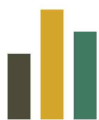

2014년 국제경제법학회 신진학자 학술대회

- 국제경제법의 새로운 쟁점과 전망 -

1. 일 시 : 2014년 3월 22일 토요일 14:00 ~ 18:00
2. 장 소 : 서울시립대학교 법학관 627호 컨퍼런스룸 (6층)
3. 주 최 : 국제경제법학회/ 서울시립대학교 법학연구소



한국국제경제법학회
KOREAN SOCIETY OF
INTERNATIONAL ECONOMIC LAW



[프로그래밍]

진행사회: 강준하 교수 (홍익대학교, 학회 연구이사)

시 간	내 용
1:30~2:00	등록
2:10~2:30	개회사: 김대원 교수 (국제경제법학회 회장) 환영사: 노상현 교수 (서울시립대 법학연구소 소장)
제1부 신진학자 학술발표 2:30~4:30	좌 장: 정찬모 교수 (인하대학교, 학회 수석부회장)
	제1주제: WTO협정상 건강보호 규정에서의 비례성원칙 발 표: 김민주 박사 (고려대학교) 토 론: 권현호 교수 (성신여자대학교)
	제2주제: Remediating the Remedy System for Prohibited Subsidies in the WTO -Reconsidering Retrospective Remedies- 발 표: 이효영 박사 (KIEP) 토 론: 정기창 변호사 (법무법인 화우)
	제3주제: FTA를 통한 노동권 보호 -미국 FTA의 노동규정을 중심으로- 발 표: 배연재 박사 (고려대학교) 토 론: 이주윤 박사 (연세대학교)
	종합토론
4:30~4:50	Coffee Break
제2부 주니어 멤버 학술발표 4:10~5:50	좌 장: 최원목 교수 (이화여자대학교, 학회 전임회장)
	제1주제: Trilateral Treaty Relationship between Korea, China and Japan: Emphasizing the Economic Integration in Northeast Asia 발 표: 허난이 (고려대학교 박사과정)
	제2주제: Evolution of International Trade Rules on Technical Standards 발 표: 김동휴 (연세대학교 박사과정)
	종합토론
제3부 5:50~6:00	학회지 학술등재지 승격 공로패 시상
	폐회 및 만찬 (장소추후공지)

제1부 신진학자 학술발표

(pm 2:30~4:30)

좌 장: 정찬모 교수 (인하대학교, 학회 수석부회장)

제1주제: WTO협정상 건강보호 규정에서의 비례성원칙

발 표: 김민주 박사 (고려대학교)

토 론: 권현호 교수 (성신여자대학교)

제2주제: Remedying the Remedy System for Prohibited
Subsidies in the WTO

-Reconsidering Retrospective Remedies-

발 표: 이효영 박사 (대외경제정책연구원)

토 론: 정기창 변호사 (법무법인 화우)

제3주제: FTA를 통한 노동권 보호

-미국 FTA의 노동규정을 중심으로-

발 표: 배연재 박사 (고려대학교)

토 론: 이주윤 박사 (연세대학교)

제1부 신진학자 학술발표

제1주제

WTO협정상 건강보호 규정에서의 비례성원칙

발 표: 김민주 박사 (고려대학교)

토 론: 권현호 교수 (성신여자대학교)

WTO 협정상 건강보호규정에서의 비례성원칙

김민주*

< 목 차 >

I. 서설	최소무역제한 대안조치
II. 비례성원칙의 개념 및 적용구조	2. Weighing and Balancing
1. 비례성원칙의 개념 및 부분원칙	IV. 비례성분석 및 평가
2. 비례성원칙의 적용구조	1. 비례성원칙의 묵시적 수용
3. 비교형량의 결정구조	2. 불완전한 비교형량
III. GATT 제20조 (b)호 필요성 심사기준의 애매함	3. 좁은 의미의 비례성원칙 논증의 예
1. 합리적으로 이용가능한	4. 비례성원칙과 재량
	V. 결론

I. 서설

WTO 협정상 GATT 제20조 (b)호의 ‘인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강 보호에 필요한’ 조치에 대한 판단 법리는 GATT 1947체제에서 WTO 체제동안 발전적으로 변화되어 왔다.¹⁾ WTO 패널과 상소기관은 GATT 제20조의 일반예외 규정에서 규정되어 있는 ‘필요한’의 의미를 판단하는 데에 GATT/WTO 사건에서 제기된 내용들을 통합하여 하나의 법리를 형성해가고 있다.²⁾ 그러나 GATT 제20조의 ‘필요한’의 판단기준으로 WTO 분쟁해결기관이 발전시킨 법리는 일반적인 ‘필요성’ 개념에 근거한 것이 아니고, ‘비례성원칙’으로 일컬어지는 법리에 근거한 것도 아닌 애매한 기준 상태에 있다. 일반적으로 말하는 필요성 테스트인 “최소제한수단”을 판단하는 것이 아니고 비례성원칙을 적용한 논리적 판단을 하는 것도 아니어서 심사기준으로서 정체가 불분명하고 애매한

1) WTO는 그동안 필요한의 법리를 크게 두 가지 단계에 걸쳐 발전시켰다. 처음으로 GATT 제20조의 ‘필요한’의 의미를 판단한 것은 GATT 1947 체제하의 GATT 제20조 (d)호에 관한 *US-Section 337* 사건(GATT Panel Report, *United States-Section 337 of the Tariff Act of 1930*, adopted on 7 November 1989 (L/6439-36S/345))이었다. 이후 WTO 체제가 출범하고 나서 *Korea-Beef* 사건(Appellate Body Report, *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted 10 January 2001)에서 ‘필요한’의 의미에 대해 상당히 발전적인 해석이 이루어 졌다. 그리고 가장 최근의 사건인 *Brazil-Tyres* 사건(Appellate Body Report, *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, adopted 17 December 2007)에 이르고 있고, 이후 아직까지는 관련 사건이 제기되지 않고 있다.

2) GATT/WTO 분쟁해결기관은 GATT 제20조 (b)호와 (d)호의 필요한 조치인지를 판단하면서 필요성판단에 대하여 동일한 방법론을 적용해 왔다. GATT 1947 패널의 결정이었던 *Thailand-Cigarettes* 사건에서 패널은 GATT 제20조 (b)호의 “필요성”을 판단하면서 이미 그 이전 판결인 GATT 제20조 (d)호의 *US-Section 337* 사건 패널의 결정을 참고하였다. *Thailand-Cigarettes* 사건 패널은 제20조 (d)호에 있는 “필요한”이라는 용어가 제20조 (b)호에 있는 “필요한”이라는 용어와 동일하지 않을 이유가 없다고 하면서, (b)호의 필요성 판단에 (d)호의 필요성 판단을 준용한다고 하였다. 그 이후 GATT 체제부터 현재의 WTO 체제까지 GATT 제20조 (b)호 및 (d)호의 “필요한”에 대한 판단에 대하여 그 동안 서로 다른 사건들의 결정들로부터 형성되어 축적된 법리를 적용하여 판단하고 있다.(GATT Panel Report, *Thailand-Cigarettes*, para. 74.)

상태에 머물러 있다고 할 수 있다.³⁾ ‘필요한’을 판단하는 WTO 분쟁해결기관의 현재의 법리는 WTO 분쟁해결의 경우에 적합하다거나 고유한 것이라기보다는 WTO 분쟁해결기관이 ‘필요한’의 의미를 판단하는 요소들을 발전시키는 과정에서 아직 그 법리가 명확하게 정리되지 못하고 있기 때문이라고 생각된다. 이러한 애매성을 좀 더 명확히 하기 위해서는 심사기준으로서 ‘비례성원칙’을 적용하여 현재의 법리를 논리적으로 발전시키는 것이 바람직한 방법이 될 수 있다고 생각한다. 실제로 WTO 분쟁해결기관의 GATT 제20조의 ‘필요한’의 판단법리는 일반적으로 언급되는 ‘비례성원칙’의 법리와 매우 유사하게 닮아가고 있다.

여기서 언급하는 ‘비례성원칙’은 본래 19세기 말 독일 경찰행정법(Polizeirecht)에서부터 발전되기 시작한 법리를 말한다.⁴⁾ 당시 비례성원칙은 국가의 발전으로 정부행위가 공적 영역은 물론 사적영역으로 확장되면서 발전하기 시작하였다. 국가의 공적 목적 달성을 위해 취해지는 조치가 개인의 자유를 제한하면서 충돌을 일으켰고,⁵⁾ 이러한 충돌을 해결하기 위한 방법으로 비례성원칙이 개발되었다. 이런 비례성원칙의 개념은 독일 공법의 발전과 함께 독일 헌법인 기본법의 헌법원칙으로 자리 잡게 되었다. 독일 연방헌법재판소는 1958년 Lüth 판결⁶⁾과 Apothekenurteil 판결⁷⁾사건에서 처음으로 “최소제한수단 테스트”와 “좁은 의미의 비례성”을 구별하여 현대적 의미의 비례성원칙의 부분원칙인 적합성원칙, 필요성원칙, 그리고 좁은 의미의 비례성원칙을 모두 구별하였다. 1960년대를 거치면서 독일연방헌법재판소는 ‘권리’가 제한되는 모든 사건에서 비례성원칙을 적용한 비례성분석을 사용할 것, 비례성원칙은 헌법적 지위를 가진다는 것, 그리고 공권력을 구속하는 모든 국가행위에 대한 초월적 기준이라고 선언함⁸⁾으로써 비례성원칙이 국가행위를 통해 개인의 자유를 제한하는 경우 정당성을 확보하기 위한 심사기준으로 발전되었다. 독일연방헌법재판소는 그 동안의 여러 판례를 통해서, “합법적인 목적과 국가의 조치 사이의 관계에서 그 조치는 그 목적을 실현하기 위해 필요하고 예견되는 목적의 견지

3) 예를 들면, J. H. H. Weiler는 *Korea-Beef* 사건이후 *Brazil-Tyres* 사건에 이르기까지 “필요한” 조치인지를 판단하는 법리를 발전시키는 것이 가능하도록 사건의 부족함이 없었는데도 불구하고 WTO 상소기관은 GATT 제20조의 언어와 함께 가능한 일관성있는 심사방식들 사이에서 헤매고 돌아다니고 있다고 비판한다.(J. H. H. Weiler, Comment Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (DS322) Prepared for the ALI Project on the Case Law of the WTO, World Trade Review (2009), 8: 1, p. 138.)

4) 1794년 발효된 프리시아 일반법(Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten)은 경찰의 권한에 대하여 “경찰의 직무는 공공의 평화, 안전, 질서를 유지하기 위해서 필요한 조치를 취하는 것이다”라고 규정하고 있었다.(Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten [A.L.R.], Feb. 5, 1794, Part II, Title 17, § 10: “Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.” Translated in English, “The office of the police is to take the necessary measures for the maintenance of public peace, security, and order . . .”)

5) Nicholas Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, Kluwer Law International, 1996, p. 23.

6) BVerfGE 7, 198 - Lüth, 15 January 1958.

7) BVerfGE 7, 377- Apotheken-Urteil, 11 June 1958, 1 BvR 596/56: 이것은 1958년 6월 11일자 독일 연방헌법 재판소의 “약국판결”로 알려진 기념비적인 판결이다. 독일 기본법의 제12조는 직업의 자유라는 기본권은 헌법적 비례성원칙을 근거로 적용되고 해석된다는 것을 보장하고 있다. 이 사건에서 비례성원칙의 3단계 이론이 개발되었다.

8) Alec Stone Sweet and Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, 47 Colum. J. Transnat’l L. 72, 2008, p. 109.

에서 적절해야 하는 그런 관계”를 말한다는 비례성원칙의 개념을 형성했다.⁹⁾

비례성원칙은 독일의 공법에서부터 발전된 것이지만, 원칙적으로 상호 충돌하는 가치들 간의 우열관계를 평가하는 것이 문제되는 경우 그것이 국가의 권리이든 정책이든 상관없이 비례성원칙을 적용하여 문제를 해결할 수 있다.¹⁰⁾ 현재 비례성원칙은 국내법차원은 물론 국제법 영역에서도 활발히 적용되는 과정을 거치고 있는데, 여기서 말하는 비례성원칙에는 몇 가지 공통적인 특징이 있다. 첫째, 어느 법체계에 적용되든 법이론적으로 비례성원칙의 기본구조는 적합성원칙·필요성원칙·좁은 의미의 비례성원칙이라는 세 개의 부분원칙으로 구성되어 있다는 점이 동일하다.¹¹⁾ 둘째, 비례성원칙이 헌법원칙일 경우 명시적 규정유무를 불문하고 적용될 수 있다.¹²⁾ 셋째, 비례성원칙은 법이론적으로 가치규범인 법원칙규범의 충돌에 적용된다. 넷째, 비례성원칙은 형식적이고, 객관적이고, 중립적이다. 그러면서도 또한 실질적으로는 가치에 근거한 비교형량을 포함하고 있다. 비례성원칙

9) Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1996, p. 25.

10) 대륙법체제인 독일법상 비례성원칙과 유사한 개념이 영미법상에도 존재한다. 특히 미국헌법체제에서 비례성원칙에 가장 유사한 것은 엄격심사기준(strict scrutiny review), 중간심사기준(intermediate scrutiny review), 그리고 합리성심사기준(rational basis review)이라는 기준의 집합인 심사의 단계(tiers of scrutiny)이다. 그러나 단계별 심사는 심사의 강도 차이에 따라 서로 다른 개별적인 심사기준의 집합을 의미하는 것인 반면, 비례성원칙은 적합성원칙·필요성원칙·좁은 의미의 비례성원칙이라는 세 개의 부분원칙이 하나의 비례성원칙을 구성하는 것이라는 점에서 서로 다르다. 또한 비례성원칙은 경찰행정법에서부터 발전했고 사법에 대해서는 별로 관계가 없었던 반면 엄격심사는 사법에서 발생해서 후에 공법으로 확장되었다. 또한 비례성원칙은 개인의 권리보호를 위한 법률의 원문규정이 거의 없는 배경에 대하여 개인의 권리를 보호하기 위한 시도로 만들어졌던 반면 엄격심사는 미국헌법원문의 과도한 해석으로 미국 대법원에 의한 지나치게 열성적인 개인의 권리보호를 견제하고자하는 정확히 반대목적으로 만들어졌다. 마지막으로 비례성원칙은 독일 행정법원의 형식적이고 교리적인 법리과정에서 발전되었고 반형식주의적인 법철학의 부분이 아니었던 반면 엄격심사는 미국 의회의 비형식주의 혁명의 부분이고 이 혁명의 핵심측면이었다. 비록 미국 헌법의 단계별 심사와 비례성원칙의 비교형량과 유사한 엄격심사는 비례성원칙과는 서로 다른 발전의 역사로 인해 두 개념사이에는 구별되는 차이가 있지만 점차 유사해지고 있다. (Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, *American Balancing and German Proportionality: The historical origins*, I·CON (2010), Vol. 8 No. 2, 263-286, p. 266; Jud Mathews and Alec Stone Sweet, *All Things in Proportion? American Rights Review and the Problem of Balancing*, Emory Law Journal, Vol. 60, 2011, p. 104.)

11) 가장 잘 연구되어 있는 헌법상 원칙으로서의 헌법의 하위법률상 비례성원칙은 헌법원칙일 경우 명시적 규정유무를 불문하고 효력상 우위에 있으나 법률상 비례성원칙은 명시적 규정이 있는 경우에 한하여 우선 적용되고, 헌법상 비례성원칙은 입법·행정·사법권을 모두 구속한다는 주된 차이점을 제외하면 비례성원칙의 기본구조는 동일하다. 예를 들어 독일 경찰법에서 사용되는 비례성원칙은 법률에 명시적 규정이 있는 경우에 적용된다. 헌법상 일반원칙으로서 비례성원칙은 헌법적인 효력을 갖기 때문에 실정법규정의 유무를 불문하고 타당하고, 효력상 우위에 있지만, 실정법에 명시적 규정이 있는 경우에는 실정법상 규정이 우선 적용되고, 실정법 규정이 없는 경우 헌법상 비례성원칙이 적용된다. 또한 경찰법상 비례성원칙은 행정과 사법에 대하여만 구속되는 반면 헌법원칙으로서의 비례성원칙은 행정·사법·입법권을 모두 구속한다. (김대환, 독일 경찰행정법상 비례성원칙의 내용과 전개, 공법학연구 제5권 제3호, 2004, 549면.)

12) 헌법원칙으로서의 비례성원칙은 명시적 규정이 없을지라도 법치국가원리, 민주주의 원리, 헌법해석 등으로 도출될 수 있다.(Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, p. 2.) 독일 연방헌법재판소에서는 법치국가원리에서 비례성원칙을 도출하고, (Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1996, p. 40.) Alexy의 경우 비례성원칙은 가치나 이익을 표현하는 기본권에 내재되어 있어 기본권으로부터 연역적으로 도출된다고 한다. (Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 66.) 헌법원칙상 비례성원칙의 이러한 특징은 WTO 협정에 명시적 규정이 없는 경우에도 WTO법의 내부원칙으로 비례성원칙이 발전되거나 WTO 협정의 “필요한”이라는 규정내용을 바탕으로 법률해석의 일반원칙에 의해 도출될 수 도 있음을 암시한다고 할 수 있다.

은 가치를 담고 있는 권리를 제한할 때 좀 더 합리적으로 제한하기 위해서 고안된 것이다.¹³⁾

WTO법체계에서 비례성원칙을 적용하여 비례성 분석이 행해질 수 있는 가장 적절한 상황은 WTO 회원국에게 부여된 자유무역이라는 경제적 목적을 촉진할 의무를 부과하고 있는 비차별 원칙 의무와 회원국의 자국민의 건강보호 및 식품안전, 환경보호, 그리고 인권보호 등 비경제적 목적을 추구하는 상황이 서로 충돌하는 경우이다. 비례성원칙이 적용되는 목적과 수단의 관계에서 비례적일 것을 명령하는 가장 적절한 상황은 GATT 제20조의 필요성판단에서 찾아 볼 수 있다. WTO회원국에 의해 취해진 “필요한” 조치는 한 WTO 회원국의 건강보호정책목적을 달성하기 위해서 다른 회원국의 자유무역정책을 제한함으로써 두 국가의 정책 또는 권리가 충돌하는 상황이 된다. 따라서 이 논문에서는 WTO 협정에서 자유무역이라는 경제적 목적과 건강보호라는 사회적으로 중요한 비경제적 목적이 충돌하는 대표적인 상황을 제공하여 비례성원칙의 적용문제를 연구하기에 가장 적합한 GATT 제20조 (b)호의 필요성 판단법리를 주된 연구대상으로 한다. 이 논문은 두 가지를 주장한다. 첫째, GATT 제20조 (b)호의 현재의 필요성 판단법리의 애매함을 WTO 분쟁해결기관이 명확히 정리하는 것이 필요하다. 둘째, WTO 분쟁해결기관이 GATT 제20조 (b)호의 필요성 판단기준으로 ‘비례성원칙’의 적용을 명시적으로 밝히고 법리를 논리적으로 발전시키는 것이 바람직하다. 이를 위해서 이 논문은 우선 심사기준으로서 비례성원칙의 개념과 적용구조에 대해 알아보고, GATT 제20조 (b)호의 심사기준이 현재 애매한 상태에 있음을 언급한다. 그리고 이런 애매함의 문제를 해결하기 위해서 비례성원칙을 적용하여 판단하는 것이 필요하다는 것을 주장한다.

II. 비례성원칙의 개념 및 적용구조

1. 비례성원칙의 개념 및 부분원칙

1) 비례성원칙의 개념

비례성원칙은 일정한 목적을 달성하기 위한 수단을 선택할 때 그 목적과 수단 간의 관계에서 ‘비례적인’ 수단을 선택하여 사용할 것을 요구하는 원칙이다.¹⁴⁾ ‘비례적인 수단’이란 추구하는 목적을 실현시키는데 적합한 수단이고, 그 목적을 실현함에 있어 다른 목적에 피해를 가장 적게 주는 수단이며, 그 추구하는 목적의 실현으로 인해 피해를 입는 다른 목적을 균형 있게 실현하는 수단을 말한다. 따라서 목적과 수단 간의 비례관계를 요구하는 비례성원칙은 추구하는 목적을 실현하는데 적합한 수단을 사용하라는 적

13) Georg Nolte, Thin or Thick? The Principle of Proportionality and International Humanitarian Law, Law & Ethics of Human Rights, Vol. 4, Issue 2, 2010, p. 247.

14) 일반적으로 ‘비례성원칙’이라고 할 때는 비례성원칙의 부분원칙 중 ‘좁은 의미의 비례성원칙’을 고려하여 ‘넓은 의미의 비례성원칙’이라고 표현하는 것이 좀 더 정확하다. 그러나 이 논문에서는 ‘넓은 의미의 비례성원칙’을 ‘비례성원칙’으로 사용한다.

합성원칙, 추구하는 목적을 실현함으로써 피해를 입는 다른 목적에 대한 피해를 최소화하는 수단을 사용하라는 필요성원칙, 그리고 추구하는 목적과 그 목적을 실현함으로써 피해를 입는 다른 목적이 균형있게 실현되도록 하라는 좁은 의미의 비례성원칙의 세 개의 부분원칙으로 구성된다.¹⁵⁾

2) 비례성원칙의 부분원칙

(1) 적합성 원칙

적합성 원칙(principle of suitability)은 추구하는 목적과 선택된 수단 간의 관계에서 선택된 수단과 목적간의 합리적인 연결성(rational connection),¹⁶⁾ 합법성(legitimacy) 및 적절성(suitability)¹⁷⁾을 찾아내는 것이다. 목적을 달성하는데 ‘적합한(appropriate)’ 수단이 되기 위해서는 그 목적을 실현하는데 조금이라도 도움이 되는 효과적인 수단이면 된다.¹⁸⁾ 그러므로 추구하는 목적을 실현하는데 전혀 효과가 없는 수단은 적합성원칙 테스트에 실패하게 된다. 적합성원칙은 목적을 달성하지 못하고 목적을 실현하는데 방해가 되는 수단들을 걸러내는 역할을 한다.¹⁹⁾ 이것은 적합성원칙 테스트 단계에서는 목적달성을 위해 선택된 수단이 완전히 목적을 실현할지 또는 부분적으로 목적을 실현할지 여부를 요건으로 하지 않고, 또한 선택된 수단은 달성하려는 목적을 실질적으로 실현할 필요도 없다는 것을 암시한다.²⁰⁾ 선택된 수단이 추구하는 목적을 충분히 실현시킬 수 있는 한, 그리고 선택된 수단과 달성하려는 목적 사이에 일정한 연결성이 있는 한 이것은 적합한 것으로 간주된다.²¹⁾ 만약 목적 달성에 조금이라도 도움이 되는 효과적인 수단이 여러 개인 경우에는 다른 조건이 동일하다면, 그 목적을 더 많이 실현하는 가장 효과적인 수단이 ‘가장 적합한’ 수단이 되기 때문에 적합성원칙은 목적의 실현을 가능한 한 최대로 실현하도록 요구한다는 점에서 ‘최대화명령(imperative of maximization)’ 이라고 부른다.²²⁾

(2) 필요성 원칙

필요성원칙(principle of necessity)은 추구하는 목적 또는 가치의 실현으로 인해 “피해를

15) Robert Alexy, Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, Ratio Juris. Vol. 16 No. 2 June 2003, p. 135.

16) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p. 303.

17) Alec Stone Sweet and Jud Mathews, All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing, Emory Law Journal 60, 2011, p. 106.

18) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p. 305.

19) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 398.

20) Nicholas Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, Kluwer Law International, 1996, p. 26.

21) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p. 305.

22) 이준일, 헌법상 비례성원칙, 『공법연구』 제37집 제4호, 2009년 6월, 한국공법학회, 30면.

입는 다른 목적 또는 가치”와 추구하는 목적을 실현하기 위해 “선택된 수단” 사이의 관계에서, 그 수단이 피해를 입는 다른 목적 또는 가치에 대해 피해를 최소화하도록 요구하는 것이다. ‘필요한’ 수단은 피해를 입는 다른 목적에 대해 그 피해를 조금이라도 감소시킬 수 있는 수단이어야 한다. 만약 그러한 수단이 여러 개인 경우, 다른 조건이 동일하다면, 가장 피해를 적게 하는 “최소제한적 수단(the least restrictive means; LRM)” 또는 “덜 제한적 수단(the less restrictive means)”이 가장 필요한 수단이 되어서 필요성원칙을 ‘최소화명령(imperative of minimization)’이라고 한다.²³⁾

필요성원칙 테스트는 추구하는 목적을 ‘최소제한’ 또는 ‘덜 제한’하면서 그 목적을 실현하데 이용 가능한 대안조치가 없다고 판단함으로써 선택된 수단이 필요한 조치였다고 평가한다.²⁴⁾ 따라서 추구하는 목적을 실현하는데 동일하게 적합한 두 개의 수단이 있다면, 필요성원칙 테스트는 목적 실현에 덜 방해가 되는, 즉 피해가 최소한인 수단이 선택될 것을 요구한다.²⁵⁾ 이처럼 필요성원칙 테스트는 선택된 수단의 이용은 적정성 테스트를 동일하게 충족하는 다른 대안수단(alternatives)의 이용을 통해서 달성하려는 목적을 동일하게 실현할 수 없는 경우에만 가능하게 된다는 것을 전제하고 있다.²⁶⁾ 대안수단이 추구하는 목적을 실현하기 위해 선택된 수단과 동일하게 그 목적을 실현하는지를 결정하기 위해서는 추구하는 목적과 대안수단간의 관계에서 대안수단이 그 목적을 실현할 수 있는 개연성을 판단해야 한다.²⁷⁾ 따라서 필요성원칙 테스트는 목적을 달성하기 위해서 선택된 수단뿐만 아니라 선택된 수단보다 달성하려는 목적을 더 잘 실현할 수 있는 가상의 대안수단이 존재하고, 그 가상의 대안수단이 달성하려는 목적(헌법의 경우 기본권)에 ‘더 적은 피해 또는 제한’을 주는 지를 판단한다.²⁸⁾

(3) 좁은 의미의 비례성 원칙

좁은 의미의 비례성원칙(proportionality *stricto sensu*)은 서로 경쟁하는 목적 또는 가치 중에서 어떤 목적 또는 가치가 우선돼야 하는가를 저울질하는 것이다. 추구하는 일정한 목적과 그로인해 피해를 입는 다른 목적사이에서 추구하는 목적의 실현과 피해를 보는 목적의 실현을 가장 균형 있고 조화로운 최적의 상태로 만들도록 요구하는 ‘최적화명령(imperative of optimization)’이다.²⁹⁾ 개념적으로 어떤 목적 또는 가치를 동일한 실질적 결과를 달성하는 두 개의 조치가 존재하는 것은 불가능하다. 그러나 이용가능한 대안수단을 통해서 동일한 정도의 만족이 이뤄지는지를 논증하면서 목적 또는 가치에 대한 부정적인 효과를 평가하게 되는데 이런 과정은 좁은 의미의 비례성원칙을 통해서 이뤄진

23) 이준일, 같은 논문, 31면.

24) Jeremy Kirk, Constitutional Guarantees, Characterisation and Concept of Proportionality, 21 Melb. U. L. Rev. 1 1997, p. 7.

25) Robert Alexy, Constitutional Rights, Balancing, and Rationality, Ratio Juris. Vol. 16 No. 2 June 2003, p. 135.

26) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p. 317.

27) *Ibid.*, p. 321.

28) *Ibid.*, p. 323.

29) 이준일, 헌법상 비례성원칙, 『공법연구』 제37집 제4호, 2009년 6월, 한국공법학회, 33면.

다.³⁰⁾

2. 비례성원칙의 적용구조

1) 적용상황 인식

비례성원칙을 적용하기 위해서는 먼저 비례성이 적용되는 상황인지에 대한 파악이 우선되어야 한다. 비례성원칙이 적용되는 상황이란 권리로 나타나는 두 개의 법원칙규범³¹⁾이 충돌하고 있는 상황이다.³²⁾ 비례성원칙은 달성하려고 하는 목적과 그 목적을 실현하기 위해 선택된 수단 간에 비례적 관계를 판단하는 것이지만, 여기서 비례성 분석을 하는 대상인 달성하려는 목적과 그로 인해 피해를 보는 다른 목적은 법규범적으로 법원칙규범이고 법체계 내에서 누군가의 법적 권리로 나타나며 그 법원칙 규범 또는 권리들이 서로 충돌하는 상황이 전개되게 된다. 그리고 비례성원칙의 세 번째 부분원칙인 좁은 의미의 비례성원칙, 즉 비교형량을 통해서 충돌하는 두 개의 권리가 최대한으로 균형과 조화를 이루도록 판단하게 된다. 비례성원칙의 적용은 충돌하는 권리 또는 규범³³⁾을 비교형량할

30) Benedikt Pirker, Proportionality Analysis and Models of Judicial Review, Europa Law Publishing, Groningen 2013, p. 30.

31) 비례성 분석의 대상은 법원칙이다. 비례성원칙은 법규범이 법규칙과 법원칙으로 구성되었다고 파악하고, 법체계에서 그리고 판결에서 법원칙이 중요한 역할을 한다는 것을 전제로 하여 논의된다. 원칙이라는 용어는 다양한 의미를 가지고 도처에 존재하고 있기 때문에 개념화하기 매우 어려운 용어인데, 일반적으로 근본 가치와 동의어, 기본개념의 한 요소 또는 일련의 자료나 특정한 사건들을 일반화한 진전된 관념으로서 사용된다. 법학적 맥락에서는 원칙은 규율의 한 요소이거나 가치를 나타내는 구체적 사건에서 적용할 수 있는 관념적 규범으로 원칙이라는 표현을 사용한다. 원칙이 가치로 이해되는 것은 권리이론에서 원칙에 부여된 중요한 역할 때문이다. (Guido Alpa, General Principles of Law, Annual Survey of International & Comparative Law: Vol. 1:Iss. 1, Article 2, (1994), pp. 1-2). 법실증주의의 대표적인 학자인 H. L. A. Hart는 기본적으로 법은 순전히 '전부 아니면 무(all-or-nothing)'의 법규칙으로만 구성된다고 함으로써 법적 추론과 판결에서 중요하고 뚜렷한 역할을 하는 법원칙을 무시했던 반면, Dworkin과 Alexy는 법규칙과 법원칙이 논리적으로 구별되어 존재함을 인정하고 법규범은 법규칙과 법원칙으로 구성되어 있다고 파악하는 법체계론인 법원칙이론(principle theory of law)을 발전시켰다. 오늘날 현대의 모든 법체계는 법규칙과 법원칙으로 구성되어 있다고 받아들여지고 있다. 법규칙은 '전부 아니면 무'의 방식으로 적용되어 그 법규칙이 적용되는 일정한 사실이 주어지면 그 규칙을 적용한 결과는 유효하거나 유효하지 않거나 하게 된다. 따라서 인간행위를 규제하는데 있어 어떤 하나의 규칙이 다른 규칙보다 더 중요한 역할을 하기 때문에 그 규칙이 더 중요하다고 말할 수 있지만, 규칙의 체계 내에서 두 개의 규칙이 충돌한다면 하나의 규칙이 다른 규칙보다 더 중요한 것으로 남는 것이 아니라 대체하게 된다. 즉, 두 개의 규칙이 충돌하면 그 둘 중 하나의 규칙만 유효한 것으로 결정되고, 다른 하나는 유효하지 않거나 충돌을 극복하기 위해서 예외가 만들어져야 한다. 그런데 어느 것이 유효하고 어느 것이 유효하지 않아서 버려지거나 개정되는지는 법체계의 다른 규칙들에 의해서 결정된다. 즉, 특별법이 우선되거나, 신법이 우선되는 등의 규칙에 의해서 결정된다. 이에 반해 법원칙은 법규칙이 갖고 있지 않은 '비중 또는 중요성'의 차원을 갖는다. 따라서 하나의 원칙이 다른 하나의 원칙과 충돌할 때 이를 해결하기 위해서는 각 원칙의 상대적 비중 또는 중요도를 고려하게 된다.

32) 권리와 권리가 충돌하는 경우와 권리와 기타의 규범적 가치들이 충돌하는 경우도 있을 수 있다. 권리와 권리의 충돌은 여러 당사자가 가지는 동일한 권리들이 충돌하는 경우(표현의 자유간의 충돌)와 서로 다른 권리들이 충돌하는 경우(환경권과 영업의 자유간의 충돌)가 있을 수 있고, 권리와 기타 규범적 가치의 충돌은 표현의 자유와 공공복리, 양심의 자유와 국가안전보장, 조세정책과 재산권 등의 충돌이 있을 수 있다. (김도균, 권리의 문법, 박영사, 2008, 213면.)

33) 일반적으로 권리란 어떤 행위를 하거나 하지 않거나 또는 어떤 상태에 있거나 있지 않을 자격, 또는 타인이 어떤 행위를 하거나 하지 않거나 또는 어떤 상태에 있거나 있지 않을 자격을 말한다.(Lief Wenar, Rights, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL=

수 있다는 입장에서 수행된다.³⁴⁾

2) 비례성원칙의 부분원칙 심사

비례성원칙의 실질적 적용을 통한 운영의 문제는 비례성원칙을 적용하는 과정을 말한다. 즉, 목적과 수단의 관계가 존재하고 그 둘의 관계에 원인과 결과의 인과관계가 존재하여 비례성원칙을 적용할 수 있다면, 다음으로 비례성원칙을 구성하는 세 개의 부분원칙을 적용하여 실질적 검토를 하게 된다. 세 가지 부분원칙으로 구성된 비례성원칙의 개념이 어떤 목적을 실현하는데 ‘비례적’인 수단을 사용하라고 요구하는 것이라고 할 때, 그 비례적인 수단이란, 어떤 목적을 달성하는데 ‘적합한’ 수단이어야 하고, 그 목적을 실현함으로써 피해를 입는 다른 목적에 대해 ‘피해를 최소화’하는 수단이어야 하며, 달성하고자 하는 목적과 그것을 실현함으로써 피해를 입는 다른 목적을 ‘균형적으로 실현’하는 수단을 사용하라는 것을 의미한다고 하였다. 비례성 분석 과정에는 기본적으로 두 개의 목적과 한 개의 수단이 등장한다. 즉, 추구하는 목적(P1)과 이로 인해 피해를 보는 다른 목적(P2) 그리고 추구하는 목적을 실현하기 위해서 선택된 수단(M1)이 그것이다.³⁵⁾

앞에서 설명한 바와 같이, 선택된 수단(M1)이 추구하는 목적(P1)을 실현할 가능성이 조금이라도 있는지를 검토하는 것이 적합성원칙 테스트(P1-M1)이다. 그리고 추구하는 목적(P1)을 실현함으로써 피해를 보는 다른 목적(P2)에 대하여 피해를 줄이는 최소제한의 대

<<http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/rights/>>. “Rights are entitlements (not) to perform certain actions, or (not) to be in certain states; or entitlements that others (not) perform certain actions or (not) be in certain states.”) 즉, 권리는 법체계에 의해서, 사회관습에 따라서, 윤리이론에 따라서 사람들에게 허용된 근본적인 규범이라고 할 수 있다. 그런데 권리의 범위를 좀 더 구체적으로 구분하여 볼 때, 법적 권리(legal rights)란 타인에게 어떤 의무를 부과하는 법에 의해서 그 사람에게 부여되는 것이다.(Joseph Raz. The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System, 2nd ed., Oxford, 1980, p. 21, “In general, rights are conferred on a class of persons by a law which imposes a duty on another class.”)

