

국가안보 측면에서의 투자분쟁 검토 및 대응 방안 모색

주벨기에유럽연합대사관 경제공사 장 성 길

*논문접수 : 2021. 1. 26. *심사개시 : 2021. 4. 28. *게재확정 : 2021. 5. 11.

〈 목 차 〉

I. 들어가며	IV. 투자 관련 국가안보 예외의 국내법적 적용 검토
II. 국가안보 관련 투자보장협정 분쟁 사례 분석	1. 미국
1. 분쟁의 배경	2. 유럽연합
2. 투자자-국가 분쟁해결절차 관례 분석	3. 우리나라
III. 국가안보 예외 관련 다자/양자 조약 분석	4. 소결
1. WTO 협정	V. 나가며
2. 자유무역협정	
3. 투자보장협정	

I. 들어가며

역대 미국 대통령 가운데 트럼프 대통령은 국가안보를 매우 중시하면서 국가안보 관련 주요 법률¹⁾을 제정하고 다수의 행정 명령을 내린 대통령으로 남을 수 있을 것이다. 트럼프 대통령은 미국 내 핵심기술,

핵심인프라, 민감 개인정보를 대상으로 하는 중국 기업의 대미국 투자를 미국의 국가안보에 심각한 위협으로 간주하면서, 반도체 등 첨단기술과 관련된 분야에서의 중국 기업의 활동을 규제하는 행정명령²⁾ 뿐만 아니라, 미국 내에서 온라인 데이터 서비스를 제공하는 중국 기업의 활동을 규제

1) 국가안보 및 개인정보 보호법(National Security and Personal Data Protection Act of 2019), 외국인투자위험 심사현대화법(Foreign Investment Risk Review Modernization Act of 2018).

2) Executive Order on Securing the Information and Communications Technology and Services Supply Chain (May 15, 2019).

하는 행정명령³⁾에도 서명하였다.

트럼프 행정부는 중국에 국한하여만 국가안보를 원용하는 조치를 취한 것이 아니다. 무역확장법 제232조에 근거하여 철강 및 알루미늄에 대한 수입제한조치를 취하는데 있어서 미국의 전통적인 우방국으로 간주되는 한국, 일본, 호주, 캐나다, 유럽연합(EU) 등을 포함시킨 것이나, 중국으로부터의 수입이 미미한 자동차 분야에 대해서도 무역확장법 232조에 근거한 수입제한 조치 위협을 트럼프 행정부 임기 내내 지속한 것은 국가안보를 명분으로 하는 미측의 조치가 특정한 국가나 분야를 대상으로 하지 않았음을 보여준다.

트럼프 행정부의 대중국 강경대응과 압박조치는 사안별 행정명령을 통한 일회성 조치에 국한되는 것이 아니며, 초당적인 지지하에 관련 법령의 제정을 통해서 법적·제도적 기반이 마련되었음에 따라, 이러한 정책 기조는 바이든 행정부에서도 지속될 가능성이 상당하며, 대상과 범위의 차이가 있을 수는 있으나 향후 중국을 겨냥하면서 ‘필수 안보이익’의 확보와 관련된 조치를 취하는 데 있어서 주요한 근거로 활용될 것으로 보인다.

‘필수 안보이익’이라는 명분하에 국가안

보 예외를 원용하는 국가의 조치가 자유무역협정의 투자챗터나 투자보장협정 등에 따른 조약상 권리와 의무의 적용범위나 재판관할권의 존부 여부에 영향을 미친다면, 조약상 규정된 외국인 투자자의 권리와 투자 유치국의 의무에 미치는 함의도 상당하다. 이에 더하여 중국을 타겟으로 하는 미측의 국가안보와 관련한 일련의 법·제도 정비는 중국 뿐만 아니라 어떠한 국가에도 적용될 수 있음에 따라, 기존에는 국가안보 측면에서 고려할 필요가 없었던 국가간 교역이나 외국인 투자에 대해서도 국가안보 측면에서의 재검토를 요구받게 됨에 따라 외국인 투자와 관련한 불확실성이 증대할 가능성이 크다.

본고에서는 조약상 국가안보 예외를 원용하는 국가의 조치와 관련한 투자보장협정 분쟁사례를 검토하고, 다자 및 양자 통상협정에서의 ‘국가안보 예외’ 규정과 이에 근거한 주요국의 국내법적 적용 현황을 검토함으로써, 국가안보 예외를 원용하는 조치가 확대되는 추세에서 국제통상 규범 제·개정 과정에서 어떠한 대응이 필요할지와 이와 관련된 국내 법령의 정비 필요성에 대해 검토해 본다.

3) Executive Order on Addressing the Threat Posed by TikTok (August 6, 2020), Executive Order on Addressing the Threat Posed by WeChat (August 6, 2020).

II. 국가안보 관련 투자보장협정 분쟁 사례 검토

1. 분쟁의 배경

국가가 위기상황(crisis situation)에서 자국의 핵심적 안보이익을 보호하기 위하여 취한 조치로 인하여 외국인 투자자가 손해를 입은 데 대해, 손해를 입은 외국인 투자자가 투자보장협정상 투자자-국가 분쟁해결절차(Investment-State Dispute Settlement: ISDS)를 통하여 손해의 배상을 청구한 대표적인 예로 2001~2002년 아르헨티나 경제위기 상황에서 아르헨티나 정부가 미-아르헨티나 투자보장협정(이하 ‘미-아르헨티나 투자협정’)⁴⁾ 제11조⁵⁾을 원용하여 취한 조

치에 대해 외국인 투자자들이 미-아르헨티나 투자협정에 근거하여 아르헨티나 정부를 제소한 다수의 사례⁶⁾가 있다.

아르헨티나가 미-아르헨티나 투자협정 제11조를 원용하면서 자국이 경제위기 상황에서 취한 조치의 협정 위반 여부와 관련한 분쟁에서 1) 조약상 국가안보 예외조항 원용 조치에 대한 재판관할권 존재 여부, 2) 재판관할권 존재시 국가안보 예외와 관련한 분쟁에 적용되는 준거법, 3) 조약상 국가안보 예외의 적용 대상이 주요 쟁점으로 다루어졌는데, 각각의 ISDS 중재판정부가 쟁점별 상이한 법리 적용을 하거나, ISDS 중재판정부의 판정 결과에 대하여 국제투자분쟁해결기구⁷⁾(이하 ‘ICSID’) 협약 52조에

4) Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (1991.11.14. 서명, 1994.10.20 발효).

5) Article XI : This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, 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.

6) CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May, 2005 (이하 ‘CMS 사건’), CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007, LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006 (이하 ‘LG&E 사건’), Enron Cooperation, Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007 (이하 ‘Enron 사건’), Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, September 28, 2007 (이하 ‘Sempra 사건’), Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment, June 29 2010, Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, September 5, 2008 (이하 ‘Continental 사건’), Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Annulment, September 16, 2011, El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011 (이하 ‘El Paso 사건’), El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Annulment, September 22, 2014.

7) International Center for Settlement of Investment Disputes.

따른 취소판정위원회(Annulment Committee)가 중재판정부의 법리 적용을 번복한 사례가 다수⁸⁾ 있다.

2. 주요쟁점별 검토

가. ‘필수적 안보예외’와 관련한 재판관할권 존재 여부

계약국이 미-아르헨 투자협정 제11조를 원용하는 조치를 취하는 경우에 이는 계약국의 자기결정(self-judging) 사안임에 따라 중재판정부의 재판관할권이 배제된다는 아르헨티나 정부의 주장에 대해, CMS 중재판정부는 계약국이 조약의 특정 조항을 원용하는 조치에 대한 전속적 자기결정권을 가지려면 조약상 이를 명확히 해야 하는데, 미-아르헨 투자협정 제11조의 국가안보 예외 조항이 GATT 제21조와 달리 ‘which it consider necessary’ 문구가 없음을 지적하면서, 미-아르헨 투자협정 제11조가

자기결정적이지 않다(‘The Clause of Article XI of the Treaty is not a self-judging’)고 판정하였다.⁹⁾

El Paso 중재판정부도 미-아르헨 투자협정 제11조와 관련한 중재판정부의 재판관할권을 긍정하면서, 1986년 ICJ의 니카라과 판결¹⁰⁾에서 ICJ가 미-니카라과 우호통상항해조약 상 국가안보 예외조항¹¹⁾에 따른 계약국의 자기결정권을 부인한 이후 5년이 경과한 시점에서 미-아르헨 투자협정이 체결되었음에도 불구하고 미-니카라과 우호통상항해조약과 유사한 국가안보 예외조항이 미-아르헨 투자협정에 포함된 것은 미국과 아르헨티나 모두 국가안보 예외조치에 대한 자기결정권을 명백히 하려는 의도가 없었음을 보여주는 것이라고 지적하면서, CMS 중재판정부가 동 이슈와 관련한 재판관할권을 확인하는 판정 내용을 인용하였다.¹²⁾ CMS 사건과 El Paso 사건 이후의 여타 ISDS 중재판정부 판정이나

8) CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 September 2007, Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment, June 29 2010, Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Annulment, September 16, 2011, El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Annulment, September 22, 2014.

9) CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May, 2005 (CMS 사건), para 370, 373.

10) Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986.

11) Article 21(1)(d) : ‘...necessary to fulfill the obligations of a Party for the maintenance or restoration of international peace and security, or necessary to protect its essential security interests.’

12) El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011 (El Paso 사건), para. 594-595.

취소판정위원회의 판정에서도 미-아르헨 투자협정 제11조를 원용하는 조치에 대해서 재판관할권이 있음이 일관되게 확인되었다.

