

내가 하는 사업에, 혹은 내가 사는 고장에 누군가 관심을 가지고 투자를 하겠다고 나선다면 대개는 환영할 것이다. 투자자가 외국인이라고 해서 달리 볼 일은 아니다. 그런데 만일 외국인 투자자가 돈은 한국에서 벌면서, 한국의 공공정책에 대해 한국 법원의 바깥에서 도전할 수 있다면 어떻게 될까?

이 책은 한미 FTA의 가장 큰 쟁점 중 하나인 투자자-국가 직접소송제를 본격적으로 논의한 최초의 저작이다. 한국 정부가 자청하여 이 독소조항을 한미 FTA 협정문 초안에 넣음에 따라, 이 제도에 대한 사회적 관심과 경각심이 갈수록 높아지고 있다. 외국인 투자자가 어떻게 투자자-국가 직접소송제를 이용하여 국가에 도전하는지를 이 책은 여러 사례를 통해 생생하게 보여주고 있다. 특히 호주가 미국과의 FTA에서 어떻게 이 제도를 거부하였는지를 조목조목 짚는 대목은 매우 흥미로울 뿐만 아니라, 우리사회에 시사하는 바가 많다.

저자는 단지 투자자-국가 소송제를 소개하는 데에 그치지 않는다. IMF 사태 이후, 대한민국은 더이상 과거의 한국이 아니다. 이 책은 그간 우리사회에 일어난 구조변동을 1990년대 남미, 아프리카, 아시아 여러 나라들을 휩쓸었던 '자본의 지구화' 라는 흐름의 하나로 분석한다. 그리고 그 흐름 속에서 투자자-국가 소송제를 냉정한 시선으로 성찰하고 있다. 한국사회가 과연 지금의 역사적 구조 속에서 새로운 사회적 변화와 국면을 스스로 만들어 갈 수 있느냐와 직결된 문제로서 투자자-국가 소송제를 분석하고 있는 것이다. 바로 이 점이 이 책의 미덕이며 뛰어난 성취이다.

송기호 (변호사, '민주사회를 위한 변호사 모임' FTA 소위 위원)

누가 날더러 왜 한미 FTA를 반대하는가, 왜 한미 FTA가 문제인가 딱 한 가지만 말해 보라고 한다면, 주저없이 바로 이 책의 주제인 '투자자-국가 소송제' 를 꼽을 것이다. ... 이 아담하지만 날카롭고 날렵한 '팜플렛' 은 한미 FTA의 심장을 향해 쏘는 화살이다.

이병천 (강원대 교수), '발문' 중에서



값 10,000원

ISBN 89-90274-34-6

투자자-국가 직접소송제

FTA의 지구정치경제학

홍기빈 지음

녹색평론사

# 투자자-국가 직접소송제

## investor-state claim

홍기빈 지음

### [ FTA의 지구정치경제학 ]

한미 FTA 협상 내용에 포함된 투자자-국가 직접소송제. 한국 정부의 주장과는 달리, 이 제도는 외국 투자자를 보호하는 '방패'가 아니라, 외국 투자자가 투자대상국의 법적 제도적 장치를 자신들에게 유리한 방향으로 바꾸기 위한 공격무기, 즉 '창'이다. 이것을 통해 외국 투자자들이 문제로 삼는 각종 조치는 단순히 경제적인 것만이 아니다. 그것은 환경, 보건, 안전 등과 같이 그 나라 국민들의 삶의 가장 기본적인 조건에 직결되어 있는 것들을 포함한다. 따라서 투자자-국가 직접소송제는 단지 경제적인 이해득실의 차원을 넘어 인간과 자연의 안녕이라는 삶의 기본 토대를 위협하는 근본적인 문제인 것이다.



녹색평론사

# 투자자-국가 직접소송제

## [ FTA의 지구 정치경제학 ]

홍기빈 지음

녹색평론사

투자자-국가 간 투자분쟁 해결절차는 기본적으로 투자와 관련해 내외국인 차별금지, 이행의무 부과금지 등 외국인 투자를 보호하기 위해 마련한 협정상의 중요한 의무 위반에 대해서만 제소가 가능하다. ... 따라서 투자자-국가 간 투자분쟁 해결절차는 외국인 투자를 보호하기 위한 방어적인 장치라는 개념으로 이해하면 된다.\*

투자협정에 의한 중재심판은 국제적 사업이 쓸 수 있는 무기 창고에서 갈수록 그 중요성이 커지고 있습니다. 투자협정은 물론 투자자 소송의 숫자가 계속해서 늘어가고 있는 지금, 투자자들과 기업 법률자문단들은 이 분야에서의 최신 상황을 예의주시할 것이며, 거래를 처음 시작하는 단계로부터 이 제도의 존재를 잘 명심하여 해당 정부 기관들과 벌어질 수 있는 분쟁을 미리 예상하여, 분쟁이 벌어지면 이 제도를 통해 해결하는 것이 좋을 것이라고 조언드립니다.\*\*

---

\* 외교통상부 뉴스, "FTA 투자분쟁 생겨도 공공정책 훼손 없어 : 투자자-정부 제소권에 대한 오해와 진실", 국정브리핑, 2006년 6월 11일.

\*\* Ethan G. Shenkman, "The International Comparative Legal Guide to: INTERNATIONAL ARBITRATION 2006", Global Legal Group, 결론.

한미 FTA 자체의 위험성, 그리고 이것을 현재 추진하고 있는 한국 정부의 행태와 방법 등에 대해 뜻있는 많은 이들이 말과 글로써 지적하고, 또 우리사회에 널리 알리고자 노력해 왔다. 그런 분들의 노력이 헛되지 않아, 지금 한국사회는 뜬금없이 등장해 마치 눈먼 탱크처럼 폭주하고 있는 한미 FTA에 대해 비판하는 목소리와 저항의 움직임들로 가득 차 있다.

FTA 전반에 대한 비판과 분석의 자료들을 찾는 것은 더이상 어렵지 않다. 하지만 한미 FTA는 단지 하나의 덩어리가 아니다. 금융에서 농업, 서비스를 거쳐 술한 부문에서 무수한 쟁점들과 난제들이 득실대는, 그야말로 빈대와 벼룩으로 가득 찬 초가집이다. 꼼짝없이 그 초가집에서 대대손손 삶을 펼쳐야 하는 우리들은, 그래서 한미 FTA가 이대로 체결되면 빈대와 벼룩과 온갖 흉측한 벌레들이 창궐하여 사방에서 물어뜯기게 되는 게 아닐까 하는 두려움을 당연히 느끼게 된다.

그런데 지금의 상황을 진정한 부조리극으로 만드는 것은 따로 있다. 이 모든 빈대와 벼룩을 하나하나 잡아내는 대신, 초가지붕

위에 석유를 흠뻑 끼얹고 ‘조속한 한미 FTA 체결’이라는 성냥불을 당겨, 사람이고 벼룩이고 한번에 다 태워버리자는, 그렇게 하면 초가집 전체는 물론 그 안의 사람도 벼룩도 모두 경쟁력 있는 존재로 ‘업그레이드’ 될 것이라고 외쳐대는 정부와 관변 지식인들의 태도이다. 과연 초가집 안의 우리들이 그 불길 속에서 경쟁력을 담금질하여 미국 시장으로, 세계 시장으로 훨훨 날아가는 불새로 거듭나게 될까?

우리는 이미 1997년 외환위기 이후 거의 10년의 시간을 겪어오면서, 이러한 종류의 단순무식한 신화 속에 숨어있는 단맛, 쓴맛을 실컷 보아왔다. 그때 이후 지금까지 “지구적 시장경제 시대와 경쟁력 강화”라는 거대 담론을 앞세워 모두 다 허리띠 졸라매고 불새로 거듭나면 된다는 전도사들의 주장은 나라 전체에 넘쳐났고, 또 모든 정책도 제도도 그들의 책임 하에 만들어지고 강행되었다.

하지만 ‘IMF 위기’는 갈수록 더 깊이 우리의 삶 속으로 파고들고 있으며 상황은 갈수록 악화되고 있다. 그런데도 “지구적 시장경제 시대와 경쟁력 강화”를 외쳐댔던 이들 중 아무도 책임을 지거나 지적인 반성을 하려고 하지 않는다. 오히려 “조속한 한미 FTA 체결을 통한 업그레이드”라는 또하나의 ‘불새 프로젝트’가 등장한 것이다.

지난 수년간 우리는 금융권을 필두로 하여 주요한 기간산업 부문과 수익성 높은 자산들이 대거 외국 자본의 손으로 넘어가는 것을 지켜본 바 있다. 불새는커녕 괜히 ‘불닭’이 되어 누군가의 주안상에 오르게 되거나 앓을까 두렵다. 대부분의 국민들은 한미 FTA

라는 신종 ‘불새 프로젝트’에 대해 대단히 조심스럽고 또 우려하고 있다. 선불리 그에 대한 찬반을 논하기 전에, 다시 우리가 사는 초가집 지붕을 자세히 살피면서 한미 FTA라는 거대한 ‘달’의 ‘패키지’에 도대체 어떠한 내용이 들어있는지 꼼꼼히 따져보고자 하는 사람들이 점점 늘어나고 있다. 이 책은 그 ‘패키지’ 중에서도 투자자-국가 직접소송제라는 치명적인 독소조항의 문제점을 집중해서 지적하고자 한다.

이 투자자-국가 직접소송제가 한미 FTA 협상안에 포함되어 있다는 것이 폭로되어 몇몇 지식인들이 강력하게 문제를 제기하였다. 정부의 본분은 이렇게 민간에서 제기되는 비판과 문제의식을 수렴하고 공론화하여 국민적 합의를 위한 토론의 장을 열어가는 것이리라. 하지만 한국의 외교통상부와 재정경제부는, 이 책 제7장에서 보겠지만, 그러한 공론의 장을 준비하기는커녕, 그러한 비판은 완전한 무지의 소치이거나 불순한 의도에서 나온 선동에 불과하다고 매도하였다. 게다가 한미 FTA에 포함된 투자자-국가 직접소송제는 아무런 문제가 없으며 우리 모두의 번영을 위해 반드시 필요한 제도라고 우기면서 국민들을 ‘계몽’하려는 완강한 자세를 취해왔다.

이 책은 그러한 한국 정부의 ‘계몽’에 대한 ‘반계몽’을 위해 씌어졌다. 이러한 일방적인 ‘계몽’의 논리는 피계몽자뿐만 아니라 계몽자 자신도 매한가지로 희생시킨다. 일방적 논리를 휘두르고 또 거기에 휘둘리기 이전에, 가급적 폭넓은 정보를 바탕으로 투자자-국가 직접소송제에 대해 냉철하게 살펴보는 것이 이 책의 의도이다.

이 책에서는 단순히 몇개의 사례를 들고 나서, 그로부터 도출된 주장을 목소리 높여 외치지는 않는다. 그 대신 좀 따분하더라도 차근차근 문제의 시작부터 끝까지를 순서대로 엮어나가는 방법을 취하였다. 그래서 서장에 해당하는 제1장 다음의 제2, 3, 4장은 투자자-국가 직접소송제의 역사적 기원과 진화, 그 성격의 정치적·제도적 분석 등과 같은 이론적 논의로 이루어져 있다. 만약 제2장부터 제4장까지의 '이론적 논의'가 얼른 와 닿지 않거나 지루하다면, 그리고 좀더 실천적인 관점에서 이 문제에 접근하고자 한다면, 투자자-국가 직접소송제의 '실제'에 해당하는 부분인 제5, 6, 7장부터 먼저 읽고 나서 제2장으로 돌아오는 것도 좋을 것이다. 설령 제5, 6, 7장만 읽는다고 하더라도, 지금 한미 FTA와 관련하여 투자자-국가 직접소송제의 문제점을 이해하는 데 필요한 정보와 시사점을 얻는 것은 어렵지 않을 것이다.

19세기 중엽까지만 해도 공개적으로 동료 시민들에게 어떤 문제를 제기하고 싶은 사람은 자신의 견해와 논지를 간략하게 담은 팜플렛을 자비로 출판하는 문화가 있었다. 그러한 팜플렛의 전통은 책 출간의 홍수와 인터넷의 등장, 그밖의 온갖 매체의 출현으로 이어진 20세기를 거치면서 아쉽게도 사라져가고 있는 것 같다. 이 책은 물론 정식 출판물의 형식과 분량을 갖추고 있지만, 그 의도는 19세기까지의 '팜플렛 정신'을 답고자 했다.

그러므로 이 책은 충분한 학식을 갖춘 저자가 권위 있는 견해를 제시하는 학술서적이거나, 어떤 분야 혹은 사안에 관한 정보를 일목요연하게 모아 엮은 실용서 같은 '책'이라기보다는, 한 시민이 다

른 동료 시민들과 소통하고자 하는 의도로 자신의 지식과 견해를 나름대로 조리있게 정리하여 전달하려는 '팜플렛'으로 읽혀지기를 바란다.

그리하여 이 책을 읽는 독자들이, 한미 FTA에 찬성하건 반대하건, 또는 투자자-국가 직접소송제에 대해 찬성하건 반대하건, 반드시 자신의 견해를 버려 이 문제에 대한 공공의 토론을 일으키는 데에 일조하게 된다면 더 바랄 나위가 없겠다.

2006년 10월

저자 홍기빈

# 목차

## 서문 ● 5

### 제1장 2020년 한국, 2003년 체코 공화국

1. 새장 속의 새 ● 17  
머독이 움직이기 시작하다  
공격의 화살을 정부 쪽으로 돌리다  
고양이뿐 아니라 송냥이, 호랑이도
2. 2003년 체코에서 있었던 일이 '남의 일'일까? ● 27  
미국인 로널드 라우더와 체코의 노바TV  
배신한 젤레즈니에 대한 라우더의 역공  
중재법정의 보상 판결  
투자자-국가 소송제는 글로벌 스탠더드가 아니다  
지구정치경제학으로 보자

### 제2장 투자자-국가 직접소송제는 어떻게 나오게 되었는가

1. 현대판 상인법 ● 41  
중세 상인법 성립의 배경  
주권국가의 등장 이후  
국제 중재절차의 제도화
2. 국제법 체계를 뒤엎은 자본의 공세 ● 52  
잠에서 깨어난 국제 중재절차  
2차대전 이후 '지구화'의 3단계  
전세계에 강제되고 있는 '신헌정주의'

### 제3장 '투자자의 보호'란 무슨 의미인가

1. 보호용 방패가 공격용 창으로 변하다 ● 63  
'물건'이 아닌 '자산'이 사적 소유의 대상이 되다  
'자산'이란 사회적 기득권이다  
레이건 시대의 '규제에서 파생된 수용'  
2. 나프타 11장에 나타난 '투자'와 '수용'의 의미 ● 74  
'투자'의 넓은 범위  
'간접 수용'과 '수용에 맞먹는 조치'  
3. '공공이익'은 어떻게 되는가 ● 79  
'경찰 권력'의 문제  
메탈클래드 사건 판결에 나타난 '경찰 권력'과 '수용'  
정부를 쫓아들게 만드는 된서리 효과

### 제4장 투자자-국가 직접소송은 어떻게 진행되는가

1. 국제 중재절차의 성격 ● 89
2. 소송은 누가 제기하는가 ● 92
3. 국제 중재절차는 어떻게 진행되는가 ● 97  
규칙과 절차는 양쪽 당사자들이 결정한다  
중재심판 과정은 철저한 비공개로 진행한다  
변호사는 물론 중재인도 경제적 보상을 받는다
4. 중재심판소에서 공공 영역의 사안들이 결정되는 것은 어떤 문제를 낳는가 ● 105  
정당성(legitimacy)  
투명성(Transparency)  
책임성(Accountability)
5. 새로운 지구화 전략을 떠받치는 기둥 ● 113

## 제5장 투자자-국가 직접소송의 사례들

### 1. 수자원 ● 117

백텔 대 볼리비아 사건  
비방디 대 아르헨티나 사건  
아주리 대 아르헨티나 사건  
선벨트 대 캐나다 사건

### 2. 환경 및 폐기물 ● 132

메탈클래드 대 멕시코 사건  
마이어스 대 캐나다 사건  
에틸 대 캐나다 사건

### 3. 공공서비스와 경제 정책 ● 142

UPS 대 캐나다 사건  
아르헨티나에 대한 외국 투자자들의 집중공격

### 4. 미국 텍사스 농부 대 멕시코의 ‘물꼬 싸움’ ● 148

## 제6장 호주 국민들은 왜 투자자-국가 직접소송제를 거부했는가

### 1. ‘정복자’가 된 투자자들의 ‘승전 배당금’ ● 157

최근의 추세  
안팎의 비판  
다자간 투자협정(MAI)은 어떻게 좌초했는가

### 2. 호주는 어떻게 직접소송제를 물리쳤나 ● 170

MAI가 일깨운 경각심  
상원 자문위 “미국 기업이 부당한 권력을 갖게 된다”  
미국은 왜 뒤로 물러났는가  
대선주자 존 케리의 견제

## 제7장 다시 2006년 대한민국

### 1. 한국 정부가 투자자-국가 직접소송제를 이해하는 방식 ● 183

‘구조조정’에 이은 ‘국가사회 속살 공격’  
대한민국 정부의 안이한 인식과 이해  
■ 투자자-국가 직접소송제의 성격 ■ 투자자-국가 직접소송제의 적용 범위  
■ 투자자-국가 직접소송제에 대한 기존의 비판 ■ 정부가 나아가야 할 방향  
정부의 인식에 대한 이 책의 논평  
■ 투자자-국가 직접소송제의 성격 파악에 대하여  
■ 투자자-국가 직접소송제의 적용 범위에 대하여

### 2. 투자분쟁 관할권 이전은 ‘주권양도’ ● 193

‘수용’에 대한 한국 정부의 이견, 유지될 수 있을까?  
‘법적 관할권 이전’은 투자자-국가 직접소송제의 핵심  
“적용이 철저할 수도, 느슨할 수도, 안될 수도 있다”

### 3. 지구정치경제학의 관점에 서서 ● 204

흐림 없는 눈으로  
우리는 어떤 ‘국면’에 있는가  
우리에게는 가능한 것이 아직 많이 남아있다  
‘우리의 대안’ 만들기에 나서자

## 참고문헌 ● 214

## 후기 ● 221

## 발문 | 한미 FTA는 어떻게 나라를 죽이는가 이병천 ● 224

# 제1장

2020년 한국, 2003년 체코 공화국

## investor-state claim

## 1. 새장 속의 새

노무현 정부는 기어코 2007년에 한미 자유무역협정(FTA)을 체결하고 2008년 1월 1일을 기해 발효시켰다. 2년 뒤인 2010년 미디어 거물 루퍼트 머독은 한국의 서울방송을 접수하기 위한 공작을 시작한다.

루퍼트 머독이 엄청난 크기와 발전 가능성을 가진 중국 등 아시아의 미디어 및 광고 시장에 뛰어들기 위해 1990년대부터 동분서주해 온 것은 잘 알려져 있다. 하지만 문화적 차이와 방송이라는 예민한 부문을 둘러싼 각종 규제와 장벽으로 인해 그의 아시아 진출이 그다지 순조롭지는 않았다. 그런데 아시아 문화권에서 상당한 위력을 가진 한류 대중문화의 발원지인 한국이 한미 FTA를 통해 각종 규제를 해제하고 미국과 동일한 사업조건을 제공하기 시작했다는 사실은 아시아 진출의 안정된 발판을 바라는 그에게 낭보가 아닐 수 없었다.

### **머독이 움직이기 시작하다**

하지만 한미 FTA가 머독에게 무엇이나 할 수 있도록 모든 환경을 갖추어준 것은 아니었다. FTA 체결 과정에서 방송계와 방송노동자들의 반대, 그리고 국내 문화 인프라의 붕괴를 우려한 국민 여론으로 인해 몇가지 장벽들은 남았다. 그 중 대표적인 것은, 외국인 소유의 회사는 한국의 공중과 텔레비전 방송을 직접 소유할 수 없다는 규제였다. 그래서 머독은 다른 방법을 생각해내는 수밖에 없었다.

마침 서울방송은 소유구조의 일대 변화를 겪고 있었다. ‘방송설립 허가’라는 무형자산은 노종현이라는 이가 사장으로 있는 ‘열린나라’라는 법인이 보유하고 있었다. 머독은 재빨리 노종현과 접촉하고 작전을 짠다. 먼저 머독은 한국과 투자협정을 맺고 있는 싱가포르에 ‘범아시아 미디어사업단(Pan-Asian Media Enterprise: PAME)’이라는 회사를 설립한다. PAME는 거액의 자본을 투자해, 방송설립 허가를 갖고 있는 ‘열린나라’와 함께 ‘새서울방송’이라는 회사를 새로 설립하고 그 지분을 8대2로 나눠 갖는다.

노종현은 머독에게 융통한 거액의 자금으로 ‘열린나라’의 지분을 대폭 늘려 지배주주가 됐다. 그 조건은 노종현이 자신의 지분을 이용해 ‘열린나라’가 ‘새서울방송’의 의사결정 과정에서 항상 머독과 PAME의 뜻에 따라 움직이겠다고 명시적으로 약속하는 것이었다. 이러한 관계를 바탕으로 머독과 PAME는 ‘새서울방송’의 사실상의 소유주가 되고 노종현은 그 최고경영자의 자리에 앉는다.

그 이후 ‘새서울방송’은 머독의 폭스TV를 벤치마크로 하여 공격적인 프로그램 편성과 기획으로 방송계 구도를 뒤흔든다. 미국

에서 흥행에 성공한, 강도 높은 폭력과 섹스를 담은 선정적 프로그램을 수입해 방영하거나 이런 것들을 모델로 국내에서 자체 제작한 프로와 시트콤을 저녁시간에 전면 배치한다. 또 이미 한국의 지배적인 문화코드가 된 미국식 생활과 정서를 흠뻑 느낄 수 있는 토크쇼나 오락물을 영어해설과 덧붙여 방영한다. 교양물도 있긴 하지만, 그 내용은 주로 비행접시나 ‘체험! 원조교제’와 같은 선정적인 화젯거리 위주다. 뉴스 프로에 대한 시간배분은 줄이고 여론몰이에 유리한 쟁점들을 집중 보도해 사회적 담론에 대한 파괴적 영향력을 높인다.

이러한 공격적 전략은 대성공을 거두어 광고시장에서도 ‘새서울방송’은 독보적인 존재로 성장한다. 매 분기마다 당기순이익의 기록적인 신장이 이루어지고, 그 돈은 PAME를 통해 머독의 손으로 들어간다. 머독은 한국 방송시장에서 거둔 이런 성공을 발판으로 해서 미국식과 적절히 ‘퓨전’된 한국 콘텐츠를 개발하고 이를 ‘신한류(NEO 韓流)’로 포장해 아시아 시장으로 힘을 확장한다. 나스닥에 상장한 PAME 주식의 시세는 연일 기록을 갱신하며 치솟고, 머지않아 PAME는 아시아 전체의 매체 및 광고 시장에 대한 주도권을 갖게 될 것이라는 평판을 얻는다.

‘새서울방송’은 선정적인 매체뿐 아니라 저명한 계간지나 우수한 일간지는 물론 인터넷 포털도 소유하고 출판사와 음반사, 미술관까지 거느린 미디어 복합기업이 되며, 그 최고경영자인 노종현은 한국사회에서 사회적 권력자로 떠오르게 된다.

물론 비난여론이 들끓는다. 부모들은 진저리를 친다. 저녁식탁에서 아이들과 나란히 앉아 바라보는 텔레비전 화면에서 매일갈

이 반쯤 벗은 남녀들이 떼거리로 나와 총질, 칼질과 끈적이는 눈 질, 몸짓을 하는 장면을 보아야 하니 그럴 만도 하다. 한국문화의 정서와 언어의 아름다움이 국적불명의 미국식 문화에 파괴된다는 목소리가 높아진다. 사회 전체 여론이 ‘새서울방송’에 의해 마구 휘둘리는 것을 보면서 사람들은 한국에서는 이제 언론의 자유와 중립성은 사라졌다고 한탄한다. 해마다 방송과 광고 시장에서 엄청난 돈이 해외로 빠져나가는 것에 대해서는 ‘국부유출’이라는 비난이 쏟아진다.

방송위원회가 수도 없이 권고와 경고를 날리지만, 이 ‘막가는’ 초국적 미디어 회사 앞에서는 바퀴 앞 사마귀다. 되레 노종현 사장이 정규 방송시간에 등장해 ‘새서울방송’에 쏟아지는 온갖 비난 이야말로 “이 세계화의 시대에 19세기식 종속이론이나 들먹이는 시대착오”라는 입장연설을 하고, 이런 그의 연설은 전국에 방영 된다.

2014년에 노종현 사장은 드디어 문화방송 인수 작업에 착수한다. 문화방송의 최대주주인 KBS는 심한 재정난에 시달리고 있었는데, ‘새서울방송’의 주식을 넘겨받아 일종의 상호출자 구조를 만드는 조건으로 자사가 보유한 문화방송 주식을 대거 매각하기로 한 것이다. 이런 사실이 알려지자 한국사회는 충격과 공포에 휩싸인다. 이제 한국의 민간 공중파 방송은 모조리 루퍼트 머독과 노종현의 손으로 넘어갈 위기에 처한 것이다.

### **공격의 화살을 정부 쪽으로 돌리다**

그러나 노종현 사장의 육일승천 성공담은 여기까지다. 이때부

터는 상황이 전혀 예측하지 못한 방향으로 진행되고, 그 불똥은 어이없게도 한국 정부와 국민들이 모조리 뒤집어쓰게 된다.

일개 작은 회사의 경영자였다가 언젠가부터 갑자기 사회적 거물로 성장해 거들먹거리게 된 노종현을 머독은 경계의 눈초리로 보고 있었다. 혹시 노종현이 자신의 개인적인 정치적 목적을 위해 ‘새서울방송’에 대한 경영권과 그 자산을 남용하는 게 아닌가 하는 것이 머독의 우려였다. 마침내 머독과 PAME는 2015년 ‘새서울방송’의 주주총회에서 노종현을 최고경영자 자리에서 해고시킨다. 이때부터 노종현과 머독은 만화 ‘툼과 제리’를 능가하는 숨바꼭질을 시작한다.

노종현은 방송설립 허가라는 무형자산을 여전히 보유하고 있는 ‘열린나라’를 새로운 법인으로 등록하고 머독과 PAME가 소유하고 있는 ‘새서울방송’ 법원에서 빠져나와 독자적으로 방송국을 운영해 나간다. 그리고 그 전까지 미국 쪽 콘텐츠나 각종 서비스의 구매처였던 PAME와의 거래를 모두 끊어버린다. 이른바 ‘내부인수’를 결행한 것이다.

혹을 떼려다 암에 걸린 격이었다. 노종현을 축출하기는커녕 줄지에 방송국을 잃게 된 머독과 PAME는 선불 맞은 멧돼지마냥 이리저리 날뛰며 온갖 공격방법을 생각해낸다. 먼저 한국의 법원에 3조원 규모의 초대형 소송을 제기하는 한편 노종현이 보유하고 있는 주식에 대한 가압류 신청을 낸다. 하지만 이런 조치는 별로 효력이 없을 것이었다. 한국의 법원에서 이미 한국 굴지의 권력자로 큰 노종현에게 3조원의 돈을 뺏아내라는 배짱 좋은 판결을 할 돈키호테 같은 판사가 과연 있겠는가.

머독은 자신이 아는 워싱턴의 실력자들로 하여금 한국 정부에 압력을 넣도록 하는 방법도 쓴다. 하지만 한국 정부는 “민간 방송사의 소유구조 문제는 정부 소관이 아니라 독립기관인 방송위원회의 관할”이라고 발뺌한다. 머독은 방송위원회로 가서 ‘새서울방송’의 소유지배 구조를 원상회복시켜 달라고 요청한다. 그런데 방송위원회도 법원의 결정이 나오기 전에는 개입할 수 없다는 식으로 발뺌한다.

이때 노종현이 회심의 반격을 한다. 법원의 가압류 명령이 내려졌음에도 노종현은 자신이 보유한 ‘열린나라’ 지분의 대부분을 자신에게 우호적인 여러 사람들에게 분산시키는 작업에 나섰다. 그렇게 되면 법원에서 머독과 PAME가 승리한다 해도 노종현 개인이 가지고 있는 지분은 이미 매우 낮아진 뒤이니 예전의 소유지배 구조를 회복시킬 길이 없어질 것이다. 그러나 노종현이 이렇게 주식 분산을 하려면 방송사 소유구조 감독기관인 방송위원회의 재가를 받아야 한다. 노종현은 정교한 논리와 자신의 권력을 이용해 방송위원회로 하여금 그러한 재가를 내리도록 설득하는 데 성공했다. ‘제리’는 이제 무사히 담장 밖으로 넘어간 셈이었다.

고생만 하고 헛물만 켜 ‘뚝’이 되어버린 머독과 PAME는 이제 ‘제리’ 대신 엉뚱하게도 ‘새장 속의 새’를 노리기로 마음먹었다. 한국 정부는 이 숨바꼭질에서 머독과 PAME와 같은 외국인 투자자를 전혀 보호하지 않고 은근히 노종현의 책략을 방기하는 행태를 보였다. 정부는 방송의 소유 문제가 정부 소관이 아니라고 방송위원회로 밀어놓고, 방송위원회는 재판이 나오기까지는 어느 편도 들 수 없다고 해놓고서 어느 새 노종현의 논리에 넘어가 그 소유 이전

을 인정해버렸으니, 이는 명백히 외국인 투자자에 대한 차별적 행동이고 국가는 이를 전혀 감시·감독하지 않았다는 것이다. 그 결과로 PAME의 자산은 가치가 심각하게 줄어들게 되었으니, 한국 정부는 ‘간접적 수용(indirect expropriation)’에 맞먹는 행위를 한 것이다. 그러니 그같은 수용에 걸맞는 보상을 할 책임이 한국 정부에 있다. 머독과 PAME는 이런 논리에서 한미 FTA와 같은 조약에 명기된 투자자-국가 직접소송(investor-state claim) 조항을 이용해 한국 정부를 고소한다는 전략을 세웠다.

머독과 PAME에게는 두 가지 선택이 있었다. 하나는 싱가포르에 자리잡은 PAME가 한국과 싱가포르 간 FTA를 근거로 국제 중재재판을 시작하는 것이고, 다른 하나는 미국 국적을 갖고 있는 머독이 한미 FTA를 근거로 국제 중재재판을 하는 것이다. 어떻게 할 것인가. 머독과 PAME는 이 두 가지 모두를 동시에 진행하기로 한다. 두 FTA를 근거로 하여 대한민국 국가를 상대로 각각 50억 달러짜리 손해보상 소송을 제기하기로 한 것이다.

국제 중재기관에서 소송을 진행하는 비용이 만만한 것은 아니다. 하지만 소송에서 이길 경우 획득할 수 있는 보상액에 비해서 는 소송비용이 큰 것은 아니다. 게다가 투자자-국가 소송제도에 는 중요한 비대칭적인 특징이 있다. 투자자는 국가를 대상으로 소송을 걸 수 있지만 국가는 투자자를 대상으로 소송을 걸 수 없다. 따라서 머독과 PAME의 입장에서 보면, 한국 정부가 패소하면 큰 돈을 얻게 되지만 설령 자신들이 패소한다고 해도 소송비용 외에는 잃을 것이 없다. 게다가 미국과 싱가포르 두 군데서 제기하는 소송은 각각의 독립된 중재인단에서 진행하게 되어있다. 두 마리

말 모두에 판돈을 걸어보는 것이 승률을 높이는 데 유리하지 않겠는가.

이리하여 2017년, PAME가 한국-싱가포르 FTA에 의거하여 건 소송은 제네바에서, 머독이 한미 FTA에 의거해 건 소송은 런던에서 각각 별개의 국제 중재인단에 의해 진행되기 시작한다. 투자자-국가 직접소송제를 명시한 FTA를 체결해 놓은 한국 정부는 손발이 묶인 '새장 속의 새'의 입장이어서 꼼짝없이 제네바와 런던으로 끌려나가 고양이의 발톱과 이빨에 맞서 싸우는 수밖에 없었다. 한국 정부는 1,000만 달러에 가까운 소송비용을 써가면서 소송에 대응하고 나선다.

머독도 얌전히 앉아서 판결을 기다리고만 있지는 않는다. 지구적 미디어 황제라는 자신의 위치가 주는 힘을 이용해 온갖 방법으로 한국이 투자자들에게 얼마나 끔찍한 곳인가를 선전하고, 절대 한국에는 투자하지 말라는 국제적 캠페인을 대대적으로 벌인다. 그 영향으로 국제 투자자들은 한국에 대한 큰 규모의 투자계획들을 보류시킨 채 판결의 추이에 관심을 집중한다.

### **고양이뿐 아니라 송냥이, 호랑이도**

중재재판이 몇년에 걸쳐 이어지더니 판정이 나오기 시작한다. 먼저 2019년에 나온 런던에서의 판정은 머독의 완패다. 머독이 주장한 자신의 부당한 피해란 대부분 근거가 없으며, 한국 정부는 아무런 보상책임도 없다는 것이 중재인들이 만장일치로 내린 결론이다. 그런데 다음 해인 2020년에 제네바에서 폭탄이 날아온다. 제네바 국제 중재재판에서는 정반대의 판정이 나온 것이다.

한국 정부가 PAME에 35억 달러의 보상금을 지급하라는 것이다.

한국은 충격에 휩싸인다. 머독과 노중현이 벌인 숭바꼭질의 뒷감당이 모조리 정부의 몫으로 돌아온 것이다. 이미 한국 정부는 연간 4조원가량의 적자로 재정을 운영하고 있었는데, 이제 적자가 줄지에 두배 가까이로 늘어나 버렸다. 하지만 여의도와 청와대의 공통된 의견은 군말 없이 보상금을 어떻게든 내야 한다는 것이다. 이미 머독의 공작 탓에 불안해진 국제 투자자들 사이에서 한국의 입지를 더이상 악화시킬 수 없기 때문이다. 외통부 장관은 성명을 통해 '국제적 평판'의 유지를 최우선 과제로 삼아 조속한 시일 내에 전액을 보상하겠다는 입장을 내외에 천명한다.

문제는 돈을 어떻게 조달할 것인가다. 머리를 맞대보지만 쉬운 답은 없다. 보상금 지급이 늦어질수록 이자비용은 커질 것이고, 국가신인도도 문제다. 결국 정부와 여당은 부가가치세율을 일시적으로라도 올리는 수밖에 없다는 결론에 도달한다. 부담이 고스란히 한국 국민들 전체에게 돌아가게 된 것이다.

하지만 한국 국민들의 시련은 이제부터 시작인지도 모른다. PAME의 성공담은 그간 십몇년 동안 한국에 진출하는 과정에서 비슷한 경험을 한 바 있는 다른 국제자본들에 꿈과 희망을 심어주는 북소리이자 춤사위였다. 꽤 오래 전에 외환은행을 인수했다가 '정부기관의 횡포'로 인해 거액의 세금을 뜯긴 바 있었던 미국의 투기자본 론스타가 한국 정부를 상대로 머독의 소송보다 몇배나 되는 거액의 손해보상 소송을 준비하기 시작했고, 한국전력을 탐내다가 물러났던 일본 금융회사로부터 한국이동통신을 노리던 핀란드 회사까지 줄줄이 투자자-국가 직접소송제를 활용해 한국 정

부로부터 모두 수습조원을 뜯어갈 전략을 세운다. 이제 '새장 속의 새'는 제네바로, 스톡홀름으로 불러 다니면서 고양이뿐 아니라 승냥이, 호랑이의 공격도 받아야 할 처지가 된 것이다.

글 서두에 느닷없이 웬 '가상 소설'이냐고 불쾌해 할 독자들이 있을지도 모르겠다. 아직 시작도 하지 않은 한미 FTA에 대한 비판이 왜 이런 '터무니없는', '엽기적 공상'으로 가득 찬 이야기에 기대야 하는 것인가! 옳은 말씀이다. 그러나 다음 이야기를 읽으면 그런 불쾌감은 사라질 것으로 믿는다.

## 2. 2003년 체코에서 있었던 일이 '남의 일'일까?

이번에는 2003년에 체코 공화국에서 실제로 일어난 일을 보자. 앞 글의 표현과 어투는 물론 그 내용까지 이번 글에 반복된다는 점에 대해 미리 용서를 빈다. 앞글은 가상의 상황에 대한 것이고 이번 글은 실제 상황에 대한 것이긴 하지만, 두 상황의 대칭성에서 비롯된 것이니 필자의 무딘 글 솜씨만 탓하지는 말아주길 바란다.

### 미국인 로널드 라우더와 체코의 노바TV

1990년대 초에 공산주의 체제가 종식된 이후 새로이 나라 건설을 하느라 바쁜 체코 공화국은 텔레비전과 라디오 분야 모두에 대해 민영 방송국 설립을 허가하기로 결정하고, 한정된 수의 방송국 설립허가를 따기를 원하는 민간 지원자들을 모집한다. 체코인인 블라디미르 젤레즈니(Vladimir Zelezny)는 이 기회를 활용해 체코의 지식인들 몇명과 함께 CET21이라는 작은 회사를 만들어 텔레비전 방송국 설립허가를 따낸다.

한편 미국의 화장품 재벌이자 공산주의 몰락 이후 새롭게 열리기 시작한 중유럽 나라들의 방송과 매체 시장 진출을 노리고 ‘중유럽 미디어(Central European Media Enterprise: CME)’라는 회사를 설립한 미국인 로널드 라우더(Ronald Lauder)는 재빠르게 1993년에 켈레즈니와 접촉했다. 중유럽 전체로 도약할 발판을 체코 공화국에 마련할 수 있겠다는 계산에서였다.

라우더는 흥정에 성공했다. 그는 TV 방송국 설립에 필요한 자본을 댔고, 그 돈으로 켈레즈니는 방송설립 허가를 무형자산으로 갖고 있는 CET21에 대한 지분을 늘려 이 회사를 완전히 자기소유로 만든다. 그 대신 켈레즈니는 자신의 지분에서 나오는 의결권을 항상 라우더의 회사인 CME와 일치하는 방향으로 행사하기로 약속했다. 이리하여 체코 최초의 민영 영어 텔레비전 방송인 ‘노바TV(TV Nova)’가 생겨났다.

노바TV를 운영하는 회사인 CNTS(Ceska Nezavisia Televizni Spolecnost)의 지배소유구조는 약간 복잡하게 되어있었다. 라우더의 CME가 압도적 지분(2000년 당시 93%)을 갖고 있었고, 그 나머진 약간의 지분을 CET21과 체코의 한 은행이 나누어 갖고 있었다. CET21의 경우는 지분 중 60% 이상을 켈레즈니가 가지고 있었고 그는 명시적으로 CME에 절대적 충성을 서약한 바 있기에 사실상 이 회사 전체가 라우더와 그의 회사 CME의 것이라고 할 수 있었다. 물론 그 대가로 켈레즈니는 CNTS의 CEO가 된다.

그 뒤 노바TV의 행보는 극적인 성공과 극도의 비난이 엇갈리는 과정이었다. 노바TV는 체코 방송위원회 등의 규제를 철저히 무시하고 미국식 오락프로와 섹스 및 폭력물 등으로 공격적인 편성을

하는가 하면 뉴스를 비롯한 각종 프로그램의 제작과 편성에 적극적으로 개입하면서 사업상의 이익을 늘리는 데 주력했다. CME가 미국 나스닥에 제출한 회사설명서(prospectus)에는 당연히 언론 편집의 독립성과 공정성 및 공공성을 존중한다고 써어 있었지만, 이는 실제와 다른 것이었다.

그 결과 1996년이 되면 노바TV는 체코 인구의 70%가 즐겨 시청할 정도가 됐다. 광고시장에서 막강한 힘을 갖게 된 CNTS는 1996년 1~9월 중 노바TV 방송국 운영비용으로는 600만 달러를 지출하는 데 그쳤지만 세전 수익은 7,000만 달러나 거두었다(체코 잡지 <튀덴(Tyden)> 1997년 1월 13일자). 이런 성과를 바탕으로 CME는 우크라이나 등 다른 유럽 국가들의 방송시장에도 진출했고, 나스닥에서 CME의 주가는 한없이 치솟았다. 1996년에 <파이낸셜 타임스>는 2000년경이 되면 약 30억 달러에 달하게 될 동유럽의 광고시장을 CME가 장악할 것이라고 내다보기도 했다.

하지만 라우더와 그의 회사 CME의 이러한 성공은 체코 국내에서 큰 반발에 부딪혔다. 엄청난 돈이 국외의 초국적기업으로 빠져 나간다는 것 외에도, 오랜 전통을 가지고 있는 체코 사회의 문화적 기풍을 정면으로 해치고 있다는 것이었다. 이에 체코 방송위원회는 수차례에 걸쳐 규정을 제대로 지킬 것을 요구했으나 이미 막강한 사회적 권력을 갖게 된 노바TV는 꿈쩍도 하지 않았고, 되레 정규 방송시간 중에 사장인 켈레즈니가 나와 정부와 관료들을 가리켜 “국부유출이 어찌고 하는 해묵은 공산주의자들”이라고 비난하는 내용의 일장연설을 하는 대답함을 보인다.

이미 CME는 노바TV 외에도 라디오방송국, 잡지, 신문 등의 매

체 다수를 장악하고 있는 사회적 권력으로 변해 있었다. 1999년 4월에 행해진 여론조사에 의하면 체코 국민들의 40퍼센트는 체코의 언론자유가 사라졌으며, 이런 답변을 한 이들 중 상당수는 그 원인을 매체가 외국인들에 의해 소유돼 있다는 데서 찾았다.

1997년 4월 17일, 젤레즈니가 체코 의회에 출석해 CME가 체코에서 두번째로 큰 상업 텔레비전 방송인 노바TV를 통해 ‘프리마TV(Prima TV)’를 인수하는 작업에 착수했다고 발표했을 때 그의 성공신화는 절정에 이르렀다. 프리마TV의 대주주인 체코의 국영 은행이 노바TV에서 내건 조건에 응함으로써 주식매매에 합의했다는 것이었다. 이 발표 직후 체코 의사당에서는 거의 난장판에 가까운 대소동이 벌어졌다고 한다. 발표된 대로라면 체코의 민영 TV 방송은 사실상 CME에 전부 장악당하는 결과가 될 것이기 때문이었다.

### 배신한 젤레즈니에 대한 라우더의 역공

그러나 성공담은 여기까지이며, 이후의 이야기는 사뭇 다른 방향으로 전개된다. 체코 사회에서 일급의 거물로 성장한 젤레즈니가 라우더와 CME를 배신하고 독자행보를 시작한 것이다. 관계가 악화된 라우더와 CME는 1999년 3월에 젤레즈니를 해고해버린다. 하지만 방송국 설립허가를 보유한 회사는 CET21이었고, 이 회사에 대해서는 젤레즈니가 홀로 60%의 지분을 갖고 있었다.

젤레즈니는 이름만 바꾼 새로운 법인을 설립하고 독자적으로 계속 노바TV를 운영하는 한편, CME나 CNTS로부터의 서비스 구매를 중단하고 일체의 관계를 끊어버리면서 이른바 ‘내부인수’를

거행한다. 줄지에 방송국을 빼앗기게 된 라우더와 CME는 체코 사법기관에 3억 달러 규모의 고소를 하지만, 체코의 재판소가 젤레즈니와 같은 정치적 거물에 불리한 판결을 내릴 것을 기대하긴 어려운 일이었다. 이때부터 라우더와 CME는 아예 체코 정부를 사냥감으로 삼기 시작한다.

라우더와 CME 측의 로비에도 불구하고 체코 정부는 방송사의 문제는 독립기관인 방송위원회 소관이므로 정부에서 할 수 있는 일이 없다고 공언했다. 이에 라우더와 CME는 노바TV의 원래 지배소유 구조를 회복시켜 줄 것을 방송위원회에 요청했지만, 방송위원회는 법원에서 판결이 나오기 전에는 노바TV의 일에 휘말릴 수 없다는 입장을 표명했다. 그 사이에 젤레즈니는 자신에게 우호적인 이들에게 자신의 보유주식을 이전시켰다.

이런 젤레즈니의 행동은 상황을 돌이킬 수 없는 것으로 만들었다. 이제 체코 국내의 법원에서 라우더와 CME가 승리하여 노바TV의 원래 지배소유 구조를 회복시키라는 명령을 받아낸다 해도, 젤레즈니의 손에 남은 주식은 이미 극히 소량에 불과하게 된 것이다. 게다가 젤레즈니의 주식 이전을 방송위원회가 승인하였다는 것이 또다른 빌미가 되었다. 이제 라우더와 CME는 감독 소홀로 인한 피해에 대해 배상할 책임자로 체코 정부를 몰아세우기로 작정한다.

라우더와 CME는 각종 양자간 투자협정에 포함되어 있는 투자자-국가 직접소송 조항에 호소하여 체코 정부를 국제 중재기관으로 끌고 가 손해보상을 청구하기로 했다. 이들은 체코 정부의 감독 소홀이 결국 자신들이 체코에 투자한 자산의 가치를 심대하게

훼손했고, 결국 이는 사적 소유물의 ‘수용(expropriation)’에 해당 하는 것이므로 마땅히 정부가 보상해야 한다는 논리를 폈다.

라우더와 CME에게는 두 가지 선택이 있었다. 먼저, 1991년 발효된 네덜란드와 체코 사이의 양자간 투자협정을 이용할 수 있었다. CME는 조세회피지역인 버뮤다와 네덜란드 모두에 기반을 둔 회사이기 때문이었다. 또 미국과 체코가 1958년에 맺은 조약을 이용할 수도 있었다. CME의 소유자인 로널드 라우더가 미국인이기 때문이었다. 이들은 두 가지 모두를 이용하기로 했다. 즉 라우더와 CME가 각각의 투자협정을 이용하여 따로따로 체코 정부를 상대로 5억 달러의 손해보상 청구 소송을 걸기로 한 것이다.

