

국제자유무역협약에서 ISDS의 생성과 비준에 관한 연구

-KORUS FTA, NAFTA 및 AUSFTA를 중심으로-

The Formation and Ratification of ISDS in International FTA and Its Characteristics
-with a special emphasis on KORUS FTA, NAFTA & AUSFTA-

한재필(Jae-Phil Hahn)

승실대학교 글로벌 통상학과 부교수

목 차

- | | |
|--|---------------------------|
| I. 서론 | IV. ISDS와 국가간 분쟁해결 제도의 재고 |
| II. 캐나다와 호주의 ICSID 협정 비인준에 대한
입장 분석 | V. 결 론
참고문헌 |
| III. KORUS FTA에서의 ISDS 문제 | Abstract |

국문초록

본 연구는 미국과의 FTA에서 이의 비준과 관련하여 찬반 양쪽으로 첨예한 의견이 대립되는 ISDS에 관한 연구를 통하여 우리나라가 취할 수 있는 입장에 대하여 분석하였다. 이를 위하여 특별히 ICSID에 서명한 하였으나 인준을 하지 않은 국가 중, 캐나다와 호주의 사례를 중심으로 분석하였다. NAFTA에 의하여 미국과 멕시코를 포함하는 자유무역협정을 체결하고 있음에도 ICSID 협정을 인준하지 않고 있으며, 호주 또한 ICSID 협정을 거부하고 있다. 이러한 두 국가가 ICSID를 거부하고 있는 사유를 우리나라 역시 ICSID를 거부하여야 하는 문제점으로 제시하고 있는 실정임으로 양국의 입장을 분석하고 우리나라의 실정에 적용해 봄은 학술적으로 의미가 있다고 할 수 있을 것이다. 이에 본 연구는 캐나다와 호주의 ICSID 비인준 입장을 분석하고 이와 ICSID를 바탕으로 한미 FTA에서의 ISDS 문제를 논의하며, 국가간 분쟁과 ISDS의 의미를 재고하여 결론을 제시하도록 한다.

주제어 : 투자분쟁해결을 위한 국제중심, 투자자-국가분쟁해결방식, 북미자유무역협정, 한미자유무역협정,

I. 서론

2012년 3월 15일 한미 FTA가 드디어 정식으로 발효되었다. 한미 FTA의 발상은 이미 정계에서 한세대를 넘나들며 발전적 희망과 좌절의 의견이 혼선을 일으키며 온 국민의 관심이 집중되어온 사안이다. 그럼에도 불구하고 정가에서는 이의 찬반의 대립의견이 계속해서 충돌되고 있다. 특별히 심각한 피해가 예상되는 농업과 축산업 부문에 손실보전을 위한 대규모 지원책을 요구하고 있는 한편 일방에서는 한미 FTA 자체를 폐기하여야 한다고 주장하고 있는 실정이다. 이에 더하여 한미 FTA를 반대하는 쪽에서는 투자협정에서 분쟁발생시 그 해결을 위해 준거법으로 채택하고 있는 “투자자-국가분쟁해결방식”(ISDS: Investor- State Dispute Settlement)을 심각한 반대의 사유로 제시하고 있다. 이와 같은 주장에 다수의 현직 판사들이 이를 국가사법주권침해라는 기치아래 대거 참여하고 있는 사실은 많은 의미를 내포하고 있다.¹⁾ 왜냐하면 상기한 ISDS의 대상은 정치, 경제, 경영에 관한 부수적인 요인이 해당되는 것이 아니라 오직 법률적 문제만이 그 본안으로 받아지고 있기 때문에 이의 전문가로 인정되는 법원 수장들의 반대 움직임은 중요한 의미가 있다고 받아들여지기 때문이다.²⁾

전통적으로 국제법에 의한 분쟁해결은 국가간의 분쟁을 포함하는 것으로 되어 있으며, 통례적인 국제법에서 외국의 투자자는 중재원 또는 관련국가의 법원에서의 결정을 추구한다. 현재 전 세계적으로 2,000여개의 쌍무투자조약(BIT: Bilateral Investment Treaty)이 체결되어 존재하는데, 조약의 모두가 국가가 그 조약을 위반 하였을 경우 투자자에게 국가를 상대로 그로 인한 손해배상을 청구할 수 있는 직접적인 수단을 제공하고 있다.³⁾ 이와 같은 투자자의 투자국가에 대한 직접적인 손해배상을 규정하고 있는 대표적인 것으로는 '투자분쟁해결을 위한 국제중심(International Center for the Settlement of Investment Disputes : 이하 ICSID)'을 들 수 있는데, 이는 '국가와 타국가의 주민간 투자분쟁해결에 관한 협정(Convention on the Settlement of investment Disputes between State and Nationals of Other States: the ICSID Convention or Washington Convention)'에 의거, 1966년 세계은행의 한 조직으로 설립되었다. 21세기에 들어 국가 간 쌍무투자조약(BITs: Bilateral Investment Treaties)이 성행하였고, 이를 통한 분쟁도 증가하여 본 ICSID에 제기된 투자분쟁 건수만도 2007년도에 이르러 수백 건에

1) 동아일보 2011. 12. 5일자 A35 면 ; Jung, Eun-joo, The account of a former judge reveals government pressure to rule in favor of the US, The Hankyureh, 3 jun 12, p.1, paragraph (1).

2) Institution of Conciliation and Arbitration Proceeding, Rule 2 Contents of Request (1)(e) : (1)The request shall: (e) contain the information concerning the issues in dispute indicating that there is, between the parties, a legal dispute arising directly out of an investment;

3) http://en.wikipedia.org/wiki/Investor_State_Settlement, 2012-03-27

달하고 있다. 이런 상황에서 세계은행은 금융기구로서 그리고 그 은행의 총재는 개인자격으로 이들 투자관련 분쟁의 화해 또는 조정을 주선하는 업무에 많은 노력을 기울여 왔는데, 본 ‘투자분쟁해결을 위한 국제중심’의 창설은 부분적으로는 세계은행의 총재와 직원들의 투자분쟁과 관련한 부담에서 자유롭게 할 목적 또한 함유하고 있다고 할 수 있다.

독립기구로서의 ICSID 창립은 한 국가정부와 외국의 투자자들 간에 발생하는 투자분쟁을 보다 효율적으로 해결할 수 있으며 이로 인하여 국제간에 투자의 흐름이 촉진된다는 신념하에 추진되었다. ICSID의 조직은 행정이사회(Administrative Council)와 사무국(Secretariat)으로 구성되며, 행정이사회는 은행의 총재가 그 이사장(Chairman)에 당연직으로 보임되며, 동이사회는 본 협정을 인준한 각체약국이 별도로 반대의 지명을 하지 않는 한 그 체약국의 1인 대표로 구성됨으로 본 중심의 행정이사회와 은행의 상위개념이사회(Board of Governors)의 이사(Governor)는 동일인적으로 구성되는 조직특성을 가진다.⁴⁾ 그러나, 이와 같은 세계은행과의 밀접한 관계에도 불구하고 ICSID는 자율적인 국제조직이다. 사무국의 지출비용은 은행의 예산에서 지원되고 있으며 조정 및 중재절차에서의 비용은 관련당사자의 부담으로 처리된다. ICSID는 그 협정에 준거하여 국가와 투자자간에 발생하는 분쟁해결을 위한 조정 및 중재제도를 제공한다.

주지하는 바, 한미FTA에서 투자와 관련된 분쟁의 발생시 ICSID 협정 및 그 중재규정과 규칙을 준거하도록 하고 있다. 본질적으로 ICSID 협정은 반드시 이에 준거하여 분쟁해결을 위한 절차를 처리할 의무는 없는 바,⁵⁾ ICSID 협정 이외에 UNCITRAL 중재규칙, 신청인과 피신청인이 합의하는 경우 다른 여하한 중재규칙 또는 다른 여타의 중재기관에 중재를 신청하여 분쟁을 해결할 수 있다.⁶⁾ 그럼에도 현 한미 FTA에서 발생한 국가와 투자자간 손해배상청구 시, 당사자 간 별도로 다른 합의가 없는 경우 ICSID 협정에 준거하여 조정 또는 중재절차를 제기하도록 규정하고 있기 때문에 그 의미가 있으며, 이와 같은 것은 분쟁관련 당사자가 본 협정에 의하여 조정 또는 중재에 관하여 합의하였다면 어느 당사자 일방의 의사에 의하여 그 합의를 철회할 수는 없는 것으로 규정되고 있다.⁷⁾ 또한 모든 ICSID 협정 체약국은 그

4) 여기에서 상위개념이사회와 하위개념이사회라고 명명한 것은 공식적 명칭이 아니고 필자의 번역상의 편의를 위한 것이다.

