

공해상 조업을 규제하는 미 해양포유류보호법의 역외적용 및 수입규제에 대한 법리적 해석

Legal Analysis on Import Ban of Fish Product and Extraterritorial Application of Domestic Law of the US Marine Mammal Protection Act Regulating Fisheries in the High Seas

김아영*
Kim a young

목 차

- I. 서 론
- II. 합법적 공해 다랑어 조업 및 미국, EU 국내법의 역외적용
- III. 미 해양포유류보호법의 객관적 속지주의와 수입규제에 대한 국제법상 쟁점
- IV. 결 론

<Abstract>

The United States amended the Marine Mammal Protection Act(MMPA) and promulgated the rules for the implementation of Fish and Fish Product Import Provisions(August 15th, 2016), which became effective on January 1, 2017. With the entry into force of this regulation, fish and processed fish product caught by fisheries that did not have a comparability finding by the US National Oceanic and Atmospheric Administration(NOAA) until 2021 will be completely prohibited from exporting to the US. Korea is exporting the third largest number of fish products to the US after Japan and China, and if current export items are classified as export fisheries and that cannot be exported, it will inevitably ignite a huge damage.

* 국제수산업협사전문관/ 미국 변호사(워싱턴 DC주) 서울대학교 법과대학 해양법 박사학위과정 재학 중,
aykim@kofci.org

The various forms of trade control measures adopted by the United States under the current MMPA could be deemed as the most powerful form of import ban. In particular, it seems that it could possibly violate the United Nations Convention on the Law of the Sea(1982) and the WTO Agreement in the sense that it restricts imports of the legally harvested tuna from longline fisheries in the high seas that are regulated and implemented in accordance with the Convention and Conservation and Management Measures adopted by regional fisheries management organizations(RFMOs) under the United Nations Convention on the Law of the Sea. In this context, in Chapter II, the legal issue is whether the US MMPA on legally harvested tuna in the Convention area of the regional fisheries management organization constitute an extraterritorial application of US domestic law. And also, to consider the precedents of EU and US extraterritorial application of domestic legal regulations to deter IUU fishing respectively.

In Chapter III, it examines whether the extraterritorial application of MMPA against longline tuna fisheries in high seas can be legitimate in view of the "Objective Territoriality Principle" that applies to cases where certain actions occur outside the territory but the results affect the territory.

In the second part of Chapter III, it considers whether the complete ban on imports of fish and fish products derived from the longline tuna fisheries according to the MMPA is the violation under the WTO Agreement. In particular, it refers the case of EU's seal product regulation which was brought by Canada and Norway against EU in WTO Dispute Settlement Body. Rulings and reasoning from the case will be applied to our facts to consider whether the MMPA's regulation meets the standards in GATT Article XX.

Key words: Tuna fisheries in the high sea, Marine Mammal Protection Act, Extraterritorial Application of Domestic Law, the Principle of Jurisdiction in International Law, the Objective Territoriality Principle, WTO, Import Ban, WTO Dispute Settlement Body(DSB), GATT Article XX, Blue Equality

I. 서론

미국은 해양포유류 보호 및 해양포유류위원회 설립을 위해 1972년 12월 21일 해양포유류보호법¹⁾(Marine Mammal Protection Act; 이하 “MMPA”로 명기)을 발효하였고, 해당 법안의 시행 및 관리를 미 내무부(US Department of the Interior) 산하 어류 및 야생동식물 보호국과 상무부(US Department of Commerce) 산하 해양대기청(National Oceanic and Atmospheric Agency; 이하 “NOAA”로 명기)에 일임하였다. 법안에서는 해양포유류 보호를 위한 수산물 또는 수산가공품 수입 규제 근거를 포함하고 있으며, 2008년 3월 5일 미국의 NGO들은 새치류 어업과 관련하여 MMPA 근거 조항 이행을 촉구하였고, 이에 NOAA는 MMPA의 수산물 수입 규정에 관한 시행규칙을 공포²⁾(‘16.8.15) 및 발효³⁾(‘17.1.1)³⁾하였다. 본 규칙의 발효로 2021년까지 미 해양수산청의 동등성 평가를 득하지 못한 어업으로 어획한 수산물 및 수산가공품은 대미 수출이 전면 금지될 예정이다.

MMPA 법의 주요 내용으로 수출국에 영향을 미치는 조항으로는 101조 (a)(2)항에서 “어업 활동 중 미국의 기준을 초과해 해양포유류의 우발적 사망이나 심각한 부상을 야기하는 어업으로 생산된 수산물 및 그 가공품의 수입을 금지함”을 명시하고 있다는 점⁴⁾과 미 재무성이 수출국에 수출국의 조업이 해양포유류에 미치는 영향에 관한 합리적 입증 책임을 요구할 수 있다고 쓰고 있다. 또한 102조 (c)(3)항에서는 해양포유류에 대한 우발적 포획 여부와 상관없이 해양대기청에서 규정한 금지 방법으로 어획된 수산물 또는 그 수산품의 수입을 금지한다고 밝히고 있는데⁵⁾, 여기서 금지방법은 어업 과정 중 과도한 해양포유류의 사망이나 부상을 초래한다고 여겨지는 경우를 말한다.

1) 16 U.S. Code Chapter 31.

2) 83 FR 11703 pp. 11703~11727.

3) 이전 미 시행규칙 pp. 11703~11706.

4) 50 CFR 216.24(h)(6)(iii)(A).

5) 81 FR 54390(August 15, 2016).

NOAA는 법의 시행 및 적용을 위해 각 수출국별 외국어업목록⁶⁾(List of Foreign Fisheries; 이하 “LOFF”로 명기)을 작성하여 관리하고 혼획 정도에 따라 모든 어업을 수출어업(Export Fishery)과 면제어업(Exempt Fishery)으로 구분한다. 수출어업의 경우는 대미 수출 수산물이 어업과정 중 부수적 해양포유류의 사망이나 심각한 상해를 초래할 가능성이 있는 경우로 규정하고, 수출어업으로 분류된 어업으로 어획되는 수산물의 경우 대미 수출이 불가능하다. 면제어업의 범위는 대미 수출 수산물이 어업과정에서 해양포유류의 사망이나 심각한 상해를 초래할 가능성이 전혀 또는 거의 없는 경우로 하며, 면제어업으로 분류된 어획물의 경우에는 대미 수출이 가능하다.⁷⁾

한국의 대세계 수산물 수출 1위에서 3위 국가는 일본, 중국, 미국이며, 2012년 ~ 2018년 말까지 한국의 대미 수산물 수출액은 연평균 2억 3,700만 달러로, FTA 발효 전 5년간의 연평균 수출액 1억 3300만 달러와 비교해 78.2%가 증가했다. 전체 대미 수산물 수출량 중 가장 큰 부분을 차지하는 김 등의 해조류의 경우는 전량 양식됨에 따라 MMPA 수출어업 분류 절차에 크게 영향을 받지 않으나, 대미 수산물 수출량 2위인 이빨고기 및 6위인 다랑어의 경우, 대미 수출이 불가능한 수출어업으로 분류된다면, 이에 따른 국가적 차원에서의 수출 산업의 타격이 불가피할 전망이다.

현행 MMPA법에 따라 미국이 채택하고 있는 다양한 형태의 통상 규제조치는 가장 강력한 형태인 수입 전면 금지의 형태를 가지고 있고, 특히 유엔 해양법협약에 따른 국제수산기구의 협정을 준수하며 합법적으로 이행되고 있는 공해상 다랑어 연승어업의 어획물을 전면 수입 제한 한다는 것은 1982년 유엔 해양법협약 및 WTO 협정을 위반할 가능성을 내포하고 있다. 이에 본고 II장에서는 유엔 해양법협약(UNCLOS), 경계왕래어족 및 고도회유성어족의 보존과 관리에 관한 1982년 12월 10일 유엔해양법협약관련 조항의 이행을 위한 협정(2001) 및 다자협약을 통해 보존 및 관리되고 있는 공해 중 지역수산관리기구의 협약수역에서 합법적으로 어획된 다랑어에 대한 미국의 규제가 역외적용을

6) 82 FR 2961 pp. 2961~2962.

7) 이전 미 시행규칙 pp. 2961~2962.

구성하는지 여부와 IUU 어업 근절을 위한 미국과 EU의 국내법적 규제의 역외 적용 양상을 검토하였다.

미국은 최근 해양포유류보호법 외에도 바다거북보호법 등 해양 생태계 보호의 목적을 가지는 국내법을 제정 및 개정하고 있으며, 국가간 기구, 혹은 다자협약 지역수산관리기구에서 미 국내법을 근거로하여 어획량(TAC) 설정에 영향을 주려는 시도 및 보존관리조치 결의안 채택 등을 건의하는 등의 외교적 활동을 이어나가고 있으나, 그러한 연구 및 논의를 제안하고자 하는 시도는 각 협약에 명시된 절차규정을 준수해야하며, 특히 TAC 결정 및 이와 관련한 보존관리조치 결의안 채택 시에는 모든 회원국의 인식재고를 통한 국제적 총의의 확보가 선행되어야 하며 반드시 권위 있는 외부 과학협의체 혹은 각 기구의 과학위원회가 제출한 최선의 가용가능한 과학적 근거 없이는 불가능하다는 점에 부딪혀 번번히 실패하고 있다.

이에 본고 III장에서는 공해상 다량어 연승어업에 대한 MMPA 역외적용을 특정 행위가 영토 외에서 발생하였으나 그 결과가 영토 내에 영향을 미치는 경우에 적용되는 “객관적 속지주의”로 보아 합법성을 가질 수 있는지에 대해 검토해 보고자하며, 이를 직접적 영향 및 인과관계와 국제사회 총의 및 국제법 규범과의 합치의 차원에서 논의해 보고자 한다.

III장 후반부에서는 MMPA에 따른 규제조치가 GATT협정 제XX조 ‘일반적 예외’에 해당하는지 여부를 EU의 바다표범 제품 규제에 대해 캐나다와 노르웨이가 WTO 분쟁해결절차에 제소했던 판결을 중심으로 검토해보고자 한다. 결정문에서 항소기구는 EU의 규제가 공중도덕을 보호하기 위한 ‘필요한’ 조치에 해당한다고 보았으나, EU의 규제조치가 ‘자의적’ 혹은 ‘정당화할 수 없는’ 차별에 해당하기 때문에 제XX조 전문상의 요건을 충족하지 못한다고 보고, GATT협정 제XX조 (a)호에 따라 정당화될 수 없다고 한 최종결정의 쟁점들을 공해상 다량어 연승조업에 적용해보고 이를 WTO 조항의 위반으로 볼 수 있을지에 대한 법적 해석을 제시하고자 한다.

환경법의 특성상 모든 권리 및 이용의 규칙을 전통적인 권리, 소유, 의무의

개념으로만 접근하기에는 경제학적 접근의 한계가 있고, 또한 그러한 기존 논증의 방법으로는 지속가능한 환경 유지와 보호 및 현재 당면하고 있는 환경문제들을 처리하는데 적절한 해결책을 제시할 수 없다. 이에 본고에서는 환경과 인간의 관계, 국가와 국민으로 분류된 각 인간과 해양 생태계의 관계, 그러한 각 개인과 개인이 해양 생태계에 대해 가지는 권리의 범위를 새롭게 정의하는 개념인 해양권의 평등(Blue Equality)을 부분적으로 제안/포함하였음을 밝히며, 이러한 새로운 개념에 대한 독자의 이해를 먼저 구하고자 하는 바이다.

