

明知法學

제20권 제2호



2022

명지대학교 법학연구소

設立精神

하나님을 믿고 부모님께 효성하며 사람을 내 몸같이 사랑하고 자연을 애호 개발하는 기독교의 깊은 진리로 학생들을 교육하여 민족문화와 국민경제발전에 공헌케 하며 나아가 세계평화와 인류문화 발전에 기여하는 성실 유능한 인재를 양성하는 것이 학교법인 명지학원의 설립목적이며 설립정신이다.

주후 1956년 1월 23일

設立者 유 상 근

教育方針

1. 성경을 바르게 교육하여 하나님의 능력과 진리에 대한 확고한 신앙을 길러주고 실천을 통하여 성실한 인간성의 도야를 선행한다.
2. 민족과 인류의 문화적 선(善) 전통을 바르게 가르치고 인간생활을 획기적으로 개선 발전케 하는데 실용가치있는 내용을 먼저 연구 교육하여 인류의 이상을 향하여 과감하게 개혁 전진하게 한다.
3. 교육방법은 청각 편중의 방법을 지양하고 가능한 한 실행 실습을 통한 방법으로 개선하여 획기적인 교육성과를 기한다.

理事長 현 세 용

刊 行 辭

명지대학교 법학연구소가 2004. 4. 1. 출범한 이후, 지속적으로 발간되고 있는 명지법학이 코로나19로 인한 여러 어려움 속에서도 이번에 제20권 제2호로 나오게 되었습니다.

이번 호에는, “부당한 하도급대금 결정에 관한 고찰”, “论国际融资租赁中租赁物范围的厘定 - 국제금융리스 중 임대 범위의 확정에 대한 연구”, “디지털무역과 국제통상 규범”, “Challenges and Chance for the Korea's Future Climate Change Law for the Paris Agreement Global Governance.” 등 총 4편의 논문들이 게재되었습니다. 특히, 중국 관련 논문이 지속적으로 게재되고 있다는 점에서, 한·중 간 경제적, 문화적, 학술적 교류에 명지법학이 일정 정도 기여하고 있습니다. 이러한 한·중 간 학술적 교류를 좀 더 구체화, 활성화하여, 향후에는 명지법학을 한·중 간 정기적, 지속적인 교류의 장으로 만들 예정입니다. 많은 관심과 후원 부탁드립니다.

위의 논문들은 내·외 심사위원들의 엄격한 심사를 거쳐 게재가 확정되었는데, 모두 저명한 연구자 그리고 실무에서 취득한 전문성이 발휘된 전문가의 글이 이번 호를 채우고 있습니다. 다시 한 번 귀중한 원고를 이번 명지법학에 실을 수 있게 되어 무척 기쁘게 생각합니다.

그 동안 명지법학이 긴 세월 중단 없이 출간될 수 있었던 것은 명지대학교의 많은 교수님들은 물론 대학원생들이 노력해주신 결과입니다. 또한, 외부에서 투고해주신 많은 분들의 협력이 없었다면 지속적 발간은 불가능했을 것입니다.

명지법학 제20권 제2호의 발행에 즈음하여, 원고를 투고해 주신 분들, 논문을 심사하여 주신 심사위원님들 그리고 법학 연구에 헌신하고 계신 모든 분들께 감사의 마음을 전합니다. 아울러, 명지법학 제20권 제2호가 나오기까지 편집·출판을 맡아주신 안수길 교수님께도 진심으로 감사의 뜻을 전합니다. 모든 분들이 올 한해도 더욱 건강하시고 많은 성취 이루시기를 바랍니다.

2022년 1월 명지대학교 법학연구소장

박 영 규

목 차

[간행사]

[연구논문]

부당한 하도급대금 결정에 관한 고찰

..... 홍명수 / 1

论国际融资租赁中租赁物范围的厘定

국제금융리스 중 임대 범위의 확정에 대한 연구

..... 마광(馬光) · 복소취(卜小翠) / 19

디지털무역과 국제통상규범

..... 권현호 / 32

Challenges and Chance for the Korea's Future Climate Change Law for the Paris Agreement Global Governance.

..... 이기한 / 60

[부록]

「명지법학」 투고규정 86

「명지법학」 편집규정 87

「명지법학」 연구윤리 규정 89

「명지법학」 원고작성 지침 92

부당한 하도급대금 결정에 관한 고찰

-서울고법 2021. 7. 21. 선고 2019누39866 판결을 대상으로-

홍 명 수*

논문요지

「하도급거래 공정화에 관한 법률」은 다양한 유형의 불공정한 하도급거래를 규제하고 있지만, 특히 하도급 거래대금의 불공정성은 수급사업자의 입장에서 가장 중요한 문제라 할 수 있다. 이를 반영하여 동법 제4조는 부당한 하도급대금 결정을 규제하고 있는데, 이에 해당하는 요건으로서 일방성과 낮은 대가 여부가 중요한 쟁점이 되고 있다. 이와 관련하여 대우조선해양의 부당한 하도급대금 결정에 관한 사건은 주목할 만하다. 동 사건에서 부당 하도급대금의 결정에 관한 공정거래위원회의 심결과 이에 관한 취소소송에서 서울고등법원의 판결은 상이한 입장을 취하였는데, 각각의 판단 과정에 대한 검토는 부당한 하도급대금 결정의 규제 법리를 이해함에 있어서 의미 있는 시사점을 제공하고 있다. 특히 서울고등법원은 당해 사건에서 부당한 하도급대금 결정의 근거가 된 「하도급거래 공정화에 관한 법률」 제4조 제2항 제5호의 요건과 관련하여 일방성과 낮은 대가 해당성을 모두 부인하였는데, 이러한 결론으로 이끈 판단 과정은 동 규정의 해석과 적용에 관한 이해를 제고하는데 도움이 될 수 있을 것이다. 그렇지만 동 법원의 입장에 대한 비판적인 검토도 이루어질 필요가 있는데, 특히 일방성 판단이 실질적인 것이 되어야 한다는 점 그리고 저가성 판단이 합리적인 비교 대상과 방식에 기초하여 이루어져야 한다는 점 등이 비판의 핵심적 요지가 될 것이다. 이에 관한 논의는 향후 사내하청 관계라는 특수한 상황에서 일방성이나 수정추가공사 대금의 저가성 판단에 관한 타당한 법리를 형성하는데 의미 있는 기여를 할 수 있을 것이다.

검색용 주제어: 부당 하도급대금 결정, 일방적 결정, 낮은 대가, 합의의 기회, 비교 분석 방식

· 논문접수: 2021. 12. 15. · 심사개시: 2022. 01. 11. · 게재확정: 2022. 01. 20.

* 명지대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 들어가며

「하도급거래 공정화에 관한 법률」(이하 하도급법)은 불공정한 하도급거래를 규제하고 있으며, 동법 제4조는 규제 대상의 하나로서 부당한 하도급대금의 결정을 금지하고 있다. 일반적으로 거래대금(가격)은 우선적으로 다루어지는 거래조건이라 할 수 있고, 또한 부당한 하도급대금의 결정은 거래 당사자에게 미치는 불이익이 직접적이라는 점에서 규제의 중요성이 있다. 이러한 점에서 최근 문제가 되었던 대우조선해양 주식회사(이하 대우조선)의 부당한 하도급대금 결정에 관한 사건은 주목할 만하다. 동 사건에서 문제가 되고 있는 행위는 서면발급의무 위반 행위, 부당한 특약 설정 행위, 부당한 하도급대금 결정 행위 등이었다. 공정거래위원회는 3 행위 모두 하도급법을 위반한 것으로 판단하고, 위법행위의 시정과 과징금납부 등을 명하는 결정을 하였다.¹⁾ 그러나 피심인이 동 결정에 불복하여 제기한 취소소송에서 서울고법은 원고 청구의 일부를 인용하면서, 당해 사건에 관한 공정거래위원회의 판단과 상당 부분 다른 입장을 취하였다.²⁾

구체적으로 문제가 된 3 가지 행위를 보면, 대상판결은 원고의 하도급법 제3조에 의한 서면발급의무 위반행위와 관련하여 본공사 부분과 수정추가공사 부분의 구분이 필요하다는 것을 전제로 전자에 대해서는 공정거래위원회 결정이 적법한 것으로 보았지만, 후자의 부당성은 인정하지 않았다. 따라서 양자의 구분을 전제하지 않은 해당 행위에 대한 과징금 부과도 타당하지 않은 것으로 판단하였다. 또한 하도급법 제3조의4 제1항에 의한 부당한 특약 설정행위 위반과 관련하여, 3% 이내 미정산 약정은 부당한 특약에 해당하지만 대표이사 연대보증 약정은 부당성을 인정하지 않았고, 따라서 해당 부분에 대한 시정명령과 공표명령은 위법한 것으로 보았다. 끝으로 부당한 하도급대금 결정 행위와 관련하여 공정거래위원회는 하도급법 제4조 제1항 및 제2항 제4호에 근거하여 원고의 행위가 하도급대금을 일방적으로 낮게 결정한 행위에 해당하여 부당한 것으로 판단한 반면, 대상판결은 문제가 된 행위의 부당성을 부인하고, 이에 따라서 내려진 공정거래위원회의 해당 행위에 관한 공정거래위원회의 결정이 위법한 것으로 판단하였다.

이상에서 문제가 된 대우조선(원고)의 행위에 대한 공정거래위원회와 대상판결의 상이한 판단은 3 행위 모두에서 나타나고 있다. 그 중에서 하도급대금의 부당한 결정 행위는 대우조선의 위법행위에 있어서 가장 큰 비중을 차지하고 있다는 점에서,³⁾ 해당 행위에 관해 대상판결이 공정거래위원회와 다르게 판단한 부분은 동 사건에서 결정적인 의미를 갖는다. 나아가 부당한 하도급대금 결정 행위는 하도급거래에서 불공정거래행위를 대표하는 위법 유형의 하나로서 가장 빈번하게 규제되는 위반 유형이며, 따라서 동 행위에 대한 대상판결의 판결 부분은 이후 유사한 사건에서 의미 있는 영향을 미칠 수 있다는 점에서도 주목을 요한다. 특히 동 판결에서 해당 부분에 관한 판시 사항은 동일한 업종에서 발생한 부당 하도급대금 결정에 관한 사건에서 대법원이 취했던 입장과⁴⁾ 상충되고 있는데, 이러한 차이가 적용 법리에 대한 새로운

1) 공정위 2019. 2. 28. 의결 제2019-042, 012호.

2) 서울고법 2021. 7. 21. 선고 2019누39866 판결.

3) 공정거래위원회가 동 사건에서 원고에게 부과한 과징금 산정 과정에서 전체 위반금액 중 부당한 대금 결정의 비중은 약 82%인 것으로 나타났다. 제2019-042, 012호 의결서, 59면 참조.

이해가 반영된 결과인지도 살펴볼 문제이다.

이하에서는 대상판결 판결 중 특히 부당한 하도급대금 결정에 관한 부분을 상론할 것이다. 우선 해당 부분에 관한 대상판결의 판시 사항을 살펴보고(II), 이어서 부당한 하도급대금 결정에 관한 규제 법리를 ‘일방성’과 ‘저가성’ 두 요건을 중심으로 분석할 것이다(III). 이상의 논의에 기초하여 대상판결 판결의 의의를 비판적으로 검토하는 것으로 마무리하고자 한다(IV).

II. 부당 하도급대금 결정에 관한 대상판결

1. 문제의 제기

원고의 하도급법 위반 행위 중 공정거래위원회가 부당한 하도급대금 결정 행위에 해당하는 것으로 특정한 대상은 수정추가공사에 관한 부분이다. 구체적으로 원고는 성진 등 27개 수급사업자들에게 2013. 2.부터 2016. 12.까지 해양플랜트 또는 선박 관련 제조위탁과 관련하여 본공사 외에 수정추가공사를 위탁하면서 사전 서면 교부 없이 수정추가공사 수행 이후 하도급대금을 정산하면서 협의 과정 없이 자신의 예산 사정에 비추어 정당하게 인정될 시수보다 낮은 시수를 인정하는 방법으로 하도급대금을 결정하였다. 또한 통상적으로 본공사보다 복잡하고 난이도가 높은 수정추가공사임에도 불구하고 본공사에 비하여 현저히 낮은 수준으로 수정추가공사 하도급대금이 결정되었다.

이와 같이 공정거래위원회가 인정한 행위사실을 모두 대상판결이 수용한 것은 아니다. 이하에서 살펴보는 바와 같이 특히 수급사업자와의 협의 과정이 없었다는 부분에 대해서 대상판결은 동의하지 않았고, 본공사에 비하여 현저히 낮은 수준으로 수정추가공사 하도급대금이 결정되었다는 부분에 대해서도 대상판결은 판단을 다르게 하였다.

이상에서 문제가 된 행위가 수정추가공사에 대한 하도급대금 결정 행위라는 점은 분명하지만, 원고와 수급사업자 간에 하도급대금이 결정되는 과정과 하도급대금의 수준은 대상판결과 공정거래위원회가 다르게 파악하였으며, 이는 문제가 된 행위의 부당성에 관한 상이한 결론으로 이어졌다. 즉 대상판결이 공정거래위원회의 다른 결론을 내리게 된 것은 하도급대금 결정 과정 및 그 내용에 대한 이해의 차이에 따른 것으로 볼 수 있다. 이러한 차이를 명확히 하기 위해서는, 동종업에서 일반적으로 활용되고 동 사건에서 본공사와 수정추가공사에 적용되었던 하도급대금의 결정 방식에 대한 이해가 선행될 필요가 있다.

동종업에서 하도급대금은 시수방식에 의하여 산정되는 것이 일반적이며, 이 방식은 당해 사건에서도 적용되었다. 시수방식에 의하면, 대금은 시수에 임률을 곱하는 식으로 산정된다. 여기서 시수는 작업 물량에 그 완성에 표준적으로 소요되는 단위 시간인 원단위를 곱하고, 여기에 작업장 요인과 프로젝트 요인을 반영한 후에 생산성향상률을 적용하는 방식으로 구해진다. 즉 시수(m/h)는 작업 물량을 시간 단위로 환산한 것이며, 환산 과정에서 이에 영향을 미치는 여러 요인을 반영하는 식으로 산정된다. 임률은 매년 직영노동조합과의 단체협약에서 정해진

4) 대법원 2017. 12. 7. 선고 2016두35540 판결.

임금인상률을 기준으로 세부 공종별 임률 기준안을 작성한 후에 이 기준안 이내에서 원사업자와 수급사업자 간에 합의를 통하여 결정된다. 즉 임률은 생산성을 반영한 수치로서 임금인상률에 기초한 것이기 때문에, 합의에 의해 결정된 당사자에 의해 변경될 여지는 크지 않다.

반면 시수는 작업을 완성하는데 드는 시간을 의미하므로 개념적으로는 명확하지만, 실제 산정 과정에서는 작업을 완성하는데 소요되는 시간과 관련하여 당사자 간에 이견이 존재할 여지가 있다. 즉 하도급대금의 산식은 “하도급대금 = 기성시수 x 임률단가”로 표시할 수 있는데, 동 산식에서 기성시수의 계산과 관련하여 당사자 간에 이해가 언제나 일치하는 것은 아니다. 더욱이 대체로 임률이 고정된 값이라는 점을 감안하면, 기성시수는 하도급대금의 액수를 정함에 있어서 결정적인 의미가 있다. 실제 산정 과정은 작업을 수행한 수급사업자가 해당 작업을 하는데 소요된 시간을 제시하여 하도급대금 지급 요청을 하는 것에서 시작한다. 수급사업자는 작업에 투입된 인력과 소요된 시간을 기준으로 요청하게 되는데, 이때 수급사업자가 계산한 시수를 실투입시수 또는 요청시수라 한다. 그러나 원사업자가 수급사업자가 제시한 실투입시수를 온전히 기성시수로 수용하는 것은 아니고, 작업 물량에 관련된 여러 가지 요소를 검토한 후 실투입시수 중 일정한 정도를 인정하는 식으로 기성시수를 정하게 되며, 따라서 이러한 과정을 거쳐 원사업자에 의해 인정된 시수를 기성시수 또는 인정시수라 한다.

이상에서 알 수 있듯이, 하도급대금을 정함에 있어서 실투입시수 중 어느 정도가 기성시수로 인정되는지가 결정적이다. 한편 이때 인정의 정도는 기성시수(인정시수) 대비 실투입시수로 파악할 수 있는데, 이에 의하면 하도급대금의 산식은 “하도급대금 = 실투입시수 x (기성시수/실투입시수) x 임률단가”로서 표현할 수 있다. 이 산식에서 ‘기성시수/실투입시수’는 능률로 이해할 수 있으며, 따라서 앞의 산식은 “하도급대금 = 실투입시수 x 능률 x 임률단가”가 될 것이다. 이때 능률을 백분율로 환산할 수도 있는데, 이는 실무적으로 수급사업자의 실투입시수를 어느 정도 인정하였는지를 나타내는 지표로 활용된다.

전술한 것처럼 이와 같은 하도급대금 산정 방식에 비추어, 하도급대금의 크기는 기성시수 대비 실투입시수, 즉 능률에 달려 있다. 이에 관하여 양 당사자의 이해가 상이할 수밖에 없기 때문에, 이를 계산하는 과정에서 양 당사자의 합의 기회가 실질적으로 주어지는지가 중요하며, 하도급대금 결정의 일방성 여부는 이에 기초하여 판단하여야 한다.

2. 부당 하도급대금 결정에 관한 판단

(1) 기본 입장

대상판결은 대우조선(원고)의 부당한 하도급대금 결정 행위에 관한 판단에서 원고의 행위가 위법한 것으로 보았던 공정거래위원회의 판단을 받아들이지 않았다. 원고는 공정거래위원회의 해당 처분의 위법성을 다투면서 절차적인 문제 제기도 하였는데, 대상판결은 이에 관한 원고의 주장은 수용하지 않았다. 즉 공정거래위원회가 처분의 근거와 이유를 특정하지 않았다는 원고의 주장에 대하여, 이로 인해 동 처분에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 초래되지 않았다는 점에서 처분의 절차적 위법성을 부인하였다.

그러나 해당 행위의 부당성을 부인하는 원고의 주장은 수용하였다. 공정거래위원회는 “원사업자는 수급사업자에게 제조 등의 위탁을 하는 경우 부당하게 목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로 하도급대금을 결정하거나 하도급받도록 강요하여서는 아니 된다”고 규정한 하도급법 제4조 제1항 그리고 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 원사업자의 행위는 부당한 하도급대금의 결정으로 본다”고 규정한 제4조 제2항 본문 및 동항 제5호의 “원사업자가 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위”에 근거하여 원고의 하도급대금 결정 행위가 위법한 것으로 판단하였다. 대상판결은 이러한 공정거래위원회의 판단이 부당한 하도급대금 결정에 관한 법리에 기초하여 타당하지 않은 것으로 보았다.

(2) 일방적 결정 여부

하도급법 제4조 제2항 제5호는 일방성과 저가성을 누적적 요건으로 규정하고 있는데, 우선 일방성 요건과 관련하여 대상판결은 수정추가공사의 하도급대금 결정 과정의 분석을 통해 일방성 요건이 충족되지 않는 것으로 보고 있다. 구체적으로 대상판결은 원고와 수급사업자들 간에 하도급 대금을 결정한 과정은 다음과 같은 것으로 보았다. 즉 수급사업자들의 정산 요청, 양자 공동으로 생산검토값(시수) 산정, (원고의) 생산관리부서에 의한 시수의 시스템 등록, 등록 후 수급사업자에 의한 열람이 가능한 상태에서 이의 제기 가능, (원고의) 예산부서의 내역 확인과 검증 및 예산 배정, 수정추가공사에 관한 외주시공계약서의 사후 작성, 정산합의서 작성 및 하도급대금 결정의 과정으로 진행되었다.

대상판결은 이러한 과정에서 수급사업자가 합의할 기회와 이의 제기의 가능성이 충분히 주어졌다고 보았으며, 수급사업자들이 외주시공계약서 및 정산합의서 작성 과정에서 정보를 제공받지 못하는 등의 의사표시가 제약된 상태였다는 수급사업자들의 주장이 이를 부인하는 근거가 될 수 없다고 판단하였다.

또한 원고가 수급사업자들에게 시수 산정의 요소인 원단위표를 제공하지 않았다는 것에 대해서도 대상판결의 판단은 공정거래위원회와 다르게 이루어졌다. 대상판결도 원단위표가 수급사업자에게 제공되지 않았다는 사실을 부인하지 않았지만, 원단위는 시수 산정의 하나의 요소에 불과할 뿐이고 하도급 대금 결정의 일방성을 뒷받침할 만한 근거가 될 수 없다고 보았다. 나아가 수정추가공사의 외주시공계약서 및 정산합의서 작성이 본공사의 정산 및 본공사에 대한 다음 달 외주시공계약서 작성과 함께 이루어진 점, 요청시수 대비 인정시수의 비율이 낮은 점, 수정추가공사에 배정된 예산이 낮게 책정된 점 등도 하도급대금의 일방적 결정을 인정할 수 있는 근거가 되기 어렵다고 보았다.

(3) 낮은 단가 여부

저가성 문제, 즉 하도급대금이 낮은 단가에 의하여 결정되었다는 것에 관해서도 대상판결은 이를 부인하였다. 공정거래위원회가 해당 사안에서 수정추가공사의 대금이 낮다고 판단한 것은 주로 본공사에 비하여 낮게 산정된 수정추가공사의 능률에 근거하였다. 즉 7개 수급사업자의 수정추가공사 능률은 본공사 능률보다 현저히 낮은 25-50% 수준이었고, 따라서 이에 기초

하여 결정된 하도급대금도 낮은 것으로 판단하였다. 그러나 동 사안에 대한 대상판결의 입장은 상이하게 전개되었다.

우선 앞에서 살펴본 것처럼 공정거래위원회는 본공사에 비해 낮게 산정된 수정추가공사의 능률을 하도급대금 저가성 판단의 중요한 근거로 보았는데, 대상판결은 “실제 투입한 시간 또는 수급사업자들의 요청시수 대비 인정시수의 비율을 의미하는 능률은 하도급대금의 높고 낮음을 결정하는 요소라고 볼 수 없다”고 판시하였다. 나아가 “단가가 낮은지 여부는 위탁 목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준인지를 기준으로 판단하여야 한다”는 원칙을 강조하면서, 수정추가공사뿐만 아니라 본공사에 대해 일반적으로 지급되는 대가에 대한 입증이 없다는 점 등에 근거하여 본공사에 비하여 수정추가공사의 능률이 낮게 책정된 것이 하도급대금의 저가성을 판단하는 근거가 될 수 없다고 보았다.

또한 공정거래위원회가 중요한 고려 요소로 파악하였던 대금 결정과정에서 충분한 정보가 수급사업자들에게 제공되지 않은 점이나 원고의 예산에 맞추어 대금이 결정되었다는 점 등은 대상판결에 의해 행위사실 자체가 부정되거나 낮은 하도급대금 결정에 영향을 미치지 못한 것으로 판단되었다. 이 외에도 대상판결은 수급자에게 지급된 1인당 기성금액이 동종업에 종사하는 삼성중공업(주)이나 현대중공업(주)이 지급한 수급사업자 1인당 기성금액에 비하여 높거나 비슷한 수준이었다는 점도 하도급대금 저가성 판단의 근거로 제시되었다.

한편 대상판결은 본공사의 능률과 수정추가공사의 능률의 비교를 저가성 판단의 방식으로 수용한다 하더라도 공정거래위원회가 채택한 증거가 저가성을 인정하기에 충분하지 않은 것으로 보고 있다. 이와 관련하여 공정거래위원회가 파악한 수급사업자별 본공사와 수정추가공사의 능률은 다음의 <표 1>과 같다.

<표 1> 본공사, 수정추가공사의 능률 비교⁵⁾

| 수급사업자 | 본공사 능률 | 수정추가공사 능률 |
|----------|--------|-----------|
| 우석 | 60.20% | 10.71% |
| 마린이앤아이 | 64.77% | 38.74% |
| 성진 | 58.44% | 11.63% |
| 케이투엔지니어링 | 68.88% | 24.55% |
| 신안기업 | 64.00% | 33.27% |
| 유경테크 | 59.58% | 34.47% |
| 정동이엔지 | 58.93% | 8.99% |

대상판결은 이상의 <표 1>에서 제시된 능률의 비교가 하도급대금의 저가성 판단의 고려 요소가 될 수 있는지를 직접적으로 논하기 전에, 공정거래위원회가 제시한 비교 결과의 신뢰성에 의문을 표하고 있다. 즉 1) 분석대상인 수정추가공사의 분류와 기간 등이 정확하다고 단정할 수 없는 점, 2) 이상의 분석은 주로 수급사업자들이 제출한 자료에 의하고 있는데, 원단위 또는 Factor의 오적용 가능성을 배제할 수 없는 점, 물량산출 오류의 가능성을 배제할 수 없는 점, 중복요청의 가능성을 배제할 수 없는 점 등에 비추어 이를 신뢰할 수 없다는 점 또한 3) 기타 신뢰성을 인정하기 어려운 사유로 본공사와 수정추가공사는 실제 병행적으로 수행되

5) 서울고법 2021. 7. 21. 선고 2019누39866 판결에서 정리.

었는데 각 투입시간을 정확하게 구분할 수 없다는 점 등을 지적하였다. 이러한 이유로 대상판결은 원고가 수급사업자에게 지급하는 하도급대금을 낮은 단가에 의해 결정하였다는 것을 부인하였다.

(4) 소결: 부당성 부인

전술한 것처럼 하도급법 제4조 제2항 제5호에 해당하기 위해서는 일방성과 저가성의 두 요건이 충족되어야 한다. 대상판결은 이상의 논의에 기초하여 두 요건 모두 충족되지 않으며, 원고의 해당 행위가 부당하지 않은 것으로 판단하였다. 결국 원고의 행위가 부당하다는 것에 기초하여 내려진 공정거래위원회의 시정명령과 과징금납부명령을 취소하는 판결을 내렸다.

III. 부당한 하도급대금 결정 행위 규제의 법리

1. 규제의 의의

하도급법 제4조 제2항 제5호는 “원사업자가 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위”를 규정하고 있다. 이에 해당하는 행위는 동항 본문에 의하여 부당한 하도급대금 결정으로 간주되며, 이러한 행위를 금지하는 동조 제1항의 규제 대상이 된다. 다른 일반 상품 거래와 마찬가지로 하도급거래에서 가격에 해당하는 하도급대금은 가장 중요한 요소이지만,⁶⁾ 특히 수급사업자는 하도급거래에서 구조적으로 열등한 거래상 지위에 있게 됨으로써 하도급대금의 결정에서 자신의 정당한 의사를 반영할 기회를 갖지 못하는 경우가 많을 것이다.⁷⁾ 하도급법은 이러한 상황에서 수급사업자를 보호하기 위하여 원사업자의 부당한 하도급대금 결정 행위를 금지하고 있으며, 이러한 행위로 간주되는 경우로서 상술한 제4조 제2항 제5호를 법정하고 있다. 대법원 역시 동 규정에서 규제 대상으로 하는 행위의 특성이 원사업자의 거래상 우월적 지위에 기인한다는 점에 있음을 명확히 하고 있다.⁸⁾

한편 하도급법 제4조 제2항 제5호가 단지 일방성만을 문제 삼지 않고, 누적적 요건으로서

6) 하도급거래에서 가장 핵심적인 문제는 하도급대금 결정에 관한 것이라는 지적으로, 지철호, “최근 개정 하도급법의 쟁점과 전망”, 「서울대학교 경쟁법센터 세미나」, 2011, 7면 참조. 또한 하도급대금)에 관한 규제는 다시 하도급대금 결정 과정에서의 불공정성을 문제삼는 ‘하도급대금 결정의 부당성’에 관한 규제와 하도급대금 지급의무의 이행과정에서의 불공정성을 문제 삼는 ‘하도급대금 지급의 적정성’에 관한 규제로 나눌 수 있다는 것으로, 윤신승, “하도급거래 공정화에 관한 법률 상 하도급대금 지급의무 위반에 관한 소고”, 「경쟁법연구」, 제41권(2020), 495면 참조.

7) 김홍석·구상모, 「하도급법」, 화산미디어, 2010, 127면.

8) 대법원 2017. 12. 7. 선고 2016두35540 판결. “합의 없이 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위란 원사업자가 거래상 우월적 지위에 있음을 기화로 하여 수급사업자의 실질적인 동의나 승낙이 없음에도 단가 등을 낮게 정하는 방식으로 일방적으로 하도급대금을 결정하는 행위를 말한다.” 하도급법 제정에 있어서 원사업자의 거래상 우월적 지위가 주된 동기가 되었다는 것으로, 若杉隆平, “不正な取引方法に關する規制(I): 不當廉買及び優越的地位の濫用・下請取引-「不正取引の一般指定」と「下請代金支拂遅延等防止法」の考察-”, 後藤 晃·鈴木興太郎 編, 「日本の競争政策」, 東京大學出版會, 1999, 106면 참조.

낮은 단가에 의하 하도급대금 결정도 추가하고 있다.⁹⁾ 이는 하도급대금이 일방적으로 결정된 경우에도 내용적으로 공정한 경우에는 규제 대상으로 하지 않겠다는 취지로 이해된다. 당연히 이와 같은 규정 방식에 의해 일방적 하도급대금 결정 행위의 규제 범위는 축소될 것이다. 이러한 정책적 판단이 타당한지는 별론으로 하고, 일방성과 낮은 단가(저가성) 요건이 모두 충족될 것을 요구하는 것은 하도급법상 부당한 하도급대금 결정 행위 규제 범리의 중요한 특징을 이룬다.

따라서 동 규정에 해당하는지를 판단하기 위해서는 두 요건의 충족 여부가 검토되어야 하며, 규정 형식상 양자는 독립적인 의미를 갖는다.¹⁰⁾ 따라서 요건의 충족 여부는 별도로 다루어져야 하지만, 실질적으로 양자가 일정한 관련을 가질 수 있다는 점도 염두에 두어야 한다. 예를 들어 원사업자가 일방적으로 하도급대금을 결정할 경우에 자신의 이익을 우선적으로 고려할 수 있고, 이러한 상황에서 결정된 하도급대금은 낮게 책정될 가능성이 클 것이다. 이러한 점에서 두 요건의 상호의존적 성격에도 주의를 기울일 필요가 있다.¹¹⁾

2. 일방적 결정

하도급법 제4조 제2항 제5호에 해당하기 위해서는 원사업자에 의한 일방적인 하도급대금 결정이 있어야 한다. 즉 일방적인 행위는 하도급대금의 결정에 관한 것이다. 일반적으로 하도급대금은 하도급거래에서 가장 중요한 거래조건이고, 이를 일방적으로 결정하는 행위는 불공정한 거래로 평가될 것이다.¹²⁾ 공정거래위원회가 제정한 「부당한 하도급대금 결정 및 감액행위에 대한 심사지침」(이하 부당 하도급대금 심사지침)은 여기서 일방성을 “원사업자가 하도급대금을 결정하는 과정에서 수급사업자와 실질적이고 충분한 협의를 거쳐 하도급대금을 결정하였는지 여부 및 이 과정에서 수급사업자가 의사표시의 자율성을 제약받지 아니한 상태였는지 여부를 기준으로 판단”(IV. 2. 마. 1문) 하여야 하는 것으로 규정하고 있다.

일방적 결정 행위의 대상은 하도급대금이다. 하도급대금 역시 용역의 대가로서 가격에 해당하며, 가격은 당해 상품의 특성, 거래 내용 및 방식 등에 비추어 거래 상대방이 상품 또는 용역의 대가로 지급하는 일체의 것을 의미한다는 이해가 여기서도 유효하다.¹³⁾ 한편 하도급법 제4조 제2항 제5호가 ‘낮은 단가에 의하여’라고 기술함으로써 이에 관한 해석상 논의가 전개되고 있다. 단가는 단위 가격(unit price)을 의미하고, 이에 의하여 결정되는 하도급대금은 총가격(total price)을 의미할 것이다. 따라서 단가는 개념적으로 작업이 가분적일 경우에 유효

9) 일본의 「下請代金支拂遅延等防止法」(이하 하청법) 제4조 제1항 제5호는 금지되는 행위로서 “수급사업자의 급부 내용과 동종 또는 유사한 내용의 급부에 대해 통상적으로 지급되는 대가에 비해 현저히 낮은 하도급대금액을 부당하게 정하는 것”을 규정하고 있다. 長澤哲也, 최재원 역, 「거래상 지위남용 규제와 하도급법-해설과 분석」, 박영사, 2018, 230면 이하 참조.

10) 김홍석·구상모, 앞의 책, 128면.

11) 위의 책, 128면 참조.

12) 하도급법은 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 대한 특별법적 지위에 있는 것으로 볼 수 있으며, 문제가 된 행위가 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」상 불공정거래행위에 해당할 경우에도 하도급법 위반에 따른 법 적용이 우선할 것이다. 신현운, 「경제법」, 법문사, 2010, 420-421면 참조.

13) 대법원 2013. 11. 28. 선고 2012두17773 판결 참조.

할 수 있으므로, 작업의 성격상 정량적으로 나눌 수 없고 단지 총 가격만 산정할 수 있는 경우에는, 해당 규정의 적용이 가능하지 않다는 견해도 가능하다. 그렇지만 동 규정은 하도급대금이 낮게 결정되는 것을 규제 대상으로 하는 것이고, 세부적인 단위 가격 자체를 문제 삼는 것으로 보기는 어렵다. 이러한 이해는 대법원도 같이하고 있는데, 대법원은 동 규정에서 낮은 단가의 해석과 관련하여 “별도의 가격 결정 단위를 정하지 않고 위탁받은 목적물 또는 용역의 가격 총액을 하도급대금으로 정한 경우에는 결국 그 목적물 또는 용역 전체를 기준으로 가격을 산정한 것이 되므로 그 하도급대금 자체가 단가에 해당한다”고¹⁴⁾ 판시하였다.

또한 일방적 결정 행위의 대상에는 가격 그 자체뿐만 아니라 가격을 구성하는 요소도 포함된다는 점에도 주의를 요한다. 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제19조 제1항 제1호의 가격 담합에 관한 사건에서 대법원은 공동행위의 대상으로서 가격결정에는 ‘할인을 등 가격의 구성요소에 관하여 그 수준이나 한도를 정하는 행위’가 포함된다고 판시하였는데,¹⁵⁾ 하도급법 제4조 제2항 제5호에서 규정하는 행위도 가격 결정에 관한 행위라는 점에서 동일한 이해가 가능할 것이다.

