creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학전문석사 학위논문

WTO 협정상 보복조치의 재검토

- 국가책임법과 조응하는 무효화·침해의 산정 -

2022년 2월

서울대학교 법학전문대학원

법학과

권 영 호

WTO 협정상 보복조치의 재검토

- 국가책임법과 조응하는 무효화·침해의 산정 -

지도교수 이 재 민

이 논문을 법학전문석사 학위논문으로 제출함
2021년 11월

서울대학교 법학전문대학원
법학과
권 영 호

권영호의 전문석사 학위논문을 인준함
2022년 1월

위 원 장 장 승 화 (인)

부위원장 원 유 민 (인)

위 원 이 재 민 (인)

국문초록

WTO 협정상 보복조치는 WTO 협정 내에서 특별한 지위를 가지고 있다. WTO 협정 내에서 허용되는 거의 유일한 일방적 책임 추궁 수단인 데다가, 그 규모 역시 상당하기 때문이다. 그러나 보복조치의 실효성에 대해 지속적으로 문제가 제기되어왔다. 이에 본 논문은 보복조치에 관한 규정이 국가책임법과 조화되도록 DSU를 개정할 것을 제안한다. 특히 보복조치의 실효성을 좌우할 무효화 또는 침해의 산정과 관련하여, 그 기준 기간과 시작점이 가장 큰 문제가 되고 있다.

DSU의 개정을 논의하기 전에 보복조치에 대한 현행 규정을 정확히 파악할 필요가 있다. 보복조치의 수준은 DSU 제22.4조에 의해 정해진다. 즉, 동조는 보복조치의 수준이 무효화 또는 침해의 수준과 동등할 것을 요구하고 있다. 그러나 보복조치의 수준을 결정하는 데 있어 해석상 난점이 생긴다. DSU는 정확히 언제 발생한 무효화 또는 침해의 수준과 동등해야 하는지, 즉 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간을 밝히고 있지 않기 때문이다. 그러나 최근의 판정례도 이에 대해 충분한 근거를 제시하지 못하는바, 그 근거를 조약의 해석을 통해 찾고자 한다.

조약법에 관한 비엔나 협약은 제31조에서 해석의 일반규칙을 제시하고 있다. 우선 문언의 통상적 의미에서 출발할 것이 요구되는바, “무효화 또는 침해”의 통상적 의미만으로는 위 문제에 대한 답을 얻기 어렵다. 따라서 보복조치의 대상과 목적이 고려되어야 한다. 그런데 보복조치의 목적에 관해서 다양한 견해가 제시된바, 보복조치는 이행을 유도한다는 대응조치의 원칙적 목적을 따라야 할 것이다. 보복조치의 목적을 이와 같이 생각한다면, 마치 금전배상의 성격을 가지는 듯한 보복조치는 허용될 수 없다. 즉, 보복조치의 수준을 산정할 때 고려되어야 할 무효화 또는 침해는, 패소국이 그 의무를 이행할 때까지 발생한 모든 무효화 또는 침해가 아니라, 일정 기간 동안 발생한 무효화 또는 침해를 기준으로 산정되어야 한다는 것이다. 그렇다면 다음으로 생기는 문제는 그 일정 기

간을 언제로 설정할지 정하는 것이다. 이는 결국 보복조치의 대상이 되는 위법성이 무엇인지의 문제로 귀결된다. 합리적 이행기간을 정한 DSU의 체계에 비추어볼 때, 합리적 이행기간이 종료될 때까지 패소국이 분쟁해결기구의 결정이나 권고를 이행하지 않았다는 사실이 보복조치의 대상이 되는 위법성이라고 보아야 한다. 그렇다면 보복조치 산정의 기준이 되는 무효화 또는 침해도 위와 같은 위법성과 인과관계가 있어야 하는 바, 이를 가장 잘 포착하기 위해서는 합리적 이행기간 종료 직후의 기간이 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간이 되어야 할 것이다. 특히 패소국의 불이행과 인과관계가 있는 무효화 또는 침해를 정확히 산정하기 위해서는 그 기간을 1년 등 단기로 설정할 필요가 있다. *EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EU)* 사건의 중재인도 위와 유사한 취지의 판단을 한바, 중재인이 제시한 근거도 타당하였는지 비판적으로 검토한다.

한편 보복조치의 시작점과 관련하여, 해석상 소급효는 허용될 수 없다. 즉, 합리적 이행기간 종료 직후 발생한 무효화 또는 침해라 하더라도, 분쟁해결기구의 승인 이후에야 보복조치를 취할 수 있는 것이다. 결국 합리적 이행기간의 종료 시점과 보복조치의 승인 시점 사이에 발생한 무효화 또는 침해는 보복조치의 수준을 산정할 때 고려될 수 없는 것이다. 특히 최근 들어 분쟁이 장기화되는 경향이 강해지면서 이로 인해 보복조치의 수준과 무효화 또는 침해의 수준 사이에 괴리가 심해지고, WTO 분쟁해결기구가 가지는 집행력이 약화되는 등의 부작용이 발생하고 있다.

현행 시작점에 따른 위와 같은 문제를 해결하기 위해 보복조치를 국가책임법상 원칙과 부합하도록 운용할 것이 요청된다. 이미 WTO 항소기구는 국가책임법상 원칙이 WTO 협정에도 적용될 수 있다고 여러 차례 확인한바, 보복조치의 실효성 있는 운영을 위해서도 보복조치를 국가책임법과 부합하도록 개선할 필요가 있다. 따라서 과연 언제부터 보복조치를 취할 수 있을 것인지, 혹은 보복조치의 시작점을 언제로 보아야 할 것인지의 문제가 대두된다. 이를 위해서는 우선 일반적인 상황 하에서의

대응조치와 WTO 협정상 보복조치 간 차이를 분석하는 것이 필요하다. 일반적인 대응조치는 사전적인 승인을 요구하지 않고 다만 사후적인 사법심사의 대상이 됨에 반해, 보복조치는 사전에 승인이 요구된다는 차이가 있다. 객관적인 제3자에 의한 사전 심사 제도는 유지되어야 하므로, 사전에 승인을 받되 다만 보복조치로 인한 효과는 패소국의 불이행이라는 위법성이 발생한 순간부터 곧바로 누릴 수 있도록 해주어야 할 것이다.

구체적으로 어떤 지점을 시작점으로 설정해야 위와 같은 효과를 달성할 수 있는지 분쟁해결절차의 순서에 따라 차례로 검토한다. 우선 분쟁해결기구에 의한 결정이 이루어지기도 전의 시점은 부적절할 것이다. 보복조치의 범위를 금전배상에 이를 정도로 지나치게 확대하게 되면 부작용이 발생할 수 있을 뿐 아니라, 재판소에 분쟁이 계류 중에는 대응조치를 취할 수 없다는 국가책임법상 원칙과도 부합하지 않기 때문이다. 합리적 이행기간에 발생한 무효화 또는 침해가 포함될 수 있는지 여부도 문제되는데, 합리적 이행기간 동안의 불이행은 위법하다고 보기 어려울 뿐 아니라 합리적 이행기간을 포함하더라도 이행의 유도라는 목적을 달성하기 어려우므로 이는 받아들여지기 어렵다. 따라서 합리적 이행기간 종료 시점을 보복조치의 시작점으로 삼는 것이 가장 타당하다. 이행 심사 절차까지 종료된 시점을 보복조치의 시작점으로 삼는 것은 원절차와 이행 심사 절차 간의 차이를 무시하게 될 뿐 아니라 이행 심사를 거치지 않는 경우와의 불균형을 가져오기 때문에 역시 채택될 수 없다. 그렇다면 보복조치의 시작점을 합리적 이행기간 종료 시점으로 하기 위해 DSU가 어떻게 개정되어야 하는지 구체적인 문언을 제시한다.

주요어 : WTO 협정, 분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해, 보복조치, 조약의 해석, 국가책임법
학 번 : 2019-20176

목 차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 연구의 배경과 목적 ····· 1

제 2 절 연구의 범위와 방법 ····· 5

제 2 장 보복조치와 무효화 또는 침해의 산정 ··· 9

제 1 절 보복조치의 성격과 목적 ····· 9

1. WTO 협정으로부터의 도출 ····· 10

2. 보복조치의 목적에 관한 견해의 대립 ····· 11

3. 보복조치의 목적에 대한 비판적 검토 ····· 17

제 2 절 보복조치 실행 절차 ····· 21

1. 피소국의 불이행 및 보상의 마련을 위한 협상 ····· 21

2. 보복조치의 요청 및 분쟁해결기구의 승인 ····· 22

3. 피소국의 이의 제기 및 중재 회부 ····· 25

4. 중재 판정의 통보 ····· 25

5. 보복조치의 종료 ····· 26

제 3 절 동등성 요건 ····· 27

1. 무효화 또는 침해의 수준 ····· 27

2. 동등성의 기준 ····· 30

제 3 장 무효화 또는 침해의 재해석 ····· 33

제 1 절 최근 판정례의 형성 ····· 34

1. *US - COOL (Article 22.6 - United States)* ····· 34

2. *US - Tuna II (Mexico) (Article 22.6 - US)* ····· 35

3. *US - Washing Machines (Article 22.6 - US)* ····· 37
4. *EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EU)* ····· 38
5. *US - Anti-Dumping Methodologies (China) (Article 22.6 - US)* ····· 39
6. *US - Large Civil Aircraft (2nd Complaint) (Article 22.6 - US)* ····· 40
제 2 절 해석의 일반규칙에 따른 재검토 ····· 41
1. "무효화 또는 침해"의 통상적 의미 ····· 42
2. 보복조치의 대상 및 목적 ····· 45
(1) 목적에 위배되는 손해배상의 금지 ····· 45
(2) 목적 달성을 위한 기준 기간의 장단 ····· 47
3. 합리적 이행기간과의 조화 ····· 48
(1) 보복조치를 야기하는 위법성의 발생 시점 ····· 48
(2) *EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EU)* 사건의 의의와 한계 ····· 52
4. 보복조치의 장래효에 대한 비판적 검토 ····· 54
(1) 현 DSU의 해석상 한계 ····· 54
(2) 보복조치에 관한 교섭 기록 검토 ····· 56
(3) 분쟁의 장기화에 따른 부작용 ····· 59

제 4 장 국가책임법과의 조화 ····· 64
제 1 절 국가책임법과의 조화를 통한 장래효의 극복 · 64
1. 국가책임법의 배제에 따른 문제 ····· 64
2. 대응조치로서의 성격의 회복을 통한 해결 ····· 66
제 2 절 보복조치의 시작점의 수정 ····· 69
1. 대응조치와 보복조치의 차이점 분석 ····· 69

2. 분쟁해결기구의 결정 이전의 시점 ····· 71
(1) 보복조치의 지나친 확대에 대한 경계 ····· 71
(2) 재판소에 계류 중 대응조치의 금지 ····· 73
3. 합리적 이행기간 종료 시점 ····· 75
(1) 분쟁해결기구 특별 세션에서의 논의 ····· 75
(2) 합리적 이행기간 동안의 국가책임 유무 ····· 77
4. 이행 심사 절차 종료 시점 ····· 79
(1) 원절차와 이행 심사 절차 간의 준별 ····· 79
(2) 다른 경우와의 불균형 ····· 81
5. 최종적인 문언의 제시 ····· 82

제 5 장 결론 ····· 88

참고문헌 ····· 93
Abstract ····· 102

표 목 차

[표 1] 보복조치 승인에 소요되는 시간 ····· 60

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 배경과 목적

Finis coronat opus.[1] WTO 분쟁해결절차의 finis는 분쟁해결기구의 권고 내지 판정의 이행을 통한 WTO 협정상 권리와 의무의 회복일 것이다. 그렇다면 과연 보복조치는 위와 같은 finis의 실현에 기여함으로써 분쟁해결절차라는 opus의 대미를 장식하는가? 불행하게도 이에 대해 자신할 수 있는 사람은 많지 않을 것으로 보인다.

WTO 협정은 그 부속서 중 하나인 분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해(Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, DSU)에 규정된 분쟁해결절차를 가장 큰 자랑 중 하나로 삼아왔다. 그리고 그 자랑이 되는 이유 중 하나는 통상 분쟁을 해결하는 창구를 일원화하고 실효성 있는 해결을 도모할 수 있다는 점이었다. 분쟁해결을 국제법에 근거하게 함으로써 국제무역의 안정성과 확정성, 예측가능성이 기대되었다.[2] 그리고 이렇게 함으로써 통상에 관한 규범을 통일해 통상 영역에서 법치를 실현할 수 있을 것이라는 희망을 갖게 되었다. 1995년 이래로 600건 이상의 분쟁이 WTO 분쟁해결절차에 회부되었고 그중 350건 이상의 분쟁에 대해 판결이 내려졌다는 사실[3]은 이러한 희망을 방증한다. 이는 또한 1945년에 설립된 ICJ에 지금까지 회부된 모든 분쟁의 수가 200건에 미치지 못한다는 사실[4]과 큰 대

---

1) The end crowns the work.

2) 박노형, 『WTO 體制의 紛爭 解決制度 硏究 (改訂版)』 (박영사, 1997), 34면.

3) Dispute settlement, World Trade Organization, <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm> 참조 (2021. 10. 27. 최종방문).

4) List of All Cases, Internationl Court of Justice, <https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases> 참조 (2021. 10. 27. 최종방문).

조를 이룬다. WTO 협상 타결 후 법률가의 외교관에 대한 승리라는 평가를 받게 된 데[5]에는 이러한 면도 기여하였을 것이다.

그러나 역설적이게도, 최근에 WTO에 대한 신뢰의 상실을 야기한 가장 큰 원인 중 하나로 지목받는 것 역시 바로 그 분쟁해결절차이다. 사실 분쟁해결절차에 대한 개정의 필요성은 WTO 체제가 출범한 1995년부터 곧바로 제기되었다.[6] 이후 1997년 시작된 DSU 개정 논의는 2001년 11월 도하 각료회의에서 출범한 도하 개발 어젠다(Doha Development Agenda, DDA) 협상에 포함되었고, 2011년 DSU 개정 협상 의장의 의장 텍스트(Report by the Chairman)가 발표됨으로써 대략적인 골격이 완성되어 최종적인 결정과 취사선택을 기다리고 있었다.[7] 그러나 이후 미국이 항소기구 위원의 재선임에 반대하는 등 현행 분쟁해결제도에 대해 강한 불만을 드러내면서 근본적인 개혁을 요구하고 있는 상황이다.[8] 이렇듯 분쟁해결제도는 WTO 체제에서 가장 큰 반발을 불러일으키는 요소 중 하나로 떠올랐다.[9] 그리고 이처럼 누적된 불만의 여파로 차기 WTO 항소기구 위원의 선출을 위한 합의에 실패해 항소기구는 지난 2019년 12월 10일 이후로 그 기능이 정지된 상태이다.[10]

분쟁해결절차 중에서 개선의 주요 대상으로 지목된 것 중 하나가 바로 보복조치이다. 보복조치가 WTO 내에서 유일한 강제 수단임에도 그 기능을 다하지 못하고 있기 때문이다.[11] 실제로 DSU 개정 협상의 의제 중에는 이행-보복절차 순서(sequencing), 보복 이후 절차

---

5) 한국국제경제법학회, 『신국제경제법 (전면개정판)』 (박영사, 2018), 49면.

6) 이재민, “WTO 개혁 쟁점 연구: 분쟁해결제도”, 중장기통상전략연구 제19권 제2호 (2019), 24면.

7) *Ibid*, 26-28면.

8) *Ibid*, 40면.

9) *Ibid*, 13면.

10) “It’s the end of the World Trade Organisation as we know it”, The Economist(2019.11.30.), p. 71.

11) 정기창, “WTO 분쟁 패소국의 불이행요인과 이행촉진방안 분석”, 통상법률 제112호 (2013), 47면.

(post-retaliation), 효과적 이행방안(effective compliance) 등 보복조치에 관한 쟁점들이 다수 포함되어 있다.

보복조치에 관하여는 두 가지의 근본적인 문제점이 존재한다. 우선 첫 번째는 보복조치의 수준에 관한 현행 DSU의 규정을 명확하게 이해하는 것조차 어렵다는 점이다. 이는 보복조치를 규정하는 DSU 제22조가 보복조치의 수준 산정에 관해 직접적인 가이드라인을 제공하지 않는다는 사실에 기인한다. 구체적으로는, DSU는 단지 제22.4조에서 보복조치의 수준은 "무효화 또는 침해의 수준에 상응한다"[12]는 원칙만 규정함으로써, 정확히 언제부터 언제까지 발생한 무역 이익의 무효화 또는 침해에 대해, 언제부터 보복조치를 취할 수 있는지 침묵하고 있다. 그리고 보복조치의 수준을 결정하는 중재인들조차 자신들의 판정에 대해 충분한 근거를 제시하지 못하고 있다.

두 번째는, 보복조치가 대응조치로서의 역할을 다하지 못해 제소국의 권리를 보호하는 데 부족하다는 점이다. DSU 하에서 허용되는 보복조치의 범위가 국가책임법상 대응조치의 범위에 비해지나치게 제한적이기 때문이다. WTO 분쟁해결기구는 무효화 또는 침해가 발생하면 곧바로 보복조치를 취할 수 있도록 하는 것이 아니라, 분쟁해결기구의 승인을 기다려 보복조치를 취하도록 하고 있다. 이에 따라 무효화 또는 침해가 처음 발생한 시점부터 승인을 얻는 시점까지의 기간에 대해서는 어떠한 보복조치도 취할 수 없는 문제가 발생한다. 최근 분쟁이 장기화되면서 이와 같은 문제는 더욱 심화되고 있다. 이에 따라 패소국의 이행을 확보하기 어려워져 WTO 체제에 대한 신뢰를 떨어뜨리고 있기도 하다. 이는 뒤에서 볼 것처럼 DSU의 규정이 국가책임법상 대응조치에 관한 원칙과 부합하지 않는다는 점에서 비롯된다. 그렇다면 보복조치의 기능에 대해 비판의 목소리가 날로 커지는 가운데 이와 같은 국가책임법에 대한 예외를 계속 인정할 실익이 있는지에 대해 의문이 지속적으로 제기

12) The level of the suspension of concessions or other obligations authorized by the DSB shall be equivalent to the level of the nullification or impairment.

되고 있다.

위와 같은 보복조치의 문제는 특히 보복조치의 역할과 규모에 비추어볼 때 더욱 심각하다고 하지 않을 수 없다. 앞서 밝혔듯 보복조치는 분쟁해결절차의 마지막 단계로서 제소국을 위한 최후의 수단으로서의 역할을 수행한다. 특히 보복조치는 손해배상을 규정하지 않은 WTO 협정 하에서 허락되는 거의 유일한 강제수단이기 때문에 보복조치의 역할은 더욱 특별하다. 이와 같은 보복조치의 역할은 WTO의 분쟁해결절차의 기능이 확대됨과 동시에 더욱 중요해지고 있기도 하다. Flett(2011)이 결론짓는 것처럼, 분쟁해결절차를 통해 규범에 내재된 모호성과 재량이 체계적으로 명료화되고 있으며, 이것을 지속하기 위해서는 효과적인 이행수단을 확보하는 것이 필수적인 것이다.[13]

보복조치는 또한 그 규모도 결코 작지 않다. 지금까지 적게는 1,130만 캐나다달러(한화 약 100억 원)[14]부터 많게는 40억 4,300만 달러(한화 약 5조 원)[15]에 이르는 보복조치가 승인되었다. 이와 같은 보복조치의 역할과 규모로 인해 보복조치의 수준을 둘러싸고 제소국과 피소국 간 분쟁이 빈발했고, 이를 판단해야 하는 중재인들은 선례에 의존하거나, 그마저도 없을 때에는 그때그때 상황에 맞는 논리를 만들어 대응해왔다. 이러한 사정은 WTO 분쟁해결기구가 당사국을 설득하는 것을 더욱 어렵게 만들고 있고, WTO 체약당사국 사이에서 WTO 협정에 대한 불신을 키우는 불씨가 되었다.

이에 본 논문은 WTO 협정에 대한 신뢰를 회복하기 위해 보복조치에 관한 규정을 국가책임법과 조응하도록 개선하는 것을 그 목적으로 한다. 우선 첫 번째로, 보복조치의 수준을 계산함에 있어 기초가 되는 기준기간(reference period)과 보복조치의 시작점(starting point)을 DSU에 대

---

13) Flett, James, "From the Green Room to the Court Room (And Back): Judicial Clarification of Ambiguity on WTO Law and the Effects on Subsequent Negotiations", *Onati Socio-Legal Series* (2011), Vol. 1 Issue 4, p. 40.

14) *EC - Hormones (Article 22.6 - EC)* 사건 참조.

15) *US - FSC (Article 22.6 - US)* 사건 참조.

한 해석을 통해 규명한다. 기준 기간은 어느 기간에 발생한 무효화 또는 침해가 보복조치의 대상이 되는지의 문제이며, 시작점은 그와 같은 보복조치를 언제부터 취할 수 있는지의 문제이다. 예컨대 기준 기간은 2014년 1월 1일부터 12월 31일까지, 시작점은 2017년 1월 1일이라면, 2014년 1월 1일부터 12월 31일까지 발생한 무효화 또는 침해에 상응하는 수준의 보복조치를 2017년 1월 1일부터 매년 취할 수 있는 것이다. 이에 대한 답이 DSU에 직접적으로 제시되어 있지 않으므로, DSU에 대한 해석을 통해 그 답을 도출해야 할 것이다. 현행 DSU 규정에 대한 명확한 해석을 WTO 판정에 대한 근거로 제시함으로써 과연 DSU의 규정이 의도하는 바가 무엇인지에 대한 당사국 간의 갈등을 잠재우는 효과도 거둘 수 있을 것이다.

두 번째로는 위와 같이 도출한 해석을 국가책임법에 비추어 비판적으로 검토한다. 그리고 국가책임법과 조화를 이룸으로써 제소국의 권리를 보호할 수 있도록 DSU를 개선하는 방안을 모색한다. DSU의 규정에 대한 해석을 통해 도출되는 현행 보복조치 규정의 장래효는 국가책임법에서 일탈하면서도 제소국의 권리를 충분히 보호하지 못한다. 따라서 국가책임법의 원칙을 따르는 개선안은 국가책임법이라는 국제공법상의 원칙을 근거로 당사국에게 더욱 설득력 있게 다가갈 수 있을 것으로 기대된다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

앞서 본 바와 같이 이 논문은 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간(reference period)과 보복조치의 시작점(starting point)을 그 대상으로 한다. 기준 기간은 어느 기간에 발생한 무효화 또는 침해가 보복조치의 대상이 되는지의 문제를 가리키고, 시작점은 언제부터 보복조치를 취할 수 있는지의 문제를 가리킨다. WTO 협정상 보복조치는 DSU 제22조에 규정되어 있는바, 이 논문은 DSU 제22조의 개선에 초점을 맞출 것이다.

보조금 및 상계조치에 관한 협정(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures) 제4조에 금지보조금에 대한 보복조치가, 제7조에 조치가능보조금에 대한 보복조치가 규정되어 있어, DSU 제22조의 개선에 관련되는 범위에서 보조금 및 상계조치에 관한 협정의 위 조항들을 참고하고자 한다. 특히 보조금 및 상계조치에 관한 협정과 관련하여 주요 판정례가 다수 누적되어 기준 기간과 시작점에 관한 논의에 많은 참고가 될 것으로 기대된다. 또한 보복조치의 원칙을 정한 GATT 1947 제XXIII:2조도 필요한 범위 내에서 참조한다.

이하에서는 다음과 같은 순서에 따라 보복조치의 개선을 모색하고자 한다. 우선 제2장에서는 보복조치에 관한 DSU의 현행 규정을 조망한다. 모든 논의의 출발점이 될 보복조치의 성격과 목적을 탐구한 후, 보복조치의 구체적인 실행 절차를 살펴볼 것이다. 보복조치가 취해지는 시간적 순서는 이 연구의 대상인 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간 및 보복조치의 시작점과 불가분의 관계에 있기 때문이다. 특히 뒤에서 보복조치의 절차적 단계를 기준으로 기준 기간과 시작점이 논의될 예정이기 때문에 보복조치의 각 절차가 갖는 의의에 대한 탐구는 반드시 필요하다. 이어서 보복조치의 동등성 요건에 대해서도 알아본다. 동등성 요건은 DSU 제22.4조에 규정된 요건으로, 보복조치의 범위를 정하는 원칙을 선언하는 규정이다. 이에 대해서 많은 선행연구가 이루어진바, 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간 및 보복조치의 시작점과 관련하여 필요한 범위 내에서 동등성 요건에 대한 탐구를 시도한다.

제3장에서는 DSU 제22조에 대한 해석을 통해 현행 DSU가 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간 및 보복조치의 시작점에 대해 취하고 있는 태도를 정립한다. 우선 이 문제에 대한 최근의 판정례를 차례로 살펴본다. 특히 2015년 이후에 회람된 6건의 판정례가 그 대상이 될 것이다. 많은 판정례가 선행 판정례를 참고하면서 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간 및 보복조치의 시작점에 관한 법리가 어느 정도 정착되어 가고 있는 것으로 보인다. 최근 판정례를 통해 이와 같이 정착된 최근의 법리를

발견할 수 있을 것이다. 이어서 DSU에 대한 해석을 시도한다. 먼저 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간을 해석을 통해 밝혀낸다. 이때 해석은 선행 판정례를 참조하지 않고, 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조에 제시된 해석의 일반규칙에 따라 DSU의 문언으로부터 이끌어낼 것이다. 그러나 문언의 통상적 의미에만 의존하여서는 그 뜻을 충분히 밝히기 어렵다. 이에 조약의 대상과 목적, 그리고 문맥을 고려하여 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간 및 보복조치의 시작점을 단계적으로 도출하고자 한다. 따라서 우선 장기간에 걸쳐 발생한 무효화 또는 침해가 아니라 단기간에 걸친 무효화 또는 침해를 기준으로 해야 한다는 점을 논증한 후, 이때의 단기간이란 합리적 이행기간 종료 직후의 시기라는 점을 이끌어낸다. 이 과정에서 DSU의 대상과 목적, 그리고 문맥이 활용될 것이다. 마지막으로 현행 DSU에 대한 해석에 따를 때 보복조치의 시작점은 분쟁해결기구에 의한 승인이 이루어지는 시점이며, 합리적 이행기간 종료 시점과 보복조치의 승인 시점 사이에 발생한 무효화 또는 침해에 대하여는 보복조치를 취할 수 없음을 확인한다.