이리하여 로널드 라우더 개인이 시작한 소송의 국제 중재재판이 런던에서, CME가 시작한 소송의 국제 중재재판은 스웨덴의 스톡홀름에서 각각 시작됐다. 재판이 진행되는 가운데 로널드 라우더는 <뉴욕타임스>와 <워싱턴포스트>에 광고를 실어 체코가 얼마나 투자자들이 살아가기에 힘든 곳인지, 그래서 투자자들이 얼마나 체코를 멀리해야 하는지를 열심히 홍보했다. 하지만 판세는 그다지 희망적이지 않았다. 2001년 2월 암스테르담의 국제 중재재판에서 벌어진 CME와 켈레즈니 개인 간 소송에서 CME는 부당한 피해를 입은 것이 전혀 없으며, 따라서 CME 쪽이 제기한 보상 요구는 근거가 없다는 판결이 나왔다. 곧이어 9월 초 런던에서 벌어진 라우더와 체코 정부 사이의 재판에서도 재판관 만장일치로 체코 정부는 문제된 거의 모든 쟁점에서 책임이 없으며 따라서 보상의 의무도 없다는 판결이 나왔다.

## 중재법정의 보상 판결

그런데 2003년 3월에 CME와 체코 정부 간 소송의 스톡홀름 중재재판에서 반전이 일어났다. 스톡홀름 중재법정은 CME가 체코 정부의 부당한 조치에 의해 피해를 입었으며, 따라서 체코 정부는 3억5,000만 달러를 보상하라고 판결한 것이다. 이는 체코 국내에 엄청난 충격을 불러일으켰다.

체코 정부가 이미 두건의 소송에 1,000만 달러의 비용을 지출한 데 이어, 이제는 3억5,000만 달러라는 훨씬 더 큰 부담이 정부재정에 얹혔다. 체코는 인구 1,000만명, 일인당 국민소득 1만 달러 정도의 작은 경제다. 이 나라에서 3억5,000만 달러는 나라 전체 의료보험의 1년 예산에 맞먹는 금액이며, 인구와 국내총생산(GDP) 규모에 비추면 이는 영국이라면 105억 달러, 독일이라면 140억 달러나 마찬가지인 부담이었다.<sup>1)</sup> 게다가 체코 정부는 이미 3억6,000만 달러 정도의 기록적인 재정적자에 시달리고 있었으니, 줄지에 정부적자가 두배로 늘어난 셈이 되었다. 그리고 지불이 늦어질 때에는 이자비용도 만만치 않을 것이며, 재정악화로 인한 국가신인도 등의 문제도 불거지게 된다.

하지만 대부분의 체코 정치가들은 군말 없이 가급적 조속한 시일 내에 보상금 전액을 지불해야 한다는 공감대를 이루고 있었다. 이유는? 가뜰이나 라우더의 국제적 캠페인으로 악화된 국제 투자자들 사이에서 체코의 이미지가 더 나빠질 수 있다는 우려 때문이

1) 수치 평가는 CME (2003) 36-7pp., (Van Harten (2005) 601p.에서 재인용). 영국은 인구 약 6천만에 일인당 국민소득 약 2만 달러 정도로 우리나라보다 약간 큰 규모이다.

었다. 외교장관 키릴 스보보다(Cyril Svoboda)가 말한 대로 ‘국제적 평판(reputation abroad)’이 문제라는 것이었다. 하지만 그런 막대한 돈을 어디서 조달할 것인가? 논의가 들끓었지만, 정부에서는 각종 부가가치세를 늘리는 쪽으로 이야기가 되어가고 있었다. 이미 두건의 소송비용으로 나간 돈 외에 라우더와 CME에 갖다바칠 보상금까지 체코 국민들이 물어내게 된 것이다.

체코 국민들의 시련은 여기서 끝날 것 같지 않았다. 라우더와 CME의 성공담은 수많은 다른 나라의 국제 투자자들로 하여금 투자자-국가 직접소송제를 이용해 체코 정부로부터 큰 돈을 뜯어내도록 자극했기 때문이다. 네덜란드에 있는 일본 노무라 금융법인의 자회사인 살루카 투자(Saluka Investments)는 이미 2000년에 벌어진 ‘IPB 은행’ 파산 과정에서 자신들이 당한 차별을 이유로 10억 달러의 소송을 제기해 재판이 진행중이었다. 이밖에도 여러 사례들에서 피해를 보았다고 주장하는 투자자들이 CME 사건에 고무되어 체코 정부에 으름장을 놓는 등 기세를 올렸다. 이것이 2003년 체코의 풍경이었다.<sup>2)</sup>

이런 체코의 사례는 몇개의 작은 나라들과의 FTA를 거쳐 이제 미국이라는 경제대국과의 FTA를 향해 달려가고 있는 우리에게 여러가지 생각할 거리를 던져준다. 외국자본에 의한 지배소유구조의 복잡한 변형, 방송의 공공성 파괴, 이로 인한 국내의 사회적 분란과 동아시아 차원의 시장구조 변동... 하지만 어찌 보면 이러

2) 이상의 정황은 다음의 자료들을 종합하여 재구성한 것이다. Culik (1997a), Culik (1997b), *World Press Freedom Review* (1999), *East European Constitutional Review* (2000), CET21 (2001), Peterson (2003a), Choudry (2003), Van Harten (2005).

한 것들은 굳이 FTA라는 형식적 틀이 없어도 자본의 지구화로 달려가고 있는 전세계 모든 나라가 이미 마주쳤거나 언젠가는 한번씩 마주치게 될 문제일지 모른다.

여하튼 앞의 두 가지 이야기에서 특히 주목해야 할 부분은 후반부의 기막힌 반전이다. 초국적 미디어 기업과 지역 및 국내의 미디어 산업 간 각축전 및 이전투구는 냉혹한 비즈니스 세계의 일상이며 어제오늘의 일도 아니다. 그런데 FTA나 양자간 투자협정(BIT)을 맺은 나라들의 경우 그 이전투구의 흠뻑물이 엉뚱하게도 정부, 그리고 나아가 국민 전체의 머리 위로 쏟아지는 것이다. 어찌서 이런 일이 가능한 것인가. 바로 그러한 조약이나 협정 안에 들어있는 투자자-국가 직접소송제라는 희한한 제도 때문이다.

### 투자자-국가 소송제는 글로벌 스탠더드가 아니다

지난 5월 19일 <프레시안>의 보도를 통해 우리는 한사코 숨겨온 한미 FTA 협상안에 바로 이런 투자자-국가 직접소송제가 포함되어 있다는 사실을 알게 되었다.<sup>3)</sup> 문제가 불거지자 정부는 부인하지 않고, 대신 이 제도는 이미 정부가 성사시킨 몇개의 다른 FTA에도 포함되어 있고, 또 세계적으로 모든 투자협정이나 FTA에 포함되는 일종의 ‘글로벌 스탠더드’로 받아들여야 한다고 했다. 또 실제 이 제도가 활용되어 소송이 벌어지는 건수는 많지 않기에 그 위험성을 과장하지 말아야 한다고 주장하고 있다.

그러나 이런 정부의 주장은 사실이 아니다. 첫째, 이 제도가 마

3) 프레시안, 2006년 5월 19일, “미국기업에 한국 제조권 보장”.

치 거의 성문법에 가깝도록 국제적으로 안착된 ‘글로벌 스탠더드’라는 주장은 사실과 전혀 다르다. 1990년대 초에 미국, 캐나다, 멕시코가 체결한 북미 자유무역협정(NAFTA)에서 처음 생겨난 이 제도는 이후 숱한 비판과 저항에 부딪히면서 1990년대 지구정치 경제의 뜨거운 쟁점으로 떠올랐다. 앞으로 보겠지만, 1990년대 말에 경제협력개발기구(OECD) 국가들 사이에 추진되던 다자간 투자협정(MAI)이 결국 결렬된 데도 이 제도에 대한 논란이 큰 역할을 했으며, 최근에 체결된 미국-오스트레일리아 자유무역협정(AUSFTA)에서는 오스트레일리아 국내의 거센 반대여론에 의해 결국 이 제도에 관한 조항은 빠지게 되었다. 나아가 미국 내에서조차 이 제도를 명시한 나프타(NAFTA) 11장을 제거해야 한다는 여론이 비등하고 있고, 이런 여론을 이끈 인물은 다름 아니라 지난번 미국 대통령 선거 때 민주당 후보로 나섰던 존 케리 상원의원이다.

둘째, 실제 소송의 건수가 적고 규모도 작으므로 이 제도의 위험성을 주장하는 논리는 과장이라는 것도 사실과 다르다. 이 제도로 인해 멧들고 있는 나라는 체코뿐만이 아니다. 2003년 현재 파키스탄 정부는 스위스 회사 SGS, 이탈리아 회사 Impreglio, 터키 회사 Bayinder 등에 의해 각각 수억 달러의 소송에 걸려 있고, 그 보상 요구 총액은 10억 달러에 달한다(Choudry 2003). 유엔 산하기관인 UNCTAD는 지난 1997년 이후 2004년까지 이 제도로 인한 국제적 소송 건수가 8배로 증가했다고 보고한 바 있다. UNCTAD의 ‘투자 기술사업개발국’ 국장인 소방(Karl P. Sauvant)은 2004년도 보고서에서 “모든 정황으로 볼 때 각국 정부는 투자협정 협상에서 대단히

조심스러울 필요가 있다”고 논평했다(UNCTAD, 2004).

한미 FTA 전반의 위험성과 문제점에 대해서는 이미 수많은 지적이 나와 있다(이해영, 2006; 우석훈, 2006). 그럼에도 전대미문의 줄속으로 추진되고 있는 한미 FTA의 세부내용을 뜯어보면 실로 포복절도할 만한 부조리들이 곳곳에서 발견된다. 지금은 그런 세부사항 하나하나에 대한 심도 있는 논의로 한미 FTA에 관한 토론이 발전되어야 할 시점이다. 필자는 투자자-국가 직접소송제야말로 그러한 세부사항들 가운데서도 가장 중요하고 결정적인 것이며, 한미 FTA의 성격과 그 결과의 예후를 보여줄 수 있는 본질적인 문제라고 생각한다.

### 지구정치경제학으로 보자

투자자-국가 직접소송제는 결코 몇푼의 경제적 이해관계를 따지는 돈 계산으로 찬반을 논할 문제가 아니다. 이 제도는 1990년대 이후 구조적 변화를 보여온 지구정치경제 체제의 본질적 성격과 그것을 뒷받침하는 사상을 배경으로 하는 의미심장한 것이고, 지난 10년간의 여러 경험들에서 숱한 문제점과 모순을 드러낸 것이며, 단순한 경제적 사안에 그치는 것이 아니라 정치, 사회, 문화, 환경, 보건 등 모든 분야에 걸쳐 근본적인 변화를 촉진할 수 있는 것이다.

그래서 이 글은 단순한 국내/국제 혹은 정치/경제라는 4칸의 분리를 넘어서 문제를 포괄적으로 접근하는 지구정치경제학(Global Political Economy)의 관점에서 문제를 접근하고자 한다. 정치학이니 경제학이니 국제관계니 하는, 학교에서 배웠던 교과

서에서 쏟아지는 각종 원리와 교조는 잠깐 잊어두자. 우리 머릿속에 선입견으로 들어있는 분석 도구에 맞추어 현실을 이리저리 찢어발겨 분류하는 일은 잠깐 멈추고, 그냥 상황을 상황 전체 그대로 한번 보자. 그야말로 뒤르켐의 사촌 동생 모스(Marcel Mauss)의 명구대로 “전체로서의 사회적 현실(fait social total)”을 파악하겠다는 마음으로 세상을 보자. 만화영화 ‘원령공주(物の怪姫)’의 대사처럼, “흐림 없는 눈으로 상황을 보고 직접 판단을 하겠다”는 것, 그것이 지구정치경제학의 마음가짐이다.

## 제2장

투자자-국가 직접소송제는  
어떻게 나오게 되었는가

# investor-state claim

## 1. 현대판 상인법

여러 국제법학자들이 지적하듯이 투자자-국가 직접소송제는 실로 특이한 1990년대 이후의 신 발명품이다(Sornarajah, 2003; Gus van Harten, 2005a, 2005b; Schneidermann, 2002). 이 제도를 구성하는 여러 요소들, 예를 들어 국제 중재재판 제도, 상인법(*lex mercatoria*), 투자보호 협정 등은 물론 그 전부터 있던 것이며, 어떤 것은 멀리 고대 이집트와 페니키아 상인들로부터 소급할 수도 있다.

하지만 이러한 여러 제도들이 한데 뭉쳐 지금 우리 눈앞의 모습으로 나타나게 된 것은 극히 최근의 일이다. 이것은 2차대전 이후, 특히 1980년대 이후의 신자유주의적 지구화라고 하는 지구정치경제의 큰 흐름 속에서 보지 않으면 그 의미를 제대로 이해할 수 없다. 이 장에서는 그 역사적 흐름을 날줄로, 신자유주의적 지구화라는 최근의 세계정세를 씨줄로 하여 이 제도의 성격을 이해할 수 있는 배경을 살펴보자.

### 중세 상인법 성립의 배경

중세 유럽은 법적 제도의 일관성으로 보자면 극히 파편화되고 혼란스러운 사회였다. 유스티니아누스 법전과 같이 잘 만들어진 법체제로 제국 전체를 다스릴 수 있었던 비잔틴 제국과는 달리 교회법, 로마법, 실정법, 관습법 등 서로 다른 여러개의 법체제들이 혼란스럽게 병존하고 있었기 때문이다.

더욱이 이러한 법체제는 12세기 이후 본격적으로 나타나기 시작한 상업의 발달이라는 새로운 현상을 감당하기에는 턱없이 부족했다. 상업이라는 행위는 아주 정교한 법적인 규범과 약속의 틀 안에서만 번성할 수 있다. 법적 안정성이라는 ‘인프라’가 없다면 상행위는 언제든지 사기와 주먹다짐이 난무하는 난장판으로 변할 수 있다.

그래서 중세의 상인들은 이러한 법적인 혼란상태 속에서 스스로 자신들의 법, 즉 상인법을 만들게 된다. 큰 장터를 찾아 전 유럽을 헤매고 다녀야 하는 상인들은 언제 어디서 무슨 시비가 붙을지, 어떤 부당한 상황에 부딪힐지 모른다. 그런데 분쟁과 시비를 항상 그 지역의 영주나 교회의 판결에 맡겨야 한다면 어떻게 되겠는가.

우선 기약 없이 발이 묶여 장사를 망칠 것이요, 영주들이 재판 비용이랍시고 요구하는 수수료도 장난이 아니다. 게다가 재판소에서 사용하는 법적 논리가 상업의 논리에 그다지 맞는 것도 아니다. 장사를 하다 보면 시비가 붙는 것은 항상 있는 일이고, 그 해결은 그저 당사자들이 서로 만족할 수 있는 타협을 보면 되는 일이다. 그런데 법정에서 ‘정의’니 ‘공정가액’이니 하는 스크라철학이나 복잡한 법체계상의 논쟁에 휘말릴 경우엔 그야말로 짜증이

극점으로 치달을 것이다.

상인들은 유럽의 주요 교역로와 주요 상업중심지 곳곳에 상인법을 시행할 만한 재판소(사실 이것은 재판소라기보다는 중재기관이라고 보는 게 옳을 것이다)를 세우고, 신속하고 값싸고 효율적인 방법으로 자신들의 분쟁을 해결하는 장치를 만든다. 이런 재판소의 판사 자리에는 오랜 장사꾼 경험 속에서 상업의 온갖 관행과 실제 사례에 정통해 있고 상인들 사이에서 신용과 명망을 쌓은 이들이 앉았다. 재판에서는 분쟁이 생긴 양쪽이 각각 자신의 입장을 설명하고, 판사는 ‘정의를 실현’하기보다는 양쪽이 조속히 합의에 도달할 수 있도록 ‘중재’를 했다. 그래서 분쟁의 양쪽 당사자는 재판소에서 후닥닥 문제를 해결한 뒤 각각 가던 길을 간다.

상인법에 의한 재판은 보통의 공공 재판과 다른 몇가지 특징을 갖고 있었다. 먼저, 이 재판의 절차는 철저하게 분쟁 당사자들의 뜻대로 이루어진다. 재판소의 선택, 증거의 종류나 제출 방식, 사용되는 법적 원천의 종류 등이 모두 양쪽의 합의에 의해 결정됐다. 상인법에 의한 재판이 이런 특징을 갖고 있었음을 기억해두는 것이 현재의 투자자-국가 직접소송을 담당하는 국제 중재절차의 절차를 이해하는 데 도움이 된다.

또 상인법에 의한 판결은 강제력을 통한 집행(enforcement)이 애초부터 불가능하다. 당시 사회적 폭력을 행사할 능력을 보유하고 있었던 영주 등이 상인법의 운영 과정에 끼어드는 일이 드물었으므로 그들의 힘을 빌릴 수도 없었다. 결국 유럽을 오가는 상인 공동체의 상호신뢰가 상인법에 의한 판결의 효력을 뒷받침하는 암묵적인 힘이 되었다. 자기가 합의한 절차를 거쳐 내려진 판결에

복종하지 않는 상인이 있다면, 상인 공동체에서 그 상인을 시책말로 '왕따'시키는 것이었다.

이런 특징에서 알 수 있듯이 상인법이라는 것은 결국 자립적인 논리체계와 집행체제를 갖춘 법적 원천이었다고 보기 힘들고, 어떤 이들은 아예 상인법의 존재 자체를 부정하는 경우도 있다. 하지만 상인법으로 일컬어지는 관행은 분명히 존재했고, 그것은 오늘날까지도 공식적인 국제법 체계의 외곽에서 벌어지는 각종 분쟁중재 과정의 규칙과 진행절차에서 중요한 모범이 되고 있다.

### 주권국가의 등장 이후

혼란스러웠던 서유럽 세계의 법적 질서는 17세기에 들어 근대적인 영토국가들로 이루어진 소위 베스트팔리아 체제(Westfalia System)가 성립되면서 새로운 국면으로 접어든다. 유럽은 이제 한 조각의 땅도 남김없이 모두 배타적인 국경선과 영토를 주장하는 영토국가의 퍼즐 조각들로 분해되었다.

그리고 그런 국가들은 각기 자국 영토 안에서는 오로지 자국만이 법을 정할 수 있는 권력인 주권(sovcreignty)을 가지며 그밖의 다른 어떤 법적 권위도 인정하지 않을 것이라고 선포한다. 이에 따라 예전의 상인법은 국가의 법제화를 거쳐 각국에서 통일적으로 시행되는 민법과 상법으로 흡수된다.<sup>4)</sup> 그밖의 여러 다른 기준

4) 전형적인 경우가 나폴레옹 치하인 1807년에 반포된 프랑스 상법으로서, 이는 특히 계약의 전 과정에 대한 규정이 있어서 기존의 상인법을 거의 그대로 차용했다고 한다. 또 이미 17세기 초 영국의 법률가 에드워드 쿡(Edward Coke)도 "상인법은 우리 왕국(our realm)의 법의 일부이다"라고 인정한 바 있다.

의 법적 원천들도 이제 주권국가가 포고하는 법전으로 통합된다.

유럽이 이렇게 국가별로 독자적인 법체계를 가진 퍼즐 조각들로 찢어지게 되자, 각각의 퍼즐 조각 사이의 법, 즉 국가간의 법체계는 어떻게 해야 하느냐 하는 문제가 생겨났다. 이것은 이후 몇 백년간 유럽 법학자들을 괴롭힌 문제였고, 현실적으로 제도화하는 것도 여간 골치아픈 문제가 아니었다. 당시 유럽의 국가간 관계란 이른바 '세력균형 체제(Balance of Power System)'를 바탕으로 하고 있었는데, 이는 '전쟁을 통한 힘의 균형 달성'을 체제의 기반으로 삼는다는, 실로 어처구니없는 체제였다.

무력경쟁과 전쟁의 상황에서도 구속력을 갖는 '국제법'이 존재할 수 있을까? 이런 의문으로 인해 정치학자들 중에서는 아예 국제법, 즉 '주권국가 사이의 법'의 존재를 부인하는 이들도 많았다. 하지만 몇백년의 세월을 거치면서 이런저런 경험과 관계가 축적되어 20세기에 이르면 비록 국내법만큼 강력하지는 않더라도 어느 정도의 구속력을 갖는 국제법 체계가 성립되었음을 부인할 수 없다.

하지만 여기서 주의할 것이 있다. 국제법은 어디까지나 주권국가들 사이의 법, 즉 '국제공법(public international law)'이라는 점이다. 국제법 성립의 유일한 원천은 주권국가들이고, 주권국가들의 동의(consent)가 그 효력의 유일한 근거가 되며, 국제법이 적용되는 대상도 주권국가들이다.<sup>5)</sup>

5) 이를 잘 보여주는 일화가 있다. 근대 초 유럽에서 모호하게나마 이 국제법의 원천은 로마시대의 만민법(jus gentium)으로 삼고 있었다. 로마법은 본래 로마 시민들 사이의 법(jus civile)을 골간으로 삼고 있었지만, 이후 이탈리아를 넘어서 큰 제국으로 성장하자 이 모든 민족들을 포괄하는 법으로서 '만민법'이라는 것이 나온 것

하지만 국제사회의 구성원에 국가만 있는 것은 아니며, 국경을 넘어서는 상호작용에 국가간 관계만 있는 것도 아니다. 예를 들어 프랑스의 어느 상인이 영국의 어느 회사와 큰 거래를 진행하다가 사기를 당했다고 주장한다고 하자. 이 경우에 소송이 붙는다면 어느 법을 적용해야 하는가. 프랑스의 상법을 적용해야 하는가, 영국의 상법을 적용해야 하는가, 아니면 ‘제3의 법’, 즉 국제상법과 같은 것이 있어서 그것을 적용해야 하는가.

이 세계에서 유일하게 법적 권력을 가진 주체는 주권국가다. 국제법이 있다면 주권국가들끼리 동意的한 국제공법이 있을 뿐이다. 이 체계 밖에 따로 존재하는 국제상법 같은 것은 없다. 따라서 프랑스 법정에서 프랑스 상법에 따르든가, 영국의 법정에서 영국 상법을 따르든가, 아니면 제3국, 이를테면 네덜란드에서 소송을 진행하면서 네덜란드 상법을 따르든가 해야 할 뿐이다.

그런데 그렇게 해서 판결이 나온 뒤에도 여러 상법들 사이에 모순과 갈등이 있을 수 있기에 그 판결이 각국 국내의 법과 모순될 수 있다. 국제사법(private international law)이란 다름 아닌 이러

---

이다. 그런데 이것이 “여러 민족들을 다 포괄하는 법”이라는 의미인지 아니면 “민족/국가들 사이의 법”의 의미인지의 모호함이 있었다. 17세기 영국의 즈우치(Richard Zouch)는 이것이 “민족들 사이의 법(jus inter gentes)”이라는 뜻으로 보아야 한다고 설명하였지만 그래도 18세기까지 이 말이 “여러 민족들의 법(droit des gens, law of nations)”으로 번역되는 일이 왕왕 있었다. 그리하여 벤담(Jeremy Bentham)은 이러한 혼동에 썩기를 막기 위하여 처음으로 “국가간의 법(international law)”이라는 용어를 고안하기에 이른다. 그런데 아이러니컬한 일은 20세기 후반에 이르러 세계 자본주의 경제가 흥성하여 초국적 자본과 같은 초국가(transnational) 행위자들이 큰 중요성을 가지게 됨에 따라, 국가들만을 원천으로 삼는 기존의 국제법의 관념은 폐기되어야 한다는 주장이 오늘날 지배적이 되고 말았다는 것이다. 결국 우리는 다시 제레미 벤담의 시대에서 고대 로마의 ‘만민법’의 시대로 되돌아가고 있는지도 모른다.

한 나라들끼리의 사법상 갈등이 있을 때 그러한 갈등을 조정하는 각 나라의 고유한 절차들의 묶음에 불과하며, 그래서 국제사법을 가리켜 ‘여러 법들의 갈등(conflict of laws)’이라고 부르기도 한다(Akehurst, 1970: 68p.).

거래의 한쪽 당사자가 국가라고 해도 마찬가지다. 영국의 자본가가 아르헨티나에 투자해 광산을 사들였는데 아르헨티나 정부의 부당한 조치로 인해 그 광산을 억울하게 빼앗기게 되었다고 가정해보자. 이 경우에 영국 자본가는 아르헨티나 정부를 직접 상대로 해서 법적 행동을 할 수가 없다. 국제법상 주권국가와 개인은 법적 지위가 다르기 때문이다.

영국 자본가가 할 수 있는 일은 오로지 영국으로 돌아와 영국 정부에 자신의 억울함을 호소하는 것뿐이다. 만약 영국 정부가 그의 호소에 귀를 기울인다면 영국 정부가 나서서 국제 중재재판에 제소할 수도 있고, 아르헨티나 정부와 외교적 협상을 벌여 문제를 풀 수도 있다. 하지만 이는 어디까지나 두 나라 정부간의 문제이지, 문제의 영국 자본가가 직접 끼어들 수 있는 여지는 어디에도 없다. 이것이 바로 20세기 중반까지도 관습으로 굳어져 있었던 국제법의 전통이다(Van Harten, 2005a: 602-3pp.).

이렇게 경직되고 복잡한 주권국가 중심의 국제법 체계는 세계적 차원에서 상거래를 펼치는 이들에게는 인기 있는 것이 되기 힘들다. 그래서 19세기 들어 세계적으로 무역이 활성화되면서 이러한 공식적인 국제법 체계의 가장자리에서 옛날 ‘상인법’의 정신이나 관행에 따라 국제상거래 관계에서 상인들 스스로가 분쟁을 해결하는 중재절차에 호소하는 일이 점점 많아지게 되었다. 그러다

20세기에 들어서면서 사적으로 벌어지던 상인들간의 중재를 국제 체제의 한 제도로서 인정하고 그것에 법적 지위를 부여함으로써 국제상업을 부흥시키자는 목소리가 높아지게 되었다.

### 국제 중재절차의 제도화

마침내 1923년 국제상공회의소(International Chamber of Commerce)의 주도로 유럽 17개국 대표들이 제네바에 모여, 민간인들 사이에서 벌어지는 분쟁의 해결을 구속력 있는 중재심판에 넘기기로 합의하고 이를 각국이 법적으로 인정하기로 한다(Geneva Protocol of 1923). 그후 여러번의 갱신과 발전(Geneva Convention of 1927, New York Convention of 1958)을 거치면서 제도가 점차 발전하여, 이제는 중재심판이 어느 나라에서 벌어지건 각국은 그 결정을 자국의 법률에 비추어 재검토하는 일 없이 그대로 법적 집행력을 갖는 것으로 인정하기에 이르렀고, 여기에 참여하는 나라도 현재까지 130개국 이상으로 늘어나게 되었다.

중재(arbitration)란 정해진 절차와 법적 원천 및 체계에 따라 진행되는 공적인 법원의 재판과는 다른 것이다. 중재에서는 첫째, 심판이 진행되는 과정과 절차가 모두 분쟁 당사자들의 뜻에 따라 결정된다. 둘째, 당사자들의 사적인 정보 유지와 사업기밀 누설 방지를 위해 심판의 진행은 모두 비밀에 부쳐지고 분쟁의 심판을 맡은 이들은 금전적인 보상을 받는다는 점에서 중재는 어디까지나 사적인 차원에서 진행되는 분쟁해결 방식인 것이며, 중세 상인법의 전통과 여러 모로 유사하다.

결국 20세기 들어 지구경제의 확장과 더불어 중세 상인법의 관

행을 닮은 사적 중재심판이 국제법적 지위를 갖춘 하나의 제도가 되었을 뿐 아니라 각국의 국내법에 의해 제약당하지 않는 나름의 구속력을 가지게 된 것은 실로 중요한 발전이라 할 것이다.

하지만 아직은 큰 한계가 있다는 것이 국제상공회의소(ICC)의 불만이였다. 각국이 국내법과의 일치 여부를 따지지 않고 순응해야 하는 중재심판의 대상이 민간인들 사이의 ‘상업적(commercial)’인 사안으로 제한돼 있었기 때문이다.

제3장에서 다시 보겠지만 북미자유무역협정(NAFTA) 11장에서 정의된 ‘투자’의 포괄적인 정의에 비하면, 이 ‘상업적’이라는 말로 인해 중재심판 대상의 범위가 좁아지기 때문이었다. 따라서 중재심판의 결정이 나왔다고 해도 그 결정이 ‘상업적’인 범위를 넘어, 예를 들어 각국 공공정책의 영역을 침해하는 것이라고 판단될 경우 각국 정부는 그것을 무시할 권리를 계속 가지고 있었던 것이다(Van Harten, 2005b: 495-6pp.). 1960년대에 들어 다국적기업들이 본격적으로 세계 각국으로 생산영역을 확장하면서 투자대상국 정부들과 이런저런 마찰을 빚기 시작했음에 비추면 이런 한계는 문제가 아닐 수 없었다.

그렇기에 1965년에 열린 ‘투자분쟁조정 회의(ICSID Convention)’는 한 획을 그은 사건이었다. 이 회의는 기존에 확립된 사적인 국제 중재절차 제도를 이제 국가와 외국 투자자 간의 분쟁에까지 적용하기로 했다. 나아가 세계은행 산하에 ‘국제투자분쟁해결센터(International Center for Investment Dispute Settlement: ICSID)’라는 포럼을 만들고 이를 통해 국가와의 관계에서 외국 투자자들의 이익을 보호하기 위한 특별한 중재의 절차와 규칙 등을 정하기로

하고, 분쟁이 생길 경우에는 이 센터에 중재심판을 조직하는 역할을 맡기로 했다.

사적 절차였던 중재심판이 급기야 주권국가와 투자자의 관계로 까지 확대 적용되고, 그 절차와 규칙도 제도화된 것이다. 이로써 투자자가 직접 국가를 상대로 소송을 제기하고 중재심판을 통해 주권국가에 대한 구속력이 행사되도록 할 수 있는 제도의 터가 닦인 것이다.

하지만 ICSID는 오늘날의 투자자-국가 직접소송제와는 아직 큰 차이가 있었다. 어떤 나라가 ICSID에 서명했다고 해서 그 나라가 그때부터 '모든' 외국 투자자와의 '모든' 분쟁사항과 관련해 ICSID에서 마련한 중재심판에서 내려진 결정에 모두 복종해야 하는 것은 아니었기 때문이다. 주권국가는 여전히 국제법이 발휘하는 효력의 원천이었다. ICSID의 심판이 개별 국가에 국제법적 효력이 있는 구속력을 가지려면, 그 국가가 "이 건은 우리나라의 법적 권한에 속하지 않으며 ICSID의 중재심판 대상이 된다"는 식의 명시적인 의사표명을 해야 했다.

이러한 명시적 의사표명은 우선 '계약'을 통해 이루어질 수 있다. 예를 들어 어떤 나라에서 외국 투자자를 받아들이고자 하는데, 마침 광업에 투자하려고 하는 외국인 A가 있고 카지노에 투자하려고 하는 외국인 B가 있다고 하자. 이 나라의 입장에서 보면 A는 꼭 잡아야 할 투자자이지만 B는 오지 말았으면 하는 투자자일 수 있다. 이 나라는 A와의 계약에서는 투자보호의 확신을 주기 위해 "분쟁이 생길 경우 ICSID의 중재에 맡긴다"고 계약에 명시할 수 있을 것이고, B와의 계약에서는 그렇게 하지 않을 수 있다.

이 경우 A와의 계약과 관련해서만 ICSID의 중재심판이 이 나라에 대해 구속력을 갖는다. 이 나라의 부패한 경찰과 공무원들이 B의 카지노에 달라붙어 '뺑'을 뜯어가고 심지어 그 동네 조직폭력배들이 운영권에까지 간섭을 한다 해도 B가 이런 피해를 막기 위해 ICSID의 도움을 받을 수 없다. 그래서 새로이 시도된 것이 투자협정(BIT)이나 자유무역협정(FTA)을 통한 투자자-국가 직접소송제의 도입이다.

## 2. 국제법 체계를 뒤엎은 자본의 공세

특정 국가가 ‘익명의 모든 외국 투자자들’에게 ‘모든 투자’와 관련해 세계은행 산하 국제투자분쟁조정센터(ICSID)의 중재심판에 복종하겠다고 약속하는 일괄적인 계약 같은 것은 없을까? 있다. 투자협정(Bilateral Investment Treaty)이 바로 그것이다.

### 잠에서 깨어난 국제 중재절차

특정 국가가 어떤 특정한 외국 투자자와 계약을 맺는 것이 아니라 다른 어떤 특정 국가와 협정을 맺는다면, 그 협정은 국가와 국가 간에 맺은 조약이니 흠결 없는 국제법적 효력을 갖는다. 그 협정에서 상대 국가에 “당신네 나라의 모든 투자자들은 우리나라에 투자하는 모든 계약과 관련해 생기는 모든 분쟁을 ICSID의 중재심판에 회부함으로써 보호받을 수 있다”는 일괄적인 동의를 해주는 것이 가능하다. 이 경우 ICSID는 투자협정의 양 당사국 사이에 일어나는 모든 외국 투자자 대 국가의 분쟁에 대해 구속력 있는 중재심판을 할 수 있게 된다(Van Harten, 2005a: 608-9pp.).

그러나 투자협정은 국가의 주권을 침해할 위험성을 지니고 있다. 불만을 제기하는 외국 투자자가 나타나면 국가는 언제든지 ICSID로 불려나가야 하고, 제기된 불만의 내용이 무엇이든 간에 그 국가는 ICSID의 중재심판 결과에 복종해야 한다. 심지어 그 불만이 주권국가의 고유한 입법조치나 행정조치에 대한 것이라고 해도 마찬가지다. 이렇게 볼 때 투자협정을 체결하는 것은 국가주권을 외국 투자자와 ICSID에 양도하는 것이라고도 말할 수 있다.

이런 위험성 때문에 어떤 나라든 그야말로 ‘목마른 사슴이 물을 찾듯이’ 외국인 투자의 단비를 목 타게 기다리는 상황이 아닌 한, 다른 나라와 투자협정 같은 것을 쉽게 체결하려 하지 않는다. 투자협정 체결은 1950년대부터 간헐적으로 있긴 했으나, 몇몇 후진국과 선진국 사이에서 드물게 벌어지는 일일 뿐이었다. 이처럼 투자협정을 통해 국제 중재절차에 대한 복종을 약속한 나라가 많지 않았고, 따라서 ICSID라는 장이 만들어졌어도 국가를 상대로 한 분쟁사건을 들고 그 문을 두드리는 경우는 무시해도 좋을 만큼 적었다.

그런데 1980년대 말부터, 특히 1990년대에 들어서 지구화가 본격화되면서 각종의 양자간 또는 다자간 투자협정이 봇물처럼 터져나온 결과로 현재 그 수가 2,000개를 넘게 되자 이야기가 달라졌다. 1965년에서 1994년까지 30년간 32건에 불과했던 ICSID 중재심판 건수는 1995년에서 2004년까지 불과 9년 동안 140건에 이를 정도로 폭발적으로 늘어났다(op.cit., 610p.). 게다가 ICSID와 달리 분쟁발생 사실을 공표할 의무가 없는 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL)나 국제통상회의의 국제중재법원(ICA)과 같은 그밖

의 국제분쟁 조정기구들의 중재심판 건수까지 더하면 국제 중재 절차는 가히 기하급수적으로 증가했다고 말할 수 있다(제6장 그림 참조).

ICSID에서 일하는 법률가 오바디아(Eloise Obadia)는 2002년 취리히에서 열린 한 회의에서 다음과 같이 말했다.

어떤 면에서 양자간 및 다자간 투자협정과 ICSID의 관계는 ‘백마 탄 왕자’와 ‘잠자는 미녀’의 관계와 같다. ICSID는 생겨난 후 30년 동안에는 ‘잠자는 미녀’와 흡사했다. 등록되는 제소 건수가 연평균 한두개에 불과했으니까. 그런데 양자간 및 다자간 투자협정이 확산되자 ICSID는 마침내 잠에서 깨어났다. (Choudry, 2003에서 재인용)

그래서 깨어난 공주 ICSID는 백마 탄 왕자인 각종 ‘투자협정’과 결혼하여 행복하게 오래오래 살고 있다. 그 사이에서 태어난 옥동자가 바로 지금 우리가 보고 있는 투자자-국가 직접소송제인 셈이다.

여기서 우리는 1990년대에 들어 투자협정이 왜 그렇게 급증하게 됐는가 하는 의문을 갖게 된다. 이 의문에 답하는 것은 투자자-국가 직접소송제가 지금과 같은 모습을 갖추게 된 과정을 이해하기 위해서도 반드시 필요하다.

### 2차대전 이후 ‘지구화’의 3단계

2차대전 직후의 세계경제는 진정한 의미에서 ‘지구적 경제’라고

할 수 없었다. 지구 표면과 인구의 상당 부분이 공산진영에 속해 있었고, 제3세계 국가들 가운데 다수도 사회주의나 혁명적 민족주의에 근거한 국가주의적 경제체제를 운영하고 있었기 때문이다. 심지어 서방세계에서도 대부분의 나라들이 사회민주주의나 케인즈주의적 복지국가 체제였고 무역, 통화, 노동, 조직, 기업 지배소유구조 등 모든 면에서 각종의 규제들이 존재했다. 이런 2차대전 직후의 세계경제 모습은 지구적 차원에서의 자본과 상품과 서비스의 완전한 자유이동이라는 자유무역의 이상과는 거리가 상당히 멀었다.

그래도 기록적인 고성장 기조에 힘입어 비교적 안정적으로 존속해 오던 지구적 체제는 1970년대 이후 본격적으로 해체되어 오늘날 우리가 보는 지구화(globalization)의 세계로 변모하게 되었다. 그 과정은 다음과 같이 대략 3단계로 나누어 볼 수 있다.

1970년대 초반에 미국 달러화를 기축으로 하는 고정환율제가 무너지고 오일쇼크가 발생하면서 2차대전 직후의 세계경제 체제에 최초의 충격이 가해진 것이 그 첫번째 단계였다. 기존의 전후 세계 정치경제 체제를 떠받치던 포디즘적 생산체제는 통화와 석유의 안정적인 공급이라는 전제조건을 기반으로 하고 있었는데 바로 이 전제조건이 허물어진 것이다.

그 충격은 스태그플레이션 등 경제적 혼란 외에 내란, 국제분쟁 등 정치사회적 혼란으로 이어졌고, 그 와중에 영국과 미국의 보수 세력을 필두로 노동세력에 대한 본격적인 공격이 이루어지면서 코포라티즘적 사회체제가 와해되기 시작한다. 또 엄청난 양의 오일달러가 서방의 은행을 거쳐 제3세계 국가의 외채로 흘러가고

자본이동이 본격화하면서 세계 금융시장이 극도로 불안해지기 시작한다.

1970년대 말에서 1980년대에 이르는 기간은 그 두번째 단계라고 할 것이다. 이 기간에 미국의 통화주의자들은 인플레이션을 잡는다는 명목으로 살인적인 금리인상을 감행했고, 이 때문에 이미 많은 외채를 빌려 쓰고 있던 제3세계 국가들이 속속 외채위기에 봉착하게 된다. 그런가 하면 미국의 레이건 정부는 군사예산을 폭발적으로 늘려 소련을 압박하는 ‘제2의 냉전’에 착수한다(Halliday, 1983).

이런 상황 속에서 1980년대에 제3세계에 시장개방이 확산된다. 외채위기를 맞은 개발도상국에는 국제통화기금(IMF)과 세계은행이 들어가 악명 높은 ‘구조조정’을 감행함으로써, 폐쇄적이던 개발도상국의 자금자족적 거시경제 구조를 순식간에 개방시켜 버린다.

제3세계 국가들 가운데 종속이론을 탄생시키고 민족경제를 강조하던 나라들도 이제는 외국자본 유치에 적극적으로 나서는가 하면, 무역과 금융을 개방하고 공기업을 민영화하거나 해외에 매각하기 시작한다. 한편으로는 소련을 비롯한 공산진영도 마침내 무너지고 말았다. 과거 공산진영에 속했던 나라들에 새로 들어선 정권들도 거의 예외 없이 “시장과 개방만이 살 길”이라는 입장을 취한다.

그후로 이른바 ‘워싱턴 컨센서스’가 전세계를 지배하는 지구화 시대가 본격적으로 열렸고, 이 시기를 2차대전 이후 세계경제의 3단계 국면이라고 볼 수 있다. 마지막으로 버티던 ‘아시아적 자본주의’ 국가들도 1997년의 외환위기를 겪으면서 이 지구적인 ‘페레

스트로이카’의 대열에 합류한다. 한마디로 말하면, 전후 세계를 이루고 있었던 ‘갑각류처럼 단단하고 폐쇄적인 각국의 거시경제 구조’를 개방시키는 작업이 이 시기에 거의 완료된 것이다.

그렇다면 이제 지구화라는 이상은 실현된 것일까. 아직 갈 길이 멀다. ‘국민경제’ 운운하면서 해묵은 국가자본주의 체제를 고집하던 갑각류들의 껍질은 거의 벗겨졌지만, 그 껍질 속에는 기존의 가지가지 정치적, 사회적, 문화적 제도와 관행과 장치들이 엄존하고 있다.

1990년대에 피어스 브로스넌을 내세워 새롭게 단장한 007영화 제목대로 진정으로 ‘전세계를 무대로(All the World's A Stage)’ 자본이 지구 곳곳을 누비며 새로운 수익의 가능성을 열어나가기 위해서는 이러한 남은 장벽들을 제거하고 무력화시킬 효과적인 장치가 필요하다. 즉 지구화의 단계는 이제 거시경제의 차원에서 미시적, 정치사회적 단계로 들어선 것이다.

### 전세계에 강제되고 있는 ‘신현정주의’

1990년대에 미국을 중심으로 국제 정치학계에서 가장 뚜렷하게 부각된 열쇠말 하나는 바로 ‘지구적 통치(global governance)’였다. 양대 강국을 중심으로 편제됐던 냉전적 세계질서는 사라졌다. 그 후의 세계에 하나의 자율적 질서가 성립하도록 전지구적 차원의 보편적 규범(norm)을 창출할 수 있는가? 그리고 그것은 어떻게 가능한가? 이것이 바로 핵심적인 문제였다.

이러한 논의의 대상이었던 1990년대의 세계질서를 스티븐 길(Stephen Gill)과 같은 비판적 지구정치경제학자는 다른 시각에서

해석한다. 지구의 어느 곳에서건, 자본을 투자한 자의 권리와 이익이 제일의 우선성을 가지며 지상의 그 어떤 권위와 권력과 법률도 그러한 자의 목표를 침해하는 일이 없도록 전지구의 정치적, 사회적 제도와 구조를 바꾸어야 한다는 ‘신헌정주의(New Constitutionalism)’가 바로 그 새로운 세계질서에 대한 ‘지구적 통치의 규범’으로서 전세계에 강제되고 있다는 것이다(Gill, 1995).<sup>6)</sup>

다자간 및 양자간 투자협정, 그리고 그 핵심을 이루는 투자자-국가 직접소송제도라는 새로운 현상이야말로 그러한 ‘신헌정주의’를 현실화시키는 효과적인 장치로 보아야 한다고 주장하는 이들이 많다(한 예로 Schneiderman, 2000). 투자협정과 투자자-국가 직접소송제도는 몇백년 동안 유지되어 온 국제법의 체계를 한번에 넘어서서 주권국가의 모든 통치행위를 외국 투자자의 이익이라는 기준에 따라, 그것도 국제 중재절차라는 상인법적 전통의 사적 기구를 통해 무력화시키는 무기가 되고 있다.

특히 투자자-국가 직접소송제가 도입됨에 따라 이제 국제 투자자들은 개별 국가 안에 존재하면서 투자의 수익성에 장애가 되는 오만가지 사회적, 정치적, 문화적 장벽들에 대해 예전처럼 하나하나 악전고투를 벌이며 싸울 필요가 없게 됐다. 국가를 책임자로 몰아 소송으로 국제법정에 불러낼 수 있게 된 것이다.

요약하자면, 원래의 국제법 체계에서는 도저히 동렬에 설 수 없었던 국가와 외국 투자자가 이제 동급으로 맞먹는 위치에 서게 된

6) 미 국무성이 발행하는 저널 *Issue of Democracy*의 2004년 봄호는 미국의 ‘특산품’인 헌정주의(Constitutionalism)를 어떻게 전세계로 확산시킬 것인가를 다룬 특집을 실고 있다.

것이다. 국가가 외국 투자자의 수준으로 내려와서 함께 상업적 행위자 차원의 동급이 된 것이 아니다. 외국 투자자가 주권국가와 동급의 수준으로 올라가서 그 입법활동과 행정활동을 분쟁의 대상으로 삼을 자격을 갖게 된 것이다.

게다가 뒤에 다시 살펴보겠지만, 그러한 분쟁이 벌어지는 곳은 공적 이익을 비롯해 다양한 고려가 이루어지는 보통의 공공 재판소가 아니라 당사자 둘과 중재인 한명이 조용히 모여 상업적 고려에만 근거해 대충 합의를 보는 중재심판소다. 이런 중재심판소는 과거의 상인법이 부활한 것인 동시에 예전의 상인법과는 전혀 다른 국제법적 위력도 갖춘 존재다.

이러한 포복절도할 사태에 대해 런던 정치경제대학(LSE)의 반하텐 교수는 다음과 같이 말하고 있다.

이 투자자 보호체제는 상인법의 규칙에 기반을 둔 국제 상업중재와는 달리, 민간인들간의 행동을 규제하거나 그 분쟁을 해결하는 것이 아니다. 이 체제의 목표는 정부가 다국적기업들을 규제하는 방법에 제한을 가하는 것이다. 그렇기 때문에 투자협정에 따라붙게 되는 투자자-국가 분쟁은 본질적으로 공적 분쟁, 즉 어떤 국가가 자기 영토 안의 개인들을 규제할 주권의 행사를 문제로 삼는 분쟁이다. 비록 이 체제가 국제 상업중재의 모델을 따르고 있고 사적 차원의 권위를 통치수단으로 삼고 있으나, 이 체제는 국제 상업이 아니라 국제 공법의 영역 안에 존재하는 것이며 여러 국가들의 권위로 뒷받침되는 것이다. (Van Harten, 2005a: 604p. 강조는 인용자)

하지만 1990년대 이후 개발도상국들은 그런 투자자 보호체제를 포함한 투자협정을 받아들이지 않을 수 없었다. 멀리 갈 것도 없다. 김대중 정부 이래 우리나라의 경제관료들과 주류 경제학자들이 하루가 멀다 하고 입에 올린 핵심어가 바로 ‘외국인 투자 유치’ 아니었던가. 우리 국가경제의 흥망성쇠는 모조리 여기에 달려 있다는, 그래서 그것에 도움이 되는 것은 절대선이요, 그것에 해가 되는 것은 절대악이라는 생각이 이미 우리사회의 담론을 속속들이 지배하고 있지 않은가. 한국이 이러하다면 다른 개발도상국들이 다르면 얼마나 다를까.

