

인터넷과 國際法上的의 課題

文 俊 朝*

차 례

- I. 서 론
- II. 국가관할권 문제
- III. 저작권보호 문제
- IV. 인터넷상거래와 이중과세방지 문제
 - 1. 직접과세
 - 2. 가상공간회사의 원천지과세와 거주지과세
 - 3. 거래소득과 로열티소득
- V. WTO내 서비스교역이사회에서의 최근 논의
 - 1. Work Program on Electronic Commerce
 - 2. 주요 쟁점
- VI. 결 론

* 韓國法制研究院 研究委員, 法學博士

I. 서론

최근 인터넷과 둘러싸고 많은 법적인 논쟁들이 제기되고 있으며 새로운 거래 형태인 전자상거래 분야가 가장 대표적이다. 논의 순서에 따라 말한다면, 인터넷이란 무엇인가, 계약법 또는 재산법이 존재하듯이 인터넷 법이 존재하는가, 그 내용은 무엇인가가 선결문제(preliminary problems)가 될 것이다. 이른바, 가상공간(cyberspace)이 하나의 법률체계(legal system)를 갖는 장소인가, 그 내용은 정확히 확인될 수 있는 것인가의 문제인 것이다. 그러나, 인터넷은 그 역사가 대단히 짧아 이에 관한 국내법이 등장한 것도 최근 일이며, 얼마 전까지도 인터넷은 법으로부터 자유로운 지대(law-free zone)라고 생각하는 경향이 있었다.¹⁾ 현재도 인터넷이나 사이버 공간에 대한 정의는 충분하지 아니하며, 이 분야의 법이 형성되고 있는 중이라고 보아야 할 것이다.²⁾

본고에서는 몇 가지 기본적인 문제 이외에, 국제법 분야에서 특히 국제통상과 관련하여 논의되고 있는 대표적인 쟁점사항에 대해서만 다루게 될 것이다. 여기에서는 WTO내에서의 최근의 논의 중에서 서비스거래에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Services)의 적용과 관련하여 전개되고 있는 내용들을 주로 소개함으로써 이를 통해 전자상거래의 국제법적 전망을 해보고자 한다. 인터넷을 통하여 구입하고 대불을 지불하지만 물리적으로(physically) 전달되는 상품과 서비스는 상품의 거래에 관한 WTO의 규칙의 적용을 받을 수는 있다. 그러나 인터넷상에서 디지털 정보로서 전달되는 상품

1) 인터넷 권위지인 Being Digital(1995)이라는 저서의 저자 Nicholas Negroponte는 "National law has no place in cyberlaw. ... Cyber law is global law, which is not going to be easy to handle."이라고 표현한 바 있다. Lilian Edwards and Charlotte Waelde, *Law and the Internet*, (Oxford: Hart Publishing, 1997), p.4에서 재인용: 인터넷이 활성화되지 아니한 당시에는 그 표현이 가능하였는지 모르지만, 최근 각국에서 인터넷 특히 전자상거래 관련 법령들을 제정하고 있다는 점에서 5년만에 시대착오적인 것이 되어 버렸다 할 것이다.

2) 현재에도 cyberlaw에 대한 전망에서 전통적인 법제도에 영향을 미치지 아니할 것이라는 주장과 근본적인 변화를 초래할 것이라는 상반되는 주장이 있다. Shinichiro Hayakawa, *Private Law in the Era of Internet*, in Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono(eds.), *Legal Aspects of Globalization: Conflict of laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, (The Hague: Kluwer Law International, 2000), pp.30~31.

의 경우에는 상황이 대단히 복잡하다. 바로 이러한 이유 때문에 1998년 이후 WTO에서는 여러 분야에서 전자상거래문제를 다루어 왔으나 새로운 상품·서비스 전달방법의 독특한 성격으로 인해 또한 이해관계의 불일치로 합의에 도달하지 못한 쟁점들이 많다. 대체적으로 인터넷 접근 서비스의 제공 및 인터넷을 통해 전달되는 상품들의 경우에는 서비스 거래에 관한 일반협정의 적용범위내에 있다는 점은 국가마다 별다른 이의는 없지만, 특정한 활동이 어느 정도로 회원국들의 시장접근약속(market-access commitments)의 범위에 포함되느냐의 문제를 중심으로 대단히 민감한 부분들이 많다.

II. 국가관할권 문제

인터넷과 관련된 사건에서도 어떠한 국가의 법원이 재판관할권을 갖느냐는 피고에 대한 인적관할권이 없는 법원의 판결은 무효라는 점에서 대단히 중요한 문제라 할 수 있다. 소송법상 통상적인 사건의 경우, 원고와 피고가 법정에서 출두하여야 하는 바, 이러한 소송당사자의 직접출두 관념은 공정성, 분쟁과의 합리적 연관성(reasonable nexus), 적절한 통지 및 반론기회를 보장하기 위한 것이다. 이 점에 착안하여 그러한 절차만 보장된다면 인터넷 관련 사건에서도 어떠한 국가의 법원이 예컨대, 당해 국가에서 영업활동을 하면서도 피고로서 응소하는 것에 동의하지 아니하거나, 당해 국가에 사무실을 개설하고 있지도 않고 방문하지도 않는 비거주자와 관련된 사건에 대한 관할권을 행사할 수 있다는 주장이 제기되고 있다.

예컨대, 미국에서는 외국의 법원이 관할권을 행사할 수 있는지의 여부를 결정함에 있어서는 “예측가능성”(foreseeability)을 결정적인 고려요소로 하고 있다. 이러한 예측가능성이라 함은 피고가 그 행위의 성격 및 법정지국과의 연관성으로 보아 그 국가의 법원에서 재판을 받게 될 것임을 당연히 예상할 수 있어야 함을 의미한다.³⁾ 미국의 연방대법원은 개인이 특정한 행위가 외국

3) World-Wide Volkswagen v. Woodson, 444 U.S. 286, 297, 62 L.Ed.2d 490, 100 S.Ct.559(1980); Perkins v. Benquet Consol. Mining Co., 342 U.S. 437, 445~47, 96 L.Ed. 485, 72 S.Ct.413(1952). 피고는 법정지국에서의 자신의 활동이 실질적(substantial)이거나 지속적이고 조직적인(continuous and systematic) 경우에는 자신의 행위와 무관한 소송원인(causes of action)에 대해 반론을 제기하기 위해 그 국가의 법원에서 재판을 받는 것에 동의할 수도 있다.

의 관할권에 속할 수 있다는 정당한 경고(fair warning)를 받아야 한다는 요건에 대해 “법원은 응소하지 아니하는 州밖의 피고에 대한 관할권을 행사하고자 하는 경우, 당해 피고가 법정지의 어떤 거주자를 대상으로 특정한 목적으로(purposefully) 자신의 활동을 수행하였고 또한 소송이 그러한 활동으로부터 발생한 또는 그와 관련된 문제의 피해로 인해 제기된 것이라면 상기의 정당한 경고 요건은 충족된 것이다.”라고 판시한 바 있다.⁴⁾

외국기업이 법정지국 영역 내에서 활동하고 있는 때에는 당해 국가의 법원의 관할권에 복종하여야 한다.⁵⁾ 그러한 경우, 회사는 자신이 그 국가에서 소송에 휘말릴 수 있음을 분명히 인식하고 보험에 가입함으로써 - 예상되는 비용을 고객에게 전가시킴으로써 - 부담이 되는 소송의 위험을 경감시킬 수 있을 것이며 그러한 위험이 너무 크다고 판단되는 경우에는 그 국가와의 연계(connection)를 단절할 수도 있을 것이다.⁶⁾ 미국의 州間의 어느 사건에 관한 판례에 따르면 단순히 州間 통신시설을 이용하는 것으로는 그 통신의 발송자에 대한 관할권을 확립시키는데 충분하지 않다고 한다.⁷⁾ 그러나 어느 주에서의 활동이 그 거주자

4) Burger King Corp. v. Rudzewich, 471 U.S. 462, 85 L.ED.2d. 528, 105 S.Ct. 2174(1985).

5) Hanson v. Denkla, 357 U.S. 235, 2 L.ED.2d 1283, 78 S.Ct. 1228(1958); Quill Corp. v. North Dakota, 504 U.S. 298, 119 L.ED.2d 91, 112 S.Ct. 1904(1992)에서는 “외국기업이 목적을 가지고 법정지국의 경제시장의 혜택을 활용하였다면, 그 기업은 당해 국가에 물리적으로 실재하고 있지 않다 할지라도 그 인적관할권에 복종할 수 있다.”라고 판시하였다. 그러나, Asahi Metal Ind. Co. v. Superior Court, 490 U.S. 102, 112, 94 L.ED.2d 92, 107 S.Ct. 1026(1987)에서는 “최소한의 접촉(minimum contracts)의 확인을 위하여 필요한 피고와 법정지국간의 실질적인 연계(substantial connection)가 당해 법정지국에 대하여 의도적으로 행하여진 행위에 의하여 발생되어야 한다. … 그러나, 그 상업의 흐름(stream)이 문제의 상품을 법정지국으로 들어가도록 할 수 있거나 들어가게 할 것이라고 피고가 인식하였다고 해서 단순히 그러한 제품을 그렇게 흐르도록 한 행위가 의도적으로 법정지국에 대하여 행하여진 행위로 전환되는 것은 아니다.”라고 판시하였다.

