

## NAFTA 환경관련 투자중재사건 분석과 한미 FTA에의 시사점\*

Analysis of Environment-Related Investment Arbitration Cases under  
NAFTA and Their Implications for the Korea-U.S. FTA

박 덕 영\*\*  
Deok-Young Park  
이 서 연\*\*\*  
Seu-Yeun Lee

### 〈 목 차 〉

- I. 서 론
- II. 환경관련 NAFTA 투자중재사건의 분석
- III. FTA 투자챕터 내의 환경 관련 규정
- IV. 결 론

주제어 : 한미 FTA, NAFTA, 내국민대우, 대우의 최저기준, 공정·공평한 대우, 간접수용

\* 이 논문은 2010년도 정부재원(교육과학기술부 인문사회연구역량강화사업비)으로 한국연구재단의 지원을 받아 연구되었음(NRF-2010-330-B00247).

\*\* 연세대학교 법학전문대학원 교수.

\*\*\* 연세대학교 일반대학원 법학과 박사과정 (예정).

## I. 서론

최근 한미 FTA의 발효로 투자자-국가간 분쟁해결제도(Investor-State Dispute Settlement: ISDS)<sup>1)</sup>에 대한 관심이 고조되면서, 해외투자자가 자신의 투자손실을 이유로 투자유치국에게 손해배상을 구할 수 있다는 것은 투자유치국의 정책재량을 제약하여 결과적으로 투자유치국의 정당한 규제마저도 위축시키는 뒤서리효과(regulatory chill)을 가져올 것이라는 우려가 크다. 이러한 우려는 비단 한국에서만 일어나고 있는 것이 아니라, NAFTA(North American Free Trade Agreement)가 발효될 당시에도 제기 되었다.

비록 NAFTA가 한미 FTA보다 훨씬 이전인 1994년에 발효되기는 하였지만, 이 두 협정은 특히 투자챕터에서의 많은 조항이 서로 동일하거나 유사하다. 그리고 NAFTA에 관한 투자중재사건들도 여러 건 축적되어 있는 상태이고,<sup>2)</sup> 그 중에서 환경관련 사건이 상당 부분을 차지하고 있다.<sup>3)</sup> 따라서 환경관련 NAFTA 투자중재사건을 분석을 하면, 앞으로 한미 FTA에 기초하여 한국의 환경조치를 대상으로 투자중재가 제기될 경우 중재판정부가 한미 FTA의 해당조항을 어떻게 해석할지를 예상할 수 있기에 한국정부의 대비에 시사점을 제공해 줄 수 있을 것이다.

하지만 두 협정의 조문이 동일한 경우에 있어서는 한미 FTA에 기한 중재판정부들이 NAFTA에 기한 중재판정부들과 유사한 해석을 내릴 가능성이 높지만, 조문이 차이를 보이는 경우에 있어서는 상이한 해석을 내릴 가능성도 있다. 따라서 환경관련 NAFTA 투자중재사건에 대한 분석이 이루어진 후에는 한미 FTA와 NAFTA 투자챕터 중 특히 중재사건에서 다루어질 가능성이 큰 조항을 중심으로 비교를 하고, 환경관련 NAFTA 투자중재사건의 중재판정부의 법해석이 한미 FTA에 어떠한 영향을 미칠 수 있는지를 살펴본다.

- 
- 1) 한미 FTA의 ISDS 절차, 특히 중재절차에 관한 개괄적 설명을 위해서는 외교통상부, 『투자자-국가간 분쟁해결제차 (ISD), 공정한 글로벌 스탠다드』, 2011.11, 8면 참조.
  - 2) 국제투자법 분야에서 영미법계에서와 같은 선례구속의 원칙(doctrine of precedent)이 명시적으로 인정되고 있는 것은 아니지만, 대상 협정을 해석하는 데에 있어서 투자중재판정부들은 서로의 판정문을 활발히 인용하고 있다. 더 자세한 사항은 Christoph Schreuer and Matthew Weiniger, "Conversations Across Cases-Is There a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration?," *Transnational Dispute Management* no.2008-3, 2008.
  - 3) 2012년 6월 15일 현재 총 31건의 NAFTA 제11장 중재가 종결되었고(캐나다 10건, 미국 11건, 멕시코 10건), 그 중에서 8건, 즉 전체의 약 25%가 환경과 관련이 있다. 이들 사건 중 6건을 이 논문에서 다루고 있다.

## Ⅱ . 환경관련 NAFTA 투자중재사건의 분석

본 논문이 환경관련 NAFTA 투자중재사건 중 중재판정부가 본안판단까지 마치고 판정을 내린 사건을 분석하기로 한다. 따라서 본안전 심사까지 마치긴 하였으나 화해로 종결되었던 *Ethyl* 사건이나<sup>4)</sup> 화해로 종결된 *Dow AgroSciences* 사건은<sup>5)</sup> 분석의 대상에서 제외한다. 이 글은 중재판정부의 NAFTA 투자챕터의 해석을 분석하는 것을 목표로 하는 바, 이들 사건은 환경관련 사건이기는 하나, 조기종결로 인해 중재판정부의 해석과정이 없었기 때문이다.

### 1. Metalclad Corp. v. United Mexican States

#### (1) 대상조치

이 분쟁은 청구인인 Metalclad 사(社)가 멕시코의 주(州)인 San Luis Potosi 내에 위치한 Guadalcazar 시(市)의 관할 하에 있는 곳에 설립하고자 한 유독성 폐기물 매립지에 대해 멕시코 환경부 산하기관인 국가생태학연구소(National Institute of Ecology)가 연방건설허가 및 매립지운영허가를 발급하였고, San Luis Potosi 주정부가 토지이용허가를 발급하였다. 하지만 매립지건설이 시작된 후, San Luis Potosi 주정부는 매립지에 대한 주(州)건설허가의 발급을 거부하였고, 이 때문에 매립지의 공사가 일시적으로 중단되기도 하였지만, 연방 측의 회유에 의해서 공사가 마무리 되었다. 그런데 시위자들의 실력행사로 인해 본 매립지의 영업을 개시되지 못하였고, 이후 San Luis Potosi 주정부가 문제의 매립지를 포함하는 영역을 대상으로 희귀 선인장을 보호하기 위한 목적으로 생태보호령(Ecological Decree)을 선포함으로써 매립지의 운영이 불가능해졌다.<sup>6)</sup>

#### (2) 문제된 조항

##### 가. 제1105조 공정·공정한 대우 위반 여부

*Metalclad* 중재판정부는 NAFTA 제1105호가 공정·공평한 대우와 관련 있는 조항이라고 보면서 San Luis Potosi 주정부가 거부한 건설허가는 명확한 법적 근거가 있다고 보기 힘

4) *Ethyl Corporation v. the Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Award on Jurisdiction, 24 June 1998.

5) *Dow AgroSciences LLC" v. Government of Canada*, UNCITRAL (NAFTA), Settlement Agreement, 25 May 2011.

6) *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID CASE No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, paras. 28-63상의 사실관계를 요약.

