

## 美國憲法上 北美自由貿易協定(NAFTA) 紛爭解決節次의 違憲性에 관한 약간의 考察

김기영\*

---

### <국문초록>

---

국제사회가 긴밀화·광역화됨에 따라 WTO 등 세계 통상관리체제의 중요성이 증대되는 한편 지역경제가 블록화되어 가고 있다. WTO체제하에서 각 지역국들은 교역의 확대와 자유화를 위하여 經濟統合을 추진하고 있다. 경제통합방식 중 가장 기본적이고 빈번하게 이용되는 것이 양국간·다자간 자유무역협정이다. 자유무역협정은 통상에 관한 국제조약으로서 양국간 국제법적 차원의 권리와 의무를 규율하게 되고, 條約當事國은 조약상 분쟁해결을 위한 절차에 관하여 조약에 규정하는 경우가 대부분이다. 이러한 분쟁해결절차에 관한 합의조항은 강권적 중앙정부를 결하고 있는 국제사회의 현실에서 일면 불가피하지만, 국내 고유의 司法管轄權 영역에 관한 분쟁까지도 합의하는 경우가 있다.

대표적으로 北美自由貿易協定 제11장과 19장의 분쟁해결관련조항을 들 수 있다. 제11장의 경우 양국간 투자분쟁의 경우 외국투자자와 투자유치국간의 분쟁해결을 국제중재절차에 해결토록 하고 있으며, 제19장에서는 국내 통상처분, 즉 반덤핑관련 국내처분과 보조금관련 상계관세부과처분 등에 관하여 양국에 의하여 구성된 중재판정부에서 “국내법에 근거하여” 그 違法性을 판단토록 하고 있다. 이러한 유형의 분쟁은 조약당사국간 분쟁과 달리 조약당사국과 기업간 분쟁으로서, 전형적인 국제법상의 분쟁이라거나 순수한 사법적 영역의 국제분쟁이라고 할 수 없는 절충적 성격을 갖는다. 당사자라는 차원에서도 그렇지만, 중재판정부가 국제법 아닌 국내법을 해석하고 적용한다는 점에서 국제공법적 분쟁과 구별되며, 당해 심판대상이 국내 행정처분 등 공법적 성격의 국가작용이라는 점에서 일반 국제 民商事仲裁節次와도 차이가 있다. 즉 전형적으로 행정소송 또는 헌법소송 영역의 분쟁으로서 재산권이라는 개인의 헌법적 권리와 밀접하게 관련되어 국내사법관할권 영역에 해당하지만, 당사자간 섭외적 성격으로 인해 조약에서 특별히 분쟁해결제도를 두고 있다. 미국은 연방국가이고, 미국헌법상 제19장은 반덤핑판정 등 연방정부의 국내처분과 사법심사, 제11장은 투자에 관한 조치,

---

\* 조선대학교 법과대학 법학과 부교수법학박사

대표적으로 국가수용 등 주정부의 국내처분과 사법심사와 관련한 헌법적 문제를 배태하고 있다. 즉 자유무역협정상 분쟁을 중재절차를 통하여 해결토록 하는 것은 憲法制定權力 내지 主權, 權力分立의 原則 및 연방대법원의 고유관할권, 적법절차 및 대통령의 공무원임명권, 실체적 심사기준의 자의성과 평등권 내지 심급제도, 외교정책 내지 조약체결에 관한 대통령과 의회권한의 憲法的 限界 등과 연관되어 그 위헌성이 문제되고 있다. 그러한 분쟁해결제도의 법적 효력을 인정하는 견해는 일반적으로 국제법학자들이 취하고 있으며, 현재 통설적 견해라고 할 수 있지만, 그 위헌성을 주장하는 미국 헌법학자들의 입장도 법리적으로 타당한 측면이 있다. 본고는 북미자유무역협정에서 규정하고 있는 두 개의 분쟁해결관련 조항과 관련하여 미국헌법상 위헌성 논의를 검토해 보기로 한다.

---

< 目 次 >

I. 序說: 國際紛爭과 國際 紛爭解決制度 類型	IV. 北美自由貿易協定 (NAFTA) 제11장의 仲裁節次
II. 第3類型的의 國際紛爭과 紛爭解決節次	V. 結語
III. 北美自由貿易協定(NAFTA) 제19장의 兩國패널절차	

I. 序說: 國際紛爭과 國際 紛爭解決制度 類型

국제분쟁은 매우 廣義的인 개념이지만, 이를 법적인 성격의 다름으로 좁혀 보면 당사자 또는 계쟁물 중 어느 하나가 涉外的 성격을 갖는 분쟁이라고 규정해 볼 수 있다. 즉 국내분쟁과 달리 국제분쟁은 외국기업에 자동차를 수출하기 위한 수출계약과 관련한 계약 위반이랄지, 외국에 소재하는 부동산에 관하여 국내기업이 소유권의 존부여부를 다투는 경우와 같이 당사자나 계쟁물이 국내분쟁과는 달리 涉외적 성격을 갖는다. 한편 국제분쟁은 A국과 B국이 조선산업을 둘러싸고 최혜국대우조항을 위반하였다는 이유로 다투거나 하는 통상분쟁, 해양경계선 획정과 관련한 영역분쟁 등 국제법상 분쟁이 있을 수 있다. 전자는 私法的 성격의 국제분쟁이라고 볼 수 있고, 후자는 공법적 성격의 국제분쟁이라고 분류해 볼 수 있으며, 狹義의 의미의 국제분쟁이라 함은 일반적으로 후자를 의미한다. 국제분쟁과 그에 관한 분쟁해결제도를 유형화하여 보면 다음과 같다.

1. 公法的 性格의 국제분쟁해결제도

17세기 이래 베스트팔렌 조약으로 주권국가가 탄생한 이후 발전하기 시작한 “진정한 의미의 국제법”<sup>1)</sup>은 국가간 권리의무관계를 규율하는 것을 그 목적으로 하고, 국제법상의 분쟁은 주선, 조정, 중재 등을 통하여 해결하였다. 이때의 국제법은 “意思主義 국제법”으로서, 국가는 오로지 자신의 의사에 따라 국제사회에서 의무를 부담한다는 주권 혹은 국가중심적 국제법체계였다.<sup>2)</sup> 따라서 국가간 분쟁은 조약에 규정하는 바에 따라 주선, 조정, 중재 등 개별적 성격의 분쟁해결절차를 통하여 해결하는 경우가 대부분이었다. 그러

1) 국제법은 주권국가를 전제로 하는 법이다. 신성로마제국시절 유럽에는 진정한 의미의 주권국가가 존재하지 않았으며, 교황의 지배하에 있었다. 따라서 이때의 법은 진정한 의미의 국제법이 아닌 교회법의 상위 내지 교황의 법만이 법으로서 취급되고 있었다고 보아야 한다.

2) 국제법과 국내법과의 관계에 관하여 이원론적 입장, 혹은 자동집행적 조약(self-executing treaty)과 비자동집행적 조약(non-self executing treaty)을 구별하는 이론에 따르면, 국제법은 국내적으로 큰 제약을 받을 수 있다. 예컨대 미국의 경우 대통령은 헌법상 “법”을 충실히 집행할 책임을 갖는다. 이때 비자동집행적 조약은 “연방헌법에서 말하는 법”이 아니다. 따라서 대통령은 자신의 헌법적·국제적·국내적 책임과 권한을 수행하기 위하여 비자동집행조약문언을 무시하고 연방검찰총장과 협의하여 FBI를 통하여 미국영역 외에서 개인을 조사하고 체포할 수 있는 헌법적 권한을 가지고 있다는 의견이 있다. Authority of Federal Bureau of Investigation to Override the International Law in the Extraterritorial Law Enforcement Activities, 13 Op. Off. Legal Council pp.163, 163-164 (1989).

나 제1, 2차세계대전 후 탄생한 상설국제사법재판소(PCIJ)와 국제사법재판소(ICJ)는 국제사회에서의 국가간 분쟁에 관하여 통일적인 재판기구로서 역할하였거나 역할하고 있다.<sup>3)</sup> 또한 유럽재판소, 해양법재판소, 미주 인권재판소, 유럽인권재판소, 국제형사법재판소에 이르기까지 일정한 다자조약체제에 근거하여 통일적으로 재판권을 행사하는 국제재판기관이 창설되고, 이러한 국제법 체제 내지 국제재판제도의 변화<sup>4)</sup>는 전통국제법상의 분쟁해결제도를 보완하고 있다.<sup>5)</sup>

## 2. 私法的 性格의 국제분쟁해결제도

국제분쟁을 넓게 이해하면, 통상과 관련한 사법적 영역 즉 국제거래 내지 국제계약에 관한 분쟁까지도 포섭할 수 있다. 이러한 사법적 성격의 국제분쟁은 국내거래에서 파생하는 분쟁과 분쟁해결제도라는 측면에서 구별된다. 우리는 이를 國際民事訴訟法的 문제라고 한다. 私法的 性格의 국제분쟁을 섭외사건이라고도 부르며, 그 분쟁의 司法的 해결은 국제사회에 통일적 재판기관이 존재하지 않는 연유로 각국의 국내법원 내지 국제중재기관<sup>6)</sup>에 의하여 해결된다. 어느 법원이 당해 섭외사건에 재판관할권을 행사하는가의 문제를 국제 재판관할권의 문제라고 하며, 이에 관하여 유럽의 경우 로카르노 협약이 체결되어 있으나, 아직 세계적 차원에서 통일협약<sup>7)</sup>이 시행되고 있지는 않다. 따라서 국제재판관할권 분배의 원칙은 條理나 사회통념에 따를 수밖에 없고, 現存의 원칙, 최소관련성의 원칙 등 미국의 州際간 민사재판관할권 원칙이 하나의 참고가 된다. 우리 경우에도 2000년 신 제정된 國際私法에서 국제재판관할권 조항을 둔 바 있고,<sup>8)</sup> 국내민사소송법 관할권 분배원칙과 조리 등에 따라 관할권의 적법성여부를 판단하고 있다. 그러나 국제거래분쟁은 사전에 계약에 정한 바에 따라 또는 계약상 분쟁이 발생한 이후 당사자의 사후 합의에 따라 중재절차를 통하여 해결하게 되는 경우가 대부분인데, 우리는 전자를 仲裁條項이라 하고, 후자를 仲裁付託이라 하며, 양자를 포괄하여 仲裁契約이라 부른다.

