

국제투자분쟁에서의 국가의 규제권한과 공중보건조치*

고려대학교 일반대학원 국제법 박사과정 김 영 옥**

*논문접수 : 2026. 4. 17. *심사개시 : 2026. 4. 22. *게재확정 : 2026. 5. 6.

〈목 차〉

I. 들어가며	2. 유형 2: 보건의료와 관련된 조치
II. 국제법상 국가의 규제권한	3. 유형 3: 환경보호와 관련된 조치
III. 공중보건 관련 국제규범	4. 유형 4: 보건의료와 무관한 산업이나 본질적으로 유해하지 않은 상품·활동에 간접적으로 영향을 미치는 조치
1. 인권협약	5. 소결
2. 세계보건기구(WHO) 규범	V. 공중보건 관련 규제권한 확보 방안
3. 세계무역기구(WTO) 규범	VI. 결론
4. 국제보건목표 및 정치선언	참고문헌
IV. 공중보건조치 관련 ISDS 유형	
1. 유형 1: 인간의 건강에 직접적인 해를 끼치는 특정 재화, 서비스 또는 활동을 제한하는 조치	

I. 들어가며

최근 국제투자법 분야에서 국가의 규제권한(police power, ‘규제권’ 또는 ‘경찰권’)이 중요한 쟁점으로 부상하고 있다. 이는 전통적으로 국제투자협정(International Investment Agreements, IIAs)이 외국인 투자 보호를 핵심 목표로 발전해왔고, 국제투자분쟁(Investor-State Dispute Settlement, ISDS) 제도가 이러한 보호를 실질적으로 보장하는 수단으로 기능해왔으나, 국가가 공공의 목적으로 취하는 다양한 규제조치가 외국인 투자자의 이익에 영향을 미치면서 투자자 보호의무와 국가의 규제권한 사이의 긴장이 심화되었기 때문이다.

특히 이러한 긴장은 공중보건(public health) 분야에서도 두드러지게 나타난다. 국가의 공중보건 조치는 의료서비스, 질병 예방 및 대응, 식품안전, 환경보건 등 다양한 영역에서 이루어지며, 그 특성상 광범위한 산업과 경제활동에 영향을 미친다.¹⁾ 실제로 2020년부터 2023년 동안 코로나-19 팬데믹 상황에서 각국 정부가 시행한 봉쇄조치, 이동제한 등 다양한 규제로 인해 ISDS 제기 가능성에 대한 우려가 제기된 바 있다. 이는 공중보건 위기 상황에서 국가의 규제조치가 투자협정상 의무와 충돌할 수 있음을 단적으로 보여주는 사례라고 할 수 있다.

한편 공중보건은 단순히 개인의 건강을 보호하는 차원을 넘어 사회 전체의 복지와 경제 발전에 직결되는 핵심 영역이며, 이와 관련된 조치는 ‘사회계약(social contract)’에서 비롯되는 국가의 주된 의무라고 볼 수 있다.²⁾ 공중보건의 정의에 대해서는 전통적으로 윈슬로우(C.E.A. Winslow)의 정의가 많이 인용되는데, 그는 공중보건을 ‘조직화된 사회적 노력을 통하여 질병을 예방하고 수명을 연장하며 건강을 증진하는 과학이자 실천(Public health is the science and art of preventing disease, prolonging life, and promoting health through organized community efforts)’으로 정의하였다.³⁾ 공중보건은 건강을 개인의 문제가 아닌 사회적·구조적 문제로 인식하고 국가의 적극적인 개입과 규제를 통하여, 건강 불평등 완화, 사회적 격차 해소, 질병으로 인한 사회적 비용 감소 등에 기여하고, 궁극적으로 지속가능한 경제성장을 가능하게 하는 기반으로 작용한다. 그럼에도 불구하고, 국제투자법 체계 하에서는 이러한 공중보건 목적의 규제조치가 투자자의 재산권 보호, 공정·공평대우(Fair and Equitable Treatment, FET), 수용(expropriation) 등과 관련된 투자보호협정상 의무와 충돌할 수 있으며, 그로 인해 공익적 목적의 규제를 도입하거나 강화하는 데 분쟁가능성을 우려하여 규제를 자제하거나 완화하는 이른바 ‘규제위축(regulatory chill)’ 현상이 발생할 수 있다.

* 논문의 발전을 위해 상세하고 유익한 논평을 해주신 익명의 심사위원들께 감사드리며, 본 논문의 모든 오류는 전적으로 저자에게 있음을 밝힙니다. 이 글에서 인용된 인터넷 링크의 최종 방문일은 2026년 4월 16일입니다.

** 고려대학교 일반대학원 국제법 박사과정, 미국변호사(워싱턴 D.C.)

1) Valentina Vadi, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, London: Routledge, 2014, p. 31.

2) Lawrence O. Gostin, *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, Berkeley: University of California Press, 2008, p. 6; see also Vadi, supra note 1, p. 30.

3) C.E.A. Winslow, "The Untilled Fields of Public Health," *Science*, Vol. 51, No. 1306 (1920), p. 30.

과거 보건 분야는 주로 의학·기술적인 영역으로 인식되어 법학 연구의 대상에서 크게 주목받지 못하였다. 그러나 현대에 들어와서 법은 개인과 사회의 건강을 보호하고 안전한 삶을 보장하는 핵심적인 제도적 장치로 기능하는바, 공중보건과 법의 관계에 대한 논의가 점차 중요성을 더하고 있다.⁴⁾ 특히 보건의료 기술이 발전하고, 국가 간 교류가 확대됨에 따라 공중보건은 더 이상 개별 국가 내부의 문제가 아닌 국제적 협력과 규율의 대상이 되고 있다. 이에 따라 인권법, 무역법, 지식재산권법, 그리고 국제투자법 등 다양한 국제법 영역에서 공중보건 관련 규범이 점차 발전하고 있다. 이와 같은 맥락에서 공중보건은 국가의 규제권한을 정당화하는 중요한 근거로 기능하며, ISDS에서도 주요한 쟁점으로 다루어지고 있다. 실제로 우리나라에서도 과거 2018년 제주도에 중국 투자자가 영리병원 설립을 위해 투자하였으나, 제주도가 의료법을 근거로 허가를 취소한 것과 관련하여 ISDS 제기 위협이 있었고, 실제 정부도 이에 대비했던 사례가 있었다.⁵⁾

이러한 배경 하에서 본 논문은 ISDS 맥락에서 국가의 공중보건 관련 규제권한이 어떠한 법리적 기준에 따라 인정되고 제한되는지를 분석하고, 이를 토대로 공중보건 정책의 효과적인 수행과 외국인 투자 보호 간의 균형을 도모할 수 있는 방안을 모색하는 것을 목적으로 한다. 특히 본 논문에서 분석 대상으로 삼는 ‘공중보건조치’는 피청구국이 해당 조치를 공중보건 보호를 위한 정당한 규제권한 행사로 항변하거나, 중재판정부가 공중보건 목적을 핵심 쟁점으로 다룬 조치를 포괄하며, 이는 담배·도박·식품 등 인체에 직접 유해한 활동에 대한 규제부터 보건의료시스템의 운영, 환경보건조치, 팬데믹 대응조치에 이르기까지 광범위한 영역을 포함한다. 이러한 연구를 위하여, 먼저 국가의 규제권한 관련 법리와 다양한 공중보건의 국제법적 근거를 검토한 후, 공중보건 관련 ISDS 판정례를 유형별로 분석하며, 공중보건 관련 규제권한을 보다 안정적으로 보장하기 위한 투자협정 설계 방안을 제시하고자 한다.

4) Lawrence O. Gostin, “A Theory and Definition of Public Health Law”, *Journal of Health Care Law & Policy*, Vol. 10(1), 2007, p. 1.

5) 고성식, “정부, ‘영리병원 무산’ 녹지제주 ISD 소송에 대비 나서”, 연합뉴스, 2019. 6. 4. <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20190604110400056>>; 고재형, “제주영리병원 개설 허가 취소 적법... 녹지 측 ‘ISD’ 언급”, YTN, 2020. 10. 20. <https://www.ytn.co.kr/_ln/0115_202010202226333473>

II. 국제법상 국가의 규제권한

국가의 규제권한(police power)은 본래 그리스어 ‘politeia(πολιτεία)’에서 유래한 것으로 ‘시민 정부의 정책(policy of civil government)’을 의미한다.⁶⁾ 따라서 국가의 규제권한은 단순히 경찰력(police force)이나 공공질서 유지에 한정되지 않고, 공공정책의 행사 개념으로 넓게 해석된다.⁷⁾ 미국 법률용어 사전인 Black’s Law Dictionary에서도 국가의 규제권한을 ‘적법절차 등 헌법적 제한 내에서 주권자가 공공의 안전, 질서, 건강, 도덕 및 정의를 유지하기 위하여 필요한 모든 법률을 제정할 수 있는 고유하고 포괄적인 권한으로서, 수용권(eminent domain)과 같이 사유재산의 이용에 국가가 개입할 수 있는 권한’으로 정의한다.⁸⁾ 그러나 ISDS 맥락에서 종종 규제권한은 그 번역상의 문제나 개념의 유사성으로 인해 ‘규제할 권리(Right to regulate)’와 혼용되고 있다. 그러나 규제할 권리는 ‘국가는 규제할 수 있다’는 국가 주권을 설명하는 수사적(修辭的, rhetorical) 표현에 불과하며, 해당 규제가 합법인지 여부를 판단하는 법리적 개념은 아니라는 견해가 있다.⁹⁾

규제권한은 다수의 ISDS 판정례와 OECD 보고서 등에서 인정된 바와 같이 ‘정당한 규제권한을 행사한 경우에는 간접수용(indirect expropriation)에 해당하지 않으며 외국인 투자자에 대한 보상 책임도 발생하지 않는다’는 개념으로 관습국제법적 지위를 갖는다.¹⁰⁾ 또한 규제권한은 투자협정 판정례에서 명시적으로 인정되기 이전부터 예외 사유로 논의되

6) Adam Smith, *Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms*, Oxford: Clarendon Press, 1896, p. 154; Catharine Titi, “Police Powers Doctrine and International Investment Law”, in Andrea Gattini, Attila Tanzi, and Filippo Fontanelli (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden: Brill | Nijhoff, 2018, p. 1.

7) Titi, *supra* note 6, p. 1.

8) Black’s Law Dictionary, 12th Edition, 2024. 원문은 다음과 같다. “The inherent and plenary power of a sovereign to make all laws necessary and proper to preserve the public security, order, health, morality, and justice... subject to due-process and other limitations... the power of the government to intervene in the use of privately owned property, as by subjecting it to eminent domain.”

9) Kate Mitchell, “The ‘Right to Regulate’ in the Public Interest and the ‘Police Power’ in International Investment Law”, (Ph.D. Thesis, University of Oxford, 2017).

10) OECD, ““Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2004/4, Paris, OECD Publishing, 2004, p. 5, n. 10; Saluka Investment B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006), para. 262. 원문은 다음과 같다. “the principle that a State does not commit an expropriation and is thus not liable to pay compensation to a dispossessed alien investor when it adopts general regulations that are ‘commonly accepted as within the police power of States’ forms part of customary international law today.”

어 왔다.¹¹⁾ ‘규제권한원칙(police power doctrine)’은 공중보건 조치와 관련된 분쟁에서도 오래전부터 적용되어 왔는데, 1903년 *Bischoff* 사건에서도 청구위원회는 손해배상 청구를 기각하면서 ‘감염병 유행 기간 중 합리적인 규제권한 행사에 대해서는 국가의 책임이 발생하지 않는다’고 판시한 바 있다.¹²⁾

그동안의 ISDS 판정례를 종합하면, 국가의 규제권한 행사가 간접수용에 해당하는지 여부를 판단하는 기준과 요소, 그리고 심사의 강도는 중재판정부마다 상이하나, 이를 크게 세 가지로 정리할 수 있다. 첫 번째로, ‘단일효과기준(sole effect doctrine)’으로 규제조치의 목적을 고려하지 않고, 투자자의 권리에 실질적으로 완전한 박탈(a substantially complete deprivation)이 발생하였는지 여부만을 기준으로 판단하는 접근법이다.¹³⁾ 즉 공익 목적의 규제여도 투자자의 투자에 대한 침해가 일정 수준을 초과할 경우 수용으로 보는 것이다. 다만 이 기준은 최근 판정례 및 투자협정의 정교화에 따라 그 적용이 점차 제한되고 있다.¹⁴⁾ 두 번째는 규제권한 행사를 ‘간접수용의 예외’로 보는 방법으로, 투자협정 문언에 따라 정당한 규제권한 행사의 범위를 확인하고, 공공이익(public purpose)을 위해 비차별적(non-discriminatory)으로 이루어진 규제조치에 대해서는 보상의무를 면제하는 방식이다.¹⁵⁾

11) *Philip Morris v. Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 July 2016), para. 292, 해당 내용과 관련하여 *Philip Morris v. Uruguay* 사건 중재판정부는 1961년 「외국인에 대한 손해에 관한 국가책임에 관한 하버드 협약 초안(The 1961 Harvard Draft Convention on International Responsibility of States for Injuries to Aliens)」 제10조 제5항을 원용하였으며, 하버드 협약 초안의 원문은 다음과 같다. “An uncompensated taking of property of an alien or a deprivation of the use or enjoyment of property of an alien which results from ‘... the action of the competent authorities of the State in the maintenance of public order, health, or morality ...’ shall not be considered wrongful, provided (a) it is not a clear and discriminatory violation of the law of the State concerned; (b) it is not the result of a violation of any provision of Article 6 to 8 of this Convention [denial of justice]; (c) it is not an unreasonable departure from the principles of justice recognized by the principal legal systems of the world; and (d) it is not an abuse of the powers specified in this paragraph for the purpose of depriving an alien of his property.”