동 규정에서 일방적인 하도급대금 결정은 합의에 의한 결정에 대비되는 개념이라 할 수 있다. 즉 하도급대금의 결정이 원사업자와 수급사업자의 합의에 의해 이루어지거나 하도급대금 결정에 있어서 합의 과정이 존재하는 경우에, 일방성은 부정될 것이다. 합의에 대비되는 일방적 의사 결정을 이해함에 있어서 「약관의 규제에 관한 법률」상 약관의 개념 요소로서 일방성에 관한 논의는 참고할 만하다. 즉 동법에서는 당사자 간에 개별적인 협의를 거쳐서 각 당사자가 자신의 이익을 반영할 수 있는 이익조정 기회권을 가진 경우에 해당 조항은 더 이상 약관규제법의 규율대상이 아니며, 협의를 거친 조항은 개별약정이 되는 것으로 보고 있다.¹⁶⁾ 또한 이때 협의의 존재는 계약 당사자에게 당해 조항에 대하여 충분한 검토와 고려를 하고 상대방에게 영향력을 행사하여 그 내용을 변경할 수 있는 가능성이 주어진 경우에 인정될 수 있다.¹⁷⁾ 또한 협의의 결과가 반드시 조항 변경의 형태로 나타나야 하는 것은 아니며, 협의가 실질적으로 존재하였으면 그것으로 충분하다.

이상의 「약관의 규제에 관한 법률」상 이해는 하도급법 제4조 제2항 제5호의 일방성 판단에서도 유효하다. 즉 하도급대금 결정이 합의에 의하여 이루어지거나 실질적으로 수급사업자가 결정에 영향을 미칠 수 있는 기회가 존재한 경우에만 일방성은 부정될 수 있다. 특히 후자는 원사업자의 제안이 변경되지 않고 최종적으로 하도급대금으로 결정된 경우에도 일방성이 부정될 수 있음을 시사하며, 이러한 경우에는 하도급대금에 관한 합의의 기회가 수급사업자에게 실질적으로 주어졌는지가 결정적이다.¹⁸⁾ 그러나 실질적인 합의 기회의 존부를 직접적으로 입증하는 것으로 용이하지 않으므로, 하도급대금이 결정되는 과정이나 거래 상황에 대한 종합적인 이해가 불가피할 것이다. 이와 관련하여 2013년 개정 전 동 규정의¹⁹⁾ 적용 사건에 관한

14) 대법원 2017. 12. 7. 선고 2016두35540 판결.

15) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2010두344 판결.

16) 대법원 1997. 2. 28. 선고 96다48312 판결, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다214864 참조.

17) 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2021, 584면 참조.

18) 한철수 외 11인, 「하도급법 - 기업거래 실무가이드」, 공정경쟁연합회, 2020, 143면 참조.

19) 하도급법 제4조 제2항 제5호는 2013년 개정 전 “원사업자가 수급사업자와의 합의 없이 일방적으로 낮은 단가에 의하여 하도급대금을 결정하는 행위”로 규정되어 있는데, 동 개정에 의해 ‘수급사업자와의 합의 없이’가 삭제되었다. 내용 상의 변화는 없는 것으로 이해된다.

대법원 판결은 유력한 의미가 있다. 동 판결에서 대법원은 “합의 없이 일방적으로 대금을 결정하였는지는 원사업자의 수급사업자에 대한 거래상 우월적 지위의 정도, 수급사업자의 원사업자에 대한 거래의존도, 계속적 거래관계의 유무 및 정도, 거래관계를 지속한 기간, 문제된 행위를 전후로 한 시장 상황 등과 함께, 하도급대금이 결정되는 과정에서 수급사업자가 의사표시의 자율성을 제약받지 아니하고 협의할 수 있었는지 및 그 제약의 정도, 결정된 하도급대금으로 수급사업자가 입은 불이익의 내용과 정도 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다”고²⁰⁾ 판시하였다.

동 판결은 일방성 판단이 종합적인 고려하에 이루어진다는 점을 분명히 하면서, 고려 요소로서 우월적 지위, 거래 의존도, 계속적 거래관계 등 거래의 특성 및 시장 상황, 협의의 가능성 및 제약의 정도, 수급사업자의 불이익의 내용 및 정도 등을 언급하고 있다. 이와 같은 판시사항은 하도급대금 결정 과정뿐만 아니라 거래가 이루어지고 있는 정황적 특성이 고려 요소에 포함된다는 점을 명확히 하였다. 아울러 수급사업자가 입은 불이익의 내용과 정도도 고려 요소로 언급하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.²¹⁾ 이러한 요소는 제공된 서비스에 대한 대가와 관련되는 것이므로 성격상 낮은 단가의 판단에 고려되는 것이 적절할 수 있지만, 수급사업자의 불이익 자체가 원사업자에 의한 일방적 결정을 시사하는 것일 수 있다. 무엇보다 이익 극대화를 추구하는 경제주체를 전제할 경우에 자신에게 불이익한 내용의 거래 조건에 자율적으로 합의할 것을 기대하기는 어려울 것이다.

3. 낮은 단가에 의한 하도급대금 결정

하도급법 제4조 제2항 제5호는 일방성 외에 또 다른 요건으로서 낮은 단가에 의한 하도급대금 결정을 규정하고 있다. 공정거래위원회의 ‘부당 하도급대금 심사지침’은 “낮은 단가 즉, 결정된 단가의 부당성 여부는 원칙적으로 객관적이고 타당한 산출근거에 의하여 단가를 낮게 결정한 것인지 여부를 기준으로 판단하되, 수급사업자 등이 제시한 견적가격(복수의 사업자들이 견적을 제시한 경우 이들의 평균 견적가격), 목적물 등과 같거나 유사한 것에 대해 일반적으로 지급되는 대가, 목적물의 수량, 해당 목적물의 시장상황 등을 고려하여 판단”(IV. 2. 마. 2문)하여야 하는 것으로 규정하고 있다. 일반적으로 가격의 높고 낮음의 판단은 두 가지 기준, 즉 비용 기준과 비교 거래 기준에 의한다.²²⁾ 가격의 높고 낮음은 적정 가격을 상정한 비교 개념이기 때문에, 어느 경우에도 기준이 되는 가격 수준을 정하는 과정에서 어려움이 따를 수밖에 없다. 우선 비용 기준의 경우에는 규제기관이나 법원에 의한 비용을 분석할 수 있는 자료의 수집이 용이하지 않을 수 있으며, 무엇보다 노무의 제공을 본질로 하는 하도급거래에서 비용의 계산에 기초한 판단에 한계가 있을 것이다. 반면 비교 거래 기준은 다른 거래 또는 시장

20) 대법원 2017. 12. 7. 선고 2016두35540 판결.

21) 하도급법 제4조 제2항 제5호와 유사한 규정을 두고 있는 일본 하청법 제4조 제1항 제5호의 적용과 관련하여, 충분한 협의가 이루어졌는지 여부는 협의 방법, 협의 시기, 협의하지 않으면 불이익을 줄 것이라는 취지를 시사하였는지 여부 등을 고려하여 판단한다는 것으로 長澤哲也, 앞의 책, 242면 참조.

22) 시장지배적 사업자의 가격 남용에 관한 것으로, Meinrad Dreher & Michael Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C.F.Müller, 2021, SS. 523-525 참조.

과의 비교를 통하여 가격의 높고 낮음을 판단하는 것이며, 하도급법 제4조 제1항은 “목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준으로” 하도급대금을 결정하는 행위를 금지대상으로 규정함으로써 원칙적으로 비교 거래 기준을 채택한 것으로 이해된다. 비교 거래 기준에서 가장 중요한 것은 비교 대상이 될 수 있는 거래를 찾는 것이다. 동법 제4조 제1항은 ‘일반적으로 지급되는 대가’라고 규정하고 있는데, 동 규정은 비교 대상인 거래의 특수한 요소는 배제하고 평균적인 대부분의 거래에 적용되는 요소만을 고려하려는 취지로 이해되며, 이에 의해 비교 대상인 거래는 제한될 것이다. 이론적으로는 이러한 비교를 통해 하도급대금이 낮게 결정된 것을 확인하는 것이 가능하지만, 이 경우에도 실무적으로 비교 대상인 거래를 상정하는 것이 용이하지 않다는 어려움을 피하기 어렵다. 더욱이 제조의 대상인 목적물이 정형화될 수 없는 경우에는 비교 대상 자체를 찾는 것이 가능하지 않으며, 이러한 경우는 동 규정의 적용에 한계가 될 수 있다. 그렇지만 일반적인 경우보다 낮은 대금이라는 것은 저가성 판단의 기준이며, 반드시 다른 거래와의 구체적 비교를 통한 분석이 수행되어야 한다는 의미로 받아들일 것은 아니다. 즉 다른 거래와의 비교가 아닌 방식으로도 “목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준”을 판단할 수 있으며, 이러한 가능성을 부정하는 의미로 동 규정이 해석될 수는 없다.

이와 관련하여 다음의 대법원 판결은 주목할 만하다. 대법원은 “단가가 낮은지 여부는 위탁 목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준인지를 기준으로 판단하고, ‘일반적으로 지급되는 대가’의 수준은 문제가 된 행위 당사자들 사이에 있었던 종전 거래의 내용, 비교의 대상이 되는 다른 거래들(이하 ‘비교 대상 거래’라 한다)에서 형성된 대가 수준의 정도와 편차, 비교 대상 거래의 시점, 방식, 규모, 기간과 비교 대상 거래 사업자들의 시장에서의 지위나 사업규모, 거래 당시의 물가 등 시장 상황 등을 두루 고려하여 인정할 수 있다. 그리고 이에 대한 증명책임은 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 공정거래위원회에 있다. 다만 원사업자와 수급사업자가 대등한 지위에서 상호보완하며 균형 있게 발전할 수 있도록 하려는 하도급법의 입법 취지와 집행의 실효성 확보가 요구되는 점 등을 고려하여 증명의 정도를 너무 엄격하게 요구할 것은 아니다. 이러한 맥락에서, 계속적 하도급거래 관계에 있는 원사업자와 수급사업자의 ‘종전 거래 단가 또는 대금’이 종전 거래 당시의 일반적인 단가 또는 대금의 지급 수준보다 상당히 높았다는 등의 특별한 사정이 없는 한, ‘종전 거래 내용과 단가’를 ‘일반적으로 지급되는 대가’의 수준을 인정하는 데 중요한 요소로 고려할 수 있다”고²³⁾ 판시하였다.

동 판결에서 증명 정도의 완화를 지적하고 있는 부분도 중요하만, 원사업자와 수급사업자 간에 종전 거래 내용과 단가를 ‘일반적으로 지급되는 대가’의 수준을 인정하는 데 중요한 요소로 고려할 수 있다고 판시한 부분은 동 규정의 취지를 확인하고, 이 취지 안에서 동 규정의 적용 가능성을 높이고 있다는 점에서 유력한 의미가 있다.

IV. 대상판결 판결의 비판적 검토

23) 대법원 2017. 12. 7. 선고 2016두35540 판결.

1. 판결의 의의

원고가 다투었던 실제법적 쟁점은 서면발급의무 위반 행위, 부당한 특약 설정 행위, 부당한 하도급대금 결정 행위 등이었고, 대상판결은 원고의 청구를 일부 인용하는 판결을 내리면서 원고의 주장을 부분적으로 수용하였다. 그렇지만 부당한 하도급대금 결정 행위에 관해서는 부당성을 부인하는 원고의 주장을 대부분 받아들였으며, 해당 부분이 사건에서 차지하는 비중과 중요성에 비추어 이는 대상판결 판결의 전체적인 의의에 영향을 미치고 있다.

더욱이 당해 사안에서 부당한 하도급대금 결정 행위는 수정추가공사 부분에서 발생한 것이었는데, 대상판결이 본공사 하도급대금과 비교하여 현저히 낮은 수정추가공사 하도급대금의 부당성을 부인한 것은, 향후 동 판결이 동종 업종에서 일정한 유인체계로 기능할 수 있다는 점에서도 중요성을 갖는다.²⁴⁾ 더욱이 원고와 수급사업자들 간의 관계는 사내하청 관계로 볼 수 있다는 점에도²⁵⁾ 주의를 요한다. 즉 하도급 거래의 외양을 띠지만 원고의 사업장 내에서 원고의 사업 일부분의 완성을 목적으로 하는 일하는 실질을 갖고 있는 사내하청 관계에서 원고에 의한 일방적이고 낮은 하도급대금의 결정을 수급사업자들이 자율적인 방식으로 수정할 수 있는 여지가 크지 않다는 점도 고려되어야 한다. 이러한 상황에서 실질적인 합의의 기회가 주어졌는지가 불분명하고 본공사와의 비교를 통해 현저히 낮은 수준임이 드러난 하도급대금 결정 행위의 부당성을 부인한 판결은 향후 유사한 거래에 중요한 미칠 수 있을 것이다.

전술한 것처럼 하도급 제4조 제2항 제5호에 해당하기 위해서는 일방성과 낮은 단가에 의한 하도급대금 결정의 두 요건이 충족되어야 한다. 따라서 어느 한 요건이 충족되지 않으면 부당한 것으로 볼 수 없는 법적 효과가 발생하지만, 대상판결 판결에서 당해 사건의 하도급대금 결정 행위의 부당성 부인은 두 요건 모두를 대상으로 하고 있다.

2. 일방성 판단

대상판결은 당해 사건에서 하도급대금의 결정이 원고의 일방적 행위에 의해 이루어졌는지에 관한 판단에서, 특히 합의의 기회가 주어진 부분에 주목하고 있다. 즉 양 당사자가 공동으로 생산검토값(시수)을 산정하였다는 점, 원고가 시수를 시스템에 등록 한 후에 수급사업자들에

24) 법적 분쟁의 해결 양상은 경제주체들 행위의 유인체계로서 기능한다는 것에, Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law & Economics*, Berkeley Law Books, 2016, pp. 4-6 참조.

25) 최근 사내하도급이 파견에 해당하는지와 관련된 문제를 다룬 판결은 조선업종에서의 작업은 사내 하도급의 특성상 여러 블록을 분담해서 공동으로 작업하더라도 각각의 협력업체는 특정 블록에 대해 개별공사계약을 체결하여 독자적으로 작업하기 때문에 원청업체에 실질적으로 편입되었다고 보기는 어렵다고 판단하였다. 이러한 판단은 파견과 도급의 경계를 제시한 것으로 볼 수 있으며(동 판결의 평석으로서, 방준식, “조선업종 사내하도급의 적법성 판단-대상판결: 울산지방법원 2020. 1. 9. 선고 2017가합25501 판결(현대중공업 사건)-”, 「사회법」, 제41호(2020), 314-315면 참조), 도급에 해당하게 된다면 전자에 해당하게 될 경우에 부당하게 되는 「과건근로자 보호 등에 관한 법률」 등의 적용을 피하게 되는 법적 효과를 갖게 된다. 그러나 외부적 거래관계로 인정될 경우에 하도급법 등 거래 공정화에 관한 법률에 의한 규제를 받게 되며, 이때 사내하청 관계는 거래상 우월적 지위 인정의 주된 근거가 된다.

의한 열람과 이의제기가 가능하였다는 점, 정산합의서의 작성 시에도 이의를 제기할 수 있었다는 점 등은 수급사업자들에게 합의의 기회가 충분히 주어진 근거가 될 수 있는 것으로 보인다. 실제 합의 과정이나 합의를 통해 결정이 이루어졌다는 직접적인 증거가 없는 상황에서 합의 기회의 존부에 대한 실질적인 고려를 통해 이루어져야 한다. 무엇보다 양 당사자의 지위가 대등하지 않고 사내하청 관계에 있었다는 점에 주의를 기울여야 하며, 이를 감안할 경우에 하도급대금 결정 과정에 수급사업자들이 참여할 기회가 있었다는 것만으로 합의가 이루어질 계기가 충분하였다고 보는 것은 선부른 판단일 수 있다.

또한 대상판결은 공정거래위원회가 주목하였던 정황적 사실에 대한 증거로서의 가치를 부정하고 있다. 외주시공계약서 및 정산합의서 작성 과정에서 수급사업자들이 어떠한 정보도 제공받지 못하였다는 점, 시주 산정의 핵심적 요소인 원단위표가 수급사업자들에게 제공되지 않은 점, 수정추가공사의 외주시공계약서 및 정산합의서 작성이 본공사의 정산 및 본공사에 대한 다음 달 외주시공계약서 작성과 함께 이루어진 점, 수급사업자가 요청한 시수에 비하여 원고가 인정한 시수의 비율이 현저히 낮은 점 그리고 원고가 수정추가공사에 배정한 예산이 매우 낮은 점 등은 원고에 의한 하도급대금의 일방적 결정을 인정할 수 있는 근거가 될 수 없는 것으로 판단하였다. 그러나 구조적으로 양 당사자의 지위가 대등한 것으로 보기 어려운 상황에서, 이상에서 언급한 요인들이 일방성 판단에서 충분히 고려되지 않고 있는 것에 대한 일정한 문제 제기를 피하기는 어려울 것이다. 우선 합의의 기회 부여가 실질적이었는지는 당사자에게 합의에 관한 충분한 정보가 주어졌는지와 밀접히 관련된다. 이러한 점에서 대상판결의 판단에 의문이 있으며, 시수가 대상판결이 지적한 것처럼 하도급대금과 무관한 것인지에도 의문이 따른다. 또한 정산합의서 작성이 후속하는 외주시공계약서 작성과 동시에 이루어졌다는 점도 특별한 주의가 요구되는 사항이다. 일반적으로 거래상 지위가 대등하지 않은 관계에서 열등한 지위에 있는 당사자는 거래가 계속될지 여부에 가장 큰 이해를 가지며,²⁶⁾ 따라서 당해 사안에서 나타난 정산합의서 작성 시기는 원고가 자신의 거래상 우월적 지위를 가장 효과적으로 활용할 수 있는 시점에 해당한다는 점도 염두에 두어야 한다.²⁷⁾

대상판결 판결이 앞에서 살펴본 대법원 판결도 상충되고 있다는 점도 눈여겨볼 부분이다. 전술한 대법원 판결에서 하도급대금 결정의 일방성 여부는 종합적인 고려를 통하여 판단되어야 하며, 이때 고려 요소로서 “원사업자의 수급사업자에 대한 거래상 우월적 지위의 정도, 수급사업자의 원사업자에 대한 거래의존도, 계속적 거래관계의 유무 및 정도, 거래관계를 지속한 기간, 문제 된 행위를 전후로 한 시장 상황, 하도급대금이 결정되는 과정에서 수급사업자가 의사표시의 자율성을 제약받지 아니하고 협의할 수 있었는지 및 그 제약의 정도, 결정된 하도급대금으로 수급사업자가 입은 불이익의 내용과 정도”²⁸⁾ 등을 언급하였다. 동 대법원 판

26) 2010년 12월 엔지니어링 사업자를 대상으로 부당한 하도급대금 결정에 이의를 제기하지 않은 이유 중 가장 응답 비율이 높았던 사유는 ‘이의를 제기하는 것이 이후 하도급거래에 부정적인 영향을 미칠 것을 우려해서’로서 29.0%로 나타났다. 홍명수, 「경제법론III」, 경인문화사, 2013, 498-499면 참조. 일반적으로 거래상 열등한 지위에 있는 사업자는 거래의 지속성을 최우선으로 고려하게 되고, 따라서 거래상 우월적 지위에 있는 상대방과의 거래가 종료될 수 있는 행위를 하기 어려운 것으로 이해된다. EU Commission, *Communication Tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain*, 2014, p. 7 참조.

27) 충분한 협의가 이루어졌는지의 판단 요소로서 협의 시기를 언급하는 것으로, 長澤哲也, 앞의 책, 242면 참조.

28) 대법원 2017. 12. 7. 선고 2016두35540 판결.

결이 제시하고 있는 일방성 판단에서 고려되어야 할 요소들은 대상판결 판결에서도 유력한 의미가 있는 것이며, 대상판결 판결이 동 대법원 판결과 판단을 달리할 만한 특별한 사정이 당해 사안에 존재한다고 보기 어렵다.

3. 저가성 판단

낮은 단가에 의해 하도급대금이 결정되었는지에 관한 대상판결의 판단에도 의문이 있다. 공정거래위원회가 수정추가공사의 대금이 낮다고 판단한 주된 근거를 본공사에 비하여 낮게 산정된 수정추가공사의 능률에 두고 있다. 조사된 7개 수급사업자의 수정추가공사 능률은 10-50% 수준으로 본공사 능률보다 현저히 낮았고, 이로 인해 하도급대금도 낮게 책정된 것으로 보았다. 이와 관련하여 대상판결은 우선 능률이 해당 사안에서 저가성을 판단하는 유효한 지표가 될 수 있는지에 의문을 표한다. 즉 대상판결은 “실제 투입한 시간 또는 수급사업자들의 요청시수 대비 인정시수의 비율을 의미하는 능률은 하도급대금의 높고 낮음을 결정하는 요소라고 볼 수 없다”고 판시하였다. 앞에서 살펴본 것처럼 시수는 작업을 완성하는데 드는 시간을 의미하고, 이는 대금 결정의 기본 요소에 해당한다. 능률은 수급사업자와 원사업자 간에 시수 산정에 있어서 평가의 차이를 보여주는 것인데, 하도급대금은 수급사업자가 제시한 시수(실투입시수, 요청시수)를 원사업자가 인정한 시수(기성시수, 인정시수)로 조정하여 산정되는 것이기 때문에, 기성(인정)시수 대비 실투입시수로 표시할 수 있는 능률이 하도급대금과 무관 것으로 보기는 어렵다. 즉 ‘하도급대금 = 실투입시수 x (기성시수/실투입시수) x 임률단가’로 하도급대금 계산 식을 표현할 수 있으며, 이때 ‘기성시수/실투입시수’가 능률을 의미하므로, 능률은 실질적으로 하도급대금에 직접적인 영향을 미치는 것으로 보아야 한다.

또한 대상판결은 “단가가 낮은지 여부는 위탁 목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준인지를 기준으로 판단하여야 한다”는 원칙을 강조하면서, 본공사 대비 수정추가공사의 낮게 책정된 능률과 이에 따른 하도급대금이 저가성 판단의 근거가 될 수 없다는 입장을 취한다. 그러나 본공사와 수정추가공사의 비교는 앞에서 살펴본 대법원 판결이 채택했던 저가성 판단의 방식이며, 전술한 저가성 원칙에도 반하는 것으로 볼 수 없다. 앞에서 논의한 것처럼 하도급법 제4조 제1항에서 규정한 “목적물 등과 같거나 유사한 것에 대하여 일반적으로 지급되는 대가보다 낮은 수준”은 저가성 판단의 기준 제시로서 의미가 있는 것이며, 반드시 다른 거래와의 비교 방식을 요구하는 것은 아니다. 이러한 점에서 전술한 대법원 판결도 본공사와 수정추가공사의 비교가 가능한 것으로 보았으며, 특히 당해 사안과 같이 동일하거나 유사한 목적물을 찾기 어려운 경우에 이러한 비교는 하도급대금의 높고 낮음을 판단하는 적절한 접근 방식이 될 수 있다.²⁹⁾

나아가 대상판결은 본공사와 수정추가공사의 능률 비교에 의한 저가성 판단을 수용한다 하더라도 공정거래위원회가 채택한 증거의 신뢰성에 의문을 표하면서, 이러한 방식에 의한 저가

29) 위법성 요건으로 ‘통상 거래가격’보다 현저히 낮을 것을 요구하는 것은 신규거래의 경우 통상거래 가격의 산정이 곤란하고 현실적으로 구체적인 사례에서 그 입증에 용이하지 않으므로 삭제하는 것이 바람직하다는 견해로, 박정구, “하도급거래 공정화를 위한 개선 방안”, 『경영법률』, 제17집 제3호(2010), 52면 참조.

성 인정을 받아들이지 않았다. 대상판결은 공정거래위원회가 능률 비교를 위해 제출한 자료들은 수급사업자들에 의한 일방적 자료로서, 기간의 불분명, 중복이나 과잉 계산의 문제, 본공사와 수정추가공사의 명확한 구분이 전제되지 않은 점 등에 의해 신뢰할 수 없다는 입장을 취하고 있다. 그렇지만 대상판결의 지적이 타당한 것이라 하더라도, 이를 전적으로 배제하고 원고의 주장만을 채택하는 것이 적절한 것인지는 의문이다. 신뢰성에 의문이 있다 하더라도, 앞에서 <표 1>이 보여주는 것처럼, 본공사와 수정추가공사의 능률 차이는 26.03%에서 49.94%에 이를 정도로 현저하다. 즉 신뢰성 문제를 감안하여도 공정거래위원회가 조사한 자료에서 드러나 양자의 차이는 현저한 수준이며, 오히려 수정추가공사의 공사의 난이도에 있어서 본공사보다 높거나 같다는 점이 합리적인 분석이라는 점을 고려할 때, 이러한 차이가 드러난 결과를 고려 대상에서 배제하여 저가성 판단을 하는 것이 타당한지는 의문이다.

V. 결론

문제가 된 사건은 대우조선과 수급사업자의 하도급거래에서 발생한 불공정행위에 관한 것이었고, 공정거래위원회가 위법한 것으로 판단한 부당한 하도급대금 결정 행위와 관련하여, 대상 판결은 관련 행위의 위법성을 부인하는 원고의 주장을 받아들였다. 하도급법 제4조 제2항 제5호의 부당한 하도급대금 결정 행위에 해당하기 위해서는 일방성 요건과 낮은 단가에 의한 하도급대금 결정 요건을 모두 충족하여야 한다. 대상판결은 공정거래위원회와 다르게 두 요건 모두 충족되지 않는다고 보았다. 그렇지만 일방성은 실질적인 분석에 기초하여 판단되어야 하고, 저가성 요건은 비교 대상과 방식이 합리적인 것인지의 관점에서 이루어져야 한다는 원칙에 비추어 대상판결의 이와 같은 결론에 대해서는 논의의 여지가 있다.

구체적으로 일방성 요건과 관련하여, 형식적으로 합의의 기회가 수급사업자들에게 주어진 것으로 볼 수 있지만, 이러한 기회가 실질적으로 충분한 것이었는지에 관하여 대상판결에 의문이 따른다. 하도급거래에서 우리나라 원하청관계의 전반적인 특성으로 지적되고 있는 종속성은³⁰⁾ 당사자 간 합의가 자율적으로 이루어졌는지에 관한 실질적인 판단이 불가피함을 시사한다. 특히 당사자 간에 드러나고 있는 거래상 지위의 불균형 그리고 사내하청 관계라는 특수성을 고려할 때, 형식적인 합의 기회 부여만으로 일방성 요건을 부정하는 것은 적절한 판단으로 보기 어렵다.

낮은 단가에 의한 하도급대금 결정에 관한 요건에 관해서도 일정한 의문을 피하기 어렵다. 동일 또는 유사한 거래 대상을 찾기 어려운 상황에서 본공사와 수정추가공사의 비교가 하도급법 제4조 제1항이 제시하고 있는 저가성 판단 기준에서 벗어나는 것은 아니며, 또한 수급사업자의 요청과 원사업자의 인정 비율을 의미하는 능률 개념이 하도급대금 결정과 무관한 것으로

30) 우리의 원청기업과 하청기업의 관계는 서구와 많이 다르고, 결정적으로 하청기업이 원청기업 말고 다른 기업에 자유롭게 납품할 수 없는 전속계약에 묶여 있다는 차이가 있으며, 이러한 종속성을 우리 사회에 두드러진 특징으로 지적하고 있는 것으로, 김태일, 「한국 경제, 경로를 재탐색합니다」, 코난북스, 2017, 291-293면 참조.

보기 어렵다. 물론 대상판결이 지적한 본공사와 수정추가공사의 능률 비교 자료의 신뢰성 문제는 유효한 것이지만, 그러나 해당 자료에 따른 결과를 저가성 판단의 고려에서 전적으로 배제하는 것이 타당한지는 의문이다.

따라서 원고 행위 중 부당한 하도급대금 결정 행위에 관한 대상판결의 판단은 재고될 필요가 있다.

[참고문헌]

- 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2021
- 김태일, 「한국 경제, 경로를 재탐색합니다」, 코난북스, 2017
- 김홍석·구상모, 「하도급법」, 화산미디어, 2010
- 박정구, “하도급거래 공정화를 위한 개선 방안”, 「경영법률」, 제17집 제3호(2010)
- 방준식, “조선업종 사내하도급의 적법성 판단—대상판결: 울산지방법원 2020. 1. 9. 선고 2017가합25501 판결(현대중공업 사건)—”, 「사회법」, 제41호(2020)
- 윤신승, “하도급거래 공정화에 관한 법률 상 하도급대금 지급의무 위반에 관한 소고”, 「경쟁법연구」, 제41권(2020)
- 지철호, “최근 개정 하도급법의 쟁점과 전망”, 「서울대학교 경쟁법센터 세미나」, 2011
- 한철수 외 11인, 「하도급법 - 기업거래 실무가이드」, 공정경쟁연합회, 2020
- 홍명수, 「경제법론III」, 경인문화사, 2013
- 長澤哲也, 최재원 역, 「거래상 지위남용 규제와 하도급법-해설과 분석」, 박영사, 2018
- 若杉隆平, “不公正な取引方法に関する規制(I): 不當廉買及び優越的地位の濫用.下請取引-「不公正取引の一般指定」と「下請代金支拂遅延等防止法」の考察-”, 後藤 晃·鈴村興太郎 編, 「日本の競争政策」, 東京大學出版會, 1999
- Cooter, R. & Ulen, T., *Law & Economics*, Berkeley Law Books, 2016
- Dreher, M. & Kulka, M., *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C.F.Müller, 2021
- EU Commission, *Communication Tackling unfair trading practices in the business-to-business food supply chain*, 2014

[abstract]

A Study on the Unfair Subcontracting Price Decision

'Act on Fair Subcontract Transactions'(hereafter Subcontract Act) regulates various types of unfair subcontracting transactions, but in particular, the unfairness of subcontracting price can be said to be the most important problem for contractors. Reflecting this, Article 4 of Subcontract Act regulates unfair subcontracting price decisions, and as a corresponding requirement, unilaterality and low cost are important issues. In this regard, the case concerning Daewoo Shipbuilding & Marine Engineering's unfair subcontracting price decision is noteworthy. In this case, the Seoul High Court's judgment took a different position in the Fair Trade Commission's decision on unfair subcontract payment, and the review of each judgment process provides meaningful implications for understanding the regulatory law of unfair subcontract price decision. In particular, the Seoul High Court denied both unilaterality and low price in relation to the requirements of Article 4 (2) 5 of Subcontracting Act, and the process of judgment that led to this conclusion could be helpful in enhancing understanding of the interpretation and application of the regulation. Above all, a critical review of the conclusion taken by the court could make a meaningful contribution to forming a valid legal principle on the judgment of unilaterality and the low price of the revised additional construction in the future. In other words, the judgment on unilaterality should be based on practical analysis, and the judgment on low price should be made according to a rational comparative analysis method.

<key words>

Unfair Subcontracting Price Decision, Unilaterality, Low Price, Opportunity to Agree, Comparative Analysis Method

论国际融资租赁中租赁物范围的厘定
국제금융리스 중 임대 범위의 확정에 대한 연구

마광(马光), 복소취(卜小翠)*

논문요지

국제사법통일협회의 국제금융리스협약은 1988년 제정되었으며, 현재 국제금융리스의 법적 관계를 규제·조정하는 유일한 조약이다. 그 중에서 제1조 제1항은 국제금융리스의 법적 정의를 명확히 하고 임대 범위를 공장, 자본재 또는 기타 장비 등 3가지 유형으로 제한하였다. 하지만 국제 금융 서비스 산업의 지속적인 혁신과 발전으로 인해 협약에 따른 임대 범위를 뛰어 넘는 많은 국제 금융 임대 거래가 실제로 나타났다. 중국은 아직 금융리스 특례법을 제정하지 않았으며, 역사적 요인으로 인해 3가지 금융리스 회사가 공존하는 상황이고 장기간의 별도 감독으로 인해 금융리스의 범위에 대한 관련 법률 및 규정이 다르다. 국제금융리스법적 관계에서 임대물의 잘못된 식별은 직접적으로 법적 관계의 잘못된 적용을 초래하므로 본 논문에서는 금융리스의 법적 근거로부터 국제금융리스 임대물에 대해 구체적으로 논의하고자 한다. 특히 다양한 국가의 법률 및 관행 개발 현황 등을 통해 범위를 정의하고 협약 제1조제1항의 규정을 평가 및 분석한다.

검색용 주제어: 국제금융리스법적관계, 임대물, 국제금융리스협약, 담보기능, 지재권 리스

· 논문접수: 2021. 12. 18. · 심사개시: 2022. 01. 14. · 게재확정: 2022. 01. 20.

