

2022년
신진학자학술대회
국제법의 새로운 쟁점

2022년 신진학자학술대회 국제법의 새로운 쟁점

2022년 3월 26일(토) 13:00~17:00
성균관대학교 법학전문대학원 20207호

| 주최 | 대한국제법학회, 한국국제경제법학회, 국제법평론회, 서울국제법연구소



서울시 서대문구 서소문로 45, SK리첼블 510호 T: 02-752-9605 F: 02-752-4646 Mail : ksil@ksil.or.kr

2022년

신진학자학술대회

국제법의 새로운 쟁점

2022년 3월 26일(토) 13:00~17:00

성균관대학교 법학전문대학원 20207호

| 주최 | 대한국제법학회, 한국국제경제법학회, 국제법평론회, 서울국제법연구원

Contents

➤ 전체사회: 이길원 연구이사 (성균관대학교)

제1부

사회: 성재호 교수 (성균관대학교)

비엔나 조약해석 규칙 체제상 준비문서(Travaux Préparatoires)의 지위 5

- 발표자: 황준식 박사 (서울대학교)
- 토론자: 오시진 교수 (강원대학교)

국제법상 국가의 비밀 정보수집활동에 관한 규범성 연구 27

- 발표자: 최성규 박사 (고려대학교)
- 토론자: 김상걸 연구위원 (국가안보전략연구원)

제2부

사회: 박덕영 교수 (연세대학교)

국제통상규범상 안보 예외에 관한 연구 61

- 무역자유화와 안보 간의 균형 방안 모색 -

- 발표자: 조유미 사무관 (산업통상자원부)
- 토론자: 이재민 교수 (서울대학교)

다자환경조약의 무역제한조치에 대한 GATT 제XX조 적용의 한계와 대안 105

: CITES를 중심으로

- 발표자: 이현택 박사 (고려대학교)
- 토론자: 오선영 교수 (숭실대학교)

제3부

최태현 교수 정년기념 논문집 봉정식

제1부 : 제1발표

비엔나 조약해석 규칙 체제상 준비문서(Travaux Préparatoires)의 지위

- 발표자: 황준식 박사 (서울대학교)
- 토론자: 오시진 교수 (강원대학교)

비엔나 조약해석 규칙 체제상 준비문서 (Travaux Préparatoires)의 지위*

황준식**

목 차

- I. 서론
- II. 비엔나 규칙의 역사
 - 1. 서구 고전시대에서 20세기 초반까지의 조약해석론
 - 2. 비엔나 조약법협약의 채택
 - 3. ICJ의 비엔나 규칙 적용
- III. 비엔나 규칙의 규범적 성격과 준비문서의 실질적 지위
 - 1. 비엔나 규칙의 규범적 성격
 - 2. 비엔나 규칙의 위계적 구조 문제
 - 3. 준비문서의 실질적 지위
- IV. 결론

I. 서론

준비문서(*travaux préparatoires*)는 20세기 초반부터 조약해석론에 있어서 가장 논쟁적 요소 중 하나였다.¹⁾ 비엔나 조약법협약은 준비문서를 ‘해석의 보충적 수단’으로 규정하고 있는데,²⁾ 실제 조약해석에 있어서 준비문서는 자연스럽게 필수적인 검토 대상이 되는 경향을

* 이 발표문은 필자의 법학전문박사 학위논문 “조약법상 준비문서(*Travaux Préparatoires*)의 지위”(서울대학교 법학전문대학원, 2022.2월)의 제4장을 중심으로 그 학위논문을 전반적으로 요약 소개하는 글입니다. 이 발표문 및 학위논문은 전적으로 필자 개인의 의견에 근거한 것이며 한국정부의 입장과는 전혀 무관함을 밝힙니다.

** 서울대학교.

1) Hersch Lauterpacht, “Some Observations on Preparatory Work in the Interpretation of Treaties”, *Harvard Law Review*, Vol. 48, No. 4 (Feb., 1935), p.549; Richard Gardiner, *Treaty Interpretation* (Oxford University Press, 2010), p.25; Panos Merkouris, “‘Third Party’ Considerations And ‘Corrective Interpretation’ in the Interpretative Use of Travaux Préparatoires: Is It Fahrenheit 451 For Preparatory Work?”, in Malgosia Fitzmaurice et al. (eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On* (Martinus Nijhoff, 2010), p.75.

2) 비엔나 조약법협약 제31조(해석의 일반규칙)와 제32조(해석의 보충적 수단)를 편의상 비엔나 규칙 또는 비엔나 조약해석

보이고 있다. 1960년대 중반경 국제법위원회(ILC)가 비엔나 조약법협약 초안을 성안하는 과정에서 준비문서의 역할이나 지위에 대한 다양한 논의가 이루어졌다. ILC의 비엔나 규칙 성안 논의 과정은 그 이전 시대의 조약해석 학설과 판례법을 바탕으로 그 이후 지속 제기 될 여러 근원적 쟁점들에 대한 통찰을 제공해주고 있다. 비엔나 조약해석 규칙은 어느 시점 이후 국제사법재판소(ICJ) 등에 의해 받아들여지면서 국제법상 조약해석 담론의 중심적 위치를 확고히 인정받게 되었다. 그러나 이러한 국제법 담론의 전개 과정에서 조약해석과 준비문서의 개념에 대한 원론적 쟁점들이 충분히 논의되었거나 모두 식별되었다고 보기는 어렵다. 아울러, 현대 국제법이 비엔나 규칙을 통해 조약해석의 방법론을 공식화하였다고 해서 조약해석 분쟁이 사라지거나 유의미하게 감소한 것도 아니다. 조약해석 담론상 비엔나 규칙의 중심성은 논의의 끝이 아니라 더 많은 문제제기의 이유가 될 수 있다.

여기서 던지고자 하는 질문은 비엔나 규칙 체제 중심의 현대 조약해석 담론에서 준비문서가 실질적으로 어떠한 지위 또는 가치를 갖는가에 대한 것이다. 비엔나 규칙을 구성하고 있는 각각의 해석 요소들에는 저마다 고유한 맥락 또는 배경이 있는데 그중 특히 준비문서는 독특한 존재감을 갖는다. 조약은 그 작성 주체가 주권국가라는 본질적 특성으로 인해 저자(당사국)의 본래적 의도를 찾으려는 노력이 전통적인 조약해석 담론에서뿐만 아니라 현대적인 조약실행에서도 여전히 유효하다. 준비문서는 조약 작성 주체의 의도를 직접적으로 보여주는 원천이자 수단으로 간주되어왔다. 조약해석 규칙의 역사적 연원과 비엔나 규칙 형성 과정에 대한 분석을 통해 비엔나 규칙의 규범적 지위와 현황에 대한 비판적 이해를 도모하고, 현대적 학설과 판례 등에 담긴 준비문서 관련 논의를 검토하여 비엔나 규칙 체제 내에서 준비문서가 작동하는 방식에 대한 보다 현실적인 평가를 시도해볼 수 있을 것이다.

II. 비엔나 규칙의 역사

1. 서구 고전시대에서 20세기 초반까지의 조약해석론

국제법상 조약해석 규칙 담론의 역사적 연원에 대한 검토는 서구 고전시대부터 형성되기 시작한 캐논(canon)에서 출발해야 할 것이다.³⁾ 캐논은 그리스-로마 시대 수사학적 논쟁구조

규칙이라고 부르도록 한다. 당연히 비엔나 조약해석 규칙은 제33조(2 또는 그 이상의 언어가 정본인 조약의 해석)를 포함하나 이 글에서는 제33조의 문제를 다루지 않는다.

에 대한 경험과 인식을 바탕으로 개발되었으며,⁴⁾ 이후 Grotius와 Vattel 등에 의한 서양 근세 국제법 이론의 전개와 함께 조약해석 규칙의 체계화 움직임으로 이어졌다. 다채로운 고전적 캐논들의 집합은 20세기 초반 서양 국제법학계의 논의에서 살아남지 못하고 일부 명제만이 새로운 담론 형성과정에서 주요 요소로 자리잡게 된다. 이후 상설국제사법재판소 (PCIJ)는 일련의 사건들을 통해 점차 현대적 조약해석규칙의 요소들을 식별, 정립해나가기 시작하였다. PCIJ를 포함한 당시의 국제판례와 학설을 종합하여 조약규칙의 성문화를 시도한 Harvard Research의 접근법은 “목적” 또는 당사자의 “의도”라는 요소가 텍스트 자체에 우선해야한다는 강력한 믿음이 논의의 한축을 차지하고 있었음을 보여준다.⁵⁾ 텍스트와 준비문서의 관계 등에 대한 PCIJ의 판례법은 초기 ICJ 권고적 의견들에 의한 변형 또는 추상화 과정을 통해 ICJ의 판례법으로 자연스럽게 전환되었다. ICJ는 텍스트 중심주의와 자연스러운 통상의미를 조약해석의 당연한 1차적 규칙으로 받아들이는 듯한 모습을 보이는 한편, PCIJ 판례법의 틀에 대한 수용적 태도를 바탕으로 준비문서에 접근하였다. 그러나 해석규칙 자체를 정식화하려는 시도 또는 텍스트와 여타 요소(준비문서 등)에 대한 관계를 보다 체계적인 규칙 담론으로 구성하려는 시도는 이후 ILC의 몫으로 남겨졌다.

2. 비엔나 조약법협약의 채택

가. ILC의 조약해석규칙 성문화 작업

ILC는 본격적 활동을 개시한 1949년 첫 세션에서부터 조약법의 성문화 작업에 우선순위를 부여하였다. 조약법의 여러 쟁점들 중 조약해석 문제는 마지막 특별보고자 Humphrey Waldock의 제3차 보고서(1964년)에서 처음 다루어졌다. 특별보고자는 조약해석 문제에 대한 학자들의 접근법이 서로 너무나 다르기 때문에 이 작업이 ILC를 커다란 곤경에 빠뜨릴 수 있다고 경고하기도 하였다.⁶⁾ 그러나 해석규칙 형성의 타당성이나 가능성 자체에 대한 초기 우려에도 불구하고 Waldock의 초안에 대한 ILC 위원들의 만족감으로 인해 성문화의 전망

3) 캐논은 법언, 법격언 등으로 주로 번역되며 고전적 규칙, 전범, 정전 등의 의미도 지닌다. 여기서는 원래 용어의 복합적인 뉘앙스를 살리는 차원에서 캐논이라는 단어를 그대로 사용하였다.

4) David J. Bederman, *Classical Canons: Rhetoric, Classicism and Treaty Interpretation* (Ashgate, 2001), p.2.

5) Harvard Research in International Law, “Harvard Draft Convention on the Law of Treaties”, *Supplement to the American Journal of International Law*, Vol. 29 (1935), pp.947-951.

6) Yearbook of the International Law Commission 1964, Vol. I, pp.21-23.

에 대한 긍정적 의견이 확산된 것으로 보인다. Waldock의 제3차 보고서 내용, 그 보고서에 대한 ILC 위원들의 토론 내용(1964년 제16차 회기), 이 논의를 종합한 ILC 보고서(1964년)와 이에 대한 국가들의 논평, 이후 이를 바탕으로 조약해석 조항을 다시 다룬 Waldock의 제6차 보고서 및 이에 대한 ILC 위원들의 토론(1966년 제18차 회기)과 ILC 보고서(1966년)는 조약해석 규칙과 준비문서의 지위·역할에 대한 거의 모든 핵심 논점을 포괄하고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 이러한 논의 결과 비엔나 조약법협약 초안이 마련되었으며 1968-69년간 개최된 비엔나 조약법회의에서 현재 우리가 갖고 있는 그 조약해석 규칙이 확정되었다.⁷⁾ 이 과정에서 미국측이 제시한 수정안과 미측을 대표하여 나선 Myres McDougal의 비엔나 규칙 비판론은 비록 다수국의 지지를 얻는 데에는 실패하였으나 준비문서의 중요성과 특수한 역할에 대한 논의를 부각시켜 주었다.⁸⁾

나. 조약해석 학파들의 타협과 융합으로서의 비엔나 규칙

비엔나 규칙은 전통적인 조약해석 학파들의 상이한 견해와 관점을 타협 또는 융합해낸 결과물이다.⁹⁾ 비엔나 규칙은 기존 조약해석 학설(텍스트주의, 목적주의, 의도주의) 간의 실제적 또는 가상적 대립을 적어도 조약해석분쟁의 실질적 해결이라는 관점에서는 종료시키는 계기를 제공하였다. 텍스트 중심주의에서 출발하는 듯했던 Waldock의 초안이 이러한 융화 및 통합으로 귀결하게 된 이유 중 하나로 각 핵심 요소들의 작동이 실제로는 서로 상충하지 않고 일치된 해석결과를 도출해낸다는 내재적 가정을 들 수 있다. 편의상 이를 ‘동일성 추정’이라고 부르도록 한다. 제31조는 통상적 의미와 목적 등을 일반규칙에 함께 포함시킴으로써 통상적 의미와 목적이 상충하지 않는다는 전제를 반영하고 있다. ILC는 이러한 제31조의 요소들이 상호 위계질서가 없는 하나의 통합된 체제를 구성한다는 점을 명확히 하였다.¹⁰⁾ 나아가, 비엔나 규칙 체제의 기본적 전제로서 ‘통상적 의미’와 ‘의도’ 간 동일성의 추정이 제시되었음을 주목할 필요가 있다. Waldock은 “텍스트는 당사자 의도의 진정한 표현으로 추정되어야 한다”라고 명시하였다.¹¹⁾ 통상적으로 Waldock의 이 서술은 텍스트 중

7) United Nations Conference on the Law of Treaties, First session, Vienna, 26 March - 24 May 1968, Official Records, Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.39/11) (이하 “Summary Records”) 참조.

8) Myres McDougal, Harold Lasswell and James Miller, *The Interpretation of International Agreements and World Public Order: Principles of Content and Procedure* (New Haven Press, 1994), pp.419-442 참조.

9) Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge University Press, 2013), p.206.

10) Report of the International Law Commission on the Work of its Eighteenth Session, 4 May - 19 July 1966, p.219.

심주의의 표명으로 이해되고 있다. 그러나 이는 결국 텍스트와 의도를 등치시킴으로써 의도의 존재를 조약해석규칙 체제 내에서 타협적으로 수용한 것이라고 해석해 볼 수 있다. 전통적인 해석학과 간의 대립을 종결시켰다는 관념은 실제 그러한 학파의 핵심 강령들을 유연한 지침의 체계 속에서 타협적으로 존속시켜낸 경과와 결과를 표현하는 것에 다름 아니다. ILC는 목적-텍스트-의도라는 3개 조약해석 학파의 핵심 요소들을 통합적으로 규칙화하였으며, 동일성 추정에 입각한 학설대립 문제의 해소는 비엔나 규칙의 유연성에 결정적으로 기여한다.

3. ICJ의 비엔나 규칙 적용

가. 비엔나 규칙의 수용 과정

비엔나 조약법협약이 발효된 1980년 이후 이 협약 당사국간 조약의 해석에는 비엔나 규칙 체제가 적용된다. 오늘날 비엔나 규칙은 국제관습법의 지위를 갖는 것으로 평가되고 있으며 협약의 당사국 여부와 상관없이 국가간 모든 조약 해석에는 이 규칙이 적용될 수 있는 것으로 이해된다.

비엔나 규칙의 국제관습법적 지위를 공식 확인한 것은 ICJ라고 할 수 있으나 1990년대 초반에 이르기까지 ICJ가 비엔나 규칙을 적극 원용한 사례를 찾기는 어렵다. 조약해석을 위해 ‘국제관습법으로서의 비엔나 규칙’을 원용하는 태도는 1990년대 이후에서야 본격화되기 시작한다.¹²⁾ 리비아-차드 간 영토분쟁 사건(1994년)은 제31조를 조약해석의 직접적 출발점으로 삼으면서 이 조항이 국제관습법의 반영임을 최초로 명확히 선언하였다.¹³⁾ 이 판결은 ICJ 판례법에서 비엔나 규칙의 국제관습법 반영 선언의 원점이라고 할 수 있다. ICJ는 *Ligitan/Sipadan* 사건(2002년)부터 제31조와 제32조를 모두 국제관습법의 반영으로 확정짓고 비엔나 규칙의 구조를 충실히 적용하는 모습을 보이기 시작한다.¹⁴⁾ 비엔나 규칙의 명시적 원용 여부와 국제관습법적 지위의 명시적이고 온전한 확인이라는 기준에 비추어, ICJ는 초

11) Yearbook of the International Law Commission 1964, Vol. II, p.56.

12) ICJ 다수의견이 비엔나 규칙을 명시적으로 그리고 실질적으로 원용한 첫 사례는 기니비사우와 세네갈 간 ‘1989년 중재판정’ 사건(1991년)이다. Hugh Thirlway, *The Law and Procedure of the International Court of Justice - Fifty Years of Jurisprudence*, Vol. II (Oxford University Press, 2013), p.1234. ICJ는 제31조와 제32조가 “여러 면에서 현행 국제관습법의 성문화로 간주될 수도 있을 것”이라고 판시한다. *Arbitral Award of 31 July 1989, Judgment*, I.C.J. Reports 1991, p.53, p.70.

13) *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p.21.

14) *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p.625.

기의 외면과 소극적 태도를 지나 1990년대 이후 다소 혼란스러우면서도 점진적인 수용의 모습을 보인 것이다. 이어 21세기에 접어들면서 비엔나 규칙의 적용은 유형화되는 양상을 보인다.

나. 비엔나 규칙의 유형화된 적용

21세기 이후 ICJ에 의한 비엔나 규칙의 적용 양상은 다음과 같이 요약될 수 있다.¹⁵⁾ 우선, 그 앞선 시기의 불분명한 태도와 달리 조약해석 작업은 비엔나 조약법협약 제31조와 제32조가 모두 국제관습법의 반영임을 확인하는 데서 출발한다.¹⁶⁾ 또한 준비문서를 포함한 비엔나 규칙의 주요 요소들이 병렬적·순차적 과정 속에 배치되어 일관된 해석결과를 반복적으로 확인하는 접근법이 정착되었다. 즉, 텍스트의 통상적 의미, 문맥, 목적, 추후관행, 준비문서 등에 대해 각각 차례대로 살펴보면서 그 모든 요소들마다 동일한 해석이 반복적으로 도출됨을 보여주는 논증 형식인 것이다. ICJ는 종종 보충적 수단의 검토 불필요성에 대한 립서비스 성격의 언급을 하기도 하나, 통상적으로 제31조와 제32조의 위계적 관계 문제에 대한 별다른 거론없이 ‘선례를 감안’하거나 ‘당사국들이 준비문서에 근거한 주장을 제기 하였음을 감안’한다면서 준비문서를 자연스러운 해석과정의 온전한 일부로 편입하였다.¹⁷⁾ ICJ가 준비문서를 검토한 이러한 사례들 중 제31조의 요소들에 근거한 해석 결론과 상이하거나 상충되는 결론이 도출된 사례는 없다.¹⁸⁾ ILC는 비엔나 규칙의 성안 과정에서 “도가니(crucible)”의 비유를 제시한바 있다. 모든 해석요소들이 커다란 도가니에 섞인 후 그 결과로서 조약해석 결론이 도출된다는 취지로서, 전체 해석과정이 하나의 단일한 작업 과정이라

15) *Ligitan/Sipadan* 사건(2002년)에서부터 비엔나 규칙의 2개 조항을 모두 국제관습법 반영이라고 명시적으로 확인한다는 점에서 이를 본격적인 유형화된 적용의 출발점으로 볼 수 있으나. 그 직전의 *Kasikili/Sedudu 섬* 사건(1999년)과 *LaGrand* 사건(2001년) 역시 2002년 이후 정착된 유형화된 비엔나 규칙 적용과 어느 정도 유사한 양태를 보이고 있다.

16) *Ligitan/Sipadan* 사건(2002년), *Avena* 사건(2004년), *제노사이드협약 적용* 사건(2007년), *형사공조* 사건(2008년), *항행권리* 사건(2009년), *해양분쟁* 사건(2004년), *대륙붕경계획정* 사건(2016년), *면제 및 형사절차* 사건(2018년), *Jadhve* 사건(2019년), *테러재정지원금지협약 및 인종차별철폐협약* 사건(2019년), *인종차별철폐협약* 사건(2021년) 참조. *테러재정지원금지협약 및 인종차별철폐협약* 사건(2019년) 등 일부 판례에서는 제33조까지 국제관습법의 반영이라고 판시한다.

17) *LaGrand* 사건(2001년), *Ligitan/Sipadan* 사건(2002년), *인종차별철폐협약* 사건(2011년), *해양분쟁* 사건(2014년), *Jadhve* 사건(2019년), *테러재정지원금지협약 및 인종차별철폐협약* 사건(2019년), *인종차별철폐협약* 사건(2021년) 등 참조. 보충적 수단 검토의 불필요성에 대한 별도 언급없이 제31조 기본규칙의 요소들과 병렬적으로 준비문서를 검토한 사례들로는 *제노사이드협약 적용* 사건(2007년), *흑해 해양경계획정* 사건(2009년), *제노사이드협약 적용* 사건(2015년), *면제 및 형사절차* 사건(2018년) 등이 있다.

18) 다만, 준비문서 검토가 텍스트 중심 해석결론을 적극적으로 확인하는 대신 ‘상이한 결과를 보여주지 않는다’거나 ‘배제하지 않는다’는 취지의 결론을 도출하는 사례는 있다. *인종차별철폐협약* 사건(2011년), *흑해 경계획정* 사건(2009년), *LaGrand* 사건(2001년) 등 참조.

는 점을 강조한 것이었다.¹⁹⁾ 그러나 이 비유 자체는 새롭게 성문화되는 조약해석 규칙이 구체적으로 어떻게 작동할 것인지에 대한 직접적인 해답을 제시하지는 않았다. ICJ의 판례를 통해 비로소 도가니의 비유가 현실적으로 그 모습을 드러낼 수 있었다. ICJ는 통상적 의미, 문맥, 목적, 추후관행 그리고 준비문서 등 주요 해석 요소들을 병렬적·순차적인 과정 속에 배치함으로써 매 단계 해석 요소에 의해 도출되는 동일한 해석 결론이 누적적으로 중복 확인되는 해석방식을 비엔나 규칙의 구체적인 적용방식으로 유형화한 것이다.

Ⅲ. 비엔나 규칙의 규범적 성격과 준비문서의 실질적 지위

1. 비엔나 규칙의 규범적 성격

가. 통상적 서사에 대한 재검토

비엔나 조약법협약 제31조와 제32조가 국제관습법의 반영이라는 ICJ의 선언은 조약해석 규칙의 선형적 발전에 대한 관념을 드러낸다. 제31조와 제32조는 적어도 20세기 초 또는 그 이전부터 오랜 시간동안 국제법의 일부로 인정되어오던 규칙들을 보다 정돈된 형태로 성문화한 것이며 이후 국제사회의 꾸준한 적용을 통해 보다 확고한 국제관습법으로 정립되었다는 인식이 반영되어 있다. 이것을 비엔나 규칙의 ‘통상적 서사’라고 부르도록 한다. PCIJ의 판례법에서 텍스트 중심 해석과 준비문서의 관계 등에 대한 일관된 “관행”과 “규칙”이 형성되었고, ICJ가 초기 판례부터 PCIJ의 판례 원칙을 승계하였으며, ILC는 PCIJ와 ICJ의 판례로부터 조약해석 규칙을 추출함으로써 PCIJ와 ICJ의 연속성을 성문화된 비엔나 규칙 체제로 연결시켰다.²⁰⁾ 이후 ICJ가 특정 시점 이후부터 비엔나 규칙을 국제관습법으로

19) Yearbook of the International Law Commission 1966, Volume II, p.95.

20) ILC의 작업 결과물인 비엔나 규칙이 기존 국제관습법의 성문화인지 또는 새로운 국제법 규칙의 형성인지에 대해서는 이견이 존재한다. 기존 국제관습법의 성문화라는 학설은 Paul Reuter, *La Convention de Vienne du 29 Mai 1969 sur le Droit des Traités* (Colin, 1970), p.7; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (Manchester University Press, 1984), p.153; Luigi Sbolci, “Supplementary Means of Interpretation”, in Enzo Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties: Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011), p.148 등 참조. 그러나 기존 국제관습법의 반영이 아니라 새로운 법규칙의 (점진적) 발전으로 이해하는 학설이 다수설인 것으로 보인다. Yves le Bouthiller, “Article 32”, in Olivier Clortén and Puierré Klien (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford University Press, 2006), p.843; Enzo Cannizzaro, “Preface”, in Enzo Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties: Beyond the Vienna Convention* (Oxford University Press, 2011), p.v.; Mark Villiger, “The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The ‘Crucible’ Intended by the International Law Commission”, in Enzo Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties: Beyond the Vienna Convention* (Oxford

확인하고 이에 대한 유형화된 적용을 정착시킴으로써 PCIJ → ICJ → ILC → ICJ의 순차적이고 연속적인 승계 및 수용·확인의 서사가 완성된다. 이러한 서사에 있어서 실제 출발점에 놓여있는 PCIJ 초기 판례들과 완성 지점을 구성하는 ICJ 판례들의 상세 내용이 완전히 동일하지는 않으나 이러한 판례상 연속성과 일관성은 조약해석 규칙의 매끄러운 선형적 발전을 표상하게 된다.

그러나 20세기 전반의 조약해석 규칙 정식화 시도와 비엔나 규칙의 태동 및 ICJ의 비엔나 규칙 수용 등 일련의 전개를 계기별로 보다 상세히 살펴보는 과정에서, 통상적 서사가 시사하는 바와 달리 현대적 조약해석 규칙의 형성 경과에는 불연속성 또는 서사와 실제 간의 괴리가 발견된다.

우선, PCIJ는 텍스트의 명백한 통상적 의미와 준비문서 활용 관계에 대해 세부적 의미와 취지가 동일하지 않은 명제들을 연이어 제시하는 과정을 거치면서 때로는 부정확하고 불완전한 논증에 기반한 자기 판례의 원용을 통해 자체적인 ‘규칙’과 ‘관행’의 관념을 만들어내었다. 즉, PCIJ는 텍스트가 명확하면 준비문서가 필요없다고 선언한 사건에서조차 텍스트의 명확성을 부인하지 않으면서 준비문서를 살펴보았으며, 연속적인 선례의 원용을 통한 조약해석의 “규칙” 또는 “관행”의 존재 확인에 있어서도 다소 정교하지 못하고 일관성이 부족한 양상을 보이기도 하였다.²¹⁾ 초기 ICJ 판례는 PCIJ의 전통을 받아들인다고 천명하였으나 PCIJ의 각 사건 판시들이 갖고 있던 개별적 함의나 상이한 맥락 등은 ICJ의 다소 포괄적인 판시들 속에서 명확히 조명되지 않았다. 예컨대, PCIJ 자체의 규칙 또는 관행 정립 과정에 담긴 불일치에 대해서는 상세한 주의가 기울여진 바 없었으며, 준비문서 활용의 (‘불요’가 아닌) ‘불허’ 사유를 정면으로 다룬 PCIJ 선례는 없었음에도 불구하고 PCIJ 판례를 근거로 준비문서 활용 ‘불허’ 판시가 제시되기도 하였다.²²⁾ ILC는 PCIJ와 ICJ 판례의 선택적 원용을 통해 상이한 조약해석학파의 핵심적 요소들을 통합·융합함으로써 비엔나 규칙에 유연성과 탄력성을 부여하였다. ICJ는 이러한 비엔나 규칙의 존재를 상당기간 외면하였다. 그러나 1994년을 기점으로 갑작스러운 국제관습법 반영 선언 및 자기 판례의 누적 반복과 유형화된

University Press, 2011), p.117; Georg Schwarzenberger, “Myths and Realities of Treaty Interpretation: Articles 27 - 29 of the Vienna Draft Convention on the Law of Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 9 (1968) p.1 등 참조.

21) 예컨대, Lotus 사건(1927년)에서는 선례(“앞선 판결과 의견”)를 근거로 언급하며 ‘텍스트가 명확할 경우 준비문서를 참조할 필요가 없다’는 취지의 판시를 제시하였으나, 실제로는 준비문서를 검토한다. 여기서 “앞선 판결과 의견”이라는 문구는 사실과 부합하지 않는 틀린 서술이다. 등대 사건(1934년)은 텍스트의 불명확성으로 인해 준비문서를 검토하게 되는데 이러한 검토를 PCIJ의 “관행”이라고 불렀으나, 텍스트의 불명확성에 기인한 준비문서 검토 사례는 단저히 영토내 폴란드 국민 대우 사건(1932년)뿐이었으므로 관행이라는 성격규정이 타당하다고 보기 어려운 측면이 있다. 사실 단저히 영토내 폴란드 국민 대우 사건의 준비문서 관련 판시와 등대 사건의 준비문서 관련 판시가 정확히 동일한 취지라고 보기도 어렵다.

22) 예를 들어, Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p.4 참조.

비엔나 규칙 적용 등을 통해 일관성에 근거한 통상적 서사를 형성해왔다. 이 과정에서 비엔나 규칙이 국제관습법의 반영이라는 선언에는 아무런 논거나 논증이 제시되지 않았다.²³⁾

통상적 서사의 맞고 틀림 또는 옳고 그름이 중요한 것이 아니다. 여기서 초점은 비엔나 규칙의 형성과 실체적 적용양상이나 존재양상을 확인하여 준비문서를 포함한 다양한 해석 요소들의 관계 및 현대 국제법상 조약해석 방식에 대한 보다 입체적이고 현실적인 이해를 도모하는 것이다. 특히, 통상적 서사의 핵심적 요소 중 하나가 비엔나 규칙의 일관성과 연속성에 기반한 ‘국제관습법’ 반영의 확인이라는 점에서 이를 비판적으로 재검토해볼 필요가 있다.

나. ICJ의 국제관습법 반영 선언에 대한 비판적 검토

비엔나 규칙의 국제관습법적 성격에 대한 ICJ의 명확한 판례에도 불구하고 비엔나 규칙의 통상적 서사 정립과정과 비엔나 규칙의 실체적 존재양상 등에 대해 숙고해볼 때 이 규칙이 20세기 중반 이후 국제관습법화되었다는 명제, 또는 비엔나 규칙이 국제관습법의 반영이라는 현재의 전제 자체가 과연 온전히 타당한가에 대해 보다 근본적으로 의문을 제기하지 않을 수 없다. ICJ의 권위에 기댄 ‘단언’ 외에 국제관습법 반영 명제를 뒷받침할 수 있는 다른 논거나 규범적·이론적 근거가 없다면 국제관습법의 형성 또는 확인 방법론이라는 조금 더 큰 맥락에서 이 문제를 살펴보아야 한다. 즉, ICJ의 국제관습법 확인 방법론 자체를 생각해볼 필요가 있는 것이다. ICJ의 국제관습법 확인에 대한 그간의 여러 논의에 비추어, 아무런 논거나 논증 제시도 없는 ICJ의 국제관습법 ‘단언’이 재판불능(non liquet)의 가능성을 차단하고 국제재판기구의 불가피한 규범적 기능 수행을 위해 요구되는 필수적인 전략적 반응으로 일견 이해될 수는 있다.²⁴⁾ 그러나 비엔나 조약해석 규칙의 경우 그러한 선행에도 한계가 있음을 지적하지 않을 수 없다. 조약해석 규칙은 국제관습법이 아닌 보다 낮은 수준의 다른 규범적 형태(예컨대 법의 일반원칙)로 제시되더라도 조약해석 분쟁의 해

23) 통상적 서사에 대한 비판적 검토는 주로 PCIJ와 ICJ의 조약해석 관련 판례의 분석에 근거한다. 여타 국제재판기구(특히, 지역인권재판소) 판례가 갖는 함의에 대해서는 별도 검토가 필요하다(후술 참조).

24) ICJ의 국제관습법 확인 문제에 대한 여러 논의 중 예를 들어 Talmon은 ICJ의 국제관습법 확인 양태를 귀납적 방법과 연역적 방법의 관점에서 평가하면서 ICJ가 실제로는 귀납이나 연역보다는 일방적 선언(단언)에 의해 국제관습법을 확인해왔다고 지적한다. 그는 ICJ의 이러한 국제관습법 단언이 사법적 입법(judicial legislation)의 통로가 될 것이며 ICJ 재판관들조차도 이를 종종 비판했다는 사실을 상기하면서도, ICJ가 재판불능에 빠지지 않도록 하기 위해 국가들이 어쩔수 없이 치러야 하는 대가와 같은 것이라고 평가한다. Stefan Talmon, “Determining Customary International Law: The ICJ’s Methodology between Induction, Deduction and Assertion”, *European Journal of International Law*, Vol.26, No.2 (2015), pp.434-443.

결에 큰 어려움이 없을 것이기 때문이다. 어찌되었든 ICJ의 국제관습법 반영 확인·선언은 비엔나 규칙의 규범으로서의 성격 규명 문제의 종결이 될 수 없다.

다. “지침”으로서의 비엔나 규칙

20세기 초반 이후 조약해석 담론에서 반복적으로 드러나는 관념 중 하나는 국가/재판소의 필연적인 해석 재량과 이를 돕는 지침(guide)으로서의 해석 원칙이다. 20세기 초반 서구 학계의 조약해석 규칙에 대한 논의,²⁵⁾ ILC 내부의 비엔나 규칙 초안 논의,²⁶⁾ ILC 초안에 대한 국가들의 반응²⁷⁾ 그리고 주요 현대 학자들의 비엔나 규칙에 대한 논평²⁸⁾ 등에서 조약해석 규칙이 실제로는 지침으로서의 성격을 갖는다는 점이 반복적으로 제시되어왔다. ILC 논의의 기초를 처음부터 규정한 “해석은 정확한 과학이 아니라 어느 정도는 예술”이라는 언명은 ‘규칙’이 될 수 없는 조약해석 규칙 조항의 성격을 상징적으로 보여준다.²⁹⁾ 아울러, 조약해석이라는 본질적으로 재량적이고 유동적인 행위는 법적 규칙의 관념으로 포섭될 수 없으며 조약해석 규칙을 유의미하게 위반하여 국가책임을 유발하는 것은 불가능하므로 이를 국제관습법이라는 법적 규칙으로 볼 수 없다는 점도 지적된바 있다.³⁰⁾ 비엔나 조약법 협약 제31조에서 사용된 의무적 성격의 표현(“shall”)은 신의성실이라는 조약법의 대원칙을 강조하기 위한 것으로 이해된다.³¹⁾ 즉, 비엔나 규칙은 국제관습법으로 대변되는 ‘법규칙’이라기 보다는 신의성실이라는 구속적 원칙을 중심으로 하는 유연하고 실용적인 해석의 ‘지침’으로 존재한다고 볼 수 있다.

25) 예를 들어, John Westlake, *International Law* (Cambridge University Press, 1910), pp. 293-294; Charles Hyde, “Concerning the Interpretation of Treaties”, *American Journal of International Law*, Vol. 3, No. 1 (Jan., 1909), p.61; Harvard Research, *supra* note 5, pp.946-947; Gardiner, *supra* note 1, p.66 등 참조.

26) Yearbook of the International Law Commission 1966, Vol. I, pp.196-197; Yearbook of the International Law Commission 1966, Volume II, p.94 등 참조.

27) Yearbook of the International Law Commission 1966, Volume II, p.93; Summary Records, p.172 등 참조.

28) Gardiner, *supra* note 1, p.40, p.77; Sinclair, *supra* note 20, p.153; Isabelle Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body* (Oxford University Press, 2009), p.56; Liliana Popa, *Patterns of Treaty Interpretation as Anti-Fragmentation Tools: A Comparative Analysis with a Special Focus on the ECtHR, WTO and ICJ* (Springer, 2018), p.210 등 참조.

29) Yearbook of the International Law Commission 1964, Vol. II, p.54.

30) Jan Klabbbers, “International Legal Histories: The Declining Importance of the Travaux Préparatoires in Treaty Interpretation”, *Netherlands International Law Review* (2003), p.272.

31) ILC Yearbook 1966, Vol. I, pp.198-200 참조.

2. 비엔나 규칙의 위계적 구조 문제

비엔나 규칙이 실질적으로는 유연하고 실용적인 지침 또는 가이드로 존재하고 적용된다면 전제하에, 비엔나 규칙의 위계적 구조 문제를 보다 현실적으로 살펴볼 수 있다. 즉, 준비문서를 보충적·보조적·부수적·종속적 지위에 한정하는 듯한 비엔나 규칙의 위계적 체제가 실질적인 조약해석에서는 어떻게 구현되는지의 문제다. 비엔나 규칙을 엄격한 법규칙으로만 본다면 법규칙의 체계를 벗어난 부수적 요소의 과도한 사용은 필연적으로 법규칙의 “위반” 문제를 야기한다. 그러나 비엔나 규칙의 지침으로서의 성격을 전제로 그러한 법적 위반 문제의 발생보다는 위계적 구조를 규정하는 실체적 배경과 맥락, 또는 비엔나 규칙의 실질적 적용에 대한 문제가 더욱 의미있는 검토의 대상이 될 수 있다. 이러한 비엔나 규칙의 위계적 구조에 대한 검토는 준비문서의 실질적 지위를 파악하기 위한 선결적 쟁점이라고 할 수 있다.

가. 비엔나 규칙 2개 조항의 관계에 대한 학술적 담론

제31조와 제32조의 형식적 체제와 문언에 비추어, 명확하고 엄격한 위계적 구조와 우선순위의 질서가 구축되어 있는 것으로 보이는 점은 부인할 수 없다. Harvard Research 초안이나 비엔나 조약법회의 당시 제기된 일부 수정안처럼 단일조항내 해석요소 열거형 문안과 비교해보면 비엔나 규칙의 위계적 외관은 더욱 자명해진다. 그런데 ILC 내부 논의 과정에서 이루어진 2개 조항의 위계적 구조를 둘러싼 논의, 위계적 구조 비판론에 대한 통설적 반박에서 두드러지는 논리 등을 살펴보면 실제 그러한 위계적 외관이 현실적으로 관철되는지에 대해 의문이 생긴다. ILC 논의 전반에 있어서 준비문서는 결코 우선적 지위를 부여받을 수 없으나 절대 부차적인 것도 아니라는 인식이 일관되게 드러났다.³²⁾ 2개 조항 체제의 우선순위와 위계적 관계에 대한 양가적 태도는 서구 학계의 대표적인 비엔나 조약법협약 관련 논평에서도 찾을 수 있다. 명백하게 위계적 우선순위 구조로 의도되고 설정된 제31조와 제32조의 관계를 정당화하는 가장 강력한 옹호론은 이것이 그 외관과 달리 엄격한 위계적 질서를 반영하거나 의도하지 않는다는 것이다.³³⁾ 이러한 옹호론은 준비문서를 부차적

32) Yearbook of the International Law Commission 1966, Volume I, p.186, p.201; Yearbook of the International Law Commission 1966, Volume II, p.99; Julian Mortenson, “The Travaux of Travaux: Is the Vienna Convention Hostile to Drafting History?”, *American Journal of International Law*, Vol. 107 (2013), p.802.

요소로 확정지으려는 의도와 준비문서를 전면적으로 허용하려는 의도 사이에서 지속적인 동요와 불확정성을 드러낸다. McDougal의 비엔나 규칙 2개 조항 구조 비판론에 대한 주류 학설의 반박도 그의 준비문서 중시론이 틀렸다는 것이 아니라 비엔나 규칙이 준비문서를 충분히 중시하고 있다는 점을 강조하고 있다.³⁴⁾ 결국 양자간 수렴의 양상이 보인다. 전체적으로 학설적 인식의 지평에서 비엔나 위계구조가 부인 또는 해체되는 경향을 발견할 수 있다. 통설적 입장이 비엔나 규칙의 위계적 외관을 이론적으로 끝까지 관철하기 어려웠다고 볼 수도 있는 것이다. 비엔나 규칙의 원래 내용 자체가 위계적 질서의 구축과는 전혀 무관하다는 주장도 있는데,³⁵⁾ 이는 비엔나 규칙의 너무나 자명한 외면적, 형식적 위계질서를 마치 존재하지 않는 듯 전제하고 있어 수긍하기 어렵다. 그러나 비엔나 규칙이 준비문서의 활용에 결코 적대적이지 않으며 준비문서 본연의 위치를 잡아준 것이라는 주장을 제시하고 있다는 점에서 비엔나 규칙의 실질적 적용양상과 부합하는 측면이 있다.

나. 현실적 관행 차원의 접근

경험적으로 말하자면 모든 (조약을 해석하는) 사람은 준비문서를 본다. 어떤 식으로든 조약의 해석이라는 문제를 진지하게 검토해보았다면 이러한 관찰은 호소력을 갖는다. 이러한 직관적 또는 주관적 평가를 벗어나 실제 관찰가능한 비엔나 규칙의 적용양태로서 ICJ의 현대적인 비엔나 규칙 적용 사례를 상기해볼 수 있다. ICJ의 현대적 판례에서 비엔나 규칙은 준비문서의 활용을 억제하거나 감소시키지 못하며 사실상 순차적이고 병렬적인 방식으로 모든 요소들을 배치, 동원하는 체제로 적용되고 있다. ICJ는 굳이 제32조에서 언급되는 “확인”이라는 명분을 명시적으로 거론하지 않으면서도 준비문서를 당연히 적용해야 할 요소로 취급하는 모습을 보였다. 비엔나 규칙의 유형화된 적용 구조를 보여주는 일련의 ICJ 사례들은 거의 대부분 준비문서를 사실상 동등한 해석의 체크리스트로 간주하고 있다. 이러한 ICJ 판례의 접근법을 근거로 ICJ가 채택하고 있는 조약해석 일반 규칙을 역으로 추출하는 상황을 가정해본다면, (현재의 비엔나 규칙과 같은 2개 조항의 위계적 규칙이 아니라) 주요 해석 요소들의 순차적, 병렬적 배치에 상응하는 단일하고 총체적인 형식의 규칙이 도출될 것으로 예상할 수 있다.³⁶⁾

33) Sinclair, *supra* note 20, p.141, pp.115-117.

34) Gardiner, *supra* note 1, pp.349-350.

35) Mortenson, *supra* note 32, p.781.

3. 준비문서의 실질적 지위

가. 준비문서의 사실상 동등성

지금까지 살펴본 비엔나 조약해석 규칙의 형성과 지위 및 그 형식적 외관과 실제적 존재의 간극에 대한 모든 논의는 준비문서의 ‘사실상 동등성’에 대한 결론적 명제로 이어진다. 이는 규범적 또는 당위적 동등성이 아니라 실질적이고 현실적인 적용양상 또는 존재양상으로서의 사실상 동등성을 의미한다.

제31조와 제32조의 국제관습법 명명에 있어서 존재하는 시차는 제32조에 대한 명백한 차별적 접근을 보여주었다. 그러나 제31조와 제32조가 공히 국제관습법의 반영으로 선언된 이후 비엔나 규칙의 수용이 유형화되면서 준비문서는 병렬적이고 순차적인 적용 또는 검토의 대상으로 제시되기 시작하였다. 비엔나 규칙 문언상 제32조는 제31조 해석결과가 애매 모호하거나 불합리한 경우에조차 반드시 적용해야 할 의무조항이 아님에도 불구하고 사실상 거의 필수적인 요소로 동원되고 있다. 텍스트 해석의 명확하고 합리적인 결과가 준비문서 검토의 필요성을 제거한다는 전제에 입각한 과거의 접근법은 이제 더 이상 ICJ 판례법상 주류적 태도라고 보기 어렵다.³⁷⁾ ICJ는 준비문서의 검토를 사실상 정규적인 관행으로서 실행하고 있다. ICJ가 거의 모든 경우에 준비문서를 참조하는 양태는 사실상 제32조의 ‘조건’을 사문화시키는 것이며, 준비문서에 대한 검토 생략이 판결의 정당성이나 신뢰성에 대한 의심을 야기할 수도 있다는 비판까지 제기되었다.³⁸⁾ 이러한 맥락에서 현실의 국제재판이 비엔나 규칙을 따르지 않는다는 단면적 평가가 아니라 비엔나 규칙의 규범적 실체와 존재양상에 대한 보다 근원적인 평가, 그리고 그에 근거한 준비문서의 진정한 지위와 역할에 대한 결론의 도출이 필요하다. 준비문서의 사실상 동등성은 이러한 관찰에 부합하는 결론이라고 할 수 있다.

제31조와 제32조의 문언적 핵심은 통상적 의미·문맥·목적·추후합의와 추후관행에 따른 신의성실한 해석의 의무적 적용에 이어 일정하게 규정된 목적 또는 조건 하에서 보충적 또는

36) ICJ 등 주요 국제재판소의 조약해석 방법론을 (모든 해석요소를 동원하는) 총체적(holistic) 접근법으로 평가하는 입장에서 도 이와 유사한 결론을 제시하게 될 것이다. Popa, *supra* note 28, p.253 참조.

37) 최근 제31조와 제32조의 관계를 언급한 판례들 중 우크라이나-러시아 간 사건(2019년)에서만 통상적 의미가 명확하다는 이유로 준비문서에 대한 검토가 생략되었다. 그러나 이 판결의 해석론은 여러모로 비판의 소지가 많은 것으로 보인다.

38) Thirlway, *supra* note 12, pp.1235-1255. 여기서 Thirlway는 리비아-차드 사건(1994년)과 Ligitan/Sipadan 사건(2002년)의 조약 해석론이 비엔나 규칙에 부합하지 않는다고 평가하였다.

