



대미 투자 관련 투자자-국가 분쟁사례 연구: 미국의 외국인투자 정책 변화 검토와 주요 판정례 분석에 따른 한국 기업과 정부의 대응 방향

엄준현

대외경제정책연구원은 세계경제환경의 변화에 따른 외부적 도전을 슬기롭게 극복하고 우리 경제의 국제적 역할과 위상을 정립하기 위해 1989년 정부 출연연구기관으로 발족하였습니다.

본 연구원은 국제거시금융, 무역통상안보, 세계지역연구, 국제개발연구 등과 관련된 문제를 조사·분석하고 정책수단을 개발하는 연구활동을 수행함으로써 국가의 대외경제정책 수립에 이바지하고 있습니다.

연구결과는 [연구보고서], [연구자료], [Working Paper] 등 각종 국·영문보고서, 웹진 [오늘의 세계경제], World Economy Brief, 학술지 *East Asian Economic Review (ESCI)*, 한국연구재단 등재지) 등의 형태로 발간되고 있으며, 원문을 본 연구원 홈페이지(www.kiep.go.kr)에 공개하고 있습니다.

對外經濟政策研究院

KOREA INSTITUTE FOR INTERNATIONAL ECONOMIC POLICY

30147 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
T. 044-414-1114 F. 044-414-1001
www.kiep.go.kr

**대미 투자 관련 투자자-국가
분쟁사례 연구: 미국의 외국인투자
정책 변화 검토와 주요 판정례 분석에
따른 한국 기업과 정부의 대응 방향**

엄준현

연구자료 26-01

대미 투자 관련 투자자-국가 분쟁사례 연구: 미국의 외국인투자 정책 변화 검토와 주요 판정례 분석에 따른 한국 기업과 정부의 대응 방향

인 쇄 2026년 6월 22일
발 행 2026년 6월 29일
발행인 이시욱
발행처 대외경제정책연구원
주 소 30147 세종특별자치시 시청대로 370
세종국책연구단지 경제정책동
전 화 044) 414-1179
팩 스 044) 414-1144
인쇄처 (사)아름다운사람들(02-6948-9650)

©2026 대외경제정책연구원

정가 7,000원
ISBN 978-89-322-2540-1 94320
978-89-322-2064-2(세트)

대외경제정책연구원은 'ESG 경영' 방침에 따라
친환경 용지를 사용합니다.



트럼프 2기 행정부 출범 이후 미국의 외국인투자 정책은 트럼프 1기 행정부 당시 확대된 투자 심사 법제와 바이든 행정부의 심사 요소 구체화, 사후 점검 및 집행 강화 흐름을 대체하기보다는 이를 미국 우선주의와 적대국 연계 통제 의 관점에서 더욱 강화하는 방향으로 움직였다. 본 보고서는 이러한 변화가 한국기업의 대미 투자 및 한미 FTA 투자 장의 적용 범위와 판단 기준에 어떤 법적 쟁점을 제기하는지를 검토한 연구이다. 본고는 미국의 「미국 우선 투자 정책」, 이후 공개된 「국가안보 전략」, 「2026년 국방수권법」, 외국인투자위원회(CFIUS) 심사 제도를 중심으로, 미국이 제조업 재건, 에너지 우위 달성, 핵심 공급망 확보, 복원력 있는 국가 기반 시설 구축을 안보 과제로 내세우며 투자 심사, 조건부 승인, 사후 점검, 조달 제한, 공급망 재편, 보조금 정책을 안보 목적에 따라 운용할 가능성을 보여준다. 이러한 변화는 최근 자동차, 배터리, 반도체, 에너지, 기반 시설 분야를 중심으로 미국 투자를 확대해 온 한국기업에 직접적인 영향을 줄 수 있으며, 특히 중국 등 적대국과의 지분 관계, 공급망 연계, 기술 협력, 데이터 접근 구조가 새로운 심사 위험으로 부상할 수 있을 것으로 보인다.

본 연구의 핵심은 미국의 조치가 존재한다는 사실만으로 곧바로 한미 FTA 위반이 성립하는 것은 아니라는 점을 분명히 한 데 있다. 법적 평가는 미국 조치의 명칭이나 외형이 아니라, 그 조치의 실질적 성격과 어떤 규범을 적용할 수 있는지에 따라 달라진다. 먼저 제3장은 국가 행위가 한미 FTA에 따른 ‘조치’에 해당하는지, 그 조치가 투자와 법적으로 관련되는지, 과세 조치에는 협정이 적용되지 않는 것이 원칙이나 예외적으로 어떤 규정이 적용되는지, 그리고 정부

조달, 보조금, 비합치 조치 유보에 따라 투자 장의 특정 의무 적용이 제한되거나 배제되는지를 따진다. 이어 제4장은 적용 배제가 되지 않는 경우를 전제로 내국민대우, 최혜국대우, 대우의 최소 기준, 수용, 안보 예외의 판단 기준을 설명하고, 일반 예외에 대해서는 한미 FTA 제23.1조가 투자의 장에 적용되지 않는다는 해석과 비교 판정례상 보상 책임 문제를 함께 검토한다. 즉 본 보고서는 분쟁을 단순히 위반 문제로 다루지 않고, 먼저 문제가 된 행위가 협정에서 말하는 조치에 해당하는지, 다음으로 협정의 일부 의무 적용이 제한되거나 배제되는지, 그다음에 본안 판단과 예외 단계에서 어떤 규범이 적용되는지를 나누어 살펴보아야 한다는 점을 강조한다.

또한 본 보고서는 정부조달과 보조금처럼 겉으로 보기에는 예외나 적용 배제와 연결되는 조치도 명칭만으로 단정할 수는 없다고 본다. 국가의 구매 행위 인지, 재정적 지원인지, 또는 하나의 조치에 서로 다른 요소가 결합되어 있는지에 따라 협정에서 어느 규정이 적용될지가 달라질 수 있기 때문이다. 과세 조치에는 협정이 적용되지 않는 것이 원칙이지만, 제23.3조가 정한 범위에서 내국민대우, 최혜국대우, 일부 이행 요건 규정이 적용되고 수용과 투자 계약 및 투자 승인 위반에 관한 중재 청구가 가능하므로, 조치의 실질과 적용 규정 및 선행 절차를 함께 검토해야 한다. 내국민대우와 최혜국대우에서는 비교 대상과 동종 상황의 설정이 중요하고, 대우의 최소 기준에서는 집행의 일관성, 절차의 명확성, 구체적 약속의 존재가 중요하며, 수용에서는 조치의 효과와 규제 권한의 한계가, 안보 예외에서는 안보 목적과 조치 사이의 합리적 관련성이 중요한 판단 요소가 된다. 이처럼 본 보고서는 협정이 적용되는 단계에 따라 요구되는

증거와 판단 기준이 다르다는 점을 보여준다.

마지막으로 본 연구는 개별 기업 사건의 승패를 단정하기보다, 향후 한국기업과 한국정부가 조치 해당성, 적용 배제, 본안 판단과 예외의 단계별 구조에 따라 어떤 방식으로 대응 준비를 해야 하는지에 초점을 맞춘다. 한국기업에는 비공식 행정 개입까지 포함한 증거 확보, 투자 구조와 거래 관계의 사전 정비, 적대국 연계로 해석될 수 있는 요소의 점검, 조달, 보조금, 과세 조치의 실질 분석, 예외 및 항변 가능성에 대한 준비가 필요하다고 본다. 특히 정부조달과 보조금의 경우 하나의 계약이나 지원 조치 전체가 아니라 그 안의 개별 요소에 따라 국가의 구매 행위인지, 재정적 지원인지, 별도 규제인지 미리 구분하는 준비가 요구된다. 한국정부에는 첫째, MFN 규정의 적용 범위를 더 구체화하는 방안, 둘째, 일반 예외 규정과 투자 장 및 보상 의무의 관계를 더 명확히 정리하는 방안, 셋째, 안보 예외의 해석 기준을 더 구체화하는 방안을 제시한다. 구체적으로 MFN 규정과 관련해서는 다른 협정의 분쟁 해결 절차가 배제된다는 점을 유지하면서도, 그 밖의 절차 규정 또는 실제 규정과의 관계, 실제 비교 대상이 되는 조치에 따른 대우의 범위를 더 분명히 하는 방안을 검토할 수 있다. 일반 예외 규정과 관련해서는 현행 협정의 문언과 체계에 따르면 투자의 장에 적용되지 않는다는 해석을 유지하되, 장래에 투자의 장에 일반 예외 규정을 신설한다면 그 적용 범위뿐 아니라 적법한 수용에 대한 보상 의무, 손해배상 책임, 적법절차 준수 의무와의 관계까지 함께 명시할 필요가 있을 것이다. 안보 예외와 관련해서는 한미 FTA 문언상 당사국이 안보 예외를 주장하면 중재판정부가 그 예외가 적용된다고 판정해야 한다는 점과, 최근 판정례가 신의성실 원칙에 따른

제한적 검토 및 필수적 안보 이익과 조치 사이의 합리적 관련성 검토를 인정했다는 점을 함께 고려하여 해석 기준을 더 구체화하는 방안을 제시한다.

결국 본 보고서는 트럼프 2기 행정부에서 더 뚜렷해진 안보 중심 투자 심사와 통제 방향이 한국기업에 규제 부담이 될 뿐만 아니라 조치 해당성, 적용 배제, 본안 판단과 예외가 단계적으로 갈리는 새로운 분쟁 구조를 만들어 낼 수 있음을 보여준다. 이에 대응하려면 협정 문언, 판정례, 예외와 항변 체계뿐 아니라 정부조달, 보조금, 과세 조치의 실질까지 함께 보는 정교한 분석이 필요하다.



국문요약	3
 제1장 서론	13
1. 연구의 배경과 목적	13
가. 연구의 배경	13
나. 연구의 목적	15
2. 연구의 범위와 구성	16
가. 연구의 범위	16
나. 연구의 구성	17
 제2장 트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책 변화	19
1. 「미국 우선 투자 정책」 공개와 투자 심사 방향 제시	20
가. 법적 근거와 법적 성격	20
나. 주요 내용	21
다. 특징	23
2. 「국가안보 전략」 공개와 안보 과제 정리	24
가. 법적 근거와 법적 성격	25
나. 주요 내용	25
다. 특징	27
3. 「2026년 국방수권법」 제정과 공급망 규칙 구체화	28
가. 법적 근거와 법적 성격	28
나. 주요 내용	29
다. 특징	34

4. 외국인투자위원회 심사 제도의 선별적 강화와 절차 간소화	35
가. 법적 근거와 법적 성격	36
나. 주요 내용	39
다. 특징	42
5. 소결	43

제3장 한미 FTA 적용 범위와 배제 관련 판정례 46

1. 국가 행위의 조치 해당성	48
가. 비공식 행위의 조치 해당성을 다룬 Mason 사건	49
나. 비주권적 행위의 조치 해당성을 다룬 Mason 사건	50
다. 소결	52
2. 조치와 투자의 법적 관련성	53
가. 관련성 요건의 법적 성격을 명확히 한 Resolute Forest 사건	54
나. 관련성 요건의 구체적 적용을 다룬 Mason 사건	55
다. 소결	56
3. 과세 조치에 대한 투자협정의 비적용	57
가. 진정한 과세 조치 해당성 판단 기준을 다룬 Yukos 사건	60
나. 과세 조치의 수용 해당 기준을 다룬 EnCana 사건	62
다. 소결	64
4. 정부조달 조치에 대한 투자협정의 일부 의무 비적용	65
가. 정부조달 해당성을 다룬 Resolute Forest 사건	66
나. 복합 조치의 분리 판단을 다룬 Resolute Forest 사건	67
다. 소결	68
5. 보조금 또는 무상교부에 대한 투자협정의 일부 의무 비적용	69
가. WTO 보조금 협정의 정의를 따르지 않은 Resolute Forest 사건 ..	70

나. 자기모순과 보조금 예외 적용을 다룬 Resolute Forest 사건	71
다. 소결	72
6. 비합치 조치 목록 기재에 따른 특정 의무에 관한 유보	74
가. 비합치 조치의 시간적 범위를 다룬 Mobil 사건	76
나. 목록 기재 조치와의 동일성을 다룬 Mobil 사건	77
다. 소결	78

제4장 한미 FTA 실체 의무 위반과 예외 판단 관련 판정례 80

1. 내국민대우(NT)	80
가. 비교 대상 설정의 적정성을 다룬 Mason 사건	81
나. 동종 상황 판단에서 동종 법체계를 강조한 Grand River 사건	82
다. 소결	86
2. 최혜국대우(MFN)	87
가. 비교 대상 설정의 적절성을 다룬 Apotex(III) 사건	92
나. MFN 규정의 적용 범위를 다룬 Lupaka 사건	93
다. 소결	94
3. 대우의 최소 기준(MST)	95
가. 규제 집행의 일관성을 다룬 Eco Oro 사건	97
나. 구체적 약속의 의미를 다룬 Red Eagle 사건	98
다. 소결	99
4. 수용	101
가. 수용과 FET 위반을 함께 다룬 Metalclad 사건	105
나. 간접 수용과 규제 권한의 한계를 다룬 Eco Oro 사건	106
다. 소결	107

5. 한미 FTA 일반 예외 규정의 적용 범위 및 비교 판정례	108
가. 인간 생명 보호 예외와 보상을 다룬 Bear Creek Mining 사건 ..	111
나. 환경 보호 예외와 보상을 다룬 Eco Oro v. Colombia 사건	114
다. 소결	118
6. 안보 예외	119
가. 제한적 신의칙 검토를 다룬 Seda v. Colombia 사건	121
나. 합리적 관련성을 다룬 Riverside Coffee v. Nicaragua 사건 ..	124
다. 소결	128
제5장 한국 기업과 정부에 대한 시사점	130
1. 한국기업에 대한 시사점	132
가. 협정 적용 범위와 적용 배제 관련 대응 방향	132
나. 실체적 의무 위반 입증 관련 대응 방향	133
다. 일반 예외 적용과 보상 책임 관련 대응 방향	135
라. 안보 예외 주장에 대한 대응 방향	135
2. 한국정부에 대한 시사점	136
가. MFN 규정의 적용 범위 구체화	137
나. 일반 예외 규정 및 보상 의무와의 관계 명확화	138
다. 안보 예외의 해석 기준 명확화	139
참고문헌	141
Executive Summary	147



표 차례

표 2-1.	CFIUS 심사 법제의 주요 변화	38
표 3-1.	한미 FTA와 NAFTA의 조치 정의 비교	48
표 3-2.	한미 FTA와 NAFTA의 조치와 투자의 법적 관련성 규정 비교	53
표 3-3.	과세 조치에 대한 한미 FTA 비적용 규정	58
표 3-4.	정부조달 조치에 대한 NT, MFN, SMBD 적용 배제	65
표 3-5.	정부조달 조치에 대한 PR의 부분 적용	66
표 3-6.	보조금 조치에 대한 NT, MFN, SMBD 적용 배제	70
표 3-7.	비합치 조치에 관한 한미 FTA 규정	74
표 4-1.	한미 FTA 내국민대우 규정	80
표 4-2.	한미 FTA와 NAFTA의 NT 규정 비교	85
표 4-3.	한미 FTA와 CPTPP 및 USMCA의 동종 상황 규정 비교	86
표 4-4.	한미 FTA MFN 규정	88
표 4-5.	한미 FTA와 NAFTA의 MFN 규정 비교	88
표 4-6.	한미 FTA와 CPTPP 및 USMCA의 MFN 규정 비교	90
표 4-7.	USMCA의 MFN 적용 범위	92
표 4-8.	한미 FTA 대우의 최소 기준 규정	96
표 4-9.	한미 FTA 본문의 수용 규정	102
표 4-10.	한미 FTA 부속서의 수용 규정	104
표 4-11.	한미 FTA의 일반 예외 규정	108
표 4-12.	캐나다·페루 FTA의 일반 예외 규정	113
표 4-13.	캐나다·콜롬비아 FTA의 일반 예외 규정	115
표 4-14.	한미 FTA의 안보 예외 규정	121
표 5-1.	주요 연구 결과와 한국 기업 및 정부에 대한 시사점	131



그림 차례

그림 2-1. CFIUS 심사 절차	41
그림 3-1. 한미 FTA 제11장의 적용 순서	47
그림 3-2. 과세 조치에 대한 중재 청구 전 당국의 검토	60
그림 3-3. 비합치 조치 목록의 해석에 관한 공동위원회의 결정 절차	76

1. 연구의 배경과 목적

가. 연구의 배경

2025년 1월 20일 출범한 미국 트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책은 투자 심사, 승인 조건, 사후 점검, 공급망 재편, 핵심 기술 보호, 데이터 통제와 같은 정책 수단을 통해 외국인투자자에 대한 미국정부의 통제를 강화하는 정책 방향을 보다 분명히 제시한 것이 특징이다. 다만 이러한 정책의 특징은, 트럼프 1기 행정부 당시 핵심 기술, 핵심 기반 시설, 민감 정보 관련 기업에 대한 비(非) 지배적 투자와 일부 부동산 거래까지 포괄하도록 확대된 투자 심사 법제, 그리고 바이든 행정부의 공급망, 핵심 기술, 사이버 보안, 민감 정보 관련 심사 요소 구체화, 사후 점검 및 집행 강화 흐름을 대체하기보다는, 그 연장선에서 미국 우선주의와 적대국 연계 통제의 기준을 더 앞세운 데 있다. 따라서 트럼프 2기 행정부의 차별성은 새로운 통제 체계를 처음 만든 데 있다기보다, 기존 심사와 집행 흐름을 제조업 재건, 에너지 안보, 핵심 공급망 보호, 적대국 연계 차단이라는 정책적 우선순위를 더욱 분명히 한 데 있다.

물론 외국인투자 정책에서 국가안보를 중시하는 흐름이 트럼프 2기 행정부에서 처음 나타난 것은 아니다. 바이든 행정부도 2022년 「반도체 및 과학법(Chips Act: Chips and Science Act)」과 「인플레이션 감축법(IRA: Inflation Reduction Act)」을 시행하여 첨단산업, 공급망, 청정에너지 분야를 중심으로 산업 정책과 안보 정책을 결합했다. 다만 트럼프 2기 행정부는 바이든 행정부

의 보조금, 공급망 중심 접근을 그대로 반복하기보다, 이를 투자 유입 선별, 적대국 자본 통제, 조달 및 공급망 규칙 강화에 더 큰 비중을 두었다. 「미국 우선 투자 정책」은 동맹국 투자 촉진과 적대국 연계 통제를 투자 심사 운용 방향으로 제시했고, 이후 공개된 「국가안보 전략」은 제조업, 에너지, 핵심 공급망, 핵심 기반 시설을 국가안보와 경제안보의 과제로 정리했으며, 「2026년 국방수권 법」은 조달과 공급망 규칙을 구체화하는 법적 수단을 마련했다.

이러한 정책 변화는 한국의 대미 투자 규모와 결합할 때 그 의미가 더 커진다. 재정경제부가 발표한 2025년 연간 해외직접투자 동향에 따르면, 총투자 기준 미국은 2020년부터 2025년까지 매년 한국의 최대 해외직접투자 대상국이었다. 대미 직접 투자는 2021년 279.3억 달러, 2022년 301.4억 달러로 크게 확대된 뒤 2023년 288.3억 달러, 2024년 223.8억 달러로 조정되었으나, 2025년에는 252.7억 달러로 전년보다 28.9억 달러(12.9%) 증가하며 반등했다. 2025년 대미 투자액은 2위 케이만군도(84.4억 달러)의 약 3.0배, 3위 룩셈부르크(63.4억 달러)의 약 4.0배에 달했다.¹⁾ 이처럼 미국은 한국의 해외직접투자에서 최근 6년간 지속적으로 가장 큰 비중을 차지한 투자처이다. 따라서 미국의 외국인투자 정책 변화가 한국기업의 투자 구조와 사업 운영에 미칠 수 있는 영향도 그만큼 크다.

투자 규모뿐 아니라 투자 분야 측면에서도 이러한 정책 변화는 한국기업의 대미 투자와 직접 연결된다. 최근 한국기업의 대미 투자는 자동차, 배터리, 반도체, 에너지, 기반 시설 등 미국의 산업 정책과 공급망 재편의 핵심 분야에 집중되었다. 앞서 언급한 반도체, 청정에너지, 배터리, 전기차 관련 지원 정책은 한국기업의 미국 내 생산과 투자 확대를 촉진했지만, 동시에 한국기업을 미국의 투자 심사, 공급망 규제, 조달 조건, 보조금 운용 변화에 더 크게 노출했다. 따라서 미국이 국가안보를 이유로 투자 심사 및 승인 조건을 강화하거나, 공급

1) 재정경제부(2026. 3. 27.), 「'25년 연간 해외직접투자는 718.8억 달러로 전년 대비 8.7% 증가」(검색일: 2026. 4. 30.).

망과 조달 기준을 바꾸거나, 보조금의 지급 구조를 조정하면 이는 한국기업의 투자 구조와 사업 운영에 실질적인 영향을 미칠 수 있다.

다만 미국의 이러한 조치가 문제가 된다고 해서 곧바로 한미 FTA 위반이라고 단정할 수는 없다. 한미 FTA 투자 장에 따른 법적 평가는 미국 조치의 명칭이나 외형이 아니라, 그 조치의 실질적 성격과 적용할 수 있는 규범에 따라 달라질 수 있기 때문이다.

과세 조치에 해당하면 협정 적용이 원칙적으로 배제되지만, 예외 규정이 정한 범위 내에서 내국민대우(NT: National Treatment), 최혜국대우(MFN: Most Favored Nation Treatment), 일부 이행 요건(PR: Performance Requirement) 규정, 수용과 투자 계약 및 투자 승인 위반에 관한 중재 청구 규정이 적용될 수 있다. 그리고 정부조달, 보조금, 비합치 조치 유보에 해당하면 투자 장의 특정 의무 적용이 제한되거나 배제될 수 있다.

투자 장의 특정 의무 적용이 제한되거나 배제되지 않더라도, NT와 MFN에서는 비교 대상과 동종 상황이, 대우의 최소 기준에서는 집행의 일관성, 절차의 명확성, 구체적 약속의 존재가, 수용에서는 조치의 효과와 규제 권한의 한계가, 안보 예외에서는 안보 목적과의 합리적 관련성이 핵심 쟁점이 된다. 특히 정부조달과 보조금은 단순히 조치의 명칭만으로 판단할 수 없고, 그 실질이 국가의 구매 행위인지, 재정적 지원인지, 또는 하나의 조치를 서로 다른 요소를 나누어 볼 수 있는지까지 살펴볼 필요가 있다.

나. 연구의 목적

이 연구의 목적은 트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책 변화가 문제가 되는 상황을 배경으로 한미 FTA 투자 장의 적용 범위와 판단 기준을 검토하고, 이를 바탕으로 한국정부와 한국기업에 대한 시사점을 도출하는 데 있다.

이를 위해 먼저 미국의 「미국 우선 투자 정책」, 「국가안보 전략」, 「2026년 국방수권법」, 외국인투자위원회 심사 제도의 운용 변화를 검토하여 트럼프 2기 행정부 외국인투자 정책의 주요 변화와 특징을 정리했다. 다음으로 제3장에서는 투자 규범의 적용과 배제를 중심으로, 국가 행위의 조치 해당성, 조치와 투자자의 법적 관련성, 과세 조치, 정부조달, 보조금, 비합치 조치 유보를 검토했다. 이어 제4장에서는 본안 단계의 투자 규범 판단과 예외를 중심으로, 내국민대우, 최혜국대우, 대우의 최소 기준, 수용, 일반 예외, 안보 예외에 관한 판단 기준을 검토했다. 즉 이 연구는 미국의 외국인투자 관련 조치가 한미 FTA 투자 장에 따라 먼저 심사 대상이 될 수 있는지, 심사 대상이 된다면 어떤 규범과 판단 기준에 따라 평가될 수 있는지를 단계적으로 정리하는 데 목적이 있다.

이 연구의 목적은 개별 한국기업의 구체적 사실관계에 대하여 한미 FTA 위반을 단정적으로 평가하는 데 있지 않다. 오히려 한국기업의 대미 투자와 관련하여 분쟁이 발생하는 경우 어떤 법적 쟁점과 판단 기준이 중요하게 작용할 수 있는지를 체계적으로 정리하고, 이를 바탕으로 한국기업과 한국정부가 참고할 수 있는 정책적 시사점을 제시하는 데 목적이 있다. 특히 이 연구는 조치 해당성, 적용 배제, 본안 판단과 예외의 구분에 따라 쟁점이 서로 다르게 전개될 수 있다는 점을 밝히고, 그에 따라 한국기업과 한국정부의 대응 방향을 더 구체적으로 제시하고자 한다.

2. 연구의 범위와 구성

가. 연구의 범위

이 연구는 한국기업의 대미 투자와 관련하여 미국 정부의 조치가 문제가 되는 경우를 중심으로 한미 FTA 투자 장의 적용 범위와 주요 판단 기준을 검토했

다. 현재 한국과 미국 사이에서 투자자-국가 중재의 직접적인 법적 근거가 되는 협정은 한미 FTA가 유일하므로, 이 연구도 한미 FTA를 중심으로 분석했다. 다만 한미 FTA 문언의 의미를 파악하거나 쟁점별 판단 기준을 정리하는 데 필요한 범위에서 북미자유무역협정(NAFTA: North American Free Trade Agreement), 미국이 체결한 다른 FTA, 기타 투자협정이 적용된 판정례도 함께 검토했다.

또한 이 연구는 미국의 외국인투자 정책 전반을 포괄적으로 설명하는 데 목적이 있지 않다. 트럼프 2기 행정부의 정책 변화 가운데 한국기업의 대미 투자와 직접 관련될 가능성이 큰 사항, 다시 말해 「미국 우선 투자 정책」, 「국가안보 전략」, 「2026년 국방수권법」, 외국인투자위원회 심사 제도의 운용 변화를 중심으로 검토했다. 그리고 한미 FTA 투자 장과 관련해서도 모든 규범을 빠짐없이 다루기보다는 향후 분쟁에서 실질적으로 중요하게 문제가 될 가능성이 큰 쟁점, 구체적으로는 국가 행위의 조치 해당성, 조치와 투자의 관련성, 적용 배제, 내국민대우, 최혜국대우, 대우의 최소 기준, 수용, 일반 예외, 안보 예외에 분석의 초점을 두었다.

아울러 이 연구는 미국 조치의 국내법상 적법성이나 정책적 타당성 자체를 평가하는 데 목적이 있지 않다. 미국의 외국인투자 관련 조치가 한미 FTA 투자 장에 따라 어떤 범위에서 심사 대상이 될 수 있고, 심사 대상이 된다면 어떤 기준에 따라 판단될 수 있는지를 검토하는 것이 이 연구의 목적이다.

나. 연구의 구성

이 연구는 총 다섯 개의 장으로 구성된다. 제2장에서는 트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책 변화를 검토했다. 최종 문서 공개 또는 제정 시점을 기준으로 「미국 우선 투자 정책」, 「국가안보 전략」, 「2026년 국방수권법」, 외국인투자위원회 심사 제도의 운용 변화를 살펴보고, 이러한 정책 변화가 한국기업의 대

미 투자와 한미 FTA 투자 장에 어떤 법적 쟁점을 제기하는지 정리했다.

제3장에서는 투자 규범의 적용과 배제를 검토했다. 구체적으로는 국가 행위의 조치 해당성, 조치와 투자의 법적 관련성, 과세 조치에 대한 투자협정의 비적용, 정부조달 조치와 보조금 조치에 대한 내국민대우, 최혜국대우, 고위 경영진과 이사회 규정 비적용, 비합치 조치 목록 기재에 따른 특정 의무의 적용 배제 또는 유보를 중심으로, 미국의 조치가 협정에 따른 심사 대상이 되는지, 또는 투자 장의 일부 의무 적용이 배제되는지를 분석했다. 즉, 제3장은 미국의 조치가 한미 FTA 투자 장에 따라 먼저 심사 대상이 되는지, 그리고 심사 대상이 되더라도 협정의 일부 의무 적용이 제한되거나 배제되는지를 살펴보는 장이다.

제4장에서는 본안 단계의 투자 규범 판단과 예외를 검토했다. 구체적으로는 내국민대우, 최혜국대우, 대우의 최소 기준, 수용, 일반 예외, 안보 예외를 중심으로 미국의 조치가 협정 위반에 해당하는지, 또는 예외나 정당화 논리에 따라 달리 평가될 수 있는지를 분석했다. 즉, 제4장은 적용 배제가 되지 않는 경우를 전제로, 미국의 조치가 어떤 규범과 판단 기준에 따라 평가될 수 있는지를 살펴보는 장이다.

제5장에서는 검토한 내용을 종합하여 한국정부와 한국기업에 대한 시사점을 정리했다. 한국기업에 대해서는 협정 적용 범위와 적용 배제 관련 대응 방향, 실제적 의무 위반 입증 관련 대응 방향, 일반 예외 적용과 보상 책임 관련 대응 방향, 안보 예외 주장에 대한 대응 방향을 중심으로 정리했다. 한국정부에 대해서는 특히 한국기업의 대미 투자분쟁 대응에 조력하는 관점에서, 투자자 모국으로서의 지원과 피청구국으로서의 대응이라는 이중적 지위를 고려하면서 MFN 규정의 적용 범위 구체화, 일반 예외 규정 및 보상 의무와의 관계 명확화, 안보 예외의 해석 기준 명확화를 중심으로 정리했다.

제2장

트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책 변화

제2장은 미국 트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책 변화를 살펴본다. 우선 가장 큰 특징은 미국 우선주의와 적대국 연계 통제의 결합이다. 2025년 2월 공개된 「미국 우선 투자 정책」은 미국의 투자 정책이 국가안보와 경제안보의 핵심이라고 명시하여, 외국인투자 정책이 투자 유치를 넘어 안보 목적의 정책 수단이 되었음을 보여준다.

분석 순서는 관련 문서의 최종 공개 또는 제정 시점을 기준으로 한다. 먼저 「미국 우선 투자 정책」을 통해 동맹국 투자 촉진과 적대국 연계 통제가 외국인투자 심사의 운용 방향으로 어떻게 제시되었는지 살펴보고, 이어 「국가안보 전략」에서 제조업, 에너지, 핵심 공급망, 핵심 기반 시설을 국가안보와 경제안보의 과제로 어떻게 정리했는지 검토한다. 그다음에 「2026년 국방수권법」에서 조달과 공급망 규칙을 어떤 수단으로 마련했는지 분석하고, 끝으로 외국인투자 위원회 심사 제도에서 절차 간소화와 적대국 연계 투자에 대한 엄격한 심사가 어떻게 구체화되었는지 살펴본다.

이러한 배열은 「국가안보 전략」을 「미국 우선 투자 정책」의 선행 근거로 보려는 것이 아니라, 공개 또는 제정 시점과 법적 성격의 차이에 따라 투자 정책 방향, 상위 전략, 입법 수단, 심사 운용을 구분하려는 것이다. 네 항목은 규범 층위가 다르므로 근거와 성격을 함께 보아야 한다. 「미국 우선 투자 정책」과 「국가안보 전략」은 후속 조치의 배경과 정당화 논리를 제공하는 정책 문서이지만, 「2026년 국방수권법」은 입법 수단이고 외국인투자위원회 심사 제도는 법률에 근거한 행정 심사 절차이다. 이 차이는 투자분쟁에서 직접 조치, 배경 자료, 집행 절차를 가르는 기준이 된다.

1. 「미국 우선 투자 정책」 공개와 투자 심사 방향 제시

「미국 우선 투자 정책(America First Investment Policy)」은 2025년 2월 21일 미국 백악관이 공개한 대통령 각서(Presidential memorandum)이다. 수신처에 재무부, 국무부, 국방부, 법무부, 상무부, 노동부, 에너지부, 국토안보부장관과 환경보호청 청장 등이 포함되어 외국인투자 정책을 경제 정책에 한정하지 않고 국가안보, 경제안보, 산업 정책 과제로 다룬다는 점을 분명히 했다.²⁾

가. 법적 근거와 법적 성격

「미국 우선 투자 정책」은 첫 줄에서 “‘미국 헌법과 법률에 따라 대통령으로서 부여된 권한으로’ 다음과 같이 지시한다”라고 밝혔다. 이 정책의 근거가 「헌법」의 어떤 조항과 어느 법률에 있는지에 대해서는 명시하지 않았다. 이처럼 「미국 우선 투자 정책」이 법적 근거에 관해 다소 광범위하게 언급한 점은, 뒤에서 살펴볼 「국가안보 전략」이 의회가 제정한 법률에 따라 작성 의무와 제출 시기 등을 비교적 구체적으로 규정하고 있는 것과 구별된다.

우선 미국 「헌법」에서 찾을 수 있는 「미국 우선 투자 정책」의 근거로는 행정권이 미국 대통령에게 속한다고 명시한 부분을 들 수 있다.³⁾ 또한 대통령은 고위 공무원을 임명할 권한이 있고, 각 부처 장관에게 소관 직무 사항에 관한 견해를 서면으로 제출할 것을 요구할 수 있는 권한이 있다.⁴⁾

다음으로 미국 법률에서 찾을 수 있는 「미국 우선 투자 정책」의 근거로는 「국제긴급경제제한법(IEEPA: International Emergency Economic Powers

2) The White House(2025), “America First Investment Policy”(검색일: 2026. 1. 20.).

3) 미국 「헌법」 제2조(행정부) 제1항(대통령 선거, 취임, 면직). 참고로 제2조는 제3항(보고 및 의회의 소집)과 제4항(탄핵)까지 포함하여 총 4항으로 구성되어 있다.

4) 미국 「헌법」 제2조(행정부) 제2항(대통령의 권한). 다만 대통령이 고위 공무원을 임명하려면 상원의 권고와 동의를 얻어야 한다.

Act)」과 「국방생산법(Defense Production Act of 1950)」을 들 수 있다. 이 두 법률은 이 정책의 본문에 명시적으로 언급되어 있다. 다만 엄밀히 말하면, 이 정책의 작성 근거라기보다는 필요한 법적 수단을 모두 활용하겠다고 밝히는 과정에서 언급된 법률이다. 따라서 오히려 이 정책의 수신처로 재무부, 국무부, 국방부, 법무부, 상무부, 노동부, 에너지부, 국토안보부 장관과 환경보호청 청장 등이 언급된 사실에서 이 정책의 법적 근거가 각 부처의 설립과 권한에 관한 미국 국내 법률에 있음을 간접적으로 시사한다고 보아야 할 것이다.

한편 「미국 우선 투자 정책」의 법적 성격은 미국 「헌법」과 법률에 따라 부여된 대통령의 권한을 근거로 작성된 대통령 지시문서(presidential directive)라고 정리할 수 있다. 「미국 우선 투자 정책」이 첫 줄에서 “미국 헌법과 법률에 따라 대통령으로서 부여된 권한으로 다음과 같이 ‘지시’한다”라고 밝힌 것에서도 이러한 점이 드러난다. 대통령 지시문서가 법적 효력을 가지기 위해서는 「헌법」 제2조 또는 의회가 제정한 법률에 따른 것이어야 함은 물론이다.⁵⁾

나. 주요 내용

「미국 우선 투자 정책」은 제1조(원칙 및 목표), 제2조(정책), 제3조(이행), 제4조(정의), 제5조(일반조항)로 구성되어 있다. 주요 내용은 다음과 같다.⁶⁾ 첫째, 제1조(원칙 및 목표)는 미국의 국가안보와 경제안보의 핵심은 미국의 투자 정책이라고 명시했다. 미국에 대한 외국인투자를 촉진하여 미국의 민간 및 공공 자본시장을 강화하는 것은 미국의 황금시대를 열기 위한 핵심 요소 중 하나라는 것이다. 그러나 외국인투자가 항상 미국의 국가이익에 부합하는 것은 아니라고 지적했다. 중화인민공화국(중국)을 포함한 경쟁국은 미국에 대한 투자

5) Congressional Research Service(2021), “Executive Orders: An Introduction,” p. 1(검색일: 2026. 3. 11.).

6) The White House(2025), “America First Investment Policy,” 제2조(정책) (c)항(검색일: 2026. 1. 20.).

를 체계적으로 유도하여 공개적으로 또는 은밀하게 첨단기술과 지식재산권 등을 획득하고, 해외 투자 펀드와 협력하여 해외 기업을 인수하고 있다고 비판했다. 중국이 자국의 핵심 기반 시설 인수를 미국기업에게 허용하지 않으므로, 미국도 중국에 대해 이를 허용하지 않겠다고 밝혔다. 또한 중국은 군대와 민간의 융합 전략을 통해 민간 연구기관과 민간 기업이 군사 정보 활동을 지원하도록 강요한다고 비판했다.

둘째, 제2조(정책)는 동맹국 및 협력국으로부터의 투자에 대해서는 신속 처리 절차를 적용하고 10억 달러를 초과하는 투자에 대해서는 환경 심사 역시 신속히 진행하되, 중국 등 다른 적대국과 관련된 투자에 대해서는 외국인투자를 심사하는 위원회의 권한을 강화하여 핵심 기반 시설과 기술 자산에 대한 접근을 엄격히 제한하겠다고 밝혔다.⁷⁾

셋째, 제3조(이행)는 각 부처가 담당할 업무를 규정했다. 외국인투자 유치, 안보 심사, 그리고 대중 투자 통제 조치는 재무부 장관이 국무부, 국방부, 상무부, USTR 등과 협의하여 규정 및 규칙을 마련하게 했다. 또한 10억 달러 이상의 투자에 대한 신속한 환경 검토는 환경보호청(EPA: Environmental Protection Agency) 청장이 담당한다. 미국 거래소에 상장된 적대국 기업에 관한 감사가 가능성 또는 민·형사상 사기행위 증거 등을 근거로 미국 투자자에게 미칠 수 있는 위험에 관한 서면 권고를 제공하는 업무는 법무부 장관이 FBI 국장과 협력하도록 했다. 끝으로 연금 자산이 투자할 때 따라야 하는 「종업원퇴직소득보장법(ERISA: Employee Retirement Income Security Act)」 기준을 개정하고 이를 외국 적대 기업(foreign-adversary company)의 미국 상장증권 투자에 적용하는 업무는 노동부 장관이 담당하도록 했다.⁸⁾

7) The White House(2025), "America First Investment Policy," 제2조(정책) (c)항 및 (f)항(검색일: 2026. 1. 20.).

8) The White House(2025), "America First Investment Policy," 제3조(이행) (a)항, (b)항, (c)항(검색일: 2026. 1. 20.).

넷째, 제4조(정의)는 적대국(foreign Adversaries)이라는 하나의 용어를 정의한다. 이에 따르면, 중국(홍콩·마카오 포함), 쿠바, 이란, 북한, 러시아, 베네수엘라(니콜라스 마두로 정권)가 적대국에 해당한다.

다섯째, 제5조(일반조항)는 이 각서가 다른 기관의 법적 권한 또는 미국 관리예산실(OMB: United States Office of Management and Budget)의 예산 제안 기능을 침해하지 않으며, 관련 법령과 예산 가용성에 따라 이행된다고 규정한다. 또한 이 각서는 사인이 법적으로 집행할 수 있는 권리 또는 이익을 창설하지 않는다는 점도 명시했다.

다. 특징

「미국 우선 투자 정책」의 특징은 투자 정책을 국가안보 및 경제안보를 달성하는 핵심 수단으로 제시했다는 점이다. 비록 「미국 우선 투자 정책」은 사인이 법적으로 집행할 수 있는 권리 또는 이익을 창설하지 않는다고 명시했지만, 외국인투자 심사에서 동맹국 및 협력국과 적대국을 구분하여 외국인투자 심사 기준과 절차에 변화를 줄 것임을 명시적으로 밝혔으므로 향후 관련 제도의 운용과 집행 방향에 영향을 미칠 수 있다. 따라서 실제 집행 단계에서 승인 거부, 조건 부과, 사후 규제 강화 등 구체적 조치가 투자자 권익 또는 투자 관련 의무와 충돌할 여지가 커졌다.

특히 동맹국·협력국으로부터의 투자에는 신속 처리 절차를 적용하되, 중국 및 적대국과 관련된 투자에는 심사 권한을 강화하고 핵심 기반 시설과 기술 자산에 대한 접근을 엄격히 제한하는 구도가 제시되었다는 점에서, 향후 안보 또는 경제안보 논리가 규제 사유로 더 자주 등장할 여지가 커졌다.

이러한 특징이 투자자-국가 분쟁에 갖는 시사점은 두 가지로 정리할 수 있다. 첫째, 미국이 외국인투자와 관련하여 불허, 조건부 승인, 사후적 제한 조치 등 투자에 불리한 조치를 할 때, 그 근거로 국가안보 또는 경제안보를 제시하는

경향이 강화될 여지가 커졌다. 그 결과 투자자 측이 조치의 정당성, 비례성, 절차적 정당성 등을 다투는 국면에서 분쟁의 쟁점 구성과 입증 부담이 달라질 수 있다.

