

# 디지털 통상 자유화와 ‘정당한 정책 목적’에 의한 규제

김두식

법무법인 세종 대표변호사,  
국제통상법센터장  
dskim@shinkim.com

디지털 협정은 전자상거래를 활성화하기 위한 규범에서 데이터 거버넌스에 관한 규범으로 그 중심이 옮겨지고 있다. 디지털 협정은 데이터 거버넌스와 관련하여 ‘정당한 정책목적’을 실현하기 위한 각국 정부의 규제권한을 명시적으로 인정되고 있다. 따라서 디지털 협정에서는 정부의 규제를 허용하는 ‘정당한 정책목적’이 무엇이고, 어떻게 그러한 정부규제가 무역자유화에 불필요한 장애가 되지 않도록 할 것인가 하는 것이 중요한 이슈이다.

디지털 협정은 일반적으로 GATT 제20조 또는 GATS 제14조의 일반예외를 준용하고, GATS 제14조 bis와 유사한 안보예외 조항을 두고 있다. 이 밖에 특별히 ‘정보의 국경간 이동’과 ‘컴퓨터 현지화 요구 금지’와 관련하여 정부의 규제를 허용하는 조항을 두고 있다. 이 특별예외 조항들은 GATT 및 GATS 협정뿐 아니라 TBT협정의 규정방식과 용어도 차용하고 있다.

이러한 디지털 협정의 예외조항들을 해석, 적용함에 있어서는 많은 혼란과 불확실성이 예상된다. 디지털 협정의 목적과 규율대상이 GATT나 GATS협정과 다를 뿐 아니라, 지역협정의 형태로 존재하는 디지털 협정들은 협정마다 정부의 규제권한을 규정하는 방식과 사용하는 용어가 천차만별이기 때문이다.

그럼에도 불구하고 디지털 협정상 특별예외 조항을 해석, 적용함에 있어서는 TBT 제2.2조 및 이에 관한 WTO 상소기구의 해석을 상당부분 원용하는 것이 가능하다고 본다. 디지털 협정은 정부의 규제권한을 명시적으로 인정하면서 그 규제권한의 한계를 설정하려고 한다는 점에서 TBT협정과 유사한 성격을 갖고 있다. 실제로 디지털 협정의 특별예외조항들은 TBT협정 제2.2조와 매우 유사한 규정방식을 사용하고 있다.

이에 비해, GATT 및 GATS 일반예외 조항들과 관련 WTO 법리를 디지털 협정의 데이터 거버넌스 규정들에 그대로 적용하는 것은 적절치 않고, 데이터 규제의 특성을 감안하여 GATS 및 GATT상 일반예외 법리에 상당한 수정을 할 필요가 있다고 본다. 특히 GATT 및 GATS 일반예외 조항에 명시되지 않는 ‘정당한 정책 목적’을 실현하기 위한 디지털 관련 규제조치를 정당화하기 위하여는, GATS 제14조 (혹은 GATT 제20조)를 매우 유연하게 해석, 준용하여야 할 것이다.

이런 디지털 협정의 특성을 감안할 때, 디지털 관련 국제규범을 수립함에 있어서는 사이버 안보, 개인정보 보호, 소비자 보호, 공정거래 등 건전한 온라인 경제환경 구축과 관련된 국내 법제도를 정확히 이해하고, 우리나라가 추구해야 할 정당한 정책적 가치가 보호되도록 하는 것이 중요하다.

**주제어** 디지털 통상, 전자상거래, 디지털 협정, 정당한 정책목적, 규제권한, 데이터 거버넌스, GATT 일반예외, GATS 일반예외

## 목차

- I. 문제의 소재
- II. 디지털 협정상 '정당한 정책 목적'에 의한 규제조항 개관
  1. GATT 제20조, 제21조, GATS 제14조, TBT 제2.2조의 구조
  2. 주요 디지털 협정상 '정당한 정책 목적'에 의한 규제 조항
- III. 디지털 협정에서 정당한 정책목적에 의한 규제 조항의 해석 방향
  1. GATT 및 GATS 예외조항, TBT 제2.1조 및 제2.2조에 대한 WTO 상소기구의 해석
  2. 디지털협정에서의 '정당한 정책 목적'에 의한 규제 조항의 해석 방향
- IV. 맺는 말

## I. 문제의 소재

디지털 통상협정이 본격적으로 등장한 것은 2000년 이후부터다. 디지털 협정은 지역 통상협정(regional trade agreements: RTA)에 하나의 챕터로 포함되어 있거나 독립된 지역협정 형태로 존재한다. 2000년 이후 체결된 350개 지역협정 중 183개협정에 디지털 협정이 포함되어 있으며, 가장 최근의 디지털 통상협정은 2021년 5월 발효된 EU와 영국간 무역협력협정(Trade and Cooperation Agreement: TCA)이다.<sup>1</sup>

'디지털'은 아날로그에 대응하는 과학적 개념이지만,<sup>2</sup> 규범으로서의 디지털 협정이 반드시 디지털 방식에 의한 통상만을 규율하는 것은 아니다. 오히려 대부분의 디지털 협정들은

디지털과 아날로그를 모두 아우르는 넓은 의미의 '전자적 수단'에 의한 무역(trade by electronic means)<sup>3</sup> 혹은 '전자적 수단으로 가능하게 된 무역'(trade enabled by electronic means)<sup>4</sup>을 규율 대상으로 규정하고 있다. 그럼에도 많은 디지털 협정들이 '디지털 통상'(digital trade)이라는 표제를 사용하고 있는 이유는 디지털 방식에 의한 상업적 활동 및 이에 대한 정부규제를 핵심 규율 대상으로 하고 있기 때문이라고 생각된다. 특히 최근 체결된 디지털 협정들은 좁은 의미의 전자상거래(electronic commerce), 즉 전자적 방식에 의한 상품 또는 서비스 거래에 대한 규범에 머물지 않고, 디지털 방식으로 수집, 이용, 저장, 처리, 이동되는 데이터 거버넌스(data governance)에 관한 규범의 성격이 강해지고 있다.

<sup>1</sup> TCA, Part Two, Heading One (Trade), Title III (Digital Trade)

<sup>2</sup> 아날로그는 어떤 양이나 데이터를 길이, 각도, 세기, 전류 등 연속적으로 변화하는 물리량으로 표현하는 것을 말하고, 디지털은 어떤 양 또는 데이터를 최소 단위의 이산적(離散的; discrete) 수치로 표현하는 것을 말한다고 설명한다. 예컨대 디지털 시계는 연속되는 시간의 상태를 초 단위, 분 단위, 시 단위의 이산적인 숫자로 보여 주지만, 벽에 걸린 아날로그 시계는 시계바늘의 움직임으로 연속되는 시간의 상태를 보여주는 것과 같다. 신호 전달에 있어 아날로그 신호는 연속파 형태로 전송되는 데 비해, 디지털 신호는 0과 1의 이진수 형태, 즉 불연속적인 '비트'의 형태로 전달된다. 오늘날 컴퓨터로 전송되는 신호는 디지털 신호이다.

<sup>3</sup> 예컨대, 포괄적·점진적 환태평양동반자협정(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: "CPTPP") 제14.2조 제2항, 지역적·포괄적 경제동반자협정(Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement: "RCEP") 제12.3조 제1항은 단지 "electronic commerce"라고 표현한다

<sup>4</sup> TCA 제197조

디지털 협정은 일반 통상협정과 대비하여 몇가지 특성을 갖고 있다. 첫째, 디지털 협정의 규율대상이 다면(多面)적이고 복합적이라는 특징이 있다. 우선 디지털 협정은 전자적 방식에 의한 상품 또는 서비스 거래를 활성화(facilitate)하기 위한 규범을 포함하고 있다는 점에서, 상품협정과 서비스협정의 성격을 갖고 있다. 전자적 전송(electronic transmissions)에 대한 관세 부과 금지, 디지털제품(digital products)에 대한 비차별대우 원칙, 전자서명과 전자인증, 전자송장(e-invoicing), 전자결제, 온라인 소비자 보호에 관한 규정들이 전자상거래를 활성화하기 위한 규정들이다.

그러나 인터넷과 사회관계망서비스(SNS)을 통해 제공되는 서비스의 범위나 종류가 무한적으로 확장되고 디지털 기술이 경제활동뿐 아니라 인간의 비경제적 내지 사회적 생활에까지 깊숙이 침투하면서, 디지털 협정은 건전한 디지털 경제환경 구축을 위한 복합적 규범으로 진화하고 있다. 디지털 협정의 규율대상도 전자상거래 활성화를 넘어, 사이버 보안, 개인정보 보호, 소비자 보호, 불공정거래 및 시장지배적 지위 남용 규제, 인공지능 활용의 윤리적 문제 등, 디지털 경제 시스템을 구축과 관련한 전반적인 이슈들로 확대되고 있다.<sup>5</sup> 이에 따라 디지털 경제(digital economy)를 뒷받침하는 규범 전반

을 다루는 포괄적 디지털 협정들이 나타나고 있다.<sup>6</sup>

둘째, 디지털 협정은 수많은 지역협정 형태로 존재하고 있고, 협정마다 규정방식에 차이가 있어 디지털 규범이 파편화, 블록화되어 있다. 그 결과 공통된 원칙과 일관성 있는 규범을 도출하기 어렵다. 현재 디지털 협정들은 크게 세계의 블록으로 나눌 수 있다. 첫번째 블록은 미국, 일본, 싱가포르 등 디지털 교역의 자유화를 지향하는 국가들이 참여하는 디지털 협정들이다.<sup>7</sup> CPTPP, 미국·멕시코·캐나다간 무역협정(United States-Mexico-Canada Agreement: USMCA), 미국·일본간 디지털통상협정((U.S.-Japan Digital Trade Agreement: USJDTA), 디지털경제동반자협정(Digital Economy Partnership Agreement: DEPA), 싱가포르·호주간 디지털경제협정((Digital Economy Agreement: DEA)들이 이런 계열에 속한다고 할 수 있다. 이들 협정들은 데이터의 자유로운 이동을 보장하고 컴퓨터 설비의 현지화 요구를 금지하며, 이에 대한 각국의 규제 권한을 상당히 제한하는 것이 특징이다.

