

仲裁研究, 第 23 卷 第 2 號
2013년 6월 1일 발행, pp. 81~113

논문접수일 2013. 5. 7
심사완료일 2013. 5. 9
게재확정일 2013. 5. 20

WTO 보복조치의 동등요건에 관한 연구

A Study on the Equivalence Requirement of WTO Retaliation

강 수 미*
Soo-Mi Kang

〈 목 차 〉

I. 서론	IV. 결론
II. WTO 분쟁해결제도로서의 보복조치	참고문헌
III. WTO 보복조치의 동등요건	Abstract

주제어 : 동등요건, 보복조치, 분쟁해결기구, 분쟁해결양해, 세계무역기구, 중재

* 연세대학교 법과대학/법학전문대학원 부교수

I. 서론

우루과이라운드 협상 결과 세계무역기구(World Trade Organization, 이하 'WTO'라고 한다)가 출범된 지 17년이 경과하였는데,¹⁾ WTO는 GATT체제의 취약점 중의 하나였던 분쟁해결절차를 개선하여 보다 체계적이고 효율적으로 운용하기 위하여 WTO 협정의 부속협정으로 분쟁해결양해(Dispute Settlement Understanding, 이하 'DSU'라고 한다)를 두고 있다. WTO의 분쟁해결제도는 분쟁절차개시와 보고서 채택을 어느 정도 강제하고 있고, 항소제도를 두고 있으며, 분쟁해결과정을 구성하는 분쟁당사국과 분쟁해결기구의 개별적인 행위에 대하여 상세하게 일정 기간을 설정하고 있는 점 등에서 특징이 있지만, 그 중에서도 분쟁해결기구(Dispute Settlement Body, 이하 'DSB'라고 한다)의 그 판정이 합리적인 이행기간까지 이행되지 않을 경우 그 기간 종료일로부터 20일 이내에 임시적 구제수단으로서 보상에 관하여 합의가 이루어지지 못한 때에는 승소국은 DSB에 보복조치²⁾의 수권을 요청할 수 있는 제도를 마련하고 있는 점에 특징이 있다.

초국가기관에 의한 강제적인 집행제도가 구비되어 있지 못한 국제사회에서 타국의 위법한 권리침해에 의해 발생한 손해의 회복은 주로 피해국의 자조(自助)에 맡겨져 있고, WTO분쟁을 해결함에 있어서도 그러하다. 일정한 분쟁을 해결하기 위한 절차가 완비되어 있더라도 위반을 준수로 이끌 수 있는 실효적인 수단이 없으면 세계무역질서의 안정을 확보하기 어려우므로, 분쟁당사국 간의 분쟁의 해결과 다각적인 자유무역질서의 유지라는 관점에서 WTO는 회원국의 손해를 회복하는 자력구제 수단인 동시에 위반행위를 합법적인 상태로 회복시킬 수 있는 최후 조치로서 보복조치제도를 도입하고 있다. 그런데 DSB가 승인하는 양허 그 밖의 의무의 정지의 정도는 무효화 또는 침해의 정도와 동등할 것을 요구하고 있다(DSU 제22조 제4항). 이에 따르면 피해국에 생긴 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 넘는 징벌적 보복조치는 허용되지 않고, 협정위반행위로 인해 침해된 피해국의 무역상의 이익과 동등한 배상을 위반국에 부과할 수 있을 뿐인데, 이러한 동등요건을 구비하여야 하는 보복조치가 의무의 이행을 얼마나 유도할 수 있는지에 관하여 검토해 볼 필요가 있다.

1) 도아개발아젠다(Doha Development Agenda, 이하 'DDA'라고 한다)의 협상이 진전 없이 답보하고 있는 현상과 관련하여 WTO체제가 그 기능을 다한 것은 아닌지 염려하는 목소리도 없지 않다.

2) 이는 보복조치(retaliation) 또는 대항조치(countermeasure)라고 하는데, 이러한 용어가 DSU에 직접 규정되어 있는 것은 아니고, 위반행위가 시정되지 않는 경우의 조치로서 '양허 그 밖의 의무의 정지(the suspension of concessions or other obligations)'를 규정하고 있을 뿐이다(DSU 제22조 제4항).

특히 객관적인 법 준수를 추구하는 WTO 분쟁해결제도 하에서는 보복조치도 WTO 무역질서의 유지를 도모하기 위한 것으로 볼 수 있고, 그렇다면 보복조치의 수준에 관하여 부과된 동등요건이 법질서유지의 관점에서 보복조치를 인정한 취지에 부합하게 운용되고 있는지 살펴볼 필요가 있다. 또한 국제경제 분야에서 WTO 회원국이 국내의 정치적 이익을 비롯한 다양한 이해관계를 고려하여 협정을 준수할 것인지 여부를 결정하는 현실을 고려하더라도 보복조치가 협정위반상태를 적법상태로 회귀시키는 기능을 발휘할 수 있는 방안을 모색해 볼 필요가 있다. 본 논문에서는 양허 그 밖의 의무의 정지의 정도와 무효화 또는 침해의 정도의 동등 여부가 어떠한 기준에 의해 어떠한 방법으로 평가되고 있는지를 보복조치의 승인이 문제되었던 구체적 사건을 중심으로 고찰해 보고자 한다.

II. WTO 분쟁해결제도로서의 보복조치

1. WTO 분쟁해결제도

WTO는 분쟁해결을 주관하는 기관으로 DSB를 두고 있는데, DSB는 패널을 설치하고 패널보고서 및 항소기구 결정문을 채택하며, 그 판정의 이행을 감독하고, 보복조치를 수권하는 권능을 행사한다. DSB는 개별 분쟁을 직접 처리하는 것이 아니라, 패널³⁾이나 항소기구,⁴⁾ 중재인이 결정한 내용을 채택하는 역할을 한다.

제소국이 피제소국을 상대로 DSU 제4조에 근거하여 협의를 요청하면 WTO 분쟁해결절차가 개시된다. 제소국이 협의요청서를 제출하고 피제소국이 이에 대한 답변

3) WTO 분쟁을 해결하기 위해 DSB를 보조하는 기관으로서, 패널의 구성은 당사국들 간의 별도의 합의가 없으면 패널리스트는 제3국의 국민이어야 하고(DSU 제8조 제3항), 패널명부를 비치하고 이를 패널리스트 선정에 활용하도록 하고 있는데(DSU 제8조 제4항), 이러한 방법보다는 WTO 사무국에서 해당 사건의 특성, 당사국들의 국적을 고려하여 후보자들을 양 당사국에 추천하고, 그 후보자 중 3인에 관하여 양 당사국이 합의하는 방식(DSU 제8조 제6항)이나 WTO 사무총장이 임명하는 방식(DSU 제8조 제7항) 등이 이용되고 있다.

4) 항소기구 재판관은 매 사건마다 임명되는 패널리스트와는 달리 상임이며, 국적과 상관없이 모든 사건에 배정될 수 있다. 항소는 패널보고서의 법적 쟁점이나 패널이 제시한 법적 해석에만 국한되지만(DSU 제17조 제6항), 사실관계에 관한 다툼이라도 패널이 사안을 객관적으로 평가하였는지 여부가 문제되는 때에는 항소의 대상이 된다(DSU 제11조). 항소이유서가 제출되고 이에 대한 답변서가 제출된 때에는 항소기구는 항소가 제기된 날부터 60일 이내에 보고서를 완성해야 하지만, 30일을 연장할 수 있다. 항소기구는 패널의 법적 판단과 결론을 유지, 변경 또는 번복할 수 있다(DSU 제17조 제3항). 위반조치가 인정되는 때에는 해당 조치를 관련 협정과 합치시키도록 하는 권고안을 항소기구의 결론부분에 포함시키는데(DSU 제19조 제1항), 그 권고안을 이행하는 방법을 보고서에서 제안할 수 있다.

서를 제출하면, WTO 사무국은 그 당사자국이 WTO 건물에서 회동할 수 있도록 주선해 준다.⁵⁾ 협의절차 개시 후 60일이 경과하면 제소국은 패널설치를 요청할 수 있다.

WTO 분쟁은 패널 이외의 주선(good offices), 조정(conciliation), 중개(mediation)⁶⁾에 의해서도 해결할 수 있다(DSU 제5조).⁷⁾ 이는 GATT 체제 하에서 사무국이 이러한 절차를 통해 분쟁해결에 관여하던 관행이 반영된 것이다. 그런데 WTO 출범 이후에는 이러한 절차는 이용되지 않고 모든 분쟁을 협의 및 패널절차를 통해 해결하고 있다. WTO 분쟁을 중재(arbitration)를 통해 해결할 수 있는데(DSU 제25조), 이는 양 분쟁당사국의 중재합의에 의해 패널절차와는 별개로 진행되는 절차이다. WTO 출범 이래 이용된 적이 없다고 한다.⁸⁾

제소국이 DSU 제6조에 따라 패널설치 요청서를 DSB에 제출함으로써 패널절차가 개시되는데, 분쟁 사안에 관하여 상당한 이해관계(substantial interest)를 가지는 국가는 제3국으로 분쟁해결절차에 참가할 수 있다(DSU 제10조). 패널절차⁹⁾는 DSU 제12조에서 규정하고 있는 작업절차(Working Procedures)에 따라 진행되며, 분쟁사건이 패널에 위임된 이후 6개월 이내에 패널보고서가 완성되어 분쟁당사국에 송부되어야 하는데, 패널보고서가 완성되어 분쟁당사국에 송부되고 이어 전 회원국이 회람하면 그로부터 60일 이내에 항소가 제기되지 않으면 패널보고서는 역총의제(reverse consensus)에 의해 DSB에서 채택된다(DSU 제16조).

패널이나 항소기구의 보고서가 채택된 날부터 30일 이내에 피제소국은 DSB판정의 이행에 관한 입장을 밝혀야 한다(DSU 제21조 제항).¹⁰⁾ DSB 판정의 이행과 관련하여 패소국이 이행가능한 합리적인 이행기간을 정하는 것이 무엇보다도 중요하다. 분쟁당사국 간에 이에 관한 합의가 있으면 그에 따르고, 분쟁당사국 간에 이에

5) 협의절차는 양 분쟁당사국 간의 문제인데, 이 단계에서 양 당사국이 수용 가능한 타협안을 도출하여 분쟁이 해결되는 경우도 있지만, 분쟁당사국이 패널절차를 밟기로 마음먹은 사건의 경우에는 협의절차는 패널절차로 가기 위한 요식행위에 불과하다.

6) good offices, conciliation, mediation에 관한 국내에서의 해석이 통일되어 있지 않으므로, 법무부가 발행한 국제법률용어사전에 입각하여 서술하였다. 이에 따르면 good offices는 주선, 알선(법무부, 「국제법률용어사전」, 창신인쇄(주), 1997, p. 50)으로, conciliation은 조정(법무부, 앞의 책, p. 27)으로, mediation은 중개(법무부, 앞의 책, p. 63)로 해석되어 있다.

7) 이에 관하여는 이동호, “WTO 체제하의 분쟁해결절차”, 「중재학회지」 제4권, 한국중재학회, 1994, pp. 31-32 참조.

8) 장승화, “WTO 분쟁해결절차”, 「신국제경제법(보정판)」, 박영사, 2013, p. 57.

9) WTO 패널절차에는 중간점검(interim review)제도(DSU 제15조)가 마련되어 있는데, 이는 패널보고서의 서술적 부분(descriptive sections)이 완성되면 이를 당사자에게 보여주고 의견진술의 기회를 부여하고, 패널의 판단과 결론부분을 포함한 중간보고서를 분쟁당사국에 회람시켜 의견진술의 기회를 부여하는 제도이다.

10) 실무상으로는 패소국은 일단 적절하고 성실하게 이행하겠다는 취지의 서신을 DSB에 제출한다.

