

國際投資紛爭解決制度和 韓美FTA의
受容態度에 관한 研究
-ISD와 國家主權, 間接收用을 중심으로-

김 태 현

<목 차>

- I. 서론
- II. ISD 중재판정과 상소제도 필요성
- III. ISD와 주권침해 문제
- IV. 한미FTA 간접수용과 합헌성 검토
- V. 결론

I. 서론

한미 자유무역협정(Free Trade Agreement: FTA)은 2007년 4월 2일 타결된 이후 같은 해 9월 7일 국회에 비준동의안이 제출된 상태다. 현재로서 2008년께 국회비준을 통과해 국내법으로 수용될 가능성이 높지만 그 제도에 대한 법적 연구는 이제 시작단계에 불과할 정도로 충분하지 않다. 특히 한미FTA에 규정된 국제투자분쟁해결제도에 대한 이해와 수용문제는 일반국민은 물론 국내법 관계자에게도 법 제도적 관점에서 생소한데다

* 한국해양대학교 박사과정 수료

갑작스럽게 새로운 제도로 다가오고 있는 상황이다.

한미FTA에서 규정된 투자자와 국가 간 분쟁해결제도(Investor-State Dispute Mechanism: ISD)는 우리 정부가 동시다발적으로 추진하고 있는 FTA의 모델케이스로 자리 잡을 가능성이 높다. 투자분쟁해결제도는 투자분쟁 판정결과를 볼 때 국제법과 국제관습법의 테두리 내에서 가동되고 있다. 하지만 한미FTA의 ISD 제도에 대해 기대감만 있는 것은 아니다. 국가경제와 법제도의 근본을 흔들 우려가 있다는 비판의 목소리도 높다. 한미FTA의 투자조항 도입과 관련해 대립을 빚고 있다. 특히 외국투자자(Investor)가 협정위반을 이유로 투자유치국 정부를 제소할 수 있는 ISD와 간접수용의 합헌성 문제 등을 놓고 의견이 분분하다.¹⁾

FTA 찬성론자들은 “미국의 법문화를 수용해 우리의 법문화를 선진화시킬 수 있는 좋은 기회다”라고 주장하고 있고, 반대론자들은 “주권을 해칠 우려가 있고, 분쟁 우려가 높다”고 주장하는 등 찬반 논란이 거세다. 한미FTA 법조문들은 “한국의 법문화와 경제상황에서 정당성을 갖는가”, “분쟁의 적용 대상이 될 사항이 우리의 법문화와 같등은 없는가”라는 점도 논란의 대상이 되고 있다.

1) 한미 FTA는 ISD(Investor-State Dispute) 제도를 놓고 학계와 법조계 간에도 도입 찬반 의견이 나뉘어져 있다. 최원목, 장승화, 이재민(국제법학자) 등은 ISD가 장단점이 있는 만큼 단점을 보완해 활용할 수 있도록 해야 한다는 입장이다. 최원목, “한미 FTA에 관한 몇 가지 이슈분석”; 장승화, “한미FTA 투자관련 협상에서 나타난 몇 가지 쟁점에 관한 연구”, 『국제거래법연구』, 제15집 제2호(2006.12); 이재민, “ISD 분쟁해결제도에 대한 소고”, 『서울국제법연구』, 제13권 제2호(2006); 진시원(국제정치경제학자), 엄순영(기초법학자), 송기호(통상법률 변호사)는 ISD제도 자체가 법제도와 경제력이 강한 미국에게 유리한데다 주권을 해칠 우려가 높으며 도입철회를 주장하고 있다. 진시원, “한미FTA 투자조항과 한국의 외국인 투자 구조의 문제점”, 『21세기 정치학회보』, 제16집 제3호(2006.12); 엄순영, “법의 세계화와 한미FTA-조약의 효력요건과 한미FTA”, 경상대 한중 국제학술세미나(2007.7.28); 송기호, 『한미FTA핸드북』(대구: 녹색평론사, 2007). 위의 관련 자료들을 살펴보면 대체적으로 국제법학자들은 국제질서와 현실을 중시해 ISD를 근본적으로 찬성하고 있고, 정치 및 기초법학자, 일부 실무 변호사들은 ISD제도의 이데올로기를 강조해 반대를 표출하고 있다.

그동안의 중재판정 사례들을 살펴보면 중재판정부의 판정이 잘못되거나 중재판정부마다 다른 판정을 내리는 경우도 발생하고 있다. 특히 명백한 불법행위(manifest injustice)의 경우 바로 잡을 필요도 있다.²⁾ 국내법(3심제)은 1심에서 문제가 생겨도 다시 그 잘못을 바로잡을 수 있는 기회가 있으나 국제중재재판의 경우 특별한 경우를 제외하곤 단심에 그쳐 국가의 공공정책과 국가주권을 투자중재 대상으로 삼고 있는 만큼 개선책이 필요하다는 시각이 설득력을 얻고 있다.

특히 공법 연구와 관련해 간접수용의 법리는 미국 수정헌법 제5조의 수용의 개념³⁾과 함께 연계돼 손실보상에 관한 중요한 입법례 중의 하나로 소개되고 있으며 비록 동일한 범위는 아니지만 독일법상의 수용유사이론과 그 맥을 같이 하고 있다고 파악할 수 있다.⁴⁾ 하지만 아직 간접수용 문제는 국내법상 제대로 법리연구를 통해 도입되지 못한 상태다. 원칙적으로 간접수용에 관한 조약과 국제관습법은 국내법과 같은 효력을 지니고 있는 만큼 국제법적 시각에서 볼 때 국제법과 국내법상 문제가 없다고 볼 수 있다. 국내법에 그 내용이 일치하는가 하는 문제는 국내법상의 문제이지 국제법상의 문제는 아니다. 하지만 여전히 외국투자자에겐 조약이, 국내투자자에게는 국내법이 적용돼 국내투자자가 외국투자자보다 재산권의 보호에 차별을 받을 수 있다. 이 때문에 간접수용의 국내법 적용문제는 여전히 과제로 남아 있는 것이다. 철저한 법리적 연구와 투자자와 국가 간

2) Andrea K. Bjorklund, "Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims", *Virginia Journal of International Law*, vol. 45, 2005, p.873.
 3) "... 누구든지 정당한 보상 없이 그 사유재산은 공용을 위해 수용(taking)당하지 않는다(nor shall private property be taken for public use, without just compensation)"고 규정. 이 헌법규정은 공용수용에 관해 연방과 주가 보상을 하지 아니하는 경우, 그 권한을 명시적으로 행사할 수 없다는 것을 규정한 것임을 알 수 있다.
 4) 강현철, 『투자자-국가소송제의 헌법적합성에 관한 연구』(서울: 한국법제연구원, 2007), 5쪽.

분쟁해결제도에 관한 연계적 관련성을 파악하지 못한 점이 있다. 법제간 관심과 관련성에 관한 상호 이해 부족도 해결해야 할 과제다.⁵⁾ 간접수용법을 국내법으로 도입할 경우 재산소유자에게 보상할 정부예산의 확보도 시급한 문제이다. 한미FTA는 당장 국회 비준을 통과하면 국내법적 효력을 가지는 만큼 새로운 이 제도의 적절성과 타당성 및 국내 도입에 따른 입법적 문제점은 물론 헌법적합성 문제와 예산 확보 등에 대해서도 살펴 보고자 한다.

II. ISD 중재판정분석과 상소제도 필요성

국제중재방식을 활용해 제기되는 분쟁 가운데 공익과 결부되는 분쟁은 매우 다양한 형태로 나타나고 있다. 투자자들은 상하수도사업, 징세, 수출입 규제, 서비스업 등처럼 과거 국가의 전속적인 주권행사로 간주되어 개별 국가 영토 내의 각종 규제에 대해 이의를 제기하며 중재를 신청하고 있다.⁶⁾ 앞으로 투자자들이 투자유치국 정부의 규제행위에 대해 이의를 제기할 가능성이 매우 높다.⁷⁾ 사업에 실패한 투자자들이 자신의 재정과 영업상 실패를 투자유치국 정부의 부당한 규제와 그릇된 거시경제정책, 국

5) 법무부는 ISD분야의 사전적 보완대책으로 정부 주요 입법 및 정책 결정시 사전에 법무부의 자문과 검토, 심의를 받도록 하는 외국투자에 대한 '영향평가제도'를 마련하고, 사후적 대책으로 해외분쟁사례 집중 연구 및 대응방안 수립, 이행을 위해 재경부, 산자부 등 유관부처와 민간 전문가로 구성된 민관합동 태스크포스팀을 잠정적으로 설치하고 2008년 설립되는 '정부법무공단'안에 전담기구를 설치, 운영해 외국 투자자의 제소에 대한 전문적 대응체제를 마련한다고 밝히고 있다. 법무부, "투자자-국가분쟁 등 한미FTA 타결에 관한 법무부 대응방안", 보도자료(2007.4.2), 1쪽.

6) David A. Gantz, "Global Trade Issues in the New Millennium: Potential Conflicts Between Investor Rights and Environment Regulation under NAFTA's Chapter II", *CEO. WASH. International Law REV.* vol.33, 2001, pp.651, 659.

7) Elena V. Helmer, "International Commercial Arbitration": Americanized, 'Civilized or Harmonized', *OHIO ST.J. ON DISP. REV.*, vol.19, 2003, pp.35, 38.

제법에 반하는 차별대우라고 주장하면서 소송을 남발할 가능성도 배제할 수 없다.⁸⁾ 최근 제기되는 국제투자 중재사건들은 사적분쟁이면서 공익과 결부되기도 한다. 이들 분쟁을 해결하는 방식으로 국제중재가 적절한지 여부는 투자자 보호가 아닌 공익차원에서 보면 많은 의문이 제기되고 있다. 이런 경향은 2500여개의 양자 또는 다자간 투자협정에서 외국인 투자자가 투자유치국을 상대로 중재를 제기할 수 있는 투자분야에서 두드러지고 있다.⁹⁾

이같은 상황에서 실제 중재재판부가 내린 중재판정에서 절차적 문제점이 나타나고 있는 만큼 다양한 대책이 필요한 상황이다. ISD는 단순한 사인간의 중재분쟁이나 투자자와 국가 간의 상사투자분쟁에서 벗어나 투자자가 국가정책이나 투자유치국의 법원판결 등과 관련해서도 중재대상으로 삼을 수 있는 만큼 ISD의 문제는 국가와 관련한 모든 중재재판의 문제로 확대되고 있다. 이 때문에 ISD제도는 FTA에서 투자의 범위가 확대되면서 국가간 갈등을 빚게 되는 원인을 제공하고 있는 것이다.

1. 상소기구의 필요성과 관련한 판정(잘못되거나 일관성이 결여된 ISD 판정)

중재는 단심제¹⁰⁾이기 때문에 판정이 잘못 내려지거나 일관성이 결여될 경우 이것을 바로잡을 기회가 없다. 사인간의 중재에서는 신속하게 분쟁을 해결할 수 있다는 점에서 단심제가 중재의 장점으로 지적된다. 그런데 국가정책을 심판의 대상으로 하는 ISD에서는 중요한 국가정책을 경솔하게 결정한다는 비판의 근거가 된다. 미국 내에서 이러한 비판이 높아지게

8) Justin Bytne, "NAFTA Dispute Resolution: Implementing True Rule-Based Diplomacy Through Direct Access", *Taxation International Law of Justice*, vol.35, 2000, pp.415, 434.

9) 이동호, 전제논문, 41쪽.

10) 한미FTA 제11.26조.

된 계기가 된 사건은 Loewen 사건과 Methanex 사건을 들 수 있다.¹¹⁾ 일관성이 결여된 판례로는 Lauder사건과 SGS사건, S.D. Mayer와 Pope&Talbot사건이 제시된다.

