

## Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector(WT/DS412,426)

[보조금 및 상계조치에 관한 협정(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, “SCM 협정”)]

작성자 : 맹조영 변호사, 윤여현 변호사 | 법무법인 세종

감수자 : 이재민 교수 | 서울대 법학전문대학원

### I. 분쟁 배경 및 판정 요지

#### 1. 당사국 및 제3자 참여국

본 사건의 제소국은 일본과 유럽연합이고, 피소국은 캐나다이다.

제3자 참여국은 미국, 일본, 호주, 중국, 대만, 인도, 사우디아라비아, 브라질, 한국, 멕시코, 노르웨이, 튀르키예 및 엘살바도르이다.

#### 2. 패널 및 상소위원

2011년 10월 6일 WTO 사무총장은 다음과 같이 패널을 구성하였다.

- 의장: Thomas Cottier
- 패널위원: Alexander Erwin, Daniel Moulis

동 분쟁의 상소위원은 다음과 같다.

- 의장: Ricardo Ramírez-Hernández
- 상소위원: Ujal Singh Bhatia, David Unterhalte

#### 3. 사실 배경 및 판정 요지

##### (1) 사실 배경 및 절차진행 경과

2009년 캐나다의 온타리오 주정부는 온타리오주 환경 정책의 일환으로 재생 에너지 지원제도인

발전차액지원제도(Feed-in-tariff, "FIT")를 시행하였다. 해당 정책의 목적은 (i) 에너지자원을 다양화함으로써 전력 공급을 안정화하고, 청정에너지원의 사용을 촉진하여 온실가스 배출량 줄이기와, (ii) 재생 에너지 발전시설에 들어가는 설비에 대한 국내투자 촉진과 일자리 창출에 있었다.

FIT 프로그램에 따라 일정 요건을 갖춘 풍력, 태양광, 재생 바이오매스, 매립지 가스 및 수력에서 나오는 전력을 생산하는 '재생 에너지 전력 공급자'들은 화력 등 그 밖의 방식으로 전기를 생산하는 발전업자(재래식 전력공급자)들 보다 높은 효율의 전력 매입가를 최소 20년에서 최대 40년까지 보장받을 수 있었다.

온타리오주 FIT 프로그램의 혜택 대상이 되기 위해서는 (i) 온타리오주에서 생산된 재생 에너지 발전 전력 생산 설비의 발전 및 건설에 필요한 장비와 부품을 사용하여야 하며, (ii) 재생 에너지별로 요구하는 최소 기준을 반드시 충족하여야 했다.

2012년 1월 20일 분쟁해결기구(Dispute Settlement Body, "DSB")는 일본의 제소 건(WT/DS412)과 EU의 제소 건(WT/DS426)에 대해 분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해 (Dispute Settlement Understanding: DSU) 제9조 제1항에 따라 단일 패널을 구성하였다. 이후 2012년 12월 19일 패널 보고서가 회원국에 회람되었고, 2013년 5월 24일 채택되었다. 캐나다와 일본은 각각 2013년 2월 5일, 11일에 DSB에 상소 결정을 통지하였고, 상소기구 보고서는 2013년 5월 6일에 회람되었으며, 5월 24일에 채택되었다.

## (2) 판정요지

본 사건 패널 및 상소기구의 주요 판정 요지는 다음과 같다.

가. 패널은 온타리오 주 정부의 FIT 프로그램에 따른 전기 "구매"는 "상업적 재판매"를 목적으로 수행되었기 때문에 GATT의 내국민 대우원칙의 유효한 예외로 인정되는 제III.8조(a) 상의 '정부조달'에 해당되지 않으며, 결과적으로 문제 된 "역내 생산품 사용 최소기준 요건"은 GATT 제III.4조의 적용을 면제받을 수 없다고 판단하였다.

나. 패널은 FIT 프로그램이 금지 보조금에 해당하여 SCM 협정 제3.1조(b)항과 제3.2조에 불합치한다는 제소국들의 주장에 대해서 패널의 다수 의견은 제소국들이 문제가 되는 조치가 SCM 협정 위반이 아니라고 판시하였다.

다. 상소기구는 패널의 FIT 프로그램이 '경제적 혜택'에 관한 해석에 문제가 있었다고 판단하였다. 다만, '혜택' 존재 여부를 분석하는 데 있어서 해당 분석에 대한 증거가 불충분하기 때문에, SCM 협정 제1.1조 (b)항에서 요구하고 있는 경제적 혜택이 부여되었는지의 여부와, 문제 된 조치가 SCM 협정 제3.1조 (b)항 상의 '금지 보조금'에 해당 여부에 관해 분석을 완성할 수 없다고 판시하였다.

## II. 사건 및 판정의 세부사항

### 1. 제소의 근거가 된 협정

본 사건에서는 SCM 협정 제1.1조(b), 제3.1조(b)항, 제3.2조의 위반 여부와 GATT 제III.8조(a)에 따른 GATT 제III:4조의 면제 여부가 문제 되었다.