부수적으로 준비문서의 원용이 허용된다는 것이다. 그러나 비엔나 규칙은 엄격한 법규칙의 외관이나 위계질서의 외관과 달리 실질적으로는 위계성이 소거된 하나의 유연한 지침으로서 존재하고 있다. ICJ의 유형화된 비엔나 규칙 적용은 비엔나 규칙이 의도한 통합적 작업으로서의 조약해석을 구체화하고 있는데 여기서 준비문서는 통상적 의미, 문맥, 목적, 추후 합의와 추후관행 등과 사실상 동등한 가치를 갖는 순차적 요소로서 활용되고 있다. 비엔나 규칙이라는 유연한 지침 하에서 조약해석의 본질적 재량성으로 인해 준비문서의 배제나 격하가 아닌 사실상의 동등성이 현실화된다고 말할 수도 있을 것이다.

준비문서의 사실상 동일성이 실질적으로 구현되는 원인 또는 배경은 여러 가지가 있을 수 있으나 우선적으로 국제재판 결과에 대한 설득력과 수용성 제고, 국가의 선호, 그리고 조약해석분쟁의 본질적 속성 등을 생각해볼 수 있다.

우선, 조약해석이 쟁점인 재판에서 소송서류의 일부로 준비문서가 제출되지 않는 경우는 거의 찾기 어려울 것이다. 국가간 분쟁상황에서 어느 정도 재량적이고 주관적일 수밖에 없는 조약해석이라는 행위를 통해 조약주체의 본래 의도에 가장 근접한 결과를 도출하고 당사국들을 설득시켜야 하는 국제분쟁해결기구의 입장에서 준비문서는 자연스럽게 여타 요소들과 마찬가지로 적극 검토되고 원용되어야 할 요소로 간주될 수밖에 없다.³⁹⁾ 또한, 준비문서의 부정적 속성⁴⁰⁾에 대한 비판론은 역설적으로 준비문서에 대한 국가의 선호를 설명해준다. 즉, 준비문서는 그 생산, 보유, 관리, 선별에 있어서 국가가 자유롭게 다룰 수 있는 문서들을 원천으로 하며 과거 조약체결시 의도를 가장 직접적으로 그리고 재량적으로 뒷받침해줄 수 있는 자료가 된다. 국익을 추구하는 국가의 이기적 동기가 준비문서에 대한 부정적 평가론의 근거가 되고 있다면 거꾸로 국가는 국익 확대를 추구하는 그 동일한 동기에 따라 준비문서에 대한 의존을 지속하려는 경향을 갖게 된다. 마지막으로, 조약해석 분쟁의 속성상 당사국 간 조약해석에 대한 전문적 논변이 전면 상충하는 상황에서 현실적으로 텍스트 중심 해석의 명확성을 단언하기 어렵다는 점을 생각해볼 수 있다. 국가간 조약해석 입장의 전면 상충은 그 자체로 텍스트 의미의 애매모호성을 보여주거나 준비문서 활용의 유용성을 보여주는 것이라는 주장이 실제 ICJ 소송 사례에서 제기되기도 하였다.⁴¹⁾

39) 오늘날 조약해석이 걸려있는 주권국가간 국제재판에서 준비문서가 제시되지 않는 경우를 상상하기는 어려울 것이다. 예를 들어, 카타르-UAE간 인종차별철폐협약 사건(2021년)에서 ICJ가 밝혔듯이 양국은 모두 준비문서에 근거한 상세한 논증을 제시하였다. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Judgment, 4 February 2021, p.28. 최근 감비아-미얀마 간 제노사이드협약 사건의 선결적 항변 구두심리(2022.2월)에서도 양측의 제노사이드협약 해석 논증에 준비문서가 원용되었다. ICJ 웹사이트(icj-cij.org/en/case/178) 참조.

40) 준비문서의 단점으로는 주로 불완전성, 해석상 혼란 야기 가능성, 국가의 이기적 의사 반영, 조약상 의무회피를 위한 남용 가능성, 과거지향적 해석 조장 등이 거론되어왔다.

나. 잠재적 쟁점

준비문서의 사실상 동등성 명제와 관련된 (잠재적) 쟁점으로서 비엔나 규칙에 대한 비엔나 규칙의 적용 문제(즉, 2개 조항간 관계의 “해석” 문제), 이 명제와 비엔나 규칙과의 합치(위반 여부) 문제, 텍스트 근거 해석과 준비문서 근거 해석의 상충 문제 등을 생각해볼 수 있다.

우선, 비엔나 규칙의 해석에 바로 그 해석 규칙을 적용하는 자기적용 문제를 검토해볼 수 있다. 조약 조항으로 구성된 조약해석 규칙은 스스로 해석의 대상이 된다는 점에서 일견 별도 해석규칙의 필요성 또는 순환론적 문제 등의 제기 가능성을 해볼 수 있기 때문이다.⁴²⁾ 그러나 비엔나 조약법협약이 발효되는 그 순간 협약상 해석규칙 조항에 따라 해석규칙 조항을 해석하면 될 뿐이며 조약해석 규칙 조항을 해석할 별도의 외부규칙의 (부)존재가 문제가 되지 않는다. 이와 유사한 문제로서 비엔나 규칙을 엄격한 위계구조로 평가하는 것이 일종의 역설(paradox)이라는 주장이 제기되기도 하였다.⁴³⁾ 비엔나 조약법협약의 준비문서(ILC 논의와 비엔나회의 논의)를 감안하여 제31조와 제32조를 해석하면 준비문서의 역할이 엄격하게 제약되지 않음을 알 수 있다는 지적이다. 비엔나 규칙이 준비문서를 얼마나 허용하고 있는가를 알기 위해서는 준비문서를 봐야하기 때문에 이는 순환론적 문제라는 주장도 있었다.⁴⁴⁾ 그러나 제31조와 제32조의 ‘관계’는 ‘해석’의 문제로 보기보다는 조항 간의 관계에 대한 ‘평가’라는 관점에서 보는 것이 더욱 현실적인 이해를 가능하게 할 수도 있다. 해석은 특정 문구(예를 들어, “보충적 수단”이라는 문구)의 의미에 집중하는 논변을

41) 예를 들어, ELSI 사건(1989년)에서 Schwebel 재판관은 양국의 조약해석 입장이 전면 상충하고 있는 상황이 텍스트 의미의 애매모호성을 보여주는 것이며, 나아가 서로 상대방의 해석이 불합리한 결과에 이를 것이라고 주장하고 있는 사실까지 감안하면 비엔나 조약법협약 제32조에 따른 검토가 필연적으로 요구된다고 하였다. *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989, p.15, pp.97-100 (Dissenting Opinion of Judge Schwebel)*. Sinclair는 리비아-차드 영토분쟁 사건(1994년)의 구두변론에 나서서 양 분쟁당사국들의 해석 입장이 확연하게 갈리고 있기 때문에 제32조상 보충적 수단 활용의 유용성이 자명하다고 주장하기도 하였다. 이는 비엔나 규칙의 전형적 옹호론을 저술한 학자가 실제 국제재판 현장에서 준비문서의 가치에 대해 드러낸 매우 현실적이고 실용적인 견해라는 점에서 주목할 만하다. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994, p.6, CR 93/15, Verbatim Record, 15 June 1993, p.32*.

42) 1968년 비엔나 회의에서 그리스 대표단이 이러한 자기적용 문제를 제기한바 있다. *Summary Records, p.172*.

43) Gardiner, *supra* note 1, pp.348-349. 아울러, Gardiner는 제32조상 해석수단을 수식하는 “보충적(supplementary)”이라는 단어의 해석을 시도하는데, 사전적 의미가 ‘결핍의 보충’이라는 뜻과 결핍을 전제하지 않는 ‘강화’라는 뜻을 모두 갖고 있으므로 이 표현의 의미를 확인하기 위해서는 실제 적용되는 관행을 보아야 한다고 결론내린다. p.357.

44) Herbert Briggs, “The Travaux Préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties”, *American Journal of International Law*, Vol. 65 (1971), pp.708-709. Gardiner와 Briggs의 주장은 모두 McDougal의 비엔나 규칙 비판론에 대한 반박 차원에서 제기되었다. 즉, McDougal은 비엔나 규칙이 엄격한 위계질서를 구축하여 준비문서의 활용을 부당하게 제약한다는 비판론을 전개하였는데, Gardiner나 Briggs에 의하면 실제 비엔나 규칙 형성 과정의 준비문서를 검토한 결과 비엔나 규칙상 준비문서가 제약되지 않는 것으로 해석될 수 있으므로 McDougal이 틀렸다는 주장이다.

제시하게 되나, 하나의 조약에 담긴 서로 다른 조항간의 ‘관계’는 그러한 해석보다는 실제적인 적용 양상과 상호작용, 관련 이론 등의 종합적인 평가로 확인할 수 있기 때문이다.⁴⁵⁾

또 다른 잠재적 쟁점은 준비문서를 제31조의 요소들과 동등하게 다루는 것은 결국 비엔나 규칙의 위반이 아닌가라는 질문이다. 이 질문에 대해서는 비엔나 규칙을 바라보는 상이한 관점에 따라 답이 달라질 수 있다. 비엔나 규칙이 엄격한 위계적 구조로 구성되었다는 입장에서 보면 비엔나 규칙의 위반이나 다름없다.⁴⁶⁾ 반면 비엔나 규칙의 본질적 속성상 위계구조 자체를 부인하거나 실질적으로 엄격한 위계구조가 아니라는 관점⁴⁷⁾에서 보면 준비문서의 사실상 동등성은 비엔나 규칙의 취지와 완전히 부합하는가에 대한 이견은 있을 수 있겠으나, 전반적으로 비엔나 규칙의 실제 적용 과정에서 충분히 허용되는 범위에 있는 현상이라고 말할 수 있을 것이다. 해석규칙의 본질적 속성상 국가가 비엔나 규칙을 유의미하게 위반하기는 어렵다는 논증도 제시된바 있음을 앞서 살펴보았다.⁴⁸⁾ 기본적으로 비엔나 규칙이 범위반의 문제를 수반하는 법규칙이라기 보다는 실용적이고 유연한 지침으로서 존재한다는 점을 상기해보면 법적 위반의 문제를 따지기에는 본질적인 한계가 있다. 또한, 비엔나 규칙(제32조)의 문언상 “확인”이라는 개념이 갖는 광범위한 의미를 생각해보면, 준비문서의 사실상 동등한 적용이 비엔나 규칙의 위반이라는 관점에서 평가되기는 어려울 것이다. 무엇보다도, 비엔나 조약해석 규칙의 법적 위반 문제를 가르는 핵심은 (특정 해석요소의 과다 또는 과소 사용 여부가 아니라) 신의성실 원칙의 준수라고 할 수 있다.

마지막으로, ‘텍스트 중심 해석’과 ‘준비문서에 근거한 해석’이 서로 상충하는 명확한 결론을 각각 제시하는 가상적 사례의 경우, 준비문서의 동등성이라는 명제는 어떤 함의를 갖는가라는 질문이 제기될 수 있다. 실제 이러한 질문이 비엔나 규칙의 이해에 대한 입장을 가르는 핵심적 질문이라고 보는 관점도 있다.⁴⁹⁾ 지금까지 논의한 준비문서의 사실상 동등성은 비엔나 규칙이 실제 적용 양상에 있어서 준비문서를 외관상 위계구조 하의 보충적·보

45) 예컨대, 비엔나 조약법협약 제26조(약속은 준수되어야 한다)와 제62조(사정의 근본적 변경)의 ‘관계’를 묻는다면, 해당 조항들의 실제적 내용과 그 적용, 각 개념이 갖는 고유 범리, 학술담론상 평가 등의 관점에 초점을 맞추어 설명하는 것이 보다 자연스럽다고 할 수 있다. 제26조와 제62조의 “해석”도 분명히 중요한 쟁점이 될 수 있으나 그것이 해답의 전부는 아닐 것이다. 제31조와 제32조의 관계도 마찬가지라고 할 수 있다.

46) Thirlway, *supra* note 12, pp.1235-1255.

47) Mortenson, *supra* note 32, p.781; Gardiner, *supra* note 1, pp.348-349.

48) Klabbbers, *supra* note 30, p.272.

49) Shereshevsky와 Noah는 제31조 일반규칙이 텍스트의 명확하고 합리적인 의미를 도출할 때 제32조의 보충적 수단이 상이한 의미를 지지하는 경우 조약해석을 어떻게 할 것인가라는 문제가 ‘전통적 위계질서론’과 비엔나 규칙의 위계질서를 부인하는 ‘수정주의적 접근법’을 가르는 쟁점이라고 서술한다. Shereshevsky and Noah, Yahli Shereshevsky and Tom Noah, “Does Exposure to Preparatory Work Affect Treaty Interpretation? An Experimental Study on International Law Students and Experts”, *European Journal of International Law*, Vol. 28, No. 4, p.1289.

조직·부수적·종속적 지위로 고착시키지 못한다는 점을 지적하는 명제로서 제31조와 제32조가 상충되는 상황에서 특정 해석론의 우선적 당위성을 논증하기 위한 주장이 아니다. 이것은 ICJ 판례법을 중심으로 형성된 현행 국제법 조약해석담론상 비엔나 규칙의 실질적 적용 양태에 비추어 준비문서가 사실상 동등한 요소로 간주되어 적용되고 있다는 실체적 경향과 현상을 식별하는 것이며 이를 통해 현대 조약해석규칙의 적용 속성을 관찰하고 이해하는 논리로 보아야 한다. 사실 비엔나 규칙은 이른바 ‘동일성 추정’을 통해 그러한 질문 자체를 회피한 것으로 볼 수 있다.⁵⁰⁾ 나아가, 어떤 면에서는 명확한 텍스트와 명확한 준비문서의 충돌을 가정한 질문 자체가 해석의 재량성과 주관성 그리고 구체 상황의 복잡한 맥락을 제거한 일종의 함정 질문이라고 할 수도 있다. 대부분의 경우 조약해석은 일반규칙과 보충적 수단이 제기하는 서로 상충되는 선다형 결론들로부터 특정 입장과 관점에 따라 단일 해답을 선택하는 우아하고 깔끔한 과정이 아니며, 텍스트와 준비문서 등 조약해석 요소들은 상호 연계된 검토과정에서 그 명확성과 합리성에 대한 지속적인 재검토의 과정을 겪게 될 것이다.⁵¹⁾ 따라서 그 질문은 조약해석론의 이해를 가르치는 핵심적 또는 실제적 질문이라고 보기 어렵다.⁵²⁾ 텍스트와 목적·대상이 상충하는 경우, 텍스트와 문맥 또는 텍스트와 추후관행 등이 서로 상충하는 경우에 대한 질문이 조약해석에 대한 접근법을 가르치는 핵심적 질문이 될 수 없는 것과 마찬가지로이다.

다. 사실상 동등성 명제의 한계

준비문서 자체가 해석요소로서 갖는 한계와 단점이 너무나 현저하다면 준비문서의 사실상 동등성 명제에 대해서는 일종의 당위적 반대론이 제기되어야 한다는 주장을 생각해볼

50) 동일성 추정에 대해서는 전술(II.2.나)참조.

51) ILC는 해석이 통상적 의미에서 출발하여 순차적으로 문맥, 목적, 추후관행, 준비문서 등으로 이어지는 과정으로 묘사될 수 있으나 실제 해석의 실행은 그렇게 산뜻한 합리적 방식으로 파악될 수 없다고 서술했다. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission*, 13 April 2006 (A/CN.4/L.682), pp.233-234; Mortenson은 비엔나 규칙이 위계적 구조로 되어있다는 통설이 틀린 이해보고 주장하면서 조약해석의 과정은 선형적 알고리즘이 아니라 우아하지 않은(inelegant) 재귀적(recursive) 과정에 가깝다고 평가하였다. Mortenson, *supra* note 32, p.781. Gardiner는 명확한 텍스트와 명확한 준비문서가 상충하는 경우를 실제로는 찾기 힘들며, ILC와 비엔나 조약법 회의가 그러한 질문에 대한 명확한 답을 제시한 것도 아니라고 평가하면서, 중요한 것은 비엔나 규칙의 통합적 적용과 각 증거에 부여할 적절한 비중의 문제라고 하였다. 이 역시 명확한 텍스트와 명확한 준비문서의 상충이 조약해석 규칙에 대한 접근법을 규정하는 핵심질문이 아니라는 취지로 이해될 수 있다. Gardiner, *supra* note 1, pp.372-373.

52) 이러한 관점과 별개로, Schwebel은 이 문제를 정면으로 다루면서 신의성실한 해석 및 제32조의 실효적 해석 필요성 등에 비추어 실제 텍스트의 명백한 의미에 상충하는 방식으로 준비문서가 사용될 수 있어야 한다고 지적하였다. Stephen Schwebel, *Justice in International Law: Further Selected Writings* (Cambridge University Press, 2011), pp.294-295.

수도 있다. 그러나 준비문서의 한계와 단점은 상대적인 것으로 볼 수 있으며 신의성실 원칙에 입각한 신중한 접근을 통해 상당 부분 해소 가능하다. 그럼에도 불구하고 사실상 동등성 명제는 여전히 그 나름의 한계와 제한적 성격을 갖고 있다.

우선, 이 모든 논의는 국제법 담론상 ICJ 판례의 중심성에 근거한 측면이 크다. 따라서 균형잡힌 이해와 평가를 위해서는 여타 국제재판기관의 관행이나 판례가 갖는 함의도 감안해야 한다. 유럽인권재판소와 같이 목적주의적 접근법이 현저하고 개인을 직접 당사자로 하는 국지적 협약체제의 사법적 관행 등에 있어서는 준비문서의 사실상 동등성 명제를 확인하기 어려운 측면이 있다. 아울러, 국제법 담론의 여건과 상황 변화에 따라 비엔나 규칙의 구체적 적용양상이나 이해방식에 변화가 발생한다면 결국 준비문서의 실질적 가치 역시 바뀔 수 있다. 이 명제는 불변의 법적 당위론으로 제시되는 것이 아니기 때문이다.

IV. 결론

조약해석의 유연한 지침이자 이정표로서 존재하는 비엔나 규칙의 체제 내에서 준비문서는 비엔나 규칙의 형식적 외관이 시사하는바와 달리 보충적·보조적·부차적·종속적 지위로 확정되지 않는다. 준비문서는 통상의미, 문맥, 목적 등과 사실상 동등한 가치를 갖는 순차적·병렬적 관계의 해석 요소라고 할 수 있다. 이를 가능하게 하는 실체적 배경 또는 원인으로서는 국제재판의 설득력과 수용성 문제, 준비문서에 대한 국가의 선호와 경향, 그리고 조약해석 분쟁의 속성 등을 들 수 있다. 준비문서의 여러 한계와 단점에도 불구하고 그에 상응하는 준비문서의 필요성 또는 가치로 인해 사실상의 동등성 명제가 설명될 수 있다.

이러한 명제에 대한 논의가 갖는 구체적 함의 중 하나는 조약해석 논증구조와 관련된다. 즉, ICJ와 같이 국가간 일반국제법상 분쟁에 관할권을 갖는 국제재판소에서 우세할 가능성이 높은 논증은 준비문서를 포함한 모든 해석요소들이 순차적·병렬적으로 동일한 결론을 중복 확인하는 구조의 논증이라고 할 수 있다. 아울러, 조약교섭의 현장에서 신의성실한 공동의사 창출을 보여줄 수 있는 준비문서의 형성과 확보가 중요하다는 실천적 시사점도 갖는다.

준비문서의 사실상 동등성 명제는 비엔나 규칙의 규범성에 대한 부인이나 이론적 형해화 시도가 아니다. 비엔나 규칙의 덕목은 해석주체의 재량과 주관을 합리적 정당성의 범위 내에서 통제할 수 있는 기본적 틀을 제공한다는 데 있다. 그 어떠한 위대한 조약해석의 예술

도 비엔나 규칙의 틀로 설명되지 못한다면 정당화될 수 없을 것이다. 준비문서의 실질적 지위에 대한 논의는 조약해석 방법론에 대한 보다 현실적인 이해를 증진하는 데 기여할 수 있으며, 실제 조약해석 분쟁의 예방 또는 대응이라는 실용적 차원에서도 의미를 가질 수 있다. 국가적으로 중요성을 갖는 주요 조약에 대해 설득력있는 해석론을 구축하기 위해서는 해당 조약의 텍스트와 문맥뿐만 아니라 준비문서와 같은 외생적 요소의 가치와 역할에 대해서도 동등한 관심과 주의를 기울일 필요가 있다는 점을 상기시켜주기 때문이다.

제1부 : 제2발표

국제법상 국가의 비밀 정보수집활동에 관한 규범성 연구

- 발표자: 최성규 박사 (고려대학교)
- 토론자: 김상걸 연구위원 (국가안보전략연구원)

국제법상 국가의 비밀 정보수집활동에 관한 규범성 연구*

최성규**

목 차

- I. 서론
- II. 국가의 비밀 정보수집활동 개관
 - 1. 비밀 정보수집활동의 개념
 - 2. 비밀 정보수집활동의 역사
 - 3. 비밀 정보수집활동의 방법
- III. 평시 비밀 정보수집활동에 관한 국제법
 - 1. 조약
 - 2. 국제관습법
 - 3. 학설
 - 4. 소결
- IV. 비밀 정보수집활동과 국제법질서와의 관계
 - 1. 비밀 정보수집활동에 관한 국제법규범의 모호성 이유
 - 2. 비밀 정보수집활동에 관한 법적 질서의 안정성 배경
- V. 결론

I. 서론

국가가 비밀리에 실행하는 정보수집 활동은 동서고금을 막론하고 전쟁 및 외교 행위와 함께 발전해 온 오랜 관행이다. 신뢰할만한 정보가 뒷받침되지 않을 경우 전쟁 및 외교행위의 실행이 어렵기 때문이다. 그런데 전쟁 및 외교행위에 관한 국제법규범은 독립된 조약이 체결되어 있는 등 명확하게 확립되어 있으나, 평시(peacetime) 비밀 정보수집활동에 관한

* 이 글은 필자의 학위논문(『국제법상 국가의 비밀 정보수집활동의 규범성에 관한 연구』, 법학박사학위논문, 고려대학교, 2022. 2. 25.)을 요약한 것입니다.

** 고려대학교 법학연구원.

국제법규범은 독립된 조약규범도, 확립된 관습법규범도 확인되지 않고 있다. 이는 평시 비밀 정보수집활동에 관한 국제법규범의 흠결(lacuna) 주장의 주요한 논거가 되고 있다.

그러나 이 같은 현상은 여러 가지 법적 의문을 낳게 한다. 우선, 현행 국제법상 국가의 비밀 정보수집활동을 규율하는 규범은 정말로 존재하지 않는가? 만약 존재하지 않는다면 이에 관한 법적 질서는 국가들의 자유재량에 맡겨져 있는가? 아니면 기존 국제법의 해석 또는 재평가를 통해 규율되는가? 더욱이 비밀 정보수집활동에 관한 국제법규범이 명확하게 확립되어 있지 않음에도 불구하고, 정보수집활동에 관한 국제질서는 비교적 안정적으로 유지되고 있는데, 그렇다면 그 이유는 무엇인가? 이와 같이 국가의 비밀 정보수집활동은 국제법적 관점에서 볼 때 다양한 법적 쟁점을 가지고 있으나, 아직까지 명확하게 규명되지 않고 있다.

따라서 이 논문은 평시 국가 간 비밀 정보수집활동에 적용될 수 있는 국제법 규범의 존재 여부를 구체적으로 확인하고, 이를 토대로 비밀 정보수집활동과 국제법과의 관계 및 비밀 정보수집활동에 관한 국제법의 규범체계가 어떻게 구성되어 있는지를 살펴보는데 있다.

II. 국가의 비밀 정보수집활동 개관

1. 비밀 정보수집활동의 개념

비밀 정보수집활동의 개념 정의는 관련된 행위에 적용할 국제법규범을 찾아내어 합법성 여부를 규명하는 첫 단계라는 점에서, 정보수집활동에 관한 국제법 연구의 중요한 요소라고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 이에 관한 개념은 아직 확립되어 있지 않고 있다.¹⁾ 비밀리에 전개되는 정보수집활동의 특성상 ‘사실관계 확정’이 쉽지 않고,²⁾ 특히 비밀 정보수집활동의 목적, 수단, 방법이 시대에 따라 변화하므로³⁾ 명확한 개념 정의가 쉽지 않기 때문인 것으로 이해된다.⁴⁾ 이에 따라 정보수집활동에 관한 개념은 연구자의 관점 또는 연구

1) Patrick Terry, “Absolute Friends : United States Espionage Against Germany and Public International Law”, *Revue québécoise de droit international (Quebec Journal of International Law)*, vol. 28, no. 2, January 2015, pp. 183-188.

2) 가령 냉전 당시 美 CIA는 소련의 군사정보 수집을 위해 귀소능력이 뛰어난 비둘기에 35g의 소형 자동차카메라를 달아 소련 잠수함 건조기지인 레닌그라드를 촬영했으며, 이외에도 까마귀·올빼미·돌고래 등을 첩보수집에 활용하는 방안도 시도했다.(조선일보, “비둘기에 카메라 달아 옛 소련 비밀기지 촬영”, 2019년 9월 16일 A16 국제면). 이와 같이 비밀리에 진행되는 정보수집활동의 수단과 방법은 거의 공개되지 않기 때문에 학문적 개념 정의에 어려움이 따른다고 볼 수 있다.

3) Terry, *supra* note 1, p. 183.

4) 한희원, 『국가정보학원론 - 국가정보와 법 -』, 서울 : 법률출판사, 2011, p. 10.

분야에 따라 다양하게 나타나고 있다.

첫째, 전통적 개념으로 접근하는 입장은 비밀 정보수집활동에 대해 인간을 통해 타국의 정보를 비밀리에 수집하는 행위로 본다. 이 같은 전통적 개념은 대사(ambassador)의 주재국 정세 정보수집 임무에 관한 몽테스키외(Montesquieu)의 인식에서 잘 나타난다. 몽테스키외에 따르면, 대사는 주재국의 정세정보를 수집하기 위하여 ‘주군(his sovereign)의 눈(eye)과 귀(ear)가 되어야 한다’고 보고 있다.⁵⁾ 이와 같이 비밀 정보수집활동은 정보수집 실행자가 직접 타국의 정세를 비밀리에 수집하여 본국에 보고하는 행위라고 보는 것이다.

둘째 비밀리에 이루어지는 정보수집활동의 속성상 구체적 개념 정의가 쉽지 않다고 보는 입장에서는, 안보 및 국익 수호를 위한 국가의 ‘광범위한 비밀활동’(a wide range of clandestine government activities) 전반을 통칭하는 것으로 정의한다.⁶⁾ 이는 비밀리에 수행되는 행위의 특성상 개념의 구체적 기준 또는 내용을 특정하기 어려운 만큼, 안보와 국익을 위한 국가의 비밀활동을 포괄적으로 규정함이 바람직하다고 보는 입장이다.

셋째 정보수집의 양태를 중시하는 관점에서는 “발각되지 않고”(without detection) 수행하는 국가의 정보수집행위 또는 ‘상대국이 모르게’ 비밀리에 정보를 수집하는 행위로 정의한다.⁷⁾ 이는 정보수집 활동의 목적이 무엇이든 간에 상대국이 인지하지 못하게 은밀하게 행하는 행위를 개념의 핵심 요체로 보는 입장이다.

넷째, 상대국의 동의 여부를 비밀 정보수집활동 개념의 중요한 요소로 보는 입장이다. 이 입장에 따르면, 비밀 정보수집활동은 “타국의 통제 하에 있는 비밀정보를 타국의 동의 없이 수집하는 행위”(the non-consensual collection of confidential information under the control of another actor)로 본다.⁸⁾ 그러므로 비록 국가안보에 매우 중요한 비밀정보라 하더라도 상대방 국가의 동의하에 취득한 것이라면 비밀 정보수집행위로 볼 수 없게 되는 반면, 비록 정보의 가치가 낮더라도 상대국의 동의 없이 수집한 행위는 비밀 정보수집활동에 해당된다고 볼 수 있다.

이와 같이 비밀 정보수집활동의 개념은 접근하는 관점에 따라 다양하게 나타나고 있는

5) UN ILC, *Yearbook of the International Law Commission*, 1957, vol. I, p. 50.

6) Ashley Deeks, “An International Legal Framework for Surveillance”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 55, no. 2, 2015, p. 298.

7) Deeks, *ibid*, p. 314.

8) Russell Buchan, *Cyber Espionage and International Law*, Oxford : Hart Publishing, 2018, p. 2; Iñaki Navarrete and Russell Buchan, “Out of the Legal Wildness : Peacetime Espionage, International Law and the Existence of Customary Exceptions”, *Cornell International Law Journal*, vol. 51, no. 4, 2019, p. 901. 한국의 국가정보원법 제4조 제2항도 국가 기밀의 정의에 대해 “한정된 인원만이 알 수 있도록 허용되고 다른 국가 또는 집단에 대하여 비밀로 할 사실·물건 또는 지식”으로 규정하고 있어 Buchan의 정의와 가깝다고 볼 수 있다.

데, 이는 비밀리에 전개되는 정보수집행위의 특성상 명확한 개념 정의가 어려울 뿐만 아니라, 수집의 방법과 수단, 목적 등 관점에 따라 가변성이 크기 때문인 것으로 이해된다.

그러나 상기 입장들을 종합해 보면, 비밀 정보수집활동의 개념을 구성하는 공통적 요소에 행위의 비밀성(*secrecy*)이 반드시 포함되어 있음을 알 수 있다. 즉 비밀리에 수행되는 행위이므로 공개되어서는 안 되며, 정보수집과정에서 위장하는 이유도 국가의 개입사실을 비밀로 유지하기 위함이라고 볼 수 있다. 이처럼 비밀성과 은밀성이 정보수집활동의 개념을 구성하는 핵심요소라고 볼 수 있다.⁹⁾

따라서 오늘날 평시 비밀 정보수집활동의 개념도 정보수집의 방법과 수단의 발전 등에 따른 가변적 요소와, 행위의 양태가 반드시 비밀리에 이루어져야 하는 불(不) 가변적 요소를 모두 반영하여, ‘국가기관 또는 그 통제 하의 사람들이 직접적인 물리적 활동에 의하여 또는 기술적 매개체를 통하여 타국의 접근이 제한된 정보를 비밀리에 수집하는 행위’라고 규정함이 타당할 것으로 보인다.

2. 비밀 정보수집활동의 역사

국가의 비밀 정보수집활동은 국제법상 국가의 개념이 탄생하기 이전부터 실행되어 온 오래된 관행이다. 동양에서는 이미 기원전 500년경 손자병법을 통해 적에 대한 정보수집이 전쟁 승리의 핵심 요소라는 개념 정의와 함께 비밀리에 정보를 수집하는 5가지 유형을 상세하게 설명하고 있다.¹⁰⁾ 또한 서양에서도 이미 성서의 『여호수아서』에 비밀 정보수집활동에 관한 기록들이 나타나고 있다.¹¹⁾

중세 들어 정보수집활동은 몽골이 대제국 건설과정에서 체계적인 정보기구를 창설하면서 더욱 발전하였으며,¹²⁾ 15세기 이후에는 유럽국가들이 타국에 공관을 설치하여 조직적으로 비밀

9) Roger D. Scott, “Territorially Intrusive Intelligence Collection and International Law”, *The Airforce Law Review*, vol. 46, 1999, p. 217; Glenn Sulmasy and John Yoo, “Counterintuitive: Intelligence Operations and International Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 28, no. 3, 2007, pp. 625-626.

10) 역사상 비밀 정보수집활동이 학문적으로 체계화된 것은 중국 춘추 전국시대의 『손자병법』 제13편의 용간(用間)으로, 스파이의 종류에 대해 첫째 적지에 거주하는 자를 스파이로 이용한 향간(鄉間), 둘째 적국의 정부 관료를 스파이로 포섭하는 내간(內間), 셋째 적의 스파이를 포섭하거나 역이용하는 반간(反間), 자기측 스파이를 통해 허위정보를 적에게 유포하는 사간(死間), 다섯째 적지를 직접 정탐한 후 귀환하여 정보를 보고하는 생간(生間) 등 5가지 방법을 구체적으로 기술하고 있다. 엄돈제, “첩보수집론”, 문정인 편저, 『국가정보론』, 박영사, 2002, pp. 83-84.

11) 서양에서도 Hugo Grotius가 『전쟁과 평화에 관한 법』(*De Jure Belli Ac Pacis*) 저서를 통해 모세(Mose)와 여호수아(Joshua)의 비밀 정보수집활동 사실을 기록하고 있다. 엄돈제, 앞의 주; James B. Scott, ed., “Hugo Grotius on the Law of War and Peace”, *Classics of International Law*, Oxford: Clarendon Press (Publication of the Carnegie Endowment for International Peace), 1925, p. 655. (<https://ia600202.us.archive.org/2/items/hugonisgrottiide02grotuoft/hugonisgrottiide02grotuoft.pdf>) (2020년 10월 검색)

리에 정보를 수집하는 등 국가 간 비밀 정보수집활동이 제도적으로 정착되기 시작하였다.¹³⁾

그러나 비밀 정보수집활동이 국가적 계획에 따라 현대적, 체계적으로 이루어진 것은 제2차 대전 이후라고 볼 수 있다. 즉 2차 대전 이전까지는 주로 전쟁 및 외교 행위를 지원하기 위해 정보를 수집하였으나, 2차 대전이후에는 냉전체제가 장기화되면서 전쟁 수행 지원 기능보다 평시 국가운영에 필요한 정보수집으로 그 기능이 확대되었다. 이에 따라 국가들은 중앙집권적인 단일의 정보기관을 창설하는 등 현대적 의미의 국가의 비밀 정보수집활동을 제도적으로 완비하였다고 볼 수 있다.¹⁴⁾

한편 오늘날 국가의 비밀 정보수집활동은 정보수요의 급격한 증가와 정보수집 수단의 과학화로 인해 비약적으로 발전하고 있다. 양적 측면에서는 종래 인간의 물리적 행위를 통한 단순한 정보수집에서 오늘날에는 통신과 사이버 공간을 통한 대량 정보수집(mass espionage)이 가능한 수준으로 발전했으며, 질적으로는 종래 개별 국가의 안보·국익 중심에서 최근에는 테러·대량살상무기 등 한 국가의 노력만으로 해결이 어려운 국제 공공정보(international public intelligence)의 수집 및 제 공으로까지 발전하고 있다. 특히 제도적으로는 비공식적으로 실행되 오던 전통적 정보수집활동이 오늘날에는 입법적 근거 위에 실행됨으로써, 국가의 비밀 정보수집활동 그 자체는 공식적으로 양성화되고 있다. 이와 같이 오늘날 국가의 비밀 정보수집행위는 과거 폐쇄적이고 비공개적인 방식에 벗어나 국내법적 근거 위에 공개적이고 공식적인 국가의 기능으로 발전하고 있다. 국가의 비밀 정보수집 활동 그 자체는 더 이상 비밀이 아니라고 볼 수 있다.

3. 비밀 정보수집활동의 방법

국가들의 정보수집 방법은 대체로 공개출처(overt source)를 통한 수집과 비밀출처(covert source)를 통한 수집으로 나누어진다. 일반적으로 국가단위의 정보보고서 작성에 사용되는 정보는 약 85-90%가 공개출처를 통한 수집 정보로 알려지고 있다.¹⁵⁾ 이와 같이 국가정보는 공개출처를 통해 획득한 정보의 비중이 상당히 높다고 볼 수 있다.¹⁶⁾

12) 엠통재, 앞의 주, p. 84.

13) 앞의 주. 1570년 프랑스 대사로 부임한 영국의 프란시스 월싱햄(Francis Walsingham) 경은 스페인이 영국 공격을 위해 군 사준비를 하고 있는 사실을 비밀리에 입수하여, 『스페인에 대한 정보계략서』(The Plot for Intelligence out of Spain)를 작성하여 본국에 보고하였는데 이것이 현대적 의미의 최초 정보보고서로 알려지고 있다. 앞의 주.

14) 엠통재, 앞의 주, p. 85.

15) 엠통재, 앞의 주, pp. 88-89. 공개적으로 수집하는 정보출처에는 주로 타국이 공개하는 공책 및 공식 문서, 국제기구 보고서, 연감, 학계와 연구기관의 전문적인 연구 결과, 서적, 신문, 방송 등 매우 다양하다.

그러나 국가안보에 중요한 영향을 미칠 수 있는 정보는 대부분 비밀출처를 통해 획득한 것이므로, 국가들은 비밀출처를 통한 정보획득에 많은 노력을 기울이고 있으며, 이에는 대체로 다음 3가지 방법이 동원된다.

첫째, 인간을 통한 비밀 정보수집 방법이다. 인간을 통해 직접 정보를 수집하는 것은 가장 전통적 정보수집 방법으로,¹⁷⁾ 소위 ‘휴민트’(Humint)라고 불린다.¹⁸⁾ 휴민트는 주로 국가 정보기관에 소속된 정보관(intelligence officer : 소위 ‘I/O’라 불린다)이나 또는 주재관(attache)이 직접 수집하는 경우와, 공작원(agent)이나 협조자(source)를 통해 수집하는 경우,¹⁹⁾ 또는 여행자·망명자·국제회의 참석자로부터 유출해 내는 경우 등 매우 다양한 것으로 알려지고 있다.²⁰⁾

둘째, 기술을 통한 정보수집 방법이다. 기술정보는 영상 및 전자신호 등 기술적 매개체를 통해 정보를 수집하는 방법으로 소위 ‘테크인트’(Techint)로 불린다.²¹⁾ 2차 대전이후 과학기술의 급속한 발전에 따라 기술을 통한 정보수집활동이 비약적으로 발전하였으며, 특히 기술을 이용한 정보수집활동은 인간정보의 위험과 문제점 - 가령 체포 시 신변위협 및 비밀 노출 등 - 을 극복할 수 있다는 점에서 오늘날 대부분의 국가들이 기술정보의 비중을 늘리고 있다.

셋째, 사이버 공간을 통한 비밀 정보수집 방법이다. 사이버 공간을 통한 정보수집활동은 기본적으로 과학기술의 발전을 이용한 방식이라는 점에서 기술정보에 포함되는 개념이라고 볼 수 있다.²²⁾ 그러나 사이버 비밀 정보수집활동은 기술정보와 달리 수집할 수 있는 장소적 범위가 제한되어 있지 않고, 수집할 수 있는 정보의 분량에서도 큰 차이가 있다. 특히 국제법의 관점에서 볼 때, 사이버 비밀 정보수집활동은 상대국 영토를 침범하지 않은 상태에서 정보를 수집할 수 있어 영토주권 위반 논란에서도 비교적 자유로울 수 있다. 이와 같이 사이버 공간을 통한 비밀 정보수집활동은 비용 및 신변 위험이 낮을 뿐만 아니라, 국제법적 측면에서도 장점이 있기 때문에 오늘날 급속히 증가하고 있다.²³⁾

16) 앞의 주

17) 기원전 500년경 저술된 손자병법은 인간정보의 운용방법을 향간(鄉間), 내간(內間), 반간(反間), 사간(死間), 생간(生間) 등 5가지를 구체적으로 설명하고 있다.(염돈재, 앞의 주, p. 83) 그런데 손자병법의 이 같은 인간정보 운용방법은 현대 인간정보의 수집의 전형이라는 점에서 현대의 인간정보는 이미 기원전부터 실행되어 온 보편화된 오랜 관행이라고 볼 수 있다.

18) Humint는 Human Intelligent의 약칭이다.

19) 정보실무에서는 일반적으로 공작원은 정기적인 보수를 지급하는 정보수집종사자를 말하고, 협조자는 실제 소요된 비용만 지급하는 대상을 말한다. 염돈재, 앞의 주, p. 89, 각주 22.

20) 앞의 주.

21) Techint는 Technology와 Intelligent의 합성 약칭이다.

22) 오늘날 사이버 공간을 통한 정보수집활동도 일상화되고 있다. 가령 미국은 “PRISM”이라는 비밀 정보수집 프로그램을 통해 미국 내에서 전 세계 인터넷 통신을 모니터링하고 있는 것으로 알려져 있다. Terry, *supra* note 1, p. 178.

이와 같이 정보수집의 방법은 최초 인간을 통해 이루어졌으나, 오늘날에는 영상, 전자, 항공기, 사이버 등 새로운 과학기술이 나타남에 따라 지속적으로 발전하고 있다.

Ⅲ. 평시(平時) 비밀 정보수집활동에 관한 국제법

1. 조약

전시(wartime) 비밀 정보수집행위와 달리 평시(peacetime) 비밀 정보수집행위에 관한 조약 규정들은 아직 확립되어 있지 않다.²⁴⁾ 그러나 「1961년 외교관계에 관한 비엔나 협약」(이하 ‘외교관계협약’), 「1963년 영사관계에 관한 비엔나 협약」(이하 ‘영사관계협약’), 「1982년 유엔 해양법협약」(이하 ‘해양법협약’) 등 관련 국제협정 준비과정에서 비밀 정보수집행위에 관한 입법 논의가 나타나고 있으며, 「1966년 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약」(이하 ‘ICCPR’) 등 인권협약에서는 사생활보호권(a right to privacy)과 같이 비밀 정보수집활동을 규율할 수 있는 규정들이 일부 발견되고 있다. 이처럼 평시 비밀 정보수집활동에 관한 독립된 협약은 존재하지 않지만, 다양한 협약들 속에 정보수집활동과 관련한 내용들이 조각 조각 존재하고 있는 것으로 보인다.

23) 이에 따라 각 지역 국제법 학자들의 공동 노력으로 각각 사이버전(Cyber Warfare)에 적용할 수 있는 국제법에 관한 탈린 매뉴얼(Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare : 이하 ‘탈린매뉴얼 1.0’)과 평시(平時) 사이버작전(Cyber Operation)에 적용할 수 있는 국제법에 관한 탈린매뉴얼(Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Operation : 이하 ‘탈린매뉴얼 2.0’)이 탄생되는 등 비밀 정보수집활동에 관한 국제법규범 발전에도 기여하고 있다. 특히 탈린매뉴얼 2.0은 탈린매뉴얼 1.0에 비해 구성 및 내용이 크게 확대되고 체계화되어 1부는 사이버 공간에 적용될 국제법 일반원칙(주권, 상당한 주의의무, 관할권, 국제책임법), 제2부는 실정 국제법규범(국제인도법, 외교·영사관계법, 영해·영공·우주법, 국제통신법), 제3부는 국제평화와 안보에 영향을 미칠 사이버 규범, 마지막 제4부는 탈린매뉴얼 1.0을 수정 보완한 내용으로 구성되었다. 또한 탈린매뉴얼 2.0은 최초로 평시 및 전시 정보수집활동 규범을 ‘동일한 범주’(제2부)에서 다루고 있어 정보법규범의 입법 형식에 있어서 통합 가능성을 제시하고 있다는 점에서도 중요한 의미가 있다고 볼 수 있다.

24) 평시와 달리 전시(wartime) 비밀 정보수집 활동에 관한 규범은 1863년 미국 남북전쟁 당시 링컨 대통령이 발표한『전쟁(戰場)에서의 미국 합중국 군대의 지휘지침』(Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field) 즉 Lieber Code를 통해 명문화된 이후, 이를 바탕으로 1899년 『육전법 및 관습에 관한 규칙』(Regulations on the Laws and Customs of War on Land), 1907년 『육전법 및 관습에 관한 규칙』(Regulations respecting the Law and Customs of War on Land), 1949년 4개 『제네바 협약』, 1977년의 『1949년 제네바 諸협약에 대한 추가 및 국제적 무력충돌의 희생자 보호에 관한 의정서』 (“1977년 제1추가 의정서”)를 통해 협정 규정으로 발전해 오고 있다. 더욱이 오늘날 디지털 정보통신 기술의 급속한 발전으로 사이버 공간이 군사적으로 이용되면서, 전시(wartime) 『사이버전에 적용할 수 있는 국제법에 관한 탈린매뉴얼』(“탈린매뉴얼 1.0”)에서도 전시 사이버 공간에서의 비밀 정보수집 활동에 관한 규정을 명시하고 있다. 이와 같이 전시 정보법규범은 Lieber Code 내용을 토대로 1899년 협약 부속규칙 및 1907년 협약 부속규칙, 1977년 제1추가 의정서에 이어 최근 탈린매뉴얼까지 지속적으로 발전해 오고 있다.

(1) 외교관계 협약 준비과정

평시 비밀 정보수집활동에 관한 국제법규정의 필요성은 외교관계협약 준비과정에서 먼저 제기되었다. 1957년 ILC의 외교관계법 법전화 논의 당시 Fitzmaurice가 비밀 정보수집행위를 외교관의 주재국 정세 관찰 임무에 포함시켜야할지 문제를 둘러싼 토의 과정에서 다음과 같이 외교관의 정보수집 역할 필요성을 제기하면서 공론화되었다. 즉, Fitzmaurice에 따르면,

“외교관의 기능은 2가지로 구성되어 있는데 하나는 국가를 대표하는 기능이고, 다른 하나는 접수국에서 일어나는 모든 문제를 정확하게 파악하는 기능이다. 따라서 외교관은 新聞 그 이상의 정보 출처를 가지는 것은 필수적이며, 이를 통해 좋은 정보를 본국에 전송하는 것은 매우 중요한 임무이다.”²⁵⁾

라고 주장하였다.

이는 외교관의 정세 파악 임무에는 정보수집도 포함되어야 한다는 것을 강조한 것이다. 이 회의에서 Bartos도 Fitzmaurice의 주장을 지지하면서, 비록 정보수집활동이 외교관의 임무를 벗어나는 행위로 비취질 수 있어도, 현실적으로 주재국 정세파악 임무와 정보수집 임무의 구분은 불가능하므로 정보수집활동을 외교관의 임무에 포함시키는 것이 타당하다고 동조하였다.²⁶⁾ 또한 외교관은 자신의 책임이 아니라 본국의 훈령에 따라 외교관 임무의 한계를 벗어나는 역할까지 수행할 수 밖에 없으며, 실제로 대부분의 국가들은 자국 외교관에게 비밀 정보수집임무를 부여한다고 평가하면서 정보수집 임무를 외교관의 임무에 포함시키는 것이 바람직하다고 보았다.²⁷⁾

특히 Scelle는 상기 Bartos와 Fitzmaurice의 주장에서 한발 더 나아가 대사(ambassador)의 정보수집 임무를 강조한 몽테스키외의 평가를 인용하면서, 외교관의 정보수집 역할은 이미 몽테스키외 시대부터 유래한 오랜 관행이므로 명문화될 필요가 있다고 강조하였다. 즉, 그는 다음과 같이 설명하였다.