두번째 블록은 EU가 주도하는 디지털 협정이다. 2021년 체결된 TCA에 EU의 입장이 잘 드러나 있다. TCA는 개인정보 및 프라이버시 보호, 기후 변화, 문화적 다양성 등 다양한 사회적·개인적 가치를 보호하기 위하여 당사국들의 규제권한을 넓게 인정하는 것

<sup>5</sup> 예를 들어 가장 최근에 체결된 TCA는 전자상거래 활성화 외에, '개방적이고 안전하며 신뢰할 만한 온라인 환경' 구축이 협정의 목적이라고 선언하고 있다 (제196조): "The objective of this Title is to facilitate digital trade, to address unjustified barriers to trade enabled by electronic means and to ensure an open, secure and trustworthy online environment for businesses and consumers."

<sup>6</sup> 디지털경제동반자협정(Digital Economy Partnership Agreement, DEPA)이 대표적인 예이다. DEPA는 CPTPP 가입국가 중 무역개방도가 높은 칠레, 뉴질랜드, 싱가포르 간에 2020년 체결되어 2021. 1. 7. 발효되었으며, 타 국가의 가입을 전제로 한 개방형(open plurilateralism) 협정이다. 총 16개의 모듈(Module)로 구성되어 있고, 각각의 모듈은 AI, FinTech, 경쟁정책 등을 포함한 디지털경제와 관련된 포괄적 이슈를 다루고 있다.

<sup>7</sup> 미국은 원칙적으로 개인정보의 국외이전을 제한하지 않고 개인정보의 보호를 시장자율(voluntary undertaking)에 맡기고 있다.

이 특징이다.<sup>8</sup>

세번째 블록은 중국 및 일부 동남아시아 국가들이 주도하여 체결한 RCEP이다. RCEP도 데이터의 자유로운 이동을 규정하고 컴퓨터 설비의 현지화 요구를 금지하는 규정을 두고는 있지만, 당사국들의 규제권한과 재량을 폭넓게 인정하고 있다. 국가의 규제권한을 폭넓게 인정하고 있다는 점에서 TCA와 유사하지만, RCEP을 주도한 중국 등 주요 당사국들이 개인정보 보호 등 사회적·개인적 가치를 중시한다기 보다는 국가주의적 정책 가치를 보호하는데 주안점을 두고 있다는 점에서 TCA와 구별된다. 예컨대 중국은 국가안보를 이유로 개인정보 등 데이터의 수집, 이동, 처리에 언제든지 개입하고 통제할 수 있도록 허용하고 있는데,<sup>9</sup> RCEP의 느슨한 디지털 규범으로는 중국의 정부개입을 효과적으로 통제하기 어렵다고 생각된다.

셋째, 디지털 협정의 또다른 특징은 각국의 규제권한을 명시적으로 인정하면서 그러한 규제가 디지털 무역에 대한 불필요한 장애가 되지 않도록 통제하는 것을 규범의 주된 목적으로 하고 있다는 점이다. 디지털 협정도 디지털 방식에 의한 상품 및 서비스 거래를 다루고 있기 때문에 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT)이나 서비스협정(GATS)처럼 비차별원칙(non-discrimination)과 시장접근(market access)을 통해 무역 자유화

를 도모하는 측면이 있다. 그러나 디지털 협정의 주된 규율대상이 전자상거래에서 데이터 거버넌스로 옮겨지면서, 디지털 협정의 목적도 데이터와 관련한 각국의 고유한 규제 권한(right to regulate)을 적절히 통제하고 각국의 상이한 법제도를 조화시키는 데 주안점을 두고 있다.

이처럼 각국의 규제권한을 인정할 수 밖에 없는 상황에서, 정부의 규제조치를 허용하는 '정당한 정책'이 무엇이고, 무역자유화의 관점에서 규제조치의 한계가 어디까지인지를 규명하는 것이 디지털 협정에 있어서 가장 중요한 이슈이다. 이와 관련하여 디지털 협정에서는 국가의 '규제권한'과 '무역자유화'라는 서로 충돌되는 가치를 조화시키는 장치로 크게 두가지 조항을 두고 있다. 첫째, 당사국들에게 데이터의 역의 이전(cross-border data flows)을 허용할 의무와 컴퓨터 설비 현지화 금지(computing facilities localization requirements)의무를 부과하는 대신, 각국이 다른 '정당한 정책 목적'(legitimate policy objectives)을 실현하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있도록 허용하는 규정이다. 이를 편의상 "특별예외"라 부르기로 한다. 둘째는 GATS 제14조 및 GATT 제20조 일반예외 조항을 준용하고, GATT 제21조 및 GATS 제14조 bis와 동일한 안보예외를 규정하는 조항이다. 이를 편

<sup>8</sup> TCA 제198조 (Right to regulate)는 다음과 같이 규정한다: "The Parties affirm the right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, social services, public education, safety, the environment including climate change, public morals, social or consumer protection, privacy and data protection, or the promotion and protection of cultural diversity."

<sup>9</sup> 2020년 10월 공개된 중국의 개인정보 보호법안은 개인정보 보호를 선언하고 있지만 실제로는 국가안보를 우선시하여 국가의 폭넓은 개입을 허용하고 원칙적으로 데이터의 국외 이동을 허용치 않는다. 법안에 따르면 중국내에서 수집된 개인정보는 중국내에 보관하여야 하고, 정보를 외국에 이전하려면 미리 정부기관의 보안심사를 받도록 하고 있다. 또한 외국의 개인정보 처리기관이 중국인의 권익을 해하거나 중국의 국가안보 또는 공공이익을 위태롭게 하는 경우에는 그 기관을 블랙리스트에 올려 중국의 개인정보 처리를 금지하고, 나아가 개인정보 보호를 이유로 중국 또는 중국기업에 대해 차별적 조치를 취하는 국가에 대해서는 중국정부가 그에 상응하는 보복조치를 취할 수 있도록 했다.

의상 “일반예외”라 부르기로 한다.

결국 디지털 협정과 관련해서는, 위와 같은 정당한 정책에 의한 예외 조항들을 어떻게 해석할 것인지, GATT나 GATS상 예외조항들을 성격이 다른 디지털 협정에 어떻게 준용할 수 있을 것인지가 핵심 문제로 제기된다. 무엇보다 디지털 협정마다 특별예외 및 일반예외 조항을 규정하는 방식이 천차만별이기 때문에 디지털 협정상의 예외조항을 해석, 적용함에 있어 혼란이 발생할 수 밖에 없다. 게다가 디지털 협정상 특별예외 및 일반예외 규정의 바탕이 된 GATT 및 GATS상 일반예외와 안보예외 조항, 그리고 기술장벽협정(TBT) 제2조와 관련한 WTO 패널과 상소기구의 해석 그 자체에 일관성이 결여되어 있을 뿐 아니라, WTO협정과 성격이 다른 디지털 협정에 이러한 WTO협정 조항들을 준용하는데 문제가 있을 수 있다.

이 글에서는 이와 같은 문제의식을 바탕으로, 먼저 주요 디지털 협정들이 어떻게 정당한 정책에 의한 예외적 규제를 허용하고 있는지를 개관해 보고, 다음으로 그러한 예외조항들이 기초를 두고 있는 GATT 및 GATS 일반예외 조항과 TBT 제2조에 관한 WTO 패널 및 상소기구의 해석을 간략히 검토한 후, 마지막으로 디지털 협정의 특별예외 및 일반예외 조항들에 대한 해석방향을 제시해 보기로 한다.

## II. 디지털 협정상 ‘정당한 정책 목적’에 의한 규제조항 개관

디지털 협정에서 ‘정당한 정책 목적’에 의한 정부규제를 허용하는 규제 조항들은 WTO협정에 기초하고 있다. 즉, 특별예외 조항은 대개 GATT 제20조와 제21조, GATS 제14조 및 제14조 bis, TBT 제2.2항에서 사용된 문구나 용어를 차용하고 있고, 일반예외 조항은 GATS 제14조 및 GATT 제20조 일반예외 조항을 막바로 ‘준용’(apply *mutatis mutandis*)하는 방식을 취하고 있다. 디지털 협정에서 사용되는 ‘정당한 정책 목적’(legitimate public policy objectives 또는 public policy objectives)이라는 용어도 GATS나 TBT에서 사용되는 비슷한 용어에서 영감을 얻은 것으로 생각된다.<sup>10</sup>

여기서는 먼저 GATT 제20조와 제21조, GATS 제14조, 제14조 bis, TBT 제2.2항의 구조를 간략히 살펴본 다음, 주요 디지털 협정에서 규정하고 있는 예외 조항들을 살펴보기로 한다.

### 1. GATT 제20조, 제21조, GATS 제14조, TBT 제2.2조의 구조

GATT 제20조<sup>11</sup>는 일반예외(General Exceptions)라는 표제 하에 “Subject to re-

<sup>10</sup> GATS Preamble에서는 “national policy objectives”라는 표현을 사용하고 있고, TBT 제2조에서는 “legitimate objectives”라는 표현을 사용하고 있다.

<sup>11</sup> GATT 제20조: Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

(a) necessary to protect public morals;

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health; ...

quirement”로 시작되는 두문(chapeau)과 “nothing in this Agreement”로 시작되는 본문으로 구성되어 있다. 두문은 예외조치가 ‘자의적이거나 정당화될 수 없는 차별’(arbitrary or unjustifiable discrimination)이나 ‘국제무역에 대한 위장된 제한’(disguised restriction on international trade)이어서는 안된다고 규정하고 있다. 제20조 본문의 각 호에서는 10가지 정당한 정책 목적을 열거하고 있는데, 그 정책 목적과 예외조치와의 관계는 “necessary to protect [또는 secure]”, “relating to”, “for the protection of”, “in pursuance of”, “involving restrictions on exports of domestic materials necessary to ensure”, “essential to” 등으로 표현되고 있다. 10개의 정책 목적 중 지금까지 실제로 WTO분쟁에서 다루어진 정책 가치는 (a)호 선

량한 풍속(public morals), (b)호 인간이나 동식물의 생명 또는 건강(human, animal or plant life or health), (d)호 법률의 집행(compliance with laws and regulations), (g)호 천연자원의 보전(conservation of exhaustible natural resources)이다.