관한 다툼이 있는 때에는 중재¹¹⁾에 회부되어 그 기간을 정하게 된다. 중재인은 15개월을 기준으로 합리적 이행기간을 정하게 되며(DSU 제21조 제3항), 중재인의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.

분쟁당사국 간에 DSB판정을 준수하기 위하여 취해진 조치의 존재나 WTO 합치성이 다투어지는 경우 이 분쟁을 해결하기 위하여 이행점검패널(compliance review panel)이 설치되는데, 이 패널은 가능한 한 원래의 패널 구성원으로 구성된다(DSU 제21조 제5항).

DSB는 그 판정의 이행을 정기적으로 감독하는데, 위반조치가 완전히 철회될 때까지는 제소국에 대한 구제조치가 인정되어야 하므로 보상과 보복조치가 인정되고 있다(DSU 제22조). 따라서 피제소국이 합리적 이행기간까지 위반된 조치를 제거하지 못하는 경우 분쟁당사국은 임시적 구제수단으로서 보상에 관하여 합의할 수 있다. 합리적 이행기간의 종료 후 20일 이내에 보상에 관한 합의가 이루어지지 못하면 승소국은 DSB에 보복조치의 수권을 요청할 수 있다. 이러한 보복조치는 문제된 해당 산업뿐만 아니라 다른 산업분야에 대해서도 가해질 수 있으며, 그 보복조치의 수준은 문제된 조치로 인해 협정상의 이익이 무효화 또는 침해된 수준과 동등하여야 한다(DSU 제22조 제4항). 보복조치의 수권 요청이 있으면 DSB는 합리적 이행기간 종료일부턴 30일 이내에 역충의제를 적용하여 이를 승인하여야 한다(DSU 제22조 제4항).

보복조치의 수준에 관하여 분쟁당사국 간에 다툼이 있으면 이를 중재에 회부하는데, 가능한 한 원래의 패널 구성원을 중재인으로 선임하고, 그렇지 않은 때에는 사무총장이 중재인을 임명한다. 보복조치의 수준에 관한 중재판정은 합리적 이행기간 종료시부터 60일 이내에 이루어져야 한다(DSU 제22조 제6항). 문제된 조치로 인해 협정상 이익이 무효화 또는 침해된 수준을 확정하는 것은 쉽지 않은 일로서, 보복조치가 이와 동등한지에 관한 판단은 법적인 판단과 아울러 경제학적인 판단을 모두 필요로 하는 작업이다.

2. 보복조치의 내용

중앙집권적인 기관이 존재하지 않는 국제사회에서 주권국가의 의무의 이행을 확보하는 것은 국제법 영역의 아킬레스건으로 간주되어 왔고, 적절한 집행방법을 가지지 못하는 것이 국내법의 국제법의 괴리를 초래하고 있다.¹²⁾ 국제사회에서 주권

11) 항소기구 재판관 중 1인이 중재인으로 선임되는 것이 제네바의 관행이다.

국가에 의한 보복조치는 국제위법행위로 인해 피해국에 발생한 손해를 보전하는 당사국간의 책임과 합법성의 회복을 통한 국제법질서의 안정의 확보라는 국제사회 책임이 작용하는 것으로 볼 수 있다. 국제경제를 법적인 측면에서 규율하고자 하는 WTO도 이러한 특성을 가지는 국제사회를 그 대상으로 하고 있다. 또한 WTO의 전신인 GATT 제23조 제2항은 “... 계약당사자단은 상황이 그러한 조치를 정당화할 만큼 중대하다고 인정할 때에는 그 상황에 적절하다고 결정하는 이 협정 하의 양허 또는 그 밖의 의무의 다른 계약당사자 또는 계약당사자들에 대한 적용을 계약당사자 또는 계약당사자들이 정지하는 것을 승인할 수 있다. ...”고 하여 보복조치를 인정하였다. 그러나 GATT 체제에서는 패널의 설치, 보고서의 채택, 보복조치의 승인 등에 관하여 계약당사자단의 만장일치에 의한 동의를 필요로 하는 동의방식을 채택하고 있었기 때문에 위반국은 분쟁해결절차의 진행을 손쉽게 방해할 수 있었고, GATT 시대 47년 동안 보복조치는 미국 낙농제품 수입제한사건 1건 만이 이루어졌다.¹³⁾ 결국 위반조치의 철회는 타국으로부터의 정치적 압력 등에 의해 위반국이 스스로 철회할 것을 기대할 수밖에 없었다.

DSU에서는 DSB 판정의 이행을 효과적으로 확보하기 위하여 보복조치에 이르기까지의 절차에 관한 기간을 비교적 상세하게 설정해 놓고 있고, 보복조치의 발동 승인에 대하여 역충의제를 채택하여 모든 회원국이 일치하여 이의하지 않으면 보복조치가 승인되는 것으로 규율하고 있다. 보복조치 뿐만 아니라 패널·항소기구의 설치, 보고서의 채택과 관련해서도 역충의제 방식이 이용되고 있는 결과, 피해국은 DSB에 분쟁해결을 의뢰하고 피해국의 주장이 받아들여지면 보복조치의 승인을 요청할 권리를 취득하게 된다. DSB로부터 보복조치를 승인받기 위해서는 제소국은 DSU 제22조 제3항에 규정된 절차¹⁴⁾에 따라야 하며, 제안된 보복조치의 수준과 무

12) Martti Koskeniemi, “Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?,” *British Year Book of International Law* Vol. 72, 2003, p. 337.

13) 이러한 GATT 체제의 분쟁해결제도는 집행 없는 판정(adjudication without enforcement)이라는 비난을 받기도 한다(이에 관하여는 Eric Reinhardt, “Adjudication without Enforcement in GATT Disputes,” *Journal of Conflict Resolution* Vol. 45. 2, 2001, p. 174 이하 참조).

14) 보복조치의 구체적인 내용과 관련해서는 제소국은 WTO 협정의무 위반판정을 받은 분야와 동일한 산업분야에 대한 보복조치(동종보복)를 추구하여야 하고, 만일 동일한 산업분야에 대한 보복조치가 비현실적이거나 비효과적인 때에는 동일 협정상의 다른 산업분야에 대하여 보복조치(산업간 교차보복)를 고려할 수 있으며, 동일 산업이나 동일 협정에 대한 보복조치를 추구하는 것이 제소국의 경제에 불균형적이고 부정적인 효과를 초래하는 등 관련 상황이 충분히 심각한 때에는 다른 대상 협정상의 보복조치(협정간 교차보복)를 추구할 수도 있다. 협정간 보복조치의 경우 그 대상이 되는 협정은 WTO 협정 제1부속서 A에 열거된 상품무역에 관한 다자협정(MTA) 전체와 관련 분쟁당사자가 회원국인 복수국간 무역협정(PTA), 서비스 관련 서비스무역에 관한 일반협정(GATS), 지적재산권 관련 무역 관련 지적재산권에 관한 협정(TRIPs)이다.

효화 또는 침해의 수준이 동등하도록 하여야 한다(DSU 제22조 제4항). 다만 피제조국이 제안된 보복조치가 DSU 제22조 제3항의 절차를 준수하지 않았다거나 그 보복조치의 수준이 DSU 제22조 제4항에 반한다고 이의를 제기하면 해당 사안은 중재¹⁵⁾에 회부된다(DSU 제22조 제6항).

WTO의 보복조치는 그 승인단계와 합법성 판단과정에 있어서 국제법상의 일반 대항조치와는 차이가 있다. 즉 승인단계에서 국제법의 경우는 선행하는 위반행위의 유무나 해당 위반행위가 대항조치를 정당화하는지 여부에 관한 판단이 전적으로 국가의 주관적 판단에 일임되어 있는 결과 자의적 측면을 내포하고 있지만, WTO 보복조치는 DSB가 협정 위반이라고 인정한 조치에 대하여 DSB의 수권 하에서만 허용되고, 이에 이르기까지 다양한 구제절차가 마련되어 있다. 조치의 합법성 판단과 관련해서도 국제법 영역에서는 이에 관한 강제관할권이 인정되지 않고, 대항조치의 합법성이 사후적으로 반드시 국제재판소의 판단을 받게 되는 것은 아니지만, WTO 보복조치의 합법성이 분쟁당사국 간에 다투어지는 때에는 중재절차를 밟아야 하고, 이에 관한 중재인의 결정은 최종적인 것으로서 관계 당사자국이 이를 받아들여야 한다(DSU 제22조 제7항). WTO에서는 피해국의 주관적 판단에 의한 일방적인 보복조치의 발동을 금지하고, DSB가 보복조치의 발동 승인과 그 합법성 판단에 개입함으로써 자력구제로서의 성질을 가지고 있는 보복조치에 일정한 통제를 가하고 있다. 이러한 의미에서 WTO는 국제경제영역에서 고유한 통제를 받는 강제집행수단을 마련해 놓은 것으로 볼 수 있다.

3. 보복조치의 목적

보복조치를 둔 제도적 취지가 무엇인지에 관하여는 WTO 협정에 명시되어 있지 않고,¹⁶⁾ 그 결과 이에 관한 논의가 활발히 전개되어 왔는데, 크게 균형회복

15) 중재절차에 관하여는 정기인, "WTO의 분쟁해결절차와 국제상사중재제도의 비교 연구", 「중재학회지」 제7권, 한국중재학회, 1997. 12. p. 374-375 참조.

16) GATT와 WTO의 양허 그 밖의 의무의 정지의 목적은 연혁적으로나 오늘날에 있어서나 여전히 애매하여 혼란스러운 상태에 있고[Joost Pauwelyn, "The Calculation and Design of Trade Retaliation in Context: What is the Goal of Suspending WTO Obligation?," in: Chad P. Bown & Joost Pauwelyn (eds.) *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010, p. 36], WTO 협정의 규정 자체가 일관되지 못하여, 협정의 구체적인 내용을 살펴보면 회원국 간의 권리의무의 균형회복 또는 WTO 의무의 이행유도를 추구하는 것으로 해석될 여지가 있는 규정들이 각각 존재하는 것으로 볼 수 있다[Alan O. Sykes, "Optimal Sanctions in the WTO: The Case for Decoupling (and the Uneasy Case for the Status Quo)," in: Chad P. Bown & Joost Pauwelyn (eds.) *The Law,*

(rebalancing)과 이행유도(inducing compliance)의 측면에서 논의가 이루어지고 있다.¹⁷⁾ 보복조치의 목적을 회원국 간의 권리의무의 균형회복에서 찾는 입장에서는 WTO는 회원국 간에서 시장접근, 관세자유화에 관한 약속의 교환이 이루어지고 있는 상호계약에 불과하기 때문에 위반이 행해진 경우에 위반국은 당초의 양허 균형을 회복하고 피해국에게 배상을 하면 된다고 한다. 즉 어느 관세양허를 이행하지 않은 위반국의 행위는 처벌받을 만한 위반은 아니고 DSB의 승인 하에 피해국이 상호적 양허 정지의 특권을 취득하는 계기가 되는 것으로 본다. 이러한 입장에 따르면 협정을 계속하여 위반하는 국가에 대하여 공통이익의 보호를 위한 집단적 징벌은 허용되지 않는다고 한다.¹⁸⁾

그런데 보복조치의 목적을 의무 불이행국에 대한 이행유도에서 찾는 입장¹⁹⁾에서는 WTO의 의무의 객관화·집단화를 통해 WTO 협정상의 의무의 이행을 유도하고 무역체제의 질서를 유지하는 것을 WTO 분쟁해결제도의 일차적인 기능으로 간주하고, 이러한 의무를 위반한 경우 배상만으로는 부족하고 보복조치를 통해 위반국의 신속하고 엄격한 이행을 유도하여 장래의 위반을 저지하여야 한다고 한다.²⁰⁾

또한 균형회복과 이행유도는 WTO 분쟁해결제도의 서로 다른 두 성질에 초점을 맞추어 보복조치의 기능을 파악한 것으로서 양자는 상호배적관계에 있는 것이 아니라 모두 보복조치의 목적이 될 수 있는 것으로 보는 견해²¹⁾도 주장되고 있다.²²⁾ 이러한 입장에서는 균형회복은 이국간무역을 기초로 하는 WTO의 대내적인 회원국 간의 계약적 유연성을 전제로, 상호주의에 입각하여 당초 체결한 계약의 균형회복

Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement, Cambridge University Press, 2010, p. 341.