나. 국가안보 예외와 관련한 ISDS 분쟁에 적용되는 준거법

ICSID 협약 제42조제1항¹³⁾은 분쟁 당사자간에 준거법에 대한 합의가 있는 경우에 합의된 준거법에 따라 판정을 내리나, 분쟁 당사자간에 준거법에 대한 합의가 없는 경우에는 분쟁 당사자인 계약국의 법률과 적용 가능한 국제법 규칙을 적용토록 한다. 이와 관련하여 2001년 아르헨티나 경제위기시 아르헨티나 정부가 취한 조치와 관련한 ISDS 분쟁에서는 미-아르헨 투자

협정 제11조¹⁴⁾와 2001년 국제법위원회(ILC)의 국가책임협약 초안¹⁵⁾ 제25조(이하 'ILC 초안 제25조')¹⁶⁾와의 관계가 집중적으로 다루어졌다.

CMS 중재판정부가 미-아르헨 투자협정 제11조 국가안보 예외조항과 ILC 초안 제25조를 병렬적으로 보면서 아르헨티나 정부의 국가안보 원용 조치에 대해 ILC 초안 제25조를 근거로 아르헨티나 정부의 조치가 국가안보 예외 요건을 충족하지 못한다고 판정한데 대해, CMS 취소판정위원회는 중재판정부가 맥락과 기능이 상이한 미-아르헨 투자협정 제11조와 ILC 초안 제25조의 관계를 분석하지 않으면서 두 조항이 동일한 기반하에 있는 것으로 간주하였고 비관하였다.¹⁷⁾ Sempra 중재판정부 또한

13) Article 42(1): The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.

14) Article XXI: The Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligation with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.

15) Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001)

16) Article 25. Necessity:

1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
(b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
(b) The State has contributed to the situation of necessity.

17) Supra note 8, The CMS Annulment Committee Award, para. 131 "Those two text have a different operation

미-아르헨 투자협정 제11조를 적용하는 대신 ILC 제25조를 적용한 데 대해, *Sempra* 취소판정위원회는 이러한 중재판정부의 법 적용이 명백한 월권행위(*manifestly exceeding power*)¹⁸⁾라고 비판하였다.

아르헨티나의 국가안보 예외 원용조치에 대해 CMS 중재판정부와 *Sempra* 중재판정부가 미-아르헨 투자협정 제11조와 ILC 초안 제25조의 적용 여부에 대한 충분한 법리 검토 없이 ILC 초안 제25조를 적용한 것과 달리, *El Paso* 중재판정부는 미-아르헨 투자협정 제11조와 ILC 초안 제25조와의 관계에 대한 법리 검토의 결과로서 미-아르헨 투자협정 제11조가 ILC 초안 제25조에 대해 특별법(*lex specialis*)의 지위에 있다¹⁹⁾ 하면서도, ILC 초안 제25조가 미-아르헨 투자협정 제11조의 해석을 지원하

며 이러한 측면에서 ILC 초안 제25조에 따라 아르헨티나 정부가 경제위기 상황을 조성하는데 작위·부작위를 통하여 기여했는지를 검토해야 한다²⁰⁾고 하면서, 결과적으로는 ILC 초안 제25조를 적용하여 아르헨티나의 조치가 미-아르헨 투자협정 제11조의 필요성 요건을 충족하지 못한다고 판정하였다.

미-아르헨 투자협정 제11조가 ILC 초안 제25조에 대해 특별법 지위에 있음을 긍정하면서도, BIT 제11조 상 필요성('necessary') 요건과 관련해서는 ILC 초안 제25조를 적용한 *El Paso* 사건의 중재판정부 판정과 달리, *Continental* 중재판정부는 미-아르헨 투자협정 제11조가 '일종의 특별법(a kind of *lex specialis*)'으로 관습국제법상 긴급피난(*necessity*) 적용을 배제²¹⁾한다고 판단하

and content, it was necessary for the Tribunal to take a position on their relationship and to decide whether they were both applicable in the present case. The Tribunal did not enter into such an analysis, simply assuming Article XI and Article 25 are on the same footing.”

18) *Supra* note 8, *Sempra* Annulment Committee Award, para. 126, “...The Tribunal simply replaced Article XI of the BIT with the state of necessity under customary international law which, as explained, differs substantially from the former as to its sphere of operation, nature and functioning, content, scope and effects. The Tribunal did not apply Article XI of the BIT, thus manifestly exceeding its powers.”

19) *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011 (*El Paso* 사건), para. 552 ‘...Article XI is the *lex specialis*, Article 25, the *lex generalis*. As the Tribunal will consider Article XI of the BIT to apply to the case, it can dispense to fully analyse and to apply as such Article 25 of the ILC Articles.’

20) *Ibid*, para. 613 ‘... concepts used in Article 25 of the ILC Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts “assist in the interpretation of Article XI itself.” When interpreted in light of the above principles, the requirements under Article XI that the measures must be “necessary” presupposes that the State has not contributed, by acts or omissions, to creating the situation which it relies on when claiming the lawfulness of its measures.’

21) *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, September 5, 2008

였다. 또한 Continental 중재판정부는 미-아르헨 투자협정 제11조의 필요성('necessary') 요건에 대해서는 GATT와 WTO 사례를 비교하면서 검토하는 것이 보다 적절²²⁾하다는 입장하에 WTO 한국-소고기 분쟁 관련 상소기구 판정²³⁾을 인용하면서, 동 사안에서의 '필요성(necessary)'은 '필수적인(indispensable)'에 보다 가까운 것으로 보았다.²⁴⁾

조약의 국가안보 예외조항이 관습국제법(ILC 초안 제25조)에 대해 특별법 지위에 있다는 해석과 관련하여, 조약의 국가안보 예외조항에 대해 관습국제법에 대한 특별법 지위에 있다고 해석할 경우에는 특별법과 일반법이 일치하지 않는 범위내에서는 '잔여적으로(in a residual fashion)' 관습국제법으로서 일반법의 지위를 가지는 ILC 초안 제25조를 적용해야 하는 것은 문

제가 있다고 비판하는 견해가 있다.²⁵⁾ 이에 더하여 미-아르헨 투자협정 제11조의 국가안보 예외조항과 ILC 초안 제25조가 동일한 대상을 다루지 않음에도 불구하고, 동일한 대상을 전제로 하는 특별법(*lex specialis*) 법리를 미-아르헨 투자협정 제11조와 ILC 초안 제25조와의 관계에 적용한 데 대한 비판도 있다.²⁶⁾

특별법 지위 부여를 비판하는 이러한 견해는 CMS 취소판정위원회 판정에서도 확인되는데, 동 취소판정위원회는 미-아르헨 투자협정 제11조가 기준요건(threshold requirement)으로서, 동 조항이 적용될 경우에는 미-아르헨 투자협정 상 실체적 의무가 적용되지 않으며, ILC 제25조는 조약 상 실체적 의무 위반 상황이 있다고 판단되는 경우에만 적절한 항변사유(excuse)가 될 수 있다고 판정하였다.²⁷⁾ 이와 별도로

(‘Continental 사건’). para. 168 ‘...This would also be so if Art. XI is viewed as a specific bilateral regulation of necessity for purposes of the BIT (thus a kind of *lex specialis*), pre-empting recourse to the more restrictive customary exception of necessity.’

22) Ibid, para. 192 ‘...the Tribunal finds it more appropriate to refer to the GATT and WTO case law which has extensively dealt with the concept and requirements of necessity in the context of economic measures derogating to the obligations contained in GATT, rather than to refer to the requirement of necessity under customary international law.’

23) WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R, December 11 2000, para. 161.

24) supra note 21, para. 193 ‘...We consider that a “necessary” measure is, in this continuum, located significantly closer to the pole of “indispensable” than to the opposite pole of simply “making a contribution to”.’

25) Jurgen Kurtz, “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis.”, Society of International Economic Law (2008) p.31.

26) Caroline Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence?: The Purpose and role of Investment Treaty Exception Clauses”, Society of International Economic Law, Fifth Biennial Global Conference (2016) p.5.

27) The CMS Annulment Committee Award, September 25, 2007, para. 129 “Article XI is a threshold require-

Continental 중재판정부가 국가안보 예외를 원용한 조치의 필요성 심사와 관련하여 GATT 제20조를 활용한 것과 관련, WTO 사례를 적용하는데 있어서 조약법에 관한 비엔나협약 제31조 (3)(c)항을 통한 적용이 되었어야 하며 GATT 제20조와 미-아르헨 투자협정 제11조간의 문맥 차이를 간과한 법 해석이었다는 비판²⁸⁾이 있다.

다. 국가안보 예외의 적용 대상

아르헨티나가 2001년 경제위기 상황이 미-아르헨 투자협정 제11조 상 ‘필수 안보 이익’에 영향을 줄 수 있는 상황임을 주장한 데 대해, Sempra 사건에서 전문가 의견 (Expert Opinion)을 제시한 Alvarez 교수는 ‘경제적 긴급상황’이 매우 예외적이고 전례 없는 상황이어야만 미-아르헨 투자협정 BIT 제11조의 적용을 받을 수 있다²⁹⁾는 입장을 표명하였다. 아르헨티나의 2001년 경

제위기 상황이 미-아르헨 투자협정 제11조 상 국가안보 예외의 적용 대상이 되는지에 대해 첫 번째 케이스인 CMS 중재판정부가 관습국제법의 맥락에서나 조약의 취지와 목적을 볼 때 2001년 아르헨티나가 처했던 ‘심각한 경제위기’ 상황을 배제하지 않는다고 판정³⁰⁾한 이래, Enron 중재판정부, Sempra 중재판정부를 포함한 후속 중재판정부 모두 아르헨티나의 2001년 경제위기 상황이 미-아르헨 투자협정 제11조 상 ‘필수 안보 이익’에 영향을 줄 수 있는 상황이라고 판정하였다.

경제위기가 투자보장협정상 ‘필수 안보 이익’에 영향을 주는 상황으로 간주되는 것과 관련하여 2009년 발간된 투자보장협정의 국가안보 보호와 관련한 UNCTAD 보고서³¹⁾는 투자보장협정의 국가안보 예외 조항의 적용 대상이 기존의 군사적 위협과 관련된 상황에서 전략산업의 보호와

ment: if it applies, the substantive obligations under the Treaty do not apply. By contrast, Article 25 is an excuse which is only relevant once it has been decided that there has otherwise been a breach of those substantive obligations.”

