

## Korea vs. U.S – Facts Available 사건

(DS539, 2021.1.21. - 패널보고서 회람)

작성자: 김성중 변호사 (김앤장 법률사무소)

### 가. 사건개요

이 사건은 미국의 불리한 이용가능 사실(Adverse Facts Available, AFA) 적용에 대해 한국이 제소한 사건이다. 한국은 4건의 반덤핑(도금강판, 냉연, 열연, 변압기) 및 2건의 상계관세(냉연, 열연)와 관련된 미국 상무부의 원심 조사 및 연례재심에서 상무부가 이용가능사실을 적용하여 불리한 추론을 적용한 각 조치("as applied")와, 미 상무부가 불리한 이용가능 사실을 적용해 온 실무관행 자체("as such")에 대해 이의를 제기하였다.

한국은 문제가 된 6건의 원심 조사 및 연례재심에서 "미국 상무부가 이용가능사실(FA)에 의존(resort to)할 수 있는 조건이 충족되지 않았다"고 주장했으며, 미국 상무부가 이후 누락된 정보에 대한 대체 사실을 선정한 것(selection of the replacement facts)은 WTO 반덤핑협정, 보조금협정의 관련 조항을 위반한 것이라고 주장하였고, 미 상무부가 불리한 이용가능사실을 적용하여 온 실무관행 또한 규범(rule or norm) 또는 지속적인 행위(ongoing conduct)로서 'as such' 제소대상에 해당되어 반덤핑협정, 보조금협정에 위반된다고 주장하였다.

### 나. 주요 쟁점별 당사자 주장 및 판결 요지

- 1) AD 6.8조<sup>1</sup>, Annex II/ SCM 12.7조<sup>2</sup> - Facts Available 적용 조건 충족 여부 및 Selection of Replacement Facts의 적정성

#### 가) 도금강판 AD

의무 답변자(mandatory respondents)의 하나였던 현대제철은 미국 내 자동차 생산을 위해 미국 내에서 추가가공 후 관계사에 판매되는 거래를 추가가공 관련 답변(Section E) 보고 대상에서 제외하고 미국 내 추가가공과정을 거치지 않고 비관계고객에게 판매된 물품만으로

<sup>1</sup> 이해당사자가 합리적인 기간내에 필요한 정보에의 접근을 거부하거나 달리 동 정보를 제공하지 아니하는 경우 또는 조사를 중대하게 방해하는 경우, 입수가능한 사실에 기초하여 긍정적 또는 부정적인 예비 및 최종판정이 내려질 수 있다. 이 항의 적용에 있어서 부속서 2의 규정이 준수된다.

<sup>2</sup> 이해당사회원국 또는 이해당사자가 합리적인 기간내에 필요한 정보에의 접근을 거부하거나 달리 동 정보를 제공하지 아니하는 경우 또는 조사를 중대하게 방해하는 경우, 입수가능한 사실에 기초하여 긍정적 또는 부정적인 예비 및 최종 판정이 내려질 수 있다

덤핑률을 산출하는 “대체적인 계산방법(alternate calculation method)”을 적용해 줄 것과, Section E 답변을 해야 할 경우 답변 방법에 대한 구체적인 지침을 제공해 줄 것을 상무부에 요청하였다. 하지만 상무부는 현대제철의 미국 내 도금 추가가공거래가 전체 도금 미국수출에서 차지하는 비중이 상당하며, 현대제철이 반복적으로 부실하고 사용 불가한 데이터를 제출하였으며, 데이터 제출시 마다 기존 제출자료에 변동이 발생하였으나 적절한 설명을 제시하지 않음으로써 상무부의 조사를 심각하게 방해하고 덤핑마진 산출을 불가능하게 하였다고 보아 AFA를 적용하였다.

패널은 미국 상무부가 Section E에 대한 답변서를 요구할 때 현대제철이 거듭 제기한 애로사항을 해소하지 못하고 의미 있는 지침을 제공하지 않은 것으로 확인했다. 이에 따라 패널은 미국 상무부가 조사당국이 요청되는 정보 및 이러한 정보를 구성하는 방법을 상세히 명시해야 함을 규정한 Annex II의 1항3을 위반한다고 판단했다.

또한, 이해당사자가 합리적인 기간 내에 필요한 정보에의 접근을 거부하거나 달리 동 정보를 제공하지 아니하는 경우 또는 조사를 중대하게 방해하는 경우 AFA가 적용가능하나, 패널은 Annex II의 1항이 6.8조 적용의 전제(precondition)가 되므로 상무부가 Annex II 를 준수하지 못한 상황에서는 6.8조 적용의 요건이 충족되지 않았으므로 미국이 6.8조도 위반하였다고 판단했다.

#### 나) 냉연 AD

의무답변자의 하나였던 현대제철은 냉연제품의 운송서비스 중 일부를 관계회사(G)로부터 공급받은 바 있었다. 상무부는 현대제철이 G사로부터 제공받은 운송서비스 가격의 적정성 (arm's length nature)을 판단하기 위해 G사가 비관계사인 제3의 업체와 거래한 물류비용 자료의 제출을 요구하였다. 이에 대하여 현대제철은 G사가 해당 자료의 제출을 거절했으며, G사와 현대제철간 직접적인 지분관계가 없으므로 G사의 자료제출을 강제할 수 없다고 답변했다. 그러나 상무부는 현대제철과 G사의 주주명부와 임원현황을 검토하고 양사가 같은 가족구성원에 의한 공동 지배(common control)하에 있다고 판단, G사가 상무부의 반덤핑 조사에 협조해야 한다고 판단하면서, 현대제철이 G사가 제공한 서비스의 적정성을 입증하지 못했고, 상무부의 자료제출요구에 최대한 협조하지 않았다는 이유로 물류서비스 비용에 AFA를 적용하였다.