5) 본 협정 전문: The Contracting State... Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration.

6) 여기에서 미국이나 한국의 중재기관을 이용하는 것은 편파성이 있을 것으로 의심하는 경향이 있으므로 양당사자가 합의하는 것은 극히 어렵다고 할 것이나, 국제적으로 인정되는 ICC중재재판소와 같은 기관은 신뢰도가 축적되어 있다. 본 한미FTA에서는 양당사자가 합의 하는 경우 적절한 중재기관을 활용할 수 있는 길이 확대되어 있는 것이 특징적이다 ; KORUS FTA Chapter 11 Investment Article 11.16: Submission of a claim to Arbitration (3), p.273.

7) 협정 제ii장 본 중심의 사법관할권 제25조(1) 문항(2): When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

분쟁에 연관된 국가이든 아니든 간에 ICSID 중재판정을 인정하고 이를 강행하여야 하는 의무를 지고 있음으로⁸⁾ ICSID가 갖는 의미는 상당하다고 하겠다. 이와 같은 사유로 국내에서도 ICSID와 관련하여 상당한 연구가 진행되어져 왔으나, 상당수의 연구가 ICSID 규정에 대한 분석을 통하여 ICSID에 대한 심도있는 이해를 제공에 중점을 두고 있으며,⁹⁾ 이의 비준여부의 실효성여부에 대해서는 깊이 다루고 있지 못하다. 특별히 우리나라의 ICSID 비준과 관련한 논의를 한 논문으로는 김행선 (2011)¹⁰⁾과 왕상한 (2011)¹¹⁾의 논문을 들 수 있다. 상기한 두 논문은 ICSID의 법률적 성격을 분석하며 우리나라가 ICSID를 비준 타당성에 대한 논의를 충분히 하고 있으나 서로 대립되는 의견을 개진하고 있으나, ICSID 비준과 관련한 다른 나라의 사례 연구가 충분치 않다.

현재 ICSID의 계약국은 UN회원국 현재 147개국에 이르고 있다. 그럼에도 서명은 하였으나 인준을 하지 않은 국가는 알파벳순으로 Australia, Belize, Canada, Dominican Republic, Ethiopia, Guinea-Bissau, Kyrgyzstan, Namibia, Russia, Sao Tome and Principe, Thailand 등이다. 이들 국가 중 특별히 관심이 집중되는 국가는 우리나라보다 저개발 국가로 인정되고 있는 국가들의 입장보다는 캐나다와 호주의 경우와 같은 선진국의 입장이다. 캐나다의 경우, NAFTA에 의하여 미국과 멕시코를 포함하는 자유무역협정을 체결하고 있음에도 ICSID 협정을 인준하지 않고 있으며, 호주 또한 ICSID 협정을 거부하고 있다. 이러한 두 국가가 ICSID를 거부하고 있는 사유를 우리나라 역시 ICSID를 거부하여야 하는 문제점으로 제시하고 있는 실정임으로 양국의 입장을 분석하고 우리나라의 실정에 적용해 봄은 학술적으로 의미가 있다고 할 수 있을 것이다. 이에 본 논문은 캐나다와 호주의 ICSID 비인준 입장을 분석하고 이와 ICSID를 바탕

-
- 8) 협정 제26조 1항은 양당사자는 지역구제책을 제외하기로 합의할 수 있다고 하였으나, 제2항에서는 중재에 제기할 것을 합의하는 조건으로 현지국의 행정 및 사법상의 구제책을 소멸(활용)할 것을 전제조건으로 요구할 수 있다고 규정하고 있다.
- 9) 이와 관련한 선행연구는 다수가 있으나 이중 몇몇을 소개하면 다음과 같다. 오원석, “국제투자분쟁해결을 위한 ICSID 중재에 관한 고찰”, 『무역학회지』 제 31권 제4호, 한국무역학회, 2006, pp. 129-151; 본 논문은 ICSID 중재와 워싱턴 협약을 소개하고 있으며 활용상의 장단점을 분석하였다; 오원석 외 2인, “ICSID 중재제도의 특징에 관한 연구”, 『무역학회지』 제33권 제4호, 한국무역학회, 2008, pp.1-25; 본 연구는 ICSID 중재의 적용범위, 절차적 측면 및 판정에 대한 구제방법의 특징을 검토하였고, 특별히 ICSID 중재판정의 무효절차를 연구하였다; 김용의, “최근 5년간 ICSID 중재판정사례를 중심으로 한 국제투자분쟁의 중요쟁점에 관한 연구”, 『동아법학』 제43권, 동아대학교 법학연구소, 2009, pp.477-508; 본 논문은 ICSID 가 판결한 72건의 사건을 성격과 분쟁의 중요 쟁점 및 해결 방안들을 연구 분석하여 ICSID의 이해를 도모하였다; 김상호, “ICSID의 투자분쟁 해결구조에 관한 고찰”, 『중재연구』 제13권 제2호, 한국중재학회, Date 2004, pp. 123-156; 본 논문에서는 워싱턴 협약 및 ICSID의 투자분쟁 해결구조에 관하여 고찰하였다; 김용일, “ICSID 중재의 관할권에 관한 연구”, 『무역학회지』 제35권 제3호, 한국무역학회, 2010, pp. 257-278; 본 논문은 ICSID 중재의 관할권 특별히 중재판정부에 관할권항변에 대하여 분석하고 있다.
- 10) 김행선, “한미FTA상 ISD제도의 문제점과 폐해”, 『법과기업연구』제1권 제3호, 서강대학교 법학연구소, 2011, pp.277-325; 본 연구는 관할권 문제를 ICSID 협약과 제반 ICSID 중재법을 중심으로 분석하고 한미 FTA 상의 ISD 제도의 문제점 및 폐해에 대해 분석하고 있다.
- 11) 왕상한, “한미자유무역협정(FTA) 투자자국가소송제도(ISD)의 오해와 진실”, 『기업법연구』 제25권 제4호, 2011, pp. 329-351 본 논문은 한미 FTA의 ISD에 대한 장단점을 분석하고 ISD의 필요성에 대해 제시하고 있다.

으로 한미 FTA에서의 ISDS 문제를 논의하며, 국가간 분쟁과 ISDS의 의미를 재고하여 결론을 제시하도록 한다.

II. 캐나다와 호주의 ICSID 협정 비인준에 대한 입장 분석

1. 캐나다의 ISDS에 대한 이중 기준

캐나다는 현재 ISDS와 관련하여 2가지의 문제에 연관되어 있다. 첫째, 북미대륙의 FTA라고 불리는 NAFTA의 당사자(미국, 캐나다, 멕시코)와 투자관련 분쟁해결을 위한 제한적 ISDS문제이다. NAFTA조건에 의하여 참여국이 준수하여야 하는 것임으로 캐나다의 경우 이를 회피할 수 없다. 둘째로, ICSID의 협정을 인준하여 계약국으로 등장하고 이에 준거하여 캐나다와의 투자협약을 체결하는 모든 나라와의 투자분쟁해결을 위하여 준수하여야 하는 ISDS문제이다.

1) NAFTA에서의 ISDS에 대한 캐나다의 입지

캐나다는 ISDS와 관련하여 미국과 멕시코를 대상으로 하는 NAFTA에서 타 NAFTA 당사자 국가를 상대(미국 및 멕시코)로 직접 국제중재패널에 손해배상청구를 할 수 있도록 허락되어 있다.¹²⁾ NAFTA 제11.21조는 투자분쟁발생시 현지구제규칙(local remedies rule)의 적용을 피하고 있으므로 투자자의 경우 제11장 제1116조에 의한 손해배상 청구는 국내법정에서 구제책을 소진할 필요가 없다. 이는 투자자가 직접 NAFTA의 관련국가를 대상으로 중재규칙에 의한 중재절차를 개시할 수 있기 때문이다. 여기에서의 중재규칙은 ①ICSID 협정, ②UNCITRAL 중재규칙, ③ICSID 추가제도규칙 (Additional Facility Rules)이다.¹³⁾

NAFTA 제11장은 미국-캐나다 라고 하는 선진국(developed nations)간에 투자자-국가분쟁해결(ISDS)조항 삽입을 허용한 최초의 사례가 되고 있다.¹⁴⁾ 캐나다는 민주적으로 선출된 정부

12) NAFTA Part Five: Investment, services and related matters, Chapter 11: Investment, Article 1116: Claim by a Investor of a Party on its Own Behalf, 1. An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that another party has breached an obligation under: (a) Section A or Article 1503(2) (State Enterprise), or (b) Article 1502(3)(a) (Monopolies and State Enterprises) where the monopoly has acted in a manner inconsistent with the Party's Obligations under Section A, and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

13) NAFTA Part Five: Investment, Services and Related Matters, Chapter Eleven: Investment, Article 1120: Submission of a Claim to Arbitration 1...a disputing investor may submit the claim to arbitration under: (a) The ICSID Convention...(b) the Additional Facility Rules of ICSID... (c) the UNCITRAL Rules.