### 2. 문제가 된 피소국의 조치

2009년 10월 1일에 온타리오주는 재생 에너지 발전 전력 공급자의 시장 진입을 장려하기 위한 재생 에너지 지원제도인 'FIT 프로그램'을 시행하였다.

FIT 프로그램은 재생 에너지 발전전력 공급자가 'FIT 계약'과 'microFIT 계약' 체결을 통하여 매 입가를 보장받는 방식으로 진행되며, FIT 및 microFIT 계약은 바이오매스, 바이오가스, 수력, 매립 가스, 태양열 PV 및 풍력 기술을 사용하는 시설에 사용할 수 있다. FIT는 용량이 10 kW 이상인 설 비, microFIT는 용량이 10 kW 이하인 설비를 의미한다. 단, 용량이 10kW 이상인 풍력 시설(FIT), 용량이 10kW 이상인 태양광 PV 시설(즉, FIT) 및 용량이 10kW 이하인 태양광 PV 시설(microFIT) 만 FIT 프로그램에 따라 계약을 체결하고 최종적으로 대금을 지급받기 위해서는 역내 생산품 사용 최소기준 요건을 충족해야 한다. 동 프로그램을 통해 자격 요건을 갖춘 재생 에너지 전력 공급자들은 보다 높은 효율의 전력 매입가를 최소 20년에서 최대 40년까지 보장받을 수 있다.

이 분쟁에서 쟁점은 FIT 프로그램의 역내 생산품 사용 요건이었다. 온타리오 주 정부는 재생 에너지 발전 장비를 제조하는 시설에 대한 온타리오 주의 투자를 장려하기 위해 해당 프로그램을 도입하였고, 결과적으로 이는 해당 제품의 수입에 피해를 주었다.

역내 생산품 사용 요구 조건은 다음과 같다.

	풍력(FIT)		태양광발전(FIT)		태양광발전(microFIT)	
	2009-2011	2012-	2009-2010	2011-	2009-2010	2011-
운용 기준날짜	2009-2011	2012-	2009-2010	2011-	2009-2010	2011-
역내 생산품 사용 최소 기준	25%	50%	50%	60%	40%	60%

자료 : WTO패널 보고서(WT/DS426/R/Add.1), p. A-10, para.35의 자료를 저자 번역.

### 3. 사실관계

온타리오주의 FIT 프로그램은 풍력, 태양력, 재생 바이오매스, 매립지 가스 및 수력에서 나오는 전력을 생산하는 온타리오 주 내의 재생 에너지 전력 공급자에게 적용되는 조치로서, 역내 생산품 사용 최소 기준 요건을 만족하는 공급자들은 일정한 비율의 전력 매입가를 보장받는다. 이에 일본은 기준 요건에 대한 불만을 제기하였고, 2010년 9월 13일 캐나다 정부에 양자 협의(consultation)을 요청하였지만, 원활한 협의가 진행되지 않아 결국 패널 요청 단계로 진행되었다.<sup>1)</sup>

EU 역시 온타리오주의 프로그램 및 관련 계약이 WTO 의무사항에 위반한다고 보아 2011년 6월 1일 별개의 패널 설치를 요청하였다. 공동제소국은 캐나다의 FIT 프로그램 및 FIT, microFIT 계약이 역내 생산품을 사용한 재생 에너지 전력 공급자에게 보상을 제공하기 위해 '정부에 의한 재정적 기여'가 있었고 '혜택'이 발생하였으며, 해당 지원은 역내 생산품 사용여부에 따라 조건적으로 이루어졌으므로 SCM 협정 제3.1조(b) 및 제3.2조 상 '금지 보조금'에 해당한다고 보았다.<sup>2)</sup>

### 4. 법률적 쟁점 및 판정 결과

#### (1) FIT 프로그램과 FIT 및 microFIT계약이 GATT 제III:8조(a) 상의 정부조달의 해당 여부 판단

##### 당사국의 주장

##### 가. 제소국의 주장

일본은 다음의 세 가지 근거를 들며 GATT 1994의 제 III.8조(a)가 문제의 조치에 적용되지 않는다고 주장하였다.

- (i) 온타리오주 전력당국(Ontario Power Authority, "OPA")은 정부를 위해 전력을 구매하지 않고, FIT 계약상 구매로 볼 수 있을지라도, 해당 구매는 국제 관습법상 정부기관의 조달 (procurement)이라 할 수 없고;
- (ii) 온타리오주 정부는 FIT 계약에 의한 전력을 사용하거나 소비하거나 전력에서 혜택을 보지 않기 때문에 FIT 계약은 정부 목적(governmental purpose)으로 체결되지 않았으며;
- (iii) 상업적 재판매 목적의 전력 구매라고 보았다.<sup>3)</sup>

---

1) WTO 패널 보고서, *Japan, EU-Canada - Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412,426/R (2012.12.19. 회람), para. 1.1.

2) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 1.3.

3) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.77.

EU는 다음의 네 가지 근거를 들며 GATT 1994의 제 III:8(a)조가 문제의 조치에 적용되지 않는다고 주장하였다.

- (i) 온타리오 주 정부가 조달한 것은 FIT 공급자가 생산한 전력이고, 문제가 되고 있는 “역내 생산품 사용 최소기준 요건”은 재생 에너지 발전 설비 및 구성 요소에 관련된 것으로 정부가 조달한 전력과는 연관이 없고;
- (ii) 제 III:8(a)조 상의 조달은 “취득(acquisition)”을 의미하는 바, 전력 당국은 재생가능한 에너지 원으로부터 전력 생산을 촉진하고 FIT 공급자가 전력망에 전달하도록 지시하기 때문에 전력을 취득한다고 볼 수 없기 때문에 조달에 해당하지 않으며;
- (iii) 정부 목적으로 인한 구매에 해당하지 않고;
- (iv) 상업적 재판매 목적의 전력 구매라고 보았다.<sup>4)</sup>

#### 나. 피소국의 주장

캐나다는 FIT 프로그램이 GATT 협정 제III.4조(내국민 대우원칙)의 유효한 예외로 인정된다고 주장하였다. 구체적으로 FIT 프로그램을 만들고 구현하는 법과 요건은 상업적 재판매나 상업적 판매를 위한 제품 생산에 사용하기 위한 목적이 아닌, 온타리오주 소비자를 위한 전력 공급을 확보하기 위한 정부 목적으로 재생 가능한 전력의 조달을 규제하는 법률과 요건이라고 주장하였다.<sup>5)</sup>

#### 패널의 판단

패널은 FIT 프로그램, FIT 계약 및 microFIT계약에 의한 정부의 전력 구매는 GATT 협정 제III:8조(a)에서 규정하고 있는 ‘정부조달(government procurement)’에 포함되어 “역내 생산품 사용 최소기준 요건”이 GATT 협정 제III:4조(내국민 대우원칙)의 유효한 예외로 인정받을 수 있는지 여부를 판단하였다.

패널은 온타리오 주 정부의 FIT 프로그램에 따른 전력 구매는 GATT 협정 제III.8조(a) 상의 해당 용어의 의미 내에서 “조달(procurement)”를 구성한다고 판단하였다. 동시에 FIT 프로그램에 의해 규정되고 FIT 및 microFIT 계약을 통해 적용되는 “역내 생산품 사용 최소기준 요건”은 온타리오 주 정부의 전기 “조달”을 관리하는 “요건” 중 하나라고 보았다. 다만, 온타리오 주 정부의 FIT 프로그램에 따른 전기 구매는 “상업적 재판매”를 목적으로 수행되기 때문에, 후자의 결론에 비추어 볼 때, 패

4) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.85.

5) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.86.

널은 문제된 조치가 제III.8조(a)의 조건에 포함되지 않으며, 결과적으로 역내 생산품 사용 최소기준 요건은 GATT 협정 제III.8조(a)에 기반하여 GATT 1994의 제III.4조의 의무에서 제외될 수 없다고 판시하였다.<sup>6)</sup>

## **상소기구의 판단**

상소기구는 동 쟁점에 관한 패널의 결론은 지지하지만 논거에 대해서는 상이한 입장을 보였다. 패널이 온타리오주 FIT 프로그램에 의한 정부의 전력 구매 행위가 정부 조달에 해당한다고 판단한 반면, 상소기구는 정부조달에 해당되지 않는다고 판단하였다. 상소기구는 온타리오주 정부가 조달한 것은 전력이며 “역내 생산품 사용 최소기준 요건”의 적용을 받는 것은 발전 설비이므로 정부 조달이 원칙적으로 성립되지 않는다고 판단하였다.<sup>7)</sup>

### **(2) FIT 프로그램과 FIT 및 microFIT계약의 제3.1조(B)항, 제3.2조 합치성 관련 판단**

#### **가. SCM 협정 제1.1조 상의 보조금에 해당하는지 여부 판단**

##### **1) SCM 협정 제1.1조(a)항의 ‘재정적 기여’ 관련 유형 판단**

### **당사국의 주장**

#### **① 제소국의 주장**

일본은 문제가 되는 조치가 SCM 협정 제1.1조(a)(1)(i) 상의 ‘자금의 직접이전’ 또는 ‘잠재적인 자금의 직접이전’ 형태의 ‘재정적 기여’ 또는 제1.1조(a)(2)상의 ‘모든 형태의 소득 또는 가격 지원’에 해당한다고 주장하였다.<sup>8)</sup>

다음으로 일본은 문제가 되는 조치가 위의 형태가 아니라면, SCM 협정 제1.1조(a)(2)의 의미상 ‘모든 형태의 소득 또는 가격 지원’에도 해당할 수 있다고 주장하였다. 이의 제기된 조치는 FIT 공급자가 받는 가격과 수입에 “기여”하는 동시에 온타리오로의 재생 에너지 발전 장비 수입을 감소시켜 국제 무역을 왜곡하기 때문에 ‘모든 형태의 소득 또는 가격 지원’에 해당한다는 주장이었다.<sup>9)</sup>

---

6) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.152.