6) Jonathan Rosenoer, *Cyber Law: The Law of the Internet*, (Springer - Verlag New York, Inc., 1997), p.228.

7) Thos. P. Gonsejo Nacional de Production de Costa Rica, 614 F.2d 1247, 1254(9th Cir.1980)에서는 “메일, 전화 또는 기타 국제 통신 그 자체만으로는 당해 국가의 혜택 또는 보호를 수반하는 목적있는 활동(purposeful activity)으로서의 성격을 갖지 아니한다.”라고 판시하였다. 또한 Interdyne Co. V. SYS Computer Corp., 31 Cal. App.3d 508(1973)에서는 “어느 캘리포니아州的 기업이 다른 주에서 상품구입자-일반적인 목적을 위하여 캘리포니아州에 실재하고 있지 아니한 구입자-를 찾아내어 당해 州 밖의 대리인을 통하여 또는 州間 메일과 전화를 통하여 그와 거래하였다

를 “대상으로 특정 목적으로”(purposefully directed) 행하여졌고 당해 소송과 중요한 관련성이 있는 電子 계약이 체결되어 있다면, 이를 근거하여 그 州가 관할권을 행사할 수 있다는 판례도 있다.⁸⁾

미국 연방대법원은 “실질적인 수량의 거래가 州間의 경계를 넘어 메일과 유선통신만으로 이루어짐으로써 특정한 주내의 물리적인 駐在(physical presence)의 필요성을 제거하였다는 것은 현대 상업생활의 불가피한 사실이다. 상거래자의 활동이 다른 주의 거주자에 대하여 “특정한 목적을 가지고” 행하여진 것인 경우, 우리는 유형적인 계약(physical contract)이 없으면 그 주의 인적 관할권이 확립되지 못한다는 관념을 일관되게 배척하여 왔다.”라고 판시한 바 있다.⁹⁾ 한편 플로리다에서 전산 항공기예약시스템 운영자가 계약상의 리스료 지불을 하지 않았다는 이유로 뉴욕의 여행사를 상대로 소송을 제기한 사건이 있었다. 그 여행사는 컴퓨터 단말기를 사용하여 마이애미에 있는 원고의 컴퓨터 데이터 베이스에 전화로 액세스할 수 있었다. 연방항소법원은 관할권이 없다는 이유로 그 사건을 각하하였다.

이 사건에서, 항소법원은 “우리는 이와 반대되는 결정을 내린다면, 그러한 결정은 데이터베이스가 소재하는 주박의 회사에 금전지불이 이루어지는 온라인 컴퓨터서비스를 이용하는 기업가 또는 전문가들에 대해 함축하는 의미는 엄청나게 크다고 생각한다. 미국의 모든 주에서 온라인 컴퓨터 정보네트워크의 이용자들은 주박의 정보제공회사와 계약상의 약정을 하고 있으며, 그러한 이용자들은 이 사건의 피고와 동일하지는 않지만, 유사한 상황에 처해 있다. 전국의 법조인, 기자, 교사, 물리학자, 법원, 대학 및 기업가들은 매일 다른 주에 소재한 정보제공업자의 데이터베이스에 연결된 전화선을 통하여 컴퓨터를 이용한 다양한 형태의 조사를 수행하고 있다. 하급심의 결정에 의한다면, 그러한 온라인 서비스 이용자들은 당해 정보제공업자의 현지 대리인(local representative)으로부터 가입권유를 받고 그들이 개입되어 전적으로 州內 서비스만을 받는다고 할지라도 정보제공업자의 대금청구 사무소가 소재하는

면. 그 캘리포니아 기업은 자신의 고객에게 계약에 관한 소송에 응소하기 위하여 캘리포니아에 오도록 요구할 자격이 없다.”라고 판시하였다.

8) *Edwards v. Associated Press*, 512 F.2d 258, 267(5th Cir.).

9) *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 476, 105 S.Ct. 2174, 85 L.Ed.2d 528(1985).

주의 법원에서 재판을 받게 될 수 있을 것이다. 우리의 견해에 의하면 그러한 결과는 그 컴퓨터정보 이용자의 합리적인 기대치를 크게 벗어난 것이며, 따라서 공정한 행위와 실질적 정의(fair play and substantial justice)라는 전통적인 관념에 위배된다.”라고 판시한 바 있다.¹⁰⁾

그러나, 어느 기업이 소프트웨어 프로그램을 판매할 수 있는 다른 회사의 권리에 관한 허위의 사실을 유포하기 위하여 전국적인 망을 가진 컴퓨터게시판서비스를 사용하였다는 이유로 기소된 사건에서는 관할권을 인정하였다. 이 사건에서 캘리포니아의 법원은 메시지를 올린 캘리포니아에 거주하지 아니하는 개인 및 그의 회사 양자 모두에 대해 관할권을 행사하였다. 동 법원은 “이 두 피고들이 비록 캘리포니아밖에서 제3자에게 행하여진 것이지만 캘리포니아내에서 피해를 야기하려는 의도를 가진 것이 분명한 불법적인 사실유포 행위를 하였으며, 원고가 캘리포니아에서 수입감소라는 피해를 입을 것이라는 점을 알고 있었다.”라고 판시하였다.¹¹⁾ 이 판결은 “상대를 겨냥한 발언”(directed speech)에 입각해 내려진 것으로 인쇄된 출판물에 관한 규칙을 준용하였다.¹²⁾

이상은 미국내의 州間에 발생한 사건과 관련된 것으로 인터넷과 관련하여 이러한 논리가 반드시 국제사회에서 받아들여진다고거나 특정한 국가에 의해서 채택될 것이라고 할 수는 없다. 다만, 인터넷과 관련한 국제적인 사건에 관한 소개가 미흡한 현시점에서 그러한 사건의 계쟁점과 판결의 논지를 살펴봄으로써 향후 인터넷 관련 사건과 관련된 국가관할권문제가 어떠한 방향으로 전개될 수 있을 것인가를 타진하기 위해 소개하였을 뿐이다. 특히 인터넷상거래 관련 법률문제는 현재 WTO를 중심으로 논의되고 있는 과정에 있기 때문에 그에 관하여는 후술한다.

III. 저작권보호 문제

저작권보호와 관련하여서도 불법성 판단을 위해서는 준거법이 결정되어야

10) Pres-Kap, Inc. v. System One, Direct Access, 636 So.2d 1351, 1361(Fla. Appeal. 1994).

11) California Software Inc. v. Reliability Research, Inc., 631 F. Supp. 156, 1361(C. D. Cal. 1986).

12) 이러한 인쇄된 출판물과 관련된 사건은 Calder v. Jones, 465 U.S. 783, 79 L.Ed.2d 804, 104 S.Ct. 1482(1984) 참조.

한다. 한국 국민이 서울의 인터넷사이트에 윈도우 불법복사본을 올려 한국에서 타인이 복사하였다면 미국법이 아닌 한국법이 적용된다. 그러나, 인터넷을 통한 저작권 침해행위 대부분의 경우 것처럼 간단하지 않다. 인터넷이 헤아릴 수 없이 많은 사람들이 접속하는 범세계적 상호연결망이기 때문이다. 예컨대, 불법복사 프로그램이 A국에서 올려져 B, C, 및 D국에서 다운 받았다면 다국적 인터넷 해적행위가 발생하였다고 할 수 있다. 이 경우 어느 국가의 법률이 적용되는가 또한 국제조약이 어떠한 역할을 할 수 있는가가 문제가 된다.¹³⁾

결론적으로 말해 현재로서는 모든 인터넷을 통한 도용행위에 대해 단일의 법제가 적용되지 아니한다. 국제저작권법의 지배적 원칙의 하나가 영토성(territoriality)이기 때문이다.¹⁴⁾ 각각 자신의 영토상의 경계를 가지는 다수의 법제가 존재하며, 이 문제를 심리할 세계저작권 법원이나 적용할 국제저작권법도 존재하지 아니한다. Berne Convention, Universal Copyright Convention¹⁵⁾ 및 GATT, TRIPs 협정은 저작권 보호의 최소기준 및 외국인에 대한 내국민대우를 요구하고 있다.¹⁶⁾

13) 이와 관련하여서는 Masato Dogauchi, "Law Applicable to Torts and Copyright Infringement through the Internet", in Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono(eds.), *Legal Aspects of Globalization: Conflicts of laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, (The Hague: Kluwer Law International, 2000), pp.59~63 참조.

14) 이에 관해서는 Masato Dogauchi, "Law Applicable To Torts and Copyright Infringement Through the Internet", in Jürgen Basedow and Toshiyuki Koto(eds.), *Legal Aspects of Globalization: Conflicts of Laws, Internet, Capital Markets and Insolvency in a Global Economy*, (The Hague: Kluwer Law International, 2000) pp.57~61.