주제어 : 공해상 다랑어 연승어업, MMPA, 역외적용, 국제법상 관할권 원칙, 객관적 속지주의, WTO, 수입규제, WTO 분쟁해결기구, GATT XX조 일반적 예외 규정, 해양권의 평등(Blue Equality)

II. 합법적 공해 다랑어 조업 및 미국, EU 국내법의 역외적용

1. 공해 다랑어 조업과 RFMO의 보존관리조치

유엔 해양법협약 87조에서는 공해의 자유를 명시하고 있고, 모든 국가는 해당 법률에 의거하여 공해상에서의 어업의 자유를 보장받는다.⁸⁾ 해양법협약 제116조에 따르면, 모든 국가가 공해상 어업의 권리를 가지지만,⁹⁾ 이러한 권리를 향유함과 동시에 국가는 자국의 조약상의 의무, 해양법협약 제63조 2항 및 제64조에서 제67조에 규정된 연안국의 권리와 의무, 이익 및 해양법협약 제117조에서 제119조까지의 규정을 준수해야할 의무가 있다.

8) UN 해양법협약, 제87조.

9) UN 해양법협약, 제116조.

공해생물자원의 보존과 관리를 위한 규정들은 해양법협약 제117조에서부터 제119조에서 명시하고 있는데 제117조에서는 국가의 의무에 관한 규정으로 모든 국가가 공해생물자원 보존에 필요한 조치를 취하거나 그를 위해 다른 국가와 협력할 의무가 있다고 하고 있다.¹⁰⁾ 제118조에서는“동일한 생물자원이나 동일수역에서 다른 생물자원을 이용하는 국민이 있는 모든 국가는 관련생물자원의 보존에 필요한 조치를 취하기 위한 교섭을 시작”한다고 하면서, 이를 위해 “적절한 경우에는 소지역 또는 지역적 어업기구를 설립하는데 서로 협력한다”고 쓰고 있다.¹¹⁾ 제119조에서는 공해생물자원의 보존에 관해 규정하고 있는데, 같은 조 1항에서는 각국이 공해생물자원의 허용어획량(TAC)을 결정하고 보존 조치를 수립하는데 고려할 사항들을 밝히고 있고, 2항에서는 과학적 정보, 어획량, 어업활동 통계, 수산자원보존에 관한 기타 자료들은 권한을 위임받은 소지역적·지역적 또는 국제기구를 통해 정기적으로 제공되고 교환되어야 한다고 명시하고 있다.¹²⁾

이에 따라 현행 공해상 조업은 국제적 총의가 반영된 유엔 해양법협약에 따른 경계왕래성어족·고도회유성어족·소하성어족·강하성어족의 보존관리를 위한 규정과 공해생물자원을 보존관리하는 50여개의 지역수산관리기구의 협약을 근거로 하여 각 회원국의 합의에 따른 국제적 규범과 질서로 유지되고 있다.¹³⁾ 이러한 협약에 근거하여, 공해에서 조업하고자 하는 모든 국가는 반드시 목표 어종 혹은 조업 수역을 관리하는 지역수산기구에 가입하고 회원국의 지위를 획득하여야만 기국선의 조업 허가 및 관리를 통해 자국의 공해 어업을 이행할 수 있다.¹⁴⁾

현행 다랑어 어족 지역수산관리기구(Regional Fisheries Management Organization; RFMO)는 대서양참치보존위원회(ICCAT),¹⁵⁾ 인도양참치위원회

10) UN 해양법협약, 제117조.

11) UN 해양법협약, 제118조.

12) 이석용, “국제어업법의 변화와 지역수산기구 강화에 따른 대응방안 고찰”, 『서울법학』, 제22권 제1호, 서울대학교, 2014, 265면.

13) 이전 원고 265면.

14) UN·해양법협약, 제119조.

15) 해양수산부, 국제수산기구업무편람, 2019, 48면.

(IOTC)¹⁶, 중서부태평양수산위원회(WCPFC)¹⁷, 전미열대참치위원회(IATTC)¹⁸, 남방참다랑어보존위원회(CCSBT)¹⁹가 있고,²⁰ 우리나라는 열거한 전채다랑어 보존관리기구의 회원국이다. 각 위원회는 매년 혹은 격년으로 과학위원회를 개최하여 각 기구 협약수역의 자원량 평가 등 과학적 자문의견을 수렴하여 이를 연례회의에 보고하도록 하고, 이를 통해 모든 회원국은 만장일치로 연도별 총허용어획량(TAC) 등을 결정한다. 또 각 기구는 자체적으로 보존관리조치(Conservation and Management Measure)를 결의하고 이의 이행평가를 매년 개최되는 이행위원회에서 사정한다. 이행위원회에서는 각 불이행 사안의 사실관계 및 기구의 조치 등을 평가하여 불이행 사안 및 IUU 선박 목록 등재 여부를 논의하여 이행위 차원의 의견을 결정하고 해당 안건을 연례회의에 상정한다. 연례회의는 모든 회원국의 의견을 수렴하여 각국의 불이행 사안 및 IUU 선박 목록 등재 여부 등에 관한 최종 판단을 내리는 권한을 갖는다. 이러한 보존관리기구의 내부 절차규정 및 회원국의 협의에 따라 각 협약 수역의 다랑어 어족 자원은 보호 및 관리되고 있다.

각 협약수역의 다랑어 어족 자원을 보호하고 해당 협약 어종의 어업을 관리 감독하는 다랑어 지역수산관리기구들은 협약에서 보호대상으로 명시하고 있는 해양생물자원인 특정 어족자원을 관리하는 것이 주목표이나, 최근에는 협약 자체에 명시되지 않은 생물자원이라고 하더라도 축적된 어업 활동 데이터나 어업인들의 경험을 통해 확인할 수 있는 특정 어종의 혼획 혹은 살상 위험성에 회원국이 공감하는 경우에는, 각 기구별로 그러한 특정 생물종에 대해 해당 어업에 의해 영향을 받는 취약한 생물자원종 보호를 위한 보존관리조치를 채택하여 이러한 피해를 저감시키도록 하는 노력들이 이루어지고 있는데, 그러한 노력은 2018년 CCSBT의 제25차 연례회의에서 채택된 “타 다랑어 RFMO가 채택하고 있는 생태학적으로 연관 있는 종에 대한 보존관리조치의 차용 이행에 관한 결

16) 해양수산부, 국제수산기구업무편람, 2019, 62면.

17) 해양수산부, 국제수산기구업무편람, 2019, 115면.

18) 해양수산부, 국제수산기구업무편람, 2019, 43면.

19) 해양수산부, 국제수산기구업무편람, 2019, 37면.

20) https://ec.europa.eu/fisheries/cfp/international/rfmo_en (2019.4.19일 최종 검색)

의안(Resolution to Align CCSBT's Ecologically Related Species measures with those of other tuna RFMOs)²¹⁾을 통해서도 각 RFMO들이 협약에서 명시하는 관리 어종 뿐 아니라 관련 있는 어업 행위로 인해 부정적 영향을 받을 수 있는 해양생물 자원까지를 보호 및 고려대상으로 설정하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

이러한 부정적 영향을 받는 해양생물 자원으로 해양포유류종을 포함하고 있는 RFMO의 보존관리조치들도 있는데, 이러한 조치에는 IOTC의 “Resolution 13/04 On the conservation of cetaceans”와 WCPFC의 CMM 2011-03 “Conservation and Management Measure to Address the Impact of Purse Seine Activity on Cetaceans²²⁾”가 있다. 특정 어족자원을 보호하고자 하는 목적으로 기구차원에서 보존관리조치에 대한 논의가 시작되기 위해서는 가장 기

21) CCSBT, “Resolution to Align CCSBT's Ecologically Related Species measures with those of other tuna RFMOs” (Adopted at the Twenty Fifth Annual Meeting - 18 October 2018)

22) WCPFC, CMM 2011-03 “CONSERVATION AND MANAGEMENT MEASURE FOR PROTECTION OF CETACEANS FROM PURSE SEINE FISHING OPERATIONS”

1. CCMs shall prohibit their flagged vessels from setting a purse seine net on a school of tuna associated with a cetacean in the high seas and exclusive economic zones of the Convention Area, if the animal is sighted prior to commencement of the set.
2. CCMs shall require that, in the event that a cetacean is unintentionally encircled in the purse seine net, the master of the vessel shall:
 - (a) ensure that all reasonable steps are taken to ensure its safe release. This shall include stopping the net roll and not recommencing fishing operation until the animal has been released and is no longer at risk of recapture; and
 - (b) report the incident to the relevant authority of the flag State, including details of the species (if known) and number of individuals, location and date of such encirclement, steps taken to ensure safe release, and an assessment of the life status of the animal on release (including, if possible, whether the animal was released alive but subsequently died).
3. In taking steps to ensure the safe release of the cetacean as required under paragraph 2(a), CCMs shall require the master of the vessel to follow any guidelines adopted by the Commission for the purpose of this measure.
4. In applying steps under paragraphs 2(a) and 3, the safety of the crew shall remain paramount.
5. CCMs shall include in their Part 1 Annual Report any instances in which cetaceans have been encircled by the purse seine nets of their flagged vessels, reported under paragraph 2(b).
6. The Secretariat shall report on the implementation of this conservation and management measure on the basis of observer reports, as part of the Annual Report on the Regional Observer Programme.

본적으로 협약에서 명시하고 있지는 않으나 보호를 위한 조치가 취해지지 않을 경우 이로 인한 피해가 심각할 수 밖에 없다는 판단에 모든 회원국이 동의하고, 이러한 피해사실이 근거로 입증되어야 한다. 예를 들면, WCPFC 협약수역에서 선망어업으로 다랑어를 조업할 시, 반드시 이행되어야 하는 조치로 해양포유류 보호를 위한 보존관리조치가 결의된 배경에는, 해당수역에서의 다년간 다랑어 선망어업 중 실제로 해양포유류가 혼획 되는 상황이 발생하였기 때문이고, 그 빈도가 간과할 수 없을 만큼 입증되어져 왔기에 그러한 의제가 회의석상에서 논의될 수 있었고, 최종적으로는 모든 회원국의 만장일치를 얻어 강제적 이행 의무를 가지는 보존관리조치로까지 채택될 수 있었다. 따라서 RFMO 차원에서 해양포유류보호를 전적으로 간과 해왔다고 볼 수는 없고, 그렇다면 같은 지역 수산관리기구의 다랑어 어업 중 해양포유류 보호를 위한 다랑어 선망어업에서의 보존관리조치만 채택되어 이행 중이고, 연승어업에서의 해양포유류 보호를 위한 보존관리조치는 채택하지 않고 있다는 점을 주목할 필요가 있겠는데, 이는 다랑어 연승어업과 해양포유류 혼획 혹은 살상과의 연관성을 고려할 만큼 신뢰할만한 근거가 기구 차원의 논의 석상에서 제기된 적이 없었거나, 제기되었다고 하더라도 그러한 우려가 회원국의 동의를 얻어 이에 대한 과학위원회의 자문 혹은 작업반 발족을 구해야 할 정도로 설득되지 못했다는 것을 반증하고, FAO 다랑어 연승어업에서의 혼획 현황 및 저감 조치보고서²³⁾에서도 다랑어 연승어업과 해양포유류 혼획 가능성을 극히 제한적이라고 평가하고 있다는 점이다.

결론적으로 공해상 조업, 특히 공해수역의 다랑어 조업은, 유엔해양법협약 및 경계왕래어족 및 고도회유성어족의 보존과 관리에 관한 1982년 12월 10일 유엔해양법협약관련 조항의 이행을 위한 협정(2001)에 따라 국제수산보존관리 기구에서 협약 수역별로 가용가능한 과학적 근거를 토대로 보호 어족자원을 보존하고 있으며, 기구의 각 하부위원회별 기능에 따라 불법어업행위를 단속 및 관리하고 있다. 따라서 현행 공해상 다랑어 연승어업 및 해당 어업으로 어획된

23) FAO, Bycatch in longline fisheries and tuna-like species-A global review of status and mitigation measures(2014).

수산물은 조업허가에서부터 수산물 양륙에 이르기까지 지역수산물관리기구의 보 존관리조치를 준수하여야할 의무를 가지며, 각 기구의 이행위원회로부터 관리 감독을 받아 어획된 수산물인 바, 국제법과 규범을 준수하여 합법적으로 어획 된 수산물이라고 볼 수 있겠다.

