있다. 법의 일반원칙은 특정 법원칙에 관습법적 지위를 부여하기에 충분한 국가들의 실행이 존재한다고 보기 어려운 경우에 중요한 의미를 갖는다. 법의 일반원칙은 특별한 상황에서 국제법과 국내법간 간극과 공통요소를 이용하여 국제법을 발전시키기 위한 제2차적 성격의 법원이라 할 수 있다.

예를 들어, 자국 국민을 위한 국가의 국제청구에 대한 항변으로 시간의 경과, 즉 시효의 항변을 주장하는 것은 일반 국제관습법상 충분한 국가실행 사례로 수용되고 있지 않다. 그럼에도 불구하고 시효의 항변은 - 최소한 개인의 피해를 이유로 한 국제청구의 경우 - 국제법 규범으로 원용될 수 있는데, 그 이유는 시효의 항변은 주요국 사법제도에 공통적인 일반 법원칙이므로 국제청구에 적용되는 것이 부적절한 것은 아니기 때문이다. 법의 일반원칙으로부터 도출되는 다른 법규범들은 사법적 정의에 관련된 법규범들을 포함한다. 예컨대 누구도 자신의 사건에 관하여 심판관이 될 수 없다는 법원칙, 기판력의 원칙, 공정한 절차의 원칙 등이 이러한 법규범들의 예라 할 수 있다. 법의 일반원칙들은 일반적 성격의 “이성의 법규범(rules of reason)” 들을 포함한다. 예컨대 묵인과 금반언의 원칙이나 불법행위에 대한 배상 등이 그러하다. 국제관행은 때때로 그러한 원칙들을 국제관습법으로 발전·전환시킨다.

1. 형평의 원칙

국제법에서 형평의 원칙이란 공평과 정의의 관점에서 주요국 사법제도들에 공통된 요소들이다. 형평은 여러 맥락에서 국제법의 법원칙으로 수용되어 있다. The delimitation of coastal

state zones, 리스태이트먼트 § 517 참조. 형평의 원칙은 전통적인 앵글로 아메리칸 법학에서 보통법과 형평법을 준별하기 위하여 사용하는 형평이라는 개념과 혼동해서는 안된다. 국제법에 수용되어 있는 형평의 원칙은 또한 국제사법재판소규정 38(2)에서 재판소에 부여하고 있는 재판권과도 준별하여야 한다. 또한 여러 중재협약에 따라 다른 재판기관에 부여하고 있는 재판권 역시 그러하다. 그러한 예에서 부여된 재판권들은 당사국들이 재판권 행사에 동의하였음에도 적용할 법이 없는 경우, 사안의 재판을 위하여 부득이 적용되는 것이 형평과 선의 원칙(ex arquo et bono)이다. 단순히 법의 일반원칙에 국한되지 않고, 사안의 해결을 위하여 형평과 선의 원칙이 이용된다고 할 수 있다.

2. 국제법의 증거

가. 국제법의 증거

“어떠한 법규범이 국제법으로 인식될 수 있는가” 여부는 문제의 법규범이 연원하였다고 주장하는 특정한 법의 존재형식에 부합하는 적절한 증거에 따라 결정된다. 법규범이 국제법으로 발전하여 그 지위를 갖는가를 결정함에 있어 중요하게 고려되어야 할 점은 (a) 국제 사법재판소나 중재재판소의 결정과 법적 의견 (b) 국내 재판소의 결정이나 법적 의견 (c) 학자들의 저술들 (d) 국제법 규범이 무엇인가를 말할 책임이 있는 국가들의 선언(다만 그러한 선언이 다른 국가들에 의하여 심각하게 거부되지 않아야 한다).

나. 설명과 사례

a. 국제법의 존재에 대한 제1차 및 제2차적 성격의 증거

국제법의 존재에 대한 제1차 및 제2차적 성격의 증거가 존재하는가? 국제법의 법원 부분에서는 법규범이나 원칙이 국제법이 되고 국제법으로 존재하는 형식, 즉 국제법의 연원에 관하여 살펴 보았다. 이하에서는 법원이나 기타 재판소에서 법규범이 앞에서 설명한 하나 또는 그 이상의 법형식으로 존재함으로써, 국제법으로 성립하였다는 것을 현실적으로 증명하는 문제에 대하여 살펴보려 한다.

법규범이 국제법으로서 받아들여지고 수용되는가를 결정하는 과제는 법규범이 법으로서 근거를 두고 있는 법의 존재형식, 즉 법원에 관한 부분에서 설명한 국제법으로서의 특정 존재형식이 무엇인가에 달려 있다. 따라서 국제관습법의 경우, 국제법의 가장 중요한 증거는 국가관행이고, 이는 통상 정부의 공식 외교문서나 정부 조치와 실행에 관한 다른 지표들을 참조하여 입증될 수 있다.

반대로 전술한 바와 같이, 유사한 성격의 증거를 통하여 특정 국가가 문제의 관행에 대하여 이의를 제기하였으므로, 관행에 따라 형성되었다고 주장하는 법원칙에 구속되지 않는다는 사실을 입증할 수 있다.

국제조약의 형식으로 존재하는 국제법의 경우, 조약 본문을 통하여 국제법으로 존재한다는 사실을 입증할 수 있을 것이다. 이때에 해석이 필요할 수 있는데, 그러한 경우에는 그 해석에 관하여 적절한 보완수단이 있는 경우, 그러한 보완수단도 배제되지 않고 고려되어야 한다.

전술한 국제법의 증거들은 사계의 권위자들인 보고자와 해석자들에 의하여 발견된 법이 무엇인가를 가르쳐 주는 2차적 증거들과 관련이 있다. 각 조항들의 배열 순서는 그들간 상대적 중요성을 의미하는 것이 아니다. 그러한 2차적 증거들은 당연히 제1차적 증거들에 의하여 부인될 수 있다. 예를 들어 실제 국가들의 관행에 관한 증거들에 의하여 존재하는 것으

로 인정된 국제관습법에 의하여, 학자들이나 해석가들에 의한 제2차적 증거는 부인될 수 있다.

국제관습법이 법으로서 인식될 수 있는가를 결정하는 것은 “당해 법규범이 국제질서에 얼마나 기여하고 있는가”에 관한 평가 결과에 영향을 받을 것이다. 국제법이 존재하는가를 결정하는 미국 법원의 관행에 관하여는 뒤에 나오는 설명을 참조하여야 한다.

b. 사법 또는 중재재판소의 결정

국제사법재판소 규정 제59조는 “국제사법재판소 결정은 당해사건에 한하여 당사자들을 구속할 뿐, 그 이외의 경우에는 아무런 구속력을 가지지 않는다”고 규정하고 있다. 이러한 규정은 국제법에는 국내법과 달리 선례구속성의 원칙이 존재하지 않는다는 것을 의미한다. 사실 주요 몇 개의 영구재판소, 예컨대 국제사법재판소, 유럽사법재판소 또는 유럽인권재판소와 같은 재판소들은 선례라 할 수 있는 과거 사건의 결정에 대하여 매우 신중하게 주의를 기울이고 있다.

이러한 선례존중 태도는 또한 1979년 창설된 미주인권재판소에서도 볼 수 있다. 어떠한 국제재판소의 결정들이 국제법 관련 문제들에 대하여 자신의 심판권을 행사하면 할수록, 그 결정들은 국제법이 무엇인가를 밝히는 보다 설득력있는 증거가 될 것이다. 국제사법재판소의 결정과 이유, 즉 국제법적 의견에는 보다 중요한 비중이 주어지게 되는 것이다.

국제재판소의 판결과 법적 의견들은 국내법원의 경우보다도 더 많은 권위와 비중이 주어진다. 그것은 전자의 경우 특정국의 이해관계나 편견을 반영할 가능성이 보다 적기 때문이다. 반면에 국내법원 역시 권위와 비중이 주어지지만, 그것은 사법권의 독립이나 심판권능의 중립성과 창조성 등을 배경으로 인정되는 일반적 성격의 권위와 비중이라 할 수 있다.

미국의 외교관계법 하에서 미 국내법원의 국제법에 관한 판단과 결정은 다른 법에 대한 판단과 결정과 동일한 수준에서 존중받고 있다. 미국의 모든 법원은 국내 하급심법원과 상급심법원의 판결을 수용하며, 미 대법원의 결정은 미국의 모든 국내법원에 대하여 최종적으로 효력을 갖는다.

c. 국제기구의 선언적 결의

국가들은 종종 국제법 문제에 관하여 자신들의 의견을 공표한다. 이러한 공표는 “특정 문제에 관한 법이 무엇인가”를 선언하는 국제기구의 결의를 통하여 집단적으로 행해지기도 한다. 이러한 결의는 일반 국제관습법 문제로서의 성격을 띠기도 한다.

국제기구는 일반적으로 법을 제정할 권한을 보유하고 있지 않다. 그들의 법에 대한 결정은 특별한 권위나 비중을 가지지 못한다. 그러나 그들의 선언적 결의는 그러한 결의에 찬성한 국가들이 법이 무엇이어서 하는가를 보여주는 증거라 할 수 있다.

그러한 결의의 증거법적 가치는 하나의 변수이다. 세계적이고 보편적인 결의는 그것이 찬반으로 갈려 논쟁의 대상이 되지 않고, 만장일치 또는 만장일치에 가까운 동의로 성립된 경우에는, 실질적으로 매우 의미있는 비중을 가진다. 국제기구의 그러한 선언적 결의는 국제기구의 헌법하에서 행해지고 법적으로 기구 회원국을 구속하는 특별한 입법적 성격의 결의와 준별하여야 한다.

d. 결어

국제법과 국제정치간의 관계는 현실주의와 이상주의 두 관점에서 접근할 수 있다. 미국이나 영국의 경우 유럽 대륙국가들의 경우보다 현실주의적 관점이 강하다. 따라서 국제법이 어떠한 형태로 존재하는가, 즉 섹션 § 102에서 다루었던 법원 또는 법의 연원 문제와 함께 본 섹션 § 103는 국제법의 증거에 관하여 설명하고 있는 바, 이는 미국의 현실주의 지적 전통에서 이해할 수 있다.

즉 “법이 어떠한 형태로 존재하는가” 는 하는 문제는 대륙법과 영미법계에 공통되는 문제이고, 현실 사회에서 법이 어떻게 발현되는가 하는 문제는 영미법계의 현실주의 또는 실용주의 사고나 법원 중심의 법학 체계에서 특히 강조되는 부분이다. 미국이나 영국의 경우 국제법과 국내법의 관계와 같은 문제에 있어 양자를 준별하여 이해하는 이원론적 입장이 강한 것도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 이는 한스 켈젠에서 볼수있는 대륙법계 이상주의적 국제법관과 대비된다고 할 수 있다.

따라서 후자는 유엔을 중심으로 한 이상주의 국제법이나 세계헌법주의로 나아가기 쉬우며, 영국과 같은 전자의 경우에는 국제법의 해석과 적용에 있어 외무부의 의견을 절대적으로 중시하는 전통이 관행처럼 준수되고 있다. 또한 전술한 바와 같이 학자나 해석가들에 의한 제1차적 증거가 법원에서 증거에 따라 확정된 관습법의 존재로 인하여 부인될 수 있다는 것도 미국과 영국의 현실주의 지적전통이나 귀납주의적 사고방식에서 연원하는 것이다.

반대로 정치기관의 입법행위와 학자들을 중심으로 한 해석법학의 전통을 가진 프랑스나 독일의 접근방식은 이상주의 지적 전통이나 연역주의적 사고방식이라 할 수 있다. 이러한 배경하에 미국이나 영국의 경우 법학자보다 법관을 명예롭게 생각하고 사회적으로 예우하는 관습이 발전되어 있다. 반대로 유럽 대륙국가의 경우 입법자나 법학 교수들이 법을 발견하고 법의 의미를 밝히는 과정에서 중요한 역할을 하고 사회적으로 존경받고 있다.

3. 국제법과 국제조약의 위상

가. 국제법과 미국 국내법으로서의 국제조약

국제법과 미국이 당사자인 국제조약은 미 연방법의 하나가 되고 미 각주의 주법에 우선한다. 국제법과 미국이 당사자인 국제조약 하에서 발생하는 법적 분쟁은 연방사법권에 부속하며, 헌법과 제정법의 한계 하에서 청구적격성 요건을 충족하는 것을 전제로 연방법원의 관할권에 복종한다. 연방법원은 국제법과 미국의 국제조약에 그 법적 효력을 부여하여야 한다. 다만 비자기집행조약(non-self-executing agreement)이면서 집행에 필요한 집행요소가 존재하지 않는 경우, 법적 효력이 부여되지 않는다. 다음과 같은 경우 미국이 당사자인 국제조약은 비자기집행조약이다. (a) 문제의 국제조약에 “집행을 위한 국내법을 제정하지 않는 경우, 국내법으로서 효력을 갖지 않는다”는 의도가 명백히 표현된 경우 (ii) 조약에 동의를 부여하는 상원이나 하원의 의결을 통하여 집행을 위한 국내법을 제정토록 의무화한 경우 (c) 헌법에 따라 집행을 위한 국내법 제정이 필요한 경우

나. 설명과 사례

a. 국제법과 미 연방헌법에 따라 체결된 국제조약

국제법은 미국의 국내법으로서 성격을 가지므로, 국제법 규범이나 미국이 당사자인 국제조약의 조항들은 인권장전 및 기타 헌법이 의무화하거나 금지 또는 제한하고 있는 사항에 위반되어서는 안되고, 그에 위반할 경우에는 법적 효력이 부여되지 않는다. 그러나 헌법에 위반된다는 이유로 미국이 국제의무를 이행하지 않는 경우, 미국이 국제법에 따라 부담하여야 하는 책임이 면제되는 것은 아니다.

b. 국제의무의 결과물로서의 미국 국내법

국제법 규범 또는 국제조약 조항들은 미국 내에서 법으로서의 지위를 갖는데, 그러한 규범이나 법조항들은 미국에 국제의무를 발생시키고, 이러한 법적 성격은 미국 내에서 법으로서의 지위를 갖게 하는 연원이 된다. 다만 국제법 규범이나 국제조약이라 하더라도 미국이 현실적으로 그러한 법에 기속되지 않는 한, 미국의 법으로서의 지위를 가지지 않는다.

예를 들어 국제관습법 규범의 경우, 동 관습법의 형성과정에서 미국정부가 그 존재에 대하여 이의를 제기하고 부인하였다면, 동 관습법 또는 무효이거나 효력이 종료 또는 정지된 조약 조항들은 미국의 법으로서 지위를 가지지 못한다.

따라서 만약 국가들이 심해저에의 채굴이 1982년 해양법협약에 따라 창설된 국제법체제에 위반되지 않는 경우에 한하여 허용된다는 원칙을 일반적으로 수용하는 경우에도, 미국은 그러한 원칙에 지속적으로 반대하고 있으므로 동 원칙에 기속되지 않는다.

c. 미국의 국내법으로서의 국제법과 국제조약

국제법과 국제조약들이 미국법이라는 주장은 크게 보아 법원에 관련된 주장이다. 적절하다고 판단되는 경우, 법원들은 의회에 의한 별도의 입법행위나 대통령의 명령 없이도 국제법이나 국제조약을 적용해 왔다(단, 의회의 선행법률과 일치하지 않는 관습법에 관하여 리스 테이트먼트 § 115, Comm. d 참조). 그러나 상당수 국제관습법과 많은 국제조약들은 미국의 행위, 국제관계나 이익을 직접 규제하는 것이 아니어서 법원이 직접 적용하기에 적당한 질적 조건을 갖추지 못하고 있는 것이 사실이다.

일부 미국의 국제조약들은 비자기집행적인 성격이고 필요한 입법행위를 통하여 집행될 수 있을 때까지는 법원에 의하여 법으로서 적용되지 못한다. 미국의 국제법과 국제조약이 미국법이라는 명제는 한편으로, 미국의 대통령이 그러한 법을 성실히 집행하고 주의를 기울여야 하는 의무와 그 집행에 필요한 권한을 가진다는 의미이다. 그러나 헌법상 미국의 국제관계에 관한 유일기관이자 군 최고사령관인 대통령의 헌법적 권한 하에서, 대통령은 미국에 의하여 국제법이 위반될 수도 있는 권한을 포함하여 다양한 조치를 취할 수 있는 권한을 보유하고 있다.

d. 연방 최고법으로서의 국제법과 국제조약

미국정부가 자신의 권한에 따라 체결한 조약들은 연방헌법이나 연방법과 함께 연방헌법 제 6조에 따라 미국의 최고법이 된다. 조약이 아니면서 미국 정부가 체결한 국제협정들(리스트 테이트먼트 § 303)과 국제관습법은 연방법의 최고성을 선언하고 있는 헌법 제6조에 명시적으로 규정되지 않았지만, 여전히 연방법으로서의 지위를 가지며, 따라서 주법에 우선한다.

미 대법원에 의한 국제조약의 해석은 미국과 각 주를 기속한다. 국제관습법은 미국의 보통법과 같은 것으로 간주되지만, 그것은 연방법이다. 국제법이 무엇인가에 대한 미 대법원의 결정은 미국의 각 주와 주법원을 기속한다.

국제법이나 미국이 당사자인 국제조약 하에서 발생하는 문제들은 대부분 주 법원에 제소되어 시작된다. 미국의 법으로서 국제법은 또한 모든 주의 법이기도 하며, 주 법원들에 의한 사법권 발동의 근거가 되기도 한다. 또한 국제법은 다른 미국법과 마찬가지로 주 법원 사건에서 미국의 법으로 인식되고 있다.

조약이나 미국이 당사자인 국제협정 또는 국제관습법에 위반된다는 이유로 주 제정법의 유효성이 분쟁사안의 쟁점으로 등장한 경우, 주의 최고법원이 그에 관하여 결정을 내리고 최종판결이나 명령을 발한 경우, 그러한 판결이나 명령은 28 U.S.C § 1257에 따라 미 연방대법원에 상고되어 다시 심판받을 수 있다.

그러한 심리의 목적상 주의 제정법은 헌법 조항은 물론 국내규정 및 입법적 성격의 사법적·행정적 명령을 포함한다. Hart & Wechsler, *The Federal Courts and the Federal System* (2d. ed. by Bator, Mishkin, Shapiro and Wechsler) 641 (1973).

4. 국제법의 결정과 해석

가. 국제법의 결정과 해석: 미국의 법

미국에 있어 국제법은 전술한 바대로 국제법으로서의 법원을 참조하여 결정되고 해석된다. 또한 국제재판소의 결정에 대한 특별한 주의를 기울이면서 제시된 국제법의 증거를 참조하여야 한다. 국제법의 결정과 해석은 연방법의 문제를 촉발시키고, 미 연방대법원에 의한 일정한 처분은 미국의 다른 법원들에 대하여 결정적 의미를 가진다.

나. 설명과 사례

a. 대법원 해석의 결정적 의미

미국의 다른 법원에 대하여 국제법 문제에 대한 결정과 해석에 관한 미 연방대법원의 결정적 권위는 국제법이 연방법으로서의 성격을 가진다는 사실에서 연원한다. 대법원이 의견을 표방하지 않는 한, 주 법원들은 연방 하급법원들을 추종할 의무를 부담하지 않는다. 당해주를 포함하는 미 순회법원의 법이라 하더라도 그러하다. 그러나 다툼이 있는 국제법 문제에 대하여 잠정적 혼란의 목소리를 내지 않는 것이 바람직하므로, 주 법원은 순회법원의 법을 존중하는 것에 대한 유혹에 빠질 수 있는 상황이 되기도 한다.

b. 외국의 국내법원의 결정

다른 국가들의 국내법원의 결정 또한 국제법을 결정하고 해석하는데 있어 중요한 참고자료가 된다. 존 마샬 대법원장은 “모든 국가 국내법원들의 결정은 그들의 법이 모든 나라에 공통되는 기반 위에 있는 한, 구속력을 가지지 않지만 존중되고 수용되어야 한다. 모든 국가 국내법원들의 결정들은 주어진 사안에서 국가들의 법이 어떻게 그 나라에서 이해되고 있는지를 보여주며, 미국 법원의 국제법 사안에서 무엇이 승리하여야 하는지에 관한 범규범을 밝히는데 있어 고려될 수 있는 것이다.” *Thirty Hogsheads of Sugar v. Boyle*, 13 U.S. (9 Cranch) 191, 198, 3 L.Ed. 701 (1815).

c. 행정부의 견해에 대한 고려와 비중

법원들은 국제법 문제에 닥치는 경우 미국 정부가 취한 입장에 대하여 특별한 비중을 두고 있다. 그것은 가능한 한 국제법 관련 문제에 있어 정부 모두 한 목소리를 내는 것이 바람직한 것으로 여겨지기 때문이다. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217, 82 S.Ct. 691, 710, 71 L.Ed.2d 663 (1972)와 비교할 것. 나아가 미국 정부의 견해들은 국제법을 창출하고 수정하는 국가실행이기도 하기 때문이다. 법원의 분쟁사안에서 집행부가 당사자로서 또는 *아미쿠스 큐리아(amicus curia)*, 즉 의견서 제출 기관으로서 자신의 견해를 밝힌 경우, 집행부의 견해는 실질적으로 매우 존중되어야 한다. 그것은 집행부는 미국 정부의 행위에서 발생하는 국제법 위반행위에 대하여 외국 정부에 책임을 부담하여야 하는 지위에 있기 때문이다.

집행부의 견해에 대한 존중과 예양의 정도는 ‘특별한 비중(particular weight),’ ‘실질적 존중(substantial respect),’ ‘큰 비중(great weight)’ 등 다양하게 표현되고 있다. 그러나 이러한 다양한 표현들은 정확한 것이 아니며, 상호 정도의 차를 알 수 있게 하는 기준이라고 하기 어렵다. 따라서 “법원들이 미국이 당사자인 국제조약에 대하여 행한 해석에 대하여 큰 비중을 두어야 한다”는 법원칙은 상호 신중히 비교해 볼 필요가 있다.

5. 미국 법원에서의 국제법과 국제조약들

가. 국내법으로서의 국제법

국제법 또는 국제조약의 결정이나 해석은 법적 문제이고 미국법원은 청원이나 증거 없이 국제법의 존재를 사법적으로 인지할 수 있다. 법원은 스스로의 재량에 따라 국제법 문제를 해결하기 위하여 전문가 증언을 포함한 관련된 자료 또는 정보원을 참고할 수 있다.

나. 설명과 사례

a. 미국이 당사자인 국제협정의 증거

1950년 1월 1일 이후 “미국이 당사자인 조약과 기타 국제협정“으로 이름 붙여진 법령집이 미 국무성에 의하여 편찬되었는데, 이는 미국이 당사자인 조약과 기타 국제협정들이 존재한다는 법적 증거가 된다. 1 U.S.C. § 112a. 미 합중국 법령집, 리틀 앤드 브라운(Little & Brown) 출판사에 의하여 출간된 미국의 법과 조약에 관한 출판본 및 국제조약과 기타 국제성문법 시리즈들 역시 국제조약의 존재에 관한 유력한 증거가 된다. 이러한 자료들은 특히 1950년 1월 1일 이전의 조약들에 관하여 중요한 의미를 갖는다. 1 U.S.C. § § 112, 113.

b. 국제법의 존재에 관한 사법적 인지

국제법의 결정 또는 국제협정의 해석은 법원에 대하여 법적 문제라 할 수 있고, 배심에 의하여 결정되어야 하는 사실의 문제가 아니다. *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 708, 20 S.Ct. 290, 302, 44 L.Ed. 320 (1900) 사건에서 법원은 다음과 같이 실시하였다. 국제법 규범은 분쟁과 관련하여 그들 자신의 정부가 체결한 조약이나 제정한 공법이 부재한 경우, 국가들의 법을 다루고 적용하는 법원이 사법적으로 인지하여야 하고 효력을 부여하여야 할 매우 소중한 것이다. 주법원들은 연방법의 존재에 관하여 사법적 인지를 실행한다. 따라서 미 연방법의 하나인 국제법의 존재에 관하여도 역시 사법적 인지를 행하는 것이다. 이는 법적 문제이기 때문에 청원의 형태로 이루어지거나 증거에 의하여 입증되어야 할 필요가 없다.

c. 전문가 증언 또는 다른 관련증거

미국의 국내법원에서 국제관습법을 주장하기 위한 절차를 다루는 어떠한 연방법 또는 법규정들은 존재하지 않는다. 연방법원이나 주법원 모두 대부분의 경우, 그 존재에 관한 증거를 요청하지 않고 국제관습법의 존재에 대하여 사법적 인지를 실행하고 있다. 일부 법관들은 국제법 문제에 관하여 전문가 증언을 포함한 다양한 증거들을 취합하는 관행을 채택·실행하고 있다. 이를 금지하는 어떠한 법규정도 존재하지 않으며, 법원들은 국제법은 그 존재와 의미를 밝힌다는 차원에서 국내법과 동일한 것으로 취급되어야 한다는 주장에 근거하여 증거를 취합하는 관행에 의문을 제기하는 주장을 배척하고 있다. 어쨌거나 국제법 문제들은 외국법 문제와 같이 법관에 의하여 결정되어야 할 문제이고, 배심들이 결정하여야 할 문제

라 할 수 없다. 그리고 그에 관한 결정은 법에 근거한 판결로 취급되고 있다. Fed.R.Civ.P. 44.1와 비교할 것.

다. 주의할 점

a. 전문가 증언과 다른 관련 증거

2의 c는 국제법의 증거와 외국법의 증거를 유추하여 설명하고 있다. 이러한 유추 설명은 외국법의 문제와 국제법의 문제가 자주 혼재되어 문제로 등장하기 때문에 특히 중요한 의미를 갖는다. 문명국들에 의하여 인정되고 있는 일반원칙들, 즉 여러 국가들의 국내법 원칙들은 국제법의 법원으로 취급되는 한 유형이 되고 있다. § 102(4). 국가들의 국내법 제정행위는 국제관습법을 창출하는 국가 관행의 한 형태이다. § 102(2). 더욱이 때로는 외국법으로부터 국제법을 분리하기 어려울 때가 있다. 예를 들어, 두 나라 사이에 선전포고가 있고 전시 상태가 존재하는지 결정해야 할 필요가 있는 경우, 법원은 국제법 하에서 무엇이 선전포고인지 결정하여야 한다. 또한 관련된 국가들의 국내법 하에서 선전포고 요건을 충족시키는지 여부 역시 결정할 필요가 있을 것이다. 사안에서 국제법이 무엇인가를 결정하는 것은 다른 나라들 국내 법원들의 결정을 고려하여야 할 필요가 있을 때도 있다.

b. 전문가 증언의 채택

전문가 증언은 이의 없이 또는 제기된 이의를 각하하고 수많은 사건에서 채택된 바 있다. *Navios Corp. v. The Ulysses II*, 161 F. Supp. 932 (D.Md.1958), affirmed per curiam, 260 F.2d 959 (4th Cir.1958) (이집트와 영국 및 프랑스간 1956년 적의와 전쟁 상태에 관한 양 진영의 증언); *United States v. Maine*, 420 U.S. 515, 95 S.Ct. 1155, 43 L.Ed.2d 363 (1975), Transcript of the Hearing before the Special Master 473, 1899 (1971) (대륙붕과 기타 해양 법상 쟁점들과 관련된 법에 관한 양 당사자들의 증언); *Texas v. Louisiana*, 426 U.S. 465, 96 S.Ct. 2155, 48 L.Ed.2d 775 (1976), Transcript of the Hearing before the Special Master 939-1906 (1975) (대륙붕의 경계에 관련한 당사자를 위한 전문가 증언); Baade, "Proving Foreign and International Law in Domestic Tribunals," 18 Va.J. Int'l L. 619 (1979); "Proving International Law in a National Forum," [1976] Proceedings, Am.Soc. Int'l L. 10.

6. 미국법의 해석과 국제법

가. 미국법의 해석과 국제법

“가능한 경우라면” 연방 제정법은 국제법이나 미국이 당사자인 국제협정과 갈등하지 않고 조화롭도록 해석되어야 한다.

나. 설명과 사례

법원은 미국의 국제법 의무위반이 결과되지 않도록 법을 해석하여야 한다. 환언하면, 법을 해석하고 그 의미를 확정·선언할 의무가 있는 법원은 연방법이 이미 존재하는 국제법 규범 또는 미국이 당사자인 국제협정의 조항과 일치하지 않는 경우에도, 연방법의 의미를 확정하고 그에 효력을 부여할 의무가 있다는 냉엄한 현실에 영향을 받는다.

다. 주의할 점

a. 미국의 국제의무위반이 결과되지 않도록 하는 법의 해석

존 마샬 대법원장은 의회의 제정 법률은 다른 어떠한 해석이라도 가능하다면, 국가들이 모여 만든 국제법에 위반되는 해석을 하여서는 안된다. *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118, 2 L.Ed. 208 (1804). See also *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S. 571, 578, 73 S.Ct. 921, 926, 97 L.Ed. 1254 (1958).

선존하는 조약규정과 갈등을 회피하고 공존할 수 있는 조화로운 해석을 하기 위한 대법원의 여러 판례들. *Chew Heong v. United States*, 112 U.S. 536, 539-40, 5 S.Ct. 255, 255-56, 28 L.Ed. 770 (1884) (후법인 연방 이민법은 중국계 외국인이 재입국할 수 있는 국제조약상 권리에 영향을 미치지 않는다); *Weinberger v. Rossi*, 456 U.S. 25, 33, 102 S.Ct. 1510, 1516, 71 L.Ed.2d 715 (1982); cf. *Clark v. Allen*, 331 U.S. 503, 67 S.Ct. 1431, 91 L.Ed. 1633 (1947) (독일계 외국인의 부동산 상속 승계에 관한 국제조약상 권리에 따라 미국 정부에 의하여 독일인에게 상속 승계가 이루어진 경우 적국법-Enemy Act-상 무역거래에 관한 규정들은 동 국제조약에 위반되지 않는다). *Cook v. United States*, 288 U.S. 102, 53 S.Ct. 305, 77 L.Ed. 641 (1933)에서 미 대법원은 영국과의 수차례에 걸친 주류조약 체결 이후 승객이 탑승한 선박에 대한 규제를 담은 선존하는 제정법을 다시 제정하였다는 사실만으로 “국내 제정법이 국내 법정에서 국내법적 지위를 갖는 동 조약의 효력에 우월하다”는 의회의 의도가 있다고 단정할 수 없다.

국내 제정법과의 갈등·충돌을 회피하기 위한 방법으로 국제협정을 해석한다는 것은 쉽지 않은데, 국제조약에 대한 적절한 해석의 문제는 국제적 문제이어서 미 합중국 법원들의 재량 영역이 축소되어 있기 때문이다. 미 국내 제정법과의 갈등·충돌을 피하면서 조약을 해석하기 위하여 어떠한 처분을 하여야 할지는 그리 명확하지 않은 문제이다. *Nielsen v.*

Johnson, 279 U.S. 47, 52, 49 U.S. 223, 224, 73 L.Ed. 607 (1929), with Guaranty Trust Co. v. United States, 304 U.S. 126, 143, 58 S.Ct. 785, 794, 82 L.Ed. 1224 (1938)와 비교할 것.

b. 가능성의 정도가 높은 경우

“가능성의 정도가 높은 경우(where fairly possible)” 라는 문구는 브랜다이스 대법관이 말한 바와 같이 연방법의 합헌성에 대한 심각한 의문을 피하기 위한 법해석 원칙들 중 하나에서 기원한다. Ashwander v. TVA, 297 U.S. 288, 346-48, 56 S.Ct. 466, 482-483, 80 L.Ed. 688 (1936) (concurring opinion).

II. 국제법의 법적 주체

1. 국가의 정의

가. 국가의 정의

국제법 하에서 국가란 자신의 정부를 가지고 통치권을 행사하며, 일정하게 확정된 영역과 영구한 국적민을 가지는 실체이다. 국가는 또한 동일한 실체들과 공식적 관계를 가지거나 가질 수 있는 능력을 가져야 한다.

나. 설명과 사례

a. 국가의 정의

본 섹션 하에서 국가에 대한 정의는 일반적으로 수용되고 있지만, 특별한 이상상황에서는 국가를 정의하는 개념 요소를 둘러싸고 심각한 문제를 야기하기도 한다. 권위적이고 일관된 판단을 위한 사법적 또는 기타 수단이 부재한 현실에서 국가성(statehood)의 문제는 정치적·논리적 일관성에 더하여 국가들의 정치적 편의와 목적에 따라 국가들의 실행에 의하여 해결되고 있는 실정이다. 본 섹션에서의 국가에 관한 정의는 잘 알려진 국제법 이론에 따른 것이다. 환언하면 여기에서 행해진 국가에 대한 정의는 국가의 권리와 의무에 관한 몬테비데오 협약 제1조의 그것과 동일하다. 1933, 49 Stat. 3097, T.S. No. 881, 165 L.N.T.S. 19.

b. 비록 (i) 국가영역의 경계가 최종적으로 확정되지 않는 경우 (ii) 그 경계 중 하나 또는 그 이상이 분쟁 중에 있는 경우 (iii) 국가영역 중 일부가 다른 국가에 의하여 자신의 영역이라는 주장이 제기된 경우 등이라 할지라도 국가성을 위한 영역적 요건을 충족시킬 수 있다. 자신의 영역 전부가 외세에 의하여 점령당하였거나, 기타 다른 사유로 인하여 자신의 영역에 대한 통제능력을 상실한 경우라 하더라도 국가라는 실체가 그로써 더이상 국가로서 존재하지 못하는 것은 아니다.

c. 영구적 국민을 구성하는 인구

국가가 되기 위하여는 실체가 중요하고 영구한 정도의 인구를 가지고 있어야 한다. 따라서 예를 들어 북극은 그 실체가 본 섹션의 다른 요건(criteria for statehood)을 충족시키는 경우에도 국가로서의 자격을 인정받지 못한다. 영역내에 영구적인 상당수의 거주민을 가지는 실체는 실제 많은 수의 방랑객들이 영역내로 유입되다가 영역 밖으로 빠져 나간다면 하더라도, 상당수의 영구적 인구라는 국가 성립요소를 충족시키는 것으로 인정할 수 있다.

d. 정부

국가는 어떤 특정한 형태의 정부를 가질 필요는 없다. 그러나 최소한 정부의 기능을 수행하는 모종의 기관이 존재하여야 하고, 동 기관은 국제관계에 있어 당해 실체를 대표할 수 있어야 한다.

e. 국제관계와 외교행위 능력

국가는 국제법상 자신의 헌법체계 내에서, 다른 국가와 국제관계를 맺고 외교행위를 수행할 능력이 없으면 국가로 취급되지 않는다. 또한 국가는 그러한 행위를 할 수 있는 정치적, 기술적, 재정적 역량을 가져야 한다. 외교관계를 수행할 능력을 가지는 실체라면 자신의 외교관계를 타국의 통제하에 두었다 하여 그것만으로 국가성을 상실하는 것은 아니다. 식민지 시대 보호령(protectorates)이었던 리히텐슈타인 또는 오늘날의 연합국(Associated states)들이 그러한 경우에 해당한다. Reporter's Note 4. 초국가적 실체(supranational entity)에 자신의 국제관계와 외교에 관하여 일정 행위를 하지 아니하기로 약속하였거나, 그러한 행위를 할 수 있는 권한을 위임한 경우에도, 그것만으로 국가성을 상실하지 않는다. 예컨대 유럽연합과 구성국간의 관계에서 볼 수 있다. 이는 매우 명백한데, 예컨대 국가가 공동시장(Common market), 즉 국제경제공동체에 가입하는 경우 국가성을 상실하지 않는 것에서도 알 수 있다. § 809.

f. 국가성의 주장

전통적인 정의에 따르는 경우 공식적으로 인정된 이론은 아니지만, 국가가 자신을 국가라고 주장하지 않는 경우, 그 실체는 국가라고 할 수 없다. 예컨대 대만은 본 섹션 하에서 국가이기 위하여 필요한 여러 요건을 충족시키고 있지만, 대만 정부는 자신이 국가라고 주장하고 있지 않으며, 오히려 중국이라는 나라의 일부라고 주장하고 있으므로 국가라고 할 수 없다. Reporter's Note 8 & § 203, Comm. f.

g. 미 합중국의 각 주들

미 합중국의 각 주는 국제법의 관점에서 국가라 할 수 없는데, 그것은 미 합중국 외교관계에 관하여 - 국가를 구성하는 약속인 헌법하에서 - 그 책임과 권한이 배타적으로 연방정부에 귀속되어 있기 때문이다. 주 정부는 국제조약을 체결할 능력이 없거나(연방헌법 제1조, 섹션 제10조), 아니면 실질적 의미가 있는 정도로 외교관계에 관여하거나 조치를 할 수 있는 권한이 부여되어 있지 않다.

h. 국가성의 결정

“일정한 실체가 국가성을 갖추기 위한 요건을 충족하였는가” 하는 문제를 결정하는 것은 “그러한 실체를 국가로 취급하여야 하는가” 하는 문제에 관하여 결정을 내릴 시점에 있는 다른 국가에 의하여 결정된다. 일반적으로 새로운 국가는 다른 국가들에 의하여 정식으로 국가성을 인정받는다. § 202. 그러나 그러한 실체를 국가로 취급하여야 하는가는 정식이 아

닌 다른 방법으로 표현되기도 한다. 주요한 국제기구들의 회원국이 될 수 있는 자격과 지위는 각국의 최고법인 헌법에 따라 국가들에게만 주어지므로, 유엔과 같은 국제기구에 회원국으로서 가입한다는 것은 그 기구와 가입에 찬성한 국가들에 의하여 당해 실체가 국가성을 위하여 필요한 요건들을 충족하였다는 것을 인정하는 하나의 증표가 된다.

2. 국가의 승인과 수용

가. 국가의 승인과 수용

국가는 다른 어떤 국가에게도 공식적 승인을 부여할 의무가 있지 않다. 그러나 특별히 규정된 경우를 제외하고, 일반적 국가요건을 충족하는 실체에 대하여는 국가로 취급할 의무가 있다. 예컨대, 국가는 유엔헌장에 위반하여 위협 또는 무장단체를 이용하여 국가성을 취득한 실체에 대하여는 그 국가성을 승인하거나 그 실체를 국가로 취급할 의무가 존재하지 않는다.

나. 설명과 사례

a. 국가의 승인 또는 국가로서 취급한다는 것

국가성을 승인하는 것은 한 실체가 다른 국가에 의하여 공식적으로 인정받는다는 것을 의미한다. 이때의 인정이란 당해 실체가 일반 국제법상 요구되는 국가로서 갖추어야 할 요건을 갖추었다는 것을 인지하고 승인한다는 의미이다. 이로써 승인국은 당해 실체를 국가로서 취급하겠다는 의사를 암묵적으로 표현하는 것이다. 국가들은 일정 실체의 국가성을 공식적 선언에 의하여 표시하거나, 그 정부를 합법적 정부로 인정함으로써 표현한다. 그러나 국가들은 법적 요건을 갖춘 실체에 대하여는 대부분의 경우 승인을 위한 어떠한 공식적 행위 없이 국가로서 취급한다. 국가의 승인과 정부의 승인간 차이점에 대하여는 리스테이트먼트 § 203, Comm a 참조.

b. 국가의 승인과 국가성

전술한 국가성 요건을 충족하는 실체는 다른 국가들에 의하여 그 국가성이 공식적으로 승인되었는가에 상관없이 국가로서 인정된다. 그러나 실제적으로 그러한 실체는 다른 국가들의 상당수가 국가로 인정하고 실제 국가로 취급하는 경우에 한하여, 양자 관계하에서 또는 주요 국제기구에의 가입 등을 통하여 국가라는 지위와 혜택을 완전하게 누릴 수 있다.

c. 일정한 실체를 국가로 취급한다는 것의 의미

다른 국가들이 요건을 갖춘 실체를 “국가로 수용하고 또한 실제 국가로 취급하여야 한다는 의무”는 국가들이 공식적으로 승인된 국가들에 부담하는 의무와 똑같이 동 실체를 향한 국제법상의 의무를 부담한다는 것을 시사한다. 이러한 의무들은 동 실체의 영역주권과 영유권을 존중하고, 주민들과 선박에 국적을 부여하며, 국제법하에서 그러한 의무들에 따른 책임을 부담하는 등, 동 실체의 국제법상 권리를 수용한다는 의미를 갖는다. 또한 국가들이 국제법 하에서 일반적으로 다른 국가들에 부담하는 기타의 의무 역시 이를 수용하고 이행한다는 의미를 갖는다. 그러나 국가들은 그러한 실체에 대하여 국가승인을 득한 국가에 공통적으로 부여되는 특권, 예컨대 자신의 영역 내에서 물건을 소유할 수 있는 권리, 일정한 행위

를 영위할 권리, 법원에 제소할 권리, 또는 동 실체의 법령이나 판결 등에 완전한 효력을 부여할 의무 등은 부담하지 않는다. 리스테이트먼트 § 205. 부섹션 (2)하에서 일정 실체를 국가로 취급하지 않아야 할 의무는 당해 정부와 상호 외교대표부를 개설하지 않을 의무, 국제기구 회원국 지위를 인정하는데 투표하지 않을 의무, 그리고 아마도 해외 소유 국가자산에 대하여 당해 실체의 주장을 인정하여야 할 의무 등을 포함한다. 그러나 사권에 영향을 미치는 당해 실체가 행한 조치의 유효성을 국가들이 인정하는 것을 방해하지는 않는다.

d. 생존가능성에 대한 의심을 이유로 한 승인의 거부

일정 실체가 일반 국제법상 국가로서의 요건을 일견 충족하는 것처럼 보이는 경우라 하더라도, 다른 국가들은 상황에 비추어 당해 실체가 계속하여 국가성 요건을 충족할 것이라는 데 상당한 의문이 제기되는 경우에는, 그 실체를 국가로 인정하는 것을 거부할 수 있다. 예를 들어 새로운 실체가 국가로부터의 이탈을 지속적으로 거부하는 다른 국가로부터 이탈을 시도하는 경우를 들 수 있다. 그러한 상황에서는 그러한 실체를 국가로 인정하는 것을 거부하는 것은 단지 정당한 것일 뿐만 아니라, 의무라 할 수 있다. 왜냐하면 성숙하지 않은 상황에서 그러한 실체를 국가로 승인하는 것은 그 영역을 지배하는 다른 국가의 영토적 통합성을 침해하는 것이기 때문이다.

e. 국제법을 위반하는 국가의 창설과 소멸

국제법은 유엔헌장을 위반하여, 한 나라가 다른 나라를 무력행사의 위협 또는 사용을 통하여 창설한 실체를 국가로 취급하는 것을 금지하고 있다. 유엔헌장 2(4) & 51조. 유엔 안전보장이사회는 자신의 의무에 따라 행동하여야 하고, 짐바브웨 국가의 창설 이전 스미스 체제(1965-1980)하에서 로데지아에 대하여 행한 것처럼 유엔 회원국들에 대하여 일정 실체를 국가로 취급해서는 안된다는 의무를 부과할 수 있다. 이와 마찬가지로 유엔헌장을 위반하여 타국을 정복하고 자신의 국가로 편입시킨 경우, 그러한 편입을 승인하거나 수용하지 않을 의무를 부담한다. 유엔헌장에 위반하여 무력행사의 위협 또는 사용이 존재한다는 안전보장이사회의 결정은 유엔 회원국 모두를 기속하는 효력을 갖는다. 그러한 유엔안보리의 권위적 결정이 존재하지 않는 한, 국가들은 유엔헌장에 대한 위반이 존재하였는가에 대한 스스로의 결정에 따라 행동하면 된다. 그리고 당분간 기정사실(fait accompli)을 수용하는 것이 바람직하다. Reporter's Note 5. 로데지아 사건에서처럼 일정 실체가 국가로 승인될 수 없다는 유엔헌장 제7장 안전보장이사회의 강제조치 결정은 헌장 제25조 하에서 유엔회원국 모두를 기속한다.

f. 불법적 승인 또는 수용

국가가 되기 위하여 필요한 요건을 갖추지 못한 실체를 국가로 취급하는 것은 통상적으로 다른 국가의 이해관계에 영향을 미친다. 예를 들어, 다른 국가로부터 분리·독립하려고 하고, 자신의 영역에 대한 완전한 통제권을 장악하는데 성공하지 못한 일정 실체를 국가로 승인하는 것은 원래의 국가의 국내문제에 대한 부적절한 간섭이라 할 수 있다. 만약 분리·독립을 추구하는 실체에 군사적 원조를 부여하는 경우, 이는 유엔헌장 2(4)에 위반하여 원래의

국가에 대한 영토적 통합성에 대한 무력사용 또는 사용의 위협을 구성한다. 유엔헌장에 위반하여 무력을 사용한 결과, 국가성 요건을 충족한 실체를 국가로 취급하는 것은 그러한 무력사용으로 인하여 피해를 입은 국가의 이해관계에 부정적 영향을 미친다. 일정 상황에서 그러한 조치들은 그 자체로 유엔헌장에 대한 위반을 구성하기도 한다. 예컨대 그러한 실체를 국가로 승인하는 것은 유엔 안전보장이사회에 의하여 채택된 조치에 부합하지 않고, 그에 대한 위반이 되기도 하는 것이다.

g. 국가의 불승인

국가로서의 요건을 갖춘 실체를 국가로 취급하여야 할 의무는 당해 실체가 그러한 요건을 계속 충족하는 한, 그 국가의 국가성이 불승인되지 않는다는 것을 암묵적으로 의미한다. 만약 일정 실체가 그러한 요건을 더이상 충족하지 못하는 경우, 당해 실체는 당연히 더이상 국가로 존재하지 못하고, 특별히 국가에 대한 불승인이 필요하지 않다. 통상 국가가 다른 국가에 편입되는 경우, 그러한 현상이 발생한다. 1919년 몬테네그로가 세르비아 크로아티아 슬로베니아 왕국의 일부가 되었는데, 이는 그 한 예가 된다 (후에 유고슬로비아가 됨).

3. 외교관계의 승인과 유지

가. 외교관계의 승인과 유지: 미 합중국법

미 합중국 헌법하에서 대통령은 외국 또는 그 정부를 승인 또는 불승인할 수 있는 배타적 권한을 부여받고 있다. 또한 외국정부와 외교관계를 유지하거나 유지하지 않을 권한 역시 배타적으로 대통령에게 귀속되어 있다.

나. 설명과 사례

a. 대통령의 헌법적 권한

전술한 외교관계에 관한 대통령 권한은 헌법의 명문 규정에 근거한 해석을 통하여 묵시적으로 인정되고 있다. 대통령의 외교에 관한 배타적 권한은 헌법 제2조 섹션 2 외국에 파견되는 대사를 임명할 권한, 헌법 제2조 섹션 3 외국으로부터 파견된 대사를 인정할 권한 및 미 합중국 외교관계를 수행할 묵시적 권한 등으로 구성된다. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 57 S.Ct. 216, 81 L.Ed. 255 (1936).

b. 본 섹션하에서 취급하는 대통령 권한

대통령은 미 의회의 수권 또는 상원의 동의 없이도 국가나 그 정부의 승인과 관련된 국제협정을 체결할 권한 역시 보유하고 있다. *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 57 S.Ct. 758, 81 L.Ed. 1134 (1937). 대통령이 본 섹션 범위하에서 행한 결정과 조치는 그것들이 헌법의 다른 조항들과 조화하는 한, 미 의회와 법원들을 기속한다. 대통령의 결정이 부재하는 경우, 법원은 “일정 실체를 국가로 취급할지” 또는 “일정 체제에 대하여 정부로 취급할지” 등 그 여부에 관하여 결정한다. 물론 그러한 결정이 법원에 계속된 사건을 처리하기 위한 목적상 필요할 것을 전제로 한다.

다. 주의할 점

a. 승인에 관한 대통령의 권한

대통령은 다른 국가 또는 그 정부에 대하여 승인을 부여하거나 자국 영역에 대한 외국의 주권을 승인할 권한을 보유한다. 대법원은 오래전부터 미국 영역 위에 설정된 주권에 관하여 결정할 수 있는 대통령의 권한은 기속력을 갖는다는 것을 인정해 왔다. *Jones v. United States*, 137 U.S. 202, 212, 11 S.Ct. 80, 83, 34 L.Ed. 691 (1890); *Williams v. Suffolk Ins. Co.*, 38 U.S. (13 Pet.) 415, 10 L.Ed. 226 (1839).

소비에트 체제에 대하여 이를 러시아 정부로 승인한 대통령의 결정은 법원에 의하여 인정된 주요 승인 사례의 하나이다. *Guaranty Trust Co. v. United States*, 304 U.S. 126, 137, 58

S.Ct. 785, 791, 82 L.Ed. 1224 (1938); *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 330, 57 S.Ct. 758, 760, 81 L.Ed. 1134 (1937); *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 230, 62 S. Ct. 552, 565, 86 L.Ed. 796 (1942).

이후 법원들은 라트비아, 리투아니아 및 에스토니아를 USSR로 편입하기 위한 승인문제에 대하여 집행부가 승인을 거부한 결정은 유효하다고 결정에 효력을 부여하였다. *The Maret*, 145 F.2d 431, 442 (3d Cir. 1944) (“외국 주권 및 그 법령 등에 대한 승인거부는 승인에 관한 외교 문제에 대하여 조치를 취하도록 헌법이 집행부에게 신탁한 권한 중 중요한 부분의 하나로 간주되고 있다.”); *Latvian State Cargo & Passenger S.S. Line v. Clark*, 80 F.Supp. 683 (D.D.C.1948) 유지, 188 F.2d 1000 (D.C.Cir.1951), certiorari denied, 342 U.S. 816, 72 S.Ct. 30, 96 L.Ed. 617 (1951).

대법원은 미국의 쿠바 정부와의 외교관계의 중단은 국가나 정부의 승인거부와는 다르다고 하였다. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 410, 84 S.Ct. 923, 931, 11 L.Ed.2d 804 (1964). 대법원은 “정치적 승인은 배타적 집행권의 한 작용”이라고 강조하였다. 대만과의 상호방위조약의 종료를 명한 대통령의 조치가 무효라고 주장하는 소송에서, 대법원 다수의견은 대통령의 승인의 이전에 관한 권한에 대하여 판단하지 않으면서, 연방지방법원은 청구를 기각하도록 명하였다. 동 소송은 미국의 국가승인을 대만정권에서 북경정권으로 이전한 것과 관련되어 제기된 소송이다. *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996, 100 S.Ct. 533, 62 L.Ed.2d 428 (1979).

그러나 브레난(W. Brennan) 대법관은 반대의견에서 중화인민공화국과의 상호방위조약의 종료를 명한 대통령의 조치에 대한 합법성을 인정하였다. 즉 미 행정부의 북경 정부에 대한 승인에 필요하고 당연한 조치라는 것이다. 그리고 동 조치는 또한 외국 정부에 승인을 부여하고 기왕의 승인을 철회하는 대통령의 전통적 권한 영역에 기초한 것이라고 실시하였다. 반대의견은 나아가 “법원 선례들은 헌법이 오직 대통령에게만 외국의 체제에 대하여 승인을 부여하고 철회할 수 있는 권한을 부여하고 있다는 것을 확고히 하고 있다”라고 판시하였다. 444 U.S. at 1007, 100 S.Ct. at 539. See § 339, Reporters’ Note 1.

외교관계에서 국가나 정부의 승인에 관한 대통령의 권한은 샤(Shah) 정부의 전복 후 일어난 이란정부와의 계약상 청구권을 둘러싼 분쟁 사건에서 강조된 바 있다. *KMW International v. Chase Manhattan Bank*, 606 F.2d 10, 16 (2d Cir.1979); *American Bell International, Inc. v. Islamic Republic of Iran*, 474 F.Supp. 420, 423 (S.D.N.Y.1979).

b. 명시적 또는 묵시적 승인

대통령은 자신의 승인에 관한 권한을 명시적으로 또는 묵시적으로 행사할 수 있다. 국가의 승인은 해당 국가와의 양자조약이나, 새로운 국가 기관에 대한 미 대표의 신임장 증정, 또는 새로운 국가의 외교대표의 신임장 접수를 통한 명시적·공식적 선언에 의하여 영향을 받는다. 미 합중국이 회원국이지만 국제기구에 의하여 승인되지 않은 국가 역시, 동 국제기구의 회원국이라는 사실만으로 미국이 동 국가를 암묵적으로 승인하였다고 할 수 없다. 그러

나 일정 실체를 국제기구의 회원국으로 가입시키기 위한 투표에서 미국 정부가 가입에 찬성하는 긍정적 투표를 한 것은 당해 실체의 국가성을 묵시적으로 승인한 것이라 할 수 있다. § 201, Comm. h.

c. 수정법 이전 버전

수정법 이전 버전 § 106은 본 섹션에 충실하게 대통령의 권한을 취급하고 있다. 승인의 여러 방법에 대하여는 §§ 104 and 105에서 다루고 있는데, 본 섹션 Reporter's Note 2와 동일한 내용으로 일관되게 다루어지고 있다.

4. 불승인의 효력

가. 불승인의 효력: 미국법 하에서 국내법상 효력

국가로 승인받지 못한 실체 또는 일국의 정부로 승인받지 못한 체제는 통상의 경우 미국 국내법원에서 당사자가 될 수 없다. 또한 일국의 정부로 승인받지 못한 체제는 미국내에 존재하고, 동 국가에 속하는 재산에 대한 소유권을 인정받지 못한다. 미국의 법원들은 통상의 경우, 국가로 승인받지 못한 실체(entity)를 대표하는 체제(regime) 또는 일국의 정부(government of a state)로 승인받지 못한 체제의 법에 대하여도 효력을 부여한다. 다만 그러한 법들은 동 체제의 통제하에 있는 영역 내에 적용되어야 하고, 내부 문제에만 관련되어야 한다.

나. 설명과 사례

a. 법원에의 접근권

일정 실체를 국가로 승인하지 않는다거나 일정 체제를 정부로 승인하지 않는다는 집행부의 결정은 당해 실체나 당해 체제의 대표들이 미국내 법원에 제소할 권리가 부인된다는 것을 의미한다.

국가정책 상 대통령의 헌법적 권한하에서, 이러한 법리는 주 법원은 물론이고 연방법원을 기속한다. *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 331, 57 S.Ct. 758, 761, 81 L.Ed. 1134 (1937); *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 223, 62 S.Ct. 552, 562, 86 L.Ed. 796 (1942).

보통의 경우 승인을 받지 못한 체제에게 법원에의 접근권을 인정하지 않는 국가정책은 그러한 체제가 소유하는 회사들이나 그러한 체제의 양수인에게 확대·적용되지 아니한다. 이때 어떤 경우에는 대통령이 승인을 거부하면서, 승인의 거부가 법원에의 접근권을 배제하는 것은 아니라는 선언을 하기도 한다.

법원에의 접근권을 거부하는 것은 승인받은 정부와의 외교관계를 단절하는 결정과는 아무런 상관이 없다. 그러나 대통령은 반대로 법원에의 접근권을 부인하면서 동시에 외교관계를 단절한다는 선언을 할 수도 있다.

다. 주의할 점

a. 소비에트 공산정부가 승인을 받기 전에, 동 실체는 일관되게 연방이나 주정부에의 접근권을 부인당하여 왔다. *The Penza*, 277 F. 91 (E.D.N.Y.1921); *The Rogdai*, 278 F. 294 (N.D.Cal.1920); *R.S.F.S.R. v. Cibrario*, 235 N.Y. 255, 139 N.E. 259 (1923). 그러한 선례들은 이후 판결에서도 확인되고 있다. *Republic of Vietnam v. Pfizer, Inc.*, 556 F.2d 892 (8th

Cir.1977).

이러한 법원칙은 승인받지 못한 외국정부의 기관이 발행한 교역권의 양수인에 의한 제소를 방해하지 아니한다. *Upright v. Mercury Business Machines Co.*, 13 A.D.2d 36, 213 N.Y.S.2d 417 (1st Dep't 1961).

승인받지 못한 체제가 소유하는 회사가 제기한 소송은 적법한 것으로 허용된다. *The Maret*, 145 F.2d 431, 439 (3d Cir. 1944); cf. *Russian Volunteer Fleet v. United States*, 282 U.S. 481, 492, 51 S.Ct. 229, 232, 75 L.Ed. 473 (1931); *The Tenbergen (Amtorg Trading Corp. v. Potter Transp. Corp.)* 48 F.2d 363 (E.D.N.Y.1930).

법원들은 우리가 외교관계를 가지고 있지 않지만, 승인된 정부에 대하여는 소송의 제기 등 법원에의 접근권을 인정하고 있다. *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398, 408-412, 84 S.Ct. 923, 930-932, 11 L.Ed.2d 804 (1964).

소비에트 러시아가 피고로 제소된 사안에서 법원은 피고에게 주권면책이 인정되어야 한다고 하였다. *Wulfsohn v. R.S.F.S.R.*, 234 N.Y. 372, 138 N.E. 24 (1923). 법원은 사안에서 “승인되지 않은 외국 체제를 피고로서 법원에 제소하는 악의의 시도는 승인받은 정부의 경우와 동일하다”고 설시하였다.

b. 재산권

국가에 귀속하는 재산권에 관하여 다투는 체제들에 대하여 미국의 법원들은 행정부가 승인한 정부에 대하여는 그 소유권을 인정하고 있다. *Bank of China v. Wells Fargo Bank & Union Trust Co.*, 104 F.Supp. 59 (N.D.Cal.1952), modified, 209 F.2d 467 (9th Cir. 1953); 또한 190 F.2d 1010 (9th Cir.1951) 참조.

c. 승인받지 못한 체제의 법

국가가 아니거나 승인받지 못한 체제를 대표하는 체제는 완전히 100프로 무효라고 할 수 없다. 법원들은 순수히 사적이고 지역적이며 국내적인 문제만을 취급하는 승인받지 못한 정부가 제정한 법률들에는 효력을 부여하여 왔다. 반면에 승인받지 못한 실체가 제정하여 그 지배하는 영역을 넘어 확장하여 적용되는 법률들에 대하여는 그 효력을 부인하면서 양자를 구별하여 왔다. *Carl Zeiss Stiftung v. V.E.B. Carl Zeiss, Jena*, 293 F.Supp. 892, 900 (S.D.N.Y.1968), modified, 433 F.2d 686 (2d Cir.1970), certiorari denied, 403 U.S. 905, 91 S.Ct. 2205, 29 L.Ed.2d 680 (1971).

위 사안에서 법원은 짜이스 재단(Zeiss Foundation)에 관한 동독 정부의 법률에 대하여 효력을 부여하는 것을 거부하였다. *Federal Republic of Germany v. Elicofon*, 358 F.Supp. 747 (E.D.N.Y.1972), affirmed, 478 F.2d 231 (2d Cir.1973), certiorari denied, 415 U.S. 931, 94 S.Ct. 1443, 39 L.Ed.2d 489 (1974); *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd.*, [1967] 1

A.C. 853 (H.L.) (점령국인 U.S.S.R.의 법령으로 취급된다는 이유로 그 효력이 인정되었다). 같은 이유로 법원들은 미국이 이미 소련 연방의 리투아니아와 에스토니아의 병합을 거부하였지만, 두 국가의 지역적·국내적 또는 사적 차원의 법과 권리에 영향을 미치는 소련 연방의 법들에 대하여 그 효력을 인정해 왔다. § 202, Reporters' Note 6. See also *Daniunas v. Simutis*, 481 F.Supp. 132 (S.D.N.Y.1978), certiorari denied, 464 U.S. 822, 104 S.Ct. 87, 78 L.Ed.2d 96 (1983); *Matter of Bielinis*, 55 Misc.2d 191, 284 N.Y.S.2d 819 (Sup.Ct.1967), affirmed, 30 A.D.2d 778, 292 N.Y.S.2d 363 (1st Dep't 1968); *Matter of Luberg's Estate*, 19 A.D.2d 370, 243 N.Y.S.2d 747 (1st Dep't 1963).

뉴욕주 법원은 소련의 국유화법이 국유화 당시 러시아 영역내에 존재하고 후에 미국으로 반입된 재산의 소유권 이전이 유효하다는 소련의 국유화법을 법으로 인정하였다. *Salimoff v. Standard Oil Co.*, 262 N.Y. 220, 186 N.E. 679 (1933).

동 사건에서 법원은 소련 정부에 대하여 언급한 후, 아직 미 합중국에 의하여 공식적으로 승인받지 않은 “사실상의 정부(de facto government)” 라고 표현하였다. 영국의 법원들도 또한 행정부로부터 “소련은 비록 법적 의미의 정부(de jure government)는 아니지만, 사실상 정부로 인정된다는 취지의 확인서” 에 근거하여 소련 정부의 국유화 조치에 대하여 그 효력을 인정한 바 있다. *Luther v. Sagor*, [1921] 1 K.B. 456, [1921] 3 K.B. 532 (C.A.).

한편 미국의 법원은 불승인 상태라는 사실을 강조하면서, 미국내 항구들에 정박하고 있는 에스토니아와 라트비아 선적의 선박들에 대한 국유화 명령에 대하여는 그 효력을 인정하지 않았다. *Latvian State Cargo & Passenger S.S. Line v. Clark*, 80 F.Supp. 683 (D.D.C.1948), affirmed, 188 F.2d 1000 (D.C.Cir.1951), certiorari denied, 342 U.S. 816, 72 S.Ct. 30, 96 L.Ed. 617 (1951); *The Maret*, Reporters' Note 1. See § 202, Reporters' Note 6.

이러한 맥락에서 일정 체제의 조치나 처분들 사이에 차이를 인정하고 적법한 것으로 간주하지 않은 사건으로 나미비아 남아공화국 사건을 들 수 있다. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, [1971] I.C.J. Rep. 16, 56. 동 사건에서 국제사법재판소는 남아공 정부의 나미비아에 대한 공식적 조치들은 무효인데, 일정 영역의 조치들, 예컨대 출생신고와 등록, 사망과 결혼 같이 그 효력을 부인할 경우, 영역 내 거주민들에 대하여 해가 될 뿐인 성격의 조치들에 대하여까지 그 무효의 효력이 확대·적용되는 않는다. 딜라드 판사의 별개의견은 실제적·인본적 성격의 문제들을 고려하여 조치들에 대한 무효화의 한계를 인정한 필요가 있다는 점을 강조하고 있다.

d. 대만관계법

대만관계법(Taiwan Relations Act, 22 U.S.C. § 3301 et seq.)은 타이완이란 실체에 대하여 국가나 정부로서 승인받지 못한 결과 발생하는 일정한 책임들로부터 면책되도록 하고 있다. 동법은 법원에 대한 제소 또는 피소될 수 있는 권리, 대만 국내법의 정상적인 적용 등을 규정하고 있다. 또한 1979년 이전 또는 그 이후와 같이, 취득 시점에 따라 다른 취급을 해서는 안되고, “취득 시점과 상관없이 미국 내에서 자신의 재산을 소유할 수 있는 권리를 인

정해야 한다” 고 있다.

e. 승인받지 못한 실체의 보호에 관한 미 연방법

다른 외국을 상대로 외국 정부가 발행한 화폐를 위조 또는 변조하거나 외국 정부의 공무원
을 살해하는 등 외국에 해가 되는 행위를 금지하는 연방법 조항들은 외국정부의 승인과 상
관없이 당해 외국정부를 위하여 적용된다. 18 U.S.C. § § 11, 1116. 이러한 조항들은 전술한
국가에 관한 국제법 체계와 일치한다. § § 202, 203.

5. 국가의 능력, 권리, 의무

가. 국가의 능력, 권리, 의무의 문제

국가는 (a) 자신의 영역에 대한 주권을 보유하며, 자신들의 국민에 대하여 일반적으로 관할권을 행사할 수 있다 (b) 법인격자로서의 지위를 가지며, 재산을 소유하고, 획득하며, 양도할 수 있고, 계약을 체결하고, 국제협정을 체결하며, 국제기구의 구성원이 되고, 법적 구제를 소구할 수 있으며, 법적 책임을 부담할 수 있는 능력이 있다 (c) 다른 국가들과 함께 국제관습법 또는 조약의 형태로 국제법을 창출할 수 있는 능력이 있다.

나. 설명과 사례

a. 국제법에 종속되는 국가

국가성을 취득한 이후 국가는 국가성 취득 시점 이후 국제관습법에 기속된다.

b. 주권

주권이란 여러 의미로 사용되며, 사용하는 자에 따라 그 의미는 천차만별이다. 본 수정법에서 사용하는 주권이란 의미는 다른 국가들 모두에 대하여 배타적으로 자신의 영역에 대한 합법적 지배권을 행사할 수 있는 국가의 권리를 의미한다. 국가가 향유하는 주권이란 또한 그 국가와 그 국가의 공적 재산이 다른 국가의 일정한 관할권 행사로부터 면제된다는 주권면책 이론에도 반영되어 있다. 국가는 속인주의 원칙에 따라 자신의 국민에 대한 관할권을 행사할 수 있다.

c. 국가들의 법인격

국가들의 법적 지위와 능력은 발전된 사법시스템 하에서 인정되는 사람들의 법적 지위나 법적 능력과 유사하다. 따라서 법 앞에 권리자로서 설 수 있고, 물건을 소유하며, 계약을 체결하고 자신이 입은 손해에 대하여 법적 구제를 청구할 수 있는 법인격을 향유한다.

d. 입법자로서의 국가

국제법의 창조와 발전에 관하여 국가는 일정한 역할을 한다. 국가의 의무는 국제법 또는 국제협정에 의하여 국가에 부여되는 의무이다. 국가의 권리란 본질적으로 다른 국가가 자신에게 부담하는 의무에 대한 상대적 개념이다. 국가는 국제법 또는 국제협정에 따라 부담하는 자신의 의무를 불이행하는 경우, 다른 국가들에 대하여 책임을 부담한다. 또한 어떤 경우에는 국제기구나 사적 개인들에게도 책임을 부담할 수 있다. 국가는 자신의 의무를 다하지 못하여 의무위반이 발생하면, 그에 대하여 상대방의 구제청구에 응해야 한다. 타국의 국제의무 위반에 대한 구제수단으로 외교적 요구, 일정한 경우에는 사법적 구제, 국제기구의 조치,

또는 손해를 입은 국가나 그 지지자들에 의한 자조(self-help) 등을 들 수 있다. See §§ 713, 902-905.

6. 행위의 국가귀속성

가. 행위의 국가 귀속성

국가는 (a) 그 정부 (b) 그 정치적 하부조직인 정부나 기관들 (c) 정부에 소속된 조직, 대리인, 공무원, 피고용인, 또는 정부에 소속된 기타 대리인 또는 하부 정치조직으로서 국가가 할 수 있는 행위의 범위내에서 행한 또는 국가행위로서의 성격을 갖는 모든 작위 또는 부작위에서 결과하는 국제법상의 의무위반에 대하여 책임이 있다.

나. 설명과 사례

a. 국가책임과 정부조직

국가는 자신의 정부를 통하여 행위한다. 그러나 국가는 국제법상의 의무를 이행함에 있어 책임을 디하여야 한다. 그러한 국제법상의 책임은 자신의 헌법이나 법률이 정부의 책임과 기능을 분배하는 방식과 상관없이, 또한 헌법이나 국내법상의 법규정 또는 제한 여부에 상관없이 당연히 부담하여야 하는 책임이다. 연방국가는 자신의 구성국, 프로방스, 또는 지역들, 기타 하부조직들이 자신의 헌법시스템 하에서 누리는 자신의 고유한 권한의 정도에 관계없이 국제법상의 의무를 이행하여야 한다. 다만, 연방국가가 자신의 책임을 연방과 주 조항에 따라 특정 국제협정에 관하여 자신의 책임을 명시적으로 제한한 경우에는 그러하지 아니하다. 국가들은 종종 공무원이나 정부기관을 통하여 행위하지 않고, 그 밖에 다양한 수준의 자율권을 갖는 이행조직들을 통하여 행위한다. 조항 (c)에서는 그러한 “이행조직들의 행위는 일반적으로 정부행위로의 귀속성이 인정된다” 고 규정하고 있다.

b. 미승인 정부 또는 혁명체제의 행위에 대한 책임

국가는 다른 나라들에 의하여 자신의 정부가 승인을 받았는지에 상관없이 자신의 실효적 정부행위에 대하여 책임을 부담한다. 또한 국가는 자신이 실효적 정부가 되려고 하는 혁명체제의 행위에 대하여 책임을 부담한다. 나아가 국가는 보통의 국내입법, 행정법령, 사법결정 등을 통하여 자신의 영역의 일부에 대하여 통제권을 행사하는 어떠한 혁명체제에 대하여도 책임을 부담한다. 그러나 혁명체제가 자신의 통제권을 강화 또는 유지하기 위하여 발령한 법령들에 대하여는 책임이 없다.

c. 국가행위가 되기 위한 요건

일반적으로 국가는 국제법하에서 자신의 공적 행위 또는 작위의무가 존재함에도 단지 이를 해태하여 의무를 다하지 않았다는 이유만으로 공적 부작위에 대하여 책임을 부담한다. 그러한 책임은 또한 지방정부나 정치적 하부조직의 공무원들의 작위·부작위에도 똑같은 원리에 따라 확대·적용된다. 일반적으로 국가는 개인들이나 기타 사적 주체의 행위에 대하여는 책임을 부담하지 않는다. 다만 외국인에 대한 피해에 관하여 국가는 자신들의 공적 행위 또는

예컨대, 외국인에게 합리적으로 필요한 경찰 보호조치를 제공하지 않는 등 일부 공적 실패 등으로 야기된 피해에 대하여는 책임이 있다.

d. 권한의 범위와 성격

국가는 공무원들, 또는 국가나 지방정부의 공기관들의 행위에 대하여 책임을 부담한다. 이러한 책임은 그러한 행위가 책임있는 중앙정부에 의하여 승인되지 않았거나 중앙정부가 알지 못하였다 하더라도 동일하게 발생한다. 나아가 명백하게 법, 칙령 또는 행정지도 등에 따라 금지되었다 하더라도, 그것만으로 그러한 행위에 대한 국가의 책임이 면제되지는 않는다.

행위가 공무원 또는 공기관의 권한 범위내에 있는지, 또는 그러한 권한을 행사하기 위한 과정에서 이루어졌는지 여부를 결정함에 있어 판단자는 영향을 받는 당사자들이 합리적 관점에서 그 행위를 공적인 것으로 간주하였는지, 당해 행위가 공적 목적 또는 사적 영리 목적을 위한 것인지, 행위를 하는 자가 공무원복을 착용하였는지 또는 공적 장비를 사용하였는지 등 제반 정황을 고려하여야 한다.

e. 인과관계

국가는 본 섹션하에서 자신에게 귀속되는 행위로 인한 국제법 위반에 대하여 책임을 진다. 또한 그러한 위반으로 인한 피해에 대하여 책임을 부담한다. 국제법학에 있어 인과관계에 관한 법리(jurisprudence of causation)는 이미 잘 발전되어 있다. 따라서 국제법은 일반적으로 상당인과관계론을 포함하여 인과관계에 관한 기존 개념들을 적용하고 있다. 국제법상의 인과관계론은 미국법 또는 기타 문명국들의 법과 별반 다르지 않다. 그러나 국제법에 있어 약간 다른 점은 이론상 불법행위로 인한 국제법 위반과 그로 인한 피해가 예측가능한(foreseeable)것인지 여부는 중요하게 고려되지 않는다는 점이다. 본 섹션의 원칙하에서 국가가 국제의무 위반에 대한 책임을 부담하는 경우, 일반적으로 인과관계의 인정에 있어 보다 자유주의적 경향을 보이고 있다. 또한 국가가 책임을 부담하고, 그 위반에 대한 복구를 하여야 할 자신의 국제의무 위반으로부터 결과하는 피해의 범주를 확대하려는 경향을 보이고 있다.

7. 국가승계

가. 국가승계

국가가 특정 영역에 관하여 다른 국가를 승계한 경우에 당해 영역에 관한 피승계국 (predecessor state)의 능력, 권리와 의무는 종료하고, 일반 국제법의 원칙이 규정하는 바와 같이 승계국에 의하여 승계된다.

나. 설명과 사례

a. 국가승계와 정부승계의 차이

국제법하에서 인정된 국가의 능력, 권리와 의무는 국가에 대하여 그대로 적용되며, 국가를 대표하는 정부에 대하여 적용되는 것이 아니다. 국가가 더이상 존속하지 않는 경우, 동 국가의 능력, 권리와 의무는 종료한다. 그러한 능력, 권리와 의무는 단순한 체제, 또는 정부형태, 정부의 이념에 의하여 영향받지 아니한다.

b. 승계국의 유형

승계국이란 용어는 타국 전부를 흡수·병합하는 국가, 타국 영역의 일부를 양수받는 국가, 타국의 일부를 구성하다가 당해 타국으로부터 독립한 국가, 타국의 일부를 구성하다 당해 타국의 해체로 인하여 새롭게 독립한 국가들을 포함하는 개념이다.

c. 국적의 승계와 변화

피승계국과의 특별한 합의가 존재하지 않는 한, 피승계국 국적을 갖던 영역내 거주민들은 국적법을 결정할 수 있는 승계국의 권리에 따라 통상 승계국의 국민이 된다.

8. 국가재산과 국가계약

가. 국가승계: 국가의 재산과 국가의 계약

피승계국과 승계국 사이에 달리 합의하지 않는 한, 협정에 따라 국가재산에 대한 소유권은 다음과 같이 이전한다: (a) 국가의 영역의 일부가 다른 국가의 영역이 된 경우에 당해 영역에 존재하는 피승계국의 재산은 승계국에 이전한다. (b) 일국이 타국에 흡수·병합된 경우에는 피병합국가의 재산은 그것이 어디에 위치하든 병합국으로 이전한다; (c) 국가의 일부가 독립하여 별개의 국가가 되는 경우, 그것이 흡수·합병된 경우라면, 승계국의 재산은 어디에 위치하든 병합국으로 이전한다.

피승계국과 승계국 사이에 달리 합의하지 않는 한, 피승계국의 공적 채무에 대한 책임과 당해 계약상 권리와 의무는 다음과 같은 경우 이외에는 피승계국에 그대로 존속한다.

(a) 국가의 영역 일부가 다른 국가의 영역이 된 경우에는 당해 지역의 공적 채무와 계약상 피승계국의 권리와 의무는 승계국에 이전한다.

(b) 일국이 타국에 흡수·병합된 경우에, 공적 채무와 병합국이 당사자인 계약상 권리와 의무는 병합국에 이전한다.

(c) 국가의 일부가 독립하여 별개의 국가가 된 경우에, 지역의 공적 채무와 새로운 국가의 영역에 속하는 계약에 따라 인정되는 승계국의 권리와 의무는 새로운 국가에 이전한다.

나. 설명과 사례

a. 공적 재산과 사적 재산의 차이

1. 전단부에서는 국가에 속하는 재산에 대하여 취급하고 있다. 일반적으로 사적 재산은 재산이 존재하거나 그 소유자가 거주하는 영역국의 주권에 변화가 있다 하더라도 영향을 받지 않는 것이 원칙이다.

b. 다양하고 수많은 채권자에 대한 공적 채무

1. 후단부에서는 일국이 외국의 사인이나 회사들, 예를 들어 국가채무의 사인 채무자와 같은 외국의 사인 또는 회사에 부담하는 채무는 물론, 타국 또는 국제기구에 대하여 부담하는 채무에 대하여 적용된다.

c. 전부 흡수·병합된 국가의 공적 채무

일국이 타국을 완전히 흡수·병합한 경우에 승계국은 피승계국의 공적 채무를 승계하는 것

으로 간주된다. 그렇지 않으면 채권자는 채무를 변제할 자가 없어져 버리는 상황에 직면하고, 승계국은 부당하게 이득을 얻게 될 수가 있다. 즉 피승계국은 아무런 의무를 대가로 부담하지 않고, 영역과 기타 자산을 획득하게 되는 것이다. 일국이 연방국가로 흡수·병합되는 경우, 자신의 재산권 일부나 전부 또는 양자간 계약에 따르는 권리와 책임을 계속 보유할 수 있다.

d. 지역 공적 채무

2. 후단부에서 인정되는 지역의 공적 채무란 도시, 군, 지방 또는 유사한 주체들에 의하여 부담하는 채무와 특정지역에 위치한 공적 사업에 대한 금융을 위하여 국가가 부담한 채무를 의미한다.

2. 후단부에서 승계국은 해당 영역에 소재하는 자산에 대한 통제권을 획득하였으므로, 승계국은 그에 상응하는 의무를 부담하여야 한다. 그러나 다른 국가의 일부 영역을 흡수·병합하는 국가는 해당 영역이 독립적으로 부담하는 채무를 승계하지 않는다. 다만 이때에 병합국의 법에 따라서 해당 지역의 주체는 계속하여 동 채무에 대하여 책임을 부담하여야 한다.

e. 공적 채무의 승계에 관한 특별협정

일국의 존재가 계속되는 한, 공적 채무를 부담하는 나라는 동 채무에 대하여 계속 책임을 부담하지만, 승계국과 피승계국은 합의를 통하여 본 섹션의 규정내용에 변화를 줄 수 있다. 예를 들어, 채무를 부담하는 나라의 영역이 상당한 정도로 큰 규모이어서 동 채무 전부를 상환할 의무를 강제하는 것이 부당할 정도에 이르는 경우에는, 승계국은 자신이 부담하여야 할 동 채무의 합리적인 부분에 관하여 善意를 가지고 협의하여야 할 의무가 있다.

f. 국가가 당사자인 기타 계약의 승계

국가계약의 승계는 공적 채무의 승계와 유사하다. 그렇지만 두 상황간에는 중대한 차이가 존재한다. 채무를 상환할 의무를 종료시키는 것은 국가에게 부당이익을 발생시키지만, 유효하게 집행할 수 있는 계약(executory contract)을 종료시키는 것은 필연적으로 그러한 결과를 발생시키는 것은 아니다.

따라서 국제조약법상 인정되는 사정변경의 원칙(rebus sic stantibus), 또는 계약에 관한 사법원칙인 원시적 불능으로 인한 무효(voidability for impossibility or frustration) 등의 법원칙이 여기에 적용될 수 있다.

특히 분쟁이 자주 발생하는 영역은 개발계약이나 양허계약과 관련하여 발생한다. 새로이 독립한 신생독립국들은 자신을 지배했던 식민모국들이 체결했던 계약을 종료시키는 것을 정당화하려고 노력하였다. 이러한 노력들은 국제협정들에 관한 ‘깨끗한 역사(clean slate)’ 개념과 유사한 뿌리를 갖는다.

그러나 새로운 신생독립국들의 私人들이 선의를 가지고 체결하였으며, 체결된 계약을 신뢰하여 상당한 금액을 이미 지출한 경우에, 계약상 자신의 의무를 이행하지 못하겠다고 거부하는 것은 공정하지 못하다. 이러한 경우 때때로 이전 식민 모국과 신생독립국간의 승계에 관한 특별협정을 통하여 계약상 의무를 승계국이 승계하도록 명시적으로 규정하는 경우가 존재한다. See *Mavrommatis v. Jerusalem Concessions*, P.C.I.J. ser. A, No. 5 (1925).

국제조약이 아닌 국가간 계약을 포함하여 계약은 일반적으로 국내법에 종속한다. 전술한 바와 같이 승계국은 새로운 계약당사자로 대체되는데, 이때에 계약의 효력에 변화가 생겨 승계국은 피승계국과 동일한 권리를 갖게 된다. 그리고 리스트에이트먼트 § 712에 규정된 원칙에 따른다.

g. 불법행위로 인한 채무의 승계

본 섹션에서 설명하는 법원칙들은 계약관계에서 발생하는 의무들에 관한 것이다. 국내법 또는 국제법하에서 발생하는 불법행위에 대한 책임의 승계를 규율하는 법들은 명확하지 않다. 때때로 그러한 책임의 어떠한 승계도 없다고 부인되는 경우가 많다. 그러나 학설에 따르면 그러한 경우 승계국에 책임이 이전된다는 견해가 있다. 최소한 승계국이 부당이익을 취하는 결과가 야기되는 경우에는, 불법행위로 인한 손해에 대하여 책임을 부담하여야 한다는 견해가 우세하다.

h. 승계의 합법성

본 섹션과 국제조약의 국가승계에 관한 리스트에이트먼트 § 210은 국제법에 일치하는 승계에 적용된다. See Article 3 of the Convention on the Succession of States in Respect of State Property, Archives and Debts and Article 6 of the Vienna Convention on Succession.

불법적인 승계는 통상 “일정 주체가 유엔헌장에 위반하여 국가성을 갖추기 위해 요구되는 특성을 획득하였는가” 또는 “특정 영역을 점령하였는가” 와 같은 문제를 내포하고 있다. 그리고 국제법은 국가들의 그러한 불법적인 국가성 획득 또는 특정 영역의 점령에 대한 불승인 같은 원칙을 지지하고 있다.

원칙적으로 불법적인 승계국은 피승계국의 재산권이나 계약상 권리를 승계하여서는 아니된다. 그러나 승계의 불법성은 피승계국의 부채에 대한 승계국의 책임에 대한 항변사유로 인용되어서는 안된다. 전시 피점령 지역에 소재하는 정부의 재산을 승계한 승계국의 피승계국에 대한 재산관련 조치는 1907년 헤이그협약 육전규칙 제53조에서 제55조(Articles 53-55 of the regulations annexed to the Hague Convention of 1907 on the Law and Customs of War on Land, 36 Stat. 2277, T.S. No. 539)에 따라야 한다.

9. 국제조약의 승계

가. 국제조약의 승계

국가영역의 일부가 다른 국가의 영역이 된 경우에는 피승계국이 당사자인 국제조약은 이전한 국가영역 부분에 관하여는 그 효력을 상실한다. 그리고 승계국의 국제조약은 그 영역 부분에 적용된다. 한편 일국이 타국에 흡수·병합되는 경우에 흡수·병합된 국가의 국제조약은 종료하고 흡수·병합된 국가의 국제조약이 피병합국의 영역에 적용된다. 그리고 일국의 국가영역 일부분이 새로운 국가가 되는 경우에, 새로운 국가는 피승계국이 당사자인 국제조약을 승계하지 않는다. 다만 명시적으로 또는 묵시적으로 신생국이 그러한 조약을 수용하고 조약의 타방 당사자 또는 당사자들이 그러한 수용에 동의하거나 인정한 경우에는 그러하지 아니하다. 기존의 경계 및 기타 국가영역에 관한 국제조약은 전술한 이론에 상관없이 계속하여 구속력을 가진다. 본 섹션은 1978년 국제조약의 승계에 관한 유엔회의에서 인준된 “국가승계에관한비엔나협약”에 일반적으로 부합하는 내용을 담고 있다. U.N. Doc. A/CONF. 80/31, 72 Am.J.Int'l L. 971.

나. 설명과 사례

a. 국경이동조약 법칙(Moving treaty-frontier rule)

국제조약의 승계에 관한 전술한 이론은 국경이동조약 원칙을 반영하고 있다. 국가영역이 한 국가로부터 다른 국가로 이전하는 경우 달리 합의하거나 당해 조약이 적용되는 것이 명백하게 불가능하거나 부적절한 경우가 아닌 한, 승계국의 국제조약이 동 영역에 적용된다.

b. 영역의 이전과 사정변경의 원칙(rebus sic standis)

국가 X가 국가 Y와 국제조약을 체결하고 Y의 국가영역 주된 부분이 국가 Z로 이전한 경우, 국가 X는 사정변경의 원칙에 따라 당해 조약하에서 부담하는 의무는 소멸하고, 그 이행의무는 면제되었다고 주장할 수 있다. 만약 국제조약이 항구 또는 공항, 이전된 영역에 존재하는 일정 목적물과 특별히 관련된 경우에는, 보다 작은 영역의 이전 (smaller cession)의 경우에도 X의 의무가 면제되고 사정변경의 원칙이 적용될 수 있다.

c. 연방국가

때때로 일국의 타국에 대한 흡수·병합과 2개 또는 그 이상의 국가들의 연방국가로의 통합 사이에 차이를 발견하기가 쉽지 않은 경우가 있다. 연방국가의 경우, 선존하는 의무의 법적 효과는 해당 연방국가의 헌법의 성격과 선존하는 권리와 의무의 본질에 따라 달라진다. 연방국가의 구성국이 연방체제 하에서, 선존하는 조약을 유지함에 있어 어떠한 권한을 가진 실체가 아닌 경우, 그들의 의무는 연방체제가 출범하면서 종료된다. 만약 해당 국제조약이 구성국의 권한범위내에 있는 경우, 당해 국제조약은 구성국 영역내에서 계속하여 효력을 유

지한다.

일반적으로 구성국들이 연방국가를 연방을 구성하기 위하여 통합하는 경우, 구성국들은 상호간 체결하는 조약의 당사자가 된다. 한편 형성된 연방국가가 연방 형성을 위한 국제조약의 당사자가 되면서, 구성국들은 더이상 연방형성을 위한 국제조약의 당사자가 아니게 된다. 그러나 일반적으로 국제기구의 회원국 지위는 새로운 연방국가를 위하여 자동적으로 부여되지 않는다. 따라서 연방을 구성하는 구성국 모두가 국제기구의 회원국 지위를 가지는 경우에도, 새로운 연방정부로의 지위의 이전이 있어야 한다.

d. 흡수·병합의 적법성

흡수병합시 국제조약의 승계에 관한 전술한 원칙은 국제법에 위반하지 않는 흡수·병합의 경우에만 적용된다(Art. 6 of the Vienna Convention on Succession). 따라서 유엔헌장에 위반한 무력사용의 결과로 인한 국가영역의 이전은 그 적용에서 배제된다. 국가는 다른 국가의 병합을 승인 또는 수용하는 행위를 자제하여야 할 의무가 있으므로, 당연히 국가는 병합된 영역에 관한 국제조약들의 적용가능성 여부에 대한 승인 역시 거부하여야 한다.

e. 상호 병합된 국가의 국제조약의 종료

만약 국가의 전부 또는 상당한 지역의 영역이 흡수 병합된 경우, 사정변경의 원칙(rebus sic stantibus)에 따라 피병합국과 체결한 국제조약을 종료시킬 권리가 있다. 그러한 국제조약을 체결하였던 기초사실과 전제가 근본적으로 변경되었기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 국가는 병합의 승인을 회피할 의무에 따라 당해 국제조약들이 계속 효력을 가지는 것으로 취급하여야 할 의무가 있는 경우가 있다. See, e.g., the treatment by the United States of agreements with the Baltic states, § 202, Reporters' Note 6.

f. 새로운 출발이론

새로운 국가에 관한 전술한 원칙은 '새로운 출발(Clean slate)이론'을 채택하고 있다(Articles 16-30 of the Vienna Convention on Succession). 새로운 출발이론에 따르면, 신생국은 피승계국이 당사자인 조약상 의무나 권리에 구애받지 아니하고 새롭게 시작하여야 한다. 다만 신생국이 일부 특정조약의 채택을 희망하고 조약 상대국 또는 회원국들이 그러한 신생국의 의사에 동의하는 경우에는 예외가 된다. 승계국이 피승계국의 국제조약 전부 또는 일부를 승계하는 피승계국과 승계국간 계약의 이전(devolution)의 경우에도, 그러한 승계는 오직 승계국과 피승계국 사이에서만 효력을 갖는다. 이때에 다른 조약 당사국이나 다자조약의 회원국들은 신생국의 새로운 조약상 지위에 대하여 동의하여야 할 의무가 있다. 이러한 법리는 새로운 독립국가는 물론 연방의 탈퇴 또는 기타 이유로 기존 국가에서 분리·독립한 국가에도 적용된다. 그러나 국가의 계약과 채무의 경우에는 이러한 법리가 적용되지 않는다.

g. 명시적 또는 묵시적 승인

승계국은 피승계국과의 합의 또는 타방 당사국 또는 다른 회원국들에 대한 통고나 기타 의사표시, 또는 대세적 선언을 통하여 피승계국의 국제조약을 채택할 수 있다. 다자간 조약의 경우에는 통상 그러한 취지의 통지가 조약 등록처에 송부되어야 하며, 다른 회원국들의 동의는 다자조약 하에서 통상의 경우 필요하지 않거나, 회원국의 동의가 있는 것으로 추정된다.

h. 제 3국에 의한 수용

제 3국에 의한 수용은 제 3국과 신생국 사이에 국제조약이 구속력을 갖기 위하여 필요하다. 미합중국의 국가실행은 그러한 수용을 새로운 국제조약으로 보지 않고, 구 조약의 연장으로 취급한다. 따라서 미합중국과 피승계국 사이에 국제조약이 체결되어 있는 경우, 집행부는 당해 조약이 신생국과의 관계에서 효력을 갖기 위하여 새로운 상원의 조인과 동의가 필요하지 않는 것으로 간주하고 있다. 그리고 상원 역시 그러한 집행부의 실행에 대하여 명확히 認知하고 默認하여 왔다.

i. 새로운 신생국과 국제관습법상 권리

신생국은 국제관습법상 의무를 부담하고 권리를 향유한다. 신생국은 각자 자신들의 관점에서 관습법을 수용하지만, 새로운 신생국의 다수가 관습법을 거부하는 경우 당해 관습법의 변화를 가져올 수 있다.

10. 법인의 국적

가. 법인의 국적

국제법의 목적상 법인은 법인이 설립된 나라의 법, 소위 준거지법 국가의 국적을 갖는다.

나. 설명과 사례

a. 법인의 정의

국제법상 법인이란 용어는 일국 또는 일국의 하부 정치조직의 私法에 따라 상업적·자선적 또는 기타 목적을 위하여 창설되고, 동법에 의하여 법적 주체로서의 지위를 갖게 되는 기구 또는 단체를 의미한다.

법인이 私法上 법원칙에 따라 형성되기 위한 요건들은 뉴욕항만청 같은 잡종의 조직은 물론, 지방자치단체나 국가의 기타 정치적 하부조직을 포함하지 않고 배제한다. 그러한 요건들은 또한 公法人을 포함하지 않는다. 그러나 그러한 요건들은 모든 또는 주식 대부분이 국가에 의하여 소유되고 있다는 이유만으로 사회사에 관련되는 법에 따라 설립된 법인을 배제하지 않는다.

한편 그러한 사법인은 주권면제 이론상 국가기관으로 간주될 수 있다. 본 섹션의 목적상 단체는 단체 창설의 근거가 되는 국내법이 자신의 권리와 의무 능력을 가지는 주체로 취급하지 않는 경우, 그러한 나라의 국적을 가지는 법인이 아니다. 그러므로 보통법 시스템하에서 동업자조직(partnership)은 국적을 가지는 존재가 아니다. 그러나 일부 대륙법계 국가에서 파트너십은 합명회사(unlimited partnership)처럼 자신 고유의 국적을 가지는 법적 주체이며, 본 섹션의 법원칙들이 일반적으로 적용된다. 파트너십이 설립의 근거가 되는 법에 따라 독립한 주체로 취급되지 않는 경우, 국제법상 법률관계는 개별 구성원의 국적이 중요한 의미를 갖게 된다. 다국적 회사에 관하여는 국제인권법상 인권보호의 문제 같은 여러 문제들이 제기되고 있다.

b. 국제법상 법인 국적의 관련성

법인의 국적은 국제법상 다양한 목적을 위하여 관련성을 가지는 유용한 개념이다. 국가는 외국 국적의 법인에 대하여 손해를 가한 경우 그에 대하여 책임이 있다. 이때에 법인의 국적국은 당해 손해에 대하여 배상을 구할 수 있다. 국가는 자신의 영역 밖에서 행해진 자신 국적 법인의 행위에 대하여 적용될 법을 제정할 수 있는 입법관할권을 행사할 수 있다. See §§ 402-403. 법인의 국적은 국가들이 자신들의 국민에 대한 조약상 권리를 주장하는 경우, 기준을 제공하는 유용한 개념이다.

c. 법인설립지와 국적

본 섹션하에서 규정된 전통적 법원칙은 확실성과 편의(certainty and convenience)를 위하여 채택된 원칙인데, 모든 법인은 자신의 설립지법 국가의 국민으로 취급된다. 그러나 운영과 관리가 이루어지는 회사 소재지(siege social) 또는 주된 영업소 소재지가 국제법하에서 법인 국적의 결정을 위한 대안적 방법이 될 수 있다. 그러한 기준을 사용하는 국가들은 회사 소재지국에서 설립절차를 받도록 요구하고 있으므로, 실제 효력상 이는 부가적 요건이 된다. 개인의 경우와 마찬가지로 국가는 자신의 법에 따라 설립된 법인을 자신의 국적 법인으로 취급하는 것을 거부할 수 있다.

d. 국적과 중대한 관련성

법인은 자신의 설립지법 국가의 국적을 가지므로, 통상의 경우라면 한 국가 이상의 국적을 가지지 않는다. 그러나 국적 이외의 중대한 관련성이 인정되는 경우에, 그러한 관련성을 근거로 국적이 인정되기도 한다. 일정한 상황에서 다른 국가들은 (i) 법인의 지분이 특정한 국가의 국민에 의하여 상당수 소유된 경우 (ii) 법인이 특정한 국가에 사무소를 설치하여 법인을 운영하는 경우 (iii) 법인이 특정 국가에 주된 영업소 소재지를 두는 경우, 국적 결정에 있어 설립지법 원칙에 준하여 국적을 결정한다.

예를 들어, 전시에는 법인이 비교전국 설립지법에 따라 설립된 경우에도 국가는 위에서 든 관련성 요건 중 하나에 해당하는 경우, 특정국가가 적국이라면 설립지법 원칙에 준하여 적국민으로 취급할 수 있다. 법인과 위에서 말한 관련성을 가지는 국가는 최소한 일정 목적을 위하여 당해 법인을 자국민으로 취급할 수 있다. 일정한 경우에는 자국 영역 밖에서 행해진 법인의 행위라 하더라도 법인을 규제하기 위한 법규를 제정할 수 있다. 리스테이트먼트는 “외국 법인의 자회사나 지사에 관한 법을 제한적이나마 제정할 수 있는가” 하는 국가 관할권의 문제를 다루고 있다.

“국가가 다른 국가와 체결하는 조약 목적상, 그러한 법인을 자국민으로 인정하고 있는가” 하는 문제는 조약 해석상의 문제가 된다. 미합중국은 재산권의 수용이나 기타 손해가 발생한 경우, 그러한 법인을 보호하고 있다. 특히 그러한 행위가 미국과의 관련성으로 인하여 당해 법인을 향하여 있는 경우에는 더욱 보호의 필요성이 인정된다.

e. 국제협정에 따른 법인 국적

국가들은 특별한 합의를 통하여, 본 섹션의 원칙들과 다른 기준으로 법인의 국적을 정할 수 있음은 물론이다. 법인 국적의 다른 정의기준은 조세협약, 외국인재산보호조약, 우호통상항해조약 및 청구권해결협정 등에서 때때로 발견된다.

f. 다국적 기업

다국적 기업이나 회사는 때때로 초국적 기업 또는 세계기업이라 불리기도 하는데, 국제경제 생활에 있어 매우 중요한 실체이다. 그렇지만 다국적 기업은 아직 국제법 또는 국내법 체계

상 특별한 법적 지위를 부여받지 못하고 있다. 다국적 기업은 일반적으로 여러 법인으로 구성되는데, 이때에 각개의 법인은 특정국법에 따라 설립되며 공통의 행정적·재정적 통제 관리체계에 구성되어 있다. 어떤 학자들은 자산, 매출액 또는 그와 유사한 지표상 일정 규모 이상의 기준을 충족하는 기업들을 다국적 기업이라 정의하기도 한다. 일반적으로 본 섹션에서 설명하고 있는 원칙들은 모회사와 자회사 모두에 적용된다. 이때에 다른 국가들의 법규정이 상호 중첩하는 문제가 발생할 수 있다.

11. 개인의 국적

가. 개인의 국적

국제법의 목적상 개인은 국적을 부여한 국가의 국적을 갖는다. 그러나 다른 국가들은 당해 국적이 국가와 개인간 “실질적 관련성(genuine link)”에 근거하지 않은 경우 그러한 국적을 인정할 의무가 없다.

나. 설명과 사례

a. 국적과 국제법

국제법상 개인에게 직접 권리와 의무가 부여되는 경우라도, 국제법은 원칙적으로 해당 개인과 관련된 국가를 통하여 개인의 권리와 의무에 영향을 미친다. 그리고 개인을 국가와 연결시키는 가장 중요한 연결점은 국적이다. 개인의 국적은 국제법과 다양하게 상관성을 갖는다. 국가는 외국인들에 대하여 규율할 수 없는 상황에서도 자국 영역 밖의 국민의 행위에 대하여 규율할 수 있는, 소위 속인주의 원칙에 따라 관할권을 행사할 수 있다. 국가는 자국민에게 외교적 보호를 공여할 수 있으며, 그들을 위하여 공식적으로 청구를 제기할 수 있다. 국제 우호통상항해조약과 같은 국제조약은 체결국들의 국민들에게 권리를 부여하는 경우가 많다.

b. 국적과 외교적 보호

국제법은 자국민을 외교적으로 보호하고, 그들의 이익을 대변할 국가의 이익을 인정하고 있다. 그러한 공식 외교적 보호는 일반적으로 자국민에게 한정되지만, 국제관행은 자국민 개인을 위하여 국가들에 의한 비공식적 중재(informal intercessions)를 인정하고 있다. 더욱이 국제인권협정의 가입 당사국은 외국인을 위하여 동 협정을 강제이행할 수 있는 권리가 있으며, 나아가 피소된 위반국의 국민에 대하여도 협약을 실행할 수 있다. 또한 국가는 국제관습법과 모든 국가들에 대하여 구속력을 가지는 국제 강행규범에 의하여 보호받아야 하는 인권을 침해한 국가를 상대로 개인을 위하여 중재를 할 수 있다.

c. 진정한 관련성

국가는 자유롭게 국적법을 제정할 수 있으며, 자신이 적절하다고 생각하는 기준에 따라 국적을 부여할 수 있다. 그러나 국제법에 의할 때에 다른 국가들은 자발적이지 않은 국적 또는 일반적으로 수용되고 있는 진정한 관련성에 근거하지 않은 국적은 이를 인정할 의무가 없다. 그러나 이러한 개념의 정밀한 내용은 불명확하다. 국가영역 내에서 출생한 자에게 국적을 부여하는 출생지주의(ius soli) 또는 자국민 부모에게서 태어난 자에게 국적을 부여하는 속인주의(ius sanguinis)는 진정한 관련성에 근거한 국적부여기준으로 보는 것이 보편적이다. 자의에 의한 이민과 귀화는 다른 국가들에 의하여 일반적으로 승인된 국적부여 행위가

다. 그러나 해당 국가와의 관련성에서 볼 때 다른 연결점, 예컨대 해당국가내 거주요건 등이 없는 경우에는 당해 국적에 의문을 제기할 수 있다. 국가와 개인간 관련성을 비교하여 그 진정성과 관련성의 강도는 자국민임을 주장하는 두 국가 또는 그러한 국가들과 제 3국 사이의 서로 다른 주장을 해결하기 위하여 필요한 요소가 된다.

d. 비자의에 의한 국적 취득

국가는 자국민과의 결혼, 자국 영역내 재산취득, 또는 특별한 인종적·민족적 기원을 공유하는 등 일정한 관련성을 기초로 그 또는 그녀의 의사에 반하여 다른 국가가 개인에게 부여한 국적을 필히 인정하여야 할 의무는 없다. 다른 국가는 또한 개인이 포기한 국적을 인정하여야 할 의무가 없다. 국가가 개인의 의사에 반하여 그 자에게 국적을 부여하거나, 개인이 포기한 국적을 계속 고집하는 것은 국제법 위반을 구성할 수 있다.

e. 국적의 소멸

전통 국제법은 어떠한 자국민이라 하더라도 그의 국적을 종료시킬 수 있다는 국가의 권리에 대하여 아무런 의문을 제기하지 않고 있다. 점차로 법은 “국적화(statelessness)를 방지하고, 국적의 박탈이 인종, 민족, 성에 의한 차별 또는 정치적 박해의 수단이 된다는 것을 인정하면서 국적의 인위적 종료에 일정한 한계가 있다”는 것을 인정하고 있다. 또한 국적의 문제에 있어 개인은 기본적 인권을 누려야 한다는 것에 대하여 인류 공동의 인식이 확대해 가는 추세이다. 국제법은 국가가 반역, 간첩행위, 국가에 대한 그 밖의 중대한 공격행위로 인하여 국적을 박탈하거나, 기망행위로 인한 국적 취득을 이유로 당해 국적의 취득을 취소하는 것을 금지하지 않는다.

f. 이중 국적

국적에 관한 국내법의 다양성으로 인하여 개인이 둘 또는 그 이상의 국적을 보유하는 경우가 발생한다. 이중 국적은 두 국가가 자국민에게 부담과 의무를 부여하려 할 때, 예컨대 두 나라 모두 군징집을 명하거나 세금을 부과하려 할 때 또는 그들이 행사하는 국가 권한이 일관되지 않은 경우에 발생하는 것으로, 국가간 갈등을 유발하는 요소가 된다. 이중 국적은 개인이 제소국과 피제소국 또는 제3국의 국적을 가지고 있는 경우, 외교적 보호권 문제를 둘러싸고 쟁점으로 떠오르기도 한다.

g. 무국적

국적법에 있어 일체성의 결여는 출생시점부터 국적을 가지지 못하는 개인을 만들기도 한다. 그리고 그러한 개인이 이후 영구히 국적을 취득할 수 없어 무국적자로 이어질 수 있다. 자신의 국적국이 자신의 국적을 박탈하는 경우, 그 개인은 무국적자가 될 수 있다. 국제조약들은 무국적이 발생하는 경우를 줄이려고 노력하고 있다.

h. 국적과 시민권

국적은 국제법상의 개념이다. 시민권은 국제법상의 개념은 아니지만, 국내법상의 개념인 경우가 많다. 국내법상 시민권은 국제법 목적상 일반적으로 국적으로 취급되지만, 일부 국가에서는 모든 자국민이 시민권자가 아닌 경우가 있다.

i. 국제법상 주거와 주소

국제법은 여러 목적상 주소나 영구 거주지를 충분한 연결점으로 받아들이기 시작하였다. 예를 들어 국가는 자국영역 밖에 거주하는 경우에도, 최소한 자신의 국내법 중 일부를 주소나 영구 거주지를 기준으로 당해 개인에게 적용할 수 있다. 국제인권법 하에서 거주 외국인의 추방에 관한 제한에 관하여 리스테이트먼트 § 711, Comm. I.을 참조한다.

12. 개인의 국적과 시민권

가. 개인의 국적과 시민권: 미 합중국법

개인은 남녀를 불문하고 (a) 미국의 헌법과 법률에 따라 시민권자로 인정되거나 또는 (b) 미국영역 밖이지만 미국 속령지에서 태어난 경우, 미국의 국적을 가지는 국민이다. 그러나 미국의 시민권은 (a) 미 영역내에서 출생하거나 (b) 후천적으로 귀화에 의하여도 취득할 수 있다. 또한 부모 일방 또는 모두가 미국 시민권자인 경우 미국영역 밖에서 태어난 특정 범주의 사람들은 법에 따라 미국의 시민권을 취득할 수 있다.

미국 시민권은 다음과 같은 경우에 상실될 수 있다. (a) 자의에 따른 포기, (b) 사기로 인한 취득을 이유로 한 귀화의 취소, (c) 법에 따라 시민권을 취득하였지만, 법에 정한 시민권 상실사유가 발생한 경우 등이 그러하다.

나. 설명과 사례

a. 미국의 국적과 미국의 시민권

미국의 헌법과 법에 따라 미국의 시민권자로 인정된 자는 국제법 목적상 미국의 국적을 가지는 국민으로 취급된다. 그러나 미국법은 시민권자에 해당하지 않는 경우에도, 제한된 범위의 사람들을 위하여 국제법 목적상, 시민권 아닌 다른 관련성에 따라 국민으로서의 지위를 인정하고 있다.

b. 미국 시민권의 획득

미 연방헌법 제14조는 “미국에서 태어 나거나 미국에 귀화한 자로서 미국의 관할권에 복종하는 모든 사람은 미 합중국 시민이다” 라고 규정하고 있다. 헌법은 또한 귀화에 관한 통일법을 제정할 권한을 연방의회에 부여하고 있다. Art. I, Sec. 8, cl. 4. 그러한 연방의회의 권한은 1790년 이후 행사되어 개정을 거듭한 끝에 현재 “1950년 이민과귀화에관한법” 으로 남아 있다. 8 U.S.C. § 1101 et seq.

시민권은 특정 개인이 동법상 요건을 갖추었다는 증거에 따라 법원이 발행하는 귀화증명서에 의하여 부여된다. 동법에서는 미국 영역으로의 합법적 입국, 법상 요구되는 거주기간의 충족, 영어에 관한 해독력, 미국에 대한 충성과 도덕적 양식 등을 미국시민이 되기 위한 요건으로 하고 있다.

미국 시민권은 법에서 규정하는 조건하에서 미국 밖에서 출생한 자도 취득할 수 있다. § 301 of the Act (8 U.S.C. § 1401(c)-(g)). 예컨대 부모 모두 미국 시민이고, 부모 중 일방이 이전에 미국영역 내에 거주하였고, 현실적으로 최소한 5년 이상 미국영역 내에 실재한 경우에는 미국 밖에서 출생한 자인 경우에도 시민권이 인정된다.

c. 국적 또는 시민권의 상실

미국에서 태어난 개인은 자의에 의하여 시민권을 포기하는 경우에 한하여, 시민권을 상실한다. 또한 귀화로 인하여 시민권을 획득한 자는 자의에 의하여 시민권을 포기한 경우에 이를 상실할 수 있고, 또한 사기에 의하여 시민권을 취득한 경우에는 시민권이 박탈될 수 있다. Sec. Sub. 2(a)와 3(c). 미국 시민권이 합법적으로 종료한 개인은 통상의 경우 국제법상 더 이상 미국 국적자로 취급되지 않는다.

d. 미국 영주권

미국은 법률에 따라 영주권 자격과 지위에 관하여 규정하고 있다. U.S.C. § 1101(a)(20). 영구히 거주하기 위하여 합법적으로 미국에 입국한 자는 임시적인 외국 방문 후에도 외국인에게 일반적으로 적용되는 쿼터 제한에 무관하게 미국에 재입국할 권리가 있으며, 이때에 간략한 서류만으로 재입국이 가능하다. 외국인에게 보장되는 헌법상 권리와 미국법상 시민과 거주 외국인 간의 차이에 관하여는 리스테이트먼트 § 722를 참조한다.

III. 국제조약

1. 국제법과 국내법

가. 양자의 관계

연방의회가 제정한 법은 신법으로서, 이전 국제법 또는 미국 국내법으로서 효력을 갖는 국제협정 조항들에 우선한다. 다만 신법인 국내 제정법의 목적이 명확하여 이전 국제법이나 협정 조항들을 무효화하려는 의도가 명확하거나, 제정법과 국제법 또는 협정 조항이 상호 공존 조화하기가 매우 어려운 경우에 한한다. 한편 국제법 규범이나 국제협정의 조항들이 국내법이 되어 후순위 또는 무효화된다는 의미는 미국의 국제의무를 면제하거나 그러한 의무의 위반에 대한 책임을 면제한다는 의미가 아니다. 그리고 미국의 국내법으로서 효력을 가지는 미국이 당사자인 조약의 조항들은 그와 모순·저촉되고 선존하는 조약 또는 법조항에 우선하거나, 그러한 조약 또는 법조항들을 무효화한다. 또한 국제법규범 또는 미국이 당사자인 국제협정조항들은 그것이 미 연방헌법에 모순·저촉되는 경우, 미국의 국내법으로서의 효력이 인정되지 않는다.

나. 설명과 사례

a. 미국이 당사자인 이전 국제협정 또는 국제법 규범으로서 연방법에 모순·저촉되는 문제

연방의회는 법률, 미국이 당사자인 국제조약 및 기타 국제협정, 국제관습법 원칙들은 전술한 바와 같이 모두 연방법이다. 연방의회의 법률 및 미국이 당사자인 자기집행적(self-executing) 조약들은 미국의 국내법과 동일한 지위를 가지며, 양자가 모순·저촉되는 경우 신법우선의 원칙(later in time)에 따라 신법 즉 후법이 우선한다.

의회 제정법률은 조약 형식 아닌 이전 국제협정이나 국제관습법상 선존 법규칙에 대하여 국내법으로서의 효력을 인정하기도 한다. 국제조약과 그 밖의 국제협정은 같은 국제법이지만, 국제조약은 헌법상 당연히 연방법에 포함되고 있다(기타의 국제협정이나 선존 국제관습법에 대하여 헌법은 침묵하고 있는데, 따라서 의회 제정법률에 의하여 비로소 국내법의 지위를 가질 수 있게 되거나 국내법으로서의 지위가 확고해지게 된다).

상호 모순·저촉되는 성문 제정법은 미국정부를 국제법 위반으로 이르게 하므로, 그러한 갈등의 개연성이 큰 경우 의회는 제안된 제정법을 거부할 수 있고, 대통령도 자신의 헌법상 권한인 법률안거부권을 행사할 수 있다.

전술한 국제조약과 국내법에 관한 원칙은 이들에 대한 해석에 관한 원칙을 반영하고 있다. 일반적으로 연방의회는 국제법 규범 또는 국내법으로서의 국제협정 등을 무효화하거나, 미

국이 국제의무를 이행하는 것을 불가능하게 함으로써, 미국의 국제의무를 거부하거나 면탈하려는 의도를 가지고 있지 않다고 보아야 한다. 연방의회의 조약 이행의무에 관한 리스테인먼트 § 111, Reporters' Note 7의 설명과 비교하여야 할 필요가 있다. 따라서 의회제정법이나 국회협정 또는 국제관습법 규범이 동일한 주제 영역의 것인 경우에는, 법원이나 규제기관 및 행정부는 모순·저촉되는 규범들 모두의 효력이 살아날 수 있도록 해석하려고 노력하여야 한다.

법원은 모호한 경우에 국제의무를 거부하는 것을 좋아하지 않으며, 제정된 법률이 선존하는 협정 또는 기타의 국제협정에 우월하는 법이라는 확실한 의회의 의사를 확인할 수 있을 때에만, 국내 제정법을 근거로 국제의무를 부인할 수 있다. 의회제정법이 국제법이나 미국이 당사자인 조약에 일치하지 않는 사안들을 명시적으로 배제하지 않는다는 사실만으로 국제법이나 국내법으로서 효력이 있는 국제협정을 무효화하려는 의회의 목적이 있다고 단정하여서는 안된다.

b. 전술한 바와 같이 의회의 후속 법률이 국제법 규범 또는 국내법적 효력을 갖는 국제협정을 무효화하는 경우라 하더라도, 미국은 국제법 원칙에 따라 국제적 규범이나 협정에 기속된다. 마찬가지로 미국은 국제법 원칙이나 미국이 당사자인 조약의 조항이 헌법에 위반되어 그 효력이 부인되는 경우에도, 미국은 여전히 국제적으로 그러한 원칙이나 조항에 기속되고 국제법적 차원에서 국제의무를 부담한다. 국가는 자신의 헌법이나 국내법을 근거로 자신의 국제의무 불이행에 관한 항변사유로 삼을 수 없다. *Advisory Opinion on Treatment of Polish Nationals in Danzig*, P.C.I.J., ser. A/B, No. 44 at 22 (1932).

c. 선존하는 연방제정법에 일치하지 않는 국제협정

전술한 바와 같이 미국이 당사자인 조약의 자기집행조항(self-executing provision)은 그에 일치하지 않는 연방제정법을 무효화한다. 비자기집행조약(non-self executing treaty)의 경우에는 조약조항의 국내법적 효력이 인정되어 집행되면 선존 제정법은 무효화된다. 미국이 당사자인 다른 국제조약들도 이전 제정법 조항들을 무효화한다. 따라서 조약에 따라 체결된 행정협정은 그 권원을 당해 조약에 두게 되며, 미국법 체계내 불일치하는 선존 연방제정법이나 선존 국제협정을 무효화하는 조약과 동일한 효력을 갖는다.

의회집행부간협정은 그 권원을 대통령과 의회의 합동권력에서 구하고 있다. 또한 그에 불일치하는 어떠한 선존 연방제정법이나 국제협정을 무효화한다. 그러나 연방법을 무효화하는 행정협정의 체결을 가능케 하는 의회의 수권은 가벼운 논리에 따라 인정되어서는 안된다. 대통령이 선존 국제조약이나 연방제정법에 관하여 자신에게 부여된 고유의 권한에 따라 체결한 행정협정의 국내법적 효력은 아직 확립된 법리가 제시되고 있지 않다.

그러나 금수조치 또는 기타 외국과의 통상규제 같이 의회의 명시적 헌법적 권한범위내에서 체결된 집행부 단독협정(sole executive agreement)은 그에 문면상 명확하게 일치하지 않는 제정법이 존재하는 경우, 그 효과가 부여되지 않는다. 자기집행조약, 기타 국제협정들은 당해 협정들이 미국을 상대로 효력을 발생하는 날 기준으로 그에 일치하지 않는 연방법을 무

효화한다. 법을 실행하거나 기타 조치를 요하는 비자기집행조약 또는 국제협정의 경우에 모순·저촉되는 연방법을 무효화하는 것은 조약이나 국제협정이 아니고 실행되는 법이나 조치들이다. 무효화는 실행된 법이나 취해진 조치가 효력을 발생하는 날 기준으로 효력이 발생한다.

d. 새로운 국제협정 또는 국제관습법 원칙들 사이에 발생하는 모순 저촉

원칙적으로 미국의 조약 또는 “의회집행부간 협정(Congressional-executive agreement)”은 선존 국제협정 또는 미국의 국내법으로서 이미 존재하고 있는 국제관습법 규칙을 무효화한다. 마찬가지로 국제관습법상 신법우선의 원칙에 따라 모순·저촉되는 이전 법들은 무효화된다. 그러나 그러한 원칙이 명확히 적용된 사법적 결정의 선례는 아직까지 찾아 보기 힘들다. 따라서 대통령의 헌법적 권한범위 안에 있는 “집행권 단독의 집행협정(Sole executive agreement)”은 이전 집행권 단독 집행협정을 무효화하고, 대부분의 경우 미국법으로서 효력을 갖는 이전 국제관습법 규칙을 무효화 할 것이다.

집행권 단독의 행정협정이 이전 조약 또는 의회집행부간 협정을 무효화하는가 여부는 불명확하다. 또한 이전 제정법 또는 이전 미국의 국제협정 이후 발전되고 그들과 모순·저촉되는 국제관습법 규범에 미국의 국내법으로서 효력을 부여할 것인가 하는 문제에 관하여도 역시 어떠한 권위적 결정이나 선례가 존재하지 않는다. 해양법 협약체제에 관하여 보면, 미국은 미국의 제정법은 물론 선존 국제조약을 수정하는 국제관습법을 수락한 바 있다.

e. 주법과 일치하지 않는 국제협정이나 국제법 규칙

어떠한 조약이나 기타 미국의 국제협정 또는 국제관습법 규칙은 연방법이므로, 그것이 구법이든 신법이든 상관없이 불일치하는 주법을 무효화한다. 나아가 집행을 위한 입법조치나 행정조치가 있을 때까지 법으로서 효력을 갖지 않는 미국의 비자기집행조약은 때때로 주법이나 주정책에 우선하는 연방차원의 정책으로 지지되기도 한다.

원칙적으로 미국의 조약이나 국제협정은 일정 분야를 지배하는 것으로 지지되고, 당해 주제에 관하여 우선적이다. 따라서 비록 문제의 법이나 정책이 필연적으로 국제협정에 불일치하지 않는 경우에도 주법이나 주의 정책을 무효화할 수 있다. 그러나 그러한 문제는 아직 어떠한 명확하게 결정된 선례가 있는 것은 아니다.

2. 국제조약의 정의와 본질

가. 국제조약의 정의

국제법에서 사용되는 용어로 국제조약(international agreement)이란 2개 또는 그 이상의 국가 및 국제기구 사이에 법적인 구속력을 가지고 국제법에 따를 것이 의도된 합의를 의미한다. 한편 당사자(party)란 국제조약에 기속되는 것에 동의하고, 동 국제조약이 효력을 발휘하는 국가 또는 국제기구를 지칭한다. 국제조약의 정의, 본질, 범위에 관하여는 비엔나 조약법 협약 제1조와 제2조를 참조한다.

나. 설명과 사례

a. 국제조약을 의미하는 다양한 용어들

국제조약을 의미하는 용어는 다양하다. 흔히 사용되는 말들로 조약(treaty), 협정(convention), 합의(agreement), 의정서(protocol), 약속(covenant), 헌장(charter), 규정(statute), 법령(act), 선언(declaration), 협약(concordat), 교환각서(exchange of notes), 합의의정서(agreed minute), 합의각서(memorandum of agreement), 양해각서(memorandum of understanding), 합의양식(modus vivendi) 등이 있다. 어떠한 용어가 사용되건 상관없이, 모든 국제합의는 동일한 법적 위상을 가진다. 다만 당해 합의의 조항 또는 조약체결을 둘러싼 상황을 고려하여 볼 때, 달리 판단되는 경우에는 그러하지 아니하다.

b. 합의의 형식

대부분의 국제협정들은 서면으로 체결되지만, 서면에 의한 합의가 조약으로서 구속력을 발휘하는데 필수적인 것은 아니다. 조약법에 관한 비엔나협약은 동 협약은 오직 서면에 의한 합의에만 적용된다고 규정하고 있다(Art.(2)(1)(a)). 그러나 국제관습법 하에서 비록 증거에 의하여 쉽게 증명하기 어려운 구두에 의한 합의들도 서면합의와 동일하게 구속력을 가진다.

c. 일방적 선언

국제조약은 약인을 요하지 아니하므로, 조약상 의무들은 무조건 항복에 이은 강화조약처럼 오직 한 국가에게만 의무가 발생하는 등 전적으로 일방적일 수 있다. 일방적 선언은 합의가 아니다. 그러나 법적 효과를 야기할 수 있으며, 금반언원칙과 유사한 원칙들처럼 권리와 의무의 연원이 되기도 한다. 일방적 선언은 또한 관습법 형성에 기여할 수 있다.

d. 상업협정(Commercial agreements)

국제조약은 그 정의에 따라 국가가 당사자인 계약을 그 범주내에 포함하지 않는다. 타방 당사자가 국가인 경우에도 그것이 성격상 본질적으로 상업적이거나, 특정 국가기관 또는 계약

법상 다른 기관에 의하여 규율될 것이 의도되었다면 국제조약이라 할 수 없는 것이다. 대출 계약, 건물 임대차, 물품매매계약 등이 예가 될 수 있다.

e. 비구속적 합의(Nonbinding agreements)

국제조약은 법적인 구속력을 의도하고 그에 따른 법적 효과를 발생시키기 때문에, 본 파트 내용들은 그러한 구속적 성격이나 효과를 발생시키는 것을 의도하지 않은 합의들에는 적용되지 아니한다. 그러한 합의의 예로는 미 역사상 그리고 국제연합 역사상 여러 차례에 걸쳐 합의가 이루어진 신사협정들을 들 수 있다.

f. 국제기구와 국제조약

본 파트는 또한 창설조약이나 국제기구가 채택한 규칙이 달리 규정하거나 창설조약의 성격이 다른 의미를 갖지 않는 한, 국제기구의 창설조약을 위한 합의에도 적용된다. 비엔나협약은 동 협약 제3조와 제5조가 국제기구에 관련된 국제합의에도 일부 적용된다는 조항에도 불구하고, 국가간 조약에 한하여 적용된다(Art. 1). 비엔나협약은 국가와 국제기구간 또는 두개의 국제기구간 합의에는 그 적용이 없다. 그러나 본 파트에서 설명한 법원칙들은 국제관습법에 따라 그러한 합의들에도 적용된다. 다만 국제기구 일반론적 또는 당해 특별한 국제기구의 기능이라는 관점에서, 그것이 불가능한 것이 아니어야 한다.

g. 국가의 하부조직에 의한 국제합의

일부 국가들의 헌법들은 자신들의 정치적 하부조직들에게 일정범위의 국제합의를 행할 수 있는 권한을 부여하고 있다. 미 합중국 주들(States of the United States), 독일의 주들(German Laender), 캐나다 주들(Canadian provinces), 또는 스위스 주들(Swiss cantons)이 그러하다.

그러한 합의 중 일부는 본 섹션의 범주에서 볼 때, 국제조약에 해당한다고 할 수 있다. 예를 들어 두 주들이 당해 합의의 당사자들인 경우, 본 섹션의 법원칙들이 적용된다. 본 섹션의 법원칙들은 또한 오직 정치적 하부조직간 협정 일부에만 적용되기도 한다. See § 486, Reporters' Note 6. 미 합중국이 체결한 국제조약들의 법적 지위에 관하여는 § 302, Comm. f.를 참조하여야 한다.

3. 국제조약의 범위

가. 국제조약의 범위: 미합중국의 법

미국은 헌법하에서 국제조약을 체결할 권한이 있다. 그리고 미국이 체결한 국제조약의 어떠한 조항도 미국의 권한 행사에 관한 헌법조항의 금지 또는 제한에 위반되어서는 안된다.

나. 설명과 사례

a. 국제조약을 체결할 수 있는 미국의 권한

국제조약을 체결할 미국의 권한은 그 국가성(nationhood)과 주권을 통하여 본래적인 것이다. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 318, 57 S.Ct. 216, 220, 81 L.Ed. 255 (1936). 이러한 권한은 헌법에 의하여 연방정부의 정치기관에 분배되어 있다. 연방 대통령은 상원의 조언과 동의를 통하여 조약을 체결할 수 있다(Article II, Section 2). 그는 조약에 따라 또는 의회의 수권하에서 기타 국제협정을 체결할 수 있으며, 그 자신의 고유한 권한으로서 체결하기도 한다. 또한 이러한 여러 권한이 복합되어 대통령의 국제협정을 체결할 권한이 도출되기도 한다. 외국 정부와 주 정부간의 협정에 관하여는 리스테이트먼트를 참조한다.

b. 헌법상 제한에 부속하는 국제조약

“조약이 헌법상 제한에 부속한다”는 언젠가 지지되었던 이론은 이제 철저히 거부되고 있다. 국제조약과 기타 국제협정들은 인권장전의 금지조항들과 연방권력에 대한 제한에 기속된다. 예컨대 헌법상 인신보호영장의 정지 또는 훈장 수여의 금지에 관한 조항들이 그러하다. 국내 헌법상 제한에 반하는 국제조약 형태의 국제법의 효력에 관하여는 리스테이트먼트 § 311(3)를 참조하여야 한다.

c. 국제협정이 다루는 주제 및 국제적 관심의 문제

헌법은 국제조약이나 기타 외국 정부와의 국제협정에 관하여 규정하고 있다. 그러나 헌법은 그러한 국제협정을 정의하거나, 그들의 목적이나 다루는 주제에 관한 제한에 대하여 상세히 설명하고 있지 않다.¹²⁹⁾ 이전에 설명한 것과 달리, 헌법은 국제협정이 오직 “국제법적 관심 사항(matters of international concern)” 만을 다룰 것을 요구하는 것은 아니다.

헌법상 규정들은 국제조약이나 국제법상 인정되는 기타 형태의 개념을 포섭하고 있다고 이해되고 있다. 국제법은 국제협정의 목적이나 주제에 대한 제한에 대하여 아무런 말이 없다. 다만 “국제협정은 국제법상 강행규범에 위반하여서는 안된다”는 규정만을 두고 있을 뿐이다. 국가들은 자신들이 관심을 가지고 있는 어떠한 문제에 관하여도 협정을 체결할 수 있

129) 김기영. (2023). 신국제협정: 세 가지 패러다임에 관한 검토와 시사점. 법학논총, 30(2), 3-56.