가. Loewen 사건¹²⁾

이 사건은 캐나다 회사를 상대로 한 미시시피 주법원에서의 재판과정에서 행해진 주법원의 행위와 판결을 이유로 제기된 중재사건이다. 미국 Jerry O’Kaffe와 그의 아들, 그리고 이들이 소유한 회사들(들을 합쳐 O’Kaffe로 표기)이 공동으로 캐나다 법인인 Loewen Group Inc.(TLGI)와 TLGI의 미국 자회사인 Loewen Group International Inc.(LGII) (TLGI와 LGII를 통합해 Loewen으로 부른다)를 상대로 미시시피 법원에 계약위반을 이유로 제소한 것에서 시작됐다. 피고회사(Loewen)는 북미지역에서 장례서비스와 장례보험서비스를 제공하는 회사였고, 원고회사(O’Kaffe)는 미시시피지역에서 동일한 서비스를 제공하는 회사였다. 원고와 피고사이에 원고의 장의사와 피고의 장의보험사를 교환하는(교환자산의 가액이 전체적으로 5000만 달러가 되지 않는) 계약과 관련된 분쟁이 발생해 소송을 제기했다. 원고 측 변호사인 Willy Gary는 단순한 계약 위반 사건을 부당경쟁 사건이라고 주장했다. Gary는 변론과정에서 배심원들에게 부당한 편견을 가질 수 있는 다음의 3가지를 크게 부각시켰고, 판사를 이를 적절하게 통제하지 않았다. 첫째, 회사의 국적에 관한 것으로 원고는 미시시피 회사인 반면에 피고는 캐나다 회사라는 것이다.¹³⁾ 둘째,

11) 서철원, “투자자 국가간 직접중재에서의 상소 메커니즘의 전망과 법적 쟁점”, 『국제법학회논총』, 제52권 제1호(2007.6), 188쪽.

12) *Loewen Group Inc & Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award, June 26, 2003, p.42,

13) O’Kaffe의 설립자는 제2차 세계대전 중에 진주만 전투에 참가한 애국자인 반면 Loewen은 외국인이고, Loewen이 O’Kaffe를 인수하는 자금에는 일본자금이 많이 이용된다는 것을 지적하면서, 이 사건은 미국의 애국자와 미국의 적국이었던 일본 자본의 앞잡이인 외국인간의 소송이라는 것을 부각시켰다. Ibid.

인종적인 문제로 원고는 흑인 백인을 가리지 않는 반면 피고는 백인만을 고객으로 한다는 것이다.¹⁴⁾ 셋째, 원고는 소규모인 반면 피고는 대규모 회사로 가난한 지역주민들을 착취한다는 것이다.

소송의 결과 배심원은 피고에게 5억 달러를 배상하라는 판결을 내렸다. 그런데 이 중에서 손해를 전보하는 것은 2600만 달러이고, 7400만 달러는 정신적 고통에 대한 위자료, 4억 달러는 징벌적 배상이었다. 피고는 항소하려고 했으나 1심 판결의 집행을 막기 위한 보증금이 문제였다. 미국에서는 승소한 자의 집행을 지연하는 수단으로 항소가 이용되는 것을 막기 위해 항소하는 자가 1심판결이 집행되는 것을 중지시키기 위해서는 보증금을 공탁해야 한다. 미시시피법상 그 액수는 1심판결 배상액의 1.25배이고, 정당한 사유가 있으면 감액할 수 있다. Loewen사건의 1심법원은 법정 최고 비율인 1.25배를 적용해 보증금을 6억2500만 달러로 결정했다. Loewen은 보증금의 액수를 1억2500만 달러로 감액해달라는 청구를 했으나 1심법원과 항소법원은 거부했다. 1심 재판에서의 패소와 자금조달의 어려움이 주식시장에 알려지자, TLGI의 주가는 30억 달러에서 15억 달러로 절반 폭락하는 등 Loewen은 곤란한 상황에 빠졌다. 이에 Loewen은 집행이 예정된 하루 전에 1억7500만 달러를 배상하기로 원고 측과 화해를 하고 항소를 포기했다. 화해에 의해 사건이 해결된 후 TLGI와 TLGI의 설립자인 Raymond Loewen은 NAFTA 1116조에 기해 중재를 신청했다. Loewen의 설립자이자 대주주인 Raymond Loewen도 자기 자신의 피해를 이유로 한 자격과 TLGI를 대신하는 주주의 자격으로 중재를 신청했다.

중재의 결과 1116조에 기한 TLGI의 청구는 국적계속의 요건을 충족하지 못하고 관할권이 없다는 것, 1심법원의 판결에 대해 상급법원에서 다

14) 이 소송에서 재판관도 아프리카계 미국인이고 12명의 배심원 중 8명이 아프리카계 미국인이었기 때문에 이 점이 판결과 법원의 태도에 중요한 영향을 미쳤을 것으로 생각된다. Ibid. para.3.

투지 않고 화해에 의해 종결됐다는 이유로 패소했다.¹⁵⁾

하지만 이 중재판정은 많은 문제점을 남겼다. 이 사건에서 문제가 된 것은 1심법원의 재판절차에서 원고 측 변호사의 부적절한 행위를 주법원이 적절하게 통제하지 못한 것¹⁶⁾과 원심판결의 집행을 중지하기 위한 보증금액수가 과대해 화해로써 분쟁을 해결할 수밖에 없도록 한 것¹⁷⁾ 등이다. 이 사건은 청구인인 캐나다 법인의 국적이 중재 중에 미국인으로 변경됐고,¹⁸⁾ 법원의 판결에 대해 최종심까지 마쳐야 하는데 그렇지 못했으므로¹⁹⁾ 관할권이 없다는 것으로 종결됐다. 국적계속의 원칙과 국내 구제절차의 완료, 주주의 당사자 적격에서 잘못된 판정이라는 지적을 받고 있다.²⁰⁾ 그러나 정치적 책임을 지지 않은 중재재판부가 사법부의 판결도 중재의 대상으로 할 수 있다는 것은 많은 논란을 불러 일으켰다.²¹⁾

나. Methanex 사건

이 사건은 환경보호를 위한 조치가 배상의 대상이 될 수 있다는 면에서 환경보호단체의 반발을 불러일으킨 사건이다. 사건 개요는 캐나다에 근거를 두고 있는 메탄올을 생산하는 기업인 메타넥스가 캘리포니아주가 발암물질인 MTBE(methyl tertiary-butyl ether)를 휘발유에 첨가하는 것을 금지하는 조치를 취하자 제기한 중재다. 메탄올은 MTBE를 만드는데 사

15) 서철원, “투자자-국가 중재를 이용하기 위한 절차적 요건에 관한 연구”, 『국제법학회논총』, 제52권 w[1호(2007.6), 133쪽.

16) Ibid. paras. 42, 65-70.

17) Ibid., para. 215.

18) Ibid., paras. 225-230.

19) Ibid., para. 159.

20) 서철원, “투자자-국가 중재를 이용하기 위한 절차적 요건에 관한 연구”, 149-151쪽.

21) 미국정부는 사법부의 행위는 중재의 대상이 아니라고 했다. *Memorial of United States of America on matters of Competence and Jurisdiction*, 15 Feb, 2000, pp.27-49; 로웬사건의 중재판정의 문제점에 대해서는 서철원, “투자자-국가 중재를 이용하기 위한 절차적 요건에 관한 연구” 참조; 송기호, “미국대법관들이 투자자 국가소송체에 맞선 이유”, 『프레이션』(2006.7.26), pp.1-2.

용되는데, MTBE의 첨가가 금지돼 메타넥스가 생산하는 메탄올의 판매가 줄게 됐다는 것이 그 이유다.²²⁾

이 사건의 청구 근거는 캘리포니아 주의 조치가 MTBE에 의한 건강의 피해를 막기 위한 최소한의 조치가 아니어서 ‘국제적 최소보호제도’를 위반했다는 것, 캘리포니아주의 조치는 에탄올을 생산하는 미국기업과 차별한 것이므로 내국민대우원칙을 위반했다는 것, 캘리포니아주의 조치로 NAFTA 투자조항이 보호하는 시장점유율을 상실하게 됐으므로 간접수용이라는 것 등이다.

중재재판부는 캘리포니아주의 조치와 청구인인 투자자 사이에 관련성이 약하다며 관할권이 없다는 판정²³⁾을 내려 미국이 승소했다. 하지만 미국의회에서 행정부에 무역협정의 신속체결권을 부여할 것인가의 여부가 논의되는 중에 진행된 사건으로 정치적 파장이 적지 않았다. 그 결과 의회는 투자협정에 여러 가지 내용을 담을 것을 조건으로 대통령에게 신속체결권을 부여했는데, 이러한 조건 중의 하나가 상소메커니즘을 만들도록 요구하는 것이다.²⁴⁾

다. Lauder 사건(2003)²⁵⁾

이 사건은 하나의 사건에 대한 중재가 런던과 스톡홀름 두 곳에서 동시에 진행돼 각 중재판정부가 모순된 판정을 한 사례이다. 동일한 사안에 대해 두 곳에서 중재가 진행된 이유는 미국투자자인 Lauder가 네덜란드법인을 설립해 이를 통해 체코에 투자해, Lauder가 미국과 체코간의 투자협정에 근거해 중재를 신청했고, 네덜란드 법인은 체코와 네덜란드 간의 투자협정에 근거해 중재를 신청했기 때문이다. 두 사건이 병합될 수 있었지

22) *Methanex Corporation v. United States of America, Final Award* (Aug. 3, 2005), Part. II, Chapter D, paras 2-6.

23) *op.cit.*, paras.129-147.

24) 19 U.S.C. 3802조(b)(3)(G)(iv).

25) 홍기빈, 『투자자-국가직접소송제』(대구: 녹색평론사, 2006), 27-34쪽.

만 체코정부가 병합에 반대해 중재가 두 곳에서 진행됐다.

미국인 Lauder가 네덜란드 법인인 Central European Development Corporation (CEDC, 증유럽미디어)을 설립하고, 이를 통해 체코의 방송사업(노바TV)에 투자했다. 원래는 직접 방송허가권을 취득해 체코현지 파트너와 공동으로 방송국을 운영할 계획이었다. 그런데 외국인에게 직접 방송허가권을 주는 것에 부담을 느낀 체코방송위원회는 체코 현지 파트너에게 방송허가권을 주고, 이 파트너와 조인트벤처(합작투자회사)를 설립해 방송국을 운영하도록 했다. 방송국의 운영은 예상보다 순조로웠다. 그런데 Lauder와 CEDC가 실제로 방송국을 운영하는 것에 대한 비판²⁶⁾이 높아져, 체코의회는 Lauder와 CEDC에게 불리하도록 방송법을 개정했다. 개정된 법률에 따라 체코방송위원회는 조인트벤처의 투자와 수익 분배구조를 Lauder와 CEDC에게 불리하게 변경하도록 했다. 그리고 체코 현지 파트너(블라디미르 젤레즈니)는 이러한 분위기와 체코방송위원회를 이용해 자기가 지배하는 새로운 기업이 방송국을 운영하도록 했다.

이에 Lauder는 체코와 미국 간의 투자협정에 따라 런던에서 중재를 신청했고, 직접 피해를 입은 네덜란드법인은 체코와 네덜란드 간의 투자협정에 따라 스톡홀름에서 중재를 신청했다. 중재에서 문제가 됐던 것은 ① 방송허가권을 내국인에게만 준 것, ② 방송사를 운영하는 회사인 CNTS의 투자와 수익분배 구조를 변경시키는 과정에서 체코정부와 방송위원회가 취한 조치, ③ 체코 현지파트너가 방송국을 차지하는 과정에서 방송위원회가 취한 조치 등이다.

런던중재와 스톡홀름 중재 모두 방송허가권을 주는 과정에서 내외국인을 차별한 것은 내국민대우 위반이라고 판정했다.²⁷⁾ 그러나 그 외의 쟁점

26) 미국식 오락프로와 섹스 폭력물 등이 방송에 확대되면서 체코의 문화를 해치고, 돈이 외국으로 빠져나간다면 공익 성격이 무시되고 사업이익을 늘리는데 혈안이 되고 있다는 비판이 쏟아졌음. 상계서, 27-35쪽 참조.