패널은 현대제철이 미국 상무부의 질의에 대응하여 제공한 정보가 Annex II 제3항의 기준을 충족한다고 판단했다. 모든 정보는 미국 상무부가 정한 기한 내에 제출한 현대제철의 Section B, C 답변서의 일부거나 미국 상무부의 검증 요청에 따라 제공된 정보였으며, 이 정보는 검증가능하며 부당한 어려움 없이 조사에 이용될 수 있도록 적절하게 제출되고 적시에 제

3 1. 조사개시후 가능한 한 조속히 조사당국은 모든 이해당사자로부터 요청되는 정보와 이해당사자가 확신시 이러한 정보를 구성하는 방법을 상세히 명시하여야 한다. 또한 당국은 합리적인 기간내에 정보가 제공되지 못할 경우 국내산업에 의한 조사개시 신청서에 들어 있는 내용들을 포함, 이용가능한 사실을 근거로 당국이 자유로이 판정을 내릴 수 있다는 사실을 당사자가 알도록 보장하여야 한다.

공되었으므로, 상무부가 이 정보를 배척한 것은 Annex II 3항<sup>4</sup> 1문을 위반했다고 판단하였다. 아울러 패널은 Annex II 3항이 6.8조 적용의 전제조건이 되므로 미 상무부는 6.8조도 위반하였다고 판정했다.

한편, 상무부는 현지실사 시 제품 특성치 Spec D, E, H 및 일부 Spec C 값이 잘못 보고되거나 일관성 없이 보고되었다며 미국수출 거래 중 Spec C 값이 문제된 거래에 대해 다른 고율의 덤핑률을, 내수판매 데이터 중 Spec D, E, H 값이 문제된 거래에 대해 가장 높은 제조원가(COM)를 적용하였다.

패널은 6.8조가 적용되려면 제출되지 않거나 거부된 '필요한 정보'와 판단의 근거로 활용된 '이용가능 사실' 사이에 관련성이 있어야 한다(there has to be a connection between the 'necessary information' that is missing and the particular 'facts available' on which a determination ... is based)고 전제하고, Spec D, E, H 관련해서는 상무부가 문제된 부정확한 데이터와 AFA로 적용된 제조원가 사이에 어떠한 관련성이 있는지를 설명하지 않았으므로 6.8조를 위반했다고 판정했다. 한편, 패널은 Spec C 와 관련해서는 한국이 미국 상무부가 이용가능한 사실에 의존한 것이 반덤핑 협정 Annex II의 3항과 합치하지 않는다는 것을 입증하지 못했다고 판정했다. 즉, Spec C 가 문제된 거래에 대하여는 6.8조와 Annex II 3, 5, 65항에 따라 이해당사자가 제출한 정보를 검증할 수 없고 해당 판정을 위해 사용할 수 없으므로, 미국 상무부가 Facts available 적용 조건을 충족한다고 결론을 내린 것은 적법하다고 판단했다. 다만, 패널은 단순히 피조사자의 비협조만으로 미제출 자료를 대체하는 것이 정당화될 수는 없고, 조사당국이 이용가능 사실들 중에서 합리적인 대안(reasonable replacement)이 무엇인지를 검토(reasoning and evaluation)하였음이 입증되어야 한다고 전제하면서, 미국 상무부의 판정보고서(Issues and Decisions Memorandum)에 이러한 검토 내용이 포함되어 있지 않으므로 6.8조를 위반했다고 판정했다.

#### 다) 열연 AD

냉연 AD와 같은 맥락에서, 상무부는 현대제철이 G사로부터 제공받은 운송서비스 가격의 적정성(arm's length nature)을 판단하기 위한 자료의 제출을 요구하였다. 이에 대하여 현대제철은 G사의 자료제출을 강제할 수 없다고 답변했다. 상무부는 현대제철이 G사가 제공한 서비스의 적정성을 입증하지 못했고, 상무부의 자료제출요구에 최대한 협조하지 않았다는 이유로

4 3. 검증가능하며 부당한 어려움이 없이 조사에 이용될 수 있도록 적절하게 제출되고 적시에 제공되었으며, 적용이 가능한 경우, 당국이 요청하는 특정 매체 또는 컴퓨터 언어로 제출된 정보는 판정이 내려질 때 고려되어야 한다. 이해당사자가 선호되는 매체 또는 컴퓨터 언어로 응답하지 아니한 경우에도 당국이 제2항에 규정되어 있는 상황이 충족된다고 판단하면 선호되는 매체나 컴퓨터 언어로 응답하지 아니한 것이 조사를 중대하게 방해하는 것으로 간주되어서는 아니된다.