다. 이때에 국제법은 협정을 체결함에 있어, 그 동기나 목적의 이면에 대하여 들여다 보지 않는다.

d. 국제협정의 주제와 국가들의 권리

연방 대통령에 부여된 국제조약 체결에 관한 권한은 상원의 조언과 동의에 따라야 하고, 이는 헌법상 미국에 위임되어 있다. 연방헌법에 따라 미국에 위임된 다른 권한들과 동일한 헌법상 지위를 가지는 것이다. 미 연방정부는 국제조약 아닌 다른 형식의 국제협정을 체결할 수 있는 권한도 가지고 있다. 따라서 미국, 즉 미 연방정부에 위임되지 않는 권력은 개별주에 유보되어 있다는 수정헌법 제10조는 국제조약이나 기타 국제협정을 체결할 수 있는 권한을 제한하지 않는다. *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 432, 40 S.Ct. 382, 383, 64 L.Ed. 641 (1920) (철새에 관한 국제조약이 다루는 주제는 연방의회의 입법권의 범위에 포함되지 않는 것으로 추정된다). *United States v. Belmont*, 301 U.S. 324, 331, 57 S.Ct. 758, 761, 81 L.Ed. 1134 (1937) (외국정부의 승인에 부속하는 연방정부의 행정협정은 주법이나 주정책에 우선한다) ; cf. *Zschernig v. Miller*, 389 U.S. 429, 441, 88 S.Ct. 664, 671, 19 L.Ed.2d 683 (1968) (주 상속법은 미국의 외교문제에 관하여 간섭할 수 없다).

e. 국제협정과 미 의회의 권한. 국제조약 또는 행정협정은 의회 제정법률에 의하여 규율될 수 있는 사항도 다를 수 있다. 이에 관하여 리스테이트먼트 § 303을 참조한다.

f. 미합중국에 의하여 체결된 국제협정

미국의 헌법은 어떠한 주도 국제조약의 당사자가 되거나 동맹 또는 연맹의 구성국이 될 수 없다. Article I, Section 10, clause 1. 그러나 주는 의회의 동의하에 외국 정부와 협정이나 간이한 약정(Agreement or Compact)을 체결할 수 있다. Id., clause 3.

어떠한 기준에 따라 “주 정부가 체결할 수 없는 조약인가” 아니면 “의회의 동의하에 체결할 수 있는 협정 또는 간이한 약정인가” 를 정할 것인가 하는 문제는 명확하게 결정된 문제가 아니다. 그러한 기준은 아마도 정치적 결정으로 간주될 것이다. 그러므로 의회가 주 정부와 외국 정부와의 협정 체결에 동의한 경우에, 법원은 그것을 의회의 동의가 아무런 효력을 가지지 못하는 필요하지 않은 ‘조약(treaty)’이라고 보지는 않을 것이다.

주간의 간이약정을 유추하여 주의 외국정부와의 간이약정은 동 간이약정이 미 합중국의 정당한 최고성을 침해하거나 간섭할 수 있는 정치권력의 확장이 있는 경우에 한하여, 의회의 동의가 필요하다 할 것이다. *Virginia v. Tennessee*, 148 U.S. 503, 519, 13 S.Ct. 728, 734, 37 L.Ed. 537 (1893).

일반적으로 지역적 초 국경 분쟁을 다루는 협정, 예컨대 공해배출 오염원을 저지하기 위한 협정 같은 경우, 그 규제와 청결 서비스를 조율하거나 에너지원을 공유하기 위한 경우에는 의회의 동의가 필요하지 않은 것으로 취급된다. 그러한 협정들은 리스테이트먼트 § 301(1)에 규정된 기준에 따를 때에, 국제조약이라 할 수 없다. 그러나 주정부가 체결한 다른 간이

협정들은 국제조약의 지위를 가질 수 있다. 이에 관하여 리스테인먼트 § 301의 코멘트 g와 d를 비교·참조한다.

4. 국제조약의 체결

가. 국제조약의 체결에 관한 권한

대통령은 상원의 조인과 국회의 동의를 얻어 국제조약의 형태로 미국이 당사자인 조약을 체결할 수 있다. 이러한 대통령의 조약체결권은 의회의 수권과 승인을 얻어 헌법에서 부여받은 의회나 대통령의 권한 범위내에 있는 어떠한 문제에 관하여도 국제조약을 체결할 수 있다는 의미를 갖는다. 또한 대통령은 미국이 당사자인 국제조약에서 수권한 국제협정을 체결할 수 있다. 나아가 대통령은 자신의 권한에 따라 헌법에서 부여한 자신의 권한범위내에 있는 어떠한 문제에 관하여도 국제조약을 체결할 수 있다.

나. 설명과 사례

a. 국제조약에 관한 미국의 용어사용

국제조약에 관한 미국의 용어사용은 비엔나 협약에서 사용한 것과는 다르다. 미국 연방헌법 제2조 섹션 2는 “대통령은 상원의 조인과 동의를 얻어 상원의원 3분의 2의 의결로 국제조약을 체결할 수 있다”라고 규정하고 있다. 따라서 다른 절차를 통하여 만들어진 국제합의는 국제조약 아닌 다른 용어를 사용할 필요가 있다. 그러한 협정들은 때때로 집단적으로 국제조약 아닌 다른 국제협정이라 불리운다. 그리고 구체적 개별적으로 의회집행부간 협정, 국제조약에 따른 행정협정, 단독집행협정 등으로 불리운다.

그러나 국제조약이라는 용어가 언제나 헌법 제2조 섹션 2에 규정된 의미에 국한하여 사용되는 것은 아니다. 동 섹션의 국제조약은 연방사법권을 규율하고 있는 조항, 연방법의 최고성 조항 등에서 말하는 다른 국제협정을 포함하는 것으로 해석되기도 한다. 의회제정 법률의 국제조약이라는 의미는 맥락에 따라 다른 형식의 국제협정을 포함하는 것으로 해석되는 경우도 있다.

b. 광의의 조약체결권

헌법상 제한에만 따를 뿐, 국제법상 대통령의 조약체결권은 어떠한 주제에 관하여도 미국이 당사자인 국제협정 체결의 근거가 된다.

c. 국제조약과 의회의 입법권

국제조약은 조약이 없었다면 연방의회가 할 수 없는 입법영역에 해당하는 주제를 다룰 수도 있다. 국제조약은 또한 연방의회의 권한범위내의 사항, 예컨대 관세, 외국과의 통상에 관한 기타 규제, 우편 서비스, 화폐 주조, 전쟁 및 평화 등에 관한 주제를 다루기도 한다. 국제조약과 의회 제정법이 동일한 주제를 다룬다는 사실은 조약과 의회제정법이 모순·저촉되는 경우에 신법우선의 원칙에 따라 신법이 우선한다는 법원칙에 반영되어 있다. 국제조약에 관

한 다른 질문의 하나는 개별적 주제에 관한 국제조약이 자기집행적 성격의 것이냐의 문제이다.

국제조약이 합법적으로 미국에게 금전지급의무를 부담케 하거나 참전의 의무를 부과하는 경우에도, 그에 필요한 재원을 예산에 반영하고 전쟁을 선포하거나 다른 방식으로 전쟁을 합법화하는 의회의 조치가 필요하다.

d. 리스테이트먼트 코멘트 d.에 따르면 앞서 언급한 바와 같이 헌법 제2조 섹션 2 하에서 국제조약을 비준하거나 승인하는(ratifying or acceding) 권한은 대통령에게 있다. 그러나 대통령은 상원의 동의가 있는 경우에만 자신의 권한을 행사할 수 있다. 국제조약이 “상원의 조언과 동의 절차를 통과한 경우에도, 대통령은 조약을 체결할 것인가” 여부에 관하여 여전히 재량을 행사할 수 있다.

상원은 대부분의 경우, 일정한 조건을 붙여 동의를 부여한다. 때때로 상원은 조약의 의미를 특정하게 한정하여 이해한다는 전제하에서만, 동의를 부여하기도 한다. 또한 미국이 제안한 조약 문언의 수정이 허용되거나 조약 가입시 유보를 첨부할 것을 조건으로 하여 동의하기도 한다. 이에 관하여 리스테이트먼트 § 314를 참조한다.

상원은 또한 조약 내용의 변경을 허락하지 않거나 조약이 국내법과 같이 자기집행적이어서는 안된다는 조건을 붙여 동의를 주기도 한다. 그 외에도 조약의 이행에 있어 행한 합의나 임명 등에 있어 상원의 조언과 동의를 구할 것을 조건으로 동의를 부여되기도 한다. 동의를 부여함에 있어 상원이 부가할 수 있는 조건에 관한 제한에 대하여는 어떤 통설적 이론이 존재하지 않는다. 다만 국제조약과 아무런 관련성을 가지지 않는 조건이 부적절하다는 것은 재언을 요하지 않는다.

그러나 조약이나 조약의 채택과 이행에 상당한 관련성을 가지는 조건은 아마도 부적절하다고 할 수 없을 것이다. 그리고 대통령이 조약을 체결하기로 결정하고 절차를 진행시킨 경우, 그는 당해 조건에 구속된다.

e. 의회 · 집행부간 협정

의회는 협정이 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정하거나 암묵적으로 요구하는 내용의 법률을 제정할 수 있다. 의회는 대통령에게 협정에 대하여 협상하고 협정을 체결할 수 있는 권한을 부여하였다. 또는 이미 협상한 협정을 강제할 수 있는 권한을 부여할 수도 있으며, 유보를 부가하도록 요구할 수 있다.

의회는 또한 이미 대통령이 체결한 협정을 승인할 수 있다. 의회는 자신 스스로 협정을 체결할 수는 없다. 대통령은 헌법상 외국 정부와 협상할 수 있는 유일한 지위에 있는 자이며, 따라서 협정은 오직 대통령만이 체결할 수 있다. 의회집행부간 협정 형식으로 체결된 협정은 중국적으로 조약의 형태로 바뀌어 체결되기도 한다. See Subsection (1) and Comm. b). 많은 경우에 양자의 방법 중 하나가 사용되고 있다.

통설적 견해는 의회 집행부간 협정은 모든 경우에 조약에 대한 대안으로 사용될 수 있다고 본다. 어떠한 절차가 이용되어야 할 것인가의 문제는 정치적 결정이라 할 수 있는데, 이는 우선적으로 대통령이 결정한다. 한편 상원은 대통령이 조약체결절차에 따라 협정안을 제출할 것을 고집하면서 협정의 승인을 위하여 필요한 양원합동회의를 개최할 것을 거부할 가능성이 있다. 조약들에 적용되는 헌법적 제한은 의회·집행부간 협정에도 적용된다.

f. 조약에 따른 국제협정.

행정협정이 조약의 집행을 위하여 필요한 경우, 특히 조약이 국제협정에 의한 집행을 전제하고 있는 경우, 대통령은 조약에 따라 행정협정을 체결할 수 있다. 그러한 행정협정은 조약 그 자체와 동일한 효력과 유효성을 가지며, 조약과 동일하게 헌법적 제한에 복종한다.

g. 단독 집행협정을 체결할 수 있는 대통령의 권한

헌법은 대통령에게 군 최고사령관의 지위를 부여하면서, 국제조약을 체결하고 대사를 임명할 수 있는 권한을 부여하였다(Article II, Section 2). 동 조항에 따르면, 대통령은 외국의 대사를 영접하고 법이 충실하게 집행될 수 있도록 자신의 주의의무를 다하여야 한다.다(Article II, Section 3).

학자들은 집행권 조항은 그 본질상 모든 집행권의 부여에 관한 조항이고, 동 조항은 대통령에게 모든 집행작용, 특히 외교에 관한 기능을 대통령에게 부여하였다고 보고 있다(Article II, Section 1). 7 A. Hamilton, Works 76, 81 (Hamilton ed. 1851) (“Pacificus“ letter). 헌법상의 다양한 수권조항들은 일부 국제협정을 체결할 수 있는 대통령의 헌법상 권한을 인정할 수 있는 근거를 제공한다. 통설적 견해는 외국 또는 외국정부들의 승인 문제에 수반하여 대통령은 국제협정을 체결할 수 있는 권한을 가지고 있다고 본다.

대통령은 또한 휴전협정과 같이 전쟁이 선포된 경우, 군 최고사령관으로서 필요한 국제협정을 체결할 수 있다. 대통령은 최소한 의회제정법률에 위반하지 않고 국제협정의 체결을 제한하는 의회의 조치가 없는 경우라면, 그 밖의 많은 국제협정을 체결할 수 있는 광범위한 권한을 보유하고 있다. See Comments h and i. 대부분의 단독 집행협정은 일상적 성격의 것이다.

h. 단독 집행협정의 주제에 관한 제한

단독 집행협정은 국제조약이나 기타 국제협정에 적용되는 헌법적 제한에 따라야 한다. 대통령의 헌법상 권한은 의회의 권력과 겹치는 영역이 있다. See § 1, Reporters’ Note 3). 대통령은 의회가 입법을 통하여 규율할 수 있는 사안들에 대하여 단독집행협정을 체결할 수 있다. “대통령이 의회의 법률과 일치하지 않는 국제협정을 체결할 수 있는가” 하는 점에 관하여, 그리고 “의회가 그러한 협정을 무효화하는 법률을 제정할 수 있는가” 하는 점에 관하여 문제가 발생할 수 있다.

i. 단독집행협정에 대한 의회의 제한

의회는 일반적으로 단독집행협정에 대하여 제한을 가하지 않고 있다. 그러나 대통령의 권한을 제한하는 일부 수정법들은 해당하는 단독집행협정을 금지하는 제한을 가하기도 한다. 예를 들어 전시권한에관한법(the War Powers Resolution of 1973, 50 U.S.C. § 1541-48)은 미군을 적국 지역에 파병토록 의무화 하거나, 미국의 전투병력을 증강 또는 재배치 하도록 할 가능성이 있는 국제협정의 체결을 금지하고 있다. 그러한 대통령의 권한에 관한 제한들과 단독행정협정에 대한 일반적 성격의 통제와 제한의 유효성에 관한 판단기준으로 아직 어떠한 권위적 기준이 제시되지 않고 있다. 또한 유효성의 문제는 제한의 성격과 적용 여부가 문제되는 상황에 따라 달라질 수 있다.

j. 미국법의 일부로서의 단독집행협정

대통령의 헌법적 권한범위 내에서 체결된 단독협정들은 미국법, 즉 미 연방법의 지위를 가지며, 주법에 우선한다. 국제조약과 기타 국제협정들과 같이 단독집행협정들은 국내법으로서 신법우선의 원칙에 따라 이전 협정들은 모순·저촉되는 새로운 협정에 따라 개폐된다. 이전 의회 제정법률들과의 관계에서 단독집행협정들의 법적 지위의 문제에 대하여는 어떠한 권위적인 결정 기준이 존재하지 않고 있다.

5. 국제조약의 효력

가. 국제조약의 효력 발생

국제조약은 협상을 하는 모든 국가들이 “구속되겠다는 의사, 소위 기속적 동의”를 표한 시점 또는 조약에서 달리 정한 시점에 조약으로서 효력을 발생한다. 한편 국가의 기속적 동의는 국제조약이 규정한 방식이나 국가를 대표할 수 있는 전권위임장을 통하여 표현될 수 있다. 또는 국가의 의사를 추단할 수 있는 그 밖의 증거를 통하여 기속적 동의의 존재를 인정할 수 있다. 그리고 국제조약이 효력을 발생하기 이전, 조약에 서명하였거나 조약에 구속되겠다는 의사를 표명한 국가는 조약의 대상과 목적을 훼손할 수 있는 행위를 삼가하여야 할 의무가 있다. 국제조약의 효력발생에 관하여는 비엔나협약 제24조, 비엔나협약 제11-16조, 비엔나협약 제18조를 참조한다.

나. 설명과 사례

a. 다자간 조약 문언의 성안

다자간 국제조약을 완성하기 위한 첫번째 단계는 본문을 작성하는 일이다. 국제조약의 본문은 (a) 본문에 규정된 절차 또는 국제협상에 참여한 나라들 사이의 합의 또는 (b) 그러한 절차나 합의가 없는 경우에는, 조약의 본문 또는 본문을 포섭하는 국제협상의 최종안에 대한 서명, 서명과 국민투표 또는 이니셜 서명에 의하여 진정하고 확정적인 것이 된다. Vienna Convention, Article 10.

통상의 경우 국제조약의 채택은 그 초안의 작성에 참여하는 모든 국가의 동의에 의하여 효력이 발생한다. 국제협상에서 본문의 채택은 3분의 2 다수결로 다른 규칙을 적용하기로 결정하지 않는 한, 출석하고 투표한 국가들의 3분의 2 찬성으로 효력을 발생한다. Vienna Convention, Article 9.

b. 효력의 발생

다자간 조약은 모든 협상 대상국, 또는 조약에서 규정하는 그보다 적은 수의 국가들이 그에 기속되기로 합의할 때에 그 효력을 발생한다. 만약 국가가 조약이 효력을 발생한 후에 그에 기속되기로 동의한 경우 동 조약은 조약에서 달리 규정하지 않는 한 동의를 부여한 날에 그 국가를 위하여 효력을 발생한다. 본문의 진정성을 관장하는 조항들, 국가들이 기속적 동의를 부여하는 방식, 조약의 효력발생시기나 방식, 조약의 효력발생전 필연적으로 발생하는 기타 문제들은 모두 조약 본문의 채택시점으로부터 적용된다.

c. 기속적 동의의 표시

조약에 구속되겠다는 국가의 동의는 서명, 조약안의 교환, 비준, 승인, 추인, 가입 또는 상호

합의한 방식으로 표시될 수 있다. 전술한 기속적 동의를 표시하는 방법은 조약 그 자체에서 정해질 수 있다. 그렇지 않으면 국가를 대표하는 국가의 전권위임장 또는 관련된 국가들의 의사에 관한 기타 증거들에 의하여 결정된다. 만약 조약이 달리 규정하지 않는 한, 비준, 승인, 추인 또는 가입 대상이 되는 조약 관련 문서들의 상호교환, 조약등록처에의 등록, 조약 당사국들이나 조약 등록처에 대한 통지가 있는 경우 국가의 기속적 동의를 인정된다.

d. 서명, 비준, 가입

국가는 조약의 서명을 통하여 조약에 기속된다. 그러나 그러한 법관행은 중요한 형식의 국제조약의 경우 이례적인 것이 되었다. 중요한 형식의 조약들인 경우, 서명에 더하여 통상 국민투표(ad referendum)같은 사후 비준절차를 거쳐야 효력이 발생한다. 또한 서명만으로는 조약에 기속되지 않으며, 다만 서명은 정치적 승인 또는 최소한 비준이 필요하다는 도덕적 의무를 상징하는 의미를 가질뿐이다. 전술한 원칙에 따라 서명이 있는 이후에는 조약의 대상과 목적을 훼손하지 아니할 의무가 발생한다.

조약의 비준(ratification)이라는 용어는 통상 국가가 이전 국민투표에 따라 서명을 완료한 경우, 조약이 승인되었다는 것을 표현하기 위하여 사용되는 용어이다. 동 용어는 특히 미 합중국과 같이 연방국가 시스템하에서 조약이 구속력을 발휘하기 위하여 서명 이후 일정한 의회절차의 경로가 필요한 사법체계하에서 적절한 용어이다. 조약의 가입(Accession)이란 용어는 가입국이 참여하지 않았거나 기타 사유로 가입국이 서명하지 않은 경우, 다른 회원국들에 의하여 초안된 협정문에 구속되겠다는 자신의 동의를 표하는 국가의 행위이다. 사용될 수 있는 가입방식은 명시적 또는 묵시적으로 당해 조약이 허용하는 방식이어야 한다.

e. 이니셜 서명 모호한 의미의 이니셜 서명

때때로 이니셜 서명은 보통의 서명과 동일한 의미를 갖는다. 따라서 비엔나협약 제12조는 당사국들이 동의한 경우에는 양 방식이 등가의 관계라고 규정하고 있다. 보다 일반적으로 이니셜 서명은 국가의 협상 대표가 상위 결정권자에게 조약을 회부하면서 잠정적으로 협상안을 안정시키기 위한 예비적 단계에서 사용된다.

f. 조약의 일부에 대한 가입

조약이 일부 가입을 허용하거나 다른 체약국 또는 회원국들이 동의하는 경우에 한하여, 국가는 조약의 일부에 구속되겠다는 기속적 동의를 부여할 수 있다. 이에 관하여 리스테이트먼트 § 313 비교·참조한다.

g. 조약의 등록

중요한 기능들이 조약의 등록처에 부과되어 있다. 조약의 등록처는 당해 조약의 협상 당사국 또는 다른 방식에 의하여 지정될 수 있다. 조약 등록처는 하나 또는 수개의 국가, 국제기구 또는 국제기구의 사무원일 수 있다. 비록 조약 등록처의 기능들은 사무적이지만, 등록

에 관한 책임을 공정하게 처리할 의무가 있다. 등록에 관한 등록처의 공정의무는 모든 당사국에 대하여 아직 효력이 발생하지 않았다거나 가입국과 등록처 사이에 이견이 있다는 사실만으로 면감되지 않는다. Vienna Convention, Article 76(2). 만약 국가가 조약 등록처의 의무 이행에 관하여 의문을 제기한 경우라면, 조약 등록처는 다른 이해당사국들에게 그러한 사실을 고지하여야 한다. 조약 등록처의 기능들은 조약의 유보나 유보에 대한 이의와 관련하여 특히 중요한 의미를 갖는다.

h. 국제조약의 잠정적 적용

국제조약 또는 그 일부는 당해 조약에서 규정하는 바에 따라 또는 협상국들이 합의하는 경우, 조약으로서의 효력이 발생하기 전이라도 잠정적으로 적용될 수 있다. Vienna Convention, Article 25. 잠정적용은 비준이 늦춰질 것으로 보이는 상황에서 매우 유익하게 기능한다. 이러한 사실은 예컨대, 제2차세계대전이 종료한 후 국제기구들의 창설을 위한 많은 숫자의 국제조약이 체결된 바 있다는 사실로 증명된 바 있다. The provisional adherence to the GATT under the 1947 Protocol of Provisional Application 참조.

잠정적 적용(provisional application)이란 용어는 다른 맥락에서 사용된 바 있다. 다자간 조약은 당해 조약이 효력발생에 필요한 숫자의 비준이 없어 확정적으로 효력을 발휘하기 전이라도 비준을 경료한 당사국들을 위하여 잠정적 적용에 합의할 수 있다. 잠정적 적용이란 용어는 조약상 문언에 따라 불확정한 기한 동안 지속하는 조약에 국가가 일정기간에 한하여 가입하는 경우, 그러한 협약을 지칭하기 위하여 사용되기도 한다.

i. 국제조약의 효력발생 이전의 국제의무

전술한 바와 같이 국제조약에 서명한 국가는 국제조약의 대상과 목적을 훼손할 수 있는 행위를 삼가야 할 의무가 있다. 종종 “어떠한 행위가 그러한 행위에 해당하는가” 여부는 명확하지 않다. 그러한 원칙의 적용은 1979년 서명되었으나 비준에 실패한 제2차 전략무기제한 협정(Second Strategic Arms Limitation)을 둘러싸고여 쟁점으로 제기된 바 있다. 실험을 금지하고 있는 협정 조항에 반하는 무기 실험은 그 실험으로 인하여 돌이킬 수 없는 결과를 야기할 수 있어 당해 협정의 목적에 위배될 수 있다.

동 협정하에서 스케줄에 따라 폐기가 예정된 무기의 폐기에 실패하는 것만으로는 협정의 목적을 훼손하지 않는다고 본다. 그것은 폐기가 그 이후에도 효과를 발생시킬 수 있기 때문이다. 전술한 원칙에 따라 발생하는 의무는 국가가 조약의 당사자가 되지 않겠다는 의사를 명확히 표시하거나 조약의 발효가 부적절하게 지체된다고 여겨질 때까지 계속 유효하다.

j. 미합중국에 대한 조약의 발효

미국 정부가 체결한 국제조약 형식의 국제적 합의는 합의가 국제적으로 효력을 발생하였다면, 대통령이 상원의 조언과 동의를 받아 이를 비준하거나 다른 방식으로 조약에 동의한다는 공식적 통지를 한 경우 그 효력을 발생한다. 만약 미국이 그 비준서를 기탁하였거나 동

의한다는 기타 방식의 통지를 완료하였지만, 조약 발효에 필요한 수의 국가가 비준 동의의 의사표시를 하지 않았다면, 국제적으로 아직 그 효력이 발생하지 않는 것이고, 또한 미 합중국에 대하여도 그 효력이 발생하지 않는다.

국제조약이나 기타 국제적 합의가 미국에 대하여 효력을 발생한 경우에도 조약이나 합의가 연방헌법에 일치하지 않는 한도 내에서 미국법으로서 효력이 부여되지 않는다. See § 115(3).

조약 아닌 형식으로 미국 정부에 의하여 체결된 국제협정은 당해 조약이나 합의가 국제적으로 발효되고 상황에 비추어 다른 의사가 있었다고 보기 어렵다면, 서명과 함께 발효한다. 합의 또는 입법이나 이를 수권하는 조약에서 효력발생일에 관련하여 다른 날을 규정할 수 있다. 의회에 의하여 승인될 것을 전제로 하는 국제협정은 통상의 경우, 의회에 의한 승인 또는 수권이 있는 후 대통령이 이를 비준하거나 또는 다른 방식으로 동의가 있었다는 공식적 통지가 행하여진 때에 발효한다.

k. 미국법상 선언(Proclamation)

미국은 국제적으로 자신에 대하여 협정이 효력을 발생한 날 자신이 체결한 국제협정에 기속된다. 국제협정이 § 111에서 설명한 법원칙 하에서 자기집행력(self-executing)을 가지는 정도에 따라 미국의 국내법이 될 수 있는 가장 이른 시기이기도 하다. 통상 국제적 합의는 그것이 효력을 발생하게 된 날 이후 실행가능한 가장 빠른 기한 내에 대통령의 선포 대상이 된다. 국제조약의 형식이 아닌 국제적 합의는 관세율의 수정에 관한 합의를 제외하고 대부분 선포의 대상이 아니다.

l. 미합중국에 대한 잠정적 적용

국제적 합의의 발효를 위하여 상원의 동의 또는 의회의 승인이 이 필요하지만, 아직 이를 얻지 못한 경우에 미합중국에 대하여 잠정적으로 효력이 발생하도록 약속할 수 있는 권한은 통상 대통령에게 있다. 만약 이미 상원의 동의나 의회의 승인이 존재하는 경우, 이러한 동의나 승인은 당해 협정의 잠정적 적용에 대한 동의로 추정하는 것이 통설적 견해이다.

6. 조약의 유보

가. 법원칙

국가는 (a) 조약에서 유보가 금지되거나 (b) 조약이 문제가 될 수 있는 유보가 아닌 구체적 유보만을 허용하거나 (c) 유보가 조약의 대상과 목적에 양립하지 않는 경우를 제외하고는 다자조약에 대하여 유보를 부가할 수 있다.

이에 따라 체결된 다자조약에 대한 유보는 다음과 같이 다른 체약국들의 승인에 따라 그 효력이 발생한다.

(a) 조약에서 명시적으로 유보가 수권된 경우에는 유보국 이외 다른 체약국들의 승인이 필요하지 않다.

(b) 당사국들간 조약 전체의 적용이 당사국들 동의를 필수적 조건인 경우에는 모든 당사국들에 의한 승인이 필요하다.

(c) 유보가 명시적으로 또는 암묵적으로 수권되지 않았거나 금지되지 않은 경우에는,

(i) 다른 체약국에 의하여 유보의 부가가 수용된 경우, 그 수용은 조약이 양 당사국에 대하여 유효하게 되는 경우 유보국과 수용국과의 관계에서 유보국을 조약 당사국으로 만든다.

(ii) 다른 체약국에 의하여 유보의 부가가 거절된 경우, 부가에 대한 거절국이 반대의 의사를 표시하지 않는 한 유보국과 수용국과의 사이에 협정의 효력이 발효하는 것을 방해하지 아니한다.

위 (c)에 따라 다른 당사자에 관하여 유보가 성립한 경우, 유보국과 수용국과의 관계에 관한 조약의 관련조항은 수정된다. 다만 그 밖의 다른 당사국들에 대한 관계에서 관련된 조항들은 수정되지 아니한다. 조약의 유보에 관한 원칙은 비엔나협약 제19조에서 제21조까지를 요약한 것이다.

나. 설명과 사례

a. 유보의 정의

유보는 비엔나협약 제2(1)(d)에 따르면 조약에 대한 서명, 비준, 수용, 승인 또는 가입시 국가가 부가하는 일방적 진술로서 자신에 대하여 당해 조약의 일정 조항의 법적 효과를 배제 또는 수정하기 위한 목적을 가지고 있다. 미 상원의 동 용어에 관한 특별한 사용은 리스트먼트 § 314, 콤펐트 b.를 참조한다.

b. 다자조약에 대한 유보

본 섹션은 다자조약에 대한 유보를 규율하는 원칙에 관하여 규정한다. 유보에 관한 원칙들은 제2차세계대전 이후 발전해 왔고 제노사이드 협약에 대한 유보의 부가에 관한 권고적 의견에서 체계적으로 설명되었다. 그리고 동 권고적 의견은 비엔나협약에서 채택된 바 있다.

특히 원칙 전문(c)는 “유보는 대상협정의 대상과 목적에 양립할 수 있어야 한다”는 법원의 결정취지를 포함하고 있다. 한편 후문 2(b)는 유보는 일부 다자조약의 경우에는 부가된 유보가 모든 당사국들에 의하여 수락되어야 한다는 요건을 그대로 유지하고 있다. 이는 제2차세계대전 이전 지배적 법원칙이었다.

원칙 후문(c)는 “당사국간 협정의 전체적 적용은 필수적이지 않다”는 제노사이드 협약과 기타 다른 다자조약에 적용되면서 법원에 의하여 수정된 동 원칙의 내용들을 반영하고 있다. 그러한 협정들의 경우 다른 모든 당사국들에 수용될 수 없는 유보를 부가하는 국가도 협정의 당사국이 될수 있으며, 그러한 협정은 반대국과 유보국사이에서도 효력을 발생한다. 다만 반대국이 명백하게 다른 의사를 표시하지 않아야 하며, 유보와 관련된 조항들은 효력 발생의 예외가 된다.

원칙 후문 (c)와 마지막 문단에 재언된 원칙들은 그러한 다자조약들을 더 작은 수의 다자 또는 양자간 조약들로 파편화하는 경향이 있다. 유보 없이 조약에 가입한 원 협정국들 사이에서 원 합의 사항들은 그대로 계속하여 효력을 유지한다. 원 협정 합의사항들은 만약 유보국이 유보반대국에 대하여 유보의 반대 없이 협정을 수락하기로 결정한 경우에는 똑같이 유보국과 유보 반대국 사이에 적용된다. 위에서 적시한 원칙 전문 하에서 유보가 허용될 수 있다는 사실이 다른 국가들에게 유보를 수용하도록 요구하거나 후문 (c)에 따라 유보조항이 효력을 발생하지 않는 것을 전제로 유보국의 가입을 수락해야 하는 것을 의미하지는 않는다.

c. 양립 불가능한 유보

“유보는 협정의 대상과 목적에 양립하여야 한다”는 전문(c)의 요건은 불확실한 요소와 가능할 수 있는 이견의 문제를 제기하고 있다. 그러나 그 기준은 객관적일 것을 의도하고 있다. 다른 국가들은 허용가능한 유보마저 거부할 수 있는데, 양립가능성은 대부분 논란의 쟁점이 되지 아니한다. 만약 어떤 국가가 다른 국가들이 수용한 유보를 수용하지 않으면서 당해 유보가 양립불가능한 유보라는 이유로 유보국이 협정 당사국이 되는데 반대한다면 부속선 (2)(c)에 해당하는 협정의 경우 분쟁의 소지가 발생한다.

d. 유보에 관한 절차

유보를 비준, 수용, 승인이 필요한 협정에 서명하는 때에 부가되는 것으로 보는 경우, 협정에 기속되겠다는 동의가 표명된 때에 유보국에 의하여 공식적으로 확인되어야 한다. Vienna Convention, Article 23. 유보, 유보의 명시적 수용, 또는 유보에 대한 반대 등은 모두 서면으

로 작성되어야 하며, 계약국과 협정의 당사국이 될 자격이 있는 다른 국가들에 대하여 통보되어야 한다. 국제협정이 달리 규정하지 않는 한 유보는 언제든지 철회될 수 있다. 유보를 수용한 국가의 동의는 국제협정이 달리 규정하지 않는 한 철회를 위하여 필요치 않다. Vienna Convention, Article 22. 유보의 철회는 다른 계약국이 그 통지를 수령할 때에 효력을 발생한다. 유보에 대한 거부의 철회는 유보국이 철회의 통지를 수령한 때에 그 효력이 발생한다. Vienna Convention, Article 22(3).

e. 유보의 수용

위 원칙 후문(b)와 (c)의 목적상, 유보는 유보의 통보를 받은 후 유보의 반대 의사가 표명되지 않은 채 12개월이 경과하거나 또는 국가가 그에 기속되겠다는 동의를 표명한 일시 중 일찍 도래한 날에 국가에 의하여 수용된 것으로 간주된다. Vienna Convention, Article 20(5).

f. 양자협정에 대한 유보

본 섹션은 다자협정에 적용된다. 비록 양자협정에 대한 유보가 부가된 경우에도 그러한 유보들은 국제법상 중요한 의미를 가지지 않는다. 유보는 양자협정의 서명시 대부분 부가되지 않는다. 일방 당사국이 조약의 수정을 원하는 경우 수정된 최종안이나 추가 변경분을 붙이는 것이 관례이다. 만약 비준시 유보가 부가되는 경우, 그 효과로 인하여 부가된 유보는 원래의 합의 시안에 대한 거부를 구성하고 새로운 합의를 위한 역제안으로 보아야 한다. 다른 당사국은 유보에 의하여 수정된 새로운 합의를 수용하여야 한다. 만약 비준 절차가 이미 완성되었다면 유보에 대한 심의를 위하여 비준절차가 재개되어야 한다.

g. 선언과 양해(Declarations and understandings)

국제조약에 서명하거나 가입할 때에 조약 당사국이 되려는 국가는 유보를 의도하지 않으면서도 일방적 선언을 행하는 경우가 있다. 그러한 선언에 어떠한 명칭을 붙이던 그것이 당해 국가의 법적 의무를 배제하거나 제한 또는 수정하는 경우, 그것은 사실상 유보를 구성한다고 보아야 한다. 그러나 때때로 선언은 특정 시각에서 협정의 해석에 관한 자신의 이해를 의도하는데 그치는 경우가 있다. 그러한 해석선언은 그것이 당해 협정이 수용할 수 있는 관점 범위내에 있는 경우 유보로 취급되지 않는다. 그러나 다른 계약국은 표현된 선언국의 양해사항을 아직 협정을 수용할 준비가 되어 있지 않는 것으로 보아 유보로 취급하여야 한다고 주장할 수 있다.

다자조약에 관련하여 보면 양해선언은 복잡한 결과로 이어질 수 있다. 그러한 선언이 모든 계약국에게 수용될 수 있다면, 계약국은 이를 묵인하기만 하면 된다. 그러나 일부 계약국들은 양해선언을 수용하지만, 다른 계약국들은 수용하지 않을 수 있다. 이때에는 대상협정이 무엇을 의미하는지 또한 양해선언이 실제 유보로서의 효력을 가지는지 분쟁이 발생할 소지가 있다.

이러한 분쟁을 해결할 수 있는 권위적 수단이 부재하는 경우, 당해 양해선언은 비록 그것이

유보에 해당한다 할지라도 최소한 선언국과 동 선언에 동의하는 국가 사이에는 유효한 조약 관계가 창설되었다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 일부 체약국들은 당해 해석선언을 유보로 보아 그러한 해석선언에 이의를 제기할 수 있을 것이다. 이러한 갈등 상황의 경우, “협정이 무엇을 의미하는지”에 관하여 두 국가군간 분쟁가능성은 여전히 남아 있게 된다.

7. 유보와 양해

가. 유보와 양해: 미국의 국내법

상원이 미국이 유보를 부가하는 조건으로 조약에 가입할 것을 조언하고 동의한 경우, 조약을 체결할 시에 미 대통령은 “조약문에 비준하거나 가입하면서 유보를 부가하거나 기타의 방법으로 미 합중국의 조약 비준이나 가입은 유보를 전제로 한다” 는 것을 명확히 하여야 한다. 또한 상원이 조약 의미에 관하여 특별한 양해를 전제로 조약에 대한 조언과 비준을 준 경우, 조약 비준이나 조약 가입시 대통령은 상원의 양해를 전제로 조약을 비준하고 조약에 가입하여야 한다.

나. 설명과 사례

a. 미국정부의 조약에 대한 유보

미 합중국이 가입한 많은 조약들에는 미국 정부의 유보가 부가되어 있다. 가장 유명한 유보로는 ‘국제사법재판소장관할권승인에관한협약’에 부가된 코넬리 유보(Connally Reservation)라 할 수 있다. [1982-83] Y.B. I.C.J. 88. 리스테이트먼트 § 903, Reporters’ Note 3.

미국정부가 부가한 수많은 유보는 상원의 요청에 의한 것이지만, 대통령은 당연히 자신의 고유권한에 근거하여 유보를 부가할 수 있다. 그렇게 부가된 유보는 조약의 내용을 수정하게 되므로 역시 상원의 동의가 필요하다. 대통령이 부가하려는 유보에 대하여 상원이 이를 반대하는 경우에 대통령은 그러한 유보를 전제로 한 계약을 체결할 수 없다. 그러나 대통령은 조약에 대한 비준이나 가입 절차로 나아가지 아니할 수 있다.

본섹션에서 설명하는 법원칙들은 자신의 승인하에 체결된 행정협정에 대하여 의회가 부가한 조건들에도 적용된다. 그렇지만 의회의 승인이 유보가 부가된 조약을 포함하기에 충분하게 범위가 넓은 경우에는 대통령이 제안한 유보에 관하여 더이상 별개의 의회 승인이 요구되지 않는다.

b. 상원이 부가한 조건들

대통령은 상원의 조언과 동의를 얻어서만 조약을 체결할 수 있으므로, 그는 자신의 동의에 관하여 상원이 부가한 조건들에 대하여 효과를 부여하여야 한다. 대통령은 일반적으로 상대방 국가에 통지하기 위한 또는 미국 정부의 비준 또는 가입을 위하여 조약 등록처에 등록하기 위한 조약문에 상원의 동의에 관한 의결에 포함된 조약의 적용과 해석에 영향을 미치는 제안된 모든 유보, 양해각서, 기타 조약의 반포에 관하여 원문 그대로 이를 재인용하여야 한다.

대통령은 또한 상원의 조건과 제한을 별개의 방식으로 통지할 수 있다. 대통령은 또한 조약의 비준으로 절차를 진행시키지 않고 거부할 수도 있다. 유보가 부가되어 미국이 비준하거나 가입한 조약이 § 313에서 설명되어진 법원칙들 하에서 효력을 발생하는 경우, 당해 유보는 조약의 한 부분이 되고 미국의 국내법과 같이 취급된다.

c. 다른 국가들에 의한 유보

다른 당사국이 미국이 당사국인 조약에 부가할 유보를 창설한 경우, 미 상원이 동의하지 않는 한, 제기된 이의를 수용하였거나 이의에 반대하지 않았다 하더라도 미국에 대하여 유효한 유보가 될 수 없다. 미 헌법에 의하면 문제의 행정협정을 알고 이를 인지하고 있는 상원은 조약에 대하여 동의를 주는 경우, 다른 국가들이 부가한 유보를 미 행정부가 사후 수용하는 것에 암묵적인 동의를 부여하여야 한다. 대통령은 상원의 조언과 동의가 없어도 다른 국가가 창설한 유보를 거부할 수 있다.

d. 양해각서

양해각서와 함께 미국 정부에 의하여 비준되고 가입된 조약은 동 양해하에 미 국내법으로서 효력을 발생한다. 그러한 각서가 부가되지 않은 경우, 대통령이나 상원이 조약에 특별한 의미를 부가하는 것은 미 연방법원이 조약을 해석함에 있어 제정법의 입법연혁이 제정법의 해석에 있어 역할하듯이 똑같은 논리로 중요한 의미를 갖는다. See § 325, Reporters' Note 5; § 326, Reporters' Note 2.

상원의 동의를 위한 결의가 아무런 양해각서를 포함하지 않을 수 있지만, 상원 외교관계특위나 상원 토론에 관한 보고서에 그것이 포함될 수 있다. 그러한 경우에는 대통령은 그것이 상원의 일반적 양해를 대표한 것인가 결정하여야 한다. 만약 대통령이 상원의 일반적 양해가 있는 것으로 판단한 경우에는 선의를 가지고 그것들을 존중하여야 한다.

e. 국내적 수용에 대한 상원의 조건들

상원은 때때로 조약의 실제적 내용에 있어 변화를 요하지 않지만, 미국 영역내에서 집행을 위하여 적용되는 것을 조건으로 조약에 동의를 부여한다. 이러한 조건들은 미국정부의 조약에 대한 유보를 요구하지는 않으며, 오직 국내적 차원에 한하여 중요성을 가진다. See § 303, Comment d and Reporters' Note 3.

8. 국제조약의 구속력

가. 법원칙

효력을 발생한 모든 국제조약은 당해 조약의 당사국을 구속하며 당사국들은 선의를 다하여 조약상 의무를 이행하여야 한다. 본 섹션은 비엔나협약 제26조에 따른다.

나. 설명과 사례

a. 조약 구속성의 원칙(Pacta Sunt Servanda)

본 섹션은 국제조약법에서 핵심적 지위를 갖는 것은 물론 아마도 가장 중요한 원칙인 “조약은 지켜져야 한다”는 법원칙에 관하여 살펴 본다. 조약은 지켜져야 한다는 법원칙은 “국제 의무는 국내법이 부가한 제한에 기속되지 않는다”는 의미를 포함하고 있다. Part I 제2장 서문; § 115(1)(b) 및 서문 Comm. b. 그러나 동 법원칙은 Part 3 제4장에서 다루는 국제조약의 유효성과 종료에 관한 법원칙에 종속한다.

b. 연방국가들의 의무

연방을 구성하는 주는 국제협정을 준수할 의무가 있다. 연방국가는 조약의 이행을 그의 구성국들에게 위임할 수 있지만, 연방국가는 그 불이행에 관하여 여전히 책임을 부담한다. See § 302, Reporters' Note 4.

3. 주의할 점

신의칙 요건의 중요성에 관하여 학설들이 갈리고 있다. 일설은 선량한 행동을 할 것을 경계하는데 그치는 것으로 본다. [1964] 1 Y.B.Int'l L. Comm'n 162. 다른 학설은 신의칙 요건의 실체적 중요성을 강조하며, 조약의 해석에 있어 과도한 문언집착적 해석을 피하기 위한 근거로 신의칙의 원칙을 원용하기도 한다. McNair, Law of Treaties 465 (1961). 신의칙 요건은 일부 국제조약에 명시적으로 삽입되기도 한다. 예컨대 유엔헌장 제2(2) 유엔해양법협약 제300조 등이 그 예가 된다. 신의칙 요건에 따라 핵실험을 하지 않겠다는 약속은 그것이 일방적 선언이라 하더라도 지켜져야 한다. See also Nuclear Tests Cases (Australia v. France), [1974] I.C.J. Rep. 253, 268, and (New Zealand v. France), [1974] id. 457, 473. Compare § 102, Reporters' Note 7.

9. 국제조약의 범위

가. 법원칙: 시간과 영역

다른 의사가 추정되지 않는 경우, 당사국에 관하여 조약이 발효되기 전이라면 국제조약의 조항들은 발생한 어떠한 행위 또는 사실이나 이미 존재하지 않는 상황에 관련하여 문제의 당사국을 구속하지 않는다. 또한 다른 의사가 추정되지 않는 경우, 국제조약은 당사국 전 영토에 관하여 당사국을 구속한다. 국제조약의 범위에 관한 원칙 전문은 제28조에 따르고, 후문은 동 협약 제29조를 따른다.

나. 설명과 사례

a. 국제조약의 소급효 금지

소급효 금지의 추정을 증명함에 있어 비엔나협약은 국내법상 널리 인정되고 있는 국내법 원칙을 유효한 법원칙으로 채택하고 있다. 즉 선행하는 법을 신뢰하여 행위한 당사자에게 불공정한 효력을 발생시키는 법의 변경에는 효력을 부인하여야 한다는 의미를 갖는다. Compare § 312. 비엔나 협약은 제4조에서 “그 자체로 소급적으로 적용되어서는 안된다”라고 규정하고 있다.

b. 미국에 있어 조약의 소급효

국제조약은 일반적으로 조약의 공포로 미국 영역에서 그 효력이 발생한다. 조약은 공포와 함께 효력을 발생한다는 사실은 특히 사인에 대하여 중요한 의미를 갖는다 (§ 312, Comm. k). 그리고 조약의 소급효를 인정하지 않는 것은 미국 정부의 일반적 관행이 되고 있다. See Reporters' Note 1.

다. 주의할 점

a. 미국 정부의 관행에 있어 소급효

1980년 영국정부와 체결된 소득세 조약은 다른 세목이나 관련조항에 관하여 규정에 명시된 다른 날짜에 소급하여 효력을 발생한다. S. Exec.Rep. No. 95-18, 95th Cong. 2nd sess., at 19, 39-40 (1978). 구 범죄인인도조약들(Older extradition treaties)은 소급효에 관하여 아무런 조항을 두지 않거나 소급효를 부인하고 있다. 그러나 최근의 범죄인인도조약들은 조약의 발효일 이전 저질러진 범죄들에 대하여도 조약의 효력이 미치는 소급효를 규정하고 있다. Compare Article 31 of the Extradition Treaty with the Federal Republic of Germany, 1978, 32 U.S.T. 1485, T.I.A.S. No. 9785, with Article XIII of the Convention for Reciprocal Extradition of Criminals with Colombia, 1888, 26 Stat. 1534, T.S. No. 58. See § 477,

Comment d. See also *Galanis v. Pallanck*, 568 F.2d 234 (2d Cir.1977).

b. 종속국에 대한 적용

식민지 시기에 제국주의를 시행하던 국가들은 조약 서명시 혹은 비준시에 조약의 효력이 미칠 것을 의도한 종속국들을 구체적으로 지정하였다. 일부 국제조약들은 “조약상 권리와 의무들이 국제관계에 책임을 갖는 하나 또는 그 이상의 국가들 영역에는 적용되지 않는다”는 사실을 선언할 수 있는 국가의 권리를 허용하고 있다. E.g., Article 28 of the International Wheat Agreement, 1971, 22 U.S.T. 820, T.I. A.S. No. 7144.

비엔나조약 협상자들은 종속국 영역 또는 피식민지국의 문제에 관하여는 다루지 않았다. 미국이 당사자인 국제조약은 조약에서 달리 규정하지 않는 한, 미국의 모든 영역 또는 종속국에 적용된다. 미국이 당사자인 대부분의 국제조약은 이러한 문제들에 대하여 침묵하고 특별히 언급하고 있지 않다. 따라서 그러한 조약들은 당연히 미국의 모든 영역과 종속국에 대하여 적용된다. Compare § 201, Reporters’ Note 10. 권리와 의무의 승계에 관한 법원칙에 관하여는 리스테이트먼트 §§ 208-210를 참조하여야 한다.

c. 조약의 역외적용

국제조약은 국가들이 공해나 북극해 또는 우주 공간 등 자신들의 영역 밖에서 행한 행위들에 관하여 국가들을 구속한다. 일부 인권조약들은 자신의 관할구역하의 모든 사람들에 관하여 회원국들에게 적용된다. Art. 2 of the Covenant on Civil and Political Rights; see Part VII, Introductory Note.

d. 이전 버전 수정법: 이전 버전 수정법은 조약의 소급효나 적용될 영역의 문제에 관하여 언급하지 않았다. 그러나 리스테이트먼트 § 122는 국제조약의 발효일에 관하여 다루고 있다.

10. 승계된 국제조약들

가. 승계된 국제조약들

승계된 국제조약상 동일한 주제에 관한 국가들의 권리와 의무는 다음과 같이 결정된다.

(1) 조약 문언이 선행조약 또는 후행조약에 따를 것을 명시하고 있는 경우에는, 그러한 조약들의 규정이 우선한다.

(2) 선행조약의 모든 당사국들이 또한 후행조약의 당사국인 경우에는, 선행조약은 후행조약의 규정들과 양립할 수 있는 범위내에서만 효력을 가지고 적용된다.

(3) 후행조약의 당사국들이 선행조약 당사국 모두를 포함하지 않는 경우에는, 양 조약의 당사국들간에는 부섹션 (2)의 법원칙이 적용된다.

(a) 선행조약과 후행조약 모두 당사자인 국가들 사이에는 부섹션 (2)의 법원칙이 적용된다.

(b) 선행조약과 후행조약 모두의 당사국과 둘 중 하나의 협정 당사국 사이에는 두 국가 모두가 당사국인 협정이 양 국가 상호간 권리와 의무를 결정한다. 본 섹션은 특별한 경우가 아닌 한, 비엔나협약 조항 (1),(2),(3),(4)에 따른다.

나. 설명과 사례

a. 후행조약의 효과

조약의 당사국들은 후행조약에 따라 명시적으로 선행조약을 종료(§ 332, Comment e), 정지 (§ 333), 또는 수정·변경(§ 334)할 수 있다. 본 섹션에 규정된 법원칙들은 후행조약들이 명시적으로 선행조약에 대하여 언급하지 않았거나 또는 선행조약을 종료, 정지, 수정 또는 변경하려는 의사를 명확하게 표시하지 않은 경우에 적용된다.

b. 유엔헌장을 승계한 국제조약들

유엔헌장 제103조는 동 헌장을 기타 모든 국제조약에 우선하여 적용되는 것으로 선언하고 있다. 후행조약이 동 헌장을 언급하지 않는 경우에도 후행조약은 유엔헌장 조항들에 어긋나지 않는 범위내에서 체결된 것으로 추정된다. See § 102, Comm. h, and the discussion of *jus cogens*, § 331(2) and Comm. e to that section.

c. 중첩된 국가들간 조약의 승계

다자간 조약에 부가되는 유보의 법리처럼 (§ 313, Comment b), 일부 당사국들에 의하여 체

결된 후행조약들에 관한 법원칙(Subsection (3))들은 보다 소규모의 다자간 조약으로 파편화되면서 단일의 국제조약을 창출할 수 있다. 이때에 원 조약의 다양한 당사국들은 다른 당사국들에 대하여 실질적으로 다른 내용의 협정상 권리와 의무를 가지게 된다. 부섹션 (3)은 국가 A, B, C, D 사이에 체결된 국제조약에 있어 국가 A, B, C 사이에 다시 체결된 후행조약이 원 조약 당사국인 D의 권리들과 양립하지 않는 새로운 조약상 규정들로 인하여 발생한 피해에 대하여 D국에 손해배상을 할 의무를 발생시킬 수 있다.

3. 주의할 점

이전 수정법은 선행조약과 관련하여 후행조약의 효과들에 관하여 다루었다. § 156. 새로운 수정법은 이전 수정법 내용과 대부분 일치하는 내용을 담고 있다.

11. 국제조약의 해석

가. 법원칙

(1) 국제조약은 신의와 성실의 원칙에 따라 문장의 맥락과 조약의 대상 및 목적에 비추어 용어에 주어지는 보통의 의미에 부합하게 해석되어야 한다.

(2) 국제조약의 해석에 관한 당사국간 후행협정이나 국제조약의 적용에 있어 당사국간 후속 관행은 조약의 해석에 있어 중요한 요소로 고려되어야 한다. 부섹션 (1)은 비엔나협약 제 31(1)에 따르면 부섹션 (2)는 제31(1)에 따른다.

나. 설명과 사례

a. 해석에 관한 국제관습법

국제관습법은 본 섹션이 지향하는 결정성과 정확성을 갖춘 해석에 관한 법원칙과 방법을 발전시키지 못하였다. 따라서 비엔나협약이 미국에 대하여 효력을 발생하지 않는 한, 본 섹션은 미국 정부나 미국 법원이 행하는 조약의 해석에 관하여 엄격하게 적용되지 않는다. 그러나 본 섹션은 일반적으로 받아들여지고 있는 법원칙들을 반영하고 있다. 또한 미국정부는 뉘앙스나 중점의 차이에도 불구하고 본 섹션의 법원칙들을 수용하고 있는 것으로 보인다. 미국 관행에 관하여는 Comm. g를 참조한다.

b. 조약의 맥락

조약 해석의 목적상 조약문에 더하여 조약의 맥락이 고려되어야 한다. 이때에 조약의 맥락은 조약 전문과 부속서를 포함하여 조약의 체결과 관련된 당사국들 사이에 체결된 기타 다른 조약과 조약의 체결과 관련된 하나 또는 그 이상의 당사국들에 의하여 만들어지고 당해 조약과 관련된 문서로서 다른 당사국들에 의하여 수용된 문서들을 포함한다. 비엔나협약 제 31(2)조.

c. 후속관행과 해석

부섹션(2)는 선행협정의 해석을 목적으로 하는 후속협정에 관하여 다루고 있다. 선행협정을 수정하는 협정들은 § 334에서 다룬다. 어떤 경우에 양자를 구별하기는 매우 어려울(imperceptible) 수 있다. 부섹션(2)는 미국 정부의 해석 방식에 합치하며, 이는 국제조약의 해석에 있어 후속 당사자들의 관행이 고려될 수 있다는 것을 다시 한번 확인하는 것이다.

d. 다른 형식의 국제조약의 해석

다른 형식의 국제조약들은 해석을 위한 다른 형식의 접근방식을 요구할 수 있다. 국제기구

들을 창설하는 국제조약들은 헌법적 또는 구성적 성격을 가지고 있다. 따라서 맥클로우 사건에서 “우리는 우리가 해석하려는 법규범이 헌법이라는 사실을 잊어서는 안된다”라고 말한 대법원의 견해를 따라야 한다. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 407, 4 L.Ed. 579 (1819).

당사국들이 자신의 국내법원이나 행정기관을 통하여 강제하려는 법원칙들을 담고 있는 국제조약들은 당사국들의 국내 사법시스템의 차이에도 불구하고, 결과적 통일성을 위한 방식으로 해석되어야 한다. 정부기관 사이 이루어진 단일의 거래, 예컨대 영토의 할양 또는 경제적 원조의 공여 같은 문제에 관한 국제조약들은 사적 당사자들 사이에 체결된 사법적 성격의 계약과 유사하게 해석될 필요가 있다. 해석에 대한 다른 접근방식들은 범죄인 인도조약이나 조세조약들과 같은 특정 부류의 조약들의 해석을 위하여 발전되어 왔다.

e. 사전작업(travaux preparatoires)의 참조

비엔나협약 제32조는 조약을 해석하는 주체는 조약 문언의 통상적 의미가 모호하거나 비합리적인 경우에는 보조 수단을 참조하여 결론을 내리도록 하고 있다. 어떤 해석 기관들은 다른 결론보다 특정 결론을 선호하려 한다. 예를 들어 계약의 해석에 있어 구두증거배제의 법칙에 관한 미국 정부의 경험을 비교·상기해 볼 필요가 있다. 비엔나협약 제32조는 조약의 체결을 위한 교섭과 협상을 구성하는 문서들(travaux preparatoires)을 조약해석의 지침으로 사용하는 것을 허락하는데 소극적이다. 비엔나협약이 사전작업에 대하여 자애롭지 못한 것은 국제사법재판소의 태도와 모든 면에서 부합하는 것은 아니다. 나아가 미 국내법원의 태도와는 전혀 부합하지 않는다. See *Comm. g.*

f. 둘 또는 그 이상의 언어로 된 정본이 있는 국제조약의 해석

국제조약이 둘 또는 그 이상의 언어로 된 정본이 있는 경우, 각 언어의 조약문은 동등한 가치를 지닌다. 다만 어떤 한 정본이 우선한다는 합의가 있는 경우에는 예외이다. 조약문의 언어 아닌 다른 언어로 된 조약문이 있는 경우, 그러한 조약문은 오직 그 조약문에 대한 합의가 있을 때에만 정본으로 취급된다. 각개의 조약문 정본 속 조약의 조항들은 동일한 의미를 가지는 것으로 추정된다.

특정 조약문이 우선하는 경우를 제외하고 조약문 정본에 의미상 차이가 있고, 그것이 본 섹션 내용인 조약해석의 원칙을 적용하여도 해결되지 않는 경우, 국제조약의 대상과 목적을 고려할 때에 본문과 가장 상용하는 의미가 조약의 의미가 된다. 비엔나협약 제33조.

g. 미 국내법원에 의한 조약 해석

본 섹션은 조약해석에 있어 통상 미 국내법원이 적용하는 조약해석 방식과 약간 다른 방식을 제시하고 있다. 미 국내법원은 조약의 의미를 확정함에 있어, 다른 국가들보다 조약문 밖의 사정을 많이 고려하는 경향을 보인다. 대부분의 경우 미국의 접근방식은 동일한 결과에 도달한다. 그러나 본 섹션에 제시된 접근방식을 사용하는 국제법정은 미국 법원의 해석

에 오류가 있다고 볼 수 있다. 그리고 그러한 해석에 따라 취해지는 미국의 조치를 조약 위반으로 볼 수 있을 것이다.

12. 국제조약의 해석에 관한 권한

가. 법원칙: 미국의 국내법

(1) 대통령은 다른 국가와 미국 간의 국제관계에서 미국이 주장하는 국제조약의 해석에 관하여 이를 채택하고 결정할 수 있는 권한이 있다.

(2) 미국의 국내법원은 미국의 국내법의 지위를 가지는 국제조약에 관하여 그 적용을 위한 목적으로 국제조약을 해석할 수 있는 최종적 권한을 보유한다. 그러나 이때에 집행부에 의하여 행해진 해석에 많은 비중을 두어야 한다.

나. 설명과 사례

a. 대통령의 해석에 관한 권한

대통령은 미국의 국제관계를 위한 정책 목적상 국가의 유일한 기관(sole organ)이므로, 국제조약을 해석할 권한이 있다. 또한 다른 국가들과의 국제조약상 의무를 이행할 책임이 있는 기관이다. See § 1, Reporters' Note 2. 상원은 미국 정부가 조약을 체결함에 있어 동의를 얻어야 하는 기관이지만, 한번 조약이 체결된 경우에는 조약의 이행에 관하여 달리 특별한 역할을 하지 않는다. 물론 상원은 이행법률을 입법하거나 예산을 배정함에 있어서 하원과 동등하게 참여한다. 조약이 체결된 이후 상원에 의한 조약의 해석은 특별한 권위를 가지지 않는다. 그러나 조언과 동의를 부여함에 있어 상원이 발표한 해석선언은 존중되어야 한다. See § 314, Comments b and d.

b. 집행부와 사법부의 해석

부섹션(1)에서 설명한 권한을 행사함에 있어 대통령은 미국의 국내법원들에 의한 해석을 참고하여야 한다. 그러나 다른 국가들의 관계에 있어 다른 해석을 채택할 수도 있다. 법원 차원에서 미국의 국내법원들은 대통령이 미국의 국제관계에 관하여 행위함에 있어 행한 그의 조약에 대한 해석들에 중요한 비중을 두고 있다. 부섹션(2) 국제조약들은 미국의 국내법이며 (§ 111), 대통령은 법령을 충실히 적용하기 위하여 자신의 주의를 다하여야 한다. U.S. Constitution, Article II, Section 3.

국제조약의 집행은 대개 조약의 해석을 필요로 하는데, 조약의 의미를 결정하는 권한은 일단 대통령에게 귀속한다. 그러나 조약이 법정에서 사건과 논쟁에 적용하게 되는 미국법이 된 경우에는 동 조약의 의미에 관한 최종적 판단권은 법원에 귀속한다.

c. 집행부의 해석을 법원에 전하는 방법

미국이 당사자가 아니면서 미국의 국내법원에 계속된 사건의 경우, 집행부는 때때로 조약의

해석에 관하여 법원에 제안을 하기도 한다. Introductory Note to Part IV, Chapter 2. 법무부는 때때로 법원의 요청에 따라 정부의 입장을 담은 약식 참고서류(amicus curiae)를 제출하기도 한다.

d. 연방법의 해석

미국이 당사자인 국제조약은 연방헌법에 따라 미국의 최고법이 된다. Article VI of the Constitution. § 111(1). 따라서 그러한 국제조약은 연방법의 성격을 가지며 수개의 주법원들을 기속한다. 주법원들에 의한 해석은 그 사법권을 행사함에 있어 연방헌법 제3조 2항에 따라 대법원의 판단에 예속된다. Article III, Section 2 of the Constitution. 동 사법권은 “헌법에 따라 법과 형평성 문제로서 발생한 모든 분쟁들, 미국의 법들, 미국의 법들에 따라 체결된 모든 조약들” 에 미친다. See § 112, Comment a.

13. 국제조약의 무효

가. 국제조약의 무효

(1) 국가는 국제조약에 구속될 것이라는 자신의 동의를 무효화할 수 있는 근거로서 오직 다음의 상황만을 주장할 수 있다.

(a) 국가가 조약체결 당시 존재하였다고 가정하거나 그것이 자신이 조약에 구속될 것이라는 동의를 주는데 있어 중대한 근거를 구성하는 사실 또는 상황에 대한 판단의 오류

(b) 자신이 동의를 부여함에 있어 동의를 유도하는 다른 체결국의 기망적 행위

(c) 다른 협상당사국 국가대표의 부패

(2) 국제조약은 다음과 같은 경우에 무효가 된다.

(a) 만약 조약에 대한 국가의 동의가 국가대표에 대한 강박으로 인한 것이거나 국제연합 헌장에 규정된 국제법 원칙들을 위반한 국가들에 대하여 무력을 사용하거나 사용할 것이라고 위협하여 얻은 경우

(b) 만약 국제조약이 체결될 당시 동 조약이 일반국제법의 강행규정과 모순·저촉되는 경우, 부칙선 (1)은 비엔나협약 48-50, 부칙선 (2)는 비엔나협약 51-53에 따라 기술되어 있다.

나. 설명과 사례

a. 무효사유의 배타성(exclusivity)

본 섹션은 협약 제42조의 입장을 채택하고 있다. 즉 본장에서 규정하고 있는 무효사유들은 조약의 유효성 또는 국가의 기속적 동의 등을 공격할 수 있는 유일한 근거이며, 조약 당사국들이 자유롭게 무효를 주장할 수 있는 것이 아니다. 오직 국가들만이 이러한 무효사유를 주장할 수 있으며, 개인은 주장할 수 없다. See § 337. The Consequences of invalidity are set forth in § 338.

국제조약이 무효라는 사실은 동 조약과 무관하게 국제관습법에 따라 국가가 기속되는 국제조약하에 규장된 모든 의무를 이행하여야 할 국가의 의무에 아무런 영향을 미치지 않는다. 비엔나협약 제53조 Compare § 102, Comm. i.

b. 착오(Error)

국가는 자신 스스로 착오를 야기하는데 공헌한 경우 또는 상황이 국가의 착오가능성을 국가 스스로 알 수 밖에 없는 경우에는 자신의 기속적 동의를 무효화 하는 근거로 착오를 원용할 수 없다. Vienna Convention, Article 48(2). 조약의 문언상 착오만으로는 당사국이 의도한 것이 조약을 무효화하는 사유가 되지 않는다는 것을 의미하지는 않는다. 다만 그러한 착오는 당사국간 새로운 합의에 따라 수정될 수 있고, 이는 비공식적 합의에 기반하기도 한다. Vienna Convention, Articles 48(3) and 79.

c. 사기(Fraud)

문단 (b) “기망적 행위(fraudulent conduct)”의 의미에 관하여는 자세한 설명이 없다. 국내 사법시스템으로부터 추론하는 바에 따르면, 동 문단은 사실에 관하여 고의 또는 의도적으로 허위의 사실을 주장함으로써, 만약 그러한 사실이 상대방 당사국에 알려지는 경우 조약을 체결하는데 이르지 않았으리라고 인정될 수 있어야 한다는 것을 의미한다.

d. 강박(Coercion)

비엔나협약은 국가의 기속적 동의를 무효화할 수 있는 국가대표에 대한 강박을 별개로 다루고 있다(비엔나협약 제51조). 또한 조약 자체를 무효화하는 국가에 대한 강박 역시 별개로 다룬다. 이때에 기속적 동의는 유엔헌장을 위반하여 무력을 사용하거나 무력사용의 위험을 고지함으로써 얻어진 경우에 한한다(비엔나협약 제52조).

부섹션 2(a)는 유엔헌장하에서 허용된 무력사용에 의하여 얻어진 기속적 동의를 무효화하지 않는다. 예컨대 유엔헌장 제51조에 따라 자위권을 행사하는 피침략국이 침략국을 격퇴하고 침략국에 대하여 조약의 효력을 주장하는 경우가 그러한 경우라 할 수 있다.

그러한 상황에서 “효력을 발휘할 수 있는 조약의 여러 조항에 한계가 있는가” 하는 문제는 아직 결정된 바 없다. 부섹션 (2)는 군사적 무력에 의한 강박에 한하여 적용되며, “경제적 또는 정치적 압력” 정도로는 강박에 해당한다고 할 수 없다. See Reporters’ Note 3.

e. 강행규범(Jus Cogens)

보다 우월한 지위에 있으며 개별 국가간 조약에 영향받지 않는 약간의 강행규범적 성격의 국제법이 존재한다는 것은 일반적으로 승인되고 있다. See § 102, Comm. j and k. 비엔나협약은 “국제법의 강행규범은 국가들로 구성된 국제공동체에 의하여 그 전체가 수용되고 승인되어야 한다” (제53조). 국제공동체는 그러한 규범을 수용하는데 그쳐서는 안되고, 그 강행적 성격(peremptory character)까지 수용하여야 한다. 국제조약의 체결 후 발생하는 그러한 규범의 효력에 관하여는 Comm. f를 참조하여야 한다.

무엇보다도 먼저 강행규범은 당사국에 의하여 기속적 동의를 무효화하거나 국제조약을 종료시킬 수 있는 근거로 원용될 수 있으며(see Comment f), 동 원칙의 부동하는 범주는 그 적용가능성을 중립적 입장에서 결정하여야 할 필요성을 특별히 강하게 요청한다. 국내재판소

는 자신의 권한범위 하에서 조약이 강행규범에 위반된다는 사유를 들어 국제조약에 효력을 부여하는 것을 거부해서는 안된다.

f. 새로운 강행규범(New peremptory norm)의 창설

비엔나협약 제64조는 조약이 체결된 이후 효력을 발생하기 시작한 새로운 강행규범의 결과에 관하여 다룬다. 그러한 새로운 강행규범은 부칙선 2(b)에서 보듯이, 조약의 효력발생을 저지하는 것이 아니라 조약의 효력을 종료시키는 효과를 갖는다. 조약의 유효성을 신뢰한 당사국의 권리에 관한 효력은 약간 다른 면이 있다. See § 338. 그러나 결과의 발생에 있어 그 밖에 달리 중대한 차이가 있는 것은 아니다. 비엔나협약 제66조는 선존규범이론(pre-existing norm)에서 보듯이 새로운 강행규범이 창설되었다는 주장을 국제사법재판소에 제기할 수 있다. See Comm. e.

g. 무효화 사유에 대한 면제(Waiver)

조약 당사국은 명시적 또는 묵시적으로 무효사유 주장의 면제를 위한 행위 또는 조약의 계속적 유효성의 수용을 통하여 조약의 효력을 무효화, 종료, 철회 또는 정지를 위한 일정한 사유를 원용할 수 있는 권리를 박탈할 수 있다.

비엔나협약은 명백하고 중대한 국내법 위반을 포함하여 무효화 주장에서 면책되는 사유를 예시하면서 (§ 311(3)), 착오, 사기, 국가대표의 부패 등을 들고 있다. 본장 부칙선 1(a), (b), and (c)), 조약위반에 대한 조약의 종료권 (§ 335), 조약의 이행불능 또는 상황의 변경 (§ 336 and Comm. a and c thereto).

그러나 국가대표에 대한 강박 또는 국가에 대한 무력의 사용 또는 무력사용의 위협(부칙선 2(a))은 무효화 주장으로 부터 면제되는 사유에 포함되어 있지 않다. 즉 부칙선 (2)(b)와 Comm. e의 강행규범은 조약을 무효로 하며, 면제의 대상이 아니다.



제 3장 국제사회와 시장의 규제

I. 국제통상법

1. 국제통상법의 개관

국제통상법은 국제통상에 관한 모든 국제공법(國際公法)을 지칭하는 말이다.¹³⁰⁾ 무역 또는 국제통상이라는 사회현상을 연구하는 학문으로 국제통상법 외에 국제거래법이 있다. 국제거래법은 무역 또는 국제통상에 관한 모든 국제사법을 의미한다.

이때에 국제사법은 대한민국 국회가 제정한 성문법전을 의미하는 국제사법이 아니고, 강학상(講學上) 의미의 국제사법을 의미한다. 환언하면, 국제공법에 대하는 의미의 국제사법을 의미한다.

법 분류론에 있어, 공법(公法)이 통치주체로서 우월한 지위에 있는 국가와 국가의 법을 지켜야 하는 통치객체로서의 시민간의 법률관계를 대상으로 하는 법이라면, 사법(私法)은 평등한 시민간의 법률관계를 대상으로 하는 법이다. 따라서 국제통상법과 국제거래법은 무역 또는 국제통상, 즉 다루는 사회현상은 동일하지만, 법개념론상 다른 체계이고 다른 내용의 법이다.

대표적 국제통상법 학자의 한 사람인 슈미트호프(Clive M. Schmitthoff)는 독일에서 공부하고 영국에서 활동한 학자인데, 그는 이러한 법개념론적 분류에 충실하다.¹³¹⁾ 반면에 폴섬(Ralph Folsom) 같은 학자는 미국의 법학자로 영미의 실용주의적 전통에 따라 하나의 사회현상에 대한 통일적 현상으로서 국제통상법을 설명한다.

따라서 공법과 사법 개념에 상관없이 기업이 무역 현실에서 닥치는 모든 법률 문제를 담은 한 교과서에서 설명한다. 예컨대 국제계약 사례에서 관세문제나 덤핑규제 등은 다른 차원의 문제가 되지만 한 교과서에서 같이 설명하는 것이다.

우리가 말하는 국제거래법은 국내법인 협의(狹意)의 의미의 성문 제정법으로서 국제사법은 물론 통일사법(Uniform private law)이라 불리우는 본래의 의미의 국제거래법을 아우르는 ‘광의의 국제거래법’이라 할 수 있다. 국제거래법의 이상은 통일사법이지만, 현실에 있어 국가간 다른 정치적·사회적·문화적 배경으로 법이 다를 수 밖에 없어 통일사법의 제정은 쉽지 않은 일이다. 따라서 중세 상관습법(Old lex mercatoria)시대를 지나 성문 제정법시대에

130) Twigg-Flesner, C. (2021). Foundations of international commercial law. Routledge.

131) Schmitthoff, C. M. (1961). International Business Law: A New Merchant. Current L. & Soc. Prob., 2, 129.

이르게 되면 국제거래 관련 분쟁에 대하여 재판관이 어느 나라 법을 적용할 것인지가 문제 되기 시작한다.

이때에 필요한 법이 협의의 의미의 국제사법이다.¹³²⁾ 狹義의 의미의 國際私法 발전에 중요한 역할을 한 학자가 독일의 사비니(Friedrich Savigny)인데, 이때에 국제사법은 분쟁을 해결하기 위하여 적용할 준거법 선택을 위하여 부득이하게 필요한 법이 된다.

따라서 적용되는 법이 특정국 법이 되고, 이는 실체법적으로 통일되어 있는 통일사법 또는 본래의 의미의 국제거래법과 구별된다. 그리고 후자(後者)가 국제거래법학 관점에서 보다 이상적이라 할 수 있다. 이해하기 쉽게 말하자면, 국제사회의 사법적 현상분석에 있어 국가간 현실정치적 관점이 협의의 국제사법이라면, 유엔을 중심으로 한 이상정치적 관점은 통일사법 또는 본래의 의미 내지 협의의 의미의 국제거래법이라 할 수 있다.

다만 논란이 끊이지 않은 국제정치가 시사하듯이, 통일사법의 제정이 현실적으로 쉽지 않은 관계로 협의의 의미의 국제사법의 역할은 여전히 지대하다. 아마도 국제란 말이 붙은 법명(法名)으로서 유일하게 국내법적 성격을 갖는 법이 협의의 의미의 국제사법이 아닐까 한다.

우리는 1960년대 섭외사법이라는 법을 처음 제정하여 섭외분쟁에 관한 준거법 선택을 위한 법으로 시행해 오다가, 2000년 법명을 섭외사법에서 국제사법(國際私法)으로 변경하고, 그 내용과 체계를 확대·개편하였다. 국제통상법은 국제공법이므로 다른 특별 영역의 국제공법과 함께 가장 일반적인 법인 국제법의 각론적 부분이 된다. 20세기 특히 유엔이 창설된 이후, 현대국제법의 특징으로 ‘국제관습법의 성문화(成文化)현상’을 들 수 있다.

국제정치의 각박한 현실에서 20세기 이전 근대 국제법은 변창하지 못하고, 유럽 강대국이 세운 국제관행이 근대 국제법의 중요한 법원(法源)으로 기능한다. 다시 말하면 이 당시에는 국제법을 이루는 2개의 법원 중 조약보다 국제관습법이 중요하게 기능하였다.

20세기 현대국제법 시대에는 반대로 조약이 보다 중요한 법원으로 기능하게 되는데, 특히 이때의 조약은 ‘입법창설적 조약의 성격’을 띠게 되는 경우가 많다.¹³³⁾ 유엔은 통상 안보리 중심의 국제기구로 이해되고 있다.

그것은 안보리만이 유일하게 정부와 같이 강제조치(coercive measure)를 할 수 있는 기관이기 때문이다. 물론 이때의 강제조치는 국제평화와 안전을 보장하기 위한 목적으로 제한되고, 국가처럼 강제로 세금을 걷거나 의무병역과 같이 통일적인 군사제도를 유지하는 것이 아님은 물론이다.

나아가 안보리 강제조치는 거부권을 행사하는 5개 상임이사국 제도로 인하여 강제조치가 합법적으로 불가능한 경우가 있어 통일국가 또는 세계정부라 할 수 없는 것은 물론이다. 따라서 유엔은 19세기 나폴레옹 전쟁의 전후처리를 위한 유럽 4대 강대국에 의한 유럽평화와 안

132) 신창섭. (2018). 국제사법. 세창출판사.

133) 김대순. (2013). 국제법론. 삼영사.

전보장을 위한 유럽동맹(European concert)과 비슷한 성격의 기구이다.

인류사에 큰 획을 그은 2차 세계전쟁, 즉 나폴레옹과 히틀러에 의한 참혹한 전쟁으로 등장한 유럽동맹과 유엔의 성격이 본질상 동일한 것은 어쩌면 당연한 것인지 모른다. 물론 유럽을 무대로 했던 나폴레옹 전쟁을 세계대전으로 보는 것은 월러스타인(E. Wallerstein)의 세계체제의 관점에서 당시 유럽은 유럽만이 국가를 이루고 세계가 될 수 있다는 인식과 구세계(Old world)로서의 유럽을 전제한다.

요컨대 국제통상법은 국제인권법, 국제형사법, 국제난민법, 국제환경법, 국제우주법 등 여러 특별영역 국제법과 함께 일반적 체계인 국제법의 한 분과이고 각론적 부분이다.¹³⁴⁾ 국제통상법은 성문 국제법인 조약과 국제관습법으로 구성되는데, 학자들에 따라서는 미국이나 EU의 국내통상법도 국제통상법에 포함시켜 설명하기도 한다. 무역이 이루어지는 세계시장이 국경을 초월하여(borderless) 서로 불가분적으로 연관되어 있다는 차원에서 이해할 수 있다.

국제통상법의 대표적인 것이 WTO법이다. WTO법은 WTO회원국이면 당연히 가입해야 하는 다자간 무역협정(MTA)과 국가들이 필요에 따라 가입하고 의무적으로 가입할 필요가 없는 복수국간 무역협정(PTA)으로 구성된다. WTO법은 무역과 통상의 법치주의를 실현하려는 이상에서 출발하였다. 그리고 회원국들은 WTO법을 준수하여야 할 의무가 있다. 따라서 학자들은 WTO법을 세계경제헌법체제(世界經濟憲法体制)라 부르기도 한다.¹³⁵⁾

법과 법치주의가 지향하는 바는 예측가능성(predictability)과 법적 안정성(legal stability)이다. 이에 따라 WTO는 무역과 통상에 있어 법이 지향하는 이념을 충실히 실천하는 것을 기구의 목표로 하고 있다.

시민민주주의·자본주의 사회에 있어 기업은 투자 결정 또는 거래를 함에 있어 자신의 결정과 자신의 행위로 인하여 발생할 수 있는 결과를 예측할 수 있어야 한다. 또한 자신의 결정과 행위로 인하여 발생한 결과에 대하여 법의 보호를 필요로 한다. 전자가 법이 지향하는 예측가능성이라면 후자는 법적 안정성이라 할 수 있다.

WTO체제는 아담 스미스(Adam Smith)와 데이비드 리카도(David Ricardo)가 그린 자유시장경제원리에 입각해 있다. 후발 선진국으로 제국주의 쟁탈 전쟁으로 나아간 독일의 경제학자인 프리드리히 리스트(Friedrich List)의 유치산업론과 대비된다. 자유시장경제 원리는 시장에서 경제 행위자의 자유와 평등을 전제한다. 자유와 평등은 국가와 시장의 분리라는 근대 시민사회의 기본원칙이기도 하다. 이러한 차원에서 시장과 경제 그리고 법은 밀접하게 연관된다.

그리고 근대 시민사회를 탄생시킨 시민민주주의·자본주의 혁명으로 근대법의 이상이 되어 버린 자유와 평등은 국내법은 물론 WTO법을 통하여 굳건히 유지되고 있다. WTO법은 무역

134) 김기영. (2022). 국제통상법과 인권법의 교차. 법학논총, 29(3), 135-191.

135) Jackson, J. H. (1996). Reflections on International Economic Law. U. Pa. J. Int'l Econ. L., 17, 17.

과 통상에 관한 시장 구조의 형성과 유지에 관한 국제공법인 것이다. 그리고 서초동 한국의 대법원, 광주광역시 조선대학 앞 법의 여신상이나 뉴욕의 자유의 여신상은 근대 시민혁명과 자유시장의 원리 시민정부의 이상으로서 자유와 평등을 상징한다.

자유시장경제가 시민이 주인이 되는 근대 시민사회, 즉 정치적으로 자유민주주의, 경제적으로 정부와 엄격히 분리된 자유시장을 전제한다면, 그 이상은 시장의 실패(market failure)와 정부의 실패(governmental failure)라는 변곡점을 만난다.

시장의 실패는 정부의 시장개입을 필요로 하고 정부의 실패는 작고 경쟁력 있는 정부를 필요로 한다. WTO법은 시장의 실패에 따라 정부의 시장개입의 필요성을 인정하면서도 근대 시민혁명의 기본정신이나 국가간 합의에 반하는 시장의 규제, 특히 무역과 통상에 관한 반 WTO법적 규제를 통제하고 관리하는 체제이다.

이는 정부의 실패로 인하여 경제와 시장에 대한 개입을 최소화하고 정부도 기업처럼 경쟁력 있고 합리적이어야 함은 물론, 법을 존중해야 한다는 새로운 “기업정부(Entrepreneurial government)이론” 과 긍정적으로 연관된다.

2. 세계시장과 무차별주의

국제통상법이 시장의 자유와 평등을 지향하므로 국제통상법이 지향하는 이념은 무차별주의 또는 비차별원칙(non-discrimination)이다.¹³⁶⁾ 자유란 규제가 없는 상태 또는 공정한 경쟁조건에서의 경쟁을 통하여 이루어진다. WTO체제는 국가의 무역과 통상에 대한 규제를 WTO법에 따라 관리한다. 대 원칙인 비차별원칙을 통하여 자유와 평등을 지향하고 실천하기 위한 국제기구이다. 한때 국가들이 탈규제화(deregulation)를 추구하고 우리도 동조(同調)한 것은 물론 시장의 자유를 위한 것이다.

반면에 신자유주의의 정당성에 반대하는 자들이 정부의 경제개입을 통한 시장의 정의를 주장하고 탈규제화를 비판한 것은 잘 알려진 사실이다. WTO는 사전적(事前的)예방제도로써 회원국의 통상정책에 대한 사전적 심사제도(TPRM)를 두고 있다. 그리고 분쟁해결제도를 통하여 회원국간 통상분쟁을 WTO법에 따라 해결하고, 사후적으로 잘못된 회원국의 국내조치(domestic measure)를 교정한다.¹³⁷⁾

자연과학인 의학분야가 질병의 예방과 질병의 치료를 통하여 시민의 생명과 건강을 관리하는 학문이라면, 법학적 체계를 가지는 WTO에서도 분쟁의 사전예방과 분쟁의 사후교정을 통하여 통상과 시장을 관리하는 것이다. 시장을 관리한다는 것은 전술한 바와 같이 무역이 이루어지는 시장에 대한 회원국의 규제를 필요·최소한 범위내로 제한하는 것이다.

무역을 왜곡할 수 있는 회원국의 국내조치는 자신들이 합의하여 만든 WTO법에 위반되는 경우 철폐가 권고되고 상대국에 피해에 상응하는 보상을 하여야 한다. 국제사회는 국내사회와 달리 수평적(水平的)이고 분권적(分權的)이다. 헌법을 정점으로 한 국내법과 국내사회는 수직적이고 중앙집권적인 반면에, 국제법은 주권평등의 원칙이 지배하고 국내사회에서 볼 수 있는 중앙정부가 존재하지 않는다.

따라서 父權的이고 垂直的인 국내사회와 달리 법을 만드는 입법자(law giver)와 법을 지켜야 하는 수법자(law receiver)가 동일하다. 즉 국가들이 모여 협상하고 조약을 체결함으로써, 법을 만들고 ‘조약은 지켜져야 한다’ 라는 로마법의 법언대로 자신이 만든 법에 스스로 구속되는 것이다.

국가는 주권적 존재이고 무역과 통상을 포함하여 시장과 경제에 대한 법을 만들고 집행한다. 헌법에 따라 다르지만, 우리의 경우 헌법에 독립된 장을 두어 ‘정부는 시장과 경제에 대하여 조정하고 규제할 수 있다’ 는 성문헌법조항을 두고 있다. 요컨대 시장과 경제는 규제의 대상이고 정부는 시장을 관리하는 주체이지만, 전술한 바와 같이 시장과 경제는 시민혁명의 가장 중요한 주제가 되고 헌법이론에 따르면 국가도 거역할 수 없는 헌법핵(憲法核)이 된다.

136) 김기영. (2011). 국제통상법에 있어 世界的 正義 (Global Justice) 의 개념에 관한 小考. 법학논총, 18(2), 527-557.

137) 이춘삼. (1999). 국제통상법, 법문사.

환언하면 예컨대 자유시장경제 질서를 폐기하고 소유권을 부인하는 헌법개정은 헌법핵에 반하여 그 헌법개정은 무효가 된다. 따라서 WTO 회원국은 근대 시민혁명의 정신을 무역과 통상 영역에서 구현한 ‘세계경제헌법체제(世界經濟憲法体制)’라 불리우는 WTO 협정에 위반하지 않아야 함은 물론 헌법을 통하여 국내적으로 자유시장경제원칙에 기속된다.

물론 전술한 바와 같이 헌법핵에 반하지 않는한, 시장에 대한 규제와 조정을 할 수 있다. 그리고 이때 그러한 규제와 조정은 의회제정 법률, 행정각부 장관의 부령 또는 법원의 재판 등 형식을 불문하고 국내조치가 되어 WTO법에 부합하여야 한다. WTO법에 있어 국내조치(國內措置)라는 개념은 국내 행정법상 행정처분에 준하는 중요한 개념이다.

법치주의 원칙에 따라 국가의 행정처분이 사법심사제도(Judicial control)에 의하여 통제되듯이 WTO 통상관리체제, 즉 세계경제헌법체제에서는 회원국들의 국내조치가 분쟁해결체도를 통하여 통제되는 것이다.¹³⁸⁾ 이때의 국내조치는 그 형식과 내용에 있어 매우 광범위하다는 특징을 갖는다. 회원국 정부의 조치에 해당하면 그것이 법령이나 덤핑규제 같은 행정처분 또는 법원의 재판처럼 강권적 조치는 물론이고, 정부의 인터넷 웹사이트 내용 같은 비강권적이고 연성적 성격의 행위도 포함된다.

그 내용에 있어서도 광범위한 회원국 정부의 행위가 국내조치에 해당하는데, 이는 시장이라는 것이 연성적이고 상호 의존적인 관계로 정부의 거의 모든 조치가 시장에 영향을 주기 때문이다. 예컨대 학교 급식에서 국산물 사용을 의무화한 지방자치단체의 조례는 WTO법상 내국민대우 원칙에 위반된다. 외국산 위스키의 국내 소비세에 비하여 소주의 국내 소비세가 현저하게 낮은 경우 역시 내국민대우 원칙에 위반된다.

양 사례의 경우 직접적으로 관세를 부과하거나 방산능 오염 수산물의 국내 수입을 금지하지 않았지만, WTO법에 위반하여 무역을 왜곡시킨 국내조치에 해당하는 것이다. WTO법의 가장 중요한 2가지 원칙이 최혜국대우 원칙과 내국민대우 원칙이다. WTO법 강학상 원칙이란 회원국들의 의무가 된다. 최혜국대우원칙과 내국민대우원칙은 WTO 무차별주의·비차별 원칙을 구성한다.

최소필요한의 통상 규제와 무역을 하는 국가간 평등은 근대 시민사회와 자유시장경제체제를 수호하는 WTO법의 기본원칙이자 회원국들의 의무가 된다. WTO 다자간 무역협정 중 통상협정의 가장 중요한 골간을 담은 1994 GATT 제 1조와 제 3조에 두 원칙이 선언되어 있다. 1994 GATT란 1947 GATT에 대응하는 용어이다.

1947년 Breton Woods 협정에 따라 만들어진 GATT는 1947 GATT라 불리우는데, GATT 제 8차 다자간 협상인 우루과이 라운드가 7년여 마라톤 협상 끝에 종결되고 마라케쉬 의정서가 채택되면서 1994년 WTO가 출범한다. 이때에 부속서 1 상품무역협정에 편입된 GATT를 1994 GATT라 부른다. 1947 GATT와 1994 GATT는 그 주요내용에 있어서 대동소이하지만, 1947 GATT가 만들어진 이래 개정된 내용들, 패널이나 사무국의 결정 등을 종합하여 1994

138) Id.

GATT라 부르고 있다.

요컨대 최혜국대우의 원칙과 내국민대우 원칙은 무역시장에서 국가간 차별을 불식하고 외국 기업과 국내기업간 비차별, 즉 평등을 보장한다. 전자는 관세선 밖에서 문제되는 원칙으로 “일국이 다른 여러 국가들간 차별적 조치를 하여서는 안된다”는 의미를 갖는 원칙이다.¹³⁹⁾

대포를 쏘면서 강압적으로 개항과 통상을 요구하는 역사적 경험이 있지만, 통상과 무역 거래가 가능한 것은 수입국 정부의 은혜라는 인식이 깔려 있다. 거기에서 유래한 말이 최혜국대우(最惠國對遇)원칙이다. 원어로는 MFNT, 즉 most favored nation treatment라 부른다. 따라서 최혜국대우라 하면 “가장 좋은 조건으로 무역 거래를 하는 나라와 동일한 수준의 조건으로 다른 나라와도 무역을 하여야 한다”는 원칙이 된다. 수입국 A가 최혜국대우 원칙을 준수하면 수입국 A와 거래하는 수출국 B, C, D 등 여타의 나라들간 자동적으로 평등한 무역조건에 의한 자유로운 무역이 가능하게 된다.

여기에 최혜국대우 원칙의 가치가 있다. 반면에 내국민대우 원칙은 관세선(tariff line)을 통과한 이후 국내시장에서 내국기업과 외국기업간 비차별, 즉 평등을 보장한다. 요컨대 무역과 통상을 규제하는 회원국의 국내조치는 비차별의 원칙, 즉 최혜국대우원칙과 내국민대우 원칙을 준수하여야 한다. 중요한 것은 이때 비차별, 즉 평등이라는 것은 동종상품(同種商品)간 무역에서 문제된다는 것이다.

동종상품이란 개념은 무역행정에 있어 매우 중요한 개념인데, 예컨대 동종상품이라 할 수 없는 자동차와 의류간 다른 관세율에 따라 관세를 부과하는 것은 차별이 아니다. 동종상품은 과거 GATT 시절에는 원어로 same merchandise라 불리웠다. 새로운 WTO법에서는 like product란 용어를 사용하고 있다.

동종상품이란 개념은 법적(法的)인 개념으로 회원국 무역행정이나 WTO법 실무상 자주 문제된다. 그리고 비차별, 즉 평등한 무역조건을 보장하기 위한 위 2가지 원칙은 국가간 통상분쟁에 있어 가장 많이 원용된다.¹⁴⁰⁾ 그 밖에 국제통상법의 기본원칙으로 상호주의 원칙(Principle of reciprocity)과 투명성의 원칙(Principle of transparency)은 중요한 역할을 하고 있다. 상호주의 원칙은 분권화된 국제사회와 국제협상의 중요성을 대변하는 일반 국제법상의 원칙으로 일반 국제법의 한 분과인 국제통상법에서도 중요하게 기능한다.

법치주의 또는 법치행정은 밀본주의 또는 밀실행정이 되어서는 안된다. 회원국의 무역규제는 투명성의 원칙에 따라 기업들이 쉽게 알 수 있어야 하고, 절차가 투명하게 공개되어야 한다. 비차별원칙(non-discrimination)은 WTO법 원칙이자 회원국의 의무이므로 회원국은 성실하게 이를 이행하여야 한다.

139) Davey, W. J. (2012). Non-discrimination in the World Trade Organization: the rules and exceptions (Vol. 14). Martinus Nijhoff Publishers.

140) ALSheyab, M. S. (2007). The "Like Products" rule as a normative concept in the WTO system: a critique of its effectiveness and consistency with trade liberalization (Doctoral dissertation).

다만 원칙법이 있으면 예외법이 있듯이 최혜국대우원칙과 내국민대우원칙에는 광범위한 예외가 인정된다. 일례로 방사능에 오염된 일본 수산물의 수입금지(는 GATT법 제11조 수량제한금지의 원칙은 물론 수산물수입에 있어 일본국과 다른 나라를 차별하게 되므로 원칙상 최혜국대우에 위반하지만, 회원국은 국민의 생명과 건강을 보호하기 위하여 예외적으로 차별적 무역규제를 할 수 있다.

3. 세계경제헌법체제

현재 우리의 세계 정치경제질서를 보면 두개의 United가 그 질서의 중심에 있다. 그 하나는 미 합중국을 의미하는 United States이고, 다른 하나는 국제연합을 의미하는 United Nations이다. 양자는 물론 다른 성격을 갖는다. 하나는 연방국가이고 연방헌법은 최고의 법이 된다. 다른 하나는 제 2차 세계대전이 끝나고 국제평화와 안전을 보장하기 위하여 만들어진 국제기구이다. 그러나 양 실체는 똑같이 법의 통일과 법에 의한 지배를 추구한다.

연방국가인 미국의 경우 수정헌법 제 10조에 따라 연방헌법에 의하여 연방정부에 위임되지 않은 권한은 주권적 실체인 주에 모든 통치권이 포괄적으로 귀속되어 있다. 따라서 미 법제 연구소(ALI)는 주간(州間) 법의 통일을 위하여 모범법을 제정하기도 하고, 판례법을 정리하여 대륙법 체계에 따라 성문화하기도 한다.

후자는 리스테이트먼트(restatement)라 불리우는데 판례법 국가인 미국에서 법원(法源)이라 할 수 없지만, 권위있는 참고자료로 기능한다. 미 국내에서의 모범법(model law) 또는 리스테이트먼트라 불리우는 원칙법은 국내 주법의 통일을 위한 노력이라 할 수 있다.¹⁴¹⁾

형사모범법(Model penal code)이나 상사모범법 등이 그 예가 되는데 형사법은 주의 역사나 전통에 영향을 받는 관계로 모범법 제정에도 불구하고 통일이 어려운 것이 사실이다. 그러나 상사모범법은 시장과 상행위에 관한 법으로 공통적 부분이 많은 기술적 성격이 강하여, 현재 대륙법계 주인 루이지애나주를 제외한 49개 주가 자신의 주법(州法)으로 이를 채택하였다.

우리는 이를 통일상법전, 약칭 UCC(Uniform Commercial Code)라 부르고 미국의 국내 상법이지만 비교 상사법 또는 국제거래법 과목에서 다루기도 한다. 연방국가인 미국의 법통일 과정에서 이용된 아이디어는 유엔을 중심으로 한 법통일 과정에서도 그대로 이용된다. 예컨대 유엔 모범중재법이나 UNIDROIT Principles라 불리우는 유엔계약법 원칙과 유럽계약법 원칙(European contract law)이 그것이다.

전자는 모범법의 형식으로 후자는 리스테이트먼트, 즉 원칙법 형식으로 법의 통일로 나아간다. 이때에 모범법은 주 의회나 각국의 의회가 자신의 국내 사법을 제정 또는 개정함에 있어 참고할 수 있다. 또한 리스테이트먼트, 즉 원칙법은 학자들에 의하여 만들어진 법으로 미국에서나 국제사회에서 법원칙으로서 법해석의 기준이 되거나 당사자간의 법률관계를 확정함에 있어 중요하게 기능할 수 있다.

우리는 리스테이트먼트 형식의 법통일 현상을 본래의 법이라 할 수 있는 국가법(state norms)이 아니라는 차원에서 “학자공화국(Republic of scholar)”이라 부르기도 한다. 이러한 법 통일의 과정과 방법론의 아이디어는 통일상법전이나 국제사법영역에서 이용되고 있다.

141) 예컨대 미국의 불법행위법에 관하여 Leflar, R. A. (1972). The Torts Provisions of the Restatement (Second). Columbia Law Review, 72(2), 267-278.

그런데 시장과 통상의 규제라는 공법적 영역의 차원에서도 미국과 국제사회는 같은 흥역을 치르고 있다.

미 연방헌법 제 art. 1 sec. 8 cl. 3 주제간 통상조항(Interstate commerce clause)에서는 주와 주간 그리고 주와 외국간 통상 문제에 관하여 연방의회는 규제권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 환언하면 생산이나 소유권 등 보통의 경제 문제가 주 정부의 고유의 통치권한 영역임에 대하여 통상 문제는 연방의 문제가 되는 것이다.¹⁴²⁾

그리고 주간 또는 주와 외국간 통상의 자유로운 흐름을 막는 주의 규제가 과도한 경우에는 그 주법이나 주의 주내조치는 헌법에 반하여 무효가 된다. WTO 회원국 국내법이나 국내조치가 세계경제헌법체제라 불리우는 WTO법에 반하는 경우 철폐가 권고되는 것에 비견될 수 있다. 주제간 통상조항에 의하여 보호되는 자유시장의 원리, 통상의 자유는 그대로 국제사회에서 WTO체제에 의하여 보장되는 것이다.

환언하면 WTO 회원국은 미국의 각 주처럼 주와 주간, 주와 외국간 자유로운 통상을 방해하여서는 안된다. 정치이론에서는 통합(inclusiveness)과 배척(exclusiveness)을 한 척도로 삼는다. 시장의 통합은 역사적으로 정치적 통합으로 이어지는 경우가 많았다. 주제간 통상조항에서 보듯이 미 연방헌법이 그 한 예가 된다. 1956년 유럽통합의 기초조약인 로마조약이 자유무역과 관세협정등 경제통합의 기초를 마련하여 그를 바탕으로 유럽통합이 진전되고 있는 것도 이러한 차원에서 이해할 수 있다.

물론 외적의 침입에 대항하기 위하여 연방을 구성하고 연방차원에서 시장과 통상을 규제하는 권한을 헌법적으로 보장한 미국과 아직은 국제법체제에 불과한 유럽이 동일하다고 할 수는 없다. 특히 유럽의 경우 유럽 사회의 특질과 차이를 인정하여야 한다는 유럽 사회주의자(European socialist)들이나 유럽의 역사와 정치를 상관지어 이해하여야 한다는 신현실주의자(neo-realist)들의 입김을 무시할 수 없다. 이들은 무분별한 통합주의(European federalism)에 반대하고 있다.

WTO법은 설립협정과 부속서 1A, 1B, 1C 등 3개의 실체적 협정, 부속서 2 분쟁해결에 관한 양해각서, 부속서 3 무역정책검토제도, 부속서 4 복수국간 무역협정 그리고 각료이사회 결정과 선언 부분으로 구성되어 있다. 부속서 2와 부속서 3은 전술한 바와 같이 분쟁의 사전 예방과 사후해결을 위한 절차법적 부분이라 할 수 있다. 부속서 4는 복수국간 무역협정인데 조약의 효율적 관리를 위하여 WTO협정 체제에 들어와 있는 것이다.

부속서 1, 부속서 2, 부속서 3이 다자간무역협정(MTA)임에 반하여 부속서 4는 복수국간무역협정(PTA)이다. 양자의 법적인 차이는 전자의 경우 WTO 회원국이면 의무적으로 가입해야 함에 대하여 후자는 필요한 경우에만 가입하면 된다는 것에 있다.

부속서 1이 관장하는 협정은 무역의 대상에 따라 3가지로 나뉘어진다. 부속서 1A는 상품무역협정으로 14개의 개별협정으로 구성된다. 상품무역협정은 상품, 즉 유형재의 교역과 관련된

142) Tushnet, M. (1979). Rethinking the Dormant Commerce Clause. Wis. L. Rev., 125.

한 협정이다. 부속서 1B는 서비스무역협정으로 무형재인 서비스 무역을 다루는 협정이다. 부속서 1C는 무역관련지적재산권협정으로 지적재산권의 보호를 무역과 관련지어 효율적으로 보호하기 위하여 만들어진 협정이다. 지적재산권 분야는 우루과이 협상 당시 지적재산권 보호의 필요가 큰 선진국들과 지적재산권은 인류의 공동유산이라는 개발도상국간 이해 대립이 심한 분야의 하나였다.

개발도상국의 경우 협정의 시행 의무를 일정기간 늦추는 것을 조건으로 막바지 협상이 타결되어 타결이 가능했던 협정 분야이었다. 1994년 WTO 출범은 기존 GATT 체제를 대폭 수정하였다. 1970-1980년대 관리무역기 소위 신보호주의 시대(neo-protectionism)의 전개는 자유무역과 다자주의(multilateralism)를 이념으로 하는 1947GATT 체제를 심각하게 위협하였다.

이러한 혼란기를 배경으로 새로운 통상관리체제를 구축하기 위한 인류의 노력은 1987년부터 협상이 시작되어 7년간의 긴 마라톤 협상 끝에 새로운 WTO 체제의 출범을 가능하게 하였다. 전술(前述)한 바와 같이 제 2차 세계대전으로 국제사회에 지금과 같은 세계정치경제질서의 초석이 놓이게 된다. 말하자면 정치적으로 유엔이 만들어지고 경제적으로는 브레튼우드(Bretton Woods)체제라 불리우는 3각 경제기구가 탄생한다.

화폐 통화에 관한 IMF 금융과 대여 등 전후 부흥을 위한 IBRD 무역과 통상, 즉 실물경제에 관한 GATT가 그것이다. 후에 IBRD는 세계은행 즉 World Bank로 이름이 바뀐다. 우리나라 출신 김용이 총재로 재직한 바 있다. GATT의 탄생과 관련해서는 에피소드가 많다. 먼저 기구 이름에서 알 수 있듯이 원래 구상했던 무역과 통상에 관한 국제기구는 하버나현장 상 ITO라는 이름을 가지고 있었다.

지금의 국제통상기구인 WTO라는 이름과 유사한 것에서도 알 수 있듯이 매우 이상적이고 포괄적인 범위의 무역문제를 관장하는 국제기구였다. 그러나 ITO의 탄생은 기업의 이익과 선거구민의 눈치를 볼 수 밖에 없는 미 상원의 반대로 무산되어 버린다.

당시 최대 전승국이었던 미국의 불참은 ITO의 의미를 축소시킬 수 밖에 없고, 미국을 포함한 선진공업국 23개국도 모여 공산품교역에 관한 관세문제만을 다루는 GATT라는 협소한 기구로 원안이었던 ITO 창설 계획을 대체하게 되는 것이다.

한편 GATT의 출범을 위하여 헌법 제 2조 조약체결절차에 규정된 상원의 가중다수결에 의한 인준이 필요함에도 헌법 제 1조 10항 의회·집행부간 행정협정(congressional executive agreement) 형태로 GATT가 미국의 국제법이 된 역사적 사실은 아직도 대표적 헌법학자인 애커맨과 트라이브간 논쟁거리로 남아 있다.¹⁴³⁾

1947GATT가 1994GATT 즉 WTO체제로 탈바꿈한 것은 가히 통상법 영역의 혁명이라 할 수 있다. 그 의미는 지대한데, 첫째, 구 GATT체제에 비하여 관할 영역이 대폭 확대되었다. 상품무역 부문에서 공산품(工產品)외에 농산물도 자유무역 영역에 포섭되고 농산물협정이 체결된다. 또한 서비스무역협정과 무역관련지적재산권협정에 따라 무형재 교역과 지적재산권

143) Tribe, Supra note 18.

문제가 자유무역의 논리에 따라야 하고 WTO 협정에 의하여 규율받게 된다.

둘째, 명실상부한 세계통상법치(世界通商法治)시대라 할 수 있을 정도로 국제통상 영역의 법치주의가 한단계 고양되었다. 먼저 과거의 불분명했던 여러 협정들이 명확한 법적 정의에 따라 개정·보완되었다. 또한 반덤핑협정, 보조금협정이나 분쟁해결절차협정 등에서 절차에 관한 시한(時限)이 명시적으로 규정되어 신속한 분쟁해결을 가능하게 하고 있다.

무엇보다도 법률심 기능을 하는 AB, 즉 상소기구(Appellate body)의 설치에 협정의 통일적 해석을 담보함으로써 국내 사법제도처럼 법치주의를 강화한다. 또한 역만장일치제(逆滿場一致制)의 도입은 새로운 WTO가 정치적·외교적 성격의 구 GATT와 확연히 다른 성격의 기구라는 것을 웅변한다.

WTO 패널이나 상소기구의 결정은 모든 나라가 반대하지 않는 한, 다시 말하여 한 나라라도 찬성하면 효력을 발생하는데, 이는 GATT 패널 결정이 GATT 모든 회원국이 찬성해야만 효력을 발생하는 만장일치제와 정 반대의 성격을 가지므로, 우리는 GATT 만장일치제에 비견하여 역만장일치제(reverse consensus system)라 부르고 있는 것이다.

GATT의 만장일치제가 국제법 본래의 국제기구 원리에 충실하여 정치적·외교적이라면 새로운 WTO 역만장일치제는 통상관리의 사법적(司法的) 혁명이라 불리울 수 있다.

4. 입법창설적 성격의 다자조약

전술한 바와 같이 현대국제법의 특징의 하나는 국제기구 또는 특정 주체의 국제체제를 형성하기 위한 입법창설적 성격의 다자조약을 많이 볼 수 있다는데에 있다. WTO도 그러한 입법창설적 성격의 다자조약에 기반하고 있다. 그리고 그 주체는 무역 통상이라 할 수 있다. 여러 경제 문제 중 국제사회의 경우 무역과 통상이 문제되는 것은 당연하다.

부동산 문제나 실업 문제, 인플레이션 등 통화와 가격 문제, 생산 그 자체에 대한 규제 등은 국제사회의 경제 문제라고 하기에 부적절하다. 다만 화폐와 통화, 부흥과 개발을 위한 국제대출, 즉 차관 등은 국제경제 문제이고 이에 관하여 GATT와 함께 IMF와 IBRD 등 브레튼우즈 3각 체제가 형성되었다는 것은 전술한 바 있다.

여기에 더하여 국제노동 문제나 국제투자 문제 등을 더하여 국제경제법을 설명하는 것이 보통이다.¹⁴⁴⁾ 따라서 국제통상법은 국제경제의 실물부분이고 국제경제법의 한 부분이라 할 수 있다. 국제법 이론에 의하면 국제법의 주체, 즉 행위자로 국가와 국제기구를 들 수 있다. 이들은 국제법상 권리와 의무의 주체가 된다. 두 주체 중 국가는 능동적이고 완전한 주체라 할 수 있다. 따라서 사법(私法)상 자연인과 같이 국가로 인정되는 경우 소멸하기까지 포괄적으로 권리를 향유하고 의무를 부담한다.

한편 국제기구는 국가와 달리 사법상 법인과 같이 설립목적 범위내에서 제한적으로 권리와 의무의 주체가 된다. 우리는 이를 ‘국제기구의 전문성(專門性)의 원칙’이라 부른다. 국제기구는 국제법상 권리와 의무의 주체가 되므로, 프랑스나 독일 또는 영국과 같이 유럽연합(EU)도 WTO 회원국으로서 법적 지위를 향유할 수 있다. 그리고 국가와 같이 완전하지 못하지만 설립목적의 범위내에 있다면, 다른 국제법 주체와 조약을 체결할 수 있다.

환언하면 국제기구는 제한적이지만 능동적 법적 주체이다. 따라서 WTO는 통상 관련하여 일본이나 유엔과 양자조약을 체결할 수 있다. WTO는 통상에 관한 국제기구로 국가나 국제기구외에 홍콩 같이 국가는 아니지만 ‘독립된 관세 단위’인 경우 회원국 지위를 가질 수 있다.

WTO는 다자간 통상규범(MTA)으로 이루어진 국제통상관리체제이다. 20세기 현대국제법 시대에는 국제기구 창설을 위한 다자조약, 즉 입법창설적 성격의 조약이 많이 이용되고 있다. 중세 종교적 세계관이 지배하고 세속권력이 카톨릭 종교권력에 예속되던 시절 국제법은 존재할 수 없었다.¹⁴⁵⁾ 그러나 면죄부 판매와 같은 카톨릭의 타락에 대하여 성서를 독일어로 번역 대중화를 이루어 내고 모든 이가 기독교를 믿을 수 있게 한 마틴 루터의 종교개혁은 유럽 정치지형을 뒤바꾸어 놓았다. 이를 위하여 신교와 구교는 분열과 대립으로 치달아 유럽은 30년 넘게 지속된 종교전쟁이라는 참화를 겪는다.

144) 최원목, 전거서 주) 7.

145) Kim, K. (2021). A Legacy of Hans Kelsen and Tentative Inquiry—Transformation and New Discourse for the World Government—Yonsei Law Review (2021), 32(3), 547-598.

종교전쟁으로 유럽에서 카톨릭의 지배와 중세 봉건제도는 막을 내리고 근대 절대국가가 탄생한다. 이는 근대 국제법의 시작을 의미한다. 환언하면 법이란 로마법 이래 의사주의(意思主義)를 개념론적 기초로 삼는다. 따라서 사법이론에서는 의사무능력, 형사법에서는 축법소년 또는 범죄능력이 문제된다.

요컨대 중세 종교국가시대 국가나 영주 또는 군주는 교황에 정신적으로 예속되고 독자적 결정권을 행사할 수 없었다. 징기스칸이 동유럽을 정복하고 협상을 하기 위하여 유럽의 최고 권력자를 찾았는데, 그자가 교황이라는 사실은 당시 유럽 정세를 상징적으로 보여준다.

헨리 8세가 자신의 재혼을 위하여 교황의 권위를 부인하고 국교회를 선언한 것 역시 중세에서 근대 절대국가로의 이행을 보여주는 한 예이다. 요컨대 종교의 몰락과 근대 절대국가로의 이행은 종교전쟁과 그 전후 처리를 위한 17세기 중엽의 베스트팔렌조약(Treaty of Westphalia)에서 시작한다. 근대 국제법의 철칙이라 할 수 있는 ‘의사주의적 국제법관’에 따르면 국가는 자신의 의사에 기하지 않는 한, 국제사회에서 아무런 의무를 부담하지 않는다.

환언하면 국제법의 성립에 있어 국가의사는 핵심요소가 된다. 따라서 타국과 자신의 의사에 따라 체결한 조약 또는 국가가 일관되게 지속적으로 준수되어지는 국제관행을 법으로 확신할 때에 국제법이 만들어지고 권리와 의무 관계가 발생하는 것이다.

그러므로 일정한 국제관행에 지속적으로 반대해온 ‘지속적 반대자(persistent objector)’에 대하여는 국제관습법의 효력이 미치지 않는다. 의사주의적 국제법관에 반대하는 생각을 갖는 그룹들은 대체로 보편주의적 국제법관을 가진 학자들이라 할 수 있다.

의사주의적 국제법관이 현실주의(現實主義)라면 보편주의 국제법관은 이상주의(理想主義)라 할 수 있다. 국제사회에서 국가는 유일한 실체이고 국가들은 분권화된 사회에서 모두 평등하다고 보는 것이 ‘의사주의적 국제법·법실증주의적 국제법’이라 했을 때 보편주의적 국제법은 국제사회에 국가를 초월한 윤리와 도덕질서가 존재한다고 가정한다.

국제법과 국내법의 관계에 있어 전자가 국내법 우위 일원론 또는 이원론에 가깝다면 후자는 국제법 우위 일원론에 가깝다고 할 수 있다.¹⁴⁶⁾ 요컨대 국제사회에는 중앙정부가 존재하지 않는다. 그리고 분권화된 국제사회에서 국가들간의 관계는 주권평등의 원칙에 따라 관념된다. 따라서 국제법은 국제공법으로 분류되지만, 그 체계는 국내법상 사법체계와 유사하다.

국제법상 국가책임을 인정하는 경우 국제사법재판소는 징영형이나 벌금형과 달리 민사상 손해배상이나 사죄광고 같은 손해배상이나 진사(陣謝)라는 구제수단을 사용한다. 헌법 같이 최고법의 지위에서 국가의 의사에 상관없이 국가를 기속하거나, 형법 같이 강권적으로 적용되는 국제법은 존재하지 않는다.

다만 마약매매의 금지, 휴먼 트래피킹(human trafficking), 소위 인신매매나 집단살해, 즉 제

146) 정인섭, 전거서, 주) 80.

노싸이드(Genocide) 같이 국제사회가 도저히 용인할 수 없는 무법행위에 대하여 강행규범(jus cogens)이 존재할 수 있다는 견해가 있을 뿐이다.

국제법의 법원(法源)으로서 중요한 것은 ‘조약과 국제관습법’ 이라 할 수 있다. 이는 국내법상 사법(私法)적 분야와 동일하다. 특히 조약은 사법상의 계약 유사하고 계약은 계약당사자만을 구속할 뿐 국제관습법과 달리 객관적으로 적용되지 않기 때문에, 오펜하임(L.F.M. Oppenheim) 같은 법학자는 “국제법은 법이 아니다” 라고까지 말한 바 있다.¹⁴⁷⁾

국제법에 관한 이상의 설명은 그것이 일반 국제법의 한 분과를 구성하므로 국제통상법이나 WTO법에도 그대로 적용된다. 예컨대 국제통상에 있어 항용 등장하는 최혜국대우 원칙은 성문협정 조항과 상관없이 국제관습법적 지위를 갖는 경우가 많다.

한편 20세기 이전 근대 국제법 시대에는 조약보다도 유럽 강대국의 국제관행이 중심이 된 국제관습법이 중요한 법원이었다. 그러나 20세기 이후 현대국제법 시대에는 국제관습법보다 조약이 보다 활성화되고 주요 법원이 된다.

특히 유엔이 창설된 이후 ‘관습법의 성문화(成文化)’ 현상이 두드러지는 한편, 거대한 국제관리체제 창설을 위한 다자조약, 즉 입법창설적 성격의 조약이 많이 체결된다. WTO가 그 한 예가 되는데 이는 국제사회의 긴밀화와 광역화를 웅변한다.

그런데 WTO 다자간 무역규범은 i) 조약 ii) 국제관습법 iii) 강행규범으로 구상되는 국제법의 세가지 法源 중 다자조약으로서 조약에 해당한다. 다만 그 입법창설적 성격으로 150개국이 넘는 세계 대다수 국가가 가입하고 있으므로 현실은 국제관습법에 가깝다.

한편 평등한 국가들이 모여 회원국이 되고 권리와 의무를 부담하므로 회원국을 강권적으로 처벌한다거나 형법과 같은 성격의 강행규범이라 할 수는 없다. 다만 최근 발전하고 있는 국제형사법 영역은 예외가 된다.

한편 국제법 우위의 일원론적 국제법관에 따라 WTO를 ‘세계경제헌법체제’라 본다면 WTO법이 상위법(上位法)이 되어 강행규범적 성격을 가진다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 국내 헌법과 WTO법의 우열관계 문제랄지 ‘WTO 결정에도 불구하고 분쟁당사국이 국제사법재판소에 분쟁사안에 관하여 제소할 수 있는가’ 등의 문제가 다투어지고 있는 마당에 WTO법을 무조건 상위법이라고 보기도 어렵다.

특히 WTO 패널이나 상소심의 결정은 국내 사법기관의 판결이나 결정처럼 기속력 등 당연히 강제력을 가지는 것이 아니고, WTO는 결정의 이행을 권고(勸告)할 뿐이다. 이때에 당사국이 문제된 국내조치(Domestic measure)의 철폐등 WTO 권고를 자발적으로 이행하지 않는 경우 보상에 관하여 협의하여야 하고, 그것이 실패하는 경우 승소국은 보복조치를 할 수 있을 뿐이다.

147) Bilder, R. B., & Highet, K. (1994). Oppenheim's International Law.

물론 이때의 보복조치는 새로운 WTO 분쟁해결양해각서(DSU)에 따라 교차보복제도(cross-retaliation)가 도입되는 등 효율적 체계를 갖추었지만, 주권평등의 분권화된 체계의 본질을 여전히 가지는 것이다. 따라서 WTO 분쟁해결기구의 결정은 권고적 효력을 가질 뿐이고, 피해의 회복은 승소국이 분쟁해결기구의 승인을 얻어 피해를 회복하기 위하여 필요한 범위내에서 자신의 의무나 양허를 정지함으로써 가능할 뿐이다.

그러므로 WTO 체제는 국제형사재판소 재판처럼 강제력을 갖거나 4개의 관할범죄에 관한 법처럼 강제규범으로 이루어진 체제라 할 수는 없다. 그러나 강제력(coercive power)이 아닌 규범력(normative power)의 관점에서 보면 보편적 통상관리체제로서 조약의 본질을 가지면서도 국제관습법과 같이 광범위하게 객관적으로 적용되는 세계경제헌법이라 보아도 무방하다. 또한 그 체제의 회원국 수는 150개국을 넘어 거의 세계 모든 국가를 망라하고 있다.

국제사회가 긴밀화하고 광역화하면서 기존의 의사주의적 국제법관이 약간이나마 보편주의적 국제법관의 영향을 받고 있다. WTO 의사결정방식이 그 한 예가 되는데 의사주의적 국제법관에 따르면 WTO 의사결정은 총의(總意)에 의하여야 한다.

WTO 체제는 다자간 통상규범이라는 다자조약이 기구의 본질이라 할 수 있으므로, 당연히 그 의사결정은 총의에 의하는 것을 원칙으로 한다. 그러나 하나의 체제로서 가중다수결 또는 단순다수결에 의하도록 예외가 인정되기도 한다.

WTO 의무면제, 소위 웨이버(Waiver)의 경우에는 3/4의 가중다수결로 의결할 수 있으며, 회원국 권리와 의무를 변경시키는 상품무역협정이나 서비스무역협정의 개정은 2/3의 가중다수결로 의결할 수 있다.

이때에 개정에 찬성표를 던진 수락국이 아니면 개정의 효력이 미치지 않는다. 의사주의 국제법관의 결과라 할 수 있다. WTO 같은 국제기구는 통상을 관리하는 국제체제, 즉 국제통상관리체제라 할 수 있다. 우리가 북한을 국가라 인정하지 않으면서 북한체제라 부르듯이 국제기구 또는 체제는 영토나 국민 또는 통치권을 결여하고 있다.

그러나 국제기구 또는 국제체제는 북한체제와 같이 정통성(正統性)을 결하였거나 괴뢰집단이라고 할 수 없다. 국가와 같이 완전하지는 않지만, 법의 지배라는 인류의 이상을 담아 국제법을 그 본질로 하고 법을 통하여 관리자로서 기능을 수행하는 진보적 실체인 것이다.¹⁴⁸⁾

148) Jennings, R. Y. (1996). The judiciary, international and national, and the development of international law. *International & Comparative Law Quarterly*, 45(1), 1-12.

5. WTO의 현재와 미래

전술한 바와 같이 영국의 청교도혁명과 명예혁명 미국의 독립혁명, 프랑스 대혁명으로 이어지는 근대 시민혁명은 시민이 주인이 되는 시민주권사회, 시민민주주의 사회를 구현하게 된다. 칼비니즘(Calvinism)의 영향으로 청교도의 퓨리탄 정신과 시장과 경제에 대한 경외감은 일찍이 청교도 혁명으로 이어지고, 제 3계급이라 불리우는 신흥 상업자본가들이 정치와 경제의 중심세력으로 역사에 등장하게 된다.

프랑스에서는 삼부회와 앙상 레짐(ancien regime)이 붕괴하고, 미국에서는 남부 농업자본으로부터 북부의 상업자본으로 체제의 중심이 옮겨 간다. 소위 미국 헌법의 제정이라는 역사적 이벤트가 변증법적 경제사관, 역사적 유물론, 즉 플루토크러시(Plutocracy)라는 관점에서 설명된다.¹⁴⁹⁾

시민사회의 새로운 인식 체계인 사회계약론(social contract)이 근대 시민사회의 당위성과 미국 헌법 제정의 정당성을 뒷받침하는 정신적 혁명인 것에 비견된다. 요컨대 시장과 경제는 세계적 혁명체제이고 절대권력으로부터 시민의 자유를 보장하는데 있어 핵심적 주제가 된다. 그리고 자유시장경제체제에서 국가는 시장의 규제자(regulator)이다.

다만 자신이 한 약속인 WTO법에 위배되어서는 안된다. 소위 자유무역의 원리와 정신이 근대 시민사회의 헌법핵적인 것이라면 국가는 이러한 기본 원리와 정신에 위반되지 않는 범위 내에서 무역시장과 통상에 대한 규제를 할 수 있다.

시장과 경제는 매우 파워풀한 개념이다. 따라서 향후 WTO 주제범위는 국제사회의 긴밀화·광역화 현상과 함께 확대될 수 있다. 물론 그 주제범위는 국제기구의 전문성의 원칙에 따라 국제무역과 관련성이 있어야 한다.

그래서 WTO가 출범하면서 만들어진 것이 무역관련지적재산권(TRIPs)협정이다. 지적재산권에 관한 국제체제는 이미 WIPO를 통하여 세계적 차원에서 관리되고 있다. 그런데 새로운 WTO체제는 회원국 수도 많을뿐 아니라, 분쟁해결제도가 잘 정비되어 있어 WTO체제를 통하여 지적재산권을 보호하는 것이 보다 효율적이다. 다만 무역과 관련이 있어야 한다. 그래서 이름도 무역관련지적재산권협정이라고 불리운다.

학제간 연구의 중요성을 강조하면서도 범경제학에 범이 없으면 안되고 정치경제학에 경제가 없으면 안되는 것과 마찬가지로이다. 요컨대 WTO 주제범위는 무역을 키워드로 하여 인접분야로 확대될 가능성이 있다.

현재 블루 라운드(Blue round)라 불리우는 노동문제, 이라운드(E-Round)라 불리우는 환경문제, 씨라운드(C-Round)라 불리우는 경쟁문제 등이 무역과 관련한 한도내에서 새로운 다자간 통상의제로 연구되고 교섭되는 중이다.¹⁵⁰⁾ 멀지 않은 장래에 무역관련지적재산권협정처럼

149) Kuhner, T. K. (2015). American plutocracy. King's Law Journal, 26(1), 44-75.

무역관련환경협정이 체결될지 모른다.

자유시장원리는 규제자로서의 국가(國家)와 시장(市場)의 분리를 그 기본원칙으로 한다. 이는 시장에서 기업은 자유롭고 차별받지 않아야 한다는 것을 의미한다. 시장에서의 공정경쟁과 국가의 산업보호라는 2개의 교차점에 있는 것이 WTO 반덤핑협정과 보조금및상계조치에 관한협정이다.

덤핑이나 보조금은 시장에서 불공정한 경쟁으로 이어지고 국가는 자국산업과 시장보호를 위하여 반덤핑조치나 보조금 효과를 상쇄할 수 있는 상계관세를 부과할 수 있다.¹⁵¹⁾ 기업은 시장을 분할하여 인위적으로 가격을 조작, 정상가격 아닌 낮은 수출가격으로 수출할 수 없다.

이는 불공정경쟁이고 나라들은 반덤핑법에 따라 덤핑행위를 조사하고 덤핑의 존재와 덤핑으로 인한 국내산업의 피해 양자간 상당한 인과관계가 있다고 판단한 경우에는, 가격인상약속(Price undertaking)을 받거나 덤핑 마진에 해당하는 반덤핑관세를 부과할 수 있다.

낮은 가격으로 수출하는 경우 수입국 소비자에게 유리하고 덤핑은 자유시장원리의 혜택이며 물질적 복지 수준을 높일 수 있다는 일부 경제학자의 주장도 있지만, 기업간 불공정경쟁으로 일국의 특정 산업분야에 피해가 있을 수 있다.

세계경제는 나라들의 산업과 시장으로 구성되고 상호의존적이므로, 시장을 분할·조작한다거나 덤핑을 이용하여 불공정경쟁을 하는 것은 공급측 관점에서 보면, 세계시장에서의 자유로운 경쟁을 저해하는 것이다.

19세기 말에서 20세기로의 전환 무렵 당시, 세계최대공장이었던 영국이 신대륙 시장에서 자국 제조산업의 경쟁력을 높이고 시장지배적 지위를 유지하기 위하여 덤핑 전략을 이용하였다. 이에 반발한 캐나다, 미국, 호주 등이 국내 반덤핑법을 제정하였고, 제2차 세계대전 이후 GATT법에 반덤핑과 보조금 조항이 들어오게 되었다.

보조금과 상계관세도 기업간 시장에서의 공정한 경쟁을 보장하기 위한 것이다. 윤 대통령이 대한민국 제1호 사원이라 공언하듯이 국가는 자국 경제를 운영하고 관리·발전시킨다. 그런데 시장과 경제의 진작을 위한 정부의 조치가 금지보조금에 해당하거나 조치가능보조금에 해당하는 경우 이는 상계조치의 대상이 된다.

보조금이 수출이나 수입에 견련되는 경우 이는 금지보조금에 해당한다. 금지보조금이나 허용보조금에 해당하지 않는 보조금은 모두 조치가능보조금에 해당하는데, 이 때에 그 보조금에 특정성(specificity)이 인정되는 경우 상계조치의 대상이 된다.

150) 김기영. (2019). 파리기후협약의 法社會學-경제, 환경, 그리고 협약의 規範적 실효성을 위한 약간의 검토. 법학논총, 26(1), 41-90.

151) 이춘삼, 전게서, 주)137.

