

한미FTA와 부동산 정책 긴급 토론회

한미FTA가
부동산정책에 미치는 영향과
ISD분쟁 가능성

일시 | 2011년 11월 18일(화) 오전 10시

장소 | 국회도서관 소회의실

주최 | 경실련, 민변, 참여연대, 토지정의시민연대

한미FTA야당공동정책협의회(민주당, 민주노동당,

진보신당, 국민참여당)

민주당 최규성 의원, 민주노동당 김선동 의원

프로그램

- 10:00 사회 김남근 참여연대 운영위 부위원장
- 10:20 발표 **한미FTA 투자자국가소송제가 부동산 정책에 미치는 영향**
김성진 민주사회를위한변호사모임 변호사
- 10:40 토론 조재성 원광대 도시공학과 교수
김원보 가람감정평가법인 감정평가사
권정순 서대문구청 인가자문위 위원
남희섭 한미FTA저지범국민운동본부 변리사
- 11:20 보충토론
- 11:35 질의응답
- 11:50 폐회

목차

인사말	한미FTA 지금 이대로는 안 돼 / 최규성	5
인사말	사법주권·경제주권을 심각하게 침해하는 한미FTA / 김선동	7
발 제	한미FTA 투자자국가소송제가 부동산 정책에 미치는 영향/ 김성진	9
토론1	한미FTA가 부동산 정책에 미치는 영향과 ISD 분쟁가능성 / 조재성	37
토론2	한미 FTA 투자자국가소송제도가 부동산정책에 미치는 영향 / 김원보	47
토론3	한미FTA가 부동산 정책에 미치는 영향 / 권정순	53
토론4	한미FTA가 부동산 정책에 미치는 영향과 ISD 분쟁가능성 / 남희섭	62

인사말

한미FTA 이대로는 안 돼

최규성 / 국회의원(민주당)

안녕하십니까? 국회의원 최규성입니다.

한미 FTA는 경제합방조약입니다. 한미 FTA 비준안이 미국과 우리나라를 경제의 국경이 없는 하나의 나라로 만드는 내용을 담고 있다는 것은 이미 잘 알려진 사실입니다.

FTA가 체결되면 경제적 경쟁력이 부족한 한국의 산업들이 쓰러지는 것은 시간문제이므로 이것은 신중에 신중을 거듭해야 할 문제입니다.

협약을 통해 얻어야 할 것이 있고, 잃을 수 있는 것이 있는데 지금의 한미 FTA에 비준안은 우리가 얻을 것을 얻지 못한 채 만들어진 그야말로 굴욕적인 협약입니다.

우리는 이 협약을 맺을 때, 개성공단 문제나 ISD 문제, 그리고 그 외에도 여러 가지 얻어야 했던 내용들을 얻지 못했습니다. 정부는 국내 공공정책에 대한 ISD 제소 가능성이 거의 없으며, 설령 제소된다 하더라도 정부 패소 가능성은 희박하다고 말하면서 ISD 조항을 이번 협약에 포함시켰습니다.

그러나 이러한 정부의 주장은 편향된 근거에 기반해 있다는 인상을 지울 수 없으며, 철저히 검증해 보아야 할 문제입니다.

또한, 정부는 한미FTA의 이득을 과장하여 홍보하고 있습니다. 여·야·정 협의체에서 비준안이 통과되면 우리 대외무역 흑자는 연간 1억 4천만달러, 세계 무역 수출은 연간 27억 달러의 흑자가 날 것이라는 턱없는 주장을 하고 있습니다.

한편, 미국은 자신들의 법에 어긋나거나 이익에 상충되면 FTA에서 약속한 내용일 지라도 국내에서 이행하지 않을 수 있다는 법안을 제출하였습니다. 미국의 입장에선 조금의 손해도 보지 않겠다는 의지의 표명이라고 봅니다. 이것을 보더라도 이번 협약은 원칙적으로 절대 해서는 안 되는 불공정 조약입니다.

한미 FTA는 지금 이대로는 절대 체결 불가능한 조약입니다. 근본적으로 다시 검토되어야 할 문제입니다.

이런 의미에서 오늘의 토론회는 매우 중요한 자리라고 생각합니다.

오늘 토론회에서는 한미FTA가 부동산정책에 미치는 영향과 ISD분쟁 가능성에 대해 국제 전문가의 다양한 의견이 제시될 것입니다.

심도 있는 토론을 위해 발제를 맡아주신 김성진 변호사님을 비롯한 토론을 해주실 김원보 감정평가사님, 남희섭 변리사님, 권정순 변호사님, 조재성 교수님 모든 분들께 감사드립니다.

아무쪼록 오늘 토론회를 통해서 논의된 고견들이 국민에게 제대로 전달되어 '한미FTA 비준안이 지금 이대로는 절대 체결되어서는 안된다'는 대국민적 공감대가 형성될 수 있는 작은 밑거름이 되는 자리가 되길 진심으로 바랍니다. 감사합니다. ☺

인사말

사법주권·경제주권을 심각하게 침해하는 한미FTA

김선동 / 국회의원

안녕하십니까?

일하는 사람들의 희망 민주노동당 순천지역구 국회의원 김선동입니다. 먼저 한미FTA 야당공동정책협의회의 간사로서 참여연대, 경실련, 민변, 토지정의시민연대 등과 함께 토론회를 공동주최하게 되어 감사의 말씀을 전합니다. 이 번 토론회의 주제는 <한미FTA가 부동산정책에 미치는 영향과 ISD 분쟁 가능성>으로 ISD 조항이 핵심쟁점으로 부각되고 있는 현 시점에 시의적절 한 주제라 생각합니다.

지금 국회는 한미FTA비준을 놓고 여야가 첨예하게 대립하고 있습니다. 지난 15일 이명박 대통령이 국회를 방문해 한미FTA 비준안 통과시 발효 후 3개월 내에 ISD(투자자-국가제소제도)재협상에 나서겠다고 했지만 그 진정성을 담보할 수 없는 말이라 생각합니다. 한미FTA의 독소조항을 철저히 검증하고 제거해야 한다는 야당의 입장에서는 이대통령의 제안은 그저 한미FTA를 우선 비준, 통과시키기 위한 꼼수에 불과하기 때문입니다.

미국은 한미FTA 서비스-투자위원회에서 ISD에 대해 논의할 수 있다고 합니다. 하지만 만약 논의 후 ISD조항을 빼기 어렵다고 할 때에는 닭 쫓는 개 신세가 될 뿐입니다. ISD는 계속 적용되게 되어 한국의 경제, 사법주권을 송두리째 앗아갈 것입니다. 따라서 이 ISD 조항을 비롯하여 대한민국의 사법주권, 경제주권을 심각하게 침해하는 한미FTA 비

준논의는 임기 말의 18대 국회에서가 아닌 국민의 뜻을 새롭게 받을 수 있는 19대 국회에서 논의되어야 할 것입니다.

오히려 지금의 18대 국회는 ISD 조항과 함께 독점자본과 초국적 자본의 이익을 보장하기 위해 악용되는 최소기준대우와 미래 최혜국대우, 규제강화를 통한 서민보호, 공공복지정책을 가로막는 래칫조항, 미리 규정된 사항 이외에는 유보하지 못하게 하여 신산업과 첨단산업 등의 미래산업을 보호하지 못하게 하는 네가티브리스트 방식, 미국법에서 강제 이식되어 외국자본을 과도하게 보호하는 간접수용 손해배상 등을 제거하는 데 힘을 기울여야 할 것입니다.

또한 허가특허연계 제도도입을 통한 국내제약회사의 붕괴와 약가폭등 이로 인한 국민건강보험제도의 재정악화, 무분별한 민영화와 외국인 소유 지분 철폐를 통한 국민경제의 위협, 쌀을 제외한 모든 농산물의 관세폐지로 인한 농업붕괴 등의 문제 등에 대해서도 재협상하여 그 문제점들을 제거해 나가야 할 것입니다.

따라서 저는 이 번 토론회가 부동산정책 뿐만 아니라 모든 공공정책에 미치게 될 한미 FTA - ISD의 심각한 문제점들이 잘 도출되어지는 토론회가 되기를 바라마지 않습니다. 다시 한 번 <한미FTA가 부동산정책에 미치는 영향과 ISD 분쟁 가능성> 토론회가 열리게 됨을 진심으로 반깁니다. 감사합니다.

한미FTA 투자자국가소송제가 부동산 정책에 미치는 영향

김성진 / 민주사회를위한변호사모임 변호사

1. 서론

대한민국 정부가 미국과 체결하려고 하는 한미FTA에 투자자-국가소송제(ISD)가 규정되어 있다는 점과 그에 따른 문제점은 널리 알려져 있다.

그런데 한미 간의 협상 종결 전 그 내용 중에 우리 법제 상 수용과 유사한 '직접수용'뿐만 아니라, 우리 법제에는 없는 개념인 '간접수용'에 대하여도 국가가 보상을 하여야 한다는 조항이 포함되어 있다는 사실이 알려 지게 되었다.

이러한 수용 조항에 대하여 시민사회단체는 현재 대한민국의 일련의 부동산 정책이 간접수용에 해당될 수 있다는 점과 이 경우 미국 투자자들은 협정문에 규정된 투자자-국가소송제를 무기로 하여 대한민국의 공법상 법률과 정책을 국제중재에 회부할 수 있다는 점, 그 중재판정에 따라 정부는 미국 투자자들에게 막대한 배상을 하여야 한다는 점 등을 지적하고 그에 따라 현행 부동산공법에 따른 일련의 부동산 정책이 무력화될 수 있다는 우려를 표시한 바 있다.

알려진 바에 의하면, 정부 또한 2006. 6. 협정문 초안에 대하여 아무런 이의를 제기하지 아니하다가 부동산 정책이 투자자-국가소송제(ISD)에 의하여 제소 대상이 될 수 있다는

점을 뒤늦게 깨닫고, 미국과의 협상에서 그 위험성을 감소시키기 위한 일련의 협상안을 제시한 바 있다.

즉, 정부는 제2차 협상에서 수용 관련 분쟁은 투자자-국가소송제가 아니라 국내 사법절차로 해결할 것을 제안하였다가 미국으로부터 거절당하고, 2006. 9. 열린 제3차 협상에서는 간접수용의 예외사유로 부동산 계획, 조세, 반독점, 소비자보호 추가를 제안하였다가 역시 미국으로부터 거절당하고, 2006. 11. 열린 제4, 5차 협상에서는 토지관리와 이용, 일반적인 조세, 반독점을 추가하고자 하였으나 역시 거부되었으며, 결국 2007. 4. 최종 협상안 발표에서 간접수용의 예외로서 부동산가격 안정화 정책, 일반적인 조세를 추가하였다고 발표하였다.

이러한 경과를 살펴 볼 때, 정부 자신도 투자자-국가소송제가 전면화되었을 경우의 부작용을 충분히 이해하고 있었다는 점을 알 수 있고, 그나마 투자자국가소송제로부터 국내 법제를 보호하기 위한 노력도 나름대로 기울였다는 사정을 알 수 있다. 사정이 이러함에도 정부는 대외적으로는 계속하여 투자자국가소송제가 도입되어도 국내 부동산 법제에 별다른 문제가 되지 아니한다고 주장하고 있는 실정이다.

그러므로 한미FTA가 체결될 경우, 정부의 주장대로 과연 수용 관련 조항들이 투자자-국가소송제를 매개로 하여 국내 토지공법 및 현행 부동산정책에 아무런 영향을 줄 수 없는 것인지 보다 구체적인 검토가 요청된다고 할 것이다.

이러한 요청에 따라, 본고에서는 먼저 한미FTA에 규정된 수용(특히 간접수용)의 의미를 정리하여 보고, 대한민국 헌법을 비롯한 부동산공법의 태도에 비추어 한미FTA가 발표문안대로 체결될 경우 발생할 수 있는 국내 부동산공법과의 저촉문제는 어떠한 것이 있는지를 검토하고, 그 경우 예상되는 문제점을 전망하여 보기로 한다.

2. 한미FTA 협정문(이하 '협정문') 중 부동산정책과 관련한 내용

1) 협정문 제11장 '투자' 중 제 11.6조 '수용 및 보상' 제1항 및 제2항

(1) 협정문 제11.6조 제1항은 i) 공공목적을 위해 ii) 비차별적인 방법으로 iii) 적법절차 및 최혜국대우 조항 등을 준수할 경우에는 투자자의 재산을 수용할 수 있다고 명시하고 있는데, 여기서, 수용의 개념에 적용대상투자를 직접적으로 수용하거나 국유화하는 '직접 수용' 이외에 간접적으로 수용하거나 국유화 하는 '간접수용'의 개념을 인정하고 있다.

(2) 그리고, 제11.6조 제1항은 위와 같은 정당한 직접수용 또는 간접수용이 되기 위해서는 신속·적절·효과적으로 수용 당시의 공정한 시장가격으로 보상해야 함을 규정하고 있는데, 이에 따라 제2항에서는 보상은 i) 지체없이 ii) 수용일 직전의 수용된 투자의 공정한 시장가격과 동등하되 iii) 수용 의도가 미리 알려졌기 때문에 발생하는 가치의 변동은 반영하지 않고 iv) 실현가능하고 자유로운 송금이 가능하도록 해야 한다고 규정하고 있다.

2) 부속서 제11 -나 '수용' 부분

(1) 간접수용의 성립요건

부속서 제11 - 나 '수용' 부분 제3의 가.항에서는 투자자에 대한 유형, 무형의 재산권 침해가 간접수용에 해당하는가의 기준으로 i) 정부행위의 경제적 영향 ii) 정부행위가 투자자의 합리적인 기대이익을 침해하는 정도 iii) 정부행위가 '특별희생'(정부행위가 투자자에게 공익을 위해 수인해야 할 범위를 초과하는 '특별한 희생'을 강요하는가의 문제)을 발생시키는지 여부의 3가지를 제시하고 있다.

(2) 간접수용의 예외

부속서 제11 - 나 '수용' 부분 제3의 나.항에서는 간접수용의 성립요건을 갖추었다 하더라도 간접수용의 예외가 되는 경우로 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 비차별적인 규제를 들고 그 예시로, '공중보건, 안전, 환경, 부동산 가격안정

화(예컨대, 저소득층 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)를 들고 있다.

(3) 간접수용의 예외의 예외

다시, 공중보건, 안전, 환경, 부동산 가격안정화 정책 등에 해당하여 간접수용의 예외가 되더라도 정부조치가 "그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황"에는 예외의 예외가 되어 '간접수용'에 해당한다고 규정하고 있다.

3) 제23장 '예외' 제23.3조 '과세' 부분

(1) 제23장 제23.3조 '과세' 부분 제6의 나.항에서는 제11.6조(수용 및 보상)은 과세조치에 적용된다고 규정하여 조세조치가 원칙적으로 직접수용 또는 간접수용에 해당된다고 밝히고

(2) 다만, '수용'이 아니라고 판정되면 제11.6조에 따라 보상을 청구할 수 없다고 규정하고 있다.

4) 부속서 제11- 바. '과세 및 수용' 부분

(1) 위 제23.3조와 같이 과세조치는 원칙적으로 직접수용 또는 간접수용에 해당하기 때문에 조세가 직접수용 또는 간접수용에 해당하지 않게 되는 요건(해제요건)을 부속서 제 11-바 '과세 및 수용' 부분에서 규정하고 있다.

(2) 위 부속서 제11- 바 '과세 및 수용'의 가.항에서는 조세부과는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다고 규정하고

(3) '수용'을 구성하지 않는 요건으로 i) 새로운 과세조치의 단순한 도입 ii) 국제적으로 인정된 조세정책·원칙 및 관행에 합치 iii) 비차별적으로 적용되는 과세 iv) 투자 당시 이미 과세조치가 발효 중이었고 그 조치에 대한 정보가 공개된 경우 등을 들고 있다.

3. 협정문 상 '투자'의 개념의 문제

1) 보상대상의 차이 발생

(1) 협정문 상 '투자'의 개념

협정문 제11.28조 정의 조항에는 투자의 개념에 대한 정의가 있는데, 이에 의하면, "투자라 함은 투자자가 직접 또는 간접적으로 소유 또는 통제하는 모든 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대 또는 위험의 감수와 같은 특징을 포함하여, 투자의 특징을 가진 것을 말한다. 투자의 형태에는 다음 항목들이 포함된다." 라고 규정되어 있다. 이에 의하면, 협정문 상의 '투자'는 상당히 넓고 포괄적인 의미로서, 그 투자의 형태는 '면허, 인가, 허가'와 국내법에 따라 부여되는 유사한 권리를 포함함을 알 수 있다.