14) <http://www.state.gov/s/l/c3439.htm> accessed 12 April 2010 : US Department of State, NAFTA Investor-State Arbitration.

기관에서 캐나다의 공중보건, 환경보호 및 인권문제와 관련하여 개혁과 법률적 및 정책계획 수행능력에 ISDS 조항이 미치는 영향에 대한 논쟁을 벌였는데, 이를 통하여 투자자-국가 손해배상청구 가능성은 공중보건 및 환경보호에 관한 법률을 통과시킬 현지정부의 능력을 저차화 할 가능성이 상존하는 것으로 판단하였다.

그럼에도 불구하고 NAFTA 제1114조 환경적 방책(environmental measure) 에서 “투자활동은 환경문제에 고도의 신중을 기하는 방법으로 수행되고 있는가를 확인하기 위하여 적절하다고 판단되는 모든 수단을 채택하고, 유지 또는 강행 하는 업무를 당사자가 수행하여야 한다는 의미”로 규정하고 있다.¹⁵⁾ 그러므로 당사자는 국내현지보건, 안전, 또는 환경방책을 완화하여서는 안 된다는 사실을 인지하여야 한다는 것이다.¹⁶⁾

이로서 ISDS로 인하여 투자자가 현지정부를 상대로 손해배상청구를 위한 중재절차를 제기할 수 있다고 하더라도 국민의 보건, 안전 및 환경보호를 위한 공공정책조치로 인하여 현지 국가정부(host state)가 제소당하여 피해를 보게 될 가능성은 극히 드물다고 할 수 있다.

NAFTA에서 투자관련 제11장은 어떤 이유에서 세계화에 초점을 맞추고 있는 경향이 있는바 무역환경개선에 관한 규칙에 중점을 두어야 하는 것이라 믿고 있다. 제11장의 규정화에 대하여 냉담한 한기를 느끼는 경향이 있는바 아직도 정부관계자는 공공의 이익을 위한 규정으로 등장시키기를 꺼려하는 경향이 있다. 또한 본장의 의무사항에 대하여도 투명성이 결여되어 있으므로 불편함을 느끼고 있음에도 일반적으로 투자자보호를 위한 조항을 지원하는데 중점을 두고 있다고 평가하고 있다.¹⁷⁾

결론적으로 NAFTA의 투자관련규정 제11장은 투자자에게 보다 유리한 입지를 제공하고 있음으로써 투자여력이 있는 미국과 캐나다에게 보다 유리한 상황이 전개될 수 있다고 예상하고 있으며 NAFTA의 기본 목표는 체결국의 경제발전에 주안점을 두고 있음에는 변함이 없다고 할 것이다.

15) Article 1114: Environmental Measure: 1. Nothing in this chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

16) *Ibid.*; paragraph 2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures. Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or other to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor,....

17) Bronwyn Pavey, Tim Williams, *The NAFTA Chapter 11*, Science &Technology Div. 26 February 2003

2) 캐나다의 ICSID 협정 인준 미결¹⁸⁾

세계의 대부분의 국가가 ICSID의 회원국으로서 혜택을 보고 있다고 판단되는 현실에서 캐나다의 법률가나 기업인들은 ICSID의 이점에 대하여 잘 인식하고 있다고 할 것이다. 설사 ICSID가 운영상의 결함이 있고 이를 현재 개선하는 과정에 있다고 할지라도 ICSID가 투자자-국가 분쟁해결을 위한 선진적 기구임에 대하여 의문을 가지고 있는 이는 극히 드물다. 그러므로 지금까지 캐나다가 이 협정을 인준하지 않은 이유에 대하여 의문을 떨쳐 버리기 어려운 입지에 있다.

본 협정은 생성된지 벌써 45년이나 되었고 캐나다 역시 이를 서명한지 3년 반이 지났다. 캐나다는 G-8 및 G-20 국가이며 ICSID로부터 다른 어느 나라보다도 수혜를 받을 입장에 있으며 본 중심의 사무총장도 캐나다 인이라는 사실도 간과할 수 없는 사항이다. 캐나다는 G-8 국가중 유일하게 본 협정을 인준하지 않은 나라이다.

캐나다는 외국에서 유입되는 투자로부터 엄청난 혜택을 입을 것임으로 외국 자본의 유입을 필요로 하고 있다. 또한 캐나다의 기업도 눈여겨 볼 만한 국제기업이다. 그러므로 많은 현지인은 본 협정을 인준하는 것은 캐나다의 이미지를 고양하여 투자친밀국가(investment-friendly country)로 국제사회에 등국하게 되어 경제적 번영을 증진하게 될 것이라고 판단하고 있다. 그러므로 본 협정을 인준하지 않을 경우, 반대의 효과를 결과하게 될 것임이 분명한다고 믿고 있다.

그럼에도 캐나다는 아직도 ICSID 협정을 인준하지 않고 있다. 무엇이 캐나다를 붙들고 있으며 그리고 무엇이 본 협정의 인준을 성공적으로 이루도록 할 것인가? 문제는 캐나다 특유의 연방주의구조(federalist structure)가 그 지연사유가 된다고 하는 것이다. 캐나다의 헌법은 대부분의 연방국가에서와 같이 모든 권한은 연방정부와 10개 주(province)와 3개 지역(territories)에 분할되도록 법제화되어 있다. 이로 인하여 조약(treaty)의 문제가 제기되면 캐나다의 주와 지역이 발언권을 행사한다. 즉 조약과 같은 문제가 등장하면 주 및 지역이 동의를 얻어야 하는 절차로 인하여 지연된다는 것이다.

18) Andrew de Lotbiniere McDougall, Perley-Robertson, Hill & McDougall, LLP, "Why has Canada Not Ratified the ICSID Convention?", Kluwer Arbitration Blog, 24 Aug 2010.

2. 호주의 ISDS 거절이유: 4가지의 주요요인¹⁹⁾

2011년 4월 호주의 Gillard 정권은 국제무역협상(international trade negotiation)에 대한 접근방식을 광범위하게 재고하는 정책의 일환으로 이 후 ISDS와 관련하여 쌍무 및 지역무역협약(bilateral and regional trade agreement)에서 ISDS 조항을 포함시키지 않겠다고 서약한바 있다.²⁰⁾

이 새로운 정책은 “공공의 이익을 보호하기 위하여 외국의 투자자와 정부의 권리를 확대하지 않겠다는 원칙”을 고수하는 관점에서 정당화하고 있다. 본 원칙은 호주내 NGOs에 의하여 지지되었으나 정부는 일반적으로 다만 말로만(lip service) 대응하는 입지에 있어왔다.

국내외의 많은 관심을 가진 호주의 국민들은 이러한 정책상의 발전양상을 경이적인 것으로 받아드리고 있다. 호주는 호주-미국FTA(AUSFTA)에서 ISDS를 거부한 것으로 유명하다. 그러나 다음정부에서는 협상을 통하여 무역협약에 ISDS를 포함하는 것으로 결론지었다. 호주는 소위 자경화중남미국가들과의 관계에서 ISDS에 대하여 부담을 유발하는 경우가 거의 없었다. 이러한 정책상의 변화가 어떻게 그리고 왜 변화하였는지에 대하여 다음의 4가지 요인이 그 내막에 어떻게 작용하였는가에 관하여 숙고하여 볼만하다.

1) 미국과의 무역관계: AUSFTA에서 TPPA

2003년, John Howard가 주관하는 호주의 보수진보-국민연합정부(Conservative Liberal-National Coalition Government)가 시작하여 2005년에 발효한 AUSFTA에서는 ISDS에 대한 표준조항이 포함되지 않았다. 이에 대한 공식적 판단은 양국 모두 국제투자자와 관련한 분쟁해결을 위한 확고한 법률제도를 갖추고 있으므로 ISDS는 불필요하다는 것이었다. 이에 대한 정당성의 주장은 NGOs와 국회의원들이 협상과정에서 ISDS에 관하여 제기한 중대한 관점에 의해서 확산되었다.

AUSFTA는 무역협약에서 항시 논란이 되어왔던 중대한 비판적 대중 논쟁을 촉발하였으며 여기에서 ISDS는 지역 정치 유세에 주요 목표가 되었다. 협상 대표자들은 이러한 논쟁은 정부의 입지에 영향을 미칠 것이라고 인식하게 되었으며 더욱이 ISDS와 관련하여 AUSFTA에서의 주요 문제점이 되어왔던 정책은 이를 심사숙고하여 주요 정책으로 채택하려는 노동당의 정책에 강력한 영향을 미치게 되었다.