이리하여 3단계의 지구화 전략의 마지막 단계, 즉 투자협정을 앞세운 자본의 공세와 ‘신현정주의’가 세계 곳곳으로 힘을 뻗치게 된 것이다.

## 제3장

‘투자자의 보호’란 무슨 의미인가

# investor-state claim

## 1. 보호용 방패가 공격용 창으로 변하다

정부는 현재 진행중인 한미 FTA 협상에서 투자자-국가 직접소송제도 논의되고 있다는 사실을 간접적으로 시인했을 뿐, 그 구체적인 내용과 이에 대한 정부의 협상방침에 대해서는 아무런 입장도 표명하지 않았다.

따라서 우리는 지금까지 미국이 추진하거나 성사시킨 각종 자유무역협정과 투자협정들의 대표격이자 그 표준적인 모습을 취하고 있는 북미자유무역협정(NAFTA)의 투자자-국가 직접소송제도를 기준으로 이 제도를 살펴보는 수밖에 없다. 한미 FTA는 나프타보다도 한 걸음 더 나아간 ‘나프타 플러스’라는 말이 양국 관료들의 입에서 나오고 있는 실정이니 그렇게 해도 무방할 것이다.

물론 투자자-국가 직접소송제도는 외국에 투자하는 이들의 이익과 재산이 부당하게 침해되는 것을 막기 위한 것이다. 외국에 투자하는 이들에게 가장 큰 위협은 말할 것도 없이 투자대상국에서 예기치 못한 정치적, 사회적 변화가 일어나 자신이 투자해 놓은 자산이 송두리째 날아가는 것이다.

과거 멕시코의 카르데나스 정부에서 쿠바의 카스트로 정부를

거쳐 칠레의 아옌데 정부와 1970년대 말의 이란 혁명정부에 이르기까지, 미국 자본가들이 투자대상국에 갖고 있었던 공장과 기업을 순식간에 국유화당해 빼앗기는 악몽을 얼마나 많이 겪었던가? 미국 자본가뿐 아니라 세계 어느 나라의 자본가라 해도 이러한 위험을 막아주는 최소한의 제도도 구비되어 있지 않은 나라에는 투자를 할 리가 없다. 그러니 투자협정이나 자유무역협정에 그런 제도를 집어넣는 것은 당연하다고 많은 교과서에 써어 있고, 한국의 외교통상부도 이런 입장에 서 있다.

그러나 이는 참으로 속 편한 이야기가 아닐 수 없다. 지구화된 21세기 세계경제에서 우리나라가 살아남기 위해서는 외국 투자자들을 위해 일정한 보호장치를 마련해줘야 한다는 것 자체에 대해 반대할 마음은 없다. 그러나 그 보호장치가 하필이면 투자자-국가 직접소송제도라는 논란 많은 제도여야 한다는 데 대해서는 이의를 갖고 있다. 정부 관리들은 그동안 이 제도가 시행되어온 과정과 그것을 뒷받침한 이론을 살펴보았는가? 누군가가 말했듯이 “이 제도는 1990년대 들어 투자자들을 지켜주는 방패가 아니라 투자자들이 투자대상국의 정치와 사회를 공격하는 창으로 변했다”면 어떻게 할 것인가?

이 장에서는 나프타 11장에 나오는 ‘투자자의 이익 보호’라는 것이 실제로 무엇을 뜻하는지, 그리고 그것이 현실에서 어떤 모습으로 출현했는지를 살펴보자. 다만 그 전에 잠깐, 19세기 이후 미국 법률의 역사에서 ‘사적 소유’와 ‘수용(收用, expropriation)’이라는 용어의 의미가 어떻게 변해 왔는지를 돌아보아야겠다. 사적 소유와 수용은 투자자-국가 직접소송제도를 떠받치는 기본 개념이고, 투

자자-국가 직접소송제도가 국제 중재재판에서 해석되고 시행되는 데 가장 큰 영향력을 행사하는 것은 미국 자본주의의 관행이기 때문이다.<sup>7)</sup> 하지만 법학 공부로 훈련을 받은 독자의 경우 구체적으로 존재하는 나프타 11장의 제도적 형태부터 보고 싶어 할 수도 있겠다. 그 경우 미국에서의 ‘수용’의 법 관행의 변천사 이후에 곧 이어질 나프타 11장 이야기부터 먼저 보는 것이 좋을 것 같다.

### ‘물건’이 아닌 ‘자산’이 사적 소유의 대상이 되다

미국 헌법, 특히 제5 수정조항(Fifth Amendment)과 제14 수정조항(Fourteenth Amendment)에 명기된 ‘사적 소유 보호’ 개념은 국가 주권에 의한 사적 소유의 무작위적 침범을 제한하는 대헌장(마그나 카르타) 이래의 영국 보통법(Common Law) 전통을 잇고 있다. 그 요점은 아주 간단하다. 정부는 개인의 사적 소유물을 가져갈 수 있지만 공공의 목적을 위해서만 그렇게 할 수 있고, 적절한 절차를 거쳐야 하며, 그 개인에게 정당한 보상을 해야 한다는 것이다.

나라에서 쓰레기 폐기장을 짓기 위해 나의 알토란 같은 땅땸기를 가져갔다던? 이 경우에는 나라가 공공의 목적을 위해 내 땅을 가져간 것인 데다가 관련 법절차를 모두 거친 ‘수용’일 테니 내가 무조건 나의 사적 소유권을 내세워 나라의 조치에 반대할 수 없다. 하지만 나라에서는 분명 나에게 그 땅의 가치에 맞먹는 보상

7) 예를 들어 토론토대학의 슈나이더만 교수는 나프타의 ‘수용’에 관한 조항들이 사실상 미국 헌법 제5 수정조항의 소유권 보호조항과 제14 수정조항의 적절한 절차 규정을 효과적으로 반영하는 것이라고 지적한다(Schneiderman, 1996: 521-3pp.).

을 해야 한다. 이는 삼척동자도 이해할 수 있는 상식적인 일이다. 이처럼 상식을 가진 사람이라면 명쾌하게 이해할 수 있다는 것이 보통법의 장점이기도 하다.

하지만 이러한 명쾌함도 어디까지나 소유의 대상도 수용의 대상도 다 '토지'와 같은 가시적인 물건(thing)인 게 분명할 때에나 가능하다. 미국이 남북전쟁을 거쳐 1870년대부터 본격적으로 산업화의 길로 들어선 뒤에는 소유의 주요 대상이 사물이 아닌 온갖 자산(asset), 즉 소득을 창출해주는 모든 것이 된다. 이에 따라 사적 소유의 대상은 토지와 같은 구체적 '사물'이고, 수용이란 사물을 맘껏 사용하는 것을 물리적으로 침해하는 것이라는 단순명쾌한 보통법의 관념은 근본적인 변화를 겪게 된다.

1872년의 '도축장 사건(Slaughtering House Case)'을 보자. 당시 루이지애나 주의회는 루이지애나 시내에서 도축장을 독점적으로 운영할 권리를 특정 법인에 주고, 모든 도축업자들은 그 도축장에서 소정의 사용료를 내고 도축을 해야 한다는 결정을 내렸다. 줄지에 터무니없이 높은 도축장 사용료를 내게 된 도축업자들은 루이지애나 주의회의 조치가 자신들의 사적 소유를 침해하는 것이라고 주장하며 연방 법원에 제소했다.

그러자 대법원 판사들 사이에 논쟁이 벌어졌다. 사적 소유의 대상은 소유자가 갖고 있는 '사물'인가, 아니면 그 사물을 사용하여 벌어들이는 '화폐적 가치'인가가 쟁점이었다. 만약 앞쪽 정의가 맞다면 루이지애나 도축장 사건은 아무런 사적 소유의 침해도 벌어지지 않은 것이다. 주정부가 도축업자들이 갖고 있는 사물, 즉 그들의 도축장비나 고객들을 빼앗아간 것이 아니며, 그들은 그

전과 똑같이 그것들을 활용할 수 있으니까.

그러나 뒤쪽 정의가 옳다면 도축업자들은 명확하게 큰 금전적 손해를 보게 되었으니 주정부가 헌법을 어긴 것이고 마땅히 그 법을 철회하든가 보상을 해야 할 것이다. 하지만 1872년은 아직 전통적인 보통법의 사고방식이 강한 때였기에 결국 대법원의 판결은 "사적 소유의 대상은 사물이며, 따라서 주정부는 잘못이 없다"는 쪽으로 기울어졌다.

하지만 그 직후인 1880년대의 미국은 그렇게 소 물고 내 땅에 가서 농사짓고 돌아와 씻고 잠자던 예전의 평온한 세상이 아니었다. 철도가 뚫리고 땅투기가 벌어지고 주식 몰타기라는 신종 금융 기법이 개발되는 등 한마디로 세상만사를 "나의 수익창출 능력에 도움이 되는가"라는 잣대로 평가하는 밴더빌트, 카네기, 모건, 록펠러 등 대자본가들이 온 사회를 헤집고 바꾸어버리는 '날강도 귀족들(robber barons)'의 시대였다. 사적 소유의 법적 정의도 그래서 점점더 '화폐가치' 쪽으로 기울어진다.

미네소타 주정부는 철도 건설 과정에서 토지의 가치 변동을 겪게 된 땅주인들에게 보상을 하게 되는데, 그 보상액의 결정을 놓고 시비가 벌어져 마침내 1890년에 대법원까지 올라간다(Minesota Rate Case). 주정부는 "정부에서 토지의 소유권을 가져간 것이 아니며 단지 토지의 가치 삭감만 일어났으니 사적 소유가 침해된 것이 아니고, 따라서 이 문제는 헌법적 사안이 아니라 주정부의 재량 아래 있는 것"이라고 주장하지만, 땅주인들은 "비록 정부에서 소유권을 가져가지 않았다 해도 토지의 화폐가치가 떨어졌으니 주정부가 우리의 사적 소유물을 수용한 것이나 마찬가지이며, 따

라서 보상액은 주정부가 결정할 권한이 없다”고 주장한다(미국 헌법 제5 수정조항은 보상의 기준을 ‘시장가치’에 둔다).

대법원은 어떻게 판결했을까? 뜻밖에도, 사적 소유의 대상은 단순한 사물이 아니라 ‘사물의 미래수의 창출능력’이라고 정의하면서 땅주인들의 손을 들어주었고, 따라서 미네소타 주정부가 자의적으로 보상액을 결정하는 것은 위헌이라고 판결한다. 20년도 채 안되는 사이에 사적 소유의 법적 정의가 정반대로, 다시 말해 단순한 ‘사물’에서 ‘사물을 통해 벌어들일 화폐가치’, 즉 ‘소득창출 능력’으로 바뀐 것이다.

20세기에 들어서자 더욱 극적인 변화가 기다리고 있었다. 구체적 사물이 아니라 그 사물 위에 덧씌워진 ‘소득창출 능력’과 같은 추상적인 것이 중요하다면, 물질적 형태가 있든 없든 소득창출을 가져다주는 것은 모두 사적 소유를 주장할 대상이 된다는 인식이 퍼졌다. 이에 따라 ‘무형자산’들도 당연히 사적 소유의 대상이 되는 것으로 간주되기에 이르렀고, 따라서 무형자산도 함부로 침해해서는 안되는 것이 됐다. 의회나 정부가 공공의 목적을 위해 어떤 조치를 취한다 해도 그 조치가 누군가의 ‘소득창출 능력’을 감퇴시키는 결과를 낳는다면, 그 조치가 구체적 사물과 관련된 것이건 무형의 각종 사실들(facts)과 관련된 것이건 사적 소유의 침해인 ‘수용’에 해당하게 된 것이다. 따라서 정부는 그 조치를 철회하든가, 아니면 그 조치로 인해 발생하는 금전적 손해를 보상하든가 해야 한다는 결론으로 이어진다(Commons, 1926: passim., ch. 1).

### ‘자산’이란 사회적 기득권이다

그런데 여기서 잠깐 생각해 보자. ‘무형자산’이란 사실 그 포괄 범위가 넓으면서 모호하기 짝이 없는 것이다. 무형자산에는 특허권이나 사업권과 같이 비교적 구체적인 것도 있지만 대중적 평판, 기업의 이미지, 더 나아가 그 이름도 아리송한 ‘굿윌(goodwill, 영업권)’ 등 실로 ‘기업의 소득창출에 도움이 되는 모든 사실관계’가 다 들어간다. 그런데 이런 것들에 조금이라도 영향을 끼칠 만한 조치는 모조리 사적 소유의 침해가 되니, 정부는 조치를 철회하든가 ‘수용의 대가’를 치르든가 해야 한다고 주장한다면 어떻게 되는 걸까? 그리고 그런 주장을 관철시키는 것이 법의 임무가 된다면?

예를 들어 누군가가 다음과 같이 주장한다고 해보자.

“나는 변화가 중에서도 신호등이 있는 사거리에 조그만 토스트 집을 열었다. 워낙 큰 길을 끼고 있어 행인이 많았고, 신호가 바뀌는 주기도 길었다. 그래서 아침 출근 때에는 신호를 기다리다가 향긋한 빵 내음에 취한 사람들이 가게로 엄청 꼬여들었다. 그야말로 ‘길목’이라는 무형자산의 덕을 톡톡히 보고 있었던 것이다. 그런데 어느 날 시청에서 신호등을 없애고 대신 그 자리에 지하도를 만들기로 했다. ‘길목’은 없어졌고, 사람들은 빵 내음은 맡을 틈도 없이 지하도 입구로 빨려 들어갔다. 매상이 절반으로 줄었다. 결국 시청은 지하도를 만듦으로써 나의 무형자산을 없앤 것이니 내 사적 소유를 침해한 것이다. 따라서 시청은 그 지하도를 없애거나 내게 보상을 해야 한다.”

그렇까? 그렇다면 정부와 의회는 어떤 조치를 취하거나 입법을 할 때 관련되는 사회적 관계와 사실들을 모조리 다 살펴서 아

무도 그로 인해 수입이 떨어지는 일이 없는지를 확인해야 하는 것일까?

일개 토스트 가게 주인이 위와 같은 주장을 한다고 하니 터무니 없어 보이겠지만, 만약 무형자산의 소유자가 철도왕 밴더빌트, 철강왕 카네기, 석유왕 록펠러, 금융왕 모건과 같은 사람인데 그가 무형자산을 침해당했다고 주장하고 나선다면 대단히 심각한 일이 될 것이다. 그런데 이런 이들은 실제로 그렇게 했다. 돈으로 고용한 변호사들은 두었다가 무엇을 할 것인가. 대자본가들은 자기에 게 불리한 조치를 정부가 취하려고 할 때마다 변호사들을 내세워 그 조치를 간단하게 물리친다.<sup>8)</sup>

‘사적 소유’에 대한 이런 포괄적인 정의는 20세기 초에 미국 자본주의의 관행이 되어버렸고, 결국은 대자본가 몇명의 사업상 이익에 의해 온 나라가 휘둘리는 상황이 조성되는 데 일조하게 된다. 그래서 1920년대의 걸출한 미국 지식인 두명, 즉 경제학자인 존 커먼스(John Commons)와 사회철학자인 모리스 코헨(Morris Cohen)은 서로 일치하는 의견을 내놓았다. 예전처럼 사물에만 그치지 않고 모든 사회적 사실관계로까지 그 대상이 확장된 ‘사적 소유’란 사실상 사회적 권력으로 보아야 한다고. 더 나아가 코헨은 이러한 권력은 이미 전통적인 국가의 권력, 즉 주권(sovereignty)을 대체하는 것이라고 분석한다.

8) 이렇게 현대 자본주의에서의 소유권이란 그 대상을 실제로 사용하는 권리가 아니라 그것을 통해 현금수익을 창출하는 능력을 뜻한다는 점, 따라서 그 대상이 되는 것이 ‘자산’이며 이는 기실 생산성이나 효율성이 아닌 사회적 관계에 대한 권력임을 최초로 발견하고 강조한 이는 베블린(Thorstein Veblen)일 것이다. 쏘스타인 베블린, 홍기빈 편역 《자본의 본성에 관하여》(책세상, 근간).

## 레이건 시대의 ‘규제에서 파생된 수용’

그렇지만 이런 상태가 오래 가지는 않았다. 1930년대에 들어서 뉴딜(New Deal) 정부가 사적 소유를 이렇게 포괄적으로 해석하는 관행에 쐈기를 박고, 각종의 규제와 법적 조치로 그 의미를 좁혀 나가기 시작한다. 세월이 흘러 1960년대가 되면 사적 소유가 그 전에 가지고 있었던 대부분의 사회적 권력은 국가의 행정과 입법의 영역으로 넘어가고, 사적 소유의 의미는 ‘국가가 허용하는 만큼의 소득을 취득할 권리’ 정도로 축소된다(Reich, 1964).

그런데 1980년대가 되자 이야기가 다시 반전된다. 신자유주의의 시작이라 할 레이건 정부 시절에 오랫동안 억눌려 왔던 자본가들과 보수적 자유주의 세력이 사적 소유권의 확장을 노리고 ‘규제에서 파생된 수용(regulatory expropriation)’이라는 개념을 내세운다. 이것은 정부가 사적 소유물을 가져가거나 물리적인 침해가 발생하지 않았더라도 정부의 규제로 인해 특정한 소유권을 제대로 행사하지 못하게 된다면 그로 인한 피해만큼의 금액을 정부가 보상해야 한다는 개념이다.

예를 들어 내가 시내의 목 좋은 곳에 땅을 소유하고 있는데 하필 그 지역에 대한 정부의 규제, 예를 들어 건물의 높이나 지하실의 깊이 등을 제한하는 규제가 도입되어 그 땅에 수익성 있는 건물을 지을 수가 없게 된다면? 이 경우에 비록 정부가 내 소유권 자체를 건드린 것이 아니고 도입된 규제도 공공의 목적을 위한 것이라 해도 나는 그 금싸라기 땅을 놓려두는 수밖에 없으니 금전적 피해를 본 것이고 마땅히 정부가 그만큼을 보상해야 한다는 것이다. 이런 논리는 정부의 각종 규제를 철폐한다는 레이건 시대의

구호와 맞물려 상당한 사회적 힘을 얻게 되었다.

미국 대법원은 이런 경우에 정부 편을 들어주는 역사적 경향을 갖고 있었다. 정부의 조치로 인해 물리적 침해는 일어나지 않고 소유물의 경제적 가치가 감소된 것만으로는 그 가치 감소가 아무리 심각한 것이라 해도 해당 정부 조치가 수용임을 증명하는 데는 불충분하다는 것이 미국 대법원의 판례에 의해 확립된 원칙이라는 것이 1993년에 미국 법원에서 나온 한 판결의 입장이었다.<sup>9)</sup>

하지만 사회의 전반적 변화 및 보수화가 서서히 미국 법조계와 헌법학계에도 영향을 끼치기 시작했다. 그리하여 1992년의 한 판례(Lucas v. South Carolina Coastal Council)에서는 행정 규제라 하더라도 일정한 경우 토지에 대한 수용에 해당할 수 있다는 것을 법원이 인정하게 된다. 하지만 엡스타인(Richard Epstein)을 비롯한 여러 법학자들은 이런 정도의 판결도 부족하다고 비판하고 “소유물의 가치를 감소시키는 규제는 사실상 모두” 그 피해자들에 대한 보상의 의무를 규제당국에 지운다는 의견을 표명했고, 이런 의견은 상당한 영향력을 발휘하게 된다(Ganguly, 1999 참조).

하지만 법 제도와 관행은 그렇게 쉽게 변하지 않는다. 게다가 미국의 법조계 내에는 공공의 목적을 위한 정부의 규제 조치에 정당성을 부여하는 흐름도 분명히 존재하고 있기에 ‘규제적 수용’이라는 개념이 순식간에 중심적인 법적, 제도적 관행이 될 수는 없는 일이었다. 그런데 모든 투자자들이 실현되기를 원하는 ‘규제적 수용’ 개념이 이상적으로 펼쳐진 국제조약 규정이 있다. 그것이

바로 나프타의 11장에 명기된 투자자-국가 직접소송제도 조항이다(Stiglitz, 2004).

---

9) Concrete Pipe and Prods. of Cal., Inc. v. Construction Laborers Pension Trust for S. Cal., 508 U.S. 602, 645. Ganguly (1999) 각주 130 참조.

## 2. 나프타 11장에 나타난 ‘투자’와 ‘수용’의 의미

### ‘투자’의 넓은 범위

나프타는 11장에서 투자자가 투자대상국에서 적절하고 공정한 대우와 보호를 받을 수 있도록 하는 조건과 규범을 폭넓게 정의하고 있다. 이 11장과 관련해서는 내국인 대우, 최혜국 대우 등 많은 쟁점들이 거론되고 있지만, 여기서는 ‘투자 보호’라는 개념과 관련된 부분에 초점을 맞추고자 한다.

먼저 ‘투자’라는 것이 무슨 뜻인가. 우리는 이 말을 들으면 외국 자본이 국내에 들어와 공장을 짓고 생산설비를 들여놓는 설비투자(greenfield investment)를 연상하는 경향이 있고, 이런 경향을 정치인들이나 보수매체들이 이용하는 일이 흔하다.

하지만 나프타 1139조의 정의에 따르면 ‘투자’란 기업은 물론 각종 유가증권, 부동산, 유형 및 무형의 재산 등 사실상 수익을 창출할 수 있는 모든 종류의 ‘자산’ 취득을 포괄하고, 더 나아가 각종의 이익을 낳는 자본기탁과 투자대상국 내의 각종 허가 및 특허권을 포함한 모든 경제활동 자원의 취득까지 포함한다. 명시적

으로 배제된 것은 화폐, 재화용역 판매 및 그와 관련된 신용뿐이다(Madalena, 2003: 72p.; Gaines, 2000: 3p.).

이렇게 넓게 정의된 ‘투자’는 좁은 의미의 경제적 생산 따위에 국한된 것이 아니며 ‘돈이 될 만한 것은 무엇이든 쟁여두는 것’이라는 뜻이 된다. 즉 돈으로 사고 팔 수 있는 모든 종류의 사회적 관계와 사실들이 투자의 대상이 되는 것이다.

20세기 초 미국의 예에서 볼 수 있듯이 현대 자본주의에서 사적 소유의 의미가 확장되기 시작하면서 사적 소유의 대상은 더이상 단순명쾌한 ‘사물’에 한정되지 않고 온갖 유형, 무형의 ‘자산’으로 넓어지게 되며, 사실상 온갖 사회적 관계에서 이점을 누릴 기득권으로 사적 소유의 의미가 변하게 된다. 이런 상황에서 투자로 취득된 사적 소유물을 ‘보호’해야 한다면 어떤 잠재적 위험으로부터 보호해야 한다는 것인가.

나프타 1101조는, 11장의 규정들이 적용되는 대상은 투자자 및 투자와의 관계에 있어서 투자대상국이 취하고 유지하는 ‘조치들’이라고 명기하고 있는데, 201조 1항에 따르면 여기서의 ‘조치들’은 ‘모든 종류의 법, 규제, 절차, 요건 및 관행’이다.

다시 말해 ‘투자’를 보호한다는 것은 무지막지한 혁명정부가 외국 투자자의 피와 땀이 뻗 공장과 생산설비를 함부로 빼앗는 폭력을 막는다는 식의 소박한 의미가 더이상 아니다. 그것은 이제 투자자가 어떤 나라에 ‘투자’를 해서 취득한 ‘그 나라 내부의 사회적 관계에서의 기득권’을 마음껏 행사하는 데에 심지어 그 나라의 정부, 의회, 지방자치단체조차 끼어들 수 없게 밀어낸다는 공격적인 함의를 갖고 있다.

### ‘간접 수용’과 ‘수용에 맞먹는 조치’

그렇다면 나프타는 외국인이 ‘투자’해 취득한 소유권의 행사를 합법적인 국가가 공공의 목적을 위해 제한하는 것을 원칙적으로 막고 있는 것인가? 그건 아니다. 나프타는 분명히 나프타 참가국 각각이 국내에서 공공의 목적을 위해서는 외국인의 소유권에 제한을 가할 권리를 갖고 있으며, 외국인 투자자의 소유권도 필요에 따라서는 얼마든지 제한될 수 있음을 인정하고 있다. 단 조건이 있다. 국가가 돈을 내야 한다. 이것이 바로 나프타 11장의 규정 중에서도 가장 논란이 되고 있는 1110조의 내용이다. 수용에 관한 조항인 이 1110조를 들여다보자.

#### 1110조 : 수용과 보상

- 어떤 참가국도 자국 영토 내의 다른 참가국 투자자의 투자를 직접적으로나 간접적으로나 국유화하거나 수용하거나 혹은 그러한 투자에 대해 국유화나 수용에 맞먹는 조치(수용)를 취해서는 아니된다. 다음과 같은 경우를 제외하고 :
  - 공공의 목적을 위하는 경우
  - 비차별적인 근거에 의하는 경우
  - 1105조 1항의 적절한 과정과 조응하는 경우
  - 2단락에서 6단락까지의 내용과 부합하는 보상을 지불하는 경우<sup>10)</sup>

10) “No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment (“expropriation”), except: i) for a public purpose ii) on a non-discriminatory

4)에 언급된 “2단락에서 6단락까지”는 배상금은 시장가치로 계산해야 하고, 환율 등을 고려하여 조속히 지불돼야 한다는 등의 내용을 담고 있다. 여하튼 위의 네 가지 조건을 모두 충족하는 경우에만 ‘합법적인 수용’으로 인정된다는 것이다. 즉 1)부터 3)까지를 다 충족한다 해도 외국인 투자자에게 배상금을 지불하지 않으면 안된다는 것이다.

여기서 특히 문제가 되는 것은 ‘간접적 수용(indirect expropriation)’과 ‘수용에 맞먹는 조치(measures tantamount to expropriation)’라는 표현이다. 만약 수용이 토지와 같은 사물을 물리적으로 가져간다는 의미라면 논란의 여지가 없다. 그런데 ‘간접적 수용’이란 무엇이며, ‘수용에 맞먹는 조치’란 또 무엇인가. 2003년에 유엔무역개발회의(UNCTAD)가 펴낸 보고서는 나프타를 포함한 각종 무역협정이나 투자협정에서 이런 두 가지 표현이 실제로 해석되는 방식을 두 가지로 보고 있다(UNCTAD 2003: 11-2pp.).

그 중 하나는 점진적 수용(creeping expropriation)이다. 이는 소유자의 소유권에는 아무런 직접적 영향이 없지만, 국가의 개입과 조치로 인해 부지불식간에 조금씩 장기간에 걸쳐 투자의 가치가 잠식되는 상황을 말한다. 다른 하나는 앞에서 보았던 ‘규제에서 파생된 수용’이다. 이는 소유권의 화폐가치에 영향을 주는 법적 규제 등을 말한다. 국제법에서 국가는 환경, 보건, 소비자 보호, 유해물질 규제 등과 같은 영역에서 일방적인 조치를 취할 ‘경찰력(police power)’을 보유하는 것이 전통적으로 인정되어 왔지만, 나

basis iii) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and iv) on payment of compensation in accordance with paragraph 2 through 6”.

프타에서는 경찰력도 수용 관련 규정이 적용되는 대상이다.

결국 19세기 말의 미국으로 되돌아간 셈이다. ‘간접적 수용’이 나 ‘수용에 맞먹는 조치’라는 모호한 말의 실제 의미는, 투자의 ‘자산가치’를 훼손할 만한 일체의 정부 조치들이 모두 수용으로 해석되어 배상의 의무를 부과받을 수 있다는 것이다.

국내 투자자들에 대한 법률과 관행이 어떤지는 문제가 되지 않는다. 이제 외국 투자자들은 투자대상국에 투자를 하게 되면 그 나라에서도 법적 보호를, 19세기 말 미국 자본가들이 누렸던 저 꿈같은 이상적 조건의 법적 보호를 받게 된 것이다. 이제 투자자들은 투자대상국 정부가 자신의 투자자산을 직접 건드리지 않더라도 간접적으로라도 그 가치에 영향을 줄 만한 입법을 하거나 조치를 할 경우에 당연히 그 철회를 요구하거나 배상을 요구할 수 있게 된 것이다.

### 3. ‘공공이익’은 어떻게 되는가

#### ‘경찰 권력’의 문제

하지만 거꾸로 투자대상국의 국가와 국민들은 실로 황당한 상황에 처하게 됐다. 나중에 다시 살펴보겠지만, 이제 국가는 어떤 입법을 하거나 조치를 할 때마다 항상 외국 투자자들의 수익에 영향이 없을지를 살피고, 영향이 있다면 그런 입법이나 조치는 하지 말아야 하는 처지가 됐다. 그런데 입법이나 행정조치란 사회적 형평이라는 가치를 위해 기득권이나 이익의 불균형을 시정하는 것이다. 그런데 앞에서 본 것처럼 ‘투자’가 매우 폭넓게 정의된 상황에서 그것을 훼손할 일을 피해야 하면서 입법이나 행정조치를 한다는 것이 과연 가능한가. “잔디와 흙이 깔린 곳은 모조리 출입금지”라고 선포하면 아이들은 어디서 축구를 하란 말인가.

지금 한국 정부는 한미 FTA의 충격을 걱정하는 사람들에게 “우리가 하기에 달렸다”면서 여러가지 대응을 잘 하면 된다고 말하고 있다. 대응이라고 한다면 각종 산업정책과 재분배정책을 말하는 것이다.

그런데 과연 국내 도처에 쏟아져 들어올 미국 투자자들의 투자 자산 가치에 영향을 주지 않으면서 그런 정책을 어떻게 펼 수 있다는 말인가. 물론 소송비용이라는 부담이 있으니, 미국 투자자들이 매사에 사사건건 걸고넘어지지 않는지 모른다. 하지만 정말 중요한 정책들은 그 덩어리가 크고 따라서 그것에 걸린 ‘판돈’도 크게 마련인데, 과연 미국 투자자들이 가만히 참고만 있을까? 앞에서 보았듯이 최근 들어 투자자-국가 직접소송에 따른 국제심판 건수가 기하급수적으로 늘어나는 현상이 이런 의문에 답을 준다.

한미 FTA가 체결되면 우리의 국가가 취하는 모든 행위가 문제가 되겠지만, 특히 주의해서 봐야 할 것은 보건, 환경, 안전 등의 분야에서 국가가 할 수 있는 역할이다. 이 부분은 ‘경찰력’과 관련해 국제법에서 일반적으로 각국의 고유한 권한으로 인정하는 부분이다. 하지만 나프타 11장은 이런 부분도 외국인 투자자 보호라는 목적에서 배제되지 않는다고 암시하고 있다.

이 부분에 대해서는 실제로 지난 십몇년간 나프타에 참가한 세 나라의 시민단체들과 국제시민운동 세력이 가장 우려하고 반복적으로 항의해 왔다. 나프타의 이 부분은 환경, 보건과 같은 분야에 서조차 국가가 어떤 조치를 취할 때마다 그로 인한 외국인 투자자의 손익 변동을 먼저 고려하도록 요구하고 있다. 이제는 국가가 외국인 투자자를 어떻게 하겠다는 의도도 없이 그저 ‘공공의 이익’이라는 목적을 추구하기 위해 내놓는 일체의 선량한(bona fide) 입법과 행정조치들도 배상의 의무를 지게 되는 원인이 될 수 있다 (Mann and Soloway, 2002: 3p.).

한 가지 예를 들어보자. 우리나라의 의료 관련 시장은 그 규모

가 상당히 크다. 관련된 보험과 연금 시장까지 더하면 의료산업은 급성장하는 분야이므로 미국의 투자자들이 이 시장에 들어올 것이라고 상정하는 것은 자연스러우며, 노무현 대통령은 ‘서비스 경제’의 도래를 원하고 있으니 이렇게 되는 상황을 반길 것이다.

그런데 이 분야의 투자가 개방된 뒤에 한국 국민들이 정부를 통해 의료나 보험, 연금 등에 대한 입법을 하거나 정책을 수립해 집행하는 것이 얼마나 가능할까? 외국인 투자자들의 수익에 영향을 주지 않는 개혁이 과연 가능하거나 할까? 이 큰 규모의 시장에 들어온 그들이 과연 가만히 참고 있을까?

지구화 상황에서 캐나다 의료보험 체계의 미래를 짚어본 300쪽에 달하는 <로마노우 보고서(Romanow Report)> (2002)는 바로 이러한 가능성을 지적하면서, 의료보험 시장에 들어온 외국인 투자자와 사적 기업들이 현실적으로 캐나다의 의료보건 정책을 결정하는 중요한 행위자가 될 수 있다고 경고한다(237-8pp.).

### 메탈클래드 사건 판결에 나타난 ‘경찰 권력’과 ‘수용’

그런데 지금까지 말한 것들이 실제로 그렇게 될까? 그것들은 그저 가정과 추측에만 기반을 둔 지나친 피해망상의 시나리오에 불과한 것이 아닐까? 투자자-국가 직접소송을 맡는 국제 중재재판소들도 다 공정한 재판절차를 운영할 것인데 무리하게 보이는 투자자들의 논리가 일방적으로 관철되도록 허용하겠는가? 과연 국제 중재재판소들이 애매하고 포괄적인 ‘수용’ 개념을 설마 그대로 적용하겠는가? 또 보건이나 환경과 같은 각국 고유의 영역까지 무시해가면서 오로지 투자자산의 가치 변화만을 고려해 판결

을 내리겠는가? 이런 것 저런 것 다 감안해서 균형 잡힌 판결을 내리도록 할 제도적 장치가 있지 않겠는가? 괜한 요란을 떠는 것일 테지.

하지만 국제 중재재판소들이 실제로 운영되는 방식을 들여다보면 생각이 달라진다. 각각의 국제 중재재판소는 서로 독립적으로 심사하고 판결하며, 사건의 유형별로 구속력 있는 판례가 쌓이거나 그런 판례에 대해 일관성을 갖춘 판결을 내려야 할 의무도 없다. 따라서 분쟁의 구체적인 경우에 따라 서로 다른 판결이 나오게 마련이다.

게다가 수용에 관한 조항이 어떻게 해석되는지에 대해 누구도 딱 잘라 말하기 어렵다는 문제도 있다. 특히 외국인 투자의 자산 가치 감소의 경우 도대체 어느 정도 가치가 감소해야 수용이라고 볼 것인가 하는 문제는 여전히 논란의 와중에 있다(ibid).

미국 기업인 메탈클래드(Metalclad)와 멕시코 정부 사이에 벌여졌던 중재재판에서 나온 판결은 이런 논란에 대해 시사해주는 바가 크다. 이 사건은 배상금의 규모가 컸던 데다가 환경 및 민주주의의 문제 등과도 얽혀 많은 이들의 관심을 끌었다. 메탈클래드에 대한 쓰레기 폐기장 설치 허가를 취소한 멕시코 정부에 국제 중재재판소는 배상의 책임을 지웠다. 배상금 규모는 무려 1억6천만 달러였다.

중재재판소는 이 사건에 대한 판결문에서 간단하게 잘라 말한다. “본 재판부는 이 사건에서 문제가 된 환경보호 조치와 같은 동기라든가 의도 등은 고려하거나 결정할 필요가 없다”고, 고려해야 할 문제는 오로지 “투자에 어떠한 영향이 있는가” 하나뿐이라

고. 그리고 수용의 의미에 대해서는 다음과 같이 말한다.

“따라서 나프타에서 수용이란 공개적이고 고의적이며 자인된 ‘재산 가져가기’만을 의미하지 않는다. ... 암암리에 행해지거나 고의성이 없더라도 소유권을 훼손하여 그 소유자로부터 ‘사용권’이나 ‘그 소유를 통해 합리적으로 기대할 수 있는 경제적 이득’의 전체 혹은 상당한 부분을 빼앗는 결과를 낳을 경우에는 비록 투자대상국이 그로 인해 명백한 이득을 얻은 것이 아니라 해도 그런 소유권 훼손은 수용에 해당한다.”<sup>11)</sup> (Mann and von Moltke, 2002: 17p. 에서 인용)

여기서 가장 주목해야 할 것은 ‘합리적으로 기대할 수 있는 경제적 이득’이라는, ‘자산’에 대한 고전적인 정의로써 수용의 기준을 제시하고 있다는 점이다. 또한 ‘고의성이 없는’ 경우라 해도 국가의 어떤 조치로 인해 투자자산의 가치가 감소되는 ‘결과’가 초래된 경우는 모두 배상의 대상이 된다는 내용에도 주목해야 한다.

즉 메탈클래드 사건을 담당한 중재재판소는 환경 문제에 대한 국가의 ‘경찰력’의 영역도 인정하지 않았고, 국가의 조치가 ‘선량한 동기’에 의한 것이었는지 여부도 묻지 않았다. 게다가 이 중재재판소는 ‘수용’을 정의하면서 대단히 확장된 의미의 ‘소유’ 개념을 사용했다.

---

11) “Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property...but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host state”.

이렇게 볼 때 위에서 우리가 제기한 우려는 비현실적인 기우가 아닌 것이다. 기우이기는커녕, 현실화 가능성이 훨씬 높은 실질적인 가능성이다. 나중에 다시 살펴보겠지만, 나프타 11장을 비롯한 자유무역협정이나 투자협정들에 들어 있는 투자자-국가 직접소송제도가 투자대상국의 민주주의, 헌법질서, 환경, 보건, 경제구조 등을 실질적으로 건드리고 훼손한 사례들이 도처에 허다하며, 비단 나프타뿐만 아니라 EU나 UNCTAD 등에서도 이런 문제에 대한 수많은 논쟁과 연구와 개선책 제시가 이어지고 있다.

### 정부를 쫓아들게 만드는 된서리 효과

외국인 투자자가 투자자-국가 직접소송제도를 이용해 투자대상국에서 얻어낼 수 있는 것이 입법 철회나 거액의 배상금만인 것도 아니다. 제소 가능성을 암시하는 것만으로도 투자대상국을 쫓아들게 해 어떠한 입법이나 행정조치도 아예 하지 못하게 만들 수 있다. 이것이 이른바 ‘규제당국에 대한 된서리(regulatory chill) 효과’다(Pavey and Williams, 2003; Mann and Von Moltke, 2002).

다음 장에서 보겠지만, 외국인 투자자가 투자자-국가 직접소송제도를 활용하는 것을 가로막는 장애는 단 하나, 즉 소송비용이다. 대략 몇백만 달러에 달하는 소송비용의 부담으로 인해 배상의 규모와 승소의 가능성 등을 감안해 그 정도의 비용을 부담할 만해야 실제로 이 제도를 활용해 제소에 나서는 것이다.

그래서 투자자들이 원하는 것을 값싸게 확보하는 방법을 쓰기도 한다. 제소 절차를 밟기 위해서는 먼저 투자자가 투자대상국 관청에 ‘의도 통지(notice of intent)’를 보내게 되어 있는데, 이 단

계에서 제소의 논리와 배상금의 크기를 설득력 있게 제시한다면 국제 중재재판으로 가지 않고도 해당 국가를 뒤로 물러서게 할 수 있다.<sup>12)</sup>

문제는 이러한 효과가 실제로 작동하여 규제가 위축될 경우 이는 명시적으로 소송이 걸리는 경우보다 더욱 암묵적인 차원에서 벌어진다는 점이다. 그래서 구체적인 현황을 파악하는 것조차 힘들게 되고, 따라서 공론화되기가 더욱 힘들다는 것이 사태를 악화시킨다.

이런 경우에 해당하는 사례로 필립 모리스 사건이 있다. 2001년 12월에 캐나다 정부는 담뱃갑에 ‘순한 맛(mild)’이라고 표기하는 것을 금지하는 규제를 도입하려 했다. 그러자 담배회사인 필립 모리스가 나프타 11장을 언급하면서 캐나다 정부에 항의서를 제출했다. 소송이 벌어질 경우 배상금 부담을 계산해본 캐나다 정부는 이 규제안을 철회하고 말았다(ibid).

좀더 최근의 사례도 있다. 캐나다 뉴브런즈윅 주의 입법위원회는 오랜 숙의와 전문가 자문을 거쳐 뉴브런즈윅 주의 상황에 맞는 공공 자동차보험을 도입할 것을 제안했고, 이 방안에 대한 뉴브런즈윅 주민들의 지지도 상당했다고 한다. 하지만 기존의 자동차보험 회사들이 이번에도 나프타 11장을 언급하며 제소할 가능성을

12) 이러한 효과가 실제로 존재한다는 것을 부인하는 주장도 있다. 예를 들어 Soloway(2003)의 18-20pp.를 볼 것. 그런데 이 글의 저자는 이러한 현실적 가능성과 종종 들려오는 사례들을 검토하는 것이 아니라, “첫째, 진정 선의의 규제라면 나프타 11장을 두려워할 이유가 없다. 둘째, 기존의 판결들을 보면 선의의 규제가 아니라 투자자들 주장대로 보호주의의 의도가 분명하다. 셋째, 수용을 하더라도 투자자에게 배상을 하면 되므로 정부가 규제 활동을 두려워할 필요가 없다”는 등의 상당히 빗나가거나 납득하기 어려운 ‘근거’를 들고 있다.

암시하고 나섰고, 결국은 뉴브런즈워 주지사가 입법위원회의 제안을 받아들이지 않겠다고 공표했다.

나프타는 캐나다가 새로운 공기업을 설립할 권리가 있다고 명시적으로 인정하고 있다. 하지만 위의 두 사례에서 볼 수 있듯이 이런 권리도 결국에는 이미 국내에 들어와 있는 외국인 투자자나 외국 기업의 이익을 크게 건드리지 않는 범위 안에서만 가능하다. 그런데 공기업이란 것은 그 정의상 국민경제의 형평과 균형을 도모할 목적으로 설립되는 것이고, 따라서 필연적으로 시장에 관여하고 부의 재분배를 추구하게 된다(Jeremic, 2005). 그러니 나프타에 규정된 공기업 설립의 권리가 제대로 지켜질 리가 없다.

## 제4장

투자자-국가 직접소송은 어떻게 진행되는가

# investor-state claim

## 1. 국제 중재절차의 성격

\*

이 장에서는 투자자-국가 직접소송이 어떻게 시작되고, 어떻게 진행되며, 그 결정은 어떤 효력을 낳는가를 살펴본다. 그리고 이러한 전체의 과정이 소송을 당한 국가의 공공이익, 즉 민주주의, 지방자치, 환경 및 보건, 헌정질서 등에 어떠한 결과를 미치게 되는지를 살펴본다.

가장 먼저 기억해야 할 점은, 이 국제 중재절차(international arbitration)라는 것이 정규적인 국내 및 국제법의 체계와는 전혀 이질적인 것이라는 점이다.

앞의 제2장에서 우리는 중세 이래의 ‘상인법(lex mercatoria)’이 한편으로 각국 국내법에 상법으로 흡수된 과정, 다른 한편으로는 그것이 근대 국제공법 및 국제사법 체계의 경직성을 우회하기 위한 상인들 및 투자자들끼리의 자율적인 분쟁해결 수단으로 살아난 과정을 보았다. 거기서 보았듯이 국제 중재절차란 일정한 법적 효력의 근거와 원천이 명확하게 규정된 법체계 내에서 그 법체계가 정해놓은 절차와 규칙을 따라 행해지는 일반 법정의 재판과는 그 성격도 절차도 완전히 다르다.

이런 점을 염두에 두지 않고 보통의 재판의 관점에서 그 연장선에 있는 것으로 국제 중재절차를 바라보면 “뭐 이런 게 다 있나” 하는 당혹감을 가질 수밖에 없다.

제2장에서 논의한 대로, 이 상인법의 심판 과정이란 사실 두명의 분쟁 당사자들간에 ‘합의’를 보는 과정에 가깝다. 그리고 그 합

의를 이룰 수 있도록 중간에서 심판자 역할을 하는 중재자(arbitrator)가 있을 뿐이다. 그 합의가 '성경 말씀'의 정신과 합치하며 교회법적으로 옳은 것인지, 또 그 지역의 군주가 공포해놓은 실정법과 모순이 되는지 어떤지는 여기서 고려 대상이 아니다. 그야말로 글자 그대로 두 싸움 당사자들의 분쟁을 중재하여 양쪽 모두 공정하다고 승복할 수 있는 판정(award)을 내놓으면 그만이다. 아주 거칠게 말해서, 한국식 일본어를 쓰는 것을 용서하신다면, 그냥 양쪽이 모여 '쇼부(勝負)를 치는 과정'이 그 본질적 성격인 것이다.

나중에 더욱 자세히 보겠지만, 문제는 이 '양쪽이 쇼부를 치는 과정'에 회부되는 사안에 사람들이 물을 마실 수 있는 권리, 자국 문화를 보호할 권리, 모든 국민이 건강하게 살 수 있는 보건정책, 심각한 오염물질을 멀리하고 환경을 보호할 권리, 국가가 외환위기를 맞아 자국의 외환관리 방식을 변화시킬 권리 등과 같은 실로 전통적인 '공공이익'의 쟁점들이 휩쓸려 들어가게 된다는 점이다.

옛날처럼 상인법의 전통에 따른 국제 중재절차의 관행이 공적 문제를 다루는 국내법 및 국제법 체계의 밖에 머물면서 그것을 보완하는 주변적 성격만을 띠 때에는 이런 혼란스런 뒤섞임은 벌어지지 않았다. '공공이익'이라는 것은 어디까지나 주권국가 자국 영토 내에서 지고(至高:이것이야말로 주권 sovereignty의 원래 뜻이다)의 권위를 가지고 마음껏 자의대로 할 수 있는 영역이었고, 이것을 침해할 만한 것은 오로지 그와 동일한 권위를 가졌다고 상정되는 다른 주권국가뿐이었다. 이렇게 주권국가들끼리의 경쟁이 붙을 때에는 국제공법으로 해결하면 되는 것이었다.