들뿐만 아니라,<sup>7)</sup> 법적 근거가 있다고 하더라도 연방의 조치가 주의 조치의 우위에 있으며,<sup>8)</sup> 건설허가에 대한 거부는 건설이 시작되고 나서 한참 후에 이루어진 점,<sup>9)</sup> 허가의 거부가 건설자체에 대한 문제가 아닌 매립지가 가져올 환경영향을 이유로 이루어진 점,<sup>10)</sup> 멕시코가 *Metalclad*의 영업계획 및 투자를 위한 투명하고 예측가능한 체제를 보장하지 못했다는 점<sup>11)</sup> 등으로 인하여 *San Luis Potosi* 주정부가 거부한 건설허가 거부는 공정·공정한 대우 원칙을 위반하였다고 보았다.<sup>12)</sup>

#### 나. 제1110조 수용

*Metalclad* 중재판정부는 제1110조가 직접수용 외에 간접수용도 포함한다고 해석하면서, 간접수용을 “재산의 이용을 은밀하게 또는 우연히 방해하여 소유주에 대해 재산에 대해 합리적으로 기대할 수 있는 경제적 혜택의 전체 또는 상당부분을 박탈하는 효과를 가져오는 것”<sup>13)</sup>이라고 보면서 간접수용의 결과 반드시 투자유치국에게 명백한 손해가 있을 필요는 없다고 하였다.<sup>14)</sup> 이러한 제1105조에 대한 해석 하에, *Metalclad*가 가지는 문제의 매립지를 운영할 수 있는 권리가 거부된 것에 멕시코가 일조 또는 묵인하여 간접수용이 일어났다고 중재판정부는 보았다.<sup>15)</sup> 이외에도 중재판정부는 또한 생태보호령의 선포로 매립지의 운영은 영구히 불가능해졌기 때문이 이 역시 간접수용에 해당한다고 보았고, 생태보호령이 제정된 동기나 의도는 무관하다고 판단하였다.<sup>16)</sup>

#### 다. 기타 조항: 제1114조 환경조치

주정부의 건설허가 거부가 공정·공평한 대우 원칙에 위반되는지와 관련하여 중재판정부는 NAFTA 제1114조를 잠시 언급하였는데, 이때 중재판정부는 NAFTA 제1114조를, “투자활동이 환경적 고려에 민감한 방식으로 이루어질 것을 보장하는 것을 당사국에게 허용”<sup>17)</sup>하는 것으로 해석하였다. 아울러 중재판정부는 연방건설허가의 발급은 멕시코가 당해 사업이 환경적 고려와 일치하면서 민감한 방식으로 이루어졌다는 것을 보여준다고 판단하였다.<sup>18)</sup>

7) *Ibid.*, paras. 79-85.

8) *Ibid.*, para. 86.

9) *Ibid.*, para. 90.

10) *Ibid.*, para. 92.

11) *Ibid.*, para. 99.

12) *Ibid.*, para. 101.

13) *Ibid.*, para. 103.

14) *Ibid.*, para. 103.

15) *Ibid.*, para. 104.

16) *Ibid.*, paras. 109, 111.

17) *Ibid.*, para. 98.

18) *Ibid.*

### (3) 판정의 평가

Metalclad 사건은 환경론자들이 투자자-국가간 분쟁해결절차를 비판할 때 항상 인용되는 사건 중 하나인데,<sup>19)</sup> 브리티시컬럼비아 법원의 취소판정<sup>20)</sup>으로 생태보호령에 따른 매립지의 운영이 불가능해졌다는 것이 간접수용에 해당한다는 판정을 제외한 나머지 판정은 취소되었다.

## 2. SD Myers Inc. v. Government of Canada

### (1) 대상조치

이 분쟁에서 청구인인 SD Myers는 폴리 염화 비페닐(polychlorinated biphenyl: PCB)이라는 환경에 매우 유해한 물질을 처리하는 미국업체로 아직 캐나다에서 PCB를 처리하는 업체들이 걸음마 단계에 있다는 것에 착안하여 캐나다에 자회사를 설립하였다. 캐나다의 대부분의 PCB 재고는 온타리오와 퀘벡에 위치하고 있었는데, SD Myers의 계획은 캐나다의 국경을 넘어 이 PCB를 미국 오하이오에 위치한 자신의 처리시설에서 처리하는 것이었다. SD Myers는 캐나다 및 미국의 그 어떠한 경쟁업체보다 캐나다의 PCB 재고와 가까이 위치하고 있었기 때문에 가격경쟁력이 있었다.

그런데 캐나다는 1990년부터 미국을 제외한 국가로 폐PCB를 수출하는 것을 금지하고 있었고, 미국으로 수출하고자 하는 경우 미국 환경청의 사전승인이 있는 경우에만 가능했다. 또한 캐나다와 미국은 유독성 폐기물의 국경간 이동을 규율하는 바젤협약에 서명하였는데, 중재가 제기된 시점에서 오직 캐나다만이 이를 비준한 상태이었다. 바젤협약 서명 후, 캐나다는 PCB의 폐기는 최대한 자국 영토 내에서 이루어져야 한다는 원칙을 천명하였다. 그런데 이 당시 미국 환경청은 일시적으로 PCB의 수입을 허용하는 결정을 하였는데, 이에 따라 캐나다는 미국으로의 PCB 수출을 금지하는 잠정명령 및 최종명령을 발하게 된다.<sup>21)</sup>

### (2) 문제된 조항

#### 가. 제1102조 내국민대우

S.D Myers 중재판정부는 내국민대우의 요건 중 하나인 ‘동일상황(like circumstances)’을 해석하는 데에 있어 내국민대우에 관한 WTO 패널 및 항소기구의 해석,<sup>22)</sup> 미국과 캐나다

19) 박덕영 외, 『국제투자법』, 박영사, 2012, 499면.

20) NAFTA 제1136조 3항 (b)호는 제11장 투자챕터에 기한 투자중재판정의 변경·유보·취소를 중재지의 국내법원에 구할 수 있음을 규정하고 있다. 이 사건의 중재지는 브리티시컬럼비아였다.

21) S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL(NAFTA), Partial Award, 13 November 2000, paras. 88-128상의 사실관계를 요약.

22) Ibid., paras. 244-246

가 가입한 각종 환경관련 조약<sup>23)</sup> 등을 참조하면서, i) 환경에 대한 고려와 환경에 대한 고려로 정당화되지 않는 무역왜곡을 피할 필요성 모두에 대한 고려가 있을 것, ii) 공익을 보호하기 위해 상황을 달리 취급하는 정부규정을 정당화하는 상황에 대한 고려가 있을 것, iii) 해외투자자와 국내투자자가 같은 분야에 있을 것이라는 해석기준을 마련하였다.<sup>24)</sup> 이외에 중재판정부는 당해 조치에 보호주의적 동기 또는 의도가 있었다는 것만으로 제 1102조 위반이 성립되지 않는다고 하였다.<sup>25)</sup> 결국 중재판정부는 비록 S.D Myers가 자국 내에서 철수할 경우를 대비하여 캐나다가 자국의 PCB 처리기관을 성장시키기 위한 공익적 목적으로 대상조치를 취하였을지라도, 대상조치 외에 보조금과 같은 정당한 대안조치가 있기 때문에 제1102조 위반이 있었다고 판단하였다.<sup>26)</sup>

#### 나. 제1105조 대우의 최저기준

S.D Myers 중재판정부는 *Metalclad* 중재판정부와는 달리 제1105조의 최저기준을 정부의 차별적인 행위의 존부와 상관없이 해외투자자가 받는 대우의 최하한으로 보고 있다.<sup>27)</sup> 또한 중재판정부는 “국제법에 따른 대우”를 국제적인 관점에서 받아들일 수 없을 정도로 투자자가 부당하거나 자의적인 대우로 보아, 이러한 대우를 받았을 경우 제1105조 위반이 있게 된다. 이때 국내당국에게는 국내사항을 결정하는 데에 있어서 상당한 정도의 재량이 인정될뿐 아니라 적용될 수 있는 구체적인 국제법 규범도 감안되어야 한다고 한다.<sup>28)</sup> 이러한 해석을 바탕으로 중재판정부는 제1102조의 위반이 결과적으로 제1105조상의 위반을 아울러 성립시킨다고 판단하고 있다.<sup>29)</sup>

#### 다. 제1106조 이행요건

중재판정부 중 중재인 두 명은 제1106조 중 당해 사건과 관련있다고 볼 수 있는 부분은 “투자의 수행 또는 운영” 뿐이라고 하면서, 이러한 요건이 당해 사건에 명백히 적용될 수 없다고 판단하고 있다.<sup>30)</sup> 그러나 그 이유에 관해서는 침묵하고 있다.