제4장에서는 제3장에서 얻은 해석을 토대로 보복조치에 관한 현 규정을 비판적으로 검토한다. 합리적 이행기간 종료 직후 발생한 무효화 또는 침해에 대해 보복조치를 취하도록 하는 것은 합리적이지만, 분쟁해결기구에 의한 승인 시점부터 보복조치를 취할 수 있도록 하는 것은 제소국의 권리 보호에 미흡하다. 이를 해결하기 위하여 보복조치에도 국가책임법의 원칙을 관철할 것을 제안한다. 국가책임법과 조화됨으로써 효과적을 이행을 담보하고, 나아가 분쟁해결절차에 대한 신뢰를 회복할 수 있을 것이다. 그렇다면 어떤 시점을 보복조치의 시작점으로 보는 것이 국가책임법과 부합하는지, 국제위법행위에 대한 국가책임 초안의 규정을 토대로 탐색한다. 구체적으로는 협정 위반 조치가 취해진 시점, 항소기구 보고서 회람 시점, 합리적 이행기간 종료 시점, 분쟁해결기구의 보복조치 승인 시점 중에서 어떤 시점을 선택하는 것이 가장 적절할지 살펴보는 방식으로 전개될 것이다. 그리고 이와 같이 선택된 시점부터 보복조치를

취할 수 있도록 하는 구체적인 DSU 개정 문언을 제시하면서 마무리한다.

제 2 장 보복조치와 무효화 또는 침해의 산정

제 1 절 보복조치의 성격과 목적

보복조치의 수준을 정하기 위해서는 우선 그 성격과 목적을 규명하는 작업이 반드시 선행되어야 한다. DSU 제22.1조는 합리적 이행기간 내에 DSB 판정이 이행되지 않을 경우 시행할 수 있는 조치로서 보상(compensation)과 보복조치(suspension of concessions 혹은 retaliation)를 규정하고 있다. 그러나 이 중 보상이 실제로 사용된 예는 극히 적다.[16] 따라서 보복조치가 WTO 협정 하에서 허용되는 거의 유일한 책임 추궁 수단으로서 활용되어 왔다.

그러나 DSU의 보복조치가 수행해야 하는 역할이 무엇인지 완전히 명확하지는 않다.[17] 중재인도 *US - Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6 - Brazil)* 사건에서 만약 보복조치의 명확한 "대상과 목적"을 알 수 있었다면 이론적 논쟁은 불필요했을 것이라고 지적한 바 있다.[18] 따라서 보복조치의 대상과 목적을 정의하는 것은 보복조치의 수준을 산정함에 있어 반드시 필요하고도 중요한 논의가 될 것이다.

---

16) 보상이 사용된 대표적인 사례로는 *Japan - Alcoholic Beverages II* 사건이 있다. 이 사건에서 당사국들은 제소국의 수출 이익이 있는 특정 물품에 대한 임시적, 추가적인 시장 접근 양허 형태의 보상에 합의하였다.
Bossche, Peter Van Den and Zdouc, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 4th ed., Cambridge University Press (2017), p. 204 참조.

17) WTO Arbitration Decision, *United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Original Complaint by Brazil) - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU -*, WT/DS217/ARB/BRA (August 31, 2004)(이하 "Decision by the Arbitrator, *US - Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6 - Brazil)*"), para. 6.4.

18) *Ibid.*

1. WTO 협정으로부터의 도출

우선 DSU가 제3.7조와 제22.1조에서 보상과 보복조치가 임시적 조치이며 DSB 결정의 완전한 이행보다 선호될 수 없다고 강조하고 있다. 항소기구도 이행을 유도하기 위한 임시적 성격의 조치임을 여러 차례 확인하였다.[19] 하지만 이행을 유도하기 위한 목적이라 하더라도 무제한의 보복조치가 허용되는 것은 아니라는 점도 동시에 확인하였다. 항소기구는 이행을 유도한다는 목적은 보복조치를 시행하는 유일한 목적이라고는 할 수 없으며[20] 따라서 이행을 유도한다는 보복조치의 목적이 결코 무효화나 침해와 동등한 수준을 초과하는 허가를 할 수 있다는 뜻은 아니라고 설명한 경우도 있다.[21]

보조금 및 상계조치에 관한 협정 제4.11조[22]에 기한 판정에서는 이행의 유도라는 목적이 조금 더 강조된 것으로 보인다. *US - FSC (Article 22.6 - US)* 사건에서 중재인은 보조금 및 상계조치에 관한 협정 제4.10조[23]의 목표가 지체 없이 보조금을 철폐하라는 분쟁해결기구의

---

19) WTO Arbitration Decisions, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU -*, WT/DS27/ARB (April 9, 1999)(이하 "Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)*"), para. 6.3.

20) Decision by the Arbitrator, *US - Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6 - Brazil)*, para. 3.74.
이외에 이행을 유도하는 목적을 위해서는 사안에 따라 다양한 조치가 취해질 수 있다고도 하였다. *Ibid*, para. 6.2.

21) Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 6.3 등.

22) In the event a party to the dispute requests arbitration under paragraph 6 of Article 22 of the Dispute Settlement Understanding("DSU"), the arbitrator shall determine whether the countermeasures are appropriate.

23) In the event the recommendation of the DSB is not followed within the time-period specified by the panel, [...] the DSB shall grant authorization to the complaining Member to take appropriate countermeasures, [...].

권고에 대한 이행을 확보하는 것이라고 보았다.[24] 중재인은 동 조가 분쟁해결기구의 권고가 이행되지 않을 경우 분쟁해결기구가 제소국에게 적절한 대응조치를 승인할 것을 정하고 있고, 같은 맥락에서 동 협정 제4.7조[25]에 따르면 분쟁해결기구는 패소국에게 오직 지체 없이 보조금을 철폐할 것만을 권고할 수 있다는 점을 근거로 들고 있다.[26] 동시에 중재인은 동 협정 제4.10조가 WTO 협정 체약국으로 하여금 위법행위와 그로 인한 권리와 의무 간의 불균형을 대응조치로 상쇄할 수 있도록 할 뿐 아니라, 그 대응조치의 "적절성(appropriateness)"을 평가함에 있어 위반의 정도에 따른 재량을 부여한다고 평가하였다.[27] 그리고 위와 같은 중재인의 판단은 *Canada - Aircraft Credits and Guarantees (Article 22.6 - Canada)* 사건에서도 인용되었다.[28]

2. 보복조치의 목적에 관한 견해의 대립

보복조치의 목적에 대해서는 또한 WTO 협정의 구속력 내지 집행력과 관련하여 WTO 초기부터 논의가 이루어져왔다. Pauwelyn(2000)은 WTO 협정의 성격에 대한 논의로부터 보복조치의 성격을 이끌어냈다.

---

24) WTO Arbitration Decision, *United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the* DSU *and Article 4.11 of the* SCM Agreement -, WT/DS108/ARB (August 30, 2002)(이하 "Decision by the Arbitrator, *US - FSC (Article 22.6 - US)*"), para. 5.52.

25) If the measure in question is found to be a prohibited subsidy, the panel shall recommend that the subsidizing Member withdraw the subsidy without delay. [...]

26) Decision by the Arbitrator, *US - FSC (Article 22.6 - US)*, para. 5.52.

27) *Ibid*, para. 5.62.

28) WTO Arbitration Decision, *Canada - Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft - Recourse to Arbitration by Canada under Article 22.6 of the* DSU *and Article 4.11 of the* SCM Agreement -, WT/DS222/ARB (February 17, 2003)(이하 "Decision by the Arbitrator, *Canada - Aircraft Credits and Guarantees (Article 22.6 - Canada)*"), para. 3.12.

즉, Pauwelyn은 우선 WTO 협정이 양자간 보복조치만을 허용함으로써 보복조치를 취하는 약소국으로 하여금 상대국의 이행을 유도하기가 어렵게 만드는 동시에 손해배상을 허용하지 않음으로써 ICJ나 다른 국제 협약보다 그 효력이 약하다는 점을 지적하였다.[29] 하지만 WTO 협정은 단순히 의무만을 부과하는 것이 아니라, 이행을 유도할 수 있는 구체적인 절차를 마련함으로써 ICJ보다 진일보하기도 하였다고 평가하였다.[30] 그리고 Pauwelyn은 WTO 협정이 이와 같은 약점과 강점을 동시에 지니고 있는 것은, GATT 체제가 가지는 성격과 관련하여 이해되어야 하며, 그 성격이란 바로 WTO 협정과 GATT 체제가 단순히 권리와 의무의 균형이 아니라 무역 양허의 교환에 기반을 두고 있다는 점이라고 주장하였다.[31] 따라서 WTO 협정은 의무 위반이 아니라 "무효화 또는 침해"에 중점을 두는 것이며, 보복조치의 대상이 되는 것 또한 단순히 의무의 위반이 아니라 권리와 의무, 무역 양허로 구성된 이익의 협상된 균형을 무너뜨리는 것이라고 보았다.[32]

그 외에 보복이 이행을 담보하기 위한 가장 효과적인 수단이라는 견해도 있다.[33] 위 입장은 '반복되는 죄수의 딜레마'의 상황으로 보아 협력이 후생의 증가를 가져올 때, 상대방의 이행에는 이행으로 협력하고 상대방의 불이행에는 불이행으로 응징하는 전략으로 협력을 유지함으로써 후생을 극대화할 수 있다는 점을 근거로 제시한다.[34]

Sebastian(2007)은 보복조치의 목적에 관한 다양한 이론을 정리하고,

---

29) Pauwelyn, Joost, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules - Toward a More Collective Approach", *The American Journal of International Law* (2000) Vol. 94 Issue 2, pp. 338-339.

30) *Ibid*, p. 339.

31) *Ibid*.

32) *Ibid*, pp. 339-340.

33) 정기창, 앞의 논문, 50면.

34) Posner, Eric A., and Sykes, Alan O., "Efficient Breach of International Law: optimal remedies, "legalized noncompliance", and related issues", *Michigan Law Review* (2011), Vol. 110 Issue 2, p. 255.

보복조치의 목적은 객관적 제3자에 의해 구속력 있는 판단을 내리는 것에 있다는 결론을 제시하기에 이르렀다. Sebastian이 검토한 보복조치의 첫 번째 목적은 이행의 유도이다. Movsesian(2003)에 따르면 패소국 기업들의 승소국 시장에 대한 접근이 막히면서 패소국 기업들이 패소국으로 하여금 분쟁해결기구의 판정을 이행하도록 압박한다는 것이다.[35] 이에 대해 Sebastian은 보복조치에 대한 무제한의 권한을 부여하는 것이 이행 유도에는 더 효과적일 수 있는데도 불구하고 이를 허용하지 않은 점, 보복조치와 무효화 또는 침해 사이의 동등성을 정한 DSU 제22.4조의 기준이 수단과 목적을 고려한 평가("means-ends assessment")가 아니라 비교하는 방식의 평가("comparative assessment")를 채택한 것으로 보이는 점을 근거로 이와 같은 견해를 비판한다.[36]

Sebastian이 검토한 보복조치의 두 번째 목적은 손해배상의 제공이다. Sebastian은 보복조치가 제소국을 피소국이 WTO 협정을 위반하지 않았더라면 있었을 위치에 두는 것을 목적으로 한다는 Sykes와 Schwartz의 이론과,[37] 보복조치를 일시적 손해배상의 한 형태로 이해할 수 있다는 *US - Byrd Amendment (Article 22.6 - Brazil)* 사건의 중재인의 판정[38]을 인용한다.[39] 그러나 Sebastian은 이에 대해서도 실무적인 관점에서 비판한다. 보복조치는 자산의 이전을 목표로 하지 않기 때문에 실제로 피해를 본 기업이 보복조치로 그 피해에 상응하는 이익을

---

35) Movsesian, Mark L., "Enforcement of WTO Rulings: An Interest Group Analysis", *Hofstra Law Review* (2003), Vol. 32, pp. 10-11.

36) Sebastian, Thomas, "World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness", *Harvard International Law Journal* (2007) Vol. 48, p. 366.

37) Schwartz, Alan O. and Sykes, Warren F., "The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization: The Rational Choice and International Law", *Journal of Legal Studies* (2002), Vol. 31, S181-83.

38) Decision by the Arbitrator, *US - Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6 - Brazil)*, para. 6.3.

39) Sebastian, *supra* note 36, p. 368.

얻는다고 할 수 없어 현재의 WTO 협정 위반 상황과 WTO 협정 위반이 없는 가상적인 상황 간의 간극을 메울 수 없다는 것이다.[40] 아울러 승소국의 정치인들이 보복조치를 통해 정치적 지지라는 형태로 보상을 받는다는 Sykes와 Schwartz의 주장[41]에 대하여도, WTO 협정 위반이 정치적 지지의 상승으로 이어진다고 볼 수 없다는 점에 근거해 반대한다.[42] 여기에 더해 Sebastian은 보복조치에 소급효가 인정되지 않는다는 점을 들어 손해배상이 보복조치의 목적이 될 수 없다고 주장한다.[43] Spamann(2006)은 이에 대해 애초에 후생 효과("welfare effect")가 아닌 무역 효과("trade effect")가 기준이 되는 이상, 경제적 후생의 배상이나 정치적 후생의 배상 모두 달성될 수 없다고 주장하기도 하였다.[44]

Sebastian이 검토한 세 번째 목적은 협상의 균형을 다시 맞추는 것이다. Sebastian에 따르면 위와 같은 목적을 주장하는 견해는, WTO 협정 위반이 양자 간 협상의 균형을 무너뜨려, 위반하는 국가로서는 아무런 대가를 지불하지 않고 이익을 얻고, 상대국은 아무런 반대급부 없이 의무를 부담하는 셈이 되어 보복조치를 취함으로써 의무 간 균형을 맞출 수 있다고 본다.[45] 물론 이러한 견해에 따르더라도 보복조치의 목표는 원래의 협상에 따른 양자 간 의무를 회복시키는 것이고, 만약 WTO 협정을 위반한 국가가 원래의 의무를 따르게 되면 보복조치는 그에 따라

---

40) *Ibid.*

41) Schwartz, Alan O. and Sykes, Warren F., *supra* note 37, S184 ("And the theory of public choice suggests that the metric of welfare for each signatory to a trade agreement will not be money, but instead will be the political welfare (votes, campaign contributions, graft, as the case may be) of its political officials.").

42) Sebastian, *supra* note 36, p. 369.

43) *Ibid*, pp. 369-370.

44) Spamann, Holger, "The myth of 'rebalancing' retaliation in WTO Dispute Settlement practice", *Journal of International Economic Law* (2006), Vol. 9 Issue 1 참조.

45) Sebastian, *supra* note 36, pp. 370-371. Sebastian은 이에 대해 Robert Z. Lawrence의 견해를 가장 대표적으로 인용한다. Lawrence, Robert Z., *Crimes and Punishments?: Retaliation under the WTO*, Peterson Institute (2003), pp. 43-44 참조.

중단되어야 한다.[46] 그러나 Sebastian은 정확히 어떤 대가를 지불하고 협상을 했는지 알 수 없을 뿐더러, 상호성("reciprocity")이라는 개념도 모호하다고 지적한다.[47] 이와 같은 반론에 대해 손해의 동등성 접근("equality-of-harm approach")이나 보조금 액수 접근("amount-of-subsidy approach")을 취할 수 있다고 인정하면서, Sebastian은 이에 대해서도 비판적인 견해를 개진하고 있다.[48] 손해의 동등성 접근은 위반된 WTO 협정하의 의무에 대해 제소국이 지불한 대가를 무역량으로 측정하는데, 이는 실증적으로 증명된 적이 없으며, TRIPS 협정 등 무역량을 측정할 수 없는 WTO 부속협정이 많고, 무역량 그 자체가 아니라 국가 전체의 경제적 후생 등이 더 중요한 지표라고 Sebastian은 주장한다.[49] 보조금 액수 접근에 대해서도, 보조금 액수를 1달러 줄일 때마다 시장 접근을 1달러만큼을 더 허용하는 등의 협상을 했다고 상정하는 것 자체가 현실성이 없다고 지적한다.[50] 결국 WTO 협정상 의무는 모두 다자적 협상을 통하여 발생하였기 때문에 각 체약당사국은 다른 모든 국가에 대한 의무와 다른 모든 국가의 의무를 평가하게 되고, 이를 양자 간 관계로 분리해서 생각할 수는 없다고 한다.[51] 또한 교차보복에 대해 제한을 둔 점 역시 위 세 번째 목적에 대한 반론을 지지한다고 한다.[52]

Sebastian이 검토한 네 번째 목적은 법경제학에 기초한 이론이다. Sykes와 Schwartz는 계약법에서의 효율적 계약 파기 이론을 도입해 보복조치의 목적이 체약당사국으로 하여금 총후생을 극대화하도록 유인을 제공하는 것이라고 한다.[53] 그리고 이때의 후생은 다시 한 번 정치적 후

46) Sebastian, *supra* note 36, p. 371.
47) *Ibid*, pp. 370-371.
48) *Ibid*, p. 372.
49) *Ibid*, pp. 372-373.
50) *Ibid*, p. 373.
51) *Ibid*, p. 374.
52) *Ibid*.
53) *Ibid*, pp. 374-375.

생이라고 한다.[54] 이 목적을 달성하기 위해서는 보복조치로 인해 감소하는 패소국의 정치적 후생의 크기가 WTO 협정에 위반된 패소국의 조치로 인해 감소하는 승소국의 정치적 후생의 크기와 같아야 한다.[55] 그렇게 되면 패소국은 WTO 협정 위반으로 인해 증가하는 정치적 후생의 크기가 보복조치로 인해 감소하는 정치적 후생의 크기보다 클 때만 WTO 협정을 위반할 것이고, 이것이 결국 총후생의 증가를 가져오게 된다.[56] Sebastian은 이에 대해 중재인이 보복조치의 대상으로 선택된 상품을 변경할 수 없다는 점을 들어 이를 비판한다.[57] 뒤에서 볼 것처럼 중재인은 보복조치의 대상을 변경할 수 없는데, 정치적 후생을 결정하는데 중요한 보복조치의 대상을 중재인이 변경할 수 없다는 것은 곧 중재인이 승소국의 감소된 정치적 후생의 크기와 같은 크기의 패소국의 정치적 후생이 감소하도록 통제할 수 없다는 것을 의미하기 때문이다.[58] 게다가 보복조치를 판단하는 중재인의 관행은 단지 무역량을 고려할 뿐, 위와 같은 정치적 후생을 고려하는 판단은 전혀 발견되지 않는다는 점도 지적한다.[59]

Sebastian은 마지막으로 응보 그 자체가 보복조치의 목적이라는 견해를 검토한다. Sebastian은 보복조치의 목적을 응보라고 보는 Hudec 등의 견해가 다른 이론에 비해서는 현재의 DSU의 규정과 가장 잘 부합한다고 인정하면서도, 여전히 이 견해를 수용할 수 없다는 태도를 보인다.[60] 우선 보복조치는 때로 이를 취하는 국가에 더욱 큰 피해를 입히기

---

54) *Ibid*, p. 375.

55) *Ibid*.

56) *Ibid*.

57) *Ibid*.

58) *Ibid*, pp. 375-376.

59) *Ibid*, p. 376.

60) Sebastian, *supra* note 36, pp. 377-378. Hudec, Robert E., Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts & Tribunals*, Cameron May (2000), p. 389 참조.

도 한다.[61] 그렇다면 단지 응보를 위해 보복조치를 취하는 것은 비합리적이라는 것이다.[62] 또한 응보는 본래 형벌이나 불법행위의 맥락에서 피해자의 존엄을 회복하기 위해 추구되는데, 통상이라는 맥락에서는 이와 같은 존엄의 상실을 상정하기 어렵기 때문이다.[63]

위와 같은 논의 끝에 Sebastian은 보복조치의 가장 큰 효용은 보복조치에 대해 객관적 제3자에 의한 판단을 가능하게 한다는 점에 있다는 결론을 내린다.[64] 만약 이와 같은 메커니즘이 없다면 승소국의 보복조치에 대해 패소국이 다시 보복조치를 취하고, 승소국이 또다시 보복조치를 취하는 악순환에 빠질 수 있다는 것이다.[65] 실제로 GATT 체제 하에서는 이와 같은 반복된 보복조치의 위협이 발생한 적도 있다는 점을 근거로 든다.[66] 따라서 중재인이 어떤 기준으로 보복조치의 수준을 정하는지가 중요한 것이 아니라, 분쟁을 종국적으로 해결하고 분쟁이 확대되는 것을 방지하는 역할을 한다는 데 의의가 있다고 한다.[67]

그러나 Sebastian의 위와 같은 결론은 기판력 그 자체가 갖는 의의에 가깝다고 볼 수 있다. 국내법원과 국제법원을 불문하고 법원의 판결이 갖는 주요한 기능 중 하나가 구체적 분쟁에 대한 종국적 해결이기 때문이다. 따라서 Sebastian의 위와 같은 결론은 WTO 분쟁해결절차 자체의 기능이라고 볼 수는 있을지언정 보복조치나 그에 대한 중재 판정만의 고유한 기능이라고 보기는 힘들 수 있다.

3. 보복조치의 목적에 대한 비판적 검토

61) Sebastian, *supra* note 36, p. 378.

62) *Ibid.*

63) *Ibid.*

64) *Ibid*, p. 379.

65) *Ibid*, pp. 379-380.

66) *Ibid*, p. 380. 미국의 보복조치에 대한 캐나다의 재보복조치를 논의한 Minutes of Meeting, Sept. 29-Oct. 1, 1992, at 27-31, GATT Doc. C/M/259 (Oct. 27, 1992)를 인용한다.

67) Sebastian, *supra* note 36, p. 380.

보복조치의 목적에 관하여 명확한 규정이 없음은 앞서 본 바와 같다. 이로 인해 승인될 수 있는 보복조치의 수준에 관하여도 명확한 답을 제시하기 어려운 실정이다. 보복조치의 목적이 분명하지 않은 상태에서 보복조치의 수준을 결정하는 것은, 비유하자면 고장난 나침반으로 목적지를 찾는 일일 것이다. 분쟁해결기구가 보복조치의 목적이 이행의 유도라고 하면서도[68] 그것이 유일한 목적은 아니라고 하는[69], 분쟁해결기구의 일견 모순적인 태도도 이러한 현실에서 비롯된 것으로 보인다.

만약 WTO 협정에서 보복조치의 목적에 관한 명시적인 규정을 발견할 수 없다면, 원칙으로 돌아가 판단해야 할 것이다. 보복조치는 원칙적으로 대응조치로서 마련된 것이다. 국제위법행위에 대한 국가책임 초안 제49조 제1항에 의하면 피해국은 오직 국제위법행위에 책임이 있는 국가가 제2부에 따른 의무의 준수를 유도하기 위해서만 그 국가에 대한 대응조치만을 취할 수 있다.[70] 즉, 대응조치는 유책국의 국제의무 준수를 유도하기 위한 수단일 뿐, 응징하기 위한 조치는 아닌 것이다.[71] 따라서 DSU에 보복조치의 목적을 달리 정하지 않는 한, 보복조치의 목적 역시 분쟁해결기구의 결정이나 권고를 따를 의무를 준수하도록 유도하는 것이 되어야 한다.

이에 대한 주요한 반론은 위에서 본 것처럼 이행을 유도하기 위해서는 강력한 보복조치를 허락하는 것이 더욱 효과적일 수 있는데 DSU 제22.4조는 보복조치에 있어 동등성을 요구한다는 것이다.[72] 그러나 국제

---

68) Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 6.3 등.

69) Decision by the Arbitrator, *US - Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6 - Brazil)*, para. 3.74.

70) **Article 49 Object and limits of countermeasures**

1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under part two.

71) 정인섭, 『신국제법강의-이론과 사례 (제9판)』 (박영사, 2019), 440면.

위법행위에 대한 국가책임 초안 제51조에서도 대응조치의 비례성을 요구한다는 점을 고려할 때,[73] DSU에서 동등성을 요구하는 것이 이행을 강제한다는 목적을 해한다고 볼 수는 없을 것이다. 특히 DSU에서 비례성보다 엄격한 동등성 요건을 요구하는 것은 WTO 협정의 특성에 기인한 것으로 생각된다. 동등성이 아닌 비례성만 요구하게 되면 승소국은 보복조치의 선택에 있어 더 많은 재량을 부여받게 되는데, 화폐가치로 바로 환산될 수 있다는 무역량의 특성상 무역에 관한 보복조치에 있어 재량을 인정할 폭이 더 좁기 때문이다. 예컨대 A국에게는 무효화 또는 침해의 110%에 해당하는 보복조치를 승인하고, B국에게는 무효화 또는 침해의 120%에 해당하는 보복조치를 승인하게 되면 보복조치에 관한 예측가능성 내지 법적 안정성이 침해되어 결국 WTO 협정에 대한 불신으로 이어질 수 있다. 따라서 어렵기는 해도 무효화 또는 침해와 동등한 수준의 보복조치만을 허용하는 것이 모두를 납득시킬 수 있는 합의점이 될 수 있는 것이다.

특히 DSU 제22.4조와 다르게 보조금 및 상계조치에 관한 협정 제4.10조나 제4.11조에서는 적절성("appropriateness")만을 요구하고, 제7.10조에서는 상응하는지("commensurate") 여부를 요구한다는 점도 위와 같은 반론에 근거를 더할 수 있다. 즉, 보조금 및 상계조치에 관한 협정 하의 보복조치에 관한 규정들이 보복조치의 수준을 보다 탄력적으로 규정하고 있는데,[74] 이와 같은 점으로 미루어보았을 때 오히려 보조금 및 상계조치에 관한 협정 하의 보복조치가 이행의 유도를 목적으로 하고, 보다 엄격한 동등성이라는 기준을 요구하는 DSU 제22.4조는 이행의 유도 외에 다른 목적까지 내포하고 있는 것은 아닌지 의문이 제기될 수 있다.

---

72) Sebastian, *supra* note 36, p. 366 참조.

73) **Article 51 Proportionality**
Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.

74) 장승화, "WTO 판정의 집행과 구제수단: DSU 22.6 중재를 중심으로", 통상법률 제127호 (2016), 23면.

