

## WTO체제 분쟁해결제도의 문제점과 시사점 -상소기구를 중심으로-\*

The Problems and Implications of the Dispute Settlement System in  
the WTO Regime

With a Particular Reference to the Appellate Body -

홍성규\*\*

Sung-Kyu Hong

〈 목 차 〉

- I. 서론
  - II. DSU의 특성과 개정 논의
  - III. DSU에서 상소기구의 운영과 문제점
  - IV. DSU에서 상소기구의 개선을 위한 시사점
  - V. 결론
- 참고문헌  
Abstract

주제어 : WTO, 분쟁해결양해(DSU), 분쟁해결제도, 상소기구.

\* 이 논문은 2020년도 한국교통대학교 교내학술연구비의 지원을 받아 수행한 연구임.

\*\* 한국교통대학교 국제통상전공 교수, [hsk567@ut.ac.kr](mailto:hsk567@ut.ac.kr)

## I. 서론

WTO의 분쟁해결제도는 국가간의 통상분쟁을 해결하는데 많은 역할을 해 왔으며, 1995년 설립 이래 약 596건의 분쟁을 처리함으로써 그 기능과 역할이 확대되어 왔다. 이것은 WTO의 분쟁해결제도가 통상분쟁해결을 위한 공정하고 효과적이며 효율적인 제도로 인식하고 있는 회원국들 사이에서 엄청난 신뢰를 얻고 있음을 보여 주는 것이다.<sup>1)</sup>

WTO협정 부속서 2의 분쟁해결양해(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes: 이하 ‘DSU’로 약칭함)는 WTO협정뿐만 아니라 이에 부속되는 개별협정에도 그대로 적용되어 분쟁해결을 위한 지침이 된다. 다만, 무역정책검토키구(TPRM)에는 적용되지 않으며, 복수국간 무역협정에 대해서는 당사국들의 선택에 따라 달리 적용된다. DSU는 다자간 무역시스템에 법적 안정성과 예측 가능성을 제공하고, 회원국이 WTO협정에 따른 의무의 위반 여부를 일방적으로 결정(rulings)하는 것을 금지하도록 함으로써 그 시스템이 강화된다. DSU는 조약(treaty)과 같이 강제적 관할권을 가지며, 독립적이고 공정한 심판원, 상소기구(Appellate Body: 이하 ‘AB’로 약칭함)와 구속력 있는 결정이 상호 결합되어 주권국가들간의 분쟁을 가장 많이 해결하는 국제적인 제도(mechanism)로 발전하였다.

그러나 DSU의 기능에 대한 만족도는 높았지만, 이 시스템의 특정 측면에 대한 우려는 사실 WTO출범 초기부터 제기되었다. 최근에는 WTO의 다자간 무역협상이 더 이상의 진척을 보이지 않고 있으며, 중국과 인도 등의 신흥 경제국들의 발언력이 향상됨에 따라 과거와 같은 선진국을 중심으로 한 의견 일치는 어려워지고 있다.

특히 ‘WTO의 왕관에 박힌 보석(jewel in the crown of the WTO)’이라고까지 불리며 칭찬을 받아 왔던 DSU가 개혁이 시급한 문제아(problems child)로 변신한 것은 비교적 최근의 일이라고 할 수 있다. 최근 미국이 각종 통상분쟁에서 AB의 불리한 판정결과에 불만을 갖고 AB위원의 신규임용에 주저하고 있어서 AB의 기능이 무력화되어 가고 있는데, 그동안의 AB의 기능과 역할을 감안하면 사실상 WTO의 분쟁해결제도가 붕괴되어 가고 있다고 할 수 있다. 대부분의 WTO회원국들은 AB에 대한 새로운 임명을 저지하려는 미국의 행동에 반대하지만, 최근 WTO대표단과 실무자들을 대상으로 한 설문조사에 따르면 미국만이 WTO의 평결기관(adjudicating bodies)의 성과에 우려를 표명하는 것은 아님을 보여주고 있다.<sup>2)</sup> WTO분쟁해결제도의 위기는 글로벌 거버넌스의 위기와 일방주의적인 보호

1) 여기서의 분쟁 건수는 2020년 9월 25일을 기준으로 작성된 것이며, 이러한 분쟁에는 패널이나 AB의 판단에 이르기 전에 제소철회 및 분쟁당사국간 협의를 통하여 해결된 분쟁 건수(101건)도 포함하고 있다.

2) Bernard M. Hoekman, Petros Mavroidis, “Dispute Settlement at the WTO: Now What?,” Centre for International

무역주의의 확산, 진지한 대화와 협력을 통해 글로벌 이슈를 해결하지 못하는 WTO체제의 붕괴로까지 확산될 수 있는 문제이기도 하다.

현재는 미국의 AB위원의 임명 방해와 관련해 미국이 제기한 우려에 대해 AB를 개혁하기 위한 제안을 20여개 WTO회원국들이 개별적으로 또는 공동으로 발의하여 미국의 우려를 해소하기 위해 노력하고 있다. DSU에서 나타나는 제도적 문제점은 대부분 미국의 AB에 관한 불만으로 야기되고 있으므로, DSU가 정상적으로 조기에 작동하도록 재건하기 위해서는 미국의 요구사항을 어느 정도 수용하고 어떠한 방식으로 타협하느냐에 따라 AB기능이 재건될 것으로 판단된다.

WTO체제의 분쟁해결제도에 관한 연구는 절차상의 문제점과 사례분석 등이 계속적으로 진행되어 왔으나, 최근에는 DSU개정의 필요성과 더불어 핵심이슈로 부각되고 있는 AB에 관한 연구도 종종 진행되고 있다. 홍성규(2017)<sup>3)</sup>는 WTO의 분쟁해결제도에 있어서 패널의 권고사항에 따른 이행감시제도의 문제점과 미국의 일방적 보복조치의 특성과 문제점을 각각 분석하였다. 공수진(2019)<sup>4)</sup>과 광동철(2020)<sup>5)</sup>은 최근 미국이 발표한 AB의 문제점을 중심으로 AB의 개혁을 위한 논의 동향을 발표하였으며, 이효영(2020)<sup>6)</sup>은 AB의 성과와 문제점을 지적하는 연구를 하였다.

따라서 본 논문에서는 선행연구와 최근의 자료를 종합적으로 분석하여 WTO체제에서 DSU의 개정 논의과정을 고찰하고, 미국의 수동적인 태도와 불만으로 제기능을 발휘하지 못하고 있는 AB의 문제점과 개선방안을 파악하여 시사점으로 제시하고자 한다.

## II. DSU의 특성과 개정 논의

### 1. DSU의 특성

GATT의 분쟁해결제도는 활용실태와 제도적인 측면에서 살펴보면 GATT체제의 출범시

Governance Innovation, 2020, pp.1-3.;

<https://www.cigionline.org/articles/dispute-settlement-wto-now-what> (검색일: 2020.09.27.)

- 3) 홍성규, “WTO분쟁해결제도에 있어서 이행확보의 실태와 개선방안”, 『국제상학』, 제32권 제1호, 한국국제상학회, 2017, pp.23-43.; 홍성규, “WTO분쟁해결제도에 있어서 일방적 보복조치의 특성과 시사점”, 『통상정보연구』, 제19권 제1호, 한국통상정보학회, 2017, pp.155-187.
- 4) 공수진, “WTO 상소기관(Appellate Body)의 위기와 개정을 위한 논의 동향”, 『국제법 동향과 실무』, 제18권 제2호(통권 제53호), 외교부, 2019, pp.19-32.
- 5) 광동철, “WTO 상소기구의 위기와 개혁방안에 대한 연구”, 『무역학회지』, 제45권 제2호, 한국무역학회, 2020, pp.177-189.
- 6) 이효영, “WTO 상소기구 제도의 성과와 한계”, 『통상법률』, 제146권, 법무부 국제법무과, 2020, pp.94-124.

기부터 적지 않은 문제점들이 잠재해 있었다. 즉 GATT체제의 분쟁해결절차는 약 30여개의 조항으로 개별협정에 세분화되어 있으며, 패널의 위임사항과 구성에 오랜 시간이 소요되는 등 필요 이상의 시간이 지연되었다. 또한 이사회의 결정이 총의(consensus)로 행하여지기 때문에 피신청국이 각 단계(패널설치, 패널보고서의 채택, 대항조치의 허가 등)에 있어서 진행절차를 방해하기도 하였으며, 패널보고서가 채택되어도 감시가 불충분하여 분쟁해결제도의 실효성이 의문시되어 왔다. 이와 같은 절차상의 불합리성과 선진국중심의 편파적인 분쟁해결방식은 대부분 분쟁의 일방 당사자가 되는 개발도상국들에게는 기피의 요인으로 작용하였으며, 동시에 미국과 같은 선진국들에게는 통상법 301조와 같은 자국법의 역외적용을 가능하게 하는 근거로 작용하기도 하였다.<sup>7)</sup>

WTO체제에서는 절차상 단계가 보다 명확하게 정의된 구조화된 절차(process)를 도입했다. 즉 분쟁을 해결하기 위해 필요한 기간 동안 절차의 각 단계에서 유연한 마감시간(flexible deadlines)을 설정<sup>8)</sup>하면서 WTO가 효과적으로 기능하려면 신속한 해결이 필수적이라고 강조한다. 분쟁해결을 위해 따라야 할 절차와 시간표(timetable)를 상당히 상세하게 제시한다. 또한 WTO체제에서는 산재해 있던 분쟁해결 관련 규정을 DSU로 통합하였으며, 상설상소기구(Standing Appellate Body)를 설치하여 채택된 패널보고서를 법률적으로 심사(review)하도록 함으로써 신뢰성과 공정성을 제고하고자 하였다.<sup>9)</sup> 즉 WTO의 DSU에서는 신청국의 패널설치 청구권, 제3국의 분쟁해결절차에의 참여, 분쟁해결절차상의 단계별 시한설정(timeframes), 패널보고서의 자동채택 및 AB의 도입 등을 처음으로 채용하거나 정비함으로써 WTO분쟁해결제도의 사법적 기능을 크게 강화시켰다는 평가를 받는다.<sup>10)</sup> 특히 의사결정과정에서 나타났던 피제소국의 반대를 무력화할 수 있는 방안으로 역총의제(reverse consensus system)를 도입하여 결정이 내려지는 DSB에 참석한 회원국 중 어느 한 국가라도 제안된 결정에 대하여 공식적으로 반대를 표명하지 않는 한 총의에 의한 결정으로 간주(DSU 제2조 4항 각주)하도록 하였는데, 이러한 점은 선진국중심의 분쟁해결제도에서 벗어나 개발도상국의 참여를 독려하는 획기적인 조항으로 절차상으로도 상당히 강화

7) 한꿈통상법연구회, 「WTO 분쟁사례연구」, 한국무역협회, 1999, p.564.

8) 만약 사건이 첫 번째 결정(first ruling)으로 완전히 진행된다면, 보통 1년 이상 걸리지는 말아야 한다(상소사건의 경우에는 15개월). 합의된 시간 제한은 유연하며, 사건이 긴급하다고 생각될 경우(예: 부패하기 쉬운 상품이 관련되는 경우)에는 가능한 한 가속된다.