5 5. 이해당사자가 능력에 따라 최선을 다하였다면 비록 제공되는 정보가 모든 면에서 이상적이지 아니하더라도 이것은 당국이 이를 무시하는 것을 정당화하여서는 아니된다.

6. 증거 또는 정보가 받아들여지지 않는 경우, 정보를 제공한 당사자는 즉시 그 이유를 통보 받아야 하며 합리적인 기간내에 추가설명을 할 수 있는 기회가 주어져야 한다. 이 경우 조사시한이 적절히 고려된다. 당국이 이러한 설명을 만족스럽지 못한 것으로 간주하는 경우 이러한 증거 또는 정보를 받아들이지 못하는 이유는 모든 공표된 판정에서 밝혀져야 한다.

물류서비스 비용에 AFA를 적용하였다.

패널은 반덤핑협정 Annex II의 1항은 조사당국이 당사자로부터 필요한 정보를 상세히 명시할 것을 요구하고 있다고 전제하고, 미국 상무부가 검증(verification) 전에 비관계사와 관계사의 계약에 관한 정보를 구체적으로 요청하지 않았기 때문에 Annex II 1항을 위반했다고 판정했다. 아울러 Annex II 1항이 6.8조 적용의 전제가 되므로 상무부가 6.8조도 위반했다고 판정했다.

## 라) 냉연/열연 CVD

### (1) 원재료 공급 관계사 현황 보고

상무부는 조사대상자인 포스코에게 포스코와 상호소유(cross-owned) 관계에 있는 자회사 목록을 요구하고, 포스코의 냉연, 열연 생산과정에서 들어가는 원료를 공급하는 관계사 현황을 질의하였다. 이에 포스코는 냉연 및 열연과 관련한 상호소유 자회사 목록 및 비즈니스 현황을 제공하였고 주원료에 대한 관계사 구매가 존재했으나 모두 외국에 있는 회사라는 점에서 포스코에 원료를 공급하는 국내 관계사가 없다고 답변했다. 또한, 포스코는 부원료 공급사에서 공급받은 부원료가 CFR 351.525 (b)(6)(iv)에 규정된 ‘primarily dedicated input’ 기준을 충족하지 않는다는 점에 기초하여 부원료 공급사도 보고하지 않았다. 이에 상무부는 냉연 실사에서 포스코가 상호소유 자회사에 대한 사항을 답변서에 적시하지 않은 이유에 대해 의문을 제기했고 포스코의 해당 정보 접수를 거부했다. 열연의 경우에도 포스코는 상호소유 계열사의 원재료 공급 관계사와 관련한 정보를 제출하려 하였으나, 상무부는 미국법에 따라 새로운 사실 정보를 마감일 이후 제출했다는 이유로 해당 정보의 접수를 거절했다. 상무부는 관련제품(downstream product) 생산에 사용될 수 있는 원료를 제공한 부원료 공급사들이 보고되지 않은 것을 근거로 각각 AFA를 적용했다.

패널은 미국 상무부가 포스코의 필요정보에 대한 접근거부 및 미제출에 대해 잘못 판단하지 않았다고 확인하여 AFA 적용 조건은 충족하였다고 판단하였다. 그러나, 패널은 미 상무부가 대체사실(replacement facts) 선정에 있어 상무부에 제출된 모든 정보(포스코가 제출한 원 답변에는 관계사를 반영한 결합재무제표가 포함되어 있었고, 실사 과정에서도 관계사 관련 정보가 제출된 바 있었다)를 고려하지 않았고, 관계회사들이 제공한 원료가 냉연 제품 생산에 “primarily dedicated”된 것으로 만연히 간주하여 관계회사들에 지급된 보조금이 대상 제품에 귀속되어 상계조치가 가능하다고 파악한 것은 SCM 협정 12.7조에 위반된다고 판정했다.

패널은 열연 조사의 경우에도 포스코가 제출시한 이후에 관계사 정보를 제공했다는 것만으로는 SCM 12.7조의 ‘합리적인 기간’내에 제공하지 않았다고 보기 어렵다고 판단하였다. 패널은 실사에서 지적되고 나서야 자료를 제공하려 했다는 미 상무부의 주장과 달리, 포스코는 실사 이전에도 자료 제출을 시도하였음을 확인하였고, 상무부가 포스코의 자료 제출을 위한 노력

에 대해서는 언급하지 않았으며 최종판정에서 이러한 자료 제출을 거절하는 이유도 밝히지 않았다고 지적하면서 미국 상무부가 SCM 협정 12.7조를 위반했다고 판단했다.

### (2) 경제자유구역(FEZ) 내 수해 시설 유무

상무부는 경제자유구역(FEZ)에 위치한 기업들에게 제공된 혜택에 대해서도 조사를 시행했다. 포스코는 최초 답변시 FEZ에 위치한 관련 시설이 없다고 보고하였으나, 실사 과정에서 포스코 글로벌 R&D 센터가 인천 FEZ에 위치하고 있음이 웹사이트를 통해 확인되었고 상무부는 이에 문제 제기를 했다. 이에 대해 포스코는 혜택을 입은 바가 없다는 점을 소명하기 위한 자료의 제출을 시도하였으나 상무부는 이를 거절하고, 포스코의 미보고 사실을 AFA 적용의 근거로 삼았다.