7) WTO 상소기구 보고서, *Japan, EU-Canada on Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*, WT/DS412,426/R (2013.5.24.채택), para. 5.79

8) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.169.

9) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.172.

한편, 일본은 문제된 조치가 정부 조달에만 해당 된다는 캐나다의 주장에 대해 반대의 입장을 표명하였다. 보다 구체적으로, 일본은 온타리오주 전력당국(OPA)이 전기를 '구매(purchase)'하지 않는다는 점과, FIT 프로그램이 온타리오주 전력당국(OPA)과 온타리오 주정부 관계부처에 재생 에너지를 공급하거나 주정부가 재생 에너지를 지역 배전업체나 소비자에게 판매할 수 있도록 재생 에너지 공급을 촉진하는 것이 아니라, 온타리오주의 모든 고객들에게 전기를 제공하기 위하여 재생 에너지 생산을 촉진한다는 점을 들어 해당 조치를 정부조달로만 보아야 한다는 캐나다의 주장에 반박하였다.<sup>10)</sup>

일본은 패널이 FIT, microFIT 계약이 “상품 구매”로 볼 수 있다고 하더라도 패널은 여전히 “자금의 직접 이전”, “잠재적 자금의 직접 이전” 또는 “모든 형태의 소득 또는 가격 지원”에 해당하는지 검토를 진행하여야 한다고 주장하였다. 일본은 US - Large Civil Aircraft(2차 제소)분쟁 상소기구의 거래가 SCM 협정 제1.1조(a)(1)상의 여러 문단에 의해 다루어지며 ‘혹은’이라는 단어로 나열되어 있기 때문에 두 문단이 상호배타적임을 암시하지 않는다는 판정을 상기하였다.

EU는 일본과 비슷한 근거로 문제가 되는 조치는 SCM 협정 제1.1조(a)(1)(i) 상의 ‘자금의 직접 이전’ 형태의 ‘재정적 기여’ 또는 제1.1조(a)(2) 상의 ‘모든 형태의 소득 또는 가격 지원’에 해당한다고 주장하였다. 하지만 EU의 주요 주장은 FIT 프로그램과 관련 계약이 ‘모든 형태의 소득 또는 가격 지원’에 해당한다는 것이었다. EU는 해당 조치가 위의 형태가 아니라면 제1.1조(a)(1)(i) 상의 ‘잠재적 인 자금의 직접이전’ 또는 민간 LDC가 FIT 및 microFIT 계약 조건에 따라 OPA를 대신하여 자금을 지불하는 것이므로, 제1.1(a)(1)(iv)조 상 위탁 및 지시를 수반하는 정부 조치로 볼 수 있다고 주장하였다.<sup>11)</sup>

EU 또한 일본과 마찬가지로 제1.1조(a)의 문단(1)과 (2)사이는 ‘혹은’으로 연결되어져 있기 때문에 상호배타적으로 해석되어서는 안된다고 덧붙였다.<sup>12)</sup>

## ② 피소국의 주장

캐나다는 FIT 프로그램과 관련 계약이 SCM 협정 제1.1조(a)(iii) 상의 ‘정부조달’에 해당하는 ‘재정적 기여’로 보아야 한다고 주장하며 제소국들의 주장에 대한 기각을 요청하였다. 캐나다는 FIT 프로그램과 FIT, microFIT 계약이 온타리오 주정부의 ‘대리인(agent)’으로 볼 수 있는 OPA에 의한 자금의 지급이라는 점을 언급했다.<sup>13)</sup>

캐나다는 문제 된 조치가 ‘정부의 상품 구매’에 해당하는 재정적 기여라고만 볼 수 있으며, 정부 구매라고 검토된 거래에 관해 동시에 ‘자금의 직접 이전’에도 해당할 수 있다고 판단하는 것은 조약 해석의 원칙에 불합치한다고 주장하였다.<sup>14)</sup>

10) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.174.

11) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.176.

12) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.180.

13) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.182.

14) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.183.