28) Jose E Alvarez and Tegan Brink, “Revisiting the Necessity Defense: Continental Casualty v Argentina”, International Law and Justice Working Paper 2010/3.

29) Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, September 28, 2007 (Sempra 사건), Expert Opinion of Professor Jose E. Alvarez, September 12, 2005, para. 8 ‘...does not apply to “economic emergencies”, except in the most extraordinary and so far unprecedented circumstances.’

30) CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May, 2005 (CMS 사건, para. 359 ‘...there is nothing in the context of customary international law or the object and purpose of the treaty that could on its own exclude major economic crisis from the scope of Art. XI.’

31) UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, UNCTAD Series on Int’l Investment Policies for Development.

경제위기 대응으로 확대되는 추세에 있는 것으로 진단하면서, 투자보장협정 상 국가안보 예외의 적용 대상 확대는 중국 등의 선진국에 대한 투자 증대 추세에서 자국의 전략산업을 보호하려는 선진국들의 이해와 경제위기 극복을 위하여 사후적으로 투자보장협정상 실제적 의무로부터 벗어나려는 개도국들의 이해가 반영된 것으로 평가한다.

III. 국가안보 예외 관련 다자 및 양자조약 분석

1. 세계무역기구(WTO) 협정

국가안보 예외는 1946년 국제무역기구(International Trade Organization: ITO) 설립을 위한 ITO 헌장 논의 과정에서 처음 제

시된 이래, GATT 체제에서 GATT 제21조 국가안보 예외 조항으로 구체화되었으며, 현재의 WTO 체제하에서 1994 GATT 제21조로 동일하게 반영되어 있다. GATT 제21조 국가안보 예외 조항은 이후 미국 주도하의 국제통상체제 구축 과정에서 상당수 자유무역협정, 투자보장협정 등에서 필요한 변경을 가하여 반영되어 왔다.

국가안보 예외와 관련한 GATT 제21조 조항은 WTO 체제에서 GATS 제14조의2, TRIPS 제73조에도 동일 또는 유사³²⁾하게 반영되면서, 상품 분야 뿐만 아니라 서비스와 투자, 지재산 분야에서도 적용되는 규정임에 따라 GATT 제21조³³⁾에 대한 조항별 분석을 진행하고, GATT 제21조 (b)항과 관련한 첫 번째 WTO 패널 판정이 이루어진 러시아-통과운송 패널 보고서³⁴⁾ 주요

32) GATS 제14조의2는 GATT 제21조 전체 내용을 동일하게 제1항으로 구성하면서, 제2항으로 GATT 제21조 (b)항과 제21조(c)항 관련 사항에 대해 WTO 서비스무역위원회에의 통보 의무를 추가적으로 규정하고 있다.(2. The Council for Trade in Services shall be informed to the fullest extent possible of measures taken under paragraphs 1(b) and (c) and of their termination).

33) GATT 제21조: 이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.

- (a) 공개 시 자신의 필수적인 안보이익에 반한다고 계약당사자가 간주하는 정보를 제공하도록 계약당사자에게 요구하는 것 또는
- (b) 자신의 필수적인 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 계약당사자가 간주하는 다음의 조치를 계약당사자가 취하는 것을 방해하는 것
 - (i) 핵 분열성 물질 또는 그 원료가 되는 물질에 관련된 조치
 - (ii) 무기, 탄약 및 전쟁도구의 거래에 관한 조치와 군사시설에 공급하기 위하여 직접적 또는 간접적으로 행하여지는 그 밖의 재화 및 물질의 거래에 관련된 조치
 - (iii) 전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치
- (c) 국제 평화 및 안보의 유지를 위하여 국제연합헌장 하의 자신의 의무에 따라 계약당사자가 조치를 취하는 것을 방해하는 것

34) Russia-Measures concerning Traffic in Transit, Report of the Panel, WT/DS512/R, 5 April 2019.

내용에 대해서도 분석해 본다.

가. GATT 제21조 (a)항

제21조 (a)항은 핵심 안보이익(essential security interest)과 관련된 사안에 대해서는 계약국의 자기 판단에 근거하여 관련 정보(information)의 제공 거부를 규정하고 있다. 제21조 (a)항의 ‘정보’는 ‘개인 정보를 포함한 모든 형태의 정보’를 포함하고 있으며, (b)항과 (c)항에 따라 취해진 WTO 회원국의 국가안보 관련 조치에 대한 정보를 제공함에 있어서도 (a)항이 적용되는 것으로 해석된다.³⁵⁾

최근 체결되었거나 진행중인 자유무역 협정나 양자/복수국간 디지털 규범에서 개인정보를 적절히 보호하면서 자유로운 해외 이전을 보장하는 것을 주요한 목적으로 하고 있는데, 개인정보의 해외이전 자유의 원칙에 대하여 예외적으로 ‘정당한 정책목표 (Legitimate Public Policy Objective: LPPO) 조항과 일반예외 조항이 적용될 수 있는 구조이다. 이러한 구조에서 GATT 제21조 (a)항과 동일 또는 유사한 국가안보 예외 조항이 개인정보를 포함한 정보의 제공을 거부하는데 원용된다면, 개인정보의 해외 이전 자유를 보장한다는 원칙이 중첩적인

예외조항으로 인하여 형해화되는 결과를 초래할 가능성이 있다.

나. GATT 제21조 (b)항

GATT 제21조 (b)항의 해석과 적용과 관련하여 그간 1) 자기결정(which it considers)의 범위와 재판관할권과의 관계, 2) 필요성(necessary) 판단 기준, 3) 제21조 (b)(iii)항의 ‘전시 또는 국제관계에 있어서의 그 밖의 비상시에 취하는 조치’와 관련한 ‘비상시’의 범위 등에 대한 회원국 간 입장차와 다툼이 지속되어 왔으나, 1947년 이래 GATT 분쟁해결절차나 WTO 분쟁해결절차에서 직접적으로 GATT 제21조의 해석과 적용을 다룬 것은 2019년 발표된 러시아-통과운송 패널보고서가 최초이다.

러시아-통과운송 패널 보고서는 GATT 제21조 (b)항의 해석과 적용과 관련하여 WTO 차원에서 제기되었던 쟁점사항을 대부분 다루고 있는 바, 1) 제21조의 자기결정(“which it considers”) 문구가 제21조 (b)(iii)항의 ‘상황의 결정(determination of the circumstances)’까지는 확장되지 않으며, ‘사법적 판단 대상에서 제외(non-justiciable)’되지 않는다고 하면서³⁶⁾, WTO 분쟁 해결 패널의 재판관할권을 확인³⁷⁾했다는

35) 이재민, “국가안보 예외의 사각지대 -‘정보제공 거부’ 조항의 의미와 문제점-”, 국제법학회 논총, 65(1), (2020) pp.134~140.

측면에서 상당한 의미를 부여할 수 있다. 또한 동 패널 보고서는 ‘핵심 안보이익’과 관련한 WTO 회원국의 재량적 판단 권한을 확인³⁸⁾하면서도, 이와 관련한 WTO 회원국의 재량적 판단은 GATT 제21조 (b)(iii)항을 ‘신의(good faith)’에 따라 해석하고 적용하는 범위 내에서만 허용³⁹⁾되며, 이러한 ‘신의 의무(obligation of good faith)’는 WTO 회원국이 GATT 제21조를 WTO 협정상 의무를 회피하기 위한 수단으로 이용하지 않아야 하며⁴⁰⁾, 이를 위하여 제21조 (b)(iii)항을 원용하는 조치를 하는 국가가 국제관계에서의 비상상황에서 취하는 조치라는 것의 진실성(veracity)을 증명할 수 있을 정도로 명확히 설명해야 할 것을

요구⁴¹⁾한다.

러시아-통과운송 WTO 패널 보고서는 GATT 제21조의 해석과 적용과 관련한 최초의 판정으로서 향후 WTO에서의 국가안보 예외와 관련하여 GATT 제21조, GATS 제14조의2, TRIPS 제73조를 원용하는 조치와 관련한 분쟁 뿐만 아니라 GATT 제21조와 동일 또는 유사한 국가안보 예외 조항을 포함하고 있는 다자 및 양자 조약에서의 관련 분쟁에서도 상당한 시사점을 줄 것으로 평가된다. 자기결정(self-judging) 조항의 해석과 관련하여 패널의 재판관할권이 있음을 명확히 한 것은 일본의 대한민국 전략물자 수출통제 조치와 관련한 한일간 WTO 분쟁⁴²⁾에도 함의가 있을 것이다. 또

36) supra note 23, WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R, December 11 2000, para 7.82, 7.101, 7.102, 7.103.

37) Ibid, para 7.104 (‘the Panel finds that it has jurisdiction to determine whether the requirements of Article XXI(b)(iii) of the GATT are satisfied.’).

38) Ibid, para 7.131 (‘it is left, in general, to every Member to define what it considers to be its essential security interests.’).

39) Ibid, para 7.132 (‘Rather, the discretion of a Member to designate particular concerns as ‘essential security interests’ is limited by its obligation to interpret and apply Article XXI(b)(iii) of the GATT 1994 in good faith.’).

40) Ibid, para 7.133 (‘The obligation of good faith requires that Members are not use the exception in Article XXI as a means to circumvent their obligations under the GATT 1994.’).

41) Ibid, 7.134 (‘It is therefore incumbent on the invoking Member to articulate the essential security interests said to arise from the emergency in international relations sufficiently enough to demonstrate their veracity.’).