19) Tienhaara, K. & Ranque, P., 'Australia's rejection of Investor-State Dispute Settlement: Four potential contributing fact', Investment treaty news, iisd(International Institute for Sustainable Development), July 12, 2011.(Kyla Tienhaara is the Research Fellow at the Regulatory Institutions Network, Australian National University and the author of The expropriation of Environmental Governance: Protecting Foreign Investors at the Expense of Public Policy(Cambridge Univ. Press, 2009))

20) Department of Foreign Affairs and Trade(DFAT), 2011, "Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity"

녹색당과 민주당은 그 협약의 몇몇 부문에 대하여 반대하였는바, 상원에서의 다수당의 위치로 인해 AUSFTA의 실행법제화 (implementing legislation)를 봉쇄할 수 있는 선택권을 구사할 수 있었다. 이러한 제 상황에서 Howard 정부는 ISDS를 협약에서 제외 하도록 하여 상원에서의 실행법제화가 통과되도록 하는 전략을 강구하였다. 그 결과 노동당이 AUSFTA에 대하여 강도 높은 내적 논쟁을 벌이고 있음에도 실행법제화는 약간의 수정 사항이 있었으나 승인을 득하게 되었다.

그 후 5년이 지난 시점에서 노동당이 정권을 잡게 되자 Kevin Rudd 총리하의 정부는 다시 미국과 협상테이블에 앉아 환태평양협력협약(TPPA:Trans Pacific Partnership Agreement)으로 알려져 있는 지역무역협약에 관한 회의를 가진바 있다. TPPA는 환태평양전략경제협력협약을 Brunei, Chile, New Zealand, Singapore, Australia, Malaysia, Peru, Vietnam 그리고 미국을 포함하는 전 아시아 태평양지역을 포괄하는 자유무역지역을 구성하는 역할을 담당하는 것이었다. 2010년 3월 협상 시초에 무역부장관 Simon Crean은 포괄적 접근법을 취할 것임을 천명하여 협상테이블위에 ISDS를 포함하였으나 학계와 NGOs가 ISDS에 대하여 강경하게 경고하고 반발하고 나서자 정부는 이를 철회하였다.

호주가 호주-칠레 FTA와 같이 개발도상국과의 FTA협상에서는 ISDS를 포함하는 호주 특유의 정책을 펼치고 있는데 NGOs가 그 문제를 계속 부정적인 시각을 가지고 문제를 삼고 있음에도 주목할 만한 사안으로 정계에 충격을 주지는 못하였다. 호주에서 일반대중과 정부가 ISDS와 관련한 최대관심사는 공공정책(public policy)의 위협이라는 문제에 집중되어 있다. 여기에서 미국이라는 단일 외국직접투자(FDI)의 대규모 원천이 포함된다는 것은 분명한 위협이라 여겨지고 있는 것이다.

2) 경제적 접근: 생산성위원회의 역할

호주의 생산성위원회는 1998년 경제, 사회 및 환경문제에 관한 독립적 연구를 수행하기 위하여 설립된 근접자문기관이다. 2009년 11월에 정부는 생산성위원회에 쌍무 및 지역무역협약 (bilateral & regional trade agreements)이 호주 경제에 어떤 영향을 가져올 것인가에 대하여 연구하도록 의뢰하였다. 1년여 기간의 연구에서 기업, 정부기관 및 기타 관련 기관을 조사하였고 이로부터의 의견을 제시할 것을 권고하였는바, 공공기관, NGOs, 노동조합 및 학계에서 제시한 의견은 ISDS에 대하여 고도의 비판적 의견이 쇄도하였다.²¹⁾

특히 학계에서의 Jonathan Bonnitcha 및 Emma Alsbett 박사가 제시한 자료에 의하면 ISDS

21) <http://www.pc.gov.au/projects/study/trade-agreements/submissions>

에 정부의 참여를 정당화한 전통적 경제논리는 해체되어야 한다는 것이다. 즉 외국직접투자(FDI)가 대거 유입될 결과를 가져올 것이라는 주장이어서 생산성위원회에 특히 강력한 감명을 주었고, 동 위원회는 2010년 12월에 제출한 최종보고서에서 정부는 ISDS를 포함하지 않도록 하여야 한다고 건의하였다²²⁾.

3) ISDS를 위한 우승자의 부재: 강력한 로비의 부재

ISDS는 일반적으로 투자전문법조인/중재인 및 제조산업(특히 다국적기업)의 일반적인 지지에도 불구하고 생산성위원회의 연구기간동안 이에 대적하여 ISDS를 방어하기 위한 조직결집이 전혀 없었던 사실은 이례적인 사실이다. 이는 호주 기업인들은 ISDS에 대한 관심이 결여되어 있음으로 국내에서의 투자약정에는 ISDS의 사용을 멀리하고 있음을 분명히 보여줄 수 있다. 그러나 이런 문제와 관련하여 대규모 정치적 영향력을 가지고 있는 광업(鑛業)의 경우 그들의 산업을 정치적 위협에서 투자자-국가 계약에 의하여 보호하는 경향이 있다. 그러나 해외투자의 경우 종종 ISDS를 포함하여 차별적 전략을 활용하고 있다.

4) 생존권 위협: 거대 담배회사의 단순포장법제화에 대한 공격

생산성위원회가 ISDS의 위협과 수혜에 대하여 연구하는 기간에 호주는 담배제품의 포장을 단순포장지에 건강위험경고 그림을 넣고 상표를 삭제하도록 하는 법제화를 추진하였다. 이 법제화는 세계보건기구(World Health Organization)의 제안에 의한 것이며 수개월내에 상하원의 국회를 통과할 예정이었다.

이러한 조치에 의해 판매 감소 등 피해를 예상한 거대 다국적 담배회사는 본 법제화를 폐기하도록 정부에 압력을 가하는 진술적 방책을 강구하였다. 그중 한 가지 핵심적 전략은 법률 분쟁의 형태로써 위협하는 것이었다. 이에 대하여 호주는 대부분의 토의사항을 호주 법정에서 헌법상의 사건으로서 또는 WTO의 지적재산권에 대한 것으로서 승소할 것인가에만 토의 범위를 한정하고 있었으므로 당시 정부는 ISDS에 의한 공격가능성에 대하여 예견치 못하였다.

사실 ISDS에 대한 정부의 정책발표문에서 현 정부는 건강을 위한 경고문을 게재하고 담배제품의 단순포장조건을 부과할 수 있는 정부의 권한을 제한하는 조항을 수락한바 없으며 앞으로도 수락하지 않을 것임을 명백히 하였다. 이와 같은 정책발표 후, 3개월이 채 되기 전에

22) Productivity Commission 2010, *Bilateral and Regional Trade Agreements: Research Report*. ; 건의서의 근거로 ①시장의 안전성과 호주 재판제도의 건전성, ②투자보험제도와 투자자-국가 계약이 보다 적절한 방법, ③외국의 예에서 ISDS로 인한 광범위한 정책 및 재정상의 위협사례를 들고 있다.

ISDS의 위협은 더욱 명백히 들어났으며 Philip Morris가 정부에 그 분쟁을 Australia-Hong Kong Investment Promotion and Protection Agreement(1993)에 의하여 처리할 것임을 통보하여 왔다. 미국기업은 같은 방법으로 Swiss의 투자자를 통하여 Uruguay와도 유사한 분쟁에 연루되어 있었다. 그럼에도 호주 정부는 본 문제에 대하여 확고한 기반위에 대응할 것임을 공약하였고 Philip Morris는 이 사건을 성사시키지 못할 것이라고 확신하였다.²³⁾ 이런 상황에서 의사협회를 포함하는 의견제시자들은 이미 Hong Kong Treaty는 종료되기 시작하였다고 하였으며 조약은 1차 기간 15년이 종료되어 이 사건에 영향을 미치지 못한다고 주장하였다.

호주의 ISDS제지에 관한 신정책적 발상은 순진한, 후퇴하는, 과잉조치이라고 평가하는 이가 있는 반면, 이상적이고, 발전적이고, 대적할 만한 가치가 있는 것으로 평가하는 이도 있다. 그러나 이러한 반응은 대부분 외국에서의 평가이고, 몇몇 현지 법무법인(law firm)은 정부의 이러한 조치에 대하여 비난하고 나섰으나 NGOs는 이의 수용하고 요구하는 의견을 개진하였다. 그러나 호주 방식에서 국내적으로 이 문제에 대하여 엄청난 논쟁은 없었다.

여기에서 다음과 같은 2가지의 결론을 내릴수 있다.