- 17) 이에 관하여는 Simmon A. B. Schropp, "Revisiting the 'Compliance vs. Rebalancing' Debate in WTO Scholarship: Towards a United Research Agenda," *HEI Working Paper No: 29/2007* 참조.
- 18) Andreas F. Lowenfeld, "Remedies along with Rights: Institutional Reform in the New GATT," *The American Journal of International Law* Vol. 88, 1994, pp. 477-478.
- 19) 이재민, "최근 WTO 분쟁해결절차에서 확인된 국제법 기본원칙 및 법리", 「국제법학논총」 제55권 제4호(통권 제119호), 대한국제법학회, 2010. 12. p. 201.
- 20) Alan O. Sykes, supra note 15, p. 339; Brendan P. McGivern, "Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives," *The International Lawyer* Vol. 36, 1, 2002, p. 144.
- 21) Yuka Fukunaga, "Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of DSB Recommendations," *Journal of International Economic Law* Vol. 9, 2, 2006, p. 417.
- 22) WTO 분쟁해결절차상 보복조치제도는 DSB에 의한 관정의 이행이 원활하게 이루어지지 않을 경우 WTO 협정상 의무 불이행국가의 의무이행을 유도하여 회원국 간 권리와 의무의 적절한 균형을 회복시키기 위한 목적을 갖는다고 한다(김인숙, "WTO 분쟁해결절차상 보복조치의 문제와 개선방안", 「통상법학」 통권 제96호, 법무부, 2010. 12. pp. 47, 68).

을 도모함으로써 WTO 분쟁을 해결하고자 하는 분쟁해결기능 자체를 중시하는 것이고, 반면 이행준수는 국제체제로서의 WTO 법체제의 대외적인 협정의무이행 측면을 다루어, WTO 회원국이 무역질서의 안정에 대한 집단적 기대를 가지고 위반행위를 협정의무이행으로 이끔으로써 WTO의 다각적 무역체제의 안정성과 예견가능성을 담보하는 질서유지기능에 초점을 맞춘 것이라고 한다.

WTO는 이국간주의와 다국간주의를 기초로 하는 체제이고, 그 분쟁해결제도도 이국간의 분쟁해결기능과 자유무역체제의 질서유지기능을 모두 담당하는 것으로 볼 수 있다. 다만 GATT 체제에서 WTO 체제로 넘어오면서 보복조치의 목적과 관련하여 균형회복에서 이행유도로 그 무게중심이 옮겨진 사실을 염두에 두어야 한다. GATT 시대의 분쟁해결제도의 보호대상은 호양적인 교섭을 통해 얻어진 구체적인 무역이익이고, 이변적·주관적인 이익의 균형유지를 분쟁해결제도의 일차적으로 목표로 하였지만, WTO 체제에서는 규제의 확대·강화를 통해 WTO 의무의 객관화를 도모함으로써 그 분쟁해결제도는 이국간의 분쟁해결기능과 아울러 위반국의 위반행위를 이행으로 유도하여 WTO의 다각적 무역체제의 안정성과 예견가능성을 담보하는 기능을 담당하게 되었다. WTO 분쟁해결제도는 다각적 무역체제에 안정성과 예견가능성을 부여하는 중요한 요소이고(DSU 제3조 제2항), 분쟁해결제도의 일차적인 목적은 해당 조치가 어느 협정에 적합하지 않은 것으로 인정될 때에는 그 조치의 철회를 확보하는 것이다(DSU 제3조 제7항). 보상이나 양허 그 밖의 의무의 정지는 DSB의 권고나 판정을 합리적 기간 내에 이행하지 않은 것에 대한 잠정적인 구제수단이고, 따라서 문제된 조치를 관련 협정에 적합하게 만들기 위한 권고나 판정을 완전히 이행하는 것이 우선시된다(DSU 제22조 제1항). 보복조치가 처음 문제되었던 EC-Bananas (US) 사건에 대한 중재판정은 양허 그 밖의 의무의 정지가 잠정적인 성질을 가지는 것은 보복조치의 목적이 이행유도에 있다는 것을 의미한다고 판단하였으며,²³⁾ 그 후의 중재판정은 이행유도를 보복조치의 목적으로 인정하고 있다.

이렇듯 보복조치의 목적 내지 기능에 관하여 이행유도의 비중이 크다고 할 경우 DSU 제22조 제4항에서 보복조치의 수준이 협정위반행위로 인해 협정상의 이익이 무효화 또는 침해된 수준과 동등할 것을 요구하는 것을 어떻게 해석할 것인지를 검토할 필요가 있다. WTO 회원국이 이행의 유도를 희망하고 있다면 협정상의 이익이 무효화 또는 침해된 수준을 상회하는 강력한 징벌을 부과할 필요가 있다는 논의가

23) EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the arbitrators, WT/DS27/ARB, adopted 9 April 1999, para. 6.3.

있을 수 있다.²⁴⁾ 그러나 보복조치는 WTO 협정위반행위에 대한 직접적인 구제수단이 아니라 DSB의 권고나 판정을 합리적 기간 내에 이행하지 않은 것에 대한 잠정적 구제수단이므로, 위반국은 피해국의 보복조치를 감수하더라도 문제된 위반행위를 WTO 협정의무에 합치시킬 의무를 여전히 부담하게 된다.

4. 보복조치의 이용실태

WTO 2012년 연례보고서에 따르면 2011년 말까지 DSB에 분쟁해결이 의뢰된 사건이 427건²⁵⁾인데, 그 가운데 보복조치가 승인된 사례는 11건²⁶⁾에 불과하다. 그 원인으로서는 DSB에 의해 채택된 보고서의 준수율이 83%로 높다거나²⁷⁾ 보복조치의 발동 위협에 의한 위반국의 자주적인 이행²⁸⁾ 등이 거론되고 있다.²⁹⁾ WTO 보복조치는 피해국의 위반국에 대한 양허(concessions) 또는 그 밖의 의무의 정지의 형태로 이루어지므로, 이러한 조치를 발동한 나라의 소비자와 경제후생 일반에도 부정적인 영향을 미칠 수 있으며, WTO 체제가 추구하는 자유무역이념에도 반하고 세계무역의 발전을 저해할 염려도 없지 않다. 이러한 측면을 고려한다면 보복조치에 의존하

24) David Palmeter & Stanimir Alexandrov, "Inducing Compliance in WTO Dispute Settlement," in: Robert E. Hudec & Daniel L. M. Kennedy & James D. Southwick (eds.) *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge University Press, 2002, p. 651.

25) 이에 관하여는 http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm 참조.

26) EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (WT/DS27/ARB) 사건, EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (WT/DS26/ARB) 사건, EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (WT/DS48/ARB) 사건, EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (WT/DS27/ARB/ECU) 사건, Brazil-Export Financing Programme for Aircraft (WT/DS46/ARB) 사건, United States-Tax Treatment for "Foreign Sales Corporation" (WT/DS108/ARB) 사건, Canada-Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft (WT/DS222/ARB) 사건, United States-Anti-Dumping Act of 1916 (WT/DS136/ARB) 사건, United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (WT/DS217/BRA, CHL, EEC, IND, JPN, KOR, WT/DS234/CAN, MEX) 사건, United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (WT/DS285/ARB) 사건, United States-Subsidies on Upland Cotton (WT/DS267/ARB) 사건이 이에 해당한다.

27) William J. Davey, "The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years," *Journal of International Economic Law* Vol. 8, 1, 2005, p. 47.

28) Jide Nzelibe, "The Credibility Imperative: The Political Dynamics of Retaliation in the World Trade Organization's Dispute Resolution Mechanism," *Theoretical Inquiries in Law* Vol. 6, 2005, pp. 224-225.

29) 그러나 분쟁당사국이 DSB 판정을 궁극적으로는 이행하고 있지만, 그 이행과정에서 해당 조치를 일부 철회 또는 변경하거나 이행기간을 최대한 늘리는 등 판정의 이행이 내용적·시간적 측면에서 불완전하다는 지적도 있다(이에 관하여는 William J. Davey, "Compliance Problem in WTO Dispute Settlement," *Cornell International Law Journal* Vol. 42, 2009, p. 119 참조).

지 않는 것이 바람직하다고 할 수도 있다.

WTO의 보복조치가 이용되지 않는 실질적인 이유로 보복조치 자체에 내재하는 문제를 들 수 있다. 보복조치를 발동하더라도 위반행위의 시정에 아무런 효과를 얻을 수 없을 것으로 예상되는 때에는 피해국은 보복조치의 승인을 요청하지 않을 것이다. 또한 승인사례의 반 이상이 실시되지 못하였고, 보복조치 발동 후에도 위반행위가 지지부진하여 시정되지 못한 사건들도 있다. 의무의 이행을 확보할 수 있는 견고한 장치를 가지지 못하고, 그 이행이 위반국의 세평에 대한 염려나 그의 신의성실에 의존하고 있다는 평가가 내려지기도 한다.³⁰⁾

WTO의 분쟁해결제도는 GATT 시대의 가맹국간의 이익 균형의 도모라는 이념을 넘어 객관적인 법 준수의 이념을 추구하고 있으며, 보복조치를 통해 협정위반상태를 적법상태로 회귀시킴으로써 WTO 무역질서의 유지를 도모하고 있다. 그런데 국제경제 분야에서 WTO 회원국은 국내의 정치적 이익을 비롯해 다양한 이해관계를 고려하여 협정을 준수할 것인지 여부를 결정하는 경향이 있고, 이러한 현상과 맞물려 보복조치의 수준에 부과된 동등요건이 법질서유지의 관점에서 보복조치의 집행력을 제약하는 요인으로 작용하기도 한다. DSB가 승인하는 양허 그 밖의 의무의 정지의 정도는 무효화 또는 침해의 정도와 동등할 것을 요구하고 있으므로(DSU 제22조 제4항), 피해국에 생긴 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 넘는 징벌적 보복조치는 허용되지 않고, 협정위반행위로 인해 침해된 피해국의 무역상의 이익과 동등한 배상을 위반국에 허용하게 되는데, 이러한 보복조치는 협정위반행위를 적법상태로 회귀시키는 기능을 적절히 수행하지 못하고 있는 실정이다. 그렇다면 보복조치의 수준에 대하여 요구되는 동등요건의 의미와 내용을 검토해 볼 필요가 있다. 보복조치의 수준이 협정위반행위로 인해 협정상의 이익이 무효화 또는 침해된 수준과 동등하여야 한다고 할 경우 무효화 또는 침해가 무엇을 의미하며, 어떠한 요소를 고려하여 그 정도를 판단할 것인지, 무엇을 기준으로 양허 그 밖의 의무의 정지의 정도와 무효화 또는 침해의 정도의 동등 여부를 판단할 것인지에 관하여 보복조치의 동등성이 문제되었던 실제 중재사건을 중심으로 살펴보고자 한다.

Ⅲ. WTO 보복조치의 동등요건

1. 동등(equivalence)의 의미 및 내용

30) Bernard M. Hoekman & Petros C. Mavroidis, "WTO Disputes Settlement, Transparency and Surveillance," *The World Economy* Vol. 23, 5, 2000, p. 538.