둘째, 한국기업은 동맹국으로서 투자 관련 행정의 신속 처리라는 기회 요인을 확보할 가능성이 있지만, 동시에 중국(홍콩·마카오 포함) 등 적대국과의 지분 관계, 경영에 대한 영향, 합작·공급망·기술 제휴에서의 연계, 데이터 및 핵심 기술 접근 구조와 같은 요소가 미국 당국의 심사·준수 관점에서 위험 요인으로 평가될 여지가 커졌다. 따라서 한국기업은 대미 투자 또는 미국 내 사업 운영 과정에서 중국 및 적대국과의 연계가 안보 우려로 해석되지 않도록 투자 구조와 거래 관계를 설계하고, 관련 사실관계를 미국정부 당국이 이해할 수 있는 방식으로 소명해야 하는 부담이 커질 것으로 보인다.

2. 「국가안보 전략」 공개와 안보 과제 정리

미국의 현행 「국가안보 전략(National Security Strategy)」은 2025년 11월에 작성되어 2025년 12월 5일 공개되었다. 이 전략은 「미국 우선 투자 정책」 이후에 공개됐지만, 제조업 재건, 에너지 우위 달성, 핵심 공급망 확보, 복원력 있는 국가 기반 시설 구축을 국가안보와 경제안보의 과제로 정리한 점에서 트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책 변화를 이해하는 데 중요하다. 미 대통령은 매년 의회에 미국의 국가안보 전략에 관한 포괄적 보고서를 제출할 의무가 있으나, 실제 공개와 제출은 행정부별로 지연 또는 생략된 사례가 있다.⁹⁾

9) U.S. Department of Defense(n.d.), "National Security Strategy"(검색일: 2026. 3. 11.).

가. 법적 근거와 법적 성격

미국 「국가안보 전략」 작성의 법적 근거는 「1986년 골드워터-니콜스 국방부 개정법」 제603조이다. 이에 따르면, 미국 대통령은 매년 의회에 미국의 국가안보 전략에 관한 포괄적 보고서를 제출해야 한다. 제출 시점은 다음 회계연도 예산안을 의회에 제출하는 날이다. 보고서에는 국가안보에 중요한 목표, 외국과의 이해관계, 미국이 보유한 역량에 대한 요소별 평가, 목표 달성을 위한 국가 역량 사용 방안에 대한 구상 등이 포함되어야 한다.¹⁰⁾

「국가안보 전략」의 성격은 제목에서 알 수 있는 것처럼 개별 부처 수준이 아닌 국가 차원의 최상위 안보 전략이다. 「1986년 골드워터-니콜스 국방부 개정법」은 국방부 장관이 의회에 제출할 연례보고서를 작성할 때 대통령이 의회에 제출한 「국가안보 전략」을 고려해야 한다고 규정한다.

나. 주요 내용

미국의 현행 「국가안보 전략」은 목표, 수단, 전략의 순서로 구성되어 있다.¹¹⁾ 주요 내용은 다음과 같다. 첫째, 미국의 목표는 앞으로도 강력하고 자유로운 국가로 계속 생존하는 것이라고 명시했다. 세부 목표에는 국경 방어와 국내 치안, 자연재해 대응과 같은 전통적인 안보 목표도 있지만, 제조업 재건, 에너지 우위 달성, 과학기술 혁신과 같은 목표도 포함되었다.

둘째, 목표를 달성하기 위해 미국이 활용할 수 있는 ‘수단’으로는 대양으로 다른 강대국으로부터 분리된 지리적 이점, 서반구 역내 경제 세력의 부재, 강력한 군대, 풍부한 천연자원 등 전통적인 지정학적 수단도 언급되지만, 세계 최대의 가장 혁신적인 단일 경제 주체로서 전략 목표를 위해 투자할 수 있는 역량,

10) U.S. Congress(1986), “H.R.3622 - Goldwater-Nichols Department of Defense Reorganization Act of 1986”(검색일: 2026. 3. 11.).

11) The White House(2025), “National Security Strategy”(검색일: 2026. 1. 20.).

미국 시장에 접근하려는 국가에 대한 영향력, 기축 통화로서의 달러 등의 수단도 언급된다.

셋째, ‘전략’은 목표와 수단 사이의 본질적 연관성을 설명하는 구체적이고 현실적인 계획이다. 미국의 목표와 수단을 연계할 ‘전략’은 원칙, 우선순위, 지역으로 나뉜다. 주요 내용은 다음과 같다.

먼저 전략에서의 ‘원칙’은 현실주의, 이상주의, 또는 실용주의 등과 같은 전통적인 정치 이념에 바탕을 두는 것이 아니라, 무엇이 미국에 유리한 것인지가 모든 판단의 기준이 되어야 한다는 미국 우선주의(America First)에 바탕을 두어야 한다. 이에 따른 기본 원칙으로는 핵심 국가이익에 초점을 맞춘 국가안보 재정의, 억지력(deterrent)을 통한 평화, 세계의 근본 정치 단위로서의 국가 등이 제시된다. 또한 ‘유연한 현실주의’를 표방하면서 타국의 정치 체제가 미국과 다르더라도 변화를 강요하지 않을 것이라고 설명했다. 또한 동시에 우방국과는 공유된 규범의 준수를 촉구하여, 미국의 이익을 증진할 것이라고 밝혔다.

다음으로 전략적 우선순위로서는 대규모 이민 종식, 동맹국의 국방비 증액을 통한 미국 부담의 분담 경감, 제조업 재건, 에너지 우위 달성, 핵심 공급망 확보를 포함하는 경제안보 등이 제시된다. 특히 제조업 재건을 위해 투자를 장려하고 유지할 것이라고 밝혔다.

끝으로 전략 지역으로서 서반구, 아시아, 유럽, 중동, 아프리카를 언급했다. 서반구에 대해서는 전략적으로 중요한 지역에 대한 접근권 확보 또는 확대, 라틴아메리카 일부 국가와 특정 외국 세력의 정치적 유착 관계를 지적했다. 아시아 지역에 대해서는 국가 주도 보조금 및 산업 전략과 같은 약탈적 관행에 대응할 것이고, 대만에 대한 일방적 지위 변경을 지지하지 않는다고 밝혔다. 한국과 일본에 대해서는 제1도련선 방위에 필요한 역량 강화에 중점을 둔 국방비 증액을 촉구할 것이라고 했다. 유럽 지역에 대해서는 미국의 전략적, 문화적 핵심 지역이지만, 유럽연합(EU) 등 초국가적 규제에 의해 경기 침체와 국방비 지출 부족 문제가 있다고 보았다. 중동 지역은 세계 최대 에너지 공급원의 지위는 잃

었지만, 이 지역 에너지 자원이 적대 세력에 넘어가지 않고 이 지역이 대미 테러 단체의 온상이 되지 않도록 반드시 대응할 것임을 천명했다. 다만 과거처럼 수십 년에 걸친 국가 재건이 아니라, 협력과 투자로 접근할 것이라고 밝혔다. 아프리카 지역에 대해서는 원조 중심에서 무역과 투자 중심으로 전환하고, 에너지와 광물 개발 부문 협력을 강화하겠다고 밝혔다.

다. 특징

미국 「국가안보 전략」의 특징은 제조업 재건, 에너지 우위 달성, 핵심 공급망 확보를 경제안보의 핵심 요소로 제시하고 이를 국가안보의 우선순위로 위치시킨 점에 있다. 「국가안보 전략」은 그 자체가 법적 구속력이 있는 것은 아니지만, 미국정부가 특정 규제나 심사, 통제를 ‘안보 목적’이라는 틀로 정당화할 때 인용될 수 있다. 이러한 「국가안보 전략」의 특징은 앞서 살펴본 「미국 우선 투자 정책」의 투자 심사 방향과 결합하여 투자자-국가 분쟁에도 두 가지 시사점을 준다.

첫째, 전략적 우선순위로 대규모 이민 종식 및 동맹국의 부담 분담과 함께 제조업 재건, 에너지 우위 달성, 핵심 공급망 확보, 복원력 있는 국가 기반 시설 구축이 제시되었는데, 이 분야들은 한국기업이 이미 대미 투자를 했거나 향후 투자를 검토하는 분야이다. 그러므로 한국기업이 해당 분야에 투자한 뒤 미국 정부의 조치로 손해를 입었다고 주장하더라도, 미국은 경제안보를 포함한 국가안보 목적을 들어 안보 예외를 주장하고, 이와 별도로 정당한 공공복지 목적, 동종 상황의 부재, 대우의 최소 기준 위반의 부재, 규제 권한 등 개별 의무별 방어 논리를 구성할 여지가 커졌다.

둘째, 「국가안보 전략」이 위 분야를 공개적으로 국가안보의 핵심 과제로 제시했으므로, 해당 분야 투자에서는 외국인투자위원회 심사 또는 조달 등에서 규제 강화가 투자자가 예상할 수 있었던 규제 위협으로 평가될 가능성이 높아졌다. 이는 투자자가 기대한 규제 환경 안정성(정당한 기대)의 범위를 좁히는

논거로 활용될 여지가 커졌다는 의미다. 결국 한국기업은 분쟁 발생 이후의 항변 가능성만이 아니라, 투자 이전 단계에서 규제 위험을 더 넓게 보고 사업 구조를 설계하고 계약에서도 반영하는 등 위험을 나누는 대응도 함께 검토할 필요가 있다.

3. 「2026년 국방수권법」 제정과 공급망 규칙 구체화

미국의 「2026년 국방수권법(NDAA: National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2026)」은 2025년 12월 18일 제정된 법률이다.¹²⁾ 본 연구는 입법 논의나 발의 시점이 아니라 최종 제정된 법률의 내용을 기준으로 한국기업의 대미 투자와 관련될 수 있는 조달, 공급망, 산업 기반 관련 규칙을 검토한다.

가. 법적 근거와 법적 성격

「2026년 국방수권법」의 법적 근거는 군대를 창설하고 유지할 권한을 연방 의회가 갖는다고 규정한 미국 「헌법」 제1조 제8항이다.¹³⁾ 이 법률은 의회가 헌법상 부여된 권한을 행사하기 위한 입법 도구다. 의회는 매년 국방수권법을 제정한다.

「2026년 국방수권법」의 법적 성격은 수권법(Authorization Act)이다. 국방수권법은 국방 활동에 대한 의회의 정책적 견해를 제시하고 특정 목적에 대해 사용할 수 있는 예산의 상한선을 설정하는 것을 목적으로 하는 법률이다. 자금을 제공하거나 예산상 권한을 부여하는 세출법(Appropriations Act)과 구별된다.¹⁴⁾

12) U.S. Congress(2025), "S.1071 - National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2026" (검색일: 2026. 3. 11.).

13) 미국 「헌법」 제1조(입법부) 제8항(연방의회에 부여된 권한).

국방수권법은 국방부의 주요 활동과 사업에 대한 수권, 정책 방향, 제한 사항을 정하는 핵심 입법 수단이다. 따라서 국방수권법은 세출법과 더불어 미국의 국방 및 안보 정책을 규율하는 가장 강력한 법적 수단 중 하나라고 평가할 수 있다.

나. 주요 내용

「2026년 국방수권법」은 국방부, 정보 및 사이버 보안 담당 부서, 해안경비대, 국무부, 에너지부 각각에 대한 수권, 자금 조달 표, 군사 건설에 대한 수권, 기타 사항까지 총 8편(division)으로 구성된다.¹⁵⁾ 「2026년 국방수권법」 중에서 미국의 외국인투자 정책에 특히 중대한 영향을 미칠 대표적인 내용으로는 공급망 안보와 기반 시설 개선을 들 수 있다. ‘공급망 안보’는 국방부에 대한 수권(Department of Defense Authorizations)에 관한 제1편(Division A) 중 조달 및 공급망 관련 조항에 포함되어 있고,¹⁶⁾ 기반 시설 개선은 군사 건설에 대한 수권(Military Construction Authorizations)에 관한 제2편(Division B)에 포함되어 있다.¹⁷⁾

1) 공급망 안보

「2026년 국방수권법」에서 공급망 안보는 (i) 중국 등 우려 국가에 대한 의존성 제거, (ii) 첨단 배터리 조달에서 특정 외국 공급처 배제, (iii) 국내 적층 제조 기계(additive manufacturing machine)¹⁸⁾ 조달 보호로 나뉘어 규정된다.

14) Congressional Research Service(2026), p. 1, “FY2026 NDAA: Summary of Funding Authorizations”(검색일: 2026. 3. 11.).

15) 「2026년 국방수권법」 제2조(이 법률의 구성).

16) 「2026년 국방수권법」 제1편(국방부에 대한 수권) 제8장(Title VIII) D부(Subtitle D) 제832조(국방 공급망 회복탄력성 및 2차 공급원 자격 강화), 제833조(공급망 규명 노력을 위한 임시 국가안보 면제), 제837조(규정 준수 출처의 자격 부여 가속화), 제838조(외국산 자재나 부품에 의존하는 국방부 소유 주요 인프라 평가).

17) 「2026년 국방수권법」 제2편(군사 건설에 대한 수권) 제28장(Title XXVIII) A부(Subtitle A) 제2805조(공공 인프라 프로젝트 및 서비스에 대한 지원 수정), 제2846조(군사 기지 폐쇄 관련 요건 및 육군 유기적 산업 기반 부지에 대한 보고).

가) 중국 등 우려 국가에 대한 의존성 제거

중국 등 우려 국가에 대한 의존성 제거는 다시 (i) 핵심 품목 및 기술에 대한 조달 금지(직접적 의존 고리 차단), (ii) 단계적 퇴출(Phase-out) 및 대체 전략 수립, (iii) 공급망 식별 및 취약성 평가, (iv) 국내 및 동맹국 중심의 공급망 회복 탄력성(resilience) 강화로 나뉜다.

첫째, 직접적 의존 고리 차단으로서 핵심 품목 및 기술에 대한 조달 금지는 국방 공급망 내에서 중국, 러시아, 북한, 이란 등 적대국의 영향력을 배제하기 위해 특정 품목의 조달을 금지하거나 제한하는 내용이다. 해당 품목이 무기 체계나 핵심 인프라에 내장되어 발생할 수 있는 보안 허점이나 기능 마비 등의 안보 위협을 원천 차단하는 조치다. 국방부 장관은 기능적 셀 구성요소(functional cell component)와 기술이 우려 대상 외국 기업으로부터 소유, 공급, 정제 또는 생산된 것이 아닌 첨단 배터리와 셀을 조달해야 한다.¹⁹⁾ 또한 몰리브덴은 특정 비동맹국(covered nation)으로부터의 조달이 금지되고, 갈륨과 게르마늄은 이 법 제정일로부터 2년 후부터 같은 금지 대상에 포함된다. 다만 재활용 재료가 특정 비동맹국 밖에서 생산되고, 그 용융과 이후의 모든 가공·제조가 미국 또는 적격 외국 정부의 국가에서 이루어졌음을 계약자가 국방부 장관에 입증할 때는 해당 재활용 재료를 함유한 최종 상품의 조달에 예외가 인정된다.²⁰⁾

둘째, 단계적 퇴출 및 대체 전략 수립은 즉각적인 대체가 어려운 품목에 대해서는 구체적인 기한을 설정하여 단계적으로 의존도를 줄인다는 내용이다. 공급망 충격을 최소화하면서 장기적인 자립을 목표로 한다. 구체적으로 국방부 장관은 중국정부가 소유하거나 통제하는 기업과 관련된 컴퓨터 및 프린터의 구매를 단계적으로 중단하고,²¹⁾ 광학 유리(Optical Glass) 및 컴퓨터 디스플레이

18) 여기서 말하는 적층 제조 기계는 이른바 '3D 프린팅 장비(3D-printer)'를 뜻한다.

19) 「2026년 국방수권법」 제842조(특정 외국 공급처로부터의 첨단 배터리 구입 금지).

20) 「2026년 국방수권법」 제844조(비동맹국으로부터의 몰리브덴, 갈륨 또는 게르마늄 조달 금지 및 회수된 재료로부터의 생산 승인).

21) 「2026년 국방수권법」 제850조(중국이 소유하거나 통제하는 기관이 관련된 컴퓨터 및 프린터 구매 단계적 폐지).

와 관련한 특정 국가(중국 등)에 대한 의존성을 2030년 1월 1일까지 제거하기 위한 전략을 개발하고 이행하며,²²⁾ 미 육군은 현재 중국에서 전략 수입하고 있는 13가지 전구체 화학물질과 단일 공급원의 위험이 있는 300가지 화학물질의 유기적 산업 기반(organic industrial base)을 현대화하여 자체 생산 능력을 갖추도록 우선순위를 두어야 한다는 내용이다.²³⁾

셋째, 공급망 식별 및 취약성 평가는 계약자가 자진 신고한 규정 미준수 품목이 안보 위협이 없다고 판단되면 임시 면제(waiver)를 부여하여 공급망의 투명성을 유도하고,²⁴⁾ 외국산 자재나 부품에 의존하는 국방부 소유 핵심 기반 시설(critical infrastructure)에 대한 평가를 의무화하여 잠재적인 안보 취약점을 식별하며,²⁵⁾ 전 세계 전략적 항만과 물류 데이터 플랫폼을 장악하려는 중국의 시도를 식별하고 이에 대응하기 위해 전 세계 전략 항만에 대한 지도를 작성하고 보고해야 한다는 내용이다.²⁶⁾

넷째, 국내 및 동맹국 중심의 공급망 회복탄력성(resilience) 강화는 국방 물자의 국내 생산 능력과 용량을 확장하기 위해 민간 제조업체와의 협력 네트워크 구축을 지원하고,²⁷⁾ 미국과 동맹국 및 파트너 국가 사이의 방위산업 기반 협력을 강화하여 공급망의 상호 운용성과 회복탄력성을 높이기 위한 인도-태평양 산업 회복탄력성 동반관계를 구축하며,²⁸⁾ 핵심 준비 태세 품목(critical readiness items)이 단일 공급원에 의존하는 문제를 해결하기 위해 대체 생산자를 확보하고 2차 공급원 자격 부여(Secondary Source Qualification) 절차를 가속한다는 내용이다.²⁹⁾

22) 「2026년 국방수권법」 제835조(특정 국가로부터의 컴퓨터 디스플레이 조달을 중단하기 위한 전략).

23) 「2026년 국방수권법」 제351조(육군의 유기적 산업 기반 현대화).

24) 「2026년 국방수권법」 제833조(공급망 투명성 확보를 위한 보안 면제).

25) 「2026년 국방수권법」 제838조(국방부가 소유한 핵심 인프라 중 외국산 재료 또는 부품에 의존하는 시설에 대한 평가).

26) 「2026년 국방수권법」 제1704조(전략적 항구에 대한 지도 및 보고서).

27) 「2026년 국방수권법」 제1841조(민간 예비 제조망).

28) 「2026년 국방수권법」 제1253조(인도-태평양 산업 회복탄력성 동반관계).

29) 「2026년 국방수권법」 제832조(방위 물자 공급망 회복탄력성 강화 및 대체 공급원 자격 인증).

나) 첨단 배터리 조달에서 특정 외국 공급처 배제

첨단 배터리 조달에서 특정 외국 공급처 배제는 다시 (i) 셀 구성요소와 기술 규제, (ii) 단계적 적용을 통한 공급망 전환 유도, (iii) 국내 및 동맹국 중심의 공급망 생태계 조성, (iv) 공급망 식별 및 투자 확대와의 연계로 나뉜다.³⁰⁾

첫째, 셀 구성요소와 기술 규제는 ‘우려 대상 외국 기업(foreign entity of concern)’이 소유하거나, 이들로부터 공급받았거나(sourced), 정제(refined), 또는 생산(produced)된 양극재, 음극재, 전해질 등 이른바 기능적 셀 구성요소 및 기술이 포함된 첨단 배터리를 미국 국방부가 조달하는 것을 금지하는 내용이다.

둘째, 단계적 적용을 통한 공급망 전환 유도는 신규 획득 제도는 2028년 1월 1일부터, 표준 배터리는 2029년 1월 1일부터, 기존 획득 제도는 2031년 1월 30일부터 적용한다는 내용이다.

셋째, 국내 및 동맹국 중심의 공급망 생태계 조성은 우려 대상 외국 기업이 아닌 곳에서 최종 조립이 이루어지고 기능적 셀 구성요소 비용의 95% 초과가 우려 대상 외국 기업이 아닌 출처에서 유래하며 우려 대상 외국 기업으로부터 라이선스를 받은 기술 없이 생산된 경우 조달을 허용한다는 내용이다. 또한 미국 내에서 재활용되고 재가공된 재료나 구성요소는 그 원산지와 관계없이 미국 내 기업에서 유래한 것으로 고려한다. 이는 해외 광물 의존도를 낮추고 미국 내 폐배터리 재활용 산업을 육성하여 독자적인 공급망을 확보하기 위한 전략이다.

이 규정은 한국 등 동맹국의 배터리 기업에는 기회가 될 수 있다. 다만 조달 적격성을 확보하려면 최종 조립뿐 아니라 핵심 셀 구성요소와 기술의 공급 경로까지 우려 대상 외국 기업과 분리했음을 입증해야 한다.

다) 국내 적층 제조 기계 조달 보호

국내 적층 제조 기계(additive manufacturing machine) 조달 보호는 다

30) 「2026년 국방수권법」 제842조(특정 외국 공급처로부터의 첨단 배터리 구입 금지).

시 (i) 적대 국가가 원산지인 적층 제조 기계 조달 금지(방어적 공급망 안보 조치), (ii) 국내 적층 제조 역량 강화 및 공급망 복원력 확보(적극적 공급망 안보 조치), (iii) 유지 보수 및 작전 지원을 위한 현장 적층 제조 도입으로 나뉜다.

첫째, 방어적 공급망 안보 조치로서 적대 국가가 원산지인 적층 제조 기계를 조달하는 것이 금지된다. 국방부 장관은 이 법 제정 1년 후부터 상무부의 통합 심사 목록(Consolidated Screening List)이나 중국의 군민 융합(civil-military fusion) 기업 목록에 포함된 기업, 또는 대상 국가(중국, 러시아, 북한, 이란 등)에 소재하거나 그들의 통제를 받는 기업이 생산한 적층 제조 기계를 조달하는 계약을 체결할 수 없다.³¹⁾

둘째, 적극적 공급망 안보 조치로서 국내 적층 제조 역량 강화 및 공급망 복원력 확보의 구체적인 내용은 전시나 비상사태 시 상업용 제조시설을 국방 생산으로 신속하게 전환할 수 있는 ‘민간 예비 제조 네트워크’를 구축하고,³²⁾ 현재의 공급망에서 조달이 어렵거나 비용이 많이 드는 ‘핵심 준비 태세 품목(critical readiness items of supply)’을 식별하여 이를 적층 제조 방식으로 생산 전환할 수 있는지 평가하며,³³⁾ 방위산업 기반 기금(Defense Industrial Base Fund)의 사용처에 적층 제조 장비를 추가하여 국내 적층 제조 역량 확대를 위한 재정 지원 근거를 마련한다는 것이다.³⁴⁾

셋째, 유지 보수 및 작전 지원을 위한 현장 적층 제조 도입은 수상 함정의 유지 보수 지원을 해결하고 비용을 절감하기 위해 적층 제조 기술의 통합 및 채택을 우선순위에 두어야 하며,³⁵⁾ 적층 제조 공정의 자격 인증(qualification) 간소화 등 적층 제조 기술이 국방 공급망에 원활히 통합될 수 있도록 정책을 검토하고 지침을 마련해야 한다는 내용이다.³⁶⁾

31) 「2026년 국방수권법」 제849조(특정 적층 제조 기계 관련 조달 금지).

32) 「2026년 국방수권법」 제1841조(민간 예비 제조망).

33) 「2026년 국방수권법」 제1842조(특정 핵심 준비 물자의 공급을 위한 첨단 제조로의 전환).

34) 「2026년 국방수권법」 제867조(방위산업 기반 기금에 대한 개정).

35) 「2026년 국방수권법」 제345조(수상함정 유지 보수를 위한 기술 향상).

36) 「2026년 국방수권법」 제1846조(첨단 제조 기술 관련 개선 사항).

2) 기반 시설 개선

군사 건설에는 ‘20년 기반 시설 개선 계획 수립’이 포함되어 있다. 군인 숙소 및 사관학교 시설 개선도 포함되어 있지만, (i) 전력망 탄력성과 (ii) 물 관리 및 보안 강화가 외국인투자와 관계가 있다.

먼저 전력망 탄력성과 관련된 구체적인 내용은 국방부는 군사 기지의 전력망 탄력성을 위해 외부 규제 및 계획 기관과의 조정 절차를 수립해야 한다는 것이다.³⁷⁾

다음으로 물 관리 및 보안 강화는 가뭄이나 기반 시설 노후화로 인한 물 부족 위험을 평가하고, 물 손실을 줄이기 위한 기반 시설 사업 목록을 개발하는 것을 포함한다.³⁸⁾

다. 특징

「2026년 국방수권법」의 특징은 국방 분야 예산의 사용 한도를 정하는 수권법에 그치지 않고, 조달 규칙과 산업 기반 정책, 기반 시설 투자 방향을 결합해 공급망 재편에 직접적인 영향을 준다는 점이다. 특히 이 법은 공급망 관련 정책 방향을 요건, 절차, 일정으로 구체화해 실제 조달과 생산 의사결정에 연계되도록 설계되었다. 이러한 특징과 관련이 있는 대표적 내용은 우려 국가 관련 공급처의 배제, 단계적 전환을 통한 공급망 재편, 국내 생산 기반 강화와 동맹국 중심 재편의 병행이다.

이러한 「2026년 국방수권법」의 특징은 투자자-국가 분쟁에도 다음 세 가지 시사점을 준다. 첫째, 국가안보 목적의 조달 또는 공급망 규제가 투자 수익과 사업 지속성에 영향을 미치면, 투자자가 이러한 조치는 투자협정에 위반되고 이로 인해 자신이 손해를 입었다고 주장하며 투자분쟁을 제기할 가능성이 커졌다.

37) 「2026년 국방수권법」 제2847조(국방부 군사시설 그리드 복원력 계획 조정 절차).

38) 「2026년 국방수권법」 제2804조(군사시설의 수자원 관리 및 안전성 개선).

둘째, 유예 기간 또는 경과 조치가 존재하므로 투자자의 정당한 기대가 보호 대상이 될 정도로 합리적이었는지 등이 쟁점으로 부상할 수 있다. 이 법에 따르면, 규제의 도입과 적용이 분리되고 신규 제도와 기존 제도에 서로 다른 일정이 부여된다. 이러한 사정을 근거로 투자자는 사업 지속 가능성에 대한 자신의 기대가 합리적이었다고 주장할 수 있지만, 미국정부는 전환 계획과 경과 조치가 이미 마련되었다는 점을 들어 규제의 합리성을 강조할 수 있다.

셋째, 동맹국과 적대국을 구분하는 구조는 한국기업에 기회 요인일 수 있지만 동시에 새로운 다툼의 원인이 되는 위협 요인일 수도 있다. 실제 운용 과정에서 특정 기업과 적대국의 연관성이 충분히 제거되었는지를 판단할 기준의 해석과 구체적 적용이 사안마다 일관되지 않거나 면제·인증 절차가 불투명해질 수 있다. 그렇다면 이 자체가 절차적 부당 또는 차별 논란의 출발점이 될 수 있다.

4. 외국인투자위원회 심사 제도의 선별적 강화와 절차 간소화

미국 외국인투자위원회(CFIUS: Committee on Foreign Investment in the United States)는 미국 내 외국인투자 및 외국인의 특정 부동산 거래가 미국의 국가안보에 미치는 영향을 판단하기 위해 해당 거래를 심사하는 정부 부처 간 위원회이다.³⁹⁾ CFIUS는 트럼프 2기 행정부에서 새로 설치된 제도는 아니지만, 「미국 우선 투자 정책」 이후 동맹국 투자자에 대한 절차 간소화와 적대국 연계 투자에 대한 엄격한 심사라는 운용 변화가 두드러졌다. 따라서 이 절에서는 CFIUS의 기본 구조를 먼저 정리한 뒤, 트럼프 2기 이후 확인된 운용 변화

39) U.S. Department of the Treasury(2026), “The Committee on Foreign Investment in the United States(CFIUS)”(검색일: 2026. 1. 28.).

를 중심으로 살펴본다.

다만 이 절의 초점은 CFIUS 제도 자체의 일반적 설명에 머물지 않는다. CFIUS는 오래전부터 운용된 외국인투자 심사 제도이므로, 트럼프 2기 정책의 특징은 제도의 신설보다 기존 권한의 행사 방향에서 드러난다. 특히 「미국 우선 투자 정책」은 동맹국 및 우호국 투자에는 절차 부담을 낮추고, 중국 등 적대국 연계 투자와 핵심 기술, 핵심 인프라, 민감한 개인정보 관련 거래에는 엄격한 심사를 예고했다. 이하에서는 CFIUS의 법적 근거와 법적 성격을 검토하되, 트럼프 2기 이후 선별적 강화와 절차 간소화가 가능한 법적 틀을 확인하는 데 초점을 둔다.

위원장은 재무부 장관이 맡고, 법무부, 국토안보부, 상무부, 국방부, 국무부, 에너지부, 미국 무역대표부, 과학기술정책실 책임자가 참석한다. CFIUS에 대한 신고(notice)는 재무부 투자심사조사국장인 CFIUS 실무위원장이 접수, 처리 및 조정한다.⁴⁰⁾

가. 법적 근거와 법적 성격

CFIUS의 설치 및 운영에 관한 법적 근거는 「1950년 국방생산법(DPA: Defense Production Act of 1950)」 제721조이다. 그러나 현재의 CFIUS 심사 체계는 이 규정이 여러 차례 개정되며 확대 및 구체화한 결과다.⁴¹⁾

먼저 조지 W. 부시 행정부 시기인 2007년 「외국인투자 및 국가안보법(FINSA: Foreign Investment and National Security Act of 2007)」은 CFIUS의 구성과 심사 절차를 구체화하고 핵심 기반 시설과 핵심 기술을 포함하도록 심사 범위를 확대했으며 의회에 대한 보고 체계를 명시했다.⁴²⁾

40) U.S. Department of the Treasury(2026), “CFIUS Overview”(검색일: 2026. 1. 28.).

41) U.S. Department of the Treasury(2026), “CFIUS Laws and Guidance”(검색일: 2026. 1. 28.).

42) 미국 「2007년 외국인투자 및 국가안보법(FINSA: Foreign Investment and National Security Act of 2007)」 제3절(미국에서의 외국인투자에 관한 위원회의 법률적 성립).

이어 트럼프 1기 행정부 시기에 「2018년 외국인투자 위험 검토 현대화법(FIRRMA: Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018)」은 CFIUS의 심사 관할권을 특정 부동산 거래 및 지배권을 수반하지 않는 투자로 확대했다.⁴³⁾

이후 바이든 행정부 시기인 2022년 행정명령 제14083호는 변화하는 국가안보 위험과 취약성을 고려할 수 있도록 CFIUS 심사 요소를 정비했다. 구체적으로 외국인투자가 미국의 핵심 공급망 복원력과 AI, 양자컴퓨터 등 첨단기술 우위에 미치는 영향을 심층적으로 평가하도록 했다. 또한 과거에는 크게 주목받지 않았던 동종 업계 내 누적 투자로 인한 점진적 기술 유출 위험을 새로운 심사 기준으로 도입했다. 나아가 악의적인 사이버 공격 위협과 미국 시민의 건강·생체 정보 등 민감한 데이터에 대한 접근 및 악용 가능성 등 현대화된 보안 취약성을 심사 과정에 명시적으로 포함해 국가안보 판단 기준을 현대화했다.⁴⁴⁾

트럼프 2기 행정부 시기인 2025년 「미국 우선 투자 정책」은 이미 확대된 CFIUS 심사 체계를 전제로 외국인투자 심사 절차의 효율성을 높이는 방향을 제시했다.⁴⁵⁾

따라서 현행 CFIUS 제도의 기본 구조는 2007년에 제정된 FINSAs를 통해 핵심 기반 시설 및 핵심 기술에 대한 심사가, 2018년에 제정된 FIRRMA를 통해 부동산 거래 및 비지배적 투자에 대한 심사가 포함됐으며, 이후 행정명령과 정책 지침을 통해 심사 요소와 운용 방향이 조정되었다고 정리할 수 있다.

FINSAs는 1975년 대통령 행정명령으로 설치된 CFIUS를 2007년 처음으로 법률에 명시하고, 위원 구성과 재무부 장관의 위원장 지위를 규정했다. 또한 기존의 30일 심사 및 45일 조사 체계를 유지하면서 핵심 기반 시설과 핵심 기술

43) U.S. Department of the Treasury(2018), "Summary of the Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018"(검색일: 2026. 4. 19.).

44) Executive Office of the President(2022), "Executive Order 14083 of September 15, 2022: Ensuring Robust Consideration of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United States"(검색일: 2026. 4. 29.).

45) The White House(2025), "America First Investment Policy," 제2조(정책)(검색일: 2026. 1. 20.).

의 국가안보상 영향을 심사 고려 요소로 추가하고, 의회에 대한 보고와 의회의 감독을 강화하는 한편, 심사·조사 종결 시 CFIUS 위원장과 주무 기관장이 인 증하도록 하는 절차를 도입했다.⁴⁶⁾

FIRRMA는 CFIUS의 심사 관할권을 특정 부동산 거래 및 지배권을 수반하 지 않는 투자(non-controlling investments, 비(非) 지배적 투자) 등으로 확 대하고 약식 신고를 도입했으며 심사 기간을 기존 30일에서 45일로 연장하고 위험 완화 계약 시 준수 계획을 추가하도록 요건을 강화했다.⁴⁷⁾

여기서 심사 대상에 포함된 특정 부동산 거래란 공항이나 항구, 또는 미국 군 사 기지와 국가안보상 민감한 정부 시설에 인접하여 외국인의 정보 수집 및 감 시 위험이 있는 부동산의 구매나 임대를 의미한다.⁴⁸⁾

표 2-1. CFIUS 심사 법제의 주요 변화

FINSA(2007)에 따른 변화	FIRRMA(2018)에 따른 변화
30일 심사와 45일 조사 체계 유지	심사 기간을 기존 30일에서 45일로 연장
핵심 기반 시설 및 핵심 기술에 대한 심사 포함	부동산 거래 및 비지배적 투자 포함 심사
의회 연례보고서 제출 명시	위험 완화 계약 시 준수 계획 추가토록 강화

자료: 「2007년 외국인투자 및 국가 안보법(FINSA)」; 「2018년 외국인투자 위험 검토 현대화법(FIRRMA)」을 바탕으로 저자 작성.

또한 지배권을 수반하지 않는 투자라 하더라도 대상 미국기업이 핵심 인프 라(critical infrastructure)를 운영하거나, 핵심 기술(critical technologies) 을 생산 및 개발하거나, 미국 시민의 민감한 개인정보를 수집할 때는 CFIUS의 심사 대상이 되었다.⁴⁹⁾

46) 「2007년 외국인투자 및 국가 안보법(FINSA)」 제2조, 제3조, 제4조, 제7조.

47) 「2018년 외국인투자 위험 검토 현대화법(FIRRMA)」 제1703조, 1706조, 1709조, 1718조.

48) 「2018년 외국인투자 위험 검토 현대화법(FIRRMA)」 제1703조(정의).

49) 위의 자료.

즉, 기존에는 외국인이 미국기업에 대한 지배(control)를 확보했는지가 주된 판단 기준이었다. 그러나 2018년 FIRRMA 시행 후부터는 이른바 미국 TID 사업, 즉 기술(Technology), 기반 시설(Infrastructure), 데이터(Data) 사업에 대한 투자라면 비록 지배권을 갖지 않더라도 CFIUS가 관할권을 갖게 되었다.

나. 주요 내용

CFIUS 심사 절차는 거래 당사자가 제출하는 서류의 형태에 따라 약식 신고(declaration) 절차와 정식 신고(notice) 절차로 나뉜다. 신고는 원칙적으로 자발적이나, 외국 정부가 상당한 이해관계를 갖는 외국인이 TID 사업을 영위하는 미국기업의 상당한 지분을 취득하는 거래와 거래 관련 외국인에게 핵심 기술을 이전한다고 가정할 때 미국의 수출통제에 따른 허가가 필요한 거래에는 의무 신고가 적용된다. 이는 당사자가 처음부터 정식 신고를 제출할 수도 있고, 비교적 간소한 약식 신고를 통해 CFIUS의 초기 판단을 먼저 받을 수도 있음을 의미한다.

CFIUS는 국가안보 우려가 있다고 판단하면 거래 당사자가 약식 신고 또는 정식 신고를 제출하지 않아도 직권으로 심사를 개시할 수 있다.⁵⁰⁾ 따라서 CFIUS 절차는 형식상 자발적 신고를 기본으로 하지만, 실질적으로는 미신고 거래도 심사 대상이 될 수 있는 구조를 가진다.

약식 신고 절차에서는 30일의 평가(assessment) 기간 내에, CFIUS는 ① 정식 신고 제출 요청, ② 직권 심사 개시, ③ 모든 조치의 종결 통지, ④ 약식 신고만으로 조치를 종결할 수 없다는 통지 중 하나를 할 수 있다. ④의 통지를 받은 당사자는 정식 신고를 제출할 수 있다.⁵¹⁾ 이 점에서 약식 신고는 신속한 절차 종결 가능성을 제공하지만, 국가안보 우려가 있으면 정식 신고 절차로 이어진다.

50) U.S. Department of the Treasury(2025), "CFIUS Annual Report to Congress: Report Period CY 2024," pp. ix-x(검색일: 2026. 3. 11.).

51) 31 C.F.R. §§ 800.407(a)(1)-(4), 800.501(c)(1)(i)-(ii); 50 U.S.C. § 4565(b)(1)(D)-(E).

정식 신고 절차는 접수, 심사, 조사, 결정의 단계로 구성된다. 접수 단계에서는 CFIUS가 수신한 초안 통보(Draft Notice)에 대해 의견을 제공하고 정식 신고를 접수한다. 2024년 기준으로 각각 평균 6.5일과 2.7일이 소요되었다. 다만 이 기간은 정식 심사 기간에 포함되는 것이 아니라, 신고가 공식적으로 접수되기 전의 사전 검토 기간에 해당한다.⁵²⁾

심사 단계는 45일 이내에 완료되어야 한다. 조사 단계는 심사 기간 내에 평가를 완료하지 못하거나 특정 조건(주요 기반 시설 관련 또는 외국 정부의 통제 등)에 해당할 경우 추가로 최대 45일간 진행된다. 따라서 정식 신고가 접수된 뒤에도 심사와 조사가 모두 진행된다면 대통령 결정 전 단계까지만 최대 90일이 소요될 수 있다.⁵³⁾

조사 단계에서는 심사 단계에서 확인된 국가안보 우려를 더욱 구체적으로 검토하고, 해당 우려를 완화 조치로 해소할 수 있는지 또는 대통령에게 넘길 필요가 있는지를 판단한다. 최대 45일이 소요되는 조사 단계에서는 심사 과정에서 제기된 국가안보 우려를 심층적으로 검토하며, 해당 우려가 CFIUS가 부과하거나 합의한 완화 조치(mitigation measures)를 통해 적절히 해소될 수 있는지 판단하여 거래 승인 여부를 결정한다.⁵⁴⁾

결정 단계는 국가안보 우려를 해소할 수 없고 완화 조치로도 충분하지 않다고 CFIUS가 판단할 경우 대통령에게 넘기는 단계이다. 대통령은 조사 완료 또는 회부 시점으로부터 15일 이내에 거래 중단 또는 금지(매각 명령 포함)를 명할지 결정해야 한다.⁵⁵⁾ CFIUS는 국가안보 위협 해소를 위해 거래 당사자와 합의하거나 조건을 부과하는 등 완화 조치(Mitigation Measure)를 시행할 수 있다. 이 조치에는 지식재산권 이전 금지, 공급망 보장, 특정 인원 채용 제한, 제

52) U.S. Department of the Treasury(2025), “CFIUS Annual Report to Congress: Report Period CY 2024,” p. ix(검색일: 2026. 3. 11.).

53) *Ibid.*, pp. ix-x.

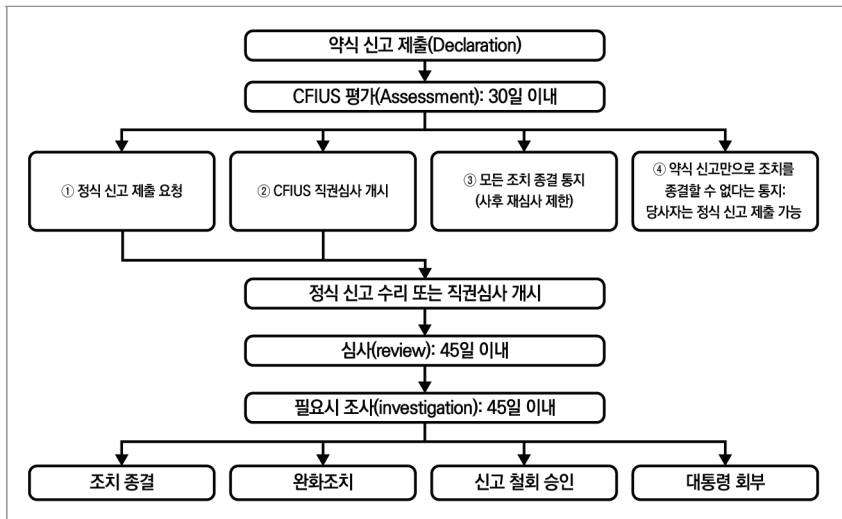
54) *Ibid.*, p. x.