상인들이라는 독특한 성격의 집단들이 이 공법 체계에 문제를 느껴서 자기들끼리의 자체적인 분쟁해결 방식을 갖는 것은 상관없다. 그것은 어디까지나 이 국내 및 국제의 공법적 영역 바깥에 존재하는 자기들끼리의 '상업'이라는 특수한 영역에 국한되는 일이었다. 그런데 제2장에서 본 반 하텐 교수의 주장대로 오늘날의 투자자-국가 직접소송은 그 모든 공법적 영역의 사안들을 국제 중재절차로 끌어내어 마음껏 결정하는 초유의 사태를 초래하게 되었다.

## 2. 소송은 누가 제기하는가

물론 투자자가 투자대상국에게 제기하며, 투자대상국은 외국 투자자에게 소송을 제기할 수 없다. 이 제도의 목적은 ‘외국 투자자’의 보호이기 때문이다.

그런데 이때 투자자란 구체적으로 누구를 말하는가? 제3장에서 보았듯, 특히 나프타 11장에 나타난 바의 ‘투자’란 그 포괄범위가 대단히 넓다. 그렇다면 이 넓은 범위에 해당하는 ‘자산’을 가지고만 있다면 누구나 소송을 제기할 수 있다는 것인가? 그렇다. 기업의 소유구조의 예를 들어 구체적으로 살펴보자.

제1장 1절에서 소개한 ‘가상 시나리오’를 되짚어 보자.

노무현 정부의 뜻을 받들어 한국 서비스업의 꽃이라 할 방송사업을 ‘업그레이드’시키기 위해 폭스TV가 분연히 일떠섰다. 물론 폭스TV는 직접 한국에 ‘폭스 코리아’를 설립할 수도 있겠지만, 방송국 설립 허가의 외국인 허용 등의 복잡한 문제를 피하기 위해 한국인 노종현을 파트너로 삼아 그로 하여금 ‘새서울방송’을 설립하고 그 지분을 80% 가지는 쪽을 선택한다. 예상대로 사업은 폭발적으로 번창하여, 아시아 전체의 광고와 문화 콘텐츠 시장으로

뻗어나갈 발판의 가능성을 보이게 된다.

그러자 이번엔 AOL-타임워너가 끼어든다. 막후의 무슨무슨 흥정이 벌어지고, 폭스TV는 AOL-타임워너에게 30%의 지분을 넘기기로 합의하여 함께 손잡고 아시아 전체로 사업 확장을 하기 위한 공격에 나선다.

이에 불안을 느낀 중국의 차이나TV는 일정한 방어장치를 마련하기 위해, 미국에 ‘옐로우 페릴 엔터테인먼트’라는 자회사를 설립하여 그 자회사의 명의로 이 ‘새서울방송’의 10%에 해당하는 주식을 보유하게 된다. 이 복잡한 과정에서 한바탕 흥역을 치렀던 ‘새서울방송’은 사업 확장에 필요한 자금을 조달할 때 소유구조의 변동이라는 예민한 문제가 또다시 불거지는 것을 피하기 위해, 증자보다는 사채 발행의 방식을 택한다. 그리하여 미국의 아메리카은행이 나서서 새로 발행된 ‘새서울방송’의 사채를 다량 보유하게 된다.

그런데 날로 늘어가는 ‘새서울방송’의 파괴적 영향력에 대한 비판의 소리가 높아 결국 일정한 정부의 규제와 조치가 생겨나게 되고, 이 때문에 ‘새서울방송’의 자산가치가 어느 정도 감소하게 된다. 이 상황에서 한미 FTA의 투자자-국가 직접소송제를 이용하여 한국 정부를 고소할 수 있는 주체는 폭스TV, AOL-타임워너, 차이나TV, 아메리카은행, 노종현 중 누구일까?

2006년에 ‘글로벌 리걸 그룹(Global Legal Group)’이 낸 《국제중재 2006 : 국제 투자자를 위한 국제 비교법 안내서》(Shenkman, 2006)에 의하면, 이 경우에 “모두 다” 한국 정부를 고소할 수 있다. 물론 구체적인 FTA 합의조항이 어떻게 되느냐에 따라 변동이 있

을 수 있고 또 지금까지의 한국의 관행으로 보면 새서울 방송은 제외될 가능성이 높지만, 국제적으로 지난 몇년간 실제로 벌어진 소송 사례들을 보면 위와 같은 경우, 주체들 모두가 투자대상국 정부를 고소한 예들이 있다는 것이다.

첫째, 폭스TV와 같은 ‘간접 투자자’도 최근의 투자협정에서 소송 자격을 갖는 것이 일반적인 경향이다.

둘째, AOL-타임워너와 같은 ‘소수 주주’도 자격을 가질 수 있다. 실제 지난 2003년에 나온 아르헨티나 대 CMS의 소송이 그 예이다. 미국 기업 CMS는 국영기업이었다가 사유화된 아르헨티나의 에너지회사 TGN의 주식 30%를 보유하고 있었다. 그런데 심각한 외환위기로 외환통제가 불가피한 상황이 벌어졌다. 그러자 TGN의 수익이 타격을 받게 되었고, 이에 소수 주주의 하나인 미국 회사 CMS가 아르헨티나 정부를 고소하여 ICSID 주관으로 조정심판이 벌어졌다. 아르헨티나 정부는 CMS가 소수 주주에 불과하므로 자격이 없다고 주장했으나, 심판 법정은 “투자협정 어디에도 ‘투자자’라는 규정만 있지 그가 다수 주주여야 한다는 조건은 없다”는 이유로 정부측 주장을 묵살했다.

셋째, 마찬가지로 이유로 아메리카은행과 같은 채권 보유자나 주식 이외 형태의 투자자들도 자격을 가지는 것이 거의 분명한 관행이다.

넷째, 투자협정의 내용에 달려 있는 일이지만, 노종현은 ‘새서울방송’의 법인 차원에서 한국 정부를 소송에 걸 수도 있다. 투자대상국의 법에 따라 현지에서 세워진 법인도 소유구조가 외국 투자자들에게 넘어갈 경우, 자국 정부를 소송에 걸 수 있도록 한 투

자협정은 다수 존재하고 있다.

마지막으로 차이나TV의 경우를 주목해서 보아야 한다. 이것이 그 악명 높은 ‘투자협정 쇼핑(Treaty Shopping)’의 경우이기 때문이다(UNCAD 2005a: 21p.). 실질적으로 초국적 소유구조가 형성되어 버린 지금 21세기 세계 경제에서, 이미 어떤 기업이나 투자자가 고정된 국적에 묶여 있을 이유가 없다. 그저 원하는 국적의 나라로 가서 자회사를 세우든가 아니면 그 나라의 회사를 인수해 버리면 그만이다. 인터넷과 한 몸이 된 ‘공각기동대’의 쿠사나기 소령이 내뱉은 회심의 한마디처럼 “세상은 넓다. 이제 어디로 갈까”인 것이다.

이 문제와 관련해 앞서 언급한 ‘글로벌 리걸 그룹’의 투자자 안 내서는 다음과 같이 권유하고 있다.

투자자들과 기업 법률 자문단은 투자의 초기 단계부터 수많은 투자협정들의 최근 발전 경향을 잘 살펴서 이것들을 최대한 이용할 수 있도록 투자 계획을 짜나가야 한다. 다른 무엇보다도, 만약 어떤 투자자가 자신의 나라가 투자하고자 하는 대상국과 투자협정을 맺지 않은 경우, 투자대상국과 협정을 맺은 제3국에 투자하여 자회사를 설립하는 우회적인 방식을 고려할 필요가 있다.

여기서 한 걸음 나가면, 그 대상국이 맺어온 여러 투자협정 중에서도 가장 유리한 조건의 협정을 맺은 나라의 투자협정을 고른다는 전략이 나온다. 앞서 제1장에 나온, 네덜란드-체코 투자협정과 미국-체코 투자협정을 모두 이용했던 로널드 라우더와 CME의 경우, 그리고 제5장에서 보게 될 벡텔 대 아르헨티나의 경우가 모

두 이 예라 할 것이다. 이를 막기 위해서는 협정체결 당시 어디까지를 ‘상대국의 투자자’로 인정할 것인지에 대해 세심한 준비를 해야 한다.<sup>13)</sup>

다시 ‘가상 시나리오’로 돌아가서 보면, 어쨌든 이 모든 주체들이 다 한국 정부를 고소할 수가 있다. 게다가 함께 뭉쳐서 할 필요도 없다. 모두 제각각 자기에게 유리하다고 생각되는 기관과 물, 심지어 투자협정까지 맘껏 입맛대로 골라 소송을 진행할 수 있다. 그렇게 되면 한국 정부는 이 하나의 동일한 사건을 놓고서 여러 다른 주체들과, 여러 다른 곳에서, 여러 다른 소송에 동시에 휘말리게 될 수 있다.

---

13) 예를 들어 나프타에는 어떤 투자자가 보호를 받기 위해서는 실제 그 나라에서 ‘실질적인 사업활동(substantial business activity)’을 해야 한다는 단서가 있다. 이 ‘실질적인’이 어느 만큼인가에 대해서는 상세하게 한정해야 안심할 수 있을 것이다.

### 3. 국제 중재절차는 어떻게 진행되는가

먼저 투자자는 소송할 의도가 있다는 통지서(notice of intent)를 투자대상국 정부에 보낸다. 제3장 말미에서 본 ‘규제 활동에 대한 되서리’의 경우에서처럼, 거의 비용이 들지 않는 이 통지서 한장 만으로도 투자자는 자신이 원치 않는 정부 조치를 ‘예방’하거나 또 후퇴시킬 수 있다. 이 통지서를 받은 정부는 실제 중재소송이 벌어졌을 때에 자신들이 이길 수 있는 확률과 예상되는 배상액을 고려하지 않을 수 없기 때문이다.

여기서 정부가 물러서지 않고 버틸 경우, 투자자는 90일간의 협의 기간(period of consultations)을 거친 후 국제 심판소송을 본격적으로 시작한다. 이후 시작되는 과정을, 공법 체계의 법정 재판과 구별되는 국제 중재절차의 세 가지 특징을 중심으로 살펴본다.

#### 규칙과 절차는 양쪽 당사자들이 결정한다

국제 심판소송은 분쟁 양쪽이 자신들을 대표할 수 있는 변호사(counsel)를 선임하고, 또 중간에서 심판을 진행하고 판정을 내릴

중재자(arbitrator)를 선임하는 것으로 시작한다. 이렇게 구성된 중재심판소(arbitration tribunal)는 또한 양쪽 대표들이 합의한 절차와 규칙에 따라 심판을 진행한다.

이렇게 진행되는 국제 심판소송을 주관하는 국제기구와 틀은 기존에 만들어져 있는 것들이 몇개 있어서, 대부분의 투자협정에는 이 투자자-국가 간의 소송이 발생할 경우 그 중 어떤 기구와 어떤 틀을 통하여 심판소송을 진행한다는 것을 규정해놓고 있다.

먼저 가장 널리 이용되고 있는 틀은 제2장에서 본 바 있는, 1965년 130개국 이 함께 서명해 세계은행 산하에 설립하기로 했던 국제투자분쟁해결센터(ICSID)이다. 그런데 만약 투자협정국 중 하나가 이 ICSID 회의에 서명하지 않은 국가일 경우를 대비하여, ICSID 산하에 추가판의절차(ICSID Additional Facility)을 두어 이곳에서 이후 과정을 주관하도록 한다. 이 ICSID 제도의 특징은, 투자자-국가 간의 분쟁이라는 문제를 해결하기 위해 특별히 마련된 규칙과 절차를 가지고 있다는 점이다.

그밖에도 절차와 규칙을 정해놓은 제도들이 더 있다. 투자협정 중에는 투자자로 하여금 이 ICSID 이외에도 국제상공회의소의 중재법정 규칙(ICC rules)이나 스톡홀름 상업회의소 중재 제도(SCC rules)를 선택할 수 있도록 선택의 여지를 두는 경우가 있다.

하지만 ICSID의 보완적 선택 메뉴로서 이런 상업 제도들보다는, 유엔 산하의 국제연합국제무역법위원회 중재규칙(UNCITRAL)이 선택되는 경우가 더 많다. 앞의 상업 제도들의 경우, 상설된 제도가 있어서 중재심판 과정을 그곳에서 주관하고 감독하는 역할을 하지만, 이 UNCITRAL 규칙은 그저 규칙일 뿐 과정을 주관하거

나 감독하지는 않는다. 양쪽 당사자는 그저 그 규칙에 따라 자신들의 경우만을 다루는 특별 중재심판소(ad-hoc arbitration tribunal)를 새로 구성하도록 되어있는 것이다.

그리고 투자협정에 따라서는 어떤 규칙을 따를 것인가를 아예 전혀 정하지 않고, 그 규칙부터 양쪽 당사자가 협상하여 결정하는 고전적인 특별 중재심판소(classical ad-hoc arbitration tribunal)의 방식을 선택 사항으로 올려놓은 경우도 있다.

이 여러 제도들은 모두 다른 역사적 기원과 맥락에서 발전해 온 것이기 때문에, 각각 차이와 특징이 있다. 그런데 투자협정은 대부분 투자자들이 이 가운데 몇개를 동시에 선택할 수 있는 ‘메뉴’로 제시하고 있다(예를 들어 나프타의 경우 ICSID의 두 규칙과 함께 UNCITRAL이라는 특별 중재심판소의 사용 가능성도 열어 두고 있다). 그래서 보통 규칙과 제도를 양쪽 당사자가 함께 정하는 고전적인 국제 분쟁조정과 달리, 이 투자자-국가 직접소송제의 경우 투자자들이 자신에게 가장 유리하다고 생각하는 제도를 선택하여 투자대상국 정부를 공격하는 ‘규칙 쇼핑(rule-shop)’을 감행할 수 있다(Peterson, 2002: 9p.).

### 중재심판 과정은 철저한 비공개로 진행한다

규칙과 절차가 결정되면 양쪽은 각자의 변호사를 내세우고 중재인을 결정하여, 세 주체로 중재심판소를 구성한다. 이 중재인은 양쪽의 합의로 결정되기도 하지만, 널리 이용되고 있는 ICSID 규칙의 경우 ICSID 기관에서 미리 작성해둔 명단에서 한 사람을 지명하여 선임한다. 이후의 과정은 이 세 주체가 분쟁 쟁점에 대

해 서류 제출과 반대 심문 등을 거치면서 중재인이 판정(award)을 내리도록 하는 것이다.

그런데 이 과정은 철저하게 세 주체만이 참여하는 과정이다. 세 주체 외에는 아무도 이 심판소에서 자신의 의견을 제기할 수 없고, 전체 과정도 철저하게 비공개로 진행된다. 양쪽 당사자는 자신들의 문서나 의견을 공개할 의무가 없다. 누가 중재인이며 누가 각각의 변호사인지도 비밀이다. 심지어 판결문은 말할 것도 없고, 누가 이겼는가조차 비공개이다. 그뿐이 아니다. 양쪽 모두 이러한 중재심판 소송이 진행중이라는 사실조차 공표할 의무가 없다. 그렇기 때문에 아예 어떤 사건이 존재하는지조차 양쪽 이외에는 알 길이 없다.

중재심판의 이러한 철저한 비밀성의 원칙(confidentiality)은 말할 것도 없이 중세 이래 상인법의 유제라는 점을 염두에 두면 쉽게 이해할 수 있다. 장사와 투자를 하는 사람들은 온갖 사업 기밀도 많을 뿐만 아니라, 유지해야 할 평판도 있다. 이러한 상업적 분쟁의 내용은 물론, 무슨 일이 벌어지는지조차 공공에 알려지는 것이 도움이 될지 어떨지 매우 민감한 문제가 아닐 수 없다. 게다가 앞에서 말한 대로 원래 상인법의 심판이란 무슨 공공의 이익처럼 여러 사람들의 이해가 걸린 문제가 아니라, 그저 두 당사꾼이 만나 ‘쇼부를 치는’ 과정에 불과한 것이다. 그러니 공표해야 할 이유가 있는 것도 아닌 것이다.

이 비밀성의 원칙 때문에 투자자-국가 직접소송제의 현황을 파악하는 것도 매우 어렵다. 우선 1990년대 이후 벌어졌던 투자자-국가 소송이 몇 건이였는지, 그리고 현재 몇 건이 진행되고 있는

지, 그 건수조차 오리무중이다. 그저 ICSID만이 사건이 발생하면 이를 공식적으로 확인하고 심판 일정을 공표하게 되어있다. 그러므로 대략적인 증감의 추세를 그 자료를 바탕으로 짐작할 수 있을 뿐이다. 하지만, 전체 소송 건수 중 이 ICSID에 등록된 소송 건수가 어느 정도 비율인지 확인할 수 없기 때문에, 그러한 추이 파악도 어느 정도 신빙성이 있는지 알 수 없다.

지금 아무도 모르는 가운데, 어디에선가 얼마짜리 소송이 어느 기업과 어느 나라 사이에서 벌어지고 있을 가능성이 있다. 큰 건일 경우 국제 법률업계에 판결문 전문이 나도는 경우가 있다. 하지만 그런 경우에도 기업 비밀에 관한 정보는 여전히 모두 지워진 상태에서 회람된다고 한다(Peterson, 2002: 12p.).<sup>14)</sup>

우리가 이 소송 건에 대한 어떤 정보(심지어 소송의 존재 자체를 포함하여)이건 알 수 있는 경우는 오로지 양쪽이 공개하는 데 동의하거나 혹은 그 중 한쪽이 이것을 외부에 알려서 공론화시키는 것이 자신에게 유리하다고 판단할 경우뿐이다. 그래서 소송 액수가 매우 크거나 아주 중대한 공적 이익과 관련된 문제들은 외부에 알려지고, 또 그 사건 내용도 비교적 자세히 알려질 수가 있다. 하지만 소송 과정에 세 주체 이외에는 여전히 아무도 참여하거나 영향을 미칠 수 없다.

이 문제가 계속 불거져나오자, 중재심판소들은 ‘이해관계인(amicus curiae)’이라는 틀을 허용하기 시작하였다. 가령 논의되고

14) 이러한 정보 공개 문제가 커지자, 나프타를 체결한 세 나라의 경우, 몇년 전 제기된 소송이 있으면 그 소송 통지서를 보관하고 있다가 요청하는 이가 있을 때에 사본을 교부하도록 했다고 한다.

있는 문제와 관련된 환경단체, 지역주민 등 투자자와 투자대상국 정부 양쪽 당사자 이외의 이해 집단들에게 심판소에 자신들의 의견과 입장을 전달할 기회를 주는 것이다. 하지만 이는 어디까지나 양자가 동의할 경우에만 가능하다. 또 그렇게 의견과 입장을 전달한다고 해도 그것이 어떤 구속력을 가지는 것은 아니다. 게다가 이 '이해관계인들'에게는 재판을 방청하거나 관련 문서를 열람할 기회가 주어지지도 않는다(IISD, 2001: 44-5pp.).

### 변호사는 물론 중재인도 경제적 보상을 받는다

우리가 아는 보통의 재판에서는 분쟁의 양쪽 당사자가 그 재판에 영향을 미쳐서는 안된다. 특히 공공의 이익과 관련된 사안에 대한 재판인 경우에 분쟁의 양쪽 당사자는 재판의 절차와 규칙은 물론 판사 선임에도 어떠한 영향도 미쳐서는 안된다. 이것은 상식에 속한다. 판사가 분쟁의 양쪽 당사자와 금전적인 관계로 얽히는 것은 완전히 상식 밖의 일이다.

그러나 투자자-국가 직접소송을 다루는 중재심판소는 분쟁의 양쪽 당사자의 변호사는 물론이고 중재인도 보상을 받는다는 상업적인 원칙 아래 운영된다. 이는 일반적인 재판의 상식에서 보면 말도 안되는 일이지만, 상인법의 오랜 전통에서 보면 오히려 당연한 일이다. 분쟁이 생겨 골치가 아프게 된 상인들의 입장에서 보면 중재심판소의 중재인은 그 분쟁을 해결해주는 값진 서비스를 제공해주는 셈이니 마땅히 그에게 응분의 보상을 해줘야 하는 것이다.

중재인에게 지불되는 보상의 금액은 얼마나 될까? ICSID는

2002년에 중재인에게 지불되는 일일 수수료를 1,100달러에서 2,000달러로 인상했다고 한다. 이렇게 했어도 ICSID의 중재인 보상 금액은 다른 여러 중재제도들에 비하면 제일 싼 편이라고 한다. ICSID의 추정에 따르면, 국제적으로 행해지는 중재심판에서 중재인이 받는 수수료는 평균 22만 달러라고 한다. 분쟁의 양쪽 당사자가 각각 자신의 변호사에게 지불해야 하는 금액은 이보다 훨씬 더 크다.

게다가 심판소 유지에 필요한 각종 비용까지 지불되어야 하니 소송비용은 몇백만 달러가 되기도 한다. 예를 들어 메탈클래드 사건으로 멕시코 정부는 소송비용으로만 400만 달러를 지출한 것으로 알려졌다. 제1장에서 본 CME 사건의 경우에는 체코 정부가 두 개의 소송에 모두 1천만 달러를 지출한 것으로 알려졌지만, 이것이 중재인 보상비까지 포함된 금액인지는 확실치 않다(Peterson, 2002: 18p.).

누구를 중재인으로 선정하느냐가 최종 심판결과에는 얼마나 큰 영향을 미칠까? “결정적인 영향을 미친다”고 한다. 나중에 보겠지만 국제법 체계는 물론 심지어 판례조차 구속력을 갖지 못하는 가운데 양자가 팽팽하게 맞서는 이 중재심판에서는 중재인이 결정적인 캐스팅 보트를 질 수밖에 없다고 쉽게 이해할 수 있다.

게다가 이 국제 중재절차에 경험이 있는 법률가의 숫자는 극히 제한되어 있다. 한 법률가의 표현대로 서로서로 뻘히 다 아는 일종의 ‘클럽’이라는 것이다. 그래서 한때 어느 기업의 중재심판에서 변호사로 일했던 법률가를 다음 번에는 바로 그 기업의 중재심판에서 중재인으로 맞닥뜨리는 일이 비일비재할 정도라고 한다

(op.cit., 14p.).

중재심판에 나올 만한 법률가들에 대한 정보와 그들과의 인적 친밀성은 국가(정부)보다는 초국적기업이 더 많이 가질 수밖에 없다. 또 법률가들로서는 이 중재심판 시장에서 인정과 평판을 쌓아 계속 '비즈니스'를 하기 위해 기업 쪽의 눈치를 보지 않을 수 없을 것이다.

#### 4. 중재심판소에서 공공 영역의 사안들이 결정되는 것은 어떤 문제를 낳는가

지금 보았듯이 중재심판은 공적 재판과는 전혀 다른 원칙과 절차로 구성되고 운영된다. 그런데 이러한 중재심판에서 논의되는 사항은 투자자의 수익성에 영향을 주는 국가 및 지방자치단체의 모든 입법 및 행정 활동으로서, 전통적으로 국내 및 국제 공법 체계에서 다루어온 '공공이익'과 관련한 사안들이다.

그렇다면 이런 치명적인 결합, 즉 투자자-국가 직접소송제도를 통한 공공이익과 국제 중재절차의 결합은 어떤 결과를 낳을까? 공공이익과 관련된 사안들에 대한 법적 판결이 갖추어야 할 세 가지 덕목, 즉 정당성, 투명성, 석명성이라는 세 가지 요건에 비추어 그 결과를 살펴보자.

##### **정당성 (legitimacy)**

먼저, 투자자-국가 직접소송제도에 의한 중재심판은 일반적인 국제법의 여러 규칙에 따라 해당되는 분쟁의 경우를 심판한다. 여

기에서 가장 우선하게 되는 것은 해당 소송의 기반이 되는 투자협정에서 투자자의 이익 보호에 대해 양국이 합의한 구체적인 내용이 무엇인가다.

물론 중재인단은 이밖에도 일반적으로 적용되는 국제법의 원칙들을 폭넓게 고려할 수 있다. 만약 나프타의 경우처럼 협정 당사국들의 통상 관련 부서들이 함께 참여하는 자유무역위원회(Free Trade Commission)와 같은 것이 있어서 관련되는 협정 조항들에 대한 해석(interpretive statement)을 내놓는다면, 이는 중재심판소에서 우선적으로 고려해야 할 것이 된다(IISD, 2001: 40p.).

그렇다면 판정에 큰 영향을 미치는 요소인 중재인의 자격은 어떠한가? 이것이 또하나의 큰 문제이다. 중재심판에서 다루게 되는 쟁점들은 환경, 보건, 지방자치단체, 문화, 인권 등과 같은 무수한 '공공정책'의 제반 사안들을 포괄하게 된다. 하지만 이 중재심판은 그러한 다양한 쟁점을 고려하는 것이 아니라, 그 결과 어떠한 금전적·상업적 득실이 발생하였고 이것이 애초의 협약의 위반인가 아닌가 하는 좁은 의미의 경제적인 것으로 국한된다. 따라서 중재인도 그러한 구체적 쟁점에 대한 전문성을 가지고 있는 사람이 아니라, 오로지 금융이나 상업 등에 관련된 법전문가일 것만을 요구한다. 한 예로 ICSID의 조항은 중재인의 자격에 대하여 "높은 도덕적 인격과 법, 상업, 산업, 혹은 금융에 있어서 능력을 인정받은 자로서 독립적 판단을 내릴 것으로 믿을 수 있는 자"라고 고만 규정해놓고 있다(ICSID Convention 14조 1항, Peterson, 2002: 14p. 재인용).

여기에서 또 문제가 발생한다. 원래 공공의 이익이라는 것과 그

것과 관련해 내려지는 법정의 판결이라는 것은 그 정당성을 뒷받침하는 복잡한 체계를 배경으로 깔고 있는 것이다. 먼저 그 판단의 모태가 되는 법은 인민의 의사의 대변자로 여겨지는 의회에 의해 만들어져야 한다. 그리고 그 법집행의 주체인 행정부의 구성은 물론이고 법을 판단하는 사법부 또한 이러한 주권국가의 엄격하게 규정된 절차에 따라 이루어지고 운영되어야 한다. 그래야만 어떤 사안에 대한 그 나라 안의 국민들의 의견, 전문가, 관련 단체, 정치적 고려 등이 모두 종합적으로 반영되어 비로소 만인을 승복시킬 수 있는 정당성(legitimacy)을 획득하게 되는 것이다.

그렇다면 국제 중재절차소에서 내린 결정은 과연 그와 같은 정당성을 가질 수 있을까? 제3장의 말미에서 잠깐 나온 메탈클래드 사건의 경우처럼, 이 심판소는 종종 "공공의 이익 등은 본 심판소에서 고려할 대상이 아니다"라고 공언하는 경우가 있지 않은가? 그 모든 사안들이 오로지 "자산가치에 준 영향과 그에 대해 애초에 투자협정에서 합의되어 언급한 바"라는 좁은 틀에서 고려되지 않겠는가?

메탈클래드 사건에는 더욱 심각한 문제가 한 가지 있다. 그것은 중재심판소에서 나온 판정(award)이 심지어 해당국의 법률을 어떻게 해석할 것인가에 대해서조차 우월한 권위를 가지는 경우를 보여주었기 때문이다.

제5장에서 보겠지만, 메탈클래드 사건에서 중요한 쟁점이 되었던 것 하나는 폐기장 허가를 교부할 권한이 중앙정부에 있는가 지방자치단체에 있는가 하는 문제였다. 이에 대해 멕시코측의 법률가들은 멕시코의 법률로 볼 때 그 권한은 지방자치단체에 있으며

로 멕시코 중앙정부측은 책임이 없다는 의견을 보내왔다. 하지만 중재심판소는 그러한 의견을 묵살해버리고 폐기장 허가 교부권은 중앙정부에 있는 것으로 보는 것이 옳다는 유권해석을 내렸다. 나중에 이 사건을 검토하게 된 밴쿠버의 지방법정에서 분명히 판단했듯이, 이러한 유권해석은 명백하게 한 나라의 법적 자율성의 영역까지 중재심판소가 침범한 경우라고 볼 수 있다.

그런데 이 메탈클래드 사건의 경우는 이러한 사례가 우연적인 것이 아니라 반복될 가능성이 높은 것임을 암시한다고 볼 수 있다. 이 경우처럼 멕시코 중앙정부가 거액의 배상 위험에 처한 순간에 멕시코 국내의 법률적 의견이라는 것은 항상 멕시코 정부에 유리한 쪽으로 편향되게 나올 가능성이 있는 것이고, 최소한 멕시코 국가와 투자자 양쪽의 입장이 팽팽하게 맞서는 중재심판소로서는 그 의견에 대해 비판적으로 접근할 수밖에 없다. 따라서 두 의견이 충돌하는 경우가 있더라도, 중재심판소의 판정이 우선권을 가지게 될 가능성이 훨씬 높다.

### 투명성 (Transparency)

일반 법정의 재판은 그 기록을 누구나 볼 수 있고 또 절차가 원칙적으로 공개되어 있다. 그런데 앞에서 보았듯이 이 재판은 ‘비밀성’을 그 원칙으로 한다. 비록 최근 들어 미국 시민사회의 끊임 없는 항의와 비판에 직면하여 나프타의 경우에 개선된 부분이 있으나, 원칙적으로 이 투자자-국가 직접소송은 공공의 이익과 관련된 아무리 중차대한 문제라고 해도 아무도 알 수 없고, 그 과정에 참여하는 것은 더더욱 불가능하다.

### 석명성 (Accountability)

공적 사안에 대한 법적 판결은 그것이 어째서, 어떤 원칙으로 내려졌는지를 누구에게나 명쾌하게 설명할 수 있는 것이어야 하며, 그래서 누가 판결을 내리든 동일한 결론에 이를 수밖에 없다는 석명성(釋明性)을 가지고 있어야 한다.

그런데 앞에서 본 대로, 중재심판의 성격이란 기본적으로 상업적 관계에서 분쟁을 빚게 된 쌍방이 서로 합의를 보는 것이다. 따라서 중재심판의 결과가 명쾌하고 일관된 석명성을 과연 갖게 되느냐가 문제가 될 수 있다. 이 문제와 관련해 다음 세 가지를 검토해보자.

첫째, 동일한 사안이라고 해도 여러 개의 중재심판소에서 각각 진행될 수가 있다. 이 장의 앞부분의 가상 시나리오에서 본 ‘새서울방송’ 사례에서 폭스TV를 필두로 한 여러 ‘투자자’들은 모두 각각 자신이 원하는 규칙과 조건을 골라 한국 정부를 서로 다른 중재심판소로 불러 세울 수 있다. 이 복수소송(multiplicity of fora)의 위험은 실제로 이 책 제1장에서 언급한 체코 공화국의 경우에 실현되었다.

그래서 최근 나프타에서처럼 동일한 사실 관계로 여러 다른 소송이 발생할 경우 하나로 합쳐서 진행하자(consolidation of related cases)는 합의가 이루어지는 경우도 있다고 한다(UNCODAD 2005a: 17-8p.). 하지만 파라(Parra, 1997)가 지적하고 있듯이, 대부분의 투자협정에서는 이 문제에 대해 구체적인 규정이 없어서 동일한 사안이 여러 다른 중재소송으로 걸려 심판이 진행될 가능성이 항존한다. 예를 들어, 인도의 다브홀 프로젝트(Dabhol)의 경

우, 동일한 사실이 7개가 넘는 주체들에 의해 각각 다른 투자협정에 근거한 소송으로 동시에 진행된 적이 있다(UNTAD, 2005a: 7p.).

둘째, 이러한 각각의 중재심판소는 모두 제각각 독립적인 판단을 내리게 되며, 비슷한 사건, 심지어 동일한 사건을 심의하게 된다고 해도 서로의 결정을 판례로 삼아야 할 아무런 의무가 없다. 즉 ‘판례 구속의 원칙(stare decisis)’이 투자자-국가 직접소송에는 작동하지 않는 것이다. 따라서 동일한 사실 관계를 놓고도 중재심판소에 따라 정반대로 모순되는 판결이 나올 가능성이 얼마든지 있다. 제1장의 CME 대 체코 공화국의 경우는 그 전형이라 할 것이다. 이러한 혼란 때문에 어떤 소송이 제기되었을 때, 그 대상이 되는 국가의 정부가 자신들이 이길 수 있을지 없을지를 가늠해보는 것은 현실적으로 ‘주사위 놀음’이나 마찬가지로 어려운 일이라고 지적한 논평가도 있다(Peterson, 2002: 18p.).

국제 중재절차가 이렇게 극도의 예측 불가능성을 가지고 있다면, 그 피해자는 주로 누구인가. 국가 쪽이 될 수밖에 없다. 투자자는 맘대로 국가에 소송을 제기할 수 있지만, 국가는 그렇게 할 수 없다. 따라서 이렇게 소송의 예측 불가능성이 커진다면, 투자자 쪽에서는 소송비용만 접어둔다면 “까짓 거 밀져야 본전”이라는 식으로 뛰어드는 판이 되지만, 국가 입장에서 보면 휘말려봐야 아무 것도 얻지 못하고 자칫 유혈만 낭자하게 될 위험성이 엄청나게 커진다(Van Harten, 2005a: 616p.).

그렇기 때문에 주로 투자자들로부터 소송을 당하는 처지에 있는 개발도상국과 준(準)개발도상국들은 투자자들한테서 소송의 도서(notice of intent)가 날아오면 실로 안심하기 힘든 상황이 된

다. 그리고 제3장 말미에서 본 것처럼, 소송이 벌어지기도 전에 미리 알아서 외국 투자자들의 비위와 눈치를 살피면서 입법이나 행정 활동을 위축시키는 일이 벌어질 가능성이 커진다.

셋째, 국내의 일반 재판은 재심, 삼심을 거치면서 ‘삼세판’까지 갈 수 있을지 모르지만, 중재심판은 1심으로 끝이다. 그야말로 ‘단칼에’ 끝나는 승부다. 국제 중재절차의 틀에서는 애초에 재심이나 삼심을 진행할 수 있는 상급기관을 상정하는 것 자체가 사실상 이치에 맞지 않는 일일 수 있다. 그래서 중재심판소의 결정이 나오면, 패배한 국가는 군말 없이 거기에서 결정한 액수의 배상금을 무는 수밖에 없다. 그 소송의 근간이 되는 투자협정이 살아있는 한, 그 소송의 결정사항은 두 협정 당사국 사이에서 국제법과 같은 효력을 갖기 때문이다.

몇가지 예외가 있다. 먼저, ICSID가 주관하는 중재심판의 경우 그 결정을 내부적으로 다시 심의하는 경우가 있다(Annulment Committee 규정). 하지만 그 사유는 “심판소 구성과정이 부적절하거나, 심판소가 명백하게 권능을 넘어섰거나, 그 구성원이 부패를 저질렀거나, 기본적인 절차의 규칙을 심각하게 이탈했거나, 결정의 논리적 근거를 진술하지 못했거나” 하는 5가지 경우로 국한된다(Peterson, 2002: 33p. note 36).

ICSID 외의 다른 틀에서 진행되는 중재심판의 경우, 그 심판이 벌어지는 장소(거의 항상 제3국이다)의 국내법에 따라 그 나라 법원이 중재심판 결정을 다시 검토하는 것이 허용되는 것이 관례이다(앞에서 본 메탈클레드 사건의 경우 ICSID 추가절차에 따라 중재심판이 벌어졌는데, 이 사건은 캐나다 밴쿠버의 법원이 재검토한 바 있다).

하지만 여기서 주의할 것이 있다. 중재심판이 벌어지는 장소는 항상 분쟁 당사자간 합의에 의해 선택하도록 되어있다. 따라서 투자자는 중재심판이 벌어지는 장소가 자신에게 불리한 국내법을 가진 나라가 되지 않도록 얼마든지 힘을 쓸 수 있다. 게다가 장소 선택의 최종 결정권을 가진 중재인은 자신이 내릴 결정이 도전받는 일이 없도록 아예 국내법에 국제 중재절차에 끼어들지 않는다고 규정되어 있는 나라를 중재심판 장소로 선택하는 경향이 강하다.

그래서 좀 어이없는 일이지만, 1980년대 이후에 가급적 많은 국제 중재절차를 자국에 유치해 법률서비스업을 부흥시켜보려는 목적에서 스스로 국제 중재절차에 개입하지 않는 방향으로 자국의 법과 제도를 뜯어고치는 나라들이 속출했다고 한다. 벨기에가 가장 심한 경우다. 벨기에는 이미 1985년에 자국 내에서 벌어지는 국제 중재절차에 대해 국내에서 재심의할 가능성을 완전히 제거해버렸다고 한다. 국제적 자본이동을 가급적 자국으로 유도하기 위해 조세를 철폐해버린 ‘조세회피지역(tax haven)’들과 비슷하게 국제 중재절차를 끌어들이려고 하는 ‘중재심판 피난처(arbitration haven)’들이 생겨났다는 것이다(Van Harten, 2005a: 617; Stone Sweet, 2002)

## 5. 새로운 지구화 전략을 떠받치는 기둥

이러한 국제 중재절차의 구체적인 절차와 성격을 제3장에서 이미 살펴본 ‘투자자 보호’라는 말의 의미와 결합하여 음미해 볼 때가 되었다.

‘투자자 보호’란, 외국 투자자가 투자대상국의 정치적·사회적·문화적·환경적 구조 전체에 걸쳐, 돈이 될 만한 어떤 종류의 자산이건 취득하면, 그 자산의 수익성이 떨어지게 할 만한 모든 종류의 제도적·법률적·행정적 변동을 막아야 할 책임이 국가에게 있다는 뜻을 보았다.

그리고 이런 책임을 등한시하는 나라가 있다면 그 나라에 책임을 다시 따져 물어 변화된 것을 원상복구하든가, 아니면 그 변화로 인해 초래된 자산의 가치손상만큼의 배상금을 물어내도록 결정하는 중재심판소가 어떠한 성격을 갖고 있는지를 이번 장에서 살펴보았다. 또한 그렇게 국가에 요구되는 조치는 공공이익에 대한 고려와는 형식상으로나 내용상으로나 거리가 있으며, 오로지 ‘자산가치의 변동과 그에 대한 애초의 협정 내용’이라는 지극히 상인법적인 고려에서 결정되는 것이 국제 중재절차라는 점도 살

펴보았다.

그렇다면 결론은 “외국 투자자의 수익성을 해치는 일이 없게 하는 방향으로 정치, 행정, 문화, 환경 등 사회 전체에 걸친 국내의 제도와 관행과 법률이 순응되도록 하거나 바뀌도록 하는 것”이 결국 투자자-국가 직접소송제도의 의미라고 할 수 있다. 이것이 제 2장에서 잠깐 언급한 대로, 1980년대에 IMF나 세계은행을 앞세워 추진한 ‘구조조정’이라는 거시적 차원의 지구화 전략을 대체하는 것으로서, 각국 국내의 각종 제도와 관행을 투자자의 수익성을 보장하는 방향으로 재구조화하도록 하는 1990년대 이래의 미시적 지구화 전략을 뒷받침하는 것이다.

이렇게 볼 때 투자자-국가 직접소송제도는 투자자들을 보호하는 ‘방패’의 성격을 넘어서는 것으로, 오히려 투자자들이 투자대상국 사회 전체를 공격하는 ‘창’의 성격을 갖고 있다고 말할 수 있다.

실제로 그럴까? 지금까지 살펴본 것은 모두 이론적인 설명이요, 분석이요, 추론이 아닌가? 실제로 현실에서 나타난 투자자-국가 직접소송제도의 실상도 ‘방패’가 아닌 ‘창’인가? 이 세상이 그래도 최소한의 상식과 양식이 지배하는 곳일 텐데, 설마 그럴까? 이 책은 세상을 지나치게 비관적으로만 보도록 몰아가는 것은 아닐까? 그렇다면, 다음 장에서는 현실 속에서 실제로 벌어진 일들을 직접 살펴보도록 하자.

## 제5장

투자자-국가 직접소송의 사례들

# investor-state claim

## 1. 수자원

\*

제4장에서 보았듯이 이 투자자-국가 직접소송이 벌어지는 국제 중재절차는 철저한 비밀을 원칙으로 진행된다. 따라서 누구와 누가 어떤 문제로, 얼마의 금액을 놓고, 어디서 언제 심판을 진행하고 있는지, 그 정보를 체계적으로 모으는 것은 불가능하다. 하지만 공공이익과 관련된 큰 문제들에 대한 소송건은 알려져 있는 것들만 해도 적지 않은 수이다.

이 장에서는 그 중 중요하고 또 유명한 사건들을 몇가지 사안별로 묶어 살펴본다. 대충이나마 몇가지 사안별로 묶어서 소개하는 목적은 투자자-국가 직접소송제가 결코 좁은 의미의 상업적, 금전적 문제에만 한정되지 않는다는 점을 확인하고 얼마나 다양하고 핵심적인 공공이익의 쟁점들과 정면으로 충돌하고 있는가를 보이는 데 있다.<sup>15)</sup>

---

15) 나프타에서 지금까지 벌어졌던 44건의 판례에 대한 분석은 송기호(2006) 참조.

1990년대 이후 가장 크게 논란을 불러일으킨 사유화의 대상 중 하나가 물이다. 《포춘(Fortune)》지가 언젠가 말한 바 있듯이, “물은 최고의 비즈니스 기회를 제공한다. 21세기의 물은 20세기의 석유가 차지한 위치를 가질 것이다”. 1990년대 이후 주로 아프리카나 남아메리카의 국가들을 필두로 수자원과 상하수 시설 운영권을 사유화하고 이것이 결국 초국적 투자자들의 손으로 들어가는 일이 늘어나기 시작했다. 인간의 존엄성 유지는 고사하고, 물리적 생명과 생존에 가장 기본적인 물을 통해 ‘수익’을 올리고 또 그 ‘수익’을 어떻게든 ‘보호’해야 한다는 투자자의 목적과 그 물을 공공이익에 맞게 사용해야 한다는 민중들의 목적은 실로 첨예한 분쟁을 낳게 된다.<sup>16)</sup>

---

16) 이 물 사유화(water privatization)는 현재 지구정치경제에서 가장 뜨거운 쟁점의 하나로 떠오르고 있다. 우선 중요한 안내서로 Holland (2005)와 Finger and Allouche (2002)를 권할 수 있다. 그리고 캐나다 공영방송라디오(CBC)는 2003년 2월 “물로 이윤을! : 다국적기업은 어떻게 공공자원을 지배해가고 있는가(Water for Profit: How Multinationals Are Taking Control of Public Resources)”라는 제목으로 여러 회에 걸쳐 이 문제를 다룬 연작을 방송한 바 있다. 이는 <http://www>.

## 백텔 대 볼리비아 사건<sup>17)</sup>

투자자-국가 직접소송제라는 것은 국제통화기금(IMF)과 세계은행이 주도했던 구조조정이라는 거시경제 차원의 지구화 전략에 이어 미시적 차원에서 각종 사회적, 자연적 관계를 자본의 수익성에 맞게 재편하는 1990년대 이후의 새로운 지구화 전략임을 제2장에서 이야기한 바 있다. 백텔 대 볼리비아 민중들 사이의 몇년에 걸친 싸움은 그 두 가지 지구화 전략이 결합하여 작동한 최악의 사례이자, 외국 투자자들의 이윤 추구가 어느 정도로 악랄한지를 적나라하게 보여준 극적인 사건이라 할 것이다.

볼리비아도 외채와 인플레이션에 시달리는 가난한 나라 가운데 하나였다. IMF는 1999년, 1억 3천8백만 달러의 용자를 결정하고 그 대신 '구조개혁' 프로그램을 제시하였다. 그 중에는 남아있는 모든 공기업을 매각하라는 내용이 있었고 여기에는 코차밤바(Cochabamba) 지역의 상하수도 시설도 포함되어 있었다. 같은 해 6월, 세계은행에서 나온 한 보고서는 볼리비아가 구조개혁을 완수하려면 확실한 재정 지출 삭감이 있어야 하며, 이를 위해서는 코차밤바 지역 상하수도 시설에 대한 일체의 보조금을 없애야 한다고 권고한다.

이러한 '기회'를 포착하고 미국 샌프란시스코의 유명한 건설기업 백텔(Bechtel)이 여기에 뛰어든다. 백텔은 19세기 말 설립된 이

[cbc.ca/news/features/water/](http://cbc.ca/news/features/water/)에서 다시 들을 수 있다.

17) 기술적으로는 백텔의 자회사가 지배 지분을 가지고 있는 기업 Aguas del Tunari와 볼리비아 정부 사이의 소송이다. 하지만 실제 싸움을 벌이고 있는 외국 투자자의 실체가 누구인지를 분명히 하기 위해 이렇게 표현한다. 아래도 마찬가지이다.

래 미국뿐 아니라 전세계적으로 가장 큰 규모의 건설기업으로 성장해 온 회사이지만, 지금도 증시에 상장되지 않은 채 백텔 가문의 개인적 소유로 되어 있으며 그 사업내역이나 내부구조 등은 거의 비밀의 장막에 싸여 있다. 백텔은 특히 레이건 정부와 긴밀한 관계를 맺은 바 있으며 지금도 체니 부통령을 비롯해 미국 정계 곳곳에 소위 '백텔 맨'을 심어 놓고 미국 정부와의 강력한 유착 속에서 온갖 국제적 음모의 산실 역할을 해 왔다는 의혹을 사고 있는 기업이기도 하다.

엄청난 압력 속에서 별다른 방도가 없던 볼리비아 정부는 결국 코차밤바의 상하수도 시설을 매각하기로 하고 입찰을 개시한다. 그런데 이 입찰에 뛰어난 회사는 아구아스 델 투나리(Aguas del Tunari) 하나뿐이었고, 결국 2만 달러도 채 안되는 헐값에 상하수도 시설 운영권이 이 회사로 넘어가게 된다. 이 회사는 일종의 국제 컨소시엄 형태를 띠고 있었는데, 그 소유구조를 보면 백텔이 100% 소유한 자회사인 인터내셔널 워터 리미티드(International Water Limited: IWL)가 55%의 지분을 차지하고 있으므로 사실상 백텔의 손자회사라고 할 수 있었다.