예컨대 국가가 고속도로나 항만을 건설하여 사회간접자본을 확충하고 국가경제를 진작하는 것은 국가의 의무로서 당연한 것이지만, 망한 특정 조선기업군을 살리기 위하여 헐값의 주식을 시민의 세금으로 시장원리에 반하여 고가에 매입함으로써, 기업에 특혜를 주는 것은 특정성이 인정되는 보조금 조치가 되어 피해를 입은 외국은 상계조치를 할 수 있다.

덤핑과 보조금은 시장에서의 불공정경쟁으로 이어지고, 이에 대하여 법이 제재를 하는 것이므로 법의 구조가 동일하다. 보조금에 대한 상계조치가 가능하기 위하여, 조사당국은 i) 보조금의 존재 ii) 국내산업의 피해 iii) 양자간 상당인과관계라는 법적 요건을 증거에 의하여 입증하여야 한다.

이때에 조사당국의 판정과 조치는 당해 회원국의 국내조치가 되고 반덤핑협정을 비롯하여 WTO협정에 위반되지 않아야 한다. 미국의 상무성과 무역위원회는 법상 덤핑조사기관이 되며, 그 조치에 불만이 있는 회원국은 WTO에 제소할 수 있다.

한편 덤핑 조사와 판정에 불만이 있는 기업은 연방무역법원에 제소할 수 있으며, 미 헌법상 사법체계에 따라 항소할 수 있다. 덤핑판정이 부당하다고 주장하는 기업이 WTO에 직접 제소할 수는 없다. 일반 국제법이론에 따라 국가의 외교적 보호권에 기댈 수 밖에 없으며, 통상분쟁화 되는 경우 회원국인 국가는 조사국을 상대로 반덤핑협정 위반 또는 보조금협정 위반을 이유로 제소할 수 있다.

아래는 삼성 등 한국기업에 대한 미국의 반덤핑조치와 상계조치가 문제된 사례이다. 협정상 “패턴(pattern)의 의미”와 “제로잉(zeroing)의 개념”들이 문제되었는데, 한국에 불리한 판결을 내린 패널의 결정이 상소기구에 의하여 파기되었다.¹⁵²⁾

판결의 요지는 “덤핑판정을 위하여 행하는 가격비교는 특단의 사정이 없는한, 가중평균치나 당해 거래가격 등 같은 성질의 가격비교를 통하여 공정하게 하여야 한다”는 것이다. 또한 “보조금 효과의 판정에 있어서도 국내 공장은 물론 동종상품을 생산하는 해외공장도 포함하여 공정하게 판정하여야 한다”는 취지를 담고 있다.

A. 상소기구는 “패턴이라는 개념은 구매자에 대한 모든 수출가격을 의미하고, 이때에 패턴은 일정 지역이나 일정 기간을 기준으로 정할 수 있다”고 판시하였다. 패턴은 패턴에 의하여 정해진 모든 수출가격이 다른 가격에 비하여 현저히 낮아 다른 구매자 - 일정지역이나 일정기간이 기준인 경우에는 그러한 조건하에 있는 다른 구매자 - 에 대한 수출가격과 현저한 차이를 보인다.

B. 상소기구는 “현저히 차이가 나는 가격을 결정하기 위하여 관세 당국은 양적 질적 방법을 이용하여 가격 차이를 결정할 수 있다”고 판시하였다. 이에 상소기구는 “수출가격의 패턴이 다른 가격에 비하여 현저히 차이가 나는 것을 입증하기 위하여 순수하게 양적 방법에 따라야 한다”는 패널의 결정을 파기하였다.

152) DS402: United States - Use of Zeroing in Anti-Dumping Measures Involving Products from Korea, WT/DS402/7 | 9 December 2011.

C. 상소기구는 “덤핑 조사당국은 거래방법으로 인하여 수출가격에 있어 문제되는 차이가 나는 것을 적절하게 설명하고 나서야, 가중평균가격과 거래가격을 비교하여 덤핑마진을 결정할 수 있다” 고 판시하였다. 따라서 “미합중국 정부가 가중평균가격간 비교를 통하여 덤핑마진을 결정하였다 하더라도, 반덤핑협정 2.4.2에 위반하지 않는다” 는 패널의 결정을 파기하였다.

D. 반덤핑협정 2.4.2는 “덤핑조사당국에게 가중평균과 당해 거래가격을 비교하여 덤핑마진을 결정할 수 있다” 고 규정하면서, 다만 이러한 방법을 사용하는 경우 조사당국은 패턴을 구성하는 모든 수출가격을 수출 회수로 나누어 비교하도록 규정하고 있다.

E. 그러나 반덤핑협정 2.4.2는 체계적 무시(systemic disregarding)을 허용하지 않고 있다. 체계적 무시를 조사당국이 가중평균가격과 거래가격을 비교하면서 패턴 내의 거래에 대하여 분리된 비교를 행하거나, 가중평균간 또는 개별거래간 가격을 비교하지만, 패턴 밖의 거래에 대하여 분리하여 비교하고 그 결과 덤핑의 존재나 덤핑마진을 결정하는 것을 의미한다.

F. 상소기구는 “가중평균과 개별 거래가격을 비교하여 덤핑의 존재나 덤핑마진을 판정함에 있어, 비패턴 거래들을 배제하는 것은 반덤핑협정 2.4가 규정하는 공정비교요건에 부합한다” 고 판시하였다.

G. 상소기구는 “대한민국이 미 관세당국이 쟁점이 되고 있는 체계적 무시가 반덤핑협정 2.4.2 9.3. GATT 7:2에 위반된다는 패널의 결정은 유효하지 않다” 고 판시하였다. 한편 상소기구는 “가중평균대 개별 거래가격을 비교하여 덤핑의 존재나 덤핑마진을 결정하면서 미 조사당국이 제로화 방식을 사용한 것이 위 조항들에 위반된다” 는 패널의 결정은 유효한 것으로 보아 유지하였다.

H. 상소기구는 “한국 정부에 의하여 채택된 특정 보조금 정책이 한국의 영토내 지정 지역에 존재하는 특정 기업들에 한정되고, 이로써 미 상무성의 지역적 특정성 판정이 보조금협정 2.2에 위반된다는 주장을 입증하지 못하였다” 는 패널의 결정을 유지하였다.

I. 상소기구는 미 상무성은 한국 정부의 보조금 정책이 삼성의 디지털 제품에 한하여 지원되는 사실을 부인하면서 삼성의 모든 생산품을 대상으로 하고 있다는 부적절한 판단을 한 것으로 보았다.

J. 상소기구는 또한 미 상무성은 한국 정부의 특정 보조금이 한국내에서 생산된 삼성제품에 국한되고 삼성의 생산품이 전 세계적으로 생산되는 현실에 대하여 잘못된 인식을 하고 있는 것으로 보았다. 따라서 상소기구는 보조금 수혜 마아진을 초월하여 상계관세액을 잘못 산정한 것으로 판단하였다.

K. 결론적으로 상소기구는 “미 상무성의 판정은 보조금협정 19.4 GATT VI:3에 위반되지 않는다” 는 패널의 결정을 파기하고 반대로 미 상무성의 판정은 동 조항들에 위반된다고 판시

하였다.

L. 이러한 패널의 결정에는 반대의견이 있다. 반대의견에 따르면 반덤핑협정 2.4.2.2 문단이 규정하고 있는 패턴의 범위내에서 조사당국이 제로잉(zeroing)을 할 수 있도록 허용하는 것이 보다 적절하고 방어하기 쉬운 해석방법이라고 한다.

6. 국제법과 WTO 체제의 사적 개관

20세기 특히 유엔이 만들어지고 난 뒤 국제사회의 긴밀화·광역화로 인하여 WTO와 같은 입법창설적 성격의 조약이 많이 체결되었다. 그러한 조약들은 수 많은 회원국 수와 함께 내부적으로 일정한 관리체제를 구축하고 있다.

국제해양법협약이나 파리환경협약, 국제통화금융협약, 남극협약, 국제우주협약, 국제지적재산권 협약 등 수 많은 다자조약(多者條約)과 국제관리체제가 존재한다. 20세기 현대국제법 시대에 들어 주권평등의 원칙이나 국내문제불간섭 또는 상호주의 원칙을 넘어 20세기 무력행사금지의 원칙이나 인권보장의 원칙 같이 새로운 국제법 원칙이 자리잡아 가고 있는 것도 국제사회와 국제법의 현실이라 할 수 있다.

그로티우스(H. Grotius)가 그린 국제법 즉 ‘전쟁과 평화의 법’은 이제 전쟁에 중점이 두어진 시대에서 평화에 걸맞는 국제법 시대로 중점이 옮겨 가게 되었다.¹⁵³⁾ 수 많은 전쟁과 강화조약, 그리고 유럽강대국의 국제관행이 주요한 국제법이 되었던 근대 국제법 시대가 20세기를 전후하여 변모하게 된 것이다. 전쟁의 법 시대가 정점에 이르자 부전조약(Kellog-Brian Compact)이 체결되고, 헤이그 육전규칙 같은 국제법이 만들어지기도 한다.

이러한 국제법 경향은 독일의 헤겔리즘(Hegelism), 환언하면 절대정신의 국가관 등에 의하여 역사적 정점에 이르고 정전론과 전수론 같은 이론으로 이어진다. 노암 촘스키(N. Chomsky) 같은 인문철학자는 국제사회를 불량상태라 보았다. 그의 국제관계에 대한 시각은 헤겔리즘과 함께 국제사회를 이해하는데 도움을 준다. 국제사회에서 다른 어떠한 행위자보다도 실력을 가진 행위자는 국가라 할 수 있다.

미국이나 유럽 국가들의 도움을 받지 않고 국제형사재판소가 실질적으로 기능하기 어렵다. 각국 경찰의 협력체인 인터폴이 없으면 국제사회에서 형사적 정의를 세우기 어렵다. 국가들의 협력이 없으면 유엔평화군 구성을 할 수 없다. 이는 국제사회는 불량상태이고 국가는 절대이성이라는 세계관에서 이해할 수 있다. 국가에 대한 정치학적 시각은 “국가는 합법적으로 폭력을 행사할 수 있는 유일한 실체”라는 것이다.

그 이면에는 서양철학사의 중요한 뿌리라 할 수 있는 헤겔리즘이 있다. 이러한 인식체계는 국가이성(raison e' tat)과 같은 근대 절대국가관(絶對國家觀)에서 시작한 국제법의 역사와 궤를 같이 하고 핵심적 국제법체계인 ‘의사주의적 국제법’과도 연계된다. 수 많은 전쟁과 비판적 인간관은 해체주의 철학이나 인문법학자들의 기회가 된다. 전문적 범영역으로서 국제법은 국가와 국가간, 국가와 국제기구간 같은, 소위 국제법의 주체간 권리의무관계를 학습한다.

이는 국제법학의 체계로서 에크허스트(M.B. Akehurst) 같은 학자는 개인은 국제사회에서

153) Leger, J. S. (1962). The "etiamsi daremus" of Hugo Grotius: a study in the origins of international law. Pontificium Athenaeum Internationale "Angelicum".

‘개나 짐승에 다름아니다’ 라고 하였다. 따라서 강제징용공이 자신의 피해를 국제사법재판소에서 주장할 수 없고, 삼성이 WTO에서 미 정부 덤핑판정의 부당함을 주장할 수 없다. 국가만이 외교적 보호권 이론에 따라 법적 인격이 되어 다룰 수 있을 뿐이다. 이러한 강고한 국제법체계에서 레옹 뒤기(L. Duguit) 같은 법학자는 ‘인간의 행복’ 같은 법의 궁극적 목적을 생각한다.¹⁵⁴⁾

해체주의·인본주의 철학을 배경으로 법의 목적과 이상은 결국 인간으로 귀착되고, 국제법체계를 넘어 법이 궁극적으로 지향하는 인간의 존엄과 가치를 돌아보아야 한다는 것이다. 독일의 단체주의 정신과 단체법의 발전이나 프랑스의 인본주의 전통과 인권선언 같은 것들이 대비되는 대목이다.

2차 세계대전으로 탄생한 새로운 국제사회, 새로운 국제질서는 국제법의 중점을 전쟁에서 평화로 탈바꿈 시켰다. 새로운 평화시대의 국제법 체계에서는 미미하지만, 인본주의적 국제법관이 구현되고 있다. 이제 개인도 특정한 국제법 영역에서 더이상 개나 짐승이 아니게 되었다. 뉘른베르크 전범재판에서 시작한 국제법과 개인의 인격관계는 유엔 인권이사회나 유엔 난민고등판무관 제도 등으로 이어지고, 제노사이드를 자행한 무도한 정부 수반을 국제사회가 국제법에 근거하여 직접 처벌할 수 있게 되었다.

국가의 절대이성은 이성과 윤리를 기반으로 하지만, 그것이 인간의 존엄과 가치로 귀결하지 않는 한 국가간 갈등이나 전쟁으로 이어지기 쉽다. 사무엘 헌팅턴이 말한 종교적 갈등이나 문명의 충돌과 비슷한 상황이 되는 것이다. 요컨대 20세기 유엔을 중심으로 한 현대국제법의 발전은 입법창설적 성격의 다자조약을 통하여, 국제사회를 불량상태에서 국가와 같이 이념을 지향하고 원칙과 정의 같은 이념이 지배하는 사회로 변화시키고 있다. 그리고 그것은 국제관치체제가 되어 전문분야에서 국가 비슷한 기능을 수행하고 있다.

예컨대 해양법협약이나 남극협약, 우주협약 등의 역할은 영역 내 물을 관리하는 국가기능과 유사하며, WTO나 IMF 세계은행 등의 역할은 경제에 관한 국가기능에 비견될 수 있다. 노동문제에 관한 국제노동기구나 유엔환경관리체제 역시 국가기능에 비추어 이해할 수 있다.

평화시대의 국제사회가 불량상태 또는 야생상태가 아니고 국가처럼 평화와 질서에 기반하면서 이성에 따라 인간의 존엄과 가치를 지향하고 있다는 것은 무엇보다도 유엔 인권이사회나 지역인권보장체제 등을 통하여 드러난다.

물론 이러한 비유는 국제체제의 본질이 아직은 연성적이어서 완전한 것은 아니지만, 국가의 경우에도 경제적 현실로 인하여 노동권의 보장이 완전하지 않고 독재로 인하여 인권보장이 형해화 되어 있다는 것을 감안하면, 국제사회의 진보는 괄목하다 할 수 있다.

다만 ‘국제법의 파편화(Fragmentation of international law)’ 현상과 함께 우리는 현대국제법의 발전에 둔감할 뿐인 것이다. 시장의 규제자로서 국가는 관세를 통하여 무역을 규제하고 허락한다. 관세는 가장 대표적이고 합법적인 무역에 대한 규제 수단이다. 따라서 우루과이

154) Duguit, L. (1917). The law and the state. Harvard Law Review, 31(1), 1-185.

라운드 협상에서 농산물 분야가 WTO 관할로 들어오면서 체결된 새로운 농산물협정의 모도가 ‘예외없는 관세화’였다.

무역거래에 있어 embargo라 불리는 금수조치를 포함하여 쿼터제 등 수량제한조치는 역사적 경험에 비추어 외교적·경제적 차원에서 해악이 크다고 보아, GATT법 제 11조에 따라 원칙적으로 금지되어 있다. 물론 광범위한 예외가 인정되고 있다.

요컨대 관세의 부과는 관세장벽으로 이어져 자유무역의 혜택을 감소시킨다. 이에 선진공업국 22개국이 공산품 무역을 중심으로 1947GATT 체제를 출범시키고 행한 8차례 다자간 협상은 GATT이름이 시사하듯이 관세문제, 즉 일반적 관세인하교섭이 체제의 핵심의제가 된다.

이때에 다자간 무역협상이란 WTO 각료회의 중 체제에 중요한 변화를 가져온 각료회의를 달리 일컫는 말이다. 국제법 체제인 WTO에서 각료회의는 GATT/WTO의 최고의사결정기구이다. 회원국 외교통상장관으로 구성되는데, 2년마다 1번씩 개최되게 되어 있다. 다만 이는 비상설기구로서 평상시에는 각료회의의 위임에 따라 WTO 일반이사회가 최고의사결정기구 역할을 하고 있는데, 이는 상설기관(standing body)이다.

WTO 일반이사회는 통상분쟁이 제기되어 분쟁해결절차가 발동되는 경우에는 WTO패널과 상소기구의 전문적 자문을 받아 분쟁해결기구(DSB)로서 역할한다. 또한 분쟁의 사전예방을 위한 무역정책사전검토제도 하에서 무역정책검토기구의 역할도 한다. 감투가 3개인 셈이다.

이러한 기구의 조직체계는 상소기구의 설치나 역만장일치제(逆兩場一致制)등을 통하여 그 사법적 성격이 강화되었지만, GATT/WTO의 본질은 여전히 입법창설적 다자간 통상조약에 기반한 외교적 성격의 국제법체제라는 것을 시사한다.

관세인하만이 기구의 핵심의제이던 시대는 1960년대 제 6차 다자간 협상인 케네디 라운드에서 그 절정에 이른다. 국제관계와 외교협상에 있어 정상회담의 중요성이 부각되면서 미 케네디 대통령이 주도한 제 6차 다자간 협상은 관세의 일괄인하방식을 통하여 큰 성과를 거둔다. 1970년대 동경라운드는 이전 다자간 무역협상과 달리 관세장벽 외에 자유무역에 장애를 주는 관세이외의 무역장벽 문제가 최초로 제기되었던 다자간 무역협상이다.¹⁵⁵⁾

이를 비관세장벽(non-tariff)문제라 부르고 수입허가절차협정이나 기술장벽협정 등과 같이 관세 이외에 무역왜곡효과를 야기할 수 있는 비관세 문제를 다루는 협정들이 독립된 협정으로 체결된다. 또한 산업피해구제제도는 이전 GATT협정 조항만으로 운영되던 덤핑과 보조금 문제를 반덤핑협정·보조금협정 등 독립된 협정에 의하여 다루기 시작한다.

이러한 협정들로 인하여 1980년대 우루과이 라운드를 통하여 사용되는 용어들의 법적 개념이 보다 명확하고 체계적으로 발전한다. 요컨대 1970년대 1980년대 강대국들의 신보호주의

155) Kinzius, L., Sandkamp, A., & Yalcin, E. (2019). Trade protection and the role of non-tariff barriers. *Review of World Economics*, 155(4), 603-643.

(neo-protectionism)정책은 세계시장에서 관리무역기 시대를 열게 된다.

국제사회의 갈등과 시장의 자유의 축소는 동경라운드에서 비관세장벽 문제가 전면에 등장하고, 1980년대 우루과이 라운드를 통하여 1947GATT체제의 전면적 재편으로 이어지는 계기가 된다. 당시 수출자율규제(Voluntary export restraint)나 시장질서유지협정(Orderly market arrangement)등 소위 회색지대조치는 새로운 긴급수입제한조치에 관한 협정을 통하여 다자주의원칙(multilateralism)에 기반한 WTO 통상관리체제에 포섭된다. 회색지대조치(Grey area measure)란 말 그대로 ‘의심을 사는 조치’란 의미이다.

일반 국제법이론에 따르면 국가가 자유롭게 협상하고 수출자율규제나 시장질서 유지에 협조하는 것에 합의하는 것은 법적으로 아무런 하자가 없다. 다만 시장은 상호의존적이고 국경을 초월하여 불가분적인 것이어서 GATT나 WTO는 보편적 시장의 자유와 다자주의 원칙에 입각해 있다. 양자협상을 통한 VERs나 OMA 등은 국제법 일반원칙에 반하지 않지만, GATT 체제에서 이탈하면서 다자주의(多者主義)에 반하는 성격을 갖는다.

중대·명백성의 기준에 따를 때에 명백히 불법은 아니지만 회색분자란 말처럼 원칙에 반하는 모호한 조치, 즉 회색지대 조치들이 1994년 WTO 출범과 함께 새로운 긴급수입제한조치 협정에 따라 규율되고 있다. 국가는 일정한 조건하에 무역을 할 수 있는 은혜를 베푼다. 최혜국대우 원칙이나 양허 같은 말들은 그러한 관념에서 만들어진 말이다. 관세 문제는 무역 행정의 시작이고, 우리는 관세의 경우 관세양허와 관세평가라는 개념을 이해할 필요가 있다.

관세양허시 국가는 관세양허표를 작성하여 제출하는데, 우루과이 라운드 협상에서도 회원국들은 상품분류표에 따라 상품별로 관세율을 정하여 양허하고 이러한 양허표들은 마라케쉬 의정서에 첨부되었다. 이는 WTO법이 되어 국가는 자신의 양허표에 기속된다. 새로운 WTO 서비스무역협정은 무형재인 서비스무역의 자유화와 시장개방을 추구한다. WTO의 출범은 모든 것이 타결되어 출범한 것이 아니다.

서비스무역의 경우 출범 이후에도 회원국들은 ‘리퀘스트-오퍼(request-offer)’ 방식으로 개별협상을 행하고, 그 결과 자국의 서비스시장 개방에 관한 양허표를 작성하여 제출하여야 한다. WTO 9차 다자간 협상인 도하개발아젠다, 소위 DDA에서 이러한 문제가 다루어지고 있는데 큰 진전을 보지 못하고 있다. 도하개발아젠다에 대한 평가는 ‘전반적 실패와 부분적 성과’ 정도로 요약되고 있다.

2013년 발리 각료회의, 2015년 나이로비 각료회의에서는 부분적 성과를 이루어 내었다.¹⁵⁶⁾ 서비스 양허는 유형제 교역인 상품무역과 달리 상품과 관세율을 양허하는 것이 아니라 서비스시장 개방에 관하여 ‘분야와 규제조치’로 나누어 약속하고 무역을 허락한다. 환언하면 서비스 양허(讓許)는 시장개방을 하려는 서비스 분야와 동 분야의 무역거래에 가능한 규제조치 2부분에 관하여 양허하게 된다. 유형제 즉 상품무역에서 상품의 종류와 해당 상품에 대한 관세율이라는 2부분과 대비될 수 있다.

156) 최원목(2023). 국제통상법의 이해, 박영사.

이때 ‘서비스 분야’의 양허는 포지티브 시스템(Positive system)에 따라 양허표에 기재된 분야는 개방하겠다는 적극적 개방 약속이 된다. 한편 규제조치 부분은 네거티브 방식(Negative system)에 따라 기재된 규제조치들은 규제수단으로 사용 가능하고, 적극적으로 기재되지 않는 규제조치들은 더 이상 사용할 수 없다. 환언하면 그러한 의미에서 서비스 시장의 자유가 보장되는 것이다.

7. 국가와 시장

가. 서언

국가 또는 정부라는 공적 영역과 시장 또는 상업이라는 사적 영역은 사회과학도의 기본 인식체계에 깊게 뿌리 박혀 있다. 국제법이라는 주제와 관련하여 세가지 문제를 생각해 보자.

일반 국제법상 문제되는 주권면책이론(State Immunity), WTO 복수국간 무역협정인 정부조달협정(GPA), WTO 다자간 무역협정인 보조금및상계조치에관한협정(ASCM)이 그것이다.

첫째는 평등한 국가간 발생하는 문제이고, 둘째는 입법창설적 성격의 다자조약 체제에서 발생하는 문제이지만 정부가 시장에서의 행위자인 경우에 발생한다는 공통점을 갖는다. 물론 주권면책이론은 국내법정에서, 정부조달협정 문제는 국제법정에서 다루어진다는 차이가 있다.

첫번째의 경우에는 상업적 행위(Commercial activities) 예외에 해당하는 경우에는 국가도 타국의 사법관할권에 복종하여야 하고, 두번째의 경우에는 정부조달의 경우 WTO법상 자유시장원리의 예외가 인정되고 있다. 그런데 중요한 것은 주권면제의 경우에는 절대적 주권면제가 상대적 주권면제로 바뀌었으며, 정부조달의 경우에는 최혜국대우나 내국민대우 같은 시장의 자유나 비차별 원칙이 확대되어 가고 있다는 사실이다. 민주주의의 발전으로 법치주의가 확대된 것으로 이해해도 무방할 것이다.

세번째 문제는 국가가 시장에서의 직접적 행위자는 아니지만 금지보조금(prohibited subsidies)이나 특정성이 인정되는 조치가능보조금(actionable subsidies)에 해당하는 특혜적 지원을 하는 경우에 발생한다. 세가지 모두 국가와 정부, 시장과 기업이라는 이분법적 기본체계하에서 논의되고 있으며, 그에 따라 특별하게 법리(法理)가 발전되어 왔다.

나. 국가면책 이론

먼저 국가면책 또는 주권면책이론에 따르면 국제사회에서 국가는 타국의 사법관할권에 복종하지 않는다.¹⁵⁷⁾ 국가는 서로 평등하다는 주권평등의 원칙에 따라 분권화된 국제사회에서 일국의 사법기관이 타국 정부를 피고로 재판하는 것은 논리상 맞지 않기 때문에 발전한 법리이다.

전술한 바 있는 절대 이성으로서의 국가관, 즉 헤겔리즘(Hegelism)적 사고이다. 그런데 국가의 모든 행위가 타국이 함부로 할 수 없는 신성한 것이라거나 사법적 판단이 부적절한 것은 아니라는 사고를 하기 시작한다. 국가의 행위를 통치권을 행사하는 고권적 작용과 일반 사기업과 같은 상업적 행위로 나누어 후자의 경우에는 주권면책 이론의 예외로 하자는 생각이 대두한다.

157) 김대순(2022), 국제법론, 삼영사.

이를 상대적 또는 제한적 주권면제(restrictive immunity)라 하고 절대적 주권면제(absolute immunity)이론과 구별하며, 상대적 주권면제는 오늘날의 통설이라 할 수 있다. 주권면제를 인정하는 법적 근거로는 국내 성문법에 따르는 국가들도 있고, 성문법을 제정하지 않고 국제관습법으로서 주권면책을 인정하는 국가들도 있다.

미국과 영국은 전자의 경우에 해당하고, 한국은 후자의 경우에 해당한다. 상대적 주권면제 이론에 따르면 국가의 통치작용, 예컨대 2차 세계 대전 당시 독일 정부의 이탈리아인 강제 노역이나 일본 정부의 재산 몰수 조치 등에 대하여 이탈리아 헌법재판소나 한국의 법원은 독일이나 일본을 피고로 하여 사법적 책임을 물을 수 없다.

그러나 한국의 특별법에 따라 설립된 한국자산공사(KAMCO)는 정부기관이고, 미국의 투자자에 관련하여 행한 조치는 상업적 행위에 해당하지 않으므로, 주권면책이론에 따라 미국 국내법정은 재판권을 행사할 수 없다. 물론 타국이 능동적 당사자인 원고(原告)로 소를 제기하는 경우에는 주권면책이론이 적용되지 않는다. 주권면책은 국가의 권리이므로 스스로 포기하는 경우 역시 동 이론이 적용되지 않는다.

다. 정부조달협정

전술한 바와 같이 국가와 시장이라는 2분법적 사고는 국제통상법의 기본 골간을 제공한다. 시장의 규제자로서의 국가와 WTO법을 지켜야 하는 회원국으로서의 의무라는 체계는 결국 국가와 시장, 통상관리체제로서의 WTO라는 3각 체계로 이루어져 있기 때문이다.

다만 주권면책 이론과 달리 WTO 체제는 입법창설적 성격의 조약에 기반한 국제통상관리체제이므로, 국가는 주권면책의 경우와 달리 무역관리에 관한 경제주권의 일부를 국제사회에 이양한 것으로 이해할 수 있다.

한편 WTO법에도 국가가 규제자가 아닌 시장에서의 행위자가 되어 법의 규제를 받는 경우가 있다. 정부조달협정이 그 대표적 경우이다. 정부조달협정은 복수국간 무역협정(PTA)의 하나로 다자간 무역협정과 구별된다.¹⁵⁸⁾

WTO법상 선진국(developed states), 개발도상국(developing states), 최빈개도국(least developed countries)이라는 용어들이 구별되어 사용되고 있고, WTO법이 법적으로 달리 취급하는 법적 개념이듯이, 복수국간 무역협정은 다자간 무역협정과 다르다.

환언하면 회원국은 가입으로 인하여 당연히 다자간 무역협정의 당사국이 되지만, 복수국간 무역협정은 필요한 경우 자유롭게 가입하면 된다. 이때에 정부조달협정에 가입하지 않은 회원국의 경우, 자국의 무역에 관한 국내조치(Domestic measure)는 다른 WTO 협정에만 위반하지 않으면 된다.

158) 이춘삼. 전게서, 주) 137; 최원목. 전게서, 주) 156.

정부조달협정은 정부가 필요한 상품이나 서비스를 구매함에 있어, 일반 사기업과 다르다는 관점에서 출발한다. 정부는 사기업과 달리 국산품을 우선 구매한다거나 공공정책적 고려를 할 수 있고, 법에 따라 특별한 취급을 할 수 있다고 본다.

시장에서의 불필요한 규제나 차별조치들을 없애 자원(資源)의 최적배분을 이루고 인류의 물질적 복지수준을 최대화하려는 WTO 이상이 정부조달의 경우에는 예외가 된다. 예컨대 최혜국대우나 내국민대우 같은 평등한 대우 의무 등이 정부조달의 경우에는 예외가 되어 정책목적상 차별이 가능할 수 있게 되는 것이다.

다만 정부조달의 경우에도 시장원리를 확대하자는 것이 세계시장의 대세이다. 따라서 새로운 정부조달협정에서는 예외는 줄어 들고, 원래의 기본원칙의 적용은 확대되어 가고 있다. 시장과 시민사회, 그리고 정부라는 이분법(二分法)하에서 시장논리와 시민주권사회의 힘을 느낄 수 있게 한다.

정부조달협정은 WTO 7차 다자간협상인 동경라운드에서 최초로 제정되었는데, 우리나라는 제8차 다자간 협상에서 협상하고 부속서상 스케줄을 제출함으로써 WTO 출범과 함께 정부조달협정의 가입당사국이 되었다.

이하에서는 1999년 한국과 미국간 인천국제공항건설과 정부조달협정위반을 둘러싼 WTO 통상분쟁사례를 알아 본다.¹⁵⁹⁾

1999년 2월 16일 미국은 한국공항관리공단과 공항건설에 관련이 있는 기타 행정관청의 조달행정조치들을 문제 삼아 한국정부에 협의절차(協議節次)를 요청하였다. 미국 정부는 문제의 조달행정조치들은 기본 청약자나 국내 파트너기업에 한하여 입찰과정에 참여할 자격을 부여하고 정부조달협정에 위반하여 이의절차를 두지 않았다고 주장하였다.

미국 정부는 KOAKA와 기타 기관들이 정부조달협정 부속서 1과 한국의 의무에 관한 부속서 1에 규정된 한국 중앙정부 기관목록 범위에 포함된다고 보았다. 그럼에도 불구하고 정부조달협정 I(1)에 따라 정부조달과정에 이의(異議)가 있는 기업들이 이의절차와 사법심사를 통하여 다룰 수 있는 기회를 제공하지 않았다면, 한국 정부의 조치는 WTO 정부조달협정에 위반된다는 것이다.

이에 대하여 한국 정부는 새로운 공항건설계획은 교통부 산하 신공항개발회사에 의하여 추진되고 있는 바, 1992년 기본계획이 완성되고 1993년 이행계획이 완성되어 1997년 완공을 예정하고 있으며, 미국의 베크텔사가 기본계획에 포함되어 있다고 답변하였다.

공항건설 과정에서 필요한 상품과 서비스의 조달(調達)은 조달청이 책임지고 있으며, 현 단계에서 조달계획은 확정된 바 없고, 오랜 협상 과정과 한국 정부가 제출한 최종 부속서

159) Korea - Measures Affecting Government Procurement - Panel Report - Action by the Dispute Settlement Body WT/DS163/7 | 6 November 2000.

‘중앙정부기관과 부속기관 리스트’에 따르면 미국 정부가 주장하는 기관들은 “정부조달협정상 협정이행의무를 부담하는 한국 정부기관에 포함되지 않는다”고 답변하였다.

미국정부는 한국 건설교통부(MOCT)를 포함하여 신공항건설회사, 한국항공협회, 한국민간항공위원회 국제인천공항회사(IIAC) 등 모든 기관들이 인천공항 건설사업관련 조달에 관여한 한국 정부기관들이며 정부조달협정 한국 스케줄 부속서 1에 포함되는 정부기관(政府機關)이라고 주장하였다.¹⁶⁰⁾

미국정부는 입찰경쟁에 참여할 자격을 ‘참여를 허가받은 기업’ 또는 ‘국내 회사와 파트너십을 체결한 외국 기업’에 한하도록 한정된 것은 정부조달협정 III:1(a), VIII 첫 문단, VIII(b) 등에 위반한다. 그렇지 않다고 하더라도, 정부조달협정 XXII:2 비위반제소(Non-violation complaint)조항에 따라 ‘정부조달협정으로 인하여 미국에 발생할 수 있는 혜택을 무효화하거나 침해하고 있다’라는 패널의 결정을 청구하였다.

양 정부는 비엔나조약법 협약상 “조약의 해석은 문언의 통상적 의미(ordinary meaning of treaty language)에 따른다”는 해석상 원칙에 동의하였다. 그리고 미국 정부는 정부조달협정이 규정하고 있는 ‘중앙정부기관(central government entities)’이라는 법문의 의미를 “통제의 원칙(control test)”에 따라 해석하여야 한다고 주장하였다.

환언하면 위 열거된 모든 기관들이 중앙정부의 통제하에 있다면, ‘부속기관(subordinate units)’으로서 정부조달협정상 한국이 양해 제출한 스케줄 상의 기관이 되고, 따라서 정부조달협정을 준수하여야 할 기관이 된다는 것이다.

그렇지 않으면 정부조달협정이 형해화되고 정부가 시장의 행위자인 경우에만 시장의 자유를 확대하려는 정부조달협정의 의미가 멸각된다고 주장하였다. 미국 정부의 주장에 대하여 한국 정부는 “정부조달협정 준수 의무기관을 확정함에 있어 기관의 법인성(Legal person)을 고려하여야 하며, 중앙정부와 부속기관의 통제를 받는, 즉 명령지휘계통 관계에 있는 모든 기관(subordinate linear organization)이 포함된다고 해석할 수 없다”고 주장하였다. 그러한 경우 구체적으로 적시하여 양허하도록 한 WTO법이 의미가 없게 된다고 본 것이다.

WTO 정부조달협정에 따라 미국은 인천공항건설과 관련하여 대한민국을 피소국으로 하여 제소하면서, 미국 정부는 인천공항건설 사업의 주체는 한국공항관리공단과 신공항개발그룹이라고 주장하였다.

WTO 패널은 “정부조달협정의 스케줄에 대한 대한민국 정부의 양해사항과 스케줄의 보충적 협상 내용을 근거로 인천공항사업상 조달에 관한 책임이 있는 두 기관은 한국 정부의 정부조달협정 스케줄에 포함되는 법적 주체라고 볼 수 없다”고 판정하였다. 따라서 인천공항건설사업계획은 정부조달협정에 의하여 규율되는 사업계획이라고 할 수 없다고 본 것이다.

미국은 정부조달협정 22:2에 따라 실제 행해진 양허의 무효화 또는 침해를 주장하는 것이

160) Id.

아니라 협상 중 행해진 약속으로부터 합리적으로 기대되는 이익을 얻지 못하는 좌절에 근거하여 비침해소송을 제기한 것이라고 한다.

이러한 미국의 주장에 대하여 패널은 “비침해제소는 전통적인 접근방식 아닌 경우에도 확장하여 적용될 수 있다” 라고 판단하였다. 이에 패널은 미국의 주장을 조약의 이행외에도 조약의 협상에도 적용될 수 있는 일반 국제법원칙에 따라 심리하기로 결정하였다.

패널은 전통적인 비침해제소의 개념에 따를 때에, 한국정부가 문제의 공항건설 사업계획에 어떠한 양해도 하지 않았으므로 제소국인 미국 정부는 혜택이 발생하리라는 합리적 기대를 가질 수 있다는 점을 입증하지 못하였다고 보았다.

둘째 미국 정부가 주장하는 조약성립에 있어 오류가 있다는 주장은 “조약성립에 있어 오류가 있는 경우 예외가 될 수 있다” 는 VCLT2 Art. 48(1)의 예외에 해당하지 않는다. 즉 미국은 이미 한국공항관리공단이라는 기관의 존재와 VCLT Art. 48(2)에 해당하는 관련 입법에 관하여 고지를 받은 바 있다. 한편 VCLT 제 48조는 조약체결에 있어 착오에 관하여 규정하고 있는데 그 내용은 다음과 같다.¹⁶¹⁾

(1) 조약상의 착오는 그 조약이 체결된 당시에 존재한 것으로 국가가 추정한 사실 또는 사태로서, 그 조약에 대한 국가의 기속적 동의를 본질적 기초를 구성한 것에 관한 경우에 국가는 동 조약에 대한 동 기속적 동의를 부적법화하는 것으로 그 착오를 원용할 수 있다.

(2) 문제의 국가가 자신의 행동에 의하여 착오를 유발하였거나 또는 그 국가가 있을 수 있는 착오를 감지할 수 있는 등의 사정하에 있는 경우에는 상기 1항이 적용되지 아니한다.

(3) 조약문의 자구에만 관련되는 착오는 조약의 적법성에 영향을 주지 아니한다. 그 경우에는 제79조(조약문 또는 인증등본상 착오의 정정)가 적용된다.

라. 보조금및상계조치협정

국가와 시장이라는 2분법은 시민혁명과 근대시민민주주의 시대의 개막에 따라 의미를 갖기 시작한다. 예컨대 종교전쟁과 베스트팔렌조약이 근대 절대국가를 탄생시키면서 근대 국제법이 시작되었지만, 그때까지만 해도 주권면책은 절대적 주권면책이었다. 즉 국가는 자신의 모든 행위에 있어 타국의 재판권으로부터 면책되었던 것이다.

주권면책에 있어 상업적 예외나 정부조달행위에 점차로 자유시장의 범리가 확대되어 가는 것은 시민주권의 세계적 연대라는 현실에서 이해할 수 있다. 정부의 보조금 문제도 그러하다. 피해국에게 보조금 효과를 상쇄할만한 수준의 상계조치가 가능하도록 하고, 피해국이 WTO에서 그 협정위반을 다룰 수 있게 한 것도 국가와 시장이라는 이분법, 세계시장에서의 시민혁명 정신의 구현이라는 관점에서 이해할 수 있다.

161) Id.

이하 캐나다 정부의 부당한 시장개입으로 최혜국대우 원칙과 보조금협정이 문제되었던 최근 사례를 살펴본다.¹⁶²⁾ 캐나다의 부가가치요건에 맞추어 물품 제조를 위한 원료를 수입하는 일정한 제조업자에 대하여 수입세(Import tariff)를 면제하여 주는 캐나다의 국내조치가 문제되었다. 문제되는 국내조치의 대상 물품은 수입자동차와 수입자동차에 사용된 부품과 재료이다.

상소기구는 패널의 결정을 유지하면서 수입세 면세조치는 GATT법 제 1:1 항의 최혜국대우 조항에 위반된다고 결정하였다. 상소기구(上訴機構)는 최혜국대우 원칙은 법적인(de jure)차별은 물론 사실상(de facto) 차별까지 금지하는 원칙이라고 하면서, 수입세 면세조치는 현실적으로 수출기업이 허가를 받은 캐나다의 제조업자나 수입자와 연계되어 있는 적은 수의 나라들로부터 수입하는 경우에만 적용되고 있다고 지적하였다.

패널은 GATT법 제 24조가 NAFTA 회원국에 대한 수입세면제를 허용하고 있다는 것을 근거로 한 캐나다의 항변을 배척하였다. 상소기구는 그 이유로 “동 조항은 NAFTA 회원국인 미국과 멕시코 아닌 나라들에게도 적용되며, 수입면세조치는 NAFTA 회원국의 모든 제조업자에 적용되는 것도 아니다” 라고 실시하였다.

패널은 “캐나다 부가가치제도(CVA)의 법적 요건에 따라 국내 원료 사용을 강제하는 것은 수입자들의 경쟁조건에 부정적인 영향을 미치고, GATT 협정 III:4이 요구하는 내국민대우원칙에 위반하여 차별적이고 비우호적 대우를 결과한다” 고 판단하였다.

상소기구의 실시에 따르면 “보조금협정 3.1이 규정하는 금지보조금 중 3.1(a)의 수출보조금에 관하여 보면, 상소기구는 비율 요건을 통한 수입세 면제는 금지보조금에 해당하고 3.1(a)가 규정하는 의미의 수출행위에 부종하여 주어지는 것이어서 법상 혜택에 해당하므로 금지되는 것” 이다.

쟁점이 되고 있는 수입세 면제액은 국내 제조업자에게 지급되는데, 수출되는 총가액에 직접적으로 비례한다고 판단한 패널의 결정을 유지하였다. 패널은 전심(前審)에서 협정 4.7에 따라 90일 이내에 동 국내조치를 철폐할 것을 권고하였다.¹⁶³⁾

협정 3.1(b) 수입대체보조금 조항에 관하여 상소기구는 패널의 이유를 배척하였다. 그리고 수입대체보조금에 관한 3.1(b)는 수입품 아닌 국내 생산품을 사용한다는 사실에 부종하는 보조금에 대하여도 확대·적용된다고 보았다. 그러나 패널의 결정에 대하여는 인정된 사실이 불충분하여 패널의 분석에 대하여 완전한 심리를 행할 수 없다고 하였다.

나아가 상소기구는 서비스무역협정 I:1에서 정하는 서비스무역에 영향을 미치는 국내조치의

162) Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry - Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes - Award of the Arbitrator WT/DS139/12 WT/DS142/12 | 4 October 2000.

163) Id.

범위와 II:1 최혜국 대우 원칙에 관하여 패널의 이유를 배척하였다. 그리고 “문제가 된 국내 조치가 서비스무역협정(GATS)에서 규정하는 회원국의 실체적 의무에 부합하는지를 평가하기 위하여는 당해 국내조치가 서비스무역협정의 적용범위 내에 있는 국내조치인가 여부를 먼저 살펴보아야 한다” 라고 실시하였다.¹⁶⁴⁾

또한 상소기구는 “패널이 서비스무역협정 1:1이 의미하는 바에 따라 문제의 국내조치가 서비스무역에 영향을 미치는 국내조치(國內措置)인지 심리하지 않았다” 고 지적하였다. 결론적으로 상소기구는 패널이 필요한 사실과 협정 II:1의 의미를 적절하게 평가하고 해석하지 못하였다고 보았고, 따라서 국내조치가 협정 조항 II:1에 위반된다는 패널의 결정을 파기하였다.

한편 상소기구는 보조금협정 3.1(a) 유럽연합의 청구에 관하여 사법경제(Judicial economy)적 고려를 하여야 한다는 패널의 판단에 대하여 이를 유지하면서도, 다만 “투명성과 공정성이라는 분쟁해결제도의 목적에 비추어 모든 사건에서 패널은 심리와 결정이 필요하지 않다” 라고 한 청구들에 대하여, “명시적(明示的)으로 사법경제적 관점에서 심리와 결정을 하지 않았다는 사실을 밝혀야 한다” 고 실시하였다.

164) Id.

8. 세계시장과 법치주의

가. 공법과 사법

공법과 사법의 분류는 법을 이해하는 시작이 된다. 평등한 법적 주체간의 법률관계, 즉 권리와 의무관계를 다루는 법이 사법(私法)이라면, 통치권을 행사하는 주체와 통치권의 객체, 즉 피치자간의 법률관계를 다루는 법을 공법(公法)이라 할 수 있다. 법은 인류의 역사와 함께 해 왔지만, 전술한 바와 같이 근대법의 시작은 정치적으로 시민주권과 시민민주주의, 경제적으로 부르조와 시장경제체제를 탄생시킨 근대시민혁명에서 비롯된다 할 수 있다.

역사의 진보가 소수(少數)에서 다수(多數)로 더 많은 사람에게 자유와 해방을 가져오는 것이라면, 교황이나 절대군주만이 자유를 누릴 수 있는 중세 봉건국가, 또는 근대 절대국가에서 자본가 계급으로, 자본가 계급에서 노동자 계급으로 자유와 해방이 이루어지는 것은 변증법적 진리가 된다.

이러한 변증법적 진리는 학문세계의 주장일 뿐, 실제 노동자계급을 중심으로 인민주권을 주장하는 정치체제도 자본주의 경제체제의 장점을 수용하고 있고, 자본가계급을 중심으로 시민주권을 주장하는 정치체제도 사회복지법 같은 중간법, 즉 공공정책적 성격의 법을 통하여 사회주의적 가치를 수용하고 있다.

시민혁명은 공과 사의 엄격한 분리를 가져 왔고, 공법과 사법은 다른 법적 성격, 다른 지배 원리에 바탕한 범영역으로 법을 보다 잘 이해하게 하는 프레임워크라 할 수 있다. 평등한 자간의 관계는 부당이득반환제나 뉴상스(nuisance), 즉 공해의 법리 등이 시사하듯이 신의와 성실이 가치가 되고 권리는 남용해서는 안된다.

따라서 신의성실의 원칙과 권리남용금지의 원칙은 사법의 대원칙이 된다. 국가와 시민간의 관계는 자의적 권력행사의 역사적 경험과 반성으로, 사람의 지배에서 법의 지배를 갈망하였고, 법치주의는 공법의 대원칙이 된다. 물론 노동당을 중심으로 노동자 독재를 이상으로 하는 사회주의 국가원리에 따르면 정치가 법을 지배하므로, 법이나 법원칙은 부차적인 문제에 불과하게 된다.

따라서 우리가 학습하는 근대법은 영국의 보통법의 지배나 미국의 헌법국가 사상에서 연유하고, 절대 군주에 의한 전제정 또는 노동자계급의 독재같은 전체주의나 파시스트 같은 국가중심 전체주의를 민주주의의 적(敵)으로 보아 배격하게 된다.¹⁶⁵⁾ 소위 20세기 처절한 역사적 경험으로 방어적 민주주의라는 관념이 헌법국가사상에 스며들어 있다. 요컨대 공법과 사법으로 분리되어 발전한 시민사회의 근대법은 20세기 들어 사회법·중간법이라는 법 영역이 새롭게 발전하는 계기를 맞는다.

165) Tomkins, Adam. "In Defense of the Political Constitution." Oxford J. Legal Stud. 22 (2002), 157; Kennedy, D. (2019). Authoritarian constitutionalism in liberal democracies. In Authoritarian Constitutionalism (pp. 161-184). Edward Elgar Publishing.

나. 국제통상법의 발전

전술한 바와 같이 시장의 실패로 인하여 국가가 시장에 개입하고 규제하는 경우가 많아진 것이다. 공법과 사법이라는 법의 개념론적 이해는 국제통상법을 이해함에 있어 매우 도움이 된다. 우리가 사는 세상에 대하여 보다 합리적이고 현명한 이해를 할 수 있도록 도움을 준 학자에게 노벨상이 수여 되듯이, 우리는 공법과 사법의 분리를 통하여 법을 보다 합리적이고 현명하게 이해할 수 있다.

다만 공법과 사법의 분류는 어느 학자의 노력으로 이루어진 것이 아니라, 시민혁명의 주체 세력인 시민들에 의하여 가능하게 되었다는 차이가 있을 뿐이다. 헌법이나 형법이 전형적인 공법 영역이라 한다면, 무역과 통상을 규제하는 무역법이나 국제통상법은 국가가 자유롭게 두어야 할 시장, 즉 무역시장에 개입한다는 관점에서 새로운 공법 또는 중간법 영역이라 할 수 있다.

이에 전술(前述)한 바와 같이 무역에 관한 법령이나 정부의 규제는 WTO법상 국내조치에 해당하여 국내적으로 헌법을 정점으로 한 법치주의에 따라야 함은 물론, 국가간의 약속인 WTO법이나 한미자유무역협정 같은 국제통상법에 위배되어서는 안된다.¹⁶⁶⁾ 무역과 통상의 문제는 사회과학자들이 이야기하는 세계화현상과 관련하여 가장 중요한 주제라 할 수 있다. 어쩌면 세계화를 이끄는 첨병이라고 할 수도 있다.

우리는 유럽을 구 세계(Old world)라 부른다. 지금도 구 세계, 신 세계, 3 세계 같은 개념의 흔적이 신세계 교향곡이나 주요 서방선진국 회담 같은 말에 스며들어 있다. 전술한 바와 같이 윌러스타인의 세계체제론에서 만들어진 제 1세계, 제 2세계, 제 3세계 같은 개념들은 국제법을 이해하는데 유용하므로, 가히 국제법 문화유산이라 불려도 손색이 없다.

다. 국제거래법의 발전

무역과 관련한 사법 영역은 중세 지중해 연안의 구 렉스 머캐토리아(old lex mercatoria) 소위 중세 상인법에 뿌리를 두고 발전해 왔다. 당시 유럽 중심의 구 세계에 있어 지중해는 세계화의 중심이었다. 그리고 지중해를 중심으로 한 경제와 물질문명의 발전은 상인법의 발전으로 이어진다.

전술한 바와 같이 형사법 영역이나, 기타 다른 법영역과 달리 상사법 영역은 통일이 비교적 쉽다. 경제현상에 관한 법으로서 보편적일 뿐만 아니라 계약의 자유나 하자의 통지, 법정이자 등등 상인들의 법은 기술성(技術性)의 관점에서 공통되기 때문이다. 미국에서 통일상법전은 있어도 통일형사법이 없는 것은 한 실례가 된다.

구 상인법은 상인들간 관습법을 중심으로 발전해 왔다. 16-17세기 들어 영국 등지에서 성문

166) 최원목, 전게서, 주) 156.

상사법이 만들어지기도 하지만, 유럽 대륙을 중심으로 한 상관습법의 번성은 오래 지속된다. 나폴레옹이 근대 성문 5법을 제정하고 유럽에 성문법의 시대가 도래하면서 상인들간 상관습법 시대는 쇠락한다.¹⁶⁷⁾ 전술한 국가와 시장의 이분법이라는 관점에서 나폴레옹의 성문민법은 맑스의 유물론적 절대사관과 지적(知的)으로 궤를 같이 한다. 전자는 국가와 시장이 민법을 통하여 법적으로 통일되고, 후자는 노동자 독재를 통하여 정치적으로 통일된다는 차이가 있을 뿐이다.

이는 프랑스나 독일의 연역법적 사고방식의 지적 표현이라는 관점에서 이해할 수 있다. 프랑스는 루이의 전통에 따라 연역적 사고의 중심이 국가이고, 독일은 늦게 민족국가가 형성된 관계로 연역적 사고의 중심이 근본규범론이나 범 게르만 관습법처럼 사회라는 점에서 구별될 뿐인 것이다.

요컨대 나폴레옹 성문민법의 본질은 국가와 시장의 2분법적 관점에서 국가가 부권적(父權的)으로 시장에 개입한다는 것이다. 1000조가 넘는 방대한 성문민법 조항을 처음 접하는 영미 보통법 변호사들은 이를 경제헌법으로 이해하기도 한다.

이들은 귀납법적 사고와 중앙집권보다는 지방분권의 전통이 강하여 판례법에 익숙하고 보통법의 지배를 꿈꾸지만, 성문민법에 대한 경외심을 가지고 있다. 한편 성문민법의 전통은 후발 자본주의국인 독일의 경우 국가보다는 인민이나 다수의 사회학으로 나아간 것과 대비될 수 있다. 법은 정치적 혁명과 상관없이 인간사회에 필수적으로 존재하는 문화현상이다.

러시아에서 볼셰비키 혁명이 성공하고 얼마 후, 스탈린의 과도기적 국가사회주의 시대에 가장 먼저 한 일이 프랑스와 독일의 민법을 모범으로 러시아 민법을 제정한 것은 그 한 실례이다. 물론 사회주의 이론은 중국적으로 노동자의 해방을 추구하므로 국가는 과도기적일 뿐이다. 요컨대 우리는 제정법과 판례법의 분류를 통하여 유럽 대륙법계 국가들과 영미 보통법계 국가들을 이해할 수 있다.

라. 국제사법과 국제거래법

그런데 전술한 바와 같이 우리의 주제인 구 상인법의 경우 영국에서 제정된 상사 문제에 관한 일부 성문법을 제외하고 상관습법이 주된 법원이 된다. 이러한 구 상인법 시대가 18세기 들어 성문법 시대로 바뀌면서 국제사법(國際私法)이라는 법영역이 각광을 받기 시작한다.¹⁶⁸⁾

연결점 등의 개념을 통하여 다른 국적의 상인간 거래에 적용될 준거법을 정하는 법이 필요하게 된 것이다. 지금도 법과대학에서 국제사법이라는 독립된 강좌가 개설되기도 하지만 학자에 따라 국제거래법의 한 장에 넣어 강론하기도 한다.

국제거래법 학자들은 구 상인법과 유엔을 중심으로 구 상인법이 성문화하면서 도래한 신 상인법 시대의 법들을 본래의 의미의 국제거래법이라 생각한다. 국제거래법의 이상은 구 세계

167) Galgano, Francesco. Lex mercatoria. Bologna: Il mulino, 2001.

168) 신창섭, 전게서, 주) 132.

유럽의 패권과 함께 꿈꾸어진 나폴레옹 성문민법처럼 통일사법(Uniform private law)을 향하는 것이라고 할 수 있기 때문이다.

환언하면 지중해의 세계화와 유엔 이후의 세계화는 보편적 상인법을 향하고 있는데, 다만 구 상인법이 관습법의 형태로 존재하였다면, 신 상인법(New lex mercatoria)은 관습법의 성문화 노력으로 통일사법의 형태로 발전하고 있다는 특징을 보이고 있다.

관습법은 제정법이나 판례법은 아니지만, 관습법으로서의 법적 요건을 구비하면 객관적 법이 되어 법적 구속력을 발휘하고, 객관적으로 적용된다는 점에서 제정법이나 판례법과 다르지 않다.

다만 관습법의 약점은 그 내용이 성문법에 비하여 불명확할 수 있다는 점인데, 20세기 제 2차 세계대전이 끝나고 유엔이 만들어지면서 공법 영역은 물론이고 사법 영역에서도 관습법의 성문화 현상이 뚜렷하게 진행되고 있다. 관습법의 성문화(成文化)에 있어, 공법 영역은 유엔 국제법위원회, 사법 영역은 UNIDROIT라 불리우는 유엔사법통일기구와 UNCITRAL이라 불리우는 유엔상거래법위원회에 의하여 주도되고 있다.

전자는 학자 그룹이 주도하여 리스테이트먼트 형식의 연성적 법통일의 방식을 택하고 있으며, 후자는 경성법, 즉 국제조약의 방식으로 통일사법을 만들고 있다. 공법 영역이긴 하지만 국제법위원회의 국가책임협약이 그 초안이 완성되어 국가들의 가입에 부쳐졌지만, 40년 가까운 시간이 흐른 지금에도 정족수 미달로 협약초안으로 남아 있는 것은 국제사회에서의 법통일이 지난하다는 것을 보여준다.

국제사회에서 통일사법(統一私法) 역시 그러하다. 다만 가입국 수가 다수인 대표적 통일사법인 유엔물품매매거래협약(CISG) 같은 경우에는 국내상법처럼 회원국 기업간 거래에 직접적으로 적용되고 이들을 법적으로 기속한다.¹⁶⁹⁾

마. 국제통상법과 국제거래법

한편 국제사회에서 학자 중심의 연성적 사법통일현상에 주목하여 “학자공화국(Republic of scholar)이란 말을 쓰고 있다. 우리는 무역이라는 하나의 사회현상에 대하여 국제통상법이라 불리우는 공법적 렌즈와 국제거래법이라 불리우는 사법적 렌즈, 2중의 렌즈를 통하여 학습한다.

물론 전술한 바와 같이 랄프 폴솜(R. Folsom) 교수처럼 공사법 분류론에 상관없이 무역의 행위자인 기업이 닥치는 법률문제를 포괄하여 같이 설명하는 실용주의적 접근방식도 있다. 다만 법을 지배하는 원리에 있어 공법과 사법이 다르므로, 법을 학습함에 있어 법의 성격에 따라 분류하여 강론(講論)하는 것이 적절하다고 보는 학자들이 많다.

169) 김기영. (2016). CISG의 국제거래법적 함의. 법학논총, 23(1), 73-112.

서양 법사학자들은 제정법의 형태를 갖는 시민법을 판례법의 형태를 갖는 보통법보다 기술적으로 우수하다고 본다. 판례법 또는 보통법이 지오바니 비코(G. Vico)와 같은 인식세계에 가깝고 제정법·시민법이 데카르트식 인식세계에 가깝다면, 그러한 현실이 20세기 유엔을 중심으로 관습법의 성문화 현상과 함께 데카르트식의 접근방식으로 국제법과 국제거래법이 발전하고 있다.

요컨대 보통법의 지배가 분권적 정치발전과 통일을 향하여 나아가면서 정치적으로 보다 의미를 갖는다면, 수권법(授權法)과 같은 절대이성의 국가관, 성문법 만능의 전제적 사고가 몰락하면서 유엔을 중심으로 한 새로운 법문화가 발전하고 있는 것이다.

9. 원칙법과 예외법

가. 서언

법의 분류에 있어 원칙법과 예외법이 있다. 원칙법(原則法)에 일정한 의무를 규정하면서 예외법(例外法)에 그에 대한 예외를 허용하는 것이다. 전술한 바와 같이 WTO법 체제를 원칙법과 예외법의 관점에서 이해할 수 있다. 그 대표적 예가 최원목 교수이다.

최 교수는 WTO법 원칙을 i) 시장 개방의 원칙 ii) 비차별 대우의 원칙 iii) 공정무역의 원칙 iv) 최소기준의 원칙 등 4가지 원칙으로 나누어 설명하면서, 예외법으로서 GATT XX 일반적 예외와 GATT XXI 국가안보를 위한 예외에 관하여 설명한다.¹⁷⁰⁾

그리고 마지막으로 분쟁해결절차에 관한 부분이 있어, 앞선 실체법적(實體法)적 부분과 함께 WTO법이 완성되는 것이다. 기존의 교과서들이 무역의 대상별로 구성된 WTO협정의 순서에 따라 설명하는 것에 비하여, 보다 이해하기가 쉽다.

나. 시장개방의 원칙

위 4가지 원칙은 자유무역에 필요한 가장 기본적인 원칙에서 시작하여, 보다 차원이 높은 원칙의 순으로 구성된다고 볼 수 있다. 먼저 시장개방의 원칙(Open market access)이다. 기업이 무역을 함에 있어 닥치는 장벽은 최소화되어야 한다.

무역장벽은 크게 보아 관세장벽(tariff barrier)과 비관세장벽(Non-tariff barrier)으로 나누어진다. 역사적으로 무역의 규제는 관세에 의하는 것이 국제관행이었다. 따라서 WTO체제는 관세에 의한 무역규제를 인정하되, 관세율을 인하하는 것에 체제의 중점을 두었다.

1947GATT 시절 행해진 7차례 다자간협상 중 7차 다자간협상인 도쿄라운드를 제외하고 앞의 6차례 다자간협상은 모두 관세인하를 위한 다자간협상이었다. 이 중 1960년대 행해진 6차 다자간 협상은 당시 미국 대통령인 존 에프 케네디의 이름이 붙은 회담으로 나선형 일괄타결방식을 이용하여 대폭적인 관세인하(關稅引下)의 성과를 이루어 내었다.

7차 다자간 무역협상인 도쿄라운드에서는 처음으로 관세장벽이외에 비관세장벽의 문제가 제기되었다. 복잡한 수입허가절차나 회원국들의 기술표준제도 등이 기업이 닥치는 무역장벽의 하나로 인식되게 된다.

이러한 배경하에 1970년대 다자간 무역협상으로 많은 독립협정이 체결된다. 전술한 바와 같이 WTO 협정은 설립협정을 정점으로 실체법이라 할 수 있는 부속서 1A, 1B, 1C 등 세계의 부속서가 있고 절차법(節次法)이라 할 수 있는 부속서 2, 부속서 3, 복수국간 무역협정인 부속서 4, 그리고 각료회의선언과 양해 부분으로 이루어져 있다.

170) 최원목, 전게서, 주) 156.

이중 부속서 1B 서비스무역협정이나 부속서 1C 무역관련지적재산권협정은 하나의 단일한 협정으로 구성되어 있는 반면에, 부속서 1A 상품무역협정은 14개의 여러 협정으로 구성되어 있다. 그리고 상품무역협정 중 1994 GATT는 WTO 협정체제를 이해함에 있어 매우 중요하고 가장 기본이 되는 협정이다.

동 협정은 i) 농산물을 제외한 유형재 무역에 있어 가장 기본적인 회원국의 의무를 다루고 있고 ii) 1947년 ITO 창설안이 무산되면서도 살아남은 협정으로 1994년 WTO로 확대, 개편될 때까지 50년 가까이 국제통상관리체제로 기능하여 왔으며 iii) 동 협정 조항들을 운용하는 과정에서 GATT 조항이 발전하여 지금과 같은 여러 개별협정들이 체결 발전되었고 iv) 무형재 교역인 서비스 무역협정이 성안되는데 있어, 그 기본 골격이 GATT법 체제에 따르고 있는 등 WTO법 체제에 있어 중요한 의미를 갖는다.¹⁷¹⁾

전술한 바와 같이 1994GATT는 WTO 창립 당시 들어온 GATT를 의미하는데, 1947GATT가 50년 가까이 수정, 보완, 발전되어온 결과를 포함하여 새로운 협정으로 WTO에 편입되었다. 양자간 그 기본 골격과 중요한 내용에 차이가 없다 하더라도 법적(法的)으로 구별되어야 하고, 따라서 앞에 관련된 연도를 붙여 구별하고 있다. GATT법의 조항들은 개별 독립협정의 근거를 제공한다.

예컨대 반덤핑협정이나 보조금및상계조치에관한협정(ASCM) 등은 GATT법 반덤핑조항과 보조금조항에서 연원한 것이다. 관세평가협정, 원산지규정에관한협정, 수입허가절차협정이나 기술장벽협정 역시 마찬가지이다. 이러한 개별협정들은 위생및검역조치에관한협정, 선적전 검사협정, 세이프가드조치에 관한 협정 등 WTO 출범과 함께 새롭게 편입된 일부 협정을 제외하고 대부분 1970년대 다자간협상인 동경라운드에서 만들어진 것이다.

이러한 변화는 비관세장벽, 신보호주의(Neo-protectionism) 문제가 대두하면서, GATT법 한 두개 조항으로는 세계무역체제의 위기에 효과적으로 대응하기 어렵기 때문이었다. WTO 출범과 함께 새로운 개별협정들이 체결되면서, 도쿄라운드에서 만들어진 기존 협정들의 모호한 개념의 용어들이 보다 명확하게 정의(定義)되고 법적으로 한단계 업그레이드 하게 된다.

나아가 분쟁해결절차에관한협정, 소위 DSU 역시 GATT법 제 23조와 개별협정에 흠어져 있던 분쟁해결조항에서 연원하여 매우 체계적인 성격의 독립협정으로 WTO 부속서 2에 들어온다. 따라서 GATT법은 상품무역협정의 한 개별협정이지만, WTO법 체제에서 중요한 의미를 가지는 것이다. 시장개방을 위하여 관세장벽과 비관세장벽은 최소화되거나 철폐되어야 한다. 회원국들은 관세를 양허하여야 하고 자의적(恣義的)으로 관세를 부과해서는 안된다.

관세는 상품가격에 관세율을 곱하여 산정하는데, 이때 상품가격은 인식하는 시점이나 확정 방식에 따라 다양할 수 있다. 따라서 상품가격을 자의적으로 확정하여 관세액을 산정하고 관세를 부과하는 것은 양허한 관세율 약속을 무의미하게 한다. 이에 제 2의 관세율이라 불리는 상품가격 확정절차를 정할 필요가 있다. 그것이 전술한 바와 같이 GATT법 제 7조에 따라 운용되다가, 1970년대 도쿄라운드에서 관세평가협정이라는 독립된 협정을 체결하여 구

171) 이춘삼. 전게서, 주) 137.

을하게 된 것이다.

동 협정에서는 당해 거래가격을 최우선 순위의 가격 산정방식으로 하고, 당해 물품의 시장에서의 거래가격, 동종 물품의 거래가격, 유사물품의 거래가격, 공제가격, 산정가격, 기타 합리적 가격이라는 6가지 방식으로 나누어 우선순위에 따라 과세가격(課稅價格)을 정하도록 하고 있다. 또한 시장개방의 원칙에 따라 회원국들은 우루과이 라운드에서 농산물에 대한 보조금의 감축과 ‘예외없는 관세화’를 모토로 협상을 행하였고, 농산대국과 기타 회원국간의 갈등에도 불구하고 농산물협정(AA)이 체결되게 된다.

시장개방의 원칙은 과거 통상을 요구하며 개항을 압박했던 제국주의 역사가 시사하듯이, 무역과 통상 문제에 있어 출발점이 된다. 그리고 시장개방이 이루어진 후 가장 먼저 문제되는 것은 기업이 평등하게 경쟁할 수 있는 조건을 확보하는 것이다.

다. 비차별원칙

이에 비차별원칙(Non-discrimination)이 필요하게 되고, 비차별원칙은 최혜국대우 의무와 내국민대우 의무로 구성된다.¹⁷²⁾ 비차별, 즉 평등은 자유와 함께 근대 시민사회와 근대법의 이념을 구성하는 두 축이다. 따라서 부르조와 시민혁명으로 만들어진 근대헌법과 자유시장경제체제는 이러한 2가지 이념을 지향한다. 그리고 이 2가지 이념은 국내적으로는 헌법을 통하여, 국제적으로는 유엔과 브레튼우즈 3각체제에 의하여 구체화된다.

이중 실물영역의 국제경제 문제를 다루는 법이 GATT/WTO법이 된다. 국내헌법이 규정하는 평등, 즉 비차별은 사람을 대상으로 한다. 그리고 이때의 평등은 절대적 평등을 의미하는 것이 아니고 합리적(合理的) 차별이 가능한 상대적 개념이다.

환언하면 ‘같은 것은 같게 다른 것은 다르게’라는 원칙과 기준에 따른다. 따라서 병역의무에 있어 남자와 여자간 달리 취급하거나 공무원시험에서 가산점 제도를 통하여 병역의무를 이행한 자와 병역의무를 이행하지 않은 자를 차별하는 것은 헌법에 위반된다고 할 수 없다.

또한 역차별(reversed discrimination) 또는 적극적 평등화(Afirmative action)이론에 따라 과거 잘못된 역사와 그에 대한 보상을 위하여 차별하는 것이 인정되기도 한다. 시민혁명의 정신이 담긴 국내헌법상 평등에 관한 이론과 원칙들은 고스란히 WTO법에 수용되어 있다. 다만 이때에 대상이 되는 것은 인권의 주체로서의 사람이 아니라 경제적 성격의 것이다. 즉 유형재인 상품, 무형재인 서비스, 준물권적(Quasi-property) 성격을 갖는 지적재산권 등이 대상이 된다.

따라서 남자와 여자, 병역의무 이행자와 불이행자가 중요한 것이 아니라 ‘같은 상품인지 아닌지’ 다시 말하면 동종상품(同種商品) 또는 동종 서비스인지, 아니면 어떠한 지적재산권인지 여부가 중요한 의미를 갖는다. 이러한 개념들은 무역행정과 관리에 있어 전제요건을 구

172) Davey, Supra note 139.

성한다. 동종상품인지 여부에 따라 최혜국대우나 내국민대우 의무가 발생하거나 발생하지 않게 된다. 또한 어떠한 관세율이 적용되어야 하는가가 결정된다.

나아가 역차별 또는 적극적 평등화이론과 같은 국내헌법제도와 동일한 성격의 제도들이 WTO법에서 인정되고 있다. 선진 회원국에 비하여 상대적으로 빈곤한 개발도상국에 대한 다양한 우대조치들이 규정되어 있는 것이다. 대표적으로 유엔무역개발회의, 소위 UNCTAD가 주도하여 성공시킨 개발도상국 특혜관세제도(PTS)가 그 한 예이다.¹⁷³⁾

개발도상국에게 유리한 낮은 세율의 특혜관세를 부과하는 것은 선진 회원국에 대한 역차별이지만 법정책상 인정될 수 있고 공정한 것이 되는 것이다. 개발도상국 우대 특혜관세제도는 WTO법 웨이버(Waiver)조항에 따라 회원국 가중 다수결에 따라 가결되어 최혜국대우의 예외가 되고 있다. 우리나라도 오랜기간 개발도상국의 지위에서 특혜관세제도의 혜택을 누려 오다가, 동 협정 졸업조항(Graduation clause)에 따라 졸업하여 더 이상 동 협정의 적용을 받지 않게 되었다.

물론 특혜관세제도를 시행함에 있어 마약거래나 인신매매에 종사하는 나라들은 제외할 수 있다. 역차별의 성격을 갖는 개발도상국 우대조치는 WTO법 여러 곳에서 광범위하게 인정되고 있다. 예컨대 무역관련 지적재산권협정의 국내이행을 선진국과 달리 유예해 주거나 긴급수입제한조치 재발동기간을 짧게 하여 자주 발동할 수 있도록 하는 것이 그 예가 된다.

라. 공정무역의 원칙과 최소기준의 원칙

회원국들은 또한 공정무역의 원칙과 최소기준의 원칙을 준수하여야 한다. 이러한 원칙들은 보다 고차원적인 것이라 할 수 있는데, 행위자들의 불공정한 경쟁행위를 규제하거나 법을 초월하여 바람직한 행위를 하도록 유도하는 원칙이기 때문이다. 공정무역(公定貿易)의 원칙은 반덤핑협정, 보조금협정, 긴급수입제한조치에관한협정을 통하여 보장되고 있다.¹⁷⁴⁾

최소기준의 원칙은 국제협정플러스방식이라고도 하는데, WTO법이 국제협정을 통하여 회원국에게 의무를 부과하는 것은 최소기준의 의무이고, 회원국들은 보다 후한 기준으로 국제협정이 지향하는 바를 국내법(國內法)으로 실현할 수 있으며, 실현하도록 장려한다는 의미를 갖는다. 예컨대 지적재산권 협정상 요구되는 저작권의 보호기간보다 더 긴 보호기간을 국내법으로 정하는 것이 가능하고 장려된다.

마. GATT의 예외조항

(1) 해석원칙과 입증책임

WTO법에서 인정되는 이러한 원칙들에는 예외가 인정된다. 대표적으로 GATT XX 일반적

173) Hindley, B. (1971). UNCTAD Agreement on Preferences, The. J. World Trade L., 5, 694.

174) 최원목. 전게서, 주) 156.

예외와 GATT XXI 국가안보를 위한 예외를 들 수 있다.

GATT XX 일반적 예외에 관하여는 i) 예외사유에 해당한다는 입증책임(立證責任)이 예외를 주장하는 당사국에 있으며 ii) 예외사유를 해석함에 있어 좁게(narrowly) 해석하여야 하고 iii) 예외사유에 해당하여 WTO원칙에 반하는 국내조치가 합법화되는 경우에도 당해 국내조치는 무차별적(無差別的)이어야 하고 비차별대우원칙에 위반해서는 안된다는 선례가 확립되어 있다.

이하에서는 패널 선례와 함께 위 3가지 원칙을 살펴본다.

캐나다 외국투자검토제도에 관한 1984년 패널보고서는 문제의 조치가 GATT법 XX(d)에 해당한다는 주장에 대하여, “예외법에 관한 입증책임은 예외법을 주장하는 당사국에게 있다” 라고 판시하였다. 따라서 캐나다 정부는 외국투자검토법상 구매약속이 동 법의 준수를 위하여 필요하다는 사실을 입증하여야 한다고 밝혔다.¹⁷⁵⁾

미국의 1930년 관세법 337에 관한 패널보고서에서 패널은 선례를 유지하였다. 따라서 GATT XX(d)에 해당하여 당해 국내조치가 동 예외조항이 규정하고 있는 필요성의 원칙을 충족하였다는 사실을 입증하여야 한다고 판시하였다.¹⁷⁶⁾ 미국의 참치수입에 대한 1991 패널보고서는 채택되지는 않았지만, GATT법 원칙 조항과 GATT XX 예외에 관하여 패널절차에서 진술하는 경우 다음과 같이 하여야 한다고 실시하였다.

먼저 패널은 미국은 MMPA에 따라 직접 수입을 금지하는 국내조치가 XX(b) 또는 XX(g)에 따라 합법적인 것이라고 판단하였다. 이에 대하여 멕시코는 분쟁 회원국은 “자신의 국내조치가 GATT법 상 원칙에 위반되지 않는 한편, GATT법 예외에도 해당한다” 고 동시에 주장할 수 없다는 입장이었다.¹⁷⁷⁾

패널은 이전 패널이 GATT XX은 GATT 다른 조항에 따른 회원국의 의무에 대한 제한적이고 조건부적인 예외를 규정하고 있으므로, 그것은 본질상 적극적으로 의무를 창설하는 조항이 아니라고 보았다. 따라서 GATT XX는 좁게 해석하여야 하고 동 조항을 원용하는 당사국에게 입증책임이 있으며, 또한 분쟁당사국이 GATT XX를 원용하지 않는 한 동 조항에 대하여 심리할 필요가 없다고 판시하였다. 소위 민사절차에 있어 변론주의 원칙에 따르고 형사절차에서 볼 수 있는 직권주의 원칙을 적용할 필요가 없다는 것이다.¹⁷⁸⁾

그럼에도 불구하고 패널은 분쟁 당사국은 GATT XX 예외가 허용된다고 보충적으로 주장할 수 있다는 것을 인정하였다. 국내 민사법상 주위적 청구와 함께 예비적 청구가 가능한 것처럼

175) CANADA - ADMINISTRATION OF THE FOREIGN INVESTMENT REVIEW ACT Report of the Panel adopted on 7 February 1984 (L/5504 - 30S/140).

176) United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930 and Amendments Thereto - Request to Join Consultations - Communication from Canada WT/DS186/2 | 1 February 2000.

177) Id.

178) Id.

럼 주위적 주장과 예비적 주장을 할 수 있다는 것이다. 그리고 이때에 이러한 예비적 청구가 없는 경우 문제의 조치가 GATT법에 일치하지 않는다는 일응의 자백이 된다고 보았다. 따라서 분쟁해결절차의 효율적인 기능을 위하여 그러한 예비적 청구는 허용되어야 한다는 것이다.¹⁷⁹⁾

(2) 예외조치와 비차별원칙

GATT 제 20조 일반적 예외조항은 예비위원회 런던회의 당시, ITO 헌장 초안 ‘상업정책 예외(Commercial policy exception)’ 조항들의 하나로 삼입된 바 있다. 당시 한 협상 대표는 간접적 보호(Indirect protection)는 바람직하지도 않고 위험한 행위라고 지적하면서, “국가들은 향용 동물이나 식물의 생명과 건강을 보호한다는 명목하에 간접적 보호를 행하여 왔다”고 비판하였다.¹⁸⁰⁾

이때에 간접적 보호란 예외조항의 목적에 직접적으로 연계되지 않으면서 통상을 규제하는 조치로 어떤 때에는 ‘위장된 보호무역주의(disguised protectionism)’의 발현일 수도 있다. 따라서 동 협상 대표는 간접적 보호에 해당하는 국내조치들의 사용을 명시적으로 금지하는 조항을 삼입할 필요가 있다고 제안한다. 동 제안은 제 II 위원회 소속 기술분과위원회 토론에 붙여져 최종안이 만들어진다.

그런데 제 32 [XX]에 규정된 예외 사유들과 같이 그러한 예외를 허용하는 것이 국제 합의의 관행이 되어 왔다. 다만 제 32 [XX]에 규정된 예외사유는 훨씬 넓다. 제 32조 예외사유의 남용을 방지하기 위하여 다음과 같은 문구가 전문에 삼입될 필요가 있었다.

“수출과 수입의 제한에 관련한 ITO헌장 제 IV장의 약속은 국내조치를 행하는 회원국의 입법행위나 집행행위를 금지하는 것으로 해석되어서는 안된다…다만 그것이 국가들간 자의적으로 차별하는 수단을 구성하여 차별의 결과를 야기하는 방식으로 행해지는 경우에는 예외가 된다. 이때에 그러한 조치는 명시적 차별조건을 담고 있거나, 무역에 대한 위장된 제한에 해당하여야 한다.”¹⁸¹⁾

이러한 제안은 후에 문구 검토 후 회원국들에 의하여 일반적으로 수용된다. 특히 동 조항의 적용범위를 수출 및 수입에 대한 제한에 국한 시켜야 한다는 점에 대하여는 강력한 지지를 받았다. 회원국의 예외조치와 비차별원칙 관련하여 1982년 캐나다로부터 수입한 참치(tuna)와 참치 가공물(tuna product)에 대한 미국의 수입금지조치에 관한 통상분쟁 사례에서 패널은 1979년 8월 31일 미국 수입금지조치의 합법성(合法性)에 관하여 심리하였다. 이는 양국간 수역 분쟁 해역에서 캐나다가 미국의 선박과 선원을 납포하여 양국간 긴장관계가 고조된 바로 직후였다.

179) Id.

180) ARTICLE XX GENERAL EXCEPTIONS. Retrieved Aug. 18, 2024, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art20_e.pdf.

181) Id.

패널은 GATT XX 일반적 예외 조항 전문(前文)의 의미를 지적하였다.¹⁸²⁾ 패널에 의하면 캐나다로부터 수입되는 참치와 참치 가공물 중 유일하게 캐나다의 조치만을 문제 삼고 있다. 그러나 동 물품은 코스타리카, 에쿠아도르, 멕시코, 페루 등지에서도 수입되고 있으며, 미국 정부에 의하여 유사한 조치가 동일한 이유로 취해진 바 있다. 패널은 이 사건에서 캐나다를 상대로 차별한 것은 필연적으로 자의적이거나 부정의한 것은 아니라고 보았다.¹⁸³⁾

1973년 패널은 자동차 스프링 부품에 대한 미국 정부의 수입금지조치에 관하여 판단하였다.¹⁸⁴⁾ 미 무역위원회의 배제순위(exclusion order)에 따라 동 위원회가 문제의 자동차 스프링 부품이 1930 관세법 337조에 규정된 특허권을 침해하였다고 본 것이다. 패널은 최초로 GATT XX(d)의 적용가능성에 대하여 심리하였다.¹⁸⁵⁾

먼저 전문에 관하여 살피건대, 패널은 동 관세법 제 337조의 규정과 절차 하에서 GATT(d)의 조치란 미 무역위원회가 발한 배제순위를 의미한다고 보았다. 패널은 “미 무역위원회(ITC)의 배제순위는 캐나다를 포함하여 미국의 특허권을 침해하는 모든 외국으로부터의 수입을 향하여 발해진 것이고, 캐나다로부터의 수입만을 규제하는 것이 아니다” 라고 보았다.¹⁸⁶⁾

따라서 동 배제순위는 동일한 조치가 효력을 발휘하는 나라들에 대하여 비차별적인 것이라 할 수 있고, 자의적이거나 부정의(不正義)하게 적용되는 조치라고 말할 수 없다는 것이다. 패널보고서는 “동 보고서로 인하여 GATT III와 XX의 일관성이라는 차원에서 특허권 침해에 관한 관세법 제 337조의 원용과 동조 관련 심리를 막지 않는다” 는 양해와 함께 채택되었다. 그러한 심리는 양해에 따라 1930 관세법 제 337조 패널절차에서 다시 행해진 바 있다.¹⁸⁷⁾

182) Id.

183) UNITED STATES - PROHIBITION OF IMPORTS OF TUNA AND TUNA PRODUCTS FROM CANADA Report of the Panel adopted on 22 February 1982 (L/5198 - 29S/91).

184) UNITED STATES - IMPORTS OF CERTAIN AUTOMOTIVE SPRING ASSEMBLIES Report of the Panel adopted on 26 May 1983 (L/5333 - 30S/107).

185) Id.

186) Id.

187) Id.

10. 수량제한 금지의 원칙

가. 예외법과 국내조치

원칙법과 예외법의 관계는 법해석이나 적용에 있어 의미를 갖는다. 예컨대 범죄에 대하여 형벌을 부과하는 형사법 영역에서는 형사책임의 성립, 즉 비난가능성과 관련하여 원칙적으로 고의범만을 처벌하도록 하고 있는데, 이는 원칙법이 된다.

따라서 특별히 과실범(過失犯)도 처벌한다는 예외조항이 없는 한, 과실로 인하여 구성요건에 해당하는 행위를 했다 하더라도 형사범죄로 처벌할 수 없다. 또한 예외법에 해당한다는 입증책임은 전술한 바와 같이 예외를 주장하는 자에게 있다.

원칙법과 예외법의 관계가 가장 두드러지는 법 중의 하나가 WTO법이다. 무역에 관한 회원국들에 원칙이라는 이름으로 국제의무를 부과하는 한편, GATT법에 일반적 예외(General exception)와 국가안보를 위한 예외를 체계적이고 자세하게 규정하고 있다.

그외에도 수량제한금지의원칙에 있어 마케팅 전략상 예외, 국제수지 방어를 위한 예외 등 예외법들이 산재해 있다. 따라서 회원국 정부는 무역에 관하여 이러한 예외조항들을 근거로 매우 자유롭게 법률의 제정, 행정입법, 반덤핑 조치와 같은 처분적 성격의 행위나 재판 등 소위 WTO법상 국내조치(Domestic measure)를 할 수 있다.¹⁸⁸⁾

WTO 분쟁의 상당수가 최혜국대우나 내국민대우, 수량제한금지 같은 회원국의 기본 의무와 예외법을 둘러싼 분쟁이라고 해도 과언이 아니다. 그리고 후술하는 바와 같이 예외법(例外法)의 해석과 관련하여 다양한 문제가 제기된다.

태국 담배수입금지조치에 대하여 미국 정부가 GATT법 수량제한 금지원칙 위배로 제소한 사례에서도 GATT 일반적 예외조항의 해석이 쟁점으로 등장하였다.¹⁸⁹⁾ 태국이 패소하면서 태국 정부 주무 장관의 코멘트는 세계경제헌법체제인 WTO의 본질을 상기시킨다.

“WTO 결정을 존중하고 국내조치를 입안·시행하는데 참고할 것이다…다만 WTO의 이번 결정이 태국 정부가 정책을 결정하고 집행하는데 있어 압력으로 작용하여서는 안될 것이다.”¹⁹⁰⁾

전술한 바와 같이 세계화(世界化)와 함께 ‘입법창설적 성격의 다자조약’ 체제는 자체 완결적인 거대한 국제기구, 즉 국제관리체제를 탄생시킨 바 있다. 세계화의 진전과 함께 WTO 누

188) 최원목, 전거서, 주) 156.

189) Thailand - Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines - Report of the facilitator pursuant to paragraph 5 of the "Understanding between the Philippines and Thailand to pursue facilitator-assisted discussions aimed at progressing and resolving outstanding issues in regard to DS371" WT/DS371/46 | 5 July 2022.

190) Id.

라운드, 즉 신 통상의제처럼 이러한 경향은 확대·발전될 것이다.

다만 이러한 진보적 성과는 아직은 보편주의적 국제법관(Universalism)에나 어울리는 연성적 성격의 것이다. 국제사회에서는 다수에 의한 지배, 즉 미국의 하원 같은 인구비례형 민주주의는 현실적으로 불가능하다. 또한 미국의 상원처럼 국가들의 평등을 전제로, 각 국가마다 평등하게 2석의 대표권을 행사하는 것은 더욱 실현 가능성이 없다.

그러나 보통법의 지배, 또는 불완전하고 연성적이지만, 세계헌법이라고도 할 수 있는 유엔 헌장 또는 유엔인권선언 등 법치주의의 이상은 불완전하지만 불가능한 것은 아니다. 최소한 세계화의 우리는 피터 센지(P. M. Senge)가 말한 거대한 학습체제에 편입되어 이상(理想)을 향하여 나아가고 있는 것이다.¹⁹¹⁾

나. 태국 담배수입금지조치 사건

태국 담배수입금지조치 사건에서의 태국 주무장관의 코멘트는 이를 함축적으로 시사한다. 예외법의 해석은 전술한 바와 같이 좁게 해석하여야 한다. 예컨대 GATT 수량제한금지의 원칙에는 국가가 마케팅 전략상 필요한 경우에 쿼터 설정 등 예외조치를 할 수 있게 되는데, 이 때의 수량제한은 엄격하게 동종상품에 대한 것이어야 한다.

캐나다 청어와 청어가공산품 사건에서 패널은 “캐나다가 자국산 청어가공산품의 마케팅 전략상 외국산 청어 수입에 대하여 쿼터를 설정한 것은 청어가공산품에 대한 수입수량제한이 아니어서 협정에 위반된다”고 판시하였다.¹⁹²⁾

이와 달리 호주가 자국산 버터의 마케팅 전략상 외국에서 수입되는 버터의 수입에 수량을 제한한 것은 협정에 위반되는 것이 아니다. 이러한 예외법들은 WTO법 여러 곳에 산재해 있는데, 예컨대 국제수지를 이유로 하여 미국산 쇠고기 수입을 규제하거나 또는 국민의 생명과 보건을 위하여 광우병 쇠고기 수입을 금지하는 것은 허용된다. 또한 방사능 오염가능성이 있는 수산물의 수입을 금지하는 것이 허용된다.

다만 예외법은 좁게 해석되어야 한다는 해석원칙과 과학적 근거를 둘러싸고 대부분의 통상 분쟁(通商紛爭)에서 당사국들은 치열하게 다툰다. 담배 수입과 내국 소비세 부과에 관한 미국과 타일랜드간 사건의 1990년 패널보고서는 태국의 담배 수입금지 조치가 문제되었다. 패널은 태국 정부의 조치가 수량제한금지의 원칙에 관한 GATT XI에 위반된다고 보았는데, 태국은 GATT XX(b) 예외사유에 해당하여 허용되어야 한다고 주장하였다.¹⁹³⁾

191) Senge, P. M. (2006). The fifth discipline: The art and practice of the learning organization. Broadway Business.

192) CANADA - MEASURES AFFECTING EXPORTS OF UNPROCESSED HERRING AND SALMON Report of the Panel adopted on 22 March 1988 (L/6268 - 35S/98).

193) Thailand - Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines, Supra note, 189.

GATT XI는 수량제한의 일반적 철폐에 관하여 규정하고 있다. 즉 그 제 1항에서 “다른 계약 당사자 영토의 상품 수입에 대하여 또는 다른 계약당사자 영토로 향하는 상품의 수출 또는 수출을 위한 판매에 대하여, 쿼터, 수입 또는 수출허가 또는 그밖의 조치 중 어느 것을 통하여 시행되는지를 불문하고, 관세, 조세 또는 그밖의 과징금 외의 어떠한 금지 또는 제한도 계약당사자에 의하여 설정되거나 유지되어서는 아니된다” 라고 규정하면서,¹⁹⁴⁾ 수량제한을 할 수 있는 예외사유로 3가지 경우를 인정하고 있다.

예컨대 회원국은 2(b)에 따라 국제무역에 있어서 상품의 분류, 등급부여 또는 판매를 위한 표준 또는 규정의 적용에 필요한 수입 및 수출의 금지 또는 제한을 위하여 수량제한을 시행할 수 있다. 동 사안은 당사자의 합의와 WHO 전문가 증언을 통하여 다투어졌는데, 패널은 담배에 대한 수량제한이나 수입금지조치가 GATT XX(b) 예외사유에 해당하여 허용된다고 보았다.¹⁹⁵⁾

그러나 생명과 건강을 위한 담배 수입제한이나 금지는 그것이 필요한 경우이어야 하고, 예외법은 좁게 해석되어야 하므로, 이때에 ‘필요한’ 이라는 협정문의 문구는 ‘다른 대체수단이 없는’ 즉 ‘불가피한’ 이라는 의미를 더하여 이해하여야 한다.

이러한 WTO법은 우리 헌법재판소가 ‘기본권 제한의 필요성’ 이나 ‘보다 덜 제한적인 대체수단’이 있는지 여부를 살피는 것과 같은 취지라 할 수 있다. 또한 패널은 “동 조항의 해석에 관한 선례에 기초하여 볼 때, 예외조치는 다른 GATT협정 조항에 위반되어서는 안된다” 라고 하였다. 그리고 다른 협정 조항에 위반되지 않는 예외조치가 가능하지 않는 경우에는 회원국은 가장 위반의 정도가 작은 조치를 선택하여야 한다.

패널은 GATT XX(b)의 취지에 따르면 인간의 건강은 시장의 자유화라는 가치보다 더 중요하다. 다만 그러한 예외조치는 필요성의 기준을 충족하여야 한다. 선례에 따르면 합리적으로 기대할 수 있는 다른 대안이 존재하거나, GATT법에 위반하지 않는 다른 조치가 가능한 경우에는 필요성(必要性)의 기준을 충족하지 못한다.¹⁹⁶⁾

같은 이유로 회원국은 GATT법에 위반하지 않는 다른 대안이 존재하지 않는 경우, 이용가능한 여러 대안 중 GATT법 위반의 정도가 가장 낮은 대안을 선택하여야 한다. 또한 패널은 “GATT XX (d)와 (b)에 규정된 ‘필요한’ 이라는 문구가 다른 의미를 갖는다” 는 주장을 배척하고, 동 문단은 동일한 용어를 사용하면서 동일한 목적을 의도하는 것이라 보았다.¹⁹⁷⁾

환언하면 양 조항은 모두 중요한 공공정책 목적상 GATT법에 위반되는 예외조치가 가능하다는 취지이고, 이는 그러한 위반이 불가피한 경우에 정책목적을 달성하기 위하여 부득이한 범위내에서 제한적으로 인정되는 것이라고 실시하였다.

194) GATT XI, Cl. 1.

195) Thailand - Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines. Supra note, 189.

196) Id.

197) Id.

XX (d)항이 GATT법에 일치하는 조치이지만 그 이행으로 불일치가 결과하는 경우에 한하여 적용되는데 비하여, XX (b)항은 공중보건정책의 결과 GATT법에 불일치하는 경우에 적용된다는 차이가 있다. 그러나 이때 양 조항 법문의 ‘필요한’이라는 어구(語句)의 의미는 법해석상 동일하다.

다. GATT XX 일반적 예외

제20조 일반적 예외는 다음과 같다.

“다음의 조치가 동일한 여건이 지배적인 국가간에 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별적 무역의 수단을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, 이 협정의 어떠한 규정도 계약당사자가 이러한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.”

그리고 그 (b)에서는 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치 (d)에서는 통관의 시행, 제2조 제 4항 및 제17조 하에서 운영되는 독점의 시행, 특허권·상표권·저작권의 보호, 그리고 기만적 관행의 방지와 관련된 법률 또는 규정을 포함하여 이 협정의 규정에 불합치되지 아니하는 법 또는 규정의 협정 준수를 확보하기 위하여 필요한 조치 등 10개항의 예외사유를 규정하고 있다.¹⁹⁸⁾

GATT XX조는 1994년 WTO가 만들어지면서 보다 명료하게 정리되어 상품무역협정의 하나로 부속서 1에 편입되었지만, 여전히 해석상의 문제들이 남아 있다. 먼저 10개항의 예외사유는 공통요건과 개별사유로 나누어 볼 수 있는바, 그들의 관계에 관하여 i) 열거규정설과 예시규정설로 나뉜다. 또한 ii) 공통요건과 개별사유의 적용에 있어 우선순위가 적용되는가 있다면 그 이유는 무엇인가 iii) GATT XX조가 GATT외에 WTO 다른 협정의 예외사유가 될 수 있는가 iv) 각 개별사유의 구체적 의미는 무엇인가 등이다.

특히 실무상 (b)의 보건조치, (d)의 집행조치, (g)의 보존조치 등이 많이 문제되는데, (b)와 (d)는 ‘필요한(necessary)’ (g)는 ‘관하여(relating)’ 라는 용어를 사용하고 있고, 그 차이는 본 사건에서처럼 ‘필요한’의 경우, ‘관하여’보다 훨씬 엄격한 요건하에서 예외조치가 가능하게 되는 것이다.

이에 패널은 “태국 정부의 수입규제는 i) 공중보건정책을 달성하기 위하여 이용되리라고 합리적으로 예측할 수 있고 ii) GATT법에 합치하거나 위반정도가 덜한 다른 대안이 없는 경우에 한하여 필요성의 원칙이 충족되는 것으로 볼 수 있다”고 판시하였다.

패널은 내국민대우 원칙에 위반하지 않는 한, 수입품의 내국 시장에서의 판매, 판매청약, 구매, 운반, 배송 또는 사용을 위한 법 규칙 및 기준 등을 정할 수 있다는 미국 정부의 GATT III:4에 관한 주장에 주목하였다.

198) GATT XX (a)-(j).

미국 정부의 주장에 따르면 태국 정부는 GATT III:4에 따라 내국 시장에서 허용되는 조치를 통하여 공중의 건강을 위한 정부 목적을 달성할 수 있으므로, XI:1 수량제한의 예외조치가 필요한 경우에 해당된다고 할 수 없게 된다.

패넬은 미국정부의 III:4 주장에 대하여 자세히 심리하였다. 먼저 담배 수입금지라는 태국 정부의 조치는 수입담배에 포함된 유해물질로부터 국민을 보호하고 태국 영역에서 담배소비를 줄이기 위한 것이다.

따라서 이는 태국에서 판매되는 담배의 질을 유지하면서 담배의 양을 줄이는 것을 목적으로 한다. 다음으로 패넬은 태국에서 소비되는 담배의 질에 관한 태국 정부의 우려와 대응조치에 있어 GATT법 기준에 일치하거나 불일치의 정도가 덜한 방법을 선택하였는지 심리하였다.

패넬은 다른 국가의 관행을 예시하였다. 예컨대 엄격하면서도 비차별적인 상품 표시나 성분 표시 의무 등을 법으로 도입하여 정부가 수입담배를 통제 관리하고 국민들이 담배 성분에 대하여 알 수 있게 하는 등 다른 대안이 존재한다는 것이다.¹⁹⁹⁾ GATT III:4에 따라 내국시장에 관한 정부의 규제가 가능하므로, 수입을 금지하는 조치를 하면서 수량제한금지의 원칙을 주장하는 것은 부당하다는 미국정부의 주장을 받아들인 것이다.

내국민대우 의무에 위반하지 않으면서 비차별적으로 담배 성분 물질의 완전한 개시, 건강에 유해한 물질의 금지 등 조치는 GATT법에 위반하지 않는 유효한 대안이 된다. 환언하면, 패넬은 그러한 조치들은 현재 태국 정부가 담배 성분 물질에 관계 없이 모든 담배에 대한 수입금지를 통하여 공중 보건의 질을 높이려는 정책의도를 달성하기 위한 합리적이고 유효한 대안이 된다고 본 것이다.

다음으로 패넬은 태국 영역에서 소비되는 담배의 양적 축소를 위한 정책목적을 심리하였다. 태국 정부의 담배 소비량을 줄이기 위한 정책목적은 물론 GATT법에 위반되지 않아야 한다. WHO 전문가 증언에 따르면 담배 소비 특히 청소년의 담배 소비는 담배광고에 의하여 크게 영향을 받는다. 따라서 광고의 금지는 내국시장에서 가능하고 합리적인 대안이 된다.

이미 43차 세계보건의회(World Health Assembly)는 최근의 과학적 증거에 따라 담배의 광고(advertising), 선전(promotion), 스폰서(sponsor) 등에 대한 효과적 통제와 입법적 규제가 매우 유효하다는 선언을 공식적으로 채택하였다. 나아가 동 WTO 선언은 모든 WTO 회원국 정부 차원에서 점차로 모든 직접적·간접적 광고, 선전, 스폰서 행위들을 통제·관리할 것을 요청하였다.

패넬은 외국 담배와 내국 담배를 내국 시장에서 동일하게 그 광고를 규제한다 하더라도 통상 협정에 위반한 차별대우는 아닐 것이라고 실시하면서, 다만 예외적 상황에서 불평등한

199) Thailand - Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines, Supra note, 189.

경쟁 기회를 창출하여 기존 국내 공급자와 외국 공급자를 차별한다는 주장은 상황에 따라 성립할 수 있다고 한다.

그러나 패널은 이러한 주장이 성립하는 경우에도 담배 광고의 규제는 불가피하고, 따라서 XX(b) 법문의 '필요한'이라는 기준을 충족한다고 보아야 한다고 판시하였다. 광고를 규제하지 않는 경우 담배 소비를 자극하여 담배 소비의 양을 줄이려는 태국정부의 정책목적이 달성될 수 없기 때문이다.²⁰⁰⁾

패널은 태국 정부가 이미 정보프로그램, 직간접적 담배광고의 규제, 담배표지를 통한 경고, 지정 공공장소에서의 흡연 금지 등을 시행하였다고 확인하였다. 패널은 또한 GATT법에 위반하지 않으면서 담배의 공급을 제한하는 방법으로 한국의 전매청과 같이 담배공급에 관한 독점판매회사를 이용하는 것도 하나의 대안(代案)이 될 수 있다고 판시하였다.²⁰¹⁾

라. WHO 선언의 의미

패널에 따르면 태국정부는 내국민 대우나 양허한 관세 조건에 위반하지 않는 한, 독점판매 회사를 통하여 전반적 담배 공급량, 담배가격, 담배의 소매 가능성에 관하여 통제·관리할 수 있다. 이미 43차 WHO 회의는 점진적 담배가격 인상의 정책적 유효성을 확인하였고, 그 이행을 독려하는 선언을 체결한 바 있다. 또한 담배 소비 욕구를 저하시키는 점진적 재정조치를 권장하고 있다.²⁰²⁾

이러한 대안조치들이 존재한다는 것을 근거로 '수입 담배와 국내 담배간 경쟁은 필연적으로 담배 총 판매량의 증가를 가져 올 것이고 태국 정부의 외국 담배 수입조치는 불가피하다'는 타일랜드의 주장을 배척하였다.

패널은 나아가 흡연에 관한 WHO 선언의 의미에 대하여 실시하고 있다. WHO 선언에 나타난 회원국 정부에 대한 보건정책 이념과 기준은 국가를 초월한 보편적인 것이다. 이는 비차별적인 것이고, 수입 담배를 포함하여 모든 담배에 포괄적으로 적용된다.²⁰³⁾

전술한 바와 같이 i) 세계 시장은 국경을 무의미하게 하고 ii) 시장에 대한 규제는 자유와 비차별이라는 시민혁명 정신을 받아들여야 하고 iii) WHO 같은 보건 분야 국제기구는 주권국가의 한 부처처럼 국제사회에서 準 政府的 기능을 수행하고 있다.

시장에서의 상품의 흐름은 자유로와야 하고, 시장을 왜곡시키는 회원국의 수량제한조치는 예외사유에 해당한다고 할 수 없으며, WHO 기준에 따라 점진적으로 세계기준에 따른 보건정책을 추진하는 것이 바람직하다.

200) Id.

201) Id.

202) Id.

203) Id.

지난번 3년간의 코로나 바이러스 사태 때에 우리 모두 경험한 바이지만, 보건과 경제라는 주제는 보편적이고 범세계적이다. 세계적 차원의 보건위기 세계적 차원의 경제위기는 보편적 시민 연대와 근대 시민사회의 모랄(moral)을 상기시킨다.

소위 브루스 액커만(B. Ackerman)이 말한 헌법적 계기(Constitutional momentum)는 미국에서의 헌법 제정, 남북전쟁을 둘러싼 수정헌법, 1930년대 뉴딜 입법, 1940년대 브레튼우즈 체제와 의회 집행부간 협정 등 미 헌법사를 설명한 이론이지만, 국제사회의 헌법화(Constitutionalization)와 관련해서도 의미가 있다.

시장에서의 상품의 자유로운 흐름이나 입법창설적 성격의 다자조약을 통하여 창설된 WTO와 WHO 등 세계적 차원의 국제기구의 역할은 국가의 헌법기관에 유사한 것이다. WTO를 세계경제헌법체제(世界經濟憲法體制)라고 부르거나, WHO 회의를 정책결정의 주체가 되는 의회, 즉 Assembly라고 부르는 것은 국제사회의 헌법화 경향에서 이해할 수 있다.

패널은 나아가 개발도상국의 담배통제관리에 관한 WHO 전문가 위원회 보고서에 관해서 언급하면서 개발도상국의 담배 수입규제는 국내생산을 증진하고 국내생산의 유지를 진작하는 결과로 이어질 뿐이라고 지적하였다.²⁰⁴⁾ 이에 대한 대응으로 담배가 이미 상품화 되었다면 담배의 역할을 줄이기 위하여 모든 노력을 기울여야 하고, 토지와 노동력을 다른 목적으로 사용토록 노력하여야 한다.

담배생산기업이 담배의 통제 관리를 위한 교육 및 기타 정책을 방해하도록 방치해서는 안된다. 결론적으로 패널은 GATT XI:1에 반하여 수입수량을 제안한 태국 정부의 조치는 그 정책목적인 담배의 질을 높이고 담배 소비량을 줄이기 위한 것이지만, 그 달성을 위하여 합리적으로 기대 가능한 다른 대안적 정책수단들이 존재하므로 협정에 위반되는 예외조치이다. 환언하면 국내 담배판매는 허용하면서 외국 담배의 수입을 금지하는 것은 GATT XX(b)의 해석상 ‘필요한 경우’에 해당하지 아니하고 GATT법에 위반된다.

204) Id.

11. 신보호무역주의와 다자주의

가. 규범의 다기성

민법상 종물(從物)은 주물(主物)의 처분에 따른다. 물권법 이론의 하나인 종물부종의 원칙에 따라 당사자간 매매계약이나 담보권 설정 계약을 하는 경우, 특단의 합의가 없는 한 주물의 처분으로 종물도 주물과 운명을 함께 한다.

따라서 강의 나룻배를 매도한 경우 당사자들이 달리 합의하지 않는 한 나룻배에 달려 나룻배의 사용에 필수적인 노는 나룻배와 함께 매수인에게 소유권이 이전한다. 종물은 주물의 사용목적에 불가분적으로 필요한 것이어야 하고, 아파트와 응접실 책상이나 의자 같이 아파트 사용을 위하여 필수적이지 않은 것은 종물이라 할 수 없다.

WTO법 체계의 본질은 회원국의 국내조치와 이에 대한 국제적 통제와 관리의 문제이다. 지난 시간 태국과 미국간의 담배수입금지에서 태국 주무장관의 코멘트는 이러한 WTO법의 체계와 성격을 함축적으로 보여준다. 회원국 공무원 무역정책 담당자는 자국법은 물론 WTO법을 필두로 다양한 통상관련 국제법을 준수하여야 한다. 정책의 결정과 법의 제정은 직간접적으로 무역과 연계되는 경우가 대부분이다.

따라서 무역정책 담당 공무원은 물론 정책결정을 하는 모든 공무원들은 무역과 관련된 국내법과 국제법을 알아야 하고 준수하여야 한다. 공무원들의 정책결정과 법집행으로 국가라는 배가 나아간다. 그리고 공무원들은 배에 부착된 노와 같은 것이라 할 수 있다. 노는 배와 함께 하고 종물부종의 원칙에 따라 그 처분에 따르듯이, 공무원들은 국가와 함께 하고 헌법과 법률에 따라야 한다는 것이 전통적 인식이었다.

그러나 세계화와 국제법의 발달, 특히 입법창설적 성격의 다자조약체제로 인하여 각국의 공무원들은 다기한 주물에 부종(附從)하여야 하는 처지에 빠지게 된다. 현대의 공무원들이 처한 이러한 현실을 우리는 ‘규범의 다기성(Multiplicity of norms)’이라 한다.²⁰⁵⁾ 세계가 긴밀화·광역화 되면서 국제법이 발전하고, 기업이나 시민 같은 사적 주체들은 명령의 충돌이나 국제법의 역외적용 문제를 불러 온다.

반면에 공무원이나 공적 주체들은 규범의 다기성과 시민사회의 원리인 법치주의의 확대 문제에 봉착한다. 명령의 충돌로 인하여 봉쇄입법(blocking statute)이 제정되기도 하고, 국제법과 국내법의 충돌로 헌법과 국제조약간 우열관계나 국내 신법의 국제법에 대한 우위 등 상위법 우선의 원칙 또는 신법우선의 원칙이 소환되기도 한다.²⁰⁶⁾

205) Milanovic, M. (2009). Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?. Duke J. Comp. & Int'l L., 20, 69.

206) Ventura, D. (2021). Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions. In Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions (pp. 221-238). Edward Elgar Publishing.

나. GATT 체제에서 WTO 체제로

GATT 체제에서 WTO체제로 이행한 것은 1970-1980년대 신보호무역주의로 인하여 GATT체제가 제 기능을 못하였기 때문이다. 이 시기를 우리는 관리무역기라 부르는데, 시장의 자유와 비차별 및 다자주의 정신에 기반한 GATT는 국가들의 자국산업 보호를 위한 여러 무역규제조치로 인하여 위기에 처하게 된다.

보호무역주의는 시장의 자유화에 대하는 것으로 원래 독일의 경제학자인 리스트가 주장한 것이다. WTO체제가 아담 스미스의 자유시장론이나 리카르도의 국제분업론에 기반하고 있다면, 보호무역주의는 후발선진국인 독일에게 필요한 것이었다. 신보호무역주의(Neo-protectionism)란 말은 역으로 70년대에서 80년대에 걸쳐 미국과 같은 기존 무역선진국이 자국산업을 보호하기 위하여 행하는 무역정책기조를 일컫는 말이다.

회원국들이 행하는 국내조치는 GATT법에 위반하지 않아야 한다. 신보호무역주의는 명확하게 GATT법에 위반한다고 보기 어렵지만, GATT정신에 반하는 조치들을 통하여 행해지는데 우리는 이를 회색지대 조치(Grey area measure)라 부른다.

수출자율규제협정(VERs)이나 시장질서유지협정(OMA)등 다자주의 체제에 반하여 양자 협상을 통한 무역 시장의 규제를 하게 된다. 국제법 이론상 국가는 자유롭게 협상하고 타국과 조약을 체결할 수 있으므로 이러한 회색지대조치를 불법이라 할 수 없지만, 다자주의(Multilateralism) 체제에 정면으로 반하는 것이다.²⁰⁷⁾

회색지대조치는 국내법의 역외적용을 둘러싼 문제와 함께 국제법 학자들의 대표적 논란거리이다. 이상주의적 국제법관하에서 GATT체제는 입법창설적 성격의 다자조약에 기반한 자체 완결적 국제기구이다. 이에 대하여 회색지대 조치는 의사주의적 국제법관 또는 신법우선의 원칙하에서 합법화 될 수 있다. 회색지대조치는 일본의 대미 자동차수출의 자율규제 등에서 알 수 있듯이, 값싼 노동력을 무기로 시장경쟁력에서 우위에 있는 신흥개도국들의 상품으로부터 자국산업의 붕괴를 막기 위하여 취해진다.

이로 인하여 섬유류 분야에서는 다섬유협정(Multifiber agreement)이 체결되고, 섬유류 분야가 GATT체제에서 이탈하기도 한다. GATT법하에서는 관련 조항을 두어 자국산업 보호를 위한 긴급수입제한조치를 할 수 있도록 하고 있다.

신보호무역주의로 인한 회색지대 조치의 범람으로 새로운 WTO체제가 출발하면서 회원국들은 일정기한 내에 기존 회색지대조치들을 철폐할 의무가 생겼고, 자국산업의 붕괴를 막기 위한 보호조치의 발동은 새로운 긴급수입제한조치에 관한협정에 위반되지 않아야 한다.

회색지대조치는 수입금지나 쿼터제, 최저수입가격제 등 직접적·간접적 수량제한조치를 통하여 행하여지는 경우가 많았는데, 이제는 GATT법 일정에 따라 모두 철폐하고 GATT체제로

207) Petersmann, E. U. (1988). Grey Area Policy and the Rule of Law. J. World Trade, 22, 23.

복귀하여야 한다.

그리고 새로운 긴급수입제한조치에 관한 협정에 따라, 긴급수입제한조치는 i) 수입량의 급증 ii) 국내산업붕괴나 붕괴의 우려 iii) 수입량의 급증과 국내산업붕괴나 붕괴의 우려간에 인정할 수 있는 법적인 상당인과관계 등 법이 요구하는 요건을 모두 갖춘 경우에만 발동할 수 있다.

또한 한번 긴급수입제한조치를 발동한 경우에는 협정이 규정하는 재발동금지기간에는 재발동할 수 없게 하여 긴급수입제한조치를 남용할 수 없게 하고 있다. 긴급수입제한조치에 관한 협정은 반덤핑협정·보조금협정과 함께 시장에서 공정무역을 실현하기 위한 대표적인 세가지 협정중 하나이다.

반덤핑협정은 수출기업에, 보조금협정은 수출국에 불공정한 요소들이 있어 그에 대응하기 위한 제도이지만, 긴급수입제한조치는 조치국과 대상국 모두에게 불공정한 요소들이 존재하지 않음에도 발동할 수 있기 때문에 재발동금지기간 등 엄격한 요건이 규정되어 있다.

구 GATT체제로부터 새로운 WTO체제로의 이행은 커다란 체제상 변화를 가져 왔다.²⁰⁸⁾

첫째, 관장사항이 대폭 확대되었다. 실체법적 부분에 있어 서비스와 지적재산권 문제가 타결되어 관련협정이 만들어졌다. 그리고 상품무역협정에 있어 농산물협정이 만들어져 공산품 외에 농산물도 시장원리에 따르게 되었다.

둘째, 통상에 대한 법의 통제가 체계적·효율적으로 정비되었다. 회색지대조치의 철폐와 긴급수입제한조치에 대한 새로운 협정이 그 한 예가 된다. 도쿄라운드에서 처음 제정된 반덤핑협정과 보조금협정상 덤핑행위의 판정이나 보조금의 정의 등 기왕에 모호했던 법적 요건이나 개념들이 명료화되고 새로워졌다.

무엇보다도 분쟁해결절차에 관한 협정이 독립된 협정으로 새롭게 들어와 동 절차를 체계적·효율적으로 관리할 수 있게 됨으로써, 절차법 영역에서 혁명적 변화를 이끌어 내었다. 기존 GATT법 제 23조와 개별협정에 산재해있던 분쟁해결관련 규정들이 DSU라는 하나의 통일된 협정에 의하여 흡수·통합된 것이다.

새로운 DSU는 절차에 관련된 시한을 명확히 하고 역만장일치제(reverse consensus system)를 채택하여 과거 GATT체제하의 고질적 병폐를 제거하였다. 또한 교차보복제를 통하여 WTO 결정의 실효성을 제고하였다. 임시적 기구인 각료회의와 달리 WTO 일반이사회는 각료회의의 위임을 받아 평상시 상설기구(常設機構)로서 기능하는데, 실질적으로 WTO최고의 사결정기구라 할 수 있다.

일반이사회는 사전적 분쟁예방을 위한 무역정책사전검토제도(TPRM)하에서 사전검토기구로 역할하며, 사후적 분쟁해결을 위한 분쟁해결제도(DSM)하에서 분쟁해결기구로서 역할한

208) 조영정(2009). 국제통상법의 이해. 무역경영사.

다. 회원국들의 무역에 관한 국내조치는 세계경제헌법과 같은 WTO법에 위반되어서는 안 되는데, 무역에 대한 법치주의가 한껏 제고되면서 그 준수가 보다 효율적으로 확보된 것이다.

이제 시장의 보호를 위한 최저수입가격제 같은 무역정책이 참신한 아이디어로 칭찬받던 시대는 가고, WTO 수입수량제한 금지 조항의 위반을 걱정하여야 한다. 직접적 수량제한은 아니지만 그것이 수입수량에 대한 제한으로 기능한다면, WTO법 제 11조 위반이 될 수 있는 것이다.

GATT는 22개 원 회원국들이 공산품 교역을 중심으로 출발하였다. 제 2차 세계대전 후 식민 지배가 막을 내리고 신생독립국들이 대거 주권국가로 국제사회에 등장하게 된다. 우리나라는 1967년 GATT에 가입하여 회원국 지위를 얻게 되고, 개발도상국 지위의 회원국이 많아짐에 따라 GATT 제 4부에 개발도상국에 대한 특별대우의 장이 신설된다.²⁰⁹⁾

전술한 바와 같이 이는 1947 GATT에 없던 내용들로 1994 GATT와 구별된다. 우리나라는 1967년 가입 해에 소고기 수입수량제한, 즉 쿼터제를 실시하였고 이는 국제수지보호를 위한 예외조치로 합법성을 인정받았다. 1980년대에 접어들어 한국의 외환보유고가 개선되어 더 이상 국제수지 예외가 인정되지 않음에도 한국은 계속 소고기 수입 쿼터제를 유지하다가 수입금지조치까지 하게 되는데, 결국 GATT법 위반으로 판정받는다.²¹⁰⁾

이후 국제수지 보호를 위한 여러 예외조치들이 철폐되었고 1990년대 수입선다변화정책을 위한 수입쿼터제들이 마지막으로 철폐됨으로써, 한국은 수량제한금지의 원칙으로부터 자유롭게 되었다. 한국의 공공정책 담당자들은 1960-70년대 개발국가 시대의 엘리트들로 다양한 무역정책을 입안·시행하고 국가의 경제발전을 주도하였다. 미국에서 경제학을 공부하고 돌아온 관료들에 의한 개발국가 모델은 가히 개발행정학 융성시대를 불러 왔다고 할 수 있다.

이 시기 군사정권에 대한 평가는 개발독재라는 부정적 평가도 있지만, 미개한 국가를 개발로 이끌어 선진국 대열에 올려 놓은 개발국가(Developmental state) 패러다임이 성공한 사례로 보아 긍정적으로 평가하는 견해도 적지 않다. 요컨대 국내조치에 관한 공공정책 담당자들은 규범의 다기화 속에서 법치주의의 실현자로서 국경이 없는 무역 시장을 규제하고 있는 것이다.

209) 이춘삼. 전거서, 주) 137.

210) REPUBLIC OF KOREA - RESTRICTIONS ON IMPORTS OF BEEF - COMPLAINT BY THE UNITED STATES Report of the Panel adopted on 7 November 1989 (L/6503 - 36S/268).

12. 국제사회와 通商法治

가. 국제법으로서의 WTO법

“Silent Enim Liget Inter Arma!” 이는 로마의 황제이자 철학자인 키케로가 한 말이다. 직역하면 “법은 전쟁 중에 침묵한다!” 라는 의미가 된다. 통상과 경제 문제에 관하여 한 일본 기업인은 국경없는 전쟁이라고 표현한 바 있다. 전쟁에도 준수하여 할 전쟁법이 있지만, 무역전쟁의 현실에서 WTO법은 전쟁 중에도 침묵하지 않는다.

인류문명의 발전으로 최소한 무역전쟁의 경우, 매우 체계적이고 효과적인 WTO법 체제, 특히 발전된 분쟁해결제도를 가지게 되었다. 한편 독일의 저명한 법학자인 루돌프 폰 예링(R. V. Jhering)은 “법의 발전은 민중의 역사발전과 함께 한다” 고 말하였고, 법은 민중정신의 소산이라고 하였다. 그는 “로마법을 통하여 로마법의 피안으로부터” 라고 말하면서 4권의 법철학 서적을 출판하고 역사법학과의 태두가 된다.

역사법학파는 사비니(F. C. V. Savigny)와 티보(A. F. J. Thibault)가 나폴레옹 민법전을 독일에서 시행하려는 시도에 반대하여 법은 민중정신의 산물로서 당시 법학의 주류였던 자연법론이나 분석법학에 반대하고 법의 역사적 연구를 중시하였다.²¹¹⁾ WTO법은 형법이나 민법 같은 전형적인 국내법과 달리 법의 풍토성(風土性)이나 민중성을 통하여 이해하는 것은 부적절할 수 있다. 그러나 구 GATT의 역사와 WTO로의 발전은 시민사회와 시장의 변화를 보여준다.

막스 베버가 말한 자본주의 정신은 프로테스탄트의 윤리로 내면화 되지만, 그 외적 발현은 무한한 도전정신이고 자유롭고 공정한 경쟁이 가능한 시장을 회구하는 시민 정신이다. 민중의 정신이 형사법이나 게르만 관습법에 갇혀 있다면, 시민 정신은 보편적이고 기술적인 상인법 정신, 근대 시민혁명과 세계화, GATT에서 WTO로 자유로운 교역을 보장하는 세계통상관리체제의 확대와 발전에 있다 할 수 있다.

WTO법은 구 GATT와 달리 대상협정이 확대되었다. 유형재교역 영역에서 농산물협정이 만들어지고, 무형재 즉 서비스무역 역시 새로운 WTO 서비스무역협정에 따라 관리되고 있다. 한편 선진국들은 지적재산권의 국제적 보호를 강화하기 위하여 새로운 TRIPs 협정을 추진하고 WTO체제에 성공적으로 편입시켰다.

WTO는 i) 다른 어떤 국제기구보다도 회원국 수가 많고 ii) 회원국들은 다자간 무역규범에 의무적으로 가입하여야 하며 iii) 분쟁해결절차가 새롭게 체계적이고 효율적으로 바뀔으로써 지적재산권 보호에 있어 매우 유리하다.

이는 i) WTO 교차보복제도 ii) 기존 협정 인용방식에서도 알 수 있다. 환언하면 지적재산권 보호에 있어 실제적인 원칙과 기준은 파리 공업소유권협약, 베른협약 등 4개의 주요 국제협

211) 최종고 (2013). 법사상사. 박영사.

약 기준이 그대로 적용된다.²¹²⁾

따라서 지적재산권 문제가 WTO에서 다루어지는 것은 지적재산권 보호의무를 부담하는 국가들의 확대를 가져오고, 다른 협정 위반에 대한 보복시 TRIPs 협정상 양허나 의무의 정지를 통한 보복이 가능하다는 전략상 장점을 갖는다. 우루과이 라운드 당시 지적재산권의 보호에 관하여 선진국과 개발도상국은 쉽게 합의하지 못하고, 인식의 차이로 인하여 협상과정에서 많은 갈등을 노정하였다.

선진국들은 지적재산권은 準物權(Quasi-property)으로서 법에 의하여 엄중한 보호가 필요하다는 입장이지만, 개발도상국들은 지적재산권은 ‘인류 공동의 유산’으로서 필요한 범위내에서 법의 보호를 주면 된다고 하면서 과도한 보호에 반대하였다. 국제경제법에 대한 국가들의 시각은 선진국과 개발도상국 간에 큰 차이를 보이고 있다. 우리는 이를 남북문제(南北間隙)라 부르는데, 그것은 선진공업국들은 적도 북반구에 위치하는 나라들이 대부분이고 개발도상국들은 적도 남반부에 위치한 경우가 많기 때문이다.

국제법에 대한 시각 차이는 보다 일반적 차원의 것이어서, 선진국 v. 개발도상국 구도 보다는 정치와 역사적 기준에 의하여 분류하는 것이 낫다. 일반적으로 서방선진국의 경우 국제정치 우선의 국제법 존중 입장이라 할 수 있지만, 국제적 협조의 문제는 나라마다 차이가 있다. 제 2세계인 사회주의 국가들은 국제법은 제 1세계 국가들을 위한 것으로 보아 국제정치적 관점이 강하고, 국제법에 대하여 회의적 시각이 강하다.²¹³⁾

제 3세계 국가들은 보편주의·이상주의적 성향이 강하기 때문에 현실주의에 의하여 지배되는 국제정치보다는 국제법의 지배를 선호한다. 이러한 국가들의 성향에 대한 이해는 국가들은 국제법의 受範者이지만, 협상을 통하여 국제법을 창출하는 주체이기도 하기 때문이다. 예컨대 TRIPs 협정은 국내이행기간의 유예 등 개발도상국에 대한 우대조치를 인정함으로써 협상이 타결되고 협정이 체결되었다.

또한 미국과 러시아는 아직도 국제형사재판소 협약에 가입하지 않고 있으며, 강대국이나 유엔 안보리의 협조 없이는 범죄인에 대한 수사 및 기소 및 처벌이 쉽지 않은 현실이다. 한편 미국의 경우 해양법협약에 가입하지 않고 있으며, 환경협약에도 소극적이어서 국제사회의 비판을 받고 있기도 하다. 국내법의 경우에도 중산층, 빈곤층, 생산자, 소비자 등 다양한 이해관계에 따라 법에 대한 시각이 다르긴 하다. 그러나 국제법의 경우와는 차이가 있다.

법인세율을 낮추는 것은 생산자 계급은 환영할 일이지만, 소비자들이나 빈곤층에게는 어필하기 어렵다. 일정한 소득 이상의 그룹에 누진적 소득세율에 따라 소득세를 부과한다면, 소득이 적은 빈곤층은 환영할 것이지만 소득이 높은 중산층들은 반대할 것이다. 그런데 국내법의 경우에는 통치의 주체인 정부에 의하여 법의 강제성이 실효적으로 확보되므로 수범자들의 법에 대한 호불호는 공공정책적 차원에서나 의미를 가질 뿐, 법적 차원에서는 무시될 수 밖에 없다.

212) 조영정, 전게서, 주) 208.

213) 김대순, 전게서, 주) 157.

그런데 중앙정부가 부재한 국제사회에서 최소한 국제법에 규범력(規範力)은 인정된다고 보는 학자들도 강제력(強制力)이 인정되는가 여부에 대하여는 회의적이다. UN체제 하에서 유일하게 강제력을 행사할 수 있는 기관은 안보리라 할 수 있고 헌장 제 51조에 따라 강제조치가 가능할 뿐이다. 이는 여전히 국제사회에서 법에 더하여 국가들의 성향이나 전략을 이해하는 것이 필요하다는 것을 의미한다.

예컨대 최근 중국과 필리핀의 해양경계획정 중재판정처럼 국제재판소의 판정이 자국에 불리한 경우 이를 부인하거나 이행을 거부하게 되는데, 이때에 국제법은 국내법과 달리 그 이행을 강제할 수단이 없게 된다.²¹⁴⁾ 요컨대 국제법과 국내법의 차이로 인하여 국제법을 배운다는 것은 어쩌면 그 법적 주체인 국가에 천착하고 국가를 이해하는 것이라 할 수 있으며, 또한 외교사나 국제관계를 공부하는 것이라 할 수 있다.

서비스무역협상과 관련 협정의 체결 역시 선진국과 개발도상국간에 갈등이 적지 않은 부분이다. 즉 알란 피셔(A. Fisher) 등은 산업 모델론(three sector model)에서 농수산업, 제조업, 서비스업으로의 단계적 발전 모형을 제시하였는데, 국제무역에서도 서비스업의 비중이 괄목하게 성장하는 추세를 보이고 있다. 이에 서비스업의 경쟁력이 강한 선진국들은 서비스시장의 개방과 자유화를 강하게 주장한다. 이는 서비스무역 시장도 자유와 비차별이라는 법원칙과 시장 논리에 따라야 한다는 것을 의미한다.

나. 통상법치를 향한 노력

전술한 바와 같이 법은 생산계급에 보다 유용하고 필요한 도구이다. 생산계급은 법을 통하여 자본을 보호받고 예측가능성과 법적 안정성을 보장받는다. 한편, 국제통상법을 바라보는 시각으로 개발론자와 환경론자의 대립을 들 수 있다. 생산계급인 개발론자들은 WTO-friendly라 할 수 있다. 반면에 인간다운 삶을 위하여 환경을 보존하고 우리 세대를 넘어 지속적 삶을 유지하기 위하여 각성이 필요하다는 환경론자들은 반 WTO성향이 강하다.

과거 시애틀 WTO 각료회의 기간 중 발생한 회의장 밖 환경론자들의 격한 시위와 현지 경찰의 잔혹한 진압장면은 이러한 갈등을 상징적으로 보여 준다. 서비스무역협정은 완전한 협정이 아니고 향후 구체적 협상을 통하여 보완되어야 할 협정으로 출발하였다. 회원국들은 리퀘스트-오퍼(request-offer)방식으로 개별적으로 협상을 진행하고 WTO에 서비스 양허표를 제출하여야 한다.