55) *Ibid.*, p. x.

삼자 감시 등이 포함될 수 있다. 따라서 완화 조치는 단순한 부수 조건이 아니라, 거래 이후의 경영, 기술 관리, 인력 운용, 공급망 운영 방식에까지 영향을 미칠 수 있다.⁵⁶⁾

당사자는 위원회의 승인을 받아 통보를 철회할 수 있다. 당사자는 추가 시간을 확보한 뒤 다시 통보하려고 하거나, 상업적 이유 또는 CFIUS의 완화 조건을 받아들일 수 없어 거래를 포기할 때 통보를 철회할 수 있다.⁵⁷⁾

그림 2-1. CFIUS 심사 절차



주: ④ '약식 신고만으로 조치 종결 불가 통지'는 약식 신고만으로 조치를 종결할 수 없다는 통지이며, 그 자체로 절차 종결이나 사후 재심사 제한의 효력 발생을 의미하지 않음.

자료: 31 C.F.R. §§ 800.405, 800.407, 800.503, 800.505-800.509, 800.601, 800.701을 바탕으로 저자 작성.

이처럼 CFIUS 심사는 단순히 신고 서류를 접수하고 승인하는 절차에 그치지 않는다. 약식 신고 단계에서도 정식 신고 요구나 직권 심사 개시 가능성이 남아 있고, 정식 신고 단계에서는 심사와 조사가 순차적으로 진행되면서 거래 일정이 상당 기간 지연될 수 있다.

56) *Ibid.*, pp. 32-33.

57) *Ibid.*, p. 31.

특히 완화 조치 협의가 필요한 경우에는 당사자가 거래 구조, 지배 구조, 기술 이전 방식, 공급망 운영 방식 등을 조정해야 하므로 CFIUS 심사는 거래의 성사 가능성과 조건 자체에 직접적인 영향을 미친다.

또한 통보 철회와 재신고가 반복될 경우, 형식상 절차가 종결되더라도 실질적으로는 CFIUS의 우려가 해소될 때까지 거래 불확실성이 지속된다.

따라서 CFIUS 심사 제도는 외국인투자 거래에 대한 사후적 제재 수단이라기보다는 국가안보 위험을 이유로 거래의 구조와 이행 조건을 사전에 조정하는 규제 장치로 이해할 수 있다. 이 경우 절차상으로는 통보가 철회되지만, 재신고 또는 거래 포기 가능성이 남아 있으므로 투자자에게는 거래 지연과 불확실성이 계속될 수 있다.

다. 특징

트럼프 2기 행정부 출범 이후 CFIUS 심사 제도의 운용 변화는 관할 자체를 새롭게 확대했다는 데 있기보다, FINSIA와 FIRRMA를 거치며 이미 확대된 심사 체계 위에서 동맹국 투자자에 대한 절차 간소화와 적대국 연계 투자에 대한 엄격한 심사라는 운용 방향을 더 분명히 했다는 데 있다.

첫째, 동맹국에 대한 신속 처리 절차는 ‘사전 인지 투자자 제도(KIP: Known Investor Program)’라고 불리는 제도의 시범 운영 또는 제도화 검토 단계로 대표된다. CFIUS는 적격 외국인투자자, 특히 동맹국 및 협력국의 투자자에 대한 심사 효율성을 높이기 위한 제도를 개발하고 있으며, 이는 2025년 2월 21일 공개된 「미국 우선 투자 정책」⁵⁸⁾에 따른 것이라고 밝혔다. KIP의 목적은 적격 외국인투자자가 서류를 제출하기 전에 CFIUS가 투자자 관련 정보를 미리 수집함으로써 CFIUS 심사 절차의 효율성을 높이는 데 있다. 재무부는 2026년 2월 9일 대중 의견 수렴을 위해 KIP에 관한 정보 요청(RFI: Request for

58) The White House(2025), “America First Investment Policy,” 제2조(정책)(검색일: 2026. 1. 20.).

Information)을 연방관보에 게재하고 자격 요건과 질문표의 개요를 공개했다. 이에 따르면 KIP 참여 자격 요건으로는 (i) 최근 3년 내 적어도 3건의 서로 다른 CFIUS 신고 제출 실적, (ii) 향후 12개월 내 추가 신고 예상, (iii) 최근 5년 내 중대한 허위 진술·누락 또는 완화 조치 위반 전력 부재, (iv) 적대국 연계성에 관한 일정 기준 미충족 등이 고려된다.⁵⁹⁾ 따라서 KIP는 2026년 2월 9일 RFI가 공표된 뒤 자격 요건과 질문표에 관한 의견 수렴이 진행된 제도화 검토 단계의 절차 간소화 구상으로 평가할 수 있다.

둘째, 적대국에 대한 엄격한 적용이다. 「미국 우선 투자 정책」 제2조(정책) (f)항에는 중국 및 적대국과 관련된 투자에 대해서는 CFIUS의 권한을 강화하여 핵심 기반 시설과 기술 자산에 대한 접근을 엄격히 제한할 것이라는 내용이 포함되어 있다.⁶⁰⁾ 이에 따라 CFIUS 절차에서는 적대국 연계성 판단, 핵심 기반 시설과 기술 자산 접근 제한, 완화 조치의 설계와 이행 점검이 더 중요하게 다루어질 가능성이 크다.

5. 소결

트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책은 트럼프 1기 행정부 당시 확대된 투자 심사 법제와 바이든 행정부의 심사 요소 구체화, 사후 점검 및 집행 강화 흐름을 대체하기보다는 이를 미국 우선주의와 적대국 연계 통제의 관점에서 더 명확히 했다는 성격이 강하게 나타난다.

최종 문서 공개 또는 제정 시점을 기준으로 보면, 「미국 우선 투자 정책」이 먼저 동맹국 투자 촉진과 적대국 연계 통제를 투자 심사 운용 방향으로 제시했

59) Federal Register(2026), “Request for Information Pertaining to the CFIUS Known Investor Program and Streamlining the Foreign Investment Review Process”(검색일: 2026. 4. 18.).

60) The White House(2025), “America First Investment Policy,” 제2조(정책) (f)항(검색일: 2026. 1. 20.).

고, 이후 공개된 「국가안보 전략」은 제조업, 에너지, 핵심 공급망, 핵심 기반 시설을 국가안보 및 경제안보의 과제로 정리했다. 이어 「2026년 국방수권법」은 조달 금지, 단계적 전환, 국내 생산 기반 강화, 동맹국 중심 공급망 재편, 기반 시설 개선과 같은 수단을 입법 차원에서 뒷받침했다.

외국인투자위원회 심사 제도에서는 이미 확대된 심사 체계 위에서 동맹국 투자자에 대한 절차 간소화와 적대국 관련 투자에 대한 엄격한 심사라는 운용 방향이 함께 두드러졌다. 특히 KIP 관련 RFI를 통해 동맹국 투자자에 대한 절차 간소화의 구체적 기준이 제시되면서, CFIUS 심사는 단순한 거래 승인 판단을 넘어 승인 조건의 설계, 완화 조치의 이행, 투자 이후의 점검과 관리에까지 영향력을 발휘할 수 있음이 드러났다.

트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책 변화는 국가안보를 근거로 외국인투자 심사의 범위를 새로 넓힌 것이라기보다, 이미 확대된 심사 체계를 미국 우선주의, 동맹국 투자 촉진, 적대국 연계 통제의 관점에서 더 선별적으로 운용하려 한다는 점에 특징이 있다. 이 과정에서 한국기업은 동맹국 투자자라는 점에서 기회를 가질 수 있지만, 중국 등 적대국과의 지분 관계, 공급망 연계, 기술 협력, 데이터 접근 구조가 심사상 위험 요인으로 평가될 가능성도 함께 커졌다.

이러한 정책 변화에 따라 한미 FTA 투자 규범의 관점에서 다음의 쟁점이 제기된다. 먼저 투자자의 적대국 연계를 이유로 투자 심사나 제한을 달리한다면, 외국인투자자 사이의 비교 기준을 어떻게 설정할 것인지의 문제이다. 특히 특정 국적, 특정 연계성, 또는 특정 위험 판단을 근거로 투자자별 대우가 달라질 경우 그 차이가 정당한 구별인지, 아니면 협정상 허용되지 않는 차등 대우인지가 쟁점이다. 다음으로 투자 승인에 조건을 붙이거나 투자 후 점검을 강화하는 조치는 투자자가 부담하는 규제상 제약의 정도와 예측 가능성의 수준에 영향을 미칠 수 있다. 나아가 국가안보 또는 경제안보를 근거로 한 규제가 한미 FTA에 따라 허용되는 정책 재량의 범위 안에 있는지, 또는 투자자 보호 의무와 충돌하는지 구체적으로 따져볼 필요가 있다. 결국 이 장에서 확인한 정책 변화는 국가

안보를 이유로 한 투자 통제가 한미 FTA 투자 규범과 어떤 관계에 놓이는지를 보다 구체적으로 따져봐야 한다는 필요성을 보여준다. 이에 따라 다음 장에서는 한미 FTA의 적용 범위와 판단 기준을 살펴본다.

제3장

한미 FTA 적용 범위와 배제 관련 판정례

앞에서 살펴본 것과 같이 트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책은 기존의 안보 중심 투자 심사 흐름을 바탕으로, 국가안보와 경제안보 논리를 미국 우선주의와 적대국 연계 통제의 관점에서 더 분명히 드러냈다. 또한 동맹국 투자 촉진 기조를 유지하는 동시에, 적대국과의 연계를 기준으로 투자 접근을 더 선별적으로 운용하겠다는 방향을 제시했다. 이러한 방향은 승인 거부, 조건부 허용, 완화 조치 부과, 사후 점검, 조달 또는 공급망 규칙의 운용과 같은 정책 수단을 통해 구체화할 수 있다. 개별 신청에 대한 처리 과정에서는 지분 구조, 경영 영향, 합작, 공급망, 기술 제휴, 데이터 접근 구조 등 사실관계의 정리와 소명이 분쟁의 출발점이 될 가능성이 커졌다.

현재 한국과 미국 사이에서 투자자-국가 중재의 직접적인 법적 근거가 되는 협정은 한미 FTA가 유일하며 한미 양자투자협정(BIT: Bilateral Investment Treaty)은 체결되어 있지 않다. 그러므로 이하에서는 한미 FTA 제11장(투자)을 중심으로 살펴보되, 관련이 있는 범위에서는 제23장(예외)도 함께 검토한다.

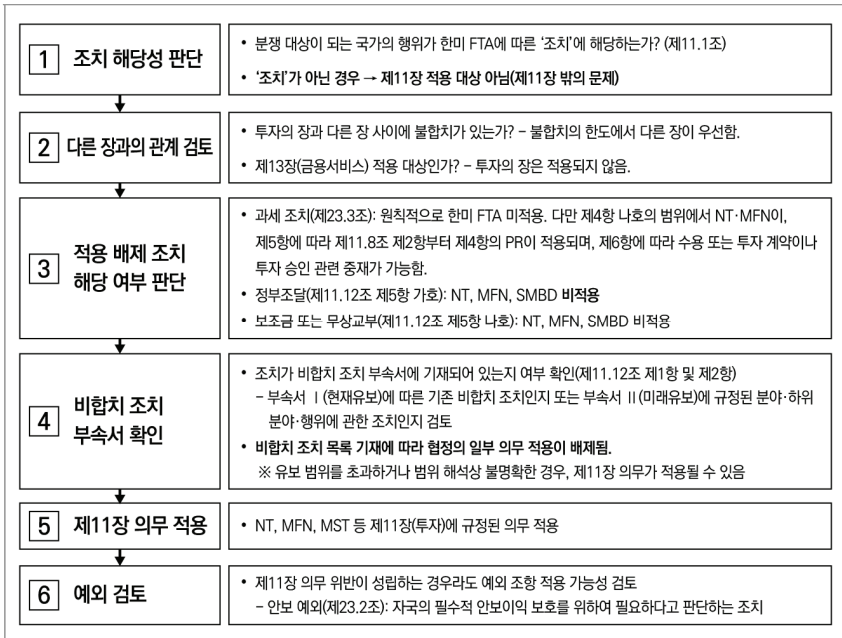
개별 쟁점에 대한 분석에 앞서, 한미 FTA 제11장이 적용되는 범위를 살펴본다. 투자의 장은 (i) 상대방 당사국 투자자, (ii) 적용 대상 투자, 그리고 (iii) 제11.8조(PR)와 제11.10조(투자와 환경)에 대해서는 당사국 영역 내의 모든 투자에 관하여, 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용된다.⁶¹⁾ 당사국이 채택하거나 유지하는 조치는 (i) 중앙·지역 또는 지방정부와 당국이 채택하거나 유지하는 조치, 그리고 (ii) 중앙·지역 또는 지방정부나 당국으로부터 위임받은 권한을 행사하여 비정부 기관이 채택하거나 유지하는 조치를 말한다.⁶²⁾ 다만 한

61) 한미 FTA 제11장(투자) 제11.1조(적용 범위) 제1항.

62) 한미 FTA 제11장(투자) 제11.1조(적용 범위) 제3항.

미 FTA 발효일 전에 발생한 행위 또는 사실이나 존재하지 아니하게 된 상황에 관해서는 어떠한 당사국도 구속하지 않는다.⁶³⁾ 투자의 장과 다른 장 사이에 불합치가 있으면, 불합치의 한도에서 다른 장이 우선한다.⁶⁴⁾ 금융서비스에 관한 장(제13장)의 적용 대상이 되는 조치에는 투자의 장이 적용되지 않는다.⁶⁵⁾

그림 3-1. 한미 FTA 제11장의 적용 순서



자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

과세 조치에는 한미 FTA가, 정부조달과 보조금 조치에는 일부 규정이 적용되지 않는다. 제11.12조에 따라 유보되는 비합치 조치에는 NT, MFN, 이행 요건, 고위 경영진 및 이사회(SMBD: Senior Management and Boards of Directors) 규정이 적용되지 않는다. 의무 위반이 문제가 되더라도, 안보 예외,

63) 한미 FTA 제11장(투자) 제11.1조(적용 범위) 제2항.

64) 한미 FTA 제11장(투자) 제11.2조(다른 장과의 관계) 제1항.

65) 한미 FTA 제11장(투자) 제11.2조(다른 장과의 관계) 제3항.

과세 예외, 정부조달, 보조금, 비합치 조치 유보, 부속서 11-나의 규제권 관련 기준 등 개별 규정에 따라 달리 평가될 수 있다.⁶⁶⁾ 다만 한미 FTA 제23.1조 일반 예외는 제11장 투자 장에 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

1. 국가 행위의 조치 해당성

한미 FTA는 당사국이 채택하거나 유지하는 ‘조치’에 적용된다.⁶⁷⁾ 그리고 한미 FTA는 ‘조치’를 “모든 법, 규정, 절차, 요건 또는 관행을 포함한다”라고 정의한다.⁶⁸⁾ 조치에 관한 한미 FTA의 정의는 NAFTA와 유사하다.

표 3-1. 한미 FTA와 NAFTA의 조치 정의 비교

한미 FTA 제1.4조(정의)	NAFTA 제2장(일반 정의)
조치라 함은 모든 법·규정·절차·요건 또는 관행을 포함한다.	조치라 함은 모든 법·규정·절차·요건 또는 관행을 포함한다.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성. NAFTA는 저자 번역.

그런데 비공식 행위 또는 비주권적 행위가 조치에 해당하는지가 문제가 된다. 이 두 쟁점을 Mason v. Korea 사건의 중재판정문을 중심으로 검토한다. 유사한 사실관계를 다룬 Elliott v. Korea 사건의 중재판정도 있다. 그러나 2026년 2월 23일 잉글랜드·웨일스 고등법원 상사법원은 한미 FTA 제11.1조에 따른 관할권 판단에서 국민연금공단이 대한민국의 국가기관에 해당하지 않는다고 판단하고, 이와 관련된 중재판정 일부를 취소하여 중재판정부에 환송했다. 이후 절차가 진행 중이며 판정이 확정되지 않았으므로, 이 연구의 분석 대

66) 한미 FTA 제11장(투자) 제11.12조(비합치 조치) 제1항 및 제2항, 제5항.

67) 한미 FTA 제11장(투자) 제11.1조(적용 범위).

68) 한미 FTA 제1장(최초 규정 및 정의) 제1.4조(정의).

상에서는 제외한다.⁶⁹⁾

Mason 사건⁷⁰⁾은 비공식 행위와 국내법상 위법 행위가 국가 행위로서 조치에 해당하는지를 함께 다룬 드문 사례라는 점에서 의미가 있다. 나아가 이 사건은 한미 FTA 규정에 따라 제기되었고 조치의 의미를 구체적으로 검토한 사건이므로, 한국기업의 대미 투자분쟁을 다루는 본 연구에 시사점이 크다.

가. 비공식 행위의 조치 해당성을 다룬 Mason 사건

Mason 사건에서 미국 국적의 Mason Capital 등(이하 청구인들)은 삼성물산과 제일모직 합병 과정에서 대한민국 정부가 국민연금공단의 의결권 행사에 부당하게 개입한 조치가 한미 FTA에 위반된다며 중재를 신청했다.⁷¹⁾ 이에 피청구국은 합병 표결 전에 청와대, 보건복지부 및 국민연금이 한 행위는 개인의 정책 구상(policy initiative)⁷²⁾일 뿐 규칙 제정(rule-making)을 수반하지 않으므로 협정에 따른 “조치”에 해당하지 않는다고 항변했다.⁷³⁾

중재판정부는 한미 FTA 제11.1조(적용 범위) 제3항 및 제1.4조(정의)에 정의된 “조치”라는 용어의 통상적인 의미는 투자 유치국의 공식적 및 비공식적 행위를 모두 포괄할 정도로 매우 광범위하다고 보았다.⁷⁴⁾ 중재판정부는 다음 두 가지 이유를 제시했다. 첫째, 용어의 일반적인 의미이다. 피청구국이 제시한 사전에서도 “조치”는 광범위하게 정의된다. 이 용어에 대한 공통의 이해는 정

69) Republic of Korea v Elliott Associates, LP [2026] EWHC 368 (Comm), judgment of 23 February 2026, paras. 150, 153, 247, 266, 268.

70) Mason v. Korea 사건에 대해서는 취소 청구 기각 판결에 항소하지 않겠다는 한국정부의 결정이 있었다. 법무부(2025. 4. 18.), 「메이슨 국제투자분쟁(ISDS) 중재판정 취소소송 항소 미제기 결정」(검색일: 2026. 3. 12.).

71) Mason v. Korea(Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea, PCA Case No. 2018-55), Final Award dated 11 April 2024(Korean), para. 346.

72) 국문본은 “정책적 이니셔티브를 수반하였을 뿐”이나, “정책 구상(policy initiative)일 뿐”으로 의역함.

73) Mason v. Korea(Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea, PCA Case No. 2018-55), Final Award dated 11 April 2024(Korean), para. 346.

74) *Ibid.*, para. 334.

부 절차의 공식적인 결과로 제한되지 않는다.⁷⁵⁾ 둘째, 한미 FTA 제1.4조의 문언에서 “포함한다”라는 동사는 규정된 목록이 한정적 열거가 아님을 명확히 한다.⁷⁶⁾

이렇듯 ‘조치’가 주권적 권한의 ‘공식적 행사’를 수반할 필요가 없다는 판단에 비추어 볼 때, 중재판정부는 합병에 찬성한 국민연금의 표결과 청와대, 보건복지부 및 국민연금 공무원의 행위가 모두 FTA 제11.1조가 의미하는 피청구국이 “채택되거나 유지되는 조치”에 해당한다고 판단했다. 따라서 중재판정부는 청구인들의 청구가 피청구국이 “채택하거나 유지하는 조치”를 토대로 하지 않는다는 피청구국의 관할권 이의 제기를 기각했다.⁷⁷⁾

나. 비주권적 행위의 조치 해당성을 다룬 Mason 사건

Mason v. Korea 사건에서 피청구국은 청와대, 보건복지부 및 국민연금이 본건 합병 표결 전에 한 행위가 특정 한국 행정부 소속 개인의 정책 구상일 뿐 어떠한 ‘집행 권한(enforcement authority)’을 수반하지 않았으므로, 협정상 “조치”에 해당하지 않는다고 항변했다.⁷⁸⁾

중재판정부는 한미 FTA 제11.1조(적용 범위) 제3항 및 제1.4조에 정의된 “조치”라는 용어의 통상적인 의미는 입법부 또는 행정부의 규칙 제정 또는 관행의 주권적(sov​er​eign) 절차에 의한 결과인지 아닌지와 관계 없이 투자 유치국의 행위를 모두 포괄할 정도로 매우 광범위하다고 보았다.⁷⁹⁾ 이렇게 본 이유에 대해 중재판정부는 한미 FTA 제1.4조(정의)의 예시 목록에서 처음 두 가지인 “법률”과 “규정”은 입법부 또는 행정부의 주권적인 행위를 뜻하지만, “절차”, “요건” 또는 “관행”은 서로 다른 맥락에서 다른 의미로 사용되는 일반적인

75) *Ibid.*, para. 335.

76) *Ibid.*, para. 336.

77) *Ibid.*, paras. 347-348.

78) *Ibid.*, para. 346.

79) *Ibid.*, para. 334.

용어로서 투자유치국의 주권적 권한 행사로 제한되지 않는다는 점을 들었다.⁸⁰⁾ 따라서 중재판정부는 “조치”라는 용어가 주권적 권한의 행사를 수반하는지와 관계없이 투자유치국의 행위를 모두 포함한다고 판단했다.⁸¹⁾ 이러한 판단에 비추어, 피청구국 행위의 조치 해당성을 인정하고 피청구국의 관할권 이의 제기를 기각했다.⁸²⁾

한편 비주권적 행위와 관련된 쟁점은 이후 중재판정 취소 절차에서 ‘국내법 상 위법한 행위’의 조치 해당성으로 변경되어 다투어졌다. 중재지 국내 법원에서 판결이므로 별도로 목차를 나누어 설명하지 않고 간략히 소개한다.

중재판정 이후 피청구국은 2024년 7월 11일 중재지인 싱가포르 법원에 중재판정의 취소를 구하는 소를 제기했으나, 싱가포르 법원은 2025년 3월 20일 피청구국의 주장을 기각했다. 이 과정에서 피청구국은 ‘조치’는 정부의 규칙 제정 또는 집행 권한의 행사와 같은 공식적인 작용이 포함되어야 하고 공무원이 어떤 일이 이루어지기를 바라는 바람이나 의도를 표현한 단순한 언급은 조치에 해당하지 않는다고 주장했다. 피청구국 공무원의 발언은 위법한 것이었기 때문에 해당 공무원은 피청구국 당국에 의해 즉시 기소됐다고 피청구국은 밝혔다.⁸³⁾

그러나 싱가포르 상사 법원은 다음과 같은 이유로 중재판정 취소 청구를 기각했다. 첫째, 한미 FTA의 문언이나 문맥에서 ‘조치’가 어떤 형식을 갖추어야 한다거나 공식적인 것이어야 한다는 요건이 도출되지 않는다. 오히려 포괄적으로 나열된 “법률, 규정, 절차, 요건 또는 관행” 중에서 “법률과 규정”은 공식적이지만 “절차, 요건 또는 관행”은 비공식적으로 수행될 수 있다.⁸⁴⁾ 둘째, ‘조치’라는 용어를 해당 국가의 법률상 합법적인 조치로만 제한하여 해석할 근거도 없다. 정부 공무원이 해당 국가의 법률에 반하는 조치를 할 수는 있으나, 그 자

80) *Ibid.*, para. 336.

81) *Ibid.*, para. 343.

82) *Ibid.*, paras. 347-348.

83) *Korea v. Mason*. [2025] SGHC(I) 9, Singapore International Commercial Court, March 20, 2025. paras. 55-57.

84) *Ibid.*, para. 63.

체만으로는 그러한 행위가 정부 공무원으로서 행해진 것이 아니거나 국가에 의해 채택되거나 유지되지 않았음을 의미하지는 않는다. 조치가 불법이라고 사후에 부인하거나 거부하더라도, 그 조치의 과거 채택이나 존재 사실은 무효가 되지 않는다.⁸⁵⁾ 또한 ‘조치’라는 용어를 비공식적 또는 불법적 행위를 배제하도록 축소 해석하는 것은 상대방 당사국의 투자자에게 투자 보호를 제공하려는 FTA의 목적과 취지에 반한다는 Mason 측 주장은 타당하다. 투자자 보호와 관련하여 공식 및 비공식적 행위, 합법 및 불법적 행위 사이에 합리적인 구분을 둘 수 없다.⁸⁶⁾

다. 소결

Mason 사건은 한미 FTA의 ‘조치’ 개념을 형식보다 실질에 따라 폭넓게 이해했다는 점에서 의미가 있다. 중재판정부와 중재지 법원은 행위가 공식적인 처분 형식을 갖추지 않았거나 국내법상 문제가 있다는 사정만으로 그 조치의 해당성이 곧바로 부정되는 것은 아니라고 봤다. 이를 종합하면, 한미 FTA에서 국가 행위의 조치 해당성은 행위의 명칭이나 외형보다 국가기관 또는 국가와 연계된 주체가 투자에 실제 영향을 미쳤는지를 중심으로 판단된다고 정리할 수 있다.

이 판단은 본안 전 단계에서 피청구국이 국가 행위의 조치 해당성을 다투는 방식에 일정한 한계를 보여준다. 공식 처분이 없었다거나 구속력 있는 명령이 없었다는 주장만으로는 협정 적용을 벗어나기 어렵고, 투자와 관련한 공공 부분의 개입이 드러나면 우선 협정상 심사 대상이 되는 조치로 받아들여질 가능성이 크다. 결국 국가 행위의 조치 해당성은 좁은 예외적 쟁점이 아닌 협정 적용 출발점의 문제이다.

85) *Ibid.*, para. 64.

86) *Ibid.*, para. 65.

이 점은 한국정부와 한국기업 모두에 시사점을 준다. 정부로서는 공식 결정 뿐 아니라 비공식 협의, 우회적 관여, 공공기관을 통한 영향력 행사까지 분쟁 위험의 관점에서 함께 관리할 필요가 있다. 기업으로서도 대미 투자 과정에서 공식 문서가 없다는 이유만으로 문제를 가볍게 볼 것이 아니라, 투자에 영향을 준 접촉 경위와 관련 자료를 초기부터 정리할 필요가 있다. Mason 사건은 한미 FTA에 따른 ‘조치’의 개념이 넓게 해석될 수 있음을 보여주며, 향후 대미 투자분쟁에서 국가 개입의 실질을 어떻게 입증할 것인가가 중요함을 시사한다.

2. 조치와 투자의 법적 관련성

청구의 기초가 되는 행위가 피청구국이 채택한 ‘조치’에 해당한다고 중재판 정부가 판단한다고 하더라도, 피청구국이 채택한 조치가 청구인의 투자에 ‘관한’ 것인지를 청구인이 입증해야 한다. 이것이 이른바 ‘관련성’ 요건이다.

표 3-2. 한미 FTA와 NAFTA의 조치와 투자의 법적 관련성 규정 비교

한미 FTA 제11.1조(적용 범위)	NAFTA 제1101조(적용 범위)
1. 이 장은 다음에 관하여 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용된다. 가. 다른 쪽 당사국의 투자자 나. 적용 대상 투자, 그리고 다. 제11.8조 및 제11.10조에 대하여, 그 당사국의 영역에 있는 모든 투자	1. 이 장은 당사국이 다음에 관하여 채택하거나 유지하는 조치에 적용된다: (a) 다른 당사국의 투자자; (b) 다른 당사국의 투자자가 해당 당사국 영토 내에 행한 투자; 및 (c) 제1106조 및 제1114조에 관하여, 당사국 영토 내의 모든 투자.

주: 밑줄 및 굵은 글씨는 저자 작성.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성. NAFTA는 저자 번역.

관련성 요건의 법적 근거는 한미 FTA 제11.1조(적용 범위) 제1항이다. 투자의 장이 다른 쪽 당사국의 투자자, 적용 대상 투자,⁸⁷⁾ 그리고 제11.8조(PR) 및

제11.10조(투자와 환경)에 대하여 그 당사국의 영역에 있는 ‘모든 투자’⁸⁸⁾에 ‘관하여(relating to)’ 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용된다. 관련성 요건의 목적은 국가 행위가 투자자 또는 투자에 영향을 미칠 수 있고 투자자가 협정상 투자 유치국에 책임을 물을 수 있는 방대한 결과에 제한을 가하기 위한 요건이다.⁸⁹⁾

한미 FTA 제11.1조 제1항에 규정된 관련성 요건의 의의, 법적 성격, 판단 기준에 대해서는 Resolute Forest 사건 중재판정문을, 사실관계에 대한 판단 기준의 적용에 대해서는 Mason 사건 중재판정문을 참고한다.⁹⁰⁾ 한미 FTA가 적용된 Mason 사건의 중재판정부는 Resolute Forest 사건 등 NAFTA 협정이 적용된 다른 사건의 중재판정도 다수 인용했다. 그러므로 Mason 사건 중재판정부만의 해석이 아니라 NAFTA 사건의 중재판정부와 같은 해석임을 알 수 있다.

가. 관련성 요건의 법적 성격을 명확히 한 Resolute Forest 사건

Resolute Forest v. Canada 사건 중재판정부는 관련성 요건과 관련하여 다음과 같이 크게 세 가지 사항을 명확히 했다.

87) 적용 대상 투자란 어느 한쪽 당사국에 대하여, 이 협정의 발효일에 존재하거나 그 이후 설립·인수 또는 확장된 그 당사국 영역 내에서의 다른 쪽 당사국 투자자의 투자로서 제11.28조(정의)에서 정의된 것을 말한다. 한미 FTA 제1장(최초 규정 및 정의) 제1.4조(정의).

88) 한편 제11.1조 제1항 다항에서 그 당사국의 영역에 있는 ‘상대방 당사국 투자자의 투자’가 아니라 ‘모든 투자’라고 규정한 이유는, 당사국의 정책 자율성을 확보하려는 규정의 목적 때문이다. 또한 제11.8조(PR)도 당사국 “또는 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자”라고 규정했고, 제11.10조(투자와 환경) 역시 당사국이 자국 영역 내 투자활동이 환경적 고려에 민감한 방식으로 수행되도록 보장하기 위하여 자국이 적절하다고 판단하는 조치를 채택·유지 또는 집행하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 않는다는 내용임. 그러므로 제11.1조 제1항이 “제11.8조(PR) 및 제11.10조(투자와 환경)에 대하여 그 당사국의 영역에 있는 ‘모든 투자’에 관하여”라고 규정한 것은 자연스러운 일이다.

89) Mason v. Korea(Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea, PCA Case No. 2018-55), Final Award dated 11 April 2024(Korean), para. 373.

90) 한미 FTA가 적용된 Elliott v. Korea 사건도 있지만, 관련성은 쟁점으로 부상하지 않았음.

첫째, NAFTA 제1101조 제1항에 규정된 “관련(relating to)”의 의미는 ‘법적으로 유의미한 관련성’이다. 실질적으로 또는 결과적으로 청구인에게 부정적인 영향을 미친 조치만으로는 법적으로 유의미한 관련성이 있다고 인정하기에 부족하다. ‘관련’의 통상적 의미는 투자자 또는 투자와 조치 사이에 단순히 우연이 아닌 관련성이 있을 것이 요구되는 데 그친다. 조치가 투자자나 투자를 노리거나 겨냥할 필요가 있는 것은 아니다.⁹¹⁾

둘째, 관련성 요건의 법적 성격은 관할권 요건이므로 사실적 또는 법적 인과관계 요건과 다르다. 인과관계의 실제적 요건은 관할권 결정 단계에서가 아니라, 본안 판단에서 분석해야 한다.⁹²⁾

셋째, 관련성 요건이 충족되는지에 대한 조사를 위하여 중재판정부는 통상적으로 청구인이 주장하는 사실을 “액면 그대로 받아들여야(taking at face value)” 한다. 중재판정부가 관할권의 존재를 확인하기 위해 청구인의 주장과 피청구국의 항변에 대한 완전한 사실조사를 해야 한다면, 분쟁의 본안과 협정 위반 발생 여부에 대한 실제적 문제 판단으로 이어지게 마련이다. 따라서 중재판정부는 관할권 심리의 범위를, 피청구국의 쟁점 조치와 투자의 관련성 요건이 충족되기에 “충분한 근접성(sufficiently proximate)”이 있음을 청구인들이 주장하는 사실이 뒷받침할 수 있는지에 관한 문제로 제한해야 한다.⁹³⁾

나. 관련성 요건의 구체적 적용을 다룬 Mason 사건

Mason v. Korea 사건 중재판정부는 법적으로 유의미한 관련성이 있는지 여부는 각 사건의 구체적 사실관계를 기초로 판단할 수밖에 없다고 보았다.⁹⁴⁾

91) *Resolute Forest v. Canada*(*Resolute Forest Products Inc. v. The Government of Canada*, PCA Case No. 2016-13), Decision on Jurisdiction and Admissibility dated 30 January 2018, para. 242.

92) *Ibid.*

93) *Ibid.*, para. 248.

94) *Mason v. Korea*(*Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea*,

청구인들이 주장한 사실관계에 따르면, 국민연금의 표결 절차에 피청구국이 불법적으로 개입하지 않았다면 삼성물산과 제일모직 사이의 합병이 삼성물산 주주에게 불공정한 합병 비율로 이루어지지 않았고, 수십억 달러의 가치를 삼성물산 주주로부터 총수 일가와 제일모직의 주주에게 양도하는 결과도 없었다.⁹⁵⁾

이 사건이 발생했다고 가정할 때, 피청구국의 조치는 단순히 미미하거나 우연한 방법 이상으로 청구인들에게 영향을 미쳤다. 합병 표결 당시 청구인들은 삼성물산의 소액주주이면서 국민연금과의 공동 주주였다. 합병에 대한 국민연금의 표결과 해당 표결 절차에 대한 피청구국의 개입 혐의는 청구인들의 삼성물산 투자에 직접적인 영향을 미쳤다.⁹⁶⁾

또한 피청구국의 조치와 청구인들의 삼성전자 투자 사이에는 법적으로 유의미한 관련성이 있다. 청구인들이 주장하는 사실관계에 따르면 삼성물산의 주요 자산은 삼성전자의 지분이다. 삼성전자는 합병의 일부를 구성하지 않지만 삼성그룹의 일부를 구성한다. 청구인들은 삼성전자의 주가가 삼성 그룹 내 지배구조의 결함으로 인해 부정적인 영향을 받았다고 주장했다. 실제로 이런 일이 있었는지는 추후 본안에서 판단할 문제이다. 관할권 결정 단계에서는 청구인들이 주장한 사실이 피청구국의 조치와 청구인들의 삼성전자 투자 사이에 단순히 미미하거나 우연하지 않은 충분한 관련성이 있음을 증명하는 것으로 충분하다.⁹⁷⁾

다. 소결

Resolute Forest 사건과 Mason 사건은 한미 FTA에 따른 조치와 투자의 법적 관련성이 무엇인지 보여준다는 점에서 의미가 있다. Resolute Forest 사건의 중재판정부는 관련성 요건이 단순한 사실상 영향이나 결과적 불이익만

PCA Case No. 2018-55), Final Award dated 11 April 2024(Korean), para. 375.

95) *Ibid.*, para. 377.

96) *Ibid.*, para. 378.

97) *Ibid.*, para. 381.

으로 충족되지 않고, 조치와 투자 사이에 법적으로 유의미한 관련성이 있어야 한다고 봤다. 아울러 이 요건은 본안의 인과관계 판단과 구별되는 관할권 요건이므로, 관할권 단계에서는 청구인이 주장한 사실을 전제로 충분한 근접성이 있는지를 우선 살피면 된다고 정리했다.

Mason 사건은 이 법리를 구체적 사실관계에 적용한 사례이다. 중재판정부는 조치의 직접적인 대상과 청구인의 투자가 일치하지 않더라도, 해당 조치가 투자 가치와 구조에 실질적 영향을 미칠 수 있다면 관련성 요건을 충족할 수 있다고 봤다. 특히 직접 투자뿐 아니라 자산 관계나 기업집단 구조를 매개로 한 투자에도 관련성이 인정될 수 있다고 판단한 점은, 관련성 판단이 형식적 법률 관계에만 머무르지 않음을 보여준다.

이 점은 한국정부와 한국기업 모두에 시사점을 준다. 정부로서는 특정 기업이나 거래를 둘러싼 조치라도 그 효과가 지배구조, 자산 가치, 계열회사 관계를 거쳐 다른 투자로 이어질 수 있다는 점을 함께 살필 필요가 있다. 기업으로서도 자신이 직접 규제 대상이 아니었다는 이유만으로 관련성을 쉽게 포기할 것이 아니라, 문제가 된 조치가 투자 가치에 어떤 경로로 연계되는지를 구조적으로 정리할 필요가 있다. 결국 관련성 요건은 협정 적용 범위를 가르는 출발점이며, 향후 대미 투자분쟁 시 그 연결고리를 어떻게 입증하느냐가 중요하다.

3. 과세 조치에 대한 투자협정의 비적용

한미 FTA는 제23.3조(과세)에 규정된 경우를 제외하고는, 이 협정의 어떠한 규정도 과세 조치에 적용되지 않는다고 명시한다.⁹⁸⁾ 나아가 한미 FTA의 어떠한 규정도 조세협약에 따른 당사국의 권리와 의무에 영향을 미치지 않으며, 두

98) 한미 FTA 제23.3조(과세) 제1항.

협약 사이에 불일치가 있으면 그 불합치하는 한도에서 조세협약이 우선한다고 명시한다. 두 협약 사이에 불일치가 있는지 결정하는 전적인 책임은 조세협약에 따른 권한 있는 당국이 진다.⁹⁹⁾

표 3-3. 과세 조치에 대한 한미 FTA 비적용 규정

한미 FTA 제23.3조(과세)
1. 이 조에 규정된 경우를 제외하고 이 협정의 어떠한 규정도 과세 조치에 적용되지 아니한다.
2. 가. 이 협정의 어떠한 규정도 조세 협약상의 어느 한쪽 당사국의 권리 및 의무에 영향을 미치지 아니한다. 이 협정과 그러한 협약 간에 불합치가 있는 경우 그 불합치의 한도에서 그 협약이 우선한다.
나. 양 당사국 간의 조세협약의 경우 그 협약상의 권한 있는 당국이 이 협정과 그 협약 간에 불합치가 존재하는지 여부를 결정하는 전적인 책임을 진다.

주: 밑줄과 굵은 글씨는 저자 작성.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

이와 같은 과세 조치에 대한 투자협정의 비적용에 관한 규정은 다른 대부분의 국제투자협정에서도 발견되는 일반적인 현상이다. 이는 과세 조치에 「국제투자법」이 적용되는 것을 부적절하다고 보거나, 이 분야가 애초부터 원칙적으로는 투자협정의 규율 범위로 의도되지 않았음을 시사한다.¹⁰⁰⁾ 더 근본적인 이유는 각국이 조세 분야를 국가적으로 매우 중요한 분야라고 판단하기 때문이다.¹⁰¹⁾

다만 과세 조치에 대한 배제는 절대적이지 않다. 예외적으로 과세 조치에 한미 FTA가 적용되는 경우는 다음과 같다. 첫째, 제11.3조의 내국민대우와 제11.4조의 최혜국대우는 일정한 과세 조치에 적용된다. 구체적으로 소득·자본이득 또는 기업의 과세 가능 자본에 대한 과세 조치와 상속·유산 취득·증여·세대를 건너뛴 이전에 대한 세금을 제외한 모든 과세 조치에 적용된다. 다만 조세협약에 따른 이익, 기존의 비합치 과세 조치와 그 갱신·일정한 개정, 공평하거나 효

99) 한미 FTA 제23.3조(과세) 제2항 가호 및 나호.

100) Collins(2017), p. 325.