한편 안보예외(Security Exceptions)를 규정하고 있는 GATT 제21조<sup>12</sup>는 제20조에 서와 같은 두문이 없다. 또한 필수적인 안보적 이익을 보호하기 위해 예외조치를 취할 필요가 있는지 여부를 회원국이 스스로 판단할 수 있도록 하기 위해 “which it considers necessary for the protection of essential security interests” 라는 문구를 두고 있는 것이 특징이다.

GATS 제14조<sup>13</sup>는 GATT 제20조와 거의 동일한 구조로 되어 있다. 다만 예외조치를 정

(d) necessary to secure compliance with laws and regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement: ...

(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources

...

<sup>12</sup> GATT 제21조: “Nothing in this Agreement shall be construed

(a) ...; or

(b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests

(i) relating to fissionable materials or the Materials from which they are derived;

(ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;

(iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or

(c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.”

<sup>13</sup> GATS 제14조: Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures (5 legitimate purposes):

(a) necessary to protect public morals or to maintain public order;

(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;

(c) necessary to secure compliance with laws and regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement including those relating to:

(i) the prevention of deceptive and fraudulent practices or to deal with the effects on default on service contracts;

(ii) the protection of the privacy of individuals in relation to the processing and dissemination of personal data ...

(iii) safety

(d) inconsistent with Article XVII [National Treatment], provided that the difference in treatment is aimed at

당화하는 정책 목적은, 조세 관련 예외를 제외 하면, (a)호 공서양속(GATT 제20조 (a)항의 ‘public morals’에 ‘public order’가 추가 됨), (b)호 인간이나 동식물의 생명 또는 건강, (c)호 법률의 집행 등 세가지로 한정된다. 예외 조치는 이들 정책 목적을 보호 또는 실현하기 위하여 필요한(necessary to protect or secure) 것이어야 한다고 규정하고 있다.

TBT협정은 서문(preamble)에서 각국 정부가 정당한 목적(legitimate objectives)을 실현하기 위하여 기술규정을 채택할 수 있는 권한을 보유함을 명시적으로 선언하고 있다.<sup>14</sup> 디지털 협정도 정부의 정당한 정책목적에 의한 규제권한을 명시하고 있다는 점에서 TBT협정은 디지털 협정과 유사한 면이 있다. 한편 TBT협정 제2.2조는 기술규정이 ‘국제무역에 대한 불필요한 장애’(unnecessary obstacles to international trade)가 되지 않아야 하고, 이를 위해 정당한 목적을 달성하는데 필요한 것 이상으로 더 무역제한적이어서는 안된다고 규정하고 있다. TBT협정은 이러한 요건을 GATT나 GATS처럼 예외조항으로 규정하지 않고 독립된 의무규정인 제2.2조 본문에서 규정하고 있는 것이 특

징이다.<sup>15</sup>

## 2. 주요 디지털 협정상 ‘정당한 정책 목적’에 의한 규제 조항

디지털 협정에서 정부의 ‘정당한 정책목적’에 의한 규제권한이 명시적으로 언급하기 시작한 것은 2018년 CPTPP부터다. CPTPP 이전의 디지털 협정들은 주로 전자적 방식에 의한 서비스 제공이나 디지털 제품의 수출 등 좁은 의미의 전자상거래(electronic commerce)를 규율대상으로 하고 있었고, 데이터 거버넌스에 관한 규정은 아예 없거나 있더라도 구속력있는 의무규정이 아니었다. 따라서 초기 디지털 협정에서는 ‘정당한 정책목적’에 의한 특별예외를 둘 필요가 없었고, 단지 GATS 제14조 일반예외 조항을 준용하는 규정만을 두고 있다.

이에 반해서 CPTPP는 처음으로 데이터의 자유로운 역외 이동을 보장하고 컴퓨터 설비의 현지화 요구를 금지하는 등 구속력 있는 디지털 거버넌스 규정들을 디지털 규범에 포함시켰고, 이와 함께 정당한 정책 목적에 의한 규제를 허용하는 특별예외 조항을 두기

ensuring the equitable or effective imposition or collection direct taxes in respect of services or service suppliers of other Members;

(e) ,inconsistent with Article II [MFN], provided that the difference in treatment is the result of an agreement on the avoidance of double taxation ... .

<sup>14</sup> TBT 서문 제6문: “Recognizing that “no country shall be prevented from taking measures necessary to ensure the quality of products, or for the protection of human, animal or plant life or health, of the environment, or for the prevention of deceptive practices, at the levels it considers appropriate, subject to the requirement that they are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or a disguised restriction on international trade, and are otherwise in accordance with the provisions of this Agreement”.

<sup>15</sup> TBT 제2.2항: Members shall ensure that technical regulations are not prepared, adopted or applied with a view to or with the effect of creating unnecessary obstacles to international trade. For this purpose, technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective, taking account of the risks non-fulfilment would create. Such legitimate objectives are, inter alia: national security requirements; the prevention of deceptive practices; protection of human health or safety, animal or plant life or health, or the environment. In assessing such risks, relevant elements of consideration are, inter alia: available scientific and technical information, related processing technology or intended end-uses of products.

시작했다. CPTPP 이후에 체결된 디지털 협정들은 거의 예외없이 정당한 정책목적에 의한 정부 규제를 일정한 조건하에 허용하는 특별예외 규정을 두고 있다.

아래에서는 CPTPP 이전과 이후를 나누어 주요 디지털 협정에서 규정하고 있는 정당한 정책목적에 의한 규제조항들을 살펴보고자 한다.

#### 가. CPTPP 이전의 디지털 협정들

CPTPP 이전의 대표적인 디지털 협정으로 한·미 FTA(2012년 3월 발효), 한·캐나다 FTA(2015년 1월 발효), 한·중 FTA(2015년 12월 발효)를 들 수 있다. 우선 한미 FTA의 전자상거래 챕터에는 국경간 정보 이동(cross-border information flow)에 관한 조항이 있다. 그러나 그 조항은 각 당사국이 국경간 정보 이동에 불필요한 장애(unnecessary barriers)를 부과하거나 유지하지 않도록 노력(endavor)한다는 규정에 불과했다.<sup>16</sup> 따라서 당사국 정부의 정당한 정책에 의한 규제권한은 언급하지 않았고, 다만 일반예외 조항에서 GATS 제14조를 준용하고 있을 뿐이다.<sup>17</sup>

한·캐나다 FTA는 정보의 국경간 이동에 대해 아무런 언급을 하지 않고, 단지 일반적으로 전자상거래에 대한 불필요한 장애를 초

래하는 조치를 취하지 않도록 노력한다는 규정만 두고 있다.<sup>18</sup> 한·중 FTA에는 한·캐나다 FTA에 포함된 위와 같은 규정조차 없다.<sup>19</sup> 다만 두 협정 모두 일반예외 조항에서 GATS 제14조를 전자상거래 챕터에 준용하고 있다.<sup>20</sup>

#### 나. CPTPP

아래에서 보는 바와 같이, CPTPP는 ‘국경간 정보 이동’과 ‘컴퓨터 설비의 위치 및 사용’과 관련하여 먼저 각국의 일반적인 규제권한을 인정하는 규정을 두고 있다. 그 다음 정보의 국경간 이동을 허용할 의무 또는 컴퓨터 설비의 현지화 요구를 하지 않을 의무를 규정하고, 일정한 조건하에 ‘정당한 정책 목적’(legitimate public policy objectives)에 의한 규제조치를 허용하는 특별예외를 규정하고 있다.

#### CHAPTER 14

#### ELECTRONIC COMMERCE

#### Article 14.11: Cross-Border Transfer of Information by Electronic Means

1. The Parties recognise that each Party may have its own regulatory requirements concerning the transfer of information by electronic means.
2. Each Party shall allow the cross-border

<sup>16</sup> 한·미 FTA, Chapter 15, 제15.8조

<sup>17</sup> 한미 FTA, Chapter 23, 제23.1조: “2. For purposes of Chapters Twelve (Cross-border Trade in Services), Fourteen (Telecommunications), and Fifteen (Electronic Commerce), Article XIV of GATS (including its footnotes) is incorporated into and made part of of this Agreement, *mutatis mutandis*. The Parties understand that the measures referred to in Article XIV(b) of GATS include environmental measures necessary to protect human, animal, or plant life or health.”

<sup>18</sup> 한·캐나다 FTA, Chapter 13, 제13.2조 제4항

<sup>19</sup> 한·중 FTA, Chapter 13 참조

<sup>20</sup> 한·캐나다 FTA, 제22.1조, 한·중 FTA 제21.1조

transfer of information by electronic means, including personal information, when this activity is for the conduct of the business of a covered person.

3. Nothing in this Article shall prevent a Party from adopting or maintaining measures inconsistent with paragraph 2 to achieve a legitimate public policy objective, provided that the measure:

(a) is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade; and

(b) does not impose restrictions on transfers of information greater than are required to achieve the objective.

**Article 14.13: Location of Computing Facilities**

1. The Parties recognise that each Party may have its own regulatory requirements regarding the use of computing facilities, including requirements that seek to ensure the security and confidentiality of communications.

2. No Party shall require a covered person to use or locate computing facilities in that Party's territory as a condition for conducting business in that territory.

3. Nothing in this Article shall prevent a Party from adopting or maintaining measures inconsistent with paragraph 2 to achieve a legitimate public policy objective, provided that the measure:

(a) is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade; and

(b) does not impose restrictions on the use or location of computing facilities greater than are required to achieve the objective.

위 규정들은 GATT 제20조와 제21조, GATS 제14조, TBT 제2.2조의 구조나 용어를 차용하고 있다. 우선 CPTPP 제14.11조와 제14.13조의 1항에서 규정하고 있는 각국의 규제권한은 GATS나 GATT에는 없고 TBT 서문에만 존재하는 규정이다. 3항의 두 문과 (a)호는 GATS 제14조 또는 GATT 제20조 일반예외 조항의 문구를 차용한 데 반해, (b)호는 TBT 제2.2조의 “technical regulations shall not be more trade-restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective” 문구와 유사하다.

위 3항에서는 ‘정당한 정책 목적’이 무엇인지 밝히지 않고 있다. 디지털 규범에 관련되는 다양한 정책적 가치를 포섭하려는 의도일 것이다. 따라서 GATT 제20조 및 GATS 제14조에 열거된 여러 정책 목적들은 물론, GATT 제21조 및 GATS 제14조 bis에 규정된 ‘안보이익’(security interests)도 모두 3항의 ‘정당한 정책 목적’에 해당할 수 있다. 실제로 TBT 제2.2조에서는 ‘국가안보상 요건’(national security requirements)을 정당한 목적에 명시적으로 포함시키고 있다.

