

한·미 FTA 투자챕터(Chapter)와 환경문제*

The Investment Chapter of the Korea-US FTA and its Implications for Environmental Matters

박 덕 영**

Deok-Young Park

〈목 차〉

- I. 서론 : 투자문제와 환경문제의 갈등
 - II. 국제투자협정에 포함된 환경 관련규정의 일반경향
 - III. 한·미 FTA 투자챕터 內 환경 관련 조항
 - IV. 결론 : 갈등의 조화점을 찾아야
- 참고문헌
Abstract

주제어 : 한·미 FTA, 외국인 투자, 환경문제, 간접수용, 투자자-국가 분쟁

* 이 논문은 2012년도 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임
(NRF-2012S1A5B8A03045138)

** 연세대학교 법학전문대학원 부교수 (lawpd@yonsei.ac.kr).

I. 서론 : 투자문제와 환경문제의 갈등

한·미 FTA가 발효된 지 이제 2년이 다 되어간다. 말도 많고 탈도 많던 한·미 FTA에 대한 여러 주장들이 백가쟁명(百家爭鳴)식으로 제기되었으나, 각종 통계를 살펴보면 한·미 FTA는 한국 경제에 매우 긍정적인 효과를 가져다준 것으로 보인다.

우선 한·미 FTA가 발효된 2012년 3월 이후 1년간(2012.3~2013.2) 對美 수출은 전년 동기 대비 1.3% 증가했고, 對美 수입은 8.9% 감소한 것에 힘입어 對美 무역흑자는 전년 동기 대비 49억 달러 늘어난 165.7억 달러를 기록했다.¹⁾ 게다가 한·미 FTA 관세 혜택별 對美 수출 성과를 분석한 결과 FTA 수혜 품목의 수출이 큰 폭으로 늘어났고, 이는 미국의 전체 수입뿐만 아니라 일본·중국·대만 등 주요 경쟁국의 성과를 상회한 것으로 분석되었다.²⁾ 외국인 투자와 관련, 한·미 FTA 발효 이후 2012년 2~4분기 미국의 對韓 투자는 전년 동기대비 70.5% 증가한 32.5억 달러로 2001년 이래로 11년 만에 최대치를 기록하는 등 한·미 FTA의 성과는 눈부시다. 물론 국가신용등급 격상에 따른 한국 경제의 투자매력 상승에 힘입은 결과도 있으나,³⁾ FTA의 성과가 바탕이 되었다는 점은 부정할 수 없다.

게다가 한·미 FTA가 발효된 지 2년이 다 되어가는 지금, 미국 의회는 한·미 FTA를—미국의 입장에서—실패한 협정으로 규정지으며 행정부를 공격하고 있다.⁴⁾ 반대로 생각해볼 때, 거칠게 말하자면 우리 입장에서 상당히 이득을 본 협정이라고 이야기할 수도 있겠다.

눈에 보이는 통계수치는 한·미 FTA의 부정할 수 없는 성공을 말해주지만, 아직까지 관심을 갖고 주의깊게 살펴봐야 할 분야가 있다. 바로 투자자-국가간 분쟁(ISD) 문제다. 현재 한·벨기에 BIT에 의거, 룬스타 관련 ISD가 진행 중인 가운데, 미국의 對韓 투자가 급증한 상황에서 한·미 FTA를 준거협정으로 하는 ISD가 발생할 가능성은 열려있다. 투자자 입장에서 분쟁을 투명하고 공정하게 해결할 수 있다는 점에서 투자자-국가간 중재해결제도(ISDS)는 분명히 장점이 있지만, 여러 전문가들은 외국인 투자와 정부의 환경 규제 간 충돌을 우려하는 바다.⁵⁾

1) 명진호 외 2명, “한-미 FTA 1주년 평가”, 『IIT Trade Focus』 제12권 14호, 41면.

2) *Ibid.*

3) S&P, Moody's, Fitch 등 3대 신용평가사는 2012년 8~9월에 걸쳐 한국의 국가신용등급을 각각 A+, Aa3, AA-로 한 등급씩 상향조정했다. *Ibid.*, 39면 참조.

4) 미국 민주당 하원 최대 의원 모임인 의회 진보코커스(CPC)의 마시 캡터 의원은 “한·미 FTA로 미국에 7만 개의 일자리가 생긴다고 했으나 이미 4만 개의 일자리를 한국에 빼앗겼고, 한국이 미국으로부터 5만 대의 차량을 살 것이라고 했으나 사지 않았으며, 한·미 FTA로 對韓 무역적자가 무려 58억 달러나 늘어났다”고 주장했다. (연합뉴스, 2014-1-17, “美민주 하원 최대모임, 한·미 FTA 성과 맹비판”)

5) 이태화, “재생에너지정책과 FTA 투자규칙 간의 갈등에 관한 정책적 시사점”, 『환경정책』 제21권 1호(2013), 81~114면; 이태화, “환경영향평가제도를 둘러싼 한-미 FTA 투자분쟁의 가능성: *Bilcon v. Canada* 투자자-국가 간 소송 사례를 통한 교훈”, 『환경영향평가』 제21권 제4호, 525~541면; 한지희·박덕영, “기후변화정책과

NAFTA에서의 ISD 사건들 중 몇몇 사건들은 환경보전조치⁶⁾와 관련된 외국인투자기업과 투자유치국간의 분쟁에서 비롯되었다.⁷⁾ 예를 들어 *S.D. Myers v. Canada*에서⁸⁾ 환경보호를 이유로 실시한 정부의 규제조치라 하더라도 NAFTA를 침해하는 정도가 적은 대안이 있다면 내국민대우 원칙 위반 행위로 판정되기도 하였다.⁹⁾ 또한 *Ethyl v. Canada*에서는¹⁰⁾ 공공복리 목적으로 실시된 환경보호규제의 간접수용 여부가 문제되었다. 이 사건에서는 중재판정부가 구성되었으나 분쟁의 조기종결을 희망하는 양측의 타협에 따라 캐나다 정부가 재판의 쟁점인 규제조치를 철회하고 Ethyl사의 손해배상으로 약 1,300만 달러를 지급했다. 그리고 최근 *Chemtura v. Canada*에서는¹¹⁾ 환경에 유해한 영향을 주는 것으로 알려진 린데인이라는 살충제로 카놀라 씨앗을 처리하는 것을 금지하는 취지의 캐나다 조치에 대해 중재판정부는 해당 조치가 정당하다고 인정하였다.¹²⁾

앞으로 환경과 관련된 투자중재사건이 증가할 것으로 예상되는 만큼, 환경에 대한 고려가 투자협정에 명시되는 것보다 확실하게 중재판정에서 환경이라는 공익을 보호하는 방법은 없을 것이다. 중재판정부가 회부된 사건에서 투자유치국의 조치가 투자협정에 위반하여 해외투자자의 투자를 해하였는지를 판단하는 기초가 중재 제기의 근거가 된 투자협정이고, 해당 투자협정에 환경을 고려하는 문구를 삽입하게 되면 중재판정부는 판정을 내릴 때에 그러한 문구를 무시하는 판단을 내릴 수는 없기 때문이다.

그래서 이 논문은 환경에 대한 투자챕터 곳곳에 환경과 관련된 조항 및 독립된 챕터(제

간접수용문제”, 『國際經濟法研究』 제10권 제1호, 37~72면; 김인숙, “FTA 투자규칙상 환경보호규제에 관한 연구”, 『서울국제법연구』 제19권 2호(2012), 68-70면 등을 참조.