(2) 보상 대상의 차이

국내법은 행정청의 행정행위로서 통상적인 면허, 인가, 허가를 받은 상태 역시 재산권에 포함되지 아니한다고 보고 있다 .

하지만, 협정문 상의 '투자'의 개념은 '면허, 인가, 허가 및 국내법에 의해 부여된 유사한 권리'를 포함하고 있어서, 국내의 재산권 개념보다 더 넓은 외연을 가지고 있다고 이해된다. 비록 협정문 각주 11이 면허, 인가, 허가 등이 투자가 될 수 있는 경우에 대하여 부연하고 있지만, 이에 따라 면허 등이 투자로 인정된다고 하더라도, 그 면허 등이 우리법이 인정하는 재산권에 포함되지 아니함은 변함이 없다고 본다.

이러한 점에서 국내법상 면허, 허가, 인가가 추후의 사정변경 등의 사유로 취소되는 경우도 협정문 상의 수용에 해당될 수 있다고 판단된다.

협정문에 의하면, 투자자는 이러한 경우까지 보상을 청구할 수 있다는 것이 되는데, 이러한 결론이 우리의 실정법과 충돌함은 물론이다.

이에 따라 우리 현행 법제에서는 보상대상으로 보지 아니하고 있는 부분까지도 미국 투자자에게는 보상하여야 하는 사태를 충분히 예견할 수 있을 것이다.

2) 소 내지 중재 제기 자격의 차이 발생

우리 법에 의하면, 국내 회사 소유의 재산권이 수용된 경우 보상에 관한 소를 제기할 수 있는 자격은 오로지 법인격 주체인 당해 회사 외에는 주어지지 아니한다. 이러한 경우 회사의 주주는 국가를 상대로 소를 제기할 자격이 없는 것이다. 그러나 앞서 본 바와 같이 협정문에 따르면, 투자자가 직접 소유하는 경우뿐만 아니라 간접적으로 소유하는 투자에 대하여도 직접 내지 간접 수용에 해당하는 경우, 보상을 청구할 수 있다. 여기서, 투자의 형태를 기업(투자 가. 기업)으로 보면, 미국 투자자가 국내기업을 직접적 내지 간접적으로 소유하거나 지배하여야 투자로 볼 수 있지만, 투자의 형태를 주식(투자 나. 주식, 증권과 그 밖의 형태의 기업에 대한 지분참여)으로 보면, 미국 투자자가 국내회사를 소유 내지 지배하지 아니하더라도 그 회사에 대한 주식을 1주라도 취득한 경우 또한 투자가 됨을 알 수 있다. 이에 의하면 미국 투자자는 국내 회사를 지배할 정도의 주식을 가지지 아니하여도 단 1주의 주식이라도 취득하게 되면, 투자자로서 국가를 상대로 피투자 국내회사의 이해와 일치하는 방향으로 중재신청을 할 수 있게 된다. 즉 미국 투자자가 국내 회사의 주식을 가지고 있는 경우에는, 한국 정부의 조치에 의하여 그 국내 회사의 재산권이 침해된 경우를 자신의 투자(주식 가치)가 수용된 것이라고 주장하며 국가를 상대로 소 내지 중재를 제기할 자격이 있다는 것이 된다.

예를 들어, 법리적으로만 말하면, 국내회사의 주식을 1주라도 가지고 있는 미국인은 그 기업의 추가하락의 원인이 된 법원의 불리한 판결이나 공정거래위원회의 과징금부과나 국토해양부장관의 토지거래불허가처분 등 행정청의 불리한 처분에 대하여 수용이라고 주장하며 (그 주장의 당부는 차치하더라도) 일단 국가를 중재판정으로 끌고 갈 수 있다는 것이 된다(실질적으로 미국투자자가 주요주주인 국내회사에 대한 정부의 조치는 미국 투자자에 의해 투자자-국가소송제의 대상이 될 수 있다 할 것인바, 국내 주요 사경제주체 대부분에 대한 정부정책이 심판대상이 될 수 있다. 미국 투자자의 지분참여 자체만으로도 적법하고 정당한 정부 정책집행을 위축시키는 부정적인 결과를 가져 올 수 있는 것이다.)

국내회사에 대한 내국인 주주들은 법원의 판결이나 행정청의 처분이 잘못되었다고 하더

라도, 어떠한 소 제기 등 쟁송수단을 갖지 못함은 물론, 국내회사 자신조차 이러한 경우 금전배상을 구하는 쟁송수단이 없음에도 불구하고, 미국인 투자자들은 금전배상을 구할 수 있는 쟁송수단을 갖게 된다는 것이다.

이러한 결론은 국내 소송법 질서의 전반을 뒤흔드는 결과가 되고, 선량한 내국인을 부당하게 불리하게 차별하는 결과가 되는 것이다.

4. 직접수용과 관련된 문제

1) 직접수용의 의미

제11장 투자 상의 직접수용은 일응 국내 법이 정하고 있는 '수용'과 비슷한 의미를 갖는다고 판단된다. 직접수용은 '투자가 국유화되거나 공식적인 권리이전, 또는 공공연한 물수를 통해서 직접적으로 수용'되는 것으로 이해되기 때문이다.

그러나, 국내 법 상 '수용'은 재산을 대상으로 하고, 협정문 상의 수용은 '투자'를 그 대상으로 하고 있는데, '투자'의 외연이 국내법이 인정하고 있는 재산권보다 넓다는 점이 큰 차이점으로 지적될 수 있을 것이다. 이러한 차이에 따라 국내법 상 보상이 불필요한 부분이 협정문 상 투자로서 보상의 대상이 될 수 있는 문제가 발생할 것이다.

2) 직접수용과 관련된 규정

헌법 제23조 제1항 본문은 "모든 국민의 재산권은 보장된다."고 규정하여 재산권을 기본권으로 보장하고 있으나, 동 항 단서는 "그 내용과 한계는 법률로 정한다."고 하여 법률로 재산권을 규제할 수 있음을 명백히 하고 있을 뿐만 아니라, 동 조 제2항은 "재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다."라고 규정하여 재산권 행사의 사회적 의무성도 강조하고 있다. 이러한 재산권행사의 사회적 의무성의 정도는 재산의 종류, 성질 등에 따라 달라진다 할 것인데, 특히 토지는 자손만대로 함께 살아가야 할 생활터전으로

서, 그 공공성 등의 특성에 비추어 시장경제의 원리를 그대로 적용할 수 없고, 다른 재산권의 경우보다 더욱 강하게 사회공동체 전체의 이익을 관철할 것이 요구된다. 그래서 토지에 대하여서는 헌법 제122조가 명문으로 "국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다."고 별도로 규정하고 있는데, 이것이 '토지공개념'의 기초가 되는 것으로서, 토지에 관한 각종 규제법률이 이를 근거로 하여 토지소유자 등에게 여러 가지 의무와 부담을 과하고 있다. 그러나 이러한 토지소유자 등에 대한 여러 가지 의무의 부과와 제재도 헌법 제37조 제2항에 의하여 그 한계가 있음은 물론 재산권의 본질적인 내용을 침해할 수도 없는 것이다.

헌법 제23조 제3항은 "공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다"라고 하여 재산권 행사의 사회적 의무성의 한계를 넘는 재산권의 수용·사용·제한과 그에 대한 보상의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 공공필요에 의한 재산권의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하는 공용수용은 헌법 제23조 제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 수용과 그에 대한 보상은 모두 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 갖추어야 한다(헌재 1994. 2. 24. 92헌가15등 참조).

이러한 헌법의 규정을 구체화하는 법이 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률'이다.

동법에 의하면, 보상의 방법은 현금보상이 원칙이고(제 63조 제1항), 토지투기가 우려되는 지역의 부채부동산소유자의 토지에 대한 보상금 중 일정액을 초과하는 부분은 채권으로 지급하여야 함을 알 수 있다(제63조 제3항).

또한, 보상액의 산정에 있어서 당해 공익사업으로 인하여 토지 등의 가격에 변동이 있는 경우, 이를 고려하지 아니하고, 공익사업의 계획 또는 시행이 공고 또는 고시되기 이전의 시점을 공시기준일로 하는 공시지가를 기준으로 보상하게 됨을 알 수 있다(제70조).

한편, 이러한 공고일 이전의 공시지가를 기준으로 보상하도록 한 법률 규정에 대하여 헌법재판소는 합헌 판단을 내린바 있다(헌재 1995. 4. 20. 93헌바20 등).

다른 토지공법에서 수용 및 사용을 규정할 때 이러한 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 규정을 준용하고 있다.

3) 협정문 상 '직접수용'의 문제점

(1) 현금 보상의 문제

앞서 본 바와 같이, 협정문 상 보상은 현금으로 이루어져야 하는데, 국내 법제는 원칙적으로 현금 보상을 하되 일정한 경우 부채부동산소유자의 토지에 대한 보상의 경우 채권 보상을 의무로 규정하고 있다.

이와 같은 보상방법의 충돌에 대하여, 부채부동산소유자란 '공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 시행령' 제26조에 의하면 당해 토지 인근에 주민등록을 하였는지 여부에 따라 결정되는 것으로서, 자연인이 아닌 법인의 경우 해당사항이 없음을 알 수 있다.

이에 따라 미국 법인이 채권보상을 문제삼을 여지는 없다고 할 것이나, 여전히 미국인(자연인)이 채권보상을 문제삼을 여지는 남아 있다고 할 것이다.

(2) 개발이익의 문제

앞서 본 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 의하면, 공익사업의 계획 또는 시행이 공고 또는 고시되기 전의 공시지가를 기준으로 보상금을 정함으로써, 개발 사업이 알려진 이후의 지가상승분을 고려하고 아니하고 있다(제70조).

협정문 제11.6조의 제2의 다.항에서도 "수용의도가 미리 알려졌기 때문에 발생하는 가치의 변동은 반영하지 아니하여야 한다."라고 규정하여 미국 투자자에 대한 보상에서도 이러한 개발이익은 반영되지 않는다는 것을 명확히 한 것으로 보인다.

5. 간접수용과 관련된 문제

1) 간접수용의 의미

협정문 상의 간접수용이 무엇을 의미하는지는 일률적으로 명확하지 아니하다. 다만, 간접수용과 관련한 기준은 미국 판례가 '규제적 수용'으로 인정하는 기준을 반영한 것이라는 점에서 미국 법 상 규제적 수용 개념의 발전과정을 정리하여 볼 필요가 있다.

미국연방 수정헌법 제5조에서는 "사유재산은 정당한 보상 없이는 공적이용을 위하여 수용 당하지 아니한다."라고 규정하여 침해의 유형을 구분하고 있지 아니하고 있다. 이에 미국 법원은 미국 수정헌법 제5조는 공적부담(public burden)의 공평부담을 규정한 것이므로, 정부의 규제에 의하여 재산권이 제한될 뿐 재산권의 박탈에까지 이르지 않는 하역도 보상을 요하는 수용으로 인정하고 있는바, 이를 규제적 수용(regulatory taking)이라 한다. 미국 판례는 규제적 수용을 판별하는 기준으로 규제의 경제적 영향, 투자에 기초한 기대, 정부조치의 성격 등을 제시하고 있는바, 미국 법원은 이러한 기준을 구체적인 사안에 적용하여 보상여부를 판정하고 있다. 그러나, 지금도 어떠한 정부의 규제가 규제적 수용에 해당하여 수정헌법 제5조가 적용되는 것인지 분명하게 정리되지 아니한 실정이다.

미국은 NAFTA 체결 이후, 미국 국내에서조차 투자자국가소송이 지닌 위협성에 대한 문제제기가 이어지게 되었고, 이에 미국 의회에서 논란 끝에 FTA표준안을 만들면서, 간접수용의 판정 시에는 ① 정부 조치가 가져오는 경제적 충격의 정도, ② 정부 조치가 명백하고 합리적인 투자 기대이익을 침해한 정도, ③ 정부 조치의 성격을 고려하여야 하고, 극히 예외적인 경우를 제외하고는 공중 보건, 안전, 환경 등 정당한 공공후생을 보호하기 위한 비차별적인 규제행위는 간접수용에 해당하지 아니한다고 규정하기에 이르르게 된 것이다.

이와 같이 간접수용이라는 개념이 비록 미국 판례법상의 규제적 수용의 법리가 반영된 것이라고 할 수 있지만, 미국 판례상 규제적 수용이 문제된 경우는 주로 도시계획(zoning)과 관련된 경우인 반면, 실제로 간접수용이 국제 중재에서 문제된 사안을 살펴보면, 도시계획과 같이 직접적인 재산권 제한에 국한되지 않고 나아가 어떤 조치의 간접적, 반사적 효과로서의 재산권 제한까지 문제삼고 있음을 알 수 있다.

이러한 사례를 종합하면, 간접수용이나 규제적 수용 양자 모두 정부의 조치(규제 또는 제한)으로 인하여 사인의 재산권이 침해(손실)되었다는 점은 유사하나, 규제적 수용은 '침해되는 재산권 자체에 대한 규제 또는 제한으로 경제적 가치가 감소되는 것'임에 반하여, 간접수용은 '규제적 수용에서 더 나아가 정부의 조치의 반사적 효과로서 투자자산의 경제적 가치가 저하되는 것까지 포함하는 것'으로 이해할 수 있다.

이러한 이유 때문에 간접수용 개념을 도입한 미국에서조차 간접수용은 도입은 ①규제적 수용에 비하여 보다 넓은 보상이 가능하게 되어 정부의 재정부담이 증대할 가능성이 있고, ②정당한 정부의 규제를 위축시킬 수 있으며, ③광범위한 영향에 비하여 민주적 정당성이 담보되어 있지 못하다는 지적이 나오고 있는 것이다.

2) 간접수용과 관련된 규정

앞서 간략히 본 바와 같이 간접수용이라는 개념은 우리 법이 인정하지 아니하는 개념이다.

이러한 간접수용(앞서 필자가 정의한 바에 따라 좁혀서 보면, 규제적 수용)과 유사한 논쟁이 국내 행정법학계에 제기된 적이 있었는데, 그것은 개발제한구역으로 지정된 토지에 대하여 손실보상이 가능한가의 문제였다.

학설은 대체로 손실보상이든 손해배상이든 금전적 청구가 가능하다는 입장이었으나, 대법원과 헌법재판소는 이에 대하여 부정적이었다.

결국 국내법의 현실에서는 법률에 별도의 보상규정이 없는 경우 금전적인 배상이 불가능하다 할 것인데, 이는 간접수용의 법리와는 반대임을 알 수 있다.

이와 관련하여 국내법에서는 아주 예외적으로 강한 제한을 받게 되는 경우라 할지라도 금전적인 보상을 구할 수는 없고 다만 토지매수청구권을 규정하고 있는 사례가 있는바, 이하에서는 예외적으로 구제의 필요성이 인정된 사례를 정리하여 본다.

(1) 개발제한구역의 지정

헌법재판소는 개발제한구역 지정에 대하여 '개발제한구역 지정으로 인한 개발가능성의 소멸과 그에 따른 지가의 하락이나 지가상승률의 상대적인 감소는 토지소유자가 감수해야 하는 사회적 제약의 범주에 속하는 것'이라고 손실보상에 부정적인 원칙을 피력하고 있다. 다만, "예외적으로 개발제한구역지정으로 인하여 토지를 종래의 목적으로도 사용할 수 없거나 또는 더 이상 법적으로 허용된 토지이용방법이 없기 때문에 실질적으로 토지의 사용수익의 길이 없는 경우에는 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 범위를 넘는 것으로서 헌법에 위반되고, 입법자는 이러한 침해를 완화할 수 있는 규정을 두어야 하며, 그 규정은 반드시 금전보상규정이 아니어도 지정의 해제 또는 토지매수청구권제도와 같은 제도를 규정할 수 있다"고 결정한 바 있다.

헌법재판소의 이러한 결정에 따라 이를 반영하는 새로운 법률로서 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법이 제정되었고, 그 제16조 제1항으로 개발제한구역안의 토지매수청구권이 규정되어 있다. 즉 동조는 개발제한구역의 지정으로 인하여 개발제한구역 안의 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지 또는 당해 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지의 소유자는 건설교통부장관에게 당해 토지의 매수를 청구할 수 있음을 규정하고 있는 것이다.