첫째, 호주가 환태평양경제협력협약(TPPA)에서 ISDS를 반대할 수 있는 입지를 유지하기가 어렵다는 것이다. 특히 미국의 압력이 있을 시는 더욱 그러하다. 호주가 ISDS 반대의 입지는 그대로 New Zealand, Vietnam등이 Asean-New Zealand Australia FTA에서도 같은 현상을 유발하게 될것임으로 난관에 봉착하게 된다는 사실이다.

둘째, 노동당(ALP)이 소수당 정부를 구성하게 되어 다른 독립당과 녹색당의 지원에 의존하게 된다면 이러한 지원을 받기위하여 더욱 ISDS에 반대하는 그의 입지가 강화될 것으로 보인다.

다른 한편, 자유-국민연합 (Liberal-National Coalition)이 노동당을 압질러 등장하여 최근 의 견투표에서와 같이 선거에서 승리한다면 예비무역성 장관 Julie Bishop는 본 연합은 분명히 ISDS가 호주의 기업이익을 보호하고 외국의 직접투자유입을 고취하게 될 중요성을 띄고 있음을 믿고 있다는 사실을 확실히 하고 있다. 이와 같이 호주의 ISDS는 앞을 내다볼 수 없는 현 정치적 상황에서 그 운명을 달리하고 있는 것이다.

23) "Julia Gillard and Nicola Roxon are standing firm on plain packaging measures for tobacco, despite legal threat", The Australian, 27 June 2011, <http://www.theaustralian.com.au/national-affairs/big-tobacco-ignites->

Ⅲ. KORUS FTA에서의 ISDS 문제

한국에서의 KORUS FTA 관련 ISDS는 정치단체와 시민단체 그리고 관련정부기관들간에 반대와 찬성의 주장이 각박한 흐름 속에서 갖가지 움직임이 나타나고 있다. 특히 법조계에서 국가주권의 침해를 주안점으로 하여 강력히 반대하는 양상을 보이고 있다.²⁴⁾ 연합뉴스에 의하면 2011년 10월 30일 한나라당(현 새누리당)과 민주당(현 통합민주당)이 국회에서 여야의원 4명과 전문가 2명 정부측 인사 2명이 참석하여 ISDS에 대한 토론회를 가졌다.

1. ISDS의 사법주권 침해 여부

민주당의 주장은 “투자자가 국가를 상대로 투자유치국의 국내법원이 아닌 제3의 중재기구에서 분쟁을 해결하는 제도인 ISDS에 대하여 국내사법제도를 부정하는 독소조항이라고 정의하고 이의 폐기를 주장하였다. 반면 한나라당은 다른 나라와 체결한 6개의 FTA와 81개의 투자협정에서도 포함되어 있는 조항임으로 기우에 불과하며 이를 수용할 수 없다는 입장을 밝혔다.”²⁵⁾

2. 정가에서의 ISDS에 대한 반응

정계에서는 이미 2011년 11월 1일 각 당의 핵심최고의원이 ISDS에 대하여 그들의 의견을 발표한바 있다.²⁶⁾ 국회의무 무역통일 분과위원장 남경필 의원은 집권당 한나라당의 KORUS FTA 인준을 위한 정책목표를 반대당 민주당이 차단하려는 의도를 가지고 ISDS문제를 거론하고 있다고 비판하였다.²⁷⁾

민주당최고의원 정동영의원은 KORUS FTA의 국회에서 강행통과 시키려는 한나라당의 의도를 차단하여야 한다고 기자회견에서 밝혔다. 이러한 상황속에서 논쟁의 초점은 KORUS FTA가 통과하는 경우 ISDS 문제를 어떻게 처리할 것인가 하는 것이었다. 국회에서 장장 7시간의

24) 최원목, “ISD가 사법주권을 침해하는가?”, 중앙일보 2011/12/5, p. A35. : 사법주권침해에 대하여는 한국과 미국이 동일한 여건 속에서 상호 주고 받는 상황이 될 것임으로 일방적인 피해의식은 잘못된 것이며 또한 ISDS와 같은 국제중재는 국제적으로 신뢰도가 높은 기관으로 WTO 중재패널 등이 존재하고 있고 WTO협정은 국내법과 동일한 효력이 있다고 갈파하고 ICSID협정도 같은 입지에 있다는 견해를 견지하고 있다.

25) 연합뉴스, k0279@yna.co.kr, 2011/10/28 21:05

26) The Hankyora Media Company, “Final KORUS FTA battle confers on Investor-State Dispute Provision”, Nov. 1, 2011 13:46 KST

27) *Ibid.*, p. 1.

토의 끝에 결국 민주당은 KORUS FTA는 받아드리되 ISDS는 제외하려는 정책적 목표를 고수하기에 이르렀다. 민주당 원내대표 김진표의원은 한나라당 당대표 홍준표의원을 만나 민주당의 대부분의 의원이 ISDS를 KORUS FTA에 포함시키는 것을 반대하고 있다고 전했다.²⁸⁾

한나라당은 이에 대하여 만일 ISDS를 제외한다면 한국과 미국의 의회에서 합의가 전제되어야 하는 절차상의 문제가 있으므로 불가능하다는 이유를 설명하고 이를 받아드릴 수 없다고 하였다.

3. 대미 또는 대한 투자의 문제와 효과

ISDS는 본래 투자자를 보호하기 위하여 생성된 것이다. 외국에의 직접 투자는 현지국이 돌연 그 투자에 대한 정책의 변화를 가져옴으로 인하여 투자자에게 손해를 입히는 사례가 발생하여 이를 꺼리는 경향이 만연하여 왔다. 그러므로 자금여력이 있는 대부분의 선진국투자자가 경제적으로 어려움을 겪고 있는 국가에 투자하여 경제개발의 원동력을 제공하는 한편 투자이익을 창출하는 경제활동은 상기한 상황 때문에 어려움을 겪어 왔다. 21세기에 들어와서는 대부분의 투자대상국의 형편이 사회진반에 걸쳐 괄목할만하게 개선되었고 투자자는 직접 그 국가를 상대로 손해배상청구의 제기를 허용하는 ISDS의 제정으로 인하여 투자자보호가 상당수준에 이르게 되어 국제투자자본 흐름의 원활성이 제고되는 양상을 보여왔다.

ISDS는 선진국(developed country)이 개발도상국(developing country)에 투자하는 경우, 분쟁 해결 수단으로 활용되는 사례가 대부분이었는데, 이는 이들 현지 투자를 수용하는 국가의 법률체계가 불안정하여 위험요인이 상존하고 있어 왔음에 기인한다. 그럼에도 불구하고 사회의 불안요인이 희소하고 법률체계가 국제적 수준에 대등할만한 선진국의 경우에도 ISDS의 채택하게 된 사례가 나타나고 있는 것이다.

한국은 정치경제적 사회여건이 과거 대비 괄목할 만하게 개선되어 선진국 수준에 이르고 있다. 그러나 분단 국가로서 군사적인 불안요인이 상존하고 있음은 외국의 투자자가 불안 요인으로 작용할 가능성을 배제하지 못하는 현상이라 할 것이다. 2006년으로부터 현재에 이르기까지 미국은 99억4000만불의 투자에 그치고 있는 반면 한국은 대미투자에서 345억9000만 불에 이르고 있어 3.5배의 투자우위의 여력을 과시하고 있다. 그러나 이러한 미국에 대한 투자는 지속될 것이라고 예상된다.

한국은 KORUS FTA의 발효결과 ISDS의 활용이 국내 정치적 여건을 고려하더라도 잠정적

28) *Ibid.*

으로나마 가능하게 되었다. 최근 미국에 대한 투자여건이 호전되어가는 기미가 보이고 있음은 다양한 측면에서 논의의 실마리를 찾아볼 있다고 하겠으나 우선 KORUS FTA의 효과로 인하여 ①대중.대일 시장공략을 위하여 한국이 적격지로 부상하였고 ②금융, 법률시장 등의 개방으로 한국의 제도.관행이 국제적 수준으로 격상되어 매력적인 국가가 되었다고 하는 점에서 ISDS의 효과를 무시할 수 없는 상황에 이르고 있는 것이다.²⁹⁾

그럼에도 불구하고 그간 한국의 대한투자에 대한 법률체계가 투자기업에 우호적이지 아니었다면, ISDS의 도입은 외국기업의 투자에서의 문제점을 제거하는 효과를 가져와 호주가 우려하는바와 같이 거대 미국기업이 금전력을 앞세워 국내시장을 공략하여 장악하게 될 것이라는 상황전개의 가능성은 없는지 살펴보고 그 대응책을 검토하여야 할 것이라 할 것이다.