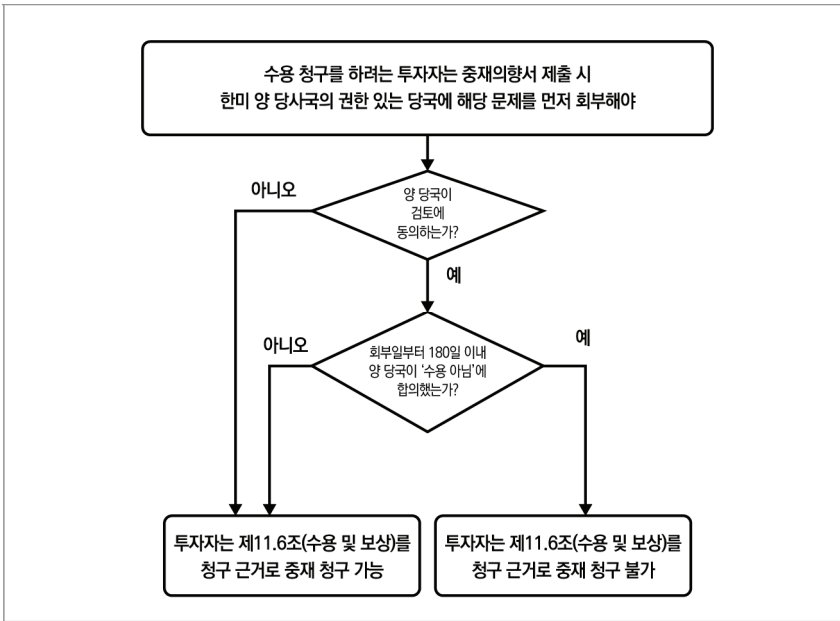
101) Salacuse(2013), p. 399.

과적인 세금 부과·징수를 위한 조치 등에는 이러한 의무가 적용되지 않는다. 둘째, 제11.8조 제2항부터 제4항까지의 이행 요건 규정도 과세 조치에 적용된다. 이에 따라 국내 재료의 사용, 국내산 상품의 구매·사용·우대, 수입과 수출 또는 외화 유입의 연계 등을 이익의 수령 또는 지속적 수령의 조건으로 요구할 수 없다. 다만 생산 입지, 서비스 공급, 근로자 훈련·고용, 시설 건설·확장 또는 연구개발 등을 국내에서 수행하도록 하는 조건과 제11.8조 제3항이 정한 경우에는 예외가 인정된다. 셋째, 제11.6조의 수용 및 보상 의무와 제11.16조의 중재 청구 절차는 과세 조치가 수용에 해당한다는 주장이 제기되는 경우 적용된다. 넷째, 제11.16조의 중재 청구 절차는 과세 조치가 투자 계약 또는 투자 승인을 위반하였다는 주장이 제기될 때도 적용된다. 이 가운데 수용을 주장할 때는 양 당사국의 권한 있는 당국에 해당 문제를 먼저 회부해야 하며, 그 구체적인 절차는 다음과 같다.¹⁰²⁾

과세 조치에 대해 제11.6조(수용 및 보상)를 근거로 중재 청구를 제기하려는 투자자는 중재 의사 통보를 할 때, 양국의 권한 있는 당국(competent authorities)에 과세 조치가 수용인지 아닌지에 대한 문제를 권한 있는 당국에 우선 제기해야 한다. 권한 있는 당국이 이 문제의 검토에 동의하지 않거나, 검토에 동의했으나 사안을 제기한 날로부터 180일 이내에 그 조치가 수용이 아니라고 하는 데에 동의하지 않으면, 투자자는 중재 청구를 제기할 수 있다.¹⁰³⁾ 반대로 권한 있는 당국이 그 조치가 수용이 아니라고 판단하는 데에 동의하면, 투자자는 제11.6조를 청구의 근거로 원용할 수 없다.

102) 한미 FTA 제23.3조(과세) 제4항 나호, 제5항, 제6항 가호 및 나호, 제11.8조(이행요건) 제2항 및 제4항.

103) 한미 FTA 제23.3조(과세) 제6항 나호. 국문본은 “권한 있는 당국”으로 규정했으나, 영문본은 “Competent authorities”라고 복수형으로 규정했음.



자료: 한미 FTA 제23.3조 제6항 나호를 바탕으로 저자 작성.

가. 진정한 과세 조치 해당성 판단 기준을 다룬 Yukos 사건

Yukos v. Russia 사건은 과세 조치가 투자협정의 심사 대상에서 원칙적으로 제외되더라도, 그 전제가 되는 ‘진정한 과세 조치’인지가 먼저 문제가 된다는 점을 보여준다. 중재판정부는 ECT 제21조 제1항의 과세 예외는 국가의 일반 재정수입 확보를 목적으로 하는 ‘진정한 과세 조치(bona fide taxation actions)’에만 적용되며, 조세의 외관을 빌렸을 뿐 실제로는 기업의 파괴나 정치적 경쟁자의 제거와 같은 과세와 무관한 목적을 추구하는 조치는 ‘조세라는 명목 아래 이루어진 조치(under the guise of taxation)’에 불과하므로 과세 예외의 적용 대상이 아니라고 판단했다.¹⁰⁴⁾

이 사건에서 청구인들은 키프로스 및 맨섬 법인으로 러시아 회사 유코스(Yukos: OAO Yukos Oil Company)의 지배주주들이었다. Yukos는 원유 및 천연가스 탐사, 생산, 정제, 마케팅, 유통에 종사하는 에너지 기업이다. 소비에트 연방 붕괴 이후 1993년 설립된 Yukos는 이후 대통령령으로 1995부터 1996년 사이에 민영화되었다. 이 사건에는 에너지헌장조약(ECT: Energy Charter Treaty)이 적용되었다.¹⁰⁵⁾

청구인들은 피청구국이 Yukos를 파산시키고 그 자산을 국가로 이전할 목적 및 잠재적 정치적 경쟁자를 제거할 목적으로 막대한 세금을 부과하고 핵심 자산을 강제 매각하는 등 ECT 제10조(공정하고 공평한 대우) 및 제13조(수용)를 위반했다고 주장했다.¹⁰⁶⁾

이에 대해 피청구국은 Yukos가 저세율 지역에 서류상 회사를 세워 막대한 조세를 포탈했으며, 러시아의 조세 부과 및 강제 집행 절차는 정당한 조세 징수 권한의 행사로서 청구인들의 투자는 조약 제21조에 규정된 조세 예외에 따라 협정의 보호 대상이 아니라고 반박했다.¹⁰⁷⁾

중재판정부는 러시아 당국이 수출에 따른 부가가치세 환급을 형식적인 문서 요건을 이유로 거부하여 130억 달러가 넘는 막대한 부가가치세와 벌금을 부과한 것은 단순한 세금 징수 목적을 넘어 회사를 파산시키려는 의도였다고 보았다.¹⁰⁸⁾ 또한 중재판정부는 Yukos의 핵심 생산 자산 경매 과정이 조작되었다고 판단했다. 자본금이 사실상 없고 알려지지 않은 서류상 회사가 입찰 경쟁 없이 가치보다 훨씬 낮은 93억 달러의 가격으로 Yukos의 핵심 자산을 단 10분 만에 낙찰받고 불과 3일 뒤 국영기업에 인수된 일련의 과정은, 세금 징수 동기

104) Yukos Universal v. Russia(Yukos Universal Limited(Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. 2005-04/AA227 Final Award dated 18 July 2014, paras. 1431-1432, para. 1444.

105) *Ibid.*, para. 1, para. 9, para. 71.

106) *Ibid.*, paras. 263-264, para. 761, para. 1549.

107) *Ibid.*, para. 78, para. 690, para. 1375, para. 1385, para. 1525.

108) *Ibid.*, para. 590, para. 597, para. 1404, para. 1579.

가 아니라 국가가 Yukos의 자산을 헐값에 취득하고 회사를 파산시키려는 목적에서 비롯된 것으로 판단했다. 중재판정부는 특히 이러한 부가가치세 부과와 경매가 없었다면 Yukos는 조세를 납부한 이후에도 존속할 수 있었을 것이라고 보아, 문제의 조치가 조세 징수를 넘어 파산과 자산 이전을 목적으로 한 것이라고 정리했다.¹⁰⁹⁾ 이와 같이 중재판정부는 일련의 조치들이 Yukos에 대한 ‘국유화 또는 수용과 동등한 효과를 가지는 조치’에 해당한다고 보았다. 이러한 실질적 수용은 적법한 수용의 요건인 공공의 이익, 비차별, 적법절차, 신속하고 충분하며 효과적인 보상 지급이라는 요건을 전혀 충족하지 못했으므로, 피청구국은 ECT 제13조 위반의 책임을 진다고 판정했다.¹¹⁰⁾

즉, Yukos 사건은 과세 조치 비적용 규정이 아무런 제한 없이 적용되는 것이 아니라, 해당 조치가 국가 수입 확보를 목적으로 한 진정한 과세 조치인지가 우선 심사되어야 함을 보여준다.

나. 과세 조치의 수용 해당 기준을 다룬 EnCana 사건

EnCana v. Ecuador 사건은 진정한 과세 조치로 인정되더라도, 그 효과와 운용 방식이 예외적일 때에는 수용 문제가 제기될 수 있음을 보여준다. 이 사건에서 청구인 EnCana는 캐나다 국적의 회사로서 자회사를 통해 원유 및 가스 탐사와 채굴을 하는 기업이다. 이 사건 중재 청구는 캐나다-에콰도르 BIT (1996)를 근거로 제기되었다.¹¹¹⁾

청구인은 에콰도르 과세 당국이 자회사에 부가가치세 환급을 부당하게 거부하고 기지급된 환급금마저 환수하려 한 조치가 투자협정이 규정한 공정하고 공평한 대우(FET: Fair and Equitable Treatment) 의무 등을 위반한 것이며,

109) *Ibid.*, paras. 1035-1037, para. 1579.

110) *Ibid.*, paras. 1580-1585.

111) *Encana v. Ecuador*(*EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481), Award dated 3 February 2006, para. 1, para. 21, para. 23.

실질적으로 투자의 이익을 부당하게 빼앗는 직간접적 수용에 해당한다고 주장했다.¹¹²⁾

이에 피청구국은 부가세 환급 거부가 협정의 적용 예외 대상인 ‘조세 조치’에 해당하므로 중재판정부의 관할권이 미치지 않으며, 판단 대상이 되더라도 환급액은 이미 석유 탐사 계약의 참여 비율에 보상 차원으로 반영되어 있다고 반박했다.¹¹³⁾

중재판정부는 부가세 환급 거부와 같은 과세 조치가 수용으로 인정되기 위해서는 조세 금액이 징벌적(punitive)이거나 부과 방식이 자의적(arbitrary)이거나 이례적인(extraordinary) 경우여야 하고, 투자의 경제적 이익을 저해하는 수준을 넘어 회사의 운영을 정지(standstill)시키거나 그 활동에서 얻는 가치를 극도로 미미하고 수익성이 없게 만들어(so marginal or unprofitable) 결과적으로 투자의 성격을 실질적으로 박탈하거나, 투자의 이익을 전체적으로 또는 상당 부분 박탈할 정도의 경제적 충격을 주는 조치여야 한다고 판단했다.¹¹⁴⁾

이러한 기준에 따라 중재판정부는 간접 수용 주장에 대해, 세금 부과 자체가 투자의 경제적 이익을 감소시키는 것은 보편적인 현상이며, 청구인의 자회사들은 부가세 환급 거부에도 불구하고 여전히 정상적으로 원유를 채굴 및 수출하며 수익을 창출하고 있었으므로 투자의 가치를 상당 부분 실질적으로 박탈당했다고 볼 수 없다고 판단했다.¹¹⁵⁾

나아가 직접 수용 주장과 관련하여, 과세 당국이 설령 법리를 잘못 해석하여 환급을 거절했더라도 조세 당국으로서 선의에 기반하여 정책적 판단을 내린 것이라면 그 자체만으로 투자자의 법적 권리를 전면적으로 부인하거나 수용한 것으로 간주할 수는 없다고 보았다.¹¹⁶⁾

112) *Ibid.*, para. 107, para. 171.

113) *Ibid.*, para. 133, para. 136, para. 180.

114) *Ibid.*, para. 174, para. 177.

115) *Ibid.*, paras. 173-174, para. 177.

116) *Ibid.*, para. 194, para. 196.

중재판정부는 이러한 판단의 핵심 이유로서 청구인이 과세 당국의 환급 거부 처분에 대해 에콰도르 국내 법원에 제소하여 다툴 기회가 열려 있었고, 실제로 과세 당국이 소송에서 패소했을 때 법원의 판결을 즉각 수용하고 이행했던 점 등을 지적하며, 사법적 구제 수단이 정상적으로 작동하는 상태에서 행정부의 법적 견해 표명이나 환급 거부 행위만으로는 수용 요건을 충족하지 않는다고 판단했다.¹¹⁷⁾ 결과적으로 중재판정부는 부가세 환급 이슈는 본질적으로 과세 조치에 해당하므로 수용을 제외한 다른 협정 위반 주장은 관할권이 없으며, 핵심 쟁점인 수용 주장 또한 위와 같은 이유로 그 기준에 미치지 못한다고 결론지어 청구인의 주장을 기각했다.¹¹⁸⁾

즉, EnCana 사건은 과세 조치가 수용으로 인정되기 위해서는 조세 부담 증가나 수익 감소만으로는 부족하고, 자의적, 징벌적 성격과 사실상 투자 박탈에 이를 정도로 중대한 영향을 미쳐야 한다는 점을 보여준다.

다. 소결

Yukos 사건과 EnCana 사건은 과세 조치에 대해서는 투자협정의 적용이 넓게 배제되지만, 그 예외는 매우 제한적으로만 인정된다는 점을 보여준다. Yukos 사건의 중재판정부는 과세 조치 비적용 규정의 보호를 받으려면 해당 조치가 국가 수입 확보를 목적으로 한 진정한 과세 조치여야 한다고 봤다. EnCana 사건 중재판정부는 과세 조치가 수용에 해당하려면 그 조치가 징벌적이거나 자의적인 성격을 띠고, 일반적인 조세 부담이나 수익 감소를 넘어 투자의 성격이나 가치를 실질적으로 박탈할 정도의 중대한 경제적 충격을 초래해야 한다고 봤다. 또한 과세 당국의 판단에 대해 국내법상 사법적 구제 수단이 열려 있고 그것이 실제로 작동했다면, 환급 거부나 법 해석의 오류만으로는 곧바로

117) *Ibid.*, paras. 194-196.

118) *Ibid.*, para. 149, para. 168, para. 199.

수용이 성립한다고 보기 어렵다고 판단했다.

이를 종합하면, 투자협정은 원칙적으로 과세 조치를 심사 대상에서 제외하며 예외적으로만 중재 판단을 허용한다고 정리할 수 있다. 따라서 과세 조치가 문제가 되더라도, 조세 부담이 크다거나 투자 수익이 감소했다는 사정만으로는 투자자가 협정 위반을 주장하기는 어렵다. 해당 조치가 조세의 외형만 갖추었을 뿐 실제로는 다른 목적을 위한 남용이라는 점, 또는 그 효과가 통상적인 조세 부담을 넘어 사실상 투자 박탈에 이를 정도라는 점까지 보여야 한다.

이 두 판정례는 우리 기업의 대미 투자에도 시사점을 준다. 대미 투자와 관련한 과세상 불이익만으로는 곧바로 투자협정 위반을 주장하기 어렵고, 해당 조치가 진정한 과세 조치인지, 또는 세수 확보를 벗어난 자의적, 징벌적 운용으로 사실상 투자 박탈에 이를 정도인지가 핵심 검토 사항이 된다.

4. 정부조달 조치에 대한 투자협정의 일부 의무 비적용

한미 FTA 제11.12조(비합치 조치) 제5항 가호는 정부조달에 제11.3조(NT), 제11.4조(MFN), 그리고 제11.9조(고위 경영진과 이사회)가 적용되지 않는다고 규정한다. 그러므로 국가가 소비자 또는 발주자로서 물품이나 서비스를 취득하는 행위가 정부조달에 해당하면, 외국인투자자는 그 조치에 대하여 NT, MFN, SMBD 위반을 곧바로 주장하기 어렵다.

표 3-4. 정부조달 조치에 대한 NT, MFN, SMBD 적용 배제

한미 FTA 제11.12조(비합치 조치)
5. 제11.3조·제11.4조 및 제11.9조는 다음에 적용되지 아니한다. 가. 정부조달, 또는

주: 밑줄과 굵은 글씨는 저자 작성.
자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

하지만 제11.12조 제5항 가호가 정부조달 조치에 NT, MFN, SMBD를 적용하지 않는다고 규정했다고 해도, 대우의 최소 기준(MST: Minimum Standard of Treatment), 수용, PR 등 투자의 장애 규정된 다른 의무에서까지 정부조달이라는 이유만으로 곧바로 배제되지는 않으며 별도로 검토되어야 한다.

표 3-5. 정부조달 조치에 대한 PR의 부분 적용

한미 FTA 제11.8조(이행요건)

3. 마. 제1항 나호·다호·바호 및 사호, 그리고 제2항 가호 및 나호는 **정부조달에 적용되지 아니한다.**

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

예컨대 PR의 경우 제11.8조(이행요건) 제3항 마호에서 정부조달에 적용되지 않는 규정을 구체적으로 명시했다.

가. 정부조달 해당성을 다룬 Resolute Forest 사건

정부조달 조치에 대한 협정의 일부 의무 적용 배제라는 쟁점을 정면으로 다룬 한미 FTA 적용 투자자-국가 분쟁의 공개된 판정례는 확인되지 않는다. 그러므로 대표적인 사례로서 Resolute Forest v. Canada 사건 판정을 살펴본다. 이 사건에는 NAFTA 협정이 적용되었다.

Resolute Forest v. Canada 사건에서 중재판정부 다수의견은 NAFTA 제1108조(유보 및 예외) 제7항 가호에 규정된 ‘조달(procurement)’의 의미를 넓게 해석했다. 중재판정부 다수의견은 NAFTA 제10장 정부조달의 정의나 WTO 정부조달 협정이 규정한 제한에 대해 정부조달에 NAFTA 제1102조(NT), 제1103조(MFN), 제1107조(SMBD)의 비적용을 명시한 NAFTA 제1108조(유보 및 예외) 제7항 가호의 해석을 적용할 근거가 없다고 보았다.¹¹⁹⁾

119) Resolute Forest v. Canada(Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada, PCA Case No. 2016-13), Final Award dated 25 July 2022, para. 376, paras. 381-385.

중재판정부 다수의견은 조달이라는 용어의 통상적 의미를 국가 또는 국영기업이 재화나 서비스를 구매하는 행위로 이해했다. 중재판정부는 예외 조항이므로 당연히 좁게 해석되어야 한다는 청구인 주장을 받아들이지 않았고, 조항의 문언과 맥락, 목적에 비추어 통상적 의미로 넓게 해석해야 한다고 판단했다.¹²⁰⁾ 이러한 기준 아래 중재판정부 다수의견은 이 사건에서 문제가 된 토지 매입 조치를 정부조달에 해당한다고 판단했다. 청구인은 그 대금 지급이 기업 지원 성격을 띠므로 조달이 아닌 보조금에 가깝다고 주장했지만, 중재판정부 다수의견은 국가가 공공 목적에 따라 토지를 취득하고 대가를 지급한 이상 법적 성질은 정부조달이라고 보았다. 또한 형식적인 조달 개념을 따르더라도, 이 조치는 자체적인 평가와 승인 절차를 거쳤으므로 여전히 제1108조 제7항 가호의 적용 대상이라고 보았다.¹²¹⁾

나. 복합 조치의 분리 판단을 다룬 Resolute Forest 사건

Resolute Forest v. Canada 사건에서 더 중요한 점은 중재판정부가 하나의 정부 사업이나 계약이 둘 이상의 목적과 성격을 함께 가질 수 있고, 그 안에서 조달에 해당하는 부분만 따로 떼어 NAFTA 제1108조(유보 및 예외) 제7항 가호를 적용할 수 있다고 본 데 있다. 중재판정부는 하나의 조치에 조달 요소와 교부금 요소가 함께 들어 있다는 이유만으로 조달 예외를 전부 부정하면 형식이 실질을 압도하게 된다고 봤다. 따라서 판단의 초점은 계약의 형식적 명칭이 아니라, 해당 계약이 실질적으로 국가가 재화나 서비스를 사는 거래인지에 두어야 한다고 했다. 또한 조달이 반드시 경쟁입찰이나 엄격한 형식을 갖추어야 한다고 볼 근거도 없다고 판단했다.¹²²⁾

120) *Ibid.*, para. 373, para. 376, para. 390.

121) *Ibid.*, paras. 393-398.

122) *Ibid.*, paras. 388-390, para. 405.

이러한 접근은 사건에서 문제가 된 여러 지원 조치에 관한 판단에서 구체화되었다. 중재판정부는 하나의 지원 조치에 서로 다른 성격의 요소가 함께 들어 있을 수 있으므로, 그 전체를 한 번에 정부조달 또는 그 밖의 조치로 단정해서는 안 된다고 보았다. 대신 국가가 일정한 대가를 지급하고 재화나 서비스를 실제로 취득하는 부분은 정부조달로 볼 수 있지만, 그러한 관계가 없는 다른 부분에는 같은 예외를 그대로 적용할 수 없다고 판단했다. 결국 이 사건은 복합 조치 전체를 일괄 분류하기보다, 그 내부 구성요소를 나누어 각 부분의 법적 성질을 따져야 한다는 점을 보여준다.¹²³⁾

다. 소결

Resolute Forest 사건은 정부조달 조치에 대한 투자협정의 일부 의무 비적용이 어떠한 기준에 따라 판단되는지를 보여준다는 점에서 의미가 있다. 중재판정부는 조달의 의미를 좁게 보지 않았고, NAFTA 제10장 정부조달의 정의나 WTO 정부조달 협정의 제한을 제11장 예외 해석에 그대로 끌어들일 수 없다고 판단했다. 또한 조달은 반드시 공개경쟁 입찰과 같은 엄격한 형식이나 절차를 갖추어야만 성립하는 것이 아니라, 국가가 재화나 서비스를 취득하는 실질이 있는지에 따라 판단해야 한다고 봤다.

또한 중재판정부는 하나의 정부 사업이나 계약에 여러 성격의 요소가 함께 들어 있을 수 있다는 점을 전제로, 그 전체를 일괄하여 정부조달 또는 그 밖의 조치로 단정하지 않았다. 대신 국가가 일정한 대가를 지급하고 재화나 서비스를 실제로 취득하는 부분은 정부조달로 볼 수 있지만, 그러한 관계가 없는 다른 부분에는 같은 예외를 그대로 적용할 수 없다고 판단했다. 결국 이 사건은 정부조달 예외의 적용 여부를 판단할 때, 형식적 명칭보다 각 구성요소의 기능과 실질을 나누어 살피는 접근이 중요하다는 점을 보여준다.

123) *Ibid.*, paras. 403-404, paras. 410-411.

이러한 판단에 따르면, 한미 FTA에 따른 정부조달 예외도 형식보다 실질을 기준으로 적용할 가능성이 크다. 정부가 공공 목적을 위해 재화나 서비스를 취득하는 성격을 가진다면, 그 과정이 전형적인 조달 절차를 따르지 않았더라도 투자 장의 일부 의무 규정은 적용되지 않을 수 있다. 반면 정부와 체결한 계약이나 지원 조치라는 이유만으로 그 전체가 곧바로 정부조달 예외에 들어가는 것은 아니다. 따라서 한국정부로서는 대미 투자와 관련한 공공 계약이나 지원 조치를 설계할 때 어떤 부분이 정부의 구매 행위에 해당하는지 구체적으로 구분할 필요가 있다. 그리고 한국기업으로서도 미국정부 또는 공공기관과 맺은 계약이라고 해서 그 전체가 투자 장의 일부 의무 적용 제한 대상이 된다고 단정할 것이 아니라, 문제가 된 부분이 국가의 구매 행위에 관한 것인지부터 검토할 필요가 있다.

5. 보조금 또는 무상교부에 대한 투자협정의 일부 의무 비적용

한미 FTA 제11.12조(비합치 조치) 제5항 나호는 정부 지원 용자, 보증 및 보험을 포함하여 당사국에 의하여 제공되는 보조금 또는 무상교부에 제11.3조(NT), 제11.4조(MFN), 그리고 제11.9조(고위 경영진과 이사회)가 적용되지 않는다고 규정한다. 그러므로 국가의 행위가 보조금 또는 무상교부에 해당하면 외국인투자자는 그 조치에 대해 NT, MFN, SMBD 위반을 주장하기 어려운 것이 원칙이다.

표 3-6. 보조금 조치에 대한 NT, MFN, SMBD 적용 배제

한미 FTA 제11.12조(비합치 조치)
5. 제11.3조·제11.4조 및 제11.9조는 다음에 적용되지 아니한다.
나. 정부 지원 용자, 보증 및 보험을 포함하여 당사국에 의하여 제공되는 보조금 또는 무상교부
주: 밑줄과 굵은 글씨는 저자 작성. 자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

이와 같은 보조금 조치에 대한 협정의 일부 의무 적용 배제를 명시한 규정은 국가가 자국 산업을 육성하는 등 특정 정책 목적을 위해 보조금을 제공하는 조치에 대해 외국인투자자가 NT, MFN, SMBD 규정 위반을 근거로 투자자-국가 분쟁을 제기하는 것을 차단한다. 이러한 규정은 국가의 공공 정책적 재량을 보호하는 역할을 한다.

그러나 MST, PR은 보조금 또는 무상교부 조치에 적용되지 않는다는 규정이 없다. 그러므로 보조금 조치의 집행이 자의적이거나 절차적으로 중대한 하자가 있다면 MST 위반이 문제가 될 수 있다. 한편 PR도 적용이 배제되지 않지만, 한미 FTA 제11.8조 제3항은 혜택의 수령 또는 계속 수령 조건으로 생산 입지, 서비스 공급, 고용·훈련, 시설 건설·확장, 연구개발 수행 등을 요구할 수 있는 예외를 구체적으로 규정한다. 따라서 보조금 또는 무상교부 조치에 대한 PR 위반 가능성은 제11.8조 제1항·제2항의 금지 요건과 제3항 예외의 적용 범위를 나누어 판단해야 한다.

가. WTO 보조금 협정의 정의를 따르지 않은 Resolute Forest 사건

Resolute Forest v. Canada 사건에서 피청구국은 자국 내 제지 회사 회생을 위해 다양한 보조금을 제공했다. 청구인은 NAFTA NT 및 MST에 위반되는 이 조치로 손해를 입었다고 주장하며 중재를 신청했다. 반면 피청구국은 지역 경제를 위한 정당한 공공정책일 뿐만 아니라, NAFTA 제1108조(유보 및 예외)

제7항 (b)호가 보조금에 대한 NT 비적용을 규정했다고 반박했다.¹²⁴⁾

중재판정부 다수의견은 NAFTA 제1108조 제7항 (b)의 보조금이나 교부금을 해석할 때 WTO 보조금 협정의 정의를 그대로 적용하지 않았다. 중재판정부 다수의견은 NAFTA 당사국이 제11장에서 보조금을 따로 정의하지 않았고, 다른 장 또는 협정의 제한 사항이나 개념을 준용하려 했다면 이를 명시했을 것이라고 봤다. 또한 이 조항의 기능은 보조금 규율에 있지 않고, 보조금과 지원 조치의 영역에서 국가가 국적에 따른 선호를 부여할 여지를 남기는 데 있다고 봤다. 따라서 보조금 개념은 WTO의 엄격한 요건보다 NAFTA 자체의 문언, 문맥, 목적에 따라 자율적으로 해석해야 한다고 판단했다.¹²⁵⁾ 이어 재판정부 다수의견은 제1108조 제7항 (b)호가 ‘보조금과 교부금(subsidies or grants)’을 병렬적으로 규정하고, 정부 지원 대출, 보증, 보험을 예로 든 점에 주목했다, 이는 WTO 보조금 협정과 다른 문언 구조이므로 WTO 협정의 보조금 정의를 그대로 적용할 수는 없다고 보았다. 이 예시들은 한정적 열거는 아니지만, NAFTA 당사국이 어떤 유형의 조치를 예외 범위에 넣으려 했는지를 보여주는 중요한 단서라고 판단했다. 그 결과 재판정부 다수의견은 보조금 예외를 WTO 보조금 협정의 요건에 따라 해석하지 않고, 기업 지원을 위한 재정적 기여라는 실질에 맞추어 이해했다.¹²⁶⁾

나. 자기모순과 보조금 예외 적용을 다룬 Resolute Forest 사건

Resolute Forest v. Canada 사건에서 청구인은 캐나다가 과거 다른 국제 통상 절차에서는 문제의 조치들을 보조금으로 인정하지 않았으므로, 이번 중재

124) *Ibid.*, paras. 6-7, para. 310, para. 681.

125) *Ibid.*, paras. 413-420.

126) *Ibid.*, paras. 421-423, para. 428.

에서 NAFTA 제1108조(유보 및 예외) 제7항 (b)의 보조금 예외를 원용하는 것은 금반언 및 자기모순 금지 원칙에 반한다고 주장했다. 청구인은 Chevron v. Ecuador 사건을 인용해 명백히 모순되는 진술은 허용될 수 없다고 강조했다.¹²⁷⁾

하지만 중재판정부 다수의견은 이 사건에서 캐나다의 과거 진술이 중재 절차에서 나타난 입장과 명시적으로 충돌하는 수준은 아니라고 판단했다. 미국 무역대표부(USTR)의 질의서 답변이나 WTO 위원회 회의록 어디에도 캐나다가 보조금의 존재를 명백히 부인한 내용은 없었기 때문이다.¹²⁸⁾ 특히 청구인이 핵심 근거로 제시한 WTO 보조금 협정상 보조금 “없음(nil)”으로 통보한 사실에 대해서 중재판정부 다수의견은 캐나다의 설명이 부족했다는 점은 인정했다. 그러나 WTO 통보는 해당 협정의 구체적인 조항과 요건에 따라 이루어진 것이므로 다른 조약이나 다른 국내법, 다른 상황에서 진술이 독자적 기준을 가진 NAFTA의 해석을 구속할 수는 없다고 보았다.¹²⁹⁾ 결국 중재판정부 다수의견은 캐나다가 보조금의 존재를 명백히 부인하며 정반대의 주장을 했다고 보기 어렵다며 청구인의 자기모순 주장을 배척하고 보조금 예외 적용을 인정했다. 보조금 예외의 적용 여부는 다른 협정에서의 통보 형식 등에 좌우되는 것이 아니라, 해당 사건에 적용된 협정에 따라 독자적으로 판단되어야 한다는 것이다.¹³⁰⁾

다. 소결

Resolute Forest 사건은 보조금 조치에 대한 투자협정의 일부 의무 비적용이 어떤 기준과 논리로 판단되는지를 보여준다. 중재판정부 다수의견은 먼저 보조금 또는 교부금의 의미를 해석할 때 WTO 보조금 협정의 정의와 요건을 그대로 적용하지 않았고, NAFTA 제1108조(유보 및 예외) 제7항 (b)의 문언,

127) *Ibid.*, paras. 436-437, paras. 440-441.

128) *Ibid.*, para. 446, para. 450.

129) *Ibid.*, paras. 451-456.

130) *Ibid.*, paras. 457, paras. 460.

문맥, 목적에 따라 자율적으로 해석했다. 그 결과 정부 지원 대출, 보증, 보험과 같이 국가의 재정적 지원 성격을 가지는 조치는 WTO 협정상의 세부 요건 충족 여부와 별개로 투자협정에 따른 보조금 예외의 적용 대상이 될 수 있음을 확인했다.

또한 중재판정부 다수의견은 피청구국이 다른 국제 통상 절차에서 밝힌 입장을 근거로 하여 이 사건에서 보조금 쟁점을 판단하지 않았다. 미국 무역대표부 질의서에 대한 답변, WTO 위원회 회의록, WTO 보조금 협정에 따른 통보와 같은 자료는 참고 사정이 될 수 있지만, 그것만으로 해당 국가가 보조금의 존재를 명백히 부인했다고 단정할 수는 없으며, NAFTA 해석을 직접 구속한다고도 보기 어렵다고 판단했다. 결국 보조금 예외 적용 여부는 다른 협정에 따른 통보 내용 또는 형식보다는, 해당 사건에 적용되는 투자협정의 문언과 구조에 따라 독자적으로 판단된다는 점을 보여준다.

이러한 판단은 한미 FTA의 해석에도 시사점을 준다. 한미 FTA에 따른 보조금 예외 역시 WTO 보조금 협정의 혜택, 특정성 등의 요건에 따라 좁게 해석되기보다는 정부의 재정적 지원이라는 실질을 중심으로 해석될 가능성이 크다. 정부로서는 대미 투자와 관련한 지원 조치를 설계할 때 형식보다 재정적 기여의 실질이 어떻게 평가될지를 함께 살필 필요가 있고, 기업으로서도 미국의 지원 조치를 문제 삼을 때 다른 통상 절차에서의 입장만을 근거로 투자협정에 따른 보조금 예외 적용을 부정하기는 어렵다는 점을 유의할 필요가 있다. 따라서 대미 투자분쟁에서도 정부의 조치가 보조금에 해당하는지 여부가 쟁점으로 부상할 때 WTO 협정의 개념을 그대로 사용하기보다는, 한미 FTA에서 보조금 예외를 어떤 목적과 문언으로 규정했는지를 먼저 살펴야 할 것이다.

6. 비합치 조치 목록 기재에 따른 특정 의무에 관한 유보

비합치 조치(Non-conforming Measures)의 근거 규정은 한미 FTA 제 11.12조(비합치 조치)이다. 이에 따르면, 제11.12조 제1항에 따른 비합치 조치와 제2항에 따라 부속서 II의 자국 유보 목록에 규정된 분야·하위 분야 또는 행위에 관하여 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에는 제11.3조(NT), 제 11.4조(MFN), 제11.8조(PR), 제11.9조(SMBD)가 적용되지 않는다.¹³¹⁾

표 3-7. 비합치 조치에 관한 한미 FTA 규정

한미 FTA 제11.12조(비합치 조치)
1. 제11.3조·제11.4조·제11.8조 및 제11.9조는 다음에 적용되지 아니한다.
가. 당사국이 다음에서 유지하는 기존의 모든 비합치 조치
1) 부속서 I의 자국 유보 목록에 그 당사국이 기재한 대로, 중앙정부
2) 부속서 I의 자국 유보 목록에 그 당사국이 기재한 대로, 지역정부, ⁸⁾ 또는
3) 지방정부 ⁹⁾
나. 가호에 언급된 모든 비합치 조치의 지속 또는 신속한 갱신, 또는
다. 가호에 언급된 모든 비합치 조치의 개정이 제11.3조·제11.4조·제11.8조 또는 제11.9조에 대하여 그 개정 직전에 존재하였던 그 조치의 합치성을 감소시키지 아니하는 한도에서의 그 개정
2. 제11.3조·제11.4조·제11.8조 및 제11.9조는 부속서 II의 자국 유보목록에 규정된 분야·하위분야 또는 행위에 대하여 당사국이 채택하거나 유지하는 어떠한 조치에도 적용되지 아니한다.
3. 어떠한 당사국도, 이 협정의 발효일 이후에 채택되고 부속서 II의 자국 유보 목록의 대상이 되는 조치에 따라 다른 쪽 당사국의 투자자에게 그 국적을 이유로 그 조치가 발효되는 시점에 존재하는 투자를 매각하거나 달리 처분하도록 요구할 수 없다.
4. 제11.3조 및 제11.4조는 제18.1조(일반규정)에 구체적으로 규정된 대로 제18.1조 제6항에 따른 의무의 예외 또는 이탈인 어떠한 조치에 대하여도 적용되지 아니한다.
8) 보다 명확히 하기 위하여, 부속서 12-다(지역정부가 유지하는 비합치 조치에 대한 협의)는 이 장에 통합되어 그 일부가 된다.
9) 대한민국의 경우, 지방정부라 함은 지방자치법에 정의된 지방자치단체를 말한다.

주: 5항은 정부조달과 보조금 또는 무상교부에 관한 절에서 다룰 예정이므로 생략함. 각주 8)과 9)는 2018년 한미 FTA 개정으로 각주 4)가 추가되어 각주 번호가 기존 7)과 8)에서 변경된 것임.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

131) 한미 FTA 제11.12조(비합치 조치) 제1항 두문 및 제2항.

비합치 조치에 관한 규정이 적용 배제를 명시한 NT, MFN, PR, SMBD는 국가 정책 재량을 일정 부분 인정하는 성격이 있지만, MST는 제11.12조에 포함되어 있지 않다. 이는 대우의 최소 기준이 내국민 또는 제3국 국민 대우와 같은 상대적 기준이 아니라 국제관습법에 따른 최소한의 기준이기 때문이다.¹³²⁾ 따라서 유보 목록에 기재된 조치에도 대우의 최소 기준은 원칙적으로 적용된다고 보아야 한다.

부속서 I (현재유보)의 자국 유보 목록에 기재한 대로, 당사국이 유지하는 기존의 모든 비합치 조치에는 NT, MFN, PR, SMBD가 적용되지 않으며,¹³³⁾ 이 조치의 지속 또는 신속한 갱신에도 이러한 의무가 적용되지 않는다.¹³⁴⁾ 이 조치의 개정에도 이러한 의무가 적용되지 않지만, “개정 직전에 존재했던 조치의 합치성을 감소시키지 않는 한도 내에서의 개정”이어야 한다는 단서가 있다.¹³⁵⁾ 부속서 II (미래유보)의 자국 유보 목록에 규정된 분야·하위 분야 또는 행위에 관하여 당사국이 채택 또는 유지하는 조치에는 NT, MFN, PR, SMBD가 적용되지 않는다.¹³⁶⁾

비합치 조치 목록 기재에 대한 해석 다툼이 발생하면, 중재판정부는 공동위원회의 결정에 구속된다. 위반이라고 주장되는 조치가 부속서 I 또는 부속서 II에 규정된 유보 항목의 범위 내에 있다는 항변을 제기한 피청구국이 중재판정부에 요청하면, 중재판정부는 이 문제에 대한 해석을 공동위원회에 요청해야 한다.¹³⁷⁾ 공동위원회는 그 요청을 받은 날로부터 60일 이내에 결정을 서면으로 중재판정부에 제출한다.¹³⁸⁾ 중재판정부가 내리는 결정 또는 판정은 공동위

132) Dumbery(2018), p. 11.

133) 한미 FTA 제11.12조(비합치 조치) 제1항 가호.

134) 한미 FTA 제11.12조(비합치 조치) 제1항 나호.

135) 한미 FTA 제11.12조(비합치 조치) 제1항 다호. 원문은 다음과 같다. “to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment”

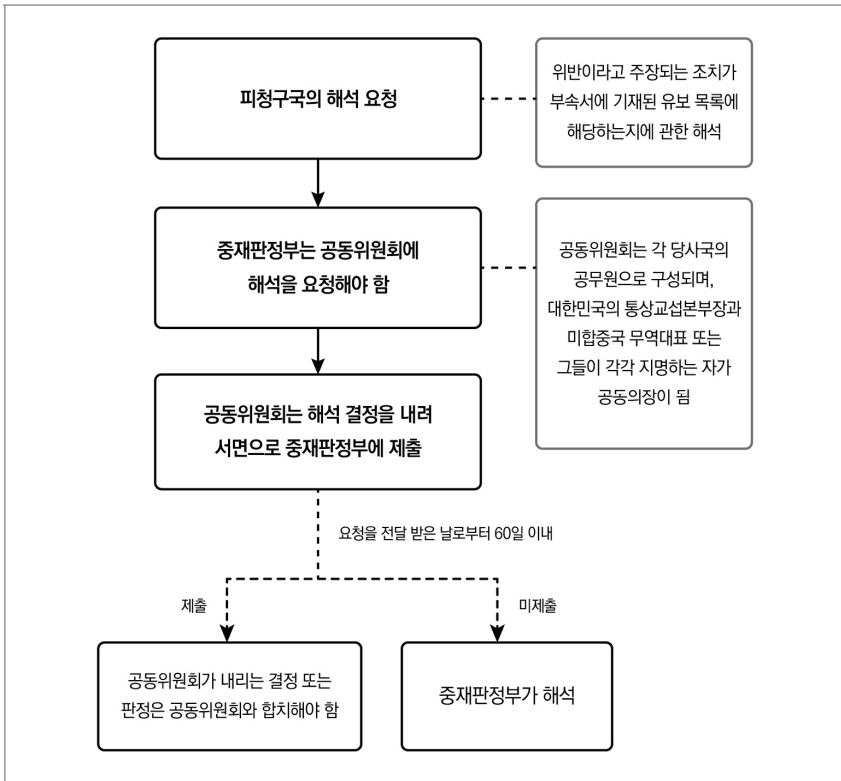
136) 한미 FTA 제11.12조(비합치 조치) 제2항.

137) 한미 FTA 제11.23조(부속서의 해석) 제1항.

138) 한미 FTA 제11.23조(부속서의 해석) 제1항.

