

# 문언외적 해석에 관한 법 해석규칙의 실증적 분석: WTO 판례에 대한 고찰을 중심으로\*

정하늘

산업통상자원부 통상분쟁대응과장  
(hnjung@korea.kr)

우리 대법원 판례는 법 해석 시 관련 문언을 우선적으로 고려하되, 해석이 '구체적인 타당성'을 갖추기 위해 필요한 경우에 한해 문언외적(文言外的) 해석수단을 추가로 동원하도록 요구하고 있다. 반면 국제공법상의 해석규칙에 따르면 법 해석 시 항상 문언과 문언외적 고려사항을 종합적으로 검토하여 '가장 타당한 의미'를 도출하는 해석과정을 거쳐야만 한다. 입법권과 사법권의 분립이 전제되는 국내법의 해석에 국제공법상의 해석규칙이 바로 적용되는 어려울 것이나, 법의 '가장 타당한 의미'를 도출하는 것을 목표로 삼는 국제공법상의 해석규칙 및 그 방법론적 법리는 국내법의 해석 시에도 참고할만한 가치가 있을 것이다. 이에 본고는 우리 대법원이 제시한 법 해석원칙과 국제공법상의 해석규칙을 비교법적 관점에서 분석한 뒤, WTO 분쟁에서 협정문의 해석과 관련해 채택된 주요 법리를 중심으로 국제공법상 해석규칙의 실증적 적용례를 소개한다.

**주제어** 법 해석, 문언적 해석, 논리적 해석, 문언외적 해석, 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결, 조약법협약에 관한 비엔나협약, WTO 분쟁

**목차**

- I. 서론
- II. 우리법과 국제공법상 해석원칙 간의 비교법적 검토
  - 1. 우리 대법원 판례에 따른 법 해석원칙
  - 2. 조약법협약상의 해석규칙
  - 3. 소결
- III. 토론: 조약법협약상 법 해석규칙의 WTO 적용례
  - 1. 개관
  - 2. '통상적 의미'
  - 3. '관련 문맥'
  - 4. '목표와 목적'
  - 5. '신의성실'
- IV. 결어

\* 본고에 포함된 의견은 전적으로 저자 개인의 것이고, 산업통상자원부의 입장이 아님을 밝힌다.

## I. 서론

법 해석의 기본은 법조문 그 자체에 대한 문리적(文理的) 해석이다. 문리적 해석이란 법문을 구성하는 단어·자구들의 통상적 의미와 관련 문장의 문법적 구성에 입각하여 법조문의 객관적 의미를 파악하는 논리적 과정을 의미한다. 이러한 문리해석 능력은 응당 법률가가 갖추어야 할 기초 소양이나, 그것만으로는 타당한 해석이 성립하지 않는 경우가 많다. 이 경우 평면적 문리해석에 매몰되어 부당하거나 비합리적인 해석을 고수하여서는 아니 되고, 다른 수단을 동원해 합리적인 해석을 도출해야 한다.

문리적 해석에 이어서 실무에서 많이 사용되는 것은 특정 조문이 법의 구조 및 전체적 맥락에서 갖는 위치와 기능, 역할, 목적 등을 풀이하여 해당 조문의 의미를 도출해내는 방법이다.<sup>1</sup> 이러한 해석방법을 소위 논리적 해석으로 보아 문리적 해석과 구분하기도 하지만, 이러한 문맥적 해석(contextual interpretation) 또한 해석의 범위를 특정 조문에서 법 전체로 확장하였을 뿐, 여전히 실증주의적 관점<sup>2</sup>에서 문언의 객관적 의미를 명확히 하는 과정인바, 광의의

문언 해석(textual interpretation)에 포섭된다고 볼 수 있다.<sup>3</sup>

그런데 법의 문언(text)을 벗어나는 해석, 특히 법의 '목적'이나 '기능', 또는 전체 '법체계 질서' 내에서의 역할 등을 기초로 하여 특정 조문의 객관적 의미를 해석하는 방법은 상대적으로 생소한 영역이다. 그러다 보니 이러한 문언외적(文言外的) 해석방법을 법리적인 해석보다는 철학적인 해석으로 취급하는 견해도 찾아볼 수 있는데, 이는 다소 추상적으로 느껴질 수 있는 문언외적 해석과정을 실정법(positive law)과 자연법(natural law) 간 우위 관계에 관한 법철학적 논의인양 오해하기 때문인 경우가 대부분이다.

문언 이외의 해석수단을 동원하여 법문의 의미를 도출하는 해석방법은 의외로 흔하게 찾아볼 수 있다. 예컨대 신법우선의 원칙(*lex posterior derogat priori*)이나 특별법우선의 원칙(*lex specialis derogat legi generali*) 등과 같이 보편적으로 인정되는 해석원칙들은 법률간 적용우위를 규정하는 문언상의 근거가 부재하더라도 일반원칙으로서 적용되고 있다.<sup>4</sup> 또한 법률 해석 시 다른 법들과의 관계 및 연관된 다른 법들의 내

1 최고의 해석은 특정 문구 그 자체가 아니라 해당 문구의 전후 내용(및 법문 전반의 내용)을 통해 이루어진다(*ex antecedentibus et consequentibus fit optima interpretatio*)거나, 불명확한 조문의 의미는 법문 전체를 고려하여 판단되어야 한다(*nositur a sociis*)는 해석원칙 등을 굳이 들지 않더라도, 해석대상이 되는 문구 그 자체에만 매몰된 문리적 해석에 경도되는 것을 경계하는 '법의 격언(legal maxim)'은 무수히 많다.

2 여기서 실증주의(positivism)란 자연법과 같은 형이상학적 도덕규범을 배제하고 현실 세계에서 법규적 효력을 발휘하는 실정법(positive law)만을 형식논리를 통해 법으로서 파악할 것을 주장하는 법실증주의(legal positivism)를 의미한다. 이하 같다.

3 물론 문구의 통상적 의미를 해석하는 작업과 문맥의 구조를 통해 문구의 의미를 해석해내는 과정은 적어도 기술적인 관점에서는 구분된다. 그러나 두 가지 방법 모두 문언(text)의 내용에 직접 기초해 그 의미를 파악하기 위한 논리적 과정이란 점에서, (문언외적인 요소를 고려하는 해석방법들과는 대비되는) 동종의 해석방법으로 간주해도 무리는 없을 것으로 본다. 참고로 본고의 논점은 다르지만 美 연방대법원의 Scalia 前 대법관이 주창한 문언주의(textualism)에 따르면 문구의 통상적 의미나 문맥적 의미는 물론, 각종 해석원칙이나 입법자의 의도(단, 입법자 개인의 주관적 의도가 아닌 문언을 통해 직접 확인 가능한 '객관화된' 의도에 한함) 또한 문언 해석을 위한 도구에 해당할 수 있다. Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press (1997)를 일반적으로 참조.

4 이러한 법의 원칙들은 로마법의 전통에 따라 라틴어로 정의된 무수히 많은 '법의 격언(legal maxim)'으로 이어져 내려오고 있으며, 이중 보편적으로 인정되는 일반원칙들만도 수백여 개가 넘는다. 이러한 일반원칙으로 형성된 법리, 그중에서도 해석원칙은 국제재판에서 빈번히 인용되고 있다.

용을 고려하여 최대한 조화로운 의미를 도출해야 함은 법률 간 관계에 관한 일반적인 해석원칙(*interpretare et concordare leges legibus est optimus interpretandi modus*)에 의해서도 확인된다. 즉, 최소한 문언외적 방법을 통한 해석도 가능하다는 대원칙 자체에 대해서는 이견의 여지가 없는 것이다. 따라서 ‘문언외적 해석’이란 해석자가 ‘실정법’을 넘어서는 ‘자연법’의 존재를 해석 시 고려해야 하는지와 같은, 진정한 법철학적 논의와는 별론임이 분명하다.<sup>5</sup>

또한 실정법의 순수성과 우위를 그 무엇보다 강조하는 법 실증주의자(legal positivist)들조차 개개 실정법이 사회의 규범체계(normative system)를 형성하는 규범질서(normative order)에 구속됨은 당연히 전제하고 있다.<sup>6</sup> 법률의 전반적인 구조나 관련 문맥, 특정 조문이 당해 법률에서 갖는 위치·기능 등을 근거로 해당 조문의 의미를 파악하는 것이 법논리적인 해석과정인 것과 마

찬가지로, 전체 법체계의 틀 내에서 특정 법률, 나아가 특정 조문이 갖는 의미를 파악하는 것 또한 법논리적인 과정임은 분명하다. 그렇다면 특정 법률의 해석 시 해당 법률의 전체 법체계 내에서의 역할·기능이나 전반적인 법질서 유지를 위해 타당한 의미가 무엇인지를 고려하여야 함 또한 물론이다.

다른 한편으로 법 해석을 위한 검토대상을 그 ‘문언’으로 한정할 경우 법리(jurisprudence)란 그저 법조문의 언어·논리체계에 의거해 기계적으로 도출한 의미를 사실관계에 적용한 법 기술적 작업의 결과물에 불과하게 된다. 이 경우 법과 법률가의 역할은 정치나 경제와 같은 사회적 흐름에 완벽히 종속되는 부속품에 불과할 것이다. 그러나 근대 이래 법의 근원적인 기능이란 곧 사회질서와 체제를 정립·유지하여 궁극적으로 개인의 자유나 사유재산과 같은 기본 권리를 담보하는 것이란 점에 대해 사회철학적 합의가 존재하며,<sup>7</sup> 권력분립(separation of powers)으로 대표되는 민주주의 사회 또한 그

<sup>5</sup> 자연법론에 따르면 인간이 만든 실정법의 흠결은 필연적이므로 항구적 불변원칙인 자연법을 통해 그 흠결을 치유·보완해야만 한다. 이때 자연법은 실정법의 흠결을 판단하는 지침이 되기도 하고, 실정법의 올바른 해석지침이 되기도 한다. Ronald Dworkin은 법 실증주의의 대가인 H.L.A. Hart를 비판하면서 개개 사안에 있어 법 해석의 궁극적인 목표는 오로지 법과 도덕률을 아울러 흠결이 없는 단 하나의 ‘정답(right answer)’을 도출하는 데 있어야 하고, 이를 달성할 수 있는 최선의 수단이 ‘해석’이라고 보았다. 따라서 Dworkin이 주장하는 법 해석의 대상은 당연히 문언주의에서 인정하는 해석대상을 아득히 넘어선다. 즉, 모든 해석자(Dworkin은 기본적으로 법관의 역할에 대해 논한 것이나 본고의 목적상 법 해석자의 올바른 태도에 관한 것으로 치부한다)들은 법 해석 시 전심전력을 다해 실정법은 물론 적용 가능한 모든 자연법적 원칙 등을 총동원하고 초월적인 지적능력으로 이를 완벽히 풀이해내 정확히 분별된 사실관계에 적절히 적용, 언제나 단 하나의 올바른 해석을 이끌어낼 수 있는 초월적인 해석자의 경지를 ‘추구’해야만 하는 것이다. 이때 ‘정답’을 도출하기 위해서는 필연적 흠결을 내포한 실정법 외에 다양한 원칙(principle)을 준용하는 것이 필수적이다. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press (1986) 및 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press (1997) 등을 일반적으로 참조.

<sup>6</sup> Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (originally in 1960), The Lawbook Exchange (2009) 등을 일반적으로 참조. Kelsen은 보통 ‘헌법’이 법체계 또는 법질서의 근간이 되는 기본규범(Grundnorm)을 형성하고, 모든 법률은 기본규범으로부터 위계체계에 따라 순차적으로 권위를 부여받다고 보았으나, 헌법이 규범체계 내지 법질서 그 자체에 해당한다고 본 것은 아니다. 헌법소원 등의 절차를 통해 법의 적법성을 다투는 것과 규범체계·규범질서에 합치하는 법적 해석을 할 의무는 당연히 별개의 것이다. 참고로 Kelsen은 ‘정의(justice)’는 여러 ‘가치(value)’가 혼합된 것으로 순수한 법에 해당하지 않는다고 보았는바, Kelsen 등 법 실증주의자들이 말하는 규범체계 또는 규범질서는 John Rawls 등이 모든 법이 반드시 복종해야 한다고 본 (사실상 자연법으로서의) ‘정의’와도 개념적으로 구분된다. ‘정의’가 사회제도의 1차적 선(善)으로서 이에 반하는 법은 반드시 수정되거나 폐기되어야 한다는 담론에 대해서는 John Rawls, *A Theory of Justice* (originally in 1971), Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press (1999) 등을 일반적으로 참고.

<sup>7</sup> John Locke, *Two Treatises of Government* (originally in 1689), CreateSpace Independent Publishing Platform (2014); John Stuart Mill, *On Liberty* (originally in 1859), Dover Publications (2002); Jean Jacques Rousseau, *The Social Contract* (originally in 1762), Ozymandias Press (2018); Thomas Paine, *Rights of Man* (originally in 1791), Dover

러한 근본적 법질서 유지에 바탕을 두고 있다.<sup>8</sup> 그렇다면 법문을 해석할 때 해당 법률의 객관적·대승적 목적에 가장 부합하는 해석을 도출하기 위해 노력하는 것은 비단 법논리적 관점에서 타당할 뿐 아니라 정치·사회적으로도 필요할 것이다.

그러나 문언 해석 시 일차적 장애가 되는 것이 주로 해석의 기술적 난해함이라면, 반대로 문언외적 해석 시 일차적 장애가 되는 것은 문언이 갖는 통상적 의미인 경우가 많다. 요컨대 문언의 표면적 의미가 비교적 명백한 경우, 그에 대한 평면적 해석이 비합리적인 결론으로 귀결될지언정 문언외적 해석 수단을 동원해 문언의 통상적 의미에서 이탈하기란 쉽지 않다. 이러한 고민은 멀리 갈 것도 없이 법 해석 시 문언의 역할에 관해 실시한 우리 대법원 판례의 태도를 통해서도 확인할 수 있다.