27) Lauder v. Czech Republic, Final Award, (<http://www.cetv-net.com/iFiles/1439->

에 대해서는 두 개의 중재가 정반대의 판정을 했다. 런던중재에서는 그 외의 이슈에 대해 체코정부의 행위가 투자협정을 위반하지 않았다고 했다.²⁸⁾ 반면에 스톡홀름 중재에서는 체코정부는 자의적이고 차별적인 대우를 하지 않을 의무를 위반한데다 형평에 맞는 대우를 할 의무도 위반해 체코정부의 행위가 간접수용에 해당한다고 판정했다.²⁹⁾ 스톡홀름 중재재판부는 체코정부에게 3억5000만 달러를 보상하라고 판정했다.

라. SGS 사건

거의 유사한 사안에 대해 2003년 ICSID에서 행해진 두개의 중재가 정반대의 판정이 내려진 사례이다. 스위스 회사인 Societe Generale de Surveillance S.A.(SGS)는 파키스탄 정부, 필리핀 정부와 각각 세관업무의 효율성을 높이는 용역을 제공하는 계약을 체결했다. 양국 정부가 용역대금 지급을 거부하자, SGS사는 파키스탄 정부에 대해서는 스위스와 파키스탄간의 투자협정상 권리가 침해됐다는 이유로, 필리핀 정부에 대해서는 스위스와 필리핀간의 투자협정상 권리가 침해됐다는 이유로 ICSID에 중재를 신청했다. 단순한 계약위반의 문제를 투자협정상 권리 침해로 주장한 이유는 소위 우산조항(umbrella clause)³⁰⁾ 때문이다. 이 조항은 “계약국은 투자자의 투자와 관련해 한 약속은 준수해야 한다”라는 취지를 규정하고 있는데 여기에서의 약속에 단순한 계약도 포함된다고 SGS는 보았기 때문이다. 그런데 파키스탄 정부와의 중재에서는 단순한 계약위반은 우산조항에서 금지하는 약속의 위반에 해당되지 않는다고 판정했다.³¹⁾ 반면 파키스탄 정부와의 중재에서는 정반대로 판정했다.³²⁾

lauder) paras.230-233.

28) Ibid, paras., 246-247, 256-258.

29) *CME Czech Republic G. V. v. Czech Republic, Partial Award*, paras.554-555, 572, 607-609.

30) 협정상 의무위반 외에 여타 모든 투자자 국가간 분쟁을 ISD 분쟁해결절차에 회부 가능토록 한 조항이다.

31) *Societe Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision

마. S.D. Myers 사건과 Pope & Talbod 사건

NAFTA 투자중재에서 일관성이 결여된 사례들은 제1105조의 해석과 관련한 경우가 있다. ‘공정한 대우’가 ‘국제적 최소보호’의 한 부분인지 아니면 이것에 추가해 보장되는 권리이나의 문제를 놓고 판정이 달랐다.

마이어스 사건³³⁾에서는 공정한 대우를 국제적 최소보호에 포함되는 것

on Jurisdiction, ICSID Case No.ARB/01/13(2003), paras.164-165.

32) *Societe Generale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/02/6(Jan. 29,2004), para.128.

33) 마이어스 사건의 개요는 다음과 같다. 미국에서는 PCB(폴리염화비페닐)의 생산자체가 금지되다보니, 미국 기업인 마이어스는 캐나다에서 생산된 PCB를 미국으로 수입해 오하이오 주에 있는 자사 공장에서 그것을 가공한다는 계획을 추진했다. 마이어스는 캐나다에 자회사를 세우고, 미국과 캐나다 양국의 당국에 허가를 요청했다. 캐나다는 이 계획에 대해 미국의 환경보호청(EPA)이 허가한다면 자국도 허가한다는 입장이었다. EPA는 긍정적으로 검토했고, 마침내 1997년 PCB의 수입을 허가하는 조치를 내렸다. 그런데 그로부터 1개월 뒤인 1997년 11월에 캐나다 당국은 PCB의 국경통과를 일단 보류시키는 잠정명령(Interim Order)을 발표했다. 그 이유는 미국 EPA의 조치가 과연 합당한지 연구할 시간이 필요하다는 것이었다. 미국에서는 이미 PCB의 수입을 금지하는 법이 발효된 상태였다. 그런데 이런 법과 EPA의 조치가 모순되는 지 여부에 대해서는 아직 권위있는 검토가 이뤄진 적이 없으니, 바젤협약에 서명한 캐나다로선 당시 상황에서 어떤 조치를 취해야 하는지를 다시 생각해봐야 한다는 것이다. 몇 달이 지난 후인 1997년 2월 검토를 끝낸 캐나다 당국은 다시 PCB의 수출을 허가했고, 마이어스는 7번 정도의 PCB수입물량을 운송할 수 있었다. 그러나 이번에는 미국에서 환경단체인 시에라클럽이 마이어스에 대한 EPA의 PCB 수입 허가조치를 위법이라고 주장하며, 제소해 위법이라는 법원의 판결을 받아냈다. 이로써 1997년 7월 20일 PCB의 미국 내 반입은 완전히 중단됐다. 그런데 1998년 10월 마이어스가 캐나다 정부를 상대로 투자자 국가소송을 제기했다. 미국의 EPA에서 허가를 내줬음에도 불구하고 캐나다의 잠정명령으로 인해 PCB의 수입이 중단됐던 몇 개월의 기간 동안 큰 피해를 입었다는 것이다. 마이어스의 주장은 3가지. 첫째, 캐나다 정부는 미국기업인 마이어스에 피해를 줄 것을 알면서도 의도적으로 잠정명령을 내리는 행동을 했으니 NAFTA의 차별금지 조항을 위반했다. 둘째, 결과적으로 마이어스는 자사가 구입한 PCB를 캐나다 국내에서 처분할 수밖에 없게 됐으니 투자자에게 아무런 요구사항도 불지 않는다는 ‘이행의무 부과금지’조항을 위반했다. 셋째, 마이어스가 사업을 위해 캐나다에 투자해 설립한 회사는 결국 아무런 이윤도 내지 못하게 됐으니 캐나다정부는 ‘수용에 해당하는 조치’를 취한 셈이다. 2000년 11월 13일 UNCITRAL 중재판정부는 마이어스의 손을 들어주는 판정을 내렸다. 2002년 10월 나온 최종 판결은 605만 달러의 배상금을 캐나다 정부에 부과했다. 홍기빈, 전게서, 138-139쪽.

으로 해석했다. 중재판정은 권리의 침해여부에 적용되는 기준으로 “투자자가 국제법의 시각에서 수용할 수 없는 수준의 부당하고 자의적인 대우를 받았을 때 제 1105조의 위반이 있다”고 했다. 또 “조치가 제1105조를 위반할 정도로 상계를 벗어났는가의 여부는 궁극적으로 국제법이 결정해야 한다”고 해 국제적 최소보호에 적용되는 기준이 공정한 대우 위반여부에도 적용된다고 했다.³⁴⁾

반면 포프앤탈보트 사건에서 중재재판부는 ‘공정한 대우’는 ‘국제적 최소보호’에 포함되는 개념이 아니고, 국제적 최소보호와는 별개의 부가적인 보호라고 명확하게 규정했다.³⁵⁾

2. 상소메커니즘의 필요성

위에서 살펴본 것처럼 ICSID와 UNCITRAL 등 중재기관의 중재절차와 중재인 선임, 중재판정의 사항은 한 국가의 환경정책을 비롯한 공공정책에 막대한 영향을 미칠 수 있는 사안에 대해 판단을 내리기에는 완전하지 않다.³⁶⁾ 사적 분쟁방식에 기반을 두고 있어 자칫 공익의 보호에 소홀할 수 있는데다 판정내용도 일관성을 유지하기가 힘들기 때문이다. 중재절차의 공개정도와 법정의견서(amicus curiae brief)의 허용여부, 중재인의 전문성 등의 구체적인 사항뿐만 아니라 민주적인 입법절차에 따라 수립된 공공정책은 외국투자자의 간섭과 이의제기에 노출될 수 있다는 근본적인 문제점이 있다. 이런 문제점은 환경정책의 경우 비경제적이고, 공적인 특성을 고려할 때 환경정책과 관련해 심각한 파장을 일으킬 것으로 예상된다.³⁷⁾

34) *S. D. Mayer Inc. v. Canada, Partial Award on Merits*, Nov. 13, 2000, paras. 263-264.

35) *Pope & Talbot, Inc., v. Canada, Final Merits Award*, April, 10, 2001, paras. 18-29.

36) 이동호, “자유무역협정의 중재절차가 환경법과 환경정책에 미칠 영향”, 『서울국제법 연구』, 제13권 제1호(2006), 202쪽.

국내 사법제도와 WTO가 마련한 분쟁해결절차와는 달리 FTA의 ISD 중재절차는 상소절차를 마련하지 않고 있다. 미국의회는 상소절차의 필요성을 인식하고 TPA(Trade Promotion Authority Act) 자체에 발효일 이후에 체결되는 모든 FTA의 투자분쟁해결절차가 일관된(coherent) 상소절차를 포함해야 한다는 점을 명시했다.³⁸⁾

ICSID는 중재판정의 무효가 될 수 있는 경우를 규정하고 있다. 그러나 이는 중재인의 부패, 중재판정부가 명확하게 권한을 벗어나는 행위를 하는 경우, 근본적인 절차와 관련한 심각한 오류 등이 있는 극히 제한적인 경우에만 적용되는데 이는 상소절차는 아닌 것이다.³⁹⁾ UNCITRAL은 기본적으로 중재절차를 제공할 뿐 직원이나 상설기구를 갖고 있지 않다. 이에 따라 UNCITRAL의 중재규칙에 따라 내려진 중재판정이 무효가 되는 경우를 판단할 주체가 없으며, 이런 경우 관련한 조항도 존재하지 않는다.⁴⁰⁾

소송납발을 방지하기 위해 미국은 칠레와의 FTA에서는 관할권 항변이 받아들여지거나 관할권 항변에 대한 반대주장이 받아들여지는 경우, 항변 또는 반대주장이 원용된 당사자가 지출한 비용 중 적절한 부분에 대해 환급받을 수 있도록 했다.⁴¹⁾ 투자자가 비용부담을 고려하면 선불리 투자분쟁을 제기하거나 관할권 항변을 주장할 수 없을 것으로 판단한데 따른 것이다.⁴²⁾

37) 상계논문, 203쪽.

38) *Trade Negotiating Objectives*, 19 U.S.C 3802조 (b)(3)(G)(ii)(2002)/19 U.S.C. 제3801조 제3항.

39) *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Articles 52, 1966.

40) 이동호, 전계논문, 204쪽.

41) 미·칠레 FTA 제10.19조 제6항.

42) 한미FTA 제11.20조의 6-8항은 근거 없는 중재를 신속하게 종결할 수 있도록 하고, 이러한 중재를 신청한 투자자에게 변호사 비용을 포함한 소송비용을 부담하도록 했다.

상소기구는 중요성이 부각되면서 설치도 검토되고 있다. 미·칠레FTA와 미·싱가포르FTA 교섭과정에서 교섭 국가들은 중재판정부의 중재판정을 재심하기 위해 장차 상소기구를 설치하기로 한 것이 중요한 합의사항이었다.⁴³⁾ 중미-도미니카 자유무역협정(US-Central American-Dominican Republic Free Trade Agreement: CAFTA-DR)등에도 상소제도를 반영했다. 미국과 칠레 FTA에서는 부속서(Annex) 10-H에서 협정 발효 후 3년 이내에 제10.25조의 중재과정을 재심하기 위해 양자적 상소기구장치의 설치여부를 검토하도록 했다. 미국 TPA에서도 유사한 구절을 찾을 수 있다.⁴⁴⁾ 한미FTA에도 ‘양자간 상소 메커니즘의 가능성’ 규정⁴⁵⁾을 두고 있다. 현재 상소는 가능하지 않지만 그나마 상소의 가능성을 열어놓은 점은 이번 협상의 성과라고 볼 수 있을 것이다. 상소제도는 한미FTA가 시행되면 운영을 통해 공익과 투자자 보호의 균형을 유지하는 차원에서 차후 양자협상에선 검토해야 할 사항이라고 판단된다. 상소 범위는 명백한 법적오류(clear legal error)에 그쳐야 하고, 사실관계의 오류에 대해서는 이슈를 제기하는 측에서 합리적인 재판관이라면 이러한 결론에 도달할 수 없을 것이라는 것을 입증하는 경우에만 인정해야 할 것이다.⁴⁶⁾

43) *Letter from George Yea on the Possibility of a Bilateral Appellate Mechanism, Minister for Trade and Industry of Singapore, to Robert Zoellick, U.S. Trade Representative, May 6, 2003.* <http://www.ustr.gov/new/fta/Singapore/final/15app.pdf>.