- 
- 3) 20세기의 국제법의 발전에 관하여 Ole Spierman, TWENTIETH CENTURY INTERNATIONALISM IN LAW, 18 Eur. J. Int'l L. 785 (2008) 참조.
  - 4) 즉 국제사회의 긴밀화에 따라 UN, EU, MERCOURSUR, NAFTA, ASEAN, WTO 등 많은 다자조약체제가 탄생되고, 그에 부수하는 분쟁해결제도가 만들어지게 된다.
  - 5) 국제분쟁의 당사자는 국가위신이랄지, 국가이익을 위하여 일반적으로 국제재판을 꺼려하는 경향을 갖고 있다. 양자조약상 특별분쟁해결절차가 아닌 경우 다자조약 당사국은 재판관할권조항을 유보하고 가입하는 경우가 많다. 즉 국제분쟁이 발생한 경우 분쟁당사국은 주선, 조정, 중재 등 비공식적이거나 양자의 합의에 바탕한 특별분쟁해결절차를 통하여 이를 해결하려는 경향이 있다. 현재 국제사법재판소 협약의 경우 많은 유엔회원국 상당수가 동 협약에 가입하지 않고 있거나, 자국에 유리한 일정한 유보를 붙이고 가입하고 있다.
  - 6) 중재법원 혹은 중재재판소 등 다양한 용어를 사용한다.
  - 7) 국제민사소송법은 재판관할의 문제를 시작으로 사법공조, 외국판결의 승인집행 등 당연히 국내민사소송법적 문제와 유사한 문제를 다루고 있다. 사법공조나 외국판결의 승인집행 등에 관하여는 통일적 합의도출이 비교적 용이하지만, 재판관할권에 관한 통일협약은 각국의 주권과 복잡한 법체계로 인하여 범세계적 합의를 도출하기가 쉽지 않다. 미국을 중심으로 통일협약이 성안되었으나, 발효에 필요한 비준국수를 확보하지 못하고 있다.
  - 8) 동법 제2조 1, 2항.

## II. 第 3 類型의 國際紛爭과 紛爭解決節次

### 1. 一般론적 考察

위와 같은 국제공법적 분쟁과 국제거래에 관한 사법적 분쟁이 가지고 있는 성격이 混在된 제3유형의 분쟁이 있다. 자유무역협정상 반덤핑 분쟁이나, 투자분쟁이 그러한 예이다. 이러한 분쟁은 분쟁의 당사자가 국제공법과 같이 國家 對 國家 구도이거나, 국제거래에 관한 사법적 분쟁과 같이 사인간의 분쟁도 아니다. 반덤핑 분쟁이나 投資紛爭은 물론 수송, 국유화, 반덤핑판정이나 상계관세 부과 등 국가의 고권적 행위를 문제 삼으며, 그 상대방은 사적 당사자인 독특한 구도를 갖는다. 전술한 바와 같이 국제공법적 분쟁에 있어 양자조약에서 특별한 분쟁해결절차를 두는 것은 국제법적 차원에서 자명한 것으로 인정되고 있다.<sup>9)</sup> 그리고 국제거래에 관한 사법적 분쟁에 관하여는 당사자자치의 원칙에 따라 중재절차에 의한 해결이 보편적으로 이용되고 있다.<sup>10)</sup> 그러나 제3유형의 분쟁이 발생한 경우 그 분쟁해결절차는 特段의 사정이 없는 한 국내사법관할권의 범위에 속하게 된다.<sup>11)</sup> 즉 우리 기업 또는 미 수입상이 미 상무성 판정에 대하여 미 국내통상법원에 제소한다거나, 이론상 외국인의 투자자산이 不法으로 國有化되는 경우 투자유치국 법원에서 그 위헌성을 다투어야 한다.<sup>12)</sup> 그런데 후자의 경우 자유무역협정 등에서 특별한 절차를 두어 그러한 성격의 분쟁을 해결토록 하는 경우가 많다. 북미자유무역협정이 대표적인 예가 된다. 특히 투자분쟁에 관하여는 國際投資紛爭解決센터 (ICSID)가 설치되어 있어 이를 원용한 중재절차가 양자협정에 삽입되는 경우가 많다.

### 2. 논의의 현황

양국패널절차라는 것이 지역적 결속력이 공고한 북미 3국간 조약으로 국제선례상 매우 이례적이어서 이에 관한 위헌성 문제는 미국을 중심으로 논의되고 있을 뿐이며, 국제투자분쟁해결센터를 통한 투자분쟁의 해결은 국제관례화 되어 가고 있어 특별히 위헌성에 관하여 의문을 제기하는 견해는 별로 없다.

제 3유형의 국제분쟁을 관련당사국의 합의에 따라 양국패널절차나 국제투자분쟁해결센터를 통한 중재절차에 따라 해결토록 하는 것을 헌법과 국제법에 따라 일반론적으로 고찰

9) 반면에 제 3유형의 분쟁에 관한 중재절차 등 국제적 차원의 분쟁해결절차는 “전통적인 국제법적 차원”의 접근보다는 “세계정부차원”에서 이해될 수 있다. Gus Van Harten, Martin Loughlin, Symposium: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order INVESTMENT TREATY ARBITRATION AS A SPECIES OF GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW 17 Eur. J. Int'l L. 121 (2006).

10) 국제계약의 당사자는 소송절차보다는 중재절차를 선호하는 경향이 있다.

11) 이러한 성격의 문제는 국제법의 국내법영역에의 침투현상이라고 볼 수 있다. 반면에 국내법의 역외적 적용으로 인하여 국제법적 문제가 발생하기도 한다. Sarah H. Cleveland, NORM INTERNATIONALIZATION AND U.S. ECONOMIC SANCTIONS 26 Yale J. Int'l L. 1 (2001) 48-85.

12) 예컨대 Esin Orucu, Turkey: the Turkish Conseil d'Etat and privatization, public service concession contracts and international arbitration. Esin Orucu. Eur. Pub. L. 2000, 6(3), 345-354. 제3유형의 분쟁해결과 관련하여 어떠한 국내사법기관이 관할권을 행사하는가는 국내헌법상 사법구도에 따라 달라질 것이다. 일반사법체계와 독립하여 헌법재판소제도를 두고 있는 이원적 사법구조 하에서는 수용에 관한 국내법령이 위헌성이 문제되는 경우 헌법재판소가 간여할 수 있을 것이다.

하면 위헌론과 합헌론이 대립된다. 합헌론은 그러한 조약 내지 조약조항들은 헌법상 부여된 대통령과 의회의 권한에 근거하여 당연히 합헌이라고 보는 견해로서, 일반적으로 국제법학자들이 취하고 있다. 섭외적 성격을 가지는 분쟁의 경우 국가가 합의하여 중재 절차 등을 통하여 분쟁을 해결하는 것은 국제법상 선례로서 인정되어 왔다거나,<sup>13)</sup> 대통령이 국가를 대표하여 조약을 체결하고 의회승인절차를 거쳤다면, 국가는 더 이상 그 조약의 효력을 다툴 수 없다는 것이다. 합헌론은 특별히 위헌선언을 한 법원선례가 없고, 비판적 견해를 취하는 학자가 거의 없다는 점에서 현재 통설적 견해<sup>14)</sup>라고 할 수 있지만, 국제법과 국내법은 다른 차원의 문제라는 이원론적 입장 내지 헌법과 국제조약에 관한 법위계론의 입장에서 보면 논리적 모순이 있을 수 있다.<sup>15)</sup>

한편 미국내 합헌론으로 미 행정부와 의회의 입장을 들 수 있다.<sup>16)</sup> 예컨대 레이건 행정부는 패널 결정은 國內 憲法審査와 독립하여 효력을 유지할 것이라는 명령을 발한 바 있고(최소한 명령 발효이후의 사안의 경우에는), 나아가 미 의회는 “양국패널 결정은 위헌 선언이 있는 경우에도 대통령이 그 유효성을 승인할 수 있다”는 법률을 제정한 바 있다. 그러나 양국 패널절차랄지 투자분쟁에 관한 중재절차조항에 대하여는 일부의 견해이긴<sup>17)</sup> 하지만 미국을 중심으로 法理的으로 위헌성이 논의되고 있는데, 본고는 통설적 입장을 떠나 위헌론의 입장에서 북미자유무역협정(NAFTA) 제19장 및 제11장에 관하여 간략히 살펴보고자 한다. 국제사회가 긴밀화 되면서, 행정부와 의회의 권한행사와 관련하여 사법적 통제의 문제가 제기되고 있는 현실에서 제3유형의 국제분쟁해결절차에 대한 비판적 검토는 의미가 있다고 본다. 특히 세계화와 함께 지역화가 가속화되면서, 이러한 성격의 조항을 협정에 두려는 경우 하나의 참고가 되었으면 한다.

- 
- 13) 예컨대 1923년 Tinoco case 등 투자분쟁과 관련하여 중재재판소가 관할권을 행사한 사례가 있으며, 국제투자분쟁해결센터가 설치된 이후로는 최근의 Bechtel v. Bolibia 사건 등을 들 수 있다.
- 14) Kelsen, Anzillotti 등 국내법에 대한 국제법 우위론자들도 이러한 입장에 있다고 볼 수 있다.
- 15) 국제조약에 대하여 위헌사유가 있는 경우 국제조약은 무효가 된다는 무효설, 당사국에게 알려진 명백한 헌법적 하자가 있는 경우에 한하여 무효가 된다는 설, 국제법상 하자 이외에 헌법위반은 국제적 차원에서 국제조약의 무효사유가 되지 않는다는 설 등 세 가지 설이 유력하다. Ian Brownlie, QC, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Clarendon Press: Oxford) 1990, pp.613-616.
- 16) 한편 동 조약의 유효성, 해석, 적용 등에 관한 준 공식적 견해로, 미 법률가협회의 Validity, Construction, and Application of North American Free Trade Agreement and Implementing Statutes and Regulations—Cases and Materials from Canada, Mexico, and the United States 6 A.L.R. Fed. 2d 1 (Originally published in 2005) American Law Reports ALR Federal 2d 참조.
- 17) 동 조약의 위헌성에 관한 몇가지 선례가 있는 바, 다수설적 입장에서 합헌선언이 있었다. 다만 Coalition에서 협정 19장의 양국패널절차가 항소법원의 심판권을 제한하여 위헌성을 갖는다고 보았다. Made in the USA Foundation v. U.S., 242 F.3d 1300, 166 L.R.R.M. (BNA) 2595, 183 A.L.R. Fed. 679 (11th Cir. 2001); American Coalition for Competitive Trade v. Clinton, 128 F.3d 761, 19 Int'l Trade Re. (BNA) 1769 (D.C. Cir. 1997); Coalition for Fair Lumber Imports, Executive Committee v. U.S., 471 F.3d 1329, 28 Int'l Trade Rep. (BNA) 1978 (D.C. Cir. 2006).

