

# 국제투자규범상 환경보호조치에 관한 연구\*

- 캐나다-재생에너지조치사건의 국내적 시사점을 중심으로 -

김 인 숙\*\*

## 차 례

- I. 서론
- II. 캐나다-재생에너지조치사건 관련 국제투자규범의 주요 규정 개관
  - 1. WTO/TRIMs협정상 관련 규정
  - 2. NAFTA 투자규칙상 관련 규정
- III. WTO에서의 캐나다-재생에너지조치사건 분석
  - 1. 사실관계 및 소송경과
  - 2. TRIMs협정상 법적 쟁점
- IV. 캐나다-재생에너지조치의 ISD 관련 소송 결과 분석
  - 1. 소송경과 및 주요 쟁점 개관
  - 2. 주요 법적 쟁점
- V. 양 소송의 차이점 검토
  - 1. 절차적 차이점
  - 2. 주요 쟁점 관련 판정의 차이점
- VI. 결론: 국내적 시사점

\* 본 연구는 2013학년도 경기대학교 연구년 수혜로 수행되었음.

\*\* 경기대학교 법학과 부교수

접수일자 : 2016. 10. 30. / 심사일자 : 2016. 11. 21. / 게재확정일자 : 2016. 11. 30.

## I. 서론

기후변화에 따른 국제환경의 부정적 효과와 이에 대한 국제적 차원의 대응 문제는 현대 국제사회에서 가장 심각하고도 비중 있게 다루어지고 있는 이슈 가운데 하나이다. 이처럼 기후변화에 따른 문제를 해결하기 위해 각국에서 중점적으로 이행하고 있는 환경정책 중의 하나가 재생에너지의 보급 및 확대이고 우리나라도 매우 큰 관심을 보이고 있는 것으로 보고되고 있다. 이와 관련하여 국제투자규범에서는 환경정책을 국가의 정당한 권리로써 명시적으로 인정하고 있으며, 국제투자소송에서도 이미 많은 사례에서 환경정책의 정당성이 인정되고 있는 것이 사실이다. 따라서 투자유치국이 외국투자자들을 투자규범에 반하여 부당하게 제한하지 않는 한 환경보호조치는 주권국가의 당연한 권리로써 보장된다. 다만 투자유치국의 정당한 환경정책과 국제투자규범에서 보장되는 투자자의 권리가 상호 조화를 이루는 지점을 찾아내는 것은 매우 어려운 일이다.<sup>1)</sup> 그러한 맥락에서 이러한 각국의 환경정책, 특히 재생에너지 보급 확대정책은 기존의 국제투자규범들과 상충하게 되어 WTO에서 분쟁화된 바 있고, 그 외 투자규범인 FTA, BIT의 위반문제도 논란이 된 바 있다.

실례로 ‘캐나다-재생에너지조치사건’<sup>2)</sup>에서 보는 것처럼 기후변화에 대응하기 위하여 좀 더 친환경적인 에너지를 사용하고자 하는 재생에너지

---

1) Michele Potestà는 국제투자협정에서 공익적 관심사로서의 환경문제와 투자자 보호의 이슈간 상충문제를 해결하기 위한 방안으로서 최근 채택하고 있는 경향을 'balancing effort'라는 용어로 정리하고 있다.(Michele Potestà, "Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements: How Far Have We Gone?", at *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*(ed. by Tullio Treves, Francesco Scazzu and Seline Trevisanut), Routledge, 2014, p. 203.) 이는 서로 상충할 수 있는 양 조약들상의 의무들과 관련하여 적절한 균형을 찾으려는 노력을 우선적 의무로서 규정하고 있는 최근의 FTA의 경향과 밀접한 관련이 있다.

2) 캐나다에 의해 취해진 환경보호정책이 문제가 되어 동일한 사안이 WTO와 UNCITRAL 중재판정부에서 동시에 다루어졌는바 이 논문에서는 WTO에서 다루어진 ‘캐나다-재생에너지 조치사건’(WTO, Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 2012)과 UNCITRAL에서 ISD소송으로 다루어진 ‘Mesa Power v. Canada사건’(Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016 )을 총칭해서 ‘캐나다-재생에너지조치사건’이라 부르기로 한다.

지 보급 확대정책은 결국 환경보호 조치에 해당하는 것으로서<sup>3)</sup> 국제투자 규칙들과 충돌할 가능성이 높다. 동 사건은 2011년 캐나다 온타리오주가 채택한 환경정책의 하나인 재생에너지 시스템을 지원하는 기준가격지원 제도(Feed-in Tariff Programme: 이하 FIT프로그램)가 NAFTA의 투자챕터에 따라 투자자-국가간 분쟁(Investor-State Dispute: 이하 ISD) 소송절차에 회부되어 판정이 이루어졌고, 동 사안은 WTO에서도 다루어져 2012년 12월 패널 보고서 및 2013년 상소기구 보고서가 채택되어졌다. 다시 말하면 동 사건은 WTO와 ISD소송절차를 통해 이중의 법적 판단을 받았다는 점에서 매우 의미 있는 사건으로 기록될 것으로 판단된다. 또한 동일한 환경정책이 WTO와 그 이외의 기관에서 동시에 법적 판단을 받을 경우 그 결과에 따라 국가의 환경정책의 방향이 크게 영향을 받을 것으로 판단된다.

따라서 WTO 및 ISD소송절차에 따라 다루어진 캐나다의 환경정책 관련 투자분쟁사례의 분석을 통해 다수의 국제투자규범하에서 환경정책이 어떠한 방향으로 변화할 수 있는지를 가늠하고, 비슷한 정책을 시행하고 있는 우리나라와 관련하여 어떠한 시사점이 있는지를 분석하는 것이 본 연구의 목적이 될 것이다. 그러한 점에서 첫째, 본 논문은 우선 이 사건과 관련이 있는 국제투자규범의 주요 규정을 개관하고 WTO에서 다루어진 캐나다-재생에너지조치사건의 패널 및 상소기구 보고서를 투자규범 관련 법적 쟁점만을 중심으로 분석한다. 둘째, 동 조치와 관련하여 ISD소송에서 UNCITRAL 중재법원이 내린 판정에서 투자관련 법적 쟁점들을 중심으로 검토하고 WTO 판정결과와 비교하여 분석해 본다. 셋째, 동 사건이 국내적으로 환경정책(특히 재생에너지정책)에 어떠한 시사점을 갖는지를 제시한다.

---

3) Luca Rubini, "What does the recent WTO litigation on renewable energy subsidies tell us about methodology in legal analysis? The good, the bad, and the ugly", EUI Working Papers, RSCAS 2014/05, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2014, p. 2.(at [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33775/RSCAS\\_2014\\_109.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33775/RSCAS_2014_109.pdf?sequence=1)).

## II. 캐나다-재생에너지조치사건 관련 국제투자규범의 주요 규정 개관

### 1. WTO/TRIMs협정상 관련 규정

‘캐나다-재생에너지조치사건’에서 문제가 되고 있는 것은 재생에너지 보급 및 확대 정책 그 자체가 아니라 그러한 정책의 실행 방법으로 국산품 사용을 조건으로 그에 대한 특혜를 부여하는 조치를 시행하고 있다는 점이다. WTO체제하에서 투자분야를 직접적으로 규율하는 것은 무역관련 투자조치협정(Agreement on Trade-related Investment Measures: 이하 TRIMs 협정)으로서 ‘캐나다-재생에너지조치사건’에서는 환경보호조치 목적으로 시행되는 일정한 투자조치 및 그에 따른 특혜는 동 협정의 요건에 따라 금지될 수 있도록 한 TRIMs 협정 제2조가 문제가 되었다. TRIMs협정 제2조 1항은 “회원국은 1994년 GATT에 따른 그 밖의 권리와 의무를 저해함이 없이, 1994년 GATT 제3조(내국민대우) 또는 제11조(수량제한철폐) 규정에 합치하지 아니하는 무역관련투자조치(Trade-related Investment Measures:이하 TRIMs)를 적용하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 또한 동 협정 제2조 2항은 1994년 GATT 제3조 4항에 규정된 내국민대우의무와 1994년 GATT 제11조 1항에 규정된 수량제한의 일반적인 철폐의무에 합치하지 아니하는 TRIMs의 예시목록을 이 협정의 부속서에 포함시켜 놓고 있다.<sup>4)</sup> 동 부속서에 따르면 국산품사용요건 및 그에 따른 특혜의 부

4) TRIMs협정 부속서상의 금지TRIMs는 다음과 같다.:

1. 국내법 또는 행정적인 판정에 의하여 의무적이거나 집행 가능한 조치 또는 특혜를 얻기 위하여 준수할 필요가 있는 조치로서, 가. 기업으로 하여금 국산품 또는 국내공급 제품을, 특정 제품을 기준으로 하거나 제품의 수량 또는 금액을 기준으로 하거나 또는 자신의 국내생산량 또는 금액에 대한 비율을 기준으로 하여 구매 또는 사용하도록 하거나, 나. 기업의 수입품의 구매 또는 사용을 자신이 수출하는 국산품의 수량이나 금액과 관련된 수량으로 제한하도록 하는 조치를 포함한다.
2. 1994년도 GATT 제11조제1항에 규정된 수량제한의 일반적인 철폐의무에 합치하지 아니하는 무역관련투자조치는 국내법 또는 행정적 판정에 의하여 의무적이거나 집행 가능한 조치 또는 특혜를 얻기 위하여 준수할 필요가 있는 조치로서, 가. 기업에 대하여 국내생산에 사용되거나 국내생산과 관련된 제품의 수입을 전반적으로 제한하거나, 동 기업이 수출하는 국내생산량 또는 금액과 관련된 수량만큼만 수입하도록 제한하거나,

여조치는 금지되는 TRIMs의 가장 일반적인 형태에 해당하는 것으로 GATT체제하의 ‘캐나다-외국투자검토법사건’<sup>5)</sup>에서 GATT상 내국민대우에 위배되는 것으로 인정됨으로써 GATT체제 이래 무역왜곡효과가 가장 명백한 TRIMs로서 인정되어 오다가 WTO가 출범하면서 TRIMs협정에 의해 명시적으로 금지된 것이라는 점에서 정당한 환경보호조치로서 사용될 수 있는 방법이라고 할 수 없다.

한편 TRIMs협정 제2조 1항은 그 자체로 독립적인 기능을 하기보다 GATT 제3조 및 11조에 연동되어 있다는 특징이 있다.<sup>6)</sup> 그러한 이유로 WTO에서 TRIMs 관련 분쟁이 발생할 때 마다 상품에 관한 규범인 GATT와 투자규범인 TRIMs협정의 법적 쟁점에 대한 분석 순서를 정하는 것이 문제가 되곤 했다. WTO 분쟁해결기구가 TRIMs협정과 관련된 쟁점을 다루었던 몇몇 사례<sup>7)</sup>를 살펴본 결과 상기 TRIMs협정의 규정상 국가

---

나. 기업의 외환취득을 동 기업이 벌어들인 외환과 관련된 액수로 제한함으로써 기업이 국내생산에 사용되거나 국내생산과 관련된 제품을 수입하는 것을 제한하거나, 또는 다. 기업의 제품수출이나 수출을 위한 제품의 판매를, 특정 제품, 제품의 수량 또는 금액 또는 자신의 국내생산량 또는 금액에 대한 비율을 기준으로 제한하는 조치를 포함한다.