동등하다는 것은 두 가지 또는 그 이상의 등급, 정도 등이 실질적으로 동일한 것을 의미한다. 보복조치의 수준에 관하여 GATT 체제 하에서는 ‘적당한(appropriate)’이라는 표현을, WTO 보조금협정에서는 ‘적당한(appropriate)’, ‘...에 상응한(commensurate with)’이라는 표현을 사용한다. DSU에서는 ‘동등한(equivalent)’이라는 표현을 사용하고 있다.³¹⁾ EC-Bananas (US) 사건에 대한 중재판정은 GATT의 ‘적당한’과 WTO의 ‘동등한’을 비교하여, 전자는 제안된 양허 그 밖의 의무의 정지의 정도와 협정위반행위로 인한 무효화 또는 침해의 정도가 어느 정도 관련성이 있는 것을 의미하는데 대하여, 후자는 이보다 높은 정도의 일치 또는 엄격한 균형을 의미하는 것으로 보았다. 즉 후자가 보다 엄격한 내용을 가지는 것으로 파악하고 있다.

보복조치의 수준에 관하여 다툼이 있어 중재에 회부된 사건으로는 EC-Bananas (US) 사건,³²⁾ EC-Hormones (US) 사건,³³⁾ EC-Hormones (Canada) 사건,³⁴⁾ EC-Bananas (Ecuador) 사건,³⁵⁾ US-Anti-Dumping Act of 1916 사건,³⁶⁾ US-Offset Act of 2000 (Byrd Amendment) 사건,³⁷⁾ US-Gambling 사건³⁸⁾이 있다. 이 중재사건의 내용을 검토하여, 중재판정이 비교대상인 무효화 또는 침해의 의미를 어떻게 파악하고 있는지, 무엇을 기준으로 보복조치의 정도와 무효화 또는 침해의 정도의 동등 여부를 판단하는지에 관하여 살펴봄으로써 동등성 판단의 기준을 제시해 보고자 한다.

2. 보복조치 중재사건의 검토

-
- 31) EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, supra note 23, para. 6.5.
 32) EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, supra note 23.
 33) EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the arbitrators, WT/DS26/ARB, adopted 12 July 1999.
 34) EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the arbitrators, WT/DS48/ARB, adopted 12 July 1999.
 35) EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, Decision by the arbitrators, WT/DS27/ARB/EQU, adopted 24 March 2000.
 36) United States-Anti-Dumping Act of 1916, Recourse to Arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, Decision by the arbitrators, WT/DS136/ARB, 24 February 2004.
 37) United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, Recourse to Arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, Decision by the arbitrators, WT/DS217/ARB/EEC, adopted 31 August 2004.
 38) United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Recourse to Arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, Decision by the arbitrators, WT/DS285/ARB, adopted 21 December 2007.

(1) EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas 사건

EC는 1993년에 도입한 바나나수입 규제조치에서 수입된 바나나를 전통적 ACP 국가 바나나, 비전통적 ACP 국가 바나나, 제3국 바나나의 세 가지 범주로 나누어, 각기 다른 관세할당 및 수입승인제도를 적용하였다. 이에 대하여 미국, 에콰도르 및 그 밖의 바나나 수출국은 EC의 이러한 조치가 GATT, GATS 및 농업협정 등에 반한다고 주장하면서 DSB에 분쟁해결을 신청하였다. 패널과 항소기구는 EC의 조치가 위 협정에 반함을 인정하였음에도 불구하고 EC가 위반조치를 시정하지 않자, 미국과 에콰도르는 DSB에 양허 정지의 승인을 요청하였다. 이에 대하여 EC는 미국과 에콰도르가 제안한 양허 정지가 DSU 제22조 제3항에 정한 원칙과 절차를 준수하지 못하였고, 위 양허 정지의 정도가 DSU 제22조 제4항에 반한다고 이의를 제기하여 중재에 회부되었다.

미국과의 중재사건에서 중재판정은 동등성은 정지된 양허의 정도와 무효화 또는 침해의 정도와의 일치 또는 균형을 의미하는데, 그 어느 하나라도 명확하지 않으면 이 두 가지의 정도의 일치가 확보되지 않는다고 하고, 미국이 제안한 5억 2,000만 달러 상당의 양허 정지가 동등한지를 판단하기 위해서는 무효화 또는 침해의 정도를 결정하여야 한다고 하였다.³⁹⁾ 또한 정지된 양허와 무효화 또는 침해의 정도는 동일한 기준에 의해 평가되어야 하는데, 양허의 정지의 정도는 EC로부터 미국으로의 수입품 추가격으로 평가되므로 무효화 또는 침해의 정도도 이와 동일하게 미국으로부터의 EC로의 관련 수입품 가격에의 영향을 기준으로 산정되어야 한다고 하였다. 특히 미국으로부터 EC로의 관련 수입품 가격에의 영향을 산정함에 있어서는 위반이 행해지지 않았을 경우에 존재할 상황(counterfactual situation) 하에서의 수입 무역액과 현재의 상황(actual situation) 하에서의 수입 무역액을 비교하였다.⁴⁰⁾ 이 사건에서 미국은 위반이 없을 경우에 존재할 상황으로 네 가지 경우를 제시하였는데, EC는 이러한 미국의 주장에는 몇 가지 추측의 오류가 존재하고, 위반이 없을 경우의 상황이 복수로 존재할 수 있다는 미국의 주장은 타당하지 않다고 하였다.⁴¹⁾ 이에 대하여 중재판정은 위반이 없을 경우에 존재할 상황이 복수로 인정될 수 있다는 것을 인정하고, 그 가운데서 중재판정부가 합리적이라고 판단한 것과 현재의 상황을 비교하였다. 결국 위반이 없을 경우의 상황과 현재의 상황에서의 무역액의 차

39) EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, supra note 23, paras. 4.1-4.2.

40) Id., para. 7.1.

41) Id., paras. 7.3-7.6.

액을 1억 9,140만 달러로 산정하고, 이를 미국이 입은 이익의 무효화 또는 침해의 정도로 인정하여 이와 동액의 양허 그 밖의 의무의 정지를 인정하였다.⁴²⁾

에콰도르와의 중재사건에서 중재판정은 무효화 또는 침해의 정도를 산정함에 있어서 미국과의 중재사건에서와 마찬가지로 위반이 없을 경우의 상황을 상정하는 것이 타당하다고 하였다. 위반이 없을 경우의 상황에서의 무역액과 현재의 상황에서의 무역액을 비교하여 산출된 차액인 연 2억 160만 달러를 에콰도르가 입은 이익의 무효화 또는 침해의 정도로 인정하여 이와 동액의 양허 그 밖의 의무의 정지를 인정하였다.⁴³⁾

(2) EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) 사건

EC는 여섯 가지 종류의 성장호르몬을 소에 투여하는 것을 금지함과 아울러 이러한 호르몬 중 어느 하나라도 사용된 우육의 수입도 원칙적으로 금지하는 조치를 취하였다. 이에 대하여 미국과 캐나다는 EC의 위와 같은 조치는 아무런 과학적 근거가 없는 무역제한조치로서 SPS협정에 반한다고 주장하면서 DSB에 분쟁해결을 신청하였다. 패널과 항소기구는 EC의 조치가 SPS협정에 반함을 인정하였는데, EC가 합리적 이행기간 내에 권고를 이행하지 않자, 미국은 연 2억 200만 미국 달러, 캐나다는 연 7,500만 캐나다 달러의 양허 정지의 승인을 DSB에 요청하였다. 이에 대하여 EC가 이의를 제기하여 중재에 회부되었다.

미국과의 중재사건에서 중재판정은 제안된 정지의 정도가 무효화 또는 침해의 정도와 동등한지를 판단하기 위해서는 우선 무효화 또는 침해의 정도를 결정할 필요가 있다고 하였다.⁴⁴⁾ 또한 무효화 또는 침해의 정도를 산정함에 있어서는 수입금지 조치로 인하여 영향을 받게 된 고품질우육(HQB)과 식용 가능한 잡육(EBO)에 대하여 EC가 합리적 기간이 만료하는 시점인 1999년 5월 13일에 수입금지조치를 철회하였더라면 예측되는 미국의 호르몬 우육의 EC에 대한 수출가격과 현재 상황에서의 수출가격을 비교하여 그 정도를 산정하였다. 미국이 입은 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 그 차액인 1억 1,680만 미국 달러로 산정하고, 미국은 EC에 대하여 이 금액을 상한으로 양허 그 밖의 의무를 정지할 수 있다고 하였다.

캐나다와의 중재사건에서 중재판정은 미국과의 중재사건에서와 같은 방법을 채택

42) Id., para. 7.8.

43) EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, supra note 35, paras. 166-170.

44) EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), supra note 33, para. 36.

하여, 고품질우유(HQB)과 식용 가능한 잡육(EBO)으로 나누고, 1999년 5월 13일에 수입금지조치가 철회되었다면 예측되는 캐나다의 호르몬 우유의 수출가격에서 현재의 수출가격을 공제한 차액 1,130만 캐나다 달러를 캐나다가 입은 이익의 무효화 또는 침해의 정도로 산정하여, 캐나다에게 이 금액 상당의 양허 그 밖의 의무의 정지를 인정하였다.⁴⁵⁾

(3) United States—Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Byrd Amendment) 사건

Byrd 수정법률은 덤핑방지세와 상계관세에 의해 미국 정부가 얻은 세수를 덤핑 또는 보조금 제소를 지지한 국내업자 등에게 분배할 것을 의무지우고 있었다. 이에 대하여 11개국⁴⁶⁾은 위 Byrd 수정법률조항이 반덤핑협정, 보조금협정 등에 반한다고 주장하면서 DSB에 분쟁해결을 신청하였다. 패널과 항소기구는 협정 위반을 인정하였고, 미국은 직접 DSB의 권고를 준수할 것을 표명하고도 합리적 이행기간 내에 위 법률조항을 폐지·개정하지 않았다. 그러자 분쟁해결 신청국 중 8개국⁴⁷⁾은 양허 그 밖의 의무의 정지의 승인을 요청하였고, 미국이 이러한 보복조치의 수준에 관하여 이익을 제기하여 중재에 회부되었다.

신청국 측은 무효화 또는 침해를 위반으로 인해 이익에 생긴 악영향을 고려하여 파악하여야 하고, 위반으로 인해 무효화 또는 침해된 이익이란 무역효과를 의미하는 것이 아니라 WTO 협정상의 권리의무관계의 균형 유지에 대한 다른 회원국의 기대를 의미한다고 주장하였다.⁴⁸⁾ 또한 이 사건의 경우 Byrd 수정조항에 따른 위법한 분배액 전부가 이익의 무효화 또는 침해에 해당하고, Byrd 수정조항에 따른 연간 분배총액과 보복조치의 승인을 요청한 8개국의 보복조치의 총액이 동일하여야 한다고 주장하였다.⁴⁹⁾ 이에 대하여 미국은 신청국 측의 주장은 위반과 위반의 결과로서의 경제적 영향을 구별하지 않고 있으며, 무효화 또는 침해의 정도는 위반조치로 인해 개개의 신청국에 직접적으로 생긴 무역상의 실손해를 기초로 산정되어야 한다고

45) EC—Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), *supra* note 34, para. 72.

46) 대한민국, 브라질, 오스트레일리아, EC, 인도, 인도네시아, 일본, 태국, 칠레(DS 217), 멕시코, 캐나다(DS 234).

47) 대한민국, 브라질, EC, 인도, 일본, 칠레, 멕시코, 캐나다.

48) United States—Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, *supra* note 37, paras. 3.8–3.9.

49) *Id.*, para. 3.10.

하였다.⁵⁰⁾ 또한 이 사건에서 Byrd 수정조항에 기해 각 미국기업이 받게 된 분배금은 그들의 생산량에 비해 극히 적고, 그 분배금이 유용한 생산활동에 이용되었다는 증거도 없으므로, 이로 인해 무효화 또는 침해된 이익이 존재하지 않는다고 하였다.⁵¹⁾ 이 사건에서 신청국 측과 미국은 무효화 또는 침해의 의미를 달리 파악하고, 무효화 또는 침해의 정도를 산정함에 있어서도 신청국 측은 Byrd 수정조항에 기한 분배총액을, 미국은 개개의 신청국에 생긴 무역효과를 그 기초로 하여야 한다고 하였다.