원회와 합치해야 한다. 공동위원회가 결정하지 않으면, 중재판정부가 결정한다.¹³⁹⁾

그림 3-3. 비합치 조치 목록의 해석에 관한 공동위원회의 결정 절차



자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

가. 비합치 조치의 시간적 범위를 다룬 Mobil 사건

Mobil v. Canada(I) 사건에서 청구인인 Mobil Investments Canada Inc.(이하 Mobil)와 Murphy Oil Corporation(이하 Murphy Oil)은 캐나다

139) 한미 FTA 제11.23조(부속서의 해석) 제2항.

특정 위원회가 도입한 2004년 지침은 NAFTA 부속서 I의 유보 목록에 기재된 예외로서 보호받을 수 없다고 주장했다. 청구인들은 이 조치가 NAFTA 발효 후 도입되었다는 점과 NAFTA 부속서 I 제2항 (f)호 (ii)목의 “채택되거나 유지되는 하위 조치”라는 표현에서 “채택된(adopted)”은 NAFTA 발효 이전에 채택되었음을 뜻한다는 점을 근거로 제시했다.¹⁴⁰⁾

이에 대해 피청구국은 2004년 지침이 부속서 I에 명시된 상위 법률의 위임에 따라 적법하게 제정된 하위 조치로서 부속서 I의 적용 대상이라고 항변했다. 피청구국은 “채택되거나 유지되는” 조치는 발효 당시 계속 유지된 조치와 발효 이후에 채택된 조치로 해석되어야 한다고 주장했다.¹⁴¹⁾

중재판정부는 사후에 채택된 하위 조치가 배제된다는 청구인들의 주장을 받아들이지 않았다. NAFTA에서 “유지되는(maintained)”이라는 문언은 협정 발효 당시 조치를, “채택된(adopted)”은 협정 발효 이후에 제정된 조치를 의미한다고 해석했다.¹⁴²⁾ 결론적으로 중재판정부는 어떤 조치가 NAFTA 발효 이후에 채택되었더라도 NAFTA 부속서 I 제2항 (f)호 (ii)목에 명시된 유보 대상인 ‘새로운 하위 조치(new subordinate measure)’에 해당할 수 있다고 판단했다. 다만 해당 지침이 유보로 인정받기 위해서는 상위 법률에 따라 제정되어야 하며, 그 법률 및 기존 하위 조치와 일관성을 유지해야 한다고 판단했다.¹⁴³⁾

나. 목록 기재 조치와의 동일성을 다룬 Mobil 사건

청구인들은 2004년 지침이 임의적인 지출 수준을 강제하고 사전 승인 및 상세한 회계 보고를 요구하는 등 더 무겁고 추가적인 부담을 부과하므로, 유보된

140) Mobil v. Canada(I) (Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada(I), ICSID Case No. ARB(AF)/07/4), Decision on Liability and Principles of Quantum dated 22 May 2012, para. 100, paras. 288-289, para. 307.

141) *Ibid.*, para. 105, paras. 288-290.

142) *Ibid.*, paras. 295-297.

143) *Ibid.*, para. 299, para. 301, para. 343.

조치와 일치하지 않는다고 주장했다. 청구인들은 이 변화가 기존 조치의 불합치성을 오히려 심화시켰다고 주장했다.¹⁴⁴⁾

피청구국은 하위 지침이 상위 법률과 일관되는지는 국내법에 따라 결정되어야 한다고 반박했다. 캐나다는 하위 조치가 추가적이거나 더 무거운 부담을 부과한다는 사실만으로 유보된 조치와 불합치하는 것은 아니며, 2004년 지침이 NAFTA 의무에 대한 불합치성을 심화시키지 않았다고 주장했다.¹⁴⁵⁾

중재판정부 다수의견은 조치의 일관성을 판단하기 위해 2004년 지침을 유보된 상위 법률뿐만 아니라 기존 하위 조치와 비교하여 검토했다. 중재판정부 다수의견은 기존 체제가 사업의 필요에 따라 지출을 결정하고 지출 수준을 명시하지 않았던 반면, 2004년 지침은 산업 평균에 기초한 특정 수치의 지출을 강제하고 새로운 사전 승인 제도를 도입했다고 판단했다.¹⁴⁶⁾ 중재판정부 다수의견은 규제 당국의 권한 행사가 이처럼 양적, 질적으로 다르고 더 무거운 추가적 지출, 보고, 감독 및 행정적 요건을 도입한 사실이 인정되며, 이는 기존 규제 체제가 NAFTA 제1106조에 불합치하던 정도를 더 심화시켰다고 판단했다. 이에 따라 2004년 지침은 유보 목록에 기재된 기존 조치와 불합치하므로 부속서 I에 따른 의무 적용 배제의 대상이 될 수 없고 NAFTA 제1106조 위반을 구성한다고 결론 내렸다.¹⁴⁷⁾

다. 소결

Mobil 사건은 비합치 조치 목록 기재에 따른 협정의 일부 의무 적용 배제가 어디까지 인정되는지를 보여준다는 점에서 의미가 있다. 중재판정부는 부속서 I에 기재된 상위 법률에 근거한 하위 조치라면 협정 발효 이후 새로 채택된 조

144) *Ibid.*, para. 358, para. 406.

145) *Ibid.*, para. 361, para. 363, para. 365.

146) *Ibid.*, paras. 343-375, para. 395, para. 397, para. 404.

147) *Ibid.*, para. 401, para. 409, para. 411, para. 413, para. 487.

치도 유보의 범위에 들어갈 수 있다고 봤다. 다만 사후 조치라는 이유만으로 곧바로 유보에서 제외되지는 않지만, 그 조치가 상위 법률 및 기존 하위 조치와 일관성을 유지해야 한다는 한계를 분명히 했다.

또한 Mobil 사건은 목록에 기재된 조치와의 동일성 판단이 형식적 비교에 그치지 않음을 보여준다. 중재판정부는 새로운 지침이 기존 체제보다 더 무거운 지출, 승인, 보고, 감독 의무를 부과하여 기존의 비합치성을 양적, 질적으로 심화시켰다고 보고, 유보의 보호 범위를 벗어난다고 판단했다. 결국 비합치 조치 유보는 협정에 따른 특정 의무의 적용을 배제하는 장치이지만, 이에 기대어 후속 규제를 무제한 강화할 수 있게 하는 근거는 아니다.

이 점은 한국정부와 한국기업 모두에 시사점을 준다. 정부로서는 미국의 유보 목록이 적용되는 분야에서는 협정 위반 주장 가능성이 처음부터 좁아질 수 있다는 점을 염두에 두되, 후속 조치가 기존 유보의 범위를 벗어났는지는 별도로 따져야 한다. 기업으로서도 대미 투자분쟁을 검토할 때 문제가 된 조치가 유보 목록에 기재된 상위 법률에 근거한 것인지, 협정 발효 후 새로 도입된 하위 조치인지, 그리고 기존 조치보다 부담이 실질적으로 가중되었는지를 구조적으로 비교할 필요가 있다. 결국 향후 대미 투자분쟁에서는 유보 문언 자체만이 아니라 후속 조치의 시간적 범위와 기존 조치와의 일관성 입증도 중요하다.

1. 내국민대우(NT)

NT의 근거 규정은 한미 FTA 제11.3조이다. NT 위반이 인정되기 위해서는 다음의 세 가지 요건을 충족해야 한다.

표 4-1. 한미 FTA 내국민대우 규정

한미 FTA 제11.3조(내국민대우) ¹⁾
1. 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 자국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자에게 부여한다.
2. 각 당사국은 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 자국 투자자의 자국 영역 내 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 적용 대상 투자에 부여한다.
3. 제1항 및 제2항에 따라 당사국이 부여하는 대우라 함은, 지역 정부에 대하여는, 동종의 상황에서 그 지역 정부가 자신이 일부를 구성하는 당사국의 투자자와 투자자의 투자에 대하여 부여하는 가장 유리한 대우보다 불리하지 아니한 대우를 말한다.
1) 보다 명확히 하기 위하여, 제11.3조 또는 제11.4조에 따라 “동종의 상황”에서 부여되는 대우인지 여부는 관련 대우가 정당한 공공복지 목적에 기초하여 투자자들 간 또는 투자들 간을 구별하는지 여부를 포함하는 전체 상황에 달려 있다.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

첫째, ‘대우’는 “투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분”에 관한 것이어야 한다. 둘째, 청구인 또는 그 투자는 한국의 투자자 또는 투자와 “동종의 상황”에 있어야 한다. 셋째, 청구인이나 그 투자는 적절한 비교 대상에게 부여된 대우보다 “불리한” 대우를 받았어야 한다.¹⁴⁸⁾

148) Mason v. Korea(Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea,

가. 비교 대상 설정의 적정성을 다룬 Mason 사건

Mason v. Korea 사건에서 청구인들은 피청구국인 한국정부가 삼성물산-제일모직 합병 과정에서 총수 일가를 부당하게 지원함으로써 외국인투자자인 청구인들을 차별하여 한미 FTA에 따른 NT 기준을 위반했다고 주장했다.¹⁴⁹⁾ 이 사건에는 한미 FTA가 적용되었다.

청구인들은 자신이 총수 일가와 마찬가지로 모두 삼성전자와 삼성물산의 주주라는 점을 근거로 동일한 경제적 및 사업적 분야에 있어 동종 상황에 있다고 주장했다.¹⁵⁰⁾

이에 대해 피청구국은 총수 일가가 서로 가족관계로 결합하여 있을 뿐, 별개의 투자 프로필을 가진 다양한 개인들의 집단으로 구성되어 있으므로 총수 일가를 동종의 상황 분석에서 비교 대상으로 보는 것은 부적절함을 주장했다. 총수 일가는 삼성물산, 제일모직뿐 아니라 삼성 그룹 다른 회사들의 주식을 가지고 있었으므로, 피청구국은 총수 일가가 본건 합병 표결의 결과에 대하여 청구인들과 다른 이해관계를 가지고 있었음을 강조했다. 피청구국은 가장 동종의 상황에 있는 더 유사한 비교 대상은 삼성물산 주식을 소유하였으나 제일모직 주식을 소유하지 않은 모든 한국 투자자라고 주장했다. 삼성물산과 제일모직을 모두 소유한 투자자들은 삼성물산에만 주식을 소유한 투자자들보다 더 복잡한 이해관계를 가지고 있기 때문이라는 점을 이유로 제시했다.¹⁵¹⁾

중재판정부는 청구인들과 그 투자가 총수 일가와 그들의 삼성물산 지분과 동종의 상황에 있었다는 점을 인정하지 않았다. 우선 총수 일가는 서로 다른 지분을 가진 개인들로 구성되어 있다. 중재판정부는 청구인들과 더 유사한 비교

PCA Case No. 2018-55), Final Award dated 11 April 2024(Korean), para. 786.

149) Mason v. Korea(Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea, PCA Case No. 2018-55), Final Award dated 11 April 2024(Korean), para. 167.

150) *Ibid.*, para. 763.

151) *Ibid.*, paras. 772-774.

대상은 삼성물산 주식을 보유하였으나 제일모직 주식을 보유하지 않은 한국 투자자들이라고 보았다. 그러나 이들의 투자는 청구인들의 투자와 동일한 방식으로 피청구국의 행위로부터 영향을 받았다.¹⁵²⁾

이러한 이유로, 중재판정부는 피청구국이 청구인들의 투자에 대하여 동종의 상황에서 국내 투자자에 부여한 것보다 불리한 대우를 하지 않았다고 판단했다. 피청구국은 FTA 제11.3조에 따른 NT 기준을 위반하지 않았다.¹⁵³⁾

이 사건은 NT 위반 판단에서 비교 대상 설정이 본안 판단의 출발점이자 결과를 좌우하는 핵심 단계임을 보여준다. 특히 동일한 회사의 주주라는 형식적 공통성만으로는 동종 상황이 인정되지 않으며, 각 투자자가 보유한 지분 구조와 합병에 따른 경제적 이해관계까지 함께 고려해야 한다는 점을 분명히 했다. 또한 비교 대상은 추상적으로 넓게 설정할 것이 아니라, 문제가 된 조치가 각 투자자에게 작용하는 방식까지 반영하여 가장 유사한 집단으로 한정해야 함을 시사한다. 결국 이 사건은 비교 대상의 설정 단계에서 이미 NT 위반 여부의 판단 방향이 상당 부분 결정될 수 있음을 잘 보여주는 사례이다.

나. 동종 상황 판단에서 동종 법체계를 강조한 Grand River 사건

Grand River v. USA 사건에서 캐나다 법률에 따라 설립된 회사(Grand River)와 캐나다 국적의 자연인 2인(이하 청구인들)은 피청구국의 일부 주들이 담배 판매량에 따라 제조사에 금전적 부담을 지우는 법령을 제정한 조치가 NAFTA 제1102조(NT) 등에 위반된다고 주장하며 분쟁을 제기했다.¹⁵⁴⁾

152) *Ibid.*, para. 789.

153) *Ibid.*, para. 790.

154) Grand River v. USA(Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et.al. v. United States of America), Award dated 12 January 2011.

다만 이후 중재 절차에서 중재판정부는 자연인 1인(Arthur Montour)에 대해서만 관할권을 인정했다. 그 이유는 그가 Native Wholesale Supply(NWS)라는 회사를 단독으로 소유했기 때문이다. NWS는 미국의 특정 인디언 자치정부에 제정한 법률(Sac and Fox Nation 법)에 따라 설립되었고, 미국 내 인디언 보호구역 유통망을 구축했으며, 특정 상표(Seneca)에 대한 권리를 보유했다.¹⁵⁵⁾

청구인은 외국인투자자로서 자신도 미국정부가 비교 대상에 부여한 가장 유리한 대우를 받을 권리가 있다고 강조하면서, 미국의 조치는 정당한 이유가 없다고 주장했다.¹⁵⁶⁾

이에 피청구국은 쟁점이 된 조치를 채택한 데에는 정당한 근거가 존재한다고 주장했다. 또한 제1102조 위반이 성립하기 위해서는 주장하는 대우의 차이가 외국 투자자의 국적 때문에 발생했거나 국적과 관련이 있다는 점을 청구인이 입증해야 한다고 항변했다.¹⁵⁷⁾

중재판정부는 NAFTA 제1102조의 목적에 비추어 볼 때 비교 가능한 투자는 미국에서 담배 유통 도매업에 종사하고 해당 주의 법에 따른 집행 조치의 잠재적 대상이 되는 다른 회사라고 보았다.¹⁵⁸⁾

중재판정부는 청구인과 비교 대상이 될 만한 NAFTA 제1102조에 따른 동종 상황이 NAFTA 판정례에 있는지를 평가할 때, 특정 주체에 적용되는 “법체계(legal regime)” 또는 “동종 법적 요건(like legal requirements)”에 상당한 비중을 두었다고 언급했다. 예컨대 ADF v. USA 사건의 중재판정부는 청구인과 미국 경쟁업체들이 모두 동일한 미국산 구매(Buy America) 규정의 적용을 받는다는 점을 강조했다.¹⁵⁹⁾ 또한 Pope & Talbot 사건의 중재판정부도 NT 위반을 평가하기 위한 적절한 비교 대상을 청구인과 같이 규제 대상 주에 있어

155) *Ibid.*, para. 24-26, 79-82.

156) *Ibid.*, para. 161.

157) *Ibid.*, para. 171.

158) *Ibid.*, para. 165.

159) ADF v. USA(ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1), Award dated 9 January 2003, para. 156.

동일한 수출 제한을 받는 캐나다 국민 소유의 목재 수출업자로 한정했다.¹⁶⁰⁾ 따라서 규제 대상이 아닌 다른 주의 수출업자들이 이러한 통제를 받지 않고 무제한 수출의 혜택을 누린다고 하더라도, 이들은 청구인과 애초에 ‘유사한 상황 (in like circumstances)’에 있지 않으므로 NT 의무 위반에 해당하지 않는다고 판단했다.¹⁶¹⁾

이러한 Grand River v. USA 사건 중재판정부의 견해는 이후 2022년에 판정이 내려진 Resolute Forest v. Canada 사건의 중재판정부에 의해서도 인용되며 유지되었다.¹⁶²⁾ Resolute Forest 사건에도 NAFTA가 적용되었다.

NAFTA의 NT 규정에는 ‘동종 상황’에서 부여되는 대우와 비교해야 한다고만 규정할 뿐, ‘동종 상황’에서 부여되는 대우를 판단하는 기준에 대해서는 더 구체적인 내용이 없다. 그러므로 NAFTA에는 명시적인 기준이 없었으나, NAFTA 판정례가 해석을 통해 기준을 구체화했다고 평가할 수 있다. 이 점에서 명시적 규정을 둔 한미 FTA와 구별된다.

한미 FTA는 2018년 개정 때 제11.3조(NT)에 각주 1을 추가하여, 동종 상황에서 부여되는 대우인지는 관련 대우가 정당한 공공복지 목적에 기초하여 투자자들 간 또는 투자들 간을 구별하는지를 포함하는 전체 상황에 달려 있다고 명시했다.

160) Pope & Talbot v. Canada(Pope & Talbot v. Government of Canada), Award on the Merits of Phase 2 dated 10 April 2001, para. 88.

161) *Ibid.*, paras. 165-166, para. 172.

162) Resolute Forest v. Canada(Resolute Forest Products Inc. v. The Government of Canada, PCA Case No. 2016-13), Final Award dated 25 July 2022, para. 599.

표 4-2. 한미 FTA와 NAFTA의 NT 규정 비교

KORUS Art.11.3(NT) ¹⁾	NAFTA Art.1102(NT)
1. Each Party shall accord to investors of <u>the other</u> Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments <u>in its territory</u> .	1. Each Party shall accord to investors of <u>another</u> Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
2. Each Party shall accord to <u>covered</u> investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments <u>in its territory</u> of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.	2. Each Party shall accord to investments <u>of investors of another Party</u> treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.	-
1) For greater certainty, whether treatment is accorded in "like circumstances" under Article 11.3 or Article 11.4 depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives.	

주: 밑줄 또는 음영은 두 협정에 차이가 있는 부분을 저자가 표시한 것임.

자료: 한미 FTA와 NAFTA를 바탕으로 저자 작성.

비단 한미 FTA뿐만 아니라 CPTPP와 USMCA 등 최근의 투자협정에는 “동종의 상황에서 부여되는 대우인지는 관련 대우가 정당한 공공복지 목적에 기초

하여 투자자들 사이 또는 투자들 사이를 구별하는지를 포함하는 전체 상황에 달려 있다”라는 동종 상황 판단 기준이 명시되어 있다.

표 4-3. 한미 FTA와 CPTPP 및 USMCA의 동종 상황 규정 비교

KORUS Art.11.3(NT) ¹⁾	CPTPP Art.9.4(NT) ¹⁾	USMCA Art.14.4(NT)
1) For greater certainty, whether treatment is accorded in <u>“like circumstances”</u> under Article 11.3 or Article 11.4 <u>depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives.</u>	1) For greater certainty, whether treatment is accorded in <u>“like circumstances”</u> under Article 9.4 (National Treatment) or Article 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment) depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of <u>legitimate public welfare objectives.</u>	4. For greater certainty, whether treatment is accorded in <u>“like circumstances”</u> under this Article depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of <u>legitimate public welfare objectives.</u>

주: 밑줄은 저자 작성.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

다. 소결

이 절에서 검토한 Mason v. Korea 사건과 Grand River v. USA 사건에서의 중재판정은 NT 의무 위반의 핵심 요건인 ‘비교 대상 설정’과 ‘동종 상황’의 판단 기준이 경제적 업종의 유사성을 넘어, 투자자의 실질적 이해관계와 적용 법체계의 동일성을 엄격히 요구하는 방향으로 구체화되고 있음을 시사한다.

Mason 사건에는 한미 FTA가 적용되었는데, 중재판정부는 NT 판단의 전제 조건인 비교 대상 설정은 투자자의 실질적인 이해관계를 바탕으로 엄격하게 이루어져야 한다고 판단했다. 이에 따라 동일 회사의 주주라는 사정만으로 총수 일가를 비교 대상으로 인정하지 않았고, 보다 유사한 이해관계를 가진 투자자 집단을 기준으로 보았다.

Grand River 사건에는 NAFTA가 적용되었는데, 중재판정부는 동종 상황 판단에서 동종 법체계가 적용되었는지를 중요한 기준으로 삼았다. 이러한 접근은 규제 목적과 적용 구조에 따라 투자자 간 차이를 인정할 수 있음을 전제로 하며, 단순한 시장 참여의 동일성만으로는 NT 위반을 구성하기 어려움을 보여준다. 이러한 기준은 이후 2022년에 판정이 내려진 *Resolute Forest v. Canada* 사건의 중재판정부에 의해서도 인용되며 유지되었다.

따라서 NT 위반 여부는 비교 대상이 누구인지, 그리고 그 비교 대상이 청구인과 동일한 규제 환경과 이해관계에 놓여 있는지를 먼저 엄밀하게 특정하는 데에서 출발한다. 이러한 단계에서부터 판단이 갈릴 수 있으므로, 비교 대상 설정과 동종 상황 판단은 본안 판단의 선행 단계이자 실질적인 결론을 좌우하는 핵심 요소라고 할 수 있다.

2. 최혜국대우(MFN)

MFN의 근거 규정은 한미 FTA 제11.4조이다. MFN 의무는 절대적인 기준이 아닌 피청구국이 비교 대상(자국 투자자 또는 제3국 투자자)에게 실제로 어떤 수준의 혜택을 제공하느냐에 따라 위반 여부가 가변적으로 결정되는 점에서 상대적 의무라는 특성이 있다. 이러한 측면에서 MFN 의무는 NT 의무와 유사한 특성이 있고, MST와 구별된다.¹⁶³⁾

163) *UPS v. Canada(United Parcel Service of America, Inc.(UPS) v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1)*, Award on the Merits dated 24 May 2007, para. 80.

표 4-4. 한미 FTA MFN 규정

한미 FTA 제11.4조(최혜국대우)
1. 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 비당사국의 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자에게 부여한다.
2. 각 당사국은 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 적용 대상 투자에 부여한다.
3. 보다 명확히 하기 위하여, 이 조에서 언급되는 대우는 제2절에 포함된 것과 같은 국제 분쟁 해결 절차 또는 메커니즘을 포함하지 아니한다.

한미 FTA 제11.3조(내국민대우)¹⁾

1) 보다 명확히 하기 위하여, 제11.3조 또는 제11.4조에 따라 “동종의 상황”에서 부여되는 대우인지 여부는 관련 대우가 정당한 공공복지 목적에 기초하여 투자자들 간 또는 투자들 간을 구별하는지 여부를 포함하는 전체 상황에 달려 있다.
--

주: 각주 1)은 비록 제11.3조에 기재되어 있지만, 제11.3조뿐만 아니라 제11.4조에도 적용되는 내용임을 명시했으므로 다를 필요성이 있어 소개함.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

한미 FTA 제11.4조에 대한 해석을 직접 제시한 판정례는 아직 존재하지 않는다. Mason 사건 및 Elliott 사건에서도 MFN 규정이 위반의 근거로 제시되지 않았기 때문이다. 그러나 다른 투자협정의 MFN 규정도 구조와 문언이 유사하므로, 이러한 투자협정이 적용된 다른 사건의 중재 판정례를 분석할 필요가 있다. 그 대표적인 예가 NAFTA이다.

표 4-5. 한미 FTA와 NAFTA의 MFN 규정 비교

KORUS Art.11.4(MFN)	NAFTA Art.1103(MFN)
1. Each Party shall accord to investors of <u>the other</u> Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments <u>in its territory</u> .	1. Each Party shall accord to investors of <u>another</u> Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of <u>any other Party or</u> of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

표 4-5. 계속

KORUS Art.11.4(MFN)	NAFTA Art.1103(MFN)
2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.	2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

주: 밑줄은 두 협정에 차이가 있는 부분을 저자가 표시한 것임. NAFTA 제1103조는 총 2개 항으로 구성됨. 한미 FTA 제3항은 다른 표에서 설명할 것이므로 이 표에서는 생략함.

자료: 한미 FTA와 NAFTA를 바탕으로 저자 작성.

NAFTA의 MFN 규정은 한미 FTA의 MFN 규정과 문언이 실질적으로 유사하다. 차이는 한미 FTA MFN 규정에는 제11장 제2절(투자자-국가 분쟁 해결)에 적용되지 않는다는 제3항이 있다는 점이다. 그 외에 제1항과 제2항에서 두 협정 사이의 문언 차이는 한미 FTA가 양자 협정이지만 NAFTA는 미국, 캐나다, 멕시코 사이의 삼자 협정이라는 점에서 비롯된 사소한 차이가 있을 뿐이다. 따라서 그 문언적 유사성 때문에 NAFTA가 적용된 분쟁은 한미 FTA의 해석과 적용에 유용한 시사점을 제공할 수 있다.

MFN 위반이 인정되기 위해 충족되어야 하는 세 가지 요소는 다음과 같다. 첫째, ‘대우’는 “투자의 설립·인수·확장·경영·수행·운영과 매각 또는 그 밖의 처분”에 관한 것이어야 한다. 둘째, 청구인들 또는 그 투자는 “어떠한 타국 또는 비당사국의 투자자 또는 투자와 동종의 상황”에 있어야 한다. 셋째, 청구인들이나 그 투자는 적절한 비교 대상에게 부여된 대우보다 “불리한” 대우를 받았어야 한다.¹⁶⁴⁾ 입증 책임은 청구인에게 있다.¹⁶⁵⁾ 그러므로 청구인이 자신의

164) NAFTA MFN 규정과 NT 규정의 문언은 비교 대상이 각각 비당사국의 투자자와 당사국의 투자자라는 점만 다르고 나머지는 같다. 이런 원인 때문에 NAFTA 판정례에서 중재판정부는 NT 요건에 대해 서만 명시적으로 설명할 뿐, MFN 요건에 관해 설명을 반복하지 않았다.

165) UPS v. Canada(United Parcel Service of America, Inc.(UPS) v. Government of Canada,

주장을 뒷받침할 증거를 제출했더라도, 중재판정부가 이러한 주장을 인정할 정도로 증거가 이루어지지 않았다고 판단하여 청구가 기각될 위험은 청구인이 부담한다.

표 4-6. 한미 FTA와 CPTPP 및 USMCA의 MFN 규정 비교

KORUS Art.11.4(MFN)	CPTPP Art.9.5(MFN)	USMCA Art.14.5(MFN)
3. For greater certainty, the treatment referred to in this Article does not encompass international dispute resolution procedures or mechanisms, such as those included in Section B.	3. For greater certainty, the treatment referred to in this Article does not encompass international dispute resolution procedures or mechanisms, such as those included in Section B (Investor-State Dispute Settlement).	3. The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a government other than at the central level, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that government to investors in its territory, and to investments of those investors, of any other Party or of any non-Party.

주: 한미 FTA(KORUS)와 CPTPP 각주 1은 비록 NT 규정의 각주이지만, 내용에서 NT뿐만 아니라 MFN에도 적용된다고 명시했으므로 MFN과 관련 있음.

자료: 한미 FTA와 CPTPP, USMCA를 바탕으로 저자 작성.

한편 MFN 규정의 적용 범위에 관한 논란이 있다. 초기에는 어떤 사건에 적용되는 투자협정에 투자자-국가 분쟁 해결 규정이 없을 때, 이 협정의 MFN 규정을 근거로 피청구국의 다른 협정에 규정된 절차 조항, 특히 투자자-국가 분쟁 해결 규정 등을 해당 사건에 적용할 수 있는지 논란이 되었다.

대표적인 사례로 Maffezini v. Spain 사건에 적용된 투자협정에는 투자자가 국제투자중재를 제기하기에 앞서 국내법원을 거쳐야 한다는 규정이 있었다. 청구인은 MFN 규정을 근거로 이러한 제한이 없는 피청구국의 다른 투자협정의 규정이 적용되어야 한다고 주장했고, 중재판정부는 관할권 결정에서 청구인

ICSID Case No. UNCT/02/1), Award on the Merits dated 24 May 2007, para. 84.

의 주장을 받아들임으로써 MFN 규정이 피청구국이 체결한 다른 협정의 분쟁 해결 규정에 적용될 수 있음을 인정했다.¹⁶⁶⁾

반면 *Plama v. Bulgaria* 사건에 적용된 투자협정에는 국제투자분쟁센터(ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes) 중재에 회부할 수 있는 분쟁 해결 규정이 없었다. 청구인은 MFN 규정을 근거로 ICSID 중재 규정이 포함된 피청구국의 다른 투자협정의 분쟁 해결 절차가 적용되어야 한다고 주장했다. 그러나 중재판정부는 관할권 결정에서 피청구국이 ICSID 중재에 동의한 것으로 해석할 수 없고, MFN 규정을 근거로 하더라도 청구인이 다른 협정의 분쟁 해결 규정에 의존할 권리도 없다고 판단했다. MFN 규정이 피청구국의 다른 투자협정의 분쟁 해결 절차에도 적용되어야 한다는 청구인의 주장을 받아들이지 않은 것이다.¹⁶⁷⁾

이렇듯 판정례도 양분되자, 각국은 자국의 투자협정에 MFN을 근거로 다른 협정의 투자자-국가 분쟁 해결 규정을 적용할 수 없음을 명시한 항을 추가했다.

나아가 MFN 규정의 적용 범위가 ‘조치’에 그치는지 아니면 다른 협정의 절차 규정 또는 실체 규정에도 미치는지에 대한 다툼이 있다. 아직 이에 대해서 정면으로 다루어 판단한 사례는 발견되지 않았다. 어떤 사건에서는 미국이 비분쟁당사국으로서 의견서를 제출하는 데 그쳤고, 다른 사건에서는 쟁점으로 부상했으나 다른 의무 규정 위반이 인정되었음을 이유로 청구의 이익이 없다며 기각되었다.

이에 몇몇 국가는 MFN 규정의 적용 범위가 ‘조치’에 그칠 뿐, 다른 협정의 절차 규정 또는 실체 규정에는 미치지 않는다는 내용의 항을 추가했다. 캐나다-콜롬비아 FTA, CETA, USMCA가 대표적인 예이다.

166) *Maffezini v. Spain*(Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction dated 25 January 2000, paras. 39-40, para. 64.

167) *Plama v. Bulgaria*(Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction dated 8 February 2005, para. 183, para. 227.

표 4-7. USMCA의 MFN 적용 범위

USMCA Art.14.D.3. 국문번역본	USMCA Art.14.D.3.
22) 이 항의 목적상:	22) For the purposes of this paragraph:
(i) 제14.5조(최혜국 대우)에서 언급된 “대우”는 <u>국제 분쟁 해결 절차를 규정하거나 실질적 의무를 부과하는 다른 국제 무역 또는 투자 협정의 규정을 제외한다</u> ;	(i) the “ <u>treatment</u> ” referred to in Article 14.5 (Most-Favored-Nation Treatment) <u>excludes</u> provisions in other international trade or investment agreements that <u>establish international dispute resolution procedures or impose substantive obligations</u> ;
그리고 (ii) 제14.5조에 언급된 “대우”는 다른 부속서 당사국이 채택하거나 유지하는 조치만을 포함하며, 명확성을 기하기 위해 다른 국제 무역 또는 투자 협정상의 실질적 의무 이행과 관련하여 채택된 조치를 포함할 수 있다.	and (ii) the “ <u>treatment</u> ” referred to in Article 14.5 only encompasses <u>measures</u> adopted or maintained by the other Annex Party, which for greater clarity may include measures adopted in connection with the implementation of substantive obligations in other international trade or investment agreements.

주: USMCA 국문번역본은 저자 번역. 밑줄은 저자 추가.

자료: USMCA를 바탕으로 저자 작성.

가. 비교 대상 설정의 적절성을 다룬 Apotex(III) 사건

Apotex v. USA(III) 사건에서 캐나다 회사들(Apotex Holdings Inc.와 Apotex Inc., 이하 청구인들)은 피청구국이 NAFTA 제1103조(MFN)를 위반했다고 주장하며 분쟁을 제기했다.¹⁶⁸⁾

청구인들은 미국정부가 이스라엘 회사와 스위스 회사의 해외 시설에 의약품 제조 및 품질 관리 기준 위반으로 경고 서한을 발송했지만, 수입 경보는 하지 않은 사실을 지적했다. 미국 FDA가 미국 세관 및 FDA 지역 사무소에 청구인들에 대해서만 관련 사실을 공지한 것은 외국 회사에 비해 자사를 불리하게 대우한 것에 해당하므로 MFN 위반이라 주장했다.¹⁶⁹⁾

168) Apotex v. USA(III) (Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America (III)). ICSID Case No. ARB(AF)/12/1. Award dated 25 August 2014, paras. 1.1-1.2, para. 1.6, para. 2.30.

중재판정부는 이스라엘 회사와 스위스 회사가 청구인들과 동종 상황(like circumstances)에 있지 않다고 판단했다. 중재판정부는 이 두 비교 대상 기업에 대해 미국정부가 수입 경보를 내리지 않은 이유가 수입 차단 시 발생할 미국 내 필수 의약품 공급 부족 사태에 대한 진정한 우려(genuine concerns) 때문이었다는 점을 인정했다. 또 이 기업들은 위반이 적발된 후 자발적으로 생산을 중단하는 등 즉각적 시정 조치를 취했지만, 청구인들은 상품 유통을 계속 고집하여 미국정부로부터 통제 불능 상태라고 평가받았다는 점도 언급했다. 결론적으로 중재판정부는 필수 의약품 공급 부족 우려 및 기업의 대응 태도 등 사건의 핵심적인 사실관계와 위험 특성이 달랐으므로 비교 대상 기업과 청구인들이 동종 상황에 있지 않다고 보아 청구인들의 MFN 위반 주장을 받아들이지 않았다.¹⁷⁰⁾

나. MFN 규정의 적용 범위를 다룬 Lupaka 사건

Lupaka v. Peru 사건에서 캐나다 광업 회사인 Lupaka Gold Corp.(이하 청구인)은 페루 정부(이하 피청구국)의 조치가 캐나다-페루 FTA 제804조(MFN)를 위반했다고 주장하며 분쟁을 제기했다.¹⁷¹⁾

청구인은 캐나다-페루 FTA의 FET 기준이 국제관습법에 따른 최소 기준으로 엄격하게 해석될 때를 대비하여, 예비적으로 MFN 규정(제804조)을 통해 페루-영국 BIT의 FET 규정을 적용해야 한다고 주장했다. 특히 캐나다-페루 FTA 부속서 제804.1조가 MFN 규정의 적용 대상에서 ‘분쟁 해결 절차’만을 명시적으로 배제하므로, 그 반대 해석상 타 협정의 실제적 의무는 제804조를 통해 당해 사건에 적용될 수 있다고 주장했다.¹⁷²⁾

169) *Ibid.*, para. 2.31, para. 2.14.

170) *Ibid.*, para. 8.71, para. 8.73, paras. 8.76-8.77.

171) Lupaka v. Peru(Lupaka Gold Corp. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/20/46), Award dated 30 June 2025, paras. 1-3, para. 113.

172) *Ibid.*, paras. 368-370.

이에 대해 피청구국은 이 사건 MFN 규정의 문언을 근거로 ‘법적 기준(legal standards)’은 ‘대우(treatment)’에 해당하지 않는다고 주장했다. 따라서 피청구국은 청구인이 다른 협정의 FET 기준을 이 사건에 적용하는 것은 허용되지 않는다고 항변했다.¹⁷³⁾

중재판정부는 MFN 규정의 ‘대우’에 타 협정의 실체적 의무가 포함되어 당해 사건에 적용될 수 있는지는 판단하지 않았다. 중재판정부는 피청구국이 캐나다-페루 FTA 제805조에 명시된 FET 의무를 위반했다고 판단했기 때문이다. 청구인이 예비적으로 제기한 가정이 충족되지 않았으므로, MFN 규정을 통해 페루-영국 BIT의 더 유리한 대우 기준을 도입할 수 있는지 검토할 필요가 없다고 보았다. MFN 청구는 기각되었다.¹⁷⁴⁾

다. 소결

이 절에서 검토한 Apotex v. USA(III) 사건과 Lupaka v. Peru 사건의 판정례는 MFN 의무 위반 판단에서도 NT와 마찬가지로 ‘비교 대상 설정’과 ‘동종 상황’ 판단이 핵심적인 전제 조건이 된다는 점을 보여준다. 먼저 Apotex 사건에는 NAFTA가 적용되었는데, 중재판정부는 비교 대상 기업들과 청구인 사이에 필수 의약품 공급 부족 우려, 위반 발견 이후의 시정 조치, 규제 위험의 성격에 차이가 있다고 보아 동종 상황을 부정했다. 이에 따라 형식적으로 같은 산업에 속하거나 같은 규제 당국의 통제를 받는다는 사정만으로는 MFN 위반을 인정할 근거가 충분하지 않으며, 문제가 된 조치의 배경과 위험 구조까지 함께 살펴야 한다는 점이 드러났다. 다음으로, Lupaka 사건에서는 MFN 규정의 ‘대우’가 다른 협정의 실체적 의무까지 포함하는지가 직접 쟁점이 되었지만, 중재판정부는 피청구국의 FET 위반을 먼저 인정하였으므로 MFN 위반에 대해서는

173) *Ibid.*, para. 381, para. 459.

174) *Ibid.*, paras. 392-393, paras. 464-465, para. 631.

심리할 필요가 없다며 판단하지 않았다. 이 사건은 MFN의 적용 범위에 관한 논란이 여전히 남아 있음을 보여준다. 결국 MFN 분석에서는 비교 대상의 적절성, 동종 상황 판단, 그리고 ‘대우’의 범위를 어디까지 볼 것인지가 본안 판단의 결론을 좌우하는 핵심 요소라고 할 수 있다.

한편 한미 FTA 제11.4조(MFN) 제3항은 한미 FTA에 따른 투자자-국가 분쟁 해결 절차를 ‘대우’에서 제외한다고 명시했다. 그러므로 MFN 규정이 타 협정의 분쟁 해결 절차에는 적용되지 않는다는 점은 명확하다. 나아가 그 밖의 절차 규정 또는 실체 규정 자체는 배제하고, 미국이 제3국 투자자에게 실제로 부여한 조치상의 대우만 비교 대상이 된다는 점을 명시하는 방안도 검토할 수 있다. 예컨대 캐나다-콜롬비아 FTA, CETA, USMCA는 MFN 규정의 적용 범위가 ‘조치’에 그칠 뿐, 다른 협정의 절차 규정 또는 실체 규정에는 미치지 않는다는 내용의 항을 추가했다. 국내 법원 절차를 먼저 거쳐야 한다는 등의 절차 규정 또는 실체 규정에 MFN 규정이 적용되는지에 대해서는 이견이 있었다.

3. 대우의 최소 기준(MST)

한미 FTA의 MST 규정은 제11.5조(대우의 최소 기준)와 부속서 11-가(국제관습법)이다. 제11.5조 제2항 가호와 나호에 따르면, FET를 제공할 의무는 “세계의 주요 법체계에 구현된 적법 절차의 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정 심판 절차에서 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함”한다. 그리고 ‘충분한 보호 및 안전’을 제공할 의무는 “국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰 보호를 제공”하는 것이다. 또한 부속서 11-가는 “외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소 기준은 외국인의 경제적 권리와 이익을 보호하는 모든 국제관습법상 원칙을 지칭한다”라고 명시한다.

입증 책임은 MST 위반을 주장하는 당사자에게 있다. 한미 FTA가 적용된 Mason 사건뿐만 아니라, NAFTA가 적용된 Cargill 사건 판정¹⁷⁵⁾의 태도도 유사하다. 또한 Mason 사건의 중재판정부는 MST 위반 판단 기준이 Neer 사건 판정¹⁷⁶⁾ 이후 국제관습법의 진화에도 불구하고 여전히 높다고 보았다. 지금 한 불공정, 정의의 명백한 좌절, 투명성과 공정성이 전혀 없는 상태 등이 Waste Management II 사건 판정¹⁷⁷⁾에서 제시됐다. 그러나 터무니없거나 악질적인 행위일 것이 요구되지 않으며, 반대로 국내법원에서 인정된 형법상 범죄 등 국내법 위반이 반드시 국제법 위반으로 이어지는 것도 아니라고 보았다. 아울러 “대우를 부여한다”라는 문언이 법적으로 유의미한 관련성과 인과관계 요건을 넘어 별도의 주의 의무까지 요구하는 것은 아니라고 판단했다.¹⁷⁸⁾ 이하에서는 이러한 기준이 구체적 사안에서 어떻게 적용되는지를 Eco Oro 사건과 Red Eagle 사건을 통해 살펴본다.

표 4-8. 한미 FTA 대우의 최소 기준 규정

한미 FTA 제11.5조(대우의 최소 기준) ²⁾
1. 각 당사국은 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여, 국제관습법에 따른 대우를 적용 대상 투자에 부여한다. 2. 보다 명확히 하기 위하여, 제1항은 외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소 기준을 적용 대상 투자에 부여하여야 할 대우의 최소 기준으로 규정한다. “공정하고 공평한 대우”와 “충분한 보호 및 안전”이라는 개념은 그러한 기준이 요구하는 것에 추가적인 또는 이를 초과한 대우를 요구하지 아니하며, 추가적인 실질적 권리를 창설하지 아니한다.