그런데 도하 라운드(Doha Round)의 진행이 지지 부진하면서 소수의 국가만이 서비스 양허표를 제출한 상황이고, 미제출 국가들에 대하여는 조속한 시일내에 제출할 것이 독려되고 있는 현실이다. 서비스무역협정에는 금융서비스, 회계서비스, 교통서비스 등 8개의 서비스 분야별 부속서가 첨부되어 있다. 우리나라도 법률서비스 시장개방 압력과 함께 단계별로 법률서비스 시장을 개방하고 자유화하고 있다.

214) South China Sea Arbitration (Philippines v. China, PCA case number 2013-19).

최근 외국법자문사법이 제정되어 외국변호사들이 제한적이지만 국내에서 법률서비스를 제공할 수 있게 되었다. 전술한 바와 같이 국제사회라는 분권화된 사회에서 국가들은 상호 평등한 관계이다. 따라서 국제법이나 국제통상법은 국제공법으로 분류되지만, 그 내용과 달리 구조적 관점에서 보면 평등한 자들간의 법률관계인 私法關係 비슷하다. 예컨대 조약관계는 계약관계 같이 상대적인 것이어서 객관적으로 적용되지 않고, 학자들은 국제법의 법으로서의 성격에 대하여 회의하기도 한다.

또한 국제법 즉 국제의무에 위반한 경우의 구제수단도 사법적 성격의 것과 유사하다. 환언하면 국제의무 위반에 대한 손해배상이나 사과를 명하는 陳謝는 민법상 손해배상 또는 사죄 광고 제도에 비견될 수 있다. 또한 復舊는 원상회복판결과 유사하다.²¹⁵⁾

한편 분쟁해결절차에 있어 협의절차를 의무적으로 거쳐야 하고, 협의에 의한 해결이 불가능한 경우 패널절차와 상소절차를 거치도록 하거나, 보상협의 절차 또는 보복조치를 통하여 피해를 구제받는 것도 분권화된 국제사회의 특성을 반영하고 있다.

전술한 바와 같이 WTO 분쟁해결절차는 매우 체계적이고 효율적으로 변화하였는데, 그 중에서도 두드러진 변화는 구 GATT와 달리 역만장일치제를 채택하고 교차보복제도(cross-sector retaliation)를 인정하고 있다는 점이다.²¹⁶⁾ 패널의 보고서는 ‘협정위반’ 또는 ‘비협정위반’에 따른 제소에 대하여 심리하고, 제소국의 청구가 이유 있는 경우 청구의 취지를 받아들이고 문제의 국내조치의 철폐를 권고한다. 패널의 판정은 역만장일치제에 따라 채택되고 패소국이 상소하지 않는 경우에 확정된다.

패널의 판정에 따라 권고를 이행하지 않는 경우, 승소국에 보상하여야 하고 보상협의를 위한 절차가 개시된다. 승소국과 패소국간에 원만한 보상협의를 이루어지지 않는 경우에는 패소국은 분쟁해결기구의 승인을 받아 보복조치를 할 수 있다.

보복조치는 패소국에 대하여 WTO법상 부담하는 자신의 양허나 의무를 정지함으로써 시행한다. 이때에 과거와 달리 교차보복(cross-sector retaliation)이 가능하게 되었다. 교차보복은 “i) 동일산업 분야 ii) 같은 협정내 다른 산업 분야 iii) 다른 협정분야” 중에서 가능하고 그 우선순위에 따라야 한다. 환언하면 자신의 양허나 의무의 정지는 먼저 분쟁의 대상이 된 산업분야와 동일산업 분야에서 시행하여야 하고, 그것이 효과적이지 않은 경우 동일협정의 다른 산업분야에서 보복조치를 시행할 수 있다. 그것도 효과적(效果的)이지 않은 경우에는 다른 협정분야에서도 보복이 가능하다.

215) 정인섭. 전게서, 주) 80

216) 정인섭. 전게서.

13. WTO법과 기관력의 법리

가. 서언

일반적 예외조항과 다른 GATT법 조항과의 관계를 알아 보자. 1983년 미국과 캐나다간의 자동차 스프링 부품사건에서는 1930년 캐나다 스프링 부품에 대한 미 관세법 제 337조가 문제되었다.²¹⁷⁾ 동 사건에서 패널은 GATT 제 3조 내국민대우 원칙과 제 20조(d) 일반적 예외조항과의 관계에 대하여 실시하고 있다. 동 일반적 예외조항은 문제의 국내조치가 GATT 협정에 위반되지만, 예외에 해당하는 경우 필요성의 기준에 따라 적용된다고 규정하고 있다.

그리고 회원국의 특허나 상표권, 저작권 등 지적재산권 침해로 부터 권리자를 보호하기 위한 조치를 예외사유의 하나로, 즉 동조의 적용대상으로 하고 있다. 분쟁해결기구는 나아가 미 관세청의 국내조치는 이러한 예외사유에 해당한다고 보았다.

다만 이러한 결정이 향후 미 관세청의 동일한 조치에 관하여 다시 심사하는 것을 더 이상 허용하지 않는다는 것을 의미하지는 않는다고 하였다.²¹⁸⁾ 따라서 특허 등 보호를 위한 미 관세청의 조치와 GATT 제 3조 내국민대우 원칙의 침해 문제는 사안에 따라 다시 심리되고 다른 결정이 나올 수 있다.

그런데 주의할 것은 기관력이나 기속력 같은 소송법적 효력의 문제가 복잡한 양상을 띠는 점이다. 형사법 영역에서는 일사부재리의 원칙으로 알려진 既判力の 문제는 민사법, 행정법, 헌법, 국제법, 등 다양한 법 영역에서 문제된다.

나. 일반론적 고찰

기관력의 법리는 소송물이론과 밀접하게 관련되는데, 판결의 권위와 일관성, 동일소송반복 또는 중복소송의 금지, 당사자의 법적 안정성을 가치로 한다. 따라서 확정판결에 한하여 인정되고 중간판결에는 인정되지 않으며, 항소나 상고를 포기하여 확정된 판결에도 기관력은 인정된다.

화해나 청구전 인락과 같이 법원의 판결은 아니지만, 당사자 처분권 주의에 따라 당사자의 意思에 따라 사안에 관하여 더 이상 다룰 수 없는 경우, 확정판결의 기관력과 같은 효과가 발생하며 불가쟁력과 불가변력 등 기관력 유사한 효과가 인정된다.

헌법재판과 관련하여 우리 헌법과 법률은 넓은 의미의 具體的 規範統制制度를 취하고 있다. 구체적 규범통제제도 하에서 헌법과 법률을 추상적으로 대비하여 법률의 위헌 여부를 심사하는 것이 아니라, 구체적 사실관계와 법적 분쟁을 전제로 부수적 차원에서 법률의 헌법에

217) UNITED STATES - IMPORTS OF CERTAIN AUTOMOTIVE SPRING ASSEMBLIES, *Supra* note 184.

218) *Id.*

대한 위반 여부를 판단한다.

그리고 구체적 규범통제제도에는 미국식 분산형 구체적 규범통제제도와 오스트리아식 집중형 구체적 규범통제제도가 있는데, 김시철 판사에 따르면 우리나라는 이 둘이 혼합된 ‘넓은 의미의 구체적 규범통제제도’를 따르고 있다.²¹⁹⁾

기판력은 사후적으로 분쟁을 해결하는 국가의 사법작용과 관련이 있다. 추상적이고 형성적인 입법작용은 기판력 개념보다는 오히려 후법 또는 신법우선의 원칙이 중요하다. 기판력은 구체적인 당사자간 법률관계에 법적으로 연관되는 구체적인 사실에 대하여 구구한 판결을 막고 당사자간 법률관계에 법적 안정성을 부여하기 위하여 필요하다.

따라서 입법작용에 기판력은 인정될 수 없으며, 헌법심사에 있어 구체적 규범통제제도 아닌 추상적 규범통제제도를 채택하는 경우, 일반적으로 기판력이 인정되지 않는다. 기판력의 법리는 자연법 원리 비슷하게 인정되어 오다 헌법 명문에 상관없이 헌법적 차원에서 인정되는 원리로 이해되고 있다. 따라서 이에 반하는 법률이나 명령 등 법제도는 위헌무효라는 설과 기판력은 법률적 차원의 제도로 입법자가 그때 그때 필요한 경우 행하는 공공정책적 결정에 따른다는 설이 있다.²²⁰⁾

넓은 의미의 구체적 규범통제제도를 채택하면서 단순위헌 또는 단순합헌 결정을 넘어 변형 결정을 인정하고 있는 헌법재판소의 관행으로 인하여 ‘헌법재판소 결정에 기판력을 인정할 것인가’ ‘인정한다면 기판력이 미치는 범위는 어디까지인가’ 하는 복잡한 문제들이 발생한다. 헌법재판소의 결정에 법률요건효과설과 같은 입법자로서의 역할이 강조된다면 기판력을 인정하는데 주저할 것이다.

독일의 경우 기판력을 부인하는 바이에른 주 법원 판례가 있지만, 연방법원의 판례는 기판력을 사법권의 본질과 당사자간 법적 안정성을 위하여 헌법 명문에 상관없이 헌법 자체에 내재해 있는 헌법적 차원의 원칙으로 보아 기판력의 법리를 인정하고 있다.²²¹⁾ 따라서 당사자가 다르거나 청구의 원인사실이 다른 경우에만, 새로운 청구로서 위헌제청을 할 수 있다. 당사자가 다르면서 청구의 원인사실이 같다면 기판력을 인정하여야 할 것인가 하는 문제가 발생한다.²²²⁾

당사자가 다른 경우 청구원인사실이 다른 경우가 대부분일 것이다. 그러나 사형에 대한 원 재판 당사자의 위헌제청에서 살인죄로 인한 동종의 범죄가 문제되고, 살해태양 등 원 재판 사실관계가 동일 또는 유사하여 헌법재판의 청구원인사실이라 할 수 있는 위헌제청사유 역시 선례와 동일한 경우에는 기판력을 인정할 필요가 있을 것이다.

위헌제청에 대한 헌법재판소의 결정은 위헌제청법원의 원 재판에 대하여 중간판결적 성격을

219) 김시철. "우리 위헌법률심판제도와 헌법재판소 결정의 효력." 저스티스 (2006): 5-72.

220) 김시철. 전게서.

221) 김시철. 전게서.

222) 김시철. 전게서.

갖지만, 이때의 중간판결은 이원적 사법부 체계에서 다른 목적에 따른 것으로 당연히 통상의 의미의 중간판결과 다르고 기판력이 인정되어야 한다는 것이 독일 연방법원을 비롯하여 미 대법원, 그리고 우리 헌법재판소의 다수설이라 할 수 있다.²²³⁾

따라서 사형제도에 대하여 여러 차례 위헌 문제가 헌법재판소에 제기되고 있는 것은 당사자나 違憲提請의 기본이 되는 원인사실이 다르기 때문이라 할 수 있다. 예컨대 존속살인죄의 피고인이 대리인을 통하여 위헌제청을 하였는데, ‘동 조항에서 사형을 선고할 수 있게 하고 있는 것은 헌법에 반하지 않는다’는 합헌결정이 내려졌다 하자.

이 때에 “원 재판 피고인이 다르고 강간살인죄에서 사형을 규정한 것이 위헌이라며 주장하면서 제기된 위헌제청에 기판력의 범리가 미쳐 동 위헌제청은 각하되어야 하는가” 하는 문제가 발생할 수 있다. 헌법재판소가 立法府라면 사형의 문제는 언제든지 반복되고 재론될 수 있다. 한편 그것이 司法的 차원의 문제라면, 원 재판 형사재판절차에서 당사자나 범죄사실이 동일하여 동일 소송으로 인정되는 경우, 기판력 또는 일사부재리의 원칙에 따라 검사의 공소가 부적법 각하될 수 있을 것이다.

이 두가지 경우가 기판력 문제의 양 극단을 이룬다면, 헌법재판의 기판력의 문제에 있어 헌법재판소가 본질적으로 재판기관이지만 헌법재판의 입법적 성격을 무시할 수 없으므로, 양 극단의 중간 어디엔가 헌법재판소가 가야할 길이 있을 것이다.

이 때에 원 재판과 유사하게 당사자나 범죄사실이 다르다면 기판력의 범리에 따라 위헌제청을 부적법 각하할 수 없다고 보는 것이 하나의 대안이자 출발점이라 할 수 있다. 그러나 이 때 위헌제청의 취지, 즉 헌법소송의 소송물 중 제청사유와 함께 중요한 한 축을 이루는 제청취지는 사형제도의 합헌성이라는 추상적 성격의 것이다.

따라서 (i) 제청취지가 동일한 경우 또는 (ii) 제청취지가 동일하면서 사형을 규정한 형법조항이 동일한 경우 또는 (iii) 원 재판의 범죄사실이 동일하거나 (iv) 당사자와 범죄사실이 모두 동일한 경우 등 4가지 기준에 따라 제청의 동일성을 판단하여 기판력의 범리를 적용할 수 있다. 우리 법상 위헌법률심판을 청구하기 위하여는 裁判의 前提性이 요구된다. 따라서 헌법재판소는 원 법원과 동일한 차원에서 원 재판의 당사자나 공소사실에 관하여 살펴봐야야 한다.

그렇다면 기판력이 인정되는 동일 소송의 범위가 원 재판처럼 현저히 축소되는 결과로 이어진다. 그렇다고 제청취지의 동일성만을 기준으로 하는 경우, 헌법재판소는 사형제도의 합헌성 문제를 입법자와 같이 추상적으로 심리하게 되어 권략분립이론 상 헌법재판소가 재판기관이라는 본질에 반하게 된다.

따라서 원 재판에서 擬律된 형법조항의 동일성을 추가하여 소송물의 동일성을 판단하도록 하는 절충설적 입장이 필요하다. 그런데 현재의 실무 관행을 보면 원 재판의 당사자나 공소사실 모두가 기준으로 원용되어 기판력이 미치는지 판단하고 있다고 보인다. 우리 법이 재

223) 김시철. 전거서.

판의 전제성 요건을 요구하고 있고, 제청법원이나 제청인의 대리인들은 모두 법률전문가들이기 때문에 원 재판의 당사자나 공소사실 모두가 기준이 된다 하더라도 濫提請의 우려는 크지 않을 것이다.

또한 이러한 좁은 동일성 기준은 헌법재판을 통한 권리구제기능을 활발하게 할 것이고, 시간의 변화로 인한 국민적 법감정과 의사를 반영하여야 하는 헌법재판의 입법적 기능에도 부합할 것으로 생각한다. 대표적 헌법소송으로 위헌제청과 권리소원 그리고 원재판 계속법원이 제기할 수 있는 위헌법률심판제도 등이 있는데, 기판력의 범위를 확정함에 있어 원재판 계속법원의 동일성을 기준으로 할 것인가 하는 문제가 제기된다.

형사나 민사 같은 개인적 차원의 분쟁의 경우 당사자가 동일하지 않으면 당연히 청구원인사실은 동일할 수 없고 기판력이 인정되지 않는다. 그러나 헌법소송의 경우 권리소원처럼 행정청이나 재판 같이 공권력의 처분에 대한 구제를 청구하는 경우도 있지만, 개인적 차원의 분쟁으로서의 성격을 넘어 법령의 위헌성 문제와 같이 추상적이고 공익적 성격의 문제가 직접적으로 訴訟物을 구성하는 경우도 있다.

헌법소원의 한 유형인 위헌제청과 계쟁법원의 위헌심판제청이 그러한 경우에 해당하는데, 이때에는 당사자의 동일성이 제청사유의 동일성과 관련되지 않거나 중요한 의미가 없게 된다. 따라서 동일 제청법원 또는 동일한 당사자가 아니면 기판력이 미치지 않게 되고 헌법재판소는 다시 심판할 수 있다는 설, 그러한 경우에도 제청사유가 같을 수 있고 따라서 기판력이 인정되어야 한다는 설이 나뉘어질 수 있다.

이는 법원이나 헌법재판소 같은 사법기관의 역할이 증대되면서 발생하는 公益訴訟 관념의 확대와 관련되는 문제라 할 수 있다. 사법기관이 입법부 유사하게 추상적 결정자로서 역할하면서 공익소송의 범주가 확대되고, 소송물 이론도 당사자와 상관없이 추상적으로 동일성을 비교하게 된다면, 입법부와 달리 헌법재판소 결정에 기판력을 인정함으로써, 최소한 입법작용과 사법작용을 구별하여야 할 필요가 발생한다.

그러나 헌법재판소 결정의 법률요건효과설, 변형결정, 공익소송 등 헌법재판소의 헌법적 성격이나 관행에는 입법작용 유사한 기능이 부여되고 있는 것은 분명하다. 당사자의 권리구제를 넘어 가상적 전제를 기준으로 법이 무엇인가를 선언하고 확인하기 때문이다. 유엔의 전문기관의 하나인 국제사법재판소는 司法機關이기도 하지만, 立法機關으로서의 성격을 갖는다는 주장은 국제사법기관이 국가간 분쟁에서 법을 확인하고 분쟁당사국의 권리를 구제하기도 하지만, 유엔 총회나 관련 전문기관의 요청에 따라 가상적 전제하에서 법이 무엇인가를 확인하고 선언하는 역할을 하기 때문이다.²²⁴⁾

법률요건효과설의 주장이나 공익소송, 변형결정 등 헌법재판소의 권한이나 관행에 따르면, 헌법재판소 역시 국제사법재판소와 같이 立法的 性格의 권한을 행사한다고 볼 수 있다. 따라서 기판력의 문제도 헌법재판소 권한의 본질을 구성하는 사법적 성격과 준입법적 성격을 함께 고려하여 절충적으로 접근할 필요가 있다.²²⁵⁾

224) 김대순. 전거서, 주) 157.

한편 미국의 경우 당사자의 동일성, 청구취지와 청구원인사실의 동일성의 법리와 유사하게 claims preclusion, issue preclusion 법리에 따라 기판력 소위 res judicata가 인정되고 있다. 기판력은 동일소송의 반복을 금지하여 공적으로는 법원 판결의 일관성을 유지하고 국가권력 작용의 하나인 판결에 권위를 부여한다. 또한 사적 차원에서는 사법경제와 당사자들의 법적 안정성을 담보하기 위하여 절대적으로 필요한 법원칙이다.

기판력 즉 res judicata는 협의로는 대륙법계에서 인정되는 일사부재리의 원칙을 포함하여 동일소송반복의 금지를 지칭하지만 넓게는 영미법계에서 인정되는 선례구속의 원칙(stare decisis)을 포함하여 이해할 수도 있다. 법제사적으로 로마법에서 기원한 기판력의 법리는 私法을 중심으로 이해되다가 근대 형법의 발전으로 형사법 영역에서 일사부재리의 원칙 또는 이중 위험금지의 원칙을 낳기도 한다.

그리고 영미법의 발전과 함께 선례구속성의 원칙이 발전하고 이는 영미법 원리의 핵심을 이루게 된다. 선례구속성의 원칙은 성문 제정법 중심의 대륙법계와 영미법계를 가르는 기준이 되는데, 기판력의 법리와 무관하지 않다. 다만 선례구속성의 원칙은 법관을 기속하는 법을 인식함에 있어 법원의 판례를 찾고 그에 기속된다는 의미에 불과하여, 동일소송 반복의 금지나 ‘기판력이 인정되어 본안절차에 들어 가기 전 형식적 제소요건을 갖추지 못하였다면 소를 각하해야 한다’는 既判力 法理와는 구별된다.

‘이런 선례가 있는데 왜 소를 제소하는가’ ‘제소하여 보았자 패소가 뻔하다’라는 선례구속성의 원칙을 생각하는 머리 좋은 영미법계 변호사의 경우와 기판력 법리에 따라 제소를 삼가는 것은 다른 것이다. 특히 이는 선례를 법으로 인식하여 선례를 심리의 출발점으로 삼는다는 의미일 뿐, 실제 소송절차가 진행되고 판결을 내리는 경우, 결국 수 많은 선례간 차이를 설시하고 사건 담당 판사가 계쟁 사건에 적용될 법이 무엇인가를 창출하는 과정을 겪는다. 따라서 선례구속성의 원칙은 사법인식론적 또는 사법문화론적 의미를 가질 뿐이다.

그래서 우리는 선례구속성의 원칙이 지배하는 판례법을 법관제정법(Judge-made law)이라 부른다.²²⁵⁾ 역으로 정치기관이 제정한 제정법 또는 성문법을 법으로 인식하고 그에 기속된다는 성문법 국가 또는 대륙법 국가의 경우에도 판례법 국가와 같이 사법인식론적 또는 사법문화론적 의미만을 갖는 것이 현실이다.

성문법 국가의 경우에도 실제 사건에서 선례가 갖는 영향력은 판례법 국가 못지 않으며, 판례법 국가의 경우에도 정치기관이 제정한 성문제정법은 동일한 내용의 판례법에 우선하게 되기 때문에, 양 법계의 차이는 상대적 성격을 가질 뿐이다.

로마법에서 연유한 기판력의 법리는 대륙법계 기판력의 법리에 계승되었고, 이와 유사한 영미법계 제도는 앞서 든 claims preclusion, issue preclusion이라 할 수 있다. 한편 대륙법계인 우리 헌법재판소 제도하에서 헌법재판소 결정의 효력으로 ‘선례적 효력’을 드는 학자도 있

225) 김시철. 전게서.

226) 김기영. 전게서.

는데, 이는 대륙법계나 영미법계 공히 법을 이해함에 있어 그 본질에 관하여 공통 요소가 있다는 것을 의미한다.

다. WTO법과 기관력의 문제

헌법재판과 관련한 비교법적 검토는 국제법이나 국제통상법의 기관력의 문제에 접근함에 있어 참고가 된다. 예컨대 전술한 미 통상법 제347조 관세법 사건의 패널보고서를 보면 패널 실시와 같이 “자신의 결정이 향후 통상법 제 307조 위반이라 제소되는 사안에서 그 제소와 심리를 막는 것은 아니다” 라고 못을 박고 있다.

이러한 패널의 태도는 국제법과 국제통상법 영역에서 모호할 수 밖에 없는 기관력의 문제를 미래의 경우에 대비하여 미리 그 효력이 미치지 않는다고 확인하는 의미를 갖는다. 현재 국제법이나 국제통상법 체계는 성문법 문화의 성격을 가지는 이유로 국제사법재판소(ICJ)나 패널 또는 상소기구의 결정에 先例로서의 拘束力을 인정하지 않는 것이 다수설이다.

다만 기관력의 문제는 동일소송의 반복 금지 등 자연법적으로 자명한 공리를 내용으로 하므로, 국제사법재판소나 패널 또는 상소기구의 절차에서도 문제가 된다. 따라서 기존 국내법상 논의되는 기관력의 법리가 국제재판으로서의 본질에 반하지 않는 한, 그대로 적용될 수 있다. 전술한 바와 같이 WTO 분쟁해결제도는 이전 GATT시대에 비하여 많은 발전이 있었다.

분쟁해결각서 즉 DSU에는 통상분쟁의 국제공법적 분쟁으로서의 성격을 감안하여 협의 절차를 의무화하고 있고, 패널절차와 상소기구절차에 관하여 상세히 규정하고 있다. 협의절차를 통하여 원만한 합의에 이르지 못한 분쟁 당사국은 패널절차를 요구할 수 있는데, 이때에 제소국은 결정을 바라는 취지와 원인 사실을 요약하여 패널위임사항(Terms of reference)을 작성·제출하게 된다. 이는 국내법상 청구취지와 원인사실에 비견될 수 있고, 기관력의 범위를 확정하는 기준이 될 것이다.

그런데 우리 헌법재판소의 경우와 같이 WTO패널이나 상소기구의 심판대상이 되는 訴訟物은 공익적·객관적 성격의 것도 있지만, 개인의 권리구제와 긴밀하게 연관되는 성격의 것도 있다. 예컨대 지적재산권 침해로 인하여 회원국 국내 관세법상 구체적 국내조치와 관세법 조항이 문제된 경우 또는 회원국 반덤핑법에 근거한 반덤핑조치가 문제된 경우에는 개인의 권리구제와 관련된다.

이때에 분쟁구조는 전술한 우리 헌법재판제도, 즉 넓은 의미의 구체적 규범통제제도와 비슷한 구조를 갖게 된다. 따라서 패널이나 상소기구절차 아닌 원 국내법 절차의 당사자가 다른 경우에도 객관적 소송물이 같다고 보아 기관력을 인정할 것인가, 아니면 당사자가 다르면 제소원인이 되는 사실이 다를 수 밖에 없고, 따라서 향후 관세법에 대한 심리를 방해하지 않는다는 패널의 의견대로 기관력이 발생하지 않는다고 보아야 할 것인가 하는 문제가 발생할 수 있다.

심판대상이 되는 소송물, 다시 말하면 국내조치는 국내 추상적 규범인 법률이나 명령, 규칙 등인 경우도 있지만 대부분 구체적 처분인 경우가 많다.²²⁷⁾ 따라서 패널이나 상소기구의 결정은 원 국내절차에 있어 개인의 권리구제와 밀접하게 연결되고 일반 기관력의 법리가 적용된다고 보았을 때에, 우리는 분쟁해결제도의 實效성을 기할 수 있을 것이다.

환언하면 원 구제절차에서 당사자가 다른 경우에는 다른 청구원인 사실이 되어 법의 해석 적용에 영향을 미칠 것이고 법조항의 의미가 달라질 수 있으므로, 우리 헌법재판소의 변형 결정과 같이 문제의 법조항의 의미가 다기적일 수 있다. 따라서 추상적으로 심판대상 법률 조항만을 기관력 존부의 기준으로 하는 것은 바람직하지 않다. 앞서 본 패널보고서의 說示는 이를 확인하고 있는 것이다.

요컨대, 우리 헌법재판소 위헌법률심판과 같이 중간판결로서의 성격을 갖는 패널이나 상소기구의 결정에 대한 기관력 존부의 문제를 피상적으로 당사국의 동일성이나 심판대상 법령 규정의 同一性を 기준으로 판단해서는 안된다.²²⁸⁾ 이는 WTO를 ‘세계경제헌법체제’로서의 본질을 갖는 것으로 보는 다수 통상법 학자들의 견해도 부합한다.

회원국만이 제소국 또는 피소국으로서 분쟁절차의 당사자가 될 수 있으므로, 헌법재판절차처럼 개인의 권리구제를 중국적 목적으로 하는 權利訴願 같은 제도는 WTO 분쟁해결제도에 존재하지 않는다. 다시 말하면 WTO 분쟁해결절차는 국내 헌법소송 중 위헌소원이나 법원의 위헌제청을 전제로 법률의 위헌 여부를 가리는 위헌법률심판제도 비슷하다. 이때에 패널이나 상소기구는 국가 아닌 개인이라는 원 분쟁의 청구원인사실까지 감안하여 법률의 위헌성 또는 국내조치의 협정위반 여부를 심판하게 된다.

그런데 만약 패널이나 상소기구의 결정에 기관력을 인정하지 않는다면, 제소의 남발과 법적 안정성이 보장되기 어렵다는 문제를 야기한다. 그리고 패널이나 상소기구의 결정에 기관력을 인정하면서 기관력이 인정되는 범위를 추상적으로 분쟁당사국의 동일성이나 심판대상 국내조치의 동일성만을 기준으로 정한다면, 패널이나 상소기구는 立法者로서 역할하게 되고 시대의 변화에 따라 심판대상 국내조치의 해석이나 그 의미도 변화하게 되는 당위적 현실을 무시하게 되어 곤란하다.

따라서 원 국내조치의 당사자와 사실관계의 동일성을 포함하여 패널이나 상소기구 절차상 나타난 당사국의 동일성이나 위임사항에 명시된 사실과 주장의 동일성을 고려하여야 하고, 나아가 同一訴訟 反復의 禁止라는 기관력 제도의 기본 취지까지 상량하여 기관력의 존부와 범위 문제를 정하는 것이 타당하다고 본다.

그런데 실무상 회원국의 국내조치(Domestic measure)는 위에서 본 미국의 관세법 위반에 따른 특허권 보호조치나 반덤핑조치와 같이 다른 사실관계에 기반함으로 인하여 대부분의 경

227) 홍강훈. (2021). 소송물이론 및 소권실효에 근거한 하자승계의 새로운 해결방안—하자승계의 소송법적 해결론—. 공법연구, 49(4), 167-199.

228) Nguyen, S. T. (2013). The applicability of 'res judicata' and 'lis pendens' in World Trade Organization dispute settlement. Bond Law Review, 25(2), 123-165.

우 선행 결정에 위반하는 경우는 발생하지 않는다고 보아야 한다.

환언하면 동일소송 반복금지의 원칙에 따라 제소가 부적법한 경우는 거의 발생하지 않을 것이다. 따라서 통상협정 위반을 이유로 국제분쟁해결절차상 기판력(res judicata)이나 소송계속 통지의 효과(lis pendens)가 문제되는 경우는 세계통상관리체제인 WTO 패널절차 또는 상소기구절차와 지역통상협정(RTAs) 분쟁해결절차와의 관계에서 발생한다.

이때에 기판력의 문제 또는 중복제소와 소송계속 통지의 효과가 문제될 수 있다. 이 문제에 대하여 일원적이고 체계적인 결론을 제시하기는 어렵다. 현재의 학설에 따르면 분쟁국의 선택에 따라 다양한 결론에 도달할 수 있으며, 기존 관할권 이론에 따라 관할이 경합(overlaps)하거나 갈등(conflicts)하는 경우가 발생할 수도 있다.

이러한 문제는 지역협정에서 관할권 선택조항(forum selection clause) 또는 전속관할(exclusive jurisdiction)조항을 두는 경우에도 발생하는데, 그것은 WTO 분쟁해결절차의 관할권이 반자동적(semi-automatic) 또는 강제적(compulsory nature)으로 발생하기 때문이다.²²⁹⁾ 이때에 WTO 결정이 내려진 후 또는 WTO에 분쟁이 係屬되고 있는 도중에 기존의 기판력 법리와 중속제소금지의 원칙이 인정되는지가 문제되게 된다.

전술한 바와 같이 이에 대하여 WTO 협정은 아무런 明示的 규정을 두고 있지 않은 관계로, 기판력이나 소송계속 통지의 효과 같은 문제는 자연법적 원리의 적용 비슷한 문제가 되어 그 적용여부와 적용의 범위는 패널이나 상소기구의 재량에 달려 있다.

그런데 기판력이나 중복제소금지 원칙 또는 소송계속의 통지로 인한 효과가 인정되는 경우, 그 효력과 원칙이 소송물이 동일한 지역협정상 분쟁해결절차에도 효력을 미치는가는 약간 성격이 다른 문제가 된다. 다른 분쟁해결기관이 관여되기 때문이다.

지역협정체제와의 관할권 경합이나 갈등에 관한 문제에 관하여, “이러한 本來的이고 內在的인 법원칙들이 WTO 분쟁해결절차에서 적용될 수 있는가” 여부는 역시 패널이나 상소기구의 재량에 달려 있다고 보아야 한다. 그 반대의 경우 즉 WTO결정의 기판력 또는 소송계속의 통지에 관한 법적 효과 역시 지역협정에 의하여 구성된 분쟁해결기관의 재량에 따른다고 볼 것이다. 이렇게 본다면 국내 관할권 경합 또는 갈등의 문제와 비슷하게 될 것이다.

다만 이때에 분권화된 국제사회의 현실에서 ‘편의법정이론(forum non conveniens)’에 따라 각개의 분쟁해결기관을 지배하는 협정의 당사국 의사를 넘어 소송을 이송할 것을 기대하기에는 무리가 있다. 그러나 私法的 領域의 국제소송이론으로 발전한 편의법정이론이 국제공법 영역에서도 인정된다면, 이상주의적 국제법관에 더욱 부합할 것이고 이때에 국제 분쟁해결기관들은 불완전하지만 세계법원으로 역할한다고 할 수 있다.

229) Soon, J. (2022). Jurisdictional Conflict Between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements: Res Judicata Revisited. Journal of World Trade, 56(6).

14. GATT XX(g)에 규정된 예외

가. 유한천연자원 보존조치

현 1994 GATT 협정은 일반적 예외 XX(g)에서 유한 천연자원의 보존을 위한 조치를 예외사유의 하나로 규정하고 있다.²³⁰⁾ 유한천연자원의 보존과 관련된(relating to) 조치에 대하여는 협정상 의무나 원칙에 대하여 예외를 주장할 수 있고, 설사 협정에 위반되는 국내조치라도 합법성이 인정되는 것이다.

전술한 바와 같이 협정 XX 일반적 예외 조항에서는 ‘관련된(relating to)’ 과 ‘필요한(necessary)’ 이라는 용어를 같이 사용하고 있다. 문리상 전자의 경우에는 보다 폭넓게 예외 사유를 인정할 수 있다.

이에 비하여 후자의 경우 즉 ‘필요한’ 이라는 범문의 의미는 회원국 정책목적상 부득이하고 절대적으로 요구되는 경우에 한하여 제한적으로 인정된다고 해석되고 있다. 따라서 전술한 바와 같이 다른 대체수단이 있거나 비례의 원칙에 반하여 필요한 범위를 넘은 국내조치는 철폐 권고의 대상이 될 수 있다.

나. 캐나다 정부의 수출통제조치

가공되지 않은 참치와 연어에 대한 캐나다 정부의 수출통제조치, 소위 참치와 연어 사건에 관한 1988년 패널보고서에서 패널은 수량제한을 금지하고 있는 XI:1에 반하는 캐나다 정부의 조치가 유한천연자원의 보존을 위한 조치로서, 예외사유에 해당하는지에 관하여 심리하였다.²³¹⁾

패널은 분쟁당사국 모두 연어와 청어의 보존을 위한 다양한 조치들이 존재하고 있고, 연어와 청어의 포획에 법상 제한을 가하고 있는 사실에 관하여 다툼이 없다고 실시하였다. 또한 패널은 연어와 천연자원은 고갈할 수 있는 유한천연자원이고, 포획에 제한을 두는 것은 XX(g)에서 말하는 국내생산에 대한 제한에 해당한다는 당사자들의 주장에 동의하였다.

다. 관련된(relating to)과 주된 목적성

이러한 결론에 도달하면서, 패널은 다음으로 그러한 수출제한조치가 연어나 청어의 보존과 ‘관련된(relating to)’ 조치인가에 관하여 심리하였다. 패널은 협정 XX(g)는 회원국의 통상에 관한 국내조치가 유한천연자원의 보존에 어떻게 연관되어야 하고, 생산물의 수량제한과 어떻게 연결되어야 하는가에 관하여 명시적으로 규정하고 있지 않다고 보았다.²³²⁾

230) GATT XX(g).

231) CANADA - MEASURES AFFECTING EXPORTS OF UNPROCESSED HERRING AND SALMON Report of the Panel adopted on 22 March 1988 (L/6268 - 35S/98).

232) Id.

이는 ‘보존과의 관련성’ 과 ‘수량제한과의 연계성’ 의 관점에서 동 국내조치가 협정 XX(g) 예외사유에 해당하기에 충분한가 아니면 보다 관련성과 연계성이 강한 다른 조치가 요구되는가 하는 문제를 야기한다.

패널은 회원국 국내조치가 XX(g) 예외사유에 해당하는가 하는 문제에 관한 유일한 사례는 미국 정부의 참치와 참치가공물에 대한 수입금지조치라고 하였다. 그러나 패널에 따르면 동 선례에서는 협정 XX(g)를 원용하는 당사국이 생산품에 대한 수량제한을 유지하지 않았고, 따라서 ‘관련된(relating to)’ 또는 ‘연계된(in conjunction with)’ 이라는 법문의 의미에 대하여 심리할 필요가 없었다.²³³⁾

이에 패널은 동 법 조항 문구의 의미를 협정 XX(g)가 차지하는 협정상 구조와 맥락에 비추어, 그 의미를 확정하여야 한다고 실시하였다. 패널은 일반적 예외 XX의 여러 항들(예컨대 a, b,d, j 등)에서 정책목적을 달성하기 위하여 ‘필요한’ 또는 ‘불가결한’ 것이어야 한다고 규정하고 있는 반면에, (g)항은 천연자원의 보전에 ‘관련된’ 국내조치라는 표현을 쓰고 있다.

이는 XX(g)는 천연자원의 보존에 필요하거나 불가결한 국내조치는 물론, 그외에 보존과 관련한 ‘넓은 범위의 국내조치’ 가 포함될 수 있다는 것을 의미한다. 그러나 이러한 문리적 관점은 협정 XX의 전문이 시사하듯이, 협정 XX(g)가 예외사유의 하나로 포섭된 것은 통상정책의 목적을 위한 국내조치의 범위를 확대하려는 것이 아니다. 단지 유한천연자원의 보존을 위한 조치가 협정상의 의무나 원칙으로 인하여 정책목적을 달성하는 데에 방해가 되지 않도록 하기 위한 것이다.

패널은 “회원국 통상조치가 유한천연자원의 보존에 필요하거나 불가결한 것일 것이 요구되지 않는지라도, 최소한 국내 통상조치의 ‘주된 목적(primarily aimed at)’ 이 유한천연자원의 보존을 목적으로 하는 경우에 한하여, 협정 XX(g) 예외사유에 해당한다고 보아야 한다” 고 실시하였다.²³⁴⁾

이때에 협정 초안에서 요구하고 채택되지 않았던 국제협정과의 구체적 관련성은 요구되지 않는다. 따라서 회원국의 국내조치의 주된 목적이 유한천연자원의 보존을 목적으로 하는 경우에, 그것이 구체적으로 어떤 국제협정의 목적과 관련되는지 주장·입증할 필요는 없다.

라. 연계성(in conjunction with)

패널은 역시 같은 법리에 따라 협정 XX(g) ‘연계된(in conjunction with)’ 이라는 용어도 동 조항에 따라 가능한 조치를 동 예외사유가 협정 예외조항에 포함된 목적과 부합하는 방법으로 해석하여야 한다고 보았다.

233) Id.

234) Id.

따라서 패널의 관점에서 국내 통상조치는 생산물에 대한 유효한 제한을 함에 있어 유한천연 자원에 대한 보존이 제 1의 목적인 경우에 한하여 상품에 대한 量的 制限이 유효할 수 있게 된다. 이러한 논거 하에 패널은 가공되지 않은 연어와 청어에 대한 캐나다 정부의 수출금지 조치가 연어와 청어 보존을 제 1 목적으로 하고 있는가 그로써 연어와 청어의 포획금지에 대한 유효한 제한이 될 수 있는가 하는 점을 심리하게 된다.

패널은 수출금지조치는 일견 보존조치라고 할 수 없지만, 포획제한에 관한 통계적 근거를 제공하는데 도움을 주는 한편, 연어개발정책에 따라 캐나다 경제에 이익을 가져다 주어 보존 효과가 있다는 캐나다 정부의 주장을 인지하였다.

패널은 신중하게 캐나다 정부의 주장을 살펴보았다. 그리고 다음과 같은 사실을 인정하였다. 캐나다는 수출제한조치를 취하지 않으면서도 연어를 포함하여 수많은 어류에 관한 통계적 데이터를 산출하는 것은 물론, 수출에 관한 통계는 모든 어류에 대하여 산출되고 있다. 따라서 가공되지 않은 연어나 청어가 수출된다면 동 수출에 대한 통계가 집계될 것이다.²³⁵⁾

연어개발정책(Salmonid Enhancement Program)에 따라 수출금지조치가 적용되는 범위에 연어가 포함되며 연어 이외에 다른 어종은 수출금지조치의 적용에서 제외된다. 수출금지조치는 연어와 청어의 공급에 대한 접근을 제한하지 않는다.

수출금지조치는 오직 가공되지 않은 일정 부류의 연어와 청어의 공급에만 적용된다. 또한 캐나다 정부의 금지조치는 오직 외국가공업자와 소비자의 가공되지 않은 연어의 매입거래에 적용되고 있다. 국내 가공업자와 소비자에게는 금지조치의 효과가 미치지 않고 있는 것이다.

이러한 사실을 종합해 보면, 패널은 캐나다의 수출금지조치는 조치의 제 1차적 목적이 연어와 청어의 보존에 있다거나 연어와 청어의 포획에 대한 효과적인 금지를 위한 것이라고 보기 어렵다고 보았다. 그리고 그러한 논거하에 패널은 캐나다의 수출금지조치는 협정 XX(g)에 의하여 정당화될 수 없다고 판시하였다.²³⁶⁾

마. 1991년 미국 참치수입제한 사건

1991년 참치수입에 관한 미국의 참치수입제한의 패널보고서는 채택되지 못하였는데, 패널은 미국 정부의 멕시코에서 수입되는 황색돌기 참치와 그 가공품의 수입금지 조치와 동 조치의 근거가 되는 해양포유류보호법(MMPA)조항들이 협정 XX(g)에 따라 정당화될 수 있는가를 심리하였다.²³⁷⁾

235) Id.

236) Id.

237) UNITED STATES - RESTRICTIONS ON IMPORTS OF TUNA Report of the Panel1 (DS21/R - 39S/155).

패널은 미국정부가 MMPA법에 따라 직접적 수입금지를 하면서 협정 XX(g)를 인용하고 있고 동 조치가 돌고래의 보존을 제 1차적 목적으로 하고 있다는 주장에 대하여 검토하였다. 나아가 동 조치가 돌고래의 국내생산과 소비에 대한 효과적인 제한이라는 주장에 대하여 같이 심리하였다.

패널은 또한 미국의 수입금지조치는 협정 XX(g) 예외조항에 따라 정당화될 수 없는데, 그 하나의 이유는 집행의 근거법이 미국의 국내법임에도 역외적용되고 있다는 멕시코의 주장과 관련된다.²³⁸⁾

바. 국내법의 역외적용

국내법의 역외적용(extra-territorial or extra-jurisdictional application of domestic law)문제는 국제법학자와 국내법학자간 이견을 보이고 있는 법적 난제중 하나이다. 국제법 이론상 제 1원칙은 영역주의이고, 국가는 자신의 영역 내에서 입법관할권과 집행관할권을 행사할 수 있다.

그런데 미국의 경우 민사증거법상 공판개시전 증거조사제도(pretrial discovery) 또는 공정거래법 등 국내법을 다른 나라 영역에서도 집행하고 있다.

다국적 기업에 의한 경제행위로 인하여 소송절차에서 법관의 구인이나 문서제출 등 법관의 강제명령이 필요한 경우가 있다. 이때에 대상이 되는 기업이 외국에 소재하는 지사이거나 영업소라면, 법관의 강제명령이 외국에서 집행되는 경우가 되고 국내적 역외적용이 문제된다.

한편 미 공정거래법 상 독과점의 폐해를 막기위한 조치들도 외국에서 집행되는 경우가 있는데, 이때 미 법원은 영향이론에 따라 외국에서 행한 행위라도 미국 영역에 있는 소비자들에게 영향을 미치는 경우에는 그에 대하여 공정거래법상 강제처분을 할 수 있다.

1999년 미 보잉사와 맥도날드사와의 합병에 관하여 EU는 두 항공기사의 합병으로 항공기제조산업 시장의 약 80퍼센트를 보잉사가 점유·지배하기에 이르자, 공정거래법을 적용하여 다액의 벌과금을 부과한 바 있다. 현재 진행되고 있는 아시아나 항공과 대한항공간의 합병 문제에 대하여도 EU는 예의주시하면서 범위반 문제를 검토하고 있다고 한다.²³⁹⁾

국내법의 역외적용과 관련하여 입법관할권은 추상적 권력작용으로서 역외적용 문제가 직접적으로 심각한 국가간 문제로 발전하는 되는 경우는 적다. 그러나 집행관할권은 타국 영역 내에서 국내법상 근거에 따라 강제처분을 하여야 하므로, 집행이 행해지는 영역국과 충돌할

238) Id.

239) "EU's Korean Air-Asiana merger review yet to resume over 'missing information' in submitted remedies". koreatimes. Yonhap. November 16, 2023. Retrieved November 22, 2023.

수 있다. 즉 주권적 명령의 충돌 현상이 발생한다.²⁴⁰⁾ 심각한 사태로 발전하는 경우에는 집행이 행해지는 영역국 정부가 국내법을 역외적용하는 국가의 강제처분에 따르지 말 것을 명하기도 한다.

이 사안에서 미국법의 역외적용 문제는 미 행정당국이 저인망 참치포획으로 인한 돌고래 보존에의 위협을 문제삼아 멕시코산 참치의 수입을 금지한 행위를 둘러싸고 발생하였다. 그런데 참치의 포획행위는 미국 12해리 영역 밖에서 행하여지므로 참치포획은 미 영역 밖에서 이루어진 행위이고, 이에 대한 미 국내법의 적용은 역외적용에 해당할 수 있다.

동 쟁점은 참치의 포획방법을 문제삼아 동종상품성 판단에 있어 완제품간 비교를 넘어 제조방법도 문제삼았다는 점에서 통상법상 동종상품성 판단 기준이 한 쟁점으로 등장하기도 한다. 나아가 국내법의 역외적용 문제도 쟁점으로 등장하였으나, 패널은 그 점에 대한 판단을 유보하고 미국의 국내조치가 협정 XX(g)에 해당하여 예외사유로서 정당성을 갖지 못한다고 보았다.

사. 참치수입제한과 관련성

패널은 협정 XX(g)는 “유한천연자원의 보존에 관련된 조치가 국내생산 또는 소비에 대한 제한과 함께 취해질 것을 요구하고 있다” 고 인정하였다. 이전 패널은 문제의 국내조치가 효과적인 제한을 제 1차적 목적으로 하는 경우에 한하여, 상품에 대한 제한과 함께 취해진 조치로 인정될 수 있다고 보았다.²⁴¹⁾

회원국은 생산과 소비가 자신의 관할권 영역에 속한 경우에 한하여 유한천연자원의 생산과 소비를 유효하게 통제할 수 있다. 이는 협정 XX(g)가 “체약국의 통상조치는 자국 관할권 영역에서 생산과 소비에 대한 유효한 제한을 제 1차적 목적으로 하는 경우에 한하여 허용되도록 고안되었다” 는 것을 의미한다.

패널은 또한 협정 XX(g)는 각 체약국이 자신의 영역내에서 자신의 고유한 보존조치를 할 수 있도록 허용하고 있다고 보았다. 협정 XX(g)에 규정된 조건들은 예외사유의 원용에 제한을 가하고 있다. 즉 국내 통상조치는 유한천연자원의 보존에 관련되어야 하고, 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별을 위한 수단 또는 국제무역에 위장된 제한에 해당해서는 안된다.

이러한 제한은 협정 XX(g)에 따라 정당화가 요구된다. 이러한 정당화는 회원국이 채택한 보존정책에 따른 정당화와는 다른 것이다. 패널은 “만약 협정 XX(g)을 국가관할권을 넘어 적용된다고 해석하는 경우, 회원국들은 일방적으로 보존정책을 결정할 것이고, 다른 회원국들은 협정에 보장된 자신의 권리에 대한 침해를 감수하지 않는한 보존정책에서 벗어나기 어렵

240) Kramer, L. (1991). Vestiges of Beale: Extraterritorial Application of American Law. The Supreme Court Review, 1991, 179-224; Brilmayer, Lea. "The Extraterritorial Application of American Law: A Methodological and Constitutional Appraisal." Law and Contemporary Problems 50, no. 3 (1987): 11-38.

241) UNITED STATES - RESTRICTIONS ON IMPORTS OF TUNA, Supra note 183.

다” 고 보았다.²⁴²⁾

따라서 협정 XX(b) 域外管轄權 행사에 대하여 이전 패널이 협정위반으로 보았듯이 협정 XX(g) 역시 이러한 패널의 선례가 적용된다. 패널은 “가사 협정 XX(g)이 역외 관할권 행사에 적용된다 하더라도, 미국의 조치는 동 협정조항의 요건을 충족하지 못한다” 고 보았다.

선례에 따르면 문제의 국내 통상조치의 제 1차적 목적이 유한천연자원의 보존에 있을 때만이 유한천연자원의 보존에 관련된 조치로 간주된다. 따라서 廣義의 관련성만으로는 협정상 요건을 충족하지 못하게 된다.

패널은 미국정부가 특정 시기 멕시코의 부수적 돌고래 포획을 최대치를 멕시코의 미국에 대한 참치수출을 하기 위한 전제 조건으로 하면서 동 포획을 최대치를 동일한 기간 미국의 어부를 위한 실제 포획율에 연계시키고 있다.

이로써 멕시코 당국은 주어진 시기에 자신들의 보존정책 준수가 미국 국내법상 기준에 부합하는지 알 수 없게 되었다. 패널은 이 사건 미 국내조치처럼 예측할 수 없는 조건에 따라 무역에 제한을 가하는 것은 돌고래의 보호를 제 1차적 정책목적으로 하는 것이라고 볼 수 없다고 보았다.²⁴³⁾

이러한 심리의 결과 패널은 “멕시코로부터 직접 수입된 황색날개 참치와 참치 가공품에 대한 미 정부의 직접적 수입금지과 동 국내조치의 법적 근거가 되는 MMPA 조항들은 협정 XX(g)에 따라 정당화될 수 없다” 고 판시하였다.

이러한 패널의 결정은 유사한 사건들인 1994년 미국 정부의 참치수입제한 사건과 1994년 미국의 자동차세 사건에서 다시 한번 확인된다.²⁴⁴⁾ 두 사건 패널보고서는 채택되지 않았다. 역만장일치제를 채택하기전, GATT체제하에서 상소기구 존재하지 않았고 패널의 결정은 회원국 만장일치에 의하여 채택되었다. 따라서 이 사건들과 같이 패널보고서가 채택되지 않는 경우가 많았다.

초안위원회 뉴욕보고서에 따르면 “천연자원보존과 예외사유의 문제와 동일한 맥락에서 電力이 일반적으로 商品에 해당하지 않으므로, 1947년 무렵 두명의 전권 대사는 자신의 나라가 전력의 수출을 금지할 수 있는 권한을 보유하는 것은 필요하지 않다고 생각한다” 는 것을 이미 인지하였다.

그러나 미 정부의 캐나다산 참치와 참치 가공품에 대한 수입금지 1982년 사건의 패널보고서에서 패널은 분쟁당사국 모두 알바코어 참치(Albacore tuna)를 포함한 참치 상품은 보존의 필요가 있는 유한천연자원에 해당한다는 사실을 인정하고 있다.²⁴⁵⁾

242) Id.

243) Id.

244) UNITED STATES - TAXES ON AUTOMOBILES Report of the Panel DS31/R.

245) Prohibition of Imports of Tuna from Canada (L/5198 - 29S/91).

1988년 가공되지 않은 청어와 연어 수출에 영향을 미치는 캐나다 정부의 조치에 대한 패널 보고서에서도 패널은 청어와 연어 상품은 유한천연자원이라는 사실에 이의를 달지 않았다.²⁴⁶⁾ 이와 관련하여 앞서 본 1994년 채택되지 않은 2개의 패널보고서를 참고할 필요가 있다.

아. 참치수입제한과 연계성

국내조치가 예외사유에 해당하기 위한 2번째 요건은 국내생산 또는 소비에 대한 제한과 연계하여 효력을 가져야 한다. 미국정부의 현장초안 상업정책에 대한 例외의 장에서는 “유한천연자원의 보존과 관련된 정책이 예외사유에 해당하기 위하여는 그러한 정책이 국제협정에 따른 것이어야 하거나 또는 국내생산이나 소비에 대한 제한과 연계되어야 한다” 고 규정되어 있었다.

또한 정부간 상품무역협정을 위한 상품무역협정에 관한 장에서는 상응하는 예외사유로서 유한천연자원의 보존에 적절하게 관련될 것을 요구하고 있다. 이때에 그러한 국제협정들은 상품무역협정 또는 제한된 영업관행의 목적에 일치하지 않는 결과를 야기할 수 있도록 사용되어서는 안된다. ITO 창설을 위한 예비위원회 런던회의에서는 국내소비에 대한 제한이라는 조항 문구를 삭제하자는 제안이 있었다.

이러한 제한은 망간 매장량이 풍부한 국가의 사례에 근거하였다. 즉 망간 매장량이 풍부한 국가의 경우 현재와 미래의 국내소비를 기준으로 하면 매우 풍부하지만, 우리가 망간이라는 상품 무역을 자유화하는 경우 매우 풍부한 것이 아니게 되므로, 동 조항 문구를 삭제하여 정부의 예외조치를 넓게 인정하는 것이 바람직하게 된다는 것이다.

제안에 대한 답변에서 수출금지조치가 이용될 수 있는 여러 방법 중의 하나는 보호적 목적을 위한 것이다. 이로써 산업화를 원하는 원료나 원자재 생산국가에 보호적 정책 뒤에서 보호적 목적의 수출금지조치를 취하는 것이 가능하다.

이는 매우 효과적일 것이고, 이미 기존산업영역에서 원자재를 사용하고 있는 모든 자들에게 원자재 획득을 좌절시킬 수 있다. 중국산 희토류 수출금지로 인하여 국내산업이 타격받았던 전례가 생각나는 대목이다.

이렇듯 통상의 문제는 국경없는 시장을 통하여 상호 의존적이며, 자국 산업보호를 위하여 가능한 통상정책을 전략적으로 시행하기도 한다. 무역과 시장은 충성 없는 전쟁이자 전쟁터이고, 이를 합리적으로 규율·관리하는 WTO체제는 시장의 수호자이자, 시민민주주의와 자본주의 혁명정신을 세계적 차원에서 구현하고 있다. 연계성에 관한 후단 문구를 삭제하자는 동 제안은 결국 받아들여지지 않았고, 1994 GAAT에서도 그대로 규정하고 있다.

246) UNITED STATES - RESTRICTIONS ON IMPORTS OF TUNA, Supra note 183.

1982년 캐나다산 참치와 참치가공품에 대한 패널보고서에서 패널은 미국 정부의 수입금지조치는 협정 XI:1 XI:2 수량제한금지의 원칙 조항들에 반한다고 하면서, 협정 XX(g) 예외사유에 따라 정당화 될 수 있는지에 관하여 심리하였다.²⁴⁷⁾

패널은 미국 정부의 국내조치는 연방 ‘어류보호와관리(1976 CMA)에관한법률’ 제 205조에 근거하고 있다고 하면서, 동법의 목적은 법이 정하는 어종의 적절한 보호와 관리, 고도의 이동성 어류의 보존과 관리를 위한 국제어류협정의 이행과 집행의 보조와 권장, 필요한 부가적 협정을 위한 협상과 이행의 권장 등에 있다고 보았다.

패널은 또한 1976 FCMA 205조에는 참치에 대한 일방적 관리를 추구하거나 12해리 영해 밖에서 조업하는 미 어선에 대한 나포행위를 자행하는 외국의 조치를 단념시키기 위한 조항들도 포함되어 있다고 보았다. 나아가 패널은 “미국 정부가 참치와 참치가공품에 대한 수입금지조치가 효력을 갖는 기간 동안 일정한 참치 어종의 포획에 대한 제한을 가하고 있다”고 인정하였다.²⁴⁸⁾

그러나 패널은 수입제한이 최소한 부분적으로나마 참치의 포획의 제한을 위한 국내조치의 집행을 위하여 필요하다고 하더라도, 1979년 8월 31일에서 1980년 9월 4일까지 취해진 모든 캐나다산 참치와 참치가공품에 대한 수입금지조치는 XI:2가 요구하는 요건을 충분히 충족하지 못하였다.

그 이유는 첫째 미국 정부의 수입금지조치가 미국내 알바코어나 스킵잭 같은 참치 어종에 대하여 아직 제한의 효과가 미치지 않고 있다는 것이고, 둘째 1980년 태평양 황색돌기 경우처럼 제한이 더이상 유효하지 않음에도 여전히 이전 제한조치가 유지되고 있다는 것이다. 패널은 분쟁당사국들이 알바코어 참치를 비롯하여 참치상품들을 보존 관리가 필요한 유한천연자원으로 보고 있고, 또한 참치 어종의 보호를 위한 국제협정에 적극적으로 참여하고 있다고 인정하였다.

그러나 협정 XX(g)에 따르면 보존에 관련된 조치로서 인정되기 위한 요건을 충족시킬 때만이, 동 조항에 따라 예외사유로서 정당성이 인정된다는 사실에 주목하였다. 환언하면 정당성이 인정되는 국내조치는 ‘국내생산과 소비에 대한 유효한 제한’ 과 연계되어야(in conjunction with) 하는 것이다.

패널은 미국 정부에 의하여 취해진 조치는 캐나다산 참치와 참치가공품 모두에 취해졌고, 여러차례에 걸쳐 미주간적도참치위원회(IATTC)와 대서양참치보존에관한국제협정(ICCAT)의 대상이 되는 참치 어종에 대하여 적용되었다.

그러나 국내생산에 대한 제한은 지금까지 1979년 7월에서 동년 9월까지 IATTC와 관련하여 참치보존법에 따라 황색돌기 참치에 대하여만 적용되었고, ICCAT와 관련하여 대서양참치보존법에 따라 대서양 황색돌기 참치, 청색돌기 참치, 왕눈이 참치에 대하여 적용되었다. 그리

247) Id.

248) Id.

고 예컨대 알바코어 참치와 같이 다른 어떤 어종의 참치에 대하여도 그 포획이나 육지에의 반입이 금지된 적이 없었다.

따라서 패널은 “미 정부 대리인이 참치와 참치가공품의 국내소비에 관하여 미국내에서 제한이 가해졌다는 점을 입증할 아무런 증거도 제시하지 않았다” 고 판단하였다. 패널은 결국 1979년 8월 31일부터 1980년 9월 4일까지 취해진 미 정부의 캐나다산 모든 참치와 참치가공품에 대한 수입금지조치가 “미 국내생산이나 소비에 대한 제한과 유효하게 연계되어” 취해진 것이라고 할 수 없고, 동 조항 예외사유에 해당하여 정당하다는 미 정부의 주장을 배척하였다.²⁴⁹⁾

1991년 미국의 참치수입제한 사건은 1988년 가공되지 않은 청어와 연어의 수출에 영향을 주는 캐나다 정부의 조치에 관한 1988년 패널보고서와 다른 결론에 이른 사안이다. 1988년 사건에서 패널은 “미국이 피소국인 1991년 사건과 달리, 캐나다 정부가 연어와 청어 어종의 보존을 위한 다양한 조치를 유지하고 있으며, 연어와 청어의 포획에 제한을 가하고 있다는 점에 관하여 양 당사국 사이에 다툼이 없다” 고 인정하였다.²⁵⁰⁾

이를 근거로 패널은 캐나다 정부의 포획제한이 협정 XX(g) 법문이 의미하는 국내생산에 대한 제한이라는 당사자의 주장을 받아들였다. 이에 따라 1991년 통상과 환경에 관한 사무국 규정은 다양한 양적 제한 리스트를 열거하고 있고, 그 정당성의 근거로 협정 XX(g)를 인용하고 있다.

자. GATT 협정 III와 다른 협정조항과의 관계

1989년 패널보고서는 1930년 관세법 337조 협정위반 사건에서 협정 제 III와 XX(d)간 관계에 관하여 다음과 같이 실시하였다.²⁵¹⁾

일반적 예외조항으로 알려진 협정 XX는 “그 서두에서 어떠한 협정조항도 회원국이 조치를 채택하고 집행하는 것을 방해하는 것으로 해석하여서는 안된다” 라고 규정하고 있는데, 이는 회원국의 주권을 최대한 존중하여야 한다는 주권존중의 정신을 담고 있다.

이러한 맥락하에 협정 XX(d)는 다른 협정조항들에 따른 회원국 의무에 대한 제한적이고 조건부적인 예외를 인정하고 있을 뿐인 것이다. 따라서 패널은 협정 XX(d)는 회원국 국내조치가 다른 협정조항들에 불일치하는 경우에 한하여 적용되며, 따라서 미 관세법 제 337조는 먼저 협정 III:4에 비추어 살펴보아야 한다.

나아가 패널은 “만약 국내조치가 협정 III:4에 위반되는 것으로 인정되는 경우에 한하여, 협정 XX(d)에 따라 정당화될 수 있는가” 여부에 관하여 심리하게 된다. 1990년 태국 정부의

249) Id.

250) Id.

251) UNITED STATES - SECTION 337 OF THE TARIFF ACT OF 1930 Report by the Panel adopted on 7 November 1989 (L/6439 - 36S/345).

수입담배에 대한 수입제한과 국내세 부과 사건에서 1990년 패널은 협정 XX(b)가 규정하는 “필요한” 국내조치의 범위를 해석함에 있어, 협정 제 III에 일치하는 비차별적 조치의 사용에 관하여 실시하였다.²⁵²⁾

ITO 예비위원회는 런던회의 현장 상업정책의 장에 대한 예외조항에 관하여 토론하였다. 초안 현장 XXII와 XXIII, 즉 현장 제 30조와 관련하여 현장 조항 XXX의 주목적의 하나는 IV장 조항들에 대한 침해를 막기 위한 것이다. 만약 회원국이 XX(b), 즉 하위 문단(b)의 예외를 보호조치의 하나로 사용하는 경우, 현장 제 XXX에 따라 다른 회원국은 국제통상기구에 대표를 보내 만족한 조치를 취할 수 있다. 따라서 회원국들의 신의 없이는 초안에 규정된 예외들이 남용되지 않게 하는 것은 거의 불가능하다 할 수 있었다.

1987년 포르투갈과 스페인의 EEC 협정 가입을 둘러싼 특별작업에서 남아프리카공화국 와인을 빼 영국, 아일랜드, 싸이프러스의 포도주를 의미하는 셰리(Sherry)라는 용어의 사용을 허용할 것인가에 관한 EEC규정을 둘러싼 질의와 관련하여, EEC는 “문제의 규정은 기망적 영업관행(deceptive business practice)을 방지하기 위한 조치에 해당한다”고 답변하였다.²⁵³⁾

따라서 이는 협정 XX(d) 일반적 예외에 해당하여 정당화될 수 있으며, 특정한 상품에 대한 우대조치는 일정 회원국들이 통합과정상 필요에 따라 관세동맹의 결성을 허용하는 협정 XXIV에 따라 협정에 위반되는 것이 아니다.

협정 XX에 부합하는 조항들은 1947 GATT 창설 당시 ITO현장 제정을 위한 주요 국가의 제안서에 등장한다. 미국의 III-G장의 현장 초안, 32조 런던과 뉴욕 초안, 제 37조 제네바 초안, 제 43조 하바나 현장 제 45조 등이 그것이다.

이러한 여러 초안 조항들은 현장 상업정책의 예외(Commercial policy exception)에 관한 것이다. 독립한 정책 관련 예외들은 상품협정과 제한적 영업관행에 관한 현장의 여러 장에서 규정하고 있다.

상업정책 예외를 담은 원안 조항은 4가지 일반적 예외사유와 국가안보를 위한 예외사유를 포함하고 있었다. 4가지 예외와 국가안보를 이유로 한 예외는 예비위원회 제네나회의에서 분리되었고, 현장상 모든 의무와 원칙들에 대한 예외가 되었다.

하바나회의에서는 “공공의 안전에 관한 법과 규정의 집행을 위하여 필요한” 조치라는 문구가 더해졌다. “공공의 안전”이라는 개념은 초안의 기초자들의 관점에서 “공공질서(public order)”라는 법적 개념을 포함하는 넓은 개념이라고 할 수 있다.²⁵⁴⁾

252) Thailand - Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines, Supra note 189.

253) COMMISSION REGULATION (EEC) No 2695/78 of 17 November 1978.

254) UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT HELD AT HAVANA, CUBA FROM NOVEMBER 21, 1947, TO MARCH 24, 1948. Retrieved Aug. 19, 2024 from https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf.

공공질서라는 개념은 통상 국제법보다는 국내법적 차원에서 많이 사용되는데, 상업정책조항의 예외는 국제법적 차원의 개념이므로, 대다수 국가들이 공통적으로 인정하고 있는 공적질서를 포함하여 보다 넓은 의미를 가질 수 있다고 보아야 한다.

한편 동 회의에서는 “오직 어류자원, 철새, 야생동물의 보호를 위한 국가간 국제협정을 준수하기 위한 조치”라는 예외가 첨가되게 된다. 동 예외는 상품협정의 장 예외조항 제 70조에 추가된 조항과 유사하다.

일반적 예외의 수정을 위한 작업반은 1948년 가을 2차 회의에서 회합하여 하바나회의에서 변화된 안을 일반적 예외조항으로 채택할 것인가를 심의하였다. 그러나 변화된 안을 일반적 예외에 포함시킬 것인가에 관하여 아무런 결정을 내리지 못하였다. 이때의 수정사항들은 1957년 10월 7일 서문, 2장과 3장의 수정에 관한 의정서를 통하여 겨우 효력을 발생하게 된다.²⁵⁵⁾

255) Id.

15. GATT XX(h)에 규정된 예외

가. 상품협정에 따른 국내조치

GATT XX(h)에 따르면 상품협정이 규정하고 있는 의무에 따라 행한 회원국 국내조치는 협정상 예외사유에 해당한다. 회원국 국내조치가 협정 XX(h)와 협정 XX(h)에 대한 주석에 따라 예외조치에 해당하기 위하여는 다음 3가지 요건을 갖추어야 한다.²⁵⁶⁾

즉 상품에 관한 정부간 협정이 (a) 회원국에게 제시된 기준에 부합하면서 회원국들에 의하여 불승인 되지 않아야 하고 (b) 자체로 제시되고 불승인되지 않아야 하며, 또는 유엔경제사회사회사회가 1947년 3월 28일 의결한 결의 30(IV)에 따라 승인된 원칙에 부합하여야 한다.

미국 정부가 마련한 초안 현장은 상업정책의 장을 두고 있다. 그리고 상업정책의 장 양적 제한의 철폐에 관한 조항에 따라 체결된 정부간 상품협정 하에서 부과된 수출 또는 수입쿼터에 대한 예외를 두고 있다. 런던보고서 역시 현장 하에서 체결된 정부간 상품협정에 따라 부과된 수입 또는 수출쿼터는 유효하며, 따라서 런던과 뉴욕현장 초안은 GATT XI:2에 상응하여 조항 25:2에 대한 예외를 규정하고 있다.

런던보고서는 현장 상품정책에 관한 조항들에 따라 체결된 정부간 상품협정을 이행하기 위하여 필요한 양적제한에 있어 비차별이라는 일반적 원칙에 대한 예외의 필요성에 대하여 협상당사국간 합의가 있었다는 사실을 인정하고 있다.²⁵⁷⁾

ITO 창설 당시 예비위원회나 보고서 초안들에 있어 상품협정 또는 상업정책이라는 용어가 많이 사용되는데, 이는 회원국의 경제주권을 상징하는 차원의 용어라 할 수 있다. 2차 세계 대전이 정치적으로 결단주의적 헌법관에 의하여 지지되었다면, 경제적으로는 상업정책의 자주성에 의하여 악화되었다고 할 수 있다. 고율의 관세와 쿼터제, 소위 양적제한은 전후 자유시장경제 질서를 구축하려는 강대국과 유엔의 골칫거리였다.

이는 전술한 바와 같이 전후 정치적으로는 유엔을 통하여 경제적으로는 시장경제를 뒷받침하는 브레튼우즈체제를 통하여 평화체제 또는 이상주의적 국제체제를 지향함에 있어 걸림돌이 되게 된다. 이에 협정 XX(h)에 해당하는 경우에만 예외를 인정하면서 기존 조치들과 새로운 조치들간 조화를 이루려는 노력이 십수년을 두고 전개되는 것이다.

256) Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (h) undertaken in pursuance of obligations under any intergovernmental commodity agreement which conforms to criteria submitted to the CONTRACTING PARTIES and not disapproved by them or which is itself so submitted and not so disapproved....

257) REPORT OF THE FIRST SESSION OF THE PREPARATORY COMMITTEE OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT. Retrieved Aug. 19, 2024 from https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90680195.pdf.

나. 입법연혁과 규범의 다기성

GATT/WTO 체제의 역사에서 이러한 패턴의 기구론적 개혁은 1987년 우루과이 협상 당시 회색지대 조치 철폐와 세이프가드조치에 관한 협정체결 과정과 유사하다. 섬유류 협정의 GATT로의 단계적 복귀나 기존 농산물 보조조치의 단계적 철폐 등도 기존 조치와의 조화를 이룰 수 있는 체제를 지향하는 노력이라 할 수 있다.

따라서 시간의 경과로 협정 XX(h) 예외사유는 공중보건에 관한 XX(b)²⁵⁸⁾나 유한천연자원의 보존에 관한 XX(g)²⁵⁹⁾ 같은 다른 예외사유에 비하여 현실적으로 자주 원용되고 있지 않은 예외사유의 하나가 된다. 자유주의·보편주의 가치를 지향하는 국제사회는 이제 제국주의 쟁탈에서 이념에 연원하는 냉전체제, 즉 자유주의와 사회주의 진영간 총성 없는 전쟁으로 이어진다.

그리고 상업정책이나 상품협정은 GATT/WTO회원국의 통상주권 영역으로 예외가 인정되지만, 이는 보편적 세계적 통상관리체제와 조율되어야 한다. 지난한 협상은 정부간 상품협정으로 인한 기존의 양적 조치나 향후의 양적 조치, 국영무역 국가에 의한 시장 제한조치 및 농산물 목재, 수산물 등 다양한 기초산품과 시장제한 조치 등 방대한 영역을 커버하면서 규범의 다기성과 회합·토의의 필요성을 배경으로 한다.

예비위원회 런던회담에서 협상국들은 이미 상품협정에 관한 헌장의 관련 장에서 제안된 원칙들에 관하여 조치를 취하고 있다는 사실을 인지하고 결의를 채택하였다. 그리고 유엔에 국제상품협정을 위한 임시조정위원회 위원들을 임명해 줄 것을 요청하였다. 이에 따라 유엔 경제사회 이사회는 1947년 3월 28일 ECOSOC결의 30(IV)을 채택하였다.²⁶⁰⁾

유엔경제사회 이사회는 국제교역이 이루어지고 있는 일정 상품들에 대하여 정부간 협상이 활발히 추진되고 있고, 통상과 고용에 대한 유엔 예비위원회 1차 회의와 유엔식량농업기구의 세계식량제안을 위한 예비위원회에서 이미 합의한 상품문제와 상품협상의 조정에 관한 협정상 중대한 조치들을 고려하여 다음과 같이 권고한다.

“즉 ITO의 창설을 전제로 유엔 회원국들은 상품문제에 관하여 제 7장 전부에 내재해 있는 원칙을 정부간 협상과 조치에 적용되는 일반적 기준으로 채택하여야 한다.”

이때 7장 전부란 통상과 노동에 관한 유엔 예비위원회 제 1차 회의 보고서에 부속된 헌장 초안의 정부간 상품협정을 담고 있는 장이다. 물론 유엔경제사회이사회는 유엔협상은 물론 유엔협상의 예비위원회 이후 회합에서의 논의를 통하여 상품협정에 관련된 조항의 수정을 가져 오리라 예상하였음에도 일단 이러한 권고를 한 것이다.²⁶¹⁾ 또한 이사회는 유엔사무총

258) (b) necessary to protect human, animal or plant life or health

259) (g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption

260) RESTRICTED GENERAL AGREEMENT ON L/189/Add.2. Retrieved Aug. 19, 2024 from https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90680195.pdf.

261) Chapter 1 The WTO: An Historical, Legal, and Organizational Overview. Retrieved Aug.

장은 국제상품협정들을 위한 임시 조정위원회 위원들을 임명하여 상품문제에 관한 정부간 협상 또는 조치에 관하여 정보를 공유하고 적절한 수단을 통하여 그러한 협상이나 조치들이 신속하게 가능하도록 할 것을 요청하였다.

동 위원회는 통상과 고용에 관한 유엔 예비위원회를 대표하는 의장, 기초상품인 농산품 문제를 전담하는 유엔식량농업기구가 지명한 자, 비농산물 기초상품을 전담하는 자 등으로 구성된다.

다. ITO의 무산과 GATT의 발전

비록 GATT는 22개국이라는 적은 수의 선진국들을 원 계약국으로 하여 공산품무역을 규율하기 위하여 발족하였지만, 전술한 바와 같이 원안은 농산품 교역을 포괄하는 보다 넓은 범위의 협정이었다. 예비위원회 제네바 회합 논의에서 “상품협정의 경우 회원국 조치들에 대한 예외들은 현장 상업정책의 모든 조항에 대하여 적용될 수 있어야 한다”는 데에 협상국들의 합의가 이루어졌다.

따라서 상업정책의 장의 일반적 예외조항은 수정이 이루어져 ‘국제상품협정에 대한 현장의 관련 장에 따라 체결된 정부간 상품협정 상의 회원국 의무를 위하여 취해진 조치들’에 대한 예외사유의 하나로 삽입되었다.

이러한 변화의 배경이 되는 이유는 다음과 같다. 현장 제 5장의 유일한 예외는 다른 가능한 상품협정의 조항들에 따라 인정되는데, 그것은 쿼터제의 사용이 될 것이다. 우리는 현장에서 상품문제를 다루는 유일한 방법이 쿼터제라는 편견을 그대로 표현하는 것은 잘못된 것이라고 감히 생각하는 바이다. 쉽게 돌아보아도 다른 조항들에 따라 필요한 예외조치들을 생각해 볼 수 있다. 한 예로 제 30[XVII]을 들 수 있다.²⁶²⁾ 이는 국영무역기업에 적용되는 비차별원칙(non-discrimination)이라는 제목의 조항이다.

국가가 상품협정의 한 당사자이면서 동 상품을 거래하는 무역기업인 국영무역거래에 있어 자신이 체결한 상품협정조항에 우선권을 주리라는 사실은 명백하다. 환언하면 이때에 국가는 조항 제 31조 문단 1에 따라 주의를 기울였던 사인간 무역거래의 핵심이 되는 拘因 問題와 비교하여 자신들이 당사국인 상품무역협정에 보다 관심을 기울인다는 것이다.

즉 사회주의 국가나 공공부문의 비중이 높은 국가들과 공공부문 비중이 낮은 기존 선진국들은 상호 시장과 경제를 바라보고 접근하는 방식이 다르다. 따라서 세계시장의 구조와 그 형성에 관한 공범인 국제통상법에 대한 인식과 실행에 있어 당연히 차이를 보일 수 밖에 없다. 그리고 법을 창출하는 협상에 임하는 자세와 태도도 다를 수 밖에 없는 것이다.

통상에 관한 세계적 차원의 규범제정기관인 GATT와 유엔의 관련 역사는 법을 해석하고 집

19, 2024 from <https://internationalecon.com/wto/ch1.php>.

262) ARTICLE XVII STATE TRADING ENTERPRISES. Retrieved Aug. 2024 from https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art17_gatt47.pdf.

행하는데 있어 의미를 갖는다. 특히 상품무역을 비차별원칙이라는 대원칙하에 두게 하면서 기존의 상품무역협정에 따른 쿼터제나 향후 체결되는 쿼터제 및 다른 성향의 국가들의 독특한 반시장경제적 요소들은 갈등을 일으키는 因子이므로, 지금과 같은 XX(h)가 탄생하는데 있어 지난한 조정의 역사가 숨어 있는 것이다.

1947년 10월 30일 체결된 GATT 하에서 문단 (h) (XX:I(h))는 정부간 상품협정 하에서 회원국 의무에 따라 취해진 조치를 예외사유의 하나로 규정하고 있다. 물론 이러한 조치는 국제상품협정들을 위한 임시조정위원회를 창설하기 위하여 개최된 1947년 3월 38일 유엔경제사회이사회에서 인준된 원칙들에 부합하여야 한다.

ECOSOC 결의에서 말하는 원칙들은 앞서 본 바와 같이 상품협정의 현장 조항들이라 할 수 있고, 이들은 일정 절차에 따라 하바나 현장 제 6장을 구성하고 있다. 현장 제 6장은 그 자연상태를 기준으로 농산물이나 목재, 수산물이나 광물 등 기초상품을 관장한다. 국제무역에 필요한 실질적 분량의 판매를 위하여 관행적으로 준비가 요구되는, 즉 그러한 과정을 겪은 기초상품에 관한 것이라 할 수 있다.²⁶³⁾

현장 6장은 또한 동 장에 따라 체결된 상품협정에 관한 원칙과 절차적 요건에 관하여 규정하고 있다. 협정 XXIX:1은 “체약국은 집행 가능한 최대한의 범위에서 하바나 현장 제 1장에서 6장까지의 일반원칙을 준수하여야 한다” 고 규정하고 있다. 하바나현장의 발효를 전제로 동 현장 제 6장에 임시적 효과를 주려는 제안은 1949년 7월 22일 후속협상 회합에서 ICITO 집행위원회에 제안되었다.²⁶⁴⁾

실무작업반은 아직 검토와 결정이 나지 않은 제안서를 준비하였다. 1954-1955 검토회합 기간중 문단 (h)는 상품무역 영역에서 GATT의 관여 문제에 관한 맥락을 고려하여 기구와 기능의 도안에 관한 검토실무작업반에 의하여 검토되었다.

또한 1954년 8월 5일 이전 ICCICA에 부여된 책임 중 일부를 행사할 수 있는 국제무역조언위원회 창설을 가져온 ECOSOC결의의 맥락도 고려의 대상이 되었다.²⁶⁵⁾ 일부 대표들은 현장 제 6장의 문단 조항들을 GATT에 삽입하자고 주장하기도 하였다.

이에 대하여 상품 문제에 관한 다른 실무작업반이 만들어져 검토회합 기간에 만나 기초상품 교역 분야에서 발생하는 문제를 극복하기 위하여 고안된 국제조치들을 규율하기 위한 원칙과 목적을 위한 구체적 제안들을 검토하였다. 또한 그러한 원칙들을 실행하고 적용함에 있어 필요한 국제협정의 형식에서 발생하는 문제까지 포함하여 검토하였다.

263) UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT HELD AT HAVANA, CUBA FROM NOVEMBER 21, 1947, TO MARCH 24, 1948., Supra note 242.

264) Interim Commission for the International Trade Organization (ICITO) and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210578110s011-c018>.

265) Application of principles of chapter VI of the Havana Charter - proposed letter to the Chairman of the ICCICA. Retrieved Aug. 19 from <https://exhibits.stanford.edu/gatt/catalog/nr593qb0565>.

나아가 그러한 협정의 당사국과 GATT 회원국과의 관계 및 기초상품의 국제교역분야에서 책임을 수행하고 있는 다른 국제기구와의 관계에 관하여 검토하였다. 실무작업반은 모든 상품협정 조항들을 규율하는 일반원칙을 포함한 상품협정에 관한 특별협정의 초안을 기초하였다. 또한 상품협정을 다루기 위한 절차적·제도적 조항들을 마련하였다. 협정 초안은 정부간협정 체결을 위한 협상과 조항을 마련하지 않으면 GATT 조항과 잠재적으로 충돌할 수 있는 이행조치들을 고려하였다.

라. GATT XX:I(h) 예외사유

GATT와 제안된 특별협정들은 수정 조항에 의하여 협정 XX:I(h)와 연계되었다. 검토회합 회의 중 초안에 대한 토론에서 합의가 이루어지지 않자, 실무작업반은 10차 회합으로 문제를 이양하였다. 그 동안 검토의 과정에서 협정 XX를 수정하는데 합의가 이루어졌다. 기구와 기능의 설계를 위한 검토실무작업반의 보고서는 다음과 같이 말하고 있다.

“상품협정의 체결과 관련한 새로운 원칙들을 발전시키기 위하여 취해지고 있는 조치들의 관점에서 협정 조항 XX:I(h)은 개정의 필요가 있다.”

따라서 실무작업반은 동 협정 조항의 기존 문단을 새롭게 교체하도록 제안하였다. 실무작업반은 협정 XX:I(h)은 그 자체로는 상품협정의 체결을 위한 원칙을 창설하고 있는 것이 아니라고 보았다. 그러나 동 협정조항은 상품협정에 따라 취해진 조치가 협정조항들로부터 예외가 되기 위한 조건들에 관하여 규정하고 있다.

따라서 “현재의 협정 XX:I(h)에 규정된 예외사유가 1947년 3월 28일 유엔경제사회이사회가 승인한 원칙에 따라 이미 체결된 또는 체결될지 모르는 상품협정에 적용되기 위하여는 협정 조항의 개정을 위한 주석이 첨부될 필요가 있다” 고 권고하였다.

협정 XX(h) 주석에 따르면, 하위 문단에 의하여 규정된 예외사유는 전기한 1947년 유엔경제사회 결의 30(IV)에 의하여 승인된 원칙들에 위배되지 않는 상품협정에까지 확장하여 효력을 발생한다. 1955년 가을 10차 회의에서 상품 문제에 대한 논의가 계속된다.

상품문제에 관한 실무작업반은 특별협정 초안을 포함한 최종보고서를 제출하였다. 그리고 보고서는 “가능한 최대한도로 현저한 차이들에 대한 의결에 따라 정부간 상품협정이 위반하지 않아야 할 표준을 설정한 것으로 수락되어야 한다” 는 내용이 들어 있었다. 이로써 정부간 상품협정은 9차 회의에서 수정된 대로 일반협정 XX(h) 첫 부분에 규정된 예외사유의 혜택을 적용받을 수 있다.²⁶⁶⁾

실무작업반은 “본 협정이 그러한 목적을 달성하기 위하여 만족스럽다고 판단한 경우에 회원국들은 개정된 GATT가 효력을 발휘하여 협정이 조항 XX(h)에 따라 고려되었지만, 승인되지

266) ARTICLE XX GENERAL EXCEPTIONS, *Supra* note 180, p. 590.

않는 때 공식적으로 자신들이 이를 인정한다” 는 의사를 공시하여야 한다.

그러나 여러 쟁점에 관한 견해의 차이로 실무작업반 보고서와 동 협약 초안은 채택되지 않았다. 그리고 동 쟁점은 11차 회의 의제로 넘어가게 되었다. 1956년 11차 회의에서 특별협정 초안의 정책기조들에 관하여 합의가 이루어질 것 같지 않으리라 인식되었다.

대신 대안적 접근방식이 기초상품의 교역과 연결된 구체적 난점들에 관한 체약국 결의를 통하여 채택되고 구체화되었다. 동 결의는 일반적 다자간 검토, 문제 지향적 토의와 가능한 사건별 정부간 회합 등에 초점을 맞추게 된다.

실무작업반 내에서 그러한 목적과 원칙들은 협상 중인 특정 상품협정의 상황을 고려하여야 하고, 일반 협정의 관련된 조항들에 따라 체약국들이 자신들에 의하여 검토되는 사항에 관여하는 한, 개별 협상 주제로 남겨 놓아야 한다는 견해가 지배적이었다.

상품문제가 GATT 권한 밖에 놓이게 되었다는 주장에 대하여, 체약국들은 “1955년 10차 회의에서 자신들은 XXV:I에 따라 상품문제를 다룰 수 있는 권한을 행사할 수 있다” 고 결정하였다. 이러한 입장은 상품무역에 관한 후속보고서에서 재차 확인되었다. 조항 XXXVIII:2(a)는 1965년 제 IV 의정서에 추가되게 되는데, 체약국단은 적절하다고 인정되는 경우에는 국제협정 등을 통한 조치를 포함하여 저개발 회원국에게 특별한 이해관계가 있는 기초상품의 세계시장의 접근에 관한 개선되고 수궁할 수 있는 조치를 취할 수 있다.

또한 이러한 상품들에 관한 세계시장을 안정시키고 개선하기 위하여 고안된 조치들을 발전시키기 위한 조치도 취할 수 있다. 국제곡물협정 체결을 위한 협상의 기본 요소들에 관한 합의 각서가 1967년 제네바 의정서에 부속되었다. 국제곡물협정은 밀교역협정과 식품권장협정으로 구성되었는데, 1967년 FAO와 UNCTAD간 협력을 바탕으로 국제밀위원회의 후원하에 협상이 진행되었다.²⁶⁷⁾

보빈 육류와 국제낙농에 관한 협상은 1970년대 동경라운드 다자간 협상 기간 중 협상이 진행되었다. 1991년 무역과 환경에 관한 1991년 사무국 주석은 양적 제한목록을 작성하게 되는데, 그 법적 근거로 조항 XX(h)를 들고 있다. 동 목록은 사무국이 보관하고 있는 양적 제한 집장소에서 추린 것이다. 어떠한 회원국도 상품협정에 따라 취해진 조치가 일반협정에 위반된다는 고발을 제출한 적이 없으며, 또한 어떠한 상품협정도 조항 XX(h)와 관련하여 회원국단에 공식적으로 제출된 바 없다.

마. 상품협정의 예외와 서비스 무역협정

국제법은 법의 제정자와 수범자가 동일한 주체인 국가이다. 따라서 협상이 중요한 의미를 가질 뿐만 아니라, 협상의 주체와 당시의 현실적 요소들이 협상에 영향을 미치게 된다. 쿼

267) THE STATE OF FOOD AND AGRICULTURE 1967. Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://www.fao.org/4/ap655e/ap655e.pdf>.

터제를 비롯한 상품정책의 차이라는 변수가 1940년대와 1950년대를 거쳐 XX(h)관련 협상과 토의의 배경이 되었다면, 1980년대 우루과이 협상에서는 낮은 감이 있지만, 새로운 산업분야로 서비스문제와 시장의 자유화, 새로운 재산권으로서의 지적 재산권의 보호 문제가 협상의 주제가 되었다.

상품협정에서 보듯이 이러한 협상에서도 빈국과 부국간의 견해 차이는 첨예하다. 지적재산권을 장기간 두텁게 보호하자는 선진국의 주장에 대하여, 지적재산권은 인류의 공동유산으로서 채륜의 종이 발명에 대하여도 로얄티를 인정하자고 하면서, 지적재산권의 두터운 보호에 항의한 중국 외교관의 일화는 유명하다.

2차 세계대전이 끝나고 전범재판의 미국 측 검사인 Ben Ferencz가 이제는 제국주의가 아닌 이념의 대결, 즉 선발 자본국과 후발 자본국이 아닌 동서냉전의 시대가 될 것이라고 예측하는 드라마 장면이 인상적이다. 얼마전 타계한 동 검사는 하버드 로스쿨을 졸업하고 군법무관으로 근무한 경험을 바탕으로 변호사 활동을 하면서 미국의 국제형사재판소 가입을 역설하고 전쟁과 국제법적 정의에 관한 저술활동을 하였다.

20세기 초에서 말엽까지 이 시대의 사람들은 정치적으로는 제국주의적 쟁탈의 참혹함과 이념대결의 냉전시대를 살았지만, 어찌 보면 상품과 서비스라는 소위 세계경제의 변화와 발전, 그리고 변화하는 시장에 관한 산 증인이라고 할 수 있다.

시장과 경제의 문제는 국제정치와 상관없이 유물사관이나 경제사가 증명하듯이, 세월이 지난 지금에도 의미를 갖는다. 산업자본이 단순노동력과 상품문제와 관련된다면, 산업화가 고도로 진전되어 금융자본, 인간자본 시대로 이행하면서 무형재인 서비스 시장의 구조와 형성을 위한 자본과 국가의 전략과 경쟁은 치열할 수 밖에 없다.

동서의 정치적 대결구도는 전술한 바와 같이 경제적 차원에서는 남북문제로서의 구도를 갖는다. 상업정책과 상품교역이 치열한 주제였던 1940-1950년대가 서방 자본국과 독일이라는 후발 자본국이 배경이 되었던 시대라면, 20세기 후반 WTO가 만들어질 무렵에는 사회주의 국가들과 신생 개발도상국 그룹간 대립구도, 소위 남북문제가 배경을 이룬다.

요컨대 시장의 변화와 역사는 국제통상법에서 간과해서는 안된다. 시장의 포화로 인하여 서비스라는 시장영역이 세계시장관리체제에 포섭되어야 하고, 우리는 인간의 상품화라는 대세를 수용할 수 밖에 없다. 서비스는 상품과 달리 국가마다 정치적, 경제적, 문화적, 역사적, 정서적 배경이 다르다. 따라서 상품과 같이 협정을 통하여 일원적으로 규율하는 것이 쉽지 않다. WTO 우루과이 협상 당시 이해관계의 대립으로 부분적 협상으로 출발할 수 밖에 없었고, 협정은 점진적 자유화를 지향하면서 부속서 IB GATS로 WTO에 편입되었다.²⁶⁸⁾

그러나 최혜국대우라는 일반적 약속(General commitment)을 넘어 내국민대우를 요소로 하는 구체적 약속(Specific commitment)부분은 추후 협상 약속이 지지부진하여 도하라운드 당시까지 서비스양허표를 제출한 국가의 수는 많지 않다.

268) 이춘삼. 전개서, 주) 137.

빠른 제출을 독려하면서 회합이 종료되었지만, 법률서비스 시장개방, 의료서비스 시장개방 논란에서 보듯이, 우리를 포함하여 많은 나라들 국내에서 저항에 부딪히고 있는 현실이다. 정책을 결정하는 주체들은 선거구민의 눈치를 볼 수 밖에 없다. 70여년전 ITO가 미국 상원의 반대에 부딪쳐 무산되었듯이 회원국 정부는 서비스영역 이해관계자들의 눈치를 보지 않을 수 없다.

요컨대 서비스무역협정은 상품무역협정의 구조를 유추하여 제정되었다. 동종 상품에 대응하는 동종서비스라는 개념이 자유화와 비차별을 실현하는 중요한 법적 기준이 된다. 다만 상품무역과 달리 서비스분야는 4가지 모드에 따라 서비스가 공급되고, 그에 따라 양허표를 작성한다. 협정에 따르면 서비스 공급에는 4가지 유형이 있는데, 모드 1은 서비스의 국경간 이동, 모드 2는 상업적 주재, 모드 3은 해외소비, 모드 4는 자연인 이동이 해당한다.²⁶⁹⁾

상품이 운송을 통하여 매수인에게 공급되는 경우와 달리 서비스는 다양한 방식으로 소비자에게 공급되며, 이는 이민법이나 교육법, 변호사법, 은행법 등 다양하고 복잡한 법적 문제를 내포하게 된다.

269) 조영정. 전게서, 주) 208.

16. GATT XX(i)에 규정된 예외

1. 가격안정정책

문단 (i)는 1947년 예비위원회 제네바회의에서 뉴질랜드에 의하여 제안되었다. 뉴질랜드는 이번 개정의 목적은 “뉴질랜드와 같이 일반적으로 국내경제 전반을 커버하는 가격안정화 계획을 영구한 정책의 하나로 유지하고 있는 나라들을 위한 것이다” 라고 제안·설명하였다.

뉴질랜드와 같이 자국의 일반적 가격수준을 안정되게 유지하려는 나라는 특정 상품의 세계 시장에서의 가격, 특히 그들이 수출하는 원자재 가격이 동종상품의 안정정책상 유지되는 국내가격 보다 상당히 높다는 문제에 직면하고 있다.

이러한 문제를 설명하기 위한 가장 좋은 방법은 실제 예를 드는 것이다. 뉴질랜드에서 예컨대 신발산업 관련 가족의 소비자 가격은 세계적 가격 수준보다 훨씬 낮다. 이제 수출통제를 통하여 지역적 가족 수요가 충족될 필요가 있는 상황이라면, 달리 말하면 수출통제가 취해지지 않으면 지역 시장에 가족이 공급되지 않거나 아니면 가족의 지역 시장가격을 세계시장 수준으로 올릴 필요가 있을 것이다.

우리는 현장의 효과가 회원국들의 가격안정화 정책을 포기하도록 고안된 것은 아니라고 생각한다. 따라서 우리는 (i) 문단의 예외사유를 제안하는 바이다.²⁷⁰⁾

다. 예외사유에 관한 논의

수출세 부과를 통하여 동일한 효과를 달성할 수 있다는 의견이 제시된 사실을 안다. 그러나 다른 한편 뉴질랜드와 회원국들은 수출세 방법을 사용해 본 다른 회원국들이 그다지 만족스러운 결과를 내지 못하였다는 것을 역시 알고 있다.

수출세는 실제로 비현실적이다. 왜냐하면 기초상품의 세계시장 가격은 여러 변수에 종속되기 때문에 수출세율 역시 자주 변경될 수 밖에 없기 때문이다. 본 제안에 대한 토의 중간에, 본 조항은 일반적 국내가격 안정화정책이 기능하는 경우에만 적용되어야 하고, 그러한 가격안정화 계획 자체가 없는 나라의 국가경제의 보호수단으로 이용되어서는 안된다는 점이 강조되었다.

본 예외조항의 원용에 있어 남용의 위험을 경계하는 여러 목소리들이 있었고, 문단 (i) 후단에 단서 조항을 첨가하자는 주장이 제기되었다. 1950년 보호목적과 그 이외 목적으로 양적

270) involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure essential quantities of such materials to a domestic processing industry during periods when the domestic price of such materials is held below the world price as part of a governmental stabilization plan; Provided that such restrictions shall not operate to increase the exports of or the protection afforded to such domestic industry, and shall not depart from the provisions of this Agreement relating to non-discrimination;

제한의 사용에 관한 실무작업반 보고서는 여러 주제 중 하나로 국내 가공산업의 진작을 위하여 원자재 사용에 관한 수출제한 정책의 사용을 검토하였다.²⁷¹⁾

실무작업반은 “조항 XX(i)에 규정된 예외사유는 정부의 가격안정화계획 그 자체가 아닌 그와 연계된 수출제한을 지칭하고 있으므로, 조항 XX(i)에 열거된 다양한 단서 조항은 단지 수출제한 정책에 한하여 적용되는 것이고 가격안정화 계획의 다른 부분에는 적용되지 않는다”고 보고하였다.

실무작업반은 “GATT 협정에 따르면, 국내산업을 보호하거나 진흥시키기 위한 원자재 수출에 대한 양적 제한은 금지되고 있다”고 결론 내린다. 이러한 국내산업 보호 또는 진흥을 위한 조치는 원자재 구입을 보조하기 위하여 특정 산업에 유리한 가격을 제공하거나 외국의 경쟁자에게 원자재 공급을 줄이도록 하거나 기타 방법을 통하여 이루어진다.

그러나 특정 수출제한의 목적에 관한 문제는 개별 사례에서 관련된 사실에 근거하여 결정되어야 한다. 몇가지 사례를 놓고 논의가 있었다. 그중 일방은 “회원국들은 원자재를 가공하는 국내산업을 긍정적 효과를 줄 수 있는 원자재에 대한 수출제한을 유지할 수 있어야 한다”고 주장하였다. 다른 입장의 회원국들은 최종재 수입에 대한 금지 또는 높은 수준의 제한조치를 유지하여야 한다고 제안하였다.

그러한 경우에 회원국들은 수출제한이 조항 XX(i)에 따라 정당화되는지 여부를 고려함에 있어, 이러한 수출제한조치들이 실제로 국내산업을 보호를 위하여 기능하는지의 문제를 정밀하게 검토할 필요가 있게 된다.

다. GATT와 가격 문제

가격은 시장을 기능케 하는 핵심적 요소이다. 세계시장과 무역의 차원에서 가격은 다양하게 조명된다. 먼저 회원국의 관세정책과 관세율은 최종 소비자의 구매가격을 결정한다. 고율의 관세는 시장에서 자국 상품을 보호하는 기능을 하고 관세장벽으로 기능하여 상품의 자유로운 흐름을 저해한다. 따라서 역사적으로 여러 차례의 다자간 무역협상은 관세율의 인하에 초점을 맞추어 왔다.

가격이라는 경제학적 개념이 통상법과 의미를 가지는 다른 예로 관세평가협정을 들 수 있다. 이는 관세액 산정에 있어 모든 나라가 일원적으로 과세가격을 산정할 수 있게 하는 규범이다.

자의적이고 차별적으로 과세가격을 정하고 이를 기초로 관세율을 곱하여 관세액을 산정하면 관세율 인하의 노력이 반감된다. 따라서 관세액 산정에 있어 관세율과 함께 또 하나의 변수인 과세가격 산정을 협정에 따르도록 하여 공정하게 할 필요가 있다.

271) Position Paper for the United States Delegation to the Fourth Session of the Contracting Parties to the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1950v01/d239>.

협정에서는 당해물품의 거래가격 동종물품의 시장가격 유사물품의 시장가격 공제가격 구성 가격 기타가격 등 6가지 가격기준을 설정하여 그 우선순위에 따라 과세가격을 정하도록 규정하고 있다. 현재 미국과 한국은 물가폭등 즉 인플레이션을 잡기 위하여 고금리 행진을 계속하고 있다. 미 연방준비위원회 페드 의장과 우리 한국은행 총재는 뉴스의 단골 손님이 되어 금리인상을 발표하면서 국민을 설득한다.

금융자본시대에 있어 금리와 생산 및 물가는 상호 긴밀하게 연관된다. 금리의 인상은 은행 대출에 의존하는 기업들이나 소비자들에게 매우 불리하다. 따라서 금리의 인상은 적자생존 시장에서의 경쟁력을 강조하는 우파 정부의 정책으로서 성격을 갖는 것이 보통이다. 고효율의 생산성과 시장에서의 높은 경쟁력을 갖는 기업과 은행 채무 없이도 생활이 가능한 중산층의 지지를 받을 수 있다.

사회기업이나 열악한 자본의 한계기업들은 생존이 불가능하다. 이러한 고금리 정책은 시중의 통화량을 알맞게 유지하고 화폐가치를 안정시켜 물가 상승을 억제한다. 가격은 경제와 시장의 핵심 요소인데, GATT/WTO에서는 몇가지 경우 이외에 특별히 문제 삼고 있지 않다. 전술한 예외에 “국영무역의 경우에도 시장 원리에 따라야 한다”는 조항에서 시장과 가격이 문제될 뿐이다.

그것은 물론 GATT/WTO체제는 실물경제체제이기 때문이다. 국제경제 영역 중에서 상품과 서비스, 지적재산권 같은 실제 교역의 대상과 그에 관한 회원국의 정책을 협정에 부합하게 하는 것을 목적으로 하는 체제이기 때문이다. 따라서 이번 GATT XX(i)의 회원국 가격안정 정책에 따른 예외는 매우 이례적 예외사유라 할 수 있는데, GATT 협상 과정에서도 밝혀진 바와 같이 이때의 예외조치는 수출제한이나 쿼터제 같은 무역과 관련하여 직접적으로 효과를 갖는 조치만을 대상으로 한다.²⁷²⁾

국제통상법은 무역과 무역에 대한 회원국의 국내조치를 대상으로 하는 법이다.²⁷³⁾ 이는 국내법에 비추어 헌법을 중심으로 한 사법통제제도나 행정처분의 위법성 문제를 다루는 행정법과 비슷한 구조를 갖는다. 이에 WTO법은 소위 세계경제헌법, 세계경제행정법이라 할 수 있다. 이때에 무역행정은 경제적으로 전문적인 판단을 전제하는 경우가 많다.

예컨대 국내산업의 피해판정이나 덤핑과 국내산업피해간의 인과관계의 문제 등이 그러하다. 또한 보조금조치가 現金의 移轉 아닌 법령의 제정이나 헐가주식의 매입 같이 복잡한 경우에는, 보조금 효과를 상쇄할 수준의 상계관세를 부과함에 있어 보조금 효과를 경제학적 방법을 통하여 수치화할 필요가 있다.

이러한 맥락으로 WTO에는 Expert group이 있어 경제적 전문지식으로 WTO 기능을 돕고 있다. 물론 앞서 본 바와 같이 모든 경제 문제가 GATT/WTO에서 문제되는 것은 아니다. 가격

272) UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT HELD AT HAVANA, CUBA FROM NOVEMBER 21, 1947, TO MARCH 24, 1948. Supra note 242.

273) 이춘삼. 전게서, 주) 137.

문제에서 보듯이 한국은행과 산업자원부간 분업은 이해의 편의를 돕는다. 물가상승으로 가격에 대한 관심이 높아지고 있는 가운데, 시민의 이해를 돕기 위하여 아침 TV에 출연한 석병훈 교수의 멘토는 우리의 현실이다.

“할당세 수입관세 등을 낮추고 비축량을 풀어 농산물등 물가 상승을 억제할 필요가 있다. 이로써 농산물과 외식비 물가를 안정시키고 한국은행도 기준금리를 안정시켜 이를 시장원리에 맡겨야 한다.”

가격 관련하여 할당세나 수입관세 등은 산업자원부 소관이고, 이들은 직접적으로 무역에 영향을 미치는 조치이므로 WTO가 문제 삼는다. 다만 GATT XX(i) 예외사유는 국내산업의 보호를 목적으로 남용되어서는 안되고, 나라 경제나 산업분야의 붕괴를 막기 위하여 제한적으로 이용될 수 있다.

그리고 그러한 가격정책은 그에 부합하게 장기간 지속적으로 유지되는 체계적인 것이어서, 임시적 가격변동에 대응하기 위한 할당세나 수입관세 부과 같은 가격정책은 포함되지 않을 것이다. 그러나 천연자원의 편재 현상으로 인한 지속적이고 구조적인 가격문제와 그에 대비하기 위한 가격정책의 경우에는, 원자재의 수출금지나 쿼터제 같은 제도가 양적제한금지에 관한 GATT XI 위반으로 문제될 때에 주장할 수 있을 것이다.

GATT 예외사유는 시장경제원칙과 WTO 의무에 대하여 회원국이 주장할 수 있는 바이블이라 할 수 있다.²⁷⁴⁾ 우리는 최소한 경제영역에서라도 보편주의적 국제법관이 시장원리를 통하여 구현되기를 희망한다. 그러나 영민한 회원국 경제관료들은 GATT 예외사유를 자국 경제애국주의(Economic patriotism)를 위하여 사용하고 있다. 다행히 WTO는 예외사유의 해석에 있어 엄격한 태도를 보이면서, 원칙과 의무에 충실한 경향을 보이고 있다. 또한 가격정책을 인한 예외를 해석하고 적용함에 있어 보호무역적 성격의 가격정책은 그것이 무역정책으로 현실화되는 경우, 예외에 해당하지 않는다고 보고 있다.

라. 이론과 원칙을 넘어 통상법치로

경제와 경제를 규율하는 법의 관점에서 원자재는 매우 중요한 의미를 갖는다. 이러한 원자재에의 접근을 원천적으로 막는 수출제한이나 수입제한을 포함한 양적 제한, 즉 쿼터제는 수출국·수입국 모두에게 있어 동 영역 산업분야에 관하여 치명적이다.

얼마전 중국의 희토류 수출제한으로 인하여 우리의 운송업이 큰 차질을 입은 것은 한 예가 된다.²⁷⁵⁾ 마르크스의 경제정의는 인문학적·사회과학적 변증법을 통하여 인간윤리와 해방을 부르짖었지만, 자원과 영토 같은 요소를 고려하지 못하였다.

274) Bal, S. (2001). International Free Trade Agreements and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT. Minn. J. Global Trade, 10, 62.

275) 유예리. (2012). 중국-원자재 사건 (China-Raw Materials) 과 희토류 수출제한 분쟁과의 연관성에 관한 연구. 국제법학회논총, 57(2), 113-143.

물론 이 부분은 정치·경제학적으로 노동자 혁명으로 대체되었지만, 시장의 현실을 간과한 측면이 있다. 예컨대 미국에서 노동자혁명을 생각하기 전에, 미국의 풍부한 자원이나 소득의 향상으로 인한 고급노동자 같은 현실을 생각해 볼 필요가 있다. 따라서 마르크스의 이론은 정치·경제학적으로 완전할 수는 있어도 경제학적으로는 한 분파에 불과하다. 그렇다고 하여 아담 스미스나 데이빗 리카르도 같은 경제학적 이론들이 완전한 것도 아니다.

경제학적으로 순수한 시장원리를 제시하고 있지만, 역시 자원이나 국가영역 같은 현실적 변수에 눈을 감고 있다. 따라서 동 이론만이 완전하다고 주장하는 것은 역사의 시계바늘을 제국주의적 쟁탈의 시대로 되돌려 놓을 뿐이다.

칼 마르크스가 인터내셔널을 구성하고 러시아 혁명에 고무되며, 히틀러가 독일 국민의 열광적 지지 속에 참혹한 세계전쟁으로 나아가는 불행한 시대로 회귀할 수는 없다. 이에 우리는 유엔의 창설이나 우리가 공부하고 있는 GATT/WTO 체제는 인류의 이상을 위한 가장 현실적 대안이라 보고 있다. GATT/WTO 체제는 通商法治를 통하여 유엔과 함께 국제사회의 평화를 보장하는데 기여한다.

아담 스미스와 리카르도의 이론에서 출발한 자유무역체제는 자유와 평등이라는 부르조와 시민 민주주의와 자본주의 원리에 따르고 있다.²⁷⁶⁾ 사회주의 국가나 공기업 중심의 국가들을 예상하여 만든 국영무역 조항에서는 국영무역도 시장원리에 따를 것을 규정하고 있다.

둘이켜 이번 주제와 관련하여 볼 때, 요점은 원자재나 천연자원이 현실 경제적 관점에서 결정적인 요소라 할 수 있다는 것이다. 미국이 중동의 석유전략에 대비하기 위하여 세일가스를 개발한다거나, 과거 박정희 정부 시절 온 국민이 한반도에 석유자원이 존재하기를 희망하고, 제 7광구 노래까지 등장한 것만 보아도 그 중요성을 알 수 있다. 우리는 인류의 역사를 자연을 극복하고 경제를 발전시켜 문명을 이룬 위대함으로 인식하고 있다. 이해하기 쉽게 말하자면, 우리의 현실은 개발론과 환경론, 소유권법과 환경법이라는 이원론으로 이해할 수 있다.

이는 ‘지속 가능한 개발’이라는 모토를 통하여 승화되고 있고, ‘자원법’이라는 법 영역을 탄생시키기도 한다. 자유무역체제는 ‘못 살겠다 들어 없자’가 아니고 ‘못 살겠다 갈아보자’에 기반한 체제이다. 따라서 자유시장원리에 기반하고 쿼터제 금지나 비차별원칙을 천명하면서도, 회원국의 주권과 경제적 현실을 고려하여 가격정책을 이유로 한 예외사유를 인정하고 있다.

고율의 관세도 문제이지만 양모와 노동력을 이용하여 의류를 생산하는 기업에게 양모 생산국의 수출금지조치는 산업분야의 붕괴로 이어진다. 그리고 현실적으로 원자재나 천연자원은 편재되는 경우가 적지 않다. 이에 쿼터제 같은 양적 제한은 원칙적으로 금지된다. 물론 다자간 무역협상이 있을 때마다 관세인하를 위한 노력이 있어 온 것은 전술한 바와 같다. 회원국 국내 가격정책을 이유로 한 GATT 예외사유는 이러한 경제현실에서 연원한다.²⁷⁷⁾

276) 이춘삼. 전개서, 주) 137.

277) 최원묵. 전개서, 주) 156. 358-361면.

한 국가의 경제나 한 산업분야의 붕괴는 세계경제의 침체로 이어진다. 그리고 세계경제는 상호의존적 시장을 통하여 생존가능 하고, 이때에 원자재 교역은 결정적 의미를 갖는 경우가 적지 않다. 호주는 유목업의 나라이고 가축 같은 원자재가 풍부하다. 이를 자유시장원리에 맡긴다면 비싼 가격이라도 수입하려는 외국 가공업자들로 인하여 국내 가축 공급이 고갈 될 것이고 가축 가격은 천정부지로 뿔 것이다.

따라서 국내가격의 안정을 위하여 가축의 수출제한이 필요하게 되고 국내가격 정책을 이유로 한 예외사유로 논의된 것이다. 이는 국제수지를 이유로 한 최혜국대우의 예외를 인정하는 것과 궤를 같이 한다.

동 예외사유는 가격안정을 이유로 한 예외사유이므로, 원자재 아닌 최종재의 수입금지를 통하여 가격안정이 가능하다는 주장이 있을 수 있다. 최종재의 수입금지는 국내 가축 가공산업의 기회가 되고, 외국 가공업자들의 가축 수입에 대한 유인은 감소하게 되어 가축의 해외유출을 막을 수 있게 된다는 것이다.

이는 회원국 가격정책 영역이고 주권적 정책 사항이라 할 수 있다. 국제법 관계의 본질은 자유시장이나 노동자혁명 같이 국가를 넘어 유산·무산계급의 해방을 지향하는 ‘못 살겠다 들어 없자’ 가 아니고, 현실적 차원에서 국가를 인정하고 회원국 주권에 기반하고 있다.

마치 학술세계에서 좋은 제안과 독창성을 담은 학위논문에 기반한 박사학위(Ph.D)가 인간중심적이고 WTO의 양적제한금지나 비차별원칙 같은 것이라면, LLD나 DCL 같은 기존 교수들의 저술에 기반한 지식중심형 박사학위는 국가중심적이고 예외사유 같은 것이라 유추해보면 이해하기 쉽다.

그리고 국제법의 시작은 근대 절대국가의 탄생과 함께 하고, 그것은 이미 18세기말 시민혁명이나 18세기초 러시아혁명에 앞선다. 여전히 국제법과 국제사회는 주권중심적이고, 이는 GATT 예외사유를 통하여 느낄 수 있다. 이번 주제인 가격안정정책을 이유로 한 예외 사유를 설명하다 보니 석병훈 교수나 칼 마르크스, 아담 스미스를 언급하였다. 국제통상법을 공부하는 우리들은 석병훈 교수처럼 로체스터 대학에서 경제학을 공부하는 학생의 자세가 되어야 한다고 생각한다.

로체스터 대학을 법의 몸을 한 왕들이 공부하는 학교로 받아들이면, 국제통상법 학도라 할 수 있을 것이다. 로버트 미 대법원장은 국제판례와 국내법간의 저축과 관련하여 국제재판소를 재판소라기보다는 역사와 지식의 저장소라고 폄하하기도 하였다.

그래서 그런건 아니겠지만, 패널이나 상소기구의 보고서는 이름도 보고서이지만 분량이나 체제가 학위논문처럼 체계적이고 길다. 또한 가장 효율적이고 체계적이라는 동 국제기구 시장과 시민민주주의라는 대명제를 배경으로 하고 있다. 이론과 원칙을 넘어 보다 현실적인 국제기구를 지향하는 한편, 단순한 지식의 저장소가 아니라 통상법치가 구현되는 권위있는 체제가 되어야 할 것이다.

17. GATT XX(j)에 규정된 예외

가. 일반적 · 지역적 공급부족

예비위원회 런던회의에서의 토의를 담은 보고서는 예비위원회는 전후 과도기 동안 물자부족 하에서 공평한 배분을 위하여 양적 제한조치를 취할 수 있도록 허용하여야 한다는 데에 동의하였다. 또한 전쟁으로 인하여 물자 부족을 겪는 나라들의 전시 가격통제의 질서 있는 관리를 위하여 양적 조치를 이용하는데 동의하였다.²⁷⁸⁾

나아가 전시 위기체제로 인하여 발행된 정부와 산업 소유 주식의 일시적 공급과잉의 질서 있는 청산을 위하여 양적 제한조치를 할 수 있다는 데에도 동의하였다. 모든 이러한 예외조치는 전후 과도기 특정 기간에 국한되며 특별히 인정되는 경우에는 약간의 연장이 가능하다. 그리고 위 3가지 상황은 GATT XI:2에 상응하여 헌장의 런던과 뉴욕 초안 25:2에 규정되었다.

예비위원회 제네바 회의에서는 이러한 3가지 전후 임시조치를 상업정책의 장애에 대한 일반적 예외를 규정하고 있는 43조에 동 조항 새로운 후단부로 삽입하기로 결정하였다. 이러한 3가지 유형의 조치들은 늦어도 1951년 1월 1일까지 삭제하기로 하였다. 이로 인한 효과라 하면 과도기 중 공급부족 상품을 배분하기 위하여 다른 내국세의 사용과 복합적 규제를 가능케 하는 것이라고 명시하였다.²⁷⁹⁾

공급부족에 따른 가격통제 효과에 실효성을 기하고 전쟁기간으로부터 과잉재고 또는 비효율적인 산업을 청산하기 위한 것이기도 하다. 따라서 일반협정 1947년 10월 30일 조항 XX의 본문에 앞서 본 3가지 상황에 상응하여 3개의 문단으로 구성된 부분 II를 포함시키게 된다. 문단 XX:II(a)는 일반적으로 또는 지역적으로 물자가 부족한 상황에서 상품의 획득 또는 분배에 긴밀하게 필요한 조치들을 규정하고 있다.

다만 그러한 조치들은 그러한 상품들의 형평 · 공정한 국제적 분배를 위한 목적의 다자간 협정에 위반되어서는 안된다. 만약 그러한 다자간 목적이 없는 경우 모든 체약국은 그러한 상품의 국제적 공급의 형평한 비율에의 권리를 갖는다는 원칙에 위배되어서는 안된다.

1947년 제네바회의 토론과정에서 일반적 또는 지역적 공급부족의 의미에 대하여 명시하였다. 이는 비록 국제적 공급부족 상태이지만 필연적으로 모든 시장에서 공급부족이어야 하는 것은 아니다. 또한 상품을 수입하는 모든 국가가 만일 상품을 수입하지 않는다면 공급부족에 직면한다는 의미로 사용되어서는 안된다.

278) THE HAVANA CHARTER FOR AN INTERNATIONAL TRADE ORGANIZATION.

Retrieved Aug. 19, 2024 from

<https://dome-online.com/wp-content/uploads/2022/08/Havana-Charter-for-the-ITO.pdf>.

279) REPORTS OF COMMITTEES AND PRINCIPAL SUB-COMMITTEES. Retrieved Aug. 19, 2024

from https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90180096.pdf.

조항 XX의 2부는 본 조항 2부 하에서 창설되거나 유지하고 있는 조치들이 본 협정 다른 조항에 위배되는 경우에는 그러한 조치를 해야 할 전제조건들이 소멸하는 대로 가능한 조속한 시일내에 철폐되어야 한다. 어떠한 경우에도 그 시한은 1951년 1월 1일보다 늦어서는 안된다. 이러한 시한은 계약국들의 동의와 함께 특정 회원국의 특정상품에 대한 특정조치의 시행에 관하여 동 회원국이 지정한 연장이 가능하여야 한다.

나. 1950년대 추후 논의 과정

1950년 5차회의에서는 1952년 1월 1일까지 조항 XX:II 3문단의 효력기간을 연장하기로 결정하였다.²⁸⁰⁾ 즉 조항 XXV:5에 따라 동 기일까지 조항 XX 제2부에 따라 회원국에 의하여 창설되고 유지되는 조치들을 철폐하거나 연장허가를 신청하여야 할 회원국의 의무를 면제하기로 결정한 것이다.

1954-1955 검토회의에서는 섹션 II 문단 (a) 문장을 일정 기간 유지하기로 합의하였다. 다만 늦어도 1960년 6월 30일 이전까지 다시 검토하여야 하고 조항 XX:II 나머지 문장들은 삭제되어야 한다는 전제가 부가되었다.²⁸¹⁾ 더하여 전략물자들의 청산에 관한 결의가 채택되었다. 실무검토작업반은 이와 연계하여 무역에 대한 기타 다른 장벽에 관한 보고서에서 다음과 같은 사실을 인정하였다.

조항 XX 2항의 삭제 제안과 관련하여, 작업반의 한 회원국은 “2항 (b) 예외에 대한 필요는 전후 물자부족에만 한정된다고 할 수 없다” 고 주장하였다. 그외에 천재지변의 경우에도 필요할 수 있다. 그러나 실무작업반은 천재지변을 이유로 제한조치가 필요한 경우에는 협정의 다른 조항들이 제한조치의 근거로 적절히 사용될 수 있을 것이라고 보았다.

따라서 II항 (b)의 예외사유를 계속 유지하거나 개정할 필요가 있다고 보지 않았다. 이러한 맥락에서 II항 (a)는 조항 XX(j) 문단으로 삼입되게 된다. 이러한 변화는 일반협정 전문 및 제2부 및 3부의 개정을 위한 의정서를 통하여 공식화되고 1957년 10월 7일 발효하였다.

1949년 미 체코간 사건에서 체코슬로바키아 정부는 미국 정부의 수출제한조치는 체코슬로바키아를 차별하는 조치라고 제소하였다.²⁸²⁾ 그 근거로 미국의 수출허가제도가 유럽부흥계획(OEEC 영역)의 대상인 국가들만을 우대하고 있다는 사실을 들었다. 미국은 이러한 조치들은 협정조항 XXI에 부합하며 또한 XX 공급부족을 이유로 한 예외와도 일치한다고 주장하였다. 미국 정부는 공급부족에 있는 물품의 배분을 촉진하기 위하여 행해지는 모든 통제조치들은 부족한 물품의 형평한 국제 배분을 위한 다자간 협정에 부합하여야 한다고 주장하였다.²⁸³⁾

이에 더하여 산업의 보호 및 기타 다른 상업목적에 위한 양적 제한조치의 사용에 관한 1950

280) Fifth session of the Contracting Parties to the GATT. Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000371852>.

281) GATT THE NINTH SESSION OF THE CONTRACTING PARTIES AND THE REVIEW OF THE GATT. Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/MGT/54-27.PDF>.

282) Export Restrictions, Czechoslovakia v. US, Decision, CP.3/SR22; II/28.

283) Id.

년 실무작업반 보고서는 당시 협정조항 XX:III(a)하에서 공급부족 품목을 위한 수출제한조치의 사용에 관하여 검토하였다.²⁸⁴⁾

실무작업반은 지역적 또는 일반적 공급부족하에 있는 상품의 국제공급의 배분에 있어 모든 체약국을 위하여 형평한 비율을 지켜야 한다는 원칙을 준수할 필요가 있다는 단서 부분에 관하여 검토하였다. 그리고 조항 XX:III(a)에서 조항 XIII에서 사용하는 ‘비차별적인(non-discriminatory)’이라는 용어 대신에 ‘형평한(equitable)’이라는 용어를 사용하고 있다는 사실에 주목하였다.

제한조치의 유형에 관하여 일반협정은 다음과 같은 전제하에 그 실체를 갖는다.

(a) 조항 XX:III(a) 규정들이 적용되어야 할 상황을 떠나 문제되는 관행들이 협정 조항들에 일치하지 않아야 한다.

(b) 조항 XX:III(a)의 요건이 국제공급 총량에 관련되고 개별 체약국의 공급분과는 상관이 없지만, 그런 경우에도 체약국이 개별 국가들에 대한 자국의 공급분의 비율이 과도한 사실을 희석하려 하는 경우, 이는 모든 체약국들은 동 품목의 국제 공급물량에 대하여 형평한 비율에 의한 배분에의 권리를 가진다는 원칙을 훼손하는 것이다.

(c) 이때에 공급비율이 과도한 개별 국가들은 체약국일수도 있고 체약국이 아닐 수도 있다. 체약국에 의하여 형평한 비율이 아니면서 일방적으로 할당된 결과인 경우, 조항 XX:III(a)하에서 통상적으로 형평하다고 할 수 없다. 그것은 기본적으로 양 체약국간 합의에 불과하기 때문이다.

(d) 주어진 상황하에서 무엇이 모든 체약국에게 형평한 것인가를 결정하는 것은 그러한 상황하에서 구체적 사실관계에 따른다.

다. 1960년대 논의

1960년 제16차 회의에서 문단 (j)의 필요성이 인정되자 체약국들은 동 하위문단이 여전히 필요한지에 관하여 논의하였다. 체약국들은 동 하위문단 조항들에 해당하는 사례들이 비교적 제한적이라는 사실을 인지하였다.²⁸⁵⁾

또한 그러한 조항들은 체약국들이 장래 닥칠지도 모를 비상 상황에 대비하여 필요한 조치를 할 수 있게 하는데 적절한 근거를 제공하므로 유지되어야 한다고 체약국들은 생각하였다. 따라서 동 문단은 계속 유지하기로 결정하였고, 1965년 다음 회의에서 다시 검토하기로 하였다. 1965년 22차 회의에서 체약국들은 다시 한번 문단 (j)가 당분간 유지되어야 한다고 결정하였고, 다시 1970년 그 필요성에 관하여 검토하기로 하였다.²⁸⁶⁾

284) ARTICLE XX GENERAL EXCEPTIONS, Supra note 180.

285) Geneva Agreement on Tariffs and Trade HC Deb 30 June 1960 vol 625 cc1527-8.

286) AD HOC COMMITTEE ON RESTRUCTURING OF THE ECONOMIC AND SOCIAL SECTORS

1970년 제26차 회의에서 체약국들은 일반이사회 권고안을 채택하였는데, 권고안에 따르면 문단 (j)는 모든 조항이 그대로 확정되고,²⁸⁷⁾ 더 이상의 검토는 필요하지 않게 되었다.

라. 결어

이상 선례와 입법연혁을 중심으로 GATT XX 예외조항 일부를 살펴보았다.

즉 (b) 동식물의 생명과 건강을 위하여 필요한 조치 (g) 유한천연자원의 보존을 위한 조치 (h) 국제상품협정에 따라 취해진 조치로서 체약국단에 그 기준이 제출되어 승인되었거나 그 협정 자체가 제출되어 승인 거부되지 않은 경우의 예외 (i) 원자재 가격안정을 위한 조치 (j) 일반적 또는 지역적 공급부족으로 인하여 국제적 획득 또는 배분에 필수적인 조치 등이 그것이다.

설명은 대체로 체약국들이나 회원국들에 의한 예외사유 주장으로 통상분쟁화하고 관련선례가 있는 경우에는 선례를 중심으로, 그렇지 않은 경우에는 입법연혁을 중심으로 예외사유의 법리를 살펴보았다. 본 강의노트에서 생략한 그 밖의 GATT 예외사유로는 (a) 공중도덕 (Public moral)의 보호에 필요한 경우 (c) 금과 은의 수출입 거래에 관련된 경우 (d) 본 협정 조항들에 위반되지 않는 법이나 규정을 집행하기 위하여 필요한 경우 (e) 최수노동 산품에 관련된 경우 (f) 국가의 예술적·역사적·고고학적 가치가 있는 상품을 위하여 취해진 집행 조치 등이 있다.

설명 중 체약국이나 체약국들, 회원국 등의 용어가 혼란스러울 수 있다.

이전 GATT시절은 contracting party 즉 체약국 또는 contracting parties 체약국들이라는 표현을 썼으나 회원국 수가 방대해지고 입법창설적 성격의 다자조약에 따라 창설된 WTO로의 기구 개편 이후로는 member state 즉 회원국이라는 이름을 쓰는 것이 일반적이다.

그리고 복수형인 체약국들은 법문에 따라 체약국단을 지칭하는 경우가 많다.

요컨대 GATT 예외조항은 전문과 10가지 예외사유로 구성되어 있고 예외사유는 회원국이 통상 주권을 확보하기 위한 바이블이 된다. 그러나 전술한 바와 같이 GATT/WTO법은 예외사유를 적용함에 있어 엄격하다.²⁸⁸⁾

OF THE UNITED NATIONS SYSTEM. Retrieved Aug. 18, 2024 from https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90920196.pdf.

287) (j) essential to the acquisition or distribution of products in general or local short supply; Provided that any such measures shall be consistent with the principle that all contracting parties are entitled to an equitable share of the international supply of such products, and that any such measures, which are inconsistent with the other provisions of the Agreement shall be discontinued as soon as the conditions giving rise to them have ceased to exist.

288) 이현택. (2022). WTO 상소기구 GATT 제 XX 조 두문 해석의 비판적 고찰. 국제경제법연구, 20(2), 35-66.

첫째 예외사유를 주장·입증할 책임이 동 예외사유를 원용하는 회원국에 있다.