#### 라. 제1110조 수용

S.D Myers 중재판정부는 어떠한 조치가 ‘수용에 이르는지’를 판단하기 위해서는 실제로 관련된 이익과 조치의 목적과 효과를 살펴봐야 한다고 보고 있다.<sup>31)</sup> 이에 따라 수출금지조치는 청구인의 이익을 일시적으로 지연시켰을 뿐이고, 캐나다는 이로부터 어떠한 혜택을 받지 않으며 타인으로서의 재산 또는 혜택의 이전도 없다고 보아 수용관련 규정이 적

23) *Ibid.*, paras. 204, 247.

24) *Ibid.*, para. 250.

25) *Ibid.*, para. 254.

26) *Ibid.*, para. 255.

27) *Ibid.*, para. 259.

28) *Ibid.*, para. 263.

29) *Ibid.*, para. 266.

30) *Ibid.*, para. 276.

31) *Ibid.*, para. 285.

용될 여지가 없다고 보았다.<sup>32)</sup>

### (3) 판정의 평가

*S.D Myers* 사건에서 특히 눈여겨볼 것으로 세 가지가 있다. 첫째 NAFTA 제1102호를 해석하기 위해 미국과 캐나다가 가입한 환경조약을 검토한 결과 국가에게 환경보호수준을 선택할 수 있는 재량이 있다는 것을 인정하였다는 점,<sup>33)</sup> 둘째 이와 비슷한 맥락에서 환경조치가 국제법의 테두리 내에 있는지 여부를 판단하는 데에 있어서 국내당국에 상당한 재량을 인정하고 있다는 점, 셋째 간접수용을 판단하는 데에 있어서 ‘조치의 목적과 효과’도 감안해야 한다는 점이 그것이다. 이러한 점 때문에 *S.D Myers* 사건은 전반적으로 *Metalclad* 사건보다는 공익실현을 위한 국가의 재량을 더 넓게 인정하고 있는 것으로 보인다.

## 3. Waste Management Inc. v. United Mexican States

### (1) 대상조치

이 분쟁은 청구인인 Waste Management가 자신의 자회사인 Acaverde를 통하여 멕시코의 주(州)인 Guerrero 내에 위치한 Acapulco 시(市)에 쓰레기처리 서비스 제공과 관련하여 일어났다. Acaverde가 쓰레기처리와 관련하여 Acapulco 시의회와 체결한 양허계약(concession)에 따르면, Acaverde는 Acapulco의 일부 지정된 지역에서의 쓰레기처리 및 청소작업에 대해 독점권을 행사하되, 그 서비스는 그 지역 내 별도로 계약을 체결한 주민들에게만 제공하면 되는 것이었다. 이때 Acapulco의 계약이행을 별도의 계약으로 멕시코 연방정부가 설립한 개발은행인 Banobras가 보증하였다. 이후 Acapulco가 계속해서 대금납부를 지연하자, Acaverde는 Banobras에게 이를 청구하였는데, Banobras는 몇 번만 납부하고 그 이외의 납부는 거절하였다. 결국 Acaverde는 Banobras를 상대로 소송을, 그리고 Acapulco를 상대로 중재를 제기하였는데, 이들 절차는 모두 기각되거나 중단되었다.<sup>34)</sup>

### (2) 문제된 조항

#### 가. 제1105조 대우의 최저기준

NAFTA 제11장은 그 ISDS 조항에 분쟁의 대상으로 투자자와 국가간의 계약을 규정하지 않고 있고, 포괄적 보호조항(umbrella clause)이 없기 때문에 청구인은 계약위반을 당해 중재사건에서 직접 다룰 수는 없다.<sup>35)</sup> 청구인은 단지 이러한 계약위반은 제1105조의 위반

32) *Ibid.*, para. 287.

33) J. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2009, at 150.

34) *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, paras. 40-72상의 사실관계를 요약.

에 이를 정도의 행위라는 것을 주장할 수 있을 뿐이다.

중재판정부는 제1105조 1항을 해석하는 데에 있어 NAFTA 자유무역위원회(Free Trade Commission)의 해석지침을 참조하였다.<sup>36)</sup> 이러한 해석에 따르면, 대우의 최저기준은 국제 관습법상의 대우의 최저기준을 뜻하고, 공정·공평한 대우와 완전한 보호 및 안보 개념은 국제관습법상의 대우의 최저기준보다 높은 수준의 것은 아니며, NAFTA의 다른 조문이나 다른 국제협정의 위반이 곧 제1105조 1항의 위반을 의미하는 것은 아니다.<sup>37)</sup> 이어 중재판정부는 *S.D. Myers* 사건, *Mondev* 사건, *ADF* 사건 및 *Loewen*사건으로부터 공정·공평한 대우의 최저기준이란 것은 청구인에 대해 자의적이거나 심히 불공정하거나 차별적이거나 하는 등, 사건마다 개별적으로 적용해야 하는 매우 유연한 기준이라는 것을 도출하였다.<sup>38)</sup>

중재판정부는 특히 사건 당시 멕시코가 금융위기를 겪고 있어 Acapulco의 주된 수입원인 관광산업의 매출이 급감하였고, Acapulco가 Acaverde와 시민사이의 갈등을 완화하기 위하여 노력하였다는 점을 참작하여 Acapulco의 계약위반이 제1105조 1항 위반에 이르지 않았다고 판단하였다.<sup>39)</sup> 또한 Acaverde이 행한 일련의 소송 및 중재가 사법정의실현의 거부(denial of justice)에 해당할 만큼 자의적이거나, 부당하거나 특이하다고 보지 않았다.<sup>40)</sup>

#### 나. 제1110조 수용

중재판정부는 제1110조 1항이 간접수용과 수용에 이르는 조치를 구별하여 규정하고 있고 보았다. 중재판정부에 따르면, 전자는 재산의 획득을 전제로 하지만, 후자는 소유권의 형식을 무색하게 만드는 재산에 대한 효과를 말한다.<sup>41)</sup> *Metalclad* 사건과 *S.D. Myers* 사건과는 달리, 이 사건에서는 규제적 수용의 문제가 아닌 양허계약과 연관된 사건이므로 행정조치와 계약상 권리를 분리할 필요가 있다고<sup>42)</sup> 본 중재판정부는, *Metalclad* 사건의 수용에 이르는 행위인지 여부를 가리는 기준에 따르더라도 멕시코가 Acaverde를 상대로 행한 행위의 전체가 수용에 이르는 행위에 해당하지 않는다고 판단하였다.<sup>43)</sup> 또한 제1110조는 사업실패를 위한 보상기능을 갖고 있지 않다는 점을 분명히 하였다.<sup>44)</sup>

### (3) 판정의 평가

*Waste Management* 중재판정부는 판정문 초반에서부터 당해 사건이 다른 NAFTA 사건

35) *Ibid.*, para. 73.

36) *Ibid.*, para. 90.

37) *Ibid.*

38) *Ibid.*, paras. 98-99.

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

40) *Ibid.*, para. 130.

41) *Ibid.*, para. 143.

42) *Ibid.*, para. 155.

43) *Ibid.*, para. 159.

44) *Ibid.*, para. 160.

들과는 달리 계약을 근간으로 하고 있고, 여기서 문제가 되는 것은 계약위반 그 자체가 아니라 그 계약위반이 투자채터 위반에 이르는지 여부라는 점을 분명히 하였다. 또한 제 1102조의 대우의 최저기준의 의미뿐 아니라 간접수용과 수용에 이르는 행위의 차이점도 명확히 하였다.