### III. 北美自由貿易協定(NAFTA) 제19장 兩國패널절차

#### 1. 成立背景과 問題의 性格

자유무역협정은 원칙적으로 양국 또는 多國間 자유롭게 무역함으로써 무역을 확대하고 당사국의 공동이익과 복지를 증진하는 것을 그 이념으로 한다. 그러나 덤핑행위 혹은 국가의 불법·부당한 補助로 인한 불공정 경쟁행위의 경우 기업간 차별을 상계하기 위한 반덤핑관세나 상계관세 부과제도는 자유무역협정체결 후에도 원리적으로 영향을 받지 않는다고 본다. 물론 자유무역협정상당사국의 합의하에 그러한 제재제도의 완화 내지 부적용을 합의할 수는 있다. 북미자유무역협정의 경우에도 캐나다와 멕시코가 미국 반덤핑법과 보조금법의 경직성을 지적하면서, 협상시 당해 국내법개정을 제안한 바 있다. 또한 캐나다는 미 무역위원회 또는 상무성의 반덤핑 및 보조금 조사절차와 판정, 그리고 그에 대한 사법적 불복절차는 그 엄중성과 국내법원의 자국민보호경향으로 인하여 자유무역협정 당사국간에는 부적절하다고 하면서, 국내 통상행정관청의 판정에 대한 사법적 불복절차를 관장할 공동재판소를 설치하자고 제안한 바 있다. 이러한 캐나다와 멕시코의 압력의 결과 3국의 제안으로 북미 자유무역협정(North American Free Trade Agreement: 이하 NAFTA라고 한다) 제 19장 兩國패널절차가 설치되었다.<sup>18)</sup>

미국은 세계 최대의 輸入國으로서 외국의 경쟁기업으로부터 자국산업을 보호하고, 기업간 공정경쟁을 보장한다는 명분으로 일찍이 반덤핑 및 보조금규제에 관한 통상법을 가지고 있었으며, 國際貿易委員會와 商務省을 중심으로 관련 행정절차와 그에 대한 국내 司法救濟節次를 두고 있다. 반덤핑 및 보조금문제는 通商專門領域으로서, 그 조사나 판정은 엄격한 절차에 따르는 것이 일반적이고, 통상행정관청의 일정한 조치나 판정 등에 관한 불복절차는 行政訴訟으로서의 성격을 갖는다. 그리고 통상관련 행정소송은 그 섭외성과 전문성으로 인하여 미국의 경우 연방지방법원급의 독립된 국제무역법원을 두고 있다. 그리고 그 상급심은 연방항소법원과 연방대법원이 된다.

자유무역협정은 국제조약으로서 관세철폐 등 자유무역체제 구축을 위한 양국간 합의를 담게 되고, 조약에 서명·비준한 당사국은 조약상 일정한 권리와 의무를 부담하게 된다. 國際人權法 등 20세기 중엽이후 일부 국제법 이론의 변화양상이 있으나, 조약 등 국제법상 권리의무의 주체는 원칙적으로 국제법의 능동적 주체인 국가인 것이고, 개인은 국제법상 아무런 지위를 갖지 못한다는 것이 古典的 국제법원칙이다.<sup>19)</sup> 이렇게 보면 북미자유무역협정에서 규정하고 있는 양국패널절차는 異例的이다. 즉 앞서 본 여러 유형의 국제재판제도 중 국제사법재판소나 세계무역기구 분쟁해결절차와 같은 일반적 성격의 분쟁

18) 북미자유무역협정에 관한 논평으로, Robert Napoles, DISPUTE RESOLUTION UNDER CHAPTER 19 OF THE NAFTA: ANTIDUMPING AND COUNTERVAILING BUSINESS AS USUAL, 10 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 459 (1993, Fall) 참조.

19) 이에 어떤 국제법학자는 국제사회에서 개인은 개나 돼지와 같은 짐승이며, 아무런 법적 지위를 갖지 못한다고 극단적으로 표현한 바도 있다. 따라서 국제사회에서 개인의 지위가 문제되는 경우 원칙적으로 외교적 보호권(자국민의 경우) 내지 외교적 비호권(외국인의 경우)을 통하여 간접적으로 자신의 권리를 보장받을 수 있다. 물론 사법적 영역 즉, 국제계약법상 계약당사자의 지위를 갖는다거나 하는 것은 다른 차원의 문제이다. 한편 국가가 사법적 영역에 관하여 국제조약을 체결할 수 있고, 국내법원이 그러한 국제조약의 자기집행적 효력을 인정하여 동 조약을 적용하여 개인의 권리의무관계를 확정하는 경우가 있을 수 있으나, 이러한 경우 국제조약상 권리의무의 주체는 국가라고 보아야 한다. Allen v. Wright, 468 U.S. 737 (1984).

절차라고 할 수 없고, 양자조약 내지 다자조약에 규정된 특별분쟁절차로서의 성격을 가진다. 그렇지만 사법적 영역의 중재절차와 같은 분쟁해결절차라고 할 수 없고, 공법적 영역의 국제재판절차이지만 권리의무의 주체 내지 提訴權者가 국가 아닌 반덤핑관세나 상계관세의 부과대상이 되는 企業이라는 점에서 국내 행정소송절차와 유사하다.

## 2. 公務員任命權條項

엄격한 3권분립체제를 취하고 있는 미 연방헌법은 대통령에게 연방공무원에 대한 임명권을 부여하고 있다. 미 연방헌법에 따르면 대통령은 상원의 조언과 동의를 얻어 대사 및 미국의 대표하는 외교관 및 영사, 연방법관, 기타 미 연방정부 공무원에 대한 임명권을 행사하도록 하고 있다. 다만 연방헌법에서 달리 규정하거나, 하위직 공무원의 경우에는 의회가 적절하다고 판단되는 대로 법률을 통하여 대통령, 법원, 연방행정기관의 장에게 임명권을 부여할 수 있다고 정하고 있다. 그런데 공무원 임명권 조항은 대통령이 임명할 수 있는 공무원의 범위, 3권 분립원칙 등 다른 헌법원칙이나 조항과의 관계, 의회가 법률로 임명권을 정할 수 있는 하위직 공무원의 의미 등 헌법해석상 문제를 가지고 있다. 과거 법원의 특별검사 임명과 관련해서도 행정부 소속 공무원을 법원이 임명하고 해임할 수 있는가(소위 interbranch appointment)를 둘러싸고 동 조항이 문제된 바 있다. 양국 패널은 미국, 캐나다, 멕시코 등 조약당사국과 기업간 반덤핑분쟁이나 보조금분쟁에 관하여 연방법원인 국제무역법원의 법관, 즉 연방법관과 동일한 심판권을 행사한다는 점에서 그 절차에 관한 조약조항이 大統領과 上院의 公務員任命權 條項(Appointment clause)을 침해한다는 주장이 있다.<sup>20)</sup> 전술한 바와 같이 미 연방공무원은 원칙적으로 상원의 동의를 얻어 대통령이 임명하며, 下位職 聯邦公務員은 의회제정 法律을 통하여 대통령 단독, 혹은 법원 또는 각 부서의 장 등 적절하다고 판단되는 部署에 임명권을 부여할 수 있다. 이때에 대통령이 상원의 동의를 얻어 임명하여야 하는 연방공무원은 판례에 의할 때 “연방법에 따라” “重大한 權限을 행사하는 자(exercise of significant authority to the laws of US)”를 의미한다.<sup>21)</sup> 위헌설은 양국패널은 덤핑판정에 대한 사법심사를 행하는 국제무역법원(CIT: Court of International trade) 법관과 동일한 권한을 행사하므로 공무원 임명권 조항 상단문언에 해당하며, 하위직 공무원으로 볼 수 없다고 주장한다. 이러한 견해는 패널로 선임된 자는 판례이론상 중대한 권한을 행사하는 자에 해당하는데, 대통령이 임명하는 것도 아니고, 또한 일부는 外國人이므로 공무원임명권조항에 위배된다는 것이다.

그러나 이러한 주장에 대하여 패널은 미 연방법이 아니라 자유무역협정이라는 국제법에 따라 권한을 행사하는 자라거나, 행사하는 권한이 헌법이 예정하지 않는 國際仲裁的 성격의 것이므로 임명권조항이 적용되지 않는다고거나, 미국 임명의 패널은 임명권조항의 해석상 하위직 공무원에 속하므로, 대통령이 아닌 자나 기구에 의하여 임명될 수 있다는 반대설도 만만치 않다. 반대설에 의하면 법원은 외교통상정책에 있어 대통령의 재량을 존중하여야 하며, NAFTA 제 19장은 의회와 대통령이 협력하여 성안한 것으로 이를 존중하여야 한다고 한다.

20) J. Todd Applegate, CHAPTER 19 OF THE NAFTA: ARE BINATIONAL PANELS CONSTITUTIONAL? 3-SUM NAFTA: L. & Bus. Rev. Am. 129, pp. 139-141.

21) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976) 참조.

美國憲法上 北美自由貿易協定(NAFTA) 紛爭解決節次의 違憲性에 관한 약간의 考察

### 3. 適法節次條項의 문제

양국패널절차는 연방헌법 適法節次條項(due process of law)을 침해한다는 주장이 있다.<sup>22)</sup> 적법절차조항에 따르면 적법절차에 의하지 않고는 누구도 인간의 생명, 자유, 재산권을 침해할 수 없으며, 司法節次 接近에의 권리는 헌법이 보장하는 시민의 기본권이 된다. 미 연방법원은 골드버그사건<sup>23)</sup>에서, 적법절차조항이 문제되는 경우 법원은 (i) 정부의 지시와 통제하에 일정한 처분이 있을 것, (ii) 그로 인하여 생명, 자유, 재산권의 침해가 문제될 것, (iii) 어떠한 절차가 부여되어야 적절하고, 따라서 적법한 절차가 되는가 (iv) 정부가 그러한 절차를 부여하였는가 등 4가지요건을 심리해 보아야 한다고 설시한 바 있다. 첫째 요건에 관하여 보면, NAFTA협정은 패널리스트의 수이 미 통상대표부에 의하여 임명되므로 정부의 지시와 통제하에 있는 일정한 처분이라고 볼 수 있으며, 셋째 및 넷째 요건과 관련하여 反덤핑과 補助金法에 따른 관세처분에 대하여 연방헌법 제3장 사법권의 적용을 배제하고 있으므로, 적법절차조항이 문제된다. 또한 둘째 요건에 있어 자유무역협정은 당사국 市民의 財産權을 규제하고 있다. 덤핑관세나 상계관세부과 등의 문제가 시민의 재산권과 관련있는 것은 물론이고, 비관세장벽 등 해외시장참여에의 기대 역시 일부 재산권적 성격을 가지고 있다. 미 연방대법원은 재산권침해에 관한 적법절차조항의 적용에 있어 (i) 문제된 재산권의 성격과 내용 및 침해정도 (ii) 부여된 절차의 誤謬可能性, (iii) 절차부여에 드는 비용 또는 절차를 통하여 얻는 이익 등 정부의 利害 등을 종합적으로 고려하여야 한다고 한다.<sup>24)</sup> 양국 패널절차의 경우 기업의 교역자유에 심각한 영향을 미치고, 패널절차는 후술하는 바와 같이 실제적 심사기준이 자의적이고 오류의 가능성이 상당히 높다. 또한 헌법이 보장하는 심급절차가 부인되고, 극히 제한적으로 연방대법원에의 비상상고가 허용될 뿐이다. 정부는 자유무역협정을 통하여 무역을 활성화시킬 수 있으나, 구체적 사건에서 기업의 이해관계는 자유무역체제를 통하여 얻는 정부의 이익보다 직접적이고 중대하다. 양국패널은 정치적으로 임명된 패널에 의하여 운용되어, 공정성에 의심이 있을 수 있고, 유독 캐나다와 교역하는 기업에 대하여 헌법이 일반적으로 보장하는 시민의 司法節次接近權을 “差別的으로” 제한하고 있다. 따라서 양국패널절차는 법관의 자격을 가지지 않는 자에 의한 심판절차이며, 심급절차가 제대로 보장되지 않아 침해의 정도에 비례하는 적절한 절차를 부여하였다고 할 수 없거나, 절차에의 접근에 관한 평등한 보장과 관련하여 평등권을 침해한다고 주장한다.<sup>25)</sup>

### 4. 聯邦憲法 제3장 司法權 問題

양국 패널절차에 대한 또 하나의 違憲性 論議는 연방사법권의 장에 근거한다. 미 연방헌법 제3장 연방사법권의 장은 소수의 조항으로 구성되어 있어 얼핏 평이하지만, *Marbury v. Madison* 사건<sup>26)</sup>이래 복잡하고 논란이 많은 조항이다. 연방사법권은 “하나의 大法院”

22) Id. pp. 142-145.