흥미로운 점은 위 3항의 두문에서는 “measures inconsistent with paragraph 2 to achieve a legitimate public policy objective”라고만 규정하고 있다는 점이다. 다시 말해, GATT 제20조와 GATS 제14조, 그리고 TBT 제2.2조에 명시된 ‘필요성’(necessity) 문구, 즉 정부의 규제조치는 정

당한 정책 목적을 달성하기 위해 필요한 것 이어야 한다는 문구가 누락되어 있다는 것이다. 더욱이 3항 (b)호에서는 조치가 정당한 목적 달성을 위해 '요구되는'(required) 것 보다 정보 이동 또는 컴퓨터 사용을 더 제한해서는 안된다고 표현함으로써, TBT 제2.2조의 "necessary" 대신에 "required"라는 용어를 사용하고 있음을 알 수 있다.

CPTPP는 이와 같은 특별예외조항 외에, GATS 제14조 일반예외 조항을 '준용'하는 규정을 두고 있다.<sup>21</sup> 나아가 GATT 제21조 및 GATS 제14조 bis와 유사하지만 그 보다 더 넓은 안보예외 조항을 두고 있다.<sup>22</sup>

#### 다. CPTPP 계열의 디지털 협정들

CPTPP가 체결된 이후, CPTPP의 디지털 규범을 기초로 하여 이와 유사한 규정을 둔 디지털 협정들이 다수 체결되었다. USJDTA (2020년 1월 발효), USMCA (2020년 7월 발

효), DEPA (2020년 12월 발효), DEA(2020년 12월 발효) 등이 그런 협정들이다. 이러한 협정들은 CPTPP와 마찬가지로 국경간 정보 이동을 허용할 의무와 컴퓨터 설비 현지화를 요구하지 않을 의무를 규정하는 대신 '정당한 정책목적'에 의한 규제권한을 인정하는 특별예외 조항을 두고 있다.

그런데 미국이 참여한 USJDTA와 USMCA는 각국 정부의 규제권한을 명시한 CPTPP 제 14.11조 1항 및 제14.13조 1항과 같은 규정을 채택하지 않고 있다.<sup>23</sup> 또한 정당한 정책목적에 의한 정부규제를 허용하는 특별예외도 데이터의 국외 이전에 대해서만 규정하고, 컴퓨터 설비의 현지화 요건 금지에 대해서는 이를 인정하지 않고 있다.<sup>24</sup> 이러한 규정방식은 정부의 정당한 규제권한을 최소한으로 인정하고 CPTPP보다 강력한 디지털 통상 자유화 규범을 수립하려는 미국의 의지가 반영된 것이다. 이에 반해 DEPA와 DEA는 CPTPP처럼 각국의 일반적 규제권한을 인정하는 규정을

<sup>21</sup> CPTPP 제29.1조 제3항: "3. For the purposes of Chapter 10 (Cross-Border Trade in Services), Chapter 12 (Temporary Entry for Business Persons), Chapter 13 (Telecommunications), Chapter 14 (Electronic Commerce) and Chapter 17 (State-Owned Enterprises and Designated Monopolies), paragraphs (a), (b) and (c) of Article XIV of GATS are incorporated into and made part of this Agreement, mutatis mutandis. The Parties understand that the measures referred to in Article XIV(b) of GATS include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health."

<sup>22</sup> CPTPP 제29.2조: "Nothing in this Agreement shall be construed to: (a) ...; or (b) preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests."

<sup>23</sup> 예컨대 USJDTA 제11조는 다음과 같이 규정한다:

##### Article 11. Cross-Border Transfer of Information by Electronic Means

1. Neither Party shall prohibit or restrict the cross-border transfer of information, including personal information, by electronic means, if this activity is for the conduct of the business of a covered person.
2. Nothing in this Article shall prevent a Party from adopting or maintaining a measure inconsistent with paragraph 1 that is necessary to achieve a legitimate public policy objective, provided that the measure:
  - (a) is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade; and
  - (b) does not impose restrictions on transfers of information greater than are necessary to achieve the objective.

<sup>24</sup> 예컨대 USJDTA 제19.12조는 다음과 같이 규정한다.

##### Article 19.12: Location of Computing Facilities

No Party shall require a covered person to use or locate computing facilities in that Party's territory as a condition for conducting business in that territory.

두고 정당한 정책에 의한 특별예외를 데이터의 국외 이전과 컴퓨터 설비의 현지화 금지에 모두 인정하고 있다. 특기할 점은, USJDTA와 USMCA는 CPTPP와 달리 정당한 정책 목적과 규제조치 간의 필요성(necessity) 요건을 추가하고 있는데 반해, DEPA와 DEA에서는 CPTPP와 마찬가지로 필요성(necessity) 문구를 생략하고 있다는 것이다.<sup>25</sup>

한편 일반예외와 관련하여, USJDTA는 GATT 제20조와 GATS 제14조를 모두 준용하고 있는 반면,<sup>26</sup> USMCA는 GATS 제14조만을 준용하고 있다.<sup>27</sup> DEPA와 DEA는 GATT 제20조와 GATS 제14조를 모두 준용하고 있다.<sup>28</sup>

#### 라. RCEP

2020년 11월에 체결된 RCEP은 제12장 전자상거래 챕터에서 각국의 규제권한 내지 규제재량을 매우 폭넓게 인정하고 있다. 이

는 디지털 주권을 우선시 하는 중국의 입장과 경제의 디지털화가 늦은 동남아시아 국가들의 입장이 반영된 결과로 생각된다. RCEP은 CPTPP와 같이, 정보의 국외 이전을 허용할 의무와 컴퓨터 설비 현지화 요구를 금지하는 규정을 두고 있으나, 당사국들이 정당한 정책목적을 실현하기 위하여 스스로 필요하다고 생각하는(“it considers necessary”) 규제조치를 취할 수 있도록 허용하고 있다.<sup>29</sup> 뿐만 아니라, 그렇게 취해진 규제조치에 대해서는 다른 당사국들이 다룰 수 없다고 명시하고 있다. 이 밖에 RCEP은 GATS 제14조 일반예외를 준용하고 있다.<sup>30</sup>

#### 마. TCA

2021년 5월에 발효된 TCA는 디지털 협정의 목적이 사업자와 소비자 모두에게 “개방되고 안전하며 신뢰할 수 있는 온라인 환경”(open, secure and trustworthy online

<sup>25</sup> DEPA 제4.3조는 다음과 같이 규정한다.

Article 4.3: Cross-Border Transfer of Information by Electronic Means

1. The Parties recognise that each Party may have its own regulatory requirements concerning the transfer of information by electronic means.
2. Each Party shall allow the cross-border transfer of information by electronic means, including personal information, when this activity is for the conduct of the business of a covered person.
3. Nothing in this Article shall prevent a Party from adopting or maintaining measures inconsistent with paragraph 2 [“necessary” X] to achieve a legitimate public policy objective, provided that the measure:
  - (a) is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade; and
  - (b) does not impose restrictions on transfers of information greater than are required to achieve the objective.

<sup>26</sup> USJDTA 제3조

<sup>27</sup> USMCA 제32.1조

<sup>28</sup> DEPA 제15.1조, DEA 제3조

<sup>29</sup> RCEP 제12.14조(Location of Computing Facilities)와 제12.15조(Cross-border Transfer of Information by Electronic Means) 각 3항은 다음과 같이 규정한다.

3. Nothing in this Article shall prevent a Party from adopting or maintaining:
  - (a) any measure inconsistent with paragraph 2 that it considers necessary to achieve a legitimate public policy objective, provided that the measure is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade; or
  - (b) any measure that it considers necessary for the protection of its essential security interests. Such measures shall not be disputed by other Parties.

<sup>30</sup> RCEP, 제17.12조

environment for businesses and consumers)<sup>31</sup>을 구축하는데 있음을 선언하고, 이를 위해 EU와 영국정부는 ‘정당한 정책목적’(legitimate policy objectives)을 실현하기 위한 광범위한 규제권한을 보유함을 확인하고 있다.<sup>32</sup> 나아가 협정 첫머리에서 당사국은 일반예외(general exceptions), 안보예외(security exceptions), 금융건전성 제외(prudential carve-out) 규정들에 따른 규제 조치를 취할 수 있음을 명시하고 있다.<sup>33</sup>

TCA에서 EU와 영국은 정보의 국외 이동을 보장할 의지가 있음(“committed to ensuring cross-border data flows)을 천명하고 있다. 그러나 데이터를 저장, 처리, 이동함에 있어 자국내 컴퓨터 설비나 망을 사용하도록 요구하지 않는다는 소위 ‘현지화(localization) 요구 금지’ 규정만을 두고 있을 뿐, 데이터의 국외 이동을 원칙적으로 허용한다는 규정은 두고 있지 않다. 오히려 데이터의 국외 이전에 대해서는 개인정보 및 프라이버시 보호를 위해 일반적으로 적용되는 법률에 따른 규제조치를 취할 수 있음을 확인하고 있다.<sup>34</sup> 또한 TCA는 디지털 통상을 확대하기 위해 소비자의 신뢰를 증진하는 것이 중요하다는 인식하에, 정부가 사업자의

사기적 행위나 불공정행위를 규제하고, 소비자에게 사업자 및 거래 정보를 제공하도록 요구하고, 계약위반에 대한 구제수단을 소비자에게 확보해 주는 조치를 취할 수 있음을 명시하고 있다.<sup>35</sup>

이처럼 TCA가 정부의 규제권한에 중점을 두고 있는 이유는 EU가 이미 도입한 ‘일반 데이터보호규정(General Data Protection Regulation: GDPR)’이나, 입법을 추진 중인 ‘디지털서비스법(Digital Services Act)’<sup>36</sup> ‘디지털시장법(Digital Markets Act)’<sup>37</sup> 등 국내 규정들의 시행을 국제협정에서 보장하기 위한 것으로 생각된다. 다시 말해, EU는 디지털 경제에 관한 국내법 체계에 기초하여 이를 국제 규범에 반영하려는 접근방식을 취하고 있다고 할 수 있다. 실제로 EU는 WTO 전자상거래 협상에서도 EU 국내법에 따른 규제권한을 확보하는데 초점을 맞추고 있다.<sup>38</sup>

### III. 디지털 협정에서 정당한 정책목적에 의한 규제 조항의 해석 방향

II장에서 살펴본 바와 같이 주요 디지털

31 TCA, 제196조 참조

32 TCA, 제198조

33 TCA, 제199조

34 TCA, 제202조

35 TCA, 제208조

36 2020. 12. 15 입법안: Regulation on a Single Market for Digital Services )

37 2020, 12. 15 입법안: Regulation on contestable and fair market in the digital sector )

38 WTO 전자상거래 협상에서 EU는 다음과 같은 제안을 한바 있다.

Alt 4

[Parties/Members] may adopt and maintain the safeguards they deem appropriate to ensure the protection of personal data and privacy, including through the adoption and application of rules for the cross-border transfer of personal data. Nothing in the agreed disciplines and commitments shall affect the protection of personal data and privacy afforded by the [Parties'/Members'] respective safeguards

협정들은 일반적으로 GATT 및 GATS의 일반예외와 안보예외 규정을 '준용'하고 있고, 이와 동시에 GATT 및 GATS의 예외조항과 TBT 제2.2조의 규정 방식이나 용어를 차용한 별도의 특별예외 조항을 두고 있다. 그러나 이처럼 디지털 협정의 예외조항들이 GATT, GATS, TBT 규정들에 기초하고 있다고 하여, WTO 협정의 예외규정이나 관련 법리를 디지털 협정에 그대로 적용할 수 있다고 하기는 어렵다.