12) *Bischoff Case*, “Reports of International Arbitral Awards” Vol. X, pp. 420-421. <https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/420-421.pdf> 원문은 다음과 같다. “Certainly during an epidemic of an infectious disease there can be no liability for the reasonable exercise of police powers, even though a mistake is made.”; *Philip Morris v. Uruguay*, *supra* note 11, para. 298.

13) 임성훈, “국제투자분쟁에서의 심사기준과 국가의 규제권한: 국제투자분쟁 제도가 우리 행정법에 미치는 영향을 중심으로”, 행정법연구, 제67호 (2022), 216면; 김보연 『국제투자협정의 예외조항 연구: 규제권한과의 균형을 위한 예외조항 모색』(박사학위논문, 서울대학교, 2018), 64면; Titi, *supra* note 6, p. 5.

14) Máté Csernus, “Sole Effect Doctrine”, Jus Mundi (11 September 2025) <<https://jusmundi.com/en/document/publication/en-sole-effect-doctrine>>

15) 김보연, 앞의 주 13), 64-65면; 민한빛, “국제투자분쟁에 대한 반작용: 정당한 규제권한 조항 도입 검토”,

세 번째 ‘비례성기준(proportionality test)’은 조치와 달성하고자 하는 공익 목적 사이의 비례성을 심사하는 기준으로 최근 판정례에서 핵심 판단요소로 자주 등장하는 기준이며, 두 번째 기준과 함께 적용되는 경우가 많다.¹⁶⁾

위와 같은 기준은 규제권한이 오랜 기간 관습국제법 또는 일반원칙으로 확립된 전통적 규범임에도 불구하고, ISDS 맥락에서는 투자협정상 투자자 보호의무와의 긴장 관계에 놓여있음을 보여준다. 나아가 최근에는 공중보건을 포함한 다양한 공공규제 영역에서 투자자의 사적 이익 보호와 공공이익 간의 적절한 균형을 확보하기 위한 기준으로 기능하고 있다는 점에서 의미가 있다.¹⁷⁾

III. 공중보건 관련 국제규범

1. 인권협약

개인의 건강에 관한 권리(Right to health)는 1948년 제3차 유엔(United Nations, UN) 총회에서 채택된 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, UDHR)에서 인권으로 인정되고 선언되었으며, 이후 ‘경제적·사회적·문화적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR)’ 등을 통해 국가의 공중보건 조치 의무로 구체화되었다.

UDHR은 제2차 세계대전 전후 전 세계에 만연했던 인권침해에 대한 반성을 바탕으로 하여, 모든 인간의 기본적 권리를 존중해야 한다는 유엔 헌장의 취지를 구체화한 것으로, 시민·정치적 권리뿐 아니라 노동, 교육, 문화에 관한 권리를 포괄적으로 규정하고 있다. 특히 “모든 사람은 식량, 의복, 주거, 의료 및 필요한 사회복지를 포함하여 자신과 가족의 건강과 복지를 위하여 적절한 생활수준을 누릴 권리를 가진다(Everyone has the right to a

국제경제법연구, 제22권 제1호 (2024), 260면.

16) *Ibid.*; Titi, *supra* note 6, pp. 9-11; *Tecmed v Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (2003), para. 122. “the Arbitral Tribunal will consider, in order to determine if they are to be characterized as expropriatory, whether such actions or measures are proportional to the public interest presumably protected thereby and to the protection legally granted to investments, taking into account that the significance of such impact has a key role upon deciding the proportionality.”

17) 김보연, 앞의 주 13), 64-65면.

standard of living adequate for the health of himself and of his family, including food, clothing, housing, medical care and necessary social services...)”고 명시함으로써 인권으로서의 건강권의 기초를 제공하였다.¹⁸⁾

또한 ICESCR 제12조는 건강과 관련된 인권에 대해 “모든 사람은 가능한 최고 수준의 신체적 및 정신적 건강을 향유할 권리(the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health)”를 가진다고 명시하고 있다.¹⁹⁾ 이는 인간의 존엄성과 관련된 권리로서, 개인이 최상의 건강과 안녕을 누릴 수 있도록 국가가 적절한 보호와 지원을 제공할 의무를 수반한다.²⁰⁾ 또한 동 조는 당사국이 취하여야 할 구체적 조치로서 아동건강, 환경, 산업, 질병 예방 및 통제 등을 명시하고 있다.²¹⁾ 물론 건강 수준은 개인의 신체적 조건과 국가의 가용 자원 등에 따라 차이가 있을 수 있으나, 국가는 최소한 안전한 식수, 위생적 환경, 충분한 식량 공급, 질병 예방 및 통제를 포함한 기본적 공중보건 여건을 보장할 의무를 부담한다.²²⁾

UDHR은 조약이 아닌 선언으로서 법적 구속력은 없는 반면, ICESCR은 당사국을 구속하는 조약으로서 대한민국을 포함한 다수 국가가 비준하고 있다.²³⁾ 따라서 공중보건 관련 정책과 조치는 단순한 정책적 선택에 그치는 것이 아니라, 국제인권법상 의무를 이행하기 위한 규제적·제도적 조치로 이해될 수 있다.

18) UDHR, Art. 25.

19) ICESCR, Art. 12.1.

20) ICESCR, Art. 12.2.

21) *Ibid.*, 원문은 다음과 같다. “The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for: (a) The provision for the reduction of the stillbirth-rate and of infant mortality and for the healthy development of the child; (b) The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene; (c) The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases; (d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness.”

22) Committee on Economic, Social and Cultural Rights(CESCR), General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health, E/C.12/2000/4, para. 11.

23) United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Status of Ratification Interactive Dashboard. <<https://indicators.ohchr.org/>>

2. 세계보건기구(WHO) 규범

세계보건기구(World Health Organization, WHO)는 1948년에 설립된 유엔의 보건 분야 전문기구로서, 2026년 기준 194개국이 회원국으로 참여하고 있으며, 세계 보건 증진과 안보 확보 등을 위한 국제적 노력을 주도하는 대표적 국제기구이다.²⁴⁾ WHO는 보건 분야에서 지침(Guidelines), 권고(Recommendations), 기술표준(Standards), 선언(Declarations), 규칙(Regulations), 협약(Conventions) 등 다양한 층위의 규범을 형성해 왔다. 이들 규범의 상당수는 법적 구속력을 갖지 않는 연성법(soft law)의 성격을 가지지만, 감염병 및 만성질환 예방·대응, 질병의 치료 및 분류, 식·의약품 기준 등 보건과 관련된 전반적인 영역에서 국제적 기준(reference standards)을 형성하고, 국가의 실행과 법적 확신(opinio juris)에 영향을 미친다는 점에서 중요한 의미를 가진다.

먼저 공중보건 관련 규제권한의 근간이 되는 건강권은 WHO 헌장 전문에서도 기본적인 권리로 명시되어 있다.²⁵⁾ 이러한 원칙은 1978년 카자흐스탄에서 개최된 일차보건의료 국제회의에서 채택된 알마아타 선언(Declaration of Alma-Ata)을 통해 재확인되었으며, 건강을 단순한 질병의 부재가 아니라 신체적·정신적·사회적 안녕의 상태로 이해하고 이를 기본적인 인권으로 선언하였다.²⁶⁾

한편 경성법(hard law)으로서 구속력 있는 보건 관련 국제규범으로는 국제보건규칙(International Health Regulations, IHR)과 담배규제기본협약(WHO Framework Convention on Tobacco Control, FCTC)이 있다. IHR은 특히 코로나-19 팬데믹을 계기로 그 중요성이 조명된 규범으로, 감염병 감시·보고, 공중보건 비상사태 대응, 국경·검역 조치, 정보 공유 등에 관한 국가의 의무를 규정하고 있다.²⁷⁾ FCTC는 WHO 최초의 조약으로서, 담배 소비 및 담배 연기에 대한 노출로 인한 건강 피해를 감소시키고 공중보건을 증진하는 것을 목적으로

24) WHO, WHO in Countries. <<https://www.who.int/countries>>

25) Constitution of the WHO, Preamble. 원문은 다음과 같다. “The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.”

26) Declaration of Alma-Ata, International Conference on Primary Health Care, Declaration I. 원문은 다음과 같다. “The Conference strongly reaffirms that health, which is a state of complete physical, mental and social wellbeing, and not merely the absence of disease or infirmity, is a fundamental human right...”

27) WHO, International Health Regulations (2005, as amended in 2014, 2022 and 2024).

하며, 담배 광고 제한, 경고그림 표시, 가격 및 조세 정책 등을 주요 내용으로 한다.²⁸⁾ 특히 FCTC 이행과 관련된 ISDS 사건으로는 *Philip Morris v. Uruguay*와 *Philip Morris v. Australia* 사건이 있으며, 이에 대해서는 IV장에서 후술한다.

최근에는 WHO에서 팬데믹 협정(WHO Pandemic Agreement) 발효를 위한 작업도 진행 중이다. 팬데믹 협정은 코로나-19 팬데믹 과정에서 드러난 정보 공유 지연, 백신 및 의약품 접근의 불평등, 국제 협력 부족 등 기존 국제보건 거버넌스의 한계를 보완하기 위하여 마련된 것으로, 팬데믹의 예방·대비·대응, 보건 인력, 연구·개발, 병원체 접근 및 이익 공유(Pathogen Access and Benefit-Sharing, PABS), 공급망 및 조달, 국제 협력 등을 주요 내용으로 한다.²⁹⁾ 다만 동 협정은 2025년 제78차 WHO 총회에서 채택되었으나 아직 발효되지 않았으며, 향후 PABS 관련 부속서에 대한 추가 협상 및 채택에 따라 발효 시기가 결정될 예정이다.

3. 세계무역기구(WTO) 규범

상품, 서비스 및 지식재산권의 국제적 이동과 관련된 세계무역기구(World Trade Organization, WTO) 규범에서도 공중보건과 관련된 규율이 존재한다. 무역의 자유화와 국가 간 교역의 확대에 따라 보건의료 관련 재화, 서비스 및 인력의 이동이 증가하고 있기 때문이다. 먼저 1994년 관세 및 무역에 관한 일반협정(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)은 회원국 간 최혜국대우 및 내국민대우를 기본 원칙으로 하고 있으나, “인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강 보호에 필요한 조치(measures necessary to protect human, animal or plant life or health)”에 대하여 일반예외(General exceptions)를 인정하고 있다.³⁰⁾ 이러한 조치는 일정한 요건 하에서 차별적인 효과를 수반하더라도 예외적으로 허용될 수 있다.

또한 1995년에 채택된 기술장벽협정(Agreement on Technical Barriers to Trade, TBT)은 기술규정, 표준 및 적합성 평가절차가 불필요한 무역장벽으로 기능하는 것을 방지하는 것을 목적으로 하면서도, 회원국이 인간의 건강 및 안전 보호를 포함한 정당한 목적을 위하여 필요한 수준의 기술규제를 채택할 수 있음을 인정하고 있다.³¹⁾

28) WHO, WHO Framework Convention on Tobacco Control (2003).

29) WHO, WHO Pandemic Agreement, WHA78.1 (2025).

30) GATT, Art. 20(b).

아울러 위생 및 식물위생 조치의 적용에 관한 협정(Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS)은 국제교역 과정에서 식품안전, 전염병 및 병해충으로부터 인간·동물·식물을 보호하기 위하여 필요한 범위 내에서 위생조치를 허용하고 있다. 다만 이러한 조치는 충분한 과학적 원칙에 근거해야 하고, 자의적이거나 부당한 차별을 초래해서는 안 된다는 점이 강조된다.³²⁾ 서비스교역의 자유화를 목적으로 하는 서비스무역에 대한 일반협정(General Agreement on Trade in Services, GATS)도 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강 보호를 위한 조치에 대해 일반예외를 인정하고 있다.³³⁾

지식재산권 규범에서도 공중보건 목적과 관련된 일정한 예외가 인정된다. 무역관련지식재산권협정(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS)은 각국 간 상이한 지식재산권 보호 수준으로 인한 무역 왜곡을 방지하고 국제무역을 촉진하기 위하여 특허, 상표 및 저작권 등에 관한 보호의 최소기준을 설정하는 것을 주요 목적으로 하면서도, 회원국이 공중보건을 위해서는 필요한 조치를 취할 수 있다고 인정하고 있다.³⁴⁾ 그 대표적인 예로 동 협정 제31조는 일정한 요건 하에서 특허권자의 허락 없이 정부 또는 정부가 허용한 제3자가 특허를 사용할 수 있도록 하는 강제실시(compulsory license) 제도를 규정하고 있다.³⁵⁾ 또한 2001년 도하 선언(Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health)의 취지를 반영한 제31bis는 의약품 생산능력이 부족한 국가에 의약품 수출을 가능하게 함으로써, 공중보건 위기 상황에서 의약품 접근성을 제고하기 위한 제도적 기반을 마련하였다.³⁶⁾

4. 국제보건목표 및 정치선언

그 밖에 국가의 공중보건 조치와 관련하여 유엔 총회 결의 및 고위급 회의에서 채택된 정치선언 등 다양한 규범이 존재한다. 이러한 규범들은 법적 구속력은 없으나, 공중보건 정책의 방향을 설정하고 회원국의 이행을 촉구하는 국제적 기준으로 기능한다. 예컨대 밀

31) TBT, Art. 2.2.