23) *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

24) *Mathews v. Eldrige*, 424 U.S. 319 (1976).

25) 그러나 연방법원은 성, 인종, 연령 등 태생적 본래적 요소에 기초한 차별은 의심스러운 차별로서 다른 요소에 바탕한 차별과 달리 엄격심사를 행하고 있으나, 양국패널은 기업과 경제에 관련된 것으로서 일반 합리성 심사에 의할 것이고, 따라서 법원에서 패널절차의 평등권위반이 문제되는 경우 정부의 판단을 尊重禮讓하는 사법심사기준에 따라 合憲의 가능성이 매우 높다는 반대론이 있다.

과 “의회의 제정법률에 따라 설치되는 下級法院”으로 구성되며, 연방법관은 종신직으로 하고, 재직중 감봉처분을 받지 않는다. 또한 연방사법권은 (i) 聯邦憲法과 聯邦法 (the laws of United States)에 관한 사건, (ii) 연방정부가 당사자인 사건, 주정부간 소송, 다른 주 시민간의 분쟁, 외국정부나 외국시민, 외국정부의 종속국 등이 당사자인 사건 등에 미친다. 연방대법원은 “연방헌법 제 3장은 기본적으로 헌법통치구조상 견제와 균형의 원리의 확보와 연방사법부의 독립성 보장을 그 취지로 하고 있다”고 하면서, 의회는 함부로 연방법원을 창설한달지, 연방사법권에 관한 헌법체계를 무시하는 법률을 제정한다거나 하여 연방사법권을 침해할 수 없다고 하였다. 다만 관례에 따르면, 일부 지역법원, 군사법원, 公權에 관한 법원의 창설은 “立法法院”<sup>27)</sup>으로서, 연방지방법원에 부수하여 엄격한 의미의 사법작용을 행하지 않는 부차적 기구로서의 성격을 갖는다면 예외적으로 위헌이라고 할 수 없다. 연방헌법상 국제조약은 연방법으로서의 지위를 가지므로, 국제법과 국내법의 관계에 관하여 헌법우위론에 따르면, 헌법해석론상 의회가 “법률을 통하여” 헌법 제3장의 법원이 아닌 입법법원을 창설하는 것은 물론이고, 국제조약을 통하여 자의적으로 중재기구 등 국제사법기구에 연방사법권을 위임하는 것은 원칙적으로 권력분립의 원칙에 반한다고 보아야 한다.<sup>28)</sup> 다만 그것이 입법법원의 창설에 관한 법원선례기준을 충족시키는 범위내에서 허용된다고 본다.

헌법에 근거를 두지 않고 의회가 법률의 제정을 통하여 사법권을 행사하는 연방법원 내지 행정위원회, 소위 입법법원 등의 설치가 가능한가가 문제된 사례가 있다. Northern Pipeline사건<sup>29)</sup>에서는 의회법률로 聯邦破產法院을 설치할 수 있는가가 爭點이 되었는데, 동 법원의 법관은 종신직도 아니고, 감봉처분으로부터 보호를 받는 것도 아니어서 헌법이 예정하고 있는, 즉 헌법 제3장의 연방법원으로 볼 수 없으며, 의회는 그러한 법원을 창설할 수 없다고 하였다. 또한 파산법원은 연방파산법이나 州法上 청구권의 문제를 私法的으로 다루고, 연방지방법원과 같이 자신의 판결을 스스로 집행할 수 있으며, 연방지방법원의 상급심으로서의 통제권은 매우 제한적이라는 점 등을 고려할 때에 “사법권을 본래적으로 행사하고 있다고 보아야 하고, 부차적 기구로 볼 수 없다”고 하면서 파산법원의 설립에 관한 의회법률은 위헌이라고 보았다. 그러나 연방 곤충 등에 관한 법률에서 규정하고 있는 後行登錄者의 선행등록자에 대한 보상의무에 관한 협상내지 중재절차를 위한 기구의 설치가 恣意的 연방법원창설인가의 문제에 대하여는, “본래적 사법권을 행사하는 기구가 아니라고 하면서, 副次的 기구로서 예외에 해당한다”고 보았다.<sup>30)</sup> 그후 Schor<sup>31)</sup>에서는 원칙보다는 사안에 따라 비례의 원칙을 적용하여야 한다고 하면서, 연방 의회가 제 1장에서 부여받은 입법권을 효율적으로 행사하고 연방정부의 공공정책을 효율적으로 달성하기 위하여는 유연한 기준이 필요하다고 하였다. 동 사건에서 법원은 법에 따라 설치된 미래상품유통위원회 (Commodity Futures Trading Commission: CFTC)는 “본래의 사법작용”을 부분적으로 행할 뿐이며, 위원회의 판정에 대하여 聯邦法院에의 제소가 가능하므로 합헌적인 입법법원 창설의 한 예로 볼 수 있다고 한다. 또한 헌법상 권력분

26) Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 175-76 (1803).

27) 연방헌법 제3장에 근거하지 않고, 제1장 의회의 장에 근거하여 창설된 법원을 입법법원이라고 부른다.

28) 국내 사법권의 국제기구에의 위임문제에 관하여, 줄고, “버드법에 대한 사법심사의 의의와 시사점”, 「법조」 제 610호, 207-215면 (2007. 7).

29) Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipeline Co.(Minn.) 50 (1982).

30) Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co. 473 U.S. (N.Y.) 568 (1985).

31) Commodity Futures Com'n v. Schor 478 U.S. 833 (1986).

립의 원리를 한 통치기관이 다른 통치기관을 희생하여 이익을 얻어서는 안 된다는 관점에서 이해할 때, CFTC가 다루는 사건은 좁은 범위에 국한되어 연방사법권을 침해한다고 할 수 없다고 보았다.

양국패널절차를 보면, 양국패널은 봉급의 헌법적 보장 및 종신직의 신분보장을 받지 못하는 패널리스트에 의한 절차라는 점에서 의회나 행정부의 정치적 영향력으로부터 자유롭지 못하고, 연방법원의 구성과 관련하여 사법권조항을 침해한다.<sup>32)</sup> 또한 權力分立의 原則 및 司法府의 독립 내지 공정성이라는 관점에서, 대통령과 의회가 사법권을 일방적으로 양국패널에 위임하고 집행을 위한 관련법령을 제정하는 것은 헌법 제3장 사법권능을 현저히 침해한다. 즉 북미자유무역협정은 국제통상사건에 관한 국제무역법원과 연방항소법원, 대법원의 관할권을 배타적으로 박탈함으로써 (물론 캐나다와 멕시코와의 통상사건에 한한다), 헌법에 반하여 연방사법권을 침해하며, 덤핑판정 등 국제통상사건은 Schor의 위원회와 달리 좁은 범위의 부차적 문제가 아니라, 미 무역과 경제에 중대한 영향을 미친다.<sup>33)</sup> 특히 문제는 양국패널결정에 대하여 헌법 제3장에서 보장하고 있는 연방법원 審級節次가 전혀 보장되고 있지 않다는 점이다. Thomas나 Schor에서도 보듯이 연방법원에 의한 심급절차의 보장은 연방위원회 설치 등의 合憲性審査에 있어 가장 중요한 고려요소가 된다.

공정한 사법부에 의하여 심판을 받을 국민의 기본권이라는 관점에서도 양국패널절차는 위헌의 요소가 짙다. Schor에서는 연방법원에 의하여 심판받을 권리를 당사자가 포기한다는 의사가 있는 경우에 한해 CFTC는 심판권을 행사할 수 있음에 반해, 양국패널은 그러한 당사자의 의사를 고려하지 않고 조건없이 패널 심판권에 복종하도록 되어 있다. 또한 패널은 아무런 신분보장도 받지 못한채, 재임명여부가 불확실한 상황에서 공정한 결정을 하지 못할 우려가 크다. 그리고 비상상고절차에 의한 헌법심사는 그 가능성이 거의 없거나 효율적이지 못하다. 특히 關稅處分 등에 대한 司法審査는 보통법국가에 있어 유구한 역사를 갖는 代表的 法問題로서, 연방법원에 의한 재심기회가 보장되지 않는 것은 司法權의 本質을 침해한다는 비판을 면하기 어렵다.

## 5. 實體的 審査基準의 恣意性 問題

NAFTA 제19장은 반덤핑 및 보조금관련 분쟁에 있어 미국 등 회원국 국내법원의 사법심사를 배제하면서, 회원국의 합의에 따라 설치된 複數國 패널에 의한 전속적 사법심사를 인정하고 있다. 동 장의 패널의 심리는 모든 경우에 통일적이어야 함에도, 사안의 성격, 특히 제소권자가 어느 나라 기업인가에 따라 가변적 심사기준이 적용되는 恣意性이 존재한다는 비판이 있다.<sup>34)</sup> 즉 동 장의 사법심사기준은 원칙적으로 미 국내법원의 통상문제에 관한 사법심사기준에 準하도록 되어 있으나, 실제로 제소기업 國籍에 따라 二重의 기준이 적용되어 평등권 침해의 우려가 있다고 본다.

이러한 패널심판의 자의성은 반덤핑법 등 미 국내법기준을 적용하여야 하는 패널절차의

32) 후술하는 바와 같이 대통령이나 의회의 외교통상에 관한 권한행사로서 연방헌법 제 3장이 적용될 수 없다는 입론이 가능하나, 미 연방대법원은 일반적으로 국제조약에 대한 헌법의 우위를 인정하여 왔다. 즉 Reid v. Covert사건에서 “외국과의 어떠한 협정도 의회나 기타 통치기관에 헌법의 통제를 받지 않는 통치권한을 부여하지 못한다”고 실시하고 있다.

33) NAFTA의 경제규모는 6 trillion 달러에 이른다.