2. 미국과 EU 국내법의 역외적용_ IUU 어업 규제

유엔 세계식량농업기구(FAO)의 보고에 따르면, 전세계 어종의 80% 이상이 과잉 어획 상태에 있는 것으로 파악되며, 어족자원 고갈의 핵심 원인 중 하나로 “불법, 비보고, 비규제(Illegal, unreported, and unregulated: IUU) 어로활동이 있다.²⁴⁾ 이에 국제사회차원에서의 공동대처 움직임과 함께 주요 국가들은 국내 법령을 새로이 도입하여 IUU 어로활동을 규율하고 있다.²⁵⁾ 특히 미국과 EU는 국내적 기준을 수립하고 이를 근거로 하여 IUU 어로활동을 적극적으로 규제하 지 않는 국가 목록을 작성하고, 해당 국가의 선박과 어획물에 대해 다양한 규제 조치를 도입, 적용하였다.²⁶⁾ 이에, 2장에서는 미국과 EU의 IUU 법이 대한민국의 어업에 역외적용 되었던 사례를 살펴보고, 다음 장에서 이를 공해상 다랑어 연승어업에 대한 미국 MMPA 역외적용과 비교해 보고자 한다.

1) 미국 IUU법의 역외적용

미국은 국제적 IUU 규제 방안과 더불어 자국의 국내법 개정을 통한 규제 방안을 모색하게 되었다. 2001년 FAO에서 채택한 “IUU 퇴치를 위한 국제행동 계획 (International Plan of Action to Prevent, Deter and Eliminate Illegal, Unreported and Unregulated Fishing: IPOA-IUU)”에서는 각국이 자국의 법령 을 통하여 IUU 문제를 해결하기 위한 구체적인 방안을 모색할 것을 요구하고

24) FAO, Illegal, unreported and unregulated fishing(2016).

25) 이재민, “IUU 규제조치와 국내법의 역외적용. 국제경제법연구”, 『국제경제법연구』, 제12권 제3호, 2014, 29면.

26) 이전 원고 29면.

있는데, 이를 근거로 미국은 2006년 “어족자원보존관리법(Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Reauthorization Act: MSRA)”을 입법하였다.²⁷⁾ 또한, 미국은 상어에 대한 보호를 강화하기 위하여 2010년 “상어 보존법 (Shark Conservation Act: SCA)”도 별도로 도입하여 강력히 시행하고 있다. 미국은 기존의 어족자원 보호관련 법률들을 더욱 체계화, 구체화하여 개정해 나가고 있다.²⁸⁾

상기 두 법률에 따라 미 상무성 산하 NOAA는 2년을 주기로 IUU 어로활동과 상어 남획 어로활동에 참여하고 있는 국가 및 행위에 대한 내용을 담은 보고서를 미 의회에 제출하도록 하고 있다. 2013년 1월 미 의회에 제출된 2013년 보고서는 2011-12년의 2년의 기간 동안 10개국이 IUU 어로활동에 종사한 것으로 밝히고 있으며, 한국도 여기에 포함된다.²⁹⁾ 미국의 국내법에 따르면, 이들 보고서에 적시된 국가들이 IUU 어로활동 퇴치를 위한 효과적인 조치를 취하지 않을 경우, 다양한 제재조치 - 가령 입항거부, 수산물 수입제한, 미국 관할 수역으로의 통항 금지 - 등을 미 정부가 취할 수 있는 권한을 보유하고 있다고 명시하고 있다.³⁰⁾ 법안에서는 단지 IUU 어로활동에 종사한 어획물만이 아니라 동일 국가로부터 수출되는 일체의 수산물에 대하여 수입제한을 부과할 수 있다는 점에서 강력한 규제 조치를 도입하고 있는 것으로 보인다.³¹⁾ 이러한 강력한 규제는 사실 여타 산업영역에서는 전례를 찾아보기 힘든 것으로 전세계적 IUU 어로활동 규제의 긍정적 측면도 존재하는 한편, 국내법에 근거하여 일방국의 기준과 판단을 근거로 여타 국가의 합법적 행위를 규제 한다는 측면에서 외교적/법리적 분쟁의 소지를 다분히 내포하고 있다.³²⁾

27) 16 U.S.C. ch. 38 § 1801 et seq.

28) 16 U.S.C. 1826i, 1826j, 1826k, 1857, 4107a.

29) Department of Commerce (NOAA), Report to Congress Pursuant to Section 403(a) of the Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Reauthorization Act of(2006).

30) 50 CFR §300.206.

31) 이재민, “IUU 규제조치와 국내법의 역외적용. 국제경제법연구”, 34면.

32) 이전 원고 34면.

2) EU IUU법의 역외적용

EU 역시 미국과 유사한 국내법을 도입하여 IUU 어로활동 근절에 동참하지 않는 국가들을 상대로 강력한 제재조치를 부과하고 있으며, 2008년 “EC-IUU 규정”에 따라 “비협력국 (non-cooperating third countries)”을 목록에 등재하고, 해당 국가들에 다양한 규제조치를 부과하였다.³³⁾ 이 규정에 따른 규제조치는 2010년 1월 1일부터 발효하였으며 EU가 부과하는 규제조치는 해당 목록에 등재된 국가로부터 수출되는 어획자원에 대한 광범위한 수입금지, 해당국 수산업 종사 선박의 기항 금지, 제반 분야에서 해당 국가와의 협력 금지 등을 포함하고 있다.³⁴⁾ 특히 IUU 선박 목록에 등재된 선박에 적재된 수산물과 IUU 어로활동 방조국 목록에 등재된 국가의 기국선에 적재된 수산물에 대해서는 ‘별도의 확인 절차’ 없이 그 자체만으로 EU 역내로의 수입을 금지하는 강력한 규제 조치를 도입하고 있다.³⁵⁾ 특히 IUU 어로활동 방조국 목록에 등재된 국가의 기국선이 어획한 수산물의 수입을 전면 금지함에 따라 실제 IUU 어로활동에 종사하지 않은 선박 및 어민도 자신의 국적에 따라 EU로부터 포괄적인 제재를 받게 되는 구조를 도입하고 있다.³⁶⁾ 이와 같이 EU 또한 미국에 유사한 수준의 강력한 제재를 국내법을 근거로 타국가에 부과하고 있는 것으로 볼 수 있겠다.

33) Council Regulation (EC) No 1005/2008 of 29 September 2008 establishing a Community system to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing, amending Regulations (EEC) No 2847/93, (EC) No 1936/2001 and (EC) No 601/2004 and repealing Regulations (EC) No 1093/94 and (EC) No 1447/1999.

34) European Commission, Commission Decision of 26 November 2013 on notifying the third countries that the Commission considers as possible of being identified as non-cooperating third countries pursuant to Council Regulation (EC) No 1005/2008 establishing a Community system to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing(2013/C 346/03), Official Journal of the European Union, pp. 2-9.

35) 이전 EU 규정 제8조 1항.

36) 이전 EU 규정 제38조 1항.

Ⅲ. 미 해양포유류보호법의 객관적 속지주의와 수입규제에 대한 국제법상 쟁점

MMPA를 근거로 하는 미국의 독자적인 기준 및 판단에 따른 수출국에 대한 규제조치가 관련 국제법 규범에 합치하는지 여부가 문제로 제기될 수 있겠다. 한 국가가 독자적으로 자신의 결정을 타국에 부과하는 것은 일종의 국내법의 역외적용 문제의 소지를 내포하고 있기 때문이다.³⁷⁾ 국내법의 역외적용 문제는 특별한 정당화 사유가 없는 경우 국제법 위반의 소지를 내포하고 있다고 볼 수 있다.³⁸⁾ 또한 MMPA법에 따라 미국이 채택하고 있는 다양한 형태의 통상 규제조치는 가장 강력한 형태인 전면 금지의 형태를 가지고 있고, 특히 유엔 해양법협약에 따른 국제수산기구의 협정을 준수하며 합법적으로 이행되고 있는 공해상 다랑어 연승어업의 어획물을 전면 수입 제한 한다는 것은 1982년 유엔 해양법협약 및 WTO 협정을 위반할 가능성을 내포하고 있다. 이에 III장에서는 공해상 다랑어 연승어업에 대한 MMPA 역외적용이 객관적 속지주의에 해당하여 합법성을 가질 수 있는지에 대한 검토로 직접적 영향 및 인과관계와 국제사회 총의 및 국제법 규범과의 합치에 대해 논의해 보고자 한다.

1. 국제법상 관할권 원칙과 객관적 속지주의

국내법의 역외적용 문제는 국제법상 관할권을 검토하여야 하며, 국제법상 관할권은 입법관할권과 집행관할권을 포함한다.³⁹⁾ 입법관할권이 특정 국가가

37) 이재민, "IUU 규제조치와 국내법의 역외적용. 국제경제법연구", 42면.

38) Seung Wha Chang, "Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws to Other Pacific Countries: Proposed Bilateral Agreements for Resolving International Conflicts within the Pacific Community", *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 16, (Spring 1993) 참조; Chad Stockel, "Sherman's March on Japan: U.S. v. Nippon Paper and the Extraterritorial Reach of Criminal Antitrust Law", *Transnational Law and Contemporary Problems* vol. 9 (Spring 1999), p. 406. Gary B. Born & David Westin, *International Civil Litigation in United States Courts* (2nd ed. 1992), p. 601.

어떠한 사람이나 상황에 대하여 적용되는 법규범을 창출할 수 있는 관할권이라면 집행관할권은 그렇게 형성된 법규범을 집행할 수 있는 관할권이다.⁴⁰⁾ 입법관할권과 관련하여 현재 국제법은 다섯 가지의 근거를 제시하고 있고, 이는 속인주의, 속지주의, 수동적 속인주의, 보호주의, 보편주의다.⁴¹⁾ 입법관할권의 5 가지 원칙은 특정 국가가 해당 사안과 관련하여 충분한 연관성을 보유하고 있어야 하며, 법령을 발할 수 있는 위치에 있는지 여부를 평가하는 기준을 제시하도록 하고 있고, 입법관할권이 타당하다는 전제하에서 이를 집행하는 집행관할권 문제를 검토할 필요가 있다.⁴²⁾ 집행관할권은 원칙적으로 해당국 영역 내에서 행사되는 것이 원칙이나, 공해상에서 해군 내지 공용 선박을 통한 특정 범죄에 대한 집행관할권 행사 역시 예외적으로 인정된다.⁴³⁾ 이러한 재량을 행사하는 과정에서 한 국가가 어떠한 방식으로든 입법관할권과 집행관할권의 기본원칙을 훼손할 경우 이는 국제법 위반을 구성하게 된다.⁴⁴⁾ 국내법의 역외적용 문제가 이러한 국제법 위반의 대표적인 경우이다. 국내법의 역외적용은 정당화 사유가 부재하는 경우 관할권 원칙에 벗어나는 방식으로 관할권을 행사하는 것이며 이는 곧바로 입법관할권 및 집행관할권에 관한 국제법의 규범을 위반하게 되는 것이다.⁴⁵⁾

현재 미국이 추진중인 MMPA 이행은 자국 국내법 기준에 동등하다고 판단할 만한 근거가 없는 어법으로 어획한 수산물에 대하여 수입을 규제하는 조치

39) 이재민, "IUU 규제조치와 국내법의 역외적용. 국제경제법연구", 42면.

40) 정인섭, 『신국제법 강의: 이론과 사례』, 제5판 (서울: 박영사, 2014), p. 195; 김대순, 『국제법론』 제17판, (서울: 삼영사, 2013), p. 448; 김정균·성재호, 『국제법』 제3개정판 (박영사, 2000), pp. 154-155; 이병조·이중범, 『국제법신강』 제9개정정보완수정판 (일조각, 2008), p.182; Barry Carter, et al. International Law, 4th edn., (Aspen Publishers, 2003), p. 649; Antonio Cassese, International Law 2nd edn. (Oxford Univ. Press, 2005), p. 451; Martin Dixon, International Law (Oxford Univ. Press, 2005), p. 133.

41) Jordan J. Paust, International Criminal Law: Cases and Materials (Carolina Academic Press, 1996), p. 121.