42) 2019년 7월 1일 일본 경산성이 3개 품목(포도레지스트, 고순도 불화수소, 불화폴리이미드)의 대한민국 수출 및 기술 이전 요건 및 절차를 강화한 데 대해, 한국 정부는 2019년 9월 11일 일본의 조치를 WTO에 제소하면서 WTO 분쟁해결절차 상 협의(consultation) 절차를 진행하였으나, 상호 만족할만한 합의에 이르지 못함에 따라 한국 정부는 2020년 6월 18일 WTO 패널 설치를 요청하였다. 2020년 7월 29일 개최된 WTO DSB 회의에서 패널 설치가 이루어졌으나 현재까지 패널 위원 선정이 이루어지지 않고 있는 상태이다 (DS 590, Japan-Measures related to the exportation of products and technology to Korea). 브라질, 캐나다, 중국, 대만, EU, 인도, 노르웨이, 러시아, 사우디아라비아, 싱가포르, 터키, 우크라이나, 영국, 미국이 제3자

한, ‘핵심 안보이익’과 관련한 회원국의 재량적 판단 권한은 인정하되 ‘신의(good-faith)’에 따라 조치 원용국이 ‘핵심 안보이익’과 관련이 있는 상황이 존재하는지와 그러한 상황에서 취해진 조치가 적절한지에 대해 명확히 설명할 것을 요구한 것은 국가안보 예외 원용 조치의 무분별한 남용이나 국가안보를 빙자하는 무역제한 조치를 억제하는 데도 기여할 것으로 보인다.

다. GATT 제21조 (c)항

GATT 제21조 (c)항 규정은 국제연합 헌장 제7장에 근거한 안전보장이사회의 결의안에 대해 WTO 회원국들이 동 결의안의 범위내에서 WTO 협정상 의무의 약속과 의무 이행을 면제토록 하여, 경제제제나 수출통제 등의 방식으로 동 결의안을 이행토록 할 수 있도록 하는 법적 근거를 제공한다.

로 참여중이다.

43) 이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.

가. 공개되면 자국의 필수적 안보이익에 반한다고 당사국이 결정하는 정보를 당사국이 제공하거나 이에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것.

나. 당사국이 국제 평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위하여, 또는 자국의 필수적 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 판단하는 조치를 적용하지 못하도록 배제하는 것

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.

44) GATT 21조(c)가 ‘UN헌장의 의무에 따라 체약당사자가 취하는 조치’를 대상으로 하는 반면, 한미 FTA 제23.2조나항은 ‘국제평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위해 취하는 조치’로 일반화.

그간 동 조항의 해석과 적용과 관련하여는 WTO 체제에서 회원국간 큰 이견이나 다툼이 없었으나, WTO 상소기구의 기능마비 등 WTO의 기능과 위상이 약화되고 있는 상황임을 감안할 때, UN 안전보장이사회 결의안의 해석과 국별 이행조치와 관련한 WTO 회원국간의 분쟁이 발생한다면 WTO 체제의 안정성과 신뢰성에 또 다른 위협 요소로 작용할 가능성이 있다.

2. 자유무역협정

가. 우리나라의 기체결 자유무역협정 (FTA)

국가안보 예외와 관련한 한미 FTA 제23.2조⁴³⁾와 GATT 제21조를 비교해 보면, 한미 FTA 제23.2조가 국가안보 예외와 관련하여 보다 적용 범위를 확대⁴⁴⁾하고 있으

며, 분쟁에 있어서 일방 당사국이 국가안보 예외를 원용하는 경우에 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 국가안보 예외를 자동적으로 적용할 것을 규정⁴⁵⁾하고 있다. 또한 한미 FTA 제23.1조 상 일반 예외의 적용에 있어 GATT 제20조 일반 예외가 필요한 변경을 가하여 한미 FTA에 적용된다고 규정하면서, 한미 FTA 투자 챗터는 적용 대상에서 제외하고 있으나, 한미 FTA 제23.2조의 국가안보 예외는 투자 챗터를 포함한 한미 FTA 협정 전체를 적용 대상으로 하고 있다.

한미 FTA 국가안보 예외 조항은 WTO 국가안보 예외 조항에 비하여 적용 범위가 확대되었을 뿐만 아니라, 투자 관련 분쟁 (ISDS)을 포함한 한미 FTA와 관련한 모든 분쟁에서 국가안보 예외가 원용될 경우에 자동적으로 국가안보 예외가 적용됨에 따라, 국가안보 예외 조치를 원용하는 계약국의 자기결정(self-judging)이 그대로 존중

됨을 확인할 수 있다.

우리가 체결한 FTA에서 한미 FTA 국가안보 예외 조항과 같이 투자 챗터에서의 국가안보 예외 원용시 실질적으로 재판관할권 행사를 배제하는 조항은 한-호주 FTA⁴⁶⁾에서만 찾아볼 수 있다. 한-EU FTA, 한-캐나다 FTA, 한-중 FTA⁴⁷⁾ 등 우리나라가 체결한 대다수 FTA에서는 GATT 21조와 동일 또는 유사한 내용으로 구성되어 있다. 한-아세안 상품협정문의 경우, GATT 21조 내용에 더하여 ‘통신기반시설’ 관련 사항을 국가안보 예외를 구성하는 요소로 추가⁴⁸⁾한 것이 특징적이다.

나. 미국의 FTA

미-호주 FTA와 미-캐나다-멕시코 무역협정(USMCA)은 한미 FTA 안보예외 조항(제23.2조)과 동일한 안보예외 조항으로 구성되어 있으나, 한미 FTA와 달리 각주를 통한 투자 챗터에 대한 재판관할권 배제

- 45) 각주2) 보다 명확히 하기 위하여, 당사국이 제11장(투자) 또는 제22장(제도규정 및 분쟁해결)에 따라 개시된 중재절차에서 제23.2조를 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 그 예외가 적용됨을 판정한다.
- 46) 한-호주 FTA 22.2조 (필수적 안보) 각주 : ‘보다 명확히 하기 위하여 당사국이 제11장(투자)의 제2절에 따라 개시된 중재절차에서 이 장을 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재재판부는 그 예외가 적용됨을 판정한다.
- 47) 한-중 FTA (21.2조, 필수적안보) : ‘이 협정의 목적상 1994년도 GATT 제21조와 GATS 제14조의 2는 필요한 변경을 가하여 이 협정에 통합되어 그 일부가 된다.’
- 48) 한-아세안 FTA 상품협정문 제12조 (b)(3) : 주요한 통신기반시설의 마비 또는 기능저하를 위한 계획적인 시도로부터 동 시설을 보호하기 위하여 취해진 조치 (action taken so as to protect critical communications infrastructure from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructure.).

조항은 포함하지 않고 있다. 한-미 FTA와 한-호주 FTA 모두 각주를 통하여 각각의 협정 상 투자 챗터에 대한 국가안보 예외 원용시 재판관할권을 배제하는 조항이 포함된 반면, 미-호주 FTA 상에는 그러한 각주가 포함되지 않았는데, 이는 미-호주 FTA에 투자자-국가분쟁해결절차가 부재하기 때문인 것으로 보인다.

미국의 기체결 FTA 가운데 각주를 통한 국가안보 예외 원용시 재판관할권을 배제하는 FTA⁴⁹⁾와 재판관할권 배제와 관련한 각주가 없는 FTA⁵⁰⁾가 혼재하는 것이 특징적이나, 미국이 오바마 행정부 시절 협상을 주도하였으나 트럼프 행정부에서 서명에 참여하지 않기로 결정한 환태평양경제동반자협정(Trans-Pacific Partnership)과 트럼프 행정부하에서 기존의 북미자유무역협정(NAFTA)을 대체한 미국-캐나다-멕시코

무역협정(USMCA)⁵¹⁾의 경우에는 재판관할권 배제와 관련한 별도의 각주가 없음이 특징적이다.

3. 투자보장협정

가. 미국의 Model BIT(1994년, 2004년 및 2012년)

미국은 1982년 10월 파나마와 첫 투자보장협정⁵²⁾에 서명한 이래 2021년 7월말 기준 42개 국가와의 투자보장협정이 발효중⁵³⁾인데, 미-파나마 투자보장협정⁵⁴⁾를 포함한 모든 미국의 기체결 투자보장협정에는 국가안보 예외조항이 포함되어 있음이 특징적이다. 미국의 투자보장협정은 크게 3개의 Model BIT(1994년 Model BIT, 2004년 Model BIT⁵⁵⁾, 2012년 Model BIT⁵⁶⁾)로 구분되는데, 1994년 발효된 미-아르헨티나

49) 미-페루 FTA 제22.2조, 미-콜롬비아 FTA 제22.2조는 한미 FTA 제23.2조와 동일한 각주 포함: 'For greater certainty, if a Party invokes Article 22.2 in an arbitral proceeding initiated under Chapter Ten (Investment) or Chapter Twenty-one (Dispute Settlement), the tribunal or panel hearing the matter shall find that the exception applies.'

50) 미-칠레 FTA 제23.2조, CAFTA-DR FTA 제21.2조.

51) United States-Mexico-Canada Agreement.

52) Panama-United States of America Bilateral Investment Agreement (1982.10.17. 서명, 1991.5.30. 발효).

53) USTR 홈페이지(www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties).

54) Panama-U.S. BIT Article X. 1. This treaty shall not preclude the application by either Party of any and all measures necessary for the maintenance of public order the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace and security, or the production of its own essential security interests.

55) USTR 홈페이지(ustr.gov/sites/default/files/U.S.%20model%20BIT.pdf).

56) USTR 홈페이지(ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf).

투자보장협정을 포함하여 1990년대에 미국이 체결한 투자보장협정의 국가안보 예외조항은 계약당사국이 공공질서(public order)의 유지와 필수 안보 이익(essential security interests)의 보호에 필요한 조치를 취하는 것을 배제하지 않음을 규정⁵⁷⁾하고 있다. 이에 비해 미국의 2004년 Model BIT와 2012년 Model BIT는 1990년대 미국의 투자보장협정에 포함되었던 ‘공공질서’ 관련 내용은 제외되고, 필수 안보 이익에 반한다고 결정하는 정보의 공개 거부 또는 차단과 필수 안보 이익의 보호에 필요하다고 여기는 조치를 배제하지 않음을 규정⁵⁸⁾하고 있다. 또한 2004년 Model BIT와 2012년 Model BIT는 서문에 건강, 안전, 환경의 보호에 합치하는 방식으로 투자보장협정의 목적을 달성하는 것이 바람직하다는 내용이 1994년 Model BIT에 비하여 새로이 반영⁵⁹⁾되어 있다. 2004년 Model BIT 문

안은 2006년 발효된 미-우루과이 투자보장협정과 2012년 발효된 미-르완다 투자보장협정에 그대로 반영되어 있으며, 한미 FTA 제23.2조의 국가안보 예외와 관련하여 각주를 제외한 본문 조항과도 동일하다.