175) Cargill v. Mexico(Cargill, Incorporated v. United Mexican States, NAFTA/ICSID Case ARB(AF)/05/2), Award dated 18 September 2009.

176) Neer v. Mexico(Neer and Neer(U.S.A.) v. United Mexican States), Decision dated 15 October 1926.

177) Waste Management v. Mexico(II) (Waste Management v. United Mexican States II, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Award dated 30 April 2004.

178) Mason v. Korea(Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea, PCA Case No. 2018-55), Final Award dated 11 April 2024(Korean), para. 668, paras. 675-677, paras. 682-683.

한미 FTA 제11.5조(대우의 최소 기준)²⁾

- 가. 제1항의 “공정하고 공평한 대우”를 제공할 의무는 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법 절차의 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판 절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다. 그리고
- 나. 제1항의 “충분한 보호 및 안전”을 제공할 의무는 각 당사국이 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰 보호를 제공하도록 요구한다.
3. 이 협정의 다른 규정 또는 별도의 국제협정에 대한 위반이 있었다는 판정이 이 조에 대한 위반이 있었다는 것을 입증하지는 아니한다.
4. 보다 명확히 하기 위하여, 당사국이 행위를 하거나 하지 못하는 것이 투자자의 기대와 불일치할 수 있다는 단순한 사실은 그 결과로 적용 대상 투자에 손실 또는 손해가 있더라도 이 조의 위반을 구성하지 아니한다.
5. 제11.12조 제5항 나호에도 불구하고, 각 당사국은 전쟁 또는 그 밖의 무력 충돌, 또는 반란·폭동·소요 또는 그 밖의 내란으로 인하여 자국 영역 내 투자가 입은 손실에 관하여 자국이 채택하거나 유지하는 조치에 대하여 비차별적인 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자와 적용 대상 투자에 부여한다.
6. 제5항에도 불구하고, 어느 한쪽 당사국의 투자자가 제5항에 언급된 상황에서 다음의 결과로 다른 쪽 당사국의 영역에서 손실을 입는 경우
- 가. 다른 쪽 당사국의 군대 또는 당국에 의한 적용 대상 투자 또는 그 일부의 징발, 또는
- 나. 상황의 필요상 요구되지 아니하였던 다른 쪽 당사국의 군대 또는 당국에 의한 적용 대상 투자 또는 그 일부의 파괴
- 다른 쪽 당사국은 그 투자자에게 그러한 손실에 대하여, 각 경우에 맞게, 원상회복, 보상 또는 양자 모두를 제공한다. 모든 보상은 제11.6조 제2항 내지 제4항을 준용하여 신속하고 적절하며 효과적이어야 한다.
7. 제4항은 제11.12조 제5항 나호가 아니었다면 제11.3조에 불합치하였을 보조금 또는 무상교부에 관한 기존의 조치에 적용되지 아니한다.
- 2) 제11.5조는 부속서 11-가에 따라 해석된다.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

가. 규제 집행의 일관성을 다룬 Eco Oro 사건

Eco Oro v. Colombia 사건에서 캐나다 국적의 Eco Oro(이하 청구인)는 특정 지역 생태계를 보호하기 위해 청구인의 광업권 행사를 제한한 콜롬비아 정부의 조치가 캐나다-콜롬비아 FTA 제805조(대우의 최소 기준)에 위반된다

고 주장하며 중재를 신청했다.¹⁷⁹⁾

청구인은 콜롬비아 정부가 자의적이고 일관성 없는 조치를 하고 예측할 수 있는 규제 환경을 제공하지 못함으로써 청구인의 정당한 기대(*legitimate expectations*)를 훼손했으므로 국제관습법상 대우의 최소 기준에 포함되는 FET 의무를 위반했다고 주장했다.¹⁸⁰⁾

피청구국은 해당 조치들이 환경 보호라는 정당한 공공의 목적을 위해 선의로 차별 없이 취해진 적법한 경찰권(*police powers*) 행사이며, 기존 환경 법규와 사전주의 원칙(*precautionary principle*)에 비추어 볼 때 청구인은 해당 지역 전체에서 채굴을 보장받을 것이라는 정당한 기대를 애초에 가질 수 없었으므로 FET 위반 요건을 충족하지 못한다고 항변했다.¹⁸¹⁾

중재판정부 다수의견은 콜롬비아 정부가 보호를 위해 채굴을 금지한 조치 자체는 선의에 기반한 환경 보호 목적임을 인정했으나, 동시에 피청구국의 규제 집행 과정이 일관되지 않았다고 보았다. 구체적으로 보상금 지급 없이 채굴 활동을 불허한 행위, 생태계 보호구역 경계 획정을 지속적으로 지연한 행위, 궁극적으로 경계를 설정하지 못한 행위는 청구인에게 안정적이고 예측할 수 있는 규제 환경을 제공하지 못했고, 그 결과 청구인의 정당한 기대를 좌절시켰음을 인정했다.¹⁸²⁾

나. 구체적 확약의 의미를 다룬 Red Eagle 사건

Red Eagle v. Colombia 사건에서 캐나다 국적의 Red Eagle(이하 청구인)은 피청구국에서 광업권을 취득했다. 그러나 피청구국은 국내법과 헌법재판소

179) *Eco Oro v. Colombia*(*Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41), Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum dated 9 September 2021, paras. 1-2, para. 6.

180) *Ibid.*, para. 728.

181) *Ibid.*, paras. 588-603.

182) *Ibid.*, paras. 699-700, paras. 804-805.

결정을 이유로 채굴을 금지했다. 이에 청구인은 캐나다-콜롬비아 FTA를 근거로 중재를 신청했다.¹⁸³⁾

청구인은 정당한 기대를 형성하기 위해 명시적인 약속이 필수적인 것은 아니지만, 피청구국 당국자의 캐나다 방문을 통한 투자 유치 활동 및 광업권 양도 승인 등의 행위가 채굴권 보장이라는 구체적 확약(specific commitments)에 해당한다고 주장했다.¹⁸⁴⁾

피청구국은 환경 면허나 작업 계획 승인이 없는 광업권 양도 승인만으로는 채굴권이 부여되지 않으며, 환경 규제 강화 배제까지 약속한 것은 아니라고 항변했다. 피청구국은 투자자가 투자 당시 국내법의 환경 보호 의무와 국제법의 사전주의 원칙에 따라, 규제 동결에 대해 정당한 기대를 할 수 없었다고 반박했다.¹⁸⁵⁾

중재판정부 다수의견은 이 사건의 핵심은 투자 유치 활동이나 인허가 관련 행위가 장래 규제를 제한하는 구체적 확약에 해당하는지에 있다고 보았다. 광업권 양도 승인이나 면허의 형태 변경을 승인한 행위 등은 단순히 해당 시점의 법적 권리를 확인해 주는 행위에 그칠 뿐, 장래의 규제 권한을 포기하겠다는 의미의 확약으로 해석될 수 없다고 판단했다. 결론적으로 피청구국의 조치는 환경 보호라는 정당한 공공 정책적 목표를 위한 것이며, 자의적이거나 차별적이지 않았으므로 MST 위반에 해당하지 않는다고 인정되었다.¹⁸⁶⁾

다. 소결

한미 FTA에 따른 대우의 최소 기준은 국제관습법에 따라 해석되며, 단순한 국내법 위반이나 부당성만으로 곧바로 위반이 인정되지 않는다는 점은 *Masons*

183) *Red Eagle v. Colombia*(*Red Eagle Exploration Limited v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/18/12), Award dated 28 February 2024, paras. 1-3, paras. 63-74.

184) *Ibid.*, paras. 203-205.

185) *Ibid.*, para. 254, para. 258, para. 365.

186) *Ibid.*, para. 296, para. 298, para. 309, para. 316, para. 402.

사건에서 재차 확인되었다. Eco Oro 사건과 Red Eagle 사건은 이러한 기준이 구체적 사안에서 어떻게 적용되는지를 보여준다.

Eco Oro 사건에서는 환경 보호라는 정당한 공공 목적 자체는 인정되었지만, 규제 집행 과정이 일관되지 못하고 예측할 수 있는 규제 환경을 제공하지 못한 점이 투자자의 합리적 기대를 보호하지 못한 사정으로 인정되었다. 반면 Red Eagle 사건에서는 투자 유치 활동이나 인허가 관련 행위만으로 장래 규제를 제한하는 구체적 확약이 있었다고 보기 어렵고, 이러한 행위는 당시의 법적 권리를 확인하는 것에 그칠 뿐 장래의 규제 권한을 포기하겠다는 의미의 확약으로 해석될 수 없다고 보아 위반이 부정되었다. 그러므로 대우의 최소 기준 판단에서는 공공 목적의 존재만이 아니라 그 목적을 실현하는 과정이 예측할 수 있고 일관적인지, 그리고 국가가 투자자에게 장래 규제와 관련한 구체적 확약을 했는지가 중요하다.

이 점은 한국정부와 한국기업 모두에게 시사점을 준다. 정부로서는 공공 목적에 따른 규제라는 점만으로 대우의 최소 기준 위반 가능성이 사라진다고 보기 어렵고, 정책 변경과 집행 과정의 일관성, 절차의 명확성, 대외 설명의 정합성을 함께 관리할 필요가 있다. 기업으로서도 대미 투자분쟁 시 단순한 불이익이나 규제 강화만으로는 부족하고, 국제관습법상 최소 기준에 반할 정도의 불공정성, 자의성, 또는 구체적 확약 위반이 있었는지를 중심으로 주장 구조를 세울 필요가 있다. 결국 향후 대미 투자분쟁에서 대우의 최소 기준 위반 주장의 성패는 공공 목적의 존재 여부보다 국가 행위의 집행 방식과 투자자의 기대가 어떤 근거 위에서 형성되었는지를 어떻게 입증하느냐에 달려 있다.

4. 수용

수용(Expropriation)에 관한 한미 FTA 규정은 제11.6조(수용 및 보상), 부속서 11-나(수용), 그리고 11-바(과세 및 수용)이다. 원칙은 본문에, 실질적 판단 기준은 부속서에 있다.

구체적으로 제11.6조는 수용 및 국유화의 원칙적 금지와 적법한 수용을 위한 요건 및 보상 기준을 규정한다. 부속서 11-나는 직접 수용과 간접 수용을 구분하고, 간접 수용 판단의 3대 요소와 국가 규제권에 따른 예외를 규정한다. 부속서 11-바는 과세 조치가 수용을 구성하는지 판단하기 위한 별도의 기준을 규정한다.

먼저 제11.6조(수용 및 보상)는 당사국이 적용 대상 투자에 대한 직접 수용 또는 수용과 동등한 조치를 통한 간접 수용을 원칙적으로 금지하되, 예외적으로 수용이 적법할 수 있는 요건을 명시했다. 적법한 수용으로 인정받기 위해서는 (i) 공공 목적을 위하고, (ii) 비차별적 방식이며, (iii) 신속·적절·효과적인 보상을 지급하고, (iv) 적법절차 및 제11.5조(대우의 최소 기준)를 준수해야 한다는 네 가지 요건을 충족해야 한다. 그리고 여기서 보상은 수용일 직전의 공정한 시장가치(Fair Market Value)에 따라 바로 이루어져야 하며, 충분히 실현할 수 있고 자유롭게 송금할 수 있어야 한다.¹⁸⁷⁾

적법한 수용의 넷째 요건에 대우의 최소 기준이 포함된 점에 주목해야 한다. 수용과 대우의 최소 기준이 명백히 서로 구별되는 판단 기준임에도 불구하고, 수용의 넷째 요건에서 대우의 최소 기준이 적법한 수용 판단의 기준으로 편입된다.¹⁸⁸⁾ 대우의 최소 기준은 국가가 자신의 권한을 자의적으로 행사하는 것을 막기 위한 것이다.¹⁸⁹⁾ 즉 공공 목적의 비차별적이며 신속·적절·효과적인 보상

187) 한미 FTA 제11.6조(수용 및 보상) 제1항 및 제2항.

188) Reinisch *ed.*(2008), p. 3.

189) Collins(2017), p. 9.

을 지급한 수용이어야 한다는 첫째 요건부터 셋째 요건이 충족되더라도, 이것은 결과 중심의 기준만을 충족한 것뿐이라고 평가할 수 있다. 여기서 더 나아가 절차적 정당성과 국가권력 행사 방식의 공정성에 관한 기준이 바로 넷째 요건인 적법절차 및 대우의 최소 기준인 것이다.

표 4-9. 한미 FTA 본문의 수용 규정

한미 FTA 제11.6조(수용 및 보상) ²⁾	
1. 어떠한 당사국도 다음을 제외하고 적용 대상 투자를 직접적으로, 또는 수용이나 국유화(수용)와 동등한 조치를 통하여 간접적으로 수용하거나 국유화할 수 없다.	
가. 공공 목적을 위할 것	
나. 비차별적 방식일 것	
다. 신속하고 적절하며 효과적인 보상을 지불할 것, 그리고	
라. 적법절차와 제11.5조 제1항 내지 제3항을 따를 것	
2. 제1항 다호에 언급된 보상은	
가. 지체 없이 지불되어야 한다.	
나. 수용이 발생하기(수용일) 직전의 수용된 투자의 공정한 시장가격과 동등하여야 한다.	
다. 수용 의도가 미리 알려졌기 때문에 발생하는 가치의 어떠한 변동도 반영하지 아니하여야 한다. 그리고	
라. 충분히 실현 가능하고 자유롭게 송금 가능하여야 한다.	
3. 공정한 시장가격이 자유 사용 가능 통화로 표시되는 경우, 제1항 다호에 언급된 보상은 수용일의 공정한 시장가격에 그 통화에 대한 상업적으로 합리적인 이자율에 따라 수용일부터 지불일까지 발생한 이자를 더한 것보다 적어서는 아니 된다.	
4. 공정한 시장가격이 자유롭게 사용 가능하지 아니한 통화로 표시되는 경우, 제1항 다호에 언급된, 지불일에 일반적인 시장환율에 따라 지불 통화로 환산된 보상은 다음을 합한 것보다 적어서는 아니 된다.	
가. 수용일의 일반적인 시장환율에 따라 자유 사용 가능 통화로 환산된 수용일의 공정한 시장가격	
나. 그 자유 사용 가능 통화에 대한 상업적으로 합리적인 이자율에 따라 수용일부터 지불일까지 발생한 이자	
5. 이 조는 무역 관련 지적재산권에 관한 협정에 따라 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제 실시권의 발동이나 지적재산권의 취소·제한 또는 생성에 적용되지 아니한다. 이는 그러한 발동·취소·제한 또는 생성이 제18장(지적재산권)에 합치하는 것을 한도로 한다.	
2) 제11.6조는 부속서 11-가 및 11-나에 따라 해석된다.	

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

그러나 반대로 위법한 수용이더라도 대우의 최소 기준 위반은 아닐 수 있다. 예컨대 대우의 최소 기준은 준수했으나, 수용에 대한 보상 지급을 하지 않은 경우 등이다. 그러므로 수용은 ‘재산권에 대한 조치’에 대한 규정이고, 대우의 최소 기준은 ‘모든 조치에 적용되는 일반 기준’이라 할 수 있다.

다음으로 부속서 11-나(수용)는 직접 수용과 간접 수용의 개념을 구체화했다. 직접 수용은 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수를 통하여 투자가 국유화 되거나 달리 직접적으로 수용되는 것이다. 반면 간접 수용은 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접 수용과 동등한 효과를 나타내는 것이다.¹⁹⁰⁾ 당사국의 행위가 간접 수용을 구성하는지는 (i) 정부 행위의 경제적 영향, (ii) 정부의 행위가 투자의 근거인 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도, (iii) 목적 및 맥락을 포함한 정부 행위의 성격을 포함하여 투자에 관한 모든 관련 요소를 고려하는 사안별, 사실에 기초한 조사를 필요로 한다.¹⁹¹⁾ 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 당사국의 비차별적 규제 행위는 간접 수용을 구성하지 않는다. 한미 FTA는 그 예로 공중보건, 안전, 환경 등 정당한 공공복지 목적을 위한 비차별적 규제 행위는 극히 드문 경우를 제외하고는 간접 수용을 구성하지 않는다고 규정한다.¹⁹²⁾

끝으로 부속서 11-바(과세 및 수용)는 과세 조치가 수용을 구성하는지 판단할 때 부속서 11-나(수용)에 열거된 요소와 더불어 고려할 예시 목록으로 네 가지 사항을 규정한다. 구체적으로 (i) 조세 부과는 일반적으로는 수용을 구성하지 않고, (ii) 국제적으로 인정된 조세 원칙에 합치하거나 조세 회피 방지를 위한 조치는 수용을 구성하지 않아야 하며, (iii) 특정 투자자를 표적으로 하지 않는 비차별적 조세 조치는 수용을 구성할 가능성이 낮고, (iv) 투자가 이루어질 당시 이미 공개되어 있던 과세 조치는 일반적으로는 수용을 구성하지 않는다는 것이다. 이는 조세 주권과 투자자 보호 사이의 균형을 도모하는 장치이다.

190) 한미 FTA 부속서 11-나(수용) 제3항 두문.

191) 한미 FTA 부속서 11-나(수용) 제3항 가호.

192) 한미 FTA 부속서 11-나(수용) 제3항 나호.

표 4-10. 한미 FTA 부속서의 수용 규정

한미 FTA 부속서 11-나(수용)	
양 당사국은 다음에 대한 공유된 양해를 확인한다.	
1. 당사국의 행위 또는 일련의 행위는 그것이 투자 내에서의 유형 또는 무형의 재산권을 침해하지 아니하는 한 수용을 구성할 수 없다.	
2. 제11.6조 제1항은 두 가지 상황을 다룬다. 첫 번째는 직접 수용으로서, 명의의 공식적 이전 또는 명백한 물수를 통하여 투자가 국유화되거나 달리 직접적으로 수용되는 경우이다.	
3. 제11.6조 제1항에 다루어진 두 번째 상황은 간접 수용으로서, 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 물수 없이 직접 수용과 동등한 효과를 가지는 경우이다.	
가. 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 특정한 사실 상황에서 간접 수용을 구성하는지 여부의 결정은 다음을 포함하여 그 투자에 관한 모든 관련 요소를 고려하는 사안별, 사실에 기초한 조사를 필요로 한다.	
1) 정부 행위의 경제적 영향. 그러나 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 부정적인 효과를 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접 수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다.	
2) 정부 행위가 투자에 근거한 분명한 합리적인 기대 ¹⁸⁾ 를 침해하는 정도, 그리고	
3) 그 목적 및 맥락을 포함한 정부 행위의 성격. 관련 고려사항은 정부 행위가 공익을 위하여 투자자 또는 투자가 감수해야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자 또는 투자에게 부과하는지 여부를 포함할 수 있을 것이다.	
나. 예컨대, 행위 또는 일련의 행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황을 제외하고는, 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격 안정화(예컨대, 저소득층 가계의 주거 여건을 개선하기 위한 조치)를 통한)와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접 수용을 구성하지 아니한다. ¹⁹⁾	
18) 보다 명확히 하기 위하여, 투자자의 투자에 근거한 기대가 합리적인지 여부는 관련 부문에 있어 정부 규제의 성격 및 정도에 부분적으로 의존한다. 예컨대, 규제가 변경되지 아니할 것이라는 투자자의 기대는 규제가 덜한 부문보다는 규제가 심한 부문에서 합리적일 가능성이 더욱 낮다.	
19) 보다 명확히 하기 위하여 나호의 정당한 “공공복지 목적” 목록은 한정적이지 아니하다.	
한미 FTA 부속서 11-바(과세 및 수용)	
과세 조치가 특정한 사실 상황에서 수용을 구성하는지 여부의 결정은 사안별, 사실에 기초한 조사를 필요로 하며, 그러한 조사는 부속서 11-나에 열거된 요소들과 다음의 고려사항들을 포함하여 그 투자에 관한 모든 관련 요소를 고려한다.	
가. 조세 부과는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다. 새로운 과세 조치의 단순한 도입이나 하나의 투자에 대하여 둘 이상의 관할권에서의 과세 조치 부과는 일반적으로 그 자체로는 수용을 구성하지 아니한다.	
나. 국제적으로 인정된 조세정책·원칙 및 관행에 합치하는 과세 조치는 수용을 구성하지 아니하여야 할 것이다. 특히 과세 조치의 기피 또는 회피를 막기 위한 과세 조치는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다.	

한미 FTA 부속서 11-나(수용)

- 다. 특정 국적의 투자자 또는 특정 납세자를 겨냥한 과세 조치와는 반대로 비차별적으로 적용되는 과세 조치는 수용을 구성할 가능성이 적다. 그리고
- 라. 투자가 이루어진 때에 과세 조치가 이미 발효 중이었고 그 조치에 대한 정보가 공개적으로 이용 가능하였다면, 그 과세 조치는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

가. 수용과 FET 위반을 함께 다룬 Metalclad 사건

Metalclad v. Mexico 사건의 청구인(Metalclad)은 미국 국적의 기업으로 유해폐기물 매립장을 개발하고 운영했다. 이 사건에는 NAFTA가 적용되었다. 청구인은 피청구국이 지방자치단체(시의회)를 통해 자사의 유해폐기물 매립장 개발 및 운영을 방해했으며, 이는 NAFTA FET 의무 및 수용 규정의 위반이라고 주장했다. 피청구국은 지방자치단체의 건설 허가 발급 권한은 법률에 따라 적법하게 부여된 것이라고 반박했다.¹⁹³⁾

중재판정부는 피청구국 연방정부의 승인을 신뢰한 청구인에 대해 지방자치단체가 건설 허가를 부당하게 거부한 것을 근거로, 피청구국이 투명성과 예측 가능성을 보장하지 않아 FET 의무를 위반했다고 판단했다.¹⁹⁴⁾

이어서 중재판정부는 피청구국 연방정부가 이처럼 FET 의무 위반에 해당하는 지방자치단체의 불공정하고 불평등한 대우를 허용하고 묵인한 점에 주목했다. 결과적으로 이 사건의 사업이 피청구국 연방정부에 의해 전적으로 승인되었음에도 피청구국이 청구인의 매립장 운영 권리를 부인하는 데 동참하거나 방관한 것은, 위법한 수용에 이르는 조치(measure tantamount to expropriation)를 한 것이라고 판시했다.¹⁹⁵⁾ 즉, 권한을 벗어난 지방자치단체의 허가 거부와 이에 대

193) Metalclad v. Mexico(Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award dated 30 August 2000, paras. 1-2, para. 85.

194) *Ibid.*, para. 89, para. 97, paras. 99-100.

한 연방정부의 부적절한 대응이 결합한 일련의 조치가 간접 수용을 구성한다고 보아, FET 의무 위반에 해당하는 국가의 대우가 위법한 간접 수용의 근거가 될 수 있다고 인정했다.¹⁹⁶⁾

다만 이후 중재지 법원은 중재판정부가 허가 절차의 불명확성을 NAFTA 투자자의 장 위반으로 판단한 부분이 권한 범위를 넘었다고 보아, 수용 판단 중 일부를 취소했다. 그러나 이는 수용과 FET 위반을 함께 다룬 점 자체를 부정한 것은 아니므로, 이 사건은 두 쟁점이 함께 문제가 될 수 있음을 보여준 사례라고 이해할 수 있다.

나. 간접 수용과 규제 권한의 한계를 다룬 Eco Oro 사건

Eco Oro v. Colombia 사건에서 청구인은 캐나다 국적의 광업 회사로 피청구국에서 금광을 개발했다. 이 사건에는 캐나다-콜롬비아 FTA가 적용되었다.¹⁹⁷⁾ 청구인은 자사 광업권 면적의 절반 이상에 대해 피청구국이 자연보호 구역을 설정한 조치가 위법한 간접 수용에 해당한다며 손해배상을 주장했다.¹⁹⁸⁾ 피청구국은 정당한 공공 목적을 위한 선의의 비차별적 규제이므로 적법한 경찰권 행사로서 간접 수용이 아니라고 항변했다.¹⁹⁹⁾

중재판정부 다수의견은 청구인이 환경 면허 등 관련 법적 요건을 충족하면 채굴을 진행할 수 있는 수용 가능한 권리를 보유했음을 인정했고, 피청구국의 조치로 청구인의 채굴권이 사실상 완전히 상실됨으로써 간접 수용에 이를 정도의 실질적인 박탈이 발생했다고 판단했다.²⁰⁰⁾ 그러나 중재판정부 다수의견은 캐나다

195) *Ibid.*, para. 104.

196) *Ibid.*, para. 104, para. 107.

197) Eco Oro v. Colombia(Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41), Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum dated 9 September 2021, para. 1, para. 81.

198) *Ibid.*, para. 522, para. 524.

199) *Ibid.*, para. 592, para. 602.

200) *Ibid.*, para. 634.

-콜롬비아 FTA 부속서 제811조 (2)항 (b)호에 명시된 경찰권을 검토한 결과, 피 청구국의 규제 조치가 특정 투자자를 겨냥하지 않은, 환경 보호라는 정당한 공공 복리 목적을 위해 적용된 선의의 비차별적인 조치라고 판단했다.²⁰¹⁾ 나아가 중재 판정부 다수의견은 조치가 생태계 보호라는 목적에 비추어 비례성을 상실하지 않았다고 보았고, 해당 조치가 선의로 채택되었다고 볼 수 없을 만큼 가혹한 드문 상황(rare circumstance)의 예외에도 해당하지 않으므로, 국제법상 국가의 유효하고 정당한 경찰권 행사로서 간접 수용을 구성하지 않아 보상금을 지급할 의무가 없다고 판정했다.²⁰²⁾

다. 소결

수용 규정은 직접 수용과 간접 수용을 구분하되, 간접 수용에 해당하는지는 일률적인 형식 기준이 아니라 정부 행위의 경제적 영향, 투자자의 분명하고 합리적인 기대 침해, 그리고 목적과 맥락을 포함한 조치의 성격을 종합하여 판단 하도록 하는 것이 일반적이다. 특히 한미 FTA는 부속서 11-나에서 이러한 판단 요소를 명시하고, 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안 및 적용되는 비차별적 규제 행위는 극히 드문 경우를 제외하고는 간접 수용을 구성하지 않는다고 명시함으로써, 수용 규정의 의미를 더 구체화했다.

그러나 판정례는 공익 목적이 제시되었다는 사정만으로 수용 성립이 바로 부정되는 것이 아님을 보여준다. Metalclad 사건의 중재판정부는 지방자치단체의 부당한 허가 거부와 이를 용인한 연방정부의 대응이 결합하여 투자자의 권리를 사실상 박탈한 경우 FET 위반에 해당하는 국가의 불공정한 대우가 간접 수용 판단의 근거가 될 수 있다고 보았다. 반면 Eco Oro 사건의 중재판정부는 채굴권의 실질적 박탈이 인정될 정도의 중대한 침해가 있더라도, 해당 조치

201) *Ibid.*, para. 642.

202) *Ibid.*, para. 654, para. 699.

가 환경 보호라는 정당한 공공 복리를 위한 선의의 비차별적 규제이고 비례성을 잃지 않았으며 드문 예외적 상황에도 해당하지 않는다면, 정당한 경찰권 행사로서 간접 수용을 구성하지 않는다고 판단했다.

결국 수용 판단은 투자자에게 중대한 경제적 손실이 발생했다는 점만으로는 결정되지 않는다. 오히려 국가의 조치가 투자자의 권리를 실질적으로 박탈했는지, 그 과정에서 투자자의 정당한 기대를 침해했는지, 그리고 해당 조치가 공공 복지 목적에 따라 비차별적이고 선의로 행사된 정당한 규제 권한에 해당하는지를 함께 살펴야 한다.

5. 한미 FTA 일반 예외 규정의 적용 범위 및 비교 판정례

한미 FTA 제11장(투자)에는 일반 예외라는 제목의 규정이 없으므로, 제23장(예외) 제23.1조(일반 예외)가 제11장에 적용되는지 살펴봐야 한다.

표 4-11. 한미 FTA의 일반 예외 규정

한미 FTA 제23.1조(일반 예외)	
1. 제2장 내지 제4장(상품에 대한 내국민대우 및 시장접근, 농업, 섬유 및 의류) 및 제6장 내지 제9장(원산지 규정 및 원산지 절차, 관세행정 및 무역원활화, 위생 및 식물위생 조치, 그리고 무역에 대한 기술장벽)의 목적상, 1994년도 GATT 제20조 및 그 주해는 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합되어 그 일부가 된다.	양 당사국은 1994년도 GATT 제20조 나호에 언급된 조치가 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 환경조치를 포함한다는 것과 1994년도 GATT 제20조 사호가 고갈될 수 있는 생물 및 무생물 천연자원의 보존에 관한 조치에 적용된다는 것을 양해한다.
2. 제12장(국경간 서비스무역)·제14장(통신) 및 제15장(전자상거래) ¹⁾ 의 목적상, GATS 제14조(그 주석을 포함한다)는 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합되어 그 일부가 된다.	양 당사국은 GATS 제14조 나호에 언급된 조치가 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 환경조치를 포함한다는 것을 양해한다.
1) 제23.1조는 디지털 제품이 상품 또는 서비스로 분류되어야 할 것인지 여부와 무관하다.	

주: 밑줄은 저자 추가.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

비록 한미 제11.10조²⁰³⁾가 있지만, 다양한 사유 중 환경만을 다룬다. 또한 GATT 제20조 또는 GATS 제14조의 각호와 두문에 나누어 규정된 필요성 요건이나 자의성 요건 등 다른 제한도 없다. 그러므로 당사국의 규제권을 확인한 규정으로 봄이 타당하고, 위반이 정당화되는 예외 규정으로 보기 어렵다. 따라서 한미 FTA 제23.1조(일반 예외)가 제11장에 적용되는지 살펴봐야 한다. 총 2개 항으로 구성된 제23.1조는 일반 예외 규정이 적용되는 장을 명시했는데, 여기에는 투자의 장이 포함되어 있지 않다. 즉 제23.1조 제1항은 제2장부터 제4장 및 제6장부터 제9장에 대해 GATT 제20조가 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합되어 그 일부가 된다고 규정할 뿐, 제11장을 명시하지 않았다.²⁰⁴⁾ 또한 제23.1조 제2항 역시 제12장, 제14장, 제15장에 대해 GATS 제14조가 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합되어 그 일부가 된다고 규정할 뿐, 제11장을 명시하지 않았다.²⁰⁵⁾ 그러므로 일반 예외 규정은 투자의 장에 적용되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다.

이러한 해석은 투자의 장을 명시적으로 언급하지 않은 제23.1조와 달리, 과세 조치에 대한 예외를 규정한 제23.3조(과세)가 투자의 장 관련 규정을 명시한 점에 의해서도 뒷받침된다.²⁰⁶⁾ 그러므로 한미 FTA의 일반 예외 규정에서 투자의 장을 명시하지 않은 것은 단순한 누락이 아닌 당사국의 의도가 반영된 결과로 보인다.

학설도 조약 당사국이 예외를 적용하고 싶었다면 명시적으로 규정해야 한다고 본다.²⁰⁷⁾ 예컨대 캐나다-페루 FTA와 캐나다-콜롬비아 FTA는 한미 FTA와

203) 한미 FTA 제11.10조(투자와 환경). 원문을 소개하면 다음과 같다. “이 장의 어떠한 규정도 당사국이 자국 영역 내 투자활동이 환경적 고려에 민감한 방식으로 수행되도록 보장하기 위하여 자국이 적절하다고 판단하는 것으로서 달리 이 장에 합치되는 조치를 채택·유지 또는 집행하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다.”

204) 한미 FTA 제23.1조(일반 예외) 제1항.

205) 한미 FTA 제23.1조(일반 예외) 제2항.

206) 한미 FTA 제23.3조(과세) 제6항 가호. 원문을 소개하면 다음과 같다. “제11.16조(중재 청구 제기)는 수용 또는 투자 계약이나 투자 승인의 위반이라고 주장되는 과세 조치에 적용된다.”

207) Henckels(2025), p. 73.

달리 예외의 장에 규정된 일반 예외 규정이 투자의 장에 적용된다고 명시했다.

다만 학설 중에는 예외에 관한 명시적인 규정이 없더라도 예외가 인정될 여지가 있다는 견해도 있다. 이러한 주장의 근거로는 투자협정이 다른 조약과 마찬가지로 일반 국제법이라는 더 큰 틀 안에서 이해되고 해석되어야 한다는 점을 든다. 일반 국제법에는 국제관습법뿐만 아니라 국제사법재판소(ICJ) 규정 제38조 1항 (c)호에 규정된 법의 일반 원칙도 포함된다. 투자협정의 문언만으로 의미가 완전하지 않을 때는 그 투자협정만 분리해서 파악할 것이 아니라, 국제법의 더 큰 틀 안에서 법의 일반 원칙 등을 보충적으로 적용해 투자협정을 해석해야 한다는 주장이다.²⁰⁸⁾

이와 결론은 유사하지만, 근거는 다른 견해도 있다. 국가는 실효적 통제하에 있는 영토 내의 모든 문제를 규제할 권한이 있고, 이러한 권한은 조약에 명시되지 않아도 인정된다. 이 견해에 따르면, 1959년부터 2010년에 체결된 투자협정에는 공공보존, 인권, 환경 보호 등에 관한 일반 예외 규정이 명시되지 않았음에도 중재판정부는 일반 국제법에 근거하여 이와 같은 사유가 투자자의 권리 보호보다 우선한다는 결론을 도출했다. 또한 최근의 투자협정에 일반 예외 규정이 명시되기 시작하는 현상도 혁명적인 변화라기보다는, 과거 중재판정부들이 일반 국제법에 근거하여 도출해 냈던 국가의 규제 권한을 단지 명문화한 것에 불과하다는 것이 이 견해의 입장이다.²⁰⁹⁾

다른 한편으로, 이러한 견해에 따라 투자의 장에 일반 예외에 관한 명시적인 규정이 없거나 일반 예외에 관한 장의 적용 범위에 투자의 장이 명시되지 않은 경우에도 일반 예외가 적용될 수 있다고 해석하더라도, 또 다른 의문이 제기될 수 있다. 그것은 일반 예외 규정의 '효력'에 관한 견해 대립이다.

즉, 일반 예외 규정이 적용되면 투자자에게 보상할 의무가 없다는 주장을 제기하는 협정 당사국이 있다. 반면 투자자는 투자 유치국이 공공 이익, 환경 보

208) Dolzer and Schreuer(2008), p. 5.

209) Baetens(2022), p. 144, p. 172.

호 등을 목적으로 한 조치를 철회하지 않을 수 있는 정당성을 부여할 뿐, 손해를 입은 투자자에 보상해야 하는 투자 유치국의 책임까지 면제하지는 않는다고 주장한다. 일반 예외 규정의 해석을 둘러싼 둘째 쟁점이다.

학설은 공공 목적을 위한 규제로서 일반 예외 규정이 적용되더라도 그 효과가 수용에 해당하면 보상 의무가 있다고 본다.²¹⁰⁾ 보상 의무가 있다는 점에서 투자자의 견해에 가깝지만, 모든 사소한 손해를 보상할 의무가 투자 유치국에 있다는 것이 아니라, 수용에 이를 정도의 중대한 손해에 대해서만 보상 의무를 인정할 점에 주목할 필요가 있다. 판정례의 태도도 학설과 유사하다. NAFTA 협정이 적용된 Feldman v. Mexico 사건이 대표적인 예이다.²¹¹⁾ 다만 본 연구에서는 Feldman 사건 이후 판정의 태도 또는 파생된 쟁점이 있는지 알아보기 위해 그 이후 판정례를 분석했다.

가. 인간 생명 보호 예외와 보상을 다룬 Bear Creek Mining 사건

캐나다·페루 FTA의 일반 예외 규정은 제22장(예외)에 속한 제2201조인데, 총 3개 항으로 구성된다. 먼저 제1항과 제2항은 GATT 제20조와 GATS 제14조가 필요한 변경을 가하여 본 협정에 편입되고 그 일부가 된다는 내용이다.²¹²⁾ 제1항과 제2항은 한미 FTA 제23.1조(일반 예외)와 유사하다. 다만 캐나다·페루 FTA 제1항에는 “서비스 또는 투자에 적용되는 범위는 제외한다”라는 명시적인 규정이 있다는 점이 한미 FTA와 차이가 있다.²¹³⁾

210) Reinisch ed.(2008), p. 165, pp. 168-169.

211) Feldman v. Mexico(Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1), Award of the Tribunal dated 16 December 2002, para. 110.

212) 캐나다·페루 FTA 제2201조(일반 예외) 제1항 및 제2항.

213) 한미 FTA에는 없고 캐나다·페루 FTA 제2201조 제1항에만 있는 문언의 원문은 다음과 같다: “except to the extent that a provision of these chapters applies to services or investment”

캐나다·페루 FTA 일반 예외 규정의 특징이자 한미 FTA에는 없는 규정인 제3항은 투자의 장에 일반 예외 규정이 적용됨을 명시했고, 일반 예외의 유형을 구체화했다.

구체적인 내용을 더 살펴보자면, 캐나다·페루 FTA 제2201조 제3항은 “제8장(투자)의 목적상” 본 협정의 어떠한 조항도 당사국이 다음의 목적을 위해 필요한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되어서는 안 된다고 규정함으로써, 투자의 장에 일반 예외 규정이 적용됨을 명시하였다.

또한 예외 사유로는 당사국이 (i) 인간 또는 동·식물의 생명 또는 건강 보호를 위한 조치(환경 조치 포함), (ii) 본 협정과 상충하지 않는 법령 준수를 보장하는 조치, 또는 (iii) 생물학적 또는 비생물학적 고갈될 수 있는 천연자원의 보전을 위해 조치를 취하는 경우를 규정했다.²¹⁴⁾

한편 GATT 제20조의 예외 사유와 비교하면, 캐나다·페루 FTA 제2201조 제3항은 GATT 제20조 (b)호(인간 또는 동·식물의 생명 또는 건강 보호), (d)호(법령 준수), (g)호(고갈될 수 있는 천연자원 보전)를 반영했고, (a)호(공중도덕 보호), (i)호(국내 가공 산업용 원료 확보), (j)호(공급 부족 물자의 확보 및 분배) 등은 반영하지 않았다.

끝으로 캐나다·페루 FTA 제2201조 제3항은 두문(chapeau)에서 ‘자의적이거나 정당화될 수 없는 차별’을 구성하거나 국제 무역 또는 투자에 대한 ‘위장된 제한’을 구성하는 방식으로 적용되지 않는다는 요건을 전제로 한다고 명시함으로써 이중의 안전장치를 두었다. 이 점은 GATT 제20조 또는 GATS 제14조와 같다.

214) 캐나다·페루 FTA 제2201조(일반 예외) 제3항.

표 4-12. 캐나다·페루 FTA의 일반 예외 규정

캐나다·페루 FTA 제2201조(일반 예외)	Article 2201: General Exceptions
3. 제8장(투자)의 목적상, 해당 조치가 투자 간 또는 투자자 간에 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별을 구성하거나 국제 무역 또는 투자에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 않는다는 요건을 전제로, <u>본 협정의 어떠한 조항도 당사국이 다음의 목적을 위해 필요한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되어서는 안 된다</u> :	3. For the purposes of <u>Chapter Eight(Investment)</u> , subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, <u>nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:</u>
(a) 인간, 동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하기 위한 경우(당사국들은 이에 인간, 동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하는 데 필요한 <u>환경 조치가 포함된다</u> 는 점을 인정함);	(a) <u>to protect human, animal or plant life or health</u> , which the Parties understand to include <u>environmental measures</u> necessary to protect human, animal or plant life or health;
(b) 본 협정과 상충하지 않는 <u>법령 준수를 보장</u> 하는 경우; 또는	(b) to ensure <u>compliance with laws and regulations</u> that are <u>not inconsistent with this Agreement</u> ; or
(c) 생물학적 또는 비생물학적 고갈성 천연자원의 보전을 위한 경우.	(c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

주: 제1항과 제2항 생략. 밑줄과 굵은 글씨는 저자 추가. 총 3항으로 구성되어 있음.

자료: 캐나다·페루 FTA 영문본 및 이를 바탕으로 저자 번역.

투자에 관한 일반 예외 규정인 캐나다·페루 FTA 제2201조 제3항이 적용된 Bear Creek Mining v. Peru 사건을 살펴본다. 캐나다 광산업체인 청구인은 광업권 취득을 위해 헌법상 요구되는 페루 정부의 공공 필요성 승인을 받아 투자를 진행했다. 그러나 광산 개발에 반대하는 지역 사회의 시위가 발생하자, 페루 정부는 2011년 청구인의 광업권을 무효로 처리했다.²¹⁵⁾

215) Bear Creek Mining v. Peru(Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21), Award dated 30 November 2017, para. 2, para. 124, para. 149, para. 202.