4. ISDS와 정부의 공공정책

ISDS 반대에 강경한 민주당 정동영 의원은 호주의 경우도 AUSFTA에서 문제의 ISDS를 제외한 사례가 있다고 강조하였는 것 처럼, 호주는 분명 거대 미국기업이 금전력을 앞세워 호주 국내시장을 장악하게 될 것이라는 우려와 함께 ISDS를 거부하는 양상이다.³⁰⁾

우리나라에서도 민주당과 민주노동당은 ISDS가 사회적으로 취약한 중소기업의 보호를 위한 법률을 무력화 할 가능성이 있다고 주장하고 있다. 그 실례로 미국의 대형 유통회사가 한국에 진입하여 영업활동을 수행하는 과정에서 영업시간을 줄이고 또한 정기적으로 휴업일수를 확대하는 정책을 시행함으로써 미국투자 유통기업이 경영상의 문제가 발생한다면 정부를 상대로 ISDS에 의한 조정 또는 중재절차를 제기하게 되고 이에 승소하였다면 한국정부는 관련 법률을 개정하여야 함으로 중소기업 보호하려는 정부정책은 실효를 거두지 못하게 된다고 하는 것이다.³¹⁾

현재 중소기업 보호를 위하여 대형마트의 영업시간과 영업일을 줄이는 방안을 시도하고 있다. KORUS FTA에 저촉되지 않는 범위 내에서의 정책적 배려가 있어야 할 것이라는 것이다. 미국의 국내투자자에 대하여 내국민대우 및 최혜국 대우의 규정 이행의무를 손상시키지 않도록 배려하여야 하기 때문이다.³²⁾ 그럼에도 본 대형마트정책은 국내기업에 대한 조치임으로 내국

29) 중앙경제, 'FTA 효과? 뉴욕 한국투자설명회 현장에서 4억 달러 유치', 2012/4/12, E2.

30) 본 서론 5. ICSID 계약국, 2. 호주의 ISDS 거절이유: 4가지주요요인 참조

31) *Ibid.*, p. 2. ; 송수현, 'ISDS 과연 독인가-FTGA 걸림돌 되는 이유는?', ssg@joongang.co.kr ; 최원목 교수는 ISDS는 중소기업정책에서 한국의 입지에 좋을 수도 나쁠수도 있는 중립지대에 있는 조항이라면서 "단지 ISDS 때문에 KORUS FTA 비준을 못하겠다고 하는 것은 판을 깨자는 잘못된 논리"라고 지적하고 있다.

32) KORUS FTA Chapter 12 Cross-Border Trade in Service, Art. 12.2 National Treatment & Art. 12.3 Most-Favoured-Nation Treatment ; 외국 투자자에 대한 정부의 정책집행에서 중요한 항목은 외국투자자에게 ①내국민대우, ②최혜국대우에

대우원칙에 저촉되지 않으며 또한 모든 외국투자기업에 공통적으로 적용되는 것이라는 점에서 최혜국대우 요건에도 저촉되지 않는다고 할 수 있다.

민주통합당(전 민주당)은 만일 4/11 국회의원선거에서 다수당의 위치를 점유하고 대선에서 승리한다면 KORUS FTA는 폐기처분할 것이라고 천명하고 있는 반면 새누리당(전 한나라당)은 노무현 정부때에는 민주당이 총력적 노력으로 KORUS FTA를 성사시켜야 한다고 하였고 이명박 정부에서 들어와 그 협상내용에서 달라진 것이 없음에도 이를 폐기할 것을 주장하고 있음은 이해되지 않는 행동이라 주장하고 있다.³³⁾

결국 KORUS FTA는 국내의 정치판도에서 관련정당의 정책목표와 노동계, 농민단체 및 일반시민단체의 움직임의 결과론적 산물인 집권당의 정책적 발상에 따라 그 운명이 좌우되는 입지에 있다고 하겠다.

IV. ISDS와 국가간 분쟁해결 제도의 재고³⁴⁾

캐나다와 호주가 각각 투자자보호를 위한 분쟁해결방법의 차이를 보이고 있으나, 이들 양국의 공통점은 양국 국내 법률체계는 투자분쟁해결을 위한 법률시스템의 관점에서 높은 수준으로 개발되어 있음을 인정하고 있다는 점이다. NAFTA의 회원국인 캐나다와 AUSFTA에 연루되어 있는 호주의 사례는 ISDS에서와 현지 법원을 통한 분쟁해결법에 관련된 상황을 살펴보기 위한 적절한 분석 자료가 된다.

NAFTA Chapter 11 NAFTA 당사자로서의 투자자는 그의 손해배상청구를 타 NAFTA 당사자의 국가에 대하여 국제중재패널에 직접 제기할 수 있도록 허용하고 있다. 그 외에도 NAFTA 제1121조는 지역구제규칙(local remedies rule)을 면제하고 있다.³⁵⁾ 이 이외에도 미국과

상응하는 배려임.

33) 고경석, “우리나라의 FTA 추진 현황과 주요 이슈”, 외교통상부 FTA정책기획과, 2012. 2. 9.; 고경석 외교통상부 FTA 정책기획과장은 2012년 FTA 활용확산을 위한 교수연수회에서(2012. 2. 9 한국무역학회와 한국무역협회 공동주최 세미나) KORUS FTA는 전 정권(노무현 정부)에서의 경우와 현 정권(이명박 정부)에서의 자동차산업부문이 다소 불리하게 되었다고 실토하고 다른 부문은 전혀 달라진 것이 없다고 하였다. 그러나 한국의 자동차 업계에서는 다른부문에서 유리한 부문이 있으므로 그대로 받아드렸다고 발표하였다.

34) Dodge, w. s., “Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States free Trade Agreement”, *Vanderbilt J. of Transnational Law* volume 39 Jan. 2006, No. 1.

35) NAFTA Ch. 1121(1)(b): the investor and, ...the enterprise, waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing party that is alleged to be a breach referred to in Article 1116,...; (2)(b): waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing party that is alleged to be a breach to in Article

캐나다는 NAFTA 이전에 쌍방투자조약을 이미 체결한 바 있는데, 본 약정에 의하면 투자자는 즉시적으로 직접적인 손해배상청구를 할 수 있도록 규정되어 있다.³⁶⁾

미국과 캐나다는 모두 선진국계열의 자본 수출국임으로 ISDS가 즉시적으로 국가에 직접 손해배상청구를 할 수 있도록 허용하고 있음은 양국 자신이 모두 그러한 소송에 대상이 될 수 있다는 사실을 예측하지 못하고 있었음에 저항감을 갖게 되었다는 것이다. 이와 관련하여 Dodge교수는 선진국간의 투자협약은 선진국과 개발도상국간의 경우와 적어도 다음 2가지 점에서 상이하다고는 밝히고 있다.³⁷⁾

첫째, NAFTA에 보는 바와 같이 선진국간의 협약에서 직접 손해배상청구의 허용은 상대국에 대하여 필연적으로 소송제기를 가져오는 결과를 초래하게 된다는 것이다. 이러한 소송제기는 과거 오랜 세월 개발도상국에 대하여 압력을 가하여 온 기준이기 때문에 이에 대한 공감대를 형성할 수 없다는 것이다. 둘째, 호주정부가 지적한바와 같이 선진국은 이미 국제투자분쟁을 신속히 그리고 아무런 편견 없이 처리할 수 있는 능력을 갖추고 있음으로 이가 결여된 국가로 이해되고 있는 저개발국가와는 다르게 접근할 필요가 있다는 것이다..

AUSFTA는 제11장에서 투자에 관한 조항을 규정하고 있으며 이는 NAFTA의 제11장의 조항과 기본적으로 주요항목에서 동일하다고 하겠으나 NAFTA 사례에 의한 경험에서 몇몇 주요부문에 차이가 있다. 특히 ISDS와 같은 대정부 직접 조정 또는 중재절차를 위한 내용은 찾아 볼 수 없다. ³⁸⁾

이러한 현상은 호주가 과거 Singapore와 및 태국 등 개발도상국과의 BITs에서는 ISDS를 포함하고 있었으나 최근 Chile, New Zealand, Singapore, Australia, Malaysia, Peru, US 및 Vietnam 을 포함하는 TPPA에서 ISDS를 거부하고 있는 현실로 나타나고 있는 것이다.³⁹⁾

1. 외교적 보호

해외투자자를 위한 ISDS의 제도는 여러 가지 상황에서 다양한 행태를 나타나고 있으므로 그 장단점을 가늠하기 어렵다. 이는 국가별 상황에 따라 다르기 때문이다.

1117...