“(…) 비엔나 회의 수 백년 전에 이미 몽테스키외는 최초로 대사의 기능을 규정한 바, 몽테스키외에 따르면 대사는 주재국의 정세를 청취할 수 있는 권리를 가지고 있을 뿐만 아니라, 정보수집을 위해 협조자를 채용할 권리도 가지고 있으므로, 그의 군주를 위해 외교기능의 한계를 뛰어넘을 수 있는 목소리와 눈과 귀의 역할을 해야 하는 자라고 정의하였다.”²⁸⁾

25) UN ILC, *Yearbook of the International Law Commission 1957*, vol. 1, pp. 2-3.

26) *Ibid.*, pp. 49-50.

27) *Ibid.*

이처럼 Scelle는 외교관의 정보수집 임무는 논란의 차원이 아니라 대외적으로는 권리행사의 차원에서, 대내적으로는 군주(국가)에 대한 의무이행의 차원에서 명문화할 필요가 있다고 본 것이다. 이와 같이 Fitzmaurice, Bartos, Scelle는 외교관의 임무와 역할에 정보수집기능이 포함되어야 한다는 입장을 견지하였다.

그런데, 이와 관련하여 당시 협약 준비과정에서 상기 주장에 대한 비판이나 반론은 확인되지 않고 있으며, 비판과 반론이 없었던 이유와 배경도 분명하게 확인되지 않고 있다. 이와 같이 외교관계 협약 준비과정에서 주재국 정제에 관한 외교관의 정보수집 임무를 명문화할 필요가 있다는 의견이 제기되었으며, 만약 명문화하지 않을 경우 외교관의 정제파악 임무와 정보수집활동 간 구분의 경계가 모호하여 국제법적 논란이 발생할 것이라는 우려가 제기되었음에도 불구하고,²⁹⁾ 이에 대한 추가 논의가 없이 마무리된 것으로 보인다. 즉 당시 협약 준비과정에서 비밀리에 진행되는 정보수집활동의 특성, 비밀 정보수집활동의 정치·외교·안보적 민감성에 대한 고려 등으로 인해 비밀 정보수집활동을 외교관의 주재국 정제 파악 임무에 포함할지 여부에 대해 명확한 결론을 내리지 못한 채, 논의가 마무리된 것으로 보인다. 이에 따라 외교관계협약도 이 문제에 대해 명료하게 규정하지 않은 채 외교사절의 4번째 임무로 “모든 합법적인 방법에 의한 접수국의 사정(conditions)과 발전(developments)의 확인 및 파견국 정부에 대한 상기 사항의 보고”³⁰⁾라고 모호하게 규정하였다. 즉, 외교관계협약은 외교사절의 임무와 관련하여 본국에 영향을 미칠 수 있는 주재국의 정치, 문화, 사회, 경제적 활동은 물론 본국의 국익과 이해에 영향을 미칠 수 있는 “모든 측면들”(all aspects)을 파악하여 보고하는 것이라고 규정하면서도,³¹⁾ 이 임무 수행의 방법 및 수단과 관련하여 정보수집활동도 포함될 수 있는지에 대해서는 명료하게 규정하지 않고 있다.

추측건대 이는 당시 대부분 국가들이 비밀 정보수집활동은 정치, 안보, 윤리적으로 민감한 만큼 공개적인 논의 없이 이 분야의 관행에 맡겨두는 선에서 마무리하자는 암묵적 동의가 작용한 것으로 보인다. 이는 후술하는 영사관계협약 준비 당시 스파이 혐의자에 대한 영사 접견권 문제 논의과정에서도 유사한 상황이 발생하는 바, 이를 통해서도 유추할 수 있다.

28) *Ibid.* 원문은 다음과 같다. "Almost 100 years before the Congress of Vienna, Montesquieu first sought to define the role of the ambassador, calling him the voice, eye and ear of his sovereign, in which capacities he had the right to be heard and the right to listen and to have collaborators to collect information - who might overstep the limits of their functions."

29) John Kish and David Turns, *International Law and Espionage*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 57.

30) 외교관계협약 제3조 제1항 (d)호.

31) UN ILC, "Draft Articles on Diplomatic Intercourse and Immunities with commentaries", *Yearbook of the International Law Commission 1958*, Vol. II, p. 90.

(2) 영사관계협약 준비과정

영사관계협약 준비과정에서도 스파이의 영사접견권 제한문제를 둘러싼 토의과정에서 비밀 정보수집활동에 관한 문제가 논의되었다. 당시 협약 준비과정에서 영사접견권 문제는 접수국이 파견국 국민을 구금, 체포할 경우 지체 없이 파견국에게 통보하여, 영사접견권이 제한 없이 허용될 수 있도록 규정하자는 데 의견의 일치를 보이고 있었다.³²⁾

그러나 ‘오로지 국가안보와 관련된 사항’에 대해서는 예외적으로 영사접견권이 제한될 필요가 있다는 주장이 제기되면서, 스파이 문제가 부각된 것이다. 즉 영국대표인 Fitzmaurice는 영사접견권은 국가안보(national security) 목적상 제한될 수도 있다는 내용을 초안에 포함하자고 제안한 데 대해³³⁾, 소련 대표였던 Tunkin은 한발 더 나아가 접수국이 파견국 국민을 구금 또는 체포할 경우 이를 파견국 영사에게 “지체없이(without delay)” 통보하여야 하지만, “스파이 사건에 경우에는”(for instance in espionage cases) 접수국이 ‘지체 없이’ 통보하는 것은 불가능하므로 예외적으로 ‘지체 없이’(without delay)라는 조건을 삭제하자고 추가 제안한 것이다.³⁴⁾

이에 대해 초안 작성 의장(Luis Padilla Nervo)은 스파이 문제는 사안의 민감성으로 인해 추가 논의가 사실상 어렵고, 특히 스파이와 같이 영사접견권이 제한되는 경우를 명시하는 것은 자칫 영사협약 전체를 다시 협상하여야 하므로 현실적으로 더 이상의 논의는 어렵다며 마무리하였다.³⁵⁾

상기 논의 과정에서도 짐작할 수 있듯이 스파이의 영사접견권 문제를 협약에 명시하지 않은 배경에는 국가 간 비밀 정보수집활동은 이미 일반적 관행으로 확립되어 있으므로 그 관행에 맡겨두되, 조문화 논의는 사안의 민감성을 고려하여 자제하자는 상호 암묵적 동의가 있었음을 추론할 수 있다. 다시말해 사안의 민감성을 감안하여 비밀 정보수집에 관한 공개적 논의는 자제하되, 관련문제는 국가의 재량과 관행에 위임하자는 암묵적 컨센서스가 작동한 것으로 볼 수 있다.

영사관계협약 준비과정에서 국가들은 비밀 정보수집 문제에 대해 명확한 결론을 내리지

32) UN ILC, *Yearbook of the International Law Commission 1960 vol. 1*, pp. 57-59.

33) *Ibid.*, p. 57.

34) *Ibid.*, p. 58.

35) *Ibid.* Luis Padilla Nervo 의장의 평가 원문은 다음과 같다. “[A] statement of a general principle of law could not possibly cover all conceivable cases. If the Commission went into the question of whether cases of espionage should be made an exception the whole principle of consular protection and communication with nationals would have to be re-opened.”

않고 모호하게 남겨두었음은 ICJ의 자하브 사건 판결에 의해서도 확인되고 있다.³⁶⁾ 이 사건에서 파키스탄은 영사협약 준비과정에서 스파이는 국가안보에 심각한 해악을 미칠 수 있으므로, 영사 접견권을 예외적으로 제한하여야 한다는 공감대가 있었다고 항변하였다.³⁷⁾ 그러나 ICJ는 당시 협약 준비과정에서 비밀 정보수집활동(espionage)은 안보에 미칠 중대한 위협, 사안의 민감성 등 특수한 상황을 고려하여 특별하게 규정할 필요가 있다는 인식은 있었으나, 이에 대한 예외를 명시적으로 인정해 줄 경우 협약 전체를 다시 협상해야하는 현실적 우려 때문에, 스파이 혐의자에 대한 영사접견권 제한 문제는 추가 논의 없이 마무리했다고 평가하였다.³⁸⁾ 이처럼 ICJ도 협약 준비과정에서 국가들이 스파이 문제에 대해 논의는 하였으나, 사안의 민감성 등을 감안하여 공론화를 자제하는 대신, 당시 관행을 암묵적으로 인정하는 선에서 마무리했을 것이라는 추론을 확인해 준 것으로 볼 수 있다.

(3) 해양법협약 준비과정

제3차 해양법협약 준비과정에서도 무해통항권(right of innocent passage)의 조건과 관련하여 영해에서의 타국 선박에 의한 비밀 정보수집 문제가 제기되었다. 그러나 명확한 결론을 내리지 못하고 모호하게 마무리되었다. 즉 1973년 피지(Fiji)는 연안국의 영해내 무해통항과정에서 타국 선박에 의한 비밀 정보수집행위는 연안국의 안전과 안보에 유해(有害)하다고 볼 수 있으므로, 이에 대해 명확하게 규정할 필요가 있다는 의견을 제기하였다.³⁹⁾ 피지는 구체적으로 “연안국의 국방과 안전에 영향을 미칠 어떠한 비밀 정보수집행위”(any act of espionage affecting the defence or security of the coastal State)도 연안국에 유해한 행위가 될 수 있으므로, 무해통항으로 볼 수 없다고 명료하게 규정할 것을 제안하였다.⁴⁰⁾

그러나 이 같은 피지의 제안에 대해 추가 논의 없이 “정보수집 목적의 행위”(any act aimed at collecting information)라는 완곡한 표현으로 대체하여 규정하는 선에서 마무리되었

36) *Jadhav (India v. Pakistan), Judgment, I.C.J. Reports 2019, paras. 20-32. (“Jadhav”)*

37) *Jadhav*, paras. 68-70.

38) *Jadhav*, paras. 76-86. 이어 재판부는 스파이 혐의자에 대해 36조의 적용이 제외되는지 여부는 「1969년 조약법에 관한 비엔나협약」 제31조 및 제32조 규정에 따라 “문언의 통상적 의미”에 충실하고 협약의 준비문서를 참고하여 신의성실하게 해석되어야 한다고 전제한 후, “협약 제36조는 물론 협약 어디에도 정보수집활동을 직접 언급한 내용은 없다”고 평가하는 한편, “협약의 대상과 목적, 입법 취지의 관점에서 보아도 스파이 혐의자에 대해 예외적으로 제36조의 적용을 제외하여야 할 근거와 이유를 발견할 수 없다”고 판결하였다.(paras. 73, 497) 이로써 ICJ는 스파이 혐의자 자하브에 대해 영사접견권이 제한된다는 파키스탄의 청구를 수용하지 않았다.

39) James Kraska, “Putting your head in the Tiger’s Mouth: Submarine Espionage in Territorial Waters”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 54, no. 1, 2015, p. 219.

40) Navarrete and Buchan, *supra* note 8, p. 930.

다. 특히 그 용어와 관련하여 당초 피지의 제안처럼 국가 간 비밀 정보수집활동을 명확하게 의미하는 'espionage' 대신 일반적 시사용어와 혼용되는 'information'으로 변경된 배경과 과정도 명확하게 확인되지 않고 있다. 추론컨대 이는 비밀 정보수집활동은 은밀하고 비밀리에 이루어지기 때문에 이를 구체적으로 명시하는 것은 가능하지 않고 바람직하지도 않다는 암묵적 컨센서스가 작용했거나,⁴¹⁾ 또는 비밀 정보수집활동에 대한 논의를 기피하는 국가들의 오랜 관성이 작동했을 가능성도 있어 보인다.⁴²⁾

그러나 어떤 경우에 해당하는 해양법협약 준비과정에서 비밀 정보수집활동(espionage)에 관한 협정 규정의 명시화 기회는 상실되었다고 볼 수 있다.

(4) 공역관계협약 준비과정

20세기 들어 항공기술이 급속히 발전함에 따라 다양한 비행체를 통한 정보수집활동도 보편화되고 있다. 이에 따라 항공·우주 등 공역 질서에 관한 조약 준비 과정에서도 정보수집활동과 관련한 논의가 일부 나타나고 있다.⁴³⁾

공역 관련 협약의 초기 논의 과정에서 주목되는 것은 외교관계협약, 해양법협약과 달리 정보수집에 관한 논의가 비교적 활발하게 전개된 점이다. 즉, 1902년 국제법학회 (Institute of International Law)의 「항공법에 관한 결의」(The 1902 Resolution on the Law of the Air)⁴⁴⁾는 “모든 국가는 공역에서의 정보수집활동(espionage)을 방어하고 통제하기 위해 필요한 권리를 행사할 수 있다”라고 규정함으로써,⁴⁵⁾ 비행체를 통한 비밀 정보수집활동을 규제 대상으로 보았음을 알 수 있다.⁴⁶⁾ 이에 따라 Buchan도 국제항공법이 국가의 비밀 정보수집활동에 관해 최초로 국제법 규칙 제정을 시도한 것이라고 그 의미를 평가하고 있다.⁴⁷⁾

41) Sam Bateman, “Security and the Law of the Sea in East Asia: Navigational Regimes and Exclusive Economic Zones”, *Law of the Sea : Progress and Prospects*, David Freestone, Richard Barnes & David M. Ong eds., 4th ed., Oxford University Press, 2006. p. 368.

42) Navarrete and Buchan, *supra* note 8, p. 930

43) 타국 영공에서의 정보수집 규제를 최초로 제안한 프랑스 법학자 Fauchille는 영공 국가에 타국의 정보수집활동 규제 권한 등 자국 영공을 보존할 수 있는 모든 권리를 부여하여 영공자유 원칙(a doctrine of freedom of the air)을 실현하자고 제안하였다. Paul Fauchille, *Régime juridique des aérostats*, 19 ANNUAIRE DE L'INSTITUT DE DROIT INT'L 19, 1902. (recited from Navarrete and Buchan, *supra* note 8, p. 929).

44) Institute of International Law, *Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 19, 1902, p. 32. (recited from Kish and Turns, *supra* note 4, pp. 97-101.)

45) 결의 제7조의 원문은 다음과 같다. “[E]very State has rights over its airspace which are necessary for its protection and for the suppression of espionage.”

46) Kish and Turns, *supra* note 29, p. 98.

47) Navarrete and Buchan, *supra* note 8, p. 929. 국가들이 초기 논의 과정에서 영공에서의 비밀 정보수집활동 규제를 모색한

그러나 이 같은 초기 논의 움직임과 달리 1913년 국제법학회의 「항공법에 관한 결의」는 1902년 결의의 ‘espionage’ 용어를 삭제하고, 공역을 통한 정보수집 제한 규범도 국내법에 포괄적으로 위임하는 등 공역에서의 정보수집활동과 관련한 국제법규범 논의가 점차 약화되는 모습을 보이고 있다. 다시 말해 1913년 결의는 “모든 국가는 자국 영토 위 공역(airspace)을 통과하는 항공기의 통항과 관련하여, 적절한 범위 내에서 이를 금지, 제한, 그리고 규제할 수 있는 법을 제정할 수 있다”고 규정함으로써,⁴⁸⁾ 자국 상공에서의 정보수집활동에 관한 규범을 국내법에 위임하고 있다. 이후 공역에서의 정보수집활동에 관한 국제법규범 토의는 공역에서의 정보수집활동에 관한 초기 논의를 발전시키지 못하고 마무리되었다.

이와 같이 외교관계협약, 영사관계협약, 해양법협약, 공역협약 준비과정에서 비밀 정보수집활동에 관한 규정을 명시적으로 제정할 수 있는 기회가 있었으나, 국가들이 이를 원하지 않아 그 기회가 상실되었다고 볼 수 있다. Hays Parks가 평가하고 있는 것처럼⁴⁹⁾ 지금까지 비밀 정보수집활동의 법적 규범성을 명문화하자는 진지한 제의가 국가들에 의해 한 번도 나타나지 않고 있는 것은 이를 뒷받침한다고 볼 수 있다.

(5) 인권협약

1) 인권협약과 정보수집행위와의 관계

기본적으로 인권협약은 정보수집행위와 직접 관련된 협약이 아니므로, 비밀 정보수집활동을 직접 적용대상으로 하는 규정은 발견되지 않고 있으며, 협약 준비과정에서 관련 논의도 확인되지 않고 있다. 그럼에도 불구하고 오늘날 인권규범이 국제사회의 지도적 규범으로 발전함에 따라,⁵⁰⁾ 국가 간 정보수집활동도 인권이 보호되는 범위 내에서 실행되어야 한

것은 20세기 초 급속한 항공 기술의 발전에 따라, 타국에 의한 자국 영공 침범 또는 비밀 정보수집활동에 대한 경계심에 기인한 것으로, 사전 승인없는 무단 침입을 국제법 위반으로 명시할 필요가 있다는 인식에 따른 것으로 보인다.

48) Institute of International Law, *Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 26, 1913, p. 533. (recited from Kish and Turns, *supra* note 29, pp. 97-101.)

49) Hays Parks, "The International Law of Intelligence Collection", *National Security Law*, John Norton Moore et al. eds., Carolina Academic Press, 1990, pp. 433 - 434. 국가들이 정보수집행위의 국제법규범 명확화를 원하는 않는다는 Hays Parks의 평가 원문은 다음과 같다. "No serious proposal ever has been made within the international community to prohibit intelligence collection as a violation of international law because of the tacit acknowledgement by nations that it is important to all, and practiced by each."

50) 개인의 보편적 인권가치에 대한 국제법의 관심은 2차 세계대전 당시 침략과 잔학 행위가 인간의 존엄성을 심각하게 경시하고 있다는 자성에 따라 본격화되었다. 이를 계기로 UN헌장은 "모든 인간의 인권 및 기본적 자유"의 증진을 유엔의 목

다는 주장이 설득력을 얻고 있다.

이와 관련하여 “시민적·정치적 권리에 관한 국제규약” (이하 “ICCPR”) 제17조는 “어느 누구도 개인의 사생활, 가정, 주거 또는 통신에 대하여 자의적이거나 불법적인 간섭을 받지 않는다”⁵¹⁾고 명시함으로써, 비밀 정보수집활동과정에서 발생하는 자의적 또는 불법적 간섭을 규율할 수 있도록 가능성을 열어 놓았다고 볼 수 있다. 이는 유럽인권재판소(European Court of Human Rights) 및 유엔 인권이사회(United Nations Human Rights Council)에 의해서도 나타나고 있다. 유럽인권재판소는 *Shimovolos* 사건에서 개인에 관한 정보는 비밀정보이든 공개정보이든 상관없이 개인의 사생활 보호권에 따라 외부의 간섭으로부터 보호되어야 한다고 판시함으로써,⁵²⁾ 개인의 정보보호가 사생활권의 중요한 내용이라고 보았다. 또한 유엔인권이사회는 이 같은 개인 정보보호에는 온라인상 개인의 정보도 포함된다고 규정하고 있다.⁵³⁾ 즉, 전화, 팩시밀리, 이메일 통신은 ‘개인의 사생활’(private life) 개념에 포함되며, 따라서 “전화, 전신 또는 기타 형태의 통신에 대한 도청과 녹음은 금지된다”고 명시하고 있다.⁵⁴⁾ 그러므로 온라인상에 저장되어 있는 개인 디지털정보수집 또는 이메일 등 사이버 공간을 통한 개인의 정보수집행위도 ICCPR 제17조의 적용 대상이 된다고 볼 수 있다.⁵⁵⁾

2) 개인의 인권을 제한할 수 있는 정보수집활동

한편 9.11 사건을 계기로 소수 개인에 의한 테러 또는 안보위협이 ‘다수 개인’의 집단적 인권침해로 이어지는 사례가 빈번하므로 이를 규율할 필요가 있다는 인식이 짝트게 되었다. 이에 따라 국가들은 다수 개인의 집단적 인권보호를 위해 필요한 경우 ‘소수 개인’의 인권이 제한될 수도 있다는 인식이 확산되기 시작하였다.

이는 비밀 정보수집활동에 관한 규범에도 영향을 미쳐 다수 개인의 인권보호를 목적으로

적 중 하나로 규정하는 등 개인의 인권보호를 국제사회의 지도적 이념으로 발전시켰다. 이에 따라 1966년 “경제적·사회적·문화적 권리 규약”과 “시민적·정치적 권리 규약”이 채택되고, 또한 “인종차별철폐협약”, “여성차별철폐협약”, “고문방지협약”, “아동권리협약” 등 특정분야 인권보호를 위한 구체적 인권협약도 채택되었다. 나아가 인권협약의 이행 강화를 위해 5개 선택의정서를 마련하는 등 절차적 규범도 정비하였다.

51) ICCPR 제17조.

52) Russell Buchan, *supra* note 8, p. 106; Judgment by the Chamber, *Shimovolos v. Russia*, Application no. 30194/09, ECtHR, 21 June 2011, para 65.

53) UN Human Rights Council, “The Promotion, Protection and Enjoyment of Human Rights on the Internet”, A/HRC/20/L.13, 29 June 2012, para 1.

54) UN Human Rights Committee, “General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation”, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol I), 8 April 1988, para 8.

55) UN General Assembly, “The Right to Privacy in the Digital Age”, A/RES/68/167, 18 December 2013, para 4(a).

한 정보수집 과정에서는 소수 개인의 인권이 제한될 수도 있다는 인식을 낳게 하였다. 즉 개인의 인권은 무제한적으로 보호되는 절대적 권리가 아니라, 다수 개인의 인권 보호를 위해 제한될 수도 있다는 인식이 설득력을 얻으면서, 비밀 정보수집 과정에서도 개인의 인권을 제한할 수 있는 법적 공간이 열리게 되었다고 볼 수 있다.

이와 같이 다수의 인권 또는 공공의 이익을 보호하기 위한 목적이라면 개인의 인권도 제한 가능하다는 인식은 유럽의 「인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약」(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)(이하 ‘유럽인권협약’)에서 구체화되었다.⁵⁶⁾ 유럽인권협약은 사생활 보호권은 “법에 근거”(in accordance with the law) 하거나 또는 “민주사회의 필요”(necessary in a democratic society)에 따라 제한될 수 있다고 명시하고 있기 때문이다.⁵⁷⁾ 다시 말해 국가안보 또는 사회의 공동 이익을 위해 개인의 사생활권도 필요한 경우 제한될 수 있음을 규정한 것으로 볼 수 있다.

그러나 상기 유럽인권협약의 규정에서도 함의하고 있는 바와 같이, 개인의 인권 제한은 법적 근거 또는 사회적 필요성이 인정된 경우에 한해 허용되는 조건부 제한임을 알 수 있다. 즉 인권 제한을 일반적으로 허용할 경우 남용 가능성이 있는 만큼, 엄격한 근거와 조건하에 집행되어야 한다고 규정한 것으로 볼 수 있다. 이는 유럽인권재판소 및 유엔 인권위원회(HRC)에 의해 좀 더 구체적으로 규범화되고 있는 바, 국가적 또는 사회적 필요성이 인정되더라도 다음 3가지 구체적 기준, 즉 i) 반드시 법적 근거 위에(in accordance with the law) 실행되어야 할 뿐만 아니라, ii) 합법적 목적 달성을 위해 그 필요성이 인정되어야 하며(necessary to achieve a legitimate aim), iii) 나아가 목적 달성과 비례(proportionate to that aim)하여야 한다고 규정하고 있다.⁵⁸⁾ 특히 비밀 정보수집활동의 관점에서 볼 때 주목할 부분은 두 번째 기준 즉, 어떤 경우에 개인의 사생활권 제한이 법적으로 필요하다고 볼 수 있는냐에 대한 판단으로, 그 필요성이 인정되면 그에 따른 정보수집활동도 합법성이 인정될 수 있기 때문이다.

56) 「유럽인권협약」(European Convention on Human Rights : 이하 “ECHR”)은 1953년 발효되었으며, 이 협약에 의해 유럽인권위원회(European Commission of Human Rights)와 유럽인권재판소(European Court of Human Rights ; “ECtHR”)가 설립되었다.

57) 유럽인권협약 제8조.

58) Decision as to the Admissibility by the Chamber, Weber and Saravia v Germany, Application no. 54934/00, ECtHR, 29 June 2006, paras 92-95 (“Weber and Saravia v Germany”); “Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant: Fourth Periodic Report - United States of America”, (CCPR/C/USA/4) 22 May 2012, para. 22; UN Human Rights Council, “The Right to Privacy in the Digital Age - Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, A/HRC/27/37, 30 June 2014, para. 23.

2. 국제 관습법 : 비밀 정보수집활동의 국제 관습법 형성 여부

(1) 강한 추정성

국가의 정보수집활동은 근대 국제법이 생성되기 이전부터 실행되어 온 오랜 관행으로, 오늘날 거의 대부분 국가들이 국내법적 토대 위에 정보수집활동을 일상적으로 실행하고 있다. 이 같은 실상에 대해 Navarrete와 Buchan은 다음과 같이 평가하고 있다.

“거의 모든 국가들은 거의 모든 시대에 걸쳐 비밀 정보수집활동을 전개하고 있다.”⁵⁹⁾

관습법적 관점에서 볼 때, 이로부터 추론할 수 있는 것은 ‘국가의 비밀 정보수집 관행은 대부분의 국가들에 의해 오랜기간 동안 축적된 광범위한 관행이므로 관습법으로 확립되었다’고 보는 강한 확신일 것일 것이다. Lotrionte가 냉전이후 대부분 국가들이 체계적이고 공개적인 정보수집활동을 실행하고 있는 것은 비밀 정보수집활동이 관습법으로 성립되었다고 인식하고 있기 때문이라고 평가한 것도 이 추론을 뒷받침한다고 볼 수 있다.⁶⁰⁾ 이와 같이 비밀 정보수집활동에 관한 일관되고 풍부한 관행은 법적 확신의 입증이 불필요할 정도로 축적되어 있는 만큼 관습규범으로 확립되었다는 강한 추정이 가능할 것이다.

(2) 관습법 성립 검증의 한계성

그러나 이 같은 강한 추론에도 불구하고 관습법 형성의 입증에 관한 전통적 기준에서 볼 때 실제적 관습법 규범으로 성립되었다고 확정하는 것은 쉽지 않다. 우선, 국가의 정보수집 행위는 비밀리에 수행되므로 - 즉 공개되지 않으므로 - 관행의 존재에 대한 물리적 식별 자체가 어려울 수 있다. 실제로 국가의 정보수집행위는 전쟁 및 외교행위와 함께, 발전해 왔음에도 불구하고, 이에 대한 기록이나 자료는 거의 공개되지 않고 있다. 이는 “정보수집 활동은 그 행위가 발생한 사실을 누구도 모르게 하는 것이 가장 성공적이다”⁶¹⁾는 평가에서

59) Navarrete and Buchan, *supra* note 8, p. 901. 원문은 다음과 같다. “[A]lmost all States spy almost all of the times.”

60) Catherine Lotrionte, “Countering State-Sponsored Cyber Economic Espionage under International Law”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 40, 2015, p. 477.

61) Kathryn Browne, “The paradox of peacetime espionage in international law: From state practice to first principles”, *Australian International Law Journal*, vol. 23, 2017, p. 109.

알 수 있듯이, 행위의 사실관계를 은닉하는 것이 비밀 정보수집활동의 특성임을 이해하면 당연한 결과라고 볼 수 있다. 즉 관행의 존재를 외부에서도 쉽게 식별할 수 있는 일반적 국가행위와 달리,⁶²⁾ 비밀 정보수집행위는 비밀리에 실행되므로 관행의 존재를 외부에서 식별하는 것 자체가 어려울 수 있다. 더욱이 관습법 형성의 주관적 요건인 법적 확신에 대한 입증은 국가의 심리적 요소를 평가하는 것이므로 기본적으로 어려울 뿐만 아니라, 여기에 다 비밀리에 수행되는 국가의 행위에 대해 그 국가의 심리적 요소를 검증하는 것은 더 더욱 어려울 수밖에 없을 것이다. 이와 같이 비밀리에 실행되는 정보수집 행위의 관습법 성립 여부 입증은 근본적으로 어려운 문제라고 볼 수 있다.

또한 관습법의 형성은 특정행위에 대한 법적 정당성의 공개적 주장(claim)과 이에 대한 공개적 반박(counterclaim) 과정에서 관행과 법적 확신의 존재가 더욱 선명하게 확인되고, 이 과정들이 축적되어 관습법으로 인정될 때, 강한 절차적 정당성을 가진다고 볼 수 있다.⁶³⁾ 그러나 국가의 정보수집행위는 상대국이 모르게 비밀리에 실행되므로 이 같은 공개적 주장과 반박의 절차가 발생되기 어려운 구조이다. 더욱이 비밀 정보수집행위는 타국에 대한 침해적 속성(intrusive nature)을 가지고 있으므로 비밀리에 정보를 수집하는 국가 입장에서는 정보수집행위의 법적 정당성을 적극적으로 요구하기 어렵기 때문에, ‘주장’의 요소도 발생하기 어려운 구조라고 볼 수 있다.

이에 따라 Khalil은 정보수집활동과 같이 타국과의 의견교환 없이 은밀하게 진행되는 국가의 행위는 관습법 형성에 기여하기 어렵다고 주장하고 있다.⁶⁴⁾ 이처럼 정보수집활동의 관습법 성립 여부 판단은 드러나지 않는 비밀행위의 물리적 실체를 식별하는 것부터, 그 실체에 내재된 법적 확신을 확인하는 것 까지 상당한 어려움이 따른다고 보아야 할 것이

62) “Draft conclusions on identification of customary international law”, *Report on the work of the seventieth session (2018)*, UN ILC, A/73/10, para. 65. ILC는 일반적인 국가 행위의 경우 관행의 증거가 될 수 있는 행위의 종류와 범위는 ‘외부에 공개되는 거의 모든 국가의 행위’가 포함될 정도로 다양하고 광범위하다고 보았다. 즉, 관행의 증거가 될 수 있는 국가의 행위는 입법, 사법, 행정 행위 뿐만 아니라 국가의 “기타 기능들”(other functions)도 포함시키고 있으며 (결론 5), 또한 관행의 증거가 될 수 있는 국가행위의 구체적 형태(form)도 외교서신, 정책선언, 언론성명, 정부 법률당국자의 의견, 법률문제에 대한 정부 공식 입장, 각종 입법, 국내재판소 판결, 법률문제와 관련한 유엔총회 결의 등 매우 폭넓게 인정하고 있다. (결론 6의 제2항) 관행의 증거로 삼을 수 있는 국가행위의 발현 형태에 대해서도 물리적 행위(physical acts)뿐만 아니라 구두행위(verbal acts)도 해당되며, 나아가 국가의 무대응(inaction)도 관행의 증거로 보고 있다.(결론 6의 제1항) 이와 같이 ILC는 국가의 관행을 입증할 수 있는 국가행위의 종류와 범위에 대해 공개적으로 드러난 거의 모든 국가행위를 포함할 정도로 매우 다양하고 광범위하게 인정하고 있다.

63) 국가행위의 공개성 요구는 관습규범 형성 절차의 공정성을 담보하기 위한 것으로 특정행위가 관습규범으로 성립되기 위해서는 그 행위가 관습법적 관행으로 확립되었음을 주장하고, 이에 대해 여타 국가들이 그 주장을 수용 또는 반대하는 과정을 반복적으로 거치면서 자연스럽게 관습규범으로 성립된다는 것이다. Malcolm N. Shaw, *International Law*, 8th ed., 2017, p. 62.

64) Chantal Khalil, “Thinking Intelligently about Intelligence: A Model Global Framework Protecting Privacy”, *George Washington International Law Review*, vol. 47, no. 4, 2015, p. 939.

다. 그러므로 Ratner도 비밀 정보수집활동의 관습법 형성을 공정하게 검증하는 것은 다음과 같이 구조적으로 어렵다고 설명하고 있다. 즉,

“정보수집과 관련된 모든 증거는 비밀로 싸여있다. 그러므로 국가들이 (비밀 정보수집 과정에서) 관련된 조약 규정을 어떻게 해석하고, 어떤 규범을 관습법으로 인식하고 있는지를 어떻게 알 수 있겠는가? (...) 그러므로 그 국가의 행위를 반박하는 항의도 발생할 수 없게 되는 것이다.”⁶⁵⁾

고 토로하고 있다. 정보수집활동은 공개되지 않고 비밀리에 수행되므로 그 활동에 대해 타국과의 입장 교환 및 조율과정이 없어, 공정한 관행 및 법적 확신의 축적을 기대하기 어렵다고 평가한 것으로 이해된다. 그러므로 “비밀리에 수행되는 국가의 물리적 행위”(a secret physical act)는 관습법 형성에 기여할 수 있는 ‘관행’의 요건을 충족하지 못한다는 주장도 무리는 아닐 것이다.⁶⁶⁾ 이에 일부 연구자들은 공개되지 않는 국가의 관행(secret state practice)은 관습법 형성에 기여하기 어렵다는 결론을 내리고 있다.⁶⁷⁾

3. 학 설

전술한 바와 같이 비밀 정보수집활동에 관한 국제법적 평가는 Grotius 시대에서 이미 나타나고 있으며, 비밀 정보수집활동은 ‘오래된 국가관행’이므로 허용되는 행위라고 인식한 것이다. 그러나 당시 정보수집활동에 관한 전반적 인식은 주로 윤리적 관점에서 접근하였으므로 국제법적 논의가 활발하지는 않아 구체적인 법적 결론에 이르지 못한 것으로 보인다.

그러나 1960년 미국과 소련 간 U2기 사건이 유엔 안보리에서 논의되면서, 비밀 정보수집활동의 법적 문제에 관한 관심이 다시 나타나기 시작하였다.⁶⁸⁾ 특히 1960년은 시기적으로

65) Steven Ratner, “Introduction”, Symposium: State Intelligence Gathering and International Law, *Michigan Journal of International Law*, vol. 28, no. 3, 2007, p. 539.

66) Navarrete and Buchan, *supra* note 8, pp. 920-921; Andre da Rocha Ferreira, et al., “Formation and Evidence of Customary International Law”, *UFRGS Model United Nations Journal*, vol. 1, 2013, p. 182.

67) Michael Wood, “Second Report on Identification of Customary International Law”, UN International Law Commission, 22 May 2014, A/CN.4/672, para. 47. 원문은 다음과 같다. “It is difficult to see how state practice can contribute to the formation or identification of general customary international law.”; ILA, “International Law Association London Conference: Committee on Formation of Customary International Law - Final Report of the Committee Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law”, 2000, p. 726.

68) U2기 사건 당시 안보리 논의의 핵심적인 법적 쟁점은 소련 영공을 침범한 미국 U2기의 비밀 정보수집행위(espionage)가 국제법상 적법한지 여부, 영공주권의 원칙(the principle of air sovereignty)을 위반한 것인지 여부, 무력공격의 개념(the concept of aggression)에 해당하는지 여부였다. 이와 관련 안보리는 상기 쟁점에 대한 법적 판단은 유보한 채 무력의 사용

제2차 대전 이후 국제질서의 변화를 반영한 주권존중 및 국내문제 불간섭 원칙이 확립된 시점이므로, 정보수집활동에 관한 법적 관심도 ‘오래된 관행’이라는 관성적 인식에서 벗어나 주권존중 원칙 또는 국내문제 불간섭 원칙과의 관계 속에서 평가되기 시작되었다고 볼 수 있다. 이에 따라 비밀 정보수집활동에 관한 학설도 대체로 ‘합법적 관행’으로 볼 것인지, 아니면 주권침해 행위로 볼 것인지, 또는 비밀리에 수행되는 정보수집활동의 특성상 국제법의 규율 대상으로 보기 어렵다고 볼 것인지에 따라 각각 합법설(*intra legem*), 불법설(*contra legem*), 범외설(*extra legem*)로 나누어지고 있다.

(1) 합법설 (*intra legem*)

합법설의 토대는 대체로 국가 간 정보수집활동은 유사 이래 실행되어 온 오래된 관행이라는 인식, 국제법상 금지되지 않으면 허용된다는 *Lotus* 판례 규범에 기반을 두고 있다.⁶⁹⁾

우선, 다수 학자들은 평시 비밀 정보수집활동은 유사 이래 인류 역사와 함께 발전해온 오랜 관행이므로 관습규범으로 확립되었다고 보고 있다.⁷⁰⁾ 즉 국가 간 비밀 정보수집행위는 국제법상 국가의 개념이 태동되기 이전부터 현재까지 국가들의 항의나 반대 없이 평은

과 위협을 자제하고, 상호 타국의 주권과 영토보존, 정치적 독립을 존중 한다는 내용의 원칙론적 결의안을 채택하는 선에서 마무리하였다. 이외에도 미국이 U2기를 이용한 정보수집 과정에서 터키, 파키스탄, 노르웨이 영토를 정기적으로 이용한 것과 관련 터키, 파키스탄, 노르웨이는 미국에 대해 자국 영토를 이용한 정보수집활동을 금지해 줄 것을 요구할 권리가 있는지, U2기 사건발생 당시 미국은 정보수집활동 사실을 숨기기 위해 최초 ‘NASA의 기상청 업무’라고 거짓 발표한 것과 관련하여 이같이 미국의 거짓발표는 타국을 기망한 국제법상 배신행위(perfidy)를 구성하는가 등도 제기되었다. Ki-Gab Park, “The U-2 Incident-1960”, *The Use of Force in International Law : A Case-based Approach*, Tom Ruys, et al. (ed.), Oxford University Press, 2018, pp. 67-75 ; Quincy Wright, “Legal Aspects of the U-2 Incident”, *American Journal of International Law*, vol. 54, no. 4, 1960, pp. 836-854.

69) Julius Stone, “Legal Problems of Espionage in Conditions of Modern Conflict”, *Essays on Espionage and International Law*, Roland J Stanger, ed, Ohio State University Press, 1962, pp. 40-43; Christina Parajon Skinner, “An International Law Response to Economic Cyber Espionage”, *Connecticut Law Review*, vol. 46, no. 4, 2014, p. 1183; Christoph D. Baker, “Tolerance of International Espionage: A Functional Approach”, *American University International Law Review*, vol. 19, no. 5, 2004, pp. 1095-96; Raphael Bitton, “The Legitimacy of Spying Among Nations”, *American University International Law Review*, vol. 29, no. 5, 2014, pp. 1017-1021; Simon Chesterman, “The Spy Who Came in From the Cold War: Intelligence and International Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, no. 4, 2006, pp. 1090-98, 1126, 1129; Jorge H Romero, *Cyberespionage 2010 : Is the Current Status of Espionage under International Law Applicable in Cyberspace?*, Georgetown University, LL.M Dissertation, 2001, pp. 8-10; Glenn Sulmasy and John Yoo, “Counterintuitive: Intelligence Operations and International Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 28, no. 3, 2007, pp. 625-28, 633-36; Patrick Terry, *supra* note 1, p. 181; Ian H Mack, “Towards Intelligent Self-Defence: Bringing Peacetime Espionage in From the Cold and Under the Rubric of the Right of Self-Defence”, Sydney Law School, Honours Thesis, 2013, pp. 21-22.

70) Stone, *ibid*, pp. 33-35; Gary Brown and Keira Poellet, “The Customary International Law of Cyberspace”, *Strategic Studies Quarterly*, vol. 6, no. 3, pp. 133-34; Roger D Scott, *supra* note 9, pp. 217-226; Sulmasy and Yoo, *ibid.*, pp. 628-629; John Kish and David Turns, *supra* note 29, p. xv; Geoffrey B. Demarest, “Espionage in International Law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 24, no. 2, 1996, p. 321.

하게 계속 이어져 오고 있으므로 관습법으로 인정된 합법적 행위로 보아야 한다는 것이다, 이는 스파이의 법적 지위와 관련한 Oppenheim의 다음 평가에서도 잘 나타나고 있다. 즉 Oppenheim에 따르면,

“스파이는 군사적 및 정치적 정보를 은밀하게 수집하기 위해 해외에 파견된 국가의 비밀요원이다. 모든 국가들이 항상 또는 일과성으로 비밀 정보요원을 외국에 파견하며, 이는 도덕적, 정치적, 법적으로 부당하다고 볼 수 없다. 그럼에도 불구하고, 비밀 정보요원은 국제관계에 있어서 국가업무의 공식수행자가 아니므로, 국제법상 지위는 인정되지 않는다.”⁷¹⁾

고 평가하고 있다. 이는 스파이의 비밀 정보수집활동은 관습규범으로 발전되었음을 주장한 것이라고 볼 수 있다.

둘째, 합법설은 *Lotus* 사건에서 판시된 국가 의사주의에 의해서도 비밀 정보수집활동의 합법성이 인정된다고 보고 있다. 이 사건에서 재판부는 국가들을 구속할 수 있는 법적 규범은 “국가들의 자유 의지”(their own free will)에서 나온다고 판시함으로써,⁷²⁾ 국제법의 형성 주체인 국가의 의사가 법적 규범의 원천이라고 보았다. 즉 ‘국가들의 합의에 의한 명시적 금지 규범이 없으면 국가는 자신이 희망하는 대로 자유롭게 행동할 수 있다’고 판시한 것이다. 이 판결의 취지를 비밀 정보수집활동에 적용해 보면, 비밀 정보수집활동을 명시적으로 금지한 국제법규범은 존재하지 않으므로 국가들의 자유의사에 의한 정보수집활동은 허용된다는 논리가 성립한다는 것이다.⁷³⁾ 이와 같이 합법설은 판례규범을 비밀 정보수집활동에 적용한 것으로, 국제법은 전시나 또는 평시를 막론하고 정보수집행위를 명시적으로 금지한 바 없으며, 특히 정보수집활동이 국제법상 강행규범(*jus cogens*)에 위반된다는 증거도 없으므로 국가의 자유의사에 따른 정보수집활동은 근본적으로 국제법 위반이 아니라는 입장이다. 또한 유사 이래 모든 국가들이 타국에 대한 정보수집활동을 전개하고 있음에도 불구하고, 이에 대해 항의 또는 반대 입장을 표명한 국가가 없는 점을 들어 후속 국가관행도 이 주장을 뒷받침한다는 것이다.⁷⁴⁾ 이같이 *Lotus* 판례규범과 후속 국가관행으로 볼 때,

71) 원문은 다음과 같다. “Spies are secret agents of a state sent abroad for the purpose of obtaining clandestinely information in regard to military or political secrets. Although all states constantly or occasionally send spies abroad, and although it is not considered wrong morally, politically, or legally to do so, such agents have, of course, no recognized position whatever according to international law, since they are not agents of states for their international relations.” Lauterpacht, *Oppenheim's International Law*, London: Longmans, 8th ed. 1955, §159, p. 862.

72) S.S. *Lotus* (Fr. v. Turk.), P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), 1927, p. 18. (“*Lotus*” 또는 “*Lotus* 사건”)

73) Terry, *supra* note , pp. 180-181; Stone, *supra* note 69, pp. 33-34.

74) Stone, *ibid*; Brown and Poellet, *supra* note 70, pp. 133-134; Scott, *supra* note 9, pp. 217-26; Romero, *supra* note 69, pp. 16-17; Sulmasy and Yoo, *supra* note 69, pp. 628-629.

정보수집활동은 합법적으로 인정된 행위라고 보아야 한다는 것이다.⁷⁵⁾

합법설의 이 같은 논리적 주장은 탈린매뉴얼 2.0에 의해서도 뒷받침된다고 볼 수 있다. 탈린매뉴얼 2.0은 “국가에 의한 평시 사이버 정보수집활동은 그 자체(*per se*)로는 국제법 위반이 아니다”고 명시하면서,⁷⁶⁾ 그 이유에 대해 국제법상 사이버 정보수집활동을 금지한바가 없기 때문이라고 밝히고 있기 때문이다.⁷⁷⁾

(2) 불법설 (*contra legem*)

불법설의 요체는 타국에 대한 비밀 정보수집활동은 유엔헌장이 규정한 주권존중 및 국내문제 불간섭 원칙을 침해한 행위로 본다.⁷⁸⁾ 즉 사전 동의 없이 타국 영토에서 비밀리에 정보를 수집하는 활동은 타국의 주권존중 및 영토보전, 정치적 독립성을 존중해야 할 국제법상 의무를 위반하는 행위로 보는 것이다.⁷⁹⁾

이에 따라 정보수집활동의 불법설을 주도한 Wright는 타국의 영토보전과 주권독립에 대한 상호 존중은 국제법의 기본원칙이므로 타국의 동의나 합의 없이 일방적으로 타국 영토에서 비밀리에 정보를 수집하는 행위는 명백하게 상기 원칙을 위반한 행위라고 강조하고 있다.⁸⁰⁾

특히 불법설의 입장은 합법설 주장의 요체인 보편적 관행론에 대해서도 비판한다. 국가간 비밀 정보수집활동이 아무리 보편적 관행이라 하더라도 국제법상 주권존중 원칙의 예외가 되어야 하는 이유가 분명치 않다는 것이다. 즉 영토보전 및 국내문제 불간섭 원칙은 전후 국제법질서의 핵심 규범인데, 비밀 정보수집활동이 이 원칙의 적용 예외를 인정받을 만한 법적 근거나 필연성 또는 국제사회의 공동인식을 발견할 수 없다고 비판하고 있다.