* 马光, 浙江大学光华法学院副教授, 律师; 卜小翠, 浙江大学光华法学院国际法研究生, 通讯作者.
마광, 중국 절강대학교 법과대학 부교수, 변호사; 복소취, 중국 절강대학교 법과대학 대학원생, 교신저자

一、引言

作为全球第二大租赁市场，中国自改革开放以来就引进了融资租赁业务。与市场经济发展路径相关，中国融资租赁业呈现出鲜明的中国特点，其中，初期以国际融资租赁交易为主就顺应了中国“引进外资、促进企业技术开发和设备更新”的主要目的指向。如《中国人民银行关于外资金融机构市场准入有关问题的公告》中曾将融资租赁定义为一种“金融服务”——以融物的方式满足融资的目的。¹⁾

融资租赁作为市场经济中的后起之秀，其性质至今仍然处于争论之中。融资租赁作为一种独特交易结构，看似为“债权”，却又可能最终转移“所有权”；且对交易过程中“承租人对租赁物的占有、使用、收益”的权利的定性，由于和承租人及出租人权益保护相关，又要“以促进交易为目的”，也并不简单断言。

简单来说，关于融资租赁性质的争议，从法律界的角度来看，源于债权、物权二分天下的民法财产体系无法将其简单归于其中某一阵营；另一方面，各国会计界、税务部以及租赁业本身对其到底是金融性质还是销售或买卖性质的交易也莫衷一是。²⁾由此，英美法系以“Whether the lessee has the option to purchase the leased equipment at the end of the irrevocable lease term”为标准细致区分“finance lease (融资租赁)”与“financial lease (金融性租赁)”确也有其合理性。融资租赁首先必须是一项“真正租赁”，而非一种“有条件的销售”，也即，担保性质而非所有权或他物权性质，这就使得融资租赁法律问题可被现行法律体系所归置。而大陆法系，由于大多认为承租人有购买设备的选择权，而大部分对融资租赁又无专门立法，因此在融资租赁法律问题的适用上就产生了更多问题，法学界对融资租赁法律性质的争议也更突出。

随着融资租赁业的进一步发展，1988年《国际融资租赁公约》的订立使“以是否具有租赁设备最终购买权作为确定融资租赁性质的标准”被抛弃³⁾，于是又引出两个问题：(1)融资租赁的性质为何，即融资租赁在财产法体系中的定位；(2)如何确定一项交易为融资租赁性质的交易，以何种标准。本文探讨的重点即落在第二个问题上：租赁物是否影响国际融资租赁法律关系的认定？什么样的租赁物才符合国际融资租赁法律关系的要求？

二、国际融资租赁法律关系

“企业家开始认识到占有设备不是一个必要的有利条件，财产之所以产生利润，是通过使用而不是占有。”⁴⁾

(一) 国际融资租赁法律关系分析

《国际融资租赁公约》第一条明确指出，“本公约管辖第2款所指的融资租赁交易，在这种交易中，一方(出租人)(1)根据另一方(承租人)提供的规格，与第三方(供应商)订立一项协议(供应协

1) 参见《中国人民应行关于外资金金融机构市场准入有关问题的公告》，中国人民银行公告[2001]第1号。

2) 谢康：《国际服务贸易》，中山大学出版社，1998年3月第1版，452页。

3) 国际融资租赁公约第1条第3款：“无论承租人是否已经取得或者以后取得购买或者在更长时间内为租赁而持有设备的选择权，亦无论支付名义的价金或租金，本公约均适用。”

4) [英] T·M·克拉克：《租赁》，罗真璞等译，物资出版社，1984年5月第1版，10页。

议)。根据此协议,出租人按照承租人在与其利益有关的范围内所同意的条款取得工厂、资本货物或其它设备(设备),并且,(2)与承租人订立一项协议(租赁协议),以承租人支付租金为条件授予承租人使用设备的权利。”由此,主流学说三方结构说(tripartite arrangements)认为,融资租赁交易涉及两份合同(买卖合同及租赁合同)、三方当事人(出卖人、出租人/买受人和承租人)。

融资租赁作为商业模式创新的产物,发源于20世纪50年代的美国,以英美法系关于担保交易的规范为基础。究其缘由,除经济因素以外,英美法系的财产法强调财产动态的利用、流转,着力于不同主体之间财产的共享也为融资租赁交易结构的出现提供了法律基础。“英美法系中所指的《财产法》仅指不动产,与动产相关的规范散见于动产担保交易法、合同法、产品质量法等法律规范中,如美国即将融资租赁规定在《美国统一商法典》2A章中,作为动产担保交易的一部分。”⁵⁾

与之不同的是,“大陆法系渊源于以抽象所有权为核心的古罗马法,关注财产静态的权利归属状况、所有权的支配地位,在法律体系上将动产、不动产统一规范于《物权法》,又因不动产价值较大、对国家治理至关重要故为其设置了更为复杂的变动程序。”⁶⁾因此,融资租赁在大陆法系国家法律体系中均呈现出不同程度的水土不服。中国由于因袭德日,故亦是如此。由于大陆法系重合同法的传统,大陆法系对“融资租赁”交易的定性往往异化为对“融资租赁合同”的定性。如在中国,学术界的争论就以租赁合同说、分期付款买卖合同说、动产担保交易合同说、独立合同说以及商事代理合同说为代表。

目前在国际上,德国及受德国法影响的日本、中国台湾地区一些学者、判例多将融资租赁归于寄托法的范畴,将其视为一种特殊的“租赁”。⁷⁾中国《民法典》合同编也专章对融资租赁做了规定,将其定性为有名合同,不过,从《民法典》第388条第1款及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第1条的规定来看,“其他具有担保功能的合同”的表述使融资租赁合同也被纳入到担保制度的适用范围之中,从而一定程度展现了国际主流的功能主义担保理念。

广义的国际融资租赁指含有“国际因素”的融资租赁,包括主体,即承租人、出租人、出卖人任何一方营业地处于不同的国家;交易过程的国际化,如货物的国际流转等。而狭义的国际融资租赁,一如国际经济法传统,以主体的国际性为标准,而主体的国际性又在于其营业地而非国籍,如《国际融资租赁公约》就仅适用于出租人与承租人营业地在不同国家时。而中国,由于深刻的经济制度根源,在狭义国际融资租赁定义的基础上,对“外国出租人通过在中国的中外合资企业或下属机构与中国承租人之间从事的融资租赁、租赁设备涉及进口的融资租赁、涉及外汇租金的融资租赁”也适用与国际融资租赁相同的规则。⁸⁾

(二) 租赁物影响国际融资租赁法律关系认定

中国融资租赁业起始于20世纪80年代,在金融管制十分严格的背景下,为利用外资、引进先进设备而开展,呈现出鲜明的实践先行、法律后补的特点。由于中国融资租赁业四大支柱(法律、税收、监管、会计准则)都是在融资租赁交易实践产生种种问题后零散建立的,各法律规范内部产生了诸多不统一之处。《外商投资租赁业管理办法》、《金融租赁公司管理办法》等政府规章对融资租赁租赁物范围的界定不尽一致;中国的政策导向也在“无形文化财产能否作为融资租赁标的物”问题上与现行法规产生了冲突。

5) 程华儿,史燕平:《我国融资租赁动产登记的制度构建——对天津试点的反思》,载《江西社会科学》2016年第5期,105-106页。

6) 同上。

7) 参见胡晓媛:《中德融资租赁法律制度比较研究》,中国法制出版社,2011年1月第1版,21-33页。

8) 徐晨星:《国际融资租赁问题研究》,载《国际商务财会》2011年第9期,31页。

2014年最高法出台审理融资租赁合同纠纷案件的司法解释，在第一条中将“标的物的性质、价值、租金的构成”与“当事人的合同权利和义务”共同作为是否构成融资租赁法律关系的判断因素，这一规定虽然引发了学者的反对，但也反映了中国融资租赁法律环境的特殊性，如土地所有权归属的特殊性即对不动产融资租赁产生了一些影响。

此外，域外立法虽均以权利义务关系作为认定融资租赁法律关系的为标准，但不少立法例同时也对租赁物的范围作出了限制：“即使在未就融资租赁的租赁物作出限定的国家，在交易实践中，其租赁物也主要集中于设备。民用住宅、权利的融资租赁业务或者较少，或者被归入其他法律关系。如日本，由于交易风险和税负较高，不动产融资租赁实际交易并不多。”⁹⁾

可见，在解决涉及特定标的物的“融资租赁合同”的性质认定及其法律适用问题时，对何为合格融资租赁租赁物的准确认识至关重要。

三、国际融资租赁物的经济本质

(一) 租赁物的经济功能：促销与担保

租赁从简单的使用权转让演变为现代意义上以融资为核心的新型金融工具，是国际金融资本和产业资本的进一步渗透、整合和扩张。¹⁰⁾一方面，发达国家租赁公司主要依靠租赁债权从银行获得抵押贷款来充实自有资金。另一方面，“许多银行、制造商纷纷建立自己的租赁公司，利用融资租赁形式向国外进行资本扩张，推销自己的产品。”¹¹⁾利用融资租赁以推动产品销售，在经济上是为现购提供了另一种选择。从租赁物本身而言，作为收益的来源、租金计算的基础，对租金债权也具有某种担保作用。尽管以自身所有之物担保自身之债权在民法理论上仍难以解释，但在实践中，融资租赁公司拥有租赁物所有权，当承租人无法偿付租金，公司便可收回租赁物变现以抵偿损失。

(二) 租赁物价值的资本性

学理上看，融资租赁属于资本性租赁，货物的资本性是该交易内在逻辑上的要求。从出租人的角度而言，为了保障资本的安全与收益，租赁物的价值应当相对稳定且能长久地产生收益；从承租人的角度而言，自然希望能够长久地利用租赁物，并通过使用获得大于成本的收益。因此：(1) 出租物必须是固定资产类的物。只有这一类的物才能享受资产折旧的好处，也才有可能使其成本在租赁期内得到摊提。¹²⁾(2) 出租物不得为消耗物。消耗物一经使用原物即消失，则导致所有权的消灭，这与融资租赁法律关系存在内在逻辑上的矛盾；因此，原材料、辅助材料等不能成为融资租赁的对象。¹³⁾(3) 原则上排除消费租赁。不过在经济发达国家，由于对以融资租赁形式引进设备的需要没有发展中国家迫切，对设备的资本性要求也相对较低，如英国的租购就主要适用于消费领域；美国的融资租赁也可以包括消费租赁，只是在规则的适用上具有若干特殊性。

9) 雷继平、原爽、李志刚：《交易实践与司法回应：融资租赁合同若干法律问题——〈最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释〉解读》，载《法律适用》2014年第4期，35-36页。

10) 参见刘敬东：《国际融资租赁交易中的法律问题》，中国人民公安大学出版社，2002年2月第1版，3-4页。

11) 同上。

12) 我国《金融租赁公司管理办法》第四条即要求融资租赁交易的租赁物为固定资产。

13) 参见程卫东：《国际融资租赁法律问题研究》，法律出版社，2002年6月第1版，138-139页。

实务上看,租赁物价值的资本性要求主要针对“价值明显偏低、无法担保租赁债权实现”的情形,如将低价设备高估十数倍。如此,实务中所谓“出租人”往往会通过另行缔结保证合同的形式保障其债权,借“融资租赁”之名,行变相贷款之实。在WESTSHIP有限公司与TRIDENT船舶制造厂上诉案(WESTSHIP,INC., Appellant, v. TRIDENT SHIP WORKS, INC., Appellee.)中,美国破产法院也提出,在确定什么是“真正的租赁”、以及什么是“融资安排”或“担保权益”时,为了确定受托人是否可以承担所声称的租赁,根据联邦法律和佛罗里达州法律,法院都要考虑案件的情况及交易的经济实质。¹⁴⁾

租赁物的这一经济实质也使现代各国在会计制度上要求“租赁物作为资产在出租人或承租人的会计账本中反映出来”。如中国《企业会计准则第21号——租赁》即规定,“在租赁期开始日,承租人应当对租赁确认使用权资产(承租人可在租赁期内使用租赁资产的权利)和租赁负债,应用本准则第三章第三节进行简化处理的短期租赁和低价值资产租赁除外。”¹⁵⁾

(三) 租赁物的租金构成：成本摊销

尽管国际统一私法协会《租赁示范法》在定义“融资租赁”时指出“关于租赁项下租金或其他应付费用的构成,不论是否考虑了出租人全部或大部分的投资的摊销。”但主流观点仍认为,在国际融资租赁中,融资租赁的租金计算应基于所投入资金的摊销,而非特定期间内承租人对租赁物的使用收益,这一点也正是国际融资租赁金融性的体现。¹⁶⁾联合航空公司诉加利福尼亚州社区发展局等被告案(In re UAL CORPORATION, et al., Debtors.)的Legal Discussion中指出,在考虑根据“租赁”协议偿还债券是否构成“变相”融资安排时,本法院和其他各种法院考虑了以下因素:(1)租金金额的设计和计算是为了补偿土地使用还是基于某些其他目的,例如确保投资的特定回报;(2)出租人的购买价格是否与土地的公平市场价值有关,或是否计算为交易融资所需的金额;(3)出租人是否专门为承租人使用而购买该财产;(4)交易以租赁的形式进行是否是为了获得某些税收优惠;(5)承租人是否承担了通常与完全所有权(outright ownership)有关的许多义务,包括支付财产税和保险的责任。¹⁷⁾同样是注重“经济实质”的英美法系国家,英国在税收及会计准则上对融资租赁加以限定,并直接指出,“出租人认为他的设备是一种金融投资以及精算的财务利益行为。”¹⁸⁾¹⁹⁾中国司法认为,租金除包括租赁物购买价款及其利益之外,一般还包括保险、正常维修和保养费用及一定的税务成本。²⁰⁾

四、国际融资租赁物的法律特征

(一) 租赁物的特定性及相对独立性

14) Bankr.Code, 11 U.S.C.A. § 365; West's F.S.A. § 671.201(37).

15) 参见中华人民共和国财政部《企业会计准则第21号——租赁》第三章“承租人的会计处理”。

16) 李国安:《国际融资租赁法律问题研究》,载《国际经济法丛论》1998年第0期,334页。

17) It is cited from Hotel Syracuse, Inc. v. City of Syracuse Indus. Dev. Agency (In re Hotel Syracuse, Inc.), 155 B.R. 824, 838 (Bankr.N.D.N.Y.1993), citing PCH Assocs., 804 F.2d at 200-01.,as the most frequently cited list.

18)

英国租赁及租购会计标准21(SSAP21)规定:租赁开始时,承租人承担了至少90%或更多的设备现值的未来支付义务,那么这就是融资租赁,否则就是经营租赁。在融资租赁的情况下,出租人认为他的设备是一种金融投资以及精算的财务利益行为。

19) Suahir P. Amenbal, 《International Leasing: the complete Guide》, Volume two, P490.

20) 《最高人民法院关于融资租赁合同纠纷司法解释理解与适用》,人民法院出版社,2016年8月第2版,54页。

在融资租赁中,承租人往往对设备有特殊的要求,供应商根据此要求提供特殊的设备。这一特定性可表现为以下任一种:(1)物本身是独一无二的,这类物往往由供应商根据承租人的特殊需要而特别制作;(2)物本身具有特定的标志,如设备的序列号——汽车发动机号码、飞机的引擎号等;(3)出租物具备注册登记号,由于飞机、船舶等投入使用前都必须进行注册登记,故此也可表现出物的特定性。

相对独立性包括两个方面的内容:物外在与其他物可分离;物在功能上能够独立地发挥作用。所以,在融资租赁中,不同的物也可以通过组合构成一个整体的出租物进行出租,如成套设备租赁。在1887年英国Yarmouth v. France案中,法官认为,“不论何种器具,所有的货物和动产,正在使用的或不处于使用中的,附着于不动产的或可移动的,只要是商人们用于其商业中的,即为成套设备的范围”,明确表明成套设备所包括的器具主要依据其在特定业务中的功能,而非资产本身。同时,若一物的构成单位可拆卸,又具有相对独立的功能,也可单独成为融资租赁物。如飞机的引擎:造价高(约占总造价三分之一),且在飞机运输业中,飞机的引擎卸下后通常会进入引擎库用于其他适配飞机的机身。FB财务(香港)有限公司诉GH国际实业有限公司等融资租赁合同纠纷中,当事双方以“两条钢带全能镀层生产线”为融资租赁物签订《租购协议》,得到了法院的支持。²¹⁾在中国“中水电北固建设机械有限公司、成都市裕邑丝绸有限责任公司借款合同纠纷”一案中,最高法再审裁定亦指出,“提花机、变电供电设备系统、供水管网系统及天然气管网均为固定资产,其实质均为完整的生产设备,具有使用价值”,符合融物的要求。

(二) 租赁物的可转让性

出租人按承租人的指令购买财产,而“不可转让的财产”从法律逻辑上即不符合融资租赁的要求。这一点在中国主要体现为基础设施等不动产融资租赁法律问题。如在“杜西租赁公司与某市政府国有资产投资公司融资租赁纠纷案”中,原被告双方以“某市政府某区市府大道”为租赁物。而法院判决认为,市府大道的所有权属于国家,承租人无权转让其所有权;且本案中虽约定承租人对租赁物享有使用权,但市府大道世由社会公众使用,本案只有“融资”,而无“融物”,故该合同实为“借贷”。不过,中国也并非所有的铁路、公路、电力设施等基础设施,都为国家所有。²²⁾²³⁾但尽管如此,中国虽未明文禁止不动产融资租赁,以房地产、城市地下管网、公路等作为融资租赁物的交易也不鲜见,现行法律环境却并不明朗。中国司法方面认为,上述不动产作为租赁物应由行业行政监管部门予以认定和解决。而司法上,以房地产为例,一方面不能公开认可房地产融资租赁、以防间接影响房地产调控政策,另一方面也应尽量减少对已有业务的冲击。

(三) 租赁物有形性的发展

传统理论认为,无形财产未进入国际融资租赁之中有其深刻的缘由:首先,无形财产的种类繁多,货币、有价证券等由于所有权与使用权不可分离,显然不能成为融资租赁的对象;知识产权虽具备这一条件,但这类无形财产租赁的现象也不多见;金钱债权方面第三人参与属于保理的范围。其次,无形财产的转让通常以许可的方式进行,出租人所得到的使用许可不是所有权,因此也无法

21) 参见郭丁铭、罗时贵:《融资租赁实务精解与百案评析》,中国法制出版社,2017年8月第2版,491-493页。

22) 高圣平:《基础设施融资租赁交易:现实与法律困境——从基础设施投融资改革的视角》,载《中外法学》2014年第3期,768页。

23) 根据《民法典》第254条第2款的规定,没有特别规定的,实行‘谁投资,谁收益’的原则,实现所有权主体的多元化。

在租期结束后将所有权转让给承租人。且不可避免的是,承租人对无形财产的使用多少将受制于所有人。此外,各国对无形财产的法律强制性规定也较多,如知识产权法定许可等。

中国现行法规也排斥无形资产作为融资租赁物,中国司法认为“融资租赁合同的标的物一般应当为有体物,以高速公路收费权、商标权、专利权等权利作为租赁物的融资租赁合同,与民法上的租赁的概念相背离。以高速公路收费权作为租赁物的,实际上构成权利质押关系;以商标权、专利权作为租赁物的,实际上属于商标权、专利权的许可使用。”²⁴⁾

然而,随着信息技术的发展,融资租赁确实正在向知识产权领域拓展,最为突出的是工业产权,如电脑软件;同时,中央和各地方政府也在积极推动此种融资租赁。这使得知识产权融资租赁处于规章排斥、政策倡导而法律空白的尴尬地位。支持知识产权标的适格的学者认为,“应以发展的眼光看待融资租赁物,只要符合‘融资’加‘融物’的核心属性,融资租赁法律关系则可成立。”²⁵⁾从国际融资租赁交易实践来看,能否将知识产权纳入融资租赁物范畴更是一种政治经济考量。随着融资租赁渗透率的提高,融资租赁已经成为西方发达国家重要的科技金融模式之一;中国在加大知识产权、大力推进知识产权发展的同时,也更注重知识产权的金融化利用。可以说,知识产权融资租赁合法合规化是必然之势,那么如何合理建构完善的知识产权融资租赁法律规制路径将是融资租赁领域重要的研究方向。

五、国际融资租赁物范围限定的比较法分析

(一) 立法比较: 公约与各国的立法规定及其特点

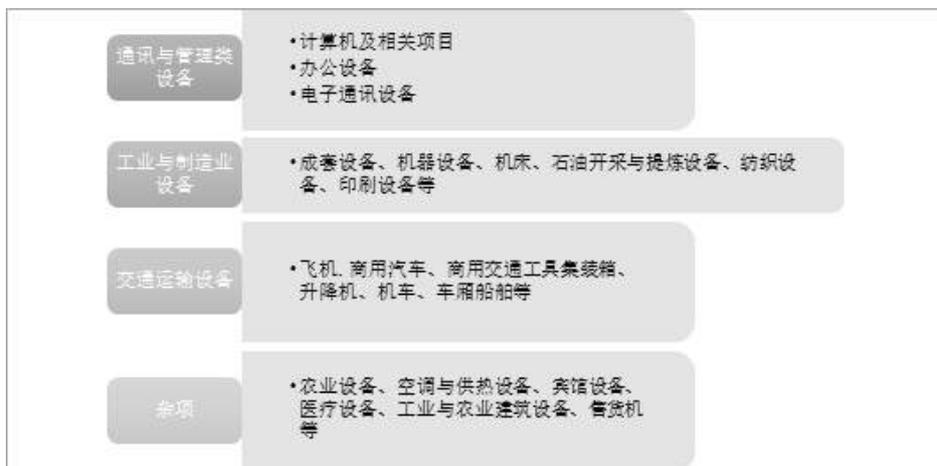
24) 宋晓明、刘竹梅、原爽:《〈关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法》2014年第7期,29页。

25) 刘汉霞:《我国知识产权融资租赁的现实困惑与法律规制》,载《知识产权》2017年第8期,72-73页。

| 各国立法概览 | | | |
|--------------|----|--|--|
| “限制性概括”立法模式 | 举隅 | 《国际融资租赁公约》 | 在界定融资租赁定义时将租赁物范围限定于成套设备、资本货物和其他设备，统称设备。 |
| | | 《法国融资租赁法》 | 将融资租赁定义为“一项涉及资本性货物和工具性设备的租赁”。 |
| | 特点 | 法律法规并不明确列举融资租赁物的范围，只是概括性地界定物的大体范围；通过对融资租赁物的名称的限定排除了房地产租赁，只限于动产租赁 | |
| “非限制性概括”立法模式 | 举隅 | 《国际统一私法协会租赁示范法》 | 租赁物是指所有承租人用于生产、贸易及经营活动的财产，包括不动产、资本资产、设备、未来资产、特制资产、植物和活的以及未出生的动物。这一术语不包含货币或有价证券，动产不因附着于不动产或成为不动产的一部分而不再是租赁物。 |
| | | 《中亚国家融资租赁示范法》 | 租赁物可以是用于商业活动的任何非消耗物。 |
| | | 《美国统一商法典——租赁》 | 融资租赁中的货物是指确定于租赁合同项下的一切动产或附着物，但不包括金钱、文件、文据、账户、动产文书、一般无形资产和矿产品等。 |
| | | 《俄罗斯联邦融资租赁法》 | 租赁物为任何可用于经营活动的非消耗物，包括公司和其他资产、建筑物、在建物、设备、交通工具和其他不动产和动产，都可以作为租赁物。土地和其他自然遗产以及根据联邦法律禁止自由流通或限制流通的物不得作为租赁物。 |
| | 我国 | 我国《合同法》未对租赁物作具体界定，在“融资租赁”一章中只使用了通常的“租赁物”这一概括性术语。不过，如若结合前章“租赁”中也只使用了“租赁物”，且从具体条文可以看出包括动产与不动产，可以认为，合同法的规定亦包括不动产。同时，根据我国若干银行、公司开展融资租赁的具体办法的规定中也可以看出，我国融资租赁物主要是生产、经营设备，但也不排斥厂房、仓库等不动产融资租赁。 | |
| | 特点 | 立法较为宽泛且并未将租赁物限定在动产设备上 | |
| “列举性规定”立法模式 | 举隅 | 韩国 | 韩国《设备租赁产业育成法》第7条“特定物品(即成为设备租赁和延付出售之对象的物品的范围)包括：(1) 设施、设备、机械、工具；(2) 重型机械、车辆、船舶及飞机；(3) 与第1款及第2款物品直接相关的不动产及财产权。对于这些物品，该法还规定可根据其种类用途、利用者及筹措之财源，由总统令限制其范围，而根据有关总统令，即《韩国设备租赁产业育成法施行法》，受限制的物品包括：(1) 土地和建筑物周围的特定物品(与土地和建筑物一起进行设备租赁时除外)；(2) 未得到汽车运输事业法所规定的执照者所要使用的汽车；(3) 从外国进口的物品，不是新产品的特定物品(非新产品的特定物品之进口是不得已时，由使用特定物品的事业主管部长官认可，这种情况例外)；(4) 不直接用于租赁设备利用者的事业的之特定物品；(5) 个人使用的特定物品；(6) 其他助长奢侈性消费和用于非国民经济所迫切需要的品种和用途的，由财务部长官规定的特定物品。 |
| | 特点 | 列举性规定通常在特定的经济发展时期所采取，在这类立法模式中，法律法规具体规定了租赁物的具体类型，起到了以利用租赁立法引导引进外资的作用，同时还能限定某些领域的投资规模 | |

(二) 国际融资租赁租赁物类型归纳

虽然各国立法和有关公约对融资租赁物的规定各不相同，但从融资租赁业实践来看，租赁物大体类型基本是固定的，哪些物适于融资租赁，哪些物不适于融资租赁，从商业角度（资本支出、盈利水平等）来考察也具有一定的特征。英国设备租赁协会所列的租赁物的清单将租赁物分为四大类²⁶⁾



也有学者将国际融资租赁业归结为九大领域：(1) 飞机，包括飞机及相关保养设备；(2) 汽车；(3) 计算机，包括中央处理设备及其终端设备；(4) 家具设备，为宾馆、汽车旅馆及办公楼配设；(5) 工业用设备与机器，包括机床、建筑及开采、冶炼等重型设备；(6) 医疗设备，主

26) John N. Adams, 《Commercial Hiring and Leasing》, Butterworths, London, 1989, Page 46-47.

要向医院和医疗单位提供；(7) 办公设备，包括打印、复印、计算等设备；(8) 铁路车厢，无顶平板、货车、底卸式车厢、冷冻车厢等；(9) 货车。²⁷⁾

(三) 《国际融资租赁公约》对国际融资租赁租赁物限制的合理性分析

1. 排除消费租赁

《国际融资租赁公约》沿袭了《联合国国际货物销售公约》的做法，将消费型排除在外。其一，如前所述，消费租赁不具备资本性特征。即使是持久耐用型消费品，也不能享有资本性货物所有的税收上的优惠；同时，各国法律对消费者权益保护均存在特殊的、严格的规定，这使得国际交易中出租人不太可能愿意加入此类交易，国际性租赁也少有以消费为目的。其二，从宏观上看，承租方国家往往希望借此扩大一国的生产规模，因此主要将租赁物集中在生产设备和其他能够产生收入的设备上。发展中国家对设备的资本性要求更为迫切，它们急需利用各种渠道解决本国经济发展所需的各种设备和资金，通常会通过立法或相关的政策引导融资租赁的方向，抑制通过国际融资租赁引进具有消费性质的物品，如汽车等。

2. 排除不动产租赁

不动产在传统租赁中占有主导地位，然而在国际融资租赁中，以不动产为租赁物的交易并不多见。同时，由于各国历史文化背景不同，对不动产租赁各国有着特殊的规则，在同一规则中同时把(动产与不动产)两种不同性质的交易作为调整对象，将徒增规则制定上的困难。另外，由不动产国际融资租赁产生的纠纷，适用各国国内法救济将更利于判决的执行。因此，在1975年的工作小组会议上，国际统一私法协会首先把国际间的不动产租赁排除在统一规则的调整范围之外。

3. 排除知识产权租赁

尽管知识产权可能成为融资租赁的对象，但一方面，知识产权本身的属性特殊：第一，如前所述，知识产权作为无形资产，本身并不会损耗折旧，对其的控制也不依靠物理占有，因此通常转让的是其使用权，这并不符合传统融资租赁交易理论。第二，知识产权地域性强，各国立法差异巨大，交易的限制性较多，多方参与也会涉及一系列的法律问题，如“平行进口”的承认，“商业秘密”的保护等，这些问题在两方当事人时更容易解决。第三，知识产权具有社会性，各国都设置了知识产权限制条款，如强制许可、合理使用等。另一方面，各国知识产权发展水平差距大，知识产权保护水平不一，国际知识产权执法难度大，救济困难。最后，知识产权的国际许可证贸易也完全可以采用与融资租赁同样的支付方式，即分期支付，这使承租人同样不必在短时间内支付大量资金，因此在此类交易上，融资租赁也并显示出特别的优势与必要性。

结语

27) Terry A. Isom & Sudhir P. Amembal, 《The Handbook of Leasing: Techniques & Analysis》, Petrocelli Books, Inc. NY, 1982, Page 1-2.
转引自程卫东：《国际融资租赁法律问题研究》，法律出版社，2002年6月第1版，137页。

1988年《国际统一私法协会国际融资租赁公约》第一款中对国际融资租赁租赁物的限制在相当程度上更多是出于公约立法技术角度的考量，而非是从融资租赁法律特性方面进行的界定，且具有相当的时代性。如前所述，融资租赁作为一种发展并不完善的金融服务，其法律关系应当如何规制目前尚未有定论，而中国在该领域的民事立法不足，行政立法又呈现出混乱交织的状态，各地行政实践上更是各行其是。在一带一路背景下，国际融资租赁作为一项具有突出实用价值的金融服务，必将迎来更多的跨国实践，中国也将由承租方地位为主向出租方地位为主转变，因此，与国际立法接轨，制定民事专门法进行统一规制具有突出的现实意义和需求。

参 考 文 献

- [1] 郭丁铭、罗时贵:《融资租赁实务精解与百案评析》,中国法制出版社2017年版。
- [2] 刘汉霞:《我国知识产权融资租赁的现实困惑与法律规制》,《知识产权》2017年第8期。
- [3] 《最高人民法院专家法官阐释疑难问题与案例指导——融资租赁合同卷》,中国法制出版社2016年版。
- [4] 《最高人民法院关于融资租赁合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2016年版。
- [5] 程华儿、史燕平:《我国融资租赁动产登记的制度构建——对天津试点的反思》,《江西社会科学》2016年第5期。
- [6] 高圣平:《基础设施融资租赁交易:现实与法律困境——从基础设施投融资改革的视角》,《中外法学》2014年第3期。
- [7] 雷继平、原爽、李志刚:《交易实践与司法回应:融资租赁合同若干法律问题——<最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释>解读》,《法律适用》2014年第4期。
- [8] 宋晓明、刘竹梅、原爽:《<关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释>的理解与适用》,《人民司法》2014年第7期。
- [9] 胡晓媛:《中德融资租赁法律制度比较研究》,中国法制出版社2011年版。
- [10] 徐晨星:《国际融资租赁问题研究》,《国际商务财会》2011年第9期。
- [11] 刘敬东:《国际融资租赁交易中的法律问题》,中国人民公安大学出版社2002年版。
- [12] 程卫东:《国际融资租赁法律问题研究》,法律出版社2002年版。
- [13] 谢康:《国际服务贸易》,中山大学出版社1998年版。
- [14] T·M·克拉克,罗真璞等译:《租赁》,物资出版社1984年版。
- [15] 张正怡、郭爽:《<矿业、农业和建筑设备议定书>视域下我国融资租赁规范体系的完善》,《国际经济法学刊》2021年第3期。
- [16] 王剑:《融资租赁物范畴厘定及其规制进路的体系化重思》,《交大法学》2021年第2期。
- [17] 刘保玉、张烜东:《论动产融资租赁物的所有权登记及其对抗效力》,《中州学刊》2020年第6期。
- [18] John N. Adams, 《Commercial Hiring and Leasing》, Butterworths, London, 1989.

论国际融资租赁中租赁物范围的厘定

马光*、卜小翠**

【摘要】《国际统一私法协会国际融资租赁公约》制定于1988，是世界上目前唯一一个规范和调整国际融资租赁法律关系的公约，其中第一条第一款明确了国际融资租赁的法律定义，并将租赁物限制于工厂、资本货物或其他设备三种类型。随着国际金融服务业的不断创新发展，实践中已经大量出现了突破《公约》租赁物范围的国际融资租赁交易。中国目前尚未出台专门的融资租赁法，且由于历史因素，呈现出三类融资租赁公司并存的局面，由于长期分别监管，相关法规对融资租赁物范围的规定也不尽一致。在国际融资租赁法律关系中，对租赁物的错误认定将直接引起法律关系的错误适用，因此本文拟将从融资租赁的法理基础、各国立法及实践发展现状等方面详细论述国际融资租赁租赁物的范围界定，并对《公约》第一条第一款的规定进行评析。

【关键词】国际融资租赁法律关系；租赁物；国际融资租赁公约；担保功能；知识产权融资租赁

* 马光，浙江大学光华法学院副教授，律师

** 卜小翠，浙江大学光华法学院国际法研究生，通讯作者。

[Abstract]

Analysis on Identification of Leasehold in legal nexus of International Financial Leasing

Ma Guang, BU Xiaocui

Unidroit Convention on International Financial Leasing was formulated in 1988, and is currently the only convention in the world that regulates and adjusts the legal relationship of international financial leasing. It limits the leases to three types: plants, capital goods or other equipment. With the continuous innovation of the international financial service industry, a large number of international financial leasing transactions that break through the scope of the leased items under the Convention have appeared in practice. At present, China has not issued a special financial leasing law, and due to historical factors, three types of financial leasing companies coexist. For the long-term separate supervision, the provisions of relevant laws and regulations on the scope of financial leasing are not consistent. In the legal relationship of international financial leasing, the wrong identification of the lease item will directly lead to the wrong analyze of the legal relationship. Therefore, this paper intends to discuss in detail the scope of the leases of international financial leasing from the aspects of the jurisprudence, the legislation and practice of different countries, and analyse the provision of the Convention.

Key Words: Legal Relation of International Financial Leasing; lease hold; Convention on International Financial Leasing; Function of security; IP leasing

디지털무역과 국제통상규범

권 현 호*

논문요지

본 연구는 디지털경제를 무역의 관점에서 파악하고, 이러한 디지털무역을 통상규범에 근거하여 규율할 수 있는 디지털통상규범 시스템을 마련하기 위한 현재까지 국제사회의 노력을 주요 쟁점에 따라 검토하였다. 이를 위하여 본 연구는 제Ⅱ장에서 디지털무역이 갖는 의미를 국가 간 협상의 결과를 통해 살펴보고, 현재 국제사회의 논의가 어떤 구조에서 이루어지고 있는가를 검토함으로써 전체적인 논의의 기초를 마련하였다. 특히, 이러한 분석 결과를 통해 본 연구는 디지털무역의 개념과 범위를 정의하였다. 그리고 제Ⅲ장에서는 WTO로 대표되는 국제기구를 통한 디지털통상규범의 현 상황을 검토하고, 그 논의 결과와 한계를 분석하였다. 이러한 분석의 결과 현재까지 WTO를 통한 다자간 디지털통상규범의 형성은 사실상 어려운 상황이고, 이를 해결하기 위하여 국가들은 양자 또는 지역 간 디지털통상규범을 형성하고 있음을 살펴보았다. 이에 본 연구는 제Ⅳ장에서 현재까지 양자 및 지역 차원에서 이루어진 주요 디지털통상규범의 내용을 쟁점별로 분석하고, 그 의미를 검토하였다. 그 결과 양자 또는 지역간 디지털통상규범은 비록 법규범 공동체가 제한적이라는 한계는 있지만, 현재까지 디지털통상 분야의 국제적 규율을 이루어낸 실질적 접근으로 이해할 수 있다. 비록 제Ⅴ장에서 제시한 것처럼 양자 및 지역협정을 통한 디지털통상규범은 일부 한계를 보이기도 하지만, 지금까지 이루어진 양자 및 지역 무역협정을 통한 디지털무역의 규율 방법과 구조 및 주요 내용들은 그 자체가 디지털통상규범의 정립을 위한 일종의 모델규범(model law)이 될 것으로 보인다.