청구인은 페루 정부가 적법한 절차나 사전 통보, 정당한 보상 없이 일방적으로 투자 권리를 박탈한 조치는 캐나다-페루 FTA MST와 수용 규정 등에 위반된다고 주장했다.²¹⁶⁾

이에 피청구국은 공공의 이익과 사회적 소요 방지를 위해 투자 허가를 취소한 조치는 정당한 예외적 조치라고 항변했다.²¹⁷⁾

중재판정부는 피청구국이 청구인의 광업권을 무효로 만든 조치가 위법한 수용에 해당한다고 인정했다. MST 등 다른 위반 주장에 대해서는 위법한 수용으로 인정되었음을 이유로 더 나아가 심리할 필요가 없다고 결정했다.²¹⁸⁾

특히 일반 예외 규정과 관련하여, 중재판정부는 설혹 피청구국의 조치가 캐나다-페루 FTA 제2201조에 규정된 인간 생명 보호를 근거로 정당화될 수 있다 하더라도, 이러한 예외 규정으로 보상 의무나 적법절차 준수 의무의 위반까지 면제되지 않는다고 판단했다. 따라서 예외 조항의 적용 여부와 관계없이, 조치가 캐나다-페루 FTA에 위반된다는 위법성은 그대로 남는다고 결론 내렸다.²¹⁹⁾

나. 환경 보호 예외와 보상을 다룬 *Eco Oro v. Colombia* 사건

캐나다-콜롬비아 FTA의 일반 예외 규정은 제22장(예외)에 속한 제2201조이며, 총 4개 항으로 구성된다. 먼저 제1항과 제2항은 GATT 제20조와 GATS 제14조가 필요한 변경을 가하여 본 협정에 편입되고 그 일부가 된다는 내용이다.²²⁰⁾

캐나다·콜롬비아 FTA 제2201조 제1항 및 제2항은, 제1항에 “서비스 또는 투자에 적용되는 범위는 제외하고”라는 문언이 포함된 점을 제외하면, 한미

216) *Ibid.*, para. 113, para. 430, para. 501.

217) *Ibid.*, para. 469.

218) *Ibid.*, paras. 448-449.

219) *Ibid.*, paras. 477-478, para. 533.

220) 캐나다·콜롬비아 FTA 제2201조(일반 예외) 제1항 및 제2항.

FTA 제23.1조(일반 예외)의 제1항 및 제2항과 유사하다.

제3항은 제8장(투자)의 목적상 본 협정의 어떠한 조항도 당사국이 환경 보호 또는 법령 준수를 위한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 않는다고 규정한다.²²¹⁾ 이 조항은 캐나다·페루 FTA 제2201조 제3항과 유사하다. 캐나다·콜롬비아 FTA 제2201조 제3항은 투자의 장에 일반 예외 규정이 적용됨을 명시했고, 더 나아가 일반 예외의 유형을 구체화했다는 특징이 있다. 이러한 내용의 제3항은 한미 FTA 제23.1조(일반 예외)에는 없다.

캐나다·콜롬비아 FTA 일반 예외 규정이 한미 FTA는 물론 캐나다·페루 FTA와도 구별되는 부분은 제4항의 존재이다. 공공질서(public order) 유지를 목적으로 하는 당사국의 조치를 규율하는 규정을 제3항에서 한꺼번에 규정하지 않고, 제4항에서 별도로 규정하고 각주도 추가했다.

구체적인 내용을 더 살펴보자면, 제2201조 제4항은 공공질서(public order) 유지를 목적으로 하는 당사국의 조치를 금지하는 것으로 이 장이 해석되지 않는다고 명시한다. 이와 함께 해당 조치가 자의적이거나 정당화할 수 없는 차별을 구성하는 방식으로 적용될 수 없다는 단서가 포함되어 있다.²²²⁾

표 4-13. 캐나다·콜롬비아 FTA의 일반 예외 규정

캐나다·콜롬비아 FTA 제2201조(일반 예외)	Article 2201: General Exceptions
3. 제8장(투자)의 목적상, 해당 조치가 투자 간 또는 투자자 간에 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별을 구성하거나 국제 무역 또는 투자에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 않는다는 요건을 전제로, 본 협정의 어떠한 조항도 당사국이 다음의 목적을 위해 필요한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되어서는 안 된다:	3. For the purposes of <u>Chapter Eight(Investment)</u> , subject to the requirement that <u>such measures are not applied in a manner that constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures necessary:</u>

221) 캐나다·콜롬비아 FTA 제2201조 제3항.

222) 캐나다·콜롬비아 FTA 제2201조 제4항.

표 4-13. 계속

캐나다·콜롬비아 FTA 제2201조(일반 예외)	Article 2201: General Exceptions
(a) <u>인간, 동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하기 위한 경우(당사국들은 이에 인간, 동물 또는 식물의 생명과 건강을 보호하는 데 필요한 환경 조치가 포함된다는 점을 인정함);</u>	(a) to protect human, animal or plant life or health, which the Parties understand to include environmental measures necessary to protect human, animal or plant life or health;
(b) <u>본 협정과 상충하지 않는 법령 준수를 보장하기 위한 경우; 또는</u>	(b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or
(c) <u>생물학적 또는 비생물학적 고갈성 천연자원의 보전을 위한 경우</u>	(c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.
4. 본 협정의 어떤 조항도, 당사국이 공공질서 ¹⁾ 유지를 목적으로 상대방 당사국의 국민에 관한 조치를 채택하거나 유지하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 않으며, 그러한 조치가 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별을 구성하는 방식으로 적용되어서는 안 된다는 요건을 충족해야 한다. 전 항의 규정에 영향을 미치지 않는 범위 내에서, 당사국들은 본 협정에 따른 권리와 의무, 특히 제8장(투자)에 따른 투자자의 권리가 그러한 조치에도 적용된다는 점을 인정한다.	4. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures relating to nationals of the other Party aimed at preserving public order , ¹⁾ subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that constitutes arbitrary or unjustifiable discrimination. Without prejudice to the foregoing, the Parties understand that the rights and obligations under this Agreement, in particular the rights of investors under Chapter Eight (Investment) , remain applicable to such measures.
1) GATS 제14조 (a)항과 마찬가지로, 이 예외 조항은 사회의 근본적인 이익 중 하나에 진정하고 충분히 심각한 위협이 가해질 때만 적용될 수 있다.	1) As in Article XIV (a) of the GATS, this exception may be invoked only where genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.

주: 제1항과 제2항 생략. 밑줄 및 굵은 글씨는 저자 작성.

자료: 캐나다·콜롬비아 FTA 영문본 및 이를 바탕으로 저자 번역.

또한 각주 1에는 “사회의 근본적인 이익(fundamental interests)”에 “진정하고 충분히 심각한 위협(genuine and sufficiently serious threat)”이 가해질 때 적용될 수 있다는 내용이 명시되었다.²²³⁾

223) 캐나다·콜롬비아 FTA 제2201조 제4항.

투자에 관한 일반 예외 규정인 캐나다-콜롬비아 FTA 제2201조가 적용된 Eco Oro v. Colombia 사건에서 캐나다 회사인 청구인은 채굴권 확보를 위해 양허계약을 체결했으나 피청구국이 환경 보호를 목적으로 습지 내 광업 활동을 금지하자 수용 및 MST 규정 위반이라고 주장했다.²²⁴⁾ 이에 피청구국은 캐나다-콜롬비아 FTA 제2201조 제3항에 따라 환경 보호가 투자 보호보다 우선되어야 하며, 자의적이거나 차별적이지 않은 합법적 환경 보호 조치이므로 보상 의무가 없다고 항변했다. 또한 습지 내 채굴을 허용한다는 구체적 확인을 제공하지 않았으므로 정당한 기대의 좌절도 없었다고 항변했다.²²⁵⁾

중재판정부 다수의견은 이를 MST 위반이라고 판단했다. 중재판정부는 피청구국이 국내법상 요구되는 습지 구역 획정을 제때 완료하지 않아 채굴 가능 구역에 대한 혼란을 초래했는데, 이는 안정적이고 예측할 수 있는 규제 환경을 투자자에게 제공하지 못해 정당한 기대를 좌절시킨 것이라고 보았다. 또한 중재판정부 다수의견은 피청구국의 이러한 일관성 없는 행위가 중대한 부당함과 명백한 자의성에 해당한다고 보았다.²²⁶⁾

나아가 중재판정부 다수의견은 피청구국의 예외 항변도 기각했다. 제2201조 제3항은 협정 당사국이 환경 보호 목적의 조치를 도입하고 채택하는 것만을 허용할 뿐, 이에 따라 제8장(투자의 장) 위반이 발생했을 때 보상을 지급하지 않아도 됨을 의미하지 않는다고 보았다. 협정 당사국들이 제2201조의 일반 예외 조치에 대해 보상 지급 면제를 의도했다면 부속서 제811조와 유사한 규정을 명시해야 했다고 지적했다. 또한 피청구국의 주장대로 환경 보호를 위한 조치라는 이유만으로 모든 보상 의무가 면제된다고 해석할 경우, 환경 요건 준수와 관련된 이행 요건 부과 금지의 예외를 다룬 제807조 제2항 등 제8장의 다른 규

224) Eco Oro v. Colombia(Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41), Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum dated 9 September 2021, paras. 5-6.

225) *Ibid.*, para. 584.

226) *Ibid.*, paras. 804-805.

정이 불필요해지거나 상호 모순되는 결과가 초래된다고 지적했다.²²⁷⁾

결국 일반 예외 규정은 당사국이 환경 보호 목적의 조치를 도입하고 채택하는 것을 허용할 뿐, 조치 때문에 손해를 입은 투자자에게 보상할 당사국의 의무를 면제하지는 않는다는 원칙이 판정례에서 유지되고 있음을 확인할 수 있다.

다. 소결

한미 FTA 제11장(투자)에는 GATT 제20조(일반 예외) 또는 GATS 제14조(일반 예외)와 같은 일반 예외라는 제목의 규정이 없다. 따라서 제23장(예외)에 있는 제23.1조(일반 예외)가 제11장에 적용되는지 검토해야 한다.

그런데 총 2개 항으로 구성된 제23.1조는 적용 대상이 되는 한미 FTA의 장을 규정했는데, 여기에 제11장은 포함되지 않았다. 그러므로 일반 예외 규정은 투자의 장에 적용되지 않는다고 해석하는 것이 타당하다. 이러한 해석은 투자의 장을 명시적으로 언급하지 않은 제23.1조와 달리, 과세 조치에 대한 예외를 규정한 제23.3조(과세)가 투자의 장 관련 규정을 명시한 점에 의해서도 뒷받침된다. 그러므로 한미 FTA의 일반 예외 규정에서 투자의 장을 명시하지 않은 것은 단순한 누락이 아니라 당사국의 의도가 반영된 결과라고 보아야 한다.

그런데 한미 FTA와 달리, 예외의 장에 규정된 일반 예외 규정이 투자의 장에 적용된다고 명시한 투자협정이 있다. 캐나다-페루 FTA와 캐나다-콜롬비아 FTA가 대표적인 예이다.

캐나다-페루 FTA 제2201조(일반 예외)는 총 3개 항으로 구성되어 있다. 한미 FTA에는 없는 제3항은 투자의 장에 일반 예외 규정이 적용됨을 명시했고, 일반 예외의 유형을 구체화했다. 당사국이 (i) 인간 또는 동·식물의 생명 또는 건강 보호를 위한 조치(환경 조치 포함), (ii) 본 협정과 상충하지 않는 법령 준수를 보장하려는 조치, 또는 (iii) 생물학적 또는 비생물학적 고갈성 천연자원의

227) *Ibid.*, paras. 829-831.

보전을 위해 조치를 하는 경우를 규정했다.

캐나다-콜롬비아 FTA 제2201조(일반 예외)는 총 4개 항으로 구성되어 있다. 제4항은 이 장이 공공질서(public order) 유지를 목적으로 하는 당사국의 조치를 금지하는 것으로 해석되지 않는다는 내용이다. 이러한 내용의 제4항은 한미 FTA는 물론 캐나다-페루 FTA에도 대응하는 규정이 없다.

캐나다-페루 FTA 제2201조 제3항이 적용된 Bear Creek Mining v. Peru 사건의 중재판정부는 설혹 피청구국의 조치가 제2201조에 규정된 인간 생명 보호를 근거로 정당화될 수 있다 하더라도, 적법한 수용이 되기 위한 보상 의무나 적법절차 준수 의무의 위반에 따른 책임까지 면제되는 것은 아니라고 판단했다.

캐나다-콜롬비아 FTA 제2201조 제3항이 적용된 Eco Oro v. Colombia 사건에서도 같은 판단이 내려졌다. 중재판정부 다수의견은 협정 당사국이 환경 보호 목적의 조치를 도입 또는 유지하는 것만을 허용할 뿐, 이에 따라 제8장(투자의 장) 위반이 발생했을 때 배상하지 않아도 됨을 의미하지 않는다고 보았다. 이 사건에서 제4항은 다루어지지 않았다.

결국 일반 예외 규정은 당사국이 환경 보호 목적의 조치를 도입하고 채택하는 것을 허용할 뿐, 조치 때문에 손해를 입은 투자자에게 보상할 당사국의 의무를 면제하지는 않는다는 원칙이 판정례에서 유지되고 있음을 확인할 수 있다.

6. 안보 예외

각국은 투자협정 협상 과정에서 자국의 핵심 이익인 국가안보를 보호하기 위해 안보 예외 규정을 두려 노력한다.²²⁸⁾ 한미 FTA 제23.2조(필수적 안보)

228) Salacuse(2013), p. 398.

나항은 자국의 ‘필수적 안보 이익(essential security interests)’ 보호를 위해 “당사국이 필요하다고 판단하는(it considers necessary)” 조치를 하는 것을 방해하지 않는다고 규정한다. 자국의 필수적 안보 이익 보호를 위해 필요한 조치인지를 판단할 ‘주체’가 해당 조치를 한 당사국으로 규정되어 있으므로, 안보 예외 규정은 자기 판단적 성격이 있다.

이러한 규정에 따라 피청구국이 필수적 국가안보 예외를 항변으로 제기하는 경우, 중재판정부가 이에 대해 사법 심사를 할 수 있는지에 대해서는 견해가 대립한다. 먼저 사법 심사 긍정설은 최근 이를 정면으로 다룬 비록 소수이지만 중요한 판정례의 입장이라 할 수 있다. 학설도 대부분 이 견해를 지지한다.²²⁹⁾ 반면 사법 심사 부정설은 협정 당사국이 지지하는 견해다. 학자 중에서도 상대적으로 소수이지만 이를 지지하는 견해가 없지 않다. 부정설의 근거는 투자협정의 문언에 있다. 근래의 BIT와 FTA에는 “국가가 판단한다”라는 문언이 더 명시적으로 도입되었는데, 이는 기존 투자협정에서 명확히 규정되지 않았던 요소로, 협정 당사국이 국가안보 판단에 일정한 재량을 부여하려 한 의도적 선택의 결과로 이해된다. 이러한 시각에 따르면 피청구국이 필수적 국가안보 예외를 항변으로 제기하는 경우, 중재판정부의 사법 심사를 제한하거나 배제하는 해석이 협정 당사국의 의도에 부합한다고 본다.²³⁰⁾

이런 이유 때문인지 한미 FTA 제23.2조 나항에는 각주 2가 있다. 각주 2의 문언 그대로, 더 명확히 하기 위한 규정이다. 당사국이 중재 절차에서 안보 예외 규정(제23.2조)에 따른 조치라고 주장하면, “중재판정부는 예외가 적용된다고 판정해야 한다(the tribunal shall find that the exception applies)”라는 내용이다.

229) Burke-White and von Staden(2008), p. xx.

230) Alford(2011), pp. 735-736, pp. 739-741.

표 4-14. 한미 FTA의 안보 예외 규정

한미 FTA 제23.2조(필수적 안보)	KORUS Article 23.2(Essential Security)
이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다. 가. 공개되면 자국의 필수적 안보 이익에 반한다고 당사국이 결정하는 정보를 당사국이 제공하거나 이에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것, 또는 나. 당사국이 국제 평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위하여, 또는 자국의 필수적 안보 이익의 보호를 위하여 필요하다고 판단하는 조치를 적용하지 못하도록 배제하는 것. ²⁾	Nothing in this Agreement shall be construed: (a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or (b) to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security or the protection of its own essential security interests. ²⁾
2) 보다 명확히 하기 위하여, 당사국이 제11장(투자) 또는 제22장(제도 규정 및 분쟁해결)에 따라 개시된 중재 절차에서 제23.2조를 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 그 예외가 적용됨을 판정한다.	2) For greater certainty, if a Party invokes Article 23.2 in an arbitral proceeding initiated under Chapter Eleven (Investment) or Chapter Twenty-Two (Institutional Provisions and Dispute Settlement), the tribunal or panel hearing the matter shall find that the exception applies.

주: 밑줄은 저자 추가.

자료: 한미 FTA를 바탕으로 저자 작성.

한미 FTA를 비롯하여 이와 같은 문언이 포함된 FTA의 당사국들은 문언 그대로 당사국이 안보 예외라고 주장하면 중재판정부는 안보 예외가 적용된 것으로 판정해야 한다는 견해이다. 그러나 한미 FTA와 같은 각주가 있는 투자협정이 적용된 분쟁에서, 각주의 해석과 적용에 다름이 있었다.

가. 제한적 신의칙 검토를 다룬 Seda v. Colombia 사건

2024년 6월 중재판정이 내려진 Seda v. Colombia 사건에서는 투자 유치국이 안보 예외에 따른 조치라고 주장만 하면 중재판정부가 더 이상 심리할 수

없는지가 다루어졌다. 이 사건에 적용된 투자협정은 미국·콜롬비아 투자증진 협정(TPA: Trade Promotion Agreement)인데, 한미 FTA의 각주와 문언 및 형식이 같다.²³¹⁾

이 사건의 청구인들은 Angel Samuel Seda를 포함한 총 여덟 명의 미국 국적의 자연인과 미국 법인 등이다. 청구인들은 피청구국에서 부동산 개발 사업을 영위하기 위해 현지 법인을 설립하고 그 법인의 지분을 직접 또는 간접적으로 취득했다.²³²⁾ 그런데 피청구국은 해당 부동산의 과거 소유권 이전 과정에 마약 밀매 및 자금 세탁 등 불법 행위가 있었다는 혐의를 근거로 청구인들이 투자한 부동산에 대한 몰수 절차를 진행했다.²³³⁾

이에 청구인들은 미국·콜롬비아 TPA의 수용, FET, NT, 충분한 보호와 안전(FPS: Full Protection and Security) 규정에 따른 의무를 피청구국이 위반했다고 주장하며 분쟁을 제기했다.²³⁴⁾

피청구국은 중재판정부에 이 분쟁을 심리할 관할권이 없다고 항변하면서, 청구인들의 투자가 요건을 갖추지 못했고 안보 예외 규정에 따라 관할권이 배제된다는 등의 근거를 제시했다.²³⁵⁾ 피청구국은 중재판정부가 관할권을 갖는다고 가정하더라도, 자국은 협정에 따른 의무를 모두 준수했다며 위반 사실을 모두 부인했다.²³⁶⁾

한편 미국은 중재판정부에 비분쟁당사국(Non-Disputing Party) 의견서를 제출했다. 미국은 먼저 필수적 안보 예외가 중재판정부의 관할권에 대해 갖는 ‘효력’에 대해 다음과 같은 두 가지 사항을 제기했다.²³⁷⁾

231) 미국·콜롬비아 TPA 제22장(예외) 제22.2조(필수적 안보이익).

232) Seda v. Colombia(Monte Glenn Adcock, Stephen John Bobeck, Justin Tate Caruso and others v. Republic of Colombia). ICSID Case No. ARB/19/6. Award dated 27 June 2024, para. 10, para. 175, paras.178-180.

233) *Ibid.*, para. 784, para. 793.

234) *Ibid.*, para. 295.

235) *Ibid.*, para. 447, para. 596.

236) *Ibid.*, para. 465.

237) *Ibid.*, para. 597.

첫째, 제22.2조 (b)항의 문언은 미국이 체결한 다른 투자협정의 예외 규정과 동일한 “당사국이 판단하는(it considers)”과 “중재판정부는 그 예외가 적용됨을 판정해야 한다(tribunal must find that the Exception applies)”이다. 따라서 문언의 통상적 의미를 바탕으로 볼 때, 안보 예외 규정의 성격이 ‘자기 판단적(self-judging)’이라는 점이 명백하다고 주장했다. 필수적 안보 예외 항변은 사법적으로 심사할 수 없는(non-justiciable) 성격이라고 주장했다.²³⁸⁾

둘째, TPA 제22.2조 (b)항의 목적은 이 규정에 근거하여 취해진 조치를 협정에 따른 의무의 적용 범위에서 배제하는 것이다. 국제적 위법 행위로 인한 피해가 없는 한, 국가는 배상 또는 원상회복을 할 의무가 없다. 그런데 필수적 안보 예외 조항(22.2조 (b)항)이 적용되는 조치는 국제 의무 위반으로 볼 수 없으므로 투자자는 이 조치로 인한 피해에 대해 보상을 받을 권리가 없다.²³⁹⁾

이러한 미국의 주장에 대해, 중재판정부는 필수적 안보 조항 발동이 자의적이며 중재판정부가 선의의 검토를 수행할 권한이 없는 경우 투자자가 어떤 선택지를 가질 수 있는지 미국에 문의했다. 그러자 미국은 구체적인 절차나 방안을 염두에 두고 있지 않다고 언급하면서, 투자자가 자국 정부에 국가 간 해결을 요청하거나 자국 정부가 스스로 조약의 상대방 당사국에 이의를 제기할 수 있다고 답변했다.²⁴⁰⁾

다음으로 미국은 ‘중재판정부의 심리 범위’에 대해서도 다음과 같은 의견을 제출했다. 「조약법에 관한 비엔나협약(VCLT: Vienna Convention on the Law of Treaties)」 제26조²⁴¹⁾에 따른 신의성실 의무에 대해서도 사법 심사의 대상이 아니라는 견해를 유지했다. 즉, 미국은 VCLT 제26조에 따르더라도 중재판정부가 필수적 안보 예외의 적용을 심사할 권한이 없다는 견해를 밝힌 것

238) *Ibid.*, paras. 597-600.

239) *Ibid.*, paras. 601-602.

240) *Ibid.*, para. 606.

241) 「조약법에 관한 비엔나협약」 제26조(약속은 지켜져야 한다). 발효 중인 모든 조약은 당사자를 구속하며, 당사자에 의하여 신의를 좇아 성실하게 이행되어야 한다.

이다. 추가로 미국은 필수적 안보 예외를 당사국이 묵시적이든 명시적이든 포기할 수 없다는 견해를 밝히며, 이와 같은 당사국의 포기 행위에 효력을 부여하는 규정이 미국·콜롬비아 TPA에 없다는 점을 근거로 제시했다.²⁴²⁾

이러한 미국의 의견에 대해 중재판정부는 미국·콜롬비아 TPA의 안보 예외 규정이 자기 판단적(self-judging) 성격을 갖는다는 점을 인정하면서도, 그 재량권의 행사는 VCLT 제26조에 성문화된 신의성실(good faith) 의무의 적용을 받는다고 보았다. 중재판정부는 투자협정 외부의 규범인 VCLT 제26조가 국가의 국제법 의무 이행에 대한 기초적인 확인(basic sanity check) 기능을 한다고 언급했다.²⁴³⁾ 따라서 중재판정부는 안보 예외 규정을 신의성실하게 준수하도록 보장할 책임이 궁극적으로 미국·콜롬비아 TPA의 상대방 당사국에 있다는 미국의 주장을 받아들이지 않았다. 중재판정부는 이러한 미국의 해석은 미국·콜롬비아 TPA 제22.2조 (b)항의 문언에 근거가 없고, 극단적으로 해석하면 외국 투자자의 법적 안정성에 위협을 초래한다고 지적했다. 이런 이유로 중재판정부는 피청구국이 신의성실하게 안보 예외 규정을 적용했는지에 대해 제한적 검토(limited review)를 수행할 것이라고 밝혔다.²⁴⁴⁾ 심리 결과, 중재판정부는 피청구국이 안보 예외 규정을 신의성실하게 주장했다고 결론 내렸다.²⁴⁵⁾

나. 합리적 관련성을 다룬 Riverside Coffee v. Nicaragua 사건

2025년 10월 중재판정이 내려진 Riverside Coffee v. Nicaragua 사건에 서도 국가적 소요 사태를 이유로 경찰력을 적극적으로 동원하지 않은 투자 유

242) Seda v. Colombia(Monte Glenn Adcock, Stephen John Bobeck, Justin Tate Caruso and others v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/19/6), Award dated 27 June 2024, paras. 607-608.

243) *Ibid.*, paras. 749-751.

244) *Ibid.*, paras. 755-756.

245) *Ibid.*, para. 801.

치국의 조치가 안보 예외에 해당하여 책임을 면할 수 있는지가 다루어졌다. 이 사건에 적용된 투자협정은 도미니카 공화국-중앙아메리카 자유무역협정(DR-CAFTA)이다. DR-CAFTA 안보 예외 규정의 본문 문언은 한미 FTA와 실질적으로 유사하다. 다만 한미 FTA와 같은 각주는 DR-CAFTA에 없다.

이 사건의 청구인은 미국에서 설립된 법인(Riverside Coffee, LLC)이다. 청구인은 피청구국에서 아보카도 재배 및 임업 사업을 영위하기 위해 현지 법인을 통해 대규모 농장을 소유하고 운영했다.²⁴⁶⁾

청구인은 농장을 침입한 무장 세력이 니카라과 정부의 지시에 따라 행동했으므로, 무장 세력의 행위는 피청구국에 귀속된다고 주장했다. 또한 청구인은 피청구국이 농장을 청구인에게 반환하기 위한 적절한 조치를 하지 않았을 뿐만 아니라, 오히려 법원 명령을 통해 농장을 수용했다고 주장했다. 이로써 피청구국은 DR-CAFTA 제10.3조(NT), 제10.4조(MFN), 제10.5조(MST), 제10.7조(수용 및 보상) 등을 위반했다고 청구인은 주장했다.²⁴⁷⁾

피청구국은 점거 사태를 평화적으로 해결하기 위해 노력하는 등 협정에 따른 의무를 모두 준수했다며 위반 사실을 모두 부인했다. 나아가 피청구국은 무장 반군이 농장을 점거한 상황에서 평화적 이주 협상을 선택한 조치는 국가안보를 위해 필요한 조치로서 DR-CAFTA 안보 예외 규정에 따라 정당화된다고 항변했다.²⁴⁸⁾

이 사건에서 핵심 쟁점으로 부상한 안보 예외 규정과 관련한 심리는 다음 네 가지 세부 쟁점으로 나뉘어 진행되었다.

첫째, 청구인은 DR-CAFTA의 MFN 규정(제10.4조)을 근거로 안보 예외 규정이 포함되어 있지 않은 러시아-니카라과 BIT 등 다른 투자협정의 더 유리한 대우를 적용하여 안보 예외 규정의 적용을 배제할 수 있다고 했다. 피청구국은

246) Riverside Coffee v. Nicaragua(Riverside Coffee, LLC v. Republic of Nicaragua, ICSID Case No. ARB/21/16), Award dated 17 October 2025, paras. 2-3.

247) *Ibid.*, paras. 3-4.

248) *Ibid.*, para. 5.

DR-CAFTA의 안보 예외 규정은 협정 전체에 적용되는 예외 조항이므로, MFN 규정을 통한 우회가 불가능하다고 반박했다. 중재판정부는 DR-CAFTA 안보 예외 규정(제21.2(b)조)이 “이 협정의 어떠한 규정도” 안보에 필요한 조치를 하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 않는다고 명시한 점에 주목하여, 안보 예외 규정은 MFN 조항을 포함한 DR-CAFTA 전체에 대한 적용 제외(carve-out)를 구성한다고 판단했다. 따라서 중재판정부는 청구인의 MFN 주장을 받아들이지 않았다.²⁴⁹⁾

둘째, 청구인은 안보 예외가 인정되더라도 이는 중재판정부가 해당 조치의 철회를 명령하는 것만을 제한할 뿐, 협정 위반에 따른 손해배상 책임이나 보상의무까지 면제하지는 않는다고 주장했다. 청구인은 안보 예외 규정이 국제관습법상 긴급피난(necessity, 또는 필요성) 항변을 성문화한 것에 불과하다고 덧붙였다. 피청구국은 안보 예외 조항이 조치의 위법성이 없게 하는 것이므로 손해배상 책임도 면제된다고 반박했다. 중재판정부는 *Eco Oro v. Colombia* 사건과 같은 일반 예외 조항과 본 사건의 안보 예외 조항은 다르다고 보았다. DR-CAFTA 안보 예외 규정(제21.2(b)조)이 국제관습법상 긴급피난 항변과 달리 협정상 의무 자체에 대한 적용 제외를 구성한다고 보았다. 따라서 해당 조항이 적법하게 적용되면, 조치 철회뿐만 아니라 손해배상 책임을 포함한 모든 책임이 면제된다고 판단했다. 따라서 중재판정부는 청구인의 주장을 받아들이지 않았다.²⁵⁰⁾

셋째, 피청구국의 조치가 일반적인 치안 실패에 불과하여 안보 예외가 적용될 수 없다고 청구인은 주장했으나, 중재판정부는 해당 조항의 자기 판단적 성격을 인정했다. 청구인은 피청구국의 조치(경찰 미개입 등)가 국가안보 이익과 무관한 일반적인 치안 실패에 불과하므로, 피청구국이 예외 조항을 신의성실하게 주장한 것이 아니라고 주장했다. 피청구국은 제21.2(b)조가 당사국 스스로

249) *Ibid.*, para. 248.

250) *Ibid.*, paras. 250-251.

조치의 필수성을 결정하는 자기 판단적 성격을 지니므로 중재판정부가 이를 사후적으로 재단할 수 없으며, 극도로 제한적인 신의칙 심사만 가능하다고 항변했다. 중재판정부는 제21.2(b)조의 “자국이 필수적이라고 간주하는(that it considers necessary)”이라는 문언을 근거로, 조치의 필수성 여부를 결정하는 것은 전적으로 해당 당사국의 권한이라 보아 안보 예외 규정의 자기 판단적 성격을 인정했다. 다만, 당사국이 스스로 판단하더라도 VCLT에 따라 안보 예외 규정을 ‘신의성실하게(in good faith)’ 적용했는지에 대해서는 중재판정부가 심사할 권한을 가진다고 판단했다.²⁵¹⁾

넷째, 청구인은 안보 예외 항변이 점거 당시에 제기된 것이 아니라 중재 절차 중 사후적으로 제기된 것이며, 농장 점거 사태를 방조한 조치와 국가안보 이익 사이에는 어떠한 합리적 관련성도 없다고 주장했다. 피청구국은 과거 내전 세력 출신 무장 반군이 농장을 점거한 상황에서 국가적 소요 사태 중 무력 충돌을 피하고 평화적 해결을 모색하려는 조치였으므로 필수적 안보 이익과 명백한 관련성이 있다고 반박했다. 중재판정부는 신의성실하게 적용한 것인지 심사하기 위한 기준으로서 다른 당사국 및 투자자에게 “적절한 시기(in due time)”에 안보 예외 규정을 적용했는지, 조치와 주장하는 필수적 안보 이익 사이에 “합리적이고 개연성 있는(reasonably or plausibly)” 관련성이 있는지를 제시했다. 사실관계에 적용해 볼 때, 국가적 소요 사태가 진행 중이던 2018년 7월 말까지 경찰 개입을 막은 대기 명령은 국가안보 목적과 합리적 관련성이 인정된다고 보았으나, 소요 사태가 진정된 2018년 7월 말 이후 피청구국이 취한 후속 조치들에 대해서는 합리적 관련성이 인정되지 않는다고 보아 안보 예외 항변을 받아들이지 않았다. 중재판정부는 일부 조치에 대해 관련성을 인정한 것이다.²⁵²⁾

251) *Ibid.*, paras. 257-258, paras. 263-264.

252) *Ibid.*, para. 271, paras. 277-280.

다. 소결

안보 예외 규정은 자국의 필수적 안보 이익 보호를 위해 필요한 조치인지를 판단할 주체로서 당사국을 명시하여 자기 판단적 성격을 부여하는 것이 일반적이다. 특히 한미 FTA는 당사국이 안보 예외를 주장하면 중재판정부는 그 예외가 적용된다고 “판정해야 한다(shall find)”라는 문언을 각주 2에 규정함으로써 안보 예외 규정의 의미를 더 명확히 하고자 했다. 한미 FTA 안보 예외 규정과 본문이 유사함은 물론, 각주의 체계 및 문언까지 완벽하게 같은 미국·콜롬비아 TPA의 안보 예외 규정이 적용된 *Seda v. Colombia* 사건에서 미국은 안보 예외 규정은 중재판정부가 심사할 수 없다는 의견서를 제출했다. 해당 사건에서 청구인의 국적은 미국이었는데, 미국은 자국민이 청구인인 사건에서도 안보 예외 규정의 판단 주체는 당사국이고 중재판정부가 사법적으로 판단할 수 없다는 견해를 유지한 것이다. 미국 및 일부 피청구국이 투자분쟁에서 제기해온 견해는 안보 예외가 자기 판단적이라는 것이다. 그러나 판정례는 협정 당사국들의 견해와 차이가 있다. *Seda v. Colombia* 사건의 중재판정부는 안보 예외 규정이 자기 판단적 성격을 갖는다는 점을 인정하면서도, 그 재량권의 행사는 VCLT 제26조에 성문화된 신의성실 의무의 적용을 받는다고 보았다. 이 사건의 비분쟁당사국이었던 미국은 안보 예외 규정을 신의성실하게 준수하도록 보장할 책임이 궁극적으로 상대방 당사국에 있다고 주장했으나, 중재판정부는 이러한 미국의 해석은 협정의 문언에 근거가 없고, 극단적으로 해석하면 외국 투자자의 법적 안정성에 위협을 초래한다고 지적했다. 이런 이유로 중재판정부는 피청구국이 신의성실하게 안보 예외 규정을 적용했는지에 대해 제한적 검토를 수행했다.

한편 DR-CAFTA 안보 예외 규정도 한미 FTA와 본문 규정이 유사하다. 다만 DR-CAFTA 안보 예외 규정에는 각주가 없다. 이 협정이 적용된 *Riverside Coffee v. Nicaragua* 사건에서도 중재판정부는 DR-CAFTA 안보 예외 규정

의 문언을 근거로 해당 조항의 자기 판단적 성격을 인정했지만, VCLT 제26조에 따라 피청구국이 안보 예외를 신의성실하게 적용했는지 중재판정부가 심사할 수 있다고 보았다. 이 사건의 중재판정부는 구체적인 심사 기준으로 안보 예외를 적절한 시기에 주장했는지, 문제가 된 조치가 주장된 필수적 안보 이익과 합리적이고 개연성 있게 관련되는지를 제시했다. 그 결과 중재판정부는 2018년 5월 말 전국적 소요 사태 속에서 내려진 대통령의 경찰 대기 명령은 필수적 안보 이익과 합리적 관련성이 있고, 전국 방송을 통해 공표된 점에서 충분한 통지도 이루어졌다고 보았다. 하지만 2018년 7월 말 전국적 소요가 진정된 후의 조치는 안보 이익과의 합리적 관련성을 인정하기 어렵다고 보아, 그 이후 농장 점거와 관련한 후속 조치에 대해서는 안보 예외 항변을 받아들이지 않았다.

안보 예외 항변에 대해 신의성실 원칙에 따른 제한적 사법심사(법적 판단)가 가능한지에 관한 협정 당사국과 중재판정부 사이의 이견은 투자자-국가 분쟁 해결제도의 근간을 해칠 수 있다. VCLT의 신의성실 원칙 적용 범위, 제한적 사법 심사의 가능성, 안보 예외 적용의 효과를 협정문 또는 공동 해석으로 명확히 하는 방안 등 제도적 긴장을 줄일 수 있는 해결책을 검토할 수 있다.

제5장 | 한국 기업과 정부에 대한 시사점

트럼프 2기 행정부의 외국인투자 정책은 국가안보 및 경제안보를 중심으로 제조업, 에너지, 핵심 공급망, 핵심 기반 시설 분야에 대한 투자 심사와 통제 방향을 더 분명히 드러냈다. 이는 한미 FTA 투자의 장과 관련하여 부상할 수 있는 법적 쟁점에 영향을 준다. 「미국 우선 투자 정책」, 이후 공개된 「국가안보 전략」, 「2026년 국방수권법」, 외국인투자위원회 심사 제도는 이러한 방향을 투자 심사 운용, 조건부 승인, 사후 점검, 공급망 재편, 조달 제한, 보조금 운용과 연계했다. 이러한 변화는 자동차, 배터리, 반도체, 에너지, 기반 시설 분야를 중심으로 미국에 투자한 한국기업의 투자 구조와 사업 운영에 직접적인 영향을 준다.

다만 이러한 미국의 조치가 있다는 사실만으로 곧바로 한미 FTA 위반이 성립하지는 않으며, 조치의 성격과 적용 규범에 따라 평가 결과가 달라진다. 과세 조치, 정부조달, 보조금, 비합치 조치 유보에 해당할 때는 투자의 장에 따른 심사 자체가 제한되거나 일부 의무의 적용이 배제될 수 있다. 적용 배제가 인정되지 않을 때는 NT, MFN, MST, 수용, 일반 예외, 안보 예외 등 규범별 판단 기준에 따라 위반 여부가 달리 판단된다. 결국 트럼프 2기 행정부에서 더 뚜렷해진 안보 중심 투자 심사와 통제 방향에 관한 한미 FTA의 쟁점은 미국 조치의 외형이 아니라 실질적 성격, 그리고 해당 조치에 적용할 규범을 어떻게 구분하는지에 따라 결정된다.

이러한 분석 결과는 향후 한국 기업과 정부의 대응 방향을 검토하는 데 중요한 기준이 된다. 이하에서는 이와 같은 쟁점 구조를 바탕으로 한국 기업과 정부에 대한 시사점을 제시한다.

표 5-1. 주요 연구 결과와 한국 기업 및 정부에 대한 시사점

쟁점	분석 결과	한국기업에 대한 제안	한국정부에 대한 제안
미국 투자정책의 안보화	투자 심사, 조건부 승인, 사후 점검, 공급망 재편, 조달 제한, 보조금 운용을 국가안보와 연계	적대국 연계, 자본 구조, 공급망, 기술 제휴, 데이터 접근 구조를 투자 전 단계에서 점검, 자료 정리	CFIUS, 조달, 보조금 위험을 업종별로 점검하고, 기업용 사전 점검 기준과 대응 창구 마련 필요
조치 해당성과 투자 관련성	한미 FTA의 '조치'는 공식 처분뿐 아니라 비공식 관여도 포함할 수 있고, 투자 관련성도 직접 규제 대상에 한정되지 않음.	회의록, 이메일, 승인 조건, 사후 점검 내용을 보존하고, 미국의 조치가 투자 가치에 미친 경로 정리 필요	미국 조치가 한국기업의 투자 가치, 지배구조, 공급망에 미친 영향을 체계적으로 파악할 필요가 있음.
적용 배제와 유보	- 과세 조치에는 한미 FTA 비적용이 원칙이나, 예외적으로 NT, MFN, 일부 PR, 수용, 중재 청구 규정이 적용될 수 있음. - 정부조달, 보조금, 비합치 조치 유보는 투자 장의 특정 의무 적용 제한 - 복합 조치는 요소별 판단	- 과세는 진정한 과세 조치와 수용 해당성을 별도 검토 - 계약, 보조금, 조달, 인종, 면제, 보고 의무는 구매 행위, 재정 지원, 별도 규제로 구분 필요	한미 FTA 유보 목록, 과세 예외, 미국 주정부 조치, 정부조달과 보조금의 요소별 적용 범위를 사례별로 정리 필요
차별 대우 판단	내국민대우와 최혜국대우는 비교 대상 설정과 동종 상황 판단이 핵심이고, 동일 업종이라는 사실만으로는 부족	동일한 규제 환경과 위험 구조에 놓인 미국 투자자 또는 제3국 투자자를 비교 대상으로 특정 필요	MFN 규정의 적용 범위, 특히 다른 협정의 실제 규정 적용 가능성에 관한 정부 입장 정리 필요
대우의 최소 기준	- 위반 인정 기준이 높음. - 다만 공익 목적이라도 정부의 조치가 자의적이고, 불투명하며, 비일관적이면 적용 가능	투자 승인, 보조금, 조달, 인허가 과정에서 받은 구체적 확약과 절차상 흠결을 문서로 남길 필요	한국기업이 미국정부와 협의할 때 승인 전제, 사후 의무, 핵심 조건을 문서화하도록 안내 필요
일반 예외와 안보 예외	- 한미 FTA 일반 예외는 투자의 장에 적용되지 않음. - 다른 FTA가 적용된 사건에서는 예외가 인정되더라도, 보상 책임까지 당연히 면제되는 것은 아니라고 판단한 사례가 있음.	안보 목적 자체뿐 아니라 조치와 안보 이익의 관련성, 절차상 흠결, 보상 문제를 함께 검토 필요	안보 예외의 해석 기준과 일반 예외, 보상 의무의 관계에 관한 한국의 입장 정교화 필요

자료: 본 보고서 내용을 바탕으로 저자 작성.