42) 전지연, "형법 제3조의 적극적 속인주의의 문제점과 해결방안", 『법학연구』 (연세대학교 법학연구소), 제19권 제2호 통권 42호 (2009년 6월), 114면 참조 ("국제법상 속인주의의 적용을 위해서는 해당 국가와 충분한 '관련성'을 필요로 함"); 김성규, "소극적 속인주의에 대한 제한으로서의 쌍방가발성의 요건: 그 문제점과 대안", 『성균관법학』, 제20권 제3호 (2009년 4월), 29면.

43) UN 해양법협약 제107조 및 제111조.

44) 김대순, 『국제법론』 제17판, (서울: 삼영사, 2013), 451-452면.

45) 이재민, "IUU 규제조치와 국내법의 역외적용. 국제경제법연구", 44면.

이다. 기본적으로 타국과의 논의나 타국의 사전동의 없는 국내법의 역외적용은 원칙적으로 국제법 위반을 야기할 소지가 있고, 이는 국내법의 역외적용 문제가 입법관할권 및 집행관할권과 관련한 국제법 기본법리에 대한 위반을 구성할 수 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 특히 국내법의 역외적용 문제가 대두되는 경우는 특정 개인이나 기업의 행위가 자신의 모국의 법령에는 부합하나 처벌을 시도하는 국가의 법령에만 위반하는 경우이다. 해당 사례로는 미국과 EU가 집행했던 IUU법을 근거로 하는 수출규제로 볼 수 있겠고, 지금까지 국제법에서 주로 다루어지던 역외적용의 범위에 속한다고 볼 수 있겠다.

그러나 미 MMPA 이행에 따르는 국내법의 역외적용은 법의 집행으로 인해 예상되는 문제점이 더욱 심각하게 제기될 수 있겠다. 미 NOAA의 MMPA 집행에 따른 규제에 직면하게 되는 우리 수산업자나 수산물 수출업자들은 공해상 조업을 규제하는 국제수산관리기구의 보존관리조치 및 우리 법령에 따르면 합법적인 조치를 취한 것이나 이로 인하여 미국 당국으로부터 통상 제재를 받게 되므로 국내법의 역외적용이 초래하는 문제점을 극명하게 보여주는 상황에 해당하는 것으로 볼 수 있고, 미국과 EU의 IUU법 이행에 따라 자국법으로는 합법적이거나 역외적용으로 인해 추가적 규제를 받던 이전의 양상에서 더 심화되어, 자국법 및 다자기구의 협약을 통한 국제 질서 및 규범을 준수하여 합법적 조업을 하였음에도 불구하고 일방 국가로부터 통상의 규제를 받게 되는 새로운 형태의 역외적용이며, 이전의 것보다 더 복잡한 구조를 가지는 역외적용으로 인한 국제법 위반 소지를 가진다고 볼 수 있겠다.

최근 국내법의 역외적용 문제에서 주로 논의되는 상황은 이와 같이 그 자체로 역외적 성격을 보유하는 관할권 원칙의 적용에서 파생되는 문제가 아니라, 외국에서 발생한 행위가 자국의 영토에 영향을 미치는 것을 근거로 관할권을 확대 적용하고자 하는 움직임과 연관되어 있다.⁴⁷⁾ 이 원칙은 속지주의를 확대

46) 김석호, “미국 경제제재법의 국제적 불법성”, 『법학연구』 제29호, 2008, 389면; 노영돈, “국내경제법의 역외적용과 국가관할권의 충돌에 관한 연구: 경쟁법을 중심으로”, 『국제법 학회논총』 제47권 제1호, 2002, 58면.

47) 이재민, “IUU 규제조치와 국내법의 역외적용. 국제경제법연구”, 45면.

적용한다는 차원에서 “객관적 속지주의”라 부르고, 특정 행위가 영토 외에서 발생하였으나 그 결과가 영토 내에 영향을 미치는 경우에 적용되는 경우라고 본다.⁴⁸⁾ 국제법원도 이러한 경우에 국내법의 역외적용의 가능성을 인정하고 있으며, 효과이론(effect doctrine)이라는 이름으로 더욱 확대되어 독점금지법 등에서 적용되고 있다.⁴⁹⁾ 따라서 특수한 경우를 제외하고는 기본적으로 국내법의 역외적용 문제를 주로 효과이론으로 사정하고 있다. 국제사회에서 효과이론의 적용 문제는 주로 미국 법원 판례를 중심으로 논의가 전개되어 왔는데, 국내법의 역외적용에 법원은 직접적 영향 및 인과관계, 국제사회의 총의 반영, 여타 국제협정과의 합치성을 판단하고 있다.⁵⁰⁾

1) 직접적 영향 및 인과관계

공해상 다량어 연승어업에 대한 MMPA 역외적용이 객관적 속지주의에 해당하여 합법성을 가지는지에 대한 첫 번째 검토로 직접적 영향 및 인과관계가 존재하는지를 살펴보고자 한다. 국내법 규정의 역외적용을 정당화하기 위해서는 관할권을 행사하는 국가에 대한 영향이 직접적이고 침해적이어야 한다.⁵¹⁾ 또한 관할권을 행사할 수 있는 다른 국가가 그러한 관할권을 행사할 만한 실익이 없어 관할권 행사를 기대할 수 없는 상황이어야 한다.⁵²⁾ 또한, 외국 기업의

48) Harvard Research in International Law, “Jurisdiction with Respect to Crime”, American Journal of International Law, vol. 29, pp. 487-88 (supp. July 1935); Jordan J. Paust, supra note 39, pp. 123-28; Leigh Robin Lamendola, “The Continuing Transformation of International Antitrust Law and Policy: Criminal Extraterritorial Application of the Sherman Act in United States v. Nippon Paper Industries”, Suffolk Transnational Law Review, vol. 22 (Summer 1999), pp. 694-96, 700; Ford v. United States, 273 U.S. 593, 623 (1927); Strassheim v. Daily, 221 U.S. 280, 285 (1911). (“Acts done outside a jurisdiction, but intended to produce and producing detrimental effects within it, justify a state in punishing the cause of the harm as if he had been present at the effect...”)

49) 이재민, “IUU 규제조치와 국내법의 역외적용. 국제경제법연구”, 45면.

50) 이재민, “IUU 규제조치와 국내법의 역외적용. 국제경제법연구”, 46면.

51) Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 U.S. 764, 798-799 (1993); Spencer Weber Waller, International Trade and U.S. Antitrust Law, Section 5.02, updated by release #7(June 1999), at 5-15, 5-16-17; Vasquez-Velasco, 15 F.3d at 839-40.

52) Trail Smelter case (U.S. v. Canada), 3 Reports on International Arbitration Awards 1905 (1949).

문제 행위와 자국 내 피해 간에 인과관계가 입증되어야 한다.⁵³⁾

그러나 현재 공해 수역에서의 다랑어 연승어업 어획물은 대부분 일본으로 수출되며, 식문화가 다른 미국의 역내로 수입되는 물량은 거의 없다. 이는 관할권을 행사하는 미국에 대한 직접적이고 침해적인 영향이 없다는 것을 뜻하며, 또한 미국은 해당 수역에서의 다랑어 연승어업 산업이 없기 때문에 우리 원양산업으로 인해 자국 산업에 악영향을 받거나 불리한 조건에 따른 경쟁으로 인한 피해가 구조적으로 발생할 수 없다. 따라서 미국이 MMPA 이행을 통해 공해수역에서의 다랑어 연승어업 어획물을 전면 수입금지 해야 하는 어떠한 직접적 영향 혹은 인과관계는 존재하지 않고, 우리 기업의 행위로 인해 촉발된 미국의 자국 기업의 피해도 존재하지 않으며, 응당 그러한 피해간에 인과관계도 없다. 결론적으로 해당 사안은 법리적으로 객관적 속지주의를 구성하지 않는다고 보여진다.

2) 국제사회 총의 및 국제법 규범과의 합치

두 번째로 검토해 볼 쟁점은 미국의 역외적용 이행 근거에 국제사회의 총의가 반영되었는지 여부와 이것이 국제법 규범과 일치하는지 여부이다. 상기에서 기술한 바와 같이 공해상에서의 다랑어 연승어업은 총 5개로 나누어진 공해 협약수역의 보존관리조치에 따라 합법적으로 이행되고 있으며, 각 협약수역별 지역수산물리기구는 유엔 해양법협약 및 경계왕래어족 및 고도회유성어족의 보존과 관리에 관한 1982년 12월 10일 유엔해양법협약관련 조항의 이행을 위한 협정(2001)에 따라 발족하였다. 또한 각 지역수산물리기구는 회원국들의 기국선에 대해 보존관리조치의 불이행 혹은 IUU 어업에 대해 자체적으로 검증 및 규제를 부과하고 있는데, 이러한 보존관리조치는 과학위원회의 자문을 근거로 하여 모든 회원국의 동의를 얻은 결의안으로 그 자체로 국제적 규범 및 질서로서의 의의를 가진다. 각국의 기국선들은 권한 있는 정부 기관 혹은 정부로부터 조

53) 윤종수, "인터넷에서의 국가관할과 국내법의 역외적용", 『공법연구』 제39집 제1호, 2010, 45면; 소병천, "국내법의 역외적용에 관한 미국의 관행", 『국제법학회논총』 제49권 제3호, 2004, 176면.

업허가를 받아야만 조업할 수가 있고, 정부는 선박에 허가를 부여하기 전 해당 선박의 조업실적이력 및 지역수산물관리기구의 불이행 사항 등을 확인하기 때문에 대한민국을 포함하는 공해에서 조업하는 기국선들의 경우 지역수산물관리기구와 정부의 관리체제에서 합법적인 조업을 이행중이라고 볼 수 있겠다.

또한 각 지역수산물관리기구의 과학위원회에서는 같은 협약수역에서 어법을 달리하는 다랑어 선망어업의 경우에는 다년간 축적된 데이터와 조업경험 등을 근거로 해당 어업이 해양포유류의 살상 및 혼획에 영향을 미치는 것으로 판단하여 다랑어 선망 어업에 대해서는 별도의 보존관리조치⁵⁴⁾를 결의하여 모든 회원국이 이를 준수하며 어업하고 있다. 그러나 다랑어 연승 어업에 대해서는 해당 어업의 특수성으로 인해 어업이 해양포유류에 미치는 영향이 거의 없거나 미비하다는 과학적 판단을 내리고 있다.⁵⁵⁾ 따라서 지역수산물관리기구의 보존관리조치를 준수하는 합법적 공해상 다랑어 연승어업에 대한 MMPA 역외적용에는 국제사회의 총의가 부재하며, 국제적 규범에 합치하지 않는다고 볼 수 있겠다.

결론적으로 MMPA 개정과 이에 따른 규제조치는 실제 적용 시 여타 국제법 규범에 그 자체로 저촉될 개연성을 적지 않게 갖고 있다. 효과 이론을 충족시킬 수 있을 만큼 직접적인 영향과 인과관계가 존재하는지 의문이고, 이러한 방식의 판단과 규제에 대한 국제사회의 명확한 공감대에 기초하고 있다고 보기도 힘들며, 나아가 관련 국제법 규범에 대한 다양한 위반 요소도 아울러 내포하고 있는 것으로 사료된다. 이러한 점들을 종합적으로 검토하면 결국 이와 같은 방식의 규제조치는 그 국제법적 타당성이 취약한 국내법의 역외적용 사례에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이며, 이러한 국내법의 역외적용은 다시 그 자체로 국가관할권에 관한 국제관습법의 위반을 구성하는 것으로 볼 수 있으며, 그 범위 내에서 이러한 관할권을 행사하는 국가에 대하여 국가책임을 초래할 것으로 보인다.

54) WCPFC CMM 2011-03 "Conservation and Management Measure to Address the Impact of Purse Seine Activity on Cetaceans"

55) FAO, Bycatch in longline fisheries and tuna-like species-A global review of status and mitigation measures(2014).