이와 같은 헌법재판소의 결정과 이에 따라 신설된 매수청구권을 종합하면, 개발제한구역으로 지정되어 일정한 재산권행사의 제한을 받는 것은 사회적 제약의 범주에 드는 것이고, 예외적으로 수인할 수 없을 정도에 해당하는 경우에는 매수청구권을 인정할 뿐, 그 손실에 대한 금전적인 보상을 국가에 청구할 수는 없는 것으로 정리할 수 있다.

즉, 개발제한구역이 투자자에게 특별한 희생을 요구하더라도 그에 대한 보상규정이 없는 이상, 금전적인 보상을 청구할 수는 없는 것이다.

그러함에도 협정문에 의하면, 개발제한구역 지정으로 인한 지가하락 등의 손실 전액을 협정문을 근거로 정부에 보상청구를 할 수 있고, 정부가 이에 응하지 아니할 경우 중재판정에 따라 훨씬 더 많은 비용을 지불하여야 하는 상황에 처할 수 있게 되는 것이다.

(2) 도시계획시설의 지정

구 도시계획법 상의 장기미집행 도시계획시설 관련 규정(제4조)에 대한 위헌소원이 제기된 적이 있는데, 헌법재판소는 "어떠한 경우라도 토지의 사적 이용권이 배제된 상태에서 토지소유자로 하여금 10년 이상을 아무런 보상 없이 수인하도록 하는 것은 공익실현의 관점에서 정당화될 수 없는 과도한 제한으로서 헌법상의 재산권보장에 위배된다고 보아야 한다."고 하였고, "이 사건 법률조항의 위헌성은 '도시계획시설결정'이란 제도에 있는 것이 아니라 그 시행과정에서 도시계획시설결정의 장기적인 시행지연으로 말미암아 토지소유자에게 발생하는 사회적 제약의 범위를 넘는 가혹한 부담에 대하여 보상규정을 두지 아니한 것에 있다. 입법자가 합헌적으로 해결할 수 있는 방법은 이에 대하여 금전적 보상규정을 두거나 아니면 도시계획시설결정의 해제, 토지매수청구권 또는 수용신청권 등과 같이 보상에 갈음하거나 또는 손실을 완화할 수 있는 제도를 보완하는 길이 있을 수 있다"라고 판시하였다.

위 결정은 청구인의 토지가 학교시설부지로 지정된 후 10년이 지나도록 사업시행이 되지 않은 경우, 토지소유자가 수인해야 하는 사회적 제약의 범위를 넘은 것이라고 결정한 사례이다.

이러한 헌법재판소의 결정례에 따라 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제47조는 도시계획시설부지의 매수청구권을 규정하고 있다. 동조에 의하면 도시계획시설에 관한 도시관계계획의 결정의 고시일 부터 10년 이내에 당해 도시계획시설의 설치에 관한 도시계획시설사업이 시행되지 아니하는 경우 지목이 대지인 토지의 소유자는 특별시장 등에게 당해 토지의 매수를 청구할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

이러한 대법원 및 현재의 태도, 우리 법률 규정을 종합할 때, 기본적으로 도시계획결정에 의하여 토지소유자가 입게 되는 불이익은 사회적 제약의 범위 내의 것으로서, 토지사용수의 자체가 불가능한 예외적인 경우에는 매수청구를 할 수 있을 뿐, 이를 금전적으로 보상을 받을 수는 없다고 정리할 수 있을 것이다.

그런데, 협정문의 간접수용 규정에 의하면, 위 사안과 유사한 경우에도 그 손실에 대한 금전적 보상을 청구할 수 있는 것이 되는데, 현행 법률과 충돌함은 물론이다.

미국 투자자가 협정문에 따라 정부에게 보상을 청구할 경우, 현행 국내법에 의하면 금전 보상을 할 의무가 없음에도 불구하고, 협정문에 따라 금전보상을 피할 수 없는 결과가 발생할 것이다.

이러한 결과가 국내 토지소유자와의 차별 문제를 야기하고, 이에 따라 정부의 재정부담은 폭증할 것이 충분히 예상된다.

3) 한미 FTA 상 간접수용의 문제점

(1) 간접수용은 국내헌법과 조화될 수 없는 제도임

도시계획에 따른 용도지역, 용도지구, 용도구역 등 도시계획지구의 지정에 따라 건축, 토지형질변경, 토지분할, 공작물설치 등의 각종 개발행위 자체의 허용이 제한되거나 용적율, 건폐율, 건축용도 등의 제한으로 개발행위의 범위가 제한되는 등 토지의 이용에 관하여 일정한 규제가 뒤따른다. 이러한 규제에 따라 발생하는 기대되었던 개발이익의 손실에 대하여 우리 법제에서는 이를 보상대상으로 하고 있지 않다. 미국의 경우에는 이를 소위 '규제적 수용'이라 하여 이러한 토지이용에 관한 규제에 대하여도 직접수용과 마찬가지로 보상이 가능한 법제를 가지고 있다. 한미 FTA 또한 미국의 이러한 규제적 수용의 법리를 받아들이고, 이에서 더 나아가 간접수용에 이르기까지 보상이 가능하도록 규정하고 있는 것이다.

우리 행정법학계에서도 다수설은 이를, "收用類似侵害(수용유사침해)" 라는 개념으로 개념규정하고 법률에 보상규정이 없더라도 헌법을 유추적용하여 보상해야 한다고 주장하고 있으나 우리 법원 판례는 이러한 간접수용의 법리를 인정하고 있지 않다. 결국, 한미 FTA 협정에서는 국내법이나 국내 판례법에서는 인정하고 있지 않은 간접수용이라는 법리를 내국인이 아닌 미국인 투자자에게는 인정하는 새로운 제도를 도입하는 것이고 이 부분에서는 우리 헌법 내지 법률과 충돌하는 부분이 발생하고 있다.

우리 헌법 제23조 제3항은 공공필요에 의한 수용 및 그에 대한 보상은 법률에 의하도록 하고 있고, 이에 따라 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률에 제정되어 보상이 되는 경우를 정하고 있는데, 위 법은 이른바 직접수용의 경우만 보상대상으로 하고 있

다. 그러므로, 협정문에 의하면 우리 법률에서 보상대상으로 정하지 않고 있는 간접수용의 경우에 대하여도 보상을 해야 하는 것이다.

물론, 한미 FTA 협정문이 국내법의 효력을 갖게 되므로, 새로운 보상규정이 신설된 것과 같이 보면 된다는 주장이 가능할 수 있다. 하지만, 미국의 법제에서는 단지 행정협정에 불과하여 미국 국내법에 저촉되는 부분은 무효가 되어 미국 국내법이 개폐되는 효과는 없는 반면, 한국에서는 국내법인 공익사업을위한토지등의취득및보상에관한법률에 반하여 효력을 갖게 되어 실질적으로 헌법의 보상규정 자체를 개폐하는 효과가 발생한다는 문제가 있다. 미국인의 간접수용에 대하여 보상하여야 한다면, 내국인은 그 보상대상이 아니게 되고, 결국 내국인과 미국인 투자자가 정부정책의 규제에 따른 경제적 손실에 관한 보상에서 차별을 받는다는 점에서도 헌법상의 평등의 원칙에 반한다.

(2) '간접수용' 개념 자체의 불명확성

간접수용의 문제점으로 먼저 간접수용이라는 개념 자체가 미국 판례 상으로도 명확히 정의될 수 없다는 점이 지적되어야 한다.

앞서 본 바와 같이, 협정문 부속서 11-나 수용 제3조 가항 각호 소정의 간접수용에 대한 판단기준은 그 판단기준이 미국 판례에 따라 인정되는 '규제적 수용'에 대한 판단기준에서 유래한 것으로서, 규제적 수용에 대한 판단기준 자체가 명확하지 아니하여 판례가 그 이론을 도입한 이후 100년이 넘는 시간이 흐른 미국 국내에서조차 그 예측가능성이 떨어진다는 비판이 지속되고 있는 부분이다.

그리고 동조 나항에 의하면, "조치가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황(rare circumstances)을 제외하고는, 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화(예컨대, 저소득층 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위한 규제는 간접수용을 구성하지 아니한다"라고 규정하고 있어, 이 경우에도 '드문 상황'에는 보상을 요하는 간접수용이라고 볼 수 있게 된다. 그런데, 그 '드문 상황'이라는 것이 어떤 경우인지 도대체 알기가 어렵다. 이런 불확정 개념을 우리 법제로 이해하자면, '상당한 정도의 비례의 원칙 위반' 정도로 이해할 수 있을 것인데, 이러한 예외적인 상황에 대한 판단은 판단 주체에 따라 달라질 수 있고, 판단 기준에 따라서도 달라질 수 있다. 이러한 예외에 대한 판단은 모두 세계은행 산하의 국

제투자분쟁조정센터(ICSID)의 결정에 좌우될 것인데, 문제는 국제투자분쟁조정센터에서는 헌법을 포함한 국내 토지공법 등 국내실정법 및 정책의 필요성을 고려할 수는 없고, 오로지 협정문과 국제법을 판단기준으로 삼아 투자자의 이익이 침해되었는지 여부를 판단할 수밖에 없다는 것이다(제11.22조 제1항). 그러므로 우리 헌법재판소나 대법원이 적법한 것으로 판단한 사안도 투자자-국가소송에서는 여기서의 뒤집어질 수 있는 것이다. 여기서의 승패는 누구도 장담할 수 없는 것이다.

마지막으로, 위 3가지 예외사유 외에 어떠한 사유가 '공공복지'에 해당하는지 단정하기 어렵다는 점 등의 문제점이 있다. 공공복지(public welfare)란 개인의 건강, 행복, 생활상태 및 경제적 수준의 향상을 의미하는 개념으로서, 이러한 개념에 우리 부동산 공법에도 모하는 체계적 도시계획이나 개발이익의 환수 및 정당한 조세정책을 통한 조세수입의 확보 등의 개념이 포함된다고 단정하기 어렵다.

요컨대, ① 규제적 수용에 대한 판단기준, ② '드문 상황'의 의미, ③ '공공복지'의 의미가 불명함에 따라 무엇이 보상을 요하는 간접수용인지 여부에 대하여 여전히 논란의 여지가 많다고 할 수 있고, 이러한 측면에서 간접수용에 해당하는지 여부를 판정하기가 쉽지 않고, 그만큼 예측가능성 및 법적 안정성이 떨어지는 문제를 안고 있다 하겠다.

이에 따라 정부의 조치로 손해를 입었다고 생각하는 미국 투자자는 얼마든지 우리 정부를 중재에 회부할 수 있고, 그 중재에서 승소할 것인지 여부는 어느 경우에도 불투명하게 될 것이다.

6. 국내 부동산법제와 간접수용

1) 부담금

(1) 개발부담금 및 재건축부담금

개발부담금제도는 사업시행자가 국가 또는 지방자치단체로부터 인가 등을 받아 개발사업을 시행한 결과 개발사업 대상토지의 지가가 상승하여 정상지가 상승분을 초과하는 불로소득적인 개발이익이 생긴 경우, 이를 사업시행자에게 독점시키지 아니하고 국가가 이를 환수하여 그 토지가 속하는 지방자치단체 등에게 배분함으로써 경제정의를 실현하고 토지에 대한 투기를 방지하며 토지의 효율적인 이용의 촉진을 도모하기 위한 제도이다(헌재 1998. 6. 25. 95헌바35) (개발이익환수에관한법률 제3조).

재건축부담금이란 '도시 및 주거환경정비법'에 의한 주택재건축사업에서 발생하는 초과이익을 환수함으로써 주택가격의 안정과 사회적 형평을 기하여 국민경제의 건전한 발전과 사회통합에 이바지함을 목적으로, 재건축조합이 재건축사업에서 발생하는 재건축초과이익을 국가에 납부하게 하는 부담금이다(재건축초과이익 환수에 관한 법률 제3조).

이러한 개발부담금 등 부담금의 부과에 대한 기본적인 사항은 부담금관리기본법에 공통으로 정하여져 있는바, 동법이 적용되는 일련의 부담금은 총 97개에 이른다.

이러한 부담금은 직접적으로 투자자의 '투자'에 대한 직접적인 권리이전을 발생시키지 아니한다는 점에서 직접수용이 아니므로 간접수용이 되는지 문제될 수 있을 것이다.

일련의 부담금 중, 위 개발부담금이나 재건축부담금은 개발이익의 환수에 주된 목적이 있으므로, '부동산가격 안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위한 정책'으로 볼 수 있는지가 문제인데, 엄밀하게 보면, 위 부담금들은 그 항목에 해당된다고 단정하기 어렵다.

생각컨대 ① 위 부담금은 이미 상승된 토지가액 상당의 귀속주체를 시행사에서 국가로 전환시키는 것이 1차적인 목적인 점, ② 개발행위로 인하여 이미 상승된 토지가액을 환

수한 것이지, 개발행위로 발생한 토지가액 상승자체를 막는 제도가 아니라는 점, ③ 국가가 개발이익을 환수하는 것과 토지가격이 안정되는 것 사이에는 직접적이고 명확한 인과관계가 인정된다고 볼 수 없는 점, ④ 미국에는 이처럼 개발이익을 국가가 사실상 박탈하는 제도가 없어서 미국 투자자들로서는 부담금 제도를 합리적 재산권의 제한으로 받아들일 가능성이 거의 없는 점, ⑤ 막상 중재가 신청되었을 경우 중재인들이 가장 중요하게 고려하는 것은 투자자 이익의 침해여부이지, 국내 토지공법의 현실이나 그 필요성 따위는 결코 아닌 점 등을 종합하여 볼 때, 미국 투자자들이 위 부담금부과에 대하여 중재를 신청할 가능성이 상당히 높고, 그 경우 정부의 주장대로 부담금은 부동산가격안정화 정책이므로 간접수용의 예외로 간단히 인정될 성질의 문제가 아님을 알 수 있다.

그리고 위 부담금들은 조세로서 간접수용을 구성하게 되는 지 문제될 수 있다. 위 부담금들은 국가나 지방자치단체가 그 일정 목적에 따라 반대급부 없이 일반국민으로부터 강제적으로 징수하는 금전이라고 할 수 있으므로, 그 실질상 조세에 준하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 특정의 의무자를 겨냥한 부과조치로서 조세의 일반성을 결여한 것이라고 볼 수 있는 여지가 있어 조세로서 간접수용의 예외를 구성하는 것인지 단정하기 어렵다. 가령 조세라고 본다고 하더라도, 일반적인 조세처럼 실현된 소득에 대하여 부과하는 조세가 아니라 개발단계에서 미실현 개발이익에 대하여 납부의무를 부담한다는 점에서 일반적인 조세라고 보기도 어려운 측면이 있다. 이러한 점에서 위 부담금들이 일반적인 조세로서 간접수용의 예외가 된다고 단정하기 어렵다. 결국 미국 투자자는 이러한 부담금들로 인하여 기대했던 합리적인 기대이익을 실현하지 못하였다는 이유로 그 보상을 청구할 개연성이 있다고 보인다.

그러나 만일 위와 같은 간접수용의 예외 사유에 해당된다고 하더라도, 결정적으로 개발 부담금은 비차별적인 규제행위라고 보기 어렵다. 개발이익환수에관한법률 제7조는 정부 투자기관, 지방공기업, 중소기업 등이 일정한 개발사업을 시행할 경우 개발부담금의 50%를 경감하는 규정을 두고 있는바, 이러한 국내기업에 대한 개발부담금 경감 적용은 '비차별적인 규제행위'라고 보기 어렵기 때문이다.

이러한 측면에서, 미국 투자자는 위 부담금들을 간접수용 조치라고 주장할 여지가 충분하고, 그러한 주장이 중재절차에서 받아들여질 가능성이 농후하다. 개발이익을 기대함은 개발에 따르는 명백하고 합리적인 기대라고 하지 않을 수 없고, 정부 조치로 인하여 그 이익의 상당부분을 잃게 되며, 정부의 행위의 성격도 간접수용의 예외 사항에 해당되지

않기 때문이다.

(2) 기반시설부담금 등

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제67조 에 따라 기반시설부담금이 부과되고 있고, 그 외에도 수도법 제53조 및 하수도법 제61조에 의하여 각 원인자부담금이 부과되고 있으며, 학교용지확보 등에 관한 특례법 제5조에 의해 학교용지부담금 등이 부과되고 있다. 일반적으로 개발에 따르는 도로, 공원, 상하수도, 학교 등 여러 기반시설 설치에 관한 비용을 국가 또는 지방자치단체가 부담하여야 함이 원칙인데, 이들 부담금은 기본적으로 국가·지방자치단체의 재정에 의하여 충당해야 하는 비용을 이용자에게 부담시키는 성질의 것이다.