## 패널의 판단

패널은 캐나다의 조치가 제1조 제1항(a)(1)(iii)에 해당한다고 보았다.<sup>15)</sup>

패널은 우선 FIT 프로그램의 구조와 FIT, microFIT 계약상의 특징을 차례대로 살펴보고 프로그램 운영이나 계약상 증여적인 요소가 내재하는지 여부를 검토하였다. FIT 프로그램 운영 자체에 대해서 온타리오주가 매입가에 상당하는 자금을 재생 에너지 전력 공급자에게 지불하는 것은 에너지 자원을 다변화하고, 재생 에너지 발전시설에 투자를 확대하기 위한 목적을 가지며, 실제로 송전된 전기에 대해서만 지불이 이루어진 점에 주목하며 프로그램 구조와 운영에 있어서 증여적인 요소가 포함되어 있지 않다고 판단하였다. FIT, microFIT 계약에 관해서 패널은 역내 생산품 사용 최소조건 자체가 자금 지급에 해당한다고 보는 것은 옳지 않다고 보았고, 제1조 제1항(a)(1)(i)의 '자금의 직접 이전' 또는 '잠재적인 자금의 직접 이전'에 해당한다는 제소국들의 주장을 모두 기각하였다.<sup>16)</sup>

패널은 다음으로 US - Large Civil Aircraft 분쟁 상소기구가 '구매'라는 단어의 일반적인 의미를 고려할 때, 정부 구매는 정부가 재화를 소유하는 대가(권리를 획득하는 것도 포함)로 "화폐 또는 등가물"의 형태로 어떤 종류의 지불을 할 때 발생한다는 판단을 상기하였다. 이에 따라, 패널은 온타리오주가 재생 에너지 전기의 소유권을 가지는 바, 전기를 '구매'한 것이며 이처럼 정부나 공공기관이 금전적인 또는 그 밖의 형태의 지불을 통해 상품에 대해 소유권을 가지게 된 경우 이는 '정부의 상품 구매'로서 SCM 협정 제1조 제1항(a)(1)(iii)에 해당된다고 보았다.<sup>17)</sup>

## 상소기구의 판단

일본은 패널이 SCM 협정 제1.1조(a)를 해석하는 데 있어서 오류를 범하였다고 주장하였다. 제 1.1조(a)의 나열된 세부 항목이 상호배타적이라고 볼 수 없고, 문제 된 조치는 '자금의 직접 이전', '잠재적인 자금의 직접 이전', '모든 형태의 소득 또는 가격 지원'에 해당하며 '정부의 구매'라고 판단 내린 패널의 결과에 상소하였다. 또한, 일본은 패널이 소송경제(judicial economy)를 이유로 SCM 협정 제1.1조(a)(2)에 대한 판단을 회피한 것은 적절하지 않은 사법경제였다고 주장하며 이에 대해 상소하였다.<sup>18)</sup>

상소기구는 제1.1조(a)의 세부항목이 상호배타적이라고 판단한 패널의 판정을 기각하였다. 상소기구는 US - Large Civil Aircraft (2nd complaint) 분쟁의 상소기구가 '재정적 기여'는 여러 세부항목에 동시다발적으로 해당될 수 있다는 판단을 상기하며, 세부항목은 상호배타적이라는 패널의 판단을 번복하였다.<sup>19)</sup>

15) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.222.

16) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.247.

17) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.247.

18) WTO 상소기구 보고서, 위의 글, para. 5.107.

19) WTO 상소기구 보고서, 위의 글, para. 5.125.



하지만 문제의 조치가 ‘정부의 상품구매’로서 SCM 협정 제1조 제1항(a)(1)(iii)에 해당한다는 패널의 최종 결론은 지지하였다.<sup>20)</sup>

한편, 상소기구는 문제의 조치가 ‘자금의 직접 이전’, ‘잠재적인 자금의 직접 이전’, ‘모든 형태의 소득 또는 가격 지원’에 해당하는지 여부를 상소기구가 검토하여야 한다는 일본의 주장에 대해서는 일본이 충분한 주장을 완성할 수 없었고, 검토 결과 패널이 정부구매에 해당한다고 내린 결론으로 이어진다고 판시하였다.<sup>21)</sup>

상소기구는 또한 SCM 협정 제1.1조(a)(2)에 대한 판단에 사법경제를 적용한 것이 부적절하다는 일본의 주장을 기각하며 FIT 프로그램과 관련 계약이 제1.1조(a)(2) 상의 ‘모든 형태의 소득 또는 가격 지원’에 해당 여부에 대한 평가를 거부하였다.<sup>22)</sup>

## 2) SCM 협정 제1.1조(b)항의 ‘혜택’ 존재 여부 관련 판단

### 당사국의 주장

#### ① 제소국의 주장

일본과 EU는 두 가지 근거를 들며 제1.1조(b)항의 혜택이 존재한다고 주장하였다. 첫째, 일본은 문제 된 조치는 FIT, microFIT 전력 공급자들이 온타리오주 전기도매시장 또는 온타리오주 이외의 4개의 지역의 전기 가격보다 높은 가격을 받기 때문에 혜택이 존재한다고 주장하였다.