검색용 주제어: 디지털무역, 디지털통상, 세계무역기구, 포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정, 미국-멕시코-캐나다협정, 디지털경제동반자협정, 미-일 디지털무역협정, 호주-싱가포르 디지털경제협정

• 논문접수: 2021. 12. 23. • 심사개시: 2022. 01. 14. • 게재확정: 2022. 01. 20.

* 성신여자대학교 법과대학 교수, luckyhyun@sungshin.ac.kr

I. 서론

다자무역을 대표하는 WTO 체제는 20세기 말 정보통신기술의 급격한 발전과 함께 전자상거래(e-commerce)라는 새로운 유형의 무역을 규율해야 하는 도전을 맞이하였다. 이러한 변화와 도전은 규범 측면뿐만 아니라 실제 거대한 디지털경제를 이루어냈다.¹⁾ 또한 4차 산업혁명의 도래, 보호무역 및 지역주의의 심화 등에 기인한 글로벌가치사슬(Global Value Chain)의 패러다임의 변화는 이러한 흐름을 더욱 가속화 시키고 있다.²⁾ 특히 2017년 트럼프 대통령 취임 이후 본격화된 미국과 중국 간의 갈등은 단순한 통상 분쟁에 머무는 것이 아니라 안보와 기술, 나아가 국제사회의 패권 경쟁으로 발전하고 있다.³⁾ 결국, 이러한 배경들 속에서 국제무역에서 디지털 분야를 규율하는 통상규범을 마련하는 작업은 전통적 미해결 쟁점들과 함께 새로운 디지털이슈들을 포함하는 급격한 변화에 직면하고 있다.

이러한 변화 속에서 디지털무역의 성장은 국제통상 관계에서 기회와 도전을 동시에 가져왔다. 우선 디지털무역의 성장은 관련 인프라 및 서비스에 대한 접근비용을 낮춰 많은 국가들이 무역에 참여할 수 있는 기회를 확대시킬 수 있다. 특히, 디지털화가 가능한 서비스 분야는 이를 통하여 새로운 산업으로 성장할 수 있다는 긍정적 측면을 갖는다.⁴⁾ 한편, 디지털무역이 점차 플랫폼화 되면서 개인정보 보호, 온라인 소비자 보호 및 데이터의 국경간 이동과 보안 문제, 데이터저장시설(서버) 국내유지 요구 금지 등 다양한 쟁점들에 대한 우려가 제기되고 있으나 이를 규율하는 국제통상 규범이 아직까지 제한적이라는 점은 해결해야 할 도전이 된다.⁵⁾

결국, 전통적인 무역에서 디지털무역으로의 전환이 가져오는 변화의 핵심은 ‘무역 플랫폼의 디지털화’와, 상품과 서비스의 디지털화에 따른 실체의 변화, 즉 기존 무역의 대상이었던 상품과 서비스가 디지털화 된 ‘데이터’로 변화되어 전자적으로 전송이 가능하다는 점에서 찾을 수 있다.⁶⁾ 이에 따라 디지털무역을 다루기 위한 통상규범은 WTO 전자상거래

* 본 연구는 2022년 2월 개정판 발간 예정인 「신국제경제법」(한국국제경제법학회, 박영사) 제26장에 포함된 저자의 집필 부분인 “디지털무역과 통상규범”의 내용을 논문 형식으로 수정·보완한 것임을 밝힌다.

1) 예를 들어, 2021년 5월 시가총액 기준 세계 10대 기업에는 애플, 마이크로소프트, 아마존, 알파벳, 페이스북, 텐센트, 알리바바 등 7개 기업이 올라있다. 이는 2008년 기준으로 마이크로소프트와 구글 등 단 2개 기업이 올라온 것과 비교하면 이미 상당한 변화가 진행되었음을 알 수 있다. 이러한 통계는 <https://www.statista.com/statistics/263264/top-companies-in-the-world-by-market-capitalization> 참조 (2021년 12월 18일 최종접속)

2) 한국무역협회 국제무역연구원, 「글로벌 가치사슬(GVC)의 패러다임 변화와 한국무역의 미래」, 2020년 2월, 18-63면 참조.

3) 특히, 미국은 4차 산업혁명 기술과 글로벌가치사슬 및 디지털규범에 있어 소위 ‘민주주의의 가치 동맹국’과 함께 규범의 제도화를 통해 새로운 판을 구상하고 있다. 미-중 분쟁의 통상관계 측면에 대한 좀 더 자세한 내용은 신원규, “디지털 대전환과 글로벌 통상환경의 변화”, 「SW중심사회」, 소프트웨어정책연구소, 2021년 9월, 59~60면 참조.

4) 예를 들어, 교육·회계·원격진료 등 기존에 비교역재로 인식되던 서비스가 디지털화 되어 국경간 공급이 가능해지면서 무역을 통한 미래 먹거리의 다양화가 가능해지고, 또한 AICBM(AI, IoT, Cloud, Big Data, Mobile) 등 신기술을 활용하는 새로운 재화와 서비스 공급 여건을 조성하여 혁신성장을 유도할 수 있다는 견해가 있다. KOTRA, “글로벌 디지털 통상규범 논의 동향 및 주요국 입장”, Global Market Report 20-003, 6면 참조.

5) 앞의 주.

6) KOTRA, 앞의 주4), 7면 참조.

논의 과정에서 이미 다루고 있는 기존 쟁점들에 더하여, ‘국경 간 데이터 이동의 자유화’, ‘데이터저장시설 국내유지 요구 금지’ 등 새로운 도전 과제들을 해결하기 위한 국가들의 협상결과로 나타난다. 다만, 현 상황에서 기존 WTO 규범을 변화된 디지털환경에 적용하기에는 많은 문제점이 제기될 수 있으며,⁷⁾ 따라서 디지털경제를 무역의 관점에서 파악하고, 이러한 디지털무역을 통상규범에 근거하여 규율할 수 있는 새로운 디지털통상규범 시스템을 마련할 필요가 있다.

이를 위하여 본 연구는 다음과 같이 크게 3가지 부분으로 나누어 디지털무역을 다루는 통상규범의 성립과 한계를 살펴본다. 우선, 제Ⅱ장에서는 디지털무역이 갖는 의미를 살펴보고, 현재 국제사회의 논의가 어떤 구조에서 이루어지고 있는가를 검토함으로써 전체적인 논의의 기초를 마련한다. 그리고 제Ⅲ장에서는 WTO로 대표되는 국제기구를 통한 디지털무역규범의 현 상황을 검토하고, 그 결과와 한계를 분석한다. 또한 제Ⅳ장에서는 현재까지 양자 및 지역 차원에서 이루어진 디지털무역 관련 규범의 내용을 분석하고, 그 의미를 살펴본다. 이러한 분석을 기초로 제Ⅴ장에서는 지금까지 성립된 디지털통상규범이 갖는 함의와 한계를 결론으로 제시한다.

Ⅱ. 디지털무역의 개념과 논의구조

1. 개념 및 범위

‘디지털무역’ 또는 ‘디지털통상’의 개념에 대하여 일반적으로 수용되는 정의와 개념 및 범위에 대한 국제적 합의는 아직까지 이루지 못한 것으로 보인다. 다만, 과거 WTO의 ‘전자상거래’ 논의가 동 개념을 정의하는데 출발점이 될 수 있다. 1998년 5월 일반이사회(General Council)에서 채택된 ‘세계전자상거래선언’과,⁸⁾ 동 선언에 따라 같은 해 9월 이루어진 ‘전자상거래 작업프로그램’은 전자상거래를 ‘전자적 수단에 의한 상품과 서비스의 생산, 유통, 마케팅, 판매 또는 전달’로 표현하였다.⁹⁾ 이러한 전자상거래 개념은 기본적으로 교역의 대상, 즉 상품이나 서비스가 오프라인에서 존재하거나 또는 이와 동종의 대상이 전자적 수단을 통해 온라인에서 교역이 이루어지는 일종의 매개체로서의 성격을 강조한 것으로 보인다.

그러나 2000년대 이후 ‘디지털무역’이라는 용어가 사용되기 시작하면서 그 개념과 범위도 변경되고 있다.¹⁰⁾ 예를 들어, 2013년 미국 국제무역위원회(USITC)는 디지털무역을 인터넷, 즉 고정된 유선망이나 모바일 네트워크를 통하여 이루어지는 상품 및 서비스의 제공으로 정의하고 있다.¹¹⁾ 다만, USITC는 소프트웨어나 음악, 영화 등 CD나 DVD에 담겨 판

7) 예를 들어, 디지털제품(digital product)의 분류(classification) 문제나, 전자적 전송물에 대한 관세부와 유예(moratorium), 새로운 디지털서비스에 대한 회원국의 양허 여부 등 기존 WTO 전자상거래 협상에서 제기된 오래된 논쟁들도 아직 해결되지 않은 상황이며, 데이터의 국경간 이전이나 데이터저장시설(서버) 국내유지 요구 금지 문제 등 새롭게 등장한 분야에서는 이를 규율할 WTO 규범을 찾기 어렵고 이에 대한 협상도 미진한 상황이다.

8) WTO, Declaration on Global Electronic Commerce, WT/MIN(98)/DEC/2, May 25, 1998.

9) WTO, Work Programme on Electronic Commerce, WT/L/274, 30 September 1998, para. 1.3.

10) 이러한 변화는 WTO에서 전자상거래 논의를 주도하고 있던 미국이 전자상거래라는 용어 대신 디지털무역 또는 디지털통상이라는 용어를 사용하면서 변경된 것으로 보인다. KOTRA, 앞의 주4), 3면.

매되는 물리적 상품들과, 온라인으로 주문된 물리적 실체가 있는 상품들은 이러한 디지털 무역의 범위에서 제외된다고 밝히고 있어¹²⁾ 기존 WTO에서의 전자상거래의 범위와는 다소 차이를 보인다. 또한 2017년 USITC 보고서는 디지털무역에 대한 개념을 “모든 산업 분야에서 인터넷을 통한 상품 및 서비스의 전송, 그리고 스마트폰 등 인터넷과 연결되는 기기 등 관련 상품의 전송”을 의미한다고 명시하여 이전 2013년 보고서와도 차이를 나타내기도 한다.¹³⁾ 한편, WTO 전자상거래 이니셔티브 논의를 위해 2018년에 제출한 회람문서에서 미국은 디지털무역을 “전자적 수단에 의하여 이루어지는 통상의 모든 무역관련 측면들을 포함하는 것”으로 설명하고 있다.¹⁴⁾

결국, 디지털무역에 대한 정의나 범위에 대하여 현재까지 국제적으로 합의된 기준은 없다. 이는 디지털무역이 포괄하는 산업과 교역의 형태 및 행위자들의 다양성으로 그 범위를 한정하기 어렵고, 기술의 발전에 따른 상황의 가변성이 크기 때문이다. 다만 디지털무역이 갖는 공통적 특징은 다음과 같다. 첫째, 디지털무역은 디지털화가 가능한 상품이나 서비스의 교역 또는 데이터 그 자체를 대상으로 한다. 둘째, 디지털무역은 대상이 무엇이든 디지털화 된 수단을 통해 이루어진다. 결국, 디지털무역 또는 디지털통상이란 디지털 수단에 의하여 이루어지는 상품, 서비스 및 데이터 등의 교역과 이와 관련된 경제주체 사이의 국경을 넘는 활동으로, 온라인을 통한 상품 및 서비스의 교역뿐만 아니라, 스트리밍 등 새로운 인터넷 플랫폼 서비스와 클라우드 서비스 등을 통한 데이터의 이동 등을 포괄하는 것으로 이해될 수 있다.¹⁵⁾

2. 논의구조

디지털무역을 규율하는 통상규범에 관한 논의는 국제기구를 매개로 이루어지는 다자간 논의와, 양자(또는 소수의 국가들) 및 지역 차원에서 이루어지는 FTA/RTA를 통한 논의가 서로 병행하는 구조로 이루어지고 있다. 우선, 디지털무역을 규율하기 위한 다자간 논의는 WTO에서 이루어지는 전자상거래 협상이 주를 이루고 있으나 회원국 간 입장 차이로 아직까지 의미 있는 결과를 도출하지 못하고 있다. 따라서 이러한 디지털무역을 규율하는 통상규범의 공백을 일부 국가들은 FTA나 RTA, 또는 독립된 디지털협정을 통해 해결하고 있다. 특히 미국과 입장을 같이 하는 일부 국가들을 중심으로 최근 체결된 무역협정들은 기존 전자상거래 쟁점을 넘어 개인정보보호, 데이터 이전이나 서버 현지화 문제 등 디지털무역에 관한 새로운 통상규범에서도 상당한 진전을 이루어냈다.¹⁶⁾ 다만, 이러한 양자 또는

11) USITC, *Digital Trade in the U.S. and Global Economies*, Investigation No.332-531, USITC Publication 4415, July 2013, p. xii, and 1-2.

12) *Id.* 다만, 이러한 USITC의 디지털무역에 대한 개념정의는 동 보고서에 한정된다는 한계가 있다.

13) USITC, *Global Digital Trade 1: Market Opportunities and Key Foreign Trade Restrictions*, Investigation No.332-561, USITC Publication 4716, August 2017, p.33. 다만 동 보고서에서도 전자상거래 플랫폼과 관련된 서비스의 제공은 디지털무역의 범위에 포함되지만, 2013년 보고서와 마찬가지로 온라인으로 주문된 물리적 실체가 있는 상품과 CD나 DVD에 제작될 수 있는 디지털상품은 디지털무역의 대상에서 제외된다.

14) WTO, JOINT STATEMENT ON ELECTRONIC COMMERCE INITIATIVE, Communication from the United States, JOB/GC/178, 12 April 2018, footnote 1.

15) KOTRA, 앞의 주4), 4면.

16) 전자상거래와 디지털무역을 규율하는 미국 주도의 대표적 협정들로는 한-미 FTA, 포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: CPTPP), 미국-멕시코-캐나다 자유무역협정(USMCA) 등이 있으며, 동 협정들은 다

지역적 통상규범도 해당 규범을 체결한 특정 국가들 사이에서만 적용된다는 한계를 갖는다.

이처럼 다자주의와 양자(또는 지역)주의를 막론하고 디지털통상규범이 파편화 또는 블록화 되고, 보편적 성격을 갖기 어려운 이유는 해당 규범 형성에 참여하는 국가마다 처한 상황과 입장이 다르기 때문이다. 우선 미국은 동 사안을 소위 '경쟁적 자유화'의 관점에서 접근한다.¹⁷⁾ 따라서 미국은 자신의 협상력이 제한되는 WTO를 통한 다자간 협상보다는 양자 또는 지역적 차원에서의 협상을 선호하며, 디지털통상규범을 포함하는 FTA/RTA 네트워크의 확산을 통해 자국 이익의 극대화를 추구한다. 또한 유럽연합(EU)은 디지털무역과 통상규범에 대하여 '제한적 자유화'의 개념에서 접근한다. 즉, EU는 역내 디지털시장의 단일화 및 육성을 통해 협소한 개별 시장의 한계를 극복하고자 독자적인 규제체제를 도입하고 있으나 대외적인 개방에서는 소극적 태도를 취하고 있다.¹⁸⁾ 한편, EU는 일반적인 전자상거래 쟁점들에 대해서는 협력의 입장을 취하고 있으나, 콘텐츠 분야에 대해서는 문화 및 서비스로서의 예외를 주장하고 있다.¹⁹⁾ 그럼에도 불구하고 EU는 전자적 전송 대상에 대한 무관세를 지지하고, 소비자 및 개인정보 보호를 전제로 데이터 이전의 자유화를 찬성하며, 디지털세 도입을 요구하는 등 디지털통상규범 형성에 적극 참여하고 있다.²⁰⁾ 한편, 중국은 독자적인 시장과 규제체제를 추구하며, 대외적으로는 데이터 이전에 대한 강력한 제한, 서버 현지화 등 디지털무역에 제한적인 입장을 나타내고 있다.²¹⁾ 특히, 중국 정부의 디지털 환경 전반에 대한 제한적 입장은 경제와 통상의 문제를 정치 및 안보의 문제로 확대시켜 보편적 디지털통상규범을 마련하기 위한 국제사회의 노력을 어렵게 만드는 요소로 평가된다.

Ⅲ. 디지털무역과 다자규범

1. WTO와 디지털통상규범의 형성

(1) 논의 동향

WTO에서 디지털무역에 대한 논의의 출발은 1998년 5월 제2차 WTO 각료회의에서 이

른 디지털무역 관련 FTA/RTA에 상당한 영향을 주었다.

17) 2019년 미무역대표는 “미국은 디지털 교역분야에서 최고의 경쟁력을 지니고 있으므로 미국의 무역정책은 이와 같은 사실을 반영해야 한다.”고 명시적으로 언급하고 있다. USTR, *2019 Trade Policy Agenda and 2018 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program*, March 2019, p.13.

18) 예를 들어, EU의 일반데이터보호규칙(General Data Protection Regulation: GDPR)은 개인정보 보호를 위한 법령으로, 정보주체의 권리와 기업의 책임성 강화, 개인정보의 EU역외이전 요건 명확화 등을 주요 내용으로 한다. 동 규칙은 원래 역내 단일시장 육성을 위한 장치였으나 회원국과 교역하는 외국 기업에도 동 규칙이 적용되어 대외적으로는 디지털무역의 규제적 요소로서의 성격도 갖게 되었다.

19) 권현호, “디지털콘텐츠무역에 대한 통상법적 논의의 성과와 한계”, 「국제법평론」 2011-II (통권 제34호), 2011년 10월, 50~51면, 73~75면 참조.

20) KOTRA, 앞의 주4), 10면.

21) 중국을 포함하여 앞서 미국과 EU 등 디지털통상규범에 대한 주요 국가들의 입장에 대한 보다 자세한 내용은 박노형·정명현, “디지털통상과 국제법의 발전”, 「국제법학회논총」 제63권 제4호, 2018년, 200~205면 참조.

루어진 ‘세계전자상거래선언’에서 비롯되었다.²²⁾ 동 선언에 따라 일반이사회는 1998년 9월 WTO에서의 구체적인 전자상거래 논의계획을 담은 작업계획을 채택하고,²³⁾ 무역과 관련된 전자상거래의 다양한 측면을 검토하였다. 그러나 1999년 11월 제3차 시애틀(Seattle) 각료회의의 실패 이후 WTO에서의 전자상거래 논의는 상당기간 답보상태에 머물렀다. 이후 2000년 7월 일반이사회는 WTO 전자상거래 작업계획을 다시 시작할 것을 결정하고, 각 이사회는 일반이사회에 그 결과를 보고하도록 하였다.²⁴⁾ 이에 따라 2001년 5월 일반이사회에서 회원국들은 분류문제를 포함한 전자상거래의 중복쟁점(cross-cutting issues)을 일반이사회 중심으로 논의를 지속하기로 결정하고, 동년 6월 첫 회의를 개최하였다.²⁵⁾ 한편 동년 11월 카타르 도하(Doha)에서 개최된 제4차 WTO 각료회의는 WTO에서 전자상거래 논의를 다시 활성화 시키는데 중요한 계기가 되었다.²⁶⁾ 그러나 WTO는 제11차 각료회의에 이르기까지 디지털무역에 대한 구체적 논의 결과를 도출하지 못하였다. 이후 WTO 회원국들은 제11차 각료회의에서 ‘전자상거래 공동선언’을 채택하여²⁷⁾ 기존 전자상거래 작업계획에서 확인된 내용뿐만 아니라 전자상거래를 통한 무역원활화 측면에서 모든 활동을 포함하여 협상을 계속하기로 결정하였다.²⁸⁾ 이하에서는 지금까지 협상을 통해 논의된 주요 쟁점을 소개하고 평가한다.

(2) 디지털제품과 분류

디지털제품(digital products)이란 인터넷 등 전자적 전송수단인 네트워크를 통하거나 또는 CD나 DVD 등 물리적인 저장매체에 체화되어 무역이 가능한 책, 음반, 영화, 드라마, 게임, 소프트웨어 등 디지털화가 가능한 모든 제품을 아우르는 용어로 이해된다.²⁹⁾ 다만, 여기에서 분류(classification) 문제가 제기되는 제품은 “전자적으로 전달되거나 전송되는 제품”으로 한정된다.

전자적으로 전송되는 디지털제품에 대한 분류 문제의 핵심은 동 제품에 대해 어떤 WTO 규범이 적용되는지 여부이다. 즉, 동 제품의 교역을 상품무역으로 다루어 GATT에 따른 규범을 적용할 것인지, 아니면 이를 서비스의 한 유형으로 파악하여 GATS의 영역에 포함되는지 여부를 결정해야 한다는 것이다.³⁰⁾ 동 쟁점이 중요한 이유는 GATT와 GATS의 무역

22) WTO, *supra* note 8, 동 각료선언은 WTO 일반이사회(General Council)에 전자상거래의 무역 관련 쟁점들을 검토하기 위한 작업계획(Work Programme)을 설정할 것을 결정하고, 회원국들이 전자상거래에 관세를 부과하지 않는 현 관행을 지속할 것을 규정하였다.

23) WTO, *supra* note 9.

24) WTO, G/L/421, 24 November 2000, para. 1.

25) WTO, WT/GC/W/436(*restricted*), 4 July 2001, p.1. 동 회의에서 결정된 ‘중복쟁점’으로는 분류문제 이외에도 개발관련 쟁점, 전자상거래의 재정적 함의, 전자상거래와 전통적 상거래와의 관계, 관세의 부과, 경쟁문제 및 관할권과 준거법 등이 있다.

26) WTO, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001, para. 34.

27) WTO, JOINT STATEMENT ON ELECTRONIC COMMERCE, WT/MIN(17)/60, 13 December 2017.

28) WTO, WORK PROGRAMME ON ELECTRONIC COMMERCE, MINISTERIAL DECISION OF 13 DECEMBER 2017, WT/MIN(17)/65, WT/L/1032, 18 December 2017.

29) 권현호, ‘디지털제품의 국제교역과 무역구제’, 『IT와 법 연구』, 제17집, 2018년 8월, 221면.

30) 한편, 2001년 일본과 싱가포르가 WTO 전자상거래 작업계획에서 제안한 제3의 혼합방식(hybrid approach)도 분류문제를 해결하기 위한 하나의 논의로 제시되기도 하였다. 이는 디지털제품을 일단 서비스로 간주하되 동 제품에 대한 시장접근은 GATT 수준으로 보장하자는 것을 핵심 내용으로 한다. 따라서 일본과 싱가포르는 GATS에서도 무조건적인 최혜국대우를 부여하고, 내국민대

자유화 방식이 회원국의 경제적 주권 또는 자율성 등에 기초하여 상당한 차이를 나타내기 때문이다. 그러나 이에 대해 WTO 전자상거래 협상에서는 아직 합의된 내용이 없는 일종의 규범의 혼란 또는 부재 상태에 있다.

(3) 디지털제품, 전자적 전송과 관세유예

디지털제품에 대한 분류문제가 해결되지 않은 상황에서 WTO 회원국들은 1998년 ‘세계 전자상거래선언’을 통해 전자적 전송에 관세를 부과하지 않는 현재의 관행을 유지한다는 선언을 하였다. 그러나 이러한 관세유예선언은 좀 더 복잡한 문제를 내포하고 있다. 우선 회원국들은 관세를 부과하지 않는 대상을 ‘전자적 전송’(electronic transmissions)이라고 표현하였다. 그렇다면 여기서 말하는 ‘전자적 전송’은 일견 일종의 전달수단을 의미하는 것으로 보인다. 그러나 이러한 해석에 따르면 전자적으로 전송되는 서비스는 기본적으로 관세부과의 대상이 아니라는 점에서 의미가 없다. 그렇다면 쟁점이 되는 부분은 과연 관세유예선언에서 의미하는 전자적 전송에 그 전달 대상인 디지털콘텐츠가 포함되는지 여부이다. 그러나 이러한 문제에 대해 WTO 회원국 사이에서는 어떤 합의도 없었다. 따라서 현재 적용되고 있는 관세유예협약의 엄밀히 말해 법적 합의가 아닌 일종의 정치적 합의에 불과하며 또한 잠정적 성격의 합의에 불과하다는 한계를 갖는다. 따라서 이를 이행하지 않는 회원국에 강제할 수 없다는 견해도 존재한다.³¹⁾

또한 동 관세유예선언으로 전자적으로 전송되는 디지털제품과 물리적으로 교역되는 제품 사이에 차별의 문제가 제기될 수 있다. 즉, 동 선언에 따르면 디지털제품은 관세부과의 대상이 아니지만, 물리적 방법으로 전달되는 동종제품은 관세부과의 대상이 된다면 이는 전달방식에 따른 차별에 해당한다. 이는 WTO가 일관된 입장을 보이고 있는 소위 ‘기술중립성’(technological neutrality) 원칙에도 벗어난다. 그러나 기술중립성 개념은 회원국들이 부담해야 하는 일반적 의무나 구속력이 있는 법원칙이 아니라 WTO 협정에 명시적으로 규정되지 않는 동종성(likeness) 판단을 위한 개념이라는 측면에서 한계를 갖는다. 결국, 동 사안은 매 각료회의에서 회원국들이 관세부과 유예를 연장하는 합의를 통해 해결하고 있으나,³²⁾ 이는 어디까지나 임시방편에 불과하고, 이의 제도적 영구화에는 아직 합의가 이루어지지 않고 있다.

(4) 디지털무역과 GATS의 해석

우선 전자적 전송으로 이루어지는 디지털무역에 GATS가 적용되는지에 대하여 WTO 전자상거래 논의는 명확한 입장에 도달하지 못한 것으로 보인다. 그러나 ‘미국-도박 및 내기 서비스’ 사건에서 패널과 상소기관은 도박 및 내기서비스의 인터넷을 통한 공급은 미국이

우나 수량제한의 금지가 허용되면 논의 중인 디지털제품의 분류문제에 대한 논의는 의미가 없어진다고 주장하였다. 일본의 주장에 대해서는 WTO, JOB(01)/90, 15 June 2001, para. 2.1 그리고 싱가포르의 주장에 대해서는 WTO, WT/GC/W/247, 9 July 1999, para. 14 참조.

31) Inside US Trade, “WTO Members Reach Standstill Pact on Duty-Free Electronic Commerce”, 22 May 1998.

32) 가장 최근에 있었던 제11차 WTO 각료회의에서도 전자적 전송에 관세를 부과하지 않는 현 관행을 연장하기로 다시 합의하였다. WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Ministerial Decision of 12 December 2017, WT/MIN(17)/65, WT/L/1032, 18 December 2017.

약속한 양허범위에 포함되며, 인터넷을 통해 이루어지는 서비스무역의 공급에 대해서도 GATS가 적용될 수 있다는 점을 확인하였다.³³⁾

만약 이와 같이 디지털무역에 GATS가 적용된다면, 그 다음으로 전자적 전송을 통해 이루어지는 디지털무역은 서비스 공급유형 중 어디에 해당하는지 여부가 쟁점으로 제기될 수 있다. 동 쟁점이 중요한 이유는 서비스 공급유형에 따라 자유화의 정도가 차이를 나타내기 때문이다.³⁴⁾ 이에 따라 WTO 논의 과정에서도 전자적으로 전송되는 서비스의 공급유형을 두고 국경 간 공급과 해외소비 사이에서 많은 논쟁이 있었으나 결국 합의에 이르지 못하는 상태였다.³⁵⁾ 다만, 앞서 언급한 ‘미국-도박 및 내기서비스’ 사건에서 패널과 상소기관은 인터넷을 통한 도박 및 내기서비스의 전자적 전송은 국경 간 공급에 해당한다는 평결을 내린 바 있다.³⁶⁾

디지털제품이나 전자적으로 전송되는 서비스에 GATS가 적용되고, 동 서비스가 국경 간 공급에 해당한다 하더라도 과연 디지털무역이 GATS의 어떤 서비스 약속에 해당하는지 여부는 또 다른 쟁점이 된다. 이러한 쟁점이 제기되는 이유는 현재 국가들이 약속한 양허표상의 서비스 분류와 실제 현실에서의 서비스 분류 사이에 차이가 있기 때문이다. 따라서 이 문제의 핵심은 국가들이 디지털제품 또는 전자적으로 전송되는 서비스에 기초한 디지털무역의 대상에 대하여 이미 구체적 약속을 하였는가 아니면 이것이 완전히 새로운 서비스에 해당하는가의 문제이다. 이는 다른 측면에서 볼 때는 디지털무역의 대상이 되는 디지털제품이나 전자적으로 전송되는 서비스가 ‘서비스 분야별 분류목록’에 일치하는 항목이 없을 수 있다는 점이다.³⁷⁾ 따라서 이러한 문제들로 인하여 국가들이 디지털무역의 객체를 구체적으로 약속하였는지는 여전히 논쟁의 대상이 될 수 있고, 적어도 그 해결은 매 사안마다(case by case) 구체적인 분쟁해결 과정을 통해 논의가 이루어질 수밖에 없을 것이다.³⁸⁾

한편, 이러한 논의는 전자적으로 전송되는 서비스와 전통적 방식에 의해 제공되는 서비스가 동종서비스임을 전제로 한다. 기술중립성에 근거하여 양 서비스가 동종서비스라는 견해에 대해 WTO는 서비스의 전달방식이 동종성(likeness)을 판단하는데 있어 중요한 변수가 아니라는 점을 언급하였지만,³⁹⁾ WTO 차원에서 어떠한 공식적 입장도 아직 합의된 바

33) WTO, *United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/R, 10 November 2004, paras. 6.338 및 7.2(b) 및 WT/DS285/AB/R, 7 April 2005, para. 223 참조. 다만, 동 사건의 패널의 평결은 이 사건이 갖고 있는 특수한 상황에 직접 적용되는 것으로 여기에서 결정되지 않은 내용들에 대하여 회원국들은 패널의 결정을 일반화 하지 말 것을 강조하고 있다. *Id.*, para. 7.4. 동 사건에 대한 보다 구체적인 쟁점별 분석은 권현호, “WTO 최초의 전자상거래 분쟁: 미국-도박 및 내기서비스에 영향을 미치는 조치 사건”, 『통상법률』, 통권 제63호, 2005년 6월 참조.

34) Sacha Wunsch-Vincent, *The WTO, the Internet and Trade in Digital Products: EC-US Perspectives*, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p.67.

35) WTO, S/C/W/68, 16 November 1998, para. 6ff 참조.

36) WTO, *supra* note 33 참조.

37) 서비스 분류의 유효성 문제점에 대한 보다 자세한 설명은 Sacha Wunsch-Vincent, *supra* note 34, pp. 72~75 참조.

38) 예를 들어 ‘미국-도박 및 내기서비스’ 사건에서 미국은 인터넷을 통해 이루어지는 도박 서비스를 약속한 적이 없다고 주장하였다. 그러나 패널은 미국의 양허표는 도박이나 내기서비스에 대한 구체적 약속을 포함하는 것이라는 취지의 평결을 내렸다. 한편, 동 평결에 대해 미국은 즉각 상소하였으나 상소기관도 마찬가지로 비록 약간의 이유의 차이는 있었지만 도박이나 내기서비스가 미국의 구체적 약속에 포함된다는 패널의 평결을 지지하였다. 동 쟁점에 대한 패널과 상소기관의 평결에 대해서는 WTO, *supra* note 33, para. 6.93, 6.106~6.109, 6.134~6.136 (패널보고서) 및 paras. 198~201, 208 및 231 (상소기관 보고서) 참조.

는 없다.⁴⁰⁾ 즉, WTO의 ‘기술중립성’개념에 따르면, 전자적 수단에 의한 서비스의 공급과 기존에 이루어졌던 비전자적 수단에 의한 서비스의 공급 간 차이가 서비스 자체의 변경이 아닌 단지 전달수단에만 있는 경우라면 이러한 차이는 양 서비스 간의 동종성에 영향을 준다고 볼 수 없다.⁴¹⁾

마지막으로, 디지털무역의 대상인 디지털제품 또는 전자적으로 전송되는 서비스가 GATS의 적용 대상이 되고 회원국의 구체적 약속을 통해 양허표에 기재되어 있더라도 WTO 회원국은 GATS 제XIV조에 근거하여 무역제한 조치를 취할 수 있다. 다만, 이 경우 쟁점은 GATS 제XIV조(a)에서 규정하는 ‘공중도덕 보호’ 또는 ‘공공질서 유지’를 위해 디지털무역 자체를 제한하는 것이 가능한지 여부이다. 이에 대해 ‘미국-도박 및 내기서비스’ 사건에서 상소기관은 도박서비스를 금지하는 미국의 국내법이 공중도덕의 보호를 이유로 하는 GATS 제XIV조 상의 예외로 인정될 수 있으며 두문(chapeau)의 요건에도 충족한다고 평결하였다.⁴²⁾ 이러한 평결은 비록 디지털무역 관련 서비스의 전면개방을 약속한 회원국이라 하더라도 자국의 합법적 정책목적을 추구하기 위해 필요한 경우 GATS 제XIV조에 근거하여 제한조치를 취할 수 있음을 의미한다.⁴³⁾

(5) 최근 논의동향과 함의

2017년 12월 제11차 각료회의에서 채택된 ‘전자상거래 공동성명’과, 전자상거래 작업계획에 따른 각료결정에 따라 2018년 3월부터 WTO는 비공식적으로 디지털무역의 다양한 쟁점들에 대한 협상을 진행하였다.⁴⁴⁾ 이후 WTO는 기존 전자상거래 작업계획에 따른 미해결 쟁점뿐만 아니라, 디지털무역과 전자상거래의 촉진, 개방성과 디지털무역, 신뢰와 디지털무역 그리고 공통이슈 등 주요 4가지 주제와, 세부주제로 데이터의 국경 간 이전의 자유, 서버 로컬화 금지 등 최근 디지털무역에서 등장하는 자유화 요소를 포함하는 다양한 쟁점들에 대한 논의를 진행하였다.⁴⁵⁾

이에 따라 WTO는 2018년부터 수차례 비공식 회의를 가졌으나 구체적 합의를 이루지는 못하였다. 다만, 2018년 12월 개최된 9차 회의에서 의장국인 호주는 지금까지의 비공식 회의가 다양한 쟁점들에 대한 협상 참여국들의 이해를 높였고, 향후 WTO 차원의 협상 진

39) WTO, Progress Report to the General Council, S/L/74, 27 July 1999, para. 8.