15) 1886년 이후 국제저작권의 기본이 되어 왔고 국가 저작권입법의 최소한의 기준을 설정하고 있는 Berne Convention의 회원국은 그 대부분의 역사에서 영미계 전통, 대륙계 전통을 가진 국가들로 구성되어 있었고 1989년에는 미국도 가입하였다. 동 협정의 최소한의 기준에 의하여 촉진된 기준통합(convergence)은 1994 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)에 의하여 더욱 발전하게 되었다. 1990년대에는 유럽연합내에서 일련의 Directive를 통한 회원국의 저작권법의 조화정책에 의하여 기준통합을 위한 보다 근본적인 조치들이 취하여졌다. 인터넷의 범세계적인 성격은 저작권 문제에 대한 국내적 대응만으로는 불충분하며 통합 접근방법(convergent approach)이 필요하다는 것을 의미한다. 그러나 기본개념들에 대한 뿌리깊은 차이가 국제적 논의에 영향을 주어 때로는 타협을 어렵게 만들고 있다. Hector L. MacQueen, "Copyright and the Internet", in Lilian Edwards & Charlotte Waelde(eds.), *Law & the Internet: Regulating Cyberspace*, *op.cit.*, p.69.

16) Kory D. Christensen, "Fighting Software Piracy in Cyberspace: Legal

이들 협정에서는 저작권자가 어느 가입국내에서 저작권을 획득한 경우, 다른 가입국내에서도 저작권자로 인정을 받는다. 그러므로 회원국내에서 해적행위가 발생하면 당해 국가의 저작권법에 의해 소송을 제기할 수 있다. 그러나, 인터넷 해적행위는 많은 국가의 국내법이 연루하게 된다. 예컨대, 마이크로소프트사가 수개의 국가에 소송을 제기하는 경우 개개 국가의 법률 위반이 있었는지의 여부에 따라 판결을 내리게 된다. 따라서 마이크로소프트사의 입장에서는 미국에서 재판할 수 있도록 하는 것이 여러 가지 면에서 가장 유리할 것이다.¹⁷⁾

한편 유럽연합은 회원국간의 각기 다른 저작권법을 조화하기 위해 1995년과 1996년에 Green Paper를 작성하였다.¹⁸⁾ 1996년에는 세계지적재산권기구(WIPO)의 후원하에 Berne 협약에 추가되는 저작권조약이 채택되었다. 1996년 조약은 Berne협약과는 달리 저작권보호 대상을 표현물(expression)로 국한하고 아이디어(idea)를 비롯한 기타 추상물(abstractions)은 적용범위로부터 제외하고 있다(제2조). 컴퓨터 프로그램은 저작물(literary works)로서 보호를 받는다(제4조). 내용물을 선택·배열에 의해 지적 창조물(intellectual creations)을 구성하는 데이터베이스도 보호를 받게 된다(제5조). 저작자는 판매 또는 기타 소유권 양도를 통하여 자신의 저작물을 대중이 이용할 수 있도록 허가하는 배타적인 권리를 가진다(제6조).

여기에서 “이용할 수 있도록” 및 “기타 소유권 양도”라 함은 인터넷을 통한 자료의 공급을 포함한다. 그러나 계약국이 이러한 권리가 제1차적인 매각 또는 기타의 방법에 의하여 어느 때에 소멸되는가를 정하도록 하고 있다. 컴퓨터 프로그램, 필름 및 음성기록물이 포함된 저작물의 상업적 임대도 역시 저작권의 범위내에 있는 것으로 인정되었다(제7조). 그러나, 시행이 다소 어려운 조항과 중요한 흠결에 대해서도 주목하여야 한다.¹⁹⁾ 제8조는 유선 또는 무선에 의한 “대중에 대한 의사전달권”(right of communication to the public)이라는 새로운 권리에 대해 규정하고 있는데 여기에는 저작물을 많은 대중들이 그들이 개인적으로 선택하는 장소와 시간에 그러한 저작물을 접근할 수 있는 방법으로

and Technological Solutions”, *Law & Policy in International Business*, Vol.28(1997), p.438.

17) *Ibid.*

18) 이에 관해서는 Hector L. MacQueen, *op.cit.*, p.91.

19) *Ibid.*, p.92.

대중이 이용할 수 있도록 하는 것을 포함한다. 다시 말해서, 인터넷에 의한 전송방법이 중요한 예가 될 것이다. 또한 複製權은 일시적(temporary) 또는 일과적인(transient) 복제를 포함함을 명시한 조항에 대한 제안이 있었다.

그러나, 현재의 Berne 협약의 조항(제9조 제1항)이 그러한 복제에 대해서까지 다루고 있지 못하다는 점에 대해서는 의견일치가 있었으나, 논란 끝에 1996년 조약의 새로운 조항으로 채택되지는 못하였다. 한편 제10조는 이용자의 권리 및 저작권의 범위의 한계에 대한 더욱 제한적인 접근방법을 채택하도록 하는데 성공하였다. Berne 협약 제9조 제2항은 복제는 그러한 이용(즉 복제)이 “저작물의 통상적인 이용에 저촉되지 아니하고 불합리하게 저작권자의 합법적인 권리를 손상하지 아니한다는 것을 조건으로 일정한 특수한 경우” 허용될 수 있다고 규정하고 있다. WIPO조약 제10조는 어떠한 이유에서인지 두 번이나 이러한 원칙을 반복하고 있지만, Berne 협약이 그러한 행위를 허용하면서도 제약을 가하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 이러한 규정을 통해 이용자의 권리의 제거 또는 축소 및 인터넷사용에 대한 통제에 관한 틀이 설정되었다. 이러한 점은 계약국으로 하여금 복사로부터의 보호(copy protection) 및 제3자에 의한 우회적인 회피를 방지하는 암호화(encryption)등 이용에 대한 기술적인 통제수단을 보호하도록 요구하고(제11조 및 제12조) 또한 조약의 유보를 허용하고 있지 아니한(제22조) 다른 조항들에서도 명백히 드러나고 있다. 새로운 조약은 유럽연합이 그 문제에 대한 자신의 해결방법을 모색하고자 하는 노력에 대한 중요한 배경이 되고 있다.

IV. 인터넷상거래와 이중과세방지 문제

1. 직접과세

어떠한 국가가 소득에 대해 조세를 부과하려면 그에 앞서 당해 국가와 소득간의 연관성(connection 또는 tax nexus)이 존재하는가를 확인하여야 한다. 그러한 연관성 확정 규칙은 다양하지만 일반적으로는 물리적 또는 법적(physical or legal) 실재(presence)와 관련되어 있다. 예컨대, 한국은 미국에 거주(resident)하고 있는 회사의 소득이나 지점 또는 대리인(branch or agency)을 통하여 한국에서 거래하는 비거주 회사의 소득에 대해 과세할

수 있다. 이러한 거주 개념은 국가마다 다른 기준이 채택될 수 있다. 예컨대, 법인설립지, 중심적인 경영 또는 지배지, 등록사무소의 소재지, 효과적인 경영지, 지배주주의 거주지, 지배이사의 주소, 주주총회 개최지 등이 그 예이다.²⁰⁾

이러한 다른 기준으로 인해 어떤 회사가 2이상의 국가에서 각기 거주하는 것으로 간주되어 2이상의 관할권에 속할 수도 있게 된다. 즉, 소득원천지국 및 당해 회사의 거주지국이 그것이다. 바로 이러한 이중과세를 회피하기 위해 당사국간에 교섭에 의해 이중과세방지협정을 체결하게 되는 것이다. 대부분의 이중과세방지협정은 어느 기업의 소득은 그 기업이 거주하는 국가에서 과세되며, 항구적 시설에 해당할 정도로 충분한 원천지국에서의 실재(presence)하는 경우에만 원천지국에 과세권이 귀속되도록 하고 있다.²¹⁾ 어느 경우에도 그 소득은 소비자가 소재하고 있는 국가가 아니라 영업장이 소재하고 있는 국가에서 과세된다.

인터넷상거래는 법인과세와 관련하여 두 가지 문제가 제기되고 있는 바, 모두 전자적 실재(electronic presence)의 불안정한 성격으로 인해 야기되는 관할권 문제와 결부되어 있다. 첫 번째 문제는 조세관할국내의 컴퓨터상의 실재(computer presence)가 어느 정도로 조세연결성(tax nexus)을 확정하는 것으로 간주될 수 있는가이다. 이 문제는 범세계적 통신망을 이용하여 상품의 판로를 개척하고 유통되는 상황에서 전통적인 기업조직에 따른 판단이 타당함과 관련되어 있는 현안이 되고 있다. 두 번째 문제는 물리적 실재(physical presence)가 크게 미흡한 기업에 대해 어느 국가가 과세권을 갖느냐의 문제이다. 이것은 새로운 상품과 서비스의 디자인, 생산, 판매 및 인도가, 특정한 당해 기업과 물리적 소재(physical location)를 갖도록 하는 사무소, 공장 또는 창고 없이 단순히 전자적으로만 발생하기 때문에 점차 중요한 문제가 되고 있다.²²⁾

컴퓨터가 과세대상 실재(taxable presence)가 될 수 있는가? 자신의 제품을 판매하기 위하여 연결망(net)을 이용하는 기업은 다양한 방식을 선택할 수 있다. 단순히 자신의 물건을 광고하기 위하여 - 쌍방향은 아니지만 - Web페이

20) Sandra Eden, "The Taxation of Electronic Commerce" in *Law & the Internet: Regulating Cyberspace*, op.cit., p.171.