그러나 이와 같은 차이는 목적의 차이가 아니라 대상의 차이에서 기인한다고도 볼 수 있다. 즉, 보조금 및 상계조치에 관한 협정 제4조와 제7조는 각각 금지보조금과 조치가능보조금에 대한 구제수단으로서 대응조치를 규정하는데, 그 대응조치의 대상이 DSU상 보복조치의 대상과 다르기 때문에 위와 같은 동등성의 정도에 차이가 발생하는 것이다. 금지보조금의 경우 패널은 지체 없이 보조금을 철폐하도록 권고한다.[75] 즉, 대응조치의 대상은 금지보조금의 교부로 인한 피해가 아니라 금지보조금을 교부했다는 사실 그 자체가 되는 것이다. 조치가능보조금의 경우에도 대응조치의 대상은 존재한다고 판정된 부정적 효과인데,[76] 이때 부정적 효과는 다른 회원국의 국내산업에 대한 피해, 무효화 또는 침해, 다른 회원국의 이익에 대한 심각한 손상을 모두 포괄하는 개념이다.[77] 즉, 무효화 또는 침해를 그 대상으로 하는 DSU상 보복조치와 달리, 조치가능보조금에 대한 대응조치는 무효화 또는 침해 외의 기타 부정적 효과도 그 대상으로 할 수 있는 것이다. 따라서 금지보조금이나 조치가능보조금에 대한 대응조치에 있어서 동등성("equivalence")이 아닌 적절성("appropriateness") 내지 상응하는지("commensurate") 여부가 고려되는 이유는, DSU상 보복조치보다 그 대상이 포괄적이어서 필연적으로 더 많은 요소가 고려되어야 하기 때문인 것으로 보인다.

그 밖에 중재인이 보복조치의 심사에 있어 수단과 목적의 관계가 아

---

75) **Article 4 Remedies**

4.7 If the measure in question is found to be a prohibited subsidy, the panel shall recommend that the subsidizing Member withdraw the subsidy without delay. [...]

76) **Article 7 Remedies**

7.0 [T]he DSB shall grant authorization to the complaining Member to take countermeasures, commensurate with the degree and nature of the adverse effects determined to exist, [...].

77) **Article 5 Adverse Effects**

[A]dverse effects to the interests of other Members, i.e.:

(a) injury to the domestic industry of another Member;

(b) nullification or impairment of benefits[...];

(c) serious prejudice to the interests of another Member. [...]

닌 상대적 관계만 고려한다는 점[78]에 대하여는, 보복조치에 대한 심사에 이미 수단과 목적의 관계가 내재되어 있다고 생각해볼 수 있다. 비록 DSU가 직접 중재인에게 요청된 보복조치가 이행 유도라는 목적을 달성하는 데 적합한지 심사할 의무를 부과하지는 않았지만, 보복조치의 성격이나 보복조치의 대상이 되는 품목을 심사하지는 못하게 함으로써[79] 이에 관한 승소국의 재량을 존중하고 있기 때문이다. 어떤 성격 내지 어떤 품목에 대한 보복조치가 가장 패소국으로 하여금 이행하도록 강제할 수 있는지는 패소국의 무역 상대방인 승소국이 가장 잘 알 수 있는 위치에 있을 수 있다는 점에서 승소국의 선택을 존중하는 것 자체로써 수단과 목적의 관계를 추구할 수 있는 것이다. 따라서 보복조치의 목적은 이행의 유도라고 볼 수 있을 것이다.

제 2 절 보복조치 실행 절차

1. 피소국의 불이행 및 보상의 마련을 위한 협상

그렇다면 위와 같은 목적의 보복조치는 어떤 과정을 통해 실시되는가? 보복조치의 시적 범위를 논하는 데 필요한 범위에서 분쟁해결절차와 그 의의를 살펴보도록 한다.

우선 피소국의 조치가 WTO 협정 위반이라고 판단되는 시점으로 거슬러 올라가보도록 한다. 패널보고서는 DSU 제16.4조에 따라, 항소기구보고서는 DSU 제17.14조에 따라 분쟁해결기구에 의해 채택된다. 패널 또는 항소기구는 조치가 대상협정에 합치되지 않는다고 결론짓는 경우,

---

78) Sebastian, *supra* note 36, p. 366.

79) **Article 22 Compensation and the Suspension of Concession**
The arbitrator acting pursuant to paragraph 6 shall not examine the nature of the concessions or other obligations to be suspended but shall determine whether the level of such suspension is equivalent to the level of nullification or impairment. [...]

DSU 제19.1조에 따라 관련 회원국에게 동 조치를 동 대상협정에 합치시키도록 권고하게 된다. 그런데 이때 권고 및 판정의 즉각적인 준수가 실현불가능한 경우, 관련 회원국은 DSU 제21.3조에 따라 준수를 위한 합리적 이행기간을 부여받는다.[80]

그런데 피소국이 위의 절차에 따라 확정된 합리적 이행기간 내에 협정위반으로 판정된 조치를 그 위반된 협정에 합치시키지 아니하거나 달리 권고 및 판정을 이행하지 아니하는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 제소국은 보복조치를 실시하기에 앞서 우선 DSU 제22.2조에 따라 합리적 이행기간이 종료되기 전에 피소국과 상호 수락할 수 있는 보상의 마련을 위하여 협상을 요청하여야 한다.

2. 보복조치의 요청 및 분쟁해결기구의 승인

합리적 이행기간이 종료된 날로부터 20일 이내에 만족할 만한 보상에 대하여 합의가 이루어지지 아니하는 경우, 그때 비로소 DSU 제22.2조에 따라 제소국은 보복조치를 분쟁해결기구에 요청할 수 있다. 이때 제소국이 하는 요청은 DSU 제6.2조에 따른 요청과 유사한 적법절차 목적을 수행한다.[81]

---

80) 이때 합리적 이행기간은 다음과 같다.

[...]

(a) the period of time proposed by the Member concerned, provided that such period is approved by the DSB; or, in the absence of such approval,

(b) a period of time mutually agreed by the parties to the dispute within 45 days after the date of adoption of the recommendations and rulings; or, in the absence of such agreement,

(c) a period of time determined through binding arbitration within 90 days after the date of adoption of the recommendations and rulings [...].

81) WTO Arbitration Decisions, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU -*, WT/DS27/ARB/ECU (March 24, 2000)(이하 "Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (Ecuador)*

관세양허의 정지와 관련하여 분쟁해결기구는 요청된 보복조치의 정량적인 수준만 심사할 수 있을 뿐 그 외의 정성적인 요소는 관할을 벗어난다는 입장이다.[82] 정지를 요청할 수 있는 의무의 종류는 다양하다. *EC - Bananas III (Ecuador) (Article 22.6 - EC)* 사건에서는 TRIPS 협정 하의 의무의 정지가 승인되었고,[83] *Brazil - Aircraft (Article 22.6 - Brazil)* 사건에서는 섬유 및 의류에 관한 협정 및 수입허가 절차에 관한 협정 하의 의무의 정지가,[84] *Canada - Aircraft Credits and Guarantees (Article 22.6 - Canada)* 사건에서는 캐나다로부터 수입하는 상품에 대한 수입허가 절차에 관한 협정 하의 의무의 정지가 각 승인되었다.[85] *US - 1916 Act (EC) (Article 22.6 - US)* 사건에서 EC는 미국으로부터의 수입품에 대해 1916 Act와 동일한 규제를 채택하기 위해 GATT 1947 협정과 반덤핑협정 하의 의무의 정지를 승인받았다.[86] *US - Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6 - Canada)* 사건에

(Article 22.6 - EC)"), para. 20.

82) WTO Arbitration Decisions, *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) - Recourse to arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU -*, WT/DS26/ARB (July 12, 1999)(이하 "Decision by the Arbitrators, *EC - Hormones (US) (Article 22.6 - EC)*", para. 19.

83) Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (Ecuador) (Article 22.6 - EC)*, para. 173.

84) WTO Arbitration Decisions, *Brazil - Export Financing Programme for Aircraft - Recourse to Arbitration by Brazil under Article 22.6 of the Dispute Settlement Understanding (DSU) and Article 4.11 of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM) -*, WT/DS46/ARB (August 28, 2000)(이하 "Decision by the Arbitrators, *Brazil - Aircraft (Article 22.6 - Brazil)*", para. 4.1.

85) Decision by the Arbitrator, *Canada - Aircraft Credits and Guarantees (Article 22.6 - Canada)*, para. 4.1.

86) WTO Arbitration Decisions, *United States - Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities) - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU -*, WT/DS136/ARB (February 24, 2004)(이하 "Decision by the Arbitrators, *US - 1916 Act (EC) (Article 22.6 - US)*"), para. VIII.1. 그러나 중재인은 동시에 보복조치의 적용을 계량화해서 DSU 제22.4조의 동등성 요건을 충족해야 한다고 하였다.

서 캐나다는 반덤핑협정 및 보조금 및 상계조치에 관한 협정 하에서의 실질적 피해 판정에 관한 의무의 정지를 승인받았다.[87] *US - Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6 - Mexico)* 사건에서 분쟁해결기구는 미국에서 수입되는 상품에 관한 멕시코의 양허와 기타 의무의 정지를 승인하였다.[88]

DSU 제22.3조에 제시된 원칙과 절차에 따라 교차보복을 요청할 수도 있다. DSU 제22.3조 (a)호는 무효화 또는 침해가 있었던 분야와 동일한 분야에 대해 보복조치가 이루어져야 한다고 규정하고 있고, 같은 조 (b)호와 (c)호는 다른 분야, 다른 협정에서의 보복조치도 가능하다고 정하고 있다. '분야(sector)'와 '협정(agreement)'에 대해서는 DSU 같은 조 (f)호와 (g)호가 각각 정의하고 있다.

이 중 (a)호가 원칙이며, (b)호와 (c)호는 예외에 해당한다.[89] 이를 관철하기 위해, DSU 제22.6조의 중재인은 제소국이 (a)호에 따라 보복조치를 취했다고 주장하더라도 (b)호와 (c)호에 해당할 여지는 없는지 판단할 권한이 있다고 한다.[90] 위와 같은 원칙들을 적용하는 데 있어서, 제소국은 DSU 제22.3조 (d)호에 따라 무효화 또는 침해가 발생한 분야의 무역이 제소국에서 차지하는 중요성, 그리고 그보다 더 광범위한 경제적 효과를 고려해야 한다.

분쟁해결기구는 DSU 제22.2조에 따른 보복조치 요청이 있는 경우[91]

---

87) WTO Analytical Index DSU - Article 22 (Jurisprudence), p. 11 (<https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/dsu_art22_jur.pdf> 참조 (2021. 10. 27. 최종방문)).

88) *Ibid.*

89) Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 3.7.

90) *Ibid.*

91) WTO Arbitration Decision, *United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products - Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States -*, WT/DS381/ARB (April 25, 2017) (이하 "Decision by the Arbitrator, *US - Tuna II (Mexico) (Article 22.6 - US)*"), para. 3.19에서는 이를 '(a) 피소국이 대상협정에 합치되는 조치를 합리적 기간

DSU 제22.6조에 따라 합리적 기간의 종료일로부터 30일 이내에 보복조치를 승인하여야 한다. 분쟁해결기구의 위 승인도 역총의제에 의한다.

3. 피소국의 이의 제기 및 중재 회부

한편 피소국이 제안된 보복조치의 수준에 대하여 이의를 제기하면 사안은 DSU 제22.6조에 의해 중재에 회부된다. 제소국이 DSU 제22.3조 (b)호 및 (c)호에 따라 보복조치를 요청했을 때 DSU 제22.3조에 명시된 원칙 및 절차가 준수되지 아니하였다고 주장하는 경우에도 같다. DSU 제22.6조에 의해 중재의 진행 중에는 보복조치를 실행할 수 없다.

중재인의 심판 범위는 (i) 요청된 보복조치의 수준이 무효화 또는 침해의 수준과 동일한지 여부와 (ii) DSU 제22.3조에 따라 교차보복 시의 원칙과 절차가 준수되었는지 여부라고 한다.[92] 중재인은 또 이행 판정은 심판 범위에 속하지 않음을 확인했다.

한편 DSU 제22.6조는 이러한 중재는 원패널위원의 소집이 가능한 경우 원패널, 또는 사무총장이 임명하는 중재인에 의하여 수행되며 합리적인 기간의 종료일부터 60일 이내에 완결되어야 한다고 규정한다. 현재까지 *US - 1916 Act (EC) (Article 22.6 - US)* 사건과 *US - Tuna II (Mexico) (Article 22.6 - US)* 사건을 제외한 나머지 16건의 모든 중재를 원패널이 수행하였다.[93]

4. 중재 판정의 통보

안에 시행하지 않았고 (b) 당사국들이 보상에 관해 합의하는 데 실패한 경우'라고 하였다.

92) Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (Ecuador) (Article 22.6 - EC)*, para. 11.

93) WTO Analytical Index DSU - Article 22 (Jurisprudence), para. 46 (<https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/dsu_art22_jur.pdf> 참조 (2021. 10. 27. 최종방문)).

DSU 제22.6조에 의한 중재에는 평균적으로 약 868일이 소요된다.[94] 중재인의 판정은 DSU 제22.7조에 의해 분쟁해결기구에 조속히 통보된다. 제소국의 요청이 중재 판정에 합치하면 분쟁해결기구는 역총의제로 보복조치를 승인한다. 당사국은 중재 판정에 불복할 수 없다.

중재인에 의한 판정은 패널에 의한 판정과 달리 단순히 보복조치가 WTO 협정에 위반됨을 확인하는 데 그치지 않는다.[95] 중재인은 DSU 제22.7조의 문언과 신속한 분쟁 해결이라는 DSU의 목적에 비추어 볼 때, 무효화 또는 침해와 동등한 수준의 액수를 제시하는 데까지 나아가야 한다고 보았다.[96]

5. 보복조치의 종료

DSU 제22.8조는 보복조치의 임시적인 성격을 다시 한 번 강조한다. 협정 위반으로 판단된 조치가 철폐되거나, 피소국이 무효화나 침해에 대한 해결책을 제시하거나, 상호 만족할 만한 해결에 도달하면 보복조치는 종료된다. 이를 위해 분쟁해결기구는 보상이 제공되거나 보복조치가 시행되는 경우 채택된 권고나 판정의 이행을 계속해서 감독한다.

보복조치의 당사자가 된 피소국이 협정에 합치하는 새로운 조치를 도입했다며 보복조치의 중단을 구할 때에는 패널 설치를 요청하게 된다. 이때 설치되는 패널은 DSU 제21.5조에 따라 설치되는 패널과 유사한 기능을 수행한다고 한다.[97] 따라서 패널의 심사 기준도 대상협정에 어긋나

---

94) *Ibid*, para. 50. 합리적 이행기간의 종료일부터 중재 판정 통보일까지의 기간을 기준으로 계산하였다. 가장 빨리 끝난 사건은 *EC - Hormones (Article 22.6 - EC)* 사건(60일)이고, 가장 오래 걸린 사건은 *US - Large Civil Aircraft (2nd Complaint) (Article 22.6 - US)* 사건(2,942일)이다.

95) Decision by the Arbitrators, *EC - Hormones (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 12.

96) *Ibid.*

는 조치가 제거되었는지 여부에 한정된다.[98] 이때 협정에 위반되는 조치나 상황이 제각되었는지 여부에 대한 증명책임은 피소국에 있다고 한다.[99] 따라서 보복조치의 허용 가능한 최대기간은 협정 위반 조치의 지속적인 영향이 아니라 피소국의 이행 상황에 따라 결정된다.[100]

제 3 절 동등성 요건

이상에서 보복조치를 취하기 위한 절차를 탐구하였다. 그렇다면 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간과 보복조치의 시작점 즉, 어느 기간에 발생한 무효화 또는 침해에 대하여 언제부터 보복조치를 취할 수 있는지의 문제에 답하기 위한 다음 단계는 보복조치의 수준이 어떻게 결정되는지 고찰하는 것이다. 그리고 보복조치의 수준은 동등성 요건이라는 원칙에 따라 정해진다.

동등성 요건은 DSU 제22.4조에 규정되어 있다. 동등성 요건은 분쟁해결기구가 승인하는 보복조치의 수준은 무효화 또는 침해의 수준에 상응해야 한다고 선언한다. 이하에서는 무효화 또는 침해의 수준 산정 시 고려되어야 할 일반적인 원칙과 동등성 판단의 기준을 차례로 밝힌다.

1. 무효화 또는 침해의 수준

---

97) WTO Appellate Body Report, *United States - Continued Suspension of Obligations in the EC - Hormones Dispute*, WT/DS320/AB/R (October 16, 2008), para. 359.

98) *Ibid.*

99) *Ibid*, para. 362.

100) WTO Arbitration Decision, *European Communities and certain member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Recourse to Article 22.6 of the DSU by the European Union -*, WT/DS316/ARB (October 2, 2019) (이하 "Decision by the Arbitrators, *EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EC)*"), para. 6.49.

무효화 및 침해의 수준을 산정할 때 가장 중요한 것은 그것이 합리적이고 신뢰할 수 있는 추정치에 기초해야 한다는 것이다. *EC - Hormones (US) (Article 22.6 - EC)* 사건에서 중재인은 장래의 사건에 대해서는 합리적으로 추정하는 수밖에 없다는 것을 인정하면서, 상실된 기회와 협정에 위반된 조치 사이의 인과관계가 충분하지 않다면 ("less than apparent") 그에 기반한 추정은 받아들일 수 없다고 하였다.[101] 그래서 *Canada - Aircraft Credits and Guarantees (Article 22.6 - Canada)* 사건에서도 캐나다가 유의미하게 계량화된 증거를 제시하지 못했다는("has not meaningfully quantified") 이유로 관련된 캐나다의 주장을 일부 받아들이지 않았다.[102] *US - 1916 Act (EC) (Article 22.6 - US)* 사건에서 중재인은 이를 "신뢰할 수 있고, 사실적이고, 검증된 정보(credible, factual, and verifiable information)"라고 표현했다.[103] *US - Tuna II (Mexico) (Article 22.6 - US)* 사건의 중재인은 *US - Gambling* 사건의 중재인의 표현을 빌려 무효화 또는 침해의 수준에 대한 추정은 합리적이어야 하며 분쟁 상황을 고려해야 한다고 하였다.[104]

무효화 또는 침해를 산정하는 데 사용되는 또 다른 주요한 기준 중 하나는 무역 효과("trade effect")이다. *US - Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6 - Brazil)*의 중재인은 무역 효과가 GATT 1947 제XXIII조나 DSU 제22조에 나타나 있지는 않으나, 그전까지의 중재에서 사용되었고 WTO 체약국들에 의해 받아들여지고 있다고 보았다.[105] 이외에 DSU 제22.6조의 중재인은 무효화 또는 침해되는 이익에

---

101) Decision by the Arbitrators, *EC - Hormones (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 41.

102) Decision by the Arbitrator, *Canada - Aircraft Credits and Guarantees (Article 22.6 - Canada)*, para. 3.22.

103) Decision by the Arbitrators, *US - 1916 Act (EC) (Article 22.6 - US)*, para. 5.54.

104) Decision by the Arbitrator, *US - Tuna II (Mexico) (Article 22.6 - US)*, para. 5.16.

제3국을 통한 수출, 즉 간접적인 이익("indirect benefits")[106]이나 국내 시장가격 상승 억지("domestic price suppression")[107], 외국 법원에서의 소송 수행에 따른 소송비용[108]은 포함되지 않지만, 외국 법원의 확정 판결("only final judgements")에 따라 지급해야 할 금원[109]은 포함될 수 있다고 판시하였다.

무효화 또는 침해의 수준을 산정하는 데 일반적으로 사용되는 방법은 가정적 상황(counterfactual situation)을 동원하는 것이다. 즉, WTO 협정에 합치되는 조치가 취해지는 가정적인 상황과 현재의 상황을 비교해 그 차이를 무효화 또는 침해라고 추정하는 것이다. 이 방법이 동원된 대표적인 사례가 *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)* 사건이다. 이 사건에서 중재인은 보복조치 수준의 산정 근거가 되는 것은 EC에서 미국으로 수입되는 총액수이며, 무효화 또는 침해 수준의 산정에도 같은 근거가 사용되어야 한다고 설시했다.[110] 특히 무효화 또는 침해 수준을 산정할 때에는 현재 상황("the actual situation"), 즉 현재의 바나나 수입 체제 하에서 EC가 미국으로부터 수입하는 액수와 WTO 협정에 합치하는 체제인 가정적 상황("a counterfactual situation") 하에서의 수입액을 비교해야 한다고 하였다.[111]

---

105) Decision by the Arbitrator, *US - Offset Act (Byrd Amendment) (Article 22.6 - Brazil)*, para. 3.70-3.71.

106) Decision by the Arbitrator, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)*, para. VI.152.

107) WTO Arbitration Decisions, *United States - Certain Country of Origin Labeling (COOL) Requirements - Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States -*, WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB (December 7, 2015), para. 5.21.

108) Decision by the Arbitrators, *US - 1916 Act (EC) (Article 22.6 - US)*, paras. V.76-V.77.

109) *Ibid*, para. V.58.

110) Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 7.1.

111) "A hypothetical scenario that describes what would have happened in terms of trade flows had the responding party implemented the DSB recommendations and rulings". Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 -*

이때 가정적 상황에 대해 중재인은 피소국이 분쟁해결기구의 권고나 결정을 이행하였다면 발생했을 무역 흐름에 대한 가정적 시나리오라고 정의했다.[112] 그리고 이와 같은 가정적 상황이 충족해야 할 법적 기준으로 개연성("plausibility")과 합리성("reasonability")을 제시하였다.[113] 이와 같은 기준을 요구하게 된 것은 분쟁해결기구의 권고나 결정을 이행하는 방식이 피소국의 선택에 달려있기 때문이다.[114] 그리고 이는 실제로 이후 다양한 사건에서 적용되었다.[115]

2. 동등성의 기준

DSU 제22.4조를 만족하기 위해서는 위에서 제시된 보복조치의 수준이 무효화 또는 침해의 수준에 상응("equivalent")해야 한다. 이때 상응의 의미에 대해 중재인은 보복조치의 수준과 무효화 또는 침해의 수준 간 관련성("correspondence"), 유사성("identity"), 또는 균형("balance")이라고 표현하였다.[116] 그리고 이때 상응하는지 여부는 양적인("quantitative") 측면에서 판단되어야 한다.[117] 따라서 *EC - Hormones*

EC), para. 7.1.

112) Decision by the Arbitrators, *US - Tuna II (Mexico) (Article 22.6 - US)*, para. 4.4.

113) *Ibid*, para. 4.5.

114) *Ibid*, para. 4.4.

115) *Ibid*, n. 100.

116) Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 4.2.

117) Decision by the Arbitrators, *EC - Hormones (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 20. *US - FSC (Article 22.6 - US)* 사건의 중재인은 상응하는지 여부를 양적인 의미에서 파악하여야 한다는 점에 대한 근거를 DSU 제22.4조와 제22.7조의 문언에서 찾았다. WTO Arbitration Decision, *US - FSC (Article 22.6 - US)*, paras. 5.77-5.78. 무효화 또는 침해의 수준을 양적인 측면에서 파악하고자 하는 입장은 DSU 제25조에 의한 중재에서도 채택되었다. WTO Award of the Arbitrators, *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act - Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU -*, WT/DS160/ARB25/1 (November 9, 2001), para.

(US) (Article 22.6 - EC) 사건에서 중재인은 보복조치의 수준과 무효화 또는 침해의 수준을 모두 양적으로 제시할 것을 요구했다.[118] 그리고 미국이 제시한 품목의 양적으로 계산된 무역 규모의 총합("total trade value")이 무역 침해의 수준을 초과하지 않도록 상품을 선택하여야 한다고 하였다.[119]

질적인 의미에서 상응하는 보복조치가 최초로 요청된 사건은 *US - 1916 Act (EC) (Article 22.6 - EC)* 사건이었다.[120] 중재인은 질적인 의미에서 무효화 또는 침해의 수준과 상응하는 수준의 보복조치를 요청하는 것 자체로 DSU 제22조에 위반되는 것은 아니라고 판단하였다.[121] 다만 질적으로 상응하는 보복조치가 WTO 협정에 합치하는지 여부를 판단함에 있어서는 추상적인("in the abstract") 방식이 아니라 실제로 어떤 보복조치가 취해지는지 보는 방식을 따라야 한다고 하였다.[122] 만약 보복조치의 수준이 무효화 또는 침해의 수준을 초과한다면 이는 DSU 제22.4조가 금지하는 징벌적("punitive") 제재에 해당하게 된다.[123] 그리고 이러한 방식을 따르기 위해서는 무효화 또는 침해의 수준을 숫자나 화폐 단위로("in numerical or monetary terms") 나타낼 수 있어야 한다.[124]

중재인은 무효화 또는 침해의 수준과 보복조치의 수준이 동등한지 평가해야 하지만, 보복조치의 성격을 검토할 수는 없다고 한다.[125] 또한

3.18.

118) Decision by the Arbitrators, *EC - Hormones (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 20.

119) *Ibid*, para. 21.

120) Decision by the Arbitrators, *US - 1916 Act (EC) (Article 22.6 - US)*, para. V.17.

121) *Ibid*, para. V.21.

122) *Ibid*.

123) *Ibid*, para. V.22.

124) *Ibid*, para. V.23.

125) Decision by the Arbitrators, *EC - Hormones (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 18.

보복조치의 수준은 대부분의 경우에는 단일한 수준, 혹은 고정된 액수로 결정되는 것이 적절할 것이나 중재인은 반드시 그런 것은 아니라고 판단했다.[126] 즉 매년 수준이 변하는 가변적인 보복조치도 그것이 정당화될 수 있고 예측가능성을 저해하지 않는다면 가능하다고 한다.[127]

과거 GATT 1947 체제 하에서도 보복조치의 동등성에 대한 판단이 이루어진 바 있다. *Netherlands Action under Article XXIII:2 to Suspend Obligations* 사건에서 작업반은 네덜란드가 겪은 침해의 동등성을 참고해("having regard to") 보복조치의 적절성("appropriateness")을 조사할 권한을 부여받았다.[128] 이때 적절성의 의미에 대해 작업반은 보복조치가 그 성격상 적절하고("appropriate") 합리적인("reasonable") 것이라고 표현했다.[129] 그러나 *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)* 사건의 중재인은 DSU 제22.4조와 제22.7조의 동등성은 이보다 훨씬 엄격한 잣대를 요구한다고 보았다.[130] DSU 제22.4조와 제22.7조가 명시적으로 무효화 또는 침해의 수준과 보복조치의 수준 간 동등성을 요구하고 있기 때문이다.[131]

---

126) WTO Arbitration Decision, *United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Original Complaint by Korea) - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU -*, WT/DS217/ARB/KOR (August 31, 2004), para. 4.21.

127) *Ibid*, para. 4.20.

128) Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 6.4.

129) *Ibid*.

130) *Ibid*.

131) *Ibid*.