32) SPS, Art. 2.

33) GATS, Art. 14(b).

34) TRIPS, Arts. 7-8.

35) TRIPS, Art. 31.

36) TRIPS, Art. 31 bis; Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (2001).

레니엄 개발목표(Millennium Development Goals, MDGs)나 지속가능발전목표(Sustainable Development Goals, SDGs)는 모성건강, HIV/AIDS 등 전염병 대응, 알코올 및 담배 소비 감소 등의 포괄적인 공중보건 목표를 제시하고, 그 진전을 모니터링하는 체계를 마련하였다.³⁷⁾ 또한 유엔 총회는 HIV/AIDS, 결핵, 항생제 내성, 비전염성 질환(Non-Communicable Diseases, NCDs), 보편적 건강보장 등 다양한 보건 분야에 관하여 고위급 회의를 개최하고 정치선언을 채택함으로써, 회원국의 보건정책 방향을 설정하고 그 이행을 촉구하고 있다.³⁸⁾ 이러한 정치선언은 법적 구속력은 없으나, 공중보건 보호가 국제사회에서 정당한 공공정책 목표임을 확인함으로써 국가 규제의 정당성을 뒷받침하는 규범적 근거로 기능한다.

IV. 공중보건 조치 관련 ISDS 사례

공중보건 관련 조치와 관련된 ISDS는 꾸준히 제기되어왔으며, 그 유형과 범위도 점차 다양해지고 있다. 본 장에서는 공중보건과 조치 간의 직접성 정도와 대상 산업의 성격에 따라 분류하여 각 ISDS 사례를 살펴본다.³⁹⁾ 담배규제와 같이 인간의 건강에 직접적인 해를 끼치는 특정 재화, 서비스 또는 활동을 제한하는 조치(유형 1), 보건의료 부문을 관리·규제하는 조치(유형 2), 환경보호와 관련된 조치(유형 3), 공중보건 목적으로 하지만 보건의료와 무관한 산업이나 본질적으로 유해하지 않은 상품·활동에 간접적으로 영향을 미치는 조치(유형 4)로 나눌 수 있다. 이와 같은 네 분류에 따라 각 ISDS 사례를 아래와 같이 살펴본다.⁴⁰⁾

37) UNGA, United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2 (2000); UNGA, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1 (2015).

38) UNGA, Declaration of Commitment on HIV/AIDS, A/RES/S-26/2 (2001), A/RES/65/277 (2011), A/RES/70/266 (2016), A/RES/75/284 (2021); Political Declaration on Antimicrobial Resistance, A/RES/71/3 (2016); Political Declaration on Tuberculosis, A/RES/73/3 (2018), A/RES/78/5 (2023); Political Declaration on NCDs, A/RES/66/2 (2011), A/RES/73/2 (2018); Political Declaration on Universal Health Coverage, A/RES/74/2 (2019), A/RES/78/4 (2023).

39) Andrew D. Mitchell, "From Safeguards to Scope: Evaluating Public Health Exclusions from ISDS", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* (2025), p. 4.

40) Mitchell, *supra* note 39. 본고의 유형분류는 Mitchell(2025)의 분류를 차용하되, 하위유형의 구분 및 판정례의 선정·분석은 본고에서 독자적으로 구성한 것이다.

1. 유형 1: 인간의 건강에 직접적인 해를 끼치는 특정 재화, 서비스 또는 활동을 제한하는 조치

가. 담배 규제

유형 1은 WHO의 담배규제기본협약(FCTC)의 이행을 위하여 각국이 시행한 담배규제와 관련된 사건으로 *Philip Morris v. Uruguay*, *Philip Morris v. Australia* 사건이 있다. 상술한 바와 같이 FCTC는 담배사용 및 담배연기에 대한 노출을 줄이기 위해 당사국이 시행할 담배규제 조치에 대한 기본 틀을 제공한다. 이에 따라 동 협약에서는 담배 제품 포장에 대해 건강 경고표시 의무, 오해를 유발하는 표현 금지(예: “light”, “mild”), 경고 표시의 크기와 명확성에 대해서 규정하고 있다.⁴¹⁾ FCTC 이행지침은 동 조와 관련하여 건강 경고 표시는 가능한 한 50% 이상 큰 면적을 차지하도록 하고, 포장이 광고 수단으로 기능하지 못하도록 제한하였다.⁴²⁾ 나아가 동 협약은 회원국이 자국 내 담배 광고, 판촉 및 후원을 금지하기 위하여 입법·사법·행정적 조치를 취하도록 규정하고 있다.⁴³⁾

1) *Philip Morris v. Uruguay*

우루과이 정부는 FCTC 당사국으로서 국제적 의무를 이행하는 동시에 남아메리카에서 세 번째로 흡연율이 높은 국가로서 금연을 촉진하기 위하여, (i) 국내에서 판매되는 담배 제품의 포장지 앞·뒷면의 80%를 건강 경고 그림으로 채우고, 흡연의 위험성을 효과적으로 전달하기 위하여 문맹자도 이해할 수 있는 부정적 이미지 중심의 경고 표시를 의무화하였으며, (ii) 단일 브랜드 규제(single presentation requirement)를 도입하여 하나의 브랜드 당 하나의 제품 형태만을 판매하도록 제한하였다.⁴⁴⁾ 이에 대하여 스위스 국적 투자자인 *Philip Morris Brands Sàrl* 등은 우루과이를 상대로 중재를 제기하였다.⁴⁵⁾ 청구인들은 우루과이의 조치가 상표권의 본질적 가치를 침해하고 담배 판매량 감소를 초래함으로써 사실상 재산권을 박탈하는 효과를 발생시켜 간접수용에 해당한다고 주장하였다.⁴⁶⁾ 아울러 해

41) WHO FCTC, Art. 11. Packaging and labelling of tobacco products.

42) WHO FCTC, Guidelines for Implementation of Article 11 (2013), p. 5.
<https://fctc.who.int/resources/publications/m/item/packaging-and-labelling-of-tobacco-products>

43) WHO FCTC, Art. 13. Tobacco advertising, promotion and sponsorship.

44) *Philip Morris v. Uruguay*, *supra* note 11, paras. 60-174.

45) *Ibid.*, para. 15.

당 조치는 과학적 근거나 효과가 충분히 입증되지 않은 비합리적이고 비례적이지 않은 조치이며, 예상치 못한 규제 강화로 인해 투자자의 정당한 기대를 침해하였으므로 FET 의무 위반을 구성한다고 주장하였다.⁴⁷⁾

중재판정부는 간접수용 주장에 대하여, 청구인의 상표권은 여전히 존속하고 있으며 그 경제적 가치도 완전히 소멸되지 않았을 뿐만 아니라, 해당 조치는 건강보호와 FCTC상 의무 이행을 위한 공중보건 목적의 정당한 규제권한 행사에 해당한다고 보아 수용에 해당하지 않는다고 판시하였다.⁴⁸⁾ 특히 중재판정부는 ‘규제권한원칙’을 적용하면서, 보건, 공공 질서 유지 등 공익 목적을 위하여 국가가 선의(*bona fide*)로 비차별적이고 비례적인 규제 권한을 행사하는 경우, 투자자에게 경제적 손실이 발생하더라도 보상의무가 발생하지 않으며, 그러한 조치는 수용으로 간주되지 않는다고 판시하였다.⁴⁹⁾ 또한 청구인의 FET 주장에 대해서도, 우루과이의 80% 경고그림 및 단일 브랜드 규제는 FCTC와 그 이행지침에 부합하는 공중보건 정책으로서 합리적이고 선의로 채택된 조치이며, 내국민·외국 투자자를 차별하지 않는 점, 그리고 담배 산업이 본질적으로 강한 규제 대상 산업에 해당하여 투자자는 규제 강화 가능성을 충분히 예상할 수 있었던 점 등을 고려하여 FET 위반을 부정하였다.⁵⁰⁾

본 사건은 공중보건조치가 국가의 본질적 기능에 해당한다는 점을 전제로, 공공의 목적과 선의, 비차별성 및 비례성을 충족하는 경우 간접수용에 해당하지 않음을 확인한 대표적인 사건이다.⁵¹⁾ 또한 중재판정부는 위 규제권한 행사의 근거로 FCTC 및 그 이행지침과 같은 국제보건규범을 적극적으로 고려하여 판단하였다는 점에서, 국제투자법과 국제보건법 간의 상호작용 및 규범적 조화를 보여주는 사례로 평가된다.⁵²⁾

46) *Ibid.*, paras. 180, 183-186.

47) *Ibid.*, paras. 325-350.

48) *Ibid.*, para. 307.

49) *Ibid.*, paras. 292-295.

50) *Ibid.*, paras. 396-410, 418-420, 430-435.

51) 황지현, 김용일, “국제투자분쟁에서 COVID-19에 따른 공중보건조치의 정당성에 관한 연구”, 무역상무연구, 제99권 (2023), 222면.

52) Caroline E. Foster, “Respecting regulatory measures: Arbitral method and reasoning in the *Philip Morris v. Uruguay* tobacco plain packaging case”, *Review of European Comparative & International Environmental Law*, Vol. 26 (2017), pp. 287-297.

2) *Philip Morris v. Australia*

호주 정부는 FCTC의 이행과 공중보건 보호를 위하여, 담배 제품의 포장을 표준화하는 취지의 ‘Tobacco Plain Packaging Act 2011(TPP)’를 제정·시행하였다.⁵³⁾ 이는 담뱃갑의 브랜드 로고 및 색상 등 디자인 요소의 사용을 제한하고, 포장을 단색으로 통일하며, 건강 경고 그림 및 문구를 크게 표시하도록 의무화하는 내용을 포함한다. 이에 대하여 홍콩 국적의 투자자 Philip Morris Asia Limited는 호주의 규제가 자사의 상표권 및 투자가치를 침해하여 간접수용에 해당하고, 과도하고 불합리한 규제로서 FET 의무를 위반한다고 주장하면서 중재를 제기하였다.⁵⁴⁾

그러나 중재판정부는 청구인이 호주의 담배규제 도입 계획을 예견한 후에 기존의 대(對)호주 투자구조를 홍콩 법인을 중심으로 재편한 점에 주목하였다. 중재판정부는 이러한 기업 구조 변경이 분쟁 발생 이후 또는 그 임박한 시점에 이루어진 것으로서 투자협정의 보호를 부당하게 이용하기 위한 권리남용(abuse of rights)에 해당한다고 판단하고, 관할권 단계에서 청구를 각하하였다.⁵⁵⁾

본 사건은 관할권 판단 단계에서 종결됨에 따라 호주의 TPP 조치에 대한 실체적 판단을 제공하지는 못하였지만, 공중보건 조치가 ISDS 제소의 대상이 될 수 있음을 보여주는 동시에 투자협정의 남용 가능성을 통제할 필요성을 부각시켰다. 나아가 본 사건 및 관련 담배 규제 분쟁은 이후 투자협정에서 공중보건 보호를 강화하려는 흐름에 영향을 미친 것으로 평가되며, 관련 내용은 V장에서 후술하는 바와 같다.⁵⁶⁾

53) *Philip Morris v. Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, (17 December 2015), para. 5.

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

55) *Ibid.*, paras. 585-588.

56) Tania Voon, “Tobacco, Health and Investor-State Dispute Settlement: Australia’s Recent Treaty Practice”, *Australian Year Book of International Law*, Vol. 37 (2020), p. 90; 가장 대표적으로 포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)의 제 29.5조는 “각 당사국은 자국의 담배규제 조치를 대상으로 하는 청구에 대하여 제9장 제B절(ISDS)의 적용상 혜택을 부인할 수 있다(A party may elect to deny the benefits of Section B of Chapter 9 (Investment) with respect to claims challenging a tobacco control measure of the Party)”고 명시하며 담배규제 관련 ISDS 제소 자체를 차단하였고, 마찬가지로 싱가포르-호주 FTA(2017) 제8장 제22조에서도 “당사국의 담배규제 조치와 관련하여서는 본 절에 따른 어떠한 청구도 제기될 수 없다(No claim may be brought under this Section in respect of a tobacco control measure of a Party)”라고 규정함으로써 보다 명시적으로 담배규제 관련 ISDS 제소 가능성을 배제하고 있다.