34) 법규범에 의해서 부여된 하나의 권리가 다른 권리와 충돌한다면, 이것을 어떤 방식으로 해결해야 하는가, 즉 권리충돌을 비교형량의 방식으로 해결할 수 있는지에 대해서, 우선 권리충돌을 바라보는 세 개의 시각이 존재한다. 권리충돌을 바라보는 시각에는 충돌하는 두 개의 권리를 비교형량할 수 없다고 보는 권리형량 금지의 입장, 충돌하는 권리를 제한적으로 비교형량할 수 있다고 보는 권리형량 제한의 입장, 그리고 충돌하는 권리를 비교형량할 수 있다고 보는 권리형량 긍정의 입장이 그것이다. 이런 서로 다른 입장은 권리를 그에 상응하는 의무의 관점에서 보고, 권리의 성격을 판단하여 소극적 권리나 적극적 권리나에 따라 의무의 성격도 또한 소극적 의무나 적극적 의무나로 나뉘 권리형량 인정여부에 대해 다른 입장을 나타내고 있다. (김도균, 권리의 문법, 박영사, 2008, 214-217면.) 개인의 권리를 절대적인 것으로 보고, 공공정책 등을 위해 개인의 권리를 침해하거나 제약하는 것은 결코 허용될 수 없다고 보는 절대주의적 권리관(absolutist conception of rights)을 가진 Nozick과 같은 이의 입장이 권리형량을 금지하는 입장이다. (Andrei Marmor, On the Limits of Rights, Law and Philosophy Vol. 16, No. 1, 1997, p. 7; Robert Nozick, Anarchy, State and Utopia, Blackwell, 1974, p. 169.) 이에 반해, 보다 긴급하거나 중요한 다른 권리들을 보호하기 위한 경우, 또는 동일한 종류의 권리들이 충돌할 때에 한해서 권리를 제약할 수 있다고 보는 입장이 권리형량제한의 입장인데, 어떤 권리들이 우선성을 가지는지에 대한 기준이 중요하게 되고 이것을 정하는 것은 결국 권리의 이익설과 의사설을 거쳐 실질적 권리론의 영역에서 다뤄지게 된다. (김도균, 권리의 문법, 박영사, 2008, 216면.)

35) 목적(ends)은 E로 표시할 수 있지만, 여기서는 목적은 하나의 권리(또는 정책)를 나타내는 법원칙(legal principle)규범이라는 의미에서 P로 표시하고, 수단(means)은 M으로 표시한다.

안수단(M2)이 있는지를 판단하는 것이 필요성원칙 테스트(P1-M2)이다. Alexy는 필요성원칙을 경험 또는 사실로 가능한 것을 고려해서 추구하는 목적(P1)을 가능한 정도로 실현하는 것이라고 주장한다.³⁶⁾ 따라서 필요성원칙은 다른 덜 침해적인 대안수단(M2)이 동일한 목적(P1)을 달성할 수 있는지를 묻는데, 이것은 진단과 원인에 대한 사실적·경험적 질문이다.³⁷⁾ 선택된 조치(M1)는 추구하는 목적(P1)을 실현하는데 피해를 보는 다른 목적(P2)에 대해 최소침해수단(M2)일 수 있다(M1=M2). 이 경우 적합성원칙 테스트의 결과와 필요성원칙 테스트의 결과가 일치하게 되고, 문제가 된 선택된 수단이 필요한 수단으로 인정받게 된다. 그러나 피해를 보는 다른 목적(P2)에 대해 최소침해하는 필요한 수단(M1=M2)이라도 그 비용이 너무 높아서 법적으로 인정된 다른 이익을 고려해볼 때 그 비용을 지불할 수 없을 수가 있다. 그래서 적합성원칙 테스트는 필요성원칙 테스트에 포함된다.³⁸⁾ 즉, 필요한 조치는 일단 추구하는 목적을 달성할 수 있는 적합한 것이어야 한다. 추구하는 목적을 달성할 수 없는 조치는 불법적 조치가 되기 때문에, 대안조치의 존재와 상관없이 적합성원칙 테스트는 그러한 불법적 조치를 제거하는 초기의 필터로서 실질적 기능을 한다.³⁹⁾ 좁은 의미의 비례성원칙 테스트는 추구하는 목적(P1)과 그로 인해 피해를 보는 다른 목적(P2)의 관계에서 두 개의 목적 실현이 가장 균형있고 조화로운 최적의 상태로 만드는 비교형량과정(P1-P2)이다. Alexy는 좁은 의미의 비례성원칙은 법적으로 가능한 것을 고려해서 관련된 목적(P1, P2)을 최적화할 것을 요구하는 것이라고 주장한다.⁴⁰⁾ 필요성원칙 테스트는 오직 M1과 M2를 구별하게 한다. 필요성원칙 테스트로 피해를 덜 주는 대안조치가 있다고 결정돼도(M1≠M2) 어떤 수단이 선택되어야 하는지의 문제는 사실적으로 가능한 필요성의 문제가 아니라 법적으로 가능한 P1을 P2와 비교형량하는 것의 문제이다. 따라서 필요성원칙은 항상 좁은 의미의 비례성원칙 테스트전에 고려되어야 한다.⁴¹⁾

비례성원칙의 첫 번째 단계와 두 번째 단계인 적합성 원칙과 필요성 원칙테스트는 달성하고자 하는 목적과 그 목적을 실현하기 위해서 선택된 수단 사이의 관계를 다룬다. 이때 검토의 핵심은 목적과 수단의 “관계”여서 이를 목적-수단분석(ends-means analysis)이라고 한다.⁴²⁾ 목적을 달성하는데 필연적으로 비용이 들어간다고 할 때 좁은 의미의 비례성원칙 테스트는 그 목적이 추구할 가치가 있는 지를 묻는다.⁴³⁾ 좁은 의미의 비례성원칙 테스트 단계에서는 충돌하는 두 개의 목적 중에서 어느 쪽이 우선하는지를

36) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 68.

37) Julian Rivers, A Theory of Constitutional Rights and the British Constitutions, in Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. xxxi.

38) *Ibid.*, p. xxxii.

39) *Ibid.*

40) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 67.

41) *Ibid.*, p. 68.

42) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p. 344.

43) Julian Rivers, A Theory of Constitutional Rights and the British Constitutions, in Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. xxxii.

결정한다. 이를 위해서 달성하려고 하는 목적을 실현하기 위해서 피해를 보는 다른 목적에 대해 그 피해로 발생하는 비용(costs)과 달성하려고 하는 목적을 실현하기 위해서 선택된 수단으로 인한 이익(benefits)을 따져보기 때문에 이를 비용-효과분석(cost-benefit analysis)이라 한다.⁴⁴⁾

3. 비교형량의 결정구조

1) 법원칙 충돌의 해결수단으로서 비교형량

비례성원칙은 앞서 설명한 것과 마찬가지로 추구하는 일정한 목적을 달성하는데 비례적인 수단을 사용할 것을 요구하는 것으로서 목적과 수단 간의 관계를 지도하는 원칙이다. 이런 넓은 의미의 비례성원칙은 목적과 수단 간의 관계가 비례적 관계인가를 평가하는 적합성원칙, 필요성원칙 그리고 좁은 의미의 비례성원칙이라는 세 개의 부분원칙으로 구성되어 있다. 여기서 넓은 의미의 비례성원칙의 세 번째 부분원칙인 좁은 의미의 비례성원칙을 일반적으로 “비교형량”(balancing)이라고 부른다. 비교형량은 좀 더 종합적인 비례성원칙에 의해 요구되는 일부분으로 간주될 수 있다.⁴⁵⁾ 비교형량을 위한 비교는 실현하려는 목적의 긍정적 효과와 그로인해 제한되는 목적의 부정적 효과를 비교하는 것이라서 가치판단적인 성질을 갖고, 이익과 손해의 관계가 적절한지를 결정하는 것이다.⁴⁶⁾ 또한 비교형량은 법이 “전부 아니면 무”가 아니라 가치와 원칙을 가진 복잡한 체계라서 어떤 경우에는 모두 적절하고 하나의 결론을 이끌지만 다른 상황에서는 직접적인 충돌 속에 있고 해결이 필요하다는 것을 표현하는 것이다.⁴⁷⁾

2) Alexy의 형량법칙과 중요도 공식

Alexy는 충돌하거나 경쟁하는 원칙들 간에 어느 원칙이 우선하는지를 결정하는 조건관계를 설정하는데 형량법칙, 중요도 공식 그리고 논증책임⁴⁸⁾이라는 세 가지 요소를 고려하

44) Alec Stone Sweet and Jud Mathews, All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing, Emory Law Journal 60, 2011, p. 107. 필요성원칙 테스트와 좁은 의미의 비례성원칙 테스트인 비교형량은 기능상 차이가 있다. 필요성원칙 테스트는 비효율적인 제한을 제외시키고, 합법적인 목적을 동일한 정도로 실현하는데 더 적은 비용으로 달성될 수 있는 상황을 걸러내는 경험적 논증의 과정인데 반해, 좁은 의미의 비례성원칙인 비교형량의 논증은 어떤 일정한 정도로 권리를 향유하는 것이 다른 목적의 달성 과 결합되어 있는 것이 좋거나 허용 가능한 것인지에 대한 질문에 대해 평가하는 평가적 논증의 과정이다. (Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, Cambridge Law Journal, 65(1) 2006, pp. 174-207, p. 200.)

45) *Ibid.*

46) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p. 342.

47) *Ibid.*, p. 346.

48) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, pp. 411-414. 논증책임은 중요도 공식을 적용한 결과 교착상태가 되는 경우 작동된다. 실제로 발생할 가능성이 매우 낮지만, 충돌하는 두 원칙이 동일한 가치를 갖는 교착상태에서는 비교형량에서의 구조적 재량을 행사하게 된다. Alexy는 이때는 교착상태의 평등과 교착상태간의 평등이라는 법적 평등 개념을 가지고 결정되

고 있다.⁴⁹⁾ 비교형량의 핵심은 “형량법칙(Law of Balancing)”으로 명명되어지고 다음과 같은 공식화된 관계를 형성한다.

“어떤 원칙의 불충족 또는 침해정도가 높으면 높을수록 다른 원칙의 충족의 중요성은 더욱더 커져야만 한다.”⁵⁰⁾

Alexy의 형량법칙은 비교형량의 구조, 즉 비교형량을 하는 과정을 세 가지 단계로 나누어 진행할 수 있다는 것을 알려준다. 첫째, 문제가 되는 원칙의 불충족 또는 침해의 정도를 확정하고, 둘째 경쟁하는 원칙의 충족의 중요성이 확정되고, 마지막 세 번째로 경쟁하는 원칙의 충족의 중요성이 문제가 되는 원칙의 침해 또는 불충족을 정당화할 수 있는지 여부를 확정하는 것이다.⁵¹⁾ 여기서 비교형량의 첫 번째 및 두 번째 단계는 ‘문제가 된 원칙들의 중요성’을 밝히는 단계로 다소 유사한 점이 있다. 충돌하는 원칙에 대한 침해의 강도와 법원칙의 중요성의 정도가 합리적으로 판단 가능한가가 문제인데, 이를 위해 Alexy는 중요성을 ‘삼등급(triadic scale)’⁵²⁾으로 나누는 변수와 법원칙들의 ‘추상적 중요도(abstract weight)’⁵³⁾라는 변수를 제시하고 있다. 그리고 문제가 된 원칙의 구체적 중요성은 “문제가 된 원칙의 제한강도를 경쟁하는 다른 원칙의 충족의 중요성으로 나눈 몫”이라는 “중요도 공식(Weight Formular)”으로 표현한다.⁵⁴⁾ Alexy의 비교형량 방식은

어야 한다고 주장한다. 또는 “의심스러울 때는 시민의 자유를 위하여(*in dubio pro libertate*)” “원칙을 참조하여 결정되어야 한다. (Carlos Bernal Pulido, On Alexy’s Weight Formula, in A. J. Menéndez and E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Springer, 2006, p. 104).

49) Carlos Bernal Pulido, On Alexy’s Weight Formula, in A. J. Menéndez and E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Springer, 2006, p. 102.

50) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 102, “The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other.”; Robert Alexy, On Balancing and Subsumption: A structural Comparison, *Ration Juris*. Vol. 16 No. 4 December 2003 (433-49), p. 436.

51) Robert Alexy, Balancing, Constitutional Review, and Representation, *I·CON*, Volume 3, Number 4, 2005, p. 574.

52) Alexy는 하나의 법원칙이 침해되는 정도를 ‘약한(light: *l*)’, ‘중간의(moderate: *m*)’, ‘중대한(serious: *s*)’ 침해라는 세 가지의 등급으로 구분하였다. (*L*: 일상적 표현으로 가벼운, 적은, 약한과 같은 의미포함 *S*: 중대한, 높은, 강한의 의미로도 사용된다.) 각각의 침해정도에 대응하여 그 침해를 정당화하는 상반되는 논거의 측면도 동일하게 삼등급으로 분류될 수 있다고 하였다. 형량법칙에 의하여 ‘약한’, ‘중간의’, ‘중대한’으로 평가되는 대상은 한편으로는 어떤 원칙의 불충족 혹은 침해의 정도, 다른 한편으로는 경쟁하는 다른 원칙의 충족의 중요도를 나타낸다. (Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, pp. 402- 405.)

53) 어떤 원칙의 추상적인 중요도는 그 원칙이 어떤 구체적 상황과 관련됨이 없이 다른 원칙과의 관계에서 상대적으로 당연히 인정받을 수 있는 중요도를 말한다. 원칙의 추상적 중요도는 원칙의 법적 우열관계 또는 실증적인 사회적 가치에 대한 언급에 의해서 확립될 수 있다. 예를 들어 자유를 행사하기 위해서는 살아있어야 하기 때문에 생명보호 원칙은 자유보호 원칙보다 더 큰 추상적 중요성을 가지고 있다고 할 수 있거나, 민주주의원칙과의 밀접한 관련성을 고려해서 언론의 자유에 높은 추상적 중요성을 부여하거나, 인간존엄과의 연관성으로 사생활의 보호에 높은 추상적 중요성을 부여할 수 있다. (Carlos Bernal Pulido, On Alexy’s Weight Formula, in A. J. Menéndez and E. O. Eriksen (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Springer, 2006, pp. 102-103.)

54) $WP_{i,j}C = IP_jC/SP_jC$, *W*는 결정해야 할 사건의 상황하에서(*C*) 원칙의 구체적 중요도(*P_i*)를 나타내는데, 중요도 공식은 어떤 원칙(*P_i*)의 구체적 중요성이 상대적 중요성이라는 것을 강조하는 것이다. 원칙(*P_i*)의 구체적 중요성은 경쟁하는 원칙(*P_j*)에 대하여 원칙(*P_i*)의 상대적인 구체적 중요성이다. *S*는 경쟁하는 원칙(*P_j*)을 충족하

한 법원칙을 충족시키는 것의 중요성의 정도와 다른 법원칙의 만족 또는 불만족(비침해 또는 침해)을 비교하는 것이기 때문에 추구하려는 정당한 목적을 충족시키는 것의 중요성과 그로 인해 피해를 보는 권리에 대한 피해의 방지에 초점을 맞추고 있다.⁵⁵⁾

3) 비용-효과분석

Barak은 전통적인 비용-효과분석(cost-benefit analysis)을 기반으로 이익 또는 혜택의 중요성과 피해를 방지할 중요성을 근거로 한 비교형량방법을 제시하고 있다. 추구하려는 정책에 의해 얻어지는 이익 또는 혜택의 사회적 중요성과 이로 인해 제한되는 권리에 대한 피해를 방지할 사회적 중요성은 서로 충돌하게 되는데 그 충돌의 지점에서 어느 것이 우선하는지 비교를 통해 그 우열이 결정된다고 한다.⁵⁶⁾ 이익과 피해를 비교할 때 중요한 점은 이익과 피해의 범위를 명확하게 정하는 것인데, 그 범위는 ‘한계이익’과 ‘한계피해’라는 점이다. 즉, 충돌하는 두 개의 목적 또는 가치 그 자체의 중요성을 비교하거나, 추구하는 목적을 충족하는 것의 일반적인 사회적 중요성과 피해를 방지하는 것의 일반적인 사회적 중요성을 비교하는 것이 아니라 한계이익과 한계피해는 변화가 발생하기 전의 상태에 초점을 맞춰서 변화전과 변화후의 상태를 비교한다.⁵⁷⁾ 예를 들어 국민의 건강을 위협하게 할 수 있는 상품의 판매를 금지함으로써 직업의 자유권리를 제한하는 경우, 그러한 제한을 부과함으로써 달성되는 공중보건에 대한 이익의 한계 사회적 중요성과 그 제한의 결과로서 유발되는 직업의 자유에 대한 피해를 방지하는 것의 한계 사회적 중요성 사이를 비교형량하는 것이다.⁵⁸⁾ 비교형량의 핵심은 얻어지는 이익의 사회적 중요성과 발생하는 피해를 방지할 사회적 중요성을 결정하는 방법인데, Barak은 그러한 가치의 중요성은 서로 다른 정치적 및 경제적 이념, 각 국가의 고유한 역사, 정치체계의 구조, 서로 다른 사회적 가치, 문제가 된 법체계 전체를 조망하여 결정⁵⁹⁾될 수밖에 없다고 설명하고 있다. Barak의 형량법칙은 “문제가 된 권리에 대한 한계피해를 방지하는 것의 사회적 중요성이 높으면, 그리고 그러한 부가적인 한계피해 발생의 개연성이 높으면 높

는 것의 중요성을, C는 중요한 것은 결정되어야 하는 사건의 사실에 근거한 중요성이라는 사실을 나타낸다. 중요도 공식을 기하학적 순서로 표시하는 경우 삼등급 모델인 ‘약한(I)’, ‘중간의(m)’, ‘중대한(s)’에 기하학적인 순서로 가치를 2°, 2', 2'', 즉 1, 2, 4로 표시한다. 이를 근거로 원칙(Pi)의 구체적 중요성(WPi, C)은 IPiC와 SPiC를 위한 중요도 공식에 1, 2, 4를 삽입함으로써 정해진다. 제한강도나 중요성 정도가 ‘약한’, ‘중간의’ 또는 ‘중대한’으로 판단되는 것에 따라 삽입되어야 하는 숫자가 결정되는데, 상대적으로 약한 근거로 중대하게 침해되는 경우 상대적 중요성은 4가 되고, 경쟁하는 원칙을 충족하기 위해서 중간의 중요성으로 심각한 제한이 있는 경우 상대적 중요성은 2가 되며, 약한 이유로 중간의 제한을 가한 경우에도 상대적 중요성은 2가 된다. 이 경우 모두 원칙(Pi)가 원칙(Pj)보다 우선하게 되고 원칙(Pi)의 가치는 1보다 더 크다. 만약 상대적 가치가 1보다 작으면 원칙(Pj)가 우선하는데, 원칙(Pi)보다 더 가치가 큰 세 가지 경우는 약한(I)/중대한(s)=1/4, 중간의(m)/중대한(s)=1/2, 약한(I)/중간의(m)=1/2인 경우이다. (Robert Alexy, Die Gewichtsformel, in Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, De Gruyter Recht, Berlin, 2003, 정종섭·박진완 역, 중요도 공식, 서울대학교 법학, 제44권 제3호, 2003, p. 344.)

55) Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, Cambridge University Press, 2012, p. 364.

56) *Ibid.*, p. 349.

57) *Ibid.*, p. 351.

58) *Ibid.*, p. 352.

59) *Ibid.*, p. 349.

을수록 제한에 의해 발상하는 한계이익이 더 높은 사회적 중요성을 갖고, 더 긴박해야 하며 그것의 실현가능성이 더 높아야 한다” 고 정리된다.⁶⁰⁾

비교형량의 방법에 대해서는 법체계마다 법률영역마다 정해진 법칙이 없는 것이 사실이다. Alexy의 형량법칙은 고도로 기술적이고 형식화된 틀을 제공하기 때문에 비교형량에 대한 법관의 자의성과 재량을 줄일 수 있지만, 실질적으로 적용하기에는 까다로운 측면이 있다. Barak의 형량법칙은 유사한 방식으로 실질적으로 유용하게 적용되는 방식이지만 가치의 중요성을 결정하는 것에는 여전히 정해진 기준이 없다는 단점이 있다.

III. GATT 제20조 (b)호 필요성 심사기준의 애매함

1. 합리적으로 이용가능한 최소무역제한 대안조치

1) 필요성판단 법리

GATT 제20조 (b)호의 “필요한” 을 근거로 한 필요성판단은 1989년 *US-Section 337* 사건에서 GATT 패널이 GATT 제20조 (d)호의 “필요한” 을 해석하면서 처음으로 제시한 기준에 따라 판단되어왔다. *US-Section 337* 사건에서 패널은 “채약당사국은 합리적으로 이용할 수 있을 것으로 생각되면서 GATT의 다른 규정에 불합치하지 않는 대안조치를 이용할 수 있다면, 다른 GATT 규정에 불합치하는 조치를 제20조 (d)의 “필요한” 조치로 정당화할 수 없다. 같은 의미로 GATT에 합치하는 조치가 합리적으로 이용가능하지 않는 경우에는 합리적으로 이용 가능한 조치들 중에서 GATT의 다른 규정에 불합치성의 정도가 가장 낮게 수반하는 조치를 사용하여야 한다는 것이 명확하다”⁶¹⁾고 하였다. 이 기준에는 GATT에 합치하거나 덜 불합치하는 ① 합리적으로 이용 가능한 ② 최소무역제한 대안조치라는 대안조치에 대한 두 개의 요건이 들어있다.

2) 합리적으로 이용 가능한 대안조치

*US-Section 337*사건은 “합리적으로 이용 가능한” 이라는 요건을 제시했지만, 그 의미가 무엇인지는 언급하지 않았고, *EC-Asbestos* 사건까지는 “합리적으로 이용 가능한” 대안

60) *Ibid.*, p. 363. “The higher the social importance of preventing the marginal harm to the constitutional right at issue and the higher the probability of such an additional marginal harm occurring , then the marginal benefits created by the limiting law should be of a higher social importance and more urgent and the probability of its realization should be higher.”

61) GATT Panel report, *US-Section337*, para. 5.26, “It was clear to the Panel that a contracting party cannot justify a measure inconsistent with another GATT provisions “necessary” in terms of Article XX(d) if an alternative measure which it could reasonably be expected to employ and which is not in consistent with other GATT provisions is available to it. By the same token, in cases where a measure consistent with other GATT provisions is not reasonably available, a contracting party is bound to use, among the measures reasonably available to it, that which entails the least degree of inconsistency with other GATT provisions.”

조치가 구체적으로 무엇을 의미하는지 패널 및 상소기관에서 명확히 설명되지 않았다. 그런데 *US-Gambling* 사건에서 상소기관이 예를 들어 ①본질상 단순히 이론적인 경우, ② 피소국이 그 조치를 취할 능력이 없는 경우, ③조치가 엄청난 비용이나 상당한 기술적 어려움과 같이 과도한 부담을 피소국에 부과하는 경우 등은 “합리적으로 이용 가능한” 것이라고 결정되지 않을 수 있다⁶²⁾고 그 의미를 좀 더 설명하였다. 또한 “합리적으로 이용 가능한” 대안조치는 피소국이 자신이 추구하는 목적과 관련하여 원하는 보호수준을 달성할 자신의 권리를 보존하는 조치여야 한다.⁶³⁾

3) 최소무역제한 대안조치

US-Section 337 사건에서 기원한 GATT 제20조 (d)호의 “필요한” 조치인지를 판단하는 기준인 “최소무역제한(least trade-restrictive)” 테스트는 *Thai-Cigarettes* 사건에서 GATT 제20조 (b)호의 “필요한” 조치를 판단하는 기준으로 이용되었고 *US-Gasoline* 사건, *EC-Asbestos* 사건에서 계속해서 사용되었다. 모두 제소국에 의해 제기된 대안조치가 GATT 제20조 (b)호 의미의 건강보호 목적을 달성하는데 “필요한” 조치인지 판단하는데 있어서 GATT의 다른 규정, 예를 들어 시장접근 규정 및 비차별원칙 규정과 합치하거나 덜 불합치하고, 피소국이 이용할 것을 합리적으로 예상할 수 있는 대안조치가 있다면, 건강보호 목적을 달성하기 위해서 선택된 분쟁대상조치는 “필요한” 조치로 인정받지 못한다는 논증과정을 보여주고 있다. 다시 말해, “필요한 조치” 인지에 대한 결정은 “GATT의 다른 규정에 불합치하지 않으면서 합리적으로 이용 가능한 대안조치”이다. GATT의 다른 규정에 대한 불합치 정도는 결국 GATT 제1조, 제3조, 제11조 등 자유무역을 추구하는 규정을 말하며 자유무역을 제한하는 정도가 낮으면서도 달성하려는 목적을 위해 합리적으로 이용 가능한 다른 조치가 있는지에 따라 정당화 여부를 결정했다.

2. Weighing and Balancing

GATT 1947 체제의 *US-Section 337* 사건 패널이 GATT 제20조 (d)호 의미의 “필요한”에 대해 도입한 “합리적으로 이용 가능한” “최소무역제한” 대안조치의 존재라는 판단기준을 WTO 법체제하의 2001년 *Korea-Beef* 사건의 상소기관이 거의 그대로 받아들였다. 그러나 *Korea-Beef* 사건의 상소기관은 GATT 제20조 (d)호 의미의 “필요한” 조치인지 판단할 때 그동안의 “최소무역제한”의 의미에 “비교형량의 과정(process of weighing and balancing)”이라는 새로운 과정을 덧붙였다.

“ ‘필요한’ 의 결정은 ① 문제가 된 법률 또는 규정의 집행에 대한 준수 조치에 의한 기여, ② 그 법률 또는 규정에 의해 보호되는 공동이익 또는

62) Appellate Body Report, *US-Gambling*, para. 308.

63) *Ibid.*; Appellate Body Report, *EC-Asbestos*, paras. 172-174; Appellate Body Report, *Korea-Various Measures on Beef*, para. 180.

가치의 중요성 그리고 ③ 수출 또는 수입에 대한 그 법률 또는 규정의 영향을 포함하는 일련의 요소들을 비교형량하는 과정을 포함한다.”⁶⁴⁾

Korea-Beef 사건 상소기관은 “최소무역제한 대안조치”라는 기준을 결정하는 과정이 weighing and balancing으로 이해된다고 언급하였고, “해당 회원국이 이용할 것으로 합리적으로 예상될 수 있는 WTO에 합치하는 대안조치가 이용 가능한지 또는 WTO에 덜 불합치하는 조치가 합리적으로 이용 가능한지를 결정할 때”⁶⁵⁾ weighing and balancing 과정으로 이해된다고 하면서 weighing and balancing이라는 용어를 사용하였다. *Korea-Beef* 사건 상소기관은 “필요한”이라는 단어의 의미가 필요성 정도에 다양한 범위가 있는 연속체와 같다고 하면서, 그 용어가 사용되는 맥락에 따라 “필요한”의 의미가 놓이는 위치가 달라진다고 설명했다.⁶⁶⁾ 이러한 맥락에서 GATT 제20조 (d)의 “필요한”을 해석하는 해석자는 WTO에 합치하는 법률 또는 규정의 준수를 보장하는데 필요하다고 주장되는 조치를 평가하는데 이행할 것으로 예정된 법률이나 규정이 보호하려고 하는 공동의 이익이나 가치의 상대적 중요성을 고려할 것이라고 하였다.⁶⁷⁾ 즉, 공동의 이익 또는 가치가 더 필수적이고 중요할수록 이행 도구로 선택된 조치가 필요한 조치로 받아들이기 더 쉬워진다는 것이다.⁶⁸⁾ 공동의 이익이나 가치의 상대적 중요성 외에 조치가 추구하는 목적의 실현에 기여하는 정도, 그리고 조치준수로 인해 발생하는 국제무역에 대한 제한 효과를 고려해야 한다고 하면서 필요성 판단은 이러한 일련의 요소들을 weighing and balancing하는 과정을 포함한다고 설명하였다.⁶⁹⁾

Korea-Beef 사건에서 상소기관이 제시한 가치의 상대적 중요성, 기여, 그리고 무역제한성의 변수가 서로 어떻게 영향을 주는 것인지 명확하지 않았고, 이 새로운 과정과 GATT 1947체제의 *US-Section 337* 사건에서 도입된 “최소무역제한”의 “합리적으로 이용 가능한” 대안조치와의 연관성도 명확하지 않았다.⁷⁰⁾ 그런데 *EC-Asbestos* 사건에서 상소기관은 *Korea-Beef* 사건에서 언급한 weighing and balancing은 추구하는 목적을 달성하기

64) Appellate Body Report, *Korea-Beef*, para. 164. “In sum, determination of whether a measure, which is not “indispensable“, may nevertheless be “necessary“ within the contemplation of Article XX(d), involves in every case a process of weighing and balancing a series of factors which prominently include the contribution made by the compliance measure to the enforcement of the law or regulation at issue, the importance of the common interests or values protected by that law or regulation, and the accompanying impact of the law or regulation on imports or exports.”

65) *Ibid.*, para. 166, “In our view, the weighing and balancing process we have outlined is comprehended in the determination of whether a WTO-consistent alternative measure which the Member concerned could “reasonably be expected to employ “ is available, or whether a less WTO-inconsistent measure is “reasonably available “.”

66) *Ibid.*, para. 161.

67) *Ibid.*, para. 162.

68) *Ibid.* “The more vital or important those common interests or values are, the easier it would be to accept as “necessary“ a measure designed as an enforcement instrument.”

69) *Ibid.*, paras. 163-164.

70) Gabrielle Marceau and Joel P. Trachtman, The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade: A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods, *Journal of World Trade* 36(5): 811-881, 2002, p. 827.

위해서 WTO에 합치하거나 또는 덜 불합치하는, 즉 자유무역을 덜 제한하는 대안조치가 존재하는지를 결정하는 과정의 “부분”⁷¹⁾ 이라고 “최소무역제한” 테스트와 “weighing and balancing”의 관계를 설명하였다. *US-Gambling* 사건 상소기관도 GATS 제14조 (a)호 하의 “필요성”을 결정하면서, *Korea-Beef* 사건에서 언급한 “일련의 요소들을 weighing and balancing하는 과정”의 의미를 좀 더 설명하였다.⁷²⁾ 문제가 된 조치와 합리적으로 이용 가능한 대안조치간의 “비교”가 이뤄져야 하고, 그러한 비교의 결과를 문제가 된 이익 또는 가치의 상대적 중요성을 고려해서 판단하는 것이 문제가 된 그 조치가 필요한지 또는 대안적으로 WTO에 합치하는 다른 조치가 합리적으로 이용 가능한지를 결정하는 “weighing and balancing”이라고 설명하고 있다.⁷³⁾ WTO 회원국이 선택한 조치를 통해서 추구하려는 정책목적 또는 가치의 상대적 중요성을 평가하고 다음으로 관련 요소들을 평가하는데, 이때 두 개의 중요한 요소로 목적 실현에 대한 조치의 기여와 조치의 국제거래에 대한 영향을 평가한다고 설명하고 있다. 또한 문제가 된 조치와 대안조치의 비교는 문제가 된 이익 또는 가치의 중요성을 고려하여야 한다고 언급하고 있다.⁷⁴⁾ 이런 일련의 과정을 거친 결과는 조치가 필요한 것인지에 대한 잠정적 결론이 되고, 목적을 달성하는데 동일한 기여를 하면서도 무역을 덜 제한하는 대안조치가 있는 경우 문제가 된 조치와 대안조치를 비교하여 필요한 조치인지에 대한 잠정적 결론을 확정한다.⁷⁵⁾는 설명이 덧붙여졌다. *Brazil-Tyres* 사건 상소기관은 weighing and balancing이 관련된 일련의 요소들에 대한 “종합적인 판단”이라고 설명하였다.⁷⁶⁾ 이상의 설명을 다음과 같이 표로 나타낼 수 있다.

WTO의 필요성 판단		비례성 분석
합리적이고 이용 가능한 최소무역제한 테스트		필요성원칙 테스트
weighing and balancing	조치의 기여	적합성원칙 테스트
	보호되는 이익 또는 가치의 중요성	좁은 의미의 비례성원칙 테스트
	무역제한성	필요성원칙 테스트

71) Appellate Body Report, *EC-Asbestos*, para. 172.

72) Appellate Body Report, *US-Gambling*, para. 306, “The process begins with an assessment of the ” relative importance “ of the interests or values furthered by the challenged measure. Having ascertained the importance of the particular interests at stake, a panel should then turn to the other factors that are to be ” weighed and balanced “. The Appellate Body has pointed to two factors that, in most cases, will be relevant to a panel’s determination of the ” necessity “ of a measure, although not necessarily exhaustive of factors that might be considered. One factor is the contribution of the measure to the realization of the ends pursued by it; the other factor is the restrictive impact of the measure on international commerce.”

73) Appellate Body Report, *US-Gambling*, para. 307. *US-Gambling* 사건은 GATS 제14조에 관한 것이지만 GATT 제20조의 필요성과 유사한 구조를 갖고 있어서 상소기관은 GATT 제20조에서 축적된 필요성판단의 법리를 바탕으로 GATS 제14조의 필요성을 판단하였다. (*Ibid.*, para. 291).

74) *Ibid.*

75) *Ibid.*

76) Appellate Body Report, *Brazil-Tyres*, para. 182.

IV. 비례성분석 및 평가

1. 비례성원칙의 묵시적 수용

건강보호 규범인 GATT 제20조 (b)호의 필요성 판단법리를 비례성원칙을 적용한 비례성 심사의 맥락에서 살펴보면 WTO 패널과 상소기관이 비례성원칙을 묵시적으로 수용하고 있다고 말할 수 있다. 여기서 비례성원칙의 묵시적 수용이라고 언급하는 이유는 첫째, WTO 패널과 상소기관이 비례성원칙과 관련한 정당한 목적을 언급하고 있고, 비례성원칙의 부분원칙인 적합성원칙과 필요성원칙을 적용한 판단을 하며, 보호되는 이익 또는 가치의 중요성이라는 요소를 제시하고, weighing and balancing이라는 용어도 사용하면서 실질적으로는 비례성원칙을 적용한 것과 매우 유사한 분석을 하고 있다는 것이고, 둘째, 그럼에도 불구하고 WTO 패널 또는 상소기관이 WTO 분쟁해결 보고서에서 비례성원칙을 적용하여 판단한다고 명시적으로 언급한 적이 없다는 것이다.⁷⁷⁾

Korea-Beef 사건, *EC-Asbestos* 사건, *US-Gambling* 사건, *Brazil-Tyres* 사건은 모두 GATT 제20조 (a), (b)호 또는 (d)호의 “필요한” 조치인지를 판단하는 판단기준으로 *US-Section 337* 사건에서 제시한 “합리적으로 이용 가능한 최소무역제한”이라는 요건에 ① 조치의 목적달성에의 기여, ② 보호되는 이익 또는 가치의 중요성, 그리고 ③ 무역제한성의 세 가지 요건을 weighing and balancing 하여 “대안조치”가 존재하는지를 결정한다고 하고 있다. 여기서 네 가지 문제를 지적할 수 있다. 첫째, *Korea-Beef* 사건에서 제시한 세 가지 요건은 비례성원칙의 세 가지 부분원칙을 모두 포함하고 있다. ①조치의 목적달성에의 기여요건은 비례성원칙의 적합성원칙에 해당한다. ③무역제한성요건은 무역에 대한 피해를 최소화하는 대안조치와의 비교를 통해 무역제한성을 판단하므로 비례성원칙의 필요성원칙과 같다. 그리고 ②보호되는 이익 또는 가치의 상대적 중요성을 고려하는 것은 비례성원칙의 좁은 의미의 비례성원칙단계에 해당한다. 이처럼 세 가지 요소 중에 ②보호되는 이익 또는 가치의 중요성요건을 포함하여 weighing and balancing을 한다고 함으로써 비례성원칙의 비교형량단계를 포함하고 있다. 게다가 *Korea-Beef* 사건이후 계속 언급되는 “공동의 이익 또는 가치가 더 필수적이고 중요할수록 선택된 조치가 필요한 조치로 받아들이기 더 쉬워진다”는 것은 Alexy의 원칙이론에서 “어떤 원칙의 불충족 또는 침해정도가 높으면 높을수록 다른 원칙의 충족의 중요성은 더욱 더 커져야만 한다”는 형량법칙⁷⁸⁾의 내용과 대등하다. 둘째, 그런데 *Korea-Beef* 사건에서 보호되는 이익 또는 가치의 상대적 중요성을 weighing and balancing하는 것의 의미가 비례성원칙의 비교

77) WTO 설립협정에서 비례성원칙을 WTO법의 원칙으로 명시적으로 규정하고 있거나, WTO의 개별협정에서 비례성원칙을 명시적으로 규정하고 있다면 법률상(*de jure*) 비례성원칙이 될 것이다. 이러한 명시적 규정이 없는데도 불구하고 WTO 분쟁해결기관이 비례성원칙을 명시적으로 언급하면서 심사기준으로 적용한다면 사실상(*de facto*) 비례성원칙의 적용이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 WTO 패널과 상소기관에서 아직 명시적으로 비례성원칙을 언급하고 있지 않으면서 비례성원칙을 적용하고 있는 것과 같으므로 “묵시적” 사용으로 표현한다.

78) Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 102, “The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other.”

형량인지 아닌지 명확하지 않았다. *EC-Asbestos* 사건에서 “대안조치”를 결정하는 과정에서 일련의 요소들을 weighing and balancing 한다고 명확히 설명함으로써 본래 비교형량의 의미를 갖는 weighing and balancing 용어의 의미가 비례성원칙의 세 번째 부분원칙인 좁은 의미의 비례성원칙을 적용한 비교형량을 의미하는 것이 아니라 여전히 비례성원칙의 두 번째 부분원칙인 필요성원칙테스트단계에 있다는 것을 나타냈다. 이것은 *US-Gambling* 사건의 상소기관이 “[이러한 비교는] 패널이 조치가 ‘필요한’ 것인지, 아니면 대안적으로 또 다른 WTO에 합치하는 조치가 ‘합리적으로 이용 가능한지’를 결정하는 것은 이 ‘weighing and balancing’과 조치의 비교에 근거하는 것이다”⁷⁹⁾라고 한 것으로 확인된다. 셋째, *US-Gambling* 사건 상소기관이 제시한 비교형량의 순서는 비례성원칙의 맥락에서 본다면 적절하지 않다. *US-Gambling* 사건 상소기관은 weighing and balancing 과정의 첫 번째 순서로 조치를 통해 추구하려는 이익이나 가치의 상대적 중요성을 평가한다고 설명하고 있는데, 이것은 비례성원칙의 맥락에서 본다면 가치의 상대적 중요성을 평가하는 좁은 의미의 비례성원칙단계인데, 이 비교형량 단계를 첫 번째로 한다는 것은 비례성원칙의 맥락에서 보면 적절하지 않게 된다. 비례성원칙의 두 번째 원칙인 필요성원칙테스트도 조치와 대안조치를 비교하여 피해를 최소화하는 것이 어느 것인지 결정하지만, 이때의 비교는 비례성원칙의 비교형량이 아니다. 단순히 선택된 조치와 대안조치에 대하여 사실적·경험적 판단을 바탕으로 피해를 최소화하는 것이 어느 것인지를 비교하여 결정하는 것이다. 비례성원칙의 비교형량은 가치판단을 하는 과정이기 때문에, WTO 분쟁해결기관이 “추구하는 이익이나 가치의 상대적 중요성”을 weighing and balancing 한다면, 이것은 비례성원칙의 좁은 의미의 비례성원칙단계를 의미하는 것이라고 보는 것이 바람직하다. 그렇다면 추구하는 이익이나 가치의 상대적 중요성을 weighing and balancing하는 과정은 필요성원칙테스트 단계를 지나 마지막 단계로 해야 한다. 넷째, *Brazil-Tyres* 사건에서 상소기관이 weighing and balancing이 ”종합적인 운영 “이라고 언급한 것은 weighing and balancing이 비례성원칙의 필요성원칙테스트 단계에 머물지 않고, 좁은 의미의 비례성원칙 단계에서 수행될 수 있다는 가능성을 내포한 설명이라고 생각된다. 물론 이것은 Peter Vand den Bossche가 언급한 것처럼 WTO에 관련사건이 제기되어 패널과 상소기관의 논증을 기다려봐야 정확히 알 수 있는 것이기는 하다.⁸⁰⁾ 결론적으로 여기서 지적한 세 가지 문제점은 WTO 분쟁해결기관이 GATT 제20조 (b)호의 “필요한” 조치인지를 판단하는데 있어 비례성원칙의 맥락에서 볼 때 비례성원칙의 세 가지 부분원칙을 모두 제시하고 있으면서도 실제 분석과정과 논증의 내용은 무질서하게 혼동되어 혼란스럽게 되어 있고, 실질적으로 비례성원칙의 비교형량을 논증하고 있지 않다는 것을 나타낸다.

79) Appellate Body Report, *US-Gambling*, para. 307, “It is on the basis of this ‘weighing and balancing’ and comparison of measures, taking into account the interests or values at stake, that a panel determines whether a measure is ‘necessary’ or, alternatively, whether another, WTO-consistent measure is ‘reasonably available’ ”.

80) Peter Van den Bossche, Looking for Proportionality in WTO Law, Legal Issues of Economic Integration 35(3): 283-294, 2008, p. 294.

2. 불완전한 비교형량

WTO 분쟁해결기관의 weighing and balancing이 비례성원칙의 좁은 의미의 비례성원칙인 비교형량(balancing)인가? GATT 제20조 (b)호의 관련 사건은 *Korea-Beef* 사건의 영향을 받아 weighing and balancing 이라는 용어를 사용하고 있지만, *EC-Asbestos* 사건, *US-Gambling* 사건, *Dominican-Republic-Cigarettes* 사건을 거치는 동안 weighing and balancing의 세 가지 요소는 여전히 WTO에 합치하는 합리적으로 이용 가능한 “대안조치”가 있는지를 판단하는 필요성원칙 테스트를 하기 위해 사용되고 이 대안조치와 “분쟁대상조치”의 비교를 통해 최종적으로 GATT 제20조 (b)호의 “필요한” 조치인지를 판단하는 과정이라고 이해되고 있다.⁸¹⁾ 그런데 필요성판단과정에서 대안조치 존재여부를 결정할 때 비례성원칙의 맥락에서 좁은 의미의 비례성원칙테스트인 비교형량에 필요한 요소를 함께 포함하여 weighing and balancing을 하고 있다. 이것은 비례성원칙의 맥락에서 볼 때 좁은 의미의 비례성원칙을 적용하는 것이 바람직한지의 문제는 논외로 하고, WTO 분쟁해결기관의 필요성 판단에 대한 논증이 비례성원칙 상 필요성원칙 테스트와 좁은 의미의 비례성원칙 테스트가 분화되지 못한 상태에 있다는 것을 나타낸다. WTO 분쟁해결기관은 WTO 회원국이 선택한 조치가 제소국이 제시한 대안조치보다 피소국 자신의 정책목적을 달성하는데 피해를 더 주는지 또는 덜 주는지를 비교하는 과정에서 weighing and balancing을 하고 있다. 이 비교를 위한 weighing and balancing 과정에서 “보호되는 이익 또는 가치의 중요성”이라는 요소를 고려하는 것은 실질적으로는 좁은 의미의 비례성원칙을 통해서 이뤄져야 한다. 따라서 여기에는 두 가지 문제를 지적할 수 있다. 첫째, WTO 분쟁해결기관이 사용하는 weighing and balancing이라는 용어는 비례성원칙의 세 번째 부분원칙인 좁은 의미의 비례성원칙을 의미하는 “비교형량”이 아니라는 것이고, 둘째는 WTO 분쟁해결기관은 “보호되는 이익 또는 가치의 중요성”이라는 요소를 고려하여 좁은 의미의 비례성원칙을 적용한 비교형량을 할 여지가 있다는 것이다. 또한 *Brazil-Tyres* 사건에서 상소기관이 보여준 논증은 불완전하지만 좁은 의미의 비례성원칙을 적용한 비교형량의 논증으로 발전할 가능성을 열어 두었다고 볼 수 있다. 자유무역이라는 경제적 목적과 건강보호라는 비경제적 목적이 충돌하는 상황에서 내린 WTO 분쟁해결기관의 결정이 정당하고 합리적인 결정으로 인정받기 위해 비교형량과정을 수행하는 논증을 발전시키는 것이 바람직하다.

비교형량이 비용-효과 테스트라고 해도 여기서의 비용과 효과를 평가하는 방법은 정량적으로 계량하는 방법만 사용되는 것이 아니다. 비례성 분석의 맥락에서 좁은 의미의 비례성테스트인 비교형량을 하는 과정은 이익 또는 효과와 비용을 단순히 계량적으로만 계산하는 것이 아니고, 상대적 가치의 중요성을 고려하여 비교하기 때문에 항상 무역비용이 더 많이 든다는 결론이 나오는 것은 아닐 수 있다. 적어도 *Brazil-Tyres* 사건에서 상소기관이 인간의 생명 또는 건강에 대한 위험이 정량적 또는 정성적으로 평가될 수 있는 것처럼, 조치가 목적 실현에 기여하는 정도를 분석하는 데에도 동일한 논증을 적용하여 정량적 또는 정성적으로 판단할 수 있다고 언급한 것은 비교형량테스트가 정성적인 기반으

81) Appellate Body Report, *US-Gambling*, para. 307.

로도 이루어 질 수 있다는 것을 명확히 한 것이라고 할 수 있다. Bown 과 Trachtman도 비록 실제로 *Brazil-Tyres* 사건 상소기관이 수단-방법의 관계에 만족하고, 건강을 보호하는데 브라질의 수입금지가 기여한 정도를 평가하지 않았고, 제기된 대안조치에 대해서도 쓸 만한 평가를 제공하지 못하여 중요성이 측정되지 않았기 때문에 하나의 가치가 다른 가치보다 더 크다고 말할 수 없다는 측면에서, 비교형량이 이루어진 것이 아닐지라도 상소기관이 정성적으로도 중요성을 평가하는 것이 필요하다고 지적하였다.⁸²⁾

3. 좁은 의미의 비례성원칙 논증의 예

WTO 분쟁해결기관이 좁은 의미의 비례성원칙을 적용하여 비교형량을 한다면 어떤 논증이 되어야 하는가? 비례성원칙의 비교형량을 하는 방법은 Alexy의 형량법칙 및 중요도 공식에 따른 방식과 Barak의 한계이익과 한계피해를 비교하는 방식 등이 있다. 이들 방법은 전통적인 비용-효과분석(cost-benefit analysis)을 바탕으로 변형된 방법론이라고 할 수 있다. 비용-효과분석은 규제의 기본적인 목적이 경제적 효율성을 증진시키고 비효율성을 방지하기 위한 것이고 비용-효과분석이 그 목적에 적합하다는 전통적인 경제적 근거를 바탕으로 하여 정당화되는 것이다.⁸³⁾ 이것은 애초에 경제학자들이 특정한 행동방침의 이익과 불이익을 분석하기 위해서 개발한 방법론이지만, 적용하는 영역마다 방법론은 달라지기 때문에 비용-효과분석을 수행하기 위해 일관되게 인정되는 하나의 방법론은 없다.⁸⁴⁾ 단지 일반적으로 가능한 행동방침들 사이에서 우선 그들의 각각의 비용과 이익을 확정하고 대안을 분석하여 비교하는 분석기술이라고 할 수 있다.⁸⁵⁾ 비용-효과분석의 기본적 근거는 어떤 일을 함으로써 발생하는 이익이 그 비용보다 더 크다면 할 가치가 있다는 생각이다. 비용-효과의 구조적 틀은 매우 광범위해서 경제발전 또는 삶의 질을 평가하는 것부터 평등, 빈곤 또는 성차별의 정도를 심사하는 것까지 광범위한 문제에서 가능한 대안과 연관된 비용과 효과를 평가하는 데 이용가능하다.⁸⁶⁾ 비용-효과분석은 결정을 비용과 효과에 근거할 뿐만 아니라 이익으로부터 비용을 공제한 후 순이익의 가치도 찾는다.⁸⁷⁾ 이러한 경제학의 비용-효과분석과 유사하지만 헌법적 기본권의 권리제한에 대

82) Chad P. Bown and Joel P. Trachtman, *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres: A Balancing Act*, *World Trade Review* (2009), 8:1, 85-135, p. 130.

83) Cass R. Sunstein, *Cognition and Cost-Benefit Analysis*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. S2 (June 2000), p. 1060.

84) John D. Blum, Ann Damsgaard and Paul R. Sullivan, *Cost-Benefit Analysis*, *Proceedings of the Academy of Political Science*, Vol. 33, No. 4, *Regulating Health Care: The Struggle for Control*, 1980, pp. 137-138.

85) *Ibid.*, p. 137. 비용-효과분석을 후생경제학(welfare economics)의 동의어로 보는 입장은 무기체계 구매, 의료 연구비지급, 건강·환경에 관한 행정규제 등의 정부 사업뿐만 아니라 대륙법 정책 및 결정을 평가하는데에도 Kaldor-Hicks 효율성개념을 사용한다. (Richard A. Posner, *Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. S2 (June 2000), p. 1154.) Kaldor-Hicks 기준으로 알려진 Kaldor-Hicks 효율성은 Nicholas Kaldor와 John Hicks의 이름을 딴 것으로, 파레토 효율성(Pareto efficiency)에 대한 직관적 호소를 포착하는 경제적 효율성에 관한 조치이다. 그러나 덜 엄격한 기준이어서 더 많은 상황에서 적용가능하다.

86) Amartya Sen, *The Discipline of Cost-Benefit Analysis*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. S2 (June 2000), p. 934.

87) *Ibid.*, p. 938.

하여 권리를 보호하기 위하여 고안된 방법이 Alexy의 형량법칙에 근거한 중요도 공식이다. 그런데 이런 비교형량방법은 매우 이론적이고, 특히 Alexy의 중요도 공식에 의한 비교형량은 고도로 기술적이기 때문에 많은 사법기관이 실질적으로 흔히 적용하는 방식이 아니다. 그러나 ECJ에서 중요도 공식에 상응하는 논증을 적용한 사례가 있다.⁸⁸⁾

GATT 제20조 (b)호의 *Brazil-Tyres* 사건을 예를 들어 좁은 의미의 비례성원칙을 적용한 비교형량을 “논증” 해본다. 비교형량은 법체계마다 맞게 발전시키고 있지만, WTO는 아직 WTO 자체의 완전한 비례성원칙을 논증한 적이 없다. 여기서는 Alexy의 비교형량방법을 이용하여 논증의 예를 제시하는데, Alexy는 비교형량이 법관에게 재량을 많이 부여한다는 비판에 대해 법관의 재량을 줄이고자 비교형량을 위한 형량법칙이라는 형식적 방법론을 발전시켰다. 이 방법은 WTO 분쟁해결기관의 재량을 우려하는 주권국가들의 입장에서는 자의적 재량을 줄이면서도 합리적 결정에 도달하는 논증과정이 될 수 있다. 좁은 의미의 비례성원칙 즉 비교형량을 하기 위해서는 회원국의 조치가 추구하는 정책목적을 달성하는데 합리적 연관성이 있는지를 판단하는 적합성원칙 테스트와, 회원국이 취한 조치보다 자유무역을 덜 침해하는 다른 대안조치가 있는지를 판단하는 필요성원칙 테스트가 전제되어야 한다. 여기서는 회원국의 건강보호 조치가 비례성 원칙의 부분원칙인 적합성원칙 테스트와 필요성원칙 테스트를 모두 통과했다는 것을 전제한다.

GATT 제20조 (b)호에서 보호하고 있는 것은 WTO 회원국의 건강보호 정책이다. 이 규정으로 인해 충돌하는 두 개의 법원칙은 한 WTO 회원국의 건강보호 정책과 다른 회원국의 자유무역정책이다. Alexy는 비교형량의 핵심은 “어떤 원칙의 불충족 또는 침해의 정도가 높으면 높을수록 다른 원칙의 충족의 중요성은 더욱 더 커져야만 한다”는 형량법칙으로 표현했다.⁸⁹⁾ 이 형량법칙은 세 가지 단계로 진행될 수 있다. 첫 번째 단계는 어떤 원칙의 불충족 또는 제한의 정도를 확정, 두 번째 단계는 상반되는 원칙의 충족의 중요성 확정, 세 번째 단계는 상반되는 원칙의 충족의 중요성이 다른 원칙의 침해 혹은 불충족을 정당화할 수 있는지 여부를 확정하는 것이다. 여기서 형량법칙의 세 가지 단계에 따라 판단을 해보면 다음과 같다.

첫째, 문제가 되는 원칙의 불충족의 중요도를 파악하는 것이다. Brazil의 재생타이어 수입 금지 조치로 인해 문제가 되는 것은 EU의 재생타이어 자유무역이다. 자유무역이 불충족되는 중요도를 판단하는 데 사용되는 변수는 침해 또는 제한되는 정도에 대한 삼등급 구분과 자유무역의 추상적 중요도이다. 재생타이어 자유무역이 불충족되는 중요도는 ‘약한’, ‘중간의’, 또는 ‘중대한’ 침해라는 세 가지 등급으로 나누어 볼 때, 재생타이어의 수입금지는 재생타이어 자유무역에 대한 ‘중대한(4)’ 제한이 된다. 그리고 재생타이어 자유무역의 추상적 중요도는 ‘중간의(2)’ 정도라고 할 수 있다. 둘째, 브라질의 재

88) Davor Susnjarić, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 179. 그 예로, Case 181/84, *The Queen, ex parte E. D. & F. Man (Sugar) Ltd v Intervention Board for Agricultural Produce (IBAP)*, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 24 September 1985, ECR 2889; Case 66/82, *Fromançais SA v Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA)*, Judgment of the Court (First Chamber) of 23 February 1983, ECR 395 사건을 들고 있다.

89) Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 102.

생타이어 수입금지 조치로 충족하고자 하는 것은 모기의 온상인 페타이어의 축적을 감소시켜 모기가 전파하는 뎅기열, 황열병, 말라리아 감염을 줄여서 브라질 국민의 생명과 건강을 보호하는 것이다. 건강보호 충족의 중요성은 건강보호의 구체적 중요성과 추상적 중요성으로 구성된다. 건강보호 충족의 추상적 중요성은 ‘중대한(4)’ 정도이다. 건강보호의 구체적 중요성은 사안의 구체적 사실을 고려하여 결정된다. 이러한 건강보호 충족의 구체적 중요성은 재생타이어 수입금지 조치를 중단하거나 수입금지 조치를 처음부터 실행하지 않았다고 가정한 영향 또는 결과로 판단한다. 재생타이어가 페타이어가 되어 축적되면 모기 번식의 온상이 된다. 페타이어 축적으로 인해 번식한 모기는 뎅기열, 황열병, 말라리아를 일으킨다. 뎅기열은 WHO에 따르면 가장 중요한 열대 바이러스 질병이고, 전 세계 열대 및 아열대 지역에서 발견되며, 브라질은 1994년부터 2002년까지 뎅기열의 확산으로 뎅기열이 전국적으로 유행하고 있다. 뎅기열로 인한 사망률은 4.3퍼센트에 이르는 데, 이것은 동남아시아 사망률의 8배에 해당한다. 황열병과 말라리아도 브라질에서 유행하고 있으며, 브라질이 황열병이 가장 위험한 남아메리카 국가 중의 하나이고 황열병은 뎅기열보다 더 높은 사망률을 보이는 질병이다. 모기에 의해 유발되는 뎅기열, 황열병, 말라리아라는 바이러스 질병의 위험성이 대단히 높고, 브라질의 전국에 유행하는 정도로 질병의 확산범위가 광범위하며, 페타이어와 열대기후는 위험원인 모기의 수를 짧은 시간 내에 수천마리씩 증가시킨다. 이러한 환경에 의해 모기에 의해 전파되는 뎅기열, 황열병, 말라리아가 건강에 미치는 위험성이 대단히 높다. 페타이어의 수입금지를 통해서 브라질 국민의 건강을 보호하는 것의 중요도는 커진다. 브라질 국민의 건강보호목적을 달성하는 것의 중요성을 확정하기 위해서 페타이어 수입금지를 중단하거나 비실행, 즉 수입을 허가하는 경우 페타이어의 축적은 증가할 것이고 모기가 전파하는 뎅기열, 황열병, 말라리아의 유행으로 브라질 국민의 사망률은 증가하고 브라질 국민의 건강을 보호하는 것이 어려워진다. 이것은 건강보호의 구체적 중요성도 ‘중대한(4)’ 정도로 높다는 것을 뜻한다.

첫 번째와 두 번째 과정의 평가에 대해서 서로 비례적인 관계가 설정되는 과정이 형량법칙의 세 번째 부분과정이 된다. 원칙의 제한강도와 경쟁하는 원칙의 충족의 중요성 사이의 비율을 측정하여 경쟁하는 원칙의 충족의 중요성이 문제가 되는 원칙의 침해 또는 불충족을 정당화할 수 있는지 여부를 확정하는 것이다. 중요도 공식에 삼등급 모델에 부여한 숫자를 대입해 보면, 자유무역을 제한하는 것의 구체적 중요성은 자유무역에 대한 ‘중대한’ 제한(4) 및 자유무역의 ‘중간의’ 추상적 중요도(2)를 건강보호 충족의 ‘중대한’ 추상적 중요성(4) 및 ‘중대한’ 구체적 중요성(4)으로 나눈 몫으로 1/2이 된다. 이것은 건강보호라는 정책목적이 자유무역정책에 우선한다는 결과를 나타낸다.

4. 비례성원칙과 재량

1) 재량의 개념

비례성원칙을 WTO 분쟁해결 사례에 직접적으로 적용할 때 발생하는 가장 큰 우려는

WTO 분쟁해결기관의 재량에 관한 것이다.⁹⁰⁾ (준)사법기관의 (준)사법재량의 의미 그리고 재량이 바람직한지에 대한 문제는 법학에서 합의되지 않은 문제 중의 하나이다. 우선 재량의 개념을 살펴보면, Maurice Rosenberg는 입법기관 및 행정기관의 의사결정자가 법률에 부착되어 있는 제한으로부터 자유롭게 넓은 선택범위를 가질 때 발생하는 일차재량(primary discretion)과 판사들 사이에서 위계관계에 따라 형성되는 것으로 사법체계에서 하급법원의 결정을 상급법원이 결정할 권한의 정도를 기술하는 이차재량(secondary discretion)으로 나누어 설명하고 있다.⁹¹⁾ Rosenberg의 이차재량은 법원에서의 심사통제를 의미하는 것으로, 하급심 판사에게 판정의 반복없이 잘못된 결정을 할 권리를 부여하여, 판사가 올바른 결정을 했을 것이라고 추정하게 하고, 재심권한은 초기의 판정자가 자신의 권한을 남용한 경우에만 갖게 되는 것을 말한다.⁹²⁾ Dworkin은 누군가 일반적으로 특정당국에 의해 설정된 기준에 대해 결정할 책임이 있는 경우에 재량개념이 나타난다고 주장하면서 두 개의 약한 의미의 재량(weak sense of discretion)과 하나의 더 강한의미의 재량(stronger sense of discretion) 개념을 제시하였다.⁹³⁾ 첫 번째 약한 의미의 재량은 어떤 이유에서 공무원이 적용해야 하는 기준이 자동적으로 적용될 수 없고 판단이 요구되는 것을 말하는 것이고, 두 번째 약한 의미의 재량은 어떤 공무원이 의사결정할 최종권한을 가지고 있고 결정이 다른 공무원에 의해 심사되거나 반복될 수 없는 것을 말한다고 한다.⁹⁴⁾ 그리고 더 강한 의미의 재량은 어떤 문제에 대해서는 공무원은 문제가 된 권한에 의해 규정된 기준에 의해 구속되지 않는다는 것을 의미한다고 한다.⁹⁵⁾

이상의 재량 개념을 종합해 보면, 재량은 입법기관이나 행정기관과 같은 일차적인 의사결정자가 정책을 선택할 때 그리고 일차적인 의사결정자들의 선택에 대해 (준)사법기관이 그 선택의 올바름을 판단할 때 모두 나타난다. 특히 (준)사법재량은 (준)사법기관의 (준)사법권한의 가치를 높이려는 입장과 (준)사법권한의 가치를 줄이려는 입장이 대립하는데, 이러한 의견불일치의 핵심을 비례성원칙에서 찾아볼 수 있다. 특히 비례성원칙의 세 번째 부분원칙인 좁은 의미의 비례성원칙을 적용하여 충돌하는 두 개의 권리의 가치를 비교형량하는 과정에서 (준)사법기관이 보여줄 수 있는 재량이 문제된다. 충돌하는 가치의 우열을 판단하기 위해서 비교형량은 특정한 가치 또는 이익에 중요성 또는 비중을 할당하고 가치 또는 이익에 할당된 중요성 또는 비중을 비교하게 된다. 그런데 이러한 비교형량 과정은 비교형량을 할 합리적인 기준이 없다는 비판을 받아왔다. 대표적으로 Jürgen Habermas는 비교형량을 위한 합리적인 기준이 없기 때문에 비교형량은 관습적인 기준이

90) 비례성원칙을 적용하면 패널이나 상소기관이 회원국의 국내조치가 추구하는 목적에 비례하지 않는다거나 균형이 맞지 않는다고 분석할 자유재량을 가지게 될 것이고, 국가의 정책목적을 비교형량하고 평가하는 권한은 더 이상 국내당국에 속하는 것이 아니라 WTO에 속하게 될 것이라고 우려한다.(M. Kennett, J. Neuman and E. Turk, 'Second Guessing National Level Policy Choices: Necessity, Proportionality and Balance in the WTO Services Negotiations' (2003) CIEL, presented at the WTO's 5th Ministerial Meeting in August 2003, p. 2.)

91) Maurice Rosenberg, *Judicial Discretion of the Trial Court, Viewed from Above*, 22 Syracuse Law Review, 635, 1971, p. 637.

92) *Ibid.*

93) Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 32.

94) *Ibid.*

95) *Ibid.*

나 위계질서에 따라 자의적이거나 경솔하게 이뤄진다고 비판했다.⁹⁶⁾ 이러한 비판에 대해서 Alexy는 합리적 논증의 형태로 비교형량을 하는 것을 가능하게 만드는 구조가 없다면 Habermas의 말이 맞지만, 합리적인 논증을 위한 형량구조가 존재한다고 반박하면서 자신의 형량법칙을 제시하였고, 지속적으로 발전시켜왔다.

2) WTO 분쟁해결기관의 재량

준사법기관으로서 WTO 분쟁해결기관이 분쟁해결의 심사기준으로 비례성원칙의 부분원칙을 모두 적용하는 경우 WTO 분쟁해결기관은 WTO 회원국의 국내규제자율권을 심사하게 된다. 국제법차원에서 주권(sovereignty)을 갖고 법적으로 평등한 WTO 회원국 정부의 조치에 대하여 WTO 분쟁해결기관이 그 결정의 옳고 그름에 대해 가치를 판단한다는 문제는 WTO 회원국들에게 항상 민감한 반응을 불러일으켜 왔다.

WTO 차원에서 비례성원칙을 적용할 때 발생하는 재량의 문제는 크게 두 가지로 요약될 수 있다. 첫째, 재량행사의 주체가 WTO 회원국에게 남아있어야 하는가 아니면 WTO 패널과 상소기관에게 주어져도 좋은가? 이것은 WTO 회원국의 주권적 국내규제자율권의 침해하는 문제이다. WTO는 주권(sovereignty)을 가진 국가를 회원국으로 하고 있다.⁹⁷⁾ WTO가 지속적으로 유지되고 발전되기 위해서는 회원국의 주권적 권리인 국내규제자율권을 존중하는 것이 중요하다.⁹⁸⁾ 그러나 국가주권의 보존이라는 문제는 “전부 아니면 무”의 문제가 아니라 권한 배분을 어떻게 할 것인가의 문제이고,⁹⁹⁾ WTO 회원국은 WTO협정이라는 국제조약에 가입하면서 자유의지로 자신의 동의(consent)를 부여하여 WTO협정의 의무에 구속될 것을 약속하였다. 국제조약에 동의하는 것은 국가의 사법주권(legal sovereignty)¹⁰⁰⁾의 표현이기 때문에, 동의를 부여한 회원국은 자신의 사법주권의 일부를 WTO에 부여한 것이며, WTO는 그 회원국가에 의해 동의된 정당성을 획득한다. WTO에 사법주권을 부여한 회원국은 DSU 제16.4조 및 제17.14조 역총의(negative consensus)의 결과로 패널결정과 상소기관결정에 거부할 수 없기 때문에 WTO 회원국 자격을 가진다는 것은 사법주권에 대한 간접의 일부인정이라는 영향을 받는다.¹⁰¹⁾ 따라서

96) Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Translated by William Rehg, MIT Press, 1996, p. 259, “Because there are no rational standards for this, weighing takes place either arbitrarily or unreflectively, according to customary standards and hierarchies.”

97) EU, 관세동맹 등 주권국가가 아닌 회원도 있다. 국가주권에 대한 WTO에서 회원국자격의 영향은 수직적 및 수평적 차원을 갖는다. 수직적 차원은 WTO와 각 회원국가 사이에 설정된 관계의 결과로서 국가주권에 관한 효과를 말한다. 수평적 차원은 WTO 회원자격이 국가 간 관계에서 영향을 주는 방법에 초점을 맞춘다.

98) Michael Ming Du, *The Rise of National Regulatory Autonomy in the GATT/WTO Regime*, *Journal of International Economic Law*, 14(3), 2011, pp. 640-641.

99) John H. Jackson, *The WTO ‘Constitution’ and Proposed Reforms: Seven ‘Mantras’ Revisited*, *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 72.

100) Stephen Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, 1999, p. 9. 주권 개념은 사용되는 맥락에 따라 여러 가지를 의미할 수 있는 매우 논란이 많은 개념이어서 객관적으로 정의하기 어려운 개념이다. Krasner는 국가 주권을 국내주권(domestic sovereignty), 상호의존주권(interdependence sovereignty), 국제사법주권(international legal sovereignty), 웨스트팔리안 주권(Westphalian sovereignty) 등으로 구분하여 설명한다.

WTO 패널 및 상소기관의 분쟁해결과정은 WTO 회원국의 주권을 제약하게 된다. 이때 어떤 기준으로 회원국의 주권을 제약할 수 있는지의 심사기준 문제는 WTO의 패널과 상소기관이 회원국의 조치 또는 법률이 WTO 법을 준수하는지에 대한 심사를 요청받은 경우에는 언제나 발생하는 문제가 된다.¹⁰²⁾ 문제는 WTO 분쟁해결기관이 어느 정도 WTO 회원국의 주권을 제약하면서 심사할 수 있는냐이다. GATT는 심사기준과 관련된 명시적 규정을 포함하고 있지 않고, WTO 협정도 적절한 심사기준이 무엇인지 규정하고 있지 않다.¹⁰³⁾

WTO법의 심사기준을 무엇으로 할 것인가에 대해 DSU 제3.2조의 “DSB의 권고와 결정은 대상협정에서 규정하고 있는 권리와 의무를 증가시키거나 축소시킬 수 없다”¹⁰⁴⁾는 규정이 근거가 될 수 있다는 견해가 있었다.¹⁰⁵⁾ 그러나 *EC-Hormones* 사건에서 상소기관은 심사기준과 관련하여 “패널은 분쟁의 사실부분에 대한 객관적인 평가, 관련 대상협정의 적용가능성 및 그 협정과와의 합치성을 포함하여 자신에게 회부된 사안에 대하여 객관적인 평가를 내려야 한다”고 규정하고 있는 DSU 제11조¹⁰⁶⁾를 언급했다.¹⁰⁷⁾ 반덤핑협정을 제외하고 DSU나 기타 대상협정에서 특정한 심사기준에 대한 규정이 없다. 상소기관이 적용할 수 있는 잠정적 심사기준으로 “재심사(de novo review)”와 “존중기준(deference standard)”이 있는데, 재심사는 회원국의 당국과는 다른 결론에 도달할 수 있는 완전한 자유를 패널에게 부여하는 것이고, 존중기준은 회원국의 조사를 패널이 새롭게 다시 해서는 안 되고 관련 WTO 규칙이 요구하는 절차를 따르는지를 검토하는 것으로 제한되어야 한다는 것이다.¹⁰⁸⁾ 상소기관은 과거의 많은 패널들이 재심사를 하는 것을 기각해왔고, 국내당국의 결정에 대한 완전존중은 DSU 제11조에서 예상하고 있는 객관적 평가를 보장

101) Joshua Meltzer, *State Sovereignty and the Legitimacy of the WTO*, U. Pa. J. Int'l Econ. L. Vol. 26:4, 2005, P. 697; *Japan-Alcoholic Beverages II* 사건 상소기관도 WTO 협정은 조약이고, 회원국은 자신의 주권을 행사해서 자기 자신의 국가이익을 추구하기 위하여 WTO와 합의를 한 것이며, WTO의 회원국자격으로 회원국이 기대하는 이익과 WTO 협정의 약속에 따라 자신의 주권을 행사할 것에 동의한 것이라고 지적하였다.(Appellate Body Report, *Japan-Alcoholic Beverages II*, p. 15.)

102) Matthias Oesch, *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Journal of International Economic Law 6(3), 635-659, 2003, p. 637.

103) Stefan Zleptnig, *The Standard of Review in WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy and the Distribution of Legal and Political Authority*, European Integration online Papers (EIoP) Vol. 6 (2002) N° 17, pp. 2-3. 유일한 예외는 반덤핑절차에서 적용하기 위한 특별한 심사기준을 규정하고 있는 반덤핑협정 제 17.6(i)조이다.

104) DSU, Art. 3.2, “Recommendations and rulings of the DSB [Dispute Settlement Body] cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.”

105) Steven P. Croley and John H. Jackson, *WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments*, 90 Am. J. Int'l L. 193 1996, pp. 199-200.

106) DSU, Article 11, “The function of panels is to assist the DSB in discharging its responsibilities under this Understanding and the covered agreements. Accordingly, a panel should make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements, and make such other findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided in the covered agreements. Panels should consult regularly with the parties to the dispute and give them adequate opportunity to develop a mutually satisfactory solution.”

107) Appellate Body, *European Communities-Measures Affecting Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R (adopted 13 February 1998), para. 114.

108) *Ibid.*, para. 111.

할 수 없기 때문에 재심사나 전면적인 존중기준은 모두 적절한 심사기준이 될 수 없다고 하면서,¹⁰⁹⁾ DSU 제11조의 “객관적 평가”를 적절한 심사기준으로 선언했다.¹¹⁰⁾ 이처럼 WTO 분쟁해결기관이 어떤 심사기준을 선택할지에 대한 정확한 규정이 없는 상태에서 회원국의 국내규제자유권을 완전히 인정하는 존중과 재심사의 방법 중에서 중간적 형태라고 할 수 있는 객관적 평가를 선택한 것은 WTO 분쟁해결기관은 회원국의 국내규제자유권이 절대적 권리가 아니라 WTO에서 일정하게 심사될 수 있는 것이라는 것을 인정했기라고 할 수 있다.

둘째, WTO 분쟁해결기관이 준사법기관으로서 비례성원칙을 심사기준으로 적용하는 경우 비교형량을 통해 발생하는 재량을 행사하는 것이 자의적이고 부당한가? 이것은 비례성심사의 맥락에서 발생하는 재량의 문제이다. Alexy는 기본권 이론의 후기(postscript)에서 비례성원칙하에서 재량에 대해 크게 구조적 재량(structural discretion)과 인식론적 재량(epistemic discretion) 두 가지 종류가 있다고 제시했다.¹¹¹⁾ 국제법 차원의 ECJ와 ECHR의 사건에서 비례성원칙의 적용을 분석한 J. Rivers는 비례성원칙을 적용하면서 발생하는 재량을 정책선택재량(policy-choice discretion),¹¹²⁾ 문화적 재량(cultural discretion),¹¹³⁾ 그리고 증거재량(evidential discretion)¹¹⁴⁾ 세 가지로 구분하면서 그러한 재량은 비례성심사에

109) *Ibid.*, paras. 117-118.

110) *Ibid.*

111) Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, p. 394-425, 구조적 재량(structural discretion)은 비례성원칙은 두 개 또는 그 이상의 경쟁하는 원칙들을 포함하는 문제에 대해서는 하나의 올바른 해답을 주지 않는다 사실을 말하는 것으로, 비례적이고 법적으로 허용가능한 대안에 대한 선택이 있게 된다. 인식론적 재량(epistemic discretion)은 우리는 상대적인 무지(relative ignorance)의 조건하에서 심사를 수행한다는 사실로부터 발생한다.