본고는 우선 국제공법 관계에서 조약 해석 시 필수적으로 적용되는 ‘조약법에 관한 비엔나협약’(Vienna Convention on the Law of Treaties)(이하 “조약법협약”)상의 법 해석규칙과 우리 대법원이 제시한 법 해석원칙 간의 비교법적 분석을 제시한다. 이어서 가장 법률주의적(legalistic)인 분쟁 중 하나라 할 수 있는 WTO 분쟁에서 채택된 법 해석 관련 주요 법리를 중심으로 국제공법분쟁에서의 문언적 해석 및 특히 문언외적 해석의 실증적 예시를 소개, 우리법상 해석

원칙의 운용 및 적용에 관해 일종의 화두(話頭)를 제시하고자 한다.

## II. 우리법과 국제공법상 해석원칙 간의 비교법적 검토

### 1. 우리 대법원 판례에 따른 법 해석원칙

법 해석과 관련된 우리 대법원의 태도는 문언적 해석을 우선 적용하되, 필요 시 추가적인 해석수단을 동원하여 동 해석이 구체적 타당성을 가지도록 하여야 한다는 것이다. 이에 관한 대표적인 판례인 대법원 2006다 81035 판결<sup>9</sup>의 관련 내용을 소개하면 다음과 같다.

법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다. 그리고 실정법이란 보편적이고 전형적인 사안을 염두에 두고 규정되기 마련이므로 사회현실에서 일어나는 다양한 사안에서 그 법을 적용함에 있어서는 구체적 사안에 맞는 가장 타당한 해결이 될 수 있도록, 즉 구체적 타당성을 가지도록 해석할 것도 요구된다.

요컨대, 법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 그리고 그 과정에서 가능한 한 법률

---

Publications (1999)’ Thomas Hobbes, *Leviathan* (originally in 1651), Hackett Publishing Company (1994) 등을 일반적으로 참조. 법질서를 통한 사회체계 유지는 민주주의 체제건, 왕정체제이건, 신정(神政)체제이건 간에 관계없이 안정적이고 지속 가능한 사회질서 유지를 위해 필수라고 본다. 설사 ‘법의 지배(rule of law)’가 아닌 ‘법에 의한 지배(rule by law)’가 이루어지는 전제정이라 할지라도 사회구조의 기초가 되는 질서는 보편적이고 일관성 있는 준거규칙(예컨대 왕위계승규칙 등) 없이 영속되기 어려울 것이다.

<sup>8</sup> Charles Lois Montesquieu, *The Spirit of Laws* (originally in 1748), Prometheus (2002)를 일반적으로 참조.

<sup>9</sup> 대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결.

에 사용된 문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 원칙으로 하고, 나아가 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적, 논리적 해석 방법을 추가적으로 동원함으로써, 앞서 본 법해석의 요청에 부응하는 타당한 해석이 되도록 하여야 한다.

한편, 법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.

위 판결에서 대법원은 문언적 해석을 통한 의미도출을 원칙으로 하되, 필요시 다양한 수단을 추가적으로 동원하여 타당한 의미를 해석해낼 것을 요구하였다. 다만 법률의 문언이 명확한 경우 다른 해석수단의 적용은 불필요하거나 제한될 수밖에 없고, 설사 문언적 해석에서 탈피하더라도 문언의 통상적 의미에서 크게 이탈할 수 없다는 점을 강조하였다.

그런데 대법원의 후속 판결 가운데 2006다81035 판결이 제시한 해석원칙에서 본질적으로 이탈한 사례를 종종 찾아볼 수 있다. 예컨대 대법원 2014다223025 판결<sup>10</sup>은 다음과 같이 실시하고 있다.

법해석의 목표는 어디까지나 법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는 데 두어야 한다. 그러기 위해서는 가능한 한 법률에 사용된

문언의 통상적인 의미에 충실하게 해석하는 것을 우선으로 하여야 하고, 다만 문언의 통상적 의미를 벗어나지 아니하는 범위 내에서는 법률의 입법 취지와 목적, 제·개정 연혁, 법질서 전체와의 조화, 다른 법령과의 관계 등을 고려하는 체계적·논리적 해석방법을 추가적으로 활용할 수 있다.

위 2014다223025 판결은 “법해석의 목표”가 “법적 안정성을 저해하지 않는 범위 내에서 구체적 타당성을 찾는” 것이란 점을 전제하고 있어 일견 2006다81035 판결이 제시한 해석원칙을 원용한 것으로 보이나, “구체적 타당성”을 찾는 방법으로서 문언해석을 사실상 배타적인 수단으로 정의하고 있다. 즉, 2006다81035 판결이 문언의 통상적 의미를 벗어난 해석도 가능(설사 한계는 있을지라도)하다고 본 것에 비해 2014다223025 판결에 따르면 문언은 해석의 출발점이 아닌 우선적 수단이고, 다른 해석수단들은 문언적 통상적 의미를 벗어나지 않는 범위 내에서만 추가적으로 동원될 수 있다. 요컨대 2014다223025 판결이 제시한 해석원칙에 따르면 문언 이외의 해석수단들의 역할이란 사실상 특정 문언이 중의적(重義的)인 경우 그중 가장 타당한 사전적 의미를 찾아내는 정도에 지나지 않을 것이다.

2014다223025 사건의 재판부가 2006다81035 판결을 인용하는 과정에서 단순히 착오를 범하였다고 볼 수는 없고, 우리 법원이 오랫동안 유추해석을 제한적으로 허용하는 태도를 취해왔음을 고려할 때<sup>11</sup> 2014다

<sup>10</sup> 대법원 2017. 12. 22. 선고 2014다223025 판결.

<sup>11</sup> 이와 관련하여 가장 종합적인 설시는 대법원 2006. 6. 22. 2004스42 판결의 반대의견에서 찾아볼 수 있다. “법률 규정의 해석에 있어서는 법률에 정하여진 문구의 문리적 의미가 해석의 출발점이며 법문의 가능한 의미를 벗어나 그 의미를 창출하는 것은 유추해석으로서 원칙적으로 허용되지 않는다. 형벌법규나 조세법규에서는 유추해석이 금지되고 있고, 그 밖의 사법적 영역에 속하는 법규의 해석에 있어서 실정법 조항의 문리해석 또는 논리해석만으로는 사회적 정의관념에 현저히 반하게 되는 결과가 초래되는 경우에 실정법의 입법정신을 살려 유추해석이나 확장해석을 할 여지가 있지만 이는 입법 취지의 범위 내에서 예외적으로 이루어져야 한다. 사법적극주의의 입장에서 입법목적에 충실한 결과를 이룰 수 있도록 목적론적인 해석을 하여야 할 경우도 있지만, 유추해

223025 사건의 재판부는 아마도 문언을 벗어난 해석이 사실상 새로운 법률을 창설하는 효과를 가짐으로써 입법권을 침해하게 될 가능성을 경계한 것으로 사료된다. 비록 대다수 후속 판결은 2006다81035 판결에 따른 해석원칙을 채택하고 있지만,<sup>12</sup> 헌법론적 관점에서 2014다223025 판결이 제시한 해석원칙도 나름의 타당성을 갖추었음이 분명하다. 그렇다면 문언외적 해석수단을 통해 문언의 표면적 의미에서 일탈한 해석이 반드시 새로운 법적 효과를 창설하는지, 아니면 기존법의 의미를 보다 명확하고 타당하게 하는 것으로 제한되는지에 대한 고찰이 필요할 것이다. 이를 위해서는 문언외적 해석의 한계 및 운용방식에 대해서도 또한 논의가 필요할 것이다. 이러한 맥락에서, 전통적으로 문언외적 해석을 비교적 폭넓게 인정해온 국제공법상 해석규칙과의 비교법적 분석에 가치가 있다.

## 2. 조약법협약상의 해석규칙

국제공법 관계에서는 우리 대법원이 2006다81035 판결에서 제시한 것과 일견 유사한 포괄적 해석원칙이 조약법협약 제31조 등에 의해 성문화되어 있다.<sup>13</sup> ‘조약해석에 관한 일반규칙(General Rule of Interpretation)’을 규정한 조약법협약 제31조는 제1항에서 조약의 주위적 해석방법을 다음과 같이 규정하고 있다.<sup>14</sup>

조약은 조약문의 문맥 및 조약의 목표와 목적에 비추어 조약의 표현에 부여되는 통상적 의미에 따라 신의성실하게 해석되어야 한다.

조약법협약 제31조 제1항에 따르면 조약해석 시에는 크게 다섯 가지의 요소(element)가 고려되어야 한다. 첫째는 조약의 표현(terms)<sup>15</sup>에 부여되는 통상적 의미(ordinary meaning)로써, 일반적으로 문리적 해석을 의미한다고 보아도 무리가 없다. 둘째는 조약문의 문맥(context)으로써, 특정 표현의 해석 시에는 해당 단어나 문장의 직접적인 의미뿐 아니라 해당 조문의 제목, 동 표현과 직접적으로 관련된 문맥

석 등에는 입법에 의하여 설정된 한계를 넘어설 수 없다는 기본적인 한계가 있으며, 만약 이와 같은 한계를 넘는다면 이는 법해석이 아니라 새로운 법률의 형성으로서 헌법상의 입법권 침해 문제를 야기하게 된다. 뿐만 아니라, 일정한 법적인 문제를 해결하기 위하여 목적론적인 해석이 필요한 경우에도 그 해석이 문제의 해결을 위하여 유효적절하고 법체계상 아무런 문제점이 없어서 만일 입법자가 그와 같은 문제를 인식하였다면 그와 같은 해석과 궤를 같이 하는 입법을 하였으리라고 상정할 수 있는 경우에 한하여 유추해석 등을 하게 되는 것이고, 그 해석이 문제해결에 유효적절한 수단이 되지 못하고 오히려 다른 문제점을 낳을 우려마저 있다면, 위와 같은 유추해석 등은 허용되지 아니한다.”

<sup>12</sup> 대법원 2010. 12. 23. 선고 2010다81254 판결, 2017. 12. 22. 선고 2014다223025 판결, 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 판결 및 다수의 관련 소수의견·보충의견 등 참조. 또한 헌법재판소 2020. 5. 27. 2019헌라3, 2019헌라2(병합) 결정 참조.

<sup>13</sup> 조약법협약은 그 자체로도 전 세계 116개국 이상이 비준한 다자조약이지만, 조약의 해석에 관한 제31조 및 제32조를 비롯한 협약의 다수 조항들은 국제관습법(customary international law)으로서 비체약국에 대해서도 구속력을 갖는다고 보는 시각이 대세적이다. 예컨대 미국의 경우 1970년에 조약법협약에 서명하였음에도 미 연방상원의 동의를 얻지 못하여 이를 비준하지 못한 상태이나, 조약법협약 제31조 및 제32조는 국제관습법으로서 미국을 직접 구속한다는 것이 미국의 공식 입장이다.

<sup>14</sup> 조약법협약 제31조 제1항(“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”). 제31조 외에도 조약법협약 제31조 제3항 내지 제4항, 그리고 제32조에서 제31조 제1항의 주위적 해석규칙에 부수되거나 추가되는 해석규칙들을 규정하고 있으나, 본고에서는 WTO 분쟁을 포함한 모든 국제공법분쟁에서 ‘반드시’라고 해도 과언이 아닐 정도로 보편적으로 적용되는 해석규칙인 제31조 제1항을 중심으로 논거를 전개해나가기로 한다.

<sup>15</sup> 여기서 ‘terms’란 사전적으로 ‘조건’을 의미하기도 하지만 조약법협약 제31조의 문맥을 살펴볼 때 여러 사전적 의미 가운데 ‘표현’을 의미한다고 보는 것이 타당하다. 이는 추후 살펴볼 ‘문맥적 해석’을 통한 ‘통상적 의미’의 확정례에 해당한다. Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press (2008), p. 144 참조.



은 물론 조약의 전반적인 구조 등을 고려하여야 한다. 셋째와 넷째는 조약의 목표(object)<sup>16</sup> 및 목적(purpose)에 각각 부합하는 해석을 채택해야 한다는 것이다. 다섯째 원칙은 모든 해석은 신의성실(good faith)하게 이루어져야 한다는 것이다.

특기할만한 점은, 조약법협약 제31조 제1항이 이들 다섯 가지 요건을 총체적(holistic)으로 적용토록 규정하고 있다는 점이다. 조약법협약 제31조 및 제32조의 연동해석이 시사<sup>17</sup>하는 바와 같이 제31조 제1항의 해석규칙은 해석대상 조문의 문언적 의미가 명확한 경우에도 적용되는바, 이들 다섯 가지 요건은 말 그대로 해석의 ‘일반규칙(General Rule)’에 해당한다.<sup>18</sup>

이와 관련해 *US - Section 301-310* 사건의 WTO 패널(Panel)은 실용적인 이유(pragmatic reason)로 인해 문언의 ‘통상

적 의미’에서 해석이 시작되는 것이 보통이고, 또한 많은 경우 문맥과 조약의 목표/목적을 통한 해석은 문언의 ‘통상적 의미’를 재확인하는데 그칠 수 있다는 점을 인정하면서도, 조약법협약 제31조상의 다섯 요건들은 우선순위가 있는 별도 기준이 아닌 하나의 총체적 해석규칙(one holistic rule of interpretation)을 형성함을 강조하면서, 특히 조문의 ‘통상적 의미’를 실질적으로 결정하는 것은 “항상(always)” 그 문맥이고, 많은 경우 “통상적 의미”를 정확히 도출하기 위해서는 조약의 ‘목표’와 ‘목적’을 고려할 필요가 있다고 실시하였다.<sup>19</sup> *US - Continued Zeroing* 사건에서 WTO 상소기구(Appellate Body) 또한 조약법협약 제31조상의 해석규칙은 총체적인 방식(holistic fashion)으로 준수되어야 하고, 조약문에 포함된 단어나 표현의 의미를 식별하는 것은 단지 해석의

<sup>16</sup> 국내에서는 조약법협약 제31조상의 ‘object’가 ‘대상’으로 널리 번역되고 있으나, 조약법협약의 협상기록 등을 살펴볼 때 ‘목표(object)’로 해석함이 보다 타당하다. 역시나 ‘문맥적 해석’을 통한 ‘통상적 의미’의 확정례에 해당한다. 다만 ‘object’를 조약의 ‘대상’으로 번역할 경우 조약의 적용대상이 되는 사안의 성격 등을 해석 시 고려해야 한다는 뜻이 되는데, 이 또한 적절한 해석방법임에는 분명하다. 다만 조약의 적용 시 조약의 적용대상이 갖는 성격 등을 고려하는 것은 조약법협약 제31조에 따른 여러 다른 원칙에 의해 既 요구된다고 볼 수 있다.