#### 4. Methanex Corp. v. United States of America

##### (1) 대상조치

메탄올을 주원료로 하는 산소첨가제인 MTBE와 메탄올이 환경에 상당한 위험을 야기한다는 이유로 캘리포니아에서 이들의 판매가 금지되자, 중재를 제기한 세계 최대의 메탄올 생산자이자 판매자인 Methanex는 비슷한 기능을 가지고 있는 ETBE와 에탄올이 금지되지 않는 것은 부당한 차별이라고 주장하였다.<sup>45)</sup>

##### (2) 문제된 조항

###### 가. 제1102조 내국민대우

내국민대우와 관련하여 문제된 첫 번째 쟁점은 ‘동일상황’을 판가름하기 위한 대조군(comparator)에 관한 것이었는데, Methanex 중재판정부는 대조군이 동일할수록 좋다고 하면서,<sup>46)</sup> 이 사건 Methanex의 대조군은 메탄올을 생산하는 미국기업이고 이들 미국기업의 메탄올 역시 Methanex와 마찬가지로 캘리포니아에서 그 판매가 금지되므로 Methanex가 불리한 대우를 받지 않았다고 판단하였다.<sup>47)</sup> 다음으로 메탄올과 에탄올이 직접대체재라는 Methanex의 주장에 대해, 중재판정부는 NAFTA 초안자들이 무역관련 조항을 투자관련 조항에 대입하는 것을 의도하지 않았기 때문에 동일상황이라는 개념이 WTO법상의 개념인 직접경쟁대체상품을 포함하도록 해석할 수 없다고 판단하였다.<sup>48)</sup>

###### 나. 제1105조 대우의 최저기준

제1105조의 해석과 관련하여 중재판정부는 Waste Management 중재판정부와 마찬가지로 NAFTA 자유무역위원회의 해석을 활용하였고,<sup>49)</sup> 아울러 Waste Management 중재판정부가 내린 공정·공평한 대우의 최저기준의 정의를 도입하였다.<sup>50)</sup> 이에 따라 중재판정부는 제 1102조의 차별이 인정된다면 이는 곧 제1105조 1항의 위반을 아울러 의미한다는 청구인의

45) *Methanex Corp. v. United States of America*, UNCITRAL(NAFTA), Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005의 사실관계를 요약.

46) *Ibid.*, Part IV, Chapter B, para. 17.

47) *Ibid.*, paras. 18-19.

48) *Ibid.*, para. 37.

49) *Ibid.*, Part IV, Chapter C, para. 10.

50) *Ibid.*, para. 12.

주장에 대하여, ‘NAFTA의 다른 조문이나 다른 국제협정의 위반이 곧 제1105조 1항의 위반을 의미하지 않는다’는 자유무역위원회의 해석지침은 차별과 관련된 주장을 제1102조에 한정시키는 역할을 한다고 설명하면서,<sup>51)</sup> 제1105조의 위반은 없다고 판단하였다.<sup>52)</sup>

#### 다. 제1110조 수용

중재판정부에 따르면 수용과 관련해서 문제가 된 쟁점은, 캘리포니아의 MTBE 금지가 수용에 이르는 행위에 해당하는지 여부였다. 그런데 중재판정부는 대상조치가 수용에 이르는 행위에 해당하는지를 판단하는 것과 관련하여 ‘적법절차에 따라 제정되고, 특히 해외 투자자나 투자에 영향을 미치는 공익을 위한 비차별적 규제는 규제하는 정부가 당시 투자를 고려한 것으로 추정되는 해외투자자에게 그러한 규제를 자제할 것이라는 구체적 약속을 하지 않은 한, 수용으로 보지 않고 보상할 필요가 없다’는 것을 기준으로 검토하였고,<sup>53)</sup> 그 결과 제1110조 위반은 없다고 판단하였다.<sup>54)</sup> 이때 중재판정부는 재산의 개념은 물질적인 것에만 한정되지 않고, 인지도와 시장점유율도 포괄적인 수용에서만큼은 재산에 포함될 수 있다고 하였다.<sup>55)</sup>

#### (3) 판정의 평가

중재판정부는 두 가지 측면에서 의미 있는 판정을 내렸다. 첫째, 투자챗터를 해석함에 있어서 WTO규범, 상품과 관련된 NAFTA 규정 등 상품의 무역과 관련된 규정의 무분별한 도입은 자제해야 한다고 하였고, 둘째, 수용과 규제의 구별에 관해서 캘리포니아의 MTBE 금지에는 보상이 따르지 않는 이유는 이 조치가 수용에 해당하지 않기 때문이지 공익적 목적으로 이루어진 조치이기 때문은 아니라고 하였다.<sup>56)</sup>

## 5. Glamis Gold Ltd. v. United States of America

### (1) 대상조치

*Glamis Gold* 사건은 판정문 중 사실관계에 관한 부분이 77쪽을 차지할 만큼 그 사실관계가 매우 복잡하다. 사실관계를 요약하면, *Glamis Gold*의 자회사는 캘리포니아 사막보존지역(California Desert Conservation Area) 내에 금과 은의 매장이 유력한 지역의 모든 광구를 매수하였다. 이 회사는 이후 채굴권을 얻기 위한 절차의 일환으로 연방정부 및 캘리

51) *Ibid.*, para. 24.

52) *Ibid.*, para. 27.

53) *Ibid.*, Part IV, Chapter D, paras. 6-7.

54) *Ibid.*, para. 18.

55) *Ibid.*, para. 17.

56) Alessandra Asteriti, *Metalclad, Methanex and Chemtura: 10 Years of Environmental Issues in NAFTA Investment Arbitrations*, 13 March 2012, at 13. (<http://ssrn.com/abstract=2021180>)

포니아정부에 사업계획서를 제출하고 환경영향평가 절차에 참여를 하였는데, 마지막 환경영향평가에서 시행불가(no action) 평가를 받아 결국 내무부(Department of Interior) 장관이 사업계획서를 거부하였다.

그런데 이후 내무장관의 교체로 당해사업은 다시 검토에 들어갔고, 토지관리국(Bureau of Land Management)은 당해사업을 허가하였다. 연방정부의 이러한 행정절차와 별도로 캘리포니아 주차원에서 행정절차가 이루어졌는데, 이 금광이 주변 인디언 부족들의 종교적 영역을 방해한다는 이유로 주지사가 이 사업에 대한 강력한 반대의사를 공식적으로 표명하였고, 이후 캘리포니아 의회에서 인디언들의 종교적 장소로부터 1마일 내에 위치한 채광사업의 복원계획을 주 기관들이 승인할 수 없다는 내용의 법안을 통과시켜 문제의 사업을 저지시켰다.<sup>57)</sup>

## (2) 문제된 조항

### 가. 제1105조 대우의 최저기준

*Glamis Gold* 중재판정부는 공정·공평한 대우를 외국인에 대한 국제관습법상의 최저기준과 동일한 것으로 보면서,<sup>58)</sup> 국제관습법상의 최저기준은 문언 그대로 최저기준이기 때문에 그 기준에 미치지 못하는 행위는 국제공동체에 의해 받아들여지지 못하고, 따라서 이러한 기준이 국가마다 상이할 수는 없다고 하였다.<sup>59)</sup> *Neer* 사건<sup>60)</sup> 이래로 국제관습법상의 최저기준이 진화하였다는 청구인의 주장에 대해, 중재판정부는 그렇게 판단하기에는 아직 법적 확신이 부족하다고 하면서 국제관습법상의 최저기준을 “충분히 악랄하고 충격적이어서 일반적으로 인정된 국제기준에 미치지 못하여 제1105조 1항을 위반하는 행위로서, 사법정의실현의 심각한 거부, 명백히 자의적인 행위, 노골적으로 불공정한 행위, 적법절차의 완전한 부재, 명백한 차별행위, 이유의 명백한 부재 등”으로 정의하였다.<sup>61)</sup> 또한 중재판정부는 제1105조 1항상의 구체적인 의무로 i) 투명하고 예측가능한 사업적·법적 체제의 설립을 통해 정당한 기대를 보호할 의무, ii) 자의적 조치로부터 보호를 제공할 의무가 있다고 지적하였다.<sup>62)</sup>

청구인은 연방정부와 주정부의 개별조치마다 공정·공평한 대우 원칙의 위반여부를 검토할 것을 촉구하였는데, 중재판정부는 이러한 청구인의 주장 전부를 배척하였다.<sup>63)</sup> 또한 제1105조를 위반하지 않는 개별행위가 종합적으로 제1105조를 위반하기 위해서는 연방정

57) *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL(NAFTA), Award, 14 May 2009, paras. 27-185.