112) 정책선택재량은 필요하고 균형있는 정책선택지의 가능한 범위를 말한다. 필요성원칙 테스트는 근본적 권리의 피할 수 없는 희생이 없을 것을 요구하기 때문에 만약 특정한 목적이 덜 침해적인 수단에 의해 동등하게 달성될 수 있다면 결정자는 덜 침해적인 수단을 선택할 의무를 지게 된다. 이러한 필요성원칙 테스트는 모든 합법적인 목적의 어떠한 달성수준도 배제하지 않기 때문에 법률이 합리적으로 원하는 만큼 많은 재량을 남긴다. 또한 경쟁하는 두 개의 원칙에 대한 비교평가를 요구하지 않는다. 따라서 법원은 다른 가치의 상대적 비중을 평가함이 없이 하나의 정책이 필요한 것인지를 검토한다. 반면 좁은 의미의 비례성원칙인 비교형량테스트는 하나의 원칙이 경쟁하는 다른 원칙에 대해 상대적으로 최적화될 것을 요구한다. 즉 하나의 원칙에 대해 비용이 드는 수단은 다른 원칙에 대한 이익에 의해 적절하게 상쇄되어야 한다. 하나의 원칙에 대한 비용은 다른 원칙에 대한 이익에 의해 상쇄된다.

113) 문화적 재량은 한 원칙의 만족의 정도를 다른 원칙의 만족의 정도와 비교할 때 발생하는 데, 이때 가장 큰 어려움은 비교척도에 따라 가치를 배분하는 것으로 이것은 추상적 가치의 판단과 관련이 있다. 일반적으로 모든 개별적 원칙은 동일한 추상적 가치를 가진다고 추정하지만, 일정한 가치들은 다른 가치들보다 더 중요하다는 합리적인 합의도 존재한다. 예를 들면, 생명권이 자유권보다 더 중요하고, 자유권이 재산권보다 더 중요하고, 국가안보가 경제적 번영보다 더 중요하다고 같은 것이다. 필요성원칙 테스트는 둘 또는 그 이상의 가치를 비교하는 것이 아니므로 상대적 추상적 가치에 대한 서로 다른 생각은 아무 영향을 미치지 않는다. 그러나 비교형량의 경우 추상적으로 생명이 자유보다 더 가치 있더라도, 자유에 대한 더 심각한 위반이 생명에 대한 덜 심각한 위반보다 더 중요하게 판단될 수 있기 때문에 영향을 미친다. 문제는 상대적 추상적 가치에 대해 동의하지 않는 경우에 발생한다. 단일한 정치 공동체내에서는 추상적 가치에 대한 이견이 적어서 문화적 재량이 문제되지 않을 수 있지만, 국제재판소에서는 문화적 재량에 의한 문화적 다양성이 존중될 필요성으로 인해 문제될 수 있다.

114) 증거재량은 현실의 삶에서는 비용과 이익(cost and gain)이 항상 확실한 것이 아니어서 비례성심사에 경험적 확실성 요소가 필요하다. 경험적 확실성은 주어진 결과가 발생할 개연성(probability)과 사실판단에 대한 확실성(reliability)의 문제이다. 증거문제는 권리제한으로 인해 얻어지는 이익을 평가할 때 영향을 받는데, 법의 사회적 현실과 정책효과에 대한 예측의 영역이다. 확실성 문제는 현실 속에서 정책효과에 대한 예측시 사법기관이 입법기관이나 행정기관에 비하여 전문성이 결여됨으로써 발생한다. 경험적 불확실성에 대해 사

서 피할 수 없는 요소라고 주장하고 있다.¹¹⁵⁾

WTO 분쟁해결기관이 심사기준으로 객관적 평가를 선택함으로써 WTO회원국이 WTO분쟁해결기관에 부여한 준사법적 권한능력과 회원국 자신이 보유한 사법적 권한능력사이에서 GATT 1994에 설정된 균형은 객관적 평가라고 할 수 있다. 비례성원칙의 세 가지 부분원칙에 대한 판단과정이 구조적이고 형식적이어서 객관성과 합리성을 인정할 만하다고 본다면 비례성원칙은 WTO 분쟁해결기관의 객관적 평가라는 심사기준에 매우 적합한 심사기준이 된다고 할 수 있다. 그리고 Habermas를 비롯하여 비교형량의 판단기준이 없어 그 결과가 자의적이거나 부당할 것이라고 일부에서 우려하는 것과는 달리 비례성분석의 맥락에서 발생하는 구조적 재량, 인식론적 재량, 정책선택재량, 문화적 재량, 증거재량 등이 WTO 분쟁해결기관의 결정을 자의적이고 부당한 방향으로 이끈다고 볼 수 없다. 앞에서 언급한 Alexy의 형량법칙과 Barak의 한계비용-한계피해테스트 등은 비교형량과정을 구조적이고 형식화하여 자의성을 축소하고 있다. 또한 비례성분석에서 필수 불가결하게 나타나는 그러한 재량은 오히려 WTO 회원국의 주권적 국내규제자유권을 보존시켜 주는 역할을 할 수 있다.

V. 결론

WTO 패널과 상소기관은 GATT 제20조 (b)호의 ‘필요한’ 조치인지를 결정하는 판단기준으로 “합리적으로 이용가능한 대안조치”가 존재하는지를 찾으면서, 그러한 대안조치를 조치의 목적달성에 기여, 보호되는 이익 또는 가치의 중요성 그리고 무역제한성이라는 요소를 weighing and balancing 하여 결정한다는 법리를 형성하고 있다. 이러한 법리는 적합성원칙, 필요성원칙, 좁은 의미의 비례성원칙이라는 비례성원칙의 적용과 매우 유사하다. 그러나 WTO 분쟁해결기관은 명시적으로 비례성원칙의 적용을 언급하지 않고 있다. 그리고 비례성분석과 유사한 판단과정에도 불구하고 비례성원칙의 핵심인 필요성원칙 테스트와 비교형량테스트가 분리되어 판단되지 않는 문제를 안고 있다. 이미 WTO 분쟁해결기관이 실질적으로는 비례성분석과 유사하게 법리를 발전시켜 오고 있으므로 향후 WTO 분쟁사건에서 GATT 제20조의 필요성 판단을 비례성분석으로 논증하는 것이 바람직하다고 생각한다. 특히 비교형량과정에서 발생할 수 있는 WTO 분쟁해결기관의 재량을 우려한 나머지 비례성원칙을 심사기준으로 수용하는 것을 거부할 필요가 없다고 생각된다.

법기관이 할 수 있는 것은 다른 국가기관이 채택한 과정에 대한 확실성에 대한 견해를 존중하는 것이고 이것은 사법기관의 고유하고 일관된 모습이 아니라 이익의 가능성에 대한 의사결정자의 평가를 믿으려고 하는 의지이다.

115) Julian Rivers, Proportionality and Discretion in International and European Law, in Transnational Constitutionalism: International and European Models, Nicholas Tsagourias (ed.), Cambridge University Press, 2007, pp. 114-122,

제1부 신진학자 학술발표

제2주제

Remedying the Remedy System for Prohibited Subsidies in the WTO –Reconsidering Retrospective Remedies-

발 표: 이효영 박사 (KIEP)

토 론: 정기창 변호사 (법무법인 화우)

‘REMEDYING’ THE REMEDY SYSTEM FOR PROHIBITED SUBSIDIES IN THE WTO: RECONSIDERING RETROSPECTIVE REMEDIES*

Hyo-young Lee^{**}

I. INTRODUCTION

The WTO dispute settlement system has in place a remedial mechanism that enables the enforcement of the rulings and recommendations made by the Dispute Settlement Body (DSB) on the violations of the WTO law and obligations contained therein. Due to its unique enforcement mechanism which is not available in other areas of international law, the remedy system for dealing with non-compliant actions in the WTO dispute settlement system has attracted a lot of attention by international trade law scholars. As compared to the international legal regime in general, the WTO has dispute settlement procedures specified by law that are comparable to domestic legal proceedings, and the rulings made by the WTO DSB has binding authority on its Members and remedies available to enforce the rulings if Members do not comply with the rulings promptly enough.

Within the subject matter of remedies, however, the narrower field of the remedy system for prohibited subsidies deserves more focused attention due to a contradiction: Under the WTO, the regulation on subsidies and the dispute settlement procedures for subsidy disputes, especially prohibited subsidies, are the most severe and tightly disciplined. However, surprisingly, the rate of actual implementation of DSB recommendations in prohibited subsidy disputes is one of the lowest in the WTO. In other words, despite tight regulations and rules to ensure compliance with WTO subsidy rules, compliance with the rulings of the WTO DSB to terminate the violating prohibited subsidy measure fares the poorest. Therefore, this leads to the question of whether the current WTO remedy system, especially for prohibited subsidies, is indeed effective, or at least, desirable from the perspective of WTO members.¹

* Draft paper in progress, containing excerpts from the author’s doctoral dissertation, “A Legal and Economic Analysis of the Remedy System for Prohibited Subsidies in the WTO” (August 2013); Please do not quote.

** Associate Research Fellow, Korea Institute for International Economic Policy. Email: hylee@kiep.go.kr

¹ Several prominent legal and economic scholars have discussed the specific issue of remedies in WTO subsidy disputes: Robert Z. Lawrence and Nathaniel Stankard, ‘Should Export Subsidies be Treated Differently?’ (Conference paper at University of Wisconsin, 2005); Andrew J. Green and Michael Trebilcock, ‘Enforcing WTO Obligations: What Can We Learn from Export Subsidies?’, 10 *Journal of International Economic Law* 653 (2007); Tsai-Yu Lin, ‘Remedies for Export Subsidies in the Context of Article 4 of the SCM Agreement: Rethinking Some Persistent Issues’, 3 *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 21 (2008); Kyle Bagwell and Robert W. Staiger, ‘Will International Rules on Subsidies Disrupt the World Trading System?’, 96 *American Economic Review* 877 (2006).

The evidence of stringency regarding the discipline on prohibited subsidies is shown in the provisions of the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement)² which contains the following rules: the outright prohibition of export subsidies (and import substitution subsidies)³; the corresponding obligation for immediate withdrawal when ruled to be a violation of WTO rules⁴; higher retaliation levels authorized by the Dispute Settlement Body (DSB); and ‘fast track’ dispute settlement procedures as compared to the general Dispute Settlement Understanding (DSU) process.⁵ Despite the evidently tight regulations regarding prohibited subsidies, subsidy disputes have resulted in the highest number of Article 22.6 arbitrations, which authorize retaliatory measures against the infringing member retaining its non-compliant measure, the highest amount of countermeasures to enforce compliance with the DSB recommendations, and some of the lengthiest dispute processes due to delayed implementation actions.⁶

While there may be many problems involving subsidies in general, some of the most prominent dispute cases involve prohibited subsidies, and most of the disputes involving subsidies are concerned with prohibited subsidies. More specifically, while in terms of scope of coverage, actionable subsidies may be the largest, in terms of legal disputes (of which legal scholars are most interested in), prohibited subsidies are by far the most problematic. Therefore, more focus may be warranted for prohibited subsidies with a more rigorous legalistic approach.

This paper is organized as follows. Section II provides an overview of the remedial mechanism for prohibited subsidies in the WTO. The type of remedies in place for enforcing rulings on prohibited subsidies and the application of the rules in relevant WTO disputes are examined. Section III analyzes the issues in WTO jurisprudence revealed from relevant dispute cases involving prohibited subsidies. In Section IV, several suggestions are made to ‘remedy’ the current remedy system for prohibited subsidies in the WTO, and Section V concludes.

² GATT/WTO Secretariat, *The Legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations* (Cambridge University Press, 1999)

³ While the category of prohibited subsidies in the SCM Agreement (Article 3) includes both subsidies contingent upon export performance (export subsidies) and subsidies contingent upon the use of domestic over imported goods (local content subsidies), the focus of this article is on export subsidies for which all dispute cases involving prohibited subsidies have been raised against.

⁴ SCM Agreement Article 4.7 provides that, “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*. In this regard, the panel shall specify in its recommendation the time-period within which the measure must be withdrawn.” (emphasis added).

⁵ Article 4 of the SCM Agreement provides for shorter periods for establishment of a panel after consultation request (30 days), circulation of panel report (90 days), adoption of panel report (30 days), and adoption of Appellate Body report (20 days). In contrast, the general rules on dispute settlement contained in the Dispute Settlement Understanding (DSU) provides for 60 days for establishment of a panel after consultation request (Article 4.7), 9 months for circulation of panel report (Article 12.9), 60 days for adoption of panel report (Article 16.4), and 30 days for adoption of Appellate Body report (Article 17.14).

⁶ Out of a total of 9 Article 22.6 disputes that have authorized retaliation amounts to date, 5 cases are subsidy-related disputes, among which 4 cases involve prohibited subsidies.

II. THE REMEDY SYSTEM FOR PROHIBITED SUBSIDIES IN THE WTO

A. The Compliance Problem in WTO Prohibited Subsidy Disputes

As of March 2013, out of a total of 313 disputes that were brought to the WTO for which panels have been established,⁷ 18 disputes are categorized as non-compliance cases.⁸ Non-compliance cases include cases in which the implementing action taken by the respondent party has been deemed inadequate and thus referred to compliance proceedings which are either ongoing, completed without any finding of non-compliance, or completed with a finding of non-compliance, and to arbitration proceedings for authorization of retaliation which have been requested or granted. While this figure is not a significant number, a closer look at the dispute cases shows that the problem of non-compliance is concentrated in a few areas, such as subsidies (Annex 2).

An examination of the amount of countermeasures that has been awarded by the WTO adjudicating bodies in Article 22.6 arbitrations to date⁹ indicate two notable points: First, a majority of the Article 22.6 arbitrations involve dispute cases on subsidies, reflecting the importance of the subsidy measure as a national policy to WTO member countries, and difficulties in achieving compliance on subsidy policies. Despite high litigation costs involved in going through the multilateral track for dispute resolution with respect to subsidies, WTO members seem keen to obtain a ‘verdict’ on the other party’s subsidy measure that they perceive to be a violation of WTO law. Furthermore, the strategic characteristic of national subsidy policies seem to pose structural difficulties in removing the violating measure to a satisfactory level for the complaining party, resulting in delayed dispute settlement procedures involving arbitrations on compliance and authorization of retaliation. Secondly, some of the highest amounts of retaliation granted as a result of the Article 22.6 arbitrations are from subsidy disputes, such as in the *US-FSC* case where the amount requested by EC was granted in full by arbitrators.¹⁰ This is due to the difference in text in the SCM Agreement that allows “appropriate countermeasures” in lieu of a retaliation level that is “equivalent to the level of nullification or impairment” as stipulated in the DSU. Most of the arbitrators in relevant Article 22.6 disputes have interpreted the term “appropriate” to be a level allowing more than the level that addresses the trade-distorting effect on the injured party.

⁷ As of March 2013, a total of 456 disputes have been brought to the WTO, including 143 disputes which are currently in the stage of consultation.

⁸ Disputes categorized as non-compliance cases include cases which are in the process of: ongoing compliance procedures (3 cases); compliance proceedings completed without finding of non-compliance (2 cases); compliance proceedings completed with finding of non-compliance (5 cases); request for authorization to retaliate (3 cases); and granted authorization to retaliate (5 cases). Refer to Annex 1 for details.

⁹ For the amount of countermeasures awarded in Article 22.6 arbitration decisions and details, refer to the WorldTradeLaw website at: <http://www.worldtradelaw.net/reports/226awards/suspensionawards.asp>.

¹⁰ 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, 30 August 2002.

As observed thus far, the current status of compliance with respect to prohibited subsidy disputes may not be as satisfactory as the drafters of the rules on subsidies might have anticipated at the onset of their negotiations on subsidy matters. The next section will examine the remedies that are in place and how they are applied for addressing continued non-compliance with WTO rulings and recommendations in prohibited subsidy disputes.

B. The Remedy System in Action for Prohibited Subsidies in the WTO

The WTO dispute settlement system provides for two types of ‘tracks’ for resolving disputes with respect to illegal subsidy measures. The ‘multilateral track’ allows WTO Members to bring a subsidy-related case directly to the WTO with the goal of obtaining a multilateral adjudication on whether the measure concerned is consistent with WTO rules and consequent recommendation for bringing the infringing measure into conformity.¹¹ The ‘bilateral track’, on the other hand, allows WTO Members to unilaterally impose countervailing duties against the subsidizing country after going through due processes of investigation, determination, and imposition in accordance with the relevant provisions of the SCM Agreement.¹²

1. Type of Remedies for Prohibited Subsidies

As previously mentioned, the dispute settlement procedure for disputes involving prohibited subsidies is different from the general provisions for dispute resolution that apply to the rest of the WTO covered agreements, mainly in terms of the expedited procedures that are in place for addressing illegal subsidies.¹³ However, prior to initiating formal litigation procedures, all potential disputing parties are first recommended to engage in consultations so as to reach a mutually satisfactory agreement which is acceptable to both parties, and which is consistent with the WTO agreements. However, if a mutually agreed solution cannot be reached at the pre-litigation stage, the parties may initiate panel proceeding (and Appellate Body proceeding, if the decision has been appealed), which provide rulings that recommend the infringing party to comply with the recommendation to ‘bring the measure into conformity’ with the related agreement.¹⁴

There are two types of remedies that are available in the WTO dispute settlement system for prohibited subsidies against breach of the SCM Agreement. There is one final and primary remedy of ‘withdrawal’ (removal of the adverse effects of the subsidy or amendment by law so that the measure no longer provides benefits to the recipient in the subsidizing country), under which any measure found to be a prohibited subsidy must be ‘withdrawn without delay’.¹⁵ In all cases, a specific time-period for implementation (“reasonable period

¹¹ Parts II through IV of the SCM Agreement.

¹² Part V of the SCM Agreement.

¹³ Refer to above note 5 for difference in time-lines in the dispute settlement procedures contained in the SCM Agreement and the DSU.

¹⁴ DSU, Article 19.1.

¹⁵ SCM Agreement, Article 4.7.

of time”) is specified by the panel within which the measure must be withdrawn. In prohibited subsidy disputes, the ‘reasonable period of time’ is, in most cases, considered to be 90 days. However, when such act of compliance is not achieved within the given implementation period, the WTO provides for a secondary, temporary remedy for prohibited subsidies: ‘suspension of concessions’ or retaliation.

Unlike other agreements covered by the DSU, the remedy of compensation is not available as a secondary remedy for prohibited subsidies. There is no legal basis for the use of compensation as a remedy for prohibited subsidy cases.¹⁶ In general, compensation as a form of remedy under the WTO consists of additional trade concessions on the part of the losing party, usually in related economic areas to the dispute. Such trade compensation is voluntary in nature, meaning that the losing respondent party needs to agree to compensation by self-imposing the terms of the arrangement. Therefore, the need for cooperation from the subsidizing country may lead to problems in enforcement. Furthermore, unlike the retaliation remedy which can be applied on a bilateral basis, the compensation remedy is subject to the requirement of MFN application. As a result, the remedy of trade compensation necessarily imposes a burden on the losing party (respondent) having to provide compensation to all the WTO Members, as a consequence of which, this remedy is rarely used. Also, as a secondary remedy to the preferred final remedy of withdrawal, the compensation remedy should be temporarily used, only until compliance is achieved, and applied prospectively, with compensation allowed only up to the level of damages that will be suffered in the future.

The authorization to retaliate against the offending party, as a ‘last resort’ remedy in WTO countermeasures, is mainly in the form of suspension of concessions, or of raising tariff barriers to the pre-negotiation level, on strategically selected products of export that are of interest to the infringing party so as to induce compliance by the infringing party. The remedy of retaliation consists of three types, under which the winning party may suspend concessions on the same economic sector in which the violation has occurred, or on different sectors in the same agreement, or on sectors in a different agreement.¹⁷ The retaliation remedy should also be applied only temporarily until the infringing measure has been withdrawn. On the other hand, due to its inherent nature, the retaliation remedy is generally understood to be trade-restrictive (‘shooting oneself in its own foot’), especially for smaller developing countries for which lifting their import barriers against products from developed countries may not be a valid option.

The level of retaliation which is authorized to the requesting party is based on a standard that is termed differently for prohibited subsidy cases. Unlike the standard of “equivalence” which is prescribed for the general countermeasures in the DSU,¹⁸ retaliation for prohibited subsidies is granted on the basis of “appropriate countermeasures”, meaning that they are

¹⁶ The provisions concerning remedies for prohibited subsidies in the SCM Agreement do not mention any remedy of “compensation”. Article 4.7 stipulates that if a measure is found to be a prohibited subsidy, the violating party shall “withdraw the subsidy without delay”, while Article 4.10 provides that in case the DSB recommendation is not followed within the period of implementation, the complaining party shall be granted authorization to take “appropriate countermeasures”.

¹⁷ DSU, Article 22.3. The three types of retaliation are referred to as ‘parallel retaliation’, ‘cross-sector retaliation’, and ‘cross-agreement retaliation’.

¹⁸ DSU, Articles 22.4 and 22.7.

“not meant to allow countermeasures that are disproportionate in light of the fact that the subsidies dealt with under these provisions are prohibited”.¹⁹ The interpretation and application of these terms are discussed in the next section.

2. Application of Remedies in Prohibited Subsidy Disputes

The remedy of retaliation has been most frequently used in prohibited subsidy disputes. The aircraft disputes between Brazil and Canada (*Brazil-Aircraft* and *Canada-Aircraft II*), *US-FSC*, and *US-Upland Cotton* disputes are all cases involving prohibited subsidy measures that have gone through the entire dispute settlement process to reach the final stage of authorizing retaliatory measures against continuing acts of non-compliance.

Application of the primary remedy of “withdrawal”

In two of the four dispute cases (*Brazil-Aircraft*²⁰ and *Canada-Aircraft II*²¹), the DSB recommended the respondent countries to withdraw the export subsidies found to be inconsistent with relevant provisions in the SCM Agreement, within the implementation period of 90 days. The time-period for implementation is normally specified by the panel in its recommendation, and in most cases that are brought to the WTO, the implementation period provided to prohibited subsidy cases has been 90 days. Panels seem to have considered the nature of the measures and issues regarding implementation to be relevant in determining the period for withdrawal.²² In contrast, under the general provisions of the DSU, the reasonable period of time (RPT) for implementing the DSB recommendations should not exceed 15 months,²³ but in most cases the RPT provided is less than such the maximum allowed period, which can be determined by proposal from the complainant party, mutual agreement by the parties, or determination from arbitrators.²⁴ On the other hand, the implementation period for withdrawal in *US-FSC* and *US-Upland Cotton* were 12 months and 6 months, respectively.²⁵ In both cases, ample consideration seems to have been given for the legislative process for amending related legislations on the part of the defending parties.

While all four cases aforementioned (and all other WTO disputes) have applied the meaning of “withdrawal” to be forward-looking, there has been one distinct case in the WTO in which the term was interpreted differently. Arbitrators in *Australia-Leather (Article 21.5)*

¹⁹ SCM Agreement, Articles 4.10 and 4.11, and footnotes 9 and 10.

²⁰ WTO Panel Report, *Brazil - Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/R, 14 April 1999.

²¹ WTO Panel Report, *Canada - Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft*, WT/DS222/R, 28 Jan. 2002.

²² Petros C. Mavroidis, Patrick. A. Messerlin, and Jasper. M. Wauters, *The Law and Economics of Contingent Protection in the WTO* (Edward Elgar, 2008), 421.

²³ DSU, Article 21.4.

²⁴ DSU, Article 21.3.

²⁵ WTO Panel Report, *United States – Tax Treatment for ‘Foreign Sales Corporations’*, WT/DS108/R, 8 October 1999, para. 8.8; WTO Panel Report, *United States – Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/R, 8 September 2004, para. 8.3.

dispute,²⁶ which involved non-recurring prohibited subsidies that had been granted in the past, found that the term “withdraw the subsidy” provided for in Article 4.7 of the SCM Agreement is “not limited to prospective action only but may encompass repayment of the prohibited subsidy”.²⁷ As a result, the Arbitrators viewed that “withdrawal” should mean retrospective, full reimbursement of the subsidy payment received for cases involving non-recurring subsidies.²⁸ This was based on their understanding that a mere termination of the subsidy program would have no impact as a remedy and no deterrent effect against other attempts to use one-time subsidy payments. However, this WTO ruling was subject to criticism from both parties to the dispute and prompted several proposals with regard to the interpretation of “withdrawal of the subsidy”,²⁹ and ended in a mutual agreement on partial repayment of the subsidy and termination of the subsidy measure at issue.³⁰

Application of the temporary remedy of retaliation

So far under the WTO, the remedy of retaliation was authorized in four dispute cases involving prohibited subsidies. *Brazil-Aircraft (Article 22.6)*³¹ was the first arbitration proceeding pursuant to Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement in which the remedy of retaliation for prohibited subsidies was requested and granted. In this case, the DSB had recommended Brazil to withdraw the prohibited export subsidies that had been found to exist, and in response, Brazil had to modify the subsidy program (PROEX) at issue. However, Canada challenged the revised program under DSU Article 21.5, where the measure was found to be inconsistent with the WTO obligations. Canada consequently requested authorization to take “appropriate countermeasures” against Brazil in the amount of C\$700 million per year. The Arbitrators in this case looked into the meaning of the term “appropriate” to determine whether the proposed countermeasures were “appropriate”, taking note of the issues of what would constitute the subsidy to be withdrawn, and whether the level of countermeasures should correspond to the amount of the subsidy or to the level of nullification or impairment suffered by Canada. In conclusion, the Arbitrators reasoned that the subsidy to be withdrawn would be the “full amount” of the subsidy payments on exports of the regional aircraft, and that when dealing with a prohibited export subsidy, an amount of

²⁶ WTO Article 21.5 Panel Report, *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, WT/DS126/RW, 21 January 2000.

²⁷ Ibid, paras. 6.39 and 6.42.

²⁸ Ibid, para. 6.48. The exact wording of the determination was: “Thus, we conclude that, in the circumstances of this case [*one-time subsidies*], repayment is necessary in order to “withdraw” the prohibited subsidies found to exist. As discussed above, we do not find any basis for repayment of anything less than the full subsidy. We therefore conclude that *repayment in full of the prohibited subsidy* is necessary in order to “withdraw the subsidy” in this case.” (emphasis added).

²⁹ WTO, Negotiating Group on Rules, Communication from Australia, Subsidies: Withdrawal of a Subsidy, TN/RL/GEN/35 (23 March 2005), TN/RL/GEN/97 (20 January 2006), and TN/RL/GEN/115 (21 April 2006); WTO, DSB Minutes of Meeting on 11 February 2000, WT/DS/M/75 (7 March 2000).

³⁰ WTO, *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, Notification of Mutually Agreed Solution, WT/DS126/11, 31 July 2000.

³¹ WTO Article 22.6 Arbitration Decision, *Brazil-Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/ARB, 28 August 2000.

countermeasures that corresponds to the *total amount of the subsidy* is “appropriate”.³² Based on this analysis, the Arbitrators calculated the total amount of the subsidy as the appropriate amount of countermeasures on the basis of: (1) average sale price of the aircraft models for which sales were subsidized; (2) projected annual production of each aircraft model during a set period; (3) calculated present value of the subsidy per aircraft model over the same period. Based on this methodology, the Arbitrators concluded that the amount of the subsidy is C\$344.2 million per year.³³

In *US-FSC*, the DSB recommended that the US shall withdraw the prohibited export subsidies provided through the Foreign Sales Corporation (FSC) measure within the granted period of implementation. In response to the recommendation, the US modified its measure, but was challenged by the EC under DSU Article 21.5. At the same time, the EC requested authorization to take “appropriate countermeasures” pursuant to Article 4.10 of the SCM Agreement and Article 22.2 of the DSU, and suspend concessions against the US in the amount of US\$4,043 million per year, in the form of an additional duty of 100 percent ad valorem above the bound duty rate on various US products. In examination of whether the proposed countermeasures are “appropriate”, the Arbitrator considered the fact that the subsidy measure concerned “creates systemic uncertainty and instability of expectations as to trading conditions, as opposed to security and stability of such conditions based on the understanding... that export subsidies are prohibited”.³⁴ Notably, the Arbitrator in this case also considered that the US’ breach of obligation is “an *erga omnes* obligation owed in its entirety to each and every Member” and cannot be considered to be “allocatable” across the Membership. In conclusion, the Arbitrator viewed that the countermeasures proposed are “not disproportionate to the initial wrongful act to which they are intended to respond”,³⁵ and found that the proposed countermeasures in the amount of US\$4,043 million per year constitute “appropriate countermeasures”.³⁶

Canada-Aircraft II is closely tied to the earlier *Brazil-Aircraft* and the original *Canada-Aircraft* disputes. In both cases, panel found that illegal export subsidies had been provided, and the programs at issue were revised by Brazil and Canada respectively. While Brazil challenged the consistency of Canada’s revised subsidy program to implement the ruling, Article 21.5 compliance proceedings in the original *Canada-Aircraft* dispute found that Brazil had failed to prove that the revised program is inconsistent with the SCM Agreement.³⁷ As a result, Brazil challenged the revised programs again in a renewed dispute, under which some of the subsidy programs found to be prohibited export subsidies were ordered to be withdrawn within 90 days.³⁸ Claiming that Canada failed to follow the recommendations of

³² Ibid, paras. 3.30-3.60.

³³ Ibid, paras. 3.67-3.93.

³⁴ WTO Article 22.6 Arbitration Decision, *United States – Tax Treatment for ‘Foreign Sales Corporations’*, WT/DS108/ARB, 30 August 2002, para. 6.9.

³⁵ Ibid, para. 6.24.

³⁶ Ibid, para. 8.1.

³⁷ WTO Article 21.5 Panel Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/RW, 9 May 2000.

³⁸ WTO Panel Report, *Canada- Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft*, WT/DS222/R, 28 Jan. 2002, para. 8.4.

the DSB within the required time-period, Brazil requested for authorization to take “appropriate countermeasures” in the amount of US\$3.36 billion, which corresponded to the value of the aircraft contracts not delivered as of the date that the subsidies at issue should have been withdrawn.³⁹ Examining Brazil’s “lost sales/competitive harm” methodology, the Arbitrator found that it does not justify the level of countermeasures proposed, and therefore the level is not “appropriate” under SCM Agreement Article 4.10.⁴⁰ Instead, the Arbitrator calculated its own amount of appropriate countermeasures starting from using a methodology based on the amount of subsidy, which resulted in a net present value of the total amount of the subsidy of US\$206,497,305.⁴¹ However, in addition, the Arbitrator considered it appropriate to adjust the result of the calculations “to take into account the fact that Canada, until now,...does not intend to withdraw the subsidy at issue and the need to reach a level of countermeasures which can reasonably contribute to induce compliance”. As a result, the Arbitrator adjusted the level of countermeasures by an amount corresponding to 20 percent of the amount of the subsidy, to grant US\$247,797,766 in “appropriate countermeasures”.⁴²

More recently, in *US-Upland Cotton (Article 22.6)*, Brazil requested authorization to take countermeasures with regard to US subsidy programs found to be prohibited export subsidies in the annual amount of US\$3 billion.⁴³ First, Brazil sought one-time countermeasures in relation to payments made by the US (Step 2 payments) during the period when it should have withdrawn the subsidies at issue (period after expiry of its implementation period until the period when the measure was repealed) in the amount of US\$350 million. However, the Arbitrator found that the absence of any finding of non-compliance by an Article 21.5 panel regarding the repealed measure provided no legal basis for Brazil to seek countermeasures.⁴⁴ In turn, Brazil’s proposed countermeasure in relation to the US subsidy program used for export transactions (GSM 102 export credit program) was taken into consideration. In examining the “appropriateness” of the proposed countermeasures by Brazil, the Arbitrator determined that Brazil’s methodology, which consisted of “interest rate subsidies” and “additional sales resulting from the subsidy payments”, was “more than the amount of the subsidy, because it considers ‘benefits’ which extend outside the meaning of Article 1.1 of the SCM Agreement”.⁴⁵ Accordingly, in determining the proper basis of calculation of “appropriate countermeasures”, the Arbitrator considered Brazil’s methodology in relation to the interest rate subsidy, full additionality and marginal additionality, and found that the

³⁹ WTO Article 22.6 Arbitration Decision, *Canada- Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft*, WT/DS222/ARB, 17 Feb. 2003, para. 1.2.

⁴⁰ Ibid, paras. 3.20-3.49.

⁴¹ Ibid, para. 3.90.

⁴² Ibid, paras. 3.119-122.

⁴³ Brazil’s proposed countermeasures in *US-Upland Cotton (Article 22.6)* dispute constituted of countermeasures against prohibited subsidies (US\$3 billion) and actionable subsidies (US\$1.037 billion) as both were found to be WTO-inconsistent subsidies in the original panel and found by the Article 21.5 panel that the US modifications had not brought its measures into compliance. In both cases, Brazil proposed to take countermeasures on not only goods, but also to take cross-sector suspension of obligations under the TRIPS Agreement and GATS. Article 22.6 Arbitration Decision, *United States – Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/ARB/1, 31 August 2009, para. 1.13.

⁴⁴ Ibid, para. 3.64.

⁴⁵ Ibid, paras. 4.139-4.151.

appropriate level of countermeasures is US\$147.4 million.⁴⁶ Rather than resorting to the calculation methods used by the previous Arbitrators that were based on the total amount of the subsidy, the Arbitrator in this case apportioned the subsidy amount to the “trade-distorting impact to Brazilian producers and exporters”. This was based on the understanding that the requirement that countermeasures be “appropriate” and not “disproportionate” suggests that “there should be a degree of relationship between the level of countermeasures and the trade-distorting impact of the measure” on the complaining member.⁴⁷

III. ISSUES IN WTO JURISPRUDENCE REGARDING PROHIBITED SUBSIDIES

The series of WTO dispute cases involving remedies for prohibited subsidies have revealed some of the most prominent and persisting problems in the WTO dispute settlement system. These issues can be categorized into: (1) level of retaliation for addressing continued acts of non-compliance in prohibited subsidy cases; (2) retrospective application of remedies for addressing non-recurrent payments found to be prohibited subsidies; (3) prolonged dispute settlement proceedings due to various loopholes in the remedy system for prohibited subsidies. These issues are discussed respectively.

A. Level of Retaliation: “appropriate countermeasures”

As can be observed in the series of dispute cases involving prohibited subsidies, the standard of calculation for determining the level of “appropriate countermeasures” that has been applied by the WTO adjudicating bodies has changed over the years. While in the first three cases (*Brazil-Aircraft*, *US-FSC*, *Canada-Aircraft II*), the standard of calculation was the ‘amount of subsidy’, the standard applied in the later dispute (*US-Upland Cotton*) was the ‘trade effects’ of the subsidy for measuring the amount of “appropriate countermeasures” in Article 4.10 of the SCM Agreement.

As observed in the literature regarding the ‘appropriate’ or ‘optimal’ level of countermeasures for prohibited subsidies, legal and economic commentators seem to be satisfied with the departure shown by the WTO adjudicating bodies in applying the remedy rules on prohibited subsidies. In particular, the *US-FSC* arbitration has been criticized on the grounds that complaining nations could each retaliate based on the effect of the subsidy on all nations, and the resulting cumulative retaliation might ultimately prove to be ‘disproportionate’. Therefore, the decision of the arbitrator in *US-Upland Cotton* (Article 22.6) to apportion retaliation rights based on market share can be viewed as a more a ‘reasonable’ response with respect to the concern of optimal retaliation.⁴⁸

⁴⁶ Ibid, paras. 4.208-4.278.

⁴⁷ Ibid, para. 4.135.