제 3 장 무효화 또는 침해의 재해석

이상에서 보복조치의 수준이 정해지는 절차와 이때 요구되는 동등성 요건을 살펴보았다. 그렇다면 보복조치가 국가책임법과 어떻게 다른지 살펴보기 위해 구체적으로 언제 발생한 무효화 또는 침해가 보복조치의 대상이 되는지, 즉 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간(reference period)과, 그와 같은 보복조치를 언제부터 취할 수 있는지, 즉 보복조치의 시작점(starting point)에 대한 답을 DSU에서 찾고자 한다. 그리고 그 방법은 DSU에 대한 해석이 될 것이다. DSU에 대한 해석이 필요한 이유는, 이에 대해 DSU에 명확하게 규정되어 있지 않기 때문이다. 이는 이미 DSU 제22.6조에 따른 판정례에서도 확인된 바 있다.[132] 또한 2011년 1월에 진행된 분쟁해결기구 특별세션(Special Session of the Dispute Settlement Body)에서 참가자들은 무효화 또는 침해 수준을 어느 시점부터 계산해야 하는지와 관련하여, 현 DSU 하에서 어떻게 규정되어 있는지, 그리고 어떤 시점을 시작점으로 삼는 것이 바람직할지에 대해서 견해가 일치하지 않는다는 점을 확인하기도 하였다.[133]

이에 따라 이 장에서는 우선 현 DSU 하에서 어떻게 규정되어 있는지 해석하고, 이를 토대로 다음 장에서 국가책임법과 합치시킬 방안을 모색하고자 한다. 현 DSU 하에서 어떻게 규정되어 있는지 밝히는 데는 조약법에 관한 비엔나 협약에 구체화된 조약의 해석에 관한 관습국제법의 원칙을 따르고자 한다.

---

132) Decision by the Arbitrator, *US - Tuna II (Mexico)*, para. 4.14.

133) TN/DS/25 (April 21, 2011), p. B-12. "The discussions confirmed differences of view on [the starting point for the calculation of the level of nullification or impairment], both in terms of what is currently provided for under the existing DSU rules, and as to what would be desirable."

제 1 절 최근 판정례의 형성

현 DSU 하에서 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간 및 보복조치의 시작점에 관해 어떻게 규정되어 있는지 밝히기 전에, 우선 2015년 이후 내려진 최근 판정례가 이 문제를 어떻게 보고 있는지 살펴보고자 한다. 최근 판정례를 조망하는 이유는, 2000년대에 활발하게 진행된 DSU 개선 논의를 정리한 개정안이 2011년 4월에 보고되어, 그 이후의 판정례에 위 개선 논의가 반영되지 않았을까 기대되기 때문이다. 특히 2009년과 2015년 사이에는 판정례가 없는 반면 2015년부터 다수의 판정례가 다시 보고되기 시작해, 2009년 이전의 판정례와 다르게 2015년 이후의 판정례는 DSU 개선 논의의 영향을 받았을 가능성이 높다.

1. *US - COOL (Article 22.6 - United States)* (DS384/DS386)[134]

캐나다는 2008년 12월 1일, 멕시코는 2008년 12월 17일 미국의 원산지 표기 규정(Country of Origin Labelling, COOL)이 WTO 협정에 위반된다며 협의를 요청하였다. 이후 캐나다의 협의 요청과 멕시코의 협의 요청은 병합되었고 패널 심리로 넘어가게 되었다. 2011년 11월 18일 회람된 패널 보고서와 2012년 6월 29일 회람된항소기구 보고서는 미국의 조치가 TBT 협정, GATT 1947을 위반하였다고 판단하였다. 미국은 합리적 이행기간 부여를 요청하였고, DSU 제21조 3항 (c)호에 따른 중재에 의해 미국은 항소기구 보고서 채택일로부터 10개월, 즉 2013년 5월 23일까지의 합리적 이행기간을 부여받았다.

캐나다와 멕시코는 이후 2013년 8월 19일 이행 심사 패널 설치를 요

134) United States - Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements, <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds384_e.htm> (2021. 10. 27. 최종방문).

청하였다. 2014년 10월 20일에 회람된 이행 심사 패널 보고서는 미국의 수정된 조치가 여전히 TBT 협정 제2.1조와 GATT 1947 제III:4조에 위반된다고 판단하였다. 2015년 5월 18일 회람된 이행 심사 항소기구 보고서 역시 패널의 판단을 지지했으며, 다만 패널의 TBT 제2.2조 위반 여부에 대한 판단을 파기했지만 직접 그 판단에 나아가지는 않았다.

이에 두 나라는 2015년 6월 4일 보복조치에 관한 수권을 요청하였다. DSU 제22.6조에 따른 중재를 맡은 원패널의 보고서는 2015년 12월 7일 회람되었다. 이 보고서는 미국의 조치가 합리적 이행기간 종료일에 철회된 가정적 상황의 수출 수익과 실제 수출 수익의 차이로 계산한 수출 수익 손실을 캐나다와 멕시코의 무효화 또는 침해의 수준으로 보았다.[135] 이때 기준 기간은 캐나다의 경우 2013년 11월 23일부터 2014년 11월 23일까지, 멕시코의 경우 2014년 1월 1일부터 같은 해 12월 31일까지였다.[136] 위와 같이 계산된 캐나다와 멕시코의 무효화 또는 침해의 수준은 각각 CAD 1,054,729,000, USD 227,758,000였으며,[137] 이를 초과하지 않는 범위 내의 보복조치를 할 권한을 부여받았다.[138]

2. *US - Tuna II (Mexico) (Article 22.6 - US)* (DS381)[139]

멕시코는 2008년 10월 24일 미국의 돌고래 보호 관련 조치가 WTO

---

135) Decision by the Arbitrators, *US - COOL (Article 22.6 - United States)*, para. 6.27.

136) *Ibid*, n. 68.

137) *Ibid*, paras. 6.81, 6.82.

138) *Ibid*, para. 7.1.

139) United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm> (2021. 10. 27. 최종방문).

협정에 위반된다며 협의를 요청하였다. 이후 설치된 패널과 이어서 사건을 심리한 항소기구는 2011년 9월 15일, 2012년 5월 16일 각 회람된 보고서에서 모두 미국의 조치가 TBT 협정에 위반된다고 판단하였다.

미국과 멕시코는 항소기구 보고서가 채택된 날로부터 13개월 후인 2013년 7월 13일까지의 합리적 이행기간에 합의하였다. 그러나 합리적 이행기간 종료 후인 2013년 11월 14일 멕시코는 이행 심사 패널의 설치를 요청하였고, 이행 심사 패널은 2015년 4월 14일 회람된 보고서에서 미국의 수정된 조치가 TBT 협정 제2.1조, GATT 1947 제I:1조, 제III:4조에 위반된다고 판단하였다. 이행 심사 항소기구도 패널의 판단이 일부 잘못되었지만 수정된 조치는 여전히 TBT 협정과 GATT 1947에 위반된다고 판단하였고, 이와 같은 내용의 이행 심사 항소기구의 보고서가 2015년 11월 20일 회람되었다.

이에 멕시코는 2016년 3월 10일 보복조치의 수권을 요청하였다. 중재인은 2017년 4월 25일 회람된 보고서에서 기준 기간인 2014년에 멕시코의 무효화 또는 침해된 이익이 USD 163,230,000였다고 판단하였다.[140] 그리고 매년 이를 초과하지 않는 범위 내의 보복조치를 요청할 수 있다고 하였다.[141] 위 액수를 계산함에 있어 중재인은 실제 수출액과 합리적 이행기간의 종료일에 미국이 WTO 협정 위반 조치를 철회한 가정적 상황의 수출액을 비교하는 방법을 사용하였다.[142] 특히 기준 기간에 대해 미국은 중재 판정과 가장 가까운 연도인 2015년을 사용하자고 주장하였으나,[143] 중재인은 2014년이 합리적 이행기간 종료 직후의 연도로서 미국의 조치가 철폐됨에 따른 단기적 영향을 평가하기 가장 적절하다는 점을 들어[144] 위 주장을 배척하고 합리적 이행기간 종료일의 바로 다음해

---

140) Decision by the Arbitrators, *US - Tuna II (Mexico) (Article 22.6 - US)*, para. 6.77.

141) *Ibid*, para. 7.1.

142) *Ibid*, para. 4.10.

143) *Ibid*, para. 4.15.

144) *Ibid*, para. 4.17.

인 2014년 한 해를 기준으로 삼았다.[145]

3. *US - Washing Machines (Article 22.6 - US)* (DS464)[146]

2013년 8월 29일 한국은 미국의 한국산 세탁기에 대한 반덤핑과세 및 상계관세 부과에 대해 협의를 요청하였다. 패널과 항소기구는 2016년 3월 11일과 2016년 9월 7일 각각 회람된 보고서에서 미국의 조치가 1994년도 관세 및 무역에 관한 일반협정 제6조의 이행에 관한 협정, 보조금 및 상계조치에 관한 협정, GATT 1947에 위반된다고 판단하였다.

이후 DSU 제21.3조 (c)호에 의한 중재판정에서 미국의 합리적 이행기간은 항소기구 보고서 채택일로부터 15개월 후인 2017년 12월 26일로 주어졌다. 이어서 한국은 2018년 11월 11일 보복조치의 수권을 요청하였다. DSU 제22.6조에 의해 개시된 중재 절차에서 중재인은 미국의 조치를 as applied와 as such로 나누어 보복조치를 수권하였다. 즉, as applied의 경우 합리적 이행기간 종료시점에 조치가 철회되는 경우가 아니라 WTO 협정에 합치되는 조치가 실행되는 경우를 가정적 상황으로 삼았다.[147] 이를 바탕으로 합리적 이행기간의 종료시점이 포함된 2017년 한 해를 기준 기간으로[148] 반덤핑과세로 인한 무효화 또는 침해는 USD

---

145) *Ibid*, para. 4.20.

146) United States - Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea, <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds464_e.htm> (2021. 10. 27. 최종방문).

147) WTO Arbitration Decision, *United States - Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea - Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States -*, WT/DS464/ARB (February 8, 2019)(이하 "Decision by the Arbitrator, *US - Washing Machines (Article 22.6 - US)*"), paras. 3.24, 3.32, 3.41.

148) *Ibid*, para. 3.43.

74,400,000, 상계관세로 인한 무효화 또는 침해는 USD 10,410,000로 계산해 매년 이에 상응하는 보복조치를 수권하였다.[149] As such의 경우에는 무효화 또는 침해에 대한 구체적인 자료가 없으므로 우선 0의 관세를 부여하는 상황이 가정적 상황으로 상정되었다.[150] 또한 구체적인 액수를 제시하는 대신 무효화 또는 침해의 수준을 산정할 수 있는 수식을 제시하고, 이에 따른 보복조치를 수권하였다.[151] 무효화 또는 침해의 수준 산정을 위한 기준 기간은 경우를 나누어 제시되었는데, (1) 미국이 WTO 협정에 위반되는 조치를 장래의 행정 검토에 사용하는 경우에는 2017년, (2) 미국이 합리적 이행기간 종료 후 새로운 반덤핑조사를 하는 경우에는 협정에 위반되는 조치를 적용한 때의 직전년도라고 한다.[152]

4. *EC and certain member States - Large Civil Aircraft* (Article 22.6 - EU) (DS316)[153]

미국은 2004년 10월 6일 독일, 프랑스, 영국, 스페인, EC를 상대로 보조금 및 상계조치에 관한 협정, GATT 1947에 위반되는 보조금을 지급했다며 협의를 요청하였다. 패널은 문제된 보조금 중 금지된 수출보조금에 해당하는 부분은 90일 내에 철회되어야 하며, 그 외 조치가능보조금에 대하여는 적절한 조치가 취해져야 한다고 판단하였고, 이와 같은 내용의 보고서가 2010년 6월 30일 회람되었다. 한편 2011년 5월 18일 회람된 항소기구 보고서는 보조금 중 일부가 금지보조금에 해당한다는 패

149) *Ibid*, para. 5.1.
150) *Ibid*, para. 4.21.
151) *Ibid*, para. 5.2.
152) *Ibid*, para. 4.113.
153) European Communities and Certain member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds316_e.htm> (2021. 10. 27. 최종방문).

널의 판단을 파기하였으며, 그 외 조치가능보조금에 대하여는 패널의 판단을 유지하였다.

보조금 및 상계조치에 관한 협정 제7.9조에 따라 EU는 항소기구 보고서 채택일로부터 6개월 후인 2011년 12월 1일까지 합리적 이행기간이 주어졌다. 미국은 같은 달 9일 미이행을 이유로 EU를 상대로 DSU 제21.5조에 근거한 협의를 요청하였다. 이후 설치된 이행 심사 패널은 2016년 9월 22일 EU가 불이행하였다는 판단이 담긴 보고서를 제출하였고, 2018년 5월 15일 회람된 이행 심사 항소기구 보고서도 패널의 일부 결정을 뒤집었지만 EU가 의무를 일부 불이행했다는 점에서는 결론을 같이 하였다.

미국은 2011년 12월 9일 이미 보복조치를 수권해줄 것을 요청하였지만, 미국과 EU는 2012년 1월 19일 공동으로 분쟁해결기구가 EU의 이행 여부를 판단할 때까지 DSU 제22.6조에 의한 중재절차를 중단할 것을 요청하였다. 이후 위에서 본 바와 같이 EU가 불이행했다는 것으로 판단되자 중재절차가 재개되었고, 중재인은 2019년 10월 2일 회람된 보고서에서 미국이 2011년부터 2013년까지 받은 연평균 부정적 효과인 USD 7,496,623,000에 상응하는 보복조치를 수권하였다.[154] 위 액수는 2011년 12월부터 2013년 12월까지의 부정적 효과의 총액을 계산한 후 여기에 12/25를 곱해 2013년 한 해 동안 존재한 부정적 효과를 계산하는 방식으로 도출되었다.[155]

5. *US - Anti-Dumping Methodologies (China) (Article 22.6 - US)* (DS471)[156]

154) Decision by the Arbitrators, *EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EC)*, para. 9.2.

155) *Ibid*, paras. 6.499, 6.500.

156) United States - Certain Methodologies and their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China, <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds471_e.htm> (2021. 10. 27.

중국은 2013년 12월 3일 미국의 반덤핑 조사가 1994년도 관세 및 무역에 관한 일반협정 제6조의 이행에 관한 협정 및 GATT 1947에 위반된다며 협의를 요청하였다. 이후 설치된 패널은 2016년 10월 19일 회람된 보고서에서 중국의 주장을 일부 받아들였고, 항소기구도 중국의 항소를 일부 받아들였다. 항소기구 보고서는 2017년 5월 11일 회람되었다.

이후 중재를 통해 미국은 항소기구 보고서 채택일로부터 15개월, 즉 2018년 8월 22일까지의 합리적 이행기간을 부여받았다. 중국은 2018년 9월 9일 미국이 분쟁해결기구의 권고와 결정을 불이행했다며 보복조치의 수권을 요청하였다. 중재인은 2017년을 기준 시기로 삼아[157] 중국의 무효화 또는 침해된 이익이 USD 3,579,128,000라고 판단해 매년 같은 액수를 한도로 보복조치를 수권하였다.[158] 위와 같은 내용의 결정문이 2019년 11월 1일 회람되었다.

6. *US - Large Civil Aircraft (2nd Complaint) (Article 22.6 - US)* (DS353)[159]

EC는 2005년 6월 27일 미국이 자국 항공기 업체에 금지보조금 및 조치가능보조금을 제공했다며 협의를 요청하였다. 패널과 항소기구는 각각 2011년 3월 31일과 2012년 3월 12일 제출한 보고서에서 EU의 주장을 일부 받아들였다. 보조금 및 상계관세에 관한 협정 제7.9조에 따라 미국

최종방문).

157) WTO Arbitration Decision, *United States - Certain Methodologies and their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China - Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United Sttaes -*, WT/DS471/ARB (November 1, 2019), para. 4.2.

158) *Ibid*, para. 8.1.

159) United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Second Complaint, <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds353_e.htm> (2021. 10. 27. 최종방문).

에게는 항소기구 보고서 채택일로부터 6개월 후인 2012년 9월 23일까지의 합리적 이행기간이 주어졌다.

그러나 EU는 미국이 분쟁해결기구의 권고와 결정을 불이행했다며 2012년 9월 25일 다시 협의를 요청하였다. 이행 심사 패널은 2017년 6월 9일 회람된 보고서에서 미국이 보조금 및 상계관세에 관한 협정 제7.8조에 따른 의무를 이행하지 않았다고 판단했으며, 이행 심사 항소기구 역시 2019년 3월 28일 회람된 보고서에서 이행 심사 패널의 판단을 일부 파기하면서도 미국이 의무를 불이행하였다는 데에는 동의하였다.

이 사건에서도 EU는 합리적 이행기간 종료일 직후인 2012년 9월 27일 이미 보복조치의 수권을 요청하였으나, EU와 미국은 2012년 11월 27일 공동으로 이행점검에 대한 판정이 완료될 때까지 중재절차를 중단할 것을 요청하였고, 위 요청은 받아들여졌다. 이후 이행점검 판정이 완료되자 EU는 2019년 6월 5일 중재절차의 재개를 요청하였고, 재개된 절차를 거쳐 중재인은 2012년 9월부터 2015년 9월까지의 36개월을 기준 기간으로 삼아[160] EU가 매년 USD 3,993,212,564에 상응하는 보복조치를 취할 수 있음을 승인하였다.

제 2 절 해석의 일반규칙에 따른 재검토

위에서 살펴본 최근의 판정례에 따르면, 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. 즉, 최근 판정례는 합리적 이행기간 종료 직후의 기간을 기준으로 무효화 또는 침해의 수준을 계산하며, 이와 같이 계산된 수준에 상응하는 보복조치를 분쟁해결기구에 의한 승인 이후에 취하도록 한다는 것이다. 분쟁해결기구에 의한 승인 이후에야 보복조치를 취할 수 있도록

160) WTO Arbitration Decision, *United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint) - Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States -*, WT/DS353/ARB (October 13, 2020) (이하 "Decision by the Arbitrator, *US - Large Civil Aircraft (2nd complaint) (Article 22.6 - US)*"), para. 6.61.

한다는 것은 보복조치가 철저히 장래효의 성격만을 갖는다는 것을 의미하기도 한다.

이하에서는 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조에 구체화된 관습국제법의 원칙을 동원해 현 WTO 협정 하에서 허용되는 보복조치의 범위를 도출하고자 한다. 그리고 이와 같은 작업을 통해 판정례의 태도가 타당한지 검증한다.

1. “무효화 또는 침해”의 통상적 의미

DSU 제22.4조에 따라 보복조치의 수준은 무효화 또는 침해의 수준과 동등해야 한다. 따라서 보복조치의 수준을 결정하는 데 있어 가장 중요한 것은 바로 무효화 또는 침해라는 용어의 의미일 것이다.

우선 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조는 문언의 통상적 의미를 해석의 출발점으로 제시하고 있다.[161] nullification의 사전적 정의는 “reduction to nothing”, impairment의 사전적 정의는 “the action of impairing”, “fact of being impaired”, “deterioration”, “injurious lessening or weakening”이고, impair의 사전적 정의는 “to make worse, less valuable, or weaker”, “to lessen injuriously”, “to damage, injure”이다.[162] 이때 무효화 또는 침해의 대상에 대해서는 GATT 1947 제XXIII:1조에서 “이 협정 하에서 직접적 또는 간접적으로 자신에게 발생되는 이익이 무효화되거나 침해되고 있거나(any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired)”라고 하고 있으므로 협정 하에서의 모든 직접적 내지 간접적 이익을 대상으로 하고 있음을 알 수 있다. 그렇다면 무효화 또는 침해라는 문언의 통상적 의미는 협정에 따라 직접적 혹은 간접적으로 발생하는

161) 정인섭, 앞의 책, 335면.

162) Oxford English Dictionary(<https://www.oed.com/> (2021. 10. 27. 최종방문)) 참조.

모든 이익이 전혀 없게 되거나 적어도 감소하는 것을 가리킨다고 볼 수 있다.

한편 보복조치의 수준에 대해서는 GATT 1947이나 DSU에서 정확한 지침을 제공하지 않고 있다. GATT 1947은 제XXIII:2조에서 "체약당사자단이 동 상황하에서 적절하다고 결정하는" 양허 또는 그밖의 의무의 적용을 정지할 수 있다고 규정할 뿐이다.[163] DSU 제22.4조도 양허 또는 그 밖의 의무의 정지의 수준은 무효화 또는 침해의 수준에 상응해야 한다고만 정하고 있다.[164]

사실 "무효화 또는 침해"라는 개념이 모호하다는 점은 GATT 초기부터 지적되고 있었다. "무효화 또는 침해"라는 개념은 하바나 헌장 제93조에 처음 포함되었고 약간의 문언 수정을 거쳐 GATT에 도입되었다.[165] 그러나 무효화 또는 침해의 수준을 측정하는 방법은 DSU 제22조에 제시되어 있지 않다.[166] 그리고 그 개념의 모호성에도 불구하고 이후 이를 명확하게 정의한 WTO 협정이나 분쟁해결기구의 보고서는 찾기 힘들다.[167] 그 결과 중재인들은 비례성을 평가할 방법을 매번 스스로 선택해야만 했다.[168] 다만 입안 당시 예측할 수 없었던 상황에서도 의무간 균형을 유지하기 위해 "무효화 또는 침해"라는 구절이 포함될 수밖에

---

163) [...] If the CONTRACTING PARTIES consider that the circumstances are serious enough to justify such action, they may authorize a contracting party or parties to suspend the application to any other contracting party or parties of such concessions or other obligations under this Agreement as they determine to be appropriate in the circumstances. [...]

164) 앞의 각주 12번 참조.

165) Shadikhodjaev, Sherzod, *Retaliation in the WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International (2009), p. 84.

166) Sebastian, *supra* note 36, p. 343. 같은 논문의 n. 36에서는 다음과 같이 John H. Jackson의 말을 인용하고 있다. "Clearly the most troublesome concept in Article XXIII is the concept of nullification and impairment. These items have been variously defined and may be so imprecise as to admit of no satisfactory definition."

167) Shadikhodjaev, *supra* note 165, p. 84.

168) Sebastian, *supra* note 36, p. 344.

없었다는 지적도 있다.[169]

무효화 또는 침해라는 개념에 대해 직접적인 정의를 시도한 것은 아니지만, 보복조치의 동등성 요건에 대한 연구에서는 보복조치의 수준과 비교되어야 할 무효화 또는 침해의 수준에 대한 분석이 이루어지기도 하였다. 강수미(2013)는 보복조치의 중재인이, 무효화 또는 침해를 "위반행위의 결과로서의 경제적 손해"로 보았고, 그 중에서 직접적이고 증명할 수 있는 구체적인 손해만이 포함된다고 분석했다.[170] 그러나 이와 같은 중재판정의 태도는 보복조치의 범위를 지나치게 축소하는 것이다. GATT 1947 제XXIII조는 간접적으로 자신에게 발생되는 이익이 무효화되거나 침해되고 있다고 인정하는 경우에도 보복조치를 취할 수 있다고 정하고 있기 때문이다.

그렇다면 GATT 1947 제XXIII:2조와 DSU 제22.4조의 문언에 비추어볼 때, 보복조치의 수준이 상응해야 하는 무효화 또는 침해의 수준은 다음과 같이 해석할 수 있을 것이다. 우선 첫째는, 특정 시점 이후 발생한 모든 무효화 또는 침해를 포괄하는 것이다. 여기서 특정 시점이란 조치를 취하기 시작한 시점이 될 수도 있고, 그 이후에 협의를 요청한 시점, 패널 설치를 요청한 시점, 합리적 이행기간이 종료한 시점도 될 수 있다. 이는 무효화 또는 침해의 총량에 초점을 맞추는 것이다. 이렇게 해석하는 경우 보복조치는 사실상 손해배상의 성격을 갖게 될 것이다.

둘째는 일정 기간 동안 취해질 보복조치의 수준이 일정 기간 동안 발생한 무효화 또는 침해의 수준과 같아야 한다고 해석하는 것이다. 예를 들어 1년 동안 취할 보복조치의 수준을 1년 동안 발생한 무효화 또는 침해의 수준까지만 허용하는 것이다. 이는 무효화 또는 침해의 총량이 아니라 변화량에 초점을 맞추는 것이다. 무효화 또는 침해의 총량을 미

---

169) Roessler, Frieder, "The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization", *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International (1997), p. 127.

170) 강수미, "WTO 보복조치의 동등요건에 관한 연구", 중재연구 제23권 제2호 (2013), 101-102면.

분하는 것에 비유할 수 있다. 이 경우 보복조치를 통한 손해의 배상은 포기하게 된다. 그런데 두 번째 해석에 따를 경우, 무효화 또는 침해의 수준을 산정할 기준 기간이 문제된다. 장기간에 걸쳐 발생한 무효화 또는 침해를 1년 단위로 환산할 수도 있고, 특정 시점을 선택해 그때 발생한 무효화 또는 침해를 단기적으로 포착하는 방법도 있을 것이다.

GATT 1947이나 DSU의 문언만으로는 위와 같이 가능한 두 가지 해석 중 어떤 것이 가장 적절한지 가려내기 어려우므로, 조약의 대상과 목적, 문맥에 비추어 이를 판단하고자 한다.

2. 보복조치의 대상 및 목적

(1) 목적에 위배되는 손해배상의 금지

이처럼 문언의 통상적 의미만으로는 무효화 또는 침해의 개념을 규정하거나 보복조치의 소급효에 대한 답을 얻기 어려워 보인다. 그렇다면 조약의 대상 및 목적을 고려하여 통상적 의미를 찾아야 할 것이다.[171] 특히 앞서 본 두 가지 해석 중 어떤 것이 대상 및 목적과 더 부합하는지 볼 것이다.

보복조치의 목적에 대해서는 지금까지 다양한 분석이 시도되었다. 우선 중재판정의 입장은 앞서 본 것처럼 보복조치는 이행을 유도하기 위한 임시적 성격의 조치라는 것이다.[172] Pauwelyn(2000)은 의무의 위반 그 자체가 아니라, 권리, 의무, 무역 양허로 구성된 이익의 협상된 균형을 무너뜨리는 것이 보복조치의 대상이라고 한다.[173] 앞서 본 것처럼 보복이 국가간 협정의 이행을 담보하기 위한 가장 효과적인 수단이라는 견해도 있다.[174] 반면 Sebastian(2007)은 보복조치의 목적이 객관적 제3자

171) 정인섭, 앞의 책, 336면.

172) 앞의 제2장 제1절 참조.

173) Pauwelyn, *supra* note 29, p. 340.