9) 이러한 점은 최근 ICSID에서 상소제도의 도입을 위한 논의의 시발점이 되고 있다. 자세한 내용은 홍성규, “국제투자중재판정의 집행에 있어서 구제조치의 개선방안”, 「중재연구」, 제27권 제1호, 2017, pp.147-148.; 김용일, “ICSID 상소제도의 도입 필요성”, 「중재연구」, 제29권 제4호, 2019, pp.187-210. 참조

10) 패널절차와 관련해서는 신청국이 패널설치 청구권을 갖는 점, 패널위원(panelist) 후보자의 명부가 상설되어 있는 점, 서면 및 구두심리의 방식을 취하는 점, 제3국의 절차참가가 가능하다는 점, 절차의 각 단계에서 시간이 제한되어 있는 점, 패널이 협정을 판단하는 기준으로 법적인정을 부여하고 있는 점, 인정에 있어서 다양한 법기술이 이용되는 점(입증책임, 해석방법, 선례의 존중 등), 패널보고서에 반대의견을 제시하는 것이 가능한 점, 패널보고서가 자동적으로 채택되는 점, AB가 설치되어 있는 점, 채택된 패널보고서가 당사국을 구속하고 보고서를 이행하지 않으면 대항조치가 허용된다는 점 등에서 사법적 특성을 찾을 수 있다(홍성규, “WTO분쟁해결제도에 있어서 이행확보의 실태와 개선방안”, 전계논문, p.30).

되었다고 할 수 있다.<sup>11)</sup>

## 2. DSU의 개정 논의와 최근 동향

어떠한 법과 제도라 할지라도 완벽한 것은 없다. DSU는 기존의 GATT분쟁해결절차가 갖는 한계성을 극복하기 위해 새로운 법과 제도를 확충하였음에도 불구하고, 제정 당시에 미처 생각하지 못했던 상황이 존재하거나, 서로 다른 법체제로 인하여 합의에 이르지 못했던 사안이나 선진국과 개발도상국간에 대립하였던 첨예한 문제에 대해서는 추후 협상의 제(post-agenda)로 남겨 놓았다. WTO체제에서 분쟁해결의 실효성은 GATT시대의 분쟁해결절차와 비교하여 상당한 진전을 이룬 것은 사실이다. 그럼에도 불구하고 분쟁 건수가 양적으로 확대되고 질적으로도 상당히 복잡·다양해짐에 따라 패널 및 AB의 부담이 증가하였고, DSU의 절차상의 미비 등, DSU제정 당시에는 미처 생각하지 못하거나 중요성이 낮다고 판단했던 문제점들이 표면화되기 시작하였다. 그 후 불규칙한 국제관계의 진전과 보호무역주의의 재가동으로 WTO의 분쟁해결제도는 점차 붕괴되어 가고 있다고 해도 과언이 아니다. 특히 미국이 주장하는 AB의 운용에 따른 핵심적이고 실질적인 우려는 AB 위원들이 종종 자신들이 회원국으로부터 부여받은 권한을 일탈(overreaching)하였다는 점이다. 이러한 문제점들에 대하여 검토하고 있는 것이 DSU의 개선과 명확화에 관한 협상(DSU개정 협상)이다.

DSU의 개정에 관한 최초의 논의는 1994년의 마라케시 각료선언에 근거하여 1997년에 DSU의 조문 개정을 목표로 분쟁해결기관(Dispute Settlement Body: 이하 'DSB'로 약칭함) 특별회의에서 협상이 시작되었다.<sup>12)</sup> 본 협상은 1994년 UR협상 종결시에 채택된 마라케시 각료회의의 결정에 따라 4년 이내에 재검토를 완료하기로 되어 있었으나, 해당 재검토에 대해서는 1998년 12월 일반이사회회의 결정에 따라 1999년 7월 말까지 시한을 연장했지만 논란이 수렴되지 않아 이 시한도 그냥 지나갔다. 그 이유는 일부 제안이 분쟁해결에 대한 회원국의 통제를 더 많이 도입하는 것을 목표로 하는 반면, 대부분의 제안은 제도 강화에 초점을 맞추고 있었기 때문이다. 2002년 미국과 칠레는 'WTO분쟁해결의 유연성과 회원국의 통제력 향상(improving flexibility and number control in WTO dispute settlement)'에 관한 제안을 발표<sup>13)</sup>하였는데, 이 제안은 미국의 반덤핑관세에서 '제로잉' 계산법<sup>14)</sup>에 관

11) 홍성규, "WTO분쟁해결제도에 있어서 이행확보의 실태와 개선방안", 전계논문, p.27.

12) WT/DSB/M/39.

13) WTO, Dispute Settlement Body, Special Session, *Negotiations on Improvements and Clarifications of the Dispute Settlement Understanding on Improving Flexibility and Member Control in WTO Dispute Settlement, Contribution by Chile and the United States* (held on 23 December 2002), WTO Doc TN/DS/W/28.

14) 제로잉 방식은 미국이 전 세계에서 유일하게 사용하고 있는 덤핑마진 계산법으로, 수출 가격이 수출국 내수 가격보다 낮으면 그 차이를 근거로 정상적으로 덤핑마진을 산정하지만 수출가격이 정상가격보다 높은 경우

런된 AB결정에 대한 미국의 우려를 해소하고, 더 나아가 ‘어떤 형태의 WTO평결기관에 대한 추가적인 지침(some form of additional guidance to WTO adjudicative bodies)’을 만드는 것을 목표로 하고 있었다.

또한 EU는 상소의 필요성을 줄일 수 있는 진정한 제1심 재판소인 상설패널기구(permanent panel body)를 설립하자는 제안을 하기도 하였다. 이러한 제안이 채택되었다면 현재 AB의 위기를 모면하는데 얼마나 도움이 되었을지는 알 수 없지만, 다른 회원국들은 모든 제안을 거부하여 한 건도 채택되지 못하였다.

WTO의 실무관행, 특히 총의(consensus) 중심의 의사결정이 그 이유일 것이다. 결국 회원국의 총의를 기다리는 것은 다른 한편으로는 미국이 AB의 임명을 저지하는 것을 허용하게 하였다.

특히 도하각료회의 직전 2001년 10월에는 캐나다, 노르웨이, 일본 등 14개국으로부터 (1)이행확인패널과 양허정지 적용순서(Sequence)의 명확화<sup>15)</sup>, (2)각종 분쟁해결절차 기간의 단축(협약기간의 단축), (3)제3국의 권한강화 등을 내용으로 하는 공동제안이 일반이사회에 제출되었다. 2004년 5월에는 캐나다, 노르웨이를 중심으로 한 7개국이 비교적 총의(consensus)를 얻기 쉬운 주제(Sequence, 대항조치의 해제절차 등)에 제안을 함으로서 정채되었던 협상이 재개되었으며, 2004년 7월 일반이사회에서 채택하자는 합의가 이루어지는 등 DSU개정협상이 계속 있었다. 2008년 7월에는 본 개정협상의 추진상황 및 본 협상위원장의 책임하에서 정리한 개정자료가 무역협상위원회에 제시되었다. 이러한 개정안은 향후 개정협상의 기초자료로 평가되어 2010년 5월까지의 초안을 기본으로 하는 모든 협상항목에 대한 논의가 쟁점별로 행하여졌다. 2011년 12월에 개최된 제8회 WTO각료회의에서는 위원장으로부터 분쟁해결절차의 중요성, 협상현황, 협상타결추진의 방향성을 확인하는 보고가 이루어지는 등 협상의 신속한 성과를 위한 논의가 진행되었다.<sup>16)</sup> 2018년 이후에는 미국의 주장(AB권한 축소, 회원국의 통제강화 등)을 최대한 반영하고자 하는 노력이 EU 중국, 일본, 캐나다 등에 확산되고 있으며, 2020년 6월 카자흐스탄 누르술탄에서 개최 예정이었던 WTO 제12차 각료회의(WTO 12th Ministerial Conference: MC12)에서 어느 정도 타협안이 나올 것으로 예정하였으나 COVID-19의 발병과 세계적인 확산으로 연기되었다.<sup>17)</sup>

에는 가중평균 차이를 0 (Zeroing)으로 계산하여 인위적으로 덤핑마진이 높아지도록 계상하는 방식을 말한다. 이러한 제로잉 관행은 덤핑마진을 인위적으로 끌어올릴 수 있고, 제로잉 방식을 사용하지 않는 경우에도 덤핑마진이 발생하여 반덤핑관세를 부담할 수 있다는 문제점이 있어서 많은 회원국의 반발을 가져왔다 (홍성규, “미국의 통상규제정책에 따른 한국의 대응방안”, 『국제상학』, 제34권 제1호, 한국국제상학회, 2019, p.15.).

15) 분쟁의 패소국이 DSB의 권고이행여부의 판단과 권고를 이행하지 않는 이유로 승소국의 패소국에 대한 제재조치의 발동순서를 명확히 하는 것을 말한다.

16) 홍성규, “WTO분쟁해결제도에서 일방적 보복조치의 특성과 시사점”, 전계논문, p.164.

17) 2020년 4월 카자흐스탄은 WTO회원국들에게 2021년 6월 누르술탄에서 연기된 MC12를 개최할 준비가 되어 있다고 통보하였으며, WTO사무총장에게도 회원국들과 협의하여 다시 개최지로 확정해 줄 것을 요청했

다만, 현재까지 현행 DSU는 비교적 정상적으로 기능하고 있으므로 DSU의 실무적인 개정작업은 어느 정도 체계를 갖추었다고 볼 수 있으며, 개정은 필요한 경우에 한하여 최소한으로 한다는 공동의 인식하에 최종적인 결정과 그 과정에서 취사선택의 문제만 남게 되었다.<sup>18)</sup>

### Ⅲ. DSU에서 상소기구의 운영과 문제점

#### 1. AB의 운영 현황

AB는 DSB가 4년 임기로 임명한 7명의 위원으로 구성되며, 한번 연임될 수 있다. AB 회원국은 WTO회원국을 광범위하게 대표하며, AB사무국의 행정적·법률적 지원을 받는다. AB는 오로지 ‘법적문제(issues of law)’ 및 ‘법률해석(legal interpretation)’만을 고려할 수 있으며(DSU 제17조 6항), 단지 패널보고서를 ‘지지, 수정 또는 파기(uphold, modify or reverse)’하는 역할만을 할 수 있고(DSU 제17조 13항), DSU에 따라 WTO협정에 명시된 회원국의 권리와 의무를 가중하거나 감소할 수 있는 권한이 없다(DSU 제19조 2항).

그러나 2019년 12월 10일에는 나머지 AB위원 3명 중 인도의 우잘 싱 바티아(Ujal Singh Bhatia)와 미국의 토마스 R. 그레이엄(Thomas R. Graham)의 임기가 만료되어 현재는 AB의 위원장으로 활동하고 있는 중국의 홍짜오(Hong Zhao) 1명만 남아 있으며, 후임 AB위원 6명을 교체하기 위한 논의는 여전히 교착 상태에 빠져 있다.

설상가상으로 지난 2020년 5월 14일에는 호베르투 아제베두(Roberto Azevêdo) WTO사무총장(Director-General)이 임기 만료보다 1년 빠른 2020년 9월 1일자로 사의를 표명하였는데, 회원국들은 새로운 사무총장을 선임하기 위하여 수개월간 정치적 절차를 밟게 될 것이다. 또한 미처 생각하지 못했던 코로나19의 발병과 세계적인 확산으로 미국의 중국에 대한 비난과 새로운 안보예외를 이유로 양국간의 긴장관계가 계속 고조되고 있어서 트럼프 행정부의 일방적인 무역규제조치는 더욱 빈번할 것으로 예상된다. AB개혁에 대한 동력이 현저히 떨어질 수 밖에 없는 이유이기도 하다.