- 5) Canada-Administration of the Foreign Investment Review Act(FIRA), 7 February 1984, 1994년 GATT B.I.S.D.(30th Supp.), p.140.
- 6) TRIMs협정의 내국민대우 규정은 외국인투자에 대한 일반적 의무로서의 내국민대우를 부여하고 있는 것이 아니므로 회원국은 일방 상대국의 TRIMs가 ‘1994년 GATT’ 제3조 및 제11조 조건에 부합하는 경우에만 동일 국가에 대하여 내국민대우 규정에 위배되는 TRIMs를 제거해줄 것을 요청할 권리가 있는 것이다.: Jian Zhou, “National Treatment In Foreign Investment Law: A Comparative Study From A Chinese Perspective”, *Touro International Law Review* 39, Spring 2000, p. 110.
- 7) 실례로 ‘중국-자동차사건’에서 중국의 조치에 따른 국산품사용요건이 TRIMs협정 제2조에 위배되는가가 문제가 되었다. 이 사건에서 패널은 그 간의 WTO TRIMs관련 분쟁사례들(‘캐나다-자동차사건’, ‘EC-바나나사건 III’, ‘인도-자동차사건’ 등)에서의 일반적 접근방법에 따라 1994년 GATT 제3조 규정을 먼저 검토하기로 결정하였다. 이 사건에서 미국과 캐나다는 1994년 GATT와 TRIMs협정 관련 쟁점의 분석 순서에 대한 별다른 인식이 없이 패널에 부탁을 의뢰하였으나, EC는 ‘EC-Bananas III사건’(WTO, Panel Report on the EC-Regime for the Import, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/1, 29 April. 1997) 상소기구의 판결례에 따라 1994년 GATT에 대한 쟁점을 먼저 분석할 것을 요구하였다. 이와 관련하여 패널은 ‘EC-Bananas III사건’ 상소기구가 양 조약 가운데 특별한 것이 있을 경우 특별 조약을 우선적으로 검토하여야 한다고 지적한 바 있지만 실제로 WTO에서 1994년 GATT와 TRIMs협정 중 어느 것이 더 특별한 조약에 해당하는지에 대한 일치된 견해가 존재하지 않는다는 매우 단순한 논거

가 시행한 환경보호조치가 동 조문에 따른 의무 위반을 구성하기 위해서는 세 가지 요건이 차례로 충족되어야 한다. 첫째, 문제의 조치가 무역관련투자조치(TRIMs) 일 것, 둘째, 동 TRIMs가 1994년 GATT 제3조 또는 11조에 합치하지 아니할 것, 셋째, 동 TRIMs가 금지 TRIMs 예시목록에 해당할 것 등이다.<sup>8)</sup> 따라서 어떤 회원국의 TRIMs가 TRIMs협정에 위배되는지 여부를 검토함에 있어서는 회원국의 조치가 ‘1994년 GATT’ 제3조 및 11조에 위배되고 있는가 하는 점이 우선적으로 분석되어야 한다.<sup>9)</sup>

---

로 EC의 주장에 따라 1994년 GATT 제3조 규정을 먼저 검토하기로 결정하였던 것이다. 그리고 패널은 중국의 조치는 이미 1994년 GATT 제3조 2항, 3항 규정에 대한 검토 결과 위법한 것으로 판단되므로 소송경제를 고려한 ‘캐나다-자동차사건’(WTO, Panel Report on the Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/R, WT/DS142/R, 11 February 2000, paras. 10.63, 10.64-10.150) 및 ‘인도-자동차사건’(Panel Report on the India-Measures Affecting the Automotive Sector, WT/DS146/R, 21 Dec. 2001, paras. 7.323-324)에서의 패널의 태도를 따라 TRIMs협정 위반 여부에 대한 검토를 생략하기로 하였다.(WTO, Panel Report on the China-Measures Affecting Imports Of Automobile Parts, WT/DS339/R, WT/DS340/R, WT/DS341/R, 18 July 2008, paras. 7.366-7.368.); 반면 특이하게 ‘인도네시아-자동차사건’ 패널은 1994년 GATT 제3조와 TRIMs협정 모두 WTO의 독립적이고 명확한 규정들로서 이 규정들 하나가 적용되지 않아도 다른 하나가 적용될 수 있으므로 당사국들이 주장한 각각의 쟁점을 모두 검토할 필요가 있으며, 관련 당사자들의 주장을 고려할 때 1994년 GATT 제3조 보다는 TRIMs협정이 더 특수한 것으로 판단하여 TRIMs협정을 먼저 검토하기로 결정한 바 있다.(WTO, Panel Report on the Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry case. WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 July 1998, paras. 14.61-63)

8) WTO, Panel Report on the Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry Case, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 July 1998, para. 14. 64.

9) 즉 TRIMs협정 위반임을 입증하기 위해서는 GATT 제3조 및 11조에 대한 위반된다는 것을 먼저 증명하여야 한다.: Steve Charnovitz and Carolyn Fischer, “Canada - renewable energy: implications for WTO law on green and not-so-green subsidies”, EUI Working Papers, RSCAS 2014/109(Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2014), p. 9.(at [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33775/RSCAS\\_2014\\_109.pdf?sequence=1](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33775/RSCAS_2014_109.pdf?sequence=1))

## 2. NAFTA 투자규칙상 관련 규정

### (1) 환경조치

‘캐나다-재생에너지조치사건’과 관련하여 문제가 된 조치는 재생에너지를 보급 및 확대하려는 환경보호정책과 관련되어 있다. 이와 관련하여 NAFTA는 당사국이 공익적 목적의 환경보호조치를 채택할 수 있는 권리를 명시적인 규정을 두어 보장하고 있다.<sup>10)</sup> 동 규정에 따르면 각 당사국들은 여타의 규정에도 불구하고 자국내 투자활동이 환경보존에 적합한 방식으로 수행될 수 있도록 보장하는 조치들을 채택, 유지, 시행할 수 있다. 또한 더 나아가 각 당사국은 자국내의 투자의 모집, 인수, 확대, 유지를 촉진시키기 위해 자국의 환경조치들을 철폐 또는 손상 시켜서는 안 된다. 만약 일방 당사국이 타방 당사국이 그러한 투자촉진 조치를 취하고 있다고 판단할 경우 관련 당사국의 조치를 제거하기 위한 협의를 요청할 수 있다.<sup>11)</sup> 동 규정은 국가의 정당한 권리 행사로서의 환경보호조치의 구체적 수준이나 형태<sup>12)</sup>에 대해서는 언급하지 않고 있으며, 단지 동 규정과

10) NAFTA 제1114조.; 이는 우리나라가 체결한 FTA투자규칙들에도 동일하게 포함되어 있는 규정이다.(한국-미국FTA 제11.10조, 한국-칠레 FTA 제10.18조, 한국-페루FTA 제9.9조, 한국-인도CEPA 제10.16조, 한국-EFTA FTA 제9조, 한국-싱가포르FTA 제10.18조(한국-ASEAN FTA는 환경조치 규정 미포함) 등 참조.

11) NAFTA 제1114조.

12) 환경조치는 환경 및 생태보전조치를 포괄하는 개념으로서 특정제품 생산 또는 판매의 규제 또는 금지정책, 기술규제, 자원사용량 할당조치 등이 포함될 수 있다.: 법무부, 알기 쉬운 정책유형별 투자분쟁 사례, 법무부, 2010, 36면.; 국제투자분쟁 사례를 통해 환경 및 생태계 보전을 위한 조치의 구체적 유형을 살펴보면, *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. 페루사건*에서 환경보전을 위한 공장설립허가 취소조치가 문제가 된바 있었으며, *Methanex v. 미국사건*과 *Ethyl Corporation v. 캐나다사건*에서는 환경오염을 우려한 연료첨가제의 판매금지 조치가 투자분쟁으로 이어졌다. 또한 환경오염 방지를 위해 쓰레기 매립 및 폐기물 처리에 대한 규제조치가 *Metalclad Corporation v. 멕시코사건*과 *S.D. Myers, Inc. v. 캐나다사건*, *Tecmed, S.A. v. 멕시코사건*에서 문제가 된 바 있다. 생태보전 및 국립수목원 건립을 위한 토지수용조치가 문제가 된 *Compania Del Desarrollo De Santa Elena v. 코스타리카사건*과 *AIG Capital Partners, Inc. v. 카자흐키스탄사건* 이 있다. 한편 *Glamis Gold Ltd. v. 미국사건*에서는 인디언 정착촌의 환경보전을 위한 채굴사업 승인거부가 문제가 된 바 있다. 여기서 소개된 환경조치 관련 투자분쟁 사례의 간략한 소개는 대한상사중재원, 투자자-국가간 투자분쟁사례로 본 정부정책적 시사점(정부정책

관련하여 분쟁의 소지가 있을 경우 당사국들간에 협의 채널이 가동될 수 있도록 하고 있을 뿐이다. 하지만 NAFTA는 투자유치를 위하여 환경보호 수준이 낮아지지 않도록 할 의무를 명시적으로 부여하고 있는 것이다.<sup>13)</sup> 이는 FTA 투자규칙상의 외국인투자의 보호 의무에 대항하는 투자유치국의 권리로서 환경과 관련한 당사국의 주권적 권리를 확인하기 위한 규정이라고 볼 수 있다.<sup>14)</sup>

## (2) 비차별대우원칙 및 이행요건금지 규정과 정부조달의 예외

NAFTA에서는 비차별대우원칙으로서 최혜국대우 및 내국민대우에 관한 규정을 두고 있다. NAFTA에 따르면 각 당사국은 자국 영역내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 타방 체약국의 투자자 또는 타방 체약국 투자자의 투자에 대해서 타방 체약국의 투자자 또는 타방 체약국 투자자의 투자에 대해서 동일한 상황에서 부여하는 대우보다 불리한 대우를 부여해서는 아니 된다.<sup>15)</sup> 또한 NAFTA에 따르면 각 당사국은 자국 영역내 투자의 설립·인수·확장·경영·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동일한 상황에서 자국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자 및 투자에 대해 부여하도록 하여 내국민대우를 원칙으로 규정하고 있다.<sup>16)</sup> 동 규정들에 따르면 최혜국대우와 내국민대우 의무는 이미 설립된 투자뿐만 아니라 진입단계의 ‘투자’ 및 ‘투자자’에 대해서도 부여하

---

용역보고서), 대한상사중재원, 2007.1, 224-237면 참조.

13) NAFTA 제1114조.

14) 이와 관련하여 NAFTA 관련 사건인 ‘S.D. Myers v. 캐나다 사건’의 중재판정부는 환경보호조치와 관련하여 당사국은 높은 수준의 환경보호를 확립할 권한이 있으며, 단지 타방 당사국의 정치적, 경제적 이익을 만족시키기 위하여 자국의 높은 수준의 환경보호기준을 훼손할 의무는 지지 않는다. 그러나 당사국은 무역을 왜곡시켜서는 안 되며, 환경보호 정책은 상호간에 존중될 수 있고, 또한 존중되어야 한다고 보았다. 동 판정은 공익목적의 환경조치는 국가의 정당한 권리로서 경제적 이익을 위해 훼손될 수 없음을 규정하고 있는 NAFTA의 기본 원칙을 재확인하고 있는 것으로 판단된다.: S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL, 2000. 11. 13. 제1차 부분판정, para. 220.

15) NAFTA 제1103조.

16) NAFTA 제1102조.



여야 한다. 한편 NAFTA는 국산품사용요건을 포함하여 특정한 조치를 이행할 것을 조건으로 특혜를 부여하는 것을 금지하는 이행요건금지규정<sup>17)</sup>을 포함하고 있다.<sup>18)</sup>

다만 NAFTA에 따르면 NAFTA 제1102조(최혜국대우), 제1103조(내국민대우), 제1106조(이행요건금지) 규정은 당사국 또는 국영기업에 의한 조달(정부조달)에 대해서는 적용되지 않는다고 규정하여 정부조달의 예외를 두고 있다.<sup>19)</sup> 따라서 비차별대우 및 이행요건금지 규정과 관련해서는 문제가 된 정부의 조치가 정부조달에 해당하는 것인가 하는 점이 우선적으로 검토되어야 한다. 만약 정부조달에 해당된다면 최혜국대우, 내국민대우 여부, 이행요건 해당성 여부에 대한 판단은 더 이상 진행될 필요가 없기 때문이다. 반대로 정부조달로 인정되지 않는다면 내국민대우 및 최혜국대우와 관련하여 자국투자자와 외국투자자가 ‘동일한 상황’에 있는지 여부, 불리한 대우를 부여하고 있는지 여부가 중요한 쟁점으로 판단될 것이다.

특히 내국민대우 및 최혜국대우와 관련하여 ‘동일한 상황’에서의 차별 여부는 ISD 관련 소송에서 중요하게 다루어질 가능성이 있는 쟁점이다. 그렇다면 WTO에서 다루어지는 내국민대우 관련 쟁점에서의 ‘동종성’에 관한 판정이 동일한 사안을 다루고 있는 ISD소송에 영향을 미칠 수 있을 것인가? 이와 관련해서 NAFTA와 관련한 사건에서 이 쟁점을 다룬 바 있는데 ‘*Metanex v. United States* 사건’ 중재판정부는 NAFTA상의 무역규범과 투자규범에 사용된 문구들을 WTO규범과 비교한 뒤 무역과 관련 일부 표현들은 양자에서 동일하게 사용된 반면 특히 투자와 관련하여 사용된 용어들은 WTO와 다르게 사용되고 있다는 점에 주목하였다. 특히 NAFTA의 투자규칙(챕터 11)은 “동일한 상황(like situation)”을, WTO/GATT는 “동

17) 투자유치국이 특정한 경제적 효과를 유발하거나 자국 산업을 보호하기 위하여 일정수의 내국민 고용의무, 일정량 수출의무, 기술이전 의무, 일정량의 자국산 상품 사용의무, 일정비율의 자국민과의 합작의무 등 외국 투자기업의 진출시 인·허가 혹은 진입을 조건으로 외국인투자기업의 경영 및 영업활동에 대해 부과하는 각종의 의무를 이행요건(performance requirements)이라고 한다. 이러한 이행요건은 투자자의 투자결정을 왜곡시키는 효과를 유발할 가능성이 커서 국제투자 및 무역규범에서 금지되는 경우가 많다.