34) Applegate, supra note 20, p. 129.

성격을 고려할 때에 자의적 입법으로까지 볼 수 있어 헌법이 보장하는 의회 입법권을 침탈한다고 볼 수 있다. 미국과 캐나다는 반덤핑 분쟁 등에 관하여 국내사법심사절차를 가지고 있으나, NAFTA가 탄생하면서 전술한 바와 같이 모든 부분에서 반덤핑관세와 보조금관세를 철폐하자는 멕시코와 캐나다의 주장이 거부되면서, 반덤핑과 보조금문제에 관한 양국패널기구가 설치된 것이다. 그런데 동 패널은 국내법원보다 더욱 빈번히 통상부서 판정을 취소·변경하고 있으며, 관세부과액을 증가시키는 결정을 내리는 데에는 소극적이다. 지역 자유무역지대에 배타적이고 독립적인 성격의 사법심사기구를 두는 취지는 국내법원은 공정한 분쟁해결을 위하여 부적절하고, 국내 통상부서는 미 국내기업의 절대적 영향력 하에 있다는 것이었지만, 패널 심사기준의 편향적 이중성은 미국을 정치적으로 대표하는 의회의 입법권까지 침해하는 문제를 배태하고 있다.

실체적 심사기준의 자의성 문제는 심급제도를 통하여 보완될 수 있는데, NAFTA의 경우 이도 또한 제한적이다. 양국패널의 결정은 원칙적으로 종국적이며, 다만 결정이 국내법원의 先例에 모순되는 등 아주 예외적인 경우에 非常上告(extraordinary challenge)를 허용하고 있는 바, 양국 법관 등으로 구성된 3인의 위원회가 비상상고에 대하여 심판한다. NAFTA의 경우 1993년 창설이후 현재까지 6건의 비상상고가 있었으나, 양국패널결정이 반복된 예는 한건도 없었다. 비상상고절차는 그 요건이 엄격하고, 당사자 등이 嚴重한 사법절차를 꺼려하는 이유로 현재까지 두건정도의 심사가 있었고, 실체적 심사는 한건도 없었다. 양국 패널결정에 대한 비상상고절차가 활성화되지 않는 또 다른 이유로 당사자의 費用負擔과 行政的·立法的 障礙를 들 수 있다. 즉 사법심사를 구하기 위하여 비상상고를 한 당사자는 패소한 경우 당사자가 지출한 소송비용을 부담하여야 한다. 따라서 비상상고절차는 패널의 자의성을 견제할 최후의 보루가 되지만, 요건 및 절차의 엄중성, 법원의 소극성 및 과중한 비용부담 등의 이유로 당사자들이 비상상고절차를 이용하는 것을 꺼리는 경향이 있다.

#### IV. 北美自由貿易協定 (NAFTA) 제11장의 仲裁節次

##### 1. 主權免除의 原則과 違憲性 論議

이하에서는 NAFTA 제11장 투자협정관련 분쟁해결을 위한 중재절차에 관한 몇 가지 法理的 問題點을 살펴보도록 한다.<sup>35)</sup> 먼저 연방헌법이 부여하고 있는 대통령이나 의회의 統治權의 限界 내지 연방헌법에서 주정부에 부여하고 있는 주권면제의 원칙이 문제될 수 있다.<sup>36)</sup> 투자협정으로 인하여 주정부가 분쟁의 당사자로서 중재절차 등을 포함하여 타국의 재판권에 복종하는가 하는 문제는 복잡한 양상을 갖는다.<sup>37)</sup>

35) Steve Louthan, A BRAVE NEW LOCHNER ERA? THE CONSTITUTIONALITY OF NAFTA CHAPTER 11, 34 Vand. J. Transnat'l L. 1443 (2001) 참조.

36) 한편 국제조약은 연방차원에서 주권의 제약은 수반한다. 우리의 경우에 있어 주권의 제약은 공중보전 또는 환경보존 등 비교적 방어적 성격의 정책영역이 문제될 것이다. 한편 미국의 경우는 국제인권보호를 위한 경제제재 등 보다 적극적 성격의 정책영역과 관련하여 국내정책 내지 관련법과 외국투자자의 이해가 상충할 수 있다. Harvey Oyer, The Extraterritorial Effects of U.S. Unilateral Trade Sanctions and Their Impact on U.S. Obligations under NAFTA, 11 Fla. J. Int'l L. 429, 456 (1997).

37) 또한 실체적으로 양자협정상 당사국간 합의로 채택한 특별분쟁해결절차는 환경보호랄지 국가나 주정부의 정

미국의 경우 수용권(Eminent Domain) 등은 주정부의 고권적 통치작용이고, 주정부는 자신의 통치권행사와 관련하여 外國人을 포함하여 다른 州 市民으로부터 연방법원에 제소되지 않는다.<sup>38)</sup> 즉 국제법상 주권면제의 원칙과 유사하게, 연방 수정헌법 제11조에서는 연방사법절차에서의 州政府의 免責을 규정하고 있다. 그러나 연방의회가 법률이나 조약에 대한 동의권 등 헌법에 부여된 자신의 권한을 행사한다고 하더라도 3권분립원칙상 하나의 통치기관에 불과하므로 그러한 권한행사는 헌법적 한계를 가진다. 따라서 외국인을 포함하여 다른 주 시민으로부터의 제소에 관하여 연방법원 혹은 국제중재법원에 사법관할권을 창설하는 것은 수정헌법 제11조에 정면으로 위반된다. 다만 연방대법원은 州際間通商條項(commerce clause) 혹은 適法節次條項에 따라 判例法을 통하여 주권면제의 예외를 인정하고 있다.<sup>39)</sup> 즉 주제간 통상에 저해를 초래하거나 적법절차에 반하는 주정부의 법률, 명령, 처분 등 통치권행사에 관하여는 연방법원에서 주정부는 주권면책을 주장할 수 없다. 그러한 판례법의 한도내에서 대통령과 의회는 주정부를 외국중재기관의 관할권에 복종시키는 조약을 체결 승인할 수 있다고 본다.

미 연방대법원의 주제간 통상조항에 관한 판례에 따르면, 슈퍼펀드정산책임을 추궁하기 위하여 펜실베이니아 주 정부를 상대로 제기된 Union Gas 사건<sup>40)</sup>에서, 브레난 대법관은 주제간 통상규제를 위하여 필요한 범위내에서 의회가 주정부를 규제할 수 없다면, 헌법에 부여된 의회의 권한은 불완전한 것이 될 수밖에 없다고 하면서, 주정부의 수정헌법 제11조 항변을 배척하였다.<sup>41)</sup> 그러나 이러한 판례이론은 연방정부가 주정부와 교섭을 함에 있어 필요한 주의를 다할 것을 의무화하고 연방정부가 그러한 의무에 위반하는 경우 오히려 주정부가 연방법원에 제소권을 갖는다는 인디언게임규제법 사건<sup>42)</sup> 등 그 후의 대부분의 사건에서 배척되게 된다. 즉 주정부가 향유하는 주권면책특권을 연방의회가 제한하거나 부인하는 법률 등을 제정하는 경우 법원에 의하여 그 合憲性을 인정받는다는 것은 극히 제한적이라고 보아야 한다.

適法節次條項에 근거하여 연방의회가 주정부에 대한 연방법원의 관할권을 창설할 수 있는가의 문제에 관하여 Renquist 대법관은 주정부의 免責과 主權에 관한 조항(state sovereignty)은 하나의 헌법조항에 불과하므로 다른 헌법조항과 규범조화적으로 해석되어야 한다고 보았다.<sup>43)</sup> 특히 적법절차 조항이 헌법구도하에서 차지하는 비중을 고려할

책적 재량을 제한할 수 있다. 중재절차가 “투자자의 보호”를 위한 제도를 넘어 “투자자의 무기”로 사용되는 것은 문제이다. 국내법제에 대한 외국중재기관의 실질적 통제와 주권의 제한문제에 관하여, Ray C. Jones, NAFTA CHAPTER 11 INVESTOR-TO-STATE DISPUTE RESOLUTION: A SHIELD TO BE EMBRACED OR A SWORD TO BE FEARED? 5. 2002 B.Y.U. L. Rev. 527 (2002) 527-528 참조.

38) 연방 수정헌법 제11조.

39) 수정헌법 제11조에서는 주정부를 상대로 연방법원에 제소할 수 없는 자로 “다른 주 시민”을 포함하여 “외국인”까지도 포함하고 있다. 다만 이때의 “연방법원”에 “국제중재기관”이 포함되는가에 관하여는 해석론상 다툼이 있으나, 어쨌거나 전술한 바와 같이 대통령과 의회가 조약을 통하여 국제사법기관에 사법권을 위임하는 것에는 헌법적 한계가 있다고 본다. 한편 주정부 아닌 외국인의 “미 연방정부에 대한 제소”에 대하여는 국내적으로 “국가면제법(State Immunity Act)”이 제정되어 있다.

40) Pennsylvania v. Union Gas Co., 491 U.S. 1, 7 (1989)

41) 이는 미 연방대법원의 헌법해석을 통하여 연방의회의 권한이 동태적으로 발전하고 있으며, 연방구도의 유지에 있어 연방대법원의 역할이 중요하다는 것을 방증한다. 한편 주정부의 연방법원에서의 주권면책을 인정한 최초의 판결은 Louisiana정부를 상대로 제기된 사건이다. Hans v. Louisiana., 134 U.S. 1 (1890).

42) In re Indian Gaming Related Cases, 331 F.3d 1094 C.A.9 (Cal.) 2003.

43) 따라서 시민의 권리침해의 문제에 관하여는 수정헌법 제 11조 주정부의 면책조항은 큰 의미를 갖지 못한다. 다만 권력분립의 원리와 관련하여 수정헌법 제 11조는 렌퀴스트 법원시절 많은 논의가 있었다. Jesse H. Choper, WHO'S AFRAID OF THE ELEVENTH AMENDMENT? THE LIMITED IMPACT OF THE

때에 양 조항이 충돌하는 경우 적법절차에 관한 수정헌법 제14조가 우선한다고 하면서 주권면책 주장을 받아들이지 않았다.<sup>44)</sup> 그러나 적법절차조항에 따라 주권면책을 제한하기 위해서는<sup>45)</sup> 선례상 두가지 요건을 충족하여야 하는 바, (i) 주정부의 행위를 교정하기 위한 연방의회의 법률이 필요최소한도의 수단(less restrictive alternative)을 선택할 것과,<sup>46)</sup> (ii) 주정부에 의한 수용대상이 되는 財産權이 명백하게 定義될 것이 요구된다. 이는 주정부의 “지속적인 不法의 收用慣行”이랄지 당해 수용이 “直接的 性格”의 것일 것을 요구하고 있다.