이 사건에 대한 중재판정은 이익의 무효화 또는 침해는 위반의 결과이고,⁵²⁾ DSU 제3조 제8항에 규정된 위반의 존재에 의한 이익의 무효화 또는 침해의 추정과 무효화 또는 침해된 이익의 정도의 산정은 별개의 문제이고, 양자는 분리되어야 한다고 하였다.⁵³⁾ 또한 보복조치의 수준에 관한 종래의 중재판정이 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 양적·금전적으로 평가하여 왔고, 분쟁당사국들도 이에 관한 양적 산정을 의도하고 있으므로, 이 사건의 경우에도 무효화 또는 침해의 정도를 무역효과를 기초로 산정하는 것이 적절하다고 하였다.⁵⁴⁾ Byrd 수정조항에 따른 분배 자체가 협정 위반으로 인정되기 때문에 분배액을 고려하여 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 산정하여야 하는데, 그 분배액이 매년 변할 수 있으므로 각 신청국으로부터의 수입에 대한 직전 연도의 Byrd 분배액에 무역효과계수(0.72)를 곱한 가액을 보복조치액으로 산정하여야 하고,⁵⁵⁾ 이에 따라 매년 보복조치의 정도를 정하여야 한다고 하였다.

(4) United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services 사건

앤티가 바부다는 미국의 연방법, 주법, 판례 등이 도박 및 베팅서비스의 국경 간 공급을 금지하고 있는 것이 그 자유화약속에 반한하고 주장하면서 DSB에 분쟁해결을 신청하였다. 패널과 항소기구도 미국의 세 개 주법이 GATS에 반함을 인정하였는데도 미국이 그 위반조치를 시정하지 않자, 앤티가 바부다는 34억 4,300만 달러 상당의 양허 그 밖의 의무의 정지의 승인을 요청하였다. 이에 대하여 미국이 앤티가

50) *Id.*, para. 3.1.

51) *Id.*, para. 3.6.

52) *Id.*, para. 3.32.

53) *Id.*, para. 3.53.

54) *Id.*, para. 3.75.

55) *Id.*, para. 3.151.

바부다가 제안한 보복조치의 정도와 형태에 대하여 이의를 제기하여 중재에 회부되었다.

앤티가 바부다와 미국은 위반이 없을 경우의 상황과 위반이 있는 현재의 상황을 비교하여 무효화 또는 침해의 정도를 산정하여야 한다는 점에 관해서는 다툼이 없었지만, 위반이 없을 경우의 상황을 상정하는 방법에 관하여는 입장을 달리 하였다. 즉 앤티가 바부다는 미국의 국제도박 및 베팅서비스시장 전 부문에 대한 진입을 허용하는 것이 위반이 없을 경우의 상황이라고 주장한데 대하여, 미국은 경마시장에 한하여 진입을 허용하는 것이 위반이 없을 경우의 상황에 해당한다고 주장하였다.

중재판정은 위반이 없을 경우의 상황과 현재의 상황을 비교하여 무효화 또는 침해의 정도를 산정하는 방법은 이전의 중재판정에서도 인정되었고, 이 사건의 경우에도 이러한 방법을 이용할 수 있지만,⁵⁶⁾ 상정되는 위반이 없을 경우의 상황은 합리적인 것이어야 한다고 하였다. 도박을 금지한 연방법이 미국의 공서양속을 유지하기 위하여 필요하다고 판단한 항소기구의 판단에 비추어 볼 때, 앤티가 바부다가 주장하는 바와 같이 미국이 그 국제도박 및 베팅서비스시장 전 부문에 대한 진입을 앤티가 바부다의 관련 업자에게 무제한적으로 허용하는 것을 위반이 없을 경우의 상황으로 상정하는 것은 타당하지 않고,⁵⁷⁾ 미국이 주장하는 바와 같이 경마시장에 한정하여 진입을 허용하는 것이 위반이 없을 경우의 상황에 해당한다고 하였다.⁵⁸⁾ 중재판정은 미국의 조치가 앤티가 바부다의 대미국 국제도박 및 베팅서비스에 영향을 미치게 된 시점을 특정하고, 두 가지 자료를 이용하여 위 기간 동안 위반이 없을 경우의 상황에서의 무역액과 실제의 무역액을 비교하였다. 앤티가 바부다가 미국시장에서 손실을 입은 연 평균 총이익 1억 2,800만 달러 또는 1억 6,400만 달러 가운데 경마도박이 차지하는 비율이 11%이므로 1,400만 달러 또는 1,800만 달러가 되고, 이에 대하여 위 기간 내에 미국 국내의 도박수요의 증가율 5%를 반영하면 1,800만 달러 또는 2,300만 달러가 된다고 하였다. 결국 이 두 가지 자료의 평균액인 연간 2,100만 달러를 앤티가 바부다가 입은 이익의 무효화 또는 침해의 정도로 인정하여⁵⁹⁾ 이와 동액의 보복조치를 승인하였다.

56) United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, supra note 38, para. 3.14.

57) Id., paras. 3.41-3.43.

58) Id., paras. 3.53-3.61.

59) Id., paras. 3.182-3.189.

(5) US-Anti-Dumping Act of 1916⁶⁰⁾ 사건

1) 사건의 개요

EC와 일본은 미국의 1916년 반덤핑법(이하 '1916년법'이라고 한다)이 덤핑방지세의 부과 이외의 조치를 인정하고 있을 뿐 아니라 절차적 요건도 충족하지 못하였음을 이유로, 미국을 상대로 그 개정 또는 폐지를 요구하면서 DSB에 제소하여 패널설치를 요청하였다. 패널, 항소기구는 1916년법이 GATT, 반덤핑협정, WTO 설립협정에 반한다는 판단을 하였다. 그런데 미국이 이행기간 내에 위반행위를 시정하지 아니하자, EC는 DSB에 보복조치의 승인을 요청하였다.

EC는 보복조치 수준에 관한 종래의 중재판정의 내용과는 달리, 그 역내에서 발생한 구체적 손해에 기초한 보복조치액을 제시하지 않고 1916년법과 동일한 취지의 법규를 채택하여, 이에 근거하여 EC가 미국에 대하여 부담하고 있는 GATT 및 반덤핑협정상 의무의 정지를 요구하였다. EC가 도입하고자 한 법규(이하 'EC법규'라고 한다)는 1916년법의 내용을 일부 수정한 것으로서, 특정한 가해의사의 인정, 미국기업의 덤핑에 의한 EC기업의 손해액의 3배 손해배상, 기타 절차적 규율 등이 1916년법과 유사하였고, 이를 모델로 제정되었기 때문에 mirror regulation이라고도 하였다.

EC는 미국의 위반조치 결과 발생한 구체적인 무역손해액이 아니라 위반조치의 성질에 초점을 맞추어 위반조치와 동일한 성질을 가지는 조치를 채택함으로써 보복조치의 동등요건을 충족시키고자 하였다. EC법규가 보복조치의 동등요건을 충족시키는지에 관하여 EC와 미국 간에 다투어졌는데, EC는 DSU 제22조 제4항이 무효화 또는 침해의 정도를 양적으로 산정하여야 할 의무를 부과하고 있는 것은 아니며, 정도(level)의 개념은 양적인 것뿐만 아니라 질적인 것도 포함한다고 주장하였다. 만일 DSU 제22조 제4항의 입법취지가 양적인 동등을 요구하는 것이었다면 'amount'라는 용어를 사용하였을 것이며, 동등성의 정도를 질적으로 파악하는 것이 보복조치의 목적을 의무의 이행유도로 보는 시각에 부합한다고 하였다.⁶¹⁾ 이에 대하여 미국은 1916년법 하에서 87년 동안 3배 배상을 지급당한 기업은 없었지만 EC법규 하에서라면 미국기업은 무제한 제소당할 가능성이 있으므로, 동일한 조치가 대체로

60) 미국의 1916년 반덤핑법은 미국 국내산업에 피해를 입히거나 이를 파괴할 의도를 가지고 외국 제품을 시장가격 또는 도매가격보다 실질적으로 낮은 가격으로 수입한 자에 대하여 형벌을 과함과 아울러 피해액의 3배 손해배상, 합리적인 범위 내의 변호사비용을 포함한 소송비용을 덤핑의 피해자에 지급하도록 규정하고 있다(United States-Anti-Dumping Act of 1916, supra note 36, para. 2.3).

61) United States-Anti-Dumping Act of 1916, supra note 36, para. 5.12.

동일한 정도의 이익의 무효화 또는 침해를 초래한다는 EC의 주장은 설득력이 없다고 하였다. 또한 1916년법과 EC의 조치에 의해 생기는 무역효과를 기준으로 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 산정하여야 하고, 이렇게 하는 것이 양적인 측면에서 경제적 손해를 인정하여 온 종래의 중재관정에 비추어 타당하다고 하였다.⁶²⁾

2) 중재관정의 내용

이 사건에 대한 중재관정은 종래의 중재관정이 양적인 측면에서 동등성을 파악해 온 것을 인정하면서도 위반조치의 성질을 고려하여 보복조치의 내용을 정하는 것이 DSU 제22조 제4항에 반하는 것은 아니라고 하였다. 위반조치의 성질을 기준으로 이와 동일한 성질을 가지는 보복조치를 채택하는 것이 WTO 협정에 부합하는지를 추상적으로 판단할 수는 없고, 이러한 산정방법이 실제로 적용될 경우 어떠한 정지가 도출될 것인지, 즉 적용될 의무의 정지가 EC가 입은 무효화 또는 침해의 정도와 동등하거나 이보다 낮은 때에는 DSU 제22조 제4항에 부합하지만, 그 수준을 초과할 때에는 징벌적인 것으로서 DSU 제22조 제4항에 반하게 된다고 하였다.⁶³⁾

다만 중재관정은 EC법규를 검토하는 것이 DSU 제22조 제7항에 의해 금지되는 정지될 양허 그 밖의 의무의 성질을 검토하는 경우에 해당하므로, 중재인은 정지조치와 위반조치의 동등성을 판단할 수 있는 권한을 가지지 못한다고 하여 EC법규를 배척하였다.⁶⁴⁾⁶⁵⁾

중재관정은 유사 또는 동일한 무역제한조치더라도 이국간의 수입무역총액이 다른 많은 쪽의 국가가 보다 큰 영향을 받게 되는 것과 같이 질적으로 동등한 조치가 항상 동등한 무역효과를 가져오는 것은 아니며, EC법규 하에서의 EC의 의무 정지가 잠재적으로 무제한 적용될 수 있다는 것을 고려하면 EC법규가 실제로 적용될 경우에 미국에 생길 손해가 EC가 입은 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 초과하여 징벌적인 것으로 될 가능성이 있으므로 동등하다고 할 수 없다고 하였다.⁶⁶⁾ 또한 EC

62) Id., paras. 5.13-5.16.

63) Id., para. 5.21.

64) Id., para. 5.42.

65) 중재관정은 EC-Hormones (US) 사건에서 신청국이 보복조치로서 비스킷을 100% 관세의 대상으로 할 경우에 중재를 통해 비스킷이 아닌 치즈를 대상으로 하게 하거나 100%가 아닌 150%의 관세율을 적용하게 하거나 관세의 증가를 증가가 아닌 종량으로 하게 할 것을 요구할 수 없고, 이러한 것들은 전적으로 정지될 양허의 질적 측면이고 중재의 권한 밖의 사항이라고 판정하였던 것을 인용하면서, 이 사건에서 EC가 제시한 EC법규를 검토하는 것은 EC-Hormones (US) 사건에서 부정되었던 중재의 역할보다도 능동적인 활동을 요구할 뿐만 아니라 정지될 의무의 성질이 문제되기 때문에 중재인은 이 사건 보복조치의 동등성에 관하여 판단할 권한을 가지지 못한다고 하였다(United States-Anti-Dumping Act of 1916, supra note 36, paras. 5.41-5.42).