AB가 도입된 1995년부터 2020년 상반기까지의 상소통계를 살펴보면, 상소통지서의 제출 178건, 본 절차의 상소 147건, 제21조 5항 절차에 따른 상소 32건 등으로 나타났으며, 2020년 9월 현재에도 AB에 10건의 사건이 처리되지 못하고 계류중인 것으로 파악되고

다.[https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/acc\\_22jul20\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/acc_22jul20_e.htm) (검색일: 2020.09.25.).

18) 이재민, 「WTO 개혁 쟁점 연구: 분쟁해결제도」, 대외경제정책연구원, 2019. p.28.

있다<sup>19)</sup>. 또한 동일 기간동안 패널보고서가 채택된 306건중 203건(66%)이 상소되었으며, DSU 제21조 5항에 따른 패널이외의 패널보고서는 262건이 채택되어 171건(65%)이 상소되었고 제21조 5항에 따른 패널보고서는 44건이 채택되어 32건(73%)이 상소되었다.<sup>20)21)</sup> 상소건수가 전혀 없었던 1995년을 제외하고 1996년부터 2020년 상반기까지 대략 67% 정도의 패널보고서가 상소된 것으로 나타났다.<sup>22)</sup>

WTO협정상 상소현황을 살펴보면, DSU 133건, GATT 1994협정 105건, 반덤핑협정 39건, 상계관세조치협정 41건, 농업협정 16건, WTO협정 16건, TBT협정 13건, SPS협정 9건, Safeguard협정 8건, GATS협정 6건, TRIMs협정 3건, TRIPs협정 4건, ATC협정 3건, 수입허가협정 3건 등으로 나타났다.

AB위원으로 활동한 추이를 살펴보면 제소국의 AB위원은 선진국 91건, 개발도상국 73건, 기타 타국사건에서의 AB위원 선진국 75건, 개발도상국 47건, 피AB위원 선진국 206건, 개발도상국 95건, 제3자로서의 참가인 선진국 381건, 개발도상국 677건으로 확인되었다. 우리나라는 장승화(2012-2016), 김현중(2016-2017) 위원이 활동하였으며 우리나라가 관련된 사건에서 AB위원으로 4건, 피AB위원으로 9건, 기타 타국 사건에서의 AB위원으로 6건, 제3자로서의 참가 51건 등 총 70건의 상소심리에 참여한 것으로 기록되고 있다.<sup>23)</sup>

## 2. AB의 문제점(미국의 주장을 중심으로)

WTO체제의 DSU에서는 회원국의 권리구제를 위해 AB를 두고 패널에서 다루어진 사안의 법적쟁점과 법률해석에만 국한하여 판단하도록 하는 상소절차를 규정하고 있는데, 이러한 제도는 상사중재제도가 단심제로 운영되며 최종적인 판정으로 인정되어 양당사자를 구속한다는 점과 대조적이다.

미국은 2018년 3월에 공표한 「2018 무역정책 의제 및 2017 연례보고서(2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report)」 제 I 장(The President's Trade Policy Agenda)에서 “WTO분쟁해결제도에서 가장 우려하는 점은 패널 및 AB가 WTO협정에서 규정하고 있는 회원국의 권리와 의무를 증가시키거나 감소시키는 것이다”라고 주장하면서, 패널 및

19) 현재 AB에 계류중인 사건은 WT/DS316/RW2(2019.12.6.), WT/DS541/R(2019.11.19.), WT/DS371/RW2(2019.9.9.), WT/DS510/R(2019.10.15.), WT/DS534/R(2019.6.4.), WT/DS523/R(2019.1.25.), WT/DS371/RW(2019.1.9.), WT/DS518/R(2018.12.14.), WT/DS461/RW(2018.11.20.), WT/DS476/R(2018.9.21.) 10건 이다;  
[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/appellate\\_body\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm) (검색일: 2020.09.25.).

20) WTO, *WTO Annual Report for 2019-2020: Appellate Body*, 2020, pp.175-176.; WT/AB/30.;  
[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/appellate\\_body\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm) (검색일: 2020.09.25.).

21) 상소된 패널보고서의 수는 일부 AB보고서가 1개 이상의 패널보고서를 다루기 때문에 AB의 보고서 수가 다를 수 있다. 본 논문에서의 통계수치도 차이가 존재하는데 이는 WTO홈페이지(wto.org, 2020.9.25.방문)에 공표된 수치임을 밝힌다.

22) WTO, *op.cit.*, p.15., pp.174-175.

23) WTO, *op.cit.*, p.198-201.



AB는 회원국들이 합의하여 규정한 WTO협정의 문언에 충실하여야 함을 강조하고 있다. 구체적으로는 AB의 심리기간 무시, AB위원의 퇴임후 업무 지속, 분쟁해결에 불필요한 쟁점에 관한 권고적 의견 제시, 회원국의 국내법 검토 및 심사, AB보고서의 선례구속성 주장 등 5가지를 들고 있으며, 나중에 더 추가할 수 있는 여지를 남겨두고 있다.<sup>24)</sup> 나아가 미국은 향후 WTO분쟁해결절차에 대한 불신을 바탕으로 자국 통상법(1974년 통상법 301조 등)을 통해 외국의 불공정 무역과 관행을 시정하겠다는 의지를 표명하고 중국을 주요한 대상 국가로 언급했다.

그 후 미국의 USTR은 2020년 2월 11일에 「WTO 상소기구보고서(*Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*)」를 발표하고, WTO외 다른 기관의 권한 침해, 협정해석의 배타적 권한 등에 대해서도 AB의 권한일탈(*overreaching*) 사례로 들고 있으며, 이러한 권한일탈이 WTO회원국이 합의하지 않은 권리와 의무를 협정으로 오해하여 회원국의 국내정책을 위축시키고 중국과 같은 비시장경제국(*Non-Market Economies*)에 유리하게 작용하도록 하는 결과를 가져왔다고 주장한다.<sup>25)</sup> 미국은 항상 규칙에 근거한 국제무역시스템의 강력한 지지자임에도 불구하고 권한도 부여받지 않은 AB위원 3명이 미국의 의무를 증가시키고 권리를 감소시킴으로써 미국의 기본원칙을 위반하였다는 것이다.

특히 중국과 같은 나라들의 비시장적 관행에 의해 야기된 경제의 왜곡에 대처하는 미국의 능력에 직접적으로 해를 끼쳤으며, AB가 합의된 규칙을 지키지 않아 WTO에 대한 신뢰와 자유롭고 공정한 규칙 기반의 거래체계가 훼손되었으므로 WTO분쟁해결제도가 지속적이고 효과적인 개혁을 이루려면 이 보고서에 명시된 AB의 문제점을 수용하여야 한다고 주장한다.<sup>26)</sup>

이러한 점은 AB의 권위가 급속히, 그리고 거의 즉각적으로 광범위해졌지만, 그럼에도 불구하고 여전히 취약하고 쇠퇴할 위험이 있으며, 심지어 (잠재적으로)급속한 감소세를 보이고 있다는 것을 보여준다.<sup>27)</sup> 다만, 현재에도 패널은 계속적으로 설치되고 있어서 회원국들의 분쟁해결제도에 대한 전반적인 신뢰는 유지되고 있는 것으로 평가된다.

## (1) AB의 심리기간 미준수

24) USTR, *2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report* ("2018 Trade Policy Agenda"), 2018, pp.22-28.; <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018/AR/2018%20Annual%20Report%20I.pdf> (검색일: 2020.09.25.).

25) USTR, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*, (이하 "*AB Report*") 2020, pp.1-3.; [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_on\\_the\\_Appellate\\_Body\\_of\\_the\\_World\\_Trade\\_Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf) (검색일: 2020.09.25.).

26) 이 보고서는 AB가 WTO협정을 준수하지 않고 문언상으로 해석하는 것을 포괄적으로 조사한 최초의 연구보고서로서 AB의 문제점을 검토하여 설명하고 있을 뿐 해결책은 제시하지 않고 있다(USTR, *AB Report, op.cit.*, 서문 및 p.121.). AB의 문제점에 대하여 미국이 일방적인 해결책을 제시하기보다는 추후 DSU의 개정협상을 통하여 회원국들의 의견을 반영하기 위한 조치로 판단된다.

27) Shaffer G., Elsig M. and Puig S., "The Extensive (but fragile) Authority of the WTO Appellate Body," *Law & Contemporary Problems*, Vol.79. No.1, 2016, p.237.

DSU의 협상단계에서 많은 협상 참가자들은 상소절차는 분쟁해결절차를 복잡하게 하고 심리기간을 연장시킬 수 있게 한다는 이유로 구체적인 우려를 표명하였다. 이러한 우려를 해소하기 위해 회원국들은 AB의 심리기간을 통상적으로 60일 이내로 하고, 어떠한 경우에도 90일을 초과할 수 없도록 하는 의무규정(DSU 제17조 5항)을 두었다.

그러나 최근에는 AB가 심리를 결정하기 위한 의무적 기한을 반복적으로 위반하고 있다는 점에 미국은 주목하고 있다.<sup>28)</sup> AB의 심리절차는 DSU규정상 최장 90일이지만, 실질적으로는 평균 117.9일이 소요되었으며, 2011년 이후의 AB심리절차는 180.2일을 상회하고 있다.<sup>29)</sup> 이러한 AB의 WTO협정 무시와 잘못된 상호관계는 패널의 심리기간에도 상당한 영향을 끼쳤는데, 최근에는 1년을 상회하는 패널보고서도 등장하고 있는 실정이다.<sup>30)</sup> 미국은 2011년 이전에는 AB가 이러한 기간을 준수하였으며 간혹 90일을 초과하는 경우에는 실무적으로 회원국의 동의를 얻었으나<sup>31)</sup>, 2011년 이후부터는 회원국의 동의나 협의도 없이 기간을 준수하지 못한다고 통지만 하여 AB가 DSU절차를 준수하지 않고 불투명성만을 초래하였다고 비판하고 있다. 이러한 내면에는 회원국의 상소 남발에 따른 상소건수의 증가<sup>32)</sup>, 갈수록 방대하고 복잡해지는 상소안건, 무역관련 기술지원 활동에 참여하는 AB사무국 직원의 부족 등이 복합적으로 작용하고 있다.<sup>33)</sup>