⁴⁸ Gene M. Grossman and Alan O. Sykes, “‘Optimal’ Retaliation in the WTO – a Commentary on the Upland Cotton Arbitration”, in Henrick Horn and Petros C. Mavroidis (eds), *The WTO Case Law of 2009: The American Law Institute Reporters’ Studies* (Cambridge University Press, 2011), 141. See also, Robert Howse and Damien J. Neven, “United States – Tax Treatment for ‘Foreign Sales Corporations’”, *Recourse to Arbitration by the*

Many legal scholars have referred to the ILC Draft Articles on State Responsibility and the concept of ‘proportionality’ contained therein to provide a reasonable method for applying a standard for measuring “appropriate countermeasures”.⁴⁹ The concept of proportionality has been a prominent feature in dispute settlement since the term appears explicitly in the two footnotes of the SCM Agreement for providing an explanation of the term “appropriate”. Proportionality as defined in Article 51 of the ILC Draft Articles specify that “countermeasures must be *commensurate with the injury suffered*, taking into account the *gravity of the internationally wrongful act and the rights in question*” (emphasis added). While this provision needs to be read together with Article 49 of the ILC Draft Articles, which specify that “an injured State may only take countermeasures...in order to induce that State to comply with its obligations”, the Commentaries further explain that the imposition of countermeasures are subject to an “essential limit”, according to which in every case a countermeasure “must be commensurate with the injury suffered”, and “partly independent of the question of whether the countermeasure was necessary to achieve the result of ensuring compliance”.⁵⁰ According to Mitchell (2007), this concept of proportionality seems to have been applied inappropriately in the series of Arbitrations involving prohibited subsidy countermeasures. In particular, the Arbitrators seem to have put too much emphasis on the purpose of inducing compliance, viewing the prohibited nature of subsidies as an aggravating factor, serving as justification for considering both harm and culpability of the inconsistent subsidy measure. The author cautions that the notion of proportionality should not be applied in an interpretative manner to change the intention of drafters that Members should not be entitled to countermeasures that go beyond the level of harm caused by the WTO-inconsistent measure.⁵¹

There have also been many economic scholars criticizing the application of the ‘amount-of-subsidy’ standard in interpreting “appropriate countermeasures”. Grossman and Sykes (2011) looked into whether the use of lost trade volume as a metric for retaliation or an approach that ties retaliation to the amount of the subsidy is better supported by economic principles. Their analysis was based on the approach of Howse and Staiger (2005),⁵² which showed that retaliation at a level equal to the lost volume of trade can enable a complaining nation to restore its welfare to what it was before the tariff violation. First, they characterized the effect of the export subsidy on the injured country, which could be decomposed into a loss of producer surplus, gain in consumer surplus, and savings in government revenue. They

United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB), A Comment”, in Henrick Horn and Petros C. Mavroidis (eds), *The WTO Case Law of 2002: The American Law Institute Reporters’ Studies* (Cambridge University Press, 2005), 53.

⁴⁹ With regard to the matter of international remedies, the ILC Draft Articles have been considered to be the most authoritative reference, as it provides codification of situations regarding international disputes and countermeasures. Arbitrators in *US-Upland Cotton (Article 22.6)* have also referred to the ILC Draft Articles (footnote 126, page 26).

⁵⁰ Commentaries to ILC Draft Articles, in James Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (Cambridge University Press, 2002), at 296.

⁵¹ Andrew D. Mitchell, ‘Proportionality and Remedies in WTO Disputes’, 17 *European Journal of International Law* 985 (2007).

⁵² Robert Howse and Robert W. Staiger, ‘United States – Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint y the European Communities) – Recourse to Arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, WT/DS136/ARB, 24 February 2004: A Legal and Economic Analysis’, 4 *World Trade Review* 295 (2005).

observed that the welfare effect on the injured country would depend on the magnitude of the induced effect on the world price,⁵³ and the relative weights that the injured country's government attaches to producer surplus, consumer surplus, and tax revenue, and the extent of the country's support for its own import-competing industry. Next, in analyzing what level of retaliation would restore the injured country's welfare, the authors concluded that the trade effects of the retaliatory measure would match those of the initial infringing measure, but only if the elasticity of export supply for the product in the retaliated industry of the violating country is equal to the elasticity of the injured country's export supply for the subsidized product.⁵⁴ However, since such a situation may not necessarily always be the case, especially if the sector for retaliation is often chosen arbitrarily, the authors conclude that the approach to retaliation that balances trade effects is not likely to achieve its purpose in the real world.⁵⁵ Therefore, while their analysis provides some support for an approach to retaliation that is based on 'trade effects', this approach can restore lost welfare only if it is assumed that all components of welfare receive equal weight, and that trade in other goods is not affected significantly following the violation and subsequent countermeasure. But since these assumptions are unrealistic in general, the analysis provides support for the trade-volume-effects calculation, but only on a weak basis.

Bown and Ruta (2010) provided a graphical representation of the different effects of retaliation for which the basis of calculation is the trade effects of the subsidy versus the amount of the subsidy. Using a framework that extends the model based on the theory of reciprocity by Bagwell and Staiger (2001),⁵⁶ the authors show in a simple graphical model that the retaliation based on the value of lost trade volumes under the reciprocity approach does not correspond to retaliation based on the value of the subsidy.

On the other hand, some legal scholars have suggested an approach that neither supports the 'amount-of-subsidy' or the 'trade-effects' approach as standards for assessing the permissible level of retaliation. Sebastian (2007) has observed that the amount-of-subsidy approach as applied by the previous Arbitrators disingenuously ignores the practical possibility of multiple complainants, in which case the retaliation awarded may result in disproportionate countermeasures. However, more problematic is the observation that the various theories on the purpose of remedies in the WTO cannot explain the structure of the remedial provisions of the DSU, or the SCM Agreement when it pertains to prohibited subsidies. While the 'compliance' rationale cannot explain the limitation of requiring

⁵³ This is due to the consideration of the welfare effect as a terms-of-trade effect, in that the harm to the injured country is transmitted entirely through the reduction in the world price of the product of which the injured country exports. Grossman and Sykes (2011), above note 48.

⁵⁴ Authors explain that this means that a retaliatory tariff set to be equivalent to the trade effects of the subsidy would restore the injured country's welfare if and only if the violating country's supply of exports of the retaliated product responds to changes in the price of the pertinent product by the same amount as the injured country's exporters hurt by subsidization respond to change in their domestic price of the pertinent product.

⁵⁵ Grossman and Sykes (2011), above note 48, 151-159.

⁵⁶ Kyle Bagwell and Robert W. Staiger, "Reciprocity, Nondiscrimination and Preferential Agreements in the Multilateral Trading System", 17 *European Journal of Political Economy* 281 (2001). Bagwell and Staiger show that a subsidy agreement that limits government subsidy payments and avoids subsidy escalation can be of value to exporting countries. Without such an agreement, each government would be tempted to subsidize its exporters with the aim of creating a competitive advantage in a third market, leading to a prisoner's dilemma problem.

countermeasures to be “equivalent” to the amount of injury done, neither can the ‘compensation’ rationale be achieved in practice due to the nature of WTO obligations which requires ultimate compliance with its treaty obligations. Therefore, in such an absence of any valid theoretical benchmark in awarding retaliation against acts of non-compliance, Sebastian suggests ‘minimalist standards’, such as due process, justification of any applied approach by text, and internally consistent award levels, with the rest of the gap in WTO treaty texts to be filled by Arbitrators’ discretion. Rather, the existence of a third-party arbitral review *per se* plays the most important role in bringing about a stable and predictable environment that can prevent costly spirals of counter-retaliation.⁵⁷

In sum, the prevailing view regarding the level of “appropriate” countermeasures, which takes into account a more law and economics view on the subject, seems to be pointing towards allowing countermeasures that are closely related to the trade-distorting impact of the subsidy measure at issue. Principles of proportionality, the multilateral nature of the remedy system and economic principles based on welfare effects similarly point to the view that the more “appropriate” standard for measuring the level of countermeasures would be based on the ‘trade-distorting effects’ of a prohibited subsidy measure rather than allowing retaliation based on the ‘full amount of the subsidy’ that would lead to disproportionate remedies against breach of obligations.

B. Remedies for Past Injury: “withdraw the subsidy”

The issue of retrospective remedies is an important aspect in the discussion on the remedy system for prohibited subsidies in the WTO as shown in the *Australia-Leather* compliance dispute case. As the panel argues, without retrospective payment of subsidies granted, there would be no effective way to deal with prohibited subsidies that have incurred injury to the domestic industry of the other Member which no longer exist to be addressed by the current prospective remedy system in the WTO.⁵⁸ Such use of non-recurring subsidies is notably a persistent problem in subsidy disputes.⁵⁹

Problems exist when the notion of retrospective remedies is seriously considered as a possibility for the WTO remedy system. The ruling by the panel in *Australia-Leather* (Article 21.5) that withdrawal of a prohibited subsidy encompasses retrospective remedies in the form of full repayment was met by strong criticism by many WTO Members. Australia naturally objected to the finding in that it was a ‘punitive’ remedy for which there was no basis in the WTO. It argued that WTO did not endorse any “notion of deterrence through retrospective punishment”, and that “retrospectivity without any statute of limitations” would be “a risky

⁵⁷ Thomas Sebastian, ‘World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness’, 48 *Harvard International Law Journal* 337 (2007), 380-382.

⁵⁸ The panel in *Australia-Leather* (21.5) considered that a finding that the term “withdraw the subsidy” does not encompass repayment would have the effect of “granting full absolution to Members who grant export subsidies that are fully disbursed to the recipient...for which the export-contingency is entirely in the past”. *Australia-Leather* (21.5), above note 26, paras. 6.36-6.38.

⁵⁹ For example, in the US-Upland Cotton dispute, the measure at issue was non-recurring subsidy payments provided by the US after the expiry of the ‘reasonable period of time’ for implementation (by when the measure should have been withdrawn) but repealed prior to the establishment of the Article 21.5 compliance panel.

path” for the WTO. Furthermore, it argued that the nature of the panel’s findings are “at odds with democratic governance and economic reality”, and if the findings were to be accepted, it would have serious consequences for other Members as well in the future.⁶⁰ Canada was also critical of the panel’s approach, and was of the view that panel’s interpretation of the operative phrase “withdraw the subsidy” was contrary to GATT/WTO custom and practice. It emphasized its understanding that the special and additional rules in Article 4.7 of the SCM agreement was with regard to ‘timing’. Furthermore, the ruling was in conflict with the principles of customary international law where the language of a treaty should clearly indicate whether retroactivity was to be inferred. Brazil and Japan also shared this concern that the retroactive remedy was inconsistent with GATT and WTO practice.⁶¹

On the other hand, there were also views in favor of a retrospective system as a stronger means to induce compliance with WTO obligations. Hong Kong was appreciative of the need for effective remedies even if it represented a cost to violating members, but cautioned that the cost should be “measured against the damage inflicted on other Members through illegal actions” based on the *pacta sunt servanda* principle. The US, as the complaining party in this case, was supportive of the panel’s finding, although it stated it did not agree with every wording of the panel report, particularly since the panel’s remedy went beyond that sought by itself.⁶²

Commentators of this case have shown mixed responses. Several scholars were strongly against the notion of retrospective remedies, arguing that retrospective remedies have no basis either in past GATT practices or under the WTO Agreements. In particular, they were critical of the fact that the Panel exceeded its mandate under the DSU by making a case for a complaining party, as well as infringing the fundamental due process principles that a responding party should not be subject to legal claims of which it had not been given sufficient notice for response. While acknowledging that customary international law provided for both prospective and retrospective remedies, such practice cannot be imported into WTO law since it would be against the basic principles and objectives of the multilateral trading system where Members bound themselves for specific reasons. They claimed that GATT practice did not provide for retrospective remedies.⁶³ Furthermore, they were concerned about the consequences of implementing the retrospective repayment of monies granted, which could give rise to constitutional and democratic issues on the part of Member governments since there would be significant legal constraints on expropriating private property for public purposes. Most importantly, they argued that the role of compensation and

⁶⁰ WTO, Dispute Settlement Body, Minutes of the Meeting on 11 February 2000, WT/DSB/M/75, 7 March 2000, at 5-6.

⁶¹ Ibid, 7-8.

⁶² Ibid, at 8-9.

⁶³ Gavin Goh and Andreas R. Ziegler, “Retrospective Remedies in the WTO after Automotive Leather”, 6 Journal of International Economic Law 545 (2003), at 551-552. The issue of retrospective remedies was considered by the panel in *Norway – Procurement of Toll Collection Equipment for the City of Trondheim* (GPR/DS2/R, adopted 13 May 1992), but ruled that the “recommendations of this nature had not been within customary practice in dispute settlement under the GATT system”. There were five other GATT cases where panels have recommended a retrospective remedy, but being all exclusively anti-dumping and countervailing duty cases, the authors viewed that GATT practice did not provide for retrospective remedies as subsidy remedies.

retaliation under Article 22 of the DSU is as “temporary” measures pending the full implementation of obligations under the WTO.⁶⁴

However, while it is true that the GATT cases were related exclusively to anti-dumping and countervailing measures under the Tokyo Round codes, the fact that the possibility of retrospective remedies was considered in the early years of GATT dispute settlement raises an important point. In fact, two of the three GATT subsidy cases were adopted, which contained recommendations of retrospective repayment of the countervailing duties and subsidy payments respectively.⁶⁵ In *United States – Countervailing Duties on Fresh, Chilled and Frozen Pork from Canada*, the panel recommended that US reimburse the countervailing duties corresponding to the amount of the subsidy, or make a subsidy determination consistent with GATT rules and reimburse the duties to the extent that they exceeded the amount of the subsidy determined to have been granted.⁶⁶ In *United States – Measures Affecting Imports of Softwood Lumber from Canada*, the panel recommended that the US terminate the subsidy program and refund the cash deposits that were made during the period of application of the inconsistent measure.⁶⁷ Therefore, the notion of retrospective remedies does not seem to be a totally new concept raised for the remedy system to induce compliance in international trade disputes.

It is notable that there were several views on the ‘prospective portion’ of a remedy as proposed by the parties to the dispute in *Australia-Leather (Article 21.5)*. While the compliance panel viewed that the retrospective remedy should constitute ‘full repayment’ of the subsidy, US had proposed that Australia withdraw the ‘prospective portion’ of the prohibited subsidies found to have been provided, since that portion of the fund “continues to confer a benefit to Howe *after the adoption of the Report* in this dispute” (emphasis added). In order to calculate this amount, the US proposed to calculate the amount of the grant payments over the useful life of the production assets of the beneficiary company, and allocate the amount to the period following adoption of the panel report.⁶⁸ In other words, the US seems to be of the view that the period that distinguishes the ‘retrospective portion’ and ‘prospective portion’ of a subsidy would be the period of adoption of the panel report in which a determination of whether a measure is consistent with the obligations is made. On the other hand, Australia proposed that the point of distinction exists where the implementation period ends.⁶⁹ These proposals provide some valid suggestions as to how the current remedy system could be ‘remedied’ to apply retrospective remedies that would be feasible within the current framework of the WTO rules on remedies in the context of prohibited subsidies.

Other problems exist due to the lack of retrospectivity in compliance proceedings as well. As the case in *US-Upland Cotton* shows, WTO Members can delay compliance until

⁶⁴ Ibid, 553-560.

⁶⁵ Out of the 3 GATT cases, *Canada-Imposition of Countervailing Duties on Imports of Manufacturing Beef from the EEC* (SCM/85, dated 13 October 1987) was not adopted.

⁶⁶ DS7/R-38S/30 (adopted), 11 July 1991, para. 5.2.

⁶⁷ SCM/162 (adopted), 27 October 1993, para. 415.

⁶⁸ *Australia-Leather (Article 21.5)*, above note 26, paras. 6.9-6.10.

⁶⁹ Ibid, paras. 6.20-6.21.

immediately before a compliance panel reviews the compliance record of the revised measure taken to comply, and then ‘uncomply’.⁷⁰ In this case, the US had repealed certain cotton subsidies (Step 2 payments) that were ruled to be prohibited subsidies before the compliance panel was established, gained acknowledgement of the withdrawal of the measure, and then reinstated similar payments under the 2008 Farm Bill. When Brazil requested countermeasures against the reinstated measures, it was declined due to lack of a multilateral determination of non-compliance regarding the measure. This is possible due to the current dispute settlement rules which do not provide remedies for past violations, according to which, the jurisdiction of Arbitrators in Article 21.5 proceedings is limited to on-going measures that are existent at the time of the compliance proceeding. Additionally, the limited jurisdiction of Article 22.6 Arbitrators relative to Article 21.5 Panels in being only able to authorize countermeasures on matters that have been subject to a compliance determination also compounds the problem. Consequently, Members can commit repeated violations without having to face any economic consequences of retaliation, especially for parties which are not concerned about reputational damages.⁷¹

In sum, the ineffective remedy mechanism for dealing with non-recurring subsidies due to the lack of a retrospective remedy system is a persistent, unresolved issue in the current system of remedies for prohibited subsidies. Arguments and positions are still divided and undecided over this issue. But, overall, despite the criticisms over the practical problems that can arise from implementing such a retrospective remedy, there seems to be a growing concern recognizing the existence and persistency of this problem.

C. Prolonged Dispute Proceedings: “withdraw without delay”

While the time-period for implementation *per se* may not be a matter of issue in prohibited subsidy disputes, there have been several disputes under the general DSU procedures where the problems have been identified relevant to the determination of the ‘reasonable period of time (RPT)’ for implementation of the DSB rulings.⁷² With regard to prohibited subsidy disputes, a more serious problem lies in the length of the disputes. One of the reasons for this delay in the dispute settlement procedure, especially for subsidy disputes, is the fact that the inconsistent subsidy measure is usually retained until the end of the implementation period, and some times, even repealed after the expiry of the RPT.⁷³ There have also been cases where the original subsidy measure determined to be inconsistent had been revised, albeit only partially, leading to a series of compliance proceedings even after reaching the final

⁷⁰ The term ‘uncompliance’ was used by Townsend and Charnovitz (2011), to explain the practice of WTO Members which deliberately reinstate WTO-inconsistent measures after obtaining a positive ruling of compliance due to repeal of the original inconsistent measure prior to a compliance panel proceeding. David J. Townsend and Steve Charnovitz, ‘Preventing Opportunistic Uncompliance by WTO Members’, 14 *Journal of International Economic Law* 437 (2011).

⁷¹ *Ibid*, at 438.

⁷² See Ma Qian, ‘“Reasonable Period of Time” in the WTO Dispute Settlement System’, 15 *Journal of International Economic Law* 257 (2012) for various problems related to RPT determination in general.

⁷³ For example, in *US-FSC*, the US enacted its revised measure (the ETI Act) on 15 November 2000, after the implementation period expired on 1 November 2000.

stage of authorizing countermeasures to enforce the DSB recommendation.⁷⁴

Such significant delays in the dispute settlement procedure may also be attributable to the lack of retrospective application of remedies in prohibited subsidy cases. Due to the current system under which the retaliation remedy is applied only after the implementation period has expired for the respondent Member, there is no incentive for the respondent party to comply promptly within the given time-period for compliance (RPT). In fact, as shown in many dispute cases, respondent parties seem to be enacting their revised measures at the near-end or shortly after the time-period for implementation has lapsed. This may not be a problem *per se*, since the purpose of granting a “reasonable period of time” is to take into account the need for member countries to take shorter administrative or longer legislative procedures for revising their measures. However, there is a possibility that this system may be abused, especially when there is opportunity for the parties to the dispute to extend the RPT through Article 21.3(c) arbitrations or mutual agreement between the parties. In *US-FSC* and *US-Upland Cotton*, we have seen how the panels discretionally grant ‘reasonable period of time’ to the respondent parties, sometimes not even providing any explicit reason for a time-period that exceeds the normal recommendation of 90 days.⁷⁵ With regard to the determination of the ‘reasonable period of time’, Article 21.3 of the DSU provides that the time-period may be proposed by the respondent party, or mutually agreed by the disputing parties, or determined through binding arbitration, while for prohibited subsidies, Article 4.7 of the SCM Agreement only provides that the subsidy shall be withdrawn “without delay”. Most of the practice by WTO panels seems to have recognized this clear textual difference and have requested implementation within a period of 90 days for prohibited subsidy cases. However, this does not seem to have been always the case as previously mentioned.

However, a more serious problem regarding prolonged dispute proceedings seems to be due to the nature of the subsidy measure. In fact, the opportunistic practice of some WTO Members to comply with the DSB rulings and later ‘uncomply’, or to comply only partially to the effect that it does not completely remove the effect of the subsidization are all problems that derive from the lack of willingness on the part of the subsidizing country to terminate the prohibited subsidy measure in the first place. While this problem may not be fundamentally addressed merely by remedy measures, at least the remedy system that is in place to enforce DSB rulings against non-compliant acts of subsidization may need to be tightened so as to fill in the loopholes that evidently exist in the current prospective remedy system for prohibited subsidies.

IV. ‘REMEDYING’ THE REMEDY SYSTEM FOR PROHIBITED SUBSIDIES IN THE WTO

⁷⁴ In *US-FSC*, second recourse to the Article 21.5 panel was made with regard to the “Jobs Act” (13 January 2005) after receiving authorization to impose countermeasures on the formerly revised subsidy measures (the “ETI Act”). After going through an appeal proceeding for the compliance panel ruling, the revised measure was finally determined to be a prohibited subsidy and was recommended its withdrawal (Appellate Body Report, *US-FSC (Article 21.5 II)*, WT/DS108/AB/RW2, adopted 14 March 2006).

⁷⁵ In *US-FSC*, the respondent party was given 6 months or a specific date of 1 October 2000 (whichever was earlier), but was later extended to 1 November 2000 upon the request of the respondent.

A. Introduction of the ‘Retrospective Retaliation’ Remedy for Non-recurring Prohibited Subsidies

The persisting problem of the lack of any remedial measure against non-recurring subsidies⁷⁶ gives rise to legitimate concerns about the effectiveness of the dispute settlement system on its failure to deal with WTO-inconsistent prohibited subsidy measures that can be used without any economic consequences. If such noncompliant practices are not appropriately addressed, WTO members will be given ample opportunity to repeatedly engage in temporary subsidization practices that do not ultimately comply with the WTO rules, thus creating a large loophole in the WTO system.

As a partial solution to resolve this problem, introducing a ‘retrospective remedy of retaliation’ for addressing past non-recurring subsidies may need to be seriously considered. This notion is distinguished from the retrospective remedy through monetary compensation, which will be discussed in the following section. Under this scenario, the level of retaliation is calculated retrospectively, from the period where the measure at issue has been determined to be a violation of WTO obligations (adoption of the panel report), rather than from the prospective period of time when the measure at issue needs to be implemented and compliant with WTO obligations (end of the ‘reasonable period of time’).⁷⁷

The reasoning behind this approach is that countermeasures (as a temporary measure imposed to induce compliance) need be “proportional” to the harm done by the illegal measure. This is a fundamental principle for rules on remedies in public international law as stipulated in the International Law Commissions’ codifications on the responsibility of States for internationally wrongful acts. Proportionality is the principle used to assess the lawfulness of countermeasures, and also serves as a restraint on imposing ‘punitive’ sanctions which

⁷⁶ In fact, there is no legal distinction between ‘recurring’ and ‘non-recurring’ subsidies as proscribed in the SCM Agreement. However, there seems to be quite a number of WTO dispute cases which involve issues related to non-recurring subsidies, and the lack of sufficient treatment under the current subsidy discipline in the WTO. Perhaps, as an economic criteria for distinguishing between the two types of subsidies, the distinction provided by Grossman and Mavroidis (2003) may serve as reference. The authors explain that a recurring subsidy is one that provides for “ongoing financial transfers from the government”, often in relation to some economic activity or variable (i.e. fiscal incentives for employment or output, public provisions of goods and services at below-market prices). On the other hand, non-recurring subsidy is a “government contribution that is paid only once or perhaps a limited number of times” (i.e. cash grants, loan guarantees, equity infusions, and government loans at below-market interest rates). Gene M. Grossman and Petros C. Mavroidis, ‘United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom: Here Today, Gone Tomorrow? Privatization and the Injury Caused by Non-Recurring Subsidies’, in Henrick Horn and Petros C. Mavroidis (eds), *The WTO Case Law of 2001* (Cambridge University Press, 2003), at 189-193.

⁷⁷ There has also been some discussion on the notion of ‘retrospective’ remedies in the recent Doha negotiations on DSU reform. The discussions came up in the context of whether the calculation of the level of nullification or impairment for authorizing suspension of concessions should be made from the period *after* the end of the RPT or the period *beginning* from the RPT. While the delegations were unable to reach an agreement on the issue, there were views by some delegations that a calculation that does not take into account the period of RPT for implementation would be ‘retrospective’. WTO, Special Session of the Dispute Settlement Body, Report by the Chairman to the Trade Negotiations Committee, TN/DS/25, 21 April 2011, at page B-12, paras. 71-72.

would more likely lead to a spiral of counter-retaliations.⁷⁸ Article 35 of the ILC Draft Articles specifies that while a state that commits an internationally wrongful act is under the obligation to make ‘restitution’ (re-establishment of the situation which existed prior to the commitment of the wrongful act), the level of restitution should “not involve a burden out of all *proportion* to the benefit” from the remedy of restitution. In other words, the obligation of restitution is not unlimited, and the burden of restitution imposed on the infringing state and the benefit gained by the injured state must be proportional. Furthermore, the commentaries to the relevant provision explain that the notion of proportionality is based on considerations of “equity and reasonableness”.⁷⁹ In the WTO, Arbitrators have referred to the principle of proportionality in their assessment of the “appropriate” level of countermeasures for prohibited subsidies or the level of “nullification or impairment” for non-subsidy violations.

The role of proportionality in WTO law has been mainly to limit the extent of countermeasures that WTO Members may take against each other.⁸⁰ However, in the case of prohibited subsidies, the opposite seems to have been true. The three arbitration decisions that have authorized countermeasures against violations of the prohibited subsidy rules have interpreted the requirement of proportionality attached to the meaning of “appropriate” in Article 4.10 of the SCM Agreement as the need to consider both culpability and harm in assessing the level of countermeasures so as not to be ‘disproportionate’. For prohibited subsidy cases, the Arbitrators seem to have applied the principle of proportionality as an ‘aggravating’ factor rather than as a ‘mitigating’ factor.⁸¹ As a result, the awarded countermeasures calculated on the basis of ‘amount of subsidy’ in the first three Article 22.6 Arbitrations related to prohibited subsidies can be viewed as being of a level that is ‘more-than-proportionate’, and has raised some serious concerns given the fact that the WTO is a multilateral agreement under which multiple Members affected by the measure may challenge the prohibited subsidy.

On the contrary, in the case of non-recurring subsidies of which payments have been made in the past and thus not within the jurisdiction of the panels since they are no longer existent, the concern lies in the fact that the level of countermeasures for non-recurring subsidies is ‘disproportionate’ in the sense that it is ‘less-than-proportional’. In other words, since no countermeasure can be authorized for repealed measures under the current prospective system, the level of countermeasures for non-recurring subsidies is naturally disproportionate to the harm incurred by the subsidy measure. Therefore, the lack of a retrospective remedy for non-recurring subsidies results in an ineffective remedy system for prohibited subsidies in the sense that it offers a disproportionate (less than proportional) level of remedies, which goes against the basic principle of countermeasures in customary international law and WTO law.

⁷⁸ Thomas M. Franck, ‘On Proportionality of Countermeasures in International Law’, 102 American Journal of International Law 715 (2008), 715. For other discussions on proportionality in international law and WTO law, see Sebastian (2007), above note 57; Mitchell (2007), above note 51; Enzo Cannizzaro, ‘The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures’, 12 European Journal of International Law 889 (2001).

⁷⁹ Commentaries to ILC Draft Articles, above note 50, paras. 8 and 11 of Article 35.

⁸⁰ Mitchell (2007), above note 51, at 993.

⁸¹ Ibid, at 1002.

While there may be strong criticism against retrospective remedies in the sense that they can be punitive or prohibitive, this pertains to the case of recurring subsidy measures where there are on-going benefits conferred by the prohibited subsidy measure, and thus fall within the jurisdiction of the current prospective remedy system. In such cases, the retrospective application of remedies may result in an additional increase in the level of countermeasures which can result in unnecessarily punitive sanctions against breach of obligations.

There may also be arguments that since the ultimate objective of the WTO dispute settlement system is to have the inconsistent measure removed, the fact that a prohibited subsidy measure that once existed, but no longer exists, may be a situation that is not problematic from the perspective of WTO law. If such subsidy programs that have existed long before are all subject to challenges within the WTO, it would undermine the legitimacy and functioning of the WTO dispute settlement system.⁸²

However, in an economic analysis by Grossman and Mavroidis (2003), the injury caused by non-recurring subsidies is shown to be the same as the injury caused by recurring subsidies. While the direct effect of a non-recurring subsidy is to increase the scale of investment, the indirect effect of lower marginal costs to the domestic producers (since profit-maximizing firms will produce at a greater scale and supply more output) will ultimately reduce the world price of the subsidized good, and as a result, producers in the importing country who must compete with the subsidized good may suffer as a result. This is the same effect of a recurring subsidy which induces a decline in world price and increase in the volume of exports, thus injuring the competing industries in the importing countries.⁸³

With regard to the method for applying the retrospective remedy system, there have been some views by WTO Members regarding the time-period for calculating the level of retrospective remedies. In a proposal of its methodology for calculating the “appropriate” level of countermeasures in the *Australia-Leather (Article 21.5)* proceeding, the US refers to a ‘prospective portion’ of the subsidy to be withdrawn, by allocating the amount of the grant payments over the useful life of the recipient firm’s production assets, and calculating the amount allocable to the “period following adoption of the [panel] report”.⁸⁴ In its reasoning, the US explained that it found support for this approach in the practice of the Members in calculating subsidy amounts under Part V of the SCM Agreement that provides for countervailing measures as a unilateral remedy. In a related provision on retroactivity for the application on provisional measures and countervailing duties, Article 20.1 of the SCM Agreement provides that such duties shall be applied to products which enter for consumption after the time *when the decision on the existence and amount of the subsidy is made effective*. In this light, a balance between the multilateral and unilateral remedy tracks may need to be considered. Therefore, aside from the need for a retrospective calculation of the level of countermeasures for non-recurring prohibited subsidies, there may also be the

⁸² Goh and Ziegler (2003), above note 63, at 560.

⁸³ Grossman and Mavroidis (2003), above note 76, at 189-193.

⁸⁴ *Australia-Leather (Article 21.5)*, above note 26, para. 6.10. As a result of this calculation, the amount to be withdrawn as proposed by the US was \$A26,346,154. In comparison, Australia argued that the ‘prospective portion’ of the subsidy grant would have to be calculated from the period where the implementation period ends, resulting in a calculation of \$A8.065 million.

need for a more balanced approach in the two tracks of remedy that are separately allowed for subsidy disputes.⁸⁵ Furthermore, in the case of non-recurring subsidies, the implementation period would be meaningless, since the measure no longer exists for it to be withdrawn within a ‘reasonable period of time’ for implementation.

Taking into account the proportionality concerns and the multilateral approach to remedies, the standard for calculating the level of the retaliation remedy for non-recurring subsidies will preferably have to be linked to the actual harm done by the illegal subsidy measure, which would be the trade-distorting effects of the subsidy measure on the injured Member, rather than the amount of the subsidy in its entirety. When considering the nature of the retaliation remedy as a multilateral-track remedy that allows other Members affected by the measure to challenge the measure as well, it gives legitimate reason for apportioning the amount of injury based on individual retaliation rights rather than for the imposition of countermeasures that are based on the global effect of the subsidy. As Grossman and Sykes (2011) have shown, the imposition of ‘non-prohibitive’ tariffs that enhance the terms-of-trade welfare of the retaliating Member country is a more rational approach to retaliation.⁸⁶ While the authors have used the term ‘non-prohibitive’, in the context of their paper, it is rather closer in meaning to the notion of ‘proportional to the harm incurred by the illegal subsidy measure’ in the legal context.

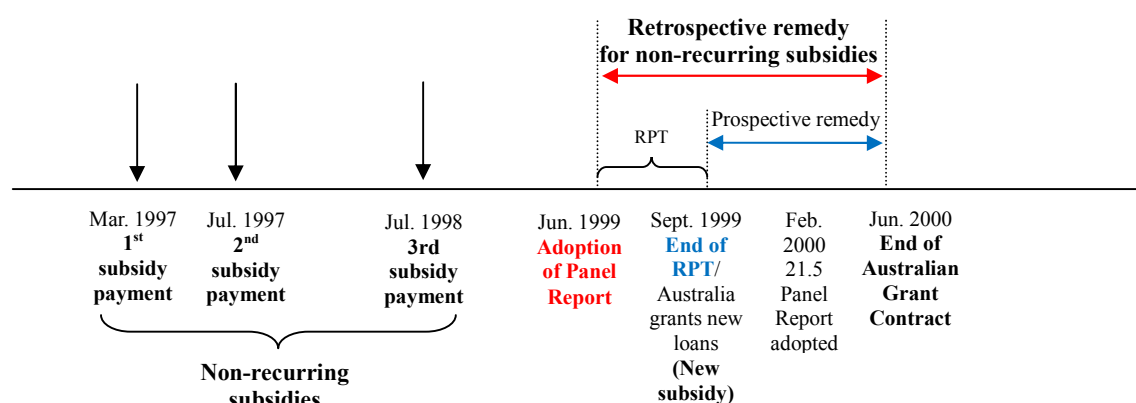
In this light, the approach by the Arbitrators in *US-Upland Cotton (Article 22.6)* may provide some direction in our quest to apply ‘proportional’ countermeasures to address non-recurring prohibited subsidies in a retroactive manner. In order to calculate the ‘trade effects’ of the prohibited subsidy measure at issue, the Arbitrators calculated the value of the subsidy and the additional sales incurred by the subsidy, which was apportioned to the share of Brazil’s market in the world export market for cotton products. Basically, the Arbitrator’s approach was based on the ‘benefit’ that was conferred to the recipient of the subsidy, but reduced to the amount that is commensurate to the harm suffered by the individual injured Member. In this case, the time-period that was used to calculate the countermeasures was the period following the end of the implementation period, since the case involved recurring prohibited subsidy measures that were revised near the end of the implementation period. However, when imported to the case of non-recurring subsidies, this same methodology for

⁸⁵ The issue of retrospective remedies has also been raised in the countervailing duty (CVD) context, as can be observed in the *US-Section 129* dispute case. In this case, Canada claimed that the US trade legislation fails to provide a WTO-consistent solution for all entries (import products), including those that took place during the period where no determination regarding final duty assessment has been made. In other words, in order for Section 129 to be WTO-consistent, Canada argued that it need be applied on all import products, even if it requires the retrospective application of new determinations. In the pertinent case, however, the Panel managed to ‘beat around the bush’ by ruling that the relevant US trade legislation does not apply, in law and in effect, to the problematic import products (‘prior unliquidated entries’), and accordingly, did not lead to any multilateral decision on Canada’s claims that Section 129 is WTO-inconsistent (*United States – Section 129(c)(1) of the Uruguay Round Agreements Act*, WT/DS221/R, adopted 30 August 2002). Some commentators viewed that Canada’s failure in the case resulted from its attempt to attack the US trade legislation without putting first into question the issue of whether the WTO allows for retrospective remedies or not. Kyle Bagwell and Petros C. Mavroidis, ‘United States – Section 129(c)(1) of the Uruguay Round Agreements Act (WTO Doc. WT/DS221/R of 15 July 2002): Beating Around (The) Bush’, in Henrick Horn and Petros C. Mavroidis (eds), *The WTO Case Law of 2002* (Cambridge University Press, 2005).

⁸⁶ Grossman and Sykes (2011), above note 48, 160-163.

calculating the trade-distorting effects of the subsidy on individual measures can be applied from the period after which the panel report is adopted, since the multilateral determination on the existence of a prohibited subsidy measure is made at that time. This proposed methodology as applied in the *Australia-Leather* dispute for calculating the “appropriate” level of countermeasures for non-recurring prohibited subsidies is shown in Figure 1 below.

Figure 1. Retrospective Retaliation Remedy for Non-Recurring Prohibited Subsidies in *Australia-Leather* Dispute



As shown in Figure 1, the level of the retrospective retaliation remedy has been calculated from the period after the adoption of the panel report where the determination of the existence of a prohibited subsidy has been made. As explained, since the subsidy measure in this case is not existent to be subject to withdrawal by the end of a reasonable period of time, there will be no need to take account of the RPT. Instead, the period applicable for non-recurring subsidies would be the period when the DSB has determined the existence of a prohibited subsidy – period when the Panel Report is adopted. If any kind of remedy is to be granted for past one-time prohibited subsidies, it would have to be calculated from the time when a determination of non-compliance has been made, which would be the period when the panel report has been adopted. Therefore, in the *Australia-Leather* case, the ‘proportional’ retaliation remedy to be awarded would have to be calculated from the period following the adoption of the panel report until when the grant contract ends. For comparison purpose, the ‘prospective remedy’ as indicated in Figure 1 is the amount of remedy that was proposed by Australia in the pertinent case.