75) Terry, *supra* note 1, p. 180; Romero, *ibid.*, pp. 19, 44; Scott, *ibid.*, p. 226.

76) 탈린매뉴얼 2.0 규칙 32의 전단.

77) 탈린매뉴얼 2.0 규칙 32의 주석 5.

78) Recharad Falk, “Space Espionage and World Order : A Consideration of the Samos-Midas-Program”, *Essays on Espionage and International Law*, Roland J Stanger, ed, Ohio State University Press, 1962, p. 57; Mack, *supra* note 69, p. 15; Manuel R Garcia-Mora, “Treason, Sedition and Espionage as Political Offenses under the Law of Extradition”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 26, no. 1, 1964, pp. 79-80; Ingrid Delupis, “Foreign Warships and Immunity for Espionage”, *American Journal of International Law*, vol. 78, no. 1, 1984, pp. 67-68; Wright, *supra* note 68, pp. 12-13; Ki-Gab Park, *supra* note 68, p. 72.

79) Wright, *ibid.*, p. 17; Deeks, *supra* note 6, p. 303; Terry, *supra* note 1, p. 182.

80) Wright, *ibid.*, p. 3.

(3) 법외설 (*extra legem*)

법외설은 후술하는 바와 같이 법과 정보수집활동은 기본적으로 추구하는 가치 및 작동 과정이 충돌할 뿐만 아니라, 공개되지 않고 비밀리에 전개되는 정보수집활동을 법적 제도로 규율하는 것은 근본적으로 한계가 있다는 것이다.⁸¹⁾ 법외설에 따르면, 법은 객관적 사실에 근거하여 적용할 규범 및 법적 가치를 추구하는 반면, 정보수집활동은 행위의 실행 여부를 숨기기 위하여 비밀 유지를 추구하므로, 비밀 정보수집행위를 공개적인 법적 절차를 통해 규율하는 것은 어려운 과제라고 본다.⁸²⁾ 이에 따라 Radsan은 정보수집활동의 규범적 위치에 대해 법의 영역과 법 이원(beyond the law)의 영역을 왕래하는 특수한 위치에 존재한다고 보면서 다음과 같이 평가하고 있다. 즉,

“비밀 정보수집활동은 국제법상 합법도 불법도 아니며, 법적 체계의 지각 변동관 사이에 존재한다.”⁸³⁾

고 평가하고 있다. 이처럼 Radsan은 비밀 정보수집활동은 국제법의 가장자리에서 법(law)과 비법(non-law)의 경계를 왕래하는 특수한 위치에 있다고 보고 있는 것이다. 그러므로 법외설은 비밀 정보수집활동의 특수성을 고려하여 현재처럼 법의 회색지대(grey zone) 또는 모호성을 그대로 인정하자는 입장이다.⁸⁴⁾

또한 법외설은 비밀 정보수집활동을 합법과 불법의 이분법적으로 구분하는 입장도 비판한다. 우선 합법설에 대해서는 대부분 국가들이 국내법상 정보수집활동을 불법으로 규정하고 있을 뿐만 아니라, 엄격한 형사처벌 규정을 두고 있는데 이를 어떻게 국제법상 합법적 행위로 규정할 수 있는지 반문한다.⁸⁵⁾ 또한 불법설 주장에 대해서도 모든 국가는 유사 이래 한 번도 중단없이 정보수집활동을 계속해 오고 있는 것이 현실인데, 이를 어떻게 불법이라고 규정할 수 있으며, 만약 불법으로 규정한다면 모든 국가는 현재도 불법을 자행하고 있는데, 이에 대해 국제법은 왜 방관하고 있는지에 대해 설명이 없다고 비판하고 있다.⁸⁶⁾

81) 법과 정보수집활동 간 작동 원리 및 가치 충돌에 관한 구체적 내용은 제4장에서 상세하게 설명한다.

82) Baker, *supra* note 69, p. 1092; Craig Forcese, “Spies without borders : international law and intelligence collection”, *Journal of National Security Law and Policy*, vol. 5, 2011, pp. 204-205; Scott, *supra* note 9, pp. 217-26; John Radsan, “The Unresolved Equation of Espionage and International Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 28, no.3, 2007, pp. 596-623; Terry, *supra* note 1, p. 182; Steven Ratner, *supra* note 65, p. 539.

83) John Radsan, *ibid.*, p.596. 원문은 다음과 같다. “Espionage is neither legal nor illegal under international law. Espionage exists between the tectonic plates of legal systems.”

84) Baker, *supra* note 69, p. 1092; Forcese, *supra* note 82, pp. 204-205; Scott, *supra* note 9, pp. 217-226; Terry, *supra* note 1, p. 182; Steven Ratner, *supra* note 65, p. 539.

85) Terry, *supra* note 1, pp. 182-183.

4. 소 결

이상에서 본 것처럼 비밀 정보수집활동에 관한 실정 국제법규범은 매우 불확실함을 확인할 수 있다. 비밀 정보수집활동에 관한 학설은 비록 합법설이 다수설이기는 하나, 주장의 근거가 대부분 추론과 관성적 인식에 기초하고 있어 법 원칙으로 발전되는데 있어 한계가 있어 보인다. 또한 조약규범도 비밀 정보수집활동에 직접 적용할 수 있는 독립된 규범이 존재하지 않음을 확인할 수 있었다.

한편 관습법 규범과 관련해서도 여전히 불확실성이 존재한다. 비밀 정보수집활동은 유엔 헌장 채택 이전이나 이후에도 전세계에 걸쳐 광범위하게 실행되고 있는 오래된 관행이라는 점에서, 관습법상 금지된 행위가 아님은 분명해 보이지만, 그렇다고 하여 비밀 정보수집활동이 실제적 관습법으로 성립하였다는 주장도 전적으로 수용하기 어려울 것이다. 비밀리에 실행되는 정보수집활동의 관행 및 법적 확신에 대한 검증 방법의 어려움으로 인해 관습법 확립 여부를 확정하는 것이 쉽지 않기 때문이다. Chesterman의 지적처럼 대부분의 국가들이 비밀 정보수집활동을 관행적으로 실행하면서도, 다른 한편으로는 국내법을 통해 타국의 비밀 정보수집활동을 불법이라고 규정하고 있는 것도 국가 관행과 법적 확신이 정반대 방향으로 나타나게 하여 비밀 정보수집활동의 관습법 형성 확정을 어렵게 한다고 볼 수 있다.⁸⁷⁾

IV. 비밀 정보수집활동과 국제법질서와의 관계

1. 비밀 정보수집활동에 관한 국제법규범의 모호성 이유

위에서 살펴본 바와 같이 비밀 정보수집활동에 관한 국제법규범은 독립된 조약이 존재하지 않고 있으며, 국제관습법의 존재와 내용도 명확하게 확인되지 않고 있다. 그렇다면 이 분야의 국제법규범이 명확하게 확립되지 못하는 이유와 한계는 무엇인가?

86) *Ibid.*

87) Chesterman, *supra* note 69, p. 1072.

(1) 비밀 정보수집활동과 국제법 간 작동원리의 충돌

무엇보다, 비밀 정보수집활동과 국제법 간에는 기본적인 작동과정 및 추구하는 가치가 근본적으로 충돌하기 때문인 것으로 볼 수 있다. 국제법의 기본적 작동과정과 가치는 국가 간 시비(是非)의 대상이 된 행위에 대해 객관적 사실관계를 확정된 후, 이를 토대로 관련된 국제법 규칙을 적용하여 평화적으로 해결함으로써 국가관계의 안정과 보편적 인류애를 달성하는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 비밀 정보수집활동의 작동과정과 추구하는 가치는 국제법의 그것과는 달리 행위의 비밀 유지를 위해 사실관계를 철저히 은닉하여야 하고, 위계와 배신 등 비윤리적 수단도 동원하여 목적 달성을 최우선적으로 추구하는 것이라고 볼 수 있다. 이와 같이 비밀 정보수집활동은 그 작동과정이 법과 정반대이며 추구하는 목적도 가치 지향보다 ‘결과’ 지향적이라고 볼 수 있다. 이처럼 양자는 근본적으로 조화되기 어려운 상충적 관계이므로, 비밀 정보수집활동을 법의 영역으로 규율하는 것은 구조적인 어려움이 있다고 볼 수 있다. 이는 Radsan의 평가에 의해서도 뒷받침될 수 있다. 즉 그에 따르면,

“비밀 정보수집활동과 국제법은 출발부터가 다르다. 비밀 정보수집활동은 인류역사가 시작된 때부터 출발하였으나, (...) 국제법은 보다 최근의 현상이다. 또한 비밀 정보수집활동과 국제법은 상호 모순된 원칙들에 기초하고 있다. 비밀 정보수집활동의 핵심은 배신과 위계이다. 그러나 국제법의 핵심은 품격과 보편적 인류애이다. 이것만으로도 비밀 정보수집활동과 국제법은 (...) 조화될 수 없다.”⁸⁸⁾

그러므로 Radsan도 비밀 정보수집활동과 국제법은 상호 양립하기가 어려운 만큼, 이 분야의 국제법규범이 모호한 것은 불가피하다고 평가하고 있다.⁸⁹⁾ Chesterman은 여기서 더 나아가 국제법이 은밀하고 비밀스럽게 행해지는 비밀 정보수집활동을 규율하는 것이 가능하기는 한가라고 반문하고 있다.⁹⁰⁾

또한 비밀 정보수집활동은 타국에 대한 정보를 비밀리에 입수(espionage)하는 노력과, 타국이 자국의 정보를 비밀리에 입수하는 행위를 차단하려는 노력(counter espionage)이 동시

88) John Radsan, *supra* note 82. p. 596. 원문은 다음과 같다. “Espionage and international law start from different points. Espionage dates from the beginning of history, while international law, as embodied in customs, conventions, or treaties, is a more recent phenomenon. They are also based on contradictory principles. The core of espionage is treachery and deceit. The core of international law is decency and common humanity. This alone suggests espionage and international law cannot be reconciled in a complete synthesis.”

89) *Ibid.*, pp. 596-597.

90) Simon Chesterman, “Secrets and Lies: Intelligence Activities and the Rule of Law in Times of Crisis”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 28, no. 3, 2007, p. 553.

에 진행된다. 이와 같이 타국의 정보수집활동은 차단하면서도, 동시에 자신은 타국의 정보를 비밀리에 수집하여야 하는 자기모순에 빠지게 되므로, 규범화 논의 자체가 도전을 받게 된다고 볼 수 있다. 국가의 입장에서는 정보취득의 이익과 정보유출의 방지라는 두 가지 충돌적 가치와 이해를 충족하여야 하는데, 이에 관한 국가적 이해를 조정하는 것은 결코 쉽지 않다.

이와 같은 비밀 정보수집활동을 둘러싼 국가들의 딜레마와 내재적 모순으로 인해 국제법 규범의 명료화는 어려운 과제이므로, 국가들의 입장에서는 이를 무리하게 명료화하기보다는 지금처럼 비밀 정보수집활동에 관한 법적 규범의 “교묘한 모호성”(artful ambiguity)을 인정하면서⁹¹⁾ 과잉 정보수집활동에 따른 부작용을 최소화하는 것이 오히려 현실적인 접근이라고 인식하고 있는 것으로 보인다. 이는 국가들이 정보수집활동 과정에서 위법행위가 발생할 경우 국내법, 관련 조약규정 등 기존 법적 규범을 통해 규율이 가능하므로, 구태여 독립된 국제법적 규범의 필요성을 느끼지 못하고 있다는 평가⁹²⁾에 의해서도 뒷받침된다고 볼 수 있다.

(2) 국가들의 법적 규범화 불원(不願)

국제법 형성주체인 국가들이 비밀 정보수집활동에 관한 국제법규범의 명확화를 원하지 않는 것도 이 분야의 국제법규범 명료화를 가로막는 요인으로 볼 수 있다. 즉 국제법 형성주체인 국가들은 비밀 정보수집활동을 자국의 안전보장 및 국익의 문제로 인식하고 있기 때문에 정보수집활동에 지장을 초래할 수 있는 법적 규범화를 원하지 않고 있으며, 따라서 비밀 정보수집활동에 관한 독립된 법전화를 위한 국가 간 논의 자체가 이루어지기 어려운 구조이다, 더욱이 정보수집활동은 공개하기 어려운 민감한 비밀 내용을 포함하고 있기 때문에 국제적 논의의 장이 마련된다 하더라도 법전화를 위한 실질적인 진전을 기대하기 어렵다고 볼 수 있다.

91) Forcese, *supra* note 82, p. 120.

92) Forcese, *ibid.*, pp. 208-209; Stefan Kirchner, “Beyond Privacy Rights : Crossborder Cyber-Espionage and International Law”, *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*, vol. 31, no. 3, 2014, pp. 369-378.

2. 비밀 정보수집활동에 관한 법적 질서의 안정성 배경

상기에서 살펴본 것과 같이 비밀 정보수집활동에 관한 법적 규범은 기본적으로 모호하고 불명료하다. 그럼에도 불구하고 이에 관한 국제질서는 비교적 안정적으로 유지되고 있다. 그렇다면 비밀 정보수집활동에 관한 국제질서가 안정적으로 유지될 수 있는 법적 배경은 무엇인가?

(1) 비밀 정보수집활동에 관한 국가들의 침묵 관행

국제법상 침묵(silence)이라 함은 특정 국제관계에 대한 국가의 의사가 무엇인지 분명한 입장을 밝히지 않는 행위의 총체로, 국가의 무행동(inaction), 무반응(non-responses), 부작위(omission) 등이 모두 침묵행위에 포함된다고 볼 수 있다.⁹³⁾ 그런데 타국의 특정행위에 대해 항의나 비판 등 법률행위로 볼 수 있는 반응이 기대되는 상황임에도 불구하고, 국가가 일방적 침묵을 계속 유지할 경우 그 침묵은 “묵시적으로 표시된 동의”(a consent tacitly conveyed by a State)를 의미하는 것으로 볼 수 있다는 것이 국제법의 통설적 입장이다.⁹⁴⁾

이와 같이 침묵행위의 법적 효과가 발생하는 구조는 A국의 도전적 행위로 인해 B국의 권리가 침해될 위협이 있어, B국의 항의가 예상됨에도 불구하고, B국이 장기간 침묵함으로써 B국이 A국의 행위를 묵시적으로 동의 또는 합의(tacit consent or agreement)한 것으로 간주되는 것이다.⁹⁵⁾ 이 같은 침묵행위의 묵인 효과 발생은 판례, 조약 등을 통해 법원칙으로 확립되어 있으므로, 비밀 정보수집활동에도 적용하지 못할 이유가 없다. 따라서 침묵행위의 법적 효과 발생 구조 및 요건을 비밀 정보수집활동에 대입해 보면, 비밀 정보수집활동과 관련한 국가의 침묵은 타국의 비밀 정보수집활동을 묵시적으로 인정하고 있는 사실상의 법률행위일 뿐만 아니라, 국가 간 비밀 정보수집활동 질서를 실질적으로 규율하는 중요한 법규범의 역할을 하고 있음을 알 수 있다.

전술한 바와 같은 대부분의 국가(A)들은 타국(B)에 대해 거의 매일 영토주권 침해 또는 국내문제 간섭에 해당될 수 있는 정보수집활동을 실행하고 있다. 따라서 B국은 A국에 대

93) 이 같은 침묵의 개념으로 볼 때 inaction, non-responses, omission은 단어상 의미의 차이에도 불구하고 법적 효과는 묵시적인 동의 또는 승인 등 동일한 것으로 볼 수 있으므로, 구분할 필요는 없을 것으로 보인다.

94) Nuno Sérgio Marques Antunes, “Acquiescence”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006, paras. 2, 26.

95) Ian McGibbon, “The Scope of Acquiescence in international law”, *British Yearbook of International Law*, vol. 31, 1954, p. 143; Antunes, *ibid.*, para. 2.

해 항의나 반대의 의사표시가 있을 것이라는 것은 합리적인 기대일 것이다. 그러나 아직까지 자국 영토 내 정보수집활동에 대해 주권침해 또는 국내문제에 대한 간섭행위임을 들어 항의나 반대를 표시한 국가는 거의 발견되지 않고 있다. 더욱이 정보수집활동에 관한 국가들의 침묵행위는 일과적이 아니라, 오랜 기간 일관되고 보편적으로 나타나는 구조적 현상이라는 점을 고려한다면, 비밀 정보수집활동에 대한 국가들의 침묵행위는 암묵적 규범으로 작동하고 있음을 유추할 수 있을 것이다.

가령 외교관 신분으로 위장한 정보관의 파견은 대사 제도가 확립될 당시부터 지금까지 일관되게 지속되고 있으나, 이에 대한 항의 및 반대는 나타나지 않고 있다. 또한 외교관으로 위장한 정보관에 대해 접수국이 미행·감시 등 소위 방첩활동을 체계적으로 실행하고 있는 것으로 알려져 있으나, 이에 대해 외교관에 대한 불가침권⁹⁶⁾(inviolability) 위반을 들어 항의나 반대한 사례도 거의 나타나지 않고 있다. 이로 볼 때 외교사절을 통한 파견국의 비밀 정보수집활동 또는 자국주재 외교사절에 대한 방첩 정보수집활동에 대해서는 국가 간 상호 묵인의 효과가 작동하고 있다고 볼 수 있다.⁹⁶⁾

한편 비밀 정보수집활동에 관한 국가의 침묵은 단순히 일방적 또는 양자적으로만 나타나는 것이 아니라, 오랜 기간에 걸쳐 축적되면서 국제사회 전체에 집단적으로 나타나고, 이 같은 집단적 침묵이 집단적 묵인을 형성하면서 비밀 정보수집활동 질서를 규율하는 규범으로 작동하고 있다는 추론도 가능하다.

이는 마치 국가의 일방적 관행이 다른 국가들의 관행과 결합하여 묵시적인 국제합의를 만들어 내는 관습법의 형성과정과 유사하다고 볼 수 있다. 즉 관습법 형성에 있어서 순수한 일방적 행위로는 법적 효력을 발생시킬 수 없지만, 다른 국가들의 관행과 결합하여 “묵시적인 국제적 합의”(a kind of tacit international agreement)가 형성될 경우 비로소 일방적 관행이 법적 효력의 생명력을 얻는 것처럼,⁹⁷⁾ 비밀 정보수집활동에 관한 국가들의 침묵이 법적 효력을 발생시키는 구조도 이와 유사하다고 볼 수 있다. 다시 말해 정보관련 국가의 일방적(unilateral) 침묵도 이해관계가 밀접한 양자(bilateral)간 상호 묵인으로 발전하고, 이 같은 일방적 또는 상호 묵인이 장시간을 거치면서 집단적(collective) 묵인으로 발전하면서 국제적인 묵시적 합의가 형성되는 구조라고 볼 수 있기 때문이다.

96) 외교 및 영사관계협약, 해양법협약 준비과정에서 각각 외교공관 및 영해 내 외국선박에 의한 비밀 정보수집활동가능성을 충분히 예상할 수 있었음에도 불구하고, 이에 대해 명시적 금지규정을 주장한 국가는 거의 발견되지 않고 있다.

97) Victor Rodriguez Cedeno, “Fifth report on unilateral acts of States”, UN ILC Documents of the fifty-fourth session, A/CN.4/525, p. 111, para. 104.

이와 같이 비밀 정보수집활동에 관한 명확한 국제법규범이 확립되어 있지 않아도 이 분야의 국제질서가 안정적으로 유지될 수 있는 것은 국가 간 묵인의 관행이 수세기에 걸쳐 축적되면서 ‘묵시적인 집단적 묵인’(tacit collective acquiescence)으로 형성되고, 이것이 국제질서를 안정시키는 암묵적인 규범 역할을 하고 있는 것으로 볼 수 있다.

개별 국가의 입장에서 보면 비밀 정보수집활동에 관한 침묵은 해당 국가의 재량권 영역에 해당한다고 볼 수 있으나, 국제법의 관점에서 보면 다수 국가들의 집단적인 장기간의 침묵행위는 비밀 정보수집활동에 관한 국제질서를 안정적으로 유지시켜주는 기능을 한다고 볼 수 있다.

(2) *Tu Quoque* 원칙

*Tu Quoque*는 “당신도 마찬가지로”(you too)라는 의미의 라틴어에서 유래한 것으로,⁹⁸⁾ 이 의미가 법의 영역으로 확대된 개념이다.⁹⁹⁾ 즉 동일한 행위를 실행한 국가 간에 “귀국(貴國)도 법을 위반한 것은 마찬가지”인데 아국의 위법행위에 대해 어떻게 비판할 수 있는가?라는 항변 논리로 인정되고 있다.¹⁰⁰⁾ 이와 같은 항변 논리가 국제법에서도 인용되면서, “국가는 그 스스로가 실행한 동일한 행위에 대해서는 타방을 비판할 수 없다”는 원칙으로 발전한 것이라고 볼 수 있다.¹⁰¹⁾ 즉 자신과 상대방이 행한 동일한 행위에 대해 상대방의 행위만 비난하는 것은 형평스럽지 않다는 것이다. 가령 Nuremberg 전범재판에서 재판부가 독일의 Reader 장군 및 Doenitz장군의 잠수함 격침행위에 대해 기소하지 않은 것은 연합군도 전시에는 적 잠수함을 격침시키는데, 연합군과 동일한 행위에 대해 기소하는 것은 형평의 원칙에 부합하지 않다고 보았기 때문이라는 것이다.¹⁰²⁾

이같은 *Tu Quoque* 원칙이 비밀 정보수집활동에 관한 국가들의 행위준칙에 확장된 것은

98) Sienho Yee, “The *Tu Quoque* Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution or Punishment”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 3, No. 1, 2004, pp. 90, 103; Annie O’Reilly, “Affirmative Defenses in International Criminal Proceedings”, *Defense Perspectives on International Criminal Justice*, Colleen Rohan eds, Cambridge University Press, 2017, pp. 513-514.

99) John Dugard, “Sixth report on diplomatic protection”, UN ILC, A/CN.4/546, 11 August 2004, p. 5.

100) Sienho Yee는 Nuremberg 전범재판의 판결 내용이 대부분 국제법 원칙으로 인정되고 있음을 들어 *Tu Quoque* 원칙도 국제법 원칙으로 보아야 한다고 주장하고 있다. 특히 Sienho Yee는 *Tu Quoque* 원칙이 오늘날 국제 형사재판 과정에서 자주 인용되고 있는 점도 *Tu Quoque* 원칙이 국제법적 규범으로 확립된 증거라고 보고 있다. Yee, *supra* note 98., pp. 87 - 134.

101) U.S. Department of Defense Office of General Counsel, “An Assessment of International Legal Issues in Information Operations”, 1999, pp. 43, 46. 원문은 다음과 같다. “[A] nation has no standing to complain about a practice in which it itself engages.”

102) Yee, *supra* note 98, p. 131; O’Reilly, *supra* note 98, pp. 513-14.

1960년 U2기 사건이 중요한 계기를 제공한 것으로 보인다. 환언하면, U2기 사건 당시 미국이 러시아에 항변하는 과정에서 *Tu Quoque* 원칙을 법적 대응 논리로 사용하면서 비밀 정보수집활동과 관련한 법적 개념으로 수용된 것으로 볼 수 있다. 당시 소련이 미국의 정보수집활동에 대해 영토주권침해 등 국제법 위반이라며 맹렬히 비난하자, 미국은 ‘소련도 미국을 비롯하여 전 세계를 상대로 동일한 정보수집활동을 매일 실행하고 있는 입장에서, 미국의 정보수집활동을 비난할 입장은 못 된다’고 반박한 것이다.¹⁰³⁾ 이후 미국은 정보수집활동의 법적 정당성 근거로 또는 미국의 정보수집활동에 대한 타국의 항의를 방어하는 근거로 *Tu Quoque* 원칙을 제시하고 있다. 나아가 미국 국방부는 *Tu Quoque* 원칙이 실제로 법적 규범으로 작동하고 있다고 평가하면서, 다음과 같이 설명하고 있다.

“(국가들이) 비밀 정보수집활동에 대해 강력한 국제법적 제재를 부과하지 않은 것은 ‘*Tu Quoque*’라는 국제법 독트린 즉 국가는 스스로가 직접 실행하고 있는 관행에 대해서는 항의하지 못한다는 것을 암묵적으로 적용한 결과로 보인다.”¹⁰⁴⁾

고 설명하고 있다. 이같은 평가는 비밀 정보수집활동과 관련한 국가들의 태도와 거의 일치하게 나타나는데, 미국의 유럽에 대한 통신정보 수집행위에 대해 EU회원국들은 유럽 외교관들에 대한 미국의 통신정보 수집행위는 “절대 수용할 수 없다”(clearly unacceptable)고 비판하면서도, 국제법 위반 또는 법적 책임 여부에 대해서는 항의하지 않고 있다.¹⁰⁵⁾ 특히 전술한바와 같이 유럽의회는 타국에 대한 비밀 정보수집활동은 ‘결코 미국에 국한된 문제가 아니라’ EU회원국도 동일한 통신정보를 수집하고 있음을 공식 인정하고 있는데,¹⁰⁶⁾ 이는 유럽도 미국에 대해 통신정보를 수집하는 만큼, 유럽에 대한 미국의 동일한 정보수집행위

103) U2기 사건에서 소련은 미국에 대해 공식 사과(publicly express regret), 관련자의 법적 처벌, 재발 방지 약속을 요구하였으나, 미국은 타국에 대해 더 위협적으로 정보수집활동을 전개하고 있는 소련이 그 같은 요구를 하는 것은 수용할 수 없다며 소련을 강하게 비난하였다. 즉, 미국은 소련이 미국보다 더 큰 규모의 비밀 정보수집활동을 전개하고 있는데, 이런 소련이 미국의 정찰비행에 대해 격하게 비난하는 것은 Clean Hands, Tu quoque 원칙에 맞지 않는 것이라고 반박한 것이다. UN Security Council Official Record 858th meeting (S/PV.858), May 24, 1960, p. 15, para. 77.

104) U.S. Department of Defense Office of General Counsel, supra note 199, p. 46. 원문은 다음과 같다. The lack of strong international legal sanctions for peacetime espionage may also constitute an implicit application of the international law doctrine called “*Tu quoque*”(roughly, a nation has no standing to complain about a practice in which it itself engages). Whatever the reasons, the international legal system generally imposes no sanctions upon nations for acts of espionage. (강조는 필자에 의함)

105) Ian Traynor, “NSA spying row: bugging friends is unacceptable, warn Germans”, The Guardian, 1 July 2013. <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/01/nsa-spying-allegations-germany-us-france> (last visited 21 December 2021)

106) Gerhard Schmid, Report on the existence of a global system for the interception of private and commercial communications (ECHELON interception system) - Part 1: Motion for a resolution, Explanatory statement, European Parliament, A5-0264/2001 PAR1, 2001, pp. 27-28. (“European Parliament Report on ECHELON”); Jack Goldsmith, “Spying on Allies”, Lawfare, 1 July 2013. <https://www.lawfareblog.com/spying-allies> (last visited 21 December 2021)

에 대해 불법성을 주장하는 것은 어렵다는 것을 표명한 것으로 이해된다.

Tu Quoque 원칙은 동티모르 사건에서 호주의 항변 과정에서도 엿볼 수 있다. 즉 호주가 동티모르에 대해 동티모르 자신도 비밀 정보수집활동의 중요성을 강조하고 있는 입장에서, 호주의 정보수집활동을 비판하는 것은 정당하지 않다고 항변한 것은 *Tu Quoque* 원칙의 논리가 반영된 것이라고도 볼 수 있을 것이다.

이처럼 *Tu Quoque* 원칙도 정보수집활동과 관련하여 국가 간 상호 비난 또는 상호 불법성 주장을 제어하는 논리적 근거로 작동하고 있다. 다시 말해 비밀 정보수집활동의 관점에서 볼 때 *Tu Quoque* 원칙도 동 개념에 내재되어 있는 상호성의 정신이 정보수집활동에 대한 국가 간 법적 다툼을 상호 자제시키는 요인으로 작용함으로써, 정보수집활동의 질서를 안정적으로 유지시켜주는 역할을 한다고 볼 수 있다.

V. 결 론

이상에서 살펴본 바와 같이 본 논문은 다음과 같은 내용을 확인할 수 있었다. 근대 국제법 초기부터 비밀 정보수집활동의 금지는 조약으로도 관습법으로도 존재하지 않고 있다. 또한 이를 허용하거나 직접적으로 뒷받침하는 조약도 없고 이에 관한 관습법 규범도 확인되지 않고 있다. 그러므로 국제법상 비밀 정보수집활동은 금지되지도 허용되지도 않는 중립영역에 있다고 볼 수 있다.

그러나 그렇다고 하여 비밀 정보수집활동이 국제법의 질서에서 벗어나 자유방임적으로 실행되고 있는 것은 아니라는 것도 확인하였다. 비밀 정보수집과정에서 발생하는 개개의 법익 침해행위 - 가령 개인 사생활침해, 불법입국, 국내문제 간섭 등 - 는 유엔헌장이 규정한 주권원칙, 외교관계 협약 등 현행 국제법의 규율대상이 되고 있기 때문이다. 특히 오늘날 인권규범이 국제사회의 지도적 규범으로 발전함에 따라 과잉 정보수집활동은 인권협약에 의해 상당 부분 규율되고 있다. 또한 국제법에 의해 규율되지 않는 부분은 국내법에 의해 규율되고 있고 있음도 확인하였다.

이와 같이 국가 간 비밀 정보수집행위 그 자체는(per se) 국제법으로부터 자유로운 영역에 있다하더라도, 그 활동이 이루어지는 개별행위들은 국제법의 적용을 받게 되므로, 비밀 정보수집활동이 국제법으로부터 완전히 자유로운 영역이 아니라고 볼 수 있다. 이로 볼 때, 비밀 정보수집활동에 관한 국제법의 규범체계는 오늘날 법의 지배가 확장되는 국제적 추세

속에서 국제법의 그물망에 들어 있으며, 그 속에서 주어진 자유를 누리고 부과된 법적 책임도 지고 있다고 말할 수 있다.

제2부 : 제1발표

국제통상규범상 안보 예외에 관한 연구

- 무역자유화와 안보 간의 균형 방안 모색 -

- 발표자: 조유미 사무관 (산업통상자원부)
- 토론자: 이재민 교수 (서울대학교)

국제통상규범상 안보 예외에 관한 연구*

- 무역자유화와 안보 간의 균형 방안 모색 -

조유미**

목 차

- I. 서론
- II. GATT 제XXI조의 해석과 적용
 - 1. 연원 및 전개
 - 2. 주요 쟁점 분석
 - 3. 소결
- III. 무역자유화와 안보 간의 균형 모색
 - 1. GATT 제XXI조 개선방안
 - 2. 새로운 무역규범상 안보 예외규정 검토
- IV. 결론

I. 서론

결단주의 법학자로 유명한 칼 슈미트(Carl Schmitt)는 “주권자란 예외상태를 결정하는 자이다”라는 말을 남긴 바 있다.¹⁾ 이는 어떠한 상황이 예외상태이며 이러한 예외상황에서 무엇을 해야 하는지를 결정하는 주체는 주권자라는 의미이다.²⁾ 칼 슈미트는 이러한 결단의 독점을 국가 주권의 본질로 파악하였다.³⁾ 이후 범치국가 이론이 발전함에 따라서 예외상황 역시 성문화의 과정을 거치며 규범의 영역으로 들어오게 되었다.⁴⁾

* 본고는 필자의 박사학위 논문(22.2월)을 정리하여 작성한 것으로 정부의 입장과 무관한 개인의 견해를 밝힙니다.

** 산업통상자원부 사무관 / 충남대학교 박사.

1) “Souverän ist, wer über de Ausnahmezustand entscheidet”. 홍철기, “아감벤의 예외상태 비판: 호모 사케르와 예외상태”, 『오늘의 문예비평』, 통권 제60호(2006.3), p. 197.

2) *Ibid.*, pp. 197-198.

3) 윤재왕, “예외상태와 주권의 역설: 아감벤의 칼 슈미트 해석에 대한 비판”, 『강원법학』, 제47권(2016.2), p. 352.

4) 성정엽, “칼 슈미트의 주권개념”, 『법학연구』, 통권 제60호(2019.9), p. 12.

동일한 법률 체계 내에서 ‘예외규정’은 입법자가 어떠한 유익(有益) 때문에 원칙의 적용을 배제하기 위하여 도입한 것으로 법이 의도한 목적 달성에 기여할 수 없거나 해당 법률 체계 내의 다른 규정이나 가치와 충돌하는 경우를 상정한 것이다.⁵⁾ 이에 예외규정과 관련하여 중요한 법원칙이 확립되었는데, ‘예외는 엄격하고 좁게 해석되어야 한다’는 것이다.

세계무역기구(World Trade Organization: WTO)로 대변되는 국제통상법 영역에서도 다자간 자유무역주의 원칙이 자리 잡은 이래 무역자유화와 비경제적 가치 간의 충돌에서 예외규정을 원용하는 경우가 있었다. 환경 보호 등과 관련하여 그간에는 ‘관세 및 무역에 관한 일반 협정(General Agreement on Tariffs and Trade: GATT)’ 제XX조(일반적 예외)에 대한 논의가 많았지만 지난 약 5년 동안 특히 불거진 것은 GATT 제XXI조(안보상의 예외)이다. 미국의 트럼프 행정부와 코로나바이러스감염증-19(COVID-19: 코로나19) 사태를 거치며 급격히 부상한 주제가 바로 무역자유화와 안보를 이유로 한 무역제한조치였다. 특히 2019년 4월 우크라이나와 러시아 간의 ‘통과 운송 제한조치 분쟁’에 대한 WTO 패널 보고서는 러시아의 GATT 제XXI조 원용에 대하여 그 요건을 구체적으로 분석하고 이를 인정한 최초의 보고서로 향후 관련 사안에서 이정표 역할을 할 것으로 예상된다.⁶⁾

GATT 체제가 시작되고 WTO가 출범한 이후에도 수많은 무역제한조치가 시행되었으나 ‘안보상의 예외’를 이유로 한 경우는 드물었다. 그 이유에 대하여 안보 예외규정을 원용하는 것은 ‘판도라의 상자(Pandora’s Box)’를 여는 것과 같다고 여겨 각국이 그 위험성을 인식하고 오용 및 남용을 방지하기 위해 ‘자제력(self-restraint)’을 발휘한 것이라는 지적이 있다.⁷⁾ 그렇다면 최근 무역과 안보 관련 분쟁이 연이어 발생한 이유와 그 경합 문제가 계속 일어날 것인지에 대하여 생각할 필요가 있다.

5) 백경일, “예외법 확대적용 금지의 원칙: 예외규정의 해석 및 적용에 있어서 유추 및 확장의 허용 여부와 판례의 입장”, 『재산법연구』, 제25권 제3호(2009.2), pp. 2, 7.

6) *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit*, Report of Panel, 26 April 2019, WT/DS512/R. [hereinafter *Russia-Traffic in Transit*] 동 패널 보고서는 2020년 6월 GATT 제XXI조와 사실상 동일한 규정인 ‘무역 관련 지적재산권에 관한 협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS 협정)’ 제73조와 관련한 카타르와 사우디아라비아 간의 분쟁에 대한 패널 판정에 영향을 미쳤다. *Saudi Arabia - Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Report of Panel, 16 June 2020, WT/DS567/R. [hereinafter *Saudi Arabia-IPRs*] 다수 국가에 대한 미국의 철강 및 알루미늄 제품에 대한 조치 관련 분쟁(*United States - Certain Measures on Steel and Aluminium Products*) 중 일부는 상호 협의 등을 통해 종료되었다; 캐나다(DS550, 2019.5.23), 멕시코(DS551, 2019.5.28), EU(DS548, 2022.1.20). 그 외에는 2022년 상반기에 패널 보고서가 발표될 것으로 예상된다; 중국(DS544), 인도(DS547), 노르웨이(DS552), 러시아(DS554), 스위스(DS556), 터키(DS564). 한편, 한국과 일본 간의 수출제한조치 분쟁(*Japan - Measures Related to the Exportation of Products and Technology to Korea*, DS590)은 패널 설치(2020.7.29) 이후 담보 상태로 보인다. <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds590_e.htm (2022.3.9 최종 방문)>

7) Nadia García-Santaolalla, “A Proposal to Reform “Security-Emergency” Exceptions in Trade”, Research Paper, Webinar Series Session 8(Toward Model Provisions for Trade in Times of Crisis and Pandemic in Regional and other Trade Agreements), (November 2020), p. 7. available at < <https://www.unescap.org/sites/default/files/57%20Final-Nadia%20Garcia-Mexico.pdf> >

2008년 글로벌 금융위기 이후 세계 경제 질서가 저성장·저물가·저금리의 ‘뉴노멀(New Normal)’로 접어들면서 글로벌 수요 둔화, 고용 위기가 복합적으로 얽혀 자유무역에 대한 부정적인 인식으로 이어짐에 따라 각국의 보호무역주의 정책이 확산되었다. 아울러 제4차 산업혁명과 디지털 경제 전환 가속화로 첨단 산업과 기술경쟁에서의 우위가 곧 국가 경쟁력이라는 인식이 고조되었다. 여기에 코로나19 등 예측하지 못한 사태로 불확실성이 초래되었고 교역 감소와 기술전쟁 격화, 기후변화의 심각성 등으로 국민과 국가의 안전한 상태를 회복하고 유지하기 위한 전방위적 노력이 요구되었다. 이에 탈냉전시대를 거치며 학계 차원에서 논의되었던 안보 개념의 확대는 사회 전반에 수용되었다.⁸⁾ 각국은 또한 무력이 아닌 다자간 무역체제라는 경제 영토에서 전략적인 경쟁을 통해 자국의 영향력을 확대하고 있다.⁹⁾ 최근 전 세계적으로 ‘경제안보’에 대한 논의가 활발하게 이루어지고 있는 점도 이러한 맥락에서 이해할 수 있으며, ‘포스트 코로나 시대’에도 여러 위기가 반복되며 전개될 것으로 예측되는바, 국제통상질서에서 무역자유화와 안보 간의 균형을 모색하는 일은 매우 시의적절하고 유의미하다.¹⁰⁾

8) ‘안보(security)’는 평온한 마음 상태를 의미하는 로마어 ‘세퀴리티스(securitas)’에서 비롯되었으며, 걱정으로부터 자유로운 상태를 뜻하기도 한다. 민병원, “안보 개념은 왜 확대되는가? 정체성 문제의 안보화”, 『평화가제트(Peace Research Gazette)』, No. 2018-G20(2018.2.20), pp. 2-3. 사전적 의미를 고려하면 각종 위협과 위협으로부터 국가, 사회, 국민의 안전과 질서를 지키고 보장하는 일로 정의할 수 있다. 국립국어원 표준국어대사전 <<https://stdict.korean.go.kr>> 및 웹스터 영영사전 <<https://www.merriam-webster.com>> 참고. 안보는 인류의 시초와 그 역사를 같이 해왔으며, 토마스 홉스(Thomas Hobbes)에 의해 ‘국가’ 중심의 의미로 천착하였다. 그러나 이후 브레튼 우즈 체제(Bretton Woods System) 붕괴와 제1차 석유파동 등 시대적 상황에 따라 국제질서의 본질이 변화하면서 안보 개념이 비군사 분야로 확대되기 시작하였는데, 특히 ‘코펜하겐 학파(Copenhagen School)’가 안보 개념 확장에 기여하였다. 정상화, “안보개념의 변화와 비전통안보의 부상”, 『세종정책연구』, 제6권 제2호(2010.9), pp. 10, 12; 민병원, “탈냉전시대의 안보개념 확대: 코펜하겐 학파, 안보문제화, 그리고 국제정치 이론”, 『세계정치』, 제5권(2006.8), pp. 18-19, 22, 24. 이후 1991년 냉전 체제 종식과 세계화 도래 등으로 국가를 둘러싼 안보 환경이 급변함에 따라 안보의 대상이 국가 주권 및 영토 중심에서 인간 복지나 안전으로 확대되었고 인간안보, 신종안보, 포괄안보, 복합안보 등 다양한 개념이 등장하였다. 김창수 외, 『안보환경변화와 현대적 안보개념의 정립: 진보적 신안보정책 추진을 위하여』, (서울: 국회정보위원회, 2013), p. 26. 또한 기술안보, 사이버안보, 환경안보, 에너지 및 자원안보, 보건안보, 식량안보, 우주안보 등으로 다변화하여 논의되기도 한다. 한편, 안보 개념은 국제정치 및 국제관계학에서 ‘현실주의(realism)’, ‘자유주의(liberalism)’, ‘구성주의(constructivism)’ 등의 이론에서 매우 중요하게 다루어져 왔다. 국제법에서도 주권 개념과 더불어 안보가 논의되었다. 특히 대외 침략과 내부 불안정은 전통적인 국가안보 개념의 핵심이었기에 저명한 국제법학자들은 전쟁에 대한 국가 행동의 정당성을 탐구함으로써 안보 개념에 접근하였다.

9) J. Benton Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, *The Yale Law Journal*, Vol. 129, No. 4(February 2020), p. 1024.

10) 국제적으로 통용되는 ‘경제안보’ 정의가 있는 것이 아니므로 다양한 개념 정의가 시도되고 있다. 최근 개최된 ‘글로벌 대전환과 경제안보: 주요국의 경제안보 정책과 한국의 대응’ 세미나에서 다양한 해석이 논의되었다(2022.1.21). <<https://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=5378874>> 참고. 한편, 미국은 2017년 국가안보전략보고서(National Security Strategy)를 통해 “경제안보는 곧 국가안보(Economic security is national security)”라고 천명한 바 있다. The White House, National Security Strategy of the United States of America (December 2017), p. 17. available at <<https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf> (2022.3.9 최종 방문)> 2021년 3월 바이든 행정부에서 잠정적 국가안보전략 지침서를 발표하였는데, 동 보고서에서도 ‘오늘날의 세계에서 경제안보는 국가안보’임을 언급하였다. 아울러 국가안보에 대한 새롭고 폭넓은 이해가 필요하다고 강조하면서 전염병 및 기타 생물학적 위협, 기후위기의 증가, 사이버 및 디지털 위협, 국제경제 혼란, 인도주의적 위기의 지속, 폭력적 극단주의 및 테러리즘, 핵무기 및 기타 대량살상무기의 확산 등을 직면한 위협의 예로 들었다. The White House, Interim National Security Strategic Guidance (March 2021), pp. 6-10, 15.

이에 본고는 GATT 제XXI조에 관한 쟁점을 분석하고 향후 무역자유화와 안보 간의 균형을 추구하는 해석과 적용을 제안하는 것을 주된 목적으로 삼았다. 이를 위하여 II장에서는 GATT 제XXI조의 연원과 해석 쟁점, 주요 분쟁 판결을 분석하여 국제통상법상 안보 예외 규정의 현주소를 파악하고자 하였다.¹¹⁾ III장은 무역자유화와 안보 간의 균형 있는 동행을 위한 대안을 제시하는데 할애하였다. 마지막으로 WTO는 오랜 시간 국가 간 대화와 합의의 산물이자 자유무역의 보루로서 국제무역 질서를 ‘규범 중심(rule-oriented)’으로 이끌어 왔다는 점과 국제통상법적 관점에서 ‘안보’는 무역 동맹이 국가 간 충돌을 경감시키며, 국제무역이 경제를 비롯한 국가안보에 유익하다는 인식에 바탕을 두고 있다는 점을 상기하였다. 따라서 ‘안보’는 무역자유화를 위협하는 요소라기보다는 국가 주권의 차원에서 존중되어 왔다는 점을 강조하며 안보 민감성이 점증하는 현실에서 GATT 제XXI조는 국제질서의 안정성과 예측가능성이 담보되는 방향으로 해석되고 개선되어야 할 필요가 있음을 언급하며 마무리하였다.

II. GATT 제XXI조의 해석과 적용

WTO 협정의 대표적인 안보 예외규정은 GATT 제XXI조이다. 이른바 ‘자기판단적(self-judging)’ 규정으로 국가가 특수한 상황에서 국제의무에 비합치하는 행위를 할 수 있는 권한을 스스로에게 부여하는 것을 허용하는 것으로 이해된다.¹²⁾ 즉 ‘which it considers’ 표현을 사용함으로써 일련의 요건 충족 여부를 국가 스스로 판단하도록 하고 있다. WTO 협정

available at < <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/03/NSC-1v2.pdf>. (2022.3.9 최종 방문) >

11) 본고에서 주로 인용한 GATT/WTO 판결은 Russia-Traffic in Transit 패널 보고서이다. GATT 체제에서 316개의 분쟁사건 중 GATT 제XXI조 관련 분쟁은 4건(1.3%)으로 이 중 작업반/이사회 및 패널 보고서가 회람된 경우는 3건이다. GD/4, GD/59, GD/158, GD/260. WTO, *GATT disputes: 1948-1995 Volume 1: Overview and one-page case summaries* (Geneva: WTO Publications, 2020), p. 379. GATT 체제에서는 특수한 정치적 관계에 기인해 무역제한조치를 취하는 경우가 많았고, 국내 산업 보호를 위한 경우가 비교적 명확했던 사안은 1975년 스웨덴의 제재조치의 경우였다. GATT 제XXI조를 원용한 국가들의 기본 입장은 국가안보를 판단하는 것은 전적으로 국가의 재량이라는 것이었다. 실제 관할권이 없다고 인정된 경우도 있어 소극적인 태도를 확인할 수 있다. 또한 문제 조치를 철회하거나 협의로 해결하여 분쟁해결절차를 이용하지 않기도 하였다. 따라서 본고에서는 GATT 체제 분쟁과 WTO 출범 이후 합의에 따라 패널 심리가 중단된 미국의 쿠바 자유 및 민주 연대법 분쟁(*United States - The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act, Request for Consultations by the European Communities*, 13 May 1996, G/L/71; S/L/21; WT/DS38/1), 절차상의 하자로 인해 패널이 설치되지 않은 온두라스 및 콜롬비아에 대한 니카라과 조치(*Nicaragua - Measures Affecting Imports from Honduras and Colombia, Request for the Establishment of a Panel by Colombia*, 28 March 2000) 분쟁 역시 다루지 않았다. 이후 *Saudi Arabia-IPRs* 분쟁은 *Russia-Traffic in Transit* 패널 보고서의 법리를 따랐기 때문에 상세히 언급하지는 않았다.