18) NAFTA 제1106조.

19) NAFTA 제1108(7)(a)조 및 제1108(8)(b)조.

종의 상품(like production)”이라는 표현으로 달리 사용하고 있다는 점을 NAFTA 체결국들이 인식하고 있다는 점에서 NAFTA 투자규칙상의 “동일한 상황”은 WTO/GATT상 “동종의 상품”과는 달리 해석되어야 한다고 보았다.<sup>20)</sup> 이러한 판정례를 참고할 때 WTO 분쟁해결기구의 판정이 ISD 소송인 ‘Mesa Power-Canada사건’에 직접적으로 영향을 미치지 않을 것으로 보인다. 다시 말해서 ‘동일한 상황’에 있는 기업들간의 차별여부를 판단하는 문제에 있어서 WTO의 판단과는 다른 요소들이 검토될 수 있고, 따라서 그 요소들에 따라 판단도 달라질 수 있다는 것을 의미한다.

### (3) 최소기준대우원칙

최소기준대우란 투자유치국이 체결국 투자자에게 국제관습법상 인정된 권리만큼은 최소한 보호해야 한다는 원칙을 말한다.<sup>21)</sup> NAFTA 제1105조는 “각 당사국은 타방 당사국 투자자의 투자에 대해 공정하고 형평한 대우(fair and equitable treatment)와 충분한 보호 및 안전원칙과 같은 국제법 원칙에 따른 대우를 부여한다.”고 규정하고 있다.<sup>22)</sup> 이와 관련하여 NAFTA 무역위원회가 내린 해석에 따르면 ‘공정하고 형평한 대우’를 제공할 의무는 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무를 의미한다.<sup>23)</sup> NAFTA 제1131(2)조 규정에 따라 NAFTA 무역위원회의 동 협정에 관한 해석은 동 협정에 따라 설립된 법원을 구속한다. 따라서 NAFTA 무역위원회의 해석은 중재판정부가 NAFTA를 해석함에 있어 중요한 의미를 가질 수밖에 없다.

20) *Metanex v. United States*, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005, Part IV, Ch B, paras. 30-37.

21) 기존 국제협약 상의 보호수준을 최저수준으로 하여 보호수준을 향상시키는 방법을 ‘국제협약 Plus 방식’이라고 한다. 이는 기존의 관련 국제협약을 최저보호기준으로 하여 보호수준을 강화시키는 방향으로 진행하고자 하는 방식으로 선진국들에 의해 주장되고 있다.

22) NAFTA, Article 1105.

23) NAFTA, Notes of Interpretation of Certain Chapter Eleven Provisions, Free Trade Commission ¶B. 3 (July 31, 2001) 참조.

### III. WTO에서의 캐나다-재생에너지조치사건 분석

#### 1. 사실관계 및 소송경과

2009년 캐나다의 온타리오주는 에너지를 다양화함으로써 전력공급을 안정화하고, 청정에너지원의 사용을 촉진하여 온실가스 배출량을 줄이기 위한 환경정책의 일환으로 재생에너지 지원제도인 FIT프로그램을 시행하게 되었다.<sup>24)</sup> 또한 온타리오주는 동 프로그램을 통해 풍력에너지 및 태양광에너지 등 재생에너지 발전시설에 들어가는 설비에 대한 국내투자를 촉진하고, 일자리를 창출하려는 계획도 갖고 있었다. FIT프로그램에 따라 재생에너지 전력공급자들<sup>25)</sup>은 온타리오주와 ‘FIT 계약’ 및 ‘microFIT 계약’을 체결하였는데, 동 계약에는 재생에너지 전력공급자들이 재생에너지 발전시설에 일정 비율 이상으로 온타리오주에서 만든 상품을 사용해야 한다는 내용이 포함되어 있었다. 국산품 사용비율은 기술에 따라 차이가 있었는데, 대형 풍력에너지 프로젝트의 경우 25%, 일부 태양광에너지 프로젝트의 경우 최대 60%까지 충족해야 했다.<sup>26)</sup> 이러한 조건을 충족한 재생에너지 전력공급자들은 ‘FIT 계약’에서 규정하고 있는 최소 20년에서 최대 40년까지 높은 효율의 고정 전력매입가를 보장받은 반면 재래식 전력공급자들<sup>27)</sup>은 상대적으로 낮은 효율의 전력매입가를 적용받았다.<sup>28)</sup>

24) WTO, Panel Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector/Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program case, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 2012, paras. 7.216, 7.223-7.224

25) 풍력에너지 및 태양광에너지 기술을 사용하여 전기를 생산하는 발전업자들을 의미한다.

26) WTO, Panel Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector/Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program case, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 2012, para. 7.64; Appellate Body Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector/Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program case, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 2013, paras. 1.4, 4.20-4.21.

27) 화력 등 그 밖의 방식으로 전기를 생산하는 전기 발전업자들을 의미한다.

28) WTO, Panel Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector/Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program case, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 2012, paras. 7.216-7.219; Appellate Body Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector/Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program case, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 2013, para. 1.3.

이 사건에서 제소국들이 가장 문제를 삼은 부분은 온타리오주가 FIT프로그램을 통해 재생에너지 발전시설에 일정 비율의 캐나다산 상품을 사용하는 조건으로 재생에너지 전력공급자들에게 높은 효율의 고정 전력매입가를 보장해주었다는 점이다. 이와 관련하여 2010년 10월 13일 일본정부가, 2011년 8월 11일 EU가 캐나다정부를 상대로 협의를 요청하면서, 온타리오주 FIT프로그램이 GATT 비차별원칙, TRIMs협정 제2조, 보조금협정 위반이라고 주장하였다. 온타리오주 FIT프로그램에 관한 EU와 일본의 소청구로 두 사건이 병합 처리되어 2012년 12월 공동 패널 보고서의 형식으로 채택되었다.<sup>29)</sup> 이 사건은 우리나라, 미국을 포함한 14개의 국가들이 제3자로 참여<sup>30)</sup> 할 만큼 관심이 많은 사건이었다. 이는 많은 국가들이 환경보호조치로서 재생에너지의 보급 및 확대를 위하여 기준가격지원 제도를 비롯한 다양한 정책들을 시행하고 있기 때문이다. 동 사건도 캐나다의 온타리오주가 재생에너지와 관련하여 국산품사용을 요건으로 세제상 혜택을 부여하는 조치에 대해 EU, 일본 등이 소를 제기한 것으로 많은 국가들의 재생에너지 관련 정책에 큰 영향을 줄 것이라는 점에서 소송결과에 관심이 집중된 바 있다.

캐나다는 2013년 2월 5일, 일본과 유럽연합은 2월 11일 항소하였고, 2013년 5월 6일 상소기구 보고서가 배포되었다. 패널과 상소기구는 캐나다의 재생에너지 보급을 위한 세제혜택조치에 대해 WTO 투자 관련 규범인 TRIMs협정 제2조 1항(동시에 GATT 제3조 4항 위반)위반을 인정하였다.

---

29) WTO, Panel Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector/Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 2012.

30) 구체적으로 오스트레일리아, 브라질, 중국, 엘살바도르, 온두라스, 인도, 사우디아라비아, 한국, 멕시코, 노르웨이, 대만, 미국, 영국 등

## 2. TRIMs협정상 법적 쟁점

### (1) 패널 판정

제조국들은 문제된 조치가 TRIMs로서, 재생에너지 발전시설에 캐나다산 상품을 사용하게 한 것은 국산품사용요건에 해당하므로 GATT 제3조 4항 및 TRIMs협정 제2조 1항 위반이라고 주장하였다. 앞서 설명한 것처럼 WTO의 투자규범인 TRIMs협정은 GATT와 밀접하게 연계되어 있다. 따라서 패널은 TRIMs협정 제2조 1항 및 GATT 제3조 4항과 관련한 일본의 주장을 지지하였다. 패널은 TRIMs협정 부속서 금지TRIMs 예시목록상의 TRIMs는 GATT 제3조 8항(a)의 적용을 조건으로 GATT 제3조 4항 및 TRIMs협정 제2조 1항과 부합하지 않는다는 점을 지적한 후, 온타리오주의 FIT프로그램상 국산품사용요건이 GATT 제3조 8항에서 규정하고 있는 정부조달(procurement)에 포함되어 결국 GATT 제3조 4항과 TRIMs협정 제2조 1항의 위반행위에 대한 예외로서 인정받을 수 있을 것인지 여부와, 만약 정부조달이라는 예외규정 조치가 해당하지 않는 경우 문제가 되는 캐나다의 조치가 TRIMs협정 부속서 1(a)에서 규정하고 있는 금지TRIMs 예시목록에 해당하는지에 대해 주요 법적 쟁점으로 검토하였다.

우선 GATT 제3조 8항에 따르면 상업적 재판매 또는 상업적 재판매를 위한 재화의 생산에 사용할 목적이 아닌 정부기관에 의하여 정부의 목적으로 구매되는 상품의 조달을 규율하는 법률, 규정 또는 요건에는 내국민 대우원칙이 적용되지 않는다. 이와 관련하여 패널은 캐나다 온타리오주 FIT프로그램에 따른 주정부의 전력구매행위는 주정부의 구매로서 정부조달에 해당하기는 하나 FIT프로그램상 국산품사용요건은 온타리오주정부의 전력 조달을 통제하는 요건 중 하나이며 ‘상업적 재판매를 위한 목적’으로 착수되었기 때문에 캐나다의 조치는 GATT 1994의 제3조 4항의 적용을 면제받을 수 있는 제3조 8항(a)에 근거한 정부조달이 아니라고 보았다. 더 나아가 패널은 FIT프로그램에 따라 구매된 전력은 전송 및 분배 네트워크를 통해 온타리오주 전력망에 송전되고 이 전기가 다시 주정부 소유의 지주회사인 Hydro One 및 LDCs, 그리고 민간 전력소매업자에게

재판매되었는바, 여기서 Hydro One 및 LDCs가 민간업자와 경쟁하여 소비자들에게 전력을 판매하고 있었다는 점에서 재판매에 해당하고 따라서 GATT 제3조 4항에 위배된다고 판정하였다.<sup>31)</sup>

한편 패널은 국산품을 최소기준으로 사용하도록 하는 규정은 TRIMs협정 부속서 1(a)에서 요구하고 있는 재생에너지 발전전력 생산자에게 국내 생산 또는 국내 공급제품을 구매 또는 사용하도록 하는 것일 뿐만 아니라, 온타리오주가 시행하고 있는 FIT프로그램의 혜택을 받기 위해서는 재생에너지 발전전력 생산자가 반드시 준수하여야 하는 필수적 조치에 해당하고, FIT프로그램에 ‘단순 참여’함으로써 ‘이득’을 얻는다는 점에서 TRIMs협정 부속서 1(a)의 요건을 모두 충족하는 것이라고 판단하였다.<sup>32)</sup> 따라서 패널은 문제의 조치는 TRIMs협정 부속서 1(a)에 해당하고, 결국 동 협정 제2조에 따라 GATT 제3조 4항상의 내국민대우원칙에 위반하는 TRIMs로서 TRIMs협정에도 위반한다고 결정하였다.<sup>33)</sup>

## (2) 상소기구 판정

항소절차에서 캐나다는 온타리오 주정부의 구매행위는 상업적 재판매 행위로서 내국민대우원칙의 예외인 정부조달로 인정받을 수 없다는 패널의 법해석과 적용에 대해 오류가 있다고 주장하였다. 즉 캐나다의 주장에 따르면 재생에너지 발전전력의 재판매는 온타리오주가 시행한 FIT프로그램에 따라 이루어진 것으로 그 성격이 전혀 상업적인 것이 아니었기 때문에 전력시장과 FIT프로그램에 대한 패널의 해석 및 적용은 타당하지 않다는 것이다.<sup>34)</sup> 특히 캐나다는 온타리오주 전력시장 체계가 수요와 공급의 원리에 따라 가격을 형성하는 공개된 경쟁시장이 아니고 주정부의

31) WTO, Panel Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector/Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 2012, para. 7.147.

32) *Ibid.*, para. 7.165.