물론 민사법상 입증책임의 분배원칙이 WTO 분쟁해결절차에도 적용되고 있고, 예컨대 동식물 건강보호 관련 2번째 예외사유의 경우 피소국이 예외사유에 따라 필요한 정책이라는 사실을 입증한 경우, 다른 최소침해가 가능한 대안정책이 존재하고 그것이 합리적으로 가능하다는 사실은 제소국이 주장·입증하여야 한다.

이때 가능한 정책대안의 존재나 그것이 합리적으로 가능하다는 사실은 단순한 탄핵사실이라고 할 수 없고 요증사실에 대한 반대사실로 보는 것이 타당하다.

둘째, 10가지 예외사유에 해당하는 경우에도 문제의 회원국 국내조치가 조항 XX chapeu, 즉 전문에 위배되는 경우에는 예외사유로서 정당화될 수 없다.²⁸⁹⁾ 예컨대 자국산업을 보호하기 위한 목적이 주된 목적이고 피상적으로 협정 문언을 이용하는 것은 탈법행위 비슷하므로, 소위 위장된 보호무역조치로서 협정에 위반되고 철폐되어야 한다.

또한 예외사유에 근거하여 행해진 국내조치는 자의적이거나 차별적이어서는 안된다. XX 전문 소위 비차별원칙이 예외조치에도 적용된다. 이러한 전문의 우위와 회원국의 예외 주장을 전문에 따라 엄격하게 통제하는 것은 미국 가솔린 사건에서 확립된 이래 예외사유 해석과 적용에 있어 중요하게 기능한다.

미 헌법 판례에서 인종차별을 포함하여 연령이나 내외국인 차별 같이 사회적으로 예민한 문제에 관하여 엄격심사의 기준(strict scrutiny)을 적용하고 있다. 그리고 그러한 엄격심사 기준에 따라야 하는 카테고리에 해당하는 경우, 거의 예외없이 위헌선언이 난다. 이와 유사하게 패널이나 상소기구가 위장된 보호무역조치(disguised protectionism)에 해당한다고 보는 경우, 거의 예외없이 협정위반이 선언되고 있다.

셋째, 예외사유에서는 필요성이나 관련성이라는 요건을 규정하고 있는데, 필요성의 경우 국내 공법분쟁 원리에서 인정되는 여러 법원칙들이 동일한 수준으로 적용되고 있다. 예컨대 예외에 해당한다고 주장하는 국내조치가 보호하려는 이익의 가치와 중요성이 인정되어야 한다. 또한 국내조치가 목적달성에 기여하는 정도가 커야 한다. 마지막으로 국내조치의 무역제한성이다.

환언하면 예외사유에 해당하기 위하여 국내조치는 가능한 최소한도로 무역에 대한 제한이 되어야 한다. 이러한 필요성 심사는 현재 우리 헌법재판소가 헌법심사의 기준으로 삼고 있는 목적의 정당성, 수단의 적절성, 피해의 최소성 등의 원칙과 동일한 구조를 갖는다.²⁹⁰⁾

한편 유한천연자원의 보존에 관련된 XX(g) 예외의 경우 문리상 보다 완화된 기준이라 할 수 있는 관련성 요건이 적용된다. 그러나 그것이 관련 국제협정의 직접적 이행을 위한 국내

289) Id.

290) Id.

조치일 것이 요구되지는 않지만, 법이나 규정 같은 회원국 공공정책 즉 국내조치는 유한천 연자원의 보호가 ‘주된 목적’ 이 되어야 한다. 또한 국내정책으로서 지속적으로 유지·관리 되어야 하고, 수출입거래와 연계되지 않으면서 순수하게 ‘국내정책과의 연계성’이 인정되어야 한다.

18. WTO 분쟁해결제도

가. 국제사법상 분쟁해결제도

WTO 분쟁해결제도는 국제공법상 인정되는 분쟁해결제도의 하나이다. 따라서 그 법적 성격은 국제사법재판소나 국제해양법재판소, 국제전범재판소나 국제형사재판소와 같다고 할 수 있다. 국제사법 체계는 개인간 권리관계의 문제를 다루면서 시장에서의 사적 법률관계의 문제인 한편, 국제사회에 통일된 중앙민사법원은 존재하지 않는다.

나폴레옹이 꿈꾸었던 통일민사법원, 즉 개인과 사적 법률관계를 다루는 중앙민사법원이 만들어진다면, 이는 유엔차원의 이념적 통합을 넘어 국가와 같은 세계정부가 출현한다고도 할 수 있다.

그러나 홈워드 트렌드(Homeward trend)나 불완전한 국제선례의 구속력에도 불구하고, 각국 법률가들의 연대와 협력 공동의 연구를 통하여 사법 영역에서 세계적 차원의 법치주의가 가능하고 있다. 사법상의 분쟁해결 문제는 국제민사소송법이라는 주제로 논의되고 있는데, 보통 당사자들은 비용이 적게 들고 자신의 거래분야에 대하여 전문적 판단을 받아 볼 수 있는 중재에 의한 해결을 선호한다.

우리의 대한상사중재원이나 파리와 런던의 상사중재원 등은 상인들에게 중재절차에 관한 서비스를 제공하고 있다. 이러한 기관중재에 대하여 당사자들은 그때 그때 자신들의 합의를 바탕으로 임시중재를 이용하기도 한다. 특히 중재판정은 중재에 관한 뉴욕협약에 따라 재산소재지국에서 간단한 확인을 받아 집행할 수 있어 재판절차보다 선호된다. 섭외적 분쟁을 중재절차 아닌 재판절차에 따라 해결하려는 경우 국제민사재판이 이용된다.²⁹¹⁾

국제민사재판의 주제는 (i) 관할문제에서 시작하여 (ii) 절차가 진행되면서 문제되는 국제사법 공조 (iii) 판결이 내려진 후의 절차인 외국판결의 승인과 집행 문제 등 절차의 3가지 단계별로 나누어진다. 국제 민상사 사건은 과거에는 섭외사건이라 불리우면서 국내법원에 계속되는 소송사건들 중 한 유형으로 취급되었다.

그리고 법관의 책무는 법선택법인 섭외사법을 적용하여 프리드리히 사비니(F. C. Savigny)의 연결점이론과 뉴욕주의 실질적 관련성 이론에 따라 준거법을 찾고 선택된 국가의 사법을 적용하는 것이었다. 그러나 국제사회의 긴밀화와 광역화로 세계화가 급속도로 진전되면서, 통일사법이 기능하는 범위가 넓어지고 진정한 의미의 국제거래법을 포함하여 국제사법체계가 발전한다.

예컨대 수많은 회원국을 보유한 유엔통일매매법 협약(CISG)은 직접적용과 간접적용을 통하여 많은 국가에서 국내상법과 같이 기능하고 있다. 또한 법선택법(Choice of law)으로서 제한된 범위에서 기능하던 섭외사법도 2000년 법명이 국제사법으로 바뀌면서 관할권에 관한

291) 이기수 & 신창섭(2023). 국제거래법. 서울: 세창출판사.

원칙 조항과 기존 역추지설 판례이론을 반영하여 관할권 조항을 신설하였다.²⁹²⁾

또한 세계화와 상인사회의 변화를 고려하여 연결점을 세분화하고 법을 확대·개편하였다. 소박한 법선택법적 성격의 법에서 명실상부한 분쟁해결규범으로 탈바꿈한 것이다.²⁹³⁾ 국제민사재판의 시작은 관할권 있는 법원의 확정이다. 국제사법에서 관할권 문제는 직접관할과 간접관할의 문제로 구성된다. 직접관할의 문제는 소송절차가 시작되면서 관할권 있는 법원을 확정하는 문제이고, 간접관할의 문제는 외국판결의 승인을 심리하는 국내법원이 확정된 외국판결이 적법한 관할권 있는 법원에 의하여 내려진 판결인가를 살펴보는 문제이다.

관할권이 적법한 것으로 인정되는 경우 법원은 소송절차를 진행시키는데, 이때에 섭외사건에서 발생하는 문제는 서류의 송달과 증거의 조사에 관한 국제협조이다. 국제협조가 필요한 이유는 민사법원절차의 대부분을 차지하는 서류의 송달과 증거의 조사가 외국정부의 협조 없이는 불가능한 경우가 태반이기 때문이다.

이를 사법공조의 문제라 부르는데, 이에 관한 협약이 헤이그 송달협약·헤이그 증거협약이다. 우리는 동 협약에 따라 대법원 행정처를 조약이 정하는 중앙책임기관으로 하여 협약 가입국들과 협조하고 있다. 한편 판결이 내려진 이후의 국제민사소송법적 문제는 외국판결의 승인과 집행 문제가 된다. 예컨대, 우리 법원에서 내린 강제징용 승소판결을 피고의 재산이 소재하고 있는 일본국내에서 강제집행하기 위하여는 일본국법원의 승인을 받아야 한다.

우리과 같이 보통의 경우 외국판결의 승인을 받기 위한 요건으로 “많은 국가들이 적법한 관할권 있는 법원이 내린 판결인지” “승인국 공서양속에 반하는 것은 아닌지” 여부 등을 규정하고 있다. 간접관할의 문제와 관련하여 일본국은 강제징용 사건은 주권면제에 해당한다는 입장이므로, 우리 법원의 판결이 승인되지 않을 가능성이 크다. 외국판결의 승인과 집행 문제는 국제법상 집행관할권 문제로서, 입법관할권에 비하여 국제관할권원칙 중 제1원칙이라 할 수 있는 영역주권의 관점에서 매우 예민하게 다루어지고 있다.

민사절차에 있어 세계화와 국제적 차원의 협조는 도산법 영역에도 영향을 끼쳐 국제도산협약이 체결되어 있고, 이는 우리도 가입하고 있는 협약이다. 동 협약의 국내적 이행을 위하여 도산 3법이라 불리는 파산법, 화의법, 회사정리법 등이 국제도산법이라는 하나의 법으로 통일 정비되었다.²⁹⁴⁾

나. 국제공법상 분쟁해결제도

국제사법과 달리 국제공법은 국제재판소가 존재한다. 다만 WTO 분쟁해결제도처럼 일원적이고 체계적인 분쟁해결제도는 찾아보기 힘들다. 국제사법재판소는 당사국이 개별적으로 국제사법재판소 관할권을 수락하는 것을 전제로 관할권이 창설된다.

292) 신창섭. 전거서, 주) 132.

293) 신창섭. 전거서.

294) 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 [시행 2006. 4. 1.] [법률 제7428호, 2005. 3. 31. 제정].

또한 국제해양법재판소는 다양한 분쟁해결방법이 사용되고 있고, 분쟁당사국은 그 중 가능한 분쟁해결방법을 선택할 수 있다. 후술하는 바와 같이 국제사법재판소의 관할권처럼 WTO 분쟁해결제도의 관할권을 강제관할이라 부르지만, 사실 이는 의사주의적 국제법체계 하에서 국가의 관할권 수락의사에 기반하고 있다.

그 본질은 국내사법체계 하에서 인정되는 강제성에 비하여 불 때에 임의성을 띠는 것이다. 다만 WTO의 경우 소위 일괄수락원칙에 따라 회원국 자격과 함께 자동적으로 WTO 분쟁해결제도와 그 관할권을 수락한 것으로 의제된다. 일괄수락원칙(Single undertaking)은 세계화의 진전과 함께 EU나 WTO 같은 입법창설적 다자조약 체제를 창출함에 있어 이용되는 원칙이다. 이는 국제기구에서 가중다수결에 따른 의결방식과 함께 ‘주권중심적 의사주의 국제법관’에서 ‘보편주의적 이상주의 국제법관’으로의 이행을 시사하는 한 예이다.

일괄수락원칙은 WTO 분쟁해결제도의 일원적·체계적 성격을 담보한다.²⁹⁵⁾ 그러나 그것은 회원국들의 국내 사법제도와 다르다. 따라서 국내 사법절차와 달리 패널절차나 상소기구절차 같은 사법적 해결방법을 이용하기 전에 협의절차를 의무적으로 거쳐야 한다.

다시 말하면 사법적 해결보다는 분쟁당사국간 합의에 의한 해결을 우선하고 선호하는 것이다. 또한 전술한 바와 같이 분쟁해결제도는 WTO라는 국제기구의 성격을 반영하고 있다. 따라서 분쟁해결에 관한 중국적 권한과 책임은 평상시 일반이사회, 그리고 무역정책사전검토제도(TPRM)하에서 무역정책사전검토위원회로 기능하는 분쟁해결기구(DSB)에 있다.

따라서 패널이나 상소기구는 국내 사법체계하에서 사실심법원이나 법률심법원으로서 역할하지만, 국제기구인 연유로 회원국을 대표하는 일반이사회, 즉 분쟁해결기구(DSB)를 보조하는 전문기관으로서의 성격을 갖는다.²⁹⁶⁾ 그리고 이들이 작성하는 결정서는 패널보고서 또는 상소기구 보고서라 불리우고, 국내 사법기관의 판결이나 결정이 그 즉시 효력을 발생하는 것과 달리 회원국들의 채택절차를 통하여 채택되었을 때 그 효력을 발생한다.

또한 결정의 주문도 제재 회원국 대상조치의 철폐를 권고한다는 형식이 되며, 국내 사법기관의 판결이나 결정처럼 명령형의 형식을 취하고 있지 않다.

다. GATT에서 WTO 분쟁해결제도로

WTO가 만들어지면서 GATT시절 분쟁해결제도는 대폭적으로 수술이 이루어져 매우 발전된 제도가 되었다. 그 주요 변화는 다음과 같다.²⁹⁷⁾

첫째, GATT 협정 제 XXIII 한 조항으로 이루어진 분쟁해결절차가 독립된 협정인 DSU에 따라 체계적으로 규율되게 된다. 이는 국내법상 민사소송법이나 형사소송법과 같은 WTO의

295) Wolfe, R. (1996). Global trade as a single undertaking: The role of ministers in the WTO. *International Journal*, 51(4), 690-709.

296) Davey, W. J. (2003). The WTO dispute settlement mechanism. Available at SSRN 419943.

297) 정인섭. 전거서, 주) 80.

일원적인 절차법이라 할 수 있다.

둘째, 분쟁해결기구의 패널 또는 상소기구의 결정에 대한 채택절차에 있어 역총의제 또는 역만장일치제 방식이 도입되었다. 과거의 총의제 또는 만장일치제가 전통적 프레임워크인 의사주의적 국제법관에 따른 것이라면, 逆總意制(reverse consensus system)는 주권보다는 전문기관의 판단에 대한 회원국들의 신뢰와 통상법치에의 열망을 담고 있다. 최소한 승소국 1개국이라도 패널이나 상소기구의 결정에 대하여 반대하지 않을 것이므로, 패널이나 상소기구의 결정은 국내법원의 결정처럼 자동적으로 채택된다고 할 수 있다.

셋째, 상소기구가 새롭게 창설되었다. 분쟁 사실을 조사하고 확정된 사실에 대하여 WTO법을 적용하는 패널과 달리, 국내 법률심 법원과 같이 협정의 해석과 의미만을 전문적으로 다루는 상소기구의 설치는 통상법치를 위하여 중요한 의미를 가진다.

넷째, 보복의 실효성을 위하여 교차보복제도(cross-sector retaliation)가 도입되었다. 교차보복 제도란 문제되는 산업분야나 협정분야에 상관없이, 다른 산업분야나 협정분야에서도 보복조치가 가능한 제도이다.

따라서 자동차산업 관련 WTO 통상분쟁에 대한 결정을 패소국이 자발적으로 이행하지 않는 경우, 승소국은 보상을 요구할 수 있고 보상절차에서도 원만한 합의를 보지 못한 경우에는 승소국은 분쟁해결기구의 승인을 얻어 반도체나 농산물 분야, 나아가 서비스무역협정 또는 지적재산권 협정상 자신의 양허나 의무를 정지함으로써 보복이 가능하다.

다만 교차보복조치는 우선순위에 따라야 한다. 따라서 동일 산업분야에서의 보복조치가 실효적인 경우에는 다른 산업분야나 다른 협정분야에서 보복조치를 할 수 없다. 다른 산업분야라도 같은 협정내의 보복조치가 가능한 경우에는 다른 협정분야에서 보복하는 것은 허용되지 않는다.

다섯째, GATT 시절 분쟁당사국들은 협정의 미비와 불완전으로 인하여 절차를 지연시키려고 하면 얼마든지 지연시킬 수 있었다. 이를 교훈 삼아 새로운 DSU에서는 절차별로 시한을 명시하여 명확하게 규정하고 있다.

‘지연된 정의는 정의가 아니다’라는 법언에 따라 신속한 심판을 통한 피해의 구제를 지향한 것이다. 다만 국내법의 절차규정이 법원에게는 훈시규정이 되듯이, WTO의 경우에도 실제 명시된 시한이 준수되지 않는 경우가 없지 않다.

라. 자유민주주의와 법치주의

1994년 WTO 출범과 새로운 분쟁해결제도는 1990년대 시나트라 독트린(Sinatra doctrine)과 자유주의의 승리를 배경으로 한다. 지금의 국제정세에 대하여 국제정치학자들은 양극체제 또는 다극체제를 말하지만, 1990년대 전후 무렵의 국제정치는 미국을 중심으로 한 일극체제라고 규정해 볼 수 있다.

시대 흐름의 영향인지 몰라도 1990년대 즈음에 국내적으로 지금의 헌법이 제정되고 열망하던 헌법재판소가 설치되었다. 또한 비슷한 시기에 GATT 분쟁해결제도는 기존의 정치적·외교적 통상관리체제를 司法的 성격의 통상관리체제로 탈바꿈시켰다. 새로운 헌법재판소와 WTO 분쟁해결제도는 과거와 달리 수많은 선례법을 만들고 있다.

50여년 가까이 지속된 GATT체제하에서 200여건 정도의 선례가 만들어진 반면, WTO가 출범한 1995년에서 2008년까지 짧은 13년동안 300건 넘는 선례가 만들어진 것은 통상법치가 정착되어 가고 있다는 것을 시사한다.²⁹⁸⁾ 자유민주주의 시장경제를 수호하기 위하여 법치주의는 매우 중요한 의미를 갖는 것이다.

국제공법상 분쟁해결제도를 이해함에 있어 국제형사재판소나 국제전범재판소 또는 연성적 성격이긴 하지만, 유엔인권이사회 인권보장제도 등을 언급하지 않을 수 없다. 나폴레옹의 가상적 중앙민사법원은 유엔과 달리 진정한 세계정부의 이상을 구체화한다고 하였다. 그것은 개인의 문제를 강권적으로 해결함으로써 진정한 국가기능이 이루어지기 때문이다. 국가의 진정한 역할이란 근대 시민헌법에서 배우듯이 개인의 생명과 자유, 그리고 재산의 보호와 관리이다.

그런데 전통적 국제법체계 하에서 국제법상 권리와 의무의 주체는 국가와 국제기구에 한정된다. 실체법상 권리와 의무의 주체는 그대로 절차법상 권리와 의무의 주체가 된다. 따라서 국제법, 즉 국제공법 재판소의 분쟁당사자는 국가나 국제기구일 뿐이다. 국제사회는 국가처럼 개인에 대하여 직접 통치권을 행사할 수 없다.

전술한 바와 같이 어느 국제법 학자의 말마따나 국제사회에서 개인은 법인격자가 아니고, 개나 돼지 같은 짐승에 불과한 것이다. 그러므로 일본 제국주의 정책의 피해자인 피징용인이나 위안부는 직접 국제사법재판소에 자신의 권리구제를 요청할 수 없다. 대한민국만이 ‘외교적 보호권’을 행사하여 제소할 수 있을 뿐이다. 이때에 국제법상 요구되는 ‘국내구제 완료의 원칙’에 따라 국내구제를 완료하여야 하는 것은 물론이다. 한편 우리는 국제사법재판소의 관할권을 수락한 국가는 아니지만, 능동적 당사자 지위에서는 당연히 제소할 수 있다.

그런데 2차례 세계대전은 전통국제법 체계에 커다란 변화를 가져 왔다. 뉘른베르크 전범재판과 극동전범재판에서 국가 아닌 국제사회가 직접 개인에 대한 형사처벌권을 행사하게 된 것이다. 나아가 20세기 중반 무렵 이후 새롭게 발전되어온 국제인권법, 국제형사법, 국제난민법 영역에서 국제사회는 개인에 대하여 직접 국가 비슷한 역할을 하고 있다. 최근의 국제전범재판소를 비롯하여 유엔인권이사회의 인권보장체계는 관할범위가 제한적이거나 연성적이긴 하지만, 국내 형사법원 또는 헌법재판소와 같은 기능을 한다.²⁹⁹⁾

마. 법적 안정성과 예측 가능성

298) 조영정. 전게서, 주) 208.

299) 김대순. 전게서, 주) 157.

WTO 분쟁해결제도의 핵심적 목적은 DSU 3조 2항 다자간 무역체제에 법적 안정성과 예측 가능성을 부여하기 위한 것이다. 국제무역은 WTO 체제하에서 상품과 서비스의 흐름으로 이해되고 있지만, 그러한 무역은 실제 국가들에 의하여 행하여지는 것이 아니라 사적 경제 주체들에 의하여 수행된다.

이러한 시장참여자들은 그들의 상업행위에 적용되는 국가의 법, 원칙과 규정들 체제에서 법적 안정성과 예측가능성을 필요로 한다. 특히 상업행위가 장기간 거래와 계약의 기반하에 이루어지는 경우는 더욱 그러하다. 이러한 맥락에서 DSU는 WTO협정 조항들의 적용에 관한 분쟁을 해결하기 위하여, 신속하고 효율적이며 신뢰할 수 있고, 원칙지향적 체제를 제공하려는 목적에서 제정되었다.

법치주의를 강화함으로써, 분쟁해결제도는 무역시스템을 보다 안정되고 예측가능하게 한다.³⁰⁰⁾ 회원국에 의하여 WTO 협정위반이 주장되는 경우, 분쟁해결제도는 사안에 대하여 비교적 빠른 해결을 제공하며, 이는 즉시 집행되는 독립적 결정을 통하여 가능하다. 또한 결정을 이행하지 않는 회원국은 가능한 여러 통상제재에 직면하기도 한다.

바. WTO 회원국의 권리와 의무의 보장

대부분의 분쟁은 회원국들이 협정에서 규정하는 의무에 위반하는 통상정책을 채택하였을 때 발생한다. 그러한 경우에 자신의 이익이 침해되었다고 생각하는 모든 회원국은 다른 회원국의 국내조치의 협정위반을 다루기 위해 절차와 조항들을 원용할 수 있어야 한다.

만약 당사국들이 상호 합의에 의한 해결을 원하지 않는 경우, 제소국은 법에 의한 절차에 따라 분쟁을 해결할 수 있고, 패널과 상소기구라는 독립된 기관이 제소의 정당성을 심리·결정하게 된다. 만약 제소국이 승소한 경우에 그 결과는 WTO 협정에 일치하지 않는 회원국 국내조치의 철폐가 될 것이다.

보상과 의무의 정지를 통한 보복조치는 WTO협정 위반에 대한 부차적이고 임시적인 대응수단일 뿐이다. 이는 DSU, 소위 분쟁해결에관한양해각서 3.7 에 따른 것이다. 따라서 분쟁해결제도는 WTO 회원국들이 자신들에게 보장된 협정상 권리를 행사할 수 있도록 담보하는 절차와 과정이라 할 수 있다.

이러한 제도는 자국의 국내조치가 협정위반으로 제소된 피소국의 입장에서도 똑같이 중요한 의미를 갖는데, 그것은 분쟁해결절차를 통하여 피소국은 제소국의 제소에 대하여 이의를 제기하고 자신을 방어할 수 있기 때문이다. 이러한 시스템의 작동으로 분쟁해결제도는 DSU 3.2에 규정된 바와 같이 회원국의 권리와 의무를 보존하는데 기여한다.

분쟁해결기구, 상소기구, 패널과 중재판정부 등 DSU 조항에 따라 권한과 책임을 행사하는

300) 이춘삼. 전개서, 주) 137.

기관들의 법적 결정들은 WTO협정에 규정된 회원국들의 권리를 고려하고 이를 정당하게 적용하기 위한 것이다. 이러한 기관들은 DSU 조항 3.2와 조항 19.2에 따라 당사자간 적용되는 WTO법을 문리대로 성실히 준수하여야 하고, WTO협정에 규정된 권리와 의무를 더하거나 감해서는 안된다.

사. 협정해석을 통한 권리와 의무의 확정

WTO 협정에 규정된 권리와 의무의 명확한 범위는 단순히 협정문을 읽는 것만으로 확정되지 않는다. 법적 조항들은 보통 일반적으로 적용되는 것을 전제로 추상적 용어를 사용하여 기안된다. 또한 수 많은 개별적 사례를 커버하기 위하여 추상적 용어가 사용되어야 하고 협정에서 구체적 사례를 규율할 수는 없다.

일정한 사실관계의 존재가 특정한 조항에 규정된 법적 요건을 침해하는 경우, 그 문제에 대한 해답이 항상 쉬운 것은 아니다. 대부분의 경우에 해답은 쟁점 조항이 규정하고 있는 법적 요건에 대한 해석이 이루어진 후에야 도출된다. 나아가 국제협정의 법 조항들은 대부분 다자간 협상의 결과 서로 양보하여 만들어진 산물이므로, 대체로 명확성이 결여된 경우가 많다.

협상과정에 있는 다양한 참가자들은 국내 다른 이해관계에 있는 선거구민들의 요구를 만족시키기 위하여 여러가지 해석이 가능한 법조문 문구에 합의함으로써, 그들의 다기한 입장을 용해하려는 경향을 보인다. 따라서 협상대표들은 특정조항의 의미를 다르게 또한 서로 반대되게 이해하기 쉽다.

이러한 이유로 다른 법 문제와 같이 개별 사안들은 대부분 관련된 조항들의 해석을 필요로 한다. WTO 협정 조항 IX:2가 각료회의와 일반이사회만이 협정의 해석을 채택하는 유일한 권한을 행사할 수 있다고 규정하고 있으므로, 회원국이나 학자들이 WTO 분쟁해결절차에서 협정을 해석한다는 것은 있을 수 없는 일이라고 생각할 수도 있다.

그러나 DSU는 “분쟁해결시스템은 국제공법의 해석에 관한 관습적 규칙에 따라 WTO협정 조항을 명확하게 하기 위한 목적으로 고안된 것” 이라고 명시적으로 선언하고 있다. 따라서 DSU는 WTO 원칙과 의무를 명확히 할 필요가 있다고 규정하고 있고, 법해석에 관한 관습적 규칙에 따라 실제 협정해석이 이루어지고 있다.

더욱이 DSU 조항 17.6은 법해석의 발전을 위한 패널의 역할을 묵시적으로 인정하고 있다.³⁰¹⁾ 따라서 WTO 협정 IX:2가 규정하는 배타적 권한은 모든 WTO 회원국에게 일반적으로 타당한 권위적 법해석의 채택가능성으로 이해되어야 한다. 환언하면 패널과 상소기구의 법해석은 분쟁당사국이나 특정 분쟁의 주제에 한하여 적용되는 법해석이 되어서는 안된다.

그러므로 WTO 법원칙들을 명확히 하라는 DSU의 명령은 “동 협정 조항 3.9 및 WTO 협정

301) DSU 17.6은 다음과 같이 규정하고 있다. “An appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel.”

IX:2에 따라 권위적 해석을 요구하는 회원국의 권리를 침해해서는 안된다”는 것을 의미한다. 협정해석의 방법과 관련하여 DSU는 조항 3.2에서 국제공법의 해석에 관한 관습적 규칙에 대하여 규정하고 있다.³⁰²⁾ 국제관습법은 일반적으로 불문법의 형식으로 되어 있고, 조약해석에 관한 관습적 규칙의 일부를 성문화한 국제조약이 존재한다.

주목할 필요가 있는 성문 국제조약으로 비엔나조약법 협약 31, 32, 33조 등을 들 수 있다. 동 조항들은 국제공법의 해석에 관한 중요한 원칙들을 담고 있다. DSU 조항 3.2는 동 조항들을 직접적으로 지칭하고 있지는 않지만, 상소기구는 “적용가능한 관습적 규칙을 발견함에 있어 참고할 수 있는 내용이 된다”고 판시한 바 있다.

아. 조약법에 관한 비엔나협약

WTO 체제의 본질은 무역에 관한 다자조약이다. WTO는 국제통상법에 있어 가장 중요한 국제기구이자 국제법체제이지만, 통상문제에 관한 국제법으로서 조약법에관한비엔나협약의 원칙에 따라 조약으로서 체계를 갖추어야 하고, 동 협약이 규정하고 있는 해석의 원칙에 따라야 한다.

조약법에관한비엔나협약은 그 제3절에서 조약의 해석에 관한 절을 두고 있고, 제31조부터 제33조까지 3개의 조항을 두어 규율하고 있다.

제31조에서는 해석의 일반 규칙에 관하여 (1) 조약은 조약문의 문맥에서 그리고 조약의 대상 및 목적에 비추어, 그 조약의 문언에 부여되는 통상적 의미에 따라 신의에 좇아 성실하게 해석되어야 한다

(2) 조약 해석의 목적상, 문맥은 조약의 전문 및 부속서를 포함한 조약문에 추가하여 다음으로 구성된다고 하면서 (가) 조약 체결과 연계되어 모든 당사자 간에 이루어진 조약에 관한 합의 (나) 조약 체결과 연계되어 하나 또는 그 이상의 당사자가 작성하고, 다른 당사자가 모두 그 조약에 관련된 문서로 수락한 문서를 고려하도록 하고 있다.

한편 (3)에서는 문맥과 함께 다음이 고려된다고 규정하고 (가) 조약해석 또는 조약규정 적용에 관한 당사자 간 후속 합의 (나) 조약해석에 관한 당사자의 합의를 증명하는 그 조약적용에 있어서의 후속 관행 (다) 당사자 간의 관계에 적용될 수 있는 관련 국제법 규칙을 제시하고 있다.

또한 (4)에서는 당사자가 특정 용어에 특별한 의미를 부여하기로 의도하였음이 증명되는 경

302) 동 조항 원문은 다음과 같다. The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.

우에는 그러한 의미가 부여된다고 규정한다. 동 협약 제32조에서는 해석의 보충수단에 관하여 규정한다. 제32조에 따르면 제31조의 적용으로부터 나오는 의미를 확인하거나, 제31조에 따른 해석 시 다음과 같이 되는 경우, 그 의미를 결정하기 위하여 조약의 준비작업 및 체결 시의 사정을 포함한 해석의 보충수단에 의존할 수 있다고 하면서 두가지 사유를 열거하고 있다. 그것은 (가) 의미가 모호해지거나 불명확하게 되는 경우, 또는 (나) 명백히 부조리하거나 불합리한 결과를 초래하는 경우 등이다.³⁰³⁾

제 33조에서는 둘 또는 그 이상의 언어로 정보인증된 조약의 해석에 관하여 규정한다. 그 내용을 보면 (1) 조약의 정본이 둘 또는 그 이상의 언어로 인증되었을 경우, 차이가 있다면 특정 조약문이 우선함을 그 조약이 규정하고 있거나 당사자가 그렇게 합의하는 경우를 제외하고, 각 언어본의 조약문은 동등한 권위를 갖는다.³⁰⁴⁾

(2) 정보인증된 조약문 상 언어 중 하나의 언어 이외의 언어로 된 조약본은 조약이 이를 정본으로 규정하고 있거나 당사자들이 그렇게 합의한 경우에만 정본으로 간주된다

(3) 조약의 용어는 각 정본에서 동일한 의미를 가진다고 추정된다

(4) 제1항에 따라 특정 조약문이 우선하는 경우를 제외하고, 정본의 비교에서 제31조 및 제 32조의 적용으로 해소되지 않는 의미의 차이가 드러나는 경우, “조약의 대상 및 목적을 고려하여 각 조약문과 최대한 조화되는 의미를 채택한다” 라고 규정하고 있는 것이다.

조약해석에 관한 비엔나협약 조항에서 볼 수 있듯이, WTO 협정은 관련조항 법문의 보통의 의미에 따라 해석되어야 하고, 법문의 맥락과 협정의 대상 및 목적을 고려하여 해석되어야 한다. 법문 용어의 보통의 의미란 문언에 기초하여 식별할 수 있다. 맥락이란 법문의 구조, 내용, 또는 같은 협정의 다른 조항에서 볼 수 있는 용어 사용 등에 기반하여 도출되는 일종의 결론 같은 것이라 할 수 있다. 이때 맥락은 해석이 필요한 법 조항을 들여다 보기 이전 또는 이후에 의미를 갖는다.

대상과 목적이란 쟁점이 되고 있는 법조항 또는 협정 전체의 명시적·묵시적 목적을 지칭한다. 실무상 패널과 상소기구는 대부분 법문의 보통의 의미 기준에 따라 해석한다. 법문의 보통의 의미에 관하여 다툼이 있는 경우, 그 다음 순위로 맥락을 고려하여 해석의 기준으로 삼는다.

마지막 해석기준으로 쟁점 조항이나 협정 전체의 대상과 목적을 이용하고 있다. 비엔나협약 제 32조에서 규정하는 협상의 연혁은 해석을 위한 여러 기준에 부종하여 해석의 기준이 될 뿐이다.

303) 정인섭, 전거서, 주) 80.

304) Legum, Barton and Crevon-Tarassova, Anna, VCLT Article 33: Interpretation of Treaties Authenticated in Two or More Languages (December 20, 2021). The Vienna Convention on the Law of Treaties in Investor-State Disputes: History, Evolution, and Future, Dr Esmé Shirlow and Kiran Nasir Gore (eds) (Kluwer, mid-2022), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4102287>.

따라서 국내법상 입법연혁이라 할 수 있는 협상의 연혁은 보통의 의미, 맥락, 대상과 목적 같은 다른 해석기준에 따라 도출된 해석의 결과를 확인하는 의미를 가질 뿐이다. 다만 도출된 결론이 불명확하거나 모호한 경우 또는 확실하게 부조리하거나 비합리적인 경우에는 협상의 연혁이 해석에 있어 중요한 기준이 될 수 있다.

해석에 관한 법원칙들에서 알 수 있는 하나의 교훈은 의미와 효과는 협정의 모든 용어들에서 도출되어야 하고, 협정의 모든 부분들을 중복 또는 무익한 것으로 만들어서는 안된다. 역으로 해석의 과정에서 법문의 문언들을 존재하지도 않는 협정상 함의라고 치환해서는 안된다. 비엔나조약법협약 제 33조에 따라 WTO 협정은 영어, 불어, 스페인어 3종의 언어에 의한 진본을 두어야 한다.³⁰⁵⁾

자. 상호합의를 통한 해결방식

비록 분쟁해결제도가 권리와 의무의 범위를 명확히 하고 피해국의 권리를 보장하기 위하여 존재하지만, 제도의 주된 목적이 법원칙을 창출하거나 법학체계를 발전시키기 위한 것은 아니다. 환언하면 국내 사법시스템과 달리 분쟁해결을 통한 협정의 규범력·강제력의 확보보다는 상호합의를 통한 해결이 선호된다. 그러나 분쟁해결제도를 통하여 축적된 선례시스템은 점차로 더 높은 수준의 법적 안정성과 예측가능성을 제고하는 것이 사실이다.

다만 다른 분쟁해결제도와 마찬가지로 우선적 문제는 분쟁의 평화적 해결에 있는 것이고, WTO 협정 DSU 조항 3.7에 일치하는 상호합의에 의한 해결이 선호되는 것은 물론이다. 재판에 의한 해결은 당사자가 상호 원만한 해결책을 찾는 데에 실패한 경우에만 인정된다. 분쟁의 일차 단계에서 공식적으로 협의절차를 돕으로써, DSU는 분쟁당사자가 항상 최소한 화해에 이르도록 협상할 것을 의무화하고 있다. 분쟁 사안이 재판절차로 이행된 경우에도 양자간 화해에 의한 해결은 항상 가능하며, 분쟁당사자가 합의에 의해 분쟁을 해결할 것을 권장하고 있다.

차. 분쟁의 신속한 해결

DSU는 조항 3.3에서 분쟁의 신속한 해결은 WTO가 원활하게 기능하고 회원국들의 권리와 의무를 보장하는데 있어 필수적이라고 규정하고 있다.³⁰⁶⁾ 정의를 구현하기 위하여는 형평한 결과도 중요하지만, 그 결정이 신속하여야 한다는 것은 주지의 사실이다. 따라서 DSU는 분쟁해결을 위하여 준수하여야 할 절차와 단계별 시한을 상당한 수준에서 자세하게 규정하고 있다.

305) Id.

306) 동 조항의 원문은 다음과 같다. The prompt settlement of situations in which a Member considers that any benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements are being impaired by measures taken by another Member is essential to the effective functioning of the WTO and the maintenance of a proper balance between the rights and obligations of Members.

상세한 절차조항은 효율적 분쟁해결을 위하여 고안되었고, DSU 4.3 및 6.1에 따라 제소국은 피소국과의 합의 없이도 분쟁해결을 위하여 제소할 수 있다. 사안이 법적 절차에 회부되는 경우 DSU 조항 20에 따라 보통 패널의 결정은 1년, 사안이 상소절차에 회부되는 경우 상소기구의 결정은 16개월 이내에 내려져야 한다.³⁰⁷⁾ 제소국이 사안이 긴급하다고 간주하는 경우 DSU 조항 4.9와 12.8에 따라 사안에 대한 심판은 그 이전에 종료되어야 한다.

이러한 시한의 설정은 결정 후 집행에 필요한 시간이 더해지므로 여전히 길 수도 있다. 또한 분쟁의 전 시간을 고려하면, 분쟁 대상이 된 피소국 국내조치로 인하여 경제적 피해가 오래 계속된다. 분쟁이 해결되어 승소한 경우에도 패소국이 승소결정을 이행하기 까지 발생한 피해에 대하여 역시 아무런 보상을 받지 못하게 된다.

그러나 우리는 WTO 협정을 둘러싼 분쟁은 사실과 법적 관점에서 매우 복잡하다는 사실에 주의할 필요가 있다. 분쟁당사국들은 일반적으로 문제된 대상조치에 관련하여 방대한 양의 데이터와 문서자료를 제출한다. 또한 당사국들은 매우 상세한 法理的 主張을 담은 변론서들을 제출한다.

분쟁당사국들은 이러한 사실적·법리적 주장을 준비하고 반대당사자가 제출한 변론서에 대응하기 위한 시간이 필요하다. 분쟁을 심판하는 패널과 상소기구는 모든 증거와 당사자들의 주장을 고려하여야 한다. 또한 어떤 경우에는 전문가 증언을 참작하고 자신의 결론을 뒷받침하기 위한 상세한 이유를 작성하여야 한다.

이러한 모든 측면을 고려할 때 WTO 분쟁해결제도는 상대적으로 매우 신속하게 진행되는 편이다. 또한 동 제도는 수 많은 국내사법제도나 국제분쟁해결제도에 비하여 월등히 빠르고 단언할 수 있다.

카. 일방적 결정의 금지

DSU 23조에 따르면 WTO 회원국들은 자신들의 통상분쟁을 해결하기 위하여 일방적 해결보다는 다자적 방식에 의한 해결방법을 이용하는데 동의하였다. 이는 합의된 절차를 준수하고 결정이 내려진 경우, 그 결정을 존중하며 협정과 법을 일방적으로 농단하지 않는다는 것을 의미한다.

만약 회원국들이 일방적으로 행동하면 다자간 무역체제의 역사에서 보듯이 틀림없이 회원국들에게 유리하지 않은 결과를 낳는다. 한 회원국이 다른 회원국을 상대로 WTO 협정위반을

307) DSU 제 20조 원문은 다음과 같다. Unless otherwise agreed to by the parties to the dispute, the period from the date of establishment of the panel by the DSB until the date the DSB considers the panel or appellate report for adoption shall as a general rule not exceed nine months where the panel report is not appealed or 12 months where the report is appealed. Where either the panel or the Appellate Body has acted, pursuant to paragraph 9 of Article 12 or paragraph 5 of Article 17, to extend the time for providing its report, the additional time taken shall be added to the above periods.

이유로 책임을 추궁하는 경우 이는 일방적 대응이 될 것이다. 이때 책임 추궁국은 상응하는 조치를 하기로 결정하면서, 다른 회원국에 대한 WTO 협정상 자신의 의무를 정지할 수 있을 것이고 이는 무역에 대한 장애가 된다.

전통국제법 하에서 책임추궁 회원국은 자신의 협정의무의 정지는 먼저 발생한 다른 회원국의 협정위반에 대응하여 그에 상응한 대항조치로서 정당화되므로 합법적 행위라고 주장할 것이다. 그러나 상대방 당사국이 자신의 조치가 WTO 의무에 실제 위반되는지 여부에 관하여 동의하지 않는 경우에는 정당화되어야 하는 대항조치라는 주장을 수용하지는 않을 것이다.

오히려 동 회원국은 당해 대항조치는 불법적인 것이고 그러한 전제하에 첫번째 대항조치에 대한 자신의 두번째 대항조치는 정당화되어야 한다고 느낄 것이다. 원 책임추궁국은 자신의 법적 관점에 따라 동의하지 않을 가능성이 크고 문제의 두번째 대항조치가 불법하다고 생각할 수 있다. 때문에 동 회원국은 더 많은 대항조치를 채택할지도 모른다.

이는 관점과 입장이 다른 경우에는 일방적 조치는 분쟁을 원만하게 해결할 수 없다는 것을 보여준다. 사태는 통제상태에 있다가 요동치게 되고 일방이 자제하지 않는 한, 상호간 무역 규제는 확대·악화될 위험이 상존한다. 이는 결국 통상전쟁으로 이어질 수 있다. 그러한 하방 요동현상을 막기 위하여 DSU는 분쟁해결을 위하여 다자시스템을 이용할 것을 의무화하고 있다. 즉 WTO 회원국은 DSU 조항 23.1에 따라 WTO 협정하에서 다른 회원국을 상대로 구제를 원하는 경우 다자시스템을 이용하여야 한다.³⁰⁸⁾

이러한 다자시스템의 이용은 다른 회원국이 WTO 협정을 위반하거나 아니면 WTO 협정에서 누리는 자신의 혜택을 무효화 또는 침해하거나 또는 협정의 목적을 달성하는 것을 방해하였다고 믿는 상황에서 적용되는 것이다. 그러한 경우에 회원국은 그러한 상황들이 존재한다는 일방적 판단에 따라 조치를 취할 수 없다. DSU 규칙과 절차에 따라 분쟁해결제도를 이용한 후에 비로서 행동할 수 있는 것이다.

DSU 23.2(a)에 의하면 책임추궁국이 취하는 어떠한 조치도 채택된 패널이나 상소기구의 보고서에 나타난 결정이나 중재판정에 근거하여야 한다.³⁰⁹⁾ 관련된 회원국은 나아가 집행을 위한 시한의 결정을 위하여 DSU가 예정한 절차들을 존중하여야 한다. 그리고 DSU 조항 23.2(b)(c)에 따라 DSB의 승인을 받아 보복조치를 시행할 수 있다. 이는 전술한 바와 같이

308) DSU 제 23.1 원문은 다음과 같다. When Members seek the redress of a violation of obligations or other nullification or impairment of benefits under the covered agreements or an impediment to the attainment of any objective of the covered agreements, they shall have recourse to, and abide by, the rules and procedures of this Understanding.

309) DSU 23.2(a)의 원문은 다음과 같다. In such cases, Members shall: (a) not make a determination to the effect that a violation has occurred, that benefits have been nullified or impaired or that the attainment of any objective of the covered agreements has been impeded, except through recourse to dispute settlement in accordance with the rules and procedures of this Understanding, and shall make any such determination consistent with the findings contained in the panel or Appellate Body report adopted by the DSB or an arbitration award rendered under this Understanding.

일방적 조치를 인정하지 않는 것을 의미한다.

타. 배타적 관할권

분쟁해결을 위하여 WTO 다자시스템을 이용하도록 의무화함으로써, DSU 23조는 일방적 보복조치를 인정하지 않는 것은 물론 WTO 관련 분쟁의 해결을 위하여 다른 재판기관을 사용할 수 없도록 금지하는 의미를 갖는다.

파. 강제적 성격

분쟁해결제도는 강제적 성격을 갖는다. 모든 WTO 회원국은 그에 기속된다. 왜냐하면 회원국 모두가 WTO 협정 전체를 일괄수락원칙(single undertaking)에 따라 서명하고 비준하였고, DSU는 WTO협정의 하나이기 때문이다. 이로써 DSU는 회원국 모두에게 WTO 협정 아래에서 발생하는 모든 분쟁에 대하여 분쟁해결제도가 적용되도록 하고 있다.³¹⁰⁾

따라서 다른 국제 분쟁해결제도와 달리 분쟁당사국들은 독립적 선언이나 합의 없이 WTO 분쟁해결제도의 관할권을 수락한 것이 된다. 이는 국제사법재판소의 강제관할권과 비교하여도 매우 발전된 형태의 것이라 할 수 있다.

환언하면 WTO 분쟁해결제도의 관할권은 회원국의 WTO 가입과 함께 자동적으로 수락한 것이 된다. 이로써 모든 회원국은 분쟁해결제도로부터 자동적 이용의 혜택을 누릴 수 있고, 상대국은 그러한 관할권을 회피할 수 없다.

310) 이춘삼. 전게서, 주) 137.

19. WTO의 구조적 문제: 분쟁해결제도

가. 서언

모두에게 개방되어 있는 다자간 통상체제는 지난 70여년간 국제경제체제의 중요한 축으로서, 이전 어떤 시기보다도 성장과 함께 다수 세계인의 경제적 복지를 이루어 냈다. 그러나 이러한 진보를 앞으로도 보존하고 진작하여야 한다는 그룹들은 많은 시스템으로 구성된 국제통상체제의 합법성을 위협하는 심각한 구조적 문제들에 관심을 기울인다.

그러한 구조적 문제들 중 가장 중요한 하나가 WTO 협정들을 해석·적용하기 위하여 1994년에 만들어진 분쟁해결절차이다. 바필드(Claude Barfield)와 알란 울프(Alan Wm. Wolff) 간의 논쟁에는 배울 것이 많다.³¹¹⁾ 클로드 바필드는 WTO분쟁해결체제에 관하여 시의적절하고 의미있는 분석과 함께 최근의 이용현황, 체제의 결점, 그리고 가능한 개혁안 등을 제시하고 있다. 이에 대하여 울프는 바필드의 주요한 결론과 제안에 관한 핵심적 요지와 논의들에 대하여 자신의 의견을 밝히고 있다.

WTO 분쟁해결절차의 문제는 관련연구를 통하여 알 수 있는데, 따라서 우리는 연구자들의 주제와 논의의 발전을 추적해 볼 필요가 있다. 그리고 현 연구결과물에 나타난 불완전한 부분을 추출해 내어야 한다. WTO의 특성과 관련하여 정치학과 법학이 가장 기초적 연관분야가 되므로 이들에 초점을 맞출 필요가 있다.

우리는 현재까지 주로 WTO 판례법의 정확성이나 WTO 분쟁해결절차의 합법성과 책임의 문제에 관한 수많은 규범적 관점의 연구결과물을 접하고 있다. 나아가 DSM의 작동원리나 과거 GATT 분쟁해결제도와의 차이점, WTO 분쟁해결제도의 변화와 그 방향성을 알아 볼 필요가 있다.

마지막으로 우리는 분쟁해결제도의 본질과 기능에 관한 연구에 집중할 필요가 있다. 따라서 이에 관한 주요 연구성과와 아직 미결의 문제들을 점검하여야 한다. 이러한 노력을 통하여 우리는 분쟁해결제도의 문제와 현재 진행형인 WTO 분쟁해결제도에 관한 개혁 논의를 연계하여 진전시킬 수 있는 것이다.

나. 분쟁해결제도의 공과

일부 연구자들은 WTO에 의한 분쟁의 해결을 통하여 복잡함을 줄이고 협정의 의미를 명확하게 한다고 주장하지만, 다른 연구자들은 분쟁에 대한 결정은 강제력을 가지므로 회원국간 협력을 증진한다고 주장한다.

이에 관하여 WTO가 창설된 1995년부터 2006년까지 판례를 근거로 대립되는 2가지 주장의

311) Wolff, A. W. (2001). Problems with WTO dispute settlement. Chi. J. Int'l L., 2, 417.

실질적이고 묵시적인 합의를 살펴본 연구가 있다.³¹²⁾ 동 연구는 분쟁의 악화현상에 관한 3 단계 코딩을 전략적 협상모델에 결합하여 분석하는 접근방법을 이용하였다. 또한 정부의 미래 전략적 행위를 설명하기 위하여 통계적 후방 유도방법을 동원하였다. 연구의 결과 WTO 분쟁해결제도는 제1차적으로 집행수단으로 기능한다는 주장이 타당하다는 것이 밝혀졌다.³¹³⁾

분쟁해결제도가 복잡함을 줄이고 통상법의 의미를 명확하게 한다는 주장은 설득력이 적은 것으로 밝혀졌다. 이러한 연구결과는 수용가능한 통상정책 규범에 관한 정보를 생산한다는 차원의 WTO 역할은 복잡성 주장자들의 전제나 주장요지와는 상관성이 적다는 것을 시사한다.

어떠한 규범지향적 시스템도 자체적으로 법규칙들의 집행을 위한 메카니즘과 법규칙 위반이라고 주장된 행위에 대한 분쟁해결수단을 가지고 있어야 한다. 1947년 창설된 GATT와 이를 흡수하고 그 승계자가 된 WTO는 회원국들이 시간을 두고 가입이 가능한 다양한 협정들에 의하여 구체화된 세계통상관리시스템에 적용될 법원칙들을 제정하였다. 당연히 두 기구는 분쟁해결제도를 두고 있었다.

GATT 시절의 분쟁해결제도는 기본적으로 정치적인 성격의 것이고, WTO에 의한 다자협정 체제는 전반적으로 사법적 성격이 강화되었다.³¹⁴⁾ 양 기구의 분쟁해결제도 역사와 그 평가를 통하여 적절한 기준에 따라 그 효율성을 살펴볼 필요가 있다. 그 기준으로 정치적·외교적, 법적·경제적, 법적·사회적 기준 등 3가지 차원의 대안 기준을 생각해 볼 수 있다. 현 WTO 분쟁해결기능에는 해결되지 않은 문제가 있는 것이 사실이다. 다자간 통상협상인 도하라운드 등을 통하여 그러한 문제들이 해결될 필요가 있다.

다. 사적 고찰

초창기 분쟁해결기구의 성과는 발라 교수의 설명대로 거의 비합리적인 열정에 의한 것이라 할 수 있다. 초창기 많은 사람들은 동 제도를 국제무역에 관한 세계법원이라고 칭송하였다. 사실 이 당시에 미 통상대표부는 비록 작은 사건의 소소한 기술적 승리와 주요 통상분쟁의 패소를 동일한 1승 1패로 보아 선전하긴 하였지만, 미국의 승패율을 열렬하게 선전하기도 하였다.

심지어 지금에도 미 통상관리들은 승패결과에 있어 상대적 비례를 주장하고 있다. 그러나 이는 승패율에 있어 확실히 드러난 경향이나 상업적 불균형을 무시하는 것이다. 보다 근원적으로 WTO 분쟁해결기구를 법원으로 본다면, 그 성공은 단순히 승패율 성적표에 의하여

312) Horn, H., & Mavroidis, P. C. (2009). The WTO dispute settlement system 1995-2006: Some descriptive statistics. In Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment (Vol. 6, pp. 3-31). Emerald Group Publishing Limited.

313) Id.

314) 최원목. 전개서, 주) 156.

재단해서는 안된다. 우리는 모든 사건에서 적절한 사법적 판단을 기대할 수 있는 권리가 있는 것이다. 사실 이는 의무라고 하는 것이 보다 정확하다.

그런데 사실 많은 것이 변화하였다. 작금에 있어 패널들은 거의 자동적으로 미국에 불리한 결정을 내리고 있다. 이는 미국 변호사회 변호사들을 포함하여 많은 사람들의 지지를 받고 있다. 그러나 그러한 결정들의 근거들은 의심스러운 것들이다. 만약 적절한 심리기준과 국제법 원칙들이 적용된다면 당연히 파기될 것들이다.

WTO 패널은 그들이 마치 진리의 수호자(Platonic Guardian)인 것처럼 법을 만들어 대고 있다.³¹⁵⁾ 이에 대하여 초창기 분석가들은 민주적·절차적 정당성과 권리보호기능의 결손을 지적하고, 그러한 결손에 필연적으로 따라 붙는 위험을 지적한 바 있다. 흥미롭게도 미국이 제소한 통상분쟁에 적용될 섹션의 서두에 본 보고서는 WTO 분쟁해결제도를 미국 정부의 수출에 대한 무역장벽에 대한 효과적인 도구로 명명하고 있다. 그러나 이에 대하여 미 통상대표부는 아무런 의견을 내지 않고 있다.

민주적·절차적 정당성의 결여는 시민으로부터 단절되어 비밀화원처럼 제네바에 소재하여 통상분쟁을 해결하고 있는 무역구제 영역에서 확연히 드러나고 있다. 그러나 상황은 변화하고 있다. 어쩌면 이는 중국적으로 보다 더 중요한 것이라 할 수 있는데, 그것은 WTO 분쟁해결제도가 더 이상 외부의 비판으로부터 면제될 수 없다는 것이다.

전술한 바와 같이 사람들은 제각기 다른 측면의 문제를 파헤치고 있지만, 가장 근원적인 문제는 WTO 사법작용과 그 입법 또는 집행기능간의 비대칭적 균형이라 생각된다. 만약 사람들이 적절하고 민주적으로 기능하는 하나의 세계정부를 원하였고 그것을 얻으려 하였다면, 구속력 있는 사법제도에 반대할 아무런 이유가 없다.

그러나 현존하는 세계에서 느낄 수 있듯이 제대로 기능하는 사법제도를 갖는데에는 매우 큰 문제가 잠재해 있다. 큰 문제란 확실하지 않고 모호한 실체법 조항들, 효과적인 절차법에 의한 보호의 결여 등이라 할 수 있다. 그리고 대부분의 정부들은 예측 가능한 미래 시한까지는 이러한 상태를 유지하려 할 것이다. 이는 필연적으로 司法積極主義를 결과하게 된다.³¹⁶⁾

불행하게도 이러한 사법적극주의자들은 자신들의 지혜에 오만하고 협상과정이나 협상을 통하여 성안한 협정문에 반하는 결정을 지지한다. 따라서 협정문에 명시적으로 규정된 통상구제는 경시되고 있는 것이다. 이는 미국정부는 물론 국제통상법 원칙들을 통하여 효과적으로 불공정무역관행으로부터 구제받기를 희망하는 수백만의 미국인들에게 불행한 일이다.

환경운동가나 노동운동가들이 미래의 WTO 결정으로부터 고통받는 것은 환경권과 노동권이

315) Pauwelyn, J. (2005). The Sutherland Report: a missed opportunity for genuine debate on trade, globalization and reforming the WTO. J. Int'l Econ. L., 8, 329.

316) Kim, K. (2020). Judicial Activism in the World Trade Organization: A Conundrum and Selective Approach. Beijing L. Rev., 11, 827.

될 것이라고 주장하는 것은 전적으로 잘못된 것은 아니다. 최소한 현 시스템 하에서 환경권이나 노동권을 보호할 특별한 방법이 없는 것이 사실이다.

라. 미래를 위한 대안

물론 문제는 “그렇다면 무엇을 해야할 것인가?” 라는 질문으로 귀결된다.

첫째, 현 제도가 단순히 그대로 유지되어 기능하는 것이다. 패널들은 현재의 협정문을 계속 개혁을 향하도록 하고 입법적으로 재건하려 할 것이다. 물론 이는 협정문의 적극적 해석을 통하여 가능하다.

보조금 조치나 덤핑 등은 보호받을 것이고, 그러한 불공정무역관행으로부터 피해를 입는 기업이나 산업은 보호받지 못할 것이다. 세계시장에서 가장 자유롭고 열려 있다는 미 합중국 은 경제적으로 고통을 받게 될 것이다. 물론 거대한 경제규모를 감안하면 워싱턴의 많은 관료들은 이를 무시할지 모른다.

이상적인 관리체제로서 WTO는 승리할 것이고 미 국내법원인 국제무역법원과 미 통상변호사회는 자신들의 불필요한 역할을 그만 접을 것이다. 아니면 미국 정부는 WTO에 대하여 정부 유사한 다양한 권한을 조절하도록 그 변화를 요구할 수 있을 것이다. 이러한 요구는 WTO 분쟁해결제도의 근원적 재검토와 새로운 제도로의 혁신을 포함할 것이다. 이미 논의한 바와 같이 회원국들은 WTO 중요한 조항들에 심각하게 일치하지 않는 패널의 결정을 저지할 수 있는 권한이 필요할 것이다.

둘째, 패널의 사법적극주의에 대한 명확한 제한과 한계를 설정할 필요가 있다.³¹⁷⁾ 예컨대 심리의 엄격한 기준이나 관할의 한계 같은 것을 예로 들 수 있다.

셋째, 진정한 이해관계 당사국을 보호하기 위한 절차적 개혁이 매우 중요하다. 만약 이러한 개혁이 달성되지 못한다면, 미국은 재정지원이나 회원자격 등을 심각하게 재고해 볼 필요가 있다. 마지막으로 WTO 분쟁해결제도에 내재한 불균형과 편향성을 교정하기 위하여 아무런 노력을 하지 않는다 해도, 최소한 사법권을 행사하는 기관은 사법적 절차에 관한 규정들을 가지고 있어야 한다.

WTO는 이미 목욕이 되었거나 관련성이 없는 수많은 사건들로 몸살을 앓고 있으며, 이해당사자는 효과적인 실체법과 절차법의 결여로 불이익을 겪고 있다. 어떤 방법을 동원해서라도 이러한 문제는 해결되어야 한다. 보다 투명한 제도를 만들어 보려는 미 통상대표부의 노력은 그러한 노력의 시작에 불과하다.

물론 다른 가능성도 없지 않다. 아마도 패널은 새로운 국제법 규범을 창출하지 않을 자신들

317) Schoenbaum, T. J. (1998). WTO dispute settlement: praise and suggestions for reform. *International & Comparative Law Quarterly*, 47(3), 647-658.

의 의무를 지키려 할지 모른다. 그러나 패널은 주권국가들이 구체적으로 조치를 취하지 않기로 구체적으로 합의하지 않는 한, 조치를 취할 수 있다는 사실을 알고 있을 것이다.

물론 패널은 법원칙이 특별히 강제를 명하지 않는 경우, 구속력있는 결정을 하지 않는 것이 낫다는 사실을 알게 될 것이다. 그러나 사람은 의심을 가질 수 있다. 실질적 개혁이 필요하다는 진정한 사명감이 없다면, 사람은 드러나지 않는 학자적 보호자가 되는 것을 즐길 것이다. 이러한 불확실성은 또 다른 결과가 기다리고 있을 것이다. WTO 분쟁해결제도는 짐차로 의미를 잃어 갈 것이다. 이 또한 인류에게 불행한 일이다.

마. 국가권력과 중립적 권력

1995년 분쟁해결에관한양해각서, 즉 DSU가 다자조약의 형식으로 효력을 발휘하게 된 것은 국가권력에 대한 중립적 권력의 승리로 널리 칭송받고 있다. 그러나 WTO 상소기구의 실제 권력은 세가지 중요한 관점에서 법적 체제가 요구하는 典範에서 벗어나 있다.

첫째, 상소기구에 의한 부정적 결정에 따르기를 거부할 것 같은 침해국에 대하여 제소국은 대부분 제소를 주저하려 할 것이다.

둘째, 상소기구는 강대국이 피소국인 경우, 스스로 WTO 법원칙을 제대로 적용하지 않으려는 태도를 보인다.

셋째, 패소국은 결정의 이행을 위하여 설정된 시한을 지키지 않고 지연시키는 경우가 많다. 물론 이때 WTO 절차에서 벗어나 제소국과 분쟁해결절차 사후의 협상을 시도하는 경우가 많다.

WTO 분쟁해결제도의 창설은 개발도상국에게 상당한 혜택으로 간주되고 있다.³¹⁸⁾ ‘권력적 체제’에서 ‘규범중심적 제도’로의 전환으로 경제적으로 약소국이라 할 수 있는 나라들이 법규범을 통하여 자신들의 권리를 강제할 수 있게 된 것이다.

이로써 약소국들은 그러한 법규범하에서 자유롭게 무역을 할 수 있고, 따라서 그들의 무역 관계에 있어 법적 안정성과 예측가능성을 보장받게 된다. 이러한 우리의 예측은 과연 타당할까? 실제 대부분의 개발도상국들은 WTO 분쟁해결제도를 적극적으로 이용하고 있지 않는 현실이다. 그러한 현실에 초점을 맞추어 약소국들과 분쟁해결제도에 관한 우리의 느낌을 알아본다.

이러한 연구는 분쟁해결제도를 이용하지 않는 현실을 설명하기 위하여, 통상 원인으로 간주되는 다양한 제약에 대하여 조사하고 평가하는 것이다. 어떤 요인들은 한때에는 제약이었지만 이제는 아닌 것이 되거나, 그 제약요인이 발생하였을 때에는 중요한 것이었지만 실무상 자주 발생하는 것이 아닐 수 있다.

318) Id.

동시에 무역장벽을 진단하고 그러한 문제를 통상법 변호사와 소통·논의할 수 있는 국내절차의 결여로 많은 개발도상국들은 심각한 한계에 직면해 있고, 어떠한 도움을 받아야 되는 것처럼 보인다. 실제로 개도국 무역 중 상당한 비율이 강제가능한 WTO법에 따라 행하여지는 것이 아닐 뿐만 아니라, 절차를 완료하는데 드는 시간 등 지금까지 덜 관심을 받아 왔던 다른 중요한 제약들도 문제가 되고 있다.

우리는 실증적 연구를 통하여 중요한 결론에 도달한다.³¹⁹⁾ 개도국의 WTO 분쟁해결절차 이용과 참여를 증대하기 위하여는 특정 관점에 집중하던 것을 다른 방향으로 전환하고 관심을 두지 않았던 다른 제약요소들에 초점을 맞출 필요가 있다.

이러한 제약요소들을 통제·관리하기 위하여는 현재의 DSU 검토협상에서 논의된 해당 외에도 여러 해결방안이 필요하다. 예컨대 무역장벽의 정체를 파악하고 이에 관한 소통이 가능하기 위한 국내절차를 창설하는 것에 도움을 줄 수 있는 방안이나, 가장 열악한 무역도 구속력있는 WTO법의 한 부분이 될 수 있게 하는 법규범들의 편입방안이 그것이다.

셋째, 일부 제약요소들은 현재의 DSU 절차를 통하여 부분적으로 약화시킬 수 있다. 예컨대 DSU 및 3.12 조항과 1966년 절차에 따른 절차의 신속화 가능성이 그것이다. 한편 DSU 검토협상에서 만들어진 현 제안들의 효용은 평가절하해서는 안된다. 추가적인 분쟁해결제도에 대한 재정적 지원과 그를 통한 강제력의 보완은 개도국들에게 혜택으로 돌아갈 것이라는 것이 제안서의 핵심 내용이다.

동시에 다른 제약요소가 해결되기 이전까지는 많은 개도국들이 특별히 분쟁해결제도를 적극적으로 이용하지 않을 것이라는 것을 충분히 알 필요가 있다. 무역은 보호주의적 조치들과 같등하고 분쟁한다는 것이 WTO 분쟁해결절차를 설명하는 이론이다.³²⁰⁾ 이러한 차원에서 구 GATT XIX조 도피조항을 확대·보완한 WTO 긴급수입제한조치에 관한 협정과 WTO 협정을 해석·적용함으로써 사법기관으로서 역할하는 DSB의 의미를 되새겨 볼 필요가 있다.

이러한 구도하에서 긴급수입제한조치에관한협정 상 상호주의 원칙은 약해져 가고 있고, 이러한 흐름은 비효율적인 통상분쟁의 처리를 줄여보려는 시도로 이해될 수 있다. DSB는 회원국간 통상분쟁이 발생하는 경우, 세계의 통상질서에 관한 의견을 발표하는 “중립적 중재자” 라고 이해할 수 있다.

GATT 도피조항의 개혁은 DSB의 도입으로 보장될 필요가 있다. 이는 통상협정의 “인센티브 상용성(incentive compatibility)” 의 유지를 위하여 필요하다. 이러한 관점은 WTO하에서 통상협정을 둘러싼 통상분쟁이 훨씬 줄어들 수 있다는 것을 시사한다. 그러나 그렇다 하더라도 이러한 결과가 회원국 정부들에게 높은 보상으로 돌아오는 것은 아니다. 이러한 사법적

319) Petersmann, E. U. (1994). The dispute settlement system of the World Trade Organization and the evolution of the GATT dispute settlement system since 1948. *Common Market Law Review*, 31(6).

320) Id.

모델의 분쟁해결기구에의 도입은 강제력은 없지만, 통상협정의 자체 강제력 (self-enforceability)을 증진시킬 수는 있다.

앞서 논의를 통하여 우리는 결론을 예측할 수 있다. WTO 분쟁해결제도의 성공은 아마도 합리적으로 예상 가능한 선을 넘은 대성공이라 할 수 있다. 그러나 이러한 성공이 분쟁해결 절차의 미래를 과도하게 낙관하는 태도로 이어지는 것은 실수이다.

분쟁해결제도는 한정할 수 없는 범위의 시민들, 동 제도의 이용자들 및 그 결과에 영향받는 이해관계자들을 둘러싸고 정통성 위기의 문제에 봉착해 있는 것이 사실이다. 정통성에 관한 이러한 우려는 만약 WTO 절차가 제3자간 분쟁해결 유사한 국내 사법제도에 접근할수록 약해질 수 있는 것이 사실이다.

이는 일정한 결과를 야기한다. 즉 국내 모델에 보다 가까워지는 것은 시민에 대한 공개절차와 소송참가제도(intervenor) 또는 우호적 amicius 제안절차(amicus brief process) 등으로 일관성을 가질 수 있게 한다.³²¹⁾ 이는 소송절차가 조정과 같은 분쟁해결에 관한 다른 대안들이 소송절차의 중요한 요소로 더해져 수준이 한단계 높아진다는 것을 의미한다. 또한 소송장소를 기준으로 다른 대안이 발전될 수 있게 한다.

국내 사법제도 하에서 행해지는 분쟁해결절차와 자세하게 비교함으로써 그것이, 무엇을 할 수 있는가를 잘 알수 있게 한다. 또한 일부 조항들의 동의할 수 없는 해석으로 분쟁해결과정 전체가 결함이 있다는 결론으로 이어지지 않도록 이해를 돕는다. 국제 문제에 있어 보편주의에 매몰되어 분쟁해결과정의 문제를 무시하는 것은 WTO 분쟁해결제도에 대한 도전을 불러올 뿐이다.

이와 동일하게 무역의 자유화라는 주제를 둘러싸고 양자 또는 지역협정에만 관심을 갖는 것은 분쟁해결기구의 남설과 WTO 분쟁해결절차와 지역분쟁해결절차간 갈등을 야기할 뿐이다. 다른 한편 보편주의 또는 다자주의의 발전 역시 WTO 분쟁해결제도를 통한 빈번한 제소의 우려를 야기한다.

현 분쟁해결제도 하에서 실제로 더 많은 사건의 처리가 가능할지는 의문이다. WTO 분쟁해결절차는 어떤 의미에서 기로에 서있는 것이다. 새로운 상소기구는 과거 상소기구의 역할을 계속 할 수 있어야 하고, 아니면 스스로 독립할 수 있어야 한다. 회원국들은 계속해서 분쟁해결기구를 이용할 수 있어야 하고, 나아가 그러한 이용관계를 한단계 더높이 발전시킬수 있어야 한다.

회원국 역시 똑같이 평등하게 상소기구의 결정을 거부할 수 있어야 한다. 칸쿤의 실패와 광범위한 국제정치 영역에 현존하는 불확실성은 상소기구와 회원국 관계에 있어 어떤 방향이 발전가능한 것인가 하는 문제를 제기하고 있다.

321) Kim, K. Supra note 316.

바. 정통성의 위기와 국가들의 관행

개방된 다자무역체제는 지난 60년간의 국제경제체제의 한 축을 이루어 왔다. 이는 다른 어떤 세기보다도 세계 많은 나라의 사람들을 위하여 경제성장과 복지의 혜택을 가능케 하였다. 이러한 발전을 유지하고 더욱 진전시키는데 관심을 가지고 있는 사람들은 심각한 제도적 문제를 우려하고 있다. 이러한 제도적 문제들은 시스템으로 구성된 제도 전체의 정통성을 훼손하고 있다.

문제의 제도중 하나가 1994년 창설된 분쟁해결과정에 관한 것이다.³²²⁾ 이 문제는 논란은 있지만 WTO 제도론적 문제 중 가장 중요하고 핵심적인 것이다. 국제무역관계에 있어 뭔가 근원적으로 잘못된 부분이 있다. 아이러니컬 하기도 문제는 우루과이 협상 당시 무역국가들 간의 관계에 있어 법의 지배 역할을 증대시켜 보겠다는 고상한 시도에서 연원한다.

법의 지배의 역할을 강화시키려는 시도는 구속력있는 분쟁해결제도를 WTO에 도입하는 것이었다. 이상주의가 보다 더 현실적인 접근방식을 잠식하는 다른 경우와 달리 의도하지 않은 결과가 발생하여 군대들이 광범위한 상호 피해라고 부르는 것과 유사한 결과가 발생하였다.

새로운 시대 상호간 차이를 걱정없고 자동적인 해결을 통하여 해결하겠다는 인류의 희망은 여전히 무분별한 무역제재를 불식하지 못한 채, 무역에 대하여 보다 많은 제한만을 불러 일으키고 있다. 실제 새로운 제도는 주요 무역국들 사이에 적대감만 강화시키고 있다.

가장 심각했던 사례들은 시민에게도 잘 알려져 있다. 그 한 사례에서 EU는 미국정부가 부과한 ‘외국판매회사(Foreign Sales Corporation)’라는 세목의 세금 조치에 대하여 제소한 바 있다.³²³⁾ 그러한 제소는 동 세금조치로부터 아무런 무역왜곡 효과가 없는걸로 알려져 있음에도 강행되었다. 또한 EU는 문제의 세금조치를 20여년전 상태로 돌려놓겠다는 미국정부의 제의에 동의하기도 하였다.

사실 FSC는 GATT/WTO의 흠결을 보완하기 위한 것이었다. 환언하면 국경세조정, 즉 수출세 경감과 수입세 부과를 통한 최종세를 산출하기 위한 것이었다. 그리고 상품에 부과하는 간접세만을 부과하고, 생산자나 개인 사업자에게 직접세는 부과하지 않도록 하였다.

이러한 구분들에 경제논리상 특별히 정당화 할 수 있는 근거는 찾아 볼 수 없다. 왜냐하면 생산자들은 간접세의 일부분을 흡수할 뿐만 아니라, 직접세의 일부분도 전방으로 소비자에게 전가될 수 있기 때문이다. GATT 협정으로 인한 미국정부의 경제적 피해는 심각하다. 미국은 다른 통상 파트너들과 달리 부가가치세를 부과하지 않기 때문이다. 대신 소득에 대하여 직접 부과되는 소득세가 대부분을 차지하고 있다. 사례에서는 미국과 EU간 협상을 통한

322) 이춘삼. 전개서, 주) 137.

323) United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" - Appellate Body Report and Panel Report Pursuant to Article 21.5 of the DSU - Action by the Dispute Settlement Body WT/DS108/36 | 17 March 2006.

화해가 절실한 상황이었다. 화해는 1981년 이루어졌고 GATT에 적법하게 통고되었다.³²⁴⁾

이는 1969년에서 1970년대에 이르기까지 오래 논의 되었지만, 미해결로 남아 있던 문제에 대한 성공적인 통상외교의 승리의 한 예가 된다. 왜 EU는 미국을 상대로 FSC에 대하여 제소하였을까? 오직 구속적인 분쟁해결을 통하여 미국정부가 아마도 EU를 상대로 두개의 관련되지 않은 승소를 올리게 될 것으로 예상해서일까? 그리고 그에 따라 미국정부가 행사하게 될 보복조치에의 권리 때문일까?

FSC와 호르몬 소고기에 관련된 두개의 사례는 유럽인들의 대응책 마련을 자극하였다. 호르몬 소고기 사건은 유럽이 건강에 위협을 준다는 아무런 과학적 근거없이 호르몬제로 기른 미 쇠고기 수입에 대한 수입금지를 할 수 있는가가 쟁점이 된 사건이다.

미국정부는 EU에 대하여 승소할 수 있는 가능성이 많았고, 이를 이용하여 비록 공허하지만 법적 승리를 맞보았다.³²⁵⁾ EU는 미국정부에 대하여 소고기 문제는 EU가 해결하기 어려운 국내 문제의 하나라고 미국정부에 반복적으로 정보를 제공하였다. 이 사안은 꾸준히 논쟁이 진행되었고 양국은 자신의 입장을 지키기 위하여 완고하였다. 그리고 미국은 무역제제조치를 발동하였다. 실무적인 차원에서 양 당사자 누구도 승리할 수 없는 상황이었다.

분쟁의 대상이 된 미국산 소고기는 EU로의 수입이 허용되지 않았다. 이에 대한 보복조치로 광범위한 범위의 유럽 농산품의 미국으로의 수입이 금지되었다. 미국에 의하여 제기된 통상 분쟁에 대한 눈에 띄는 보복공격의 하나가 전술한 FSC 문제이다. 이 사건은 EU의 차별조치를 대상으로 한다.

미국정부는 실제 자국 영토에서 분쟁의 대상이 된 바나나를 재배하지 않은 사실은 중요하지 않다고 보았다. 이러한 이야기는 흔히 있는 일이다. 즉 WTO 사건은 확실하고, EU는 고집스럽게 완고하고, 미국은 무역제재를 통하여 복수하고, 당사국과 회원국들은 분노하고, 그러 그러한 전형적인 시나리오다. 허를 찔린 EU는 어떠한 트집이라도 잡아 제소의 보복을 안겨 주려 하였다. 그 결과물이 FSC 사건인 것이다.

이 사건에서 EU는 승소하여 미국으로부터의 수입에 대하여 40억 달러의 수입제한을 하겠다고 위협하였다.³²⁶⁾ 이러한 상황을 잘 이해하기 위하여 다른 한 사건을 예로 들어보자.

1998년 일본의 철강 카르텔로 인하여 미국시장에는 카본롤링식 철강이 넘쳐나게 되었다. 이는 아시아 외환위기 기간 중 아시아에서의 급격히 감소하는 수요에 대한 반동이라 할 수 있었다. 이러한 카르텔은 일본 정부의 승인하에 행하여졌다. 한달에 오만톤보다 적은 상대적 으로 수용가능한 수출량에서부터 일본 정부는 단 7개월만에 2.2백만톤의 카본롤링식 철강을 미국에 마구잡이로 수출하였다.

324) Id.

325) Jeff Colgan (2005). The Promise And Peril of International Trade. Broadview Press. p. 126.

326) Id.

미국 생산자들은 분개하였다. 미 국내 철강수요는 전체적으로 기록적 숫자였음에도 일부 기업들은 파산하였다. 일본국 내에서 생산수준과 취업률을 유지하기 위하여 일본정부가 행한 일은 2차 세계대전 이후 가장 비정하고 잔인한 통상공격이었던 것이다. 구속력있는 WTO 분쟁해결제도가 만들어져 있음에도 이러한 왜곡된 차원의 세계가 있다면, 어떤 나라가 다른 나라를 상대로 제소에 의존하여 분쟁을 해결하려 할 것인가?

물론 일본 정부는 WTO법에 따라 합법적으로 인정되어 있는 반덤핑조치를 행한 미국정부를 상대로 제소하였다. 무역 영역에서 뻘뻘스러움에 대하여 시상하는 상이 있다면, 일본 정부는 아마도 금상을 수상하는데 있어 라이벌이 없을 것이다.

미국정부가 부과한 거액의 반덤핑관세를 인정한 WTO 패널의 결정은 적절하였다.³²⁷⁾ 결정은 일본정부의 계속되는 덤핑행위를 방지할 수 있었다. 그럼에도 이상하게도 일본정부는 자신들이 소송에서 승리하였다고 언론에 대대적으로 선전하기 시작하였다.

왜 그랬을까? 일본정부는 미국정부의 반덤핑관세 부과에 있어 불리한 일부 부분의 변경을 패널에 압박하기 위한 전략이었다. WTO에서 미국에 대한 일본의 공격은 집요하고 전략적이다. 일본정부는 한때 미국의 반덤핑조치법을 형해화시키려고 노력한 바도 있었다.

그것은 중상주의 국가정책에 따라 자국 경제의 폐쇄성을 전략적 차원에서 유지할 수 있도록 하기 위한 것이었다. 그로써 잉여 철강을 해외에 싼값으로 덤핑하는 카르텔 형성이 가능하였다. 양국은 각자 승리를 선언하였고, 일본의 국내시장 개편은 연기되었으며, 비경쟁적 국내시장에서 이해관계자들에 의하여 철강시장의 구조조정은 물건너가게 되버렸다.

구속력 있는 국제분쟁해결제도가 야기한 몇가지 사소한 재난 목록에 5번째 재난을 더하여야 한다. 5번째 재난은 흥청망청한 보복조치(carousal retaliation)이다.³²⁸⁾ 물질적 복지의 확대, 즉 무역의 확대는 확실성이라는 변수에 의존한다. 시장접근의 확실성은 기업들이 수출과 수입을 계획할 수 있도록 하는 것과 밀접하게 관련된다.

따라서 농산물 수입에 다양한 관세를 부과하고 공산품에 대하여 선착순 수입쿼터제를 실시하는 것이 고율의 높은 관세보다 훨씬 불확실하고 파괴적이다. 무역장벽에 있어 변화의 파괴적 측면이 있음에도 미 의회는 고집스런 EU에 대하여 매 6개월마다 보복조치를 변경시키고 있다.

분쟁해결절차를 통하여 내려진 결정에 구속력이 인정됨에도 WTO 패널결정을 준수하지 않는 상황이라면, 결정을 이행토록 강제하는 조치를 취하는 것은 논리적으로 당연하다. 이러한 많은 문제들과 그로인한 무역시장의 파행으로 국제통상관계는 심하게 정도를 벗어나고

327) United States - Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan - Status report by the United States - Addendum WT/DS184/15/Add.251 | 16 July 2024

328) Sek, L. (2002, March). Trade Retaliation: The " carousel" Approach. Congressional Research Service, Library of Congress.

있다. 통상외교는 심각하게 얼어 있다. 소송이 바로 가능한 분쟁해결제도도 인하여 의미있는 협상은 실제 무망한 일이다. 결국 간극을 메우기 위하여 분쟁당사국간 차이에 대한 실제적 논의는 소송전략으로 표출될 뿐이다. 이는 정부간 교섭과 협상이 전반적으로 이루어 질 수 없다는 것을 시사한다.

사. 세계경제헌법체제와 민주성의 결손

전술한 바와 같이 이상과 현실은 같듯하다. 국제법 체제는 이상과 현실로 얽혀져 있다. 전자는 보편주의적 국제법관, 후자는 의사주의적 국제법관으로 대변된다. 보편주의적 국제법관을 가진 자들은 세계헌법주의가 가능하다고 믿는다.³²⁹⁾ 그 경제영역에서의 날개짓이 세계경제헌법체제라 불리우는 GATT/WTO이다.

법에 있어 절차법의 중요성은 재언을 요하지 않는다. 법치주의를 중요한 축으로 하는 근대 시민민주주의의 중핵적 헌법원칙의 하나가 적법절차의 원칙이라는 사실은 이를 웅변한다. 우리 역사를 돌아 보더라도 헌법재판소가 만들어지고 헌법소송법이 제정되고 나서야 명실상부하게 기본권 보장제도가 실질적으로 기능한 것 역시 절차법의 중요성을 시사한다.

WTO 분쟁해결제도는 이러한 각성하에 대대적인 수술이 이루어져 구 GATT 시절과 달리 혁신적으로 발전된 제도로 거듭났다. 그러나 이러한 이상은 많은 성과를 낳기도 하였지만, 전술한 바와 같이 결함 역시 많이 노정되어 왔다. 결손의 한 가운데 다음과 같은 몇가지 측면의 구조적 문제가 깔려 있다.

먼저 국제사회를 구성하는 국가들간에는 대국과 소국, 강국과 약소국의 차이로 인하여 국내 정치나 국내법처럼 規範의 受範者(norm receiver)가 동질적인 것이 아니다. 따라서 국가법인 설 같은 형식적 보편주의가 원리대로 작동하기 어렵다. 국가들간 현실적 역사적 특수상황으로 인하여 국제법체제는 국내사법체제와 본질적으로 성격을 달리한다.

한편 국제기구의 분쟁해결기관은 국내 사법기관과 다르므로 협정을 충실하게 선언하는 역할에 머물러야 한다. 그럼에도 국제사법재판소나 WTO 상소기구는 권고적 의견이나 광범위한 협정해석권을 통하여 회원국들이 명시적으로 합의한 사항을 넘어 자신들의 관점과 의견을 구속력있는 법으로 만들고 있다.³³⁰⁾

이는 국제기구 자체가 다수주의나 비례성 같은 민주적 원칙에 따르지 않는 상황에서, WTO 분쟁해결기구가 세계시민을 정치적으로 대표한다고 보기는 더욱 어렵다. 양자조약이나 다자조약 등 국제법을 만들기 위한 국제협상에 임하는 외교관들의 경우 자신들의 전문성을 과신하고 국민을 기속하는 국제법을 쉽게 국민의 의사에 반하여 창출할 수 있다.

이러한 관행에 대하여 국내 헌법상 민주적 통제에 문제가 논의되고 있는 현실이다. 또한 선

329) Kim, K., Supra note 145.

330) Kim, K., Supra note 316.

거에 의하여 선출된 대통령이 임명하고 국회의 동의를 받아 임명되어 간접적으로나마 민주적 대표성을 갖는 국내사법기관과 WTO 상소기구와는 서로 성격을 달리 한다. 따라서 상소기구의 결정은 규범력이나 약한 차원의 구속력은 인정될 수 있어도 강제력은 가질 수 없게 되어 있다.

같은 맥락에서 입법적 성격의 권력처럼 변하여 권력의 비대화로 비판받을 수 있는 사법적극주의(Judicial activism)는 바람직하지 않다. 그러므로 어떤 차원에서 WTO 분쟁해결기관은 중립적 권력기관이라기 보다는 중재자로서의 본질을 갖는다고 할 수도 있다. 분쟁해결제도가 없는 경우 발생할 수 밖에 없는 협정위반과 일방적 보복조치의 악순환을 방지하기 위하여 분쟁해결제도는 많은 역할을 한다. 그러나 그 역할이 국내사법기관 같이 권력적·적극적 성격의 것으로 발전하는 것은 이제까지 살펴본 바와 같이 국가간 마찰과 전략적 탈법행위를 조장할 우려가 있다.³³¹⁾

이러한 불합리는 이상을 추구하면서도 세력균형 같은 뿌리깊은 권력정치와 의사주의적 국제법관이 인간 내면 근저에 깔려있다는 것을 방증한다. 권력정치와 거리가 먼 개도국의 경우에 理想主義나 規範主義는 매력적일 수 있다. 그러나 전술한 바와 같이 개도국들은 실제상 노정되고 있는 분쟁해결제도의 제도적 결함 등으로 인하여 동 제도를 잘 이용하고 있지 않다. WTO 분쟁해결기구는 그동안 많은 선례를 통하여 경제법이 무엇인가를 보여주었다. 한 EU간 소주 위스키 분쟁을 통하여 우리는 스낵과 밀의 차이가 동종상품성 판단에 영향을 미치는 하나의 기준이 될 수 있다는 것을 알게 되었다.³³²⁾

시장에서의 경쟁가능성이 주식인 밀(meal)과 간식인 스낵(snack)간에는 인정되기 어렵다는 것이다. 또한 우리의 주장이 받아들여지지 않았지만, 물품의 현저한 가격차이는 같은 주류라도 시장기반설에 따라 미래의 분쟁에서 다른 상품으로 인정될 수도 있을 것이다. 한편 소주와 위스키간의 교차가격탄력성은 시장에서 직접적 경쟁관계 또는 대체가능성 인정에 있어 중요한 과학적 증거로서 인정되었다. 이러한 판시를 통하여 WTO 패널이나 상소기구는 선례법 체계를 구축하면서 세계경제헌법체제로서 기능하고 있다.

그러나 통상국가들의 실행은 미중간의 통상갈등에서 보듯이 상대국에 대한 일방적 보복조치를 예사로 하고 있다. 분권화된 국제사회와 집권화된 국내사회의 차이로 인한 현실이라 아니할 수 없다. WTO의 본질을 무역에 관한 다자조약으로, 분쟁해결제도의 본질을 중재로 보는 학자들은 통상분쟁을 합의나 약속의 파기로 볼 것이다. WTO의 본질에 있어 입법창설적 성격을 강조하고 분쟁해결제도의 본질을 협정을 해석하고 적용하여 협정의 의미를 밝혀 선례법을 만드는 국내사법기관 같이 보는 관점은 통상분쟁을 WTO법, 즉 협정위반으로 볼 것이다.

이러한 맥락에서 미중간 통상분쟁을 비롯한 국가간의 보복조치의 실행은 법 위반이 아니라 상대방의 약속 파기에 대한 정당한 대응이 될 수도 있다. 약속은 깨지고 주먹은 가깝고 열악한 효력의 약한 법은 먼 것이다. WTO 분쟁해결절차에서 의무적으로 협의절차를 거치게

331) Id.

332) 최원목, 전게서, 주) 156.

하고 국내법이나 국내법원과 달리 결정의 구속력이 인정되지 않고, 또한 판례법으로서의 구속력도 인정되지 않는 것은 분쟁의 원만한 해결이 최우선인 분쟁해결제도는 그 본질에 있어 중재의 성격을 갖는다는 시사하기도 한다.

따라서 WTO 사법적극주의는 이상적 관점에서 중요한 역할을 하지만, 현실적 차원에서 자체해야 한다는 견해도 만만치 않다. 보다 장기적 관점에서 WTO 분쟁해결제도는 더욱 심각한 문제가 내재해 있다. WTO 사무국은 분쟁해결제도를 통하여 입법적 기능을 월권적으로 행사하고 있다는 점이다.

국제기구인 WTO는 당연히 회원국들의 각료로 구성된 각료회의가 최고의사결정기관이 되고 평상시에는 각료회의의 위임에 따라 상설기구인 일반이사회가 최고의사결정기관으로서 역할한다. 이는 국내법상 헌법제정권력 또는 헌법개정권력이나 이들로부터 권력을 위임받아 통치권을 행사하는 정부의 관계 비슷하다. 그러함에도 사무국은 협정 해석상 발생하는 공백을 스스로 채우고 모호한 부분을 자의적으로 명확하게 한다는 차원에서 자의적으로 의미를 부여하는 월권을 행하고 있다.

법을 만들기 위하여 협상하는 나라들이 인정할 수 없는 사무국의 은밀한 결정과 해석선언 등은 주권중심적·의사주의적 국제법 체계를 정면으로 부인하는 것이다.³³³⁾ 따라서 사무국 중심의 WTO 분쟁해결제도는 미국을 비롯한 회원국들의 주권을 침해한다. 왜냐하면 그러한 방식의 분쟁해결에 동의하지 않았기 때문이다. 사무국은 없는 권리와 의무를 만들어 내고 있으며, 정당한 권리는 WTO 회원국에 아무런 책임을 부담하지 않는 자들에 의하여 무시되거나 축소되고 있다.

그때 그때 구성되는 분쟁해결을 위한 패널은 한번으로 그치지만, 사무국의 영향력은 대단하다. 국제관료들이 모여있는 사무국은 회원국들간에 합의된 협상결과를 수호하는 역할을 하는데, 그들이 다루는 분쟁 사안들은 협정문에 따라 간단히 또는 명확하게 해결되기 어려운 것들이다.

이때 사무국은 불행하게도 자신들의 권한과 책임을 행사하는 것이 아니라 스스로 WTO 법을 새로 쓰는 월권을 행사한다. 이와 관련하여 가장 확실하고 심각한 선례가 私營化(privatization)와 관련한 영국 통상분쟁이다.³³⁴⁾ 사안에서 패널은 사영화는 특정 상황에서 이전 인정된 “보조금해당성”을 소멸시킨다고 판시하였다. WTO 협정상 보조금과 덤핑행위는 국가의 부당한 시장에의 개입이나 가격조작으로 무역을 왜곡시키는 대표적 불공정무역관행이다.

보조금협정 어디에도 이러한 결정에 대한 근거를 찾아 볼 수 없다. 그러함에도 불구하고 이러한 결정으로, 미국정부는 패널이 특정한 상황이 존재하는 경우 보조금 조치를 상쇄시킬

333) 김대순. 전거서, 주) 157.

334) Pollock, A. M., & Price, D. (2000). Rewriting the regulations: how the World Trade Organisation could accelerate privatisation in health-care systems. *The Lancet*, 356(9246), 1995-2000.

수 있는 상계관세를 부과할 수 없게 되었다.

이러한 분쟁은 WTO 보조금협정이 협상되고 논의될 당시에 알려진 문제였다. 심지어 EU는 EU 국가보조법에 미국과 동일한 취지의 범조항을 두고 있었다. 그러함에도 불구하고 WTO 사무국의 간여로 새로운 국제법 규칙이 만들어진 것이다.



제 4장 국제사회와 시장의 자유

I. Principles 해설

1. Principles 해설.A

가. 선의 공정거래의 원칙

(1) 계약 당사자는 국제무역에 있어 선의 공정거래의 원칙에 따라 행위하여야 한다.

(2) 계약 당사자는 선의 공정거래의 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.

나. Comment

1. 선의 공정거래의 원칙은 본 계약법원칙을 관통하는 가장 중요한 이상이다. 본 계약법 원칙에는 선의 공정거래의 원칙의 직접 또는 간접 적용에 관하여 여러 장에 걸친 수 많은 관련 조항들이 있다. 조항 1.8을 비롯하여 조항 1.9(2); 2.1.4(2)(b), 2.1.15, 2.1.16, 2.1.18, 2.1.20; 2.2.4(2), 2.2.5(2), 2.2.7, 2.2.10; 3.2.2, 3.2.5, 3.2.7; 4.1(2), 4.2(2), 4.6, 4.8; 5.1.2, 5.1.3; 5.2.5; 5.3.3, 5.3.4; 6.1.3, 6.1.5, 6.1.16(2), 6.1.17(1); 6.2.3(3)(4); 7.1.2, 7.1.6, 7.1.7; 7.2.2(b)(c); 7.4.8, 7.4.13; 9.1.3, 9.1.4, 9.1.10(1) 등을 예로 들 수 있다. 이는 선의 공정거래의 원칙은 본 계약법 원칙을 관통하는 가장 중요한 이상 중 하나라는 것을 의미한다. 일반적으로 “계약당사자는 선의공정거래의 원칙에 따라 행위하여야 한다” 라는 의미는 본 조항 문단 (1)이 명시한 대로 본 원칙에 특별한 규정이 없는 경우에도, 협상과정을 포함하여 계약의 유효기한 동안 당사자의 행위는 선의와 공정거래의 원칙에 부합하여야 한다는 의미를 갖는다.

다. Illustrations

1. A는 청약을 하면서 B가 자신의 청약을 승락할 수 있는 시한을 48시간 이내로 정하였다. B는 승락기한이 도과하기 바로 얼마전 A의 청약을 승락하기로 하였는데, 실제 승락을 하지 못하였다. 그 일시는 주말이었으며 A의 사무실 팩스는 연결이 끊긴 상태였다. 또한 자신의 의사를 녹취할 전화 자동응답장치도 연결되지 않은 상태였다. 다음 날 월요일 A가 B의 승락을 거절한다면 A는 선의의 원칙에 반하는 행위를 한 것이다. 그 이유는 자신이 청약에 대한 승락의 시한을 설정하였으므로, A는 승락시한인 48시간 동안 사무실에서 메시지를 받을 수 있도록 팩스와 전화자동응답장치 등을 점검해 두었어야 하는 것이다.

2. 특별 생산라인의 공급과 설치를 위한 계약 조항에 따르면, 매도인인 A는 매수인인 B에게 A가 생산라인 기술에 대하여 어떠한 개량을 한 경우 그 개량 내용을 B에게 통지할 의무가 있다. 일년 후 B는 자신이 통지받지 못한 중요한 개량이 있는 사실을 알게 되었다. A는 생산라인의 특정 타입의 생산은 더이상 자신의 의무가 아니고, A가 모든 주식을 소유하고 있는 계열회사 C의 의무라는 사실만으로 면책되지 않는다. A가 A의 B에 대한 계약상 의무를 회피하기 위하여 생산의 책임을 특별하게 설립된 다른 법적 주체 C에게 전가하고 그를 원

용하는 것은 선의의 원칙에 반한다.

3. A는 특정한 지역 내에서 B의 물품 판매를 촉진하기 위하여 본인인 B를 대리하는 대리상이다. 대리점 계약하에서 A의 보상에의 권리는 A에 의하여 이루어진 계약의 승인이 있어야만 발생한다. A에 의하여 체결된 계약을 승인할 것인가 여부는 B의 자유이지만, A가 성사시킨 계약에 대한 조직적이고 정당하지 못한 승인 거절은 선의의 원칙에 반한다.

4. A 은행과 은행의 고객 B 사이에 일련의 신용대출계약이 체결되어 오다가 A가 갑자기 부득이하게 더이상 B에게 신용공여를 거부하였고, 이로 인하여 B는 심각한 재정적 손해를 입게 되었다. A에게 언제든지 자신의 의사에 따라 채무의 상황을 앞당길 수 있는 계약 조항이 있다 하더라도, 아무런 정당한 사유가 없음에도 사전 통고 없이 채무상환을 요구하는 A의 행위는 선의의 원칙에 반한다.

라. Comment

2. 선의의 공정거래의 원칙에 반하는 행위의 대표적 사례로 일부 사법시스템에서 인정되고 있는 권리남용 행위가 있다. 권리남용행위는 당사자의 악의적 행위로서 다음과 같은 경우에 인정된다. 예컨대 다른 자에게 단순히 해를 끼치기 위하여 권리를 행사하거나, 권리가 원래 인정되는 목적 아닌 목적으로 사용되는 경우, 권리의 행사가 원래 의도했던 결과로부터 심하게 일탈하는 경우 등이 그것이다.

마. Illustrations

5. A는 소매업을 영위하기 위하여 B로부터 필요한 부지를 임차하였다. 임차기간은 5년이었으나, 3년이 지나자 A는 그 지역 상권이 매우 열악한 처지에 있다는 것을 알게 되었다. A는 자신의 소매업을 폐업하기로 하고 B에게 더이상 부지 임차에 흥미를 갖고 있지 않다고 통지하였다. A의 이러한 계약위반은 계약을 해제하고 손해배상을 구하거나 또는 특정이행을 청구할 수 있는 권리를 발생시킨다. 그러나 위와 같은 상황에서 B가 계약을 해제하면서, 새로운 임차인을 구하기 위하여 필요한 기간동안 발생한 차임 상당의 금원을 손해배상으로 청구하지 않고, 나머지 2년 동안 계약대로 차임을 지급하도록 강제하는 것은 권리의 남용에 해당한다.

6. A는 레스토랑을 운영하기 위하여 B로부터 부지를 임차하였다. 여름기간 동안에 여전히 부지 소유자가 소유하고 있는 실외 부지에 수개의 테이블을 설치하였다. 심야 레스토랑 손님들의 소유으로 인하여 B는 같은 건물 내 아파트들의 임차인을 구하는데 어려움을 겪고 있다. B가 A에게 심야에 실외 테이블에 손님을 받는 것을 중지해 달라고 요청하지 않고, 단순히 A에게 심야에 실외에서 일체의 서비스를 중단하도록 강제하는 것은 자신의 계약상 권리를 남용하는 것이다.

바. Comment

3. 국제교역에 있어 선의 공정거래의 원칙을 준수하여야 한다는 것은 무엇보다도 먼저 본 원칙의 관점에서 두개의 개념이 개별 국가들 사법시스템 내에서 일반적으로 채택된 기준들에 따라 적용되는 것이 아니라는 것을 명확히 하고 있다. 달리 말하면, 그러한 국내법상 기준들은 여러 개별국가의 국내사법시스템에서 일반적으로 수용된 것으로 알려진 한도 내에서 고려될 수 있는 것이다. 사용된 공식의 또 다른 함의는 선의 공정거래의 원칙은 국제무역의 특별한 조건에 비추어 해석되어야 한다는 것이다. 영업관행의 기준은 한 교역 분야에서 다른 교역분야에 이르기까지 상당한 정도로 다양하고 차이가 있다. 심지어 주어진 교역분야 내에서도 기업들이 활동하는 사회경제적 한계, 기업의 규모, 기술적 수준 등에 따라 엄하기도 하고 후하기도 할 것이다. 본 원칙의 여러 조항들과 그에 관한 코멘트에서 ‘선의 공정거래의 원칙’ 만을 언급한 경우, 그러한 언급은 본 조항에서 명시한 ‘국제교역과 관련한 선의 공정거래의 원칙’ 을 지칭하는 것으로 이해되어야 한다.

사. Illustrations

7. 하이테크 장비를 판매하기 위한 매매계약하에서 매수인이 물품을 수령하고 하자를 발견하였거나 발견했어야 할 시점 이후에 부당한 지체없이 물품의 하자를 구체적으로 적시하여 통지하지 않는 한 물건의 하자로 인한 자신의 구제수단을 잃게 되어있다. A는 그러한 장비가 공통적으로 사용되는 나라에서 기업활동을 하고 있는 자로서 장비가 기능할 수 있도록 장비를 설치한 후에 장비의 하자를 발견하였다. 그러나 매도인인 B에게 통지함에 있어 하자의 내용에 관하여 잘못된 적시를 하고 말았다. A는 하자에 대한 보다 신중한 검사가 있었다면 B에게 하자에 대하여 구체적으로 필요한 내용을 적시하였을 것이므로 더이상 하자로 인한 자신의 구제수단을 원용할 수 없다.

8. A가 본 사안과 같은 장비가 지금까지 거의 알려지지 않은 나라에서 기업을 영위한다는 사실 이외에 모든 사실관계가 예시 7과 같다고 가정하자. 이때 A는 손해배상이나 대체품 인도청구 등 물품의 하자를 이유로 한 자신의 구제수단을 상실하지 않는다. 그 이유는 B가 기술에 관한 지식이 결여될 수 밖에 없는 A의 상황을 알고 있었고, 따라서 A가 하자의 내용을 적절하게 파악할 것을 합리적으로 기대할 수 없었기 때문이다.

아. Comment

4. 선의 공정거래의 원칙은 강행적 성격을 갖는다. 선의 공정거래의 원칙에 따라 행위하여야 할 당사자의 의무는 근본적 성격을 갖는 의무로서 문단(2)에 따라 당사자들은 계약을 통하여 동 원칙의 적용을 배제하거나 제한할 수 없다. 당사자간 준수되어야 할 선의 공정거래의 원칙을 배제하거나 제한할 수 없다는 일반적 금지의 구체적 적용에 관하여 3.1.4, 7.1.6, 7.4.13 등을 참조할 수 있다. 한편 예컨대 5.3.3에서 보듯이 본 원칙에 규정된 어떠한 것도 당사자들이 보다 엄격한 행위 기준을 준수할 의무를 부담토록 함의하는 것을 방해하지 아니한다.

2. Principles 해설.B

가. 강행규정

본 계약법원칙 어떠한 것도 그것이 국내법, 국제법, 초국가법등에서 기원하는지 여부와 상관없이 국제사법 법리에 따라 적용되는 경우에는 그 적용을 제한할 수 없다.

(1) 강행규정 우위의 원칙

본 계약법원칙은 국가가 관여하지 않고 만들어진 비법률적 문서이므로 본 계약법원칙이나 그에 따라 체결된 개별적 계약들은 모두 국내법이 규정하고 있는 강행규정에 우선할 수 없게 된다. 나아가 국내법을 넘어 국제사법상 관련 법리에 따라 적용되는 경우에는 국제법(international law)이나 초국가법(supranational law)상의 강행규정에 위반되어서도 안된다.

국내법상 강행규정은 각 국가의 의회가 자신의 고유한 입법권에 바탕하여 제정한 것으로, 특정유형의 계약에 법이 정하는 형식을 요구하거나 과도한 위약금 조항의 무효나 감액, 허가요건, 환경관련 강제규정 등이 이에 해당한다. 국제법이나 초국가법에서 기원하는 강제규정이란 헤이그비스비 협약, 유엔도난또는불법수출문화재협약, 부패방지유엔협약, 유엔인권선언 등은 물론 EU 경쟁법과 같은 초국가기구가 채택한 초국가법 등에서 연원하는 강행규정을 말한다.

(2) 강행규정 광의해석의 원칙

본 조항에서 말하는 강행규정이란 특정 입법에 의하여 광범위한 효력을 발휘하도록 만들어진 것으로, 그 강제성은 명시적으로 선언되거나 해석을 통하여 추론될 수 있다. 그러나 수많은 국가들의 국내 사법시스템 하에서 계약의 자유에 관한 제한은 국내법 또는 국제법이나 초국가법이 지향하는 공공정책에 관한 일반원칙에서 연원할 수 있다. 예컨대 범죄의 실행이나 교사의 금지, 부패관행이나 부정경매의 금지, 인간 존엄성의 보호, 성별, 인종 또는 종교에 근거한 차별의 금지, 교역에 대한 부당한 규제의 금지 등이 여기에 해당한다. 본 조항의 목적상 강제규정의 개념은 넓은 의미로 이해하여야 하고, 구체적 제정법조항은 물론 공공정책 목적을 위한 일반원칙 등을 포괄한다.

(3) 계약법원칙의 원용과 강행규정의 적용

당사자들이 본 계약법원칙이 계약조항으로서 계약에 포섭된다고 합의하는 경우 강행규정은 적용가능하다. 그러나 본 계약법원칙과 같은 연성법에 대한 국내법원의 전통적이고 여전히 강고한 접근방식 하에서, 당사자들이 자신들의 계약관계에 관하여 본원칙에 따르기로 합의한 것은 단순히 계약법원칙을 계약에 편입시키겠다는 합의에 불과하다. 따라서 본 계약법원칙이나 동 원칙에 따라 체결된 개별 계약들은 무엇보다도 먼저 원칙의 한계에 따라야 한다. 또한 당사자들이 계약을 통하여 훼손할 수 없고, 따라서 계약을 지배하는 국내법 법원칙을

존중하여야 한다. 이러한 국내법 조항들은 보통의(ordinary) 또는 국내 강행규정(domestically mandatory)이라 불리운다.

더욱이 강행규정들이 계약관계를 지배하는 법이 무엇인지 상관없이 적용되어야 하는 경우에는 법정지국의 강제조항이나 다른 국가들의 강행규정들도 적용될 수 있다. 특히 적용될 수 있는 “다른 국가들의 강행규정” 에서 “다른 국가들” 이란 다른 국가들과 문제의 계약이 충분히 밀접한 연관성을 갖는 경우라 할 수 있다.

(4) 계약법원칙의 참조

중재판정부에 분쟁이 제기되었다고 가정하고 전문에 대한 코멘트 4 lit.(a) 4문장처럼 계약법원칙이 계약을 지배하는 법이 되는 경우, 계약법원칙은 더 이상 국내법상 통상의 강행규정에 따른 한계를 가지지 않는다.

법정지법 또는 다른 나라들의 지배적 성격이 있는 강행규정이 문제되는 경우, 그러한 강행규정의 적용여부는 기본적으로 사안의 정황에 따라 달라진다. 일반적으로 볼때에 국제중재에 있어 중재판정부는 미리 정해진 법정지(predetermined lex fori) 개념이 없으므로, 중재판정부는 중재절차와 판정이 행해지는 중재장소 국가의 강행규정을 적용할 수 있다. 물론 의무적으로 적용하여야 하는 것은 아니다.

법정지국이나 사건과 중요한 관련성이 있는 다른 나라의 강행규정을 적용할 것인지 여부를 결정함에 있어, 중재판정부는 2012년 ICC 중재규칙 제41조에서 규정하는 바와 같이 중재결정이 법상 집행가능하도록 모든 노력을 다하여야 한다. 그러한 전제하에 중재판정이 이행을 구하는 나라들의 강행규정 적용 여부에 대하여 특별한 주의를 기울일 수 있다.

더욱이 중재판정부는 초국가적 공공정책 또는 초국가적 공적 질서와 같이 범세계적 사법시스템의 하나이자 기본적 원칙으로 널리 수용된 본 계약법원칙을 반영한 그러한 강행규정들을 적용하는 것이 필요한가 여부를 고려할 수 있다.

(5) 국제사법상 인정되는 법원칙

개별 사안에 관련되는 국제사법 원칙들로 돌아가 분쟁사안에 적용할 수 있다. 국내법원이나 중재판정부가 국제상사계약에 적용가능한 강행규정인가 여부를 결정함에 있어 그 접근방식의 차이가 상당하므로, 본 조항은 어떠한 강행규정이 적용되어야 하는가 여부에 관하여 자세히 규정할 수 없다.

대신 본 조항은 개별적으로 주어진 사안에서 그 해결을 위하여 필요한 국제사법상 인정되고 관련성이 있는 법원칙들에 관하여 규정하고 있다. 이러한 법원칙들의 예로 EC 규정 제9조 No. 593/2008 (Rome I) (계약상 의무에 적용되는 1980년 로마조약 제7조를 대체하는 조항임); 1994년 국제계약에 적용되는 법에 관한 미주협약 제11조; 2015년 헤이그 국제사법협약 국제상사계약에 적용될 법선택에 관한 법원칙 제11조; 유엔국제상사중재에관한모범법 제28

조, 제34조 및 제 36조; 중재판정의 승인과 집행에 관한 뉴욕협약 제5조 등을 들 수 있다.

3. Principles 해설.C

가. 미확정인채로 남겨진 계약조건

(1) 만약 당사자들이 계약을 체결하려고 의도하면서도 계약의 일부조항에 관한 합의를 의도적으로 이후 협상에서 정하기로 하거나, 아니면 당사자 중 1인 또는 제3자가 결정하기로 하는 등 명확하게 합의되지 않은 상태로 놓아두고 계약의 합의에 이르렀다면, 그것만으로 계약의 체결과 그 효력을 부인할 수 없다.

(2) 계약의 존재는 이후 (i) 당사자들이 방기된 계약조항에 관하여 합의가 없었거나 (ii) 계약조항 내용을 결정하여야 할 당사자 (iii) 또는 제3자가 그 내용을 결정하지 않은 경우라 하더라도 그 존재에 아무런 효력을 미치지 못한다. 다만 계약이 유효하게 존재하기 위하여는 당사자들의 의사를 살펴 당시의 정황에서 방기된 계약조항의 내용을 확실하게 정할 수 있는 합리적인 대체수단이 존재하여야 한다.

나. Comment

1. 계약은 당사자들이 단순히 협상과정에서 그냥 지나쳐 하나 또는 여러 쟁점에 관하여 합의없이 방기될 수 있다. 그러나 만약 당사자들이 동일한 유형의 거래에서 필수적인 내용에 합의하였다면, 계약은 방기된 조항에도 불구하고 체결된 것으로 보아야 하고 합의되지 않은 내용들은 코멘트 2.1.2에서 설명한 바와 같이 본 계약법원칙 4.8 또는 5.1.2에 따라 보충될 수 있다.

본 조항에서 다루는 내용은 이러한 경우와는 좀 다른 경우이다. 본 조항의 경우 계약당사자들은 계약 체결 당시 계약 조항의 내용에 관하여 결정할 수 없거나 결정할 의사가 없어, 하나 또는 그 이상의 조항에 관하여 의도적으로 계약 조항의 내용에 합의하지 않고 방기한 경우이다. 그리고 이후 시점에서 그 내용의 결정이 당사자들의 합의 또는 당사자 중 1인 아니면 제3자에 맡겨진 경우이다.

장기계약에서만 볼 수 있는 것은 아니지만, 후자의 경우 특히 장기계약관계에서 흔하게 볼 수 있으며, 다음의 중요한 두가지 문제를 야기한다. 첫째, 당사자들이 의도적으로 계약조항의 내용에 합의하지 않고 방기한 것이 계약이 유효하게 존재하지 못하도록 방해하는가? 둘째, 만약 그러한 경우에도 계약이 유효하게 존재한다면, 당사자들이 이후 합의에 이르지 않거나 결정을 하여야 할 당사자 일방 또는 제3자가 결정을 하지 않은 경우 계약의 운명에 어떠한 영향이 미치는가?

2. 확정되지 않은 계약조항 그 자체만으로 계약의 유효한 체결에 방해가 되는 것은 아니다. 문단 (1)은 당사자들이 계약을 체결하기로 의도하면서도 계약의 일부 조항에 관한 합의의 의도적으로 이후 협상에서 정하기로 하거나 아니면 당사자 중 1인 또는 제3자가 결정하기로 한 경우 등 명확하게 합의되지 않은 상태로 놓아두고 계약의 합의에 이르렀다면, 그것만으

로 그 계약의 체결과 효력을 부인할 수 없다고 하고 있다.

명확한 규정이 없는 경우 확정되지 않은 조항에 상관없이 계약을 체결하려는 당사자의 의사는 다른 정황을 통하여 추론될 수 있다. 예컨대, 문제의 조항이 중요하거나 필수적인 성격의 것이 아니거나 계약 전체적으로 합의의 내용이 대부분 확정적인 경우라면 당사자들의 그대로 계약을 체결하려고 의도했다고 볼 수 있는 것이다. 또한 확정되지 않은 조항이 사안의 성격상 오직 이후 시점에서만 결정될 수 있다는 사실 또는 당사자간 합의가 부분적이지만 이미 이행되었다는 사실 등도 그러한 정황의 하나가 될 수 있다.

다. Illustrations

1. 선박해운회사 A가 B의 컨테이너 터미널로 사용하기 위하여 터미널 운영자인 B와 상세한 내용의 계약을 체결하였다. 동 합의는 물건을 방출할 컨테이너의 최소 분량, 매년 하적해야 할 분량과 지급하여야 할 요율을 확정적으로 정하고 있다. 한편 여분의 컨테이너에 대한 요율은 최소 분량이 충족되는 경우 그 시점에 정하도록 공란으로 남겨 놓았다. 2개월 후 A는 B의 경쟁기업이 보다 좋은 조건을 제시한다는 것을 알고 합의의 이행을 거절하였다. A는 이행 거절의 이유로 요율의 문제가 상호 원만히 해결되지 않았으므로 B와의 계약은 전혀 구속력을 갖는 계약이 아니라고 항변하고 있다. A는 계약의 이행 거절에 대하여 책임을 부담한다. 왜냐하면 당사자간 합의가 상세히 이루어졌고, A와 B 모두 즉시 계약을 이행하기 시작하였다는 사실은 그들의 의사가 구속력 있는 합의를 의도한 것이라는 것을 명백히 시사하기 때문이다.

라. Comment

3. 확정되지 않은 조항의 내용을 확정하기 위한 당사자간 합의절차가 제대로 이행되지 않은 경우 계약의 운명은 어떻게 될까? 당사자들이 확정되지 않은 조항에 관하여, 그 확정을 위한 합의에 이르지 못하거나 내용을 결정하여야 할 당사자 또는 제3자가 내용을 결정하지 않는 경우 당해 계약이 종료하는가 하는 문제가 발생한다. 본 조항 문단(2)에 따르면 계약이 유효하게 존재하는가 하는 여부는 당사자들의 의사를 살펴 당시의 정황에서 방기된 계약의 조항 내용을 확실하게 정할 수 있는 합리적인 대체수단이 존재하는가 여부에 달려 있다.

확정되지 않은 조항 내용을 정하기 위한 대체수단은 일반적으로 제5장 섹션 1 및 제6장 섹션 1의 갭 필링 조항들의 적용을 통하는 것이다. 예컨대 5.1.7(1)에 따라 가격을 결정하거나, 갭필링 조항들이 적절하게 관련된 불확정 내용을 보완하는 경우 6.1.1에 따라 이행시한을 정하는 것 등이 그러한 경우에 해당한다. 비록 갭필링 조항들이 불확정한 조항의 계약 대상을 커버하는 경우라도 그러한 조항들이 부적절한 상황이 있을 수 있고, 특히 장기계약의 경우에는 더욱 그러하다. 이때에는 불확정한 계약조건은 4.8이나 5.1.2에 의하여 보완되어 확정될 수 있다.

당사자들이 확정되지 않은 계약조건의 결정을 저명한 기관, 예컨대 국제재판소 또는 국제상

업회의소 기관들의 장이 지명하는 제3자에게 위임하였으나, 제3자가 당해 계약조건을 결정하지 않은 경우 새로운 제3자가 지명될 수 있다. 새로운 제3자가 지명되어야 할 필요가 있는 경우에는 현실에서 혼하지 않다. 결정되어야 할 불확정계약조건이 중요한 의미를 가지지 않은 경우에는 별다른 문제가 발생하지 않는다. 반면에 결정되어야 할 계약조건이 분쟁의 대상이 된 계약유형에서 중요한 의미를 갖는 경우에는, 당사자들이 당해 계약이 유효하게 존재한다는 것을 의도하였다는 명백한 증거가 제시되어야 한다. 이때 고려되어야 할 요소들은 문제의 계약조건이 그 성격상 오직 이후 단계에서만 결정 가능한 사항인가 또는 분쟁의 대상이 된 계약이 부분적으로 이행되었는 가 등등 다양하다.

마. Illustrations

2. 사실관계는 예시 1과 동일하다. 다만 하적되어야 하거나 방출되어야 할 컨테이너의 최소 분량이 정하여졌을 때, 부가되는 컨테이너의 효율에 관하여 당사자들이 합의하지 않았다고 가정하자. A는 계약은 이제 종료되었다고 주장하면서, 계약의 이행을 중단하였다. A는 불이행에 대하여 책임이 있다. 그 이유는 당사자들이 계약을 이행하기 시작할 때에 불확정한 계약조건이 미래가 그들의 계약관계의 지속을 위한 전제조건이라는 데에 합의하지 않았다는 사실은 불확정한 계약조건이 합의가 없는 경우에도 당사자들은 계약의 유효한 존재를 지지하려는 의사가 있다는 것을 스스로 증명하기 때문이다. 계약이 진행됨에 따라 부가되는 컨테이너는 5.1.7에 규정된 기준에 따라 결정되어야 한다.

바. Comment

4. 전술한 바와 같이, 특히 장기공급계약 같은 경우에 당사자들은 계약조건이 계약의 이후 시점의 의무에만 관련되는 경우, 당사자들은 당해 계약조건을 이후에 합의하도록 불확정한 채로 놓아둘 수 있다. 예를 들어 당사자들은 2년 또는 그 이후 연도에 적용될 가격은 불확정한 채로 놓아두고 계약의 첫해 동안에 한하여 적용될 가격에 대하여 합의할 수 있다.

똑같은 원리로 당사자들이 예컨대 계약 물품인 기계의 인도전에 건물이 완공될 것을 전제로 하였다면, 물품의 인도기일을 불확정한 채로 놓아두고 계약을 체결할 수 있다. 그러한 상황에서 가격에 대한 계약조건이 5.1.7에 따라 적절하게 보완·확정되거나 또는 이행시기에 대한 계약조건이 6.1.1에 따라 적절하게 보완·확정될 수 없다. 그러한 경우 계약조건이 적절히 보완은 4.8 또는 5.1.2에 따라 보완·확정될 수 있다.

사. Illustrations

3. 사실관계는 예시 1과 같다. 다만 부가되는 컨테이너에 대하여 지급하여야 할 효율이 1년 차에 대하여 확정되었으나, 2년차 또는 그 이후 연도에 대한 효율에 대하여는 아직 확정되지 않은 채로 남겨져 있다고 가정한다. 그러한 경우에 5.1.7에 따라 계약체결시 가격을 참조하여 컨테이너 효율을 정하는 것은 적절하지 않다. 오히려 첫해 연도 말의 가격을 참조하여 효율을 정하는 것이 보다 적절할 수 있다. 그러한 효과를 갖는 계약조건은 4.8 또는 5.1.2에

따라 보완·확정될 수 있을 것이다.

4. X는 전력회사로서 새로운 전력송출소를 건설하려는 계획을 세웠다. X는 Y로부터 발전기를 구입하려고 하고 있다. 발전기는 건물이 완공된 후에 전력송출소 발전기 건물의 기초부위에 직접 부착·설치될 예정이다. 발전기는 발주된 후 3년이 넘어서야 인도될 예정이다. X는 아직 전력송출소의 건설을 위한 건설계약을 체결하지 않은 상태이고, 발전기 건물은 건설계약이 효력을 발생한 후 6개월이면 완공될 예정이다. X는 이제 발전기 구매계약을 체결하려고 하고 있는 바, 시간 내에 발전기가 인도되기를 바라고 있다. 그러나 인도 시기를 확정하지 못한채 미확정 상태로 놓아 두고 있다. 당사자들이 발전기의 인도시기를 향후 합의에 따라 정하기로 한것이다. 당사자들이 인도시기에 관하여 합의하지 않은 경우, 6.1.1에 따라 X와 Y 사이에 계약이 체결된 이후 합리적 기간내에 인도가 이루어지지고, 그 시점을 인도시점으로 결정하는 것은 적절하지 않다. 오히려 발전기 건물의 완공시점을 참조하여 인도시기를 결정하는 것이 적절할 수 있다. 그러한 결과에 이르기 위하여는 4.8 또는 5.1.2에 의하여 미확정 인도시기를 보완·확정하는 것이 타당하다.

4. Principles 해설.D

가. 惡意에 의한 협상

- (1) 당사자는 협상의 자유를 가지며 합의에 이르지 못한 경우에도 책임을 부담하지 않는다.
- (2) 그러나 악의의 협상당사자 또는 악의로 협상을 중단시킨 자는 그로 인하여 상대방이 입은 손해를 배상하여야 할 책임이 있다.
- (3) 특히 상대방과 계약에 합의할 아무런 의사를 가지고 있지 않음에도 협상을 개시하거나 계속하는 당사자는 惡意의 당사자이다.

나. Comment

1. Freedom of negotiation

법의 일반원칙에 따라 당사자는 계약을 체결할 목적으로 언제 누구와 계약을 체결할 것인가를 결정할 자유가 있다. 또한 어떻게 그리고 얼마나 오랫동안 합의에 도달하기 위하여 협상을 계속할 것인가를 결정할 자유가 있다. 이러한 자유는 본 원칙 1.1의 계약자유 원칙의 한 내용을 구성하며, 국제무역에 종사하는 기업인들 사이에 건전한 경쟁을 보장하기 위한 필수적 요소가 된다.

2. Liability for negotiating in bad faith

자유롭게 협상을 개시하고 협상의 대상이 되는 내용에 관하여 결정을 내리는 것은 당사자의 권리이지만, 그 자유에 한계가 없는 것은 아니며, 당사자의 협상의 자유는 1.7에 규정된 선의공정거래의 원칙에 위반되어서는 안된다.

본 조항 문단(3)에 명시적으로 예시된 바와 같이 악의의 협상에 해당하는 대표적 사례가 상대방 당사자와 합의할 의사가 전혀 없음에도 협상을 개시하거나 협상을 계속하는 경우이다. 다른 예로 일방 당사자가 허위의 사실을 진술하거나 당사자나 계약의 본질에 비추어 고지하여야 할 사실을 고지하지 않음으로써, 의도적으로 또는 과실에 의하여 제안된 계약의 내용이나 성격에 관하여 상대방을 오류에 빠뜨리는 것이다. 물론 어떠한 경우에는 비밀유지의무를 지켜야 할 의무가 있는데, 이에 대하여는 조항 2.1.16을 참조하여야 한다.

악의의 협상으로 인한 당사자의 책임은 문단(2)에 따라 상대방 당사자가 그로 인하여 입은 손해에 한정된다. 환언하면 손해를 피몽한 당사자는 협상으로 인하여 발생한 비용이나 다른 제3자와 계약을 체결할 수 있는 기회를 상실한 것에 대하여 보상받을 수 있다. 우리는 후자를 신뢰이익 또는 부정적 이익(reliance or negative interest)에 관한 손해라 부른다.

다. Illustrations

1. A는 자신 소유의 레스토랑을 매도하려는 B의 의사를 알게 되었다. A는 B의 레스토랑을 구입할 아무런 의사가 없음에도 오랜 시간 B와 협상을 하였다. 그 이유는 순전히 자신의 경쟁자인 C와 B가 매매계약을 체결하는 것을 막기 위한 의도였다. A는 C가 다른 레스토랑과 협상을 진행하자 협상을 더이상 진행하지 않았는데, 이때 A는 자신의 악의의 협상으로 인하여 발생한 B의 손해에 대하여 책임이 있다. B의 손해는 A의 행위로 인하여 매도 기회를 놓침으로써 발생한 가액 차이는 물론 증거에 의하여 확인할 수 있는 기타 다른 손해를 포함한다.

2. A는 B의 나라 군대에 의하여 구입되는 군사장비의 구매촉진을 위하여 B와 협상 중이다. 협상이 진행되면서 A는 B가 자신의 정부로부터 B의 비용의 지불을 승인받기 위하여 필요한 수입면허를 받지 못할 것이라는 사실을 알게 되었다. A는 이러한 사실을 B에게 숨기고 결국 계약을 체결하였다. 그러나 체결된 계약은 수입면허를 받지 못하여 이행되지 못하였다. A는 A가 필요한 수입면허를 얻는 것이 불가능하게 된 것을 안 때로부터 B에게 발생한 비용 상당의 손해를 배상할 책임이 있다.

3. A는 B의 지사로부터 은행 대출을 얻기 위하여 오랜 시간에 걸쳐 협상을 진행하고 있다. 협상이 막바지에 이르자 지사는 자신의 기관은 계약에 최종 서명할 수 있는 권한이 없으며, 자신의 본사는 계약 초안을 승인하지 않기로 결정하였다는 사실을 통지하였다. A는 그 과정에서 다른 은행으로부터 은행 대출을 얻게 되었다. 이때 A 은행은 협상으로 인한 비용과 다른 은행으로부터 은행 대출을 얻기 이전까지 협상의 지연으로 인하여 발생한 일실이익 상당의 손해에 대한 배상을 청구할 수 있다.

3. Agreement to negotiate in good faith

반대로 만약 당사자가 선의로 협상을 진행할 의무에 대하여 구체적으로 합의한 경우, 그러한 의무를 이행하지 않은데 대하여 당사자들은 모든 적절한 구제수단을 원용할 수 있다. 상대방 당사자에게 협상을 하도록 강권할 수 있는 합의 이행청구권 또는 법적으로 필요한 요건이 충족되었다는 것이 증명되는 경우, 기대이익이나 적극이익을 반영하는 기타 구제수단을 주장하거나 원용할 수 있다.

당사자간 선의로 협상하여야 할 의무에 합의한 경우에는 최소한 합의에 이루려는 진지한 의사를 요구한다. 그러나 계약이 필히 체결되어야 하는 것을 요구하는 것은 아니다. 물론 이러한 의무는 또한 조항 1.8이나 2.1.16과 같이 본 원칙하에서 인정되고 있는 다른 의무들을 대체하는 것은 아니다.

복잡한 내용을 담은 장기계약의 경우 선의로 협상에 임할 의무에 합의한 당사자들의 경우, 계약의 성격과 상업적 맥락에 비추어 그러한 의무를 보다 구체적으로 합의하길 원할 수 있다.