21) OECD 모델협정, UN모델협정 및 미국의 모델협정은 모두 동일하게 제7조에서 그러한 취지의 규정을 두고 있다.

22) Sandra Eden, op.cit., p.171.

지를 이용할 수도 있다. 결국, 주문이 전자적인 상품 또는 서비스에 대한 것인 경우, 그 주문은 전혀 외부 개입 없이 서버에 의해 처리되어 그러한 상품 또는 서비스는 자동적으로 전달되게 된다. 비록 웹 페이지가 물리적 소재를 전혀 갖지 않는다고 하더라도 그것은 서버상에 있음에 틀림없다. 그러나, 기업은 자신의 서버를 갖지 않는 경우가 많고 인터넷서비스사업자를 통해 다른 이용자와 함께 하나의 서버를 공동으로 이용하게 된다. 이러한 상황에서 그러한 서버가 항구적 시설에 해당될 수 있는가의 문제에 대해 검토해볼 필요가 있다.²³⁾

전형적으로 이중과세방지협정은 항구적 시설을 어떠한 기업의 영업이 전적으로 또는 부분적으로 수행되는 고정사업장임을 규정한다. 그 용어는 경영장소, 지점, 사무소, 공장, 작업장을 포함하며, 이것들 모두 물리적 실재를 요건으로 한다.²⁴⁾ 그렇다면 단순히 컴퓨터가 소재하고 있다는 그 자체만으로 물리적 실재의 요건을 충족시키는 것인가가 문제이다. 이에 관한 유추는 용이하지 않다. 어떤 면에서 상품을 전달할 수 있는 서버는 오히려 카탈로그만 비치하는 상점과 유사하여 고정사업장이 될 수 있고 공유 서버도 쇼핑센터내의 임차된 공간과 유사한 것으로 간주될 수 있다는 주장도 있을 수 있지만, 서버가 소재하는 곳에서 결정을 내리고 어떠한 조치를 취하는 개인이 전혀 존재하지 아니한다면 그러한 주장은 타당성을 잃게 된다.

OECD 모델조약 평석(commentary)은 “항구적 시설은 그 기업의 영업이 주로 자동화장비에 의해 수행된다 할지라도 존재할 수 있음”을 명시하고 있으며, 게임장비 또는 자동판매기 등의 특정한 예를 들고 있다. 그러나 기계는 당해 기업 또는 그에 종속된 대리인(dependent agent)에 의하여 운영·관리되어야 함을 지적하고 있다.²⁵⁾ 유럽재판소(European Court of Justice)는 부가가치세와 관련하여 상근직원 없이 어느 영역내의 게임기의 존재만으로는 고정시설(fixed establishment)을 구성하는데 충분하지 아니하다는 판결을 내린 바 있다.²⁶⁾

이상에서 분석한 바와 같이 어떠한 서버상에서 단순히 광고가 행하여진다고 해서 그 서버가 고정사업장을 가지고 있다고 할 수는 없다. 그렇다면 그 서버

23) *Ibid.*, p.172.

24) OECD 모델협약 제5조.

25) OECD 모델협약 제5조(4)의 Commentary.

26) Sandra Eden, *op.cit.*, p.173.

가 모델조약이 정하고 있는 항구적 시설에 대한 특정한 예외의 하나에 해당할 수 있는가가 문제가 된다.²⁷⁾ 즉, “시설의 사용”(the use of facilities) 및 “상품재고의 관리”(the maintenance of a stock of goods or merchandise)가 그것들인데 이 양자 모두 “저장, 전시 또는 전달을 위한 목적만으로”라는 요건을 구비하여야 한다.²⁸⁾ 그런데, 서버 자체가 상품을 전달할 수 있는 시설이 있다면 그러한 예외에 속할 수 있을 것인가, 서버가 주문을 처리하는 경우에는 “종속된 대리인”에 해당하는가라는 의문이 생긴다. 한편, 계약국내에서 어느 기업을 대리하여 행동하고 계약을 체결할 권한을 갖는 대리인이 있는 경우에는 항구적 시설이 있는 것으로 인정될 수 있다.²⁹⁾ OECD 모델협약 평석에서는 개인 또는 회사가 대리인이 될 수 있음을 명시하고 있지만 어느 기업을 대리하여 행동하는 컴퓨터에 대해서는 침묵을 지키고 있다. 그러나, 영국의 예에서 보듯이 대리인은 법인 또는 자연인이어야 하며 기계는 그것이 이용되고 있는 법인 또는 자연인의 外延(extension)에 불과하다.³⁰⁾

2. 가상공간회사의 원천지과세와 거주지과세

이익에 대한 전통적인 과세방법은 영업이 물리적으로 수행되고 있는 장소를 고려하는 것이지만 사이버 공간회사는 물리적 실재를 가질 수 없다. 이사들은 영상을 통해 또는 다른 전자적 수단에 의해 이사회를 개최하여 결정을 내리고, 종업원들은 전자메일로 연락할 수 있으며, 전달이나 서비스의 전달도 온라인으로 이루어질 수 있다. 또한 그 재무사항도 전자은행에 의해 처리될 수 있을 것이다. 이와 같이 항구적 시설의 물리적 실재라는 요건에 의하면 사이버공간회사는 원천적으로 항구적 시설이 될 수 없다. 미국 재무부의 입장은 사이버거래와 관련하여서는 그러한 항구적 시설 관념으로부터의 탈피하여 거주지국에 의한 과세원칙으로 되돌아가자는 것이다. 지금까지의 이중과세방지협정에서는 흔히 법인설립지 또는 등록지를 기준으로 회사의 거주지를 결정하여 왔다. 그러나, 이러한 입장은 전자상거래의 인프라가 구축되지 못하고 앞

27) *Ibid.*, p.173.

28) OECD 모델조약 제5조 4호 (a) 및 (b).

29) OECD 모델협약 제5조 제5호.

30) 1971년 자동주차권발급기계에 관한 영국의 한 판례인 *Thornton v. Shoe Lane Parking*[1971] 2 Q.B.163에서도 확인된 바 있다. Sandra Eden, *op.cit.*, p.173에서 재인용.

으로도 범세계적인 사이버회사가 등장할 가능성이 전혀 없는 국가들에게는 도저히 받아들일 수 없는 것이라 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 새로운 통신기술과 전자상거래의 성장으로 인해 거주지국 과세원칙이 힘을 얻어갈 가능성은 대단히 높다고 생각된다. 사이버스페이스에서는 전통적인 원천지 관념을 적용하여 어떤 소득 항목을 특정한 지리적 소재와 연결시킨다는 것은, 현실적으로 많은 어려움이 따를 수 있다. 이러한 실제적인 이유 때문에 원천지 과세는 적어도 전자상거래에 대해서는 적용할 수 없다는 주장이 제기되어 왔으며 현재로서는 적용되고 있지 못하다. 그러나, 현재의 거주지에 관한 정의와 그에 따른 과세규칙에 대한 변경 없이는 전자상거래가 선진국에게만 유리한 방향으로 나아갈 가능성이 대단히 높다.³¹⁾ 이에 대해 미국 등의 입장을 옹호하는 자들은 다소 억지논리로 보이는 주장을 하고 있다. 즉, 현재 미국의 기업들이 소프트웨어 시장에서 독점을 향유하고 있지만, 만약 전자상거래 제품을 생산하는 기업이 편의치적(flag of convenience)국가로 자신의 거주지국을 정한다면 거주지국 과세의 원칙이 미국으로서 불리하게 작용할 수 있으며, 이러한 경우 미국의 세입이 증가하지 아니할 것이라는 것이다.

3. 거래소득과 로열티소득

마지막으로 다루어야 할 문제는 소프트웨어판매소득 또는 인터넷서비스이용료에 대한 정확한 분류이다. OECD모델협약은 로열티를 “a payment of any kind received as a consideration for the use of or the right to use, any copyright of any literary, artistic or scientific work, including cinematograph films, any patent, trade mark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience”라고 정의하고 있다. 앞서 지적한 분류의 문제에 대한 해결방안은 OECD가 제안한 바 있으며,³²⁾ OECD모델조약의 로열티 관련 조문의 개정 평석에서도 나타나

31) US Department of the Treasury, Office of Tax Policy “Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce”, November 1996, *Ibid.*, p.175에서 재인용.

32) OECD, *The Tax Treatment of Software*, Issues in International Taxation, No.4., 1992.