40) 이한영, “전자적 서비스무역에 관한 통상규범: WTO 및 FTA의 성과”, 『통상법률』, 통권 제81호, 2008년 6월, 129면 참조. 한편 ‘미국-도박 및 베팅서비스’사건에서도 패널은 전자적으로 전송되는 서비스가 비전자적으로 전달되는 서비스와 비교하여 동종인지 여부에 대해서는 어떤 결론도 내리지 않았으며, 국내사업자와 외국사업자가 전자적으로 전달하는 서비스의 동종성 문제에 대해서도 직접적으로 거론하지 않았다. WTO, *supra* note 33, paras. 6.25~6.28 및 6.425~6.426 (패널보고서) 참조.

41) 이는 기술중립성 개념을 중요시하는 견해로 전자적 수단과 비전자적 수단의 차이는 옷을 소비자에게 전달함에 있어 차량에 의해 운반할지, 항공기로 운반할지의 문제와 유사한 정도에 불과하다는 것이다. Aaditya Matto and Ludger Schuknecht, *Trade Policies for Electronic Commerce*, Policy Research Working Paper Series 2380, World Bank, June 2000, pp. 15~16. 이한영, 앞의 주, 128면 참조.

42) WTO, *supra* note 33, para. 229 (상소기관 보고서).

43) 다만, 이러한 제한조치가 GATS 제XIV조에 합치하는 방식으로 이루어져야 함은 물론이다. 즉, 이를 위해서는 동 사건의 경우 우선 일차적으로 소위 ‘필요성 테스트’(necessity test)를 통과해야 하고, 동시에 GATS 제XIV조 두문(chapeau)의 요건을 충족해야 한다.

44) WTO, *supra* note 27 및 28 참조.

45) 이에 대하여는 김흥종, “디지털 무역 규범의 국제 논의와 한국의 대응”, 『통상법률』, 통권 제149호, 2020년 11월, 4면 및 이종석, “디지털 통상규범 정립 지연 이유와 우리나라 디지털 통상정책에 시사점”, 『물류학회지』 제29권 제1호, 2019년 2월, 67면 <표 1>등 참조.

행을 위한 공감대 형성에 기여했다고 평가하였다.⁴⁶⁾ 또한 2019년 1월 비공식 WTO 각료 회의에서 참가국들은 동 협상이 개도국을 포함한 모든 WTO 회원국들에게 도전과 기회를 제공할 것이라는 내용의 공동성명을 발표하기도 하였다.⁴⁷⁾ 이에 따라 협상 참가국들은 제12차 WTO 각료회의까지 기존 전자상거래의 미해결쟁점뿐만 아니라 데이터 이전, 서버 장소에 대한 문제, 온라인 소비자 보호 등 디지털무역의 다양한 쟁점들에 대하여 논의하고 그 결과를 전자상거래 협정으로 담기위한 노력을 진행 중이나,⁴⁸⁾ 2022년 1월 현재 제12차 WTO 각료회의는 무기한 연기되었고, 동 협상은 여전히 진행 중에 있다.

2. OECD와 디지털경제규범의 성과

과거 OECD가 다루었던 전자상거래 관련 쟁점들은 조세, 전자서명, 인증, 소비자보호 및 개인정보 보호 등 국가 간 협력의 필요성이 큰 분야에 집중되었다. 이러한 OECD의 관심은 정보통신기술(ICT)의 발전과 더불어 최근에는 인공지능, 블록체인, 광대역통신 등 디지털경제 전반으로 논의의 폭을 넓히고 있다.⁴⁹⁾ 특히, 최근 다국적 디지털 기업이 국외에 서버를 두고 소비지 국가에는 물리적 사업장을 두지 않거나, 매출을 조세 혜택이 많은 국가로 이전하여 법인 소득세가 제대로 과세되지 않는 문제가 발생하자 OECD와 G20은 다국적 디지털 기업의 조세회피에 대한 국제적 공동대응을 위해 2015년부터 '세원잠식 및 수익이전'(Base Erosion and Profit Shifting: BEPS) 프로젝트를 추진하였으며, 소위 '디지털세'(Digital Tax)는 동 프로젝트의 가장 중요한 주제가 되었다.

이미 1999년 캐나다 오타와(Ottawa) 전자상거래 각료회의에서 OECD는 전자상거래 과정에서 나타나는 세금은 차별적 방법으로 과세되어서는 안된다는 점을 명시하였다.⁵⁰⁾ 그러나 고도화 된 디지털경제에서 기업의 물리적 실재를 전제로 한 고정 사업장의 의미를 찾기는 어려워졌고, 이를 기초로 조세를 회피하려는 글로벌 디지털기업의 과세 문제는 점차 디지털경제의 핵심 쟁점으로 제기되었다.⁵¹⁾ 이에 따라 2021년 10월 소위 '포괄적 이행체제'(Inclusive Framework: IF)는⁵²⁾ 글로벌 기업의 총 소득에서 시장 소재지국별 소득을 구분하여 시장 소재지국의 과세권을 인정하는 연계기준을 설정하는 '통합접근법'(Pillar 1)과, 세원잠식의 방지를 위한 '글로벌 최저한세율'(Pillar 2)을 주요 내용으로 하는 'OECD

46) 예를 들어, 전자인증의 효력인정, 서류 없는 무역 등 기존 전자상거래 촉진과 관련된 주제에 대해서는 협상 참여국들 간에 이견이 크지 않았으나, 국경 간 데이터 이전의 자유화, 시장접근 개선 방안, 전자적 전송에 대한 무관세 등 자유로운 디지털무역 활동과 관련된 쟁점들에 대해서는 자유화를 주장하는 미국, 일본, 싱가포르, 호주 등의 그룹과 이에 반대하는 중국을 비롯한 개발도상국 그룹 간의 견해 차이가 크게 나타났다. 이종석, 앞의 주.

47) WTO, JOINT STATEMENT ON ELECTRONIC COMMERCE, WT/L/1056, 25 January 2019.

48) WTO, News "Negotiations on e-commerce advance, eyeing a statement at MC12", 10 November 2021. https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/ecom_10nov21_e.htm (2021년 12월 18일 최종접속)

49) OECD에서의 디지털 분야의 정책협력에 대한 일반적인 내용은 <https://www.oecd.org/digital> (2021년 12월 19일 최종접속) 참조.

50) OECD, OECD MINISTERIAL CONFERENCE "A BORDERLESS WORLD: REALISING THE POTENTIAL OF GLOBAL ELECTRONIC COMMERCE", OTTAWA, 7-9 October 1998, SG/EC(98)14/FINAL, 18 December 1998. p.9.

51) 최서지, "글로벌기업 과세에 관한 국제적 논의 동향", 최신 외국입법정보, 2021-19호(통권 제 168호), 2021년 8월 10일, 3면.

52) BEPS의 이행 문제를 논의하는 회의체로, 139개국이 참여하여 Pillar 1과 Pillar 2의 논의를 주도한다. 앞의 주, 4면 각주2) 참조.

디지털세 합의안'을 발표하였다.⁵³⁾ 동 합의문은 Pillar 1과 Pillar 2에 관한 합의문과 이행 계획을 다룬 부속서(Annex)로 이루어졌으며,⁵⁴⁾ 2022년 다자협약과 모델규칙의 개발, 각국의 입법과정 등을 거쳐 2023년 이후 발효될 것으로 예상된다.⁵⁵⁾

동 합의에서의 핵심은 Pillar 1과 Pillar 2로 구성된 과세시스템에 있다. 이중 Pillar 1의 통합접근법은 과세권을 매출이 발생한 국가에 배분한다는 것이다. 즉, 국가마다 디지털 분야에 대한 적용대상과 과세비율이 다르기 때문에 통합접근법을 통하여 예측가능한 조세의 일관성을 확보한다는 것이 Pillar 1의 핵심이다.⁵⁶⁾ 이에 따라 Pillar 1에서는 적용대상기업(Scope), 과세연계점(Nexus), 배분량(Quantum), 매출귀속 기준(Revenue sourcing), 사업구분(Segmentation), 조세확실성(Tax certainty), 일방주의적 조치(Unilateral measures), 이행계획(Implementation) 등에 대한 합의가 이루어졌다.⁵⁷⁾ 한편, 글로벌 최저한세 도입을 주요 내용으로 하는 Pillar 2는 조세피난처 등을 활용한 글로벌 기업의 조세회피를 규제하기 위하여 법인세 15% 수준을 최저한으로 규정한다. 이는 법인세 인하경쟁을 감소시키고 경영환경의 중요도에 초점을 맞추기 위함이다.⁵⁸⁾ 이에 따라 Pillar 2에서는 기본체계(Overall design), 적용대상기업(Scope), Pillar 2의 지위(Rule status), 이행(Implementation), GloBE 규칙(Rule design), 원천지국과세규칙(STTR), 실효세율 계산(ETR calculation), 최저한세율(Minimum rate), 적용 예외(Carve-outs), 단순화(Simplifications) 등에 대해 합의하였다.⁵⁹⁾ 다만, 이러한 합의에 일부 개발도상국들은 참여하지 않았고, 이행계획에 명시된 대로 각국이 2023년에 Pillar 1과 Pillar 2 구상을 실현할 수 있을지 여부는 불확실하지만, 그럼에도 불구하고 디지털경제의 특성을 반영한 새로운 국제조세 시스템의 도입은 이루어질 것으로 전망된다. 또한 Pillar 1과 Pillar 2의 성공적인 시행을 위해 향후 국가 간 공조와 정보 교환 등 협력은 더욱 중요해질 것이다.

3. 다자규범 논의의 한계와 가능성

디지털무역을 규율하는 다자통상규범은 결국 WTO에서의 전자상거래 협상과 그 결과가 주된 내용을 이룬다. 지금까지 살펴본 WTO 논의가 갖는 한계를 간략히 평가하면, 우선 디지털무역 자체가 갖는 기본적 속성과 전자적 전송에 대한 관세유예 선언은 WTO 규범의 해석과 새로운 디지털규범의 정립에 어려움을 가져왔다. 게다가 WTO가 갖는 다자주의 시스템은 다자간 디지털통상협정과 같이 국가이익이 첨예하게 대립하는 분야에서는 제대로 작동하지 못하는 측면을 보여주기도 한다. 또한 이러한 다자주의 논의 구도 하에서 디지털

53) OECD, Press Release, "International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age", 8 October 2021.

54) OECD, Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, 8 October 2021.

55) 예상준, "최근 디지털세 논의 동향과 시사점"(업데이트), KIEP 오늘의 세계경제, 2021년 10월 13일, 3면 참조.

56) 최서지, 앞의 주51), 4면.

57) OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, "Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy", October 2021, pp. 6-7. 이에 대한 보다 자세한 내용은 예상준·오택현, "최근 디지털세 논의 동향과 시사점", KIEP 오늘의 세계경제, 2021년 7월 9일, 8~9면 참조.

58) 최서지, 앞의 주51), 5면.

59) OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, *supra* note 56, pp. 8~9 및 예상준·오택현, 앞의 주57), 10-11면 참조.

무역의 확산에 따라 제기될 수 있는 각종 부작용에 대한 통상법적 안전장치(safeguard)도 제대로 마련되지 않았고, 이에 대한 논의 역시 충분히 이루어지지 않았다는 점 역시 다자간 디지털통상협정의 정립이 어려운 이유로 제기될 수 있다.⁶⁰⁾

그렇다면 다자간 디지털통상협정의 성립 가능성은 어떠한가? 우선 WTO는 제12차 각료회의의 전까지 전자상거래 협상에서 회원국들의 합의를 이끌어 내기 위한 노력을 계속하고, 적어도 스팸, 전자서명 및 인증, 전자계약 및 온라인 소비자 보호 등에서 합의가 있었음을 강조한다.⁶¹⁾ 그러나 이러한 합의에도 불구하고 제12차 WTO 각료회의까지 완성된 전자상거래 다자규범을 도출하는 것은 현실적으로 어렵다고 보인다.⁶²⁾ 다만, 만약 제12차 각료회의까지 동 분야에서의 합의안이 도출된다면, 이는 그동안 협상참여국 간에 이견이 크지 않았던 분야에 한정될 것이고 해당 합의는 핵심 쟁점들은 빠진 낮은 수준의 합의에 불과할 것이다. 또한, 이러한 다자간 디지털통상협정의 미비로 인한 문제를 해결하기 위하여 양자 및 지역 차원의 FTA나 RTA에 강화된 디지털무역규범을 포함시키는 현 상황은 거꾸로 다자간 차원에서 디지털통상협정의 체결을 더욱 어렵게 만드는 원인이 되고 있다.

그럼에도 불구하고 디지털통상규범 마련을 위한 다자간 협상이 계속되어야 하는 이유는 다음과 같다. 첫째, 디지털무역 분야의 보편적이고 일반적인 통상규범의 필요성이다. 예를 들어, 우루과이 라운드 협상 이전까지 국제사회는 서비스무역에 관하여 부분적, 단편적인 규범들은 존재하였으나 일반적인 통상규범을 갖지 못하였다. 이후 WTO가 공식 출범하면서 GATS가 서비스 분야를 규율하는 일반협정으로 적용되게 되었다. 이와 마찬가지로 현재 다자간 디지털통상규범 협상이 구체적 성과를 내지는 못하지만, 현재의 어려운 상황이 동 규범의 필요성 자체를 저해하는 것은 아니다. 둘째, 디지털통상규범은 보다 많은 국가들에 필요한 것이어야 한다. 현재 WTO 협상에서의 어려움은 주로 미국과 중국, EU 등 소수 국가들에 의하여 제기되고 있다. 그러나 WTO 내에는 디지털무역에 따른 도전과 기회를 얻을 수 있는 다양한 국가들이 존재한다. 특히, 현재 다자간 협상을 주도하고 있는 호주와 일본, 싱가포르 등을 포함한 많은 국가들은 WTO 협상을 통한 기대이익이 상당하다. 또한 개발도상국들의 경우에도 향후 디지털경제의 성장에 맞춰 자국의 이익을 반영할 수 있는 다자포럼에의 참여가 절실한 상황이다. 이러한 이유로 가능한 많은 국가들의 참여하는 보편적이고 일반적인 다자간 디지털통상규범 제정을 위한 노력은 계속되어야 할 것이다.

IV. 디지털무역과 양자 및 지역규범

1. 디지털통상규범의 새로운 경향

WTO를 통한 다자간 디지털통상규범 제정을 위한 협상이 난관에 부딪히자 일부 국가들은 디지털통상규범을 포함하는 다양한 유형의 양자 및 지역무역협정을 통해 동 사안을 해

60) 디지털통상의 부작용 중 안전장치(safeguard)의 부재에 대한 보다 자세한 내용은 이종석, 앞의 주45), 70~72면 참조.

61) WTO, *supra* note 48 참조.

62) 김흥중, 앞의 주45), 5~7면 참조. 다만, 2021년 12월 현재 제12차 각료회의가 무기한 연기되었고, 이에 따라 전자상거래 협상도 그만큼 시간적 여유를 확보하였다는 점이 변수가 될 가능성도 존재한다.

결하고자 하였다. 이러한 노력은 특히 미국과 이에 동조하는 국가들을⁶³⁾ 중심으로 나타났는데, 이는 자국의 디지털 분야의 경쟁력을 바탕으로 FTA 네트워크를 이루고자 하는 미국의 대외전략의 일환으로 볼 수 있다.

이처럼 디지털무역을 규율하는 실질적 규범으로 체결된 FTA 중 의미 있는 첫 사례가 바로 한-미 FTA이다.⁶⁴⁾ 즉, 한-미 FTA는 독립된 전자상거래 장(chapter)을 통한 규율, 특히 디지털제품에 대한 정의와 이에 대한 비차별대우 규정, 온라인 소비자 보호, 인터넷 접근 및 이용의 자유화, 그리고 국경간 정보의 이동 등 현재 디지털무역에서 중요하게 다루는 쟁점들에 대하여 명시적 규정을 두었다.⁶⁵⁾ 이러한 시도는 이후 ‘포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정’(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: CPTPP) 제14장 전자상거래 규범의 기초가 되었다.⁶⁶⁾

CPTPP는 제14장에서 디지털제품에 대한 관세 부과 및 차별대우 금지, 전자인증과 서명, 온라인 소비자 보호, 종이 없는 무역, 전자상거래를 위한 인터넷 접속 및 이용 원칙 등 기존에 논의 되었던 디지털무역 관련 기본적인 규범들을 강화하였다.⁶⁷⁾ 그러나 디지털 통상규범으로서 CPTPP가 중요한 이유는 개인정보의 보호, 국경간 정보 이동과 정당한 공공정책목적 예외, 컴퓨터 설비 현지화 문제, 사이버 보안 문제, 소스코드 개방 요구 등 최근 디지털무역에서 제기되는 디지털무역의 자유화와 관련된 요소들에 대하여 명시적 규정을 두어 디지털통상의 범위를 넓혔다는데 있다.⁶⁸⁾ 또한 CPTPP의 디지털무역 관련 내용들은 미국-멕시코-캐나다협정(United States-Mexico-Canada Agreement: USMCA)에 대부분 수용되었고,⁶⁹⁾ 이후 디지털통상규범들에서 핵심 조항으로 채택되고 있다는 사실은 디지털통상규범의 발전 과정에서 중요한 의미를 갖는다.⁷⁰⁾

한편, USMCA는 제19장 제목을 디지털무역(Digital Trade)이라 하여 기존 전자상거래의 틀을 벗어나 본격적인 디지털통상규범의 강화를 추구하였다.⁷¹⁾ USMCA의 제19장 디지털 무역은 전반적으로 앞선 CPTPP의 전자상거래 조항들을 대부분 수용하였다. 다만, 동 협정은 컴퓨터 설비 현지화 조항에서 기존 CPTPP에는 명시되었던 ‘정당한 공공정책목적 예외’ 규정이 삭제된 점이 눈에 띈다.⁷²⁾ 또한 콘텐츠를 제공하는 인터넷 서비스 공급자들이 해당 플랫폼에 게재되는 콘텐츠에 대해 책임이 없음을 명시적으로 규정하는 조항을 추가하기도

63) 소위 ‘like-mind countries’로 불리는 이 국가들로 호주, 일본, 싱가포르 등이 대표적이다.

64) 한-미 FTA는 2007년 6월 미국 워싱턴(Washington D.C.)에서 서명되었으며, 국내 비준절차 등을 거쳐 2012년 3월 발효되었다. 이후 2018년 개정협상을 통해 2019년 1월 한-미 FTA 개정의 정서가 발효되었다.

65) 한-미 FTA 제15장, 제15.3조, 제15.5조, 제15.7조 및 제15.8조 등 참조.

66) 포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정(CPTPP)은 기존에 미국과 일본이 주도하던 환태평양경제 동반자협정(Trans-Pacific Strategic Economic Partnership: TPP)에서 미국이 빠지면서 일본 등 아시아-태평양 지역 11개국이 추가로 참여한 경제동맹체로, 현재 일본, 캐나다, 호주 등 총 11 개국이 참여하고 있으며, 2018년 12월 발효되었다.

67) CPTPP, 제14.3조, 제14.4조, 제14.6조, 제14.7조, 제14.9조 및 제14.10조 등 참조.

68) CPTPP, 제14.8조, 제14.11조, 제14.13조, 제14.14조, 제14.16조 및 제14.17조 등 참조.

69) USMCA는 기존 북미자유무역협정(North America Free Trade Agreement: NAFTA)을 대체하여 2018년 9월 체결된 협정으로 2020년 7월 발효하였다.

70) 김민정, “디지털통상 규범 발전과 통상법 쟁점 연구”, 『통상법무정책』, 제1호, 2021년 5월, 63~64면 참조.

71) Mira Burri, *Data Flows and Global Trade Law: Tracing Developments in Preferential Trade Agreements, Big Data and Global Trade Law*, Cambridge University Press, 2020, p.16.

72) USMCA, 제19.12조 참조.

하였다.⁷³⁾

이러한 디지털무역에 대한 통상규범화 노력은 FTA의 일부가 아닌 독립적인 디지털무역 협정을 마련하는 단계로 발전하였다. 즉, 2019년 미국과 일본이 체결한 미-일 디지털무역 협정(Agreement between the United-States of America and Japan concerning Digital Trade)은⁷⁴⁾ 앞서 미국이 다루었던 CPTPP와 USMCA에서의 디지털무역 관련 규범들을 포함하여 보다 포괄적인 쟁점들을 다루면서, 이를 FTA가 아닌 독립된 협정으로 다룬 최초의 사례라는 점에 의미가 있다.⁷⁵⁾ 특히 동 협정은 USMCA 수준의 규범을 서비스 개방여부에 관계없이 적용하며, 금융서비스 관련 컴퓨터 설비 현지화 의무를 금지하고, 알고리즘 공개 및 강제이전·특정 암호화 기술 강제 금지 등 금융서비스 관련 내용을 특화하였다.⁷⁶⁾

디지털무역을 규율하는 실질적 규범형성을 위한 노력은 이제 미국을 제외한 다른 국가들에게까지 영향을 주었고, 2020년 6월 새로운 디지털무역협정인 ‘디지털경제동반자협정’(Digital Economy Partnership Agreement: DEPA)이 체결되었다.⁷⁷⁾ 동 협정은 디지털규범이라는 측면에서는 기존 CPTPP의 전자상거래 장(chapter)과 유사하다. 그러나 동 협정은 그동안의 디지털무역에 대한 규범형성의 발전과정을 통해 나타난 다양한 쟁점들은 몇 가지 모듈(module)로 구분하고,⁷⁸⁾ 그 속에서 세부적인 조항들을 두는 방식으로 디지털 통상규범을 마련하였다. 특히, DEPA는 기존 규범들에 공통적으로 나타나는 통상규범들에 더하여 새로운 디지털기술에 대한 문제와, 국가들 사이의 디지털무역 원활화에 대한 협력 부분에도 많은 규정을 두었다.⁷⁹⁾

또한 호주와 싱가포르 간에 체결된 디지털경제협정(Australia-Singapore Digital Economy Agreement: ASDEA) 역시 앞선 DEPA와 마찬가지로 디지털무역을 포함하는 디지털경제 전반에 대한 양자협정으로 체결되었다.⁸⁰⁾ 동 협정은 디지털무역과 관련된 최신 동향을 반영하여 CPTPP에서 데이터 이동의 자유화와 컴퓨터 설비 현지화 조항에서 제외되었던 금융서비스 분야를 포함시켰고, 소스코드에 대한 내용을 강화한 것이 특징이다.⁸¹⁾

이처럼 양자 및 지역 차원에서 이루어지는 디지털무역에 대한 통상규범은 형식상으로는 FTA의 전자상거래 장(chapter) 또는 조항에서 시작하여 이제는 독립된 디지털무역협정에 이르기까지 발전하고 있다. 또한 내용의 측면에서도 전자상거래 원활화 등 협력 수준에서 데이터의 이전, 개인정보의 보호, 온라인 소비자의 보호, 컴퓨터 설비의 현지화, 소스코드 공개 여부 등 무역자유화를 위한 필수 논의를 거쳐, 이제는 인공지능과 핀테크(FinTech)

73) USMCA, 제19.17조 참조.

74) 미-일 디지털무역협정은 2019년 10월 서명되었으며, 2020년 1월 발효되었다.

75) 김민정·양인창, “디지털무역 표준 논의 동향과 시사점”, KITA 통상리포트, vol.6, 2021년 2월, 23면.

76) 미-일 디지털무역협정, 제12조, 제13조, 제17조 및 제21조 등 참조.

77) DEPA는 디지털무역에 대한 공통규정, 기준 등에 대하여 싱가포르, 칠레, 뉴질랜드 등 3국이 체결한 협정으로 2020년 6월 서명되었고, 동년 12월 발효되었다.

78) 대표적으로 DEPA는 모듈2 ‘사업 및 무역 원활화’, 모듈3 ‘디지털제품 및 관련 쟁점에 대한 대우’, 모듈4 ‘데이터 이슈’, 모듈6 ‘기업 및 소비자 신뢰’, 모듈8 ‘새로운 트렌드와 기술’ 등 총 16개 모듈로 디지털무역과 관련된 전반적인 쟁점들을 다루고 있다.

79) 예를 들어, DEPA는 디지털 개인 식별의 문제(제7.1조), 핀테크(제8.1조), 인공지능(제8.2조) 등 새로운 디지털환경에 따른 문제들과, 전자송장(제2.5조) 및 특송 운송의 문제(제2.6조) 등 무역원활화와 협력에 관한 조항들을 두고 있다.

80) ASDEA는 2020년 3월 체결되었고, 동년 12월 발효하였다.

81) ASDEA, 부속서A, 제23조~제25조, 제28조 등 참조.

등 디지털경제 전반으로 그 범위를 확장해 나가고 있으며, 규범의 질적 측면에서도 단순한 협력조항에서 이제는 많은 부분에서 당사국들의 의무를 규정하는 명실상부한 디지털통상규범으로 발전하고 있다.

2. 주요 내용 및 평가⁸²⁾

(1) 전자적 전송물에 대한 무관세

디지털무역에서 전자적으로 전송되는 디지털제품(또는 서비스)에 대한 무관세는 현재 WTO에서도 일련의 선언으로 계속해서 유지되고 있다. 이러한 상황은 동 관행이 이제는 보편적인 의무로서 받아들여진다는 묵시적 합의를 의미한다고 해석이 가능하다. 이는 한-미 FTA에서 당사국의 의무로 명시하고 있고,⁸³⁾ CPTPP에서도 당사국 간에 디지털무역에 대한 무관세를 의무로 하는 명시적인 규정을 두고 있다.⁸⁴⁾ 또한 이러한 규정은 USMCA나 미일디지털무역협정, DEPA 및 ASDEA 등에서도 이어지고 있다.⁸⁵⁾ 따라서 동 원칙은 향후 체결되는 양자 및 지역 디지털무역협정에서도 계속 이어질 것으로 전망되며, 관련 WTO 협상에서도 법규범 형성 과정에서의 국가들의 관행(practice)의 예로 제기될 수 있을 것이다.

(2) 전자서명 및 인증

전자서명 및 인증의 문제 역시 한-미 FTA에서 규정되었다.⁸⁶⁾ 다만, 한-미 FTA에서의 전자서명과 인증은 당사국들에게 의무가 아닌 권고사항이다. 그러나 CPTPP에서는 “일방 당사국은 서명이 오로지 전자적 형태로 이루어졌다는 점에 근거하여 해당 서명의 법적 유효성을 부정할 수 없다.”고 하여 이를 당사국의 의무로 규정하고 있다.⁸⁷⁾ 그리고 USMCA 나 미일디지털무역협정, 및 ASDEA에서도 전자서명 및 인증은 의무조항으로 되어 있다.⁸⁸⁾ 따라서 비록 DEPA에 구체적 규정이 빠져있기는 하지만, 대부분의 디지털무역협정에서 동 쟁점은 당사국의 의무조항으로 규정되었다고 할 수 있으며, 이러한 경향은 앞으로도 계속 이어질 것으로 보인다.

(3) 종이 없는 무역

82) 이하에서의 쟁점 구분은 2017년 이후 이루어진 WTO 전자상거래 협상에서의 논의 주제에 따라 주요 쟁점을 선별한 것으로 크게 ① 디지털무역의 원활화(전자적 전송물에 대한 무관세, 전자서명 및 인증, 종이 없는 무역), ② 신뢰와 디지털무역(개인정보보호 및 온라인 소비자보호, 소스코드 공개금지, 스팸메시지 규제), ③ 개방성 및 디지털무역의 자유화(데이터의 국경간 이전, 컴퓨팅설비 현지화, 디지털제품의 비차별) 등으로 구분된다. 다만, 본 연구에서는 세부 주제 중 일부 주요 주제만을 다룬다.

83) 한-미 FTA 제15.3조 제1항.

84) CPTPP 제14.3조.

85) USMCA 제19.3조, 미일디지털협정 제7조, DEPA 제3.2조, 및 ASDEA 부속서A 제5조.

86) 한-미 FTA 제15.4조.

87) CPTPP 제14.6조.

88) USMCA 제19.6조, 미일디지털협정 제10조, 및 ASDEA 부속서A 제9조 참조.

디지털무역의 원활화 요소들 중 소위 '종이 없는 무역'(paperless trading)을 위한 당사국들의 의무도 한-미 FTA에서 규정되었다. 한-미 FTA는 동 쟁점에 대하여 "각 당사국은 무역행정문서가 대중에게 전자적 형태로 이용가능 하도록 노력한다. 각 당사국은 전자적으로 제출된 무역행정문서를 종이형식의 그러한 문서와 법적으로 동등한 것으로 수용하도록 노력한다."고 명시하였다.⁸⁹⁾ 다만, 동 조항은 각 당사국이 해당 사안에 대하여 노력할 것을 의무로 하는 소위 '연성법'(soft law)으로서의 특징을 나타낸다는 해석도 가능하다.⁹⁰⁾ 이러한 내용은 CPTPP에서도 동일하게 규정되었다.⁹¹⁾ 한편, USMCA에서는 전자문서와 종이문서와의 동등성만 규정하고 있고,⁹²⁾ DEPA는 종이 없는 무역을 위하여 전자문서에 대한 공개성과, 전자문서와 종이문서의 동등성에 대해서는 의무규정으로 명시하고 있으나, 동 사안과 관련된 데이터 교환 시스템에 대해서는 협력의무로 조항을 구성하고 있다.⁹³⁾ 그 밖에 미일디지털무역협정과 ASDEA에서는 동 쟁점을 명시적으로 규정하지 않았다.

(4) 개인정보 및 온라인 소비자 보호

개인정보 보호와 온라인에서의 소비자 보호는 디지털무역협정의 발전적 양상을 나타내는 주요 분야이다. 우선 한-미 FTA는 개인정보 보호에 대해서는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 또한 온라인 소비자 보호에 대해서는 명문의 규정을 두었으나 그 내용은 당사국 간의 협력을 명시한 수준에 머물고 있다.⁹⁴⁾ 그러나 CPTPP는 개인정보 보호와 온라인에서의 소비자 보호를 당사국 의무로 규정하고 있고,⁹⁵⁾ USMCA에서는 이를 좀 더 구체화하여 관련 국제기구들의 원칙과 지침을 고려하여 개인정보 보호를 위한 법적 구조를 마련해야 하는 의무를 명시하였다.⁹⁶⁾ 한편, 온라인 소비자 보호에 대해서 USMCA는 CPTPP와 거의 유사한 내용을 두고 있다. 다만, USMCA는 온라인 소비자 보호를 제21장 경쟁정책 부분과 연계하여 보다 강화하였다는 특징이 있다.⁹⁷⁾ 한편, 미일디지털무역협정에서 동 사안은 CPTPP의 내용과 거의 동일하게 규정되었다.⁹⁸⁾

개인정보 보호와 온라인 소비자 보호에 대한 규범은 DEPA에서 기존 개인정보 보호에 대한 내용이 데이터의 국경 간 이동과 연계되어 새로운 법적 쟁점으로 발전하였다. 이에 따라 DEPA는 모듈4 데이터 이슈에서 우선 개인정보 보호에 대한 의무규정을 명시하고, 이러한 정보가 전자적 수단에 의해 국경을 넘어 이전되는 경우, 그리고 이러한 개인정보를 담고 있는 컴퓨팅 설비의 위치에 대한 문제까지 하나의 큰 틀에서 해결하고자 하였다.⁹⁹⁾ 이는 단순히 개인정보의 보호를 명시한 것에서 벗어나, 디지털경제의 발전에 따라 개인정보

89) 한-미 FTA 제15.6조 1항 및 2항.

90) 연성법(soft law)의 특징 중 의무를 명시적으로 규정하고 있기는 하지만 그 내용이 협력이나 조화 등에 그치는 경우를 의미한다. 한-미 FTA 동 조항에서는 "Each Party shall endeavor to make ...", "Each Party shall endeavor to accept ..." 등과 같이 노력해야 하는 의무를 명시하고 있다.

91) CPTPP 제14.9조.

92) USMCA 제19.9조.

93) DEPA 제2.2조 제1항~제3항(의무조항) 및 제5항~제11항(협력조항) 참조.

94) 한-미 FTA 제15.5조.

95) CPTPP 제14.7조 2항 및 제14.8조 2항.

96) USMCA 제19.8조 2항.

97) USMCA 제19.7조.

98) 미일디지털무역협정 제14조 및 제15조 참조.

99) DEPA 제4.2조~제4.4조 참조.

보가 디지털무역에서 가치를 갖는 일종의 재화로서 간주될 때 발생할 수 있는 법적 쟁점들을 해결하기 위한 의미 있는 시도라고 평가할 수 있다. 한편, 온라인 소비자 보호에서도 DEPA는 사기와 기만행위를 구체적으로 열거하는 등 이제까지 이루어진 디지털무역협정 중 가장 폭넓은 규정을 두고 있다.¹⁰⁰⁾ 마지막으로 ASDEA 역시 개인정보 보호와 온라인 소비자 보호에 있어 USMCA와 DEPA에서의 내용과 유사한 명시적 규정을 두고 있다.¹⁰¹⁾ 이처럼 개인정보 보호와 온라인 소비자 보호는 디지털경제가 발전함에 따라 규범적으로도 다양한 기준을 통합하여 제도화 되어가는 경향을 나타내고 있다.