44) 19 U.S.C 제3802조(b)(3)(G)(iv)(4)(2002).

45) 한미FTA 부속서 11-다. 한미FTA 상소메커니즘은 한미FTA가 발효한 후 3년 이내에 상소메커니즘을 설치할 것인지의 여부를 검토할 것만을 요구하고 있다. 협상을 시작할 의무와 그 시한만 정해져 있고, 상소메커니즘의 설치가 의무화돼 있지 않고, 어떠한 내용의 상소메커니즘을 만들 것인지의 여부에 대해서도 아무런 규정이 없다.

46) 서철원, “투자자 국가간 직접중재에서의 상소메커니즘의 전망과 법적 쟁점”, 203쪽.

III. ISD와 주권침해 문제

ISD제도가 국가의 주권침해를 가져오는가 하는 문제를 놓고 FTA 찬반론자들의 대립이 치열하다. 반대론자들은 한국 뿐 아니라 미국에서도 국가와 지방정부의 주권을 약화시킬 우려가 있다고 지적되고 있다. 메탈클래드 사건과 로웬사건 판례를 통해 예상할 수 없을 정도로 국가주권을 침해하는 지 여부를 살펴본다.

1. 메탈클래드 사건(Metalclad v. Mexico Case)⁴⁷⁾

가. 주권침해는 오해라고 보는 입장

메탈클래드 사건은 FTA 반대론자들이 NAFTA 제11장의 ISD가 멕시코 지방정부의 주권을 부당하게 침해한 사례로 드는 대표적 사례이다.⁴⁸⁾ 그러나 이는 사실관계에 대한 오해에서 비롯된 것이다. 이 사건에서 NAFTA상의 ISD가 멕시코 정부의 주권을 부당하게 침해한 사례가 아니라 는 점은 사실관계를 잘 살펴보면 금방 드러난다.⁴⁹⁾

1990년 멕시코 연방정부는 COTERIN(Confinamiento Tenico de Residuos Industriales, S.A. de C.V.)사에게 산루이 포토시(San Luis Potosi) 주정부 소재 과달카사르(Guadalcazar)시에 위치한 La Padrera 계곡에서의 폐기물매립지 건설공사와 운영을 허가했다. 1993년 1월 멕시코 국립환경평가기관인 INE(National Ecological Institute)는 코테린사에게 La Padrera 계곡에 폐기물매립지 건설공사 허가를 부여했고, 같은 해 4월 미국 델라웨어에 소재한 메탈클래드사는 폐기물매립지 건설공사를 위해 코

47) *Metalclad v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.*

48) 상계서, 107-108쪽.

49) 주진열, “한미FTA 투자자·국가분쟁해결제도: 오해와 이해”, 2007년도 국제법학자대회(2007.10.13), 69쪽.

테린사의 허가권과 함께 코테린사 매입 옵션계약을 체결했다. 같은 해 5월 산루이 포토시 주정부는 코테린사에게 폐기물매립지 건설공사 허가를 위한 주정부의 토지이용허가를 부여했고, 6월에는 산루이 포토시 주정부 주지사가 메탈클래드 사의 매립지 건설공사계획을 지지했다. 한편 INE 및 SEDUE(Mexican Secretariat of Urban Development and Ecology)는 매립지 운영허가권을 제외한 매립지 관련 모든 허가가 이미 나왔다고 하면서, 지방자치단체에서 계획지지의 획득책임은 중앙정부에 있다고 했다.

1993년 8월 INE는 코테린사에게 폐기물매립지 운영을 위한 연방허가를 승인했다. 같은 해 10월 메탈클래드사는 옵션을 행사해 코테린사와 폐기물매립지 및 허가권을 매입했다. 1994년 5월 메탈클래드사는 INE로부터 건설공사허가 연장을 받아 매립지 건설공사를 시작했다. 같은 해 10월 과달카사르시는 건설공사허가 부재를 이유로 모든 건설공사 행위 중지명령을 내림에 따라 공사는 중단됐다. 이 때 메탈클래드사는 연방정부 공무원으로부터 매립지 건설공사 및 운영에 필요한 모든 권한은 연방정부가 갖고 있으며, 다만 지역사회와의 우호적 관계유지를 위해 과달카사르시에 건설공사 허가신청을 해야 하고, 그러면 과달카사르시는 건설공사 허가를 거부할 어떠한 법적 근거도 갖기 않기에 당연히 허가를 해줄 것이라는 답변을 받았다.

1994년 10월 메탈클래드사는 건설공사를 재개하고, 과달카사르시에 건설공사 허가를 신청했다. 다음해인 1995년 1월 메탈클래드사는 INE로부터 폐기물 저장용기 및 매립지 운영에 필요한 건물공사에 추가허가를 받았다. 같은 해 5월 PROFERA(Mexican Federal Attorney's Office for the Protection of the Environment)는 건설공사 현장을 시찰하고, 매립지 예정 장소가 폐기물매립지로 지리적으로 적합하다는 결론을 내렸다.

그런데 1995년 5월 메탈클래드사가 공사 완료 후 준공식을 개최하려하

자, 시위대는 출입구를 봉쇄하고 준공식을 방해했다. 이 당시 과달카사르시 경찰도 출입구 봉쇄를 도왔다. 그럼에도 불구하고, 같은 해 11월 메탈클래드사와 멕시코(INE, PROPERA)는 매립지 운영협정을 체결했으나 12월에 과달카사르시는 메탈클래드사의 건설공사 허가신청을 거부했다.

1995년 12월 과달카사르시는 Convenio를 두고 SEMARNAP에 행정의의신청을 했으나 SEMARNAP는 이를 기각했다. 그러자 1996년 1월 과달카사르시는 SEMARNAP의 기각에 대해 멕시코법원에 amparo 소송을 제기했으나, 1995년 5월 기각됐다. 1996년 2월 INE는 오히려 메탈클래드사에게 연간 폐기물처리량의 증대를 허가했다. 이후 메탈클래드사와 산루이 포토시 주정부는 문제해결을 위한 협상을 시도했으나 실패했다. 이 결과, 1997년 1월 메탈클래드사는 결국 멕시코 정부를 상대로 NAFTA 제 11장에 따라 중재재판을 신청했다. 한편 1997년 10월 산루이 포토시 주지사는 문제지역을 회귀 선인장 보호를 위한 자연보존지역으로 하는 조례를 공포했는데, 이로 인해 메탈클래드사는 해당지역을 매각할 수도 없고, 해당지역 내에서 어떠한 영업활동도 할 수 없었다. 이에 메탈클래드사는 멕시코는 산루이 포토시 및 과달카사르 지방정부를 통해 매립지 운영이 불가능하게 됐고, 이러한 간섭은 NAFTA 제1105조 및 제1110조 위반이라고 주장했다.

이 사건에서 중재재판부는 산루이 포토시와 과달카사르 지방정부의 행위에 대해 멕시코는 국제법적 책임을 진다고 했다.⁵⁰⁾ 이는 국가책임법상 당연한 결론이라고 생각된다.⁵¹⁾ 중재재판부는 또 투자유치국에게 명백한 이익이 없다고 하더라도 ‘재산의 사용 또는 합리적으로 기대되는 경제적 이익(use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property)’을 방해하는 것도 수용에 해당된다고 하면서 메탈클래드사에게 폐기물매

50) Metalclad v. Mexico, op. cit., para.76.

51) 주진열, 전제논문, 71쪽.

립처리시설 건설공사 및 운영을 허가한 연방정부가 동 시설의 운영권을 불허한 지방자치단체의 행위를 용인한 것은 결국 NAFTA 제11장에 규정된 수용과 동일한 조치를 취한 것이고, 멕시코가 1668만5000달러의 보상을 해야 한다고 판정했다.⁵²⁾

나. 주권침해로 보는 입장

메탈클래드 사건에서 중요한 쟁점이 됐던 것 중 하나는 폐기장 허가를 교부할 권한이 중앙정부에 있는가 지방자치단체에 있는가 하는 문제였다. 이에 대해 멕시코 측 법률가들은 멕시코의 법률로 볼 때 그 권한은 지방자치단체에 있으므로 멕시코 중앙정부는 책임이 없다는 의견을 보내왔다. 그러나 중재재판부는 그러한 의견을 묵살해버리고, 폐기장 허가 교부권은 중앙정부에 있는 것으로 보는 것이 옳다는 유권해석을 내렸다. 나중에 이 사건을 검토하게 된 벤쿠버의 지방법정에서 분명하게 판단했듯이 이러한 유권해석은 명백하게 한 나라의 법적 자율성의 영역까지 중재판정부가 침범한 경우라고 볼 수 있다.⁵³⁾ 이어 중재재판부는 메탈클래드 사건에서 문제가 된 멕시코정부의 환경보호조치에 대해 “그 의도와 동기를 판정하거나 고려할 필요가 없다”고 말했다. 메탈클래드 사건에 대해 중재재판부가 채택한 판정기준은 오로지 소송의 대상이 된 멕시코 정부의 조치가 투자에 끼친 충격의 규모였을 뿐이라고 지적했다고 주장하고 있다.⁵⁴⁾ 메탈클래드 사건에 대한 판정에서 문제가 되는 쟁점으로 수용의 포괄적인 의미, 환경을 포함한 공공이익의 배제, 국내법 영역 침해 등을 문제점으로 지적하고 있다. 특히 ISD가 발동되면 지방자치단체에서 내리는 모든 결정과

52) Metalclad v. Mexico, op. cit., paras.76, 103-131.

53) 홍기빈, 전제서, 107-108쪽.

54) 홍기빈, 전제서, 199쪽; Mann, Howard and Von Moltke, Konrad “Protecting Investor Rights and The Public Good: Assessing NAFTA’s Chapter 11”, *background paper to ICSID Tri-National Policy Workshops*, Mexico City, 2002, p.17.

조치들의 뒷감당이 다 중앙정부의 몫으로 돌아올 가능성이 있다는 점이다. 결국 메탈클래드 사건의 결말이 지닌 의미 중 하나는 이제부터 중앙정부는 외국투자자의 이익이 침해되지 않도록 각급 지방자치단체의 모든 입법과 행정을 감시해야 하는 엄청난 부담을 지게 됐다고 주장하고 있다.⁵⁵⁾

2. 로웬사건(Loewen Inc & Loewen v. USA Case)

가. 로웬사건이 주권침해와는 무관하다는 입장

한미FTA의 ISD가 한국의 사법주권을 침해할 것이라는 주장은 NAFTA에서의 로웬사건에 근거한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 주장은 로웬사건에 대한 오해로부터 비롯된 것으로 생각된다.⁵⁶⁾ 이 사건은 미시시피주 1심법원 배심원단이 캐나다 다국적 장례식 서비스제공회사인 로웬사(피고)가 미시시피주 독점규제법을 위반했다는 이유로 미시시피주 지역 장례식 서비스업체인 O'Keefe(원고)에게 5억 달러 손해배상을 인정한 사건⁵⁷⁾에서 발단됐다. 로웬사는 이에 불복하고 미시시피주 대법원에 상소하기 위해 배상액의 125%에 해당하는 6억2500만 달러의 상소공탁금을 감면해 줄 것을 청구했다. 그러나 미시시피주 대법원은 로웬사의 상소공탁금 감면을 기각했다.⁵⁸⁾

이로 인해 로웬사는 주가가 폭락하고 회사가 파산에 직면하게 되자, 로웬사 및 그 소유주인 로웬은 국적차별, 인종차별에 근거한 변론을 허락한 미시시피주 1심법원 판사의 행위, 과도한 징벌적 배상액(4억 달러)과 위자료(7500만 달러), 미시시피주 대법원의 상소공탁금 감면청구 기각 등은 차별대우금지 및 투자자 보호를 규정하고 있는 NAFTA에 위반했다며,

55) 홍기빈, 전계서, 136쪽.