이하에서는 GATT와 GATS 일반예외 조항 및 TBT 제2.2조에 대한 WTO 상소기구의 해석을 살펴본 다음, 디지털 협정에 WTO협정상 예외법리를 적용함에 있어서의 문제점을 살펴보고, 디지털 협정의 특별예외 및 일반예외 조항에 대한 해석방향을 제시해 보고자 한다.

## 1. GATT 및 GATS 예외조항, TBT 제2.1조 및 제2.2조에 대한 WTO 상소기구의 해석

### 가. GATT 제20조 및 GATS 제14조 일반예외

WTO 상소기구는 GATT 제20조와 GATS 제14조를 GATT 협정상 의무를 위반하는 조치를 제한적으로 정당화하는 예외규정으로 인식하고 있다.<sup>39</sup> 따라서 협정상 의무를 위반하

는 조치가 제20조의 예외사유에 해당한다는 주장은 피제소국이 항변(defense)으로 주장하여야 하고 이를 입증할 책임도 피제소국이 부담한다는 입장을 취하고 있다. 나아가 상소기구는 매우 정교한 필요성(necessity) 법리를 발전시켜 예외 요건을 매우 엄격히 해석하여 왔다. 그 결과 지금까지 예외 해당 여부가 문제된 약 45건의 분쟁사건 중에서 예외가 인정된 것은 *EU-Asbestos* 한 건에 불과하다. WTO 상소기구는 GATT상 일반예외 법리를 GATS 제14조의 일반예외에 대해서도 확장하여 적용하고 있다.<sup>40</sup>

이와 같은 상소기구의 입장은 GATT가 추구하는 '무역자유화' 목적을 GATT 제20조 및 GATS 제14조가 언급하는 다른 정책적 가치보다 우위에 두는 것이라고 할 수 있다. 왜냐하면, 설사 피제소국이 다른 정당한 정책 목적을 실현하기 위해 조치를 취했다고 하더라도, 해당 조치가 일단 수입품의 경쟁 조건에 불리한 영향을 미치면 협정상 의무를 위반한 것이 되고, 피제소국이 상소기구가 설정한 엄격한 예외요건이 충족됨을 입증하지 못하면 그 조치는 정당화될 수 없기 때문이다. 이와 같은 WTO 상소기구의 해석 태도에 대해서는 국가가 다른 정당한 정책 가치를 실현하기 위해 필요한 조치를 취할 수 있는 권한을 과도하게 제한한다는 비판이 제기되고 있다.<sup>41</sup>

상소기구가 발전시켜온 '필요성' 법리를 좀더

<sup>39</sup> 패널보고서, *US-Section 337 of the Tariff Act* 사건 (1989), para. 5.9: "[Article XX] provides for a limited and conditional exception from obligations under the other provisions ... [and] applies only to measures inconsistent with another provision of [GATT]." WTO상소기구는 이 패널 입장을 승계하고 있다. 상소기구 보고서, *Thailand - Cigarettes (Philippines)* (2011), para. 176

<sup>40</sup> US-Gambling (DS285) 상소기구 보고서, para. 307

<sup>41</sup> 예컨대 Caroline Henckels, *Permission to Act: The Legal Character of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law*, *International and Comparative Law Quarterly* 69(2)(2020). Henckels에

구체적으로 살펴보면, 상소기구는 우선 제20조 (a)(b)(d)호의 “necessary to protect (또는 secure)”라는 문장 구조에 기초하여 문제의 조치에 의하여 추구하는 목적이 각 호에서 언급하는 정책적 가치를 보호하거나 확보하기 위해 ‘설계’(design)된 것인지를 검토하고, 그 다음 해당 가치를 보호 또는 확보하기 위하여 ‘필요한’(necessary) 것인지를 검토하는 이른바 두 단계 검토방법(two-tier test)을 사용하여 왔다.<sup>42</sup> 먼저 조치가 추구하는 목적이 (a)(b)(d)호의 정책적 가치를 보호 또는 확보하기 위한 것인지를 검토하기 위해서는 해당 조치의 설계(design)와 구조(structure), 실제 운용 등을 살펴보아야 한다고 한다. 다만 WTO 패널과 상소기구는 정책 목적의 중요성에 대한 판단과 이를 위한 조치의 설계에 관여하는 조치를 시행하는 국가에 넓은 재량을 허용하는 경향을 보여 왔다.

다음으로, ‘필요성’(necessity) 여부에 관하여, 상소기구는 ① 조치가 추구하는 목적이나 가치의 중요성, ② 이런 목적이나 가치 실현에 있어 해당 조치의 기여도, ③ 해당 조치의 무역

제한 정도, ④ 합리적으로 이용 가능한 덜 무역 제한적인 대안(alternatives)의 존재 여부 등을 ‘비교형량’(weighing and balancing)하는 방법으로 판단하여야 한다고 한다.<sup>43</sup> ① 내지 ③에 의하여 일응(prima facie) 필요성이 인정되면, 합리적 대안이 존재한다는 것은 제소국이 입증해야 한다. 그러나 이처럼 정교하게 다듬어진 ‘필요성’ 법리에도 불구하고, WTO 패널과 상소기구는 실제 사건에서 이른바 종합적 분석(holistic analysis)을 해야 한다는 명분으로 사실상 상기 제반 요소들의 ‘비교형량’을 포기했다는 비판을 받고 있다. 실제로, WTO패널과 상소기구는 쟁점조치가 진정으로 정당한 목적을 실현하기 위한 수단인지 (genuine nexus of ends and means), 혹은 제20조 두문(Chapeau)의 ‘자의적이거나 정당화할 수 없는 차별’이나 ‘위장된 무역제한조치’에 해당하는지의 관점에서 예외 인정 여부를 결정하는 경우가 많은 것으로 보여진다.<sup>44</sup>

GATT 일반예외에 관한 ‘필요성’ 법리가 실제로 어떻게 적용되는지를 보여주는 최근의 사례가 *US-Tariff measures* 사건이다.<sup>45</sup>

---

따르면, 오늘날 국가가 추구하는 다양한 정책적 가치는 WTO협정의 기본 목적인 무역자유화와 마찬가지로 WTO설립협정 전문에 명시된 ‘인류의 생활 수준의 향상’(raising standards of living)과 ‘지속가능한 발전’(sustainable development) 등 인류의 공동 목표에 기여하는 것이므로 서로 상충되는 것이 아님에도, 이러한 다른 정책 목적을 실현하기 위해 취해지는 조치를 WTO 협정 위반으로 전제하고, 이에 대한 예외는 매우 제한적으로 인정하는 상소기구의 접근방법은 적절치 않다고 주장한다. 더욱이 기존 상소기구 논리대로 하면, 일반예외 조항에 언급되지 않은 기후변화 대응, 개인정보 보호 등과 같은 중요한 정책적 가치를 보호할 수 없다고 한다. 이런 입장에서 Henckels는 협정상 의무 위반 여부를 판단하는 단계에서 조치의 목적을 고려할 것을 제안한다.

<sup>42</sup> 상소기구 보고서, *US - Gasoline*, p. 22, DSR 1996:1, para. 20; *Dominican Republic - Import and Sale of Cigarettes*, para. 64; *US - Shrimp*, paras. 118-120; *Brazil - Retreaded Tyres*, para. 139; *Thailand - Cigarettes (Philippines)* (2011), para. 5.67

<sup>43</sup> 상소기구 보고서, *Korea-Various Measures on Beef* (DS169)(2000), paras. 161-164.