나. 식품 규제

비만 및 성인병 등 만성질환 예방, 영양 및 식품 안전 규제에 대해서도 ISDS가 제기된 사례가 존재한다. *Cargill v. Mexico* 사건에서는 멕시코 정부가 ‘고과당 옥수수시럽(High Fructose Corn Syrup, HFCS)’이 포함된 음료에 세금을 부과하고 이에 대한 수입을 제한한 정책을 시행하자, 미국 식품기업 Cargill이 북미자유무역협정(The North American Free Trade Agreement, NAFTA) Chapter 11 위반을 주장한 사건이다. 중재판정부는 멕시코가 국내산 사탕수수 설탕을 사용하는 경우에는 세금 혜택을 부여하면서도, 외국인 투자자인 Cargill을 포함한 일부 미국 HFCS 공급업자를 표적하여 불리한 조치를 취한 사정 등을 고려하여 내국민대우 및 FET 의무 위반을 인정하고 멕시코 패소 판정을 내렸다.⁵⁷⁾ 즉 위 멕시코의 조치는 표면적으로는 공중보건 목적의 규제로 보이지만, 실질적으로는 국내 설탕 산업 보호를 위한 조치였는바, 명백히 불공정한(manifestly unjust) 조치로 판단되었다.⁵⁸⁾

Canadian Cattlemen for Fair Trade v. USA 사건에서는 2003년 캐나다에서 발생한 소해면상뇌증(BSE, 광우병) 사태 이후, 미국 정부가 공중보건 및 식품안전 보호를 목적으로 캐나다 다산 쇠고기 및 생우의 수입을 전면 금지하자 캐나다 축산업자 및 관련 기업들이 NAFTA에 근거하여 중재를 제기하였다. 그러나 중재판정부는 청구인들이 주장하는 손해가 국내 투자에 대한 것이 아니라는 점을 이유로 관할권을 부정하고 사건을 각하하였다.⁵⁹⁾

Roussalis v. Romania 사건에서는 그리스 국적의 투자자가 루마니아에서 식품보관을 위한 냉장창고 운영 사업에 투자하였으나, 루마니아 식품안전당국이 EU 기준에 부합하도록 식품안전 규제를 강화하는 과정에서 해당 시설이 식품안전 기준을 충족하지 못하고, 이를 위반하였다는 이유로 영업금지 명령 및 허가취소 조치한 것이 문제되었다.⁶⁰⁾ 루마니아는 해당 시설이 곰팡이, 비위생적인 식품 보관, 시설관리 미비 등으로 공중보건 위험에 대한 우려를 구체적으로 입증하였다.⁶¹⁾ 이에 중재판정부는 위 식품안전 관련 조치는 공중보건

57) *Cargill v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (18 September 2009), pp. 1-2.

58) *Ibid.*, p. 84.

59) *The Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Award on Jurisdiction (28 January 2008), p. 124.

60) *Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (7 December 2011), paras. 611-632. 본 사건에서는 식품안전 관련 조치뿐 아니라 루마니아의 세무조치, 형사절차, 민영화 계약과 관련된 국가행위 등 복합적인 조치들이 함께 문제되었다.

보호라는 중요한 공익적 목적을 달성하기 위한 것으로서, 해당 조치가 자의적이거나 차별적인 것으로 볼 수 없으므로 FET 위반은 없다고 판단하였다.⁶²⁾

한편, 식품 규제와 관련해서는 다국적 식품기업들이 투자협정을 근거로 분쟁 제기 가능성을 시사하거나 이를 위협 수단으로 활용함으로써 공중보건 및 식품안전 관련 규제와 정책을 위축시킬 우려가 있다는 점이 지속적으로 지적되고 있다.⁶³⁾ 나아가 초가공식품 또는 정크푸드 경고표시 제도나 설탕음료 규제 등과 같은 공중보건 목적의 식품 규제에 대하여 다국적 식품기업들이 강하게 반발하면서, 실제 분쟁으로 이어지지 않더라도 규제 도입을 늦출 목적으로 ISDS 제기 위협이 규제 도입에 대한 압박 수단으로 활용된다는 분석도 있다.⁶⁴⁾

다. 도박 규제

Olympic Entertainment Group AS v. Ukraine 사건에서는 2009년 우크라이나 정부가 공중보건 및 공공도덕 보호를 목적으로 우크라이나 내 카지노·도박 사업을 전면 금지하는 ‘도박 금지법(Gambling Ban Law)’을 제정·시행하자, 우크라이나 정부로부터 허가를 받아 해당 사업을 영위해온 에스토니아 국적의 투자자가 간접수용과 FET 위반을 주장하며 중재를 제기하였다.⁶⁵⁾ 청구인은 우크라이나 정부가 그동안 도박 산업을 허용해 왔고 이에 따

61) *Ibid.*, para. 659.

62) *Ibid.*, paras. 684-692. “...food and safety policies are commonplace in many countries and promote an important public safety purpose, namely public health. Each of the State authorities’ decisions was motivated in regard to these food and safety regulations.”

63) Anne Marie Thow, Benn McGrady, “Protecting policy space for public health nutrition in an era of international investment agreements”, *Bull World Health Organ*, Vol. 92(2) (2013), pp. 139-142; Amandine Garde and Jure Zrilić, “International Investment Law and Non-Communicable Diseases Prevention: An Introduction”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 21 (2020), p. 662; Penelope Milsom, Richard Smith, Phillip Baker, Helen Walls, “International investment liberalization, transnational corporations and NCD prevention policy non-decisions: a realist review on the political economy of tobacco, alcohol and ultra-processed food”, *Globalization and Health*, Vol. 17(1) (2021), p. 16.

64) Eric Crosbie, Angela Carriedo, Laura Schmidt, “Hollow Threats: Transnational Food and Beverage Companies’ Use of International Agreements to Fight Front-of-Pack Nutrition Labeling in Mexico and Beyond”, *International Journal of Health Policy and Management*, Vol. 11(6) (2022) p. 724; Gintare Matonyte, “To what Extent Can Investors Challenge the Measures against Sugar-Sweetened Beverages in Investment Arbitration?” (Master Thesis, University of Amsterdam, 2019), pp. 35-36.

65) *Olympic Entertainment v Ukraine*, UNCITRAL, PCA Case No. 2019-18, Award (15 April 2021), paras.

라 합법적으로 투자를 확대해 왔음에도 불구하고, 충분한 전환기간 없이 산업 자체를 전면 금지하고 그에 대한 보상도 제공하지 않았으므로 이는 합리적 규제의 범위를 넘어선 위법한 수용이며 FET 위반에 해당한다고 주장하였다.⁶⁶⁾ 이에 대해 우크라이나는 국제법상 규제권한원칙에 따라 공중보건 등 선의의 비례적인 규제는 수용에 해당하지 않으며, 따라서 국가책임이 발생하지 않는다고 반박하였다.⁶⁷⁾

이에 중재판정부는 간접수용 판단에 있어 에스토니아-우크라이나 BIT에 규제권한 관련 조문은 없지만, 관습국제법상 원칙으로서 규제권한원칙을 적용한 *Methanex* 사건과 *Philip Morris* 사건을 원용하며 5가지 심사기준, 즉 (i) 선의(bona fide), (ii) 공익 목적(public purpose), (iii) 비차별성(non-discriminatory), (iv) 적법절차 준수 여부, (v) 비례성(proportionality)을 고려하여 판단하였다.⁶⁸⁾ 중재판정부는 위 우크라이나의 조치가 도박문제의 심각성을 해결하기 위해 공중보건과 공공도덕 목적을 위해 이루어진 점은 인정하나, 부분적 규제가 아닌 산업 전체를 충분한 유예기간이나 보상 없이 즉각적으로 전면 금지한 것은 비례적인 조치라고 보기 어렵고, 그 결과 투자자의 투자를 실질적으로 박탈한 것으로서 간접수용에 해당한다고 판단하였다.⁶⁹⁾ 그에 따라 중재판정부는 간접수용 위반을 인정하여 손해배상 책임을 인정하였고, FET 관련 청구에 대해서는 이미 간접수용 위반으로 책임이 도출된 이상 별도로 판단할 필요가 없다고 보았다.⁷⁰⁾

2. 유형 2: 보건의료와 관련된 조치

가. 의약품 규제

1) *Signa v. Canada*

Signa v. Canada 사건은 시프로플록사신 염산염(Ciprofloxacin hydrochloride)이라는 항생제 원료를 생산하는 멕시코의 제네릭 의약품 제조회사 *Signa*가 캐나다 시장 진출 과정에서

15-37.

66) *Ibid.*, paras. 63-73, 118-124, 134-136.

67) *Ibid.*, paras. 74-84, 125-131, 137-138.

68) *Ibid.*, para. 87.

69) *Ibid.*, paras. 91-116.

70) *Ibid.*, paras. 132, 139.

캐나다의 특허 관련 조치를 둘러싸고 중재가 제기된 사건이다.⁷¹⁾ 당시 캐나다의 의약품 규제에 따르면, 제네릭 의약품 제조업체는 해당 의약품과 관련된 특허가 무효이거나 침해되지 않는다는 취지의 ‘이의제기 통지(Notice of Allegation)’를 특허권자에게 송달해야만 캐나다 보건당국으로부터 ‘준수통지(Notice of Compliance)’를 발급받아 시판할 수 있었다. 만약 특허권자가 이에 대응하여 ‘금지명령신청(Application for an Order of Prohibition)’을 제기할 경우, 제네릭 의약품 제조업체는 법원의 판결이 나거나 30개월이 경과할 때까지 준수통지를 받을 수 없게 되고, 결과적으로 해당 의약품의 판매가 불가하였다.⁷²⁾ 본 사건에서 특허권자가 금지명령신청서를 제출하자, *Signa*는 자신이 투자하여 생산한 시프로플록사신을 약 3년간 캐나다 시장에서 판매할 수 없게 되었다.⁷³⁾ 이와 같은 배경에서 *Signa*는 사법적 심사 없이 단지 특허권자의 신청만으로 경쟁사의 시장 진입을 약 3년간 차단하는 효과를 발생시키는 캐나다의 특허 규제가 과도하고 불합리하며, 이로 인해 자사의 투자에 대한 판매 기회를 박탈하고 손실을 초래하였다고 주장하면서, NAFTA를 근거로 FET 위반, 간접수용 등을 이유로 캐나다 정부에 중재의향서를 제출하였다.⁷⁴⁾ 그러나 이 사건은 이후 비공개 합의로 종결된 것으로 알려져 있다.⁷⁵⁾

2) *Apotex v. USA*

Apotex v. USA 사건은 의약품 수입 및 판매에 대한 분쟁으로, 2009년 미국 식품의약품(Food and Drug Administration, FDA)이 캐나다 제네릭 제약회사인 *Apotex*의 제조시설에 대하여 제조품질검사(Current Good Manufacturing Practice, cGMP) 준수 여부에 관한 검사를 실시한 결과, 해당 시설에서 생산된 의약품이 불량(adulterated) 상태에 해당한다고 판단하여, ‘수입경보(Import Alert)’ 대상으로 지정하였다.⁷⁶⁾ 이는 검사 없이도 미국 국경에서 반입을 차단·금지할 수 있는 조치로서 결과적으로 *Apotex*의 미국 내 사업은 큰 타격을 입어

71) *Signa S.A. de C.V. v. Canada*, Notice of Intent (4 March 1996), pp. 2-3. <<https://jusmundi.com/en/document/other/en-signa-s-a-de-c-v-v-canada-notice-of-intent-monday-4th-march-1996>>

72) *Ibid.*

73) *Ibid.*

74) *Ibid.*, pp. 3-4.

75) International Institute for Sustainable Development, *Private Rights, Public Problems*, Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2001, p. 101.

76) *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award (25 August 2014), paras. 2.1-2.25, 2.37-2.44.

불량 의약품을 회수하고 미국 법규에 부합하도록 시설을 개선 및 운영·품질관리 시스템을 전면 개편하겠다고 약속하였다.⁷⁷⁾ 2011년 FDA는 재검사 후 수입경보를 해제하였으나, 2012년 청구인들은 미국이 NAFTA 제11장 내국민대우 의무, 최혜국대우 및 FET 의무를 위반하였다고 주장하며 중재를 제기하였다.⁷⁸⁾ 이에 미국 정부는 FDA의 조치는 공중보건 보호 목적으로 합리적이고 정당한 규제권한을 행사한 것이었고, Apotex는 제약품질기준을 심각하게 위반하였으며 이에 대해서는 Apotex 측도 다툼이 없을 뿐 아니라, 비교대상 기업이 ‘유사한 상황(like circumstances)’에 있지 않았다고 반박하였다.⁷⁹⁾

이에 중재판정부는 미국 정부의 규제 조치가 공중보건 보호를 위한 합리적이고 비차별적인 권한 행사였다는 점을 인정하고, Apotex의 청구를 기각하였다.⁸⁰⁾ 특히 본 사건에서 중재판정부는 공중보건 및 기타 중요한 공익을 보호하고 책임지는 규제기관의 특수한 역할과 책임은 존중되어야 하므로, 공중보건 및 환자의 복지와 같은 민감한 영역에서 국가 규제기관이 재량을 행사하는 경우에는 중재판정부가 이에 대해 신중히 접근해야 한다는 태도를 강조하였다.⁸¹⁾ 본 사건은 ‘규제권한원칙’을 직접적으로 적용하지 않았으나, 보건당국이 공중보건 보호 목적으로 행사하는 규제재량을 인정하고 존중한 사건인 점에서 의의가 있다.

3) *Les Laboratoires Servier v. Poland*

Les Laboratoires Servier v. Poland 사건의 청구인들은 프랑스 제약회사로, 폴란드 보건당국이 청구인들이 제조한 의약품의 시판 허가(marketing authorization) 갱신을 거부한 데에서 비롯한 사건이다.⁸²⁾ 위와 같은 거부조치는 폴란드 의약품 규제를 유럽연합 규제 기준에 조화(harmonization)시키기 위해 관련 법률을 개정하였고, 그에 따라 폴란드 정부는

77) *Ibid.*, paras. 2.26, 2.45-2.46.

78) *Ibid.*, paras. 2.27-2.33.

79) *Ibid.*, paras. 2.59-2.68.

80) *Ibid.*, paras. 8.40-8.78, 9.15-9.72.

81) *Ibid.*, para. 9.37. 원문은 다음과 같다. “The Tribunal also recalls in this regard the decisions by NAFTA and other international tribunals emphasizing the need for international tribunals to recognise the special roles and responsibilities of regulatory bodies charged with protecting public health and other important interests....the need for international tribunals to exercise caution in cases involving a state regulator’s exercise of discretion, particularly in sensitive areas involving protection of public health and the well-being of patients.”

82) *Les Laboratoires Servier v. Poland*, UNCITRAL, Final Award (14 February 2012).