## (2) AB위원의 퇴임후 업무 지속

- 28) 예를 들면, 보조금 및 상계관세조치에 관련된 *US-Large Civil Aircraft (2nd complaint)(DS353)*사건의 Art 21.5(AB)에서는 상소심리기간이 1년 9개월(637일) 소요되었으며, 반덤핑관세에 관련된 한국과 일본의 *Korea-Pneumatic Valves(DS504)*사건에서는 1년 3개월(470일)이 소요되었다.
- 29) 홍성규, “WTO체제에서 안보예외와 무역규제,” 「국제상학」, 제34권 제3호, 한국국제상학회, 2019, p.25, 각주 98.; Tsuyoshi Kawase, et al. “Reforming the WTO AB: Short-term and Mid-term Options for DSU Reform, and Alternative Approaches in a Worst Case Scenario.” T20 Japan 2019 Policy Brief. 2019, p.3. <https://www.g20-insights.org/wp-content/uploads/2019/05/t20-japanf8-3-reforming-the-wto-ab.pdf> (검색일: 2020, 09.22)
- 30) 미국에 의해 시작된 분쟁의 경우, 1995년부터 2000년까지 패널구성에서 패널보고서 채택까지의 패널절차는 평균 330일이 걸렸으나, 2015년부터 2020년까지 미국의 공세적 분쟁의 패널 진행은 522일이 걸렸다(USTR, *AB Report*, op.cit., p.22.).
- 31) 실제로 1996년부터 2011년까지 15년 동안 취급된 101건의 상소심중 87건(예를 들면, *EC - Bananas*, *US - Steel Safeguards*, *EC - Tariff Preferences*, *US - Offset Act*, *Japan - DRAMs* 사건 등)은 상소심리기간이 준수되었으며, 14건(예를 들면, *EC - Export Subsidies on Sugar (AB)* 등)은 회원국의 동의를 받아 동 기간이 연장되었다(WTO가 출범한 1995년은 상소가 없었음)(USTR, *AB Report*, op.cit., pp.27-28.; 이재민, 전제서, p.45.).
- 32) 상소는 패널이 회원국의 권리와 의무에 대한 해석에 근본적인 오류를 범했을 경우, 즉 패널보고서에 포함된 법률문제와 법률해석의 문제로 제한되지만, 불행하게도 실제로 패널보고서의 상소는 예외가 아니라 일반적인 것이었으며, 패널보고서의 60% 이상이 상소심을 받아 왔다(USTR, *AB Report*, op.cit., p.24.). 분쟁당사국의 일방이 상소의 결정을 통지하면 패널보고서는 상소절차가 완료될 때까지 DSB에서 채택되지 않으므로(DSU 제16조 4항), 패소국은 자국의 여론을 의식하여 상소제도를 남발할 가능성이 매우 크다.
- 33) 예를 들면, *United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft: Second Complaint(DS353)*사건에서는 패널보고서 879페이지, AB보고서(3개 문서) 총 874페이지가 작성되었다. 또한 2020년 6월 29일에 채택된 *Australia - Certain Measures Concerning Trademarks, Geographical Indications and Other Plain Packaging Requirements Applicable to Tobacco Products and Packaging(DS435, DS441)*사건의 패널보고서와 AB보고서(2개 문서)는 각각 1,260페이지와 총 327페이지에 해당하는데, 2019년과 2020년 동안 AB와 사무국의 상당히 많은 자원을 필요로 했다.

상소심리를 위한 업무절차(Working Procedure for Appellate Review)<sup>34)</sup> 제15조는, 「AB 위원으로 퇴임한 자는 AB의 허가 와 DSB에 즉시 통지함으로써 AB위원으로 재직중 처리 하지 못한 상소안건의 처분을 완료할 수 있으며, 오직 이러한 목적에 대해서만 AB위원의 자격이 계속 유지된다」<sup>35)</sup>고 규정하고 있다. 이에 대하여 다른 회원국들은 동 업무절차규 정에 따라 근거가 명확하고, 지난 25년 동안 이 문제에 아무런 이의제기가 없어서 관행으 로 축적되어 가고 있으며 다른 국제사법기구들도 이와 유사한 조항을 가지고 있다는 입장 이다.

그러나 미국은 AB위원의 임명권한은 본래 DSB에 있고, 회원국이 결정하여야 할 사항 임에도 불구하고 AB위원이 동 업무절차 제15조에 따라 스스로 실질적인 임명행위를 하고 있다고 비판한다<sup>36)</sup>. 또한 2017년 이전에는 동 업무절차 제15조가 많이 원용되지 않았으나 최근에는 분쟁처리가 장기화됨에 따라 원용되는 사례가 증가하고 있음을 지적하면서, 동 업무절차 및 관행으로 DSU의 변경을 시도하는 것은 편법에 해당한다고 비판한다.

### (3) AB위원의 권고적 의견 제시

DSU 제3조 4항은 「DSB의 권고 또는 결정은 본 양해와 대상협정상의 권리와 의무에 따라 사안의 만족스러운 해결의 달성을 목표로 한다」고 규정하고 있으며, DSU 제3조 7항 은 「분쟁해결제도의 목적은 분쟁에 대한 명확한 해결을 확보하는 것으로 한다」고 규정하 고 있으므로 분쟁해결제도의 목적은 법을 창조하는 것이 아니고 회원국이 분쟁을 해결하 도록 도모하는 것이라고 할 수 있다. 국내법원이나 일부 국제재판소와는 달리 WTO회원 국은 패널 및 AB에 권고적 의견(advisory opinions)을 낼 수 있도록 권한을 부여하지 않았 음이 명확하다. 미국은 이러한 규정을 근거로 AB는 개별 사건에 대한 불필요한 법적판단 (권고적 의견)이나 WTO협정의 새로운 해석(사법적 창조)을 할 수 없다고 주장한다.

### (4) 회원국의 국내법 검토 및 심사

WTO회원국들은 패널위원들에게 사실적 발견(fact-finding)과 법적 결론을 내릴 수 있도 록 허가했지만, AB는 후자만 검토할 수 있도록 허가하였다. 즉 DSU 제17조 6항은 「상소 는 패널보고서에서 취급한 법적 쟁점과 패널의 법적 해석에 한정된다」고 규정하고 있음에

34) 현행 상소심리를 위한 업무절차는 2005년 1월 4일에 회람된 동 절차를 통합한 개정판이며, 2010년 9월 15 일 이후 개시된 상소심부터 적용되고 있다. WT/AB/WP/6 (16 August, 2010).

35) A person who ceases to be a Member of the Appellate Body may, with the authorization of the Appellate Body and upon notification to the DSB, complete the disposition of any appeal to which that person was assigned while a Member, and that person shall, for that purpose only, be deemed to continue to be a Member of the Appellate Body.

36) 2020년 2월에는 상소심리를 위한 업무절차 제15조에 따라 *Russia - Measures affecting the importation of railway equipment and parts thereof(DS499)* 사건과 *United States - Countervailing Measures on Supercalendered Paper from Canada(DS505)* 사건 등 2건의 AB보고서가 채택되었다.

도 불구하고 AB는 법률문제로서 회원국의 국내법을 심사(해석)할 수 있는 것으로 판단하고 있으며, 패널의 사실인정이나 당사자간에 논의되지도 않은 사실관계까지 결론을 유도하고 있다. AB는 WTO회원국들이 상소심사의 대상이 아닌 사실의 문제라는데 동의함에도 불구하고, 회원국의 국내법에 대하여 새롭게(*de novo*) 의미를 법적 이슈로 검토해왔는데, 이러한 점은 AB의 권한 및 심사범위를 확대하는 조치로 상소의 심리기간과 복잡성을 가중시켜 분쟁해결과정을 현저하게 지연시키게 된다.

### (5) AB위원의 선례구속성의 원칙

2심제를 채택하고 있는 DSU에서는 첫째, 패널이 이전 패널의 결정에 구속되는지를 검토하여야 하는데, 이 경우 후속 패널이 동일한 당사자 및 사안을 다룰 때와 후속 패널이 이전 패널이 판단한 것과 동일한 법적 쟁점을 다룰 때 모두 생길 수 있다. 둘째는 패널이 상소심 결정에 구속되는지의 여부라고 할 수 있다. 그동안의 WTO의 관행이 어느 정도 축적되었다고 할 수 있으나, 일련의 패널결정이 확립된 관행을 만들 수 있는지는 또 다른 문제가 되기도 한다. 그동안의 WTO의 분쟁사례도 다양하게 나타나고 있어서 법적 의미와 기관력의 문제가 대두되고 있다. 예를 들면, 과학적·기술적 분야에서 전문가적인 의견을 필요로 했던 *EC-Hormones (DS26, DS48)* 사건<sup>37)</sup>은 SPS협정에 관련된 최초의 사례로서 SPS협정에 따른 많은 실체적, 절차적, 체계상의 문제에 대하여 패널 및 AB의 결정이 상당히 중요한 선례가 됨을 강조하고 있다.<sup>38)</sup>

이에 대하여 미국은 WTO협정하에서는 AB의 결정에 선례구속성의 원칙(*stare decisis*)이 인정되지 않음에도 불구하고 AB는 ‘납득할 만한 이유(a cogent reason)’가 없는 한 패널은 AB보고서의 선례(*precedent*)를 존중하여야 한다고 결정하고 있으며<sup>39)</sup>, 이를 근거로 AB보고서를 회원국이 합의하여 완성한 WTO협정과 동일하게 취급한다고 비판한다. 예를 들면, *US-Stainless Steel (Mexico)(DS344)* 사건<sup>40)</sup>에서 제3자 참여국으로 참가했던 EU는 DSU의 핵심기능인 다자무역체제에서의 안정성과 예측가능성이 유지되어야 하기 때문에, 패널이 AB의 결정을 따르지 않으려면 ‘납득할 만한 이유(a cogent reason)’를 제시하여야 한다고 주장하였다. 이에 대하여 미국은 AB보고서의 성격에 대하여, 당초 회원국간의 합의에 따라 분쟁해결에 도움이 되고 설득력을 가지는 경우에 한하여 다른 분쟁사안에서도 고려될 수 있도록 합의한 것을 AB가 확대하여 선례구속성의 원칙을 국제관습법화하려고 한다고

37) *European Communities- Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998 (adopted on 13 February 1998).

38) 홍성규·황혜정, “국제무역에서 식품안전규제를 위한 국제규범화와 예방원칙에 관한 연구”, 『무역연구』, 제16권 제4호, 한국무역연구원, 2020, pp.218-219.

39) 2008년부터 2013년까지 패널보고서 중 오직 4%만이 “납득할 만한 이유(cogent reasons)”를 제시하였으나, 2014년부터 2019년까지의 패널보고서는 19%가 이에 해당하였다.

40) *United States-Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico*, WT/DS344/AB/R, 30 April 2008 (adopted on 20 May 2008).

비판한다.

### (6) AB의 권한 일탈

패널 및 AB, DSB는 대상협정상의 회원국의 권리와 의무를 보존하고, 공적인 국제법(public international law)의 해석에 관한 관습법규칙<sup>41)</sup>에 따라 동 협정의 현존조항을 명확하게 하는 역할을 인정하며, 결정과 권고에서 대상협정에 규정된 회원국의 권리와 의무를 증가시키거나 감소시킬 수 없다(DSU 제3조 2항 및 제19조 2항).<sup>42)</sup> 그러나 AB는 WTO협정에서 직접 취급되지 않고 있는 일부 사안(issue)에 대하여 ‘흠결보충(gap-filling)’을 이유로 WTO회원국의 권리와 의무를 증가 또는 감소시켰다. 이에 대하여 미국은 DSB회원국에 권한이 부여된 것으로 명시된 보조금협정 Annex V 절차나 AB위원 임명절차 등에서 AB가 권한도 없으면서 지시나 의견을 제출함으로써 DSB 본연의 기능이 상실되고 있다고 주장한다.