- 6) 법무부에 따르면, ‘환경조치’는 환경 및 생태보전조치를 포괄하는 개념으로서 특정제품의 생산 또는 판매의 규제 또는 금지정책, 기술규제, 자원사용량 할당조치 등이 포함될 수 있다. 구체적으로 국제투자분쟁의 대상이 되는 구체적 환경조치 유형으로는 첫째, 특정 유해물질, 희소자원, 희귀자원, 희귀종의 사용에 대해 생산 및 유통규제, 둘째, 정부가 제품, 공정경제활동에 대해 지정하는 기술규제로서 의장수준, 기술규제, 포장과 재활용의무, 검사 및 성과기준 등을 정한 경우, 셋째, 재생가능 천연자원을 보호하고 그 개발을 제한하며, 오염예방의 부담을 공유하기 위해 재생가능 천연자원과 생산활동의 배출물량을 정부가 지정하는 경우, 넷째, 직접적으로 환경규제 목표를 설정하지는 않으나 경제적인 수단을 이용하는 규제로서 환경세와 각종 부담금, 환경보조금, 예치금반환제도 등을 들 수 있다. 법무부, 『알기 쉬운 정책유형별 투자분쟁 사례』(서울: 법무부, 2010), 36면.
- 7) NAFTA의 환경관련 투자중재사건에 대한 전반적인 분석은 박덕영·이서연, “NAFTA 환경관련 투자중재사건 분석과 한미 FTA의 시사점”, 『중재연구』 제22권 제2호(2012) 참조. 상기 논문에서도 한·미 FTA의 환경관련 규정을 분석을 하고 있지만, 본고는 한·미 FTA의 환경 관련 규정의 구체적인 분석에 집중하고 있는 것과는 달리, 상기 논문은 기존의 NAFTA 중재판정부들의 해석례들이 한·미 FTA의 규정에 미칠 수 있는 영향을 중심으로 서술하고 있다.
- 8) *SD Myers Inc v. Canada*, First Partial Award and Separate Opinion, Ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules (13 November 2000).
- 9) 더 자세한 내용은 이서연·박덕영, “NAFTA 투자중재사건에서의 국제환경협정의 고려 - *SD Myers*과 *Chemtura* 사건을 중심으로 -”, 『서울국제법연구』 제20권 제1호(2013); Jorge E. Viñuales, “The environmental regulation of foreign investment schemes under international law”, p. 279 in Pierre-Marie Dupuy and Jorge E. Viñuales (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013) 참조.
- 10) *Ethyl v. Canada*, Preliminary Award on Jurisdiction, Ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules (24 June 1998).
- 11) *Chemtura Corporation v. Canada*, Award, Ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules (2 August 2010).
- 12) 이에 관한 더 자세한 내용은 이서연·박덕영, 앞의 각주 9 참조.

20장)를 규정하는 등 환경문제에 각별히 신경 쓰고 있고, 정부의 정당한 환경조치가 최대한 보호받을 수 있도록 하는 장치를 명시한 한·미 FTA의 조문을 집중적으로 분석하고자 한다. 사실 환경과 직접적으로 관련된 챕터는 제20장 환경챕터이지만, 본고에서는 투자챕터에 대한 전반적인 이야기와 환경 챕터 관련 언급보다는 제11장 투자챕터에서 환경문제가 어떤 식으로 고려되었는지 조문을 중심으로 살펴보도록 하겠다. 그런데 먼저 한·미 FTA의 대조군으로서 다른 국제투자협정들은 어떠한 환경 관련규정을 두고 있는지부터 살펴볼 것이다.

Ⅱ. 국제투자협정에 포함된 환경 관련규정의 일반경향

1. 환경 관련규정이 포함된 국제투자협정의 수

환경 관련 문구가 처음으로 삽입된 국제투자협정은 1971년에 체결된 네덜란드·모로코 양자투자협정(bilateral investment treaty, BIT)이고,¹³⁾ 그 후 환경 관련 문구가 삽입된 국제투자협정의 수는 점차 증가하면서 2008년에는 그 해에 체결된 협정의 89%가 환경 관련 문구를 포함하고 있었다.¹⁴⁾ 그러나 이러한 분명한 증가세에도 불구하고 환경 관련 문구를 포함하고 있는 국제투자협정의 수는 아직까지 전체 국제투자협정의 10%에 약간 못 미치는 것으로 알려져 있다.¹⁵⁾ 눈에 띄는 점은 BIT와는 달리, 대부분의 자유무역협정의 투자챕터들은 환경 관련 문구를 포함하고 있다는 점이다.¹⁶⁾

또한 작년 말에서부터 약 1,300개의 BIT가 ‘언제든지 종료될 수 있는 시점’에¹⁷⁾ 이르게 되는데, 이것은 당사국들이 BIT에 환경 관련조문을 포함한 새로운 내용을 추가할 수 있는 기회를 제공한다는 점에서 의미가 크다.¹⁸⁾

13) Alessandra Asteriti, “Waiting for the Environmentalists: Environmental Language in Investment Treaties” (March 24, 2012). in Rainer Hofmann and Christian J. Tams (eds.), *International Investment Law and Its Others* (Baden-Baden: Nomos, 2012), p. 12.

14) Kathryn Gordon and Joachim Pohl, “Environmental Concerns In International Investment Agreements: A Survey”, *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2011/1, OECD Investment Division (May 2011), p. 10. 유의할 것은 이 연구는 전체 국제투자협정 중 OECD 회원국이 하나 이상의 당사국인 국제투자협정을 표본으로 하고 있다는 점이다.

15) *Ibid.*

16) *Ibid.*

17) 많은 수의 BIT들은 10년 또는 15년의 기간이 경과한 후에 일방 당사국의 통보로 조약이 종료된다는 규정을 두고 있는데, 10년 또는 15년의 기간이 지난 시점을 ‘언제든지 종료될 수 있는 시점(anytime termination stage)’이라고 한다. UNCTAD, *World Investment Report 2013 - Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, UNCTAD/WIR/2013 (27 June 2013), p. 110.

18) *Ibid.*, p. 109.

2. 국제투자협정에 포함된 환경 관련규정의 유형

아래에서는 당해 규정이 가지는 법적 효과에 따라 환경 관련규정의 유형을 나누었다.

1) 선언적 의미의 규정

Kathryn Gordon과 Joachim Pohl이 공동으로 행한 연구에서 국제투자협정이 환경 관련 문구를 가장 많이 포함하고 있는 유형은 전문(preamble)에 환경을 명시하거나 국가의 환경 규제권한을 명시하고 있는 유형들이다.¹⁹⁾ 이러한 규정들은 국가의 해외투자자 보호의무를 규정하고 있는 국제투자협정에서 국가가 부담하고 있는 의무를 배제하거나 예외적으로 정당화하지 못하고 단지 환경의 중요성을 확인하거나 국가의 환경규제권한을 확인하고 있다는 점에서 선언적 의미의 규정에 해당한다.

이러한 규정들은 한국이 체결하고 있는 BIT에서도 확인할 수 있다. 예를 들어 한국이 체결한 BIT 중에서 가장 최근에 발효한 BIT인 한국·르완다 BIT는²⁰⁾ 전문에 “[투자의 증진 및 보호가] 건강, 안전, 환경의 보호, 소비자 보호의 증진 그리고 국제적으로 인정되는 노동권의 증진에 부합하는 방식으로 달성될 수 있기를 희망”한다고 명시하고 있다. 조약의 전문은 조약 본문의 규정과는 달리 조약 당사국을 법적으로 구속하지는 못한다. 하지만 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조 2항에 따라 조약의 해석 시 조약의 맥락을 파악하는데 조약의 전문도 고려되는 만큼 국제투자협정의 전문에 환경 관련 문구를 포함하는 것도 중재판정부가 환경에 입각한 판정을 내리는 데에 도움이 된다. 해당 BIT가 조약 조문에 환경 관련 문구를 포함하고 있지 않더라도 BIT의 전문에 해당 BIT가 환경을 추구하고 있다는 것을 명시하고 있다는 이유로 중재판정부가 조약 조문을 환경친화적인 방향으로 해석할 수 있는 여지가 생기기 때문이다.