<sup>17</sup> 조약법협약 제32조에 따르면 국내법의 입법기록에 해당하는 조약의 협상기록이나 조약체결의 배경 등은 제31조에 따른 해석에도 불구하고 조문의 의미가 “불명확하거나 명백히 불합리한 경우”에 한해 조문의 의미를 결정하는데 추가적으로 활용될 수 있다. 이는 조약법협약 제31조 제1항에 따른 해석수단 중 문언외적 해석수단(신약의, 조약의 목표 및 목적 등)이 조문의 문언적 의미가 “불명확하지 않은 경우”에도 문언의 통상적 의미와 함께 동등하게 고려되어야 한다는 점을 시사한다. 물론 논리적 관점에서 이러한 불안전 반대해석만으로는 제31조의 의미를 확정할 수 없지만, 제31조의 문언 및 구조, 그리고 아래에서 살펴볼 조약법협약의 작성기록 및 주해 등을 종합해 볼 때 제31조 제1항의 포괄적 해석규칙이 문언적 의미가 명확한 조문에 대해서도 동일하게 적용된다는 점에는 이견의 여지가 없다.

<sup>18</sup> 조약법협약 제31조에 관한 작성기록 및 주해에 따르면 UN 국제법위원회(International Law Commission)는 제31조의 제목인 “해석의 일반규칙”에서 ‘규칙(Rule)’을 복수가 아닌 단수로 적시할 때 동 조항에 규정된 원칙들이 하나로 혼합되어 운용(a single combined operation)되어야 한다는 명확한 의도를 갖고 있었다. 요컨대 제31조상 관련 요소들 간의 상호작용을 통해 합리적인 법적해석이 도출될 것을 의도하였던 것이다. 따라서 이들 다섯 요소는 상호 연동된 동일체(“a unity that [] form a single, closely integrated rule”)에 해당한다. Yearbook of the ILC, 1966, Vol. II, pp. 219-220 참조.

<sup>19</sup> Panel Report, *US-Sections 301-310 of Trade Act 1974*, para. 7.22 (“For pragmatic reasons the normal usage [] is to start the interpretation from the ordinary meaning of the ‘raw’ text of the relevant treaty provisions and then seek to construe it in its context and in the light of the treaty’s object and purpose. However, the element referred to in Article 31 - text, context and object-and-purpose as well as good faith - are to be viewed as one holistic rule of interpretation rather than a sequence of separate tests to be applied in a hierarchical order. Context and object-and-purpose may often appear simply to confirm an interpretation seemingly derived from the ‘raw’ text. In reality it is always some context, even if unstated, that determines which meaning is to be taken as ‘ordinary’ and frequently it is impossible to give meaning, even ‘ordinary meaning’, without looking also at object-and-purpose”).

시작일 뿐 완성이 아니며, 해석자는 대상단어의 '관련 의미(relevant meaning)'를 도출하기 위해 문맥, 목표/목적에 포함된 관련 해석방법을 상호 연계적이고도 상호 보완적으로 적용함으로써 총체적 해석을 실시해야 한다고 판시하였다.<sup>20</sup>

요컨대 조약법협약 제31조 제1항상의 해석규칙에 따르면 관련 조문의 통상적 의미를 자연히 해석의 출발점(starting point)으로 삼되, 관련 문맥에 의거 해당 조문의 의미를 구체적으로 조정·선택하는 과정을 거쳐야 하고, 또한 조약의 목표와 목적에 따라 그 의미를 심화·확정하여야 하는 것이다.<sup>21</sup> 또한 그 과정에서 항상 해석의 신의칙과 그에 수반되는 다양한 해석원칙들을 적의 고려하여야 한다. 이러한 해석방법에 따르면 특정 조항의 문언적 의미가 아무리 명백해 보이더라도 마땅히 관련 문맥 및 해당 조항이 달성하도록 설계된 목표/목적에 비추어 문언의 구체적인 의미를 검증하는 과정을 거쳐야 하고, 설사 이러한 과정에 따른 결론이 대부분 해당 문언의 표면적 의미를 재확인하는 결과

로 귀결되더라도 총체적 해석과정의 적용이 부인되어서는 아니 된다.<sup>22</sup> 다만 국제조약에 있어서도 문언의 근본적 의미를 변경하는 해석이 인정될 수 없음은 당연한바, 사실상 새로운 법을 창설하는 효과를 갖는 해석은 용인되지 않는다.<sup>23</sup>

결론적으로 조약법협약에 따르면 법 해석 시 문언은 해석의 실용적인 출발점(pragmatic starting point)에 불과하고, 문언외적 해석수단의 역할이 상대적으로 제한되는 것은 그저 '자연스런 결과'일 뿐 '원칙상' 문언이 우선시 되어야 하기 때문은 아닌 것이다.

### 3. 소 결

우리 법원은 오랫동안 문언의 통상적인 의미를 중시하는 태도를 취해왔고, 대법원이 2006다81035 판결을 통해 포괄적인 해석원칙을 제시한 이후에도 문리적 해석을 우위에 두는 태도가 상당부분 고수되고 있는 것으로 보인다.<sup>24</sup> 반면 국제관습법 또는 '법의 일반 원칙(general principle of law)'<sup>25</sup>으로 인

<sup>20</sup> Appellate Body Report, *US-Continued Zeroing*, para. 268 ("The principles of interpretation that are set out in Articles 31 and 32 are to be followed in a holistic fashion. The interpretative exercise is engaged so as to yield an interpretation that is harmonious and coherent and fits comfortably in the treaty as a whole so as to render the treaty provision legally effective. A word or term may have more than one meaning or shade of meaning, but the identification of such meanings in isolation only commences the process of interpretation, it does not conclude it ... a treaty interpreter is required to have recourse to context and object and purpose to elucidate the relevant meaning of the word or term. This logical progression provides a framework for proper interpretative analysis. At the same time, it should be kept in mind that treaty interpretation is an integrated operation, where interpretative rules or principles must be understood and applied as connected and mutually reinforcing components of a holistic exercise").

<sup>21</sup> Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press (2008), p. 144.

<sup>22</sup> Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd Edition, Manchester University Press (1984), p. 116.

<sup>23</sup> *USA, Federal Reserve Bank v. Iran, Bank Markazi* Case A28, (2000-02) 36 Iran-US Claims Tribunal Reports 5, at 22, para 58 참조. 다른 하나의 참고예시로서, WTO 협정의 경우 전체 회원국 3/4이 동의한 유권해석(authoritative interpretation)을 통해 조문의 의미를 명확히 할 수 있고(DSU 제3.9조 및 WTO 설립협정 제9.2조), 이러한 해석은 조약해석에 관한 체약국들의 후속합의(subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty)로서 특별하고도 직접적인 효과를 갖지만(조약법협약 제31조 제3항(a) 참조), 이러한 유권해석을 통해 조약 개정(amendment)과도 같은 효과를 야기하는 것은 당연히 금지된다(WTO 설립협정 제9.2조).



정반고 있는 조약법협약 제31조 제1항의 해석규칙에 따르면 비록 문언의 표면적 의미를 재확인하는 결과로 귀결될지언정, 모든 법 해석 시에는 항상 문언적 기준과 문언외적 기준을 종합적으로 적용하여 가장 타당한 해석을 확인하는 과정이 필요하다.

이러한 입장 차에는 ‘국내법’과 ‘국제조약’ 간의 본질적 차이가 일정부분 반영되었을 것으로 추정된다. 즉, 국내법은 2006다81035 사건의 재판부가 확인한 바와 같이 “원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범”이고, 이에 대한 사법적 해석에는 2004스42 사건의 소수의견이 지적한 바와 같이 “입법에 의하여 설정된 한계를 넘어설 수 없다는 기본적인 한계”가 존재한다. 이러한 관점에서 우리 대법원의 기본적인 해석 태도는 법치주의국가에서 사회의 제도 및 체제 유지를 담보하여야 하는 법률의 해석이 그 근본 체제(권력분립 원칙)를 형해화할 수 없다는 보편적 대원칙에 부합한다. 반면 국제조약은 국제관계에서의 최상위 행위주체(국제정치에 관한 고전적 현실주의(realism)의 관점에서는 사실상

유일무이한 행위주체)<sup>26</sup>라고 봐도 과언이 아닌 주권국가(sovereign state) 간의 약속으로, 동 행위주체 간의 약속을 담은 조약의 해석에는 원칙적으로 국내법의 경우와 같은 분권적 제약이 존재하지 않는다. 따라서 국제기준과 우리 판례에 따른 해석원칙을 같은 평면에서 비교하여 우열을 가리는 것은 옳다치 않을 것이다. 국제공법상의 해석규칙 또는 관련 법리를 국내법의 해석 시 적용하는데에는 주의할 필요가 있음 또한 물론이다.

다만 법 해석이 일반적으로 추구해야 할 방향성과 관련하여서는 법철학적 논의를 참고하는 것이 가능할 것인데, 앞서 살펴본 바와 같이 개개 법률의 해석은 해당 법률이 귀속된 규범체계 및 규범질서에 부합하는 방식으로 조화롭게 이루어져야 마땅한바, 지나치게 문언중심적인 해석만으로는 “가장 타당한 의미”를 도출하는 데 한계가 있다는 점 또한 분명하다. 따라서 법률 해석 시 모든 고려 요소에 대한 다면적 검토를 통해 최선의 해석을 도출하기 위해 노력하는 것은 국제법은 물론 국내법적 관점에서도 바람직한 것이다. 특히 우리 대법원이 이미 문언외적 해석방법

<sup>24</sup> 문언적 해석을 사실상 배타적 해석방법으로 규정한 2014다223025 사건의 재판부는 물론, 문언외적 해석의 포괄적 적용 가능성을 인정한 2006다81035 사건의 재판부 또한 법률의 문언이 명확한 경우에는 문언외적 해석방법의 적용이 불필요하거나 제한된다는 취지로 판시하고 있다. 물론 2006다81035 판결의 경우 법률의 문언이 동일 법률 내의, 그리고 전체 법체계 내의 조화를 충실히 반영할 것을 전제하고 있는바, 법체계에 위배되는 경우예조차 문언적 의미가 명확하다는 이유로 다른 해석수단의 활용이 제한되어야 한다는 취지라고 이해될 수는 없다(“법률의 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 원칙적으로 더 이상 다른 해석방법은 활용할 필요가 없거나 제한될 수밖에 없고, 어떠한 법률의 규정에서 사용된 용어에 관하여 그 법률 및 규정의 입법 취지와 목적을 중시하여 문언의 통상적 의미와 다르게 해석하려 하더라도 당해 법률 내의 다른 규정들 및 다른 법률과의 체계적 관련성 내지 전체 법체계와의 조화를 무시할 수 없으므로, 거기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다”).

<sup>25</sup> 국제법상 권원으로 인정받는 ‘법의 일반원칙’이란 보통 “문명국들에 의해 승인된 법의 일반원칙(the general principles of law recognized by civilized nations)”을 의미한다. ‘국제사법재판소의 법률’ (Statute of the International Court of Justice) 제38조 참고. 따라서 국제법상 ‘법의 일반원칙’이라 함은 대다수 국가의 사법체계 내에서도 법의 일반원칙으로서 적용 가능하다. 이러한 관점에서, 우리 대법원이 제시한 법 해석원칙이 일견 조약법협약 제31조 제1항과 유사해 보이는 것은 우연이 아닐 것이다. 한편 국제관습법의 경우 대개 개개 국가들을 직접 구속하므로 말할 필요도 없다. 미국 등 다수의 국가들은 조약법협약의 제반 규정들을 국제관습법으로 인정하고 있는데 비해, 다수의 국제조약(DSU, 투자보호협정 등)에 따른 판정부들은 조약법협약의 해석규칙 등을 국제법의 일반규칙(General Rule of International Law)으로 인정하고 있다. 본고에서는 국제관습법과 국제법의 일반규칙 간의 구분에 대해서는 논의하지 않기로 한다.

<sup>26</sup> Jack Donnelly, “The Ethics of Realism”, in Christian Reus-Smit & Duncan Snidal (eds.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford University Press (2008), p. 150 등을 일반적으로 참고.

의 효용을 인정한 이상, 문리적 해석이 부당하거나 비합리적인 결론으로 귀결될 수 있는 경우에조차 문언중심적인 해석만을 고수하는 태도는 적절치 않고, 문언외적 수단을 포함한 다양한 요인을 종합적으로 검토해 매 사안별로 최선의 합리적 해석을 도출하기 위해 노력하여야 할 것이다.

그러나 문언이야말로 가장 객관적이고도 공표된 해석지표라는 점을 고려할 때, 문언의 표면적 의미에서 이탈할 때는 각별한 주의가 요구된다. 특히 문언외적 해석수단을 적극적으로 인정하는 순간 주관적인 해석논리가 남용될 것임이 분명하고, 이를 무분별하게 수용할 경우 법 운용의 기초적 안정성이 위태로워질 것이다. 따라서 특정 법조항의 해석과 관련하여 문언외적 해석방법을 채택하는 경우에는 검증 가능한 논리적 기준이 함께 제시될 필요가 있다. 이러한 논리적 기준은 법적근거(legal basis)와는 구분되는 일종의 법적기준(legal test)으로써 이를 구성하는 과정은 법 기술적인 성격을 갖는바, 특정 법체계 하에서 생성된 기준이라 할지라도 최소한 그 논리적 '방법론'은 다른 법체계에서 직접 참고할 수 있을 것이다. 따라서 조약법협약 제31조를 적용한 법률 해석에 관한 실증적 법리는 비록 국제공법이라는 별도의 법적근거에 따른 것일지라도 우리법의 해석 시에도 유의미한 참고가 될 수 있다고 본다.