66) Id., paras. 5.32-5.35.

가 1916년법으로 인해 입은 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 EC기업이 이 법에 의해 지급한 벌금·화해금의 누적액으로 보았고, EC가 어떠한 의무를 정지하더라도 그 양적 수준은 이를 초과해서는 안 된다고 하였다.⁶⁷⁾

이 사건에 대한 중재판정은 위반조치의 성질을 고려하여 보복조치의 내용을 정하는 것의 가능성을 인정하면서도, 보복조치의 동등성을 판단하기 위해서는 1916년법으로 인해 EC에게 초래된 무역 또는 경제상의 영향을 평가하여야 하고, 이를 위해서는 수치적 또는 금전적 척도를 이용하여야 하며, 이것이 동등성을 판단할 수 있는 유일한 방법이라고 하였다.⁶⁸⁾

3) 검토

이 사건에 대한 중재판정은 DSU 제22조 제4항의 동등요건이 양적·수치적 기준만을 전제로 하는 것은 아니고, 위반조치의 성질을 고려하는 질적 동등도 참작될 수 있음을 인정하고 있다.⁶⁹⁾ 그러나 보복조치의 동등성을 판단하기 위해서는 무효화 또는 침해의 정도를 금액화할 필요가 있고, 그 금액적 상한이 정해지지 않은 보복조치는 동등요건을 충족시키지 못하고 징벌적인 것으로 될 가능성이 있다는 입장을 취하고 있다. 이러한 결론은 양허 그 밖의 의무의 정지의 효과와 무효화 또는 침해의 효과는 무역액이라는 양적 기준에 의해서만 판단될 수 있다는 인식에 기초하고 있는 것으로 보인다.

미국의 위반행위와 질적으로 동등한 조치를 취하고자 한 EC에 대하여 중재판정은 중재인이 1916년법에 의한 무효화 또는 침해의 정도와 EC법규 간의 동등을 판단할 권한을 가지지 못한다고 하여 이에 관하여 판단하지 않았고, 양적으로 동등요건을 초과한다는 것을 이유로 EC의 주장을 배척하였다. 그러나 DSU 제22조 제7항에서 성질에 관한 검토를 금지하고 있는 것은 보복조치를 취하는 국가가 보복조치로서 관세양허를 정지할 것인지, 아니면 그 밖의 의무를 정지할 것인지 또는 그 대상인 상품이나 구체적 의무의 내용을 어떻게 정할 것인지에 관하여 자유롭게 결정할 수 있게 하기 위하여 중재인은 신청국이 선택한 보복조치의 사양을 검토하거나 그 변경을 요구할 수 없도록 하고 있는 것이다. 따라서 EC가 보복조치로서 EC법규를

67) Id., paras. 6.2-6.3.

68) Id., para. 5.23.

69) US-Offset Act of 2000 사건에서도 무역액이라는 용어는 GATT 제23조나 WTO 제22조 어디에서도 찾아볼 수 없고, 직접 무역액에 기초한 종래의 제22조 제6항 중재판정은 구속력을 가지지 못한다고 하였다(United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, supra note 37, para. 3.70).

선택한 이상 중재인은 무효화 또는 침해의 정도와 EC법규에 기한 의무의 정지의 동등성을 비교하였어야 할 것이고, 위반조치의 성질을 고려하여 보복조치의 내용을 정할 수 있음을 인정한 중재판정의 내용에 비추어 보면 중재인이 이익의 무효화 또는 침해와 EC법규에 따른 보복조치가 동등한지 여부를 판단할 필요는 있었을 것이다.

3. 양적 측면에 입각한 보복조치의 동등성 판단

(1) 동등성의 비교대상

보복조치의 수준이 문제된 사건에서 중재판정은 보복조치의 동등성을 판단하기 위해서는 우선 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 산정하여야 한다고 하여, 보복조치의 수준을 정함에 있어서 무효화 또는 침해의 정도를 그 비교대상으로 삼고 있다. 무효화 또는 침해의 의미와 관련해서는 US-Offset Act of 2000 사건의 신청인 측이 WTO 회원국은 WTO 협정상의 의무의 이행에 대한 기대권을 가지고 있으므로 협정 위반 자체가 이익의 무효화 또는 침해를 의미한다고 주장하였는데,⁷⁰⁾ 중재판정은 이를 배척하고 무효화 또는 침해를 위반행위에서 기인하는 결과로 보았다.⁷¹⁾ 또한 US-Gambling 사건에 대한 중재판정은 합리적인 반대의 상황, 즉 협정상의 의무에 따른 조치가 이루어졌을 경우에 실현할 수 있었던 무역액과 위반이 이루어진 현재의 무역액을 비교하여 무효화 또는 침해의 정도를 산정하여야 하는 것으로 보았다.⁷²⁾ 보복조치의 수준을 정함에 있어서 동등성의 비교대상인 무효화 또는 침해는 상대국의 의무 위반으로 인한 협정상의 의무가 제대로 이행될 이익에 대한 침해로서의 법적 손해가 아니라, 위반행위의 결과로서의 경제적 손해를 의미하는 것으로 보았다.

협정 위반행위로 인해 발생한 경제적 손해의 산정방법과 관련해서는 이로 인해 발생한 직접적인 손해만이 포함되는지, 이보다는 광범위한 손해까지 포함되는지가 문제된다. 특히 EC-Bananas (US) 사건에서 간접적 이익의 손실이 무효화 또는 침해에 포함되는지 여부가 다투어졌는데, 미국은 EC의 위반조치가 중남미제국의 바나나 수출량의 감소를 초래하였고, 이로 말미암아 미국이 이러한 제국가에 수출하고 있던 비료, 농약, 기자재 등 중간재의 수출도 감소하였으므로, 중간재의 수출 감소분

70) United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, *supra* note 37, paras. 3.8-3.9.

71) *Id.*, para. 3.32.

72) United States-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, *supra* note 38, paras. 3.182-3.189.

도 무효화 또는 침해된 이익에 포함시켜야 한다고 주장하였다.⁷³⁾ 이에 대하여 중재판정은 미국으로부터 EC로의 직접 수출만이 이익의 무효화 또는 침해에 산입되고, 위반조치로 인해 미국이 입게 된 제3국에 대한 수출 기회의 감소는 포함되지 않는다고 하였다.⁷⁴⁾

EC-Hormones (US) 사건에서는 상실된 무역기회, 위축효과 등과 같은 무형의 효과가 이익의 무효화 또는 침해에 포함되는지 여부가 다투어졌는데, 미국은 만일 EC의 수입규제조치가 없었다면 미국기업의 시장 확장노력에 의해 EC에 대한 수출량이 증가하였을 것이고, 이러한 일실이익도 고려하여 보복조치의 수준을 정하여야 한다고 주장하였다. 중재판정은 미국이 주장하는 것은 위반행위와의 인과관계가 너무 희박하고 단순한 추측에 불과하다고 하여 미국의 주장을 배척하였다.⁷⁵⁾ US-Anti-Dumping Act of 1916 사건에 대한 중재판정은 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 산정함에 있어서는 신뢰할 수 있는 사실에 기초한 증명 가능한 정보만을 무효화 또는 침해에 포함시켜야 하고, 인과관계가 너무 희박하거나 단순한 추측에 불과하거나 정량화할 수 없는 것은 산입되지 않는다고 하였다.⁷⁶⁾

US-Offset Act of 2000 사건에서는 신청국 외의 제3국에 생긴 손해분도 무효화 또는 침해에 포함되는지 여부가 다투어졌는데, 중재판정은 Byrd 수정조항에 기초한 분배총액에는 신청국 외의 WTO 회원국이나 비회원국으로부터의 수입분도 포함되어 있으므로 이러한 분배액 전부를 무효화 또는 침해의 정도에 산입할 수는 없고, 신청국은 오로지 자국의 수출과 관련 있는 Byrd 수정조항에 기한 분배로 인해 생긴 무역효과에 따른 양허 그 밖의 의무의 정지를 신청하여야 한다고 하였다.⁷⁷⁾

보복조치의 수준을 정하는데 기준이 되는 무효화 또는 침해된 이익의 의미에 관한 중재판정의 입장을 정리해 보면, 정량화에 적합하지 않거나 증명이 곤란한 것은 배제하고, 제3국에 대한 수출 감소에 따른 중간적 이익의 손실이나 제3국의 일실이익 등도 무효화 또는 침해된 이익을 산정하는데 포함시키지 않는다. 결국 위반행위로 인해 생긴 손해 중에서 신청국에 직접적으로 생긴 증명 가능한 구체적인 경제적 이익에 관한 손해만을 무효화 또는 침해된 이익의 산정에 포함시키고 있다.

73) EC-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, supra note 23, para. 6.6.

74) Id. para. 6.12.

75) EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), supra note 33, paras. 76-77.

76) United States-Anti-Dumping Act of 1916, supra note 36, paras. 5.54-5.57.

77) United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, supra note 37, paras. 4.12-4.16.

(2) 동등성의 판단기준

보복조치의 수준을 결정하기 위해서는 우선 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 산정해야 하는데, 무엇을 기준으로 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 산정할 것인지가 문제된다. 보복조치의 수준이 문제된 사건에 대한 중재판정에 따르면, 이익의 무효화 또는 침해라는 것은 협정 위반행위로 인해 신청국에 직접적으로 발생한 정량화할 수 있는 경제적 손해를 의미하는 것으로 본다. 추상적인 정신적 손해나 법적 손해는 이러한 경제적 손해에 포함되지 않고, 구체적인 금전적 평가가 가능한 일실 무역액이 경제적 손해의 내용을 이룬다고 한다. EC-Bananas (US) 사건, EC-Hormones (US) 사건, US-Gambling 사건에 대한 중재판정은 위반조치가 없었다 라면 얻을 수 있었던 무역액과 위반이 이루어진 현재의 무역액의 차액을 산출하여, 이와 동등한 무역액을 보복조치의 상한으로 인정하였다. US-Offset Act of 2000 사건에 대한 중재판정에서는 각국의 Byrd 분배액에 무역액계수를 곱하여 보복조치의 수준을 정하는 방법이 제시되었다.

위반행위로 인해 신청국에 직접적으로 생긴 증명 가능한 이익에 대한 손해만을 무역액이라는 구체적인 수치로 환산하여, 그 수치와 전적으로 동일한 수치를 상한으로 하여 신청국에 관세양허의 정지를 허용하여 왔는데, 무역액을 기준으로 동등성 평가를 하는 방식은 관행으로 정착되어 왔다.⁷⁸⁾ 이와 같이 일실무역액을 기준으로 하여 보복조치의 동등성을 판단하는 관행이 정착될 수 있었던 것은 국제경제무역에 관한 분쟁을 해결하는 과정에서 보복조치가 취해지는 것과 관련이 있다고 할 수 있다.⁷⁹⁾ 관세양허에 치중하는 국제경제무역 분야에서는 무효화 또는 침해된 이익을 무역액으로 파악하고, 이와 금액적으로 동등한 관세 인상을 피해국에게 일시적으로 승인함으로써 상대국의 위반행위로 인해 입은 손실과 동일한 무역이익을 회복시킬 수 있는 것으로 보았다.

무효화 또는 침해를 위반행위로 인해 발생한 경제적 손해로 파악하고 신청국에게 이와 동등한 금액의 관세양허 그 밖의 의무의 정지를 인정하는 것은 무역액이라는 수치를 통해 손해를 간편하게 산정할 수 있고, 경제이익의 증감을 지표로 하는 무역

78) 물론 무역액의 수치 환산 과정이나 방법의 정확성에 대해서는 적지 않은 비판이 이루어지고 있다.