56) 주진열, 전계논문, 71쪽.

57) O'Keefe v. Loewen Inc Case.

58) *Loewen v. USA, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3(Final Award)*, paras. 4-8.

미국 연방정부가 이에 책임져야한다고 주장했다. 이 사건에서 NAFTA 중재재판부는 “외국인에 대해 적절한 사법적 구제수단을 제공하지 못한 것이 국제위법행위에 해당하지 않는 한, 일국의 국내법원의 상소심에 상응하는 기능을 하는 것이 아니다”고 밝혔다. 이러한 판정이 미국 국내법원의 사법주권을 침해한 것이 아니라, 오히려 존중한 것임을 알 수 있다.⁵⁹⁾

나. 국가주권 침해 우려가 있다고 보는 입장

판례 분석상 국내법원의 사법주권 침해가 아닌 것으로 나타났음에도 불구하고, 미국의 일부 법조계 인사는 미국법원의 결정이 NAFTA 중재재판부에서 쟁점이 됐다는 사실 그 자체로부터 큰 충격을 받았다. 검찰의 사법권 행사나 대법원과 헌법재판소의 판결도 ISD의 제소대상이 될 수 있기 때문이었다.⁶⁰⁾

미국인 투자자는 한국인이 사법권을 행사하는 과정에서 ‘정의에 반하는 대우(denial of justice)’를 받았다는 이유로 한국을 제소할 수 있다. 물론 대법원의 판결문 자체를 재심하는 것은 아니다. 그러나 만일 국제중재기관이 한국 사법부의 특정 사법작용이 미국인 투자자의 절차적 권리가 보장되지 않았다고 판정하면, 한국은 그 패소판결로 입은 손실을 보상해야 한다. 이 때문에 미국인 투자자는 사실상 대법원의 판결을 다시 받은 것과 같은 효과를 얻을 수 있다.⁶¹⁾

이 사건을 계기로 2004년 7월 19일 미국의 주대법원장들은 주대법원장 회의(Conference of Chief Justice)⁶²⁾에서 외국인 투자자가 미국 내에서

59) 주진열, 전제논문, 71쪽.

60) 송기호, “투자자-국가 소송제 반대는 왜곡선동?”, 『프레시안』(2007. 4. 13), p.6.

61) 상계자료, 7쪽.

62) 2002년에도 미국법원과 의회는 NAFTA 투자조항의 위헌성을 제기하기도 했다. 2002년 미국의회가 행정부에 신속처리권한을 부여하는 ‘TPA 2002법(Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002)’을 제정할 때 미국 각주 대법원장 회의가 의회에 대해 공식적으로 NAFTA 투자조항의 문제점해결을 요구했고, 주 입법부

미국시민보다 실제적 및 절차적 권리를 더 많이 누려서도 안 된다는 결의문(Resolution 26)을 채택했다.⁶³⁾ 대법관들은 미국의 사법제도가 잘 발달됐고, 현대적이고, 공정하고 투명한(mature, modern, fair and transparent) 것이라고 천명했다. 대법관들은 연방정부에 대해 주의 사법주권을 인정하고, 이를 뒷받침하는 통상규정을 만들 것을 요구했다.⁶⁴⁾

이에 2005년 2월 미국의 반 WTO/FTA시민단체인 Public Citizen은 로웬사건을 사례로 들면서 NAFTA의 ISD가 미국의 사법주권을 침해한 것이라고 주장했다.⁶⁵⁾ Public Citizen은 ‘자유로운 나라들의 연방주의(Federalism of Free Nations)’ 라는 논문에서 미연방헌법 제3조에 따라 재판관은 연방법원에 있지, 국제재판소에 있지 않으며, 국제재판소는 국내법원의 판결을 존중하는 것이 바람직하다는 전 미연방 대법관인 오코너(Sandra Day O'Connor)의 견해⁶⁶⁾도 참조한 것으로 보인다. 그녀는 1997

회의체, 주 행정부 회의체, 시장들의 회의체도 NAFTA 투자조항의 문제점에 대해 개선을 요구했다. 미국의회는 2002년 1월 초당적 신속처리권한을 부여하는 ‘무역법 2002(Trade Act of 2002)’를 검토하면서 다음과 같은 문제점을 해결하도록 요구했다. 미국의 법적 원칙과 관행에 상응하도록 수용과 그에 대한 보상의 기준을 세우도록 할 것, 분쟁해결을 위한 모든 요구가 신속히 대중에 공개될 것을 보장할 것, 기업과 노조, 시민단체(NGO)로부터 법정자문 제안을 받는 체계를 세울 것 등이다. 특히 경박한 보상 클레임의 제기를 제거할 수 있는 체제와 중재자의 효율적인 선출 보장과 클레임의 신속한 처분을 위한 절차, 정부입장의 형성에 있어 대중의 참여기회 증진 절차 확보, 투자조항의 해석에 있어 일관성을 갖기 위해 항소절차 또는 그와 유사한 기구를 제공할 것 등 투자자-정부간 분쟁해결 절차를 개선하기 위해 노력할 것을 요구했다. 이찬진, “투자자-국가 제소권 협상 타결 내용 검토”, 한미FTA타결안 긴급평가 토론회(2007. 4. 3), 27쪽.

63) Conference of Chief Justice, *Resolution(7/29/04): Regarding Provisions in International Trade Agreements Affecting the Sovereignty of State Judicial System and the Enforcement of State Court.*

64) 송기호, “미대법관들이 투자자-국가소송제에 맞선 이유”, 『프레시안』(2007.7.26), p.2.

65) Public Citizen, *NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases: Lessons for the Central American Free Trade Agreement* (Feb, 2005), pp.26-27; Public Citizen, *NAFTA's Threat to Sovereignty and Democracy: The Record of NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases 1994-2005*, (Feb, 2005) 참조.

년 뉴욕대학의 ‘국제법 저널’에 기고한 이 논문에서 미국법정과 국제분쟁 처리기구 사이의 대화와 상호영향은 필요하지만 분쟁을 심판하는 미국사법권의 본질적 내용을 국제분쟁처리기구에 양도하는 것은 ‘명백히 위헌 (plainly unconstitutional)’이라는 견해를 피력했다. 이는 1994년 NAFTA 체결 이후 본격적으로 등장한 국제분쟁 처리기구의 문제점을 지적한 것이라고 시민단체들은 주장했다.⁶⁷⁾ 그러나 당시 O'Connor 대법관은 상기 논문에서 국제재판소와 국내법원의 관계를 연방법원과 주법원의 관계와 비교하는 것은 부적절 할 수 있다는 것을 분명하게 인정했다. 국제관습법상 국제재판소는 국내법원의 판결에 구속되지 않는다.⁶⁸⁾

3. 소결

국제법적으로 사실관계를 살펴보면 국제법과 국제관습법을 벗어나 주권침해를 했다는 점을 찾아보기는 힘들다. 그러나 정치 및 경제적 측면에서는 문제점을 내포할 수 있다. 결론적으로 ISD제도 자체가 주권 침해적 요소는 아니지만 법원판결자체도 ISD 중재대상이 될 수 있다는 점을 우려할 수 있다. 미국도 이를 우려해 ISD대상 범위 자체를 조약에서 축소하는 경향을 보이고 있다. 따라서 ISD 중재대상에서 국가주권의 오해의 소지를 없애기 위해 국가의 법원 판정 등을 제외하는 방안을 마련하는 것이 바람직하다고 본다.

66) Sandra Day O'Connor, "Federalism of Free Nations" *N.Y.U.J.Int'l, L.&Pol.* vol.35(1995-1996), pp.41-43.

67) 송기호, "미대법관들이 투자자-국가소송제에 맞선 이유", p.1.

68) 중재재판부는 국제중재에서 한미FTA협정과 적용 가능한 국제법에 따라 분쟁을 판정한다고 규정했다. 국내법이 배제되는 것이다. 한미FTA 제11.22조 제1항.

IV. 한미FTA 간접수용과 합헌성 검토

한미FTA 반대론자와 일부 헌법 및 행정법학자와 연구자⁶⁹⁾들은 간접수용이 우리나라의 법제에 없는 제도로 위헌성이 있거나 우리나라 헌법의 해석상 도입이 불가능하다고 주장하기도 하며, 국내의 투자자간의 심각한 역차별 성격에 대해 문제점을 제기하기도 한다. 간접수용에 대한 보상의 무는 정부의 공공정책 추진을 극히 제약할 것이라는 비판을 제기하기도 한다. 간접수용과 관련해 우리헌법은 재산권 수용과 그에 대한 보상을 법률에 근거가 있을 때에만 하도록 하고 규정하고 있다. 미국의 국내법→미국 양자간 투자협정(BIT) 모델을 거쳐 만들어진 한미FTA상의 간접수용 제도가 과연 한미 또는 다른 국가간의 투자분쟁 때 어떤 역할을 할지 검토할 필요성이 있을 것이다. 따라서 간접수용 규정이 우리나라 국내법과 어긋나는지, 미국법이 아닌 독자적인 국제법 또는 국제관습법으로서 역할을 해낼 수 있는 지 등을 분석해본다.

1. 간접수용과 미국의 규제적 수용의 개념

간접수용은 국가 또는 공공기관이 투자자의 자산 소유권을 취득하지 않으면서 투자자산의 경제적 가치를 저하시키는 조치를 취해 실질적으로 직접수용과 동일한 효과를 발생하는 것이다. 이에 반해 미국의 규제적 수용(regulatory taking)은 재산권에 대한 규제 또는 제한이 수용의 법리에 의한 보상을 요하는 정도로 개인의 재산적 이익을 침해하는 것을 의미한다. 양자는 정부의 조치(규제 또는 제한)로 인해 사인의 재산권이 침해, 손실됐다는 점에서는 개념적으로 동일하다. 그러나 간접수용은 “정부조치의 반사적 효과로서 투자자산의 경제적 가치가 저하되는 것”이다. 반면 규제

69) 김민호, 전계논문, 88쪽.

적 수용은 “피침해 재산권 자체에 대한 규제 또는 제한으로 경제적 가치가 감소되는 것”으로서 개념적 차이가 존재한다.⁷⁰⁾

이러한 개념차이는 간접수용과 규제적 수용에 관한 사례의 유형들을 통해 알 수 있다. 규제적 수용과 관련한 대표적 사례로서는 “주택건축 허가 조건으로 소유지 일부를 일반 대중이 해변에 접근할 수 있는 산책로로 사용할 수 있도록 공공지역권(public easement)을 설정하도록 요구하는 것은 규제적 수용에 해당한다”는 판정⁷¹⁾이 있다. 연안관리법에 따른 연안 관리지역 지정으로 섬의 연안에 소재하는 토지에 어떠한 영구 건축물도 신축할 수 없게 되자 이는 규제적 수용에 해당한다고 주장한 사례⁷²⁾가 있다. 간접수용과 관련한 대표적 사례로는 멕시코 연방정부가 행위를 통해 Metalclad사가 폐기물 처리사업 허가 발급을 보장한다고 해 Coterin사를 인수 했는데, 인수 후 지방정부가 허가발급을 거부, 투자가치가 전면적으로 박탈된 사건⁷³⁾이다. 또 미국 캘리포니아 주정부는 캘리포니아주 내에서 판매되는 모든 가솔린에서 MTBE를 제거할 것을 규정하는 MTBE 생산과 사용금지 명령을 제정함으로써 MTBE의 주원료인 메탄올을 생산하는 Methanex사가 미국 내 투자와 영업활동에 심각한 제한을 받았다고 주장한 사건⁷⁴⁾ 등도 있다.