<sup>44</sup> 상소기구가 도입한 ‘비교형량’(weighing and balancing)에 대해서는, ‘비교형량’은 연방제도(federal system)를 채택하고 있는 국가에서 연방정부와 주정부의 이익이 충돌할 때 사법부가 이를 비교형량하여 국가 전체의 공동이익(common good)을 극대화하는 판단기법이므로, 국가간 쌍무적 의무를 규정하는 통상협정을 해석하는 방법으로 이를 적용하는 것은 적절치 않다는 비판이 있다. WTO 협정은 일종의 주권국가들간 쌍무적 계약이고 GATT 제20조나 GATS 제14조 일반 예외는 일종의 조약유보(reservation)의 성격을 갖고 있어 이를 해석함에 있어서는 국가간 조약(treaty) 해석방법을 적용해야 하고, WTO 패널이 국가가 추구하는 정책적 가치를 비교형량하는 것은 적절치 않다는 것이다. Nagy, *Clash of Trade and National Public Interest in WTO Law*, *Journal of International Economic Law* (2020. 1.) 참조

<sup>45</sup> 패널보고서, *US - Tariff Measures on Certain Goods from China* (DS543) (2020. 9. 15). 이 사건은 미국 트럼프 행정부가 미통상법 301조 절차를 통해 1차로 중국에서 수입되는 818개 품목(340억불 상당)에 대해, 2차로 5,745 품목 (2000억불 상당)에 대해 25% 관세를 부과한 것에 대해 중국이 GATT 제1조의 최혜국대우 원칙 및 제2:1조 관세양허 위반을 이유로 미국을 제소한

이 사건에서는 중국의 기술탈취 행위를 이유로 중국산 제품에 대해 25% 관세를 부과한 미국의 조치가 GATT 제20조 (a)호 ‘선량한 풍속’(public morals) 보호를 위한 조치에 해당하는지가 문제되었다. 이 사건에서 미국은 위 관세부과는 중국의 비도덕적 행위에 대한 억제효과(disincentive)가 있으므로 미국의 ‘선량한 풍속’을 보호하기 위해 설계되었다고 주장했고, 중국은 미국의 관세는 비도덕적 행위와 관련된 물품에 부과된 것이 아니므로 ‘정당한 목적을 위한 설계(design)’ 요건을 충족하지 못했다고 주장했다. 그러나 패널은 이러한 조치의 ‘설계’에 관한 쌍방의 주장에 대해 판단하지 않고, 소위 종합적인 검토(holistic examination)를 하여야 한다는 이유로 바로 필요성(necessity) 검토로 넘어갔다. 그런데 필요성 검토 단계에서도 패널은 사실상 제반 요건의 비교형량을 하지 않고 단지 쟁점조치의 ‘기여도’ 측면에서, 미국은 중국의 비도덕적 행위가 행해진 품목이라도 수입제한으로 인해 미국 경제에 불이익을 초래하는 품목은 빼고 관세부과 대상을 정했다는 사실을 지적하면서, 이런 점에서 미국은 관세부과조치가 선량한 풍속이라는 가치 실현에 기여한다는 사실, 즉 ‘목적과 수단간의 진정한 관련성’(a genuine

nexus of ends and means)을 충분히 설명하지 못했다고 판단하였다. 이러한 패널의 판단을 보면 사실상 제20조 (g)호가 규정하는 ‘천연자원 보호’와의 관련성(“relating to”) 판단과의 실질적인 차이를 찾기 어렵고,<sup>46</sup> 상소기구의 제20조 일반예외 법리가 형식적 도그마로 전락한 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다.

#### 나. GATT 제21조 및 GATS 제14조 bis 안보예외

WTO 출범 전에는 제21조 안보예외가 몇 개 분쟁에서 제기된바 있으나, WTO 출범 이후에는 2016년부터 WTO 분쟁에서 안보예외 주장이 본격적으로 제기되기 시작했다.<sup>47</sup> 현재까지 안보예외 조항의 의미를 해석한 패널보고서는 나왔지만<sup>48</sup> 아직 상소기구의 판단은 나온바 없다.<sup>49</sup>

*Russia - Traffic in Transit* 사건에서 패널은 제21조는 필수적 안보이익(essential security interests)이 무엇인지와 그 필수적 안보이익을 위해 해당 조치가 필요한지(necessary)에 대해 조치를 시행하는 국가에 상당한 재량을 주는 조항이므로,<sup>50</sup> 어떠한 조치에 대해 제21조 안보예외가 제기된

사건이다.

<sup>46</sup> 상소기구 보고서, *US-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (DS58)(1998), para.141; 상소기구 보고서, *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials* (DS394, 395, 398)(2012), para.355: GATT 제20조 (g)호의 “relating to” 문구는 조치와 그 조치의 목적간에 ‘밀접하고 진정한 목적-수단 관계’(“close and genuine relationship between ends and means”)가 존재함을 의미한다고 판시하였다.

<sup>47</sup> *Russia - Traffic in Transit* (DS512); *United Arab Emirates - Measures Relating to Trade in Goods and Services, and Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (DS526); *US - Certain Measures on Steel and Aluminium Products* (DS 544, 547, 550, 551, 552, 554, 556)

<sup>48</sup> 패널보고서, *Russia - Traffic in Transit* (DS512)(2019. 4. 5.);

<sup>49</sup> 상소기구는 *Argentina - Measures Affecting Importation of Goods* (DS348)(2015) 사건에서 GATT 제21조를 제20조와 동일한 성격을 갖는 조항인 것처럼 언급한 적이 있지만 큰 의미를 둘 만한 설시는 아니다: “We acknowledge that certain provisions of the GATT 1994, such as Atticles …XX and XXI, permit a Member, in certain specified circumstances, to be excused from its obligations under Article XI:1of the GATT 1994.”(para. 5.220)

경우에는, 제20조 일반예외와 달리, 그 조치가 WTO협정에 위반되는지 여부를 먼저 심리할 필요가 없다는 입장을 취했다. 이에 따라 패널은 먼저 러시아의 조치가 제21조(b)호 (iii) - ‘전쟁 또는 기타 국제관계상 비상사태시 취해진 조치’(a measure taken in time of war or other emergency in international relations)- 의 요건을 충족하는지를 심리하고, 이런 요건을 충족하지 못한 경우에 한하여 해당 조치가 GATT 협정을 위반했는지를 심리해야 한다고 보았다.<sup>51</sup>

한편, 제21조 (b)호 두문에 포함된 “which it considers” 문구가 안보조치를 시행하는 국가에 어느 정도의 재량을 주는지에 대하여 패널은, 해당 국가가 ‘필수적 안보이익’이 무엇인지, 조치가 필수적 안보이익을 보호하기 위해 필요한 것인지를 결정할 재량(discretion)이 있으나 그런 재량은 신의칙(good faith)에 따라 행사되어야 한다는 제약이 따르는 것이며, 단순한 무역 이익(trade interests)을 안보이익으로 포장하여 협정상 의무를 면하는 것은 허용되지 않는다고 했다. 따라서 안보조치를 시행하는 국가는 최소한 자신이 생각하는 ‘필수적 안보이익’의 진정성(veracity)을 보여줄 수 있을 정도로 이를 설명(articulate)할 의무가 있고, 나아가 이러한 필수적 안보이익과 문제의 조치와의 관계(connection), 즉 해당 조치가 일용 필수적 안보이익을 보호하기 위한 조치라는 점(plausibility)을 보여 주어야 한다고 판시

했다.<sup>52</sup>

#### 다. TBT 제2.1조와 제2.2조

WTO 상소기구는 TBT 제2.1조와 제2.2조를 각기 별개의 의무 규정으로 본다. 다만 기술규정에 대한 비차별의무를 규정하고 있는 제2.1조를 해석함에 있어 제2.2조를 원용하면서, 제2.2조를 GATT 제20조나 GATS 제14조와 같이 의무위반 조치를 제한적으로 정당화하는 예외규정으로 보지 않고, 제2.1조가 규정하는 비차별의무를 위반하였는지를 판단하는 단계에서 함께 고려해야 할 비차별의무 위반의 조건으로 해석하고 있다.

구체적으로, *US-Clove Cigarettes* 사건(2012)에서 상소기구는, ‘기술규정’은 물품의 특성이나 그 생산과정 및 방법에 의하여 물품을 구별하는 것이므로 차별이 있다고 하여 막 바로 제2.1조에서 말하는 불리한 대우(less favorable treatment)를 한다고 볼 수 없다는 점,<sup>53</sup> TBT 제2.2조는 기술규정이 국제무역에 대한 장애가 된다 하더라도 그것이 불필요한(unnecessary) 장애, 즉 정당한 목적을 달성하기 위해 필요한 것보다 무역제한 효과가 더 큰 장애가 아니면 허용된다고 규정하고 있다는 점,<sup>54</sup> TBT 서문에서 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별 혹은 위장된 국제무역 제한에 해당하지 않으면 정당한 정책 실현을 위한 조치를 허용하고 있다는 점,<sup>55</sup> TBT협정의 목적은 ‘무역자유화’(trade liberalization)와

<sup>50</sup> 패널보고서, *Russia - Traffic in Transit* (DS512), para. 7.98

<sup>51</sup> Id. paras. 7.108, 7.109

<sup>52</sup> Id. paras 7.127-7.138

<sup>53</sup> 상소기구 보고서, *US-Measures Affecting the Productions and Sale of Clove Cigarettes* (DS406)(2012), para. 169

<sup>54</sup> Id. para. 171

<sup>55</sup> Id. paras. 172, 173

회원국의 '규제 권한'(right to regulate) 사이에 균형을 맞추는 데 있다는 점<sup>56</sup> 등에 근거하여, 오직 정당한 목적을 실현하기 위한 조치는 설사 그로 인하여 수입에 불리한 영향을 미친다 하더라도 금지되지 않는다고 판시했다.<sup>57</sup> 이러한 상소기구의 입장은 *US-Tuna and Tuna Products* (2012)<sup>58</sup>와 *US-Country of Origin Labelling(COOL)*(2012)<sup>59</sup> 사건에서 재확인되었다.

입증책임에 관하여 상소기구는 제2.1조의 불리한 대우(less favorable treatment)가 있다는 사실은 제소국이 입증할 책임이 있다고 한다. 제소국이 일응(prima facie)의 입증을 하면 피제소국은 그런 불리한 대우가 오로지 정당한 목적을 위한 구별에서 비롯된 것임을 입증할 수 있고, 피제소국이 그러한 입증을 하면 해당 조치는 제2.1조의 위반을 구성하지 않는다고 한다.<sup>60</sup>

한편, 제2.2조와 관련하여 상소기구는, 기술규정이 '국제무역에 불필요한 장애'(unnecessary obstacles to international trade)가 되지 않도록 할 의무를 규정하는 첫 번째 문장과, '기술규정이 정당한 목적을 실현하기 위하여 필요한 것보다 더 무역제한적이어서는 안된다'(technical regulations shall not be more trade-restrictive that is necessary to fulfill a legitimate ob-

jective)고 규정하는 두번째 문장에 '필요성'(necessity) 개념이 포함되어 있지만, 이에 대해서 GATT 및 GATS 일반예외에서의 필요성(necessity) 법리를 그대로 적용하지는 않았다. 상소기구는 제2.2조의 맥락에서의 '필요성' 분석은 ① 기술규정의 무역제한성(trade-restrictiveness), ② 동 규정이 정당한 목적 실현에 기여하는 정도(degree of contribution), ③ 그런 정당한 목적을 실현하지 않을 경우의 위험(risks of non-fulfillment)과 관련하여, (대부분의 경우에) 합리적으로 이용가능한 덜 무역제한적인 대안적 조치(alternative measures that may be reasonably available and that are less trade-restrictive)가 있는지 여부를 검토해야 한다고 했다.<sup>61</sup>