2. WTO 체제내에서의 수입규제_GATT협정상 ‘일반적 예외’ 규정을 중심으로

III장 2에서는 미 MMPA 및 이의 적용에 따른 공해상 다랑어 연승어업국에 대한 해당 어업에 따른 어획물 전면 수입 금지가 WTO 협정 위반 소지가 있는지 여부에 대해 검토해 보고자 한다. 특히 캐나다와 노르웨이가 EU를 상대로 제기했던 WTO 분쟁해결기구(Dispute Settlement Body, DSB)의 항소심 의결 중 GATT 제XX조 ‘일반적 예외’ 규정을 중점적으로 검토해 보고자 한다.

2009년 유럽연합은 바다표범 제품의 판매와 관련하여 일정한 요건을 충족하지 못하는 경우 EU 시장 내에서 판매를 금지하는 조치를 마련하였고, EU의 규정에 충족하지 못하는 경우, EU 시장 내에서 바다표범 제품의 판매를 금지하였다.⁵⁶⁾ 해당 규제조치로 인해 주로 상업적으로 바다표범을 사냥하는 캐나다와 노르웨이의 경우 요건을 충족하기는 어려웠으며, 이에 캐나다와 노르웨이산 바다표범 제품의 판매가 사실상 제한되었다.

이에 캐나다와 노르웨이는 WTO 분쟁해결기구(Dispute Settlement Body, DSB)에 양국을 제소국으로 하는 패널설치를 요청하였으며, 2013년 11월 25일 패널보고서가 채택되었다. 각국은 2014년 1월 24일과 1월 29일 항소하였고, 항소기구 보고서는 2014년 6월 18일 채택되었다. 항소심에서는 EU의 규제조치가 TBT협정상 ‘기술규정’에 해당하는지 여부, GATT협정상 ‘비차별의무’에 위반하는지 여부 그리고 GATT협정상 ‘일반적 예외’ 규정에 위반하는지 여부가 집중적으로 검토되었으며, 이 중 본고에서는 GATT 제XX조 ‘일반적 예외’ 규정 중 ‘공중도덕의 보호’ 및 ‘자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단’을 구성하는지 여부를 중점적으로 검토하고자 한다.

56) Regulation (EC) No. 1007/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on trade in seal products, Official Journal of the European Union, L Series, No. 286 (31 October 2009); Commission Regulation (EU) No. 737/2010 of 10 August 2010 laying down detailed rules for the implementation of Regulation (EC) No. 1007/2009 of the European Parliament and of the Council on trade in seal products, Official Journal of the European Union, L Series, No. 216 (17 August 2010)

1) 제XX조 (a)호 ‘공중도덕의 보호’

제소국인 캐나다와 노르웨이는 EU의 규제조치가 GATT협정 제XX조 (a)호 상 공중도덕을 보호하기 위하여 필요한 조치라는 패널의 결정에 대하여 아래의 세가지 이유로 항소하였다. 첫째로는 패널이 이누잇(inuit)족 또는 토착민이 생존을 위해 사냥한 바다표범으로 만든 제품에 대한 예외(이하 ‘IC예외’로 명시)와 해양자원관리 차원에서 사냥한 바다 표범으로 만든 제품에 대한 예외(이하 ‘MRM 예외’로 명시) 등 쟁점이 된 조치를 개별적으로 검토하지 않고 조치 전반을 단일하게 검토하였다는 것, 둘째로는 규제의 대상을 보호하지 않아 발생하는 ‘위험’에 대한 검토 없이 EU의 규제조치 전반을 공중도덕의 ‘보호’를 위해 필요한 조치라고 결정한 것, 그리고 세번째로는 EU의 규제조치가 바다표범의 보호와 관련하여 EU 공공의 도덕적 목적을 달성하는데 실질적으로 기여한다는 것을 증명하지 못했다는 것이다.⁵⁷⁾

바다표범 관련 분쟁해결절차 패널과 항소기구는 캐나다와 노르웨이가 제기했던 쟁점들을 받아들이지 않았지만, 해당 사건과 공해상 다랑어 연승어업의 사실관계에 상이한 점들이 있는 바, 해당 판결에서 쟁점이 되었던 주장과 판결의 근거를 기준으로 하여 이를 다랑어 연승어업에 적용해 볼 경우 조항의 위법 사항으로 볼 수 있는 점들이 있을지 검토해보고자 한다.

캐나다와 노르웨이는 EU의 조치가 바다표범의 보호와 관련하여 EU 공공의 도덕적 관심을 표명하기 위한 목적을 달성하는데 ‘실질적인 기여’를 하는지와 관련하여 패널이 크게 ①일관된 기준을 설정하지 않고 문제된 조치의 목적 달성에 대한 기여의 실질성을 검토한 점과 ②기여의 정도 및 범위를 구체화하지 않은 점, 그리고 ③대안조치가 합리적으로 이용가능하지 않다고 결정한 점에 대하여 항소하였다.⁵⁸⁾

첫 번째 주장에 대해 항소기구는 조치의 무역제한성을 감안하여 규제목적 달성에 있어 기여의 정도가 적어도 실질적이어야 한다고 본 패널의

57) EU Seal Products 항소기구 보고서, 5.170-5.172 문단.

58) 이길원, “EU의 바다표범 제품의 수입금지에 관한 WTO 항소기구의 결정 검토”, 국제경제법연구, 제14권 제2호, 2016, 73면.

입장에 동의하고, 그 목적 달성의 기여 수준을 평가하는데 일반적으로 확립화된 기준이 적용되지 않고 일정부분 패널에 재량이 주어진다고 판단하며 이의 근거로 브라질 재생타이어 사건에서의 항소기구 입장을 들었다.⁵⁹⁾ 공해상 다랑어 연승어업의 경우, 규제의 목적이 되는 대상종인 바다표범 자체를 사냥하는 것을 규제하는 EU의 규정과는 달리, 해양포유류를 직접적으로 어획하는 것이 아닌 다랑어종을 목표어종으로 하여 조업을 하는 가운데 의도치 않게 해양포유류가 혼획되거나 영향을 받는 것을 규제한다는 점에서 다르다고 할 수 있겠고, 또한 바다표범 규제에서는 비인도적 살상과 인도적 살상을 구분하여 예외상황을 두고 있지만, 해양포유류 규제에서는 이러한 예외상황을 구분하지 않고 다랑어 조업 전체를 비인도적 혹은 규제해야하는 대상으로 인식하고 있다는 점이 다르다고 볼 수 있겠다. 또한, 항소기구 결정에서 특별히 해양자원관리 차원에서 사냥한 바다표범으로 만든 제품에 대한 예외를 인정하지는 않았으나, 미국의 규제의 경우는 보존관리조치를 준수하고, 이의 이행을 국제수산기구를 통해 관리감독받고 있는 다랑어 조업을 전면 규제사항으로 두고 있어, 패널 및 항소기구에서 해양자원관리를 충분히 이행중인 조업으로 어획한 수산물의 경우를 예외로 인정해야 하는지 다투어 봄직하고 이러한 예외적 상황이 인정될 가능성도 낮지 않다. 혹은 그 합법성을 인정받을 가능성이 더 클 것으로 예상되며, 그렇다면 합법적 조업이 공중의 도덕을 저해하는지 여부를 따지게 되므로 본 조항의 법리를 다룰 필요도 없을 것이다. 따라서 바다표범 결정에서 사정하고 있는 규제목적 달성을 위해 있어서의 해당 규제의 기여 정도가 해양포유류 규제의 경우 훨씬 간접적이고 미비하다고 볼 수 있겠고, 패널이나 항소기구가 일반적으로 적용가능한 미리 정해놓은 기준을 사용하는지 여부와 크게 관계없이 어떠한 기준을 적용한다고 하더라도, 규제목적 달성을 위해 있어서의 기여의 정도가 실질적이라고 볼 수 없겠다.

두 번째 주장과 관련하여서도, 항소기구는 패널이 문제된 조치의 목적 달성에 대한 기여의 정도와 범위를 검토하는데 있어 일정한 재량을 가지고 있다고

59) EU Seal Products 항소기구 보고서, 5.209-5.215 & 5.216 문단.

보았으며, EU의 규제조치를 통해 바다표범 제품에 대한 세계적 수요 자체를 경감시키고, EU 공중이 비인도적으로 사냥한 바다표범으로 만든 제품을 시장에서 접할 수 없도록 한다는 점에서 목적을 달성하는데 ‘실질적인 기여’를 한다고 한 패널의 결정은 적절하다고 보았다.⁶⁰⁾ 그러나 해양포유류 규제의 경우 바다표범 규제법과는 다르게, 규제의 목적이 되는 해양포유류 보호가 규제를 통해 직접 달성될 수 없다. 왜냐하면 규제의 목적은 해양포유류 보호이고, 규제의 대상은 다랑어 조업으로, 직접적인 규제를 통해 목적 달성이 가능하지 않기 때문이다. 또한 현실적으로도 미국의 MMPA 규제조치를 통해 공해상 다랑어 조업에 대한 세계적 수요를 경감시킬 수 없고, 즉 규제의 이행이 규제목적에 기여하지 않는다. 이는 현행 공해상 다랑어 조업으로 어획한 수산물의 경우 미국이 주요 수출시장이 아니라는 점 때문이고, 따라서 공해상 다랑어 조업에 대한 미국의 규제조치가 해당 산업 자체에 큰 영향을 미치거나 세계적 수요를 감소시키지 못한다. 따라서 미국이 독자적으로 규제를 감행한다고 하더라도 업계 입장에서 규제를 수용하여 이행해야 하는 실질적 이득이 없거나 미비하고, 따라서 미국은 최소한 단기간내에 규제목적 달성에 대한 기대를 가질 수 없다. 규제는 있으나, 규제될 대상이 규제를 감수하면서까지 수출을 이행할 유인이 부족하다. 결국 현행 공해상 다랑어 조업은 미국의 규제와 동시대에 존재하지만 아무런 상관관계 없이 현행 조업수준으로 공존하게 될 것이다.

또한 바다표범 제품의 주요 소비 목적이 가치품 혹은 물품의 특성을 가진다면, 공해 다랑어 조업의 수산물의 경우에는 식량원이며 따라서 수출국가의 식량 공급원으로써의 역할 또한 가지기 때문에 다랑어 섭식을 세계적으로 수요를 감소시켜야 하는 대상이라고 볼 수 없다. 따라서 바다표범의 경우와 같이 세계적 수요를 감소시켜 얻을 수 있는 규제의 목적과 동일하게 사정될 수 없고, 오히려 미국의 규제조치가 미국인 및 미국영토에 거주하고 있는 외국인의 식품을 선택할 수 있는 기회와 권리를 저해하여 공공의 이익 및 공중도덕을 해칠 수 있다는 주장이 가능할 것으로 보인다. 최소한 해당 규제로 인해 미국 내수 시장

60) EU Seal Products 항소기구 보고서, 5.225 문단.

에 다랑어 유입이 감소하거나 가격이 오르게 되면 식량원으로써 다랑어 섭취의 기회를 잃어버리게 되는 개인의 입장에서 본다면 미국의 규제는 해양포유류보호라는 규제의 목적도 달성하지 못하고, 개인의 식문화에 차별의 기회를 초래하게 될 것이다. 유엔해양법협약에서는 공해의 자유를 보장하고 있고, 여기에는 응당 공해상 자원에 대한 이용 권리를 포함한다. 이와 같이 각 개인이 해양에 대해 갖는 관계를 해양권의 평등(Blue Equality)이라고 한다면, 공해상 다랑어 조업에 대한 MMPA 규제로 인해 미국인 및 미국 영토에 거주하는 개인의 해양권의 평등이 사양되는것이라 볼 수 있겠고, 그러한 권한이 미 행정부에 있는지 혹은 개인이 이의 판단을 국가에 위임하였는지 의문이다. 분명하게는 미국 시민이 아닌 경우 이러한 권한을 미 행정부에 위임 하였을리 만무하다. 더욱이 규제대상이 되는 현행 공해상 다랑어 어업은 국제사회의 충의를 가지는 국제 규범을 준수하는 어업으로 생산되는 합법적 수산물인 바, 바다표범 판결에서 비인도적으로 사냥한 바다표범으로 만든 제품이 내수시장에 유입되어 공중도덕에 해가된다고 본 것과는 다르게, 오히려 이러한 수산물을 소비할 수 있는 기회를 저해하는 미국의 규제가 공중도덕에 악영향을 끼친다고 볼 수 있겠고, 따라서 해당 규제가 규제의 목적을 달성하는데 실질적인 기여를 한다고 볼 수 없다.