(5) 소스코드 공개 금지

소스코드 공개 요구 금지, 또는 강제 기술이전이나 특정 기술 적용 금지 규정은 디지털 무역의 자유화 요소임과 동시에 해당 기술을 보유한 개인 또는 법인의 권리를 보호하는 이중적 질서를 갖는다. 동 쟁점은 CPTPP에서 당사국의 의무사항으로 다루어졌다.¹⁰²⁾ 또한 USMCA도 CPTPP의 소스코드 규정과 유사한 내용의 의무규정을 두고 있다. 특히 USMCA는 기존 CPTPP의 소스코드 공개요구 금지에 더하여 알고리즘에 대한 공개요구도 금지함으로써 보호 범위를 넓히고 있다.¹⁰³⁾ 그리고 미일디지털무역협정 역시 USMCA에서의 소스코드 공개요구 금지 원칙과 유사한 내용을 포함하고 있다.¹⁰⁴⁾ 그러나 미일디지털무역협정이 앞선 디지털무역협정들과 다른 점은 소스코드 공개요구 금지와 별개로 암호화 기술을 사용한 정보통신기술(ICT) 제품에 대해 특정 암호화 기술을 사용하거나 해당 암호화 기술의 공개 요구를 금지하는 의무규정을 두었다는 점이다.¹⁰⁵⁾ 이처럼 ICT 제품에 특정 암호화 기술을 사용하도록 요구하거나, 제품에 사용된 암호화 기술에 대한 정보요구를 금지한 조항은 CPTPP에서는 기술무역장벽(Technical Barriers to Trade: TBT)에서 규정된 내용이 디지털무역협정에 포함된 것으로 앞선 협정들과는 다른 구조적 특징을 나타낸다.¹⁰⁶⁾

한편, DEPA는 소스코드 공개요구 금지에 대한 명시적 규정이 없다. 다만, DEPA는 앞서 미일디지털무역협정에서 나타난 ICT 제품에 대한 정보요구 금지와 유사한 내용을 포함한다.¹⁰⁷⁾ 그러나 동 조항은 직접적인 암호화 기술에 대한 정보요구 금지와는 달리 TBT 규범에 따른 기술규제나 적합성평가 절차적인 측면에서의 접근이 더 강하다는 차이가 있다. 그리고 ASDEA는 지금까지의 논의결과를 종합적으로 정리한 디지털통상규범으로 소프트웨어의 소스코드에 대한 접근과 이전을 요구할 수 없다는 공개요구 금지 원칙을 명시적 의무로 규정하고 있다.¹⁰⁸⁾ 또한 동 협정은 미일디지털무역협정 이후 제기된 암호화 기술을 사용한 ICT 제품을 대상으로 하는 TBT 규범상의 내용 역시 포함하여 동 쟁점을 디지털무역협정의 한 부분으로 다룸으로써 종합적인 보호를 제공하고 있다.¹⁰⁹⁾

100) DEPA 제6.3조.

101) ASDEA 부속서A 제15조 및 제17조 참조.

102) CPTPP 제14.17조 참조.

103) USMCA 제19.16조 1항.

104) 미일디지털무역협정 제17조.

105) 미일디지털무역협정 제21조 3항.

106) 예를 들어 CPTPP 제8장(기술무역장벽) 부속서 8-B는 ICT 제품 관련 내용을 명시하고 있고, 동 부속서의 내용 대부분은 미일디지털무역협정 제21조에 반영되고 있다.

107) DEPA 제3.4조 3항.

108) ASDEA 부속서A 제28조 1항. 다만, 동 협정에서는 USMCA에 규정된 소스코드에 표현된 알고리즘은 명시적으로 규정하고 있지 않다.

(6) 스팸메시지 규제

요청되지 않는 상업적 전자메시지, 소위 ‘스팸메시지’에 대한 규율은 한-미 FTA에서는 명시적 규정을 두고 있지 않다. 그러나 CPTPP는 스팸메시지 방지를 위하여 수신자의 명시적 동의를 요구하는 등 다양한 조치들을 당사국들이 채택하고 유지해야 하는 의무로 규정하고 있다.¹¹⁰⁾ 이러한 내용은 USMCA에서도 의무사항으로 규정하고 있고,¹¹¹⁾ 이후 미일 디지털무역협정, DEPA, ASDEA 등 현재 대부분의 디지털무역협정에서 유사한 내용으로 규정하고 있다.¹¹²⁾

(7) 데이터의 국경 간 이전

개인정보를 포함한 데이터의 국경 간 이동의 문제는 디지털무역의 자유화 논의의 핵심 쟁점에 해당한다. 동 쟁점이 문제가 되는 이유는 디지털무역에서 데이터의 이동, 특히 개인정보의 해외 이전의 자유와 관련하여 국가들의 입장이 서로 다르기 때문이다.¹¹³⁾ 따라서 국가들마다 데이터, 특히 개인정보의 국외 이전에 대하여 서로 다른 입장을 취하고 있기 때문에 이를 규율할 수 있는 일반적이고 보편적인 디지털통상규범은 아직까지 마련되지 못하고 있다.

개인정보를 포함하는 데이터의 국경 간 이전에 대해 한-미 FTA는 “무역을 원활히 함에 있어 정보의 자유로운 흐름의 중요성을 인정하고 … 양 당사국은 국경간 전자 정보 흐름에 불필요한 장벽을 부과하거나 유지하는 것을 자제하도록 노력한다.”고 규정하여 데이터의 국경 간 이동을 협력 조항의 형태로 규정하고 있다.¹¹⁴⁾ 한-미 FTA 체결 이후 데이터의 국경 간 이동에 대한 논의는 디지털무역의 자유화에 핵심쟁점이 되었고, 이는 CPTPP에서 기본적인 체계를 갖추게 되었다.

CPTPP는 ‘전자적 수단에 의한 정보의 국경 간 이전’이라는 제목으로 각 당사국이 정보 이전에 관한 규제요건을 마련할 수 있음을 인정하고, 각 당사자는 이러한 활동이 해당 대상자의 사업 수행을 위한 경우 개인 정보를 포함한 전자 수단을 통한 정보의 국가 간 이전을 허용해야 한다고 하여 정보의 국경 간 이동의 자유를 의무규정으로 보장하고 있다.¹¹⁵⁾ 또한 동 협정은 당사국이 정당한 공공정책 목적을 달성하기 위한 조치를 채택하거나 유지할 수 있다는, ‘정당한 공공정책 목표’(Legitimate Public Policy Objectives: LPPO)의 예외를 명시적으로 인정하고 있다.¹¹⁶⁾

데이터의 국경 간 이전에 관한 CPTPP의 규정은 이후 USMCA에서도 거의 동일하게 유지되고 있다. 즉, USMCA는 전자적 수단에 의한 정보의 국경 간 이전이 대상자의 사업 수

109) ASDEA 부속서A 제7조.

110) CPTPP 제14.14조.

111) USMCA 제19.13조.

112) 미일디지털무역협정 제16조, DEPA 제6.2조 및 ASDEA 제19조 참조.

113) 즉, 미국은 데이터의 자유로운 이동을 주장하고, EU는 역내에서는 자유이동을 지지하나, 역외에서는 제한적 입장을 취한다. 그리고 중국은 국가안보를 이유로 데이터의 국외 이전을 강력히 제한하고 있다.

114) 한-미 FTA 제15.8조.

115) CPTPP 제14.11조 1항 및 2항.

116) CPTPP 제14.11조 3항.

행을 위한 활동인 경우 이를 금지하거나 제한할 수 없다는 의무를 명시하고 있다.¹¹⁷⁾ 동 조항은 정보이전의 자유원칙을 강화한 것으로, 해당 정보의 이전을 ‘금지’하는 것뿐만 아니라 이를 ‘제한’하는 것 역시 금지된다. 또한 동 협정은 CPTPP에서의 두 번째 예외조건, 즉 ‘목적달성에 필요한 수준 이상의 제한을 부과하지 말 것’에 따라 이루어지는 조치가 경쟁조건의 변경을 통해서 이루어진 경우에는 예외에 해당하지 않는다는 점을 명시하고 있다.¹¹⁸⁾ 결국, USMCA에 규정된 데이터의 국경 간 이전은 CPTPP의 내용을 좀 더 강화하고, 그 예외에 있어서는 보다 엄격한 조건을 두고 있음 알 수 있다.

한편, 미일디지털무역협정은 USMCA의 해당 조항과 거의 동일한 구조와 내용으로 데이터의 국경 간 이전에 대한 문제를 규율하고 있다. 다만, 미일디지털무역협정은 CPTPP나 USMCA와는 달리 금융서비스 컴퓨팅 설비의 현지화 요구를 금지하고 있으므로, 이를 통해서 해당 금융서비스와 관련된 데이터는 양 당사국 간에 자유로운 이동을 보장하고 있다는 해석이 있다.¹¹⁹⁾

마지막으로 DEPA와 ASDEA는 CPTPP와 유사한 내용으로 동 사안을 규정하고 있다.¹²⁰⁾ 다만, ASDEA는 앞서 미일디지털무역협정과 마찬가지로 금융서비스를 위한 컴퓨팅 설비 현지화 요구를 금지하는 조항을 두고 있어서 이를 통해 당사국 간에 금융서비스 관련 데이터를 자유롭게 이전할 수 있다는 해석이 가능하다.¹²¹⁾ 특히, 동 협정만의 특징적 측면으로는 데이터 혁신의 한 요소로 전자적 수단에 의한 정보의 국경 간 이전을 명시하고 있다는 점을 들 수 있다.¹²²⁾ 이처럼 데이터의 국경 간 이전의 문제가 디지털무역협정에서 의무조항으로 다루어진다는 사실은 디지털통상규범의 발전과정에 중요한 의미를 더할 것으로 평가된다.

(8) 컴퓨팅 설비 현지화

디지털무역 논의에서 컴퓨팅 설비의 현지화 문제는 또 다른 핵심 쟁점 중 하나이다. 동 사안은 일종의 ‘국내화 요건’(localization requirement)의 문제로, 컴퓨팅 설비 현지화 문제, 즉 데이터 저장시설의 국내유지 요구 금지의 문제를 본격적으로 다룬 것은 CPTPP에서 비롯된다. CPTPP는 각 당사국이 컴퓨팅 설비의 사용과 관련하여 자국의 규제요건을 마련할 수 있음을 인정한다.¹²³⁾ 그러나 이는 일종의 선언적 규정이고, 실제법적으로 동 협정은 “어느 당사자도 다른 당사자에게 해당 당사자 영역에서 사업을 수행하기 위한 조건으로 해당 당사자 영역에서 컴퓨팅 설비를 사용하거나 위치를 지정하도록 요구해서는 안 된다.”는 명시적 의무를 규정하고 있다.¹²⁴⁾ 한편, 동 협정은 당사국이 정당한 공공정책 목적을 달성하기 위한 조치를 채택하거나 유지할 수 있다는, 소위 ‘정당한 공공정책 목표’(LPPO)의 예외를 인정한다.¹²⁵⁾

117) USMCA 제19.11조 1항.

118) USMCA 제19.11조 2항(b)의 각주 5.

119) 광동철, “FTA 디지털무역과 기술표준”, 안덕근·김민정, 「지역무역체제와 기술표준 협상」, 박영사, 2020년, 127-128면 참조.

120) DEPA 제4.3조 및 ASDEA 부속서A 제23조.

121) ASDEA 부속서A 제25조.

122) ASDEA 부속서A 제26조.

123) CPTPP 제14.13조 1항.

124) CPTPP 제14.13조 2항.

125) CPTPP 제14.13조 3항.

또한 USMCA는 “어느 당사자도 해당 당사자에게 해당 영역에서 사업을 수행하기 위한 조건으로 해당 당사자 영역에서 컴퓨팅 설비를 사용하거나 위치를 지정하도록 요구해서는 안 된다.”는 명시적 의무조항을 두고 있다.¹²⁶⁾ 다만, USMCA는 CPTPP와는 달리 동 의무조항 외에 일반적 선언적 규정이나 ‘정당한 공공정책 목표’(LPPO)와 같은 예외 규정을 두지는 않았다. 그러나 USMCA는 GATS 제XIV조 일반적 예외 조항의 (a), (b) 및 (c)호가 디지털무역에 적용될 수 있음을 규정하고 있다는 점이 특징이다.¹²⁷⁾ 이러한 GATS 제XIV조 일반적 예외에 따른 컴퓨팅 설비 현지화 금지에 대한 예외는 CPTPP의 예외 규정보다 제한적인 것으로 이해된다.¹²⁸⁾

한편, 미일디지털무역협정은 USMCA와 같이 컴퓨팅 설비 현지화 요구 금지에 대한 실제법적 의무규정을 두고 있다.¹²⁹⁾ 또한 동 협정은 “어느 당사자도 금융 서비스 공급자가 해당 영역에서 비즈니스를 수행하기 위한 조건으로 해당 당사자 영역에서 금융 서비스 컴퓨팅 설비를 사용하거나 위치를 지정하도록 요구해서는 안 된다.”고 금융서비스 분야에서 컴퓨팅 설비 현지화 요구 금지가 적용됨을 명시하고 있다.¹³⁰⁾ 그밖에 DEPA는 CPTPP의 관련 조항과 거의 동일한 내용으로 동 사안을 규정하고 있고,¹³¹⁾ ASDEA 역시 CPTPP의 컴퓨팅 설비 위치 조항과 거의 유사한 내용을 두고 있다.¹³²⁾ 다만, ASDEA는 데이터의 국경 간 이전에서 이미 밝혔던 것처럼 미일디지털무역협정과 동일한 구조로 금융서비스를 위한 컴퓨팅 설비 현지화 요구를 금지하는 조항을 두고 있다.¹³³⁾

결국, 데이터의 국경 간 이전과 함께 컴퓨팅 설비의 현지화 문제는 현재 디지털무역 자유화의 핵심내용이 된다. 따라서 CPTPP 이후 체결된 많은 디지털무역협정들에서 동 쟁점을 명시적으로 규정하고 있다는 점은 발전적 측면으로 이해할 수 있다. 다만, 디지털무역협정의 파편화(fragmentation) 현상이나, 컴퓨팅 설비 현지화 관련 조항의 형식에 있어 의무와 예외를 한 조항에서 규정하는 CPTPP 방식과, 의무는 디지털무역협정에 명시하지만 해당 조항의 예외는 일반조항을 통해 해결하는 USMCA 방식의 선택의 문제는 향후 구조적인 해석의 문제가 제기될 가능성이 있다.

(9) 디지털제품의 비차별

우리나라의 경우 디지털제품에 대한 비차별 대우가 FTA에 포함된 것은 한-싱가포르 FTA에서부터이고,¹³⁴⁾ 한-미 FTA는 이를 좀 더 제도화 하여 당사국에게 디지털제품의 교역에 내국민대우와 최혜국대우 의무를 부과하고 있다.¹³⁵⁾ 이러한 비차별 대우는 향후 미국이 체결하는 FTA에서 일종의 모델규범이 되었다.¹³⁶⁾

126) USMCA 제19.12조.

127) USMCA 제32.1조 2항.

128) 박노형·정명현, 앞의 주21), 207면 참조.

129) 미일디지털무역협정 제12조.

130) 미일디지털무역협정 제13조.

131) DEPA 제4.4조.

132) ASDEA 부속서A 제24조.

133) ASDEA 부속서A 제25조.

134) 한-싱가포르 FTA 제14.4조 3항.

135) 한-미 FTA 제15.3조.

136) 한-미 FTA 전자상거래 장의 디지털제품의 비차별 대우에 대한 보다 자세한 분석과 평가는 권현호, “한-미 FTA 전자상거래 협상에서의 통상법적 쟁점”, 『통상법률』 통권 제75호, 2007년 6월, 120~130면 참조.

CPTPP는 디지털제품에 대한 비차별대우 의무를 좀 더 명확하게 규정하고 있다. 즉, 동 협정에서는 “어떤 당사국도 다른 당사국의 영토 내에서 창작, 제작, 발행, 계약, 발주 또는 상업적 조건으로 최초 이용 가능하게 된 디지털제품에, 또는 그러한 디지털제품의 저작자, 실연자, 제작자, 개발자 또는 소유자가 다른 당사국의 사람인 경우 해당 디지털제품에 덜 호의적인 대우를 부여해서는 안 된다.”고 명시하고 있다.¹³⁷⁾ 다만, 동 조항은 제18장, 즉 지적재산과 관련된 권리와 의무에 합치하는 경우에만 적용되며, 방송에는 적용되지 않는다.¹³⁸⁾ 특히 CPTPP는 한-미 FTA의 디지털제품에 대한 비차별 대우 논의에서 많은 비판이 있었던 다른 당사국 영토 내에서 저장(stored)과 전송(transmitted), 그리고 배포자(distributor)에 대한 조건을 삭제함으로써 구조적인 합치성을 이루었다. 또한 한-미 FTA에서 존재했던 디지털제품에 대한 최혜국대우 조항을 삭제하고 내국민대우 조항만으로 비차별 의무를 규정한 것은 양자 FTA 및 지역적 RTA가 갖는 본래의 취지를 반영한 것으로 평가된다.

이러한 경향은 USMCA에서도 그대로 나타난다. 즉, 동 협정에서 디지털제품에 대한 비차별 대우는 CPTPP의 해당 조항을 거의 그대로 가져왔다.¹³⁹⁾ 또한 미일디지털무역협정에서도 비차별대우 의무는 기존 협정들의 내용과 거의 동일하며,¹⁴⁰⁾ DEPA와 ASDEA도 CPTPP의 해당 조항과 거의 동일하게 규정되어 있다.¹⁴¹⁾

결국, 디지털제품에 대한 비차별 대우는 다양한 디지털협정들 속에서 통상규범으로서 확고한 틀을 갖춘 것으로 평가된다. 특히, 미국이 주도하는 FTA 및 RTA에서의 비차별 대우는 완전한 의무조항으로 되어있다. 이는 디지털제품에 대한 모델규범(model law)을 설정하고, 이를 규정한 FTA 네트워크의 확산을 통해 디지털무역의 자유화를 이루려는 미국의 의도가 반영된 것으로 평가할 수 있다.

3. 새로운 쟁점과 대응

(1) 플랫폼 사업자의 책임

플랫폼 사업자의 책임 문제는 해당 사업자를 통해 전달되거나 공유되는 콘텐츠에 대한 책임이 플랫폼 사업자에게 있는지 아니면 콘텐츠 제공자에게 있는지 여부에 대한 것이다. 이에 대해 USMCA는 처음으로 동 사안에 대한 명문의 규정을 두었다. 즉, 동 협정은 “양방향 컴퓨터 서비스의 공급자 또는 사용자가 해당 정보의 전체 또는 일부를 만들거나 발전시키는 경우를 제외하고, 어떤 당사국도 해당 서비스에 의해 저장, 처리, 전송, 배포 또는 제공되는 정보에 관련된 피해의 책임을 결정함에 있어 양방향 컴퓨터 서비스의 공급자 또

137) CPTPP 제14.4조 1항.

138) CPTPP 제14.4조 2항 및 4항.

139) USMCA 제19.4조. 다만, USMCA는 기존 CPTPP에서 제한을 두었던 지적재산과 관련된 내용이나, 방송의 경우 동 조항이 적용되지 않는다는 조항을 삭제하였다는 차이가 있다.

140) 미일디지털무역협정 제8조 1항. 다만, 동 협정은 지적재산권과 관련하여 비차별 대우 의무가 적용되지 않는 범위를 좀 더 구체화 하고 있으며, 특히 방송의 경우 외국 자본의 참여 수준을 제한하는 조치를 채택하거나 유지하는 것을 금지하지 않는다는 명시적 규정을 두어 CPTPP에서 규정했던 방송에 대한 동 조항의 미적용 부분을 보다 명확히 하였다. 미일디지털무역협정 제8조 3항 및 4항 참조.

141) DEPA 제3.3조, ASDEA 부속서A 제6조. 다만, DEPA의 경우 모듈3의 제목 자체를 ‘디지털제품과 관련 쟁점들의 처리’로 규정하여 이를 독립적으로 다루고 있다는 점이 특징이다.

는 사용자를 정보 콘텐츠 공급자로 취급하는 조치를 채택하거나 유지해서는 안 된다.”고 명시하여 플랫폼 사업자의 면책 원칙을 의무로 규정하고 있다.¹⁴²⁾ 또한 동 협정에 따르면 선의에 의해 자발적으로 이루어진 조치나, 다른 사람들에게 불쾌하거나 유해한 것으로 간주되는 자료에 대한 접근을 제한할 수 있는 기술적 수단을 가능하게 하거나 사용 가능하도록 취해진 조치의 경우에는 어떤 당사국도 양방향 컴퓨터 서비스의 공급자 또는 사용자에게 책임을 부과할 수 없다.¹⁴³⁾ 이러한 내용은 미일디지털무역협정 제18조에서도 거의 동일하게 규정하고 있다.

(2) 인공지능

디지털무역과 관련된 인공지능(Artificial Intelligence: AI)의 통상법적 규율은 DEPA에서 처음 나타났다. 동 협정은 인공지능 기술의 사용과 채택이 디지털경제에서 광범위하게 증가하고 있음을 인식하고, 이에 따른 윤리적 중요성과, 인공지능 기술의 신뢰할 수 있고, 안전하며 책임 있는 사용을 위한 지배구조(governance frameworks)의 중요성을 강조하며,¹⁴⁴⁾ 이러한 지배구조의 채택을 촉진하기 위해 노력해야 하는 의무를 부과한다.¹⁴⁵⁾ 특히, 이러한 AI 지배구조를 채택할 때 동 협정은 당사국에게 설명 가능성, 투명성, 공정성 및 인간 중심의 가치 등을 포함하여 국제적으로 인정된 원칙 또는 지침을 고려할 것을 명시하고 있다.¹⁴⁶⁾ 이러한 인공지능에 대한 통상법적 규율은 ASDEA에서도 거의 유사하게 규정되어 있다.¹⁴⁷⁾ 다만, 이러한 법규범들은 의무조항으로 설정되어 있으나, 실질적으로는 당사국의 노력을 촉구하는 것으로 아직 연성법(soft law)의 단계에 머물러 있다는 특징을 나타낸다.

(3) 블록체인

지금까지 검토한 디지털무역협정에서 블록체인을 명시적으로 규율하는 통상규범은 존재하지 않는다. 다만, 암호화 된 ICT제품에 대한 소스코드 공개요구 금지 조항은 블록체인 기술의 발전과 더불어 주목받고 있다. 이에 대해 미일디지털무역협정은 소스코드 공개요구 금지와 별개로 암호화 기술을 사용한 ICT제품에 대해 특정 암호화 기술을 사용하거나 해당 암호화 기술의 공개 요구를 금지하는 의무규정을 두었다.¹⁴⁸⁾ 또한 DEPA는 미일디지털무역협정에서 나타난 ICT제품에 대한 정보요구 금지와 유사한 내용을 포함하고 있고,¹⁴⁹⁾ ASDEA는 미일디지털무역협정 이후 제기된 암호화 기술을 사용한 ICT제품을 대상으로 하는 TBT 규범상의 내용을 포함하여 동 쟁점을 디지털무역협정의 한 부분으로 다루고 있다.¹⁵⁰⁾

142) USMCA 제19.17조 2항.

143) USMCA 제19.17조 3항.

144) DEPA 제8.2조 1~2항 참조.

145) DEPA 제8.2조 3항.

146) DEPA 제8.2조 4항.

147) ASDEA 제31조.

148) 미일디지털무역협정 제21조 3항.

149) DEPA 제3.4조 3항.

150) ASDEA 부속서A 제7조. 특히, ASDEA는 디지털무역에서 표준 및 적합성 평가절차 등 TBT 협정의 기술표준에 대한 논의를 명시적으로 규정한 최초의 협정이라는 점에서 의미를 갖는다.

(4) 기타

그밖에 인터넷 접근과 이용에 관한 원칙,¹⁵¹⁾ 사이버 보안 문제에 대한 협력,¹⁵²⁾ 디지털 신원(Digital Identities),¹⁵³⁾ 경쟁정책의 협력,¹⁵⁴⁾ 핀테크(FinTech)¹⁵⁵⁾ 등 기술 발전에 따라 제기될 수 있는 다양한 쟁점들이 현재까지 체결된 디지털무역협정들에서 논의되고 있다.

V. 결론

지금까지 디지털무역을 규율하는 국제통상규범을 WTO를 통한 다자간 논의와 다양한 양자(또는 지역) 무역규범을 통해 검토하였다. 결과적으로 디지털무역을 규율하는 제대로 된 협정을 마련하기 위해서는 국가들의 요구를 조정하고 다수의 국가들이 합의할 수 있는 규범이어야 하며, 동시에 지금까지 이루어진 다양한 디지털무역 관련 쟁점들에 대한 내용을 충분히 담아야 할 것이다. 그러나 현재 WTO에서의 협상 과정을 살펴보면 제12차 WTO 각료회의까지 완성된 디지털통상규범을 도출하는 것은 현실적으로 어렵다고 보인다.¹⁵⁶⁾ 설령 제12차 각료회의에서 동 분야에서의 합의안이 도출된다 하더라도 이는 그동안 협상참여국 간에 이견이 크지 않았던 분야에 한정될 것이고, 그 내용은 핵심 쟁점들이 빠진 낮은 수준에 합의에 불과할 것으로 예상된다. 그렇다면 WTO를 통한 다자간 디지털통상협정 체결을 위한 협상은 장기화 될 가능성이 크고, 이러한 법적공백 상태를 극복하기 위해 국가들은 앞서 언급한 다양한 양자 및 지역협정들을 통해 균형을 맞춰갈 것으로 보인다.

따라서 지금까지 이루어진 양자 및 지역 무역협정을 통한 디지털무역의 규율 방법과 구조 및 주요 내용들은 그 자체가 디지털통상규범의 정립을 위한 일종의 모델규범(model law)이 될 수 있을 것으로 보인다. 특히 CPTPP와 USMCA 이후 미국이 포함되지 않은 상태에서 체결된 DEPA와 ASDEA는 디지털통상협정의 구조와 내용이 어때야 하는지를 설명하는 최신의 모델규범이 된다.¹⁵⁷⁾ 따라서 향후 디지털통상협정의 주된 방향과 내용은 이러

ASDEA 부속서A 제30조.
151) CPTPP 제14.10조, USMCA 제19.10조, DEPA 제6.4조, ASDEA 부속서A 제20조.
152) CPTPP 제14.16조, USMCA 제19.15조, 미일디지털무역협정 제19조, DEPA 제5.1조 및 제5.2조, ASDEA 부속서A 제34조.
153) DEPA 제7.1조, ASDEA 부속서A 제29조.
154) DEPA 제8.4조, ASDEA 부속서A 제16조.
155) ASDEA 부속서A 제32조.
156) 당초 WTO 제12차 각료회의는 2021년 11월 30일부터 12월 3일까지로 계획되었다. 그러나 코로나19 팬데믹 상황에서 많은 국가들이 이동을 제한하고 있는 상황으로 제대로 된 회의 개최가 어렵게 되자 2021년 11월 26일 WTO 일반이사회는 전격적으로 제12차 각료회의의 무기한 연기를 결정하였다. 따라서 국가들이 동 쟁점들에 대해 협상을 지속할 시간적 여유를 확보하였으나 이러한 상황의 변화가 실제 결과로 이어질지는 장담하기 어려운 현실이다. WTO, "General Council decides to postpone MC12 indefinitely" NEWS, 26 November 2021, https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/mc12_26nov21_e.htm (2022년 1월 14일 최종접속)
157) 이와 유사한 맥락으로 CPTPP와 USMCA는 디지털통상규범의 발전에 가장 중요한 전환점을 제공하였고, DEPA와 ASDEA는 디지털통상규범의 제도적 체계화를 촉진하였다는 평가가 있다. 김

한 규범들을 기초로 좀 더 구체화 되고 제도적인 완결성을 갖춰나갈 것으로 예상된다.¹⁵⁸⁾

다만, 현재 체결된 디지털통상규범은 다음과 같은 특징과 한계를 갖는다. 첫째, 법규범 주체의 소수성이다. 즉, 앞서 검토한 디지털통상규범 중 가장 많은 당사국을 가진 CPTPP 조차 2022년 1월 현재 총 11개국에 머무르고 있고, 우리나라가 체결한 ‘역내포괄적경제동반자협정’(RCEP)의 당사국은 아세안 10개국을 포함해도 총 15개국으로 한정된다. 따라서 아직까지 국제사회에서 보편성을 갖는 디지털통상규범을 기대하는 것은 어려운 상황이다. 둘째, 규율방식의 이중적 질서이다. 즉, 현재의 디지털통상규범은 오래전부터 논의되었고 해당 쟁점에 대한 규범의 틀이 잘 완성된 의무조항들과, 최근에 등장한 디지털무역 쟁점들에 대하여 국가 간 협력을 이끌어 내기 위한 협력조항들이 혼재되어 있다. 셋째, 디지털통상규범의 네트워크 현상이다. 이러한 현상은 양자 및 지역적 규모의 디지털통상협상을 주도하는 소수의 국가들이 있고, 이러한 국가들의 요구에 찬성하는 다른 국가들이 FTA나 RTA, 또는 독립된 디지털무역협정을 통해 일종의 블록(block)을 형성함으로써 나타난다. 이에 따라 해당 블록 내에 속해 있는 소수의 국가들은 동 규범이 추구하는 가치와 결과를 과점하는 결과를 초래하고, 이러한 현상은 디지털통상규범의 파편화(fragmentation of digital trade law)로 이어질 가능성이 증가한다. 넷째, 다층적 규범으로서의 디지털통상규범의 성격 변화이다. 이는 향후 WTO를 통한 다자간 디지털통상규범이 만들어진다는 가정에서 나타는 것으로, 보편적 규범으로서의 WTO 디지털통상규범과 양자 또는 지역적 디지털통상규범이 동일한 디지털무역의 쟁점들을 다층적으로 규율하는 구조적 문제가 발생할 수 있다. 이러한 경우 단순한 중복규제의 문제뿐만 아니라, 다자규범과 양자규범의 규제수준의 차이가 현저히 나타나는 경우에는 당사국들의 이해에 따른 ‘규범쇼핑’(rule shopping)이나 선택적 법적용이 나타날 수 있고, 이에 따른 분쟁의 가능성도 예상할 수 있다. 따라서 기술의 발전과 국제사회의 동향을 면밀히 파악하고, 선제적으로 국제기준에 합치하게끔 우리나라의 법제도와 정책을 마련하는 등 종합적인 대응방안 모색이 필요하다.

민정, 앞의 주70) 77면 참조.

158) 이러한 경향에 따라 우리나라도 기존에 체결한 FTA 전자상거래 장(chapter) 중 가장 포괄적이고 현대적인 수준으로 역내포괄적경제동반자협정(Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement: RCEP) 내에 전자상거래 규범을 마련하였다. 즉, RCEP 제12장은 디지털무역의 핵심인 데이터의 국경 간 이전, 컴퓨팅 설비 현지화 금지, 사이버 보안 등 앞서 검토한 현대적 요소들을 모두 포함하고 있다.