58) *Ibid.*, para. 599.

59) *Ibid.*, para. 615.

60) *L.F.H. Neer and Pauline Neer (USA) v. United Mexican States*, General Claims Commission, 4 R.I.A.A. 60, 15 October 1926, at 60 .

61) *Glamis Gold*, *op. cit.*, para. 616.

62) *Ibid.*, para. 618.

63) *Ibid.*, para. 824.

부와 주정부가 단결해서 문제의 사업을 중지시키고자 한 의도가 필요하다고 중재판정부는 판단하였다.<sup>64)</sup>

#### 나. 제1110조 수용

중재판정부는 해당 조치가 보상이 필요 없는 규제인지 아니면 보상이 필요한 수용인지를 구분하기 위해, i) 조치들이 안정된 규제적 체제의 합리적이고 투자로 뒷받침된 기대를 방해하는 정도와 ii) 취해진 정부행위의 목적과 성격에 대한 평가가 이루어져야 한다고 한 후,<sup>65)</sup> 수용이 있었는지 여부를 판단하기 위해 ‘청구인이 자신의 투자를 경제적으로 이용하고 향유할 수 있는 것을 마치 관련된 권리들이 소멸된 것처럼 극단적으로 박탈되었는지’를 해석의 지침으로 하였다.<sup>66)</sup> 연방정부의 허가 거부는 일시적이었기 때문에, 중재판정부는 주 정부의 법안으로 인해 수용이 있었는지를 보았다. 이를 판단하기 위해 중재판정부는 문제의 사업의 시행 후에 드는 원상복구 비용이 문제의 사업에 미쳤을 영향의 정도를 검토하여, 그 비용이 수용에 이를 정도의 충분한 경제적 영향을 갖고 있지 못하다고 판단하였다.<sup>67)</sup>

#### (3) 판정의 평가

이 사건에서 눈에 띄는 점은 청구인이 연방정부의 조치와 주정부의 조치가 ‘개별적으로 또는 종합적으로’ 제1105조 또는 제1110조의 위반을 구성한다고 주장하였다는 점이다. 또한 이 사건에서 중재판정부가 수용과 관련하여 조치들의 공익적인 요소를 좀 더 감안하지 못하였다는 점이 아쉽다는 평이 있지만,<sup>68)</sup> 전체적으로 중재판정부가 제1105조나 제1110조 위반을 구성하기 위한 요건을 엄격하게 두었기 때문에 공익적 요소의 고려와 유사한 효과가 있다고 본다.

## 6. Chemtura Corp. v. Government of Canada

### (1) 대상조치

이 분쟁은 인체에 유해한 것으로 국제적 인정을 받고 있는 살충제인 린데인(lindane)으로 처리된 카놀라 씨앗의 수입을 미국이 중지하기로 결정하자, 미국으로의 수출에 차질이 생길 것을 우려한 캐나다의 일부 카놀라 관련 협회에서 린데인 사용의 자발적 자제를 청구인에게 요청하였고, 이들 협회는 또한 이러한 요청에 청구인이 동의하였다는 사실을 캐

64) *Ibid.*, para. 826.

65) *Ibid.*, para. 356.

66) *Ibid.*, para. 357.

67) *Ibid.*, para. 536.

68) Allan Ingelson, Lincoln Mitchell and Christine Viney, “NAFTA takings update the Glamis decision,” *Journal of World Energy Law and Business*, vol.5 no.1, 2012, at 49.

나다의 관계당국인 해충관리규제청(Pest Management Regulatory Agency)에 알렸다.

청구인은 그 후 린데인 처리된 카놀라 씨앗을 대체할 상품이 등록되지 않는 한, 린데인 처리된 카놀라 씨앗의 판매를 지속할 수 밖에 없다고 통보하였고, 해충관리규제청은 등록을 약속할 수는 없지만 대체상품을 위한 지원을 하겠다고 답변했다. 이후 해충관리규제청은 검토 결과 린데인 사용의 금지를 결정하였고, 관련 기업들에게 자발적으로 생산중단을 할 것을 요청하고, 중단하지 않을 경우 등록을 취소하겠다고 하였다. 이러한 결정에 대해 청구인은 보건부(Ministry of Health) 장관에게 검토위원회의 설립을 요청하였고, 검토위원회는 린데인 사용 중단에 대한 재평가가 필요하다고 결정하였다.<sup>69)</sup>

## (2) 문제된 조항

### 가. 제1103조 최혜국대우

이 사건에서 청구인은 제1103조의 최혜국대우에 따라 다른 조약의 더 유리한 공정·공평한 대우 조항을 도입할 수 있다고 주장하였다. 이에 대해 중재판정부는 제1128조에 따라 제1103조의 해석에 관하여 NAFTA 당사국들에게 서면으로 질의한 결과 당사국들이 이 조항에 대해 캐나다가 체결한 BIT상의 공정·공평한 대우 조항의 도입을 반대하는 의사를 표하였다.<sup>70)</sup> 결과적으로 중재판정부는 제1103조 위반이 없다고 판정하였다.<sup>71)</sup>

### 나. 제1105조 대우의 최저기준

*Chemtura* 중재판정부는 이전의 중재판정부들과 마찬가지로 제1105조를 해석하는 데 있어서 NAFTA 자유무역위원회의 해석지침에 따른다고 밝히고, 제1105조의 검토 시 추상적인 국가기관의 재량에 관한 이론을 도입하기보다 과학적·공익적 결정을 내리고 고도로 전문화된 분야를 다루는 기관들의 특수성을 감안할 것이라고 하였다.<sup>72)</sup> 중재판정부는 린데인 사용금지를 위한 해충관리규제청의 검토는 악의적으로 이루어지지 않았고<sup>73)</sup> 검토절차 또한 적절하게 이루어졌다는 것으로 판단하였다.<sup>74)</sup> 중재판정부는 특히 해충관리규제청의 검토가 악의적으로 이루어졌는지를 판단하기 위해 잔류성 유기오염물질에 관한 스톡홀름협약의 후속 협정인 장거리 국경간 대기오염에 관한 오르후스 의정서에 따라 캐나다가 부담하는 의무도 고려하였다.<sup>75)</sup>

### 다. 제1110조 수용

중재판정부는 제1110조 수용이 있었는지 여부를 판단하기 위해서 피청구인에게 악의가

69) *Chemtura Corp. v. Government of Canada*, UNCITRAL(NAFTA), Award, 2 August 2010, paras. 6-49 요약.

70) *Ibid.*, para. 235.

71) *Ibid.*, para. 237.

72) *Ibid.*, para. 123.

73) *Ibid.*, para. 143.

74) *Ibid.*, para. 163.

75) *Ibid.*, para. 139.