규제적 수용과 관련한 사례들은 토지재산권에 대해 지역권을 설정하거나 건축을 직접 제한하는 등 재산권 자체에 대한 공용침해가 있었다. 반면

70) 김민호, 전제논문, 92쪽.

71) *Nollan v California Coastal Commission*, 483 U.S. 825(1987).

72) *Lucas v South Carolina Coastal Council*, 304, S.ct. 376; 404, S.E. ed. 895; no.91(1992).

73) *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case no.1, Arb(AF)/97/1. 미국의 델라웨어주 회사인 메탈클래드사가 멕시코를 상대로 중재를 신청해 2000년 8월 30일자로 내려진 이 사건의 중재판정은 NAFTA 제11장에 의거해 신청한 중재 사건에서 청구내용을 받아들인 첫 판정이었다. 이재우, “ICSID의 관할권에 관한 연구”, 고래대학교 석사학위논문, 2004.12, 71쪽.

74) *Canada Methanex v. U.S.*

간접수용과 관련한 사례는 허가발급을 거부하거나 특정 화학물질의 생산을 금지하는 등 정부가 일반적 공행정작용을 발동한 결과, 그 간접적 효과로서 투자자산의 가치가 멸실 또는 감소된 것을 알 수 있다.⁷⁵⁾

만약 Metalclad 사건이 우리나라 법원에 제소됐다면, 이 문제는 멕시코 정부의 폐기물처리사업 불허가처분에 대해 ‘행정법상의 확약’의 법리를 주장해 처분취소청구소송을 제기하는 법이론을 취해야 할 것이지 수용의 문제는 아니라 할 것이다.⁷⁶⁾ 다만 문제가 되는 것은 우리나라의 손실보상 체계는 ‘법률에 의한 보상’을 원칙으로 하기 때문에 계획제한에 따른 보상의 근거 법률이 존재하지 않을 때에는 미국처럼 규제적 수용이론에 의해 직접 보상을 받기는 어렵다는 것이다. 물론 이러한 때에는 독일에서 판례이론으로 형성된 ‘수용유사침해이론’을 통해 구제를 받을 수 있는 가능성을 검토해야 할 것이다.⁷⁷⁾

2. 우리나라 헌법과 간접수용의 도입 가능성과 합헌성

국내 학자들은 간접수용의 도입가능성과 합헌성 여부에 대해 의견 차이를 보이고 있다. 국내 헌법학자들은 도입가능하다는 입장과 불가능하다는 입장이 나누어져 있다. 국제법학자와 우리 정부는 간접수용은 국제조약에 규정된 만큼 국내법과 같은 효력을 지니고 있는 만큼 간접수용은 바로 국내법적 효력을 지닌다고 보고 있다.

가. 헌법 해석상 간접수용 도입은 불가능하다는 의견⁷⁸⁾

일부 국내법학자는 간접수용이 우리나라 현행 법체계에서는 존재하지 않는 개념으로 이를 그대로 도입하는 것은 곤란하다는 입장을 주장하고

75) 김민호, 전계논문, 93쪽.

76) 상계논문.

77) 강병근, “외국인 투자의 간접수용과 국가의 규제권한”, 28쪽.

78) 대표적인 학자로는 김민호를 들 수 있다. 김민호, 전계논문, 94쪽 참조.

있다. 이 입장을 살펴보면, 우리나라 법체계상 손실보상의 구성요건은 ① 공공필요에 의해 특정의 재산권에 대해 공용침해⁷⁹⁾를 할 것, ②공용침해는 반드시 법률에 근거할 것, ③공용침해가 특별한 희생을 초래할 것 등이다. 따라서 국가 또는 공공단체가 공공필요에 따라 특정의 재산권을 물리적으로 박탈하거나, 특정의 재산을 일시적으로 강제사용하거나, 특정의 재산권에 대해 규제 또는 제한을 가해 재산권이 본래의 효용을 방해받아 재산적 가치가 감소된 경우 법률이 정하는 바에 따라 손실을 보상하는 것이 우리나라 헌법이념이다.

간접수용은 공공필요에 따라 특정의 재산권, 투자재산 자체에 대한 공용침해를 처음부터 의도한 것이 아니라 정부가 특정 또는 일련의 조치를 발동하다보니 그 반사적 효과로서 외국인 투자자 재산권의 가치감소를 초래한 것이다. 따라서 우리나라 헌법의 해석상 수용의 법리로 보기 어렵다. 우리나라 헌법상 손실보상은 피침해 재산권 자체에 대한 공용침해를 전제로 한 것이지, 정부조치의 효과에 의한 간접적 손실을 예정하고 있지 않다. 결론적으로 간접수용은 우리나라 헌법의 해석상 도입이 불가능하다⁸⁰⁾는 입장이다.

우리나라 헌법⁸¹⁾에서도 수용은 ‘공공필요(공익)’에 따른 재산권의 박탈 또는 제한으로 정의된다. 공공필요란 공익과 동일 또는 공익을 포함하는 광의의 개념(국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등)이라는 것이 통설적 견해이다. 그런데 간접수용을 규정한 한미FTA 투자협정문 부속서에는 “합

79) 공용침해는 국가가 도로를 만들기 위해 그 부지를 취득하는 등 공공사업을 하기 위해 개인이 가진 재산을 취득하는 경우를 말한다. 원래 특정한 재산의 소유권을 국가가 취득함으로써 소유자에게 손실이 발생하는 것을 말한다. 법무부, “ISD 제도에 관한 Q&A”, 2쪽.

80) 김민호, 전계논문, 94쪽.

81) 헌법 제23조 제3항. “공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 하되, 정당한 보상을 지급해야 한다”. 공권력에 의해 개인이 갖고 있는 재산권을 침해하는 경우와 그에 반드시 따라야 하는 정당한 보상에 관해 규정하고 있다.

리적 공공복리 정책(legitimate public welfare policy)은 간접수용을 구성하지 않는다”고 규정하고 있다. 이처럼 공공복리 정책이 간접수용을 구성하지 않는다면, 공공필요(공익)를 그 성립요건으로 하고 있는 수용과 이를 배제하는 간접수용은 전혀 별개의 개념이라는 해석이 가능하다. 간접수용은 논리상 “합법적 공공복리 정책을 제외한 정부의 조치 또는 일련의 조치로 재산권(투자이익 등)의 손실이 발생한 것”으로 우리나라 헌법상 수용의 개념과는 전혀 다른 범주에 속한다는 결론에 도달한다. 따라서 당해 재산권 자체에 대한 직접적인 소유권 강제이전 또는 박탈에 의한 손실에 ‘상응할 정도’의 정도의 재산권 침해가 ‘공공필요’에 따른 ‘적법한 공권력 행사’로 인해 발생했다면 바로 우리 헌법상 수용에 해당하므로 별도로 간접수용의 법리를 차용할 필요가 없다.

그럼에도 불구하고 한미FTA가 발효되면 간접수용은 자연히 국내법으로 도입될 가능성이 높다. 간접수용법리가 도입돼 합헌성이 인정되면 우리나라는 간접수용에 대한 일반적 개념을 법체계상 인정할 수밖에 없는 상황이 발생할 것이다. 따라서 국회는 ‘간접수용에 대한 특별법’(간접수용의 정의 및 이에 대한 보상의 범위와 방법 등을 규정)을 제정하거나, 개별적 정부조치의 근거 법률 마다 당해 조치로 인해 발생할 수 있는 재산권 침해에 대한 보상의 근거를 마련해야하는 입법의무가 발생한다.

이러한 간접수용 관련입법이 제정된다면 국가는 엄청난 보상비용을 부담해야 하므로 심각한 재정문제가 발생될 것으로 예상된다. 1997년 헌법재판소가 장기 미집행 도시계획시설부지에 대한 보상 규정을 두지 아니한 도시계획법 제6조에 대해 헌법 불합치결정⁸²⁾을 내렸다. 이에 따라 국회는 장기 미집행 도시계획시설부지에 대해 토지소유자가 매수청구권을 행사할 수 있도록 하는 ‘개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법’을 제정했다. 토지 매수비용으로 124조원의 예산을 부담하는 결과를 초래⁸³⁾

82) 헌법재판소 1997.7.16. 결정 97 헌바 26.

할 정도로 보상비용의 부담은 크다고 할 수 있다.⁸⁴⁾ 현재 우리나라 보상법 체제는 토지 등 재산권에 대한 직접적인 침해적 제한에 대해서도 국가 재정여건상 완전한 보상을 해주지 못하는 실정이다. 이 같은 현실에서 정부조치의 반사적 효과에 의한 간접적 재산권 손실에 대해서까지 보상을 해줄 수 있는 것인지에 대해서는 심각한 우려를 금할 수 없다.⁸⁵⁾

따라서 한미FTA와 국내법과의 조화방안을 마련해야 할 필요가 있다는 것이다. 간접수용에 대한 우리나라 보상법제를 통한 해결방안은 국가배상과 행정상 손실보상, 수용유사 침해보상 등 3가지에서 찾아볼 수 있다.⁸⁶⁾ 한미FTA 발효를 앞두고, 간접수용과 관련해 발생할 수 있는 재산권 침해에 대한 보상근거의 입법화 조치를 서둘러야 할 것으로 보인다.

간접수용 분쟁사건 중 현행 국가배상법의 적용을 통해 구제받을 수 있는 경우 정부의 조치 또는 일련의 조치가 처음부터 외국인 투자자의 재산권을 침해하려는 의도된 목적에서 취해졌고(고의), 이러한 조치가 성문법령 또는 법의 일반원칙을 위반해 이루어졌으며 그 결과, 외국인 투자자에게 손해가 발생했을 때다. 또 정부의 조치 또는 일련의 조치가 공무운영상

83) 박영강, “지방자치단체의 장기 미 집행 도시계획시설 보상재원에 관한 연구”, 『토지법학』, 제16호(2000), 94쪽.

84) 반대 입장도 있다. “피해자에 대한 보다 친화적인 구제절차의 도입이 소송의 빈발과 과도한 재정적 부담을 초래할 것이라는 우려는 타당하게 보이지 않는다. 미국의 경우 연간 규제수용 소송제기 건수는 30여건이고, 보상금 지출규모는 1200만 달러 정도다. 우리나라의 경제규모가 미국의 4분의 1 정도인 점을 감안할 때 연간 7-8건의 소송과 30억원 정도의 재정부담을 예상해 볼 수 있다. 이미 해당 법률상에 보상근거규정이 존재해 보상이 이뤄지고 있는 상당한 부분을 고려할 때 실제 소송건수와 추가적인 재정부담을 이보다도 적을 것이다. 그러나 도시계획법의 경우처럼 다수의 피해자가 연루된 대형 소송의 발생 가능성에 대한 우려가 제기될 수 있다. 그러나 이러한 우려는 도시계획법 관련 조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 판결 이후에도 제기됐지만 이러한 우려가 현실화되지는 않았다.” 김관호, 전계논문, 63쪽; 하지만 외국투자자가 국제중재를 신청할 경우 사정은 달라질 것으로 본다. 우리나라의 도시계획법 등은 우리의 법문화에 바탕을 둔 것이지, 미국의 법문화에 바탕을 둔 것이 아닌데다 중재재판부가 최종판단할 문제이기 때문이다.

85) 김민호, 전계논문, 95쪽.

86) 상계논문, 100-101쪽.

함이 있는데다(과실) 성문법령 또는 법의 일반원칙을 위반해 이루어졌고, 그 결과 외국인 투자자에게 손해가 발생한 경우 등이다.