미국이 1990년대에 체결한 투자보장협정과 대비하여 2004년 Model BIT에서 국가안보 예외조항에 ‘자기결정 문구(self-judging “it considers” language)’가 반영된 데에는 2001년 아르헨티나 금융위기 이후 일련의 투자자-국가 소송에서 미-아르헨티나 투자보장협정 상 국가안보 예외조항의 자기판단 여부가 쟁점이 된 데 기인한 것으로 분석하는 견해가 있다.⁶⁰⁾ 1990년대 이후의 미국의 Model BIT 문안 변화와 무관하게 미국 정부는 미국이 체결한 투자보장협정 상 국가안보 예외조항의 해석에 있어서 필수 안보이익과 관련한 계약국의 재량

57) US-Argentina BIT, Article IX. 1. This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary in its jurisdiction for the maintenance of public order, 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.

58) Article 18: Essential Security

Nothing in this Treaty shall be construed:

1. 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
2. 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.

59) “Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, ...”.

60) Benton Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, Yale L.J. (2020), p.1059.

권이 충분히 존중되어야 한다는 입장을 견지해 왔는데, 이러한 미국 정부의 입장은 투자보장협정의 국가안보 예외조항 해석과 관련한 2006년 9월 미 국무부 법률고문의 서한⁶¹⁾을 통해서도 확인된다.

나. 우리나라의 기체결 투자보장협정

2021년 4월 기준 우리나라는 99개국과 투자보장협정을 체결(발효 84개, 미발효 4개, 종료 11개)⁶²⁾하고 있는데, 우리나라가 체결한 투자보장협정 가운데 2011년 12월 발효된 한-우루과이 투자보장협정(제15조), 한-르완다 투자보장협정(2013년 2월 발효, 제15조), 한-카메룬 투자보장협정(2018년 4

월 발효, 제15조), 한-미얀마 투자보장협정(2018년 10월 발효, 제17조), 한-아르메니아 투자보장협정(2019.10월 발효, 제17조), 한-케냐 투자보장협정(2017년 5월 발효, 제15조)은 투자보장협정에 GATT 제21조와 유사하나 GATT 제21조(b)항 (i)~(iii)호 내용은 포함하지 않은 국가안보 예외조항⁶³⁾을 두고 있다. 한-케냐 투자보장협정 제15조는 이에 추가적으로 ‘자의적이거나 정당화되지 못하는 차별의 수단이 되거나 위장된 투자 제한조치가 되어서는 안된다’는 규정⁶⁴⁾을 포함하고 있음이 특징적이다.

또한 2003년 1월 발효된 한일 투자협정⁶⁵⁾과 2014년 5월 발효된 한중일 투자보

61) Letter from James H. Thessin, Principle Deputy Legal Advisor, U.S. Department of State to Abraham D. Sofaer, Senior Fellow, Hoover Inst. Stanford Univ. (Sept. 15, 2006) “...notwithstanding the decision of the ICJ in the Nicaragua case, the position of the U.S. Government is that the essential security language in our...Bilateral Investment Treaties is self-judging, i.e., only the Party itself is competent to determine what is in its own essential security interests.”

62) 외교부(www.mofa.go.kr)>외교정책>경제>경제협정>경제협정체결현황.

63) Nothing in this Agreement shall be construed:

- (a) to require a Contracting Party to furnish any information, the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests;
- (b) to prevent a Contracting Party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests: or
- (c) to prevent a Contracting Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

64) 한-케냐 투자보장협정 제15조 후반부: ‘provided that such measures are not applied in a manner that would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination by a Contracting Party, or a disguised investment restriction.’

65) Article 16:

- 1. Notwithstanding any other provisions in this agreement other than the provisions of article 11, each contracting party may:
 - (a) take any measure which it considers necessary for the protection of its essential security interests;
 - (i) taken in time of war, or armed conflict, or other emergency in that contracting party or in interna-

장협정⁶⁶⁾은 GATT 제21조를 기반으로 하는 국가안보 예외조항을 포함하고 있으나, GATT 제21조와 유사한 내용을 포함하고 있는 한중일 투자보장협정과 달리, 한일 투자협정은 GATT 21조 내용과 GATT 20조 내용을 병렬적으로 규정하고 있으며, 추가적으로 국가안보 예외 조항이 의무의 회피 수단으로 활용되지 말아야 할 것을 조치를 취하기 이전 또는 취한 이후에 상대방에 통보 의무를 규정하면서, 국가안보 예외 규정의 발동과 관련한 상당한 수준의

제한을 두고 있는데, 이는 OECD 다자간투자협정(MAI) 초안⁶⁷⁾을 상당 부분 반영한 결과라는 견해가 있다.⁶⁸⁾

현재 우리나라가 체결하여 발효중인 투자보장협정(종료 및 미발효 상태를 제외한 84개) 중 상기 8개의 투자보장협정을 제외한 76개의 투자보장협정에서는 협정상 별도의 국가안보 예외조항이 포함되어 있지 않으며, 국가안보 예외조항을 포함하지 않고 있다. 또한 국가안보 예외조항을 포함

tional relations; or

(ii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of weapons;

(b) take any measure in pursuance of its obligations under the united nations charter for the maintenance of international peace and security;

(c) take any measure necessary to protect human, animal or plant life or health; or

(d) take any measure necessary for the maintenance of public order. the public order exceptions may be invoked only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society.

2. In cases where a contracting party takes any measure, pursuant to paragraph 1 above, that does not conform with the obligations of the provisions of this agreement other than the provisions of article 11, that contracting party shall not use such measure as a means of avoiding its obligations.

66) Article 18 (Security Exceptions):

1. Notwithstanding any other provisions in this Agreement other than the provisions of Article 12, each Contracting Party may take any measure:

(a) which it considers necessary for the protection of its essential security interests;

(i) taken in time of war, or armed conflict, or other emergency in that Contracting Party or in international relations; or

(ii) relating to the implementation of national policies or international agreements respecting the non-proliferation of weapons;

(b) in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security.

2. In cases where a Contracting Party takes any measure, pursuant to paragraph 1, that does not conform with the obligations of the provisions of this Agreement other than the provisions of Article 12, that Contracting Party shall not use such measure as a means of avoiding its obligations.

67) www.oecd.org, Draft MAI negotiating text (VI. Exceptions and Safeguards).

68) 김관호, “국가안보 차원의 외국인 직접투자 규제”, 규제연구 제18권 제1호 (2009), p.99.

하고 있는 우리나라의 기체결 투자보장협정 대부분은 서문에 건강, 안전, 환경의 보호 필요성을 포함⁶⁹⁾하고 있는 반면, 국가안보 예외조항 대부분 우리나라의 기체결 투자보장협정은 서문이 없거나 서문에 건강, 안전, 환경 보호의 필요성 관련 내용이 부재하다. 또한 1976년 9월 발효된 이후에 2011년 3월에 전면 개정되어 발효된 한-벨기에·룩셈부르크 투자보장협정의 경우, 1976년 협정에는 별도의 서문이나 국가안보 예외조항이 부재한 반면, 2011년 협정에서는 서문에 환경보호, 개발정책의 중요성을 언급하고는 있으나 별도의 국가안보 예외조항은 부재한 것이 특징적이다.

IV. 투자 분야 국가안보 예외의 국내법적 적용

1. 미국

1988년 엑슨-플로리오(Exon-Florio)법으로 국가안전 측면에서 외국인 투자를 포괄적으로 규제할 수 있는 법적 기반을 마련

한 이래, 2007년 엑슨-플로리오법의 내용을 발전시킨 ‘외국인 투자와 국가안전에 관한 법(Foreign Investment and National Security Act of 2007, 이하 ‘FINSA’)’이 도입되었다.

FINSA는 국가안보 측면에서 외국인 투자가 핵심 기간시설(critical infrastructure)에 미치는 잠재적인 영향과 미국의 핵심 기술(critical technologies)에 미치는 잠재적인 영향을 심사 대상에 포함시켰으며, 진행중인 투자 뿐만 아니라 완결된 투자도 심사대상으로 포함시켰다. 이후 2017년 중국이 주요 투자자로 있는 싱가포르 반도체 업체(브로드컴)의 퀄컴 인수 시도를 계기로 외국인투자위험심사선진화법(Foreign Investment Risk Review Modernization Act, 이하 ‘FIRRMA’)이 2018년 8월 제정되고 2020년 2월 발효되었다. FIRRMA는 국가안보의 개념을 보다 포괄적으로 적용하여 ‘핵심기술, 핵심인프라, 개인정보 사업(TID Business)’⁷⁰⁾과 관련한 외국인의 ‘비지배적 투자(non-controlling investments)’까지도 외국인투자위원회(Committee on Foreign

69) 한-아르메니아 투자보장협정 서문 : “...이러한 목적들이 건강, 안전, 환경의 보호와 소비자 보호의 증진 및 국제적으로 인정되는 노동권의 증진에 부합하는 방식으로 달성될 수 있기를 희망하고, ...”

70) 31 CFR § 800.248 TID U.S. business.

The term TID U.S. business means any U.S. business that:

- (a) Produces, designs, tests, manufactures, fabricates, or develops one or more critical technologies;
- (b) Performs the functions as set forth in column 2 of appendix A to this part with respect to covered investment critical infrastructure; or
- (c) Maintains or collects, directly or indirectly, sensitive personal data of U.S. citizens.