있다.³³⁾ 그 평석은 컴퓨터 소프트웨어 판매소득의 성격을 그 형식보다는 실질에 따라 파악하고자 하여, 당해 소프트웨어가 구매자인 개인 또는 회사가 상업적 용도를 위해 사용하는 경우에는 일반적으로 상업적인 이윤을 발생시키는 것으로 다루고 있다. 따라서 구매자가 그 소프트웨어를 상업적 용도로 사용하는 경우에 한하여 그러한 소득은 로열티 소득으로 간주되는 것이다.

이와 관련하여 동 평석은 다음과 같이 설명하고 있다. 통상적인 소프트웨어 거래가 발생하는 경우, 그 구입자는 일정한 사용 또는 이용의 권리를 넘겨받게 되고 그 소유권자는 소유권을 유지하기 때문에 그러한 거래로부터 권리의 부분적 양도가 발생하는 것이다. 권리의 부분적 양도의 경우, 그 대금은 구매자의 개인적 또는 기업의 용도에 대해 지불된 것이라면 대금수취인의 영업소득으로 간주될 것이다. 구매자의 소프트웨어 사용이 제한을 받는다거나 저작권이 그 소유자에 귀속된다는 하더라도 아무런 영향을 미치지 아니한다. 권리의 부분적 양도에 대한 대금이 로열티 소득으로 간주되는 경우는 아주 드물다. 예컨대, 원저작자가 자신의 권리의 일부를 그것을 개선 또는 이용을 위해 제3자에 처분하는 경우 등이다. 권리가 금전지불의 결과로서 완전히 양도된다면, 분명히 로열티의 지불은 아니다. 로열티의 지불은 권리의 양도가 아닌 사용에 대한 지불이기 때문이다.

이와 같이 평석은 계약을 몇 개 부분으로 나누어 예컨대, 하드웨어에 대한 대금, 사용에 대한 대금 및 지속적인 서비스에 대한 대금 등으로 구분하여 그에 상응하는 과세를 하도록 권장하고 있다.³⁴⁾

V. WTO내 서비스교역이사회에서의 최근 논의

1. Work Program on Electronic Commerce

서비스교역이사회(Council for Trade in Services)는 1998년이후 전자상거래에 관하여 일반이사회(General Council)가 위임한 작업프로그램을 진행하여 왔으며 자유로운 의견교환을 위해 비공식적으로 논의를 계속하여 왔

33) Revised Commentary on Article 12 paragraphs 12~17(post 1992 version). 제12조는 로열티소득에 관한 것으로 소프트웨어소유권자의 거주지국에서의 과세를 정하고 있다. 미국 모델조약의 해당 조항에서는 거주지국은 배타적인(exclusive) 권리가 아니라 제1차적(primary) 권리를 가질 뿐이라고만 규정하고 있다.

34) Sandra Eden, *op.cit.*, p.177.

다. 1998년 11월 23일 회의를 필두도 하여 지금까지 수차례에 걸쳐 회의를 개최하였으며, 의장은 회의 폐막후 논의사항들에 관한 요약문을 제출하고 있다. 회의과정에서는 인터넷상거래 등이 서비스 교역에 관한 일반협정(GATS)의 적용범위내에 속하는지의 여부, GATT와의 관계를 비롯한 많은 문제들이 제기되었으며, 상당부분 의견접근은 이루어져 있지만, 다음과 같은 논란이 많은 문제에 대해서는 향후에도 계속하여 논의될 전망이다;

- ① 서비스가 국경을 넘어 또는 해외 소비를 통하여 전자적으로 전달되고 있는 상황에서 제1유형과 제2유형간의 구분의 명확화.
- ② 전자상거래와 관련하여 있을 수 있는 새로운 서비스의 분류와 양허계획표작성(classification and scheduling)에 관한 고려,
- ③ 인터넷 접속 및 기타 관련 서비스의 분류를 명확히 하고 그 양허계획표를 개선할 필요성 및 통신에 관한 약속(commitments) 및 통신에 관한 부속서(Annex on Telecommunications)상의 의무와의 관계의 명확화,
- ④ 전자적으로 전달되는 일정한 제품이 서비스가 아니라 상품으로 분류되어 GATT원칙들이 될 수 있는지의 여부에 관한 문제,
- ⑤ 특히 최혜국대우 및 내국인대우 원칙과 관련하여 likeness 문제에 대한 지속적인 논의의 필요성,
- ⑥ 제6조가 전자상거래에 영향을 미치는 국내법령에 대해 갖는 함축된 의미에 관한 지속적 검토의 필요성,
- ⑦ 인터넷 접속과 인터넷접속의 이용 및 기타 관련 서비스와 관련하여 통신에 관한 부속서의 범위를 명확히 할 필요성,
- ⑧ 기본적인 통신에 관한 참고 보고서(reference paper)에 포함된 제원칙을 전자상거래에 적용할 수 있는지의 여부 및 GATS하의 추가적인 규율의 개발을 고려할 필요성 여부,
- ⑨ 전자적 송신물(electronic transmissions)에 대한 관세적용문제의 지속적 연구필요성,
- ⑩ 암호화된 전자지불(encrypted electronic payments)과 관련 문제와 관련하여 전자적으로 송신되는 제품의 적절한 가치산정(valuation)의 문제 등이다.

2. 주요 쟁점

(1) 서비스의 전자적 전달과 관련된 GATS의 적용범위

GATS가 서비스의 전자적 전달(electronic delivery)에 적용될 수 있다는 데 대해서는 처음부터 의견일치가 있었다. 다만, 기술적 중립성 개념에 대한

논의는 계속되어 왔다.³⁵⁾ GATS상의 4가지 제공의 유형의 기본구조는³⁶⁾ 일반적으로 서비스의 전자적 전달과 관련하여서도 적절하다는데 대한 공감대도 형성되었다.³⁷⁾ 다만, 제1유형인 초국경적 제공(cross border supply)과 제2유형인 해외소비(consumption abroad)간의 구분을 보다 명확히 해야 할 필요성이 제기되었다. 어느 대표는 회원국의 영토내의 인터넷 서버의 주재는 제3유형인 상업적 주재(commercial presence)와 유사한지의 여부를 검토하는 것이 적절하다는 견해를 제시하였다.³⁸⁾

또한 전자상거래에서 제공 유형 1과 2가 중요하며 그리고 특정한 거래를 이

35) 전자상거래에는 다음과 같은 세가지 종류의 전송(transmission)이 있을 수 있다는 주장도 주목할만하다. 즉 1)전자우편과 같이 오로지 통신만으로 구성된 전자적 전송, 2)나중에 물리적으로 전달되는 상품을 인터넷으로 주문하기 위해 사용되는 전자적 전송, 3)서비스가 주문되어 전자적으로 전달되는 전자적 전송이다. 이 주장에 따르면 이 모든 전송들은 GATS의 기술적 중립성 때문에 GATS의 적용범위내에 있으며 인터넷접속 서비스는 통신에 관한 기존의 약속(commitments) 및 통신에 관한 부속서가 적용된다는 것이다.

36) 서비스의 제공의 유형 4가지는 다음과 같다; 첫째, 어느 회원국의 영토에서 다른 회원국의 영토로의 서비스 공급(from the territory of one Member into the territory of any other Member)이며 이른바 cross border supply이다. 여기에는 외국소재 은행이나 보험회사에 예금 가입, 위성뉴스 통신 등이 포함된다. 둘째, 어느 회원국의 영토내에서 다른 회원국의 서비스소비자에게 서비스의 제공(in the territory of one Member to the service consumer of any other Member)인 이른바 consumption abroad이다. 여기에는 해외관광, 해외유학, 해외치료 등이 포함된다. 셋째, 다른 회원국의 영토내 상업적 주재를 통한 회원국의 서비스 공급자에 의한 서비스의 공급(by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member)이며 이른바 commercial presence이다. 여기에는 국제적인 서비스를 포함한다. 넷째, 다른 회원국의 영토내에 회원국의 자연인의 주재를 통한 어느 회원국의 서비스 제공자에 의한 서비스 제공(by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member)이며 이른바 presence of natural persons이다. 여기에는 현지에 설립한 자회사, 합작회사에 임직원을 파견하거나 변호사, 회계사 기타 전문가의 일시체류중 서비스를 포함한다.

37) 1999년 7월에 보고서에도 GATS는 그 전달수단에 관계없이 모든 서비스에 대해 적용되기 때문에 서비스의 전자적 전달도 GATS의 적용범위 내에 있다는 점 및 전자적 전달은 4가지 제공 유형들중 어느 것에 의해 행하여질 수 있다는 점에 대해서는 일반적인 공감대가 형성되어 있음을 지적하고 있다.

38) 또한 일부 대표들은 WTO와 Appellate Body의 최근의 한 보고서에 나타난 서비스 거래(trade in services)에 영향을 미치는 용어관련 조치들의 해석이 부당하게 넓다는 견해를 제시하였다. 또 다른 대표는 도메인 이름의 관리 또는 배정에 관한 책임을 가진 기구들이 정부에 의하여 위임된 권한을 행사하고 있다고 보기만은 어렵다는 점을 지적하였다.