상술한 바와 같이 WTO 분쟁은 국제공법 분쟁 가운데 가장 법률주의적인 분쟁 중 하나인바, 아래에서는 WTO 판례에서 기 채택된 문언적 해석 및 문언외적 해석의 실증적 예시를 살펴보기로 한다.

### Ⅲ. 보론: 조약법협약상 법 해석규칙의 WTO 적용례

#### 1. 개 관

WTO 분쟁이 법 해석적 관점에서 가장 법률주의적인 분쟁 중 하나일 수밖에 없는 데는 몇 가지 이유가 있다.

우선은 경제통상조약으로서의 WTO 협정 고유의 특성을 이유로 들 수 있다. WTO 협정으로 대표되는 국제통상법은 본래적 범죄(*malum in se*)를 처벌하는 기본형법과 같은 자연법적 규범 또는 국제인도법(international humanitarian law)과 같이 보편적 도덕관념에 따라 그 자체로 존중되어야 할 가치규범<sup>27</sup>이 아닌, 회원국의 경제활동에 관한 사항을 규율한다. 그런데 1975년 유엔총회에서 채택된 '국가의 경제적 권리 및 의무에 관한 헌장' 제2조 제1항에 적시된 바와 같이, 모든 국가는 경제활동에 관한 한 완전하고 영구적인 주권을 향유하는 것이 원칙이다.<sup>28,29</sup> 물론 이러한 경제주권은 조약 등을 통해 자발적으로 제한될 수 있지만,<sup>30</sup>

<sup>27</sup> 예컨대 민간인이나 비전투원의 보호에 관한 사항을 규정한 제네바협약이나, 군사작전 중 교전자의 권리·의무를 확립하고 무력총돌시 사용되는 수단을 제한하는 헤이그협약 등이 여기에 해당한다. 참고로 이러한 국제인도법에 따른 원칙들 가운데 상당수는 근거조약의 유무와 관계없이 적용되는 국제관습법(customary international law)으로서의 지위를 인정받고 있다. 이러한 관습인도법은 국제적십자위원회(International Committee of the Red Cross)의 공식 홈페이지 등에서 상당수 확인이 가능하다. 다만 국제적십자사가 성문화한 관습규칙 가운데는 매우 상세한 내용을 담은 규정들도 있는바, 그러한 세부내용들이 모두 국제관습법의 지위를 갖는지는 의문이다. 한편 국제적십자위원회는 국제기구(international organization)가 아닌에도 그 기능과 역할이 국제법에 의해 직접 인정되며, 국제법의 간접작용에 기인하여 국제적 법인격(international juridical personality)을 갖추게 된 특별한 지위(*sui generis status*)를 인정하는 국가들도 상당수 있으나, 국제적십자위원회의 국제적 법인격을 인정하지 않는 국가들도 존재함을 고려할 필요가 있다.

국가주권에 해당하는 사항을 조약을 통해 제한한 경우 그러한 조약상의 의무는 엄격하게 해석되어야 할 것이다.<sup>31</sup>

이러한 배경에서 WTO 분쟁해결절차를 규율하는 ‘분쟁의 해결을 준거하는 규칙 및 절차에 관한 양해’(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, 이하 “DSU”) 제 3.2조는 WTO의 판정부가 국제공법상의 ‘해석규칙’에 따라 WTO 협정의 위반 여부를 규명하되, WTO 협정에 규정된 권리·의무(rights and obligations)를 넘어서는 판정을 내리지 못하도록 규정하고 있다.<sup>32</sup> 다만 분쟁해결절차의 안정적인 운용을 위해 절차

적 사항(적법절차, 사법경제, 입증책임 등)이나 판단기준(비례성, 불소급성 등) 등에 관해서는 국제공법상의 원칙을 다양하게 원용하고 있다.<sup>33</sup>

즉, WTO 패널 및 상소기구는 조약법협약 제31조 및 제32조를 포함한 국제공법상의 다양한 해석규칙을 통해 WTO 협정의 내용을 규명, 이를 사실관계에 적용할 수 있으나 WTO 협정에 규정되지 않은 국제공법상의 일반원칙 기타 실제적 의무를 원용할 수는 없다.<sup>34</sup> 자연히 WTO 분쟁의 법적 쟁점은 해석에 관한 사항에 집중될 수밖에 없는 것이다.

두 번째 이유는 WTO 분쟁의 주요 제소

<sup>28</sup> United Nations (1975) “General Assembly Resolution 3281 (XXIX): Charter of Economic Rights and Duties of States”, Official Records of the General Assembly, Twenty-Ninth Session, Supplement No. 31 (A/9631), pp. 50-55 (“Article 2 [Paragraph 1] Every State has and shall freely exercise full permanent sovereignty, including possession, use and disposal, over all its wealth, natural resources and economic activities”).

<sup>29</sup> 이에 따라 WTO 협정 위반에 대한 궁극적인 구제수단인 보복권한조차 조치국의 협정상 의무 불이행으로 인해 발생한 무역 불균형을 바로잡기 위해 피해국이 의무 불이행으로 인해 입은 피해에 상응(equivalent)하는 수준의 자국 양하 의무 제고를 중단하는 정도에 그치고 있다. Haneul Jung & Nu Ri Jung, *Enforcing ‘Purely’ Environmental Obligations Through International Trade Law: A Case of the CPTPP’s Fisheries Subsidies*, Journal of World Trade, Vol. 53, No. 6 (2019): 1001-1020, 1019 참조.

<sup>30</sup> Haneul Jung, *Tackling Currency Manipulation with International Law: Why and How Currency Manipulation should be Adjudicated?*, Manchester Journal of International Economic Law, Vol. 9, Issue 2 (2012): 184-200, 187.

<sup>31</sup> 또한 조약상 부과되는 의무의 범위가 불명확한 경우 해당 의무는 국가주권에 대한 존중 차원에서 제한적으로 해석되어야 한다(*in dubio mitius*, “조약제한해석원칙”). 정하늘, “투자자-국가 분쟁해결제도(ISDS)에서의 국가책임 발생범위 확장 가능성에 대한 연구: ‘열리엇 사건’을 중심으로”, 『국제법학회논총』 제61권 제1호, p. 242 참조. 조약제한해석원칙에 관한 WTO 법리에 대해서는 Appellate Body Report, *European Communities-Measures Concerning Meat and Meat Products*, para. 165, fn. 154 등을 참조. 또한 ISDS 법리에 대해서는 *SGS v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, para. 171 등을 참조. 반면 조약제한해석원칙의 남용에 대한 비판적 시각에 대해서는 Christophe J. Larouer, “In the Name of Sovereignty? The Battle over *In Dubio Mitius* Inside and Outside the Courts”, *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, Paper 22 (2009), pp. 1-49 등을 참조.

<sup>32</sup> WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (이하 “DSU”) 제3.2조 (“The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements”).

<sup>33</sup> *US - Shrimp*, paras. 141, 158, 182; *US - FSC*, para. 166; *US - Cotton*, para. 120; *US - Wool Shirts and Blouses*, pp. 17-20; *Australia - Salmon*, paras. 219-226; *US - Tuna II (Mexico)*, para. 403; *Argentina - Import Measures*, paras. 5.185-5.195; *Brazil - Desiccated Coconut*, p. 15; *EC - Bananas III*, para. 235; *Canada - Patent Term*, paras. 71-74; *EC - Aircraft*, para. 672 등 사건의 Appellate Body Reports 등 참조.

<sup>34</sup> 국제위법행위에 관한 국가책임에 관한 규정 초안(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 이하 “ILC Articles”)의 주해(commentary)는 DSU를 국제공법상 자급적(self-contained) 특별법(*lex specialis*)의 대표적 예시로 꼽고 있다. Commentaries to ILC Articles, p. 140 참조. 예컨대 *Peru - Agricultural Products*의 패널은 설사 조약법협약 제18조에 따른 조약이행의무를 위반한다고 하여 그것이 곧 WTO 협정의 위반을 구성하지는 않는다고 판단하였다. Panel Report, *Peru - Agricultural Products*, paras. 7.69, 7.92 참조. *Mexico - Taxes on Soft Drinks* 사건의 상소기구는

대상이 국가의 법규·제도·관행·처분이라는 데서 찾을 수 있다. WTO 분쟁에 따른 궁극적 구제는 제소대상 조치(measure)의 철폐(withdrawal)이지만, 철폐가 자발적으로 이뤄지지 않을 경우(그리고 보상합의에 실패할 경우) 승소국에게 주어지는 임시적 구제(temporary remedy)는 WTO 협정에 위배되는 조치로 인해 자국이 입게 된 피해에 상응하는 보복을 실시할 권한이다.<sup>35</sup> 그런데 WTO 협정상 부여되는 보복수준은 불법행위 시점까지 소급하여 산정되는 민사상의 손해배상과 달리 계량경제학적(econometrics) 분석을 통해 보복권한이 발생한 시점부터 장래적(prospectively)으로 산정되기 때문에 자연히 WTO 제소는 일시적 행위가 아닌 장래효를 갖는 법규·제도·관행·처분에 집중된다. 그 결과 WTO 협정의 적용대상이 되는 제소대상 조치, 즉 핵심 '사실관계'에 해당하는 것은 나름의 체계와 논

리구조를 내재한 국내 판정문, 법규, 제도, 또는 다양한 증거를 통해 입증 가능한 관행이 대부분이다.

그런데 특정 행위의 범 위반여부를 판단하기 위해서는 법의 '해석(interpretation)'과 함께 '적용(application)'이 필요하다.<sup>36</sup> 또한 복잡한 사실관계에 범조항을 적용하기 위해서는 사실관계로부터 구체적인 쟁점을 도출해내야 한다. 특히 장래효를 갖는 법규·제도·관행·처분에 WTO 협정을 적용하려면 필연적으로 제소대상 조치의 논리적 분해·재구성이 선행되어야만 한다. 굳이 비유하자면 협정문과 제소대상 조치를 각각 심화·분석하여, 해석에서 파생된 법리와 사안에서 도출된 쟁점 간에 상호 연계점을 구축해가는 과정이 필요하고, 법리와 쟁점이 교차하는 접점에서 '적용'이 이루어질 수 있는 것이다. 이 과정에서 해석의 난이도가 높아지는 것은 당연한 일이다.<sup>37</sup>

국제공법상의 대항조치(countermeasure) 원칙을 원용함으로써 WTO 협정위반이 정당화될 수 있다는 취지의 멕시코 주장을 배척하였다. Appellate Body Report, *Mexico - Taxes on Soft Drinks*, paras. 75-77 참조. 다만 상소기구는 *US - Gasoline* 사건에서 DSU 제3.2조는 WTO 협정이 적어도 해석에 있어서는 국제공법으로부터 외과적으로 고립(clinical isolation)되지 않는다는 점을 시사한다고 보았고, 그러한 시각에 입각해 ILC Articles에 규정된 국제공법상 원칙들을 WTO 협정상 의무를 '해석'하기 위한 기준으로 활용하기도 하였다(이때 조약법협약 제31조 제1항(c) 등을 인용한 바 있다). Appellate Body Report, *US - Gasoline*, p. 17 참조. 특히 보조금협정 제1.1조상의 '공공기관(public body)'의 정의를 해석함에 있어 ILC Articles 상의 국가책 임귀속 요건을 투명한 판례들은 몇몇 회원국들로부터 강력한 반발을 야기하였다. Appellate Body Report, *US - Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, paras. 308-316 등 참조. 유사한 사례로 Panel Report, *Canada - Dairy*, para. 7.77, n. 427, Panel Report, *Turkey - Textiles*, paras. 9.42-9.43 등 참고. 또한 상소기구는 조약법협약 제26조에 규정된 조약 이행에 있어서의 신의칙 의무가 WTO 협정상 의무에 일반적으로 적용된다고 실시하기도 하였다. Appellate Body Report, *US - Cotton Yarn*, para. 81 등 참조. 다만 조약법협약 제26조에 따른 신의칙 이행의무는 추가적인 권리·의무를 장설하기보다는 협정상 권리·의무의 적절한 이행을 따지기 위해 당연 적용한 것으로 볼 수 있다.

<sup>35</sup> DSU 제21조 및 제22조 등 참조.

<sup>36</sup> 조약법협약의 기초가 된 Harvard Law School Draft Convention on the law of treaties의 주해(commentary)는 "해석은 문언의 의미를 결정하는 과정이고, 적용은 특정 상황에서 문언에 따른 결과를 결정하는 과정(interpretation is the process of determining the meaning of a text; application is the process of determining the consequences which, according to the text, should follow in a given situation)"이라고 정의하였다. Anastasios Gourourinis, "The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication", *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 2, Number 1 (2011), pp. 32-33 (Harvard Law School, 'Draft Convention on the Law of Treaties: Article 19. Interpretation' (1935) 29 *American Journal of International Law* (Supplement: Research in International Law) p. 957, 938-939)를 인용).

<sup>37</sup> 난해한 사안일수록 오히려 적용의 범위는 축소되고 해석의 범위가 확장된다는 것이 학설의 태도이다. 심지어 McNair은 조약문의 내용이 명백할 경우 조문은 별도 해석이 없이도 곧바로 적용될 수가 있는바, 해석은 조문의 표면적 의미가 불명확한 경우어나 필요한 2차적 과정이라고 보았다. Gourourinis, pp. 31-57, p. 46 (Lord McNair, *The Law of Treaties* (Clarendon Press)(1961)를 인용).

세 번째 이유로는 아직 WTO 분쟁 사례가 많이 축적되지 않았다는 점을 꼽을 수 있다. WTO 협정에 따른 분쟁해결절차는 국가간 분쟁(state-to-state dispute) 가운데는 가장 활발하게 사용되고 있는 절차이지만, 주로 외교적 협의가 결렬된 이후에야 제기되는 국제공법분쟁의 특성상 국내소송이나 국제중재 등에 비하면 희소한 편이다.<sup>38</sup> WTO가 출범한 1995년 이후 2021년 3월 현재까지 총 600개의 분쟁만이 발생한 상태이고, 당사국들 간 합의 기타 절차포기 등의 이유로 300개 이하의 사건에서만 판정이 내려졌다.<sup>39</sup> 특정한 법적 근거에 기초한 분쟁이 늘어날수록 동법의 해석 및 다양한 사실관계에 대한 적용을 통해 구체적인 법리가 생성되기 마련이고, 이러한 법리가 축적·확립됨에 따라 동일 법적근거에 따른 후속 사건에서는 특별한 해석노력 없이 기존 법리를 적용하는 경향이 높아지는 것이 현실이다.<sup>40</sup> 그러나 WTO 분쟁의 경우 WTO 협정의 방대한 분량에 비해 아직까지 축적된 판례가 상대적으

로 적은 탓에 거의 매회 치열한 해석론적 다툼이 벌어지고 있다.