특히 트럼프행정부가 중시하는 철강산업 보호나 대중 무역분쟁에 대한 반덤핑조치, 보조금에 대한 상계조치 등 무역구제조치에 대한 권한일탈은 미국의 불만을 가중시키고 있다. 예를 들면, *US-Zeroing (EC)(DS 294)*사건과 *US-Zeroing (Japan) (DS322)*사건<sup>43)</sup> 등에서 반덤핑 세율의 인상을 가져오는 특수한 계산법인 ‘제로잉’ 계산법에 대하여 반덤핑 방지협정에서는 특별한 언급이 없음에도 불구하고 EU, 일본, 한국, 멕시코 등과의 분쟁에서 AB는 협정해석에 따라 공정한 계산법이 아님을 인정하고 있다. 또한 *US Anti-Dumping and Countervailing Duties (DS379)*사건<sup>44)</sup>에서 국영기업이 보조금에 관련된 상계조치에 대하여 AB는 ‘공적기관(public body)’의 의미를 엄격하게 해석하여 중국의 국유기업이 단지 정부가 과반수의 주식을 소유했다는 이유만으로 공적기관으로 인정되는 것은 아니라고 결정하였다(보조금협정 제1조 1항(a)(1)에는 정부권한의 부여가 조건).

또한 *US-Offset Act (Byrd Amendment)(DS217, DS234)*사건<sup>45)</sup>에서는 반덤핑관세 및 상계관세의 국내산업에의 재분배는 협정위반에 해당함에도 협정에 없는 금지보조금을 신설

41) 조약법해석에 관한 비엔나협약 제31조 1항에 따르면, 조약은 문맥에 따라 그 취지 및 목적에 비추어 부여된 용어의 통상적 의미에 따라 성실히 해석하여야 한다.

42) 이러한 내용은 UR협상에서 나타났던 우려의 하나로 협상 참가국들은 새로운 분쟁해결제도가 WTO회원국의 권리와 의무를 증가시키거나 감소시키지 않아야 한다는 점에서 GATT 1947분쟁해결제도의 접근법을 따르도록 하였다. 패널들은 협정문에 명시되지 않은 의무를 건설적 해석에 의해 만들려고 시도해서는 안되며, 단지 그들 앞에 놓인 분쟁의 특정 상황에 대해서만 해석하고 적용해야 한다(Negotiating Group on Dispute Settlement, Note by the Secretariat on the Meeting of 25 June 1987, MTN.GNG/NG13/2, para. 7.).

43) *United States-Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins (Zeroing)*, WT/DS294/AB/R, 18 April 2006 (adopted on 9 May 2006).; *United States-Measures Relating to Zeroing and Sunset Reviews*, WT/DS322/AB/R, 9 January 2007 (adopted on 23 January 2007).

44) *United States Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*.; *US-Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, WT/DS379/AB/R, (adopted on 25 March 2011).

45) *United States-Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*.; *US-Offset Act (Byrd Amendment)*, WT/DS217/AB/R ; WT/DS234/AB/R, (adopted on 27 January 2003).

하였다. 이러한 점은 많은 회원국들의 지지를 받고 있음에도 불구하고 여전히 미국의 비판은 상당히 거세게 일어나고 있다. 미국의 주장에 따르면, 이는 DSU 제3조 2항의 의무를 준수하지 않는 ‘권한을 벗어난 의사결정(*ultra vires decision-making*)’, 즉 법률창조(*judicial law-making*), 심지어 공적인 국제법의 자의적인 해석에 해당한다. 결국 AB의 권한일탈은 분쟁해결제도뿐만 아니라 WTO전체의 효율성과 기능을 저해하고 있으므로 WTO의 분쟁해결제도를 재건하기 위해서는 AB의 문제점을 모든 회원국이 공동으로 논의하자고 주장한다.

#### (7) 협정해석의 배타적 권한

WTO협정의 해석 등과 관련하여 AB가 회원국의 합의없이 절차를 진행한 결정 등에 권위를 부여하는 것은 회원국의 권리를 침해하는 것으로 볼 수 있다. 미국은 WTO협정에서는 각료회의 및 일반이사회가 협정을 해석할 수 있는 배타적 권한을 가지고 있음이 명백함에도 불구하고(WTO설립을 위한 마라케시협정 제9조 2항), AB는 이러한 절차를 거치지 않은 사안에 대해서도 자체 권한을 확대하고 협상단을 대신해 합의문을 다시 쓰거나 축소 또는 보완함으로써 WTO규범을 해석하는 실질적인 합의가 있었던 것처럼 활동하고 있음을 비판한다.

#### (8) AB위원의 구성문제

앞에서 이미 살펴본 바와 같이 WTO의 AB위원은 2017년 6월 이후 결원이 발생하기 시작하여 지난 2019년 12월 10일에는 AB위원이 모두 퇴직하고 현재는 1명만이 존재하게 되었다. AB가 제대로 작동하기 위해서는 사건마다 3인의 AB위원으로 구성된 AB에서 결정을 내리게 되지만, 현실적으로는 AB운영 자체가 불가능하게 된 것이다. 패널보고서가 상소된 경우에는 상소심리가 종결될 때까지 채택될 수 없기 때문에(DSU 제16조 4항), 패널보고서의 채택에 불만을 가진 당사자는 상소할 권리에 따라 상소함으로써 DSB에 의한 시정권고를 무력화할 수 있게 된다. 결국 AB의 부존재로 인하여 당해 사건은 WTO에 보류된 채로 방치되어 실질적으로는 GATT분쟁해결과정에서 나타났던 분쟁해결의 장기화가 재현될 가능성이 높다. AB가 제대로 작동하지 않는다면 개발도상국들은 WTO분쟁해결제도의 활용을 그만큼 주저할 것이며, 반면에 강대국들의 보호주의적 무역조치의 도입은 증가할 것이다.

### IV. DSU에서 상소기구의 개선을 위한 시사점

## 1. AB의 침체에 따른 전략적 대안

AB위원의 결원 등으로 인하여 AB가 정상적으로 작동하지 않는 경우에는 당해 분쟁은 기한없이 방치되어 과거 GATT분쟁해결절차에서 나타났던 패널보고서의 저지(blocking)현상이 재현될 수 있다. 과거의 경험에서 보듯이 이 경우에 나타날 수 있는 회원국들의 전략적 대안은 다음과 같다.

첫째, WTO의 분쟁해결제도가 자국의 통상이익을 실현하지 못하는 경우에는 일방적인 관세인상이나 수입제한을 통한 보호주의적인 무역정책을 의존하게 될 것이라는 점은 현재의 미국과 중국의 무역관계를 보면 확연히 알 수 있다. 이 경우에는 미국과 중국만큼의 큰 규모는 아닐지라도 분쟁당사국간에는 ‘작은 무역전쟁(mini trade war)’이 빈번할 것이며<sup>46)</sup>, 회원국들은 보호주의적인 무역조치를 도입하는데 주저하지 않을 것이다. 미국, 중국, EU 등 통상 강대국들의 입장에서 이러한 대응은 유효한 수단이 된다.<sup>47)</sup>

둘째, *US-Carbon Steel (India)* 사건(DS436)<sup>48)</sup>에서 미국이 이행확인 패널을 상소한 경우와 같이 선수를 치는 경우를 상정할 수 있다. 본 사건은 이행확인 절차이므로 패널절차에서 미국의 패소가 확정되면 신청국인 인도는 이행기간 없이 바로 대항조치(counter-measures)를 발동할 수 있기 때문에 미국은 상소하지 않을 수 없었을 것이다. 2020년 1월 14일 인도와 미국은 DSB에 공동통지문(joint communication)을 보내 분쟁에 대한 긍정적인 해결책을 모색하기 위해 선의의 논의(good faith discussions)를 계속하겠다는 점을 시사했다. 사실 미국이 지금까지 공식적인 상소통지 및 상소인 심리부탁서(formal notice of appeal and appellant submission)를 제출하지 않았기 때문에 이것이 공식적으로 상소에 해당하는지는 아직도 확신할 수 없다.<sup>49)</sup> 그럼에도 불구하고 미국의 이러한 선봉예선 듯한 행동은 WTO체제에 분명히 바람직하지 않지만 다른 WTO회원국들도 선택가능한 대안임에는 틀림없다.

셋째, 분쟁당사국들이 취할 수 있는 또 하나의 대안은 패널보고서를 상소하지 않고 최종적인 결정으로 수용하기로 합의하는 경우이다. 이 경우 패널보고서는 DSB가 그대로 채택하고, 이행절차는 DSU 제21조 및 제22조에 따라 진행된다. 이러한 협정은 실제로 *Indonesia-Iron or Steel Products (VietNam)*(DS496)사건<sup>50)</sup>에서 베트남과 인도네시아 양국간에 체결되었으며, 이 사건의 이행확인 패널보고서가 배포된 시점에서 AB위원이 상소심

46) Stephanie Murphy, “Without an Appellate Body, What’s Next for the WTO?.” *INSIDE U.S. TRADE*, Dec. 11, 2019.

47) Joost Pauwelyn, “WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?.” *Journal of International Economic Law*, Vol.22, Issue 3., 2019, p.308.

48) *United States-Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India: US-Carbon Steel (India)*, WT/DS436/21 (Dec. 19, 2019).

49) WT/DS436/22 (Jan. 16, 2020).

50) *Indonesia-Safeguard on Certain Iron or Steel Products: Indonesia-Iron or Steel Products (Viet Nam)*, WT/DS496/14 (Mar. 27, 2019).

사에 필요한 정족수에 미달할 경우 양국은 패널보고서를 최종적인 결정으로 수용하기로 합의하였다. 또한 미국과 한국은 *U.S. – OCTG (Korea)(DS488)* 사건<sup>51)</sup>에서 당사국중 어느 한쪽이 DSU의 제21조에 따른 적합성 검토에 대하여 재청구할 경우 상소없는 패널보고서(non-appeal of panel report)를 수용하기로 합의하였다.

그러나 피신청국이 승소할 경우(패널이 위반사실이 없다고 판단), 피신청국에 의한 ‘무효화(into the void)’에 대한 상소는 피신청국에게 아무런 영향을 미치지 않지만, 피신청국이 패소할 경우(패널이 위반사실을 발견하면), 위반의 제거를 포함하여 결정(rulings)의 이행을 회피하기 위하여 패널의 결정(panel’s rulings)을 ‘무효화(into the void)’하는 상소를 할 수 있다. 따라서 피신청국은 상소하지 않기로 사전에 동의할 아무런 이유가 없다. 더구나 패널의 중간보고서가 발표되거나 패널의 결정을 예측가능하게 된다면 합의에 도달할 가능성은 더 낮게 될 것이다.

마지막으로 가장 최악의 대안으로 상소를 대신하여 분쟁해결의 대체적 수단으로 DSU 제25조에 따라 중재를 실시하는 것이다.<sup>52)</sup> 여기서 명시된 중재는 특별한 용도나 목적이 없는 매우 다용도적인 절차(versatile procedure)이다. 이러한 제안은 2019년 6월 EU가 처음하였으며, 그 후 2019년 7월 EU와 캐나다는 양국 관련 분쟁에 대하여 AB의 부재에 따른 일시적인 조치로 ‘임시상소중재(interim appeal arbitration)’ 절차를 적용하기로 합의하였다.<sup>53)</sup> EU의 동 절차안은 DSU 제25조에 따라 동 제17조에 따른 상소절차를 AB사무국의 지원도 포함하여 충실히 재현하고 있으며, 중재인도 사무총장의 지명에 의해 전AB위원으로 지명하는 것으로 되어 있다. EU는 이 절차안에 대하여 2019년 10월에 노르웨이와 합의하였으며,<sup>54)</sup> 중국은 AB의 업무와 본질적으로 유사한(essentially replicates) EU의 상소중재모델비전(EU’s vision of an appeal-arbitration model)을 위해 적극 노력하겠다고 시사했음이 보도되고 있다.<sup>55)</sup> 그러나 EU나 중국과는 달리 양자적 상소절차를 추진할 경우 개발도상국 회원국들에게는 오히려 불리하게 적용될 가능성도 배제할 수 없다. 그 후 2020년 1월에는 다보스포럼에서 EU, 한국, 중국을 비롯하여 17개 회원국들은 DSU 제25조에 따라 다자적 중재절차를 통하여 분쟁을 해결할 수 있다고 합의한 후 서명하였으나 향후 전망이나 AB를 얼마나 대체할 수 있는지에 대해서는 별도의 언급이 없었다.<sup>56)</sup>

51) *United States – Anti-Dumping Measures on Certain Oil Country Tubular Goods from Korea: US – OCTG (Korea)*, WT/DS488/R.; WT/DS488/R/Add.1 (adopted on 12 January 2018).