두 유형의 중간에 있는 것으로 배정하는 것은 어렵다는 지적도 있었으며, 제공 유형의 진정한 기능은 거래(transactions)보다는 약속(commitments)과 조치(measures)를 구분하는 데 있으며 유형 1과 유형 2간의 본질적인 구분은 문제의 조치가 공급자가 국경을 초월하여 서비스를 공급하는 것을 제한하는지의 여부 또는 국내 소비자가 서비스를 해외에서 구입하는 것을 제한하는지의 여부에 따라 행해지게 될 것이라고 지적도 있었다.

한편, WTO의 어느 분야에서도 각각의 전달 기술마다 다른 규칙이 존재하는 것은 아니라는 점을 근거로 GATS는 그것이 전달되는 기술 수단에 불구하고 모든 서비스에 대해 적용된다는 데 의견이 일치하였다. 1999년 7월의 보고서에서는 GATS가 서비스가 제공되는 상이한 기술적인 수단들을 구별하는 어떠한 조항도 포함하고 있지 않기 때문에 기술중립적이라는 점에 대해서도 견해가 일치되었다. 다만, 일부 대표들은 이 문제의 복잡성을 이유로 추가적인 검토가 필요하다는 견해를 피력하기도 하였다.³⁹⁾ 이를 보다 구체적으로 설명하면 다음과 같다.

대표들은 전자적으로 제공되든 다른 방법으로 제공되든 간에 모든 서비스는 GATS의 범주내에 있으며 GATS는 이러한 방법들에 의해 제공되는 서비스 간에는 차별을 두어서는 안된다는데 동의하였다. 또한 전자적으로 제공되는 거의 대부분의 제품은 서비스라는 것에 대해서도 의견일치를 보았다. 일부 대표들은 모든 전자적인 전달물이 서비스이므로 전자적으로 전달될 수 있는 비 서비스 제품은 발견할 수 없다는 입장을 가지고 있었다. 또한 또 다른 대표들은 상품으로 분류되므로 GATS가 아니라 GATT의 적용을 받아야 할 전자적으로 전달되는 소수의 제품들이 있는지를 명확히 할 필요가 있음을 지적하기도 하였다. 그러나 그러한 제품들이 서비스로 분류된다 할지라도 완전한 최혜

39) 1999년 7월의 보고서에 따르면 서비스는 4가지 제공유형중의 어느 것에 의해 전자적으로 제공될 수 있다는 점이 인식되었지만, 전자상거래의 경우 유형 1에 의한 공급과 유형 2에 의한 공급간의 구별을 하기가 특히 어려워 그 문제를 어떻게 규명할 것인지에 대해서는 결론에 도달하지 못하여 추가적인 논의가 필요하다는 데 의견이 일치되었다. 일부 대표들은 전자적으로 전달되는 모든 제품은 서비스이며 작업프로그램에서 GATS가 전자적으로 전달되는 모든 제품에 적용된다는 점을 명확히 하는 것이 유용할 것이라는 견해를 제시하였다. 그러나 다른 대표들은 전자적으로 전달되는 모든 제품이 서비스라는 것은 명확하지 아니하며 서비스로 볼 수 없는 것들이 있다면 GATS이외의 다른 규칙이 그러한 것들에 적용되어야 될 것임을 지적하였다. 따라서 이 문제에 대한 추가적인 논의를 통한 규명이 필요할 것이다.

국대우, 내국인대우 의무 및 수량제한의 일반적 금지의 적용을 받아야 할 것인가의 문제가 제기될 수 있을 것이다. 또한 전자적으로 전달되는 일정한 제품을 분류하기 위해 상품과 서비스이외의 범주가 있을 수 있다는 주장도 제기되었다. 일부의 경우 다운로드된 제품은 상품도 아니고 서비스도 아니라는 것이다. 그러나 모든 제품이 WTO의 제협정의 범위밖에 있는 제품이 있을 수 있다는 주장은 제기되지 않았다. 향후에도 이 문제에 대한 검토와 논의가 계속될 것이다.

(2) 최혜국

최혜국대우와 관련하여서는 동종(likeness)의 개념과 기술적 중립성 개념과의 관계가 문제의 핵심이 되고 있다. 원칙적으로 전달의 기술에 근거한 유형 내부(intra-modal)에서의 구별이 최혜국대우와 양립되지 아니할 가능성도 있지만, 어느 회원국이 어떤 부문에서 구체적 약속의 범위를 정의하면서 그러한 구분을 할 가능성이 남아 있다는 지적도 타당하다.⁴⁰⁾ 이와 같은 점 때문에 동종(likeness) 문제는 최혜국대우의 적용과 관련하여 핵심이 된다는 지적도 과장은 아니다. 그런데 전자적으로 전달되는 제품과 전통적인 방법으로 전달되는 제품이 동종제품(like products)으로 간주되어야 할 것인가의 문제가 제기될 수 있다.⁴¹⁾ 동종이라는 개념은 제품의 전달의 기술적 수단보다는 그 제품의 속성에 좌우되는 것이라고 주장도 설득력이 있는 것처럼 보이지만, 향후 이 문제에 대해서는 검토가 필요하다고 생각된다.

(3) 개도국의 참여증대

전자상거래의 참여가 반드시 거대한 자본 또는 고도의 기술을 요구하는 것은 아니므로 이론상으로는 개도국의 중소기업들도 얼마든지 경쟁할 수 있으며 개도국 회사들이 전자상거래에 성공적으로 참여한 사례도 많다. 개도국의 전자상

40) 이러한 지적을 한 대표는 전자상거래에서는 주문생산의 중요한 역할을 하고 그러한 주문생산과정이 디자인, 판매 및 도매, 소매 및 전달과 같은 광범위한 작업을 포함하는데 이러한 것들은 현재 GATS가 다루고 있는 유통서비스의 범위 밖에 있다고 주장하고 반복 저장되고 접속될 수 있는 디지털 콘텐츠의 성격을 강조하였다.

41) 동종의 문제는 GATS에서 뿐만 아니라 GATT에서도 가장 복잡한 법률문제의 하나라는 점 그리고 동종여부의 결정이 구체적인 사안에 따라서 행하여질 수 있을 뿐이라는 GATT의 해석론은 GATS에서도 타당하다고 본다.

거래 참여는 시장접근의 자유화를 통한 그리고 거래의 암호화·보안 및 효율적인 통신서비스에 관한 기술을 포함한 기술에의 접근 개선을 통한 GATS 제4조의 시행에 의해 증가될 수 있을 것이라는 점에 대해서는 일반적인 양해가 이루어졌다. 다만, 일부 회원국들에 의한 최첨단(state-of-the-art) 암호화기술의 수출에 대한 현재의 제한조치들이 전자상거래 이용의 확대에 저해요소가 된다는 점에서 그러한 조치들은 GATS 제14조 이하의 규정들에 비추어 검토되어야 한다는 지적도 있었다. 특히 전자상거래가 개도국에 대해 세입이나 기타 재정적인 면에서 어떠한 영향을 줄 것인가에 대한 검토도 계속되어야 할 것이라고 생각된다. 또한 UNCTAD와 무역개발위원회(the Committee on Trade and Development)에서 행하여지는 작업의 결과에 대해서도 참고할 필요가 있을 것이다.

(4) 국내규제

회원국들은 GATS 제6조의 국내규제에 관한 규정이 서비스의 전자상거래에 대해서도 적용되지만 국내규제는 최소한에 그쳐야 하며 불필요한 무역장벽을 구성하지 아니하도록 하여야 한다는데 의견일치를 보이고 있다.⁴²⁾ 그러나, 이 분야에 대한 개도국의 정당한 규제목적 달성에 필요한 제한조치들에 대해서는 충분한 고려가 있어야 하며 개도국이 직면하고 있는 거래의 기술장벽도 효과적으로 처리하여야 한다는 지적도 제기되었다. 또한 전자상거래와 관련된 기존의 약속(commitments)이 국내규제조치에 의해 무효화되거나 손상되지 아니하도록 보장하기 위해서는 제6조상의 규율(disciplines)의 개발과 효과적인 적용이 중요하다는 지적도 있었다.⁴³⁾ 제6조는 서비스의 전자적 전달과 관련된 거래에서 운송기능과 그 거래 콘텐츠 모두에 영향을 미치는 규칙 및 전자적으로 제공되는 유통서비스에 영향을 주는 규칙에 대해서 적용된다. 향후에도 국내규제와 관련하여서는 다음과 같은 것들이 고려되어야 할 것이다.

1) 불필요한 거래장벽을 최소화하기 위하여 전자상거래에 규제적인 제한조치

42) 회원국들은 역시 GATS 제14조(General Exceptions)와 제6조에 따라 개발될 수 있는 규율(disciplines)간의 구별의 중요성을 인정하고 있다.