33) *Ibid.*, para. 7.167.

34) WTO, Appellate Body Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector/Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 2013, paras. 2.3-2.9.

보조와 규제를 통해 안정된 전력시장으로서의 기능을 수행하고 있는 것이므로 상업적 재판매가 가능한 경쟁시장 자체가 온타리오주 전력시장에는 사실상 존재하는 않는다고 반박하였다.<sup>35)</sup>

한편 일본과 EU는 정부조달을 내국민대우의 예외로 인정하고 있는 것은 GATT에만 적용되는 것이고 TRIMs협정에는 적용될 수 없다는 점을 강조하면서 패널 판정이 상품의 재판매 목적이 아닌 정부의 사용 또는 구매를 위한 정부조달이 GATT의 내국민대우원칙의 예외뿐만 아니라 TRIMs협정의 예외로까지 확대해석을 하고 있다는 비판을 하였다. 이들 국가에 따르면 FIT프로그램이 GATT 내국민대우의 예외사유인 정부조달로 인정되더라도 이는 TRIMs협정과는 별개의 문제이기 때문에 캐나다는 FIT프로그램내에 국내생산품을 최소기준으로 사용하도록 하는 규정을 철회하여 TRIMs협정에 일치하도록 하여야 한다고 주장하였다.<sup>36)</sup>

이러한 주장에 대해 상소기구는 문제의 조치에 GATT 제3조 8항에서 인정하고 있는 정부조달의 예외가 인정되지 않는다고 보았는데 그 이유는 당해 조치에 정부조달자체가 성립되지 않기 때문이라고 판단하였다. 즉 온타리오 주정부가 조달한 것은 전력인데 국산품사용요건의 적용을 받은 상품은 전력발전 설비이기 때문에 정부조달행위는 원칙적으로 성립되지 않는다는 것이다.<sup>37)</sup> 결국 상소기구는 패널 판정의 결론에 대해서는 동의하면서도 그 논거에 대해 상이한 태도를 보이고 있음을 알 수 있다. 즉 패널은 전력구매행위 자체는 정부조달에 해당하지만 상업적 재판매에 해당하여 정부조달의 예외를 인정하지 않은 반면 상소기구는 문제의 조치가 정부조달 자체에 해당하지 않기 때문에 정부조달의 예외를 인정하지 않은 것이다. 따라서 캐나다의 조치는 처음부터 정당한 예외로서 인정되지 않아 GATT 제3조 4항에 위반한 것이고, 또한 이에 위반한 TRIMs는 TRIMs협정 부속서상의 금지 TRIMs로서 TRIMs협정에도 위반된다. 결국 상소기구는 온타리오주의 조달행위가 상업적 재판매를 위한 것이 아니었음을 항변한 캐나다의 주장에 대해서는 더 이상 검토를 진행하지 않았다.

35) *Ibid.*, para. 5.46.

36) *Ibid.*, para. 5.15.

37) *Ibid.*, para. 5.79.

더 나아가 GATT가 규정하고 있는 정부조달의 예외를 TRIMs협정에 까지 확대 적용하였다는 일본 및 EU의 비판에 대해서도 검토의 기회를 갖지 못하였다. 정부조달의 예외가 GATT상 내국민대우규정에 대해서만 적용될 것인지 아니면 GATT 내국민대우규정과 연계된 TRIMs협정에 대해서도 동시에 적용될 것인지 여부는 구체적 사안에 따라 중요한 쟁점이 될 수 있다는 점에서 일본과 EU의 비판이 검토되지 못하였다는 점은 큰 아쉬움으로 남는다.

#### IV. 캐나다-재생에너지조치의 ISD 관련 소송 결과 분석

##### 1. 소송경과 및 주요 쟁점 개관

미국 텍사스주의 에너지회사인 *Mesa Power*는 온타리오주의 FIT프로그램이 NAFTA 제1102조 내국민대우원칙 및 제1103조 최혜국대우원칙, 1105조 최소기준대우원칙 등을 위반하였다고, 2011년 10월 UNCITRAL에 중재통보(Notice of Arbitration)를 제출하였고,<sup>38)</sup> 미국과 멕시코는 NAFTA 제1128조에 규정된 NAFTA해석과 관련한 비분쟁당사자의 의견제출 권한에 근거하여 의견을 제출하였다.<sup>39)</sup> 2016년 3월 24일 판정이 내려졌다.<sup>40)</sup>

*Mesa Power*는 온타리오주의 조치에 대해 FIT프로그램의 갑작스럽고 차별적인 정책변경으로 온타리오주내의 재생에너지의 생산 및 규제와 관련된 다양한 정부조치들을 자의적이고 불공정하게 적용하였기에 소송을 제기한다고 밝혔다. *Mesa Power*는 온타리오주가 FIT프로그램을 시행함에 있어 자의적이고 불투명한 비밀행정과 국산품사용요건을 적용하여 자신

38) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Notice of Arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, October 4, 2011.

39) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Submission of the United States of America, 26 Jul. 2014.; *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Submission of the Mexico pursuant to NAFTA article 1128, 26 Jul. 2014.

40) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016.



이 피해를 입었다고 주장하면서 FIT프로그램은 NAFTA의 투자챕터상의 내국민대우원칙 및 최혜국대우원칙, 최소기준대우원칙 및 이행요건금지 조항 등을 위반하였다고 주장하였다.<sup>41)</sup>

이에 대해 캐나다 정부는 온타리오주와 온타리오 전력공사(Ontario Power Authority:이하 OPA)가 FIT프로그램에 따른 재생에너지조달에 대한 결정을 함에 있어 비차별적인 방법으로 진행했기 때문에 NAFTA 제11조 투자챕터상 규정들을 위반하지 않았다고 반박하였다. 또한 캐나다 정부는 어떠한 조달프로그램에서도 계약을 성사시키지 못한 기업들이 있을 수 있기 때문에 이것은 NAFTA에 따른 소송의 근거가 되지 않는다고 주장했다. 또한 *Mesa Power*는 동일한 상황에 있는 캐나다 투자자나 비 NAFTA 회원국 투자자들에 비해서 불리한 대우를 받지 않았고 따라서 온타리오주 정부의 조치는 NAFTA 제1102조와 제1103조를 위반하지 않았다고 주장했다. 온타리오주의 모든 조치는 NAFTA 제1105조를 충족시키며, NAFTA 투자챕터가 금지하고 있는 이행요건을 FIT프로그램은 포함하지 않았다고 주장했다. 또한 캐나다정부는 문제의 조치가 정부조달과 관련이 있고, 회원국이나 정부기관에 의한 조달은 NAFTA 제1102조, 제 1103조, 제1106조의 의무를 따를 필요가 없다고 주장하면서 정부조달에 의한 예외규정을 적용할 것을 주장하였다.<sup>42)</sup>

## 2. 주요 법적 쟁점

### (1) 최혜국대우 및 내국민대우규정과 이행요건규정 위반 및 정부 조달의 예외

#### 1) 문제제기

---

41) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Notice of Arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, October 4, 2011, paras 54-68.

42) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Government of Canada, Outline of Potential Issues, July 31, 2012.

NAFTA 제1108(7)(a)조 및 제1108(8)(b)조에 따르면 최혜국대우 및 내국민대우규정과 이행요건 관련 규정은 당사국 또는 국영기업에 의한 조달에 대해서는 적용되지 않는다. 따라서 이 쟁점에서는 우선 온타리오주 정부의 FIT프로그램에 따른 조치가 NAFTA상의 정부조달에 해당하는가에 대한 분석이 이루어지고, 만약에 ‘정부조달’에 해당한다면 *Mesa Power*가 주장하는 최혜국대우 및 내국민대우규정과 이행요건 관련 규정의 예외에 해당되어 더 이상의 분석은 필요하지 않다. 특히 WTO에서의 패널 판정처럼 FIT프로그램에 따른 조치가 정부조달에 해당할 경우 동 규정의 예외적 적용을 받게 되므로 NAFTA에서 ‘정부조달’의 의미를 어디까지 인정하고 있는가가 이 사건의 핵심이 될 것이다. 하지만 정부조달에 해당하지 않는다는 결정이 나면 더 나아가 문제의 조치가 동 규정들에 위반되는지 여부를 각각 분석하게 될 것이다.

## 2) 당사국의 주장

### 가. 정부조달 해당성 여부

온타리오주 정부의 조치가 정부조달을 구성하는가와 관련하여 *Mesa Power*는 제1108조상의 정부조달의 예외는 NAFTA의 중요한 원칙을 훼손하는 것이고, 악용의 우려가 큰 조항이므로 NAFTA에 특수한 해석 요건과 NAFTA의 대상과 목적에 관한 NAFTA 자체의 한정적 해석을 충족하기 위하여 매우 엄격하게 해석되어야 한다고 주장하였다.<sup>43)</sup> 더 나아가 *Mesa Power*는 중재판정부가 UNCITRAL규칙 제1131(1)조와 제33(3)조에 따라, 무역에 적용가능한 도구로서 국제법을 고려해야만 한다고 보았다. GATT 제3조 8항(a) 및 WTO/정부조달협정처럼 국제경제법상 정부조달의 의미를 참작하여야 한다는 것이다. 이러한 논리에 따라 *Mesa Power*는 정부조달은 단순히 소비자들에게 재판매하기 위한 목적의 상품에는 적용되지 않는다고 주장하였다.<sup>44)</sup>

43) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, para. 385.

44) *Ibid.*, para. 389.

반면 캐나다측 주장에 따르면 FIT프로그램은 NAFTA 당사국에 의해 기획되고 국영기업에 의해 시행된 정부조달 작용이다. FIT프로그램은 NAFTA 제1108(7)(a)조와 제1108(8)(b)조상의 정부조달을 구성하거나 혹은 관련되어 있기 때문에 NAFTA 제 1102조, 1103조, 1106(1)(b)조상의 의무는 *Mesa Power*의 투자에는 적용되지 않는다. NAFTA 제1108조는 이행요건이나 차별적인 대우를 부여하는 조치를 통해서라도 당사국이 정부조달을 통하여 정책목표를 달성할 수 있는 권리를 명시적으로 부여하고 있다고 항변하였다.<sup>45)</sup>

더 나아가 캐나다는 NAFTA 제11장(투자챕터)은 정부조달에 대한 개념 정의를 하지 않고 있으나 이 용어는 *ADF v. U.S.*<sup>46)</sup>와 *UPS v. Canada*<sup>47)</sup> 사건에서 이미 중재판정부가 광의의 의미로 넓게 해석한 바 있고, WTO의 캐나다-재생에너지조치사건<sup>48)</sup>에서 패널 및 상소기구도 광의의 개념을 채택하고 있다고 주장하였다. 따라서 NAFTA 제1108조상의 정부조달의 통상적 의미에는 정부가 비용을 최종적으로 지불했는지 혹은 최종재를 소유하고 있는지 여부에 상관없이, 어떤 목적으로 상품 또는 서비스를 임대 또는 구매하거나 임대 혹은 구매와 관련해서 취한 모든 조치들이 포함된다는 것이다.<sup>49)</sup>

캐나다의 주장에 의하면 NAFTA상의 정부조달은 상업적 재판매 목적 여부에 상관없이 정부 또는 정부기관에 의해 구매되는 상품은 모두 정부조달 상품에 포함되는 것으로 넓게 해석될 여지가 있다. 이와 관련하여 WTO 패널은 문제의 조치가 정부조달에는 해당하나 상업적 재판매 목적

45) *Ibid.*, para. 378.

46) *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, award, 9 January 2003, paras. 160-174

47) *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, award on the merits, 24 May 2007, paras. 121-136

48) WTO, Panel Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector/Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program case, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 2012, para. 7.131; Appellate Body Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector/Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program case, WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R, 2013, para. 5.59.

49) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, para. 379.

으로 구매되었기 때문에 정부조달의 예외를 적용받을 수 없다고 보았기 때문에 상기 캐나다의 해석과 WTO의 패널 결정을 이 사건 중재판정부가 그대로 받아들여질 경우 상업적 재판매 목적의 조달인지에 상관없이 정부조달에 따른 예외적 적용을 받을 가능성이 존재하게 된다.