라. Illustrations

4. 계약 당사자인 A와 공급자 B는 A가 핵심건설계획에 성공하는 경우 장비의 공급을 위하여 선의의 협상을 진행하자는 경매전 합의를 이루어 냈다. A는 건설계약을 따내었지만, B와 사전 접촉을 한 후 어떤 이유에서인지 협상을 계속하기를 거부하였다. 이때 B는 합의된 대로 선의로 협상을 계속 진행할 의무를 다하도록 강제할 수 있다.

마. Comment

4. Liability for breaking off negotiations in bad faith

협상을 중단할 수 있는 권리 역시 선의공정거래의 원칙에 따라야 한다. 한번 청약의 의사표시가 행해지면, 청약의 취소는 조항 2.1.4에 규정된 법적 제한을 준수하여야만 취소가 가능하다. 그러나 이러한 단계에 이르기 전이라도, 또는 수많은 교섭으로 유효한 청약과 승락의 존재를 확정할 수 없이 협상과정이 진행중인 경우에는, 당사자는 더이상 갑자기 그리고 아무런 정당한 사유없이 협상을 중단할 수 있는 자유를 가질 수 없다.

협상의 결과가 무망하여 협상을 중단할 수 시점이 언제인가 하는 문제는 사안의 정황에 의존한다. 예컨대 상대방 당사자가 다른 당사자의 행위의 결과 협상의 긍정적 결과를 기대할 이유가 강인가 아니면 약한가 또는 당사자들이 이미 합의한 미래의 계약에 관련한 쟁점의 개수가 많은가 아니면 적은가 등이 변수로 기능할 수 있다.

바. Illustration

5. A는 B가 경험을 얻기 위하여 노력하고 미화 30,000 달러 상당의 투자 준비를 갖춘 경우 프랜차이즈 영업권을 부여하겠다고 약속하였다. 그후 2년 동안 프랜차이즈 영업권을 부여하겠다는 A의 약속만을 믿은채, B는 계약을 체결할 목적으로 준비를 위하여 많은 노력을 하였다. 계약에의 서명을 위하여 필요한 모든 것이 갖추어진 상황에서 A는 B에게 매우 높은 수준의 투자를 하여야 계약을 체결할 수 있다고 알려 왔다. B는 A의 통지에 대하여 이의를 제기하고, 계약체결을 목적으로 준비를 추진하면서 발생한 비용을 A로부터 배상받을 수 있다.

5. Principles 해설.E

표준조항과 비표준조항간에 모순·저촉이 있는 경우에는 비표준조항이 우선한다. 표준조항들은 그 정의에서 알 수 있듯이 미리 당사자나 제3자에 의하여 정하여지거나 그 내용에 대하여 당사자들간 아무런 검토와 협상 없이 개별 계약에 포섭된 경우라 할 수 있다. 이에 관하여 2.1.19(2)를 참조할 수 있다.

당사자들이 자신들의 계약의 개별조항들에 관하여 구체적으로 협상하고 합의할 때마다 그러한 조항들은 표준조항에 포함된 모순·저촉되는 조항들에 대하여 우선적 효력을 갖는다. 그 이유는 물론 주어진 상황하에서 그러한 조항들이 당사자들의 의사를 보다 잘 반영한다고 보기 때문이다.

개별적으로 합의된 조항들은 표준조항처럼 같은 문서에서 발견되지만, 어떤 경우에는 다른 문서에 포함되기도 한다. 첫번째 경우에는 표준조항과 다른 서체로 쓰여져 발견되는 것이 보통이어서 쉽게 식별이 가능하다.

두번째 경우에는 표준조항과 비표준조항을 구별하기가 보다 어려울 뿐 아니라, 다른 문서들 간 위계관계에 있어 명확한 서열을 결정하기가 쉽지 않다. 이러한 결과 당사자들은 대부분의 경우 자신들의 계약의 한 부분을 이루고 그들간 개별적 비중에 관하여 명시적으로 규정하는 계약조항을 두는 것이 보통이다. 그러나 표준조항의 변경이 표준조항의 삭제와 그와 다른 조항의 삽입에 의한 방식이 아니고 오직 구두에 의한 합의에 따라 이루어진 경우에는 특별한 문제들이 발생한다.

또한 그러한 표준조항들은 당사자들에 의하여 서명된 서면이 배타적 성격을 갖는다거나 자신들이 합의한 사항에 무엇을 부가하거나 또는 변경하기 위하여는 서면에 의하여야만 효력이 있다는 취지를 담은 조항을 포함하게 된다.

6. Principles 해설.F

가. 표현된 대리행위

(1) 대리인이 자신의 대리권범위 내에서 대리행위를 하고 제3자가 대리인이 대리행위를 하고 있다는 것을 알았거나 알 수 밖에 없는 상황이라면, 대리인의 행위는 본인과 제3자간의 법률관계에 직접적으로 영향을 미치게 된다. 이때 대리인과 제3자간에는 아무런 법률관계가 발생하지 않는다.

(2) 그러나 대리인이 본인의 동의하에 당해 계약의 당사자가 된 경우에는 대리인의 행위는 대리인과 제3자간의 법률관계에 한하여 영향을 미친다.

나. COMMENT

1. “Disclosed” agency

대리인의 대리행위의 효과에 관하여 섹션은 2가지 기본 상황에 따라 다른 취급을 하고 있다: 대리인이 본인을 위하여 대리행위를 하였고 행위가 자신의 대리권 범위안에 있으며, 제3자가 대리인이 대리인으로서 행위하였다는 것을 알거나 알 수 밖에 없는 경우가 그 하나다. 다른 하나는 대리인이 자신의 대리권한 범위내에서 대리행위를 하였고, 제3자가 대리인이 대리인으로 행위한다는 것을 알지 못하거나 알 수 밖에 없는 상황이 아닌 경우가 다른 하나이다. 첫번째 상황이 유권대리의 경우이고 정상적인 대리행위라 할 수 있다.

2. Agent’ s acts directly affect legal relations between principal and third party

유권대리의 경우 대리인의 대리행위는 제3자와의 관계에서 직접적으로 본인의 법적 지위에 영향을 미친다. 따라서 대리인이 체결한 계약은 직접적으로 본인과 제3자를 서로 상대방에게 기속시킨다. 마찬가지로 대리인이 제3자에게 표시하거나 수령한 모든 의사의 통지는 마치 본인이 행한 법률행위처럼 본인의 법적 지위에 영향을 미친다.

다. Illustrations

1. A는 컴퓨터 제조업자인 B를 위한 판매대리상으로 일정 수량의 컴퓨터 구매를 위한 C 대학의 주문을 수령하고 매매계약을 체결하였다. 동 매매계약은 C에 대하여 본인인 B를 직접 기속한다. 따라서 C에게 컴퓨터를 인도할 법적 의무는 A 아닌 B에게 있는 것이며, C가 지급할 매매대금을 수령할 권한도 B에게 있다.

2. 동일한 사실관계에서 인도된 컴퓨터 중 하나에 하자가 있다고 가정하자. 이때에 C가 A에게 그러한 하자의 존재를 통지한 경우 그 통지의 효과는 직접적으로 B에게 발생한다.

3. Acting in the principal' s name not necessary

본인과 제3자간 직접적 법률관계를 창설하기 위하여는 대리인이 자신의 권한범위 내에서 대리행위를 하였고 대리인의 대리행위가 본인을 위한 것이라는 사실을 제3자가 알거나 알 수 밖에 없다는 사실이 존재하는 것으로 충분하다. 반면에 본인과 제3자간의 법률관계의 창설을 위하여 대리인이 필히 본인의 이름으로 대리행위를 할 필요는 없다(원칙 2.2.(1)).

그러나 실무상 대리인이 자신의 이익을 위하여 자신의 대리행위가 특정인을 위한 것이라는 사실을 명백히 표시하는 경우가 대부분이다. 일반적으로 계약이 당사자들의 서명을 필요로 하는 경우, 대리인은 단지 자신의 이름으로 서명하는 것은 바람직하지 않다. 환언하면 서명 시 본인의 이름과 함께 “본인을 위하여 또는 본인을 대리하여“라는 문구를 부기함으로써 계약으로 인한 개인적 책임을 부담하여야 할 위험을 줄일 수 있는 것이다.

라. Illustrations

3. 사실관계가 앞선 사례와 동일하다고 가정하자. C에 대한 관계에서 B를 직접적으로 기속하는 매매계약을 위하여 A가 C의 전화상 주문을 접수할 때에 자신의 이름으로 대리행위를 하였는가 아니면 B의 이름으로 접수하였는가 여부는 아무런 상관이 없다.

4. 컴퓨터 전문가인 A는 국제사례법에 관한 특별 데이터베이스를 위한 컴퓨터 프로그램을 만들기 위하여 연구센터의 C를 접촉하였다. 소프트웨어 회사 B의 종업원으로서 자신의 권한범위내에서 계약을 체결할 당시, A는 자신이 B를 위하여 대리행위를 한다는 것을 명시적으로 진술하여야 한다. 만약 A가 B에 대한 아무런 언급없이 계약에 서명한다면, C는 계약에 따라 A에 대하여 개인적으로 책임을 추궁할 수 있다.

4. Agent undertakes to become party to the contract

대리인은 공연하게 본인을 위하여 행위를 하는 경우에도 예외적으로 제3자와 계약을 체결하고 스스로 계약당사자가 될 수 있다(문단 (2)). 이는 특히 본인이 익명으로 남기를 원하면서 대리인에게 소위 ‘위원회형 대리인(commission agent)’으로 역할하도록 지시한 경우에 가능하다. 이때 위원회형 대리인이란 자신의 이름으로 제3자와 협상하되 본인과 제3자간에 아무런 직접적 관계를 창설하지 않는 대리인이다.

이러한 관계는 제3자가 대리인 이외에는 아무하고도 계약을 체결하지 않겠다고 명확히 선언하고, 대리인은 본인의 동의하에 본인 아닌 자신이 홀로 계약에 기속되겠다고 합의한 경우에 발생한다. 양자 어떠한 경우이든 본인과 대리인간 합의에서 사용한 용어와 조건에 따르며, 대리인이 제3자와의 계약하에서 일정한 권리를 취득한 경우 그는 본인에게 그 취득한 권리를 양도하여야 한다.

이와 전적으로 다른 경우로 대리인이 개입하여 본인과의 약속에 위반하여 제3자와 계약을 체결하고 계약당사자가 되겠다는 결정을 하는 경우가 있다. 그렇게 함으로써 대리인은 더이

상 대리인으로서 행위하는 것이 아니며, 이러한 경우 대리인의 권한 문제를 다루는 본 섹션 범위 밖의 문제가 된다.

마. Illustrations

5. 딜러인 B는 밀의 가격에 상당한 정도의 가격상승이 있으리라 기대하면서 큰 규모의 밀을 구입하기로 결정하였다. B는 스스로 익명으로 남기를 원하면서 밀 구입 사무를 거간꾼 A에게 위탁하였다. 공급자 C는 A가 본인을 위하여 밀을 구입한다는 사실을 안 경우에도 구매계약은 A와 C를 기속하며 B의 법적 지위에 직접적으로 영향을 미치지 못한다.

6. 해외 구매자 B를 위하여 대리인인 A가 특정 상품의 구입을 목적으로 공급자 C에게 주문을 발주하였다. B를 알지 못하는 C는 B의 주문의 확인을 계속하여 요구하자, A는 C에 대하여 스스로 책임이 있다는 사실을 인정하였다. 비록 C가 A가 B를 위하여 구매를 하였다는 사실을 안다고 하여도, 당해 구매계약은 A와 C를 기속하며 B의 법적 지위에 대하여 직접적으로 영향을 미치지 못한다.

7. 딜러 B는 대리인 A에게 자신을 위하여 일정량의 석유를 구입해 주도록 지시하였다. A가 공급자 C와 오일 매매계약을 체결하려 하자, 산유국들이 생산량을 큰 폭으로 감량하려고 한다는 뉴스가 전해졌다. A는 석유 가격의 상승을 기대하면서 자신을 위하여 스스로 석유를 구입할 것을 결정하였고, 유일한 상대방 당사자로서 C와 계약을 체결하였다. 그렇게 함으로써 A는 본인을 위한 대리인으로서 행위하는 것을 포기한 것이며, 그의 행위의 결과는 더 이상 본 섹션에 의하여 규율되지 않는다.

7. Principles 해설.G

가. 대리권의 창설

- (1) 본인의 대리인에 대한 대리권 수여는 명시적 또는 묵시적으로 가능하다.
- (2) 대리인은 주어진 상황 하에서 대리권 수여의 목적을 달성하기 위하여 필요한 모든 행위를 할 수 있는 권한이 있다.

나. COMMENT

1. Express or implied grant of authority

문단 (1)은 본인의 대리인에 대한 대리권 수여가 어떤 특별한 형식 요건이 필요하지 않으며, 명시적으로 또는 묵시적으로 수여될 수 있다는 것을 명확히 하고 있다. 명시적 대리권의 가장 보편적인 예로 변호사에게 자신을 대리할 권한(Power of attorney)을 부여하는 것이다. 본인은 구두의 진술로 또는 서면에 의한 의사표시로, 아니면 회사의 경우 이사회 의결로 대리인에게 대리권을 부여할 수 있다. 서면에 의하여 명시적으로 대리권을 수여한 경우에는 본인, 대리인 및 제3자 등 이해관계인 모두에게 대리권의 존재와 범위를 명확히 할 수 있는 장점이 있다.

묵시적 대리권은 본인이 대리인에게 특정한 일의 처리를 위임하는 경우와 같이 대리인에게 대리권을 수여하려는 본인의 의사가 본인의 행위로부터 추론될 수 있을 때에 발생한다. 또한 묵시적 대리권은 명시적 수권 조항이나 두 당사자간의 특별한 거래 과정 또는 일반적 상관행에서 추론되기도 한다.

다. Illustration

B는 A를 자신의 아파트 빌딩 매니저로 임명하였다. A는 개별 아파트와 관련하여 단기 리스 계약을 체결할 수 있는 묵시적 대리권을 행사할 수 있다.

2. Scope of the authority

대리인에게 부여한 의무의 범위가 넓으면 넓을수록 그의 권한도 그에 비례하여 커진다. 이에 따라 문단 (2)에서는 본인이 대리권을 수여하면서 달리 정하지 않는한, 대리인의 대리권은 명시적 용어에 한정되지 않으며, 주어진 상황하에서 대리권을 수여한 목적을 달성하기 위하여 필요한 모든 행위에 미친다.

라. Illustration

B는 선장 A에게 10일 이내에 X국에 화물을 운송하도록 화물을 위탁하였다. 항행기일이 단지 3일 남은 상황에서 화물을 실은 선박이 파손되어 수리를 위하여 가장 가까운 항구에 정박하게 되었다. 이때 A는 화물을 하적하고 다른 선박을 통하여 목적지에 화물을 운송토록 하기 위하여 다른 선장에게 화물을 위탁할 수 있는 묵시적 대리권한이 있다.

8. Principles 해설.H

가. 표현되지 않은 대리인

(1) 대리인이 자신의 대리권 범위 안에서 대리행위를 하고, 제3자가 대리인이 대리인으로서 법률행위를 하였다는 것을 알지 못하였거나 알수 없었던 경우에, 대리인의 법률행위는 대리인과 제3자간의 법률관계에만 영향을 미친다.

(2) 그러나 사업을 위하여 제3자와 계약을 체결할 당시 대리인이 자신이 사업체의 진정한 소유자라고 표시한 경우, 제3자는 사업체의 실제 소유자를 알게 되었다면 자신이 대리인에게 행사할 수 있는 권리를 실제 소유자에게도 역시 행사할 수 있다.

나. COMMENT

1. “Undisclosed” agency

이 조항은 표현되지 않은 대리에 대하여 규율한다. 표현되지 않은 대리란 대리인이 본인을 위하여 자신의 권한 범위 안에서 대리행위를 하였으나, 대리인이 대리인으로서 법률행위를 한 것을 제3자가 알지 못하거나 알수 없었던 경우를 말한다.

2. Agent's acts directly affect only the relations between agent and third party

대리인의 행위는 대리인과 제3자간 법률관계에 한하여 직접적으로 영향을 미친다. 문단 (1)에 따라 표현되지 않은 대리의 경우에 대리인의 행위는 대리인과 제3자간 법률관계에 한하여 직접적으로 영향을 미치며 본인과 제3자간의 관계를 직접적으로 기속하지 않는다.

다. Illustration

1. 예술품 거래상인 A는 화가 C로부터 그림을 구매하였다. 계약을 체결할 당시에 A는 자신이 고객 B를 위하여 대리행위를 한다는 사실을 밝히지 않았다. 또한 C도 A가 자신을 위하여 법률행위를 하지 않고 대리행위를 한 것으로 믿을 아무런 이유가 없었다. 계약은 A와 C만을 기속하며 B와 C간에 직접적 법률관계를 창설하지 않는다.

3. Third party's right of action against principal

대리행위의 효력에 관한 본 문단의 규정 (1)과 관계없이 제3자는 예외적으로 본인에 대하여 직접적으로 조치할 수 있는 권한을 갖는다. 보다 정확히 말하자면, 문단 (2)에 따라 제3자가 실제로는 사업체 소유자의 대리인과 거래하면서 소유자와 거래하는 것으로 믿었다면, 제3자는 진정한 소유자를 알았을 경우에 대리인에게 행사할 수 있는 권리를 진정한 소유자인 그에게 대하여도 행사할 수 있다.

라. Illustration

2. 제조업자 A는 새로이 설립된 회사 C에게 자신의 자산을 양도한 후에, 공급자인 B에게 자신은 단지 관리이사인 C의 대리인으로 대리행위를 한다는 사실을 드러내지 않고 계속하여 자신의 이름으로 계약을 체결하였다. C의 존재를 알았다면 B는 또한 동 회사를 상대로 A에 대한 자신의 권리와 동일한 권리를 행사할 수 있다.

9. Principles 해설.I

가. 무권 또는 월권 대리인

(1) 대리인이 대리권 없이 또는 대리권의 범위를 유월하여 대리행위를 한 경우, 그 행위는 본인과 제3자간의 법률관계에 아무런 영향을 미치지 못한다.

(2) 그러나 본인이 제3자에게 대리인이 본인을 위하여 대리행위를 할 대리권이 있다고 합리적으로 믿게 하였고, 대리인이 대리권한의 범위내에서 대리행위를 하였다면, 본인은 대리인이 대리권 없이 대리행위를 하였다고 항변할 수 없다.

나. COMMENT

1. Lack of authority

문단 (1)은 대리인이 대리권없이 대리행위를 한 경우 그의 대리행위는 본인과 제3자에 대하여 아무런 기속력을 가지지 않는다. 이러한 법리는 제한된 범위의 대리권한만을 갖는 대리인이 자신의 대리권을 유월하여 대리권을 행사한 소위 월권대리에도 적용된다. 무권대리인의 제3자에 대한 책임에 관하여는 원칙 2.2.6에서 다룬다.

다. Illustration

1. 본인인 B는 대리인인 A에게 자신을 위하여 일정 가액을 넘지 않는 조건하에서 일정량의 곡물의 구입을 위임하였다. A는 매도인 C와 B가 위임한 조건을 넘어 고가에 일정량을 초과하여 구매계약을 체결하였다. 이때에 A의 대리권이 존재하지 않으므로 A와 C간의 구매계약은 B를 구속하지 않으며, 또한 A와 C사이에서도 계약의 효력이 발생하지 않는다.

2. Apparent authority

대리인의 무권대리나 월권대리에도 불구하고 본인과 상대방을 상호 기속토록 하는 2가지 예외적인 경우가 있다. 첫번째 경우는 본인이 대리인의 행위를 사후에 추인하는 경우에 발생하는데, 이는 원칙 2.2.9에서 다룬다. 두번째 경우는 소위 표현대리(apparent authority)의 경우로 원칙 문단 (2)에서 다룬다. 동 조항에 따라 대리인이 자신을 위하여 행위하는 것으로 합리적으로 믿게 한 본인은 제3자에 대하여 대리권의 부존재를 주장할 수 없으며, 따라서 대리인의 대리행위의 효과에 기속된다.

표현대리는 사법의 일반원칙인 선의공정거래의 원칙과 모순·저촉의 원칙이 적용된 결과라 할 수 있는데, 본인이 개인이 아니고 단체인 경우 특히 중요한 의미를 갖는다. 회사, 파트너쉽 또는 다른 사업단체와 거래하는 경우, 제3자는 단체를 위하여 대리행위를 하는 사람들이

실제로 대리권한을 가지고 있는지 결정하기가 어려운 경우가 많을 것이다. 따라서 가능하다면 그들의 외관상 표현된 대리권을 그대로 믿으려 할 것이다.

이러한 목적을 위하여, 제3자는 단체를 대표할 목적으로 대리행위를 한 자가 그러한 권한을 부여 받았고, 그러한 믿음이 이사회 의장, 대표이사 또는 파트너 등 단체를 대표할 권한을 실제 부여받은 자들의 행위에 의하여 초래되었다는 사실을 믿은 것이 합리적이라는 점만을 증명하면 된다. 제3자의 믿음이 합리적인가 하는 점은 사안의 정황에 따라 다르다. 단체의 위계질서상 표현대리인이 차지하고 있는 지위, 문제의 거래행위의 성격, 이전 단체 대표인지 등등을 고려하여 판단하여야 한다.

라. Illustrations

2. B 회사의 지사 중 하나를 책임지고 있는 관리인 A는 건설회사인 C와 지사의 소유시설의 재내장(redecorate)을 위한 협상을 시작하였다. 지사의 관리인은 통상 그러한 계약을 체결할 권한이 있는 사실에 비추어 B는 C와의 계약에 기속된다. 그 이유는 C가 “A는 실제 그러한 계약을 체결할 대리권이 있다” 고 믿은 것이 합리적이기 때문이다.

3. B 회사의 재무담당이사 A가 대리권한이 없음에도 이사회 의장에게 B를 위하여 반복적으로 C 은행과 금융여신계약을 체결하였다. B에게 불리한 것으로 판명된 새로운 계약이 체결될 즈음, B의 이사회는 C를 상대로 A는 B를 대리할 대리권이 없다는 이의를 제기하였다. C는 “B를 위하여 재무관련계약을 체결할 수 있는 A의 표현대리권한에 B는 기속되어야 한다” 라고 주장하면서 B회사 이사회 의장의 이의를 물리칠 수 있다.

10. Principles 해설.J

가. 무권 또는 월권 대리인의 책임

(1) 무권대리나 월권대리에 있어 대리인이 본인의 추인을 얻지 못하는 경우, 제3자에게 대리 권한이 있고 대리권한을 유월하지 않은 대리행위, 즉 유권대리의 경우와 똑같이 손해를 배상하여야 한다.

(2) 그러나 제3자가 대리인이 무권대리 또는 월권대리를 하고 있다는 사실을 알았거나 알 수 밖에 없는 경우 대리인은 책임이 없다.

나. COMMENT

1. Liability of false agent

원칙 2.2.6(1)은 무권대리 또는 월권대리인의 책임에 관하여 규정하고 있다. 무권대리 또는 월권대리의 경우 대리인이 본인의 추인을 얻지 못하는 경우 제3자에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 문단 (1)은 무권대리나 월권대리를 한 대리인은 제3자가 유권대리였다면 그가 누릴 수 있는 것과 똑같은 지위에 있도록 제3자에게 배상액을 지급하여야 한다. 이때 배상은 소위 신뢰이익 또는 일실이익에 국한되는 것이 아니고, 기대이익 또는 적극이익의 배상을 포함한다. 환언하면 제3자는 무권대리 또는 월권대리를 한 대리인과의 계약이 유효하다면 발생할 수 있는 이익을 손해로 배상받을 수 있게 된다.

다. Illustration

1. 대리인 A는 본인인 B의 수권없이 B가 소유하고 있는 석유화물의 매입을 위한 구매계약을 체결하였다. 무권대리에 의하여 체결된 계약에 대하여 B로부터 사후 승인을 받지 못하고, C는 계약가액과 현 시장가격과의 차액만큼 배상을 받을 수 있다.

2. Third party' s knowledge of agent' s lack of authority

무권대리 또는 월권대리에 있어 대리인이 권한이 없다거나 권한을 유월한 대리행위를 하고 있다는 사실을 제3자가 알거나 알 수 밖에 없었는가는 매우 중요하다. 무권대리 또는 월권대리인은 제3자가 자신과 계약을 체결할 당시 자신이 권한없이 또는 대리권의 범위를 유월하여 대리행위를 한 사실을 알지 못하였거나 알 수 없었던 경우에만 무권대리 또는 월권대리인으로서 배상책임을 부담한다.

라. Illustration

2. A는 B 회사의 하급직원으로서 아무런 대리권한 없이 B 소유 시설물을 새롭게 장식하기 위하여 건설회사 C와 계약을 체결하였다. B는 계약의 사후 승인을 거부하였다. 그러나 이 경우 A와 같은 하급직원은 통상 이 사건과 같은 계약을 체결할 권한이 없고, 이를 알았어야 함에도 알지 못하고 계약을 체결하였으므로, C는 무권대리인인 A에 대하여 손해의 배상을 구할 수 없다.

11. Principles 해설.K

가. 이해관계의 충돌

(1) 대리인에 의하여 계약이 체결되고 계약이 본인과 대리인간 이해충돌 사항을 포함하고 있는 것을 제3자가 알았거나 알 수 밖에 없었던 경우 본인은 계약을 취소할 수 있다. 계약의 취소권한은 원칙 3.2.9 및 3.2.11에서 3.2.15까지의 규정에 의하여 규율된다.

(2) 그러나 본인은 다음 두가지 경우에 해당하는 경우 계약을 취소할 수 없다.

첫째, 본인이 이해충돌이 있는 거래에 대리인이 관여하는 것에 동의하였거나 또는 알고 있었거나 알 수 밖에 없었던 경우; 둘째, 대리인이 이해충돌이 존재한다는 사실을 본인에게 통지하였고 본인이 합리적 시간내에 계약체결에 반대하지 않은 경우

나. COMMENT

1. Conflict of interests between agent and principal

대리제도에 있어 대리인이 자신의 수임사항을 이행함에 있어 자신이나 다른 자의 이해와 본인의 이해가 충돌하는 경우, 자신이나 다른 자의 이익을 추구해서는 안되고 본인에게 이익이 되는 방향에서 행위하여야 한다.

잠재적 이해충돌이 발생하는 가장 빈번한 사례 중 하나는 대리인이 2인의 본인을 대리하거나 대리인 자신과 계약을 체결하거나 자신과 이해관계가 있는 회사와 계약을 체결하는 경우이다.

그러나 실무상 그러한 경우에도 진정한 이해충돌이 존재하지 않을 수 있다. 예컨대 2인의 본인을 위한 대리행위, 소위 쌍방대리의 경우 거래가 이루어진 분야의 관행상 유효할 수 있으며, 본인이 대리인에게 매우 엄격하게 위임과 수권을 함으로써 어떠한 다른 선택을 할 수 있는 여지를 남겨 놓지 않을 수도 있다.

2. Conflict of interests as grounds for avoidance of the contract

대리행위에 있어 이해충돌은 계약취소의 한 원인이 된다. 원칙 2.2.7(1)은 “진정한 이해충돌의 상황에서 대리인이 대리행위를 함으로써 계약을 체결한 경우, 제3자가 이해충돌이 존재한다는 것을 알았거나 알 수 있었다면 본인은 계약을 취소할 수 있다” 고 규정하고 있다.

제3자의 실제적 또는 의제적 인식을 요하는 법 요건은 계약의 효력을 유지하기 위한 선의의 제3자를 보호하기 위한 것이다. 본 법적 요건은 대리인이 자신과 계약을 체결하고 그럼으로써 한번의 대리행위로 제 3자와 대리인간 계약을 체결한 경우, 즉 자기계약의 경우에는 당

연히 그 적용이 없다.

다. Illustrations

1. 사무변호사 A는 외국의 고객 B로부터 B를 대리하여 A가 사는 도시의 아파트 구매를 요청받았다. A는 고객 C가 A에게 자신을 대리하여 매도해줄 것을 요청한 아파트를 구입하였다. B는 C가 A와의 이해충돌을 알았거나 알수밖에 없었다는 사실을 입증함으로써, 계약을 취소할 수 있다. 마찬가지로 C는 B가 A와의 이해충돌을 알았거나 알수 밖에 없었다는 것을 입증함으로써 계약을 취소할 수 있다. 쌍방대리의 전형적인 사례라 할 수 있다.

2. 판매대리인 A는 소매업자 B로부터 자신을 위하여 모종의 상품구매를 요청받아 A가 대주주로 있는 C회사로부터 동 상품을 구입하였다. B는 C가 A와의 이해충돌을 알았거나 알수밖에 없었다는 사실을 입증함으로써 계약을 취소할 수 있다.

3. 고객 B는 은행 A에게 자신을 대리하여 M 날짜 기준 Y시 증권거래소 종장일 가격 기준에 C 회사 주식 1000주의 구입을 지시하였다. 비록 A가 자신의 포트폴리오 주식을 통하여 구입의뢰를 받은 주식을 B에게 매도하였다 하더라도 B의 수권이 A에게 아무런 제약의 여지를 남기지 않은 명확한 내용의 것이므로 이해충돌의 여지가 없는 것이다.

4. 회사 B의 CEO인 A는 B가 제기하거나 B를 상대로 한 소송에서 회사를 대리할 변호사를 임명할 권한이 있다. A는 스스로를 B회사의 자문 변호사로 임명하였다. 이는 자기거래의 대표적 경우의 하나인데, 이때 회사 B는 자문 변호사 위촉계약을 취소할 권한이 있다.

3. Procedure for avoidance

계약의 취소절차는 다음의 여러 규정에 따른다. 즉 원칙 3.2.9(확인), 3.2.11(취소의 통지), 3.2.12(시간 제한), 3.2.13(일부의 취소), 3.2.14(취소의 소급효), 3.2.15(원상회복) 조항들이 적용된다.

4. Avoidance excluded

그러나 이해충돌의 경우에도 계약을 취소할 수 없는 경우가 있다. 문단(2)에 따르면, 본인은 대리인이 이해충돌 상황에서 대리인으로 행위할 수 있도록 사전에 동의한 경우에는 계약을 취소할 수 없다. 또한 어떤 경우이든 대리인이 이해충돌에도 불구하고 대리행위를 할 것이라는 사실을 알았거나 당연히 알아야할 상황인 경우에도 역시 계약을 취소할 수 없다. 본인이 이해충돌 상황에서 계약을 체결한 대리인이 계약체결 사실을 고지하였음에도 이의를 제기하지 않은 경우에도 역시 계약취소권을 행사할 수 없다.

라. Illustration

5. 계약을 체결하기 전 A가 자신이 C의 대리인으로 행위한다는 사실을 B에게 적절히 고지한 것을 제외하고 다른 모든 사실관계가 사례 1의 경우와 같다고 가정하자. 이때 B가 대리인에 의한 계약체결에 반대하지 않는 한 B는 계약을 취소할 수 있는 권리를 상실한다. 마찬가지로 A가 자신이 B를 위한 대리인으로 대리행위를 한다고 적절히 고지하였음에도 C가 A의 대리행위에 대하여 이의를 제기하지 않았다면, C는 계약에 대한 취소권을 상실한다.

5. Issues not covered by this Article

원칙 2.2.1에 규정된 본 섹션의 범위에 따라 본 조항은 이해충돌상황에 대리인의 관여로 외부적 관계에 미치는 영향만을 규율한다. 본인에 대한 대리인의 완전개시의무나 대리인에 대한 본인의 손해배상청구권 등 다른 쟁점들은 원칙 1.7, 3.2.16, 7.4.1과 seq. 같은 원칙의 다른 조항을 통하여 해결될 수 있다. 아니면 본인과 대리인간의 내부적 관계에 적용되는 법에 따라 규율된다.

12. Principles 해설.L

가. 대리행위의 추인

(1) 대리인이 무권대리 또는 월권대리와 같은 대리행위를 한 경우 당해 대리행위에 대하여 본인은 사후에 추인할 수 있다. 추인이 있는 경우 대리행위는 원래 대리행위가 권한있는 대리행위인 것처럼 똑같은 법률효과가 발생한다.

(2) 제3자는 본인에게 합리적 기한 내에 무효인 대리행위를 추인할 수 있다는 사실을 통지할 수 있다. 본인이 통지에서 적시한 기한 내에 추인을 하지 않은 경우, 기한의 도과로 추인할 수 있는 권리를 상실한다.

(3) 대리인과 계약을 체결한 때에 제3자가 무권대리 또는 월권대리라는 사실을 알지 못한 경우, 추인을 하기 전 언제라도 본인에게 통지하고 추인에 기속되지 않는다는 거절의 의사 표시를 할 수 있다.

나. COMMENT

1. Notion of ratification

본 조항은 대리인에 의하여 대리권이 있는 듯 대리행위가 이루어졌으나, 실제 무권대리 또는 월권대리이기 때문에 본인에게 아무런 법률효과가 발생하지 않으나, 후에 본인이 추인함으로써 하자가 치유되는 경우 적용되는 일반원칙에 관하여 규정한다. 그러한 사후 승인을 우리는 무권대리의 추인이라 칭한다.

대리행위의 수권과 마찬가지로 추인의 경우에도 추인이 유효하기 위하여 어떠한 형식이 요구되지 않는다. 추인은 본인 추인의사의 일방적 표현이므로, 그것은 언제나 행동으로부터 명시적 또는 묵시적으로 행해질 수 있다. 추인은 통상 대리인이나 제3자, 또는 양자 모두에게 통지되지만 추인의 의사가 어떤 방식으로든 표현되고 입증자료에 의해서 인정되는 경우, 아무에게도 통지되지 않아도 효력이 발생할 수 있다.

다. Illustration

대리인 A는 자신이 위임받은 가액보다 높은 가액으로 본인인 B를 위하여 제3자인 C를 위하여 물품을 구입하였다. C의 대금청구서를 받자 B는 반대하지 않고 은행의 계좌송금을 통하여 대금을 지급하였다. B가 단지 지급행위를 하였을 뿐 추인의 의사를 명시적으로 표현한 것이 아니고, 자신의 지급사실을 A와 B에게 고지한 것도 아니며, C만이 지급 얼마뒤 자신의 거래은행으로부터 B의 지급사실을 고지받았다 하더라도 B의 지급은 무권대리 행위를 유효하게 만드는 추인이 된다.

2. Effects of ratification

추인의 법적 효과는 문단(1)이 규정하듯이 원래 대리행위로서 효력을 발생하지 못하는 무권 대리 또는 월권대리행위를 유효한 대리행위처럼 본인에게 효력을 발생시킨다. 제3자는 부분적 추인의 경우 제3자와 대리인간에 체결된 계약을 변경시키는 것과 동일한 결과를 발생시키므로 대리인의 대리행위에 대한 본인의 부분적 추인을 거부할 수 있다. 또한 본인은 제3자가 자신의 추인 사실을 알게 된 이후에는 자신의 추인을 취소할 수 있다. 제3자가 추인 사실을 알기 전까지는 제3자와의 계약을 일방적으로 취소할 수 있다.

3. Time of ratification

본인은 원칙적으로 언제든지 추인할 수 있다. 본인이 언제든지 추인을 할 수 있는 것은 통상 제3자는 대리인이 무권대리 또는 월권대리를 한다는 사실을 알지 못하고 계약을 체결하기 때문이다. 그러나 제3자가 처음부터 대리인이 무권대리인인 것을 알았거나 사후에 이를 안 경우, 무권대리인과 체결한 계약의 종국적 운명에 대하여 무한정 불안정하게 방치되지 않을 합법적 이익을 가진다. 따라서 문단 (2)는 제3자에게 본인이 추인의 의사가 있는 경우 추인이 이루어져야 하는 합리적 기한을 설정할 수 있는 권리를 부여하고 있다. 이때에 물론 추인은 제3자에게 통지되어야 하는 것은 물론이다.

4. Ratification excluded by third party

제3자는 대리인과 거래시 대리인이 대리권한이 없는 자인 것을 알지 못하였거나 알 수 밖에 없는 상황이 아닌 경우, 본인에 의한 추인이 있기 전 언제라도 본인에게 추인할 수 없다는 통지를 함으로써 본인의 추인권을 배제할 수 있다. 선의의 제3자에게 추인 배제권을 부여한 이유는 본인이 유일하게 관망할 지위를 누리면서 시장의 변화에 따라 추인 여부를 결정할 자유를 누리는 것은 형평에 반하고 그러한 상황을 피하기 위한 것이다.

5. Third persons' rights not affected

본 조항은 직접적으로 대리관계에 관여한 3자, 즉 본인, 대리인과 제3자 등 3인에 대한 추인의 효과를 다룰 뿐이다. 원칙 2.2.1에서 정한 본 섹션의 범위와 상응하여 다른 제3자의 권리는 영향받지 않는다. 예를 들어 동일한 물품이 먼저 무권대리인에 의하여 C에게 매도되고, 이후 본인에 의하여 다른 제 3자인 D에게 매도된 후, 본인에 의한 첫 매매계약의 사후 추인의 결과 발생한 C와 D사이에 갈등은 본 섹션의 범위를 넘는 것이고 적용가능한 법에 따라 해결되어야 한다.

13. Principles 해설.M

가. 복대리

대리인은 자신이 스스로 대리행위를 하는 것이 비합리적인 경우 대리행위를 할 수 있는 복대리인을 임명할 묵시적 권한을 가지고 있다.

나. COMMENT

1. Role of sub-agents

복대리인의 역할이 필요한 경우가 있다. 즉 본인에 의하여 자신에게 위임된 사무를 처리하기 위하여 대리인은 다른 사람들의 서비스를 이용하는 것이 편리하거나 필요한 경우가 복대리인의 역할이 필요한 경우이다. 예를 들어 특정의 사무가 대리인의 영업장소에서 멀리 떨어진 곳에서 행하여져야 하거나 또는 대리인의 수입사무가 분업을 통하여 보다 효과적으로 수행될 수 있다면, 그러한 경우에 해당할 수 있다.

2. Implied authority to appoint sub-agents

대리인이 일인의 또는 수인의 복대리인을 임명할 권한을 보유하고 있는가 하는가는 본인의 대리권 수여 조건에 따른다. 따라서 본인은 명시적으로 대리인의 복대리인 임명권을 배제할 수도 있고 자신의 사전 허가를 조건으로 복대리인을 임명하도록 할 수 있다.

복대리인의 임명가능성에 관하여 수권시 아무런 조건이 없고, 수권시 부여된 조건만으로 보았을 때 복대리인의 임명이 달리 조건에 위반하지 않는다면, 대리인은 본 조항에 따라 복대리인을 임명할 수 있다. 이때 유일한 제한은 대리인은 대리인 자신에 의하여 이행될 것이 합리적으로 기대되는 수입사무를 복대리인에게 위임해서는 안된다. 이는 특히 대리인의 개인적 전문성이 요구되는 성격의 대리행위인 경우에 발생한다.

다. Illustrations

1. 중국 박물관 B는 런던에 본부를 두고 있는 예술상 A에게 독일 사설경매 시장에 나온 그리스 도자기 특정 작품의 구입을 의뢰하였다. A는 독일의 복대리인 S를 임명하여 경매물품을 구입하고 구입한 물품을 자신에게 송부하도록 할 수 있는 묵시적 권한을 가지고 있다.

2. 사실관계는 B가 경매에 나온 물품 중 가장 적절한 물품을 고를 수 있는 A의 전문성을 신뢰하여 A의 독일의 경매시장에서 구입할 그리스 도자기를 특정하지 않은 것을 제외하고는 예시 1과 동일하다. A는 경매에서 자신이 직접 도자기를 구입해야 할 의무가 있으며, 만약 도자기를 구입하였다면, 그제서야 복대리인 S를 임명하여 구입한 도자기를 B에게 송부하도록 위임할 수 있다.

3. Effects of a sub-agent' s acts

본 조항은 “복대리인의 복대리행위의 효과에 관하여 적용된다” 고 명시적으로 규정하고 있다. 환언하면 대리인에 의하여 합법적으로 임명된 복대리인의 복대리행위는 본인과 제3자를 상호 기속한다. 그러한 복대리행위는 대리인의 대리권한 범위안에 있어야 하는 것은 물론, 대리인에 의하여 수권된 복대리인의 복대리권한 내에 있어야 한다. 이때 복대리권한은 대리권한의 범위를 유월할 수 없으며 대리권한의 범위보다 제한적일 수 있다.

라. Illustration

3. 사실관계가 예시 1과 동일하다고 가정하자. S에 의하여 체결된 그리스 도자기 물품구매계약은 직접적으로 B를 기속한다. 이때에 대리과 복대리를 통하여 체결된 물품구매계약은 B가 A에게 수여한 대리권의 범위와 A가 S에게 수여한 복대리권의 범위 안에서 이루어져야 하는 것은 물론이다.

14. Principles 해설.N

가. 대리권의 종료

(1) 대리권의 종료는 제3자가 종료사실을 알았거나 알수밖에 없었던 경우가 아닌 한, 제3자에 대하여 아무런 효력을 발생하지 않는다.

(2) 대리권의 종료와 상관없이 대리인은 본인의 이익에 해가되는 것을 막기 위해 필요한 대리행위를 여전히 수행할 수 있다.

나. COMMENT

1. Grounds for termination not covered by this Article

대리인의 대리권이 종료하는 사유로는 여러가지가 있다. 즉 본인에 의한 취소, 대리인에 의한 사임, 수권기한의 종료나 수권행위의 완료, 무능력, 파산, 본인이나 대리인의 사망 또는 휴업 등이 그것이다. 어떤 사유가 정확히 종료 사유를 구성하는지 본인과 대리인 사이에 어떠한 효과를 갖는지 같은 문제는 본 조항이 다루려는 범위 밖의 문제이다. 이러한 문제들은 본인과 대리인간 내부관계를 규율하는 법이나, 그들의 법적 지위나 법인격에 관한 법, 파산을 규율하는 법 등에서 다를 것이다. 이러한 법들은 나라마다 상당히 다양한 모습을 보이고 있다.

2. Termination effective vis-à-vis third party

대리인의 대리권 종료사유가 무엇이든지 간에 문단(1)에서 보듯이 대리인이 그 종료사실을 알았거나 알수밖에 없었던 경우가 아닌 한, 제3자와의 관계에서 대리권의 종료는 효력을 발생하지 않는다. 다시 말하면 일정한 사유로 대리인의 대리권이 종료한 경우에도 제3자가 더 이상 대리인이 대리권을 가지고 있지 않다는 사실을 알았거나 알수 밖에 없는 상황이 아니라면, 대리인의 대리행위는 본인과 제3자간의 법률관계에 계속하여 영향을 미친다.

물론 본인이나 대리인이 제3자에게 종료사실을 통지한 경우에는 모든 문제가 명확해진다. 그러한 통지가 없는 경우에는 제3자가 대리권의 종료사실을 알수 밖에 없는 상황이었는가 여부는 사안의 정황에 따라 달라진다.

다. Illustrations

1. 본인 B가 X시에 지사를 개설하였다. 지역 신문광고는 지사의 관리이사인 A가 B를 위하여 대리행위를 할 수 있는 권한 전부를 가지고 있다고 표시하였다. B가 이후 A에게 수여한 대리권을 취소하였고, 동일 신문에 게재된 이 같은 취지의 고지는 X시 B의 고객들에 대하여 대리권 종료 사실을 알리는데 충분히 유효하다.

2. 소매상 C는 본인인 B가 판매하는 상품의 구입을 위하여 여러 차례에 걸쳐 반복적으로 주문을 발송하였다. A는 B의 파산으로 C의 대리권이 종료하였음에도 계속하여 C로부터 주문을 받고 있다. 파산절차가 적용될 법에 따라 공지되었다는 사실만으로 C에 대하여 대리권이 유효하게 종료되기 위한 충분조건이 충족되었다고 할 수 없다.

3. Authority of necessity

대리의 종료와 관련하여 필요에 의하여 부가적 행위를 하기 위한 대리권이 인정되는 경우가 있다. 즉 대리인의 대리권이 종료한 이후에도 사안의 정황에 따라 본인의 이익에 해가 되는 것을 방지하기 위하여 대리인이 부가적으로 더 행위를 하여야 할 필요가 있다.

라. Illustration

3. 대리인 A는 본인인 B를 위하여 특정 수량의 변질성 제품의 구입을 대리할 권한이 있다. 물품구입 후 A는 B의 사망 사실을 알게 되었다. A는 구입한 물품을 재판매하거나 적절한 창고 등 보관시설에 보관하기 위한 목적의 범위 내에서 계속하여 대리권은 존속한다.

4. Restriction of authority also covered

본 조항의 범규정은 대리의 종료는 물론 적절한 수정을 통하여 대리인의 대리권에 대한 계속적 제한에도 적용된다.

15. Principles 해설.O

가. 강박에 의한 의사표시

상황을 고려해 볼 때에 상대방 당사자의 정당하지 않은 강박이 심각하고 압박하여서 당사자가 합리적 대안을 모색할 수 없이 계약을 체결할 수 밖에 없는 경우, 그 당사자는 계약을 취소할 수 있다. 이때에 강박을 야기한 상대방 당사자의 행위, 즉 작위나 부작위는 그 자체로 불법적이거나, 아니면 계약을 체결하기 위한 수단으로 사용하는 경우 불법적인 것이어야 한다. 본 조항은 강박을 이유로 한 계약의 취소를 허용하고 있다.

나. Comment

1. Threat must be imminent and serious

강박 그 자체로는 충분하지 않다. 문제의 강박은 성격상 급박하고 심각한 것이어서 강박을 당한 자가 합리적 대안을 가질 수 없는 상태에서 상대방이 제시한 계약조건에 따라 계약을 체결할 수 밖에 없는 경우이어야 한다. 이때에 “급박성과 심각성”이라는 두 요건은 개별적 사안에 나타난 정황을 고려하여 객관적 기준에 따라 평가되어야 한다.

2. Unjustified threat

강박은 그에 더하여 정당하지 못한 성격의 것이어야 한다. 본 조항의 두번째 문단은 정당하지 못한 강박의 두가지 예를 들고 있다.

첫째의 경우는 신체적 공격과 같이 강박을 구성하는 상대방의 행위, 즉 작위나 부작위가 그 자체로 불법적인 경우이다.

둘째의 경우는 겁박을 가하는 작위나 부작위가 그 자체로는 합법적이지만, 예컨대 상대방 당사자에게 제안된 계약조건에 따라 계약을 체결하도록 유인하는 것을 유일한 목적으로 하여 법원에 제소하는 것과 같이 당사자의 의도한 목적이 불법적인 경우이다.

다. Illustration

1. A는 대여금에 대한 상환을 연체하고 있는 자로서 대여자인 B가 제기한 대여금 상환소송으로 겁박 상태에 빠져 있다. 겁박의 유일한 목적은 A의 창고를 임차함에 있어 보다 유리한 조건하에서 임차하려는 것이다. A는 임대차계약에 서명하였지만, 강박에 의하여 체결한 계약을 취소할 수 있는 권리가 있다.

라. Comment

3. Threat affecting reputation or economic interests

명성이나 경제적 이득에 영향을 주는 강박행위 역시 그로 인하여 체결한 계약을 취소할 수 있는 이유가 된다. 본 조항의 적용을 위한 목적에서 살펴보면, 강박행위는 사람이나 물건에 대하여 행하여질 필요가 없으며, 그것이 명성이나 순수히 경제적 이익에 영향을 미치는 경우에도 계약을 취소할 수 있는 사유가 된다.

마. Illustration

2. 시즌의 남은 4게임을 이긴 경우 이미 지급하기로 합의한 보너스보다 더 많은 보너스를 받지 않으면 파업을 하겠다는 농구팀 선수들의 위협에 직면하자, 농구팀 구단주는 그들이 요구하는 액수의 보너스를 주기로 합의했다. 구단주는 선수들과 체결한 새로운 계약을 취소할 권리가 있다. 그 이유는 파업이 발생하는 경우 팀은 자동적으로 마이너리그 팀으로 강등될 것이고, 따라서 구단의 명성과 재정적 신용에 심각한 위협을 가하게 될 것이기 때문이다.

16. Principles 해설.P

가. 원시적 불능

- (1) 계약의 체결시점에 계약상 의무의 이행이 불가능하다는 사실만으로 계약의 효력에 영향을 미치지 아니한다.
- (2) 계약의 체결시점에 당사자가 계약과 관련한 재산을 처분할 권리가 없다는 사실만으로 계약의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

나. 계약체결 시점에서의 불능

계약체결 시점에 이미 매도된 구체적 물품이 멸실된 경우 매매계약 자체를 무효로 간주하는 많은 사법시스템에 대하여, 본 조항 문단(1)은 가장 최근의 경향을 반영하여 단순히 계약체결시점에 계약상 부담하고 있는 의무의 이행이 불가능하다고 하여 계약의 효력에 영향을 미치지 않는다는 법리를 일반적으로 천명하고 있다.

계약과 관련된 자산이 이미 멸실되어 의무의 이행이 원시적으로 불능인 경우에도, 계약체결 이후 발생한 후발적 불능과 마찬가지로 계약은 유효하게 취급된다. 당사자 일방 또는 나아가 쌍방의 이행불능으로 인하여 발생하는 당사자들의 권리와 의무는 채무불이행 법리에 따라 결정된다. 동 법리에 따르면, 예를 들어 채권자나 채무자가 계약체결 시점에 이미 이행의 불능을 알고 있었는가 여부에 적절한 비중이 두어질 수 있다.

문단(1)에 규정된 법원칙은 미래의 물품 인도를 위한 계약의 효력에 관하여 발생할 수 있는 의심을 제거하는 기능을 한다. 만약 채무이행의 원시적 불능이 법적 규제, 예컨대 수출이나 수입의 금지 같은 경우에 계약의 효력은 금지를 창설한 법조항 하에서 당해 법조항이 계약 자체의 효력을 무효로 하는 효력규정인가 아니면 단지 그 이행을 금지하는 단속규정인가에 따라 달라진다.

문단(1)은 나아가 일부 대륙법계 국가들의 법체계에서 발견되는 법원칙, 예를 들어 최소한 계약의 목적이 달성될 수 있는 것을 요구하는 나라들의 법원칙과 결별하고 있다.

다. 법적 권원 또는 권한의 결여

본 조항 문단(2)는 자신의 재산을 매각 또는 이전하겠다고 약속한 당사자가 계약체결 당시 법적인 소유권이나 처분권을 가지고 있지 않음으로 인하여 재산을 처분할 수 있는 권리를 가지고 있지 않는 경우에 관하여 규정하고 있다.

일부 국가들의 법체계에서는 그러한 상황에서 체결된 매매계약을 무효로 하거나 취소할 수

있게 하고 있다. 그러나 원시적 불능의 경우처럼 본 조항 문단(2)는 그러한 경우에도 계약은 유효한 것으로 하고 있는데, 이는 보다 당사자들의 의사에 부합하고, 따라서 보다 합리적 근거가 있다고 할 수 있다.

사실 계약당사자는 계약체결 이후에 대상 목적물인 자산의 소유권이나 처분권을 취득할 수 있을 뿐만 아니라 또한 그러한 경우가 대부분이다. 만약 계약체결 이후에도 소유권이나 처분권이 결여된 경우에는 채무불이행에 관한 법리가 적용될 뿐이다.

처분권이 결여된 경우들은 무능력자의 경우들과 준별하여야 한다. 무능력에 해당하는 경우란 무능력자에 의하여 체결된 모든 또는 최소한 일부 유형의 계약들에 영향을 미치는 일정 범주의 무능력 문제로서 조항 3.1.1에서 보듯이 본 원칙의 규율범위 밖에 있는 문제가 된다.

17. Principles 해설.Q

가. 현저한 불균형

- (1) 당사자는 만약 계약체결 시점에 계약이나 계약조건이 부당하게 상대방에게 현저한 이익을 주는 경우, 계약 전체 또는 계약의 일부 조항을 취소할 수 있다. 이때 다음과 같은 사실을 신중히 고려하여야 한다. (a) 상대방 당사자가 자신의 종속관계, 경제적 궁박, 협상기술에 대한 무지, 무경험 및 미숙 등을 부당하게 이용하여 이익을 취하였는가 (b) 계약의 성격과 목적은 어떠한가 등이다.
- (2) 계약을 취소할 수 있는 당사자의 요청에 따라 법원은 계약 또는 계약조건을 공정거래라는 합리적이고 상업적인 기준에 맞추어 조정할 수 있다.
- (3) 법원은 또한 계약취소의 통지를 받은 당사자의 요청으로 계약 또는 계약조건을 조정할 수 있다. 다만 당사자는 상대방 당사자가 합리적으로 계약이 취소된 것을 전제로 행위하기 전에 계약취소의 통지를 수령한 후 신속하게 요청하여야 한다.

나. 과도한 이익

본 조항은 당사자들의 계약상 의무에 현저한 불균형이 존재하고, 그로써 일방 당사자에게 부당하게 과도한 이익을 주게 되는 경우, 계약 당사자는 계약을 취소할 수 있도록 하고 있다. 과도한 이익은 계약체결 시점에 존재하여야 한다. 다만 계약체결 시점에는 현저히 불공정한 것이 아니었더라도, 시간이 지나 현저히 불공하게 된 경우에는 제6장 섹션 2에 규정된 장애(hardship)에 해당하여 계약 또는 계약조건이 조정되거나 종료될 수 있다.

“과도한 이익(excessive advantage)”이라는 법문이 시사하듯이, 가치나 가격 또는 계약의 다른 요소에 있어 계약의 급부와 반대급부간 형평을 저해하는 경우에도, 단순히 상당한 불균형(considerable disparity)만으로 본 조항에서 허용하고 있는 계약의 취소나 조정은 인정되지 않는다.

다. 부당한 이익

계약으로 인한 이익은 단순히 과도한 것으로는 부족하고 그것은 또한 부당한 것이어야 한다. 이러한 요건들이 충족되었는가 여부는 사안과 관련된 모든 정황을 고려하여 결정하여야 한다. 본 조항 문단(1)은 특히 이러한 맥락에서 특별히 살펴야 할 두가지 요건에 관하여 아래와 같이 규정하고 있다.

a. 불평등한 협상력

첫번째 요소는 하위 문단(a)에 따라 일방당사자가 타방당사자의 종속관계, 경제적 궁박, 급박한 필요, 경솔, 협상기술의 무지, 무경험 또는 부족 등을 불공정하게 이용하여야 한다. 일방 당사자의 상대방에 대한 종속관계에 있어 시장의 조건으로 인하여 단순히 강력한 협상력 만으로는 종속관계를 인정하기에 충분하지 않다.

라. Illustration

A는 자동차공장 소유주인바, 자국 자동차산업을 발전시키기 위하여 노력하는 나라의 정부관리인 B에게 노후한 부품 조립시설을 팔기로 하였다. 비록 A는 부품 조립시설의 효율성에 관하여 아무런 보증을 하지 않았지만, 명백히 과도한 가격에 공급하기로 확정하는 데에 성공하였다. B는 훨씬 더 현대적인 부품 조립시설에 대한 가액에 버금가는 대금을 지급한 것을 발견하게 되었다. B는 계약을 취소할 권리가 있다.

b. 계약의 성격과 목적

두번째 요소는 하위문단(b)에 따라 계약의 성격과 목적에 대하여 특별한 고려를 하여야 한다는 것이다. 계약으로부터 혜택을 얻는 당사자가 상대방의 열악한 협상에서의 지위를 이용하지 않는 경우에도, 과도한 이익이 부당한 상황에 해당하는 경우가 있다.

이러한 상황들은 대부분 계약의 성격과 목적에 따라 결정된다. 따라서 공급될 물품과 서비스의 하자통지를 위한 기간을 심하게 단기간으로 정한 경우, 매도인이나 공급자에게 과도하게 유리하다고 할 수 있는 경우도 있고, 그렇지 않은 경우도 있다.

똑같은 이유로 계약목적인 물품이나 서비스의 가액에 대하여 고정된 비율의 액으로 대리인의 수수료가 합의된 경우, 대리인의 기여도가 거의 무시할 수준이고 물품이나 서비스의 가액이 이례적으로 큰 규모이면, 그러한 수수료는 대리인에게 과도한 이익을 공여하는 것으로 판명될 수도 있다. 물론 거래의 완성에 대한 대리인의 기여도가 실질적이고 물품 또는 서비스의 가치가 별반 큰 금원이 아닌 경우에는 그러한 합의도 정당하다고 할 수 있다.

c. 기타 요소

현저한 불균형으로 인한 계약의 취소가 가능하기 위하여 다른 요소들, 예컨대 관련 사업 또는 교역분야의 지배적 윤리 등이 고려되어야 한다.

3. 취소 또는 조정

본 조항에 따른 계약이나 계약 개별조항의 취소는 조항 3.2.11에서 3.2.16까지 규정된 일반 원칙에 따른다. 그러나 본 조항 문단(2)에 따르면 계약을 취소할 수 있는 당사자의 요청으로 법원은 공정거래의 이상을 달성하기 위한 상업적으로 합리적인 기준들에 부합하도록 계약을 조정할 수 있다.

이와 유사하게 문단(3)에 따라 취소의 통지를 받은 당사자 역시 그러한 조정을 요청할 수 있다. 다만 계약을 취소하는 당사자가 자신의 취소 통지를 신뢰하고 합리적으로 행동하기 전, 그리고 계약 취소의 통지를 받은 후 즉시, 계약을 취소하려는 당사자에게 자신의 요청이 있었다는 사실을 알려야 한다. 다른 당사자의 그러한 요청이 있을 후, 계약을 취소할 수 있는 당사자는 더이상 계약을 취소할 수 없게 되고 취소권을 상실한다. 그리고 이전 계약취소 통지는 무효가 된다. 이에 관하여 조항 3.2,10(2)를 참조하여야 한다.

만약 당사자간 채택될 절차에 관하여 이견이 존재하는 경우, “계약이 취소되어야 하는가 아니면 조정되어야 하는가 또는 조정된다면 어떠한 계약조건이 조장되어야 하는가” 같은 문제들은 법원이 결정한다.

18. Principles 소송사건.A

베네주엘라 대법원 민사부 2023.3.17 No. 90 판결

Sabja del Valle Asmad Rivero vs. Doña Ramona C.A. and Ronny Manuel Quevedo

가. 사안의 쟁점

환어음-큐라사오에서 베네주엘라 시민에 의하여 서명된 경우-당사자들이 적용될 법을 선택하지 않은 경우 적용될 법 - 국내 국제사법에 포함되어 있는 상관습법의 참조 - 상관습법의 현대적 부활로서 Principles의 적용

환어음 거래에 적용될 법 - 당사자가 적용될 법을 선택하지 않은 경우의 금전지급채무 - 이행지법에 따라 이행하여야 할 의무 - 이행지로서 금전채권자의 영업소 소재지

본 사안은 베네주엘라에 거주하는 베네주엘라 시민들 사이에 네덜란드 안틸레스에서 발행된 환어음 분쟁에 관한 것이다. 대법원은 큐라사오(Curacao)는 환어음 약속어음 및 상업송장에 관한 ‘저축법에 관한 미주간협약(Inter-American Convention)’이 유추 적용될 가능성이 없다고 보았다.

대신 법원은 환어음이 하나의 계약의 성격을 갖는 것으로 보아, 당사자간 적용할 법에 합의하지 않은 경우, 국제사법(Private International Law Act) 제30조와 제31조에 따라 적용될 법을 정할 수 있다고 하였다. 동법은 국제계약에 적용될 법에 관한 미주간 협약(Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts)에 의하여 채택된 원칙을 담고 있다.

대법원에 따르면 계약이나 국제적 성격의 의무에 적용될 법에 관한 분쟁의 경우 당사자가 적용될 법을 선택하지 않았거나 당사자의 선택이 효력이 없다면, 법원은 적절하다고 판단한 경우 상관습법(*lex mercatoria*)을 적용하여야 한다. 이때의 상관습법은 관례, 관행 및 국제사회에서 일반적으로 받아들여지고 있는 상업관행 등을 포함한다.

이러한 법리에 따라 법원은 계약법원칙(UNIDROIT Principles)의 적용을 고려할 수 있다. 따라서 법원은 적용할 법을 선택하지 않은 경우, 금전지급의무가 있다면 당해 의무는 이행지법에 따라야 하고, 동 Principles 제6.1.6[1][a]에 따라 이행지법은 금전 채권자의 영업소 소재지 법이 된다.

법원은 국제기구에 의하여 받아들여진 국제상법상 일반원칙과 상관습법으로 알려진 국제거래의 관습 및 환어음과 직접적으로 연계된 주관적·객관적 요소들을 고려하여야 한다고 하였다. 따라서 당사자들이 베네주엘라인이고 그들의 주소가 볼리베어리안 베네주엘라 공화국이며, 상업서류 역시 비록 큐라사오에서 서명되었지만, 볼리베어리안 베네주엘라 공화국에서 이행될 것을 예정하여 발행되는 등 여러 사정을 고려할 때에 국제사법 제30조와 제31조

에 따라 환어음의 이행에 관하여 적용될 법은 채무이행지법, 즉 베네주엘라법이라고 결론내렸다.

나. 코멘트

시장과 경제의 문제는 평등한 법인격간의 법률관계를 다루는 법으로 가족법과 함께 사법 영역에 속하는 법이다. 민법과 상법이 대표적인 사법이라 할 수 있는데, 나라마다 국내 민법과 상법을 가지고 있다. 판례법 국가인 미국의 경우 오래된 선례들에서 시작하여 역사를 통하여 발전한 불법행위나 계약에 관한 판례법 체계를 가지고 있다.

판례법 국가라 하더라도 필요한 경우 제정법을 만들 수 있으며, 소유권의 등기에 관한 제정법, 야간에 미성년자에게 주류를 판매한 주점 주인에 대한 불법행위 등에 관한 특별법 등은 민법에 있어 특별한 제정법이라 할 수 있고 기존 판례법을 개폐하는 효력을 갖는다.

미국의 경우 상법 영역에서는 일찍이 ALI의 노력으로 50개 주 중 대륙법계 전통의 법체계를 가지고 있는 루이지애나주를 제외한 49개 주 상법을 통일한 통일상법전(UCC)이라는 제정법을 가지고 있다. 판례법 전통이 귀납법적 전통의 영미식 법문화라면, 제정법 또는 성문법 전통은 연역법적 전통의 유럽 대륙국가들의 법문화이다.

우리나라를 비롯한 라틴 아메리카 국가들은 성문법 전통의 국가라 할 수 있고, 우리나라의 경우 나폴레옹 근대 5법 체계에 따라 1000개조 넘는 방대한 조문의 성문 민법전을 가지고 있다. 세계화의 시작은 경제와 상인사회의 발전으로 가능하였다. 세계화는 이미 중세 지중해 연안 무역을 통하여 이루어졌으며, 이때 무역거래를 규율하는 법은 상인사회의 상관습으로 이루어진 구상인법(Old lex mercatoria)이었다. 예외적으로 당시 영국에서 제정된 성문의 상인법(Law of merchant)이 존재하였을 뿐이다.

지중해를 중심으로 한 상관습법 시대로 부터 나폴레옹의 유럽통일 전쟁의 영향으로 유럽 각국에서 제정법시대가 도래한다. 18세기 이후 유럽의 제정법 시대에는 국제무역거래를 규율하는 법이 각국의 제정 사법이 되고, 국제무역 즉 섭외적 성격의 거래에 어떤 나라의 법이 적용되는가를 정하는 섭외사법(Conflict of laws)이 중요한 의미를 갖게 되었다.

섭외사법 영역에서 많은 공헌을 한 독일의 법학자 프리드리히 사비니는 섭외사법의 아버지라고 추앙받고 있다. 19세기 말에 이르면 국제무역거래를 보다 체계적으로 규율하기 위한 인류의 염원을 담아, 헤이그 국제사법통일회의가 열리게 된다. 각국의 구구한 국제사법을 통일하여 법적 안정성과 예측가능성을 제고하기 위한 노력이라 할 수 있다.

나아가 두차례 세계대전 후 유엔이 창설되고 새로운 세계 정치경제질서하에서 통일사법(Uniform private law)을 향한 노력이 가속화된다. 이때의 통일사법은 국제사법의 통일을 넘어 실제적 사법을 통일하자는 노력으로 진정한 의미의 법통일노력이라 할 수 있다.

20세기 중엽 유엔의 창설이후 사법통일의 노력은 규범제정기관(rule formulating agency)을

통하여 관습법 형태의 구 상인법을 성문법 형식의 신상인법으로 제정하는 것이었다. 여러 국제기구 중 대표적 규범제정기관으로 유엔사법통일기구(UNIDROIT)와 유엔상거래법위원회(UNCITRAL)를 들 수 있다.

그리고 대표적 신상인법(new lex mercatoria)으로 유엔사법통일기구의 계약법원칙(Principles)과 유엔상거래법위원회가 제정한 약칭 CISG 또는 비엔나협약이라 불리우는 국제물품매매계약에 관한 유엔협약이 있다. UNILEX라 불리우는 웹사이트에는 대표적 통일사법인 동 원칙과 동 협약에 관련한 선례 정보를 제공하고 있다. 세계계약법원칙의 법적 성격은 리스테이트먼트(restatement)와 같다. 리스테이트먼트란 판례법국가인 미국에서 학자들이 대륙법계 사법의 법조문체계에 따라 판례법을 요약·정리하여 체계화한 것이다.

이들은 학자들이 만든 것으로 구속력있는 법은 아니지만, 매우 권위있는 참고자료가 된다. 유엔통일사법기구에는 대륙법에 정통한 많은 법학자들이 소속되어 있는데, 이들이 모여 사법의 법원칙을 집대성하여 체계적으로 정리한 것이 Principles란 통일사법이다.

이는 나라들이 정식 조약체결절차에 따라 만든 경성적 성격의 조약법이 아니고, 연성적 성격의 법규범이다. 이러한 유엔 관행을 우리는 학자공화국(Republic of scholar)이라 부른다. 반면에 유엔상거래법위원회가 제정한 CISG는 국가들이 자신들의 헌법절차에 따라 정식으로 체결한 조약이다.

리스트레이트먼트 형식의 Principles는 정식 조약은 아니지만, (i) 계약이나 사법 해석에 있어 지침이 될 수 있고 (ii) 당사자들이 계약체결시 준거법으로 선택하는 경우 당사자들의 법률관계에 직접적으로 적용될 수 있으며 (iii) 당사자들이 상관행 또는 상관습법을 준거법으로 정한 경우, 이때의 상관행이나 상관습법은 Principles를 지칭하는 것으로 해석할 수 있으며 (iv) 국가들은 자국 국내 사법의 제정이나 개정시 Principles를 모범으로 할 수 있다.

본 사안은 세번째에 해당하는 경우로 베네주엘라 대법원은 상관행의 적용을 고려하면서 Principles를 적용하였다. Principles 6.1.6(i)(a)에는 금전지급채무에 관하여 대부분 국가의 민법에서 채택하고 있는 지참채무의 원칙을 규정하고 있다. 환어음의 법률관계는 어음가액의 지급이라는 금전지급채무로서 이 사건 채무자는 채권자 영업소 소재지국법인 베네주엘라법에 따라 어음금지급을 하여야 한다.

19. Principles 소송사건.B

파나마 대법원 2023년 11월 27일 사건

1. 사안의 쟁점

파나마정부와 S.A. 미네라 파나마간 광산채굴 양허계약 승인법에 관한 헌법재판 - 양허계약의 체결과 이행에 있어 당사자들의 행위를 평가하는 지표로서 유엔계약법원칙의 사용 - 유엔계약법원칙 1.7과 3.2.6

본 사안은 2024년 10월 20일에 제정된 법 406호 “파나마 정부와 S.A. 미네라 파나마간 광산채굴 양허계약 승인법(Approving the Mining Contract between the State of Panama and Minera Panama, S.A.)”의 위헌성 문제가 쟁점으로 등장하였다. 동 승인법은 양허계약 전체의 승인을 천명하고, 계약 전체의 용어와 조건들을 그대로 법에 담고 있다. 파나마 대법원(Supreme Court of Justice)은 법 제406호를 만장일치로 위헌이라고 판결하였다. 법원은 무엇보다도 정부가 경매과정을 생략함으로써, 양허를 주기 위하여 법이 요구하는 절차를 따르지 않았다고 판시하였다.

부가적으로 당사자간 계약은 헌법에서 규정하는 환경과 보건관련 조항을 위반하였다고 보았다. 그것은 정부가 시민들이 공해로부터 오염되지 않은 건강한 환경에서 생활할 수 있도록 보장할 의무를 다하지 않았기 때문이라고 이유를 설시하였다. 이어서 대법원은 국제투자유리와 중재의 위험에 관한 쟁점에 대하여 살펴보았다. 그럼으로써 자신들의 주권을 행사하는 국가들은 다른 국가들과 국제협정을 체결하고, 안전한 투자, 국제적 선의와 공정, 그리고 국제법의 일반원칙을 진작한다.

당사자들의 조치와 행위를 평가하기 위하여 대법원은 계약관계의 모든 단계에서 당사자들의 행위준칙으로 준수하여야 할 선의공정의 원칙을 담고있는 UNIDROIT 국제상사계약법원칙에 대하여 논급하였다.

미네라 파나마의 행위를 분석한 후, 대법원은 동 2011년 퍼스트 퀴텀 미네랄 LTD에 대한 매각을 통해 광산의 소유권이 이전되었을 때에 동 회사는 이미 위헌판결이 날 수 있다는 위험을 인지하고 있었다는 점을 강조하였다. 동 매각 이전 1997년 이전의 법에 의하여 규제되고 있던 양허계약에 대하여 이미 헌법적 다툼이 존재하고 있었던 것이다.

또한 이러한 맥락에서 대법원은 위헌결정이 선언되거나 계약조건들이 당사자간 직접 협상되지 않는 경우, 파나마 정부를 상대로 그에 대하여 수백만 달러의 중재청구를 제기하겠다는 광산회사의 일관된 경고에 주목하여야 한다고 하였다.

대법원은 광산회사의 이러한 겁박, 경고 및 위협은 의사의 자유로운 표현이라고 하였다. 대

법원은 또한 국제중재의 경우, 사용될 수 있는 법의 연원은 유엔계약법원칙이며, 특히 조항 1.7 및 3.2.6에 대하여 언급하였다. 두 조항은 협상과 계약의 이행에 있어 선의에 따라야 하고, 겁박이나 위협은 계약관계를 무효로 만드는 의사의 하자가 된다고 판시하였다. 그러므로 유엔계약법원칙은 양허계약의 체결과 이행에 있어 당사자들의 행위를 평가하는 기준으로 사용될 수 있다.

20. Principles 소송사건.C

파라과이 민사·상사·노동 제6부 재판소 2023.10.12 판결 No. 88

가. 사안의 쟁점

불이행 - 당사자가 자신의 의무를 다하였는지 결정하는 기준 - 구체적 결과를 달성해야 할 의무와 최선을 다할 의무간의 차이 - 적용할 법에 관한 명확한 조항이 없는 경우 참조하여야 할 유엔계약법원칙 조항 5.1.5 및 코멘트와 모범 사례

나. 판결의 요지

본 사안에서 청구인은 피청구인에게 건설공사계약의 불이행으로 인하여 발생한 손해에 대하여 손해배상을 청구하였다. 동 계약상 피청구인은 60-90일 이내에 공사를 종료하도록 되어 있다.

제1심 법원은 피청구인이 자신의 의무를 다하지 못하고 계약관계의 종료에 관한 책임이 있다고 인정한 뒤에, 청구인의 청구를 받아들여 원고 일부 승소판결을 내렸다. 피청구인은 제1심법원의 판결에 대하여 항소하였다.

항소법원은 그 판결에서 ‘최선의 노력을 다하여야 할 의무(duty of best efforts)’와 ‘구체적 결과를 얻어야 할 의무(duty to achieve a specific result)’는 다른 것이라고 전제한 뒤, 양자간 확정된 권리와 의무관계가 어떠한 유형에 속하는지를 알기 위해서는 계약조항, 의무의 성격, 그리고 계약에서 당사자들이 기대하는 기회의 요소 등을 살펴보아야 한다고 판시하였다.

건설공사를 60-90일 이내에 종료할 피청구인의 의무가 있는가를 확정하기 위하여, 법원은 유엔계약법원칙 조항 5.1.5 관련된 의무의 확정에 관한 조항을 다시 돌아보아야 한다고 설시하였다. 항소법원은 계약법원칙의 공식 코멘트에 나오는 예들을 살펴볼 필요가 있다고 하였다. 건설공사주가 미리 정해진 기한 내에 주거를 건축하기로 한 경우, 그 합의와 그로부터 도출되는 의무는 명백하게 결과에 관한 것이다. 따라서 피청구인은 그러한 결과를 달성하도록 이행하여야 할 법적 의무가 있다.

마지막으로 어떤 당사자가 계약의 해제에 관하여 책임이 있는가를 결정하기 위하여 항소법원은 “피청구인은 청구인이 자신의 계약상 의무 이행을 방해하였고 자신의 의무를 이행하려고 성실하게 노력을 다한 사실을 증명하지 못하였다” 고 인정하였다. 따라서 피청구인은 자신의 의무불이행에 관하여 책임이 있다. 이러한 이유로 법원은 항소를 기각하고 제1심법원의 판결을 유지하였다.

21. Principles 소송사건.D

Bonem v William Penn Life Ins Co of New York 뉴욕항소법원 2022년 10월 2일
판결

가. 사안의 쟁점

미국 시민과 미국회사간의 보험계약

뉴욕주법상 계약의 해석 - 작성자 불리의 원칙(CONTRA PROFERENTEM RULE) - 유엔계약
법원칙 4.6 및 유럽계약법원칙 5:103

나. 판결의 요지

미국의 한 시민이 뉴욕주 보험회사 보험에 가입하였다. 피보험자가 사망한 이후에 원고인
자신의 부인과 피고인 보험회사간에 보험료를 적시에 납부하지 않아 남편의 사망이전에 보
험이 종료되었는가 하는 쟁점을 둘러싸고 분쟁이 발생하였다.

뉴욕주 항소법원은 피고 승소판결을 내렸다. 승소판결에서 법원은 연 보험료 납부 시한에
관하여 피고가 주장한바와 같이 계약조항을 해석하는 것이 타당하다고 설시하였다. 법원의
피고 승소판결에 따라, 원고는 보험료를 적시에 지급하지 못하는 경우 계약이 자동적으로
해지되도록 되어 있어, 피고와 체결한 보험계약 하에서 보험금을 지급받지 못하게 되었다.

월슨 판사는 자신의 반대의견에서 계약조항의 의미가 불명확하며, 계약 문언에 불명확이 있
는 경우, “이는 계약서 조항과 문언을 작성한 보험회사의 책임이 되어야 하고 분쟁은 보험
회사가 불이익을 받는 쪽으로 해결되어야 한다” 고 다수의견에 반대하였다. 사안에 적용될
계약조항의 해석에 있어 “반우대원칙(contra preferentem)” 이 적용되어야 한다는 반대의견
에서 월슨판사는 미국법원의 선례는 물론 외국법원의 선례, 그리고 유엔계약법원칙 조항
4.6 및 유럽계약법원칙 조항 5:103을 인용하였다.

다. UNIDROIT 제4장 해석

제4.1조

(당사자의 의사)

(1) 계약은 당사자 쌍방의 공통된 의사에 따라 해석되어야 한다.

(2) 그러한 의사를 확정할 수 없는 경우에, 계약은 당사자와 동일한 부류의 합리적인 사람이

동일한 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다.

제4.2조

(진술 그 밖의 행위의 해석)

(1) 당사자의 진술 그 밖의 행위는 상대방이 그 당사자의 의도를 알았거나 모를 수 없었던 경우에는 그 의도에 따라 해석되어야 한다.

(2) 제1항이 적용되지 아니하는 경우에 그러한 진술이나 그 밖의 행위는 상대방과 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다.

제4.3조

(관련사정)

제4.1조와 제4.2조를 적용할 때에는 다음 각호를 포함하여 모든 사정을 고려하여야 한다.

- (가) 당사자간의 예비적 협상
- (나) 당사자간에 확립된 관례
- (다) 계약체결 후 당사자의 행위
- (라) 계약의 성질과 목적
- (마) 계약조건과 표현이 당해 거래에서 공통적으로 갖는 의미
- (바) 관행

제4.4조

(계약이나 진술의 전반에 비추어 해석)

조건과 표현은 그것이 등장하는 계약이나 진술의 전반에 비추어 해석되어야 한다.

제4.5조

(유효해석의 원칙)

계약조건은 그 중 일부의 효력이 부정되도록 하기보다는 오히려 모든 계약조건의 효력이 긍정되도록 해석되어야 한다.

제4.6조

(작성자불리의 원칙)

당사자의 일방이 제공한 계약조건이 불명확한 경우에, 그 당사자에게 불리한 해석이 우선한다.

제4.7조

(언어간의 불일치)

하나의 계약상 둘 이상의 언어로 작성되고 각기 동등한 원본의 효력을 갖는 복수의 언어본(language version)이 존재하여 계약서 사이에 언어의 불일치가 있는 경우에, 그 중 가장 먼저 작성된 언어본(version)에 따른 해석이 우선한다.

제4.8조

(흡결조건의 보충)

(1) 당사자가 권리의무의 결정에 중요한 계약조건을 합의하지 않은 경우에, 제반사정으로 보아 적절한 계약조건으로 그러한 흡결을 보충한다.

(2) 무엇이 적절한 계약조건인지를 결정함에 있어서는 특히 다음의 요소가 고려되어야 한다.

- (가) 당사자의 의사
- (나) 계약의 성질과 목적
- (다) 신의와 공정거래
- (라) 합리성

5. Principles 소송사건.E

프랑스 파기원 상사부 2022년 11월 16일 No. 21-17.338

가. 사건의 쟁점

공급계약 - 프랑스 회사와 미국 회사 - 계약에서 국제상사관계에 적용될 법으로 법의 일반 원칙과 국제상관습을 원용하는 경우

프랑스 법원에 繫屬된 프랑스 회사와 미국회사의 채권자(미국과 이탈리아 회사들임)사이의 분쟁 - 채무자의 국제교역에 관한 일반원칙 및 상관습을 반영하고 있는 유엔계약법원칙의 원용 및 공급계약과 구매조항 및 구매요건의 적용 - 적용의 배제 - 주 법원 분쟁사건에서 법의 일반원칙 및 유엔계약법원칙을 계약법(Lex Contractus)으로서 적용할 법으로 선택한 경우, 그 선택의 유효성을 부인한 프랑스 파기원

나. 판결의 요지

프랑스 가구소매상이 미국 회사인 공급자에게 부담하고 있는 채무를 둘러싸고 분쟁이 발생하였다. 두 회사는 2004년부터 2006년까지 계약관계에 있었고, 계약관계는 미국 기업에 대한 우호적 청산이 이루어질 때까지 계속되도록 되어 있다.

공급자의 채권자인 이탈리아 회사와 다른 미국 회사는 자신들의 채권을 보존하기 위하여 항소인인 프랑스 기업을 상대로 현상유지 가처분(conservatory seizures)을 신청하였다. 항소인은 2005년에서 2006년 기한인 상사협력계약에 따라 발생한 공급자의 채무에 대하여 자신의 채무로 상계한다는 반소를 제기하였다.

파리항소법원은 피항소인인 미국기업에 승소판결을 내렸다. 동 법원은 제1심법원의 판결을 인용하면서, “2004년 공급계약에 근거하고 있는 분쟁 대상 상사협력계약들은 종료하였다”고 판결하였다. 동 계약은 국제상사관계와 국제상관습에 적용되는 일반원칙을 원용하고 있다.

로마협약 제4조에 따라 청구인용 여부를 정하기 위하여 적용될 법률을 정함에 있어, 항소법원은 자국법인 프랑스법을 적용하였다. 프랑스법에서는 계약을 특징지우는 의무를 이행하여야 할 당사자는 계약의 핵심적인 역할을 하여야 할 지위에 있다.

이어서 항소법원은 “항소인이 상사협력계약들이 프랑스 상법 조항 441-3에 의하여 요구되는 상사관계의 투명성에 관한 법원칙에 위반되지 않는다는 사실을 증명하지 못하였다”고 보았다. 또한 상업총장들은 미국 공급자의 채무에 대하여 항소인의 채무로 유효하게 상계하기 위하여 사용될 수 없다고 판단하였다.

항소인은 최고법원인 참사원에 상고하면서, “항소심인 제2법원이 로마협약 제3조와 제4조를 잘못 적용하였다” 고 주장하였다. 즉 유엔계약법원칙을 분쟁의 실제사안에 적용하여야 함에도 그 적용을 배제하였다는 것이다.

항소인의 주장에 따르면, “문제의 연성법은 2004년 공급계약및 항소인의 구매조항과 요건이 원용한 국제무역의 일반원칙과 상관습을 반영하고 있어 본 사안에 적용될 수 있다” 는 것이다.

항소인은 “공급계약상 관련된 당사협력계약들에는 동 구매조항과 요건들이 적용된다고 명시적으로 규정하고 있다” 고 주장하였다. 국제계약에 적용되는 법의 선택을 위한 법은 명시적일 수도 있고 사안의 정황으로부터 묵시적으로 결과할 수도 있다. 특히 연속적으로 계약이 체결된 경우, 원계약에 적용될 법선택법은 다른 관련된 계약들에도 적용된다고 보아야 한다고 주장하였다.

법원은 항소인에 의하여 제기된 주장에도 불구하고 항소인의 청구를 기각하고, 유엔계약법원칙이 천명하는 바와 같이 국제계약들에 적용될 일반원칙은 로마조약 3(1)의 의미 내에서 당사자들에 의하여 선택될 수 있는 법을 구성하는 것이 아니라는 결론에 도달하게 된다.

법원에 의하면 제2법원 판사는 로마협약 제4조에 따라 적용될 법을 적용함에 있어 아무런 오류를 범하지 않았다. 그 결과 법정지국 법인 프랑스법이 적용되었는데, 동법은 계약과 가장 가까이 연관되어 있는 법이라 할 수 있다.

법원은 대표적 법선택법인 국제상사계약들에 있어 적용될 법 선택에 관한 헤이그국제사법협약 제3조마저 고려하지 않았다. 동 조항에 따르면 법정지법이 달리 규정하지 않는 한, 당사자들이 적용하기로 합의한 법은 중립적이고 균형있는 법들로 이루어진 법세트로서 국제적 또는 초국가적이거나 지역적 차원에서 일반적으로 수용될 수 있는 법원칙들이라 할 수 있다.

법원이 헤이그국제사법협약을 적용하였다면, 법원은 계약상 의무에 적용되는 로마협약이 이미 오래전 EC 규정 No 593/2008 (Rome I)에 의하여 대체되었다는 것을 인식하지 못하는 것이 된다.

3. 돌아볼 점

국제계약에서 적용할 준거법으로 법의 일반원칙이나 국제상관습을 적용하기로 당사자들이 합의하는 경우가 있다. 이때 유엔계약법원칙이 적용될 수 있는 가능성이 있다. 다만 사안에 유엔계약법 원칙이 적용되는 경우, 당사자간 형평에 반하는 결과를 야기하는 등 부적절한 경우 유엔계약법원칙은 적용되지 않는다. 이때 본 사안과 같이 모호한 준거법 합의를 부인하고 법정지법 사법의 강행규정이나 핵심규정 등을 적용할 수도 있다. 한편 로마협약이나 헤이그국제사법협약 같은 국제조약들은 유럽의 통합으로 본 사안에서처럼 EC나 EU 규정 또는 지침 등 EU법에 의하여 수정받고 있다.

II. 유엔물품매매협약

1. CISG 소송사건.A

프랑스파기원 2023.5.17. 판결 22-16.290 사건(Actimeat S.A.S. v. AIG Europe Ltd. et al.)

가. 사안의 쟁점

계약에 따른 의무를 이행하지 못한 것에 대한 매도인의 책임 면제(CISG 79조) - 면책이 확정되면 국내법에 따라 더이상 책임을 물을 수 없다.

나. 판결요지

이탈리아 매수인이 프랑스 매도인으로부터 쇠고기로 만든 육류 상품을 구입했다. 후에 상품이 부적합한 것으로 판명되자 당사자들 사이에 분쟁이 발생하였다. 항소심에서 법원은 매도인이 물품의 적합성 의무에 위반하였다는 주장을 배척하고, 비엔나협약 제79조에 따라 매도인의 책임은 면제되어야 한다고 보았다. 그러나 법원은 프랑스 국내법에 따라 매도인에게 책임이 있다고 판단하였고, 매도인은 동 판결에 이의를 제기하고 상고하였다.

프랑스 파기원(Cour de Cassation)은 계약이 협약의 적용대상이라고 판단하였다(CISG 제1조 (1)(a)). 법원은 또한 CISG 제35(1)에 따라 매도인은 계약서에 명시된 수량, 품질 및 상품명세에 맞는 물품을 인도할 의무가 있다고 보았다. 한편 CISG 제79조는 당사자가 계약에 따른 의무를 이행하지 않은 경우에도 책임이 면제될 수 있는 상황을 규정하고 있다. 사안에서 파기원은 당사자들이 협약의 적용을 배제하지 않았기 때문에 협약이 매도인의 책임 문제에 적용된다고 실시하였다. 그러한 경우 물품에 결함이 있다는 사실로 인해 프랑스 국내 책임제도에 따라 더 이상의 책임을 물을 수 없게 된다고 판시하였다.

다. 코멘트

비엔나협약(제79조 제5항)에서 면책의 범위와 관련하여 계약의 불이행에 대한 면책의 요건이 충족되더라도 불이행 당사자는 오직 손해배상의 책임만을 면할 뿐이며, 계약불이행으로 발생하는 협약상 다른 구제수단, 예컨대 계약의 이행청구(Claim for performance), 대금감액(Reduction in price), 계약의 해제(Avoidance of contract) 등 기타의 모든 구제수단은 어떠한 영향도 받지 않는다.³³⁵⁾ 그런데 CISG가 적용되는 경우에 당연히 그와 저촉되는 국내법의 적용은 배제된다. 다만 CISG 제7조 제2항에 따라 CISG 법의 결론에 대한 국내법에 의하여 보완이 가능하다. 요컨대 프랑스 파기원의 판결은 “CISG 제79조에 따라 손해배상책임이 면제된다면, 국내법상 손해배상책임제도 역시 면제되어야 한다”는 의미로 타당한 판결이라고

335) 김기영. (2011). 효율성의 관점에서 본 비엔나협약 상 구제수단의 문제. 인권과 정의, (422), 28-45.

할 수 있다.

한편 협약 제79조에서는 면책의 사유로서 “impediment(장애)” 라는 포괄적 개념을 사용하고 있는데, 장애의 개념에 ‘경제적 곤란’이 포함되는가 여부가 문제된다. 최근 CISG-AC Opinion No.3와 Steel Tube 판결은 부정적 다수설과 달리 그러한 적극적 해석이 가능할 수 있는 여지를 열고 있다. 협약 제79조로 인한 면책은 손해배상책임의 면제일뿐 다른 구제수단의 원용을 방해하지 아니하므로, 장애의 개념을 보다 넓게 인정할 수 있다고 보아야 하며, 또한 협약이 기초하고 있는 일반원칙에 비추어 정의와 형평 관념상 경제적 곤란을 장애의 한 유형에 포함시키는 것이 현실적으로 타당한 경우가 있을 수 있다. 예컨대 정기적으로 발생하는 파업과 달리 역사적으로 파업의 관행이 없던 나라에서 파업이 발생한 경우나 이례적인 원자재 가격 폭등 같은 경우는 국내법상 불가항력 또는 CISG법상 장애에 해당할 수 있을 것이다. 따라서 향후 판결의 동향을 살펴야 할 것이나, 일반적으로 사법상 법률관계에 있어 시장의 변화나 경제상황의 추이 같은 변수는 당사자가 합의 시 당연한 항수로 인식하면서 그 위험을 받아들이고 법률관계를 창설한 것으로 보는 것이 계약법의 기본 가정이다. 그러므로 계약체결 후 발생하는 통상적인 성격의 경제적 곤란은 ‘장애(impediment)’라 할 수 없다. CISG법상 경제적 곤란이 장애에 해당하는가 하는 것은 보통의 경우라면 국제법과 국내법을 조화롭게 해석할 책임이 있는 각국 국내법원이 결정 하게 될 것이고, 이때에 법원은 불가항력(force majeure)이나 신의 행위(act of god)에 관련한 국내법상의 제정법과 판례법은 물론, CISG 제7조 제1항의 협정 해석원칙에 따라 그 국제적 성격을 고려하여 결정하여야 한다.

라. 관련조항

제79조

(1) 당사자는 그 의무의 불이행이 자신이 통제할 수 없는 장애에 기인하였다는 것과 계약 체결시에 그 장애를 고려하거나 또는 그 장애나 그로 인한 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 것을 증명하는 경우에는, 그 의무불이행에 대하여 책임이 없다.

(2) 당사자의 불이행이 계약의 전부 또는 일부의 이행을 위하여 사용한 제3자의 불이행으로 인한 경우에는, 그 당사자는 다음의 경우에 한하여 그 책임을 면한다.

(가) 당사자가 제1항의 규정에 의하여 면책되고, 또한

(나) 당사자가 사용한 제3자도 그에게 제1항이 적용된다면 면책되는 경우

(3) 이 조에 규정된 면책은 장애가 존재하는 기간 동안 효력을 가진다.

(4) 불이행 당사자는 장애가 존재한다는 것과 그 장애가 자신의 이행능력에 미치는 영향을 상대방에게 통지하여야 한다. 불이행 당사자가 장애를 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 상대방이 그 통지를 수령하지 못한 경우에는, 불이행 당사자는 불수령으

로 인한 손해에 대하여 책임이 있다.

(5) 이 조는 어느 당사자가 이 협약에 따라 손해배상청구권 이외의 권리를 행사하는 것을 방해하지 아니한다.

2. CISG 소송사건.B

오스트리아 대법원(Oberster Gerichtshof) 2023.2.28 판결. 4 Ob 210/22v

가. 사안의 쟁점

1. 당사자의 계약체결지법 섭외사법에 따른 CISG의 적용-협정 제1(1)(b) 간접적용
2. 목적물의 계약 부적합 - 합리적 기간 내의 통지의무에서 합리적 기간의 의미 - 목적물의 검사와 하자의 통지에 관한 기간의 제한 - 기간의 단축이나 연장에 관한 특별한 상황이 존재하지 않는 경우 통상 14일 이내 (협정 39(1))
3. 계약 부적합을 이유로 한 매수인의 권리 - 적시에 통지할 의무를 다하지 않는 경우 (협정.39(1))

나. 판결요지

피고인 오스트리아 매도인은 150.000 보호마스크를 원고인 슬로바키아 매도인에게 EU 시장에서 재판매할 목적으로 공급하였다. 계약서에는 계약의 목적물에 관하여 CE (EN 49:2001+A1:2009) 표준의 “FFP2/KN95 - 보호마스크” 라고 기술되어 있다. 계약 관련 서류에도 4-number proof-formula 표시는 없지만, CE라는 마크가 선명한 상자 사진, CE 표시가 있는 마스크의 사진과 상품명세와 동일한 (EN149:2001) 명세가 포함되어 있었다.

목적물이 도착하자 목적물을 담은 상자는 계약에 적시된 모양과 동일하였지만, 인도된 마스크는 CE 표시나 “EN149:2001” 또는 약어 “FFP2 NR” 등 표시가 없었다. 표시기준에 관한 EU법과 달리 계약 목적물인 마스크에 대하여 유관기관에 의한 계약적합성 절차가 행해지지 않았다. 매수인이 인도된 물품이 필요한 품질을 갖추지 못하였다고 이의를 제기하면서, 당사자간 분쟁이 발생하였다. 제 1심 법원과 항소심법원은 원고의 물품가액 반환청구를 기각하였다.

대법원은 당사자들이 자신들의 계약관계에 적용될 법으로 오스트리아법을 선택하였고, 오스트리아는 CISG 가입당사국이므로 협정 1(1)(b)에 따라 협정이 간접적용되는 경우에 해당한다. 본안판단에서 대법원은 “물품의 하자를 발견한 이후 합리적 기간내에 매도인에게 하자를 통지하지 못하였으므로 매수인의 계약부적합에 관한 권리는 실효하였다” 고 판단하였다.

CISG 제39조 규정된 합리적 기간에 관하여 대법원은 그 기간을 단축하거나 연장할 다른 특별한 상황이 존재하지 않는 경우 통상 14일 이내를 의미하는 것으로 보았다. 이때 무엇보다도 물품의 복잡성과 성질, 계약 당사자, 회사의 규모, 물품검사의 복잡성 등이 기간을 정함에 있어 고려되어야 한다. 결론적으로 대법원은 “매수인은 물품의 하자를 발견한 이후 수개월이 지나 물품의 계약 부적합을 매도인에게 통지하였으므로 매수인은 지급한 물품대금의

반환을 구할 수 없다”고 판시하였다.

다. 코멘트

CISG는 대표적인 신상인법(New lex mercatoria)이다. 중세 지중해시대 구상인법(Old lex mercatoria)이 상인들간의 관행에 바탕하여 관습법의 형태로 존재하였다면, 신상인법은 20세기 유엔에 의한 ‘국제법의 성문화’ 경향에 따라 제정·발전된 다자조약이다.

국제법의 성문화 경향은 유엔의 관련기관, 규범제정기관이라고 불리우는 여러 기관들이 관여하여 모호한 관습법을 보다 명확한 성문법 형태로 제정하는 관행을 일컫는 말이다. CISG는 유엔상거래법위원회(UNCITRAL)가 주도하여 제정하였는데, 이전 매매법협약인 헤이그협약에 비하여 가입국수도 많고 매도인과 매수인간 권형을 잘 이루고 있는 성공한 협약으로 평가되고 있다.³³⁶⁾

또한 대륙법과 영미법 제도가 절충하여 협약에 반영되어 있다. 매도인이 주로 선진국 기업인 경우가 많고 매수인은 개발도상국 기업이나 소비자인 경우가 많아 사법의 통일 과정에서 갈등의 소지가 많다.

우리나라가 오랫동안 CISG에 가입하지 않은 이유 중 하나도 물품의 하자 검사와 통지의무의 제척기간이 6개월인 우리에게 비하여 매도인에 과도하게 유리하게 단기간으로 설정되어 있었기 때문이었다.

이렇듯 성공적인 統一私法의 제정은 쉽지 않고, 그 이면에는 선진부국과 개발도상국간 인식의 차이나 다른 여러 변수들이 복잡하게 얽혀져 있는 경우가 많다. CISG는 그러한 난점을 잘 조정한 20세기 대표적 통일사법의 하나가 되고 있고, 회원국들의 기업에게 국내상법과 같이 적용되고 있는 현실이다. 본 사안은 물품의 계약부적합과 매수인의 검사 및 부적합통지의무, 부적합으로 인해 발생하는 매수인의 권리가 문제되었다.

물품의 계약부적합과 그로 인한 매수인의 구제는 소위 무역에 있어 클레임 문제라고 불리우는데, 국제거래분쟁에서 가장 빈번히 발생하는 문제이다. 한편 본 사안의 분쟁에는 CISG가 적용되는데, CISG의 적용에는 직접적용과 간접적용이 있다. 직접적용이란 계약당사자의 영업소 소재지 기준으로 다른 국가의 기업간 거래로서, 다른 두 국가가 모두 CISG협약 가입당사국인 경우에 적용되는 일반적인 경우를 일컫는다. 간접적용이란 직접적용의 경우에 해당하지 않더라도 당사자의 준거법 합의나 법정지국 국내사법에 따라 적용될 준거법 국가가 CISG 가입당사국인 경우에 적용되는 경우를 의미한다.

한편 직접적용 아닌 간접적용으로 CISG가 적용되는 경우 준거법 국가의 강행규정도 역시 그대로 적용될 것인가의 문제가 있다. CISG는 당사자자치의 원칙이 지배하는 계약법적 영역

336) 김기영. (2010). 私法の 統一과 國際物品賣買契約에 관한 유엔협약 (CISG). 인권과 정의, (407), 7-26.

이므로 CISG가 적용되어야 할 경우에도 합의로 그 적용을 배제할 수 있다. 반대로 CISG가 적용될 수 없는 경우에도 당사자는 합의를 통하여 CISG를 준거법으로 할 수 있는 것은 물론이다.

라. 관련조항

제39조

(1) 매수인이 물품의 부적합을 발견하였거나 발견할 수 있었던 때로부터 합리적인 기간 내에 매도인에게 그 부적합한 성질을 특정하여 통지하지 아니한 경우에는, 매수인은 물품의 부적합을 주장할 권리를 상실한다.

(2) 매수인은 물품이 매수인에게 현실로 교부된 날부터 늦어도 2년 내에 매도인에게 제1항의 통지를 하지 아니한 경우에는, 물품의 부적합을 주장할 권리를 상실한다. 다만, 이 기간 제한이 계약상의 보증기간과 양립하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다.

3. CISG 소송사건.C

네덜란드 로테르담법원 2023.2.15 판결. C/10/630663 / HA ZA 21-1108 사건

가. 사안의 쟁점

물품의 계약부적합(협약 제 35조) - 매수인의 국내 공법요건의 충족- 매수인의 국내공법상 요구되는 요건의 고지의무

나. 판결요지

그리스 운송회사가 네덜란드 회사로부터 트레일러를 구입하였다. 트레일러는 매도인의 웹사이트에서 자동잠금방지기기가 장착된 것으로 광고되었다. 그러나 물품이 인도된 후 매수인은 동 기기가 장착되지 아니한 것을 발견하였다. 그러한 기기가 장착되는 것은 이러한 종류의 자동차가 그리스 영역내에서 사용·운행되기 위한 법적 요건이다. 매수인은 매도인측이 계약을 중대하게 위반하였다고 주장하면서 계약의 해제를 구하였다.

법원은 이 사건 당사자간 계약은 CISG(협약 1(1)(a)에 의하여 규율된다고 하면서, 분쟁의 실제적 부분에 있어 매도인이 아무런 근본적 계약위반이 없다고 보아 매수인의 주장을 받아들이지 않았다.

그러한 결론에 도달하기 위하여 비록 트레일러가 ABS 기기를 장착하기로 하였다 하더라도 이점에 관하여 매수인측이 명확한 증거를 제시하지 않는한, 매도인은 ABS 기기의 결손으로 그리스 영역내 도로에서 트레일러가 운행될 수 없으리라는 것을 알지 못하였거나 알수 없었을 것이라는 사실은 여전히 문제로 남는다.

법원은 비엔나협약 하에서 물품의 품질에 관하여 매도인은 매수인 나라에서 물품의 품질에 관하여 적용될 법적 기준이나 요건을 알아야 할 의무가 없다. 계약체결시 그러한 법적 기준이나 요건이 존재한다는 사실을 매도인에게 고지할 의무는 매수인에게 있다.

단순히 당해 물품이 어떤 나라에서 사용될 것이라는 것만을 고지한 것만으로 그러한 법령이 존재한다는 것을 고지한 것이라 할 수 없다. 매수인이 문제의 법적 기준이나 법요건을 적절하게 고지하지 못하였으므로 매수인의 물품부적합 주장은 받아들일 수 없다.

다. 코멘트

형사법에서는 원칙적으로 법의 무지(ignorance of law)는 항변사유가 되지 못한다. 고의나 과실로 범죄의 구성요건사실에 해당하는 행위, 즉 작위나 부작위로 나아감으로써 형사범죄는 성립하고, 그것이 법이 금지하는 행위인 것을 알지 못하였다는 항변은 제기할 수 없다.

그렇다면 민사법에서 法の 無知는 어떻게 취급될까? 예컨대 특정지역에서 토지거래를 금지하는 행정법규의 존재를 알지 못하고 동 규정에 위반하여 토지거래를 한 경우, 당해 토지거래계약은 유효한 것인가?

물론 대부분의 행정법규는 당사자의 고의나 과실이 없어도 법규정 위반만으로 행정적 제재를 가하고 있으나, 행정적 제재가 형법총칙상 형벌의 종류에 해당하여 고의나 과실이 요구되는 경우에 형법총칙이 적용되고, 전술한 바와 같이 법의 무지로 항변할 수 없는 것은 동일하다.

행정법규에 위반한 사법상 계약의 효력은 입법자의 의사와 행정법규의 성격을 살펴 보아야 한다. 당해 법 규정이 토지거래의 사법상 효력까지 부인하려는 의도로 제정된 효력규정인지, 아니면 단순히 과태료나 행정상 제재를 가하려는 의도로 제정되고 관련 사법상 계약의 효력은 다른 차원의 문제로서 그대로 그 효력이 유지되는 단속규정의 성격을 갖는 것인지, 그 여부에 따라 당해 사법상 효력은 달라진다.

국제거래의 경우에 법의 무지는 물품에 요구되는 공법규정이 정한 요건을 충족하지 못하는 물품의 계약부적합성의 문제로 나타난다. 본 사안은 협약 1(1)(a)에 따라 그리스와 네덜란드가 모두 CISG 가입당사국이어서 동 협약이 직접 적용되는 경우이다.

계약목적물인 트레일러에 그리스 공법이 요구하는 자동잠금방지기기가 장착되지 않음으로써, 그리스 시장에서 판매가 불가능하게 된 것은 당사자가 계약에서 실질적으로 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈하는 정도에 이르므로 협약 제 25조가 정하는 계약의 본질적 위반에 해당한다.

계약의 본질적 위반이 있는 경우에는 손해배상 외에도 계약을 해제하거나 대체품의 인도를 구할 수 있다. 또한 부가기간을 허여하지 아니하고 즉시 계약위반으로 인한 구제수단을 원용할 수 있다. 물품의 계약부적합은 협약 제35조에 따라 4가지 기준에 따라 판단되어야 한다.

본 사안에서 후반부 두가지 사유, 즉 견본이나 모형 또는 용기나 포장으로 인한 하자는 문제되지 않는다. 따라서 사안에서 트레일러의 그리스 공법규정 위반은 전반부 두가지 사유, 즉 그 위반으로 당해 물품의 통상사용목적 또는 특별사용목적에 맞지 않게 되었을 때 물품의 계약부적합이 인정될 수 있을 것이다.

이러한 경우 물품의 계약부적합으로 매도인이 계약위반으로 인한 책임을 부담하기 위하여는 특별사용목적이 매도인에게 명시적 또는 묵시적으로 알려져 있어야 한다. 통상사용목적에 맞지 않는 경우는 물품의 하자 인정과 매도인의 책임 문제가 특별사용목적에 맞지 않는 경우보다 쉬울 것이고, 공법규정 위반과 상관없이 매도인이 책임을 지는 경우가 많을 것이다.

이에 관한 독일과 미국 판례는 물품에 관한 공법규정의 존재와 부적합 문제에 있어 원칙적으로 매도인이 당해 공법규정의 존재를 인식하고 그 기준이나 요건에 맞는 물품을 인도할

의무는 없다고 하였다. 본 사안의 네덜란드 법원의 입장도 이와 동일하다. 물론 네덜란드 법원이 실시한 바와 같이 예외가 인정되고 있다.

분설하면 (i) 당해 공법규정이 매도인 소재지국 법에도 존재하여 그 기준과 요건을 매도인이 모를 수 없었거나 (ii) 매수인이 그러한 공법의 존재에 대하여 미리 고지하였거나 (iii) 매도인의 영업소가 매수인의 국가영역 내에 있거나 이미 많은 거래를 통하여 당해 공법규정의 존재를 모를 수 없는 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에는 협약 제 35조 계약부적합이 발생할 수 있는 것이다.

라. 관련조항

제1조

(1) 이 협약은 다음의 경우에, 영업소가 서로 다른 국가에 있는 당사자간의 물품매매계약에 적용된다.

- (가) 해당 국가가 모두 계약국인 경우, 또는
- (나) 국제사법 규칙에 의하여 계약국법이 적용되는 경우

제25조

당사자 일방의 계약위반은, 그 계약에서 상대방이 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈할 정도의 손실을 상대방에게 주는 경우에 본질적인 것으로 한다. 다만, 위반 당사자가 그러한 결과를 예견하지 못하였고, 동일한 부류의 합리적인 사람도 동일한 상황에서 그러한 결과를 예견하지 못하였을 경우에는 그러하지 아니하다.

제35조

(1) 매도인은 계약에서 정한 수량, 품질 및 종류에 적합하고, 계약에서 정한 방법으로 용기에 담겨지거나 포장된 물품을 인도하여야 한다.

(2) 당사자가 달리 합의한 경우를 제외하고, 물품은 다음의 경우에 계약에 적합하지 아니한 것으로 한다.

- (가) 동종물품의 통상 사용목적에 맞지 아니한 경우,
- (나) 계약 체결시 매도인에게 명시적 또는 묵시적으로 알려진 특별한 목적에 맞지 아니한 경우. 다만, 그 상황에서 매수인이 매도인의 기술과 판단을 신뢰하지 아니하였거나 또는 신뢰하는 것이 불합리하였다고 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

(다) 매도인이 견본 또는 모형으로 매수인에게 제시한 물품의 품질을 가지고 있지 아니한

경우.

(라) 그러한 물품에 대하여 통상의 방법으로, 통상의 방법이 없는 경우에는 그 물품을 보존하고 보호하는 데 적절한 방법으로 용기에 담겨지거나 포장되어 있지 아니한 경우.

(3) 매수인이 계약 체결시에 물품의 부적합을 알았거나 또는 모를 수 없었던 경우에는, 매도인은 그 부적합에 대하여 제2항의 (가)호 내지 (라)호에 따른 책임을 지지 아니한다.

제49조

(1) 매수인은 다음의 경우에 계약을 해제할 수 있다.

(가) 계약 또는 이 협약상 매도인의 의무 불이행이 본질적 계약위반으로 되는 경우

4. CISG 소송사건.D

미국 미네소타주 연방지방법원 2023.11.04. 판결 0:2021cv01026.

Brands International Corporation v. Reach Companies, LLC

가. 사안의 쟁점

- 매도인의 계약해제권-매수인의 대금지급의무 위반 (협약 64(1))
- 손해배상(CISG 제74조)-소송비용-변호사비용-CISG법상 손해배상의 범위

나. 판결요지

미국의 판매상이 코비드-19 팬데믹의 시작 무렵 캐나다 제조업자와 위생 손수건의 공급을 위한 계약을 체결하였다. 2020년 3월 3회에 걸쳐 물품의 인도가 이루어졌다. 물품의 최종 고객으로부터 대금을 지급받았음에도 미국의 판매상은 물품대금의 지급을 거절하였다. 그리고 더 이상의 선적을 하지 않겠다는 거부의 의사를 통지하고 미국의 매수인에 대하여 물품대금의 지급을 청구하였다.

법원은 사안의 계약관계에는 협약이 직접 적용된다고 보았다(협약 1(1)(a)). 본안에 관하여 보면, 양당사자는 계약의 형식에 관한 CISG 제14조 및 제18조에 따라 유효하게 계약을 체결하였다. 나아가 법원은 송장의 수령은 매도인에게 계약대금을 지급하기 위한 전제 조건이라는 매수인의 주장을 배척하였다. 이로써 ‘인도조건부 현금(Cash against Delivery)’이라는 가격공식에 관한 당사자간 합의가 송장이 대금지급의 전제가 된다는 것을 묵시적으로 결과하였다고 보았다.

또한 법원은 “당사자들이 송장의 수령이 대금지급의 전제조건이 된다는 합의를 하였다는 것을 달리 증명할 수 없다”고 보았다. 결론적으로 법원은 물품의 인도와 상환으로 물품대금을 지급할 의무가 있다고 판단하였다. 또한 법원은 매도인이 주문서를 자신의 내부 주문추적시스템에 입력하지 않았다고 하면서, 물품대금을 지급하지 않아도 된다는 매수인의 주장 역시 배척하였다.

실제 CISG 제59조에 따라 매수인은 지급일에 매도인의 특별한 행위가 없어도 물품대금을 지급하여야 하여야 한다. 따라서 법원은 매수인의 대금지급의 거절은 계약의 중대한 위반에 해당하며 매도인은 계약을 해제할 권리가 있다고 보았다. 더욱이 법원은 “매도인이 CISG 제73조에 따라 정당하게 자신의 계약상 의무의 이행을 정지하였다”고 보았다. 즉 처음 3회의 선적 인도분에 대하여 매수인이 대금지급을 하지 않자 이후 매도인이 선적을 중단한 것은 당연한 것이라고 합리적으로 추론할 수 있기 때문이다.

마지막으로 법원은 매도인이 “CISG 제74조에 따라 변호사비용을 포함한 소송비용의 상환을

구할 수 있는가” 하는 문제에 대하여 살펴보았다. 심리의 결과 법원은 “미 법원들의 선례에 따를 때에 달리 적용가능한 법에서 법적 근거를 찾아 볼 수 없다” 고 판시하였다. 그러나 법원은 “변호사 비용은 CISG를 둘러싸고 미국 법원에서 제소된 계약위반에 기한 손해배상 소송에서 손해액에 포함되지 않는다” 고 주장하는 것은 부당하다고 결론내렸다.

즉 그러한 주장은 국제무역에 있어 선의 공정거래의 원칙(Principle of good faith)에 위배되거나 국제통상의 소멸적 효과(deleterious effect)를 불러 일으켜 자유무역의 흐름에 역행한다고 본 것이다. 따라서 본 법원에 계속된 사건과 같이 일정한 상황에서 소송비용은 합리적으로 예측가능한 손해라 할 수 있는 사실을 감안하면서, 법원은 “CISG 제74조은 그러한 비용의 상환 가능성을 포함하고 있다” 고 해석하였다.

다만 그러한 효과를 배제하기 위하여 법원은 “물품에 관한 국제매매계약의 당사자들은 명시적으로 조항을 두어 계약을 체결할 수 있다” 고 한다. 따라서 법원은 매도인은 합리적 범위 내의 변호사비용과 관련 소송비용 및 그 이자 상당액을 손해배상액으로 청구할 수 있다고 판시하였다.

다. 코멘트

본 사안은 캐나다 매도인과 미국의 매수인간 체결된 매매계약상 대금지급의무의 불이행과 계약해제에 관한 분쟁이다. 매매계약은 우리 법상으로도 전형계약 중 가장 우선적으로 취급되어 소비대차 계약에 앞서 민법전에 규정되어 있다.

매매계약의 본지는 매도인의 물품인도의무와 매수인의 대금지급의무이며, 양 의무는 동시행의 관계에 있다. 매수인은 인도조건현금 지급이라는 계약서 문언에 따라 송장의 인도가 대금지급의 전제조건이라고 주장하였지만, 법원은 동 주장을 배척하였다.

또한 매도인이 주문추적시스템에 본 거래 주문을 기입하지 않은 사실 역시 매수인이 대금지급을 거절할 수 있는 사유가 될 수 없다고 판시하였다. 한편 분할인도의 경우 3회분의 대금지급거절은 매도인이 이후 물품의 인도를 거절할 수 있는 정당한 사유가 된다고 보았다.

이는 또한 계약의 본질적 위반에 해당하며, 따라서 매도인은 계약의 해제와 함께 손해배상을 청구할 수 있다. 본 사안은 매수인의 대금지급의무가 문제되었지만, 매도인의 분할인도 의무의 불이행이 문제된 경우라면 어떻게 되었을까?

협약은 이에 관하여 제51조에서 규정하고 있는데, 분할인도 의무를 다하지 않는 경우 당해 분할부분에 대하여 일반적으로 인정되는 계약위반과 구제수단에 관한 법이 적용된다. 따라서 당해 인도분에 대하여 대금지급을 거절하거나 계약을 해제할 수 있다.

나아가 일부에 대한 인도의무불이행으로 계약전체에 대한 해제가 가능할까? 당해 인도분의 인도불이행으로 계약 목적을 달성할 수 없는 경우에는 계약해제가 가능할 것이다. 또한 계약의 본질적 위반의 문제도 계약 전체적 관점에서 일회나 수회분의 인도 불이행이 당사자가

계약목적에서 기대할 수 있는 실질적 이익을 박탈한 것인지 여부를 기준으로 판단해야 한다.

한편 CISG는 손해배상의 범위에 관하여 영미법상의 예측가능성(foreseeability)이론을 채택하고 있다. 변호사비용을 포함한 소송비용이 예측가능한 손해액 범위에 포함되는지에 대하여 법원은 이를 적극적으로 보았다.

라. 관련조항

제14조

(1) 1인 또는 그 이상의 특정인에 대한 계약체결의 제안은 충분히 확정적이고, 승낙시 그에 구속된다는 청약자의 의사가 표시되어 있는 경우에 청약이 된다. 제안이 물품을 표시하고, 명시적 또는 묵시적으로 수량과 대금을 지정하거나 그 결정을 위한 조항을 두고 있는 경우에, 그 제안은 충분히 확정적인 것으로 한다.

(2) 불특정 다수인에 대한 제안은 제안자가 반대 의사를 명확히 표시하지 아니하는 한, 단지 청약의 유인으로 본다.

제18조

(1) 청약에 대한 동의를 표시하는 상대방의 진술 그 밖의 행위는 승낙이 된다. 침묵 또는 부작위는 그 자체만으로 승낙이 되지 아니한다.

(2) 청약에 대한 승낙은 동의의 의사표시가 청약자에게 도달하는 시점에 효력이 발생한다. 동의의 의사표시가 청약자가 지정한 기간 내에, 기간의 지정이 없는 경우에는 청약자가 사용한 통신수단의 신속성 등 거래의 상황을 적절히 고려하여 합리적인 기간 내에 도달하지 아니하는 때에는, 승낙은 효력이 발생하지 아니한다. 구두의 청약은 특별한 사정이 없는 한, 즉시 승낙되어야 한다.

(3) 청약에 의하여 또는 당사자간에 확립된 관례나 관행의 결과로 상대방이 청약자에 대한 통지 없이, 물품의 발송이나 대금지급과 같은 행위를 함으로써 동의를 표시할 수 있는 경우에는, 승낙은 그 행위가 이루어진 시점에 효력이 발생한다. 다만, 그 행위는 제2항에서 정한 기간 내에 이루어져야 한다.

제59조

매수인은 계약 또는 이 협약에서 지정되거나 확정될 수 있는 기일에 대금을 지급하여야 하며, 이 경우 매도인의 입장에서는 어떠한 요구를 하거나 절차를 따를 필요가 없다.

제64조

(1) 매도인은 다음의 경우에 계약을 해제할 수 있다.

(가) 계약 또는 이 협약상 매수인의 의무 불이행이 본질적 계약위반으로 되는 경우

(나) 매수인이 제63조 제1항에 따라 매도인이 정한 부가기간 내에 대금지급 또는 물품수령 의무를 이행하지 아니하거나 그 기간 내에 그러한 의무를 이행하지 아니하겠다고 선언한 경우.

제74조

당사자 일방의 계약위반으로 인한 손해배상액은 이익의 상실을 포함하여 그 위반의 결과 상대방이 입은 손실과 동등한 금액으로 한다. 그 손해배상액은 위반 당사자가 계약체결 시에 알았거나 알 수 있었던 사실과 사정에 비추어, 계약위반의 가능한 결과로서 발생할 것을 예견하였거나 예견할 수 있었던 손실을 초과할 수 없다.

5. CISG 중재사건

이집트 카이로 국제상사중재원 2023.2.9 중재결정 1527/2021. Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA)

가. 사안의 쟁점

- 계약체결지국법을 적용될 법으로 선택한 경우-CISG 적용가능
- CISG의 통일적 해석과 CISG의 적용(협약 7(1))
- 매수인의 계약해제권 - 이행을 위한 부가기간의 설정(협약 47(1)) - 매도인이 명시적으로 이행을 거절한 경우 부가기간 설정은 필요하지 않다(협약 47(2))
- 계약해제나 대체거래의 경우 손해배상(협약 75조)
- 계약불이행에 대한 면책(협약 79조) - CISG AC 의견집 7호 - 매도인은 공급자가 자신과 체결한 계약을 이행하지 않는 경우라도 특단의 사정이 없는 한 면책되지 않는다.

나. 판결요지

이집트 매도인과 이탈리아 매수인은 계약이 정한 인산암모늄(DAP)에 관한 매매계약을 체결하였다. 동 계약은 중재에 관한 합의를 담고 있었고 계약에 적용될 법으로 이집트법을 선택하였다. 매도인에 의하여 물품 일부의 인도가 있는 후, 당사자간에 분쟁이 발생하였다. 매도인은 자신에게 물품을 공급하는 공급자에게 발생한 문제로 인하여 계약 이행이 불가능하게 되었다고 주장하였다. 즉 공급자가 생산공정상의 기술적 문제와 원료의 계속되는 가격인상으로 생산과 공급을 전면 중단하였다는 것이다.

중재합의의 효력이 당사자간 유효하다는 것을 확인한 재판부는 CISG는 이집트법의 한 부분이 되어 본 분쟁에 적용될 수 있는 법이라고 판단하였다. 그 이유로 당사자들은 협약 제6조에 따라 CISG의 적용을 배제하지 않았고, 대부분의 법원과 재판소가 본 사안과 같은 경우, 적용될 국내법에 CISG를 포함시키고 있는 국내법의 범위에 관한 일반적 저촉법 원칙을 들었다.

1인 중재인은 협약 제 7조 1항은 국내법원과 중재인들에게 협약 본문의 해석에 있어 일체성을 지키고 그 적용에 있어 통일성을 유지하도록 하는데 매우 중요한 역할을 한다고 하였다. 특히 협약적용상 통일성의 차원에서 다른 계약국들이 협약을 어떻게 해석·적용하는가 고려할 필요가 있다고 강조하였다. 이는 특히 현 사안과 같이 법적 쟁점에 관한 CISG 관련 법학이 존재하지 않는 경우 더욱 필요하다.

특히 재판소는 협약 제79조 및 당사자의 합의를 통하여 계약에 편입된 ICC ‘불가항력(Force majeure)’ 조항에 따라 매도인의 책임이 면제되는지 심리하였다. 중재인은 공급자에 의한 원료가격의 인상과 생산의 중단은 계약상 의무불이행을 인한 손해배상책임을 면제시키는 장에 해당하는 충분한 근거가 될 수 없다고 하면서 동 면책주장을 배척하였다.

중재인은 협약 제79조와 ICC 불가항력 조항은 일방 당사자의 면책을 인정할 수 있는 근거로서 충분히 동일한 성격의 법원칙이라 할 수 있다고 하였다. 중재인은 관련 국제판례와 CISG AC 의견집 7호를 참조할 때, 원칙상 매도인은 제3의 공급자나 하도급인이 원 당사자와의 계약을 위반하지 않았다는 사실을 입증할 책임이 있다고 결론내렸다.

이러한 법원칙에 따를 때에 매도인은 자신의 의무불이행이 공급자의 계약위반에 의하여 초래된 경우 일반적으로 면책되는 것으로 볼 수 없다. 1인 중재인은 매도인의 일부 불이행이 중대한 불이행에 이른다고 보아, 매수인은 CISG 47(1) 이행을 위한 부가기간을 허용할 필요가 없다고 보았다. 실제 매도인의 의사가 확고하고 최종적으로 물품의 전부나 일부의 이행을 하지 않겠다고 통고하였으므로, 이는 협약 제25조에 따라 매수인은 계약을 해제할 수 있다. 재판소는 또한 협약 제26조에 따라 적법하게 해제의 의사가 통지되었으므로 계약해제의 선언은 유효하다고 결론 내렸다.

법원은 CISG 협약 제75조에 규정된 손해배상 청구권이 매수인에게 인정되어야 하며, 매수인은 CISG 협약 77조에 규정된 물품 일부의 불인도에서 발생할 수 있는 손해를 경감하기 위하여 필요한 모든 조치를 다하였다고 판시하였다. 마지막으로 법원은 “매수인은 CISG 협약 제78조에서 정한 바에 따라 이집트 국내법에 의해서 계산된 액수의 이자액을 청구할 권리가 있다” 고 보았다.

다. 코멘트

본 사안은 이집트 매도인과 이탈리아 매수인간의 매매계약으로서, 이집트 카이로 상사중재원의 중재사례이다. 중재나 관할에 관하여 당사자간 특단의 합의가 없는 경우, 원칙적으로 피고의 소재지 법원이 관할권있는 법원이 된다.

국제분쟁에 대한 해결방법으로 크게 국제중재와 국제소송의 방법이 있다. 당사자들은 계약 체결시 적용될 법과 중재 또는 관할권있는 법원에 관하여 합의를 하는 경우가 많다. 물론 사전에 중재합의나 관할합의를 하지 않은 경우에는 사후에도 중재합의나 관할합의를 할 수 있다.

사전이나 사후에 중재합의나 관할합의가 존재하지 않는 경우, 당사자는 관할권 있는 법원에 소송을 제기함으로써 국제소송절차가 시작된다. 국제소송은 크게 3가지 단계로 나누어 살펴볼 수 있는데, (i) 적법한 관할권 있는 법원의 문제 (ii) 소송절차의 진행에 있어 사법공조의 문제 (iii) 국제판결의 타국에서의 집행문제 등이 그것이다.

우리의 경우 오랫동안 섭외사건에 적용되던 섭외사법이 2000년 국제사법이라는 새로운 이름

으로 개정되면서, 단순한 법선택법에서 분쟁해결규범의 성격으로 확대·강화되었다. 법선택에 관한 연결점이 세분된 것은 물론 법 제 2조에서 국제소송의 관할권에 관한 대원칙과 보완방법을 규정한 것이다.

대한민국 법원은 당사자 또는 분쟁이 된 사안이 대한민국과 실질적 관련이 있는 경우에 국제재판관할권을 가지며, 실질적 관련성 유무는 당사자간의 공평, 재판의 적정, 신속 및 경제를 고려하여 합리적인 원칙에 따라야 하고, 종래의 판례이론인 역추지설에 따라 국내법의 관할규정을 유추·적용할 수 있게 하고 있다.

캐나다 법원의 경우 소송물이 당해 법원의 관할권에 속하는가 여부를 판단함에 있어 “진정한 실질적 관련성 테스트(Real and substantial connection test)”를 사용하고 있다. 이는 1985년 *Libman v. The Queen* 사건에서 캐나다 대법원이 처음으로 창안한 이론이다.

본 사안에서 중재합의가 없었고 원고가 법원에 소송을 제기하였다면, 캐나다 대법원 이론이나 대한민국 국제사법 제 2조 같은 관할권 관련 조항에 따라 국제관할의 적법성을 판단할 것이다. 환언하면 분쟁사안이 법정지국과 진정하고 실질적인 관련성이 있는지 여부를 살펴 보아야 한다는 것이다. 물론 이 사안의 중재합의처럼 당사자들간 합의에 따라 합의관할이 창설될 수도 있다.

본 사안에 적용될 법으로 당사자들이 이집트법에 따르기로 합의하였으므로 카이로 상사중재원은 이집트법을 적용하여야 한다. 이때 이집트가 CISG 가입국이고 당사자들이 CISG법 적용을 배제하겠다는 합의를 하지 않았으므로 이집트법과 함께 CISG법이 적용된다.

본 사안은 매도인의 부분이행과 이후 인도 의무의 불이행으로 인한 매수인의 대금지급거절 및 계약해제, 매도인의 장애와 면책주장 등에 관련되어 양 당사자가 법적으로 다투고 있는 사안이다. 비엔나협약상 계약의 일방당사자가 계약을 이행하지 않는 경우 반대 당사자는 부가기간을 허여하여 부가된 기간 내에 계약을 이행토록 할 수 있다.

이는 대륙법계 민법과 영미법계 계약법의 절충적 산물이다. 대륙법계 민법에서 인정하고 있는 최고기간은 CISG법상 부가기간(additional period) 제도로 도입되었는데, 다만 최고기간과 달리 부가기간은 법상 당연히 인정되는 것이 아니고 그것을 허여할 것인가 여부를 계약불이행의 상대방이 자유롭게 결정할 수 있다.