패널은 한국정부의 답변자료에서 포스코가 FEZ 내 위치함으로 인해 어떠한 세금 감면 및 면제, 임대료 감면 및 면제, 재정 지원 등의 혜택을 받지 않았음을 정확하게 언급했으며, 상무부의 주장대로 한국 정부의 답변이 모호하였다면 상무부가 지속적으로 한국정부에 추가적인 해명을 요구했어야 했다고 판단하였다. 열연 CVD와 관련해서도, 패널은 포스코가 실사 이전에 FEZ 내에 소재하는 시설에 대하여 정보를 제출하려는 노력을 한 점을 확인하고, 미국 상무부가 자료 제출을 거부하는 구체적인 이유를 제시하지 못하였으므로 AFA 적용 요건이 충족되지 못하여 12.7조를 위반했다고 판단했다.

### (3) 대우인터내셔널의 차입금 보고

상무부는 조사과정에서 한국광물자원공사(KORES) 및 한국석유공사(KNOC)로부터의 장기 차입금 프로그램 상세내역 및 차입금 벤치마크 내역의 제출을 요구하였으나, 포스코는 요구사항을 잘못 이해하여 2건의 해외 개발 프로젝트 관련 사항을 원답변에서 누락했다. 실사 절차에서 포스코는 대우인터내셔널(DWI, 포스코 그룹에 인수되어 현재 포스코인터내셔널)의 KORES, KNOC로부터의 차입금 프로그램은 조사대상 제품(냉연, 열연)과 관련성이 없어 상계조치의 대상이 되지 않으며, 보고가 필요하다 하더라도 일부 세부 내용을 정정(minor correction)하고자 한다는 취지의 보고를 하였으나, 상무부는 DWI의 수정사항이 '사소한' 것이 아니므로 수락을 거부해야 한다는 조사신청 업체(Nucor) 측의 요청을 받아들여 DWI가 제출한 내용을 거부하였다. 결국 이를 기초로 상무부는 AFA를 적용하였다.

패널은 상무부가 KORES의 대출 프로그램이 비대상 상품과 묶여있다는 포스코의 주장을 고려하지 않았으며 이러한 정보를 배제하는 이유에 대해 합리적이고 적절한 설명을 제공하지 않았다고 판정하였다. 패널은 대출 프로그램이 냉연 생산과 무관함을 시사하는 증거 기록에 비추어 볼 때, 공정하고 객관적인 조사당국이라면 본건 정보를 배척하는 타당하고 적절한 이유를 제시하고 확인 노력을 했을 것인 바, 이러한 배척 이유에 대해 아무런 언급을 하지 않고 사실 확인 노력을 하지 않은 미국 상무부는 객관적이고 불편부당한 조사기관이 취했어야 할 행위를 수행하지 않았으므로 SCM 12.7조를 위반했다고 판단했다.

## 마) 대용량 변압기(Large Power Transformer) AD

### (1) 2차 연례재심

미국 상무부는 당초 제2차 연례재심의 최종판정에서는 현대중공업이 서비스에 대한 별도의 수입(Service-related Separate Revenue)에 대한 자료를 제출할 의무가 없으며, 개별 계약에 따른 통합된 단위 가격(gross unit price)가 최종 덤핑마진 산정의 적절한 근거가 되고, 제품과 구별되는 서비스 관련 수입이 존재하는지 여부는 변압기 판매계약 조건에 서비스 제공이 포함되는지에 따라서 결정해야 한다는 입장에 기초하여 AFA를 적용하지 않았다(현대중공업 4.07%). 그러나 미국 신청인측의 행정소송 결과에 따른 재판정 절차(remand proceedings)에서 상무부는 입장을 변경하여 현대중공업이 서비스 관련 별도 수입을 보고하지 않았음을 이유로 AFA를 적용하여 현대중공업에게 25.51%의 덤핑마진을 산정하였다.

패널은 당초의 최종판정에서 상무부가 현대중공업이 필요한 정보를 제출하였다고 판단하였다가, 재판정 절차에서는 제출된 정보를 배척하면서 그 배척 사유를 즉시 알리지 않았고, 조사 기간을 고려하여 합당한 기간 내에 추가 설명을 제공할 기회도 제공하지 않은 점을 지적하였다. 패널은 이러한 상무부의 조치는 이해관계자가 제출한 정보가 조사당국에 의해 거부된 경우 그 이유를 제공받아야 한다는 AD 협정 Annex II의 6항에 위반된다고 판단했다.

### (2) 3차 연례재심

현대중공업은 제1차 및 제2차 질의에 대한 답변에서 변압기의 판매계약서 상 변압기 설치 등 부수 서비스 제공이 변압기 본체와 하나의 합쳐진 가격에 포함되어 있기 때문에 이를 분리할 수 없으며 이는 제품 주문서에서도 마찬가지로 입장을 표명하며 서비스 등 수입 항목이 분리된 별도의 자료를 제공하지 않았다. 상무부는 이후 서비스 항목이 포함된 변압기 판매와 관련된 모든 문서를 제출할 것을 요청하였고, 현대중공업은 서비스 관련 수입에 대한 별도 보고에 어려움이 있음을 설명하면서도 해당 항목에 대한 가격이나 비용이 표기된 3,000쪽에 달하는 분량의 증빙자료를 제공하였다. 상무부는 최종판정에서 종전 연례재심에서 현대중공업이 서비스 등 별도 항목을 보고하지 않아 미국 수출가격이 과다 계상되었으므로 별도 보고를 요구한 것이라고 하면서, 3차 질의서 송부 이전에 현대중공업의 답변서에서 별도의 서비스 항목과 그에 상응한 가격/수입이 표기되어 있음을 발견하였는데 그 내용이 현대중공업이 보고한 비용보다 높았기 때문에 현대중공업이 가격을 부풀려 보고한 것이라는 의심이 있고 보고된 자료를 신뢰하기 어렵다고 보아 AFA를 적용하였다.