있었는지 여부는 불필요하고, 청구인의 투자에 대한 상당한 박탈(substantial deprivation)에 이르러야 하며, 이러한 판단에는 i) 투자가 수용될 수 있는 대상에 해당하는지, ii) 실제 그 투자가 수용되었는지, 그리고 iii) 제1110조 1항 (a)호 내지 (d)호의 요건이 충족되었는지의 과정을 거쳐야 한다고 지적하였다.<sup>76)</sup> ‘상당한 박탈’의 의미에 관해서 두 당사자는 *Pope and Talbot* 사건<sup>77)</sup>과 *Metalclad* 사건을 인용하면서 이들 사건에서의 수용의 의미를 달리 보았는데, 이에 대하여 중재판정부는 수용인지 여부는 사안별로 검토해야 한다는 입장을 취하였다.<sup>78)</sup> 사안에서 중재판정부는 증거를 검토한 결과 린데인 제품의 판매는 청구인의 캐나다 자회사의 매출 중 상대적으로 작은 부분을 차지하고 있기 때문에 이를 ‘상당한’ 것으로 볼 수 없다고 하였고,<sup>79)</sup> 또한 피청구인의 조치들은 정당한 공권력의 행사로 보아<sup>80)</sup> 피청구인은 제1110조를 위반하지 않았다고 판단하였다.<sup>81)</sup>

### (3) 판정의 평가

이 사건에서의 특이사항은 최혜국대우원칙에 관한 제1103조의 해석을 위해 중재판정부가 제1128조를 통해 NAFTA 당사국의 의견을 구하였다는 점이다. 비록 그 활용도가 낮긴 하지만, 제1103조와 같이 해석과 관련하여 분쟁당사자가 아닌 국가의 개입 여지를 열어놓고 있는 조항은 현재의 국제투자법 체제가 지속가능한 개발을 지향하는 데에 일조한다는 평가를 받고 있다.<sup>82)</sup>

## Ⅲ. FTA 투자챕터 내의 환경 관련 규정

앞의 사건들에서 볼 수 있듯이, 환경과 관련된 NAFTA 초기 사건들은 투자자에게 유리한 판정을 내리는 경향이 있었는데, 그 이후 시간이 지날수록 전반적으로 중재판정부들은 환경관련 정책을 시행할 수 있는 국가들의 재량을 폭넓게 인정하는 경향을 보이고 있고, 이것은 NAFTA의 추상적인 투자챕터 규정들의 문언을 엄격하게 해석하는 것으로 나타나고 있다.

이러한 점은 판정까지 이른 6개의 환경 관련 NAFTA 사건 중 *Metalclad* 사건과 *SD Myers* 사건을 제외한 4개의 사건에서 피청구인인 투자유치국이 승리하였다는 점에서도

76) *Ibid.*, para. 242 .

77) *Pope & Talbot, Inc. and Canada*, UNCITRAL(NAFTA), Award, 26 June 2000, para. 100..

78) *Chemtura*, *op. cit.*, para. 249.

79) *Ibid.*, para. 263 .

80) *Ibid.*, para. 266.

81) *Ibid.*, para. 267 .

82) UNCTAD, “Interpretation of IIAs: What States can do,” *IIA Issues Note* no.3, December 2011, at 15.

알 수 있다(아래 표 참조). 아래 표에서 또 한 가지 분명히 나타나고 있는 경향은 제1105조 대우의 최저기준과 제1110조 수용이 모든 사건에서 위반사유로써 주장되었다는 점이다. 따라서 앞으로 한미 FTA에 기해서 투자중재가 제기되는 경우에도 청구인인 투자자 역시 이 두 위반사유를 주장할 가능성이 매우 높을 것이다.

〈표〉 환경 관련 NAFTA 중재사건 결과 정리

사건명	판정일	1102 NT	1105 MST(FET)	1103 MFN	1106 이행요건	1110 수용
Metalclad	2000.08.25	-	O	-	-	O
S.D. Myers	2000.11.13	O	O	-	X	X
Waste Management	2004.04.30	-	X	-	-	X
Methanex	2005.08.03	X	X	-	-	X
Glamis Gold	2009.05.14	-	X	-	-	X
Chemtura	2010.08.02	-	X	X	-	X

※ 범례

O: 위반을 인정 / X: 위반을 부정

-: 청구인이 주장하지 않아 판단하지 않음

비록 한-미 FTA가 발효한지 5개월도 채 지나지 않았지만, 이미 여러 사건이 제기된 바가 있는 NAFTA 투자챕터와 비교함으로써 환경관련 분쟁이 일어났을 경우를 대비할 수 있다. 그리고 이러한 투자분쟁은 NAFTA에서처럼 유해성 폐기물 매립지, 유해화학물, 쓰레기처리, 광업 등 다양한 분야에 걸쳐 제기될 가능성이 있다. 특히 최근 기후변화, 생물다양성, 원자력 등에 대한 사회적 인식이 달라지면서 한국정부도 관련 분야에 대한 환경규제를 강화해 나가고 있고, 이러한 연유로 한국도 환경관련 투자중재에 대비할 필요성이 증가하고 있다.<sup>83)</sup> 따라서 이하에서는 상기 NAFTA 사건들에서 특히 문제가 되었던 조항들인 내국민대우, 대우의 최저기준, 수용을 중심으로 한-미 FTA의 규정과 NAFTA의 규정을 비교하여 살펴본다.

83) 정부의 환경 관련 조치에 대한 투자중재의 일반적 가능성에 관해 논하고 있는 논문으로 Daniel M. Firger and Michael B. Gerrard, "Harmonizing climate change policy and international investment law: Threats, Challenges and opportunities," in Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, Oxford University Press, 2011; Markus Krajewski, "The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation," in Christoph Herrmann and Jörg Philipp Terhechte (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2012*, vol.3, Springer, 2011.

## 1. 내국민대우: 한미 FTA 제11.3조 v. NAFTA 제1102조

두 협정에서 내국민대우원칙을 규정하고 있는 조항은 한미 FTA에서는 제11.3조, NAFTA에서는 제1102조이다. 한미 FTA 제11.3조의 제1항 내지 제3항은 일부 사소한 부분을 제외하고는 NAFTA 제1102조와 그 문언이 동일하다. 따라서 해외투자자가 투자중재 사건에서 내국민대우 위반을 주장할 경우, NAFTA 제1102조의 위반 여부가 쟁점 중 하나였던 *SD Myers* 사건과 *Methanex* 사건을 중재판정부에서 참조할 가능성이 높다.

그런데 이 두 사건은 몇 가지 점에서 제1102조를 해석하는 방식이 서로 상이하다는 것을 유의하여야 한다. 첫째, *SD Myers* 중재판정부는 투자유치국이 자국민과 해외 투자자를 차별할 의도가 있었지만 그러한 효과가 없었다면 내국민대우 위반이 없다고 보았지만, *Methanex* 중재판정부는 투자유치국이 차별할 의도를 가지고 있었음을 청구인이 입증하여야 한다고 보았다.<sup>84)</sup> 둘째, *SD Myers* 중재판정부는 ‘동일한(like)’을 해석함에 있어서 WTO 판정례상의 해석을 도입하였지만, *Methanex* 중재판정부는 무역관련 규정과 투자관련 규정의 차이를 이유로 이러한 해석의 도입을 배척하였다.<sup>85)</sup> 셋째, *SD Myers* 중재판정부는 같은 목적을 추구하지만 투자자에게 피해를 덜 주는 대안조치의 존재 여부도 내국민대우에서의 고려요소로 보았지만, *Methanex* 중재판정부는 이러한 요소를 고려하지 않았다.

## 2. 대우의 최저기준/공평·공정한 대우: 한미 FTA 제11.5조 v. NAFTA 제1105조

대우의 최저기준과 관련하여 한미 FTA 제11.5조는 NAFTA 제1105조의 조문에 일부 내용을 추가하는 형식을 취하고 있다. 한미 FTA 제11.5조 1항, 4항과 6항은 각각 NAFTA 제1105조 1항, 2항, 3항과 동일하고, 한미 FTA 제11.5조 2항, 3항, 5항은 추가적인 내용에 해당한다.<sup>86)</sup>

한미 FTA 제11.5조 2항과 3항은 일부를 제외하고 NAFTA 자유무역위원회의 해석지침을 따르고 있다. 더 구체적으로 한미 FTA 제11.5조 2항은 해석지침 1번과 2번 모두를 도입하고 있고 동조 3항은 해석지침 3번을 도입하고 있다. 그리고 동조 2항은 또 별도로 공평·공정한 대우원칙<sup>87)</sup>과 완전한 보호 및 안전<sup>88)</sup>의 내용을 구체화하고 있다. 그런데 한미

84) Rudolf Dolzer, “National Treatment: New Developments,” *Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda Symposium*, 12 December 2005, at 2-3.

85) *Ibid.*, at 4-5.