이러한 부담금을 납부함으로써, 자신이 예상했던 이익을 실현하지 못하게 된 외국인 투자자가 이를 이유로 그 보상을 청구할 개연성이 있다고 보여진다.

2) 양도소득세 등 조세

협정문 제23.3조 제6항 제나호에 의하면, '수용 및 보상규정은 과세조치에 적용된다'고 "과세조치가 보상을 요하는 수용이다"라는 주장을 할 수 있음을 명확히 하고 있는바, 과세조치가 보상을 요하는 수용이 될 수 있음을 예정하고 있다고 할 수 있다. 이 때 과세조치는 투자 자체에 대한 직접적인 권리이전을 가져오는 것이라고는 할 수 없으므로, 간접수용에 해당될 가능성이 높은 것이라 할 것이다.

투기과열지구에서의 양도소득세 중과세, 종합부동산세, 수도권과밀지역에서의 취득세·등록세 중과세 등은 직접수용이나 간접수용으로 간주되어 보상문제가 제기될 우려는 없는 것일까?

먼저 이러한 제도를 문제삼는 중재신청을 피할 수 없다. 예컨대, 양도소득세에 대하여 미국 투자자가 소득세율이 너무 높다는 등 자신의 기대이익이 침해되었다는 이유로 간접수용이라고 주장하며 국제투자분쟁조정센터(ICSID)에 중재를 요청할 경우, 정부는 중재회부를 피할 수 없다.

이 경우, 양도소득세율이 예컨대 국제적인 통상 세율보다 높을 경우 보상을 요하는 간접 수용으로 판정될 가능성을 배제하기 어렵다. 더 나아가 정부가 미국인의 투자 이후 양도 소득세율을 더 높였다면, 간접수용으로 인정될 가능성이 높아진다. 투자 당시 투자자의 기대를 저버린 것으로 평가될 수 있고, 부속서 11-바 라호(투자가 이루어진 때에 이미 과세조치가 발효 중이었고, 그 조치에 대한 정보가 공개적으로 이용가능하였다면, 그 과세조치는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다)의 예외에도 해당되지 아니하기 때문이다.

이러한 결론은 비단 양도소득세의 문제만이 아니다. 일반적으로 세목의 신설이나 세율의 조정은 국내 사정의 변화를 반영하거나 국내 사정에 일정한 영향을 미칠 목적으로 이루어진다. 그러한 조세 정책은 국가의 주권적 재량에 속하는 영역이라 하지 아니할 수 없다. 예컨대, 대한민국과 같이 좁은 국토에서 세계최고의 밀도로 국민들이 모여 살고 있는 나라의 경우 부동산세제에서 다른 나라와는 달리 강화된 세제가 필요할 수 있고, 그에 따라 다른 나라보다 강화된 세제가 정립되는 것은 당연한 이치다. 그러함에도 이러한 조세정책의 강화가 기존 미국투자자의 기대이익을 해치는 경우 간접수용으로서 보상의 대상이 될 수 있다고 한다면, 조세정책의 강화라는 현실적 필요에 대하여 정부가 능동적으로 대응할 수 있는 여지를 앗아가는 결과가 되는 것이다. 즉 추가적인 세목의 신설이나 세율의 인상이 사실상 봉쇄되는 결과가 될 수 있다는 것이다.

3) 지방자치단체의 개발사업에 관한 인·허가처분의 거부나 지연으로 인한 간접 수용으로의 제소가능성

정부해설서에서 중재판정부에 의해 간접수용으로 판정된 사례로 들고 있는 멕시코의 메탈클래드(Metalclad)사건은, 중앙정부의 투자보장과 달리 지방정부가 폐기물매립장 사업에 관한 허가를 적법하게 거부한 사안에서 미국 투자자가 멕시코 법원의 판단을 피하여 국가를 상대로 국제중재를 통해서 배상을 받아낸 사례이다. 우리의 경우에도 이와 같은 폐기물처리업의 허가나 건축허가는 물론, 도시개발법상 사업시행자의 지정 및 변경, 실시계획인가, 도시재정비촉진을위한특별법상 재정비촉진지구의 지정 등 각종 도시계획이나 개발사업 관련한 인허가권은 지방자치단체에 있다. 이러한 지방자치단체의 건축이나 도시계획, 도시개발 등 각종 개발사업과 관련된 인허가의 거부나 사정변경으로 인한 취소 자체가 투자자-국가 소송의 대상이 될 수 있다. 또한, 최근 가스충전소와 같은 위험시설, 쓰레기매립장과 같은 환경위해시설, 장례식장 등 비선호 시설의 설치에 관하여 민원

이 제기되어 지방자치단체의 인허가 처분이 지연되고 있는 경우가 많다. 이러한 경우 멕시코의 Metalclad 사건의 경우처럼 지방자치단체의 인·허가 처분 거부나 지연을 이유로 국가가 제소를 당할 개연성이 크다 할 것이다.

이러한 인허가 자체는 우리 법에 의하면 보호되는 재산권이 아니지만, 한미FTA에 의하면 '면허, 인가, 허가'로서 '투자'에 해당되는바, 미국 투자자는 그 인허가의 거부 또는 취소가 바로 자신의 투자에 대한 침해라고 주장할 수 있는 것이다. 위 멕시코 사례에서 보듯이, 국가나 지방자치단체의 처분에 대하여 미국투자자나 내국인이 법원에 제소할 경우 적법한 처분이라는 이유로 패소할 사안임에도 불구하고, 미국투자자가 같은 사안을 가지고 투자자-국가 소송을 제기하면 그를 통해 보상을 받아 갈 수 있다는 납득하기 어려운 결과가 될 수 있는 것이다.

반대로, 국내 개발사업주체에게는 쉽게 개발사업에 관한 인·허가 처분을 해 주지 않으면서 미국 투자자의 개발사업에 관하여는 국가에 대한 투자자 제소가능성을 이유로 인·허가 처분이 쉽게 내려질 가능성도 크다 할 것이다.

또한, 환경영향평가, 교통영향평가, 주민들의 의견수렴을 위한 공청회 등 대규모 개발사업에 필요적으로 수반되는 민주적인 행정절차가 미국 투자자의 인허가 지연에 따른 제소가능성의 우려 때문에 졸속적으로 처리되는 부작용도 예상될 수 있다.

4) 지방자치단체의 기부채납의 관행의 문제

현재, 도시개발, 도시재개발, 재건축, 아파트 등 공동주택의 건축, 일반건축물의 건축 등 각종 개발사업의 인·허가권은 지방자치단체에 있는데, 지방자치단체는 통상 개발사업계획의 승인처분을 하며 각종 조건 내지 부담을 부과하는 것이 일반적이다(공유재산및물품관리법 제7조). 도시개발과 같은 사업에서는 공원, 도로, 학교 등 각종 기반시설의 기부채납을 허가조건으로 하거나 재개발, 재건축, 아파트 건축 등에 있어서도 진입도로, 상·하수도 등의 건축에 대하여 기부채납을 허가조건으로 하고 있는 것이 상례이다.

하지만 한미FTA 협정 발효 후 미국인 투자자가 투자하는 개발사업의 경우에는 위와 같은 각종 기반시설의 기부채납 조건부 사업계획승인이 있는 경우에는 이를 간접수용으로

보아 제조할 가능성이 크다고 보여진다. 이 경우 일반조세 형태의 개발이익의 환수도 아니고, 위와 같은 공원, 도로, 학교, 상·하수도 등의 기반시설은 원칙적으로 국가나 지방자치단체가 일반 예산으로 건설하는 것이 타당한 것이어서 이러한 과도한 기부채납 조건부 행정처분은 보상을 요하는 간접수용으로 판정될 개연성도 크다고 보여진다.

한미 FTA 찬성론자들은 지방자치단체가 개발사업에 관한 인·허가의 행정권한을 행사하며 위와 같이 부당한 민원 등을 이유로 인·허가 행정처분을 지연하거나 부당한 기부채납의 조건이나 부담을 부과하는 후진적인 관행을 한미 FTA 라는 외부적 충격을 통하여 개혁하여야 한다고 하겠지만, 사회적·경제적 역량에 비하여 과도하게 많은 개발사업이 추진되고 개발사업에 수반되는 기반시설 설치비용이 부족하여 개발사업자에게 상당한 기반시설의 설치를 개발사업 승인의 조건이나 부담으로 부과하고 있는 것이 우리의 현실이다. 이러한 우리 현실에서 이러한 기부채납 요구 관행의 개혁에는 전문학적 비용의 예산이 수반되어야 하는 것이어서 자칫 국내 개발사업자에게는 여전히 기부채납이 관행이 적용되면서 미국인 투자자에게는 제조 가능성 때문에 개발사업에 수반되는 기반시설의 설치를 부과하지 못하는 역차별이 발생할 개연성이 크다고 보여진다.

5) 부동산가격안정화 정책과 관련 국내법규의 내용

(1) 간접수용의 예외 사유로서의 '부동산가격안정화'

협정문 부속서 11-나 수용 제3조 제나항에 의하면, '부동산 가격안정화(예컨대, 저소득층 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위한 규제는 간접수용을 구성하지 아니한다'고 규정하고 있고, 정부는 이를 근거로 국내 부동산정책 전반이 사실상 보상을 요하는 간접수용의 대상에서 제외된 것이라고 자평하고 있다.

이러한 간접수용의 예외사유로 '부동산가격안정화'가 규정됨으로써, 규정되지 않은 경우에 비해 상대적으로 국내 부동산정책이 간접수용으로 문제될 가능성이 축소되었다는 점은 부인하기 어려울 것이다.

부동산가격안정화를 목적으로 하더라도, 그 조치가 목적 및 효과에 비추어 불균형적인

때는 간접수용을 구성하게 되므로, 쉽게 간접수용 문제를 단정하기는 어렵다고 할 것이다.

좁은 국토를 이용하여 생존과 생활을 영위해 가고 있는 우리로서는 당연하고도 필요한 것으로 여기는 일련의 부동산가격안정을 위한 정책들이 미국인 투자자 눈에는 비합리적이고 지나친 제한으로 비치게 될 소지가 높다. 한정된 토지의 공평한 사용이 요청되는 한국의 현실을 반영하여 토지에 대한 광범위한 공적규제가 허용되고 그 공적 제약의 범위 안에서 사유재산권의 내용이 구성되는 것이 한국의 법제이다. 넓은 국토사정상 토지를 규제의 대상으로 보기보다는 개발의 대상으로 보고 재산권을 신성불가침의 기본권으로 개념하고 있는 미국인 투자자의 눈에는 이러한 한국 토지 공법 법제가 지나친 시장원리의 제한으로 비칠 소지가 높은 것이다. 그러므로 그러한 제한 때문에 기대했던 이익을 침해당한 투자자가 간접수용으로 문제삼을 여지가 여전히 상존한다 할 것이다.

그렇다면, 결국 이와 같은 미국인 투자자의 문제 제기 있을 경우, 투자자의 이익 침해 여부를 최우선적으로 고려하는 중재판정부에서 어떻게 판단될 것인지 누구도 예상하기 어렵다는 것이 가장 큰 문제로 남는다 하겠다.

이하에서는 미국인 투자자가 지나친 규제라고 문제 삼을 가능성이 있는 정책을 정리하여 보겠다.

(2) 개별 정책 별 검토

① 주택법 제38조의2에 의한 분양가상한제와 분양가공개제도

미국 투자자가 사업주체(시행자)가 되어 주택공급사업을 시행하였을 때 분양가격을 통제받아 합리적으로 기대했던 경제적 수익을 얻지 못했다는 이유로 간접수용에 문제를 제기할 가능성이 있다.

② 주택법 제41조 제1,2항 에 의한 투기과열지구의 지정과 주택법 제41조의2에 의한 전매제한제도

미국 투자자가 위 전매제한제도에 따른 5년, 10년 장기간의 거래제한으로 부동산가격 상승시점에 투자대상 주택을 처분하지 못하여 합리적으로 기대했던 경제적 수익을 얻지 못했다는 이유로 간접수용이라고 문제삼을 가능성 있다. 다만, 전매제한의 규제를 받는 대상자는 법인이 아닌 개인일 경우가 많으므로 특별한 사정이 없는 한 중재신청에까지 이르게 될 가능성이 높지 않다고 본다.

③ 국토계획및이용에관한법률 제117조 의 토지거래허가구역의 지정과 제118조에 의한 토지거래허가

미국 투자자가 행정관청의 토지거래 불허가처분으로 제때에 투자대상 토지를 매입하지 못하거나 매도하지 못함으로써 합리적으로 기대했던 경제적 수익을 얻지 못했다는 이유로 간접수용으로 보상을 구할 가능성이 있다.

④ 주택담보대출규모를 투자자의 소득수준에 따라 제한하는 DTI 제도(법률이 아니라 금융감독정책에 의한 규제)

미국 투자자가 투자에 필요한 자금을 국내 금융기관으로부터 조달함에 있어 합리적으로 기대되었던 자금 조달에 불이익을 받음으로써 투자를 제한받았다는 측면에서 보상을 청구하는 경우를 상정할 수 있다. 그러나 이 규제는 자연인에게만 적용되는 것으로서, 미국 법인이 미국 투자자의 대부분을 차지할 것이라는 점에서 그리 문제의 소지가 높지 않다고 보인다.

⑤ 주택공급에관한규칙에 의하여 무주택자에게 청약자격의 우선권을 주는 청약가산점 제도

원칙적으로는 미국인 투자자의 경우 신규 분양주택을 분양받을 자격을 부여받지 못하게 된다. 이 경우 미국 투자자는 분양자격의 차별에 따라 분양주택을 구입하지 못하였는 것을 이유로 손해배상 제기할 가능성이 있다. 그러나 이 규제 역시 자연인에게만 적용되는 것으로서, 그리 문제의 소지가 높지 않다고 보인다.

6) 부동산 계획(Planning) 및 이용에 대한 규제

(1) 부동산 계획 및 이용과 관련된 규제 정책

① 국토계획및이용에관한법률의 광역도시계획(제10조), 도시기본계획(제11조), 도시관리계획(제24조 내지 제30조)의 수립 및 변경

② 국토의계획및이용에관한법률 제36조에 따른 용도지역의 지정(주거·상업·공업·녹지)·변경과 그에 따른 건축제한(제76조, 제79조), 용적율과 건폐율 제한과 완화, 강화(제77조, 제78조)

③ 국토의계획및이용에관한법률 제37조에 따른 용도지구(경관·미관·고도·방화·방재·보존·시설보호·취락·개발진흥·특정용도제한·위락·리모델링)의 지정·변경과 그에 따른 건축제한(제76조)

④ 국토의계획및이용에관한법률에 따른 용도구역{개발제한구역 (제38조), 도시자연공원구역(제38의2), 시가화조정구역(제39조), 수산자원보호구역(제40조)의 지정·변경과 그에 따른 건축제한 및, 입목의 벌채·조림·육림, 토석의 채취 등의 행위제한 (제80조, 제80의2조, 제81조)

⑤ 국토의계획및이용에관한법률 제43조에 따른 도시계획시설(공원, 저수지, 장례식장, 종합병원, 방송·통신시설, 문화시설, 체육시설, 도시관, 연구시설등)의 설치·관리와 그 실행을 위한 토지의 이용제한과 수용(제95조)

⑥ 국토의계획및이용에관한법률 제56조에 따른 개발행위 허가와 제63조에 따른 개발행위허가 제한에 따른 건축, 공작물설치, 토지형질변경, 토석채취, 토지분할, 물건을 쌓아놓는 행위 등의 허가와 제한

⑦ 국토의계획및이용에관한법률 제66조에 따른 개발밀도관리구역의 지정과 용적율 강화

⑧ 도시및주거환경정비법 제4조에 의한 정비계획의 수립·변경 및 정비구역지정과 이에 따른 건축제한(제5조)

(2) 간접수용으로 문제될 가능성에 대한 검토

앞서 살펴 본 바와 같이, 도시계획지구의 지정·변경에 따라 건축, 토지형질변경, 토지의 분할·합병 등 개발행위 자체가 제한되기도 하고, 또는 건축물의 용도, 건축물의 용적률과 건폐율 등 토지의 이용관리의 범위가 제한된다.

이 경우 미국 투자자가 이러한 도시계획지구의 지정·변경 또는 도시계획내용의 변경에 의하여 합리적으로 기대한 토지의 이용 및 관리행위가 제한되어 기대한 수익을 얻지 못함으로써 이러한 규제적 수용에 따라 사실상 직접수용과 마찬가지로 경제적 손실을 입었다는 이유로 한국 정부를 상대로 중재를 신청할 수 있다.