The key objective of the retrospective remedy for non-recurring subsidies is that there need be ‘proportionality’ between the remedies provided as compensation for harm done by the breach and the benefits gained from the breach. Although the remedy is only temporary in nature, it should be at least proportional to the harm done by the non-recurring measure, since if to the contrary (less than proportionate), there will be no incentive for the infringing party to give up its benefits from the breach. The current system of prospective remedies does not provide for that ‘proportionality’ for non-recurring prohibited subsidies, creating an important loophole in the WTO remedy system. In order to provide that ‘proportionality’, the aim of the

retrospective retaliation remedy is to devise a method that will best capture the amount of injury by the non-recurring subsidy based on the methods proposed by WTO Members and Arbitrators.

There may also be limitations to this proposed remedy in that the countermeasures would not exactly match the amount of harm done by the non-recurring subsidy measures. From this perspective, the remedy of monetary compensation may be considered as a better remedy, since it has the advantage of being able to offer direct compensation that better approximates the amount of injury by an illegal act. In the next section, this paper discusses why a retrospective remedy through monetary compensation is not a viable option as a retrospective remedy for prohibited subsidy disputes.

B. Considering Monetary Compensation as a Retrospective Remedy for Prohibited Subsidies

There has been some confusion on the notion of retrospective remedies with regard to its form. The compliance panel in *Australia-Leather* (Article 21.5) viewed retrospective remedies in the form of monetary payment, as it ordered full repayment of the monies that were granted to the recipients of the subsidy. Furthermore, the strong opposition by the WTO Members regarding retrospective remedies pertains to the form of retrospective repayment of the subsidies received, rather than the notion of retrospectivity itself. Therefore, the reasoning provided by the compliance panel in *Australia-Leather* may have to be distinguished between the need for more effective remedies for addressing non-recurring subsidies in the WTO system vis-à-vis the argument for the repayment of monies as a remedy for past one-time subsidies.

The remedy of monetary compensation is different from the current ‘trade’ compensation remedy as provided in the WTO dispute settlement system. The current compensation remedy is in the form of lowering tariff barriers in areas other than where the violation has been found, and is allowed as a temporary remedy until the DSB recommendation and rulings are implemented. Furthermore, agreement on the compensation remedy is voluntary (only possible with the consent of the non-complying country), and if granted, should be provided on an MFN basis according to the non-discriminatory principles of the WTO.⁸⁷ Therefore, from an economic perspective, ‘trade’ compensation can be preferred to the retaliation remedy (lifting of tariff barriers) since it is trade-liberalizing rather than trade-restricting. However, trade compensation has, at the same time, serious drawbacks on both complainants and respondents in the dispute. This is because, for the complainant, compensation in the form of lowering trade barriers in other areas does not actually eliminate the non-compliance in the area subject to the dispute, thus having no compliance-inducing effect or any practical ‘compensation’ effect. Furthermore, the voluntary nature of trade compensation agreements provide no incentive for the respondent party since it would mean agreeing to increased foreign competition in a certain sector for the reason of protecting another sector that has

⁸⁷ DSU Article 22.1

benefitted from non-compliance.⁸⁸

On the other hand, the remedy of compensation in the form of monetary repayment has no specific legal basis in the WTO Agreements.⁸⁹ However, the international law on remedies provides for the remedy of compensation as a form of ‘reparation’, which must be made in full for any injury caused by an internationally wrongful act.⁹⁰ Based on this observation, some commentators raise the possibility of introducing monetary compensation as a form of retrospective remedy on a case-by-case basis.⁹¹ There are also commentators who view that monetary compensation may be a reasonable possibility, especially when the retaliation remedy is not effective, especially for smaller countries.⁹² Since small countries generally face terms of trade that are fixed, retaliation may not provide them with any remedial effect since responding with increased tariff barriers will lead to less efficient outcomes for their economy (‘shooting oneself in its own foot’). Pauwelyn (2000) suggests that pecuniary compensation would make more economic sense since it directly compensates the injured sector, it would be easier to monitor, and more accessible for weaker WTO members.⁹³

Economists who analyze the WTO system using the economic theory of contracts note that in an efficient enforcement system, parties will be induced to comply when compliance yields greater benefits to the injured party than the costs to the infringing party, whereas parties will depart from its obligations when the costs of compliance to the infringing party exceeds the benefits to the injured party. The key element for the latter situation where infringing parties will opt for ‘efficient breach’ is ‘expectation damages’ that “place the promisee in as good a position as it would have been if the promisor had performed”.⁹⁴ In the WTO context, the remedy of monetary compensation will allow the infringing party to ‘efficiently breach’ from its obligations when it deems that it is more beneficial, which is viewed to be a more efficient outcome where unanticipated circumstances cannot be covered by WTO treaties.

There has been one WTO dispute case where the remedy of monetary compensation has

⁸⁸ David Palmeter and Petros C. Mavroidis, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure* (Cambridge, 2004), at 265-266.

⁸⁹ Article 22 of the DSU does not define ‘compensation’ and makes no specific reference to compensation in moneys.

⁹⁰ ILC Draft Articles, Article 31. The Permanent Court of International Justice (PCIJ) recognized that “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”. *Factory at Chorzów*, PCIJ, Series A, No. 17 (1928), 47.

⁹¹ For example, Sherzod Shadikhodjaev and Nohyoung Park, ‘Cessation and Reparation in the GATT/WTO Legal System: A View from the Law of State Responsibility’, 41 *Journal of World Trade* 1237 (2007).

⁹² William J. Davey, ‘Sanctions in the WTO: Problems and Solutions’, in Chad P. Bown and Joost Pauwelyn (eds), *The Law, Economic and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement* (Cambridge University Press, 2010), at 363-365. For more discussions on monetary compensation as an option for the WTO remedy system, see Bernard O’Connor and Margareta Djordjevic, ‘Practical Aspects of Monetary Compensation: The US-Copyright Case’, 8 *Journal of International Economic Law* 129 (2005); Marco Bronckers and Naboth van den Broek, ‘Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement’, 8 *Journal of International Economic Law* 101 (2005); Robert Z. Lawrence, *Crimes and Punishments? Retaliation under the WTO* (Institute for International Economics, 2003), 36-39; Joost Pauwelyn, ‘Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach’, 94 *American Journal of International Law* 335 (2000).

⁹³ Pauwelyn (2000), above note 92, at 346.

⁹⁴ Warren F. Schwartz and Alan O. Sykes, ‘The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization’, 31 *Journal of Legal Studies* 179 (2002).

been awarded under Article 25 of the DSU. In *US – Section 110(5) Copyright Act (Article 25)*, the Arbitrator determined that the level of nullification or impairment suffered by the EC was €1,219,900 per year.⁹⁵ However, after failure by the US to implement the recommendations within the reasonable period of time, request for authorization of suspension of concessions was made pursuant to DSU Article 22.6. Later, parties to the dispute agreed to suspend the Article 22.6 proceedings and agreed on a mutually satisfactory temporary arrangement under which the US was to make a lump sum payment to EC performing rights societies in the amount of \$3.3 million.⁹⁶

However, the award of compensation in monetary form in the above case can be quite distinguishable from the case of prohibited subsidies. This form of remedy may be appropriate as a remedy for disputes under the TRIPS Agreement, where it is clear who the right holders are, and intellectual property rights are associated with direct pecuniary benefits granted to the right holders for their intellectual property. On the other hand, subsidy measures have broader economic consequences, such as the indirect effect of stimulating investments in related industries where the subsidy has been granted. Subsidy payments may be made in the form of money transfer, but the impact need be assessed policy-wise, and it is not clear who the recipients are. Therefore, importing the case for monetary compensation as a remedy for prohibited subsidy cases may not be appropriate, as the two cases do not exactly match in terms of the effects of the monetary transaction.

In a broader sense, the remedy of monetary compensation is problematic in the sense that it provides a ‘buy-out’ option for respondent parties that have larger economies, while it may be more burdensome to the respondent parties that have less-developed, smaller economies. While this possibility of ‘buying out’ may also apply to the retaliation remedy, it has more serious consequences for smaller economies when faced with the remedy of monetary compensation as a respondent party to a dispute, since it would require the collection of money from its national budget or private companies, which may not afford to make such payments. Furthermore, an agreement on monetary compensation between the disputing parties normally occurs under the framework of a bilateral arrangement, where the power imbalance among developed and developing countries further manifests itself, thus further undermining the position of the smaller economies which tend to have weaker negotiating positions. In addition, the advantage of resorting to a more legally rigorous multilateral remedy track to challenge the other country’s subsidization practice may be undermined in such a case. More importantly, since the payment of compensation has been agreed in accordance with the terms of a mutually satisfactory arrangement, there will be no means to enforce the payment of monies in the event of non-compliance. In a related problem, rather than serving as a ‘temporary’ enforcement tool to induce compliance, monetary compensation can become a ‘final’ remedy, and hinder the achievement of the primary and ultimate obligation of compliance, which would be the withdrawal of the inconsistent measure at issue. Rather than serving its intended temporary role of enforcing the rulings by the DSB Arbitrators in order to induce compliance, monetary compensation may enable WTO

⁹⁵ WTO Article 25 Arbitration Award, *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/ARB25/1, 9 November 2001, para. 5.1

⁹⁶ WTO, Notification of a Mutually Satisfactory Temporary Arrangement, WT/DS160/23, 26 June 2003.

Members to ultimately ‘buy out’ of their WTO obligations.⁹⁷

In the more specific case of prohibited subsidies, the problem lies in the implementation of the remedy. Where initial subsidy payments have been made by the government to its firms or the industry, the expropriation of the monies may constitute a constitutional issue and create democratic concerns as it is related to the private property rights.⁹⁸ As a number of WTO Members have reacted to the DSB ruling to pay back the monies received in *Australia-Leather (Article 21.5)*, the constitutional constraints on expropriating property are indeed a practical issue that cannot be ignored. Particularly, considering the fact that the WTO Agreement is a treaty among WTO Members and its legitimacy lies in the willingness of the Member governments to comply with the agreed obligations, countermeasures that go against the very nature of their constitutional law or democratic expectations are unlikely to gain much support. While rules and norms are important for maintaining the predictability and stability of any system, the feasibility of measures must not be overlooked, especially when it pertains to the actions of sovereign states. Indeed, the most significant constraint to applying the remedy of monetary compensation is the issue of enforcement as noted by many legal commentators in discussing the possibility of monetary compensation as a WTO remedy.⁹⁹

Furthermore, a law-and-economics approach regarding the purpose of remedies in the WTO dispute settlement system provides some support to the view that the remedy of monetary compensation may not be appropriate for prohibited subsidies. According to Pauwelyn (2007), the WTO rules on prohibited subsidies are protected by a property rule where specific performance (i.e. withdrawal of the prohibited subsidy) is required for enforcement.¹⁰⁰ However, allowing monetary compensation, which is a form of remedy under the liability rule, would go against the nature of protection that governs the discipline on prohibited subsidies. Since prohibited subsidies are illegal *per se*, the transaction costs involved in dispute settlement can be considered to be lower than for other cases, since only existence of a prohibited subsidy is required for a ruling of non-compliance.¹⁰¹ Furthermore, as Maggi and Staiger (2009) suggest, as uncertainty over the benefits of free trade falls, the optimal institutional arrangement tends to move away from liability rules toward property rules. On the other hand, liability rules are more prevalent than property rules in issue areas that are characterized by a higher degree of uncertainty over the joint benefits of free trade.¹⁰²

However, this does not mean that the option of monetary compensation should be totally ruled out as a remedy for prohibited subsidies. The possibility of monetary compensation in

⁹⁷ John H. Jackson, ‘International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to “Buy Out”?’, 98 *American Journal of International Law* 109 (2004).

⁹⁸ Goh and Ziegler (2003), above note 63, at 556.

⁹⁹ See for example, Petros C. Mavroidis, ‘Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the “Sequencing” Issue and Suspension of Concessions’, in Federico Ortino and Ernst-Ulrich Petersmann (eds), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003* (Kluwer, 2004), at 70.

¹⁰⁰ Joost Pauwelyn, ‘Optimal Protection of International Law: Navigating European Absolutism and American Voluntarism’, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2007-07, University of St. Gallen (2007), 71-73.

¹⁰¹ Disciplines to which the liability rule apply pertains to situations where transaction costs are high due to bargaining difficulties over determination of the value of the entitlement.

¹⁰² Giovanni Maggi and Robert W. Staiger, ‘Breach, Remedies and Dispute Settlement in Trade Agreements’, NBER Working Paper No. 15460 (2009).

the context of a mutually agreed solution should remain open for disputing parties who wish to resort to that option for a satisfactory resolution of the dispute at hand. But, in other more general cases, establishing the remedy of monetary compensation as a permanent remedy which may substitute the primary obligation of compliance would be a wrong direction of choice for the remedy system for prohibited subsidies.¹⁰³

It should also be noted that the remedy of monetary compensation is increasingly being considered as a remedy for enforcement in bilateral FTAs as well. In a quite unique case, the recently concluded Korea-US FTA provides for dispute settlement rules which allow the payment of “monetary assessment” in lieu of the retaliation remedy. More specifically, a complaining party may not retaliate if the respondent party offers to pay an “annual monetary assessment”. If the parties, however, are not able to reach an agreement on the amount of the monetary payment, the amount may be “equal to 50 percent of the level of the benefits the panel has determined...to be of equivalent effect”, or if there has been no prior panel determination, “50 percent of the level that the complaining party has proposed to suspend”.¹⁰⁴ Considering the fact that FTAs are essentially bilateral arrangements related to market access commitments, such a provision allowing for monetary compensation may be a practical alternative as a remedy for enforcing negotiated commitments. However, it is also true that there are no bilateral arrangements covering the subject matter of subsidies in any bilateral FTAs, since subsidy matters, inherently and structurally, need to be dealt with on a multilateral basis, mainly due to its repercussive economic effects. Therefore, the introduction of the monetary compensation remedy as a means of enforcement in the case of non-implementation of FTA obligations cannot be seen as applicable to the discipline on subsidies in the context of WTO obligations.

V. CONCLUSION

The current remedy system under the WTO has proved to be ineffective in inducing prompt compliance in the case of prohibited subsidy disputes that are brought to the WTO dispute settlement system. Such ineffectiveness include issues of both ‘timeliness’ and ‘quality’ of compliance, a particularly prominent problem in subsidy disputes. This can be explained from the understanding that subsidies are unilateral trade policies that are strategically needed to help governments overcome various externalities that hinder economic growth. Hence, governments may be naturally reluctant to promptly remove their subsidy measures even though determined to be WTO-inconsistent, resulting in delayed compliance within the given implementation period, insufficient removal of subsidy measures ruled to be illegal, or reinstatement of prior repealed measures in a way that escapes the jurisprudence of

¹⁰³ Also, in the current Doha negotiations on DSU reform with regard to the issue of monetary compensation, delegations shared the view that compensation is ‘voluntary’ and constitutes a ‘temporary’ remedy pending full implementation, and that this would ‘not be changed under the proposal’. Report by the Chairman to the Trade Negotiations Committee, Special Session of the Dispute Settlement Body, TN/DS/25, 21 April 2011, at page B-2, para. 10.

¹⁰⁴ Article 22.13.5 of the Korea-US Free Trade Agreement.

the present WTO remedy system.

The remedial mechanism for resolving prohibited subsidy disputes seems to require special consideration of the structural and political nature of the measure at issue, as explained so far. A particularly persistent problem in export subsidy disputes involves the issue of retrospective remedies for addressing illegal subsidy payments that have been granted in the past and remain unaddressed under the current prospective remedy system of the WTO. Another problem in subsidy disputes involve the limited jurisdiction of WTO compliance panels that result in opening the door for certain ‘opportunistic’ practices by incalcitrant WTO Members.

The introduction of a retrospective remedy system in the WTO regime may be subject to deep concerns and criticism. There has indeed been a substantial amount of interest on this possibility within the trade legal community as a whole, but none have been able to offer any concrete proposals for introducing the system. To come up with a feasible solution, first of all, the form of the retrospective remedy would need to be distinguished (whether in the form of suspension of concessions or monetary repayment), based on the purpose of the remedy that is intended to serve under the pertinent legal regime.

In conclusion, this study does not propose that the alternative remedy system is appropriate and applicable to all other areas in the WTO. This is based on the observation that different regimes that are served by different rules for protection of entitlements need to have different remedy systems established as appropriate to the distinct features and purpose. This study aims to contribute by providing a more specific proposal for the precise field of prohibited subsidies, as a starting point for further studies regarding the respective remedy systems that may be best appropriate for individual legal regimes.

In the case of prohibited subsidies, the political sensitivity of a sovereign state’s national policy that has repercussive effects on its economy, and the world trade rules that govern these acts based on reciprocal agreements among member countries, render the discipline on prohibited subsidies an area that places more significance on the performance of obligations by member states that contribute to preserving the balance and stability of the world trade order. In contrast, other subject matters covered by the WTO agreements and the remedies that work to achieve their respective objectives shall need to be examined more carefully in order to propose more meaningful remedies for the settlement of disputes in a prompt and effective manner.

Annex 1. Current Status of Disputes in the WTO (as of March 2013)

Status	No. of disputes	Note
In consultation	143	Including dispute cases still in consultation stage since 1995
Panel established, but not yet composed	22	-
Panel composed	11	-
Panel report circulated	1	-
Panel report under appeal	2	-
Appellate Body report circulated	0	-
Report(s) adopted, no further action required	27	
Report(s) adopted, with recommendation to bring measure into conformity	28	-
Implementation notified by respondent	83	Implementation notified after RPT determination through Article 21.3(c) arbitration proceeding
Mutually acceptable solution on implementation notified	21	After Article 21.3(c) arbitration decision, parties reach mutual agreement on RPT
Compliance proceedings ongoing	3	<i>(Preliminary) Inadequate implementation cases</i>
Compliance proceedings completed without finding of non-compliance	2	<i>(Preliminary) Inadequate implementation cases</i>
Compliance proceedings completed with finding of non-compliance	5	<i>Inadequate implementation cases</i>
Authorization to retaliate requested	3	<i>(Preliminary) Authorized retaliation cases</i>
Authorization to retaliate granted	5	<i>Authorized retaliation cases</i>
Authority for panel lapsed	7	-
Settled or terminated (withdrawn, mutually agreed solution)	93	-
Total	456	-

Source: Compiled by the author, based on the information provided by the WTO website,
http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm

Annex 2. WTO Disputes with Delayed Implementation

Phase of proceedings	No. of disputes	Dispute cases	Subject area
Authorization to retaliate granted	5	US-Offset Act (DS217) US-Offset Act (DS234) Canada- Aircraft II (DS222) US-Upland Cotton (DS267) US-Gambling (DS285)	AD/SCM(CVD) AD/SCM(CVD) SCM(Subsidies) AG/SCM(Subsidies) GATS
Requested authorization to retaliate withdrawn	3	US-Copyright Act (DS160) US-Sunset Reviews (DS268) EC-Biotech Products (DS291)	TRIPS AD AG/SPS/TBT
Compliance proceedings completed with finding of non-compliance	5	Canada-Aircraft (DS70) Mexico-HFCS (DS132) EC-Bed Linen (DS141) Chile-Price Band System (DS207) Korea-Paper (DS312)	SCM(Subsidies) AD AD AG/SG AD
Compliance proceedings ongoing	3	EC-Civil Aircraft (DS316) US-Stainless Steel (DS344) US-Civil Aircraft (DS353)	SCM(Subsidies) AD SCM(Subsidies)
Compliance proceedings completed without finding of non-compliance	2	Brazil-Aircraft (DS46) US-Shrimp (DS58)	SCM(Subsidies) GATT (Art. I, XI, XIII, XX)
Mutually acceptable solution on implementation notified	21	Japan-Alcoholic Beverages (DS8) Japan-Alcoholic Beverages II (Canada) (DS10) Japan-Alcoholic Beverages II (US) (DS11) Australia-Salmon (DS18) EC-Hormones (US) (DS26) EC-Hormones (Canada) (DS48) US-Wool Shirts (DS33) Turkey-Textiles (DS34) Japan-Agricultural Products II (DS76) US-DRAMS (DS99) Canada-Dairy (US) (DS103) US-FSC (DS108) Canada-Dairy (New Zealand) (DS113) Australia-Automotive Leather II (DS126) EC-Sardines (DS231) US-Softwood Lumber III (DS236) Japan-Apples (DS245) US-Softwood Lumber IV (DS257) US-Softwood Lumber V (DS264) US-Softwood Lumber VI (DS277) EC-Commercial Vessels (DS301)	GATT (Art.III) GATT (Art. III) GATT (Art. III) SPS AG/SPS/TBT AG/SPS/TBT ATC ATC AG/SPS AD AG/SCM(Subsidies) AG/SCM(Subsidies) AG SCM(Subsidies) TBT SCM(Subsidies) AG/SPS SCM(Subsidies) AD AD/SCM(CVD) SCM(Subsidies)

Source: Compiled by the author based on information provided by the WTO website,
http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm

제1부 신진학자 학술발표

제3주제

FTA를 통한 노동권 보호 -미국 FTA의 노동규정을 중심으로-

발 표: 배연재 박사 (고려대학교)

토 론: 이주윤 박사 (연세대학교)

FTA를 통한 노동권 보호: 미국 FTA의 노동규정을 중심으로

배연재 (고려대학교)

I. 서설

1. 무역과 노동기준의 연계 논의의 배경

무역과 노동의 연계를 통한 노동기준의 개선에 관한 논의는 오래전부터 있어 왔다. 본 논의는 근로자의 노동기준 보호 및 개발도상국의 낮은 노동기준에 의한 저가 상품의 수출이 선진국의 경쟁력 약화와 실업을 초래한다는 우려에서 출발하여, 이후에는 국제적인 노동기준을 확립하는 법제를 수립하여야 한다는 요구로 전개되었다. 1919년 국제노동기구(International Labor Organization, 이하 ‘ILO’)가 설립된 이래 협약(conventions)과 권고(recommendations)를 통한 최저 국제노동기준을 설정하고, 조사, 공개 보고 및 기술 지원 등의 방식을 통해 근로자의 노동권 보호를 도모하고 있다.

특히 1990년대 들어 소셜덤핑(social dumping)의 문제가 부각되면서 미국을 중심으로 한 선진국과 노동단체들은 WTO(World Trade Organization, 이하 ‘WTO’)의 다자 무역체제에서 노동 관련 사항을 규율하고자 하였다.¹⁾ 이러한 움직임은 1998년 ILO 근로에 있어 기본 원칙과 권리에 관한 선언과 그 후속조치(Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up, 이하 ‘1998년 ILO선언’)에서 기본노동권을 확인한 것과 궤를 같이한다. 그러나 WTO 싱가포르 각료회의에서 노동기준의 설정과 집행은 ILO의 임무임을 확인하면서 무역과 노동의 연계 논의는 WTO에서 더 이상 진전되지 않았다.²⁾ 즉, 노동 관련 문제에 대한 주된 책임은 ILO에 주어져 있는 것이다.

다자 무역체제에서의 논의는 교착 상태에 빠졌지만, 국제 무역관계에서 노동 의제를 논의하려는 노력은 다른 경로를 통해 계속적으로 이루어지고 있다. 1970년부터 일부 국가들은 WTO협정의 허용조항(Enabling Clause)에 근거한 일반특혜관세제도(Generalized System of Preference)를 활용하여 개도국의 노동기준과 무역을 연계하는 정책을 전개하여 왔고, 미국과 EU를 중심으로 한 국가들은 양자 또는 지역무역협정에 노동 관련 조항

*본 원고는 미완성으로 인용을 삼가 주시기 바랍니다.

1) 이에 관한 논의는 다음의 논문 참조. Steve Charnovitz, “The Influence of International Labour Standards on the World Trading System: A Historical Overview”, International Labour Review, Vol. 126, No. 5 (1987).

2) 해당 내용의 원문은 다음과 같다. “4. We renew our commitment to the observance of internationally recognized core labor standards. *The International Labor Organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards*, and we affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalization contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labor standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries, particularly low-wage developing countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration.” (강조 추가). WTO, Singapore Ministerial Declaration, WT/MIN(96)/DEC, adopted on Dec. 13, 1996.

을 포함하여 당사국의 노동기준을 개선하려는 정책을 채택하고 있다. 그리고 개별 국가마다 자국의 FTA에 포함하는 노동 규정의 선호 내용도 다르게 나타난다.³⁾

무역과 노동기준의 연계 문제가 오랜 시간 동안 논의되어 왔고 그 중요성도 경시되지 않았음에도 불구하고, 다자 무역체제를 통한 규율이 성공하지 못하면서 이에 대한 논의의 실효성이 일견 떨어져 보일 수 있다. 그러나 시간이 흐름에 따라 이 논의의 양상이 달라졌음을 알 수 있다. 현재는 양자 또는 지역무역협정을 통한 규율이 이루어지고 있고, 더 넓게는 기본노동권을 인권의 관점에서 접근하여 노동권 보호를 국가의 의무뿐 아니라 기업의 책임으로 규정하려는 노력이 계속되고 있다. 특히 자유무역협정(free trade agreement, 이하 ‘FTA’)에 노동규정이 포함되는 경우가 증가하고 있는 경향을 고려할 때 (아래의 표1 참조), 무역과 노동기준의 연계 논의는 계속적으로 문제가 될 것으로 보인다. 이러한 상황에서 가장 중요한 것은 현재의 FTA 노동규정이 효과적으로 기본노동권을 보호할 수 있는 합당한 제도적 장치를 갖추고 있는지를 판단하는 것이다. 이러한 분석을 위해 본 논고에서는 미국의 FTA를 중심으로 노동 관련 규정을 검토한다.

이에 관한 구체적인 논의에 앞서, 논의의 정확성을 위해 FTA 노동규정을 조건의 부과 유무에 따라 두 가지로 분류하여 설명한다. 첫째는 조건부(conditional) 조항으로서 노동기준의 요건이 제재 또는 인센티브를 포함하는 경제적 결과와 결부된 것이고, 둘째는 장려(promotional) 조항으로서 노동기준과 관련된 의무가 협력 활동, 의견 교류 및 모니터링 등과 연계된 것이다.⁴⁾ 후자의 경우, 해당 의무가 법적 구속력을 가질 수도 있고 그렇지 않을 수도 있으며, 일부의 경우에는 의무의 집행을 위한 제도적 및 절차적 체계를 예정하고 있기도 한다.⁵⁾

2. FTA 노동규정의 증가 경향

ILO 국제노동연구기관(International Institute for Labor Studies, 이하 ‘IILS’)에서 2013년에 수행한 연구자료에 따르면, 2013년 6월까지 WTO에 통보된 248개의 무역협정 중 58개의 FTA에 노동규정이 포함되어 있었으며, 24개가 조건부이고 34개가 장려 성격의 노동규정이었다.⁶⁾ 지난 20년 동안 노동규정을 포함하는 FTA의 수는 상당히 증가하였다고 할 수 있다.⁷⁾ 즉, 1990년까지 발효된 FTA에는 노동규정이 포함된 경우가 없었고, 1995-1999년 사이에 발효된 FTA 중에는 4%가 노동규정을 포함하고 있었으며, 2000-2004년 사이에는 11%가, 그리고 2005-2013년 사이에는 전체 FTA의 약 3분의 1이 노동규정을

3) Christian Häberli, Marion Jansen & José-Antonio Monteiro, Regional Trade Agreements and Domestic Labour Market Regulation, ILO Employment Working Paper No. 120, ILO, 2012, p. 1.

4) ILO International Institute for Labour Studies, Social Dimensions of Free Trade Agreements, ILO, 2013, p. 21.

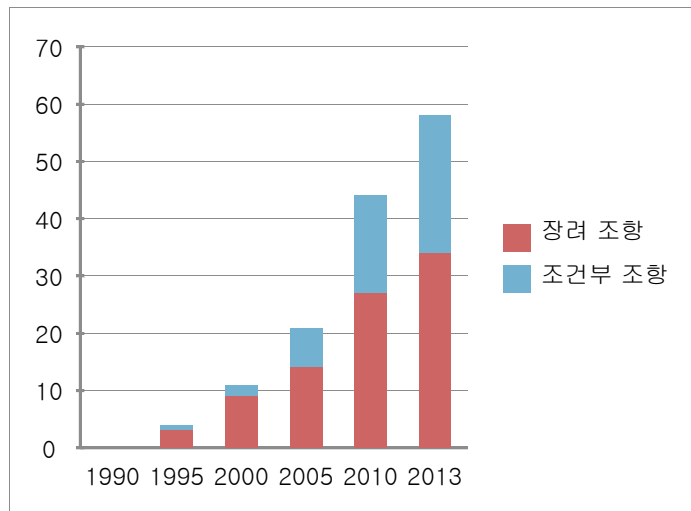
5) *Ibid.*

6) 해당 수치는 FTA 노동규정에 구체적인 노동기준 및 협력, 모니터링 혹은 협의 체계를 포함하고 있는 노동규정에 한정되며, FTA의 전문이나 일반 목적에 언급된 것은 포함되지 않았다. Franz C. Ebert & Anne Posthuma, Labour Provisions in Trade Agreements: Current Trends and Perspectives, ILO International Institute for Labour Studies, 2011, p. 4.

7) Jan Martin Witte, *Realizing Core Labor Standards: The Potential and Limits of Voluntary Codes and Social Clauses*, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2008, p. 33.

포함하고 있었다.⁸⁾ 또한 전체의 60%의 FTA 노동규정에서 1998년 ILO선언 또는 ILO협약을 언급하고 있었다.⁹⁾

[표1] FTA 노동규정의 증가 추세 (1990-2013)¹⁰⁾



이러한 FTA 노동규정의 증가 경향 및 노동규정에 대한 다양한 접근방식에 비추어 볼 때, 이러한 노동규정이 실제로 의미를 갖는지에 대한 문제가 대두된다. 특히 FTA 노동규정으로 인해 노동기준이 개선이 될 여지가 증가하였는지, 그리고 노동기준을 집행할 수 있는 국가의 역량이 강화되었는지가 검토되어야 한다. 본 논고에서는 FTA 노동규정에 대해 가장 적극적인 접근방식을 채택하고 있는 미국을 중심으로 논의를 하고자 한다. 따라서 아래에서는 우선 미국 FTA의 노동규정의 내용을 살펴보도록 한다. 그리고 노동규정을 조건부 조항과 장려 조항으로 나누어 각각의 경우가 관련 국가의 노동기준의 개선과 노동법 집행에 미친 영향력에 대해 검토한다.

II. 미국 FTA의 노동규정과 이에 대한 미국의 접근방식의 변화

미국은 초기의 FTA, 즉, 이스라엘(1985년) 및 캐나다(1988년)와의 FTA에서는 노동과 관련된 내용을 포함하지 않았으나, 북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement, 이하 ‘NAFTA’)(1994년)을 기점으로 FTA에 노동규정을 포함하는 정책으로 전환을 하였다. NAFTA 이후 체결된 FTA에는 기본적으로 자국의 노동법을 효과적으로 집행하지 못 하면 안 된다는 의무를 규정하고 있다. 그런데 2007년 5월 10일 의회와 행정부 간에 합의한 신통상정책(Bipartisan Agreement on Trade Policy)은 미국이 체결하는 FTA에 추가적으로 특히 다음의 두 가지 사항을 담은 규정을 포함할 것을 요구하고 있다.

8) ILO International Institute for Labour Studies, *supra* note 4, p. 19.

9) Franz C. Ebert & Anne Posthuma, Labour Provisions in Trade Agreements: Current Trends and Perspectives, ILO International Institute for Labour Studies, 2011, p. 7.

10) ILO International Institute for Labour Studies, *supra* note 4, p. 19.

첫째는 당사국들이 1998년 ILO선언에 기술된 대로 자국의 노동법을 채택, 유지 및 집행할 것, 그리고 둘째는 FTA의 노동규정과 노동 이외의 규정이 동일한 분쟁해결절차를 따를 것이다.¹¹⁾ 아래의 표2는 미국이 체결한 FTA 노동규정의 구체적인 내용과 이에 대한 이행 메커니즘을 설명하고 있다.

11) Mary Jane Bolle, Overview of Labor Enforcement Issues in Free Trade Agreements, Congressional Research Service, 2013, p. 2.

[표2] 미국 FTA 노동규정의 내용과 이행 메커니즘¹²⁾

협정문 (발효연도)	노동규정의 내용			이행 메커니즘		
	무역촉진권 한 (TPA)	ILO에 대한 언급	집행가능한 노동규정	협력 메커니즘	공중의견제 출	분쟁해결 메커니즘
NAFTA/ NAALC (1994)	Omnibus Trade Act of 1988	없음	별도 협정인 NAALC에서: The only enforceable labor provision is for a party's failure to enforce its own laws relating to child labor, minimum wage, or occupational safety and health where the violation is trade-related and covered by mutually-recognized labor laws.	당사국간 노동위원회 및 국내 연락사무소	있음	NAALC에는 별도의 분쟁해결 절차가 있으며, 총무역량(상품)의 0.07%의 과징금 부가 가능 - 아동노동, 최저임금 또는 직업상의 안전 및 보건 관련 국내법 집행 위반인 경우만 가능
요르단 (2001)	TPA 부재	1998년 ILO선언	본 협정에서: Parties: 1. Agree to not to fail to enforce their own laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties; but retain the right to exercise discretion in that enforcement; 2. Reaffirm obligations under the ILO and strive to ensure that these labor principles and “internationally recognized worker rights” are recognized and protected by domestic law;	협정의 전반적 감독을 위한 공동위원회	없음	무역 제재가 가능한 일반 분쟁해결절차

12) Mary Jane Bolle, “Trade Promotion Authority (TPA)/Fast-Track Renewal: Labor Issues”, *CRS Report for Congress* (Feb. 2, 2007), p. 17, Appendix Table 2에 기초하여 정리함.

			<p>3. Recognize that it is inappropriate to encourage trade by relaxing domestic labor laws. Therefore, the parties strive to ensure they do not waive or derogate from such laws in order to encourage trade with the other party;</p> <p>4. Recognize the right of the other party to establish its own labor standards and adopt or modify its labor laws and regulations accordingly; and to strive to ensure that those laws are consistent with the U.S. definition of core labor standards.</p> <p>5. Recognize that cooperation between them provides enhanced opportunities to improve labor standards.</p>			
칠레 (2004) 싱가포르 (2004) 호주 (2005) 모로코 (2006) 바레인 (2006) CAFTA-DR (2006) ¹³⁾ 오만 (2009)	Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002	1998년 ILO선언 및 제182호 협약(노동 협력 부분)	본 협정에서: The only labor provision that is enforceable under dispute settlement Procedures is: All parties: 1. Agree to not to fail to enforce their own laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties; but retain the right to exercise discretion in that enforcement.	양국간 노동기관 및 국내 연락사무소	있음	일반 분쟁해결절차와 달리 1,500만 달러를 초과하지 않는 범위에서 과징금 부과 가능

페루 (2009) 콜롬비아 (2012) 대한민국 (2012) 파나마 (2012)	Bipartisan Agreement on Trade Policy of May 10, 2007	1998년 ILO선언 및 제182호 협약(노동 협력 부분)	본 협정에서: 1. Enforceable obligation to adopt and maintain in law and practice fundamental labor rights stated in ILO 1998 Declaration 2. Enforceable obligation to effectively enforce labor laws related to internationally recognized labor rights (fundamental labor rights in ILO Declaration, plus minimum working conditions)	양국간 노동기관 및 국내 연락사무소	있음	협정의 일반 분쟁해결절차를 통해 무역 제재 또는 금전적 평가액 부과 가능
---	---	--	---	------------------------------	----	---

13) 도미니카공화국-중미-미국 FTA는 미국, 엘살바도르, 과테말라, 온두라스 및 니카라과에 대해서는 2006년에, 도미니카공화국에 대해서는 2007년 3월 1일에, 그리고 코스타리카에 대해서는 2009년 1월 1일에 발효되었다.

미국 FTA의 노동규정은 미국 의회가 행정부에 위임한 무역촉진권한(trade promotion authority)에 따라 다음의 네 개의 유형으로 분류해 볼 수 있다.

1) NAFTA/NAALC

NAFTA의 경우, 노동 분야는 본 협정이 아닌 부속협정(North American Agreement on Labor Cooperation, 이하 ‘NAALC’)으로 구성되어 있다. NAALC 제29조에 따라 당사국들이 직업상의 안전 및 보건, 아동노동 또는 최저임금 관련 기준을 효과적으로 집행하는 것을 지속적으로 반복하여 실패하고, 그러한 실패가 무역 관련성을 띠며 상호 인정하는 노동법의 대상에 포함될 경우, 제재가 가능한 분쟁해결 단계로 나아갈 수 있게 된다.¹⁴⁾ NAALC의 집행절차는 본 협정인 NAFTA상의 분쟁해결절차와 다르며, 금전적 과정금의 부과가 가능하기는 하나 제한이 가해져 있다. 노동 분야와는 달리, 무역 활동과 관련된 모든 조항은 NAFTA 규정 따라 집행이 가능하다.