당시 유효하던 모든 의약품에 대해 시판 허가 갱신 절차를 거치도록 의무화하였다.⁸³⁾ 2008년 말 폴란드 보건 당국은 청구인들이 제조한 2가지 의약품에 대해 시판 허가 갱신을 거부하였는데, 그 구체적인 거부 사유는 현재까지 공개되지 않았다.⁸⁴⁾ 비슷한 시기에 폴란드 기업들에게는 해당 의약품의 대체재를 제조 및 판매할 수 있는 허가가 부여되었다.⁸⁵⁾ 이러한 배경 하에 청구인들은 위와 같은 폴란드 정부의 조치가 청구인들의 자산 가치를 실질적으로 박탈하였고, 이는 프랑스-폴란드 BIT상 의무를 위반한다고 주장하며 중재를 제기하였다.⁸⁶⁾

비록 본 사건의 판정문은 상당 부분이 가림처리가 된 채로 공개가 되어 양측 주장과 중재판정부의 판단을 명확히 파악하는 데에는 한계가 있으나, 중재판정부는 2단계 심사구조를 통해 간접수용 여부를 판단하였다. 첫 번째 단계는 문턱 효과(threshold effect)를 판단하는 것으로, (i) 침해의 정도(the relevant level of harm), (ii) 침해 대상(the relevant interest to which that harm relates), (iii) 지속성(duration of the relevant harm)의 3개 요소를 살펴보는 것이다.⁸⁷⁾ 중재판정부는 정부의 조치로 인하여 투자자의 투자에 완전한 박탈까지 아니더라도, 상당한(substantial) 침해가 발생하였고, 소유권(ownership)뿐 아니라 수익(benefit)에 대해서도 일정기간 침해를 끼쳤다면(more than transitory), 간접수용에 해당할 수 있다고 보았다.⁸⁸⁾ 두 번째 단계는 정당한 규제권한 행사 여부를 판단하는 단계로, 해당 조치가 공공의 목적, 선의, 비차별성 및 비례성 요건을 충족하는지 여부를 판단하는 것이다. 본 사건 중재판정부는 폴란드의 조치가 비차별성과 비례성 요건을 충족하지 못하였을 뿐 아니라 공공의 필요에 따른 조치도 아니므로 정당한 규제권한 행사로 보기 어렵다고 판단함으로써 해당 조치가 간접수용에 해당할 수 있다고 보았다.⁸⁹⁾

본 사건은 공중보건 목적의 조치라 하더라도 국가의 재량을 당연히 넓게 인정하지 않

83) *Ibid.*, para. 40.

84) *Ibid.*, paras. 80, 89-90.

85) *Ibid.*, paras. 102-127.

86) *Ibid.*, para. 215.

87) Esmé Shirlow, “Les Laboratoires Servier, SAA, and others v Republic of Poland”, *ICSID Review*, Vol. 29(3) (2014), pp. 560-562.

88) *Ibid.*; *Les Laboratoires Servier v. Poland*, *supra* note 82, paras. 576-577.

89) *Les Laboratoires Servier v. Poland*, *supra* note 82, paras. 569, 574-575.

고, 2단계 간접수용 심사를 통해 비차별성·비례성 등 구체적 요건을 엄밀히 검토함으로써 국가의 규제권한과 투자자 보호 간의 균형을 도모하였다는 점에서 의의가 있다.⁹⁰⁾

4) *Eli Lilly v. Canada*

Eli Lilly v. Canada 사건에서는 미국 제약회사 Eli Lilly가 주의력결핍과잉행동장애(ADHD) 치료제인 Strattera와 정신질환 치료제인 Zyprexa의 캐나다 특허권을 보유하고 있었는데, 캐나다 법원이 해당 특허를 무효로 판단한 데서 비롯되었다.⁹¹⁾ 캐나다 법원은 ‘약속된 효용 원칙(promise utility doctrine)’에 따라, 약효에 대한 충분한 입증을 요구하는 ‘유용성 요건(utility requirement)’을 충족하지 못하였다는 이유로 특허를 무효로 하였다.⁹²⁾ 이에 대해 2014년 청구인은 캐나다를 상대로 중재를 제기하며, 캐나다 법원이 기존에 없던 법리를 만들어 특허법 관련 규정의 해석을 급격히 변경(dramatic change)한 것은 NAFTA 협정상 특허 보호 의무, 특히 간접수용 및 FET 의무 위반에 해당된다고 주장하였다.⁹³⁾ 반면 캐나다 정부는 주로 ‘시적 관할(ratione temporis)의 부재’와 국내법상 ‘유용성’ 요건 해석에는 실질적인 변화가 없었다고 반박하였다.⁹⁴⁾

이에 중재판정부는 기본적으로 사법판결에 대한 국가책임은 일반적으로 단순한 법 적용이나 해석상의 오류만으로 성립하기 어렵고, 보다 중대한 ‘사법부인(denial of justice)’ 수준이 문제될 수 있음을 전제로 하면서, 캐나다 법원 판례 및 특허청 실무 흐름에 비추어 볼 때, 문제된 판결은 법의 점진적이고 발전적인(evolutionary) 해석의 결과에 해당한다고 보며, 청구인의 법의 급격한 변경에 관한 주장을 기각하였다.⁹⁵⁾ 또한 이러한 판단을 바탕으로 투자자의 정당한 기대 침해 및 재산 박탈 등에 대한 주장 역시 모두 기각되었다.⁹⁶⁾

비록 이 사건은 캐나다 정부가 공중보전을 전면적인 항변으로 내세운 것은 아니지만,

90) Shirlow, *supra* note 87, pp. 565-566; Valentina Vadi, “Towards a new dialectics: Pharmaceutical patents, public health and foreign direct investments”, *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol. 5(1) (2015), pp. 184-185.

91) *Eli Lilly and Company v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award (16 March 2017).

92) *Ibid.*, paras. 5, 71-94.

93) *Ibid.*, para. 5.

94) *Ibid.*, para. 6.

95) *Ibid.*, paras. 350-351, 366, 374.

96) *Ibid.*, paras. 385, 389, 442.

문제된 특허 무효 판결은 해당 의약품이 실제로 효과가 있는지, 환자에게 안전한지에 대한 평가와 밀접하게 관련된 것으로, 그 자체로 공중보건 규제 기능의 일환으로 이해될 수 있다. 이러한 점에서 본 판정은 공중보건과 관련된 국내법원의 판단에 대하여 중재판정부가 상당한 존중을 보인 사례로 평가할 수 있다.

나. 보건의료 시설 및 서비스 관련 규제

외국인 투자자의 의료서비스 투자와 관련된 ISDS 사건들도 존재한다. 예컨대 *Dialasie v. Vietnam* 사건에서는 한 프랑스 국적 투자자가 베트남 호치민시에 인공투석 클리닉을 설립 및 운영하는 데 투자하였으나, 베트남 정부의 조치로 해당 클리닉의 운영이 불가능해지자, 베트남을 상대로 중재를 제기하였다.⁹⁷⁾ 또한 *Melvin Howard v. Canada* 사건에서는 미국 국적 투자자가 캐나다 소재 의료기관에 투자한 외과 수술 서비스 프로젝트가 제한되자 NAFTA를 근거로 중재를 제기하기도 하였다.⁹⁸⁾

Minnote & Lewis v. Poland 사건에서는 미국 투자자들이 폴란드 내 혈액제제 생산시설 설립에 투자하였으나, 폴란드 정부가 혈장 공급을 보장하지 않고, 기술협력업체의 철수, 금융지원 문제 등 복합적 요인으로 사업이 좌절되자 폴란드를 상대로 중재를 제기하였다.⁹⁹⁾ 이에 대하여 폴란드는 투자 실패의 원인이 투자자의 경영상·재정적 문제에 있으며, 혈장 공급은 계약상 또는 투자협정상 보장된 의무가 아니라고 주장하였다.¹⁰⁰⁾ 나아가 해당 산업은 바이러스 감염 위험, 환자 안전 문제, 공급 불안정성 등으로 인해 고도의 공중보건 규제가 요구되는 영역인 점에서 국가의 규제 재량이 인정되어야 한다고 반박하였다.¹⁰¹⁾ 이에 중재판정부는 투자자의 사업 실패가 복합적 요인, 특히 투자자 측 문제에 기인한 것으로 보아 수용 및 FET 위반 주장을 인정하지 않고 청구를 기각하였다.¹⁰²⁾

97) *Dialasie v. Viet Nam*, UNCTAD Investment Policy Hub. <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/423/dialasie-v-viet-nam>>; see also Mitchell, *supra* note 39, p. 3.

98) *Melvin Howard v. Canada*, PCA Case No. 2009-21, Order for the Termination of the Proceedings and Award on Costs (9 August 2010).

99) *Minnote & Lewis v. Poland*, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award (16 May 2014), paras. 1, 28-113.

100) *Ibid.*, paras. 81, 90, 128, 153, 174.

101) *Ibid.*, paras. 29-31.

102) *Ibid.*, para. 217.

마지막으로 *Doutremepuich v. Mauritius* 사건에서는 프랑스 국적 투자자가 모리셔스 내 유전자 검사 및 생명공학 연구소 설립 프로젝트를 추진하였으나, 정부의 승인 거부로 프로젝트가 중단되면서 중재가 제기되었다.¹⁰³⁾ 그러나 중재판정부는 해당 프로젝트가 단순한 사업 구상 또는 준비 단계에 불과하고, 자본의 실질적 투입과 위험 부담이 수반된 투자로 보기 어렵다고 판단하여, 투자 적격을 부정하였다.¹⁰⁴⁾

다. 의료보험 관련 규제

의료보험 제도의 운영 및 재정 안정성 확보를 위한 국가의 규제조치와 관련해서도 ISDS가 제기된 사례가 있다. *Achmea B.V. v. Slovakia* 사건에서는 슬로바키아 정부가 2004년 의료보험 시장을 자유화하여 외국 민간보험사의 진입을 허용한 이후, 2006년부터 2007년 사이 일련의 개혁을 통해 공공의료체계의 재정안정성과 형평성 확보를 이유로 보험사의 이윤 배당을 제한하고, 보험 포트폴리오 이전을 제한하는 등 규제를 강화하자, 네덜란드 투자자가 이에 대해 중재를 제기하였다.¹⁰⁵⁾ 슬로바키아는 상기 조치가 보건의료 부문 내 실질적인 문제를 해결하기 위한 공익 목적에서 취해진 것이며, 국제법상 규제권한원칙에 따라 비차별적이고 선의로 이루어진 공익 목적의 규제에 대해서는 외국인 투자자에게 보상할 책임이 없다고 반박하였다.¹⁰⁶⁾ 그러나 중재판정부는 슬로바키아의 공익 목적의 규제권을 원칙적으로 인정하면서도, 2004년 민간 의료보험을 허용하고 외국인 투자를 적극 유치하였던 정책 기조와 달리 이후 2006년부터 2007년 사이의 개혁을 통해 보험사의 이윤 배당 금지와 같은 핵심 수익 구조를 제한하는 방향으로 규제 환경을 급격히 변화시킨 점에 주목하며, 투자 당시 형성된 규제 환경에 기초한 투자자의 정당한 기대가 침해되었다고 판단하여 FET 의무 및 송금 보장 의무 위반을 인정하였다.¹⁰⁷⁾

103) *Doutremepuich v. Mauritius*, PCA Case No. 2018-37, Award on Jurisdiction (23 August 2019).

104) *Ibid.*, para. 236.

105) *Achmea B.V. v. Slovakia*, PCA Case No. 2008-13, Final Award (7 December 2012); 이와 유사한 사건으로 *HICEE B.V. v. Slovakia* 사건이 있으나, 이 사건에서는 투자자가 다단계 간접 투자 구조를 통해 이루어진 투자로서, 해당 투자협정이 보호하는 범위에 해당하지 않아 관할권이 인정되지 않고 청구가 기각되었다. *HICEE B.V. v. Slovakia*, PCA Case No. 2009-11, Partial Award (23 May 2011).
<<https://pca-cpa.org/cn/cases/10/>>

106) *Achmea B.V. v. Slovakia*, *supra* note 105, paras. 238-239.

107) *Ibid.*, paras. 278-295, 352.

Centauro Capital and Natanor v. Colombia 사건에서는 콜롬비아 정부가 재정 존속 가능성 및 공공의료체계의 안정성에 대한 우려를 이유로 외국 자본이 소유한 의료보험회사를 사실상 통제·인수하는 조치를 취하자 2025년 스페인 투자자들이 이에 대해 투자협정 위반을 주장하며 중재를 제기하였고, 현재 절차가 진행 중이다.¹⁰⁸⁾ 또한 칠레에서는 의료보험 가입자의 의료보험 산정 방식과 관련된 법률 개정으로 인해 외국계 보험회사의 수익구조가 영향을 받자 해당 기업이 투자협정에 근거한 분쟁 제기 가능성을 통지하는 등 ISDS 절차로의 이행이 문제된 바 있다.¹⁰⁹⁾

3. 유형 3: 환경보호와 관련된 조치

자연생태계의 보존과 보호를 위한 환경 조치에 관한 ISDS 사건 역시 꾸준히 제기되어 왔으며 그 관련 산업 또한 광범위하다. 이 중 공중보건 보호 문제가 중요한 쟁점으로 부각된 사건은 주로 식수 안전, 폐기물 처리, 유해물질·제품 규제 조치와 관련되어왔다.