또한 상소기구는 제2.2조 두번째 문장의 "more trade-restrictive than is necessary to fulfill a legitimate objective"에 해당하는 사실을 입증할 책임은 제소국에 있다고 한다. 제소국이 입증할 사항에는 '정당한 목적을 달성할 수 있는, 합리적으로 이용가능한 덜 무역제한적인 대안조치'가 있다는 사실도 포함된다고 했다.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> Id. paras. 94, 95, 174

<sup>57</sup> Id. paras. 181, 182

<sup>58</sup> 상소기구 보고서, *US-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and tuna Products* (DS381)(2012), paras. 215-216, 284

<sup>59</sup> 상소기구 보고서, *US-Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements* (DS384, 386)(2012), paras. 271-272, 293-294

<sup>60</sup> 전제 상소기구 보고서, *US-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and tuna Products*, para. 216; *US-Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, para. 272

<sup>61</sup> 상소기구 보고서, *US-Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements*, paras. 368-378

<sup>62</sup> Id. Para. 370

## 2. 디지털협정에서의 ‘정당한 정책 목적’에 의한 규제 조항의 해석 방향

이상에서 살펴본 WTO협정 규정에 대한 상소기구의 해석은 디지털 협정의 예외조항을 해석하는데 참고가 된다. 디지털 협정에서 정당한 정책 목적에 의한 규제를 허용하는 조항은 국경간 정보 이전과 컴퓨터 설비 현지화 금지와 관련한 특별예외 조항과 GATS 제14조 및 GATT 제20조 일반예외를 준용하는 일반예외 조항이 있으므로, 두 조항을 나누어 살펴본다.

### 가. 국경간 정보 이전과 컴퓨터 설비 현지화 금지와 관련한 특별예외 조항

TBT 제2.2조는 디지털 협정상 ‘국경간 정보 이전’과 ‘컴퓨터 설비 현지화 금지’와 관련한 정당한 정책목적에 의한 규제를 허용하는 특별예외 조항에 가장 큰 영감을 준 조항이라 할 수 있다. TBT협정 전문은 제6문에서, 인간과 동식물의 생명 및 건강 보호, 사기행위 방지 등 몇가지 정책 목적을 제시하면서 국가는 이러한 목적 달성을 위한 조치를 취할 권한이 있음을 선언하고 있다. 다만 그런 조치가 ‘자의적이거나 정당화될 수 없는 차별’을 구성하거나 ‘국제무역에 대한 위장된 제한’을 구성하여서는 안된다는 단서를 붙이고 있다.<sup>63</sup> 제2.2조는 기술규정(technical regulations)이 국제무역에 대한 불필요한 장애(unnecessary obstacles)

를 초래할 의도 또는 그러한 효과를 가져서는 안되며, 이를 위해 기술규정은 정당한 목적을 달성하기 위해 필요한 것보다 더 무역제한적(more trade-restrictive than necessary to fulfill a legitimate objective) 이어서는 안된다고 규정하고 있다.<sup>64</sup> 이 전문과 제2.2조를 합치면 사실상 디지털 협정상 정당한 정책 목적에 의한 규제조항이 된다.

실제로 TBT협정은 정부의 규제권한을 정면으로 인정하고 있다는 점에서 디지털 협정과 유사한 성격을 갖고 있다. 따라서 디지털 협정상 ‘국경간 정보 이전’과 ‘컴퓨터 설비 현지화 금지’와 관련한 정당한 정책 목적’에 의한 규제를 허용하는 조항을 해석, 적용함에 있어서는 TBT 제2조에 관한 WTO 상소기구의 해석을 상당부분 원용하는 것이 가능하다고 본다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 상소기구는 TBT협정의 서문에서 국가의 정당한 목적에 의한 규제권한을 명시하고 있고, TBT협정의 목적은 ‘무역자유화’(trade liberalization)와 회원국의 ‘규제 권한’(right to regulate) 사이에 균형을 맞추는 데 있다는 점<sup>65</sup> 등을 들어, 오직 정당한 목적을 실현하기 위한 조치는 설사 이로 인하여 수입에 불리한 영향을 미친다 하더라도 금지되지 않는다고 했다.<sup>66</sup> 이러한 논리는 디지털 협정상 데이터 거버넌스에 관한 규정들에도 그대로 해당될 수 있다. 따라서 정보의 국외 이전을 제한하거나 컴퓨터 설비의 현지화를 요구하는 조치가 정당한 정책목적 달성을 위한 조치라면 일단 협정위반을 구성하지 않

63 주석 19 참조

64 주석 20 참조

65 Id. paras. 94, 95, 174

66 Id. paras. 181, 182

는다고 보아야 할 것이고, 협정위반을 주장하는 제소국은 해당 조치가 ‘정당한 목적 달성에 필요한 것보다 더 강한 제한’(restrictions greater than are necessary to achieve the objective)을 부과한다는 사실을 주장, 입증하여야 할 것이다.

한편, CPTPP와 CPTPP 계열의 디지털 협정들은 특별예외 조항에서 정당한 정책에 의한 제한조치가 ‘자의적이거나 정당화할 수 없는 차별’(arbitrary or unjustifiable discrimination)이나 ‘위장된 무역제한’(disguised restriction on trade)을 구성해서는 안된다는 조건을 붙이고 있는데,<sup>67</sup> 이에 대한 입증책임도 제소국에 있다고 해석하여야 할 것이다.

또한 WTO 상소기구는 TBT협정 제2.2조의 “necessary to fulfill a legitimate objective” 요건과 관련하여 ‘정당한 목적을 달성할 수 있으면서도 더 무역제한적인 대안조치가 있음을 제소국이 입증할 필요가 있다고 했는데, 같은 표현을 사용하고 있는 디지털 협정에서도 TBT 제2.2조와 같은 기준을 적용할 수 있을 것이다. 한편, 앞에서 설명한 것처럼 디지털 협정 중에는 이 조항에서 “necessary”를 사용하지 않고 “required”를 사용한 경우<sup>68</sup>가 있지만, “necessary”를 사용한 경우와 해석상 차이가 있다고 보기는 어려울 것이다.

CPTPP 계열의 디지털 협정들과 달리, RCEP 디지털 협정은 정보 이전을 제한하거나 컴퓨터 설비의 현지화를 요구하는 조치가 정당한 정책 목적을 실현하기 위해 필요한 조치인지와 관련하여, GATT 제21조 안보예

외 조항에서처럼 “which it considers”라는 문구를 사용하고 있다. RCEP은 ‘필수적 안보이익’을 위한 조치는 물론 다른 정책 목적을 실현하기 위한 조치에 대하여도 “which it considers necessary” 문구를 사용하고 있다. 이 조항들이 조치를 시행하는 국가에 최대한의 재량을 주기 위한 규정이라는 점은 부인할 수 없다. 다만 Russia-Traffic in Transit 사건의 패널이 제시한 것처럼, 신의칙(good faith)이라든가, 정당한 정책의 진정성(veracity) 설명의무, 정당한 목적을 위한 조치로서의 일응의 타당성(plausibility)과 같은 추상적 개념에 의하여 조치국의 재량 남용을 통제하는 것이 가능할 것이다.

한편 RCEP의 특별예외 조항은 ‘목적 달성을 위해 필요한 것보다 더 제한적이어서는 안된다는 규정’(no restrictions greater than are necessary/required to achieve a legitimate objective)도 포함시키지 않고 있다.<sup>69</sup> 따라서 이 조항은 정당한 목적을 달성할 수 있는 덜 제한적인 조치가 있는지 여부와 관계없이, 정부의 제한조치가 정당한 목적 실현에 기여하는 것이면 필요성 요건을 충족한다는 취지로 해석될 가능성이 있다.

#### 나. 일반예외에서 GATT 및 GATS 예외규정 준용과 관련한 문제점

다음으로 디지털 협정의 일반예외 조항에서 GATS 또는 GATT 일반예외 조항을 준용하는 것과 관련해서도 몇가지 문제점이 발견된다.

67 예컨대 CPTPP 제14.11조 제3항 (a)호, 제14.13조 제3항 (a)호

68 CPTPP, DEPA, DEA 등

69 RCEP 제12.14조 제3항, 제12.15조 제3항

첫째, GATS 또는 GATT 일반예외 규정이 준용될 수 있는 범위가 어디까지인가 하는 문제다. 우선 ‘정보의 국경간 이전’이나 ‘컴퓨터 설비의 현지화 요구 금지’와 관련하여 ‘정당한 정책 목적’에 따른 규제조치를 허용하는 특별예외 조항을 두고 있는 경우, 이러한 유형의 규제조치에 대해서는 GATT 및 GATS의 일반예외 및 안보예외 규정을 준용하기 어렵다고 생각한다. 이러한 특별예외 조항들은 GATT나 GATS 일반예외 조항의 구조나 용어를 일부 차용하고 있지만, 그와는 양립하기 어려운 규정들이다. 따라서 이런 특별예외가 적용되는 사안에서는 GATS 및 GATT 일반예외 조항의 적용이 배제된다고 볼 수 있다.

둘째, 디지털 협정에는 ‘정보의 국경간 이전’이나 ‘컴퓨터 설비의 현지화 요구 금지’ 조항 외에, 개인정보 보호, 스팸정보(unsolicited commercial electronic messages) 규제, 온라인 중개 서비스(interactive computer service)의 내용과 방법 규제, 소스코드 관련 규제, 사이버 보안, 소비자 보호, 거대 디지털기업의 시장지배적 지위 남용 혹은 불공정거래 규제 등과 같은 데이터 거버넌스 규정들이 포함되어 있는바, 이러한 조항에 대해, 과연 GATS 및 GATT 일반예외 규정이 준용될 수 있는가도 문제다. 이러한 조항들은 기본적으로 ‘신뢰할 만한 온라인 경제 환경’(trustworthy online environment) 구축을 위한 규제와 관한 규정들로서, 이에 대해서는 각국의 고유한 규제권한이 인정된다.<sup>70</sup> 그렇다면 이러한 정부규제는 그것이

‘위장된 무역제한’에 해당하거나 달리 ‘자의적이거나 정당화될 수 없는 차별’에 해당하는 등 특별한 사정이 없는 한, 처음부터 협정이 허용하는 정당한 규제가 된다고 보아야 할 것이다. 다시 말해 이러한 규제들은 GATT 및 GATS 일반예외 조항에 의해 정당화되지 않는 한 협정 위반을 구성하는 조치와는 다른 성격의 규제들이고, 이런 점에서 오히려 TBT 제2.1조 및 제2.2조가 적용되는 기술 규정과 유사하다. 이러한 관점에서 볼 때 디지털 협정에 포함된 데이터 거버넌스 규정들에 대하여는 GATS 및 GATT 일반예외 규정을 그대로 준용하는 것은 적절치 않다고 본다. 결국 GATT 및 GATS 일반예외 규정은 좁은 의미의 전자상거래 규정들<sup>71</sup>에는 막바로 준용할 수 있을 것이나, 데이터 거버넌스 관련 규정들에 준용할 때에는 상당한 수정을 하여 적용하는 것이 타당할 것이다.