둘째, 일본은 또한 온타리오주 전기 시장 역사를 근거로 제출하며, 2002년 전기시장을 개방하였을 때 많은 재생 에너지 전력 공급자들을 유인하지 못한바, FIT 프로그램을 통해 현재 온타리오주 전기 시장을 설립할 수 있었다고 주장하였다. 따라서 일본은 온타리오주 전기 시장의 역사와 FIT프로그램의 목적과 운영방식을 고려했을 때, FIT 프로그램이 없었더라면 오늘날의 전기 도매시장에서 FIT과 microFIT 공급자들은 운영할 수 없었을 것이라고 덧붙였다.<sup>23)</sup>

또한, 혜택 분석을 위해 일본이 비교기준이 되는 시장으로 제시한 ‘전체 전기 도매시장(2010년 온타리오 주의 전기 도매 가격의 실제 가중 평균(weighted average Hourly Ontario Electricity Price, weighted average “HOEP”))’은 적절하지 않고, ‘재생 에너지 전력 시장’이 비교기준이 되어야 한다는 캐나다의 반박에 관해서 다음과 같이 언급하였다. 첫째, 전기는 상품(commodity)인 바, 재생 가능한 에너지원이든 재생 불가능한 에너지원이든 상관없이 전기는 모든 면에서 물리적으로 유사하며 완벽하게 대체할 수 있다. 둘째, 온타리오의 소비자들이 지불하는 전기 가격은 일괄적이

20) WTO 상소기구 보고서, 위의 글, para. 5.128.

21) WTO 상소기구 보고서, 위의 글, para. 5.131.

22) WTO 상소기구 보고서, 위의 글, para. 5.139.

23) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.252.

며, 소비자들은 재래식 전력 발전과 재생 에너지 전력 발전의 차이를 구분하여 후자에 더 높은 가격을 지불하지 않았다.<sup>24)</sup>

## ② 피소국의 주장

캐나다는 문제된 조치가 재생 에너지 전력에 대한 조치인 바, 비교기준이 되는 시장으로 일본과 EU가 제시한 '전체 전기 도매 시장' 대신 '재생 에너지 전기 도매 시장'이 적절하다고 주장하였다. 또한, 제소국이 제시한 시장은 '경쟁시장(competitive market)'이 아니며, HOEP는 온타리오주의 전력 공급자들이 직면하는 비용이나 운영 환경에 대한 고려가 없기에 일본과 EU의 혜택에 대한 주장에 반박했다.<sup>25)</sup>

## 패널의 판단

패널은 제소국들이 전체 전기 도매 시장이 혜택 분석을 위한 비교기준이 되는 시장이며, 이는 경쟁시장이기 때문에 자격 조건을 충족한다고 간주하는 것을 확인하였다. 패널은 지배적인 시장 조건 하에 재생 에너지 전력 공급자들에게 적절한 수준 이상의 보상이 부여되었는지에 대한 판단을 내리기 위해 SCM 협정 제14조(d)를 사용하였다. 제14조(d)는 정부가 어떠한 상품 또는 서비스를 제공 또는 구매할 경우 상계관세 부과 목적으로 혜택의 크기를 산정하는 방법에 관한 규정으로, 패널은 이 규정을 적용한다면 관련 시장 결정이 혜택 분석에 있어 선결되어야 한다고 판단하였다.<sup>26)</sup>

패널은 제14조(d) 상의 시장은 정부의 어떠한 개입도 없는 순수한 시장은 아니지만, 정부 개입에 의해 비교기준이 될 수 없을 정도의 왜곡된 시장은 아니라고 보았다.<sup>27)</sup>

또한, 시장이 온전한 비교기준이 되기 위해 경제학적 측면에서 완벽하게 경쟁적일 필요도 없다고 판단하였다. 패널은 이러한 기준을 통해 제소국이 주장한 비교기준이 되는 시장과 대안으로 제시한 몇몇 시장에 대한 분석을 진행하였다. 하지만 패널은 적절한 비교기준이 되는 시장이 현실적으로 존재 불가능해 혜택 분석을 진행하는 것은 부적절하다고 판단하였고, 완전 경쟁적인 시장 상황에서 관련 프로그램이 진행된다고 볼 수 없기 때문에 혜택 분석을 실시할 때 경쟁적 시장에 초점을 두어서는 안된다고 보았다.

결론적으로 패널은 (i) FIT 프로그램, FIT, microFIT 계약은 SCM 협정 제1.1조(a)(1)(iii) 상의 '정부 구매'에 해당하고, (ii) 일본과 EU는 문제된 조치가 제1.1조(b) 상의 '혜택'을 수여한다는 입증에 실패하였다고 판단하였다.<sup>28)</sup>

24) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.255.

25) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.261.

26) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.272.

27) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.274.

28) WTO 패널 보고서, 위의 글, para. 7.328.