43) 기술적 기준에 관하여 일부 회원국들은 WTO의 역할이 전자상거래에 관한 특정한 기술을 정하는데 까지 확대되어서는 아니된다는 주장을 하였다. 국내 규율과 기준의 문제에 대해서 어느 대표는 WTO의 역할은 무역제한조치에 제동을 거는 것이지 무역제한 조치를 합법화하는 것은 아니라고 지적하였다.

의 시행을 정당화하는 정책목표들을 제6조에 따라 승인하는 것이 바람직한지의 여부 2) 콘텐츠에 적용되는 규정과 운송(transport)에 적용되는 규정을 구별하는 것이 유리한지의 여부 3) 인터넷 서비스 제공자에게 국내규정을 적용 받지 아니하는 웹사이트에 소비자들이 접근할 수 없도록 요청하는 것이 바람직한지의 여부이다.

(5) 경쟁

경쟁과 관련하여서는 GATS의 규정에 흠결은 없는가 또한 현행 규정이 어떻게 인터넷접속제공자에게 적용되는지에 대한 분석이 필요할 것이다. 전자상거래의 발전이 제한적 거래관행을 감소시키게 될 것이냐에 대해서는 상반된 견해가 있다. 어찌되었건 독점과 제한적 거래관행이 전자상거래에 심각한 장애가 된다는 점은 분명하며 따라서 현행 GATS원칙의 적용범위를 명확히 할 필요가 있다. 통신에 관한 부속서(Annex on Telecommunications)를 인터넷 접속제공자 및 전자적 송신에게 적용할 수 있는지에 대해서도 심도있는 논의가 필요하다. 어느 대표는 경쟁과 관련하여 이 분야에서의 WTO와 GATS 규칙의 제한된 적용범위를 고려하고 아울러 Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy에서 진행되고 있는 검토작업을 고려할 필요가 있음을 지적하였다. 통신Reference Paper상의 경쟁보호에 관한 규칙의 적용범위에 대한 논의과정에서는 전자상거래에 관한 통신서비스의 주요 제공자 및 소프트웨어, 증명과 인증(certification and authentication) 등의 관련서비스에 종사하는 주요 제공자 및 인터넷을 통해 제공되는 통신에 대해 그러한 규칙이 적용될 수 있는가의 문제가 제기되었다.

전자상거래의 모든 측면에 적용되는 경쟁보호장치의 마련의 필요성도 제기되어 독점에 관한 GATS 제8조의 규정이 정부에 의해 공식적으로 설정 또는 허가된 독점에 대해서 적용될 뿐이며 정부의 개입 없이 시장지배적 지위를 획득한 제공자에 대해서는 적용되지 아니한다는 점이 지적되기도 하였다. 제8조 및 제9조는 서비스 제공자에게만 적용될 뿐이며 소프트웨어 생산업자에게는 적용되지 않는다. 많은 회원국들은 이 분야의 작업을 촉진하기 위해 수평적 협정, 담합관행 및 수직적 통합으로부터 발생하는 경쟁제한행위 등 전자상거래에 영향을 미치는 구체적인 사례를 검토할 필요가 있음을 제안하였다.

(6) 관 세

전자적 송신에 대한 관세부과는 전자상거래와 서비스의 전자적 제공에 영향을 미칠 것이다. 이와 관련하여 관세의 개념은 GATS와는 거리가 멀기 때문에 전자적으로 전달되는 상품(goods)의 범주가 존재한다는 것이 받아들여지는 경우에만 GATS와 관련이 있을 수 있다는 지적이 있다. 관세가 어떻게 서비스에 적용될 수 있는가 그리고 관세가 전자적 전송에 어떻게 적용될 수 있는가의 두 가지 문제에 대한 논의가 필요할 것이다. 원칙적으로 서비스거래에 관세를 적용하는 것은 가능하지만, 전자적 송신의 경우 기술적으로 대단히 어렵다. 또한 과세 문제에 관한 논의는 GATS 제14조에 포함된 일반적 예외를 고려하여야 한다는 지적도 있다. 동조는 직접세의 형평한 또는 효과적인 부과·징수를 보장하는데 목적이 있는 제17조와 양립되지 아니하는 조치를 허용하고 있다는 것이다. 그러나 관세는 조세와 별도로 논의되어야 한다는 반론도 제기되고 있다. 내국세는 회원국의 규제권의 행사대상에 속하며 차별적 과세만이 WTO규칙의 적용을 받는다는 것이다. 서비스에 대한 관세의 적용은 GATS에서 충분히 다루고 있지만 전자상거래에 적용되는 관세에 관한 추가적인 논의가 필요하다고 본다.

전자상거래에 대한 관세 유보라는 현재의 상태가 계속되어야 하고 법적 구속력이 있도록 하여야 한다는 주장이 있는가 하면 선결적으로 분류(classification) 문제가 해결되어야 할 것이라는 지적도 유의할 필요가 있을 것이다. 그러한 관세보류는 정치적 성격을 지닌 것이어서 일반이사회에서 다루어져야 할 문제이며, 서비스교역이사회에서는 관련된 기술적·법적 문제에 대해서만 초점을 맞추어야 한다는 주장이 타당하다고 본다.⁴⁴⁾ 한편, 관세에 관한 논쟁은 개발도상국의 세입과 재정 정책에 중요한 의미를 가지므로 이 문제는 무역 및 개발위원회(The Committee on Trade and Development)에서도 논의되고 있다.

44) 어느 대표는 현재의 관세 부과 보류라는 정치적인 문제와 GATS규정의 관세와의 관련성이라는 기술적인 문제는 별개의 것이어야 하며 서비스교역이사회의 작업프로그램은 두번째 문제에 국한되어야 한다고 주장하였다.

(7) 분류(classification)

서비스의 전자적 전달이 GATS의 적용범위내에 있다는 점에 대해 일반적인 공감대가 형성되어 있지만, 일부 대표들은 전자적으로 전달되는 제품이 서비스에 해당하는지의 문제는 더 검토할 필요가 있음을 지적을 하였다. 일부 대표들은 만약 비전자적인 수단에 의하여 전달되었다면 서비스로 간주되지 아니하였을 전자적으로 전달되는 제품의 분류에 관한 입장을 정리하지 못하였음을 지적하였으며 어떤 대표는 전자적 거래는 두 가지 유형의 제품 즉, 서비스 및 무형 상품(intangible goods)과 관련될 수 있으며 電氣는 WTO에서 무형상품으로 간주될 수 있는 제품의 예라고 주장하였다. 또 다른 대표는 잡지 등 일부 유형적인(physical) 상품들이 서비스와 결합하여(incorporate) 온라인으로 제공되는 경우, 그 자체가 서비스로 간주될 수 있는 지 분명하지 않다고 주장하였다.

따라서, 전자적으로 전달되는 어떤 제품이 서비스로 간주되지 아니한다면 그에 관한 구체적인 사례를 적시해 둘 필요가 있다. 이와 같이 분류 문제는 관련 제품에 관한 무역제도의 성격을 결정하는 것이기 때문에 실제적인 중요성을 가지며, 서비스교역이사회에서 계속 논의되고 있지만 현재로서는 독자적으로 명확한 결론에 도달하기는 어려울 것이다. 즉, 이 문제는 현재, 상품교역이사회(Council for Trade in Goods)에서도 논의되고 있으며, 결국은 일반이사회에서 해결하게 될 것이다. 또한 다운로드 받아 유형의 상품에 편입될 수 있는 디지털정보의 경우에는 무역관련지적재산권이사회(TRIPS Council)가 검토하여야 할 측면들이 있다.

(8) 시장접근

회원국들은 기술적 중립성 원칙이 GATS하의 약속에 대해서도 적용된다는 데 대체적으로 동의하고 있다. 다시 말해서 시장접근에 대한 약속이 전자적 수단을 포함하는 모든 기술적 수단에 의한 서비스의 제공에 대해서도 적용된다는 것이다. 그러나 현재 회원국들의 구체적 약속에 거의 포함되지 아니한 전자상거래와 밀접하게 관련된 많은 서비스들이 있을 수 있다는 점에 유의할 필요가

있다.⁴⁵⁾ 많은 회원국들은 Secretariats Note (S/C/W68)상의 서비스 거래를 1) 인터넷접속서비스, 2) 서비스의 전자적 전달, 3) 유통(distribution) 서비스를 위한 매개로서 인터넷의 이용 - 추후 비전자적 형태로 전달되는 상품 및 서비스의 판매 - 등 3 유형으로 분류하는 것(categorization)에 동의를 표시하였다.

어느 대표는 GATS가 전자상거래의 운송(transport)과 콘텐츠의 모든 부분에 완전히 적용된다는 전제하에 인터넷접속서비스에 대한 구체적 약속을 한 국가는 극소수이지만 그러한 접속과 이용과 관련하여 통신에 관한 부속서상의 의무들은 구체적 공약을 한 부문에서는 적용될 것이라고 주장하였다. 다시 말해서 통신에 관한 약속은 음성전화 및 이 메일과 같은 통신서비스를 제공하는 수단으로 인터넷을 이용하는 것에 대해서 적용될 것이며, 유통 서버(distribution server)에 관한 약속은 제품의 온라인 주문과 전달에 대해 적용될 것이라는 것이다. 이 경우 콘텐츠서비스에 대해서는 해당 부문의 약속은 기술적 중립성에 입각하여 적용된다고 한다.