백텔은 상하수도 시설 운영권을 따낸 지 단 1주일 만에 수돗물 가격을 급격하게 인상했다. 그 인상폭은 코차밤바 지역의 서민들이 감당하기가 힘든 정도였다. 당시 볼리비아 전체의 최저임금은 월 70달러 정도였는데, 한달 물값이 20달러를 넘게 되었던 것이다. 그야말로 "물을 사야 할지 어머니 약을 사야 할지"를 걱정해야 할 상황이 벌어졌던 것이다. 게다가 백텔은 땅 위의 물뿐만 아니라 공기 중의 물까지 잠가버렸다. 강수량이 줄어든다는 이유로 사

람들이 자기 집 지붕에 떨어지는 빗물을 받는 것까지 금지하는 법을 만들도록 한 것이다.

마침내 그 다음 해 2000년 2월에 상하수도 사유화를 취소하고 벡텔의 상하수도 시설 운영권을 빼앗을 것을 요구하는 대중봉기가 일어나 시내 전체가 마비되는 사태가 벌어졌다. 정부는 코차밤바에 경찰을 보내어 고무탄환과 최루탄으로 시위대를 강제진압하려 했고, 그 과정에서 175명이 다치고 2명의 아이를 포함해 6명이 사망하고 말았다. 사태가 악화일로로 걷게 되자 볼리비아 정부는 4월에 계엄령을 선포하고 군대를 투입했다. 이때 또다시 17세의 소년 빅토르 우고 다자(Victor Hugo Daza)가 얼굴에 총을 맞고 사망한다. 벡텔의 자회사 IWL은 봉기를 일으킨 군중은 코카인 범죄 조직의 사주를 받은 폭도들이라고 주장한다.

하지만 마침내 4월 10일 볼리비아 정부는 굴복하고 민중의 모든 요구를 받아들일 것을 서약했다. 벡텔도 상하수도 운영권을 빼앗기고 나라 밖으로 쫓겨난다. 이 사건을 계기로 이후 볼리비아 곳곳으로 ‘물싸움’이 번져나갔다. 지구 곳곳에서 벌어지는 수자원 사유화에 맞서 싸우는 환경운동가들에게는 이 사건이 ‘2000년 4월 대첩’으로 불리며 승리의 대명사가 된다.

실로 극적인 이야기다. 그런데 우리의 주제인 투자자-국가 직접소송제와 이 사건은 무슨 상관관계가 있을까? 싸움의 제2라운드는 투자자-국가 직접소송제에 근거한 국제 중재절차로 옮겨간다. 싸움이 아직 끝나지 않은 것이다.

볼리비아에서 쫓겨난 벡텔은 1992년에 네덜란드와 볼리비아가 맺은 양자간 투자협정의 투자자-국가 직접소송제를 근거로 세계

은행 산하 국제투자분쟁해결센터(ICSID)로 가서 볼리비아 정부를 상대로 2,600만 달러 규모의 소송을 건다. 문서들이 공개되지 않아 자세한 내용은 알 길이 없지만, 나중에 드러난 바에 따르면 벡텔과 그 자회사가 볼리비아에서 지출한 비용은 100만 달러가 채 안된다고 한다. 그렇다면 2,600만 달러라는 배상청구액은 상하수도 시설 운영권을 통한 미래 예상수익을 근거로 추정된 ‘자산가치’로부터 계산된 것으로 보인다.

그런데 좀 이상하다. 네덜란드와 볼리비아의 양자간 투자협정이 왜 여기서 나오는가? 벡텔은 미국 회사다. 그리고 당시 ‘아우구스 델 투나리’의 소유구조를 보면 4개의 볼리비아 회사가 각각 5%, 스페인의 어느 건설회사가 25%를 소유하고 있었고, 그 나머지 지분을 소유한 벡텔의 자회사 IWL은 당시 케이맨 제도(카리브해에 있는 영국령 제도)에 등록되어 있었다. 아무리 봐도 ‘아우구스 델 투나리’는 네덜란드의 선량한 투자자가 투자한 회사는 아니지 않은가? 소유구조의 내력을 다시 살펴보자.

벡텔은 볼리비아에서 사태가 벌어지기 전인 1999년 11월 4일에 자사가 100% 소유하고 있던 IWL의 주식 중 절반을 이탈리아의 전력회사인 에디슨(Edison S.p.A.)에 매각했다고 한다. 그 후 IWL은 등록돼 있던 케이맨 제도에서 사라지고, 대신 네덜란드 암스테르담의 한복판에 본사가 있는 아이엔지(ING Trust)라는 기업의 자회사인 인트라 베헤르(Intra Beheer B.V.)라는 지주대행업체(holding agent) 사무실 안에 인터내셔널 워터 홀딩스(International Water Holding B.V.)라는 명패를 걸고 일개 ‘우편 사서함’만의 존재로 세상에 다시 나타난다.<sup>18)</sup>

따라서 ‘아구아스 델 투나리’는 이제 기술적으로 벡텔만의 소유가 아니다. 벡텔은 이 회사의 지분 55%를 소유한 IWL의 지분 중 절반만을 갖고 있었던 것이니 결국 ‘아구아스 델 투나리’에 대한 벡텔의 지분은 27.5%뿐이었다. 따라서 암스테르담의 ‘사서함’이 벡텔과 동등한 지분을 가진 공동 최대주주이니 네덜란드와 볼리비아의 양자간 투자협정의 보호를 받아야 한다는 것이었다.<sup>19)</sup> 어지럽게 해서 죄송하다. 하지만 머리가 아픈 것은 독자들만이 아니라 필자도 마찬가지이니 용서하시기를 바란다. 어쨌든 ICSID는 이러한 벡텔의 주장을 받아들이고 이 회사가 제기한 소송을 ‘수용’과 관련된 사건으로 접수했다.

어쨌든 이 사례에서 다음과 같은 점들은 흥미할 만하다.

첫째, 외국 투자자를 어수룩하게 보아서는 안된다. 아직도 우리 사회의 얼치기 ‘미국통’ 중에는 미국의 모든 것은 합리적이고 이성적이고 우호적이라는 터무니없는 환상을 가지고 있는 경우가 많다.

둘째, 벡텔의 투자가 어떤 성격의 것인지를 생각해 보자. 벡텔이 투자해 획득한 것은 볼리비아 정부로부터 넘겨받은 시설운영

18) 이런 경우는 너무나 많다. 초국적 자본은 세금 회피 및 자신에게 유리한 소유구조를 창출하기 위한 목적으로 자회사를 이런 ‘조세 회피지’에 등록하곤 한다. 초국적 자본의 소유구조를 한번 밝혀보겠다고 ‘소유 명부(Who Owns Whom)’를 발매 뒤지는 연구자들은 종종 결국 이렇게 ‘햇빛 좋은 카리브 해안 어딘가의 사서함’ 앞에 도달하여 한숨을 쉬게 된다.

19) 이 Bechtel-IWL은 현재 아시아와 세계 전역에 8개의 수자원 관련 사업체를 가지고 있는데, 모두 다 암스테르담의 ‘사서함’이라고 한다. “수자원이야말로 지구상 마지막 인프라”라는 흐름을 타고 벡텔은 최근 들어 이 수자원에 대한 각종 공세를 강화하고 있다고 한다.

권, 즉 사업권(concession)이라는 무형자산의 일종이다. 이런 투자는 볼리비아 경제의 생산력에 어떤 보탬이 되었는가? 이 ‘투자’는 물이라는 볼리비아 사회의 가장 기본적인 밑바닥 자원을 독점하고, 물을 써야 하는 모든 사람들에게 높은 독점가격을 매겨 수익을 뜯어내는 사회적 기득권이 되었다.

이는 단순히 경제적 이득 계산의 문제를 훨씬 넘어서는 심각성을 가진다. 제3장에서 설명한 바 있듯이 ‘자산’이란 어떻게든 현금수익을 창출할 수 있는 모든 사회적 사실관계다. 그렇다면 가장 안정적으로 현금수익을 창출해줄 투자대상은 말할 것도 없이 사회조직의 가장 기초적인 부분에 해당하는 사실관계들일 것이요, 이는 자연환경이나 보건과 밀접하게 연결된 부분일 가능성이 크다. 벡텔의 이른바 ‘투자’는 바로 이 점을 잘 보여주고 있다.

셋째, 볼리비아 정부가 소홀히 했다고 벡텔이 주장한 ‘투자자 보호’라는 것의 성격을 생각해 보자. 벡텔이 직면하게 된 상황은 “탐욕스런 정부가 선량한 외국 투자자의 자산을 빼앗은” 사건이 아니라 거의 자연재해나 마찬가지로 불가항력적인 사회적 사건이었다. 이는 볼리비아에서 벌어진 유혈사태와 죽음들을 볼 때 분명한 사실이다. 따라서 그 상황은 모든 사업에 따르게 마련인 위험(risk)으로 보는 것이 타당하다.

또한 볼리비아 민중의 분노가 벡텔로 향했던 것에서 볼 수 있듯이, 민중봉기에 대한 벡텔 스스로의 책임이 없다고 할 수도 없다. 그럼에도 벡텔은 그 모든 사태가 정부에서 투자자 보호를 소홀히 하여 벌어진 일이며, 따라서 상하수도 시설 운영권을 다시 빼앗아간 것은 ‘수용에 맞먹는 행위’라고 주장했다. 이런 점을 보면 투자

자들에게 상식이나 양심 따위를 기대할 일이 아니다. 배상을 받을 확률이 어느 정도 있다면 그들은 어떠한 논리나 주장이든 내세워서 투자자-국가 직접소송제를 활용할 것이다.

넷째, 배상액의 크기도 주목할 필요가 있다. 2,600만 달러라는 절대 액수만으로 보면 그렇게 큰돈은 아니라고 생각될지도 모른다. 하지만 투자자-국가 직접소송에서 요구되는 액수는 소송의 대상이 된 국가의 경제규모와 배상을 해야 할 정부의 예산규모에 비교해봐야 한다. 볼리비아는 가난한 나라다. 이 나라에서 2,600만 달러라는 돈은 공립학교 교사 1만2천명의 1년치 봉급 총액에 해당된다. 이런 계산을 우리나라에 적용하면 4억 달러에 육박하는 큰돈이다.

마지막으로 다섯째, 어쩌면 가장 심각하고 예측할 수 없기에 더욱 위험한 문제가 있다. 기상천외한 소유구조 변경을 통한 초국적 자본의 현란한 재주에 주목하자. 실질적으로 초국적의 소유구조가 형성돼 있는 오늘날에는 어느 기업이든 그 국적을 따진다는 것이 거의 무의미하다. 벡텔뿐만 아니라 이 책의 제1장에서 보았던 로널드 라우더와 CME의 경우도 그렇다. 이제는 어느 나라의 투자자가 어느 나라의 투자협정을 이용해 어느 정부를 겨냥해 공세를 취하게 될지를 쉽게 예측할 수 없다. 이는 4장에서 우리가 보았듯이 슬하게 많은 이들이 지적한 점, 즉 초국적 자본이 분쟁 상대국을 공격할 때 자기에게 가장 유리한 투자협정을 골라서 이용하는(이를 위해 돈을 주고 뭔가를 사는 매수행위가 끼어들게 마련이다) ‘협정 쇼핑(Treaty Shopping)’의 대표적인 예이다(UNCAD 2005a: 21p.).

우리나라가 이미 체결한 FTA들에도 투자자-국가 직접소송제가 포함되어 있다. 하지만 그동안 우리나라와 FTA를 체결한 나라들은 자본의 크기가 제한되어 있다. 이와 달리 초국적 자본들이 집결해 있는 미국이라는 나라와 FTA를 체결해서 투자자-국가 직접소송제가 시행되도록 하는 것은 어쩌면 도둑이 들끓는 거리를 향해 대문을 활짝 열어놓겠다는 것이나 다름없을지 모른다.<sup>20)</sup>

에필로그는 이 사건의 결말을 소개하는 것으로 하겠다. ICSID는 벡텔의 주장을 이치에 닿는 것으로 받아들여 접수했지만, 세계 각국의 시민들이나 환경운동가들은 전혀 그렇게 생각하지 않았다. 벡텔이 볼리비아 정부를 고소했다는 소식은 가뜩이나 악화되어 있던 벡텔에 대한 반감을 세계적으로 폭발시키는 기폭제가 되었다.

샌프란시스코의 벡텔 본사에는 항의의 우편물과 이메일이 쇄도했고, 본사 건물 앞에서는 시위대가 거의 상주하다시피 하면서 출입구를 차단하고 로비를 점령하기도 했으며, 한 환경운동가는 암스테르담의 벡텔 사무실에 쳐들어가 죽임을 당한 소년 빅토르 우고 다자의 이름을 내걸었다고 한다. 또 42개 나라에서 300개 이상의 조직이 공동으로 ICSID의 상위조직인 세계은행에 볼리비아 사건에 대한 조사를 공개적으로 진행할 것을 촉구했다.<sup>21)</sup> 또한

20) 이상의 사실 관계는 다음을 정리하여 재구성한 것이다. Wikipedia (2006), Kruse (2003), Parenti (2005), Frontline (2002)

21) 하지만 여기서 다시 한번 이 투자자-국가 소송제의 폐쇄성이 유감없이 드러난다. 물이라고 하는 가장 기본적인 민감한 문제를 놓고서 이미 지구적 차원에서 뜨거운 논란의 핵심이 된 이 문제를 심의하게 된 ICSID의 이 사건 담당 심판 법정

이 사건은 초국적기업이 저지르는 횡포의 대명사가 되어 수십개의 관련 논문이 발표되는 등 대표적인 국제 스캔들이 되고 만다.

결국 “2,600만 달러의 배상금을 타내느냐, 기업 이미지의 계속적인 악화를 감수하느냐”를 놓고 고민했을 벡텔은 마침내 올해(2006년) 1월, 볼리비아 정부와 2볼리비아노스(300원 정도)를 받고 중재신청을 취소하기로 합의했다(Schultz, 2006). 벡텔을 대표하여 멀리 안데스 산맥을 넘어 날아온 변호사들은 동전 두 닢을 쥐어 주자 얌전히 돌아간 셈이다.

이 사건은 투자자-국가 직접소송제에 의한 국제 중재절차의 폐쇄성과 비민주성에 대한 경각심과 분노가 어느 정도의 범위와 강도로 지금 세계에 확산되어 있는지를 보여주었고, 세계의 민중과 시민사회의 자발적인 운동이 투자자-국가 직접소송제의 발동을 미연에 막아버릴 수 있음을 보여준 소중한 사례라고 볼 수 있다.

### 비방디 대 아르헨티나 사건

프랑스의 복합기업 비방디(Vivendi)는 1994~1995년에 아르헨티나 투쿠만(Tucuman) 지역의 상하수도 운영권을 확보하고 사업에 들어갔다. 하지만 곧 투쿠만 지역의 주민들, 지방정부, 지역 정치인들과 비방디 사이에 수도값과 서비스의 질 등을 놓고 본격적인 갈등이 시작됐고, 아예 지방정부가 나서서 주민들에게 수도

---

의 의장인 카론 교수(David Caron)는, 이와 같은 심판 공개의 요구에 대해 부정적인 답변을 보냈다. 당해 법정이 심의 과정을 공개할 권한이 없으며, 분쟁 관련 문서들을 공개할 권한도 없고, 쌍방 당사자들의 동의가 없는 한 다른 관련 집단을 심의에 참가시킬 권한도 없다는 것이었다(Peterson, 2002: 24p.).

값 지불을 거부하라고 촉구하기에 이른다.

이에 비방디는 프랑스와 아르헨티나의 양자간 투자협정을 근거로 1996년 ICSID에서 아르헨티나 정부를 상대로 한 중재심판에 들어간다. 이 사건은 우여곡절을 거쳤음에도 2006년 현재까지 계속 이어지고 있는 길고 지루한 싸움으로 알려져 있다. 싸움이 이토록 길어진 것은 2000년에 내려진 ICSID의 중재심판에서 나온 판정과 그것을 둘러싸고 벌어진 역전극 때문이었다.

2000년 당시의 판결에 의하면, 중재심판소는 비방디가 제기한 문제가 양자간 투자협정을 어긴 것인지를 판단하려면 먼저 투쿠만 지방정부와 비방디가 맺은 사업운영권 협약(Concession Agreement)의 의미를 정확하게 밝혀야 한다고 말했다. 그리고 그 운영권 협약에 의하면, 그 의미를 정확하게 해석할 권한은 명시적으로 투쿠만 지방정부에만 있는 것으로 판단됐다. 따라서 이 문제는 일차적으로 투쿠만 지방정부의 법원으로 가야 할 일이며, 그 전에는 ICSID의 중재심판소가 어떤 개입도 할 수 없으니 소송을 각하한다는 판결이었다.

하지만 여기서 단순히 물러날 비방디가 아니었다. 비방디는 곧 ICSID에 이러한 중재심판소의 판결을 무효화할 위원회(Annulment Committee)를 소집해 달라고 신청한다. 앞의 제4장에서 잠깐 보았지만, ICSID는 자신의 주관 하에 내려진 중재심판소의 판정이 심각한 절차상 결함이 있는 5가지의 경우에 한해 그 판정의 일부를 무효화할 수 있다. 작동되는 일이 많지 않던 이 위원회가 드디어 소집됐다. 위원회의 판단은 중재심판소가 갖고 있는 권한을 최대한 활용하지 않았다는 것이었고, 이는 기존의 판결을 무효화할

사유에 해당된다는 것이었다. 위원회에 의하면, 중재심판소는 지방정부의 법원에서 해결해야 하는 운영권 협약 따위에 얽매이지 말고 국제법이나 투자협정을 위반한 사안인지 여부를 독자적으로 판단해야 했다는 것이었다(Peterson, 2003b: 9-10pp.).

이러한 극적인 반전으로 싸움의 2라운드도 시작됐다. 아르헨티나 정부는 가급적 무효화 판정을 뒤집으려고 노력했고, 비방디는 이제 결함이 있다고 판정된 첫번째 중재심판소를 해체하고 중재심판소를 다시 새로 구성해야 한다고 주장하며 기세를 올렸다. 최근 알려진 바에 따르면, 마침내 비방디의 주장대로 새로 구성된 중재심판소가 이 사건을 맡아 2005년에 소송을 속개했다고 한다(Peterson, 2006).

이 사건은, 앞의 제4장에서 우려했던 바, 국제 중재절차소가 각국의 국내 법해석에 대해 자신의 영역권을 주장하는 경향이 있음을 보여준다. 또한 국제 투자자들이 자신들에게 열려 있는 모든 기회를 끝까지 얼마나 집요하게 이용하는지도 이 사건은 보여준다.

한편 프랑스의 상수도 운영회사인 CGE와 연결돼 있는 비방디는 베올리아(Veolia)라는 초국적 수자원 회사를 설립하고 이를 통해 세계 곳곳의 상수도 운영권을 따내고 있다. 최근의 보도에 의하면, 우리나라에서도 정부가 상수도의 민영화를 추진하고 있는 가운데 드디어 인천의 상수도 사업본부가 바로 이 베올리아와 함께 사업을 추진하기로 결정했다고 한다(“노동시민단체 ‘물 사유화 저지 공동행동’ 발족”, 인터넷신문 <레디앙>, 2006년 9월 21일).

## 아주리 대 아르헨티나 사건

아주리(Azurix Corporation)는 원래 저 유명한 미국회사 엔론(Enron Corporation)에서 분사(spin-off)된 기업인데, 1999년에 아르헨티나에서 부에노스아이레스 지역의 수도를 30년간 운영할 권리를 따낸다. 그 뒤의 이야기는 닳익은 줄거리로 진행된다.

우선 주민들은 수도물이 제대로 공급되지 않아(수도물 수압이 형편없이 낮았다) 고생해야 했고, 2000년 봄에는 수도물의 질을 놓고 난리가 벌어진다. 수도물에서 독성 박테리아가 쏟아져 나오는 극악한 사태가 발생한 것이었다. 이에 부에노스아이레스 지방당국은 보건위생 차원에서 주민들에게 수도물을 마시는 것은 물론 수도물로 몸을 씻는 것조차 최대한으로 자제하라고 당부하게 된다. 이 지역의 공중보건 담당 관리는 “내가 25년이나 이 일을 해 왔지만, 이렇게 끔찍한 물 위기는 처음 본다”고 말한다.

하지만 아주리는 이 모든 잘못의 원인이 원래 운영권 협약에서 약속된 기간시설을 지방당국이 제공하지 않은 데에 있다고 주장했다. 결국 2001년에 운영권 협약이 종결되자 아주리는 미국과 아르헨티나의 양자간 투자협정을 근거로 하여 아르헨티나 정부의 규제는 ‘수용’에 해당한다고 주장하며 5억5천만 달러가 넘는 규모의 소송을 걸었다(Peterson, 2002: 23p.). 이 소송은 2006년 현재도 진행중이다.

## 선벨트 대 캐나다 사건

미국의 캘리포니아 지역은 종종 심한 가뭄에 시달리는 등 물 부

족 현상이 자주 일어난다. 그래서 샌타바버라에 자리잡고 있는 회사 선벨트(Sunbelt)는 강과 호수가 많아 물이 풍부하며 가까이에 있는 캐나다의 브리티시컬럼비아 주에 차량을 보내어 그곳 물을 수입한다는 대담한 계획을 세운다.

선벨트는 브리티시컬럼비아 주로부터 제한된 양의 물 수출 허가를 받아 놓고 있는 캐나다 회사 스노캡(Snowcap)과 ‘합작사업’을 하기로 계약을 맺고, 스노캡의 물 수출량을 늘릴 수 있도록 1991년에 새로이 허가를 신청하려고 한다. 하지만 이런 사업을 추진하는 기업은 선벨트만이 아니었다. 이에 따라 브리티시컬럼비아 주의 주민들 사이에 자칫 지역의 수자원이 순식간에 고갈돼버리는 사태가 벌어질지 모른다는 우려가 팽배하게 됐다. 마침내 같은 해에 브리티시컬럼비아 주정부는 기존의 물 수출 허가까지 취소해버리는 ‘물 모라토리엄’을 선언한다. 이와 함께 주정부는 물 수출 허가를 내주었던 캐나다 회사 스노캡과는 33만 캐나다달러 정도로 배상액을 합의한다.

그런데 갑자기 1999년에 선벨트가 나섰다. 선벨트는 브리티시컬럼비아 주의 그런 조치가 자사가 하려고 했던 사업에 대한 ‘수용’에 해당한다고 주장하면서 캐나다 정부를 상대로 UNCITRAL(유엔 산하 국제상법위원회)에 소송을 제기하고, 자사의 사업이 성사됐을 경우의 수익 추정을 근거로 105억 달러라는 거액의 배상을 요구한다.

이 소송은 법률가들 사이에서 그다지 정당성이 있는 것이 아니라는 평가를 받았고, 그 후 어떻게 진행되고 있는지를 알게 해줄 만한 소식도 들리지 않는다. 하지만 이 사건은 수자원 보호라는, 그야말

로 기초적인 공공이익과 관련된 사안도 얼마든지 투자자-국가 직접소송의 대상이 될 수 있음을 분명히 말해주고 있다(Public Citizen, 2001; Dobbin, 2003).

## 2. 환경 및 폐기물

투자자-국가 직접소송 제도는 자유무역협정(FTA)이나 투자협정(BIT)을 체결하는 나라에 환경 및 폐기물 문제를 일으키는 원인이 된다는 지적을 받고 있다. 특히 북미자유무역협정(NAFTA)에서 이런 문제가 두드러지게 부각됐고, 이에 따라 전세계 시민운동가들이 이 분야에서 나타나는 투자자-국가 직접소송제의 폐해를 예의주시하고 있다. 왜 그런지를 몇가지 실제 사례를 통해 살펴보자.

### 메탈클래드 대 멕시코 사건

1990년에 멕시코의 폐기물 처리회사 코테린(Coterin)은 산루이포토시(San Luis Potosi: SLP) 주로부터 폐기물 하치장(transfer station)을 설치할 허가를 얻어, 과달카사르(Guadalcazar)라는 조그만 동네의 빈터에 마침내 하치장을 만든다. 그리고 한걸음 더 나아가 이 하치장을 대규모 폐기물 매립지로 발전시키기 위해 허가를 갱신하고자 한다. 하지만 1991년과 1992년에 각각 SLP 주정

부와 과달카사르 지방정부는 이 매립지 건설허가 신청에 대해 거부 조치를 내린다.

이 지역은 코테린의 활동으로 끔찍한 환경재난 지역이 된 상태였다. 무려 2만 톤에 해당하는 5만5,000드럼통의 독성 폐기물, 심지어는 폭발성 폐기물이 유입돼 이곳을 오염시켰고, 이후 몇년간에 걸쳐 이 조그만 동네에서 암환자의 수가 기하급수적으로 늘어났다. 게다가 이 지역은 지반이 대단히 취약해 보관중인 폐기물이 지반 아래 지하수로 그대로 흘러들어가는 등의 문제를 일으켰다. 그리하여 이미 1991년에 과달카사르의 주민들은 하나로 뭉쳐 쓰레기장을 폐쇄하고, 들어오는 트럭 차량들을 막거나 쫓아 보내는 등의 활동을 하고 있었다.

여기에 나프타 발효를 몇달 앞둔 1993년, 미국 회사 메탈클래드(Metalclad)가 뛰어든다. 이 회사는 30년 이상 산업폐기물, 특히 석면(石綿)과 같은 심각한 유해물질을 처리하고 폐기하는 사업을 계속해 온 캘리포니아의 기업인데, 이 지역을 유해물질 폐기장으로 사용할 계획이었다. 메탈클래드는 멕시코 연방정부로부터는 허가를 얻었고, 이어 지방정부와 이미 큰 분쟁에 휩싸여 있는 코테린으로부터 과달카사르의 폐기물 하치장을 살 수 있는 옵션(option)을 일단 구매한 다음 그 하치장을 폐기물 매립지로 확장해 건설하는 방안을 타진한다. 메탈클래드는 멕시코 연방정부의 여러 관리들은 물론 SLP 주지사까지 접촉해 그러한 방안을 추진하는 데 필요한 허가를 내주겠다는 언질을 받자 1994년에 옵션을 행사해 코테린을 매수하고 폐기물 하치장을 매립지로 확장하는 공사에 본격 착수한다.

하지만 과달카사르는 물론이고 SLP 주 전체 주민들은 이러한 메탈클래드의 계획에 대해 격렬하게 반대했다. 메탈클래드는 확장공사에 필요한 지방정부의 허가를 얻기 위해 주정부와 과달카사르가 속한 지방정부에 모든 필요한 서류를 제출했다. 하지만 메탈클래드는 주정부와 지방정부의 결정이 아직 내려지지 않은 상태에서 그저 연방정부로부터 얻어낸 허가의 약속만 믿고 공사를 강행했다. 과달카사르 지방정부는 1994년에 메탈클래드에 허가도 안 받고 진행하고 있는 공사를 즉각 중단하라는 명령을 내렸지만, 메탈클래드는 막무가내로 공사를 계속해 1995년 3월에 마침내 공사를 완료한다.

이에 분노한 지역 환경활동가와 시민들이 완공된 매립장이 운영되는 것을 막고 나섰고, 지방정부는 마침내 1995년 말에 메탈클래드의 매립지 설치허가 신청에 대해 거부하는 결정을 내렸다. 그러자 메탈클래드는 1996년 10월 투자자-국가 직접소송을 시작하겠다는 내용의 '의도 통지서'를 멕시코 정부에 보냈다. 게다가 1997년에 SLP 주정부가 이 지역을 영구적인 환경보존구역으로 지정함으로써, 이제 소송 외에는 다른 해결책이 없어지게 됐다.

앞의 제3장에서도 잠깐 이야기했지만, 2000년에 나온 이 중재심판의 판정은 실로 여러 가지 논쟁점을 갖고 있는 것이었다. 먼저 ICSID 추가편의절차(Additional Facility)의 주관 아래 구성된 중재심판소는 쓰레기 매립지 설립에 대한 허가는 지방정부의 권한이 아니라 중앙정부의 권한이라는 대담한 '명령'을 내린다.

쓰레기 매립지 허가권을 지방정부가 갖느냐 중앙정부가 갖느냐 하는 문제는 멕시코의 국내법 해석에 관한 것이니 당연히 멕시코

국내의 문제였고 멕시코 법률가들의 압도적인 견해는 매립지 건설에 대한 허가권은 지방정부가 갖고 있다는 것이었다. 그럼에도 불구하고 ICSID 중재심판소는 "멕시코 법은 이렇게 해석되어야 한다"는 식의 강압을 한 셈이었다. 게다가 중재심판소는 "환경이나 지역주민의 이익은 본 심판소의 고려대상이 아니다"라고 명시하면서 '간접적 수용'에 대한 지극히 넓은 의미의 정의를 적용해 멕시코 정부에 대해 1,600만 달러가 넘는 금액을 배상하라는 결정을 내린다.

궁지에 몰린 멕시코 정부는 항소하기로 한다. ICSID 추가편의절차의 규칙 중에서, 중재심판이 벌어진 지역의 법원은 그 지역의 법에 따라 중재심판소의 결정을 재심할 수 있다는 규정을 이용하기로 한 것이다. 그래서 멕시코 정부는 캐나다 브리티시컬럼비아주의 밴쿠버 법정에 항소한다. 밴쿠버 법정은 중재심판소가 멕시코 국내법에 해당하는 지방정부와 연방정부의 법적 영역에 대해 '명령'을 내린 것은 권한침해였다고 분명하게 판단한다.

하지만 중재심판소의 결정 전체에서 가장 논란이 됐던 '수용'의 의미에 대해서는 밴쿠버 법정도 중재심판소의 판결을 모두 인정했다. 이에 따라 밴쿠버 법정도 중재심판소에서 내린 배상금과 거의 같은 금액을 멕시코 정부가 배상해야 한다는 판정을 내렸다. 멕시코 정부는 이 판정에 불복하여 다시 밴쿠버의 상급 법원에 항소할 것도 고려하긴 했지만, 결국 배상금을 지불하고 사건을 끝내는 쪽을 선택한다(Weiler, 2001: IISD, 2001: 10-3pp.).

앞의 제3장과 제4장에서 메탈클래드 사건에 대한 판정에서 문제가 되는 쟁점으로 '수용'의 포괄적인 의미, 환경을 포함한 공공

이익의 배제, 국내법 영역 침해 등의 문제점을 지적한 바 있다. 한마디 덧붙인다면, 투자자-국가 직접소송제가 발동되면 지방자치단체에서 내리는 모든 결정과 조치들의 뒷감당이 다 중앙정부의 몫으로 돌아올 가능성이 있다는 점이다. 결국 메탈클래드 사건의 결말이 지닌 의미 중 하나는 이제부터 중앙정부는 외국 투자자의 이익이 침해되지 않도록 각급 지방자치단체의 모든 입법과 행정을 감시해야 하는 엄청난 부담을 지게 됐다는 것이다.

### 마이어스 대 캐나다 사건

PCB(폴리염화비페닐, Polychlorinated Biphenyl)이라는 물질이 있다. 이는 전기 절연제로 효과가 좋지만, 환경을 오염시키고 인체에 축적되면 암을 비롯한 각종 질병을 유발하는 해로운 물질로 알려져 있다. 따라서 이 물질은 국제적인 유통과 교역에 극도로 조심하지 않으면 안된다. 1989년 스위스 바젤에 많은 나라의 대표들이 모여 체결한 바젤협약(Basel Convention)에도 이 물질에 관한 조항이 들어갔다.

바젤협약은 원칙적으로 PCB의 국제교역을 자제하고, 부득이한 경우에는 이 물질의 교역에서 극도의 주의를 기울일 것을 가입국들에 요구하고 있다. 나프타 가입국 중에서도 캐나다와 멕시코는 이 협약에 서명했다. 미국은 비록 이 협약에는 서명하지 않았지만, 1976년에 군사시설을 위한 목적 등 극히 제한된 경우를 빼고는 PCB의 수입을 전면 금지하는 법안을 의회에서 통과시킨 데 이어 1977년에는 이 물질의 국내 생산 또한 금지시킨 바 있다.

미국 내에서는 PCB의 생산 자체가 금지되다보니, 미국 기업인

마이어스(S.D. Myers)는 캐나다에서 생산된 PCB를 미국으로 수입해 오하이오 주에 있는 자사 공장에서 그것을 가공한다는 계획을 추진한다. 그리하여 마이어스는 캐나다에 자회사를 세우고, 미국과 캐나다 양국의 당국에 허가를 요청한다. 캐나다는 이 계획에 대해 미국의 환경보호청(EPA)이 허가한다면 자국도 허가한다는 입장이었다. EPA는 이 계획을 긍정적으로 검토했고, 마침내 1997년에 PCB의 수입을 허가하는 조치를 내렸다.

그런데 그로부터 1개월 뒤인 1997년 11월에 캐나다 당국은 PCB의 국경통과를 일단 보류시키는 잠정명령(Interim Order)을 발표한다. 그 이유는 미국 EPA의 조치가 과연 합법적인 것인가를 연구할 시간이 필요하다는 것이었다. 앞에서 본대로, 미국에서는 이미 PCB의 수입을 금지하는 법이 발효된 상태였다. 그런데 이런 법과 EPA의 조치가 모순되는지 여부에 대해서는 아직 권위 있는 검토가 이루어진 바가 없으니, 바젤협약에 서명한 캐나다로서는 당국에서 당시 상황에서 어떠한 조치를 취해야 하는지를 다시 생각해 봐야겠다는 것이었다.

몇달이 지난 후인 1997년 2월에 검토를 끝낸 캐나다 당국은 다시 PCB의 수출을 허가했고, 마이어스는 7번 정도 PCB 수입물량을 운송할 수 있었다. 그러나 이번에는 미국에서 환경단체인 시에라클럽이 마이어스에 대한 EPA의 PCB 수입 허가조치를 위법이라고 주장하며 제소해서 위법이라는 법원의 판결을 받아냈다. 이로써 1997년 7월 20일에 PCB의 미국 내 반입은 완전히 중지된다.

그런데 1998년 10월에 마이어스가 캐나다 정부를 상대로 투자자-국가 직접소송을 제기한다. 미국의 EPA에서 허가를 해주었

음에도 불구하고 캐나다의 잠정명령으로 인해 PCB의 수입이 중단됐던 몇 개월의 기간 동안 심대한 피해를 입었다는 것이었다. 이와 관련한 마이어스의 주장은 크게 보아 다음과 같은 세 가지였다.

첫째, 캐나다 정부는 미국 기업인 마이어스에 피해를 줄 것을 알면서도 의도적으로 잠정명령을 내리는 행동을 했으니 나프타의 차별금지 조항을 위반했다. 둘째, 결과적으로 마이어스는 자사가 구입한 PCB를 캐나다 국내에서 처분할 수밖에 없게 됐으니 투자자에게 아무런 요구사항도 붙이지 않는다는 ‘이행의무부과금지’ 관련 조항을 위반했다. 셋째, 마이어스가 사업을 위해 캐나다에 투자해 설립한 회사는 결국 아무런 이윤도 얻지 못하게 됐으니 캐나다 정부는 ‘수용에 해당하는 조치(tantamount to expropriation)’를 취한 셈이다.

2000년 11월 13일, UNCITRAL의 중재심판소는 마이어스의 손을 들어주는 판정을 내렸다. 비록 수용이나 활동요건 조항과 관련된 주장은 받아들여지지 않았지만, 캐나다 정부는 환경보호라는 목적을 달성함에 있어서 좀더 ‘나프타의 투자규칙들과 조화되는’ 방법을 취했어야 하며, 따라서 차별행위가 인정된다는 것이었다. 이리하여 캐나다 정부는 PCB 수출이 중단된 기간 동안 마이어스가 올릴 수 있었던 사업이윤에 해당하는 금액을 감안해 배상해야 한다는 것이었다. 마이어스는 5,000만 달러의 배상금을 요구했지만, 2002년 10월에 나온 최종 판결은 이에 훨씬 못 미치는 605만 달러의 배상금을 캐나다 정부에 부과했다.

배상액의 크기는 차치하고라도, 이 판정은 메탈클래드 사건에

대한 판정에 못지않은 저항과 논란을 불러일으켰다. 무엇보다 캐나다 정부가 PCB의 수출을 보류시킨 조치는 최소한 두 가지의 법적 정당성이 있는 것이었다. 한 가지는 바젤협약에 따른 (준)국제 법적 틀에서의 정당성이고, 다른 한 가지는 미국 국내법에 대한 고려가 지닌 정당성이었다. 그 뒤에 실제로 미국 EPA의 수입허가 조치가 미국 국내법의 기준에서 불법 판정을 받았다는 것은 캐나다 정부의 잠정조치가 상당한 법적 정당성을 갖춘 사례 깊은 것이었다는 증거가 된다.

하지만 중재심판소는 환경문제에 대한 법적 규약이나 환경보호의 필요성은 중시하지 않고, 그저 투자대상국 정부의 조치가 투자자를 괴롭히는 빌미가 되어서는 안된다는 이유에서, 세계무역기구(WTO) 식 용어로 말하면 ‘가장 교역을 덜 제약하는(the least trade-restrictive)’ 조치여야 한다는 이유 하나만으로 다른 법적 정당성을 모두 눌러버린 것이다. 따라서 이 사건에 대한 중재심판소의 판정은 다음 두 가지 의미를 갖는다.

첫째, 이 판정은 오로지 투자자 보호라는 기준 하나를 내세워 한편으로는 바젤협약과 같은 국제법, 다른 한편으로는 미국의 법과 그 법에 근거한 판결과 같은 국내법을 모두 무시해버린 사례다. 그리고 무시된 사안은 ‘환경’이라는 가장 핵심적인 공공이익에 해당된다는 점에서 문제의 심각성이 더하다.

둘째, 이 판정을 통해 ‘투자자’의 정의(定義)가 실로 크게 팽창됐다. 마이어스는 PCB 교역을 위해 캐나다에 존재하는 ‘마이어스 캐나다’라는 회사와 합작사업을 벌이고 있었다고 주장했다. 하지만 ‘마이어스 캐나다’는 마이어스 집안에 속하는 사람이 소유한

회사였고, 캐나다에서 이 회사가 영위한 사업이라고 해야 그저 PCB를 구입하는 정도에 불과했다. 따라서 캐나다 정부의 조치로 인해 메탈클래드 사건의 경우에 맞먹는 정도의 가시적인 자산가치 감소가 일어났다고 보기도 힘들다. 하지만 중재심판소는 그저 PCB를 구입하는 정도의 활동도 분명히 '투자'로 인정했다. 캐나다에서 발생한 쓰레기를 미국의 모회사로 수출하는 '쓰레기 브로커 서비스'에 불과한 존재를 버젓이 '투자자'로 인정한 셈이다 (Mann and Von Molke, 2002: 11p.).<sup>22)</sup>

### 에틸 대 캐나다 사건

에틸 대 캐나다 사건은 비록 소송으로 이어지지는 않았지만 보건이나 환경 분야의 행정에 대해 중요한 함의를 갖는 사건이다.

버지니아에 자리잡은 미국회사 에틸(Ethyl)은 연비를 올려 유독가스 배출을 줄이기 위해 자동차 연료에 집어넣는 첨가제인 MMT를 생산해 캐나다로 수출하는 업체였다. 그런데 캐나다 정부는 이 물질에 들어가는 망간이 인체의 신경조직에 치명적인 해를 입히며 환경에도 큰 위협이 된다는 증거를 상당히 축적했고, 이에 근거해 MMT의 수입과 주정부 간 거래를 금지하는 법(C-29)을 제정한다. 이런 캐나다 정부의 조치에 대해 에틸은 1997년 10월, "자사가 앞으로 거둘 수 있는 수입에 대한 수용"이라고 주장하며 2억 5,000만 달러의 배상 청구소송을 제기하겠다고 통지한다.

캐나다 정부는 MMT의 유해성에 대한 증거를 이미 상당히 축적

했기에 자신감을 갖고 대응한다. 하지만 세밀히 검토하는 과정에서 그동안 축적한 증거라는 것이 절대적인 과학적 확실성을 가진 것은 아니라는 점을 깨닫게 된다. 이에 캐나다 정부는 점점더 자신감을 잃어간다. 그 결과 캐나다 정부는 2억5,000만 달러라는 금액의 배상을 하게 될 위협에 처하기보다는 에틸과 직접 만나 협상을 벌여 타협하는 것이 낫다는 판단을 내린다. 결국 캐나다 정부는 에틸에 1,300만 달러를 건네주는 동시에 '멀쩡한' MMT를 유해한 물질이라고 주장했던 것에 대해 공개적으로 사과하는 조건으로 1998년 7월 에틸과 합의를 본다(Ganguly, 1999).

이 사건의 중요성은 무엇보다도 보건환경 정책과 관련해 국제법적으로 인정되던 '경찰권(police power)'의 한 중요한 기둥이 무너질 위기에 처하게 되었다는 데 있다. 원래 경찰권은 '예방의 원칙(precautionary principle)'에 의해 정당화되는 것이 관례였다. 즉, 어떤 물질이 해롭다는 절대적인 과학적 증거가 나오지 않았다고 해도 그럴 만한 가능성이 있다는 근거만으로도 예방적인 차원에서 환경이나 보건에 대한 조치를 취할 권한이 국가에 있다는 것이었다. 예방의 원칙이 인정되는 것은 몇년, 몇십년에 걸친 실험이 성공해야만 비로소 위협의 존재에 대한 절대적인 과학적 증거가 나올 수 있는 경우에, 그때까지 기약 없이 인간과 자연을 위협 앞에 무조건 방치해 둘 수는 없는 일이기 때문이다.

그런데 투자자-국가 직접소송의 심판소에서 이런 '예방의 원칙'이 어느 정도나 설득력을 가질 수 있는가에 대해 부정적인 의견이 점점더 많이 나오고 있다(Dobbin, 2003).

22) 이상의 정황은 Public Citizen, 2001: 14-8pp..

### 3. 공공서비스와 경제 정책

이번에는 투자자-국가 직접소송제가 공공서비스와 국가의 경제정책 등에 미치는 효과를 잘 보여주는 사례들을 살펴보자.

#### UPS 대 캐나다 사건

캐나다는 원래 정부의 한 부서로 존재하던 우체국을 1981년에 공기업(Crown Corporation)으로 전환했다. ‘캐나다 포스트(Canada Post)’라는 이름의 이 공기업은 어디까지나 정부가 전국에 걸쳐 우편이라는 공공서비스를 제공해야 할 필요성에 의해 생겨난 것이었다. ‘캐나다 포스트’는 1993년에 캐나다 최대의 택배서비스 업체인 퓨롤레이터(Purolator)를 인수(지분 96%)해 사업을 확장한다. 이렇게 새롭게 ‘캐나다 포스트’의 일원으로서 확장된 퓨롤레이터는 무려 6만4천명의 직원을 고용한 캐나다에서 5번째로 큰 고용주가 된다.

한편 UPS(United Parcel Service of America Inc.)는 잘 알려져 있다시피 지구 전역을 잇는 세계 최대의 택배회사이며, 그 회사

인 ‘UPS 캐나다’가 1973년부터 캐나다 안에서 영업을 하고 있었다. 그런데 딱히 어떤 극적인 사건이나 특별한 정부의 조치가 있었던 것도 아닌데 1999년 4월에 UPS가 느닷없이 캐나다 정부를 UNCITRAL 규칙에 의거한 투자자-국가 직접소송의 대상으로 삼아 1억6,000만 달러의 배상을 요구하고 나섰다.

그 논리는 이렇다. ‘캐나다 포스트’는 캐나다 국내의 우편물 관련 사업에서 독점적 위치를 누리는 공기업이다. 그러나 소유구조상 ‘캐나다 포스트’가 다수를 점유할 뿐인 퓨롤레이터는 택배업이라는 일반 산업에서 UPS를 비롯한 다른 택배업체들과 경쟁하는 사실상의 사기업이라는 것이었다. 그럼에도 퓨롤레이터는 ‘캐나다 포스트’가 우체업무를 위해 갖고 있는 온갖 시설과 장비들, 예를 들어 각지의 우체국과 우편물 운반차량 등을 독점적으로 이용하고 있는데, 이는 UPS와 같은 외국 업체에 대한 차별대우라는 것이었다(Public Citizen, 2001: 30-1pp.).

게다가 ‘캐나다 포스트’는 캐나다 정부가 자국 문화의 관점에서 중요한 우편물로 지정한 것들을 배달할 경우 정부로부터 보조금을 받는데 이것도 문제가 있으며, ‘캐나다 포스트’가 운영하는 연금플랜도 마찬가지라고 UPS는 주장하고 나섰다(Shrybman, 2005).

그렇다면 구체적인 자산가치가 있는 어떤 UPS의 소유물이 직접수용이건 간접수용이건 수용된 것도 아닌데, UPS는 어떤 근거로 배상요구액을 산정했을까? UPS는 나프타가 발효된 1994년 1월 1일부터 소송제기 당시까지는 물론 추후 소송 진행에 2년이 걸릴 것으로 예상하고 그 기간까지 더해, 그때까지 자사가 캐나다 정부의 차별조치로 인해 입게 될 ‘피해’ 규모를 금액으로 추정해

제출했던 것이다. 이 소송에 대한 심의는 2005년 중순까지도 진행되고 있었던 것으로 알려졌으나, 아직 결과는 나오지 않았다.

이 사건은 다음과 같은 몇가지 측면에서 투자자-국가 직접소송제의 앞날을 가늠해보게 해주는 중차대한 의미를 갖고 있다.

첫째, 이 사건은 투자자-국가 직접소송제가 정부나 지방정부의 부당한 조치로부터 투자자를 ‘보호’하는 수세적인 것이 아니라 명백하게 ‘공격’용 무기로 바뀌었음을 잘 보여준다. ‘캐나다 포스트’와 퓨롤레이터의 합작 체제는 나프타가 발효되기 전인 1993년부터 이미 가동되고 있었다. 캐나다 정부가 어떤 조치이든 새로 내린 것은 아무것도 없었다. 또 ‘UPS 캐나다’가 그 어떤 조치에 의해 소유권의 훼손이건 자산가치의 변동이건 무언가를 겪은 것도 없었다. 이 사건은 오로지 ‘기존의 제도적 장치’ 중에서 외국 투자자가 자신에게 불리하다고 생각되는 것을 골라 투자협정 규정을 들이대며 그대로 공격대상으로 삼아버린 사건이다.