대표적으로 *Tecmed v. Mexico* 사건에서는 유해폐기물 매립장 운영 허가의 갱신 거부 조치가 쟁점이 되었다. 멕시코는 해당 조치가 과거 청구인의 부적절한 매립지 운영, 도심과의 거리, 지역사회 주민들의 반발 등 제반 사정을 고려하여 환경오염 방지와 지역 주민의 건강 보호라는 공익적 목적에 기초한 정당한 규제권한을 행사하였고, 허가의 갱신 여부는 본질적으로 행정당국의 재량에 속한다고 주장하였다.¹¹⁰⁾ 그러나 중재판정부는 청구인이 지역 주민들의 반발을 고려하여 매립시설 이전에 동의하고 그에 따른 비용의 상당부분을 부담하였으며, 나아가 해당 매립시설 운영이 환경이나 공중 보건을 해하였다고 볼 만한 사정이 없고, 일부 위반 사항도 시정되거나 경미한 제재에 그쳤던 것 등에 비추어 보면, 위 갱신 거부 조치는 투자자의 정당한 기대를 침해하고 공익 목적과 투자자 보호 사이에서 요구되는 비례성을 충족하지 못한 것으로 보아 FET 위반 및 간접수용에 해당한다고 판단하였다.¹¹¹⁾

108) *Centauro Capital and Natanor v. Colombia*, ICSID Case No. ARB/25/5, ICSID Case Details.

<<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/25/5>>

109) Lisa Bohmer, “Health Insurance Company Puts Chile on Notice of Treaty Dispute”, *Investment Arbitration Reporter* (26 January 2023). <<https://www.iareporter.com/articles/health-insurance-company-puts-chile-on-notice-of-treaty-dispute/>>.

110) *Tecmed v Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (29 May 2003), paras. 97, 105-106.

한편 *Ethyl Corporation v. Canada* 사건에서는 휘발유 첨가제 MMT를 생산·판매하는 미국 기업 Ethyl이 캐나다 정부가 해당 물질의 신경계 독성 등 환경 및 인체 건강에 대한 위협성을 이유로 수입 및 유통을 금지하자 중재를 제기하였다.¹¹²⁾ 본 사건은 관할 판정 이후, 본안 판정이 선고되기 전에 합의 종결되었다.¹¹³⁾ 캐나다는 합의의 내용으로 합의금을 청구인 측에 지급하고 MMT 규제를 철회하게 되었는데, 이에 대해서는 ISDS로 인한 규제 위축 효과라는 분석도 있다.¹¹⁴⁾ 이와 유사하게 *Methanex v. USA* 사건에서는 지하수 오염 및 인체 건강 위해성이 문제된 휘발유 첨가제 MTBE의 사용을 전면 금지한 캘리포니아 주의 조치가 쟁점이 되었다. 중재판정부는 환경 및 공중보건 목적 규제에 기초한 국가의 규제권한을 폭넓게 인정하며, 비차별적이고 정당한 규제에 해당한다고 보아 투자자의 청구를 기각하였다.¹¹⁵⁾

또한 *Chemtura v. Canada* 사건에서는 인체 및 환경에 유해할 수 있는 살충제 성분인 린데인(lindane)의 사용을 재평가하고 단계적으로 퇴출한 캐나다 당국의 조치가 문제되었는데, 중재판정부는 NAFTA 중재 선례에 따른 3단계 심사기준을 언급하며 (i) 수용의 대상이 될 수 있는 투자가 존재했는지, (ii) 해당 투자가 실제로 수용되었는지, 그리고 (iii) NAFTA 합법적인 수용 네 가지 요건, 즉 공공의 목적, 비차별성, 적법절차, 보상 여부를 적용하였다. 결과적으로 중재판정부는 청구인의 린데인 사업 비중이 작고 회사가 계속 운영된 점에 비추어 캐나다의 조치가 수용에 해당하지 않고, 해당 조치는 과학적 근거에 기초한 정당한 규제권한 행사이며, 설령 투자자의 투자에 실질적인 박탈이 생겼더라도 보상의무가 발생하지 않는다고 판시하였다.¹¹⁶⁾

111) *Ibid.*, paras. 115-174.

112) *Ethyl Corporation v. Canada*, UNCITRAL/NAFTA, Award on Jurisdiction (24 June 1998).

113) *Ibid.*; Global Affairs Canada, “Cases filed against the Government of Canada: Ethyl Corporation v. Government of Canada” (2017). <<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/dis-disp-diff/ethyl.aspx?lang=eng>>

114) Milsom P., Smith R., Baker P., Walls H., *supra* note 63, p. 10; 그러나 캐나다의 MMT 규제는 캐나다 주 정부도 국내 법원에서 해당 조치에 대해서 이의를 제기하였는바, 당초 환경보호보다 무역보호주의적 동기에서 비롯되었다는 정황이 있어 ISDS 위협만을 규제 철회의 단일 원인으로 보기 어렵다는 반론도 있다. Christian Tietje and Freya Baetens, “The impact of Investor-State-DisputeSettlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership”, Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs. The Netherlands (2014), para 76.
<https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf>

115) *Methanex v. United States of America*, UNCITRAL/NAFTA, Award (3 August 2005), Part IV-VI.

마찬가지로 *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador* 사건에서도 캐나다계 광산 기업인 Pac Rim이 엘살바도르에서 계획한 광산 개발 프로젝트와 관련하여 수질 오염 및 이에 따른 식수 안전과 국민 건강에 대한 우려가 핵심적으로 고려되었다. 엘살바도르는 이러한 환경 및 공중보건상 위험에 대한 사회적·정책적 판단에 기초하여 청구인에게 채굴허가를 부여하지 않았다. 이에 대해 중재판정부는 청구인이 환경영향평가, 타당성 조사, 행정절차 등 엘살바도르 국내법상 요구되는 관련 요건을 충족하지 못하였다는 점에 주목하며, 투자가 적법하게 성립하지 못하였다는 이유로 청구를 기각하였다.¹¹⁷⁾

유형 4: 보건의료와 무관한 산업이나 본질적으로 유해하지 않은 상품·활동에 간접적으로 영향을 미치는 조치

마지막 유형은 공중보건 목적으로 취해진 조치가 보건의료 영역을 넘어 다른 산업 또는 경제활동에 간접적인 영향을 미치면서 분쟁으로 이어지는 경우이다. 특히 코로나-19 팬데믹 상황과 같은 위기 상황에서는 감염병 확산 방지를 위한 이동제한, 봉쇄조치, 또는 경제적 충격 완화를 위한 재정·에너지 정책 등이 다양한 산업에 파급효과를 미치며 분쟁으로 이어질 수 있다.¹¹⁸⁾

이와 관련하여 *ADP International and Vinci Airports v. Chile* 사건에서는 칠레 정부가 코로나-19 확산 방지를 위해 시행한 국경폐쇄 및 여행제한 조치로 인하여 항공 수요 및 공항 이용객이 급감하자, 공항운영에 투자한 외국인 투자자들이 손실을 주장하며 중재를 제기하였다. 다만 본 사건은 2026년 3월 당사자 간 합의로 분쟁이 종결되었다.¹¹⁹⁾ 또한 칠레는 팬데믹으로 인한 경제적 어려움을 완화하기 위해 국민들이 보험사에 납부한 연금기금 최대 10%를 조기에 인출할 수 있도록 허용하는 조치를 도입하였는데, 보험사 자산이 유출되자 연금 및 금융 분야의 외국인 투자자들이 투자협정 위반을 주장하며 ISDS 제기 의사를 통보하였고, 칠레는 이들과 협의 절차를 개시하였다.¹²⁰⁾

116) *Chemtura v. Canada*, PCA Case No. 2008-01, Award (2 August 2010), paras. 123, 266.

117) *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Award (14 October 2016), Part X.

118) Mitchell, *supra* note 39, p. 4; 황지현, 김용일, 앞의 주 51), 212면.

119) *ADP International and Vinci Airports v. Chile*, ICSID Case Details, ICSID Case No. ARB/21/40.

<<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/40>>

120) Lisa Bohmer, US-Based Insurer puts Chile on Notice of a Treaty-Based Dispute, Investment Arbitration Reporter

유사한 맥락에서 페루는 봉쇄조치 기간 중 국민들의 부담을 완화하기 위해 고속도로 통행료 징수를 중단하는 내용의 법률을 채택하였고, 그리스는 봉쇄 기간 동안 복권 운영사업을 제한하였으며, 멕시코는 전력망 안정성 확보를 이유로 코로나-19로 인한 전력수요 감소가 안정될 때까지 재생에너지 전력 사용을 제한하는 규제조치를 시행하였다.¹²¹⁾ 이러한 조치들은 각각 외국인 투자자들로부터 ISDS 제기 위협 또는 실제 분쟁으로 이어졌다.

5. 소결

이상의 판정례를 유형별로 검토한 결과, 다음과 같은 시사점을 도출할 수 있다.

첫째, 공중보건 목적의 정당성만으로는 규제권한 항변이 인용되기에 충분하지 않다. 실제적 판단에서 피청구국이 패소한 *Cargill v. Mexico*, *Les Laboratoires Servier v. Poland*, *Olympic Entertainment v. Ukraine*, *Tecmed v. Mexico* 사건을 살펴보면, 중재판정부는 문제된 조치의 목적 자체보다 비차별성·비례성·과학적 근거의 충족 여부를 결정적인 판단 기준으로 삼았음을 알 수 있다. 공중보건 목적을 표방하더라도, 조치의 실질이 국내 산업의 보호나 특정 기업에 대한 차별적 취급으로 평가되거나(*Cargill*, *Servier*), 목적 달성에 필요한 수준을 현저히 초과하는 전면적·즉각적 규제로서 비례성 요건을 충족하지 못하거나(*Olympic*), 주장하는 공중보건상 위해를 실질적으로 입증하지 못한 경우(*Tecmed*)에는 규제권한 항변이 배척될 수 있다. 결국 과학적 근거의 충실성, 관련 국제규범과의 정합성, 그리고 조치의 강도와 목적 달성의 필요성 간의 균형이 규제권한 항변의 설득력을 실질적으로 좌우하는 핵심 요소임을 확인할 수 있다.

둘째, 선의·비차별성·비례성의 요건을 모두 충족하는 경우, 피청구국은 규제권한 행사의

(14 May 2021) <<https://www.iareporter.com/articles/us-based-insurer-puts-chile-on-notice-of-a-treaty-based-dispute/>>; ISDS Impacts, “Law Firms and Corporations Threaten to Sue States over Measures against COVID-19” (January 2022) <<https://isds-americalatina.org/isds-and-covid-19/>>

121) Cosmo Sanderson, “Peru warned of potential ICSID claims over covid-19 measures” *Global Arbitration Review* (9 April 2020) <<https://globalarbitrationreview.com/article/peru-warned-of-potential-icsid-claims-over-covid-19-measures>>; *Hellenic Lotteries v. Greece and HRADF*, LCIA Case No. 215123, Award (12 September 2023); Susannah Moody, “Greece sees off lottery company’s covid claim”, *Global Arbitration Review* (23 November 2023) <<https://globalarbitrationreview.com/article/greece-sees-lottery-companys-covid-claim>>; Lisa Bohmer, “Changes to Mexico’s electricity regulation in light of pandemic prompt threats of investment arbitration claims” *IAReporter* (18 May 2020) <<https://www.iareporter.com/articles/changes-to-mexicos-electricity-regulation-in-light-of-pandemic-prompt-threats-of-investment-arbitration-claims/>>

정당성을 실질적으로 인정받을 수 있다. *Philip Morris v. Uruguay*, *Apotex v. USA*, *Minnotte & Lewis v. Poland* 사건에서 확인된 바와 같이, 위 세 가지 요건을 충족한 경우 중재판정부는 해당 조치로 인하여 청구인에게 일정한 경제적 손실이 발생하더라도 이를 정당한 규제권한의 행사로 인정하여 피청구국의 책임을 부정하였다. 나아가 *Chemtura v. Canada* 사건이 시사하는 바와 같이, 조치가 충분한 과학적 근거와 공익적 목적에 기초하는 경우 중재판정부는 국가 규제기관의 전문적 판단에 상당한 재량 존중(deference)을 부여하는 태도를 보였다.

셋째, 간접수용과 FET는 별개의 심사 사안으로서, 어느 한 청구유형에서의 승소가 다른 청구유형에서의 승소를 당연히 담보하지 않는다는 점에 유의할 필요가 있다. *Achmea B.V. v. Slovakia* 사건에서 확인되는 바와 같이, 규제권한원칙에 의하여 간접수용 청구가 배척되더라도, 투자 유치 당시 형성된 규제 환경을 급격히 변경하는 조치는 청구인의 정당한 기대를 침해하는 것으로서 FET 의무 위반으로 이어질 수 있다. 따라서 공중보건 조치를 설계·집행할 때에는 간접수용에 대한 항변뿐만 아니라, FET 기준, 특히 투자자의 정당한 기대 보호에 관한 사항 등을 아울러 고려하여야 한다.

넷째, 코로나-19 팬데믹 관련 조치 등 유형 4에 해당하는 사건의 경우, 실체 판단에 이른 사례가 극히 드물고 관련 정보도 충분히 공개되어 있지 아니하여 현 단계에서 확립된 법리를 도출하기 어렵다는 한계가 있다. 다만 앞서 살펴본 유형 1에서 3의 판정례에서 일관되게 적용된 비차별성·비례성·과학적 근거 중심의 심사 기준은 유형 4에서도 그 적용에 있어 크게 다르지 않을 것으로 판단되며, 향후 관련 판정례의 축적에 따라 보다 구체적인 법리가 형성될 것으로 전망된다.