한편 이와 관련하여 미국도 NAFTA 제1128조에 규정된 NAFTA해석과 관련한 비분쟁당사자의 의견제출 권한에 근거하여 의견을 제출하였는데,<sup>50)</sup> 미국은 NAFTA에 정부조달의 개념은 규정되고 있지 않으나 ‘정부조달’이라는 문언의 통상적 의미를 고려할 때 NAFTA 당사국에 의한 어떤 혹은 모든 형태의 조달(any and all forms of procurement)을 포함하는 개념이라고 넓게 해석하였다.<sup>51)</sup> 또한 동일한 규정에 근거하여 의견서를 제출한 멕시코에 따르면 NAFTA 제1108조상 정부조달의 통상적 의미는 광의의 것으로서 제1001.5조에 의해 그 의미를 제한받지 않는다. 제1001.5조에서 규정하고 있는 ‘정부조달’의 개념은 제10장의 적용범위에 한정해서 적용할 수 있는 것으로 제1108조에 적용될 수 없다. 또한 NAFTA 제1108조의 정부조달이라는 용어는 GATT 제3조 8항(a)에서 사용된 용어와 그 표현이 다르다. GATT 제3조 8항(a)상의 정부조달은 “상업적 재판매 또는 상업적 재판매를 위한 재화의 생산에 사용할 목적이 아닌, 정부기관에 의하여 정부의 목적으로 구매되는”이라는 문구로 제한되어 있으나 NAFTA 제1108조의 정부조달에는 그러한 문구가 추가되고 있지 않고 단지 ‘국가 또는 국영기업에 의한 조달’이라고만 표현되고 있다고 지적한다.<sup>52)</sup>

이사건 중재판정부가 WTO 상소기구의 판단처럼 당해 조치에 정부조달 자체가 성립되지 않는다고 본다면 정부조달에 관한 쟁점은 간단히 해결될 것이다. 즉 WTO 상소기구에 따르면 문제의 조치가 GATT 제3조 8항에서 인정하고 있는 정부조달의 예외로서 인정되지 않는 이유는 온타리오주정부가 조달한 것은 전력인데 역내생산품을 최소기준으로 사용하도

---

50) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Submission of the United States of America, 26 Jul. 2014.

51) *Ibid.*, para. 16.

52) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Submission of the Mexico pursuant to NAFTA article 1128, 26 Jul. 2014, paras. 8-10.

록 하는 요건의 적용을 받은 상품은 전력발전설비이기 때문에 캐나다의 주장인 정부조달행위는 원칙적으로 성립되지 않는다는 것이다.<sup>53)</sup>

나. 최혜국대우원칙 위반여부

*Mesa Power*는 온타리오주의 FIT조치가 NAFTA 최혜국대우원칙 위반이라고 주장하였는데 이러한 주장은 한국컨소시엄<sup>54)</sup>과 관련이 있었다. 2010년 1월 21일 온타리오주는 한국컨소시엄과 70억 달러의 투자를 내용으로 하는 녹색에너지투자협정(Green Energy Investment Agreement: 이하 GEIA)를 체결하였다.<sup>55)</sup> *Mesa Power*는 동 계약으로 인해 한국컨소시엄이 온타리오주에서 송전과 관련하여 최초로 권리를 보장받게 되었으며, 그로 인해 온타리오주의 FIT 조치에 참여하고 있는 다른 회사들 보다 재생에너지 발전 및 송전에 훨씬 더 유리하게 접근할 수 있게 되었다고 주장했다. 이는 *Mesa Power*가 ‘동일한 상황’에 있는 한국컨소시엄과 같은 NAFTA 비회원국의 기업들에 비해 불리한 대우를 받는 결과를 초래한 것으로서 NAFTA 제1103조에 명시되어 있는 최혜국대우 규정에 위반된다고 주장하였다.<sup>56)</sup>

이에 대해 캐나다 정부는 온타리오주와 OPA가 FIT프로그램에 따른 재생에너지 조달에 대한 결정을 함에 있어 비차별적인 방법으로 진행했기 때문에 NAFTA 제11조 투자챕터상 규정들을 위반하지 않았다고 반박하

53) WTO, Appellate Body Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 2012, para. 5.79.

54) 한국의 삼성물산·한국전력 컨소시엄을 의미함.

55) 계약의 내용은 5단계에 걸쳐 온타리오주에 2,500MW 풍력 및 태양광 재생에너지 발전 프로젝트를 개발하는 것이다. 제1단계 계획은 2013년 3월 31일까지 400MW 풍력 발전시설과 100MW 태양광 발전시설을 건설하는 것이다. *Mesa Power*는 온타리오주가 1단계 계획을 진행시키기 위해 공기업인 온타리오 전력공사(OPA)로 하여금 2009년 9월 30일 온타리오 전역에 걸쳐 약 500MW 송전 용량 (transmission capacity)을 예 비해 두도록 했다고 주장하였다.

56) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Notice of Arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, october 4. 2011, paras 54-68.

였다. 또한 캐나다 정부는 어떠한 조달프로그램에서도 계약을 성사시키지 못한 기업들이 있을 수 있기 때문에 이것은 NAFTA에 따른 소송의 근거가 되지 않는다고 주장했다. 또한 *Mesa Power*는 동일한 상황에 있는 캐나다 투자자나 비 NAFTA 회원국 투자자들에 비해서 불리한 대우를 받지 않았고 따라서 온타리오주 정부의 조치는 NAFTA 제1102조 최혜국 대우 규정을 위반하지 않았다고 주장했다.<sup>57)</sup>

다. 내국민대우원칙 위반여부

*Mesa Power*는 자신들과 동일한 상황에 있는 *Boulevard Associates Canada*와 같은 캐나다 경쟁기업이 기존에는 Bruce 지역에서 300MW 제한요건 때문에 계약을 체결할 수 없었으나 FIT프로그램의 변경으로 인해 계약을 체결하여 이익을 보았으므로 이는 국내기업들에 비해 자신을 불리하게 대우한 것으로서 NAFTA상 내국민대우원칙에 위반된다고 주장하였다.<sup>58)</sup>

이러한 주장과 관련하여 캐나다정부는 다음과 같이 반박하였다. 우선 온타리오주내 기존의 송전 및 배전시스템에는 한계가 존재하였기 때문에 OPA가 모든 재생에너지 업자들로부터 조달을 받을 수는 없었으며, 이에 따라 OPA는 FIT프로그램 규칙을 도입하였고 동 규칙에 따른 선정기준에 따라 계약 체결 업체가 선정되었다는 것이다.<sup>59)</sup>

57) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Government of Canada, Outline of Potential Issues, July 31, 2012.

58) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Notice of Arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, October 4, 2011, paras 54-58.

59) 이러한 규칙에 따라 지원업체들은 60일간의 FIT프로그램 착수기간을 갖는데, 이 기간 동안 환경허가, 프로젝트에 필요한 주요 발전설비의 통제, 재생에너지 프로젝트를 진행한 사전 경험, 프로젝트건설을 지원할 재정상황 등을 검토한 후에 선정순위가 결정된다. 그리고 착수기간이 지난 후에 지원한 지원자들에 한해서는 지원순서대로 순서가 정해진다. 동 규칙에 따라 *Mesa Power*는 TTD와 Arran 프로젝트를 이 기간에 제출하여 그 지역에서의 우선순위가 각각 91위와 96위였으며, 또한 Summerhill, North Bruce 프로젝트들은 그 기간 이후에 제출되었기 때문에 제출한 순서에 따라 318, 319(두 단계)와 320, 321(두 단계)의 순위를 각각 받게 되었다. 이 네 개 유형의 프로젝트들은 모두 송전용량의 제한을 받는 Bruce 지역에 위치했고 결과적으로 모

이와 관련 온타리오주는 이러한 제한적인 송전용량을 확장하기 위해 Bruce-Milton 간 송전선을 건설했고, FIT프로그램 지원자들과 한국컨소시엄 모두를 포함한 재생에너지 발전업자들에게 새로운 송전선을 할당하였다. 이러한 송전선 할당과정에서 FIT프로그램 지원자들은 일정기간 동안 (2011년 6월 6일-7월 10일) 그들의 프로젝트와 관련한 계통연계지점을 변경할 수 있었다. 이 기간에 TTD프로젝트를 포함한 37개의 FIT프로그램 지원자들이 연계지점을 변경했는데, 이들 중 일부는 그 지역 최고로 선정된 프로젝트들이었다. 이 기간이 끝나고 난 후, FIT프로그램 지원자들은 그들의 우선순위에 따라 선정되었는데, 제안된 프로젝트의 우선순위는 연계지점을 변화시켰는지에 상관없이 결정되었다. OPA가 2011년 7월 4일 발표한 계약 체결대상에는 연계지점 변경기간동안 우선순위가 높은 프로젝트 중 연계 지점을 변경한 지원자들도 포함되어 있었다.<sup>60)</sup>

내국민대우 여부와 관련하여 중요한 쟁점은 비교대상인 투자자 및 투자자의 범위에 관한 것이다. 미국도 이러한 점을 인식하고 이에 대한 의견서를 제출하였다. 미국의 주장에 따르면 NAFTA 제1102조상의 내국민대우규정은 국적을 기초로 한 차별을 금지하는데 그 목적이 있고,<sup>61)</sup> 특히 동 협정 1139조에 따르면 ‘당사국의 투자자’를 “당사국 또는 국영기업, 또는 당사국의 기업 또는 국민”이라고 규정하고 있다는 전제하에 동 규정상 *Mesa Power*와의 비교대상인 투자자는 현지국 즉 캐나다 국적을 가진 기업이어야 한다.<sup>62)</sup> 또한 내국민대우에 대한 판단은 동 규정에 따라

---

두 FIT 계약을 체결하지 못하였다.: *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Government of Canada, Outline of Potential Issues, July 31, 2012, paras. 5-9.

60) *Ibid.*, paras. 10-12.

61) 이러한 NAFTA 내국민대우규정의 취지에 대해서는 NAFTA 당사국들 모두 구체적 사례에서 같은 입장을 피력한 바 있다.: 이하 *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, Submission of the United States of America, NAFTA/UNCITRAL, para. 3 (Apr. 7, 2000); *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, Second Submission of the United States of America, NAFTA/UNCITRAL para. 3 (May 25, 2000); *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, Supplemental Submission of the United Mexican States § A.1, at 2-3 (May 25, 2000); *Methanex v. United States*, Fourth Submission of the Government of Canada Pursuant to NAFTA Article 1128, NAFTA/UNCITRAL, para. 5 (Jan. 30, 2004).

62) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No.

‘동일한 상황’에 있는 내·외국인 투자자들을 비교대상으로 하여야 한다는 점에서 미국은 ‘동일한 상황’은 단순한 사업 또는 경제적 분야 이상의 요소들과 또한 가능한 관련 요소들 가운데 투자자의 행위에 적용되거나 이를 통제할 수 있는 법적, 규제적 제도들에 대한 검토를 필요로 하는 특정한 조사 요소를 의미한다고 주장하였다. 내국민대우 규정상의 비교는 동일한 상황에 있는 내국 기업과 외국 기업들간의 비교가 있을 때 적절한 것이 된다는 것이다.<sup>63)</sup>

라. 이행요건금지의무 위반여부

*Mesa Power*는 온타리오주가 FIT프로그램에 따른 계약체결을 위한 전제로서 국산품사용요건을 적용하였기에 NAFTA 제1106조(1), (3)의 이행요건금지조항에 위반하였다고 주장하였다.<sup>64)</sup> 이행요건 부과금지 규정은 투자자의 투자결정을 왜곡시키는 조치를 투자자에게 부과해서는 안 된다는 취지의 규정이다. 즉, 투자자의 투자결정은 시장조건에 대한 고려에 따라 이루어져야 하며, 이러한 결정을 왜곡시킬 수 있는 현지국 정부의 인위적인 각종 투자관련 조치들은 금지되어야 한다는 것이다.<sup>65)</sup> FTA 등 투자협정에 열거된 이행요건들은 외국 투자 및 투자자에 대한 차별조치로 적용되어지는지와 상관없이 금지되는 조치이다.

3) 중재법원의 판정

앞서 지적하였듯이 NAFTA 제1108(7)(a)조 및 제1108(8)(b)조에 따르면 최혜국대우 및 내국민대우 규정과 이행요건 관련 규정은 당사국 또는 국영기업에 의한 조달에 대해서는 적용되지 않는다. 따라서 중재판정부는

---

2012-17, Submission of the United States of America, 26 Jul. 2014, para. 11.

63) *Ibid.*

64) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Notice of Arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, October 4, 2011, paras 65-68.

65) APEC에서는 1994년 ‘투자원칙’을 통하여 회원국이 무역 및 투자 확대를 왜곡·제한하는 이행요건의 사용을 최소화할 것을 규정하고 있다 : <http://www.apecsec.org.sg>.



우선 온타리오주 정부의 FIT프로그램에 따른 조치가 NAFTA상의 정부조달에 해당하는가에 대한 분석을 먼저 진행하였다.