12) Briese Robyn, Schill Stephan, “Self-judging Clauses before the International Court of Justice”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, Issue 1(May 2009), p. 308.

부속서1가 ‘상품에 관한 다자간 협정’ 일부에서도 GATT 제XXI조를 차용하고 있다.¹³⁾ 부속서1나 및 그에 해당하는 ‘서비스무역에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Services: GATS)’ 제XIV조의2, TRIPS 협정 제73조에서도 GATT 제XXI조와 유사하게 안보상의 예외를 규정하고 있다.¹⁴⁾ GATT 제XXI조는 제2차 세계대전 이후 미국이 체결한 다수의 우호통상항해조약(Friendship, Commerce and Navigation Treaty: FCN 조약), 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty: BIT), 자유무역협정(Free Trade Agreement: FTA) 및 디지털무역협정의 안보 예외규정에도 상당한 영향을 미쳤다.¹⁵⁾¹⁶⁾ GATT 제XXI조 문언을 상기하는 것으로 논의를 개진한다.¹⁷⁾

- 13) 무역 관련 투자조치에 관한 협정 제3조, 수입허가절차에 관한 협정 제1조 제10항, 무역원활화에 관한 협정 제24조 제7항 참고. 명시적인 안보 예외규정은 없으나 전문(前文)이나 본문에서 간접적으로 규정한 경우로는 농업에 관한 협정(전문, 제12조 제1항 (a)호, 부속서2, 부속서5 제4조 제2항), 무역에 대한 기술장벽에 관한 협정(Agreement on Technical Barriers to Trade: TBT 협정) 전문, 제2조 제2항 및 제10항, 제5조 제4항 및 제7항, 제10조 제8.3항 참고. 다만 TBT 협정 관련 규정은 명시적인 예외규정은 아니지만 정당한 목적으로 ‘국가안보상의 요건’을 구체적으로 적시하며 일정 단계를 생략할 수 있다고 규정하고 있다.
- 14) 내용은 거의 유사하나 GATS 제XIV조의2는 두 개의 항으로 구성, 특히 제2항에서 안보를 이유로 한 조치와 당해 조치의 종류에 대해 가능한 한 완전하게 통보받는다는 내용을 추가하였다. 한편, 복수국간 무역협정 중 ‘정부조달에 관한 협정’ 제3조(안보 및 일반적 예외) 제1항은 GATT 제XXI조(c)호가 없는 보다 간결한 형태이다.
- 15) GATT 체제 이전의 FCN 조약에서는 안보 예외규정을 찾아보기 어렵고 사실상 GATT 제XXI조가 도입된 이후 다수의 FCN 조약에서 안보 예외규정이 포함되었다. 이재민, “국가안보 예외의 사각(死角)지대: ‘정보제공 거부’ 조항의 의미와 문제점”, 『국제법학회논총』, 제65권 제1호(통권 제156호)(2020.3), p. 131. 한편, 당시 미국의 FCN 조약은 GATT 제XXI조와 본질적으로 유사한 안보 예외규정을 포함하고 있었으나, 그 남용을 방지하고자 ‘it considers’와 같은 표현을 잘 사용하지 않았다. Sebastián Mantilla Blanco, Alexander Pehl, *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreement: Justiciability and Standards of Review* (Gewerbestrasse: Springer, 2020), p. 1. 미국은 BIT 체결 이전에는 주로 상업적 목적으로 FCN 조약을 체결해왔으나, FCN 조약은 제2차 세계대전 이후 투자 보호 중심으로 발전하였다. 1960년대까지 FCN 조약은 유럽식의 BIT에 대한 미국의 대안으로 잔존하고 있었으나, 냉전 및 탈식민지 시대를 거치면서 1970년대 후반에는 BIT 체결을 지지하게 되었다. Wolfgang Alschner, “Americanization of the BIT Universe: The Influence of Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Treaties on Modern Investment Treaty Law,” *Goettingen Journal of International Law*, Vol. 5, No. 2(August 2013), pp. 457, 459.
- 16) 한국의 기체결 FTA(2022.3월 기준 58개국, 18건의 FTA 발효중)와 주요 디지털무역협정의 안보 예외규정은 3가지로 유형화 할 수 있다. 다만 협정 내 전자상거래 또는 디지털통상 챗터 역시 디지털무역협정으로 보고 한국과의 관련성 및 최초의 독립적인 디지털무역협정으로서의 대표성 등을 고려하여 포괄적 및 점진적 환태평양경제동반자협정(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: CPTPP), 미국-일본 간의 디지털무역협정(United States of America-Japan Digital Trade Agreement: USJDTA), 미국-멕시코-캐나다 간의 협정(United States of America-Mexico-Canada Agreement: USMCA), 디지털경제동반자협정(Digital Economy Partnership Agreement: DEPA)을 검토하였음을 밝힌다. 3가지 유형은 다음과 같다. ①GATT 제XXI조 및 GATS 제XIV조의2 준용(예: 한-EFTA, 한-인도, 한-중국, 한-호주, 한-캐나다, 역내포괄적경제동반자협정(RCEP) 등), ②GATT 제XXI조/GATS 제XIV조의2 기반의 변경(예: 한-칠레, 한-싱가포르, 한-아세안, 한-EU FTA 등), ③GATT 제XXI조 플러스(plus)(예: 한-페루, 한-미국, 한-중미, 한-이스라엘 FTA와 디지털무역협정)이다. GATT 제XXI조 및 GATS 제XIV조의2에 비해 국가의 재량적 판단 여지가 더 광범위하여 안보 예외조치를 취할 수 있는 권한이 더 확대된 규정이라 할 수 있다.
- 17) 국제조약상 명시적인 안보 예외규정이 부재한 경우에는 국제관습법을 원용할 수 있는바, 실제 국제투자분쟁에서는 ‘2001년 국제위법행위에 대한 국가책임(Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)’ 제25조 긴급피난(necessity)이 원용되기도 하였다. 엄밀하게는 동 조는 위법성을 전제로 하여 이를 조각하는 사유이고, 안보 예외규정은 이러한 위법 사항이 없다는 것을 전제로 하기 때문에 다르게 접근하여야 한다는 견해도 있다. 장성길, “국가안보 예외 관련 재판관할권과 판단의 기준 검토”, 『통상법률』, 제150호(2021.2), p. 40. ‘긴급피난’ 항변은 ①중대하고 급박한 위협이 존재할 것, ②이에 대한 대응으로서 국가의 필수적인 이익 보호를 위한 유일한 방법일 것, ③국가 및 국제공동체 전체의 필수적인 이익을 심각하게 훼손하지 않을 것, ④긴급피난 원용 가능성이 배제되지 않을 것, ⑤조치의 원인 발생에 기여하지 않을 것이 요

제XXI조(안보상의 예외)

이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.

- (a) 공개시 자신의 필수적인 안보이익에 반한다고 체약당사자가 간주하는 정보를 제공하도록 체약당사자에게 요구하는 것 또는
- (b) 자신의 필수적인 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 체약당사자가 간주하는 다음의 조치를 체약당사자가 취하는 것을 방해하는 것
 - (i) 핵분열성 물질 또는 그 원료가 되는 물질에 관련된 조치
 - (ii) 무기, 탄약 및 전쟁도구의 거래에 관한 조치와 군사시설에 공급하기 위하여 직접적 또는 간접적으로 행하여지는 그 밖의 재화 및 물질의 거래에 관련된 조치
 - (iii) 전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치
- (c) 국제평화 및 안보의 유지를 위하여 UN헌장하의 자신의 의무에 따라 체약당사자가 조치를 취하는 것을 방해하는 것

1. 연원 및 전개

1929년 대공황으로 세계 경기는 급격히 위축되었고, 각국은 자국 중심의 소득 및 고용 안정을 최우선 과제로 삼았다.¹⁸⁾ 이러한 맥락에서 미국 및 유럽국가들은 연쇄적으로 관세를 인상하는 등 보호무역조치를 발동하였고, 이는 제2차 세계대전의 발발로 더욱 극심한 형태로 나타났다. 이윽고 세계 경제 회복을 위해 미국은 자유무역주의로 선회하기에 이르며, 1944년 브레튼 우즈 협정이 체결되고 국제무역기구(International Trade Organization: ITO) 설립 논의가 가열되었다.¹⁹⁾

1946년 2월 18일 UN 경제사회이사회는 생산 확대, 상품 교환 및 소비 촉진을 목적으로 ‘무역과 고용에 관한 국제회의’를 결의하였고, 동 회의의 의제를 구체화하기 위하여 준비위원회를 구성하였다.²⁰⁾ 이후 미국의 ITO 헌장 제안서를 바탕으로 런던-뉴욕-제네바 초안을 거쳐 하바나 헌장 최종안이 탄생하였다.²¹⁾ 그러나 미국 의회의 비준 무산과 각국의 비준

구된다.

18) Clair Wilcox, 박덕영, 이영희(역), 『하바나 헌장의 이해』, (세종: 대외경제정책연구원, 2019), p. 22.

19) *Ibid.*, pp. 55-58.

20) *Ibid.*, p. 58. 제1차 준비위원회 회의는 런던(1946.10-11), 뉴욕(1947.1-2)에서 개최되었고, 제2차 준비위원회는 제네바(1947.4, 5-8)에서 이루어졌다. 제네바 회담시 23개국이 관세 협상에 참여하였는데, 그 결과물로 GATT가 채택되었다(1947.10.30). 런던 회담에서는 예외규정과 관련된 합의가 이루어지지 않아 제37조에서 추후 논의하겠다고 하였다. United Nations Economic and Social Council, Report of the First Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment [hereinafter UN ECOSOC, Report of the First Session], 31 October 1946, E/PC/T/33, p. 33.

21) 하바나 회담(1947.11-1948.3) 종료 후 56개국이 최종안(Final Act of the United Nations Conference on Trade and Employment)에 서명(1948.3.24)함으로써 ITO 설립을 위한 하바나 헌장이 탄생하였다.

지연으로 사문화되어 ITO 설립은 무산되었으나 하바나 헌장의 일부 부속협정으로 관세 부분을 담당했던 GATT가 세계 무역규범의 자리를 대신하게 되었고 1948년 1월 1일 잠정 발효하였다. 당시의 GATT 제XXI조는 WTO 체제 출범 이후에도 수정 없이 반영되었다.

하바나 헌장 최종안의 성안 과정에서 ‘안보상의 예외’는 ‘일반적 예외’의 일부로 삽입되어 있었고, 제네바 초안에 이르러서야 미국의 제안으로 분리되었다. 제네바 초안이 확정되기 전 미국은 제2차 준비위원회에서 뉴욕 초안 제37조의 (c), (d), (e), (k)호를 삭제하고 헌장의 목적을 고려하여 헌장 전체에 적용되는 일반적 예외로 적절한 위치에 삽입될 필요가 있다고 주장하였다.²²⁾ 이에 다음과 같은 내용으로 제94조에서 별도 규정할 것을 제안하였다.²³⁾

제94조(일반적 예외)

이 헌장의 어떠한 규정도 공개시 자신의 필수적인 안보이익에 반한다고 회원국이 간주하는 정보를 제공하도록 회원국에게 요구하거나 그러한 이익에 필요하다고 회원국이 간주하는 다음의 조치를 회원국이 취하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.

- (a) 핵분열성 물질 또는 그 원료와 관련된 조치
- (b) 무기, 탄약 및 전쟁도구의 거래에 관한 조치와 군사시설에 공급하기 위하여 행하여지는 그 밖의 재화 및 물질의 거래에 관련된 조치
- (c) 전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 자신의 필수적인 안보이익의 보호와 관련된 조치
- (d) 국제평화 및 안보의 유지를 위하여 UN헌장하의 의무에 따라 약속된 조치

미국의 제안은 GATT 제XXI조와 상당히 유사한데, 그간 초안에는 없던 중요한 내용이 반영되었다. ‘which it considers’ 문언을 사용한 점과 정보제공을 거부할 수 있도록 한 것이었다.²⁴⁾ 미국은 정보제공 거부는 ‘제한적인 영업 관행(Restrictive Business Practices)’의 장을 참조한 것이라 설명하였다.²⁵⁾ 이후 미국 제안을 다소 수정하여 제네바 초안 제94조가 마련되었다. 동 조는 하바나 헌장 최종안 제99조로 편입되었는데, 당시에는 광범위한 예외사유

22) UN ECOSOC, Report of the Second Session, 6 May 1947, E/PC/T/W/23, p. 5.

23) UN ECOSOC, Report of the Second Session, 4 July 1947, E/PC/T/W/236, p. 13.

24) 정보제공 거부는 안보 예외규정에서 일반적으로 볼 수 있는 형태는 아니며, GATT 제XXI조 이전에는 찾아보기 어렵다. 이재민, 앞의 각주 15, p. 133. 따라서 동 내용은 미국의 제안에서 비롯된 것으로 보인다.

25) UN ECOSOC, Report of the Second Session, 24 July 1947, E/PC/T/A/PV/33, p. 26. 동 장에는 정보제공과 관련된 일련의 의무가 명시되어 있는데, 제41조에서 국가안보에 관련된 기밀정보는 밝히지 않을 수 있다는 단서 조항을 참고한 것으로 생각된다.

Article 41(Studies relating to restrictive business practice) 2. Each Member Shall ...

- (c) furnish to the Organization, as promptly as possible and to the fullest extent practicable, such information as is requested by the Organization under paragraphs 1 (c), (d) and 2 (b) of Article 40 and under paragraph 1 (a) of Article 41 provided that the Member
 - (i) may withhold confidential information relating to its national security; or (저자 밑줄) ...

를 포함한다는 비판의 대상은 아니었다고 한다.²⁶⁾ 이하에서는 GATT 제XXI조가 확정되기까지의 성안 과정을 표로 전개하였다.

〈표 1〉 GATT 제XXI조 성안 과정

1927 국제조약 ²⁷⁾	ITO 헌장 제안서	(런던) 뉴욕 초안	제네바 초안	하바나 헌장 최종안
제4조	제32조	제37조	제94조 (일반적 예외)	제99조 (일반적 예외)
다음 부류의 금지 및 제한은 동일한 여건이 지배적인 외국 국가 간에 자의적인 차별의 수단이나 국제 무역에 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 것을 조건으로 당해 조약에 의해 금지되지 아니한다.	이 헌장 제4장(통상 정책)의 어떠한 규정도 회원국이 다음의 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.	다음의 조치가 ... 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, ²⁸⁾ 이 헌장의 어떠한 규정도 ... (좌동) 해석되지 아니한다.	이 헌장의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다. (a) 공개시 자신의 필수적인 안보이익에 반한다고 회원국이 간주하는 정보를 제공하도록 회원국에게 요구하는 것 또는 (b) 자신의 필수적인 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 회원국이 간주하는 다음의 조치를 회원국이 취하는 것을 방해하는 것	1. 좌동 (a) 좌동 (b) ... (좌동) 다음의 조치를 회원국이 단독으로 혹은 다른 회원국과 함께 ... 방해하는 것
1. 공공 안보에 관련된 금지 또는 제한	c. 핵분열성 물질과 관련된 조치	c. 좌동	(i) 핵분열성 물질 또는 그 원료가 되는 물질에 관련된 조치	(i) 좌동
3. 무기, 탄약, 전쟁 도구의 거래 또는 예외상황에서의 기타 모든 군수품에 관한 금지 또는 제한	d. ... (좌동) 거래에 관한 조치와 군사시설에 공급하기 위하여 행하여지는 그 밖의 재화 및 물질의 거래에 관련된 조치	d. 좌동	(ii) ... (좌동) 공급하기 위하여 직·간접적으로 ... (좌동) 조치	(ii) 좌동
	e. 회원국의 필수적인 안보이익 보호와 관련하여 전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치	e. 좌동	(iii) 전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치	(iii) 좌동

26) 박덕영, 이영희, 앞의 각주 18, p. 218.

1927 국제조약 ²⁷⁾	ITO 헌장 제안서	(런던) 뉴욕 초안	제네바 초안	하바나 헌장 최종안
제4조	제32조	제37조	제94조 (일반적 예외)	제99조 (일반적 예외)
	k. 국제평화 및 안보의 유지 또는 재건을 위해 UN헌장상의 의무에 따라 취해진 조치	k. 좌동	(c) 국제평화 및 안보의 유지를 위하여 UN헌장하의 자신의 의무에 따라 회원국이 조치를 취하는 것을 방해하는 것	(c) 참여국 중 일국 또는 그 이상의 국가 안보의 필수적인 요건 충족을 위해 군사 시설에 의해 또는 이를 위해 만들어진 정부간 협정의 발효 또는 이행으로부터 회원국을 방해하는 것
				(d) 이 헌장 부속서 M의 규정들에 합치하여 취해진 조치를 방해하는 것 ²⁹⁾

GATT 제XXI조는 전후의 세계 경제 회복을 위해 국제사회가 자유무역을 위한 구체적인 의무 분담을 논의하는 과정에서 탄생하여 오늘에 이르고 있다. 따라서 제정 시기를 고려해도 그 역사가 70년을 넘어선다. 이렇게 긴 시간에도 불구하고 구체적인 판단 대상이 되지 않았던바, 해석 법리가 충분히 축적되지 않았다는 한계는 있으나 GATT 제XXI조상의 각 요건과 관련 쟁점을 검토하고자 한다.

27) 제1차 세계대전 이후 생산시설의 붕괴, 국경의 재정비, 거센 보호무역주의 등으로 무너진 세계 경제 회복을 위해 다각적인 논의가 이루어졌다. 이윽고 1927년 1월 제네바 외교회담을 거쳐 11월 8일 ‘수입 및 수출의 금지와 제한의 철폐를 위한 국제조약(International Convention for the Abolition of Import and Export Prohibitions and Restrictions)’이 성립되었다. 박덕영, 이영희, 앞의 각주 18, p. 20. 제4조는 두문(Chapeau)과 8개 호로 구성되어 있으며, GATT 제XX조 두문 및 각호 일부 및 제XXI조가 결합된 형태이다. 동 조가 GATT 제XXI조의 연원이라고 단언할 수는 없으나 당시 체결국을 보면 GATT 체제로 넘어오는 과정에서 일정한 영향력을 지니고 있었음을 추정할 수 있다. 당시 동 조약과 GATT 1947에 모두 가입했던 국가는 네덜란드, 노르웨이, 룩셈부르크, 미국, 벨기에, 영국, 프랑스 등이다.

28) 원문은 다음과 같다. “다음의 조치가 동일한 여건이 지배적인 국가 간에 자의적인 차별의 수단을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, 수입 및 수출 제한과 관련된 이 헌장 제4장상의 약속은 어느 회원국이 이러한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.” 동 문언은 런던 회담(1946.11.13) 중 영국의 제안으로 포함되었다. 당시 영국 대표는 제32조 예외규정은 상당히 광범위한 포괄성을 지니므로 예외 남용을 방지할 필요가 있다는 입장에서 두문 삼입을 제안하였다. UN ECOSOC, 13 November 1946, E/PC/T/C.II/50, p. 7.

29) 부속서M(Annex M)은 ‘Referred to in Paragraph 1(d) of Article 99’로 인도와 파키스탄에 대한 특별규정이다. 제99조는 두 개의 항으로 구성되어 있는데, 제2항은 다음과 같다. 박덕영, 이영희, 앞의 각주 18, p. 214.

2. 이 헌장의 어떠한 규정도 다음에 우선하지 아니한다.

- (a) 제2차 세계대전의 결과 시행 중이고 시행되어야 하거나 UN에 등록되어 있거나 등록되어야 하는 평화조약 또는 항구적인 분쟁해결의 규정
- (b) 신탁통치지역을 창설하는 문서의 규정이나 UN에 의해 설립된 특별한 법규

2. 주요 쟁점 분석

GATT 제XXI조 (a), (b)호의 ‘which it considers’에 기해 WTO 회원국은 필수적인 안보이익과 그 보호에 필요한 조치가 무엇인지를 스스로 판단할 수 있다. 일각에서는 WTO 회원국이나 패널 모두 어느 회원국의 무역제한조치가 GATT 제XXI조에 합치하는지를 판단할 권한이 없다고 본다.³⁰⁾ 회원국에 전적인 재량을 부여한다고 보면 안보를 이유로 한 무역제한 조치는 사전/사후통지, 정당화 사유 제시, 사전승인 또는 사후추인의 대상이 되지 않는다고 할 수 있다.³¹⁾ 이러한 자기판단적 규정에 대한 법적 쟁점은 결국 사법심사에서 배제되는지의 문제로 귀결된다.³²⁾ 사법심사 대상이 아니라면 조약을 체결한 의미가 상실될 수 있고 나아가 조약 체제가 훼손될 위험에 놓인다. 관할권을 인정하면 구체적인 심사기준이 무엇인지에 대한 문제가 남을 것이다.³³⁾

(1) 관할권 판단

GATT 제XXI조를 원용한 조치에 대하여 사법심사가 배제된다는 주장은 GATT 및 WTO 체제에서도 제기되었다. GATT 체제에서는 관할권에 대한 판단이 소극적이었으나, 2019년

30) Robyn Briese, Stephan Schill, “Djibouti v France: Self-Judging Clauses before the International Court of Justice, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1(May 2009), p. 308.

31) 손태우, “국가안보(National Security)로 인한 미통상법의 변화와 WTO 규범과의 상충에 관한 연구”, 『법학연구』, 부산대학교 법학연구소, 제51권 제4호(통권 제66호)(2010.11), pp. 549-550.

32) 김보연, “국가안보 예외규정의 ‘자기판단’ 범위: 국제법상 의미와 WTO 협정에의 적용”, 『국제경제법연구』, 제17권 제2호(2019.7), p. 190. 자기판단적 표현이 부재한 FCN 조약 및 BIT의 안보 예외규정에 대한 분쟁에서 국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ), 투자 중재판정부는 실제로 자기판단적 문언이 없다는 것을 이유로 재판관할권을 인정하기도 하였다. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, ICJ, Reports 1986, para. 222, p. 116; *Oil Platform (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgement, ICJ, Reports 1996, para. 20, p. 811; *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Request for the Indication of Provisional Measures, Judgements, ICJ, Reports 2018, para. 41, p. 635; *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Award (12 May 2005), paras. 370-373, pp. 107-108, ICSID Case No. ARB/01/8; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability (3 October 2006), para. 212, p. 64, ICSID Case No. ARB/02/1 [hereinafter LG&E]; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Award (22 May 2007), para. 339, p. 106, ICSID Case No. ARB/01/3; *Sempre Energy International v. Argentine Republic*, Award (28 September 2007), para. 384, p. 113, ICSID Case No. ARB/02/16; *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, Award (31 October 2011), para. 610, p. 224, ICSID Case No. ARB/03/15; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction and Liability (10 April 2013), paras. 1042-1047, pp. 313-315, ICSID Case No. ARB/04/16 [hereinafter Mobil] 등이다

33) 김대순, “조약상의 自己判斷條項의 사법심사 가능성에 관한 연구: 2008년 Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters 판결을 중심으로”, 『국제법학회논총』, 제54권 제3호(통권 제115호)(2009.12), pp. 54-55, 59.

Russia-Traffic in Transit 패널 보고서를 통해 관할권이 인정되었다.³⁴⁾ 동 패널은 ‘분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute :DSU)’ 제1조(대상범위 및 적용), 제7조(패널의 위임사항) 제2항을 언급하면서 GATT 제XXI조를 원용하는 분쟁에 적용되는 특별하거나 부가적인 절차 규범이 존재하지 않아 DSU 목적상 패널의 위임사항에 있다고 보았다.³⁵⁾ 패널은 GATT 제XXI조 해석과 적용은 완전히 자기판단적이지 않다는 점을 분명히 하면서 각 요건 충족을 검토할 권한은 패널에 있다고 결론지었다.³⁶⁾

(2) 필수적인 안보이익 개념

하바나 현장 논의 당시 네덜란드 대표단은 동 의미에 대해 질의하며, 이러한 예외규정으로 인해 현장 의무에서 이탈할 수 있는 여지가 매우 높다고 지적하였다.³⁷⁾ 이에 미국 대표단은 동 규정이 안보를 명분으로 하는 어떠한 조치도 허용될 수 있다는 의미에서 상당히 광범위하다는 점은 인정하지만, 안보이익을 실질적으로 보호할 수 있어야 한다는 점에서 반드시 필요하다고 언급하며 결국 균형의 문제라고 답변하였다.³⁸⁾

‘which it considers’를 수식 문구로 보면 필수적인 안보이익의 의미가 어떠한 간에 결국 회원국의 주관적인 재량 영역이라는 점과 안보 개념의 확장을 고려할 때, 필수적인 안보이익 개념을 구체화하는 것이 전략적으로 바람직하지 않을 수도 있다. 법익(legal interest)은 고정불변의 것이 아니며, 사회통념에 따라 변화하는 유동적인 개념이기 때문에 안보이익은 광범위하게 인정될 수 있다.

한편, 예외규정에 대한 엄격한 해석에 입각하여 ‘필수적인’이라는 관계성에 집중한다면 제한적인 해석이 가능하다. 사전적 의미를 살펴보면 ‘essential’은 ‘필수적인’, ‘본질적인’, ‘핵심적인’으로 번역되기도 하는데, 의미상 ‘필요한’ 수준을 넘어선다고 볼 수 있다.³⁹⁾ 물론 자

34) 당시 분쟁당사국이었던 러시아는 필수적인 안보이익 및 그 보호에 대한 판단은 GATT 제XXI조를 원용하는 회원국의 독단적인 재량사항으로 패널의 심리 권한을 부정하였다. 동 조를 원용하는 분쟁은 회원국 간의 무역 및 경제 관계의 범위를 벗어나는 것으로 WTO 관할 밖의 일이라는 것이다. Panel Report, *supra* note 6, para. 7.28, p. 31. 당시 제3당사국으로서 미국, 일본, 중국, EU, 기타 회원국(호주, 브라질, 싱가포르, 터키, 캐나다, 몰도바)이 참여하였는데, 미국을 제외하고는 대체로 패널의 관할권이 인정하되, 판단 범위를 제한하는 점에서 유사함을 보였다.

35) *Ibid.*, para. 7.56, p. 38.

36) *Ibid.*, para. 7.102, p. 50.

37) UN ECOSOC, *supra* note 25, p. 19.

38) *Ibid.*, pp. 20-21; UN ECOSOC, Report of the Second Session, 24 July 1947, E/PC/T/A/SR/33, p. 3.

39) ‘essential’은 ‘절대적으로 필요한(absolute necessary)’, ‘없어서는 안 되는(indispensable)’이라는 의미로, 없으면 우리가 할 수 없는 어떤 것을 시사하고, ‘necessary’는 없어도 가능하지만 중요한 어떤 것이라는 의미로 양자는 용례상 차이를 보인다.

기관단적 문언이 ‘필수적인 안보이익’ 전체를 수식한다고 보면 이러한 해석은 무용해질 수 있다. 다만 *Russia-Traffic in Transit* 분쟁에서 패널은 ‘필수적인 안보이익’은 ‘안보이익’보다 명백히 더 협소한 개념이고, 이는 일반적으로 외부 위협으로부터의 영토와 국민 보호, 내부적으로는 법률 및 공공질서 유지라는 본질적인(quintessential) 국가의 기능과 관련된 이익이라고 판단하였다.⁴⁰⁾ 또한 외부 또는 내부 위협으로부터 국가를 보호하는 것과 직접적으로 관련된다고 간주되는 특정 이익들은 특수한 상황과 당사국의 자각에 달려 있고, 상황에 따라 다양해질 수 있음을 언급하며, 결국 무엇이 필수적인 안보이익인지를 판단하는 것은 국가의 몫이라고 보았다.⁴¹⁾ 그렇다고 모든 우려를 필수적인 안보이익으로 격상시킬 수 있는 것은 아니고 회원국은 특정한 우려를 필수적인 안보이익으로 지정하는 데 있어 신의성실의 원칙에 따라야 한다고 강조하였다.⁴²⁾

한편, 투자 중재판정부의 ‘필수적인 안보이익’에 대한 접근도 참고할만하다. 아르헨티나의 경제위기에 따른 자구책이 문제된 투자 분쟁에서 필수적인 안보이익 개념에 경제안보가 포함될 수 있다고 보았다.⁴³⁾ *Mobil* 중재판정부의 Antonio Remiro Brotóns 교수는 별도 의견을 통해 필수적인 안보이익 개념을 다음과 같이 언급하였다.

‘필수적인 안보이익’은 특히 냉전 종식 이래 외부 위협에 대한 전통적인 군사 및 국방 이외에 다른 추가적인 측면도 그 특징으로 삼고 있다. 오늘날 우리는 경제안보(economic security), 생태안보(ecological security), 인간안보와 같은 용어를 마주하고 있다. *Continental Casualty* 분쟁에서 중재판정부는 안보이익의 핵심은 정치적 및 군사적 이익뿐만 아니라 국가 및 국민의 경제안보를 포함한다고 하여 심각한 경제위기는 제XI조에서 말하는 필수적인 안보이익이 될 수 있다고 결론지었다.⁴⁴⁾

중재판정부의 판단을 좀 더 구체적으로 들여다보면, 경제위기를 명시한 것은 아니지만 조약의 대상 및 목적, 국제관습법을 고려할 때 이를 배제하지도 않는다는 것이다.⁴⁵⁾ 또한

웹스터 영영사전 <<https://www.merriam-webster.com> (2022.3.9 최종 방문)> 참고.

40) Panel Report, *supra* note 6, paras. 7.130-131, p. 56.

41) *Ibid.*

42) *Ibid.*, para. 7.132, p. 56. 패널은 신의성실 의무는 일반적인 법원칙 또는 일반국제법의 원칙으로 조약법에 관한 비엔나 협약(Vienna Convention on the Law of Treaties: VCLT) 제26조와 제31조 제1항에 성문화되어 있으며, 모든 조약에서 강조되는 것이라고 하였다. 신의성실 의무는 회원국이 GATT 의무를 회피하는 수단으로 GATT 제XXI조의 예외를 이용하지 않을 것을 요구하며, 특히 회원국이 다자무역체제를 구성하는 '상호호혜적인 협정'으로부터 벗어나려고 무역이익을 필수적인 안보이익으로 탈바꿈하여 GATT 의무의 적용을 면제받고자 하는 행태를 예로 들었다. para. 7.133, p. 56.

43) 관련 분쟁에 관해서는 앞의 각주 32 참고. 당시 원용된 규정은 1991년 미국-아르헨티나 BIT 제XI조이다. “이 조약은 공공질서의 유지, 국제평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 관한 의무의 충족, 또는 자국의 필수적인 안보이익 보호에 필요한 조치를 당사국이 적용하는 것을 배제하지 아니한다.”

44) Separate Opinion of Professor Antonio Remiro Brotóns, in *Mobil* Decision, para. 41. p. 8.

45) *CMS Award*, para. 359, p. 104.

필수적인 안보이익 개념을 국제적으로 당면한 정치적 및 국가안보 사안으로 제한하면 불균형한 이해를 초래하므로 이러한 접근은 전반적으로 조약의 해석에 관한 규정과 합치하지 않는다고 강조하였다.⁴⁶⁾ 다만 필수적인 안보이익으로 인정되기 위해서 경제위기가 얼마나 심각해야 하는지를 설정할 필요는 있다고 지적하였다.⁴⁷⁾

LG&E 중재판정부는 필수적인 안보이익에 심각한 경제위기가 포함되지 않는다면 경제가 전체 인구의 삶을 파괴할 수 있는 영향을 간과하고, 이를 해결할 수 있는 정부의 능력을 약화시키는 것이라고 하였다.⁴⁸⁾ 국가의 경제 기반이 비상사태에 처해있는 경우 그 심각성은 군사 침략에 상응할 수 있다는 것이다.⁴⁹⁾ 동 중재판정부는 보호이익은 국가에 필수적이어야 하지만 이는 국가의 존립에 관련된 이익에만 한정되는 것은 아니며, 경제적, 재정적 또는 국가의 내부나 외부 상황을 심각하게 손상시키는 위협으로부터 국가를 보호하는 것과 관련된 이익 역시 필수적인 이익으로 간주된다고 보았다.⁵⁰⁾ 따라서 이익의 필요성 정도, 즉 더 필수적이고 덜 필수적인지는 국가 스스로 특정한 상황에서 일련의 조건에 따라 결정되는 것이고, 무엇이 필수적인가는 개략적으로 미리 예정될 수 없기 때문에 각각의 특정한 상황의 조건을 평가해야 한다고 보았다.⁵¹⁾ 경제위기와는 관련이 없으나 안보 예외규정이 원용된 경우도 있는데, 모리셔스-인도, 독일-인도 간의 BIT 분쟁은 이렇다 할 위기가 존재하지 않는 상황에서 국가안보 이익을 차용하는 것은 안보 예외규정에 따른 정당성을 인정받을 수 없다는 점을 확인하였다.⁵²⁾

46) *Ibid.*, para. 360, p. 104.

47) *Ibid.*, para. 361, p. 104.

48) LG&E Decision, para. 238, p. 70.

49) *Ibid.*

50) *Ibid.*, para. 251, p. 75. 아울러 중재판정부는 국제법위원회 국가책임 관련 특별보고자였던 Roberto Ago와 국제법위원회 위원이었던 Julio Barboza의 언급을 인용하기도 하였다. Roberto Ago는 ‘경제, 생태 또는 기타 다른 사안’에 관련된 이익도 필수적인 이익에 포함된다고 보았고, Julio Barboza는 필수적인 이익에 대한 위협은 특히 ‘국가의 존립, 정치적 또는 경제적 생존, 필수 서비스의 유지 및 운영 가능성, 국내 평화 또는 영토 생태계의 보존에 대한 심각한 위협’을 고려함으로써 확인된다고 하였다. UN, Report A/CN.4/SER.A/1980, p.174; *Ibid.*, para. 251, pp. 75-76. 국가책임 관련 다른 특별보고자였던 James Crawford는 ‘필수적인 이익’에 대해서는 어떤 사전 의견이 제출될 수 없으나, 다만 국가의 ‘존립’에 관한 경우는 ‘자위(self-defense)의 실정법적 목적이 그 존재를 보호하는 것’이기 때문에 다르게 이해되어야 한다고 하였다.

51) *Ibid.*, para. 252, p. 76.

52) ‘모리셔스-인도’ BIT 관련 분쟁은 *CC/Devas(Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telecom Devas Mauritius Limited. v. The Republic of India*(이하 ‘*CC/Devas v. India*’), Award on Jurisdiction and Merits (25 July 2016), PCA Case No. 2013-09 이다. 동 분쟁에서는 국가안보 문제는 국가의 실존적 핵심과 관련된 문제로 이를 판단할 수 없다고 하며 국가 결정에 이의를 제기하고자 하는 투자자는 악의(bad faith), 권한의 부재 또는 필수적인 안보이익과 관련되지 않은 조치의 적용과 같은 상당한 입증책임을 부담한다고 하였다. para. 245, pp. 65-66. 한편, 필수적인 이익이 무엇인지 정의하는 것은 국가의 권한이지만 VCLT에 따라 해석되어야 한다고 밝혔다. para. 353, p. 95. ‘인도-독일’ BIT 관련 분쟁은 *Deutsche Telekom AG v. The Republic of India*, Interim Award, 13 December 2017, PCA Case No. 2014-10 이다. 필수적인 안보이익에 대해 국가의 판단을 어느 정도 존중하지만 무제한적일 수는 없으며, 자연적 의미를 넘어서 확장될 수 없고 그 의미는 기타 다른 공공 또는 사회적 이익과는 대조적으로 안보와 관련된 이익의 존재를 요구한다고 하며, 국가안보에 핵심적이어야 한다고 하였다. paras. 235-236, pp. 74-75.

한편, ICJ는 긴급피난과 관련된 판결에서 Gabčíkovo-Nagymaros Project로 영향을 받는 지역의 자연 환경에 대한 헝가리의 우려가 필수적인 이익과 관련이 있다고 인정하였다. 당시 국가책임 초안의 주해를 인용하여 ‘필수적인 이익’은 국가의 존립 문제에만 축소하여 해석되어서는 안 되며 궁극적으로는 특정 사안에 비추어 전반적으로 판단해야 한다고 하였다.⁵³⁾ 특히 지난 20년 동안 생태학적 균형의 보호는 모든 국가들의 필수적인 이익으로 간주되어 왔음을 지적하며 특히 국가뿐만 아니라 인류 전체에 대한 환경 존중의 중대한 의미를 강조하였다.⁵⁴⁾

(3) 필수적인 안보이익 보호조치에 대한 필요성 판단

‘필요성’에 대한 판단 법리는 이미 GATT 제XX조의 해석과 적용을 통해 상당 부분 축적되어 있다. GATT 제XX조는 (a), (b), (d)호에서 특히 문제 조치와 보호이익 간의 관련성 정도를 ‘필요한’으로 구체화하고 있다. 규정상 구체적인 판단기준은 제시되어 있지 않지만, WTO 패널 및 상소기구는 ①조치와 보호이익 및 가치 간의 상대적 중요성, ②목적 달성을 위한 조치의 기여도, ③조치의 무역제한성, ④합리적으로 이용가능한 대안조치의 존재라는 일련의 요건을 제시해왔다.⁵⁵⁾

어느 회원국이 GATT 제XXI조 (b)호 (i)-(iii)에 따른 조치가 필요하다고 판단한 경우, 과연 당해 조치가 정말로 필요한 것인지를 평가할 때 GATT 제XX조의 필요성 검증(necessity test)을 대입해도 될 것인가? 사실 규정에 ‘necessary’만 있을 뿐, 이에 대한 기준은 별도로 제시된 바 없으므로 WTO에 축적된 ‘비교형량’ 법리의 적용을 고려할 수 있다. 투자 중재 판정부는 아르헨티나 경제 위기 관련 분쟁에서 GATT 제XX조 또는 긴급피난상의 요건을 차용하여 ‘필요성’을 판단한 바 있다. ICJ 판결은 무력사용과 관련된 경우 자위권 행사 요건을 검토하기도 하였다.

우선 문제 조치와 보호이익 또는 가치 간의 상대적 중요성 평가와 관련하여 조치의 목적

53) *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, Judgment, ICJ, Reports 1997, para. 53, p. 41.

54) 재판부는 다음을 인용하였다. “환경은 추상적인 것이 아니라 생활공간, 삶의 질, 후속 세대를 포함한 인간 존재의 건강을 나타낸다. 국가의 관할권과 통제 내의 활동들이 다른 국가 또는 국가 통제 영역을 벗어나는 공간의 환경을 존중할 것을 보장하는 국가의 일반적인 의무 존재는 환경과 관련된 국제법 영역의 일부이다.” *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Judgements, ICJ, Reports 1996, para. 29, pp. 241-242; *Ibid*.

55) 조유미, 이길원, “디지털무역협정상의 일반적 예외규정에 관한 고찰”, 『아주법학』, 제13권 제2호(2020.8), p. 231. ‘필요성’ 판단에 대한 주요 사례 및 패널/상소기구 보고서 내용에 대해서는 WTO, *WTO Analytical Index: GATT 1994 Article XX (Jurisprudence)*, pp. 565-570, 574-578 참고. available at <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art20_jur.pdf>

에 반영된 이익이나 가치가 필수적이거나 더 중요한 만큼 필요한 조치로 인정받기 쉽다.⁵⁶⁾ 안보이익 역시 문제 조치를 통해 달성하고자 하는 이익으로 그 중요성을 인정받을 수 있을 것이다. 이러한 맥락에서 전통적 개념의 안보가 아닌 확장된 안보 개념에 기반한 기술안보, 사이버안보, 환경안보, 보건안보 등도 ‘안보이익’으로서 인정될 수 있으리라 생각한다. 다만 환경안보는 오히려 GATT 제XX조상의 인간 및 동·식물의 생명 및 건강 보호와 관련될 수 있다. GATT 제XX조상의 입증책임이 GATT 제XXI조보다는 무겁기 때문에 환경안보를 원용하여 그 부담을 회피할 수 있을 것인지도 소고할 수 있다. 다만 목적의 중요성이 인정된다고 하더라도 이하 다른 요건에 의해 ‘필요한’ 조치로서 인정받지 못할 가능성이 높다.

둘째, 목적에 대한 조치의 기여도이다. WTO 패널 및 상소기구는 목적에 대한 기여도가 높을수록 필요한 조치일 확률이 높다고 보고 있으며 그 정도를 ‘상당한 기여(material contribution)’로 표현하기도 하였다.⁵⁷⁾ 물론 ‘상당성(materiality)’ 기준은 어떠한 임계치를 예단하는 것은 아니고 필요성 평가의 한 요인일 뿐이며, 정도에 좌우되는 것은 아니라고 보았다.⁵⁸⁾ 목적을 위해 ‘어느 정도 기여할 수 있고 기여하거나’ 또는 ‘어느 정도까지’ 기여했다는 것도 인정하였다.⁵⁹⁾ ‘충분한 명확성(sufficient clarity)’, ‘진정한 관련성(genuine relationship)’이라는 척도를 제시하여 조치와 목적에 대해 충분한 설명을 해야 한다고 판단하기도 하였다.⁶⁰⁾ 정리하자면 목적에 대한 조치의 기여도는 반드시 어느 수준이어야 한다고 정해진 바가 없으므로 중국적으로는 사안별로 판단되지만 적어도 목적과 조치 간에는 어느 정도의 연결성이 존재하여야 한다. *Russia-Traffic in Transit* 패널은 이와 관련하여 신의성실 의무를 언급하였다. 신의성실의 원칙에 따라 문제 조치와 필수적인 안보이익 간에는 최소한의 타당성(minimum requirement of plausibility)이 요구된다고 하였다.⁶¹⁾

셋째는 ‘조치의 무역제한성’으로 WTO 상소기구는 상대적으로 경미한 영향을 미치는 조치는 강도 높은(intense) 혹은 광범위한 제한적 영향을 갖는 조치보다 ‘필요한’ 조치로 간주

56) *Colombia - Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear*, 22 June 2016, WT/DS461/AB/R, paras. 5.71, p. 29. WTO Analytical Index, supra note 55, para. 31, p. 15. WTO 패널 및 상소기구는 일련의 분쟁을 통해 ①자금세탁이나 조직범죄, 사기 및 미성년자 도박, 도박 중독 위험으로부터 사회 보호, ②인간의 생명과 건강 보호, ③공중도덕 보호, ④동물 보호 등을 중요한 이익이자 가치로 인정해왔다. paras. 32-36, pp. 16-17 참고.

57) *China - Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, 19 January 2010, WT/DS363/AB/R, paras. 251-254, pp. 111-112.

58) *European Communities - Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, 18 June 2014, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R, paras. 5.213-5.21, pp. 152-153.

59) *Ibid.*, para. 5.289, p. 174.

60) Appellate Body Report, supra note 56, paras. 5.116-5.117, p. 126; *United States - Tariff Measures on Certain Goods from China*, 15 September 2020, WT/DS543/R, para. 7.215, p. 59.

61) Panel Report, supra note 6, para. 7.137, p. 57.

되기 더 용이할 것이라 판단한 바 있다.⁶²⁾ 또한 패널은 특정 조치의 무역제한성에 대한 판단은 가능한 정확해야 하지만 그 정도를 정량적으로 추산할 수 없다고 인정하면서 조치에 대한 실제적이고 잠재적이며 전체적으로 무역제한성이 상당하다는 측면으로 접근하였다.⁶³⁾ 조치의 무역제한성 역시 사안별로 판단해야 할 문제인바, GATT 의무 위반 조치라면 사실상 무역제한성은 인정된다고 보이고, 다만 기여도 평가에서 확인했듯이 다른 요건과의 비교형량을 통해 전체적인 필요성 판단에 이르게 될 것이다. 안보이익을 위해 취해지는 조치 역시 일견 무역제한성이 인정되겠지만 상대적으로 특정 품목에 한정한다든지, 당사국의 조치의 영향이 상대적으로 경미하다면 필요성 인정에 유리할 수 있을 것이다.

넷째는 ‘합리적으로 이용가능한 대안의 존재’로 WTO 상소기구는 대안조치가 지나치게 고비용이 소요되거나 상당한 기술상의 어려움으로 인해 조치국에 과도한 부담이 되는 경우에는 합리적으로 이용가능하지 않다고 보았다.⁶⁴⁾ 합리적으로 이용가능한 대안이 있다는 것은 제소국이 제시해야 하고 해당 대안은 합리적으로 이용가능하지 않다는 것을 피소국이 입증해야 한다. 안보이익에 대해서 GATT 제XXI조 (a)호에 따라 관련 정보에 대한 접근이 사실상 차단되어 있기 때문에, 제소국이 구체적인 합리적인 대안을 제시하기란 용이하지 않다고 보인다.