36) 이러한 형식의 조약은 항상 개발도상국과의 거래에서 발생하는 것이 일반적인바, 이들 국가의 대부분은 선진국에 투자를 거의 하지않는 것이 특징이다. 이러한 조약은 이론상 호혜적인 것으로 되어 있으나 사실상 그러하지 아니하다. 그 이유는 경제발전이 덜된 국가만이 소송의 대상이 되는 위험을 부담하기 때문이다. ; M. Sornarajah, *The international Law on Foreign Investment* 207 (1994)

37) Dodge, w. s., *op.cit.*, abstract

38) *Ibid.*, III. AUSFTA.

39) Jane Kelsey, "Investment Developments in the Trans-Pacific Partnership Agreement", *Investment Tready News*. 12 Jan. 2012. (<http://www.lisd.org/ltn/2012/01/12/investments-in-the-trans-pacific-partnership-agreement>)

본래 국제투자자의 분쟁은 국가-대-국가바탕(state-to-state basis)위에서 해결되었다. 그러나 현재에 이르러 투자자 개인당사자가 그들의 손해배상청구를 직접 중재에 제기함으로써 해결하는 것이 보편화되었다. 그러므로 “분쟁해결”(dispute resolution)은 외교적 보호(diplomatic protection)에서 직접 손해배상제기를 위한 법원(forum)이 탄생되었고 또한 조약(treaties)의 활용이 확대되었다.

전통적인 방식에서 국제법의 위반으로 인하여 손상을 받은 외국의 투자자를 위한 구제방법은 “외교적 보호”이었다. 그러한 보호방법은 ①영사 처리(consular action), ②협상(negotiation), ③조정(mediation), ④법률 및 중재절차(judicial & arbitral proceedings), ⑤배상금(reprisals), ⑥외교관계의 단절(severance of diplomatic relations), ⑦경제적체제조치(economic pressure), ⑧최종적으로 군사력의 동원(use of force)의 형태를 이루는 수순을 밟아왔다고 하는 것이다.

외교적 보호는 어떠한 형태이든 개인당사자의 입지에서 보통의 구제를 위한 계통을 통하여 시도하고 이에서 실패하는 경우 취하게 되는 것이다. 즉 현지국의 국내법원을 통하는 방식이 선행되어야 하는 것이다. 이러한 법칙은 현지 지방구제책(local remedies)이 국제절차를 개시하기 전에 검토(exhausted)되어야 하는 국제법상 적절히 설정된 법칙에 해당된다.⁴⁰⁾

2. 지방구제법칙

지방구제법칙(local remedies rule)은 이러한 관점에서 많은 장점을 가지고 있다. 현지국의 관점에서 동 법칙은 소위 주권성(sovverign character)을 존중하는 효과를 가지며⁴¹⁾ 주권 및 독립권은 국가로 하여금 그 국가의 법원이 정의를 준수하고 시행할 능력을 갖추고 있음을 전제조건으로 하여 어떠한 외부의 방해로부터 자유로울 수 있도록 보장하는 효과를 가져 오는 것이다. 그러므로 본 협약에서도 지방구제책의 활용은 중재절차에 합의 하는 경우 이를 회피할 것을 전제조건으로 하고 있으나 양당사자가 본 협정의 중재를 위한 전제조건으로 지방 행정 및 사법상의 구제책을 활용할 것을 본 협정의 체약국이 요구할 수 있다고 규정하고 있다.⁴²⁾

40) Dodge, W.J., Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States FTA, *Vanderbilt J. of Transnational Law*, vol. 32 Jan. 2006 No. 1.: Intl case(Switz. v. U.S), 1959 I.C.J. 5, 27 Mar. 21. The local remedies rule is independent of the practice of diplomatic protection, having been applied during the earlier era of reprisals as well as, more recently, to direct claims by individuals. See C.F. Amerasinghes in *Intl Law*, 2nd ed., 2004, pp. 22-42.

41) Amwerasinghes, *op. cit.*, p.20.

42) Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other Country, Article 26 Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the

현지국의 경우 지방구제법칙은 실무적 관점에서 더욱 그 효과가 큰 것으로 다음과 같이 나타나고 있다.

- ① 본 법칙으로 인하여 분쟁을 국제적 수준에 이송하기 전에 개인 또는 하급 공무원이 저지른 위법사항을 수정할 수 있는 기회가 국가에게 주어진다.
- ② 현지국이 분쟁을 저렴한 비용으로 그리고 국제적 판결의 경우 보다 비밀이 보장되는 방향에서 해결할 수 있다.
- ③ 현지국이 외교적 보호의 악용으로 인하여 침해되지 않도록 보호하는 효과를 가져온다.

Dodge 교수는 이러한 관점에서 선진국간의 경우에는 현지국에 직접 손해배상청구방식과 지역구제책을 혼합하여 단일법원(forum)으로 형성함으로써 위에서 열거한 이점을 향유할 수 있을 것을 제안하기도 하였다.⁴³⁾

문제는 지역구제책을 위하여 현지국 법원에 제소하고 그 결과 양당사자 중 일방이 이에 이의를 제기하여 수락을 거부하는 경우, 국제중재에 현지국을 대상으로 중재를 제기하게 되는 결과가 도출된다. 그러므로 현지국 법원의 판결은 최종적이지 못하게 되며 결국 국제중재에서 결론이 내려지게 되어 마치 현지법원은 예심법원의 역할에 그치고 국제중재원이 상소법원인 상위의 개념의 법원으로 인식됨으로써 이에 대한 반발과 갈등을 느끼게 되는 현상이 발생한다는 우려가 제기되게 된다.

V. 결 론

ISDS는 현지국에서의 정책변화에 의한 신규 법률의 제정으로 외국의 투자자에게 손실을 유발하도록 하였을 경우 이에 대하여 현지국가를 상대로 손해배상청구를 직접가능하게 하는 분쟁해결제도이다. 본래 본 제도는 개발도상국이 선진국의 투자를 허용하여 수락하였음에도 투자관련 협약을 위반하여 투자자에게 손해를 끼쳤다면 이에 대하여 현지국에 직접 손해배상청구를 허용하는 선진국의 주 무기였다는 관점에서 선진국상호간의 투자협정에서 그 손해

exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.

43) Dodge, W.S., *op. cit.*, Ch. 1, p. 5.

배상청구를 위한 법적 절차의 대상이 되는 데에는 당혹감을 떨쳐버리지 못하는 사태에 이르고 있음이 그 주요 문제로 등장하고 있다.

NAFTA에서 캐나다가 미국으로부터 수건의 중재절차의 제기가 있었음에 대하여 이를 쉽사리 수용할 수 없는 심리적 효과를 무시할 수 없는 처지에 있다. 호주의 경우에도 NAFTA의 사례를 통하여 이를 회피하는 양상이 전개되고 있는 것이다.

이러한 환경적 여건속에서 ISDS는 투자자가 현지국에 쉽게 직접 손해배상중재절차를 제기하는 효과가 있다는 점에서 이를 독소조항으로 간주할 것인가 또는 필요불가결의 조항으로 간주할 것인가의 난관에 봉착하게 된다. ISDS가 투자자의 현지국을 대상으로 손해배상청구를 손쉽게 할 수 있었다면 ISDS부재로 인하여 투자자는 현지국으로부터 침해를 당하였다 하더라도 침묵할 수 밖에 없다고 하는 결과를 추리하여 볼 수 있다. 이로 인하여 현지국에 투자를 망설이게 되어 투자자본의 흐름은 지연 또는 정지되는 양상을 초래하게 될 것임이 예상된다.

이에 본 논문은 ISDS의 도입에 따른 다양한 논점을 개괄적으로 분석하는 원론적 연구에 불과한 기초적 연구이다. 그러므로 앞으로 계속하여 다음의 사항을 가상하여 심층적으로 각종 학술연구자료와 판례를 대폭 연구하여 그 실체를 투명하게 밝히는 연구가 계속될 것이다.

첫째, ISDS는 투자자의 권익을 보호하는 한편 발전도상국에 투자 자본을 유입하도록 하는 효과를 가져 오는 경제발전의 촉진제적 역할을 담당한다고 하는 관점에서 쉽사리 폐기처분할 대상은 아닌 것으로 판단되는 것이다.

둘째, 주권침해라고 하는 현지국의 관점이다. 이는 특히 선진국간의 투자협약에서 그 논쟁이 더욱 강력하게 나타나고 있다. 호주가 ISDS에 대한 거부감을 나타내듯이 한국의 경우에도 법원의 주장들이 대거 참여하여 이에 대한 반대 입장을 표명하고 있으며, 그 사유로 대부분 사법 주권침해를 거론하고 있다.

셋째, 한국의 국내법이 선진국의 수준으로 국제투자분쟁을 신속히 그리고 아무런 편견 없이 처리할 수 있는 능력을 갖추고 있는가하는 것이 문제점으로 등장한다. 이 문제는 여러 각도에서 그 결론의 실마리를 찾을 수 있는 복잡한 성격을 띠고 있다. 우선 여기에서 몇 가지 주요 사항만 거론하여 보면 다음과 같다.