중재판정부는 FIT프로그램은 국영기업인 OPA를 통해 정부가 취한 조치로서 NAFTA 제1108(7)(a)조상 온타리오주 정부의 조달을 구성한다고 결정하였다. 따라서 온타리오주 정부의 조치는 정부조달에 따른 예외에 해당하므로 NAFTA 제 1102조 및 1103조에 위배되지 않는다고 보았다.<sup>66)</sup>

중재법원의 판정은 소송의 제3자 참여국인 멕시코의 주장을 그대로 수용한 것으로 판단된다. 멕시코에 따르면 NAFTA 제1108조상 정부조달의 통상적 의미는 광의의 것으로서 제1001.5조에 의해 그 의미를 제한받지 않는다. 제1001.5조에서 규정하고 있는 ‘정부조달’의 개념은 제10장의 적용범위에 한정해서 적용할 수 있는 것으로 제1108조에 적용될 수 없다. 또한 NAFTA 제1108조의 정부조달이라는 용어는 GATT 제3조 8항(a)에서 사용된 용어와 그 표현이 다르다. GATT 제3조 8항(a)상의 정부조달은 “상업적 재판매 또는 상업적 재판매를 위한 재화의 생산에 사용할 목적이 아닌, 정부기관에 의하여 정부의 목적으로 구매되는”이라는 문구로 제한되어 있으나 NAFTA 제1108조의 정부조달에는 그러한 문구가 추가되고 있지 않고 단지 ‘국가 또는 국영기업에 의한 조달’이라고만 표현되고 있다고 지적한다.<sup>67)</sup>

또한 이는 캐나다의 주장과 WTO 패널 결정의 일부와 동일한 태도를 취한 것으로서 반대로 해석하자면 WTO 상소기구와는 반대의 판정을 내린 것이라고 할 것이다. 캐나다의 주장에 의하면 NAFTA상의 정부조달은 상업적 재판매 목적 여부에 상관없이 정부 또는 정부기관에 의해 구매되는 상품은 모두 정부조달 상품에 포함되는 것으로 넓게 해석할 것을 주장한 바 있다. 또한 WTO 패널은 문제의 조치가 정부조달에는 해당하나 상업적 재판매 목적으로 구매되었기 때문에 정부조달의 예외를 적용받을

66) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016 para. 465.

67) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Submission of the Mexico pursuant to NAFTA article 1128, 26 Jul. 2014, paras. 8-10.

수 없다고 본 것이기 때문에 FIT프로그램 자체가 적어도 정부조달에는 해당한다는 점을 인정한 것이다. 따라서 캐나다의 해석과 WTO 패널의 결정이 이 사건 중재판정부에서 동일하게 받아들여졌고 상업적 재판매 목적의 조달인지에 상관없이 정부조달에 따른 내국민대우, 최혜국대우, 이행요건금지 규정의 예외적 적용을 받게 된 것이다.

결국 중재판정부는 문제의 조치가 정부조달에 해당한다고 판단하였기 때문에 최혜국대우 및 내국민대우규정과 이행요건금지 규정 위반 여부에 대해서는 더 이상의 분석을 진행하지 않았다.

## (2) 최소기준대우원칙 위반여부

최소기준대우 규정은 WTO체제에서는 명시적으로 존재하지 않는 규정으로서 내국민대우, 최혜국대우, 이행요건 규정과는 별도로 NAFTA에 규정되고 있으므로 최소기준대우 위반여부에 대한 판단은 양 소송당사자에게 매우 중요한 쟁점이 될 수 있다. 이는 앞서 살펴보았듯이 중재판정부가 WTO 패널 결정과 동일한 입장을 취하여 문제의 조치가 정부조달에 해당한다고 판단하였고 내국민대우, 최혜국대우, 이행요건 규정의 적용 예외를 인정받았기 때문이다.

### 1) 당사자의 주장

*Mesa Power*는 온타리오주 정부의 FIT 정책이 불공정하고, 임의적이고 차별적인 방식으로 취해졌기에 NAFTA 제1105조 최소기준대우원칙을 위반했다고 주장하였다. 중재통보에 따르면, *Mesa Power*는 OPA가 사전 통보 없이, FIT프로그램을 갑자기 변경했다고 주장했다.<sup>68)</sup> OPA는 변경된 내용에 따라 Bruce 송전지역에 750MW, West of London 송전지역에 300MW의 FIT프로그램을 할당한다고 지시했으며, 두 지역에서 시행하는 프로젝트들은 그 지역 밖에서 계통연계지점을 변경하거나 선정할 수 있

68) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Notice of Arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, October 4, 2011, paras. 61-64.

으며, 그 지역 밖에 긴 송전선들을 세울 수 있다는 것이다. *Mesa Power*는 온타리오주정부가 FIT프로그램을 통상적인 허가과정에 따라 공정하게 평가하지 않고, 특이하고 일방적인 규칙에 따라 투자자의 권리를 침해하였으며, 이러한 조치들이 어떠한 논의 또는 통보 없이 취해졌다고 주장했다. 또한 OPA가 어떤 방식으로 우선순위를 선정하는지에 대한 과정이 투명하지 않았고 그에 대한 정보를 요청했음에도 불구하고 주 정부는 정당한 정보를 제공하지 않았다고 주장했다.<sup>69)</sup>

한편 NAFTA의 해석권한에 관한 규정에 근거하여 의견서를 제출한 미국은 NAFTA 무역위원회의 제1105조 최소기준대우에 관한 해석<sup>70)</sup>을 인용하면서 최소기준대우는 국제관습법에 따른 대우를 최소한으로 하여 보호하여야 하는 것으로서 공정하고 형평한 대우와 충분한 보호 및 안전에 관한 대우를 함께 포함하는 것이라고 주장하였다. 또한 미국은 동 위원회의 해석은 ‘공정하고 형평한 대우’와 ‘충분한 보호 및 안전’이라는 개념은 그러한 기준이 요구하는 것에 추가적인 또는 이를 초과한 대우를 요구하지 아니하며, 추가적인 실질적 권리를 창설하지 아니한다는 점을 명확히 하고 있다고 강조하였다.<sup>71)</sup> 미국의 주장에 따르면 신의성실의 원칙(principle of good faith)은 NAFTA에 규정된 최소기준대우원칙과 독립적인 요소는 아니며, 동 원칙이 법적 의무의 창설·이행을 지배하는 기본적 원칙들 가운데 하나라는 점은 국제법상 확립되어 있다고 한다. 국가들은 합리적인 공공복리 목적을 달성하기 위하여 그들의 법규를 개정하거나 변경할 수 있다. 따라서 그러한 법규의 변경이 특정 분야에서의 법 규정에 대한 투자자의 합리적 기대를 저 버린다 해도 단지 그러한 변경만으로 국제관습법상의 책임을 저야하는 것은 아니라는 것이다. 다만 그러한 규

69) *Mesa Power*는 이러한 새로운 규칙들로 인하여, Bruce 지역의 *Mesa Power*의 여러 풍력 프로젝트 사업들은 지정된 계통연계지점에서 가능한 송전 용량을 잃었다고 주장했다. Bruce 지역에 750MW 제한으로 인해 2011년 7월 4일 *Mesa Power*는 우선순위 선정의 기회를 잃었고, FIT프로그램 계약을 따낼 수 없었다.: *Ibid.*

70) NAFTA, Notes of Interpretation of Certain Chapter Eleven Provisions, Free Trade Commission ¶ B.1-3 (July 31, 2001) 참조.

71) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Submission of the United States of America, 26 Jul. 2014, paras. 5-7.

제조치가 사법적 정의를 부정하거나, 명백하게 자의적인 조치에 해당하는 경우 최소기준대우에 따른 공정하고 형평한 대우를 위반하는 것이 된다는 점을 강조하고 있다.<sup>72)</sup>

이에 대해 캐나다 정부는 온타리오주와 OPA가 FIT프로그램에 따른 재생에너지 조달에 대한 결정을 함에 있어 비차별적인 방법으로 진행했기 때문에 NAFTA 제11조 투자챕터상 규정들을 위반하지 않았다고 반박하였다. 또한 캐나다 정부는 어떠한 조달프로그램에서도 계약을 성사시키지 못한 기업들이 있을 수 있기 때문에 이것은 NAFTA에 따른 소송의 근거가 되지 않는다고 주장했다. 또한 *Mesa Power*는 동등한 상황에 있는 캐나다 투자자나 비 NAFTA 회원국 투자자들에 비해서 불리한 대우를 받지 않았고 따라서 온타리오주 정부의 조치는 NAFTA 제1105조를 위반하지 않았다고 주장하였다.<sup>73)</sup>

## 2) 중재법원의 판정

중재판정부는 온타리오주의 조치가 최소기준대우에 위반되는지 여부를 판단하기 위하여 OPA에 의한 FIT프로그램의 시행, 녹색에너지투자협정 (Green Energy Investment Agreement: 이하 GEIA),<sup>74)</sup> Bruce지역에서의 전력 할당에 대해 초점을 두고 차례로 검토하였다.

우선 OPA에 의한 FIT프로그램의 시행과 관련하여, 중재판정부는 *Mesa Power*가 주장하는 문제들이 온타리오주가 시행한 정책에 따라 이루어지는 하였지만 그러한 정책의 시행에는 문제가 없었던 것임을 확인하였다. 그리고 *Mesa Power*가 겪은 문제들이 불공정한 특혜와 관련이 있다는 주장에 대해서는 입증이 불충분하다고 판단하였다.

GEIA와 관련하여, *Mesa Power*는 한국컨소시엄에 특혜를 부여하는 GEIA를 체결한 온타리오주의 결정은 최소기준대우 위반이라고 주장하였

---

72) *Ibid.*, paras. 7-8.

73) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Government of Canada, Outline of Potential Issues, July 31, 2012.

74) 2010년 1월 21일에 체결된 온타리오주정부와 한국컨소시엄간 녹색에너지투자협정을 의미함.

으나, 중재판정부는 이러한 주장을 거절하였다.<sup>75)</sup> 중재판정부에 따르면 한국 컨소시엄은 온타리오주에서 전력생산시설을 설립하기 위하여 4개의 파트너들과 제휴협정을 체결하였다. GEIA를 체결한지 11개월 후에 제휴사인 Siemens는 계약서에 따라 컨소시엄의 구성원인 삼성을 지원하기 위하여 온타리오주에 전력 생산시설을 설립할 것이라는 보도자료를 내보냈다. 이러한 상황에서 한국컨소시엄이 온타리오주에 녹색에너지 관련 일자리를 창출하는데 실제로 성공한 사례가 있는 것으로 판단된다는 점에서 동 컨소시엄에 부과된 의무나 결과물이 허구였다는 주장에 대해서 중재판정부는 인정하지 않았다.<sup>76)</sup> 더 나아가 중재판정부는 GEIA 체결에 대한 결정이 온타리오주 정부의 진정한 정책적 결정에 따른 것이었다는 점에서 GEIA의 목적이 실제로 성공했는지 여부는 고려할 사항이 아니라고 보았다.<sup>77)</sup> 따라서 중재판정부는 GEIA에 대한 결정은 최소기준대우 위반이라고 볼 수 없다고 판단하였다. 온타리오주는 한국컨소시엄에 대해 GEIA에 따라 FIT프로그램에서 부여하고 있는 것 이상의 이득을 제공하였다. 그러나 이것은 FIT프로그램에 비교될 수 없는 어떤 프로그램에 따라 이루어 졌던 것이다. 오히려 그러한 이득은 한국컨소시엄에 의해 취해진 특정된, 실제 약속의 대가로 주어진 것이었고, 그 규모나 성질에 비추어 보았을 때 FIT 참여자에 부여된 것들과는 상이한 것으로서 FIT프로그램의 범위를 넘어서는 정책목표를 달성하도록 계획되어진 것이다.<sup>78)</sup> 그리고 한국컨소시엄과 온타리오주간의 비밀 거래 의혹에 대해서도 이 의혹과 관련이 있는 것으로 주장된 골격계약(*framework agreement*)이 있었으나 이는 GEIA 초안을 말하는 것이고 나중에 서명이 되지 않아 폐기된 것이었음이 확인되었다고 보고 의혹을 일축하였다.<sup>79)</sup>

75) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016, para. 552.

76) *Ibid.*, paras. 568-572.

77) *Ibid.*, para. 573.

78) *Ibid.*, para. 574.