이상의 사정을 종합하여 볼 때, WTO 판정부가 WTO 협정문에 대한 해석을 제시할 때 조약법협약 제31조 제1항의 다섯 가지 요건을 밀도 있게 검토하는 것은 놀랄 일이 아니다. 아래에서는 조약법협약 제31조 제1항의 다섯 가지 해석요건에 관한 WTO 판례 중 논리전개 과정이 상대적으로 직관적인 사례를 소개하여 해석의 방법론적 관점에서 참고가 되도록 하고자 한다. WTO 판례 가운데는 조약법협약 제31조 제1항 이외에도 제31조 제2항 및 제3항, 제32조를 포함한 여타 해석규칙들을 적용한 판례도 다수 있으나, 본고의 제한적인 논의 목적상 오로지 조약법협약 제31조 제1항의 해석규칙을 적용한 법리만을 소개하기로 한다.

## 2. '통상적 의미'

본고는 문언적 해석방법과 문언외적 해석

<sup>38</sup> 2019년 한 해 동안에만도 최소 7,222건의 국제중재가 발생한 것으로 알려져 있다. Baker McKenzie Arbitration Statistics 2019 (<https://globalarbitrationnews.com/how-did-arbitration-institutions-fare-in-2019>) 참조 (2021.3.19. 방문). 국제중재 가운데 상대적으로 희소한 축에 드는 투자자-국가 분쟁("ISDS")의 경우에도 2020년 6월 현재까지 최소 1,061개의 분쟁(known cases)이 누적된 것으로 알려져 있다. UNCTAD Investment Policy Hub (<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>) 참조 (2021.3.19. 방문).

<sup>39</sup> WTO "Dispute settlement activity - some figures" ([https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_status\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm)) 참조 (2021.3.19. 방문).

<sup>40</sup> 이러한 경향은 민형법과 같이 일상적인 분쟁의 근거가 되는 법률에서 파생된 사건과 신규 제정된 법률을 근거로 발생하는 사건에서의 판결문 내용을 비교해보면 쉽게 확인할 수 있다. 국제분쟁에서는 ISDS에서 투자자측의 주요 제소근거가 되는 '정당한 기대(legitimate expectation)' 법리의 발전사태가 이를 대표적으로 보여준다. 원래 '정당한 기대' 원칙은 국제투자법과 직접적인 관련이 없는 보통법(common law)상의 개념이었다. 그러나 투자보호협정(BIT)에 따라 투자유치국이 투자자의 투자와 관련해 '공정하고 공평한 대우(fair and equitable treatment)'를 제공해야 한다고 규정한 소위 '공정·공평대우'("FET") 조항의 적용에 있어 투자자의 투자와 관련된 '정당한 기대'에 위배되는 조치를 취해서는 안 된다는 법리가 성립된 이래, 다수의 중재판정부들은 관련 사건의 고유 사실관계에 비추어 무엇이 '공정하고 공평한 대우'인지를 구체적으로 따지는 대신 사실상 기계적으로 '정당한 기대' 원칙을 적용하여 '공정·공평대우' 조항의 위반여부를 판단하고 있다. 이 원칙은 *Teched v. Mexico* 사건의 판정부가 동 사건의 구체적인 사실관계를 고려할 때 '공정·공평' 대우의무를 위반하지 않기 위해서는 투자유치국이 투자자가 당해 투자의 특정한 운영에 대해 갖는 정당한 기대를 위반하지 않아야만 한다고 판단(이와 관련하여 *Teched* 판정부는 상당한 수준의 사실관계 분석을 실시하였다)한데서 시작되었으나, 대다수 후속 판정부들은 '정당한 기대' 원칙을 '공정·공평대우' 조항의 소위 '기초 시금석(basic touchstone)'으로 취급하여 치열한 해석·적용 노력 없이 동 기준을 단순 적용하고 있다. *Teched, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB/(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras. 88, 154; *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 339; *Gavrilovic v. Republic of Croatia*, ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018, para. 954 등 참조.



방법 중 후자쪽의 논의에 좀 더 비중을 두고 있으나, 당연히 WTO 분쟁 또한 문언이 해석의 결과를 좌우하는 경우가 대부분이다. 예를 들어 *EU - Biodiesel* 사건의 패널 및 상소기구는 반덤핑 조사(anti-dumping investigation) 시 비용(cost) 산출과 관련된 요건을 규정한 WTO 반덤핑협정(Anti-Dumping Agreement) 제2.2.1.1조 1문에 대해 문리적 해석을 실시하였다.

반덤핑협정 제2.2.1.1조의 1문은 반덤핑 조사의 출발점이 되는 정상가격(normal value)을 구성(construct)함에 있어 수출자 또는 생산자가 보관하고 있는 실제 자료상의 정보를 우선적으로 사용하여야 한다는 원칙을 정하며 다음과 같이 규정하고 있다.

...(전략)...수출자 또는 생산자가 보관하는 자료가 수출국의 일반적으로 승인된 회계원칙(GAAP)에 따라 작성되었고, 조사대상물품의 생산 및 판매와 관련된 비용을 합리적으로 반영하는 한, 비용은 통상적으로 당해 자료에 기초해 계산되어야 한다.<sup>41</sup>

이 사건에서 유럽연합(European Union)은 반덤핑협정 제2.2.1.1조 1문의 “합리적으로 반영(reasonably reflect)하는 한”이란 단서를 근거로, 조사당국은 수출자의 비용자료에 반영된 생산 및 판매에 관한 비용이 합리적인 수준인지를 검증하여 비합리적인 것으로 판단될 경우 당해 비용자료를 사용하지 않을 수 있다고 주장하였다.<sup>42</sup>

이 사건 패널은 조약법협약에 따른 해석요

건을 종합적으로 검토하여 유럽연합의 주장을 분석했으나 결정적으로는 ‘합리적으로(reasonably)’와 ‘반영(reflect)’이란 단어의 사전적 의미 및 1문의 문법적 구조에 따른 문리적 해석을 통해 유럽연합의 주장을 배척했다. 즉, 패널은 1문의 ‘합리적으로’는 ‘반영’을 수식할 뿐 ‘비용’을 수식하지 않는바, 발생한 비용 그 자체의 합리성을 근거로 수출자의 실제자료를 배척할 수 없고 1문은 실제로 발생한 비용(costs that have actually been incurred)의 회계자료에 대한 ‘반영’이 합리적으로 이루어졌는지에 관한 규정에 불과하다고 판단하였다.<sup>43</sup> 이때 패널은 비용반영이 잘못된 사례로 감가상각이 비합리적으로 이루어졌거나, 비용배분(cost allocation) 방식에 문제가 있거나, 수직통합(vertically-integrated)된 기업집단의 계열사인 조사대상자가 조사대상물품의 생산·판매와 관련해 실제 지출한 비용이 타 계열사의 비용으로 분산된 경우 등을 예시하였다.<sup>44</sup> 유럽연합은 반덤핑협정 제2.2.1.1조 1문의 자체적인 해석은 물론, 제2.2조, 제2.2.2조, 제2.2.1.1조의 2문 및 3문과의 유기적 해석을 통한 다양한 논리를 제시했지만 ‘통상적 의미’의 벽을 넘지는 못했다.

<sup>41</sup> First sentence, Article 2.2.1.1 of the Anti-Dumping Agreement (“For the purpose of paragraph 2, costs shall normally be calculated on the basis of records kept by the exporter or producer under investigation, provided that such records are in accordance with the generally accepted accounting principles of the exporting country and reasonably reflect the costs associated with the production and sale of the product under consideration”).

<sup>42</sup> Panel Report, *EU - Biodiesel (Argentina)*, para. 7.93.

<sup>43</sup> Panel Report, *EU - Biodiesel (Argentina)*, paras. 7.228-7.231. 물론 이 사건 패널은 ‘통상적 의미’ 외에도 제2.2.1.1조의 문맥, 반덤핑협정의 목표/목적 등에 기초한 검증작업을 통해 자신이 판단한 ‘통상적 의미’가 적정한지에 대한 검토도 병행하여 수행하였다(paras. 7.232-7.247).

<sup>44</sup> Panel Report, *EU - Biodiesel (Argentina)*, para. 7.232. 또한 아래 각주 49 참조.

### 3. '관련 문맥'

법 조항의 '통상적 의미'는 관념적으로 결정되는 것이 아니라 관련 문구를 포섭하는 문맥에 의거하여 구체적으로 결정된다.<sup>45</sup> 해석에 직접적인 영향을 미치는 '문맥'의 종류는 크게 3가지로 대별할 수 있는데, 첫째는 해석대상 문구/문장이 직접 포함된 문맥(immediate context)으로, 문법론 중에서도 특히 통사론(syntax)적 관점에서 문구의 객관적 의미를 밝혀내는 해석의 근거가 된다. 둘째는 관련 조문의 제목(title/headings)으로써, 산하 규정의 성격을 정의하고 해석의 방향성을 제시한다.<sup>46</sup> 마지막은 법의 구조(structure) 및 체계(scheme)으로써, 법의 전반적인 구조 및 체계 내에서 대상문구의 위치 내지 기능에 입각해 적합한 의미를 규명하는 근거가 된다.<sup>47</sup>

직접적 문맥을 통한 해석의 예시는 조금 전 살펴본 *EU - Biodiesel* 사건의 패널 판정에서 찾는 것이 효율적일 것이다. 동 사건에서 패널은 반덤핑협정 제2.2.1.1조 1문의 단서에 따라 수출자/생산자의 실제 자료에 '합리적으로 반영되어야 할 대상'이 '실제로 발생한 비용(actual costs)'이라고 판단함에 있어 1문의 직접적인 문맥(immediate context)을 고려하였다. 즉, 제2.2.1.1조의

반대해석(*a contrario* interpretation)에 따르면 조사당국은 수출자/생산자의 회계자료가 비용을 '합리적으로 반영하지 않은 경우' 또는 '일반적으로 승인된 회계원칙(GAAP)에 따라 작성되지 않은 경우' 실제 자료를 사용하지 않을 수 있는데, GAAP에 따라 회계자료에 반영되는 것은 당연히 물품의 생산 및 판매와 관련해 실제로 발생한 비용일 수밖에 없는데, 같은 예외사유인 '합리적 반영여부'를 판단하기 위한 대상도 '실제로 발생한 비용'이라고 보는 것이 타당하다고 판단한 것이다.<sup>48</sup>

다음으로 구조적 해석에 관한 WTO 법리를 살펴보자. 법의 구조 및 체계에 입각한 해석은 다수의 핵심 WTO 법리를 창출하는 근거가 되어왔다. 특히 '관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)'과 함께 가장 빈번히 인용되는 WTO 협정인 반덤핑협정의 제3조 및 제2조에 관한 구조적 해석(structural interpretation)은 해석의 구조가 직관적이라는 측면에서 참고할 만하다.

반덤핑협정에 따르면 특정 수입품에 반덤핑관세를 부과하기 위해서는 크게 2가지 요건이 충족되어야만 한다. 첫째로는 조사대상 수입품이 덤핑가격(dumped price)으로 수입되고 있다는 점이 입증되어야 한다. 여기

<sup>45</sup> Yearbook of the ILC, 1964, Vol. II, p. 56 및 Yearbook of the ILC, 1966, vol. II, p. 221, para (12) 등 참조.

<sup>46</sup> 다만 표제·제목은 조문의 해석과 관련된 문맥(context)으로써 적용할 뿐 아니라, 동시에 관련 조문의 목표/목적(object/purpose)을 보여주는 역할을 하기도 한다. 본고 보론의 목적은 '문맥적 해석' 및 '목표/목적에 입각한 해석'에 관한 WTO 사례를 각각 구분하여 소개하는 것이므로 표제·제목을 통한 해석에 관한 법리는 별도 다루지 않기로 한다.

<sup>47</sup> Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press (2008), pp. 178-188 참조.

<sup>48</sup> Panel Report, *EU - Biodiesel (Argentina)*, para. 7.232 참조. 상소심에서 유럽연합은 패널이 반덤핑협정 제2.2.1.1조에 따른 비용이 '실제(actual)' 발생한 비용일 것을 요구한다고 해석한 부분이 오류에 해당한다고 주장하였다. 이와 관련해 유럽연합은 제2.2.1.1조의 문언에 '실제비용'에 관한 명시적 내용이 없다는 점에 더해, 제2.2조의 구조를 살펴봐도 제2.2.2조에서 이미 실제비용자료를 활용한 별도의 기법을 명시적으로 규정하고 있는 상황에서 제2.2.1.1조가 '실제비용'을 명시하지 않고 있다는 점도 고려되어야 한다고 주장하였다. 그러나 상소기구는 제2.2.1.1조 및 관련 문맥에 대한 종합적 검토를 통해 제2.2.1.1조가 '실제 비용'이 실제자료에 반영되는 방법에 관한 규정이라고 본 패널 판정에 문제가 없고, 패널의 해석이 반덤핑협정 제2.2조에 관한 논리적 해석에도 배치되지 않는다고 판단하였다.