세 번째 주장과 관련하여, 제소국은 대안조치의 합리적인 이용가능성을 검토하는데 있어 ‘인증제도의 채택’을 제시하였고, 항소기구는 대안조치의 기여 수준을 바다표범 보호 목적의 완전한 달성에 대한 기여 수준과 비교·검토하여 ‘인증제도의 채택’이 합리적으로 이용가능하지 않다는 패널의 결정이 잘못되지 않았다고 보았으며, EU의 규제조치가 GATT협정 제XX조 (a)호에서 의미하는 ‘필요한’ 조치라고 판정한 패널의 입장을 지지하였다.⁶¹⁾ 패널과 항소기구는 해당 쟁점에 대해 제소국이 제안한 대안조치의 합리적인 이용가능성을 검토하였지만, 미국의 규제에 대하여는 대안조치에 대한 합리적인 이용가능성을 검토하는 것이 아닌, 제시된 규정 이행 자체의 합리적 이용가능성을 검토하는 방안을 주장할 수 있을 것으로 보인다. 왜냐하면 현행 공해상 다랑어 연승어업을 규제

61) EU Seal Products 항소기구 보고서, 5.265-5.267, 5.279 & 5.289-5.290 문단.

하고자 하는 미국의 규정 자체가 과학적 연구 결과를 기반으로 하지 않아 합리성에 의문이 들기 때문에 미측이 자국의 규제조치가 해양포유류의 보호와 관련하여 미 공공의 도덕적 목적을 달성하는데 실질적으로 기여 한다는 것을 증명하기 상당히 어려울 것으로 예상된다. 현재 미국이 공포한 공해상 다랑어 연승어업 규제 방안은 첫째로 자국의 어업에 적용하는 기준과 동등한 기준을 적용한다고 하고 있으나, 미국은 공해상에서 다랑어를 조업하지 않고 있어 수출국에 제시할 동등한 기준이 없고, 그렇다면 둘째로, 국제적 총의가 있는 국제적 규범 혹은 이와 유사한 기준을 제시하여야 함에도 불구하고, 해당 규제에 대해 명확한 기준을 제시하지 못하고 있어, 규제의 대상인지 여부에 대해 논란의 여지가 많은 가운데, 오히려 수출국에 자발적인 규제방안을 마련하라는 지침을 주고 있어, 명확한 기준이 부재한 바, 규제의 목적인 해양포유류 보호 목적 달성에 대한 기여 수준, 비교, 검토 또한 합리적인 근거 또한 제시하지 못하고 있다. 따라서, 패널 및 항소기구가 GATT협정 제XX조 (a)호에서 의미하는 ‘필요한’ 조치라고 지지하기 어려울 것으로 예상된다.

결론적으로 해양포유류에 대한 미 공공의 도덕적 관심을 표명하기 위한 것이라는 조치의 목적을 달성하는데 미국의 규제조치가 실질적으로 기여한다고 보기 어려울 것으로 판단되며, 따라서 GATT협정 제XX조 (a)호의 쟁점에 대해 WTO 패널 및 항소기구가 미 MMPA 규정에 대해 협정 위반을 결정할 가능성이 크며, 이에 미측이 해당 조항을 근거로 하는 문제제기를 통해 실익을 기대하기는 어려울 것으로 예상된다.

2) 제XX조 ‘자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단’

항소기구는 EU의 규제조치가 제XX조 전문의 요건을 충족하는지와 관련하여 문제된 조치가 동일한 여건이 지배적인 국가간에 ‘자의적이거나 정당화할 수 없는 차별’의 수단을 구성하는지 여부를 중심으로 검토하였는데, 그러한 검토에는 TBT협정 제2조 1항 ‘불리한 대우’ 요건 해석상 검토되었던 ‘IC 예외’와 ‘MRM 예외’ 규정에 따른 ‘규제적 구분의 정당성’에 대한 분석을 적용하였다고

밝히고 있다.⁶²⁾ ‘IC 예외’ 규정의 경우에는 사냥의 목적에 기초한 ‘상업용 사냥’과 ‘IC 사냥’ 사이의 구분이 이뉴잇족의 이익 보호 측면에서 정당화될 수 있으나 공평한 방법으로 운용되거나 적용되지 않았다고 보았고, ‘MRM 예외’ 규정의 경우는 EU의 규제조치의 목적과 합리적인 연관성이 존재하지 않고 다른 근거에 의하여 정당화되지도 않으며, 공평한 방법으로도 운용되지 않았다는 점을 들어 EU의 규제조치가 제XX조 전문상의 요건을 충족하지 못하였다고 결정하였다.⁶³⁾

첫 번째로 항소기구는 ‘IC 사냥’의 경우에서도 비인도적인 방법으로 바다표범 사냥이 이루어진다는 점에서 ‘상업용 사냥’과의 규제적 구분이 바다표범의 보호에 관한 EU 공공의 도덕적 관심을 표명한다는 정책적 목적과 일치하거나 관련성이 있다고 보기에는 어렵다고 결정하였다.⁶⁴⁾ 브라질 재생타이어 사건에서의 항소기구에서도 차별의 자의성 혹은 정당성이 문제된 조치의 목적에 비추어 검토되어야 한다고 보았고, 바다표범 규제 조치에 대해서도 항소기구는 조치가 추구하는 목적과 무관하게 대우를 다르게 한 경우 ‘자의적 혹은 정당화할 수 없는 차별’에 해당한다고 결정하고 있다.⁶⁵⁾ 또한 항소기구는 결정에서 ‘MRM 예외’ 규정의 경우는 EU의 규제조치의 목적과 합리적인 연관성이 존재하지 않고 다른 근거에 의하여 정당화되지도 않으며, 공평한 방법으로도 운용되지 않았다고 보았는데, 공해상 다랑어 연승어업의 경우는 유엔 해양법협약과 경계왕래어족 및 고도회유성어족의 보존과 관리에 관한 1982년 12월 10일 유엔해양법협약관련 조항의 이행을 위한 협정(2001) 및 지역수산물리기구를 통해 관리되고 있고, 특히 해양포유류 중 고래목에 관하여는 국제포경위원회를 통해 해당 포유류 자원이 보호 및 보존되고 있다. 이러한 국제적 충의를 가지는 협약

62) Appellate Body Report, United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R (Apr. 4, 2012), 180-181 문단.

63) EU Seal Products 패널 보고서, 7.644-7.650 문단.

64) EU Seal Products 항소기구 보고서, 5.320 문단.

65) Appellate Body Report, Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, WT/DS332/AB/R (Dec.3, 2007), paras. 227-228. Panel Report, European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/R (Sept. 18, 2000), 3.507 문단.

및 협정이 미 해양포유류 규제조치가 가지는 목적과 일치하며, 이러한 회원국들의 동의는 가능한 과학적 근거를 토대로 하므로 이에 대한 타당성 및 신뢰성을 부인할 수 없다. 또한 미국의 규제의 경우 미국내에 공해상 다랑어 연승 조업을 행하는 자국민이 없고, 모든 다랑어 연승어업으로 어획한 수산물의 수입을 금지하고 있어 바다표범 사건에서처럼 수출국가에 공평한 방법으로 운용되었는지 여부를 따질 수는 없으나, 미국의 규제조치는 공해상에서 다랑어를 조업하는 모든 연승어업의 수산물을 전면 금지하여 조치가 추구하는 목적과 무관하게 대우를 다르게 한 경우에 포함된다고 볼 수 있겠고, 따라서 ‘자의적 혹은 정당화할 수 없는 차별’에 해당한다고 볼 수 있겠다.

둘째로는 ‘IC 예외’에 대한 판단기준이 전반적으로 모호하며 EU 자체적으로 승인하고 있는 기관이 상당한 재량으로 이를 평가하는 등 남용의 우려가 있고, 이를 방지하기 위한 방법 또한 마련되어 있지 않아 ‘자의적’ 혹은 ‘정당화할 수 없는’ 차별이 야기되는 방식으로 운용되고 있다고 보았다.⁶⁶⁾ 해양포유류 조치에 따른 공해상 다랑어 연승어업의 수출여부를 판단하는 기준으로 미국은 첫째, 공해의 경우 어업과 해양포유류의 살상의 상관성을 판단하여 현행 어업으로 수출이 가능한 어업과 수출이 불가능한 어업을 판단하고 이를 외국어업목록(List of Foreign Fisheries)로 공포하고, 둘째, 자국의 어업에 부과하는 수준과 동등한 조치를 취하고 있는지를 수출국의 어업에 적용 및 비교하는 ‘동등성 평가’의 절차를 규정하고 있다.

먼저 미국이 제시하고 있는 첫 번째 판단기준의 문제점은 미국이 공해의 다랑어 연승어업이 해양포유류 살상에 유의미한 악영향을 미치고 있으며 따라서 해당 어업으로 어획된 수산물은 전면 수입을 금지한다는 것인데, 해당 조치에서는 다랑어 연승어업과 해양포유류 살상의 상관성을 판단하는 과학적 근거나 기준의 타당성을 제시하고 있지 않아 수출국의 입장에서는 판단의 근거를 확인하거나 판단 결과를 예측할 수 없고, 따라서 판단기준이 전반적으로 모호하다는 점⁶⁷⁾인데, 이러한 미 MMPA법의 모호성은 미국이 2018년 3월 16일자 미

66) 이길원, “EU의 바다표범 제품의 수입금지에 관한 WTO 항소기구의 결정 검토”, 국제경제법연구, 제14권 제2호, 2016, 75면.

연방관보에 고시한 “해양포유류보호법에 따른 수산물 및 수산품 수입 규정, 외국어업목록” 중 호주가 질의하고 미 NOAA가 답변한 바⁶⁸⁾에서도 확인할 수 있다. 해당 질의에서 호주는 자국의 경우 지난 5년간의 다랑어 연승어업 중 발생한 해양포유류 상호작용 데이터를 제출하였으며, 해당 근거자료에 따르면 그 빈도가 낮아 다랑어 연승어업이 해양포유류에 미치는 악영향이 있을 가능성이 상당히 낮다(a remote likelihood of interaction)라고 하면서, 근거자료 제출을 통한 면제전환을 요청하였으나, 이에 대해 미 NOAA측은 “다랑어 연승 어업과 해양포유류의 상호작용을 낚시비늘에 걸린 다랑어를 해양포유류가 먹고 달아난 자국(predation)과 혼획으로 인지하고 있다면서, 데이터를 통해 predation을 증명할 수 없는 경우, 다랑어 연승 어업에 있어 해양포유류의 살상 혹은 심각한 부상이 발생할 가능성이 낮지 않다라고 판단하고 있다”라고 하고 있다.