52) Tsuyoshi, Kawase, et al. “Reforming the WTO AB: Short-term and Mid-term Options for DSU Reform, and Alternative Approaches in a Worst Case Scenario.” T20 Japan 2019 Policy Brief. 2019, p.15.; <https://www.g20-insights.org/wp-content/uploads/2019/05/t20-japantf8-3-reforming-the-wto-ab.pdf> (검색일: 2020, 09.22)

53) Interim Appeal Arbitration Pursuant to Article 25 DSU, JOB/DSB/1/Add.11. (May 16, 2019).

54) JOB/DSB/1/Add.11/Suppl.1 (Oct.21, 2019).

55) China May Back EU’s Trade-Dispute ‘Plan B’ as Trump Hobbles WTO, BLOOMBERG, Dec. 10, 2019.

56) Inside U.S. Trade, “EU, China, Others Declare Intent to Negotiate Interim WTO Appellate Solution,” (Jan. 24, 2020).



그러나 미국이 여기에 가입할 의사가 없으므로 회원국이 미국과 벌이는 어떤 분쟁도 해결할 수 없다는 점은 자명하다. 기본적으로 중재는 분쟁의 해결에만 초점을 두기 때문에 AB가 갖고 있는 선례 구축의 효과가 없고 법적 안정성에도 도움이 되지 않기 때문에 투자분쟁해결을 위한 ISDS절차<sup>57)</sup>에서도 중재를 탈피하고자 노력하고 있는 점도 주목할 필요가 있다. 따라서 현행의 상소제도를 중재로 대체하는 방식은 분쟁해결제도의 법적 안정성과 예측 가능성을 확보하는데 큰 도움이 되지 않는다. 오히려 AB의 기능 약화로 발생하는 문제점보다도 중재의 도입으로 인한 혼란이 더 크게 발생할 수도 있다.<sup>58)</sup>

## 2. AB의 개선 방향과 요소

WTO협정에 기반한 다자간 무역체제의 미래는 분쟁해결제도 운영의 다양한 이해관계를 수용하는 데 달려 있다. 강제적이고 구속력 있는 분쟁해결제도는 규범중심의 무역체제(rules-based trading system)에서 필수적인 특징이며, 회원국들은 결정의 위임사항을 수정하고 재판관(adjudicators)에 의한 사전 해석을 무효화할 수 있는 권리를 포함하여 분쟁해결제도를 집단적으로 관리할 책임이 있다.

분쟁해결제도의 주요 목적은 신속하고 긍정적인 방법으로 회원국간의 분쟁을 해결하는 것이며, 다른 목적은 모두 부수적이고 종속적인 것이 된다. 따라서 분쟁해결제도에 대한 신뢰를 유지하려면 재판관은 독립적이고 공정해야 하며, 회원국들은 이러한 공정성을 해칠 수 있는 어떠한 행동도 자제해야 한다. 다자간 무역협정이 대변하는 미묘한 정치적 균형행위를 보존하기 위해 재판관들은 ‘특별한 주의와 배려(extraordinary circumspection and care)’를 해야 한다.

상고심리의 목적은 패널보고서의 오류와 상호간의 불일치로부터 보호하기 위한 것이므로, 사실의 재평가나 법률 조항의 광범위한 권고적 분석을 위한 기회가 되지 않도록 하여야 한다.

또한 제도의 정당성과 권리와 양보의 전체적인 균형을 유지하기 위해서는 정치적 균형이라는 효과적인 메커니즘이 필요하고 적절하다. 모든 무역분쟁을 사법적으로 해결할 수 있거나 해결해야 하는 것은 아니므로, 대안적이고 우호적인 분쟁해결을 위해 효과적인 기회를 가져야 하며 이를 활용할 수 있어야 한다. 이러한 원칙들을 염두에 두고, 분쟁해결

57) 투자분쟁해결절차(Investor State Dispute Settlement: ISDS)는 투자자가 투자대상국가의 조치로 인해 손해를 입은 경우, 국제중재절차를 통해 손해배상을 청구할 수 있게 한 제도다. 현재까지 한국 정부를 상대로 제기된 ISDS는 총 8건이다. 2012년 제기된 ‘론스타 사건’이 최초 사례로 최종판정을 앞두고 있다. 증가하는 투자분쟁에 효율적으로 대응하기 위해 법무부는 2020년 8월 4일 법무실 산하에 14명의 변호사로 구성된 ‘국제분쟁대응과’를 신설했다.

58) WTO에서 중재절차가 사용된 경우는 *United States-Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU*, WT/DS160/ARB25/1. (9 November 2001)에서 금전배상액 산정에 사용된 사례가 있을 뿐이다.

기능을 복원하고 개선하고 그 정당성을 높이기 위해서는 가능한 많은 변화가 있을 수 있다. 즉 제도적 균형 개선, 판결로부터 일부 쟁점의 재심(redirect some issues away from adjudication), 판결의 권한과 접근법 명확화(clarify the mandate and approach of adjudication), 판결에 대한 제도적 지원 향상, 그리고 많은 절차적 쟁점의 해결(address a number of procedural issues) 등 다섯 가지 영역에서 변화가 이루어져야 한다.<sup>59)</sup>

특히 AB는 사법적 기능을 강화한 조치로 분쟁당사국의 국력 중심(power-oriented)에서 규범지향적인 무역외교(rule-oriented trade diplomacy)로의 단계적 변화를 의미하며,<sup>60)</sup> 법적 안정성과 예측 가능성, 일관성, 공정성을 제고할 수 있는 장치로 경제력과 협상력 우위의 국가들이 당해 분쟁을 정치적으로 해결하려는 것을 방지하는 역할을 한다. 그동안 GATT 분쟁해결제도가 미국을 중심으로 한 실용주의적인 분쟁해결방식이었다면 WTO의 분쟁해결제도는 EU중심의 규범지향적인 분쟁해결방식으로 전환되었다고 할 수 있다. 미국과 달리 EU는 유럽사법재판소나 유럽인권법원의 성공체험에 따라 국제시스템의 사법화에 적극적이다. 사법지향적인 분쟁해결방식은 EU를 비롯하여 많은 개발도상국들의 지지를 받고 있음에도 불구하고 미국은 많은 우려를 나타내고 AB위원의 임명에 소극적인 자세로 일관하고 있다. 우리나라의 경우에도 세계 7위의 무역국이지만, 경제소국에 해당하므로 사법지향적인 다자적 무역체제를 유지하는 것이 미국이나 중국과 같은 강대국의 일방주의적 정치공세에 효과적으로 대응하고 통상이익에도 부합하는 길일 것이다.

미국이 AB의 기능과 관련해 제기한 구체적인 쟁점은 결국 2018년 12월 총회가 출범시킨 별도 절차(separate process)에서 핵심사항으로 다루어졌다. 미국이 제기한 이러한 쟁점들(issues)을 해결하기 위하여 ‘조력자(facilitator)’로 임명된 뉴질랜드의 데이비드 워커(David Walker) 주체네바대사는, 상소심리는 90일 이내에 완료하며, AB위원은 임명기간에만 위원으로 활동하며, 선례(precedent)에 구속되지 않는다. 또한 사실문제는 상소대상이 되지 않으며, AB는 권고적 의견을 금지하고, AB의 결정(findings)은 WTO협정에 의하여 제공되는 의무를 추가하거나 권리를 감소시키지 않는다는 미국의 주장을 기본원칙으로 제시하였다. 사실 이러한 원칙들은 DSU에 규정되어 있는 것과 완전히 일치하고 실제로 자주 반향(echo)된다. 그 후 많은 회원국들은 이와 같은 ‘워커원칙(Walker Principles)’을 중심으로 AB의 개선요소를 수정하거나 보완하기 위한 의견을 제시하였다.

### 3. 시사점

59) Robert McDougall, “Crisis in the WTO Restoring the WTO Dispute Settlement Function,” CIGI Papers No. 194, 2018, pp.13-17.; <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.194.pdf> (검색일: 2020.09.12.)

60) Andrew Lang, “The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body,” *The European Journal of International Law*, Vol.27. No.4, 2016, pp.1095.

### (1) AB의 심리기간 준수

최장 90일에 해당하는 AB의 심리기간은 엄격히 준수되어야 한다. 불가피하게 심리기간이 90일을 초과하는 경우에는 당사국의 동의를 얻어 동 기간을 연장할 수 있을 것이다. 기간연장에 대하여 당사국의 동의를 받지 못하는 경우에는 AB는 적절한 재량권을 행사하여 당사자들에게 상소범위를 제한하도록 제안하거나 AB보고서를 줄이기 위한 적절한 조치를 취하여야 한다. 이러한 제안은 온두라스가 상소심리의 효율성을 확보하기 위해 제시한 세부 내용<sup>61)</sup>은 유용한 논의의 출발점이 될 것이다. 다만, 상소의 범위, 분쟁 당사자의 서면 제출 및 구두 변론 기회, 보고서 양에 제한을 가하는 데 신중해야 한다. WTO에서의 분쟁해결은 신속하고 긍정적이어야 하며(DSU 제3조 7항), AB보고서는 WTO협정의 기존 조항의 의미를 명확히 하는데 도움이 된다. 그러나 간결함에 대한 과도한 압력은 AB와 분쟁해결제도의 중요한 목적과 기능에 악영향을 끼칠 수 있으므로 AB의 90일 심리기간을 논의하는데 있어서 ‘신속한 타협(prompt settlement)’과 ‘긍정적 해결(positive solution)’간에는 적절한 균형을 맞추는 것이 필수적이라고 할 수 있다.

### (2) AB위원의 퇴임후 업무 지속

AB위원이 재임중 담당했던 상소심리를 완료하지 못한 경우에 한하여 퇴임후에도 동 업무를 지속하게 하는 것은 상소절차의 효율성과 업무의 연속성을 유지할 수 있는 장점이 있어서 그동안 관행적으로 유지되어 왔다. EU의 공동제안과 온두라스는 구두심리가 이미 시작된 경우 지속해서 상소심에 참여할 수 있으며, 이에 추가하여 온두라스는 AB위원의 임기가 60일 이내로 남아 있는 경우에도 이를 허용하자고 제안하였으나, 브라질 등 중남미 3개국은 AB위원의 임기연장은 각료회의 또는 DSB만이 결정할 수 있다는 의견을 제시하고 있다. 이 문제는 90일로 제한된 AB의 심리기간 및 AB위원의 임명과도 관련이 깊은 사항으로, 상소사건의 복잡성과 장기화 추세에 따라 임기가 최소 90일 이상 남은 AB위원이 우선적으로 새로운 사건의 상소심리를 담당하게 하여야 하며, 불가피하게 상소심리가 AB위원의 임기를 초과하는 경우에는 분쟁당사국 및 DSB의 승인을 얻어 당해 사건을 종결짓도록 하는 방안을 생각할 수 있다. 즉 상소심리를 위한 업무절차 제15조의 AB의 허가와 DSB에 즉시 통지하도록 한 규정을 개정하여, 분쟁당사국 및 DSB의 승인을 반드시 받도록 하면 불필요한 논쟁을 종식시키고 당해 AB보고서의 유효성은 그대로 유지할 수 있게 된다.