서 덤핑(dumping)이란 수입품이 '정상가격'에 비해 낮은 가격으로 수입국 시장에 진입하는 것을 의미한다. 둘째 요건은 덤핑수입으로 인해 조사대상물품과 동종인 물품(like product)을 생산하는 국내산업에 실질적인 피해(material injury)가 발생하였다는 점을 입증하는 것이다. 산업피해의 판정은 반덤핑협정 제3조, 덤핑의 판정은 제2조에 따라 결정된다. 해석론적 관점에서 이 두 조항이 특기할 만한 이유는, 제3조 및 제2조에 관한 구조적 해석이 상호 대비되는 논리구조를 갖기 때문이다. 굳이 비유하자면 제3조의 경우 피라미드의 꼭짓점에 해당하는 중국요건이 피라미드의 하부를 구성하는 선행(preceding) 요건의 해석 시 투영되어야 한다는 법리가 형성되었고, 제2조의 경우 역피라미드의 하부 꼭짓점에 해당하는 주위적 요건이 역피라미드의 상부에 존재하는 대안적(alternative) 요건의 해석 시 기준점이 되어야 한다는 법리가 형성되었다.

우선 반덤핑협정 제3조의 해석에 대해 살펴보자. 총 8개의 항으로 이루어진 제3조는 반덤핑조사에서 산업피해 판정을 위한 구체적인 요건을 규정하고 있다. 제1항은 제3조의 전반적인 구조를 정의하면서 산업피해 조사·분석이 실증적 증거(positive evidence) 및 객관적 검토(objective examination)에 따라 이루어질 것을 규정하고 있다. 실제적 요건으로는 제3.2조에 따라 덤핑물품이 국내 동종물품의 가격에 미치는 효과(price effect)와 수입물량의 증가(volume increase)를 분석하여야 하고, 다른 한편으로 제3.4조에 따라 국내산업의 각종 피해지표

를 분석하여야 한다. 또한 가격효과/물량증가 및 산업피해의 존재가 각각 인정되는 경우, 반덤핑협정 제3.5조에 따라 가격효과/물량증가와 산업피해 간에 인과관계(causal relationship)가 존재한다는 점을 추가로 입증하여야 한다. 그런데 제3.5조에 따른 인과관계 분석은 실무상 선행절차인 제3.2조에 따른 가격효과/물량증가 분석 및 제3.4조에 따른 산업피해 분석 시 검토된 자료의 범위로 제한될 가능성이 높다. 이는 반덤핑협정 제3조 및 이에 따라 이루어지는 반덤핑조사의 구조적인 한계이다. 비록 제3.5조가 조사당국으로 하여금 인과관계 분석에 영향을 미치는 “모든 관련 증거(all relevant evidence)”를 검토하도록 규정하고 있으나, 그러한 증거는 필연적으로 조사당국이 보유한(before the authorities) 정보로 제한될 수밖에 없는데, 만일 조사당국이 전체 조사의 흐름이나 맥락과 상관없이 선행절차에서 제3.2조 및 제3.4조에 명시된 요건을 기계적으로 충족할 경우 후속절차인 인과관계 분석이 왜곡될 가능성을 배제할 수 없다.

따라서 WTO 판정부들은 제3.2조 및 제3.4조의 각 요건들을 제3조의 전체 맥락에서 단절된 소위 체크리스트(checklist)로 취급하여 해석·적용하는 것을 경계해왔다.<sup>49</sup> 제3.2조 및 제3.4조에 따른 검토의 목적은 결국 제3.5조에 따른 궁극적인 질문 - 덤핑수입으로 인해 국내산업에 실질적인 피해가 발생하고 있는지 - 에 답하기 위함인바, 반덤핑협정 제3조의 구조상 제3.2조 및 제3.4조의 역할은 제3.5조를 위한 ‘기반벽돌(building block)’과도 같은 것이다.<sup>50</sup> 이러

<sup>49</sup> Panel Report, *EC - Bed Linen*, para. 6.163; Panel Report, *Thailand - H-Beams*, para. 7.236 등 참조.

한 구조적 해석에 입각해 상소기구는 반덤핑협정 제3.2조에 따른 가격효과/물량증가 분석 및 제3.4조에 따른 산업피해 분석이 적법하게 이루어지기 위해서는 단순히 관련 조항에 명시된 요건들을 충족하는 것 외에도, 동선행분석들을 통해 제3.5조에 따른 인과관계 분석이 객관적이고도 적절하게 이뤄지기 위해 필요한 설명력(explanatory force)이 담보되어야 한다는 법적기준을 제시하였다.<sup>51</sup>

한편 덤핑에 관한 판정은 총 15개의 세부조항으로 구성된 반덤핑협정 제2조에 따라 이루어지는데, 이중 정상가격은 제2.1조, 제2.2조, 제2.2.1조, 제2.2.1.1조, 제2.2.2조, 그리고 제2.2.2조의 하위조항인 제2.2.2조(i), 제2.2.2조(ii), 제2.2.2조(iii)에 따라 결정된다(덤핑판정을 위해 정상가격과 비교되는 수출가격은 제2.3조에 따라 결정되고, 가격조정에 관한 사항은 제2.4조에 의해 규율된다).

일반적으로 제2.1조 및 제2.2조의 연동해석에 따라 수출국 내의 통상적인 거래에서 발생한 실제 판매가격이 정상가격으로 인정받는데, 만일 수출국 내 해당물품의 판매실적이 존재하지 않거나, 특정시장상황(particular market situation) 또는 적은 판매수량 등으로 인해 국내판매가격과 수출가격을 직접 비교하는 것이 적절치 않을 경우, 정상가격은 '제3국에 대한 수출가격' 또

는 '구성가격'을 기초로 결정될 수 있다(제2.2조). 이중 '구성가격'이란 실제 판매가격 대신 합리적인 수준의 이윤(profit), 판매관리비(administrative, selling and general costs), 생산비(cost of production)를 산출하여 가상의 정상가격을 계산한 결과 값을 의미한다.

반덤핑협정 제2.2.2조의 두문(chapeau)은 원칙적으로 통상적인 거래를 위해 동종물품을 생산·판매하는 과정에서 발생한 판매관리비 및 이윤에 관한 조사대상자의 '실제자료'에 기초해 구성가격을 산출토록 규정하고 있고, 이러한 방법으로 구성가격을 산출하는 것이 불가능한 경우에 한해 하위조항인(i)~(iii)목에 열거된 방법 중 하나를 선택해 판매관리비 및 이윤을 산출할 수 있도록 정하고 있다.<sup>52</sup> 그런데 제2.2.2조의(i)~(ii)목이 제2.2.2조 두문에 따른 가격구성 요건을 일부 완화한 구체적인 산출방법을 규정하고 있는데 비해, (iii)목에서는 "그 밖의 모든 합리적 방법(any other reasonable method)"을 사용할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>53</sup> 관련 판례가 나오기 전까지 (iii)목에서 말하는 '그 밖의 모든 합리적 방법'이 정확히 무엇인지에 대한 논란이 존재하였음은 물론이다.<sup>54</sup> (iii)목의 문언을 문자 그대로 해석하자면 제2.2조 및 제2.2.2조 두문에 따른 가격구성이 불가능하여 (iii)목을 인용한 이상, 그저 일반적인 합리성 요건(reasonableness

<sup>50</sup> Panel Report, *Korea - Pneumatic Valves (Japan)*, para. 7.248; Appellate Body Report, *Korea - Pneumatic Valves (Japan)*, paras. 5.191-5.192 등 참조.

<sup>51</sup> Appellate Body Report, *China - GOES*, paras. 149-150.

<sup>52</sup> 제2.2.2조(i)~(iii)목 간의 관계는 "또는(or)"이란 표현으로 규정되어 있어, 이들 3개 조항들 간에는 우위관계가 없는 것으로 해석된다.

<sup>53</sup> 다만 이윤의 경우 별도의 상한(cap)을 적용하도록 되어 있고, 이윤상한(profit cap)을 정하기 위한 단서 규정을 두고 있다.

<sup>54</sup> Nu Ri Jung, "Clarifying the Legal Ambiguity in Article 2.2.2(iii) of the Anti-Dumping Agreement: A Proposed Set of Interpretative Guidelines for 'Any Other Reasonable Method'", *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 11:369 (2016)을 일반적으로 참조.

test)만을 충족하면 되는 것으로 해석할 수도 있었을 것이나, WTO 판정부는 (iii)목 또한 반덤핑협정 제2조의 전반적인 구조에서 자유롭지 않다고 판단하였다.

우선 WTO 판정부는 (iii)목의 “합리적 방법(reasonable method)”이 “그 밖의 모든(any other)”에 의해 수식됨에 주목하며, (i)목이나 (ii)목 등 관련 조항에 규정된 구체적 요건들은 (iii)목에 따라도 이미 ‘합리적’인 것으로 추정되는바, (iii)목에서 요구되는 ‘합리성’을 판단함에 있어 일종의 기준을 제시한다고 보았다. 또한 제2.2.2조(iii)에 따른 ‘합리성’의 기준이 되는, 관련 조항들에 규정된 각종 요건들이 ‘실제자료’의 사용을 선호한다는 점과, 제2.2.2조의 (iii)목이 제2.2조 → 제2.2.2조 두문 → 제2.2.2조(i)~(iii)의 순서로 가격구성 원칙을 순차적으로 완화(incremental progression away from these principles)하는 구조적 연장선상에 위치한 조항이라는 점에 주목하였다. 이러한 제2.2조의 전반적 구조에 입각해, WTO 판정부는 제2.2.2조(iii)에 따른 합리적인 이윤 산출방법이란 곧 “조사대상물품이 수출국에서 통상적인 거래에 따라 판매되었을 경우 실현하였을 이윤의 근사치를 산출하기 위한 합리적인 방법(rationally directed at approximating the profit margin to what would have been realized if the product under consideration had been sold in the ordinary course of trade in the exporting country)”에 해당한다는 법적기

준을 제시하였다.

#### 4. ‘목표와 목적’

국어는 물론 영어적으로도 ‘목표(object)’와 ‘목적(purpose)’은 사실상 동의어에 해당한다. 특히 조약법협약 제31조에 따른 목표/목적은 모두 조약 그 자체의 목표/목적에 해당하는바, 더더욱 둘 간의 관계를 구분하기가 쉽지 않다. 그러나 조약법협약의 불어본(French version)에서 영문본의 ‘object’에 대응하여 사용하는 단어인 ‘l’objet’는 특정 규범에 의해 생성된 하위규범, 조항, 권리·의무의 실제적 내용과의 연관성을 목시하기에, 조약의 ‘목표’란 곧 조약의 하위규범(예컨대 개별 조항)에 관한 것이고, 반면에 조약의 ‘목적’은 당사국들이 조약 그 자체를 통해 달성하고자 추구하는 일반적인 목적을 의미한다는 견해가 있다. 이러한 견해에 의하면 조약법협약 제31조에 따른 조약의 ‘목표’란 곧 조약을 구성하는 개별 조항의 목표를 의미한다는 해석이 가능하다.<sup>55</sup> 상소기구도 *EC - Chicken Cuts* 사건에서 조약법협약 제31조 제1항의 ‘목표 및 목적’이 개별 조항이 아닌 조약 전체에 관한 것이라는 점을 확인하면서도, 다만 개별 조항의 해석 시 조약의 전체 목표/목적 대신 해당 조항의 목표/목적을 고려하는 것이 반드시 금지되지는 않는다(개별 조항의 목표를 전체 조약의 목적으로부터 괴리하여 지엽적으로 고려하지 않는 한)는 입장을 취했다.<sup>56</sup> 살피건대, 논리적

<sup>55</sup> Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press (2008), pp. 190-192.

<sup>56</sup> Appellate Body Report, *EC - Chicken Cuts*, paras. 238-240 (“It is well accepted that the use of the singular word ‘its’ preceding the term ‘object and purpose’ in Article 31(1) of the Vienna Convention indicates that the term refers to the treaty as a whole; had the term ‘object and purpose’ been preceded by the word ‘their’, the use of the plural would have indicated a reference to particular ‘treaty terms’. Thus, the term ‘its object and purpose’



관점에서도 개별 조항이 전체 조약의 목적을 달성하기 위한 도구적 기능을 수행하는 한, 그러한 기능수행을 통해 달성하고자 하는 목표는 조약 전체적인 관점에서도 중간목표(intermediate object)에 해당할 것이다. 그렇다면 이러한 중간목표를 해당 조항의 해석 시 고려하는 것에는 문제가 없을 것으로 사료된다.

조약의 '목표/목적'에 기초한 해석의 대표적인 예시로는 국내에서는 '한일 수산물 분쟁'으로 널리 알려진 *Korea - Radionuclide* 사건의 두 가지 주요 쟁점 가운데 회원국들 간에 '자의적이거나 정당화될 수 없는 차별(arbitrary or unjustifiable discrimination)'을 금지하는 '위생 및 식물 위생조치의 적용에 관한 협정(Agreement on the application of sanitary and phytosanitary measures, "SPS 협정") 제 2.3조에 관한 해석법리를 꼽을 수 있다.<sup>57</sup> 이 사건에서 한일 양국 및 패널·상소기구는 조약법협약 제31조에 따른 해석론을 총동원하였으나, 아래에서는 '목표/목적'에 기초한

해석론적 쟁점만 일부 추출하여 소개하기로 한다. 또한 분쟁의 향방을 결정한 핵심 쟁점에 관한 양국의 구체적인 주장/논리 등에 대해서는 다루지 않기로 한다.

WTO SPS 협정 제2.3조의 관련 내용은 다음과 같다.

회원국들은 자국의 위생 및 식물위생 조치가, 자국 및 다른 회원국들의 영토를 포함하여, 동일하거나 유사한 조건 하에 있는 회원국들을 자의적이거나 정당화할 수 없는 방법으로 차별하지 않도록 보장한다.<sup>58</sup>

패널심에서 일본은 제2.3조상의 '조건'을 판단하기 위한 기준은 제소대상이 된 한국 조치에 의해 규제되는 '상품'(일본 내 오염환경이 아닌)이고, 따라서 각 회원국을 원산지로서 하는 '상품'들의 위해성(risk)을 비교기준으로 삼아 회원국 간 조건이 동일하거나 유사한가를 판단하여야 한다고 주장하였다.<sup>59</sup> 반면 한국은 제2.3조의 문리적 해석에 의거할 때 관련 회원국들의 영토 내에 존재하는 환경조건이 비교기준이 되어야 한다고 주장하였다.<sup>60</sup>

makes it clear that the starting point for ascertaining 'object and purpose' is the treaty itself, in its entirety. At the same time, we do not believe that Article 31(1) excludes taking into account the object and purpose of particular treaty terms, if doing so assists the interpreter in determining the treaty's object and purpose on the whole. We do not see why it would be necessary to divorce a treaty's object and purpose from the object and purpose of specific treaty provisions, or *vice versa*. To the extent that one can speak of the 'object and purpose of a treaty provision', it will be informed by, and will be in consonance with, the object and purpose of the entire treaty of which it is but a component. Having said this, we caution against interpreting WTO law in the light of the purported 'object and purpose' of specific provisions, paragraphs or subparagraphs of the WTO agreements, or tariff headings in Schedules, in isolation from the object and purpose of the treaty on the whole. Even if, *arguendo*, one could rely on the specific 'object and purpose' of heading ... we would share the Panel's view that "one Member's unilateral object and purpose for the conclusion of a tariff commitment cannot form the basis" for an interpretation of that commitment, because interpretation in the light of Articles 31 and 32 of the Vienna Convention must focus on ascertaining the common intentions of the parties").