그러나 이러한 미측의 주장에는 두 가지 지적할 만한 점이 있는데, 첫 번째로는 조업 중 predation이 발생한다는 점과 그러한 상호작용이 해양포유류에 악영향을 미친다고 볼 수 있느냐라는 문제제기이고, 이러한 판단 기준을 적용하는 것이 과학적으로 입증된 것이냐라는 점인데, 이러한 미국의 일방의 주장을 입

67) 미 연방관보 National Oceanic and Atmospheric Administration, “Fish and Fish Product Import Provisions of the Marine Mammal Protection Act List of Foreign Fisheries”(03/16/2018)

68) 미 연방관보 National Oceanic and Atmospheric Administration, “Fish and Fish Product Import Provisions of the Marine Mammal Protection Act List of Foreign Fisheries”(03/16/2018)
Australia Comment 6: For the Commonwealth prawn fishery and tuna longline fishery, Australia considers the number of reported marine mammal interactions over the reported five-year period to indicate a remote likelihood of interaction and therefore exempt status. Response: NMFS classified these fisheries based on analogous gear types in U.S. fisheries and historic interactions in these Australian fisheries. Several prawn fisheries have documented interactions with marine mammals such that the likelihood of incidental mortality and serious injury is more than remote. Marine mammals interact with and predate on bait and catch in the tuna longline fishery. Absence sufficient documentary evidence, NMFS determined, based on the predation rate, the likelihood of marine mammal mortality and serious injury is more than remote. Also, NMFS is unaware of best practice guidance or mitigation measures to reduce marine mammal interactions or bycatch in tuna longline fisheries. NMFS welcomes further analyses of the bycatch rates associated with these fisheries, and an analysis of the bycatch compared to the bycatch limits for the species interacting with these fisheries. Moreover, NMFS looks forward to working with Australia to achieve a bycatch risk assessment of marine mammal interactions in tuna longline fisheries in the Indian Ocean and Western and Central Pacific Ocean.

증할 만한 근거가 제시되지도 않았으며, 또한 이러한 과학적 논의가 UN 국제기구나 다랑어 지역수산물기구 차원의 회의에서 이루어진적이 없으며, 그렇다면 최소한 신뢰할 수 있을 만한 과학위원회의 검토를 받아 그렇게 볼 수 있다는 가능성이거나 다소 인정받았다고도 보기 어렵다는 점이다. 따라서 미측은 과학적 근거를 제시하지 않고 어업 중 발생하는 predation까지를 해양포유류에 악영향을 미치는 상호작용으로 단정하고, 이를 수출국에 증명할 것을 주장하고 있으나, predation이 존재한다는 점과 그러한 predation이 해양포유류에 악영향을 미친다는 연구결과가 없다는 점은 개정된 미 해양포유류보호법 자체가 그러한 법적용의 근거가 뒷받침 되는 판단 기준을 제시하지 못하고 있으며 그 적용에도 큰 의문이 제기되는 바, 법의 내용과 법의 적용이 상당히 모호하다고 평가될 수 밖에 없을 것으로 생각된다.

두 번째로는, 어업과 해양포유류 사이의 악영향이 있을 수 있다고 판단하여 카테고리 I과 II로 분류하고 있는 미국의 자국 다랑어 연승어업 중 일부가 현재 이행하고 있는 혼획저감조치⁶⁹⁾(Take Reduction Programme)에서도 미국이 자국의 어업선들에게 조업데이터 기록 보고서(log book)를 통해 predation 데이터를 기재 및 제출하도록 하고 있지 않아, 수출 가능성 판단에 근거가 되는 해당 데이터 수집 및 제출을 타국의 다랑어 연승어업에게만 요청한다는 문제가 제기될 수 있겠다. WTO의 EU 바다표범 판결에서 패널은 “EU가 자체적으로 승인하고 있는 기관이 상당한 재량으로 이를 평가하는 등 남용의 우려가 있고, 이를 방지하기 위한 방법 또한 마련되어 있지 않아 ‘자의적’ 혹은 ‘정당화할 수 없는’ 차별이 야기되는 방식으로 운용되고 있다”고 보았는데, 이에 따르면 미 해양포유류보호법이 공해상 다랑어 연승어업에 대한 법적용에 있어서 이러한 수입규제에 대한 기준 및 적용을 자체적으로 승인하고 있고, 상당한 재량으로 이를 평가하고 있으며, 이를 방지하기 위한 방법이 마련되어 있지 않고 모든 결정은 수출국이 판단하여 관련이 있다고 짐작되는 모든 관련 서류를 미 NOAA측에 제시하고 이에 대한 판단을 기다리는 방법 밖에는 존재하지 않은 바, 최소한

69) <https://www.fisheries.noaa.gov/national/marine-mammal-protection/marine-mammal-take-reduction-plans-and-teams>

미 해양포유류 보호법이 공해상 다랑어 연승어업에 대해 요구하고 있는 데이터 제출 내용과 판단기준 등이 이전에 있었던 WTO GATT 패널 판결과 비교 및 고려해 볼 때, ‘자의적’ 혹은 ‘정당화할 수 없는’ 차별이 야기되는 방식으로 운용되고 있다고 볼 수 있을 것이라 생각한다.

동시에 미국이 제시하는 그러한 기준은 국제기구가 판단하고 있는 현황 및 과학적 판단⁷⁰⁾과 대치된다는 점도 고려한다면 수출규제의 범위를 산정하는 판단 기준이 모호하다는 점은 분명하게 드러나는 듯하다. 따라서 현재 미 MMPA 법은 수출국이 해당 법규정을 읽고 이해하는 것만으로는 자국의 행위에 대해 합법과 위법을 구분할 수 없게 된다. 또한, 시행규칙에 명시된 지침에 따라 미국의 수출어업 판단을 받기 위해서는 미국이 요청하는 특정 데이터를 제출하는 방식이 아닌 수출국이 관련이 될 것으로 짐작하는 데이터 및 관련 문서 전체를 미측에 제출하도록 하고 있고 이를 판단기관인 미 해양대기청에서 검토하여 결과를 통보하는 방식을 취하고 있어 승인기관이 상당한 재량으로 평가하는 등의 남용의 우려가 적지 않다는 점이다. 실제로 해당 평가를 받기 위해 미측에 제출하는 문서의 내용 중에는 국가가 관리하는 의미있는 기본 데이터들이 상당수 포함되는 바, 이에 대한 지식재산권법에 관련된 문제 등의 부담도 우려되는 바가 있고, 데이터 활용 기준 합의문 서명 등 이러한 발생 가능한 침해 혹은 남용을 방지하기 위한 방법 또한 마련되어 있지 않다. 따라서 미 해양포유류법이 공해상 다랑어 조업을 규제하는 것이 ‘자의적’ 혹은 ‘정당화할 수 없는’ 차별이 야기되는 방식으로 운용되고 있다고 보아도 무방할 것으로 생각된다.

항소기구는 셋째로 ‘IC 예외’ 규정에 따라 사실상 그린란드산 바다표범 제품만이 EU시장 내에서 판매되었으며, 캐나다산 바다표범 제품의 경우 이와 동등한 시장접근의 편익이 제공되지 않았다고 결정하였다.⁷¹⁾ 미 해양포유류 규제 조치에서는 합법적 공해상 다랑어 어업 수산물의 경우는 단순히 시장내 진입에 장애요소를 발생시키는 수준이 아닌, 미국으로의 수입자체가 불가하다고 명시

70) FAO, Bycatch in longline fisheries and tuna-like species—A global review of status and mitigation measures(2014).

71) 이길원, “EU의 바다표범 제품의 수입금지에 관한 WTO 항소기구의 결정 검토”, 76면.

하고 있고, 따라서 시장접근의 편의가 제공되었는지 여부를 논할 수도 없는 원천적이고, 전면적인 조치인 바, 바다표범 물품에 대한 EU의 조치보다 훨씬 강력한 피해가 예상되며, 따라서 이에 상응하는 더 높은 수준의 입증 책임을 미국이 부담하여야 할 것이고, 입증이 가능하지 않을 것으로 예상된다.

이외에도 향소기구는 캐나다 이뉴잇족이 만든 제품의 시장 진입을 돕기 위해 관련 국가들과 협력적 관계 형성을 위해 노력하지 않았다는 점을 지적하였고, 이러한 맥락은 다자적 해결의 중요성을 거론하여온 향소기구의 일관적인 기조이며, 이러한 견해는 미국 새우사건에서도 찾아 볼 수 있다.⁷²⁾ 따라서, 추후 소가 제기될 경우, 미국이 지역수산물관리기구를 통해 회원국들과의 협력적 관계 형성을 통한 해양포유류 보호 조치 이행을 노력을 하였는지 여부 또한 사정될 수 있을 것으로 예상된다.

이전 WTO 분쟁해결의 패널 및 향소기구의 결정들을 근거로하여 종합적으로 볼 때, 미 MMPA 이행에 따른 공해상 다랑어 어업 어획물 수입 규제가 GATT협정 제XX조 전문의 요건을 충족하는 방식으로 이루어졌다는 것으로 보기 어려우며, 이에 따라 미국의 규제조치는 GATT협정 제XX조 (a)에 따라 정당화될 수 없다고 결정될 가능성이 클 것으로 사료된다.

IV. 결 론

다랑어 연승어업을 포함하는 현행 공해상 조업은 국제적 총의가 반영된 유엔 해양법협약과 이에 따른 경계왕래어족 및 고도회유성어족의 보존과 관리에 관한 1982년 12월 10일 유엔해양법협약관련 조항의 이행을 위한 협정(2001) 및 공해생물자원을 보존관리하는 50여개의 지역수산물관리기구의 협약을 근거로 하여 각 회원국의 합의에 따른 국제적 규범과 질서로 유지되고 있다. 따라서 현

72) Appellate Body Report, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998). 165 문단.

행 공해상 다랑어 연승어업 및 해당 어업으로 어획된 수산물은 조업허가에서부터 수산물 양륙에 이르기까지 지역수산물관리기구의 보존관리조치를 준수하여야 할 의무를 가지며, 각 기구의 이행위원회로부터 관리감독을 받아 어획된 수산물인 바, 국제법과 규범을 준수하여 합법적으로 어획된 수산물이라고 볼 수 있겠다.

미국의 MMPA에 따르면 자국의 독자적인 기준 및 판단에 따라 수산물 수출국에 대해 수입을 규제하고자 하는 조치를 명시하고 있는데, 미국이 채택하고 있는 다양한 형태의 통상 규제조치는 가장 강력한 형태인 전면 금지의 형태를 가지고 있고, 특히 유엔 해양법협약에 따른 국제수산물기구의 협정을 준수하며 합법적으로 이행되고 있는 공해상 다랑어 연승어업의 어획물을 전면 수입 제한 한다는 점에서 일종의 국내법의 역외적용 문제를 내포하고 있다고 보여진다. 미국이 공해상 다랑어 연승어업이 해양포유류 살상에 유의미한 악영향을 미치고 있으며 따라서 해당 어업으로 어획된 수산물은 전면 수입을 금지한다는 입장이나, 실제적으로 해당 법령에서는 다랑어 연승어업과 해양포유류 살상의 상관성을 판단하는 과학적 근거나 기준의 타당성을 제시하고 있지 않고 있고, 이러한 미국의 일방의 전제는 국제기구에서 심도있게 논의되었던 적도 없을 뿐더러 다수 과학자들의 지지를 받는 이론으로 보기 어렵다는 점, 해당 의제가 신뢰할 수 있는 논박 혹은 논의를 통해 검증 받은 바가 없다는 점을 고려해야 할 필요가 있어 보이며, 타 국가의 수출을 규제하기 위해 특정 어업 행위에 대한 합법성을 판단하는데 있어 그 기준으로 적용될 수 있을 만큼 다수의 과학자들의 지지를 받는 이론이라고 보기 어려울 뿐만 아니라, 그 과학적 입증 결과를 미측이 제시할 수 없다는 맹점을 가진다고 볼 수 있겠다.

더 나아가, 현재 미 MMPA 법은 수출국이 해당 법 규정을 읽고 이해하는 것만으로는 자국의 행위에 대해 합법과 위법을 구분할 수 없게 된다. 현행 시행 규칙에 명시된 지침에 따라 미국의 수출어업 판단을 받기 위해서는 미국이 요청하는 특정 데이터를 제출하는 방식이 아닌 수출국이 관련이 될 것으로 짐작하는 데이터 및 관련 문서 전체를 미측에 제출하도록 하고 있고 이를 판단기관

인 미 해양대기청에서 검토하여 결과를 통보하는 방식을 취하고 있어 승인기관이 상당한 재량으로 평가하는 등의 남용의 우려가 적지 않다는 점도 크게 지적될 수 있는 쟁점이 될 것이라 생각한다. 따라서 수출국의 입장에서는 판단의 근거를 확인하거나 판단 결과를 예측할 수 없고, 결국 판단기준이 전반적으로 모호하다는 점, 결과적으로는 이러한 쟁점들을 그간의 WTO GATT 패널 판결들과 비교 및 고려해 볼 때, 미국이 해양포유류보호법을 근거로 하여 해당 어업방식으로 어획된 수산물과 수산품의 수출을 금지한다는 것은 '자의적' 혹은 '정당화할 수 없는' 차별이 야기되는 방식으로 운용되고 있다고 볼 수 있는 가능성이 크다고 할 수 있겠다.