그 경우 거듭 말하지만, 중재판정부는 협정문과 적용가능한 국제법규칙만을 판단기준이 되는 준거법으로 삼을 수 있지(제11.22조 준거법 제1항), 위와 같은 우리의 성문법이 준거법이 되는 것이 아니고, 더 나아가 그러한 우리 성문법의 필요성이나 정당성은 전혀 고려의 대상이 될 수 없다. 이러한 중재가 제기될 경우, 위와 같은 일련의 우리 성문법들의 정당성이 일개 중재판정부의 판단에 좌우될 수 있는 것이다.

대한민국 국민의 토지이용에 관한 합의로서, 국민의 의사를 대표하여 국회가 제정한 일련의 법률의 정당성이 헌법재판소가 아닌, 일개 중재판정부의 판단에 따라 부정될 수도 있는 것으로, 이는 우리 헌법이 전혀 예정하지 아니하고 있는 위헌적인 상황이라 하겠다.

만일 중재판정부가 투자자의 손을 들어 주게 되면, 내국인은 보상대상이 아닌 적법한 조치가 미국 투자자에게는 보상을 하여 주어야 하는 부적법한 조치가 되는 것이고, 이러한 불평등이 발생할 경우, 기존 법질서의 정당성은 송두리째 흔들리게 되고, 그 문제된 조항은 사실상의 폐지를 면하기 어려울 것이다. 이러한 사태는 투자자-국가소송제가 실질적으로 합헌적인 국내 법률을 개폐할 수 있는 사실상의 권한을 미국 투자자나 이를 내세운 배후의 내국인에게 양도한 것이라는 비판의 적절한 근거가 될 수 있을 것이다.

7. 결론에 갈음하여

- 수용과 간접수용에 있어서 내국민 역차별과 관련된 문제

정부는 협상 타결 이후 지금까지 국민들을 향해 '부동산가격안정화정책을 비롯한 공공복리'를 수용의 예외로 삼았기 때문에 거의 모든 부동산 관련 쟁송을 막을 수 있다는 식으로 호언하고 있다.

그러나 정부가 협상과정에서 '부동산계획', '토지관리와 이용'과 같은 부동산정책전반을 간접수용 수용의 예외사유로 넣으려고 했으나 거부당하고 부동산 정책 중 '부동산가격안정화 정책'만을 수용의 예외사유로 삼기로 한 일련의 협상 경과만을 보아도, 정부 역시 문제없다는 장담과는 달리 실제 부동산정책이 수용을 구성하여 국가가 배상하는 사태를 우려하고 있다는 사실을 알 수 있다.

이상에서는 협정문이 체결될 경우, 협정문상 '투자' 개념이 현행법이 보장하는 '재산권'보다 보호 범위가 더 넓고, 투자자-국가 소송을 제기하여 배상을 구할 수 있는 자격이 우리 법에 비하여 넓어지게 되어 미국 투자자들이 더 큰 보호를 받게 된다는 점, 간접수용을 수용할 경우 현행법 상 적법한 것으로서 보상의 여지가 전혀 없는 정부나 지방자치단체의 부동산공법상의 조치들도 미국 투자자들에 대하여 보상하여야 하는 상황이 발생할 수 있음을 충분히 살펴보았다. 이러한 가능성은 정부의 발표대로 협정문 상의 간접수용과 관련된 조항에 몇 문구를 삽입한다고 해서 해결될 수 있는 문제가 아니라는 점 역시 충분히 살펴보았다.

부동산법제와 관련하여 한미FTA협정 중 가장 본질적이고도 국내 법제에 가장 크게 영향을 줄 수 있는 것은 투자자-국가 소송제도의 도입이다. 이러한 투자자-국가소송제를 통해서 미국 투자자나 이들을 내세운 국내의 투기세력들은 정부와 지방자치단체의 부동산공법 관련 행위에 대하여 한국 정부로서는 그 승산을 예측할 수도 없는 중재판정으로 끌고 갈 수 있는데, 이러한 중재에서 준거법은 국내 헌법과 법률이 아니라 한미FTA협정문과 국제법뿐이라는 것이다. 그러나, 헌법은 국가나 지방자치단체의 행위에 대한 사법심사로 법원이 헌법과 법률에 기초하여 판단하고 통제하는 것 말고는 달리 예정한 바 없다. 그러므로 투자자-국가소송제는 그 자체로 위헌적인 것이다.

또한, 이러한 투자자-국가소송제에 따른 중재판정은 그 결과에 대한 예측가능성이 희박하고, 만일 이러한 중재판정에서 패소할 경우, 정부로서는 막대한 배상금을 지급하여야 한다. 여기에 문제는 한 건의 소송에서 국가가 패소하는 것 정도에 그치는 것이 아니라, 국내적으로도 내국인이 미국 투자자와의 역차별을 문제 삼으며, 협정문을 근거로 각종 도시계획구역지정, 개발제한구역지정 등 토지의 이용·개발과 관련한 규제에 대하여 부당함을 지적하는 소송을 제기할 가능성이 크고, 내외국인 사이의 부당한 차별이 발생한다는 점에서 그 소송들의 인용가능성을 배제할 수 없다고 보인다. 마찬가지로, 개발부담금, 재건축부담금, 양도소득세 등에 대하여도 미국 투자자와의 차별을 이유로 각종 위헌소송이나 행정소송이 계속될 것이다. 이러한 분쟁을 한편으로 하고, 다른 일단의 국내 투자자들은 미국 투자자와 합작하거나, 미국 투자자를 전면에 내세워 이러한 토지에 대한 각종 공법적인 규제를 회피하려 할 것이다. 이러한 상황이 되면, 국가나 지방자치단체도 헌법과 법률이 부여한 적법한 권한을 행사함에 있어서 소극적일 수밖에 없다.

결국, 부동산투기를 규제하고 균형 있는 국토개발을 위하여 헌법의 위임에 따라 제정된 일련의 공법적 규제들이 무력화되고, 더 이상 부동산투기 등에 대한 실효성 있는 공공정책이 존재하지 아니하게 되는 상황이 초래될 것이 우려된다 하지 않을 수 없다.

현 정부의 호언장담과는 달리 그러한 사태가 현실화될 경우, 그 결과는 누가 책임질 것인가? 아니, 책임진다는 것이 가능하거나 한 상황일 것인가?

만일 투자자-국가 소송제가 도입되지 아니한다면, 헌법과 법률을 준거법으로 한 국내 재판권의 적절하고도 예측가능한 행사를 통해 미국 투자자나 이들을 뒤에 있는 국내 투기세력의 경제적 이익 때문에 국내 부동산 공법 법제가 개폐되는 사태를 막을 수 있을 것이다. 그러나, 한미FTA로 투자자-국가 소송제가 도입되면, 일련의 수용 조항을 매개로 정부의 공법적 규제 정책이 무력화될 수 있다는 우려가 결코 기우만은 아닌 것이다. ㉠

한미FTA가 부동산 정책에 미치는 영향과 ISD 분쟁가능성

조재성 / 원광대 도시공학과 교수

1. 문제 제기

■ 미국 도시계획의 배경

논란이 되는 '간접수용'이나 '부담금' 관련제도를 이해하기 위해서는 미국의 도시계획 운용과 규제가 우리나라와 다른 행정조직, 문화, 역사적 전통에 기반해 있음을 이해하는 것이 선행되어야 한다.

미국의 도시계획은 연방정부나 주 정부에서 수립하지 않는다. 토지이용을 규제하는 계획고권(計劃高權)을 자치체 정부에서 행사하고 있다. 그 배경으로 '자치에 의한 지방의 지배'라는 사상이 자리하고 있다. 미국에서 토지이용규제를 수행하는 도시계획의 수립은 지방정부가 수행해야 하는 의무사항은 아니며, 오히려 자치체가 주수권법의 위임에 의해 자유의사로 행하는 행정사무라는 점 또한 강조되어야 한다.

2. ‘간접수용’ 에 대한 소고

■ 미국에서의 ‘규제적 수용’

미국의 지역제는 부정적 외부효과를 줄이고자 토지이용을 규제하지만 이때 개인의 재산권 침해여부를 동시에 다루고 있다. 지역제에 의한 토지이용규제에 개인의 재산권 침해 여부를 비중 있게 다루는 경향은 미국도시계획에서 근래에 등장한 새로운 경향이라고 할 수 있다. 토지이용규제에 의한 토지용도규제가 개인의 재산권을 보상 없이 침해해서는 안 된다는 사건이 1990년대 들어와 사회의 시선을 끌었다. 대표적으로 놀란(1987), 루카스(1992) 그리고 돌란(1994) 판결로 이어지는 일련의 사건은 “보상 없이 공공을 위해 개인의 재산권을 침해할 수 없다.”라는 원리를 보여주고 있다.

토지이용규제에 따른 토지소유자의 재산권 침해 여부를 심사할 때 법원은 정부규제의 목적 평가(purpose-based rule), 규제받는 토지소유자의 경제적 손실(economic loss rule), 공익과 고통을 수인해야 하는 토지소유자 간의 균형검증(balancing test) 등의 다양하고, 복잡한 원리로 ‘규제적 수용’ 여부를 판단한다.

■ 한국에서의 ‘수용’ 분쟁과 한국 도시계획의 성격

우리나라는 공공의 복지를 위한 토지이용규제 시 개인의 재산권 침해 여부가 사회적으로 주목을 끌지 못했다. (개발제한구역과 장기 미집행 도시계획시설에 적용된 희소한 사례가 있다).

이 점은 양국의 도시계획 탄생부터 도시계획이라는 기술이 사회 내에서 수행하는 역할의 차이에서 비롯된다고 할 수 있다. 자치단체(Municipality)에 의한 자치행정이 일찍부터 시작된 미국은 토지이용규제가 개인의 부동산 가치 보호를 위해 사회적으로 채택되었고, 커뮤니티의 보건·위생·안전등을 보장하기 위해 자치체에서 도시계획을 수행하고 있다. 이에 반해 우리나라는 경제개발 및 국가발전을 위해 도시계획 수립과 토지이용규제를 채택해왔고 오랜 시간 동안 중앙정부가 도시계획의 수립 및 집행을 주도해왔기 때문에 공공적 목적(public purpose)의 성격이 강하다.

■ 한미 양국의 토지이용규제체계

우리나라에서 토지이용규제의 근거로 사용하는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제36조에 따른 용도지역의 지정(주거·상업·공업·녹지)·변경과 그에 따른 건축제한(제76조, 79조), 용적률과 건폐율 제한과 완화, 강화(제77,78조), 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제37조에 따른 용도지구(경관·미관·고도, 방화·방재·보존·시설보호·취락·개발진흥·특정용도제한·위락·리모델링)의 지정·변경과 그에 따른 건축제한(제76)은 미국의 지역제(zoning system)와 같은 규제체계(system)를 사용하고 있다.

동일한 원리를 채택해 사용하고 있지만 적용할 때 개인의 재산권 침해 여부를 취급하는 비중이 크게 다르다는 것은 도시계획을 채택하는 기본철학 차이에서 비롯된다. 미국보다 우리의 현실은 도시계획이라는 명목으로 개인의 토지재산권을 침해하는 토지 공적규제가 남발되는 경향이 있는데 미국에서는 토지이용을 규제할 때 개인재산권 행사의 제한 여부는 굉장히 민감한 문제가 되고 있다. 이러한 소인(素因)으로 미국의 지방정부는 토지이용 규제 권한을 사용하는 데 소극적이기조차 하다.

앞서 언급한 대로 한국과 미국은 같은 토지이용규제제도 및 개발행위 규제를 하고 있다. '경찰권(police power)에 기초해 토지이용을 규제하고, 토지수용(eminent domain)을 통해 개발사업을 수행하는 것은 양국에서 공통으로 사용되는 원리이다. 미국에서 '규제적 수용'은 도시계획제도에 있다기보다는 개인의 재산권을 침해하는 정도와 유형에 따라 법원에서 사례별로 판결하고 있다. 따라서 '경찰권'에 기초한 토지이용규제는 우리 헌법과 마찰을 일으킨다고 볼 수 없다. 우리나라에서도 개인이 도시계획결정에 의해 재산권을 심각하게 침해받았을 때 도시계획 결정의 부당성에 대해 행정소송을 제기하나, 법원은 개인의 재산권침해 여부보다는 지방정부의 공적규제 행위를 지지하는 것이 다를 뿐이다.

■ 시사점

차제에 개인의 재산권을 중시하는 도시계획행정 차원에서 '규제적 수용' 개념을 도시계획의 원리에 적극적으로 도입할 것을 제안한다.

제11.6조(수용 및 보상) 조항은 공익을 위한 토지이용규제라 할지라도 개인의 재산권을

침해할 때에는 공익에 이바지한다는 보다 정확하고, 구체적인 근거 위에서 적용되어야 함을 일깨워 주고 있다. 금지되는 행위가 공적 혹은 사적으로 폐해를 일으키는 경우는 보상이 필요치 않은 규제라는 점은 의문의 여지가 없다. 유명한 미국의 '돌란 사건'은 건축에 대해 일정한 공적규제를 가하는 행위는 타당하지만, 지나친 기부채납의 요구는 '수용'이라고 판단하고 있다. 더 나아가 공적규제에 대해 위헌의 증명을 주민이 해야 하는 수동적인 위치에서 규제의 합리성을 공공당국이 증명해야 하는 주민 우선의 심리절차를 밟고 있다는 점이 주목된다. '놀란 사건'에서는 공공을 위해 개인의 토지를 제공하는 지역권의 제공은 수용이라고 판결했다.

미국 토지이용규제의 이정표가 되는 일련의 사건에서 보듯이 '규제적 수용'은 사례별로 판단을 하지 일률적으로 '규제적 수용'의 유형을 분류하고 있지 않다. 이와 같은 미국의 '간접수용'이 적용되는 현실을 고려할 때 본 협정은 다음과 같은 점을 시사한다.

첫 번째, 우리나라에서 진행되는 토지이용규제는 충분한 조사와 분석에 기초해서 근거 (proof)를 갖고 이루어져야 한다.

두 번째는, '규제적 수용'이라는 분쟁을 피하고자 도시계획 수립 시 공청회의 활성화, 도시계획 결정 시 이해당사자가 참여할 수 있는 제도와 이해 당사자가 청원할 수 있는 도시계획절차를 확보해야 하겠다. 미국의 도시계획제도에는 도시계획위원회 운영을 공개하고, 이해관계인이 토지이용규제의 부당성에 대해 진술할 수 있는 지역제 청원위원회 (Zoning Board of Appeal) 등의 제도가 도시계획 수립과정에 포함되어 있다.

본 협정을 기회로 주민이 만드는 도시를 위해 도시계획위원회운영을 공개하는 제도 개혁이 필요하다.

■ 간접수용과 관련된 문제

앞서 살펴 본 대로 '규제적 수용'은 토지이용규제에 따른 토지소유자의 용도 및 이용제한임에 반하여, 『...간접수용은 '규제적 수용'에서 더 나아가 정부 조치의 반사적 효과로서 투자자산의 경제적 가치가 저하되는 것까지 포함하는 것'으로 이해할 수 있다...』(김성식, 2007)라는 지적에 대해 협정문에 '규제적 수용(regulatory taking)'이라고 용어를 명

확히 사용할 것을 제안한다. '간접수용'이 포괄하는 범위와 내용의 명문화가 필요하다.

■ 토지이용규제와 저소득층을 위한 주택정책

미국에서 저소득층을 위한 주택정책으로 차별적이지 않고 '간접수용'에 해당하지 않는 제도로 『혼합지역제』(Inclusionary Zoning)를 꼽을 수 있다.

미국의 지방정부는 저소득층을 위한 저렴한 주택의 공급을 지원하고자 개발업자에게 다양한 유인책을 제공하기도 한다. 『혼합지역제』는 개발업자에게 저가주택(低價住宅)을 공급하면 그에 대한 보상으로 고밀도 개발의 허용을 보너스로 제공해 일정비율만큼의 저렴한 주택의 공급을 요구하는 방식이다. 그와 같은 방식의 목적은 지자체 내에 저렴한 가격 주택의 공급을 늘리거나 또는 교외지에도 저소득 가구의 생활기회를 제공하려는 것이다.

따라서 저소득층 주거여건을 개선하려는 조치와 같은 정당한 공공복지 목적을 위한 토지이용규제의 채택은 확대되는 추세라고 할 수 있다.