61) Fostering a Discussion on the Functioning of the AB: Communication from Honduras, WT/GC/W/759 (Jan. 21, 2019).

### (3) 분쟁해결에 불필요한 쟁점에 관한 권고적 의견 제시

미국의 주장에 따르면, AB의 권고적 의견은 ‘법적쟁점에 대하여 사건이 제기되기 이전 또는 가상적인 상황과 관련하여 평결자(adjudicator)가 제시하는 비구속적 성명서에 불과하므로, 분쟁해결에 불필요한 쟁점에 대하여 권고적 의견을 제시하는 것은 권한일탈에 해당하는 입법자적 역할에 해당한다.

미국의 주장대로 AB가 상소된 모든 논점에 대하여 개별 안건의 승패를 결정하는데 불필요한 권고적 의견을 제시하는 하는 경우도 종종 있었으므로 이를 제도적으로 제한할 필요가 있다. 그러나 AB는 제시된 쟁점을 명확히 해결하기 위해서는 관련되는 모든 쟁점을 면밀히 분석하여 중간단계의 결정을 내릴 필요성이 실제 분쟁에서 자주 발생하는데, 이를 너무 제한하면 AB의 권한에 대한 중대한 제약이 될 수도 있다. 그동안 AB가 WTO분쟁 해결절차에서 독립성을 표시하고 균형과 자제력을 발휘하기 위해 노력함으로써 정당성을 구축하고자 노력했다는 점은 분명한 사실이지만, 사법적 독립성과 사법적 자제의 경쟁적 요구 사이에서 균형을 맞출 필요가 있는 것이다. WTO의 분쟁해결기능은 사법적 판단을 통한 일도양단적인 해결보다는 회원국간의 이해와 조정을 통한 국제비즈니스의 신뢰회복과 통상증진에 있음을 상기할 필요가 있기 때문이다.

### (4) 회원국의 국내법 검토 및 심사

패널은 분쟁의 사실적 판단과 법적쟁점을 모두 검토할 수 있지만, AB는 법적쟁점과 법률해석으로 권한이 제한되어 있으므로, 회원국의 국내법을 검토하거나 심사하는 행위는 사실판단에 해당하는 것으로서 명백하게 AB의 권한일탈(overreaching)에 해당한다. 국제법상의 일반원칙으로 보아 한 국가의 국내법은 그 국가의 의지를 표현하고 행위를 구성하는 단순한 사실에 불과하므로, 국내법의 의미는 DSU에서 상소의 대상이 되지 못한다. 대부분의 회원국 및 전문가들은 패널이 이미 마친 국내법의 의미를 법적쟁점으로 다시 검토하는 AB의 관행적 심사는 국제법의 일반원칙 및 DSU의 문언상 허용되지 않는다는 점에 동조하고 있다. 따라서 AB는 패널이 완료한 사실판단을 번복하거나 자신들의 권한을 확대하는 국내법에 대한 새로운 심리(de novo review)를 시작해서는 안된다. 다만, WTO분쟁의 대다수가 피제소국의 국내법령을 그 대상으로 하고 있음을 볼 때, AB가 다루지 못하는 쟁점으로 고착된다면 WTO협정의 위반 소지가 있는 회원국의 국내법에 대한 개정이 적극적으로 추진되지 못할 공산이 크다.

### (5) AB보고서의 선례구속성의 원칙

WTO의 분쟁해결제도에는 선례구속성의 원칙(stare decisis)이 없는 것은 분명하지만, GATT는 출범 이래 구속력은 없지만 영향력이 있는 선례(precedents)의 태도를 유지해 왔

다. 사실, 패널과 AB의 결정은 외부와 단절된 상태(in a vacuum)에서 일어나지 않는다. 패널들은 WTO가 등장하기 이전부터 동일하거나 유사한 쟁점에 대해 다른 패널들이 먼저 채택한 결정을 검토해 왔으며, AB는 자신들의 기결정(prior decisions)뿐만 아니라 심리중인 사안 이외의 다른 패널결정에 대해서도 검토해 왔다.

이제 ‘WTO법학(WTO jurisprudence)’은 영향력 있는 선례를 반영하는 예술적 용어(a term of art)가 되었으며, 이는 의심할 여지없이 분쟁해결제도의 ‘법적 안전성과 예측 가능성’을 높이고 세계무역시스템의 강화에도 기여하게 되었다. 무역실무가들은 WTO법의 일관성 없는 적용을 기피할 것이므로 선례에서 벗어나는 결정은 지양하여야 한다. 설득력을 갖추려면 보다 숙고하고 명료하고 철저하게 추론해야 한다. 선례에는 구속력이 없다는 점은 인정하지만, 그렇다 하더라도 WTO회원국들에게 선례의 중요성을 약화시킬 수 있는 변화에는 신중할 필요가 있다.

따라서 WTO회원국과 AB는 어떤 이유가 ‘납득할 만한(cogent)’이 될 수 있는지, 그리고 그 이후의 사건에서 어떤 경우에 패널과 AB가 이전의 접근방식에서 비교 가능한 논점으로 분리될 수 있는지 등 ‘납득한 만 한 이유(a cogent reason)’의 개념을 논의하여야 할 것이다. 미국의 주장에 맞추어 선례구속성의 원칙을 너무 제한하면 국제비즈니스 환경에 큰 영향을 미치는 WTO규범의 운용이 사안에 따라 탄력적으로 적용될 가능성이 높아져 법적 안정성과 예측 가능성을 해칠 우려가 크기 때문이다.

## (6) AB의 권한일탈

미국은 “DSU의 핵심 조항은 WTO가 분쟁해결 결과와 권고안을 통해 WTO협정에 따라 미국이나 다른 국가의 권리나 의무를 증가하거나 감소시킬 수 없다는 명시적 법적 요건이다”고 주장하면서 WTO의 패널 및 AB가 미국에 불리한 결정을 내리더라도 이런 결정이 자동적으로 미국의 법이나 관행에 변화를 가져오지는 않는다는 점을 강조하고 있다. AB가 권한을 초월한 사법적 행동(judicial activism)은 미국이 AB를 불신하는 가장 큰 요인의 하나로 작용하고 있다.

WTO의 분쟁해결제도에 있어서 AB의 운영은 패널위원의 독단과 오관을 방지하고 법적 안정성을 높이는 제도임에는 틀림없지만, 그렇다고 하여 AB가 회원국에 의하여 부여된 권한과 의무를 초월하여 광범위하게 활동하는 것은 명확하게 권한의 일탈(overreaching)에 해당하는 것으로서 일응 미국의 주장에도 경청할 만한 이유가 된다. AB가 WTO법을 창조하는 국제무역 최고재판소의 대리기구로서(as an ersatz Supreme Court of International Trade) 역할을 하게 되면 패널위원들의 위상이 낮아지고, 마치 합의가 이루어진 듯 WTO협정의 영향력이 축소된다.

### (7) 협정해석의 배타적 권한

WTO설립협정 제9조 2항에 따르면, 각료회의 및 일반이사회가 WTO협정을 해석할 수 있는 배타적 권한을 가지고 있음에도 불구하고, 1995년 WTO출범 이후 한번도 이러한 권한이 행사된 적이 없다. 그러나 AB는 이를 이유로 종종 수권받지 않은 권한을 대행해 온 것이 사실이다. 향후에는 DSU개정 작업과 더불어 DSU를 통해서도 해결될 수 없는 문제들이 다수 등장하고 있으므로 협정해석을 위한 배타적 권한이 명확하게 실현되어야 한다. 예를 들면, ‘공적기관’의 정의와 같이 현실적으로 적합하지 않은 개념에 대해서는 AB의 해석을 변경하기 보다는 WTO협정을 자체적으로 개정하여 해결할 필요가 있다. WTO의 분쟁해결기능이 정상적으로 작동되도록 하기 위해서는 단기적으로 회원국간의 포럼 등을 설치하여 충분한 논의를 거치고 장기적으로는 이를 바탕으로 현실에 적합한 새로운 규범을 창설하고 제도화하여 정착시켜 나갈 필요가 있다.

### (8) AB위원의 구성문제

AB는 사실여부를 떠나 상소심의 범위를 지속적으로 확대함으로써 본질적으로 제2의 패널절차와 유사해졌다. 또한 미국이 주장하는 바와 같이 AB보고서에도 오류가 포함되지 않았다고 장담할 수 없으며, AB위원이 패널위원보다도 더 많은 자격을 갖추었다고 가정할 근거도 없다. 실제로 패널에 임명된 패널위원들이 AB에 임명된 위원들보다 WTO제도와 분쟁에 관련된 이슈의 종류에 대한 경험이 더 많은 경우가 많았다.<sup>62)</sup>

AB위원은 WTO회원국의 광범위한 대표성이 요구되며, 공정성(독립성)과 전문성을 갖추어야 하고, 국적에 관계없이 상소심리에 참여할 수 있다는 점에서 자국민을 배제하고 있는 패널절차(DSU 제8조 3항)와 차이점이 있다. 이 경우 자국의 이익과 관련된 분쟁에서 얼마나 자유롭게 상소심리를 종결할 수 있는지는 여전히 의문이 남는다. 실제로 국내의 연구결과<sup>63)</sup>에 따르면, AB위원의 구성이 WTO회원국을 광범위하게 대표하지 않으며 일부 국가의 지배를 보여준다. 또한 자국 관련 분쟁에서 자국의 이점(home state advantage)은 뚜렷하게 나타나지 않고 AB에서는 공정성이 유지되는 것처럼 보이지만, 자국이 관련된 사건에서 AB위원으로 참여하는 비율이 높다는 점에서 여전히 불안의 여지가 남는다고 한다. 또한 거의 절반을 차지하는 무역구제(trade remedy)관련 분쟁에 참여했던 27명의 AB위원중에서 고작 3명만이 전문성을 보였지만, 자국 관련 사건에 대한 편파성은 없었다고 한다.

이에 대하여 AB의 전 위원이었던 이탈리아 Bocconi대학의 Sacerdoti교수는 국가간 무역 분쟁 건수가 갈수록 증가하고 있음을 고려하여 AB에 회부되는 건수도 증가할 것이 명확

62) USTR, *AB Report*, *op.cit.*, p.120.

63) 이하경, *Examining the Operation of the WTO Appellate Body: Focusing on the Composition*, 서울대학교 국제대학원 석사학위논문, 2018, pp.78-79, pp.97-98.

하므로 조직의 독립성과 공정성을 위해 AB의 전문인력을 보다 적절하게 충원하며, AB위원을 현행 7명에서 9명으로 증원할 것을 제안한다. 또한 그들의 지위를 상근직(permanent)으로 함으로써 미래에 유능하고 다양하며 진정으로 독립적인 재판관의 선출을 더 잘 보장할 수 있는 상태가 될 수 있다고 한다.