둘째, 더욱 심각한 것은 공격대상이 된 것이 상식적으로 문제가 있는 약속이나 부패, 불합리 따위가 아니라 한 나라의 우체국과 택배서비스라는 공공서비스였다는 점이다. 캐나다는 세계에서 두 번째로 넓은 영토에서 우리나라의 절반 정도밖에 안되는 인구가 사는 나라이며, 그나마 대부분의 인구가 몇개의 대도시에 집중되어 있다. 광활한 평야와 심지어 북쪽의 냉대 지방에까지 띄엄띄엄 흩어져 살아가는 사람들에게도 국민이라면 누구나 누려야 할 전기, 전화, 우편 등의 공공서비스를 공평하게 제공하기 위한 정부의 고심이 이만저만이 아닐 것이다. 이런 여건에서 저렴한 요금으로 전국 곳곳에 공공서비스가 제공되도록 하려면 택배서비스를

기존 우편체제의 인프라를 빌어 운영하는 것은 필수적인 선택일 것이다. 만약 UPS가 요구하는 금액으로 택배가 이루어진다면, 캐나다 영토 중 압도적인 부분은 엄청나게 비싼 요금을 치르지 않는 한 택배서비스를 제공받을 수 없게 될 것이다.

오늘날 대부분의 나라에서 공공서비스는 국가기관, 공기업, 공기업과 소유관계를 맺고 있는 사기업 등으로 분화되어 이루어지고 있는 것이 현실이며, 이런 점에서는 미국도 예외가 아니다. 그런데 이런 분화된 관계를 끊어버릴 것을 명시적으로 요구하는 UPS의 주장이 받아들여진다면 각종 공공서비스 체계에 의해 스스로 ‘피해’를 보고 있다고 생각하는 온갖 외국 기업들의 소송이 줄을 잇게 되어, 나라 전체의 공공서비스 체계에 대한 대공세가 펼쳐질 위험이 있다. 특히 캐나다의 통상문제 전문 변호사로 명성이 높은 스티븐 쉬라이브만은 외국 투자자들의 다음번 공격목표는 캐나다의 공영 방송국인 CBC(Canadian Broadcast Corporation) 이 될 것이라고 경고하고 있다(op.cit).

셋째, 이처럼 사안이 심각하고 특히 공공이익에 대해 갖는 함의가 크에도 불구하고 이런 사건에 대해 결정을 내리는 단위는 중세 이래의 상인법대로 분쟁 당사자 쌍방이 단일의 중재인 앞에서 ‘쇼부를 치는’ 곳, 즉 비밀법정이나 다름없는 중재심판소다. 퓨롤레이터는 캐나다 굴지의 대규모 사업체로 수만명의 종업원을 거느리고 있다. 중재심판의 내용에 따라서는 이런 기업이 구조조정을 하게 되어 노동자들의 고용불안이 심해질 것이다. 이에 ‘캐나다 우편노동조합(CUPW)’은 우편노동자들도 이 사건의 한 당사자로 인정해줄 것을 중재심판소에 탄원했지만, “본 심판소는 국가와 투

자자 이외의 제3자를 당사자로 인정할 권위를 갖고 있지 않다”는 답변만 들었을 뿐이다(ibid).

### 아르헨티나에 대한 외국 투자자들의 집중공격

1990년대의 아르헨티나 메넴 정부는 경제를 개방하고, 공기업 을 민영화하고, 외국자본을 위해 금융체제를 개혁하고, 자국 화폐 를 달러에 고정시키는 등 남아메리카에서 소위 ‘워싱턴 컨센서스’ 를 가장 충실하게 실행한 정부이자 신자유주의적 시장정책의 모 범생이었다. 그러는 과정에서 아르헨티나는 미국을 위시한 여러 나라들과 투자협정을 맺었고, 수많은 공기업과 공공서비스를 외 국 투자자들의 소유로 넘겨주었다.

그런데, 그렇게 하면 최고의 경제적 효율성이 달성된다는 신념 에 가득 찬 시장주의 경제학자들의 호언장담을 비웃기라도 하듯, 아르헨티나는 2001년에 심각한 외환위기에 빠지게 된다. 이에 아 르헨티나 정부는 어쩔 수 없이 그동안 달러 가치에 고정돼 있었던 자국 화폐의 평가 관계를 끊어버리고 석유와 가스 등의 수출에 25%의 세금을 매기는 등 비상조치를 단행한다.

그러자 아르헨티나 국내에 들어와 있던 외국 투자자들의 반격이 곧바로 시작되어 투자자-국가 직접소송이 봇물처럼 터져나오게 된다. 이런 반격의 선두에 선 외국 투자자는 천연가스 수송 분야 에 투자했던 CMS였고 가스의 공급과 배급 관련 업체, 각종 전력 사업체, 공공교통용 차량 제조업체 등이 그 뒤를 이었다고 한다.

2005년 초에 나온 유엔무역개발회의(UNCTAD)의 보고서에 따 르면 아르헨티나를 상대로 2003년 한 해에만 20건 이상의 투자자

-국가 직접소송이 제기됐으며, 2005년 초까지의 총 소송 건수는 알려지지 않은 소송까지 더하면 전체 소송 건수가 얼마나 되는 지는 알 수 없으며, 소송까지 이르지 않고 물밑 협상으로 마무리 된 것들까지 더하면 2001년 이후 외국 투자자들이 아르헨티나를 상대로 벌인 반격의 규모가 전체적으로 어느 정도나 되는지는 더 욱 오리무중이라고 한다(Peterson, 2003b: 4-5pp.). 게다가 동일한 정부 조치가 다수의 소송에서 문제가 되어 복수의 소송 대상이 되 고 있다는 것이다.

이같은 아르헨티나의 경험은 투자자-국가 직접소송제 아래서 는 한 국가의 거시 및 미시 경제정책, 더 나아가 외환위기와 같은 절박한 상황에서 취하게 되는 조치까지도 외국 투자자들의 감시 와 감독을 받게 되는 위험을 현실에서 보여준 것이다. 정부의 경 제정책 중에서 국내에 들어와 있는 외국 투자자 몇몇의 사업적 이 익에 직간접의 영향을 주지 않을 게 과연 얼마나 있을까?

#### 4. 미국 텍사스 농부 대 멕시코의 ‘물꼬 싸움’

앞에서, 비록 적은 지면에서나마 몇가지 중요한 함의를 가진 사건들을 분류해서 살펴보았다. 마지막으로 이 중 어디로도 분류하기 어렵고, 또 실제 소송이 걸린 것도 아니며 소송의 성사 여부조차 불투명하지만, 지금 나프타의 투자자-국가 직접소송제가 어디까지 와 있는지, 그 현주소를 파악하는 데에 큰 시사점을 주는 일화가 하나 있어 소개한다.

리오그란데(Rio Grande) 강은 록그룹 ‘지지 탑(ZZ Top)’의 노래나 앨범 표지에 자주 등장하는 텍사스의 상징이다. 그런데 그 이름이 시사하듯 이 강은 멕시코로부터 흘러들어오는 ‘큰 강’이며, 따라서 미국과 텍사스 사이에 이 강물의 유량 관리를 놓고 일종의 ‘물꼬 싸움’이 끊이지 않았다. 결국 1944년에 두 나라 정부는 멕시코가 리오그란데 강의 전체 유량 중 최소한 3분의 1은 미국 쪽으로 흘러보내야 한다는 내용의 조약을 맺는다.

그런데 1992년 이후 이 강의 유량이 크게 줄어 텍사스 쪽의 농부들이 곤욕을 치른다. 농부들은 멕시코가 강 상류에 저수지들을

많이 만들어서 강물을 조직적으로 빼돌리고 있다고 주장하면서, 미국 쪽으로 흘러보내는 유량을 조속히 회복시킬 것을 요구하게 된다. 하지만 리오그란데 강의 유량은 크게 달라지지 않았고, 이에 텍사스의 농부 29명과 농장주 17명이 2004년에 나프타 11장에 규정된 투자자-국가 직접소송제를 이용해 멕시코 정부에 5억 달러의 배상을 요구하는 ‘소송 의도서’를 보낸다. 멕시코 정부가 즉각적으로 리오그란데 강의 유량을 시정한다 해도 그간의 피해액은 물어내야 한다는 것이었다. 이젠 텍사스 농부들까지 멕시코를 상대로 ‘외국 투자자’의 권리를 외치고 나선 것이다.

이들을 법적으로 대표한 법률회사(Marzulla&Marzulla)는 레이건 시절의 법조 인맥으로 연결된 회사로서 물이나 토지에 대한 소유권과 얽힌 소위 ‘규제에서 파생된 수용(regulatory takings)’ 관련 사건을 전문으로 맡아 처리해주는 곳이라고 한다.

이 회사의 변호사인 낸시 마르줄라(Nancie Marzulla)는 멸종 위기에 처한 연어들을 보존하기 위한 조치로 인해 피해를 입었다며 미국 정부를 상대로 10억 달러 규모의 소송을 제기했던 클래머스(Klamath Basin) 지역의 농부들의 경우와 이 사건이 비슷하다고 보고 있다. 이는 비록 텍사스의 농부들이 멕시코에 직접 투자를 한 것은 아니지만, 1944년의 조약에 의해 그들에게 귀속되는 것으로 정해진 재산, 즉 물이 그들에게 흘러보내지지 않고 멕시코에 붙들려 있는 것은 곧 ‘자산의 수용’이라고 볼 수 있다는 논리인 것이다(이상은 Krza, 2005).

이 사건은 여러가지 측면에서 의문과 쟁점을 불러일으킨다. 1944년의 조약에 따라 미국 쪽으로 흘러보내져야 할 물이 과연

텍사스 지역의 농부나 땅주인 개개인에게 귀속되는 ‘사유재산’인가, 아니면 공공자원인가? 내 땅 위를 흐르는 물은 모두의 공공자산인가, 아니면 그것은 ‘내 것’이니 조금이라도 그 양을 해치는 자가 있으면 ‘나’에게 배상해야 하는 것인가? 텍사스의 농부들이 도대체 어떤 의미에서 멕시코에 대해 ‘투자자’가 되는 것인가? 5억 달러라는 배상요구액을 계산해낸 근거는 얼마나 정당성을 갖는 것인가? 강물이 줄어든 책임이 자연현상이 아닌 멕시코 정부의 조치, 즉 ‘수용’에 있다는 증거는 무엇인가? 텍사스의 농부들이 내세운 논리에 따르면 ‘투자자’가 아닌 사람은 누구이며, ‘자산’이 아닌 것은 무엇인가? 또 ‘수용’에 해당하지 않는 행위는 무엇이며, ‘배상’의 한계는 있는가?

같은 논리를 더 확장해보자. 미국은 세계에서 화석연료를 가장 많이 소비하는 나라임에도 화석연료 사용으로 인한 공기오염과 온실효과 등을 막기 위한 교토의정서 가입을 끝까지 거부했다. 클린턴과 부시의 말에 따르면, 미국인들이 그렇게 한 것은 ‘미국의 문화와 생활방식이 존중돼야’ 할 뿐 아니라 자동차 및 에너지와 관련된 온갖 미국 내 산업계의 이익이 ‘보호돼야’ 하기 때문이다. 그러나 미국의 그런 이기적인 태도로 말미암아 공기오염과 온실효과가 더 심각해져서 세계 곳곳에서 흉작 피해가 더 커지고 오존층 파괴로 피부암에 걸리는 아이들이 더 늘어났다면? 미국인들이 자국의 배타적 이익을 위해 지구의 대기권 전체를 망침으로써 세계 곳곳의 농작물, 사람들의 건강, 깨끗한 공기라는 ‘재산’을 ‘수용’한 것이 아닌가?

여기서부터는 가상의 시나리오로 넘어가자. 미국과 투자협정을

맺고 있는 세계 모든 나라의 농민, 시민, 땅주인들과 그들에게 이런저런 돈을 댄 ‘투자자’들이 전지구적으로 뭉쳐 미국 정부를 상대로 소송을 제기한다. 소송의 근거는 텍사스 농부들이 내세웠던 투자자-국가 직접소송제이고, 배상요구액은 미국이 교토의정서를 거부한 1990년대 이래 미국 밖의 전세계 모든 농민들이 입은 농작물 피해, 환경악화로 인해 암에 걸린 전세계 환자들이 부담한 치료비 등을 모두 더해 산정된다. 복잡한 국제 중재절차를 거쳐 미국 정부는 결국 교토의정서에 조인하고 그 내용을 준수하겠다고 서약하는 동시에 전세계에서 요구받은 배상금을 지불한다. 지불된 배상금은 미증유의 액수일 테니 그것을 가지고 환경개선을 위한 환상적인 프로젝트를 추진할 지구적 재단을 창설한다.

어떻게? 한번 해볼 만하지 않은가. 단판 승부일 필요도 없다. 소송비용으로 쓸 돈만 있고 변호사가 되어줄 법률가만 있으면 국제 중재절차를 요구해 중재심판소를 차릴 수 있다. 전세계가 뿔뿔뿔뿔 뭉쳐 십시일반으로 소송비용을 마련하고 수십개의 중재심판소를 차려놓고 동시에 소송을 진행시키면 된다. 그 중에 어디에서건 한 건만 잘 터져주면 된다. 그러면 환경문제를 걱정하는 전세계의 ‘외국 투자자’들에게는 일대 쾌거가 되지 않겠는가?<sup>23)</sup>

다시 텍사스 농부들의 이야기로 돌아가자. 텍사스 농부들의 논리를 국제 중재절차소가 받아줄지 어떨지는 알 수 없다. 필자는 텍사스 농부들의 ‘의도 통지서’를 받았을 것으로 추정되는 날부터

23) 실제로 동일한 사실을 놓고 100명이 넘는 소고기 업자들이 나프타에 근거하여 제각각 미국 정부를 상대로 소송을 제기한 바가 있다고 한다(UNCTAD, 2005a: 13p. note 7).

90일이 지나는 동안에 멕시코 정부가 어떤 대응의 결정을 내렸는지, 이 사건이 실제로 소송으로 이어졌는지를 알기 위해 관련되는 정보를 열심히 찾아보았으나 그 후의 소식을 알아낼 수는 없었다. 어쩌면 텍사스 농부들이 그저 멕시코 정부에게 겁을 주기 위한 목적으로 ‘의도 통지서’를 보낸 것인지도 모른다.

그러니 여기서 상상력의 발동은 중단하고자 한다. 이번 장에서 살펴본 투자자-국가 직접소송제의 현실은 우리에게 무엇을 말해주는가? 이 책 첫머리에서도 인용한 바 있지만 한국 정부는 다음과 같은 입장을 밝힌 바 있다.

투자자-국가 간 투자분쟁 해결절차는 기본적으로 투자와 관련해 내외국인 차별 금지, 이행의무 부과 금지 등 외국인투자를 보호하기 위해 마련한 협정상 중요한 의무 위반에 대해서만 제소가 가능하다. ... 따라서 투자자-국가 간 투자분쟁 해결절차는 외국인 투자를 보호하기 위한 방어적인 장치라는 개념으로 이해하면 된다.

하지만, 여기에 나타난 외교통상부의 입장대로 투자자-국가 직접소송제를 “외국인 투자를 보호하기 위해 마련한 협정상 중요한 의무 위반에 대해서만 제소가 가능”한 것으로 속 편히 바라보기에 이미 이 제도가 너무나 살벌하고 어디로 튈지 모르는 흥기로 변해가고 있다는 느낌이 들지 않는가?

(필자가 글을 퇴고하는 중에 송기호 변호사는 이 사건이 실제로 국제 중재절차로 이어졌으며 2006년 7월 현재 멕시코 정부를 상대로 정상적인 절차를 거쳐 중재가 진행중이라고 알려주었다. 결

국 이 사건은 단순히 몇몇 농부들과 극단적인 법률가들의 상상력의 소산이 아니라, 실제의 국제 중재 관행에서 적실성을 인정받고만 셈이다. 텍사스 농부들은 이제 ‘해외 투자자’가 되었다. 그렇다면 전세계의 온실효과 피해자들이 이제 미국에 대한 ‘해외 투자자’로서 움직이는 일이 남은 것인가?)

## 제6장

호주 국민들은 왜

투자자-국가 직접소송제를 거부했는가

**investor-state  
claim**

## 1. ‘정복자’가 된 투자자들의 ‘승전 배당금’

앞에서 살펴본 대로 투자자-국가 직접소송제는 그 내적 논리로나 실제 현실에서 빚어내는 상황로나 실로 놀랄 만한 심각한 문제점들을 내포하고 있다. 그럼에도 우리나라 정부는 이 제도가 “외국 투자자 보호에 관련해서만 발동되는 방어적 제도”이며 이미 1960년대부터 존재해 온, 세계의 모든 FTA와 양자간 투자협정(BIT)에서 “일반적으로 채택되는 표준절차”일 뿐이라고 주장한다.

정부는 왜 이런 주장으로 우리를 안심시키려고 하는 것일까? 과연 그럴까? 투자자-국가 직접소송제가 그렇게 부당한 국가의 조치에 대해서만 발동되는 예외적인 장치일까? 그리고 이미 오래 전부터 세계경제에 뿌리 내린 표준절차이니, 이 제도에 대한 비판과 경각심은 국정브리핑에 글을 쓴 어느 관료의 말처럼 “밑도 끝도 없는” 것일까?<sup>24)</sup>

아니면 필자를 포함해 많은 이들이 지적하는 대로 이 제도는 투자대상국을 자본의 이해와 요구에 맞도록 전면적으로 재구성하는

---

24) “정부 제소권은 ‘힘의 논리’ 배제 장치”, 국정브리핑 news.go.kr, 2006년 7월 26일.

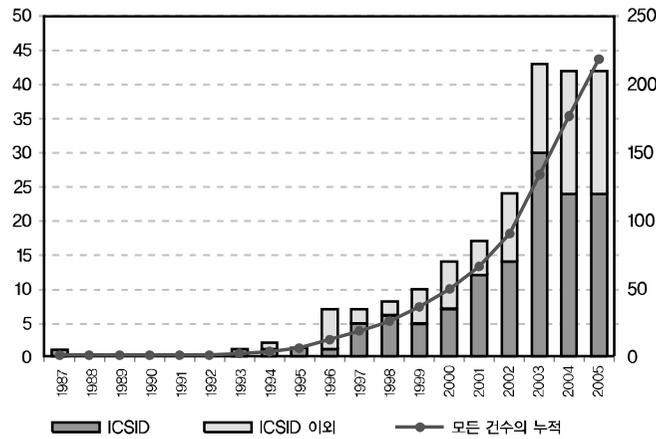
무기로서 1990년대 이후, 특히 최근의 신자유주의적 지구화와 맞물려 갑자기 힘을 얻고 있는 공격용 ‘창’인가? 또 그것은 ‘표준철차’이기는커녕 세계 곳곳에서 뜨거운 논쟁을 불러일으키면서 여기저기서 거부당하고 있고, 급기야는 그 본산이라고 할 수 있는 미국에서조차 시민사회가 폐지운동에 나선 제도인가?

### 최근의 추세

먼저 아래 그림을 보자.

#### 알려진 투자협정 중재 건수

(좌측 세로축은 매년 새로 벌어진 건수, 우측 세로축은 기존 건수와의 누적)



출처: UNCTAD (2005a: 4p), 2005년 11월 현재

이 그림을 보면 투자자와 국가 간 중재심판이 실제로 벌어진 건수가 1990년대 후반까지만 해도 미미했지만 그 뒤로 기록적으로 늘어나 이제는 알려진 것만으로도 누적 건수가 200건을 훨씬 넘

는다는 사실을 알 수 있다. 특히 최근 3년간의 증가세는 괄목할 만하다.

게다가 이 그림에 표시된 건수는 사건을 등록하게 되어 있는 ICSID(국제투자분쟁해결센터)에 접수된 사건과 그밖의 ‘알려진’ 사건만을 합산한 숫자라는 것을 염두에 두어야 한다. 알려지지 않은 채 여러 다른 제도와 규칙들에 따라 국제 중재심판이 진행되는 것들과 정식으로 소송까지 가지는 않았더라도 소송의도 통지가 이루어진 것들까지 더한다면, 다시 말해 사실상 분쟁이 시작된 것들까지 다 더한다면 투자자-국가 직접소송제와 관련된 실제의 사건 수는 이 그림에 표시된 것보다 훨씬더 많을 것이며, 그 증가세도 훨씬더 극적일 게 분명하다.

그렇다면 국제 중재소송의 배상금 규모는 어느 정도나 될까? 이 또한 비밀에 부쳐진 채 소송이 진행되는 경우가 허다한 실정이어서 정확히 알 수는 없다. 게다가 ‘알려진 경우’라 해도 최종 판정이 나올 때까지는 투자자가 투자대상국에 배상청구를 하지 않아도 되고, 투자자가 소송에서 배상요구액을 올려 잡는다 해도 그 금액이 중재심판소에서 최종적으로 결정되는 금액과는 다를 수 있다. 따라서 배상요구액이 어느 정도나 되는지, 그리고 중재심판소의 판결에 따라 실제로 오가는 배상금의 규모가 어느 정도나 되는지는 알기 어렵다. 하지만 실제 배상 판정이 내려져 일반에 알려진 경우들을 일별해 보면, 그 금액이 상당한 사건들이 다수 있음을 알 수 있다. 몇가지 경우만 살펴보자.

▲ 2001년 12월 3일, 라우더 사건에서 체코 정부가 2억7,000만 달

리(상당액의 이자 추가)를 배상해야 한다는 판결 나옴.

- ▲ 2004년 7월 1일, 옥시덴탈 사건에서 에콰도르 정부가 7,100만 달러(이자 추가)를 배상해야 한다는 판결 나옴.
- ▲ 2004년 12월 29일, CSOB 사건에서 슬로바키아 정부가 8억 2,400만 달러(법정 비용으로 1,000만 달러 추가)를 배상해야 한다는 판결 나옴.
- ▲ 2005년 5월 15일, CMS 사건에서 아르헨티나 정부가 1억3,320만 달러(이자 추가)를 배상해야 한다는 판결 나옴.
- ▲ 2005년 2월, 레바논 정부는 프랑스-레바논 투자협정을 어겼으므로 2억6,600만 달러를 배상해야 한다는 판결 나옴.
- ▲ 2005년 5월, 아르헨티나 정부는 미국-아르헨티나 투자협정을 어겼으므로 1억3,300만 달러를 배상해야 한다는 판결 나옴.
- ▲ 최근의 소송으로는 러시아 석유기업 유코스(Yukos Corporaton)의 지배지분을 가진 주주들이 러시아 정부를 상대로 진행하고 있는 3건의 중재심판이 있으며, 주주들이 요구한 배상금 총액은 330억 달러로서 국제 분쟁조정 사상 최대. (UNCIDAD, 2005a: 9p.)

한국 외교통상부 관리들의 믿음과 달리 투자자-국가 직접소송제가 실제로 위력을 발휘하게 된 것은 극히 최근의 일이며, 앞으로 그 위력의 크기와 영향력 행사범위는 급격하게 확대될 것이 분명해 보인다. 즉, 이 제도는 1960년대에 성립된 ICSID 따위에 그 근원이 있다고만 볼 것이 아니다. 이 제도는 1990년대 이후, 특히 21세기에 들어서 강화되고 있는 '자본에 의한 각국 내부 사회 재구조화 전략의 공세'의 수단이며 그 일부임이 분명히 드러나고 있

는 것이다.

또 이 제도가 과연 우리 정부의 관리들이 믿고 있는 것처럼 투자자들이 '정당한 보호'를 받는 데 이용하는 '방어적인 것'인지도 극히 의문이다. 프랑스의 투자자들은 도대체 무슨 '해코지'를 당했길래 저 가난한 레바논 정부에 3천억원에 가까운 큰돈을 지불해야 하는 부담을 덮어씌운 걸까? 러시아에 투자한 '선량한' 외국 투자자들은 도대체 무슨 '피해'를 입었길래 자신들이 '보호'받는데 33조원이나 필요하단 말인가? 위에 열거한 금액을 그 배상을 지시받은 나라 각각의 경제규모 및 정부예산의 크기와 비교하여 생각해보라. 그것은 '힘없는 투자자들을 보호'하기 위한 '배상금' 이라기보다는 차라리 '정복자가 된 투자자들'이 뜯어가는 '승전 배당금'에 더 가깝지 않은가.

### 안팎의 비판

쉽게 짐작할 수 있는 대로, 투자자-국가 직접소송제는 1990년대 이후 각종 시민운동단체들, 특히 환경, 보건, 노동 관련 단체들로부터 집중적인 비판과 공격의 대상이 되었고, 1999년 시애틀 시위를 계기로 한층더 확산된 각종 반세계화 시위에서 성토대상이 되고 있다.

또 이러한 운동세력 외에도 세계 각국에서 자국의 사법체계, 주권, 민주적 질서 등이 침해되는 것을 걱정하는 보수세력도 이 제도에 대해 우려를 표시하고 있다. 투자자-국가 직접소송제에 대한 이런 비판의 스펙트럼은 조금만 시야를 넓혀서 인터넷의 검색 포털에서 몇개만 관련 검색어만 쳐 넣으면 감당할 수 없을 만큼

쏟아져 나오니, 여기서 재삼 논의할 필요는 없을 것 같다.

여기에서는 세계적으로 명망이 있는 경제학자 두 사람의 의견을 간단히 소개하는 것으로, 그간 이 제도에 대해 세계적으로 형성되어 온 여론이 어떠한 것인지를 가늠해보고자 한다.

먼저 노벨 경제학상 수상자이며 전 세계은행 총재인 조지프 스티글리츠(Joseph Stiglitz)의 견해를 들어보자. 그는 2004년 1월 6일자 <뉴욕타임스>에 “나프타, 그 깨어진 약속(The Broken Promise of NAFTA)”이라는 글을 기고해, 그때까지 10년간에 걸친 나프타의 경험과 성패를 비판적으로 평가하는 가운데 투자자-국가 직접소송제의 성격을 다음과 같이 간명하게 요약했다.

… 나프타에 숨겨져 있던 것은 새로운 종류의 권리장전(사업가들을 위한)이었으니, 이는 북미 전체에 걸쳐 민주주의를 약화시키는 결과를 낳았다. 나프타의 규정에 의하면, 만약 외국 투자자가 각종 규제에 의해 자신이 피해를 보고 있다고 믿게 될 경우 (그러한 믿음이 얼마나 정당한가와는 무관하게) 그는 그 피해를 놓고 특별 심판소에 소송을 걸 수 있는데, 그 특별 심판소란 정상적인 법적 절차가 보장하는 투명성을 갖춘 곳이 아니다. 그래서 성공을 거두면 그는 해당 중앙정부로부터 직접 배상을 받아낸다. 이로 인해 환경, 보건, 안전을 위한 각종 규제들이 공격을 받아 존폐의 위기에 처한다. 현재까지 소송이 벌어진 건수의 배상액을 합치면 130억 달러가 넘는 상황이다.

이 중 많은 소송은 아직 판정이 나오지 않았지만, 이 제도로 인해 이런 결과가 나올 것이라는 데 대해서는 나프타 통과 이전에 한번도 공개적이고 충분한 토론이 있었던 적이 없다는 것은 분명

하다. 미국의 보수주의자들은 정부의 각종 규제로부터 피해를 입을 때마다 배상을 받아내고자 오랫동안 애를 써 왔지만, 미국의 법원과 의회는 그러한 시도를 무시하는 것이 보통이었다. 그런데 이제 이 사업가들은 이처럼 그들이 국내의 민주주의 정치과정 때문에 공개적으로 얻을 수 없었던 것을 무역협정을 통해서 간접적으로 성취하는 것이라고 할 수 있다.

다른 한편, 외국 기업들의 행동, 예를 들어 그들이 자연환경에 저지른 일 때문에 피해를 입은 이들은 국제 심판소에 제소하여 배상을 받아낼 수 있는, 마찬가지로 보호수단을 전혀 갖고 있지 못하다. 그리하여 환경, 보건, 안전에 아무리 중요한 규제활동이라도 나프타가 결국 그 숨통을 막아버릴 것이라는 걱정이 제기되는 것이다. … [미국은] 남미의 여러 나라들에서 투자자에게 ‘각종 보호’를 해주기 위해 그 나라들의 국가주권을 협상의 대상으로 삼기를 원하고 있다. (Stiglitz, 2005)

혹자는 “스티글리츠는 명성은 높지만 원래부터 지구화나 국제 자본이동에 대해 적대적 입장을 가진, 왼쪽으로 치우친 인간 아니냐”면서 그가 내린 평가의 중립성을 문제 삼을지도 모르겠다. 그런데 미국이 추진하는 종류의 투자협정 및 무역협정에 포함되는 ‘투자자 보호’ 장치의 파괴적 위력에 대해 경고하고 있는 이는 그 뿐만이 아니다. 누구나 인정하는, 자유무역과 WTO 체제 옹호자인 바그와티(Jagdish Bhagwati)도 투자자-국가 소송제의 위험성을 경고하고 있다.

스티글리츠의 견해가 환경, 보건, 민주주의 등과 같은 규범적, 윤리적 사안에 대한 이 제도의 역작용을 지적하고 있다면, 바그와

티는 국가가 스스로에게 이로운 경제정책을 추구할 능력에 이 제도가 얼마나 큰 제약이 될 수 있는지를 경고하고 있다. 미국은 2003년에 나프타보다 더 폭넓게 ‘투자’를 정의한 투자조항을 포함해 소위 ‘나프타 플러스’라는 강력한 FTA를 싱가포르 및 칠레와 체결한 바 있는데, 이것들은 외국 투자자를 보호한다는 명분을 내세워 각국 정부의 자본통제 재량권을 크게 제한하고 있다는 것이다. 바그와티와 그의 동료는 〈파이낸셜타임스〉 2003년 3월 17일자에 기고한 “자본통제 금지는 수지가 맞지 않는 장사다(A Ban on Capital Is A Bad Trade-Off)”라는 글에서 다음과 같이 경고했다.

부시 행정부가 이 싱가포르 및 칠레와의 협정을 ‘주형(鑄型)’으로 삼아 이후의 다른 무역협정(아마 ‘도하라운드’도 여기에 들어갈 것이다)을 이것과 똑같이 찍어낸다면 무슨 일이 벌어질 것인가. 그 협정에 포함되는 자본통제 조항들을 받아들일 경우 실로 광범위한 피해를 초래할 무역정책을 낳게 될 수 있다. 이런 식으로 다른 나라들에게 자본통제를 금지시킬 경우엔 결국 미국 외교정책의 붕괴가 초래될 소지가 다분하다. 어떤 나라 정부가 금융위기에 봉착하여 단기적 자본통제를 강행했다고 해보라. 이 조치로 인한 배상의 요구가 줄줄이 나오겠지만 그 배상은 오로지 미국 투자자들만을 위한 것이다. 그러면 개발도상국의 시민들은 금융위기로 모든 사람들이 고통을 받고 있는 가운데 부유한 미국의 기업과 개인들만은 오히려 배상을 챙기고 있음을 알게 될 것이다. 이 끌어오르는 미국에 대한 분노에 대처할 방법을 찾기로 정말로 어려울 것이다. (Bhagwati and Tarullo, 2003)

아마도 이 글은 2001년 외환위기로 인해 외환통제를 시도하다가 투자자들이 제기한, 40건이 넘는 것으로 추정되는 소송에 휘말린 아르헨티나의 경우를 배경에 깔고 한 이야기로 보인다. 바그와티의 이 경고는 싱가포르와 칠레의 뒤를 이어 부시 정부와 FTA를 체결하게 될 나라(현재로서는 ‘대한민국’이 바로 그 나라일 가능성이 가장 높다)가 잘 새겨둘 필요가 있다.

### 다자간 투자협정(MAI)은 어떻게 좌초했는가

1990년대에 일어난 지구정치경제의 제도 변화에서 가장 중요한 분수령 중 하나는 경제협력개발기구(OECD) 내에서 1997~98년에 진행되던 다자간 투자협정(MAI: Multilateral Agreement on Investment) 논의가 결실을 내지 못하고 좌초한 사건이다.

1998년에 벌어진 MAI의 좌절은 이후 1999년 말의 시애틀 반세계화 시위를 거쳐 칸쿤 회의와 도하라운드에서 보다 가시화된 ‘지구화 로드맵의 탈선’으로 이어지는 긴 여로의 시작점에 해당한다. (이로써 탈선의 길로 접어든 ‘지구화 로드맵’은 세계적 차원에서 다자주의적 무역질서의 꿈과 더불어 세계무역기구(WTO)의 협정문에 담겨 있기도 하다.)

대한민국 정부의 관리들은 투자자-국가 직접소송제가 세계의 모든 투자협정이나 무역협정에 당연히 들어가는 ‘표준적인 절차’라고 주장하고 있지만, 그 표준적인 절차가 포함된 MAI를 어찌서 개발도상국도 아닌 세계에서 가장 경제적으로 발전된 OECD 국가들이 거부하게 되었는지는 이야기하지 않고 있다.

원래 MAI의 초안에 포함된 외국 투자자 보호 조항들은 나프타

의 그것에 맞먹는 광범위하고도 포괄적인 것이었다. '투자'의 범위도 좁은 의미에서의 기업증권 구매 따위를 훨씬 넘어서는 폭넓은 것이었고, 투자에 대한 부당한 '수용'에 대해서는 시장가치를 기준으로 한 배상 의무가 부과되어야 한다는 점도 명시되어 있었다. 게다가 투자자가 정부를 상대로 중재심판을 걸 수 있는 장치도 아주 튼튼하게 마련돼 있었다. 이 초안에는 국가간에 분쟁이 일어나는 경우와 투자자와 국가 사이에 분쟁이 일어나는 경우를 구분하고 각각의 경우에 대해 서로 다른 해결절차를 도입하자는 제안이 들어있었다. 그리고 투자자는 나프타에서와 마찬가지로 MAI에서도 국가에 준하는 지위를 누리는 것으로 되어있었다.<sup>25)</sup>

그런데 투자자에 대한 그렇게 포괄적이고도 철저한 법적 보호 장치가 실제로 작동하기 위해서는 기존의 국내 정치사회 체제를 일정하게 개혁할 필요가 있다는 쪽으로 논의가 흘러가기 시작했다. 1997년 4월 서울에서 열린 회의에서 독일 대표 미카엘 그라우(Michael Grau)는 이를 위해서는 각국의 노동제도와 노동 관련 정부부서를 개혁할 필요가 있다는 주장을 꺼냈고, 이는 곧 여타의 사회제도와 환경 부문의 쟁점들에 대한 논의로 번져갔다.

그러는 과정에서 그런 여러 분야에서 투자자들이 안심하고 활동할 수 있는, 시장질서에 부합하는 기율(discipline)이 관철되도록 해야 한다는 관점이 두드러지게 부각되기 시작했다. 이러한 관점은 간접적인 방식으로 협정 초안에 반영됐다. 투자자 보호에 관한 규정이 대단히 구체적이고 포괄적인 모습을 띤 반면 노동,

25) 원래 투자자 보호에 관한 MAI 협상문은 나프타 조항과 거의 동일하였다(OECD, 2004).

사회, 환경에 대해서는 오직 선언적이고 추상적인 명제들만 초안에 반영됐고, 구체적으로 그 명제들이 어떻게 실현돼야 하는지에 대해서는 별다른 내용이 없었던 것이다.

그러자 협정 초안의 내용을 알게 된 각국의 노동, 사회, 환경 분야 단체들의 저항이 일어났다. 이미 인터넷이 광범위하게 쓰이고 있던 1997년 당시에 원래는 대외비였던 이 협정 초안이 누설되어 인터넷을 통해 세계 곳곳에 알려지게 됐다. 이리하여 협정 초안이 회람되게 된 것은 '지구의 친구들(Friends of the Earth)'과 '공공시민(Public Citizen)'을 비롯한 각국의 시민운동 단체들로 하여금 일제히 일어서게 하는 계기가 됐다.

협정 초안을 들여다본 시민운동 단체들은 국가 외에는 오직 유일하게 법적 존재가 인정되는 실체가 투자자뿐이라는 초안 내용을 알게 되자 경악했다. 이들은 MAI가 '자본의 지구화'를 일방적으로 밀어붙이게 될 상황을 막기 위해서는 적어도 비공식적인 위치에서나마 노동, 사회, 환경 분야 시민단체들의 목소리가 그 존재를 인정받아야 한다는 압력을 OECD 국가들에게 가하기 시작했다. 게다가 1997년 말에 에틸(Ethyl)이 캐나다 정부의 환경보호 조치를 중재심판에 제소한 사건이 불거진 것은 이들의 공포심을 더욱 증폭시켰다고 한다(Choudry, 2003).

한편 이러한 사태 진전에 대응해, MAI의 추진력인 각국의 주요 자본단체들 — 미국의 국제사업위원회(US Council of International Business), 일본의 경단련(經團聯) 등 — 도 각을 세우기 시작한다. 이들은 심지어 구속력이 없는 종류의 표현이라도 협정에 노동, 환경, 사회 등에 관한 진술이 포함되는 것에 반대하는 목소리를

내기 시작하면서 시민운동 세력과 정면으로 맞서기에 이르렀다. 이러한 갈등이 계속되면서 지구적 자본진영 내의 담론에서는 MAI 자체에 대한 회의론이 커져간다. 즉 MAI가 원래 꿈꾸었던 '진정으로 자유로운 자본투자의 지구화'라는 그림이 실현되지 못하고 대신 아래로부터의 반대에 발목이 잡혀 노동, 사회, 환경과 관련된 온갖 제약과 조건을 덕지덕지 붙인 상태로 성립되는 투자협정이 고작이라면, 그런 협정은 아예 없는 편이 더 낫지 않은가라는 회의론이 확산된 것이다. 결국 1998년에 MAI는 추진력을 잃어버리게 되어 협정안에 대한 국제사회의 동의를 얻는 데 실패하고 만다(Egan, 2003).

이 MAI의 시도 및 그 좌절의 과정이 1990년대 지구정치경제의 한 분수령이라고 평가하는 데는 이유가 있다. 공산주의의 몰락과 세계시장의 급속한 팽창으로 특징지어지는 1990년대 초반은 자본과 시장의 지구화가 대세로 승승장구한 시기였다고 할 수 있다. 바로 이때 나프타가 실현되고 WTO 체제가 출현했으며, 전세계에 걸쳐 민영화와 자본의 국제적인 진출이 확대됐다.

하지만 이러한 추세에 대한 저항과 반대가 없었거나 위축되기만 했던 것은 아니었다. 또한 그런 저항과 반대가 조직노동자들과 같은 '전통적인 좌파 진영' 속에만 있는 것도 아니었다. 여성, 환경, 노동, 사회, 인권 등과 관련된 수많은 사회적 쟁점들에 대한 논의의 과정에서 자본의 지구화와 그것을 보장하는 투자자 보호협정이라는 것에 대한 저항이 조직화되고 있었다. 그리고 그 결과로서, MAI라는 자본의 지구화, 즉 자본 쪽의 '환상적 프로젝트'에 대한 정면충돌이 가능했던 것이다.

1998년이 지나고 나자 지구적 자본도, 지구적 저항세력도 각각 새로운 방향으로 길을 모색하게 된다. MAI 반대 운동을 계기로 서로 연대와 소통의 경험을 쌓은 저항세력은 이후 1999년 시애틀에서의 대규모 반지구화 시위를 통해 본격적으로 새로운 모습을 드러내기 시작했다. 그런가 하면 지구적 자본은 서서히 수많은 개발도상국들은 물론이고 각종 사회운동 단체까지 포괄하다보니 지지부진함을 면치 못하던 각종의 다자주의적 틀보다는 지역간 혹은 양자간 투자협정이나 무역협정을 선호하는 방향으로 돌아서게 된다. 그리고 이런 경향은 2001년 9·11 테러 사건 이후에 전면화된다.

## 2. 호주는 어떻게 직접소송제를 물리쳤나

2004년에 미국과 자유무역협정(AUSFTA)을 체결한 오스트레일리아의 국민들과 정부가 그 협상 및 체결 과정에서 가장 큰 쟁점으로 떠올랐던 투자자-국가 직접소송제의 성격과 위협성을 어떻게 평가했는지, 그리고 어떠한 선택을 했는지를 살펴보고자 하자.

이렇게 하는 것은 ‘나프타 플러스’형 FTA를 한미 양국 정부가 추진하고 있다는 소문이 떠도는 지금 시점에서 우리에게 많은 시사점을 던져줄 것이다. 왜냐하면 나프타에 규정된 투자자-국가 직접소송제가 멕시코와 캐나다에 많은 문제를 불러일으켰음을 우리는 알고 있기 때문이다. 또한 이 제도에 대해 오스트레일리아 관리들이 어떻게 생각하고 대응했는가를 되짚어보는 것은 우리나라 정부 관리들이 지금 이 제도에 대해 보여주고 있는 인식과 태도를 평가하는 데 도움이 될 것이다.

### MAI가 일깨운 경각심

오스트레일리아 자체도 오랜 보호무역의 전통을 가진 나라다.

하지만 이 나라에서 투자자-국가 직접소송제에 대한 경각심과 반대운동이 ‘폴뿌리’로부터 시작돼 번져나간 움직임의 직접적인 근원은 1990년대 후반에 벌어진, MAI에 대한 국제적인 반대운동이었다고 한다.

당시 MAI에 맞선 반대운동 진영에는 단순히 전통적인 좌파 운동단체들만 있었던 게 아니었다. 이 반대운동 진영은 각종 교회 조직, 노조, 지역개발 단체, 원주민 조직, 환경단체, 인권운동 조직, 법률자문 단체, 심지어 기업계 단체들까지 포괄하고 있었다. 이렇게 폭넓게 조직된 MAI 반대진영은 미국이 나프타 11장에 규정된 방식의 투자자 보호장치를 오스트레일리아와 체결할 FTA에도 집어넣을 것이라는 이야기가 흘러나오자 오스트레일리아 내에서뿐만 아니라 전세계적으로 이 제도에 대한 강렬한 반대의사를 표명하기 시작했다.

특히 오스트레일리아 국내에서는 각급 지방정부에서도 투자자-국가 직접소송제에 대한 반대의 목소리를 내기 시작했다. 빅토리아 주의 주지사는 이 제도가 북미지역에서 “주정부 및 지방정부의 주권과 통제력을 침식”하고 “지역 내 기업체보다 외국 투자자들에게 더 유리한 대우”를 해주는 데 이용됐다고 말한 것으로 전해졌다(이러한 발언은 오스트레일리아 의회에서 인용되기도 했다). 이 제도에 대한 시민사회의 여론이 좋지 않은데다 관리들까지 이런 인식을 하고 있었기에 오스트레일리아 정부는 이 제도를 미국과의 FTA에 포함시키는 데 대해 미국 관리들보다 훨씬 소극적일 수밖에 없었다고 한다.

그런데 마침 당시에 통과된 싱가포르-오스트레일리아 자유무

역협정(SAFTA)에 투자자-국가 분쟁해결 메커니즘이 들어갔다(제 8장)는 사실이 알려지면서, 혹시 중앙정부가 미국과의 자유무역협정에도 이 제도를 집어넣으려고 하는 것 아니냐는 경각의 여론이 끊어올랐다.<sup>26)</sup>

물론 오스트레일리아가 그 전에 다른 나라들과 맺은 여러 협정들 중에도 투자자 보호조항이 들어간 경우가 많았다. 하지만 그것들은 모두 개발도상국들과 맺은 협정이었다. 그런데 이제는 선진국의 반열에 속하는 싱가포르와의 협정에도 이 조항이 포함됐다는 소식은 첨예한 논란을 불러일으켰다.

이에 따라 의회에서는 정부의 협상단에 대한 추궁이 이어졌다. 정부의 수석 협상대표인 스티븐 데디(Stephen Dedy)가 “오스트레일리아의 국가이익이 반영되도록 문구를 잘 짜 넣을 수 있다”고 말하며 빠져나가려 했을 때 노동당 소속 스티븐 콘로이(Stephen Conroy) 의원은 이렇게 몰아붙였다. “그런 식으로 법적 정의를 엄격히 해보야 그걸 뒤바꾸는 것을 업으로 삼는 변호사들 앞에서는 무용지물이다. 변호사들은 돈만 주면 흑을 백이라고 우기면서 소송을 만들어내는 이들이며, 종종 흑이 백이라는 주장을 관철시키고 만다.” 요컨대 그런 변호사들에게 이용될 빌미가 될 투자자-국가 직접소송제 자체를 협정에서 근원적으로 빼라는 것이었다.

### 상원 자문위 “미국 기업이 부당한 권력을 갖게 된다”

26) 물론 이 SAFTA의 8장은 나프타 11장과는 성격이 판이하다. 먼저 직접수용과 간접수용을 명확하게 구별하고 있고, 내국인 대우 의무에 대해서도 수많은 제한 규정이 있으며, 이 조항 전체가 “나프타 11장의 복사가 아니다”라는 문구도 명시되어 있다고 한다.

마침내 2003년 11월 오스트레일리아 상원의 외교안보통상 자문위원회는 미국과의 무역협정에 관한 포괄적인 보고서를 제출했고, 이 보고서에서 투자자 보호조항을 협정에서 뺄 것을 강력하게 권유한다. 이 자문위원회 보고서는 국내외 전문가들의 의견을 두루 듣고 오랜 기간의 숙의 끝에 작성된 것이다. 따라서 우리로서는 이 보고서를 통해 투자자-국가 직접소송제에 대한 오스트레일리아 상원 자문위의 평가의견을 찬찬히 들여다볼 필요가 있다. 특히 그것이 우리 정부 관리들의 인식과 얼마나 큰 차이가 있는가를 확인해보는 것도 흥미로울 것이다(Parliament of Australia, 2003: 131-5pp.).

먼저 이 보고서는 나프타 11장이 투자기업들이 투자대상국 정부를 자기 뜻대로 좌지우지한다는 비판을 광범위하게 불러일으켰다고 지적한다(6.126). 그런가 하면 분쟁에 대한 심판이 벌어지는 ICSID나 UNCITRAL은 기본적으로 상업적 분쟁조정을 모델로 한 것이어서 “절차나 공청의 투명성이라는 기본원칙을 갖추지 못한 특별한 심판소이자, 분쟁이 벌어져도 공공에 알릴 의무도, 국내 행정법에서와 같은 공공이익에 대한 요건 같은 것도 없다”는 문제점도 지적한다(6.127).