## 상소기구의 판단

상소기구는 SCM 협정 제14조(d) 이외의 관점에서 이익의 문제를 분석하지 못했기 때문에 제1.1조(b)의 해석에 오류가 있었다는 제소국 입장을 기각하였다. 상소기구는 제14조(d)항은 혜택 분석에 있어 유용한 맥락을 제공하며, 본 조항은 문제된 조치가 혜택을 준다는 것을 증명할 수 있는 한 가지 방법일 뿐이라고 판단하였다.<sup>29)</sup>

상소기구는 패널이 경제적 혜택 비교를 위해 관련 시장에 관한 분석을 진행함에 있어 오류를 범하였다고 보았다. 우선, 관련 시장에 대한 결정이 경제적 혜택 분석에서 선결되지 않았고, 둘째, 패널은 관련 시장에 대한 결정을 할 때 공급 측면의 요소를 고려하지 않았다. EC and certain member States – Large Civil Aircraft 분쟁의 상소기구가 관련 시장 결정에는 수요 측면과 공급 측면의 요소를 고려하였다는 점을 상기하였다. 보다 구체적으로, ‘수요 측면의 대체 가능성’은 소비자가 두 상품을 대체 가능성 제품으로 판단하는지 여부를 알 수 있는바, 두 상품이 하나의 시장에 있는 여부에 대한 판단이 가능하며, ‘공급 측면에서의 대체 가능성’은 공급자가 한 상품에서 다른 상품으로 생산을 전환함에 있어 비용이 적게 든다면 두 상품은 하나의 시장에 포함된다고 보았다. 이를 바탕으로 현재 분쟁의 상소기구는 공급 측면의 요소에 더 비중을 두며 풍력, 태양광 전력 공급자는 비용구조 및 운영비용과 특징의 차이로 인해 재래식 전력공급자와 경쟁할 수 없다고 판단하였다. 따라서 상소기구는 동 분쟁 상 경제적 혜택 분석의 관련 시장은 경쟁적인 ‘전체 전기 도매시장이 아니라 풍력, 태양광에너지 전기가 경쟁력을 가지는, 정부의 에너지 믹스에 의해 만들어진 시장’이 되어야 한다고 판시하였다.<sup>30)</sup>

상소기구는 관련 시장을 결정 후 FT T프로그램으로 인한 혜택의 존재 여부에 대한 분석을 시작하였다. 상소기구는 US – Softwood Lumber IV 분쟁의 상소기구가 ‘시장 상황을 고려하지 않은 비교기준은 제14조(b)의 지침에 불합치한다’라고 내린 판정을 상기하였다. 이에 따라, 상소기구는 ‘정당한 정책적 고려’가 SCM 협정 제1.1조(b)상의 혜택 분석에 있어서 받아들여질 수 없다는 점을 확인하였다. 하지만 상소기구는 ‘정부개입이 없었더라면 존재하지 않을 시장을 창설하기 위해 개입’의 경우는 시장 가격에 불가피하게 영향을 미치지만, 그 자체로서 SCM 협정 제1.1조(b)상의 경제적 혜택 분석의 참작 대상이 될 수 없다는 의미는 아니라고 보았다. 정부 개입이 부재한 상황에서 지속적이고 안정적인 전기 공급이 원활한 시장이 존재하지 않기 때문이라는 점을 근거로 들며 ‘정부 개입이 없었더라면 존재하지 않을 시장 창시를 위한 정부의 개입’과 ‘왜곡된 시장을 되돌리기 위한 정부의 개입 또는 특정 행위자를 지지하기 위한 정부의 개입’은 명확하게 구분되어야 하며 전자의 경우 그 자체로 SCM 협정상 혜택을 유발하지 않는다고 판단하였다.<sup>31)</sup>

29) WTO 상소기구 보고서, 위의 글, para. 5.162.

30) WTO 상소기구 보고서, 위의 글, para. 5.178.

31) WTO 상소기구 보고서, 위의 글, para. 5.228.

하지만 상소기구는 패널 단계에서 충분한 사실 관계가 확인되지 않아 더 이상의 검토를 진행할 수 없다고 판시하였다. 따라서, 상소기구는 FIT 프로그램에 의해 SCM 협정 제1.1조(b)상의 '경제적 혜택' 존부를 검토할 수 없는 바, 제3.1조(b), 제3.2조의 불합치성에 대한 판단을 할 수 없다고 결론 내렸다.<sup>32)</sup>