한편 CISG는 영미법상 인정되고 있는 “계약의 중대한 위반”이라는 개념을 도입하고 있다. 계약위반이 중대한 위반에까지 이르지 않는 경미한 계약위반에 대하여는 손해배상이나 하자보완청구권 등의 구제수단만을 인정하고 계약해제나 대체품인도청구권 등은 인정하고 있지 않다. 다만 부가기간을 허여한 경우에는 경미한 계약위반의 경우에도 부가기간의 도과와 함께 계약해제나 대체품인도청구권을 행사할 수 있다.

사안에서 매도인은 협약 제79조에 따라 장애에 의한 면책을 주장하고 있으며, 이는 법원이 실시한 바와 같이 국내법상 용어인 불가항력과 법적으로 동일한 의미를 갖는다. 본 사안과

같이 계약외 제 3자인 원료공급자의 경제적 곤란이 장애나 불가항력에 해당하는가 하는 것이 문제된다. 통상 경제적 곤란에 해당하는 사유는 원자재 가격폭등, 환율의 급등이나 급락, 파업, 외환관리법의 강화로 인한 대금지급 곤란 등 다양하다. CISG법상 손해배상책임이 면제되는 장애에 해당하기 위하여는 그것이 (i) 예측불가능 (ii) 통제불가능 (iii) 극복불가능 하여야 한다.

이는 세가지 모두 충족되어야 할 요건이고, 예측불가능한 사유라 하더라도 통제가능하거나, 통제불가능한 경우라도 극복할 수 있는 경우에는 면책을 발생시키는 장애라 할 수 없다. 경제적 곤란의 경우 대부분 합리적인 당사자가 계약체결시 발생할 수 있는 가능성을 예상하고 계약을 체결한다고 보면, 장애의 한 요건인 예측불가능 요건을 충족하기 어렵고 따라서 장애에 해당한다고 보기 어려울 것이다.

한편 계약의 이행에 있어 이행보조자가 사용될 수 있다. 이때에 장애를 주장하기 위하여는 제79조 제2항에 따라 장애에 해당하는 사유가 불이행 계약당사자는 물론 이행보조자에게도 존재하여야 한다. 본 사안에서 계약외 원료공급자는 물품을 선적하여 매수인에게 인도하기 위한 선주와 같이 매도인의 이행보조자는 아니다.

그러나 이행보조자에 준하여 볼 수 있고, 이때 장애는 매도인과 계약외 제 3자인 원료공급자 모두에게 해당하여야 한다. 따라서 가사 예측할 수 없는 원료가격의 폭등으로 원료공급자에게 장애가 발생하였다 하더라도 매도인은 계약물품을 다른 방법으로 조달하여 인도할 수 있는 가능성이 있다면, 매도인에게는 장애사유가 아닐 것이고, 따라서 면책을 주장할 수 없을 것이다.

한편 계약해제사유가 발생한 경우에도 계약해제로 인한 자신의 구제수단을 원용할 수 있기 위하여는 계약의 위반 사실과 해제의 의사표시를 상대방에게 하여야 한다. 이때 의사표시의 효력발생시기는 도달주의 원칙의 예외로서 발신주의에 따라 해제의 의사가 담긴 서신이 발송되었을 때에 발생한다.

계약을 위반한 상대방에게 책임이 있으므로 부도달의 위험을 계약을 위반한 당사자에게 부담시키는 것이 형평의 관념상 타당하기 때문이다. 또한 우리나라를 포함한 많은 나라의 사법에서 인정되는 계약위반이 있는 경우에도 상대방에게 손해를 경감할 의무를 지우고 있다.

손해경감제도는 우리나라를 포함한 많은 나라 사법에서 인정하고 있으며, 계약을 반대 당사자간 구조로 인식하는 전통적 접근방식에서 당사자간 협력관계로 이해하는 현대적 경향을 반영한 것이다. 그리고 손해액의 배상과 관련하여 법정이자 조항이 적용되는 것은 물론이다.

라. 관련조항

제6조

당사자는 이 협약의 적용을 배제할 수 있고, 제12조에 따를 것을 조건으로 하여 이 협약의 어떠한 규정에 대하여도 그 적용을 배제하거나 효과를 변경할 수 있다.

제7조

(1) 이 협약의 해석에는 그 국제적 성격 및 적용상의 통일과 국제거래상의 신의 준수를 증진할 필요성을 고려하여야 한다.

제47조

(1) 매수인은 매도인의 의무이행을 위하여 합리적인 부가기간을 정할 수 있다.

(2) 매도인으로부터 그 부가기간 내에 이행을 하지 아니하겠다는 통지를 수령한 경우를 제외하고, 매수인은 그 기간중 계약위반에 대한 구제를 구할 수 없다. 다만, 매수인은 이행지체에 대한 손해배상을 청구할 권리를 상실하지 아니한다.

제75조

계약이 해제되고 계약해제 후 합리적인 방법으로, 합리적인 기간 내에 매수인이 대체물을 매수하거나 매도인이 물품을 재매각한 경우에, 손해배상을 청구하는 당사자는 계약대금과 대체거래대금과의 차액 및 그 외에 제74조에 따른 손해액을 배상받을 수 있다.

제77조

계약위반을 주장하는 당사자는 이익의 상실을 포함하여 그 위반으로 인한 손실을 경감하기 위하여 그 상황에서 합리적인 조치를 취하여야 한다. 계약위반을 주장하는 당사자가 그 조치를 취하지 아니한 경우에는, 위반 당사자는 경감되었어야 했던 손실액만큼 손해배상액의 감액을 청구할 수 있다.

제78조

당사자가 대금 그 밖의 연체된 금액을 지급하지 아니하는 경우에, 상대방은 제74조에 따른 손해배상청구권을 해함이 없이, 그 금액에 대한 이자를 청구할 수 있다.

제79조

(1) 당사자는 그 의무의 불이행이 자신이 통제할 수 없는 장애에 기인하였다는 것과 계약 체결시에 그 장애를 고려하거나 또는 그 장애나 그로 인한 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 것을 증명하는 경우에는, 그 의무불이행에 대하여 책임이 없다.

(2) 당사자의 불이행이 계약의 전부 또는 일부의 이행을 위하여 사용한 제3자의 불이행으로 인한 경우에는, 그 당사자는 다음의 경우에 한하여 그 책임을 면한다.

(가) 당사자가 제1항의 규정에 의하여 면책되고, 또한

(나) 당사자가 사용한 제3자도 그에게 제1항이 적용된다면 면책되는 경우

III. 대리제도와 화환신용장

1. 대리제도에 관한 해설

가. 대리행위의 개념과 유형

본인과 대리인간 상호 권리와 책임은 상인의 법적 현실을 반영한다. 사업주는 일반적으로 피고용인 또는 다른 사람을 통하여 사업을 수행한다. 회사는 오직 대리인인 자연인을 통하여 행위 하므로, 회사의 경우에 대리인이 자신의 권한 범위 내에서 대리행위를 하는 한, 본인은 대리인에 의하여 체결된 계약에 기속된다.

제3자는 자신을 타인을 위한 대리인이라고 주장하는 대리행위에 대하여 선의를 다하여 신뢰한다. 타인을 위하여 행위를 할 수 있는 대리인이 실제 그러한 대리권한을 가지는지 조사하는 것이 항상 비용·수익의 관점에서 효율적인 것은 아니다. 만약 자신이 적법한 대리인이라고 주장한 자가 결국 무권대리인이라는 것이 사후 밝혀지는 경우 대리인은 통상 법적으로 책임을 부담한다.

대리인에는 크게 3가지 종류가 있다. 보편적 대리인이란 본인을 위하여 제한 없이 광범위한 대리행위를 할 수 있도록 수권받은 자로서 예컨대 그들은 사건을 수임한 변호사일수도 있고 (대륙법계에서는 위임으로 알려져 있다), 변호사와 고객 같이 전문적 관계를 가지기도 한다. 일반적 대리인은 보다 대리권의 범위가 제한적인데, 연속적 기간동안 일련의 거래에 관하여 대리행위를 하는 대리인을 말한다. 특별대리인은 단 일회의 거래에 관하여 대리하거나 제한된 기간내에 구체화된 개별거래들에 관하여 대리행위를 하는 대리인이다.

Rama Corporation Ltd v Proved Tin and General Investments Ltd [1952] 2 QB 147 사건에서 Slade J는 명백한 또는 표현대리는 단지 금반언의 한 유형에 불과하다고 할 수 있는데 실제 그 용어도 ‘금반언에 의한 대리(agency by estoppel)’라 불리운다. 금반언의 원칙이라 불리우기 위하여는 세가지 요건이 요구되는데, (i) 대리행위 (ii) 대리행위에 대한 신뢰 (iii) 그러한 신뢰로부터 자신의 지위를 변경하는 것 등이 그것이다.

Watteau v. Fenwick 사건에서 퀸즈 벤치의 콜리지 CJ 경은 Wills J의 의견에 동조의견을 내었다. 제3자는 자신이 대리인에게 씨가를 판매할 당시 대리인에게 대리권한이 없는 사실을 알지 못하였다면 본인에 대하여 개인적으로 책임을 지울 수 있다고 한 것이다.

윌즈 제이는 본인은 그러한 성격의 거래에서 통상 대리인에게 수여되는 대리권한 범위내에서 행해진 대리인의 모든 대리행위에 대하여 책임을 부담한다. 본인의 책임은 본인과 대리인간 사이에 대리권한에 제한이 가해져 있는가에 상관없이 발생한다.

동 결정은 영국 내에서 모두 취소된 것은 아니지만, 신랄한 비판과 의문이 제기된 바 있다.

이러한 대리권은 때때로 통상의 대리권(usual authority)이라 불리워지기도 한다. 물론 이는 로드 MR경이 헬리-허친슨(Hely-Hutchinson) 사건에서 사용한 ‘묵시적 진정한 대리권(implied actual authority)’과 동의어라 한다면 같은 의미라 할 수는 없다.

따라서 이는 종종 표현대리의 한 형태 또는 본래적 대리권이라고 설명되어 진다. ‘지위에 따른 대리권(authority by virtue of position)’은 사기나 다른 해약을 방지하기 위하여 고안되었는데, 대리인과 거래하는 개인에게 인정된다. 이는 본래적 대리권 개념과 유사한데, 이때의 대리권은 전적으로 대리제도와 대리관계에서 연원하는 권한이다.

예를 들어 회사에서 파트너들은 다른 파트너들을 기속하는 표현대리권(apparent authority)을 보유하고, 그들의 책임은 연대책임 또는 수개의 개별책임의 성격을 띤다. 또한 회사의 경우 외관상 표현된 자신들의 지위에 따라 의사결정권한을 행사하는 모든 집행책임자와 종업원들은 회사를 기속하는 표현대리권을 갖는다.

대리인이 권한없이 대리행위를 하였다 하더라도 본인은 무권대리에 의한 거래를 추인할 수 있으며, 협상된 바대로 거래상의 책임을 부담할 수 있다. 추인은 대리인이 여러 차례에 걸쳐 대리행위를 의도하였고 본인은 이를 알고서 묵인한 경우와 같이 본인의 행위를 통하여 명시적 또는 묵시적으로 가능하다. 대리인의 무권대리 사실과 관련한 모든 문제를 통지하여야 함에도 통지하지 않은 경우, 그것은 무권대리에 의한 거래들을 묵시적으로 추인하는 것이 되며, 또한 유사한 성격의 미래에 발생하는 거래에 대하여 묵시적으로 대리권한을 수여하는 것이 된다.

나. 파트너십과 회사의 경우

기업법상 파트너십과 회사제도의 경우 대리 문제에 있어 보다 복잡한 문제가 발생한다(파트너십은 우리 법상 합명회사 유사한데, 여기에서는 그냥 파트너십이라 칭하기로 한다). 그것은 나라마다 또는 주마다 파트너십의 법적 성격이 일관되지 않고 구구하기 때문이다.

어떤 주들은 파트너십을 회사를 구성하는 자연인의 집합에 불과한 것으로 본다. 한편 다른 주들은 파트너십을 기업조직으로 취급하며, 파트너십 자체에 독립된 법인격을 부여하기도 한다. 따라서 예를 들어 영국법에서 파트너는 다른 파트너의 대리인이 되지만, 스코트랜드 법에서는 파트너십은 개별적 파트너들과 다른 독립한 법인격을 갖는다. 따라서 이때의 파트너는 명백히(per se) 파트너십이라는 독립된 단체를 대리하는 대리인이 되는 것이다.

이러한 형태의 대리제도는 파트너의 지위에 고유하게 인정되는 것이며, 본인과 대리인간의 대리권 수여를 위한 위임계약에서 발생하는 것이 아니다. 영국의 1890년 파트너십법은 자신의 진정한 대리권의 범위내에서 파트너십 사업을 수행하기 위하여 필요한 보통 발생하는 사무에 관하여 파트너가 한 대리행위는 파트너십을 기속한다.

묵시적 대리권이 취소되거나 제한 받는 경우에도, 제3자가 행사된 대리권에 하자가 있다는 사실을 알지 못하는 한 파트너는 표현대리권을 갖는다. 따라서 파트너십이 파트너의 대리권

을 제한하려 하는 경우, 파트너십은 세상에 대하여 대리권에 대한 제한 사실을 명백히 공지하여야 한다.

그러나 영국법이 개정되어 약간의 실체적 변경이 있게 되었다. 파트너들은 자신들과 동료인 다른 파트너들이 아닌 파트너십 그 자체를 기속할 수 있게 되었다. 이를 위하여 대리행위를 하는 파트너의 인식은 다른 파트너 또는 회사가 독립된 법인격인 경우에는 회사의 인식으로 의제되어 회사에 전가된다. 다른 파트너들이나 회사는 본인이 되며 제3자들은 본인이 모든 관련된 정보를 제공받아 인식하고 있다고 가정할 수 있게 법적으로 허용된다.

이러한 법리는 한 파트너가 사기적으로 또는 과실로 대리행위를 하고 그로 말미암아 회사의 고객에게 손해를 끼친 경우 문제를 야기한다. 대부분의 주에서는 회사의 일반 영업행위에 대한 인식과 고객에게 영향을 미치는 기밀성 사무간에 일정한 준별선을 쳐놓고 있다.

따라서 파트너가 사기적으로 회사의 이익에 반하여 대리행위를 한 경우 회사가 이를 인식하였다고 의제되거나 추정되지 않는다. 만약 파트너십이 과실로 행해진 일에 대하여 요금을 징수하고 그로 인하여 소득을 얻는 혜택을 보았다면, 불법행위법상 책임을 부담할 가능성이 매우 크다. 이러한 불법행위법상 책임은 사용자책임에 관한 표준조항들의 차원에 머문 경우에도 발생한다.

2. 화환신용장 사례

가. 화환신용장 분쟁 사건.A

[1] 3M Company v. HSBC Bank USA, N.A., 16 Civ. 5984 (PGG) (U.S. Dist. Ct., S.D.N.Y. 2018) - Drawing on counter-standby letter of credit not fraud.

- 사기행위 아닌 역보증신용장-counter-standby letter-에 따른 대금 청구 사건이다 -

HSBC는 터키 은행인 지라트 은행에 대하여 역보증신용장을 개설하였다. 동 역보증신용장에 따르면, 지라트 은행의 제2은행인 악티프 은행에 대한 청구가 있었다는 진술만으로 역보증신용장 대금을 청구할 수 있다. 법원은 악티프 발행 신용장 수익자인 투르크 우정청의 사기행위에 근거하여 3M이 신청한 임시적 금지명령(temporary restraining order)을 인용하는 결정을 내렸다. 임시적 금지명령 인용의 또 다른 근거는 투르크 정부는 실제 우정청과 지라트 은행을 소유 또는 통제하고 있으므로, 우정청의 사기행위는 지라트 은행의 사기행위와 동일하다는 것이다.

3M의 잠정적 가처분 신청(temporary injunction)에 대하여 HSBC는 3M은 지라트 은행을 상대로 동 은행의 사기행위를 입증할 가능성이 거의 없다고 주장하였다. 임시적 금지명령은 취소되었고 사건은 종료되었다. HSBC 신용장은 원래 개설 조건에 따르면, 지라트 은행이 악티프 은행에 대한 우정청의 대금청구가 3M과의 원인계약 조항들과 모순되지 않는다는 것을 확인하여야 한다고 되어 있다. 그러나 지라트는 그러한 요건의 삭제를 요구하였고, 3M은 HSBC에게 그러한 변경을 할 수 있는 권한을 수권하였다.

법원은 그러한 변경에 동의함으로써 자신이 개설한 신용장이 자신의 행위에만 기속되지 않고 제3자의 결정에 좌우되게 되었고, 그로 인하여 3M은 스스로 매우 불리한 처지에 놓이게 되었다는 사실을 인정하였다.

[2] MEPT 757 Third Avenue LLC v. Sterling National Bank, Index No. 652089-2016 (Sup. Ct., N.Y. Co., NY 2016) - Original letter of credit must be presented for complying presentation

- 원래 개설된 신용장은 대금청구를 위하여 신용장 조건을 갖추어 제시되어야 한다 -

개설은행이 신용장 수익자이자 토지 소유권자가 세입자의 차임채무의 담보를 위하여 개설 신청한 보증신용장을 발급하였다. 대금청구를 위하여 제시된 신용장 서류에는 신용장의 공증된 복사본과 그 변경사항 등이 포함되었다. 그러나 신용장 원본과 신용장에 명시된 신용장 조건에 의하여 요구되는 변경사항 등은 포함되지 않았다. 제시된 신용장 서류는 그 밖의 점에 관하여 모두 신용장 조건에 일치되었다. 법원은 신용장 원본이 제시되지 않았으므로 은행은 신용장 대금 청구를 거절할 수 있다고 하면서 은행 승소의 약식 판결을 내렸다.

Societe Anonyme Marocain de l' Industrie du Raffinage v. Bank of America N.A. Petraco Oil Company LLP, Intervenor, Index No. 653329/15 (Sup. Ct., N.Y. Co., NY 2015)

- 이미 지급된 대금의 지급을 청구하기 위하여 환어음을 발행하는 것은 사기에 해당한다 -

미국은행은 신용장 개설을 위한 자문번호사를 두고 있으며, 자문번호사에게 본 사건을 공동 대리하도록 하였다. 소송은 SAMIR라는 신용장개설의뢰인에 의하여 시작되었는데, 개설은행인 미국은행에 대하여 신용장대금 지급을 금지할 것을 청구하고 있다.

신용장 수익자는 페트라코 석유회사(Petraco Oil Company)이고, 동 회사는 SAMIR에 물품을 매도한 매도인이다. 석유거래사업의 관행에 따라 미국은행은 SAMIR의 매입을 담보하기 위하여 보증신용장을 발급하였다. 이때 신용장대금은 신용장 범위 밖에서 이루어진 경우 일정 액이 감액되도록 되어 있다.

신용장은 총 매매가액의 70%만을 담보하고 있다. 페트라코는 신용장 거래와 상관없이 SAMIR의 재무관리인으로부터 대금의 70% 상당을 지급받았다. 그러나 나머지 30%는 SAMIR의 청산절차 유사한 절차를 통하여 지급받아야 할 처지에 놓이게 되었다.

신용장 대금의 감액을 위하여 요구되는 통지 없이 대금의 70%가 지급되었다고 주장하면서, 페트라코는 이미 지급받은 계약물품인 석유의 70% 가액의 지급을 다시 받기 위하여 신용장 대금을 청구하였다. 그 근거로 페트라코는 자신이 이미 지급받은 대금을 아직 지급되지 않고 있다고 주장하면서, 이를 담보되지 않은 30%에 할당할 권리가 있다는 주장을 하고 있다.

약식판결을 통하여 법원은 “페트라코가 이미 석유가액의 70%를 지급받았으면서도, 다시 또 같은 비율의 금액을 청구하려고 한 것은 사기행위를 구성한다” 는 미국은행의 주장을 받아 들었다. 또한 신용장에 근거한 신용장대금의 교차청구를 기각하고 펜실베니아주법을 적용하여 미국은행에 대하여 변호사비용을 지급할 것을 명하였다.

[3] The Louis Berger Group, Inc. v. State Bank of India, New York Branch, Docket No. 11-cv-00410-AJN (U.S. Dist. Ct., S.D.N.Y. 2011).

- 본 사안은 사기행위에 관한 쟁점이 확정될 때까지 절차의 진행이 정지된 사건이다 -

개설은행은 인디아와 뉴욕에서 제소되었는데, 원고는 인디아 법원에 제출된 소장에서 개설은행은 신용장에 따라 신용장대금 청구를 위하여 발행된 환어음에 대한 지급을 금지할 것을 청구하였다. 한편 뉴욕 법원에 제출된 소장에서는 똑같은 환어음상 어음금액을 지급할 것을 명하는 판결을 구하는 상호 모순된 청구를 하였다.

개설은행의 대리인은 신용장의 개설의뢰인과 수익자가 어음이 사기적으로 발행되었는지, 그런 이유로 다른 법정지국 법원에서 행한 모순된 결정은 무효인지에 관하여 최종적으로 결정

하기 위한 중재절차를 완료하였다.

[4] Midcontinent Express Pipeline LLC v. Man Industries (India) Ltd., Prime Pipe International, Inc., and The Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, Ltd., Cause No. 2008-565369 (Dist. Ct., 133rd Judicial Dist., Harris Co., TX Aug. 24, 2011 decision) -Non-complying presentation, fraud, etc.

- 신용장 조건에 일치하지 않는 지급제시는 사기나 기타 하자 있는 행위에 해당하여 신용장 대금지급 거절사유가 된다 -

본 사안은 신용장에 관한 분쟁으로 보증신용장을 발급한 개설은행이 당사자가 되었다. 제1심 법원의 판지는 다음과 같다.

(i) 개설된 신용장은 SWIFT를 이용하여 전자적 방식에 따라 제시되어서는 안되고, 뉴욕의 개설은행에 대하여 직접 신용장 서류가 제시되어야 한다. (ii) 지급이 요구되는 신용장이지만, 보증신용장의 표준관행을 적용하여 지시된 서류를 검토한 전문적 신용장서류 체커에 따르면, 문면상 신용장 조건에 엄격하게 일치하는 신용장 서류가 제시되지 않았다.

(iii) 개설은행의 신용장대금 지급거절의 통지는 정당하고 또한 지급제시후 영업일 기준 2일 이내에 적법하게 통지되었다(지급제시를 받은 은행은 법상 최대한 기간인 영업일 기준 7일 이내에 제시된 신용장서류의 하자 통지를 하여야 한다) (iv) 수익자의 신용장서류의 제시는 중대한 기망행위라 할 수 있다 (v) 법원이 중대한 기망행위를 이유로 임시적 가처분 명령을 발함으로써, 개설은행은 적법하게 신용장대금의 지급을 거절할 수 있다.

(vi) 신용장 사무를 취급하는 은행이 부당하게 신용장대금의 지급청구를 거절한 경우에 은행은 그로 인하여 발생한 직접손해에 한하여 책임이 있을 뿐이다. 본 사안에서 발생한 직접손해는 신용장에 명시된 수익자의 지급되지 않은 송장상 물품대금액이 된다. 동 금액은 사기적 청구를 하고 있는 수익자의 권리를 고려하면 0 달러가 되어 신용장 개설의뢰인이 본 법원에 예치한 금액으로부터 아무런 금원도 회복할 수 없다 (vii) 승소한 당사자인 개설은행은 법에 따라 소요된 변호사 비용을 상환받을 권리가 있다.

2. 화환신용장 분쟁 사건.B

[1] Hoang Thinh Co. Ltd. v. Solar Air, LLC, Keeton Industries, Inc., Wells Fargo Bank, N.A., Vietnam Bank For Agriculture And Rural Development (Agribank), Index No.: 651482/2010 (NY Sup. Ct., N.Y. Co. 2010) - No injunction.

신용장 개설의뢰인이 신용장 개설은행인 웰스 파르고(Wells Fargo)를 상대로 신용장대금 지급을 정지하라는 가처분(preliminary injunction)을 신청하였다. 개설의뢰인의 청구는 이미 지급된 신용장대금 청구를 위한 4회의 환어음 발행 중 대금청구를 위하여 마지막 환어음이 발행된 후 이루어졌다. 신용장대금이 충분히 지급된 사실을 입증한 후 이미 웰스 파르고 은행을 위하여 원고의 청구에 이의서를 제출한 후 원고는 스스로 청구를 포기하였다.

[2] American Express Bank Ltd. v. Banco Espanol de Credito, S.A., 597 F. Supp.2d 394 (U.S. Dist. Ct., S.D.N.Y. 2009) - Fraud and justiciability.

본 사안은 사기와 심판적격성이 쟁점이다. 바네스타(Banesta)가 발행한 역보증(Counter-guarantees)은 AEB의 청구가 있을시, 즉시 지급하도록 되어 있다. 역보증은 AEB가 파키스탄에서 지역보증을 얻도록 하기 위하여 발행되었고, 화환신용장의 독립추상성의 원칙에 따라 신용장에 관한 법에 따르도록 되어 있다.

법원은 다음과 같이 판결하였다.

첫째, 국제상업회의소 중재판정부가 AEB의 지역보증의 수익자는 AEB의 지역보증에 기한 청구를 포기할 것을 결정한 후에, AEB가 바네스타의 역보증에 기한 진실된 청구에 대하여 지급을 하지 않고 있고 계속 끌고 있는 것은 사기이거나 아니면 최소한 선의 공정거래의 원칙에 반한다. 지역보증 수익자가 중재판정 청구를 포기하지 않았고, 중재판정을 무효화 시켰으며, 사안의 역보증이 은행보증의 독립성의 원칙에 따라 AEB 지역보증 청구를 함에 있어 수익자가 행한 어떠한 기망행위를 하였더라도 그와 상관없이 유효하다 하더라도 위와 같은 결론에는 소장이 없다.

둘째, AEB의 바네스타를 상대로 한 권리의 확인청구는 AEB가 이미 자신의 지역보증에 대한 지급을 명 받은 상황에서 본 법원이 심판할 수 있는 청구적격이 없다. 법원은 AEB가 자신의 지역보증에 따라 지급할 의무가 있다면, 바네스타는 다른 법률관계인 역보증에 따라 보증금액을 지급할 의무는 있다고 판시하였다. 본 사안은 항소심 법원의 판단이 있기 전에 당사자간 화해로 종료되었다.

[3] Man Industries (India) Ltd. v. The Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, Ltd., New York Branch, (Sup. Ct., NY Co., NY 2009) - Stay pending completion of earlier litigation.

법원은 인도의 신용장 수익자가 개설은행을 상대로 제기한 소송의 정지를 명하였다. 소송의 정지는 뉴욕주 소송 이전 시작된 동일한 신용장과 원인계약 관련 텍사스주 법원 소송이 완

료되고 텍사스주 법원의 신용장의 수익자에 대한 적법한 관할권이 없다는 판결이 나올 때까지 유효하다.

[4] Banco Nacional De Mexico, S.A. v. Societe Generale, 34 A.D.3d 124, 820 N.Y.S.2d 588, 2006 N.Y. App. Div. LEXIS 10829, (First Dept. 2006) - Choice of New York law and forum upheld.

항소법원은 하급심법원의 판결을 파기하고 이 사건 아미쿠스 큐리아(amicus curiae)에 등장하고 가장 중요한 은행거래연합회인 청산결제소연합이 주장한 바와 같이, “신용장이 뉴욕법을 구체적으로 적용될 법으로 뉴욕주 법원을 관할법원으로 지정하였다면, 외국법원의 당사자의 권리에 대한 판결은 뉴욕주에서 집행될 수 없으며, 뉴욕주 법원은 사건을 스스로 심판하여야 한다” 고 만장일치로 판결하였다.

뉴욕주 하급법원은 국제예양에 기초하여 신용장 개설의뢰인이 “개설은행은 확인은행에 대하여 신용장대금을 지급하지 말 것을 소구한 사건” 에서 청구를 인용한 멕시코 법원의 결정을 존중하였다.

항소심은 당사자들이 뉴욕법 적용에 합의하고 뉴욕주 법원을 법정지로 선택하였음에도 불구하고 멕시코 법원의 결정을 존중하지 않았다. 법원은 뉴욕주의 통일상법전(UCC) 2000 제5조 개정을 인용하면서, 법선택법 합의를 강제하기 위하여는 합의한 법정지와 ‘합리적 관련성 (reasonable relation)’이 있어야 한다는 개정전 법 요건을 삭제한 것을 강조하였다.

동 개정은 또한 신용장을 둘러싼 분쟁이 발생한 경우 법정지를 자유롭게 선택할 수 있는 권리를 부여하였다. 이에 법원은 멕시코와의 다양한 접촉에도 불구하고 개정된 UCC 5-116(a)의 취지에 따라 “당사자들이 합의한 경우 뉴욕주와 관련성이 존재하는가 여부를 불문하고 뉴욕주 실체법인 신용장에 관한 법을 적용하여야 한다” 고 판시하였다.

항소심 법원은 일반적 법원칙을 적용하였는데, “주요한 금융센터이자 국제거래의 청산결제 장소로서 뉴욕주는 당사자들이 신용장 법률관계에 적용될 법으로 뉴욕주법에 합의한 경우, 자신의 세계적 금융허브로서의 지위를 유지하고 당사자의 정당한 기대를 보호하기 위한 강력한 이해관계를 갖는다” 고 실시하였다.

[5] In re Enron Corp., JPMorgan Chase Bank v. Quachita Power LLC, et al, No. 01-16034 (03-8150 & 03-8151) (Bankr. Ct., S.D.N.Y. 2006) - Subrogation, etc.

법원은 상환되지 않은 신용장 개설은행인 JP Morgan이 제소한 사안에서 청구를 기각해 달라는 이의신청을 받아 들었다.

법원은 첫째, UCC 제5조 “신용장 개설의뢰인” 이란 그의 이름으로 그리고 그의 명의 계좌로 신용장이 개설되는 자를 말하는데, 이때에 ‘또는(or)’ 은 ‘그리고/또는(and/or)’ 을 의미하는 것이 아니며, 일 당사자인 엔론(Enlon)이 신용장 개설을 의뢰하고 개설은행에 상환하기

로 약속하였다면, 신용장이 엔론의 자회사인 다른 법인격자의 계좌 명의로 개설되었다 하더라도 엔론은 유일한 개설의뢰인으로서의 지위를 갖는다” 라고 판시하였다.

둘째, 개설은행은 신용장 수익자에 대하여 부당이득반환 청구를 할 수 없다. 그러한 청구는 비록 신용장 개설의뢰인이 개설은행에 신용장 금액을 상환하지 않아 아무런 손해를 입지 않았다 하더라도 신용장의 독립추상성의 원칙(independent principle)을 침해하는 것이다.

셋째, 상환을 받지 못한 개설은행은 개설의뢰인의 권리를 대위하여 자신의 손해를 보상하기 위한 청구를 할 수 있다. 예를 들어 개설의뢰인은 신용장 수익자의 UCC 제5조 제시보증 위반에 대한 보상청구를 하거나 또는 자회사와 수익자간 원인계약에 따른 자회사의 권리를 대위하여 제소할 수 있는 권리가 있는데, 이러한 개설의뢰인의 권리는 개설은행에 의하여 대위되어 행사될 수 있다는 것이다.

[6] DBJII, Inc. v. National City Bank, No. BC 276 543, (Superior Ct. of the State of Cal., Los Angeles Co. Dec. 28, 2006) - “Reasonable time.”

사안의 쟁점은 신용장 개설은행이 수익자가 제시한 신용장서류에 대한 지급을 거절하고 거절사실을 통지함에 있어, 신용장통일규칙이 정한 합리적 기간내에 결정하여 통지하였는가 하는 것이다.

이 사건의 이전 항소심 법원의 판결은 은행이 신용장서류의 신용장 조건과의 불일치와 상관 없이 대금을 지급해달라고 요청한데 대한 개설의뢰인의 결정을 기다리고 있는 상황이라면, UCP 500의 일주일 은행 기간은 안전한 방어막이 아니라고 판시한 바 있다.

제1심 법원은 신용장서류의 제시일에 기한이 만료하는 신용장이라면 지급을 위한 서류의 제시에 대하여 지급을 거절하고 그러한 의사를 통지하기 전에, 은행이 신용장 개설의뢰인의 면제를 구하고, 가능한 기한까지 개설의뢰인의 회신을 기다리는 것은 합리적이라고 판시하였다. 법원은 신속한 통지만을 강조하면 서류의 신용장조건과의 불일치는 치유 불가능하기 때문이라고 설시하였다.

은행이 신용장서류를 조사하고 신용장조건과의 불일치를 발견한 2일후 신용장 기한이 만료하는 다른 신용장에 관하여, 제1심 법원은 그 불일치는 사소하고 치유가능 하므로 은행이 지급여부를 결정하고 지급거절 사실을 통지하여야 할 최대한의 기간은 은행이 불일치를 발견한 하루 이내가 된다고 판시하였다.

그러므로 법원은 은행의 면제 요청에 대한 개설의뢰인의 의사를 기다리기 위하여 은행이 오랜 기간 기다리는 것은 비합리적이라고 하면서, 은행은 제시된 서류의 신용장조건과의 불일치를 더이상 주장할 수 없다고 판시하였다. 본 사안은 항소심 법원의 심판 없이 개설은행의 자문 로펌이자 소송에서 개설은행을 공동대리한 로펌의 역할로 당사자간 화해가 이루어져 종료하였다.

다. 화환신용장 분쟁사건.C

[1] DBJJI, Inc. v. National City Bank, 19 Cal.Rptr.3d 904 (Cal. Ct. App., 2nd App. Dist., Div. 8 Oct. 26, 2004) - “Without delay” and “reasonable time.”

항소법원은 내셔널 시티 은행(National City Bank)에 대하여 내린 약식판결을 파기·환송하였다. 법원의 판지는 다음과 같다.

(i) UCP 500은 제5조와 일치하지 않는 범위 내에서 개설은행 지연으로 인한 청구의 배척에 관하여 통제한다.

(ii) UCP 제13조 및 제14조는 개설의뢰인의 면제를 얻으려 하였으나 그 면제를 얻지 못함으로써, 지급거절을 한 개설은행이 지급거절의 통지를 함에 있어 합리적 기한을 넘기는 것을 허용하지 않고 있다.

(iii) 이러한 경우 은행이 개설의뢰인의 면제를 구하고 지급청구에 대하여 거절할 수 있는 법상 규정된 ‘7일이내’ 회피조항은 적용되지 않는다.

(iv) 개설은행은 자신의 지급거절 의사를 적시에 통지하였다는 사실을 입증하지 못하였으므로, 은행은 약식판결을 받을 수 없다.

(v) 수익자는 개설은행이 지급거절의 의사를 통지함에 있어 합리적 기한을 도과하였다는 것을 입증하지 못하였으므로 수익자는 약식판결을 받을 수 없다.

(vi) 개설은행은 개설의뢰인의 면제를 구하는 동시에 신용장 서류와 신용장조건과의 차이를 수익자에게 통지할 의무를 갖지 아니한다.

(vii) 개설은행이 신용장 개설의뢰인과 공모하였다는 증거가 없으며, 지급을 할 것인가 지급을 거절할 것인가 문제에 관하여 개설은행 자신의 결정을 하지 못하였다.

(viii) UCP “지체없이(without delay)” 원칙은 개설은행이 지급을 거절하기로 결정한 경우에 적용될 뿐, 개설은행이 신용장서류와 신용장조건과의 불일치를 발견한 경우에 적용되는 것이 아니다.

(ix) 지급을 할 것인가 지급을 거절할 것인가를 결정함에 있어 개설은행은 개설의뢰인이 신용장서류와 신용장조건과의 불일치를 면제할 것인가를 고려할 권리가 있다.

[2] DBJJI, Inc. v. National City Bank, No. BC 276 543, (Superior Ct. of the State of Cal., Los Angeles Co. Sept. 30, 2003) - Attorney’s fees, etc.

법원은 개정된 UCC 제5조에 따른 구제 소송에서 승소하여 변호사 비용의 상환을 청구한 내

셔널 씨티 은행의 청구를 일부는 인용하고 일부는 기각하였다. 법원은 항소심의 판단이 있을 때까지 판결의 집행을 정지하였고, 보증금의 공탁을 명하지 않았다(판결은 이후 항소심에서 파기되었다).

[3] DBJJJ, Inc. v. National City Bank, No. BC 276 543, (Superior Ct. of the State of Cal., Los Angeles Co., June 11, 2003) - Timely and proper dishonor.

법원은 약식재판을 구하는 원고의 청구를 기각하였고, 내셔널 씨티 은행의 약식판결 청구를 인용하였다. 그 이유로 (i) 각개의 지급을 위한 신용장 서류에 대하여 지급거절을 정당화할 수 있는 불일치가 최소한 1가지 이상 존재하고 있고 (ii) 개설은행은 정당하게 제시은행에 대하여 지급결정을 통지하였으며 수익자인 DBJJJ에 대하여 지급거절 사실을 통지할 의무는 없고 (iii) 개설은행은 신용장서류와 신용장조건의 불일치를 이유로 지급거절사실을 통지하는데 기한을 초과하지 않았다.

[4] Nova Hut, A.S. v. Meikle, No. 00-RB-547, (U.S. Dist. Ct., Colo. Aug. 29, 2002) - Applicant had no claim against confirmer.

법원은 다음과 같이 판시하였다.

(i) 기망행위의 피해자인 매수인이 확인은행으로서 화환신용장 금원을 지급한 은행신탁회사(Bankers Trust Company)에 자신이 입은 손해를 전가할 수 없다.

(ii) UCP 500하에서 통지은행과 확인은행은 신용장 개설의뢰인에게 아무런 의무를 부담하지 않으며, 그외 일반적으로 신용장에 관한 법과 관행에만 구속될뿐, 보통법상 의무 또한 부담시킬 수 없다.

(iii) 신용장통일규칙(UCP)은 확인은행의 개설의뢰인에 대한 의무를 인정하고 있지 않으므로, 해석상 모호한 간극을 메우기 위하여 개정된 UCC 제5조를 참조할 필요가 없다.

(iv) 대위가 인정된다 하더라도 신용장서류를 제시받은 후 7일 이내에 불일치에 따른 이의를 제기하지 않아, 개설은행은 어떠한 불일치도 주장할 수 없기 때문에, 개설의뢰인은 개정된 뉴욕주 UCC 제5조 하에서 개설은행의 권리를 대위할 수 없다.

(v) 확인은행과 개설의뢰인 사이에 아무런 계약관계나 직접적 당사자 관계가 존재하지 않기 때문에(no privity), 은행신탁회사는 계약불이행 책임이 존재하지 않으며, 개설의뢰인은 개설은행과 확인은행 사이의 계약에서 제3 수익자의 지위를 갖는다고 할수 없다.

[5] C.I. Union de Bananeros de Uraba S.A. v. Citibank, N.A., No. 602314/1999, (N.Y. Sup. Ct., N.Y. Co., NY Apr. 12, 2000)- Proper dishonor.

(i) 선적된 화물에 대한 보증신용장 개설은행인 씨티뱅크(Citybank)는 적법하게 제시된 신용

장서류에 대한 지급을 거절하였다. 제시된 선적서류는 송하인, 물품의 수량, 목적항 등 문면상 불일치가 존재하였다.

(ii) 개설은행은 신용장통일규칙상 서류의 문면만을 조사할 의무가 있으므로, 수익자가 제시된 서류가 문면상 왜 불일치 하는지 설명할 수 있다는 사실은 아무런 의미가 없다.

(iii) 제시된 서류를 조사할 의무가 있는 은행이 서류를 수령하여 서류와 신용장 조건의 불일치를 주장할 수 있을 때까지 신용장서류의 조사 기간은 시작되지 않는다.

[6] 3Com Corp. v. Banco do Brasil, S.A., 2 F. Supp.2d 452 (U.S. Dist. Ct., S.D.N.Y. 1998), aff' d, 171 F.3d 739 (2d Cir. 1999) - Evergreen credit had auto-extended and drawing complied.

이 사건은 중요한 의미를 갖는데, 개설은행은 신용장 유효기한이 소멸하였고 3Com의 지급을 위한 어음발행은 사기적이라고 주장하였지만, 법원은 신용장상 수익자인 3Com에게 승소 판결을 내렸다.

(i) 에버그린 신용장의 불갱신의 통지는 명확하고 확실하여야 하며, 자동적으로 갱신되는 것을 막을 수 있어야 한다. 조기 종료에 대한 동의를 구하는 다툼이 있을 수 있는 제청이어서는 안된다.

(ii) 신용장에서 상업송장이 개설의뢰인 명의로 발행될 것을 요구하지 않고 있고, 개설의뢰인이 여러 법적 권원에 기초하여 송장상 책임을 지는 경우라면, 개설의뢰인 명의를 아니면서 지급되지 않은 송장에 대하여 그 지급을 받기 위한 어음을 발행하였더라도, 그 행위는 사기에 해당하지 않는다.



참고문헌

국내문헌

- 강성률. (2018). 세계시민주의와 칸트의 [영구평화론]. *Journal of Education for International Understanding*, 13(2), 1-38.
- 권경휘. (2015). 규범성에 관한 하트와 켈젠의 대조적인 개념. *연세법학*, 26, 263-289.
- 권경휘. (2015). 승인의 규칙에 관한 하트의 이론. *강원법학*, 46, 45-72.
- 김기영. (2002). *헌법강의*, 서울: 박영사.
- 김기영. (2009). 美國憲法상 北美自由貿易協定 (FTA) 紛爭解決節次의 違憲性에 관한 약간의 考察. *법학논총*, 16(1), 221-252.
- 김기영. (2010). 私法の 統一과 國際物品賣買契約에 관한 유엔협약 (CISG). *인권과 정의*, (407), 7-26.
- 김기영. (2011). 국제통상법에 있어 世界的 正義 (Global Justice) 의 개념에 관한 小考. *법학논총*, 18(2), 527-557.
- 김기영. (2011). 효율성의 관점에서 본 비엔나협약 상 구제수단의 문제. *인권과 정의*, (422), 28-45.
- 김기영. (2016). CISG 의 국제거래법적 함의. *법학논총*, 23(1), 73-112.
- 김기영. (2019). 파리기후협약의 法社會學-경제, 환경, 그리고 협약의 規範적 实效性을 위한 약간의 검토. *법학논총*, 26(1), 41-90.
- 김기영. (2022). 국제통상법과 인권법의 교차. *법학논총*, 29(3), 135-191.
- 김기영. (2023). 신국제협정: 세 가지 패러다임에 관한 검토와 시사점. *법학논총*, 30(2), 3-56.
- 김기영. (2024). 시민민주주의와 보편적 법체계의 발전: 헌법과 국제법을 대체하는 세계법의 수사학. *법학논총*, 31(2), 3-42.
- 김남준, & 박찬구. (2015). 세계화 시대의 세계시민주의와 세계시민성: 어떤 세계시민주의? 어떤 세계시민성?. *倫理研究*, 105, 1-34.
- 김대순. (2013). *국제법론*. Samyöngsa.
- 김대순. (2017). *국제법론 (제 19 판)*. [KIIP] 한국지식재산연구원 도서 DB, 0-0.
- 김대순(2022). *국제법론*, 삼영사.
- 김대인. (2016). 세계행정법과 국제기구: 세계은행의 부정당업자제재 제도를 중심으로: 세계은행의 부정당업자제재 제도를 중심으로. *행정법연구*, (45), 1-23.
- 김동희. (1990). 무하자재량행사청구권. *법학*, 31(3/4), 59-85; 홍강훈. (2012). 무하자재량행사의 독자적 청구권성. *공법연구*, 40(3), 289-311.
- 김시철. "우리 위헌법률심판제도와 헌법재판소 결정의 효력." *저스티스* (2006): 5-72.
- 김성원. (2014). WTO 체제의 유효성에 관한 세계행정법 시각에서의 검토. *동아법학*, (64), 205-232.

- 金重權. (2020). 공법의 탈속지주의화에 따른 국제적 행정법에 관한 연구-개념형성을 중심으로. 공법연구, 49(1), 93-115.
- 류병운. (2006). 세계행정법. 행정법연구, (16), 231-255.
- 민경국. (2009). 하이에크의 헌법주의와 한국헌법 개정논의. 세계헌법연구, 15(1), 93-122.
- 박병도. (2024). 현대국제법의 구조 변화와 국제환경법의 역할. 국제법학회논총, 69(1), 7-46.
- 박인수. (2013). 유럽연합의 기본법과 법의 일반원칙. 유럽헌법연구, (13), 25-56; 전훈. (2005). 유럽헌법상의 보충성원칙. 공법학연구, 6(3), 27-49.
- 박진완. (2014). UN 헌장의 세계헌법적 성격—Jürgen Habermas 의 헌법화된 국제질서이론에 의한 검토—. 헌법학연구, 20(2), 179-236.
- 배정훈. (2022). 세계입헌주의 논의에 대한 시론적 연구—성립 여부 및 구성요소를 중심으로—. 세계헌법연구, 28(3), 1-32.
- 신창섭. (2011). 국제사법/세창출판사.
- 신창섭(2018). 국제사법. 세창출판사.
- 석윤민. (2020). 국제연합의 행정절차에 관한 연구 (Doctoral dissertation, 서울대학교 대학원).
- 유예리. (2012). 중국-원자재 사건 (China-Raw Materials) 과 희토류 수출제한 분쟁과의 연관성에 관한 연구. 국제법학회논총, 57(2), 113-143.
- 이기범. (2022). 국제법 접근 방법으로서의 '세계행정법'(GAL) 개념에 대한 비판적 고찰. 법학논총, 39(1), 79-105.
- 이기수 & 신창섭(2023). 국제거래법. 서울: 세창출판사.
- 이비안. (2012). 이익衡量 (利益衡量) 의 입장에서 바라본 행정법: 무하자재량행사청구권 (無瑕疵裁量行使請求權) 및 신청권 (申請權). 법학연구, 53(1), 59-87.
- 이춘삼. (1999). 국제통상법. 법문사.
- 이현택. (2022). WTO 상소기구 GATT 제 XX 조 두문 해석의 비판적 고찰. 국제경제법연구, 20(2), 35-66.
- 정인섭. (2012). 신국제법강의. 박영사.
- 장준호. (2006). 세계사회를 이해하는 두 가지 구조: 칸트의 당위적 국제사회와 헤겔의 실재적 세계사회: 칸트의 당위적 국제사회와 헤겔의 실재적 세계사회. 정치사상연구, 12(1), 81-107.
- 전훈. (2009). 유럽공동체법원과 유럽인권법원을 통한 유럽법의 국내법 질서로의 정착. 토지공법연구, 43(3), 511-528.
- 정재황. (2022). 세계입헌주의와 인권보장체계. 헌법재판연구, 9(2), 93-133.
- 정채연. (2013). 하버마스의 세계주의 구상과 국제법의 헌법화. 중앙법학, 15(2), 305-342.
- 조병운. (2017). 세계헌법 제정에 관한 고찰. 헌법논총, 28, 301-377.
- 조영정(209). 국제통상법의 이해. 무역경영사.

- 이한기. (2010). 국제법강의 (신정판). 박영사.
- 채형복. (2005). 유럽헌법에 있어 유럽시민권의 법적 지위. 공법학연구, 6(2), 257-278.
- 채형복. (2008). 유럽연합법의 국내법적 효력과 적용. 국제법평론, (28), 1-22.
- 최봉철. (2008). 하트의 법개념 비판. 성균관법학, 20(3-1), 1053-1073.
- 최원목. (2007). 국제법 강의. Ewha Womans University Press.
- 최원목(2023). 국제통상법의 이해, 박영사.
- 최종고(2013). 법사상사. 박영사.
- 허영식. (2004). 세계시민의 개념에 관한 시론: 세계시민교육의 이론적 기초. 아시아교육연구 (Asian Journal of Education), 5(3), 165-196.
- 헨리, & 로라. (2016). 국제기구의 국가에 대한 법적 책임성 향상-입헌주의자와 글로벌행정법 (Global Administrative Law) 적 접근 비교. 세계헌법연구, 22(1), 55-76.
- 홍강훈. (2021). 소송물이론 및 소권실효에 근거한 하자승계의 새로운 해결방안-하자승계의 소송법적 해결론-. 공법연구, 49(4), 167-199.

외국문헌

- ALsheyab, M. S. (2007). The " Like Products" rule as a normative concept in the WTO system: a critique of its effectiveness and consistency with trade liberalization (Doctoral dissertation).
- Alexander Somek, 'Kelsen Lives', 18 EJIL (2007) 409.
- Amar, A. R. (1987). Of Sovereignty and Federalism, 96 Yale L.J. 1425, 1426-27, 1519-20.
- Bal, S. (2001). International Free Trade Agreements and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GATT. Minn. J. Global Trade, 10, 62.
- Bassiouni, M. C. (1996). International Crimes:" Jus Cogens" and" Obligatio Erga Omnes". Law and Contemporary problems, 59(4), 63-74.
- Bianchi, A., Peat, D., & Windsor, M. (Eds.). (2015). Interpretation in international law. OUP Oxford.; Djajić, S. (2017). Searching for purpose: Critical assessment of teleological interpretation of treaties in investment arbitration. International Review of Law, 2016(3), 4.
- Bilder, R. B., & Highet, K. (1994). Oppenheim's International Law.
- Boyle, A. (2014). Soft law in international law-making. International law, 5, 119-137.
- Chesterman, S. (2008). Globalization rules: accountability, power, and the prospects for global administrative law. Global Governance, 14, 39.
- CANADA - MEASURES AFFECTING EXPORTS OF UNPROCESSED HERRING AND SALMON
Report of the Panel adopted on 22 March 1988 (L/6268 - 35S/98).
- Cassese, S. (2015). Global administrative law: the state of the art. International Journal of Constitutional Law, 13(2), 465-468.
- Charnovitz, 'The Emergence of Democratic Participation in Global Governance (Paris, 1919)', 10 Indiana Journal of Global Legal Studies (2003), 45; Charnovitz, 'Two Centuries of Participation: NGOs and International Governance', 18 Michigan Journal of International Law (1997) 183.
- Chiti, E., & Mattarella, B. G. (Eds.). (2011). Global administrative law and EU administrative law: Relationships, legal issues and comparison. Springer Science & Business Media.
- Craig, P., & De Búrca, G. (Eds.). (2021). The evolution of EU law. Oxford university press.
- Croxtton, D. (1999). The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty. The international history review, 21(3), 569-591.
- Davey, W. J. (2012). Non-discrimination in the World Trade Organization: the rules and exceptions (Vol. 14). Martinus Nijhoff Publishers.
- Davey, W. J. (2003). The WTO dispute settlement mechanism. Available at SSRN 419943.
- De seConDaT, C., & De Montesquieu, B. (2022). The spirit of the laws. DigiCat.

- Dicey, A. V. (1915). *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th ed).
- Dicey, A. V. (1901). 'Droit administratif in Modern French Law', 18 LQR 303.
- Dicey, A. V. (2013). *The law of the constitution* (Vol. 1). OUP Oxford.
- Duguit, L. (1917). The law and the state. *Harvard Law Review*, 31(1), 1-185.
- Dworkin, R. (1986). *Law's empire*. Harvard University Press.
- Dyzenhaus, D. (2012). Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power. *Global Constitutionalism*, 1(2), 229-260.
- Dyzenhaus, D., Hunt, M., & Taggart, M. (2001). The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation. *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 1(1), 5-34.
- Fuller, L. L. (1957). Positivism and fidelity to law--A reply to Professor Hart. *Harv. L. Rev.*, 71, 630.
- Galgano, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il mulino, 2001.
- Gardbaum, S. (2009). Human rights and international constitutionalism. *Ruling the world*, 08-01.
- Garrett, G., Kelemen, R. D., & Schulz, H. (1998). The European Court of Justice, national governments, and legal integration in the European Union. *International organization*, 52(1), 149-176.
- Grofman, B. (1989). The federalist papers and the new institutionalism: An overview. *The federalist papers and the new institutionalism*, 1-5.
- Harlow, C. (2006). Global administrative law: the quest for principles and values. *European journal of international law*, 17(1), 187-214.
- Hauriou, M. (1925). *La théorie de l'institution et de la fondation*.
- Hindley, B. (1971). UNCTAD Agreement on Preferences, *The J. World Trade L.*, 5, 694.
- Horn, H., & Mavroidis, P. C. (2009). The WTO dispute settlement system 1995-2006: Some descriptive statistics. In *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment* (Vol. 6, pp. 3-31). Emerald Group Publishing Limited.
- I. Kant, *Perpetual Peace* (1795), Appendix, in H. Reiss (ed.), *Kant's Political Writings* (1991), 125 and 126.
- J. Waldron, 'Can There Be a Democratic Jurisprudence?', November 2008 version, NYU PILT Research Paper 08-35 (SSRN).
- Jackson, J. H. (1996). Reflections on International Economic Law. *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 17, 17.
- Jennings, 'International Lawyers and the Progressive Development of International Law', in J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century*:

- Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski (1996) 413, at 422.
- Jennings, R. Y. (1996). The judiciary, international and national, and the development of international law. *International & Comparative Law Quarterly*, 45(1), 1-12.
- Johnston, D. M. (2005). World constitutionalism in the theory of international law. In *Towards World Constitutionalism* (pp. 3-29). Brill Nijhoff.
- Kennedy, D. (2019). Authoritarian constitutionalism in liberal democracies. In *Authoritarian Constitutionalism* (pp. 161-184). Edward Elgar Publishing.
- Kim, K. (2005). Toward a Free Trade Agreement Beyond the Unitary-East Asia and South Korean Strategy.
- Kim, K. (2013). A Reform Agenda of WTO Revisited: The Elements of Public Administration and International Organization. *International Journal of Advanced Research* (2013), 1(10), 634-648.
- Kim, K. (2014). Human Rights: Are They Just a Tweak for the Policy Makers or Administrators?. *European Academic Research*, 2(6).
- Kim, K. (2014). The relationship between the law and public policy: Is it a chi-square or normative shape for the policy makers?. *Social Sciences*, 3(4), 137-143.
- Kim, K. (2018). Best Practices for the Constitutional Government Under the South Korea Framework of Democratic Experimentalism (Doctoral dissertation, Walden University).
- Kim, K. (2020). Judicial Activism in the World Trade Organization: A Conundrum and Selective Approach. *Beijing L. Rev.*, 11, 827.
- Kim, K. (2021). A Legacy of Hans Kelsen and Tentative Inquiry—Transformation and New Discourse for the World Government—. *Yonsei Law Review* (2021), 32(3), 547-598.
- Kim, K. (2022). The World Trade Regime, Transnational Corporations and Human Right. *Transnational Corporations and Human Right* (December 31, 2022). *Chosun Law Journal*, 29(3), 135-191.
- Kingsbury, B. (1998). "Indigenous peoples" in international law: a constructivist approach to the Asian controversy. *American Journal of International Law*, 92(3), 414-457.
- Kingsbury, B. (2009). The concept of 'law' in global administrative law. *European Journal of International Law*, 20(1), 23-57.
- Kingsbury, B., Krisch, N., & Stewart, R. B. (2005). The emergence of global administrative law. *Law and contemporary problems*, 68(3/4), 15-61.
- Kinzius, L., Sandkamp, A., & Yalcin, E. (2019). Trade protection and the role of non-tariff barriers. *Review of World Economics*, 155(4), 603-643.
- Koskenniemi, M., & Leino, P. (2002). Fragmentation of international law? Postmodern anxieties. *Leiden Journal of International Law*, 15(3), 553-579; Hafner, G. (2003). Pros and cons ensuing from fragmentation of international law. *Mich. J. Int'l L.*, 25, 849.
- Kramer, L. (1991). Vestiges of Beale: Extraterritorial Application of American Law. *The Supreme Court Review*, 1991, 179-224; Brilmayer, Lea. "The Extraterritorial Application of American Law: A Methodological and Constitutional Appraisal." *Law and Contemporary*

- Problems 50, no. 3 (1987): 11-38.
- Krisch, N. (2009). Global administrative law and the constitutional ambition.
- Krisch, N. (2006). The pluralism of global administrative law. *European Journal of International Law*, 17(1), 247-278.
- Krisch, N., & Kingsbury, B. (2006). Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. *European journal of international law*, 17(1), 1-13.
- Kuhner, T. K. (2015). American plutocracy. *King's Law Journal*, 26(1), 44-75.
- Lantto, P., & Mörkenstam, U. (2008). Sami rights and Sami challenges: The modernization process and the Swedish Sami movement, 1886-2006. *Scandinavian Journal of History*, 33(1), 26-51.
- Leflar, R. A. (1972). The Torts Provisions of the Restatement (Second). *Columbia Law Review*, 72(2), 267-278.
- Leger, J. S. (1962). The "etiamsi daremus" of Hugo Grotius: a study in the origins of international law. *Pontificium Athenaeum Internationale "Angelicum"*.
- Legum, Barton and Crevon-Tarassova, Anna, VCLT Article 33: Interpretation of Treaties Authenticated in Two or More Languages (December 20, 2021). *The Vienna Convention on the Law of Treaties in Investor-State Disputes: History, Evolution, and Future*, Dr Esmé Shirlow and Kiran Nasir Gore (eds) (Kluwer, mid-2022). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4102287>.
- Locke, J. (1824). *The works of John Locke: in nine volumes (Vol. 7)*. C. and J. Rivington.
- Loconto, A., & Fouilleux, E. (2014). Politics of private regulation: ISEAL and the shaping of transnational sustainability governance. *Regulation & Governance*, 8(2), 166-185.
- Luban, 'The Publicity Principle', in R. Goodin (ed.), *The Theory of Institutional Design* (1996) 154.
- Mattli, W., & Slaughter, A. M. (1998). Revisiting the European court of justice. *International organization*, 52(1), 177-209.
- Nguyen, S. T. (2013). The applicability of 'res judicata' and 'lis pendens' in World Trade Organization dispute settlement. *Bond Law Review*, 25(2), 123-165.
- O'Donoghue, A. (2013). International constitutionalism and the state. *International Journal of Constitutional Law*, 11(4), 1021-1045.
- Pauwelyn, J. (2005). The Sutherland Report: a missed opportunity for genuine debate on trade, globalization and reforming the WTO. *J. Int'l Econ. L.*, 8, 329.
- Peters, A. (2009). The merits of global constitutionalism. *Ind. J. Global Legal Stud.*, 16, 397.
- Petersmann, E. U. (1988). Grey Area Policy and the Rule of Law. *J. World Trade*, 22, 23.
- Petersmann, E. U. (1996). Constitutionalism and international organizations. *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, 17, 398.
- Petersmann, E. U. (1994). *The dispute settlement system of the World Trade Organization*

- and the evolution of the GATT dispute settlement system since 1948. *Common Market Law Review*, 31(6).
- Position Paper for the United States Delegation to the Fourth Session of the Contracting Parties to the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1950v01/d239>.
- Romano, S. (1917). *L'ordinamento giuridico* (1917).
- Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981); Bayefsky, A. F. (1983). The Human Rights Committee and the Case of Sandra Lovelace. *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, 20, 244-266.
- Schmitthoff, C. M. (1961). *International Business Law: A New Merchant*. *Current L. & Soc. Prob.*, 2, 129.
- Schoenbaum, T. J. (1998). WTO dispute settlement: praise and suggestions for reform. *International & Comparative Law Quarterly*, 47(3), 647-658.
- Schwarzenberger, G. (1964). *International jus cogens*. *Tex. L. Rev.*, 43, 455.
- Schwöbel, C. E. (2011). *Global constitutionalism in international legal perspective* (Vol. 4). Brill.
- Sek, L. (2002, March). *Trade Retaliation: The " carousel" Approach*. Congressional Research Service, Library of Congress.
- Senge, P. M. (2006). *The fifth discipline: The art and practice of the learning organization*. Broadway Business.
- Social Contract* (trans. Cole), Bk II, ch. 6.
- Société Française pour le Droit International, *Colloque de Genève, La pratique et le droit international* (2004).
- Soon, J. (2022). Jurisdictional Conflict Between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements: Res Judicata Revisited. *Journal of World Trade*, 56(6).
- Stone Sweet, A. (2010). The European Court of Justice and the judicialization of EU governance. *Living Reviews in EU Governance*.
- THE HAVANA CHARTER FOR AN INTERNATIONAL TRADE ORGANIZATION.
Retrieved Aug. 19 , 2024 from <https://dome-online.com/wp-content/uploads/2022/08/Havana-Charter-for-the-ITO.pdf>.
- Tomkins, Adam. "In Defense of the Political Constitution." *Oxford J. Legal Stud.* 22 (2002), 157.
- Tribe, L. H. (1994). Taking text and structure seriously: Reflections on free-form method in constitutional interpretation. *Harv. L. Rev*, 108, 1221.
- Tripathi, R. (2011). Concept of Global Administrative Law: An Overview. *India Quarterly*, 67(4), 355-372.
- Teubner, G. (2004). 'Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of

- Autonomous Sectors?', in K.-H. Ladeur (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, 71.
- Teubner, G. (ed.) (1997). *Global Law Without a State*.
- Tushnet, M. (1979). Rethinking the Dormant Commerce Clause. *Wis. L. Rev.*, 125.
- Twigg-Flesner, C. (2021). *Foundations of international commercial law*. Routledge.
- Ventura, D. (2021). Contemporary blocking statutes and regulations in the face of unilateral and extraterritorial sanctions. In *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions* (pp. 221-238). Edward Elgar Publishing.
- Wang, L. (2015). The definition of indigenous peoples and its applicability in China. *international journal on minority and group rights*, 22(2), 232-258.
- Ward, I. (2003). *A critical introduction to European law*. Cambridge University Press.
- Wilson, W. (1887). The study of administration. *Political science quarterly*, 2(2), 197-222.
- Wolff, A. W. (2001). Problems with WTO dispute settlement. *Chi. J. Int'l L.*, 2, 417.
- Wolfe, R. (1996). Global trade as a single undertaking: The role of ministers in the WTO. *International Journal*, 51(4), 690-709.
- Young, E. A. (2003). The trouble with global constitutionalism. *Tex. Int'l LJ*, 38, 527.

국내 및 외국법원 판례와 법령

의대정원 증원처분에 대한 집행정지신청 사건[대법원 2024. 6. 19. 자 중요 결정] 대법원 2024무689.

일제강점기 강제징용 사건[대법원 2018. 11. 29. 선고 주요 사건 판결] 2013다67587 손해배상(기) 등.

채무자 회생 및 파산에 관한 법률 [시행 2006. 4. 1.] [법률 제7428호, 2005. 3. 31., 제정].

AD HOC COMMITTEE ON RESTRUCTURING OF THE ECONOMIC AND SOCIAL SECTORS OF THE UNITED NATIONS SYSTEM. Retrieved Aug. 18, 2024 from https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90920196.pdf.

Application of Convention on Prevention and Punishment of Genocide (S. Afr. v. Isr.), Provisional Measures, ICJ General List No. 192 (24 May 2024) (order aff'g prev. provisional measures, indicating new provisional measures).

Application of principles of chapter VI of the Havana Charter - proposed letter to the Chairman of the ICCICA. Retrieved Aug. 19 from <https://exhibits.stanford.edu/gatt/catalog/nr593qb0565>.

ARTICLE XVII STATE TRADING ENTERPRISES. Retrieved Aug. 2024 from https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art17_gatt47.pdf.

ARTICLE XX GENERAL EXCEPTIONS. Retrieved Aug. 18, 2024, https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/gatt_ai_e/art20_e.pdf.

Belgium v Spain - Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) - Judgment of 5 February 1970 - Second Phase - Judgments [1970] ICJ 1; ICJ Reports 1970, p 3; [1970] ICJ Rep 3 (5 February 1970).

CANADA - ADMINISTRATION OF THE FOREIGN INVESTMENT REVIEW ACT Report of the Panel adopted on 7 February 1984 (L/5504 - 30S/140).

Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry - Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes - Award of the Arbitrator WT/DS139/12 WT/DS142/12 | 4 October 2000.

CANADA - MEASURES AFFECTING EXPORTS OF UNPROCESSED HERRING AND SALMON Report of the Panel adopted on 22 March 1988 (L/6268 - 35S/98).

Chapter 1 The WTO: An Historical, Legal, and Organizational Overview. Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://internationalecon.com/wto/ch1.php>.

COMMISSION REGULATION (EEC) No 2695/78 of 17 November 1978.

Delgamuukw v British Columbia, [1997] 3 SCR 1010.

Djibouti v. France, ICJ, 2008, para 147.

DS402: United States - Use of Zeroing in Anti-Dumping Measures Involving Products from Korea, WT/DS402/7 | 9 December 2011.

"EU's Korean Air-Asiana merger review yet to resume over 'missing information' in submitted remedies". koreatimes. Yonhap. November 16, 2023. Retrieved November 22, 2023.

Export Restrictions, Czechoslovakia v. US, Decision, CP.3/SR22: II/28.

Fifth session of the Contracting Parties to the GATT. Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000371852>.

GATT THE NINTH SESSION OF THE CONTRACTING PARTIES AND THE REVIEW OF THE GATT. Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/MGT/54-27.PDF>.

GATT XI, Cl. 1.

GATT XX (a)-(j).

GATT XX(g).

Geneva Agreement on Tariffs and Trade HC Deb 30 June 1960 vol 625 cc1527-8.

Interim Commission for the International Trade Organization (ICITO) and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210578110s011-c018>.

J. Ferejohn, 'Accountability in a Global Context' (International Law and Justice Working Paper IILJ 2007/5, Global Administrative Law Series, Institute for International Law and Justice, New York University School of Law, 2007) www.iilj.org.

Jeff Colgan (2005). The Promise And Peril of International Trade. Broadview Press. p. 126.

Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 May 2006. Commission of the European Communities v Ireland. European Court Reports 2006 I-04635. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2006:345.

Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission (2008) C-402/05.

Korea - Measures Affecting Government Procurement - Panel Report - Action by the Dispute Settlement Body WT/DS163/7 | 6 November 2000.

Korea - Measures Affecting Government Procurement - Panel Report - Action by the Dispute Settlement Body WT/DS163/7 | 6 November 2000.

Liechtenstein v Guatemala - Nottebohm - Judgment of 6 April 1955 - Second Phase - Judgments [1955] ICJ 1; ICJ Reports 1955, p 4; [1955] ICJ Rep 4 (6 April 1955).

Merge Claim (United States v. Italy) Italian-United States Conciliation Commission 14 R.I.A.A. 236 (1955).

Milanovic, M. (2009). Norm Conflict in International Law: Whither Human Rights?. Duke J. Comp. & Int'l L., 20, 69.

Pellegrin v France, Judgment, Merits, App No 28541/95, ECHR 1999-VIII, [1999] ECHR 140, (1999) 31 EHRR 651, IHRL 3222 (ECHR 1999), 8th December 1999, European Court of Human Rights [ECHR]; Grand Chamber [ECHR].

Pope & Talbot Incorporated v Canada, Interim award, IIC 192 (2000), 26th June 2000, Ad Hoc Tribunal (UNCITRAL).

Prohibition of Imports of Tuna from Canada (L/5198 - 29S/91).

REPORTS OF COMMITTEES AND PRINCIPAL SUB-COMMITTEES. Retrieved Aug. 19, 2024 from https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90180096.pdf.

REPORT OF THE FIRST SESSION OF THE PREPARATORY COMMITTEE OF THE UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT. Retrieved Aug. 19, 2024 from https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90680195.pdf.

REPUBLIC OF KOREA - RESTRICTIONS ON IMPORTS OF BEEF - COMPLAINT BY THE UNITED STATES Report of the Panel adopted on 7 November 1989 (L/6503 - 36S/268).

RESTRICTED GENERAL AGREEMENT ON L/189/Add.2. Retrieved Aug. 19, 2024 from https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90680195.pdf.

South China Sea Arbitration (Philippines v. China, PCA case number 2013-19).

Thailand - Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines - Report of the facilitator pursuant to paragraph 5 of the "Understanding between the Philippines and Thailand to pursue facilitator-assisted discussions aimed at progressing and resolving outstanding issues in regard to DS371" WT/DS371/46 | 5 July 2022.

THE STATE OF FOOD AND AGRICULTURE 1967. Retrieved Aug. 19, 2024 from <https://www.fao.org/4/ap655e/ap655e.pdf>.

United States - Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan - Status report by the United States - Addendum WT/DS184/15/Add.251 | 16 July 2024

United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - Appellate Body Report and Panel Report pursuant to Article 21.5 of the DSU - Action by the Dispute Settlement Body WT/DS58/23 | 26 November 2001.

UNITED STATES - IMPORTS OF CERTAIN AUTOMOTIVE SPRING ASSEMBLIES Report of the Panel adopted on 26 May 1983 (L/5333 - 30S/107).

UNITED STATES - PROHIBITION OF IMPORTS OF TUNA AND TUNA PRODUCTS FROM CANADA Report of the Panel adopted on 22 February 1982 (L/5198 - 29S/91).

UNITED STATES - RESTRICTIONS ON IMPORTS OF TUNA Report of the Panel (DS21/R - 39S/155).

UNITED STATES - SECTION 337 OF THE TARIFF ACT OF 1930 Report by the Panel adopted on 7 November 1989 (L/6439 - 36S/345).

United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930 and Amendments Thereto - Request to Join Consultations - Communication from Canada WT/DS186/2 | 1 February 2000.

United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" - Appellate Body Report and Panel Report Pursuant to Article 21.5 of the DSU - Action by the Dispute Settlement Body WT/DS108/36 | 17 March 2006.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT HELD AT HAVANA, CUBA FROM NOVEMBER 21, 1947, TO MARCH 24, 1948. Retrieved Aug. 19, 2024 from https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf.

UNITED STATES - TAXES ON AUTOMOBILES Report of the Panel DS31/R.

Y. L. v. Canada, Communication No. 112/1981, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/41/40) at 145 (1986).



부록

부록 I

세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬 협정(WTO)

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade
Organization (WTO)

[발효일 1995. 1. 1] [다자조약, 제1265호, 1994. 12. 31]

1994년 6월 20일 제26회 국무회의의 심의를 거치고 1994년 12월 16일 제170회 정기국회 제19차 본회의에서 비준동의를 얻어 1994년 12월 30일 관세 및 무역에 관한 일반협정 사무총장에게 수락서를 기탁함으로써 1995년 1월 1일자로 대한민국에 대하여 발효하는 “세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬협정”을 이에 공포한다.

1994년 12월 31일

대통령	김영삼 (인)
국무총리	이홍구
국무위원 외무부장관	공로명

○조약 제1265호

세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬 협정

이 협정의 당사자들은, 상이한 경제발전단계에서의 각각의 필요와 관심에 일치하는 방법으로 환경을 보호하고 보존하며 이를 위한 수단의 강화를 모색하면서, 지속가능한 개발이라는 목적에 일치하는 세계자원의 최적이용을 고려하는 한편, 생활수준의 향상, 완전고용의 달성, 높은 수준의 실질소득과 유효수요의 지속적인 양적 증대 및 상품과 서비스의 생산 및 무역의 증대를 목적으로 무역 및 경제활동 분야에서의 상호관계가 이루어져야 한다는 점을 인식하고, 개발도상국,

그리고 특히 그중 최빈개도국이 국제무역의 성장에서 자기나라의 경제를 발전시키는데 필요한 만큼의 몫을 확보하는 것을 보장하기 위하여 적극적인 노력을 기울여야 할 필요성이 있다는 점을 인식하고, 관세 및 그 밖의 무역장벽의 실질적인 삭감과 국제무역 관계에 있어서의 차별대우의 폐지를 지향하는 상호 호혜적인 약정의 체결을 통하여 이러한 목적에 기여하기를 희망하며,

따라서, 관세및무역에관한일반협정, 과거의 무역자유화 노력의 결과 및 모든 우루과이라운드 다자간무역협상 결과 전체를 포괄하는 통합되고 보다 존속가능하고 항구적인 다자간 무역체제를 발전시켜 나갈 것을 결의하고, 이러한 다자간 무역체제의 기초가 되는 기본원칙을 보존하고 목적을 증진하기로 결정하여, 다음과 같이 합의한다.

제1조 기구의 설립

이 협정에 따라 세계무역기구가 설립된다.

제2조 세계무역기구의 범위

1. 세계무역기구는 이 협정의부속서에 포함된 협정 및 관련 법적문서와 관련된 사항에 있어서 회원국간의 무역관계의 수행을 위한 공동의 제도적인 틀을 제공한다.
2. 부속서 1, 2 및 3에 포함된 협정 및 관련 법적 문서(이하 "다자간무역협정" 이라 한다)는 이 협정의 불가분의 일부를 구성하며, 모든 회원국에 대하여 구속력을 갖는다.
3. 또한부속서 4에 포함된 협정 및 관련 법적 문서(이하 "복수국간무역협정" 이라 한다)는 이를 수락한 회원국에 대하여 이 협정의 일부를 구성하며 이를 수락한 회원국에 대하여 구속력을 갖는다. 복수국간 무역협정은 이를 수락하지 아니한 회원국에게 의무를 지우거나 권리를부여하지 아니한다.

4. 부속서 1가에 명시된 1994년도 관세 및 무역에 관한 일반협정(이하 "1994년도 GATT"라 한다)은 국제연합 무역과 고용회의 준비위원회 제2차회의 종결시 채택된 최종의정서에부속된 1947년 10월 30일자 관세 및 무역에 관한 일반협정이 그 이후 정정, 개정 또는 수정된 일반협정(이하 "1947년도 GATT"라 한다)과 법적으로 구별된다.

제3조 세계무역기구의 기능

1. 세계무역기구는 이 협정 및 다자간무역협정의 이행, 관리 및 운영을 촉진하고 그 목적을 증진하며 또한 복수국간 무역협정의 이행, 관리 및 운영을 위한 틀을 제공한다.
2. 세계무역기구는 이 협정의부속서에 포함된 협정에서 다루어지는 사안과 관련된 회원국간의 다자간 무역관계에 관하여 그들간의 협상을 위한 장을 제공한다. 세계무역기구는 또한 각료회의에 의하여 결정되는 바에 따라 회원국간의 다자간 무역관계에 관한 추가적인 협상을 위한 토론의 장 및 이러한 협상결과의 이행을 위한 틀을 제공한다.
3. 세계무역기구는 이 협정부속서 2의 분쟁해결 규칙 및절차에 관한 양해(이하 "분쟁해결양해"라 한다)를 시행한다.
4. 세계무역기구는 이 협정부속서 3에 규정된 무역정책검토제도를 시행한다.
5. 세계무역기구는 세계경제 정책결정에 있어서의 일관성 제고를 위하여 적절히 국제통화기금과 국제부흥개발은행 및 관련 산하기구들과 협력한다.

제4조 세계무역기구의 구조

1. 모든 회원국 대표로 구성되며 최소 2년에 1회 개최되는 각료회의가 설치된다. 각료회의는 세계무역기구의 기능을 수행하며 이를 위하여 필요한 조치를 취한다. 각료회의는 회원국이 요청하는 경우, 이 협정과 다자간무역협정의 구체적인 의사결정 요건에 따라 다자간무역협정의 모든 사항에 대하여 결정을 내릴 권한을 갖는다.
2. 모든 회원국 대표로 구성되며 필요에 따라 개최되는 일반이사회가 설치된다. 일반이사회는 각료회의의 비회기중에 각료회의의 기능을 수행한다. 일반이사회는 또한 이 협정에 의하여부여된 기능을 수행한다. 일반이사회는 자체적인 의사규칙을 제정하고 제7항에 규정된 위원회의 의사규칙을 승인한다.
3. 일반이사회는 분쟁해결양해에 규정된 분쟁해결기구의 임무를 이행하기 위하여 적절히 개최된다. 분쟁해결기구는 자체적인 의장을 둘 수 있으며 동 임무이행을 위하여 필요하다고 판단하는 의사규칙을 제정한다.
4. 일반이사회는 무역정책검토제도에 규정된 무역정책검토기구의 임무를 이행하기 위하여 적절히 개최된다. 무역정책검토기구는 자체적인 의장을 둘 수 있으며 동 임무 이행을 위하여 필요하다고 판단되는 의사규칙을 제정한다.
5. 일반 이사회의 일반적인 지도에 따라 운영되는 상품무역이사회, 서비스무역이사회 및 무역관련 지적재산권이사회가 설치된다. 상품무역이사회는부속서 1가의 다자간 무역협정의 운영을 감독한다. 서비스무역이사회는 서비스무역에관한일반협정의 운영을 감독한다. 무역관련지적재산권이사회는 무역관련 지적

재산권에 관한협정의 운영을 감독한다. 이들 이사회는 각각의 협정과 일반이사회에 의하여부여된 기능을 수행한다.

이들 이사회는 일반이사회에의 승인에 따라 각각의 의사규칙을 제정한다. 이들 이사회에의 가입은 모든 회원국 대표에게 개방된다. 이들 이사회는 자신의 기능을 수행하기 위하여 필요할 때마다 회합한다.

6. 상품무역이사회, 서비스무역이사회 및 무역관련지적재산권이사회는 필요에 따라 보조기구를 설치한다. 이들 보조기구는 각각의 이사회에의 승인에 따라 각각의 의사규칙을 제정한다.

7. 각료회의는 무역개발위원회, 국제수지제한위원회 및 예산·재정·관리위원회를 설치하며 이들은 이 협정 및 다자간무역협정에 의하여 자신에게부여된 기능 및 일반이사회가 자신에게부여하는 추가적인 기능을 수행하며, 적절하다고 판단되는 기능을 갖는 추가적인 위원회를 설치할 수 있다. 무역개발 위원회는 자신의 기능의 일부로서 최빈개도국 회원국을 위한 다자간무역협정의 특별조항을 정기적으로 검토하고 적절한 조치를 위하여 일반이사회에 보고한다. 이러한 위원회에의 가입은 모든 회원국에게 개방된다.

8. 복수국간무역협정에 규정된 기구는 동 협정에 의하여 자신에게부여되는 기능을 수행하며 세계 무역 기구의 제도적인 틀 안에서 운용된다. 이들 기구는 일반이사회에 자신의 활동상황을 정기적으로 통보한다.

제5조 그 밖의 국제기구와의 관계

1. 일반이사회는 세계무역기구의 책임과 관련된 책임을 갖는 그 밖의 정부간 기구와의 효과적인 협력을 위하여 적절한 조치를 취한다.

2. 일반이사회는 세계무역기구의 소관사항과 관련된 사항과 관계가 있는 비정부간 기구와의 협의 및 협력을 위하여 적절한 조치를 취할 수 있다.

제6조 사무국

1. 사무총장을 최고책임자로 하는 세계무역기구 사무국(이하 "사무국"이라 한다)이 설치된다.

2. 각료회의는 사무총장을 임명하고 사무총장의 권한, 의무, 근무조건 및 임기를 명시하는 규정을 채택한다.

3. 사무총장은 각료회의가 채택하는 규정에 따라 사무국 직원을 임명하고 이들의 의무와 근무조건을 결정한다.

4. 사무총장 및 사무국 직원의 임무는 전적으로 국제적인 성격을 갖는다. 사무총장과 사무국 직원은 자신의 의무를 수행하는데 있어서 어떠한 정부나 세계무역기구 밖의 당국으로부터 지시를 구하거나 받아서는 아니된다. 이들은 국제관리로서 자신의 지위를 손상시킬 어떠한 행위도 삼가한다. 세계무역기구 회원국은 사무총장 및 사무국 직원의 임무의 국제적인 성격을 존중하며, 이들이 의무를 수행하는데 있어서 영향력을 행사하려고 하지 아니한다.

제7조 예산 및 분담금

1. 사무총장은 예산·재정·관리위원회에 세계무역기구의 연간예산안 및 재정보고서를 제출한다. 예산·재정·

관리위원회는 사무총장이 제출하는 연간예산안 및 재정보고서를 검토하고 이에 대하여 일반이사회에 권고한다. 연간예산안은 일반이사회 승인을 받아야 한다.

2. 예산·재정·관리위원회는 아래 사항을 포함하는 재정규정을 일반이사회에 제안한다.

가. 세계무역기구의 지출경비를 회원국간에 배분하는 분담금의 비율, 그리고

나. 분담금 체납회원국에 대하여 취하여야 할 조치

재정규정은 실행 가능한 한 1947년도 GATT의 규정 및 관행에 기초한다.

3. 일반이사회는 재정규정 및 연간예산안을 세계무역기구 회원국의 반 이상을 포함하는 3분의 2 다수결에 의하여 채택한다.

4. 회원국은 일반이사회에서 채택되는 재정규정에 따라 세계무역기구의 지출경비중 자기 나라의 분담금을 세계무역기구에 신속하게 납부한다.

제8조 세계무역기구의 지위

1. 세계무역기구는 법인격을 가지며 각 회원국은 세계무역기구에 대하여 이 기구가 자신의 기능을 수행하는 데 필요한 법적 능력을 부여한다.

2. 각 회원국은 세계무역기구에 대하여 이 기구가 자신의 기능을 수행하는 데 필요한 특권과 면제를 부여한다.

3. 각 회원국은 또한 세계무역기구의 관리와 이 기구의 회원국 대표에 대하여도 이들이 세계무역기구와 관련하여 자신의 기능을 독자적으로 수행하는 데 필요한 특권과 면제를 부여한다.

4. 회원국이 세계무역기구, 이 기구의 관리 및 이 기구 회원국 대표에게 부여하는 특권과 면제는 1947년 11월 21일 국제연합 총회에서 승인된 전문기구의 특권과 면제에 관한 협약에 규정된 특권과 면제와 유사하여야 한다.

5. 세계무역기구는 본부 협정을 체결할 수 있다.

제9조 의사결정

1. 세계무역기구는 1947년도 GATT에서 지켜졌던 컨센서스에 의한 결정의 관행을 계속 유지한다. 달리 규정되지 아니하는 한, 컨센서스에 의하여 결정이 이루어지지 아니하는 경우에는 문제가 된 사안은 표결에 의한다. 각료회의와 일반이사회에서 세계무역기구 각 회원국은 하나의 투표권을 갖는다. 구주공동체가 투표권을 행사할 때는, 세계무역기구의 회원국인 구주공동체 회원국 수와 동일한 수의 투표권을 갖는다. 이 협정 또는 다자간무역협정에 달리 규정되어 있는 경우를 제외하고는, 각료회의와 일반이사회회의 결정은 투표과반수에 의한다.

(Remark 1) 관련 기구는 결정을 하는 회의에 참석한 회원국중 어느 회원국도 공식적으로 반대하지 않는 한 검토를 위하여 제출된 사항에 대하여 컨센서스에 의하여 결정되었다고 간주된다.

구주공동체와 그 회원국의 투표수는 어떠한 경우에도 구주공동체의 회원국 수를 초과할 수 없다

분쟁해결기구로서 개최된 일반이사회의 결정은 분쟁해결양해 제2조제4항에 따라서만 이루어진다.

2. 각료회의와 일반이사회는 이 협정과 다자간무역협정의 해석을 채택하는 독점적인 권한을 갖는다. 부속서 1의 다자간무역협정의 해석의 경우 이들은 동 협정의 운영을 감독하는 이사회의 권고사항에 기초하여 자신의 권한을 행사한다. 해석의 채택에 대한 결정은 회원국 4분의 3 다수결에 의한다. 이 항은 제10조의 개정규정을 저해하는 방법으로 사용되지 아니한다.

3. 예외적인 상황에서 각료회의는 이 협정이나 다자간무역협정이 회원국에게 지우는 의무를 면제하기로 결정할 수 있다. 다만, 이러한 결정은 이 항에 달리 규정되어 있는 경우를 제외하고는 세계무역기구 회원국 4분의 3 다수결에 의한다.

과도기간이나 단계별 이행기간을 조건으로 하는 의무로서 의무면제 요청회원국이 관련기간의 종료시까지 이행하지 못한 의무에 대한 면제부여는 컨센서스에 의하여서만 결정된다.

가. 이 협정과 관련한 면제요청은 컨센서스에 의한 결정의 관행에 따라 각료회의에 검토를 위하여 제출한다. 각료회의는 동 요청을 검토하기 위하여 90일을 초과하지 아니하는 기간을 설정한다. 동 기간 동안 컨센서스가 도출되지 아니하는 경우, 면제부여는 회원국의 4분의 3 다수결로 결정한다.

나. 부속서 1가, 1나 또는 1다의 다자간무역협정과 그들의부속서와 관련한 면제요청은 90일 이내의 기간 동안의 검토를 위하여 상품무역이사회, 서비스무역이사회 또는 무역관련지적재산권이사회에 각각 제출한다. 동 기간의 만료시 관련이사회는 각료회의에 보고서를 제출한다.

4. 면제를부여하는 각료회의의 결정은 동 결정을 정당화하는 예외적인 상황, 면제의 적용을 규율하는 제반조건 및 면제 종료일자를 명시한다. 1년보다 긴 기간동안부여되는 면제의 경우 각료회의는 면제부여후 1년 이내 및 그 이후 면제 종료시까지 매년 면제를 검토한다. 각료회의는 매 검토시마다 의무면제부여를 정당화하는 예외적인 상황이 계속 존재하는 지 여부 및 면제에 첨부된 조건이 충족되었는 지 여부를 조사한다. 각료회의는 연례검토를 기초로 면제를 연장, 수정 또는 종료할 수 있다.

5. 해석 및 면제에 관한 모든 결정을 포함하여, 복수국간무역협정에 의한 결정은 동 협정의 규정에 따른다.

제10조 개정

1. 세계무역기구 회원국은 각료회의에 개정안을 제출함으로써 이 협정 또는부속서 1의 다자간무역협정에 대한 개정을 발의할 수 있다. 제4조제5항에 열거된 이사회도 자신이 그 운영을 감독하는부속서 1의 다자간무역협정의 규정에 대한 개정안을 각료회의에 제출할 수 있다. 각료회의가 보다 긴 기간을 결정하지 아니하는 한, 각료회의에 개정안이 공식적으로 상정된 날로부터 90일 동안에 각료회의는 개정안을 회원국의 수락을 위하여 회원국에게 제출할 것인 지 여부에 관하여 컨센서스에 의하여 결정한다.

제2항, 제5항 또는 제6항이 적용되지 아니하는 경우, 동 결정은 제3항 또는 제4항의 규정 중 어느 것이 적용될 것인 지 명시한다. 컨센서스가 이루어지는 경우, 각료회의는 즉시 동 개정안을 회원국의 수락을 위하여 회원국에게 제출한다. 정해진 기간내에 각료회의에서 컨센서스가 이루어 지지 아니할 경우, 각료회의는 동 개정안을 회원국의 수락을 위하여 회원국에게 제출할 것인 지 여부를 회원국 3분의 2 다수결로 결정한다.

각료회의가 회원국 4분의 3 다수결로 제4항의 규정이 적용된다고 결정하지 아니하는 한, 제2항, 제5항 및 제6항에 규정된 경우를 제외하고는 제3항의 규정이 동 개정안에 적용된다.

2. 이 규정과 아래 열거된 규정에 대한 개정은 모든 회원국이 수락하는 경우에만 발효한다.

이 협정 제9조,

1994년도 GATT 제1조 및 제2조,

서비스무역에관한일반협정 제2조제1항,

무역관련지적재산권에관한협정 제4조

3. 제2항 및 제6항에 열거된 규정을 제외하고, 이 협정이나부속서 1가 및부속서 1다의 다자간무역협정의 규정에 대한 개정으로서 회원국의 권리와 의무를 변경시키는 성격의 개정은 회원국 3분의 2 수락으로 수락회원국에 대하여만 발효하며, 그 이후 수락하는 회원국에 대하여는 수락한 때부터 발효한다.

각료회의는 이 항에 따라 발효된 개정의 성격상 각료회의가 각각의 경우에 명시한 기간내에 이를 수락하지 아니한 회원국이 자유로이 세계무역기구를 탈퇴하거나 또는 각료회의의 동의를 얻어 회원국으로 남아 있을 수 있다고 회원국 4분의 3 다수결로 결정할 수 있다.

4. 제2항 및 제6항에 열거된 규정을 제외하고 이 협정이나부속서 1가 및 1다의 다자간무역협정의 규정에 대한 개정으로서 회원국의 권리와 의무를 변경시키지 아니하는 성격의 개정은 회원국 3분의 2 수락으로 모든 회원국에 대하여 발효한다.

5. 제2항에 규정된 것을 제외하고, 서비스무역에관한일반협정의 제1부, 제2부 및 제3부와 각부속서에 대한 개정은 회원국 3분의 2 수락으로 수락회원국에 대하여만 발효하며, 그 이후 수락하는 회원국에 대하여는 수락한 때부터 발효한다. 각료회의는 선행규정에 따라 발효된 개정의 성격상 각료회의가 각각의 경우에 명시한 기간내에 이를 수락하지 아니한 회원국이 자유로이 세계무역기구를 탈퇴하거나 또는 각료회의의 동의를 얻어 회원국으로 남아 있을 수 있다고 회원국 4분의 3 다수결로 결정할 수 있다.

서비스무역에관한일반협정 제4부, 제5부 및 제6부와 각부속서에 대한 개정은 회원국 3분의 2 수락으로 모든 회원국에 대하여 발효한다.

6. 이 조의 그 밖의 규정에도 불구하고, 무역관련지적재산권에관한협정에 대한 개정은 동 협정 제71조 제2항의 요건에 합치하는 경우 추가적인 공식 수락절차없이 각료회의에서 채택될 수 있다.

7. 이 협정 또는부속서 1의 다자간무역협정에 대한 개정을 수락하는 회원국은 각료회의가 명시한 수락기간내에 세계무역기구 사무총장에게 수락서를 기탁한다.

8. 세계무역기구 회원국은 각료회의에 개정안을 제출함으로써부속서 2와 3의 다자간무역협정에 대한 개정을 발의할 수 있다. 부속서 2의 다자간무역협정에 대한 개정의 승인은 컨센서스에 의하여 결정되며, 이러한 개정은 각료회의의 승인에 따라 모든 회원국에 대하여 발효한다. 부속서 3의 다자간무역협정에 대한 개정의 승인결정은 각료회의의 승인에 따라 모든 회원국에 대하여 발효한다.

9. 각료회의는 특정 무역협정의 당사자인 회원국들의 요청에 따라 전적으로 컨센서스에 의해서만 동 협

정을부속서 4에 추가하도록 결정할 수 있다. 각료회의는 복수국가간 무역협정의 당사자인 회원국들의 요청에 따라 동 협정을부속서 4로부터 삭제할 수 있다.

10. 복수국가간무역협정에 대한 개정은 동 협정의 규정에 따른다.

제11조 원회원국

1. 이 협정 및 다자간무역협정을 수락하고, 자기나라의 양허 및 약속표가 1994년도 GATT에부속되며 서비스무역에관한일반협정에 자기나라의 구체적 약속표가부속된 국가로서 이 협정 발효일 당시 1947년도 GATT 체약당사자와 구주공동체는 세계무역기구의 원회원국이 된다.

2. 국제연합이 최빈개도국으로 인정한 국가는 자기나라의 개별적인 개발, 금융 및 무역의 필요나 행정 및 제도적인 능력에 합치하는 범위내에서 약속 및 양허를 하도록 요구된다.

제12조 가입

1. 국가 또는 자신의 대외무역관계 및 이 협정과 다자간무역협정에 규정된 그 밖의 사항을 수행하는 데에 있어서 완전한 자치권을 보유하는 독자적 관세영역은 자신과 세계무역기구 사이에 합의되는 조건에 따라 이 협정에 가입할 수 있다. 이러한 가입은 이 협정 및 이 협정에부속된 다자간무역협정에 대하여 적용된다.

2. 가입은 각료회의가 결정한다. 각료회의는 세계무역기구 회원국 3분의 2 다수결에 의하여 가입조건에 관한 합의를 승인한다.

3. 복수국가간무역협정에의 가입은 동 협정의 규정에 따른다.

제13조 특정 회원국간의 다자간무역협정 비적용

1. 특정 회원국이 세계무역기구 회원국이 되는 때에 다른 특정 회원국에 대한 적용에 동의하지 아니하는 경우, 이 협정 및부속서 1과 2의 다자간무역협정은 이들 양회원국간에 적용되지 아니한다.

2. 제1항은 1947년도 GATT 체약당사자였던 세계무역기구의 원회원국간에 있어서는 1947년도 GATT 제 35조가 이미 원용되었고, 또한 이 협정 발효시에 동 체약당사자에게 효력이 있었던 경우에 한하여 원용될 수 있다.

3. 특정 회원국과 제12조에 따라 가입한 다른 회원국간의 관계에 있어서 제1항은 적용에 동의하지 않는 회원국이 각료회의가 가입조건에 관한 합의사항을 승인하기 이전에 각료회의에 협정 비적용 의사를 통보한 경우에만 적용된다.

4. 각료회의는 회원국의 요청에 따라 특수한 경우에 있어서 이 조의 운영을 검토하고 적절한 권고를 할 수 있다.

5. 복수국가간무역협정의 당사자간의 동 협정 비적용은 동 협정의 규정에 따른다.

제14조 수락, 발효 및 기탁

1. 이 협정은 서명 또는 다른 방법에 의하여 이 협정 제11조에 따라 세계무역기구의 원회원국이 될 자격이 있는 1947년도 GATT 체약당사자 및 구주공동체의 수락을 위하여 개방된다. 이러한 수락은 이 협정 및 이 협정에부속된 다자간무역협정에 적용된다. 이 협정과 이 협정에부속된 다자간무역협정은 우루과이라운드 다자간무역협상 결과를 구현하는 최종의정서 제3항에 따라 각료들이 결정하는 날 발효하며, 각료들이 달리 결정하지 아니하는 한 그날로부터 2년의 기간동안 수락을 위하여 개방된다. 이 협정 발효이후의 수락은 수락한 날로부터 30일째 되는 날 발효한다.

2. 이 협정 발효이후 이 협정을 수락하는 회원국은 이 협정 발효와 함께 개시되는 기간에 걸쳐 이행하여야 하는 다자간무역협정의 양허 및 의무를 이 협정 발효일에 이 협정을 수락한 것처럼 이행한다.

3. 이 협정 발효시까지 이 협정문 및 다자간무역협정은 1947년도 GATT 체약당사자단의 사무총장에게 기탁된다. 동 사무총장은 신속하게 이 협정 및 다자간무역협정의 인증등본 및 각 수락 통보문을 이 협정을 수락한 각국 정부와 구주공동체에 송부한다. 이 협정 및 다자간무역협정과 이에 대한 모든 개정은 이 협정 발효시 세계무역기구 사무총장에게 기탁된다.

4. 복수국간무역협정의 수락 및 발효는 동 협정의 규정에 따른다. 이러한 협정은 1947년도 GATT 체약당사자단의 사무총장에게 기탁된다. 이러한 협정은 이 협정 발효시 세계무역기구 사무총장에게 기탁된다.

제15조 탈퇴

1. 회원국은 이 협정으로부터 탈퇴할 수 있다. 이러한 탈퇴는 이 협정 및 다자간무역협정에 대하여 적용되며, 서면 탈퇴통보가 세계무역기구 사무총장에게 접수된 날로부터 6월이 경과한 날 발효한다.

2. 복수국간무역협정으로부터의 탈퇴는 동 협정의 규정에 따른다.

제16조 기타조항

1. 이 협정 또는 다자간무역협정에 달리 규정되지 아니하는 한, 세계무역기구는 1947년도 GATT 체약국단 및 1947년도 GATT의 틀 내에서 설립된 기구의 결정,절차 및 통상적인 관행에 따른다.

2. 실행 가능한 범위내에서, 1947년도 GATT 사무국이 세계무역기구의 사무국이 되며 이 협정 제6조제2항에 따라 각료회의가 사무총장을 임명할 때까지 1947년도 GATT 사무총장이 세계무역기구 사무총장이 된다.

3. 이 협정의 규정과 다자간무역협정의 규정이 상충하는 경우 상충의 범위내에서 이 협정의 규정이 우선한다.

4. 각 회원국은 자기나라의 법률, 규정 및 행정절차가부속 협정에 규정된 자기나라의 의무에 합치될 것을 보장한다.

5. 이 협정의 어느 규정에 대하여서도 유보를 할 수 없다. 다자간무역협정의 규정에 대한 유보는 동 협정에 명시된 범위내에서만 할 수 있다. 복수국간무역협정의 규정에 대한 유보는 동 협정의 규정에 따른다.

6. 이 협정은 국제연합헌장 제102조의 규정에 따라 등록된다.

1994년 4월 15일 마라케쉬에서 동등하게 정본인 영어, 불어 및 스페인어로 각 한부씩 작성하였다.

주석 :

이 협정과 다자간무역협정에 사용된 "국가"나 "국가들"은 세계무역기구의 독자적 관세영역 회원국을 포함하는 것으로 양해된다.

세계무역기구의 독자적 관세영역 회원국의 경우, 이 협정이나 다자간무역협정에서의 표현이 "국가"라는 용어로 수식되는 경우 이는 특별히 달리 명시되어 있지 않는 한 동 관세영역에 관한 것으로 해석되어야 한다.

부록 II

UNIDROIT PRINCIPLES OF
INTERNATIONAL
COMMERCIAL CONTRACTS 2016
PREAMBLE

(Purpose of the Principles)

These Principles set forth general rules for international commercial contracts.

They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them.(*). They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the *lex mercatoria* or the like.

They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law.

They may serve as a model for national and international legislators.

CHAPTER 1 – GENERAL PROVISIONS

ARTICLE 1.1 (Freedom of contract)

The parties are free to enter into a contract and to determine its content.

ARTICLE 1.2 (No form required)

Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.

ARTICLE 1.3 (Binding character of contract)

A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance with its terms or by agreement or as otherwise provided in these Principles.

ARTICLE 1.4 (Mandatory rules)

Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.

ARTICLE 1.5 (Exclusion or modification by the parties)

The parties may exclude the application of these Principles or derogate from or vary the effect of any of their provisions, except as otherwise provided in the Principles.

(*). Parties wishing to provide that their agreement be governed by the Principles might use one of the Model Clauses for the use of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (see <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/upicc-model-clauses>).

UNIDROIT Principles 2016

ARTICLE 1.6 (Interpretation and supplementation of the Principles)

(1) In the interpretation of these Principles, regard is to be had to their international character and to their purposes including the need to promote uniformity in their application.

(2) Issues within the scope of these Principles but not expressly settled by them are as far as possible to be settled in accordance with their underlying general principles.

ARTICLE 1.7 (Good faith and fair dealing)

(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty.

ARTICLE 1.8 (Inconsistent behaviour)

A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment.

ARTICLE 1.9 (Usages and practices)

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage that is widely known to and regularly observed in international trade by parties in the particular trade concerned except where the application of such a usage would be unreasonable.

ARTICLE 1.10 (Notice)

(1) Where notice is required it may be given by any means appropriate to the circumstances.

(2) A notice is effective when it reaches the person to whom it is given.

(3) For the purpose of paragraph (2) a notice “reaches” a person when given to that person orally or delivered at that person’s place of business or mailing address.

(4) For the purpose of this Article “notice” includes a declaration, demand, request or any other communication of intention.

ARTICLE 1.11 (Definitions)

In these Principles

- “court” includes an arbitral tribunal;

- where a party has more than one place of business the relevant “place of business” is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract;

- “long-term contract” refers to a contract which is to be performed over a period of time and which normally involves, to a varying degree, complexity of the transaction and an ongoing relationship between the parties;

- “obligor” refers to the party who is to perform an obligation and “obligee” refers to the party who is entitled to performance of that obligation;

- “writing” means any mode of communication that preserves a record of the information contained therein and is capable of being reproduced in tangible form.

UNIDROIT Principles 2016

ARTICLE 1.12 (Computation of time set by parties)

(1) Official holidays or non-business days occurring during a period set by parties for an act to be performed are included in calculating the period.

(2) However, if the last day of the period is an official holiday or a non-business day at the place of business of the party to perform the act, the period is extended until the first business day which follows, unless the circumstances indicate otherwise.

(3) The relevant time zone is that of the place of business of the party setting the time, unless the circumstances indicate otherwise.

CHAPTER 2 – FORMATION AND AUTHORITY OF AGENTS

SECTION 1: FORMATION

ARTICLE 2.1.1 (Manner of formation)

A contract may be concluded either by the acceptance of an offer or by conduct of the parties that is sufficient to show agreement.

ARTICLE 2.1.2 (Definition of offer)

A proposal for concluding a contract constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance.

ARTICLE 2.1.3 (Withdrawal of offer)

(1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.

(2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.

ARTICLE 2.1.4 (Revocation of offer)

(1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before it has dispatched an acceptance.

- (2) However, an offer cannot be revoked
- (a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or
 - (b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

ARTICLE 2.1.5 (Rejection of offer)

An offer is terminated when a rejection reaches the offeror.

ARTICLE 2.1.6 (Mode of acceptance)

- (1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.
- (2) An acceptance of an offer becomes effective when the indication of assent reaches the offeror.
- (3) However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act without notice to the offeror, the acceptance is effective when the act is performed.

ARTICLE 2.1.7 (Time of acceptance)

An offer must be accepted within the time the offeror has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time having regard to the circumstances, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 2.1.8 (Acceptance within a fixed period of time)

A period of acceptance fixed by the offeror begins to run from the time that the offer is dispatched. A time indicated in the offer is deemed to be the time of dispatch unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 2.1.9 (Late acceptance. Delay in transmission)

- (1) A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without undue delay the offeror so informs the offeree or gives notice to that effect.
- (2) If a communication containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without undue delay, the offeror informs the offeree that it considers the offer as having lapsed.

ARTICLE 2.1.10 (Withdrawal of acceptance)

An acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective.

ARTICLE 2.1.11 (Modified acceptance)

(1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.

(2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects to the discrepancy. If the offeror does not object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

ARTICLE 2.1.12 (Writings in confirmation)

If a writing which is sent within a reasonable time after the conclusion of the contract and which purports to be a confirmation of the contract contains additional or different terms, such terms become part of the contract, unless they materially alter the contract or the recipient, without undue delay, objects to the discrepancy.

ARTICLE 2.1.13 (Conclusion of contract dependent on agreement on specific matters or in a particular form)

Where in the course of negotiations one of the parties insists that the contract is not concluded until there is agreement on specific matters or in a particular form, no contract is concluded before agreement is reached on those matters or in that form.

ARTICLE 2.1.14 (Contract with terms deliberately left open)

(1) If the parties intend to conclude a contract, the fact that they intentionally leave a term to be agreed upon in further negotiations or to be determined by one of the parties or by a third person does not prevent a contract from coming into existence.

(2) The existence of the contract is not affected by the fact that subsequently

(a) the parties reach no agreement on the term;

(b) the party who is to determine the term does not do so; or

(c) the third person does not determine the term, provided that there is an alternative means of rendering the term definite that is reasonable in the circumstances, having regard to the intention of the parties.

ARTICLE 2.1.15 (Negotiations in bad faith)

(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.

(2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.

(3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.

ARTICLE 2.1.16 (Duty of confidentiality)

Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded. Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party.

ARTICLE 2.1.17 (Merger clauses)

A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. However, such statements or agreements may be used to interpret the writing.

ARTICLE 2.1.18 (Modification in a particular form)

A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct.

ARTICLE 2.1.19 (Contracting under standard terms)

- (1) Where one party or both parties use standard terms in concluding a contract, the general rules on formation apply, subject to Articles 2.1.20 - 2.1.22.
- (2) Standard terms are provisions which are prepared in advance for general and repeated use by one party and which are actually used without negotiation with the other party.

ARTICLE 2.1.20 (Surprising terms)

- (1) No term contained in standard terms which is of such a character that the other party could not reasonably have expected it, is effective unless it has been expressly accepted by that party.
- (2) In determining whether a term is of such a character regard shall be had to its content, language and presentation.

ARTICLE 2.1.21 (Conflict between standard terms and non-standard terms)

In case of conflict between a standard term and a term which is not a standard term the latter prevails.

ARTICLE 2.1.22 (Battle of forms)

Where both parties use standard terms and reach agreement except on those terms, a contract is concluded on the basis of the agreed terms and of any standard terms which are common in

substance unless one party clearly indicates in advance, or later and without undue delay informs the other party, that it does not intend to be bound by such a contract.

SECTION 2: AUTHORITY OF AGENTS

ARTICLE 2.2.1 (Scope of the Section)

- (1) This Section governs the authority of a person (“the agent”) to affect the legal relations of another person (“the principal”) by or with respect to a contract with a third party, whether the agent acts in its own name or in that of the principal.
- (2) It governs only the relations between the principal or the agent on the one hand, and the third party on the other.
- (3) It does not govern an agent’s authority conferred by law or the authority of an agent appointed by a public or judicial authority.

ARTICLE 2.2.2 (Establishment and scope of the authority of the agent)

- (1) The principal’s grant of authority to an agent may be express or implied.
- (2) The agent has authority to perform all acts necessary in the circumstances to achieve the purposes for which the authority was granted.

ARTICLE 2.2.3 (Agency disclosed)

- (1) Where an agent acts within the scope of its authority and the third party knew or ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall directly affect the legal relations between the principal and the third party and no legal relation is created between the agent and the third party.
- (2) However, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party, where the agent with the consent of the principal undertakes to become the party to the contract.

ARTICLE 2.2.4 (Agency undisclosed)

- (1) Where an agent acts within the scope of its authority and the third party neither knew nor ought to have known that the agent was acting as an agent, the acts of the agent shall affect only the relations between the agent and the third party.
- (2) However, where such an agent, when contracting with the third party on behalf of a business, represents itself to be the owner of that business, the third party, upon discovery of the real owner of the business, may exercise also against the latter the rights it has against the agent.

ARTICLE 2.2.5 (Agent acting without or exceeding its authority)

- (1) Where an agent acts without authority or exceeds its authority, its acts do not affect the legal relations between the principal and the third party.
- (2) However, where the principal causes the third party reasonably to believe that the agent has authority to act on behalf of the principal and that the agent is acting within the

scope of that authority, the principal may not invoke against the third party the lack of authority of the agent.

ARTICLE 2.2.6 (Liability of agent acting without or exceeding its authority)

- (1) An agent that acts without authority or exceeds its authority is, failing ratification by the principal, liable for damages that will place the third party in the same position as if the agent had acted with authority and not exceeded its authority.
- (2) However, the agent is not liable if the third party knew or ought to have known that the agent had no authority or was exceeding its authority.

ARTICLE 2.2.7 (Conflict of interests)

- (1) If a contract concluded by an agent involves the agent in a conflict of interests with the principal of which the third party knew or ought to have known, the principal may avoid the contract. The right to avoid is subject to Articles 3.2.9 and 3.2.11 to 3.2.15.
- (2) However, the principal may not avoid the contract
 - (a) if the principal had consented to, or knew or ought to have known of, the agent's involvement in the conflict of interests; or
 - (b) if the agent had disclosed the conflict of interests to the principal and the latter had not objected within a reasonable time.

ARTICLE 2.2.8 (Sub-agency)

An agent has implied authority to appoint a sub-agent to perform acts which it is not reasonable to expect the agent to perform itself. The rules of this Section apply to the sub-agency.

ARTICLE 2.2.9 (Ratification)

- (1) An act by an agent that acts without authority or exceeds its authority may be ratified by the principal. On ratification the act produces the same effects as if it had initially been carried out with authority.
- (2) The third party may by notice to the principal specify a reasonable period of time for ratification. If the principal does not ratify within that period of time it can no longer do so.
- (3) If, at the time of the agent's act, the third party neither knew nor ought to have known of the lack of authority, it may, at any time before ratification, by notice to the principal indicate its refusal to become bound by a ratification.

ARTICLE 2.2.10 (Termination of authority)

- (1) Termination of authority is not effective in relation to the third party unless the third party knew or ought to have known of it.
- (2) Notwithstanding the termination of its authority, an agent remains authorised to perform the acts that are necessary to prevent harm to the principal's interests.

CHAPTER 3 – VALIDITY

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

ARTICLE 3.1.1 (Matters not covered)

This Chapter does not deal with lack of capacity.

ARTICLE 3.1.2 (Validity of mere agreement)

A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement.

ARTICLE 3.1.3 (Initial impossibility)

(1) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract.

(2) The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity of the contract.

ARTICLE 3.1.4 (Mandatory character of the provisions)

The provisions on fraud, threat, gross disparity and illegality contained in this Chapter are mandatory.

SECTION 2: GROUNDS FOR AVOIDANCE

ARTICLE 3.2.1 (Definition of mistake)

Mistake is an erroneous assumption relating to facts or to law existing when the contract was concluded.

ARTICLE 3.2.2 (Relevant mistake)

(1) A party may only avoid the contract for mistake if, when the contract was concluded, the mistake was of such importance that a reasonable person in the same situation as the party in error would only have concluded the contract on materially different terms or would not have concluded it at all if the true state of affairs had been known, and

(a) the other party made the same mistake, or caused the mistake, or knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to reasonable commercial standards of fair dealing to leave the mistaken party in error; or

(b) the other party had not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

- (2) However, a party may not avoid the contract if
- (a) it was grossly negligent in committing the mistake; or
 - (b) the mistake relates to a matter in regard to which the risk of mistake was assumed or, having regard to the circumstances, should be borne by the mistaken party.

ARTICLE 3.2.3 (Error in expression or transmission)

An error occurring in the expression or transmission of a declaration is considered to be a mistake of the person from whom the declaration emanated.

ARTICLE 3.2.4 (Remedies for non-performance)

A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which that party relies afford, or could have afforded, a remedy for non-performance.

ARTICLE 3.2.5 (Fraud)

A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's fraudulent representation, including language or practices, or fraudulent non-disclosure of circumstances which, according to reasonable commercial standards of fair dealing, the latter party should have disclosed.

ARTICLE 3.2.6 (Threat)

A party may avoid the contract when it has been led to conclude the contract by the other party's unjustified threat which, having regard to the circumstances, is so imminent and serious as to leave the first party no reasonable alternative. In particular, a threat is unjustified if the act or omission with which a party has been threatened is wrongful in itself, or it is wrongful to use it as a means to obtain the conclusion of the contract.

ARTICLE 3.2.7 (Gross disparity)

- (1) A party may avoid the contract or an individual term of it if, at the time of the conclusion of the contract, the contract or term unjustifiably gave the other party an excessive advantage. Regard is to be had, among other factors, to
- (a) the fact that the other party has taken unfair advantage of the first party's dependence, economic distress or urgent needs, or of its improvidence, ignorance, inexperience or lack of bargaining skill, and
 - (b) the nature and purpose of the contract.
- (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may adapt the contract or term in order to make it accord with reasonable commercial standards of fair dealing.
- (3) A court may also adapt the contract or term upon the request of the party receiving notice of avoidance, provided that that party informs the other party of its request promptly after receiving such notice and before the other party has reasonably acted in reliance

on it. Article 3.2.10(2) applies accordingly.

ARTICLE 3.2.8 (Third persons)

(1) Where fraud, threat, gross disparity or a party's mistake is imputable to, or is known or ought to be known by, a third person for whose acts the other party is responsible, the contract may be avoided under the same conditions as if the behaviour or knowledge had been that of the party itself.

(2) Where fraud, threat or gross disparity is imputable to a third person for whose acts the other party is not responsible, the contract may be avoided if that party knew or ought to have known of the fraud, threat or disparity, or has not at the time of avoidance reasonably acted in reliance on the contract.

ARTICLE 3.2.9 (Confirmation)

If the party entitled to avoid the contract expressly or impliedly confirms the contract after the period of time for giving notice of avoidance has begun to run, avoidance of the contract is excluded.

ARTICLE 3.2.10 (Loss of right to avoid)

(1) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party declares itself willing to perform or performs the contract as it was understood by the party entitled to avoidance, the contract is considered to have been concluded as the latter party understood it. The other party must make such a declaration or render such performance promptly after having been informed of the manner in which the party entitled to avoidance had understood the contract and before that party has reasonably acted in reliance on a notice of avoidance.

(2) After such a declaration or performance the right to avoidance is lost and any earlier notice of avoidance is ineffective.

ARTICLE 3.2.11 (Notice of avoidance)

The right of a party to avoid the contract is exercised by notice to the other party.

ARTICLE 3.2.12 (Time limits)

(1) Notice of avoidance shall be given within a reasonable time, having regard to the circumstances, after the avoiding party knew or could not have been unaware of the relevant facts or became capable of acting freely.

(2) Where an individual term of the contract may be avoided by a party under Article 3.2.7, the period of time for giving notice of avoidance begins to run when that term is asserted by the other party.

ARTICLE 3.2.13 (Partial avoidance)

Where a ground of avoidance affects only individual terms of the contract, the effect of avoidance is limited to those terms unless, having regard to the circumstances, it is unreasonable to uphold the remaining contract.

ARTICLE 3.2.14 (Retroactive effect of avoidance)

Avoidance takes effect retroactively.

ARTICLE 3.2.15 (Restitution)

- (1) On avoidance either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, or the part of it avoided, provided that the party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract, or the part of it avoided.
- (2) If restitution in kind is not possible or appropriate, an allowance has to be made in money whenever reasonable.
- (3) The recipient of the performance does not have to make an allowance in money if the impossibility to make restitution in kind is attributable to the other party.
- (4) Compensation may be claimed for expenses reasonably required to preserve or maintain the performance received.

ARTICLE 3.2.16 (Damages)

Irrespective of whether or not the contract has been avoided, the party who knew or ought to have known of the ground for avoidance is liable for damages so as to put the other party in the same position in which it would have been if it had not concluded the contract.

ARTICLE 3.2.17 (Unilateral declarations)

The provisions of this Chapter apply with appropriate adaptations to any communication of intention addressed by one party to the other.

SECTION 3:ILLEGALITY

ARTICLE 3.3.1 (Contracts infringing mandatory rules)

- (1) Where a contract infringes a mandatory rule, whether of national, international or supranational origin, applicable under Article 1.4 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule.
- (2) Where the mandatory rule does not expressly prescribe the effects of an infringement upon a contract, the parties have the right to exercise such remedies under the contract as in the circumstances are reasonable.
- (3) In determining what is reasonable regard is to be had in particular to:
 - (a) the purpose of the rule which has been infringed;
 - (b) the category of persons for whose protection the rule exists;
 - (c) any sanction that may be imposed under the rule infringed;

- (d) the seriousness of the infringement;
- (e) whether one or both parties knew or ought to have known of the infringement;
- (f) whether the performance of the contract necessitates the infringement; and
- (g) the parties' reasonable expectations.

ARTICLE 3.3.2 (Restitution)

- (1) Where there has been performance under a contract infringing a mandatory rule under Article 3.3.1, restitution may be granted where this would be reasonable in the circumstances.
- (2) In determining what is reasonable, regard is to be had, with the appropriate adaptations, to the criteria referred to in Article 3.3.1(3).
- (3) If restitution is granted, the rules set out in Article 3.2.15 apply with appropriate adaptations.

CHAPTER 4 – INTERPRETATION

ARTICLE 4.1 (Intention of the parties)

- (1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.
- (2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances.

ARTICLE 4.2 (Interpretation of statements and other conduct)

- (1) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention.
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances.

ARTICLE 4.3 (Relevant circumstances)

In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including

- (a) preliminary negotiations between the parties;
- (b) practices which the parties have established between themselves;
- (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract;
- (d) the nature and purpose of the contract;
- (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned;
- (f) usages.

ARTICLE 4.4 (Reference to contract or statement as a whole)

Terms and expressions shall be interpreted in the light of the whole contract or statement in which they appear.

ARTICLE 4.5 (All terms to be given effect)

Contract terms shall be interpreted so as to give effect to all the terms rather than to deprive some of them of effect.

ARTICLE 4.6 (Contra proferentem rule)

If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred.

ARTICLE 4.7 (Linguistic discrepancies)

Where a contract is drawn up in two or more language versions which are equally authoritative there is, in case of discrepancy between the versions, a preference for the interpretation according to a version in which the contract was originally drawn up.

ARTICLE 4.8 (Supplying an omitted term)

(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied.

(2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to

- (a) the intention of the parties;
- (b) the nature and purpose of the contract;
- (c) good faith and fair dealing;
- (d) reasonableness.

CHAPTER 5 – CONTENT AND THIRD PARTY RIGHTS

SECTION 1: CONTENT

ARTICLE 5.1.1 (Express and implied obligations)

The contractual obligations of the parties may be express or implied.

ARTICLE 5.1.2 (Implied obligations)

Implied obligations stem from

- (a) the nature and purpose of the contract;
- (b) practices established between the parties and usages;
- (c) good faith and fair dealing;
- (d) reasonableness.

ARTICLE 5.1.3 (Co-operation between the parties)

Each party shall cooperate with the other party when such co-operation may reasonably be expected for the performance of that party's obligations.

ARTICLE 5.1.4 (Duty to achieve a specific result. Duty of best efforts)

- (1) To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.
- (2) To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.

ARTICLE 5.1.5 (Determination of kind of duty involved)

In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among other factors, to

- (a) the way in which the obligation is expressed in the contract;
- (b) the contractual price and other terms of the contract;
- (c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result;
- (d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation.

ARTICLE 5.1.6 (Determination of quality of performance)

Where the quality of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract a party is bound to render a performance of a quality that is reasonable and not less than average in the circumstances.

ARTICLE 5.1.7 (Price determination)

- (1) Where a contract does not fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such performance in comparable circumstances in the trade concerned or, if no such price is available, to a reasonable price.
- (2) Where the price is to be determined by one party and that determination is manifestly unreasonable, a reasonable price shall be substituted notwithstanding any contract term to the contrary.
- (3) Where the price is to be fixed by one party or a third person, and that party or third person does not do so, the price shall be a reasonable price.
- (4) Where the price is to be fixed by reference to factors which do not exist or have ceased to exist or to be accessible, the nearest equivalent factor shall be treated as a substitute.

ARTICLE 5.1.8 (Termination of a contract for an indefinite period)

A contract for an indefinite period may be terminated by either party by giving

notice a reasonable time in advance. As to the effects of termination in general, and as to restitution, the provisions in Articles 7.3.5 and 7.3.7 apply.

ARTICLE 5.1.9 (Release by agreement)

- (1) An obligee may release its right by agreement with the obligor.
- (2) An offer to release a right gratuitously shall be deemed accepted if the obligor does not reject the offer without delay after having become aware of it.

SECTION 2: THIRD PARTY RIGHTS

ARTICLE 5.2.1 (Contracts in favour of third parties)

- (1) The parties (the “promisor” and the “promisee”) may confer by express or implied agreement a right on a third party (the “beneficiary”).
- (2) The existence and content of the beneficiary’s right against the promisor are determined by the agreement of the parties and are subject to any conditions or other limitations under the agreement.

ARTICLE 5.2.2 (Third party identifiable)

The beneficiary must be identifiable with adequate certainty by the contract but need not be in existence at the time the contract is made.

ARTICLE 5.2.3 (Exclusion and limitation clauses)

The conferment of rights in the beneficiary includes the right to invoke a clause in the contract which excludes or limits the liability of the beneficiary.

ARTICLE 5.2.4 (Defences)

The promisor may assert against the beneficiary all defences which the promisor could assert against the promisee.

ARTICLE 5.2.5 (Revocation)

The parties may modify or revoke the rights conferred by the contract on the beneficiary until the beneficiary has accepted them or reasonably acted in reliance on them.

ARTICLE 5.2.6 (Renunciation)

The beneficiary may renounce a right conferred on it.

SECTION 3: CONDITIONS

ARTICLE 5.3.1 (Types of condition)

A contract or a contractual obligation may be made conditional upon the occurrence of a future uncertain event, so that the contract or the contractual obligation only takes effect if the event occurs (suspensive condition) or comes to an end if the event occurs (resolutive condition).

ARTICLE 5.3.2 (Effect of conditions)

Unless the parties otherwise agree:

- (a) the relevant contract or contractual obligation takes effect upon fulfilment of a suspensive condition;
- (b) the relevant contract or contractual obligation comes to an end upon fulfilment of a resolutive condition.

ARTICLE 5.3.3 (Interference with conditions)

- (1) If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the duty of co-operation, that party may not rely on the non-fulfilment of the condition.
- (2) If fulfilment of a condition is brought about by a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the duty of co-operation, that party may not rely on the fulfilment of the condition.

ARTICLE 5.3.4 (Duty to preserve rights)

Pending fulfilment of a condition, a party may not, contrary to the duty to act in accordance with good faith and fair dealing, act so as to prejudice the other party's rights in case of fulfilment of the condition.

ARTICLE 5.3.5 (Restitution in case of fulfilment of a resolutive condition)

- (1) On fulfilment of a resolutive condition, the rules on restitution set out in Articles 7.3.6 and 7.3.7 apply with appropriate adaptations.
- (2) If the parties have agreed that the resolutive condition is to operate retroactively, the rules on restitution set out in Article 3.2.15 apply with appropriate adaptations.

CHAPTER 6 – PERFORMANCE

SECTION 1: PERFORMANCE IN GENERAL

ARTICLE 6.1.1 (Time of performance)

A party must perform its obligations:

- (a) if a time is fixed by or determinable from the contract, at that time;
- (b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the other party is to choose a time;
- (c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.

ARTICLE 6.1.2 (Performance at one time or in instalments)

In cases under Article 6.1.1(b) or (c), a party must perform its obligations at one time if that performance can be rendered at one time and the circumstances do not indicate otherwise.

ARTICLE 6.1.3 (Partial performance)

- (1) The obligee may reject an offer to perform in part at the time performance is due, whether or not such offer is coupled with an assurance as to the balance of the performance, unless the obligee has no legitimate interest in so doing.
- (2) Additional expenses caused to the obligee by partial performance are to be borne by the obligor without prejudice to any other remedy.

ARTICLE 6.1.4 (Order of performance)

- (1) To the extent that the performances of the parties can be rendered simultaneously, the parties are bound to render them simultaneously unless the circumstances indicate otherwise.
- (2) To the extent that the performance of only one party requires a period of time, that party is bound to render its performance first, unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 6.1.5 (Earlier performance)

- (1) The obligee may reject an earlier performance unless it has no legitimate interest in so doing.
- (2) Acceptance by a party of an earlier performance does not affect the time for the performance of its own obligations if that time has been fixed irrespective of the performance of the other party's obligations.
- (3) Additional expenses caused to the obligee by earlier performance are to be borne by the obligor, without prejudice to any other remedy.

ARTICLE 6.1.6 (Place of performance)

- (1) If the place of performance is neither fixed by, nor determinable from, the contract, a party is to perform:
 - (a) a monetary obligation, at the obligee's place of business;
 - (b) any other obligation, at its own place of business.
- (2) A party must bear any increase in the expenses incidental to performance which is caused by a change in its place of business subsequent to the conclusion of the contract.

ARTICLE 6.1.7 (Payment by cheque or other instrument)

- (1) Payment may be made in any form used in the ordinary course of business at the place for payment.
- (2) However, an obligee who accepts, either by virtue of paragraph (1) or voluntarily, a cheque, any other order to pay or a promise to pay, is presumed to do so only on

condition that it will be honoured.

ARTICLE 6.1.8 (Payment by funds transfer)

- (1) Unless the obligee has indicated a particular account, payment may be made by a transfer to any of the financial institutions in which the obligee has made it known that it has an account.
- (2) In case of payment by a transfer the obligation of the obligor is discharged when the transfer to the obligee's financial institution becomes effective.

ARTICLE 6.1.9 (Currency of payment)

- (1) If a monetary obligation is expressed in a currency other than that of the place for payment, it may be paid by the obligor in the currency of the place for payment unless
 - (a) that currency is not freely convertible; or
 - (b) the parties have agreed that payment should be made only in the currency in which the monetary obligation is expressed.
- (2) If it is impossible for the obligor to make payment in the currency in which the monetary obligation is expressed, the obligee may require payment in the currency of the place for payment, even in the case referred to in paragraph (1)(b).
- (3) Payment in the currency of the place for payment is to be made according to the applicable rate of exchange prevailing there when payment is due.
- (4) However, if the obligor has not paid at the time when payment is due, the obligee may require payment according to the applicable rate of exchange prevailing either when payment is due or at the time of actual payment.