또 이 보고서는 비록 오스트레일리아가 과거에도 여러 다른 국가들과 투자자 보호조항이 포함된 협정을 맺은 적이 있지만, 싱가포르의 경우만 빼면 그것들은 법치 질서가 확립되지 못한 개발도상국들과의 관계에 국한된 협정들이었다고 지적한다(6.129). 게다가 미국 기업이 투자자 보호조항을 이용해 다른 나라 정부를 압박하는 사안들을 보면, UPS 대 캐나다 사건에서와 같은 공공서비스

스, 메탈클래드 사건이나 에틸 사건에서와 같은 환경과 보건 등 다양한 쟁점들에 걸쳐 있다고 지적한다(6.131). 그리고 나서 자문 위원회는 다음과 같은 입장을 표명한다.

본 위원회는 나프타를 모방한 자유무역협정은 지방정부, 주정부, 중앙정부 등 모든 차원에서 정부의 규제에 도전할 수 있을 만한 부당한 권력을 미국 기업들에게 넘겨주게 될 것으로 우려하고 있다. (6.130)

이렇게 오스트레일리아 국내의 여론이 풀뿌리에서 지방정부를 거쳐 상원에 이르기까지 하나로 뭉쳐 투자자 보호조항을 반대하는 방향으로 가니 정부 협상단도 달리 행동할 도리가 없었다. 2004년 1월 워싱턴에서 벌어진 최종 협상에서 미국이 강력하게 투자자-국가 소송제를 밀어붙였을 때 오스트레일리아 정부 대표단은 “그러한 안은 결코 받아들여질 수 없다(unacceptable)”는 이유를 대면서 강경하게 맞섰다고 한다. 결국 미국측이 후퇴했고, 그 결과 미국이 강력하게 주장했던 나프타 식의 투자자-국가 직접소송제는 무역협정에서 빠지게 됐다.

최종적으로 체결된 AUSFTA(오스트레일리아-미국 FTA)는 11장에서 분명히 외국 투자자가 투자대상국 정부를 상대로 중재심판을 요구할 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 하지만 이것은 투자자-국가 직접소송제와 다르다.

AUSFTA의 규정에 따르면 투자자가 자신의 이익을 보호하기 위해서는 먼저 투자대상국 내의 모든 가능한 수단과 조치를 다 밟

아야 한다. 그리고도 만족할 수 없을 경우에도 투자대상국 정부를 직접 심판소로 끌어내는 것이 아니라 자국 정부에 돌아가 호소해야 한다. 그래서 중재심판이 벌어지더라도 양 당사자는 오로지 두 나라의 정부로 국한된다. 이는 사실상, 이 책의 제2장에서 우리가 살펴본 바 있는 전통적인 ‘국제공법/국제사법’ 체제로의 회귀이며, 1990년대 이후에 기묘한 형태로 되살아난 ‘상인법 전통의 국제 중재절차’와는 전혀 다른 틀이다.

비록 협정이 투자자-국가 직접소송제를 검토하게 될 가능성을 열어두고 있으나, 이것이 실제로 이루어질 가능성은 극히 희박하다. AUSFTA에 따르면 중재심판은 “분쟁의 해결에 영향을 줄 만한 중대한 상황변화”가 일어난 경우에 한해 열린다고 되어있는데, 여기서 ‘상황’이란 두 나라가 역사적으로 오래 전부터 공유해 온 법전통을 일컫는 것이다. 따라서 그 ‘상황변화’란 법전통이 근본적으로 뒤바뀌는, 사실상 혁명과 같은 극단적인 변화를 의미하는 것이기 때문이다(이상은 Cappling and Nossal, 2006: 157-61pp.).

한국의 정부 관료들이 홍보하는 것과는 달리, 오스트레일리아가 투자자-국가 직접소송제를 거부한 유일한 예는 아니다. 미국이 싱가포르 및 칠레와 맺은 무역협정과 같은 소위 ‘나프타 플러스’의 형태로 추진되던 전미자유무역협정(FTAA)도 남미를 휩쓸게 된 강력한 반미, 반신자유주의의 열풍에 밀려 현재 중단된 상태이며, 그 미래가 어떻게 될지는 극히 불투명하다. FTAA와 관련된 남미 사람들의 분노가 향하는 가장 중요한 타겟이 바로 투자자-국가 직접소송제를 비롯한 투자자 보호조항임은 물론이다(Episcopal Commission, 2002). 그런가 하면 미국도 2004년에 새로 만든 양자

간 투자협정(BIT) 모델에서는 애매하게 함부로 이용될 위험이 있는 '간접수용'의 의미를 구체적으로 한정하는 부속서를 첨가하게 된다.

### 미국은 왜 뒤로 물러났는가

여기서 한가지 궁금증이 생긴다. 오스트레일리아의 조야(朝野)가 뚝뚝 뭉쳐 투자자-국가 직접소송제를 반대했고, 마침내 미국과의 협상에서 이 제도를 것을 철회시키는 데 성공했다는 이야기는 이해가 간다. 그런데 애초에는 이 제도를 AUSFTA에 반드시 포함시켜야 한다던 미국 쪽은 왜 뒤로 한 걸음 물러난 것일까?

우리나라 정부의 관리들은 미국 정부도 다른 나라 투자자에 의해 소송에 걸릴 수 있다는 점을 누누이 강조하면서 이 제도의 정당성을 설파한다. 그렇지만 이 제도가 미국 정부만 빠져나갈 수 있는 제도라는 이유로 이 제도를 비판하는 사람은 아무도 없다. 실제로 미국도 나프타 11장이 보장하는 다국적기업들의 넓어진 오지랴에서 자유로운 것이 아니었다.

캐나다의 장례(葬禮)업체인 로벤(Loewen), 화공업체인 메타넥스(Methanex), 부동산업체인 몬데브(Mondev International)가 차례로 미국 국내 사법부의 판결에 불복하고 나프타 11장을 이용해 국제 중재절차소로 달려가 미국 사법부의 판결을 분쟁대상으로 삼아버렸다. 미국인들은 즐지에 자기 나라 법정이 외국 어딘가에서 비밀리에 만나는 세 사람이 마음대로 판단하는 대상으로 전략한 꼴을 보게 된 것이다. 특히 이 일을 당하면서 미국의 법조인들이 겪은 당혹감은 상당한 것이어서, 결국 이들을 중심으로 국가의 주

권을 침해하는 나프타 11장을 어떻게든 바꾸어야 한다는 여론이 높아진다.

미국 공영방송(PBS)의 라디오 쇼 '전국(The Nation)'에서 어떤 논자는 이러한 미국 여론의 배후에 깔린 감정을 다음과 같이 요약했다.

“만약 미국인들이 메타넥스 때문이건 로벤 때문이건 누구 때문이건 미국에 해가 가해지는 판결이 한 건이라도 나오는 것을 보게 된다면 대단한 충격을 받을 겁니다. 우선 이렇게 말하겠죠. ‘응? 뭐야 이거? 뭐 이런 게 다 있어?’ 어떻게 된 건지 차근차근 설명을 해주면 이렇게 말할 겁니다. ‘우리가 언제 이런 걸 하자고 했어? 누가 이런 걸 국제 무역협정이라고 하는 거야? 그 다음에는 아주 빠르게 분노의 단계로 넘어갈 거라고 생각합니다.’”

2002년이 되면서 미국 전역의 각급 자치단체와 임의단체들이 나프타 11장의 위협성에 대해 우려를 표현하는 흐름이 거세게 나타났고, 여기에는 캘리포니아, 미네소타, 오클라호마, 오리건 등의 주의회들도 참여한다.

### 대선주자 존 케리의 견제

그리하여 2002년 미국 대통령에게 무역촉진권한(TPA: trade promotion authority, 소위 'fast track')을 부여하는 문제를 놓고 의회에서 심의가 벌어졌을 때 민주당 상원의원 존 케리(John Kerry, 2004년 대통령 후보)는 앞으로 있을 미국의 자유무역협정에는 나프

타 11장과 같은 조항을 넣지 못하게 하는 수정조항을 무역촉진권 한법에 삽입하자고 주장한다. 또 이 수정조항에는 ‘수용’의 개념과 관련해 그동안 넓게 해석된 ‘간접수용’의 의미를 배제하고 물리적인 사적 소유 침해로 국한시킴으로써 미국 국내 헌법 전통에 맞도록 좁은 의미로 규정하도록 하자는 내용도 담겨야 한다는 것이었다(Amendment 3430). 비록 다수표를 얻는 데는 실패했지만, 존 케리 의원의 이 발의는 당시 상당한 호응을 얻었다고 한다.

이런 과정을 거쳐 오스트레일리아와 협상을 한 2003년경이 되면 심지어 미국 무역대표부(USTR)에서도 나프타 11장이 현실적으로 운영되는 방향은 나프타 체결 이전에는 전혀 예상하지 못한 방향이라는 점을 인식하는 흐름이 나타나기 시작했다(이상의 내용은 Cappling and Nossal, 2006: 161-4pp.). 급기야 미국은 2005년 7월에 비준한 중미자유무역협정(CAFTA)에서는 나프타 11장에 들어 있는 ‘수용에 맞먹는 조치’라는 조항을 아예 삭제하고 보건, 안전, 환경 등의 규제조치는 ‘간접수용’에 해당하지 않으며 따라서 배상도 할 필요가 없는 대상이라는 명시적인 해석규정을 두기에 이른 다(송기호, “미 대법관들이 투자자-국가 소송제에 맞선 이유”, 〈프레시안〉 2006년 7월 26일).

지난 십몇년 동안 지구경제는 투자자-국가 직접소송제라는 국제법 사상 초유의 실험을 할 기회를 가졌다. 그리고 이 제도의 힘(투자자들에게는 위력, 그 일방적인 소송대상으로 전락한 정부와 민중들의 입장에서서는 파괴력)은 유감없이 입증됐고, 양에서나 질에서나 폭발적으로 증대되고 있다. 그래서 이 제도를 둘러싼 논쟁과 논란이 끊이지 않고 있으며, 이 제도를 선호하거나 이용하려는 경향만큼

이나 이 제도에 대해 강력히 반대하는 경향이 존재하면서 이 제도에 올라미를 씌우려 하고 있는 것이다.

## 제7장

다시 2006년 대한민국

# investor-state claim

## 1. 한국 정부가 투자자-국가 직접소송제를 이해하는 방식

우리는 투자자-국가 직접소송제를 포함한 한미 FTA가 체결된 뒤인 2020년에 한국에서 무슨 일이 벌어질 것인가에 대한 공상소설로 이 책을 시작했다. 그리고 아득한 중세로 돌아가 상인법과 근대 국제법이 어떻게 나타났고 20세기 들어 어떤 변용을 거쳐서 투자자-국가 직접소송제라는 제도를 낳았는지를 살펴보았다.

### **‘구조조정’에 이은 ‘국가사회 속살 공격’**

그러면서 ‘투자자의 보호’라는 말의 의미와 ‘보호’라는 것이 어떻게 이루어지는지 그 구체적인 과정을 들여다보았다. 아울러 이 제도가 현재 얼마나 무서운 기세로 지구를 덮치고 있는가, 그리고 이에 대한 반대운동이 어떤 모습으로 나타나고 있는가도 보았다.

이를 통해 우리는 이 제도가 어떤 특정한 사안, 특정한 부문에 제한적으로 적용되는 것이 아니라 전 사회, 전 부문에 걸쳐 그 파괴력을 미치고, 그 뒷감당은 모두 국가와 국민들에게 돌아오며,

이 제도를 통해 요구되는 배상금액이 적은 규모가 아님을 알게 됐다.

또 이 제도는 흔히 상식적으로 생각하듯이 국내법이나 국제법의 원칙에 따라 작동하는 제도가 아니라 상인법이라는 오래된 전통과 1990년대 이후 자본의 지구화라는 시대적 국면이 만나며 생겨난 희한한 제도이며, 그 핵심은 투자자가 주권국가와 동일한 법적 지위를 얻어 주권국가의 모든 권력행사에 도전할 수 있게 하는 제도임을 보았다.

즉 자본의 지구화 전략이 1980년대에는 국제통화기금(IMF)이나 세계은행을 앞세운 ‘거시경제’ 차원의 ‘구조조정’이었다면, 1990년대 후반 이후에는 그 과정을 통해 껍질이 벗겨져 나간 세계 각국 내부의 속살을 공격적으로 재구조화하는 것이고, 투자자-국가 직접소송제는 바로 그러한 1990년대 후반 이후 자본의 지구화 전략에 속하는 것이라고 우리는 그 성격을 진단했다.

따라서 이 제도는 투자자를 보호하는 ‘방패’가 아니라 투자자가 투자대상국의 정치, 사회, 문화 전반을 헤집어 놓을 수 있는 ‘창’이며, 이 창이 양날은 ‘투자자 보호’와 ‘중재심판 과정’에 있음을 우리는 알게 됐다.

투자자 보호란 흔히 생각하듯 투자대상국 정부가 외국 투자자의 소유를 물리적으로 강탈하거나 그 사용권을 빼앗아가는 것을 막는다는 뜻이 아니다. 여기서 ‘투자자’란 투자대상국에서 돈이 될 만한 것이면 무엇이건 사들이는 사람을 지칭하며, ‘보호’란 투자자가 그런 행위를 통해 벌어들일 예상수익에 타격을 입는 일이 없도록 투자자가 가진 사회적 권익과 기득권을 국가가 보장하는

것이다.

우리는 앞에서 투자자-국가 직접소송제라는 ‘창’의 두번째 날, 즉 ‘보호’를 놓고 벌어지는 시비에 대해 판정을 내리는 ‘국제 중재 절차’라는 장치가 어떤 것이고 어떻게 진행되며 어떤 문제점이 있는가를 살펴보면, 상인들간의 상업적 분쟁을 다루는 데에나 적합한 이 제도로 하여금 국가의 정책이 대상으로 삼는 ‘공공이익’의 문제를 다루게 하는 것이 얼마나 파괴적인 결과를 낳게 되어있는지를 알게 됐다.

이어 그런 양날을 가진 창이 휘둘러지는 양상을 들여다보니 이 제도가 얼마나 다양하고 폭넓은 영역과 관계가 있는지, 그 창이 얼마나 공격적으로 휘둘러지는지, 국가와 국민들은 그것에 대항하는 전략의 선택에서 얼마나 제한되어 있으며 얼마나 무기력하게 끌려가야 하는지를 우리는 몇가지 사례들을 통해 확인했다. 그 몇가지 사례들은 결코 특수한 경우가 아니었다.

그리고 마지막으로 우리는 지구적 차원에서 그러한 ‘창’에 대해 수많은 폴뿌리 보통사람들, 운동단체, 지방자치단체는 물론이고 심지어는 오스트레일리아와 미국의 지배 엘리트들까지도 어느 정도는 저항하지 않을 수 없게 된 상황을 보았다.

이제 다시 2006년 대한민국으로 돌아오자. 먼저 우리 정부는 과연 이 제도에 대해 어떤 인식과 이해를 가지고 있는가를 알아보자.

### 대한민국 정부의 안이한 인식과 이해

한국 정부가 이 제도를 어떻게 이해하고 있는가를 우리가 알게 된 계기는 불행하게도 ‘폭로기사’였다. 정부는 지난 2월 초 한미

FTA 협상 개시 선언을 한 이후로 한사코 우리 측 협상안의 공개를 거부했다. 그러자 <프레시안>이 그 내용을 입수해 지난 5월 19일 전격 공개했고(“미국 기업에 한국 정부 제소권 보장”), 이를 통해 우리측 협상안의 8장 투자 항목에 “국제중재를 이용한 적법 분쟁해결절차 보장”, 즉 투자자-국가 직접소송제가 들어 있음이 확인됐다.

이에 대해 외교통상부는 곧바로 유감을 표명하는 성명을 발표했다. 이 성명은 투자자-국가 직접소송제가 협상안에 포함되어 있다는 점을 부인하지 않고, 대신 이 제도는 마땅히 협상안에 들어가야 하는 ‘표준적인 사항’임을 길게 설명했다.

이런 사실이 알려진 뒤 이 제도에 대해 수많은 이들이 심각한 우려를 표명하면서 이 제도는 반드시 협상안에서 제거해야 한다는 목소리를 높이기 시작했다.<sup>27)</sup> 특히 청와대 경제보좌관을 지낸 정태인 씨가 <경향신문> 6월 28일자에 기고한 칼럼에서 이 제도는 “다국적기업의 이윤추구 행위를 방해하는 모든 법, 제도, 관행이 제소의 대상”이 되도록 할 것이며, UPS 사건에서 보듯이 철도, 우편, 수도 등 모든 분야에서 민영화나 가격인상 등의 큰 변화를 일으킬 위협을 안고 있다고 강하게 비판한다.

이에 대해 외교통상부가 “밑도 끝도 없는 주장”이라고 반발하고 나서고 재정경제부에서도 몇개의 보도자료를 내는 등 논쟁이 벌

---

27) 한신대학교의 이해영 교수는 예전의 한미 양자간 투자협정(BIT) 논의 단계에서부터 이 문제에 천착해 온 연구자로서, 그의 글을 참조. 최근의 문헌으로 이해영(2006), 법조인 가운데에서 이 문제를 계속 지적해 온 이들 가운데에는 <프레시안>에 몇번에 걸쳐 실린 송기호 변호사의 글들을 참조할 수 있다. 또 송기호(2006) 참조.

어지면서, 이 제도에 대한 정부 관리들의 인식과 입장의 윤곽이 어느 정도 드러나기 시작했다. 그 몇개의 보도자료와 관리들이 신문에 기고한 칼럼, 그리고 <국정브리핑>에 게시된 정부 각 부서의 성명이나 홍보물 등을 토대로 정부의 입장을 다음과 같이 몇가지로 요약해본다.

### 가. 투자자-국가 직접소송제의 성격

“이 제도는 권력을 앞세운 국가의 횡포로부터 외국 투자자를 보호하는 제도다. 이것은 강대국의 자본가가 자국 정부의 ‘군함외교(gunboat diplomacy)’를 앞세워 자신이 투자한 나라의 정부에 힘을 행사하는 ‘힘의 논리’를 막기 위해 시작된 것이며, ‘자원 민족주의’를 앞세워 걸핏하면 국유화를 일삼는 경우에 외국 투자자를 안심시키기 위한 수단으로 보편화됐다. 그래서 그 성격은 본질적으로 투자자를 보호하기 위한 ‘방어적인 것’이며, 이미 대부분의 투자협정에 포함된, 세계적으로 표준화된 제도다.”

### 나. 투자자-국가 직접소송제의 적용 범위

“위와 같은 성격으로 볼 때 이 제도가 환경, 보건, 공공정책 등을 시작으로 ‘다국적기업의 이윤추구 행위를 방해하는 모든 법, 제도, 관행’을 제소의 대상으로 삼을 것이라는 이야기는 실로 근거 없는 주장이다. 이 제도는 내국인 대우, 이행의무 부과 금지 등과 같은 협정의 중요한 의무 위반에 한해서만 투자자의 투자대상국 제소가 가능하게 되어있다. 우리나라는 이미 외환위기 이후 투자에 관한 제도를 상당히 국제표준에 맞추어놓았다. 따라서 이

제도로 인해 소송 건수가 크게 늘어날 것이라고 보는 것은 기우다. 아니, 그런 걱정을 할 게 아니라 오히려 제소당할 일이 없도록 외국 투자자에 대한 보호를 확실하게 하는 것이 세계화 시대에 정부가 나아가야 할 길이다.”

#### 다. 투자자-국가 직접소송제에 대한 기존의 비판

“투자자-국가 직접소송제가 환경, 보건, 안전, 노동과 같은 사회적 부문에서 국가의 각종 규제와 행정을 파탄낼 것이라는 비판이 있는데 이는 근거가 없는 주장이다. 예를 들어 북미자유무역협정(NAFTA)의 경우 환경문제의 중요성을 강조하는 조항이 있어 이 제도가 그렇게 남용되는 것을 막는 장치로 기능하고 있다. 그런 비판은 모두 나프타 지역에서 벌어진 메탈클래드 사건과 에틸 사건을 피상적으로만 검토했기 때문에 나온 것이다. 예를 들어 에틸 사건은 환경정책을 가장해 캐나다 기업에 이득을 주려 했던 캐나다 정부 행정의 보호주의적 성격에 그 본질이 있다. 게다가 미국은 2004년에 이 제도에 대한 비판을 감안해 환경, 보건, 안전 등을 위한 정부조치는 소송대상에서 제외하는 방향으로 표준적 조항을 수정한 바 있다.”

#### 라. 정부가 나아가야 할 방향

“따라서 이미 세계표준이 된 투자자-국가 직접소송제를 협정에서 제거하는 것은 어불성설이다. 우리가 우려하는 것들에 대해서는 미국과의 협상에서 강하게 관철시켜 명시적으로 협정 문안에 성문화시키면 된다. 우리가 미국과 의견을 달리 하는 쟁점들(예를

들어 국제 중재절차가 벌어질 때 미국이 주장하는 대로 그 절차를 공개할 것인가 등)은 분명히 있다. 특히 중요한 것으로는 수용과 관련된 재판의 관할권을 국내로 할 것인지 국제 중재절차소로 할 것인지가 있다. 또 투자계약이나 투자인가와 같은 사안들까지 국제 중재 심판의 대상으로 삼는 것에 대한 정부의 입장은 부정적이다. 그렇다 하더라도 이런 사안들은 우리의 입장을 협상에서 관철시켜야 할 것들이지, 투자자-국가 직접소송제 자체를 거부할 이유가 되는 것은 아니다.”<sup>28)</sup>

#### 정부의 인식에 대한 이 책의 논평

앞에서 우리가 살펴본 바와 정부의 위와 같은 인식 사이에는 실로 큰 격차가 있다. 앞의 백 수십 쪽에 걸쳐 했던 이야기를 여기서 또다시 반복할 수는 없으니, 지혜로운 독자들께서 위와 같은 정부의 입장에 대해 어떤 반론이 제기될 수 있는지를 직접 생각해보시길 바란다. 다만, 중언부언이 될 위험을 무릅쓰고라도 위와 같은 한국 정부의 입장에 대해 간단하게나마 한번 더 논평을 붙여보겠다.

#### 가. 투자자-국가 직접소송제의 성격 파악에 대하여

앞의 제2장에서 살펴본 내용이 이러한 성격 파악에 대한 비판이 될 것으로 본다.

---

28) 이는 다음의 자료를 종합하여 정리한 것이다. 국정브리핑 (5.24: 6.11: 7.26), 외교통상부 보도자료 no.72, 최경림 (2006), 재정경제부 보도자료 (5.25), 한겨레신문 (9.10).

특히 투자자-국가 직접소송제의 근원이 '군함외교'로부터 약소국을 지키기 위한 것이었다는 분석은 가히 기상천외하다고 하지 않을 수 없다. 군함외교란 19세기 영국의 해외 군사정책을 지칭하는 대명사로서, 제대로 채무를 변제하지 않는 나라를 위협하기 위해 주력함대가 아닌 몇척의 군함만을 보내 은근히 무력시위를 하던 관행을 일컫는 말이다(Evans and Newnham, 1998). 반면 투자자-국가 직접소송제는 1990년대 이후에야 본격적으로 터져나오는 다양한 투자협정 및 무역협정들에서 나타난 제도다.

게다가 '자원 민족주의'의 위협성에 관한 논리도 우리나라와는 별 상관없이 없다. 우리나라는 세계적인 기준으로 보아도 이미 외국 투자자의 권한에 관한 한 상당히 자유화된 나라에 속한다. 투자자-국가 직접소송제를 도입하지 않는다고 해서 우리나라가 혹시 차베스의 베네수엘라와 같은 나라가 되지 않을까 하고 두려워할 외국 투자자가 있을 리 없다. 이 제도에 대한 정부의 이런 인식에서는 이 제도가 외국 투자자의 '방패'가 아니라 '창'이 되어버리고 만 1990년대 이후 지구정치경제의 상황에 대한 무지가 절절히 드러난다.

#### 나. 투자자-국가 직접소송제의 적용 범위에 대하여

이 책을 쓰면서 필자는 투자자-국가 직접소송제가 투자대상국의 공공정책을 포함해 정치적, 사회적, 문화적 제도 전체에 대해 힘을 발휘할 수밖에 없는 논리적, 역사적 구조와 실례, 그리고 그에 대한 저항의 사례들을 소개해보려고 애썼다. 하지만 일개 백만 서생의 목청만으로는 국사에 바쁜 정부 관리들의 주의를 끌지 못

할 수도 있으니, 비단 나프타와 관련된 투자자-국가 직접소송만이 아니라 전세계에서 벌어진 투자자-국가 직접소송의 건수를 포괄적으로 조사한 결과가 수록된 2004년도 유엔무역개발회의(UNCTAD) 자료의 일부를 다음과 같이 인용해 둔다.

중재소송 사건들은 각종 투자활동의 전 영역과 모든 종류의 투자를 아우르고 있는데, 여기에는 사유화 계약과 국가의 사업허가(state concessions)도 포함된다. 소송의 대상이 된 국가조치에는 금융위기 중에 시행한 비상 법률들, 각종 부가가치세, 농업용지를 상업용도로 재조정하는 것, 위험폐기물 시설에 대한 조치들, 외국 투자자가 소유한 공기업 주식의 박탈에 관한 의도 통지에 관련된 문제들, 방송매체 규제기관이 외국 투자자를 어떻게 다루는가 등이 모두 포함된다. 분쟁에 걸린 조항들은 공평 대우, 내국인 대우, 수용(규제적 수용 혹은 수용에 맞먹는 조치들), 협정의 정의와 범위 등에 관한 것이다. 협정에 근거한 분쟁이 벌어진 경제부문들에는 건설업, 상하수도 서비스, 양조업, 원거리 커뮤니케이션 사업 허가, 은행 및 금융 서비스, 호텔 경영, TV와 라디오 방송, 독극폐기물 처리, 섬유 생산, 가스와 석유 생산, 다양한 형태의 광업 등이 포함된다. (UNCTAD, 2004: 3p.)

그리하여 UNCTAD의 '투자기술기업개발국(Division on Investment, Technology and Enterprise Development)' 칼 소방(Karl P. Sauvant) 국장은 다음과 같이 경고한다.

이 모든 상황을 볼 때 각국 정부들은 투자협정에 관한 협상을

할 때 대단히 조심해야 할 필요가 있다. (op.cit.: 1p.)

한편 위의 ‘다. 투자자-국가 직접소송제에 대한 기존의 비판’과 ‘라. 정부가 나아가야 할 방향’ 부분에 요약된 정부의 입장과 주장은 우리가 특별히 강조점을 두어 좀 길게 논의해야 할 필요가 있는 문제를 제기하고 있다. 그것은 지금 한국 정부가 투자자-국가 직접소송제의 핵심이라고 할 수 있는 ‘법적 관할권(jurisdiction)의 이동’ 문제를 완전히 무시하고 있다는 점이다. 이 문제에 대해서는 다음 절에서 살펴보기로 하자.

## 2. 투자분쟁 관할권 이전은 ‘주권양도’

여기서는 투자자-국가 직접소송제의 본질에 해당하는 ‘법적 관할권(jurisdiction)의 이동’이라는 문제를 들여다보자. 하지만 그에 앞서 ‘수용’과 ‘투자범위’에 관한 우리 정부의 입장을 먼저 살펴보자. 일단, 이 두 개념에 대한 정부의 대응 태도는 높게 평가할 만하다.

### ‘수용’에 대한 한국 정부의 이견, 유지될 수 있을까?

〈한겨레〉 2006년 9월 10일자 보도(“사유재산 국가 ‘수용’ 국제분쟁 기구행 맞서”)에 따르면, 정부는 미국 쪽 협상안에 들어 있는 ‘수용’ 조항에 대해 “국내에서 많은 우려가 있고 국내법과 모순되는 문제도 있다”고 지적하면서 이 문제에 관련된 분쟁은 국제 조정심판이 아니라 한국 국내의 구제절차를 통해서만 해소할 수 있도록 해야 한다는 입장을 표명했다고 한다. 또 정부는 투자계약이나 투자인가의 위반도 국제 중재절차의 대상으로 삼자는 미국측 주장에 대해서도 “분쟁 범위가 지나치게 넓어진다”는 이유로 반대하고 있다

고 한다.

이는 초특급의 속도로 한미 FTA 협상을 준비하고 진행하는 와중에서도 우리나라 정부 관리들이 그래도 예민하고 중요한 문제점들을 의식하면서 대응하고 있다는 일말의 기대를 갖게 하는 대목이다.

한국의 법 관행에서 ‘수용’의 의미와 관련해 헌법재판소는 “헌법에 의하여 보호되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이므로, 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권 보장의 대상이 아니다”라고 일관되게 판결해 왔다고 한다(송기호, “국가 재산권을 미국 기업에 주는 것은 ‘위헌’”).

이는 앞의 제3장에서 보았듯이 사적 소유를 ‘사용가치’, 즉 ‘소유와 점유(title and possession)’로 해석하는 옛날의 보통법(Common Law) 전통과 일치하는 것으로서, 소유를 ‘교환가치’, 즉 자산가치로 해석해서 그것의 감소까지도 ‘수용’의 범위에 넣는 나프타 11장의 ‘간접수용’ 개념과는 모순되는 것이다. 이 ‘간접수용’의 개념이 얼마나 포괄적으로 해석되어 얼마나 전반적으로 정부의 법적, 행정적 질서에 충격을 주었는가는 제3장에서 살펴본 바 있다.

따라서 정부가 넓은 의미의 ‘수용’ 개념이 한국의 기존 법 제도와 모순된다는 점을 미국측에 정당하게 지적한 점은 높이 평가되어야 한다. 이와 마찬가지로 투자계약이나 투자인가의 위반이 ‘수용’에 따른 배상의 대상으로 될 경우, 외국 투자자가 한국사회의 사회적·법적 관계에 대해 지나치게 큰 권력을 갖게 될 위험이 있다는 점도 정부 관계자들이 인식하고 있음을 느낄 수 있다.<sup>29)</sup>

하지만 아직 마음을 놓기는 이르다. 이러한 정부의 태도가 결코 흔들리는 일이 없도록 끝까지 조야(朝野)가 하나가 되어 우리의 입장을 굽히지 말아야 할 것이다.<sup>30)</sup> 우리가 앞에서 본 바 있는 오스트레일리아 상원 자문위의 보고서도 다음과 같이 경고하고 있다.

만약, 그러나 가능성이 높은 일이지만, 미국이 미국-싱가포르 및 미국-칠레 FTA를 ‘투자자 분쟁 메커니즘에 관한 주형(鑄型)이자 교두보’로 보고 있다면 미국측 협상가들이 협상의 아주 말미에 가서도 이것을 오스트레일리아-미국 FTA에 도입하려 애를 쓸 것이고, 그렇더라도 오스트레일리아는 놀라서는 안된다. (Parliament of Australia, 2003: 134p.)

그런데 이 올바른 정부의 태도에서 묘한 아이러니가 느껴진다. 정부는 미국측이 요구하는 ‘수용’의 개념이 국내의 법적 제도 및 관행과 불일치할 가능성이 많으니, 이것의 법적 관할권을 한국 국내에 두어야 한다고 주장하고 있는 것이다.

그런데 한미 FTA의 조항들과 모순을 일으킬 국내의 법적 제도와 관행이 과연 ‘수용’뿐인가. 분쟁이 벌어질 쟁점과 소지는 앞에

29) 이 밖에도 한미 FTA가 국내의 각종 법 제도와 관행과 모순 충돌하는 사례들, 그리고 그에 대한 대안에 대해서는 송기호(2006) 참조.

30) 그런데 이를 위한 전제조건은 정부가 이 문제에 관해 한미 간에 오가는 모든 협상안과 관련자료를 공개하여 공문화시키는 것이다. 같은 <한겨레> 기사에 의하면 미국은 ‘수용’에 관한 자국의 원안을 한국측에 넘겼다고 하나, 필자는 이것을 구할 수 없었다. 심지어 민주노동당의 권영길 의원 보좌관실에도 연락을 취해 보았으나 담당자와 연락조차 닿지 못했다(2006년 9월 25일 오후). 이러한 상황에서 한국 국민들이 힘을 합쳐 정부로 하여금 ‘불퇴전의 협상 자세’를 버릴 수 있도록 기대하는 것은 난망한 일이 아닐 수 없다.

서 보았듯이 무궁무진하다. 그렇다면 그 쟁점들이 국내법과 모순 될 때마다 우리는 법적 관할권을 국내에 두어야 한다고 주장해야 하는가. 그렇다면 애초에 투자자-국가 직접소송제를 허용하는 의미는 무엇인가.

이 제도의 핵심은 바로 분쟁이 벌어졌을 때에 투자자를 투자대상국 법제도의 '횡포'로부터 '보호'하기 위해 법적 관할권을 다른 곳으로 옮긴다는 것에 있지 않은가. 이제 잠깐 미루었던, 정부의 인식에서 나타난 가장 중대한 문제점을 논의할 때가 됐다.

#### **‘법적 관할권 이전’은 투자자-국가 직접소송제의 핵심**

정부는 투자자-국가 직접소송제가 잘 정리되고 체계가 잡혀 있으며 정당한 절차와 규칙이 마련된 틀이라고 생각하는 것 같다. 그래서 미리 조심해야 할 쟁점들을 잘 갈무리하여 사전에 충분한 논의와 협상을 거쳐 협정 문안에 '성문화'시켜 놓으면 된다고 생각하는 것으로 보인다.

하지만 이런 식의 인식은 역사적으로나 이론적으로나, 또 실제로 진행되고 있는 현황으로 보나 이 제도의 성격과 핵심을 크게 오해한 데서 나온 것이라고 생각하지 않을 수 없다.

앞의 제2장과 제4장에서 우리는 이 제도가 근대 국제체제에 있어서 정규적인 국내 및 국제의 공법 및 사법 체계의 밖에 존재하는 국제상사중재(international commercial arbitration)에서 그 틀이 찍혀져 나왔음을 보았다. 그리고 중재심판소라고 하는 곳은 정규적인 법체계의 밖에서 문제를 푸는 곳이므로, 이곳을 지배하는 원칙은 오로지 분쟁의 조정, 그것도 오롯이 상업적 고려에 기반한

분쟁의 조정일 뿐이다. 몇백억원, 몇천억원에 달하는 돈을 놓고서 독기가 오를 대로 오른 양측이 다시 몇십억원의 비용을 쏟아부어가며 법률회사를 앞세우고 서로 자신이 휘두를 수 있는 모든 주먹을 다 휘둘러대는 곳이다.

필자는 앞에서 국제 중재절차소의 이런 성격을 드러내기 위해 '두 당사자가 소부를 치는 곳'이라는 험한 표현을 사용한 바 있다. 하지만 제5장에서 우리가 본 대로, 국제 중재절차의 실제 사례들이 진행되는 방식을 보면, 이 표현으로도 모자란다. 그냥 한마디로 이전투구, 즉 '개싸움'의 장(場)이라고 보는 것이 실제에 가깝다.

이렇게 볼 때 어떤 나라가 자국과 외국 투자자 사이의 분쟁을 국제 중재절차를 통해 해결한다는 데 대해 동의한다는 것은, 그런 분쟁에 대한 법적 관할권(jurisdiction)을 완전히 국제 중재절차소로 넘기고 군말 없이 그 심판소의 판결에 따르겠다고 합의해주는, 돌이킬 수 없는 중대 결정이다. 이는 마치 창세기에 나오는, 팔죽한 그릇에 만이들의 권리를 동생에게 팔아버린 배고픈 형처럼 주권국가가 자신의 고유한 권한인 법적 관할권을 포기하는, 중대한 주권양도의 사안이다. 송기호 변호사는 이 점을 정확하게 지적하고 있다.

정부는 이 제도가 적용되지 않을 예외조항을 충분히 두면 된다고 한다. 그러나 이는 중재 제도의 본질을 모르는 말이다. 투자자-국가 소송제의 핵심 조항은 중재회부에 대한 포괄적이고 사전적인 동의간주 조항(consent to arbitration)이다. 대한민국 국내에서 중재법이 제정된 때가 이미 40년 전인 1966년이다. 그런데

도 왜 중재가 아직 일반화되지 않았을까? 그것은 당사자의 동의가 없으면 중재법정으로 갈 수 없게 되어있기 때문이다. 이처럼 중재동의 조항이야말로 가장 핵심적인 조항이다.

한미 FTA에서 중재회부에 대한 포괄적이고 사전적인 동의간주 조항을 두는 이상, 한국 정부는 언제든 중재에 회부될 수 있다. 아무리 많은 예외조항을 둔다고 해도 중재회부 자체를 막을 수는 없다. (송기호, “호주는 왜 ‘투자자-국가 소송제’를 거부했을까?”, <프레시안> 2006년 7월 14일)

그리고 일단 중재에 회부되면 아무리 정교하게 협정 문안을 짜고 예외조항을 달아둔다 해도 그 예외조항이 해당 사안에 적용되는지 아닌지를 판단할 권한은 바로 그 ‘개싸움’의 장인 중재심판소의 중재인과 양 당사자의 대표 등 3인에게 넘어간다. 이 3인이 과연 그 정교하고 나름의 온당한 이유를 갖춘 협정 문안과 예외조항의 정신을 충분히 감안해 판단을 내릴 것인가?

제4장과 제5장에서 이미 누누이 말했지만, 다시 한번 메탈클래드 대 멕시코 사건의 경우(제3장과 제5장 참고)를 본보기로 삼아야 한다. 우리 정부는 나프타에 이미 환경문제에 관한 조항이 있으므로, 나프타 회원국 정부가 선량한 의도에서 환경 관련 규제를 하는 것을 나프타의 투자자-국가 직접소송제가 저해하는 일은 없다고 말한다.

물론 나프타에 환경문제의 중요성과 특수성을 고려해야 한다는 내용이 들어있는 것은 사실이다(1114조). 하지만 막상 분쟁사건을 맡은 중재심판소의 3인이 이 조항을 무시하기로 한다면 그것은 아무런 법적 구속력을 갖지 못한다. 아무리 ‘개싸움’의 장이라고

해도 그렇지, 협정에 명시돼 있는 조항을 그렇게 완전히 무시할 수 있을까? 하지만, 실제로 그랬다. 그리고 멕시코 정부의 환경보호 조치가 온당한 것이었는지 아닌지는 고려의 대상이 아니었다.

중재심판소는 메탈클래드 사건에서 문제가 된 멕시코 정부의 환경보호 조치에 대해 “그 의도와 동기를 판정하거나 고려할 필요가 없다”고 간단명료하게 말한다. 메탈클래드 사건에 대해 중재심판소가 채택한 판단기준은 오로지 소송의 대상이 된 멕시코 정부의 조치가 투자에 끼친 충격의 규모였을 뿐이다(Mann and Von Molke, 2002: 17p.).<sup>31)</sup>

지금 미국은 한국 국내의 공공부문 구성과 공기업 민영화 문제에 대해 ‘시장원리’로 풀어야 한다는 원칙 아래 여러 가지 주장과 요구를 하고 있다. 정부는 이에 대해 여러 차례의 협상을 통해 구체적인 합의에 도달하고 그 합의를 협정에 반영하면 된다는 입장이다.

---

31) 여기에서 한국 정부가 “메탈클래드 사건과 에틸 사건의 성격은 선량한 환경정책의 침해의 문제가 아니라 환경정책의 탈을 쓰고서 캐나다 정부가 자국 기업을 위해 부당한 보호조치를 했던 것에 있다”고 사건을 설명하는 것의 문제점을 짚고자 한다. 이는 사실상 그 두 사건에 대한 중재심판소의 결정을 그저 앵무새처럼 되풀이한 것으로 보이며, 최소한 지극히 일방적이고 편파적인 관점이라고 할 수밖에 없다. 인터넷 검색 포털에 가서 “environment, metalclad, NAFTA”라는 세 단어만 집어넣어보면 이 중재심판 판정에 대해 분노를 표하는 환경단체, 시민단체들의 문건을 무수히 접할 수 있다. 또 학술 저널 색인에서 찾아보면 나프타 11장이 환경파괴의 위험이 있음을 보여주는 예로서 이 사건들을 논의하는 여러 학술 논문을 만날 수 있다. 만약 정말로 이 두 사건이 환경보호 정책을 침해한 것이 아니라면, 왜 그 많은 환경단체와 법학자, 정치학자들은 이토록 이 사건에 대해 심각한 문제제기를 하고 있겠는가. 어째서 모든 가능성을 검토하여 신중하게 공익에 대한 판단을 내려야 할 정부기관이 이토록 일방적인 상황파악에만 근거할 수가 있는가.

그렇게 원만하게 협상이 성공한다고 하자. 하지만 그 후에 분쟁이 실제로 벌어질 경우 협정의 여러 문안과 조항들을 고려할 것인지, 고려한다면 어떻게 할 것인지는 누가 결정하게 되는가? 한국 정부와 국민들이 중재심판소에 보낸 일개 법률적 대표를 통하는 방법 말고 그 심판소의 결정에 참여하거나 영향력을 행사할 수 있는 다른 방법을 갖고 있을까?

### “적용이 철회할 수도, 느슨할 수도, 안될 수도 있다”

중국 작가 노신(魯迅)은 언젠가 중국 사법제도의 난맥상을 다음과 같이 풍자한 적이 있다.

두툽한 법령집이 있다. 학자들을 각국에 파견하여 현행법을 조사한 뒤 그 정수만을 뽑아 엮은 것인만큼 어느 나라 법보다도 완벽하고 정교하다. 첫 페이지는 백지다. 앞서 아직 인쇄되지 않은 사전을 봤던 사람만이 백지에서 글자를 읽어낼 수 있다. 첫 세 조항은 이렇다. 일, 관대히 처분할 수도 있다. 이, 엄중히 처분할 수도 있다. 삼, 어떤 때는 전혀 적용하지 않을 수도 있다. (노신, 1991)

노신의 이 풍자를 음미해보면, 왜 투자자-국가 직접소송제가 한미 FTA 협상에서 가장 결정적인 부분으로 다루어져야 하는지 그 이유를 알 수 있다. 이 제도가 각별히 위험하고 반드시 제거되어야 하는 이유는, 그것을 포함한 한미 FTA를 체결하는 것은 이 무역협정 전체의 법적 관할권을 엉뚱한 곳으로 옮겨놓는다는 문

서에 제 손으로 도장을 찍어주는 주권양도라는 데 있다.

어떻게 협상을 하여 어떻게 협정 조항을 마련하고 예외규정을 명문화한다 해도, 이 제도를 포함한 한미 FTA가 체결된 뒤에는 분쟁이 일어날 경우 그런 협정 조항과 예외규정을 어떻게 이해하고 적용할 것인지에 대한 결정은 중재심판소의 권한에 속하게 된다. 그래서 한국 정부는 주권국가의 존엄을 버리고 심판소라고 불리는 ‘사각의 정글’로 올라가 악착같고 교활하기 그지없는 초국적 자본과 홀홀단신으로 ‘개싸움’을 벌여야 한다. 그리고 그 ‘개싸움’의 결과에 따라 그 모든 ‘아름다운’ 조항과 규정들이 “철회하게 적용될 수도, 느슨하게 적용될 수도, 전혀 적용되지 않을 수도” 있게 된다.

오스트레일리아 국민들이 미국과의 FTA 협상에서 덕지덕지 복잡하게 투자자-국가 직접소송제를 수정하고 제한하는 규정을 붙이는 방법을 왜 거부했는지를 이제 음미해볼 수 있겠다. 제6장에서도 보았지만, 국내 여론의 반발에 직면한 오스트레일리아 정부의 통상부 장관 스티븐 데디가 “오스트레일리아의 국가이익이 반영되도록 문구(language)를 잘 짜 넣을 수도 있다”고 빠져나가려고 하자, 노동당의 무역담당 의원인 스티븐 콘로이는 이렇게 몰아붙였다. “그런 식의 법적 정의를 엄격히 해봐야 그걸 뒤바꾸는 것을 업으로 삼는 변호사들 앞에서는 무용지물이다. 그들은 돈만 주면 흑을 백이라고 우기면서 소송을 만들어내는 이들이며, 또 종종 흑이 백이라는 주장을 관철시키고 만다.” 요컨대 투자자-국가 소송제 자체를 아예 협정에서 빼라는 요구였다.

오스트레일리아 국민들은 분쟁이 생기더라도 미국 투자자는 철

저하게 오스트레일리아 국내법의 절차에 따라 분쟁해결의 절차를 밟아야 한다는 전통적인 국제 공법 및 사법의 방식을 고집했다. 그 결과로 오스트레일리아와 미국 사이에서는 설사 중재심판이 벌어진다 해도 그것은 어디까지나 두 나라 정부 간의 중재심판이 되므로, 어디까지나 두 주권국가 정부가 애초에 협정 조항들을 마련했던 정신과 이유를 놓고 담판을 벌이는 장이 된다. 요컨대 오스트레일리아라는 국가는 법적 관할권을 끝까지 손에서 놓치는 일이 없게 된 것이다.

군사 분야에 비유하면, 법적 관할권은 곧 작전 통제권에 해당하는 것이리라. 그렇다면 분쟁이 생기는 순간(계다가 그 분쟁은 외국 투자자의 일방적인 의사에 따라 생겨나는 것이다) 곧바로 법적 관할권이 다른 곳으로 옮긴다는 데 대해 국가가 제 손으로 합의를 해준다는 것은 곧 평화시가 아닌 전쟁시에는 그 즉시 작전 통제권을 다른 곳으로 넘겨준다는 데 대해 국가가 제 손으로 합의해주는 것과 같다고 볼 수 있다.

‘전시’의 작전 통제권이 아닌 ‘평화시’의 작전 통제권이야 무슨 의미가 있겠는가. 그래서 현 노무현 정부는 미국으로부터 ‘전시’의 작전통제권을 환수하려고 하고, 이것의 환수야말로 진정한 자주국방과 주권회복의 열쇠라고 외치고 있지 않은가. 그런 노무현 정부가 어째서 다른 손으로는 투자 문제에 대한 법적 관할권을 다른 곳으로 넘겨주는 조약에 자발적으로 서명하려고 하는 것인가?