국가의 환경규제권한을 명시하고 있는 규정의 예는 터키·방글라데시 BIT에서²¹⁾ 찾을 수 있다. 이 BIT는 제4조 2항에 “각 계약국은 상대 계약국의 투자자의 투자로 인한 자국의 보건, 생명 또는 환경에 대한 손실, 파괴 또는 피해가 있을 경우에 모든 법적 조치를 취할 수 있는 권한을 유보한다(Each Contracting Party shall reserve the right to exercise all legal measures in case of loss, destruction or damages with regard to its public health or life or the environment by investments of the investors of the other Contracting Party)”고 규정하고 있다. 그런데 터키·방글라데시 BIT가 당사국의 환경규제권한을 강력하게 보

19) Kathryn Gordon and Joachim Pohl, 앞의 각주 14, p. 13.

20) 대한민국 정부와 르완다공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정, 조약 제2025호, 서명일: 2009.05.29., 발효일: 2013.02.16.

21) Agreement between the Government of the Republic of Turkey and the Government of the People's Republic Of Bangladesh concerning the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 서명일: 2012.04.12.

장하고 있는 것과 달리, 국가의 환경규제권한을 규정하고 있는 대부분의 국제투자협정들은 “달리 이 협정에 합치되는 조치(any measure otherwise consistent with this Agreement)”이라는 조건으로 이 규정이 적용될 수 있는 범위를 제한하고 있다.

국제투자협정에서의 환경에 관한 선언적 의미의 규정에는 상기한 전문에 환경을 명시한 유형이나 국가의 환경 규제권한을 명시하고 있는 유형 외에도 환경기준을 완화하지 않겠다는 의사를 명시한 유형도 있다. 이러한 유형은 해외투자를 장려하기 위해 BIT 당사국들이 환경기준을 완화하지 않겠다는 의지를 반영하고 있다. 이러한 유형의 예로 일본·콜롬비아 BIT는²²⁾ 제21조 1항에서 “각 계약국은 국내 보건, 안전 또는 환경조치를 완화하거나 노동기준을 완화하는 것으로 상대 계약국 또는 계약국이 아닌 국가의 투자행위를 장려하는 것이 부적절하다는 것을 인정한다(Each Contracting Party recognizes that it is inappropriate to encourage investment activities of investors of the other Contracting Party and of a non-Contracting Party by relaxing its domestic health, safety or environmental measures or by lowering its labor standards)”고 규정하고 있다. 이 유형은 상기 유형과 마찬가지로 국제투자협정 내에서 선언적 의미를 가지는 것에 불과하더라도 환경에 유리한 해석을 이끌어낼 수 있다는 점에서 의미를 가진다.

2) 문제되는 조치로부터 배제하는 규정

국제투자협정 내에서 당사국들이 환경과 관련하여 가지는 권한을 확실하게 보장할 수 있는 규정의 유형으로는 당사국의 환경조치를 해외투자자 또는 투자에 피해를 줄 수 있는 조치로부터 배제하는(carve-out 또는 exclude) 유형과 국제투자협정을 위반하는 환경조치에 예외적으로(exceptionally) 정당화하는 유형이 있다.²³⁾ 여기서는 대상조치로부터 배제하는 유형을 살펴보고 예외조항은 목차를 달리해서 살펴본다.

대상조치로부터 환경조치를 배제하는 규정의 유형은 흔하게 볼 수 있는 유형은 아니고, 주로 미국 또는 캐나다가 체결하고 있는 국제투자협정을 중심으로 찾을 수 있다.²⁴⁾ 이 유형은 국제투자협정 전반으로부터 당사국의 환경조치를 배제하기보다 간접수용 또는 ISDS 처럼 조약의 일부로부터 배제하고 있는 것이 특징이다. 이 유형과 관련하여 후술하는 한·미 FTA를 포함한 대부분의 경우에 “드문 경우에 있어서(in rare circumstances)” 환경조치가 간접수용을 구성할 수 있는 조치에서 배제될 수 있는데, ASEAN 포괄적 투자협정²⁵⁾ 부속서 2와²⁶⁾ 같이 그러한 문구를 삽입하지 않는 경우도 있다.²⁷⁾

22) Agreement between Japan and the Republic of Colombia for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, 서명일: 2011.09.12.

23) 배제조항과 예외조항은 다르다는 것에 동조하는 견해로는 Alessandra Asteriti, 앞의 각주 13, p. 25; Suzy H. Nikiéma, Best Practices: Indirect Expropriation, (Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2012), p.10가 있다.

24) Alessandra Asteriti, *ibid.*, p. 27; Kathryn Gordon and Joachim Pohl, 앞의 각주 14, p. 22.

3) 예외조항

예외조항은 배제조항보다는 흔하게 볼 수 있는 국가의 규제권한 보장수단이다. 예외조항은 투자유치국이 해외 투자자의 투자를 위법하게 수용하거나 국내 투자자보다 불리하게 대우함으로써 BIT를 위반하더라도 문제의 조치를 정당화해 주는 역할을 하기 때문에 ISD 중재에서 투자유치국의 강력한 항변수단이 될 수 있다. 예외조항에도 여러 종류가 있는데, 이 중에서 환경을 명시적으로 언급하고 있거나 환경과 관련되어 있다고 여겨질 수 있는 “인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강 보호(Protection of human, animal or plant life or health)”와 유한천연자원의 보전(conservation of exhaustible natural resources)이라는 문구를 명시하고 있는 유형은 GATT 제XX조 유형이다.²⁸⁾ 예외조항은 또한 BIT의 실제적 의무 전반을 대상으로 하는 일반적 예외조항(general exception clause)과 특정한 의무 위반만을 정당화해 주는 것으로 나눌 수 있다.

한국이 체결하고 있는 국제투자협정 중 발효된 것에서 일반적 예외조항을 두고 있는 것은 총 9개이고 이 중에서 환경을 명시적으로 언급하고 있거나 “인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강 보호”와 유한천연자원의 보전이라는 문구를 포함하고 있는 것은 6개이다.²⁹⁾

Ⅲ. 한·미 FTA 투자 챕터 內 환경 관련 조항

한·미 FTA 투자 챕터에서 환경 문제와 관련된 조항은 첫째, 제11.6조의 부속서 11-나, 둘째, 제11.8조, 셋째, 제11.10조, 넷째, 제11.24조이다. 제11.6조의 부속서 11-나는 간접수용의 정의와 적용예외 사항을 예시하고 있고, 제11.8조에서는 이행요건의 원칙적 부과 금지를 명시하는 가운데 환경 관련 예외를 나타내고 있으며, 제11.10조는 본 투자 챕터 조항의 해석시 정부조치의 환경규제 실시 권리를 확인하는 조항이다. 제11.24조는 중재판정시 환경 관련 전문가 보고서를 채택할 수 있다는 절차적인 내용이다.

25) ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 서명일: 2009.02.26, 발효일: 2012.03.29.

26) 해당 조문은 다음과 같다.