79) *Ibid.*, para. 612.; 또한 중재판정부는 ECT가 실행되지 않았던 점에 대해서는 FIT규칙은 “특히 시장 조건이나 다른 상황에 따라 중요한 변화가 필요한 경우 재검토되거나 변경될 수 있음”을 명백히 규정하고 있다. 청구인은 OPA에 FIT지원서를 제출할 때 이러한 규정을 충분히 인지하고 이를 수락하였기 때문에 최소기준대우 위반에 해당될 수 없다

Bruce지역에 대한 송전용량 할당과 관련하여, 중재판정부는 문제의 조치가 취해진 절차적 측면을 면밀히 검토한 후 Bruce 지역에서의 전력 할당 과정은 최소기준대우에 반하는 방식으로 이루어지지 않았고 더구나 그로 인해 지원자들이 특혜를 얻었다는 증거도 없다고 보고 최소기준대우 위반에 해당하지 않는다고 판단하였다.<sup>80)</sup> 이러한 결정은 2011년 6월3일자 Minister's direction에 의해 FIT규칙이 자의적이고, 예기치 않게 변경되었고 이는 사전 통보 없이 제출되어짐으로써 적법절차에 반하는 조치라는 *Mesa Power*의 주장을 거절하는 것이었다. 결국 이러한 분석의 결과 중재판정부는 캐나다의 조치는 최소기준대우 위반에 해당하지 않는다고 판단하였다.<sup>81)</sup>

## V. 양 소송의 차이점 검토

### 1. 절차적 차이점

우선 UNCITRAL에서 다루어진 ISD소송은 소송 주체면에서 WTO에 의한 분쟁해결과 상이하다. 앞서 살펴보았던 것처럼 WTO에서는 피해를 입었다고 주장하는 외국투자자인 *Mesa Power*의 국적국인 미국과 그 외 투자자들의 국적국인 EU 등이 소송주체로서 캐나다를 상대로 소송을 진행하였다. 반면에 ISD소송은 현지국의 위법·부당한 조치로 인하여 피해를 입었다고 주장하는 외국투자자인 *Mesa Power*가 직접 현지국인 캐나다를 상대로 소송을 진행하고 있는 것이다.

두 번째로 양 소송의 차이점은 소송의 결과와 그에 따른 현지국의 조치이다. 즉 문제의 조치를 시행한 캐나다가 WTO DSB에 의한 판정 결과 패소할 경우 이행조치는 우선 WTO협정에 위반된다고 판단된 조치들을

---

고 보았다. 또한 ECT가 시행되어야 함에도 불구하고 실행되지 못했다는 사실만으로는 최소기준대우 위반을 구성한다고 볼 수 없으며, 청구인은 ECT가 실행 지연으로 인해 편파적으로 운영되었다는 입증도 충분히 하지 못하였다고 판단하였다.: *Ibid.*, para. 614-615.

80) *Ibid.*, paras. 616-680.

81) *Ibid.*, para. 682.

WTO협정에 부합되도록 변경·철폐하는 것이다. WTO의 분쟁해결제도는 손해배상을 목적으로 하지 않기 때문이다. 결국 WTO체제하에서 캐나다는 패소판정을 받았으므로 문제의 조치를 WTO에 부합되도록 변경하거나 철폐하여야 한다. 반면에 캐나다가 ISD소송에 패소하면 우선 막대한 손해배상의 책임을 지게 된다. 그러한 의미에서 이 사건 청구인인 *Mesa Power*는 NAFTA의 여러 규정 위반사유로 인하여 775백만 달러의 손해를 입었다고 주장하고 있는 것이다.<sup>82)</sup> 결과적으로 ISD소송에서 중재판정부는 캐나다의 입장을 지지하였으므로 중재판정으로 인한 손해배상은 불필요하다.

이처럼 양 분쟁해결제도가 갖는 제도적 취지와 목적이 다르기 때문에 동일 사안에 대해 법적 판단이 다를 수 있고, 그러한 맥락에서 국제소송이 병행적으로 진행될 수밖에 없는 상황인 발생하는 것이다. 특히 외국인 투자자 입장에서는 자국 정부가 WTO에서 진행하고 있는 소송과는 별도로 ISD분쟁해결제도를 통해 피해에 대한 손해배상을 보전 받으려는 노력을 하는 것이다.

## 2. 주요 쟁점 관련 판정의 차이점

### (1) 정부조달의 성립 여부

우선 판정이 먼저 이루어진 WTO에서, 패널은 캐나다 온타리오주 FIT 프로그램에 따른 주정부의 전력구매행위는 주정부의 구매로서 정부조달에 해당하기는 하나 FIT프로그램상 ‘국산품사용요건’은 온타리오주정부의 전력조달을 관장하는 요건중 하나이며 ‘상업적 재판매를 위한 목적’으로 착수되었기 때문에 캐나다의 조치는 GATT 1994의 제3조 제4항의 적용을 면제받을 수 있는 제3조 8항(a)에 근거한 정부조달이 아니라고 보았다. 다시 말하면 WTO 패널은 문제의 조치가 정부조달에는 해당하나 상업적

82) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Notice of Arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law and the North American Free Trade Agreement, October 4, 2011, paras 65-68.

재판매 목적으로 구매되었기 때문에 정부조달의 예외를 적용받을 수 없다고 본 것이기 때문에 FIT프로그램 자체가 적어도 정부조달에는 해당한다는 점을 인정한 것이다. 그러나 상소기구는 문제의 조치에 GATT 제3조 8항에서 인정하고 있는 정부조달의 예외가 인정되지 않는다는 점을 전제로 한 후 그 이유는 당해 조치에 정부조달 자체가 성립되지 않기 때문이라고 판단하였다. 즉 온타리오 주정부가 조달한 것은 전력인데 국산품사용요건의 적용을 받은 상품이 전력발전 설비이기 때문에 캐나다가 주장하는 정부조달행위는 원칙적으로 성립되지 않는다는 것이다.<sup>83)</sup> 따라서 캐나다의 조치는 처음부터 정당한 예외로서 인정되지 않아 GATT 제3조 4항에 위반한 것이고, 또한 이에 위반한 TRIMs는 TRIMs협정 부속서상의 금지 TRIMs로서 TRIMs협정에도 위반된다는 것이다.

반면 ISD소송에서 UNCITRAL 중재판정부는 FIT프로그램은 국영기업인 OPA를 통해 정부가 취한 조치로서 NAFTA 1108(7)(a)상 온타리오주 정부의 조달을 구성한다고 결정하였다.<sup>84)</sup> 결국 UNCITRAL 중재판정부는 정부조달의 성립 자체는 인정하고 있는 WTO 패널 판정과 동일한 태도를 취하면서 WTO 상소기구와는 상반되는 판정을 하고 있는 것이다.

다만 중재판정부는 WTO 패널과 달리 온타리오주 정부의 조치가 정부조달의 예외에 해당한다는 결론을 도출하고 있는데 그 이유는 NAFTA 제1108조의 정부조달이라는 용어는 GATT 제3조 8항(a)에서 사용된 용어와 그 표현이 다르다는데 초점을 두었기 때문이다. 중재판정부에 따르면 GATT 제3조 8항(a)상의 정부조달은 “상업적 재판매 또는 상업적 재판매를 위한 재화의 생산에 사용할 목적이 아닌, 정부기관에 의하여 정부의 목적으로 구매되는”이라는 문구로 제한되어 있으나 NAFTA 제1108조의 정부조달에는 그러한 문구가 추가되고 있지 않고 단지 ‘국가 또는 국영기업에 의한 조달’이라고만 표현되고 있다는 것이다. 따라서 온타리오주

---

83) WTO, Appellate Body Report on the Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, Canada-Measures Relating to the Feed-In Tariff Program, WT/DS412/R, WT/DS426/R, 2012, para. 5.79.

84) *Mesa Power Group, LLC v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, 24 March 2016 para. 465.



정부의 조치는 상업적 재판매 목적의 조달인지에 상관없이 정부조달의 예외에 해당하므로 NAFTA 제 1102조 및 1103조에 위배되지 않는다고 보았던 것이다.

## (2) 비차별대우 및 이행요건금지규정 위반여부

WTO 패널 및 상소기구는 문제의 조치에 GATT 제3조 8항에서 인정하고 있는 정부조달의 예외가 인정되지 않는다는 점을 전제로 한 후 캐나다의 조치는 처음부터 정당한 예외로서 인정되지 않아 GATT 제3조 4항의 내국민대우 규정에 위반한 것이고, 또한 이에 위반한 TRIMs는 TRIMs협정 부속서상의 금지 TRIMs로서 TRIMs협정에도 위반된다고 보았다. 결국 WTO체제하에서 캐나다의 조치는 내국민대우의무 및 이행요건금지의무에 위반되었다는 판정을 받은 반면, UNCITRAL 중재판정부는 정부조달의 예외를 인정하여 최혜국대우, 내국민대우, 이행요건금지 의무에 위반되지 않는다고 판단하고 있는 것이다. 앞서 지적한 바처럼 이러한 상이한 결론이 도출된 이유는 무엇보다도 정부조달의 성립 여부에 대한 판단이 서로 달랐기 때문이다.

## VI. 결론: 국내적 시사점

‘캐나다-재생에너지 사건’에서 볼 수 있듯이 기후변화에 대응하기 위하여 좀 더 친환경적인 에너지를 사용하고자 하는 재생에너지 보급 확대 정책은 외국인투자자를 보호하기 위한 규정을 담고 있는 국제투자규칙들과 충돌할 가능성이 높다. 2013년 5월 WTO 상소기구는 캐나다의 재생에너지 관련 조치에 대한 최종판정을 내린 바 있고, 2016년 3월 ISD소송을 다룬 UNCITRAL 중재법원에서도 동일 사안에 대해 판정이 도출되었다. 동 사건은 WTO와 ISD 소송절차를 통해 이중의 법적 판단을 받았다는 점에서 매우 의미 있는 사건이지만 다른 한편으로 양 사법기관이 중요한 쟁점인 ‘정부조달의 성립’에 관해 상반된 결정을 하였다는 점에서 관심을 두어야 할 사건이기도 하다. 이러한 WTO와 UNCITRAL 중재법원에 의한

소송의 결과는 각국의 재생에너지 관련 정책을 결정하고 운영하는데 중요한 영향을 미칠 수 있기 때문이다. ‘캐나다-재생에너지 사건’에서 WTO 상소기구는 FIT프로그램을 통해 온타리오 주정부가 조달한 것은 전력인데 반해 제조국이 문제 삼았던 국산품사용요건의 적용을 받은 상품은 전력발전 설비이기 때문에 정부조달행위는 원칙적으로 성립되지 않으며, 결국 GATT 및 TRIMs협정상 내국민대우 규정의 적용예외를 인정할 수 없어 문제의 조치가 내국민대우에 위반되는 것으로 판단하였다. 반면 UNCITRAL 중재판정부는 캐나다 온타리오주의 FIT프로그램에 따른 전력 구매행위는 주정부의 구매에 해당하는 것으로서 정부조달에 해당하고, 최혜국대우 및 내국민대우의 예외적 적용을 받으므로 문제의 조치가 최혜국대우 및 내국민대우 규정의 위반이 아니라고 판단하였다. 결국 WTO 체제에서 캐나다는 문제의 조치가 GATT 및 TRIMs협정상 내국민대우 규정에 반한다는 상소기구 결정에 따라 동 조치를 WTO법에 부합되도록 수정해야 하지만, 반면 UNCITRAL 중재법원의 판정에 따르면 캐나다가 승소하였기 때문에 투자분쟁의 청구인인 *Mesa Power*에 대해서 손해배상을 할 필요는 없다는 점에서 캐나다 정부가 지는 부담은 상당한 정도로 덜었다고 볼 수 있다. 재생에너지 관련 조치가 양 사건에 동시에 연루되었으나, 재판에 적용된 규범이 달랐고, WTO와 NAFTA라는 양 시스템의 운영에 따라 축적된 법리, 그리고 사실관계에 대한 입증의 정도도 다를 수밖에 없었다는 점에서 이러한 상이한 결과가 도출된 것은 놀라운 것이 아닐 수도 있다. 하지만 ‘정부조달’의 해당성 여부와 관련한 상반된 판정으로 인해 환경정책으로서 재생에너지 지원제도를 도입하고 있는 국가들은 혼란을 겪을 수밖에 없는 상황이다.