2) 미-요르단 FTA

미-요르단 FTA는 노동 분야와 무역 분야가 모두 동일한 일반 분쟁해결절차에 따르게 된다. 각 당사국은 무역에 영향을 미치는 방식으로 자국의 노동법을 효과적으로 집행하지 못하여서는 안 된다.¹⁵⁾ 본 협정상 ‘노동법’은 국제적으로 인정된 노동권(internationally recognized worker rights)으로 규정되어 있으며, 여기에는 결사권, 단체교섭권, 모든 형태의 강요된 또는 강제적인 노동 철폐, 아동 고용을 위한 최저 연령, 그리고 최저임금, 근로시간 및 직업상의 안전과 보건에 대하여 수용가능한 근로 조건이 포함된다.¹⁶⁾ 모든 노동규정 및 무역규정은 동일한 절차에 따라 집행이 가능하다. 만약 분쟁이 명시된 절차에 따라 해결이 되지 않는 경우, 영향을 받은 당사국은 모든 적절하고 상응하는 조치를 취할 수 있다.¹⁷⁾ 그러나 양 정부간의 서한을 통해 향후 발생할 수 있는 분쟁은 무역 제재의 부과 없이 해결하도록 합의한 바 있다.¹⁸⁾

3) 2002-2009년 사이에 체결한 FTA

14) NAALC 제29조의 원문은 다음과 같다. “1. If the matter has not been resolved within 60 days after the Council has convened pursuant to Article 28, the Council shall, on the written request of any consulting Party and by a two-thirds vote, convene an arbitral panel to consider the matter where the alleged persistent pattern of failure by the Party complained against to effectively enforce its occupational safety and health, child labor or minimum wage technical labor standards is:

a) trade-related; and b) covered by mutually recognized labor laws. “

15) 미-요르단 FTA 제6.4(a)조. 원문은 다음과 같다. “A Party shall not fail to effectively enforce its labor laws, through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the Parties, after the date of entry into force of this Agreement.”

16) 미-요르단 FTA 제6.6조.

17) 미-요르단 FTA 제17.2(b)조. 원문은 다음과 같다. “[T]he affected Party shall be entitled to take any appropriate and commensurate measure.”

18) Michael Trebilcock, Robert Howse, and Antonia Eliason, *The Regulation of International Trade*, 4th ed., Routledge, 2012, p. 743; Lorand Bartels, “Social Issues: Labour, Environment and Human Rights”, in Simon Lester and Bryan Mercurio (eds.), *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*, Cambridge University Press, 2009, p. 358.

미국이 12개의 다른 국가들(칠레, 싱가포르, 호주, 모로코, 바레인, 오만 및 여섯 개의 도미니카공화국-중미-미국 FTA(Dominican Republic - Central America - U.S. FTA, 이하 ‘CAFTA-DR’) 국가들인 코스타리카, 엘살바도르, 과테말라, 온두라스, 니카라과 및 도미니카공화국)과 체결한 7개의 FTA에는 단일의 집행가능한 조항을 담고 있다. 즉, 각 당사국은 당사국간의 무역에 영향을 미치는 방식으로 자국의 노동법을 효과적으로 집행하지 못하여서는 안 된다(“shall not fail to effectively enforce its labor laws...in a manner affecting trade between the Parties”). 동 협정들은 ‘노동법’을 국제적으로 인정된 노동권으로 정의하고 있는데, 이는 이전의 FTA와 동일한 입장을 취한 것이다. 노동규정과 달리 무역 활동과 관련된 모든 조항은 집행이 가능하다. 노동 분쟁과 무역 분쟁의 해결 절차는 전반적으로 동일하나, 노동 분쟁에 대해서는 금전적 제재에 제한이 있는 반면 무역 분쟁에는 이러한 제한이 없다. 혜택의 정지는 양 분쟁 모두에 대해 마지막 수단으로서 적용될 수 있다.

4) 2007년 신통상정책에 따른 FTA

2007년 5월 10일 의회와 정부는 신통상정책에 합의하여 향후 체결되는 FTA에 다음의 내용이 포함되도록 하였다. 첫째, 1998년 ILO선언이 정하고 있는 기본노동권을 법 및 관행에서 채택하고 유지해야 한다. 여기서 기본노동권이란 단결권, 단체교섭권의 효과적인 인정, 모든 형태의 강제적 또는 강요에 의한 노동의 철폐, 아동노동의 폐지 및 가혹한 형태의 아동노동의 금지, 그리고 고용 및 직업상의 차별의 철폐를 의미한다.¹⁹⁾ 이러한 기본노동권 준수 의무의 위반을 성립시키기 위해서는 불이행 당사국이 무역 또는 투자에 영향을 미치는 방식으로 법 또는 관행을 채택하고 유지하지 못하였음이 입증되어야 한다.²⁰⁾ 둘째, 기본노동권을 시행하는 법을 면제하거나 이탈해서는 안 된다고 규정함으로써 무역 또는 투자를 촉진하기 위해 기본노동권을 완화하거나 노동기준을 저하시키는 방식으로 법을 운용해서는 안 된다는 점을 명시하고 있다.²¹⁾ 셋째, 당사국이 집행 자원의 배분에 관하여 내리는 결정을 이유로 노동규정의 내용을 준수하지 않을 수 없다.²²⁾ 이와 달리 신통상정책 이전의 FTA의 노동규정에는 당사국이 노동법을 집행하는 과정에서 자원의 배분상의 재량권을 가진다고 규정하고 있었기 때문에 개도국의 노동법 집행이 미비하더라도 제재로 집행하기 어려운 측면이 있었다. 넷째, 노동규정의 모든 의무 불이행에 대해 일반분쟁해결절차가 적용된다. 이는 NAFTA/NAALC 및 미-요르단 FTA와 동일한 방식이다. 분쟁의 해결은 금전적 평가가 수반될 수 있으며, 이러한 평가액의 지불이 이루어지지 않을 경우 판정의 불합치가 제거될 때까지 혜택의 적용을 정지할 수 있다.

5) 특정 분야 FTA: 미-캄보디아 섬유 협정

캄보디아는 섬유·의류 산업의 후발주자였기 때문에 다자간섬유협정(Multifiber Arrangement on Textiles and Clothing)의 당사자가 아니었다. 즉, 캄보디아는 쿼터의 제

19) 한미 FTA 제19.2조 제1항.

20) 한미 FTA 제19.2조에 대한 각주 2.

21) 한미 FTA 제19.2조 제2항.

22) 한미 FTA 제19.3조 제1항 나호.

한 없이 미국, EU 등의 시장에 자유롭게 수출을 할 수 있었으며, 여기에 외국기업의 투자가 더해져 캄보디아의 섬유·의류 산업은 급속도로 성장하였다. 그러나 캄보디아의 열악한 노동환경의 개선은 이루어지지 않았다. 이에 따라 미국 정부는 미국의 국내 섬유·의류 산업으로부터의 수입 규제 압력과 노동단체로부터의 노동기준 향상 압력에 응하여 캄보디아를 쿼터제로 편입함과 동시에 무역과 노동을 연계함으로써 캄보디아가 국제노동기준을 준수하여 노동기준을 개선하는 경우 추가적인 쿼터량을 제공하기로 하는 협정을 체결하였다. 동 협정의 내용에 따라 매년 새로운 쿼터를 확정하기 위해서는 캄보디아 현지공장의 노동환경과 기준에 대한 객관적인 모니터링과 평가가 필요하였으나, 캄보디아 정부가 국내 기업을 조사하고 노동법을 집행할 수 있는 역량이 낮고 공무원의 부패문제도 심각하였다. 이에 따라 미국과 캄보디아는 노동기준의 객관성과 신뢰성을 확보하기 위해 ILO에 이러한 역할을 요청하여 ILO의 모니터링 보고서는 쿼터 인센티브를 결정하는 기준이 되었다.

III. 미국 FTA 노동규정의 노동권 보호 의무와 집행 검토

1. 노동규정 의무의 내용

미국뿐만 아니라 EU, 캐나다 및 일부 개도국에 의해 체결된 FTA에 노동규정이 포함되는 경향이 있고, 또 그 내용도 과거에 비해 집중적임에도 불구하고, 그 법적 지위를 명확하게 규명하기는 쉽지 않다. 내용상으로는 1998년 ILO선언이 채택된 이후 체결된 FTA에는 전반적으로 ILO선언상의 의무가 계속적으로 언급이 되고 있으며, 대부분의 협정은 기본노동권 및 원칙을 언급하고 있다. 여기에는 특히 결사권, 단체교섭권, 강제노동의 철폐, 아동노동의 철폐 및 고용상의 차별 금지가 포함된다.²³⁾

노동규정의 내용 중 국내 노동법의 준수와 관련한 부분은 다음의 세 가지 경우로 나누어 볼 수 있다. 첫 번째 형태는 국내 노동기준의 향상을 위한 노력을 하겠다는 약속(미국), 두 번째는 기존의 노동기준을 저하시키지 않는다는 약속(EU), 그리고 세 번째는 국내의 경제 개발 목표 안에서 기존의 노동기준을 기본적으로 이행하겠다는 약속으로서 이 중 구속력이 가장 낮은 약속의 수준을 띤다.(개도국)²⁴⁾ 특히 미국의 경우, NAALC에 노동 관련 규정을 포함한 이래 대부분의 FTA에서 ‘노동법’을 ‘국제적으로 인정된 노동권’ 또는 ‘핵심 노동기준’(core labor standards)으로 규정하고 있는데, 이는 1998년 ILO선언의 내용과는 다른 미국 고유의 실정법상의 기준이라고 할 수 있다.²⁵⁾ 즉, 2002년 무역촉진권한법(Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002)에 따르면, 핵심 노동

23) Karin Lukas and Astrid Steinkellner, *Social Standards in Sustainability Chapters of Bilateral Free Trade Agreements*, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, 2010, p. 8; Lazo Grandi Pablo, *Trade Agreements and their Relation to Labour Standards: the Current Situation*, Issue Paper No. 3, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland, 2009, p. 34.

24) Christian Häberli, Marion Jansen & José-Antonio Monteiro, *Regional Trade Agreements and Domestic Labour Market Regulation*, ILO Employment Working Paper No. 120, ILO, 2012, p. 15.

25) Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002, 19 U.S.C. §§ 3801-3813, Section 2113 (6).

기준이란 결사권, 단결권 및 단체교섭권, 강요된 또는 강제적인 노동 철폐, 아동 고용을 위한 최저 연령, 그리고 최저임금, 근로시간 및 직업상의 안전과 보건에 대하여 수용가능한 근로 조건을 의미한다. 그런데 2007년 신통상정책에 따라 체결된 미국과 페루, 콜롬비아, 대한민국 및 파나마간의 FTA에는 1998년 ILO선언을 노동권 보호의 기준으로서 규정하고 있다.²⁶⁾ 당사국이 1998년 ILO선언에서 규정하고 있는 바대로 자국의 노동법을 채택, 유지 및 집행하겠다는 의무를 규정한 것이며, 이러한 의무는 당사국이 집행 자원의 배분에 관하여 내리는 결정을 이유로 이탈할 수 없다. 이는 내용 측면에서 이전의 FTA보다 강화된 노동규정을 포함하고 있는 것이다.

이와 더불어 노동규정의 위치 측면에서 볼 때, NAALC에서는 본 협정문에 부속하는 별도의 문서로 노동 관련 규정을 규율하였으나, 이후의 협정문에서는 본문에서 노동규정을 다루고 있어 무역과 노동기준의 연계에 대한 의사를 명확히 하고 있다고 볼 수 있다. 노동규정의 형식면에서 미-요르단 FTA는 하나의 조항(제6조)에서 노동 관련 사항을 규정하고 있는 반면, 이 이외의 FTA에서는 단일의 장(chapter)을 이루고 있다. 또한 집행의 측면에서 초기에는 노동 관련 분쟁을 FTA상의 다른 의무와는 다른 분쟁해결절차에 따르도록 하였으나, 현재에는 FTA상의 모든 분쟁을 일반 분쟁해결절차에 따르도록 하고 있다.

2. 노동규정의 집행

1) 미국 FTA의 조건부 노동규정과 그 효과

(1) 조건부 노동규정의 내용

조건부 형식의 노동규정은 미국 FTA의 가장 두드러진 특징이면서도 문제가 되는 부분이다. 노동규정의 조건은 두 가지 측면으로 나타난다. 첫째는 비준 전 조건으로서 협정이 비준되기 이전의 시점에 존재하는 당사국 국내 노동법의 미비점에 대해 다루며, 둘째는 비준 후의 공중의견제출 및 분쟁해결을 위한 메커니즘으로서 피제소 당사국에 의한 불이행이 있을 경우 무역 혜택의 정지나 금전적 제재로 나아갈 수 있는 절차를 제공한다. 비준 전 조건은 미국 FTA의 주된 특징이며, 비준 전에 노동기준의 개선을 요구하는 국가는 현재까지 미국이 유일한 것으로 보인다.²⁷⁾

이러한 조건부 접근방식은 일반적으로 FTA 노동규정을 통해 특정 부문에서 국내 노동법을 실효적으로 집행할 의무를 요구하며, 국내 노동법이 준수해야 할 노동기준을 포함하기도 한다. NAALC의 경우 국내 노동기준의 개선을 위해 노력(commitment to work towards the improvement of domestic labour standards)해야 한다는 점을 규정한 반면, 미국이 NAALC 이후에 체결한 FTA는 일정한 최저 노동기준 (특히, 1998년 ILO선언에 포함된 노동기준)을 준수할 것을 요구한다. 또한 NAALC 이후의 모든 FTA에는 무역 또는

26) 미-페루 FTA 제17.2조, 미-콜롬비아 FTA 제17.2조, 미-파나마 FTA 제16.2조 및 한미 FTA 제19.2조.

27) ILO International Institute for Labour Studies, *supra* note 4, p. 29.

투자를 촉진할 목적으로 국내 노동기준을 저하해서는 안 될 의무를 담고 있다.

이렇게 조건부 방식을 채택하는 무역 협정은 노동기준 준수 의무를 제재를 수반한 집행 메커니즘과 연결시키는 것이 보통이지만, 경우에 따라 협력 활동을 규정하기도 한다. 이러한 접근방식은 당사국의 역량을 증가시키고자 하는 목적과 동시에 노동기준의 위반이 발생할 경우 적용될 수 있는 경제적 억제 요소(disincentive)를 마련하는 의미가 있다. 이러한 제재와 협력이 함께 수반된 의무의 이행은 당사국간의 공동기관이나 국내 연락사무소(national contact point)를 통해 제도적으로 뒷받침되고 있으며, 이러한 제도적 장치는 크게 아래의 두 가지에 기초한다.

a) 협력 활동: 협정문에서 보통 협력 분야 및 그 수단을 규정하고 있으며, 여기에는 노동기준과 관련한 연구, 정책 교류, 기술 지원 등이 포함된다. 그러나 협력 활동이 협정에 명시된 분야에 한정되지는 않는다. 협력 활동은 노동위원회 또는 국내 연락사무소 등의 개별 기관이나 협정의 전체적 감독 책임을 맡고 있는 기관이 수행할 수 있다.

b) 집행 메커니즘: 집행 메커니즘은 협의 개시 및 중재패널 설치 등으로 구성되는 분쟁해결 절차를 의미하며, 협정 위반 조치에 대해 구속력 있는 판정을 내릴 수 있다. 협정의 위반이 당사국간 합의사항에 따라 해결이 되지 않는 경우, 불이행 국가에 대해 금전 배상이나 무역 제재를 포함하는 제재를 부과할 수 있다. 협정에 따라 금전 배상이 해당 국가의 노동권을 향상시키기 위한 활동 지원을 위한 기금에 지불되도록 규정하기도 한다. 이와 더불어 대부분의 FTA 노동규정은 개인, 노동조합, NGO 등의 제3자가 국내 연락사무소에 협정 위반사항을 제기할 수 있는 공중의견제출 제도를 마련하고 있으며, 국내 연락사무소는 해당 사안에 대해 조사를 하여 공개 심리를 소집할 수 있으며, 협정 위반 사항이 확인될 경우 당사국은 그 내용을 공개적으로 발표할 수 있다.

(2) 비준 전 조건의 부과로 인한 노동법 개정 효과

미국 노동부는 FTA를 체결하기 전에 상대 국가에 관한 세 가지의 보고서를 의회에 제출하는데, 여기에는 미국 고용 영향 보고서, 상대 국가의 노동권 관련 상황에 대한 보고서 및 상대 국가의 아동노동 착취를 규율하는 법에 대한 보고서가 포함된다.²⁸⁾ 이러한 보고서에 기초해 미국은 FTA 상대국에 대해 국내 노동기준의 개선을 요구한다. 비준 전 조건의 부과는 2006년 이후 미국이 체결한 FTA의 주요 특징이라고 할 수 있다.²⁹⁾ 미국이 이러한 정책을 실행하고 있는 데에는 근로자 대표로 구성된 노동자문위원회(Labor Advisory Committee)³⁰⁾를 포함한 시민사회의 요구가 증가한 점에 대체로 기인한다. 미국이 최근에 체결한 7개의 FTA 중 6개 (모로코, 바레인, 오만, 페루, 콜롬비아 및 파나마)가

28) U.S. Department of Labor, 'How Rights Are Reviewed and Strengthened before FTA Ratification', <http://www.dol.gov/ilab/programs/otla/freetradeagreement.htm#labor-provisions>. 현재까지 미국이 준비한 보고서의 내용은 <http://www.dol.gov/ilab/media/reports/usfta/> 참조.

29) 2006년 이후 미국이 체결한 FTA 중 한미 FTA의 경우, 비준을 조건으로 미국이 공개적으로 우리나라 국내의 노동기준의 변경을 요구하지 않았다. 표3 참조.

30) Labor Advisory Committee for Trade Negotiations and Trade Policy의 목적 및 활동범위에 대해서는 <http://www.ustr.gov/about-us/intergovernmental-affairs/advisory-committees/labor-advisory-committee-lac> 참조.

비준되기 전에 해당 국가의 노동기준에 일정한 개선 사항이 이루어진 바 있다. (표3 참조) 특히 CAFTA-DR의 경우에는 비준 전 단계에서부터 노동기준의 적용을 계속적으로 강화할 것을 내용으로 하는 계획을 마련하였다. 이는 CAFTA-DR 국가들의 가장 큰 문제점은 노동법 자체보다도 그 집행이기 때문에 장기적으로 접근하는 것이 바람직하다는 견지에서 채택되었다.³¹⁾ 그러나 노동법 개정은 여러 국내·외적 요소에 의해 영향을 받기 때문에 특정한 국내 노동기준의 변경이 FTA의 비준을 보장하기 위하여 이루어졌는지 여부를 판단하기 쉽지 않다는 제약이 있다.

[표3] 미국 FTA의 노동문제에 대한 비준 전 조건의 영향³²⁾

협정문 (발효연도)	비준 전 시민사회가 국내 노동기준의 개선을 요구	비준을 조건으로 미국이 공개적으로 국내 노동기준의 변경을 요구	FTA와 관련한 노동기준의 개선
모로코 (2006) 바레인 (2006) 오만 (2009) 페루 (2009) 콜롬비아 (2012) 파나마 (2012)	있음	있음	있음
CAFTA-DR (2006)	있음	없으나, 점차적으로 노동법 및 관행을 변경할 공동의 의무가 CAFTA-DR 국가에 주어짐.	—
요르단 (2001) 칠레 (2004) 호주 (2005) 대한민국 (2012)	있음	없음	—
NAFTA (1994) 싱가포르 (2004)	—	없음	—

미국이 부과하는 비준 전 조건을 충족시키기 위해 상대 당사국이 국내 노동법을 근본적으로 개혁한 경우도 있고, 특정 노동법을 개정한 경우도 있다. 전자에 해당하는 모로코, 바레인, 오만 등의 아랍 및 북아프리카 지역 국가들은 단결권, 단체교섭권 등의 권리에 대해 상당한 제한이 가해져 있었던 상황이었다. 국가 내부적으로도 노동법을 개정하는 요구가 계속적으로 있어 왔으나, 미국과의 무역 협상이 노동법 개정에 일정한 촉매

31) ILO International Institute for Labour Studies, *supra* note 4, p. 35.

32) *Ibid.*, p. 38.

역할을 한 것으로 평가된다.³³⁾ 후자의 경우에는 대부분 남미 국가들이 해당하며, 근로자 권리의 특정 부분을 개정하거나 노동법의 집행 구조 강화 등의 방법으로 국내 노동기준을 개선하였다. 페루와 파나마의 경우, 협정의 협상 단계에서 국내 노동법규에 대한 문제가 제기되었으며, 이후 노동법의 개정을 통해 시정이 된 바 있다.³⁴⁾ 또한 콜롬비아의 경우, 국제적으로 인정된 노동기준의 준수, 노동운동 지도자에 대한 폭력 방지 및 그러한 폭력 행사자의 처벌에 대한 국내법을 개정하기 위해 양국간 실행계획(Labor Action Plan)을 채택하였다.³⁵⁾ 비준 전 단계에서 노동기준을 규율하는 미국의 접근방식은 당사국의 입법조치를 촉진함으로써 해당 국가의 노동법의 개선에 일정한 기여를 하였다고 평가할 수 있다.

이렇게 협정의 비준에 앞서 미국이 부과한 조건이 해당 국가의 노동기준의 개선에 기여를 한 것으로 판단되나, 이러한 평가에는 제한이 따른다. 미-콜롬비아 노동 실행계획의 경우, 당사국간에 합의한 기한 내에 완전히 이행이 이루어지지 않았으며, 실행계획 자체만으로 노동권의 미비점을 충분히 다룰 수 없다는 비판을 받는다.³⁶⁾ 또한 페루의 경우, 일부 노동기준의 개선이 노동법의 다른 분야에서의 규제 완화로 이어져 불완전한 형태로 노동기준의 개선이 이루어진 바 있다. 예를 들어, ‘중소기업’의 범위를 상당하게 확대한 결과, 노동법의 적용범위에 포함되지 않는 근로자의 비율이 증가하였다.³⁷⁾

(3) 공중의견제출 및 분쟁해결 메커니즘과 그 효과

공중의견제출 및 분쟁해결절차를 포함하는 비준 후 조건에 대한 평가는 아직 제한적이다. 그 이유는 노동규정을 포함하는 미국의 FTA의 대부분이 2000년대 중반 이후에 체결되었기 때문이다. 13개 중 11개의 FTA가 발효가 된지 10년이 아직 경과하지 않았으며, 이 중 5개는 발효가 된지 5년이 되지 않았다. (표2 참조) 또한 미국 FTA에 기해 제기된 공중의견 측면에서도 13개 중 4개의 FTA 노동규정에 기해서만 문제 제기가 있었다. 아래 표4에서 볼 수 있듯이 총 47개의 공중의견제기 중 41개가 NAALC와 관련된 것이고, 나머지는 CAFTA-DR, 미-바레인 FTA 및 미-페루 FTA와 연관된 것이다. 아래에서는 NAALC와 이 이외의 FTA의 경우를 나누어 검토한다.

[표4] 미국 FTA에 기한 공중의견의 제출³⁸⁾

협정문	공중의견 제출 건수	주요 쟁점
NAFTA/NAALC (1994)	41	단결권, 직업상의 안전 및 보건, 외국근로자 보호

33) *Ibid.*, p. 35.

34) *Ibid.*, pp. 38-39.

35) Colombian Action Plan Related to Labor Rights (Apr. 7, 2011), <http://www.dol.gov/ilab/programs/otla/20110407.pdf>.

36) ILO International Institute for Labour Studies, *supra* note 4, pp. 39-41.

37) *Ibid.* p. 41.

38) *Ibid.*, p. 43.

CAFTA-DR (2004)	4	단결권
미-바레인 FTA (2006)	1	차별 금지
미-페루 FTA (2009)	1	단결권

a) NAALC에 따른 공중의견제출

미국 FTA의 분쟁해결규정에 따라 제기된 사안의 약 90% 정도가 NAALC에 따른 것이다. 다수의 사건이 멕시코의 노동환경과 관련된 것이고, 3분의 1 정도가 미국을 상대로, 그리고 2건이 캐나다를 상대로 제기된 것이다. 각 당사국을 상대로 제출된 공중의견의 쟁점은 국가에 따라 내용이 상이하다. 멕시코를 상대로는 단결권, 안전 및 보건, 그리고 최저 노동조건에 대한 공중의견 제출이 많은 반면, 차별금지 및 아동노동에 대한 것은 상대적으로 적었다. 미국에 대해서는 단결권, 차별금지, 그리고 멕시코의 이주 근로자의 처우에 대한 공중의견 제출이 많았다. 캐나다를 상대로 한 2건의 공중의견 제출은 단결권과 안전 및 보건 문제에 관한 것이었다.

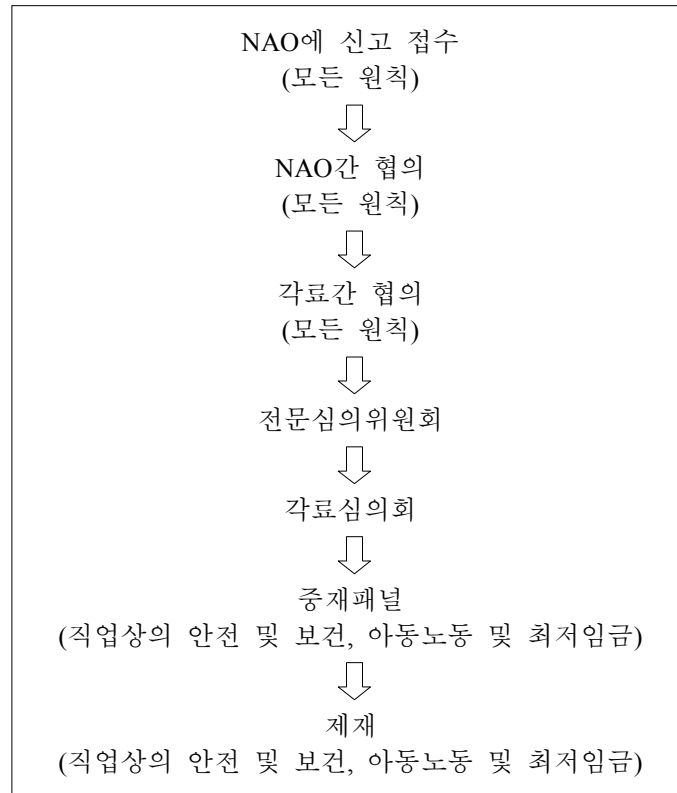
NAALC에 따라 모든 당사국은 NAALC 위반 사항을 검토하기 위해 국내행정처(national administrative office, NAO)를 설치하여야 한다. NAALC에 따라 제출된 공중의견은 3단계의 과정을 통해 처리가 되며, 특히 직업상의 안전 및 보건, 아동노동 및 최저임금의 3가지 노동원칙에 대한 분쟁은 제재까지도 가능한 후속절차가 제공된다.³⁹⁾ (표5 NAALC의 분쟁해결절차 참조) 제1단계는 당사국 내에 설치된 NAO 협의와 각료간 협의까지 진행되는 것을 의미하며, NAALC에서 규정하고 있는 11개 노동원칙⁴⁰⁾ 모두가 협의의 대상이 된다. 제1단계에서 해결되지 못한 사안은 전문심의위원회(Evaluation Committee of Experts)의 심의대상이 되어 사안에 대한 보고서를 제출하게 된다. 이 단계에서 사인이 해결되지 못할 경우, 중재패널이 소집되어 구속력 있는 결정을 내릴 수 있게 되며, 이러한 패널 결정이 이행되지 않을 시에는 과징금 및 무역 제재까지 가능해진다.

[표5] NAALC의 분쟁해결절차⁴¹⁾

39) NAALC 제29조.

40) NAALC Annex 1, Labor Principles: (1) the freedom of association and protection of the right to organize; (2) the right to bargain collectively; (3) the right to strike; (4) the prohibition of forced labor; (5) labor protections for children and young persons; (6) minimum employment standards, including a minimum wage; (7) the elimination of employment discrimination; (8) equal pay for women and men; (9) the prevention of occupational injuries and illnesses; (10) compensation in cases of occupational injuries and illnesses; and (11) protection of migrant workers.

41) NAALC Secretariat of the Commission for Labor Cooperation, "Process and Timeframe", http://www.naalc.org/UserFiles/Image/Public_communications_processing_3.JPG.



NAALC에 기해 제출된 공중의견의 절반 정도가 NAALC가 발효된 이후 5년의 기간 동안 이루어진 것이며, 1998년 이후에는 공중의견의 제출 건수가 낮은 수준에 머물고 있다. 이러한 의견 제출의 감소는 NAALC의 공중의견제출 절차를 통해 정부간 협의 단계를 넘어 실제 분쟁으로 진행이 된 사례가 없어 그 실효성 및 의미가 저하된 결과로 판단된다.⁴²⁾ 또한 공중의견제출 절차의 처리기간도 점차 늘어나 경제적 측면에서도 제약이 있다. 특히 미국 NAO에 접수된 공중의견의 처리(공중의견 제출부터 장관급 합의까지)가 1994년에는 1년 정도 소요된 반면, 1998-1999년에는 2년 이상, 그리고 2003년에는 4년 이상 소요되는 것으로 나타났다.⁴³⁾ 또한 제출된 공중의견이 장관급 합의에 이르는 건수도 점차 감소하였다. 1994-1997년 사이에 미국 NAO에 접수된 공중의견의 절반 이상이 각료간 협의 및 장관급 합의에 이른 반면, 1998-2001년 사이에는 제출된 공중의견의 3분의 1 미만, 그리고 2002-2006년 사이에는 5분의 1 미만이 동 단계까지 진행되었다.⁴⁴⁾ 더불어 현재까지 공중의견 처리과정 중 제3단계까지 진행된 사례는 없다. 그 이유로 노동 관련 사항과 같이 정치·경제적으로 민감할 수 있는 사항은 당사국들이 공식적 분쟁해결절차를 통하기보다 우호적인 방식을 통해 문제를 해결하는 것을 선호하기 때문인 것으로 판단된다.

이렇듯 NAALC의 운영 이후 공중의견제출의 활용과 효과가 감소한 측면이 있으나,

42) Jean-Marc Siroën, *The Use, Scope and Effectiveness of Labour and Social Provisions and Sustainable Development Aspects in Bilateral and Regional Free Trade Agreements*, Final Report to the European Commission, Contract VC/2007/0638 (Sep. 15, 2008), p. 61.

43) ILS, *supra* note 4, p. 44.

44) *Ibid.*, p. 46.

NAALC의 발효 이후 일정 기간 동안에는 긍정적인 영향을 미쳤던 것으로 판단된다. 특히 노동조합의 설립을 포함한 단결권, 성차별, 이주근로자 처우 등에 관한 문제의 처리에 있어서는 가시적인 효과를 보인 것으로 분석된다. 일례로 멕시코 마킬라도라근로자지원위원회(Support Committee for Maquiladora Workers) 등은 멕시코 티후아나에 위치하였던 한영기업이 근로자의 단결권과 단체교섭권을 인정하지 않는다는 이유로 공중의견을 제출하였다.⁴⁵⁾ 한영기업은 현대정공 미주법인의 납품업체였는데, 부당노동행위와 안전 및 보건 규칙을 준수하지 않아 근로자 및 시민단체의 규탄의 대상이 되었다.⁴⁶⁾ 미국 NAO는 1998년 4월에 결사권 침해를 확인하는 보고서를 발표하였고,⁴⁷⁾ 1998년 8월에는 안전 및 보건과 관련된 보고서를 발표하면서⁴⁸⁾ 각료급 협의를 권고하였다. 2년 동안 동 분쟁이 이어지면서 지속적인 파업이 계속되었으며, 한영기업은 2002년 1월 멕시코 정부가 몰수 가능한 2백만 달러의 보증금을 내라는 명령을 내리자 안전 및 보건과 관련한 개선을 하였다.⁴⁹⁾ 그러나 여기서 유의해야 할 점은 공중의견제출로 인해 일정 부분 긍정적인 효과가 있었다고 하더라도, 분쟁의 해결 과정 중에 근로자들의 보호가 제대로 이루어지지 않을뿐더러 분쟁도 충분히 해결되지는 못 할 수 있다는 것이다.

공중의견제출제도의 효과는 여러 요소에 영향을 받기 때문에 공중의견제출의 효과의 범위를 확대하여 고려해 볼 필요가 있다. 제출된 공중의견을 뒷받침하는 법적 논거도 중요하지만, 제출된 공중의견에 대한 관련 정부의 정치적 관심도, 노동단체간의 국제적 협력, 사회적 지지 등에 따라서도 결과가 달라질 수 있다. 공중의견의 제출은 타당사국에 대한 협정 위반 사항을 문제 삼는 것이기 때문에 국적이 다른 노동단체간의 국제적 결집 및 협력으로 의견개진의 가능성을 높일 수 있으며, 더 나아가 특히 멕시코 노동조합의 국내적 지위의 향상을 꾀하는데 기여를 하였다. 또한 이러한 공중의견제도에 의해 당사국의 노동법 집행의 투명성을 제고할 수 있었으며, 후속 조치를 통해 공동협력활동을 포함하는 관련 정부간 대화가 활성화되었다.

b) 양자 FTA에 따른 공중의견제출

미국이 체결한 양자 FTA에 기초해 제기된 분쟁은 2008년 이후에서야 발생하였다. 현재까지 6건의 공중의견이 제출되었으며, 이 중 코스타리카에 대한 것은 철회되고 페루에 대한 것은 미국 노동부에 의한 보고서 발표 후 사건이 종결되었으며, 나머지 네 개의 분쟁(과테말라, 바레인, 도미니카공화국, 온두라스)은 절차가 계속적으로 진행 중이거나 이

45) 본 사안은 2007년 10월 30일 Support Committee for Maquiladora Workers, the International Labor Rights Fund, the National Association of Democratic Lawyers of Mexico, and the Union of Metal, Steel, Iron 및 Allied Workers of Mexico가 합동으로 공중의견을 제출하였다.

46) Heather L. Williams, "Of Labor Tragedy and Legal Farce: The Han Young Factory Struggle in Tijuana, Mexico", *Social Science History*, Vol. 27, No. 4 (Winter, 2003), p. 525.

47) U.S. National Administrative Office, Public Report of Review of NAO Submission No. 9702 (April 28, 1998), pp. 45-47.

48) U.S. National Administrative Office, Public Report of Review of NAO Submission No. 9702 (April 28, 1998), p. 10; U.S. National Administrative Office, Public Report of Review of NAO Submission No. 9702-Part II: Safety and Health Addendum (Aug. 11, 1998), p. 41.

49) Robert G. Finbow, *The Limits of Regionalism: NAFTA's Labour Accord*, Ashgate Publishing, 2006, p. 101.

행 검토 단계에 있다. 이들 사건들은 단결권, 단체교섭권 등의 노동권, 국내 노동법의 집행 문제, 차별 금지 등과 관련된다. (표6 참조)

[표6] 미국의 양자 FTA의 노동규정에 따른 공중의견제출⁵⁰⁾

협정문	피제소국 (제소연도)	주된 쟁점	처리 상황
CAFTA-DR	과테말라 (2008)	사용자에 의한 반(反)노동조합 행위(actions) 및 단체교섭권 침해, 노동조합에 대한 폭력 행사에 대한 국가의 부작위	분쟁해결 챗터에 따른 중재패널 설치 요구, 정부간 집행실행계획 합의로 패널 절차 중지됨.
	코스타리카 (2010)	노동조합의 내부 업무에 대한 국가의 간섭으로 지역의 연합위원회가 해산됨	철회
	도미니카공화국 (2011)	사탕수수 산업에서의 강제노동, 아동노동, 낮은 안전/보건 기준 및 임금 수준, 반(反)노동조합 행위	의견 수락, 노동부의 보고서 발표
	온두라스 (2012)	단결권, 단체교섭권, 아동노동 및 최저 근로기준 관련 노동법의 집행 부작위	의견 수락, 노동부에 의한 검토 진행 중
미-페루 FTA	페루 (2010)	단체교섭권 관련 노동법의 집행 부작위	의견 수락, 노동부의 보고서 발표, 사건 종결
미-바레인 FTA	바레인 (2011)	노동조합의 대표자 및 조합원 해고 등의 차별금지 위반을 통한 단결권 침해	의견 수락, 노동부의 보고서 발표, 정부간 협의 요청

이 중 미국과 과테말라와의 분쟁은 미국이 FTA에 기해 제기한 최초의 사건이다.⁵¹⁾ 이에 대해 미국 정부는 CAFTA-DR 위반 사항을 확인하는 보고서 발표,⁵²⁾ 과테말라 정부의

50) U.S. Department of Labor, 'Labor Submissions Accepted for Review by OTLA', <http://www.dol.gov/ilab/programs/otla/freetradeagreement.htm> 참조.