패널은 현대중공업이 3차 질의를 받기 전까지는 서비스 항목이 분리된 자료 제출 요구를 받지 못하였으며, 3차 질의에 대한 답변으로 제출한 worksheet는 상무부가 제시한 시한 내에 제출되었고, 상무부는 동 worksheet에서 어떠한 정보가 부족한 것인지에 대하여 현대중공업 측에 추가/보완할 기회를 제공하지 않았던 점을 확인하고, 이러한 맥락에서 상무부가 현대중공업이 제출한 서비스 관련 수입에 대한 정보를 고려함이 없이 배척한 것은 Annex II 3항 1문

에 위반된다고 판단하였다. 또한 부속서 II의 3항이 반덤핑 협정 6.8조의 전제 조건이므로 상무부는 6.8조도 위반했다고 판정했다.

상무부는 현대중공업이 내수판매 자료에서 특정 부품(local control panel)을 누락하여 판매가격을 축소 보고한 점도 AFA 적용의 근거로 제시하였다. 현대중공업이 변압기의 구성요소인 특정 부품을 내수시장 판매 자료에서는 누락한 반면 미국 판매 통합단위가격에는 포함했는데 이로 인해 정상가격 또는 덤핑마진을 산출하는 것이 불가능해졌으며, 보고한 내수가격을 보완할 수 있는 가격을 정확히 결정할 수 없었다는 것이다.

패널은 일부 내수판매 보고자료에서 특정 부품이 누락된 것이 내수가격과 수출가격의 비교를 곤란하게 만든다 하더라도, 이러한 보고 누락이 있다고 하여 전체 데이터의 신뢰성을 손상시키는 심각하고(serious) 체계적인(systemic) 보고 오류의 패턴(pattern)이 있다고 할 것인지에 대해서는 미 상무부가 아무런 설명을 제시하지 않았다고 지적하면서, 상무부의 조치는 6.8조에 위반된다고 판정했다.

상무부는 부속품 및 액세서리의 가격 및 원가를 별도로 보고하지 못한 점도 AFA 적용의 근거로 제시하였다. 현대중공업은 액세서리가 부속품으로 변압기에 온전히 포함된 것으로 보고 액세서리 가격과 비용을 별도로 보고하지 않다가, 상무부의 3차 질의에서 이와 관련된 질의를 받아 액세서리 관련 문서를 제출하였다. 그러나 상무부는 현대중공업이 액세서리의 개념이나 정의에 대해 의문이 있었다면 이를 상무부에 질의했어야 했는데 그러지 않고 임의로 판단하여 제출한 자료는 타당한 답변이 될 수 없다고 보아 현대중공업이 제출한 자료를 배척하였다.

패널은 상무부가 "액세서리"라는 용어의 의미에 대한 추가 지침을 제공하지 않은 것은 '요구되는 자료를 구체적으로 특정할 것(specify in detail the information required)'을 규정한 Annex II 1항에 위반되며, Annex II 를 전제로 하는 AD 협정 6.8조에도 위반된다고 판정했다.

상무부는 판매과정에서 생성된 모든 판매 및 비용 관련 문서를 제공하라고 요청하였음에도 현대중공업이 미국 판매를 위한 국내 운송과 관련된 송장을 제공하지 않았고, 해상 운임 및 해상 보험 비용의 경우 미국 관세청(CBP)에 제출한 가격과 상무부에 제출한 가격에 차이가 있었고, 국내 및 미국의 판매대리인 수수료에 관한 자료를 제출하지 않았고, 위탁수수료 관련 핵심 문서를 제출하지 않았고, 내수시장에서 설치 비용을 과다하게 계상 하였으며, 내수 시장에서 국내운송비 송장 관련 자료를 제출하지 않았다는 점 등도 AFA 적용의 근거로 제시하였다.

그러나 패널은 상무부가 현대중공업이 제출한 자료를 수용하지 않았고, 현대중공업에게 합리적인 기간 내에 추가 답변을 제출할 기회를 제공하지 않은 점을 지적하면서 상무부의 조치는 Annex II 6항 및 협정 6.8조에 위반된다고 판단하였다.