예를 들면 캘리포니아주, 오리건 주에서는 저소득 또는 최하위 계층에게 저가 임대주택의 공급을 위해 지방정부로 하여금 토지의 확보를 요구하고 있다. 그와 동시에 이를 담당하는 개발업자에게는 밀도보너스 또는 다양한 비용감소 유인책을 제시한다. 한마디로 부동산 가격안정화나 공공복지를 위해 토지이용규제의 유연화, 재정적인 수단과 결합한 세련화가 현재의 추세라고 할 수 있다.

3. 각종 부담금

■ 미국의 각종 부담금제도

『...기부채납이 관행이 적용되면서 미국인 투자자에게는 제소 가능성 때문에 개발사업에 수반되는 기반시설의 설치를 부과하지 못하는 역차별이 발생할 개연성이 크다고 보인다...』(김성식).

미국에서 기반시설 공급을 위해 운영하고 있는 각종 부담금 부과 제도를 살펴본다.

기반시설 공급을 개발자에게 부담시키는 정책은 '성장의 비용을 지불'(Pay for Growth) 하라는 원리로 미국 도시계획제도 탄생부터 있어왔다.

개발자에게 신개발로 말미암아 발생하는 도로와 기타 서비스 시설을 제공하여 달라고 요구하는 방식이다. 부동산을 개발하는 사람은 본인의 대지에 그 자신을 위한 접근로를 제공하고, 주택이나 상업용 건물을 판매하려는 부동산 개발업자는 고객이 요구하는 최소한의 접근로·상수·배수로 서비스를 스스로 설치해야 한다. 하지만, 지방 정부는 개별 개발업자가 제공 못 하는 집단적인 공공시설, 예를 들면, 주요 간선도로·학교·소방서·경찰·병원 등과 같은 시설을 공급해야 한다. 이때 지방정부는 개발업자의 기부채납 또는 지방세를 징수해서 이러한 공공시설을 공급한다.

일부 지역은 공공시설 서비스 제공의 한계에 부딪혀 기반시설 수요의 유발을 가져오는 신개발지를 규제하기도 한다.

■ 개발영향 부담금

개발업자의 공공시설 기부채납에 대한 반대급부로 이익을 제공하는 관행이 미국의 도시 계획제도의 특징이다. 그 대표적인 예로 '개발영향부담금'(Development Impact Fees) 제도를 꼽을 수 있다. '개발영향부담금' 제도는 지방정부와 개발업자 사이의 '협상' 문화라는 토양 위에서 운영되고 있는 성공적인 제도이다. 대부분 지방정부는 1990년대 초 성장하는 지역의 기반시설 정비비용을 개발업자에게 요구하는 '개발영향부담금' 정책을 채택했다.

'개발영향부담금' 정책 이전에도 대부분 지방정부는 개발업자에게 택지분할지구 내의 도로포장과 공급처리시설 같은 기반시설 개선비용을 요구했지만, '개발영향부담금' 제도는 더욱 강력한 기반시설 비용부담제도라고 할 수 있다.

'개발영향부담금'은 개발을 수행하는 대가로 개발업자가 금전적으로 지방정부에 내는 지원금이다. '개발영향부담금'을 부과하는 관련규정은 주 수권법 속에 만들거나 일부 주에

서는 자치체에 부여된 '홈 룰(home rule)'에 기초하거나 전통적인 조닝규제의 근거인 '경찰관'에 의지하기도 한다.

이러한 공공시설 부담금제는 미 전역에서 인기를 끌고 있다. 캘리포니아주에서는 공공시설부담금제의 적용을 한정된 도시지역을 넘어 광역차원의 주민 모두에게 편익이 돌아가는 하부시설의 제공 또는 부담금의 납부를 개발업자에게 요구하기도 한다.

■ 기반시설부담금의 확대 : 연계프로그램

따라서 지방정부는 주요 간선도로 또는 신규 하수처리시설 같은 대규모 공급처리시설 비용을 분담할 능력이 있는 개발업자를 선호하고 있다.

개발업자의 기부채납 또는 개발업자에게 건설을 요구하는 시설은 기반시설뿐만 아니라 골프코스 · 미식축구장 · 보행자 전용터널 · 고속도로 방음벽 · 이동도서관 등으로 다양화하고면서 확장되고 있다. 이러한 기부채납형태는 표준화된 비용산출기준에 근거해서 요구하기보다는 오히려 협상의 결과라고 할 수 있다. 대부분 이러한 기부채납에 대해 개발업자는 심각한 부담으로 받아들이지 않고 오히려 홍보의 기회로 삼아 활성화되는 것이 현재의 추세이다.

상업지를 개발할 때 부담금을 적용하는 프로그램은 기반시설부담금이나 강제징수(exaction)와는 별도로 발달해 왔다. 이 프로그램은 주로 캘리포니아와 매사추세츠에서 발달해 왔으며, 다른 지역으로 확산하고 있으며, 이 프로그램은 개발업자에게 '저가주택', '자녀 육아시설', 또는 빈민을 위한 문화시설의 제공을 포함한 다양한 형태의 사회편익 시설의 제공을 요구하고 있다. 이것을 '연계프로그램'(linkage program)이라고 부른다.

이렇게 다양한 '개발영향부담금', '비용부담', '강제징수'는 신개발로 말미암아 발생하는 기반시설과 커뮤니티 서비스를 제공하는 비용을 충당하고자 출발했다. 이제 개발업자들은 개발 시에 커뮤니티에 편익을 제공하기 위해 다양한 형태의 부담금을 당연하게 받아들인다.

4. 결론에 대신하며

한미FTA 협정을 통해 일련의 토지에 대한 공법적 규제체계를 유지해서 부동산 투기를 규제하고, 균형있는 국토개발을 위하여 다음과 같은 제도개혁이 필요하다.

■ 도시계획과 지역제의 일치 강조

근래 미국의 도시계획은 토지이용규제와 용도를 지정하는 지역제와 마스터플랜과의 '일치성(CONSISTENCY)'을 강조한다. 다양한 부문을 포괄하고 있는 '마스터플랜'의 역할이 인정되어 이제는 도시계획의 헌법적 지위를 점하고 있다. 그 이유는 '마스터플랜'을 작성하지 않은 채로 결정되는 용도지역제와 용도변경은 임시적이고, 임의적으로 이루어질 수 있기 때문이다. 또한, '마스터플랜'이 없다면 용도지역제 수립과정이 내적 일치성을 유지할 수 없기 때문이다.

도시 전체 구역을 동등하게(equally) 다루는 도시계획과 토지이용규제가 불일치할 때 토지의 용도가 제약받는 토지소유자는 '수용'이라고 보상을 요구하게 된다. 그러므로 지방정부로 하여금 '마스터플랜'의 채택을 의무로 하는 수가 늘어나고 있다. 한마디로 '마스터플랜'의 헌법적 지위로의 복권 그리고 '마스터플랜'과 집행수단으로서의 '용도지역제'와의 일치성을 강조하는 것이 현재의 경향이다. 따라서 본 협정을 계기로 『국토의 계획 및 이용에 관한 법률』의 광역도시계획(제10조), 도시기본계획(제11조), 도시관리계획(제24조 또는 제30조)의 수립 및 변경 시 마스터 플랜에 해당하는 도시기본계획과 구축적 계획에 해당하는 도시관리계획과의 일치성을 강조해서 개인의 재산권을 침해하는 '규제적 수용'의 시비를 사전(事前)에 차단하고 공공의 복지와 주민의 재산권 향상에 이바지하는 선진적인 도시계획체제로 전환해야 하겠다.

■ 토지이용규제 제도의 개발

앞서 언급한 대로 미국과 우리나라는 동일한 지역제 규제체계를 사용하고 있다. 미국의 용도지역규제와 우리나라의 용도지역지구제를 비교해 보면 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있다.

미국의 지역제는 주거지의 용도순화(用度純化)를 지키는 방향으로 발전해 왔다. 미국의 지역제와 비교해 본 결과 우리나라의 용도지역 중 주거지역에서 허용되는 용도를 살펴 보면 상업지역과 구분하기 어려울 정도로 용도의 혼재(混在)를 허용하고 있다. 특히 가장 높은 용도순화를 요구하는 전용 주거지역에서도 단독주택에서 아파트, 기숙사에 이르기까지 모든 기능의 주거용도가 허용되고 있다.

본 비교를 위해 사용한 뉴욕의 용도지역제는 전용 주거에 허용되는 건축물의 용도는 단독주택과 최소한의 집회장 정도에 불과하다. 더 나아가 제1종 근린생활시설, 제2종 근린생활시설도 전용 주거지역에서의 입지가 금지되고 있다. 이런 면에 비추어 볼 때 같은 용도지역제 방식을 채택하고 있는 미국과 우리나라는 결과적으로 상당히 판이한 토지이용 형상을 낳고 있다. 용도순화를 지키는 방법으로 지역제를 채택하고 있는 미국은, 그 목적을 달성하고 있는 데 반해 우리나라는 지역제 채택의 목적이 무엇인지 의문이 갈 정도로 용도가 혼합되는 토지이용을 낳고 있다.

또 다른 예로 우리나라 상업지역에 세분된 근린상업지역에는 단독주택에서 공동주택, 제1·2종 근린생활시설까지 모두 허용하고 있다. 지역제 원리인 용도순화(用度純化)와 용도분리(用度分離)의 기본원리가 실종되었음을 알 수 있다.

우리는 같은 용도지역 내에서는 무차별적으로 같은 토지이용 규제가 허용되고, 그에 더해 용도지역 내 허용되는 용도가 용도지역 간 차별성 없이 혼재되고 있다. 준공업지역에서조차 조례로 단독주택에서 문화, 상업, 공업, 업무시설까지 폭넓고 다양한 용도를 허용하면서 같은 용적률, 건폐율을 적용하고 있다. 미국의 용도지역제와 비교해 보면 우리나라는 용도지역지구제 운용 기술을 더욱 개발하고, 세련화시켜야 할 여지가 많음을 깨닫게 된다.

■ 도시계획결정구조의 개선

미국의 도시계획 결정구조와 비교해 보면 우리나라는 도시계획의 수립과 집행계획인 도시관리계획의 작성이 지방자치단체의 의무사항이다. 그러나 미국에서는 마스터플랜의 수립과 민간의 토지이용을 법률적으로 구속하는 용도지역지구제를 채택하는 행정이 선택 사항으로 되어있다.

그러나 채택한 마스터플랜과 용도지역지구제는 엄격하면서도 일관되게 운용하고 있다. 특히 주목되는 것은 공청회를 자주 열어, 이해관계에 있는 시민은 아무런 제약 없이 도시계획위원회에 참석해서 본인의 의견을 자유롭게 진술하고 있다.

용도지역제의 경직적 운용을 탈피하고자 현실의 상황을 반영하기 위한 장치인 '지역제청원위원회'(Zoning Board of Appeal)의 운용이 주목된다. 지역제 청원 위원회는 지역제 조례의 완화를 인정하거나 설명하며, 도시계획위원회의 결정에 관련되는 지역제 법률에 관한 청문회를 수행하고, 분쟁의 해결을 시도한다.

미국의 도시계획제도 운용과 비교해 보면 우리나라는 도시계획 결정이 지나치게 형식적이고 결정된 도시계획의 집행력이 미국보다 현저히 떨어진다고 할 수 있다. 그 근본 이유는 도시계획결정이 지나치게 행정력 안의 범위에 있고, 주민의 동의와 지지를 받는 절차가 부족하기 때문이라고 판단된다. [참]

한미 FTA 투자자국가소송제도가 부동산정책에 미치는 영향

김원보 / 가람감정평가법인 감정평가사

최근 한미 FTA 비준과 관련하여 가장 뜨거운 이슈로 떠오른 것이 투자자국가소송제도 (ISD, Investor-State Dispute Settlement)이다. 특히 ISD가 한미 FTA에서 규정하고 있는 “간접수용(Indirect Expropriation)”과 관련하여 우리나라의 부동산정책의 전반에 걸쳐 큰 영향을 미칠 것으로 우려하고 있다. 발제문은 이러한 문제점에 대해 자세히 적시하고 있어 앞으로의 ISD 재협상 등과 관련하여 중요한 자료가 될 것으로 기대된다.

발제문에서 지적하고 있는 문제점은 ①투자의 개념 문제, ②직접수용과 관련된 문제, ③ 간접수용과 관련된 문제 등으로 크게 나누어 볼 수 있으므로 토론도 각 문제별로 의견을 제시하되, 대부분 한미 FTA에 대해서는 그 문제점만을 부각하고 있으므로, 토론자는 반대로 한미 FTA의 수용 및 보상조항이 우리나라의 부동산정책, 특히 국민의 재산권보장에 긍정적으로 기여하는 바는 없는지에 대해 살펴보고자 한다. 그리고 실무자적 관점에서 과연 현실적으로 ISD가 현실화될 수 있는지 여부에 대해서는 생각해 보고자 한다.

1. 투자의 개념 문제

한미 FTA에서는 보상대상을 “투자”로 규정하고 있으며, 투자는 투자자가 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 모든 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 또는 위험의 감수와 같은 특징을 포함하여, 투자의 특징을 가진 것으로 규정하고 있다.

반면 「헌법」 제23조제3항에서는 보상대상을 재산권으로 규정하고 있고, 재산권의 범위에 대해서는 일반적으로 민법상의 물권·채권·상속권 등의 권리뿐만 아니라, 광업권·어업권·특허권·저작권·실용신안권·상표권·의장권 등의 무체재산권 및 상사채권과, 재산적 가치가 있는 공법상의 수리권·하천점용권·연금청구권 등도 모두 포함하는 것으로 보고 있으나, 그 범위가 명확하게 규정되어 있지는 않다. 다만, 최근의 사회경제적인 변화에 따라 재산권의 범위를 사적인 유용성과 임의적인 처분권능이 인정되는 재산가치 있는 구체적 권리 또는 사회통념에 의하여 형성된 모든 재산가치적인 법익 등으로 해석하여 재산가치 있는 모든 사법상의 권리와 공법상의 권리로 확대하는 경향이 있다.

그러므로 한미 FTA에서 보상대상을 투자로 한다면 우리나라도 이에 맞추어 재산권의 개념을 보다 확대함으로써 국민의 재산권보장에 보다 충실을 기할 수도 있을 것이다.

2. 직접수용

1) 채권보상

직접수용과 관련하여 발제문에서는 주로 채권보상의 문제를 거론하고 있으나, 「공익사업을 위한 토지등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 「토지보상법」이라 함) 상의 보상채권은 상환기한이 5년을 초과할 수 없고 정기에금금리를 보장하고 있으며, 무기명채권으로 발행되고 있어 현금보상과 거의 차이가 없으므로 현실적으로 이것이 문제가 될 여지는 없다.

2) 공시지가 기준평가

발제문에서 거론하지는 않았지만 직접수용과 관련하여 실제로 예상되는 문제점은 공시지가를 기준으로 보상하도록 하고 있는 「토지보상법」상의 평가기준이 한미 FTA에서 규정하고 있는 “공정한 시장가격”에 해당될 수 있는지 여부이다. 다만, 여기에 대해서도 현재 국토부에서 제도개선을 준비하고 있으므로 이 문제도 해소될 수 있을 것으로 본다.

3) 이자지급

「토지보상법」에서는 보상액은 “재결 당시의 가격”을 기준으로 하도록 규정하면서 재결 당시와 실제적으로 소유권이 이전되는 “수용의 개시일”까지의 이자 지급에 대해서는 별도로 규정을 두고 있지 않는 반면, 한미 FTA에서 보상은 수용일 직전의 가격으로 하되, 수용일부터 지불일까지 발생한 이자를 더하도록 규정하고 있다. 따라서 앞으로 한미 FTA가 시행되면 「토지보상법」을 개정하여 재결시부터 수용의 개시일까지 이자를 지급하여야 할 것이므로 이 역시 국민의 재산권보장에 긍정적인 효과를 기대할 수 있을 것이다.

3. 간접수용

1) 간접수용의 개념

간접수용에 대하여 발제문에서는 우리나라에서는 없는 제도라고 하고 있으나 여기에 전적으로 동의하기는 어렵다. 간접수용이라 함은 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 동등한 효과를 가지는 경우를 말한다. 즉, 직접수용은 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수를 통하여 투자가 국유화되거나 직접적으로 수용되는 경우인 반면, 간접수용은 직접적으로 소유권을 박탈하지는 않으나, 국가가 각종 규제를 통하여 재산적 가치를 현저하게 감소시키거나 재산권의 행사를 불가능하게 하는 행위를 의미한다.