<sup>57</sup> 다른 하나는 조치국이 적정보호수준(ALOP)을 달성하는데 필요한 수준 이상의 무역 차별적 조치를 취해서는 안 된다는 의무를 규정한 SPS 협정 제5.6조와 관련된 쟁점이다.

<sup>58</sup> Article 2.3 of the SPS Agreement ("Members shall ensure that their sanitary and phytosanitary measures do not arbitrarily or unjustifiably discriminate between Members where identical or similar conditions prevail, including between their own territory and that of other Members.....").

<sup>59</sup> Panel Report, *Korea - Radionuclide*, para. 7.262.

<sup>60</sup> Panel Report, *Korea - Radionuclide*, paras. 7.266, 7.267.

패널은 SPS 협정 제2.3조상의 ‘조건’을 비교하기 위한 기준을 결정함에 있어 한국 조치의 규제목적(regulatory objective)이 일본 내 오염환경이 아닌 한국이 수입하는 일본산 상품의 위해성을 관리하는 데 있다는 점을 참고하였다. 또한 SPS 협정의 궁극적인 목적도 국제통상 하에 있는 ‘상품’의 ‘위해성’을 관리하는 것이라는 데 주목하였다. 결국 패널은 세소대상 조치의 ‘규제목적’과 SPS 협정의 목표/목적에 고려할 때 국제통상 하에 있는 “상품에 현존하는 위해성(risk present in products in international trade)”을 기준으로 삼아 회원국 간 ‘조건’을 비교하는 것이 가능하다고 판단하였다.<sup>61</sup>

한편 상소심에서 한국은 우리 조치의 규제적 기능 및 목적이란 다른 아닌 일본산 상품에 내재된 ‘잠재적 위해성(potential risk)’을 관리하는 것이라는 점을 설득하였다. 이러한 대전제에 입각하여 상품의 ‘잠재적 위해성’에 영향을 미칠 수 있는 일본 내 환경 조건의 중요성을 강조하였고, 동시에 상품에 현존하는 위해성만을 제2.3조에 따른 비교 조건으로 인정한 패널의 판단기준에 오류가 있음을 주장하였다.

이에 상소기구는 SPS 협정 제2.3조상의 ‘조건’이 회원국의 ‘영토적 조건’에 한정될 필요가 없다는 패널 판단을 부인하지 않으면

서도, “상품에 영향을 미칠 수 있는 한, 영토적 조건과 같은 다른 관련 조건을 고려(consideration of other relevant conditions, such as territorial conditions, to the extent they have the potential to affect the product at issue)”해야 한다고 판단하였다.<sup>62</sup> 또한 상소기구는 SPS 협정의 궁극적 목적이 국제통상 하에 있는 상품의 위해성을 관리하는 것이란 패널 판단을 인정하면서도, 한국 조치의 규제목적 및 한국 조치가 관리하고자 하는 구체적인 위해성(잠재적 위해성)이 상품에 잠재적 영향을 미칠 수 있는 일본 내 영토조건과 연관되어 있음에도 불구하고 패널이 이를 온전히 고려하지 않은 것은 해석론적 관점(as an interpretive matter)에서 문제가 있다고 보았다.<sup>63</sup> 특히 상소기구는 패널이 일본을 원산지로서 하는 상품의 현존 위해성만을 비교기준으로 삼은 이상 현존 오염도의 정량적 수치를 근거로 서로 다른 회원국을 원산지로서 하는 상품 간의 ‘잠재적 오염성’이 유사한지를 결정할 수 있는지, 또는 그러한 현존 오염도가 영토조건에 따른 잠재적 위해성을 “완전히 포착(fully capture)”할 수 있는지에 대해서도 검토했어야 한다는 취지로 판시했다.<sup>64</sup>

요컨대 상소기구의 결론이 패널 판정에 비

<sup>61</sup> Panel Report, *Korea – Radionuclide*, paras. 7.266, 7.270, 7.276 등 참조. 패널은 목표/목적 외에도 제2.3조의 관련 문맥을 포함한 여러 요소를 고려하였으나, 문맥의 경우 주로 목표/목적에 따른 결론을 지지하는 요인(contextual support)으로 고려하였다(7.272 등).

<sup>62</sup> Appellate Body Report, *Korea – Radionuclide*, paras. 5.63–5.64.

<sup>63</sup> Appellate Body Report, *Korea – Radionuclide*, para. 5.64 (“We do not consider that the ‘ultimate purpose of addressing risks of products in international trade’ permits, as an interpretive matter, conducting an analysis under Article 2.3 without fully considering relevant territorial conditions that have the potential to affect products for the reason that they have not yet materialized in products, despite their relevance to the regulatory objective and specific SPS risk at issue”). 특히 상소기구는 세슘과 스트론튬의 상관관계에 관한 패널의 비교분석이 일본산 및 비일본산 식품에 현존하는 ‘실제’ 오염도를 기초로 이루어졌고, ‘잠재적’ 오염과 관련된 일본 내 영토조건의 검토가 이루어지지 않았다는 점에 주목하였다. Appellate Body Report, *Korea – Radionuclide*, para. 5.88 참조.

<sup>64</sup> Appellate Body Report, *Korea – Radionuclide*, para. 5.89 (“Importantly, the Panel neither explained how

해 달라졌던 이유는 한국 조치의 규제 목적 및 규제 기능이 일본 내 환경조건의 영향에 따른 일본산 상품의 잠재적 위해성을 관리하는 것이라는 우리측 상소심 주장이 받아들여졌기 때문인데, 이는 상소기구가 1심 패널이 SPS 협정 제2.3조의 ‘해석’뿐 아니라 실질적으로 그 ‘적용’에 있어 오류를 범하였다고 본 것으로도 평가할 수 있다.<sup>65</sup> 다만 상소기구도 SPS 협정의 목표/목적에 반영해 제2.3조의 문언적 의미를 확장하는 패널의 해석방법 그 자체를 부인하지는 않았다.

### 5. ‘신의성실’

WTO 패널 및 상소기구는 다수의 사건에서 ‘신의성실(good faith)’ 원칙을 적용하였

다. 다만 조약법협약 제31조 제1항에 따른, 조약 해석상의 신의칙과 제26조에 따른, 조약 이행 시의 신의칙을 엄밀히 구분하지는 않고 있다.<sup>66</sup> 신의칙은 직관적인 개념이지만 이를 구체적인 법적기준으로서 정의하기란 어려운 일이다.<sup>67</sup> 특히 조약법협약 제31조 제1항에서의 ‘신의칙’은 다른 요소들과 달리 독자적인 원칙이라기보다는 해석의 전 과정에 걸쳐 적용되는 망라적(overarching) 원칙인바,<sup>68</sup> 해석원칙으로서의 신의칙만을 발라내어 적용 가능한 규칙으로 별도 정의하는 것은 더더욱 어려운 일이다.

국제공법분쟁에서 신의칙에 따른 해석기준으로 인정된 대표적인 원칙은 ‘유효성의 원칙(principle of effectiveness)’이다. 라틴어 격언 ‘*ut res magis valeat quam*

---

contamination within certain quantitative levels would be determinative of ‘similar’ potential for contamination, nor whether the measurement of product contamination within those limits would fully capture the territorial dimensions of the different potential for contamination between the territories of different Members”).

<sup>65</sup> ‘해석(interpretation)’과 ‘적용(application)’의 관계에 대한 오래된 논의는 국제공법의 해석론에 있어 풀리지 않는 숙제 중 하나인데, 실무적 관점에서는 해석과 적용 간에는 끊을 수 없는 연결고리(inseparable link)가 존재하기 때문에 판정부가 해석과 적용을 굳이 구분할 필요가 없다는 의견이 대세적이다. Frank Berman, “International Treaties and British Statutes”, *Statute Law Review*, Volume 26, Issue 1, p. 10 (“there is a virtually inseparable link between interpretation and application [] in such a way that the competent tribunal is not required to distinguish the one from the other”) 참고. 또한 Anastasios Gourgourinis, “The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication”, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 2, Number 1 (2011), pp. 31-57, 37 (ILC Fragmentation Report (n 11), paras. 414, 465, 491을 인용) 참고(“because these articles [31 and 32 VCLT] – and in particular article 31(3)(c) VCLT – already situate treaty interpretation within the general context of the rights and obligations of the parties, the question of the application of general international law ... may seem to become somewhat academic”). 이러한 고려에서인지 대부분의 국제조약은 ‘해석 또는 적용(interpretation or application)’을 병렬하여 두 사안을 종합하여 판단할 수 있도록 여지를 두고 있다. 다만 해석과 적용은 적어도 개념적으로는 구분되는 것이 분명하다.

<sup>66</sup> WTO 판정부는 조약법협약 제31 및 제32조에 따른 해석규칙만을 적용할 수 있다고 보는 것이 일반적이거나, WTO 협정상의 의무 위반여부를 따짐에 있어서 제26조상의 신의성실 원칙을 고려하는 것은 필연적이다. 조약이행 시의 신의성실 의무는 심리기준으로 써는 WTO 분쟁해결절차를 통해 협정위반이 입증되기 이전까지는 협정을 준수한 것으로 추정하는 원칙(presumption of good faith compliance, Appellate Body Report, *EC - Sardines*, para. 278 등 참조)으로 구현되었으나, 협정의 해석 및 적용(즉, 협정위반여부의 판단)에 있어서도 조약법협약 제26조에 따른 신의칙이 영향을 미치는 경우를 드물지 않게 확인할 수 있다. *US - Shrimp*, para. 158; *US - Hot-Rolled Steel*, para. 101; *US - Cotton Yarn*, para. 81 등의 Appellate Body Reports 참조.

<sup>67</sup> Reinhold는 해석규칙으로서의 ‘신의칙’의 이러한 성격을 설명하기 위해 Stewart 美 연방대법관이 음란물과 관련해 *Jacobellis v. Ohio* 사건에서 제시한 유명한 의견인 “[음란물이 무엇인지] 오늘 정의하고자 더 이상 시도하진 않겠지만 ... 그것이 무엇인지는 보면 알 수 있다(I shall not today attempt further to define [it] ... But I know it when I see it)”를 인용하기도 했다. Steven Reinhold, “Good Faith in International Law”, *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol 2 (2013), p. 40.

<sup>68</sup> Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press (2008), p. 148 (“Good faith differs from most of the other elements of the Vienna rules in that, at least in the way it is expressed in the opening words of the rules, it applies to the whole process of interpreting a treaty rather than solely to the meaning of particular words or phrases within it”).

*pereat* 또는 ‘*effet utile*’로 널리 알려진 이 원칙에 따르면 해석자는 특정 조항이 중복적인 의미(redundant)를 갖게 되거나 무용(inutile)해지는 해석을 채택하여서는 아니 되고, 모든 단어 및 표현에 개별적인 의미와 효력을 조화롭게 부여하는 해석방법을 채택해야 한다.<sup>69</sup>

한편 국제공법분쟁에서는 유효성의 원칙 외에도 다양한 해석원칙이 드물지 않게 인용되고 있는데,<sup>70</sup> 만일 유효성의 원칙이 해석의 신의칙이라면 다른 많은 해석원칙들도 조약법협약 제31조 제1항의 ‘신의칙’에 포섭될 수 있는 것이 아닌가 하는 의문이 든다. 특히 서론에서 살펴본 신법 우선적용의 원칙, 특별법 우선적용의 원칙, 관련법들의 내용 및 법적관계 등을 고려하여 최대한 조화롭게 해석할 의무 등은 신의성실한 해석자라면 당

연히 준수해야 할 해석원칙일 것이다.

무수히 많은 해석원칙들 가운데 유효성의 원칙이 특별히 해석의 신의칙으로 인정받는데는 조약법협약의 작성과정이 주요한 역할을 했다. 즉, ‘1954년 국제법협회 결의(1954 Resolution of Institute of International Law)’ 제74조(조약법협약 제31조의 전신)의 작성과정에서 유효성의 원칙을 조약의 일반해석규칙에 명시적으로 추가하려는 시도가 있었으나 유효성의 원칙은 신의칙에 포함되는 것으로 합의되어 제외되었고, 그 결과 유효성의 원칙이 해석상의 신의칙으로서 널리 인정받게 된 것이다.<sup>71</sup>

그런데 해석원칙 가운데는 상호 상충되는 의미를 갖는 원칙들이 다수 존재하고,<sup>72</sup> 이는 유효성의 원칙이라 하여 예외가 아니다. 예컨대 조약이나 법문에 포함된 문구 가운데

<sup>69</sup> Appellate Body Report, *Korea - Dairy*, paras. 80-81 (“We have also recognized, on several occasions, the principle of effectiveness in the interpretation of treaties (*ut res magis valeat quam pereat*) which requires that a treaty interpreter: ‘...must give meaning and effect to all the terms of the treaty. An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility’. In light of the interpretive principle of effectiveness, it is the duty of any treaty interpreter to ‘read all applicable provisions of a treaty in a way that gives meaning to all of them, harmoniously”). 또한 Appellate Body Report, *Canada - Dairy*, para. 133 참조 (“the task of the treaty interpreter is to ascertain and give effect to a legally operative meaning for the terms of the treaty. The applicable fundamental principle of *effet utile* is that a treaty interpreter is not free to adopt a meaning that would reduce parts of a treaty to redundancy or inutility”).