필요성 판단은 정량적인 요인보다 상기의 관점을 비교형량하여 정성적으로 판단되는 측면이 강하다. 또한 결국 사안별 접근이 원칙이라 할 수 있다. *Russia-Traffic in Transit, Saudi Arabia-IPRs* 분쟁에서 패널은 조치의 필요성 판단을 회원국에 맡기되 문제 조치와 필수적인 안보이익, 필요성 간에 충분한 명확성, 연관성, 최소한의 타당성을 요구하였다. 이는 사실상 원용국의 설명의무로 귀착된다고 볼 수 있는데, GATT 제XXI조 (a)호에 따라 정보제공 거부 가능한 상황에서 설명의무의 정도 역시 논란이 될 수 있다. *Russia-Traffic in Transit* 분쟁에서는 객관적인 상황의 존재가 사실상 설명의무를 대체한 것으로 보인다. 당시 패널은 러시아가 자국의 필수적인 안보이익 보호를 위해 필요한 조치를 이행한 것이 ‘국제관계의 비상시’와 관련이 없거나 타당하지 않은지를 검토해야 한다고 보았다.⁶⁵⁾ 러시아는 국가 기밀과 관련된다고 하여 구체적인 설명 대신 가상의 질문을 활용하였고, 패널은 적어도 2014년 3월부터 2016년 말까지 양국 간의 관계가 국제 공동체가 우려할 정도로 악화되어 왔다

62) Appellate Body Report, *supra* note 56, paras. 5.95-5.117, pp. 35-40.

63) Panel Report, *Brazil - Certain Measures Concerning Taxation and Charges*, 11 January 2019, WT/DS472/R, para. 7.607, p. 192.

64) Appellate Body Reports, *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, 20 April 2005, WT/DS285/AB/R, para. 308, p. 102. ; WTO Analytical Index, *supra* note 55, para. 52, p. 24

65) Panel Report, *supra* note 6, para. 7.138-7.139, p. 57.

는 것을 확인할 수 있다고 하며 ‘국제관계의 비상시’를 구성한다고 인정하였다.⁶⁶⁾ 이에 우크라이나는 그러한 비상상황의 존재와 러시아의 문제 조치가 서로 어떻게 연관되는지는 충분히 설명되지 않았다고 반박하였다.⁶⁷⁾

(4) 기타 요건

1) GATT 제XXI조 (a)호: 공개시 필수적인 안보이익에 반하는 정보의 제공

필수적인 안보이익이 무엇인지에 따라 ‘정보’의 범위도 한정될 수 있겠으나, 국가의 전적인 판단 영역이라고 보면 그 범위가 넓을 수밖에 없다. 특히 정보와 관련하여 그 어떤 구체적인 요건도 적시되어 있지 않기 때문에 더욱 그러하다.⁶⁸⁾ ‘제공’ 및 ‘공개’와 관련하여 사실상 GATT 제XXI조 (a)호는 방식이나 형태, 절차 등에 대해 침묵하고 있으므로 ‘제공’ 및 ‘공개’ 자체에 대한 거부 가능성이 있는 것으로 해석된다.⁶⁹⁾ 일부 기체결 FTA 및 디지털무역협정은 정보에 대한 접근 허용도 거부할 수 있도록 규정하고 있다.

(a)호는 앞서 언급한 바와 같이 미국이 제네바 회담에서 제안한 것으로 당시 ‘제한적인 영업 관행’ 규정을 참고한 것이었다. 뉴욕 초안 제39조 제1항은 국제무역에 영향을 미치는 영업 관행에 대해서는 회원국이나 ITO가 적절한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있으며, 제3항은 이러한 조사 대상이 되는 행위를 구체적으로 열거하였다.⁷⁰⁾ 이러한 조사 과정에서 정보제공 의무가 발생하게 되는데, 특히 제42조에서 회원국의 의무로 규정되었다. ITO는 회원국 관할권 내의 기업들에 대한 정보나 데이터 등 필요하다고 간주하는 정보를 공개하도록 요청할 수 있다. 이 때 회원국들은 국가안보에 관련된 기밀정보는 제공하지 않을 수

66) *Ibid.*, paras 7.120-7.121, p. 54.

67) *Ibid.*, para. 7.141, p. 58.

68) 정보 개념을 정의규정으로 삽입하는 것 자체가 오히려 불필요한 한계를 설정하는 오류가 될 수 있다. 다만 일상에서 통용되는 의미를 확인하는 것은 문언 해석에 도움이 될 것이다. 일각에서는 ‘자료’로 통칭되는 것들을 데이터(data), 정보(information), 지식(knowledge), 지혜(wisdom)로 구분하는 시도를 하며, ‘데이터’는 단순한 사실의 나열, 의미 없는 기록, ‘정보’는 이러한 데이터를 가공하여 의미가 부여된 자료로 보았다. 김보국, “한국전쟁관련 헝가리 문서보관소 자료: 데이터와 정보, 그리고 학술활동”, 『동유럽발칸연구』, 제41권 제1호(2017.2), p. 103. 사전적 의미로는 ‘지식’ 역시 정보에 포함될 수 있어 결과적으로는 상당히 광범위한 영역을 포괄한다고 보아야 할 것이다. 이재민, 앞의 각주 15, p. 137.

69) 이재민, 앞의 각주 15, p. 139.

70) 뉴욕 초안 제39조 제1항은 경쟁을 억제하거나 시장접근을 제한하거나 또는 독점적인 통제를 강화하는 국제무역에 영향을 미치는 영업 관행이 생산 확대나 교역 확대에 불리한 영향을 미치고 헌장의 목적 달성을 저해하는 경우 회원국들이 개별적으로 또는 ITO를 통해 적절한 조치를 취하도록 규정하고 있다. 아울러 제3항에서는 가격 담합, 구매, 판매 또는 대역 조건 담합, 특정 기업에 대한 차별, 생산 제한 또는 생산 쿼터 담합 등 조사 대상이 되는 행위가 구체적으로 열거되어 있다.

있고, 조사 이행에 필수적이지 않고 공개되면 실질적으로 기업의 정당한 영업 이익에 해를 끼칠 수 있는 경우에도 적절한 통지를 통해 정보를 제공하지 않을 수 있다.⁷¹⁾

미국이 참고한 ‘제한적인 영업 관행’의 장에서는 이들 관행의 존재에 대한 조사 절차가 있어 이에 필요한 정보를 ITO가 요청할 수 있었다. 이 경우 국가안보를 이유로 정보를 제공하지 않을 수 있다는 예외가 마련되었으나, 안보 예외규정이 별도로 독립하게 되면서 정보제공 의무규정이 없음에도 정보제공을 거부할 수 있도록 설정되었다.⁷²⁾

GATT 제XXI조 (a)호는 이를 원용하는 회원국에 상당한 재량권을 부여한다기보다 오히려 제우스의 무적 방패인 ‘이지스(aegis)’를 연상케 한다. GATT 제XXI조 (b)호나 (c)호와 같이 조치의 정당성을 검토할 요건이 존재하는 것이 아니라 부작위를 전제로 하는 조항인 점에서 특히 그러하다.⁷³⁾ 구성요건 면면을 보더라도 전적으로 국가의 재량에 따라 판단할 수 있다.⁷⁴⁾ 조약에 있어 예외규정을 아예 배제할 수는 없지만 일반적으로 ‘설명 의무’를 통해 남용방지책을 마련해두는데, GATT 제XXI조에는 그러한 제어장치가 전혀 없는 셈이다.⁷⁵⁾ 다만 이러한 문제점을 인식하고 해결방안을 모색했던 흔적을 찾을 수 있다. 국가들이 어떠한 통보도 없이 GATT 제XXI조상의 조치를 발동한다는 점이 지적되어 옴에 따라 1982년 11월 30일 GATT 체약국단은 ‘GATT 제XXI조에 대한 결정’을 채택하였다.⁷⁶⁾

제XXI조에 상정된 예외는 안보를 이유로 한 자국의 권리 보호에 있어 중요한 요소가 된다는 점을 고려하고, ...

제XXI조의 공식적인 해석을 결정할 수 있을 때까지는 체약 당사국은 제XXI조의 적용에 있어 절차적 지침을 설정하는 것이 적절할 것이다:

체약 당사국은 다음과 같이 결정한다.

1. 제XXI조 (a)호에 따른 무역조치에 대해 체약 당사국들은 가능한 최대한(fullest extent possible) 통보받아야 한다.
2. 제XXI조상의 조치가 취해지는 경우에도 모든 체약 당사국들의 권리는 온전히(full) 유지된다.
3. GATT 이사회는 동 사안에 대해 적절한 때에 추가적으로 고려하도록 요구될 수 있다.

71) 뉴욕 초안 제42조 참고.

72) 물론 DSU 제13조(정보요청권리)를 정보제공 의무규정으로 볼 수는 있겠다. 동 조는 패널리 자신이 적절하다고 판단하는 모든 개인 또는 기관으로부터 정보 및 기술적 자문을 구할 권리를 갖지만 사전에 회원국 당국에 통보하며 비밀정보에 대해서는 공식적인 승인 없이 공개되지 않는다고 규정하고 있다.

73) M. J. Hahn, “Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 12, Issue. 3 (Spring 1991), p. 579; 이재민, 앞의 각주 15, p. 137에서 재인용.

74) ‘반하는(contrary to)’ 문구 역시 GATT 제XXI조 (b)호의 ‘필요한(necessary)’보다는 완화되고 광범위한 수준으로 이해할 수 있어 재량권 확보가 더욱 용이하다. 이재민, 앞의 각주 15, p. 142.

75) 김대순, 앞의 각주 33, pp. 59-60.

76) GATT, Decision Concerning Article XXI of the General Agreement, Decision of 30 November 1982), L/5426.

물론 이는 절차적인 권고사항에 불과하였다.⁷⁷⁾ 그러나 GATT 제XXI조 (a)호에 따른 조치에 대해서는 가능한 최대한의 정보를 통보받도록 결의하였다는 점에서 당시 최소한의 통보 원칙은 지켜져야 한다는 것에 어느 정도 합의가 이루어졌던 것으로 보인다. 이러한 내용은 GATS 제XIV조의2 제2항에서도 확인할 수 있다.

2) GATT 제XXI조 (b)호(i)-(iii): 객관적 판단대상

(b)호는 필수적인 안보이익 보호에 필요한 조치를 국가 스스로 판단할 수 있다고 하더라도 (i)-(iii)에 해당하는 경우로 한정되기 때문에 (a)호보다는 재량의 여지가 적다고 하겠다. 이는 *Russia-Traffic in Transit* 패널 입장이기도 하다. 즉 (i)-(iii) 3가지 상황은 패널이 객관적인 판단을 할 수 있는 영역이자 어느 하나만 충족되면 되는 요건으로 보았다.⁷⁸⁾

(i), (ii)의 핵분열성 물질, 무기, 탄약 및 전쟁도구 등에 대해서는 별도의 정의규정이나 목록을 규정하고 있지는 않지만 관련 규정을 통해 의미를 확인할 수 있다.⁷⁹⁾ 다만 이러한 분류에 해당할 것으로 예상치 못한 어떠한 대상물이 신무기나 전쟁도구로 간주될 수 있는지, 이중용도(dual-use) 상품이나 기술 역시 쟁점이 될 수 있다. 각국은 이중용도 품목을 목록화하여 수출통제조치를 시행하고 있다. ‘군사시설에 공급하기 위하여 직·간접적으로 행하여지는 그 밖의 재화 및 물질의 거래에 관련된 조치’와 관련하여 1947년 8월 12일 제36차 위원회 회의에서 호주의 수정안에 관한 논의가 있었다.⁸⁰⁾ 호주는 제37조 (g)호를 다음과 같이 제안하였다. 당초 뉴욕 초안 제37조 (d)호와 (j)호를 결합한 형태였다.

고갈될 수 있는 천연자원의 보존과 관련된 수출금지조치로서 국내 생산 또는 소비에 대한 제한과 결부되어 유효하게 되는 경우이거나 방어 또는 안보에 대한 회원국의 장기적인 계획에 필요하다고 간주하는 조치

호주는 이전의 전쟁 경험으로 철광석 수출을 금지할 필요가 있었고, 수입국이 군사 목적으로 사용할 가능성을 확인했음을 언급하면서 동 규정이 현장에 삽입되어야 하고 회원국은

77) 박노형 외, 『신국제경제법』, 전면개정판 (서울: 박영사, 2018), p. 185.

78) Panel Report, *supra* note 6, paras. 7.66-7.68, p. 40.

79) 예를 들면, 국제원자력기구 현장 제20조(정의) 1호는 ‘특수 핵분열성 물질(special fissionable material)’을 플루토늄-239, 우라늄 233, 동위원소 235 또는 233으로 농축된 우라늄, 이들 중 하나 이상이 포함된 물질, 이사회가 수시로 정하는 기타 핵분열성 물질로 원료는 포함되지 않는 물질로 정의하고 있다.

80) UN ECOSOC, Report of the Second Session, 6 August 1947, E/PC/T/W/264, p. 1.

장기적인 안보이익에서 이러한 필수물자의 수출을 금지할 수 있어야 한다고 주장하였다.⁸¹⁾ 미국은 고갈될 수 있는 천연자원뿐만 아니라 직·간접적으로 군사시설에 공급될 목적으로 행하여지는 물자의 수출 거래를 금지할 수 있는 예외에 대해서는 지속적으로 인정해왔기 때문에 호주의 수정안이 불필요하다고 언급하였다.⁸²⁾ 아울러 안보에 대한 장기적인 계획에 필요한 것이 무엇을 의미하는지 이해하기 어렵다는 점을 토로하였다.⁸³⁾ 또한 군사시설에 공급할 목적인 거래라면 즉각적이든 궁극적이든 원안에 포함된다고 보았다.⁸⁴⁾ 동 회의 당시에는 시간상의 이유 등으로 더 논의되지 않았으며 결과적으로는 반영되지 않았다.

(iii) ‘비상시(emergency)’가 구체적으로 어느 경우를 의미하는지에 대해 합의된 개념이 없어 인정 범위가 문제될 수 있다. 네덜란드는 뉴욕 초안 제37조 (e)호에 규정되었던 ‘전시 또는 국제관계에 있어서 그 밖의 비상시’가 무엇을 의미하는지에 대해 의문을 제기하였다.⁸⁵⁾ 이에 미국은 ‘전시’에 대해서는 누구도 의문의 여지는 없을 것이라 하면서 ‘비상시’의 정확한 정의를 내리기보다는 유럽에서 계속된 전쟁으로 엄격한 수출 및 수입통제조치가 이루어졌고, 이러한 조치가 지속되었음을 상기하며 안보조치에 대해서는 어느 정도의 재량을 부여해야 하기에 균형의 문제라는 입장을 견지하였다.⁸⁶⁾ 이에 당시 의장은 네덜란드 측에 미국의 답변에 만족하는지 물었고, 네덜란드 측 역시 이 문안을 자국이 더 개선하기는 어렵고 다만 일련의 위협성을 지적하는 것이라고 첨언하였다.⁸⁷⁾

결국 사안별로 판단해야 할 것으로 예상되지만 사전적 정의를 살펴보면 ‘즉각적인 조치를 요구하는 예상치 못한 대체로 위협한 상황’을 의미한다.⁸⁸⁾ GATT 제XIX조(특정상품의 수입에 대한 긴급조치)는 표제에 ‘emergency actions’가 포함되어 있는데, ‘비상시’에 관한 정의는 없으나 ①예견하지 못한 사태의 발전, ②동종 또는 직접적으로 경쟁적인 상품의 국내 생산자에게 심각한 피해를 야기하거나 그 우려가 있을 정도로 증가된 물량의 존재, ③이러한 피해를 방지하거나 구제하기 위하여 필요한 정도로 양허를 철회하거나 수정할 수 있음을 규정하고 있다. 이에 비추어 사전적 정의를 충족하는 경우를 ‘비상시’에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

81) *Ibid.*

82) UN ECOSOC, Report of the Second Session, 12 August 1947, E/PC/T/A/PV/36, p. 17.

83) *Ibid.*

84) *Ibid.*, p. 19.

85) UN ECOSOC, *supra* note 25, p. 19.

86) *Ibid.*, p. 21.

87) *Ibid.*

88) <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/emergency> (2022.3.9 최종 검색)>

Russia-Traffic in Transit 패널은 ‘비상시’의 사전적 정의를 고려하여 ‘특히 예상치 못하게 발생하여 긴급한 행동을 요하는 위험 또는 충돌의 상황과 지역 전체의 절실한 긴급상태 또는 재난’을 포함한다고 보았다.⁸⁹⁾ 또한 문맥상 ‘전쟁’과 (i), (ii)의 맥락을 고려해야 한다고 하였다.⁹⁰⁾ 따라서 회원국 간의 정치적 또는 경제적 충돌 및 차이는 일반적으로 예상할 수 있는 것이며, 이러한 충돌이 때로는 긴급하거나 심각하게 여겨질 수 있어도 군사 안보나 법률 및 공공질서의 이익을 유지할 필요를 발생시키지 않는 한, ‘비상시’에는 해당한다고 볼 수 없다고 강조하였다.⁹¹⁾

3) GATT 제XXI조 (c)호: UN헌장상의 의무

국제평화와 안보 유지를 위한 UN헌장상의 의무이행을 위한 조치에 대해서는 안보상의 예외를 인정하는바, 이는 UN헌장이 GATT 의무 준수보다 우선함을 시사한다.⁹²⁾ 기본적으로 UN 회원국은 UN헌장 제25조에 따라 UN 안전보장이사회의 결정을 수락하고 이행할 의무를 진다. UN헌장 제103조는 UN 회원국의 헌장상의 의무와 다른 국제협정상의 의무가 충돌하는 경우 UN헌장상의 의무가 우선한다고 규정하고 있다.⁹³⁾ UN 안전보장이사회는 UN헌장 제7장상의 권한을 행사할 수 있으며 특히 제41조에 따라 그 결의를 집행하기 위하여 경제관계 및 철도·항해·항공·우편·전신·무선통신 및 다른 교통 통신수단의 전부나 일부의 중단과 외교관계의 단절을 포함한 조치를 취할 수 있다. 예를 들어 수출통제조치와 같이 WTO 협정상의 의무와 충돌하더라도 안전보장이사회의 결의를 이행하는 경우에는 국제평화와 안보 유지라는 정당성이 부여되는 것이다.

GATT 제XXI조 (c)호에는 자기판단적 문언이 없고 구체적으로 ‘UN헌장상의 의무’를 명시하고 있어 이에 대한 국가의 재량 여지는 적다. 그러나 ‘의무범위’에 대한 해석이 문제될 수 있다. ‘UN헌장하의 의무’에 UN 안전보장이사회 결의 조치 외에 2차적 제재(secondary sanction)도 포함될 수 있을 것인가? 개념적으로 제재조치는 1차적 제재(primary sanction)와

89) Panel Report, *supra* note 6, paras. 7.72-7.68, p. 41.

90) *Ibid.*, para. 7.74, p. 41.

91) *Ibid.*, para. 7.75, pp. 41-42.

92) 박노형 외, 앞의 각주 78, p. 184.

93) 일부 학자들은 UN헌장 제103조가 UN헌장이 국제공동체의 헌법임을 암시하는 것이라 보기도 한다. Bardo Fassbender, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, No. 3(1997), p. 594; Rain Liivoja, “The Scope of the Supremacy Clause of the United Nations Charter”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57, No. 3(July 2008), p. 584에서 재인용.

2차적 제재로 나누어볼 수 있는바, 1차적 제재는 표적 국가(targeting state)와의 경제 관계를 금지하거나 영향을 미치는 것인 반면, 2차적 제재는 제3국에 대하여 적용되며 역외적 성격을 갖고 있다는 특징이 있다.⁹⁴⁾ 특히 북한과 러시아에 대한 경제 제재의 효과를 높이기 위해 1차적 제재와 함께 부과된 경우가 많았다.⁹⁵⁾

UN헌장상의 의무를 ‘국제평화와 안보 유지’로 본다면 해당 목적을 위한 조치의 범위는 광범위할 수 있다. 반면, UN 안전보장이사회의 결의 이행에 한정한다면 2차적 제재에 대한 근거로서는 유용하지 않을 것이다. GATT 제XXI조 (c)호는 이를 구분하는 명시적인 언급이 없다. 따라서 2차적 제재에 대해 GATT 제XXI조가 명확한 기준을 제시하지 않고 있기 때문에 정당성 평가가 모호할 수 있다는 지적이 있다.⁹⁶⁾ FTA 및 디지털무역협정에서는 ‘UN 헌장’ 문구도 삭제되어 이러한 우려를 더욱 증폭시키고 있다.⁹⁷⁾

3. 소결

GATT 체제에서 안보 예외규정이 원용된 것은 당사가 냉전 종식 이후 불과 얼마 지나지 않은 시점이라 이는 실상 미국의 동맹국과 공산주의 국가 간 무역제재조치와 관련이 있었다. 이 시기에는 GATT 제XXI조 원용을 심사하거나 판단할 수 없기에 관할권에 엄격한 제한이 있다고 언급하는 등 매우 소극적이었다. 이는 1930년대 미국을 필두로 시작된 초고율의 관세조치 등 보호무역주의에 대한 ‘트라우마’로 안보를 내세운 국내 산업 보호를 위한 위장 조치로 남용될 것을 극히 우려했던 국제적 분위기와도 무관하지 않다.

WTO 출범 이후에는 거의 원용되지 않다가 우크라이나와 러시아 간의 긴장관계에서 시작된 러시아의 통과 운송 제한조치로 2019년 패널 보고서가 채택되기에 이르렀다. 이는 GATT 제XXI조가 전면적으로 다루어진 최초의 판정이라는 의미를 갖는다. 이후 *Saudi Arabia-IPRs* 분쟁의 패널은 분쟁 당사국과 제3당사국들이 *Russia-Traffic in Transit* 패널 판단 기준을 차용하는 것에 동의하고 이견을 제시하지 않았음을 들며 해당 기준에 입각하여 판결을 내렸다.

94) Tom Ruys, Cedric Ryngaert, “Secondary Sanctions: A Weapon out of Control? The International Legality of, and European Responses to, US Secondary Sanctions”, *The British Yearbook of International Law*(September 2020), p. 7.

95) John J. Forrer, “Secondary Economic Sanctions: Effective Policy or Risky Business?”, *Atlantic Council Issue Brief*(May 2018), p. 1.

96) 유지영, “대북 제재 조치와 WTO/FTA 안보예외 조항의 합치성에 관한 연구”, 『국제·지역연구』, 제25권 제2호(2016 여름), p. 24.

97) *Ibid.*, p. 17.

우선 GATT 제XXI조에 대한 패널의 관할권을 인정했다는 사실이 갖는 의미가 크다. 그 간 GATT 제XXI조에 대한 주요 논의는 자기판단성에서 출발하여 결국에는 패널의 관할권이 인정되는지 여부로 귀결되었다. 따라서 앞으로는 자기판단성 자체보다는 구체적인 심리 기준과 관련한 쟁점에 대한 논의가 더욱 활발해질 것으로 본다. 당시 패널 보고서가 공개된 후 무역제한조치 관련 분쟁에서 안보 예외규정을 원용하여 승소한 최초의 사건이라며 언론의 주목을 받았다. 특히 미국의 수입산 철강 및 알루미늄 제품에 안보를 이유로 고율의 관세를 부과하여 중국, EU, 인도 등이 WTO에 제소한 시점과 맞물렸기 때문이기도 하다. 패널 보고서 채택 이후 항소 조치는 없었으며, 2019년 6월 25일 EU, 캐나다, 터키, 호주, 멕시코가 패널이 국가안보 예외의 원용에 대해 엄격한 심사의 대상이 된다고 결론을 내린 점을 환영하였다.⁹⁸⁾ 이에 반해 미국은 패널의 판단이 ①자기판단적 규정에 대한 충분한 검토 결여, ②사실적 판단에 대한 오류, ③정치적 및 경제적 상이(divergence)는 국제관계의 비상시에 대한 특성을 간과한 점을 들어 패널 판단에 문제가 있다고 비판하였다.⁹⁹⁾

그동안 학계에서는 GATT 제XXI조에 대한 WTO의 소극적이고 모호한 대응에 대한 비판이 있었는데, 본 패널 보고서로 인해 안보 예외를 원용하는 분쟁사안에 대해 패널이 관할권을 가지고, 자기판단적 규정에 대한 회원국의 재량권 행사에 일정한 한계를 설정하였다는 점에서 선례로서 갖는 의미가 크다고 본다.¹⁰⁰⁾ 특히 패널은 GATT 제XXI조 (b)호(i)-(iii)을 판단함에 있어서 회원국의 재량에 기대는 것이 아니라 명백한 객관적 사실에 근거하여야 한다는 점을 분명히 밝혔다. 필수적인 안보이익에 대해서는 군사 및 방어이익에만 한정하지 않았으나, 동조 (b)호(iii)의 ‘전쟁 또는 그 밖의 국제관계의 비상시’와 관련하여 ‘비상시’의 의미를 사실상 무력충돌의 상황에 가깝게 설정하였다. GATT 제XXI조의 연원을 검토하면서 종전 이후의 상황과 맥락을 함께 고려할 것을 언급하였는데, 이에 비추어보면 경제안보, 기술안보, 보건안보 등은 GATT 제XXI조에서 보호하고자 하는 범의으로서 현 단계에서는 인정되기 어려운 측면이 있다. 설령 ‘필수적인 안보이익’이나 ‘비상시’ 개념에 전통적인 안보 개념을 넘어서는 의미가 포함되더라도 ‘필요성’ 판단을 거쳐야 한다. 패널은 구체적인 필요성 판단 대신 신의성실의 원칙에 따라 ‘최소한의 타당성’을 요구하는 것으로 한정하였다.

98) Tatiana Lacerda Prazeres, “Trade and national security: rising risks for the WTO”, *World Trade Review*, Vol. 19, Issue. 1(January 2020), p. 141.

99) *Ibid.*

100) 정찬모, “WTO 안보예외: 『러시아-통과운송 제한』 사건 패널 결정의 법리와 한국에의 함의”, 『국제법평론』, 통권 제54호 (2019.11), p. 38.

Ⅲ. 무역자유화와 안보 간의 균형 모색

GATT 제XXI조와 같은 명시적인 안보 예외규정은 FCN 조약, BIT에 주로 편재해있다. 이들의 주요 목적은 ‘안보’가 아니라 무역자유화, 투자 촉진 및 외국인 투자 보호 등 상호호혜적 경제질서 구축에 있다. ‘안보’는 UN헌장에서 확인되듯이 국제사회의 궁극적인 목적인바, 경제조약에서는 ‘안보’라는 법익 수호를 위해 이에 대한 위협이 발생한 경우 해당 조약의 목적을 일정 부분 제한하는 형식으로 안보 예외규정을 삽입하고 있다. 애덤 스미스(Adam Smith)는 그의 저서 『국부론(The Wealth of Nations)』에서 오로지 국가방위(national defence)만이 자유무역에 대한 유일한 예외로서 정당화될 수 있다고 했는데, 동일한 맥락에서 이해될 수 있다.¹⁰¹⁾

GATT 제XXI조와 관련하여 무역자유화와 안보 간의 균형은 ITO 헌장 성안 과정 초기 단계부터 언급되었다. 미국 대표단은 안보를 위한 진정한 조치를 금지할 수도 없는 한편, 너무 광범위하게 해석해서도 안 된다고 하며 특히 안보를 위시한 상업적 목적의 위장된 제한 조치를 금지해야 한다고 강조하였다. 아울러 GATT 제XXI조는 이러한 진정한 목적을 고려하여 적절한 균형을 유지할 수 있는 최선의 규정이라고 하였다. 그러나 약 70년 전의 최선의 규정을 보다 발전시킬 여지가 있을지 이하에서는 ‘균형’ 추구를 위한 규범적 및 비규범적 개선방안과 향후 과제를 제시하고 각각을 평가하였다.

1. GATT 제XXI조 개선방안

(1) GATT 제XX조 두문 삽입

당초 GATT 제XX조와 제XXI조는 하나의 규정으로 논의되었다. 미국의 하바나 헌장 제안서의 두문은 현재의 GATT 제XX조 두문에서 일부가 삭제된 문안이었다.¹⁰²⁾ 이후 뉴욕 초안에는 영국의 제안으로 GATT 제XX조 두문 형태가 삽입되었으나 미국의 제안으로 분리되었다. 예외 남용을 우려하여 삽입된 GATT 제XX조 두문은 그 연원에 걸맞게 WTO 패널

101) Chao Wang, “Invocation of National Security Exceptions under GATT Article XXI: Jurisdiction to Review and Standard of Review”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 18, No. 3(November 2019), p. 695.

102) “동일한 여건이 지배적인 국가 간에 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로”가 삭제된 부분이다.

과 상소기구 판단에 많은 영향을 미치고 있다.¹⁰³⁾ GATT 제XX조 두문은 그 목적이 남용 방지에 있으며, 권리와 의무 간에 균형의 근간을 구성하고 있다.¹⁰⁴⁾

GATT 제XX조 두문을 GATT 제XXI조에 삽입하는 안(案)은 하바나 현장의 성안 과정과 WTO 법리를 상기해보면 불가능한 것만은 아니다. WTO 상소기구는 GATT 제XX조 두문은 국제법을 비롯해 법의 일반원칙인 ‘신의성실 원칙’의 한 표현이자 이는 국가의 권리 남용을 금지하는 원칙으로 널리 알려진 ‘abus de droit’의 적용이라고 언급하였다.¹⁰⁵⁾ 아울러 조약 의무가 적용되는 분야에 부정적인 영향을 미치는 권리 행사는 금지되는 것이며, 권리는 선의로(bona fide), 즉 합리적으로 행사되어야 한다고 강조하였다.¹⁰⁶⁾ 이는 *Russia-Traffic in Transit* 패널 보고서에서도 확인할 수 있는데, ‘필수적인 안보이익’에 대한 정의뿐만 아니라 이러한 이익과 문제 조치 간에 ‘최소한의 타당성’을 요구한다고 하였다. 이러한 시도가 국가의 재량 행사에 대해서 일정한 제한을 부과하는 취지라고 한다면 GATT 제XX조의 두문을 GATT 제XXI조에 반영하는 방안은 논의의 여지가 있다.

(2) 통보 관련 절차규정 도입

국가의 재량 범위를 가급적 최소한으로 구속하면서 규범적 접근이 가능한 방안으로 ‘절차규정’ 도입을 고려할 수 있다. 절차규정은 ①조치 시행 관련 사전 협의, ②조치 시행에 대한 통보의무를 부과해야 실효적이다. 그러나 각국은 자국의 정책적 판단에 따라 조치를 취할 수 있는 권한이 있으므로 사실상 ①의 도입은 용이하지 않다. 오히려 여러 필요에 따른 적절한 조치의 시행을 보장하지 못해 반작용과 부작용이 예상된다. 따라서 고려할 수 있는 것은 통보의무이다. 물론 통보의무 규정이 있더라도 이를 준수하는 것은 별개의 문제이다. 실제 코로나19 사태 당시 국가들의 조치 역시 제대로 통보되지 않았다. 2020년 4월 23일 WTO는 ‘수출금지 및 제한’에 대한 보고서를 발표하였는데, 전 세계 80개국(WTO 회원국 46개국, EU 개별 회원국 포함시 72개국 및 비회원국 8개국)에서 마스크, 의약품 등에

103) Appellate Body Report, *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, 20 May 1996, WT/DS2/AB/R, p. 22; Appellate Body Report, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, 6 November 1998, WT/DS58/AB/R, paras. 156-158, pp. 60-62.

104) Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R, p. 22.

105) Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, para. 158, pp. 61-62. ‘

106) *Ibid.* abus de droit’는 “자신의 권리를 행사하는 자는 그로 인하여 타인에게 손해를 발생시켰다고 하더라도 그에 대한 책임을 지지 아니함이 원칙이나, 타인에게 손해를 가하고자 하는 의도로 권리를 행사하거나, 권리의 사회적 내지 공공성에 비추어 지나치게 과도한 권리의 행사로 평가될 경우에는 과책이 인정될 수 있다”는 개념이다. 강현철 외, 『2006 프랑스 법령용어 해설집』, (서울: 한국법제연구원, 2006), pp. 6-7.

대한 수출제한조치가 이루어졌으나, 통보의무가 제대로 준수되지 않았음을 지적하였다.¹⁰⁷⁾

통보의무는 조치의 ‘알림’만을 의미하면 그 실효성이 보장되지 못한다. 해당 조치의 정당성을 설명하는 작업이 직접적 또는 간접적으로라도 수반되어야 하므로 GATT 시절부터 제XXI조를 원용하는 국가들은 이러한 통보의무가 없다고 강하게 주장하였던 것이다. 통보의무의 본질적인 부분은 결국 ‘정보제공’인 바, GATT 제XXI조 (a)호의 수정 없이는 사실상 절차규정의 도입은 불가능할 것이다. 따라서 GATT 제XXI조 (a)호를 삭제하는 방안도 대안으로 검토된다.¹⁰⁸⁾ 이하에서는 GATT 제XXI조 (a)호의 삭제 또는 수정을 전제로 절차규정 도입과 관련하여 참고할 규정을 제안한다.

1) 1982년 GATT 제XXI조에 관한 결정 및 GATS 제XIV조의2 제2항

1982년 결정 제1항은 GATT 제XXI조 (a)호에 따라 취해진 무역제한조치에 대해 계약 당사국들은 가능한 최대한 통보받아야 한다고 규정한다. 이러한 합의는 GATT 체제에서 안보를 명분으로 하는 무역제한조치의 발동이 대체로 조치 시행에 대한 구체적인 원인이나 종료 기한 등 어떠한 설명도 없이 이루어져 온 것에 대한 불만에서 비롯되었다고 추정된다. GATS 제XIV조의2 제2항은 1982년 결정과 사실상 동일하다. 이는 GATT 제XXI조에는 없는 내용으로 제2항의 내용에 대해 서비스무역이사회는 통보 지침(Guidelines for Notifications under the General Agreement on Trade in Services)을 마련하였다.¹⁰⁹⁾ 이 지침은 1995년 3월 1일 서비스무역이사회에서 채택된 것으로 통보가 요구되는 GATS 규정을 제시하고 이러한 통보에 사용되는 공통의 표준양식을 제안하기 위함이었다.¹¹⁰⁾ 통보 양식을 보면 ①발효일 및 기간, ②서비스무역 유형(mode), 서비스 무역효과(제한/자유화조치), 양허의무에 대한 영향 등 조치에 대한 전체적(complete) 설명, ③특별히 영향을 받는 회원국 등을 기재하도록 되어 있다.¹¹¹⁾

107) WTO, “Export Prohibitions and Restrictions(Information Note)”, 23 April 2020, pp. 1-2. <https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/export_prohibitions_report_e.pdf (2022.3.9 최종 검색)>

108) 이재민, 앞의 각주 15, p. 155.

109) WTO, WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice, GATS - Article XIV bis (Practice), para. 1.2.1, p. 1.

110) WTO, Guidelines for Notifications under the General Agreement on Trade in Service, adopted by the Council for Trade in Services on 1 March 1995, 4 April 1995, S/L/5, para. 1, p. 1. GATS 관련 규정은 제III조(투명성) 제3항, 제V조(경제통합) 제7항, 제V조의2 (b)호, 제VII조(인정) 제4항, 제VIII조(독점 및 배타적 서비스 공급자) 제4항, 제5항, 제X조(긴급수입제한 조치) 제2항, 제XII조 제4항(국제수지 보호를 위한 제한), 제XIV조의2 제2항, 제XXI조(양허표의 수정) 제1항 (b)호 등이다. Ibid., para. 2, pp. 1-2.

111) Ibid., p. 4.

2) TBT 협정 통보 규정

TBT 협정 제2조(중앙정부기관에 의한 기술규정의 준비, 채택, 적용) 제10항은 어떤 회원국에 대하여 국가안보의 긴급한 문제가 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우 제9항이 요구하는 단계를 생략할 수 있도록 하면서도 긴급한 문제의 성격을 포함하여 기술규정의 목적 및 합리적인 이유에 관한 간단한 설명과 함께 동 특정 기술규정과 대상품목을 사무국을 통하여 즉시 다른 회원국에게 통보하도록 하고 있다.¹¹²⁾ 엄밀하게 말하면 GATT 제XXI조를 원용한 무역제한조치와 TBT 협정상 기술규정은 조치의 성격이 다를 수 있어서 동 규정을 GATT 제XXI조에 반영하는 것은 무리일 수도 있다. 그러나 상황과 조치의 목적, 합리적인 이유에 대한 간략한 설명을 제공하는 부분은 GATT 제XXI조의 원용국 입장에서도 자국 조치의 정당성을 증명하는 방법이 될 수 있을 것이다.

물론 국가의 전적인 재량 범위라는 주장에 따르면 정당성을 증명할 필요도 없다고 하겠지만 이는 WTO 회원국의 권리와 의무의 ‘균형’ 추구라는 다자무역의 근본적 목적을 훼손하는 것이므로 받아들이기 어렵다. 또한 *Russia-Traffic in Transit, Saudi Arabia-IPRs* 패널 보고서를 통해 최소한의 타당성 요건이 제시된 바 있으므로 GATT 제XXI조의 절차규정 도입이라는 문제 의식에서 보면 TBT 협정의 통보 의미 및 절차 관련 규정도 좋은 본보기가 될 수 있다.

3) 통보 관련 GATT/WTO 제반 문서

GATT/WTO 체제에서 대표적인 통보 관련 두 문서를 살펴본다. 1979년 11월 28일 GATT 체약국은 ‘통보, 협의 및 분쟁해결과 감시에 관한 양해(Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute, Settlement and Surveillance)’를 채택한 바 있다. 통보에 관한 내용은 다음과 같다.¹¹³⁾

… GATT 체제의 향상과 개선을 위해 체약 당사국들은 다음에 합의한다.

통보

2. 체약 당사국들은 공표(publication)와 통보에 관한 일반 협정 하의 기존 의무에 대한 약속을 재확

112) TBT 제2조 제10.1항 참고.

113) GATT, Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance, 3 December 1979, L/4907, p. 1.

인한다.

3. 계약 당사국들은 일반 협정의 운영에 영향을 미치는 무역조치의 채택을 계약국에 가능한 최대한(maximum extent possible) 통보할 것을 약속한다. 이러한 통보는 일반 협정상의 권리 및 의무와 조치 간의 합치성 또는 관련성을 저해하지 않는 것으로 이해된다. 계약 당사국은 이행 사전에 이러한 조치를 통보하도록 노력한다. 달리 사전 통보가 가능하지 않은 경우 이러한 조치는 사후에(ex post facto) 즉시 통보되어야 한다. 이러한 무역조치가 다른 계약 당사국에 의해 채택되었다고 믿을 만한 이유가 있는 경우 계약 당사국은 관련 당사국으로부터 양자 간 해당 조치에 관한 정보를 구할 수 있다.

WTO 설립협정이 채택된 1994년 4월 15일 마라케쉬 각료회의에서는 여타의 각료결정 및 선언이 채택되었는데 ‘통보절차에 관한 결정’도 그 중 하나였다.¹¹⁴⁾ 중앙 통보등록소를 WTO 사무국의 책임 하에 설치하고 작업단에 WTO 부속서 1가에 따른 회원국의 기존 모든 통보 의무를 현실적으로 가능한 한 단순화, 표준화하고 공고히 하도록 철저한 검토를 시행할 것을 위임하고 있다.

한편, 2021년 6월 5일 미국, 아르헨티나, 호주, 코스타리카, EU, 이스라엘, 일본, 뉴질랜드, 대만, 영국 등은 ‘WTO 협정 하의 투명성 증진과 통보 강화에 관한 절차’에 관한 WTO 일반이사회 결정 초안(Draft General Council Decision) 수정안을 회람한 바 있다. 이는 2017년 미국의 제안에서 출발한 것으로 이후 회원국들의 의견이 반영되어 수정안이 도출되었다.¹¹⁵⁾

일반이사회는 투명성과 통보 요건은 다수의 WTO 협정과 WTO 시스템의 적절한 기능, 회원국의 의무에 있어 근본적인 부분을 구성한다는 것을 인정하며, 다수의 WTO 협정의 기존 통보 요건은 만성적으로 낮은 수준으로 준수되었음을 인지하며, 일부 회원국들은 역량의 한계로 통보 요건을 완전히 준수하기 어려운 상태에 처해있어 이러한 어려움에 대하여 적절히 고려해야 하고 또한 적절한 기술적 지원을 제공해야 함을 다시 상기하며, 투명성을 강화시키고 증진하며 통보 요건의 운영과 효과성을 개선하길 희망하며 다음과 같이 결정한다.

결정 범위

1. 이 결정의 목적상 “통보”는 다음의 WTO 협정 및 양해에 대한 통보 의무를 의미한다.¹¹⁶⁾

114) 최빈개도국을 위한 조치에 관한 결정, 세계경제정책 결정상의 일관성 제고를 위한 세계무역기구의 기여에 관한 선언 등이 있다.

115) WTO, Procedures to Enhance Transparency and Improve Compliance with Notification Requirements Under WTO Agreement, 12, November 2021, JOB/GC/204/Rev.8, JOB/CTG/14/Rev.8. 참여국은 아르헨티나, 호주, 캐나다, 칠레, 코스타리카, EU, 아일랜드, 이스라엘, 일본, 한국, 멕시코, 뉴질랜드, 노르웨이, 파라과이, 필리핀, 싱가포르, 스위스, 대만, 영국, 미국이다.

116) 이하에서 농업에 관한 협정, GATT 제VI조의 이행에 관한 협정(반덤핑), 보조금 및 상계조치에 관한 협정, 긴급수입제한

기존 의무의 재확인

2. 회원국은 기존의 통보 의무를 재확인하고 시기적절한 통보를 제공할 것을 재차 약속한다.

규정 준수 촉진을 위한 WTO 기구의 참여

3. 일반이사회는 통보의무와 절차에 관한 작업단(Working Group)에 다음을 지시한다.

(a) 회원국의 통보 의무 준수 향상에 대한 권고를 개진하기 위해 이 결정 6개월 이내 처음으로 회합한다.

(b) 관련 위원회 및 기타 작업단과 단순화된 통보 양식, 보고 요건의 갱신, 위원회 차원의 추가적인 교육 및 워크숍 개최, 새로운 디지털 도구 사용 등 회원국이 통보 의무의 준수를 증대할 수 있는데 도움이 되는 체계적이고 구체적인 방안을 협의하고 확인한다. ... (이하 생략)

4. 일반이사회는 무역정책검토기구에 이 결정 후 1년 이내에 모든 무역정책검토에 회원국의 통보 의무 준수에 대한 구체적이고 표준화된 주안점을 포함하도록 지시한다. 사무국은 국가 보고서에 회원국의 통보의무 준수에 대한 구체적인 정보를 포함한다. ... (이하 생략)

5. 회원국들은 다른 회원국이 통보를 하지 않은 경우 관련 위원회에 이를 알리도록 권장된다.

지연에 대한 설명

6. 해당 통보 기한 내에 통보를 하지 않은 회원국은 통보 마감 후 6개월 이내, 그 이후에는 매 6개월마다 해당 위원회에 다음사항을 제출한다. 통보 예상 기간 및 지연을 제한하기 위해 일부 가능한 통보의 모든 요소이다.

... (이하 생략)

다자무역체제에서 일방조치는 법적안정성과 예측가능성을 저해할 수 있으므로 객관적 보장 장치인 통보 절차의 준수는 장기간에 걸쳐 논의될 정도로 상당히 중요한 주제였다. 물론 이는 GATT 제XXI조와 관련하여 발전되어 온 것은 아니지만 통보의무 규정의 삽입을 고려하는 경우 상기의 내용을 참조하여 먼저 작업단을 구성하고 논의를 개진할 수 있을 것이다.

(3) 잠정조치 도입

안보 위협요인이 전통적인 물리적 군사력을 넘어 다양해지면서 그 피해 산정이 어렵고 피해가 발생한 경우 원상회복이 불가능한 측면이 있다. 물론 무력분쟁의 경우도 마찬가지 일 것이다. 사실상 WTO 분쟁해결해결에는 장기간이 소요되는 점도 고려할 때, 잠정조치 도입을 고려해 볼 수 있다. 이와 관련해서는 ‘위생 및 식물위생조치의 적용에 관한 협정 (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures: SPS 협정)’ 제5조(위협

조치에 관한 협정, GATT 제XVII조의 해석에 관한 양해(국영무역), GATT 제VII조의 이행에 관한 협정(관세평가), 수입 허가 절차에 관한 협정, 원산지 규정에 관한 협정, 선적전 검사에 관한 협정, 수량제한절차 통보에 관한 결정, 무역 관련 투자조치에 관한 협정, SPS 협정, TBT 협정, 무역원활화에 관한 협정 제1장(Section I)을 언급하였다.

평가 및 위생 및 식물위생 보호의 적정수준 결정) 제7항을 참고하는 방향으로 제안되는데, 이를 안보 예외규정에 적용하면 다음과 같이 구성할 수 있다.¹¹⁷⁾

회원국은 관련 국제기구로부터의 정보 및 다른 회원국이 적용하는 안보 관련 조치에 관한 정보를 포함, 입수가 가능한 적절한 정보에 근거하여 잠정적으로 안보상의 이유로 무역제한조치를 채택할 수 있다. 이러한 상황에서, 회원국은 더욱 객관적인 안보 위협평가를 위하여 필요한 추가정보를 수집하도록 노력하며, 이에 따라 합리적인 기간 내에 그 조치를 재검토해야 한다.¹¹⁸⁾

이는 적어도 ①조치가 일시적으로 시행되는 점, ②조치 발동 상황 및 조치 내용에 대한 객관적 평가를 시도할 수 있다는 점, ③예외를 원용하는 국가에 일정한 책임을 부과한다는 점에서 합리적인 측면이 있다. 그러나 안보 위협에 대한 평가 역시 국가의 재량사항이고 ‘반드시’ 추가적인 정보를 수집해야 할 것을 요구하고 있지 않기 때문에 한계가 있다. 나아가 ‘합리적인 기간’에 대해서도 사안별로 달라질 수 있다는 점도 고려해야 한다.¹¹⁹⁾ 잠정조치의 특성, 사안별로 각기 다른 상황, 정보 획득의 난이도 등 고정된 시간 개념이 아니기 때문에 판단이 쉽지는 않겠지만 안보상의 예외를 ‘잠정조치’로 보는 관점은 고려할 가치가 있다

(4) 별도 규칙 또는 양해 제정

GATT 제VI조의 이행에 관한 협정(반덤핑)이나 GATT 제VII조의 이행에 관한 협정(관세 평가)을 참고하여 ‘GATT 제XXI조의 이행에 관한 협정/규칙/규약’ 또는 ‘GATT 제XXI조의 해석에 관한 양해’를 새롭게 제정하는 방안이다. 물론 새로운 협정문을 마련해야 하는 만큼 어려운 작업임에는 틀림없으나, GATT 제XXI조의 개정과 관련하여 많은 합의가 있다. 이에 대해 ‘안보조치규약(Security Measure Code)’ 제안이 제시된 바 있어 해당 내용을 검토하기로 한다.¹²⁰⁾

이러한 부속 협정 및 규칙을 제정하기 위해서는 우선 GATT 제XXI조가 개정되어야 한다. 현재의 규정과의 주요 차이는 밑줄로 표시하였다. 이하에서 확인할 수 있듯이 비교적 자세

117) 류병운, “국제 무역과 국가 안보: WTO의 안보 예외 남용 방지를 중심으로”, 『홍익법학』, 제22권 제1호(2021.2), p. 124.