이러한 엄격한 관례의 태도에 의할 때에 주정부의 주권면책을 제한하거나 부인하는 법률 제정 등 의회의 조치는 대부분 위헌적이게 된다. 즉 헌법이론상 연방의회는 헌법명문에 나타난 聯邦構圖에 반하는 행위를 할 수 없다. 주권면책조항이 주체간 통상조항이나 적법절차 등 다른 헌법조항과 충돌하는 경우 헌법해석상 그 한계가 문제될 것이지만, 통치기관의 하나에 불과한 연방의회나 대통령이 국제중재절차 등에 의하여 헌법에서 정면으로 인정하고 있는 연방구도 또는 주정부의 주권면책을 부인하기 위하여는 보다 엄격한 헌법개정절차가 필요하다고 보는 것이다.<sup>47)</sup>

북미자유무역협정의 경우, 멕시코는 정정불안으로 인하여 불법수용의 관행이 있어 왔으나, 미국이나 캐나다 등은 국가의 수용조치 등이 헌법과 법률이 요구하는 적법절차에 따라야 하며, 수용에 대한 정당한 보상이 요구되고 있다. 그렇다면 연방법원의 관례이론에 따를 때에 미국 대부분의 주가 불법수용의 전례가 있는 것도 아닌 상황에서, 주권면책을 포기하는 것은 의회가 필요최소한 수단을 선택하였다고 보기 어려울 것이다. 또한 협정은 “투자”나 “투자에 관한 당사국의 조치”를 정의함에 있어 包括的이다. 이는 수용의 범위에 관하여 直接的 성격의 것 외에 間接的 性格의 것까지 광범위하게 포함되는 결과를 야기하여 주정부의 주권작용이자 통치권행사에 관한 분쟁을 중재절차에 包括的으로 委任하는 결과를 야기할 우려가 있다. 따라서 헌법이론상 이러한 의회의 조치는 違憲的일 개연성이 크다.<sup>48)</sup> 한편 반대로 주정부는 수정헌법 제11조 주권면책특권을 포기하고 연방법원의 심판절차를 원할 수도 있고, 능동적 당사자가 되어 연방법원에 제소하려 할 수도 있지만<sup>49)</sup> 투자기업이나 개인은 조약상의 선택조항에 따라 이를 면탈할 수 있을 것이다. 이는 연방구도와 관련하여 대통령이나 의회가 헌법에 반하여 연방구도를 자의적으로 변경하는 결과가 되어 헌법에 의하여 권한을 부여받은 통치기관이 헌법을 위반하고, 헌법개정절차를 밟지 않고도 헌법개정과 동일한 효력을 발생시키는 모순이 있다.

COURT'S SOVEREIGN IMMUNITY RULINGS 106 Colum. L. Rev. 213 (2006).

- 44) 수정헌법 제14조는 주정부에 의한 평등권 침해 등 적법절차에 관한 조항인 바, 주공무원 및 주법관 등은 법리상 주정부와 동일시되므로 이들의 차별조치와 직무상 책임도 연방법원에서 추궁될 수 있다. Ellen D. Katz, State Judges, State Officers, and Federal Commands After Seminole Tribe and Printz, 1998 Wis. L. Rev. 1465 (1998).
- 45) 국가의 수용조치는 주권면책과 관련하여 가장 대표적으로 문제된다고 할 수 있다.
- 46) 적법절차의 준수와 필요최소한도의 수단의 선택에 관하여, Struve, The Less Restrictive-Alternative Principle and Economic Due Process, 80 Harv. L. Rev. 78 (1986) 참조.
- 47) 한 대법관은 “연방구도하에서 연방정부는 주정부가 할 수 없는 일을 할 수 없다”라고 까지 하면서 연방구도하에서 주정부의 實體性和 重要性을 강조한 바 있다.
- 48) 북미자유무역협정 제11장의 위헌성이 문제된 사례로, Alan C. Swan, International Decision: Ethyl Corporation v. Canada, Award on Jurisdiction Under NAFTA/UNCITRAL 94 Am. J. Int'l L. 159-165 (2000) 참조.
- 49) 주정부가 당사자가 되는 이러한 유형의 소송은 연방헌법상 國事裁判으로서 연방구도의 유지에 관한 헌법수호자로서의 지위에 있는 “연방대법원의 고유의 관할(original jurisdiction)”에 속하게 된다.

## 2. 헌법상 外交에 관한 權限과 그 한계

앞서 본 NAFTA 제19장 양국패널절차에도 공통되는 문제이지만, 조약의 위헌성과 관련하여 가장 전형적인 법리적 문제는 대통령이나 의회의 조약에 관한 권한이 헌법상 아무런 한계를 갖지 않는 완전한 재량영역에 속하는가 하는 점이다.<sup>50)</sup> 즉 대통령은 조약 체결 및 批准에 관한 憲法上 權限을 부여받고 있으므로, 양자협정을 통하여 중재재판절차에 관하여 합의할 수 있다는 입론이 가능하다. 이는 가장 일반적인 立論이고, 조약체결과 비준은 국가이익을 위하여 국가를 대표하는 대통령이 행하는 高度의 政治的 性格의 행위<sup>51)</sup>이지만, 우리의 경우 헌법 제60조 1항에 따라 국회의 동의를 얻어야 하고, 미국의 경우에는 주정부를 대표하는 2인으로 구성되는 연방상원의 동의를 얻어야 한다. 이는 헌법이 규정하는 대통령의 조약체결비준권에 대한 積極的 牽制라고 할 수 있다. 한편 국제조약에 관한 국가의 관행과 태도는 각국마다 다르고, 國際法과 國內法과의 관계에 관하여 재판소 선례나 학설도 일치하고 있지 않다.<sup>52)</sup> 또한 연방국가에 있어 주정부나, 단일국가에 있어 지방자치단체가 법적 주체가 되어 準條約과 같은 성격의 국제적 합의에 이르는 경우도 있다. 이러한 예들은 대통령의 조약체결비준권에 대한 消極的 次元의 견제라고 할 수 있다.

국가가 조약을 체결함에 있어 어떠한 한계를 갖는가에 관하여 미국의 에드먼드 란돌프는 “시민의 생명과 재산, 그리고 국가의 권리는 어떠한 조약에 의해서도 영향 받아서는 안 된다.”라고 하였으며, 제임스 메디슨도 “국제조약은 국가간 교류에 관한 규율에 불과하고 외부적일 뿐이다”라고 갈파한 바 있다. 또한 제퍼슨은 “大統領과 上院은 國家 自體가 할 수 없는 일을 할 수 없다”고 하였다.<sup>53)</sup> 이는 조약의 체결에 있어 헌법적으로 일정한 한계가 존재한다는 것을 의미한다.

그러나 국제조약에 관한 미국의 초기 판례는 국제조약에 반하는 주법은 효력이 없으며, 헌법상 권력분립의 원칙도 외교나 국제조약의 체결에 관한 대통령의 高權的 行爲에는 적용되지 않는다고 하면서,<sup>54)</sup> 조약체결에 관하여 소위 政治的 問題의 원칙 내지 統治行爲論的 입장에서 입법부나 행정부의 광범위한 재량을 인정하는 경향을 보였다.<sup>55)</sup> 미주리

50) 졸고, 국제화세계화로 인하여 외교전문공무원의 전횡과 국내적 차원의 사법적 통제에 관하여, “이상과 현실, 그리고 개혁: 국제사회의 변화와 세계적 차원의 민주주의와 법치주의”, 「법조」 제599호, 102-106면 (2006. 8).

51) 외교영역외에 의회와 대통령의 전쟁수행에 관한 합헌성문제에 관하여, Ely, J., *The American War in Indochina, Part II: The Constitutionality of the War They Didn't Tell US About*, 42 *Stan. L. Rev.* 1093 (1990) 참조.

52) 연방국가에서 조약체결권에 관하여 Curtis A. Bradley, *The Treaty Power and American Federalism*, 97 *Mich. L. Rev.* 390 (1998) 참조.

53) 비슷한 취지에서 한국동란과 관련한 미 대통령의 긴급조치에 관하여, 미 연방대법원은 대통령의 전쟁수행에 관한 권한은 헌법과 권력분립의 원리에 의하여 제한받는다고 하였다. 즉 법원은 대통령은 헌법상 “軍의 最高司令官”일 뿐 “國家의 最高司令官”으로서, 産業과 國民을 그의 “全權적 統制” 下에 둘 수 없다고 하였다. 이는 조약에 의한 연방사법권의 國際機構에의 委任 문제와 유사한 헌법상 구조를 가지고 있다. *Youngstown Sheet & Tube co. v. Sawyer (The Steel Seizure Case)* 343 U.S. 579 (1952).

54) C.H. McLaughlin, *The Scope of the Treaty Power in the United States*, 42 *Minn L.Rev.* 709-748 (1958).

55) 예컨대 러시아의 뉴욕주 소재 재산에 관하여 미국과 소련간에 당해 재산의 청구권을 인정하는 합의가 있었으나, 미국정부의 이러한 합의의 효력을 뉴욕주는 인정하지 않았다. 그것은 당해 재산에 대한 미국시민의 채권적 권리라는 이해관계가 있었고, 결과적으로 그 합의는 미국정부의 수용이라는 실제적 결과를 야기하게 되었기 때문이다. 그러나 법원은 국제조약 및 연방법의 최고성 조항에 따라 미국정부가 당사자인 당해 조약의 주법에 대한 우위를 인정하였다. *United States v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942): 또한 볼리비아와 파라과이에 대한 무기수출의 규제에 관하여 대통령에게 포괄적 권한을 위임한 의회의 조치가 권력분립의 원칙에 반하지

주정부와 홀란드간 사건에서는 국제조약의 효력을 둘러싸고 “美國의 主權”과 “주정부의 주권”이 충돌하였는 바, 동 사안에서 홈즈 대법관은 “연방의회는 주정부의 협력없이 할 수 없는 일은 할 수 없다”라는 변호인의 주장을 배척하면서 헌법상 조약체결의 문제는 주체간 통상조항의 문제보다 고권적이고 광범위한 재량이 허용되는 정치적 행위라고 보았다. 다만 대통령과 의회의 협력하에 가능한 조약체결비준·승인 등의 절차는 헌법상 명문규정에 반해서는 안 될 뿐 아니라, “보이지 않는 헌법적 제한 (invisible radiations of constitution)”에 의해서 제한받는다고 실시하였다.<sup>56)</sup> 조약에 대한 이러한 제한은 라이드 (Reid)사건<sup>57)</sup>에서 확인되는데, 법원은 “대통령과 의회는 헌법상 陪審制랄지 신속하고 공정한 재판을 받을 권리 등 국민의 기본권을 조약을 통하여 제약할 수 없다”고 판시하였다. 또한 헨킨 같은 이는 “보이지 않는 헌법적 제한”으로 인하여 국제조약을 통하여 대통령의 군통수권, 의회의 선전포고권, 법원의 사법권 등 연방정부의 헌법적 권한을 증대, 제약, 재분배하거나, 國際機構를 포함한 다른 기구에 委任하는 것은 違憲이 된다고 보았다.<sup>58)</sup>