Investment in the United States, 이하 ‘CFIUS’)의 심의 대상에 포함시킨 것이 특징적이다.

1950년 국방생산법(Defence Production Act of 1950) 제721조에 근거하여 설립된 CFIUS는 1988년 엑스-플로리오법, 2007년 FINSA 및 2018년 FIRRMA를 통해 변화된 국제 경제환경을 반영하면서 권한이 지속적으로 확대·강화되어 왔다. 특히 트럼프 행정부는 FIRRMA 제정을 따른 CFIUS의 권한 확대를 중국의 대미 투자 규제에 적극적으로 활용해 왔는데, 이는 2020년 3월 중국 회사(Shiji Information and Technology)의 미국 기업(StayNTouch)에 대한 투자 철회를 지시하는 행정명령(Executive Order)⁷¹⁾으로 구체화되었다. 동 행정명령에서는 구체적으로 투자 철회 근거를 적시하지 않았으나, StayNTouch의 모바일 플랫폼을 통한 예약 및 체크인 과정에서 수집된 미국 고위급 인사의 숙박기록을 포함한 민감 개인정보가 중국 기업(Shiji)을 통하여 중국 정부로 유출될 수 있다는 우려 때문으로 알려지고 있다.⁷²⁾

CFIUS가 국가안보에 영향을 미친다고

판단하여 대통령에게 특정조치를 권고한 결과, 이미 투자가 되었음에도 불구하고 투자철회가 이루어진 사안인데, 중국기업의 투자가 미국의 국가안보에 미친 부정적 영향에 대한 검토 결과의 공표나 별도의 이의제기 절차 없이 진행되었다는 점이 특징적이다. 향후 중국 기업 뿐 아니라 전반적인 외국 기업의 대미 투자에 있어서 국가안보 측면에서의 고려가 중요해지며, 국가안보 측면에서의 개인정보도 주요한 고려 요소의 하나임을 보여주는 사례로 볼 수 있다.

2. 유럽연합

유럽연합 차원의 국가안보 측면을 고려한 외국인 투자심사는 그간 개별 EU 회원국 법령으로 이루어졌으나, EU 차원의 포괄적인 외국인 투자 심사 제도의 필요성이 점증함에 따라, 2019년 3월 ‘유럽연합으로의 외국인 직접투자 심사체제 확립과 관련한 규정’⁷³⁾(이하 ‘Regulation 2019/452’)을 제정하였으며, 동 규정은 2020년 10월부터 발효되었다. Regulation 2019/452의 제정 취지는 국가안전과 공공질서 유지를 목적으로

71) Order Regarding the Acquisition of Stayntouch, Inc. by Beijing Shiji Information Technology Co., Ltd, (March 6, 2020).

72) “Trump Orders Chinese Firm to Sell U.S. Hotel Software Company”, WSJ, March 3, 2020.

73) Regulation (EU) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union.

로 실시하는 EU 회원국 단위의 투자 심사 체제와 관련한 법적 확실성을 제공하고 EU 회원국별 외국인 투자 심사와 관련한 EU 차원의 공조 및 협력을 확보하는데 있다.⁷⁴⁾

Regulation 2019/452는 필수안보이익의 보호와 관련한 EU 회원국 권한을 규정한 유럽연합기능조약(TFEU) 제346조⁷⁵⁾에 따라 외국인 투자 심사와 관련한 EU 회원국의 고유 권한을 확인⁷⁶⁾하면서도 국가안보와 공공질서와 관련한 외국인 투자 심사가 EU 차원에서 포괄적인 방식으로 이루어져야 할 필요성을 제기⁷⁷⁾하고 있다. 구체적으로 Regulation 2019/452 제6조는 개별 EU 회원국의 국가안보 또는 공공질서와 관련한 외국인 투자 심사 실시에 있어서 EU 집행위 및 여타 EU 회원국에 대한 통보 의무, 동 통보 내용에 대한 여타 EU 회원국의 견해(comment) 및 EU 집행위의 의견(opinion)에 대하여 외국인 투자 심사 당사국의 ‘적절한 고려(due consideration)’ 의무 부과 등을 규정하고 있다. 또한 Regulation

2019/452 제7조는 개별 EU 회원국이 외국인 투자 심사를 실시하지 않기로 결정하더라도, 동 투자에 따른 국가안보 또는 공공질서 영향이 우려되는 여타 EU 회원국으로부터의 견해(comment)나 EU 집행위의 의견(opinion)에 대해 ‘적절한 고려’를 할 것을 규정하고 있다. Regulation 2019/452 서문 (21)은 투자 검토 단계에서 외국인 투자 심사가 이루어지지 않은 사안에 대해서는 외국인 투자가 완료된 시점으로부터 15개월 이내에는 여타 EU 회원국들로부터의 견해와 EU 집행위의 의견을 받도록 함에 따라, 외국인 투자 심사 절차를 거치지 않고 이미 투자가 이루어진 사안도 국가안보 또는 공공질서를 이유로 투자 철회 조치가 이루어질 가능성이 있다.

Regulation 2019/452 제1조는 국가안보 또는 공공질서를 이유로 하는 외국인 투자 심사 대상으로 핵심인프라(critical infrastructure), 핵심기술(critical technology), 핵심 생산요소의 공급(supply of critical in-

74) 서문 (6) ‘...It is important to provide legal certainty for Member States’ screening mechanism on the grounds of security and public order and to ensure Union-wide coordination and cooperation on the screening of foreign direct investments likely to affect security or public order.’

75) Article 346 1.(b) ‘any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security...’

76) 서문 (8) ‘...The decision on whether to set up a screening mechanism or to screen a particular foreign direct investment remains the sole responsibility of the Member State concerned.’

77) 서문 (8) ‘The framework for the screening of foreign direct investments and for cooperation should provide Member States and the Commission with the means to address risks to security or public order in a comprehensive manner’

puts), 민감정보에의 접근(access to sensitive information) 등을 규정하고 있는데, 2018년 제정된 미국의 외국인 투자위험선진화법(FIRRMA)과 비교할 때, ‘핵심 생산요소의 공급’이 대상 범위에 포함된 것이 특징적이다.

3. 우리나라

우리나라는 국가안보 또는 공공질서를 이유로 하는 외국인투자 제한과 관련하여는 외국인투자 촉진법(이하 ‘외국인투자

법’) 및 동 법 시행령에 따른 제한이 가능하며, 수출 또는 인수합병에 따른 국가핵심기술의 유출로 인한 국가안보 위해 방지와 관련하여서는 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(이하 ‘산업기술보호법’)에 따른 제한이 가능하다.

외국인투자법 제4조 제2항⁷⁸⁾은 국가의 안전, 공공질서의 유지, 국민의 보건위생, 환경보전 등을 목적으로 외국인 투자를 제한할 수 있는 규정을 두고 있으며, 동 법 시행령 제5조 제1항 제2호⁷⁹⁾에 규정된 사

78) 제4조(외국인투자의 자유화 등)

② 외국인인 다음 각 호의 경우 외에는 이 법에 따른 외국인투자를 제한받지 아니한다.

1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우
2. 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우
3. 대한민국의 법령을 위반하는 경우

③ 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하여 외국인투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 대통령령으로 정한다.

79) 제5조(외국인투자 제한업종 등)

① 법 제4조제3항에 따라 외국인투자가 제한되는 업종과 제한 내용은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다.

2. 다음 각 목에 모두 해당되는 외국인투자가 법 제4조제2항제1호에 따른 국가의 안전유지에 지장을 초래하는 경우(이하 “국가안보위해”라 한다)에 해당하는지 여부에 대한 주무부장관 또는 정보수사기관의 장의 검토 요청으로 산업통상자원부장관이 외국인투자위원회의 심의에 따라 국가안보위해에 해당 하는 것으로 결정한 사항

가. 외국인이 이미 설립된 국내기업의 주식등의 취득을 통하여 해당 기업의 경영상 지배권을 실질적으로 취득하려는 경우

나. 다음의 어느 하나에 해당되는 경우

- 1) 「방위사업법」 제3조제7호에 따른 방위산업물자(이하 “방위산업물자”라 한다)의 생산에 지장을 초래할 우려가 있는 경우
- 2) 「대외무역법」 제19조에 따른 수출 허가 또는 승인 대상 물품 등이나 기술로서 군사목적으로 전용(轉用)될 가능성이 높은 경우
- 3) 「국가정보원법」 제13조제4항에 따라 국가기밀(이하 “국가기밀”이라 한다)로 취급되는 계약 등의 내용이 공개될 우려가 있는 경우
- 4) 국제평화 및 안전유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우
- 5) 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 국가핵심기술의 유출 가능성이 높은 경우

안에 대해 외국인투자위원회에서 국가안보 위해에 해당하는 것으로 결정한 사안에 대해서는 일정한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 외국인투자위원회의 활동과 관련해서는 외국인투자법 제27조제1항제12호에서 외국인 투자유치에 관한 중요사항을 심의대상으로 하고 있음을 규정하고 있다.

산업기술보호법은 외국기업의 국내기업 대상 인수 또는 합병을 통하여 국가핵심기술이 유출됨으로써 국가안보에의 심각한 위해 발생을 방지하기 위한 목적으로 2006년 10월 제정된 이래, 14차례 개정되었다. 산업기술보호법 제11조의2제1항은 국가로부터 연구개발비를 지원받아 국가핵심기술을 보유한 대상 기관이 해외인수, 합병, 합작투자 등을 통한 외국인투자를 진행하려는 경우에는 산업통상자원부 장관의 승인을 받아야 함을 규정하고 있다. 또한 동법 제11조의2제4항은 국가핵심기술과 관련된 해외인수·합병 등의 승인 신청에 있어서 산업통상자원부 장관이 국가안보에 미치는 영향을 검토하여 관계중앙행정기관의 장과 협의한 후에 산업기술보호위원

회의 심의를 거쳐 승인할 수 있도록 규정하고 있다.