“공중보건, 안전 및 환경과 같은 정당한 공공복지 목표를 위해 지시되고 적용되는 회원국의 비차별적 조치는 제2항 (b)호[간접수용]에 언급된 수용을 구성하지 아니한다(Non-discriminatory measures of a Member State that are designated and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute an expropriation of the type referred to in sub-paragraph 2(b) [indirect expropriation]).”

27) Alessandra Asteriti, *ibid.*

28) 이서연, “국제투자협정의 예외조항에 관한 연구”, 연세대학교 일반대학원 석사학위논문 (2012), 27, 38-64면 참조.

29) *Ibid.*, 103-104면.

1. 한·미 FTA 제11.6조(수용 및 보상) 및 부속서 11-나(수용)

동 조항에서는 ‘환경’이 직접적으로 언급되지는 않았지만 외국인투자와 환경 문제에 있어 가장 큰 쟁점조항이 바로 이 수용 및 보상 조항, 그 중에서도 ‘간접수용’ 문제다.

1. 어떠한 당사국도 다음을 제외하고 적용대상투자를 직접적으로 또는 수용이나 국유화(수용)와 동등한 조치를 통하여 **간접적으로 수용하거나 국유화**할 수 없다.
 - 가. 공공 목적을 위할 것
 - 나. 비차별적 방식일 것
 - 다. 신속하고 적절하며 효과적인 보상을 지불할 것, 그리고
 - 라. 적법절차와 제11.5조 제1항 내지 제3항을 따를 것

왜냐하면 외국인투자기업은 투자유치국의 중앙정부 또는 지방정부가 이행하는 각종 환경관련 조치-쓰레기 매립지 관련 각종 인허가권 및 세금·환경영향평가·탄소배출권 등-가 의도적이든 의도치 않았든 자신의 정상적인 영업에 심각한 피해를 주기 때문에 이러한 조치가 ‘사실상의 수용’ 또는 ‘간접적인 수용’에 해당하고, 동 조치가 수용의 요건을 충족시키지 않아 협정 위반이라고 의심될 경우 ISD 중재를 청구할 수 있기 때문이다.

실제로 *Metalclad* 사건이 이에 대한 좋은 예이다.³⁰⁾ 동 사건을 아주 간략하게 말하자면, 연방정부가 허가한 시설물 공사를 시 정부가 환경훼손의 우려 등을 이유로 거부하여 외국인 투자기업이 피해를 봤기 때문에 발생한 분쟁이다. 특히 본 사건에서 중재판정부는 멕시코 정부가 *Metalclad*에게 보상을 제공하지 아니하고 *Metalclad*의 투자를 간접적으로 수용했기 때문에 NAFTA 제1110조를 위반했다고 판정함으로써 많은 논란을 불러일으키기도 하였다. 환경론자들은 간접수용의 개념이 동 사건에서처럼 ‘내재적이거나 일시적인 재산 이용을 방해하는 것으로, 합리적으로 예상되는 경제적 이익의 전부 또는 상당 부분을 소유자로부터 박탈하는 효과를 야기하는 것’으로 확대 해석된다면 투자유치국이 국내규제 권한을 행사하는 데 장애가 된다고 동 사건 중재판정부를 비판한다.³¹⁾ 즉 자국의 경제정책·환경정책상 정당한 절차를 거쳐 마련된 규제조치라 할지라도 동 사건의 간접수용 법리에 의해서는 투자협정 위반이 될 소지가 있기 때문이다.

그러나 한·미 FTA에서는 이러한 점을 충분히 감안, -간접수용 법리 자체의 모호성 때문에 비록 완벽하다고 볼 수는 없지만- 간접수용에 관한 판단기준을 부속서에 적시함과 동시에 환경문제와 관련해서도 언급했다.

30) 동 사건의 내용은 앞의 각주 7, 105-107면 참조.

31) 박덕영 외 13명, 『국제투자법』 (서울: 박영사, 2012), 499면 참조.

3. 제11.6조 제1항에 다루어진 두 번째 상황은 간접수용으로서, 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 동등한 효과를 가지는 경우이다.

가. 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 특정의 사실 상황 하에서 간접 수용을 구성하는 지 여부의 결정은 다음을 포함하여 그 투자에 관한 모든 관련 요소를 고려하는 사안별, 사실에 기초한 조사를 필요로 한다.

- 1) 정부행위의 경제적 영향. 그러나, 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 부정적인 효과를 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다.
- 2) 정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대¹⁸⁾를 침해하는 정도, 그리고
- 3) 그 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격. 관련 고려사항은 정부행위가 공익을 위하여 투자자 또는 투자가 감수해야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자 또는 투자에게 부과하는지 여부를 포함할 수 있을 것이다.

나. 예컨대, 행위 또는 일련의 행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황을 제외하고는, 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화(예컨대, 저소득층 가계의 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.¹⁹⁾

18) 보다 명확히 하기 위하여, 투자자의 투자에 근거한 기대가 합리적인지 여부는 관련 부문에 있어 정부규제의 성격 및 정도에 부분적으로 의존한다. 예컨대, 규제가 변경되지 아닐 것이라는 투자자의 기대는 규제가 덜한 부문보다는 규제가 심한 부문에서 합리적인 가능성이 더욱 낮다.

19) 보다 명확히 하기 위하여 나호의 정당한, “공공복지 목적” 목록은 한정적이지 아니하다.

부속서에서는 간접수용의 판단기준, 그리고 간접수용을 구성하지 아니하는 일련의 주제에 대해 비교적 명확하게 밝히고 있다. 간접수용은 우선 사안별, 사실에 기초한 조사를 바탕으로 정부 행위의 경제적 영향, 두 번째로 합리적인 기대를 침해하는 정도, 마지막으로 목적 및 맥락을 포함한 정부 행위의 성격 등을 종합적으로 판단해서 해당 여부를 판별해야 한다. 이 3가지 기준을 일컬어 ‘3요소이론(three factor test)’이라고 부르기도 한

다.³²⁾ 이처럼 간접수용 여부를 판단하는 기준은 여러 가지 요소를 종합적으로 고려해야 한다. NAFTA 협정보다는 발전된 내용이라고 할 수 있다. 뿐만 아니라, 만약 앞에서와 같은 첫 번째 판단 기준을 통과한다 하더라도, 여러 드문 상황을 제외하고는 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화 조치는 간접수용에 해당하지 않는다. 그리고 이 또한 협정 각주 19에 따르면 정당한 공공복지 목적의 목록은 한정적이 아니라 예시적 목록에 불과할 뿐이다. 즉, 정부의 재량을 대폭 인정한 셈이다.