### (3) 4차 연례재심 - 현대중공업

상무부는 변압기의 가격과 원가를 main body, accessories, spare part 로 구분하여 보고할 것을 요구하였으나, 현대중공업은 상무부가 요구하는 보고를 위해서 상무부가 액세서리의 구체적인 정의를 내려 달라고 요청하였다. 이러한 요청은 (a) 사실상 “액세서리”의 객관적이고 명확한 정의가 없으며, (b) 3차 재심 최종판정에서 액세서리에 대한 정의를 상무부에 질의하지 않고 임의로 판단하였다는 것을 AFA 적용 근거 중 하나로 지적하였기 때문이었다. 그러나 현대중공업의 요청에 대하여 상무부는 액세서리의 정의를 제공할 의무가 없다고 주장하면서, 현대중공업의 판매 관련 문서에서 액세서리라는 용어를 사용하고 있고, 다른 조사대상 답변자인 효성이 액세서리 정의를 답변서에 보고했다고 지적하였고, 현대중공업이 수 차례의 자료제출 요청에도 액세서리에 대한 자료를 제출하지 않았다는 이유로 AFA를 적용하였다.

패널은 상기 3차 연례재심에 대한 판단과 동일하게 상무부가 “액세서리”라는 용어의 의미에 대한 추가 지침을 제공하지 않은 것은 필요한 정보를 “구체적으로 특정”할 것을 요구하는 부속서 II의 제1항에 위반되며, 결과적으로 협정 6.8조에도 위반된다고 판정했다.

상무부는 현대중공업의 내수판매 중 계약이 변경되어 계약금액 총액이 증가하였고, 이에 따라 변압기 판매가격도 증액되어야 하는데, 해당 증액금액을 보고하지 않고 최초 계약금액을 보고하여 결과적으로 내수 판매가격을 과소 보고하였다는 점도 AFA 적용의 근거로 제시하였다.

패널은 상무부가 현대중공업이 제공한 정보가 “불확실”하다고 보아 이를 배척하였는 바, 현대중공업에 “조사 기간을 고려하여 합리적인 기간 내에 추가 설명”을 제공할 기회를 주지 않은 것은 Annex II 6항에 위반되며, 결과적으로 6.8조 역시 위반했다고 판정했다.

상무부는 현대중공업의 미국 내 판매 대리인 중 하나가 현대중공업의 관계사인데도 이를 관계사로 보고하지 않았다는 점도 AFA 적용의 근거로 주장하였다. 관계사로 판단한 근거로 상무부는 (a) 해당 판매 대리인의 직원이 현대중공업의 이메일 주소를 사용하고, (b) 해당 판매 대리인의 직원이 현대중공업의 사업부 및 직위를 사용하였다고 설명했다.

패널은 상무부가 해당 판매 대리인과 현대중공업은 관계사가 아니라는 현대중공업의 주장을 배척하면서 현대중공업에 “합리적인 기간 내에 추가 설명”을 제공할 기회를 주지 않은 것은 Annex II 6항 및 협정 6.8조에 위반된다고 판정했다.

#### - 효성

상무부는 효성이 일부 수출 건에 대해서만 OAF (Order Acknowledgement Form)를 제출하였으며, 제출한 OAF는 전체가 아닌 일부이며, 읽기 어려운 부분이 많다고 보았다. 서비스 매출 등 계약서 내 세부 내역을 효과적으로 파악할 수 있는 문서인 OAF에 대한 제출이 제대로 이루어지지 않은 것은 효성이 조사의 진행을 중대하게 방해한 것으로 보아, total AFA를 적용한다고 판정하였다.

패널은 OAF가 서비스 매출 등을 파악할 적절한 근거자료인지 여부와 상관없이, 상무부가



제출된 정보를 배척하는 사유를 효성에게 '즉시' 알리지 않았고, 효성에게 '합리적인 기간 내에 추가 설명' 기회를 주지 않았기 때문에 Annex II 6항 및 6.8조에 위반된다고 판단했다.

상무부는 효성의 답변서에서 동일한 인보이스 번호가 여러 건의 수출에 존재함을 발견하였으며, 이에 대한 이유를 효성에 질의하였으나 답변을 듣지 못하였고, 효성이 인보이스 중복 문제가 있는 건들에 대한 OAF를 제출하지 않은 것은 효성측 답변의 신뢰성을 현저히 낮추는 일이며 조사의 진행을 중대하게 방해하는 행위로서 AFA를 적용한다고 판정했다.

패널은 상무부가 문제가 된 인보이스의 결함에 대해 효성에 “즉시” 알리지 않았고 “합리적인 기간 내에 추가 해명” 기회를 주지 않았기 때문에 Annex II 6항 및 제6.8조를 위반했다고 판단했다.

상무부는 추가질문을 통해 받은 일부 수출건의 전체 판매 증빙을 검토한 결과, 일부 가격조정과 할인 내역이 보고되지 않음을 문제 삼았다. 효성은 위 항목들은 구매계약서 작성시점에 거래처와 협상의 시점에 발생한 것이므로 상무부가 정하는 가격조정항목에 해당하지 않는다고 답변 하였으나 상무부는 가격조정 항목의 불성실한 보고로 효성이 조사의 진행을 중대하게 방해하는 행위인 것으로 보아, AFA 적용의 근거로 삼았다.

패널은 상무부가 효성에게 답변의 결함을 즉시 알리지 않았고 효성에게 “합리적인 기간 내에 추가 설명” 기회를 주지 않았기 때문에 Annex II 6항 및 6.8조를 위반했다고 판정했다.