미국과 유럽연합의 국가안보와 관련한 외국인 투자 제한이 일원화된 법령을 통하여 핵심인프라, 핵심기술, 민감정보와 관련한 제한을 두면서 투자 진행 단계 뿐만 아니라 투자가 이루어진 이후에도 제한을 둘 수 있도록 운용되는 반면, 우리나라의 국가안보 관련 외국인 투자제한은 민감정보와 관련한 외국인 투자에 대한 별도의 제한이 없이⁸⁰⁾ ‘외국인 투자’ 전반을 관할하는 외국인투자법과 ‘국가핵심기술’과 관련한 외국인 투자 제한을 관할하는 ‘산업기술보호법’으로 이원화되어 있으며, 주로 투자 진행 단계에서의 외국인 투자 제한 위주로 구성⁸¹⁾되어 있음이 특징적이다.

4. 소결

국제법적으로 투자조약 등을 통한 국가안보 예외의 적용 범위, 국가안보 예외가 적용될 수 있는 상황, 원용하는 조치와 관련한 국가의 재량권 수준 등에 대한 국가간 입장차에도 불구하고, 투자 분야에서의

80) 외국인투자법 시행령 제5조제1항제2호나목은 ‘국가정보원법 제4조제1항제2호에 따라 국가기밀로 취급하는 계약의 내용이 공개될 우려가 있는 경우’에 대한 국가안보 위해 여부를 검토토록 하고 있으나, 미국이나 EU가 규제 대상으로 하는 ‘개인정보’와는 범위를 달리한다.

81) 산업기술보호법 제11조의2제1항제7호는 산업통상자원부 장관이 해외인수·합병등에 대하여 중지·금지·원상회복 등의 조치를 명할 수 있도록 하나, ‘원상회복’을 통한 투자 규제는 ‘신고’ 또는 ‘승인’ 대상 외국인 투자임에 따라 투자가 진행중인 단계에 국한된 것으로 해석된다.

국가안보 예외와 관련한 미국, EU, 우리나라의 국내법적 적용 사례는 국내법적으로 국가안보 예외와 관련한 국가의 광범위하고 포괄적인 재량권이 있음을 보여주고 있다.

미국의 경우, 미국이 기체결한 우호통상 항해조약, 투자보장협정 등에 일관되게 국가안보 예외조항을 반영하면서 조약상 국가안보 예외조항에 따른 조치가 완전히 자기결정적(totally self-judging)이라는 입장에 해당 조치가 사법적 판단 대상에서 제외(non-justiciable)된다는 입장임에 따라, 자국 국내법에서 국가안보 측면을 고려한 외국인 투자 제한에 대한 광범위하고 포괄적인 제한을 두는 것으로 보인다.

반면, 유럽연합의 경우, 투자보장협정의 체결 등 외국인 투자와 관련된 사안이 개별 EU 회원국의 권한임에 따라 EU 회원국 별로 투자보장협정상 국가안보 예외규정 내용이나 외국인 투자 제한 관련 국내법 내용은 상이하나, 2019년 3월 제정된

Regulation 2019/452는 유럽연합 차원에서 적어도 국내법적으로 국가안보 예외와 관련하여 조치 원용국에 대해 광범위하고 포괄적인 재량을 전제로 하고 있음이 확인된다. EU Regulation 2019/452가 서문에서 동 규정이 EU의 WTO, OECD 및 제3국과 체결한 무역투자협정을 통한 국제적 약속에 합치하는 방식으로 국가안보 또는 공공 질서를 위한 외국인 투자 제한 조치를 취할 수 있음⁸²⁾과 동 규정이 GATS 제14조(일반예외) 및 제14조의2(국가안보예외)를 포함하여 WTO 협정과 유럽연합이 체결한 무역투자 협정상의 약속에 합치하는 방식으로 이행될 것⁸³⁾임을 언급하고 있음은 EU Regulation 2019/452과 국제법과의 관계를 설정하고 있다는 점에서 주목할 만하다.

우리나라의 경우, 투자 챕터를 포함하고 있는 기체결 FTA에서는 국가안보 예외와 관련하여 WTO 협정과 동일 또는 유사한 수준의 규정을 두고 있으나, 기체결 투자

82) 서문 (3) : Pursuant to the international commitments undertaken in the World Trade Organization (WTO), in the Organization for Economic Cooperation and Development, and in the trade and investment agreements concluded with third countries, it is possible for the Union and the Member States to adopt restrictive measures relating to foreign direct investment on the grounds of security or public order, subject to certain requirements.

83) 서문 (35) : The implementation of this Regulation by the Union and the Member States should comply with the relevant requirements for the imposition of restrictive measures on grounds of security and public order in the WTO agreements, including, in particular Article XIV(a) and Article XIV bis of the General Agreement on Trade in Services (GATS). It should also comply with Union law and be consistent with commitments made under other trade and investment agreements to which the Union or Member States are parties and trade and investment arrangements to which the Union or Member States are adherents.

보장협정 상당수는 국가안보 예외조항이 포함되지 않음에 따라 국제법적으로는 국가안보 예외와 관련하여 혼재된 입장을 보이고 있으나, 국내법적으로는 국가안보 예외와 관련한 국가의 포괄적인 재량권을 전제로 하면서 국가안보 예외를 이유로 하는 외국인 투자 제한의 적용 범위는 미국과 EU에 비해 제한적인 것이 특징적이다.

V. 나아가며

트럼프 행정부 행태는 보호무역주의를 배격하면서 WTO를 중심으로 하는 자유무역체제를 중시해온 기존의 미국 입장과 배치됨에 따라, 미국내에서 뿐만 아니라 전 세계적으로 비판을 받아왔으나, EU를 포함한 주요국들이 트럼프 행정부의 일방주의적이며 보호무역적인 행태에 대한 대응한다는 명분하에 트럼프 행정부의 제도 또는 법령과 유사한 제도 또는 법령을 도입하는 결과를 초래하였다. 이러한 추세는 국내법적으로 국가안보 예외를 원용하는 조치와 제도가 포괄적이며 확장적으로 적용되는 것으로 나타났으며, 특히 국가안보를 명분으로 외국인 투자를 제한하는 데 활용되었다. 2020년 1월 출범한 바이든 행정부에서는 트럼프 행정부의 일방주의적이며 보호무역주의적인 정책 행태가 상당 부분 변경되고, 국가안보를 명분으로 하는

수입규제나 외국인 투자제한 조치가 철폐 또는 완화될 것으로 기대되었으나, 바이든 행정부가 출범한 지 1년 반이 지난 시점에서 트럼프 행정부에서의 국가안보를 명분으로 하는 수입규제 조치는 지속되고 있으며, 국가안보를 이유로 하는 외국인 투자 제한 조치는 중국 견제 차원에서 오히려 강화되는 추세에 있다. 특히 트럼프 행정부의 대중국 강경책은 공화·민주 양당의 초당적인 지지하에 추진되어 왔으며, 미·중 갈등과 경쟁관계가 완화될 조짐을 보이지 않고 있음에 따라, 향후 바이든 대통령 임기 중에 대중국 강경 대응 기조하에 국가안보를 이유로 하는 외국인 투자제한 조치나 법령은 유지 또는 강화될 것으로 보인다.

제2차 세계대전 이후의 국제통상규범의 제정과 집행을 주도적인 역할을 해왔던 미국이 기존 다자 국제통상규범의 수정·보완 또는 제정에 적극적이지 않으며, 중국 또한 자국의 이익에 반하는 다자 국제통상규범의 수정·보완 또는 제정에는 동조하지 않을 것임에 따라, 다자적으로 국가안보를 명분으로 하는 외국인 투자제한 조치와 관련한 공감대나 해결책을 마련하기는 어려운 상황이다. 이러한 상황에서 미국이 중국 견제 차원에서 양자적인 조치와 함께 미국과 이해를 같이하는 국가들에 대해 국내적으로 중국을 견제할 근거로 활용할 수

있는 국가안보를 원용하는 조치 또는 법령을 마련할 것을 독려하고, 중국 또한 이에 대한 대응 차원에서 자국의 국내법 제정 등을 통하여 국가안보를 명분으로 하는 외국인 투자 제한조치 등을 마련하는 것이 예상 가능하다.

각국 국내법적으로 국가안보 예외와 관련하여 조치 원용국에 대해 광범위하고 포괄적인 재량을 부여하는 제도와 법령을 마련하는 것이 확산되는 것과 함께 국가안보 예외가 적용되는 대상 범위가 전통적인 군사 또는 무력 충돌에서 경제위기 대응 또는 전략산업 보호로 확장되어 왔으며, 앞으로는 기후변화, 사이버안보, 개인정보와 같이 새로운 이슈로도 확대될 가능성이 점증하고 있음에 따라, 이와 관련한 국제법적 대응과 국내법적 대응 및 정비가 필요한 시점이다.

국제법적 대응과 관련하여 우리의 기체결 FTA가 통상적으로 상품, 서비스, 투자를 포함하여 FTA 협정 전체를 적용 대상으로 하는 국가안보 예외조항을 두고 있으나 FTA별로 상이한 국가안보조항이 포함되어 있으며, 투자보장협정의 경우에는 상당수 우리의 기체결 FTA가 국가안보 예외조항이 부재한 상황임을 고려하여, 향후 체결되는 FTA나 투자보장협정에 공통적으로 적용되는 국가안보 예외조항을 마련하고 해당 협정의 서문에도 보건, 안전, 환

경 등이 협정이 추구하는 주요한 정책목표가 됨을 반영할 필요가 있어 보인다.