AB위원들의 임기를 현행 4년 1회 연임가능에서 단임 7년으로 전환하여 WTO회원국의 독립성과 공정성에 대한 부적절한 간섭을 방지하자고 한다. DSU의 개혁에 관한 논의가 답보상태에 머물러 있는데, 이러한 문제를 해결하지 못하면 AB의 정당성은 상실되어 점차 붕괴될 것이라고 경고하고 있다.<sup>64)</sup>

## V. 결론

WTO체제의 분쟁해결제도는 ‘대상협정상의 회원국의 권리와 의무를 보존하는 역할’과 ‘동 협정의 현존조항을 명확하게 하는 역할’(DSU 제3조 2항)을 인정한다. 이러한 두 가지 기능은 불가분의 관계에 있으며, 두 가지 모두 무역분쟁에 대해 오래 지속되고 긍정적인 해결책을 제공한다는 중요한 목표를 달성하고 있다. WTO의 DSU는 사법화·자동화에 수반해 실효적으로 기능해 왔으며, 이는 무역시스템의 법적 안정성과 예측 가능성을 제고시켜 주는 역할을 해 왔다.

국제통상관계에서 WTO분쟁해결제도가 갖는 특성은 광범위한 제3자 권리와 결합된 다자적 성격과 WTO회원국 전체에 결정이 전파되는 투명성이다. 분명히 DSU하에서 DSB가 채택한 결정은 분쟁 당사자에게만 구속력이 있다. 그러나 WTO협정의 내용을 점진적으로 명확하게 적용함으로써 패널과 AB는 회원국들에게 WTO의 의무를 준수하는 방법에 대한 지침을 제공하게 되어 WTO의 일관된 관행을 촉진하고 무역분쟁을 예방하는 기능을 하게 된다.

분명히 한편에서는 일부 안건에 있어서 DSB권고의 이행지체나, 지역무역협정(RTA)의 증가에 따른 무역분쟁해결의 법정지 선택(forum shopping)<sup>65)</sup> 등, WTO의 분쟁해결제도도 현대적 과제에 직면하고 있는 것도 사실이지만, 1995년 WTO출범 이후 596건의 분쟁이

64) Giorgio Sacerdoti, “The WTO Dispute Settlement System: Consolidating Success and Confronting New Challenges,” Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2809122, (June 1, 2016), p.10.; [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2809122](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2809122) (검색일: 2020.08.29.).

65) 예를 들면, 분쟁당사국은 분쟁사안의 경중과 소요시간, 비용, 상대국과의 우호관계, 쟁송절차에 대한 주도권, 구제수단 등 모든 상황을 종합적으로 고려하여 WTO나 FTA 등 유리한 분쟁해결제도를 선택하여 제소할 수 있다. ICSID의 forum shopping문제는 홍성규, “국제투자협정에서 「이행요건」 부과금지에 관한 비교연구”, 『중재연구』, 제29권 제2호, 2019, pp.58-59. 참조.

제기되었고 그 대부분을 실효적으로 해결한 실적이 보여주듯이 WTO분쟁해결제도의 중요성은 매우 크고 회원국들의 평가도 여전히 높다. 이러한 점은 단순히 세계 무역의 확대를 넘어 WTO분쟁해결제도가 정상적으로 작동하고 있으며 분쟁해결에 대한 공정성과 신뢰도가 높아졌음을 반영하는 근거가 된다. 비록 WTO의 분쟁해결제도는 운영과정에서 여러 가지 한계가 지적되고 있지만, 여전히 국제적 규범의 집행기관으로서 지금까지 달성한 자유화 약속의 준수 확보에 중요한 역할을 하고 있는 것이다.

주지하다시피 WTO체제에서 패널판정에 대한 재심절차를 거치도록 하는 상설AB의 창설은 기존 GATT분쟁해결제도의 가장 획기적인 개혁조치라고도 평가되고 있으나, 최근에는 미국을 중심으로 AB의 운영과 역할, AB보고서의 채택에 따른 문제점이 서서히 나타나고 있다. 이러한 문제점들은 분쟁해결을 위한 다자간 포럼 등을 창설하여 다양한 논의와 합의를 통하여 점차 개선해 나가야 할 것이며, 점진적으로는 DSU의 개혁을 통하여 문제점을 종식해 나가야 할 것이다.

우리나라는 다자적 공동체인 WTO에 적극 참여하여 공정한 규범 집행에 이바지해 온 것은 지금까지의 분쟁해결과과정에서 보듯이 명백하다. 따라서 WTO의 정체를 가지고 쓸모 없는 위기감을 부추기기보다는 국제규범의 집행기관으로서 WTO의 가치를 최대한 이끌어 낼 수 있도록 노력하고, 이것을 활용하는 것이 우리나라의 통상전략에 대해 유익하다. 우리나라는 그동안 WTO분쟁해결제도를 통하여 크고 작은 많은 통상분쟁을 효율적으로 처리해 왔으므로 규범지향적인 다자간 통상체제를 유지하는 하는 것이 국익에도 도움이 된다. 불가피하게 통상분쟁이 발생하면 국제적으로 합의된 규칙에 따라 사건을 처리하는 것이 건전한 국제통상질서를 준수하는 동시에 ‘작은 무역전쟁(mini trade war)’을 회피하는 방법이기 때문이다.

이를 위해서는 우리나라와 같이 통상강국이지만 경제소국에 해당하는 국가들은 EU를 비롯하여 AB의 사법적 성격과 독립성 유지를 목표로 하는 국가들과 연계하여 공동으로 대응해 나갈 필요가 있다.



## 참고문헌

- 공수진, “WTO 상소기관(Appellate Body)의 위기와 개정을 위한 논의 동향”, 「국제법 동향과 실무」, 제18권 제2호(통권 제53호), 외교부, 2019, pp.19-32.
- 곽동철, “WTO 상소기구의 위기와 개혁방안에 대한 연구”, 「무역학회지」, 제45권 제2호, 한국무역학회, 2020, pp.177-189.
- 김용일, “ICSID 상소제도의 도입 필요성”, 「중재연구」, 제29권 제4호, 2019, pp.187-210.
- 이재민, 「WTO 개혁 쟁점 연구: 분쟁해결제도」, 대외경제정책연구원, 2019.
- 이하경, “Examining the Operation of the WTO Appellate Body: Focusing on the Composition,” 서울대학교 국제대학원 석사학위논문, 2018.
- 이효영, “WTO 상소기구 제도의 성과와 한계”, 「통상법률」, 제146권, 법무부 국제법무과, 2020, pp.94-124.
- 한꿈통상법연구회, 「WTO 분쟁사례연구」, 한국무역협회, 1999.
- 홍성규, “WTO분쟁해결제도에 있어서 이행확보의 실태와 개선방안”, 「국제상학」, 제32권 제1호, 한국국제상학회, 2017, pp.23-43.
- 홍성규, “WTO분쟁해결제도에서 일방적 보복조치의 특성과 시사점”, 「통상정보연구」, 제19권 제1호, 한국통상정보학회, 2017, pp.155-187.
- 홍성규, “국제투자중재판정의 집행에 있어서 구제조치의 개선방안”, 「중재연구」, 제27권 제1호, 2017, pp.131-160.
- 홍성규, “국제투자협정에서 「이행요건」 부과금지에 관한 비교연구”, 「중재연구」, 제29권 제2호, 2019, pp.35-63.
- 홍성규, “미국의 통상규제정책에 따른 한국의 대응방안”, 「국제상학」, 제34권 제1호, 한국국제상학회, 2019, pp.3-27.
- 홍성규, “WTO체제에서 안보예외와 무역규제”, 「국제상학」, 제34권 제3호, 한국국제상학회, 2019, pp.3-30.
- 홍성규·황혜정, “국제무역에서 식품안전규제를 위한 국제규범화와 예방원칙에 관한 연구”, 「무역연구」, 한국무역연구원, 제16권 제4호, 2020, pp.213-228.
- Hoekman, Bernard M. and Petros Mavroidis, “Dispute Settlement at the WTO: Now What?,” Centre for International Governance Inovation, 2020, pp.1-3.;  
<https://www.cigionline.org/articles/dispute-settlement-wto-now-what> (검색일: 2020.09.27.)
- Kawase, Tsuyoshi, et al. “Reforming the WTO AB: Short-term and Mid-term Options for

- DSU Reform, and Alternative Approaches in a Worst Case Scenario.” T20 Japan 2019 Policy Brief. 2019, pp.1-23. <https://www.g20-insights.org/wp-content/uploads/2019/05/t20-japan8-3-reforming-the-wto-ab.pdf> (검색일: 2020, 09.22.)
- Lang, Andrew, “The Judicial Sensibility of the WTO Appellate Body,” *The European Journal of International Law*, Vol.27. No.4, 2016, pp.1095-1105.
- McDougall, Robert, “Crisis in the WTO Restoring the WTO Dispute Settlement Function,” CIGI Papers No. 194, 2018, pp.1-19.; <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.194.pdf> (검색일: 2020.09.12.)
- Murphy, Stephanie, “Without an Appellate Body, What’s Next for the WTO?.” *INSIDE U.S. TRADE*, Dec. 11, 2019.
- Pauwelyn, Joost, “WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?.” *Journal of International Economic Law*, Vol.22, Issue 3., 2019, pp.297-321.
- Sacerdoti, Giorgio, “The WTO Dispute Settlement System: Consolidating Success and Confronting New Challenges,” *Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2809122*, (June 1, 2016).; [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2809122](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2809122) (검색일: 2020.08.29.).
- Shaffer G., Elsig M. and Puig S., “The Extensive (but fragile) Authority of the WTO Appellate Body,” *Law & Contemporary Problems*, Vol.79. No.1, 2016, pp.237-273.
- USTR, *2018 Trade Policy Agenda and 2017 Annual Report (“2018 Trade Policy Agenda”)*, 2018, pp.22-28.; <https://ustr.gov/sites/default/files/files/Press/Reports/2018/AR/2018%20Annual%20Report%20I.pdf> (검색일: 2020.09.25.)
- USTR, *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization (“AB Report”)*, 2020.; [https://ustr.gov/sites/default/files/Report\\_on\\_the\\_Appellate\\_Body\\_of\\_the\\_World\\_Trade\\_Organization.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf) (검색일: 2020.09.25.)
- WTO, *WTO Annual Report for 2019-2020: Appellate Body*, Geneva, Switzerland, 2020. [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/appellate\\_body\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/appellate_body_e.htm) (검색일: 2020.09.25.)

## ABSTRACT

### The Problems and Implications of the Dispute Settlement System in the WTO Regime With a Particular Reference to the Appellate Body -

Sung-Kyu Hong\*

The WTO's dispute settlement system has played a significant role in settling trade disputes between countries, and its function and role have been expanded by handling about 596 disputes since its establishment in 1995. This shows that the WTO's dispute settlement system is gaining enormous trust among member countries that it recognizes as a fair, effective, and efficient system for resolving trade disputes.

The U.S. remains uncooperative in the WTO dispute settlement system, citing disregard for the 90-day deadline for appeals, continued service by persons who are no longer A.B. members, issuing advisory opinions on issues not necessary to resolve a dispute, A.B. review of facts, and review of a member's domestic law de novo. The A.B. claims its reports are entitled to be treated as a precedent.

These problems should be gradually improved through various discussions and agreements by establishing a multilateral forum for resolving disputes and gradually ending the problems through reform of the DSU.

**Key Words** : WTO, DSU, Dispute Settlement System, the Appellate Body (A.B.)

---

\* Professor, Major in International Business & Commerce, Korea National University of Transportation, hsk567@ut.ac.kr