한·미 FTA 상 나타난 간접수용 3가지 판단기준을 살펴보면 다음과 같다. 우선 “정부행위의 경제적 영향”이라는 판단 기준에 대해서 살펴보면, 상당히 포괄적이어서 여러 가지 고려사항이 존재할 것으로 보인다. 일단 조항의 “정부행위(government action)”가 작위 또는 부작위 모두 다 내포하는지 여부인데, 이에 대해서는 ‘action’이라는 단어의 해석상, 정부의 ‘부작위’에 대해서는 해당되지 않는 것으로 보인다. 사실 직접이든 간접이든 ‘수용’행위는 정부의 실체적인 ‘작위’가 있어야 발생하기 때문에, 부작위로 인한 간접수용은 존재하지 않을 것으로 생각된다. 다음으로 “경제적 영향(economic impact)”인데, 이 문구 중 ‘경제적’이라는 의미가 단순히 정부조치로 인해 발생하는 회계학적인 손익만 포함하는 건지, 아니면 정부조치로 인해 발생한 해당 투자자의 전반적인 평판하락 또는 그 외의 어떤 간접적인 영향까지 포함하는 지 여부가 고려되어야 할 것으로 생각된다. 그리고 생각건대 ‘영향’이라는 의미는 문맥 및 이 조항의 목적상 ‘부정적 피해’로 해석되는데, 이 영향이 어느 정도의 영향인지 조문상 명확하지는 않다. 예를 들어 WTO 보조금협정에는 ‘실질적(material)’ 피해라고 명시되어 있고, 반덤핑협정에서는 ‘심각한(serious)’ 피해라고 규율되어 있는데, 한·미 FTA에서도 이와 같은 방식으로 나타났으면 보다 명확한 의미가 도출되었을 것이라는 생각이 든다. 이제까지의 대부분 중재판정례에서는 경제적 영향의 ‘심각성’을 가장 중요한 요소로 꼽는데, *Pope & Talbot* 사건에서 중재판정부는 “단순한 간접은 수용이 아니며, 근본적 소유권의 박탈에 이를 정도로 심각한 정도여야 한다”고 판시했으며, *S.D. Myers v. Canada* 사건에서는 정부조치가 “경제적 권리의 이용을 영구적이거나 지속적으로 제거하는 정도에 이르러야 한다”고 판시했다.³³⁾ 마지막으로 “그러나, ... 부정적인 효과를 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다”라고 하여, 일부에서 제기되고 있는 이른 바 ‘sole effect doctrine’을 명시적으로 배제하고 있다.³⁴⁾

32) 앞의 각주 7, 120면.

33) 법무부, 『한국의 투자협정 해설서』 (서울: 법무부, 2010), 218면.

34) ‘sole effect doctrine’은 효과단독요사이론이라고도 해석된다. 과거 상당수 중재판정부는 간접수용 판정에 중요한 요소는 경제적 영향뿐이며 수용의 의도가 무엇이었는지는 결정적인 요소가 아니라는 입장을 취했는데, 심지어 일부 중재판정에서는 경제적 영향을 유일한 판단기준으로 보고 수용의 의도는 고려하지 않았다. 이러한 판단 기준을 이른 바 효과단독요사이론이라고 지칭한다. 과거 *Biloune v. Ghana* 사건이나 *Vivendi II* 사건, *Siemens v. Argentina* 사건에서 이러한 내용을 확인할 수 있으며, 다수의 이란-미국 중재재판소 판정에서도 확인된다. 동 판정 중 *Starrett Housing v. Iran* 사건의 중재판정부는 “비록 국가가 재산권을 수용할 목적이 아니었고 외형상 재산에 대한 법적 권리를 원 소유자가 계속 보유하고 있다고 하여도 재산권이 수용되었다고 간주되어야 할 정도로 무용하게 될 만큼 국가 조치의 간섭이 가해지는 상황이 존재할 수 있다

두 번째 요소인 “정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도”라는 판단 기준 중, 우선 “분명하고(distinct)”의 의미를 살펴보면, 생각건대 ‘기대’를 명시적으로 확인할 수 있고 명확하게 파악가능하다는 뜻일 것이다. 즉 각 업계에서 정부의 의도 또는 행위와 상관없이 은연중에 필요상 종종 행해지는 업자들간의 각종 관행들은 여기에 포함되지 않으리라 생각된다. 두 번째 “합리적인(reasonable)”의 의미는 주관적인 합리성에 기인하는 게 아니라 객관적인 합리성에 따른다. 그렇다 하더라도 ‘합리성’이라는 개념이 사실상 포괄적이기 때문에, 한·미 FTA에서는 합리성을 판단함에 있어 정부규제의 성격 및 정도에 부분적으로 의존한다. 이는 부속서 각주 18에 자세히 설명되어 있다. 그 외의 합리성 판단기준은 협정에 명시적으로 나타나 있지는 않다.

세 번째 판단기준은 “그 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격”이다. 특이한 점은, “관련 고려사항은 정부행위가 공익을 위하여 투자자 또는 투자가 감수해야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생”을 단지 “포함할 수 있을 것이다(could include)”라고 언급한 점이다. 이는 한국정부의 요청에 의해 도입된 것으로서 한국 행정법상 수용이론에서 사용하고 있는 개념이다.³⁵⁾ 본 조건이 정부조치의 성격과 관련해서 대표적 고려사항으로 명시적으로 도입된 만큼 실제 중재심리과정에서 고려되는 비중이 클 것으로 보인다는 견해가 있다.³⁶⁾ 그러나 동 고려사항의 포함 여부는 해석상 중재판정부의 재량에 맡겨져 있기 때문에 중재판정부가 동 조건을 과연 얼마나 고려할지, 한국정부가 상기 문구를 삽입할 시 당초에 예상하고 의도한 바와 일치하게 원용될 지는 의문이다.

어찌되었든 동 조항에서 주목할 만한 사항은 동 부속서에 ‘환경’이 포함되어 있고, 이를 원용하기 위해 거쳐야 할 사항이 많다는 점이다. 다시 말해, 외국인투자기업이 정부의 특정한 환경조치가 본 조와 관련해 협정 위반에 해당한다는 점을 주장하기 위해서는 일단 첫째, 정부의 행위가 제11.6조 및 부속서 11-나 상의 간접수용에 해당한다는 점, 둘째, 환경조치에 해당하지 않는다는 점, 셋째, 그 조치는 차별적이었다는 점을 전부 밝혀야 한다. 요컨대 간접수용 법리 위반이 인정되기 위해서는 상당히 여러 가지 문턱을 넘어야 한다는 것을 알 수 있으며 NAFTA 협정 내용보다 훨씬 진일보한 부분이다.³⁷⁾

결론적으로 말해, 간접수용은 그 개념의 추상성과 광범위성으로 인하여 획일적·구체적

는 것이 국제법상 인정되고 있다”고 언급한 바 있다. 앞의 각주 31, 259~260면 참조.

35) 앞의 각주 33, 225면. ‘특별한 희생’ 요건은 헌법에 명시된 요건은 아니나, 우리 헌법재판소와 법원은 이를 국민이 수인하여야 할 재산권에 대한 제약과 보상이 필요한 수용을 구별하는 핵심적 기준으로 사용하고 있다. 다만, 재산권에 대하여 가해진 침해가 통상적인 ‘재산권의 사회적 제약’에 불과한 것인지, 아니면 이를 넘어서는 ‘특별한 손해’에 해당하는 것인지가 반드시 명확한 것만은 아니며, 개별 법률에 대한 위헌심사 과정에서 헌법재판소가 사안별로 판단하고 있다. 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합) 전원재판부, 도시계획법 제21조에 대한 위헌소원 등, *Ibid.*, 226면 재인용.

36) *Ibid.*, 123면.

37) NAFTA의 투자챗터에서 수용을 규정하고 있는 제1110조는 간접수용도 ‘수용’에 해당할 수 있다는 것만 명시하고 있을 뿐이고 한·미 FTA의 부속서 11-나와 같이 간접수용의 정의를 시도하고 있는 조문은 없다는 점에서 수용에 관해서는 한·미 FTA의 투자챗터가 NAFTA의 투자챗터보다 더 진일보하다고 말할 수 있다.