86) 이러한 추가적인 내용은 2004년 및 2012년 미국 모델 BIT에는 반영되어 있는 내용이다.

87) 한미 FTA 제11.5조 2항 가호의 내용은 다음과 같다.

“제1항의 “공정하고 공평한 대우”를 제공할 의무는 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차의 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다.”

88) 한미 FTA 제11.5조 2항 나호의 내용은 다음과 같다.

“제1항의 “충분한 보호 및 안전”을 제공할 의무는 각 당사국이 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰보

FTA 제11.5조가 NAFTA 제1105조보다 그 문언이 구체적이긴 하지만, 대우의 최저기준과 공정·공평한 대우가 동의어인지에 관한 논란이 아직 해결된 것은 아니다.

한미 FTA 제11.5조 2항과 3항이 NAFTA 자유무역위원회의 해석지침을 직접적으로 도입하고 있다 하더라도, 상기 NAFTA 중재사건들이 국제관습법상의 최저기준이 무엇인지에 관해 해석한 부분들은 여전히 의미를 가진다. 예를 들어 *Waste Management* 중재판정부는 정부의 조치가 최저기준에 미달하는지에 대한 판단에서 정부가 당시 처해 있던 국제적 상황을 감안하고 *Glamis Gold* 중재판정부는 국제관습법상의 최저기준에 미달되는 행위는 국제공동체 전체가 받아들이지 못하는 것이어야 하고, 이 기준은 국가마다 상이할 수는 없다고 본 결정들은 한미 FTA 제11.5조 2항의 해석에 참조될 수 있다. 또한 특히 제1105조의 해석과 관련하여 여러 중재판정부들이 환경을 보호하기 위한 정책을 실시하는 데에 있어서 국가가 재량을 갖는다고 인정하고 있는 점도 눈여겨보아야 할 것이다.

### 3. 수용: 한미 FTA 제11.6조 v. NAFTA 제1110조

앞의 두 경우와는 달리, 수용에 관한 규정인 한미 FTA 제11.6조는 NAFTA 제1110조와는 상당 부분 다르고, 오히려 2004 미국 모델 BIT의 수용규정과는 몇 가지 차이점을 제외하고는 거의 동일하다. 아래에서는 한미 FTA 제11.6조와 NAFTA 제1110조의 차이점 중 환경규제와 특히 관련 있는 것을 중심으로 살펴본다.

첫째, 한미 FTA 제11.6조 1항 두문(chapeau)은 NAFTA 제1110조처럼 간접수용과 수용에 이르는 조치를 분리하여 규정하지 않고, ‘수용과 동등한 조치를 통한 간접수용(indirect expropriation through measures equivalent to expropriation)’이란 개념을 사용하여 위의 두 개념을 하나로 융합하고 있는데, 이러한 점에서 2004 미국 모델 BIT와 같다. 투자자의 입장에서 수용의 범위를 확대하는 것이 유리하기 때문에 지금껏 NAFTA 중재사건에서 간접수용과 수용에 이르는 조치가 다르다는 것을 주장하였지만, NAFTA 당사국들은 이러한 해석에 반대의사를 표하여 왔다.<sup>89)</sup> 하지만 *Waste Management* 중재판정부에서는 NAFTA 제1110조 1항과 8항의 문언상 간접수용과 수용에 이르는 조치는 서로 구별되는 개념이고, 이들 개념을 구별함으로써 수용의 범위가 오히려 협소해질 수 있다고 보았다.<sup>90)</sup> 이렇듯 NAFTA 제1110조상의 간접수용과 수용에 이르는 조치가 서로 다른 개념인 것처럼 해석될 여지가 있었기 때문에, 미국은 2004년 미국 모델 BIT에 이를 합쳐서 표현하여 이러한 오해를 불식시키고자 했고, 이것은 한미 FTA까지 이어지고 있는 것이다.<sup>91)</sup>

호를 제공하도록 요구한다.“

89) Meg N. Kinnear, Andrea K. Bjorklund and John F.G. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, 2006, at 1110-28.

90) *Waste Management*, *op. cit.*, para. 143.

이와 같은 맥락에서 한미 FTA는 수용에 관한 개념을 더욱 명확하게 하기 위해서 부속서 11-나를 두고 있다.<sup>92)</sup> 부속서 11-나는 제11.6조 1항이 예정하고 있는 개념은 직접수용과 간접수용 두 개 뿐이라는 것을 명시하여(부속서 11-나 2항, 3항) 수용과 동등한 조치는 별개의 개념이 아님을 분명히 하였다. 또한 부속서 11-나는 간접수용을 “당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 동등한 효과를 가지는 경우”로 규정하고 있다. 그리고 부속서 11-나는 간접수용의 판단기준으로 이른바 ‘3요소이론(three factor test)’을 도입하고 있는데,<sup>93)</sup> 이 중에서 정부조치의 성격과 관련해서 투자자의 “특별한 희생”의 고려는 한국정부의 요청으로 도입된 것으로서 한국 행정법상의 수용이론에서 사용하고 있는 개념이다. 이외에 부속서 11-나는 제3항 나호에서 “공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화(예컨대, 저소득층 가계의 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호”하기 위한 목적을 가진 조치는 간접수용의 범위에서 제외하고 있는데, 이는 비차별적 규제가 간접수용에 해당하지 않는다는 것을 명확히 하고, 이에 따라 비차별적 규제를 투자중재의 대상에서 제외시키는 역할을 하고 있다.<sup>94)</sup>

둘째, 보상의 방식과 관련하여 한미 FTA 제11.6조 1항 다호는 수용에 대한 신속하고 충분하며 효과적인 보상의 지불(Hull 공식)을 규정하고 있는 것과 달리, NAFTA 제1110조 1항 (d)호는 이러한 문언을 포함하고 있지 않다. 그 이유는 NAFTA의 협상 당시 미국은 Hull 공식의 도입을 주장하였지만, 멕시코는 적절한 보상의 도입을 주장하여 의견이 일치되지 않았기 때문이다.<sup>95)</sup>

한미 FTA 제11.6조가 간접수용과 관련해서 NAFTA 제1110조와 큰 차이를 보이고 있기 때문에, 간접수용 규정을 해석함에 있어서 기존의 NAFTA 중재사건을 적극적으로 활용하는 것은 조금은 무리가 있을 수 있다. 그렇다고 NAFTA 제1110조의 간접수용에 관한 최근의 중재판정들과 한미 FTA이 수용을 바라보는 관점이 다르다는 것이 아니고, 오히려 그 관점은 매우 유사할 것으로 보인다.

91) 법무부, 『한미FTA 투자분야 연구』, 2008, 113-114면.

92) 2004년 미국 모델 BIT 역시 이러한 부속서를 두고 있다.

93) 이 3 요소 이론은 미국의 *Penn Central Case* (Penn Cent. Transp. Co. v. City of New York, 438 U.S. 104, 1978. at 124)에서 유래된 것으로 평가 받고 있는데, 고려되는 세 가지 요소는 정부조치의 경제적 영향, 합리적인 투자의 기대이익이 침해되는 정도, 정부조치의 성격이다. 이 3 요소 이론은 2004년 미국 모델 BIT에도 도입되어 있다.

94) 김관조, “미국의 투자협정 모델 개정과 시사점,” 『통상법률』, 통권 제68호, 법무부, 2006.04, 18면.

95) *Meg N. Kinnear et al., op. cit.*, at 1110-11, 1110-12.

#### IV. 결 론

최근 한미 FTA의 ISD 제도와 관련하여 여러 가지 문제점이 제기되고 있는 가운데, 특히 이 논문과 관련해서 제기되고 있는 문제점으로 ‘한국의 공공정책 자율권이 훼손된다’는 것<sup>96)</sup>과 ‘환경정책이 ISD의 대상이 된다’는 것<sup>97)</sup>이 있다. 이러한 우려는 비단 한국에만 있는 것이 아니라, 전 세계의 환경관련 운동가들이 공유하고 있는 것이지만, 이는 NAFTA 사건들에 대한 비전문가들의 잘못되거나 혹은 과장된 평가를 기반으로 하는 경우가 많으므로,<sup>98)</sup> 정확한 정보의 전달을 통하여 이러한 우려를 불식시킬 필요가 있다.