[참고문헌]

■ 국내문헌

곽동철, “FTA 디지털무역과 기술표준”, 안덕근·김민정, 「지역무역체제와 기술표준 협상」, 박영사, 2020년

권현호, “WTO 최초의 전자상거래 분쟁: 미국-도박 및 내기서비스에 영향을 미치는 조치 사건”, 「통상법률」, 통권 제63호, 2005년 6월

권현호, “한·미 FTA 전자상거래 협상에서의 통상법적 쟁점”, 「통상법률」 통권 제75호, 2007년 6월

권현호, “디지털콘텐츠무역에 대한 통상법적 논의의 성과와 한계”, 「국제법평론」 2011-II (통권 제34호), 2011년 10월

권현호, ‘디지털제품의 국제교역과 무역구제’, 「IT와 법 연구」, 제17집, 2018년 8월

김민정·양인창, “디지털무역 표준 논의 동향과 시사점”, KITA 통상리포트, vol.6, 2021년 2월

김민정, “디지털통상 규범 발전과 통상법 쟁점 연구”, 「통상법무정책」, 제1호, 2021년 5월

김흥종, “디지털 무역 규범의 국제 논의와 한국의 대응”, 「통상법률」, 통권 제149호, 2020년 11월

박노형·정명현, “디지털통상과 국제법의 발전”, 「국제법학회논총」 제63권 제4호, 2018년
신원규, “디지털 대전환과 글로벌 통상환경의 변화”, 「SW중심사회」, 소프트웨어정책연구소, 2021년 9월

이종석, “디지털 통상규범 정립 지연 이유와 우리나라 디지털 통상정책에 시사점”, 「물류학회지」 제29권 제1호, 2019년 2월

예상준·오탈현, “최근 디지털세 논의 동향과 시사점”, KIEP 오늘의 세계경제, 2021년 7월

예상준, “최근 디지털세 논의 동향과 시사점”(업데이트), KIEP 오늘의 세계경제, 2021년 10월

이한영, “전자적 서비스무역에 관한 통상규범: WTO 및 FTA의 성과”, 「통상법률」, 통권 제81호, 2008년 6월

최서지, “글로벌기업 과세에 관한 국제적 논의 동향”, 최신 외국입법정보, 2021-19호(통권 제168호), 2021년 8월

KOTRA, “글로벌 디지털 통상규범 논의 동향 및 주요국 입장”, Global Market Report 20-003, 2020년

■ 해외문헌

Aaditya Matto and Ludger Schuknecht, “Trade Policies for Electronic Commerce”, Policy Research Working Paper Series 2380, World Bank, June 2000
Inside US Trade, “WTO Members Reach Standstill Pact on Duty-Free Electronic Commerce”, 22 May 1998

Mira Burri, *Data Flows and Global Trade Law: Tracing Developments in*

Preferential Trade Agreements, Big Data and Global Trade Law, Cambridge University Press, 2020

Sacha Wunsch-Vincent, *The WTO, the Internet and Trade in Digital Products: EC-US Perspectives*, Oxford and Portland, Oregon, 2006

■ OECD / WTO 문서 및 판례

OECD, OECD MINISTERIAL CONFERENCE “A BORDERLESS WORLD: REALISING THE POTENTIAL OF GLOBAL ELECTRONIC COMMERCE”, OTTAWA, 7~9 October 1998, SG/EC(98)14/FINAL, 18 December 1998

OECD, Press Release, “International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age”, 8 October 2021

OECD, Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, 8 October 2021

OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, “Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy”, October 2021

WTO, Declaration on Global Electronic Commerce, WT/MIN(98)/DEC/2, May 25, 1998

WTO, Work Programme on Electronic Commerce, WT/L/274, 30 September 1998

WTO, S/C/W/68, 16 November 1998

WTO, WT/GC/W/247, 9 July 1999

WTO, Progress Report to the General Council, S/L/74, 27 July 1999

WTO, G/L/421, 24 November 2000

WTO, JOB(01)/90, 15 June 2001

WTO, WT/GC/W/436(restricted), 4 July 2001

WTO, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001

WTO, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, 10 November 2004

WTO, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005

WTO, JOINT STATEMENT ON ELECTRONIC COMMERCE, WT/MIN(17)/60, 13 December 2017

WTO, WORK PROGRAMME ON ELECTRONIC COMMERCE, MINISTERIAL DECISION OF 13 DECEMBER 2017

WTO, Work Programme on Electronic Commerce, Ministerial Decision of 12 December 2017, WT/MIN(17)/65, WT/L/1032, 18 December 2017

WTO, JOINT STATEMENT ON ELECTRONIC COMMERCE INITIATIVE, Communication from the United States, JOB/GC/178, 12 April 2018

WTO, JOINT STATEMENT ON ELECTRONIC COMMERCE, WT/L/1056, 25 January 2019

WTO, News “Negotiations on e-commerce advance, eyeing a statement at MC12”, 10 November 2021

WTO, “General Council decides to postpone MC12 indefinitely” NEWS, 26 November 2021

■ 정부 자료

USITC, Digital Trade in the U.S. and Global Economies, Investigation No.332-531, USITC Publication 4415, July 2013

USITC, Global Digital Trade 1: Market Opportunities and Key Foreign Trade Restrictions, Investigation No.332-561, USITC Publication 4716, August 2017

USTR, 2019 Trade Policy Agenda and 2018 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program, March 2019

■ 국제협정

디지털경제동반자협정(Digital Economy Partnership Agreement: DEPA)

미국-멕시코-캐나다협정(Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada: USMCA)

미-일 디지털무역협정(Agreement between the United States of America and Japan concerning Digital Trade)

포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: CPTPP)

한-미 자유무역협정(Korea-US Free Trade Agreement)

호주-싱가포르 디지털경제협정(Australia-Singapore Digital Economy Agreement: ASDEA)

■ 기타 인터넷 자료

<https://www.statista.com/statistics/263264/top-companies-in-the-world-by-market-capitalization> (2021년 12월 18일 최종접속)

https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/ecom_10nov21_e.htm (2021년 12월 18일 최종접속)

<https://www.oecd.org/tax/beps/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm> (2021년 12월 18일 최종접속)

https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/mc12_26nov21_e.htm (2021년 12월 20일 최종접속)

[Abstract]

Digital Trade and International Law

Hyunho KWON

This study identified the digital economy from the perspective of trade and reviewed the results of discussions and legal implications of international efforts to establish a new legal system on digital trade that can be regulated by trade laws. On this analysis, this study examined, in chapter II, the meaning of digital trade which was the results of negotiations between countries, and laid the foundation for the overall discussion by examining the structure in which discussions in the international community were taking place. In particular, through these reviews, this study attempted to define the concept and scope of digital trade. In Chapter III, the current status of digital trade laws formed through international organizations represented by the WTO was reviewed, and the results and limitations of the discussion were analyzed. As a result of this analysis, the formation of multilateral digital trade laws through the WTO has faced difficulties so far, and to solve this problem, a few countries have attempted to form bilateral or regional digital trade law. Accordingly, in Chapter IV, this study analyzed the contents of major digital trade agreements at the bilateral and regional levels to date and examined the issues of their meaning. As a result, bilateral or regional digital trade agreements can be understood as a practical approach that has achieved international discipline in the field of digital trade so far. In the end, the method, structure, and main contents of bilateral and regional digital trade agreements are expected to be a kind of basic system for the establishment of universal digital trade law.

Key Words: digital trade, WTO, CPTPP, USMCA, DEPA, USJDTA, ASDEA

Challenges and Chance for the Korea's Future Climate Change Law for the Paris Agreement Global Governance.

이기한(Kihan Lee)*

논문요지

국제사회는 지구온난화에 따른 기후변화 문제에 대응하고자 파리협정을 채택하였고 파리협정에 서명한 국가는 자발적으로 온실가스 감축 노력을 할 의무가 부과된다. 국제사회가 기후변화에 대응하기 위하여 노력을 기울이고 있는 현실에서, 기후변화 협약체제에 대응하기 위하여 최근 제정된 우리의 '탄소중립 2050'을 위한 탄소중립 기본법은 기후위기대응 및 우리나라 NDC 이행의 측면에서 큰 의미가 있다. 이 논문에서는 기후변화협약의 영향을 받아 '성장'과 '환경'이 조화를 이룰 수 있는 구체적이고 절차적인 변화를 가져올 수 있는 한국의 기후변화 대응 법적 방안과 파리기후변화협약체제에 대응하기 위한 한국의 실효성 있는 기후변화 법체계와 방안을 제시한다. 따라서 동법을 통해 온실가스 감축 및 기후위기대응을 강화하고, 2050년 탄소중립의 실현이라는 국가비전을 위해 국가전략 및 중장기감축목표를 수립하고, 이행현황을 정기적으로 점검하여 차후에 반영하는 등 필요한 조치를 하나하나 체계적으로 취하여야 한다. 우리나라도 탄소중립 사회로의 전환에 맞추어 삶의 방식을 변화시키는 인식의 전환을 도모하고, 탄소중립기본법의 내용을 적극적으로 실행해야 할 것이다. 결론에서는 파리기후변화 대응에 대한 녹색성장과 그린뉴딜정책의 전망을 제시하였다.

검색용 주제어: 녹색성장, 지속가능한 발전, 환경질, 기후변화, 파리협정

· 논문접수: 2021. 12. 27. · 심사개시: 2022. 01. 07. · 게재확정: 2022. 01. 21.

* Professor of Law, Dankook University

I. Introduction¹⁾

After the Copenhagen round, global greenhouse gas(GHG) emissions nonetheless kept increasing and few states enacted laws to combat with climate change actively. Resulting from greenhouse gas (GHG) emissions, climate change is unprecedented in its cause and effect in a global scale, and uncertainties so derived. Meeting the challenges of climate change through both mitigation and adaptation requires a global solution, which has been sought by the global society in the last two or three decades. The Paris Agreement of COP 21, on the contrary, is highly praised as a successful model. The Paris Agreement is believed to be a legal framework for global and long-term climate action that will trigger a deep and worldwide legislation on climate change. After two years, despite of uncertainty, global society is still working hard to put Paris Agreement into force.

This paper sets out to sketch the progress and the achievement of the Paris Agreement, and explores the challenges and prospects ahead. chapter II briefly summarizes the process and the result of the Paris Agreement. chapter III inquires into the features and impacts of the Paris Agreement. The paper suggests that the Paris Agreement represents a new model of global climate change law as well as impacts states, market and the structure of global governance and law in a new pattern. In chapter III and IV, Korea's situation, challenges and chances on climate change law are discussed.

II. The Creation of the Global Climate Change Law

1. The Paris Agreement to Restore International Trust

The success of COP 21 is not an easy luck. Learning from the failure of COP 15, the UNFCCC and negotiating parties have gone through a long journey to Paris. The negotiation started since 2011 and adopted a more incremental, decentralized approach. The unique path aimed to restore trust between parties and finally result in the first universal and legally binding climate change agreement. As a part of the UN system, the negotiation of UNFCCC has been operated on a model based on state interests. Consensus among nations is necessary to reach a legally binding international agreement; state consent is the premise for a treaty to be enforced in a territory. The difference among states and the complexity of climate change both undermine the efficiency and function of international negotiation.

The principle of "common but differentiated responsibility (CBDR Principle),

1) The author would like to thank Professor David M. Driesen for his helpful guidance and advice during 2021 Visiting Scholar at Syracuse University College of Law.

" which was created to reach a compromise among nations, found itself creating more problems than solution. Based on the CBDR Principle, the Kyoto Protocol distinguishes developed countries from other countries, and only imposes them legal obligations to reduce GHG emissions on the basis of their historical GHG emissions. In recent years, however, some developing countries have emitted more GHG than developed countries. European countries, the U.S. and Japan find it is necessary to impose emissions reducing obligation on developing countries; yet developing countries refuse and claim such obligation imposed on developing is the strategy of developed countries to maintain their economic hegemony. Small islands, facing immediate climate change impact, have been requesting developed countries to realize their promise of financial support while at the same time departing from major developing countries to seek a full and effective mitigation law. Moreover, European countries, with their integrated market, prefer flexible mechanisms. With all these differences and conflicts presented in COP, politics overwhelms rationality, and undermines the fundament of negotiation. Super-majority rule, state-centric position and interest-based thinking now dominate the climate forum, and the recent rounds of negotiation have borne limited if any fruit in arranging the post-Kyoto norms for the next stage. The failure of the Copenhagen COP is one vivid example. The creation of the Paris Agreement represents an emerging terminology on UN negotiation.²⁾ Among others, a de-centralized and open negotiating process is the key.

The process to restore international negotiation on mitigation restarted in 2011, COP 17 in Durban. Considering the distrust among countries after the Copenhagen conference, the Durban COP established an "Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action" (hereinafter "ADP") to prepare the framework and eliminate disagreements among conflicting parties. The aim was to conclude a new agreement by 2015 to cover the post-2020 period.

Meanwhile, the COP properly managed issues to avoid deadlock. By shifting to issues other than mitigation, COP successfully to make developed countries to provide developing countries more support on financial mechanism, technology transfer, adaptation as well as loss and damage, and capacity building.³⁾ These efforts with the obvious impact of climate change increased the motivation of developing countries to reduce GHG emissions. Developed countries are more possible to commit to the goal of reducing GHG emissions as a result. In November 2014, China and the U.S. announced their intention to address climate change. This accord facilitated the Lima conference in

2) Jennifer Morgan et al., *Elements and Ideas for the 2015 Paris Agreement 9* (World Resources Institute, ACT 2015 Working Paper) (Dec. 2014), http://www.wri.org/sites/default/files/ACT_Elements_Ideas_FullPaper_FINAL.PDF.

3) The Cancun Adaptation Framework and the establishment of Green Climate Fund in COP 16 are both examples.

December 2014 (COP 20) to conclude with the adoption of the 'Lima Call for Climate Action', a document that invited all Parties to communicate their plans for post-2020 climate action in the form of Intended Nationally Determined Contributions (INDCs). The Lima call contained an annex with elements of a draft negotiating text. Several UNFCCC negotiation sessions were held in 2015, but did not resolve key issues regarding fairness, responsibility and finance.

In order to avoid the failure of the Copenhagen round, many parties initiated a process of consensus to building their mitigation goal before the Paris conference. For example, the European Commission published its position for COP 21 in February 2015, European Council adopted a negotiating mandate in September 2015, and the European Parliament adopted its resolution in October 2015. Other countries, under the pressure of INDCs, also initiated discussions on climate change mitigation and adaptation: some of them even enacted laws. By the end of November 2015, 184 out of 196 Parties had submitted their INDCs. Different from the Copenhagen conference, where the negotiation was centralized in the COP, leading to political deadlock, the negotiation process of the Paris conference was incremental and decentralized. The preparedness and negotiation platforms before the COP eliminated disagreement and hesitation of the Parties. Every Party came to Paris with certain degree of mutual understanding and domestic consensus, making the Paris Agreement possible. This terminology of negotiating process are followed and enhanced by later COPs.⁴⁾

2. The Binding Climate Agreement

The Paris Agreement adopted by 197 countries, and ratified by 173 countries. It is the first-ever legally binding global climate deal that will guide the process for global action on climate change. In contrast to the Kyoto Protocol, which commits only developed countries to specific reduction targets, the Paris Agreement requires all countries to prepare nationally determined contributions (NDCs), take measures to achieve their objectives, and report on progress. The Paris Agreement applies to all Parties of UNFCCC. 188 countries have put forward NDCs, covering 99% of global GHG emissions.⁵⁾ It is a truly "global" legal mechanism for climate change.

The outcome of COP 21 consists of a COP decision and the Paris Agreement with 29 articles. Although some non-binding provisions make it a hybrid

4) For example, COP 23 provided for Talanoa Dialogue that facilitates 2018 negotiation. The dialogue will be structured around three general topics: Where are we? Where do we want to go? and How do we get there?

5) Paris tracker: Who Pledged What for 2015 UN Climate Pact?, Climate Home News (Oct. 13, 2015, 2:51PM), <http://www.climatechangenews.com/2015/03/10/paris-tracker-who-has-pledged-what-for-2015-un-climate-pact/>.

of legally binding and nonbinding provisions, the Paris Agreement is still regarded as the first global and legally binding agreement.⁶⁾ The Paris Agreement sets out a global action plan to put the world on track to avoid dangerous climate change by limiting global warming to well below 2°C. By giving up a quantified emission target, the agreement aims to "reach global peaking of greenhouse gas emissions as soon as possible, recognizing that peaking will take longer for developing country Parties, and to undertake rapid reductions thereafter."⁷⁾ More significantly, the Paris Agreement pledges "to achieve a balance between anthropogenic emissions by sources and removals by sinks of greenhouse gases in the second half of this century". Experts suggest that, when the Paris Agreement says it aims "to achieve a balance" between anthropogenic emissions and removals by sinks, it means getting to "net zero emissions" between 2050 and 2100.⁸⁾ The Paris Agreement also marks a milestone crystallizing the efforts of past negotiations and decisions. The Paris Agreement includes articles regarding adaptation, technology transfer, capacity-building, as well as loss and damage. Most of them are conclusions of past COPs. For example, Article 7 restates the decisions of the Cancun Adaptation Framework; Article 8 confirms the Warsaw International Mechanism established from COP 13 to COP 19; the Transparent Mechanism provided in Article 13 is the extension of Measurable, Reportable, and Verifiable (MRV). The U.S. President Obama praised the Paris Agreement as the "best chance we have to save the planet."⁹⁾ He said, "The Paris Agreement establishes the enduring framework the world needs to solve the climate crisis It creates the mechanism, the architecture, for us to continually tackle this problem in an effective way. "¹⁰⁾

III. Global Climate Change Law and Governance

The Paris Agreement is not only global, "it is also transformational", Jennifer Morgan of the World Resources Institute said. The Paris Agreement departs from the model of Kyoto Protocol and potentially leads to a structural transformation of global climate change law and governance.

1. Transformational Features

6) Some provisions of the Paris Agreement are legally binding, such as the implementation of NDCs and reporting.

7) Paris Agreement art. 4, Apr. 22, 2016. See also, Davenport, C., J. Gillis, S. Chan & M. Eddy, *Inside the Paris Climate Deal*. The New York Times.

8) "Net zero emission" should be interpreted as to reduce human-caused GHG emissions close to zero with removals of GHG emissions from the atmosphere by enhanced action to sequester it in carbon sinks.

9) Ali, I., W. Dunham, A. McGinnis & J. Edwards, *Obama Calls Paris Climate Pact 'Best Chance' to Save the Planet*. Reuters. Retrieved from <http://www.reuters.com/article/us-climatechange-summit-usa-obama-idUSKBN0TV0SQ20151213>. (2015).

10) The White House, Statement By The President On The Paris Climate Agreement (Dec. 12, 2015), <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/12/12/statement-president-paris-climate-agreement>.

From the 1992 Kyoto Protocol to the 2016 Paris Agreement, there are at least three breakthroughs worthy of discussion: the bottom-up approach, the Climate Deal, THE NEW YORK TIMES (Dec. 12, 2015), http://www.nytimes.com/interactive/2015/12/12/world/paris-climate-change-deal-explainer.html?_r=0. comprehensive coverage and the procedure-oriented rules.

The key for the success of Paris Agreement is it replaces a "top-down approach" with a "bottom-up" approach. A top-down mitigation approach was initially on the agenda of the post-Kyoto negotiation, but it encountered the barrier of Annex I/non-Annex I countries dichotomy. Moreover, because key developing and developed countries alike were reluctant to accept legally binding emissions commitments, a full-fledged scheme did not get enough support. A bottom-up approach became more fashionable after the Copenhagen Accord. The INDCs adopted by the ADP represent the turn to a bottom-up approach. INDCs require Parties to "outline national efforts towards low emissions and climate resilient development",¹¹⁾ and identify specific policies and practices that will enable the country to reach its intended targets.¹²⁾ The INDCs pose relatively little threat to the sovereignty of individual nations while provide flexibility to set emissions reduction targets on the basis of each state's economic, political, and geographic conditions. Following the INDCs proposal, the Paris Agreement doesn't mandate exactly how much each country must reduce its GHG emissions. It creates nationally determined contribution (NDC) in which each country sets its own goal and plans to reach that objective. The bottom-up approach is based on unilateral pledges of mitigation action, which also creates a space to introduce domestic mitigation policy instruments.

The bottom-up approach also gives the CBDR Principle new meanings. Because the quantity of GHG emissions of some developing countries exceed that of some Annex 1 countries, maintaining the CBDR Principle embodied in the Kyoto Protocol may undermine the effectiveness and fairness of global climate action. The Paris Agreement reshapes the CBDR Principle by two ways. First, it replaces the dichotomy of Annex 1/Non-annex 1 countries with developed/developing countries, and not clearly identifies the members of each catalogue. Second, it emphasizes the Paris Agreement will be implemented to reflect the CBDR Principle "in the light of different national circumstances."¹³⁾ The CBDR Principle with new meanings creates room for reinterpreting how the nations should be grouped and what obligations they undertake. Th

11) U.N., Synthesis Report On The Aggregate Effect Of Intended Nationally Determined Contributions (Indcs) (2016), http://unfccc.int/files/focus/indc_portal/application/pdf/synthesis_report_-_overview.pdf.

12) Op.cit.

13) UNFCCC, Decision 1/CP.20, Lima Call for Climate Action, FCCC/CP/2014/10/Add.1 (Feb. 1, 2015).

e CBDR Principle under the Paris Agreement no longer separates countries into two groups with assigned obligations; the principle rather directs to a spectrum where countries submit their contribution based on various considerations.

The Paris Agreement is inclusive not only in terms of its participating countries but in terms of its contents. It covers six issues, including mitigation, adaptation, finance, technology, capacity-building and transparency. The Paris Agreement establishes "a global goal on adaptation: enhancing adaptive capacity, strengthening resilience and reducing vulnerability to climate change". Governments are required to strengthen societies' "ability to deal with the impacts of climate change".¹⁴⁾ The international society also needs to provide continued and enhanced international support for adaptation to developing countries. Relating to the need of adaptation, the issues of loss and damage are also written into an article in the Paris Agreement, which is an important political statement that it is now seen as an important issue needed to be addressed.¹⁵⁾ This article urges countries to cooperate and enhance the understanding, action and early warning systems, emergency preparedness and risk insurance.

The Paris Agreement recognizes "the importance of averting, minimizing and addressing loss and damage" and says that the Warsaw International Mechanism for Loss and Damage may be enhanced and strengthened. However, parties have different approaches to address loss and damages. Vulnerable countries framed the issue as liability and compensation, while most developing countries approached the issue as management and insurance. Therefore, liability and compensation are explicitly excluded in the article 8. Despite of that, the Paris Agreement establishes a framework within which cooperation can proceed in a less contentious manner. Recognizing that developing countries may lack the capacities to fully implement the agreement, the COP 21 decision establishes the Paris Committee on Capacity Building to identify capacity gaps and foster international cooperation and opportunities to strengthen capacity. The Paris Agreement also mentions that the existing UNFCCC Technology Mechanism will support collaborative research and development, as well as technology transfer to developing countries. The Paris Agreement further incorporates the 2015 UN Sustainable Development Goals.¹⁶⁾ Climate change thus becomes a mega issue of sustainability and development,

14) Historic Paris Agreement on Climate Change 195 Nations Set Path to Keep Temperature Rise Well Below 2 Degrees Celsius, U.N. Climate Change (Dec. 12, 2015), <https://unfccc.int/news/finale-cop21>.

15) Inclusion of loss and damages in the agreement was a demand of countries that are particularly vulnerable to the impacts of climate change.

16) On September 25th 2015, countries adopted a set of goals to end poverty, protect the planet, and ensure prosperity for all as part of a new sustainable development agenda. The Sustainable Development Goals includes 12 out of 17 articles that directly involve taking action on climate change.

which interconnects with the issue of water resources, food safety, terrorism, human rights, democracy and population etc.

Recognizing that the NDCs submitted ahead of the COP 21 are not sufficient to achieve the ambition of keeping global temperature rise well below 2°C, the Paris Agreement includes mechanisms designed to raise countries' ambitions and monitor their implementation. These arrangements make the Paris Agreement a procedure-oriented legal framework. Every party should submit its NDC, the contents of which include mitigation, adaptation, funds, technology transfer and capacity building. The COP is able to conduct a five-yearly review on the efforts of contracting parties from 2023 through a mechanism of "global stocktake". The "global stocktake" assess whether the net result of the climate actions being taken is consistent with the goal: its outcome will be provided for Parties to enhance their actions and support in a nationally determined manner. The Paris Agreement also demands Parties to ratchet up their ambition. States need to update their plan every five years and each successive update should be at least as strong as the current one. When reviewing each country's actions, individual suggestions for improvement will also be provided. The Paris Agreement holds Parties accountable for their NDCs through an enhanced transparency framework for actions and support. Although Parties could not reach an agreement on a strong compliance mechanism, they created a soft and possibly more effective mechanism of surveillance and compliance. Each Party must regularly provide a national inventory report of anthropogenic emissions information about its effort in implementing NDC. The information submitted will be open to the public and undergo a technical expert review. A committee of experts will be created to "facilitate implementation" and "promote compliance" with the Paris Agreement, but the committee is not able to punish states.

Through progressive NDCs, transparent mechanisms, global stocktake, and soft compliance mechanism, the Paris Agreement establishes a system of procedural rules aiming at to hold the increase in the global average temperature to well below 1.5°C or 2°C above pre-industrial levels. These rules and procedures are created to ensure the accountability of states and global administration through administrative structures, transparency, principles of reasoned decision-making, and mechanisms of review.¹⁷⁾ The main task of COP 22 and COP 23 is to work on a more detailed rulebook to operate Paris Agreement. In COP 23, for example, the Ad Hoc Working Group on the Paris Agreement (APA) worked on the rules of accounting guidance of countries' nationally determined contributions (NDCs), transparency, and the Global Stocktake. The Subsidiary Body on Scientific and Technical Advice (SBSTA) deliberated on the establishment of Internationally transferred mitigation out

17) See Benedict Kingsbury et al., "The Emergence of Global Administrative Law", 68 *Law & Contemp. Probs.* 15 (2005), p17-20.

comes.¹⁸⁾

2. Structural Transformation of Climate Change Governance and Law

Despite the UNFCCC has been signed over two decades, most states are reluctant to enact climate change law. Some worry the reduction of GHG may impair economic competitiveness, others are resentful at the unfair CBDR Principle, and still others just do not know how to do it. Only few climate change relevant law have been made so far. Look back to the history, there are two generations of climate change legislation. The first generation was from 1997 when the Kyoto Protocol was signed to 2008, the start of the first commitment period of the Kyoto Protocol. The first generation climate change legislation, such as that of Japan and Switzerland, is a response to the Kyoto Protocol, most of which addresses only mitigation and lacks substantive obligation. The second generation started from 2008. Primarily triggered by IPCC(Intergovernmental Panel on Climate Change) Fourth Assessment Report and the Copenhagen Accord, some countries including U.K., Korea and Mexico came to be aware of the importance of GHG reduction and the potential of low carbon economy and legislated accordingly.

Korea and Mexico, despite being Non-annex 1 countries and not obligated to reduce GHG, set up GHG reduction targets and promoted green growth. Yet until now, only few states have enacted climate change laws, most of which are thin both in terms of content and impact. The Paris Agreement is expected to trigger the third generation of climate change legislation, which may lead to more comprehensive and substantive climate change legislation worldwide as well as to transform global governance.

(1) Pushing States to Enact Laws Responding to Climate Change.

The Paris Agreement releases several important and explicit signals to push states to enact laws responding to climate change. It has been over two decades since the creation of first climate change treaty (UNFCCC); however, most states hesitate to take sincere action. One reason is the limited coverage of mitigation obligations under the Kyoto Protocol and the CBDR Principle. Another reason is the direction of climate negotiation is not clear enough for states.

The first signal sent from the Paris Agreement is a turn toward low carbon society. The framework of the Paris Agreement is designed for long-term actions on GHG emission reduction. States are supposed to feel pressured to take climate change an immediate priority on their policy agenda. The process of preparing NDCs during the 12 months before the Paris conference had advanced national climate policy-making even before the Paris Agreement.

18) The work of APA in COP 23 are compiled as notes and annexed to a COP decision.

nt was adopted. According to recent research, 71% of the 52 surveyed developing countries indicate that the process has substantially increased their capacity for pre-2020 mitigation action. With the conclusion of the Paris Agreement, climate change mitigation is now a high political priority for the vast majority of consulted developing countries.

The NDCs shift the decision-making power from the COP to individual state. Whether the global society can successfully stabilize the global temperature relies on states' actions. The global stocktake, review, transparency and compliance mechanism are all designed to make sure states will do their part. The Paris Agreement thus enlarges the scope of state accountability. In terms of emissions reduction, states are responsible to both their citizens and the global society. If a state fails to set reasonable target or take sincere action, its citizens could hold it accountable, and the international society will watch, criticize and even adopt some forms of "sanction". The transparency mechanism bolsters the possibility of global accountability. Even if states lack the political will or capacity to implement efficient mitigation policy, civil society may initiate litigation based on states' commitment after Paris Agreement.

In U.S., the court in the ruling on *Juliana, et al v.s United States* asked other courts to take strong action on climate change, saying that "even when a case implicates hotly contested political issues, the judiciary must not shrink from its role as a coequal branch of government.¹⁹⁾" In the Netherland, NGOs and citizens brought a suit against the government, claiming the state commits the tort of negligence against its citizens because it failed to regulate greenhouse gas emission adequately.²⁰⁾ The district court of Hague ruled against the government. The court further required the government an obligation to reduce emissions by at least 25% by 2020, relative to 1990 levels. These actions are all demanding the states to take more aggressive policy on climate change and will be empowered by the Paris Agreement.

(2) Revitalizing Carbon Markets

The Kyoto Protocol created carbon markets through the "flexible mechanism." Yet carbon markets have seen a slump in the past years, because they are based on frameworks at risk of discontinuation and loss of capacity. Several potential options have been under discussion in recent negotiation; however, there has been no consensus on the choice of future international market mechanism. The Paris Agreement might come as a ray of hope for carbon markets.²¹⁾

19) *Juliana v. United States*, 217 F.Supp.3d 1224 (D. Or. 2016).

20) See *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands*, C/09/456689/HA ZA 13-1396 (June 24, 2015) (Neth.).

21) The comprehensiveness of the Paris Agreement provides a more clear guidance for st

As mentioned above, the long-term target of the Paris Agreement is "to achieve a balance" between anthropogenic emissions and removals by sinks. The statement implies that the COP's expectation to reach net zero emission, and also indicates that fossil fuel will no longer be the primary energy resource for human society. The clear message for investors is the future prosperity of renewable energy and green technology. While the Paris Agreement doesn't mention "carbon markets", it allows Parties to use "international transferred mitigation outcomes" to meet their GHG reduction obligation. All parties can trade "Internationally Transferred Mitigation Outcomes" (ITMOs) among themselves to meet their reduction target.²²⁾ Parties will designate a body to operate the mechanism, and the technical group under the UNFCCC will develop its governing rules. Clear accounting rules that prevent double counting of emissions reduction will be adopted too. Furthermore, the mechanism mentioned above allows participants from both developed and developing countries as well as the public and private sectors.²³⁾

While much of the detail of the new mechanism is yet to be developed, the framework sends a signal to investors that a global carbon market in the long term is emerging. It is foreseeable that a range of inter-connected carbon market will emerge after 2020. It is clear that states should prepare to transit away from reliance on fossil fuels. However, since public finance alone might not be sufficient, the mobilization of private sector finance through carbon markets could play an indispensable role in scaling up low carbon development. Yet, without a clear and stable legal framework, such as accounting and monitoring, reporting, private sectors have no confidence to join the market. Article 6 of the Paris Agreement provides the ability to create an international market if any Parties so desire. Over decades, corporate leaders and investors expressed the need of carbon pricing. Dirk Forrister, the president of the International Emissions Trading Association (IETA) said the Paris Agreement sends a very clear message to the business: "That price is coming."²⁴⁾ In addition, the Paris Agreement establishes a mechanism to assi

ates to make climate change law. States should not only reduce GHG emissions, but take sustainable development and various issues such as finance and adaptation into consideration. A wider understanding across sectors may also accelerate mainstreaming climate change and sustainability in sector planning. It is fair to predict that states will initiate or continue their efforts of climate change legislation after the Paris conference. This third wave of climate change legislation is worldwide. Very likely, the scope of the legislation will be wider while the impact of such will be more comprehensive and significant. In addition to GHG emissions control, the third generation legislation may involve adaptation, loss and damage, technology, human rights, funds and even reconstructing the route of national development. More importantly, the experience of states will contribute to the international society and reinforce the Paris Agreement.

22) UNFCCC, Adoption of the Paris Agreement, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, at 14 (Dec. 12, 2015).

23) Article 6 of the Paris Agreement establishes a new mechanism to "contribute to the mitigation of greenhouse gas emissions and support sustainable development".

st Parties in achieving NDCs, raising ambition and supporting sustainable development. It contains a transparency framework to build mutual trust and confidence. It will serve as an important tool in mobilizing finance, technological support and capacity building for developing countries. These are all necessary legal framework to stabilize the market. Although the Paris Agreement requires countries to propose national pledges that cover a timeframe beyond 2020, its implications for investments are immediate. It sends a powerful signal to markets that now is the time to invest in the low emissions economy. The Paris process catalyzed business and sub-national actors to formulate their ambitions and develop low carbon technologies.

(3) Reconstructing Global Governance and Law

Without a strong compliance mechanism, Paris Agreement should be seen as a failure by the standard of traditional international law. The most important shift of the model, in Anne-Marie Slaughter's word, is "from selective coercion to collectively supported competition."²⁵ For a complex and far-reaching, large-scale problem such as climate change, a permanent treaty with legal binding force may not be a practical solution. Likewise, a united and top-down regulatory scheme is not a good idea either since the circumstances and capacity of states are so different.

Relying on bottom-up NDCs that allow the civil society and government of each country to communicate the future development and restrictions they will reasonably choose is far more promising. The bottom-up scheme creates a competition scenario, yet with some kind of cooperation and collective responsibility.²⁶ Climate change has proved that solving global problems requires strong governance at the national level. The various mechanisms of international support as well as the emphasis on capacity-building reflect a awareness that climate change will not be well addressed unless we invest in strengthening national governments.

An international governance system that rests primarily upon state-centric and interests-based framework, as does the United Nations, will not be able on its own to meet the challenges we face today or in the future. The bottom-up approach transforms the structure of global governance toward a mo

24) Steve Zwick, *The Road From Paris: Green Lights, Speed Bumps, And The Future Of Carbon Markets*, Ecosystem Marketplace (Feb. 1, 2016), <http://www.ecosystemmarketplace.com/articles/green-lights-and-speed-bumps-on-road-to-markets-under-paris-agreement/>.

25) See Anne-Marie Slaughter, *The Paris Approach to Global Governance*, Project Syndicate (Dec. 28, 2015), <https://www.project-syndicate.org/commentary/paris-agreement-model-for-global-governance-by-anne-marie-slaughter-2015-12>.

26) Anne-Marie Slaughter suggests that, "by allowing journalists, activists, scientists, concerned citizens, and climate-friendly businesses to engage in debates, publicize successes and failures," the transparency system support the international society to share the responsibility. See Op.cit.

re decentralized one. Presidents, premiers and central governments will have less day-to-day capacity to change the carbon footprints of their nations. Mayors, governors and CEOs may be in a better position to promote energy efficiency and deliver services in ways that reduce fossil fuel burning. The new Paris Agreement broadens ownership of the climate change challenge and provides mechanisms for drawing cities, states, companies and individual citizens into the global response. The decision of COP 21 also involves "non-party stakeholders", including civil society, the private sector, financial institutions, cities and other sub-national authorities, local communities and indigenous peoples, in climate actions.²⁷⁾ Moreover, the bottom-up approach could provide incentives for states and international organizations (such as OECD) to incorporate their declared mitigation engagement with trade-related policies. The Paris Agreement created a global administrative space in which private sector and civil society members directly engaged. Local governments also outreach their national counterparts, establish vehicles like the C-40 to addressing climate change. In this space, "states, individuals, firms, NGOs, or representatives of domestic and global social and economic interests who are affected by, or otherwise have a stake in, global regulatory governance, interact in complex ways." When the Paris Agreement incorporates some previous COP decisions, it also blurs the dichotomy of formally binding treaty and informally non-binding decisions. This regime complex, on the one hand implies that all informal rules, including decisions made by COPs or other governing entities, could be part of the legal system; on the other hand it indicates that all soft law may have substantial effects. States should refer to the Paris Agreement as well as decisions of COP.

Noticeably, the huge normative system consists of procedure-oriented Paris Agreement and various procedural rules of COP decisions aim to make states and governing entities accountable. With a clear framework and transparency mechanism, the current normative system not only requires states accountable to the international society, but also facilitates domestic citizens to make their government accountable. Similarly, the legitimacy committees and entities of the UNFCCC rely on transparent and reasoned decisions. States have interests in policing the limits of any delegation to global administration. Domestic mechanisms can perform this policing function through review and other decisions based on the consideration of legality.

This development echoes the theory of "global administrative law." Witnessing a development of hybrid public-private governance structure and the adoption of administrative law decision-making and rulemaking procedures, some scholars create the theory of global administrative law. According to Benedict Kingsbury, Nico Krisch, Richard B. Stewart and Jonathan B. Wiener, global administrative law should be defined as "comprising the mechanisms, p

27) UNFCCC, Adoption of the Paris Agreement, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1 (Dec. 12, 2015).

principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make."²⁸) Emerging requirements of global administrative law include procedural participation and transparency, reasoned decisions, review and substantive standards such as proportionality. At the closing of COP 21, UN secretary-general Ban Ki-moon said: "We have an agreement. It is a good agreement. You should all be proud. Now we must stay united--and bring the same spirit to the crucial test of implementation. That work starts tomorrow."²⁹) That "work" could lead to significant change for state legislation, for market development, and for global governance. It is inevitable to see a large-scale transformation of climate change law and governance.