투자자-국가 소송제는 한미 FTA 협상안에서 반드시 원천적으로 확실하게 제거해야 한다. 이 제도를 놔둔 채로는 한미 FTA가 실제로 체결된 뒤에 그것이 거시적으로, 미시적으로, 또 정치·사

회·문화·환경·보건 등 모든 분야에 걸쳐 어떤 방향으로 될지 그 누구도 확실하게 예측할 수 없다.

제6장에서 인용한 스티글리츠의 글을 보라. 나프타의 경우도 그것이 체결되기 전에 투자자-국가 소송제가 멕시코와 캐나다에 어떠한 영향을 끼치고 그 결과로 어떤 충격을 미치게 될지를 제대로 예측한 사람은 없었다. 나프타가 체결된 후 10년이 다 되어가는 시점에는 심지어 미국 무역대표부(USTR)의 관리들까지도 이 제도가 어떠한 충격을 가져올지를 자신들도 예측하지 못했음을 통감하게 봤다는 사실은 앞에서 소개한 바 있다.

“협상을 잘 하면 된다”거나 “그것은 글로벌 스탠더드”라는 식의 설익은 낙관론과 어설픈 당위론을 들이댈 계제가 아니다. 향후 최소한 10년간에 걸쳐 한국경제의 투자구조와 제도의 향방을 우리가 우리 뜻으로 예측하고 준비해나갈 수 있기 위한 현재의 지상과제는, 최소한 한미 FTA 정부 협상안에서 투자자-국가 직접소송제를 본원적으로, 반드시 제거하는 것이다.

### 3. 지구정치경제학의 관점에 서서

#### 흐림 없는 눈으로

지금까지 우리는 투자자-국가 직접소송제의 여러 측면을 살펴 보았고, 이것이 왜 반드시 본원적으로 제거되어야 하는지를 정치적, 경제적, 법적 측면에서 따져보았다.

그런데 필자는 이 책 제1장 말미에서 이 문제를 ‘지구정치경제학(Global Political Economy)’의 관점에서 접근하자고 제안했고, 그렇게 하는 핵심적인 방법은 정치, 경제, 법으로, 그리고 다시 국내, 국제로 나누어 생각하는 데서 생겨나는 여러 칸막이들 가운데 어느 하나에 갇히지 말고 ‘전체로서의 사회적 현실’을 ‘흐림 없는 눈으로 보고 직접 판단’하는 것이라고 했다.

이제 마지막으로 지구정치경제의 차원으로 돌아가 다시 한번 상황을 둘러보고, 다시 한번 현재의 상태를 음미해보는 것으로 논의를 마무리하자.

말은 쉽다. 하지만, 어떻게 국내와 국제, 그것도 여러 갈래의 분과 학문들로 나뉘어 있는 현재 우리의 인식구조를 넘어서서 그

러한 종합적인 인식을 할 수 있단 말인가. ‘전체로서의 사회적 현실’이라는 것은 마치 큰 고래 ‘모비 딕’과 같아서 늘 닿을 수 없는 곳에서 아른거리는 존재가 아닌가. 그래서 이리저리 찢러대는 인간들의 좁스런 사회과학적 인식의 작살을 맞고 그 밧줄에 몸이 칭칭 감겨도 유유히 물을 내뿜으면서 심연과 같은 푸른 바다 저편으로 사라져버리곤 하는 존재가 아닌가.

로버트 콕스(Robert Cox)는 지구정치경제학의 방법으로 ‘역사적 구조들(historical structures)’이라는 개념을 제시한다. 이는 경제학자나 정치학자, 법학자 등이 제각각 멋대로 만들어낸 ‘모델’과 같은 이론적 구조가 아니다.

실제의 사람들이 살아가고 부대끼고 얽히다 보면 때로는 의도와 무관하게, 때로는 의도한 대로 만들어져 다시 사람들 자신의 행동에 조건으로 작용하는 어떤 삶의 틀이 생겨난다. 그 틀은 우리 가족 내부처럼 미시적인 차원에서도 만들어지지만, 전지구라는 거시적인 차원에서도 만들어진다. 그 구조들은 분명히 우리 인간들이 집단적으로 만들어내는 것이지만, 그렇게 만들어진 뒤에는 우리들이 할 수 있는 행동의 가능성과 방향을 상당부분 규정해버리는 단단한 것이기도 하다. 이런 것이 바로 ‘역사적 구조들’이다.

‘역사적 구조들’은 경제나 정치나 법이나 하는 틀과 무관하게 직접 우리의 일상생활과 닿아 있는 아주 구체적인 삶의 일부이다. 이러한 구조들이 어떻게 만들어지고, 또 소멸하면서 우리의 삶을 만들어 나가고, 또 그 삶에서 만들어지는지를 살펴보는 것이 콕스가 제시한 방법의 요지이다(콕스, 2005).

그러나 우리의 삶을 직간접으로 규정하는 구조들은 무수히 많고, 우리가 그것들을 모두 다 뒤질 수는 없다. 그렇다면 어떤 구체적인 사안을 연구할 때 과연 어떤 구조들이 그 사안과 관련해 의미가 있는 것으로 판단하고 그런 구조들을 연구대상 목록에 올려야 하는가.

여기서 록스에게 영감의 원천이 되어주었던 프랑스의 역사가 페르낭 브로델(Fernand Braudel)이 도움이 되는 열쇠말을 우리에게 제시한다. 그것은 ‘국면(conjuncture)’이다(Braudel, 1980). 어떤 사건이나 상황이 있을 때 그것을 차분히 관찰하면 마치 백묵 위에 사인펜으로 찍어놓은 점이 수분의 삼투에 따라 퍼지며 여러 색으로 갈라지듯이 그 사안과 관련하여 그 사안을 규정하고, 또 그 사안에 의해 규정당하는 몇개의 관련 있는 구조들을 분간해낼 수 있다. 그 구조들이 어디서 왔고, 어디로 가고 있으며, 어떤 순간에 어떻게 만나 어떤 결과를 낳느냐를 가늠하게 해주는 ‘국면’이라는 틀은 바로 이런 것이다.

### 우리는 어떤 ‘국면’에 있는가

우리는 앞의 제2장에서 이미 이런 방법의 틀을 빌려 투자자-국가 직접소송제를 규정하는 여러 가지 역사적 원천들이 1990년대라는 ‘국면’에서 어떻게 얽히면서, 어떻게 그 뒤의 지구정치경제의 역사를 만들어가고 있는지를 살펴본 바 있다. 그렇다면 2006년에 느닷없이 한미 FTA와 그 안에 포함된 투자자-국가 직접소송제라는 사안에 맞닥뜨린 우리의 ‘국면’은 어떻게 이루어진 것이며, 또 어디로 가고 있는 것일까?

제2장에서 본 바 있듯이, 1980년대 이후 자본에 의한 지구화는 두 단계로 전개된다. 먼저, 냉전의 기간에 단단한 갑각류처럼 각각 자신의 고유한 국내 체제를 지키며 존재하던 다양한 국가자본주의 정치경제 체제는 1980년대에 IMF와 세계은행의 활약으로 인해 대부분 ‘구조 조정’을 통해 그 단단한 껍질을 벗겨내게 된다.

그 주요한 방법은 공기업의 민영화, 산업구조의 변동, 시장의 개방, 노동계급 등 사회세력들의 약화, 시장기율의 강화 등이었다. 이렇게 사회 전체가 근본적인 재구조화를 겪게 된 시점에 이번에는 외국 투자자들이 각국으로 들어가 그곳의 사회적 변화를 주도하거나 새로이 만들어나가는 두번째 단계가 펼쳐진다.

제5장과 제6장에서 살펴본, 최근 투자자-국가 직접소송제에 의해 시달리고 있는 여러 나라들을 이런 역사의 큰 흐름 속에 놓고 다시 바라보자. 이런 나라들 대부분은 한번씩은 외채위기와 같은 외부충격을 겪었고, 이어 자본의 지구화가 요구하는 내부 사회체제 변동의 고통을 겪어야 했다.

그리고 그러한 방향이 대세로 굳어진 1990년대 후반 이후에는 세계의 투자자들이 본격적으로 그런 나라들에 침투해서 주요한 산업 및 금융 인프라를 비롯해 가지가지의 기간시설과 산업부문을 장악했다. 여기서 나오는 힘을 기반으로 그들은 새로이 여러 가지 수익성 높은 ‘비즈니스’의 기회를 열었고, 이렇게 해서 새롭게 열린 투자의 기회가 또다른 자본의 유입을 부르는 순환구조가 형성된 것이다.

언젠가부터(아마도 김영삼 정부 때의 OECD 가입이 계기였던 듯하다) 우리나라 사람들은 유럽과 북미의 나라들을 우리의 정치적, 경제

적 현실 판단에 사용하는 거울로 삼기 시작했다. 그러다보니 우리의 현실을 남미, 아프리카, 아시아의 개발도상국과 견주어보고 판단하는 데 대해 직감적인 거부반응까지 갖게 됐다. 멕시코보다는 캐나다의 케이스를, 대만보다는 일본의 케이스를 중시했고, 싱가포르보다는 네덜란드를 바라보고 이야기하고 싶어 하게 됐다.

그렇지만 1997년 외환위기 이후 대한민국 사회가 지금까지 걸어온 침로가 과연 어느 쪽에 더 가까운가를 냉철하게 생각해볼 때가 됐다. ‘민주주의와 시장경제의 결합으로 외환위기를 곧 극복해낸 슬기로운 국민’ 운운하던 김대중 정부 시절의 수사학은 이제 그만두자. 몇번의 거품과 흥청거림이 있었을 뿐, IMF의 충격은 갈수록 생생하고 뼈아프게 온 국민의 삶을 짓누르고 있다. 양극화와 가계부채와 비정규직의 고용불안과 청년실업은 우리 모두 익히 아는 바 아닌가. 우리가 원하던 원치 않든, 1997년 이후 우리사회가 지나온 길은 이미 1980년대와 1990년대에 수많은 남미와 아프리카의 ‘선배’ 나라들이 걸어갔던 길, 즉 외환위기와 그에 수반되는 거친 구조조정의 마찰이었다.

여기서 우리가 주목해야 할 것은 그와 같은 흐름에 휘말린 우리나라의 내부에는 어떠한 구조변동이 생겨났는가 하는 것이다. 전두환, 노태우 때까지 우리의 정치경제 체제를 작동시키던 기제와 관행과 원리는 급격히 사라지고 있다. 그 체제의 기둥이었던 금융체제, 산업구조, 기업 소유지배구조, 노사관계 등 모든 것이 그 후 근본적인 재구조화를 겪고 있다.

IMF 사태 이후 변동을 겪지 않은 부문이 있는가. 은행은 거의 완전히 외국인 소유로 넘어갔다. 재벌기업들은 설비투자자와 고용

의 확대라는 행태를 버린 지 오래다. 공공부문의 굼직굼직한 공기업들은 민영화, 사유화의 흐름 속에서 구조적인 격동을 겪고 있다. 돈의 흐름이 바뀌었고, 투자의 행태도 바뀌었다. 의료, 교육, 교통, 지역발전 등 어느 한 군데라도 이 급격한 구조변동의 흐름에 휘말리지 않은 곳이 없다.

이것이 바로 1990년대에 남미의 수많은 ‘외채위기 선배’ 나라들이 겪었던 것이다. 불편하게 들릴지 모르겠으나 우리사회도 1990년대에 남미, 아프리카, 아시아의 여러 나라들을 휩쓸었던 자본의 지구화라는 흐름 속에서 그동안 살아왔다. 그간 우리사회에 일어난 구조변동은 일본이나 스웨덴과 같은 세계의 흐름에 속한다기 보다는 지구의 밑바닥을 흘러온 흐름에 속한다고 생각된다. 바로 이 흐름이야말로 1997년 이후 2006년까지 한국사회의 운명을 만들어온, 저항하기 힘든 지구정치경제 차원의 ‘역사적 구조’다.

### 우리에게는 가능한 것이 아직 많이 남아있다

그렇다면 우리는 이 ‘역사적 구조’의 흐름을 운명으로 받아들이고 그것에 몸을 맡기는 수밖에 다른 도리가 없는 것인가. 여기서 다시 브로델과 콕스의 지혜를 음미해볼 필요가 있다. 브로델이 말한 대로, 현재란 결코 단선적 인과율로 무엇인가에 의해 일방적으로 규정되는 기계적 과정의 산물이 아니다. 현재는 그것을 이루고 있는 여러 ‘구조들’과 ‘흐름들’로 분해할 수 있다.

그리고 그렇게 분해된 구조들과 흐름들 중에서 우리의 역량으로 바꿀 수 없는 것들, 브로델의 용어로 말하면 ‘가능한 것의 한계 (limits of the possible)’ 너머에 있는 것들과 우리의 힘으로 선택하

거나 새로 만들어 나갈 수 있는 것들을 신중하게 갈라내야 한다. 그리고 콧스가 말한 대로, 역사적 구조는 우리를 제약하는 것이지만 우리가 만들어내는 것이기도 하다. 신중한 숙의와 선택을 통해 집단적 실천의지를 모아낸다면 우리는 새로운 ‘국면’을 열어 나갈 수 있다.

이제 우리는 투자자-국가 직접소송제를 “저항 없이 받아들여야 할 글로벌 스탠더드이며 역사적 당위”라고 당연시하는 것이 왜 적극적인 태도이기는커녕 가장 무기력한 숙명론적 태도인지를 알 수 있다.

외채위기를 겪고 IMF와 세계은행에 의해 거시적 구조조정을 당했던 나라들이 바로 이렇게 “외국 투자자들이 들어와 국내의 산업구조와 금융체제 전반을 ‘업그레이드’시키는 것만이 살 길”이라고 생각하여 그런 방향으로 흘러간 흐름이 이미 있었고, 그 종착역이 아르헨티나요 멕시코였다. 그 종착역은 자신들을 몰아가는 엄청난 힘의 흐름을 여러 구조들과 작은 흐름들로 분석하여 무엇이 가능하지 않고 무엇이 아직 가능한지를 따져가며 새로운 국면과 흐름을 열어내는 작업은 뒤로 한 채, 그저 “그럼 무슨 대안이 있는가?”라는 대안 아닌 대안을 휘둘러댄 결과였다.

지금 우리나라의 상황을 둘러보자. 그러한 ‘업그레이드’의 논리에 따라 은행도 산업구조도 공공서비스도, 심지어는 아주 기초적인 의료, 교육, 가족 등의 사회적 구조들조차 재편되고 허물어지고 있는 마당에 외국 투자자들을 불러들이고 그들에게 감히 우리나라의 주권에까지 간섭할 수 있도록 보장하는 것이 ‘운명을 타개’하는 대안인가? 필자는 그렇게 생각하지 않는다. 그것은 아르헨

티나를 확실하게 뒤쫓아가는, 그러나 되돌아올 수 없는 편도 기차표(one-way ticket)일 뿐이다.

지구정치경제 차원에서 오늘 우리를 둘러싸고 있는 ‘국면’ 속에는 외국 투자자들을 불러들여 그들에게 우리의 경제와 사회를 ‘업그레이드’시켜달라고 일임하는 대신 우리가 주체적으로 우리의 경제와 사회를 구축해나갈 수 있는 여지가 아직 대단히 많이 남아 있다.

먼저 우리사회의 최대 현안인 양극화와 만성적 실업을 막을 수 있는 구체적인 산업정책과 사회연대정책을 통해 새로운 산업구조와 사회구조를 만들어 낼 수 있다. 그러한 정책과 구조가 제대로 작동하면서 인간과 자연이 최대한으로 풍요로워지고 어우러질 수 있도록 하는 정치적, 문화적, 사회적 제도의 틀을 우리는 만들어 낼 수 있다.

그렇게 해서 포괄적인 하나의 ‘한국적 모델’이 만들어지면, 그것을 구체적으로 뒷받침하기 위한 공공서비스와 각종 기간시설 및 제도의 장기적 발전 방향, 그 조직 및 운영 원칙, 그 실현 방안을 골간부터 하나하나 세워나갈 수 있다. 그러한 포괄적 틀이 우리사회 모든 구성원들의 토론 속에서 합의된다면, 그것을 사회에 안착시키기 위한 각종 법적, 제도적 장치를 정비하는 일을 시작할 수 있다.

우리의 법체제, 공공서비스, 기간산업, 금융체제, 산업구조 등의 틀이 어느 정도 안정된다면, 그때 비로소 우리가 주인으로서 외국 투자자들의 도움을 받을 수 있다. 우리가 확실하게 안정된 사회적, 정치적, 경제적 체제의 골간을 확보해 놓은 뒤에는 외국

투자자들도 그 안정된 틀 속에서 활동하게 될 것이며, 그러면서 그 틀에 힘을 불어넣는 원동력으로 작용할 수도 있다.

### ‘우리의 대안’ 만들기에 나서자

그때가 되면 비로소 우리도 외국 투자자라는 손님들에게 어떤 규칙과 어떤 한도 안에서만 영업을 하라고 책임 있고 분명한 태도로 말할 수 있을 것이다. 그때에는 투자자-국가 직접소송제가 시행된다고 해도 터무니없이 온 사회가 휘둘리는 일은 없을 것이다.

그러나 지금은 아니다. ‘구조변동’ 소송돌이의 한복판에 빨려들어 어지럽게 맴돌고 있는 대한민국이라는 배 위에 투자자-국가 직접소송제까지 들여놓는다면 그 배는 선체 조각조각 찾지 못할 정도로 산산이 부서져 흩어질 위험이 있다.

이렇게 어지러운 구조변동의 혼란 속에 있는 대한민국이 살 길은 그 주도권을 미국 투자자들에게 맡기는 것뿐이라는 것이 현 정부의 인식인 것 같다. 그리고 산업정책도 공공서비스도, 사회 각 부문의 관행이나 질서도 모두 미국식으로 일괄 통일하는 것이 현 정부가 생각하는 ‘업그레이드’인 것 같다. 그러나 이것은 대단히 잘못된 것이며, 실로 두려운 발상이다.

물론 1997년 이후 우리가 휘말려든 ‘역사적 구조’의 흐름에 맞서 우리가 우리 스스로의 질서를 만들어나가고 합의해나가는 일이 쉬울 수는 없다. 하지만 그야말로 다른 대안이 없다.

우리가 먼저 주체가 되어 스스로가 필요로 하는 산업구조와 산업정책, 우리가 원하는 정치경제 모델, 우리가 원하는 우리사회의 모습, 그리고 우리가 원하는 인간과 자연이 온전하게 더불어 살아

가는 삶 등에 대해 먼저 판단해야 한다. 그리고 그런 것들을 한반도의 삶에 실현시킬 수 있는 구체적인 계획들을 제출하고 토론하여 국민적 합의를 거쳐야 한다. 이것밖에는 길이 없다. 바로 이것이 필자의 생각에 투자자-국가 직접소송제라는 도전 앞에 선 우리에게 지구정치경제학의 관점이 던져주는 지혜다.

일본 애니메이션 영화 <원령공주(物の怪姫)>를 보면, 옛날 옛적 숲과 동물과 평민과 무사와 권력자와 남자와 여자가 모두 서로서로를 원수로 삼아 아귀다툼을 하는 나라가 나온다. 모두 다 할 말이 있고 모두 다 논리가 있다. 그런데 그렇게 모두들 자기 논리에 눈이 멀어 제각각 곤두박질을 친 결과 생겨나는 현실은 실로 아비규환이다.

그래서 주인공 사내아이는 “흐림 없는 눈으로 세상을 보고 직접 판단을 하겠다”고 결심한다. 물론 그런다고 쉽게 답이 나올 리는 없다. 현실은 턱없이 복잡하고 상황은 갈수록 꼬여만 간다. 사람들은 아이를 비웃는다. 네가 여기서 무엇을 할 수 있느냐고. 아이는 기를 쓰고 외친다. “그래도 함께 살아가는 일은 할 수 있어요!”

결국 상황을 수습한 것은 산도 숲도 동물도 평민도 무사도 권력자도 남자도 여자도 아닌, 그 아이였다. 지금 우리가 진정 “흐림 없는 눈으로 세상을 보고” 있는지를 스스로 반성할 수 있는 기준은 우리가 정말로 “함께 살아가는 일을 고민하고 있는지”일 것이다.

## 참고문헌

영문 참고문헌 중 학술 저서나 학술지 논문 이외의 자료들은 대부분 인터넷에서 구할 수 있다. 하지만 웹 주소를 일일이 주소창에 쳐 넣어도 문서 접근이 되지 않는 경우가 태반인 것이 실정이라 웹 주소를 병기하지 않았다. 대신 여러 다른 검색 엔진에 관련 어구를 넣으면 모두 쉽게 구할 수 있다(필자는 Google 사용).

- 국정브리핑, 5.24, “프레시안, FTA 관련 비공개 자료 공개로 국익 손실”  
-----, 6.11, “FTA 투자분쟁 생겨도 공공정책 훼손 없어”  
-----, 7.26, “정부 제소권은 ‘힘의 논리’ 배제 장치”  
노신, 1991, “어떤 동화”, 이육연 편역, 《아침꽃을 저녁에 줍다》, 서울: 창  
베블린, 쏘스타인, 2007, 《자본의 본성에 관하여》, 홍기빈 편역, 서울: 책세상 (근간)  
송기호, “론스타에 의해 국제기구에 제소당하려고?” 프레시안, 2006년 5월 26일  
-----, “호주는 왜 ‘투자자-국가 소송제’를 거부했을까?” 프레시안, 2006년 7월 14일  
-----, “국가 제소권을 미국 기업에 주는 것은 ‘위헌’” 프레시안, 2006년 7월 24일  
-----, “미 대법관들이 투자자-국가 소송제에 맞선 이유”, 프레시안, 2006년 7월 26일  
-----, 2006, 《한미 FTA의 마지노선》, 서울: 개마고원  
외교통상부, no.72, 보도자료 “정태인 전 청와대비서관, FTA 관련 강연회”, 보도일:  
5월 23일  
-----, “FTA 투자분쟁 생겨도 공공정책 훼손 없어: 투자자 정부 제소권에 대한  
오해와 진실”, 국정브리핑, 2006년 6월 11일  
우석훈, 2006, 《한미 FTA 폭주를 멈춰라》, 대구: 녹색평론사  
이해영, 2006, 《낮선 식민지, 한미 FTA》, 서울: 메이데이  
재정경제부, 5.25, 보도참고자료 “한미 FTA: 투자자 對 국가간 투자분쟁 해결절차”,  
보도일: 5월 25일  
최경림, 2006, 외교통상부 FTA 교섭관, 한미 FTA 협상 투자분과장, “한미 FTA 건설적  
비판율”, 경향신문, 7월 4일

- 록스, 로버트, 2005, 《다수 문명에 대한 사유 외》, 홍기빈 역, 서울: 책세상  
프레시안, “미국 기업에 한국 정부 제소권 보장”, 2006년 5월 19일  
한겨레신문, 9.10, “사유재산 국가 ‘수용’ 국제분쟁기구행 맞서”, 송창석 기자, 9월  
10일  
Akehurst, Michael, 1970, *A Modern Introduction to International Law*,  
London: George Allen and Unwin  
Atik, Jeffery, 2003, “Repenser NAFTA Chapter 11: A Catalogue of  
Ligitimacy Critiques”, Research Paper No. 2003-29, Loyola Law  
School, Public Law and Legal Theory  
Braudel, Fernand, 1980, “History and the Social Sciences: the *Longue  
Dur e*” in Sarah Mathews tr., *On History*, Chicago: Chicagor  
University Press  
Capling, Ann and Nossal, Kim Richard, 2006, “Blowback: Investor-State  
Dispute Mechanisms in International Trade Agreements”,  
*Governance: An International Journal of Policy, Administration,  
and Institution*, vol.19(2)  
Choudry, Aziz, 2003, “Sleeping Beauty and Prince Charming: Bilateral  
Deals Are No Fairytale” *ZNet*, June 13  
CME Czech Republic B. V. v. The Czech Republic, 2003, “Final Award’  
and Ian Brownie – Separate Opinion on the Issues at the Quantum  
Phase”, March 14  
Cohen, Morris, 1927, “Property and Sovereignty” *Cornell Law Quarterly*,  
vol.XIII  
Commons, John R., 1924, *Legal Foundations of Capitalism*, New York:  
Macmilan Company  
Cox, Robert W., 1992, “Global Perestroika”, *Socialist Register: New  
World Order?* ed. by R. Miliband and L. Panitch, London: Merlin  
Press  
Dobbin, Murray, 2003, “NAFTA’s Big Brother: The Free Trade Area  
of the Americas and the Threat of NAFTA-style ‘Investor-State’

- Rules”, The Council of Canadians
- Egan, Daniel, 2003, “Global Capitalism and the Internationalization of the State: Some Lessons from the Defeat of the Multilateral Agreement on Investment”, paper submitted for the International Conference on *The Work of Karl Marx and Challenges for the XXI Century*
- Episcopal Commission, 2002, “Trading Away the Future: Concerns Arising from the Investor-State Mechanism of the North American Free Trade Agreement and Its Extension throughout the Americas” a background paper prepared for the Conference on Humanizing the Global Economy, The Catholic University of America, January 28-30
- Evans, Graham and Jeffrey Newnham, 1998, “Gunboat Diplomacy” in *The Penguin Dictionary of International Relations*, Hammondsworth: Penguin
- Finger, Matthias and Allouche, Jeremy, 2002, *Water Privatisation: Transnational Corporations and the Re-regulation of the Global Water Industry*, London: Spon Press
- Frontline PBS, 2002 “Bolivia-Leasing the Rain”, June
- Gaines, Sanford E., 2000, “NAFTA Chapter 11 as A Challenge to Environmental Law Making – One View from the United States”, draft for the first annual conference of EnviReform, *Civil Society Participation in NAFTA*, University of Toronto, November 16-18, 2000
- Ganguly, Samrat, 1999, “The Investor-State Dispute Mechanism(ISDM) and A Sovereign’s Power to Protect Public-Health”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 38
- Gill, Stephen, 1995, “Globalization, Market Civilization, and Disciplinary Neoliberalism” *Millennium: Journal of International Studies*, 24
- Halliday, Fred, 1983, *The Making of the Second Cold War*, London: Verso
- Holland, Ann-Christin Sjölander, 2005, *The Water Business: Corporations versus People*, London: Zed Books
- IISD, 2001, *Private Rights and Public Problems: A Guide to NAFTA’s Controversial Chapter on Investor Rights*, International Institute for Sustainable Development
- Jeremic, Rusa, 2005, “Remarks before the SINT(Sub committee on International Trade)” requested by the Canadian SCFAIT(Chair of the Standing Committee on Foreign Affairs and International Trade) 16 February.
- Kruse, Tom, 2003, “Bechtel versus Bolivia: The Next Battle in the Water War”, in *Public Citizen* (web source.)
- Krza, Paul, 2005, “Texas Water Case is ‘Takings’ on Steroids”, *High Country News* 27(3), March 21
- Legum, Barton, 2003, “Trends and Challenges in Investor-State Arbitration”, *Arbitration International*, vol.19(2)
- Madalena, Ignacio, 2003, “Foreign Direct Investment and the Protection of the Environment: the Border between National Environmental Regulation and Expropriation”, *European Environmental Law Review*, March.
- Mann, Howard and Von Moltke, Konrad, 2002, “Protecting Investor Rights and the Public Good: Assessing NAFTA’s Chapter 11”, background paper to IISD(International Institute for Sustainable Development) Tri-National Policy Workshops, Mexico City
- Mann, Howard and Soloway, Julie A., “Untangling the Expropriation and Regulation Relationship: Is There A Way Forward?”, Report to the Ad Hoc Expert Group on Investment Rules and the Department of Foreign Affairs and International Trade, March 31.
- OECD, 2004, “‘Indirect Expropriation’ and the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law”, Working Papers on International Investment, November 4, Directorate for Financial and Enterprise Affairs

- Parliament of Australia, 2003, Senate Foreign Affairs, Defence and Trade Legislation Committee, Voting on Trade: The General Agreement on Trade in Services and an Australia-U.S. Free Trade Agreement. Canberra, November
- Public Citizen, 2001, *NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Cases: Bankrupting Democracy: Lessons for Fast Track and the Free Trade Area of the Americas* Washington DC: Public Citizen
- Parenti, Christian, 2005, "The Impasse in Bolivia: Who Owns the Rain?", *London Review of Books*, July 7
- Parra, Antonio, 1997, "Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws: Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment" *ICSID Review* vol.12, No.2, Fall
- Pavey, Bronwyn and Williams, Tim, 2003, "The North American Free Trade Agreement: Chapter 11", Government of Canada, Depository Services Program, Science and Technology Division, February 26
- Peterson, Luke Eric, 2002, "All Roads Lead out of Rome: Divergent Paths of Dispute Settlement in Bilateral Investment Treaties", International Sustainable and Ethical Investment Rules Project.
- , 2003a, "Czech Republic Hit with Massive Compensation Bill in Investment Treaty Dispute", *Investment Law and Policy Weekly News Bulletini*, 21 March
- , 2003b, "Research Note: Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development", current as of August 2003
- , 2006, "Vivendi-Argentina Water Dispute Resumes after Unsuccessful Jurisdictional Challenges" *Investment Treaty News*, March 2. IISD
- Reich, Charles A., 1964, "The New Property", *Yale Law Journal*, vol.73, April
- Romanow Report, 2002, Commission on the Future of Health Care in Canada (Roy J. Romanow, Commissioner), *Building on Values: The Future of Health Care in Canada*, November
- Schenkman, Ethan G., 2006, "The International Comparative Legal Guide to INTERNATIONAL ARBITRATION 2006: A Practical Insight to Cross-border International Arbitration Work", Global Legal Group
- Schneiderman, David, 1996, "'NAFTA' Takings Rule: American Constitutionalism Comes to Canada?" *University of Toronto Law Journal* 499.
- , 2000, "Investment Rules and the New Constitutionalism" *Law & Social Inquiry*, vol.25(3), Summer
- Schultz, Jim, 2006, "The People Have Won!! BECHTEL VS. BOLIVIA", Leaders and Organizers of Community Organization in Asia (LOCOA), January 25
- Shrybman, Steven, 2006, "Investment: NAFTA Illegal?", January 22
- Soloway, Julie, 2003, "NAFTA's Chapter 11: Investor Protection, Integration and the Public Interest" *Choices: Canada's Options in North America*, vol.9(2)
- Sornarajah, M., 2003, "Affidavit" in support of Canadian Union of Postal Workers(CUPW)'s application to the Ontario Superior Court of Justice, Court File No.01-CV-208141
- Stiglitz, Joseph E., 2004, "The Broken Promise of Nafta", *New York Times*, January 6
- Stone Sweet, A., 2002, "Islands of Transnational Governance", in M. Shapiro and A. Stone Sweet ed., *On Law, Politics and Judicialization* Oxford: Oxford University
- UNCTAD, 2000, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements: Taking of Property*, United Nations: New York and Geneva
- , 2004, "Occasional Note: International Investment Disputes on the Rise", November 29, UN: New York and Geneva

-----, 2005a, *Investor-state Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, UN: New York and Geneva

-----, 2005b, "Issues Related to International Arrangements: Investor-State Disputes and Policy Implications" by the UNCTAD secretariat, January 14, UN: New York and Geneva

Van Harten, Gus, 2005a, "Private Authority and Transnational Governance: The Contours of the International System of Investor Protection", *Review of International Political Economy*, vol.12(4)

-----, 2005b, "Judicial Supervision of NAFTA Chapter 11 Arbitration: Public or Private Law?" *Arbitration International*, vol.21(4)

Weiler, Todd, 2000, "*Metalclad v. Mexcio: A Play in Three Parts*" *Journal of World Investment* 2.

Wikipedia, 2006, "Cochabamba Protests of 2000", last modified in July 7

## | 후기 |

노파심에서 한 가지만 덧붙이고자 한다.

이 책에서 투자자-국가 직접소송제의 폐해에 집중하다 보니, 혹여 "한미 FTA를 체결하더라도 이 제도만은 빼야 한다"는 것이 이 책의 논지라고 독자들에게 비추어질지 모르겠다.

결코 그렇지 않다. 이 책의 제목에서부터 암시되고 있지만, 투자자-국가 직접소송제를 집중적으로 논의한 것은 이 제도야말로 미국이 2000년대 들어와서 추진하고 있는 각종 자유무역협정 및 양자간 투자협정, 그리고 바로 지금 한국과 미국이 추진하고 있는 한미 FTA의 성격과 본질을 가장 적확하게 드러내고 있는 것이라고 생각했기 때문이다. 다시 말해 필자의 한정된 시간과 역량에서 '선택과 집중'의 대상으로 삼은 것뿐이다.

투자자-국가 직접소송제가 마치 자연스러운 것인 양 슬쩍 들어가 있는 지금의 한미 FTA 협상안은 민주적 토론을 통하여 원점에서부터 전면적으로 재검토되어야 한다. 이것이 이 책의 논지라는 것은 길게 말할 필요도 없다.

보잘것없는 책이지만 이 책을 쓰고 출간하는 데 나로서는 과분한 격려와 도움을 받았다. 그 가운데 몇분이라도 여기서 다시 한번 기억하는 것이 도리일 것 같다. 먼저 송기호 변호사는 책의 초고를 꼼꼼히 읽고 나서 많은 아이디어를 주고 중요한 지적들을 해주셨다. 특히 법(法)에 관한 공부가 모자란 저자로서는 송기호 변호사의 꼼꼼한 지적과 조언이 없었다면 국제법과 국내법 관련 사항과 용어에서 중대한 실수를 범할 수도 있었을 것이다. 또한 바쁘신 중에도 기꺼이 발문을 써주신 강원대 이병천 교수님, 애정을 갖고 초고를 읽어주신 한신대 이해영 교수님의 각별한 관심과 격려도 큰 힘이 되었다. 이 자리를 빌려 이 분들께 깊이 감사드린다. 하지만 이 분들의 지적과 충고를 필자가 모두 따른 것은 아니므로, 이 책의 내용상 오류는 오롯이 필자의 책임이다.

이 글의 초고는 인터넷 신문 <프레시안>에 먼저 연재되었다. 연재를 위해 원고를 꼼꼼히 읽고 훌륭하게 편집해주신 이주명 기자께 감사드린다. 그리고 <프레시안>의 노주희 기자는 이 글을 구상해놓고서도 차일피일 미루고 있던 저자를 여러 모로 격려하고 자극하여 마침내 집필을 시작하도록 했다. 황준호, 윤태곤 기자도 여기에 가세했다. 이 기자들께 감사의 인사와 함께 행복한 원망을 함께 전한다.

집필이 난항을 겪을 때마다, 그래서 집필 시간의 거의 10분의 1을 맥주와 웃음으로 위로해준 우리 '다른 경제'의 식구들, 이정환 기자, 이경숙 기자, 김신양 선생님 등에게도 감사를 전한다. 비슷한 이유로 이종태 님과 김태억 박사님께도 감사를 전한다. 또 이 책의 '팜플렛 정신'을 십분 공감하고, 신속한 출판을 위해 노력해

주신 녹색평론사 편집실 여러분께 깊이 감사드린다.

마지막으로, 이 경박한 시대에 돈과 시간을 쪼개어 이 책을 읽어준 독자께 가장 깊은 감사를 드린다. 이 모자란 책이 모든 분들의 진심과 충정에 조금이나마 힘을 드리는 계기가 된다면, 그동안 축난 내 몸과 마음도 새롭게 살아날 것 같다.

2006년 10월

저자 홍기빈

## 한미 FTA는 어떻게 나라를 죽이는가

이병천 (강원대 경제무역학부 교수, 참여사회연구소장)

대한민국에 한미 FTA라는 ‘괴물’이 나타났다. 이 괴물의 속도는 매우 빠르다. 우리는 지금 미친듯이 질주하고 있는 이 낯선 괴물을 막아내기 위해 혼신의 힘을 다해 싸우고 있는 중이다. 영화가 아니라 생생한 현실이다. 막 광복 60주년을 지난 시점, 근대화이중 혁명이라 불리는 산업화와 민주화의 두 격변의 역사가 모두 합쳐 약 50년이 되는 시점, 민주화만으로 보면 곧 20년을 맞이할 시점, 그리고 1997년 IMF 위기 이후 거의 10년이 되는 시점에서 말이다. 한미 FTA라는 괴물과의 싸움 판도에 따라 대한민국의 미래, 그리고 이 땅에서 살아갈 사람들의 삶의 방식은 판이하게 달라질 것이다.

이제야 사람들은 꿈에서 깨어나 민주화의 시대가 참으로 앞곳은 양면성을 지니고 있다는 사실, 즉 그 얼굴의 왼쪽편은 군부독재를 청산하고 정치적 민주화로 이행하는 밝은 빛을 보이고 있으나 그 오른쪽은 경제적 자유화라는 어두운 빛을 하고 있다는 사실

을, 민주와 공공과 생태와 평화를 억압하는, 그리하여 ‘모두를 위한 나라’를 죽이는 야만적 시장-자본사회로 가는 대전환 시대의 얼굴을 하고 있다는 사실을 깨닫고 있다.

이제 1987년 6월에서 시작된 민주주의의 한 순환은 종말을 고했다. 오늘의 6월은 더이상 20년 전 그날의 6월이 아니다. 지금 여기서 다시 우리시대 진보를 말하고자 하는 사람들은, 민주화 시대가 보여주는 이같은 양면 분열증, 한편으로 권위주의를 역사의 저편으로 몰아낸 정치적 민주화, 다른 한편으로 야만적 시장사회를 불러들이면서 민주, 공공, 생태, 평화를 억압하는 경제적 자유화(liberalization against democracy, commons and publicness)를 확실히 준별하는 것에서부터 시작해야 할 것이다. 새로운 진보, 새로운 6월의 시대는 반(反)신자유주의 운동의 본격적 시작으로 개막되고 있다. 한반도 평화와 비핵화를 위한 노력도 이 운동과의 결합 위에서 진행되어야 한다.

자유화하는 시장과 자본의 보수혁명은 일찍이 플라니가 말한 바, 나라 안에서 사회적 규제력으로부터 탈착근(disembedded)될 뿐만 아니라, 국민국가의 공적 규제력으로부터도 해방된다. 따라

## investor-state claim

서 그것은 이중적으로 탈착근, 탈공공화된다. 이대로 간다면 한미 FTA는 자본의 세계화 시대 시장사회로 가는 한국적 길에서, 1997년 위기와 구조조정에 이어 제2차 신자유주의 보수혁명의 성격을 가지게 될 것이다. 참여정부는 자신해서 자기 손발을 움아매는 길, 나라의 주권과 공적 규제력을 양도하고 공동화하는 위험천만한 길로 들어섬으로써 대한민국을 국제 자본의 무책임이 극에 달할, 그들의 정복과 잔치 마당으로 만들려 하고 있다. 이 길은 다시 돌이킬 수 없는 길이 될 것이다. 그리하여 한미 FTA를 통과함으로써 이제까지 우리의 역사에서 한번도 민주주의, 민주적·생태적 공공성과 더불어 사는 법을 배워 본 적이 없는 한국의 자본주의는 이제 민주화=자유화의 시대에 유례없이 '기업하기 좋은 나라', 즉 '국제 투기자본-재벌-한국 정부'의 삼각 지배 복합체가 주도하는 자신의 특권적 무책임의 역사의 새 장을 쓰게 될 것이다.

반면에 대다수 보통 사람들은 이 삼각 지배 복합체 아래서 이른바 '자유 무역', '투자자 보호', '공정 경쟁', '투자', '수용', '국제 중재절차', '기업하기 좋은 나라' 등등의 말이 과연 뭘 말하는지, 무엇보다 '투자자-국가 소송제'라는 말이 뭘 말하는지, 그 아주

## investor-state claim

쓰디쓴 맛을 보게 될 것이다. 한국의 포스트-개발독재, 본격적 시장사회로의 이행은 그래도 이 땅에서 애착을 갖고 살아보려고 발버둥치는 선량한 보통 사람들의 일상적 삶을 무책임한 자본권력의 온갖 횡포와 시장경쟁의 정글 속으로 밀어넣으면서 그 삶의 틀을 송두리째 뒤집어놓을 것이다. 뿐만 아니라 이 전환은 사회·경제적 전환을 넘어 정치적 민주화의 진전에도 족쇄를 물리는 역습 효과를 가져올 것이다. 나아가 대북 관계, 정치외교관계에서도 남한사회의 주권적 운신 능력에 단단히 고삐를 쥘 것이다. 그러면 뒤늦게야 사람들은 그 대척점에 있는 나라의 주권, 공공성, 민주주의라는 말이 정말 무엇을 말하는지 뼈저리게 통감하게 될 것인데, 그때는 이미 늦었다.

언젠가부터 그런 생각을 갖고 공부를 해오지 않았던 것은 아니지만, 다시 요동치는 대전환의 소용돌이 속에 살면서 새롭게 그것이 중요하다는 생각을 한다. 즉 보편적인 것, 영원한 것을 추구하되 구체적인 때와 장소에 상응되게, 동료 시민들과 함께 길을 걸으며 더불어 소통하면서 그렇게 해야 한다는 것이다. 큰 것, 높은 것, 원대한 것, 저 우주적인 것에 대한 관심을 놓지 않되, 아니 오

## investor-state claim

히려 그것을 위해서라도 작은 것, 낮은 것, 미약한 것, 원자적인 것, 보이지 않는 것, 들리지 않는 것, 소멸한 것, 패배한 것들을 소중히 여기고 그것들이 연출하는 상호의존적인, 상관적 그물망의 숨결과 교감하고, 사랑하고, 애도할 줄 아는 능력을 길러야 한다는 것이다. 옛것, 고전, 선각, 대가, 그리고 외래적인 것으로부터 늘 배우고 익히되, 거기에 갇히고 그것을 물신숭배하면 위태로우며, 반성적으로 사유하고 무소의 뿔처럼 자신의 길을 가야 한다는 것이다. 아무리 초라하고 보잘것없는 판잣집이라 해도 자기 집을 지어야 한다는 것이다. 개인뿐만 아니라 한 나라도 그렇게 할 수 있다면 오죽 좋을까.

홍기빈 형이 참 솜씨 좋게, 제 때에, 정말 좋은 책을 세상에 내놓았다. 독자들이 이 책을 읽으면 나의 발문은 한낱 군더더기에 불과함을 금방 알아챌 것이다. 저자는 이 책을 ‘팜플렛’으로 읽혀 지기 바란다고 쓰고 있다. 독자들은 ‘팜플렛’ 하면 무슨 생각을 떠올릴까. 나는 이 책이 한미 FTA라는 괴물의 정체를 밝히는 시민을 위한 일급의 비판적 계몽서, 살아있는 글쓰기의 전형을 보여주

## investor-state claim

는 책, 나아가 보편적인 것을 추구하되 시간과 장소에 알맞게 동료 시민들과 소통하는 글쓰기, 매우 작은 것에 아주 큰 것을 담아 넣을 줄 아는 글쓰기, 그리고 옛것에서 배우되 굳건히 자신의 길을 개척하는 훌륭한 글쓰기의 정신에 딱 맞는 바로 그런 책이라고 생각한다. 저자와 함께 팜플렛 정신, 팜플렛 문화를 살리는 운동을 시작해야겠구나 하는 마음까지도 생긴다.

누가 날더러 왜 한미 FTA를 반대하는가, 왜 한미 FTA가 문제인가 딱 한 가지만 말해 보라고 한다면, 주저없이 바로 이 책의 주제인 ‘투자자-국가 소송제’를 꼽을 것이다. 이 제도야말로 한미 FTA를 통해 국제자본의 활동이 얼마나, 어디까지 무책임해질 수 있는지, 그 무책임과 특권과 횡포가 한 나라의 주권과 민주적·공공적 규제력을 어떻게 철저히 파괴하고 짓밟고 무력화시키는지, 그리하여 어떻게 일반 대중의 삶을 위기에 빠트리게 되는지를 가장 잘 보여주기 때문이다. ‘투자자-국가 소송제’의 기본적 내용은 이미 잘 알려져 있고 선행 연구도 있다. 그러나 이 책만큼 그 정체를 적확하고 생생하게, 다면적으로, 깊이있게, 대중적으로, 재미있게 파헤친 연구는 없었다고 생각한다.

# investor-state claim

혹시 당신은 한미 FTA라는 ‘낮선 괴물’의 정체를 알고 싶은가. 당신은 한미 FTA가 얼마나 위험한지, 왜 한미 FTA가 나라를 죽이는지 알고 싶은가. 당신은 한미 FTA를 반대하는 이유를 알고 싶은가. 당신은 ‘투자자-국가 소송제’에 대해 알고 싶은가. 한미 FTA가 우리나라를 ‘선진화’시키고 업그레이드시킨다고? 한미 FTA가 동반성장의 길이라고? 한미 FTA를 통한 무분별한 개방만이 살 길이며 한미 FTA를 반대하는 자들은 나라를 망하게 할 쇠국주의자라고? 투자자-국가 소송제가 글로벌 스탠더드이고 그래서 한국이 이를 따르는 것은 당연하다고?

당신은 이같은 정부의 말이 얼마나 텅 빈 거짓말인지 알고 싶은가. 만약 그렇다면 나는 당신에게 가장 먼저 이 책을 권하고 싶다. 그렇지만 당신 혼자만 읽지 말고, 부디 당신의 친구, 그 친구의 친구와 더불어 이 책을 읽는 재미를 함께 하시기 바란다. 한미 FTA의 심장을 향해 쓰는 화살이라고 해도 좋을, 이 아담하지만 날카롭고 날렵한 팜플렛을 말이다. 그러면 당신은 한미 FTA 추진에 반대하는 시민 ‘12014277+1’명 서명운동에 동참하고 싶은 생각이 절로 날 것이다.

## 투자자-국가 직접소송제 [ FTA의 지구정치경제학 ]

초판 제1쇄 발행 • 2006년 10월 30일

저자 • 홍기빈  
발행인 • 김종철  
발행처 • 녹색평론사

주간 • 변홍철  
편집·제작 • 정수근 신상숙  
표지·본문 디자인 • 오은지

주소 • 대구시 수성구 범어4동 202-13  
전화 • 053-742-0663, 0666  
팩스 • 053-741-6168  
홈페이지 • [www.greenreview.co.kr](http://www.greenreview.co.kr)  
이메일 • [editor@greenreview.co.kr](mailto:editor@greenreview.co.kr)  
출판등록 • 1991년 9월 17일 제6-36호

값 10,000원  
ISBN 89-90274-34-6 03300