최근 국내법의 역외적용 문제에서 주로 논의되는 상황은 이와 같이 그 자체로 역외적 성격을 보유하는 관할권 원칙의 적용에서 파생되는 문제가 아니라, 외국에서 발생한 행위가 자국의 영토에 영향을 미치는 것을 근거로 관할권을 확대 적용하고자 하는 움직임과 연관되어 있는데, 여기서의 법적 쟁점은 MMPA의 이행이 이러한 객관적 속지주의를 구성하여 정당화될 수 있는지 여부이다. 객관적 속지주의를 구성하기 위해서는 관할권을 행사하는 국가에 대한 영향이 직접적이고 침해적이어야 하고, 관할권을 행사할 수 있는 다른 국가가 그러한 관할권을 행사할 만한 실익이 없어 관할권 행사를 기대할 수 없는 상황이어야 하며, 또한, 외국 기업의 문제 행위와 자국 내 피해 간에 인과관계가 입증되어야 하는데, 미국이 MMPA 이행을 통해 공해수역에서의 다랑어 연승어업 어획물을 전면 수입금지 해야 하는 어떠한 직접적 영향 혹은 인과관계는 존재하지 않고, 우리 기업의 행위로 인해 촉발된 미국의 자국 기업의 피해도 존재하지 않으며, 오히려 그러한 피해간에 인과관계도 없다고 보여진다. 두 번째로는 미국의 역외적용 이행 근거에 국제사회의 총의가 반영되었는지 여부와 이것이 국제법 규범과 일치하는지 여부를 보았는데, 다랑어 연승어업을 포함하는 공해상 조업은 유엔 해양법협약에 근거하여 수역별 혹은 어종별로 구성되는 지역수산기구를 통해 보존 및 관리되고 있고, 유엔협약 및 다자협약을 통해 국제사회의 총의를 확인할 수 있고 또한 이를 통한 국제적 규범으로 관리되고 있는 비를

참작하면, 합법적 공해상 다량어 연승어업에 대한 미국의 MMPA 역외적용에는 국제적 규범에 합치하지 않는다고 볼 수 있겠다.

미 MMPA 및 이의 적용이 공해상 다량어 연승어업국에 대한 어획물 수입 전면 금지 규제가 WTO 협정 위반 소지가 있는지 여부에 대해 검토하고자 GATT협정상 ‘일반적 예외’ 규정에 위반되는지 여부를 분석해 보았고, 특히 GATT 제XX조 ‘일반적 예외’ 규정 중 ‘공중도덕의 보호’ 및 ‘자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단’을 구성하는지 여부를 중점적으로 검토하였다. 먼저 공중도덕의 보호를 구성하는지를 검토하기 위해 EU의 바다표범 규제 사건에서의 세가지 기준인 목적 달성에 대한 기여의 실질성 검토, 기여의 정도 및 범위, 제시된 규정 이행의 합리적 이용가능성을 검토하였으나, 결론적으로 해양포유류에 대한 미 공공의 도덕적 관심을 표명하기 위한 것이라는 조치의 목적을 달성하는데 미국의 규제조치가 실질적으로 기여한다고 보기 어려울 것으로 판단된다. 또한, MMPA의 규제가 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별의 수단을 구성하는지 여부를 보았는데, 이전 WTO 분쟁해결의 패널 및 항소기구의 결정들을 근거로 하여 종합적으로 판단할 때, 미 MMPA 이행에 따른 공해상 다량어 어업 어획물 수입 규제가 GATT협정 제XX조 전문의 요건을 충족하는 방식으로 이루어졌다는 것으로 보기 어려우며, 이에 따라 미국의 규제조치는 GATT협정 제XX조 (a)에 따라 정당화될 수 없다고 결정될 가능성이 클 것으로 사료된다고 보았다.

더 나아가, GATT 협정 제1조(최혜국 대우), 제3조 (내국민 대우), 제11조 (수량제한 금지)등에 각각 위반될 소지도 있을 것으로 보이며, GATT 협정의 위반은 이에 상응하는 FTA 협정 조항에 대한 위반도 동시에 초래한다는 점을 고려하면, 우리나라와 미국 간에는 FTA 협정이 체결되어 있고, 상기 조항에 대한 위반은 동시에 또는 독립적으로 FTA 관련 조항에 대한 위반을 구성할 가능성도 적지 않다는 결론에 도달하게 된다.

투고일	2019. 04. 19
1차 심사일	2019. 06. 12
게재확정일	2019. 06. 17

■ ■ 참고문헌

국내문헌

[단행본]

1. 김대순, 『국제법론』 제17판, (서울: 삼영사, 2013)
2. 김정균·성재호, 『국제법』 제3개정판 (박영사, 2000)
3. 이병조·이중범, 『국제법신강』 제9개정정보완수정판 (일조각, 2008)
3. 정인섭, 『신국제법 강의: 이론과 사례』, 제5판 (서울: 박영사, 2014), 195면.
4. 해양수산부, 국제수산물기구업무편람, 2019

[논문]

5. 김석호, “미국 경제제재법의 국제적 불법성”, 『법학연구』 제29호, 2008
6. 김성규, “소극적 속인주의에 대한 제한으로서의 쌍방가벌성의 요건: 그 문제점과 대안”, 『성균관법학』, 제20권 제3호 (2009년 4월)
7. 노영돈, “국내경제법의 역외적용과 국가관할권의 충돌에 관한 연구: 경쟁법을 중심으로”, 『국제법 학회논총』 제47권 제1호, 2002
8. 소병천, “국내법의 역외적용에 관한 미국의 관행”, 『국제법학회논총』 제49권 제3호, 2004
9. 윤종수, “인터넷에서의 국가관할과 국내법의 역외적용”, 『공법연구』 제39집 제1호, 2010
10. 이길원, “EU의 바다표범 제품의 수입금지에 관한 WTO 항소기구의 결정 검토”, 『국제경제법연구』, 제14권 제2호, 2016
11. 이석용, “국제어업법의 변화와 지역수산물 강화에 따른 대응방안 고찰”, 『서울법학』, 제22권 제1호, 서울대학교, 2014
12. 이재민, “IUU 규제조치와 국내법의 역외적용. 국제경제법연구”, 『국제경제법연구』, 제12권 제3호, 서울대학교, 2014
13. 전지연, “형법 제3조의 적극적 속인주의의 문제점과 해결방안”, 『법학연구』 (연세대학교 법학연구소), 제19권 제2호 통권 42호 (2009년 6월)

외국문헌

[단행본]

14. Barry Carter, et al. *International Law*, 4th edn., (Aspen Publishers, 2003), p. 649; Antonio Cassese, *International Law* 2nd edn. (Oxford Univ. Press, 2005)
15. Gary B. Born & David Westin, *International Civil Litigation in United States Courts* (2nd ed. 1992)
16. Jordan J. Paust, *International Criminal Law: Cases and Materials* (Carolina Academic Press, 1996)
17. Martin Dixon, *International Law* (Oxford Univ. Press, 2005)
18. Spencer Weber Waller, *International Trade and U.S. Antitrust Law*, Section 5.02, updated by release #7(June 1999)

[논문]

19. Chad Stockel, “Sherman’s March on Japan: U.S. v. Nippon Paper and the Extraterritorial Reach of Criminal Antitrust Law”, *Transnational Law and Contemporary Problems* vol. 9 (Spring 1999)
20. Harvard Research in International Law, “Jurisdiction with Respect to Crime”, *American Journal of International Law*, vol. 29(supp. July 1935).
21. Leigh Robin Lamendola, “The Continuing Transformation of International Antitrust Law and Policy: Criminal Extraterritorial Application of the Sherman Act in United States v. Nippon Paper Industries”, *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 22 (Summer 1999)
22. Seung Wha Chang, “Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Laws to Other Pacific Countries; Proposed Bilateral Agreements for Resolving International Conflicts within the Pacific Community”, *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 16,(Spring 1993)

[판례]

23. Ford v. United States, 273 U.S. 593, 623 (1927)
24. Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 U.S. 764, 798-799 (1993)
25. Strassheim v. Daily, 221 U.S. 280, 285 (1911)
26. Vasquez-Velasco, 15 F.3d at 839-40
27. Trail Smelter case (U.S. v. Canada), 3 Reports on International Arbitration Awards 1905 (1949)

[자료]

28. UN 해양법협약, 제87조
29. UN 해양법협약 제107조
30. UN 해양법협약 제111조
31. UN 해양법협약, 제116조
32. UN 해양법협약, 제117조
33. UN 해양법협약, 제118조
34. UN 해양법협약, 제119조

35. 16 U.S.C. ch. 38 § 1801 et seq
36. 16 U.S.C. 1826i, 1826j, 1826k, 1857, 4107a
37. 16 U.S. Code Chapter 31
38. 50 CFR 216.24(h)(6)(iii)(A)
39. 50 CFR §300.206
40. 81 FR 54390(2016.8.15.)
41. 82 FR 2961 pp. 2961-2962
42. 83 FR 11703 pp. 11703-11727
43. Department of Commerce (NOAA), Report to Congress Pursuant to Section 403(a) of the Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management

Reauthorization Act of(2006)

44. FAO, Illegal, unreported and unregulated fishing(2016)
45. FAO, Bycatch in longline fisheries and tuna-like species-A global review of status and mitigation measures (2014)
46. Council Regulation (EC) No 1005/2008 of 29 September 2008 establishing a Community system to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing, amending Regulations (EEC) No 2847/93, (EC) No 1936/2001 and (EC) No 601/2004 and repealing Regulations (EC) No 1093/94 and (EC) No 1447/1999
47. European Commission, Commission Decision of 26 November 2013 on notifying the third countries that the Commission considers as possible of being identified as non-cooperating third countries pursuant to Council Regulation (EC) No 1005/2008 establishing a Community system to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing(2013/C 346/03), Official Journal of the European Union
48. Regulation (EC) No. 1007/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on trade in seal products, Official Journal of the European Union, L Series, No. 286 (31 October 2009)
49. Commission Regulation (EU) No. 737/2010 of 10 August 2010 laying down detailed rules for the implementation of Regulation (EC) No. 1007/2009 of the European Parliament and of the Council on trade in seal products, Official Journal of the European Union, L Series, No. 216 (17 August 2010)
50. EU Seal Products 향소기구 보고서
51. Appellate Body Report, United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes, WT/DS406/AB/R (Apr. 4, 2012)
53. Appellate Body Report, Brazil - Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, WT/DS332/AB/R (Dec.3, 2007), paras. 227-228. Panel Report, European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/R (Sept. 18, 2000)

54. Appellate Body Report, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (Oct. 12, 1998)
55. Federal Register, National Oceanic and Atmospheric Administration, “Fish and Fish Product Import Provisions of the Marine Mammal Protection Act List of Foreign Fisheries”(03/16/2018)
56. CCSBT, “Resolution to Align CCSBT’s Ecologically Related Species measures with those of other tuna RFMOs” (Adopted at the Twenty Fifth Annual Meeting - 18 October 2018)
57. WCPFC, CMM 2011-03 “CONSERVATION AND MANAGEMENT MEASURE FOR PROTECTION OF CETACEANS FROM PURSE SEINE FISHING OPERATIONS”

[인터넷자료]

58. https://ec.europa.eu/fisheries/cfp/international/rfmo_en
59. <https://www.fisheries.noaa.gov/national/marine-mammal-protection/marine-mammal-take-reduction-plans-and-teams>