IV. Challenges And Chance For Korea's Future Climate Change Law

The Paris Agreement breaks through the state-centric international system, and creates a more open, hybrid and dynamic global administrative space where challenges and opportunities co-exist for Korea. The new framework empowers the civil society to request for more effective policies on climate change but meanwhile makes Korea an popular outsider subject to the criticism of international society. Korean government, investors and the civil society should take the Agreement seriously and put effort into enacting a more substantial, comprehensive and accountable climate change law. The Paris Agreement does not improve Korea's difficult situation in the international community. However, the emerging market and the global governance model may create opportunities for Korea. Formal international politics and law ideology may be easily dominated by political ideology. Yet the bottom-up approach, the market and informal governance focuses more on cost, benefit and effectiveness which creates opportunities for Korea.

The bottom-up system of NDCs and a clear legal framework re-empower the civil society to advocate climate action through the democratic mechanism.³⁰) Since the Korean government is unable to be present in any interna

28) Global administrative bodies include formal intergovernmental regulatory bodies, informal intergovernmental regulatory networks and coordination arrangements, national regulatory bodies operating with reference to an international intergovernmental regime, hybrid public-private regulatory bodies, and some private regulatory bodies exercising transnational governance functions of particular public significance. See Kingsbury et al., *supra* note 24.

29) Ban Ki-moon, Remarks at Closing of COP 21: Innovation, Imagination, Faster Climate Action, United Nations Secretary-General (Dec. 12, 2015), <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2015-12-12/remarks-closing-cop21>.

30) Due to the binding force of the Paris Agreement, Citizens and NGOs are able to participate in the implementation of NDCs through democratic processes and even judicial acti

tional climate forum, nor does it hold a active attitude toward climate change. Korea is in a more urgent need than any other state to recognize and make use of the trend of multi-level governance. As the cases of some states the governments of which take a passive attitude or sloppy strategy toward climate change have shown, non-state actors such as NGOs, local governments, and courts play an indispensable role in bridging the gap, or even leading the trend, of climate governance. In spite of the government's inertia, Korea can count on and benefit from its vibrant civil society and ever-robust judicial system for managing climate change. Domestic NGOs should put more effort in connecting NGOs in the world and create the chance of mutual fertilization. The Paris Agreement declares the coming of carbon-pricing, which may create a market in which nationality weights less. Korea should encourage the private actors to participate developing low carbon economy and renewable energy. The Korean government may also participate in global governance in informal forms. For example, it may participate in the market mechanism through public-private partnership or join the climate action network of cities and sub-national entities.

1. Low Carbon, Green Growth for the next sixty years

It was obvious to the South Korean government that it would not be able to continue its quantitative growth paradigm for the next sixty years. The Presidential Committee on Green Growth (PCGGG) offered three primary reasons. First, the rapid economic growth due to the quantitative growth paradigm actually ended about a decade ago. This is attributable to the government's failure to provide new engines for growth and new development models. Second, South Korea is more vulnerable in terms of energy security now than compared to the past. In 2020, South Korea was the 5th largest net importer of both crude oil at 119 million tons³¹⁾ and natural gas at 47 billion cubic meters. In 2019, it was the 3rd largest net importer of coal at 129 million tons. Overall, South Korea imported 97 percent of its total energy requirements in 2019, creating dependency on and vulnerability to fluctuations in world energy prices and supplies. Moreover, South Korea's energy security is further threatened by the increasing energy demand of emerging economies, specifically led by China and India.³²⁾ Finally, South Korea must address the threat of climate change and global warming. Emissions of greenhouse gases in South Korea doubled in the past fifteen years. Temperature increase dou

ons. Moreover, the transparency mechanism enacted in the global climate legal system, including reports, review and MRV, also enables the civil society to supervise the government and international organizations. The civil society will be a key player in future climate governance.

31) Int'l Energy Agency, Key World Statistics, at 11 (2009), available at <http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/kwes.pdf>.

32) Int'l Energy Agency, World Energy Outlook, at 46-47 (2019), available at <http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/name,27324,en.html>.

ble that of the world average resulted in entire habitat changes for the nation's seasons.³³⁾

(1) The National Strategy and Five-Year Plan

To implement the national vision of green growth, the National Strategy for Green Growth was adopted in 2009 along with the Five-Year Plan for Green Growth.³⁴⁾ The National Strategy and the Five-Year Plan are mid-to long-term (2009-2050) national agendas. Both were implemented with collaborative efforts among government, industries, and civil society. The National Strategy contains three primary strategies and ten policy directions. In alignment with the National Strategy objectives, the Five-Year Plan identifies fifty core tasks after considering investment potential, significance of project, and relevance to the National Strategy. Along with the core tasks, the Five-Year Plan names the ministries in charge, the yearly investment plan, and the expected benefits, and thus, the plan allows for systematic mechanisms of policy implementation. Moreover, the Five-Year Plan specifies policy targets for each category.

(2) The Three Strategies and Ten Policy Agenda Items

The first strategy addresses effective response to climate change and energy independence. The three policies include: (1) mitigating GHG emissions effectively; (2) reducing use of fossil fuel and improving energy independency; and (3) strengthening the capacity to adapt to climate change.³⁵⁾ The second strategy addresses creation of new growth engines. The four policies include: (1) developing green technologies and growth engines; (2) greening industries and nurturing green industry; (3) advancing industrial structures; and (4) laying the foundation for a green economy. This strategy emphasizes increasing strategic investments in research and development sectors; developi

33) Thus, in the midst of the financial and economic crises of 2008, President Lee Myung-bak announced a "low-carbon, green growth" strategy as the new long-term development vision. At a national address on the 60th Anniversary of the founding of South Korea, President Lee announced that "Low Carbon, Green Growth" would be "a new national development paradigm that creates new growth engines and jobs with green technology and clean energy." As defined in that address, green growth is "sustainable growth which helps reduce greenhouse gas emission and environmental pollution." Emphasizing green technology that will create numerous jobs, future energy security, a promise to formulate new welfare models, and a commitment to "upgrade the value of . . . South Korea's national brand" in the international community, President Lee ambitiously proposed that "green growth will enable a Miracle on the Korean Peninsula to succeed the Miracle on the Han River."

34) Presidential Comm, On Green Growth Of Republic Of Korea, Road To Our Future: Green Growth 8 (2019).

35) Moving beyond fossil fuels will help South Korea achieve energy independence and effectively mitigate GHG emissions. Thus, this strategy calls for "actions such as setting mid-to long-term mitigation goals, increasing the use of new and renewable energy sources, and managing energy demand efficiently. Op.cit.

ng green small and medium enterprises, the cutting-edge convergence industry, and the high value-added service industry; creating a national carbon emissions trading market; laying the structure for green finance; and providing tax incentives for eco-friendly activities.

The third strategy is improving the quality of life for the people and strengthening the nation's reputation in the international community through strong advocacy for green growth. The three policies include: (1) constructing green land, water, and transportation systems; (2) creating a green lifestyle; and (3) becoming a role model for the international community as a green growth leader. As a result of this strategy, green vehicles and bicycles will be more widely utilized. Campaigns will be conducted to promote both public awareness and acceptance of green lifestyles. Moreover, by redoubling its efforts for mitigating climate change and assisting developing countries to deal with the adverse impacts of climate change, South Korea strives to build its national image as a green growth role model. The Framework Act is composed of seven chapters and sixty-four articles.³⁶⁾ Two other reasons for its enactment include: (1) to build the implementation system necessary for green growth such that the creation of green technology and green industry will harmonize the economy and environment; and (2) to devise a variety of institutional systems to promote low carbon, green growth in the international region outside South Korea's boundaries.

(3) Carbon Neutrality Act Passed by National Assembly heralding Economic and Social Transition Towards 2050 Carbon Neutrality.

Korea announced its vision for 2050 carbon neutrality in its Long-term low Emission Development Strategy (LEDS) submitted to the UN in December last year. The Carbon Neutrality Act stipulates legal procedures and policy instruments to achieve the country's vision. Carbon neutrality is a state where greenhouse gas emissions become net-zero as they are balanced out by carbon removals. The Framework Act on Carbon Neutrality and Green Growth (or "Carbon Neutrality Act"), the legal basis of tackling climate crisis and achieving 2050 carbon neutrality, was passed by the National Assembly on 31 August and will be proclaimed in September. Korea becomes the 14th country in the world to make 2050 carbon neutrality implementation into law. The law also provides the range of an emission reduction target for 2030 to be 35% or more from 2018 level.

36) The Enforcement Decree for the Framework Act accompanies it, which also took effect on April 14, 2019. The Framework Act was enacted primarily "to implement measures to effectively address climate change and energy issues and promote sustainable development, which are partially implemented by various ministries and offices pursuant to respective Acts and subordinate statutes, by flexibly bringing them together or integrating them." See Ministry Of Gov'T Legislation, Framework Act On Low Carbon, Green Growth (2019).

The Act specifies procedures of implementing 2050 carbon neutrality vision, detailing the establishment of the carbon neutrality commission and the framework plan. Various policy options for climate impact assessment, climate response fund and just transition are also included in the Act. Since August last year, a total of 8 bills on tackling climate crisis and achieving carbon neutrality have been proposed.

The bills have been assigned to the Environment and Labor Committee of the National Assembly in February this year and since then, have been discussed at 3 sessions of public hearings and 5 sessions of sub-committees until August. Through these sessions, the bills have been examined and combined into one integrated bill. The Environment and Labor Committee passed the bill on 19 August and the Legislation and Judiciary Committee approved the bill on 25 August. Then the National Assembly passed the bill at the plenary session on 31 August. The enactment of the Carbon Neutrality Act is significant in following aspects:

1. The Act makes Korea the 14th country in the world to enshrine 2050 carbon neutrality vision and its implementation mechanism into law. The Act clearly states 2050 carbon neutrality as Korea's national vision and legally sets forth procedures required to achieve that vision. The procedures are mainly about the details on establishing a national strategy, a mid-to long-term greenhouse gas emissions reduction target, and a framework plan as well as on reviewing implementation.
2. The Act sets a mid-term target to achieve the 2050 carbon neutrality vision. The Act stipulates that social discussions on a greenhouse gas emission reduction target for 2030 will be started in the range of 35% or more, which is 9 percentage point increase from the previous target (26.3% from 2018 level). Provided that linear emission reductions are to be made from 2018 to 2050, the emissions reduction target for 2030 could be calculated to be 37.5%. Given this calculation, the Act provides the range of an emission reduction target to be 35% or higher, which indicates Korea in effect has embarked on a journey to become carbon-neutral by 2050.
3. Participatory governance is legislated in the Act to encourage participation of the youth, workers, and local residents. With the enactment of the Act, the 2050 carbon neutrality commission, already established in last May, is to be redefined as a commission with legal status. The scope of governance, previously limited to experts and businesses, will include the youth and workers.
4. Various policy options are included in the Act to implement carbon neutrality. The Act adopts climate impact assessment, the system to evaluate climate impacts of major national plans and development projects. Climate-res

ponsive budgeting is also to be introduced in the Act, which is to set emissions reduction targets in drafting national budgets. Climate response fund will be newly established as well to support industries in transforming their structure and industrial processes.

5. The Act includes detailed policy measures for just transition. The measures aim to protect the regions and groups vulnerable to impacts in the context of transition. Designation of special districts and establishment of support centers are part of such measures designed to protect specific regions and groups who could be affected by the transition, for instance, workers in coal and internal combustion engine vehicle industries.

6. The Act proposes a transition from the centralized system into a decentralized one. Local plans and committees are listed as elements of the local implementation mechanism in the Act. An interactive and collaborative system between central and local governments is also to be developed for further sharing of information and feedback. The Act lays out details on support measures, i.e., supporting data collection for local emissions as well as establishing carbon neutrality support centers. The cooperation mechanism among local governments such as Carbon-neutral Cities Coalition will also be established.

2. Strengthening Climate Change Law in Korea

Korea is excluded from almost all the access to negotiations and international resources, and its barrier and cost to participate global carbon markets is much higher than others. Unsurprisingly, Korea is excluded from the progress following the Paris Agreement and thus suffers from many disadvantages. The supportive system and transparency mechanism created by the Paris Agreement do not benefit Korea, but only put Korea in a more disadvantageous competitive position. Yet, the Paris Agreement may contribute to strengthening Korea's climate change legislation through increasing international pressure and facilitating the mobilization of the civil society in Korea. Korea, ranking the third in Asia and in the world in terms of carbon emissions, becomes an outsider to the "universal" regulatory scheme. The newly enacted Act has embodied some spirits of the Paris Agreement; however, it is far from enough to facilitate Korea catching up the world. There are three important messages sent from the Paris Agreement that the Korean government should neglect.

(1) Deepening Climate Change Policy

The first and most important suggestion for Korea is to stop the gesture policy and thin legislation. The Act has set goal, policy tool and periodic review mechanism to reduce GHG emissions, yet necessary institutions and rules are not ready. It requires sincere efforts from the government, the indust

ry, NGOs, and the civil society. Unfortunately, climate change has not become a mainstream government policy. During the past elections on the presidency and the legislators, for example, policy discussions were primarily focused on food safety, low income, social housing, and trade between Korea and China. Climate change and energy policy remained marginal. The end of fossil fuel era announced by the Paris Agreement signals states should incorporate climate change into national development policy, which could lead to structural transformation of the society, business, energy and life style. The need to strengthening climate change law and policy is more urgent for Korea than for other countries. Since Korea is unlikely to get support and resources from the UNFCCC regime, it is inevitably that Korea has to build the capacity of the society on its own. The Act is a gesture response to the international society and fails to address long-term capacity building. It addresses only on mitigation, it delegates much decision-making power to competent authorities and prescribes many issues without substantive content and concrete direction.

One lesson from the Paris Agreement is the inclusiveness of climate change governance. GHG reduction is only a part of it. Adaptation, financial mechanism, technology transfer, transparency, loss and damage are all equally important. Korea, because of its limited access to international resource and its high vulnerability to climate change, especially needs to invest on adaptation, territorial planning and long-term capacity-building. Several provisions of the Act are about these issues but without substances. Other issues, such as human rights as well as loss and damage, are absent. Climate change has become an integral part to sustainable development in the light of the Paris Agreement. National development plans should include a multifaceted climate change law that is capable of leading to structural transformation of the society in the future.

(2)Reconstructing the procedural and organizational arrangement.

The second suggestion is about the procedural and organizational arrangement. Under current structure, the EPA is the competent authority on GHG reduction, National Development Council is in charge of adaptation, the Bureau of Energy under the Ministry of Economics is in charge of energy, while the Ministry of Finance takes care of energy tax. The governing structure is fragmented. When the new Act is enforced, the EPA will be the competent authority. However, many mechanisms necessary for GHG reduction, such as energy and national development, are beyond the jurisdiction of the EPA. This might seriously undermine the function of the Act. The Act notices the need for trans-sector coordination and requires the Executive Yuan to invite relevant central government agencies, non-governmental organizations, experts and scholars to determine the tasks of GHG reduction. However, the comprehensive Paris Agreement requires states to establish a cross-sector an

d sustainable organization to maintain and to continually develop policies. The Paris Agreement also reflects a turn to procedural rationality and the emergence of global administrative law. Structural transformation of climate change could be painful and requires a process of deliberation and consensus building. In addition, transparent and legitimate process will be the key for global governance accountability. The Act provides some access of public participation and transparency of decision-making, but the access provided is insufficient.

V. Conclusion

The negotiation and the outcome of COP 21 constitute a turning point for both global climate governance and for Korea. The Paris Agreement marks a transition of international climate law, from the top-down, substantive obligation for Annex 1 countries approach taken by the Kyoto Protocol to the current bottom-up, procedure-oriented, comprehensive and universal legal framework. This article argues that, the new framework will trigger worldwide climate change legislation, revive the carbon market and reconstruct global climate change governance and law. It will result in a structural transformation of global governance and law in the field of climate change.

This paper sets out to explore the challenges 1) how did the Paris Summit restore trust among the states with various and diverse interests and redirect climate change negotiation toward a more solid legal framework? 2) Why is the Paris Agreement so important and transformative? 3) What impact does the Paris Agreement have on the states, market and global governance? 4) Most importantly, how will the Paris Agreement affect a country like Korea which is isolated from climate change negotiation and governance? 5) How can Korea take advantage of the new development and respond to the threat of climate change? This paper finds that the progress of the Paris Agreement could motivate the civil society in Korea and increase international pressure toward Korea, which brings both challenges and chances for Korea.

The transformation will bring Korea new challenges and opportunities. Korea, both a significant contributor to and high vulnerability of climate change, seems to have been responding to this global accord with limited promises and actions. Yet current Korea's legal response to climate change has been a gesture policy, providing only rhetoric statement on GHG reduction without genuine effort. The bottom-up approach and transparency of the future climate regime on the one hand empowers the civil society to ask for more substantive legislation and to supervise the implementation of NDCs; on the other hand it exposes the exception of Korea and will bring worldwide attention to the performance of this "outsider". The double forces triggered by the Paris agreement will push the government to respond to climate change a

nd catch up with the international agenda actively. The article suggests the Korea government to strengthen its climate change legislation and governance. The Korean government should enact laws responding to various aspects of climate change, pay attention to organizational and procedural arrangement, and to seek possible opportunities in the emerging model of global governance.

References

- Ali, I., W. Dunham, A. McGinnis & J. Edwards, *Obama Calls Paris Climate Pact 'Best Chance' to Save the Planet*. Reuters. Retrieved from <http://www.reuters.com/article/us-climatechange-summit-usa-obama-idUSKBN0TV0SQ20151213>. (2015).
- Ban, Ki-moon's, Remarks at Closing of COP 21: *Innovation, Imagination, Faster Climate Action*. UN Climate Change Newsroom. Retrieved from <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2015-12-12/remarks-closing-cop21> (2015).
- Climate Home News, Paris tracker: Who pledged what for 2015 UN climate pact?. Retrieved from <http://www.climatechangenews.com/2015/03/10/paris-tracker-who-has-pledged-what-for-2015-un-climate-pact/> (2015).
- Davenport, C., J. Gillis, S. Chan & M. Eddy, *Inside the Paris Climate Deal*. The New York Times. Retrieved from http://www.nytimes.com/interactive/2015/12/12/world/paris-climate-change-deal-explainer.html?_r=0 (2015).
- E. Donald Elliott, "*Portage Strategies for Adapting Environmental Law and Policy During a Logjam Era*", 17 N.Y.U. ENVTL. L.J. 24, p 26-27, (2008).
- Esty, D. & Moffa, A, "*Why Climate Change Collective Action Has Failed and What Needs to be Done within and without the Trade Regime*". Journal of International Economic Law, 15(3), p 777-791, (2012).
- Fredrik Carlsson et al., "*Do You Enjoy Having More Than Others? Survey Evidence of Positional Goods*", 74 ECONOMICA, p 586, p587, p596, (2007).
- Harris, P. G, "*Collective action on Climate Change: The Logic of Regime Failure*". Natural Resources Journal, 47, p195-224, (2007).
- Jody Freeman, "The Obama Administration's National Auto Policy: Lessons from the 'Car Deal'", 35 HARV. ENVTL. L. REV. 343 (2011).
- John Bronsteen, "*Christopher Buccafusco & Jonathan S. Masur, Well-Being Analysis vs. Cost-Benefit Analysis*", 62 DUKE L.J. 1603. (2013).
- James K. Harter & Raksha Arora, *The Impact of Time Spent Working and Job Fit on Well-Being Around the World*, in International Differences In Well-Being , p 398, p 398-402, (2010).
- John Ifcher & Homa Zarghamee, "*Happiness and Time Preference: The Effect of Positive Affect in a Random-Assignment Experiment*", 101 AM. ECON. REV. p 3109, (2011).
- Morgan, J., Y. Dagnet & D. Tirpak, *Elements and Ideas for the 2015 Paris Agreement* (ACT 2015, Working Paper). Retrieved from http://www.wri.org/sites/default/files/ACT_Elements_Ideas_FullPaper_FINAL.PDF (2014).

Michael A. Livermore, A.J. Glusman & Gonzalo Moyano, *Global Cost-Benefit Analysis, in The Globalization Of Cost-Benefit Analysis In Environmental Policy* 3, 3 (Michael A. Livermore & Richard L. Revesz eds.), (2013).

Michael A. Livermore, "Can Cost-Benefit Analysis of Environmental Policy Go Global?", 19 N.Y.U. ENVTL. L.J. 146 (2011).

Orly Lobel, *New Governance as Regulatory Governance, in The Oxford Handbook Of Governance* 65, (David Levi-Four ed., (2012).

Pol'y Integrity, *Are Passenger Vehicles Positional Goods? Consumer Welfare Implications of More Stringent CAFE Standards* 6-7 (Inst. for Pol'y Integrity, Working Paper No. 2012/4, (2012).

Presidential Comm, *On Green Growth Of Republic Of Korea, Road To Our Future: Green Growth* 8 (2009).

Presidential Comm, *On Green Growth Of Republic Of Korea, Green Growth In Motion: Sharing Korea'S Experience* 11 (2011).

Robert D. Atkinson & Stephen J. Ezell, *Innovation Economics: The Race For Global Advantage* (2012).

Slaughter, A.-M, *The Paris Approach to Global Governance*. Project Syndicate. Retrieved from <https://www.project-syndicate.org/commentary/paris-agreement-model-for-global-governance-by-anne-marie-slaughter-2015-12> (2015).

The White House. Statement by the President on the Paris Climate Agreement. (2015, December 12). Retrieved from <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/12/12/statement-president-paris-climate-agreement>. U.N. (2016).

The World Bank Grp., *Strategic Environmental Assessment In The World Bank: Learning From Recent Experience And Challenges*, Fernando Loayza ed., p19-20, (2012).

U.N. Climate Change, *Historic Paris Agreement on Climate Change 195 Nations Set Path to Keep Temperature Rise Well Below 2 Degrees Celsius*. Retrieved from <https://unfccc.int/news/finale-cop21> (2015).

UNFCCC, Decision 1/CP.20. Lima Call for Climate Action, FCCC/CP/2014/10/Add.1 (2015).

UNFCCC, Adoption of the Paris Agreement. FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1 (2015).

Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands, C/09/456689/HA ZA 13-1396 (2015).

Yeh, J.-R, An Overview of Climate Change Policy and Legislation in Korea. International Workshop for Raising the Carbon Market-International Conference for the Establishment of the East Asian Environmental Law Network. Symposium conducted at the

meeting of Yonsei University. Seoul, Korea (2010).

Yeh, J.-R, Between International Pressure and Democratic Drive: Challenges and Prospects for Climate Change Approaches in Korea. In Ookubo, N., S. Sasaki, K. Ueta, S. Marc & K. Fukui (Chair), Legal Possibilities to Strengthen Renewable Energies. Symposium conducted at the meeting of Konrad Adenauer Stiftung. Osaka, Japan (2012).

Zwick, S, *The Road from Paris: Green Lights, Speed Bumps, and The Future of Carbon Markets*. Ecosystem Marketplace. Retrieved from <http://www.ecosystemmarketplace.com/articles/green-lights-and-speed-bumps-on-road-to-markets-under-paris-agreement/>. (2016).

[Abstract]

Challenges and Chance for the Korea's Future Climate Change Law for the Paris Agreement Global Governance.

Kihan Lee

This article argues that, the Paris Agreement presents a new model for global climate change law. It transforms the top-down, mitigation focused, and state obligation centered climate change model of the Kyoto Protocol to a model of bottom-up, comprehensive and procedural rules. This article further argues, the Paris Agreement will trigger worldwide legislation on climate change law, revitalize global carbon market and reconstruct global governance and law. The Paris Agreement passed in the COP 21 of UNFCCC was highly praised as a success model for global effort on responding climate change, yet its importance to the global society and Korea has been fully elaborated. Why the COP is able to reach a global agreement? What's the impact of the Paris Agreement on global and domestic Korea climate change law? How should Korea climate change law prepare for the coming global legal order?

Following this introduction, this paper introduces the Korea green growth concept responding climate change. In chapter II, this article examines the process and result of the Paris Agreement with an attempt to explore its impact on the global climate change law. In chapter III, this paper introduces an overview of South Korea's green growth policies and legislations responding climate change: the National Strategy, the Five-Year Plan, and the Framework Act on Low Carbon, Green Growth. It provides a brief outline of the essential concepts: sustainable development, green economy, green growth, and green growth as an interrelated and interchangeable concept of green economy. this paper addresses South Korea's economic development, specifically its shift from a quantitative growth model to a qualitative growth model with low carbon, green growth as the national vision responding climate change. In chapter IV, this article then examines recent development of climate change law in Korea, and argues that Korea should be better prepared for the coming global climate change legal order with three ways: deepening climate change policy, reconstructing organizational and procedural settings and seeking opportunities in the new legal order. Part V explains how green growth can become meaningful growth by national consensus and public participation to prepare for the coming global legal order.

Key words: green growth, sustainable development, environmental quality, climate change, the paris agreement

「명지법학」 투고규정

1. (투고자격)

- 1) 국내외 대학 전임교수
- 2) 법률 분야의 종사자
- 3) 대학원생으로써 박사학위 수료 이상의 자
- 4) 기타 편집위원회의 추천을 받은 자

2. (투고절차)

- 1) 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- 2) 원고는 4부를 작성하여 제출하되, 그 중 3부는 작성자의 인적사항을 삭제한다.
- 3) 원고 제출은 인쇄된 문서나 저장 파일 또는 이메일로 송부할 수 있다.
- 4) 보낼 곳: 서울시 서대문구 남가좌동 50-3 명지대학교 법학연구소
(Tel) 02-300-0803, (Fax) 02-300-0804
이메일 : lawresearch@mju.ac.kr

3. (투고기한)

논문의 투고는 발간 예정일을 기준으로 1월 전(○○월 ○○일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정이 있는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

4. (논문의 작성)

논문의 작성은 명지법학 원고 작성 요령에 따른다.

5. (논문의 심사)

- 1) 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정·보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- 2) "명지법학"의 심사기준은 ① 논문제목과 내용의 적합성, ② 기존연구와의 차별성, ③ 연구내용의 독창성, ④ 연구방법과 결과의 명확성, ⑤ 논문체계와 기술방법의 적절성, ⑥ 참고문헌 인용의 적합성, ⑦ 연구기대효과 및 학계기여도로 한다.
- 3) 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 문서(전자문서, 이메일 포함)로써 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 통보한다.

「명지법학」 편집규정

제1조 (목적)

이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)을 국내 및 국제적 차원에서 명실상부한 전문논문집으로 발전시키기 위하여 논문집의 편집에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (명지법학의 간행)

- ① [명지법학]은 연 1회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본 호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② [명지법학]의 발간일자는 매년 12월 30일로 한다. 다만, 부득이한 경우 발간 일자를 변경할 수 있다.
- ③ [명지법학]은 200부 이상 발행하며, 연구소 홈페이지에 게재한다.

제3조(원고의 게재)

- ① 다음 각 호의 투고 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 [명지법학]에 게재한다.
 1. 연구소의 학술행사에서 발표된 논문 및 법학연구소에서 기고를 청탁한 논문
 2. 공인된 국내외 대학교의 교원 및 법학 관련 연구소의 연구원의 논문
 3. 초빙연구원이거나 이었던 자의 논문
 4. 기타 편집위원회의 추천을 받은 논문
- ② 게재 원고가 국문인 경우에는 외국어 제목, 외국어 초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어로 작성된 논문일 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ③ 투고 원고는 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며 전문 학술논문으로써 정확한 인용 방법 및 기타의 요건을 갖추어야 한다.
- ④ 원고는 4부를 작성하여 제출한다(그 중 3부는 작성자의 인적 사항을 삭제하여 제출한다).

제4조 (편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 3인 이상으로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ③ 편집위원장은 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임 가능하다.
- ④ 편집위원이 될 수 있는 외부 인사는 법학교수 또는 법률분야 종사자로서 편집위원 1인 이상의 추천을 받은 자로 한다.
- ⑤ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

제5조 (편집위원회의 업무)

1. [명지법학]의 편집 및 출판
2. [명지법학] 원고의 접수 및 게재 여부 심사
3. 기타 간행물의 편집 및 출판

제6조 (편집위원회의 운영)

- ① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원

장이 소집한다.

- ② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 [명지법학] 기타 간행물에 투고된 원고를 제7조의 심사기준에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제7조 (심사위원회의 구성)

- ① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사하며, 심사위원장은 3인의 심사위원 중 호선한다.
- ② 심사위원은 법학연구소의 전임연구원, 국내외 전·현직 대학교수, 기타 편집위원회의 결정에 따라 자격이 있다고 인정되는 자 중에서 위촉한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조 (원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
 - 1. 주제설정(창작성과 적절성)
 - 2. 연구 관점의 참신성 및 연구 방법의 논리적 완결성
 - 3. 연구결과의 학술적 완성도 및 학계의 기여도
 - 4. 종합의견(게재 찬성, 수정 후 게재, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
 - 1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
 - 2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
 - 3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- ③ 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 게재 불가로 구분한다.
- ④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

제9조 (게재료)

[명지법학]에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

제10조(별쇄본 및 전자출판)

- ① 채택된 기고자에게는 명지법학 1부와 별쇄본을 무상으로 제공한다.
- ② 무상으로 제공되는 별쇄본은 10부로 한다. 다만, 기고자의 신청이 있으면 기고자의 비용 부담 하에 추가 제공할 수 있다.
- ③ 명지법학의 출판은 인쇄본과 전자출판을 병행한다.

제11조(본 규정의 시행 및 개정)

- ① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.
- ② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

부칙

제1조(시행일)

이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리규정

제1조 (목적)

이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의)

이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
2. "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
3. "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
4. "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
5. "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.

제3조 (기능)

위원회는 명지법학의 회원, 준회원 또는 단순계재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의, 의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

제4조 (구성)

- ① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받는 외부인사 2인으로 한다.
- ② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제5조 (회의)

- ① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
- ② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조 (연구부정 행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정 행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

제7조 (위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자 . 피조사자 . 증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에는 혐의 사실을 인정한 것으로 추정할 수 있다.
- ③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

제8조 (기피 . 제척 . 회피)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피 신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의 . 의결 및 조사에 관여할 수 없다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제9조 (진술기회의 보장)

위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

제10조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 위원회는 재적위원 과반수 철석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
 - 1. 연구부정 논문의 게재취소
 - 2. 연구부정 논문의 게재취소사실의 공지
 - 3. 회원자격의 박탈 또는 정지
 - 4. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 집수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ④ 위원회는 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제11조(결과의 통지)

위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자

등 관련자에게 통지한다.

제12조(재심의)

피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심을 요청할 수 있다.

제13조(비밀유지의 의무 등)

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
- ② 제보 . 조사 . 심의 . 의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.
- ③ 위원, 조사에 직 . 간접적으로 참여한 자는 심의 . 의결 . 조사 기타 조사과정에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비)

위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 요령

법학연구소에서 간행하는 [명지법학]에 논문을 게재하고자 하는 분은 다음의 원고 작성 절차에 따라 작성하여 주십시오.

다 음

1. 원고는 워드프로세서 프로그램으로 작성하여 명지대학교 법학연구소에 이메일로 보내주시면 됩니다. 워드프로세서 프로그램은 [한글]을 원칙으로 합니다.
2. 원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 합니다.
 - 1) 국문요약
 - 2) 한글주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 외국어 주제어)
 - 3) 논문제목(부제 포함)
 - 4) 투고자 성명 및 학위, 소속 및 지위
 - 5) 본문(각주 포함)
 - 6) 참고문헌: 본문에서 인용한 참고문헌에 한합니다.
 - 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 표시하여야 합니다.
 - 8) 외국어주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글주제어)
3. 구체적인 원고작성 양식은 다음과 같습니다.
 - 1) 목차의 순서는 다음과 같이 하여 주십시오.
 - I. 로마숫자 (중양으로)
 - 1. 아라비아 숫자
 - (1) 괄호 숫자 (4칸 들여쓰기)
 - (ㄱ) 괄호 한글 가, 나, 다 (8칸 들여쓰기)
 - 1) 반괄호 숫자
 - 2) 공동연구논문인 경우에는 각주란에 *표를 하고 책임연구자와 연구자를 표시하여 주십시오.
 - 3) 각주는 다음과 같이 표기하여 주십시오.
 - 저서 인용 : 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 정기간행물 인용 : 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
 - 기념논문집 인용 : 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문「기념논문집명」, 면수.
 - 판결 인용 : 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○다○○○○
 - 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하시기 바랍니다.
 - 4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정
 - 위쪽 : 30, 아래쪽 : 30, 왼쪽 : 35.9, 오른쪽 : 35.9, 머리말 : 19.9, 꼬리말 : 19.9, 제본 : 0
 - 5) 문단모양

- 왼쪽 : 0, 오른쪽 : 0, 들여쓰기 : 2, 줄간격 : 160, 문단위 : 0, 문단아래 : 0, 낱말
간격 : 0, 정렬방식: 혼합.
- 6) 글자모양
- 서체 : 신명조, 자간 : 0, 장평 : 100, 크기 : 10.
- 7) 참고문헌은 저자명, 논문제목 또는 저서명, 학술지명, 권호, 발간연도의 순서로 기재하
여 주십시오.
- 8) 주제어는 10개를 넘지 않되, 한글과 외국어를 같은 순서로 배열합니다.
- 9) 외국어 초록의 경우에도 위 1) 내지 5)의 사항을 준수하시면 됩니다.

◆ 편집위원회

위원장 : 박영규 (명지대학교 법과대학 교수)

위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)

노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)

선정원 (명지대학교 법과대학 교수)

송재일 (명지대학교 법과대학 교수)

신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 안수길 (명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 이소연 (명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제20권 제2호)

2022년 01월 30일 인쇄

2022년 01월 31일 발행

板 權
所 有

발행인 : 박 영 규

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

전 화 : (02)300-0803, FAX : (02)300-0804

제 작 : 도서출판 학술정보

* 이 책의 무단복제·복사·전제를 금함

ISSN 1229-7585