국내법적으로는 내용적으로 국가안보 측면에서의 핵심인프라, 핵심기술 보호를 위한 외국인투자 제한에 더하여 국가안보 측면에서 민감 개인정보의 보호와 관련한 외국인 투자를 제한하는 방안에 대한 검토와 함께, 절차적으로 투자가 진행되는 단계 뿐만 아니라 이미 투자가 완료된 외국인 투자에 대해서도 예측가능성과 투명성을 전제로 제한된 범위 내에서 국가안보 측면에서의 검토와 심사가 이루어질 수 있도록 외국인투자법상 외국인투자위원회와 산업기술보호법상 산업기술보호위원회의 기능과 역할을 강화하는 방안에 대한 검토가 바람직해 보인다.

이와 함께, 국가안보 예외와 관련한 조약의 적용과 해석에 있어서 국별 입장과 조약별 분쟁해결절차를 통한 판결 내용이 상이한 상황이 지속되는 것이 불가피한 상황임을 감안, 국가안보 예외와 관련한 국제법과 국내법 해석 및 적용에 있어서의 불일치 또는 불합치 문제를 감안하면서 국내법을 마련하고, 국가안보 예외와 관련하여 대외적으로 일관된 입장을 유지하면서, 향후 발생가능한 국가안보 예외를 원용하는 국가간 분쟁이나 투자자-국가 분쟁에 대응하는 것이 필요해 보인다.

참 고 문 헌

- 이재민, “국가안보와 외국인 투자규제”, 고려법학 제57호 (2010)
- 이재민, “국가안보 예외의 사각지대-‘정보제공 거부’ 조항의 의미와 문제점-”, 국제법학회 논총 65(1) (2020)
- 김관호, “미국의 투자협정 모델 개정과 시사점”, 통상법률 68 (2006)
- 김관호, “국가안보 차원의 외국인 직접투자 규제”, 규제연구 제18권 제1호 (2009)
- 김여선, “국제투자규범에서 국가안보에 대한 규제”, 서울법학 제26권 제2호 (2018)
- 김보연, “국제투자협정상 표준예외조항 도입의 의미”, 국제법학회논총 63(2) (2018)
- 황선영, “EU의 외국인직접투자(FDI)에 대한 심사체계에 대하여-Regulation EU 2019/452를 중심으로-”, 국제경제법연구 19(1) (2021)
- Jurgen Kurtz, “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis”, Society of International Economic Law, Working Paper No. 40/08 (2008)
- Caroline Henckels, “Scope Limitation or Affirmative Defence?: The Purpose and role of Investment Treaty Exception Clauses”, Society of International Economic Law, Fifth Biennial Global Conference (2016)
- Jose E. Alvarez & Tegan Brink, “Revisiting the Necessity Defense: Continental Casualty v Argentina”, International Law and Justice Working Paper2010/3 (2010)
- Benton Heath, “The New National Security Challenge to the Economic Order”, Yale L.J. (2020)
- UNCTAD, “The Protection of National Security in IIAs”, UNCTAD Series on International Policies for Development (2009)
- WTO, “GATT Analytical Index: GATT 1994 - Guide to GATT Law and Practice” (1995)

- CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May, 2005
- CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Annulment Committee, 25 September 2007
- LG&E Energy Corp., L&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006
- Enron Cooperation, Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007
- Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007
- Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment, 29 June 2010
- Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008
- Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Annulment, 16 September 2011
- El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011
- El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Annulment, 22 September 2014
- Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986
- Russia-Measures Concerning Traffic in Transit - Report of the Panel (2019), WT/DS512/R, WT/DS512/R/Add.1, Appendix D-10
- “Trump Orders Chinese Firm to Sell U.S. Hotel Software Company”, WSJ, March 3, 2020

[국문초록]

국가안보 관련 투자분쟁 검토 및 대응방안 모색

트럼프 행정부가 미국내 핵심기술, 핵심인프라, 민감 개인정보에 대해 국가안보를 이유로 외국인 투자 제한조치를 취한 이래, EU 등도 이와 유사하게 국가안보를 이유로 외국인 투자를 제한하는 제도와 법령을 정비하거나 새로이 도입하는 추세이다. 투자보장협정 상 국가안보 예외와 관련한 투자자-국가 분쟁의 대표적인 사례로 2001년 아르헨티나 경제위기에서 아르헨티나 정부가 미-아르헨티나 투자보장협정 상 국가안보 예외조항을 원용하여 취한 조치에 대한 다수의 ISDS 판정이 있는데, 국가안보 예외와 관련한 분쟁에 적용되는 준거법 등에 대한 각각의 중재판정부 판정이 엇갈리고 있다.

WTO 차원에서는 2019년 4월 WTO GATT 제21조 국가안보 예외규정의 적용과 해석과 관련한 WTO 패널 보고서가 발표되었다. 동 보고서는 국가안보 예외를 원용하는 WTO 회원국의 조치에 대한 재판관할권 여부에 대해 판단한 첫 번째 사례이며, 자기결정(which it considers) 문구가 포함된 국가안보 예외조항에서의 국가의 재량권 범위를 다루고 있다는 측면에서 의미가 있다. 러시아-통과운송 관련 패널 보고서는 GATT 제21조와 동일 또한 유사한 조항으로 구성된 투자보장협정과 자유무역협정에서 안보 관련 분쟁에서 주요한 참고가 될 것으로 보인다.

투자보장협정의 주된 목적이 외국인 투자자에 대한 안정적인 투자환경을 제공하는 데 있는 것으로 이해된다면, 국가가 안전, 환경 등의 정당한 정책목표 추진보다는 외국인 투자자에 대한 보호를 우선시하는 것이 타당할 것이다. 반면, 투자보장협정의 목적이 외국인 투자자에 대한 안정적인 투자 환경을 제공함과 함께 투자 유치국의 사회와 환경 보호를 위한 정당한 정책목표를 추진하는 것도 포함된다면 조약상 국가안보 예외 조항은 국가에게 안전장치를 제공할 것이나, 국가안보 예외조항의 적용과 해석과 관련한 분쟁도 점증할 것으로 전망된다.

국내법적으로는 국가안보를 이유로 핵심인프라, 핵심기술, 민감 개인정보와 관련이 있는 외국인 투자를 제한하는 조치와 법령이 전세계적으로 확대되는 추세이나, 투자보장협정에서 국가안보 예외 조항이 부재하거나, 불명확하고 정의되지 않은 국가안보 예외조항

인 경우, 국내법에서의 국가안보를 이유로 하는 외국인 제한 확대가 투자 조약상 국가의 국제적 의무와 합치하지 않을 수 있다. 이를 감안할 때, 투자보장협정이나 자유무역협정과 같은 투자 조약에 공통적으로 적용되는 국가안보 예외 조항을 도입하고, 건강, 안보, 환경도 투자 조약의 주요한 목표라는 점을 서문에 반영할 필요가 있을 것이다. 또한 국내적으로는 외국인 투자와 관련한 국내 법령의 정비를 통하여 국가안보 예외와 관련한 외국인 투자 규제의 범위를 확대하는 것이 필요할 것이다.

주제어

국가안보 예외, 투자보장협정, 미-아르헨티나 투자보장협정, 투자자-국가 분쟁해결절차 (ISDS), 관세 및 무역에 관한 일반협정(GATT) 제21조, 외국인 투자 제한, 외국인투자위험심사선진화법(FIRMA), 유럽연합으로의 외국인 직접투자 심사체제 확립과 관련한 규정(EU Regulation 2019/452), 외국인투자법, 산업기술보호법

[Abstract]

Investment Disputes Review In Terms Of National Security

Chang Sung Gil

As Trump administration took several domestic initiatives on restricting foreign direct investments into the U.S. in the name of protecting U.S. national securities in areas of critical infrastructures, critical technologies and sensitive personal information. Countries including the European Union have taken similar steps by introducing or updating instruments and regulations. Several cases based on Argentina-U.S. BIT were brought to the ISDS arbitration tribunal by foreign investors challenging Argentine Government's measures taken in time of economic crisis in the early 2000s. These cases are considered typical ISDS cases focusing on the interpretation of security exception clauses of a investment treaty. It is noteworthy that each ISDS arbitration tribunal had different legal views on same legal issues such as applicable laws and standards for the security exception clauses of the BIT.

On April 2019, the decision of the WTO Panel in *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit* (DS512) was published. The WTO Panel Report is of major significance as this dispute is the first in which a WTO dispute settlement panel decided on the issue of jurisdiction over a dispute in which a WTO member claims that its measures were justified on national security grounds and to what extent a WTO member may exercise its discretion in case the term "which it considers" is included in the security exception clauses. The WTO Panel report on *Russia-Measures Concerning Traffic in Transit* is expected to serve as references in ongoing and future security-related disputes in Bilateral Investment Treaty (BIT) and Free Trade Agreement (FTA), which have same or similar clauses as Article 21 of the GATT.

If it is understood that the main objective of an investment treaty is to provide stable investment environments for foreign investors, the State should prioritize on protecting and promoting foreign investments to pursuing legitimate non-economic policy objectives. On the other hand, if the objectives of an investment treaty covers both protecting foreign investments and pro-

tection of society and the environment, security exception clauses may provide a safety value to a State. This inevitably leads to the increased utilization of ISDS mechanism relating to the application and interpretation of the national security exception clause under a investment treaty.

Laws and regulations restrict foreign investments into critical infrastructure, critical technology, and access to sensitive information are in the trend of expansion across the States for reasons of national security. Nevertheless, in case investment treaty either lacks in security exception clauses or have ambiguous or undefined terms of security exception clauses, it is unclear whether the expanding trends of foreign investment restrictions in domestic laws and regulations are in line with States' international obligations arising from the investment treaty.

Under the circumstances, it is time to introduce model clauses on national security exceptions that are commonly applicable to the investment-related treaties including BITs and FTAs. Furthermore, it is desirable to declare health, security and environment as one of the policy objectives of a treaty and incorporate into the preamble of the treaty. In domestic front, it is worthwhile to revisit domestic laws and regulations in the direction of expanding the scope of national security exceptions covering foreign investment restrictions.

keywords

National Security, Security Exceptions, Foreign Investmet, Trump Administration, ISDS, GATT Article XXI, FTA, BIT, Foreign Investment Promotion Act, FARRMA