에 의해 보복조치가 통제되도록 함으로써 보복조치의 순환을 방지하는 데 있다고 결론짓는다.[175]

DSU는 전문(preamble)이 없으므로 DSU의 본문을 통해 알 수 있는 그 대상과 목적을 통해 위 두 가지 해석 중 하나를 택해야 밝혀야 할 것으로 보인다. DSU는 보복조치의 목적이 협정에 합치되는 조치를 이끌어 내기 위함이라고 거듭 강조하고 있다. 우선 DSU 제3조에서 General Provisions라는 표제 하에 보상은 임시적인 조치이며 보복조치는 최후의 수단이어야 한다고 강조하고 있다.[176] 이어서 DSU 제22.1조는 1문에서 보복조치가 임시적 조치라고 선언하고 있고,[177] 제22.8조에서 다시 일시적으로 적용되어야 한다고 밝히고 있다.[178] 여기서 주목해야 할 부분은 DSU 제22.8조가 보복조치는 피소국이 의무를 이행할 때까지만 적용되어야 한다고 규정한 점이다. 제2장 제2절에서 본 보복조치의 허용 가능한 최대기간은 협정 위반 조치의 지속적인 영향이 아니라 피소국의 이행 상황에 따라 결정된다[179]는 판정례의 입장도 이를 반영한다고 볼 수 있다. 이는 무효화 또는 침해의 수준이라는 문언의 의미 중 첫 번째 가능성,

---

174) 정기창, 앞의 논문, 50면.

175) Sebastian, *supra* note 36, pp. 379-380.

176) 7. [...] The provision of compensation should be resorted to only if the immediate withdrawal of the measure is impracticable and as a temporary measure pending the withdrawal of the measure which is inconsistent with a covered agreement. The last resort which this Understanding provides to the Member invoking the dispute settlement procedures is the possibility of suspending the application of concessions or other obligations under the covered agreements [...] subject to authorization by the DSB of such measures.

177) Compensation and the suspension of concessions or other obligations are temporary measures available in the event that the recommendations and rulings are not implemented within a reasonable period of time. [...]

178) The suspension of concessions or other obligations shall be temporary and shall only be applied until such time as the measure found to be inconsistent with a covered agreement has been removed, [...].

179) Decision by the Arbitrator, *EC and member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EU)*, para. 6.49.

즉 조치가 시행된 이후 발생한 모든 무효화 또는 침해를 포괄하는 것을 배제한다. 왜냐하면 만약 모든 무효화 또는 침해에 상응하는 보복조치를 취하게 함으로써 사실상 손해배상을 도입하는 것이 DSU의 목적이었다면, 보복조치의 종료 시점이 피소국의 이행 여부와는 관계없이 정해졌을 것이기 때문이다. 손해배상을 도입하는 것이 목적이었다면 보복조치의 수준이 무효화 또는 침해의 수준에 다다를 때까지 보복조치를 허용했을 것이다. 따라서 DSU 제22.8조에서 드러나는 DSU의 목적에 비추어볼 때 손해배상을 도입하는 해석은 배제되어야 한다.

(2) 목적 달성을 위한 기준 기간의 장단

그렇다면 남은 경우의 수는 일정 기간 동안 취해질 보복조치의 수준을 일정 기간 동안 발생한 무효화 또는 침해의 수준과 일치시키는 것으로 해석하는 것이다. 앞서도 밝혔듯이 이 경우 무효화 또는 침해의 수준을 계산할 기준 기간이 문제된다.

우선 이 기준 기간을 비교적 길게 잡아 장기적인 영향을 반영해야 할지, 혹은 짧게 잡아 단기적인 영향만 고려해야 할까? 이는 결국 인과관계의 문제로 귀결된다고 보인다. 앞서 제2장 제3절에서 보았듯 무효화 또는 침해의 산정은 주로 가정적 상황(counterfactual situation)과 비교하는 방식에 의해 수행된다. 구체적으로는, 기준 기간 이외의 기간의 가격, 수량 등 값의 데이터로부터 추세선을 그린 뒤, 그 추세선에 의할 때 기준 기간에 있었을 것으로 예상되는 값, 즉 가정적 상황 하에서의 값을 구한다. 그리고 이를 기준 기간에서의 실제 값과 비교하는 회귀분석의 방식으로 이루어진다. 이렇게 함으로써 기준 기간에서 발생한 사건이 가격이나 수량 등에 미치는 영향을 계량화할 수 있다. 그런데 이때 기준 기간을 지나치게 길게 설정하게 되면, 기준 기간에서 발생한 사건뿐만 아니라 다른 사건들까지 기준 기간의 값에 영향을 주게 된다. 따라서 위와 같은 회귀분석 방식에서 기준 기간에 발생한 사건이 기준 기간에서의

실제 값에 미치는 영향이 희석되고, 결국 기준 기간에 발생한 사건의 인과적 영향을 측정하기가 어려워진다.

GATT 1947 제XXIII:1조에 의하면 협정에 위반된 조치의 결과로 인해 발생한 무효화 또는 침해만이 분쟁의 대상이 된다.[180] 그렇다면 무효화 또는 침해 수준의 산정에 있어 기준 기간에 발생한 사건, 즉 협정에 위반된 조치와 인과관계가 있는 무효화 또는 침해를 측정하기 위해서는 그 기준 기간을 보다 짧게 설정해 단기적인 영향만 고려하는 것이 필요하다.

기준 기간을 짧게 설정한다고 할 때, 그 다음으로는 구체적으로 어떤 기간을 선택할 것인지 문제된다. 그러나 DSU의 대상과 목적만으로는 이 문제에 답하기 어려우므로, 이하에서 DSU의 문맥을 통해 구체적으로 선택되어야 할 기준 기간을 탐색하고자 한다.

3. 합리적 이행기간과의 조화

(1) 보복조치를 야기하는 위법성의 발생 시점

조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 제2항에서 지적되어 있는 바와 같이 문맥에는 조약 본문 외에 전문(前文), 부속서, 그 조약 체결과 관련하여 전 당사국간의 합의, 당사국에 의하여 수락된 관련문서가 포함된다. 즉 "조약은 합의된 전체 내용이 종합적으로 해석되어야 하며, 특정부분

---

180) If any contracting party should consider that any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement is being nullified or impaired [...] *as the result of*
(a) the failure of another contracting party to carry out its obligations under this Agreement, [...]
the contracting party may [...] make written representations or proposals to the other contracting party or parties which it considers to be concerned. (emphasis added)

만을 따로 떼어 독립적으로 해석하여서는 아니" 되는 것이다.[181] 보복조치의 실시도 DSU 제21.3조에 규정된 합리적 이행기간과의 관계 속에서 이해되어야 한다.

우선 DSU 제21.3조에 의해 합리적 이행기간은 제소국과 피소국의 합의나 구속력 있는 중재에 의해 정해진다.[182] 그리고 DSU 제22.2조에 따라 합리적 이행기간 내에도 피소국이 이행하지 않았을 때에만 비로소 제소국이 보복조치를 취할 수 있다.[183] 이로부터 보복조치의 대상이 되는 무효화 또는 침해는 피소국이 처음에 취한, 협정에 위반되는 조치로 인한 것이 아니라는 점을 알 수 있다. 만약 그럴 의도였다면 협의를 요청함과 동시에, 혹은 패널 설치를 요청함과 동시에 보복조치를 취할 수 있도록 규정했을 것이기 때문이다. 이는 협정 위반 여부 판단 국면과 보복조치 수권 국면을 구분하는 분쟁해결기구의 기존 입장에 의해서도 뒷받침된다. *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)* 사건에서 중재인은 WTO 협정 위반 여부에 대한 판단과 보복조치의 적정성에 대한 판단은 별개의 절차이므로 GATT 1947 위반으로부터 무효화 또는 침해의 존재를 추정하는 DSU 제3.8조는 DSU 제22조에 따른 중재 절차에서 증거가 될 수 없다고 하였다.[184]

하지만 그와 다르게 DSU 제22.2조는 보복조치를 취할 수 있는 시점을 합리적 이행기간 종료 후로 정하였다. 따라서 보복조치의 대상이 되는 것은 피소국이 분쟁해결기구의 결정이나 권고를 이행하지 않음에 따라 발생하는 무효화 또는 침해인 것이다. 즉 합리적 이행기간 종료 시점

181) 정인섭, 『조약법 강의』, (박영사, 2016), 177-178면.

182) 합리적 이행기간에 대해서는 앞의 각주 80번 참조.

183) If the Member concerned fails to bring the measure found to be inconsistent with a covered agreement into compliance therewith [...] in the reasonable period of time determined pursuant to paragraph 3 of Article 21, such Member shall [...] enter into negotiations [...] with a view to developing mutually acceptable compensation.

184) Decision by the Arbitrators, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6 - EC)*, para. 6.10.

까지도 제각되지 않고 남은 위법성에 대해 보복조치를 취하는 것이다. 그리고 피소국의 결정 내지 권고 불이행과 인과관계 있는 무효화 또는 침해를 포착하기 위해서는, 합리적 이행기간 종료 시점 직후의 기간을 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간으로 삼아야 할 것이다.

그리고 위와 같은 이유로 분쟁해결기구에 의한 보복조치의 승인 시점 등 합리적 이행기간 종료 이후로부터 떨어진 시점도 적절하지 않다. 보복조치의 대상이 되는 위법성은 분쟁해결기구에 의한 보복조치 승인 시점이 아니라, 합리적 이행기간 종료시에 이미 발생했기 때문이다.

분쟁해결기구의 결정이나 권고가 당사자에게 의무를 발생시킨다는 점은 WTO 초기부터 인정되어왔다. Jackson(1997)은 채택된 패널 보고서가 체약당사국으로 하여금 이를 따르게 할 의무를 발생시킨다는 점은 GATT 체제 하에서의 관행과 DSU의 조문에 의해 뒷받침된다고 주장하기도 하였다.[185]

항소기구의 보고서에서도 이와 같은 태도를 발견할 수 있다. 즉, 보복조치의 대상이 되는 국가책임은 협정을 위반함으로써 곧바로 발생하는 것이 아니라 일단 패널과 항소기구를 통해 그 위법성이 확인되고, 그러한 위법성이 합리적 이행기간 종료 이후에도 제거되지 않은 경우에 비로소 발생한다는 것이다.[186] *US - Zeroing (EC) (Article 21.5 - EC)* 사건에서 항소기구는 합리적 이행기간이 결정된 경우, 분쟁해결기구의 권고와 결정을 따라야 할 의무가 늦어도 합리적 이행기간 종료 시점까지는 이행되어야 하고, WTO 협정을 위반한 상태가 합리적 이행기간 종료 시점 전에는 중단되어야 하는 장래효를 DSU 제21.3조가 내포한다고 하였다.[187] 아울러 항소기구는 *US - Upland Cotton (Article 21.5 -*

---

185) Jackson, John H., "The WTO Dispute Settlement Understanding - Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation", *American Journal of International Law* (1997), Vol. 91 Issue 1, pp. 62-63 참조.

186) 이재민, "최근 WTO 분쟁해결절차에서 확인된 국제법 기본원칙 및 법리", 국제법학회논총 제55권 제4호 (2010), pp. 200-201.

187) WTO Appellate Body Report, *United States - Laws, Regulations and*

Brazil) 사건에서 분쟁해결기구의 권고와 결정이 장래효를 가지는 이행의무를 발생시킨다고 판시하였음을 지적하였다.[188] 이에 대하여 "개념적으로는 WTO 협정 위반으로부터 자동적으로 국가책임이 발생하는 것으로 보아야" 한다는 비판도 있지만,[189] 적어도 현행 규정상으로는 보복조치의 대상이 되는 위법성이 합리적 이행기간 종료 시점에 발생한다고 보아야 할 것이다.

아울러 WTO 협정의 문맥의 일부를 구성하는 보조금 및 상계조치에 관한 협정도 중요한 근거를 제공한다. 동 협정 제7.9조와 제7.10조는 모두 "존재한다고 판정된 부정적 효과의 정도와 성격에 상응하는 (commensurate with the degree and nature of the adverse effects determined to exist)" 보복조치를 취할 수 있다고 규정한다. 이에 대해 *US - Large Civil Aircraft (2nd complaint) (Article 22.6 - US)* 사건의 중재인은 보복조치의 대상이 피소국이 이행하지 않은 분쟁해결기구의 권고와 판정의 대상이 된 보조금에 의해 합리적 이행기간 이후에 발생한 부정적 효과로 제한된다고 하였다.[190] 보조금 및 상계조치에 관한 협정에 대한 위와 같은 해석도 보복조치의 대상이 되는 위법성이 합리적 이행기간 종료 시점에 발생한다는 점을 뒷받침한다.

Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing") - Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities -, WT/DS294/AB/RW (May 14, 2009), para. 299. "When a reasonable period of time for implementation has been determined, Article 21.3 of the DSU implies that the obligation to comply with the recommendations and rulings of the DSB has to be fulfilled by the end of the reasonable period of time at the latest, and that the WTO-inconsistency has to cease by the end of the reasonable period of time with prospective effect."

188) *Ibid*, n. 406.

189) 이재민, 앞의 논문, 201면.

190) Decision by the Arbitrator, *US - Large Civil Aircraft (2nd complaint) (Article 22.6 - US)*, para. 6.34.

(2) *EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EU)* 사건의 의의와 한계

비록 DSU 제22조에 따른 보복조치는 아니지만, 보조금 및 상계조치에 관한 협정 제7.10조에 따른 보복조치가 실시된 사안에서 보복조치의 대상이 되어야 하는 무효화 또는 침해의 성질이 논의되었다. *EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EU)* 사건에서 EU는 2011년부터 2013년까지의 기간이 기준 기간으로 사용될 수 없다고 주장하였다.[191] 보조금 부과로 인한 부정적 효과가 2011년부터 2013년까지만 존재했을 뿐 2013년 이후에는 크게 감소했거나 존재하지 않았는데, 보복조치에 대한 승인은 2019년에 이루어졌기 때문이다.[192] 이에 대해 중재인은 보조금 및 상계조치에 관한 협정 제7.10조의 문언으로부터 EU의 주장에 대한 반박을 이끌어냈다. 해당 조항은 보복조치가 "존재한다고 판정된 부정적 효과"에 상응해야 한다고 정하고 있는데,[193] 이때의 판정은 이행 심사 절차에 따른 판정을 의미한다는 것이다.[194] 그리고 바로 이 판정이 합리적 이행기간 종료 직후의 기간인 2011년부터 2013년까지의 사실관계에 기초해있기 때문에 같은 기간이 보복조치 산정의 기준이 되어야 한다고 판단했다.[195] 이 사안에서는 보조금 및 상계조

---

191) Decision by the Arbitrator, *US - 1916 Act (EC) (Article 22.6 - US)*, para. 6.34.

192) *Ibid*, para. 6.35.

193) **AGREEMENT ON SUBSIDIES AND COUNTERVAILING MEASURES Article 7 Remedies**

10. In the event that a party to the dispute requests arbitration under paragraph 6 of Article 22 of the DSU, the arbitrator shall determine whether the countermeasures are commensurate with the degree and nature of the adverse effects determined to exist.

194) Decision by the Arbitrator, *US - 1916 Act (EC) (Article 22.6 - US)*, para. 6.43.

195) *Ibid*, para. 6.44.

치에 관한 협정에 “존재한다고 판정된”이라는 문언 덕분에 위와 같은 결론을 이끌어내기가 비교적 용이했을 것으로 보인다. DSU 제22.4조에는 위와 같은 문언이 없지만, 앞서 본 것처럼 보조금 및 상계조치에 관한 협정도 WTO 협정의 문맥을 구성한다. 따라서 보조금 및 상계조치에 관한 협정 하에서의 보복조치와 DSU에 따른 보복조치가 통일적으로 해석되어야 하고, 위와 같은 논리가 DSU에도 적용되는 것이 타당할 것으로 보인다.

위 사건에서 중재인은 더 나아가 이전의 판정례로부터 위와 같은 판단에 대한 근거를 찾고자 하였다. 위 사건의 중재인은 *US - Upland Cotton (Article 22.6 - US II)* 사건의 중재인이 피소국의 분쟁해결기구 결정 또는 권고 불이행에 따른 제소국의 피해를 결정해야 한다는 원칙에 착안해 피소국이 이행했어야 할 시점 직후의 기간을 기준으로 관련성 있는 영향을 계산하였다는 점을 상기하였다.[196] 여기에 더해 보복조치는 임시적인 조치이며 피소국이 신의칙에 따라 단기간 내에 이행하리라는 점을 고려하면 WTO 협정 위반에 따른 장기간에 걸친 영향이 아닌, 단기간의 영향만 평가해야 한다고 하였다.[197]

피소국이 신의칙에 따라 단기간 내에 이행할 것이므로 장기적인 영향을 고려되면 안 된다는 논리는 피소국의 권리가 아닌 의무를 존중한다는 점에서 다소 받아들이기 어렵다. 피소국은 신의칙에 따라 장기적인 영향을 면제받을 권리가 있는 것이 아니라, 신의칙에 따라 분쟁해결기구의 결정 또는 권고를 즉각 이행할 의무가 있는 것이기 때문이다.

아울러 위에서 언급한 *US - Upland Cotton (Article 22.6 - US II)* 사건의 중재인도 피소국의 분쟁해결기구 결정 또는 권고 불이행에 따른 제소국의 피해를 결정해야 한다는 원칙이 어디에서 도출되는지는 명확하게 제시하지 않고 있다. 이 사건의 중재인이 근거로 드는 점은 첫째, 이전의 판정례에서 합리적 이행기간 직후를 기준 기간으로 해왔으며,

196) *Ibid*, para. 6.56.
197) *Ibid*, para. 6.56.

둘째, 기준 기간으로 선택된 기간이 미국의 위법한 보조금 조치가 유지된 기간 동안의 가격을 가장 잘 대표한다는 점이다.[198] 따라서 이 판정은 구체적인 상황에 타당한 기준을 제시하는 데 그쳤을 뿐, 보편적인 원칙을 수립하기 위한 논리적인 근거를 제시하는 데까지 나아갔다고 보기는 어렵다.

이처럼 그동안의 판정례는 비록 이유는 다르지만, 위에서 제시된 원칙, 즉 합리적 이행기간 종료 직후 기간 동안의 무효화 또는 침해가 기준이 되어야 한다는 점에서는 결론을 같이 했다는 데 의의가 있다. 그리고 이와 같은 결론은 앞에서 본 것과 같은, 조약법의 원칙에 따른 해석에 의해 뒷받침된다.

4. 보복조치의 장래효에 대한 비판적 검토

(1) 현 DSU의 해석상 한계

앞서는 매년 실시될 수 있는 보복조치의 수준이 합리적 이행기간 종료 직후의 기간 동안 발생한 무효화 또는 침해의 수준에 상응해야 한다는 점을 보았다. 그렇다면 이와 같은 수준의 보복조치가 언제부터 행해질 수 있는지도 문제된다.

이에 대한 답은 DSU 제22조의 규정으로부터 비교적 쉽게 얻을 수 있다. DSU 제22.6조는 피소국이 보복조치의 수준에 대해 이의를 제기해 중재가 개시된 경우 보복조치의 실행을 금지하고 있다.[199] 그리고 제소국은 DSU 제22.7조에 의해 분쟁해결기구에 의해 보복조치가 승인된 경

198) WTO Arbitration Decision, *United States - Subsidies on Upland Cotton - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement -*, WT/DS267/ARB/2 (August 31, 2009), para. 4.118.

199) [...] Concessions or other obligations shall not be suspended during the course of the arbitration.

우 그 승인에 따라 보복조치를 취할 수 있다.[200] 즉 합리적 이행기간 종료 직후 기간 동안 발생한 무효화 또는 침해에 상응하는 보복조치를, 분쟁해결기구의 승인 이후에 취할 수 있는 것이다.

또한 현행 DSU에 대한 해석에 따를 때 나타나는 한계는 합리적 이행기간 종료 시점과 보복조치 승인 시점 사이의 기간에 대한 보복조치를 실시할 수 있는 근거가 없다는 점이다. 중재인은 합리적 이행기간 종료 시점 직후 기간 동안 발생한 무효화 또는 침해의 수준에 상응하는 보복조치의 수준을 정하고, 분쟁해결기구는 DSU 제22.7조에 따라 중재인의 결정과 합치하는 보복조치를 승인하도록 되어 있기 때문이다. 중재에 회부될 수 있는 사항은 보복조치의 수준이나 교차보복의 적법성에 그치므로[201] 중재인이 합리적 이행기간 종료 시점과 보복조치 승인 시점 사이 기간에 대한 추가적인 보복조치 실시 가부에 대해 판단하는 것도 적절하지 않다.

판정례는 위와 같은 한계에도 불구하고 합리적 이행기간 종료 시점 직후의 기간을 기준으로 산정된 수준의 보복조치가 그대로 승인되어야 한다는 점에 대해 강경한 태도를 취하고 있는 것으로 보인다. 앞서 본 *EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EU)* 사건에서 미국은 합리적 이행기간 종료 시점으로부터 많은 기간이 경과했으므로 물가 상승에 따른 조정을 허락해줄 것을 요청하였다.[202] 이에 대해 중재인은 거절하였는데, 이에 대한 주된 근거는 이전

---

200) [...] The DSB shall be informed promptly of the decision of the arbitrator and shall upon request, grant authorization to suspend concessions or other obligations where the request is consistent with the decision of the arbitrator, unless the DSB decides by consensus to reject the request.

201) **DSU Article 22 Compensation and the Suspension of Concessions**
6. [...] However, if the Member concerned objects to the level of suspension proposed, or claims that the principles and procedures set forth in paragraph 3 have not been followed [...], the matter shall be referred to arbitration.

202) Decision by the Arbitrators, *EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EC)*, para. 6.502-6.503. 구체적으로는 합리적 이행기간 종료 시점인 2013년과 보복조치 시행일인 2019년 사이의 물가 상승에 따른 조정과, 2019년

판정례에서 그렇게 정한 바가 없다는 점이었다.[203] 이외에도 그 사이에 물가가 급격하게 상승하였다는 증거가 없는 점, 보복조치는 임시적인 성격의 조치로서 오래 유지되지 않을 것을 예정하고 있는 점이 근거로 제시되었다.[204] 그러나 이를 미국의 요청에 대한 논리적인 반박이라고 보기는 어려우며, 피소국의 신의칙에 따른 신속한 이행 의무를 내세워 장기적인 영향을 고려에서 배제하여야 한다는 논거가 타당하지 않음은 앞에서 본 바와 같다.

WTO 협정에 따를 때 미국이 요청한 것과 같은 물가 상승에 따른 조정을 승인할 수 없는 이유는, 보복조치가 손해배상으로서의 성격을 가질 수 없기 때문이다. 제2장 제2절 2.에서 본 것처럼 보복조치의 목적은 손해배상에 있지 않다. 제소국은 오직 피소국이 분쟁해결기구의 결정을 따를 의무를 이행하지 않음에 따라 발생한 무효화 또는 침해의 수준에 상응하는 보복조치를 취할 수 있을 뿐이다. 따라서 손해배상처럼 시간의 경과에 따른 손해의 전보를 요구할 수는 없다고 보는 것이 타당하다.

(2) 보복조치에 관한 교섭 기록 검토

해석의 일반규칙의 적용으로부터 나오는 의미를 확인하기 위하여 조약의 교섭 기록에 의존할 수 있다.[205] 이에 앞서 본 보복조치의 장래효가 어떤 경위로 도입되었는지 그 교섭 기록에 비추어 확인하고자 한다.

우루과이 라운드 이전에 GATT 1947 제XXIII:2조에 따라 보복조치가 승인된 예는 단 1건이었다.[206] 1953년 *United States - Import*

이후의 물가 상승에 따른 조정을 요청하였다.

203) *Ibid*, para. 6.512, 6.520.

204) *Ibid*, para. 6.521.

205) 조약법에 관한 비엔나 협약 제32조 (Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31 [...]) 참조.

Restrictions on Dairy Products 사건에서 GATT 이사회는 네덜란드에게 미국에 대한 보복조치를 승인하였다.[207] 이때 작업반은 네덜란드가 제시한 보복조치의 "적절성(appropriateness)"을 평가해야 했고, 결국은 당사국인 네덜란드와 미국의 합의 아래 네덜란드가 처음에 제시했던 것보다 낮은 수준의 보복조치를 승인하게 되었다.[208] 이후 1988년 EC가 *U.S. - Superfund* 사건에서 보복조치에 대한 승인을 구할 때, GATT 1947 제XXIII:2조의 "동 상황하에서 적절함(appropriate in the circumstances)" 기준이 제XIX조와 제XXVIII조의 "실질적으로 동등한 양허의 철회(withdrawal of substantially equivalent concessions)"의 기준과 구별되어야 하며, 전자가 후자에 비해 더 많은 재량을 허용해야 한다는 원칙이 선언되었다.[209]

이후 우루과이 라운드에서 보복조치는 큰 관심의 대상이 아니었다.[210] 그러다가 1990년 9월 21일의 의장초안에서 보복조치의 계산에 관하여 네 가지 대안이 제시되었다.[211] 첫째는 중재인으로 하여금 보복조치가 "과도한 무역효과를 발생시키는지(excessive in [the proposed retaliatory measures'] trade effects)" 여부를 심사하도록 하는 것이었고, 둘째는 "보복조치의 대상이 되는 무역량이 무효화 및 침해와 실질적으로 동일한지(amount of trade covered by the suspension is ... substantially equivalent to the nullification and impairment)" 여부를 심사하도록 하는 것이었으며, 셋째는 "제시된 보복조치에 의해 영향을 받을 가능성이 있는 무역량과 위반된 조치에 의해 발생된 무효화 또는 침해의 양 간의 관계를 심사하도록 하는 것(examine the amount of trade

206) Sebastian, *supra* note 36, p. 345.

207) Working Party Report, Netherlands Action Under Article XXIII:2, L/61 (November 7, 1952) 참조.

208) *Ibid*, p. 2.

209) Minutes of Meeting, May 4, 1988, pp. 33-37, GATT Doc. C/M/220 (June 8, 1988).

210) Sebastian, *supra* note 36, p. 346.

211) *Ibid*, p. 347.

likely to be affected by the proposed suspensions and its relation to the amount of nullification or impairment caused by the offending measure)"이었고, 마지막으로 넷째는 GATT 이사회가 "동 상황하에서 적절하다고 판단하는(determines to be appropriate in the circumstances)" 보복조치를 승인하도록 하는 것이었다.[212]

그러다가 마침내 1991년 12월 20일 GATT의 Director-General이었던 Arthur Dunkel의 Dunkel 초안이 발표되었다.[213] Dunkel 초안은 보복조치를 강화하는 동시에 약화하는 조항을 포함하여 다소 부조화적인 성격을 가지고 있었다.[214] 우선 Dunkel 초안은 보복조치에도 구속력 있는 분쟁해결절차와 역총의제를 채택하였다.[215] 거기에 더해 DSU 제22.7조에서 보복조치의 성격을 중재인이 바꾸지 못하도록 함으로써 보복조치를 크게 강화하였다.[216]

반면 동시에 GATT 1947 제XXIII:2조의 "동 상황하에서 적절함(appropriate in the circumstances)" 기준보다 엄격한 "동등성(equivalence)" 요건을 규정하였다.[217] 또한 DSU 제22.3조에서 교차보복에 대해 엄격한 제한을 도입하였는데, 이는 서비스 무역과 지식재산권과 관련된 무역 이익이 더 많았던 선진국의 이해를 반영한 것으로 풀이된

212) GATT Secretariat, *Draft Text on Dispute Settlement*, pp. 4-5, GATT Doc. MTN.GNG/NG13/W/45 (September 21, 1990).