이러한 법원의 선례와 학설에 의하면, 전형적 국내 헌법소송으로서의 성격을 갖는 투자 분쟁의 해결을 외국중재기관에 위임하는 것은 위헌의 소지가 있다. 구별하여야 할 선례로 이란청구권 특별재판소의 설치에 관한 카터 행정부의 조치를 들 수 있다. 이란정부에 대한 국내채권자들의 청구에 관하여 헌법상 재판을 받을 권리를 제한하고, 양국합의와 의회의 수권을 받아 대통령이 特別 國際仲裁裁判所에 배타적 관할권을 창설한 것이다. 미국의 경우 국내 시민의 외국정부에 대한 청구를 관할하기 위한 例外法院 내지 국제중재재판소의 설치는 일반적으로 연방정부의 권한으로 이해되어 왔고, 동 사안도 그러한 입장에서 이해될 수 있다. 그러나 동 사안은 국내투자자의 외국정부에 대한 청구로서 외국투자자의 국내정부 혹은 주정부에 대한 청구사안과는 다르다. 또한 법원의 判智를 보면 예외법원의 설치가 광범위하게 인정된다는 취지는 아니다. 즉 관련된 국제분쟁이 개별적이고 급박하며, 정치외교적으로 민감하고 중요하여 국내법원보다는 특별중재재판소가 보다 적절한 경우에 제한적으로 가능하다는 취지에 불과하다. 이란 혁명으로 인하여 피해를 입은 수많은 청구권자가 난무하는 상황에서 그러한 청구를 특별국제중재재판소절차에 따라 해결토록 하는 것과, 자유무역협정을 체결하면서 미리 주권면책의 특권을 스스로 포기하고, 일반적으로 투자문제전반에 관하여 그 해결을 중재재판소에 일임하는 것은 성격이 다르다고 보아야 한다.

### 3. 議會의 司法關聯 立法權과 違憲性

투자협정과 관련해서도 앞서본 NAFTA 제19장과 같이 헌법상 제3장의 법원(소위 Article III Courts)외에 각종의 행정위원회 등 재판적 성격의 기능을 행하는 특수재판기구, 즉 입법법원을 의회가 하위법인 법률로 설립할 수 있는가가 문제된다.<sup>59)</sup> 미국의 경우

않는다고 하였다. 당해 사안에서 서더랜드 대법관은 “독립이래 조약체결에 관하여는 미국연합 내지 합중국 정부가 주권단위가 된 것이다”라고 판시한 바 있다. *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

56) *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

57) *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 18 (1957).

58) 일반적으로 Louis Henkin, *Foreign Affairs and the United States Constitution* (2d ed. 1996) 참조.

59) Steve Louthan, *supra* note 35, pp.1471-1478.

입법법원은 행정국가·급부국가화의 진전으로 연금수급권쟁송, 노동쟁송 등 공법적 성격의 청구에 관하여 제한적으로 인정되기 시작하였다. 그와 달리 분쟁이 개인을 당사자로 하는 소송으로서 1789년 이래 인정되어 온 普通法上の請求로서의 성격을 갖는다면, 이는 국가에 의한 私權의 침해 내지 국가영역(public sector)과 사적 영역(private sector)의 준별 문제로서 “헌법상 근거를 갖는 법원” 아닌 “특수재판기구에 의한 재판절차의 창설”은 위헌으로 보아왔다. 투자협정과 관련된 당사자의 권리는 契約에 바탕한 私權으로서의 본질을 갖고, 미합중국 성립이래 契約法的 영역, 私的 領域은 원칙적으로 국가가 침해할 수 없는 영역으로 神聖視되어 왔다. 또한 투자협정은 단순히 투자의 獎勵를 위한 조치이지, 연금수급권과 같은 精緻한 행정법적 규율체계에 바탕한다거나 거기에서 파생하는 公權이 아니다.<sup>60)</sup> 따라서 연방법원에 부여한 심판권을 박탈하거나 본질적으로 제한하는 입법법원을 설치한다거나 분쟁의 해결을 국제중재기관에 위임하는 것은 헌법에 반하는 것이다.

또한 미 연방헌법은 “헌법상 주정부가 당사자인 소송은 연방법원이 고유한 관할권(original jurisdiction)을 행사한다”고 하고 있으므로,<sup>61)</sup> 주정부나 이와 법적으로 동일시되는 公法人 등은 동 조항에 따라 개인의 裁判請求權 유사한 헌법상 권리를 갖는다. 따라서 헨킨이 지적한 바와 같이 투자협정에 중재절차를 두는 경우 헌법명문에 반하거나 보이지 않는 헌법적 제한을 위반하는 문제가 발생할 수 있다. 북미자유무역협정의 경우 중재의 대상이 되는 투자유치국 주정부 내지 국가의 “문제되는 조치”라는 것은 일반적 포괄적 성격의 것이고, 당해 조약에서 특정적으로 규율하고 있지 않다. 또한 분쟁의 성격은 적법절차조항 내지 헌법상 재산권조항과 같이 憲法的인 것이고, 행정법적 규율체계하의 분쟁이 아니며, 自由資本主義의 試金石이 되는 재산권문제와 관련이 있다. 관련분쟁은 투자자 개인 내지 기업의 私權 문제로서, 국제법적으로 중요한 의미를 갖는 “國籍”이라는 것이 투자분쟁에서는 중요한 의미를 갖지 않는다. 북미자유무역협정에서는 동의요건을 두어 국내청구와 국제청구간 선택권을 부여하고 있으나, 전술한 바와 같이 주정부가 당사자인 소송에 관하여 헌법상 부여된 연방법원의 고유관할권을 침탈하는 문제는 헨킨이 갈파한 대로 여전히 남아 있다고 보아야 한다. 미국을 포함한 대부분의 국가에서 헌법제정권력이나 개정권력은 의회나 대통령의 일반 통치권보다 상위의 권력이다. 따라서 이미 헌법제정이나 개정을 통하여 헌법제정권력 또는 헌법개정권력의 의사가 헌법에 명문화되었다면, 그러한 명문조항에 반하여 일반통치권을 행사하는 통치기관이 일반통치권을 자의로 처분할 수 없다. 국제중재와 국내재판절차 중 당사자가 선택할 수 있도록 선택조항을 조약에 규정하였다 하더라도, 그것이 전속적·배타적 사법관할권 등을 규정하고 있는 헌법명문에 반한다면, 삼권분립체제하에서 대통령과 의회가 “憲法 制·改正權力의 意思 對一 私人의 意思”를 等價의 것으로 치환시키는 위헌적 성격을 갖는다. 법리적으로 “주정부를 당사자로 하는 소송은 연방대법원의 고유의 관할권”에 속한다는 헌법조항은 국가통치구조와 관련한 헌법제정권력자의 의사이고, 그것은 憲法的 次元의 문제로서 선택조항과 상관없이 대통령이나 의회가 任意로 처분할 수 있는 성격의 것이 아니다.<sup>62)</sup>

60) 물론 미국에서도 뉴딜입법 등 1930년이래 公私法 융화현상, 국가의 사적 영역에의 규제필요성 등이 인정되어 왔지만, 투자로 인한 이해관계와 권리는 私權의 본질을 갖는다.

61) 연방헌법 제3장 연방대법원의 장에서 규정하고 있다.

62) 우리는 단일국가이므로 미국헌법체제와는 다른 점이 많이 있다. 그러나 우리 헌법도 경성헌법으로서의 성격을 가지고 있고, 권력분립의 원칙의 바탕위에 있으므로, 이러한 문제가 발생할 수 있다. 우리 헌법은 “국회는 상호원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약...주권의 제약에 관한 조약, 입법사항에

## V. 結語

양자협정에서 중재절차 등 특별한 분쟁해결절차를 양국간 합의하는 것은 국제법상 매우 관례적인 것이고, 당해 조약상 분쟁의 해결을 위하여 필요할 수도 있다. 국제사회는 국제사법재판소가 존재하지만, 그 재판관할권은 국내법원과 달리 궁극적으로 당사국간의 합의에 기초하고 있으며, 그 밖에 분쟁에 관하여 일원적이고 통일적인 재판기관이 존재하지 않는다. 따라서 경제에 관한 다자조약체제인 WTO가 조약체제의 유지를 위하여 체제내 분쟁해결기구를 두고 있는 것은 물론이고, 양자협정에서 필요한 분쟁해결기구를 두는 것은 어찌 보면 당연하다. 그러나 법적 분쟁의 성격이 國家對 國家간의 고유한 國際法的 문제이거나 국제거래에서 파생하는 순수한 私法的 성격의 것이 아닌 통상행정상의 조치에 대한 기업과 국가간의 분쟁, 투자협정과 관련한 기업과 국가간의 분쟁으로서 그 성격이 모호하고, 일방당사자가 외국기업이랄지 섭외적 성격을 가지고 있을 뿐 일반적으로 통상처분 또는 국가수용에 대한 行政訴訟이나 憲法訴訟으로서의 성격을 가지는 분쟁의 경우에는 검토가 필요하다. 본고는 북미자유무역협정 제11장과 19장에 관하여 위헌론의 입장에서 문제되는 점을 살펴보았다.

仲裁節次가 비용의 저렴, 간이한 절차 등 분쟁해결에 있어 장점도 있으나, 연방헌법상 심급절차의 보장이랄지 연방사법관할권 조항에 반하는 점이 있다고 본다. 양국중재절차나 투자분쟁해결센터에 의한 해결은 대통령이나 의회의 국제사법기관에의 사법권 위임의 문제를 가지고 있는 바, 입법법원 내지 예외법원의 설치 등에 관한 법원 선례에 비추어 연방헌법에서 명문으로 규정하고 있는 고유의 관할권을 침해한다거나 본래의 사법기능을 위임하는 것은 조약체결비준·승인에 있어 헌법적 제한을 위반하는 것으로 보아야 한다. 더욱이 대법원 등에서의 상고가 불가능하거나 극히 제한된다면 헌법이 보장하는 심급절차 또는 연방법원의 항소관할권조항(appellate jurisdiction), 혹은 적법절차에 위반되거나, 본고에서는 자세한 논의를 하지 않았지만 그것이 캐나다와 멕시코와 교역하는 기업에 대하여 차별적으로 적용됨으로써 평등권침해의 소지가 있다고 본다. 또한 연방헌법상 공무원 임명권조항 및 적법절차 조항 등에 관한 위헌논의도 만만치 않다. 중재판정부 구성에 있어 일국에 유리한 경우, 즉 3인의 중재인 중 2인이 일방당사국 중재인인 경우 국내법원의 경우보다 관련 처분 등이 취소되거나 무효로 선언되는 경우가 훨씬 많음으로써, 實體的 公正性이 문제되는 경우가 있다. 중재판정부는 국제중재의 성격을 가지면서도, 조약 또는 중재규칙 상 통상 또는 수용관련 國內法을 등을 해석하고, 이를 사안에 적용하게 되는 바, 법관의 자격이 없는 자에 의한 자의적 국내법적용은 그것이 입법과 동일한 효력을 발생시킨다는 점에서 헌법이 보장하는 입법권 침해의 문제도 배태하고 있다고 본다.