위에서 살펴본 바와 같이, 문제의 환경조치가 비차별적인 방식으로 공정하고 투명하게 실시될 경우 설사 투자중재에 회부된다고 하더라도 투자자가 승리할 가능성은 매우 낮다. 또한 NAFTA 중재판정부의 판정 경향이 점차 환경 등 공익을 더 고려하고 국가의 정책적 재량을 폭넓게 인정하는 방향으로 진화하고 있기 때문에, 이 역시 환경조치를 이유로 하여 투자중재에 한국이 피청구인이 되는 상황에서 유리하게 작용할 것으로 생각된다.

그런데 한미 FTA 투자챕터가 좀 더 지속가능한 방향에서 투자와 환경을 고려할 수 있기 위해 필요한 개선점으로 다음 두 가지를 지적해 보고자 한다. 첫째, NAFTA의 투자챕터인 제11장은 환경조치와 관련해서 제1104조를 마련하고 있긴 하지만, 이 조문은 *Metalclad* 사건에서만 피청구인인 멕시코가 문제 삼았고,<sup>99)</sup> 그 외의 환경 관련사건에서는 제기되지 않았다.<sup>100)</sup> 제1114조가 명시적으로 협정당사국들의 환경정책을 보호하겠다는 취지를 밝히고 있으면서도 잘 활용되지 못하고 있는 이유는 투자중재에서는 투자협정에 반하는 국가의 조치가 문제되지만, 이 조문은 NAFTA 제11장에 합치되는 국가의 조치를 그 보호대상으로 하고 있다는 점에 있다.<sup>101)</sup> 한미 FTA 투자챕터도 NAFTA 제1114조와 같은 조항을 가지고 있는 바, 제11.10조가 그것이다. 제11.10조나 제1114조가 선언적 효력 이상의 법적 의미를 가지기 위해서는 투자챕터에 반하는 환경조치에 대한 보호의 가능성을 열어주어야 한다.

96) 외교통상부, *op. cit.*, 15면.

97) *Ibid.*, 21면.

98) Sanford E. Gaines, “Environmental Policy Implications of Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter 11,” *Third North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade Research Paper*, 1 December 2005, at 36.

99) *Metalclad*, *op. cit.* para. 98.

100) 이에 관한 더 자세한 논의는 Allan Ingelson, Lincoln Mitchell and Christine Viney, *op. cit.*, at 41-47.

101) Sanford E. Gaines, *op. cit.*, at 5; *Ibid.* at 42. 이와 다른 관점에서 이 조문이 환경에 대한 고려가 때로 투자보호보다 우선될 수 있다는 것을 내재하고 있다는 의견도 있다(Madeline Stone, “NAFTA Article 1110: Environmental Friend or Foe?,” *George Washington International Law Review* vol.15, 2002, at 767).

둘째, 위와 같이 비록 투자챕터에 반하는 정부의 조치라 하더라도 일정한 사유가 있을 경우 이러한 조치를 예외적으로 정당화하는 것을 골자로 하는 조항이 있는데, 이를 예외조항(exception clause)이라 한다. 한국은 한-EFTA FTA, 한-ASEAN FTA, 한-인도 CEPA, 한-EU FTA, 한-페루 FTA에 예외조항상의 예외사유로 환경을 규정하고 있지만, 미국은 전통적으로 필수적 안보이익과 국제평화·안보의 유지만을 예외사유로 두고 있다. 환경을 예외조항상의 예외사유로 두고 있을 경우, 설사 *Metalclad* 사건과 *SD Myers* 사건에서와 같이 대상조치가 투자챕터에 위반된다고 중재판정부가 판단하더라도, 이를 예외조항에 의해 정당화시킬 수 있는 여지가 높아지게 될 것이다.

## 참고문헌

- 박덕영 외, 『국제투자법』, 박영사, 2012
- 법무부, 『한미FTA 투자분야 연구』, 2008
- 외교통상부, 『투자자-국가간 분쟁해결절차 (ISD), 공정한 글로벌 스탠다드』, 2011.11
- Asteriti, Alessandra, *Metalclad, Methanex and Chemtura: 10 Years of Environmental Issues in NAFTA Investment Arbitrations*, 13 March 2012 <<http://ssrn.com/abstract=2021180>>
- Dolzer, Rudolf, “National Treatment: New Developments,” *Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda Symposium*, 12 December 2005
- Firger, Daniel M. and Michael B. Gerrard, “Harmonizing climate change policy and international investment law: Threats, Challenges and opportunities,” in Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010-2011*, Oxford University Press, 2011
- Gaines, Sanford E., “Environmental Policy Implications of Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter 11,” *Third North American Symposium on Assessing the Environmental Effects of Trade Research Paper*, 1 December 2005
- Ingelson, Allan, Lincoln Mitchell and Christine Viney, “NAFTA takings update the Glamis decision,” *Journal of World Energy Law and Business*, vol.5 no.1, 2012
- Kinnear, Meg N., Andrea K. Bjorklund and John F.G. Hannaford, *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Kluwer Law International, 2006
- Krajewski, Markus, “The Impact of International Investment Agreements on Energy

- Regulation,” in Christoph Herrmann and Jörg Philipp Terhechte (eds.), *European Yearbook of International Economic Law*, vol.3 2012, Springer, 2011.
- Salacuse, J., *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2009.
- Schreuer, Christoph and Matthew Weiniger, “Conversations Across Cases-Is There a Doctrine of Precedent in Investment Arbitration?,” *Transnational Dispute Management* no.2008-3, 2008.
- Stone, Madeline, “NAFTA Article 1110: Environmental Friend or Foe?,” *George Washington International Law Review* vol.15, 2002
- UNCTAD, “Interpretation of IIAs: What States can do,” *IIA Issues Note* no.3, December 2011.

## ABSTRACT

### Analysis of Environment-Related Investment Arbitration Cases under NAFTA and Their Implications for the Korea-U.S. FTA

Deok-Young Park

Seu-Yeun Lee

Because the Korea-U.S. Free Trade Agreement (Korea-U.S. FTA) and the North American Free Trade Agreement (NAFTA) have an overlapping contracting party, the United States, their provisions have much in common. The investment chapters of these agreements, especially, show many similarities, and thanks to these similarities, it is likely that the Korea-U.S. FTA arbitration tribunal for investor-state disputes regarding the environment will put great weight on the NAFTA tribunals' interpretations of those similar provisions. Since the NAFTA tribunals have already handled many environment-related arbitration cases, their interpretations will help heighten the predictability of environment-related Korea-U.S. FTA arbitration cases.

This paper analyzes the environment-related NAFTA cases in which the tribunal has issued an award, which are the Metalclad case, S.D. Myers case, Waste Management case, Methanex case, Glamis Gold case, and Chemtura case. According to this analysis, the most controversial NAFTA provisions have been Article 1102 (national treatment), Article 1105 (minimum treatment standard, fair and equitable treatment), and Article 1110 (expropriation). The NAFTA tribunals applied the requirement of these articles in a strict manner, reducing the possibility of finding a violation.

After the aforementioned analysis, this paper proceeds to compare the national treatment, minimum treatment standard (fair and equitable treatment), and expropriation provisions of the Korea-U.S. FTA and NAFTA and to predict the impact that the environment-related awards under NAFTA can have on environment-related Korea-U.S. FTA cases. It is expected that the NAFTA interpretations of the national treatment and minimum treatment provisions are likely be used as they are, but not the interpretations of expropriation, because of the differences in the expropriation provisions of the two agreements.

**Key Words:** Korea-US FTA, NAFTA, National Treatment, Minimum Standard of Treatment, Fair and Equitable Treatment, Indirect Expropriation