### III. 총평

동 분쟁은 기후 변화에 대한 대처와 자유무역 증진을 아우르는 복잡한 이해관계가 얽힌 분쟁으로, 제소 단계에서부터 한국을 비롯한 여러 국가가 제3국으로 참여하는 등 많은 관심과 주목을 받았다. 분쟁 내용도 복잡하여 최종 보고서가 도출되는데 까지 상당한 시간이 소요되었다. 이는 많은 국가들이 기후 변화 등 향후 환경 법규와 국내 정책이 국제무역 규범과 충돌할 가능성이 현실화되고 있음을 실감하였기 때문이다. 여러 국가들은 이러한 중요한 가치의 충돌의 중간에서 어떻게 정책을 채택, 집행해야 하는지 고민하게 되었다. 본건 분쟁에 대한 판정은 재생 에너지 보급 및 확대를 위해 다양한 재생 에너지 관련 조치를 시행하고 있거나 도입을 고려하고 있는 여러 국가들에게 시사하는 바가 크다.<sup>33)</sup> 특히 이 분쟁은 환경보호를 위해 채택되는 조치가 SCM 협정 등 기존 통상협정을 위반할 가능성이 높다는 점을 보여주고 있다. 그러나 이들 협정에는 환경 보호를 위한 조치에 대해 예외적 취급을 하겠다는 취지의 조항이 없는 경우도 적지 않다. 가령 GATT에는 환경 보호를 위한 조치에 대한 예외가 일반적 예외 조항에 포함되어 있지만 SCM 협정에는 그러한 조항이 없다. 이 문제가 입법적으로 해결되지 않고는 환경협정 준수를 위해 노력하는 과정에서 통상협정을 위반하고, 반대로 통상협정 준수를 위해 노력하는 과정에서 환경협정을 위반하는 어색한 상황으로 이어지게 된다. 국제법의 파편화 현상, 국제경제법의 파편화 현상을 여실히 보여주고 있다.

동 분쟁은 SCM 협정 위반을 입증하기 위한 '재정적 기여, 경제적 혜택, 특정성'이라는 세 가지 요건 중 재정적 기여와 경제적 혜택에 중점을 두고 분석을 진행하였다. 첫 번째 조건인 재정적 기여와 관련하여 상소기구는 제1.1조(a)의 세부항목에 대한 해당 여부는 상호배타적이지 않다고 판시하였다. 따라서 하나의 재정적 기여에 해당한다고 하여 다른 형태의 재정적 기여에 해당하지 못하는 것은 아니라는 것이다. 예컨대 특정 조치가 자금의 직접적 이전과 징수해야 할 부과금의 면제에 동시에 해당할 수도 있다는 것이다. 두 번째 조건인 경제적 혜택과 관련하여 상소기구는 경제적 혜택 분석을 위하여 비교기준이 되는 시장이 먼저 결정되어야 하고, 적절한 비교기준은 이렇게 결정된 시장에서만 찾아야 한다고 판시하였다. 다만, 시장을 결정하는 데 있어 현실적으로 완벽히 경쟁적이고

32) WTO 상소기구 보고서, 위의 글, para. 5.246.

33) 오선영, "캐나다-재생 에너지 발전 사건에 대한 WTO 판결 분석 및 우리 정부의 재생 에너지 향후정책에 대한 시사점", 「법학연구」 제21권 제4호 (2013.10).

정부의 개입 및 왜곡이 없는 시장은 존재하지 않기 때문에, 어느 정도의 시장 왜곡은 불가피하게 존재함을 인정하였다. 그러한 왜곡이 일정한 한도 내에 통제되어 평가의 객관성을 확보할 수 있는 수준인지 여부가 구체적 분쟁에서는 핵심 관건이라 하겠다. 특히, 동 분쟁에서 온타리오주는 FIT 프로그램의 시행 없이 재생 에너지 확대 등의 목적을 달성할 수 없었는데, 그렇다면 여러 다양한 정책적 배경과 사회적 배경을 종합적으로 감안하여 FIT 프로그램을 도입한 것으로 볼 수 있다. 이러한 요소들이 반영된 재생 에너지 시장은 이미 경제외적 요소가 가미되어 있으므로 어느 정도 왜곡된 것으로 볼 수 있을 것이다. 결국 시장 왜곡을 어떻게 이해할 것인지, 그리고 시장 왜곡의 정도를 어떻게 객관적으로 평가할 것인지는 비교 대상 시장 평가의 핵심이고, 이는 다시 경제적 혜택 평가의 핵심을 이룬다. 이 부분에 대한 명확한 기준은 아직 찾아 보기 어렵다. 명확한 기준을 제시하지 않고는 경제적 혜택을 제대로 평가할 수 없고, 경제적 혜택에 대한 정확한 평가 없이는 SCM 협정이 규정하는 보조금의 존부를 판단할 수 없다.

또한 본건 분쟁에서는 상소기구가 패널 판정을 반복하더라도 관련 사실자료가 패널 심리 과정에서 충분히 축적되어 있지 않으면 스스로 심리를 완료하여 판정을 내릴 수 없다는 점을 잘 보여준다. 소위 말하는 파기환송(remand) 제도가 WTO 상소심에는 존재하지 않기 때문이다. 결국 이 경우 패널 판정은 반복되나 상소기구 판정은 부재하는 '판정의 공백' 상태가 발생하게 된다. 결국 문제의 분쟁은 해결되지 않고 그대로 화석화된 상황으로 남게 된다. 이러한 점을 해결하기 위해 DSU 개정 협상에서 파기 환송 제도를 도입하고자 하는 논의도 간헐적으로 이루어지고 있다.

※ 본 판례 해설 내용은 작성자와 감수자 개인의 견해로 산업통상자원부의 공식견해와 무관함을 밝힙니다.