118) *Ibid.*

119) SPS 협정에서는 ‘합리적인 기간’을 새로운 과학적 정보를 획득하는 데 걸리는 시간을 의미한다고 보고 있다. 최승환, “식품안전 관련 통상분쟁에 있어 사전주의원칙의 적용성”, 『통상법률』, 제87호(2009.6), p. 25; 이성형, 전정기, “SPS협정 상 잠정조치의 적용”, 『국제상학』, 제27권 제4호(2012.12), p. 233에서 재인용.

120) Nadia Garcia-Santaolalla, *supra* note 7, pp. 30-36.

한 규정이 포함되어 있으며 안보위원회의 설치, 안보조치에 대한 보상의무, 통보 절차 합의 등 전제되어야 할 요건 역시 다수 존재한다. 특히 조치의 유형이나 상황에 따라 편차가 있을 수 있음에도 조치의 기간을 특정일로 한정하는 것은 불합리한 측면이 있다. WTO 회원국들이 이러한 합의에 도달할 것을 기대하기란 사실상 불가능하지만 ①안보의 개념을 국가의 전통적인 본질적 기능에 한정하는 시도, ②조치의 잠정성을 명시, ③통보의무 부과 등에 대해서는 남용을 방지한다는 점을 고려할 때 참고할만한 논의가 될 것이다.

제XXI조 안보상의 예외

1. 이 협정은 다음으로 해석되지 아니한다.

- (a) 회원국이 판단하기에 자국의 필수적인 안보이익에 반하는 정보를 공개하거나 접근을 허용할 것을 요구하는 것; 또는
- (b) 국제평화 또는 안보의 유지 또는 회복, 회원국의 필수적인 안보이익의 보호에 관한, 또는 회원국의 법률에 따른 극단적인 비상상황에서 회원국의 의무 이행에 필요하다고 간주하는 조치의 적용으로부터 배제하는 것

2. 제1항에도 불구하고

- (a) 제1항 제(b)호에 언급된 조치의 채택 및 적용을 위하여 안보조치규칙을 준수하여야 한다.
- (b) 회원국은 글로벌 비상상황에서는 상호연결성과 취약성으로 인해 일관성 있고 다각적이며 다층의 이해관계자 및 WTO 전체 차원의 접근이 필요함을 인정한다. 따라서 권한 있는 국제기구에 의해 선언된 글로벌 비상상황이나 이와 유사한 심각한 재난시 회원국은 글로벌 비상상황에 대한 강령(Guiding Principles for Times of Global Emergency)에 따라 조치를 취해야 한다.
- (c) 제2항 제(a)호 및 제(b)호를 시행하기 위한 조치의 채택은 개별적으로 또는 공동으로 회원국의 의식적이고 의도적인 노력에 따라야 한다.¹²¹⁾

본 개정안의 배경은 코로나19 발생이었다고 한다.¹²²⁾ 세계보건기구(World Health Organization)의 판데믹 선언도 영향을 미쳤을 것이다. 그러나 회원국의 권리와 의무를 명확히 해야 하는 특성을 감안하면 상기의 제안은 선언적이고 부수적이며, 오히려 모호함을 가중시키기 때문에 적절하지 않다고 보인다.

한편, ‘안보조치규약’은 전문, 본문 14개조로 구성되어 있으며 구체적인 내용은 다음의 표로 정리하였다.¹²³⁾ 명칭은 ‘GATT 제XXI조의 이행에 관한 협정(Agreement on Implementation of Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade)’이다.

121) *Ibid.*, pp. 22-23.

122) *Ibid.*, p. 6.

123) *Ibid.*, pp. 30-36. 해당 내용을 표로 요약하여 정리하였다.

〈표 2〉 안보조치규약 주요 내용

전문	<ul style="list-style-type: none"> • GATT 1994에 기반한 국제무역시스템 향상 및 강화 목표 • 안보조치가 국제무역에 정당화할 수 없는 장애를 구성하지 않음 • 글로벌 비상상황에서의 상호 연결성과 취약성 인식, 일관성 있고 다층적이며 WTO 전체 차원의 접근 필요 • 최빈개도국 및 개도국의 특정 무역, 개발 및 재정적 필요 고려 • 일관성과 이행의 확실성을 위해 GATT 제XXI조 규정과 이에 대한 규칙 해석의 정교화를 희망 • 당사국 간의 권리와 의무의 균형을 유지하기를 희망
제1조 (제XXI조의 적용)	<ul style="list-style-type: none"> • GATT 제XXI조에서 규정하는 조치에의 적용
제2조 (의무의 성격 및 범위)	<ul style="list-style-type: none"> • 모든 회원국은 자국 영토 내에서 안보조치의 오용을 방지하기 위해 국내법 및 절차에 따라 필요한 조치를 시행 • 자국 법체계 및 관행에 따라 적절한 조정을 결정할 권리 有
제3조 (원칙)	<ul style="list-style-type: none"> • 안보조치는 GATT 제XXI조 및 동 규약에 따름
제4조 (일반규정)	<ul style="list-style-type: none"> • 회원국은 국가의 본질적인 기능, 즉 외부 위협으로부터 영토 및 국민 보호, 국내법 및 공공질서 유지에 관한 이익을 보호하는데 필요하다고 간주하는 범위에 대해서만 안보조치 적용 • 이러한 목표 달성을 위해 가장 적절한(most suitable) 조치 선택
제5조 (안보조치의 적용)	<ul style="list-style-type: none"> • 조치는 목표 대상을 명확히 하여 비례적이고 투명하고 일시적일 것, 무역에 대한 불필요한 장벽이나 글로벌 공급망에 혼란을 주어서는 안 됨. 조치는 최대한 합리적으로 가까운 시일 내에/가능한 신속하게(as soon as reasonably practicable) 철회됨 • 조치는 필수적인 안보이익에 관한 최소한의 타당성 요건 충족
제6조 (국내절차 및 관련 문제)	<ul style="list-style-type: none"> • 안보조치는 위원회에 지체 없이 예비적 또는 최종적으로 보고해야 함 • 보고는 관련국 정부에 이해 조사 대상이 될 수 있음 • 회원국은 반기별로 국가안보계획/전략 또는 정책 보고서를 제출해야 함
제7조 (잠정적 안보조치)	<ul style="list-style-type: none"> • 심각한 비상상황에서 회원국은 잠정적 안보조치 발동 가능 • 잠정조치 기간은 200일을 초과할 수 없고 이 기간 동안 제9조부터 제11조상의 관련 요건 충족 필요 • 잠정조치 기간은 제8조 제1항 및 제2항에 규정된 최초 기간 및 연장으로 산정됨
제8조 (안보조치의 기간 및 검토)	<ul style="list-style-type: none"> • 필요한 기간 동안 보안조치 적용, 연장되지 않는 한 4년 초과 불가 • 연장 가능하나 중간의 상황을 위원회와 함께 검토
제9조 (양허 수준 및 기타 의무)	<ul style="list-style-type: none"> • 안보조치 적용 또는 연장 당사국은 실질적으로 동등한 수준의 양보 및 기타 의무 유지에 노력 • 적절한 무역 보상에 합의할 수 있음 • 30일 이내 합의 미도달시 조치 상대국은 조치 적용 후 90일 이내 의무 정지 가능, 이는 위원회에 서면으로 통보하고 30일 이후부터 시행

제10조 (개도국 및 최빈개도국)	<ul style="list-style-type: none"> • 안보조치 영향 완화 요구 가능, 면제 요청 가능 및 관련 요건
제11조 (통지 및 협의)	<ul style="list-style-type: none"> • 무역 관련 안보 위협에 대한 조사 절차 개시 및 이유, 필수적인 안보이익위협 및 이유, 안보조치 적용 또는 연장에 대해 즉시 안보위원회에 통보 • 통보시 관련 제품, 조치 관련 국내법, 도입 예정일, 예상 기간, 조치 목적 및 도입 이유 등 관련 모든 정보 통보, 필요시 안보위원회가 추가 요청 가능 • 심각한 비상상황시 통보 면제 가능, 대신 제7조 잠정조치 이전 또는 조치 이후 합리적으로 실행 가능한 즉시 협의 개시 • 공개가 필수적인 안보이익에 반한다고 판단되는 경우 통보 규정은 기밀 공개를 요구하지 않음
제12조 (감시)	<ul style="list-style-type: none"> • 보안조치위원회(Committee on Security Measures) 설치 • 각 회원국 대표로 구성, 자체 의장 선출, 1년에 2회 이상 회합 • 위원회의 임무: 협정 운영 및 증진 관련 모든 문제, 이에 대한 회원국에게 협의 기회 부여 • 위원회의 기능: 협정 이행 및 이행 권고 모니터링 및 상품무역이사회에 보고, 회원국에 대한 조력, 기존 안보조치 검토, 양허 또는 기타 의무 이행 중지 제안이 실질적으로 안보조치와 상충하는지 검토, 관련 통보 수령 및 검토, 정보 공유 등 • 위원회 내 보조기구 설립 가능
제13조 (분쟁해결)	<ul style="list-style-type: none"> • GATT 제XXII조 및 제XXIII조 적용
제14조 (최종규정)	<ul style="list-style-type: none"> • GATT 제XXI조 및 동 규약에 따른 안보조치 외에는 허용 불가 • 가입 및 수락 방법 제시(제XXVI조 제5항 (a)호 적용 등) • 다른 회원국의 동의 없이 유보 불가 • 발효, 동 규약과 관련된 국내 입법, 개정, 철회, 기탁 등

(5) WTO 국가안보위원회 설치

WTO 최고의사결정기구인 모든 회원국 대표로 구성되는 각료회의로서 최소 2년에 1회 개최되며 WTO 기능을 수행하고 이를 위해 필요한 조치를 취할 수 있다.¹²⁴⁾ WTO는 분쟁 해결기능 외에도 WTO 협정에서 다루어지는 사안과 관련된 다자무역 관계에 대하여 회원국 간의 협상을 위한 장을 제공하며, 각료회의 결정에 따라 추가적인 협상을 위한 토론의 장과 협상 결과의 이행 기틀을 제공하는 중요한 기능도 수행한다.¹²⁵⁾ 각료회의를 중심으로 일반이사회, 전문이사회, 다자간무역협정에 따른 위원회가 이러한 기능을 지원하고 있

124) WTO 설립협정 제4조(세계무역기구의 구조) 제1항 참고.

125) WTO 설립협정 제3조(세계무역기구의 기능) 제2항 참고.

다.¹²⁶⁾ 현재는 무역환경위원회, 무역개발위원회 등과 같이 광범위한 주제를 다루는 위원회와 농업 위원회, SPS 위원회, TBT 위원회와 같이 WTO 특정 의무에 중점을 둔 위원회로 유형을 구분할 수 있으나, 기존 위원회에 한정되는 것이 아니라 각료회의의 의사결정에 따라 추가적으로 설치가 가능하다.¹²⁷⁾ 이는 규범 개정 작업보다는 용이한 편이다. ‘국가안보위원회(Committee National Security)’ 설치 제안은 이러한 맥락에서 이해된다. 국가안보위원회는 SPS 또는 TBT 위원회와 유사한 방식으로 운영될 수 있을 것이다.¹²⁸⁾ 이하에서는 일각에서 제기되는 국가안보위원회 설치안을 간략히 개관한다.¹²⁹⁾

일반이사회가 국가안보위원회를 설치하고 동 위원회가 의장을 선출하며 1년에 한 번 회합을 한다. 국가안보를 원용하여 취해진 조치 유지를 위해서는 무역에 미치는 영향을 지속적으로 검토하며 통지, 반론 통지 및 연간 작업 등에 대한 내용을 일반이사회에 보고한다. 국가안보조치와 관련된 지침 및 권고 사항, 기술협력활동을 제공하고 주기적으로 검토한다. 여기에는 통보 요건에 대한 지침과 민감한 정보를 어떻게 다루는지가 포함될 수 있다. 특별(ad-hoc) 협의체를 포함하여 적절한 개방적(open-ended) 기술단(Technical Group) 또는 작업반을 설치하거나 이해당사국 간 특정 사안에 관한 비공식 논의를 할 수 있도록 한다. 위원회의 감시 기능 지원을 위해 사무국은 통보 및 기타 신뢰할 수 있는 정보에 기초하여 매년 국가안보조치가 무역에 미치는 영향에 대한 사실관계에 대한 보고서를 준비하여야 한다.¹³⁰⁾

한편, SPS 위원회는 2014년 7월 SPS 협정 제12조 제2항에 따라 중개절차로서 ‘특별협의절차(ad-hoc consultation)’를 도입하였다.¹³¹⁾ 당해 절차는 WTO 제소 이전에 회원국 간의 특정한 무역현안을 희망하는 경우 비공개로 원만한 해결을 도모할 수 있다는 점에 의의가 있다.¹³²⁾ 참여에 강제성이 부여되지 않고 법적 구속력도 없어 ‘제소전 협의(pre-litigation consultation)’로 기능하여 분쟁해결에 긍정적인 기여를 할 수 있을 것이라 평가되었다.¹³³⁾

126) 박노형 외, 앞의 각주 78, p. 34. WTO 기능 및 구조에 대해서는 pp. 33-42 참고.

127) Simon Lester, Inu Manak, “A Proposal for a Committee on National Security at the WTO”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 30, No. 2(Spring 2020), p. 268. 실제로는 일반이사회에서 설치 결정이 이루어졌다. 박노형 외, 앞의 각주 78 p. 41.

128) SPS 협정 제12조(관리)는 위원회의 기능과 역할을 비교적 상세하게 규정하고 있다. 반면 TBT 협정 제13조(TBT 위원회)는 간략하게 규정하고 있어 차이를 보인다.

129) 국가안보위원회 제안은 Simon Lester, Inu Manak, *supra* note 128, pp. 273-280 참고.

130) *Ibid.*, pp. 274-275.

131) Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, Procedure to Encourage and Facilitate the Resolution of Specific Sanitary or Phytosanitary Issues among members in Accordance with Article 12.2: Decision adopted by the Committee on 9 July 2014, 8 September 2014, G/SPS/61. 2014년 7월 9일부터 10일까지 개최된 SPS 위원회에서 우선 잠정 채택되었으며 9월 5일까지 별도의 이의제기가 없는 경우 최종 채택된 것으로 간주하기로 하였다. 이재형, 이천기, “WTO SPS위원회의 특별협의절차에 관한 연구”, 『통상법률』, 제122호(2015.4), p. 11.

132) *Ibid.*, pp. 11-12. 동 제도에 대한 자세한 설명은 pp. 20-43 참고.

133) *Ibid.*, p. 45.

이러한 특별협의절차를 국가안보위원회 내에 두는 것도 참고할 수 있다.

일각에서는 이러한 위원회 설치의 결국 분쟁해결에 대한 불신을 반영하는 것이라는 비판을 제기한다.¹³⁴⁾ 실제 위원회가 설치되면 이에 필요한 제반 규정이 마련되어야 하는데, 이는 실제 규정이라기보다 ‘협의체’ 창설과 운용이라는 형식적 차원에 그치게 된다. 아울러 특별협의절차 역시 WTO DSU 제4조(협의)와 유사하기 때문에 오히려 규범 중심의 WTO 운영을 위해서는 WTO 분쟁해결제도를 활용하는 것이 바람직하다.

물론 WTO 분쟁해결절차는 진입부터 판정에 이르는 과정에 상당한 비용과 시일이 소요된다는 한계가 지적되지만 이는 WTO 개혁론 등과 연계하여 논의할 일이다. WTO 분쟁해결절차에 대한 효용성 문제로 별도의 위원회를 설치하는 것보다 차라리 양자 간 기존의 다양한 논의 채널을 활용하는 것이 나을 수도 있다. WTO 회원국 전부 또는 다수국에 대한 조치가 아니라면 양자 채널이 훨씬 수월하고 용이하기 때문이다.

그럼에도 불구하고 WTO 절차를 이용하는 것은 WTO 회원국으로서 권리와 의무를 재확인하고 자국의 조치 및 대응에 대한 정당성을 대내 및 대외적으로 입증하기 위함이라고 생각된다. 결국 각국이 국제법을 준수하는 이유와도 맞닿아있다. 따라서 ‘안보’라는 고도의 민감성으로 별도 위원회 설치 논의는 일고의 가치는 있으나 그 한계 역시 인지할 필요가 있다.

(6) 비구속적 합의

구속력은 없으나 국제사회에서 중요한 지침의 역할을 하는 공동선언문의 형식을 통해 주의를 촉구하는 방식도 고려할 수 있다. WTO 전자상거래 협상은 이해관계가 얽힌 핵심 쟁점사항 등으로 그 협의가 원만하지는 않지만 2017년 12월에 열린 제11차 WTO 각료회의 계기 ‘전자상거래에 대한 공동선언문(Joint Statement on Electronic Commerce)’을 발표하여 당시 미국, EU, 호주, 일본 등을 중심으로 논의를 심화한 바 있다.¹³⁵⁾ WTO 각료회의 이외에도 적절한 계기에 무역자유화와 안보의 중요성을 확인하며, 안보 예외규정이 오·남용되지 않도록 공동의 노력을 확인하는 차원의 공동선언문 발표도 이러한 전개의 시작이 될 수 있다. 이를 통해 국가 간의 이해관계를 확인하고 합의점을 도출하여 점진적인 규범적 접근을 시도하는 것이 보다 현실적인 방안이라 하겠다.

134) Simon Lester, Inu Manak, *supra* note 128, p. 117.

135) 임혜림, “WTO: 디지털 기반의 새로운 무역 현실에 적극 대응하기 위하여”, 『나라경제』, Vol. 334(2018.9), p. 60.

2. 새로운 무역규범상 안보 예외규정 검토

(1) GATT 제XXI조 플러스(plus) 규정

일부 FTA 및 디지털무역협정의 안보 예외규정은 GATT 제XXI조보다 구조적으로는 단순하나, 객관적 기준이라고 볼 수 있었던 GATT 제XXI조 (b)호 이하의 (i)-(iii)을 삭제한 형태로 필수적인 안보이익의 보호를 위해 필요하다고 간주하는 조치가 광범위해졌다.¹³⁶⁾ 대표적으로 한-미 FTA 제23.2조를 들 수 있으며 구체적인 내용은 다음과 같다. CPTPP 제29.2조(안보 예외), USJDTA 제4조(안보 예외), USMCA 제32.2조(필수적인 안보), DEPA 제15.2조(안보 예외) 역시 이와 동일하다.

제23.2조(필수적 안보)

이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.

- 가. 공개되면 자국의 필수적 안보이익에 반한다고 당사국이 결정하는 정보를 당사국이 제공하거나 이에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것, 또는
- 나. 당사국이 국제 평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위하여, 또는 자국의 필수적 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 판단하는 조치를 적용하지 못하도록 배제하는 것¹³⁷⁾

GATT 제XXI조는 ‘자기판단적’ 문언에 따른 남용이 우려되었는데, 상기의 규정은 더 광범위한 재량을 인정하고 있다. *Russia-Traffic in Transit* 패널은 GATT 제XXI조 (b)호 (i)-(iii)의 맥락을 고려하여 ‘안보’를 무력 중심으로 보는 제한적인 접근을 채택했는데, 상기 규정에서는 이러한 맥락적 고려를 대입할 문언이 부재하다. 따라서 안보를 이유로 한 특정 조치가 정당화 될 수 있는 범위가 GATT 제XXI조와 다를 수 있다. 특히 한-미 FTA에서는 분쟁해결절차를 선택할 수 있는데, 안보조치를 시행하는 국가 입장에서는 훨씬 유리해 보인다.¹³⁸⁾ 이는 FTA로 인한 다자무역질서의 형해화라는 근본적인 문제와도 관련될 수 있다.

136) 앞의 각주 16 참고.

137) (각주2) 보다 명확히 하기 위하여, 당사국이 제11장(투자) 또는 제22장(제도규정 및 분쟁해결) 따라 개시된 중재절차에서 제23.2조를 인용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 그 예외가 적용됨을 판정한다. 다만 디지털무역협정의 경우 해당 각주가 없다.

138) 한-미 FTA 제22.6조(분쟁해결절차의 선택), 한-페루 FTA 제23.3조(분쟁해결절차의 선택), 한-중미 FTA 제22.3조(분쟁해결절차의 선택). WTO와 FTA상의 관할권 경합에 관련하여서는 이길원, “WTO협정과 FTA에 따른 분쟁해결의 관할권 경합”, 『국제법학회논총』, 제59권 제3호(통권 제134호)(2014.9), pp. 177-193 참고.

아직까지는 이와 관련된 분쟁이 문제된 경우는 없는 것으로 보인다. 향후 관련 문제가 제기되는 경우 WTO 법리를 활용하여 WTO 규범과 조화로운 해석을 추구하는 방향으로 나아가야 할 것이다.¹³⁹⁾

(2) 국경 간 정보 이전 예외규정과의 관계

디지털 서비스 및 기술을 이용하는 것이 내부 효율성을 증진하고 글로벌 경쟁력을 갖출 수 있다는 인식에 기반하여 전 세계적으로 디지털무역에 대한 논의가 활발히 이루어지고 있다. 디지털 전환에 대한 각국의 의지가 강력한 가운데, 미국, 호주, 일본 등을 중심으로 디지털무역협정이 체결되어, 이미 발효 중이다. 한국 역시 디지털 뉴딜 정책 개진과 함께 협정과 관련해서는 적극적인 행보를 보이고 있다.¹⁴⁰⁾ 현재까지의 추이와 협정문을 보면, 디지털무역의 자유화를 위한 디지털 상품 및 서비스에 대한 무역장벽 철폐, 국경 간 데이터 이동 보장, 현지화 조치 제거 등의 의무규정을 확인할 수 있다. 그러나 한편으로는 디지털 무역을 관할하는 공통의 원칙 부재, 각기 다른 표준, 새로운 무역장벽 등 디지털 전환 과정에서 새로운 통상문제가 발생할 수 있다는 우려가 제기된다.¹⁴¹⁾ 또한 디지털 무역자유화를 위한 규범 정립과 함께 각국의 디지털 주권 보호 필요성도 제기되고 있기 때문에 예외규정이 지니는 의미가 크다고 하겠다.

주요 디지털무역협정의 핵심이라 할 수 있는 ‘국경 간 정보 이전’ 의무 규정은 그 자체에 예외사유를 병렬적으로 규정하고 있는바, ‘정당한 공공목적’과 국가안보와의 관계를 짚어볼 필요가 있다.¹⁴²⁾

139) 최승환 외, “FTA 관련 주요 무역분쟁 사례에 관한 연구”, 『현안분석』, 2012-8호 (2012.10), p. 113.

140) 산업통상자원부 보도자료, “우리나라 최초의 디지털 통상 협정인 한-싱 디지털동반자협정(Digital Partnership Agreement, DPA) 타결 선언”, 2021.12.25. <<https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156486456> (2022.3.9 최종 검색) >; 산업통상자원부 보도자료, “디지털경제동반자협정(DEPA) 제1차 가입 협상 개최”, 2022.1.27. <<https://www.korea.kr/news/pressReleaseView.do?newsId=156493521> (2022.3.9 최종 검색) >

141) Congressional Research Service, “Digital Trade and U.S. Trade Policy”, IN FOCUS, 3 December 2020, p. 1.

142) 이른바 ‘데이터 현지화 규정’은 ‘국경 간 정보 이전’과 ‘컴퓨팅 설비 현지화’ 규정을 의미하는데, 컴퓨팅 설비 현지화 규정의 의무 및 예외 내용과 구조는 국경 간 정보 이전 규정과 동일하므로 별도로 언급하지 않았다. 내용상 CPTPP와 DEPA(제4.3조)가 유사하고 USJDTA와 USMCA(제19.11조)가 서로 유사하다.

〈표 3〉 국경 간 정보 이전 규정 비교

CPTPP 제14.11조	USJDTA 제11조
1. 당사국들은 ... 자국 고유의 규제적 요건을 지닐 수 있음을 인정한다.	
2. 각 당사국은 ... 개인정보를 포함하여 전자적 수단에 의한 국경 간 정보 이전을 허용해야 한다.	1. 어느 당사국도 ... (좌동) 개인 정보를 포함하여 전자적 수단에 의한 국경간 정보 이전을 금지하거나 제한해서는 아니된다.
3. 이 조의 어떤 내용도 다음을 조건으로 일방 당사국이 정당한 공공정책 목적을 달성하기 위해 제2항에 불합치하는 조치를 채택하거나 유지하는 것을 방해하지 아니한다: (a) 자의적이거나 정당화 할 수 없는 수단이나 무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방법으로 적용할 것 (b) 목표 달성에 <u>요구되는</u> 이상으로 정보의 이전에 대한 제한을 부과하지 않을 것	2. 이 조의 ... (좌동) 정당한 공공정책 목적을 달성하기 위해 <u>필요한</u> ...: (a) 좌동 (b) 목표 달성에 <u>필요한</u> 이상으로 정보의 이전에 대한 제한을 부과하지 않을 것

디지털무역협정은 공정한 경쟁 및 개인정보 보호와 디지털 전환 촉진을 위한 탄력적 운용이 동시에 요구되기 때문에 개방성을 유지할 수 있는 방향으로 법적 환경을 조성할 필요가 있다.¹⁴³⁾ 따라서 디지털무역협정에는 ‘국경 간 정보 이전’의 자유화를 기본 원칙으로 하는 명문의 의무규정을 삽입하였다. 즉 자유로운 정보 이전이 가능하도록 이전에는 없던 의무규정을 신설하는 한편, 예외규정으로서 일반적 예외뿐만 아니라 안보 예외도 마련하고 있다. 특히 GATT 및 GATS상의 안보 예외규정을 준용하면서도 ‘국경 간 정보 이전’ 규정 자체에 ‘정당한 공공정책 목적’을 달성하기 위한 예외도 가능함을 규정하고 있다.

국경 간 정보이전의 예외규정은 TBT 제2조 제2항과 GATT 제XX 및 GATS 제XIV조의 두문 요건을 결합한 구조이다. 개별 예외사유에 대한 구체적 열거 없이 정당한 공공정책 목적만을 규정하여 사실상 조치의 내용에 대한 판단보다 적용방식을 엄격하게 검토하겠다는 것을 의미한다고 볼 수 있다. 쟁점은 ‘정당한 공공정책’의 목적에 안보이익을 포함할 수 있는지의 문제로 ‘필수적인’ 문언도 없고, 특정 유형의 정책적 목적을 배제한다는 별도의 의도도 보이지 않는다. 따라서 해석상으로는 국가안보도 정당한 공공정책에 해당할 수 있다. 그러나 GATT 제XX조 두문 요건이 명시되어 있으므로 국가안보를 정당한 공공정책의 목적으로 원용하지 않을 수도 있다. 앞서 GATT 제XX조 두문 규정을 GATT 제XXI조에 삽

143) 조유미, 이길원, 앞의 각주 55, p. 247.

입하는 방안을 검토하였으나, 현재로서는 명문화 된 것이 아니므로 GATT 제XX조상의 두문을 적용받지 않는다. 원용국은 전략적으로 접근할 것이며, 심리 판단에 있어서는 소송의 경제성을 고려할 수 있고 아니면 각각에 대해 모두 판단을 내릴 수도 있을 것이다. 이와 관련하여 국경 간 정보 이전상의 정당한 공공정책 목적에는 국가안보가 해당하지 않도록 제도적 장치를 삽입하는 것도 제안된 바 있다.¹⁴⁴⁾

IV. 결론

제1차 세계대전을 필두로 한 무역 보복과 1930년 스무트 홀리 관세법(Smoot-Hawley Tariff Act)의 출현은 자유무역을 위한 질서 확립을 시대적 과제로 만들었다. 이를 위해 국제사회는 자유무역을 위한 ‘강제적인’ 의무규정을 제정하고자 노력하였고, 그 흔적은 하바나 헌장 성안 과정에 고스란히 남아있다. 그럼에도 불구하고 ‘안보’는 전후라는 시대적 배경을 고려하여 국가 존립 또는 안전 확보라는 차원에서 무역자유화의 예외로 그 가치를 인정받았다. 특히 제2차 세계대전 이후 냉전과 핵 비확산의 불확실성 속에서 국가들이 ‘안보 예외’를 통해 주권을 유지할 수 있도록 하는 차원에서 이해되어 온 듯하다.¹⁴⁵⁾

그러나 GATT 제XXI조는 드물게 원용되었고, 중국에는 당사국 간 합의로 해결되거나 문제 조치가 철회되어 GATT 체제에서는 사법판단의 대상으로 다루어진 경우도 역시 극히 적었다. 이러한 기조는 WTO 출범 이후 약 20여 년 이상 계속되었다. 일각에서는 WTO 회원국들이 GATT 제XXI조를 원용하는데 신중을 기한 것으로 평가하기도 한다.¹⁴⁶⁾ 냉전 종식 역시 영향을 미쳤을 것이다.

다시 국제통상 무대에 등장한 계기로 하나의 사건만 특정하기는 어렵다. 트럼프 행정부의 등장과 우크라이나와 러시아 간의 분쟁이 대표적이지만 근저에는 무역과 투자라는 제도에서의 지정학적 경제 분쟁이 자리하고 있음을 고려할 필요가 있다. 또한 안보 개념도 변화하기 시작하였다. 냉전 시기에는 무력 또는 군사력을 통한 국가의 존립 보호라는 의미가 주를 이루었으나 이제는 다양한 영역의 보호가치를 수반하여 포괄적인 형태로 변모하고 있

144) 이재민, “디지털 교역 시대의 아날로그 규범: ‘개인정보’의 국경간 이전과 국가안보 예외”, 『국제법학회논총』, 제65권 제2호(통권 제157호)(2020.6), p. 257.

145) Elizabeth Trujillo, “An Introduction to Trade and National Security: New Concepts of National Security in a time of Economic Uncertainty”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 30, No. 2(Spring 2020), p. 211.

146) Peter Van den Bossche, Sarah Akpofure, “The Use and Abuse of the National Security Exception under Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994”, *WTO Working Paper*, No. 3(September 2020), p. 4.

다. 특히 제4차 산업혁명 시대로 진입하면서 국가안보는 곧 경제력과 산업 경쟁력을 의미하기도 한다. 이에 따라 자국의 경제이익 및 산업 보호를 위해 안보 명분의 위장된 무역제한조치가 운용되는 등 자유무역이라는 국제교역의 기본질서를 와해시킬 수 있다는 현실적 우려가 깊어지게 되었다. 코로나19 이후 국제사회에는 ‘각자도생’의 무질서가 두드러지는 한편, 보호무역주의가 오히려 경제 회복과 차세대 성장을 담보할 수 없음을 인지하며 반면교사로 지난 20세기 초의 경험을 상기하기도 하였다.

무역과 안보 간의 충돌 문제는 법이나 정치, 외교 등 어느 하나의 체제만으로는 해결할 수 없다.¹⁴⁷⁾ 그러나 안보 민감성은 점증하고 있고 국가들이 통상규범상의 의무를 회피하는 데 있어 사실 좋은 구실이 되는 상황에서 정치적 압력이나 상호 자제(mutual restraint)에 의존하는 방식은 지속 가능하지 않다. 또한 오히려 이러한 혼란한 상황에서는 법원칙 준수에 따른 국제질서의 안정성과 예측가능성이 요구된다.

이에 본고는 GATT 제XXI조를 면밀히 검토하고 개선방안을 제시하였다. 추후 미국 관련 계류 분쟁에 대해서는 올해 상반기에 패널 보고서가 발표될 것으로 기대되는데, WTO 법리를 축적하고 무역과 안보에 관한 국제사회의 인식을 재확인할 중요한 계기가 될 것이다. 현재로서는 *Russia-Traffic in Transit* 패널이 필수적인 안보이익을 ICJ 또는 투자 중재판정부와는 달리 무역 분쟁 중심으로 엄격히 제한하고 있는바, 군사적 긴장이나 대립 관계가 없는 상태에서 GATT 제XXI조를 원용하여 이를 인정받기란 용이하지 않을 수 있다. 이러한 관점으로 한국과 일본 간의 수출통제조치 관련 분쟁도 살펴볼 수 있다. 물론 현재까지 별다른 진전을 보이지 않고 있으며, 향후 상호간에 원만한 해결로 종료될 수도 있다. 다만 양국 간 전시 또는 국제관계의 비상시가 존재하지 않는 점, 일본의 조치가 ‘한국’만을 대상으로 한 점, 조치가 구체적인 근거 없이 갑작스럽게 공표되고 시행된 점을 들어 합리적이고 객관적이며 공정한 방법으로 이루어지지 않았다고 주장할 수 있을 것이다.¹⁴⁸⁾

경제적 국수주의와 반세계화 일방주의가 더욱 증가하는 최근의 흐름에서 다시금 규범 중심의 다자무역체제의 확립이 시대적 과제로 보인다. 이 정점에 무역과 안보 논의가 있고 이를 규율하는 기본적인 규정인 GATT 제XXI조는 어디까지나 ‘예외규정’으로서 원용되어야 할 것이다. 안보 개념이 확대되고 있으나, 이는 각 보호범익을 규율하는 다양한 국제 규범

147) J. Benton Heath, *supra* note 9, p. 1026.

148) 일본이 조치의 근거로 제시하는 전략물자 주요 공급국으로서의 의무, 일본 수출업자에 대한 관리 등을 고려할 때, 이는 한국에만 적용해서는 소기의 목적을 달성할 수 없다고 보인다. 특히 일본이 지정한 3개 품목을 전적으로 한국에만 수출하는 것이 아닌 이상 일본의 조치는 설득력이 없다고 생각된다.

속에서 보호되고 있으며, 이를 명분으로 하여 조약상의 의무를 면제하는 것은 별개의 문제이다. 과거의 유물이었던 회원국들의 ‘자제력’에 기대는 것이 아니라 지속 가능한 규범 체계 확립을 위해 예외규정 원용에 있어 우선 최소한의 통보 절차 마련이라는 투명성을 부여하는 것이 시급하다고 본다.

제2부 : 제2발표

**다자환경조약의 무역제한조치에 대한
GATT 제XX조 적용의 한계와 대안
: CITES를 중심으로**

- 발표자: 이현택 박사 (고려대학교)
- 토론자: 오선영 교수 (송실대학교)

다자환경조약의 무역제한조치에 대한 GATT 제XX조 적용의 한계와 대안 : CITES를 중심으로*

이 현택**

목 차

- I. 서론
- II. CITES의 무역제한조치 분석
 - 1. 개요
 - 2. 기본 구조: 부속서 등재 시스템과 수출입 사전허가제도
 - 3. 당사국의 역할과 재량
 - 4. 당사국총회의 역할과 수출입규제의 탄력적 운용
- III. CITES 무역제한조치에 대한 GATT 제XX조 적용가능성 분석
 - 1. CITES-GATT간의 충돌가능성
 - 2. GATT 제XX조 각 요건별 충족가능성 분석
- IV. 조화를 위한 대안: '합치 추정(Presumption of Conformity)' 도입 가능성 검토
 - 1. DDA에서 제안된 '합치 추정'의 개요
 - 2. 개선점 및 도입방안

I. 서론

다자환경조약은 국제사회의 환경보호 노력에 있어 중추적인 역할을 담당하고 있으며, 현재 다양한 분야에서 다양한 목적을 가진 수백 개의 다자환경조약들이 체결되어 있다. 그리고 이러한 다자환경조약들 중 상당수가 조약의 목적을 성취하는데 있어 필수적이거나 유용한 도구로서 일정한 무역제한조치를 취할 의무를 포함하고 있다. 예를 들어, 1975년에 발효한 멸종위기에 처한 야생동식물의 국제교역에 관한 협약 (CITES: Convention on International

* 이 발표문은 2021년 11월 국제경제법연구에 발표된 동 제목의 논문을 축약, 일부 수정한 것입니다.

** 고려대학교 법학연구원 연구원, 법학박사.

Trade on Endangered Species)에서는 멸종위기에 처한 일정한 동식물 종에 대해 수출입 규제 조치를 취할 것을 당사국들에게 의무 지우고 있는 바, 이러한 무역제한조치는 CITES의 목적 성취를 위해 핵심적인 기능을 수행하고 있다. 다만, 다자환경조약들에 포함된 이러한 무역제한조치를 취할 의무가 WTO 협정상의 의무와 충돌할 가능성에 대한 문제 제기가 꾸준히 있어 왔으며, 특히 상품무역에 적용되는 GATT의 제I조(최혜국대우의무), 제III조(내국민대우의무) 및 제XI조(수량제한의 금지)의 규범과의 충돌가능성이 주로 제기되어 왔다.

이러한 충돌에 대한 해법으로서, 다자환경조약의 무역제한조치에의 GATT 제XX조의 일반적 예외 조항 적용가능성이 논의되어 왔다. 그러나, 다자환경조약의 무역제한조치의 내용과 성격이 일률적이지 않고, 다양하고 복잡하게 나타날 수 있다는 점과 GATT 제XX조의 각 요건의 해석 및 적용에 있어서의 여러 불확실한 요소들이 있다는 점이 GATT 제XX조의 적용을 통한 조화방안의 한계로 작용한다. 또한, 이러한 해법은 결국 WTO 패널과 상소기관의 사안별 판단에 의존해야 한다는 점에서 WTO협정과 다자환경조약 간의 관계를 체계적이고 명확하게 정립하여 조화시키는 방법으로서는 부적합해 보인다. 아래에서는 CITES 하에서 나타날 수 있는 무역제한조치에 대한 GATT 제XX조 적용가능성의 논의를 통해 이러한 문제점을 살펴보고, 또 GATT 제XX조 적용의 한계를 극복하기 위한 방안으로서의 ‘합치 추정’ 원칙의 도입을 소개하고자 한다.

II. CITES의 무역제한조치 분석

1. 개요

CITES의 목적은 “야생 동식물의 국제무역이 종의 생존을 위협하지 않도록 보장하는 것”¹⁾에 있으며, 따라서 CITES 체제에 있어서도 무역제한조치는 CITES의 목적을 성취하기 위한 “내재적이고 필수적인” 도구라고 할 수 있다.²⁾ CITES에서 활용되는 무역제한조치는 표면적으로는 대상 동식물 종의 표본 수출입에 대한 사전통보승인 요건과 이에 결부된 수출입금지 조치라는 단순한 구조를 가지고 있는 것으로 보이지만, 실제로는 무역제한조치를 실행

1) World Trade Organization, “Communication from the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES)”, Communication from the CITES Secretariat, WT/CTE/W/119 (1999), p. 2.

2) World Trade Organization, “the Relationship between the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) and the WTO”, Communication from the CITES Secretariat, WT/CTE/W/165 (2000), p. 2.

하는 당사국들에게 부여된 재량과 당사국총회의 역할로 인하여 다양하고 복잡한 양상으로 나타나게 된다. 즉, CITES 본문에서 파악할 수 있는 무역제한조치의 내용은 제한적이며, 무역제한조치의 구체적인 형태와 실시여부, 적용대상 및 범위가 당사국총회의 결정 및 결의와 당사국들의 재량적 판단에 의해 다양하게 변주될 수 있다.

2. 기본 구조: 부속서 등재 시스템과 수출입 사전허가제도

CITES의 규제체제의 핵심은 규제 대상인 35,000종 이상의 야생동식물을 각각의 멸종위기 및 보존 상황에 따라 세 단계의 범주로 분류하는 부속서 등재 (listing) 시스템과 각각의 부속서에 대하여 다르게 적용되는 수출입 사전허가제이다. CITES는 규제대상인 야생동식물의 종을 다음과 같은 분류기준에 따라 부속서 I, II, 및 III에 등재시켜 관리하고 있다.³⁾

- 부속서 I : 국제적으로 멸종위기에 처한 종으로서, 국제거래로 영향을 받거나 받을 수 있는 종
- 부속서 II: 현재 반드시 멸종위기에 처해 있지는 않으나 국제거래를 엄격하게 규제하지 아니하면 멸종위기에 처할 우려가 있는 종
- 부속서 III: 협약당사국이 이용 방지 및 제한할 목적으로 자국 관할권 안에서 규제대상인 종으로 확인하고 또한 거래 규제를 위하여 다른 당사국의 협력이 필요하다고 판단하여 지정한 종

CITES 적용대상인 동식물 종의 거래에는 수출입 사전허가서(permit)가 필요한데, CITES는 부속서 별로 수출입 사전허가의 요건을 다르게 규정함으로써, 멸종위기 정도에 따라 상이한 국제거래 규제가 적용되도록 하고 있다. 이와 관련된 CITES의 III조, IV조, V조의 내용을 간략히 정리하자면, 가장 높은 멸종위기에 처했다고 평가된 부속서 I에 속한 종에 대해서는 수출 및 수입 사전허가가 모두 필요한데, 사전허가는 “상업적인 목적”의 국제거래에 대해서는 발급될 수 없으며, 또한 해당 종의 표본(specimen)⁴⁾ 수출이 종의 생존에 해롭지 아니하다는 관계당국의 의견이 있는 경우에만 발급되어야 한다. 부속서 II 및 III에 포함된 종에 대해서는 수출국에서 발행하는 수출 사전허가 만이 필요하고, 수출 사전허가는 상업적 목적의 거래에 대해서도 발급이 가능하며, 부속서 III에 포함된 종에 대해서는 “수출이 종의 생존에 해롭지 아니할 요건”도 적용되지 아니한다. 한편, CITES는 CITES의 비당사국

3) CITES website, <https://www.cites.org/eng/disc/what.php> (last visited on 17 November 2020); CITES 제II조.

4) CITES 제I조는 “표본”을 “살아 있거나 죽은 동물과 식물”과 “쉽게 식별할 수 있는” 동식물의 “부분 또는 파생물”로 정의한다.

들과의 국제거래를 CITES에서 요구하는 요건을 갖췄을 때에만 허용하고 있다. 이와 같이 비당사국과의 국제거래 제한은, 비당사국들과의 거래로 인해 CITES의 목적달성이 저해되는 것을 방지할 목적 뿐 아니라, 비당사국들의 CITES 가입을 유도하기 위한 성격도 가진다.⁵⁾

3. 당사국의 역할과 재량

CITES는 구체적으로 당사국들이 부과해야 할 무역제한조치를 명시하고 있지는 않으나, 당사국들에게 상술한 CITES의 등재시스템에 따른 사전수출입허가의 요건을 위반한 표본의 국제거래를 금지할 의무와, CITES 준수를 담보하기 위한 “적절한 조치”를 취할 의무를 부과하고 있다.⁶⁾ “적절한 조치”란 대부분 CITES에 의해 허용되지 않는 표본에 대한 수출입금지 조치의 형태를 가질 것이며,⁷⁾ 결국, CITES의 주된 무역제한조치는 일종의 사전통보승인(Prior Informed Consent: PIC)으로 볼 수 있는 수출입사전허가와 이에 결부된 수출입금지조치라고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고, CITES 사전허가제도 준수를 담보하기 위한 적절한 조치가 무엇인지 판단하고 결정하여 집행하는 것은 당사국들에게 맡겨져 있는 것이 사실이다. 그 밖에도 CITES의 당사국들은 무역제한조치 실시 여부와 범위에 대한 상당한 재량권을 행사한다. 각 부속서에 따른 수출입허가 요건이 충족되었는지 판단하는 것은 CITES 당사국들의 관련 당국의 판단에 맡겨져 있는바, 해당 표본의 수출이 “주로 상업적 활동” 목적인지 여부, 또는 “종의 생존을 위협하는지” 여부를 각 당사국의 책임 있는 당국이 판단하도록 하고 있다.⁸⁾ 또한, CITES는 CITES의 의무 준수를 담보하기 위한 “적절한 조치” 뿐만 아니라, 협약의 규제보다 더 엄격한 국내조치를 취할 것을 금지하지 않는다는 점을 명시하고 있다.⁹⁾ 이에 따라, 실제로 CITES 개별 당사국들이 자발적으로 부속서 II 또는 III에 속한 종에 대하여 수출쿼터를 설정하여 해당 종에 대한 보호를 강화하는 경우도 있다.¹⁰⁾

5) C. Wold, S. E. Gaines, and G. Block, *Trade and the Environment: Law and Policy*, 2nd edition (Carolina Academic Press, 2011), p. 647.

6) 제II조 2항, 제VIII조.

7) 제VIII조에서는 그러한 적절한 조치의 예시로서 “표본의 거래 또는 소지에 대한 처벌 또는 양자 모두에 대한 처벌”과 “표본의 몰수 또는 수출국으로 반송”을 규정하고 있다.