다섯째, ISDS 제도 자체가 공중보건 규제에 미치는 규제위축 효과에도 주목할 필요가 있다. 실제로 위 담배규제 유형에서 살펴본 *Philip Morris* 사건으로 인해 여러 국가에서 담배 포장 규제 도입이 지연되었다.¹²²⁾ 상술한 바와 같이 식품 산업에서도 규제를 늦출 목적으로 전략적으로 ISDS가 제기된다는 분석이 있다. 또한 *Ethyl Corporation v. Canada* 사건 사례와 같이 본안 판단에 이르기 전에, ISDS 제기 자체로 인하여 수반되는 분쟁 비용, 절

122) Ross MacKenzie, Annalise Mathers, Benjamin Hawkins, Jappe Eckhardt, Julia Smith, "The tobacco industry's challenges to standardised packaging: A comparative analysis of issue framing in public relations campaigns in four countries", *Health Policy*, Vol. 122(9) (2018), p. 14; see also Garde and Zrilić, *supra* note 63, p. 668.

차적 부담 및 결과의 불확실성은 국가로 하여금 공중보건 관련 규제의 도입 또는 강화를 사전에 자제하게 만드는 유인으로 작용할 수 있다. 이는 단순히 개별 분쟁의 승패를 넘어 현행 국제투자법 체계가 국가의 공중보건 정책 공간(policy space)을 실질적으로 제약할 수 있다는 점에서, 투자협정의 문안 설계와 제도적 개선을 통한 체계적인 대응이 필요하다는 것이며, 이에 대해서는 V장에서 후술한다.

V. 공중보건 관련 규제권한 확보 방안

앞서 살펴본 바와 같이 국가의 공중보건 조치는 보건의료 영역을 넘어 다양한 산업 및 경제활동에 영향을 미치며 ISDS 제기로 이어질 수 있다. 중재판정부는 단순히 규제의 공공성과 선의를 이유로 그 정당성을 인정하지 않았다. 또한 중재판정부마다 규제권한의 정당성을 심사하는 기준도 상이하였다. 또한 간접수용 주장에서 국가가 승소하였음에도, 동일한 조치가 FET 기준 위반으로 판단된 사례도 존재한다.¹²³⁾

ISDS는 선례구속의 원칙(*stare decisis*)이 존재하지 않으며, 일부 판정은 공개가 제한되는 등 정보 접근성이 낮은 경우도 존재한다. 또한 임의(*ad hoc*) 방식의 중재 구조하에서 중재인마다 해석의 재량이 인정되기 때문에 통일된 법 해석이 충분히 확립되어 있다고 보기도 어렵다. 나아가 ISDS 절차는 장기간의 시간과 막대한 비용을 수반하며, 국가의 책임이 인정될 경우 그 배상액 또한 수익에서 수십억 달러에 이를 수 있다. 이와 같은 제도적 특성과 실제 분쟁 사례들은 국가로 하여금 공중보건 관련 정책을 설계·집행함에 있어 상당한 부담으로 작용하며, 나아가 정책의 변경, 지연 또는 철회로 이어지는 규제위축 효과를 초래하기도 한다. 특히 개발도상국이나 최빈국의 경우 ISDS 대응에 필요한 재정적·제도적 역량이 제한되어 있어, 공중보건과 같은 필수적인 정책 영역에서도 보다 소극적인 규제 태도를 취할 가능성이 존재함은 위에서 계속 언급한 바와 같다.

따라서 공중보건 규제의 예측가능성과 안정성을 확보하기 위해서는 투자협정상 투자유치국의 규제권한 및 공중보건 조치에 대한 명시적 보호 장치를 마련할 필요가 있다. 구체적으로는 단순히 국가의 규제권한을 선언적으로 확인하는 것을 넘어, 일정한 공중보건 조

123) Mitchell, *supra* note 39, p. 9; *Achmea B.V. v. Slovakia*, *supra* note 105; *Eco Oro v. Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Award (15 July 2024).

치를 ISDS 적용 대상에서 제외하는 배제조항 또는 예외조항을 명문화하는 방안도 고려될 수 있다.

과거 투자협정에서는 투자유치국의 공중보건 목적 등의 규제권한을 보장하기 위해 전문(preamble)이나 독립조항을 통해 규제권한을 선언적으로 명문화하거나 WTO 규범에 상응하는 일반 예외(general exceptions)로 규정하였다.¹²⁴⁾ 그러나 규제권한을 확인하는 조항은 모호하게 작성되어 간접수용, FET 위반을 주장할 근거를 마련하거나 해석의 여지가 많으며, 책임을 배제하는 기능이 없어 국가 측에서 이를 방어하는 데 실질적으로 도움이 되지 않았다.¹²⁵⁾

이러한 배경 속에서 최근에는 조세, 조달, 금융서비스 등과 같은 사안들은 ‘범위 기반 배제(scope-based exclusions)’ 방식이 거론되고 있다.¹²⁶⁾ 기존의 방식은 실체적 타당성을 심사하는 기법인 반면, 범위 기반 제외 조항들은 ISDS 절차에서 주로 관할권 또는 청구적격(admissibility)에 관한 문제로 다루어진다. 담배규제 관련 선례와 같이 FCTC 등 보건관련 국제규범은 국가에 공중보건 보호를 위한 일정한 의무를 부과하고 있으나, 투자협정은 별도의 법적 체계로서 투자자 보호 의무를 규정하고 있어 양 규범 간 충돌 가능성이 존재한다. 이러한 충돌을 피하기 위해 호주와 싱가포르의 공중보건 조치 관련 배제조항을 처음으로 도입하였다. 호주와 싱가포르는 2016년 개정된 투자협정에서 ‘담배규제 조치에 대해서는 어떠한 청구도 제기될 수 없다(No claims may be brought under this Section in respect of a tobacco control measure of a Party)’고 규정하였다.¹²⁷⁾ 호주는 더 나아가 의약품 급여제도(Pharmaceutical Benefits Scheme), 메디케어 급여제도(Medicare Benefits Scheme), 치료용 물품 관리청(Therapeutic Goods Administration), 및 유전자 기술 규제 당국(Office of the Gene Technology Regulator)과 관련된 조치는 ISDS 절차에서 배제되도록 추가로 명시하였다.¹²⁸⁾

124) 예컨대 EU-Canada CETA (signed 30 October 2016, provisionally entered into force 21 September 2017) Art. 8.9에서는 투자유치국의 정당한 규제권한을 다음과 같이 명시하였다. “the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.”

125) Mitchell, *supra* note 39, pp. 5-8; 강병근, “ISDS로 인한 규제권 제한 관련 주요 쟁점과 각국의 대응 태도에 관한 연구”, 국제법무연구(舊 통상법률), 제147호 (2020), 17-19면.

126) Mitchell, *supra* note 39, p. 11.

127) *Ibid.*; Agreement to Amend the Singapore-Australia FTA (signed 13 October 2016, entered into force 1 December 2017), Chapter 8(Investment), Art 22; 앞의 주 56) 내용 참조.

호주와 싱가포르를 이후 다른 국가들과 체결한 동시기 및 후속 투자협정에서도 이러한 접근방식을 동일하게 적용하였으며, 이러한 접근방식을 취하는 국가들의 범위도 점차 확대되고 있다.¹²⁹⁾ 대한민국과 인도네시아의 투자협정에도 ‘공중보건을 보호하거나 증진하기 위해 고안되고 시행된 조치와 관련하여서는 본 조에 의거한 어떠한 청구도 제기할 수 없다’고 규정한 바 있다.¹³⁰⁾

한편 노르웨이 모델 BIT 초안(2015)는 공중보건 조치에 대해 매우 적극적인 설계를 한 것으로 평가된다.¹³¹⁾ 동 모델조항에서 공중보건은 전문, 내국민대우 및 최혜국대우 조항, 수용 조항, 이행요건(performance requirements)조항, 기준완화 금지 조항, 규제할 권리(right to regulate) 조항, 공동위원회(Joint Committee) 조항과 같이 조약 전반에 걸쳐 구조적으로 배치되어 있다.¹³²⁾ 이러한 경향은 인도 모델 BIT(2015), 네덜란드 모델 BIT(2018) 등에서도 반영되고 있다.

다만 그럼에도 이러한 접근법은 여전히 한계점이 있다. ‘공중보건’에 대한 명확한 정의가 없고, ‘설계(design)’, ‘보호(protect)’ 등의 추상적인 개념들은 여전히 중재판정부의 해석에 맡겨져 있다.¹³³⁾ 상술한 바와 같이 특히 코로나-19 팬데믹 상황에서 이동제한, 봉쇄조치, 보건의료 재정 건전성을 위한 광범위한 조치들이 보건과 관련 없는 산업에도 파생적으로 영향을 미치므로, 어디까지가 공중보건에 필요한(necessary to) 또는 관련된(related to) 조치인지 해석의 여지가 있다. 따라서 이와 같은 배제조항은 인간 건강에 직접적으로 유해한 특정 재화, 서비스 또는 활동을 제한하는 조치에 해당할 가능성이 크지만, 공중보건 목적에 부수적이거나 보조적인 성격으로 취해지는 조치는 그 목적, 비차별성, 비례성, 합리성, 적법절차 등 다양한 기준에 의해 심사될 가능성은 상존한다.¹³⁴⁾

128) Mitchell, *supra* note 39, p. 12; Agreement to Amend the Singapore-Australia FTA, *supra* note 127.

129) Mitchell, *supra* note 39, pp. 12-13.

130) Indonesia-Korea CEPA (signed 18 December 2020, entered into force 1 January 2023), Art. 7.19. Annex 7-B, 3(b). 원문은 다음과 같다. “Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, and real estate price stabilization do not constitute indirect expropriation.”

131) Freya Baetens, “Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 71(1) (2022), pp. 158-159.

132) Norway Model BIT (Draft) (2015).

133) Mitchell, *supra* note 39, pp. 15-19; Baetens, *supra* note 131, p. 173.

그럼에도 위와 같은 방안은 국가의 규제권한 행사를 일정 수준으로 보장할 수 있고, 중재판정부의 해석에 일관성을 부여할 수 있으며, 공중보건 목적 조치가 어디까지 허용되는지에 관한 예측 가능성을 높일 수 있다고 평가할 수 있다.¹³⁵⁾ 또한 이러한 배제 조항이 과도하게 확대될 경우, 보건의료 기술 및 산업 발전이나 외국인 투자 유치 또는 우리나라 기업의 해외 진출에 부정적인 영향을 미칠 가능성도 존재하고, 외국인 투자 유치라는 투자협정의 취지가 퇴색될 수 있으므로, 위와 같은 방안은 보건 인프라에 대한 민간투자를 위축시키지 않으면서도 합리적인 규제권한 행사를 보장할 수 있는 체계라고 평가할 수 있다.¹³⁶⁾

VI. 결론

국제투자법 체계에서 국가의 공중보건 관련 규제권한은 전통적으로 투자자 보호 의무와 긴장관계에 놓여 왔다. 특히 투자협정이 외국인 투자자의 재산권 보호와 법적 안정성을 중심으로 발전해 온 반면, 공중보건 관련 규제권한은 다양한 층위에서 이를 정당화할 수 있는 규범이 존재함에도, 그 특성상 광범위한 산업과 경제활동에 영향을 미치며 투자자의 이익을 제한할 수 있다는 점에서 양자의 충돌 가능성은 내재되어 왔다. 또한 이와 관련된 ISDS 선례는 국가의 규제위축을 초래할 수 있다는 우려와 함께, 투자유치국의 규제권한을 실질적으로 담보할 수 있는 투자협정 문안의 필요성을 부각시켜 왔다. 이에 본 논문은 관련 규제권한 법리, 공중보건 관련 국제법 규범, 네 가지 유형의 ISDS 사건 판정례를 검토하고, 투자유치국의 공중보건 목적의 정당한 규제권한 행사범위를 보장할 수 있는 관련 조항 도입 방안을 검토하였다.

본 논문의 분석에 따르면, ISDS 판정례는 공중보건 조치에 대하여 단일한 기준을 적용하기보다는 간접수용, 공정·공평대우 위반 여부, 그리고 규제권한원칙을 종합적으로 고려하는 다층적 심사구조를 형성하고 있는 것으로 나타났다. 특히 규제의 목적, 비차별성, 비례성 및 과학적·국제적 근거는 공중보건 조치의 정당성을 판단하는 핵심 요소로 기능하고 있다. 나아가 공중보건은 인권협약, WHO와 WTO 협정 등 다양한 국제법 체계에서 국가

134) Mitchell, *supra* note 39, pp. 15-19.

135) Baetens, *supra* note 131, pp. 172-173.

136) Mitchell, *supra* note 39, pp. 20-21; Baetens, *supra* note 131, p. 172.

의 규제권한을 정당화하는 근거가 폭넓게 존재하는바, 이는 투자협정 해석과 국가의 정당한 규제권한 항변 사유로 활용할 수 있을 것으로 판단된다. 이러한 항변의 실효성을 갖추기 위해서, 국가의 공중보건 관련 조치는 공익 목적을 위해 충분하고 타당한 과학·정책적 근거 내지는 국제적 관행과 실무를 바탕으로 비차별적이고 비례적인 방식으로 시행되는 것이 중요하다고 할 것이다.