51) 2008년 4월 23일 American Federation of Labor and Congress of Industrial Organization과 6개의 과테말라 노동조합은 과테말라가 CAFTA-DR 제16.2.1.(a)조상의 의무를 준수하지 않아 효과적으로 자국의 노동법을 집행하지 않았다는 이유로 미국 노동부에 공중의견을 제출하였다. AFL-CIO, "AFL-CIO and Guatemalan Unions File First-Of-Its Kind Complaint Under CAFTA" (Apr. 23, 2008), <http://www.aflcio.org/Press-Room/Press-Releases/AFL-CIO-and-Guatemalan-Unions-File-First-Of-Its-Ki>.

52) U.S. Department of Labor, Public Report of Review of Office of Trade and Labor Affairs U.S. Submission 2008-01 (Guatemala) (Jan. 16, 2009),

후속조치 등에 대한 협의⁵³⁾ 등의 절차를 진행하였다. 2011년 8월 미국 무역대표부(Office of the United States Trade Representative, 이하 ‘USTR’)는 과테말라 정부가 특히 단결권, 단체교섭권 및 합당한 노동환경과 관련된 국내 노동법의 효과적인 집행을 하지 못해 CAFTA-DR상의 의무⁵⁴⁾를 준수하지 못한 것으로 판단하여 공식적으로 중재패널의 설치를 요청하였다.⁵⁵⁾ 이후 미국과 과테말라는 양국이 합의할 수 있는 구체적인 실행계획을 협의하는 동안 패널 절차를 중지하였으며, 2013년 4월 양국은 18가지 실행계획 사항에 합의하였다. 동 계획은 6개월의 기간 동안 과테말라 정부가 이행해야 할 구체적인 조치와 추진 일정이 명시되어 있다.⁵⁶⁾ 양국의 실행계획 합의가 있는 지 6개월 후인 2013년 10월 USTR은 과테말라가 이행한 노동법 개선 사항들을 확인하면서도 아직 이행되지 못한 사항에 대해 깊은 우려를 표시하였으며, 향후 6개월 동안 실행계획이 이행되지 않을 시에는 중지 중인 중재패널이 재개하도록 요청할 것이라는 의사를 표명하였다.⁵⁷⁾

미국이 체결한 FTA를 근거로 제기된 이들 분쟁은 아직 최종 해결단계에까지 이르지 못한 것들이 더 많아 FTA를 통한 노동권 보호 측면에 어느 정도 효과를 보이는지 명확하게 판단하는 것이 쉽지 않다. 그러나 이러한 절차의 개시로 인해 관련 당사국이 국내 노동기준의 개선을 위한 작업을 착수 및 추진할 수 있는 동력을 제공하는 것으로 평가된다. 특히 미국과 과테말라와의 분쟁에서 미국 노동부의 보고서 외에 과테말라 당국은 자체적으로 근로자 해고에 대한 조사를 수행하고, 관련 기업에 대해 근로자들을 복귀시키고 체불 임금을 지급할 것을 요구한 바 있다.⁵⁸⁾ 또한 양국간 실행계획은 과테말라가 이행하여야 할 조치들을 추진 일정과 함께 명시하고 미국이 계속적으로 이행 촉구를 하는 과정에서 과테말라의 이행을 유발하게 된다.

(4) 소결

미국은 FTA 노동규정에 근거하여 비준 전 조건 부과와 비준 후 집행절차를 통해 노동권 보호를 꾀하고 있다. 대체로 비준 전 조건의 경우, 당사국의 노동법의 집행 측면보다는 노동법 자체의 미비점에 초점이 맞추어진 반면, 비준 후에는 해당 국가의 노동법 집행을 문제에 집중되고 있다. 영향력의 관점에서 비교해 볼 때, 후자보다는 전자의 경우를 통해 해당 국가의 노동권 보호에 영향을 미친 것으로 보인다. 즉, 단결권, 단체교섭권 등

<http://www.dol.gov/ilab/media/reports/otla/20090116Guatemala.pdf>.

53) CAFTA-DR 제16.6.1조. 제16.6.6조는 당사국간의 협의 사안이 제16.2.1조의 의무와 관련되고, 60일 이내에 동 사안을 해결하지 못하면, 문제제기 당사국은 분쟁해결 관련 장(20장)에 따른 협의를 요청하거나 공동위원회에 그 사안을 회부할 수 있으며, 그 이후에는 제20장의 다른 규정을 이용할 수 있다고 명시하고 있다.

54) CAFTA-DR 제16.2.1(a)조

55) U.S. Department of Labor, ‘Guatemala Submission under CAFTA-DR’, <http://www.dol.gov/ilab/programs/otla/guatemalasub.htm>.

56) Mutually Agreed Enforcement Action Plan between the Government of the United States and the Government of Guatemala (Apr. 2013), <http://www.dol.gov/ilab/programs/otla/0413GuatEnforcementPlan.pdf> 참조.

57) USTR, “US Continues to Press Guatemala on Enforcement of Worker Rights” (Oct. 2013), <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2013/October/US-Guatemala-enforcement-worker-rights> 참조.

58) ILS, *supra* note 4, p. 52.

의 노동권을 보장하는 노동법의 채택 또는 개선을 통해 당사국의 노동환경에 변화가 있었던 반면, 공중의견의 제출 또는 분쟁해결절차를 통한 노동권의 보호는 아직 그 영향력이 제한적이라 할 수 있다. 그 이유로는 미국 FTA가 발효되어 시행된 기간이 아직 오래 되지 않았고, 이들 FTA에 기해 제기된 분쟁이 실제로 중재패널 단계를 거친 경우가 없기 때문인 것으로 판단된다. 또한 국내 노동법의 채택 및 집행에는 국내 정치·경제적 상황과 당국의 의지가 함께 작용하기 때문에 빠른 시일 내에 변화를 보이기 어려운 측면이 존재한다. 그러나 1994년에 발효된 NAALC의 지속적인 이용은 적어도 초국가적인 협력과 노동단체를 포함한 시민사회의 노동기준에 대한 보다 높은 의식의 필요성을 심어 주었다.

2) 미국 FTA의 장려 노동규정과 그 효과

노동 관련 사항의 장려는 노동기준과 관련된 의무가 조건이 아닌 협력 활동, 의견 교류 및 모니터링 등과 연계된 것을 지칭한다. 이러한 장려 내용을 담고 있는 노동규정은 거의 모든 무역협정에 포함되어 있다고 하여도 과언이 아니며, 미국보다는 EU의 FTA를 중심으로 발견된다. 미국의 경우에는 순수하게 장려의 측면만을 포함하기보다는 장려와 조건부 내용을 함께 규정하고 있는 것이 보통이다.⁵⁹⁾ 아래에서는 미국 FTA 노동규정의 모니터링 활동과 협력 활동 측면을 나누어 살펴보도록 한다.

(1) 모니터링 활동

모니터링 방식은 제재의 수단에 의하지 않으면서 단일 또는 양자간 위원회나 협의를 통해 문제 해결을 도모한다.⁶⁰⁾ 모니터링 절차가 중앙 중심적인 과정을 통해 이루어지는 경우, 관련 국가의 노동기준을 정기적으로 평가하고 보고하는 기관이 구성되는 경우가 일반적이다.⁶¹⁾ 특히 CAFTA-DR의 경우, 관련 국가의 노동기준의 개선 상황을 모니터링하기 위해 ILO의 감독 하에 검증 프로젝트(Verification Project)를 수립하여 그 개선 사항에 대한 검증 보고서를 2007-2010년 사이에 6개월마다 발간하였다. 노동단체, 사용자, NGO 등의 이해관계자들과의 협력 하에 동 보고서는 관련 국가의 노동법 집행 향상과 역량강화(capacity building) 및 노동 관련 기관의 업무능력 증진을 위한 권고 사항을 담은 2005년 백서(The Labor Dimension in Central America and the Dominican Republic - Building on Progress: Strengthening Compliance and Enhancing Capacity)의 이행 내용을 다루고 있으며, 미국 노동부의 자금 지원을 받아 운영되고 있다.⁶²⁾ 동 보고서는 미국 의회에 정기적으로 보고가 되었다.⁶³⁾ 이러한 검증 과정을 통해 개별 국가의 노동기준의 진전 상황

59) *Ibid.*, p. 68.

60) *Ibid.*, p. 74.

61) *Ibid.*

62) 관련 국가의 검증 보고서는 다음의 사이트 참조.

<http://www.ustr.gov/trade-topics/labor/bilateral-and-regional-trade-agreements/cafta-dr-white-paper-and-verification-rep>.

및 개선 요청 사항들을 확인하였다.⁶⁴⁾

(2) 협력 활동

FTA 노동규정을 통한 협력 활동은 역력강화를 위한 지원, 의견 교환, 정보 교류 등의 다양한 형태를 띤다. 우선 NAALC의 경우, 정부간 세미나, 교육 과정, 공개 회의 및 연구 활동 등의 방식으로 당사국간 협력을 도모하고 있다. 이들 활동은 직업상의 안전 및 보건 문제를 중심으로 시작하였으나, 점차 다른 노동기준 및 고용 쟁점으로 확대되었다.⁶⁵⁾ 그러나 이러한 일반적인 협력 활동보다는 개별적으로 제기된 공중의견과 연관된 정보 교환, 기술 지원 등의 협력 활동이 관련 이해당사자들의 행동에 보다 실효적인 영향을 미칠 수 있었던 것으로 평가된다.⁶⁶⁾

NAALC 이후의 미국 FTA에도 협력 활동 관련 내용이 포함되어 있다. 내용 측면에서 주로 국내 노동법 집행의 개선을 다루고 있으며, 그 구체적인 방법으로는 노동 관련 조사, 노사관계 및 노동 관련 분쟁해결 장치의 강화 등을 들 수 있다. (표7 참조.)

[표7] 미국 FTA의 노동 관련 협력 활동⁶⁸⁾

협정문	협력 활동	재정 규모 (USD million)
미-요르단 (2001) 미-싱가포르 (2004) 미-호주 (2005)	불명확	—
미-칠레 (2004)	칠레의 노동 관련 조사 강화, 직업상의 안전 및 보건 법규의 집행 향상, 노동 관련 법제의 개선 지원	1.4
미-모로코 (2006)	노동법 집행 및 협상/중재 역량 강화, 공무원들을 포함한 관계인 교육, 고용 차별 금지 개선	3.1
미-바레인(2006) 미-오만 (2009)	정부와 노동단체를 포함한 시민사회간의 상호 소통을 강화하여 노사관계 증진, 노동법 집행 역량 강화	각 0.4
미-페루 (2009)	핵심 노동권, 노동 관련 조사 및 노동 통계 등과 관련된 노동부의 역량 강화, 노동 분쟁 담당 판사 및 노동 분쟁 조정관 교육	—

63) Dominican Republic - Central America - United States Free Trade Agreement Implementation Act의 Sec. 403(a)에 따라 요구된 사항이다. 관련 조항은 <https://www.govtrack.us/congress/bills/109/hr3045/text> 참조.

64) ILO International Institute for Labour Studies, *supra* note 4, p. 74.

65) *Ibid.*, p. 78.

66) Sandra Polaski, "Protecting Labor Rights through Trade Agreements: An Analytical Guide", *U.C. Davis Journal of International Law & Policy*, Vol. 10 (Fall, 2003), p. 24.

CAFTA-DR (2006)	노동법 집행 개선, 노동부의 예산 및 인력 충원, 노동 관련 법제의 역량 강화, 업무 현장에서의 차별 금지 개선, 노동기준의 준수 문화 증진, ILO의 감독 하에 CAFTA-DR 당사국의 노동기준 모니터링	85.1
미-대한민국 (2012)	정부간 정보 교류, 근로자 및 사용자를 포함하는 시민사회와의 공개회의를 통한 상호 소통 강화 ⁶⁷⁾	—
미-콜롬비아 (2012)	ILO와의 협력 하에 노동기준 집행 관련 프로젝트 수행	—

상기의 표7를 통해서도 볼 수 있듯이 특히 CAFTA-DR에 따른 협력 활동 규모가 가장 크다. 미국은 CAFTA-DR이 발효되기 이전부터 관련 국가의 역량강화 활동을 지원하고 있었고, CAFTA-DR의 노동협력 메커니즘⁶⁹⁾에 따라 그 지원금이 상당히 증가하였다. 이들 활동은 미국 노동부, 국제개발청(U.S. Agency for International Development) 및 국무부(State Department)에 의해 수행되고 있으며, 노동권 보호에 대한 근로자의 인식 제고, 관련 당사국의 노동부 및 노동 분쟁해결기관의 예산 및 환경 개선, 노동 관련 공무원 교육, 그리고 근로자에게 법적 지원을 제공하는 기관 설립 등의 문제를 다루고 있다.⁷⁰⁾ 그러나 이러한 협력 활동이 상당한 영향력을 발휘하지는 못했으며, 그 영향도 국가마다 차이를 보인다는 제약도 있다. 예를 들어, 공장 단위의 사용자 및 근로자 합동 교육 관련 프로젝트의 수행에서 과테말라와 엘살바도르의 사용자 단체의 적대적 태도로 인하여 다른 국가에서보다 그 효과가 저하되었으며, 이에 따라 개별 국가의 정치·경제적 상황을 고려하고 국제적 기준이 지역 차원에서도 실효적으로 운용될 수 있는 종합적인 체계가 필요한 것으로 보인다.⁷¹⁾

3) 단계적 인센티브 지급 방식의 미-캄보디아 섬유 협정

미국의 무역협정 중 한 가지 특기할 만한 경우는 캄보디아의 국제노동기준 준수에 대한 ILO의 감독 보고에 따라 캄보디아에 추가적인 쿼터 인센티브를 제공하기로 한 미-캄보디아 섬유 협정이다. 미-캄보디아 협정은 무역과 노동기준의 성공적인 연계의 대표적인 예로 평가된다.⁷²⁾ 미국은 캄보디아 의류수출 쿼터를 2000년, 2001년 및 2002년에 9%,

67) U.S. Department of Labor, Joint Statement of the Labor Affairs Council of the U.S.-Korea Free Trade Agreement (Mar. 19, 2013), <http://www.dol.gov/ilab/programs/otla/KORUS-LAC2013.pdf>.

68) ILO International Institute for Labour Studies, *supra* note 4, p. 82를 기초로 정리함.

69) CAFTA-DR 제16.5조 Labor Cooperation and Capacity Building Mechanism 및 Annex 16.5.

70) U.S. Department of Labor, Progress in Implementing Capacity-Building Provisions under the Labor Chapter of the Dominican Republic - Central America - United States Free Trade Agreement (Jan. 2009), <http://www.dol.gov/ilab/media/reports/otla/JeffersonReport.pdf>.

71) DAI, Continuous Improvement in the Central American Workplace (Dec. 2008), <http://www.oecd.org/derec/unitedstates/42306046.pdf>, pp. 26-34, 50-51.

72) Weifeng Zhou and Ludo Cuyvers, "Linking International Trade and Labour Standards: The Effectiveness of Sanctions under the European Union's GSP", *Journal of World Trade*, Vol. 45, No. 1 (2011), p. 67;

2003년에 12%, 그리고 2004년에 14%를 증액한 바 있다.⁷³⁾ 이러한 성공 요인으로 세 가지 사항을 들 수 있다. 첫째는 쿼터의 증가가 연 단위로 평가되었기 때문에 캄보디아 당국과 공장들의 반응과 이에 대한 보상이 직접적인 상관관계에 있었다고 평가된다.⁷⁴⁾ 미국과 캄보디아 정부의 협의를 통해 목표 기준점이 설정되고, 이러한 기준은 6개월 내지 1년의 기간 동안 지속적으로 달성할 수 있게 된다.⁷⁵⁾ 둘째, 민간에 제공된 인센티브는 캄보디아 정부의 목표와 결부되어 있었다. 즉, 캄보디아의 쿼터가 증가하면 자연스레 개별 공장들도 혜택을 누리기 때문에 캄보디아 공장주 입장에서조차 자발적으로 노동법을 준수하고 근로자의 노동권을 보호하는 것이 이익이 된다. 또한 쿼터 증가는 의류 부문 전체의 이행 성과에 달려 있었기 때문에 일부의 의무 불이행은 전체 의류 부문의 불이익으로 돌아갈 수 있다. 다시 말해, 강제적인 제재나 단체행동이 아닌 의류산업 자체와 정부 및 근로자로부터의 사회적 압력이 작용하였다고 평가할 수 있다.⁷⁶⁾ 셋째, ILO의 모니터링에 의해 캄보디아 공장의 이행 성과에 대한 정보가 공장 관리자를 비롯한 이해관계자 및 일반에 공개되었으며, 이로 인해 정보의 접근가능성과 신뢰성이 향상되었다.⁷⁷⁾

미-캄보디아 섬유 협정은 2004년에 종료되었으나, ILO, 캄보디아 정부, 캄보디아 의류 제조협회, 캄보디아 노동조합 및 미국 정부와의 협의 끝에 2001년 ‘Better Factories Cambodia’로 명명된 별도의 프로그램을 만들어 운영하고 있다.⁷⁸⁾ 또한 이러한 캄보디아의 모델은 베트남, 아이티, 요르단 등에까지 적용이 되었다. 캄보디아의 사례는 순차적 인센티브의 설정이라는 단계적 접근을 취하여 목표 기준점의 달성 여부에 따라 쿼터 인센티브를 제공함으로써 당사자로 하여금 노동기준을 준수하도록 유도할 수 있었던 것으로 평가된다.

IV. 결론

무역과 노동의 연계를 통한 노동기준의 개선에 관한 논의는 오래전부터 있어 왔으며, 노동규정은 다양한 방식을 통해 무역체제로 편입되어 왔다. 최근에는 미국, EU 등의 FTA에 노동규정을 포함하여 노동권 보호를 꾀하려는 경향이 증가하고 있다. 여기서는 특히 미국의 경우를 중심으로 FTA 노동규정의 의무의 내용과 그 집행 메커니즘을 살펴보았다. 그러나 노동과 무역의 연계에 관한 기존의 연구는 대체적으로 강제적 제재를 통한 집행

Kevin Kolben, “Trade, Monitoring, and the ILO: Working to Improve Conditions in Cambodia’s Garment Factories”, *Yale Human Rights and Development Law Journal*, Vol. 7 (2004), p. 79; Thomas Greven, *Social Standards in Bilateral and Regional Trade and Investment Agreements: Instruments, Enforcement, and Policy Options for Trade Unions*, Dialogue on Globalization, Occasional Papers No. 16, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2005, p. 39.

73) Sandra Polaski and Katherine Vyborny, “Labor Clauses in Trade Agreements: Policy and Practice”, *Integration & Trade Journal*, No. 25 (July-December, 2006), p. 103

74) *Ibid.*, p. 104.

75) Sandra Polaski, *Harnessing Global Forces to Create Decent Work in Cambodia*, ILO International Institute for Labour Studies, 2009, p. 17.

76) Polaski and Vyborny, *supra* note 73, p. 104.

77) *Ibid.*

78) Polaski, *supra* note 75, pp. 8-9.

을 FTA 노동규정의 실효성을 판단하는 잣대로 삼아 분석을 하고 있다. FTA 노동규정은 그 의무의 내용도 분쟁해결절차를 통해 집행가능한 것과 그렇지 못한 것이 공존하며, 노동규정의 집행 메커니즘도 제재를 통한 분쟁해결절차뿐 아니라 당사국이 아닌 민간인이 제기할 수 있는 공중의견제출제도 및 협력 절차로 다양하게 구성되어 있다. 이러한 점은 조건부 조항과 장려 조항의 성격을 갖는 노동규정을 모두 포괄하고 있는 미국 FTA 노동규정을 통해 알 수 있었다. 그렇기 때문에 강제 제재 차원에서 FTA 노동규정의 실효성을 판단하는 것은 제한적이라고 할 수 있다. 미국의 경우에도 노동규정 위반에 대해 제재가 가능한 분쟁해결절차가 마련되어 있으나, 미국과 과테말라의 분쟁에서 볼 수 있듯이 중재패널을 통한 분쟁의 해결보다는 당사국간의 협의 및 합의를 통한 분쟁해결 방법에 중심을 두고 있다. 또한 협력 활동을 통한 문제해결은 제재를 통한 해결보다 시간적으로나 경제적으로나 소모가 크지만, 미국은 FTA 비준 전/후 상대국의 역락강화를 위한 협력 메커니즘에 상당한 자금을 지원하고 있으며 이러한 지원은 일정 부분 긍정적인 영향을 미치고 있는 것으로 판단된다.

노동권 보호는 국제적으로 인정된 인권 차원에서 보장이 이루어져야 하는 것이 맞지만, 이와 동시에 노동 관련 법 및 정책의 문제는 국내적으로 가장 민감한 사항 중 하나라는 점에 유의하여야 한다.⁷⁹⁾ 무역과 노동의 연계 논의를 실효적으로 이어나가기 위해서는 노동권 보호라는 달성하고자 하는 목적의 실현을 위해 어떠한 규범과 제도적 장치를 택할 것인지를 고민하는 것이 필요하다. 노동권 보호의 목적, 노동 사안의 국내적 민감성, 노동규정 의무의 성격, 노동규정 집행을 위한 메커니즘 등의 요소를 종합적으로 검토하여 FTA 노동규정 논의에 접근하여야 할 것이다.

79) Christian Häberli, Marion Jansen, and José Monteiro, Regional Trade Agreements and Domestic Labour Market Regulation, Employment Working Paper No. 120, ILO, 2012, p. 36.

제2부 주니어 멤버 학술발표

제1주제

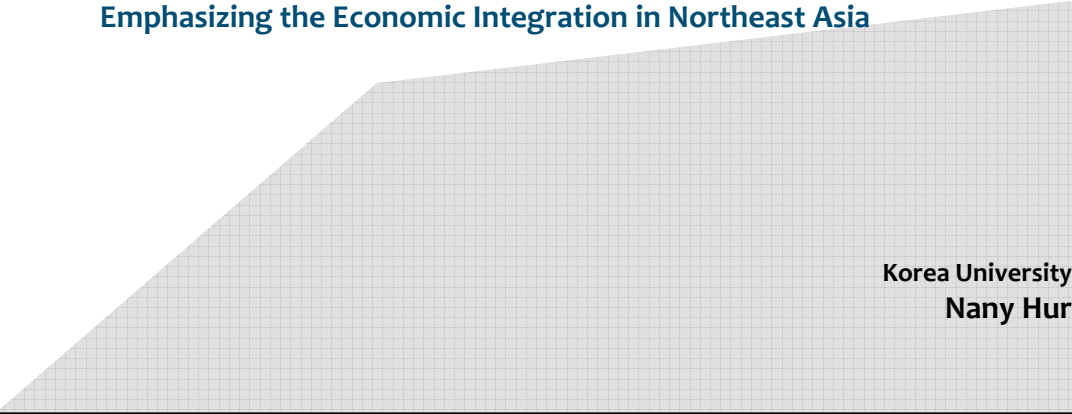
Trilateral Treaty Relationship between Korea,
China and Japan: Emphasizing the Economic
Integration in Northeast Asia

발 표: 허난이 (고려대학교 박사과정)

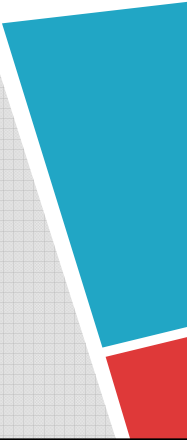


Trilateral Treaty Relationship Between Korea, China, and Japan

Emphasizing the Economic Integration in Northeast Asia




Korea University
Nany Hur

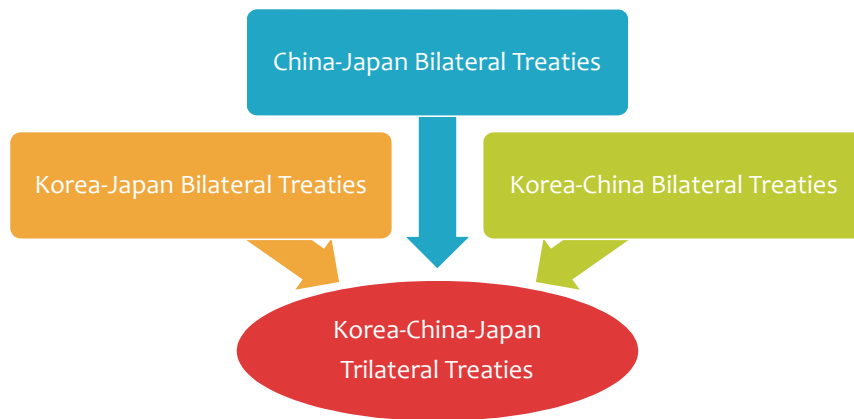


INTRODUCTION



- ▶ *Why Northeast Asia – Korea, China and Japan – are being focused?*
 - ▶ Importance of the region: Three major economies
 - ▶ Dream of Northeast Asian Economic Integration
 - ▶ *Why ‘Treaties’ are important for Northeast Asian Economic Integration?*
 - ▶ Legal bonds between the states: legally bound with the promise
 - ▶ Already existing treaties show what kinds of and how the compromises between the states were made
- 

SUCCESSFULLY CONCLUDED TREATIES IN NORTHEAST ASIA



Korea-China Bilateral Treaties

- ▶ Diplomatic relationship began on August 24, 1992
- ▶ Trade headquarters for Korea-China trade in January, 1990
- ▶ Trade Agreement between Korea and China was signed in 1992
 - ▶ MFN right for China before the accession to the WTO
- ▶ Agreement for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income
 - ▶ Due to the increased movement of persons between the two
 - ▶ Based on the OECD Model Convention



Korea-China Bilateral Treaties



- ▶ Agreement concerning Cooperation and Mutual Assistance in Customs Matters
 - ▶ Due to the increased movement of goods between the two
- ▶ Since 1994, 'agreements', 'exchanges of notes' and 'arrangements' for the loans from the Economic Development Cooperation Fund (EDCF)
 - ▶ Overall 17 treaties: Korea being a donor and China being a recipient
- ▶ Agreement on the Promotion and Protection of Investments
 - ▶ China and Korea signed a BIT on in 1992, but 15 years later, in 2007, China and Korea updated their BIT into the new BIT.



Korea-China Bilateral Treaties



- ▶ Treaties regarding transportation: for free movement of persons and goods
 - ▶ Agreement on Maritime Transport in 1993
 - ▶ Agreement for the Civil Aircraft Cooperation and Development in 1994
 - ▶ Agreement on Sea-Land Intermodal Freight Vehicle Transportation in 2010
- ▶ Agreement on Social Insurance
 - ▶ Trade in services is highly related to this settlement.
- ▶ Korea-China FTA negotiations : still ongoing



Korea-Japan Bilateral Treaties



- ▶ Despite long historical relationship between Korea and Japan, a rampant tension between the two states
- ▶ Treaty on Basic Relations between Japan and the Republic of Korea in 1965.
- ▶ Settlement of Problem concerning Property and Claims and the Economic Cooperation
 - ▶ Compensation for Korea from Japan to reward the colonial period
- ▶ Trade Agreement between the Republic of Korea and Japan” in March 1966
 - ▶ Securing MFN right: Japan being a party to the GATT since 1955 while Korea lately signed in 1967



Korea-Japan Bilateral Treaties



- ▶ Convention for the Avoidance of Double Taxation and Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income
 - ▶ Convention in 1970 → Later in October 1998, new convention with updated “attributable income principle” based on OECD Model
- ▶ Agreement Regarding Mutual Assistance in Customs Matters in 2004
- ▶ Korea had been a recipient of economic assistance from Japan
 - ▶ Japanese ODA policy: “the major economic power strategy” pushing on for economic growth and the compensation for the war victims
 - ▶ “Overseas Economic Cooperation Fund (OECF) in 1990



Korea-Japan Bilateral Treaties



- ▶ Exchange of Notes concerning Mutual Protection of Rights on Trade Marks in 1968 and Exchange of Notes concerning Mutual Protection of Rights on Patents and Utilities Models in 1973
 - ▶ Before Korea joining the Paris convention: for intellectual property rights
- ▶ Agreement for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment concluded in 2003
 - ▶ “liberalization” of investment is included unlike with other BITs
- ▶ Korea-Japan FTA Talks: started in 2005 but being delayed



China-Japan Bilateral Treaties



- ▶ Long historical conflicts between the two states
- ▶ Treaty of Peace and Friendship between Japan and the People's Republic of China in August 1978
 - ▶ On 5 February 1973, China and Japan reestablished diplomatic relations
- ▶ Unconditional ODA and Loan agreement, technology development assistance
 - ▶ Most of the treaties signed bilaterally between China and Japan are about ODA projects and loan agreements: China being a recipient of Japan's ODA
- ▶ Agreement for strengthening the exchange of information Between Stock Regulating Authorities



China-Japan Bilateral Treaties



- ▶ Trade Agreement in 1974 between Japan and China
 - ▶ Securing MFN right of China before the accession to WTO
- ▶ Agreement on Trade Mark Protection in 1978
- ▶ Agreement ... concerning the encouragement and reciprocal protection of investment in 1988
- ▶ Signing of the Agreement between the Government of Japan and the Government of the People's Republic of China Regarding Mutual Assistance and Cooperation in Customs Matters in 2006
- ▶ Agreement on Transportation: Air services and maritime transportation



Korea-China-Japan Trilateral Treaties



- ▶ Agreement on the Establishment of the Trilateral Cooperation Secretariat among the Governments of the Republic of Korea, Japan and the People's Republic of China concluded in 2011
- ▶ Japan-China-Korea Trilateral Investment Agreement on May 13, 2012
 - ▶ Narrow scope and restating existing rights and obligations
- ▶ Korea-China-Japan FTA Talks: ongoing → delayed

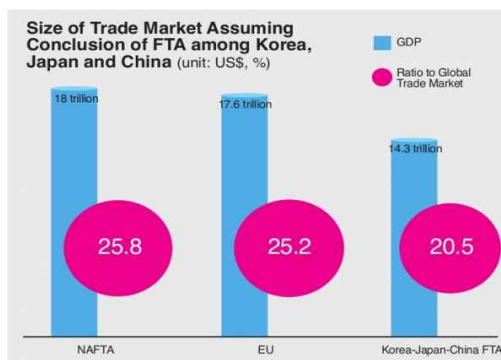


IMPLICATIONS OF THE EXISTING TREATIES FOR THE ECONOMIC INTEGRATION IN NORTHEAST ASIA

- ▶ Analysis on the Current Trend of Trilateral Treaty Relationship
 - ▶ Can it be seen as “trilateral” relationship regarding treaties?
 - ▶ Just mere bilateral treaties which prevail in the region?
- ▶ Contribution to the Further Economic Integration in Northeast Asia
 - ▶ Not only economic aspect but also legal approach is needed
 - ▶ Need to utilize already existing treaty rights and obligations to have smoother negotiations

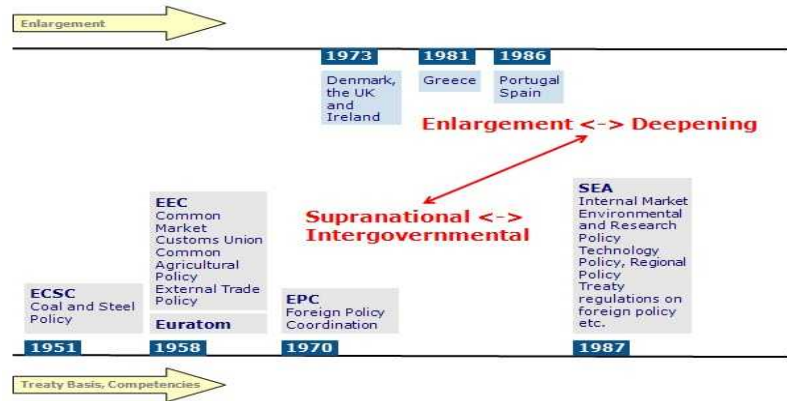
IMPLICATIONS OF THE EXISTING TREATIES FOR THE ECONOMIC INTEGRATION IN NORTHEAST ASIA

- ▶ Prospect of Korea-China–Japan Free Trade Agreement



CONCLUSION

► Example of the European Union



CONCLUSION

- Current talks on TPP, RCEP
- Various scenarios possible in the future

ASEAN Economic Community (AEC)

Holistic economic community of Southeast Asian countries
 Total Nominal GDP (2015): **3.1% of Global**
 Total Population (2015): **8.8% of Global**
 Total Merchandise Trade (2011): **6.5% of Global**
 Planned Deadline: **End of 2015**



Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)

ASEAN's deepening of economic ties with regional partners
 Total Nominal GDP (2015): **32% of Global**
 Total Population (2015): **48% of Global**
 Total Merchandise Trade (2011): **28% of Global**
 Planned Deadline: **End of 2015**



Trans-Pacific Partnership (TPP)

United States' 21st century-style trade liberalization partnership
 Total Nominal GDP (2015): **30% of Global**
 Total Population (2015): **9.4% of Global**
 Total Merchandise Trade (2011): **21% of Global**
 Planned Deadline: **End of 2013**



제2부 주니어 멤버 학술발표

제2주제

Evolution of International Trade Rules on Technical Standards

발 표: 김동휴 (연세대학교 박사과정)

Evolution of International Trade Rules on Technical Standards

Dong-hyu Kim
Graduate School of International
Studies, Yonsei University

Introduction

- Rising importance of standards in the world trading markets
- The proliferation of FTAs in a manner to catch up with standards-propelled changes
- This paper probes into the WTO Agreement and the Korea-US FTA in respect of TBT (goods) and Telecommunications (services) to identify changes in int'l trade rules on technical standards

WTO Rules on Technical Standards

- **TBT Agreement**

- Annex 1 (technical regulation)
- Article 2.1 (non-discrimination)
- Article 2.2 (necessity)
- Article 2.4 (international standards)
- Cases: *EC – Sardines*, *U.S. – Clove Cigarettes*, *U.S. – Tuna II*, *U.S. – COOL*, *EC – Seal Products*

WTO Rules on Technical Standards

- **GATS, Annex on Telecommunications, and Reference Paper (RP)**

- GATS Article VI:5
- Annex Section 2 (scope)
- Annex Section 5 (access to and use of public telecom networks)
- RP Section 2 (interconnection)
- Case: *Mexico – Telecommunications Services*

FTA Rules on Technical Standards: A Case of the Korea-US FTA

- **TBT Chapter**

- Scope: FTA Article 9.2 vs. TBT Article 1.3
- International Standards: FTA Article 9.3
- Conformity assessment procedures:
 - FTA Article 9.5.3 (non-discrimination for accreditation)
- Transparency:
 - FTA Article 9.6.1 (participation in standards-setting)
 - FTA Article 9.6.2 (non-governmental bodies' action)
 - FTA Article 9.6.3(b) (establishment of a coordinator)
 - FTA Article 9.6.5 (accessible notices through a single Internet sites)

FTA Rules on Technical Standards: A Case of the Korea-US FTA

- **Telecommunications Chapter**

- Scope: FTA Telecom Chapter vs. WTO GATS Annex
- Interconnection: FTA Article 14.3.1 vs. RP Section 2.2(b)
- Technical Flexibility: FTA Article 14.21.1
- Necessity: FTA Article 14.21.2
- Spectrum policy: FTA Article 14.21.3
- Due process: FTA Article 14.21.5

Conclusion

- This research has delved into the WTO rules and the Korea-US FTA, and identified some of the progresses made under the FTA, showing the evolving process of international trade rules on technical standards
- Future research is planned to examine other FTAs to supplement the findings