79) 일반 국제법상 대항조치의 경우에는 선행하는 위법행위의 성질과 이에 대한 피해국의 대항조치의 성질은 본질적으로 다른 것이고, 서로 성질이 다른 두 개의 행위를 공통의 기준으로 평가하는 것이 곤란한 측면을 가지고 있다. 인명의 사상(死傷), 내정간섭, 상대국 시설에 대한 공격 등의 경우 이러한 사실을 수학적 방법으로 수치화하거나 객관적·통일적 평가기준으로 판단하는 것이 불가능하다. 따라서 국제법상 대항조치의 균형 여부는 이를 판단하는 기관의 판단에 맡길 수밖에 없고, 이는 국제법의 한계이기도 하다.

분야에서 선택할 수 있는 방법 중의 하나였다고 할 수 있다. 다만 무역액과의 수적 동등을 강조할 경우 이국간의 권리의무의 균형회복이라는 관점에서나 WTO 무역체제의 질서유지의 관점에서도 문제의 여지가 있다.

분쟁의 현실을 살펴보면 위반행위의 중대성이나 위반행위로 인해 생긴 광범위한 영향을 고려하여 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 정할 필요가 있는 경우도 있는데, 무역액만을 기준으로 이익의 무효화 또는 침해의 정도를 산정해서는 이러한 요구를 충족시킬 수 없게 된다. 또한 무효화 또는 침해의 정도를 산정하는 시점과 관련하여 무효화 또는 침해의 정도는 합리적 이행기간이 경과한 뒤에 발생한 것부터 산입되기 때문에 분쟁 발생 전에 발생한 손해는 물론 분쟁이 발생한 후라도 합리적 이행기간이 경과하기 전의 손해는 소급하여 산입되지 않는다. 이는 보복조치는 합리적 이행기간 내에 위반행위를 시정하면 책임을 묻지 않는다는 것을 의미하는데, 이에 기초하여 산출된 무효화 또는 침해의 정도와 피해국에 발생한 실질적인 손해의 정도가 동등하기는 어려울 것이다.⁸⁰⁾

보복조치는 피해국의 양허 그 밖의 의무의 정지의 형태로 이루어지므로, 그 발동은 위반국 측에 관세율 상승을 초래할 뿐 아니라 발동국 측에도 그 국내시장에서의 공급원 감소에 따른 경쟁의 저하와 가격의 양등을 야기할 수 있으며, 소비자 및 경제후생 전반에 손해를 발생시킬 수도 있다. 따라서 동등액의 보복조치가 반드시 동등의 경제적 이윤을 가져온다고 할 수는 없고, 보복조치 발동국은 오히려 제 발등을 찍게 될 수도 있다.⁸¹⁾ 또한 위반행위로 인한 피해기업과 보복조치의 수혜기업이 일치하지 않는 경우가 존재할 수도 있고, 중재인에 의한 무역액 환산에 내재하는 불확실성, 자의성 등에 의문이 제기되기도 한다.

WTO 국제무역체제의 질서유지 관점에서 보더라도, WTO 무역체제의 유지·안정이 전 회원국의 이익이라고 할 경우 위반국에 대하여 그 행위를 중지시키고 원래의 적법상태로 회복시키는 것이 보복조치의 가장 중요한 기능일 것이다. 그러데 위반행위의 결과가 구체적인 일실무역액으로 현출되지 않거나 수치상으로 현출된 손해가 실제의 손해와 현저한 차이가 있어 그 일부에 불과한 때에는 이러한 양적 기준

80) 2004년 미국 철강 Safeguard 사건에서 미국은 보복조치가 발동되기 직전에 위반된 Safeguard조치의 철회를 결정하였기 때문에 과거 21개월간의 위반에 대하여 아무런 배상을 할 필요가 없게 되었다. 따라서 합리적 이행기간 경과 후부터 손해를 산정하는 것은 피해국에 대하여 그 손해와 동등한 배상을 받을 수 없게 만들 뿐만 아니라, 질서유지기능의 관점에서도 위반국에 뺄소니의 동기를 부여하여 이행지체를 유발한다고 지적되고 있다.

81) Marco Bronckers & Naboth van den Broek, "Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement," *Journal of International Economic Law* Vol. 8, 1, 2005, pp. 101-126.

만을 가지고 동등 여부를 판단하는 것이 위반행위의 시정기능을 제대로 담당할 수 있을지 의문스럽다.

상대국의 위반행위로 인해 무효화 또는 침해된 이익을 일실무역액으로 파악하고 이와 금액적으로 동등한 관세 인상을 피해국에게 일시적으로 승인하는 것을 보복조치의 내용으로 할 경우 이러한 수준의 보복조치를 통해 과연 DSB 관정의 이행을 확보할 수 있을지에 관하여 논의가 계속되어 왔고, US-Anti-Dumping Act of 1916 사건에서는 위반조치의 결과 발생한 구체적인 무역손해액이 아니라 위반조치와 동일한 성질을 가지는 조치를 보복조치의 내용으로 삼을 수 있는지 여부가 문제되었다.

4. 위반조치의 성질을 고려하여 보복조치의 내용을 정할 경우 동등성 판단방법

(1) 위반조치의 성질을 고려하여 보복조치의 내용을 정할 필요가 있는 경우

DSU 제3조 제8항에 따르면 대상협정상의 의무에 반하는 조치가 채택된 경우 해당 조치는 반증이 없는 한 무효화 또는 침해의 사안을 구성하는 것으로 인정된다. 구체적인 손해를 수반하지 않는 객관적·추상적인 의무 위반의 경우에도 이익의 무효화 또는 침해가 있는 것으로 추정된다.⁸²⁾ 따라서 어느 법규가 다른 회원국의 직접적·구체적인 이익을 무효화 또는 침해하지 않더라도 해당 법규의 WTO 의무 적합성을 문제 삼을 수 있다. 그런데 중재판정은 객관적인 의무 위반에 의한 무효화 또는 침해의 성립을 인정하면서도 그 정도를 산정함에 있어서는 신뢰할 수 있는 사실에 근거한 증명 가능한 정보만을 기준으로 하여, 수치화할 수 없는 것은 배제하고 무역액에 기초한 양적 동등을 기준으로 삼아 왔다.⁸³⁾ 결국 DSB 중재판정은 협정 위반 여부가 문제되는 단계에서는 고려되지 않는 구체적 손해요건을 보복조치의 정도를 정하는 단계에서 고려하는 입장을 채택하고 있다.

그런데 이와 같이 협정의무 위반 인정과 보복조치의 수준 결정을 분리하는 방법

82) 이러한 규정이 도입된 것은 주관적인 이익 침해의 시정을 목적으로 하는 상호적·호혜적 GATT와는 달리, 무역질서 전체의 장기적인 안정성과 예견가능성의 확보를 목적으로 하는 WTO 체제의 특징을 반영한 것으로 볼 수 있다.

83) US-Offset Act of 2000 사건에서도 중재판정은 DSU 제3조 제8항에 근거하여 협정 위반에 의해 무효화 또는 침해의 존재가 추정되지만, 위반으로 인해 직접 이와 등가치의 무효화 또는 침해를 초래하는 것은 아니므로 그 금액을 별도로 산정하여야 한다고 하였다(United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, *supra* note 37, paras. 3.20-3.26).

에 따르면, 강행법규(mandatory law)⁸⁴⁾에 근거하여 협정 위반조치가 이루어진 경우를 적절히 규율할 수 없는 한계에 부딪히게 된다. 개별적인 적용이 없으면 법령의 존재만으로는 무역 손해가 구체적으로 생기지 않는 강행법규에 따른 위반이 인정되는 경우에는 무역액의 실손을 기준으로 무효화 또는 침해의 정도를 산정해서는 해당 법규로 인해 초래된 결과를 제대로 산정할 수 없게 된다. 따라서 강행법규가 문제되는 경우는 현실적으로 적용사례가 많지 않으며, 보복조치가 취해지지 않았거나 취해지더라도 산발적이고 소규모에 불과하여 위반국에 미치는 경제적 손해와 정치적 압력의 정도도 미약하다.⁸⁵⁾

WTO 협정에 위반되는 조치로 인해 피해국에게 발생한 손해와 구체적으로 증명 가능한 수량적 무역액 간에 괴리가 생기는 경우 DSB 중재판정은 위반행위와 그 결과인 경제적 손해로서의 무효화 또는 침해를 구별하고, 양적 동등을 기준으로 하는 종래의 입장을 따르고 있으며, 협정 위반의 법규의 개별 적용 시에 생긴 일실이익을 누적시킴으로써 강행법규사건의 이행 곤란의 문제를 해소하고자 하고 있다.

그런데 합리적인 이행기간 만료시점에 협정 위반이 존재하지 않는 경우에 이것이 존재하였을 상황을 고려하여 평가할 수 있는 위축효과도 위반조치로 인해 야기된 무효화 또는 침해에 포함될 것이냐가 문제된다. US-Anti-Dumping Act of 1916 사건에서와 같이 1916년법의 존재 자체는 WTO 체제에서의 무역 또는 경쟁의 기회를 왜곡할 가능성이 있고, 벌금이나 3배 손해배상 등의 위협에 따른 EC기업의 수출 위축을 초래할 수도 있다. 이러한 무역 또는 경쟁 기회의 왜곡이나 위협에 따른 위축 효과는 수량적 환산에는 적합하지 않고, 무역액에 기초한 동등성 판단방법에 따르면 무효화 또는 침해의 정도에 산입되지 않을 가능성이 높다. 또한 WTO 보복조치는 신청국만이 취할 수 있는 조치이므로 신청국에 생긴 경제적 손해와 양적으로 동등한 보복조치는 강행법규를 철폐시킬 만한 위력을 가지지 못하고, 보복조치 발동 후에도 위반행위가 계속되는 때에는 신청국 외의 회원국에게도 이익의 무효화 또는 침해가 발생할 가능성이 있다. 이러한 문제는 이국간의 분쟁해결의 관점에서뿐만 아니라 위반상태가 시정되지 않고 존속한다는 점에서 WTO 법체제의 정당성을 동요시킬 염려가 있다. 따라서 보다 실질적인 기준에 의해 보복조치의 동등성을 판단

84) 그 내용 자체가 WTO 협정의무 위반을 구성하고, 해당 정부가 이에 기초하여 조치를 취할 경우 WTO 의무 위반으로 되는 것을 강행법규라고 한다. 이와는 달리 WTO 협정의무에 반하는 조치를 채택할 재량이 정부에 부여되어 있는 법규를 임의법규(discretionary law)라고 한다.

85) US-Anti-Dumping Act of 1916 사건에서도 강행법규에 의한 협정 위반이 문제되었고 운용사례가 분명하지 않은 특성을 감안하여, 중재판정은 향후 1916년법의 개별 적용 실적에 따라 가변적으로 양허정지역을 조정하기로 함으로써, WTO 협정에 위반된 국내법규를 폐기하지 않고도 그 적용을 장래에 향하여 방지하는 해결방안을 제시하였다.

할 필요가 있다.

(2) 보복조치의 동등성 판단방법

US-Anti-Dumping Act of 1916 사건에서 EC가 위반조치와 동등한 성질을 가지는 보복조치를 취하고자 했던 것은 1916년법 자체가 WTO 협정에 반하고, 그로 인해 EC에게 발생한 손해와 구체적으로 증명할 수 있는 수량적 무역액 간에 괴리가 있었던 사정에 기인한 것으로 보인다. EC는 위반조치와 동일한 성질을 가지는 조치를 선택하기 위하여 1916년법과 유사한 EC법규를 채택하고자 하였는데, 이 사건에 대한 중재판정은 EC가 취하고자 하는 조치가 적용될 경우 미국에 생길 무역효과가 1916년법이 EC에게 미친 무역효과를 양적으로 초과할 염려가 있다고 하여 동등요건을 충족시키지 못하는 것으로 보았다. 이에 대하여는 양적 효과가 아닌 규범적 동등을 고려하면 1916년법과 EC법규를 동등한 것으로 보아야 하고, 위반의 중대성을 비롯한 규범적 판단을 하지 않고 양적 경제효과만을 보복조치의 상한으로 인정한 중재판정은 옳지 않다는 지적이 있다.⁸⁶⁾ 위반행위로 인해 변경된 법적 관계의 균형 회복을 목적으로 하는 조치를 규범적 보복조치라고 할 수 있는데, 이러한 보복조치의 동등성은 위반행위와의 법적 동등성을 회복하는지 여부에 따라 판단될 수 있다.⁸⁷⁾ 서로 성질이 동일한 두 개의 조치는 법적·규범적 대칭성이 인정될 것이고, 이러한 경우에는 질적으로 동일하다고 할 수 있을 것이다.