## 2) AD 9.4조<sup>6</sup> - Selection of an “All Others” Rate

상무부는 규정상 조사대상업체에 대해 산정한 덤핑률이 모두 영(zero), 미소마진(de minimis) 또는 전적으로 Facts Available을 적용하여 산출된 경우, 다른 비조사대상업체에 대해 합리적인 방법으로 덤핑률을 산정할 수 있다는 전제 하에, 의무답변자인 현대중공업과 효성 모두에게 AFA를 적용하여 덤핑률 60.81%가 산정된 4차 재심에서 비조사대상업체인 일진전기, LS산전에게 적용될 All others rate를 의무답변자에게 적용된 AFA 덤핑률(60.81%)로 판정하였다.

패널은 상무부의 all others rate 산정은 반덤핑협정 9.4조에 위반된다고 판정하였다. 9.4조에 따르면 “all others” rate 계산에 zero, de minimis, FA 마진율을 사용할 수 없도록 하고 있으나, 조사당국이 결정한 모든 마진율이 zero, de minimis, FA 마진율인 경우의 계산방

<sup>6</sup> 9.4 당국이 제6조 제10항의 둘째 문장에 따라 검사를 제한하는 경우 검사에 포함되지 아니한 수출자 또는 생산자로부터의 수입품에 적용되는 반덤핑 관세는 다음을 초과하지 아니한다.

(1) 선정된 수출자 또는 생산자에 대하여 설정된 덤핑마진의 가중평균 또는,

(2) 반덤핑 관세의 지불 책임이 예상되는 정상가격을 기초로 계산된 경우, 선정된 생산자 또는 수출자의 가중평균 정상가격과 개별적으로 검사되지 아니한 수출자 또는 생산자의 수출가격간의 차이,

단, 이 항의 목적상 당국은 영의 마진 및 최소허용마진과 제6조 제8항에 언급되어 있는 상황에서 정해진 덤핑마진은 무시한다.

당국은 제6조 제10항 제2호에 규정된대로 검사 대상에서는 제외되었으나 조사과정에서 필요한 정보를 제공한 수출자 또는 생산자로부터의 수입품에 대하여 개별적인 관세 또는 정상가격을 적용한다.

법에 대해서는 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 패널은 이러한 상황에서는 9.4조가 적용되지 않는다는 미국측 주장은 DSU 3.2조와 반덤핑협정 9.4조에 반한다고 보고, 상무부의 조치는 all others rate 계산에 사용될 수 없는 마진율(=AFA rate)을 사용하여 계산한 것이므로 9.4조에 위반된다고 판정하였다.

### 3) 不文의 조치(Unwritten Measure)에 대한 “As Such” 제소

한국은 미국 상무부의 명문화되지 않은 AFA 조치가 그 자체로 (“as such”) WTO 반덤핑협정 6.8조 및 Annex II, WTO 보조금협정 12.7조에 위반된다고 주장했다. 한국은 AFA 조치의 증거로 미국 국내법, 미국 상무부 반덤핑조사 매뉴얼, 미국 국내법원 판례, 미국 상무부 결정문 등이 “일반적이고 미래적으로 적용되는 규정(rule or norm of general and prospective application)” 또는 “현재 진행중인 행위(ongoing conduct)”를 구성한다고 주장했다. 패널은 “as such” 주장은 앞에 살펴본 “as applied” 주장과 비교했을 때 회원국들이 특정 조치를 앞으로 취할 수 없도록 강제하는 것이기 때문에 더 신중하게 검토해야 한다고 전제하고, 아래와 같은 근거로 한국의 as such 제소를 기각하였다.

패널은 한국이 조사 비협조 결정과 상무부의 AFA 적용 간의 “자동적 연결 (automatic link)”을 증명해야 한다고 보았다. 패널은 또한 미국의 AFA 조치가 “AFA 규정 (AFA norm)”이든, “진행중인 AFA 행위 (ongoing AFA conduct)”이든 간에 이러한 명문화되지 않은 조치가 실제로 존재함을 증명해야 한다고 강조했다.

패널은 한국이 제시한 (i)2015년 TPEA 개정을 반영한 Section 776 of the Tariff Act of 1930 (9 U.S.C 1677 (e)) 등의 법률 조항; (ii) 미국 상무부 반덤핑조사 매뉴얼; (iii) 미국 법원 특정 판례; (iv) 미국 상무부의 AD/CVD 결정 등이 이러한 명문화되지 않은 조치의 정확한 내용을 증명하는지를 검토했다.

우선 미국 법률 조항과 관련해서, 한국은 이 법률 조항들이 미국 상무부로 하여금 WTO협정에 불합치되는 방향으로 조치를 취하도록 한다고 주장했다. 미국은 법률 조항을 근거로 명문화되지 않은 조치의 존재를 증명하려는 한국의 시도는 “상식적이지 않다 (nonsensical)”고 반박했으나, 패널은 명문화되지 않은 조치가 존재한다는 증명을 위하여 법률 조항을 증거로 사용하지 못할 이유는 없다고 판단했다. 다만 패널은 미국의 법률 조항의 내용이 미국 상무부로 하여금 WTO 협정에 불합치되는 방향으로 조치를 취하도록 한다고 볼 수는 없다고 판단하여 한국의 주장을 받아들이지 않았다.