셋째, 디지털 협정에서는 ‘정당한 정책 목적’ 실현을 위한 규제권한을 인정하면서도 ‘정당한 정책 목적’의 범위를 한정하지 않고 있다. 이에 반해 GATT 제20조 및 GATS 제14조 일반예외 조항들은 그 조항에 열거된 정책 목적에 한정된다. 이런 문제 때문에 최근 체결된 디지털 협정들 중에는 GATS 제14조 (b)호 “인간 및 동식물의 생명 또는 건강” 보호에 기후 변화 등 환경보호가 포함됨을 명시적으로 선언하고 있는 경우가 있다. 하지만, 여전히 디지털 통상과 관련해서는 GATT 및 GATS 일반예외 조항에 해당되지 않는 다른 정당한 정책 목표들이 있을 수 있다.<sup>72</sup> 이처럼 기존 WTO협정상 일반예

<sup>70</sup> 예컨대 TCA 제196조 참조

<sup>71</sup> 예컨대 종이없는 무역(paperless trading), 전자서명 및 전자인증, 디지털 제품에 대한 관세부과 금지, 전자적 방식에 의한 서비스 제공 등 무역원활화(trade facilitation) 규정들을 말한다.

외 조항에 명백히 포섭되지 않는 다른 정당한 정책적 가치를 실현하기 위한 조치를 디지털 협정에서 어떻게 허용할 것인가 하는 것이 문제다. 생각건대, 결국 GATS 제14조 (혹은 GATT 제20조)를 디지털 협정에 준용하면서 동 조항에 열거된 정책적 가치 이외의 다른 정당한 가치를 보호하기 위해 필요한 수정을 하거나 해석상 유연성을 발휘할 수 밖에 없을 것이다. 특히 GATT 제20조 (d)호와 GATS 제14조 (c)호의 ‘법령 준수 확보를 위한 조치’(a measure necessary to secure compliance with laws or regulations)가 다른 정책적 목적을 수용하기 위한 도구로 빈번히 인용될 것으로 예상되는바, 이 조항을 디지털 협정의 특성에 맞게 확대 적용할 필요가 있을 것이다.

#### IV. 맺는 말

디지털 협정의 중심이 전자적 방식에 의한 상거래를 활성화하는 것에서 발전하여, 디지털 경제 환경 구축을 위한 각국의 고유한 규제권한을 인정하고 이러한 규제가 무역에 대한 불필요한 장애가 되지 않도록 한다는 쪽으로 이동하면서, 각국의 규제제도를 어떻게 조화하고 규제권한의 한계를 어떻게 설정할 것인가가 관심의 초점이 되고 있다. 이는 곧 각국이 추구하는 무역자유화라는 가치와 다른 정책적·사회적 가치를 어떻게 조화할 것

인가 하는 것이 디지털 협정의 핵심 주제임을 의미한다.

우리나라는 이미 RCEP에 가입되어 있고, 2021년 6월에는 한국-싱가폴간 디지털 동반자협정의 협상 개시를 선언했다. 디지털 협정은 일반 통상협정처럼 무역자유화 내지 시장접근만을 주목적으로 하지 않는다는 점을 고려할 때, 앞으로 정부가 디지털 협정 협상을 수행하면서 디지털 규범의 기본 목적과 방향을 어떻게 설정하여야 할지 면밀한 검토를 할 필요가 있다. 특히 디지털 관련 국제규범을 수립함에 있어서는 우리나라가 추구해야 할 정당한 정책적 가치가 보호되도록 하는 것이 중요하다고 본다. 이런 의미에서, 사이버 안보, 개인정보 보호, 소비자 보호, 공정거래 등 건전한 온라인 경제환경 구축과 관련한 국내 법제도를 정확히 이해할 필요가 있다. 관련하여, 특정 국가가 자국 산업의 이익을 보호하기 위해, 혹은 자국법을 국제협정에 반영하기 위해 제시하는 규정에 대해서는 그 규정이 우리 국내법이나 판례와 상치되지 않는지를 신중하게 살펴 보아야 한다. USMCA 제19.17조와 USJDTA 제18조에 포함된 ‘쌍방향 컴퓨터 서비스 제공자(interactive computer service provider)’ 규정과 관련하여 멕시코가 자국법과의 충돌을 이유로 명시적 유보를 한바 있는데, 이것이 협정과 국내법과의 충돌 가능성을 보여주는 좋은 예라 할 수 있다.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> 예컨대 TCA 제198조는 공공교육(public education), 문화적 다양성(cultural diversity) 보호를 정당한 정책 목적에 포함시키고 있다.

<sup>73</sup> USMCA 제19.17조와 USJDTA 제18조 (interactive computer service provider: ICS)는 1996년 미국 통신법(The Telecommunication Act)의 일부로 제정된 통신품위법(The Communication Decency Act) 규정을 반영한 조항이나, 이 조항에서 ICS가 창작 또는 개발(created or developed)하지 않은 콘텐츠의 저장, 가공, 전송, 배포 행위에 대하여 ICS를 면책시키는 것이 적절하지에 대해서는 미국내에서도 논란이 있다. 멕시코는 USMCA 제19.17조에도 불구하고 동 조항과 충돌되는 자국법(Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión)을 시행할 권리를 유보하였다. 또한 USMCA 제 19.17조에도 불구하고 섹스물의 온라인 유통, 아동의 성적 이용, 매춘 등을 규제하는 조치는 GATS 제14조 (a)의 public morals 예외가 적용됨을 명시하였다. USMCA Annex 19-A 참조.

## 참고문헌

### <국내외 문헌>

김대순, 김민서, “GATT/WTO 판례를 통한 GATT 제20조의 분석과 평가”, 「통상법률」 제119호, 2014.

이길원, “GATT협정 제XX조상의 ‘필요성’ 요건에 대한 검토”. 「법학연구」, 제31권 제3호, 2020.

조유미, 이길원, “디지털무역협정상의 일반적 예외규정에 관한 고찰”, 「아주법학」, 제14권 제2호, 2020.

Caroline H., “Permission to Act: The Legal Character of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law”, *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 69, Issue 2, 2020.

Csongor István Nagy, “Clash of Trade and National Public Interest in WTO Law: The Illusion of ‘Weighing and Balancing’ and the Theory of Reservation”, *Journal of International Economic Law*, Volume 23, Issue 1, March 2020.

### <판례>

Appellate Body Report, *US-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (DS58)

Appellate Body Report, *Korea-Various Measures on Beef* (DS169)

Appellate Body Report, *US-Gambling* (DS285)

Appellate Body Report, *Argentina - Measures Affecting Importation of Goods* (DS348)

Appellate Body Report, *Thailand - Cigarettes (Philippines)* (DS 371),

Appellate Body Report, *US-Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of*

*Tuna and tuna Products* (DS381)

Appellate Body Report, *US-Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements* (DS384, 386)

Appellate Body Report, *China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials* (DS394, 395, 398)

Appellate Body Report, *US-Measures Affecting the Productions and Sale of Clove Cigarettes* (DS406)

Panel Report, *Russia - Traffic in Transit* (DS512)

Panel Report, *US - Tariff Measures on Certain Goods from China* (DS543)

### <협정문>

GATT

GATS

TBT Agreement

한-미국 FTA

한-중국 FTA

한-캐나다 FTA

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP

Digital Economy Partnership Agreement, DEPA

Digital Economy Agreement, DEA

Regional Comprehensive Economic Partnership Agreement, RCEP

EU-UK Trade and Cooperation Agreement, TCA

United States-Mexico-Canada Agreement, USMCA



## Liberalization of Digital Trade and Regulation to Achieve Legitimate Policy Objectives

Doo-Sik Kim

Senior Partner, Shin & Kim LLC;  
President, International Trade Law  
Center  
(dskim@shinkim.com)

The focus of digital trade agreements is moving from facilitating electronic commerce to establishing disciplines relating to data governance. In this regard, digital agreements explicitly recognize governmental 'rights to regulate' with a view to achieving 'legitimate policy objectives' pursued by each nation. As a corollary, fundamental issues in the realm of digital agreements involve what the 'legitimate policy objectives' are, and how to avoid unnecessary obstacles to digital trade resulting from the regulatory measures.

Digital agreements, in most cases, provide that GATS Article XIV and/or GATT Article XX apply *mutatis mutandis* and contain national security exception clauses that resemble GATS Article XIV bis. In addition, they specifically permit each government to take exceptional measures, in furtherance of legitimate policy objectives, restricting cross-border transfer of information and/or requiring localization of computer facilities or their use within its territory. These "special exception" provisions typically borrow the structure of, or languages used in, the GATT/GATS general or security exception provisions as well as the TBT Agreement. Confusions and uncertainties are expected to arise in interpreting and applying these 'right to regulate' provisions in the digital agreements, as the digital agreements are different from GATS or GATT in terms of their purpose and subject matter and, moreover, the exception provisions significantly vary depending on the digital agreements. Nonetheless, I suggest that insofar as the 'special exception' provisions are concerned, their interpretation and applications could largely be guided by TBT Article 2.2 and the related WTO jurisprudence. In contrast, it seems inapposite to apply GATS Article XIV and GATT Article XX generally to digital agreements in the same manner as WTO panels and Appellate body have applied.

**Keywords** : digital trade, electronic commerce, digital trade agreement, legitimate policy objective, right to regulate, data governance, GATS general exceptions, GATT general exceptions