ARTICLE 6.1.10 (Currency not expressed)

Where a monetary obligation is not expressed in a particular currency, payment must be made in the currency of the place where payment is to be made.

ARTICLE 6.1.11 (Costs of performance)

Each party shall bear the costs of performance of its obligations.

ARTICLE 6.1.12 (Imputation of payments)

- (1) An obligor owing several monetary obligations to the same obligee may specify at the time of payment the debt to which it intends the payment to be applied. However, the payment discharges first any expenses, then interest due and finally the principal.
- (2) If the obligor makes no such specification, the obligee may, within a reasonable time after payment, declare to the obligor the obligation to which it imputes the payment, provided that the obligation is due and undisputed.
- (3) In the absence of imputation under paragraphs (1) or (2), payment is imputed to that obligation which satisfies one of the following criteria in the order indicated:

- (a) an obligation which is due or which is the first to fall due;
- (b) the obligation for which the obligee has least security;
- (c) the obligation which is the most burdensome for the obligor;
- (d) the obligation which has arisen first.

If none of the preceding criteria applies, payment is imputed to all the obligations proportionally.

ARTICLE 6.1.13 (Imputation of non-monetary obligations)

Article 6.1.12 applies with appropriate adaptations to the imputation of performance of non-monetary obligations.

ARTICLE 6.1.14 (Application for public permission)

Where the law of a State requires a public permission affecting the validity of the contract or its performance and neither that law nor the circumstances indicate otherwise

- (a) if only one party has its place of business in that State, that party shall take the measures necessary to obtain the permission;
- (b) in any other case the party whose performance requires permission shall take the necessary measures.

ARTICLE 6.1.15 (Procedure in applying for permission)

- (1) The party required to take the measures necessary to obtain the permission shall do so without undue delay and shall bear any expenses incurred.
- (2) That party shall whenever appropriate give the other party notice of the grant or refusal of such permission without undue delay.

ARTICLE 6.1.16 (Permission neither granted nor refused)

- (1) If, notwithstanding the fact that the party responsible has taken all measures required, permission is neither granted nor refused within an agreed period or, where no period has been agreed, within a reasonable time from the conclusion of the contract, either party is entitled to terminate the contract.
- (2) Where the permission affects some terms only, paragraph (1) does not apply if, having regard to the circumstances, it is reasonable to uphold the remaining contract even if the permission is refused.

ARTICLE 6.1.17 (Permission refused)

- (1) The refusal of a permission affecting the validity of the contract renders the contract void. If the refusal affects the validity of some terms only, only such terms are void if, having regard to the circumstances, it is reasonable to uphold the remaining contract.
- (2) Where the refusal of a permission renders the performance of the contract impossible in whole or in part, the rules on non-performance apply.

SECTION 2: HARDSHIP

ARTICLE 6.2.1 (Contract to be observed)

Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.

ARTICLE 6.2.2 (Definition of hardship)

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

- (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and
- (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.

ARTICLE 6.2.3 (Effects of hardship)

- (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.
- (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance.
- (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.
- (4) If the court finds hardship it may, if reasonable,
 - (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or
 - (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

CHAPTER 7 – NON-PERFORMANCE

SECTION 1: NON-PERFORMANCE IN GENERAL

ARTICLE 7.1.1 (Non-performance defined)

Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.

ARTICLE 7.1.2 (Interference by the other party)

A party may not rely on the non-performance of the other party to the extent that such non-performance was caused by the first party's act or omission or by another event for which the first party bears the risk.

ARTICLE 7.1.3 (Withholding performance)

(1) Where the parties are to perform simultaneously, either party may withhold performance until the other party tenders its performance.

(2) Where the parties are to perform consecutively, the party that is to perform later may withhold its performance until the first party has performed.

ARTICLE 7.1.4 (Cure by non-performing party)

(1) The non-performing party may, at its own expense, cure any non-performance, provided that

(a) without undue delay, it gives notice indicating the proposed manner and timing of the cure;

(b) cure is appropriate in the circumstances;

(c) the aggrieved party has no legitimate interest in refusing cure; and

(d) cure is effected promptly.

(2) The right to cure is not precluded by notice of termination.

(3) Upon effective notice of cure, rights of the aggrieved party that are inconsistent with the non-performing party's performance are suspended until the time for cure has expired.

(4) The aggrieved party may withhold performance pending cure.

(5) Notwithstanding cure, the aggrieved party retains the right to claim damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure.

ARTICLE 7.1.5 (Additional period for performance)

(1) In a case of non-performance the aggrieved party may by notice to the other party allow an additional period of time for performance.

(2) During the additional period the aggrieved party may withhold performance of its own reciprocal obligations and may claim damages but may not resort to any other remedy. If it receives notice from the other party that the latter will not perform within that period, or if upon expiry of that period due performance has not been made, the aggrieved party may resort to any of the remedies that may be available under this Chapter.

(3) Where in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given notice allowing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of that period. If the additional period allowed is not of reasonable length it shall be extended to a reasonable length. The aggrieved party may in its notice provide that if the other party fails to perform within the period allowed by the notice the contract shall automatically terminate.

(4) Paragraph (3) does not apply where the obligation which has not been performed is only a minor part of the contractual obligation of the non-performing party.

ARTICLE 7.1.6 (Exemption clauses)

A clause which limits or excludes one party's liability for non-performance or which permits one party to render performance substantially different from what the other party reasonably expected may not be invoked if it would be grossly unfair to do so, having regard to the

purpose of the contract.

ARTICLE 7.1.7 (Force majeure)

(1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.

(3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non-receipt.

(4) Nothing in this Article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on money due.

SECTION 2: RIGHT TO PERFORMANCE

ARTICLE 7.2.1 (Performance of monetary obligation)

Where a party who is obliged to pay money does not do so, the other party may require payment.

ARTICLE 7.2.2 (Performance of non-monetary obligation)

Where a party who owes an obligation other than one to pay money does not perform, the other party may require performance, unless

- (a) performance is impossible in law or in fact;
- (b) performance or, where relevant, enforcement is unreasonably burdensome or expensive;
- (c) the party entitled to performance may reasonably obtain performance from another source;
- (d) performance is of an exclusively personal character; or
- (e) the party entitled to performance does not require performance within a reasonable time after it has, or ought to have, become aware of the non-performance.

ARTICLE 7.2.3

(Repair and replacement of defective performance)

The right to performance includes in appropriate cases the right to require repair, replacement, or other cure of defective performance. The provisions of Articles 7.2.1 and 7.2.2 apply accordingly.

ARTICLE 7.2.4 (Judicial penalty)

(1) Where the court orders a party to perform, it may also direct that this party pay a penalty if it does not comply with the order.

(2) The penalty shall be paid to the aggrieved party unless mandatory provisions of the law of the forum provide otherwise. Payment of the penalty to the aggrieved party does not exclude any claim for damages.

ARTICLE 7.2.5 (Change of remedy)

(1) An aggrieved party who has required performance of a non-monetary obligation and who has not received performance within a period fixed or otherwise within a reasonable period of time may invoke any other remedy.

(2) Where the decision of a court for performance of a non-monetary obligation cannot be enforced, the aggrieved party may invoke any other remedy.

SECTION 3: TERMINATION

ARTICLE 7.3.1 (Right to terminate the contract)

(1) A party may terminate the contract where the failure of the other party to perform an obligation under the contract amounts to a fundamental non-performance.

(2) In determining whether a failure to perform an obligation amounts to a fundamental non-performance regard shall be had, in particular, to whether

(a) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen such result;

(b) strict compliance with the obligation which has not been performed is of essence under the contract;

(c) the non-performance is intentional or reckless;

(d) the non-performance gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance;

(e) the non-performing party will suffer disproportionate loss as a result of the preparation or performance if the contract is terminated.

(3) In the case of delay the aggrieved party may also terminate the contract if the other party fails to perform before the time allowed it under Article 7.1.5 has expired.

ARTICLE 7.3.2 (Notice of termination)

(1) The right of a party to terminate the contract is exercised by notice to the other party.

(2) If performance has been offered late or otherwise does not conform to the contract the aggrieved party will lose its right to terminate the contract unless it gives notice to the other party within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the offer or of the non-conforming performance.

ARTICLE 7.3.3 (Anticipatory non-performance)

Where prior to the date for performance by one of the parties it is clear that there

will be a fundamental non-performance by that party, the other party may terminate the contract.

ARTICLE 7.3.4 (Adequate assurance of due performance)

A party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and may meanwhile withhold its own performance. Where this assurance is not provided within a reasonable time the party demanding it may terminate the contract.

ARTICLE 7.3.5 (Effects of termination in general)

- (1) Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance.
- (2) Termination does not preclude a claim for damages for non-performance.
- (3) Termination does not affect any provision in the contract for the settlement of disputes or any other term of the contract which is to operate even after termination.

ARTICLE 7.3.6 (Restitution with respect to contracts to be performed at one time)

- (1) On termination of a contract to be performed at one time either party may claim restitution of whatever it has supplied under the contract, provided that such party concurrently makes restitution of whatever it has received under the contract.
- (2) If restitution in kind is not possible or appropriate, an allowance has to be made in money whenever reasonable.
- (3) The recipient of the performance does not have to make an allowance in money if the impossibility to make restitution in kind is attributable to the other party.
- (4) Compensation may be claimed for expenses reasonably required to preserve or maintain the performance received.

ARTICLE 7.3.7 (Restitution with respect to long-term contracts)

- (1) On termination of a long-term contract restitution can only be claimed for the period after termination has taken effect, provided the contract is divisible.
- (2) As far as restitution has to be made, the provisions of Article 7.3.6 apply.

SECTION 4: DAMAGES

ARTICLE 7.4.1 (Right to damages)

Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages either exclusively or in conjunction with any other remedies except where the non-performance is excused under these Principles.

ARTICLE 7.4.2 (Full compensation)

(1) The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. Such harm includes both any loss which it suffered and any gain of which it was deprived, taking into account any gain to the aggrieved party resulting from its avoidance of cost or harm.

(2) Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress.

ARTICLE 7.4.3 (Certainty of harm)

(1) Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty.

(2) Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.

(3) Where the amount of damages cannot be established with a sufficient degree of certainty, the assessment is at the discretion of the court.

ARTICLE 7.4.4 (Foreseeability of harm)

The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.

ARTICLE 7.4.5 (Proof of harm in case of replacement transaction)

Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a replacement transaction within a reasonable time and in a reasonable manner it may recover the difference between the contract price and the price of the replacement transaction as well as damages for any further harm.

ARTICLE 7.4.6 (Proof of harm by current price)

(1) Where the aggrieved party has terminated the contract and has not made a replacement transaction but there is a current price for the performance contracted for, it may recover the difference between the contract price and the price current at the time the contract is terminated as well as damages for any further harm.

(2) Current price is the price generally charged for goods delivered or services rendered in comparable circumstances at the place where the contract should have been performed or, if there is no current price at that place, the current price at such other place that appears reasonable to take as a reference.

ARTICLE 7.4.7 (Harm due in part to aggrieved party)

Where the harm is due in part to an act or omission of the aggrieved party or to another event for which that party bears the risk, the amount of damages shall be reduced to the extent that these factors have contributed to the harm, having regard to the conduct of each of the parties.

ARTICLE 7.4.8 (Mitigation of harm)

(1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.

ARTICLE 7.4.9 (Interest for failure to pay money)

(1) If a party does not pay a sum of money when it falls due the aggrieved party is entitled to interest upon that sum from the time when payment is due to the time of payment whether or not the non-payment is excused.

(2) The rate of interest shall be the average bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the place for payment, or where no such rate exists at that place, then the same rate in the State of the currency of payment. In the absence of such a rate at either place the rate of interest shall be the appropriate rate fixed by the law of the State of the currency of payment.

(3) The aggrieved party is entitled to additional damages if the non-payment caused it a greater harm.

ARTICLE 7.4.10 (Interest on damages)

Unless otherwise agreed, interest on damages for non-performance of non-monetary obligations accrues as from the time of non-performance.

ARTICLE 7.4.11 (Manner of monetary redress)

(1) Damages are to be paid in a lump sum. However, they may be payable in instalments where the nature of the harm makes this appropriate.

(2) Damages to be paid in instalments may be indexed.

ARTICLE 7.4.12 (Currency in which to assess damages)

Damages are to be assessed either in the currency in which the monetary obligation was expressed or in the currency in which the harm was suffered, whichever is more appropriate.

ARTICLE 7.4.13 (Agreed payment for non-performance)

(1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.

(2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

CHAPTER 8 – SET-OFF

ARTICLE 8.1 (Conditions of set-off)

(1) Where two parties owe each other money or other performances of the same kind, either of them (“the first party”) may set off its obligation against that of its obligee (“the other party”) if at the time of set-off,

(a) the first party is entitled to perform its obligation;

(b) the other party’s obligation is ascertained as to its existence and amount and performance is due.

(2) If the obligations of both parties arise from the same contract, the first party may also set off its obligation against an obligation of the other party which is not ascertained as to its existence or to its amount.

ARTICLE 8.2 (Foreign currency set-off)

Where the obligations are to pay money in different currencies, the right of set-off may be exercised, provided that both currencies are freely convertible and the parties have not agreed that the first party shall pay only in a specified currency.

ARTICLE 8.3 (Set-off by notice)

The right of set-off is exercised by notice to the other party.

ARTICLE 8.4 (Content of notice)

(1) The notice must specify the obligations to which it relates.

(2) If the notice does not specify the obligation against which set-off is exercised, the other party may, within a reasonable time, declare to the first party the obligation to which set-off relates. If no such declaration is made, the set-off will relate to all the obligations proportionally.

ARTICLE 8.5 (Effect of set-off)

(1) Set-off discharges the obligations.

(2) If obligations differ in amount, set-off discharges the obligations up to the amount of the lesser obligation.

(3) Set-off takes effect as from the time of notice.

CHAPTER 9 – ASSIGNMENT OF RIGHTS, TRANSFER OF OBLIGATIONS, ASSIGNMENT OF CONTRACTS

SECTION 1: ASSIGNMENT OF RIGHTS

ARTICLE 9.1.1 (Definitions)

“Assignment of a right” means the transfer by agreement from one person (the “assignor”) to another person (the “assignee”), including transfer by way of security, of the assignor’s right to payment of a monetary sum or other performance from a third person (“the obligor”).

ARTICLE 9.1.2 (Exclusions)

This Section does not apply to transfers made under the special rules governing the transfers:

- (a) of instruments such as negotiable instruments, documents of title or financial instruments, or
- (b) of rights in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.1.3(Assignability of non-monetary rights)

A right to non-monetary performance may be assigned only if the assignment does not render the obligation significantly more burdensome.

ARTICLE 9.1.4 (Partial assignment)

- (1) A right to the payment of a monetary sum may be assigned partially.
- (2) A right to other performance may be assigned partially only if it is divisible, and the assignment does not render the obligation significantly more burdensome.

ARTICLE 9.1.5 (Future rights)

A future right is deemed to be transferred at the time of the agreement, provided the right, when it comes into existence, can be identified as the right to which the assignment relates.

ARTICLE 9.1.6 (Rights assigned without individual specification)

A number of rights may be assigned without individual specification, provided such rights can be identified as rights to which the assignment relates at the time of the assignment or when they come into existence.

ARTICLE 9.1.7 (Agreement between assignor and assignee sufficient)

- (1) A right is assigned by mere agreement between the assignor and the assignee, without notice to the obligor.
- (2) The consent of the obligor is not required unless the obligation in the circumstances is of an essentially personal character.

ARTICLE 9.1.8 (Obligor’s additional costs)

The obligor has a right to be compensated by the assignor or the assignee for any additional costs caused by the assignment.

ARTICLE 9.1.9 (Non-assignment clauses)

- (1) The assignment of a right to the payment of a monetary sum is effective notwithstanding an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting such an assignment. However, the assignor may be liable to the obligor for breach of contract.
- (2) The assignment of a right to other performance is ineffective if it is contrary to an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting the assignment. Nevertheless, the assignment is effective if the assignee, at the time of the assignment, neither knew nor ought to have known of the agreement. The assignor may then be liable to the obligor for breach of contract.

ARTICLE 9.1.10 (Notice to the obligor)

- (1) Until the obligor receives a notice of the assignment from either the assignor or the assignee, it is discharged by paying the assignor.
- (2) After the obligor receives such a notice, it is discharged only by paying the assignee.

ARTICLE 9.1.11 (Successive assignments)

If the same right has been assigned by the same assignor to two or more successive assignees, the obligor is discharged by paying according to the order in which the notices were received.

ARTICLE 9.1.12 (Adequate proof of assignment)

- (1) If notice of the assignment is given by the assignee, the obligor may request the assignee to provide within a reasonable time adequate proof that the assignment has been made.
- (2) Until adequate proof is provided, the obligor may withhold payment.
- (3) Unless adequate proof is provided, notice is not effective.
- (4) Adequate proof includes, but is not limited to, any writing emanating from the assignor and indicating that the assignment has taken place.

ARTICLE 9.1.13 (Defences and rights of set-off)

- (1) The obligor may assert against the assignee all defences that the obligor could assert against the assignor.
- (2) The obligor may exercise against the assignee any right of set-off available to the obligor against the assignor up to the time notice of assignment was received.

ARTICLE 9.1.14 (Rights related to the right assigned)

The assignment of a right transfers to the assignee:

- (a) all the assignor's rights to payment or other performance under the contract in

respect of the right assigned, and
(b) all rights securing performance of the right assigned.

ARTICLE 9.1.15 (Undertakings of the assignor)

The assignor undertakes towards the assignee, except as otherwise disclosed to the assignee, that:

- (a) the assigned right exists at the time of the assignment, unless the right is a future right;
- (b) the assignor is entitled to assign the right;
- (c) the right has not been previously assigned to another assignee, and it is free from any right or claim from a third party;
- (d) the obligor does not have any defences;
- (e) neither the obligor nor the assignor has given notice of set-off concerning the assigned right and will not give any such notice;
- (f) the assignor will reimburse the assignee for any payment received from the obligor before notice of the assignment was given.

SECTION 2: TRANSFER OF OBLIGATIONS

ARTICLE 9.2.1 (Modes of transfer)

An obligation to pay money or render other performance may be transferred from one person (the “original obligor”) to another person (the “new obligor”) either

- (a) by an agreement between the original obligor and the new obligor subject to Article 9.2.3, or
- (b) by an agreement between the obligee and the new obligor, by which the new obligor assumes the obligation.

ARTICLE 9.2.2 (Exclusion)

This Section does not apply to transfers of obligations made under the special rules governing transfers of obligations in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.2.3 (Requirement of obligee’s consent to transfer)

The transfer of an obligation by an agreement between the original obligor and the new obligor requires the consent of the obligee.

ARTICLE 9.2.4 (Advance consent of obligee)

- (1) The obligee may give its consent in advance.
- (2) If the obligee has given its consent in advance, the transfer of the obligation becomes effective when a notice of the transfer is given to the obligee or when the obligee acknowledges it.

ARTICLE 9.2.5 (Discharge of original obligor)

- (1) The obligee may discharge the original obligor.
- (2) The obligee may also retain the original obligor as an obligor in case the new obligor does not perform properly.
- (3) Otherwise the original obligor and the new obligor are jointly and severally liable.

ARTICLE 9.2.6 (Third party performance)

- (1) Without the obligee's consent, the obligor may contract with another person that this person will perform the obligation in place of the obligor, unless the obligation in the circumstances has an essentially personal character.
- (2) The obligee retains its claim against the obligor.

ARTICLE 9.2.7 (Defences and rights of set-off)

- (1) The new obligor may assert against the obligee all defences which the original obligor could assert against the obligee.
- (2) The new obligor may not exercise against the obligee any right of set-off available to the original obligor against the obligee.

ARTICLE 9.2.8 (Rights related to the obligation transferred)

- (1) The obligee may assert against the new obligor all its rights to payment or other performance under the contract in respect of the obligation transferred.
- (2) If the original obligor is discharged under Article 9.2.5(1), a security granted by any person other than the new obligor for the performance of the obligation is discharged, unless that other person agrees that it should continue to be available to the obligee.
- (3) Discharge of the original obligor also extends to any security of the original obligor given to the obligee for the performance of the obligation, unless the security is over an asset which is transferred as part of a transaction between the original obligor and the new obligor.

SECTION 3: ASSIGNMENT OF CONTRACTS

ARTICLE 9.3.1 (Definitions) "Assignment of a contract" means the transfer by agreement from one person (the "assignor") to another person (the "assignee") of the assignor's rights and obligations arising out of a contract with another person (the "other party").

ARTICLE 9.3.2 (Exclusion)

This Section does not apply to the assignment of contracts made under the special rules governing transfers of contracts in the course of transferring a business.

ARTICLE 9.3.3 (Requirement of consent of the other party)

The assignment of a contract requires the consent of the other party.

ARTICLE 9.3.4 (Advance consent of the other party)

- (1) The other party may give its consent in advance.
- (2) If the other party has given its consent in advance, the assignment of the contract becomes effective when a notice of the assignment is given to the other party or when the other party acknowledges it.

ARTICLE 9.3.5 (Discharge of the assignor)

- (1) The other party may discharge the assignor.
- (2) The other party may also retain the assignor as an obligor in case the assignee does not perform properly.
- (3) Otherwise the assignor and the assignee are jointly and severally liable.

ARTICLE 9.3.6 (Defences and rights of set-off)

- (1) To the extent that the assignment of a contract involves an assignment of rights, Article 9.1.13 applies accordingly.
- (2) To the extent that the assignment of a contract involves a transfer of obligations, Article 9.2.7 applies accordingly.

ARTICLE 9.3.7 (Rights transferred with the contract)

- (1) To the extent that the assignment of a contract involves an assignment of rights, Article 9.1.14 applies accordingly.
- (2) To the extent that the assignment of a contract involves a transfer of obligations, Article 9.2.8 applies accordingly.

CHAPTER 10 – LIMITATION PERIODS

ARTICLE 10.1 (Scope of the Chapter)

- (1) The exercise of rights governed by the Principles is barred by the expiration of a period of time, referred to as “limitation period”, according to the rules of this Chapter.
- (2) This Chapter does not govern the time within which one party is required under the Principles, as a condition for the acquisition or exercise of its right, to give notice to the other party or to perform any act other than the institution of legal proceedings.

ARTICLE 10.2 (Limitation periods)

- (1) The general limitation period is three years beginning on the day after the day the obligee knows or ought to know the facts as a result of which the obligee’s right can be

exercised.

(2) In any event, the maximum limitation period is ten years beginning on the day after the day the right can be exercised.

ARTICLE 10.3 (Modification of limitation periods by the parties)

- (1) The parties may modify the limitation periods.
- (2) However they may not
 - (a) shorten the general limitation period to less than one year;
 - (b) shorten the maximum limitation period to less than four years;
 - (c) extend the maximum limitation period to more than fifteen years.

ARTICLE 10.4 (New limitation period by acknowledgement)

- (1) Where the obligor before the expiration of the general limitation period acknowledges the right of the obligee, a new general limitation period begins on the day after the day of the acknowledgement.
- (2) The maximum limitation period does not begin to run again, but may be exceeded by the beginning of a new general limitation period under Article 10.2(1).

ARTICLE 10.5 (Suspension by judicial proceedings)

- (1) The running of the limitation period is suspended
 - (a) when the obligee performs any act, by commencing judicial proceedings or in judicial proceedings already instituted, that is recognised by the law of the court as asserting the obligee's right against the obligor;
 - (b) in the case of the obligor's insolvency when the obligee has asserted its rights in the insolvency proceedings; or
 - (c) in the case of proceedings for dissolution of the entity which is the obligor when the obligee has asserted its rights in the dissolution proceedings.
- (2) Suspension lasts until a final decision has been issued or until the proceedings have been otherwise terminated.

ARTICLE 10.6 (Suspension by arbitral proceedings)

- (1) The running of the limitation period is suspended when the obligee performs any act, by commencing arbitral proceedings or in arbitral proceedings already instituted, that is recognised by the law of the arbitral tribunal as asserting the obligee's right against the obligor. In the absence of regulations for arbitral proceedings or provisions determining the exact date of the commencement of arbitral proceedings, the proceedings are deemed to commence on the date on which a request that the right in dispute should be adjudicated reaches the obligor.
- (2) Suspension lasts until a binding decision has been issued or until the proceedings have been otherwise terminated.

ARTICLE 10.7 (Alternative dispute resolution)

The provisions of Articles 10.5 and 10.6 apply with appropriate modifications to other proceedings whereby the parties request a third person to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute.

ARTICLE 10.8 (Suspension in case of force majeure, death or incapacity)

(1) Where the obligee has been prevented by an impediment that is beyond its control and that it could neither avoid nor overcome, from causing a limitation period to cease to run under the preceding Articles, the general limitation period is suspended so as not to expire before one year after the relevant impediment has ceased to exist.

(2) Where the impediment consists of the incapacity or death of the obligee or obligor, suspension ceases when a representative for the incapacitated or deceased party or its estate has been appointed or a successor has inherited the respective party's position. The additional one-year period under paragraph (1) applies accordingly.

ARTICLE 10.9 (Effects of expiration of limitation period)

(1) The expiration of the limitation period does not extinguish the right.

(2) For the expiration of the limitation period to have effect, the obligor must assert it as a defence.

(3) A right may still be relied on as a defence even though the expiration of the limitation period for that right has been asserted.

ARTICLE 10.10 (Right of set-off)

The obligee may exercise the right of set-off until the obligor has asserted the expiration of the limitation period.

ARTICLE 10.11 (Restitution)

Where there has been performance in order to discharge an obligation, there is no right of restitution merely because the limitation period has expired.

CHAPTER 11 – PLURALITY OF OBLIGORS AND OF OBLIGEEES

SECTION 1: PLURALITY OF OBLIGORS

ARTICLE 11.1.1(Definitions)

When several obligors are bound by the same obligation towards an obligee:

(a) the obligations are joint and several when each obligor is bound for the whole obligation;

(b) the obligations are separate when each obligor is bound only for its share.

ARTICLE 11.1.2(Presumption of joint and several obligations)

When several obligors are bound by the same obligation towards an obligee, they are presumed to be jointly and severally bound, unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 11.1.3 (Obligee's rights against joint and several obligors)

When obligors are jointly and severally bound, the obligee may require performance from any one of them, until full performance has been received.

ARTICLE 11.1.4 (Availability of defences and rights of set-off)

A joint and several obligor against whom a claim is made by the obligee may assert all the defences and rights of set-off that are personal to it or that are common to all the co-obligors, but may not assert defences or rights of set-off that are personal to one or several of the other co-obligors.

ARTICLE 11.1.5 (Effect of performance or set-off)

Performance or set-off by a joint and several obligor or set-off by the obligee against one joint and several obligor discharges the other obligors in relation to the obligee to the extent of the performance or set-off.

ARTICLE 11.1.6 (Effect of release or settlement)

(1) Release of one joint and several obligor, or settlement with one joint and several obligor, discharges all the other obligors for the share of the released or settling obligor, unless the circumstances indicate otherwise.

(2) When the other obligors are discharged for the share of the released obligor, they no longer have a contributory claim against the released obligor under Article 11.1.10.

ARTICLE 11.1.7 (Effect of expiration or suspension of limitation period)

(1) Expiration of the limitation period of the obligee's rights against one joint and several obligor does not affect:

- (a) the obligations to the obligee of the other joint and several obligors; or
- (b) the rights of recourse between the joint and several obligors under Article 11.1.10.

(2) If the obligee initiates proceedings under Articles 10.5, 10.6 or 10.7 against one joint and several obligor, the running of the limitation period is also suspended against the other joint and several obligors.

ARTICLE 11.1.8 (Effect of judgment)

(1) A decision by a court as to the liability to the obligee of one joint and several obligor does not affect:

- (a) the obligations to the obligee of the other joint and several obligors; or
- (b) the rights of recourse between the joint and several obligors under Article 11.1.10.

(2) However, the other joint and several obligors may rely on such a decision, except if it was based on grounds personal to the obligor concerned. In such a case, the rights of recourse between the joint and several obligors under Article 11.1.10 are affected accordingly.

ARTICLE 11.1.9 (Apportionment among joint and several obligors)

As among themselves, joint and several obligors are bound in equal shares, unless the circumstances indicate otherwise.

ARTICLE 11.1.10 (Extent of contributory claim)

A joint and several obligor who has performed more than its share may claim the excess from any of the other obligors to the extent of each obligor's unperformed share.

ARTICLE 11.1.11 (Rights of the obligee)

(1) A joint and several obligor to whom Article 11.1.10 applies may also exercise the rights of the obligee, including all rights securing their performance, to recover the excess from all or any of the other obligors to the extent of each obligor's unperformed share.

(2) An obligee who has not received full performance retains its rights against the co-obligors to the extent of the unperformed part, with precedence over co-obligors exercising contributory claims.

ARTICLE 11.1.12 (Defences in contributory claims)

A joint and several obligor against whom a claim is made by the co-obligor who has performed the obligation:

- (a) may raise any common defences and rights of set-off that were available to be asserted by the co-obligor against the obligee ;
- (b) may assert defences which are personal to itself ;
- (c) may not assert defences and rights of set-off which are personal to one or several of the other co-obligors.

ARTICLE 11.1.13 (Inability to recover)

If a joint and several obligor who has performed more than that obligor's share is unable, despite all reasonable efforts, to recover contribution from another joint and several obligor, the share of the others, including the one who has performed, is increased proportionally.

SECTION 2: PLURALITY OF OBLIGEES

ARTICLE 11.2.1 (Definitions)

When several obligees can claim performance of the same obligation from an obligor:

- (a) the claims are separate when each obligee can only claim its share;
- (b) the claims are joint and several when each obligee can claim the whole performance;
- (c) the claims are joint when all obligees have to claim performance together.

ARTICLE 11.2.2 (Effects of joint and several claims)

Full performance of an obligation in favour of one of the joint and several obligees discharges the obligor towards the other obligees.

ARTICLE 11.2.3 (Availability of defences against joint and several obligees)

(1) The obligor may assert against any of the joint and several obligees all the defences and rights of set-off that are personal to its relationship to that obligee or that it can assert against all the co-obligees, but may not assert defences and rights of set-off that are personal to its relationship to one or several of the other co-obligees.

(2) The provisions of Articles 11.1.5, 11.1.6, 11.1.7 and 11.1.8 apply, with appropriate adaptations, to joint and several claims.

ARTICLE 11.2.4 (Allocation between joint and several obligees)

(1) As among themselves, joint and several obligees are entitled to equal shares, unless the circumstances indicate otherwise.

(2) An obligee who has received more than its share must transfer the excess to the other obligees to the extent of their respective shares.

부록 III

UNIDROIT 국제상사계약원칙 2016

전 문 (본 원칙의 목적)

본 원칙은 국제상사계약에 적용될 일반적 규칙을 규정한다.

본 원칙은 당사자가 계약에 본 원칙이 적용된다고 합의한 경우에 적용된다. (*) 본 원칙은 당사자가 계약에 “법의 일반원칙” 이나 “상인법” 등이 적용된다고 합의한 경우에 적용될 수 있다.

본 원칙은 당사자가 계약을 규율할 법을 선택하지 않은 경우에 적용될 수 있다.

본 원칙은 국제적 통일법을 해석하거나 보충하는 데 사용될 수 있다.

본 원칙은 국내법을 해석하거나 보충하는 데 사용될 수 있다.

본 원칙은 국내의 입법자나 국제적 입법자에게 하나의 입법모델이 될 수 있다.

제1장 총 칙

제1.1조 (계약의 자유)

당사자는 자유로이 계약을 체결하고 그 내용을 정할 수 있다.

제1.2조 (방식의 자유)

본 원칙의 어떠한 규정도 계약이나 진술 그 밖의 어떠한 행위가 특정한 방식으로 행하여지거나 증명될 것을 요구하지 않는다. 이는 증인을 포함하여 어떠한 방법에 의하여도 증명될 수 있다. (*) 계약에 UNIDROIT 원칙을 적용하고자 하는 당사자는 UNIDROIT 국제상사계약원칙의 사용에 관한 모델조항 중 하나를 사용할 수 있다(www.unidroit.org/instruments/commercialcontracts/upicc-model-clauses 참조).

제1.3조 (계약의 구속력)

유효하게 체결된 계약은 양당사자를 구속한다. 계약은 오직 그 계약조건에 따르거나 합의에 의하여 또는 본 원칙에 달리 규정된 바에 따라 변경되거나 종료될 수 있다.

제1.4조 (강행규정)

본 원칙의 어떠한 규정도 관련 국제사법 규칙에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 기원의 강행규정의 적용을 제한하지 아니한다.

제1.5조 (당사자에 의한 배제 또는 변경)

본 원칙 내에서 달리 규정되지 않은 한, 당사자는 본 원칙의 적용을 배제하거나 본 원칙의 어떠한 규정에 대하여도 그 적용을 배제하거나 효과를 변경할

수 있다.

제1.6조 (본 원칙의 해석과 보충)

- (1) 본 원칙의 해석에는 그 국제적 성격 및 그 적용상의 통일을 증진할 필요성을 포함하여 본 원칙의 목적이 고려되어야 한다.
- (2) 본 원칙의 적용범위 내에 속하는 사항으로서 본 원칙에서 명시적으로 해결되지 않는 사항은 가능한 한 본원이 기초하고 있는 일반원칙에 따라 해결되어야 한다.

제1.7조 (신의와 공정거래)

- (1) 각 당사자는 국제거래상의 신의와 공정거래에 좇아 행위하여야 한다.
- (2) 당사자들은 이 의무를 배제하거나 제한할 수 없다.

제1.8조 (모순행위)

당사자는 자신으로 인하여 상대방이 어떤 이해를 하게 되고 상대방이 그러한 이해를 합리적으로 신뢰하여 행위한 때에는 상대방의 그러한 이해에 반하여 그에게 피해가 되게 행위할 수 없다.

제1.9조 (관행과 관례)

- (1) 당사자는 자신이 동의한 관행과 당사자간에 확립된 관례에 구속된다.
- (2) 당사자는 국제거래에서 당해 거래를 하는 사람에게 널리 알려져 있고 통상적으로 준수되고 있는 관행에 구속된다. 다만 그러한 관행을 적용하는 것이 불합리한 때에는 그러하지 아니하다.

제1.10조 (통 지)

- (1) 통지가 요구되는 경우에 이는 당해 상황에 적절한 방법으로 할 수 있다.
- (2) 통지는 수신인에게 도달한 때에 효력을 발생한다.
- (3) 제2항에서 통지는 수신인에게 구두로 행하여지거나 그의 영업소나 우편 주소지에 전달된 때 “도달한다.”
- (4) 본조에서 “통지”는 선언, 요구, 청구 그 밖의 의사표시를 포함한다.

제1.11조 (용어정의)

본 원칙에서,

- “법원”은 중재판정부를 포함한다.
- 당사자 일방이 둘 이상의 영업소를 가지고 있는 경우에, 계약체결 전이나 그 체결시에 당사자 쌍방에 알려지거나 예기된 상황을 고려하여 계약 및 그 이행과 가장 밀접한 관련이 곳을 관련 “영업소”로 한다.
- “장기계약”은 일정한 기간에 걸쳐 이행되어야 하는 계약으로서 그 정도는 다양하지만, 거래의 복잡성과 당사자간 관계의 지속성을 수반하는 계약을 말한다.

- “채무자”는 의무를 이행하여야 하는 당사자를 말하며, “채권자”는 의무이행을 청구할 수 있는 당사자를 말한다.

- “서면”은 그 안에 담긴 정보의 기록을 보존하고 또한 유체의 형태로 재생될 수 있는 모든 통신방법을 말한다.

제1.12조 (당사자들이 정한 기간의 계산)

- (1) 이행할 특정한 행위에 관하여 당사자가 정한 기간 중에 있는 공휴일 또는 비영업일은 기간의 계산에 산입된다.
- (2) 그러나 기간의 말일이 그 행위를 하는 당사자의 영업소 소재지에서 공휴일 또는 비영업일에 해당하는 경우에 다른 사정이 없다면 기간은 그 다음의 최초 영업일까지 연장된다.
- (3) 다른 사정이 없다면 시기의 기준이 되는 표준시간대는 그 시기를 정하는 당사자의 영업소 소재지의 그것으로 한다.

제2장 계약의 성립과 대리권

제1절 계약의 성립

제2.1.1조 (성립방법)

계약은 청약의 승낙에 의하거나 합의를 보여주기에 충분한 당사자의 행위에 의하여 체결될 수 있다.

제2.1.2조 (청약의 정의)

계약체결의 제안은 충분히 확정적이고, 승낙시 그에 구속된다는 청약자의 의사가 표시되어 있는 경우에 청약이 된다.

제2.1.3조 (청약의 회수)

- (1) 청약은 피청약자에게 도달한 때에 효력이 발생한다.
- (2) 청약은 철회될 수 없는 것이더라도, 회수의 의사표시가 청약의 도달 전 또는 그와 동시에 피청약자에게 도달하는 경우에는 회수될 수 있다.

제2.1.4조 (청약의 철회)

- (1) 청약은 계약이 체결되기까지는 철회될 수 있다. 다만 피청약자가 승낙의 통지를 발송하기 전에 철회의 의사표시가 피청약자에게 도달하여야 한다.
- (2) 그러나 다음의 경우에는 청약은 철회될 수 없다.
 - (가) 승낙기간의 지정 그 밖의 방법으로 청약이 철회될 수 없음이 청약에 표시되어 있는 경우, 또는
 - (나) 피청약자가 청약이 철회될 수 없음을 신뢰하는 것이 합리적이고, 피청약자가 그 청약을 신뢰하여 행동한 경우

제2.1.5조 (청약의 거절)

청약은 거절의 의사표시가 청약자에게 도달한 때에는 효력을 상실한다.

제2.1.6조 (승낙의 방법)

- (1) 청약에 대한 동의를 표시하는 피청약자의 진술 그 밖의 행위는 승낙이 된다. 침묵 또는 부작위는 그 자체만으로는 승낙이 되지 아니한다.
- (2) 청약에 대한 승낙은 동意的 의사표시가 청약자에게 도달하는 시점에 효력이 발생한다.
- (3) 그러나 청약에 의하여 또는 당사자간에 확립된 관례나 관행의 결과로 피청약자가 청약자에 대한 통지 없이, 어떤 행위를 함으로써 동의를 표시할 수 있는 경우에는, 승낙은 그 행위가 이루어진 시점에 효력이 발생한다.

제2.1.7조 (승낙기간)

청약은 청약자가 지정한 기간 내에, 또는 기간의 지정이 없는 경우에는 청약자가 사용한 통신수단의 신속성 등 거래의 상황을 고려하여 합리적인 기간 내에 승낙되어야 한다. 구두청약은 특별한 사정이 없는 한 즉시 승낙되어야 한다.

제2.1.8조 (지정된 기간 내의 승낙)

청약자가 정한 승낙기간은 청약이 발송된 시점부터 기산한다. 청약은 특별한 사정이 없는 한 당해 청약에 표시된 시점에 발송된 것으로 본다.

제2.1.9조 (연착된 승낙. 전달중의 지연)

- (1) 연착된 승낙은 청약자가 피청약자에게 지체 없이 승낙으로서 효력을 가진다는 취지를 구두로 통고하거나 그러한 취지의 통지를 발송하는 경우에는 승낙으로서의 효력이 있다.
- (2) 연착된 승낙을 담은 통신으로 보아 그 전달이 정상적이었다면 기간 내에 청약자에게 도달되었을 상황에서 발송되었다고 인정되는 경우에는, 그 연착된 승낙은 승낙으로서 효력이 있다. 다만 청약자가 피청약자에게 부당한 지체 없이 청약이 실효되었다는 통지를 하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제2.1.10조(승낙의 회수)

승낙은 그 효력이 발생하기 전 또는 그와 동시에 회수의 의사표시가 청약자에게 도달하는 경우에는 회수될 수 있다.

제2.1.11조 (변경된 승낙)

- (1) 승낙을 의도하고는 있으나, 부가, 제한 그 밖의 변경을 포함하는 청약에 대한 응답은 청약의 거절이면서 또한 새로운 청약이 된다.
- (2) 그러나 승낙을 의도하고 있고, 청약의 조건을 실질적으로 변경하지 아니

하는 부가적 조건 또는 상이한 조건을 포함하는 청약에 대한 응답은 승낙이 된다. 다만, 청약자가 부당한 지체 없이 그 상위(相違)에 구두로 이의를 제기하는 경우에는 그러하지 아니하다. 청약자가 이의를 제기하지 아니하는 경우에는 승낙에 포함된 변경이 가하여진 청약 조건이 계약조건이 된다.

제2.1.12조 (확인서면)

계약체결 후 합리적인 기간 내에 송부되는 서면으로서 계약의 확인을 의도하는 서면이 부가적 또는 상이한 계약조건을 담고 있는 경우에, 그러한 조건은 계약의 일부가 된다. 다만 그러한 조건이 계약을 실질적으로 변경시키거나 수신인이 부당한 지체 없이 그 상위에 이의를 제기하는 때에는 그러하지 아니하다.

제2.1.13조 (특정한 사항에 대한 또는 특정한 방식에 의한 합의를 조건으로 계약의 성립)

협상과정에서 당사자 일방이 특정한 사항에 대하여 또는 특정한 방식으로 합의가 이루어지기까지는 계약이 체결되지 아니한다고 고집한 경우에는, 그러한 사항에 대하여 또는 그러한 방식으로 합의가 이루어지지 않는 한 계약이 체결되지 아니한다.

제2.1.14조 (일부의 계약조건이 의도적으로 미정인 계약)

(1) 당사자가 계약체결을 의도하는 한 당사자가 고의로 특정한 계약조건을 추후 협상하여 합의하기로 하거나 당사자의 어느 일방 또는 제3자로 하여금 결정하도록 한 사실은 계약의 존재를 막지 아니한다.

(2) 계약의 존재는 사후에 발생하는 다음 각호의 사실에 의하여 영향을 받지 아니한다.

(가) 당사자가 그러한 계약조건에 대한 합의에 이르지 못하는 사실

(나) 그러한 계약조건을 결정할 당사자가 그 결정을 하지 아니하는 사실

또는

(다) 제3자가 그러한 계약조건을 결정하지 아니하는 사실.

다만 당사자의 의사를 고려하여, 상황에 따라 합리적인 정도로 그러한 계약조건을 확정하는 다른 방법이 있어야 한다.

제2.1.15조 (악의의 협상)

(1) 당사자는 자유로이 협상할 수 있고 합의의 부도달에 대하여 책임을 지지 아니한다.

(2) 그러나 악의로 협상하거나 협상을 중단하는 당사자는 상대방이 입은 손해에 대하여 책임이 있다.

(3) 특히 당사자가 상대방과 합의에 도달할 의사도 없이 협상을 개시하거나 계속하는 것은 악의이다.

제2.1.16조 (비밀유지의무)

협상과정에서 일방이 비밀로 다루어져야 할 정보를 제공한 경우에, 상대방은 추후 계약이 체결되는지 여부를 불문하고 그러한 정보를 공개하거나 자신의 이

익을 위하여 부당하게 사용하지 아니할 의무가 있다. 적절한 한 이 의무의 위반에 대한 구제수단은 상대방이 취득한 이익에 기초한 배상을 포함한다.

제2.1.17조 (통합조항)

당사자가 합의한 계약조건을 전부 담고 있음을 보여주는 조항을 두고 있는 서면에 의한 계약은 사전의 진술이나 합의의 증거에 의하여 반박되거나 보충될 수 없다. 그러나 그러한 진술이나 합의는 그 서면을 해석하는 데 사용될 수 있다.

제2.1.18조 (특정한 방식에 의한 계약변경)

합의에 의한 계약의 변경이나 종료를 특정한 방식으로 할 것을 요구하는 조항을 두고 있는 서면에 의한 계약은 다른 방법으로는 변경되거나 종료되지 아니한다. 그러나 당사자는 그의 행위에 의하여 상대방이 그 행위를 신뢰하여 행한 범위 내에서는 그러한 계약조항을 주장하지 못한다.

제2.1.19조 (약관에 의한 계약체결)

- (1) 계약을 체결할 때 당사자 일방 또는 쌍방이 약관을 사용하는 경우에, 제 2.1.20조 내지 제2.1.22조의 제한 하에, 계약의 성립에 관한 일반적 규칙이 적용된다.
- (2) 약관이라 함은 일반적이고 반복적인 사용을 목적으로 일방에 의하여 미리 마련되고 또한 상대방과 협상됨이 없이 실제로 사용되는 조항을 총칭한다.

제2.1.20조 (의외조건)

- (1) 약관에 담긴 계약조건으로서 그 성격으로 보아 상대방이 합리적으로 기대할 수 없었던 조건은 상대방이 명시적으로 승낙하지 않는 한 효력이 없다.
- (2) 계약조건이 그러한 성격을 갖는지 여부를 결정할 때에는 그 내용, 언어와 제시방법이 고려되어야 한다.

제2.1.21조 (약관상의 조건과 약관 외부의 조건 사이의 충돌)

약관상의 조건과 약관 외부의 조건이 서로 충돌하는 때에는 후자가 우선한다.

제2.1.22조 (서식전쟁)

당사자 쌍방이 약관을 사용하여 그 두 약관을 제외하고서는 합의에 도달한 경우에, 계약은 합의된 조건 및 그러한 두 약관상 내용상 공통된 조건에 따라 체결된다. 다만 일방이 사전에 또는 사후에 부당한 지체 없이 상대방에게 자신은 계약에 구속될 의사가 없다고 분명하게 밝히는 때에는 그러하지 아니하다.

제 2절 대리권

제2.2.1조 (본질의 적용범위)

- (1) 본질은 제3자와의 계약에 의하여 또는 그것과 관련하여 어떤 자(“대리인”)가 자신의 이름 또는 타인(“본인”)의 이름으로 행위한 경우에 제3자와 본인 사이의 법률관계에 영향을 미치는 대리인의 권한에 적용된다.
- (2) 본질은 본인 또는 대리인과 제3자 사이의 관계에만 적용된다.
- (3) 본질은 법에 의하여 부여되는 대리권이나 공공기관 또는 사법기관에 의하여 임명되는 대리인의 권한에는 적용되지 아니한다.

제2.2.2조 (대리권의 발생과 범위)

- (1) 본인에 의한 대리권의 부여는 명시적이거나 묵시적일 수 있다.
- (2) 대리인은 대리권이 부여된 목적을 이루기 위하여 사정에 따라 필요한 모든 행위를 할 수 있다.

제2.2.3조 (현명대리)

- (1) 대리인이 그 권한의 범위 내에서 행위하고 또한 제3자가 그 대리인이 대리인으로서 행위한다는 것을 알았거나 알았어야 했던 경우에, 대리인의 행위는 본인과 제3자 사이의 법률관계에 직접 영향을 미치며 대리인과 제3자 사이에는 아무런 법률관계도 형성되지 아니한다.
- (2) 그러나 대리인이 본인의 동의를 얻어 계약의 당사자가 되기로 한 경우에 대리인의 행위는 대리인과 제3자 사이의 관계에만 영향을 미친다.

제2.2.4조 (비현명대리)

- (1) 대리인이 그 권한의 범위 내에서 행위하고 또한 제3자가 대리인이 대리인으로서 행위한다는 것을 알지 못하였고 알았어야 하지도 않은 경우에, 대리인의 행위는 대리인과 제3자 사이의 관계에만 영향을 미친다.
- (2) 그러나 그러한 대리인이 어떤 기업을 대리하여 제3자와 계약을 체결하면서 자신이 그 기업의 소유자라고 표시한 때에는, 제3자는 그 기업의 실제소유자를 알게 되는 즉시 그가 대리인을 상대로 가진 권리를 실제소유자를 상대로 행사할 수 있다.

제2.2.5조 (무권대리 또는 월권대리)

- (1) 대리인이 권한 없이 또는 그 권한을 넘어 행위하는 경우에, 그 행위는 본인과 제3자 사이의 법률관계에 영향을 미치지 아니한다.
- (2) 그러나 본인이 원인을 제공하여 대리인이 본인을 대리하여 행위할 권한을 갖거나 그 권한의 범위 내에서 행위하는 것으로 제3자가 합리적으로 믿게 된 경우에 본인은 제3자에 대하여 대리권의 결여를 주장하지 못한다.

제2.2.6조(무권대리인 또는 월권대리인의 책임)

- (1) 권한 없이 또는 권한을 넘어 행위하는 대리인은 본인의 추인이 없는 한 그가 그렇게 하지 않았더라면 제3자가 놓이게 될 입장에 이르도록 하는 정도의 손해배상책임을 진다.

(2) 그러나 제3자가 대리인이 권한 없이 또는 권한을 넘어 행위한다는 것을 알았거나 알았어야 했던 경우에는 그러하지 아니하다.

제2.2.7조 (이익의 충돌)

(1) 대리인이 본인과 대리인 사이의 이익충돌의 상황에서 계약을 체결하였으나 제3자가 그러한 이익충돌의 사실을 알았거나 알았어야 하는 경우에 본인은 계약을 취소할 수 있다. 이 취소권에 대해서는 제3.2.9조 및 제3.2.11조 내지 제3.2.15조가 적용된다.

(2) 그러나 본인은 다음의 경우에는 계약을 취소하지 못한다.

(가) 대리인이 이익충돌의 상황에서 행위하는 것에 대하여 본인이 동의하였거나 본인이 그러한 사실을 알았거나 알았어야 하는 경우, 또는

(나) 대리인이 본인에게 이익충돌의 사실을 고지하였으나 본인이 합리적인 기간 내에 그에 반대하지 아니한 경우.

제2.2.8조 (복대리)

대리인은 자신이 직접 수행하도록 기대하는 것이 합리적이지 않은 행위를 수행하기 위하여 복대리인을 선임할 목시적 권한이 있다. 본절의 규칙은 복대리에 적용된다.

제2.2.9조 (추인)

(1) 권한 없이 또는 그 권한을 넘어 행위하는 대리인의 행위에 대하여 본인은 추인할 수 있다. 추인과 동시에 그러한 대리인의 행위는 그것이 마치 처음부터 권한을 가지고 수행된 것과 같은 효력이 있다.

(2) 제3자는 본인에게 통지함으로써 추인을 위한 합리적인 기간을 지정할 수 있다. 본인은 그러한 기간 내에 추인하지 않은 때에는 더 이상 추인하지 못한다.

(3) 대리인이 행위하던 당시에 대리권의 결여를 알지 못하였고 또한 알았어야 하지도 않았던 제3자는 추인이 있기 전에 본인에게 통지함으로써 자신은 추인에 구속되지 않을 것임을 밝힐 수 있다.

제2.2.10조 (대리권의 종료)

(1) 대리권의 종료는 제3자가 이를 몰랐거나 알았어야 하지 않은 때에는 제3자와의 관계에서 효력이 없다.

(2) 대리권의 종료에도 불구하고 대리인은 본인의 이익에 반하는 손해를 방지하기 위하여 필요한 행위를 수행할 권한이 있다.

제3장 유효성

제1절 총칙

제3.1.1조 (적용배제사항)

본조는 무능력을 다루지 아니한다.

제3.1.2조 (단순한 합의의 유효성)

계약은 당사자간의 단순한 합의에 의해 체결, 변경 또는 종료되며, 더 이상의 요건은 요구되지 아니한다.

제3.1.3조 (원시적 불능)

(1) 단지 의무의 이행이 계약체결시에 이미 불가능하였다는 사실에 의하여 계약의 유효성이 부인되지 아니한다.

(2) 단지 계약체결시에 당사자가 계약의 목적이 된 재산을 처분할 권리가 없었다는 사실에 의하여 계약의 유효성이 부인되지 아니한다.

제3.1.4조 (강행규정성)

본장에 규정된 사기, 강박, 중대한 불균형 및 위법성에 관한 규정은 강행규정이다.

제2절 취소사유

제3.2.1조 (착오의 정의)

착오라 함은 계약체결시에 존재하는 사실이나 법에 관한 잘못된 가정을 말한다.

제3.2.2조 (취소사유가 되는 착오)

(1) 일방 당사자는 착오에 빠진 당사자와 동일한 상황에 있는 합리적인 사람이 만약 진실한 상황을 알았다더라면 계약을 실질적으로 다른 내용으로 체결하였거나 계약을 아예 체결하지 않았을 정도로 착오가 계약체결시에 중대하고, 또한 다음 각호의 어느 것에 해당하는 경우에 한하여 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있다.

- (가) 상대방도 동일한 착오를 하였거나 상대방이 착오를 야기하였거나 또는 상대방이 그러한 착오를 알았거나 알았어야 하고 또한 착오자를 착오상태에 놓아 두는 것이 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 반하는 경우 또는
- (나) 취소시에 상대방이 이미 계약을 신뢰하여 행위하지 아니한 경우.

(2) 그러나 당사자는 다음의 경우에는 계약을 취소하지 못한다.

- (가) 그가 착오를 하게 된 것이 그의 중대한 과실 때문인 경우 또는
- (나) 그 착오가, 착오의 위험을 착오자가 인수한 사항에 관련되거나, 또는 제반사정을 고려할 때 착오자가 그 착오의 위험을 부담하여야 하는 사항에 관련되는 경우.

제3.2.3조 (표시상 또는 전달상의 오류)

의사나 사실의 표시 또는 전달 중에 발생한 오류는 그 의사나 사실을 표시하는 자의 착오로 본다.

제3.2.4조 (불이행에 대한 구제수단이 부여되는 경우)

착오자는 자신이 의존하는 그 사실에 기하여 불이행에 대한 구제수단이 부여되거나 부여될 수 있는 때에는 착오를 이유로 계약을 취소할 수 없다.

제3.2.5조 (사 기)

상대방의 언어나 행태를 포함하는 상대방의 사기적인 표시로 인하거나, 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 따라 상대방이 고지하였어야 하는 사실의 사기적인 불고지로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있다.

제3.2.6조 (강 박)

제반사정으로 보아 다른 합리적인 대안이 없을 정도로 급박하고 중대한 상대방의 부당한 강박으로 인하여 계약을 체결하게 된 당사자는 계약을 취소할 수 있다. 특히 작위 또는 부작위의 강박행위 자체가 위법하거나 작위 또는 부작위를 계약체결의 수단으로 사용하는 것이 위법한 경우에 강박은 부당하다.

제3.2.7조 (중대한 불균형)

(1) 계약이나 특정한 계약조건이 계약체결시에 상대방에게 과도한 이익을 부당하게 주는 경우에 당사자는 계약을 취소하거나 그 계약조건을 취소할 수 있다. 무엇보다도 다음의 요소가 고려되어야 한다.

(가) 당사자의 종속상태, 경제적 곤궁이나 긴박한 필요 또는 그의 경솔, 무지, 무경험 또는 교섭기술의 결여를 상대방이 불공정하게 이용한 사실

(나) 계약의 성질과 목적

(2) 취소권을 갖는 당사자의 요청이 있는 경우에 법원은 공정한 거래에서 합리적인 상거래상의 기준에 부합되도록 계약이나 계약조건을 조정할 수 있다.

(3) 취소의 통지를 수령한 당사자의 요청이 있는 경우에도 법원은 당해 계약이나 계약조건을 조정할 수 있다, 다만 그 당사자는 그러한 통지를 수령한 후 신속하게 또한 상대방이 그러한 통지를 신뢰하여 행위하기 전에 그러한 자신의 요청을 상대방에게 알려야 한다. 제3.2.10조 제2항을 여기에 준용한다.

제3.2.8조 (제3자)

(1) 사기나 강박, 중대한 불균형 또는 당사자의 착오가 제3자에 기인하거나 제3자가 그것을 알거나 알아야 하는 경우로서 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방 당사자에게 귀속되는 경우에, 제3자의 행위가 마치 상대방 당사자 자신의 행위인 것처럼 계약을 취소할 수 있다.

(2) 사기나 강박 또는 중대한 불균형이 제3자에 기인하는 경우로서 제3자의 행위에 대한 책임이 상대방 당사자에게 귀속되지 아니하는 경우에, 상대방 당사

자가 사기나 강박 또는 불균형의 사실을 알았거나 알았어야 하거나 또는 취소 전에 이미 당해 계약을 신뢰하여 행위하지 않았다면 계약을 취소할 수 있다.

제3.2.9조 (추 인)

계약을 취소할 수 있는 당사자가 취소의 통지를 할 수 있는 기간이 개시된 후에 명시적 또는 묵시적으로 계약을 추인하는 경우에는 계약은 취소하지 못한다.

제3.2.10조 (취소권의 상실)

(1) 당사자가 착오를 이유로 계약을 취소할 수 있음에도 상대방이 계약을 취소할 수 있는 당사자가 이해하는 바에 따라 계약을 이행할 의사가 있다고 밝히는 경우에, 계약은 계약을 취소할 수 있는 당사자가 이해한 대로 체결된 것으로 본다. 상대방은 계약을 취소할 수 있는 당사자가 계약을 이해한 바를 알게 된 후 신속하게 또한 동 당사자가 취소의 통지를 합리적으로 신뢰하여 행위하기 전에 그러한 의사를 밝히거나 그렇게 이행하여야 한다.

(2) 그러한 의사표시나 이행이 있는 때에는 취소권은 소멸하고 그 전에 행한 취소의 통지는 효력이 없다.

제3.2.11조 (취소의 통지)

당사자의 계약취소권은 상대방에 대한 통지로서 행사된다.

제3.2.12조 (기간제한)

(1) 취소의 통지는 취소하는 당사자가 관련 사실을 알았거나 모를 수 없었던 때 또는 자유롭게 행위할 수 있게 된 때로부터 제반사정을 고려한 합리적인 기간 내에 하여야 한다.

(2) 제3.2.7조 하에서 당사자가 개별적인 계약조건을 취소할 수 있는 경우에 취소통지기간은 상대방이 그 계약조건을 주장하는 때에 진행하기 시작한다.

제3.2.13조 (일부취소)

개별적인 계약조건에 한하여 취소사유가 있는 경우에, 취소는 그 계약조건에 한하여 효력을 가지되, 다만 제반사정으로 보아 계약의 나머지 부분만을 존속시키는 것이 불합리한 때에는 그러하지 아니하다.

제3.2.14조 (취소의 소급효)

취소는 소급하여 효력을 발생한다.

제3.2.15조 (반 환)

(1) 취소시 각 당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약상 공급한 것의 반환을 청구할 수 있되, 다만 그 당사자는 전부 또는 일부 취소된 계약상 자신이 수령한 것을 동시에 반환하여야 한다.

- (2) 원물의 반환이 불가능하거나 적절하지 않은 경우에는 합리적인 가액이 반환되어야 한다.
- (3) 이행수령자는 원물반환이 불가능한 것이 상대방에게 기인하는 경우에는 가액반환을 할 필요가 없다.
- (4) 이행으로 수령한 것을 보관하거나 관리하기 위하여 합리적으로 지출된 비용의 상환청구는 허용된다.

제3.2.16조 (손해배상)

계약의 취소여부를 불문하고, 취소사유를 알았거나 알았어야 하는 당사자는 상대방이 계약을 체결하지 않았더라면 놓였을 지위에 놓이도록 하는 정도의 손해배상을 하여야 한다.

제3.2.17조 (일방적 의사표시)

본장의 규정은 일방이 상대방에 대하여 행하는 의사의 통신에 준용한다.

제3절 위법성

제3.3.1조 (강행규정(*)에 반하는 계약)

- (1) 계약이 본 원칙 제1.4조에 따라 적용되는 국가적, 국제적 또는 초국가적 강행규정에 반하는 경우에 그 위반이 계약의 효력에 영향을 미치는 때에는 계약의 효력은 그 강행규정에 명시적으로 규정된 바에 따른다.
- (2) 강행규정이 계약에 대한 그러한 위반의 효력을 명시적으로 규정하지 않는 때에는 당사자는 상황에 따라 합리적인 계약상의 구제수단을 행사할 권리를 갖는다.
- (3) 무엇이 합리적인지를 결정할 때에는 특히 다음 각호를 모두 고려하여야 한다.

가. 위반된 당해 규칙의 목적

나. 당해 규정이 보호하고자 하는 사람의 범주

다. 당해 규정의 위반에 의하여 부과되는 제재

라. 위반의 심각성

마. 당사자의 일방 또는 쌍방이 위반의 사실을 알았거나 알았어야 하는지 여부

바. 그 위반이 계약의 이행을 위하여 불가피하였는지 여부

사. 당사자들의 합리적 기대

제3.3.2조 (반 환)

- (1) 제3.3.1조에서 규정하는 강행규정에 반하는 계약상 이행이 이루어진 경우에, 사정에 따라 합리적인 때에는 그 반환청구가 허용된다.
- (2) 무엇이 합리적인지를 결정할 때 제3.3.1조 제3항의 기준이 적절히 고려되어야 한다.
- (3) 반환청구가 허용되는 경우에 그 반환에 대해서는 제3.2.15조의 규정을 준용한다.

(*) 본서에서 “강행규정”은 “mandatory rule”을 그렇게 번역하였음을 밝힌다. 강행규정이라는 표현이 국내에서 가장 널리 사용되고 있기 때문이다. 따라서 “mandatory rule”이 不文(불문)의 원칙으로 존재할 수 있음을 유의하여야 한다. 한편 “infringed rule”(침해된 규칙)과 같이 “rule”만이 단독으로 쓰인 경우에 “규칙”으로 번역하였다.

제4장 해 석

제4.1조 (당사자의 의사)

- (1) 계약은 당사자 쌍방의 공통된 의사에 따라 해석되어야 한다.
- (2) 그러한 의사를 확정할 수 없는 경우에, 계약은 당사자와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다.

제4.2조 (진술 그 밖의 행위의 해석)

- (1) 당사자의 진술 그 밖의 행위는 상대방이 그 당사자의 의도를 알았거나 모를 수 없었던 경우에는 그 의도에 따라 해석되어야 한다.
- (2) 제1항이 적용되지 아니하는 경우에 그러한 진술이나 그 밖의 행위는 상대방과 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 부여하였을 의미에 따라 해석되어야 한다.

제4.3조 (관련사정)

제4.1조와 제4.2조를 적용할 때에는 다음 각호를 포함하여 모든 사정을 고려하여야 한다.

- (가) 당사자간의 예비적 협상
- (나) 당사자간에 확립된 관례
- (다) 계약체결 후 당사자의 행위
- (라) 계약의 성질과 목적
- (마) 계약조건과 표현이 당해 거래에서 공통적으로 갖는 의미
- (바) 관행

제4.4조 (계약이나 진술의 전반에 비추어 해석)

조건과 표현은 그것이 등장하는 계약이나 진술의 전반에 비추어 해석되어야 한다.

제4.5조 (유효해석의 원칙)

계약조건은 그 중 일부의 효력이 부정되도록 하기보다는 오히려 모든 계약조건에 효력이 긍정되도록 해석되어야 한다.

제4.6조 (작성자불리의 원칙)

당사자의 일방이 제공한 계약조건이 불명확한 경우에, 그 당사자에게 불리한 해석이 우선한다.

제4.7조 (언어간의 불일치)

하나의 계약상 둘 이상의 언어로 작성되고 각기 동등한 원본의 효력을 갖는 복수의 언어본(language version)이 존재하여 계약서 사이에 언어의 불일치가 있는 경우에, 그 중 가장 먼저 작성된 언어본(version)에 따른 해석이 우선한다.

제4.8조 (흠결조건의 보충)

(1) 당사자가 권리의무의 결정에 중요한 계약조건을 합의하지 않은 경우에, 제반사정으로 보아 적절한 계약조건으로 그러한 흠결을 보충한다.

(2) 무엇이 적절한 계약조건인지를 결정함에 있어서는 특히 다음의 요소가 고려되어야 한다.

- (가) 당사자의 의사
- (나) 계약의 성질과 목적
- (다) 신의와 공정거래
- (라) 합리성

제5장 계약의 내용, 제3자의 권리 및 조건

제1절 계약의 내용

제5.1.1조 (명시적·묵시적 의무)

당사자의 계약상 의무는 명시적 또는 묵시적일 수 있다.

제5.1.2조 (묵시적 의무)

묵시적 의무는 다음 각호에서 비롯한다.

- (가) 계약의 성질과 목적
- (나) 당사자간에 확립된 관례와 관행
- (다) 신의와 공정거래
- (라) 합리성

제5.1.3조 (당사자간의 협력)

각 당사자는 상대방이 의무를 이행하는 데 협력할 것이 합리적으로 기대되는 때에는 상대방과 협력하여야 한다.

제5.1.4조 (특정한 결과를 달성할 의무와 최선의 노력을 다할 의무)

- (1) 당사자의 의무가 특정한 결과를 달성할 것을 내용으로 하는 범위 내에서 당사자는 그러한 결과를 달성하여야 한다.
- (2) 당사자의 의무가 어떤 일을 수행함에 있어 최선의 노력을 다할 것을 내용으로 하는 범위 내에서 당사자는 그와 동일한 부류의 합리적인 사람이 동일한 상황에서 하는 정도로 노력하여야 한다.

제5.1.5조 (의무의 종류의 결정)

당사자의 의무가 어떤 일을 할 때 최선의 노력을 다하는 것을 내용으로 하는지 아니면 특정한 결과를 달성할 것을 내용으로 하는지를 결정함에 있어서는 무엇보다도 다음의 요소가 고려되어야 한다.

- (가) 계약에서 의무가 표현된 방법
- (나) 계약대금 그 밖의 계약조건
- (다) 기대된 결과를 이루는 데 통상 수반되는 위험의 정도
- (라) 의무의 이행에 미치는 상대방의 영향력

제5.1.6조 (이행품질의 결정)

계약에서 이행의 품질을 정하지 않고 또한 결정할 수도 없는 경우에 당사자는 제반사정으로 보아 합리적이고 평균보다 낮지 않은 품질의 이행을 제공하여야 한다.

제5.1.7조 (가격의 결정)

- (1) 계약에서 가격을 정하고 있지 아니하거나 이를 정하기 위한 조항을 두지 아니한 경우에 당사자는, 반대의 표시가 없는 한, 계약체결시에 그러한 이행에 대하여 당해 거래와 유사한 상황에서 일반적으로 청구되는 가격을, 그러한 가격이 없는 때에는 합리적인 가격을 적용하기로 한 것으로 본다.
- (2) 당사자 일방이 가격을 결정하기로 하여 결정된 가격이 명백히 불합리한 경우에는 그 가격은 반대의 다른 계약조건에도 불구하고 합리적인 가격으로 대체된다.
- (3) 당사자의 일방이나 제3자가 가격을 정하기로 하였으나 그 당사자나 제3자가 가격을 정하지 아니하는 경우에 가격은 합리적인 가격으로 한다.
- (4) 존재하지 않거나 이미 소멸하였거나 더 이상 접근할 수 없는 요소를 기준으로 가격이 결정되어야 하는 경우에는, 그것과 가장 가까운 등가적인 요소를 그 대체기준으로 사용한다.

제5.1.8조 (불확정한 기간을 갖는 계약의 종료)

그 기간이 불확정한 계약은 어느 일방이 합리적인 기간의 사전통지를 함으로써 종료될 수 있다. 종료의 일반적 효력과 반환에 관하여 제7.3.5조와 제7.3.7조의 규정이 적용된다.

제5.1.9조 (합의에 의한 채무면제)

- (1) 채권자는 채무자와의 합의하여 그의 권리를 포기할 수 있다.
- (2) 무상의 권리포기 제의는 채무자가 그러한 제의를 안 후 지체 없이 이를 거절하지 않은 한 수락된 것으로 간주된다.

제2절 제3자의 권리

제5.2.1조 (제3자를 위한 계약)

- (1) 당사자들(“낙약자”와 “요약자”)은 명시적 또는 묵시적 합의로써 제3자(“수익자”)에게 권리를 줄 수 있다.
- (2) 낙약자에 대한 수익자의 권리의 존재와 내용은 당사자간 합의에 의하여 결정되고 그 합의상의 조건이나 그 밖의 제한에 따른다.

제5.2.2조 (특정할 수 있는 제3자)

수익자는 계약에 의하여 충분히 확실하게 특정될 수 있어야 하나 계약체결시에 반드시 존재할 필요는 없다.

제5.2.3조 (배제조항과 제한조항)

수익자에게 부여되는 권리는 수익자의 의무를 배제하거나 제한하는 계약조항을 원용할 권리를 포함한다.

제5.2.4조 (항 변)

낙약자는 그가 요약자에 대하여 주장할 수 있는 모든 항변을 수익자에 대하여 주장할 수 있다.

제5.2.5조 (철회)

당사자는 계약에 의하여 수익자에게 부여된 권리를 변경 또는 철회할 수 있으나, 다만 수익자가 그러한 권리를 수락하거나 그것을 합리적으로 신뢰하여 행동한 후에는 그러하지 아니하다.

제5.2.6조 (권리포기)

수익자는 자신에게 부여된 권리를 포기할 수 있다.

제3절 조 건

제5.3.1조 (조건의 종류)

계약이나 계약조건은 장래의 불확실한 사실에 의존할 수 있으며, 그에 따라 계약이나 계약조건은 그러한 사실이 발생한 때에 효력을 발생하거나(정지조건) 그러한 사실이 발생한 때에 소멸한다(해제조건).

제5.3.2조 (조건의 효력)

당사자들이 달리 합의하지 않은 한,

- (가) 계약이나 계약상 의무는 정지조건이 성취와 동시에 효력을 발생한다.
- (나) 계약이나 계약상 의무는 해제조건이 성취와 동시에 소멸한다.

제5.3.3조 (조건성취에 대한 개입)

(1) 당사자가 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 조건성취를 방해한 경우에, 그 당사자는 조건의 불성취를 주장하지 못한다.

(2) 당사자가 신의와 공정거래의 의무나 협력의무에 반하여 조건을 성취한 경우에, 그 당사자는 조건의 성취를 주장하지 못한다.

제5.3.4조 (권리를 보존할 의무)

조건의 성취시까지 당사자는 신의와 공정거래에 좇아 행위할 의무에 반하여 조건의 성취로 인하여 생길 상대방의 권리를 침해하여서는 아니된다.

제5.3.5조 (해제조건의 성취에 따른 반환)

(1) 해제조건이 성취되는 때에는 제7.3.6조와 제7.3.7조의 반환에 관한 규정이 준용된다.

(2) 당사자들이 해제조건이 소급하여 효력을 갖도록 합의한 때에는 제3.2.15조의 반환에 관한 규정이 준용된다.

제6장 이 행

제1절 이행 일반

제6.1.1조 (이행기)

당사자는 다음의 시기에 의무를 이행하여야 한다.

(가) 시기가 계약에 의하여 지정되어 있거나 확정될 수 있는 경우에는, 그 시기

(나) 기간이 계약에 의하여 지정되어 있거나 또는 확정될 수 있는 경우에는, 그 기간 내의 어느 시기. 다만 상대방이 시기를 선택하여야 할 사정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

(다) 그 밖의 모든 경우에는 계약체결 후 합리적인 기간 내.

제6.1.2조 (일시이행 또는 분할이행)

제6.1.1조 나호 또는 다호의 경우에, 일시이행이 가능하고 또한 특별한 사정이 없다면 당사자는 의무를 일시에 이행하여야 한다.

제6.1.3조 (일부이행)

(1) 채권자는 이행기 이후에는 [채무자의] 일부이행 제의를 거절할 수 있으며 이때 [채무자가] 그러한 제의와 함께 잔여부분의 이행에 대한 이행보장[을 하는지] 묻지 아니한다. 그러나 채권자가 그렇게 하는 데 적법한 이익이 없는 때에는 그러하지 아니하다.

(2) 일부이행으로 인하여 채권자에게 발생하는 추가비용은 채무자가 부담하여야 하고 이로 인하여 [채권자의] 그 밖의 구제수단은 영향을 받지 아니한다.

제6.1.4조 (이행의 순서)

- (1) 당사자 쌍방이 이행을 동시에 할 수 있는 한도 내에서는 특별한 사정이 없는 한 당사자는 동시에 이행하여야 한다.
- (2) 당사자 일방의 이행이 기간을 요하는 한도 내에서는 특별한 사정이 없는 한 그 당사자가 먼저 이행하여야 한다.

제6.1.5조 (조기이행)

- (1) 채권자는 [채무자의] 조기이행을 거절할 수 있다. 다만 그렇게 하는 데 적법한 이익이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.
- (2) 당사자가 조기이행을 수락하더라도 그의 의무의 이행기가 상대방의 의무 이행과 무관하게 정하여져 있는 때에는 그러한 수락은 그의 의무의 이행기에 영향을 주지 아니한다.
- (3) 조기이행으로 채권자에게 발생한 추가비용은 채무자가 부담하여야 하고 이로 인하여 그 밖의 구제권은 영향을 받지 아니한다.

제6.1.6조 (이행지)

- (1) 계약에 의하여 이행지가 지정되어 있지 아니하고 또한 확정될 수도 없는 경우에 당사자는 다음의 장소에서 이행하여야 한다.
 - (가) 금전채무는 채권자의 영업소
 - (나) 그 밖의 채무는 자신의 영업소
- (2) 당사자는 계약체결 후 영업소의 변경으로 이행에 부수하여 발생하는 비용의 증가를 부담하여야 한다.

제6.1.7조 (수표 그 밖의 지급수단에 의한 금전지급)

- (1) 금전지급은 지급지의 통상적인 영업과정에서 사용되는 어떠한 방법으로도 할 수 있다.
- (2) 그러나, 제1항에 의하거나 자의로 수표 그 밖의 지급지시 또는 지급약속을 수취하는 채권자는 그것이 결제되는 것을 조건으로 그 수취를 한 것으로 추정된다.

제6.1.8조 (자금이체에 의한 지급)

- (1) 채권자가 특정한 계좌를 적시하지 않은 한, 금전지급은 채권자가 계좌를 가지고 있는 것으로 채권자에 의하여 알려진 금융기관의 계좌에 이체함으로써 할 수 있다.
- (2) 이체에 의한 지급의 경우에 채무자의 채무는 채권자의 금융기관으로의 이체가 효력을 발생하는 때에 소멸한다.

제6.1.9조 (지급통화)

- (1) 금전채무가 지급지의 통화가 아닌 통화로 표시된 경우에 채무자는 지급지의 통화로 지급할 수 있다. 그러나 다음의 경우에는 그러하지 아니하다.

- (가) 통화가 자유로이 환전가능하지 않은 경우 또는
- (나) 당사자가 오직 당해 금전채무가 표시된 통화로만 지급하도록 약정한 경우
- (2) 채무자가 당해 금전채무가 표시된 통화로 지급하는 것이 불가능한 경우에 채권자는 지급지의 통화로 지급할 것을 청구할 수 있으며, 이는 제1항 나호의 경우에도 같다.
- (3) 지급지의 통화에 의한 지급은 채무의 이행기에 지급지에서 통용되는 환율에 따라야 한다.
- (4) 그러나 이행기에 채무자가 부지급하는 경우에 채권자는 이행기 또는 실제지급일에 통용되는 환율에 따라 지급할 것을 청구할 수 있다.

제6.1.10조 (통화가 표시되지 않은 경우)

금전채무가 특정한 통화로 표시되지 않은 경우에 지급은 지급지의 통화로 하여야 한다.

제6.1.11조 (이행비용)

각 당사자는 자신의 의무의 이행비용을 부담하여야 한다.

제6.1.12조 (금전변제의 총당)

- (1) 동일한 채권자에 대하여 수개의 금전채무를 부담하는 채무자는 지급시에 당해 지급이 어느 채무에 대한 변제로 의도되었는지 명시할 수 있다. 그러나 그 지급은 먼저 비용, 다음으로 발생한 이자, 마지막으로 원금의 순서로 채무를 소멸시킨다.
- (2) 채무자의 그러한 명시가 없는 경우에 채권자는 지급 후 합리적인 기간 내에 채무자에게 그 지급이 변제총당되는 채무를 지정하여 통보할 수 있되 다만 그 채무는 이행기에 있고 또한 다툼이 없는 것이어야 한다.
- (3) 제1항 또는 제2항에 따른 변제총당이 없는 경우에 금전지급은 다음의 어느 하나의 기준을 충족하는 채무에 거기에 적시된 순서로 변제총당된다.
 - (가) 이행기에 있거나 먼저 이행기에 도달할 채무
 - (나) 채권자의 담보가 최소인 채무
 - (다) 채무자의 부담이 최대인 채무
 - (라) 먼저 발생한 채무
 위의 기준 중에 어느 것도 적용되지 않는 경우에 지급은 모든 채무의 비율에 따라 변제총당된다.

제6.1.13조 (비금전채무의 변제총당)

제6.1.12조는 비금전채무의 변제총당에 준용한다.

제6.1.14조 (공적 허가의 신청)

국가의 법규에 의하여 계약의 유효성이나 이행에 영향을 주는 공적 허가의 취득이 요구되는데 그 법규와 제반사정이 달리 가리키지 않는 한,

(가) 당사자 일방만이 그 국가에 영업소가 있는 경우에 그 당사자는 허가를 취득하기 위하여 필요한 조치를 취하여야 한다.

(나) 그 밖의 경우에는 자신의 이행을 위하여 허가의 취득이 요구되는 당사자가 그에 필요한 조치를 취하여야 한다.

제6.1.15조 (허가신청시의 절차)

(1) 허가를 취득하는 데 필요한 조치를 취하여야 하는 당사자는 부당한 지체 없이 그렇게 하여야 하고 그에 따라 발생하는 비용을 부담하여야 한다.

(2) 제1항의 당사자는 적절한 한 부당한 지체 없이 상대방에게 허가의 취득 또는 거절의 사실을 통지하여야 한다.

제6.1.16조 (허가가 취득되지도 거절되지도 않는 경우)

(1) 의무 있는 당사자가 필요한 모든 조치를 취하였음에도 합의된 기간 내에 또는 합의된 기간이 없는 경우에는 계약체결시로부터 합리적인 기간 내에 허가를 취득하지 못하였으나 동시에 허가가 거절되지도 않은 때에는 어느 당사자든지 계약을 종료할 수 있다.

(2) 허가가 계약의 일부에만 영향을 주는 경우에는 허가가 거절되더라도 제반사정으로 보아 계약의 나머지 부분을 존속시키는 것이 합리적인 때에는 제1항은 적용되지 아니한다.

제6.1.17조 (허가가 거절되는 경우)

(1) 계약의 유효성에 영향을 주는 허가의 거절은 계약을 무효로 만든다. 허가의 거절이 일부의 조건에 한하여 유효성에 영향을 주는 경우에는 제반사정으로 보아 계약의 나머지 부분을 존속시키는 것이 합리적인 때에는 그러한 일부의 조건만이 무효가 된다.

(2) 허가의 거절이 계약의 이행을 전부 또는 일부 불능하게 만드는 때에는 불이행에 관한 규칙이 적용된다.

제2절 이행가혹

제6.2.1조 (계약의 준수)

계약의 이행이 당사자 일방에게 더욱 부담스럽게 되더라도 그 당사자는 의무를 이행하여야 하나 다만 이행가혹(hardship)에 관한 다음의 규정들이 정하는 한도 내에서는 그러하지 아니하다.

제6.2.2조 (이행가혹의 정의)

당사자의 이행비용이 증가하거나 당사자가 수령하는 이행의 가치가 감소함으로써 인하여 계약의 균형을 근본적으로 변경시키는 사유가 발생하고 또한 다음 각호를 모두 만족하는 경우에 이행가혹이 성립한다.

(가) 그 사유가 계약체결 후에 발생하거나 불리하게 된 당사자가 그 사유를 계약체결 후에 알게 될 것

(나) 불리하게 된 당사자가 계약체결시에 그 사유를 합리적으로 고려할 수 없었을 것

(다) 그 사유가 불리하게 된 당사자가 통제할 수 없는 것일 것

(라) 불리하게 된 당사자가 그 사유의 위험을 인수하지 않았을 것

제6.2.3조 (이행가혹의 효력)

(1) 이행가혹의 경우에 불리하게 된 당사자는 재협상을 요구할 수 있다. 이 요구는 부당한 지체 없이 하여야 하고 또한 그 기초가 된 사유를 명시하여야 한다.

(2) 재협상요구는 그 자체만으로는 불리하게 된 당사자에게 이행유보권을 주지 아니한다.

(3) 합리적인 기간 내에 합의에 도달하지 않는 경우에는 어느 당사자든지 법원에 결정을 구할 수 있다.

(4) 이행가혹을 긍정하는 법원은 합리적인 한 다음 각호의 어느 하나를 할 수 있다.

(가) 일자와 계약조건을 정하여 계약을 종료시키는 것

(나) 계약의 균형을 복구하기 위하여 계약을 조정하는 것

제7장 불 이행

제1절 불이행 일반

제7.1.1조 (불이행의 정의)

불이행은 계약상 당사자가 자신의 의무의 내용에 좇아 이행하지 아니하는 것을 말하며, 이는 불완전한 이행이나 지체된 이행을 포함한다.

제7.1.2조 (상대방의 방해)

당사자는 상대방의 불이행이 자신의 작위 또는 부작위나 자신이 위험을 부담하는 사건에 기인하는 한 상대방의 불이행을 주장할 수 없다.

제7.1.3조 (이행유보)

(1) 당사자 쌍방이 동시에 이행하여야 하는 경우에 각 당사자는 상대방이 이행을 제공할 때까지 자신의 이행을 유보할 수 있다.

(2) 당사자 쌍방이 순차로 이행하여야 하는 경우에 나중에 이행하는 당사자는 먼저 이행하여야 하는 당사자가 이행할 때까지 자신의 이행을 유보할 수 있다.

제7.1.4조 (불이행당사자에 의한 추완)

(1) 다음 각호를 모두 충족하는 경우에 불이행당사자는 자신의 비용으로 자신의 불이행을 추완할 수 있다.

(가) 불이행당사자가 부당한 지체 없이 그 추완의 방법과 시기를 제시하여 통지할 것

(나) 제반사정으로 보아 추완이 적절할 것

- (다) 피해당사자가 추완을 거절하는 데 적법한 이익을 갖지 않을 것
- (라) 추완이 즉시 실행될 것
- (2) 추완권은 계약해제의 통지에 의하여 저지되지 아니 한다.
- (3) 유효한 추완통지가 있는 경우에 불이행당사자의 이행에 반하는 피해당사자의 권리는 그 추완기간이 만료할 때까지 정지된다.
- (4) 피해당사자는 추완이 있을 때까지 이행을 유보할 수 있다.
- (5) 추완에도 불구하고 피해당사자는 지연손해와 추완에 의하여 야기되었거나 방지되지 않은 손해의 배상을 청구할 수 있다.

제7.1.5조 (이행을 위한 부가기간)

- (1) 불이행이 있는 경우에 피해당사자는 상대방에 대한 통지로 이행을 위한 부가기간을 허용할 수 있다.
- (2) 부가기간 중 피해당사자는 대응하는 자신의 의무의 이행을 유보할 수 있고 손해배상을 청구할 수 있으나 그 밖의 구제수단은 원용하지 못한다. 피해당사자가 불이행당사자로부터 그 부가기간 내에 이행하지 아니하겠다는 통지를 수령하거나 그 부가기간이 만료되기까지 이행이 정당하게 이루어지지 않는 경우에 피해당사자는 본장에서 허용되는 모든 구제수단을 행사할 수 있다.
- (3) 본질적이지 않은 이행지체의 경우에 합리적인 부가기간을 허용하는 통지를 한 피해당사자는 그 부가기간의 만료시에 계약을 해제할 수 있다. 불합리하게 짧게 허용된 부가기간은 합리적인 정도로 연장된다. 통지시 피해당사자는 상대방이 그 부가기간 내에 이행하지 않는다면 계약이 자동적으로 해제된다고 명시할 수 있다.
- (4) 이행되지 아니한 의무가 계약상 불이행당사자의 의무의 사소한 부분에 불과한 경우에 제3항은 적용되지 아니한다.

제7.1.6조 (면책조항)

당사자 일방의 불이행책임을 제한 또는 배제하는 조항이나 일방이 상대방의 합리적인 기대와는 실질적으로 다른 내용으로 이행할 수 있도록 허용하는 조항은 그것을 주장하는 것이 계약의 목적을 고려하여 중대하게 불공정한 때에는 주장하지 못한다.

제7.1.7조 (불가항력)

- (1) 당사자는 그 의무의 불이행이 자신이 통제할 수 없는 장애에 기인하였다는 것과 계약체결시에 그 장애를 고려하거나 또는 그 장애나 그 장애의 결과를 회피하거나 극복하는 것이 합리적으로 기대될 수 없었다는 것을 증명하는 경우에는 불이행에 대한 책임을 면한다.
- (2) 장애가 한시적인 경우에 면책은 그 장애가 계약의 이행에 준 영향을 고려하여 합리적인 기간 동안에 효력을 갖는다.
- (3) 불이행당사자는 장애가 존재한다는 것과 그 장애가 자신의 이행능력에 미치는 영향을 상대방에게 통지하여야 한다. 불이행당사자가 장애를 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 상대방이 그 통지를 수령하지 못한 경우에 불이행당사자는 불수령으로 인한 손해에 대하여 책임이 있다.
- (4) 본조는 당사자가 계약해제권이나 이행유보권 또는 지급되어야 할 금액에

대한 이자청구권을 행사하는 것을 방해하지 아니한다.

제2절 이행청구권

제7.2.1조 (금전채무의 이행)

금전을 지급할 의무가 있는 당사자가 지급을 하지 않는 경우에 상대방은 그 지급을 청구할 수 있다.

제7.2.2조 (비금전채무의 이행)

금전지급 외의 의무를 지는 당사자가 이행을 하지 아니하는 경우에 상대방은 다음의 어느 하나의 경우를 제외하고는 이행을 청구할 수 있다.

- (가) 이행이 법률상 또는 사실상 불가능한 경우
- (나) 이행이나, 적절한 경우 그 강제가 불합리한 부담이나 비용을 야기하는 경우
- (다) 이행청구를 할 수 있는 당사자가 합리적으로 다른 곳에서 이행을 획득할 수 있는 경우
- (라) 이행이 일신전속적인 성격을 갖는 경우 또는
- (마) 이행청구를 할 수 있는 당사자가 불이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 이행청구를 하지 아니하는 경우

제7.2.3조 (불완전한 이행의 보수와 대체)

이행청구권은 적절한 경우에는 불완전한 이행의 보수(補修), 대체 그 밖의 추완을 청구할 권리를 포함한다. 그에 관하여 제7.2.1조와 제7.2.2조의 규정이 적용된다.

제7.2.4조 (사법적 제재금)

- (1) 당사자에게 이행을 명하는 법원은 당사자가 명령을 위반하는 경우에 제재금을 지급할 것을 명할 수 있다.
- (2) 제재금은 법정지법의 강행규정이 달리 정하지 않는 한 피해당사자에게 지급되어야 한다. 피해당사자에게 제재금이 지급되더라도 이는 손해배상청구권을 해하지 아니한다.

제7.2.5조 (구제수단의 변경)

- (1) 비금전채무의 이행을 청구하였으나 지정된 기간 내에 또는 그 밖의 합리적인 기간 내에 이행을 수령하지 못한 피해당사자는 그 밖의 구제수단을 행사할 수 있다.
- (2) 비금전채무의 이행을 명하는 법원의 판결이 집행될 수 없는 경우에 피해당사자는 그 밖의 구제수단을 행사할 수 있다.

제3절 계약해제

제7.3.1조 (계약해제권)

(1) 당사자는 상대방의 계약상 의무의 불이행이 본질적 불이행에 해당하는 경우에 계약을 해제할 수 있다.

(2) 의무의 불이행이 본질적 불이행에 해당하는지 여부를 결정할 때에는 특히 다음을 고려하여야 한다.

(가) 불이행이 계약상 피해당사자가 기대할 수 있는 바를 실질적으로 박탈하는지 여부. 다만 상대방이 그러한 결과를 예견하지 못하였고 합리적으로 예견할 수 없었어야 한다.

(나) 이행되지 아니한 의무를 엄격하게 이행하는 것이 계약의 핵심인지 여부

(다) 불이행이 고의적이거나 무모한 것인지 여부

(라) 불이행이 피해당사자에게 상대방의 장래의 이행을 기대할 수 없다고 믿을 만한 이유를 제공하는지 여부

(마) 계약이 해제되는 경우에 불이행당사자가 그 준비 또는 이행의 결과로 불균형한 손실을 겪게 되는지 여부.

(3) 이행지체의 경우에 상대방이 제7.1.5조에 따라 허용된 기간이 만료하기 전에 이행을 하지 않는다면 피해당사자는 계약을 해제할 수 있다.

제7.3.2조 (해제통지)

(1) 계약해제권은 상대방에 대한 통지로 행사된다.

(2) 이행이 늦게 제공되었거나 그 밖에 계약에 적합하지 않은 경우에 피해당사자는 부적합한 이행의 사실을 알았거나 알았어야 했던 때로부터 합리적인 기간 내에 상대방에게 계약해제통지를 하지 않는 때에는 계약해제권을 상실한다.

제7.3.3조 (이행기 전의 불이행)

당사자 일방의 이행기일 전에 그의 본질적 불이행이 있을 것임이 명백한 경우에는 상대방은 계약을 해제할 수 있다.

제7.3.4조 (적절한 이행보장)

장차 상대방의 본질적 불이행이 있을 것임을 합리적으로 믿는 당사자는 적절한 이행보장을 요구할 수 있고 그 동안 그의 이행을 유보할 수 있다. 합리적인 기간 내에 그러한 이행보장이 제공되지 아니하는 경우에 이행보장을 요구한 당사자는 계약을 해제할 수 있다.

제7.3.5조 (해제의 효과 일반)

(1) 계약의 해제는 당사자 쌍방을 장래의 이행을 행하고 수령할 의무로부터 면하게 한다.

(2) 해제는 불이행에 대한 손해배상청구를 방해하지 아니한다.

(3) 해제는 계약상의 분쟁해결조항이나 해제 후에도 작용하여야 하는 그 밖의 계약조건에는 영향을 미치지 아니한다.

제7.3.6조 (일시에 이행되어야 하는 계약상 반환)

- (1) 일시에 이행되어야 하는 계약의 해제시 각 당사자는 자신이 계약상 공급한 것의 반환을 청구할 수 있다. 다만 그 당사자는 자신이 계약상 수령한 것을 동시에 반환하여야 한다.
- (2) 원물반환을 하는 것이 불가능하거나 부적절한 경우에는, 합리적인 한 그 가액을 금전으로 반환하여야 한다.
- (3) 원물반환이 불가능하게 된 원인이 상대방에게 있는 경우에 이행수령자는 가액을 반환할 필요가 없다.
- (4) 수령한 이행을 보관하고 관리하는 데 합리적으로 필요한 비용은 그 상황을 청구할 수 있다.

제7.3.7조 (장기계약상 반환)

- (1) 장기계약의 해제시 반환은 해제가 효력을 발생한 후의 기간에 대해서만 청구할 수 있다. 다만 계약은 분리할 수 있는 것이어야 한다.
- (2) 반환이 이루어져야 하는 경우에 그 반환에 대해서는 제7.3.6조의 규정이 적용된다.

제4절 손해배상

제7.4.1조 (손해배상청구권)

불이행은 피해당사자에게 배타적으로 또는 다른 구제수단과 함께 손해배상 청구권을 부여한다. 그러나 본 원칙상 불이행에 대하여 면책이 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다.

제7.4.2조 (완전배상)

- (1) 피해당사자는 불이행으로 인하여 입은 손해의 완전한 배상을 청구할 수 있다. 그러한 손해는 피해당사자가 입은 손실과 그가 상실한 이익을 포함하되 피해당사자가 비용이나 손해를 피하게 됨으로써 얻은 이익이 고려되어야 한다.
- (2) 그러한 손해는 비금전적일 수도 있고 예컨대 신체적 피해나 정신적 고통을 포함한다.

제7.4.3조 (손해의 확실성)

- (1) 배상해야 하는 손해는 장래의 손해를 포함하여 합리적인 정도로 확실한 손해에 한한다.
- (2) 기회상실의 손해는 그 발생할 개연성에 비례하여 배상되어야 한다.
- (3) 충분한 정도로 확실하게 손해액을 결정할 수 없는 경우에 그 산정은 법원의 재량에 의한다.

제7.4.4조 (손해의 예견가능성)

불이행당사자는 자신의 불이행으로 인하여 발생할 수 있다고 계약체결시에 예견하였거나 합리적으로 예견할 수 있었던 손해에 대하여만 책임이 있다.

제7.4.5조 (대체거래의 경우 손해의 증명)

피해당사자는 계약을 해제하고 합리적인 기간 내에 합리적인 방법으로 대체 거래를 하는 경우에 계약대금과 대체거래대금의 차액 및 그 밖의 손해액을 배상 받을 수 있다.

제7.4.6조 (시가에 의한 손해의 증명)

- (1) 피해당사자가 계약을 해제하고 대체거래를 하지 않았으나 계약의 이행에 적용될 시가(時價)가 있는 경우에 피해당사자는 계약대금과 계약해제시의 시가와외의 차액 및 그 밖의 손해액을 배상받을 수 있다.
- (2) 시가는 인도된 물품이나 제공된 용역에 대하여 계약이 이행되었어야 했던 장소에서 유사한 상황에서 일반적으로 청구되는 대금을 말하며, 그 장소에서 시가가 없는 경우에는 대체적용하기에 합리적으로 보이는 다른 장소의 시가를 말한다.

제7.4.7조 (피해당사자에 일부 기인하는 손해)

손해가 피해당사자의 작위 또는 부작위나 피해당사자가 위험을 부담하는 사유에 일부 기인하는 경우에 손해배상액은 각 당사자의 행위를 참작하여 그러한 요인들이 손해에 기여한 범위를 한도로 감액된다.

제7.4.8조 (손해의 경감)

- (1) 불이행당사자는 피해당사자가 합리적인 조치를 취함으로써 경감될 수 있었던 한 피해당사자가 입은 손해에 대하여 책임이 없다.
- (2) 피해당사자는 손해를 경감하는 데 합리적으로 소요된 비용의 배상을 청구할 수 있다.

제7.4.9조 (금전부지급에 대한 이자)

- (1) 당사자가 이행기에 놓인 금전을 지급하지 않는 경우에, 그 부지급에 대한 면책을 불문하고 피해당사자는 금전의 지급기일부터 실제지급일까지 그 금전에 대한 이자를 청구할 수 있다.
- (2) 이자율은 지급지에서 그 지급통화의 우량차주에게 널리 적용되는 평균은행단기대출이자율이나, 지급지에 그러한 이자율이 없는 경우에는 그 지급통화 발행국의 같은 이자율로 한다. 그러한 두 장소 모두에 그러한 이자율이 없는 경우에 이자율은 그 지급통화 발행국의 법이 정하는 적절한 이자율로 한다.
- (3) 피해당사자는 금전부지급으로 더 큰 손해를 입은 때에는 그러한 추가손해를 배상받을 수 있다.

제7.4.10조 (손해배상금에 대한 이자)

달리 합의되지 않은 한 비금전채무의 불이행으로 인한 손해배상금에 대한 이자는 불이행시부터 발생한다.

제7.4.11조 (금전배상의 방법)

- (1) 손해는 그 총액이 일시에 배상되어야 한다. 그러나 손해의 성질상 적절한 경우에 손해는 분할하여 배상할 수 있다.
- (2) 손해의 분할배상은 특정한 지수와 연동되도록 할 수 있다.

제7.4.12조 (손해배상액 산정에 사용되는 통화)

손해배상액은 금전채무의 표시통화와 손해발생통화 중 보다 적절한 통화로 산정되어야 한다.

제7.4.13조 (불이행 위약금)

- (1) 계약에서 불이행당사자가 불이행에 대하여 피해당사자에게 일정한 금액을 지급하여야 한다고 정한 경우에 피해당사자는 그의 실제 손해와 무관하게 그 금액을 청구할 수 있다.
- (2) 그러나 달리 합의되었더라도 불이행으로 인한 손해와 그 밖의 사정으로 보아 그 위약금액이 중대하게 과도한 경우에는 이를 합리적인 금액으로 감액할 수 있다.

제8장 상 계

제8.1조 (상계의 요건)

- (1) 당사자 쌍방이 서로 금전채무 그 밖에 동종의 이행을 하는 채무를 부담하는 경우에 각 당사자(“상계자”)는 상계시에 다음의 요건이 갖추어진다면 그의 채무와 그의 채권자(“상대방”)의 채무를 상계할 수 있다.
 - (가) 상계자가 자신의 채무를 이행할 권리가 있을 것
 - (나) 상대방의 채무가 존재와 양의 면에서 확정되어 있고 이행기에 있을 것
- (2) 당사자 쌍방의 채무가 동일한 계약에서 발생한 경우에 상계자는 자신의 채무를 존재와 양이 확정되지 않은 상대방의 채무와 상계할 수 있다.

제8.2조 (외화채무의 상계)

두 금전채무가 상이한 통화로 지급되어야 하는 경우에 두 통화가 서로 자유로이 환전가능하고 또한 당사자간에 상계자가 오직 특정한 통화로만 지급하여야 한다는 합의가 없는 때에는 상계권의 행사가 가능하다.

제8.3조 (상계의 통지)

상계권의 행사는 상대방에 대한 통지에 의한다.

제8.4조 (통지의 내용)

- (1) 상계의 통지는 상계의 대상이 된 채무들을 명시하여야 한다.
- (2) 상계의 통지에서 상계의 대상이 되는 채무를 명시하지 않는 경우에 상대

방은 합리적인 기간 내에 상계자에게 상계의 대상이 되는 채무를 선언할 수 있다. 그러한 선언이 없는 경우에 모든 채무는 비율적으로 상계된다.

제8.5조 (상계의 효과)

- (1) 상계는 채무를 소멸시킨다.
- (2) 두 채무의 양이 상이한 경우에 상계는 양이 적은 채무의 양만큼 채무를 소멸시킨다.
- (3) 상계는 통지시부터 효력을 갖는다.

제9장 채권양도, 채무이전, 계약양도

제1절 채권양도

제9.1.1조 (정의)

“채권양도”는 금전지급이나 그 밖의 이행을 목적으로 하는 일방(“양도인”)의 제3자(“채무자”)에 대한 채권을 합의로 타인(“양수인”)에게 양도하는 것을 말하며, 담보의 목적으로 하는 것을 포함한다.

제9.1.2조 (적용배제)

본절은 다음 각호의 양도에 적용되는 특별한 법규 하에서 이루어지는 양도에 적용되지 아니한다.

- (가) 유통증권, 권리증권 또는 금융증권과 같은 증권의 양도, 또는
- (나) 사업양도의 일환으로서의 채권의 이전

제9.1.3조 (비금전채권의 양도)

비금전적 이행을 목적으로 하는 채권은 양도로 인하여 채무의 부담이 중대하게 가중되지 않는 경우에 한하여 양도될 수 있다.

제9.1.4조 (일부양도)

- (1) 금전지급을 목적으로 하는 채권은 그 일부를 양도할 수 있다.
- (2) 그 밖의 이행을 목적으로 하는 채권은 그것이 분할가능하고 또한 양도로 인하여 채무의 부담이 중대하게 가중되지 않는 경우에 한하여 그 일부를 양도할 수 있다.

제9.1.5조 (장래채권)

장래채권은 그것이 존재하게 된 때에 양도대상 채권으로 특정될 수 있는 경우에 한하여 합의시에 양도된 것으로 본다.

제9.1.6조 (일괄양도)

복수의 채권은 양도시나 그 채권이 존재하게 되는 때에 양도대상 채권으로 특정될 수 있는 한 개별지정 없이 양도될 수 있다.

제9.1.7조 (양도인과 양수인 사이의 합의로 충분)

- (1) 채권은 채무자에 대한 통지 없이 양도인과 양수인 사이의 합의에 의하여 양도된다.
- (2) 채무가 상황에 따라 일신전속적인 성질을 갖지 않은 한 채무자의 승낙은 요구되지 아니한다.

제9.1.8조 (채무자의 추가비용)

채무자는 채권양도로 인하여 발생한 추가비용을 양도인 또는 양수인으로부터 상환받을 권리가 있다.

제9.1.9조 (양도금지조항)

- (1) 금전지급을 목적으로 하는 채권의 양도는 양도인과 채무자 사이에 양도를 제한하거나 금지하는 합의가 있더라도 효력이 있다. 그러나 양도인은 채무자에 대하여 계약위반의 책임을 진다.
- (2) 그 밖의 이행을 목적으로 하는 채권의 양도는 이를 제한하거나 금지하는 양도인과 채무자 사이의 합의에 반하는 경우에는 효력이 없다. 그러나 양수인이 양도시에 그러한 합의를 알지 못하였고 알았어야 하지도 않은 경우에 양도는 효력이 있다. 이때 양도인은 채무자에 대하여 계약위반의 책임을 진다.

제9.1.10조 (채무자에 대한 통지)

- (1) 양도인 또는 양수인으로부터 양도통지를 수령하기 전에는 채무자는 양도인에게 지급함으로써 채무를 면한다.
- (2) 그러한 통지를 수령한 후에는 채무자는 오직 양수인에게 지급함으로써 채무를 면할 수 있다.

제9.1.11조 (연속양도)

동일한 채권이 동일한 양도인에 의하여 둘 이상의 양수인에게 양도되는 경우에 채무자는 양도통지를 수령한 순서에 따라 지급함으로써 채무를 면할 수 있다.

제9.1.12조 (양도의 적절한 증거)

- (1) 양수인이 양도통지를 하는 경우, 채무자는 양수인에게 양도가 있었음을 증명하는 적절한 증거를 합리적인 기간 내에 제공할 것을 요구할 수 있다.
- (2) 적절한 증거가 제공될 때까지 채무자는 지급을 유보할 수 있다.
- (3) 적절한 증거가 제공되지 않는다면 통지는 효력이 없다.
- (4) 적절한 증거는 양도인으로부터 나온 것으로 양도가 있었음을 보여주는 문서를 포함하나 그에 한하지 아니한다.

제9.1.13조 (항변과 상계권)

- (1) 채무자는 자신이 양도인에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변을 양수인에 대하여 주장할 수 있다.
- (2) 채무자는 양도통지를 수령할 때까지 양도인을 상대로 행사할 수 있었던 상계권을 양수인에 대하여 행사할 수 있다.

제9.1.14조 (양도되는 채권에 관한 권리)

채권양도는 양수인에게 다음 각호의 권리를 이전시킨다.

- (가) 양도되는 채권에 관한 양도인의 계약상 모든 지급청구권 또는 그 밖의 이행청구권
- (나) 양도되는 채권의 이행을 담보하는 모든 권리

제9.1.15조 (양도인의 확약)

양도인은 양수인에 대하여 다음을 확약한다. 다만 양수인에게 이미 고지된 경우에는 그러하지 아니하다.

- (가) 양도되는 채권이 장래채권이 아닌 한 양도시에 존재한다는 것
- (나) 양도인은 채권을 양도할 권한이 있다는 것
- (다) 채권이 이전에 다른 양수인에게 양도되지 않았고 제3자의 권리나 권리 주장의 대상이 아니라는 것
- (라) 채무자가 아무런 항변도 갖고 있지 않다는 것
- (마) 채무자나 양도인이 양도되는 채권에 관하여 상계의 통지를 하지 않았고 또한 하지 않을 것
- (바) 양도인은 양도통지 전에 채무자로부터 수령한 금액을 양수인에게 상환할 것

제2절 채무이전

제9.2.1조 (이전의 태양)

금전지급 그 밖의 이행을 목적으로 하는 채무는 다음 각호의 합의에 의하여 어느 일인(“원채무자”)으로부터 타인(“신채무자”)에게 이전한다.

- (가) 제9.2.3조의 제한을 받는 원채무자와 신채무자 사이의 합의 또는
- (나) 신채무자가 채무를 인수하는 채권자와 신채무자 사이의 합의.

제9.2.2조 (적용배제)

본절은 사업양도의 일환으로 채무의 이전을 규율하는 특별한 법규 하에서 이루어지는 채무이전에는 적용되지 아니한다.

제9.2.3조 (채무이전에 대한 채권자의 승낙)

원채무자와 신채무자 사이의 합의에 의한 채무이전은 채권자의 승낙을 요한다.

제9.2.4조 (채권자의 사전승낙)

- (1) 채권자는 미리 승낙할 수 있다.
- (2) 채권자가 미리 승낙한 경우에 채무이전은 채권자에게 채무이전의 통지를 한 때 또는 채권자가 채무이전을 인정하는 때에 효력이 생긴다.

제9.2.5조 (원채무자의 채무면제)

- (1) 채권자는 원채무자의 채무를 면하게 할 수 있다.
- (2) 채권자는 원채무자를 신채무자가 불이행하는 경우의 채무자로 남게 할 수도 있다.
- (3) 그 밖의 경우에 원채무자와 신채무자는 채무를 연대하여 부담한다.

제9.2.6조 (제3자에 의한 이행)

- (1) 채권자의 승낙이 없이도 채무자는 제3자와 계약하여 그 제3자가 채무자를 대신하여 채무를 이행하도록 할 수 있다. 다만 채무가 상황에 따라 본질적으로 일신전속적 성질을 갖는 때에는 그러하지 아니하다.
- (2) 채권자는 여전히 채무자에 대하여 채권을 갖는다.

제9.2.7조 (항변과 상계권)

- (1) 신채무자는 원채무자가 채권자에 대하여 주장할 수 있었던 모든 항변을 채권자에 대하여 주장할 수 있다.
- (2) 신채무자는 원채무자가 채권자에 대하여 행사할 수 있었던 상계권을 채권자를 상대로 행사할 수 없다.

제9.2.8조 (이전되는 채무에 관한 권리)

- (1) 채권자는 이전되는 채무에 관한 계약상의 모든 지급청구권이나 그 밖의 이행청구권을 신채무자에 대하여 주장할 수 있다.
- (2) 원채무자가 제9.2.5조 제1항에 따라 채무를 면하는 경우에 신채무자 외의 제3자가 채무의 이행을 위하여 제공한 담보는 그 제3자가 채권자에게 담보 제공을 계속하는 데 동의하지 않는 한 소멸한다.
- (3) 원채무자가 채무를 면하는 경우에는 그가 채무의 이행을 위하여 채권자에게 제공한 담보도 소멸한다. 다만 그 담보의 목적인 재산이 원채무자와 신채무자 사이의 거래의 일부로서 양도되는 때에는 그러하지 아니하다.

제3절 계약양도

제9.3.1조 (정의)

“계약양도”는 제3자(“상대방”)와의 계약에서 발생하는 어느 일인(“양도인”)의 권리와 의무를 양도인이 타인(“양수인”)에게 합의로 양도하는 것을 말한다.

제9.3.2조 (적용배제)

본절은 사업양도의 일환으로 계약양도를 규율하는 특별한 법규 하에서 이루어지는 계약양도에는 적용되지 아니 한다.

제9.3.3조 (상대방의 승낙요건)

계약양도는 상대방의 승낙을 요한다.

제9.3.4조 (상대방의 사전승낙)

- (1) 상대방은 미리 승낙할 수 있다.
- (2) 상대방이 미리 승낙한 경우에 계약양도는 상대방에게 양도통지를 한 때 또는 상대방이 이를 승인한 때 효력이 발생한다.

제9.3.5조 (양도인의 채무면제)

- (1) 상대방은 양도인의 채무를 면하게 할 수 있다.
- (2) 상대방은 양도인을 양수인이 불이행하는 경우의 채무자로 남게 할 수도 있다.
- (3) 그 밖의 경우에 양도인과 양수인은 채무를 연대하여 부담한다.

제9.3.6조 (항변과 상계권)

- (1) 계약양도가 채권양도를 포함하는 한도 내에서는 제9.1.13조를 준용한다.
- (2) 계약양도가 채무이전을 포함하는 한도 내에서는 제9.2.7조를 준용한다.

제9.3.7조 (계약과 함께 이전되는 권리)

- (1) 계약양도가 채권양도를 포함하는 한도 내에서는 제9.1.14조를 준용한다.
- (2) 계약양도가 채무인수를 포함하는 한도 내에서는 제9.2.8조를 준용한다.

제10장 시효기간

제10.1조 (본장의 적용범위)

- (1) 본 원칙에 의하여 규율되는 권리의 행사는 “시효기간”이라는 본장의 규칙에 따른 기간의 만료에 의하여 금지된다.
- (2) 본장은 본 원칙상 일방이 권리의 취득 또는 행사요건으로서 상대방에게 통지하여야 하는 기간이나 법적 절차의 개시 외의 행위를 하여야 하는 기간에는 적용되지 아니한다.

제10.2조 (시효기간)

- (1) 일반시효기간은 3년이며 이는 채권자가 권리를 행사할 수 있게 된 원인 사실을 알거나 알아야 하는 일자의 다음날에 개시된다.
- (2) 어떠한 경우에도 최대시효기간은 10년이며 이는 권리를 행사할 수 있는

일자의 다음날에 개시된다.

제10.3조 (당사자에 의한 시효기간의 변경)

- (1) 당사자는 시효기간을 변경할 수 있다.
- (2) 그러나 당사자는
 - (가) 일반시효기간을 1년보다 짧게 단축하지 못하고
 - (나) 최대시효기간을 4년보다 짧게 단축하지 못하며
 - (다) 최대시효기간을 15년보다 길게 연장하지 못한다.

제10.4조 (승인에 의한 새로운 시효기간)

- (1) 채무자가 일반시효기간의 만료 전에 채권자의 권리를 승인한 경우에 그 승인일의 다음날에 새로운 일반시효기간이 개시된다.
- (2) 최대시효기간은 다시 개시되지 않으나 제10.2조 제1항에 따른 새로운 일반시효기간의 개시에 의하여 초과될 수 있다.

제10.5조 (사법절차에 의한 정지)

- (1) 시효기간의 진행은 다음 각호의 경우에 정지된다.
 - (가) 채권자가 사법절차를 개시함으로써 또는 이미 개시된 사법절차 중에 법정지의 법에 의하여 채무자에 대한 채권자의 권리주장으로 인정되는 행위를 하는 경우
 - (나) 채무자가 도산하는 경우에는 채권자가 도산절차에서 그의 권리를 주장하는 경우 또는
 - (다) 법인인 채무자가 해산절차에 들어간 경우에는 채권자가 해산절차에서 그의 권리를 주장하는 경우
- (2) 정지는 종국판결이 선고되거나 그 밖에 절차가 종료되는 때까지 지속된다.

제10.6조 (중재절차에 의한 정지)

- (1) 시효기간의 진행은 채권자가 중재절차를 개시함으로써 또는 이미 개시된 중재절차 중에 중재절차법상 채무자에 대한 채권자의 권리주장으로 인정되는 행위를 하는 경우에 정지된다. 중재절차의 정확한 개시일을 결정하는 중재절차법 규나 규정이 없는 경우에 중재절차는 분쟁의 대상이 된 권리에 관한 중재신청서가 채무자에게 도달한 일자에 개시된 것으로 본다.
- (2) 정지는 구속력 있는 중재판정이 내려지거나 그 밖에 절차가 종료되는 때까지 지속된다.

제10.7조 (대체적 분쟁해결)

제10.5조와 제10.6조의 규정은 당사자가 분쟁을 우호적으로 해결하기 위하여 제3자에게 도움을 요청하는 그 밖의 절차에 준용한다.

제10.8조 (불가항력, 사망 또는 능력상실의 경우의 정지)

- (1) 채권자가 통제할 수 없고 회피하거나 극복할 수 없는 장애로 인하여 앞의 규정들 하에서 시효기간이 진행되는 것을 막지 못한 경우에 일반시효기간은 정지되고 그러한 장애가 소멸한 후 1년 내에는 만료되지 아니한다.
- (2) 채권자나 채무자의 능력상실 또는 사망이 그러한 장애에 해당하는 경우에, 능력을 상실하거나 사망한 당사자의 대리인 또는 그의 재산의 대리인이 선임되거나 상속인이 그 당사자의 지위를 승계한 때 그 정지는 종료한다. 이러한 각각의 경우에 제1항의 일년부가 규칙이 적용된다.

제10.9조 (시효기간만료의 효과)

- (1) 시효기간의 만료는 권리를 소멸시키지 아니한다.
- (2) 시효기간 만료의 효력이 발생하기 위해서는 채무자가 이를 항변으로 주장하여야 한다.
- (3) 권리의 시효기간이 만료되었다고 주장되더라도 채권자는 여전히 그 권리에 의존하여 항변할 수 있다.

제10.10조 (상계권)

채권자는 채무자가 시효기간 만료를 주장하기 전에는 상계권을 행사할 수 있다.

제10.11조 (반 환)

채무의 소멸을 목적으로 이행이 이루어진 경우에 단지 제소기한이 만료되었다는 이유만으로 그 반환을 청구하지 못한다.

제11장 수인의 채무자와 채권자

제1절 수인의 채무자

제11.1.1조 (정 의)

수인의 채무자가 채권자에 대하여 동일한 채무를 부담하는 경우에
 (가) 각 채무자가 채무의 전부를 부담하는 경우에 그 채무는 연대채무이다.
 (나) 각 채무자가 각자의 부담부분에 한하여 채무를 부담하는 경우에 그 채무는 분할채무이다.

제11.1.2조 (연대채무의 추정)

수인의 채무자가 채권자에 대하여 동일한 채무를 부담하는 경우에 다른 사정이 없다면 채무자는 연대하여 채무를 부담하는 것으로 추정된다.

제11.1.3조 (연대채무자에 대한 채권자의 권리)

채무자가 연대채무를 부담하는 경우에 채권자는 채무가 전부 이행될 때까지

채무자 중 어느 누구에 대하여 이행을 청구할 수 있다.

제11.1.4조 (항변과 상계권의 이용가능성)

채권자로부터 청구를 받은 연대채무자는 자신에게 고유하거나 모든 연대채무자에게 공통된 모든 항변과 상계권을 주장할 수 있으나 일인 또는 수인의 다른 연대채무자에게 고유한 항변이나 상계권을 주장하지 못한다.

제11.1.5조 (이행 또는 상계의 효력)

어느 연대채무자의 이행이나 상계 또는 어느 연대채무자에 대한 채권자의 상계는 채권자와의 관계에서 그 이행이나 상계를 한도로 다른 연대채무자의 채무를 소멸시킨다.

제11.1.6조 (면제 또는 화해의 효력)

- (1) 일인의 연대채무자의 면제 또는 일인의 연대채무자와의 화해는 다른 사정이 없다면 그 면제를 받은 채무자 또는 화해를 한 채무자의 부담부분에 한하여 다른 모든 채무자의 채무를 면하게 한다.
- (2) 면제받은 채무자의 부담부분만큼 채무를 면한 다른 채무자는 그 면제를 받은 채무자에 대하여 제11.1.10조에 따른 구상권을 갖지 못한다.

제11.1.7조 (시효기간의 만료 또는 정지의 효력)

- (1) 일인의 연대채무자에 대한 채권자의 권리의 시효기간이 만료되더라도 이는 다음 각호에 대하여 효력이 없다.
 - (가) 다른 연대채무자의 채권자에 대한 채무 또는
 - (나) 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권
- (2) 채권자가 제10.5조, 제10.6조 또는 제10.7조에 따라 일인의 연대채무자를 상대로 절차를 개시하는 경우에 다른 연대채무자에 대하여도 시효기간의 진행이 정지된다.

제11.1.8조 (판결의 효력)

- (1) 채권자에 대한 연대채무자 일인의 채무에 관한 법원의 판결은 다음 각호에 대하여 효력이 없다.
 - (가) 채권자에 대한 다른 연대채무자의 채무 또는
 - (나) 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권
- (2) 그러나 그러한 판결이 그 채무자에게 고유한 사유에 기초하는 경우를 제외하고 다른 연대채무자는 그 판결을 원용할 수 있다. 그러한 경우에 제11.1.10조에 따른 연대채무자 사이의 구상권은 그에 상응하여 영향을 받는다.

제11.1.9조 (연대채무자 사이의 부담부분)

연대채무자 사이에서 다른 사정이 없다면 연대채무자의 부담부분은 균등하다.

제11.1.10조 (구상권의 범위)

자신의 부담부분을 초과하여 이행한 연대채무자는 다른 어느 채무자에게 그 채무자가 이행하지 아니한 각자의 부담부분을 한도로 그 초과부분을 구상할 수 있다.

제11.1.11조 (채권자의 권리)

(1) 제11.1.10조가 적용되는 연대채무자는 각 채무자가 이행하지 아니한 각자의 부담부분을 한도로 모든 또는 어느 다른 채무자에 대하여 초과부분에 관한 구상을 위하여 이행에 관한 모든 담보권을 포함하여 채권자의 구상권도 행사할 수 있다.

(2) 이행을 전부 받지 아니한 채권자는 아직 이행되지 아니한 부분의 범위 내에서 구상권을 행사하는 연대채무자에 우선하여 연대채무자에 대한 그의 권리를 보유한다.

제11.1.12조 (구상청구에 대한 항변)

채무를 이행한 다른 연대채무자로부터 구상청구를 받은 연대채무자는

(가) 그 다른 연대채무자가 채권자에 대하여 주장할 수 있었던 공통된 항변과 상계권을 주장할 수 있다.

(나) 자신에게 고유한 항변사유를 주장할 수 있다.

(다) 다른 연대채무자 중의 어느 일인 또는 수인에게 고유한 항변사유와 상계권을 주장하지 못한다.

제11.1.13조 (구상불능)

자신의 부담부분을 초과하여 이행한 연대채무자가 모든 합리적인 노력에도 불구하고 어느 연대채무자로부터 상환을 받지 못하는 경우에 이행한 채무자를 포함하여 다른 채무자들의 부담부분은 비례적으로 증가한다.

제2절 수인의 채권자

제11.2.1조 (정 의)

수인의 채권자가 채무자에게 동일한 채무의 이행을 청구할 수 있는 경우에 (가) 각 채권자가 자신의 지분에 한하여 청구할 수 있다면 채권은 분할채권이다.

(나) 각 채권자가 전부이행을 청구할 수 있다면 채권은 연대채권이다.

(다) 모든 채권자가 함께 이행을 청구하여야 한다면 채권은 공동채권이다.

제11.2.2조 (연대채권의 효력)

연대채권자 일인에 대한 채무의 전부이행은 다른 채권자에 대한 채무자의 채무를 소멸시킨다.

제11.2.3조 (연대채권자에 대한 항변의 이용가능성)

- (1) 채무자는 어느 연대채권자에 대하여 그와 그 채권자 사이의 관계에 고유하거나 모든 연대채권자에 대하여 주장할 수 있는 모든 항변과 상계권을 주장할 수 있으나 그와 다른 연대채권자의 일인 또는 수인 사이의 관계에 고유한 항변과 상계권을 주장하지 못한다.
- (2) 제11.1.5조, 제11.1.6조, 제11.1.7조 및 제11.1.8조의 규정은 연대채권에 준용한다.

제11.2.4조 (연대채권자 사이의 구상)

- (1) 연대채권자 사이에서 다른 사정이 없는 한 연대채권자는 균등한 지분을 갖는다.
- (2) 자신의 지분을 초과하여 수령한 채권자는 각 채권자의 지분의 한도 내에서 그 초과부분을 다른 채권자에게 이전하여야 한다



저자 소개

학력

대한민국 조선대학교 일반대학원 경영학과 경영학 박사 (2017-2020)
미국 미네아폴리스 월든대학교
공공정책대학 공공정책 및 행정학 박사 (2012-2018)
프랑스 파리학술원 외교전략연구소 (그랑제콜)
국제관계 및 외교학박사 (2000-2003)
미국 매디슨 위스콘신대학교 로스쿨 대학원과정 법과학박사 (1994-1995)
미국 매디슨 위스콘신대학교 로스쿨 대학원과정 법학석사 (1993-1994)
미국 듀크대학교 로스쿨 대학원과정 법학석사과정 수료 (1992-1993)
대한민국 사법연수원 diplome (1985-1987)
서울대학교 법과대학 사법학과 졸업 (1981-1985)

경력

사법시험 7위 합격 (1983)
행정고시 7위 합격 (1984)
외무고시 8위 합격 (1986)
대한민국 공군 법무관 (1987-1990)
서울민사지방법원 판사 (1990-1991/임관 서열 1위)
대한민국 변호사회 변호사 (1987)
미 뉴욕주 변호사회 변호사 (1997)
미 연방 제 9 항소법원 변호사회 (2015)
헌법학회 이사
법이론 실천학회 이사
사법시험 위원
법과대학 교수평의회 대표
대외협력처 자문위원
전남 수자원관리 위원
지방고시 면접위원
법학논총 등 다수 저널 심사위원
[현] 조선대학교 법과대학 교수
연구논문 및 저서

○ 저서

[헌법강의], 박영사. 2000

[헌법학], 박영사. 2000
 [국제거래법사례연습], 조선대학교 출판부. 2006
 [로스쿨가이드북], 솔트웍스, 2007
 [미국법강독], 조선대학교 출판부. 2009
 [A Rout of Experience in the Qualitative Method:
 Tackles and Reflections],
 Createspace Independent Publishing. 2017
 [Piece to Text on the Monument and One:
 Letters with the International Body
 Managers], Createspace Independent Publishing. 2018

○ 연구논문

헌법강의, 서울: 박영사. 2009
 조선산업에 대한 보조금지급과 관련한 대한민국과 EU간의 통상분쟁에 관한 WTO 결정,
 인권과 정의 제 350호. 2005
 국제통상질서상 다국적기업의 인권보장에 관한 소론, 법조 제 589집. 2005
 국제통상에서의 법치주의: 세계무역기구 (WTO) 항소기구의 몇가지 문제점,
 인권과 정의 제 357호. 2006
 이상과 현실, 그리고 개혁: 세계적 차원의 민주주의와 법치주의,
 법조 제 599집. 2006
 문화상품에 대한 국제규범체계와 문제점에 관한 소고,
 국제거래법연구 16호 1권. 2007
 버드법에 대한 사법심사의 의의와 시사점, 법조 제 610집. 2007
 국제통상법의 발전과 헌법국가의 전형: 미합중국
 헌법원칙과 법제사를 중심으로, 법학논총 14권 2호. 2007
 美國憲法상 北美自由貿易協定 (FTA) 紛爭解決節次의 違憲性에 관한 약간의 考察, 법학논총
 16(1), 221-252. 2009
 국제정치와 법철학: 헌법과 국제법의 접점에서, 유럽헌법연구 제 5호. 2009
 사법의 통일과 국제물품매매계약에 관한 유엔협약 (CISG),
 인권과 정의 제407호, 2011
 효율성의 관점에서 본 비엔나협약 상 구제수단의 문제, 인권과 정의 제 422호 28-45. 2011
 CISG 의 국제거래법적 함의, 법학논총 23(1) 73-112. 2016
 국제통상법에 있어 세계적 정의의 개념에 관한 소고,
 법학논총 16권 2호, 2011
 사법관임용제도에 관한 소고-차선의 대안으로서 프랑스식
 사법관제도를 제안하며, 법학논총 29호 3호. 2017
 민주헌법관과 촛불시위 사이에서: 민주주의에 대한 두 유형의
 실험실을 돌아보며, 법학논총 24권 3호. 2017
 파리기후협약의 法社會學-경제, 환경, 그리고 협약의規範적 실효성을 위한 약간의 검토,
 법학논총 26(1), 41-90. 2019

국제통상법과 인권법의 교차, 법학논총 29(3), 135-191. 2022

신국제협정: 세 가지 패러다임에 관한 검토와 시사점, 법학논총 30(2), 3-56. 2023

시민민주주의와 보편적 법체계의 발전: 헌법과 국제법을 대체하는 세계법의 수사학, 법학논총
31(2), 3-42. 2024

그외 국제학술지 논문 다수