(9) 내국인대우

기술적 중립성원칙이 시장접근과 내국인대우의 모든 측면을 포함하는 모든 GATS 구체적 약속에 적용된다는 것이 일반적인 견해이다. 한편 기술적 중립성에 입각해 볼 때, 전자적으로 제공되는 서비스 및 비전자적으로 제공되는 서비스는 GATS하의 서비스와 동종(like)이므로 내국인대우 규칙의 적용을 받는다고 주장이 있는가 하면 GATT와 GATS하의 동종의 개념은 차이가 있을 수 있으며 이 문제를 규명하기 위한 작업이 필요하다는 주장도 있으므로 이에 대한 향후의 논의가 계속되어야 할 것이다.

45) 또 다른 대표는 GATS가 전자적 운송(transport) 서비스와 전자적으로 제공되는 모든 전통적인 서비스에 적용됨을 지적하였다. 이 경우 GATS가 만약 비전자적인 형태로 공급되었다면 서비스에 해당하지 아니하였을 다른 디지털 정보의 운송(transport)에 대해 적용됨은 분명하다. 그러나 그 대표는 디지털정보 콘텐츠 자체는 그 제공과는 달리 어떤 경우에는 최혜국대우, 내국인대우, 수량제한의 금지 등 GATT원칙의 적용을 받는 제품으로 간주될 수 있음을 지적하였다. 또 다른 대표는 무형상품(intangible goods)의 전자상거래의 경우 그 전송은 분명히 서비스에 해당하지만 그 콘텐츠는 그러하지 않다고 지적하였다. 그러나 기술적 중립성의 원칙이 일부 서비스에만 적용될 수는 없다는 주장도 있다. 해외에서의 거래를 체결하기 위한 소비자의 인터넷 이용으로 유형 2-해외에서의 소비-상의 약속의 중요성이 커지고 있다.

(10) 프라이버시 보호, 공중도덕 및 사기의 방지

회원국들은 GATS 제14조(General Exceptions)가 프라이버시 보호, 공중도덕 및 사기방지에 대해 적용되며, 회원국이 그러한 목적 달성을 위해 취하는 조치는 필요성(necessity) 기준에 구속되며 따라서 자의적이거나 부당한 차별 수단에 해당하거나 서비스 거래의 위장된 제한행위에 해당되어서는 아니 된다는 점을 지적하였다. 그리고 제14조의 예외는 좁게 해석되어야 하며 그 적용범위는 동 제14조에 열거된 목적 이외의 다른 규제적인 목적을 포함하기 위해 확대적용해서는 안 된다는 점이 강조되었다. 또한 프라이버시 보호, 공중도덕 및 사기의 방지 등 제14조에 확인된 정책목표에 대한 WTO내의 기준을 발전시키는 것이 필요한가에 대한 의문도 제기되었다. 어느 대표는 서비스거래이사회가 제14조의 원칙에 대한 해석작업을 할 필요가 없다고 지적하고 GATT 제20조의 경우와 같이 그러한 문제들은 분쟁해결과 관련하여 타결될 수 있을 뿐이라는 점을 그 근거로 들었다.

그러나, 효과적인 프라이버시 보호 및 사기의 방지를 확보하기 위해서는 개도국이 가장 선진적인 암호화(encryption) 기술에 접근할 수 있어야 한다는 지적 및 경쟁, 프라이버시보호, 소비자보호 및 지적 재산권 등의 문제를 다루기 위해 GATS를 포함하여 현행 WTO 규칙의 타당성을 검토할 필요가 있다는 지적도 유익할 필요가 있을 것이다. 어느 대표는 제4조와 관련하여 전자상거래분야에서의 제한적 효과를 가진 국내규제조치를 정당화하는 정책목표(policy objectives) 목록을 작성하는 것이 바람직하다는 주장도 있었으나 또 다른 대표는 회원국 영토내에서 일정한 서비스의 전자적 제공을 제한하는 조치의 집행가능성에 대해 회의를 표명하였다. 예컨대 인터넷서비스 사업자가 콘텐츠 제공의 규제조치를 이행해야 할 의무는 특히 콘텐츠 제공과 단순한 운송(transport)기능을 구분하기가 어렵다는 점에서 이행하기 어렵다는 것이다.

VI. 결 론

혹자는 인터넷과 관련하여 어떠한 국가의 영역범도 적용되지 아니하되, 국제조약과 관습법에서 정하는 국제해양법의 적용을 받는 공해제도로부터 불완

전한 유추를 할 수 있다는 지적을 하기도 한다.⁴⁶⁾ 그러나, 그러한 유추는 이른바 “international law of cyberspace”가 형성되어야 한다는 당위성은 인정되지만, 인터넷에 관한 법률을 형성하고 해석할 권한을 가진 국제기구나 법원이 존재하지 아니하는 데 문제가 있다. 대부분의 국가에서 인터넷 관련 법률문제 모두를 규율하기 위한 법령들을 정비하지 못하고 있으며 따라서, 인터넷거래나 공개물로부터 발생하는 법률문제에 대해서는 대부분 기존의 법령들을 적용하고 있다. 사실 사이버공간에 국내법을 적용하는 경우의 문제점은 인터넷이 마치 강과 같아서 특정한 국가의 영역내에 머물러 있는 것이 아니라 국경을 자유롭게 이동하고 있다는 것이다.⁴⁷⁾

“digital technology is ... erasing the legal jurisdictions of the physical world and replacing them with the unbounded and perhaps permanently lawless seas of cyberspace”,라는 한 지적은⁴⁸⁾ 현실적으로도 사이버공간에 국내법을 적용한다는 것이 대단히 어렵다는 점에 착안한 것이라고 생각된다. 또한, 태생적으로 초국가적(transnational) 성격을 갖는 인터넷과 관련하여 준거법 자체를 판단하는 것이 때로는 불가능하다.⁴⁹⁾ 따라서 과연 기존의 섭외사법의 규정만으로 인터넷관련 법률문제를 해결할 수 있는지도 의문이다. 이와 같이 특정 국가의 국내법에 의한 규율이 비효과적이거나 혼란을 초래한다고 한다면 그 대안은 무엇인가. 이와 관련하여서는 다수국가가 그 시행을 보장하는 국제조약을 체결하는 방법이 가장 먼저 제시될 수 있을 것이다. 그러나, 다자조약을 출범시키는데는 방대한 시간과 돈을 필요로 하게 될 것이며, 구체적인 사안별로 국가마다 이해관계가 다를 수 있고 기존의 법체계와의 조화가능성도 다를 수 있기 때문에 어려움이 많다.

물론, 인터넷상에서의 명예훼손, 저작권침해, 상표침해, 외설, 포르노 등에 대해서는 단일 국가의 입법만으로는 충분히 규제할 수 없으며, 국제협정을 통하는 것이 훨씬 바람직하다.⁵⁰⁾ 그러나 아직 그러한 국제적인 분위기는 성숙

46) Jonathan Rosenoer, *op.cit.*, p.4.

47) *Ibid.*, p.5.

48) John Perry Barlow, “Selling Wine Without Bottles” in P. Ludlow(ed.), *High Noon on the Electronic Frontiers: Conceptual Issues in Cyberspace*, (MIT Press, 1996), p.13.

49) Jonathan Rosenoer, *op.cit.*, p.6.

50) Lilian Edwards, “Defamation and the Internet”, in Lilian Edwards and

되어 있지 않다. 그러한 협정은 외설(obscenity)의 정의 등 국가마다 다른 입장을 보이고 있는 문제에 대해 국가주권을 포기한다는 것을 의미할 뿐만 아니라, 현재 초기단계에 있는 인터넷에 대한 과도한 규제는 해가 된다는 인식이 확산되어 있기 때문이다.⁵¹⁾ 더 나아가 인터넷에 대한 대외규제가 현실적으로도 집행불가능(unenforceable)할 것이라는 현실적인 이유에 근거한 지적도 없지 않다.

한편, 전자상거래와 관련하여서는 앞서 언급한 바와 WTO를 중심으로 활발한 논의가 이루어지고 있다. GATT, TRIPs, GATS 등의 분야에서 개별적으로 이루어지고 있으나, 현재까지 많은 문제들이 해결되지 못하고 있어 당분간 보편적 적용을 위한 국제적인 문서의 작성은 크게 기대하기 어려울 것으로 생각된다. 기존의 전통적인 관념과 제도에 의해서는 해결할 수 없는 전혀 새로운 현상에 대한 각국의 이해관계가 걸려 있기 때문이다.

Charlotte Waelde(eds.), *Law and the Internet*, (Oxford: Hart Publishing, 1997), p.197.

51) *Ibid.*