인 기준 도입은 불가능하며 다만 개략적인 기준을 설정하고 각 사안의 구체적인 사실관계를 이러한 기준에 따라 검토하여 결론을 도출할 수밖에 없다.³⁸⁾ 그러나 이러한 상황 하에서 한·미 FTA 中 간접수용 관련 규정은 그 추상성과 광범위성을 상당 부분 명시적으로 축소시킨 성과가 있다고 하겠다. 따라서 한·미 FTA 부속서 11-나는 제11.6조와 별도로 위법한 간접수용을 성립시키기 위해 더 많은 요건을 두고 있기 때문에, 향후 환경관련 분쟁이 발생할 경우 환경 관련 정부규제조치의 협정위반 여부는 이전의 중재판정례보다 더 많은 기준을 통과해야 하므로 일정 부분 정부의 권한을 인정할 측면이 있다고 보인다. 현재 우리가 참여의사를 밝히고 있는 환태평양경제동반자협정(TPP)에서도 이러한 점이 포함된다면 투자와 환경간 관계를 보다 명확하게 한다는 측면에서 바람직하다고 보인다.

2. 한·미 FTA 제11.8조(이행요건)

동 조항은 법령 유지, 보건·천연자원 보호 등을 위한 예외에 관한 규정이며, 일정한 조건을 충족할 경우 금지된 이행요건의 일부를 부과할 수 있도록 하였다.

3항 다. 그러한 조치가 자의적이거나 정당화할 수 없는 방식으로 적용되지 아니하는 한, 그리고 그러한 조치가 국제무역 또는 투자에 대한 위장된 제한을 구성하지 아니하는 한, 제1항 나호·다호 및 바호, 그리고 제2항 가호 및 나호는 당사국이 **환경조치를 포함하여** 다음의 조치를 채택하거나 유지하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다.

- 1) 이 협정에 불합치하지 아니하는 법과 규정의 준수를 보장하기 위해 필요한 조치
- 2) **인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호**하기 위하여 필요한 조치, 또는
- 3) **고갈될 수 있는 생물 또는 무생물 천연자원의 보존**과 관련된 조치

이 예외가 성립하는 대상은 제1항 나호(일정 수준 또는 비율의 국내 재료 사용을 달성하는 것), 제1항 다호(자국 영역에서 생산된 상품을 구매 또는 사용하거나 이에 대하여 선호를 부여하는 것, 또는 자국 영역에 있는 개인으로부터 상품을 구매하는 것), 제2항 가호(일정 수준 또는 비율의 국내 재료 사용을 달성하는 것), 제2항 나호(자국 영역에서 생

38) 이재민, 문준조, 「최근 투자분쟁 사례를 중심으로 살펴본 ISD 분쟁의 주요 법적 쟁점」(서울: 한국법제연구원, 2012), 94면.

산된 상품을 구매 또는 사용하거나 이에 대하여 선호를 부여하는 것, 또는 자국 영역에 있는 개인으로부터 상품을 구매하는 것)이다.

이 조문의 문구 또한 GATT 제XX조에서 가져온 것이며, WTO DSB 패널 및 항소기구의 판정을 통해 성립한 법리³⁹⁾가 동 조문의 해석에 큰 영향을 미칠 것으로 보인다. 뒤에서 살펴볼 제11.10조(투자와 환경)와는 달리, 이는 특히 피청구국이 이행요건 부과 금지와 관련된 쟁점에서 항변 사유로 원용할 수 있는 조항이다. 그러나 상기 항변 사유가 여러 국제재판에서 실제로 받아들여진 경우가 많지 않다는 점에서 볼 때, 정부의 환경조치에 의한 일종의 이행요건 부과가 예외적인 사유로 인정될 수 있을지는 의문이나, 최근의 환경중시 분위기를 고려한다면 마냥 부정적으로만 바라볼 수는 없을 것이라 생각된다.

3. 한·미 FTA 제11.10조(투자와 환경)

동 조항은 투자유치국의 환경보전과 관련된 정부의 권리를 확인하는 규정이며, 동일한 내용이 NAFTA 제1114조 1항에서 발견되고 한·칠레 FTA 제10.18조 1항, 한·싱가포르 FTA 제10.18조, 한·EFTA FTA 제9조 1항에서도 발견된다.

이 장의 어떠한 규정도 당사국이 자국 영역내 투자활동이 환경적 고려에 민감한 방식으로 수행되도록 보장하기 위하여 자국이 적절하다고 판단하는 것으로서 달리 이 장에 합치되는 조치를 채택·유지·또는 집행하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다.

캐나다의 경우 동 조문은 내국민대우에 따른 환경조치 등 투자챕터의 내용에 부합하는 환경적 조치를 채택·유지·집행할 수 있는 정부의 권한을 확인하는 것이라고 해석하며, 미국은 NAFTA 회원국의 정부로 하여금 투자챕터에 위반되지 않는 한 투자가 환경보호 목적에 부합할 수 있도록 보장하기 위한 규정이라고 해석한다.⁴⁰⁾ 미국의 해석보다는 캐나다의 해석이 정부의 권한을 더 인정하는 듯 보이는데, 최근 환경을 중시하는 경향이 우세하고, 무역 또는 투자를 장려하기 위해 환경조치를 완화하는 행위가 부적절하다는 점을 고려해 볼 때, 한·미 FTA의 동 조항은 캐나다의 해석에서 크게 벗어나지는 않을 거라고

39) 대표적인 사건으로는 *EC-Asbestos* 사건을 들 수 있다. 동 사건에서 EC의 석면금지법이 GATT 내국민대우 규정 위반에 해당한다 할지라도 인간의 생명과 건강을 보호하기 위해 필요한 조치로서 제XX조 일반적 예외 사유의 하나로 인정될 수 있는지 여부가 주요 법적 쟁점으로 다루어진 바 있다. 동 사건에서는 WTO 항소기구가 EC의 석면금지법의 필요성 요건을 인정해 내국민대우 원칙 위반을 정당화한 바 있다.

40) U.S. Statement of Administrative Action of NAFTA, p.145; Canadian Statement on Implementation, p.152, 앞의 각주 11, 300면에서 재인용.

생각된다.

한편 NAFTA 제1114조 2항에서는 한걸음 더 나아가 당사국이 투자유치를 위해 보건·안전·환경 관련 국내조치를 완화하지 못하도록 방지하고 이러한 경우 상대국이 협의를 요청할 수 있다는 내용이 규율되어 있다. 이러한 내용은 한·칠레 FTA 및 한·EFTA FTA에서도 규정한 바 있으나, 한·미 FTA에서는 별도의 환경챕터가 만들어지게 되면서 이 내용은 빠지게 되었다. 이와 관련해서, 한·인도 CEPA 제10.16조에서 투자유치를 위해 환경조치를 완화하는 것이 부적절하다는 점이 명시적으로 존재하는 반면 한·미 FTA에서는 환경보호조치의 정당성만을 규정하고 있을 뿐 투자유치를 위해 환경조치를 완화하는 것이 부적절하다는 점에 대해서 언급이 없다고 비판하는 주장이 있다.⁴¹⁾ 그러나 방금 설명했듯이 동 내용은 사실 환경챕터 제20.3조 2항에 있음을 확인할 수 있다. 아마도 환경챕터가 독립적으로 제정되면서 주제의 일관성을 유지하는 차원에서 동 내용이 제20장으로 옮겨진 것으로 생각된다. 따라서 한·미 FTA의 투자챕터가 다른 FTA의 투자챕터에 비해 환경문제를 경시한다고 볼 수는 없다고 보인다.