<sup>70</sup> 대표적으로 앞서 살펴본 신법우선이나 특별법 우선원칙, 또는 조약제한해석원칙(각주 30 참조) 등을 포함하여, ‘*ejusdem generis*’ (예컨대 열거적 조항에서 일련의 구체적 사항들에 이어 일반적 사항이 제시된 경우, 일반적 사항의 범위는 구체적으로 열거된 사항들과 동일한 종류(of the same kind or class)로 제한하여 해석해야 한다는 원칙), ‘*expressio unius est exclusio alterius*’ (특정 사항이 명시된 경우 명시되지 않은 사항이 배제되었음이 추정되어야 한다는 원칙) 등을 꼽을 수 있다. 다만 이러한 일반원칙들은 서로 상충되는 경우도 있어 기계적으로 적용되는 것이 아니라 구체적인 배경과 사실관계에 따라 적용여부가 결정되곤 한다. Joseph Klingler, “Chapter 5: Expressio Unius Est Exclusio Alterius” & Freya Baetens, “Chapter 7: Eiusdem Generis and Noscitur a Sociis” in Joseph Klingler, Yuri Parkhomenko, Constantinos Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Kluwer Law International B.V. (2019), pp. 73-114, 133-157 참조.

<sup>71</sup> Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press (2008), pp. 148-150 참조.

<sup>72</sup> 예컨대 앞서 살펴본 ‘*expressio unius est exclusio alterius*’ (특정 사항이 명시된 경우 명시되지 않은 사항이 배제되었음이 추정되어야 한다는 원칙)에 대해서는 ‘*exempla illustrant, non restringant, legem*’ (예시는 법을 표현할 뿐 제한하지 않는다는 원칙)이, ‘*contemporanea expositio est optima et fortissimo in lege*’ (불명확한 조약문에 대한 최고의 증거는 채택 당시 작성자들의 의도를 보여주는 증거라는 원칙)에 대해서는 ‘principle of evolutive treaty interpretation’ (장기간 유효할 것이 의도된 조약의 일반적인 문구는 시간의 진화와 함께 의미가 변화할 것이 예정(실사 작성자의 의도를 벗어날지언정)된 것으로 해석되어야 한다는 원칙)이 상호 대응된다. Sean D. Murphy, “Chapter 2: The Utility and Limits of Canons and Other Interpretive Principles in Public International Law” in Joseph Klingler, Yuri Parkhomenko, Constantinos Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Kluwer Law International B.V. (2019), pp. 13-24 참조.

는 동의어나 유의어를 반복 사용하여 관련 개념을 최대한 온전히 포착하는 것을 목적으로 하는 조항이 존재한다. 이러한 조항은 그 본질상 ‘*ex abundante cautela*’ - 또는 순전히 ‘충분한 주의를 기울이기 위해’ - 존재하는 것이다. 그런데 이러한 조항에 대해서 조차 유효성의 원칙을 적용하여, 의도적으로 반복 사용된 모든 동의어 및 유의어에 개별적이고도 차별적인 의미를 부여하는 것은 오히려 신의성실한 해석태도라고 볼 수 없을 것이다.<sup>73</sup>

결국 유효성의 원칙을 비롯한 여러 해석원칙들은 법의 올바른 해석을 돕기 위한 논리적 도구일 뿐, 당연히 적용되는 것이라고 볼 수는 없다. 반면 ‘신의성실한 해석(*good faith interpretation*)’이란 말 그대로 특정 조문을 해석함에 있어 왜곡되거나 부당한 해석태도를 배제하고 최대한 정당하면서도 합리적인 해석<sup>74</sup>을 채택하는 것으로서, 모든 법이나 조약의 해석 시 당연히 적용되어야 하는 원칙이다. 따라서 해석의 신의칙이란 조약법협약 제31조 제1항에 적시된 나머지 네 가지 요소(통상적 의미, 문맥, 조약의 목표 및 목적)를 동원한 해석의 전 과정에 걸쳐 합리적인 해석태도를 견지하는 것이 첫째일 것이고, 둘째로는 필요 시 해석의 일반원칙과 같은 논리적 도구를 보충적으로 동원해 해석의 완결성과 합리성을 담보할 것을 요구하는 것으로 이해된다. 이때 조약의 작성의도, 배경, 구체적인 문언과 문맥, 배경, 조약의 목표와 목적, 관련 사안·상황 등을 종합

적으로 고려하여 여러 해석원칙들 가운데 가장 적합한 해석원칙을 선별·적용하여야 할 것이다.

#### IV. 결어

구 의료법(2019. 4. 23. 법률 제16375호로 개정되기 전의 것) 제87조는 보건복지부장관의 면허를 받은 ‘의료인’에 해당하지 않는 자가 의료행위를 한 경우 처벌하도록 규정하고 있다. 이때 형벌의 구체적인 적용범위는 의료법에 별도 규정되어 있지 않다. 그런데 최근 의료면허 없이 베트남에서 의료행위를 한 한국 국적 피고인에 대해 1심 재판부가 의료법상 처벌규정을 적용한 사건의 항소심에서, 재판부는 의료법의 목적 및 기능 등을 고려할 때 대한민국 영역 외에서 의료행위를 한 사람을 의료법 위반으로 처벌할 수는 없다고 판단하였다(2019. 12. 13. 선고 2019노3210 판결). 상고심에서 대법원은 의료법이 보건복지부장관의 면허를 받은 의료인에게만 의료행위 독점을 허용하는 것은 의료법 제1조에 규정된 대한민국 “국민의 건강을 보호하고 증진”하려는 목적을 달성하기 위함이라는 점에 주목하였다. 또한 의료인일지라도 의료업을 영위하기 위해서는 의료기관을 개설해야 하고, 이러한 의료기관은 대한민국 영역 내에 소재하도록 개설의 절차 및 요건이 규정되어 있다는 점 등을 고려하였다. 결론적으로 대법원은 “의료법상 의료

<sup>73</sup> Alison Macdonald, “Chapter 6: Ex Abundante Cautela” in Joseph Klingler, Yuri Parkhomenko, Constantinos Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Cannons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Kluwer Law International B.V. (2019), pp. 115-131 참조.

<sup>74</sup> 적어도 조약해석에서의 신의칙에 ‘합리적 해석원칙(*principle of reasonableness*)’이 당연히 포함된다는 점에 대해서는 이견의 여지가 없을 것이다. Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press (2008), pp. 147-160.



제도는 대한민국 영역 내에서 이루어지는 의료행위를 규율하기 위하여 체계화”된 것이므로 의료법 제87조상의 처벌규정이 대한민국 영역 외에서의 의료행위에 미치지 않는다고 본 항소심 결정에 오류가 없다고 판단, 상고를 기각하였다(2020. 4. 29. 선고 2019도19130 판결). 구 의료법 제87조가 별도의 제한규정 없이 형벌을 부과하는 이상 속인주의가 적용될 것인바, 동 조항의 문언을 평면적으로 해석할 경우 한국인이 해외에서 의료면허를 취득한 뒤 (그러나 대한민국 보건복지부 장관의 면허는 취득하지 않고) 면허 자격국 내에서 적법한 의료행위를 하는 경우에조차 우리 의료법에 따른 처벌대상이 되는 불합리한 결과가 야기될 것이다. 따라서 명시적인 문언의 부재에도 불구하고 법의 목적 및 기능·구조 등을 고려해 처벌규정의 합리적인 적용범위를 설정한 위 법원 판결은 지극히 타당하다고 할 것이다.

이와 같이 우리 법원이 문언외적 해석수단을 동원해 법의 불명확한 내용을 명확히 하거나 합리적인 기준을 적용하는 사례가 점차 늘어나고 있다. 그러나 여전히 우리법상 대세적인 해석기준은 문언적 해석(특히 문리적 해석)이고, 문언외적 해석수단을 동원한 해석방법은 생소하게 여겨지는 것이 현실이다. 그러나 법 해석의 궁극적 목표가 ‘타당한 해석’을 도출하는 것인 이상 문언의 표면적 의미에 결정적인 비중을 두는 해석태도가 바람직하다고 볼 수는 없고, 문언적 해석방법과 문언외적 해석방법은 항상 상호 보완적으로 사용될 필요가 있다.

본고에서 살펴본 바와 같이 문언외적 해석은 결코 추상적이거나 철학적인 논의가 아니라 문언적 해석과 마찬가지로 검증 가능한

법논리적 분석과정에 해당한다. 다만 문언외적 해석을 채택할 시에는 법의 안정성과 예측 가능성을 담보하기 위해 해석론적 관점에서 객관적인 법적기준을 제시할 필요가 있다. 조약법협약 제31조 제1항 및 이를 적용한 WTO 판례 기타 국제공법분쟁의 유관 법리는 이를 위한 방법론으로서 참고의 가치가 있을 것이다.

## 참고문헌

- 정하늘, “투자자-국가 분쟁해결제도(ISDS)에서의 국가책임 발생범위 확장 가능성에 대한 연구: ‘엘리트 사건’을 중심으로”, 『국제법학회논총』 제61권 제1호.
- Baetens, F., “Chapter 7: Eiusdem Generis and Noscitur a Sociis” in Joseph Klingler, Yuri Parkhomenko, Constantinos Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Cannons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Kluwer Law International B.V. (2019), pp. 133-157.
- Berman, F., “International Treaties and British Statutes”, *Statute Law Review*, Volume 26, Issue 1.
- Donnelly, J., “The Ethics of Realism”, in Christian Reus-Smit & Duncan Snidal (eds.), *The Oxford Handbook of International Relations*, Oxford University Press (2008),
- Dworkin, R., *Law’s Empire*, Harvard University Press (1986).
- Gardiner, R., *Treaty Interpretation*, Oxford University Press (2008).
- Gourgourinis, A., “The Distinction between Interpretation and Application of Norms in International Adjudication”, *Journal of International Dispute Settlement*, Volume 2, Number 1 (2011), pp. 31-57.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press (1997).
- Hobbes, T., *Leviathan* (originally in 1651), Hackett Publishing Company (1994).
- Jung, H., *Tackling Currency Manipulation with International Law: Why and How Currency Manipulation should be Adjudicated?*, *Manchester Journal of International Economic Law*, Vol. 9, Issue 2 (2012), pp. 184-200.
- Jung, H. & Jung, N. R., *Enforcing ‘Purely’ Environmental Obligations Through International Trade Law: A Case of the CPTPP’s Fisheries Subsidies*, *Journal of World Trade*, Vol. 53, No. 6 (2019), pp. 1001-1020.
- Jung, N. R., “Clarifying the Legal Ambiguity in Article 2.2.2(iii) of the Anti-Dumping Agreement: A Proposed Set of Interpretative Guidelines for ‘Any Other Reasonable Method’”, *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 11:369 (2016).
- Kelsen, H., *Pure Theory of Law* (originally in 1960), The Lawbook Exchange (2009).
- Klingler, J., “Chapter 5: Expressio Unius Est Exclusio Alterius” in Joseph Klingler, Yuri Parkhomenko, Constantinos Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Cannons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Kluwer Law International B.V. (2019), pp. 73-114.
- Larouer, C. J., “In the Name of Sovereignty? The Battle over *In Dubio Mitius* Inside and Outside the Courts”, *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers*, Paper 22 (2009).
- Locke, J., *Two Treatises of Government* (originally in 1689), CreateSpace Independent Publishing Platform (2014).
- Macdonald, A., “Chapter 6: Ex Abundante Cautela” in Joseph Klingler, Yuri Parkhomenko, Constantinos Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Cannons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Kluwer Law International B.V. (2019), pp. 115-131.
- Mill, J. S., *On Liberty* (originally in 1859), Dover Publications (2002).
- Montesquieu, C.L., *The Spirit of Laws* (originally in 1748), Prometheus (2002).

- Murphy, S., “Chapter 2: The Utility and Limits of Canons and Other Interpretive Principles in Public International Law” in Joseph Klingler, Yuri Parkhomenko, Constantinos Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Cannons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Kluwer Law International B.V. (2019), pp. 13-24.
- Paine, T., *Rights of Man* (originally in 1791), Dover Publications (1999).
- Rawls, J., *A Theory of Justice* (originally in 1971), Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press (1999).
- Reinhold, S. “Good Faith in International Law”, *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 2 (2013).
- Rousseau, J. J., *The Social Contract* (originally in 1762), Ozymandias Press (2018).
- Scalia, A., *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press (1997).
- Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd Edition, Manchester University Press (1984).
- United Nations (1975) “General Assembly Resolution 3281 (XXIX): Charter of Economic Rights and Duties of States”, Official Records of the General Assembly, Twenty-Ninth Session, Supplement No. 31 (A/9631),
- Yearbook of the ILC, 1964, Vol. II.
- Yearbook of the ILC, 1966, Vol. II.



# Empirical Analysis of Rules of Extra-Textual Interpretation based on the relevant WTO Jurisprudence

**Haneul Jung**

Trade Dispute Settlement Division,  
MOTIE  
(hnjung@korea.kr)

According to the Supreme Court of Korea, a law should in principle be interpreted based on its text, while extra-textual considerations can be taken into account to the extent necessary to ensure “specific validity” of an interpretation. According to the rule of interpretation under the public international law, on the other hand, interpretation is a process of finding the most “appropriate meaning” based on both textual and extra-textual considerations. Certainly, the ‘rule of interpretation’ under the public international law is not readily and freely applicable to a domestic law interpretation, especially given the well-established separation between legislative and judicial powers in most democratic societies. Nevertheless, the ‘rule of interpretation’ under the public international law proffers a valuable reference point to any interpretation of domestic law provisions. This paper begins by providing a comparative analysis between the principle of interpretation introduced by the Korean Supreme Court and the ‘general rule’ of interpretation under the public international law. Thereafter, it offers empirical analyses of some of the most noteworthy WTO jurisprudence on applying the general rule of interpretation under the public international law.

**Keywords** : legal interpretation, textual interpretation, logical interpretation, extra-textual interpretation, Vienna Convention on Law of Treaties