미국의 경우 투자협정에 있어 대통령이나 의회가 헌법상 규정된 주정부의 주권면책 특권

---

관한 조약의 체결 비준에 대한 동의권을 가진다(제60조)"라고 규정하고 있다. 그리고 국민투표에 관한 조항에서는 "...국가의 중요정책에 관하여 부의할 수 있다"라고 규정하고 있다. 과거헌법에서는 주권의 제약에 관하여는 국민투표에 불이도록 규정하고 있었다. 국회의 동의에 따라 체결 가능한 주권계약에 관한 조약이라는 것은 헌법명문상 또는 헌법원리에 따른 한계를 가지므로, 위헌법률심사제, 권한쟁의심판 등 헌법상 司法權附與 관련 조항을 침해할 수 없다고 보아야 한다. 한편 헌법개정과 等價의 가치를 갖는 국민투표방식에 따라 그러한 제약이 가능한가는 별개의 문제라고 하겠다.

을 조약에 의하여 처분할 수 있는가가 문제된다. 헌법상 외교영역은 정치적 문제로 취급되어 왔으나, 최근의 이론 및 선례는 조약체결과 같은 행위에 대하여 憲法的 限界를 인정하는 것이 다수설이고, 기존 선례에 의하면 대통령이나 의회가 연방구도에 반하여 주정부를 외국중재기관의 중재관할권에 일반적으로 복종토록 하는 것은 위헌의 가능성이 크다. 그리고 투자협정상 발생하는 당사자의 권리는 재산권, 즉 私權으로서의 본질을 가지며, 국가와 개인간 재산권의 보장이라는 헌법적 차원의 문제를 가지고 있다. 따라서 그에 관한 분쟁을 헌법구도에 반하여 外國仲裁機關에 위임하는 것은 權力分立의 原則에 위반될 수 있고, 연방헌법상 연방대법원의 주정부에 대한 고유관할권 조항 침해문제를 가지고 있다.

본고의 논의는 미국 연방헌법상 발생하는 독특한 문제로서의 성격도 갖지만, 국제조약과 권력분립의 원칙, 사법권의 범위와 한계, 적법절차, 대통령의 공무원 임명권 등 우리나라와 같은 단일국가 헌법에서도 참고가 될 수 있다고 본다. 이에 국제적 차원에서 관행적으로 체결되는 자유무역협정에 대한 위헌성의 문제를 제기해 보면서, 향후 보다 체계적인 후속연구를 기대하는 것이다.

주제어 : 북미자유무역협정, 미 연방헌법, 공무원임명권, 국제조약, 위헌성, 주정부의 주권, 양국패널절차, 투자분쟁해결절차

(논문투고일: 2009.2.20 논문심사일: 2009.3.9 게재확정일: 2009.3.17)

## 참고문헌

### 1. 외국문헌

- Alan C. Swan, International Decision: Ethyl Corporation v. Canada, Award on Jurisdiction Under NAFTA/UNCITRAL 94 Am. J. Int'l L. 159-165 (2000).
- Authority of Federal Bureau of Investigation to Override the International Law in the Extraterritorial Law Enforcement Activities, 13 Op. Off. Legal Council 163, 163-164 (1989).
- C.H. McLaughlin, The Scope of the Treaty Power in the United States, 42 Minn L.Rev. 709-748 (1958).
- Curtis A. Bradley, The Treaty Power and American Federalism, 97 Mich. L. Rev. 390 (1998).
- Ellen D. Katz, State Judges, State Officers, and Federal Commands After Seminole Tribe and Printz, 1998 Wis. L. Rev. 1465 (1998).
- Ely, J., The American War in Indochina, Part II: The Constitutionality of the War They Didn't Tell US About, 42 Stan. L. Rev. 1093 (1990).
- Esin Orucu, Turkey: the Turkish Conseil d'Etat and Privatization, Public service concession contracts and International arbitration. Esin Orucu. Eur. Pub. L. 2000, 6(3).
- Gus Van Harten, Martin Loughlin, Symposium: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order INVESTMENT TREATY ARBITRATION AS A SPECIES OF GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW 17 Eur. J. Int'l L. 121 (2006).
- Harvey Oyer, The Extraterritorial Effects of U.S. Unilateral Trade Sanctions and Their Impact on U.S. Obligations under NAFTA, 11 Fla. J. Int'l L. 429, 456 (1997).
- Ian Brownlie, QC, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW (Clarendon Press: Oxford) 1990.
- Jesse H. Choper, WHO'S AFRAID OF THE ELEVENTH AMENDMENT? THE LIMITED IMPACT OF THE COURT'S SOVEREIGN IMMUNITY RULINGS 106 Colum. L. Rev. 213 (2006).
- J. Todd Applegate, CHAPTER 19 OF THE NAFTA: ARE BINATIONAL PANELS CONSTITUTIONAL? 3-SUM NAFTA: L. & Bus. Rev. Am. 129, pp. 139-141.
- Ole Spierman, TWENTIETH CENTURY INTERNATIONALISM IN LAW, 18 Eur. J. Int'l L. 785 (2008).
- Louis Henkin, Foreign Affairs and the United States Constitution (2d ed. 1996) 참조.
- Ray C. Jones, NAFTA CHAPTER 11 INVESTOR-TO-STATE DISPUTE RESOLUTION: A SHIELD TO BE EMBRACED OR A SWORD TO BE FEARED? 5. 2002 B.Y.U. L. Rev. 527 (2002).
- Robert Napoles, DISPUTE RESOLUTION UNDER CHAPTER 19 OF THE NAFTA: ANTIDUMPING AND COUNTERVAILING BUSINESS AS USUAL, 10 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 459 (1993, Fall).
- Sarah H. Cleveland, NORM INTERNATIONALIZATION AND U.S. ECONOMIC

SANCTIONS 26 Yale J. Int'l L. 1 (2001).  
 Steve Louthan, A BRAVE NEW LOCHNER ERA? THE CONSTITUTIONALITY OF NAFTA CHAPTER 11, 34 Vand. J. Transnat'l L. 1443 (2001).  
 Struve, The Less Restrictive—Alternative Principle and Economic Due Process, 80 Harv. L. Rev. 78 (1986).  
 Validity, Construction, and Application of North American Free Trade Agreement and Implementing Statutes and Regulations—Cases and Materials from Canada, Mexico, and the United States 6 A.L.R. Fed. 2d 1 (Originally published in 2005) American Law Reports ALR Federal 2d.

## 2. 국내문헌

김기영, “버드법에 대한 사법심사의 의의와 시사점”, 「법조」 제610호, 207-215면 (2007. 7).  
 김기영, “이상과 현실, 그리고 개혁: 국제사회의 변화와 세계적 차원의 민주주의와 법치주의” 「법조」 제599호, 102-106면 (2006. 8).

## 참고판례

American Coalition for Competitive Trade v. Clinton, 128 F.3d 761, 19 Int'l Trade Re. (BNA) 1769 (D.C. Cir. 1997)  
 Allen v. Wright, 468 U.S. 737 (1984).  
 Coalition for Fair Lumber Imports, Executive Committee v. U.S., 471 F.3d 1329, 28 Int'l Trade Rep. (BNA) 1978 (D.C. Cir. 2006).  
 Commodity Features Com'n v. Schor 478 U.S. 833 (1986)  
 Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254 (1970).  
 Hans v. Louisiana, 134 U.S. 1 (1890).  
 Made in the USA Foundation v. U.S., 242 F.3d 1300, 166 L.R.R.M. (BNA) 2595, 183 A.L.R. Fed. 679 (11th Cir. 2001)  
 Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 175-76 (1803).  
 Mathews v. Eldrige, 424 U.S. 319 (1976).  
 Missouri v. Holland, 252 U.S. 416 (1920).  
 Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipeline Co.(Minn.) 50 (1982).  
 Pennsylvania v. Union Gas Co., 491 U.S. 1, 7 (1989)  
 Reid v. Covert, 354 U.S. 1, 18 (1957).  
 Thomas v. Union Carbide Agricultural Products Co. 473 U.S. (N.Y.) 568 (1985).  
 Youngstown Sheet & Tube co. v. Sawyer (The Steel Seizure Case) 343 U.S. 579 (1952).  
 United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936).  
 United States v. Pink, 315 U.S. 203 (1942)

<Abstract>

**Survey of the Constitutional Issues Latent in the Panel and Arbitration Procedure in the Free Trade Agreement (NAFTA): Focused on the Two NAFTA Chapters of XI and IX.**

Kim, Ki-young\*

In order for the liberalization and increase of international trade, the free trade agreement is generally deemed a most useful instrumentality within the region. Under the WTO regime, we can see that a plethora of FTA arrangements are negotiated, come into the treaty laws, as well as operate to regulate the binational or tri-national trade disputes on the regional basis. As most typical and frequented in FTAs, they usually include an arbitration and binational panel procedure as a dispute settlement mechanics. In many aspects, the procedures prescribed in most of FTAs could be apposite that most effectively and cheaply handle the disputes arising from the specific binational or trinational treaties. On the other hand, they could offer a chance to avoid the constitutional musters merely because diplomacy, international negotiation, ratification of treaties and approval of them traditionally fall within the powers of Congress or Executive under the separation of powers principle.

This paper examined the legal issues as focused upon the NAFTA ch. 19, ch. 11 and US constitution. The chapters instituted the binational panel procedure dealing with the anti-dumping or counter measures as of subsidies, as well as legal dispute from the binational investment arrangements. From the consitutional viewpoint, we can be aware that the chapters could expressly contravene the Article III of original jurisdiction, Eleventh amendment of state sovereignty, and limitations of the treaty making powers inherent in the separation of powers principle. Given the overriding feature of such treaty clauses, the treaty should be ratified through the form of constitutional amendment, which requires a more stern step over most of the civilized constitutional states. The constitution is a supreme law in land, and represents a popular sovereignty as sheerly distinguished from the constitutional function of normal branches. When the special mechanics of dispute settlement may adopt an option of forum for escape, it is viewed that its unconstitutionality could yet be cured because the consitutional language of Article III original jurisdiction is considered mandatory or exclusive. I believe that the constitutional amendment procedure only could properly dispose such arrangements. While some areas of the presidential powers are deemed not subject to constitutional review as resorted upon the doctrine of political question or judicial self-restraint, the current jurisprudence

---

\* Professor, Chosun University

gradually finds some limitations on the presidential power of foreign affairs including the treaty or war making provisions. As for a would-be treaty party of FTA, the constitutional issues raised in US is not entirely irrelevant to the Korean case ahead.

Key words : NAFTA (North American Free Trade Agreement), U.S. Constitution, Appointment Clause, International Treaty, Unconstitutionality, State Sovereignty, Binational Panel, Dispute Settlement on Investment Agreement