또한 동 조항은 투자자 또는 투자유치국이 항변사유로서 직접 원용할 수 있는 조항이라는 견해가 있다.⁴²⁾ 그러나 이 조항의 표현방식과 기원을 고려해볼 경우, 동 조항은 투자자의 투자행위 또는 투자유치국의 조치 그 자체에 대한 것을 직접적으로 언급하지 않고 한·미 FTA 투자챕터의 諸규정에 대한 해석기준을 언급한 것이라고 보인다. 일단 “이 장의 어떠한 규정도 … 해석되지 아니한다”라고 명시한 점이 첫째 이유다. 두 번째로 이 규정은 NAFTA 제정시 캐나다에 의해 도입된 것으로서 GATT 제XX조 일반예외 조항에서 출발한 것이다.⁴³⁾ 생각건대 청구인 또는 피청구국이 직접 원용할 수 있는 조항이라기보다는 협정 해석시 하나의 원칙으로 기능할 선언적 의미의 규정으로 보인다.

4. 한·미 FTA 제11.24조(전문가 보고서)

적용가능한 중재규칙에 의하여 승인되는 경우, 그 밖의 종류의 전문가 임명을 저해함이 없이, 중재판정부는 어느 한 쪽 분쟁당사자의 요청에 따라, 또는 분쟁당사자들이 거부하지 아니하는 한 자체 발의로, 분쟁당사자들이 합의하는 그러한 조건에 따라 분쟁당사자가 절차에서 제기한 환경·보건·안전 또는 그 밖의 과학적 사안에 관한 사실문제에 대하여 중재판정부에 서면 보고하도록 1인 이상의 전문가를 임명할 수 있다.

41) 김인숙(앞의 각주 5, 72면 각주 8).

42) 앞의 각주 33, 301면.

43) Meg N. Kinnear, et al., *Investment Disputes under NAFTA* (Alphen: Kluwer Law International, 2006), p. 1114.

환경영향평가 및 환경피해조사 시 고도의 전문성을 요하는 부분이 존재하기 마련이다. 특정 피해사실을 밝히고 투자조치와 환경피해와의 연관성을 구명하는 데 있어 환경분야의 전문적 지식이 필요하기 때문이다. 이러한 환경문제의 특성을 감안하여 동 조항은 환경·보건·안전 등의 사실문제에 대해 해당 중재규칙이 인정한 경우, 어느 한 분쟁당사자 또는 분쟁당사자들이 거부하지 않고 상호 합의하는 조건에 따라 중재판정부 스스로 전문가를 임명, 환경·보건·안전 및 그 밖에 기타 과학적 사안에 대해 서면보고하도록 명시하고 있으며, 소위 *amicus curiae* 제도와는 구별된다.

다만, ICSID 추가절차규칙에는 중재판정부가 1인 또는 그 이상의 전문가를 임명하고 위임사항을 정하며 전문가가 작성한 보고서를 검토하고 직접 심문할 수 있음을 규정하고 있을 뿐만 아니라, UNCITRAL 중재규칙 제27조에서도 전문가 보고서 관련 내용을 명시하고 있다. 그러나 ICSID 중재규칙에는 이와 같은 내용의 조항이 존재하지 않는다. 그렇다면 한·미 FTA 제11.24조에 의하면 ICSID 중재규칙에 의해 중재재판을 실시하는 경우에는 전문가를 선정해 활용할 수 없지만, UNCITRAL 중재규칙에 따라 진행할 경우에는 전문가를 이용, 사실문제를 명확하게 할 수 있는가? 어쨌든 NAFTA 제1133조 또한 한·미 FTA 제11.24조와 동일하지만, NAFTA 분쟁사례에서 동 조항에 근거해서 전문가가 임명·활용된 사례는 찾아보기 어렵다.

5. 그 밖의 조항 : 한·미 FTA 제11.3조(내국민대우)

상기 살펴본 조항들 외에, 간접적으로 환경문제와 연관될 가능성이 높은 조항으로 제 11.3조(내국민대우)가 있다. 이 조항은 조문에 직접적으로 ‘환경’을 언급하진 않았다. 그러나 정부의 각종 환경조치에 반발해 발생한 ISD에서 원용된 조문 중의 하나이기 때문에, 어떤 식으로든 향후 발생가능한 환경 관련 사건에서 동 조항이 연관될 가능성은 존재한다.

대표적인 사건으로는 *S.D. Myers v. Canada*이다. 청구인인 S.D. Myers는 캐나다에서 배출되는 폴리염화비닐(PCB)을 미국내 공장으로 이전하여 재처리할 계획을 세우고 PCB 운반 자회사인 SDMI를 캐나다에 설립했다. S.D. Myers는 미국 환경청의 허가를 받고 정식으로 PCB 수입을 추진했는데, 캐나다 환경부는 이에 비상명령을 발동해서 PCB 수출을 금지시켰다. 이에 대해 S.D. Myers는 NAFTA에 의거해 ISD 중재를 신청했는데, 중재판정부는 규제의 근거가 된 환경적 우려뿐만 아니라 무역왜곡을 회피하여야 할 필요성 등도 고려되어야 한다고 판시하며 캐나다의 조치가 내국민대우에 위반하는 차별이라고 결론지었으며, 캐나다의 금수조치의 목적이 합법적이며 유해폐기물의 국경간 이동을 규제하는 Basel 협약에도 부합하는 것이나, 이러한 목적을 구체적으로 이행하는 방법이 협정위반에 해당한다고 보았다.⁴⁴⁾

1. 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 자국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자에게 부여한다.
2. 각 당사국은 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 자국 투자자의 자국 영역 내 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 적용대상투자자에 부여한다.
3. 제1항 및 제2항에 따라 당사국이 부여하는 대우라 함은, 지역정부에 대하여는, 동종의 상황에서 그 지역정부가 자신이 일부를 구성하는 당사국의 투자자와 투자자의 투자에 대하여 부여하는 가장 유리한 대우보다 불리하지 아니한 대우를 말한다.

한·미 FTA 제11.3조는 상기 *S.D. Myers v. Canada* 사건에 해당되었던 조항인 NAFTA 제1102조와 동일하다. 따라서 향후 한·미 FTA 분쟁발생시 NAFTA 중재사례의 법리가 큰 영향을 미칠 것으로 판단된다.

6. 소결

상기 살펴본 조문 중 사실상 환경과 관련된 사건의 상당수가 간접수용과 관련되어 있다. 조사에 따르면 1994년 이래로 현재까지 NAFTA 제11장 투자챕터에 의한 투자분쟁은 총 43건이며, 그 중 간접수용이 23건에 달할 정도로 큰 비중을 차지한다.⁴⁵⁾ 한·미 FTA에서의 간접수용 관련 내용은 23건의 간접수용 관련 법리가 축적되어 반영된 결과물이며, 지금까지 가장 구체적인 가이드라인이라고 볼 수 있다. 그리고 제11.8조(이행요건)와 제11.10조(투자와 환경) 또한 투자와 환경문제를 적절히 고려한 조항이라고 생각된다. 다만 이행요건 상 예외에 있어 환경문제로 인한 예외가 어느 범위까지 인정될지 불확실한 게 사실이나, 국제적으로 환경문제를 중시하는 분위기를 감안한다면 향후 관련 법리의 발전이 이루어지리라 예측된다.

44) 이 사건에 관한 더 구체적인 논의에 관해서는 이서연·박덕영, 앞의 각주 9 참조.

45) 앞의 각주 33, 69~71면.