8) CITES 제III조 2항, 3항. 단, 당사국총회는 결정으로 “주로 상업적 활동” (“primarily commercial activity”)이란 용어의 해석을 채택하고, 당사국의 관련 당국이 제3조2항의 “종의 생존을 위협하지 아니한다” (“not detrimental to the survival of the species”)는 판단을 함에 있어서 고려해야 할 요소들과 따라야 할 가이드라인을 채택한 바 있다. CITES Resolution Conf. 5.10 (Rev. CoP15), CITES Resolution Conf. 16.7 (Rev. CoP17)

9) CITES 제XIV조 1항; 실제로 일부 남미국가는 이 규정에 근거하여 멸종위기에 처한 모든 야생동식물의 국제거래를 전면 금지하고 있다. 박지현, 「WTO협정과 다자환경조약간의 관계에 관한 연구 - 충돌을 중심으로」, 박사학위논문, 이화여자대학교, 2017, p. 77.

4. 당사국총회의 역할과 수출입규제의 탄력적 운용

한편, CITES 제XI조에 따라 매 2~3년마다 정기적으로 개최되는 당사국총회(Conference of the Parties) 및 당사국총회 산하 상임위원회(Standing Committee)가 채택하는 결의(resolution)와 결정(decision)들은 CITES 규제의 실효성을 강화하는 동시에 규제체제의 원활한 운용을 위한 유연성을 부여하는데 있어 필수적인 역할을 하고 있다.¹¹⁾

당사국총회가 담당하는 여러 기능 중 가장 중요한 것은 부속서 개정에 대한 심의 및 채택을 통해 특정 동식물 종의 멸종위기 상황과 보존상태의 변화가 CITES 규제에 반영되도록 하는 것이다. 즉, 특정 종을 새로이 부속서에 추가하거나, 부속서에서 제외, 또는 부속서 간 이동을 시키는 일이 부속서 개정을 통해 이루어진다.¹²⁾ 전술하였듯이, 부속서 II 및 III의 경우에는 상업적 목적의 국제거래가 허용되기 때문에 부속서 I의 종을 부속서 II 또는 III로 이동시키는 결정은 해당 종의 상업적 거래를 허용하는 결정이 되므로, 당사국총회에 의한 부속서 개정은 CITES 무역제한조치의 범위에 대해 직접적인 영향을 주게 된다. 또한, 당사국총회는 각종 결의 및 결정의 채택을 통해 특정 종의 보존상황을 고려하여 해당 종의 국제거래 규제의 실효성을 제고하는 역할을 하고 있다.¹³⁾ 예를 들어, 당사국총회는 국가들의 국내 상아거래 시장을 폐쇄할 것을 권고하는 결의나,¹⁴⁾ 대형 유인원에 대한 모든 상업적 거래를 포괄적으로 금지하고, 불법거래에 대한 벌칙을 부과하는 내용의 포괄적인 입법을 촉구하는 결의¹⁵⁾ 등을 채택하였다. 더 나아가, 당사국총회는 CITES 당사국들에게 의무준수를 강제하기 위한 조치로서 무역제한조치를 활용하기도 하는데, CITES 의무를 지속적으로 위반한 특정 당사국에 대해 CITES 규제 대상인 동식물 종 표본의 전면 거래 금지를 취할 것을 당사국들에게 권고하는 경우가 있다.¹⁶⁾ 반대로, 당사국총회는 특정 종에 대한 규

10) WTO, “Matrix on Trade-Related Measures Pursuant to Selected Multilateral Environmental Agreements (MEAs)”, WT/CTE/W/160/Rev.9, p. 26.

11) CITES 제XI조 3항.

12) *Ibid.*

13) 그러한 결의 및 결정들은 당사국총회를 통해 제안되고 채택되는 경우들 외에도, 당사국총회 산하의 상임위원회가 당사국총회를 대신하여 결정하는 경우와 역시 당사국총회 산하의 사무국, 동물위원회(Animal Committee) 및 식물위원회(Plant Committee)의 권고에 따라 당사국총회에 의해 채택되는 경우도 있다. MEA Matrix, *supra* note 10, p. 9.

14) Resolution Conf. 10.10 (Rev. CoP18) Trade in elephant specimen.

15) Resolution Conf. 13.4 (Rev.CoP18) Conservation of and trade in great apes.

16) R. Reeve, “Wildlife Trade, Sanctions and Compliance: Lessons from the CITES Regime”, *International Affairs*, Vol. 82, No. 5 (2006), p. 883; CITES Resolution Conf. 5.2. “Implementation of the convention in Bolivia”; D. Brack and K. Gray, “Multilateral Environmental Agreements and the WTO”, Report (iisd, 2003), available at <http://www.worldtradelaw.net/articles/graymeawto.pdf>.download (last visited on 14 August 2021), p. 10.

제를 완화하는 결정을 할 수도 있다. 대표적으로 결의 채택 또는 부속서의 개정을 통해서 부속서 I에 속했던 특정 종에 대해 연간 수출쿼터를 설정하여 제한적인 상업적 목적의 국제거래를 허용하는 경우가 있다.¹⁷⁾ 또한, 당사국총회는 특정 종의 일시적인 상업적 거래나, ‘방목(ranching)’을 실시하는 것을 조건으로 하는 상업적 거래를 허용하기도 한다.¹⁸⁾ 이러한 당사자 합의에 기초한 CITES 규제의 유연한 운용은 멸종위기 동식물 종의 멸종위기 상황의 변화 및 해당 종의 보존에 대한 과학적 증거 및 기타 고려사항이 규제체제에 반영되도록 하고, 또한 일정한 수준의 관리된 거래(controlled trade)를 가능하게 함으로써, 해당 종의 보존에 대한 인센티브를 제공하는 순기능으로 작용한다는 평가를 받고 있다.¹⁹⁾

III. CITES 무역제한조치에 대한 GATT 제XX조 적용가능성 분석

1. CITES-GATT간의 충돌가능성

CITES의 규제내용의 대부분이 GATT 위반에 해당할 수 있으므로, 양자 간의 충돌이 발생할 수 있다고 보아야 할 것이다. 즉, GATT 제XI조는 WTO 회원국간 상품 거래에 있어 수출입 금지, 쿼터제, 허가제 등의 조치를 취하는 것을 금지하고 있는데, 규제대상 동식물 종 표본의 국제거래에 수출입 허가제를 실시하고, 부속서 I에 대해서는 상업적 목적의 국제거래 금지, 부속서 II, III에 대해서도 일정한 경우 국제거래 금지, 또한 선별적으로는 수출쿼터도 도입하는 CITES의 규제내용 대부분이 제XI조 위반에 해당할 수 있다. 또한, CITES의 이러한 사전 수출입허가제는 GATT 제I조 최혜국대우의무와 제III조 내국민대우의무 위반이 문제 될 수 있다.²⁰⁾ 즉, 수출입허가서 발급을 위한 요건충족 여부가 관계 당국의 판단에 따라 선별적으로 이루어지게 되므로, 수출입허가서 발급 또는 미발급이 WTO 회원국 간의 차별이나, 국내상품에 대한 수입품 차별이 될 가능성이 있어 최혜국대우의무 또는 내국민대우의무 위반이 될 수 있을 것이다. 예를 들어, 수출입허가의 요건인 “해당 종의 표본 수출(입)이 종의 생존에 해로운지” 여부가 수출입국 관계 당국의 판단에 맡겨져 있으므로,

17) MEA Matrix, *supra* note 10, p. 26.

18) ‘방목’은 “야생에서 수정란 또는 새끼의 상태로 포획된 동물을 통제된 환경에서 사육하는 것”을 의미한다. CITES Resolution Conf. 11.6, “Ranching and trade in ranched specimens of species transferred from Appendix I to Appendix II”.

19) 박지현, *supra* note 9, p. 77; M. Yeater & J. Vasquez, “Demystifying the Relationship Between CITES and the WTO”, *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, Vol.(10), No.(3) (2002), p. 272.

20) 박경진, “나고야 의정서의 국제통상법적 접근: WTO협정의 비차별주의를 중심으로”, 『국제경제법연구』, 제13권2호 (2005), p. 137.

특정 종 표본의 수출입이 특정 국가들에 대해서만 선별적으로 제한될 수 있고, 이는 표면적으로는 어느 특정 WTO 회원국 제품에만 특혜를 주는 차별을 금지하는 GATT 제I조 위반을 구성할 여지가 있는 것이다. 또한, 그러한 제한을 하는 회원국이 동일한 종의 표본의 국내 생산과 거래는 허용하고 있다면 동시에 GATT 제III조 위반도 구성할 수 있다. 실례로, 2008년 CITES의 당사국총회 상임위원회는 보츠와나, 나미비아, 짐바브웨와 남아공의 중국과 일본으로의 일회성 상업적 목적 수출을 승인했다.²¹⁾ 일본과 중국이 CITES의 결정에 따라 이들 국가로부터의 상아 수입을 허용하면서 다른 국가들로부터의 상아 수입을 계속 제한한 것은 GATT 제I조와 제XI조 위반에 해당한다.

2. GATT 제XX조 각 요건별 충족가능성 분석

1) 개요

CITES의 무역제한 조치가 GATT 규정을 위반한다고 할지라도, GATT 제XX조의 일반적 예외(*general exception*)에 해당한다면, GATT 위반을 구성하지 않는다. 따라서, 다자환경조약상의 무역제한조치의 WTO협정 위반을 일반적 예외 적용으로 해결될 수 있다는 주장이 오랫동안 논의되어 왔는데, GATT 제XX조의 열가지 예외항목 중, (b)항의 “인간이나 동·식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위해 필요한 조치”와 (g)항의 “유한 천연자원 (*exhaustible resources*)의 보호에 관한 조치”가 환경 목적을 위한 무역제한조치에 적용될 수 있다고 여겨져 왔다.²²⁾ WTO 분쟁당사국이 제XX조 적용을 주장할 경우, 패널과 상소기관은 분쟁대상인 조치가 제XX조에 예외항목에 해당하는지를 먼저 판단하고, 예외항목에 해당할 경우에는 두문의 요건을 충족하는지를 심사한다.²³⁾ 두문은 해당조치가 “동일한 조건하에 있는 국가간에 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단 (*means of arbitrary or unjustifiable discrimination*)을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 제한 (*disguised restriction on international trade*)을 구성하는 방식으로 적용되어서는 아니된다”는 요건을 명시하고 있다.

21) CITES Press Release, “Ivory sales get the go ahead” (16 July 2008), available at https://cites.org/eng/news/pr/2008/080716_ivory.shtml (last visited on 15 August 2021).

22) Wold, et al., *supra* note 5, p. 275.

23) Panel Report, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials* (WT/DS394/R), 22 February 2012, para. 7.469; Appellate Body Report, *Colombia – Measures Relating to the Importation of Textiles, Apparel and Footwear* (WT/DS461/AB/R), 22 June 2016, para. 5.67.

아래에서는 CITES하의 무역제한조치들이 일반적 예외 적용을 위한 요건을 충족할 가능성에 대해서 항목별로 살펴본다.

2) (b)항 요건 충족 가능성

(1) (b)항 요건

(b)항의 “인간이나 동·식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위한 조치일 것”이라는 첫 번째 요건에 대해서는 별다른 쟁점이 없다. 그러나 두 번째 요건인 ‘필요성(necessity)’의 요건에 대해서는 좀더 복잡한 논의가 필요하다. WTO 판례에 따라 형성된 ‘필요성 테스트(necessity test)’에 따르면, 어떤 조치가 (b)항의 목적을 위해 ‘필요하다’고 인정되기 위해서 WTO 패널과 상소기관은 우선 (1) 해당 조치의 무역제한의 정도, (2) 조치의 대상인 목적의 중요성, (3) 조치가 해당 목적달성에 기여하는 정도의 세 가지 요소에 대한 “전체적인 비교형량 과정(holistic weighing and balancing exercise)”을 통해 해당 조치의 필요성 여부를 심사한다.²⁴⁾ 둘째로, 패널과 상소기관은 WTO협정에 위반되지 않거나 덜 위반되는, 합리적으로 가용가능한 대체조치(alternative measure reasonably available)가 있는지 여부를 따진다.²⁵⁾

그런데, 이러한 필요성 심사에 일관적이고 예측가능한 방식으로 적용될 수 있는 구체적이고 명확한 심사기준이 없다는 점이 필요성 심사의 불확실성으로 작용한다. 즉, WTO 패널과 상소기관은 필요성 심사에서의 비교형량 대상인 세 가지 요소가 구체적으로 어떤 방식과 기준을 통해 비교되고 형량되는지를 명확히 밝힌 적이 없다. 결국, 필요성 요건의 충족여부의 평가는 상당 부분 WTO 패널과 상소기관의 주관적이고 자의적 판단에 맡겨질 수밖에 없으며, 이에 대해서는 “전반적인 인상에 의존한 정성적 평가(impressionistic and qualitative assessment)”,²⁶⁾ 명확한 방법론없이 서로 다른 몇 가지 개념을 섞은 “조잡한 비용 편익 분석(crude cost benefit analysis)”이라는 등의 비판이 가해져 왔다.²⁷⁾ 이는 WTO협정에 위반되지 않거나 덜 위반되는 합리적으로 가용가능한 대체수단이 없을 요건과 관련해서도 마찬가지인

24) Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres* (WT/DS332/AB/R), 17 December 2007, para. 156.

25) *Ibid.*, para. 156.

26) Alan O. Sykes, “The Least Restrictive Means”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 70, No.1 (2003), pp. 404, 415-416.

27) C. R. Conrad, *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals* (Cambridge University Press, 2011), p. 336; D. H. Regan, “The Meaning of ‘Necessary’ in GATT Article XX and GATS Article XIV: The Myth of Cost-Benefit Balancing”, *World Trade Review*, Vol. 6, No.3 (2007), p. 365.

데, 어떠한 대체조치가 ‘합리적으로 가용가능한(reasonably available)’지 여부를 결정하기 위해 중요한, 그 대체조치가 회원국에게 지나치게 큰 부담을 지우는지 여부의 문제를 판단하기 위한 객관적 기준이 없어, 패널 및 상소기관의 사안별 주관적 판단에 맡겨져 있다.

(2) CITES 무역제한조치의 (b)항 요건 충족 여부 검토

CITES의 무역제한조치의 경우, 무역제한조치의 목적이 멸종위기 동식물 종의 보호이므로, (b)항의 첫번째 요건은 문제없이 충족할 수 있을 것이다. 그러나 두 번째 요건인 ‘필요성’의 요건 충족 여부는, 요건 충족 여부를 심사하는 기준과 방법론에 모호한 부분들이 많다는 점에서 일괄적으로 판단하기 어렵다. 우선, CITES의 목적인 멸종위기 동식물의 보호가 중요한 가치라는 점, 멸종위기의 동식물 종의 표본의 수출입 제한이 해당 종의 보호와 보존을 위해 필수적이거나, 적어도 매우 큰 기여를 했다는 점²⁸⁾은 필요성 요건 심사에 있어 상당히 설득력있게 주장될 수 있을 것이다. 특히, CITES의 무역제한조치가 필수적이라는 점은 CITES의 당사국총회를 통해 결정되는 무역제한조치의 내용과 범위가 대상 멸종위기 동식물 종의 멸종위기와 보존상황과 관련된 생물학적, 생태학적 지식과 데이터, 그리고 전문가 의견에 기초한다는 사실에 의해 뒷받침된다.²⁹⁾ 반면, CITES가 주로 활용하는 수출입금지 조치는 가장 강력한 무역제한 효과를 가지는 조치로 여겨지므로, 이 점은 필요성 형량 측면에서 불리하게 작용할 것이다. 또한, CITES하에서의 특정 종의 국제거래의 전면적 제한조치에 대해서는, 방목, 수출쿼터를 통한 일부 거래 허용조치가, 다시 그러한 일부 거래 허용조치에 대해서는, 개체 수 모니터링 및 관리를 통한 보다 완화된 ‘관리된 거래(controlled trade)’ 허용조치가 “WTO협정에 위반되지 않거나 덜 위반되는, 합리적으로 가용가능한 대체조치”로 제시될 수 있을 것이다. 전술하였듯이, 특정 종에 대한 상업적 목적의 국제거래를 일정부분 허용하는 것은 해당 종의 보존에 대한 인센티브로 작용하여, 오히려 멸종위기 종의 보호에 기여할 수 있는 가능성이 있는 것이다. 즉, 멸종위기 종 보호와 보존을 위해 국제거래가 어느 수준으로 제한되어야 하는지에 대해서는 CITES 당사국 간에도 이견이 있을 수 있다. 예를 들어, 2019년 CITES 당사국총회에서는 보츠와나, 나미비아, 잠비아 및 짐바브웨가 자국산 아프리카 코끼리 상아의 일회성 수출 허용을 위한 제안을 제출하였으나 부결된 바 있다. 다시 말해 이들 국가에 서식하는 아프리카 코끼리의 보존상황과

28) Reeve, *supra* note 16, p. 895.

29) Wold, *supra* note 5, pp. 2, 9.

상아의 일회성 수출이 해당 아프리카 코끼리의 멸종위기에 끼치는 영향에 대해 이들 국가들과 다른 CITES 당사국들간의 의견이 일치하지 않았다고 볼 수 있다. 따라서, 어떤 조치가 CITES의 목적을 위해 ‘필요한지’ 여부는 간단하게 답할 수 있는 성격이 아닐 수 있으며, CITES 당사국총회에 의해 결정된 무역제한조치라 할지라도 그것이 언제나 엄격한 WTO 판례상의 필요성 심사를 통과할 수 있는지는 불확실하다고 할 수 있다.

3) (g)항 요건 충족 가능성

(1) (g)항 요건

(g)항은 “유한한 천연자원의 보존과 관련된 조치로서 국내 생산 또는 소비에 대한 제한과 결부되어 유효하게 되는 경우”에 적용된다. 따라서, 특정조치가 (g)항의 적용을 받으려면, (i) 조치의 대상이 “유한한 천연자원(exhaustible natural resources)”이어야 하고, (ii) 유한한 천연자원의 “보존에 관한(relating to conservation)” 조치여야 하며, (iii) 그 조치가 “국내의 생산이나 소비에 대한 제한과 결부되어 유효하게 되어야 (made effective in conjunction with restrictions on domestic reduction or consumptions)” 한다. “유한한 천연자원”의 정의와 범위에 대해서, GATT 패널 및 WTO 패널과 상소기관은 이를 상당히 넓게 해석해 왔다. 무생물자원 뿐만 아니라 고갈되거나 멸종될 수 있는 생물자원도 포함하며, 따라서 바다거북도 “유한한 천연자원”에 해당된다고 해석하였다.³⁰⁾ 두 번째 요건인 “관련성(relating to)”에 대해, US - Gasoline 사건에서 상소기관은 이를 “실질적 관계 (substantial relationship)”의 요건, 즉, “목적과 수단 간의 밀접하고 진정한 관계 (close and genuine relationship of ends and means)”로 해석하였다.³¹⁾ 즉, 유한 천연자원의 보존을 목적으로 하는 거의 모든 무역제한 조치가 그 목적에 대한 “합리적인 연결점(rational connection)”이 있는 한, 무리 없이 통과될 수 있을 것이다.³²⁾ 마지막으로 국내 생산 및 소비에 대한 제한과 결부될 것이라는 요건은 기본적으로 수입품과 국내 생산품에 대한 “공평한 대우 (even-handedness)”의 요건으로 이해되었으며, 수입품에 대한 제한이 유한한 천연자원 보존을 위해 국내생산과 소비에 대한 제

30) Appellate Body Report, *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (WT/DS58/AB/R), 6 November 1998., paras. 129-134.

31) Appellate Body Report, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline* (WT/DS2/AB/R), 20 May 1996, pp. 18-19; *US - Shrimp Turtle (AB)*, *supra* note 30, para. 136

32) P. Mavroidis and M. Wu, *The Law of the World Trade Organization (WTO): Documents, Cases & Materials*, second edition (West Academic Publishing, 2013), p. 306.

한과 “협력할 것(work together)”을 의미한다고 해석되었다.³³⁾ 단, 상소기관은 동 요건이 수입품과 국내생산품에 대한 동일한 제한을 취한다거나, 제한조치의 실증적인 효력을 평가할 것을 요구하는 것은 아니라는 점을 확인한 바 있다.³⁴⁾

(2) CITES 무역제한조치의 (g)항 요건 충족 여부 검토

CITES의 경우, 무역제한조치의 목적이 바다거북과 같은 멸종위기 동식물 종의 보호와 보존이므로, (g)항 적용의 첫 번째 요건인 조치의 대상이 “유한한 천연자원”일 것이라는 요건은 충족된다고 볼 수 있을 것이다. 두 번째 요건 관련해서는, 멸종위기 동식물 종의 보호와 멸종위기 동식물 종 표본에 대한 일정한 수출입금지 조치나, 그에 부수되는 회원국 간 차별조치 간에 “실질적인 관계”가 있음이 입증되어야 하는데, 이 요건은 적어도 ‘필요성’의 요건보다는 충족이 용이할 것으로 보인다. 그러나 앞서 언급되었듯이, CITES의 무역제한조치는 당사국총회의 결의 등을 통해 당사국들의 CITES 하의 의무 미준수에 대한 제재조치의 목적으로 취해지는 경우도 있다. 예컨대 연례 보고서 미제출에 대한 제재조치로서 CITES 대상 전체 동식물 종의 수출입을 전면 금지하는 조치가 취해질 수도 있는데,³⁵⁾ 이러한 경우에도 해당조치와 동식물 종의 보호간에 실질적 관계가 있다고 인정될 지에 대해서는 의문이 있다. 마지막 요건인, “국내 생산 및 소비에 대한 제한과 결부될 것”이라는 요건에 대해서도 CITES의 무역제한조치와 관련해서 일부 문제의 소지가 있다. 즉, CITES는 멸종위기인 동식물 종의 국제거래를 금지하는 것이지, 각 당사국 내의 생산과 소비를 규제하는 것은 아니라는 점에서 동 요건 충족이 문제가 될 수 있는 경우를 생각해 볼 수 있을 것이다. 예컨대, CITES 당사국인 EU와 일본은 자국내 합법적 상아거래 시장을 통해 상아거래를 허용하고 있다는 점에서, 이들 당사국의 CITES에 따른 상아 수출입규제 조치가 국내 소비에 대한 제한과 결부되지 않았다고 인정될 가능성이 있다.³⁶⁾

33) Appellate Body Report, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials* (WT/DS394/AB/R), 22 February 2012, para. 356.

34) *US – Gasoline (AB)*, *supra* note 31, p. 20.

35) Reeve, *supra* note 16, p. 887.

36) 제18회 CITES 당사국총회에서 일부 아프리카 국가들이 일본과 EU 내의 상아거래 시장이 운영되고 있음을 지적한 바 있다. CITES, “Implementing Aspects of Resolution Conf. 10.10 (Rev. COP17) on the Closure of Domestic Ivory Markets”, COP18 Doc. 69.5 (20019), pp. 6-7.

5) 두문 (Chapeau) 요건 충족 가능성

(1) 두문 요건

전술하였듯이, 분쟁대상의 조치가 제XX조의 예외항목 중 하나에 해당한다고 하더라도, 그 조치가 “동일한 여건이 지배적인 국가 간에 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단을 구성하거나 국제무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다”는 두문의 요건을 충족해야 일반적 예외의 적용을 받을 수 있다. 그러나 WTO 상소기관과 패널은 두문의 요건을 이루는 각 부분의 정의를 제공하지는 않았다. 다만, 특정 조치의 적용이 “자의적이고 정당화될 수 없는 차별”을 구성하는지 여부는 해당 조치의 설계와 구조 (“the design, architecture, and revealing structure of a measure”)를 조사하여 판단할 것이며, 특히 중요하게 볼 요소 중 하나는, 차별이 해당 조치의 정책적 목표 (XX조하의 열가지 예외 조항과 관련된 목표)와 합리적으로 관련되어 있고, 또 조화를 이룰 수 있는지 여부라고 밝힌 바 있다.³⁷⁾ 즉, 상소기관에 따르면 차별이 정당화될 수 있는지의 여부를 판단함에 있어, “해당 조치를 통한 ‘정책적 목적’과 일치하는지 그리고 목적의 달성을 위하여 효과적인 수단인지”가 중요한 기준인 것으로 보인다.³⁸⁾ “국제무역에 대한 위장된 제한”의 정의에 대해서도, EC-Asbestos 사건에서 패널은 어느 제한조치가 표면적으로 GATT 제XX조의 10개 예외사유 중 하나를 충족하는 것이 사실은 무역규제의 목적을 감추기 위한 “위장(disguise)”일 경우, “국제무역에 대한 위장된 제한”이라는 다소 동어반복적인 설명을 하였을 뿐이다.³⁹⁾

즉, 어느 무역제한조치가 제XX조 두문의 요건과 합치하는지 여부는, 명확한 심사기준 없이 패널과 상소기관이 분쟁 사안별로 여러 가지 요소들을 종합적으로 고려하여 판단하여 왔다. 예를 들어, US-Shrimp Turtle 사건에서 상소기관은 분쟁대상이 된 미국의 조치가, 조치에 의해 영향받는 수출국들의 의견이나 그 수출국들의 서로 다른 상황들은 전혀 반영하지 않은 일방적이고 경직적인 성격의 조치라는 점과, 미국이 조치의 목적인 바다거북 보호를 위한 다자협약 체결 협의를 하지 않았다는 점, 조치 도입을 위한 기술지원이나 도입을

37) Appellate Body Report, *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products* (WT/DS401/AB/R), 16 June 2014, paras. 5.302, 5.306.

38) 유형정·조현진, “국가의 일방적인 환경보호관련 조치의 정당화요건 - GATT 제XX조 두문(Chapeau)의 해석과 적용을 중심으로-”, 『법학연구』, 24권 제4호(2014), p. 227.

39) Panel Report, *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* (WT/DS135/R) 5 April 2001, para. 8.236.

위해 허용된 기간 등의 측면에서 수출국들 사이에 차별을 두었다는 점 등에 기초하여 “정당화할 수 없는 차별”을 구성한다고 판단하였다.⁴⁰⁾ 그러나, US - Shrimp Turtle에서의 상소기관의 이러한 판단에 대해서는 두문의 문언에 근거하지 않았으며, 합리적인 이유와 근거가 부족하다는 비판이 있다.⁴¹⁾

(2) CITES 무역제한조치의 두문 요건 충족 여부 검토

CITES 하에서 취해진 무역제한조치들은 두문 평가에 있어서 유리한 요소들이 적지 않다. 적어도 CITES에 명시되었거나, 혹은 CITES의 당사국총회의 결정으로 채택된 무역제한조치의 내용에 대해서는 어느 정도 국제사회의 합의가 반영된 것으로 볼 수 있으므로, 이들 조치에 대해 “자의적이거나 정당화할 수 없는 차별” 또는 “국제무역에 대한 위장된 제한”이라는 판단을 내리기는 어려울 것이라는 견해가 있다.⁴²⁾ 또한, CITES 하의 무역제한 조치들에 대해서는 (i) US - Shrimp Turtle 사건에서 상소기관이 미국의 조치에 대해서 지적한, 일방적 성격을 가지고 있다고 볼 수가 없다는 점, (ii) 역시 같은 사건에서 강조된 무역제한조치의 유연성⁴³⁾이 보존상황의 변화에 따른 부속서 개정, 수출쿼터·방목과 연계한 수출입 허가제 등을 통해 반영되어 있다는 점은 두문 요건 충족 측면에서 긍정적인 부분이라고 하겠다.

그러나, 전 장에서 설명했듯이, CITES의 무역제한조치의 발동 여부는 각 당사국의 판단에 맡겨져 있는 부분들이 있다. 예컨대, “종의 생존에 위해를 가하는지 여부”와 “주로 상업적 목적을 위한 것인지 여부”는 각 당사국의 관계당국이 판단하여 결정하며, 그 결정에 따라 해당 종이 표본에 대한 수출입 금지 여부가 결정된다. 따라서, 그러한 각 당사국의 개별적인 결정과 그에 따른 개별적 수출입 금지나 WTO 회원국에 대한 차별적 대우의 조치는, 경우에 따라서 XX조 두문에 따른 다툼의 대상이 될 수 있을 것이다. 그리고 당사국총회 등 CITES의 기관에서 결정, 채택된 무역제한조치라고 할지라도, WTO패널과 상소기관이 해당 조치로 발생하는 차별이 그 “정책적 목적”과 일치하는지 그리고 목적의 달성을 위하여 효과적인 수단인지” 여부에 대해서 CITES 당사국총회의 판단과 다른 판단을 내릴 가능성

40) US - Shrimp Turtle (AB), supra note 30, paras. 161-175.

41) L. Bartels, “The Chapeau of the General Exceptions in the WTO GATT and GATS Agreements: A Reconstruction”, *American Journal of International Law*, Vol. 109, No. 10, (2015), p. 109; S. E. Gaines, “The WTO’s Reading of the GATT Article XX Chapeau: A Disguised Restriction on Environmental Measures”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 22, No. 4, (2001) pp. 803, 818.

42) A. Goyal, *The WTO and International Environmental Law: Towards Conciliation* (Oxford University Press, 2006), p. 180.

43) 유형정·조현진, supra note 38, pp. 233-234.

이 적어도 법리적으로는 가능하다. CITES의 당사국총회가 어떠한 무역제한조치가 필요하다는 결정을 내렸을지라도, WTO 패널이나 상소기관이 반드시 그러한 결정을 존중해야 할 의무가 현재의 WTO 협정이나 WTO 판례에는 존재하지 않는다.⁴⁴⁾ 마지막으로, 앞서 살펴본 두문 요건에 대한 WTO 판례의 전반적인 모호함과 불확실성이 CITES 무역제한조치의 두문 요건 충족 여부를 불분명하게 하는 요소라 볼 수 있다.

IV. 조화를 위한 대안: ‘합치 추정(Presumption of Conformity)’⁴⁵⁾ 도입 가능성 검토

1. DDA에서 제안된 ‘합치 추정’의 개요

다자환경조약과 WTO협정 간의 충돌가능성의 문제는 WTO 출범시점부터 WTO 회원국들과 학계에서 진지하게 논의된 이슈이며, 양자를 체계적으로 조화시키기 위한 다양한 대안들이 논의되어 왔다. 이 중, 도하개발어젠다 협상과정⁴⁶⁾에서 일본과 스위스가 제안한 다자환경조약의 구체적 무역의무의 WTO 협정 ‘합치 추정(presumption of conformity)’ 도입은 지금까지 살펴본 다자환경조약의 무역제한조치에 대한 GATT 제XX조 적용의 한계를 극복할 수 있는 실효성있는 대안으로서 검토할 필요가 있다. DDA협상에서 제안된 WTO 협정의 ‘합치 추정’이란, 다자환경조약에 명시된 ‘구체적 무역의무’에 대해서는 별도의 심사없이 자동적으로 WTO 협정에 합치하는 것으로 추정 내지 간주하는 것을 골자로 한다.⁴⁷⁾ 이러한 합치 추정은 다자환경조약에 구체적인 의무로서 명시된 무역제한조치는 해당 다자환경조약

44) CITES 무역제한조치 관련 분쟁시, WTO 패널은 분쟁해결양해 (DSU) 제13조의 “정보요청권리 (right to seek information)”를 행사하여 CITES 사무국, 상임위원회 등의 의견을 구할 수 있으나, 패널은 그러한 의견을 구해야 할 의무는 없고, 의견을 수취하더라도 동 의견에 구속되지 않는다. (D. Palmeter and P. C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization - Practice and Procedure*, second edition (Cambridge University Press, 2004), pp. 116-117; *US-Shrimp Turtle* (AB), *supra* note 30, para. 108.)

45) “presumption of conformity”의 내용에 따라 “간주”나 “의제”가 더 적절한 번역일 수도 있으나 필자가 제시하는 “presumption of conformity”는 다른 회원국들이 일정 요건에 따라 다를 수 있고, 그 결과에 따라 효과가 전복될 수 있으므로 “추정”으로 번역한다.

46) 2001년 도하에서 채택된 Ministerial Declaration의 paragraph 31(i)에 따라, “무역과 환경 간의 상호보완성을 증대시키기 위한 목적으로 다자환경조약의 ‘구체적 무역의무’와 WTO 규정 간의 관계 (“relationship between existing WTO rules and specific trade obligations (STO) set out in multilateral environmental agreements (MEAs) with a view to enhancing the mutual supportiveness of trade and environment”) ”에 대해 협상을 진행하게 되었다.

47) See e.g., World Trade Organization, Statement by Switzerland at the meeting of the Special Session of the Committee on Trade and Environment of 1-2 May 2003, Submission by Switzerland, TN/TE/W/32 (2003); World Trade Organization, The Relationship Between WTO Rules and Specific Trade Obligations Set out in MEA., Submission by Japan, TN/TE/W/26 (2003).

의 당사국들이 다자환경조약 목적 성취를 위해 필요한 것으로 합의하여 결정한 것이므로, 이것을 WTO 패널이나 상소기관이 다시 심사한다는 것은 합당하지 않다는 점을 논리적 근거로 삼는다.⁴⁸⁾ WTO 회원국들이 합치 추정의 원칙을 마라케쉬 협정 제IX조 2항 하의 구속력있는 유권해석(authoritative interpretation)으로 채택한다면, 상술한 GATT 제XX조 해석 및 적용에 있어서의 여러 법리적 불확실성이 제거될 수 있을 것이다, 그러나, 합치 추정의 구체적 내용과 범위에 대해서는, 스위스의 안(案)과 일본의 안(案)도 서로 상당한 차이를 보인다는 점에서 알 수 있듯이, 좀 더 깊은 논의 과정이 필요할 것으로 보인다.

우선 스위스안에 따르면, 다자환경조약의 구체적 무역의무에 대해서 GATT 제XX조 (b)항 및 (g)항에 대해서는 별도의 심사없이 요건을 충족하는 것으로 추정(presume)하되, 두문의 요건에 대해서는 입증책임의 전환을 적용하게 된다. 즉, 구체적 무역의무에 따른 무역제한 조치의 실행에 대해서는 해당 무역제한조치에 의해 영향을 받는 WTO 회원국이 해당 조치가 “자의적이거나 정당화할 수 없는 차별, 또는 위장된 무역제한”에 해당한다는 점을 입증하여 WTO 분쟁해결절차를 통해 다룰 수 있다.⁴⁹⁾ 스위스는 구체적 무역의무의 범위를 다자환경조약에서 명시된 특정한 무역제한조치를 취할 강제성이 있는 의무의 경우뿐만 아니라, 다자환경조약에 명시되지 않았더라도, 다자환경조약의 목적을 성취하기 위해 “적절하고 필요한 (appropriate and necessary)” 무역제한조치도 포함하는 것으로 넓게 이해하였다.⁵⁰⁾ 일본 안에서는 우선, 구체적 무역의무를 1) 다자환경조약에 특정된 구체적 무역제한조치를 취해야 하는 강제성이 있는 의무의 경우와, 2) 다자환경조약에 다자환경조약의 목적을 달성할 수 있는 방법 중 하나로서 무역제한조치가 명시된 경우로 나누어, 전자의 경우에는 WTO 협정에 합치하는 것으로 간주하되, 후자의 경우에는, 해당 무역제한조치가 (i) 과학적 원칙에 근거하고, (ii) 비례성의 원칙을 충족한 경우에만 WTO협정에 합치하는 것으로 보는, 반박할 수 있는 추정(rebuttable presumption of conformity)만을 부여하도록 하였다.⁵¹⁾

2. 개선점 및 도입방안

‘합치 추정’의 제안은 DDA 협상과정에서 많은 지지를 받지 못하였고, 이에 대한 충분한

48) World Trade Organization, Summary Report on the Sixth Meeting of the Committee on Trade and Environmental Special Session, TN/TE/R/6 (2003), para. 23.

49) Submission by Switzerland, *supra* note 47, para. 12.

50) *Ibid.*, para. 6.

51) Submission by Japan, *supra* note 47, para. 5.

논의가 진행되지 않은 것이 사실이다. 따라서, 스위스안과 일본안에서 모두 발전되고 개선되어야 할 점들을 찾을 수 있다. 우선 스위스안에 따르면, 다자환경조약에 명시되지도 않은 무역제한조치라도 다자환경조약의 목적 달성을 위해 적절하고 필요하다면 합치 추정을 받게 되는데, 적용대상이 너무 넓고, 해당 조치의 적절성과 필요성을 조치를 취하는 국가가 자의적으로 결정할 수 있는 것으로 보이므로 (두문 요건에 근거하여 해당 무역제한조치의 적용방식을 다룰 수 있다 하더라도) 남용과 악용의 가능성이 커 보인다. DDA 협상과정에서 다수의 WTO 회원국들은 구체적 무역의무를 엄격히 해석하여, 일본안에서의 첫번째 범주의 구체적 무역의무, 즉, 다자환경조약에서 명시적으로 특정한 무역제한조치를 취할 것을 의무지우는 경우만을 구체적 무역의무로 해석해야 한다는 입장을 취하였다. 스위스의 구체적 무역의무의 정의는 넓은 반면, 이러한 정의는 너무 좁은 것으로 보인다. 예컨대 앞서 설명하였듯이, CITES 제III조, 제IV조, 제V조에서는 표본의 국제거래에 요구되는 부속서별 일정한 요건들을 규정하고 있으나, 이들 규정을 위반하는 표본의 거래를 금지하기 위한 구체적인 조치에 대해서는 제VIII조에서 “표본의 거래를 금지하기 위하여 적절한 조치”를 취할 것을 규정하고, 그러한 조치의 구체적 예시로서 “표본의 거래 또는 소지에 대한 처벌 또는 양자 모두에 대한 처벌”과 “표본의 몰수 또는 수출국으로 반송”을 규정하고 있을 뿐이다. 따라서, 엄밀한 의미에서 CITES에서 규정하고 있는 수출입금지 조치는 당사국의 재량에 따라서 취할 수 있는 성격을 가지므로 구체적 무역의무의 첫번째 유형보다는 두번째 유형에 가깝다고 할 수 있다. 또한, CITES 조약본문에 명시되어있지 않으나, CITES 당사국 스스로의 요청을 당사국총회가 심사한 후 결의 채택을 통해 승인하여 실시되는 수출쿼터도 첫번째 유형의 구체적 무역의무에 해당한다고 볼 수는 없을 것이다. 그러나, 이러한 무역제한조치들은 CITES 규제체제의 핵심적인 요소들이 분명한데다, 당사국들의 재량적 요소가 어느 정도 인정되어 있을 뿐, 대상 무역제한조치가 조약본문이나 당사국총회 결의에 구체적으로 명시되고 있으므로, 이러한 무역제한조치들을 취할 의무를 구체적 무역의무로서 합치 추정의 대상으로 파악하는 것이 합당할 것이다. 반면, CITES 당사국이 XIV조에 따라 CITES보다 더 엄격한 국내조치를 취하는 경우, 그러한 조치는 구체적 무역의무로 볼 수 없을 것이다. 결론적으로, 다자환경조약의 조약본문에서 일정한 경우에 어느 특정한 무역제한조치를 취할 의무를 부과하는 경우뿐만 아니라, 구체적인 무역제한조치를 조약 목적을 달성하기 위한 조치 중의 하나로서 명시하여, 당사국들에게 선택권을 주는 경우 또한 합치의 추정의 대상이 되는 구체적 무역의무로 보는 것이 타당할 것이다. 또한, 이와 같은 구체

적 무역제한조치에 대한 명시가 당사국총회의 결의나 결정을 통해 이뤄지는 경우도 구체적인 무역의무에 포함이 되어야 할 것이다. 그리고, 해당 조약 본문의 무역제한조치의 내용에 구체성이 부족한 경우에는 추후 당사국총회의 결정을 통하여 무역제한조치의 구체적인 내용을 보완하여 합치 추정의 대상으로 삼을 수 있을 것이다.

둘째로 일본안의 경우에는, 첫 번째 유형의 구체적 무역의무에 대해서는 WTO협정에 합치된 것으로 간주하며, 이에 대해서 WTO 분쟁해결절차를 통해 다룰 수 있는 기회가 전혀 없다는 데에서 악용의 위험성이 커 보인다. 반면, 두 번째 유형의 구체적 무역의무에 대해서는 별도의 요건을 충족할 것을 요구하고 있다는 점에서 합치 추정의 효용이 상당 부분 상쇄될 수 있다는 문제점이 있는 것으로 보인다. 즉, “과학적 증거에 근거할 것”과 “비례성의 원칙”이라는 요건 충족의 기준이 모호하여 불확실성의 요소로 작용할 가능성이 있어, GATT 제XX조의 해석의 모호한 기준에 대해 제기되었던 문제점들이 동일하게 제기될 수 있을 뿐만 아니라, 결국 해당 이슈에 대한 판단을 다시 WTO 패널이나 상소기관에 맡기게 되는 결과가 되어 합치 추정의 도입의 취지에 반하는 결과가 나타날 것으로 보인다. 따라서, 스위스가 제안한 것과 같이, 구체적 무역의무의 유형과 상관없이, 합치 추정의 대상이 된 조치가 “자의적이고 정당화할 수 없는 차별이나 위장된 무역제한”에 해당한다는 점을 입증하여 이를 WTO 분쟁해결절차를 통해 다룰 수 있도록 하는 것이 적절해 보인다. 이는 GATT 제XX조 두문의 요건성립에 대한 일종의 입증책임의 전환으로 볼 수 있으므로, 합치 추정의 남용에 대한 안전장치로 기능하면서도, 합치 추정의 효용성은 유지할 수 있는 방안이 될 수 있을 것이다. 좀 더 고민이 필요한 부분은 두문 요건에 대한 입증책임의 전환에 덧붙여, 두문 요건 해석에 대한 추가적인 지침을 유권해석에 포함시켜, 앞서 논의한 WTO 분쟁해결기구의 두문요건의 자의적이고 불분명한 해석의 문제점을 시정하도록 해야 할지의 여부이다. 또한, 주로 GATT 규정과의 충돌만 문제가 될 수 있는 CITES와 달리, 파리협약(Paris Agreement)과 같은 다자환경조약은 보조금협정, TBT협정, TRIPS 등 GATT 이외의 다른 WTO 협정들과의 충돌가능성이 지적되고 있는데, GATT의 일반적 예외의 적용대상이 그러한 GATT 외의 WTO 협정들이 될 수 있는지에 대해서는 논란이 있다. 따라서 유권해석을 통해서 이 부분에 대한 정리도 필요할 것으로 보인다.

한편, 합치 추정의 적용을 가능케하는 전제조건으로서 강조되어야 할 것은 WTO와 각 다자환경조약 기구 간의 원활한 상호협력이다. 다자환경조약의 구체적 무역의무에 합치의 추정을 부여하려면, 그러한 구체적 무역의무가 해당 다자환경조약의 목표 달성을 위해 필수

적이면서도, WTO 협정을 최소한도로 위반하는 것이라는 인정과 신뢰가 필요하기 때문이다. 뿐만 아니라, 합치 추정의 근거는 WTO와 각 다자환경조약이 각자의 전문성과 기능을 살려 역할을 분담해야 할 필요이기 때문에, 합치 추정은 양자 간에 확립된 상호협력 및 상호보완적 관계에 기초해야 한다. 앞서 살펴본 바와 같이, CITES의 당사국총회에서 채택되는 결의와 결정은 CITES 하에서 취해지는 무역제한조치의 실질적인 내용과 범위를 결정하는데 중요한 역할을 담당한다. 따라서, 합치 추정이 성공적으로 적용되려면, CITES와 같은 다자환경조약의 기관과 WTO간 정례화된 활발한 정보교환 및 교류를 통해, 다자환경조약 하의 무역제한조치가 충분한 구체성을 가지고 명시될 뿐만 아니라, WTO 협정을 필요최소 한도로 위반하는 내용과 방식으로 설계되어 반영되는 것이 요구될 것이다. CITES는 CTE에 의 옵저버로 참여하고 있으며, WTO 사무국도 야생동물에 대한 무역규제 관련 이슈에 대해 정기적으로 CITES 사무국의 의견을 구하는 등, CITES는 다자환경조약 중에서도, WTO와 가장 활발한 협력관계를 구축한 사례라고 볼 수 있다.⁵²⁾ 그러나 다른 다자환경조약들에 대해서는 WTO의 옵저버 자격 부여가 제한적으로 이루어져 왔다는 비판이 있고,⁵³⁾ 정보교환 등 공조체제도 더욱 확대되고 정례화될 필요가 있다. 특히, 합치 추정의 도입을 위해서는 다자환경조약의 구체적 무역의무를 명시함에 있어 사전에 WTO와 협의하는 절차 등이 공식화되어야 할 필요가 있다. 앞서 언급하였듯이, DDA 협상 당시에는 많은 회원국들이 합치 추정의 도입에 대해 부정적인 의견을 피력하였다. 그러나, 기후변화위기에 대한 대응이 전지구적인 시급한 과제로 떠오른 지금, 다자환경조약의 기구들과 WTO가 각자의 전문성에 따라 역할을 분담하고, 서로의 역할과 전문성에 대해서 상호적으로 존중하는 원칙을 기초로 관계를 정립하고 협력해야 할 필요성은 더욱 강조되고 있다. 합치 추정은 그러한 상호 존중의 원칙 (principle of deference)을 구체화할 수 있는 장치라는 점에서 설득력을 가진다.

52) The WTO & CITES, “CITES and the WTO: Enhancing Cooperation for Sustainable Development”, the WTO-CITES co-publication (2015), available at https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/citesandwto15_e.pdf (last visited on 14 August 2021). pp. 5, 7, 9, 10; Yeater & Vasquez, supra note 19, p. 272.

53) M. Foltea, *International Organizations in WTO Dispute Settlement: How Much Institutional Sensitivity?* (Cambridge University Press, 2012), pp. 78-79.