213) Sebastian, *supra* note 36, p. 347.

214) *Ibid*, p. 348.

215) Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes Under Articles XXII and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade, Article 4.1, Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, GATT Doc. No. MTN.TNC/W/FA (December 20, 1991).

216) Sebastian, *supra* note 36, p. 349.

217) Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes Under Articles XXII and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade, Article 20.4, Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, GATT Doc. No. MTN.TNC/W/FA (December 20, 1991).

다.[218] 집단적 보복을 도입하지 않은 것 역시 수입 시장이 더 큰 선진국에게 유리한 요소로 파악된다.[219] 거기에 더해 소급적 조치를 취할 권한을 부여하지 않기로 해, 이 역시 보복조치를 약화시키는 요소로 작용하게 되었다.[220]

보복조치에 대한 초안의 이와 같은 복합적 성격은 WTO 협정상 의무가 어느 정도로 강제되어야 하는지에 대한 각 체약당사국의 이해의 차이를 반영한다고 평가된다.[221] 그렇다면 DSU에 대한 해석상 보복조치에 소급효가 인정되지 않는 점은 일견 보복조치를 지나치게 약화시키는 면도 있지만, 다양한 이해가 대립하는 상황에서의 협상의 결과물로도 이해할 수 있을 것이다. 그러한 시각에서 보복조치를 바라본다면, DSU가 보복조치의 장래효를 수용한 맥락을 이해할 수 있을 것이다. 우루과이 라운드 이전 보복조치를 취하는 것이 사실상 불가능하거나 현저히 어려웠던 상황과 비교하면 현재와 같은 보복조치를 취할 수 있게 된 것도 큰 발전이라고 평가할 여지가 있기 때문이다.

(3) 분쟁의 장기화에 따른 부작용

위와 같은 보복조치의 장래효로 인해 종종 나타나는 현상은 무효화 또는 침해가 발생한 시점과 실제로 보복조치를 취하는 시점 간에 상당히 큰 간극이 존재하게 된다는 점이다. 위에서 살펴본 최근 사례들에서 보복조치 승인까지 소요된 기간은 다음 표와 같다.

---

218) Sebastian, *supra* note 36, p. 348.

219) *Ibid*, p. 349.

220) *Ibid*, pp. 348-349.

221) *Ibid*, p. 349.

[표 1] 보복조치 승인에 소요되는 시간[222)]

사건 번호	사건명	DSU 제22.6조에 따른 중재인 결정 회람 날짜	합리적 이행기간 종료일로부터 중재인 결정 회람일까지의 기간	DSU 제22.6조에 따른 중재절차 개시일로부터 중재인 결정 회람일까지의 기간
DS384/ DS386	US - COOL (Article 22.6 - United States)	2015. 12. 7.	928일	164일
DS381	US - Tuna II (Mexico) (Article 22.6 - US)	2017. 4. 25.	1,382일	368일
DS464	US - Washing Machines (Article 22.6 - US)	2019. 2. 8.	409일	393일
DS316	EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EU)	2019. 10. 2.	2,862일	446일
DS471	US - Anti-Dumping Methodologies (China) (Article 22.6 - US)	2019. 11. 1.	436일	392일

222) WTO Analytical Index: DSU - Article 22 (Jurisprudence), para. 50.

DS353	US - Large Civil Aircraft (2nd Complaint) (Article 22.6 - US)	2020. 10. 13.	2,942일	496일

위 6개 사례에서 합리적 이행기간 종료일로부터 중재인 판정 회람일까지의 기간은 평균적으로 약 1,493일, DSU 제22.6조에 따른 중재절차 개시일로부터 중재인 판정 회람일까지의 기간은 평균적으로 약 377일에 이른다.

이와 같은 문제는 이행 심사의 존재에 기인하기도 한다. DSU 제21.5조는 피소국의 이행 여부에 대해 다툼이 있을 때에는 이행 심사에 회부되어야 한다고 정하고 있다.[223] 그런데 DSU는 단지 제22.6조에서 보복조치에 관한 승인은 합리적 이행기간의 종료일로부터 30일 내에 이루어져야 한다고만 규정함으로써 제21.5조의 이행 심사와 제22.6조의 보복조치에 관한 중재 간의 선후관계에 대해서 명확하게 규정하고 있지 않다. 이는 DSU 운영 초기부터 문제로 지적되어 왔으며, DSU 제22.6조에 따른 중재인도 이와 같은 문제의식을 공유한 바 있다.[224] DSU 개정 협상에서도 이행-보복절차 순서(sequencing)라는 주제로 논의되어 온바, 2011년 보고된 의장 텍스트에서는 DSU 제21.5조에 따른 이행 심사가 종료된 후에 제소국이 보복조치의 승인을 요청할 수 있다는 명문의 규정을 삽입하는 것이 제안되었다.[225] 실무적으로는 당사국들 간에 이행 심사가

223) When there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including whatever possible resort to the original panel. [...]

224) Decision by the Arbitrators, *Brazil - Aircraft (Article 22.6 - Brazil)*, n. 7. "Arbitrators are also aware of the question of "sequencing" recourses to Article 21.5 and Article 22.6 of the DSU."

225) TN/DS/25 (April 21, 2011), p. A-15.

종료된 후에 보복조치의 승인을 받기로 합의하는 것이 관행으로 정착된 것으로 보인다.[226] 따라서 합리적 이행기간 종료 시점과 보복조치의 실제 승인 시점 사이의 간격이 더욱 벌어지게 되었다.

위와 같은 현상으로 인해 발생할 수 있는 문제점은 다음과 같다. 우선 WTO 협정 위반 조치를 취하는 당사국이 분쟁해결기구의 결정을 이행할 인센티브를 감소시킬 수 있다. 합리적 이행기간까지 이행하지 않는다 하더라도 몇 년 후에나 보복조치가 실시될 수 있기 때문이다.[227]

또한 보복조치 실행 당시 실제로 존재하는 무효화 또는 침해의 수준과 보복조치의 수준 간에 괴리가 발생할 수 있다. 더군다나 합리적 이행기간 종료 후 문제되는 조치로 인한 무효화 또는 침해가 시간이 갈수록 점점 커지는 경우라면 이러한 문제는 더욱 심각해진다.

또한 일부 국가의 경우 분쟁이 지나치게 장기화됨으로써 상대국의 WTO 협정 위반 조치를 시정하기가 어려워져 애초에 분쟁해결절차를 이용하는 것 자체를 포기하게 될 위험성도 있다. 이는 결국 WTO 협정 자체의 규범력을 떨어뜨리는 결과를 낳을 수 있다.

위와 같은 문제점들이 누적되면서 앞서 본 것처럼 WTO 협정 하에서 허락되는 거의 유일한 책임 추궁 수단인 보복조치는 WTO 협정의 체약당사국들로부터 신뢰를 잃을 위기에 놓여 있다. 특히 분쟁당사국의 예측가능성을 위해 DSU에 도입된 신속성이[228] 보복조치에서는 지켜지지 않음으로써 더욱 신뢰를 떨어뜨리고 있다. 그리고 이는 책임 추궁 수단을 상실한 WTO 체제 자체에 대한 자신감의 하락으로 이어지게 되었다. DDA 협상의 쟁점 중 하나로 다루어지고도 있는 과도한 시간 소요라는 분쟁해결절차의 맹점이[229] 보복조치에도 영향을 미치고 있는 것이다.

---

226) Bossche, *supra* note 16, p. 291.

227) 김인숙, “WTO 분쟁해결절차상 보복조치의 문제와 개선방안”, 통상법률 제96호 (2010), 58면.

228) 성재호, 『국제경제법 (개정판)』 (박영사, 2007), 117-118면.

229) 정영진, 이재민, 『신 통상법 및 통상정책』 (박영사, 2012), 217면.

위와 같은 분쟁의 장기화 경향은 특히 *US - COOL (Article 22.6 - United States)* 사건 이전 사례들의 경우 합리적 이행기간 종료일로부터 중재인 판정 회람일까지의 기간이 평균적으로 약 493일, DSU 제22.6조에 따른 중재절차 개시일로부터 중재인 판정 회람일까지의 기간이 평균적으로 약 164일이라는 점과 비교할 때 더욱 두드러진다.[230] 물론 시간이 갈수록 사건이 복잡해짐에 따라 분쟁이 장기화된 측면도 있을 수 있다. 그렇기에 더더욱 분쟁의 장기화에 따라 위와 같은 문제가 발생할 위험도 커졌다고 할 것이다.

230) WTO Analytical Index: DSU - Article 22 (Jurisprudence), para. 50 참조.

제 4 장 국가책임법과의 조화

제 1 절 국가책임법과의 조화를 통한 장래효의 극복

1. 국가책임법의 배제에 따른 문제

이상에서 보복조치의 수준은 합리적 이행기간 종료 직후 기간 동안 발생한 무효화 또는 침해의 수준에 상응해야 하며, 위와 같은 수준에 상응하는 보복조치가 분쟁해결기구에 의한 승인 이후에 실시될 수 있다는 점을 보았다. 즉, 무효화 또는 침해 산정의 기준 기간(reference period)은 합리적 이행기간 종료 직후의 기간이며, 보복조치의 시작점(starting point)은 분쟁해결기구에 의한 승인 시점인 것이다. 그러나 동시에 위와 같이 시작점을 설정함에 따른 장래효가 WTO에 대한 신뢰를 떨어뜨릴 수 있는 부작용을 수반한다는 점도 보았다.

위와 같은 문제를 야기하는 장래효는 근본적으로 국가책임법의 배제 내지 국가책임법과의 괴리에 기인한다. 우선 WTO 협정을 비롯한 국제경제법에도 국가책임에 관한 관습국제법이 적용될 수 있음은 물론이다.[231] WTO의 판례는 이미 국제위법행위에 대한 국가책임 초안에 명문화된 관습국제법의 기본 원칙이 WTO 협정에도 적용됨을 반복적으로 밝힌 바 있고, 이에 따라 WTO 협정의 해석에서도 국제위법행위에 대한 국가책임 초안에 따를 것이 요청되기 때문이다.[232]

그러나 WTO 협정이 반드시 국가책임법을 따라야 하는 것은 아니

---

231) 최승환, 『국제경제법 (제4판)』 (법영사, 2014), 22면.

232) Lee, Jaemin, "State Responsibility and Government-Affiliated Entities in International Economic Law: The Danger of Blurring the Chinese Wall between 'State Organ' and 'Non-State Organ' as Designed in the ILC Draft Articles", *Journal of World Trade* (2015), Vol. 49, Issue 1, p. 132.

다. 국가책임법 제55조가 별개의 조약이나 합의에 의한 배제를 인정하고 있어[233] 국가책임법은 보충적인 역할을 할 뿐이기 때문이다.

그럼에도 국가책임법과의 괴리가 문제되는 이유는 현행 DSU에 따른 보복조치가 제대로 기능하지 못하고 있기 때문이다. 우선 현재는 보복조치의 실효성에 대해서도 의문이 제기될 수 있는 상황이다.[234] 이환규(2020)에 따르면, 보복조치가 요청된 전체 15건의 사건들 중 가장 최근에 승인된 3건을 제외하면, 보복조치가 실제로 실행되어 분쟁해결에 이른 사건은 단 3건에 불과하다.[235] 나머지 9건에서는 보복조치가 실행되었음에도 분쟁해결에 이르지 못했거나, 보복조치가 실행되지도 못하였다.[236] 여기에 더해 합리적 이행기간 종료 시점과 보복조치 실시 시점 사이의 간격이 더욱 벌어지는 문제가 생기면서, 앞서 본 것처럼 보복조치라는 제도와 더 나아가 WTO 체제 자체에 대한 신뢰를 잃을 위기에 처하게 되었다. 그렇다면 더 이상 국가책임법과의 괴리를 허용할 이유가 없는 것이다. 특히 국제위법행위에 대한 국가책임 초안과 부합하는 방향으로 개선을 꾀한다면, WTO 체제를 국제법의 일반 원칙과 더욱 정합성 있게 해석하고 운영할 수 있게 될 것이다.

분쟁해결기구는 기존 판정례에서 이미 보복조치에 관한 규정을 국가책임법과 합치되도록 해석하고자 시도한 바 있다. 가령 *Brazil - Aircraft (Article 22.6 - Brazil)* 사건에서 중재인은 보조금 및 상계조치에 관한 협정의 "대응조치(countermeasure)"라는 용어가 일반 국제법

---

233) **Article 55 Lex specialis**
These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law.

234) 이길원, "WTO DSB판정 이행확보 수단으로서의 보복조치", 국제경제법연구 제9권 제2호 (2011), 164면.

235) 이환규, "WTO 보복조치의 실효성에 대한 비판적 고찰", 법학논총 제32권 제3호 (2020), 186면.

236) *Ibid*, 186면.

과 국제위법행위에 대한 국가책임 초안에 따라 해석되어야 한다고 하였다.[237] *US - Upland Cotton (Article 22.6 - US I)* 사건에서도 같은 용어를 해석하면서 국제위법행위에 대한 국가책임 초안과 합치된다는 점을 근거로 들었다.[238]

반대로 WTO 협정이나 분쟁해결기구가 국가책임법을 제대로 수용하지 못해 문제가 발생한다는 점이 지적되기도 한다. 보복조치의 맥락은 아니지만, 보조금 및 상계조치에 관한 협정상 "보조금"의 정의에서 국가책임법과 합치되지 않는 방향으로 국가기관(state organ)이라는 개념을 수용함에 따라 지나치게 쉽게 보조금으로 인정하는 등 혼선이 빚어지고 있다는 비판이 제기된 것이 한 예이다.[239]

보복조치에 관한 규정도 위와 같은 이유로 국가책임법에 따라 해석되고 운용되어야 한다. 물론 앞서 교섭 기록에서 본 것처럼 다자주의를 실현하기 위해 보복조치의 신속성과 소급효를 포기하게 된 배경도 존재한다. 그러나 WTO 협정이 지키고자 했던 다자주의가 흔들리는 현 상황에서, 보복조치의 장래효가 과연 다자주의를 담보할 수 있는 장치인지 의문이 제기되는 것이다. 오히려 국가책임법상 대응조치와 같은 효과를 부여하는 것이 더 많은 체약당사국을 설득하고, 나아가 다자주의를 회복할 수 있는 방법이 될 수 있다. 따라서 보복조치에 관한 규정, 특히 보복조치의 시작점에 관해 국가책임법과 합치되는 새로운 해석이나, 그것이 현 규정상 불가능하다면 DSU의 개정이 요청되는 시점이다.

2. 대응조치로서의 성격의 회복을 통한 해결

---

237) Decision by the Arbitrators, *Brazil - Aircraft (Article 22.6 - Brazil)*, para. 3.44.

238) WTO Arbitration Decision, *United States - Subsidies on Upland Cotton - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement -*, WT/DS267/ARB/1 (August 31, 2009), para. 4.42.

239) Lee, Jaemin, *supra* note 232, p. 142.

위와 같은 새로운 해석 내지 DSU의 개정을 위해 이하에서는 현행 보복조치 제도, 특히 보복조치의 시작점에 대한 해석과 국가책임법이 어디에서 차이를 나타내고, 그 둘을 어떻게 조화시킬 수 있는지 탐구한다. 보복조치에 대한 규정을 국가책임법과 비교하고 조화시키기 위해서는 우선 보복조치의 법적 성질이 규명되어야 한다. WTO 협정상 보복조치의 역할을 고려할 때 보복조치는 국가책임법상 대응조치에 해당한다. 이때 대응조치란, "피해국이 타국의 위법행위를 중지시키고 또 이미 발생한 위법행위에 대한 완전한 손해배상을 얻어내기 위하여 의무위반국에 대해 부담하고 있는 국제의무를 이행하지 아니하는 것"을 의미한다.[240] 국제경제법의 영역에서 봉쇄입법, 특정이행명령, 법원명령과 외국법 및 외국판결의 집행거부와 같은 대응조치가 이루어지기도 했지만, WTO 협정은 특별히 보복조치라는 대응조치를 마련하고 있는 것이다.[241]

DSU 제3.7조는 분쟁 해결 메커니즘의 최우선적 목표가 협정에 위반되는 조치의 철폐라는 점을 분명히 하고 있다.[242] 국가책임법은 일반원칙으로서 위법행위의 중단(제30조)과 배상(제31조)을 정하고 있는바, DSU 제3.7조에 따른 조치의 철폐는 위법행위의 중단에 해당할 것이다.

그러나 WTO 협정 하에서 배상을 요구하기는 어려워 보인다. 국가책임법 제34조는 배상의무의 내용으로 원상회복(제35조)과 금전배상(제36조), 만족(제37조)을 정하고 있다. 이중 원상회복이 WTO 분쟁에서 사용된 예는 극히 찾아보기 힘들다.[243] 또한 비록 DSU 제22조가 국가책임법과 동일한 "Compensation"이라는 용어를 사용하고는 있지만, DSU의

240) 김대순, 『국제법론 (제20판)』 (삼영사, 2019), 724면.

241) 최승환, 앞의 책, 125-129면.

242) [...] In the absence of a mutually agreed solution, the first objective of the dispute settlement mechanism is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements. [...]

243) Shadikhodjaev, *supra* note 165, p. 15.

보상과 국가책임의 금전배상은 그 성격이 사뭇 다르다.[244] 특히 국가책임법상 금전배상은 국제위법행위에 따른 종국적인 책임의 내용인 반면, DSU상 보상은 임시적인 성격으로서 종국적인 해결책이 될 수는 없다는 점이 결정적인 차이일 것이다. 여기에 더해 DSU 제22.1조에 따르면 보상은 자발적인 데다가 최혜국대우 원칙을 준수하는 등 대상협정과 합치하여야 하므로,[245] 사용된 예를 찾아보기 어렵다.[246] 국가책임법상 만족과 관련하여서는, ICJ와 다르게 WTO 분쟁해결기구가 그 결정이나 권고로서 만족이 실현되었다고 판단하거나 제소국에게 만족을 줄 수 있는 의무의 이행을 명한 경우도 없는 것으로 보인다.[247]

그리고 WTO 협정에 위반된 조치의 즉각적인 철폐가 어렵고 보상을 위한 협상마저 결렬된 경우, DSU 제3.7조에 따라 최후의 수단으로서 보복조치를 동원할 수 있다.[248] 보복조치가 국가책임법상 배상에 해당하는 성질을 가질 수 없음은 명백하다. 보복조치를 감내하는 것이 종국적인 책임의 내용이 될 수 없으며, 자유무역의 촉진이라는 WTO 협정의 목적과도 배치되기 때문이다. 따라서 보복조치에 손해배상의 성질을 부여하려는 시도는 지양되어야 한다. 물론 WTO 협정에 국가책임법상 배상에 해당하는 장치가 마련되지 않은 것은 WTO 협정의 약점 중 하나

---

244) Shadikhodjaev, *supra* note 165, pp. 20-21 참조.

245) [...] Compensation is voluntary and, if granted, shall be consistent with the covered agreements.

246) 제2장 제1절 참조.

247) Shadikhodjaev, *supra* note 165, pp. 12-13에 따르면, GATT 체제 하에서는 *Norway - Trondheim Toll Ring* 사건에서 반복금지의무(non-repetition)가 부과된 적이 있지만, WTO 체제 하에서는 그와 같은 예가 발견되지 않는다. 그 외에도 GATT 체제 하의 *Restrictions on Imports of Dairy Products into the United States* 사건에서 미국이 위반을 인정하였지만, 다른 국가들에 의해 받아들여지지 않은 예도 있다. Shadikhodjaev, *supra* note 165, p. 26 참조.

248) [...] The last resort which this Understanding provides to the Member invoking the dispute settlement procedures is the possibility of suspending the application of concessions or other obligations under the covered agreements on a discriminatory basis vis-a-vis the other Member, subject to authorization by the DSB of such measures.

이지만, 보복조치가 그에 대한 대안이나 해결책이 될 수는 없다. 따라서 보복조치의 역할과 성질은 국가책임법상 대응조치로 한정되어야 한다.

보복조치가 대응조치로서의 성격을 가진다면, 국가책임법 제49조 내지 제54조에 제시된 원칙에 부합하도록 DSU를 개정하는 방안을 이하에서 살펴보고자 한다. 특히 보복조치가 대응조치로서의 성격을 회복할 수 있도록 보복조치에 관한 규정을 수정하는 방안을 모색한다.

제 2 절 보복조치의 시작점의 수정

1. 대응조치와 보복조치의 차이점 분석

국가책임법상 대응조치와 WTO 협정상 보복조치의 가장 큰 차이는 그 실행에 사전심사 내지 사전승인이 필요한지 여부에 있다. 그리고 이로 인해 국가책임법상 대응조치를 취할 수 있는 시점과 WTO 협정상 보복조치를 취할 수 있는 시점 간에 차이가 생긴다. 즉, 국가책임법상 대응조치는 상대국의 국제위법행위에 따라 즉각적으로 취해질 수 있으며, 이 경우 이에 대한 사후심사가 이루어진다. 아울러 "주관적(subjective)" 내지 "자기평가적, 자기해석적(self-assessed, self-appreciated, self-interpreted)" 성격을 가진다.[249] 따라서 국가책임법 제22조는 위법성 조각사유 중 하나로 대응조치를 제시하고 있고,[250] 대응조치의 상대국이 이를 국제법원에 제소하면 대응조치를 실시한 국가는 위법성 조각사유를 원용할 수 있는 것이다. 이때 국제법원은 대응조치가 국가책임법에 따른 것으로서 위법성 조각사유에 해당할 수 있는지 심사하게 된다.

---

249) 김대순, 앞의 책, 725면.

250) **Article 22 Countermeasures in respect of an internationally wrongful act**
The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of Part Three.

그러나 보복조치는 앞서 제2장 제2절 4.에서 본 것처럼 분쟁해결기구의 승인이 먼저 있고 나서야 취해질 수 있다. 바로 이 점으로부터 양자의 차이가 기인하는 것이다. 따라서 보복조치를 국가책임법상 대응조치와 합치되도록 운영하기 위해서는 피소국의 의무 불이행에 따라 제소국이 곧바로 보복조치를 취했을 경우와 같은 효과를 거둘 수 있도록 보장해주어야 한다. 물론 이를 위해서는 국가책임법상 대응조치와 마찬가지로 제소국으로 하여금 분쟁해결기구의 승인을 기다리지 않고 먼저 보복조치를 취할 수 있도록 한 다음 사후적으로 분쟁해결기구가 승인하는 방법도 생각해볼 수 있다. 그러나 무역에 관한 보복조치는 다른 영역에서의 대응조치보다 훨씬 광범위하고 회복하기 힘든 손해를 끼칠 염려가 있다. 게다가 체약당사자 간 분쟁 해결을 위해 WTO 협정상 이미 마련되어 있는 이행 심사 절차나 분쟁해결기구에 의한 승인 제도를 포기해야 할 이유도 없다. WTO 분쟁해결절차는 강대국의 일방적인 조치와 이로 인한 무역 갈등, 그리고 이에 대한 맞대응으로서의 보복을 방지하는 역할을 수행해왔다.[251] 그리고 오랜 시간에 걸쳐 점차 분쟁해결절차를 정치로부터 독립시키기에 이르렀다.[252] 이렇게 이룩한 분쟁해결절차를 보복조치의 승인에 있어서 포기할 이유도 없다. 또한 보복조치의 사전승인이라는 제도가 국가들의 일방적인 보복을 방지한다는 목표와 분쟁해결절차의 비정치화를 달성하는 데 핵심적인 역할을 한다는 점은 의심의 여지가 없다.

따라서 사후적으로 승인을 얻도록 하는 것보다는, 지금처럼 사전적으로 분쟁해결기구에 의한 사전승인을 얻되, 다만 즉각적으로 보복조치를 취했더라면 얻을 수 있었던 효과만을 누리게 하는 방안이 보다 타당하다. 그리고 보복조치 승인 전의 특정 시점부터 발생한 무효화 또는 침해를 보복조치의 수준에 포함시키는 방법을 선택함으로써 위 방안을 실

251) Hoekman, Bernard M. and Mavroidis, Petros C., “To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform”, *Journal of International Economic Law* (2020), Vol. 23 Issue 3, p. 707.

252) *Ibid*, p. 706.

현할 수 있다. 이때의 승인 전의 특정 시점이란 WTO 협정이 아닌 국가책임법에 따라 제소국이 대응조치로서 즉각 보복조치를 취할 수 있었던 시점을 의미한다. 그리고 이처럼 보복조치의 시작점을 앞으로 옮김으로써 실제 보복조치를 취할 수 있게 되는 시점인 승인 시점과 보복조치의 시작점이 달라지는 경우, 보복조치의 시작점과 승인 시점 사이에 발생한 무효화 또는 침해에 대한 보복조치를 추가적으로 수권해야 할 것이다.

2. 분쟁해결기구의 결정 이전의 시점

그렇다면 다음으로 제기되는 문제는 즉각적으로 보복조치를 취할 수 있었던 시점을 언제로 보아야 할지의 문제이다. 2010년 진행된 DSU 개선을 위한 회의에서 보복조치의 시작점에 대하여 다양한 의견이 제시되었는데,

- 보복조치를 승인받은 시점,
- 합리적 이행기간의 종료 시점,
- 합리적 이행기간의 시작 시점

등의 3가지 의견이 제시되었다.[253] 위에 제시된 시점들 중 언제 제소국이 보복조치를 취할 수 있었는지가 쟁점이 된다.

(1) 보복조치의 지나친 확대에 대한 경계

이에 대해 WTO 협정 위반 조치가 처음 실시된 시점 등 분쟁해결기구에 의한 결정 이전 시점부터 발생한 모든 무효화 또는 침해가 포함되어야 한다는 주장이 다수 제기되었다. Davey(2009)는 보복조치의 장래

253) TN/DS/25 (April 21, 2011), Appendix B, para. 71.