이 사건을 통해 볼 때 우리 정부도 재생에너지 관련 정책들을 시행하는데 신중한 접근이 필요할 것으로 판단된다. 동 사건에서 온타리오주 정부가 채택했던 재생에너지 지원제도는 우리나라에서도 중앙정부 뿐 아니라 지방정부 차원에서 점차 활성화되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 우리나라의 경우 중앙정부 차원에서는 2001년부터 10년간 실시하였던 FIT프로그램을 재정 부담을 이유로 2011년 말 종료하고 2012년부터는 재

생에너지 의무할당제(Renewable Portfolio Standard: 이하 RPS)로 변경하여 시행하고 있다.<sup>85)</sup> 그러나 최근 들어 FIT프로그램을 부활시켜야 한다는 주장들이 제기되고 있으며,<sup>86)</sup> 지방자치단체 차원에서는 조금 다른 형태의 재생에너지에 대한 지원이 이루어지고 있다. 서울특별시는 중앙정부 차원에서 FIT프로그램이 폐지된 이래 2013년 5월 자체적인 FIT프로그램의 도입을 발표하여 운영 중에 있고<sup>87)</sup>, 경기도는 2014년 1월 FIT프로그램 도입을 발표하였다.<sup>88)</sup>

WTO 패널 및 상소기구의 판정에 비추어 볼 때, 중앙정부가 새롭게 운영하는 RPS를 WTO법에 합치하는 방식으로 운영될 수 있도록 하여 향후 발생 가능한 분쟁에 대비하여야 한다. 또한 우리 지방자치단체들이 운영하고 있는 재생에너지 지원제도의 경우에도 운용과정에서 WTO법과의 합치성이 문제될 가능성이 있으므로 관련 조치의 이행과정을 투명하고 비차별적으로 운영하여 타 회원국으로부터의 WTO 제소 가능성을 최소화하고, 재생에너지 지원정책을 입안하고 운영함에 있어 발생할 수 있는 분쟁에 대비할 수 있도록 사전에 이 문제에 대한 충분한 이해와 검토가 필요할 것으로 판단된다. 특히 ‘캐나다-재생에너지 사건’에서 WTO 상소기구와 UNCITRAL 중재법정이 온타리오주 정부의 조치가 정부조달에 해당하는지 여부에 대해 상반되는 판단을 하였다는 점을 고려할 때 우리나라가 시행하고 있는 FIT프로그램이나 RPS의 운영에 신중을 기하고 WTO나 FTA상의 정부조달 요건을 동시에 충족시켜 최혜국대우나 내국민대우원칙의 적용예외를 인정받을 수 있도록 사전에 대비해야 할 필요가 있다.

85) 산업통상자원부, 신·재생에너지공급의무화(RPS)제도, 에너지관리공단 신·재생에너지센터, 2013.5([http://www.motie.go.kr/motie/py/td/energeitem/bbs/bbsView.do?bbs\\_seq\\_n=209127&bbs\\_cd\\_n=72](http://www.motie.go.kr/motie/py/td/energeitem/bbs/bbsView.do?bbs_seq_n=209127&bbs_cd_n=72), 2016.9.11. 마지막 방문) 참조.

86) 에너지경제, “발전차액지원제도 재도입, 국회에서 재발”, 2015.11.03., 인터넷신문기사 (<http://www.ekn.kr/news/article.html?no=179148>, 2016.9.11. 마지막 방문) 참조.

87) 서울시 보도자료, “서울시, 서울형 발전차액 지원제도 도입 등 태양광 설치 전방위 지원”, 2013.5.8.  
[http://spp.seoul.go.kr/main/news/news\\_report.jsp?search\\_boardId=16086&act=VIEW&boardId=16086](http://spp.seoul.go.kr/main/news/news_report.jsp?search_boardId=16086&act=VIEW&boardId=16086), 2016.9.11. 마지막 방문) 참조.

88) 이투뉴스, “경기도, 소규모 태양광발전에 FIT 도입”, 2014.1.9., 인터넷뉴스 (<http://www.e2news.com/news/articleView.html?idxno=74025>, 2016.9.11. 마지막 방문) 참조.

그러기 위해서는 요건이 더 엄격한 WTO규범에 맞추어 재생에너지 지원 정책이 정부조달에 해당하도록 하되 ‘상업적 재판매 또는 상업적 재판매를 위한 재화의 생산에 사용할 목적’에 해당되지 않도록 운영하여 야 할 것이다.

한편 우리나라의 경우 대부분의 FTA 투자규칙이 NAFTA와 유사한 정부조달의 예외규정을 담고 있다는 점에서 ISD소송 결과에 다소 안도감을 가질 수도 있다. 더욱이 중앙정부차원에서 FIT프로그램을 폐지하고 2012년부터 정부가 재정을 보조하지 않는 RPS제도를 시행하고 있기 때문에 재생에너지 정책과 관련하여 ISD 소송절차에 회부될 가능성이 없다고 판단할 수도 있다. 하지만 UNCITRAL에서 다루어진 ISD소송에서 청구인인 *Mesa Power*가 직접적인 국산품사용요건 및 그에 따른 지원조치 자체에 대해서 뿐만 아니라 FIT프로그램의 변경행위, 또는 온타리오주가 한국컨소시엄을 사업파트너로 선정한 행위, OPA의 FIT 대상자 선정방식 등에 있어서 투명성, 절차적 정당성 등을 문제 삼았다는 점을 고려할 때 우리나라 중앙정부 및 지방정부들이 재생에너지 정책을 시행함에 있어 신중히 접근할 필요성이 있다는 점은 여전히 강조되어야 한다. ISD소송에서 손해배상 청구액이 막대하다는 점에서 재생에너지 지원제도의 운영과 관련하여 ISD소송절차에 회부될 수 있는 가능성에 대해 중앙정부 또는 지방자치단체별로 다각적인 검토가 필요하다.

## 참고문헌

- 법무부, 알기 쉬운 정책유형별 투자분쟁 사례, 법무부, 2010.
- 대한상사중재원, 투자자-국가간 투자분쟁사례로 본 정부정책적 시사점 (정부정책 용역보고서), 대한상사중재원, 2007.1.
- Andreas Kulick, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, 2012.
- August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008
- Jian Zhou, "National Treatment In Foreign Investment Law: A Comparative Study From A Chinese Perspective", *Touro International Law Review* 39, Spring 2000.
- Jorge E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law*, Cambridge University Press, 2012
- Luca Rubini, "What does the recent WTO litigation on renewable energy subsidies tell us about methodology in legal analysis? The good, the bad, and the ugly", EUI Working Papers, RSCAS 2014/05, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2014.
- Michele Potestà, "Mapping Environmental Concerns in International Investment Agreements: How Far Have We Gone?", at *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*(ed. by Tullio Treves, Francesco Seatzu and Seline Trevisanut), Routledge, 2014.
- Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*(second ed.), Oxford University Press, 2012.
- Steve Charnovitz and Carolyn Fischer, "Canada - renewable energy: implications for WTO law on green and not-so-green subsidies", EUI Working Papers, RSCAS 2014/109, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2014.

법제연구 / 제51호

관련사례 검색:

<http://www.italaw.com/search/site/AES%2520v.%2520Hungary>

## <국문초록>

재생에너지 활성화는 기후변화에 대응하기 위하여 많은 국가들이 선택하는 중요한 환경정책 수단이다. 그런 의미에서 재생에너지 지원금제도는 투자자들에게 뿐만 아니라 국제통상관계에도 큰 영향을 미치고 있는 이슈이다. 이와 관련 2013년 5월 WTO 상소기구는 캐나다의 재생에너지 관련 조치에 대한 최종판정을 내렸고, ISD소송을 다룬 UNCITRAL 중재법원에서도 동일 사안에 대해 판정이 도출되었다. 캐나다의 재생에너지조치 사건은 WTO에서는 위법행위로 판단되었기 때문에 캐나다정부는 문제의 조치를 WTO법에 부합되도록 수정해야하지만, UNCITRAL 중재판정에서는 캐나다가 승소하였기 때문에 투자분쟁의 청구인인 Mesa Power에 대해서 손해배상을 할 필요가 없다는 점에서 캐나다 정부가 지는 부담은 상당한 정도로 덜었다고 볼 수 있다. 재생에너지 관련 조치라는 동일한 문제가 양 사건에 연루되었으나, 재판의 준칙 즉 재판에 적용한 규범이 달랐고, WTO와 NAFTA라는 양 시스템의 운영에 따라 축적된 법리도 다를 수밖에 없었다는 점에서 이러한 상이한 결과가 도출된 것은 놀라운 것이 아닐 수도 있다.

이 사건을 통해 우리 정부는 재생에너지 관련 정책들을 시행하는데 신중한 접근이 필요할 것으로 판단된다. 우리나라의 경우 대부분의 FTA 투자규칙은 NAFTA와 유사한 정부조달의 예외규정을 담고 있다는 점에서 ISD소송 결과와 관련해서는 다소 불안함을 덜었다고 볼 수 있다. 하지만 WTO차원에서 내려진 사건 판정을 염두에 두어야 할 수밖에 없는 것이다. 특히 동 사건에서 캐나다 온타리오주정부가 재생에너지 지원제도를 채택한 것은 환경보호를 목적으로 취해진 정책에서 비롯된다. 이러한 환경보호 목적으로 채택되는 재생에너지 지원제도는 우리나라에서도 중앙정부 뿐 아니라 지방정부 차원에서 점차 활성화되고 있다는 점에서 주목할 필요가 있다. 특히 중앙정부가 새롭게 운영하는 RPS가 WTO법에 합치하는 방식으로 운영될 수 있도록 하여 향후 발생 가능한 분쟁에 대비하여야 한다. 또한 우리 지방자치단체들이 운영하고 있는 재생에너지 지원

제도의 경우에도 향후 운용과정에서 WTO법과의 합치성이 문제될 가능성이 있으므로 관련 조치의 이행과정을 투명하고 비차별적으로 운영하여 타 회원국으로부터의 WTO 제소 가능성을 최소화하고, 재생에너지 지원 정책을 입안하고 운영함에 있어 발생할 수 있는 분쟁에 대비할 수 있도록 사전에 이 문제에 대한 충분한 교육이 필요할 것으로 판단된다.

한편 ISD소송으로 인한 손해배상액이 막대하다는 점에서 WTO에서의 피소외에 ISD소송이 병행해서 진행될 가능성도 염두에 두어야 한다. UNCITRAL 에서 다루어진 ISD소송에서 보는 것처럼 Mesa Power가 직접적인 국산품사용요건 및 그에 따른 지원 뿐만 아니라 FIT프로그램의 변경, 온타리오주가 한국컨소시엄과 재생에너지 관련 사업을 위한 계약을 체결하여 사업파트너로 선정한 행위, OPA의 FIT 대상자 선정방식 등 다양한 쟁점을 문제삼았다는 점에서 우리정부가 재생에너지 정책에 시행함에 있어 신중할 필요가 있는 것이다.

**주제어** : 재생에너지, 투자자-국가간분쟁, 세계무역기구, 기준가격지원제도, 캐나다-재생에너지조치사건, Mesa Power V. 캐나다 사건



## Study on the Measures for the Environment Protection in the International Investment Rules

- Focusing on the case of Canada-certain measures relating the  
Renewable Energy -

Kim, In-sook\*

Developing and disseminating renewable energy is critical to address climate change. Renewable energy subsidies are known to have a significant influence not only on producers' investment decisions and consumers' consumption patterns, but also on international trade and global environment; and over the years many countries have confronted one another concerning this issue. Renewable energy policies, especially FIT program, in several countries have been challenged under NAFTA Chapter 11 and WTO investment treaty, TRIMs Agreement. The WTO Panel and Appellate Body held in favour of the complainants over the claims based on TRIMs Agreement. On the other hand, the Arbitral Tribunal in UNCITRAL held that the FIT Program constitutes procurement by the Government of Ontario under Article 1108(7)(a) of the NAFTA. The Program is implemented by the Government through the OPA, which is a state enterprise. Consequently, the acts of the Government of Ontario cannot be challenged under Articles 1102 or 1103 of the NAFTA. WTO's Canada - Renewable Energy case and UNCITRAL's Mesa Power v. Canada case is the positive evidence of such a conflict of interests.

This situation requires a careful examination for obtaining insights about the relationship between renewable energy policy in Korea and investment provisions under WTO, and FTAs which Korea has concluded. In some FTAs cases such as Korea US FTA, there is a possibility of Korea being challenged with an arbitration because of indirect reasons in relation to

---

\* Associate Professor, Kyonggi University, Department of Law.

implementing certain renewable energy policy. Therefore, this paper emphasizes the necessity of guaranteeing transparency and non-discrimination in Korea's policy implementation processes in order to minimize the possibility of being challenged with arbitrations under FTAs and WTO.

**Key Words** : Renewable Energy, FIT program, ISD, WTO/TRIMs Agreement, NAFTA, Mesa Power v. Canada case, Canada-certain measures relating the Renewable Energy case.