간접수용 분쟁사건 중 정부의 조치가 고의 또는 과실에 의해 법령을 위반해 이뤄지지 않는 않았지만 공공필요를 충족하기 위한 정부의 조치 또는 일련의 조치가 외국인 투자자의 재산적 손실을 발생케 했고, 이러한 재산적 손실이 재산권에 대한 사회적 구속을 벗어난 특별한 희생으로 인정된다면 행정상 손실보상을 통해 구제받을 수 있다. 다만 행정상 손실보상에 대한 법률적 근거가 존재해야 한다.

행정상 손실보상과 마찬가지로 간접수용 분쟁사건 중 정부의 조치가 고의 또는 과실에 의해 법령을 위반해 이루어지지 않는 않았지만, 공공필요를 충족하기 위한 정부의 조치 또는 일련의 조치가 외국인 투자자의 재산손실을 발생하게하거나 재산적 손실이 재산권에 대한 사회적 구속을 벗어난 특별한 희생으로 인정되고, 행정상 손실보상에 대한 법률적 근거가 존재하지 않는 경우 보상근거가 될 수 있을 것이다. 우리나라의 대법원이 인정하고 있는 ‘수용유사의 침해에 의한 간접손실’은 국제투자분쟁의 역사에서 보면 간접수용의 개념에 부합한다고 볼 수 있다.⁸⁷⁾

헌법의 해석상 도입이 불가능하다는 입장은 국내법상 위헌성이 있다는 주장으로 이어지고 있다. 우리나라 헌법이 법률에 따른 보상, 즉 보상법률 주의를 규정하고 있다는 점을 지적한다. 재산권의 과도한 침해 사안에 있

87) 강병근, “외국인의 간접수용과 국가의 규제권한”, 28쪽; 대법원 ‘2004.9.23. 선고 2004 다 25581 판결(2004.11.1). (213), 1706’은 “공공필요에 의해 수립된 적법한 행정계획으로 인해 재산권 행사가 제한됨으로써 이를 회수할 수 없게 되거나 추가적인 비용의 지출이 불가피하게 되는 신뢰이익의 손해를 입었고, 그것이 공공복리의 실현이라는 관점에서 수인해야 할 한도를 넘어서는 재산적 손실을 입은 것으로 인정되는 경우, 그 행정 계획의 수립으로 인해 재산적 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고, 그 손실범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우라면, 그 손실은 이른바 ‘수용 유사의 침해’에 의한 간접손실로서 그 보상에 관해서는 기타 손실을 보상하도록 규정하고 있는 구 토지수용법, 구 공특별 시행규칙의 관련 규정을 유추 적용할 수 있다”고 판시했다.

어 국내 법률상의 보상근거 규정이 없음에도 불구하고 투자협정상의 간접 수용 규정에 의해 보상의 의무가 발생하는 것은 위헌의 소지가 있다는 것이다.⁸⁸⁾

나. 간접수용 법리는 우리 헌법법리와 유사하다는 입장⁸⁹⁾

미국의 판례와 한미FTA상의 간접수용 개념은 우리 헌법상의 손실보상 법제의 한계를 벗어나는 개념은 아니라고 할 수 있다.⁹⁰⁾ 예를 들면 헌법 재판소는 그린벨트 제도의 위헌여부에 관해 “도시의 평면적 확산을 제한해 자연환경을 보전하고 도시생활의 질을 높이는 것은 공익적 요청이자 국가의 의무이므로 그린벨트 제도 자체는 합헌”이라고 판단했다. 동시에 “그린벨트 내 토지에 대해 정부가 아무런 보상을 하지 않고, 개발을 제한하는 것은 땅 소유자의 재산권을 지나치게 침해하는 것으로 위헌”이라는 헌법불합치결정을 내렸다.⁹¹⁾

간접수용과 관련한 재산권과 투자의 개념, 공공필요와 공공목적, 특별한 희생 등으로 그 유사성이 인정된다. 재산권의 제한에 관한 보상은 현재 수용적 침해와 수용유사침해에 대한 보상의 인정 뿐 아니라 생활보상의 관념까지 인정하고 있다는 점에서 협정상의 간접수용에서 인정하고 있는 보상의 기준이 헌법상의 기준보다 과도하게 넓게 인정되고 있다고 볼 근거는 매우 희박하다고 보고 있다. 즉 미국에서 토지에 대한 간접수용은 규제적 수용으로써 우리나라의 공용제한에 해당한다는 것으로 대체로 이용

88) 김관호, “한미FTA와 간접수용: 국내 재산권 보호제도에의 시사점”, 59쪽.

89) 강현철은 대표적으로 이같이 주장하고 있다. 강현철, 전계논문, 36쪽.

90) 법무부는 “간접수용은 투자유치국 정부가 교묘한 수단으로 외국인 투자자를 궁지에 빠뜨릴 것에 대비해 투자자금을 안전하게 회수할 수 있도록 고안된 장치이다. 그러므로 간접수용에 대한 보상은 투자유치의 활성화를 위해 반드시 필요한 것으로 인정되고 있다. 우리나라도 항만건설로 어장을 잃은 어민에게 손실을 보상하는 사실상 간접수용과 비슷한 보상을 하고 있으므로 간접수용은 전혀 생소한 제도가 아니다”고 설명하고 있다. 법무부, 전계자료, 4쪽.

91) 헌재 1998.12.24. 89헌마 214 등(병합).

권의 완전한 박탈에 이르지 않는 한 보상이 인정되지 않고 있다는 것을 알 수 있다. 다만 그 적용에 관한 차별이 있을 수 있다는 것을 알 수 있다.

결국 간접수용과 수용유사에 관한 법리적 내용과 범위에 관한 사항은 우리 헌법의 해석을 벗어나는 새로운 제도적 장치가 아니라 영미법제와 우리 법제와의 제도적 발전과정의 차이에서 비롯돼 나타나는 제도적 오해를 유발하는 것임을 의미하는 것이다.⁹²⁾ 따라서 적절한 관점에서 투자와 재산권 보호를 위한 국내법적 요건과 규제를 국제법적 원칙에 맞게 보완하는 노력과 개인에 대한 보상의 적정성에 관한 별도의 입법적 고려가 반드시 필요할 것으로 생각된다.⁹³⁾

다. 간접수용은 헌법상 적합하다는 입장⁹⁴⁾

한미FTA로 간접수용이 도입되면 헌법과 상충돼 위헌소지가 있고 사법주권을 침해할 우려가 있다는 주장이 있다. 위헌 주장은 FTA에 규정된 투자의 개념이 헌법이 정한 재산권의 개념보다 넓다는 데서 출발한다. FTA 반대론자들은 재산권의 수용과 그에 따른 보상은 법률에 근거가 있는 경우에만 가능한데, FTA로 인해 법률에도 없는 간접수용에 대한 보상을 해줘야하니 이는 헌법불일치로 위헌이라는 주장이다. 우리헌법 제23조 제3항에는 재산권의 수용과 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하도록 하고 있다. 즉 재산권은 법률에 근거가 있어야 수용할 수 있고 그에 대한 보상도 법률에 근거가 있을 때 따라 하라는 것이다. 이 때문에 국내 법률에도 없는 간접수용과 그에 대한 보상을 FTA라는 조약을 근거로 해줄 수 있는냐는 의문이 제기될 수 있다.⁹⁵⁾ 이를 두고 미국의 법

92) 강현철, 전계논문, 40쪽.

93) 상계논문, 37쪽.

94) “간접수용은 단지 정부의 규제가 사실상 수용과 동일한 효과를 초래할 경우 이에 대한 보상이 필요하다는 것 그 이상도 이하도 아니다. 한미FTA는 조약인 만큼 국내법과 같은 법적 효력을 가지며, 간접수용은 국제관습법에 따라 적용되고 있다”고 주장하고 있다. 주진열, 전계논문, 68쪽; 법무부, 전계자료, 4쪽.

95) 국정브리핑, “ISD는 위헌? 사법주권 침해?” (2007.4.26), 1쪽.

리가 한미FTA에 그대로 수용돼 우리나라에게 불리하다고 한미FTA 반대론자들은 주장하고 있다.⁹⁶⁾

하지만 국제법학자와 한국 정부는 대체로 국제법적 시각에서 간접수용을 살펴보면 국내법과 동일한 효과를 가진다며 적법하다고 주장하고 있다. 우리헌법 제6조 제2항은 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 따라 그 지위가 보장된다고 하고 있으므로 조약으로 외국인의 재산권을 보호하는 것은 법률보상주의에 저촉되지 않는다. 조약은 국내법과 같은 효력을 갖는 만큼 당연히 간접수용은 국내법적 효력이 있고, 위헌성은 없다는 것이다. 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다”라고 하므로 제6조 제3항도 내국민에게만 적용된다고 해야 한다. 즉 내국민의 재산권은 법률을 근거로 보상해야 하나 외국인도 조약에 근거해서도 보호할 수 있다는 것이다.⁹⁷⁾

따라서 한미FTA상의 간접수용 문제는 국제법 또는 국제관습법에 따라 처리⁹⁸⁾되므로 아무런 문제가 없다고 판단된다. 미국법에 근거를 둔 판례들이 한미FTA에 포함되긴 했으나 한미 양국이 체결한 한미FTA라는 국제조약은 미국 국내법과는 다른 새로운 별개의 국제법 틀 속에 독립적으로 움직이는 구조를 갖고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 수용과 간접수용은 국제관습법에 해당되는데다 국제조약은 국내법과 동등한 법적 효과를 가지는 만큼 국제법과 조약이 정하는 바에 따라 중재재판부가 판정을 내릴 것이다. 그동안 우리나라가 체결한 80여개의 투자조약 속에는 대부분 간접수용이 포함돼 있다. 수용의 범위가 확대되고 그 의미가 변화하고 있다고 해서 그 자체를 국제법으로 인정하지 않을 수는 없다. 간접수용의 위헌

96) 김성진·김남근, “한미FTA 투자자 국가소송제가 부동산정책에 미치는 영향”, 『한미FTA 협정문 분석종합보고서』(2007.6.20), 239-241쪽.

97) 법무부, 전계자료, 7쪽.

98) 한미FTA 제11.22조(준거법). 중재재판부는 이 협정과 적용 가능한 국제법 규칙에 따라 분쟁중인 쟁점을 처리한다고 규정.

성을 강조할 경우 현재까지 우리나라가 체결한 간접수용 조항은 모두 무효가 될 것이기 때문이다. 특히 우리나라는 외자유치국인 동시에 중국과 베트남, 아세안 등으로 외국투자를 확대해가고 있는 투자국의 입장이라는 점을 감안하면 국제조약이 국내법과 같은 효력이 있다는 점을 수용해야 할 것이다. 다만 국내법적으로 피해를 최소화할 수 있는 대책은 마련돼야 할 것이다.

국제조약은 이를 맺는 국가들이 서로의 이익을 위해 각자의 주권 중의 일부를 행사하지 않거나 일정한 방법으로만 행사하기로 하는 자발적 약속과 같다. 따라서 국가들이 서로 외국인 투자를 활성화하기 위해 투자분쟁에 대해서는 자기 나라의 재판권을 행사하지 않기로 조약을 맺는 것은 이례적인 일이 아니라 얼마든지 가능하다.⁹⁹⁾ 다만 그 범위와 실용가능성 등은 조약체결에 앞서 잘 따져야 할 것이다. 실제 수용문제가 중재에 회부될 경우 중재재판부는 수용이 국제관습법과 국제판례 등을 살펴 판정을 내리게 될 것이다. 간접수용의 의미가 국내법과는 다를 수도 있지만 조약은 국내법과 같은 효력을 가지는 만큼 위헌소지는 없다고 볼 수 있다.