따라서 재산권에 대한 간접수용은 우리나라의 공용제한에 해당된다. 다만 우리나라에 없는 것은 이에 대한 보상규정이다.

2) 우리나라의 공용제한 손실보상

「헌법」 제23조제3항에서는 공용침해의 유형을 수용·사용 또는 제한으로 규정하면서 그에 대한 보상은 법률에 유보하고 있으나, 공용제한에 대해서는 직접적으로 보상을 규정하고 있는 법률은 거의 없다. 다만, 「개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법」에서 개발제한구역의 지정으로 인하여 개발제한구역 안의 토지를 종래의 용도로 사용할 수 없어 그 효용이 현저히 감소된 토지 또는 당해 토지의 사용 및 수익이 사실상 불가능한 토지의 소유자는 건설교통부장관에게 당해 토지의 매수를 청구할 수 있음을 규정하고 있고, 그밖에 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상의 장기(10년) 미집행도시계획시설, 「도로법」상의 접도구역, 「자연공원법」상의 자연공원, 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」상의 도시자연공원구역, 「군사기지 및 군사시설 보호법」상의 보호구역 등에 대하여 매수청구권제도를 두고 있을 뿐이다.

3) 매수청구권제도와 재산권보장

매수청구권제도는 1998.12.24 「헌법」 재판소의 개발제한구역제도의 「헌법」 불합치 결정으로 도입되었다. 그러나 헌법재판소에서는 개발제한구역과 같은 일반적 계획제한으로 인한 사회적 제약의 한계를 넘는 재산권의 침해를 「헌법」 제23조제3항의 공용제한으로 보지 아니하고, 비례의 원칙에 위반되는 재산권의 내용 및 한계규정으로 이해하여 「헌법」 제23조제1항 및 제2항에 근거하여 그 위헌성을 판단하였다. 다시 말하면 개발제한구역의 지정과 같은 소위 계획제한에 의한 재산권의 침해는 그 유형에 있어서 「헌법」 제23조제3항의 공용침해와는 전혀 별개의 제도인 「헌법」 제23조제1항 및 제2항의 재산권 내용규정에 속한다는 것이다.

이러한 헌법재판소의 결정은 사회적 제약과 공용침해는 별개의 제도가 아니라 재산권 침해의 정도의 차이로서 재산권 제한의 정도에 의하여 사회적 제약과 공용침해를 구분하여야 한다는 종래의 경계이론에서 벗어나, 재산권의 내용규정과 공용침해를 헌법적으로 서로 다른 독립된 제도로 보고 재산권 제한의 효과가 아니라 입법의 형식과 목적에 따라 구분하는 독일 헌법재판소의 분리이론에 그 논리적 바탕을 두고 있는 것이다.

여기서 문제가 되는 것은 이와 같은 계획제한을 「헌법」 제23조제3항의 공용제한으로 보고 보상으로 접근하였다면 보상금액은 토지에 대한 이용제한이 없는 상태의 가격으로 평가되어야 하나, 「헌법」 제23조제1항 및 제2항의 재산권 내용규정에 속하는 것으로 봄으로써 그 매수청구가격은 원칙적으로 제한받는 상태의 가격으로 결정되게 되었다는 점이다.

그러나 재산권의 침해를 분리이론을 적용하여 「헌법」 제23조제1항 및 제2항의 재산권 내용규정에 속하는 것으로 볼 것인지 아니면 경계이론을 적용하여 「헌법」 제23조제3항의 공용제한으로 볼 것인지 여부에 상관없이 이러한 제한이 재산권에 내재하는 사회적 제약을 초과하는 것으로 본다면, 매수청구가격과 보상가격은 동일하여야 할 것이므로 현재의 매수청구권제도는 국민의 법감정에도 맞지 않고 재산권보장에도 충실하지 못하다는 문제점이 있다.

4) 간접수용과 매수청구권제도

한미 FTA에 의한 미국투자자의 토지에 매수청구권을 인정하고 있는 개발제한구역·접도구역·군사시설보호구역·자연공원 등의 계획제한이 가하여질 경우 이는 간접수용의 대상이 될 것이다. 왜냐하면 매수청구권을 인정하였다고 하는 것이 간접수용의 성립요건을 충족하고 있다고 보아야 하기 때문이다. 따라서 미국투자자는 손실보상을 청구할 수 있으므로 이 경우는 이용제한이 없는 상태로 보상금액이 결정된다.

따라서 한미 FTA가 시행된다면 우리나라도 공용제한을 규정한 법률에 보상규정을 두어 보상을 할 수밖에 없을 것이므로, 간접수용 규정이 공용제한에 대해 매수청구권제도라고 하는 불충한 재산권보장에서 손실보상이라고 하는 보다 완전한 재산권보장제도로 발전할 수 있는 계기가 될 수도 있을 것이다.

4. 수용과 관련한 ISD의 현실화 가능성

한미 FTA의 수용 및 보상조항이 국내 법체계와 상이하여 다소의 문제가 있는 것은 사실이다. 그렇다고 하여도 ISD의 부작용을 이유로 한미 FTA를 반대하기 위해서는 이러한 ISD의 현실화 가능성에 대한 검토가 선행되어야 할 것임에도 여기에 대한 논의가 부족하고 본 발제문에서도 이러한 검토가 없는 것이 아쉬운 점이다.

제기된 문제점들의 현실화 가능성을 살펴보면, 투자의 문제나 직접수용의 문제는 국내 제도의 개선으로 해소될 수 있을 것이다.

간접수용 중 계획제한으로 문제가 될 수 있는 것은 지정의 규모로 보아 개발제한구역과 군사시설보호구역 정도이나, 현재 개발제한구역 및 군사시설보호구역은 불요불급한 곳을 해제하고 있는 상황이므로 새로운 구역을 광범위하게 지정한다는 것을 예상하기 어렵다. 설사 일부 대상이 된다고 하여도 ISD에 따른 비용부담의 위험을 감안하면 그 가능성은 현저히 낮아질 것이다.

그리고 개발부담금의 경우 현재 부동산가격이 안정화되어 있고 앞으로도 종전과 같은 급격한 지가상승을 예상하기 어렵다고 보면 이 역시 심각한 문제를 야기하지 않을 것이며, 기부채납 문제도 상당부분 시정되고 있으므로 문제가 되지 않을 것으로 판단된다. 따라서 한미 FTA의 수용 및 보상조항과 관련하여 ISD가 현실화될 가능성은 대단히 낮다고 판단된다.

한미 FTA와 같은 국가의 미래를 결정할 수 있는 중차대한 사항에 있어서는 긍정적인 면과 부정적인 면을 면밀히 검토하고 그 현실화 가능성 등을 꼼꼼히 따지는 것이 무엇보다 우선되어야 할 것이다. ¹⁾

한미FTA가 부동산 정책에 미치는 영향

권정순 / 서대문구청 인가자문위 위원(변호사)

1. 들어가는 말

발제문은, 한미 FTA(이하, '본 협정'이라 한다)에서 주요 쟁점으로 부각된 투자자-국가소송제(ISD)가 우리 부동산정책에 미치는 영향을 광범위하게 검토하였는데, 먼저, 본 협정상의 '투자'와 우리 헌법에서 보장하고 있는 '재산권'의 차이부터 시작하여 수용의 문제, 특히, 우리 법제에서 낯선 것으로 평가받는 '규제적 수용', '간접수용'의 문제, 부동산 관련 각종 부담금 문제, 조세문제, 지방자치단체의 인,허가 및 그 변경과 관련된 문제, 기부채납 관행과 관련한 문제, 부동산가격 안정화 정책과 관련한 문제 등 대부분의 쟁점을 다룬 것으로 보인다.

토론지는 발제문에서 언급한 여러 문제 중 특히, 지방자치단체의 인,허가 지연 및 그 변경 등이 ISD의 제소가능성이 있는지 등을 중심으로 토론하고자 한다. 이는, 최근 서울시에서 중앙정부에 대해 본 협정과 관련한 정책 의견서를 발표하고, 정부 5개 부처가 이에 대해 반박하는 기자회견을 하면서 지방자치단체의 인,허가 등이 본 협정, ISD로 인해 어떠한 영향을 받을 것인지 등이 주요 쟁점으로 부각되는데 따른 것이다.

2. 지방자치단체의 인·허가 지연(거부) 및 그 변경으로 인한 ISD 제소 가능성

가. 본 협정문 제11.28조에서는, '투자'를 '투자자가 직접 또는 간접적으로 소유 또는 통제하는 모든 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대 또는 위험의 감수와 같은 특징을 포함하여 투자의 특징을 가진 것'으로 정의하고 있으며, 여기에는 '면허, 인가, 허가'와 국내법에 따라 부여되는 유사한 권리를 포함한 것으로 이해되는데, 이는 우리 헌법상 보장되고 있는 재산권보다 훨씬 광범위한 것임을 알 수 있다. 우리 헌법 제23조 제1항에서는, 모든 국민의 재산권을 보장하면서도, 재산권의 내용과 한계는 법률로 정하도록 하고 있다. 현재는 '법 개정으로 인한 기업활동의 사실적·법적 여건의 변화에 따른 것으로서 이로 인해 증감되는 영업이익은 장래의 불확실한 기대이익에 불과하여 헌법 제23조의 재산권의 범위에 속하지 아니한다.

한편 청구인들의 영업활동은 국가에 의하여 강제된 것이 아님은 물론이고 일정한 경제적 목표를 달성하기 위하여 취한 국가의 경제정책적 조치에 의하여 유발된 사경제의 행위가 아니라 원칙적으로 자신의 자유로운 결정과 계획, 그에 따른 사적 위험부담과 책임하에 행위하면서 법질서가 반사적으로 부여하는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다. 그렇다면 법개정으로 인해 제품들의 판매부진으로 인해 청구인들이 이 사건 제품들을 제조·판매하는 영업을 포기함으로써 초래되는 재산적 손실은 헌법 제23조의 재산권의 범위에 속하지 아니한다.'고 판시하는 등(헌재 2005. 2. 3. 2003헌마544 결정¹⁾) 여러 차례에 걸쳐 '단순한 기대이익은 헌법상 보호되는 재산권에 포함되지 않는다'는 취지의 판단을 한바 있다.

또한, 현재는 '종전 법률 규정에 따라 이미 등록을 마친 게임제공업자라 하더라도 개정된 기준을 갖추어 1년 이내에 허가를 받도록 한 게임산업진흥에 관한 법률 부칙 제2조 제2항의 위헌여부'가 문제된 사안에서, "기존의 일반게임제공업자들이 관할관청에 등록한 후 이 사건 게임물을 구입하여 영업행위를 한 것은 등록제의 존속을 신뢰하였거나 법률이 개정되는 경우라도 계속적인 영업을 가능할 것으로 신뢰한 데 기인한 것이라고 볼 여지도 있다. 그러나 법률은 현실상황의 변화나 입법정책의 변경 등으로 언제라도 개정될 수 있는 것이고 이는 일반적으로 예측할 수 있다고 보아야 하므로, 특별한 사정이

1) 위 사건은, 대기환경보전법시행규칙(2003. 8. 5. 환경부령 제144호로 일부 개정된 것) 제8조 제1호에서 자동차용 연료에 첨가하는 물질의 비율을 1퍼센트 미만으로 정한 것이 청구인들의 재산권을 침해한 것인지 여부가 문제된 사안이었다.

없는 한 기존의 일반게임제공업자들은 스스로의 위험부담으로 법률이 부여한 기회를 활용한 경우에 지나지 않는다고 할 것이다. 그렇다면 청구인들을 비롯한 기존 일반게임제공업자가 보호받아야 할 신뢰이익은 법률개정의 이익에 절대적으로 우선하는 것은 아니고, 적당한 유예기간을 두는 경과규정에 의하여 보호될 수 있는 것이라고 보아야 할 것이다.”는 취지로 판시하였는바(헌재 2009.4.30. 선고 2007헌마103 결정), 이러한 현재의 태도에 따라, 국회와 정부는 영업자들의 재산권 침해의 우려없이, 변화된 사회, 경제적 상황을 입법이나 정책결정에 반영할 수 있었다.

나. 그러나 위와 같은 현재의 태도와 달리 본 협정상의 투자의 개념에서는 ‘이득 또는 이윤에 대한 기대’를 포함하고 있으므로, 우리 법제에서는 보장되지 아니하는 단순한 기대이익을 침해받게 되는 경우에도 ISD에 제소할 수 있을 것으로 보인다. 또한, 본 협정에서는 ‘면허, 인가, 허가’와 국내법에 따라 부여되는 유사한 권리도 보호대상인 투자로 보고 있으므로, 지방자치단체의 인,허가가 지연되거나 이미 부여받은 인,허가가 추후 사정변경이나 공익상의 필요에 의해 철회되어, 기대이익을 실현하지 못하는 경우에도 역시 ISD제소 가능성이 높아 보인다. 발제문에서 언급한 멕시코의 메탈클래드사건 역시 중앙정부의 투자보장과 달리 지방정부가 폐기물매립장 사업에 관한 허가를 (멕시코 국내법에 비추어)적법하게 거부한 사안으로, 위 폐기물매립장 사업을 인수한 미국 투자자의 제소에 따라 멕시코 정부는 1560만 달러를 배상하는 것으로 마무리되었다고 한다.

우리 현재는 위와 같이 단순한 기대이익을 헌법상 보호되는 재산권에 포함하고 있지 않는데, 이러한 현재의 태도를 비난하는 목소리는 크지 않았다. 그런데, 갑자기 본 협정이 발효되어 미국 투자자의 기대이익마저 보호되게 되면, 정부의 정책결정권이나 국회의 입법형성권 및 인,허가권을 보유한 자치단체의 권한은 크게 위축될 수밖에 없을 것이다. 이는, 위와 같이 투자자의 기대이익을 보호하는 것이 이른바 ‘글로벌 스탠더드’에 따른 것으로, 우리 법제가 이에 미치지 못하므로, 선진적인 제도를 받아들여야 한다는 논리만으로는 용인하기 어려운 것이라 할 수 있다. 만약, 기대이익 등을 보호하지 않는 우리 법제나 현재의 태도가 부당한 것이라면, 먼저 이에 대한 논의를 거치고, 사회적 합의를 통해 법을 개정하는 등 해결 방법을 찾는 것이, 주권국가가 마땅히 취해야 하는 태도이지, 단순히 외국과 하나의 조약을 체결하였다는 사정만으로 강제적으로 법률의 개정, 심지어는 사실상 헌법의 개정으로 이르는 결과를 방관할 수는 없기 때문이다.

3. 뉴타운, 재개발 출구전략과 ISD의 문제

가. 위에서 살핀 것처럼, 자치단체의 인,허가가 사정변경 등으로 철회되는 경우에도 ISD 제소 가능성을 피하기 어렵다. 예를 들어, 현재 서울과 수도권의 경우 재개발, 뉴타운의 과다지정 문제로 인해 개발사업 진행으로 주거를 잃을 처지에 놓인 원주민들의 반발이 격화되고 있어, 국회에는 재개발, 뉴타운 출구전략차원에서 '지구지정 해제, 추진위원회 승인 및 조합설립인가 취소'가 가능하도록 하는 법률 개정안이 여러 건 제출되어 있고, 정부에서도 이러한 내용을 포함한 '도시재정비 및 주거환경정비법(안)'을 발의하였는데, 위 법이 시행되어 실제로 지구지정해제나 추진위 및 조합의 승인과 인가가 취소될 경우, 위 개발사업 지역에 투자한 미국 투자자가 위와 같은 지구지정해제나 승인, 인가의 취소(철회)로 인해 기대이익이 침해되었음을 들어 ISD에 제소할 수 있게 되는 것이다.

행정법 일반법리에 비추어, 인,허가가 있었다하더라도 이를 철회할만한 중대한 사정변경이 발생하는 경우 법률에 특별한 근거규정이 없다하더라도 직권으로 인,허가를 철회할 수 있다는 것이 일반적인 해석이며, 우리 대법원도 이러한 태도를 취하고 있다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두11954 판결 등). 하물며, 법률에 철회의 요건을 규정하고, 이러한 요건을 충족하여 종전의 인,허가를 철회하는 경우마저 ISD 제소가능성이 있다고 하면, 인,허가권을 행사하는 자치단체의 자유로운 의사결정에 심각한 제약이 될 수밖에 없을 것이며, 변화된 사회, 경제적 상황을 정책에 반영하기도 어렵게 될 것이다.