효가 패소국으로 하여금 이행을 늦출 인센티브를 제공한다고 주장하며, 심지어 패널 내지 항소 기구 보고서 채택일이나 패널 설치일, 혹은 그 이전의 시점부터 계산할 것을 제안하기도 하였다.[254] Pauwelyn(2000)은 보복조치에 대한 것은 아니지만 WTO 협정에도 일반국제법상 통용되는 손해배상이 도입할 것을 제안하였다.[255] 그 외에 김인숙(2010)은 "패널의 권고사항을 이행하기 위해 유일하고 적절한 경우에 한해 소급적용을 인정"할 것을 제안하였으며,[256] 이길원(2011)은 패널 또는 항소기구 보고서 채택일부터 계산할 것을 제안하였다.[257]

그러나 무효화 또는 침해의 수준을 산정함에 있어 가장 중요한 것 중 하나는 보복조치에 금전배상의 성격을 도입하려는 시도는 배제되어야 한다는 것이다. 금전배상이 손해의 완전한 전보를 목적으로 하는 것과 달리, 대응조치는 이행을 유도하기 위해 일시적으로 허용되는 조치이다.[258] 이와 같은 차이가 있는 이유는 대응조치는 원칙적으로 협정 하에서 허용되지 않는 위법행위이기 때문이다. 그렇기 때문에 손해의 완전한 전보를 목적으로 하는 금전배상과는 달리 대응조치에는 비례성 등 다양한 제약이 따르는 것이다.[259]

특히 WTO 협정과 같은 무역의 맥락에서는, 대응조치로서 취해지는 행위가 상대국에 예상치 못한 범위의 타격을 줄 위험이 더욱 크다. 무엇보다 WTO 협정상 보복조치는 그 상대국뿐 아니라 조치를 취하는 국가의 후생에도 악영향을 미친다. 그렇기 때문에 보복조치는 "자기 발에 총을 쏘는 것(shooting yourself in the foot)"에 비견되기도 한다.[260] 따라

---

254) Davey, William J., "Compliance Problems in WTO Dispute Settlement", *Cornell International Law Journal* (2009), Vol. 42 Issue 1, pp. 125-126.

255) Pauwelyn, *supra* note 29, p. 346.

256) 김인숙, 앞의 논문, 59면.

257) 이길원, 앞의 논문, 167면.

258) 국제위법행위에 대한 국가책임 초안 제36조, 제49조 참조.

259) 국제위법행위에 대한 국가책임 초안 제3부 제2장 참조.

260) Bronckers, Marco and Van den Broek, Naboth, "Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement", *Journal of*

서 보복조치는 그야말로 이행을 유도하는 데 필요한 한도에서만, 최소한으로 실시되어야 하며, 그러한 이유로 DSU에도 보복조치의 범위와 방법, 절차에 관한 상세한 규정이 마련되어 있는 것이다.[261] 즉, 보복조치를 금전배상의 의도로 전용하려는 시도는 항상 지양되어야 하며, 금전배상의 부재에 따른 문제는 금전배상을 도입하는 별도의 논의로 다루어져야 할 것이다.

같은 이유로 단지 이행을 유도한다는 목적을 더 효과적으로 달성할 수 있다는 명목으로 보복조치의 범위를 지나치게 확대하려는 시도 역시 지양되어야 한다. 국제법상 대응조치에서도 단순히 피해국이 입은 피해의 범위 내로 제한되어야 한다는 "결과적 비례"보다 이행의 유도라는 목적에 따른 한계인 "목적적 비례"가 우선시되어야 한다.[262] 통상의 영역에서도 이는 마찬가지이다. 또한 자칫 보복조치로 인해 승소국과 패소국에 발생하는 경제적인 후생의 감소가 이행을 조금 더 빨리 유도함에 따른 이익보다 커지는 현상이 발생할 수도 있기 때문이다. 따라서 보복조치의 수준 내지 시작점은 어디까지나 국가책임법의 틀 안에서 정해져야 할 것이다.

(2) 재판소에 계류 중 대응조치의 금지

그렇다면 국가책임법 제52조 제3항 (b)호에 주목할 필요가 있다. 이 조항은 분쟁이 당사자들에게 구속력 있는 결정을 내릴 권한이 있는 재판소 또는 법원에 계류 중인 경우 대응조치가 취해져서는 안 된다고 규정하고 있다.[263] WTO 협정에서 당사자들에게 구속력 있는 결정을 내릴

International Economic Law (2005), Vol. 8 Issue 1, p. 104.

261) DSU 제22조 참조.

262) 김석현, 『국제법상 국가책임』 (삼영사, 2007), 562면.

263) **Article 52 Conditions relating to resort to countermeasures**

3. Countermeasures may not be taken, and if already taken must be suspended without delay if: [...]

권한이 있는 재판소 또는 법원은 분쟁해결기구로 보아야 하므로, 분쟁이 분쟁해결기구에 계류 중인 경우에는 제소국은 보복조치를 취할 수 없다. 그렇다면 무효화 또는 침해를 주장하는 국가가 분쟁을 WTO 분쟁해결기구에 회부하기 전에 먼저 보복조치를 취하는 상황을 가정할 수 있을 것이다. 이 경우 보복조치의 상대국이 보복조치를 취한 국가를 제소하게 될 것이고, 이는 WTO 협정 외의 영역에서 국가책임법이 예정하고 있는 대응조치의 양태와 유사하게 진행될 것이다. 그러나 이처럼 분쟁해결절차 개시 전의 시점을 기준으로 보복조치의 수준을 계산하는 데는 몇 가지 문제점이 따른다.

우선 보복조치를 사후적으로 승인하는 것과 같은 구조를 취하게 됨에 따라, 앞서 제3장 제2절 1.에서 본 보복조치의 사후승인에 따른 문제를 용인하게 되는 것과 같은 문제가 생길 수 있다. 즉, 광범위하고 회복할 수 없는 손해를 끼칠 수 있는 보복조치를 허용하게 될 위험이 있는 것이다.

그리고 WTO 분쟁해결기구에 회부하기 전에 먼저 보복조치를 취하는 상황을 가정하는 것은 마치 자력구제를 인정하는 것과 같은데, 분쟁해결기구를 거치지 않는 자력구제는 WTO 협정의 이념에 반한다. WTO 설립을 위한 마라케시 협정 제III:2조는 WTO가 체약당사국의 다자적 무역 관계에 관한 협상을 위한 포럼을 제공해야 한다고 밝히고 있다.[264] 여기에 더해 DSU 제3.2조는 WTO의 분쟁 해결 시스템이 다자 무역 체제의 안정성과 예측가능성을 위한 중추적 요소라고 선언하고 있다.[265] 따라서 WTO 협정의 이념은 무역 관계에서 발생하는 분쟁의 해결을 위

(b) The dispute is pending before a court or tribunal which has the authority to make decisions binding on the parties.

264) The WTO shall provide the forum for negotiations among its Members concerning their multilateral trade relations in matters dealt with under the agreements in the Annexes to this Agreement. [...]

265) The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. [...]

한 수단을 WTO 분쟁 해결 절차라는 단일한 통로로 일원화함으로써 통일적인 규범을 정착시키는 것이라고 볼 수 있다. 이로써 DSU 제3.2조에 제시된 안정성과 예측가능성을 달성할 수 있기 때문이다. 그런데 각 체약당사국이 각자의 기준에 따라 보복조치를 취하게 되면 제도의 통일적인 운영이 저해될 수 있다. 자신의 행위가 보복조치의 대상이 되는 위법한 행위인지 여부에 대해서도 불확실한 상황에서, 상대국이 언제, 어떤 방식으로 보복조치를 취할 것인지 예측하기 어려워지기 때문이다. 따라서 분쟁해결절차가 개시되기도 전의 상황을 보복조치를 취할 수 있었던 상황으로 가정하여 그때부터의 무효화 또는 침해를 모두 포함시킬 수는 없다.

3. 합리적 이행기간 종료 시점

위에서 본 것처럼 분쟁해결절차 개시 이전 기간에 발생한 무효화 또는 침해는 계산에 포함될 수 없다. 그리고 국가책임법 제52조 제3항 (b)호에 따라 분쟁해결절차가 진행되는 중간에 보복조치를 취할 수는 없으므로, 분쟁해결절차가 진행되는 기간에 발생한 무효화 또는 침해 역시 계산에 포함될 수 없다.

분쟁해결절차가 종료되면 피소국은 DSU 제21.3조에 따라 합리적 이행기간의 부여를 요청할 수 있다. 위 합리적 기간 동안 발생한 무효화 또는 침해는 계산에 포함될 수 있는지 여부가 문제된다.

(1) 분쟁해결기구 특별 세션에서의 논의

실제로 DSU 개선 논의에서 무효화 또는 침해의 수준의 계산에 합리적 이행기간을 포함시키자는 개정안이 논의된 바 있다.[266] 이 개정안

266) TN/DS/31 (June 17, 2019), p. 61.

을 제안한 국가는 합리적 이행기간에 이미 무효화 또는 침해를 겪기 때문에 보복조치가 소급효를 가질 수 있다고 주장한다.[267] 아울러 이와 같은 개정안이 WTO 협정을 위반한 조치를 유지할 인센티브를 감소시켜 더 신속한 이행을 촉구할 수 있다고 한다.[268] 구체적으로는 DSU 제22.6조에 따른 중재인이 합리적 이행기간 동안 겪은 무효화 또는 침해에 대해 별도의 판단을 하고, 분쟁해결기구 역시 추가적인 보복조치를 승인하는 방안을 제안한다.[269]

이에 대하여는 소급효를 도입하는 것에 대한 일부 국가의 우려가 있었다.[270] 또한 2010년 협상 시에는 합리적 이행기간 종료시 존재하는 위반에 대해서만 책임을 져야 한다는 의견도 제시되었다.[271] 합리적 이행기간 동안 판정을 이행하기 위한 방법을 찾느라 유동적인 상태에서 현실적으로 무효화 또는 침해의 수준을 계산하기 어렵다는 지적도 있었다.[272]

반면 무효화 또는 침해의 수준을 합리적 이행기간 종료시부터 계산하되 합리적 이행기간이 만료하는 해를 기준 기간으로 사용하자는 개정안도 제시되었다.[273] 이 개정안을 제안한 국가는 분쟁해결기구의 판정 직후 곧바로 이를 이행하기 어려운 경우가 많으며, 합리적 이행기간 안에 이행하지 못했다고 하여 분쟁해결기구의 결정과 권고를 불이행했다고 볼 수 없다는 점을 내세운다.[274] 아울러 무효화 또는 침해 산정의 기준이 되는 기간을 합리적 이행기간 종료시가 포함된 해로 설정하는 것은 최근의 관행을 반영한 것이라고 한다.[275]

---

267) *Ibid.*
268) *Ibid.*
269) *Ibid.*
270) *Ibid*, para. 2.147. 정기창, 앞의 논문, 70-71면도 참조.
271) TN/DS/25 (April 21, 2011), Appendix B, para. 23.
272) *Ibid*, Appendix B, para. 24.
273) TN/DS/31 (June 17, 2019), pp. 61-62.
274) *Ibid*, p. 62.
275) *Ibid.*

여기에 대하여는 만약 합리적 이행기간 종료 후 그 해가 얼마 남지 않은 경우에는 어떻게 되는지 의문이 제기되기도 하였다.[276] 이에 "상황이 달리 요구하는 경우가 아니라면(unless the circumstances require otherwise)"라는 문구를 추가로 삽입하는 것이 제안되었고,[277] 그렇다면 기준시점을 정할 권한은 당사자에게 있는지 혹은 중재인에게 있는지 다시 의문이 제기되었다.[278]

(2) 합리적 이행기간 동안의 국가책임 유무

국가책임법에 비추어볼 때, 합리적 이행기간 동안 발생한 무효화 또는 침해를 보복조치의 수준에 포함시키는 것은 타당하지 않다. 우선 합리적 이행기간 동안 분쟁해결기구의 결정이나 권고를 이행하지 못하는 것이 국제위법행위를 구성한다고 하더라도, 합리적 이행기간이 아직 경과하지 않았다는 사실이 위법성 조각사유와 유사하게 다루어질 수 있다. 국가책임법 제20조는 국가의 행위가 유효한 동의의 범위 내에서 이루어지는 한 위법하지 않다고 정하고 있다.[279] 그런데 DSU 제21.3조에 의하면, 합리적 이행기간은 DSB에 의해 승인되거나, 제소국과 합의되거나, 구속력 있는 중재 판정에 의해 부여된다.[280] WTO 설립을 위한 마라케시 협정 제IV:2조에 의해 제소국을 포함한 모든 회원국 대표로 구성되는 일반이사회가[281] 같은 협정 제IV:3조에 따라 분쟁해결기구의 임무를 이행하므로[282] 합리적 이행기간에 대한 분쟁해결기구에 의한 승인이 곧 국

---

276) *Ibid.*

277) TN/DS/25 (April 21, 2001), Appendix B, para. 70.

278) *Ibid*, Appendix B, para. 73.

279) Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent.

280) 앞의 각주 66번 참조.

281) There shall be a General Council composed of representatives of all the Members, which shall meet as appropriate. [...]

가책임법 제20조에 의해 요구되는 승인과 유사한 성격을 가진다고 볼 여지가 있다. 또한 DSU 제21.3조가 분쟁해결기구에 의한 승인과 구속력 있는 중재 판정을 제소국과의 합의와 병렬적으로 나열한 것으로부터 분쟁해결기구에 의한 승인과 구속력 있는 중재 판정에 제소국과의 합의와 동등한 의미를 부여하려는 체약당사국의 의도를 도출할 수도 있을 것이다. 따라서 합리적 이행기간 동안 분쟁해결기구의 결정 내지 권고를 이행하지 못한 것은 국가책임법 제20조의 승인의 경우처럼 위법하지 않다고 볼 여지가 있다. 그리고 설령 국가책임법 제27조 (b)호가 위법성 조각사유가 인정되는 경우에도 금전배상의 의무를 정하고 있다고 하더라도,[283] 앞서 본 것처럼 DSU에 따른 보상은 금전배상과 그 성격이 다르고, 보복조치는 배상으로서의 성격을 가질 수 없으므로, 위법성이 조각되는 합리적 이행기간 동안 발생한 무효화 또는 침해에 대해 보복조치로서 그 책임을 추궁할 수는 없다.

또한 합리적 이행기간 동안 발생한 무효화 또는 침해를 보복조치에 포함시키는 것은 보복조치의 목적 달성에 기여하지 못한다. 대응조치로서의 보복조치의 목적은 국가책임법 제49조 제1항에 따라 피소국으로 하여금 조치를 이행하도록 유도하는 데 있다.[284] 그런데 합리적 이행기간은 DSU 제21.3조에 따라 분쟁해결기구의 결정이나 권고를 즉시 이행할 수 없을 때에만 부여된다.[285] 그런 상황 하에서는 보복조치를 실시한다

---

282) The General Council shall convene as appropriate to discharge the responsibilities of the Dispute Settlement Body provided for in the Dispute Settlement Understanding. [...]

283) The invocation of a circumstance precluding wrongfulness in accordance with this chapter is without prejudice to: [...]
(b) The question of compensation for any material loss caused by the act in question.

284) An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under part two.

285) [...] If it is impracticable to comply immediately with the recommendations and rulings, the Member concerned shall have a reasonable period of time in which to

고 하더라도 피소국의 더욱 신속한 이행을 기대하기는 어려울 것이다. 따라서 합리적 이행기간이 도과되기 전에 보복조치를 취할 수 있었을 것을 전제로 그 기간 동안 발생한 무효화 또는 침해를 보복조치의 수준에 포함시키는 것은 보복조치의 목적에도 부합하지 못한다.

4. 이행 심사 절차 종료 시점

위에서 본 것처럼 합리적 이행기간 종료 시점 이전에 보복조치를 취하는 경우는 상정할 수 없으므로, 합리적 이행기간이 종료한 시점에 제소국이 보복조치를 취하는 상황을 가정해야 할 것이다. 따라서 비록 보복조치 실행에 사전승인이 필요하다고 하더라도, 이 사전승인의 내용은 보복조치를 실시할 수 있었던 시점인 합리적 이행기간 종료 시점부터 발생한 모든 무효화 또는 침해를 포괄하는 수준의 보복조치를 수권하는 것이어야 한다. 이렇게 함으로써 합리적 이행기간 내에 분쟁해결기구의 결정이나 권고를 이행하지 못한 국제위법행위와 인과관계 있는 무효화 또는 침해를 모두 포착할 수 있기 때문이다.

그런데 여기서 발생하는 또 다른 문제는, 앞서 본 것처럼 DSU 제21.5조에 따라 피소국의 이행 여부에 대해 다툼이 있는 때에는 이행 심사를 거칠 수 있다는 것이다. 그렇다면 이행 심사가 진행 중일 때는 앞서 본 국가책임법 제52조 제3항 (b)호에 따라 보복조치를 취할 수 없다고 보아야 하는가?

(1) 원(原)절차(original proceeding)와 이행 심사 절차(compliance proceeding) 간의 준별

이행 심사는 분쟁해결절차의 연장선상에 있으며, 이행 심사의 대상

do so. [...]

이 되는 것이 바로 합리적 이행기간 종료 시점에 존재하는 위법성이라는 점에서 이행 심사 역시 국가책임법 제52조 제3항 (b)호의 사유에 해당한다고 주장할 여지가 있다. 그러나 이행 심사의 목적에 비추어볼 때 이와 같은 주장은 타당하지 않다. 이행 심사는 보복조치를 승인하기 위한 예비적 단계에 지나지 않는다고 보아야 하기 때문이다.

US - Softwood Lumber IV (Article 21.5 - Canada) 사건의 항소기구는 이행 심사와 원패널 절차('regular' panel proceedings) 간의 차이로부터 이행 심사의 목적을 도출해냈다.[286] 항소 기구에 따르면 이행 심사는 첫째, DSU 제21.5조에 따라 패널이 이미 원패널 절차의 패널로 고정되어 있고, 둘째, 주어진 기간이 90일로 원패널 절차에게 주어진 6~9개월의 기간과 비교할 때 훨씬 짧으며, 셋째, 제기될 수 있는 주장이 제한되어 있다는 점에서 원패널 절차와 다르다고 한다.[287] 이로부터 항소기구는 이행 심사의 목적이 분쟁의 신속한 해결을 도모하고, 제소국이 새로운 분쟁해결절차를 개시해야 하는 부담을 덜어주며, 원래의 패널과 절차를 효율적으로 활용하기 위함이라고 분석하였다.[288]

이렇듯 이행 심사는 합리적 이행기간 종료 이후에도 잔존하는 위법성을 심사하기 위한 독립적인 절차가 아니라, 단지 제소국의 부담을 덜고 피소국의 이행을 촉진하기 위해서 마련된 간소한 절차에 불과하다고 보아야 한다. 이러한 결론은 DSU의 규정 체계에 의해서도 뒷받침될 수

---

286) WTO Appellate Body Report, *United States - Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada - Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU -*, WT/DS257/AB/RW (December 5, 2005) (이하 "Appellate Body Report, *US - Softwood Lumber IV (Article 21.5 - Canada)*"), para. 71.

287) *Ibid.* 항소 기구는 이미 분쟁의 대상이 되어 WTO 협정에 합치되지 않는다고 판단된 부분에 대해서는 이행 심사 패널이 다시 심리할 수 없다고 한다. WTO Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia -*, WT/DS58/AB/RW (October 22, 2001), para. 89.

288) Appellate Body Report, *US - Softwood Lumber IV (Article 21.5 - Canada)*, para. 72.

있다. DSU는 제20조까지 패널 절차와 항소 기구 절차를 규정한 후, 제21조에서 '권고 및 판정의 이행에 대한 감독(Surveillance of Implementation of Recommendations and Rulings)'라는 표제 하에 제3항에서 합리적 이행기간을, 제5항에서 이행 심사를 규정하고 있다. 이후 곧바로 제22조에서 보상과 보복조치를, 제23조 이하에서는 분쟁해결절차와 관련된 제반 규정을 정하고 있다. 즉 이행 심사는 그 결과로서 제소국이나 피소국의 권리의무의 직접적인 변동을 초래하지 않으며, 다만 보복조치를 승인할 수 있는 근거를 제공할 뿐이다. 이행 심사의 결과 추가적인 합리적 이행기간이 부여되지 않는다는 이행 심사 패널의 해석[289]은 위와 같은 결론과 일맥상통한다. 또한 보복조치 수권을 위한 중재인도 DSU 제22.6조에 따라 원패널에 의해 구성되며, 판정례가 무효화 또는 침해의 수준에 대한 판단의 근거를 이행 심사에서 찾는다는 점도 이행 심사가 보복조치의 승인을 위한 예비적 단계로서의 성격을 갖는다는 결론을 더욱 강화한다.

(2) 다른 경우와의 불균형

여기에 더해 이행 심사를 국가책임법 제52조 제3항 (b)호에 따른 사유에 해당하는 것으로 보게 된다면 이행 심사를 거치지 않는 경우와 불균형이 발생한다. DSU 제21.5조에 따라 이행 심사는 이행 여부에 대해 다툼이 있을 때 개시되는데, 피소국이 불이행을 인정하는 경우 제소국이 곧바로 보복조치를 취할 수 있다고 보고 그렇지 않은 경우 보복조치를 취할 수 없다고 보면 오히려 불이행을 인정하지 않는 피소국에 대한 보복조치의 실행을 유예함으로써 그와 같은 피소국을 우대하는 셈이 되기 때문이다.

---

289) WTO Panel Report, *European Communities and certain member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States -*, WT/DS316/RW (September 22, 2016), para. 6.81.

따라서 이행 심사가 진행 중이라는 사실은 국가책임법 제52조 제3항 (b)호에 따라 보복조치의 실행을 저지할 수 있는 사유에 해당하지 않는다. 제소국은 이행 심사 절차 개시 여부와 무관하게 합리적 이행기간 종료 시점에 보복조치를 취할 수 있었다고 보아야 하고, 합리적 이행기간 종료 이후 보복조치가 승인되기 전까지 발생한 무효화 또는 침해는 보복조치의 수준 계산에 포함되어야 한다.

위와 같이 계산하는 것이 또한 as such challenge와의 균형성을 고려했을 때 타당하다. 앞서 제3장 제1절 3.에서 본 것처럼 *US - Washing Machines (Article 22.6 - US)* 사건의 중재인은 as such challenge에 대해서는 구체적인 액수를 제시하는 대신 무효화 또는 침해의 수준을 산정할 수 있는 수식을 제시하였다.[290] 즉, as such challenge의 경우 피소국이 협정에 위반되는 조치를 취함에 따라 발생하는 모든 무효화 또는 침해를 포함하는 수준의 보복조치를 취할 권한을 승인받는 것이다. 그런데 단지 무효화 또는 침해가 보복조치의 승인 전에 이미 발생하였다는 이유만으로 as applied challenge에서 합리적 이행기간 종료 시점부터 보복조치 승인 시점 사이에 발생한 무효화 또는 침해에 상응하는 보복조치를 취할 기회를 잃는다면, as such challenge의 경우와 비교해 균형성을 상실하게 될 것이다.

5. 최종적인 문언의 제시

위의 논의를 통해, 국가책임법상 대응조치와 같은 효과를 거둘 수 있는 방안이란, 합리적 이행기간 종료 이후 보복조치가 승인되기 전까지 발생한 무효화 또는 침해를 보복조치의 수준 계산에 포함시키는 것이라는 결론을 얻을 수 있었다. 이렇게 함으로써 합리적 이행기간 종료 시점에 보복조치를 취하는 것과 같은 효과를 누리게 해줄 수 있을 것이다.

290) Decision by the Arbitrator, *US - Washing Machines (Article 22.6 - US)*, para. 5.2.

그리고 종국적으로는 WTO 협정에서 거의 유일한 책임 추궁 수단으로서의 기능을 확보해 WTO 협정에 대한 신뢰의 회복을 도모할 수 있을 것이다. 그렇다면 위와 같은 방안을 구체적으로 어떻게 DSU에 반영할 수 있을까?

이에 대해서는 다양한 대안을 생각해볼 수 있다. 우선 일반 이사회나 분쟁해결기구에 의한 해석결정 내지 선언과 같은 방법도 가능하다. 이는 현실적으로 DSU의 개정보다 상대적으로 적은 반발을 불러일으키고, 보다 큰 구속력을 부여하지 않음으로써 분쟁해결기구가 이후의 분쟁에서 구체적인 타당성을 실현할 수 있는 탄력성을 부여할 수 있다는 장점이 있다. 하지만 앞서 논의된 바와 같이 현행 DSU의 규정상으로는 보복조치의 승인 이전에 발생한 무효화 또는 침해에 대해 보복조치를 취할 수 있는 방법이 없다. 따라서 현행 DSU의 규정과 충돌할 수 있는 해석 선언이나 결의를 모색하는 것보다는, DSU를 개정하는 것이 근본적인 해결책이 될 수 있다. 동시에 DSU에 예외를 허용하는 규정을 둠으로써 구체적 타당성을 실현할 수 있을 것이다.

앞서 제3장 제2절 3.에서도 봤던, 무효화 또는 침해의 수준을 합리적 이행기간 종료시부터 계산하되 합리적 이행기간이 만료하는 해를 기준기간으로 사용하자는 DSU 개정안은, 구체적으로는 DSU 제22.7조를 다음과 같이 개정할 것을 제안하였다.

> The arbitrator acting pursuant to paragraph 6 shall not examine the nature of the concessions or other obligations to be suspended but shall determine whether the level of such suspension is equivalent to the level of nullification or impairment **[suffered from the day after RPT expires. A period of reference for the arbitrator shall be the year in which the reasonable period of time ends, unless circumstances require otherwise.]** ...[291]

위 개정안은 합리적 이행기간 종료 시점이 포함된 해를 기준 기간으로 삼을 것을 제안하고 있다. 이를 합리적 이행기간 직후의 1년을 기준 기간으로 삼도록 아래와 같이 변용할 수 있을 것이다.

> The arbitrator acting pursuant to paragraph 6 shall not examine the nature of the concessions or other obligations to be suspended but shall determine whether the level of such suspension is equivalent to the level of nullification or impairment **[suffered from the day after RPT expires. A period of reference for the arbitrator shall be the one-year period immediately following the end of RPT, unless circumstances require otherwise]**.[292]

위와 같은 개정을 통해 의도했던 것처럼 합리적 이행기간 종료시부터 발생한 무효화 또는 침해를 보복조치의 수준 계산에 포함시킬 수 있을 것이다.

한편 제3장 제2절 3.에서 봤던, 무효화 또는 침해의 수준의 계산에 합리적 이행기간을 포함시키자는 개정안은 제22.8조에 다음과 같이 문구를 삽입하는 내용을 포함했다.

> The suspension of concessions or other obligations shall be temporary and shall only be applied until such time as the measure found to be inconsistent with a covered agreement has been removed, or the Member that must implement recommendations or rulings provides a solution to the

291) TN/DS/31 (June 17, 2019), p. 112. [ ] 안에 진하게 표시된 부분이 원 협정문에 새로 추가될 부분.