1. 한국기업에 대한 시사점

가. 협정 적용 범위와 적용 배제 관련 대응 방향

트럼프 2기 행정부의 투자 통제 조치가 실질적으로 기업에 미치는 영향을 고려할 때, 한국기업이 가장 먼저 검토해야 할 법리적 쟁점은 미국정부의 행위가 한미 FTA에 따른 심사 대상인 ‘조치’에 해당하는지, 그리고 한미 FTA의 적용 범위와 적용 배제가 어떻게 문제가 되는지이다. 한미 FTA는 조치를 법, 규정, 절차, 요건 또는 관행을 포함하는 광범위한 개념으로 정의하고 있으며, 관련 판정례는 이를 형식보다 실질에 따라 해석하고 있다. 이에 따라 공식적인 처분 형식을 갖추지 않은 행정 지도나 비공식적 협의, 또는 주권적 집행 권한이 없는 비(非) 주권적 행위라 하더라도 투자에 실제 영향을 미쳤다면 협정상 심사 대상이 되는 조치로 인정될 수 있다. 심지어 해당 공무원의 행위가 미국 국내법상 위법하여 사후에 기소되거나 부인되는 경우라 하더라도 그 조치의 과거 채택이나 존재 사실 자체가 무효가 되는 것은 아니므로, 한국기업이 비공식적 개입을 입증할 수 있는 증거를 확보한다면 한미 FTA가 제공하는 투자자 및 투자에 대한 보호를 받을 가능성이 있다.

또한 정부조달이나 보조금의 형식을 띠는 복합적인 조치에 대해서도 전략적 분석이 가능하다. 한미 FTA는 정부조달 조치와 보조금 조치에 대한 NT, MFN, SMBD 규정의 적용을 배제하고 있다. 그러나 판정례는 하나의 정부 프로그램 내에서도 조달 또는 보조금 요소와 그 외의 규제 요소를 분리하여 국가의 구매 행위나 재정적 지원과 실질적 관련이 없는 부분에는 협정 의무를 적용할 수 있다고 판단했다. 이는 미국정부와 체결한 계약이나 지원 조치라는 이유만으로 그 전체가 투자 장의 일부 의무 적용에서 일괄적으로 배제되는 것은 아니라는 점을 시사한다. 따라서 한국기업은 조치의 구성요소를 세밀하게 나누어 각 부분의 법

적 성질을 검토함으로써 협정에 따른 보호를 받을 가능성을 높일 수 있다.

과세 조치에는 한미 FTA가 적용되지 않음이 원칙이다. 그러나 그 배제가 절대적인 것은 아니다. 제23.3조가 정한 범위에서 일정한 과세 조치에는 NT와 MFN 규정이, 과세 조치에는 일부 PR 규정이 적용되고, 과세 조치가 수용, 투자 계약 또는 투자 승인 위반으로 주장될 때는 중재 청구가 가능하다. 특히 수용을 이유로 중재를 청구하려면 중재의향서를 제출할 때 양 당사국의 권한 있는 당국에 먼저 회부해야 하며, 권한 있는 당국이 검토에 동의하지 않거나 회부 후 180일 이내에 해당 조치가 수용이 아니라는 데 합의하지 못한 경우 중재를 청구할 수 있다. 따라서 한국기업은 해당 조치가 진정한 과세 조치인지부터 차별적 성격, PR, 투자 박탈 효과, 투자계약 또는 투자승인 위반까지 구분하여 검토하고, 수용 청구 시에는 한미 양국의 권한 있는 당국에 우선 회부하는 절차도 준비해야 한다.

나. 실체적 의무 위반 입증 관련 대응 방향

한국기업이 미국정부의 조치가 한미 FTA에 따른 NT 의무 위반이라고 주장하며 불리한 대우를 받았음을 입증하려 할 때, 미국 국내 투자자가 한국기업과 동일한 업종에 종사한다는 사실을 제시하는 것으로는 부족하다. 관련 판정례는 동종의 상황에 있는지를 판단할 때 해당 투자자에게 적용되는 ‘법체계’나 ‘동종의 법적 요건’을 중요한 기준으로 삼는다. 따라서 한국기업은 자신에게 부과된 규제 환경이 미국 내 다른 투자자와 동일한데도 대우의 차이가 발생했음을 증명해야 한다. 정당한 공공복지 목적에 기초하여 투자자를 구별한 것인지를 포함한 전체 상황을 고려하여 적절한 비교 대상을 특정한다면 차별적 대우에 대한 보호를 받을 가능성이 있다.

한국기업이 미국정부의 한미 FTA MFN 의무 위반을 주장할 때도 NT 위반을 주장할 때와 마찬가지로 동종 상황에 관한 상대적으로 까다로운 요건을 충

죽해야 한다. 한미 FTA 투자의 장에서 동종 상황 요건은 각주 1에 규정되어 있는데, 이 각주는 MFN과 NT에 모두 적용된다고 명시하기 때문이다.

나아가 한미 FTA MFN 규정은 분쟁 해결 절차에는 적용되지 않는다고 명시된 특징이 있다. 그러므로 미국이 체결한 다른 투자협정에 따라 더 유리한 대우가 제3국 투자자에게 부여되더라도, 분쟁 해결 절차에서의 유리한 대우라면 한국 기업은 미국이 체결한 다른 투자협정에 따른 더 유리한 대우가 자신에게도 부여되어야 한다고 한미 FTA MFN 규정을 근거로 주장할 수는 없다.

다만 분쟁 사례를 검토한 결과, MFN의 적용 범위가 ‘조치’에 국한되는지 아니면 타 협정의 ‘실체적 규정’까지 포함되는지에 대한 해석을 둘러싸고 다툼이 존재하며 판정례도 나뉜다. 현행 한미 FTA 문언이 분쟁 해결 절차만 명시적으로 배제하고 있으므로, 그 밖의 절차 규정 또는 실체 규정까지 배제되는지는 한국기업이 다투어 볼 여지가 있다.

한국기업은 미국정부의 조치가 한미 FTA 비합치 조치 목록에 유보 조치로 기재되어 있더라도, 기존 조치의 합치성을 감소시키는 방향으로 개정된 때에는 협정 위반을 주장할 수 있다. 판정례는 협정 발효 이후 새롭게 채택된 하위 지침이 상위 법률에 근거하더라도, 기존 조치보다 양적 또는 질적으로 더 무거운 부담이나 감독 요건을 도입하여 불합치성을 심화시켰다면 유보에 따른 면책을 인정하지 않는다. 따라서 한국기업은 미국의 후속 조치가 기존 유보 범위 내의 단순한 지속인지, 아니면 실질적으로 규제를 강화하여 합치성을 감소시킨 것인지를 비교 및 분석하여 대응할 필요가 있다.

한국기업은 MST 위반이 반드시 지독하거나 터무니없는 행위에 국한되지 않으나, 미국정부 조치의 불투명성, 예측 불가능성 또는 투자자의 기대와의 불일치만으로 MST 위반이 성립하는 것은 아니라는 점을 유념할 필요가 있다. MST와 관련한 현대적인 해석 추세를 반영하여 미국정부 조치의 자의성과 일관성을 검토할 수 있다. 구체적으로, 한국기업은 미국정부의 구체적 약속 여부와 더불어 정책 변경 및 집행 과정에서 나타난 일관성 결여를 입증함으로써 MST에 따

른 보호를 받지 못했음을 주장할 수 있다.

다. 일반 예외 적용과 보상 책임 관련 대응 방향

한국기업은 미국정부가 자국의 조치가 공공 이익, 환경 보호 등을 일반 예외에 해당한다고 주장하더라도, 한미 FTA 투자의 장에는 일반 예외 규정이 없으며 일반 예외에 관한 장이 명시하는 적용 대상에도 투자의 장은 포함되어 있지 않다는 점을 들어 이러한 주장에 반박할 수 있다.

다만 일반적인 예외에 관한 명시적인 규정이 없더라도 예외가 인정될 여지가 있다는 견해도 있다. 이러한 견해는 투자협정 자체에 명시적인 근거 규정이 없더라도 다른 조약과 마찬가지로 국제관습법 또는 법의 일반 원칙을 포함하는 국제법이 적용된다는 점, 또는 국가의 규제 권한은 조약에 명시되지 않아도 인정된다는 점을 근거로 든다.

그러나 한국기업은 설혹 이러한 견해에 따라 한미 FTA 투자의 장에 일반 예외가 적용된다는 때에도, 여전히 피해 보상을 주장할 수 있는 여지가 있다. 판정례는 공공 목적을 위한 규제로서 일반 예외 규정이 적용된다고 하더라도 그 효과가 수용에 해당한다면 보상 의무가 남는다고 본다. 학설의 견해도 이와 유사하다. 다만 모든 사소한 손해를 보상할 의무가 투자 유치국에 있다는 것이 아니라, 수용에 이를 정도의 중대한 손해에 대해서만 학설은 보상 의무를 인정한다는 점에 주목할 필요가 있다.

라. 안보 예외 주장에 대한 대응 방향

한국기업은 미국정부가 자국의 조치가 안보 예외에 해당하여 정당화된다고 주장할 때, 더 이상 다룰 수 없다고 여기고 대응을 중단하는 일이 없어야 할 것이다.

물론 한미 FTA 안보 예외 규정은 본문에서 안보에 필요한 조치인지 판단할 주체가 당사국이라는 점을 명시했고, 나아가 각주에서도 피청구국이 안보 예외를 주장하면 중재판정부가 이를 적용해야 한다고 밝혀둔 바 있다.

그러나 *Seda v. Colombia* 사건의 중재판정부는 안보 예외 규정이 자기 판단적 성격을 갖는다는 점을 인정하면서도, 그 재량권의 행사는 VCLT 제26조에 성문화된 신의성실 의무의 적용을 받는다고 보았다. 이 사건에 적용된 미국·콜롬비아 TPA의 안보 예외 규정은 한미 FTA 안보 예외 규정과 본문 및 각주의 문언이 유사하다.

또한 한미 FTA와 본문 규정이 유사한 DR-CAFTA 안보 예외 규정이 적용된 *Riverside Coffee v. Nicaragua* 사건에서도 중재판정부는 피청구국이 안보 예외를 신의성실하게 적용했는지 중재판정부가 심사할 수 있다고 보았다. 이 사건의 중재판정부는 구체적인 심사 기준으로 안보 예외를 적절한 시기에 주장했는지, 문제가 된 조치가 주장된 필수적 안보 이익과 합리적이고 개연성 있게 관련되는지를 제시했다.

이러한 판정례를 고려하면, 미국정부가 안보 예외를 주장하더라도 한국기업이 대응해 볼 수 있는 여지가 제한적이나마 남아 있다.

2. 한국정부에 대한 시사점

한국정부는 한국기업이 제기한 대미 투자분쟁에서 투자자의 모국으로서 자국 투자자가 권익을 보호할 수 있도록 조력자 역할을 해야 하는 동시에, 한국정부를 상대로 외국인투자자가 제기할 다른 투자분쟁에서는 피청구국으로서 대응해야 하는 이중적 지위를 갖는다.

이러한 이중적 지위를 고려할 때, 한국정부는 투자자의 권리 구제 지원과 국가의 정당한 정책 자율성 확보라는 두 가지 가치 사이에서 신중하게 입장을 결정해야 한다. 예컨대 미국정부는 안보 예외 규정의 해석과 관련하여 자국 투자자의 주장과 반대되는 의견을 중재판정부에 제출한 사례가 있다.

다만 이 글은 한국기업이 미국정부의 조치에 이의를 제기하는 상황에 주안점을 두고 작성되었다. 따라서 이중적 지위에 있음을 고려하면서도, 한국정부가 한국기업의 대미 투자분쟁 대응에 조력할 때 고려할 수 있는 시사점을 제시하고자 한다.

특히 현행 한미 FTA 규정에 관련 내용이 있더라도 판정례 검토 결과 추가가 필요하면 구체화를, 관련 내용이 없으면 명확화를 제안했다. 그러나 이러한 제안은 판정례 및 해당 사건에 적용된 다른 투자협정과 비교 분석에 따른 시사점일 뿐, 당장 개정이 필요함을 뜻하는 것은 아니다.

통상협상은 여러 요소를 고려해야 하는 고도의 정책적 판단이 필요한 영역이기 때문이다. 필요성과 타당성 등은 거기에 초점을 둔 별도의 분석 또는 연구가 필요할 것이다. 그러므로 이 글에서 한 제안은 미국정부의 요청이 있을 때, 한국정부가 참고할 수 있는 내용임을 밝혀 둔다.

가. MFN 규정의 적용 범위 구체화

한미 FTA는 MFN 규정이 분쟁 해결 절차에 적용되지 않는다고 명시한다. 그러므로 이 부분에 대해서는 논란의 소지를 차단했다. 그런데 MFN 규정이 분쟁 해결 절차가 아닌 다른 ‘절차’ 규정, 예컨대 국내 구제 완료에 관한 규정 등에도 적용되는지 논란이 될 수 있다. 나아가 다른 ‘실체’ 규정에 적용되는지도 논란이 될 수 있다.

Lupaka v. Peru 사건에서는 캐나다-페루 FTA의 MFN 규정을 근거로 페루-영국 BIT의 FET 규정을 적용해야 한다는 주장이 제기되었다. 비록 해당 사건

에서는 중재판정부가 피청구국의 FET 위반을 먼저 인정하여 MFN 위반에 대해서는 심리할 필요가 없다며 판단하지 않았지만, 이 사건은 MFN의 적용 범위에 관한 논란이 여전히 남아 있음을 보여준다.

캐나다-콜롬비아 FTA, CETA, USMCA에서 MFN 규정의 적용 범위가 ‘조치’에 그칠 뿐, 다른 협정의 ‘절차’ 규정 또는 ‘실체’ 규정에는 영향을 미치지 않는다는 내용의 항을 추가했다는 사실은 이러한 해석 논란에 대한 위험을 가법계 평가하지 않는 국가가 적지 않다는 방증이다.

그러므로 한국정부는 장래에 한미 FTA 개선 협상의 계기를 맞는다면, MFN 규정의 적용 범위를 지금보다 더 구체화하는 방안을 고려할 수 있다. 물론 앞서 언급한 투자협정의 예를 그대로 따를 필요는 없다. 그러나 이 협정들과 달리 한미 FTA MFN 규정의 적용 범위가 상대국이 체결한 다른 협정의 ‘실체 규정’에 까지 미친다고 해석해야 한다는 것이 한국정부의 입장이라면, 이를 협정문에 구체적으로 명시해 두어야 예측 가능성을 높이고 불필요한 논란이 발생하는 것을 막는 데 도움이 될 것이다.

나. 일반 예외 규정 및 보상 의무와의 관계 명확화

현행 한미 FTA의 문언과 체계에 따르면, 제23.1조(일반 예외)는 적용 대상장에 제11장(투자)을 포함하지 않았으므로 일반 예외 규정은 투자의 장에 적용되지 않는다는 해석을 유지하는 것이 타당하다. 특히 제23.3조(과세)가 투자의 장 관련 규정을 명시했다는 사실을 고려하면, 제23.1조가 투자의 장을 언급하지 않은 것은 누락이라기보다 당사국의 의도가 반영된 결과로 해석하는 것이 자연스럽다. 따라서 한국정부는 대미 투자분쟁에서 국가안보, 환경, 공공질서와 같은 공익 목적 주장이 제기되더라도 이를 곧바로 일반 예외의 문제로 받아들이기보다, 먼저 해당 조치에 적용되는 개별 규정과 별도의 예외 또는 항변 구

조에 따라 판단하는 태도를 유지할 필요가 있다.

다만 장래에 한미 FTA 개선 협상 또는 협정 정비를 검토할 시기가 온다면, 공익 목적 규제에 관한 국가의 정책 재량을 더 명확하게 확보하기 위해 투자의 장에도 일반 예외를 규정할 필요가 있는지 검토할 수 있다. 캐나다-페루 FTA와 캐나다-콜롬비아 FTA가 투자의 장에 일반 예외의 적용을 명시한 사실은 이러한 정책적 선택이 가능함을 보여준다. 다만 최근 판정례에서 알 수 있듯이, 투자의 장에 일반 예외를 둔다고 하여 그 자체만으로 수용에 대한 보상 의무 또는 협정 위반에 따른 배상 책임까지 당연히 면제되는 것은 아니다. 그러므로 한국정부가 장래에 투자의 장에 일반 예외를 규정하는 방안을 검토한다면, 그 적용 범위만이 아니라 적법한 수용에 대한 보상 의무, 손해배상 책임, 적법절차 준수 의무와의 관계까지 협정문에 명시할 필요가 있다. 그래야 일반 예외의 효과를 둘러싼 해석 논란과 불필요한 분쟁을 줄일 수 있기 때문이다.

다. 안보 예외의 해석 기준 명확화

한미 FTA는 당사국이 안보 예외를 주장하면 중재판정부는 그 예외가 적용된다고 판정해야 한다는 문언을 각주 2에 규정함으로써 안보 예외 규정의 의미를 더 명확히 하고자 했다. 한미 FTA 안보 예외 규정과 본문이 유사함은 물론, 각주의 체계 및 문언까지 완벽하게 같은 미국·콜롬비아 TPA의 안보 예외 규정이 적용된 *Seda v. Colombia* 사건에서, 미국은 중재판정부가 안보 예외 규정을 사법적으로 판단할 수 없다는 의견서를 제출했다. 미국은 자국민이 청구인인 사건에서도 이러한 견해를 유지한 것이다. 이는 미국만의 견해가 아니라 일부 피청구국이 투자분쟁에서 제기한 견해와 유사하다.

그러나 *Seda v. Colombia* 사건의 중재판정부는 안보 예외 규정이 자기 판단적 성격을 갖는다는 점을 인정하면서도, 그 재량권의 행사는 VCLT 제26조에 성문화된 신의성실 의무의 적용을 받는다고 보았다. 이런 이유로 중재판정

부는 피청구국이 신의성실하게 안보 예외 규정을 적용했는지에 대해 제한적 검토를 수행했다. 한편 *Riverside Coffee v. Nicaragua* 사건의 중재판정부도 신의성실에 따른 제한적 심사가 가능하다고 보았으나, 안보 예외 항변을 전 기간에 걸쳐 인정한 것은 아니고 2018년 7월 말 이후의 조치에 대해서는 안보 이익과의 합리적 관련성을 인정하지 않았다. 이 사건에 적용된 DR-CAFTA 안보 예외 규정도 한미 FTA와 본문 규정이 유사하다. 이 사건의 중재판정부는 구체적인 심사 기준으로 안보 예외를 적절한 시기에 주장했는지, 문제가 된 조치가 주장된 필수적 안보 이익과 합리적이고 개연성 있게 관련되는지를 제시했다.

안보 예외 항변에 대해 신의성실 원칙에 따른 제한적 사법 심사가 가능한지에 관한 협정 당사국과 중재판정부 사이의 이견은 투자자-국가 분쟁 해결 제도의 지속 가능성을 해칠 수 있다. VCLT의 신의성실 원칙 적용 범위, 제한적 사법 심사의 가능성, 안보 예외 원용의 효과를 협정문 또는 공동 해석으로 명확히 하는 방안을 검토할 수 있다.

참고문헌

[영문자료]

- Alford, Roger P. 2011. "The Self-Judging WTO Security Exception." *Utah Law Review*, Vol. 2011, No. 3, pp. 697-759.
- Baetens, F. 2022. "Protecting Foreign Investment and Public Health through Arbitral Balancing and Treaty Design." *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 71, No. 1, pp. 139-182.
- Burke-White, William W. and Andreas von Staden. 2008. "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties." *Virginia Journal of International Law*, No. 48.
- Collins, David. 2017. *An Introduction to International Investment Law*. Cambridge University Press.
- Dolzer, Rudolf and Christoph Schreuer. 2008. *Principles of International Investment Law*, 1st ed. Oxford University Press.
- Dumberry, Patrick. 2018. *Fair and Equitable Treatment: Its Interaction with the Minimum Standard and Its Customary Status*. Brill Nijhoff.
- Henckels, Caroline. 2025. "General and security exceptions and the question of compensation in international investment law." *Journal of International Economic Law*, 28, No. 1, pp. 63-77.
- Reinisch, August ed. 2008. *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press.
- Salacuse, Jeswald W. 2013. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford University Press.

[온라인 자료]

- Congressional Research Service. 2021. "Executive Orders: An Introduction." <https://www.congress.gov/crs-product/R46738>(검색일: 2026. 3. 11.).

- _____. 2026. “FY2026 NDAA: Summary of Funding Authorizations.” <https://www.congress.gov/crs-product/IN12641>(검색일: 2026. 3. 11.).
- Executive Office of the President. 2022. “Executive Order 14083 of September 15, 2022: Ensuring Robust Consideration of Evolving National Security Risks by the Committee on Foreign Investment in the United States.” Federal Register, Vol. 87, No. 181, pp. 57369-57376(검색일: 2026. 4. 29.).
- Federal Register. 2026. “Request for Information Pertaining to the CFIUS Known Investor Program and Streamlining the Foreign Investment Review Process,” Vol. 91, No. 26. (February 9). <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2026-02-09/pdf/2026-02481.pdf>(검색일: 2026. 4. 18.).
- The White House. 2025. “National Security Strategy.” <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2025/12/2025-National-Security-Strategy.pdf>(검색일: 2026. 1. 20.).
- _____. 2025. “America First Investment Policy.” <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/02/america-first-investment-policy/>(검색일: 2026. 1. 20.).
- U.S. Congress. 1986. “H.R.3622 - Goldwater-Nichols Department of Defense Reorganization Act of 1986. 99th Congress (1985-1986).” <https://www.congress.gov/bill/99th-congress/house-bill/3622/text>(검색일: 2026. 3. 11.).
- _____. 2025. “S.1071 - National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2026.” <https://www.congress.gov/bill/119th-congress/senate-bill/1071/all-actions>(검색일: 2026. 3. 11.).
- U.S. Department of Defense. n.d. “National Security Strategy.” <https://history.defense.gov/Historical-Sources/National-Security-Strategy/>(검색일: 2026. 3. 11.).
- U.S. Department of the Treasury. 2018. “Summary of the Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018.” <https://home.treasury.gov/system/files/206/Summary-of-FIRRMA.pdf>(검색일: 2026. 4. 19.).
- _____. 2025. “CFIUS Annual Report to Congress: Report Period CY 2024.” <https://home.treasury.gov/system/files/206/2024-CFIUS-Annual>

- Report.pdf(검색일: 2026. 3. 11.).
- _____. 2026. “CFIUS Laws and Guidance.” <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-laws-and-guidance>(검색일: 2026. 1. 28.).
- _____. 2026. “CFIUS Overview.” <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius/cfius-overview>(검색일: 2026. 1. 28.).
- _____. 2026. “The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS).” <https://home.treasury.gov/policy-issues/international/the-committee-on-foreign-investment-in-the-united-states-cfius>(검색일: 2026. 1. 28.).

[보도자료 및 언론기사]

- 재정경제부. 2026. 「25년 연간 해외직접투자는 718.8억 달러로 전년 대비 8.7% 증가」. 보도자료. (3월 27일). https://mofe.go.kr/nw/nes/detailNesDtaView.do?searchBbsId1=MOSFBBS_000000000028&searchNttId1=MOSF_000000000077251&menuNo=4010100(검색일: 2026. 4. 30.).
- 법무부. 2025. 「메이슨 국제투자분쟁(ISDS) 중재판정 취소소송 항소 미제기 결정」. 보도자료. (4월 18일). <https://www.immigration.go.kr/bbs/moj/182/594370/artclView.do>(검색일: 2026. 3. 12.).

[법령 및 규정]

- 미국 「헌법」.
- 미국 「2026년 국방수권법(National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2026)」.
- 미국 「2007년 외국인투자 및 국가안보법(FINSA: Foreign Investment and National Security Act of 2007)」.
- 미국 「2018년 외국인투자 위험 검토 현대화법(FIRRMA: Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018)」.
- 「미국 내 특정 투자에 관한 연방 규정(Regulations Pertaining to Certain Investments in the United States by Foreign Persons)」(31 C.F.R. Part 800, §§ 800.407(a)(1)-(4), 800.501(c)(1)(i)-(ii)).

미국 「국방물자생산법(Defense Production Act of 1950)」 제721조(50 U.S.C. § 4565(b)(1)(D)-(E)).

[조약]

미국·콜롬비아 TPA.
조약법에 관한 비엔나협약.
캐나다·콜롬비아 FTA.
캐나다·페루 FTA.
한미 FTA.
CPTPP.
NAFTA.
USMCA.

[한국 및 외국 법원 판결]

Korea v. Mason. [2025] SGHC(I) 9, Singapore International Commercial Court, March 20, 2025.
Republic of Korea v. Elliott Associates, LP. [2026] EWHC 368 (Comm), High Court of Justice of England and Wales, February 23, 2026.

[중재판정]

ADF v. USA (ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1), Award dated 9 January 2003.
Apotex v. USA (III) (Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America (III), ICSID Case No. ARB(AF)/12/1), Award dated 25 August 2014.
Bear Creek Mining v. Peru (Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21), Award dated 30 November 2017.
Cargill v. Mexico (Cargill, Incorporated v. United Mexican States, NAFTA/ICSID Case ARB(AF)/05/2), Award dated 18 September 2009.
Eco Oro v. Colombia (Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41), Decision on Jurisdiction, Liability

and Directions on Quantum dated 9 September 2021.

Encana v. Ecuador (EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481), Award dated 3 February 2006.

Feldman v. Mexico (Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1), Award of the Tribunal dated 16 December 2002.

Grand River v. USA (Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America), Award dated 12 January 2011.

Lupaka v. Peru (Lupaka Gold Corp. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/20/46), Award dated 30 June 2025.

Maffezini v. Spain (Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction dated 25 January 2000.

Maffezini v. Spain (Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction dated 25 January 2000.

Mason v. Korea (Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea, PCA Case No. 2018-55), Final Award dated 11 April 2024 (Korean).

Metalclad v. Mexico (Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award dated 30 August 2000.

Mobil v. Canada (I) (Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Government of Canada (I), ICSID Case No. ARB(AF)/07/4), Decision on Liability and Principles of Quantum dated 22 May 2012.

Neer v. Mexico (Neer and Neer (U.S.A.) v. United Mexican States), Decision dated 15 October 1926.

Plama v. Bulgaria (Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction dated 8 February 2005.

Red Eagle v. Colombia (Red Eagle Exploration Limited v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/12), Award dated 28 February 2024.

Resolute Forest v. Canada (Resolute Forest Products Inc. v. The Government of Canada, PCA Case No. 2016-13), Decision on Jurisdiction and Admissibility dated 30 January 2018.

Resolute Forest v. Canada (Resolute Forest Products Inc. v. The Government of Canada, PCA Case No. 2016-13), Final Award dated 25 July 2022.

Riverside Coffee v. Nicaragua (Riverside Coffee, LLC v. Republic of Nicaragua, ICSID Case No. ARB/21/16), Award dated 17 October 2025.

Seda v. Colombia (Monte Glenn Adcock, Stephen John Bobeck, Justin Tate Caruso and others v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/19/6), Award dated 27 June 2024.

Pope and Talbot v. Canada (Pope and Talbot v. Government of Canada), Award on the Merits of Phase 2 dated 10 April 2001.

UPS v. Canada (United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/02/1), Award on the Merits dated 24 May 2007.

Waste Management v. Mexico (II) (Waste Management v. United Mexican States II, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Award dated 30 April 2004.

Yukos Universal v. Russia (Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. 2005-04/AA227) Final Award dated 18 July 2014.

Investor–State Dispute Cases Related to Korean Investment in the United States: Implications under the Korea–U.S. FTA

Jun-Hyun Eom

This report examines how U.S. foreign investment policy under the second Trump administration has sharpened security-oriented investment review trends that had already developed under earlier administrations. The first Trump administration expanded the investment review framework to cover non-controlling investments involving critical technologies, critical infrastructure, and sensitive personal data, as well as certain real estate transactions. The Biden administration further specified review factors related to supply chains, critical technologies, cybersecurity, and sensitive data, while strengthening post-review monitoring and enforcement. The second Trump administration has not replaced these developments, but has recast them more explicitly through an America First approach and tighter control of links to China and other foreign adversaries. The report reviews this policy direction by focusing on the America First Investment Policy, the later-released National Security Strategy, the FY2026 National Defense Authorization Act, and the CFIUS review

system. It shows that U.S. investment screening, conditional approvals, post-investment monitoring, procurement restrictions, supply-chain restructuring, and subsidy administration may increasingly be linked to national security and economic security objectives. These developments are directly relevant to Korean firms, whose U.S. investments have recently concentrated in automobiles, batteries, semiconductors, energy, and infrastructure, and whose ownership structures, supply-chain links, technology cooperation, or data-access arrangements may now be reviewed more closely for possible links to foreign adversaries.

The report's central point is that the mere existence of a burdensome U.S. measure does not automatically establish a violation of the Korea-U.S. FTA. Legal assessment depends not on the label or outward form of the measure, but on its actual nature and on the treaty rule that applies. The study therefore proceeds in stages. It first asks whether the state conduct qualifies as a treaty "measure" and whether it is legally related to the investor or the investment. It then examines the general exclusion of taxation measures, the specific treaty provisions that remain applicable under Article 23.3, and whether particular investment obligations are limited or excluded in the case of government procurement, subsidies, or non-conforming measure reservations. If no such exclusion applies, the report turns to the merits and examines the relevant standards under national treatment, most-favored-nation treatment, the minimum standard of treatment, expropriation, and security exceptions. With respect to general exceptions, the report maintains that Article 23.1 of the Korea-U.S. FTA does not apply to the

investment chapter, while drawing on comparative arbitral decisions to assess the relationship between public-interest regulation and compensation obligations.

The report also emphasizes that government procurement and subsidy measures cannot be classified solely by their names. What matters is whether the relevant element of a measure is in substance a state purchasing act, a financial contribution, or a separate regulatory element that can be distinguished from a broader program. Taxation measures are generally excluded from the Agreement, but Article 23.3 preserves, within defined limits, the application of national treatment, MFN treatment, and certain provisions on performance requirements. It also applies the arbitration provision to taxation measures alleged to constitute expropriation or a breach of an investment agreement or investment authorization. The substance of the measure, the applicable provisions, and any required pre-arbitration referral should therefore be examined together. On the merits, national treatment and MFN claims depend heavily on the choice of comparators and the assessment of like circumstances. Minimum standard of treatment claims require attention to consistency of enforcement, procedural clarity, and specific assurances. Expropriation claims turn on the effect of the measure and the limits of regulatory authority. Security exceptions require analysis of the relationship between the asserted security purpose and the challenged measure. The report therefore shows that the evidence required and the applicable legal standards differ at each stage of treaty analysis.

Rather than predicting the outcome of any individual dispute, the report identifies legal issues that Korean firms and the Korean government should prepare for in advance. Korean firms should preserve evidence of both formal and informal state intervention, review investment structures and transaction arrangements that might be interpreted as involving foreign-adversary links, and analyze procurement, subsidy, and taxation measures by their substance rather than their form. In particular, where government procurement or subsidy measures are involved, firms should not assume that an entire contract or support measure will be characterized in one way. They should distinguish in advance whether each component constitutes a state purchasing act, a financial contribution, or a separate regulatory element. For the Korean government, the report recommends clarifying the scope of MFN treatment, the relationship between the investment chapter and general exceptions as well as compensation obligations, and the interpretive standards for security exceptions. With respect to MFN, it suggests maintaining the exclusion of dispute settlement procedures contained in other treaties, while clarifying the relationship between MFN treatment and other procedural or substantive provisions. With respect to general exceptions, it suggests maintaining the interpretation that the current Korea-U.S. FTA general exceptions do not apply to the investment chapter, while specifying, in any future investment-chapter exception clause, its relationship with compensation for lawful expropriation, damages liability, and due process obligations. With respect to security exceptions, it suggests that interpretation should take account of both the treaty text, under which

a tribunal shall find the exception applicable when a party invokes it, and recent arbitral decisions recognizing limited review based on good faith and the reasonable connection between the measure and essential security interests.

Overall, the report argues that the more explicit security-oriented investment review and control policy under the second Trump administration may create not only greater regulatory burdens for Korean firms, but also a more layered dispute structure under the Korea-U.S. FTA. Responding to this environment requires careful analysis of treaty text, arbitral decisions, exceptions and defenses, and the substantive characterization of government procurement, subsidy, and taxation measures.

〈책임〉

엄준현

고려대학교 국제경제법 석사

대외경제정책연구원 무역통상안보실 신통상전략팀 선임연구원

(現, E-mail: jheom@kiep.go.kr)

저서 및 논문

『인공지능을 둘러싼 미중 전략 경쟁과 우리의 대응방향』(공저, 2024)

『글로벌 혁신 네트워크 참여의 경제적 함의와 통상정책방향 연구』(공저, 2025) 외

KIEP 연구자료 발간자료 목록

■ 2026년

26-01 대미 투자 관련 투자자-국가 분쟁사례 연구: 미국의 외국인투자 정책 변화 검토와 주요 판정례 분석에 따른 한국 기업과 정부의 대응 방향 / 엄준현

■ 2025년

25-01 아세안 주요국 여성 기업의 디지털 친숙도에 기반한 생산성 보완 연구 / 김제국·신민금·신민이

25-02 중국의 핵심광물 공급망 강화 전략과 시사점 / 김주혜·양평섭

25-03 북유럽 및 발트 3국의 탈러시아 경제 정책 성과 및 전망 / 이철원·임유진·김초롱

25-04 주요국의 기후기술 스타트업 육성 및 해외진출 지원 전략과 시사점 / 김은미·김소은

25-05 중국과 GCC의 에너지 협력 현황 및 시사점 / 김영선·유광호

25-06 유럽의 첨단산업 지원 현황과 정책 시사점 / 이현진·임유진

25-07 일본 기업의 대중남미 진출 사례와 시사점 / 홍성우·김승현

25-08 일본의 노동력 부족 대응 전략과 시사점 / 정성춘·이정은

25-09 AI시대의 디지털 통상규범 연구 / 강민지

25-10 Strategic Collaboration of Defense Industry between India and South Korea: Towards a Matured Economic Partnership / Choong Yong Ahn·Jagannath Panda

25-11 경제안보 관점에서 본 日·中의 글로벌 사우스 전략과 시사점 / 허재철

25-12 개도국의 공급망실사 대응과제와 국제협력에 대한 시사점 / 김정곤·나승권

25-13 브라질의 통상다변화 전략과 시사점: 유럽과 협력을 중심으로 / 박미숙·손은아

25-14 크루즈 산업 협력을 통한 동북아시아 다자협력 방안 연구 / 이정균·김범환·장하이쉬

25-15 지속가능한 소버린 AI 확보전략을 위한 정책연구 / 안준모·정지은·김지현

- 25-16 유럽 방위산업 강화 전략과 한-EU 협력방안 / 오태현
- 25-17 한국기업의 중동부유럽 진출 성과와 과제 / 이철원·나수엽·임유진
- 25-18 USMCA 자동차 원산지 규정의 이행 현황과 시사점 / 김민성·정민철
- 25-19 미중 무역 전쟁과 다차원적 복합게임: 중국의 대미 전략을 중심으로 / 이승주·김용신·증 명·우아정
- 25-20 중국의 외국인투자 환경 및 구조변화 연구 / 박민숙·최지원

2024년

- 24-01 핵심광물협정의 주요 내용과 정책 시사점 / 오수현
- 24-02 주요국의 사이버안보 정책과 한국에 대한 시사점 / 엄준현·이보람
- 24-03 인도적 자원이 개발도상국 경제성장에 미치는 영향 분석: 2015년 네팔 지진을 중심으로 / 정원혁·이예림
- 24-04 중국 첨단 반도체 혁신 역량 분석 연구: 고대역 메모리 및 3세대 반도체를 중심으로 / 백서인·자오야리
- 24-05 홍해 위기가 우리 경제에 미친 영향과 물류 회랑 다변화예의 시사점 / 강문수·이지은
- 24-06 주요 선진국 과학기술분야 규제 혁신 전략 분석 연구 / 최용찬·허경무

2023년

- 23-01 외국인 직접투자가 베트남의 성별 임금 격차에 미치는 영향과 시사점 / 김제국
- 23-02 클라우드 서비스 해외투자 동향과 국내 규제 분석 / 이규엽·엄준현
- 23-03 동지중해 천연가스 개발 현황과 한국의 협력 방안 / 유광호·이지은
- 23-04 동남아·대양주 유권자들의 보호무역주의 성향 연구와 시사점: 필리핀, 태국, 호주, 뉴질랜드를 중심으로 / 김남석
- 23-05 WTO 서비스 국내규제 규범의 분석과 시사점 / 김준동·고준성·강준구
- 23-06 디지털 정책과 규제 변화 분석: Digital Policy Alert 통계를 중심으로 / 김지현
- 23-07 국내 전략산업 투자유치 인센티브 개편 방향 / 김준동·이성봉·김혁황
- 23-08 중국 태양광·BESS 산업의 글로벌 시장 독점화와 주요국 대응 / 김주혜
- 23-09 중국 하이난(海南) 자유무역항의 무역·투자자유화 성과와 시사점 / 김홍원·이한나
- 23-10 동티모르의 아세안 가입 지원 및 개발협력 확대 방안 / 정재완·이재호
- 23-11 산업보조금의 글로벌 확산 현황과 시사점 / 금혜윤
- 23-12 중국 전기차 배터리 기업의 해외 진출 사례 연구 및 시사점 / 최재희

KIEP 발간자료회원제 안내

- 본 연구원에서는 본원의 연구성과에 관심 있는 전문가, 기업 및 일반에 보다 개방적이고 효율적으로 연구 내용을 전달하기 위하여 「발간자료회원제」를 실시하고 있습니다.
- 발간자료회원으로 가입하시면 본 연구원에서 발간하는 모든 보고서를 대폭 할인된 가격으로 신속하게 구입하실 수 있습니다.
- 회원 종류 및 연회비

회원종류	배포자료	연간회비		
		기관회원	개인회원	연구자회원*
S	외부배포 발간물 일체	30만원	20만원	10만원
A	East Asian Economic Review	8만원		4만원

* 연구자 회원: 교수, 연구원, 학생, 전문가풀 회원

- 가입방법
홈페이지, 우편, FAX를 이용하여 가입신청서 송부(수시접수)
30147 세종특별자치시 시청대로 370 세종국책연구단지 경제정책동
대외경제정책연구원 연구조정실 학술정보팀
연회비 납부 문의전화: 044) 414-1179 / FAX: 044) 414-1144
E-mail: kieppub@kiep.go.kr

- 회원특전 및 유효기간
 - S기관회원의 특전: 본 연구원 해외사무소(美 KEI) 발간자료 등 제공
 - 자료가 출판되는 즉시 우편으로 회원에게 보급됩니다.
 - 모든 회원은 회원가입기간에 가격인상과 관계없이 신청하신 종류의 자료를 받아보실 수 있습니다.
 - 본 연구원이 주최하는 국제세미나 및 정책토론회에 무료로 참여하실 수 있습니다.
 - 연회원기간은 가입일로부터 다음해 가입월까지입니다.

KIEP 발간자료회원제 가입신청서

기관명 (성명)	(한글) _____ (영문: 약호 포함)	(한문) _____
대표자		
발간물 수령주소	우편번호 _____	
담당자 연락처	전화 FAX _____	E-mail : _____
회원소개 (간략히)		
사업자 등록번호	종목 _____	

회원분류 (해당란에 ✓ 표시를 하여 주십시오)

기 관 회 원 ☐	S 발간물일체	A 계간지
개 인 회 원 ☐		
연 구 자 회 원 ☐		

* 회원번호

* 갱신통보사항

(* 는 기재하지 마십시오)

특기사항



Investor-State Dispute Cases Related to Korean Investment in the United States: Implications under the Korea-U.S. FTA

Jun-Hyun Eom

트럼프 2기 행정부는 미국의 외국인투자 정책에서 국가안보와 경제안보를 한층 더 분명한 기준으로 제시했다. 이 보고서는 이러한 정책 변화가 한국 기업의 대미 투자와 한미 FTA 투자 장의 적용에 제기하는 법적 쟁점을 검토하고, 주요 투자자-국가 분쟁 판정례를 분석한다. 특히 조치 해당성, 적용 배제, 본안 판단과 예외의 구조를 단계적으로 살펴보고, 정부조달, 보조금, 과세 조치, 일반 예외와 안보 예외가 투자분쟁에서 어떻게 문제가 될 수 있는지를 검토한다. 이를 바탕으로 한국 기업과 한국 정부가 대미 투자 관련 분쟁 가능성에 대비하기 위해 고려해야 할 대응 방향을 제시한다.