그러나 DSU 제22조 제4항이 보복조치의 정도가 이익의 무효화 또는 침해의 정도와 동등할 것을 요구하고 있는 것과 관련하여, 위반행위 자체와의 규범적 동등성을 가지고 보복조치의 동등성을 판단하는 것은 동등요건의 비교대상이 적당하지 않은 면이 있다. 따라서 보복조치의 효과와 위반조치로 인한 이익의 무효화 또는 침해가 질적으로 동등함을 증명할 필요가 있다.

위반조치와 동일한 성질을 가지는 입법조치를 보복조치의 내용으로 할 경우 위반조치와 입법조치가 직접 동등성의 비교대상이 되는 것이 아니라, 위반조치로 인한 이익의 무효화 또는 침해가 비교대상이 되는 것으로 보아야 한다. 또한 위반조치로 인해 무효화 또는 침해된 이익은 그 결과로 드러난 구체적·경제적 손해에 한정되

86) Robert Howse & Robert W. Staiger, "United States-Anti-Dumping Act of 1916, Recourse to Arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, Decision by the arbitrators, WT/DS136/ARB, 24 February 2004: A legal and economic analysis," in: Henrik Horn & Petros C. Mavroidis (eds.), *The WTO Case Law of 2003*, Cambridge University Press, 2006, pp. 243-279.

87) Enzo Cannizzaro, "The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures," *European Journal of International Law* Vol. 12, 5, 2001, p. 900.

는 것이 아니라, WTO 무역체제의 유지·안정이라는 제도적 가치나 의무이행에 대한 WTO 회원국의 기대라는 법적 이익도 포함되는 것으로 보아야 한다.

보복조치의 동등요건에 관한 종래의 중재판정은 무효화 또는 침해와 보복조치를 모두 무역액으로 환산하여 양적 동등을 기준으로 보복조치의 동등성을 판단하여 왔다. 그러나 무효화 또는 침해가 구체적인 손해로 드러나지 않는 때에는 양적 기준을 대체할 동등성 평가기준이 필요하다. 이러한 평가기준을 도출해 내기 위해서는 양허 그 밖의 의무의 정지의 정도와 무효화 또는 침해의 정도를 산정함에 있어서 위반판정을 받은 산업분야, 협정상의 무역과 그 무역이 발동국에서 차지하는 비중, 무효화 또는 침해와 관련 있는 경제적 요소, 보복조치에 의해 초래될 경제적 파급효과 등을 고려하여야 할 것이다. 또한 위반조치와 보복조치의 규범적 성질이 문제될 때에는 보복조치의 효과와 위반조치로 인한 무효화 또는 침해의 정도의 동등성에 관한 증명이 필요할 것이다.

IV. 결론

WTO는 DSU를 통해 보상과 보복조치를 도입함으로써 의무불이행에 대한 구제수단을 마련해 놓고 있다. DSU 제3조 제7항은 분쟁의 궁극적인 해결을 담보하는 것을 분쟁해결제도의 목표로 하여 분쟁당사국이 수용할 수 있는 해결책을 모색하여야 함을 확인하고 있다. 만일 수용가능한 해결책을 찾지 못하면 차선책으로 협정위반의 조치를 철회시키고, 이것 또한 실현 불가능할 때에는 임시적 조치로서 당사자 간 보상이 이용될 수 있다. 이러한 해결책이 모두 불가능할 때에는 취후의 수단으로서 보복조치가 이용될 수 있다고 선언하고 있다. 이러한 보복조치를 도입한 목적에 관한 논의는 회원국 간의 권리의무의 균형회복과 WTO 의무의 이행유도의 측면에서 이루어지고 있다.

WTO는 DSB 판정 불이행시 보복조치를 허용함으로써 GATT보다 강력하고 효율적인 분쟁해결제도를 구비한 것으로 평가받고 있지만, 보복조치의 현실적인 운용에 있어서는 보복조치의 정도의 산정과 관련하여 적지 않은 문제를 내포하고 있다. 그 대표적인 것으로는 보복조치의 수준이 DSB 판정의 이행을 위한 합리적 기간이 경과한 뒤부터 장래에 향하여 산정된다는 점과 보복조치는 피해국의 양허 그 밖의 의무의 정지의 형태로 이루어지는데, 동등액의 보복조치가 반드시 동등의 경제적 이윤을 가져온다는 보장이 없으며, 오히려 발동국에 경쟁의 약화, 가격의 앙등을 야기하고 소비자 및 경제후생 전반에 부정적인 영향을 미칠 수도 있다는 점이다.

특히 DSU 제22조 제4항에 따르면 피해국의 양허 그 밖의 의무의 정지의 정도는 무효화 또는 침해의 정도와 동등할 것으로 요구하고 있는데, 상대국이 보복조치의 내용이 위 규정에 반한다고 이의를 제기한 때에는 이에 관한 분쟁은 DSB의 중재에 회부된다(DSU 제22조 제6항). 보복조치의 동등요건에 관한 종래의 중재판정은 무효화 또는 침해와 보복조치를 모두 무역액으로 환산하여 보복조치의 동등성을 판단하여 왔다. 그러나 무효화 또는 침해가 구체적인 손해로 수량화되지 못하는 때에는 양적 기준을 대체할 동등성 평가기준이 필요하다. 이러한 평가기준을 도출해 내기 위해서는 양허 또는 그 밖의 의무의 정지의 정도와 무효화 또는 침해의 정도를 산정함에 있어서 위반판정을 받은 산업분야, 협정상의 무역과 그 무역이 발동국에서 차지하는 비중, 무효화 또는 침해와 관련 있는 경제적 요소, 보복조치에 의해 초래될 경제적 파급효과 등을 고려하여야 할 것이다. 또한 위반조치와 보복조치의 규범적 성질이 문제될 경우에는 보복조치의 효과와 위반조치로 인한 무효화 또는 침해의 정도의 동등성에 관한 증거가 필요할 것이다.

참 고 문 헌

- 김인숙, “WTO 분쟁해결절차상 보복조치의 문제와 개선방안”, 「통상법학」 통권 제 96호, 법무부, 2010.
- 법무부, 「국제법률용어사전」, 창신인쇄(주), 1997.
- 이동호, “WTO 체제하의 분쟁해결절차”, 「중재학회지」 제4권, 한국중재학회, 1994.
- 이재민, “최근 WTO 분쟁해결절차에서 확인된 국제법 기본원칙 및 법리”, 「국제법학논총」 제55권 제4호(통권 제119호), 대한국제법학회, 2010.
- 장승화, 「WTO 분쟁해결절차」, 신국제경제법(보정판), 박영사, 2013.
- 정기인, “WTO의 분쟁해결절차와 국제상사중재제도의 비교 연구”, 「중재학회지」, 제 7권, 한국중재학회, 1997.
- Bronckers, Marco & Naboth van den Broek, “Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement,” *Journal of International Economic Law* Vol. 8. 1, 2005.
- Cannizzaro, Enzo, “The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures,” *European Journal of International Law* Vol. 12. 5, 2001.
- Davey, William J., “The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years,”

- Journal of International Economic Law* Vol. 8, 1, 2005.
- Davey, William J., "Compliance Problem in WTO Dispute Settlement," *Cornell International Law Journal* Vol. 42, 2009.
- Fukunaga, Yuka, "Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of DSB Recommendations," *Journal of International Economic Law* Vol. 9, 2, 2006.
- Hoekman, Bernard M. & Petros C. Mavroidis, "WTO Disputes Settlement, Transparency and Surveillance," *The World Economy* Vol. 23, 5, 2000.
- Howse, Robert & Robert W. Staiger, "United States-Anti-Dumping Act of 1916, Recourse to Arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, Decision by the arbitrators, WT/DS136/ARB, 24 February 2004: A legal and economic analysis," in: Henrik Horn & Petros C. Mavroidis (eds.), *The WTO Case Law of 2003*, Cambridge University Press, 2006.
- Koskenniemi, Martti, "Solidarity Measures: State Responsibility as a New International Order?," *British Year Book of International Law* Vol. 72, 2003.
- Lowenfeld, Andreas F., "Remedies along with Rights: Institutional Reform in the New GATT," *The American Journal of International Law* Vol. 88, 1994.
- McGivern, Brendan P., "Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives," *The International Lawyer* Vol. 36, 1, 2001.
- Nzelibe, Jide, "The Credibility Imperative: The Political Dynamics of Retaliation in the World Trade Organization's Dispute Resolution Mechanism," *Theoretical Inquiries in Law* Vol. 6, 2005.
- Palmeter, David & Stanimir Alexandrov, "Inducing Compliance in WTO Dispute Settlement," in: Robert E. Hudec & Daniel L. M. Kennedy & James D. Southwick (eds.) *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge University Press, 2002.
- Pauwelyn, Joost, "The Calculation and Design of Trade Retaliation in Context: What is the Goal of Suspending WTO Obligation?," in: Chad P. Bown & Joost Pauwelyn (eds.) *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010.
- Reinhardt, Eric, "Adjudication without Enforcement in GATT Disputes,"

Journal of Conflict Resolution Vol. 45. 2, 2001.

Schropp, Simon A. B., "Revisiting the 'Compliance vs. Rebalancing' Debate in WTO Scholarship: Towards a United Research Agenda," *HEI Working Paper* No: 29/2007.

Sykes, Alan O., "Optimal Sanctions in the WTO: The Case for Decoupling (and the Uneasy Case for the Status Quo)," in: Chad P. Bown & Joost Pauwelyn (eds.) *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, 2010.

ABSTRACT

A Study on the Equivalence Requirement of WTO Retaliation

Soo-Mi Kang

The World Trade Organization (WTO) offers remedies for non-compliance by the introduction of compensation or retaliation in the Dispute Settlement Understanding (DSU). There are no the provisions under the WTO DSU and it seems unclear what retaliation is attempting to achieve. Therefore, it is unclear whether the goal of WTO retaliation is to induce compliance or to restore the balance between the rights and the obligations of WTO members.

It has been claimed the WTO has a strong dispute settlement system by providing retaliation when the recommendations and rulings of Dispute Settlement Body (DSB) are not complied with. But this seems to be inadequate to bring about effective and timely compliance. Especially there is a problem with free riding by a violating member because the level of retaliation is determined from the expiration of a reasonable period of time, providing an incentive to delay compliance. Also the level of the suspension of concessions or other obligations authorized by the DSB is equivalent to the level of nullification or impairment, according to DSU Article 22.4.

However, if the member concerned objections to the level of the suspension proposed, the matter shall be referred to arbitration. The arbitrator shall not examine the nature of the suspension of concessions or other obligations to be suspended but shall determine whether the level of such suspension is equivalent to the nullification or impairment. The arbitrator makes an assessment standard of equivalence by comparing the suspension of concessions or other obligations and the nullification or impairment calculated in terms of the amount of trade. But it is necessary that other standards replace the quantitative standards when the level of the nullification or impairment cannot be quantified by concrete damages.

Key Words : Equivalence Requirement, Retaliation, Dispute Settlement Body,
Dispute Settlement Understanding, World Trade Organization,
Arbitration