292) 필자가 작성. [ ] 안에 진하게 표시된 부분이 원 협정문에 새로 추가될 부분.

nullification or impairment of benefits, or a mutually satisfactory solution is reached. **[However, in those cases where the level of nullification or impairment includes the level of suspension or impairment suffered during the reasonable period of time as described in paragraph 7, the suspension of concessions or other obligations may remain in force thereafter until such time at which the effect of suspension is equivalent to the level of nullification or impairment suffered during the reasonable period of time.]** ...[293]

비록 무효화 또는 침해의 수준을 합리적 이행기간 종료시부터 계산하자는 개정안은 위와 같은 내용을 포함하지 않았지만, 위 내용을 DSU에 도입하는 것도 필요할 것으로 보인다. 합리적 이행기간 종료 시점부터 보복조치를 취했을 경우와 같은 효과를 누릴 수 있도록 하는 것이 목표라면, 설령 이행 심사나 DSU 제22.6조에 따른 중재의 진행 중에 피소국이 이행을 완료하였더라도 이행을 완료한 그 시점 이전까지 취할 수 있었던 보복조치는 여전히 보장되어야 하기 때문이다. 이로써 피소국이 이행 심사나 DSU 제22.6조에 따른 중재를 남용할 가능성도 방지할 수 있을 것이다.

실제로 이와 같은 논의가 DSU 개정 협상에서 무효화 또는 침해의 수준을 합리적 이행기간 종료시부터 계산하자는 개정안과 관련하여 이루어졌다. 협상 진행 중 이 개정안에 보복조치의 승인 전에 이행을 완료하면 보복조치를 시행할 수 없도록 하자는 내용이 추가되었다.[294] 그 근거로 합리적 이행기간이 당사국으로 하여금 분쟁해결기구의 결정을 이행할 기회를 주는 데 이유가 있음이 강조되었다.[295] 이에 대해서는 보복조치

293) TN/DS/25 (April 21, 2011), p. A-17. [ ] 안에 진하게 표시된 부분이 원 협정문에 새로 추가될 부분.

294) *Ibid*, Appendix B, para. 133.

이후의 단계와의 관계, 그리고 이행이 부분적으로만 이루어진 경우의 처리가 문제되었다.[296] 또한 이행을 회피하기 위해 추가적인 시간을 악용하거나 남용할 여지가 있다는 점도 지적되었다.[297] 따라서 피소국이 실제로 이행한 시점까지 발생한 무효화 또는 침해도 보복조치의 수준에 포함되는 것이 타당할 것이다.

다만 위 개정안은 합리적 이행기간에 발생한 무효화 또는 침해를 포함하는 것을 내용으로 하고 있으므로, 아래와 같이 변용할 수 있을 것이다.

> The suspension of concessions or other obligations shall be temporary and shall only be applied until such time as the measure found to be inconsistent with a covered agreement has been removed, or the Member that must implement recommendations or rulings provides a solution to the nullification or impairment of benefits, or a mutually satisfactory solution is reached. **[However, the suspension of concessions or other obligations may remain in force thereafter until such time at which the effect of suspension is equivalent to the level of nullification or impairment suffered from the end of the reasonable period of time and until the inconsistency has been removed, or the above Member provides a solution, or a mutually satisfactory solution is reached.]** ...[298]

여기에 더해 DSU 제22.4조도 아래와 같이 개정할 것을 제안한다.

---

295) *Ibid*, Appendix B, para. 134.
296) *Ibid*, Appendix B, para. 135.
297) *Ibid*, Appendix B, para. 136.
298) 필자가 작성. [ ] 안에 진하게 표시된 부분이 원 협정문에 새로 추가될 부분.

The level of the suspension of concessions or other obligations authorized by the DSB shall be equivalent to the level of the nullification or impairment **[suffered from the end of the reasonable period of time]**.[299]

299) 필자가 작성. [ ] 안에 진하게 표시된 부분이 원 협정문에 새로 추가될 부분.

제 5 장 결론

WTO 협정은 거의 유일한 책임 추궁 수단으로서 DSU 제22조에서 보복조치를 규정하고 있다. 보복조치의 목적에 대해서는 다양한 견해가 대립한다. 이행을 유도하는 것이 목적이라는 견해, 손해배상이 목적이라는 견해, 협상된 균형을 회복하는 것이 목적이라는 견해, 효율적 계약 파기를 위한 인센티브를 제공하는 것이 목적이라는 견해, 보복 그 자체가 목적이라는 견해, 분쟁을 종국적으로 해결하는 것이 목적이라는 견해 등이 개진되었다. 그러나 보복조치는 어디까지나 대응조치로서 WTO 협정에 도입된 것이다. 따라서 국가책임법상 대응조치와 다소 차이가 있다고 하더라도 원칙적으로 대응조치와 같은 목적 하에 취해지는 것으로 보아야 한다.

위와 같은 목적의 보복조치는 분쟁해결기구의 결정이나 권고가 내려지거나 합리적 이행기간이 종료되었음에도 패소국이 그 결정이나 권고를 따르지 않을 시에 취할 수 있다. 그러나 이때에도 패소국이 불이행하면 보복조치를 곧바로 취할 수 있는 것은 아니고, 패소국이 이에 이의를 제기하면 중재와 분쟁해결기구의 승인을 거쳐 취할 수 있다. 이때 보복조치의 수준은 DSU 제22.4조에 의해 무효화 또는 침해의 수준과 동등해야 한다.

그런데 이때 동등성에 관하여, DSU 제22.4조는 단지 원칙적인 규정만 선언하고 있을 뿐, 구체적인 지침을 제공하지 않고 있다. 특히 보복조치의 수준이 언제 발생한 무효화 또는 침해의 수준과 동등해야 하는지에 대해 DSU는 침묵하고 있다. 그래서 이와 관련하여 통일된 해석이 정립되지 못하였고, 이를 둘러싸고 많은 분쟁이 발생하였다. 2015년 이후의 판정례를 살펴보면, 대체로 합리적 이행기간 종료 직후 발생한 손해에 대하여 분쟁해결기구에 의한 승인 시점부터 보복조치를 취하도록 하는

태도를 취하고 있다. 그러나 중재인들도 당사자의 합의나 선례를 근거로 이와 같이 결정한 것으로 보이고, 이에 대해 명확한 근거를 제시하는 데까지 나아가지는 못하였다.

DSU에 이에 대한 명확한 규정이 없는 이상, 이는 조약법에 관한 비엔나 협약에 제시된 일반규칙을 적용한 해석에 따르는 수밖에 없다. 우선 "무효화 또는 침해"의 통상적 의미만으로는 그 뜻을 명확히 알기 어렵다. 따라서 보복조치의 대상 및 목적을 함께 고려하여 언제 발생한 무효화 또는 침해의 수준이 보복조치 수준 산정의 기준이 되는지 파악해야 할 것이다. 앞서 본 것처럼 보복조치의 목적은 이행의 유도이지, 손해배상이 아닌 만큼, 보복조치가 손해배상의 성격을 갖게 해서는 안 될 것이다. 따라서 발생한 모든 무효화 또는 침해가 산정의 대상이 되는 것이 아니라, 일정 기간 동안 발생한 무효화 또는 침해를 기준으로 보복조치의 수준을 산정해야 할 것이다. 한편 무효화 또는 침해는 패소국의 위법한 행위로 인한 것에 한정되는바, 이를 가장 잘 반영할 수 있는 시기를 선택하는 것이 필요하다. 보복조치의 대상이 되는 위법성은 분쟁해결기구의 결정이나 권고의 불이행이다. 따라서 보복조치는 합리적 이행기간이 종료하였음에도 패소국이 분쟁해결기구의 결정이나 권고를 따르지 않아 남아있는 위법성을 대상으로 하여야 하고, 이로 인한 무효화 또는 침해를 가장 잘 반영하는 기간은 합리적 이행기간이 종료한 시점 직후의 짧은 기간일 것이다. 따라서 이 기간을 기준으로 보복조치의 수준을 산정해야 한다.

보복조치에 대한 해석상 문제되는 다른 한 가지 쟁점은 장래효의 문제이다. DSU의 문언에 의할 때 보복조치는 오로지 승인 이후에만 실시될 수 있다. 합리적 이행기간 종료 시점으로부터, 혹은 WTO 협정 위반조치가 취해진 시점으로부터 얼마의 시간이 경과하였든 DSU는 오로지 보복조치를 분쟁해결기구에 의한 승인 이후에만 취할 수 있도록 하는 것이다. 합리적 이행기간 종료 시점과 보복조치의 승인 시점 사이에 발생한 무효화 또는 침해를 포함할 수 있는 방안은 현 DSU의 해석상 찾기

어려우며, 심지어 그 사이에 발생한 지연이자와 같은 개념도 수용되기 어려운 것으로 보인다. 한편으로는 불합리해 보이더라도, 보복조치가 도입된 교섭 기록을 살펴보면 그와 같은 장래효가 도입된 배경에는 체약당사국간 협상과 타협이 존재했을 것으로 생각된다. 즉, DSU는 보복조치에 GATT보다 강한 구속력과 집행력을 부여한 대신, 그 효과를 장래효로 한정한 것이다. 따라서 해석상으로는 보복조치의 장래효를 받아들일 수밖에 없다. 그러나 이로 인해 많은 문제가 발생하고 있음은 부인할 수 없다. 보복조치의 장래효로 인해 패소국은 분쟁해결기구의 결정이나 권고를 이행할 인센티브가 감소할 수 있고, 보복조치 실시 당시 겪고 있는 무효화 또는 침해와 보복조치의 수준 사이에 괴리가 발생할 수 있으며, 애초에 WTO 분쟁해결절차를 이용하는 것 자체를 포기할 위험마저 있는 것이다.

그 결과, 보복조치는 WTO 협정상 거의 유일한 책임 추궁 수단이라는 독보적인 지위에 비해 분쟁해결절차에서 충분한 역할을 하고 있다고 보기 힘들다는 평을 받고 있다. 오히려 WTO 협정에 대한 신뢰를 저하시키는 요소 중 하나로 전락할 위기에 놓인 것이 현실이다. 따라서 이러한 현실을 타개하기 위해 국가책임법과의 조화가 요청된다. 물론 개별조약은 국가책임법에 대한 특칙을 정할 수 있지만, WTO 협정상 보복조치에 대해서는 국가책임법으로부터의 일탈을 허용할 이유가 더 이상 없는 것이다. 따라서 보복조치를 국가책임법상 대응조치에 관한 원칙에 부합하도록 개정할 필요가 있다.

그 개정 작업은 보복조치와 대응조치 간 차이를 규명하는 데부터 시작한다. 그리고 그 차이는 보복조치와 대응조치를 실시할 수 있는 시점에서 발견된다. 즉, 일반적인 상황에서 대응조치는 상대국의 위법행위에 대해 즉각적으로 취해질 수 있다. 그리고 이후 상대국이 이를 국제법원에 제소하면 보복조치를 취한 국가는 위법성 조각사유를 원용하여 국가책임을 지지 않는 것이 국가책임법상 대응조치가 예정하고 있는 구조이다. 그러나 이와 다르게 WTO 협정 하에서는 승소국이 먼저 보복조치의

승인을 요청해야 한다. 그래서 그 승인을 기다려 승소국은 비로소 보복조치를 취할 수 있게 되는 것이다. 따라서 WTO 협정 하에서 승소국은 국가책임법이 예정하고 있는 상황보다 늦은 시점에야 보복조치를 취할 수 있게 된다. 이와 같은 차이를 극복하기 위해서는 승소국이 보복조치를 승인받기 전에 취할 수 있었을 때 가졌을 권리를 보장해주는 것이 필요하다. 물론 WTO 협정 하에서도 승인 없이 보복조치를 취할 수 있도록 허용하는 방법을 생각해볼 수 있지만, 사전 승인이라는 제도를 포기할 이유는 없어 보인다. 따라서 사전 승인 제도를 유지하되 단지 보복조치의 효과를 더 이른 시점부터 누릴 수 있도록 보복조치의 시작점을 설정할 필요가 있다.

이에 대하여는 다양한 대안을 고려해볼 수 있다. 우선 무효화 또는 침해 산정의 시기를 분쟁해결기구에 의한 결정이 있기 전의 시점으로 설정하는 방안도 생각해볼 수 있다. 그러나 이는 보복조치를 필요 이상으로 확대해 오히려 세계 경제에 악영향을 미칠 수 있고, 재판소에 계류중 대응조치를 금지하는 국가책임법상 원칙과도 충돌한다. 합리적 이행기간 시작 시점을 보복조치의 시작점으로 삼는 것은, 패소국이 합리적 이행기간에 대해 갖는 권리를 침해하기 때문에 허용될 수 없다. 패소국에게 합리적 이행기간은 위법성 조각사유와 유사한 역할을 할 뿐 아니라, 합리적 이행기간 내 이행하기 어려운 패소국에게 이는 부당한 압박으로서 보복조치의 목적과도 맞지 않기 때문이다. 한편 이행 심사 절차까지 종료된 이후의 시점을 보복조치의 시작점으로 삼는 것은 이행 심사가 가지는 성격과 부합하지 않는다. 이행 심사는 패소국의 국가책임을 면하게 해주는 절차가 아니기 때문이다. 또한 이행 심사는 선택적이기 때문에 이에 따라 보복조치의 시작점이 달라진다고 볼 수도 없다. 결론적으로는 합리적 이행기간 종료 시점을 보복조치의 시작점으로 삼는 것이 국가책임법과 가장 부합하는 대안이 될 것이다.

WTO는 현재 전례 없는 위기를 겪고 있다. 국제법의 일반 원칙인 국가책임법과 부합하도록 WTO 협정을 개선하여 더 많은 체약당사국을

설득하고, 나아가 통상 질서에 예측가능성을 부여함으로써 무역의 증진과 인류의 공동 번영이라는 WTO 협정의 본래 목적을 달성할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

김대순, 『국제법론 (제20판)』 (삼영사, 2019).
김석현, 『국제법상 국가책임』 (삼영사, 2007).
박노형, 『WTO 體制의 紛爭 解決制度 硏究 (改訂版)』 (박영사, 1997).
성재호, 『국제경제법 (개정판)』 (박영사, 2007).
정영진, 이재민, 『신 통상법 및 통상정책』 (박영사, 2012).
정인섭, 『신국제법강의-이론과 사례 (제9판)』 (박영사, 2019).
_____, 『조약법 강의』, (박영사, 2016).
최승환, 『국제경제법 (제4판)』 (법영사, 2014).
한국국제경제법학회, 『신국제경제법 (전면개정판)』 (박영사, 2018).

(2) 논문

강수미, “WTO 보복조치의 동등요건에 관한 연구”, 중재연구 제23권 제2호 (2013).
김인숙, “WTO 분쟁해결절차상 보복조치의 문제와 개선방안”, 통상법률 제96호 (2010).
이길원, “WTO DSB판정 이행확보 수단으로서의 보복조치”, 국제경제법연구 제9권 제2호 (2011).
이재민, “최근 WTO 분쟁해결절차에서 확인된 국제법 기본원칙 및 법리”, 국제법학회논총 제55권 제4호 (2010).
_____, “WTO 개혁 쟁점 연구: 분쟁해결제도”, 중장기통상전략연구 제

19권 제2호 (2019).
이환규, “WTO 보복조치의 실효성에 대한 비판적 고찰”, 법학논총 제32권 제3호 (2020).
장승화, “WTO 판정의 집행과 구제수단: DSU 22.6 중재를 중심으로”, 통상법률 제127호 (2016).
정기창, “WTO 분쟁 패소국의 불이행요인과 이행촉진방안 분석”, 통상법률 제112호 (2013).

2. 외국문헌

(1) 단행본

Bossche, Peter Van Den and Zdouc, Werner, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 4th ed., Cambridge University Press (2017).
Lawrence, Robert Z., *Crimes and Punishments?: Retaliation under the WTO*, Peterson Institute (2003).
Shadikhodjaev, Sherzod, *Retaliation in the WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International (2009).

(2) 논문

Bronckers, Marco and Van den Broek, Naboth, “Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement”, *Journal of International Economic Law* (2005), Vol. 8 Issue 1.
Davey, William J., “Compliance Problems in WTO Dispute

Settlement", *Cornell International Law Journal* (2009), Vol. 42 Issue 1.

Flett, James, "From the Green Room to the Court Room (And Back): Judicial Clarification of Ambiguity on WTO Law and the Effects on Subsequent Negotiations", *Onati Socio-Legal Series* (2011), Vol. 1 Issue 4.

Hoekman, Bernard M. and Mavroidis, Petros C., "To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform", *Journal of International Economic Law* (2020), Vol. 23 Issue 3.

Jackson, John H., "The WTO Dispute Settlement Understanding - Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation", *American Journal of International Law* (1997), Vol. 91 Issue 1.

Lee, Jaemin, "State Responsibility and Government-Affiliated Entities in International Economic Law: The Danger of Blurring the Chinese Wall between 'State Organ' and 'Non-State Organ' as Designed in the ILC Draft Articles", *Journal of World Trade* (2015), Vol. 49, Issue 1.

Movsesian, Mark L., "Enforcement of WTO Rulings: An Interest Group Analysis", *Hofstra Law Review* (2003), Vol. 32.

Pauwelyn, Joost, "Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules - Toward a More Collective Approach", *The American Journal of International Law* (2000) Vol. 94 Issue 2.

Posner, Eric A., and Sykes, Alan O., "Efficient Breach of International Law: optimal remedies, "legalized noncompliance", and related issues", *Michigan Law Review* (2011) Vol. 110 Issue 2.

Schwartz, Alan O. and Sykes, Warren F., "The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization: The Rational Choice and International Law",

Journal of Legal Studies (2002), Vol. 31.

Sebastian, Thomas, "World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness", *Harvard International Law Journal* (2007) Vol. 48.

Spamann, Holger, "The myth of 'rebalancing' retaliation in WTO Dispute Settlement practice", *Journal of International Economic Law* (2006), Vol. 9 Issue 1.

(3) 기타

Hudec, Robert E., Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement, *Improving WTO Dispute Settlement Procedures: Issues & Lessons from the Practice of Other International Courts & Tribunals*, Cameron May (2000).

Roessler, Frieder, "The Concept of Nullification and Impairment in the Legal System of the World Trade Organization", *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International (1997).

"It's the end of the World Trade Organisation as we know it", The Economist(2019.11.30.).

https://www.icj-cij.org/en/list-of-all-cases.

3. WTO 문서

(1) WTO 협정

보조금 및 상계조치에 관한 협정 (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures).
부속서 2: 분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해 (ANNEX 2 : DSU (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes)).
WTO 설립을 위한 마라케시 협정 (Agreement Establishing the World Trade Organization).
1947년 관세 및 무역에 관한 일반협정 (GATT 1947).

(2) WTO 패널 보고서

WTO Panel Report, *European Communities and certain member States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States -*, WT/DS316/RW (September 22, 2016).

(3) WTO 항소기구 보고서

WTO Appellate Body Report, *United States - Continued Suspension of Obligations in the EC - Hormones Dispute*, WT/DS320/AB/R (October 16, 2008).
WTO Appellate Body Report, *United States - Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada - Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU -*, WT/DS257/AB/RW (December 5, 2005).
WTO Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia -*, WT/DS58/AB/RW (October

22, 2001).

WTO Appellate Body Report, *United States - Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing") - Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities* -, WT/DS294/AB/RW (May 14, 2009).

(4) WTO 중재인 결정

WTO Arbitration Decisions, *Brazil - Export Financing Programme for Aircraft - Recourse to Arbitration by Brazil under Article 22.6 of the Dispute Settlement Understanding (DSU) and Article 4.11 of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM)* -, WT/DS46/ARB (August 28, 2000).

WTO Arbitration Decision, *Canada - Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft - Recourse to Arbitration by Canada under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement* -, WT/DS222/ARB (February 17, 2003).

WTO Arbitration Decisions, *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) - Recourse to arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU* -, WT/DS26/ARB (July 12, 1999).

WTO Arbitration Decisions, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU* -, WT/DS27/ARB (April 9, 1999).

WTO Arbitration Decisions, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Arbitration by the European Communities under Article*

22.6 of the DSU –, WT/DS27/ARB/ECU (March 24, 2000).

WTO Arbitration Decision, *European Communities and certain member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the European Union* –, WT/DS316/ARB (October 2, 2019).

WTO Arbitration Decisions, *United States – Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities) – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU* –, WT/DS136/ARB (February 24, 2004).

WTO Arbitration Decision, *United States – Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States* –, WT/DS464/ARB (February 8, 2019).

WTO Arbitration Decisions, *United States – Certain Country of Origin Labeling (COOL) Requirements – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States* –, WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB (December 7, 2015).

WTO Arbitration Decision, *United States – Certain Methodologies and their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United Sttaes* –, WT/DS471/ARB (November 1, 2019).

WTO Arbitration Decision, *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Original Complaint by Brazil) – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU* –, WT/DS217/ARB/BRA (August 31, 2004).

WTO Arbitration Decision, *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (Original Complaint by Korea) – Recourse to Arbitration by the United States under Article*

22.6 of the DSU –, WT/DS217/ARB/KOR (August 31, 2004).

WTO Arbitration Decision, *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint) – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States* –, WT/DS353/ARB (October 13, 2020).

WTO Arbitration Decision, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States* –, WT/DS381/ARB (April 25, 2017).

WTO Arbitration Decision, *United States – Subsidies on Upland Cotton – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the* SCM Agreement –, WT/DS267/ARB/1 (August 31, 2009).

WTO Arbitration Decision, *United States – Subsidies on Upland Cotton – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement* –, WT/DS267/ARB/2 (August 31, 2009).

WTO Arbitration Decision, *United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of te SCM Agreement* –, WT/DS108/ARB (August 30, 2002).

(5) 기타

C/M/220 (June 8, 1988).

L/61 (November 7, 1952).

MTN.GNG/NG13/W/45 (September 21, 1990).

MTN.TNC/W/FA (December 20, 1991).

TN/DS/25 (April 21, 2011).
TN/DS/31 (June 17, 2019).
WTO Analytical Index: DSU - Article 22 (Jurisprudence).
WTO Arbitration Awards, *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act - Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU -*, WT/DS160/ARB25/1 (November 9, 2001).
https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/dsu_art22_jur.pdf.
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds316_e.htm.
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds353_e.htm.
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds381_e.htm.
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds384_e.htm.
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds464_e.htm.
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds471_e.htm.
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm.

4. 국제협정

1969년 「조약법에 관한 비엔나 협약」 (Vienna Convention on the Law of Treaties).
2001년 「국제위법행위에 대한 국가책임에 관한 규정초안」 (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts).

Abstract

Revisiting WTO Retaliation

- Calculating the Level of Nullification or Impairment in accordance with the Principles of State Responsibility -

Kwon, Youngho

School of Law

Seoul National University

Retaliation, or suspension of concessions or other obligations, enjoys a unique role in the WTO regime. This stems from the fact that it is one of those few means of invoking the responsibility of a State, and that it can amount to a considerable size. However, concerns have been raised in the course of its operation, and it has been subject to multiple negotiations to improve and clarify the DSU.

The level of retaliation is determined under Article 22.4 of the DSU. It provides that the level of suspension of concessions or other obligations shall be equivalent to the level of nullification or impairment. However, it is difficult to interpret this article when actually determining the level of retaliation because DSU is silent about the exact reference period for calculating the level of nullification or impairment. Thus, after reviewing recent decisions by the Arbitrators, this paper approaches this matter in terms of treaty

interpretations. Article 31 of 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties provides General Rule of Interpretation. The discussion on interpreting the reference period for calculating the level of nullification or impairment must commence with the ordinary meaning, but it is difficult to infer much interpretation from Article 22.4 of the DSU with the ordinary meaning of the term "nullification or impairment". It should thus be interpreted in the light of its object and purpose. Numerous suggestions have been made regarding the purpose of retaliation. However, the purpose of retaliation needs to follow that of countermeasures, which is to induce compliance. It can be inferred from this that retaliation is not supposed to function as compensation. In other words, it is not nullification or impairment suffered until the Responding State's compliance, but that suffered in the limited period of time that the level of which needs to be calculated. Then the subsequent question that follows is what that period should be. This leads to the question about the nature of wrongfulness that is subject to retaliation. When interpreting retaliation in its context with regard to the reasonable period of time, the non-compliance of the Responding State by the end of the reasonable period of time is the wrongfulness that inflicts retaliation. Then the nullification or impairment should be in causal relationship with such wrongfulness, and it is essential that the reference period be the short-term period directly following the end of the reasonable period of time. Arbitrators in *EC and certain member States - Large Civil Aircraft (Article 22.6 - EC)* have also made such decision that is in line with the above discussion, but their grounds for their conclusion are critically examined.

In the meantime, retroactivity is not allowed under the current DSU, and retaliation can only take place following the approval by

the DSB even when its level is equivalent to the level of nullification or impairment suffered following the end of the reasonable period of time. In other words, nullification or impairment suffered between the end of the reasonable period of time and the approval by the DSB cannot be included at all. This has increased the gap between the level of actual nullification or impairment and the level of retaliation, and thus has weakened the enforceability of WTO agreements, especially as disputes are being elongated in recent years.

Therefore, it is necessary that retaliation is operated in accordance with the principles of State Responsibility to deal with the aforementioned problems. WTO Appellate Body has already confirmed that WTO disputes are also subject to principles of State Responsibility, and retaliation needs to be improved to follow those principles for the sake of its efficacy. Then the question arises regarding the starting point of the calculation of the level of nullification or impairment. The difference between countermeasures and retaliation first needs to be analyzed. Whereas countermeasures do not require approval in advance, but are subject to approval *ex post*, retaliation needs to be approved *ex ante* by the DSB. As it is worth maintaining the review mechanism by a neutral third party, complaining State should be guaranteed to enjoy the effects of countermeasures following the wrongfulness of responding State, which is its non-compliance with the DSB rulings or recommendations.

Starting point for the calculation of the level of nullification or impairment is reviewed following the dispute settlement procedure. First, it would be inappropriate to start the calculation even before the rulings or recommendations are made by the DSB since this could be broadening the scope of retaliation too much as to be

similar with compensation in its effect and the principles of State responsibility dictate that countermeasures cannot be taken when the dispute is pending before a tribunal. Regarding whether the nullification or impairment suffered during the reasonable period of time can also be included, the reasonable period of time itself can be the circumstance precluding wrongfulness, and it is doubtful whether the purpose of inducing compliance can be achieved by such inclusion. Thus, the end of the reasonable period of time needs to be the staring point for the calculation. Starting the calculation after the compliance proceedings ignores the difference in nature of regular proceedings and that of compliance proceedings, and it also discriminates against the complaining State which has not been engaged in compliance proceedings. This paper concludes by suggesting draft articles to start the calculation of the level of nullification or impairment following the end of the reasonable period of time.

keywords : WTO Agreements, DSU, Retaliation, Suspension of concessions or other obligations, General rule of interpretation, State responsibility
Student Number : 2019-20176