나. 물론, 미국 의회에서 만든 FTA표준안에 따를 때, ①정부 조치가 가져오는 경제적 충격의 정도, ②정부 조치가 명백하고 합리적인 투자 기대이익을 침해한 정도, ③정부 조치의 성격을 고려하여야 하고, 극히 예외적인 경우를 제외하고는 공중 보건, 안전, 환경 등 정당한 공공후생을 보호하기 위한 비차별적인 규제행위는 간접수용에 해당하지 않으므로, 위와 같은 경우에도 인,허가 철회가 간접수용에 해당하지 않을 가능성이 완전히 차단된 것은 아니지만, 도대체 위에서 언급한 기준이 어떻게 적용될 것인지를 예측하기 어려운 상황에서 어느 자치단체가 주민들의 요구에 따라 재개발, 뉴타운 출구전략의 이행을 위해 지구지정을 해제하고, 추진위, 조합의 승인이나 인가를 취소할 수 있을 것인지 의문이다.

4. 그 밖에 자치단체의 개발사업 관련 인,허가권과 ISD 문제 등

근래 들어, 정부에서는 개발사업과 관련하여 중앙 정부가 보유하고 있던 인,허가권한을 자치단체에 대폭 이양하여 왔다. 국토, 도시 및 개발 관련 법령에서의 인,허가권 배분 현황은 아래 표와 같다²⁾.

[표1] 국토의 계획 및 이용에 관한 법률에서의 권한에 관한 사항

구 분	조 문	(구)건교부 장관	도지사	특별시장 광역시장	시장군수	구청장
다른 법률에 의한 지역·지구·구역·구획 등	제8조	○	(위임)	(위임)		
광역계획권 지정	제10조	○				
광역도시계획 수립	제11조	○	○	○		
광역도시계획 승인	제16조	○				
도시기본계획 수립	제18조			○	○	
도시기본계획 승인	제22조	○	○(위임)	(위임)		
도시기본계획 정비	제23조			○	○	
도시관리계획 입안	제24조	△	△	○	○	(위임)
도시관리계획 결정	제29조	△	○(위임)	○(위임)		(위임)
지형도면 작성	제32조	△	△	○	○	(위임)
지형도면 승인·고시	제32조	△	△	○		(위임)
도시관리계획 실효고시	제33조	○	○	○		(위임)
도시관리계획 정비	제34조			○	○	
용도지역·지구 지정	제36,37조	○	○	○		
개발제한구역 지정	제38조	○				
도시자연공원구역 지정	제38조의2		○	○		
시가화조정구역 지정	제39조	○				
수산자원보호구역 지정	제40조	○				
개발행위허가	제56조			○	○	위임
개발행위 준공검사	제62조			○	○	위임
개발행위허가 제한	제63조	○	○	○	○	(위임)
개발밀도관리구역 지정	제66조			○	○	
기반시설부담구역 지정	제67조			○	○	

2) 아래 표는, 모두 '국토·도시 및 개발 관련 법령에서의 권한배분에 따른 현황고찰(윤혁경, 서울시 도시관리과장)'의 글에서 인용한 것이다. 위 글은, 지방분권과 관련하여 중앙정부의 권한 이양이 형식적인 면에 그치고 있다는 점을 강조하기 위해 작성된 것이나, 일용 권한배분의 현황을 확인할 수 있는 자료이므로, 그대로 인용한다.

도시계획시설사업 단계별집행계획 수립	제85조	△	△	○	○	(위임)
도시계획시설사업 실시계획 인가	제88조	○	○	○		(위임)
도시계획시설사업 준공검사	제98조		○	○		(위임)
토지거래허가구역 지정	제117조	○	(위임)	(위임)		
이행강제금	제124조의2				○	○
시범도시 지정	제127조	○				
법률 등 위반자 처분	제133조	○	○	○	○	○
보고 및 검사	제137조	○	○	○	○	

[표2] 건축법에서의 권한에 관한 사항

구 분	조 문	(구)건교부장 관	특별시장 광역시장	시장군수 구청장
사전결정	제7조		○	○
건축허가	제8조		○	○
건축신고	제9조			○
건축허가제한	제12조	○	○ (도지사 포함)	
용도변경 허가신고	제14조			○
가설건축물축조 허가신고	제15조			○
착공신고	제16조		○	○
사용승인	제18조		○	○
현장조사·검사 및 확인업무의 대행	제23조		○	○
건축행정전산화 계획 수립	제25조의3	○		
건축물의 철거신고	제27조			○
감독	제68조	○	○ (도지사포함)	
위반건축물에 대한 조치	제69조		○	○
이행강제금 부과	제69조의2		○	○
기존 건축물에 대한 안전점검 및 시정명령	제70조			○
보고 및 검사	제76조	○	○ (도지사 포함)	○

[표3] 도시 및 주거환경정비법에서의 권한에 관한 사항

구 분	조 문	(구) 건교부장관	도지사	특별시장 광역시장	시장군수 구청장
도시·주거환경정비기본계획 수립	제3조			○	○(시장)
도시·주거환경정비기본계획 승인	제3조		○(시장)		
정비계획 수립	제4조				○
정비구역 지정	제4조		○	○	
주택의 규모 및 건설비율 고시	제4조의2	○			
행위허가	제5조				○
재건축 안전진단 및 시행여부 결정	제12조				○
조합설립추진위원회 승인	제13조				○
조합설립 인가	제16조				○
사업시행 인가	제28조				○
관리처분계획 인가	제48조				○
준공인가	제52조				○
정비사업전문관리업 등록	제69조	○	위임	위임	
정비사업전문관리업 등록취소, 업무정지 처분	제73조	○	위임	위임	
정비사업전문관리업자 조사	제74조	○	위임	위임	
회계감사 보고	제76조				○
노후·불량주거지 개선계획 수립	제82조의2	○			

[표4] 도시개발법에서의 권한에 관한 사항

구 분	조 문	(구) 건교부장관	사·도지사	시장군수 구청장
도시개발구역 지정	제3조	○	○	
개발계획 수립	제4조	○	○	
도시개발구역 지정 고시	제9조	○	○	
도시개발구역 안에서의 행위허가	영 제12조의2		○	○(시장군수)
시행자 지정	제11조	○	○	
조합설립인가	제13조	○	○	
실시계획인가	제17조	○	○	
감리자 지정	제19조의2	○	○	
환지계획 인가	제28조			○
준공검사	제49조	○	○	
공사완료 공고	제50조	○	○	
도시개발특별회계 설치	제59조		○	○(시장군수)
타인토지 출입허가	제63조			○
보고 및 검사	제72조	○	○	○
법률등 위반자에 대한 행정처분	제73조	○	○	○

위 표에서 확인할 수 있는 것처럼, 개발 관련 법령에서는 이미 중앙정부의 권한이 상당 부분 자치단체에 이양되었다. 이는, 지난 참여정부에서 대통령 직속으로 지방분권추진위원회를 설치하여 중앙정부의 각종 사무를 지방으로 이양하는 작업을 추진한 결과이며, 또한, 현 정부에서도 그 추세가 강화되어 온 결과라 할 수 있다. 이와 같이, 개발계획 수립, 각종 인,허가 권한이 자치단체에 이양된 결과, 자치단체의 정책결정권이 ISD 제도 문제를 이유로 위축될 개연성이 충분히 인정된다 할 것이다. 따라서, 최근에 서울시에서 본 협정의 국회 비준 전에 중앙정부와 자치단체의 적극적 협의를 요청한 것은 당연한 것이라 할 수 있다.

5. 맺는 말

토론지는 여러 해에 걸쳐 부동산 정책 관련 시민단체 활동에 참여하여 왔고, 관련 소송도 여러 차례 수행해 본 경험이 있다.

그러나 최근 본 협정과 관련하여 논란이 되고 있는 ISD제도가 도대체 우리 정부의 부동산 정책 결정권, 국회의 입법 형성권, 자치단체의 각종 인,허가 권한에 어떠한 영향을 미칠지 확신하기 어려운 실정이다. 다만, 우리 법제와 전혀 다른 법제를 받아들이면서 정부가 충분한 논의와 설명없이 경제적 효과만을 내세워 지나치게 성급한 결정을 한 것은 아닌지 깊은 우려와 안타까움을 금하기 어렵다. 실제로, 얼마 전 개최된 김용덕 대법관 후보의 청문회에서, 김 후보자 역시 '(ISD로 인해) 법원이 원칙적으로 배제되고 다른 국제중재센터에 의해 해결되는 부분에 대해서는 솔직히 가슴이 좀 아프다'고 언급하기도 하였다. ISD는 한 대법관 후보자가 가슴 아프게 생각하는데 그치지 않고, 사법권한을 행사하는 법원과 헌법재판소의 권한을 본질적으로 침해하는 것으로, 사법부 내에서도 이와 관련하여 활발한 논의가 진행되었어야 할 것이다.

그러나 최근 대한변협이 변협신문의 사설을 통해 우려를 표명한 이외에 사법부의 직접적 입장 표명은 없었던 것으로 보인다. 김용덕 대법관 후보자는, 위와 같이 언급하면서도 "ISD 조항은 다른 FTA에도 있고 여러 논의를 거쳤다는 점에서 경제적 효과, 국가 입

장, 정책적 면을 판단했을 것으로 본다"고 말했다. 사법부가 ISD와 같이 중차대한 문제에 대해 침묵하고 있는 이유가 'ISD에 대해 충분히 검토하지 못했기 때문인지, 아니면 김용덕 후보자와 같이 문제점은 인정하나 국가적인 차원에서 진행되는 일이므로 반대하지 않는다는 것인지' 알 수 없지만, 그 이유가 무엇이든지 아무런 의견을 표명하지 않는 것은 이해되지 않는다.

왜, 누구를 위해 이렇게 충분한 합의와 논의없이, 사법권의 침해를 야기할 독소조항을 포함한 본 협정을 체결해야 하는 것인지, 의문이 아닐 수 없다. ㉠

한미FTA가 부동산 정책에 미치는 영향과 ISD 분쟁 가능성

남희섭 / 한미FTA저지법국민운동본부 변리사

1. 부동산 정책과 최소기준대우 의무(협정문 제11.5조)의 문제

발제자께서는 한미 FTA가 부동산 정책에 미치는 영향에 대해 주로 '수용 및 보상' 의무(협정문 제11.6조)를 중심으로 논의를 하였는데, 협정문 제11.5조의 '최소기준대우' 문제도 검토가 필요하다고 봅니다. 왜냐하면, 수용 및 보상 의무와 함께 최소기준대우 의무는 현재유보(부속서 I)와 미래유보(부속서 II) 어디에서도 유보되어 있지 않기 때문입니다. 그래서 실제 ISD 사례에서는 최소기준대우 의무 위반을 청구이유의 하나로 삼은 사건이 가장 많습니다.

가령 북미자유무역협정(NAFTA)에 따른 ISD 사례를 분석해보면, 아래 표로 정리한 것처럼, 2010년 10월 1일 현재 알려진 중재청구 66건 중 투자자가 어떤 이유로 ISD를 제기했는지 알 수 있는 56건에서 '최소기준대우' 위반을 주장한 ISD가 모두 45건(80%)에 달합니다.

[이 통계는 Michelle E. Gray, 'Broadening NAFTA Article 1105 Protections: A Small Price for International Investment', Houston Law Review Vol. 48 (Spring 2011), 418-420면과, Canadian Centre for Policy Alternative, 'NAFTA Chapter 11 Investor-State Dispute (to October 1, 2010)'를 통해 토론자가 분석하여 구한 것임]

전체 청구건(A)	청구이유를 알 수 있는 건(B)	'최소기준대우' 위반 주장이 포함된 건(C)	비율(B/C)
66	56	45	80.04%

이에 비해 간접수용과 관련된 주장이 포함된 사건이 2009년 9월 현재 총 61건의 NAFTA ISD 사건 중 42건으로 68.9%에 달한다고 합니다[홍석모 (2009년) '간접수용을 둘러싼 한미 FTA 투자분쟁 예측 및 대책', 법학연구 제36집, 333면].

최소기준대우란 “외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소기준”으로(협정문 제11.5조 제2항), “외국인의 경제적 권리와 이익을 보호하는 모든 국제관습법상 원칙”을 말합니다(부속서 11-가). 문제는 국제관습법에 따른 최소기준이 과연 무엇인지 알 수가 없고, 중재판정부를 구성하는 개인 법률가의 사적인 확인을 통해서야 비로소 드러난다는 점입니다. 그리고 “국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있”도록 한 우리 헌법 제122조와 이에 따른 각종 법률에 따른 조치가 과연 외국인의 경제적 권리와 이익을 보호하는 모든 국제관습법상 원칙에 부합한다고 볼 수 있는지 의문입니다.

2. 수용 및 보상 의무

수용 및 보상 의무와 관련하여 <부속서 11-나>의 제3항은 당사국의 행위가 간접수용에 해당하는지 여부를 중재판정부가 판단할 때 고려할 요소를 열거한 것인데, 대부분은 미국 판례법을 수용한 미국의 양자간투자협정 모델 2004년판을 그대로 수용한 것입니다. 협상 과정에서 한국 정부의 요구로 들어가 있는 '특별희생'은 “포함할 수 있을 것이다”는 표현이 영문으로 'could include'라고 되어 있어서 중재판정부의 재량을 다른 요소에

비해 더 폭넓게 인정하고 있다는 점과(제3항 가호 3목), 부동산 정책에 대해서도 부동산 가격안정화만 열거했다는 점(제3항 나호)을 지적할 수 있겠습니다.

한 가지 의문은 협정문 서문에서 “국내법에 따른 투자자 권리의 보호가 미합중국에 있어서와 같이 이 협정에 규정된 것과 같거나 이를 상회하는 경우, 외국 투자자는 국내법에 따른 국내 투자자보다 이로써 투자보호에 대한 더 큰 실질적인 권리를 부여받지 아니한다는 것에 동의하면서”라고 한 것이, 한국에서 미국 투자자의 보호 수준을 국내법의 보호 수준 이상이 되지 못하도록 제한할 수 있겠느냐는 것입니다. 서문에 이런 내용이 들어간 것은 간접수용을 인정한 최초의 NAFTA 사례인 메탈클래드 사건(Metalclad v. Mexico, 2000년)을 계기로 미국 내에서도 간접수용에 대한 비판론이 제기되었고, 이에 따라 미국 의회가 2002년에 투자협정의 간접수용을 미국 판례법에 따른 간접수용 법리와 일치하도록 변경하고, 외국 투자자가 미국 투자자보다 더 보호받지 못하도록 제한했기 때문입니다.

이와 연관된 또 다른 의문은 한미 FTA의 ‘수용 및 보상’ 의무로 인해, 직접적인 재산권의 제한이 아닌 경우에도 보상을 인정하는 법률의 제정 또는 개정이 필요한가 하는 점입니다. 현재 정부가 국회에 보고한 한미 FTA 부수법안에는 이와 관련된 내용이 포함되어 있지 않습니다.

3. ISD의 절차와 관련된 문제

협정문 제11.17조의 사전동의 조항으로 인해, 중재절차의 회부 여부는 오로지 투자자만 결정할 수 있고, 당사국은 절차에 대해 동의를 하지 않을 재량권이 없습니다. 따라서 아무리 우리 헌법과 법률에 따른 정당한 부동산 정책이라 하더라도, 투자자가 그렇게 생각하지 않으면 ISD 절차는 진행될 수밖에 없고, 결국 정당한 정책인지 여부는 개인 법률가의 사적 판단에 따라 결판나게 됩니다. ISD가 사법부에 의한 공적 판단이 아니라 순전히 사적인 분쟁해결 절차인 점을 생각하면, 이 절차에 따라 분쟁을 해결할지 말지를 일방 당사자인 당사국도 사안에 따라 결정할 재량권이 필요하다고 생각합니다.

이 재량권은 과세조치의 수용 여부에 대해서는 매우 제한적이기는 하지만 부분적으로 인정되고 있습니다. 즉, 협정문 제23.3조에 따르면, 과세조치에 대해 투자자가 중재청구 의사를 통보하면 ISD 후속 절차가 진행되지 않고, 재정경제부 세제실장과 미국 재무부 조세정책 차관보에게 회부되고 이들이 수용이 아니라고 판정을 내리면 중재청구를 할 수 없도록 하고 있습니다.

최소한 이런 절차적 방어막이 공공정책 전반에 대해 존재해야, 외교통상부가 말하는 공공정책 재량권 확보라는 해명이 설득력을 얻을 것입니다. ㉠

한미 FTA가

부동산정책에

미치는

영향과

ISD분쟁

가능성

11

11

18