- ① 투자관련 국내법이 국제어로 번역되어 있어서 한국에 투자하려는 외국인이 쉽게 접근할 수 있을 것인가 하는 것이다. 그 이외에도 관련사례에도 외국인이 접근 가능한 형태로 정비되어 있어야 할 것이다.

- ② 국제투자의 성격상 국제거래에 해당함으로 이와 관련된 사항은 모두 국제성 및 통일성을 갖추어야 한다. 즉 국내법원에서 투자 분쟁이 처리되는 경우에도 관련 국제협약 및 규칙이 존재하는 경우 이에 의하여 판별되어야 한다.
- ③ 이러한 국제사법제도의 흐름에 한국의 법조계에서 대응력을 갖추고 있는 가 하는 것이 문제점으로 등장한다. 한국의 법학교육은 기본 6법을 중심으로 집중되어 있다. 그러므로 자연 국제성과 관련되어 있는 국제협약, 규칙 등 많은 분야에 걸쳐 현재 활용되고 있으나 이에 대하여 법조계에서 심층적 연구가 미흡한 상태에 있다.

넷째, 이러한 관점에서 한국의 국제투자관련 법리는 국제적으로 만족할 만하게 발전하지 못하다는 견해가 올바른 판단이 아닌가 하는 결론을 떨쳐버리기 어렵다. 이로서 외국의 대한 투자자는 한국의 법률체제에 대하여 불편을 느끼게 되는 것이다.

다섯째, 반면 미국의 국내법원의 입지를 한국의 대미 투자규모가 미국의 대한 투자규모를 3.5배에 이르는 상황과 연관하여 살펴볼 필요가 있다. 미국의 법원은 국제투자분쟁에 대하여 준거법으로서 국제성과 통일성을 유지하고 있는가에 대하여 의문을 제기하게 된다. 한 예로서 어느 한국기업이 미국의 대상자와 손해배상 청구를 위한 소송을 법원에 제기하였는데 패소하고 사유가 우리 기업이 잘 알 수 없었던 특정 주정부의 특정시의 조례에 어긋난다는 것이었다. 이와 같은 법원의 판례는 외국기업의 대미 투자와 관련한 예측가능성을 저해하는 것으로 우려되는 판례라 할 수 있다. 결론적으로 한국 및 미국의 국내법원의 국제투자 관련 소송제도의 실상은 한국 측이나 미국 측이 상대방의 국내법원의 행태에 만족스럽지 못한 입지에 있다.

이와 같은 입장은 ICSID를 비준한 우리 한국에게 어떠한 영향이 발생할지 의문시 되는 부분이다. 본 논문의 분석은 대미투자를 폭 넓게 하고 있는 국가로서 나름 긍정적인 비준으로 여겨지기는 하나, 이는 ICSID 중재사건의 사례를 사건별로 법원의 판별에 대한 준거규정의 적용 실태를 심층적으로 분석하여 미국의 영향력에 따른 편파적 경향의 존재 여부의 연구가 충분히 전제되어야 할 것으로 여겨진다. 이에 ICISD 중재 사례의 심도있고 치밀한 연구의 진행을 향후 과제로 제시하며 논문을 마치도록 한다.

참 고 문 헌

- 고경석, “우리나라의 FTA 추진 현황과 주요 이슈”, 외교통상부 FTA정책기획과, 2012. 2. 9.
- 김상호, “ICSID의 투자분쟁 해결구조에 관한 고찰”, 「중재연구」 제13권 제2호, 한국중재학회, Date 2004, pp. 123-156.
- 김용일, “ICSID 중재의 관할권에 관한 연구”, 「무역학회지」 제35권 제3호, 한국무역학회, 2010, pp. 257-278.
- 김용의, “최근 5년간 ICSID 중재판정사례를 중심으로 한 국제투자분쟁의 중요쟁점에 관한 연구”, 「동아법학」 제43권, 동아대학교 법학연구소, 2009, pp.477-508.
- 김행선, “한미FTA상 ISD제도의 문제점과 폐해”, 「법과기업연구」제1권 제3호, 서강대학교 법학연구소, 2011, pp.277-325.
- 오원석 외 2인, “ICSID 중재제도의 특징에 관한 연구”, 「무역학회지」 제33권 제4호, 한국무역학회, 2008, pp.1-25.
- 오원석, “국제투자분쟁해결을 위한 ICSID중재에 관한 고찰”, 「무역학회지」 제 31권 제4호, 한국무역학회, 2006, pp. 129-151.
- 왕상한, “한미자유무역협정(FTA) 투자자국가소송제도(ISD)의 오해와 진실”, 「기업법연구」 제 25권 제4호, 2011, pp. 329-351.
- 최원목, “ISD가 사법주권을 침해하는가?”, 중앙일보 2011/12/5, p. A35.
 동아일보 2011. 12. 5 일자 A35면
 연합뉴스, k0279@yna.co.kr, 2011/10/28 21:05
 중앙경제, “FTA 효과? 뉴욕 한국투자설명회 현장에서 4억 달러 유치”, 2012/4/12, E2.
- Andrew de Lotbiniere McDougall, Perley-Rovertson, Hill & McDougall, LLP, “Why has Canada Not Ratified the ICSID Convention?”, Kluwer Arbitration Blog, 24 Aug. 2010.
- Australia DFAT, 2011 “Gillard Government Trade Policy Statement: Trading our way to more jobs and prosperity”
<http://www.pc.gov.au/projects/study/trade-agreements/submissions>
- *Australia Productivity Commission 2010, Bilateral and Regional Trade Agreements: Research Report
- Bronwyn Pavey, Tim Williams, The NAFTA Chapter 11, Science & Technology Div. 26 Feb. 2003

CISG Case Presentation, 9 Sept. 1994 Federal District Court [New York]

Dodge, W. J., “Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States FTA”, *Vanderbilt J. of Transnational Law*, vol. 32 Jan. 2006 No. 1.

Gillard. J and Roxon. N, “Are standing firm on plain packaging measures for tobacco, despite legal threat”, *The Australian*, 27 June 2011.

Jung, Eun-Joo, “The account of a former judge reveals government pressure to rule in favor of the US”, *The Hankyureh* 3 June 12, p. 1, paragraph (1)

Kyla Tienhaara & Patricia Ranqle, “Australia’s rejection of ISDS: Four potential contributing fact, Investment Treaty News”, *International Institute for Sustainable Development*, July 12. 2011.

The Hankyora Media Company, “Final KORUS FTA battle confers on Investor-State Dispute Provision, Nov. 1, 2011 13:46 KST

*http://en.Wikipedia.org/wiki/investor_State_Settlement 2012-03-27

*<http://www.state.gov/a/1/c3439.htm> accessed 12 April 2012 Investment Article 1116

*<http://www.theaustralian.com.au/national-affairs/big-tobacco-ignites->

ABSTRACT**The Evolution of ISDS in Int'l FTA and Its Characteristics
-with a special emphasis on KORUS FTA, NAFTA & AUSFTA-****Jae-Phil, Hahn***

This article deals with the nature of ISDS along with the admissibility thereof, for the settlement of investment disputes between states and nationals of other states. ICSID as an organization of World Bank Group, has been established in 1966 and as of May in 2011, 157 nations ratified its convention. As for the Republic of Korea(ROK) it has been involved in the problematic situation with regard to ISDS of the KORUS FTA in negotiation with the United States. The ruling Grand National Party is pushing the FTA for ratification including ISDS. However, the opposition party, the Unified Democratic Party rejected the ISDS with a view to a toxin infringing on its judiciary sovereignty.

The ROK has invested in the US 3.5 times more than the US did in Korea up to now. As a result, it seems that the ROK is more concerned about ISDS than the US is, considering that exhausting local remedy through the US local courts, applying even a municipal ordinance in their decisions which will be unsatisfactory toward the ROK side. The ROK is now struggling with the ISDS as a political issue between the ruling party and the opposition party mostly based on sovereignty with a reference on AUSFTA which excluded the ISDS. Australian model about ISDS has been impacted by the experience from the NAFTA which allows direct claims against each other(the US against Canada and Canada against the US). It seems not to be much sympathy for developed countries because it has long been held to standards for pressing on developing countries. Australia is also struggling with ISDS from the political point of view likewise the ROK. And the ISDS is destined to the political situations established within the domestic countries among the political parties in relation with the acceptance or rejection of thereof.

Key Words : ICSID, ISDS, NAFTA, AUS FTA, KORUS FTA

* Associate Professor, Department of Global Commerce, Soongsil University