아직까지 우리정부의 규제조치로 인해 미국을 비롯한 외국투자자가 간접수용을 당했다며 ISD 중재신청을 한 적은 없다. 하지만 우리가 FTA를 동시 다발적으로 추진하고 있는데다 외국투자자도 간접수용의 개념에 대한 중요성을 알아가고 있는 만큼 우리정부를 상대로 간접수용으로 인한 손해배상을 요구하는 국제투자 중재신청을 제기할 가능성이 높다. 동시에 우리나라 투자자도 외국에서 언제든지 이 제도를 활용할 수 있을 것이다. 우리나라는 미국과의 FTA 뿐 아니라 벌써 칠레를 비롯한 다른 나라와 FTA를 체결했고, 이 조약에는 간접수용 개념을 포함하고 있다. 따라서 분쟁의 가능성을 없애도록 예산마련과 함께 국내법을 국제적 수준으로 정비하고, 행정기관의 법치행정을 강화해야 할 것이다. 특히 FTA 간접수용

99) 국정홍보부, 전계자료, 1쪽.

문제는 ISD 등의 중재절차를 통해 그 범위와 방식 등에 대한 종합적인 검토가 이뤄져야 할 것이다.

V. 결론

FTA상의 ISD제도 도입은 우리와 상대국가와의 관계를 고려해 실익을 따져 결정해야 할 것이다. 이번 한미FTA처럼 ISD제도나 간접수용 등의 문제를 처음부터 도입하는 전략을 강대국에게 펼치는 것은 피해야 할 문제다. 우리와 경제적 힘이 비슷한 나라와 투자조약을 맺을 때 ISD제도를 포함시키는 것은 바람직할 것이다. 법체제와 경제력을 갖춘 강대국과는 세계적으로 이 제도가 보편화돼 있다며 이 제도를 무조건 도입해야 한다는 생각과 정책은 버려야 할 것이다. 투자자의 권익보호가 투자와 관련한 제도와 법규제 시스템을 선진국의 글로벌 스탠더드에 맞게 투자환경을 투명화한다고 판단해서는 실익을 놓칠 우려가 있다. 다국적기업인 투자자들이 일방적으로 우리 정부를 대상으로 중재신청을 할 때 정부로서는 부담이 되지 않을 수 없기 때문이다. 특히 국가정책을 대상으로 중재분쟁을 일으킬 때는 더욱 그렇다고 볼 수 있을 것이다.

중재제도는 중재판정이 틀리거나 중재재판부마다 다르게 나오는 경우가 있는 만큼 단심제에서 벗어나 상소제도를 마련하는 것이 바람직할 것이다. 사계약이 아니라 국가의 정책과 관련된 부문이 투자자에 의해 중재로 갈 수 있기 때문이다. 특히 장기적으로는 외국투자자의 권리를 보호하고, 국가의 권한도 지킬 수 있는 다자간 투자 국제사법재판소 설립이 필요하다고 본다. 비록 개발도상국의 반대로 다자간투자협정이 불발로 그쳤지만, 상황이 바뀌고 있는 만큼 다시 추진해볼 필요가 있다. FTA가 활발히 진행되지 못한 상태인데다 다자간 조약이 활기를 띠는 시기였다고 볼 때,

2000년대 들어 양자조약을 통해 양 국가만이 서로 윈-윈 하고, 비가입국은 자연히 수출이 줄어드는 등 피해를 입는 국제환경이 조성되고 있는 만큼 투자자와 투자유치국의 형평성을 유지할 수 있는 다자투자조약이 필요하기 때문이다.

한미FTA 규정에 포함된 간접수용제도의 경우 국제법적 시각에서 볼 때 위헌소지는 없다고 볼 수 있다. 조약은 국내법과 같은 효력을 갖고 있고, 수용은 국제관습법이기 때문이다. 국제중재판정에서도 이 같은 점이 반영될 것이다. 다만 우리의 법제는 미국과 달라 미국투자자가 이와 관련해 중재신청을 할 경우를 대비해 국내법 정비와 다양한 판례 분석과 동향 파악에 힘을 쏟아야 할 것이다. 물론 국가재정만 충분하다면 재산권 보호 강화라는 측면에서 이 제도를 적극적으로 도입하는 것도 좋다고 볼 수 있다. 외국인 뿐 아니라 내국인에 대해서도 재산권 보호가 강화될 수 있기 때문이다. 우리 헌법상 아직 이 제도를 직접적으로 수용하지 않고 있고, 문제가 발생할 경우 미국에서 도입된 법인만큼 미국판례법에 따라 제도가 운영되고 판단될 가능성이 높다. 간접수용에 따른 보상 의무는 정부의 공공정책 추진을 극히 제약할 우려도 높다. 물론 판정은 국제법 원칙을 벗어나지는 않는 안정성을 보이고 있고 미국법과는 다른 독립적인 국제법과 국제관습법에 적용을 받을 것이다. 한미FTA를 계기로 재산권 보호제도의 개선을 할 수 있는 기회를 확보해야 할 것이다. 특히 우리 정부의 정책 방향은 정부 주도로 개발을 적극 추진하기 위해 재산권 침해에 대한 보상을 최소화하는 것이었던 만큼 정부의 이러한 정책에 대해 서서히 한미FTA를 통해 체제를 변화시키는 노력도 해야 한다고 본다. 물론 재산권 보호 문제는 정부가 FTA가 아니더라도 예산부족 등을 내세워, 그동안 재산권을 충분히 보호하지 못한 점을 스스로 해결해나가야 할 것이다.

한미FTA처럼 국제조약이 절차상의 흠이 발생하는 점을 막기 위해 국내 통상절차법안 제정을 고려해야 할 것이다.¹⁰⁰⁾ 미국과 마찬가지로 한국

도 FTA에 대한 충분한 국민적 합의를 이끌어 낼 수 있는 제도적 장치가 마련돼 있지 않아 공감대 형성과 토론 없이 추진돼 반대여론이 어느 때보다도 높았다. 공청회의 무산, 부실한 경제영향 분석, 4대 선결조건 수용 논란, 통합 협정문 공개 논란, 영문협정문안 국문번역본 제공 문제, 국회 FTA특위 과정에서의 여러 공방 등은 우리 통상조약 추진, 체결 체제가 지니고 있는 근본적은 문제점을 적나라하게 드러냈다. 이러한 문제점을 제도적으로 해결하기 위해서는 우선 FTA와 관련해서 사전 심의와 검토를 의무화하는 일반 법률의 제정이 필요하다고 본다. 사전적으로 국회가 협정에 관한 사항을 수시로 점검하고 검토해 적절한 입법적 대안과 방안을 제시하는 노력이 필요하고, 이러한 절차를 거침으로써 비준 이후 동의 절차에서 불필요한 논쟁과 절차의 지연 등이 이뤄지지 않도록 하기 위해서다. 협상의 내용과 그 타당성 검토과정이 국가간의 전 분야에 걸친 방대한 것으로 일정기간의 짧은 검토와 심의만으로는 이뤄지기 힘들다는 점에서 더욱 필요한 절차적 과정이라고 본다. 특히 그동안 행정부에 독점돼온 통상조약 체결체도는 국회의 권한을 강화하고, 국민의 참여를 증진시키며, 행정절차의 민주화와 투명성 제고하는 현대 행정의 목표와 합치되도록 제정돼야 할 것이다. WTO체제 출범에 따른 이행특별법의 제정과정을

100) 2006년2월2일 민주노동당 권영길 의원 등 여야 40명의 국회의원은 '통상협정의 체결에 관한 법안'을 공동발의 한데 이어 2006년9월25일 노상경의원은 열린우리당 14명의 국회의원을 대표해 '통상조약의 체결절차 등에 관한 법률안'을 발의했다. 이어 2006년11월2일에는 열린우리당 내 한미자유무역협정 특별위원회 위원장인 송영길 의원이 열린우리당 의원 30인을 대표해 '통상협상절차에 관한 법률안'을 발의했다. 권영길, 이상정, 송영길 의원 등이 각각 대표 발의한 이들 3개 법안은 2006년11월27일 국회통일외교통상위원회에 상정됐고, 2006년12월5일 공청회가 열렸으나 노무현 대통령의 통상절차법은 곤란하다는 특별회견 이후 줄곧 정부 측의 반대로 아직 표류중이다. 3개 법안의 공통된 특징은 기본적으로 정부의 통상권을 국회가 견제, 보완한다는 취지로 요약할 수 있다. 왕상한, '통상절차법안의 비판적 검토', 『통상법률』, 통권 제72호(2006.12), 70-73쪽; 최원목, '한국 통상절차법안의 문제점과 법 제정 방향', 제1회 한국국제경제법학회 공동학술대회(2006.11.18), 10-11쪽.

거친 것과 마찬가지로 국회가 FTA 비준에 동의한 경우에는 FTA이행에 관한 개별적 특별법의 신속한 제정을 통해 국회가 적극적으로 입법적 지원과 기초를 마련하는 노력도 필요하다고 생각된다. 통상정책과 이에 따른 국내대책을 사전에 수립하고 이를 체계적으로 집행함으로써 적극적으로 효율성을 가질 수 있는 제도적 기반을 마련할 필요가 있을 것이다.

Abstract

A Study on International Investment Dispute
Settlement Mechanism and Receptive Attitude on
KOREA-U.S. FTA

Tae Hyun Kim

The investor-state dispute settlement mechanism(ISD) has resurged in the 1990s, and has been given a new meaning. This mechanism is specifically applies to the KOREA-US FTA, and as a result, has grown in significance for Korea. But the ISD has recently come under systematic criticism by nations, even with people concerned with municipal law, due to a lack of recognition. The ISD is one international arbitration system for protecting foreign investors and the accumulated precedents and cases on international trade relations exist. Nevertheless in domestic cases, no one besides some researchers are interested in ISDs. Because of the lack of mutual implementation in subjects concerned with relations between legal regimes, ISD legal studies do not grasp the connection between the ISD and legal research.

This confusion is exhibited in the changing forms of the ISD between the Korean government and the US government in the KOR-US FTA through 8 separate negotiations. Specifically concerning the ISD regime, matters of sovereign prerogatives, indirect expropriation and constitutionality were mainly analyzed.

Originally the ISD regime was established to protect investors' assets against sovereign prerogatives. However, the authority of investors has increased to the point that sovereign prerogatives can be encroached. The scope of investment has expanded from the movement of capital and resources to rights of claim, contractual rights, property rights, non-equity investment and permission. Specifically, because investors may be able to claim a "denial of justice" and seek damages from an international tribunal convened under the FTA.

When ISDs occur, it is hard to find a case where an arbitral decision in NAFTA has deviated from customary international law. The single-trial system of arbitration often encroaches policies and interests of the states. For this reason, ISDs policies which are judged by state have been criticized because important state policies are treated carelessly. Indirect expropriation which the KOR-US FTA has allowed is hard to accept for the current Korean legal regimes. Under the interpretation Constitutional law, Korean domestic law is compensated only for direct expropriation, not indirect expropriation. Therefore, there is a need to arrange compensation for legal regimes such as, state indemnity, administrative compensation, compensation of infringement on quasi-expropriation to pass through the preparation process thoroughly. Because if indirect expropriation are introduced, many compensation expenditures would increase.

As a result of an examination of ISDs, operation strategies and effective execution methods of ISD mechanisms are as follows. Korea

is expanding its roles as a host state as well as an investment state. So in principle, 1) ISDs are excluded for agreements, for example the Australia-US FTA, 2) when a treaty is included in a ISD, the investor can apply for the arbitration through the consent of the host state or use the domestic laws of the host state, 3) if 1), 2) are unreasonable, it is necessary to reduce the scope of the ISD to a minimum.

Because arbitral decision might be wrong, or differ from each tribunal, the public policy of a state can be forfeited. Therefore, in order to prevent misjudgment, there exists a need to arrange an appellate review. By creating a coherent, well-reasoned body of jurisprudence, investment tribunals bolster their legitimacy, fulfill the goals of both investors and sovereign states, and enhance the possibility of norm development resulting from the dialogue between international and national courts.

In the long term, it is necessary to examine the establishment of international investment dispute court. Indirect expropriation must be introduced, examined and applied to the national budget so as to fit in accordance with in Korea legal regimes.

Key Words : FTA(Free Trade Agreement), Investor-state Dispute Settlement mechanism(ISD), Sovereign Prerogatives, Indirect Expropriation, Appellate Review.