IV. 결론 : 갈등의 조화점을 찾아야

한·미 FTA가 발효된 지 2년이 가까워 오고, 한-벨기에 BIT에 의거한 론스타 ISD도 현재 진행 중이다. 외국인 투자가 활발해질수록, ISD 중재가 발생할 가능성은 높아진다. 그 중에서도 투자분쟁과 환경문제는 깊은 연관관계가 있다. 게다가 그 갈등범위는 확대되어 가는 양상이다. 사실 한·미 FTA 비준과정에서 논란이 되었던 ISD의 경우 중 국내소개 사례의 대부분이 환경과 관련된 사안이었는데, 다시 말해서 자연환경 보전을 비롯한 환경보호를 위해 시행되는 각종 규제 및 행위제한이 투자자 보호와 상충되는 경우가 발생했다.⁴⁶⁾

예전에는 환경관련 문제가 이웃 국가 간에 영향을 줄 수 있는 환경규제에 대한 것이었다면, 이제는 재생에너지 조치 등 범지구적인 범위에서 발생하는 환경문제에 대처하기 위한 환경규제에 대한 것으로 확대되었다.⁴⁷⁾ 그에 따라 탄소배출권 거래제와 같은, 새롭게 도입되거나 도입될 예정인 각종 환경보전체제와 투자협정간의 충돌 발생 가능성도 조심스럽게 제기되고 있다.⁴⁸⁾

한·미 FTA는 기존의 FTA와는 달리 별도의 환경 챕터를 규정해놓는 등 상당히 진일보한 모습을 보이는 것이 사실이다. 특히 투자 챕터에서는 환경보전과 같은 정부의 공공 목적을 달성하기 위해 필요한 환경조치를 인정하는 모습이 보이고, 이행 요건상 예외 및 동 협정의 해석에 있어 투자와 환경간의 일반적 해석기준도 규정했다. 아쉬운 점도 있지만, 현재로서는 가능한 한 최선의 조치를 취했다고 생각된다.

어찌되었든 무역과 투자의 세계화와 함께 환경문제의 세계화가 동시에 진행되며 충돌하는 상황에서, 조화로운 해법을 찾기 위한 국제행위자들의 노력이 절실할 때다. 가장 근본적이고 최선의 해법은, 여러 전문가들이 지적한 바와 같이 정부조치의 투명성과 공정성을 제고시켜 관련 이해관계자들의 수궁을 이끌어내는 길, 그리고 모든 국제행위자·국내행위자들의 환경보전 인식 제고일 것이다.

46) 국회입법조사처, 「한·미 FTA 체결에 따른 주요 정책 및 입법과제」(환경 편), 549면.

47) 이태화, 앞의 각주 5(2013), 111면.

48) 배출권거래제도에서 탄소배출의 양에 대하여 정부가 부과한 Cap이 FTA의 투자규칙들에서 금지하는 '이행 요건'을 구성할 수 있다는 점을 지적하고 배출권거래제에서 배출권의 가치를 변화시킬 수 있는 다양한 규제들이 채택되는 시점에서, 이러한 배출권을 소유하고 있는 자가 재산권을 주장한다면 국제투자법적인 논란이 발생할 수 있다는 견해가 있다. 이태화, 앞의 각주 5(2013), 104면 각주 25. 그런데 선불리 언급하기가 쉽진 않겠지만, 한·미 FTA에서처럼 이행요건 부과 금지 의무의 예외사유로서 환경조치를 언급한다면 배출권거래제도는—상당한 진통이 뒤따를 수도 있겠지만—정당화될 수 있을 것으로 보이며, 또한 배출권거래제의 경우 다자간 환경협정 시행의 일환으로 시행되는 것으로서 제20.10조에 해당하는 것으로 보이기 때문에—이 또한 상당한 진통이 뒤따른 후—충돌을 막을 수는 있을 것으로 보인다.

참고문헌

- 국회입법조사처, 『한·미 FTA 체결에 따른 주요 정책 및 입법과제』(환경 편), 2012.
- 김인숙, “FTA 투자규칙상 환경보호규제에 관한 연구”, 『서울국제법연구』제19권 2호, 2012.
- 명진호 외 2명, “한·미 FTA 1주년 평가”, 『IIT Trade Focus』제12권, 14호, 2013.
- 박덕영 외 13명, 『국제투자법』, 박영사, 2012.
- 박덕영·이서연, “NAFTA 환경관련 투자중재사건 분석과 한·미 FTA에의 시사점”, 『중재연구』제22권 2호, 2012.
- 법무부, 『알기 쉬운 정책유형별 투자분쟁 사례』, 법무부, 2010.
- _____, 『한국의 투자협정 해설서』, 법무부, 2010.
- 이서연, “국제투자협정의 예외조항에 관한 연구”, 연세대학교 일반대학원 석사학위논문, 2012.
- 이서연·박덕영, “NAFTA 투자중재사건에서의 국제환경협정의 고려 - SD Myers과 Chemtura 사건을 중심으로 -”, 『서울국제법연구』 제20권 제1호, 2013.
- 이재민·문준조, 『최근 투자분쟁 사례를 중심으로 살펴본 ISD 분쟁의 주요 법적 쟁점』, 한국법제연구원, 2012.
- 이태화, “재생에너지정책과 FTA 투자규칙 간의 갈등에 관한 정책적 시사점”, 『환경정책』 제21권 1호, 2013.
- _____, “환경영향평가제도를 둘러싼 한·미 FTA 투자분쟁의 가능성” 『환경영향평가』제21권 4호, 2013.
- 한지희·박덕영, “기후변화정책과 간접수용문제”, 『국제경제법연구』제10권 1호, 2012.
- “美민주 하원 최대모임, 한·미 FTA 성과 맹비판”, 『연합뉴스』2014.01.17.
- Asteriti, Alessandra, “Waiting for the Environmentalists: Environmental Language in Investment Treaties”, 24 March 2012 in Rainer Hofmann and Christian J. Tams (eds.), *International Investment Law and Its Others*, Nomos, 2012.
- Gordon, Kathryn and Joachim Pohl, “Environmental Concerns In International Investment Agreements: A Survey”, *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2011/1, OECD Investment Division, May 2011.
- Kinnear, Meg N., et al, *Investment Disputes under NAFTA*, Kluwer Law International, 2006.
- Nikièma, Suzy H., *Best Practices: Indirect Expropriation*, International Institute for

Sustainable Development, 2012.

UNCTAD, *World Investment Report 2013 - Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, UNCTAD/WIR/2013, 27 June 2013.

Viñuales, Jorge E., “The environmental regulation of foreign investment schemes under international law”, p. 279 in Pierre-Marie Dupuy and Jorge E. Viñuales (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards*, Cambridge University Press, 2013.

ABSTRACT

The Investment Chapter of the Korea-US FTA and its Implications for Environmental Matters

Deok-Young Park

Conflict between transnational environmental issues and foreign investment in capital-importing states can be commonly found. Actually, several investor-state dispute arbitration cases like *Bilcon v. Canada*, *S.D. Myers v. Canada*, and *Metalclad v. Mexico* concerned environmental matters. States are worried about their measures for securing the environment might be deemed to go against international investment agreements and foreign investors also are anxious because of excessive regulations. Against this backdrop, stakeholders attempt to strike a balance between securing foreign investment and preserving the environment.

This article argues that the investment chapter of the Korea-US FTA tries to solve environment-investment collision in investor-state disputes. Before analyzing the provisions of the investment chapter most relevant to environmental issues, this article points out the most typical types of environmental clauses included in international investment agreements.

The investment chapter of the Korea-US FTA has provisions which effectively prevent measures from becoming useless when those measures are legitimate measures relevant to environmental matters. This does not mean that the Korea-US FTA completely solves the conflict between environmental issues and the protection of foreign investment, but still it paves the way for a prudent solution which would hash out this thorny problem.

Key Words : Korea-US FTA, Foreign Investment, Environmental Issues, Indirect Expropriation, Investor-State-Disputes