미국 상무부 반덤핑조사 매뉴얼과 관련해서 패널은 매뉴얼 내용상 본 매뉴얼이 상무부 관행을 증명하기 위해 인용될 수 없음을 명시하고 있고, 매뉴얼의 논조도 미국 상무부가 조사 비협조에만 근거해서 조사 비협조 당사자에게 부정적인 사실을 채택하도록 요구 (require)하지 않는다는 점을 들어서 한국의 주장을 기각했다. 또한 한국이 인용한 미국 국내법원 판례들에 대

해서도 패널은 특정한 대체 사실로 실제 반덤핑률을 합리적으로 정확하게 평가할 수 없으며, 따라서 미국 상무부 반덤핑조사 매뉴얼과 법원 판결들은 한국이 문제삼은 AFA 조치의 정확한 내용을 증명하기에 충분하지 않다고 판단했다.

한국은 TPEA 502조 발효 후 AFA가 적용된 319건의 미국 상무부 판정례도 미국 정부의 명문화되지 않은 관행의 증거로 제출하였다. 한국은 319건 중 적어도 306건의 결정례에서 미국 상무부의 정보 제출 요청에 대하여 협조하지 않은 경우 동일한 내용의 문언 (boilerplate language)을 사용해서 AFA를 적용했으며, 이러한 문언을 사용하지 않은 경우에도 비협조와 AFA 적용 사이의 자동적 연결 관계가 있다고 주장했다. 그러나 패널은 한국이 제공한 데이터베이스의 제한된 정보만으로는 문제된 조사 건들의 중요한 측면에 대한 완전한 검토를 할 수 없다고 판단했다. 또한 패널은 한국이 제공한 정보만으로는 미국 상무부의 AFA 적용이 한국이 주장하는 것과 같이 “조사 비협조=AFA 적용”이라고 판단할 수 있을 정도로 구체적인 내용을 알기에 불충분하다고 판단했다.

패널은 또한 “as such” 주장의 성격에 대해 검토하였다. 패널은 한국의 문제제기는 미국 상무부가 대체 사실 선택시 재량권 범위를 규정하는 법규 조항에 대한 문제제기가 아니라 미국 상무부의 재량권 행사가 WTO규정에 위반되는 방법으로 이루어졌다고 주장한 것이라고 보았다. 따라서 문제된 조치로 인해 미국 상무부가 향후에도 개별 사건의 특정 상황과 관계없이 무조건 WTO규정에 위반되는 대체 사실 (replacement fact)을 선택할 것임이 증명되어야 한다고 설명했다. 그러나 한국이 제시한 319건의 미국 상무부 결정례들은 이러한 내용을 증명하지 못했으며, 한국이 제출한 사건 DB는 “adverse inferences”와 “adverse facts available”의 관계가 항상 자동적으로 연결되지 않는 점을 보여줬을 뿐이라고 판단했다. 따라서, 패널은 한국이 미국의 “AFA 규범 (AFA rule / AFA norm)”의 존재를 구체적 내용을 통해서 증명하지 못했다고 판정하고, 한국의 나머지 주장은 기각했다.

패널은 한국이 “진행중인 AFA 행위(ongoing conduct)”의 존재 관련 주장도 한국의 AFA 규범(rule or norm) 관련 주장과 동일한 증거자료를 제시해서 주장했으며, 한국도 이를 인정했다는 점을 지적했다. 패널은 WTO 결정례에 비추어 볼 때 “진행중인 행위”는 “현재 발생한 행위 및 미래에도 발생할 가능성이 있는 행위”를 포괄하는 것이며, 한국이 제시한 자료들에 따르면 미국의 조치는 “ongoing conduct”보다는 “rule or norm”에 해당된다고 보는 것이 적절하지만, 한국은 미국의 AFA 조치의 규범성을 구체적 내용을 통해서 입증하지 못했기 때문에 동일한 이유로 미국의 AFA 조치가 “진행중인 행위”임을 입증하지도 못했다고 판단했다.

따라서, 패널은 한국이 문제삼은 명문화되지 않은 조치의 존재를 구체적 내용을 갖고 입증하지 못했다고 판단했으며, 이에 따라 미국의 AFA 조치가 반덤핑협정 6.8조 및 Annex II, 보조금협정 12.7조에 불합치하는지 여부를 판단할 필요가 없다고 판정했다.

## 다. 해설 및 평가

8건의 미국 상무부 AD/CVD 조사 결정에 대해서 WTO 협정상 AFA 적용결정 요건 충족여부 및 누락정보의 적절한 대체자료 선정 등 사실관계에 관한 쟁점 등에 대한 “as applied” 주장은 패널이 한국측 주장을 모두 인용하였는 바, 2015년 TPEA 개정 이후부터 부각된 미 상무부의 공격적인 AFA 적용 흐름에 제동을 건 분쟁 판정으로 주목된다. 비록 미국이 본건 패널 판정에 대하여 현재 기능 마비 상태인 상소기구에 상소하여 패널 판정은 장기간 미확정 상태로 유지될 것으로 전망되나, 패널 판정은 AFA 적용의 실체적, 절차적 요건을 분명히 하고 남용을 견제한 점에서 그 자체로도 의미를 지닌다. 실제로 본건 WTO 분쟁 제기 이후에 진행된 각 AD/CVD 재심 절차에서는 상무부의 AFA 적용이 줄어들고 대상 기업의 덤핑/상계관세율이 대폭 감소하는 양상을 보이고 있다.