또한 공중보건 관련 규제권한을 확보할 수 있는 방안으로, 투자협정의 문안을 발전시키는 방안을 살펴보았다. 기존 공중보건을 포함한 공공정책을 투자협정에서 국가의 규제권한으로서 명시적으로 확인하고 인정하는 것을 넘어, 노르웨이 모델 BIT 초안 등과 같이 공중보건 조치를 투자협정에 적극적으로 반영하고, 일정한 경우 이를 ISDS 제소 대상에서 배제하려는 접근은, 전통적인 투자협정이 ‘투자 촉진’에 중점을 두었던 것에서 나아가 공익 규범의 후퇴를 방지하고 지속가능한 발전과 공공규제 질서 속에서 투자보호를 재정립하려는 방향으로 나아가고 있음을 보여준다. 현재 유엔국제상거래법위원회(UNCITRAL) Working Group III에서도 국가의 규제권한 보장을 범분야 이슈(cross-cutting issues)로 논의하고 있으며 관련 문안 초안을 검토하고 있다.¹³⁷⁾ 이는 향후 국제투자법 체제 내에서 공중보건 보호를 포함한 규제권한과 투자자 보호 간의 균형을 재정립하는 데 중요한 방향성을 제시할 것으로 평가된다.

종합하면, 투자협정 체제에서 공중보건 보호와 투자자 보호 간의 긴장은 구조적으로 불가피한 측면이 있으나, 이는 상호배타적인 관계라기보다는 법리적 정교화와 제도적 설계를 통해 조화될 수 있다고 본다. 특히 공중보건은 국제사회에서 널리 승인된 핵심적 공익으로서, 국가가 이를 보호하기 위하여 규제조치를 취하는 것은 원칙적으로 정당한 규제권한 행사로 평가되어야 한다. 따라서 향후 투자협정의 설계 및 해석에 있어서는 공중보건 관련 규제권한 보장을 명확히 반영함으로써, 국가의 정책 자율성을 실질적으로 보장하는 방향으로 발전해 나가야 할 것이다.

137) United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Working Group III, “Possible reform of Investor-State dispute settlement (ISDS) - Draft provisions on procedural and cross-cutting issues”, A/CN.9/WG.III/WP.253 (2025), Draft Provision 19.

참고문헌

I. 국내 문헌

1. 논문

강병근, “ISDS로 인한 규제권 제한 관련 주요 쟁점과 각국의 대응 태도에 관한 연구”, 국제법무연구(舊 통상법률), 제147호 (2020).

민한빛, “국제투자중재에 대한 반작용: 정당한 규제권한 조항 도입 검토”, 국제경제법 연구, 제22권 제1호 (2024).

임성훈, “국제투자분쟁에서의 심사기준과 국가의 규제권한: 국제투자분쟁 제도가 우리 행정법에 미치는 영향을 중심으로”, 행정법연구, 제67호 (2022).

황지현, 김용일, “국제투자분쟁에서 COVID-19에 따른 공중보건조치의 정당성에 관한 연구”, 무역상무연구, 제99권 (2023).

2. 학위 논문

김보연, 『국제투자협정의 예외조항 연구: 규제권한과의 균형을 위한 예외조항 모색』 (박사학위논문, 서울대학교, 2018).

3. 기타 자료

고성식, “정부, ‘영리병원 무산’ 녹지제주 ISD 소송에 대비 나서”, 연합뉴스, 2019. 6. 4.
available at <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190604110400056>

고재형, “제주영리병원 개설 허가 취소 적법...녹지 측 ‘ISD’ 언급”, YTN, 2020. 10. 20.
available at https://www.ytn.co.kr/_ln/0115_202010202226333473

II. 국외 문헌

1. 단행본

Black's Law Dictionary, 12th Edition, 2024.

Gostin, Lawrence O., *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, Berkeley: University of California Press, 2008.

International Institute for Sustainable Development, *Private Rights, Public Problems*, Winnipeg: International Institute for Sustainable Development, 2001.

OECD, “‘Indirect Expropriation’ and the ‘Right to Regulate’ in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, No. 2004/4, Paris: OECD Publishing, 2004.

Smith, Adam, *Lectures on Justice, Police, Revenue and Arms*, Oxford: Clarendon Press, 1896.

Vadi, Valentina, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, London: Routledge, 2014.

2. 논문 및 편저 수록 논문

Baetens, Freya, “Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 71(1) (2022).

Crosbie, Eric, Angela Carriedo, and Laura Schmidt, “Hollow Threats: Transnational Food and Beverage Companies’ Use of International Agreements to Fight Front-of-Pack Nutrition Labeling in Mexico and Beyond”, *International Journal of Health Policy and Management*, Vol. 11(6) (2022).

Foster, Caroline E., “Respecting regulatory measures: Arbitral method and reasoning in the Philip Morris v. Uruguay tobacco plain packaging case”, *Review of European Comparative & International Environmental Law*, Vol. 26 (2017).

- Garde, Amandine and Jure Zrilič, “International Investment Law and Non-Communicable Diseases Prevention: An Introduction”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 21 (2020).
- Gostin, Lawrence O., “A Theory and Definition of Public Health Law”, *Journal of Health Care Law & Policy*, Vol. 10(1) (2007).
- MacKenzie, Ross, Annalise Mathers, Benjamin Hawkins, Jappe Eckhardt, and Julia Smith, “The tobacco industry’s challenges to standardised packaging: A comparative analysis of issue framing in public relations campaigns in four countries”, *Health Policy*, Vol. 122(9) (2018).
- Milsom, Penelope, Richard Smith, Phillip Baker, and Helen Walls, “International investment liberalization, transnational corporations and NCD prevention policy non-decisions: a realist review on the political economy of tobacco, alcohol and ultra-processed food”, *Globalization and Health*, Vol. 17(1) (2021).
- Mitchell, Andrew D., “From Safeguards to Scope: Evaluating Public Health Exclusions from ISDS”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* (2025).
- Shirlow, Esmé, “Les Laboratoires Servier, SAA, and others v Republic of Poland”, *ICSID Review*, Vol. 29(3) (2014).
- Thow, Anne Marie and Benn McGrady, “Protecting policy space for public health nutrition in an era of international investment agreements”, *Bulletin of the World Health Organization*, Vol. 92(2) (2013).
- Titi, Catharine, “Police Powers Doctrine and International Investment Law”, in Andrea Gattini, Attila Tanzi, and Filippo Fontanelli (eds.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration*, Leiden: Brill | Nijhoff (2018).
- Vadi, Valentina, “Towards a new dialectics: Pharmaceutical patents, public health and foreign direct investments”, *Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, Vol. 5(1) (2015).

Voon, Tania, “Tobacco, Health and Investor-State Dispute Settlement: Australia’s Recent Treaty Practice”, *Australian Year Book of International Law*, Vol. 37 (2020).

Winslow, C.E.A., “The Untilled Fields of Public Health”, *Science*, Vol. 51, No. 1306 (1920).

3. 학위논문

Matonyte, Gintare, “To what Extent Can Investors Challenge the Measures against Sugar-Sweetened Beverages in Investment Arbitration?” (Master Thesis, University of Amsterdam, 2019).

Mitchell, Kate, “The ‘Right to Regulate’ in the Public Interest and the ‘Police Power’ in International Investment Law” (Ph.D. Thesis, University of Oxford, 2017).

4. 유엔 문서

CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health, E/C.12/2000/4 (2000).

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) (1966).

UNCITRAL Working Group III, “Possible Reform of Investor-State Dispute Settlement (ISDS)–Draft Provisions on Procedural and Cross-Cutting Issues”, A/CN.9/WG.III/WP.253 (2025).

UNGA, United Nations Millennium Declaration, A/RES/55/2 (2000).

UNGA, Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development, A/RES/70/1 (2015).

UNGA, Declaration of Commitment on HIV/AIDS, A/RES/S-26/2 (2001); A/RES/65/277 (2011); A/RES/70/266 (2016); A/RES/75/284 (2021).

UNGA, Political Declaration on Antimicrobial Resistance, A/RES/71/3 (2016).

UNGA, Political Declaration on Tuberculosis, A/RES/73/3 (2018); A/RES/78/5 (2023).

UNGA, Political Declaration on Non-Communicable Diseases, A/RES/66/2 (2011); A/RES/73/2 (2018).

UNGA, Political Declaration on Universal Health Coverage, A/RES/74/2 (2019); A/RES/78/4 (2023).

Universal Declaration of Human Rights (UDHR) (1948).

5. 조약, 협정 및 기타 국제문서

Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) (1994).

Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS) (1994).

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) (1994).

Agreement to Amend the Singapore-Australia Free Trade Agreement (signed 13 October 2016, entered into force 1 December 2017).

Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) (signed 8 March 2018, entered into force 30 December 2018).

Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health (2001).

EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) (signed 30 October 2016, provisionally entered into force 21 September 2017).

General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) (1994).

General Agreement on Trade in Services (GATS) (1994).

Indonesia-Korea Comprehensive Economic Partnership Agreement (CEPA) (signed 18 December 2020, entered into force 1 January 2023).

Norway Model BIT (Draft) (2015).

The 1961 Harvard Draft Convention on International Responsibility of States for Injuries to Aliens (1961).

6. WHO 규범

Constitution of the World Health Organization (1946).

Declaration of Alma-Ata, International Conference on Primary Health Care (1978).

WHO Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) (2003).

International Health Regulations (IHR) (2005, as amended in 2014, 2022 and 2024).

WHO Pandemic Agreement, WHA78.1 (2025).

7. 중재판정

Achmea B.V. v. Slovakia, PCA Case No. 2008-13, Final Award (7 December 2012).

ADP International and Vinci Airports v. Chile, ICSID Case No. ARB/21/40. available at <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/40/>

Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award (25 August 2014).

Bischoff Case, Reports of International Arbitral Awards, Vol. X (1903). available at https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/420-421.pdf/

Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States of America, UNCITRAL/NAFTA, Award on Jurisdiction (28 January 2008).

Cargill v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (18 September 2009).

Centauro Capital and Natanor v. Colombia, ICSID Case No. ARB/25/5. available at <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/25/5/>

Chemtura v. Canada, PCA Case No. 2008-01, Award (2 August 2010).

Dialasie v. Viet Nam. UNCTAD Investment Policy Hub. available at
<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/423/dialasie-v-viet-nam/>

Doutremepuich v. Mauritius, PCA Case No. 2018-37, Award on Jurisdiction (23 August 2019).

Eco Oro v. Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41, Award (15 July 2024).

Eli Lilly and Company v. Canada, ICSID Case No. UNCT/14/2, Final Award (16 March 2017).

Ethyl Corporation v. Canada, UNCITRAL/NAFTA, Award on Jurisdiction (24 June 1998).

Hellenic Lotteries v. Greece and HRADF, LCIA Case No. 215123, Award (12 September 2023).

HICEE B.V. v. Slovakia, PCA Case No. 2009-11, Partial Award (23 May 2011).

Les Laboratoires Servier v. Poland, UNCITRAL, Final Award (14 February 2012).

Melvin Howard v. Canada, PCA Case No. 2009-21, Order for the Termination of the Proceedings and Award on Costs (9 August 2010).

Methanex v. United States of America, UNCITRAL/NAFTA, Award (3 August 2005).

Minnotte & Lewis v. Poland, ICSID Case No. ARB(AF)/10/1, Award (16 May 2014).

Olympic Entertainment Group AS v. Ukraine, UNCITRAL, PCA Case No. 2019-18, Award (15 April 2021).

Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Award (14 October 2016).

Philip Morris Asia Limited v. Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and

Admissibility (17 December 2015).

Philip Morris Brands Sàrl et al. v. Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 July 2016).

Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (7 December 2011).

Saluka Investments B.V. v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006).

Signa S.A. de C.V. v. Canada, Notice of Intent (4 March 1996). *available at* <https://jusmundi.com/en/document/other/en-signa-s-a-de-c-v-v-canada-notice-of-intent-monday-4th-march-1996/>

Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (29 May 2003).

8. 기타 자료

Bohmer, Lisa, “Changes to Mexico’s electricity regulation in light of pandemic prompt threats of investment arbitration claims”, *Investment Arbitration Reporter* (18 May 2020). *available at* <https://www.iareporter.com/articles/changes-to-mexicos-electricity-regulation-in-light-of-pandemic-prompt-threats-of-investment-arbitration-claims/>

Bohmer, Lisa, “Health Insurance Company Puts Chile on Notice of Treaty Dispute”, *Investment Arbitration Reporter* (26 January 2023). *available at* <https://www.iareporter.com/articles/health-insurance-company-puts-chile-on-notice-of-treaty-dispute/>

Bohmer, Lisa, “US-Based Insurer puts Chile on Notice of a Treaty-Based Dispute”, *Investment Arbitration Reporter* (14 May 2021). *available at* <https://www.iareporter.com/articles/us-based-insurer-puts-chile-on-notice-of-a-treaty-based-dispute/>

Csernus, Máté, “Sole Effect Doctrine”, *Jus Mundi* (11 September 2025). *available at* <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-sole-effect-doctrine/>

Global Affairs Canada, “Cases filed against the Government of Canada: Ethyl Corporation v. Government of Canada” (2017). *available at*
<https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/diff/ethyl.aspx?lang=eng/>

ISDS Impacts, “Law Firms and Corporations Threaten to Sue States over Measures against COVID-19” (January 2022). *available at*
<https://isds-americalatina.org/isds-and-covid-19/>

Moody, Susannah, “Greece sees off lottery company’s covid claim”, *Global Arbitration Review* (23 November 2023). *available at*
<https://globalarbitrationreview.com/article/greece-sees-lottery-companys-covid-claim/>

Sanderson, Cosmo, “Peru warned of potential ICSID claims over covid-19 measures”, *Global Arbitration Review* (9 April 2020). *available at*
<https://globalarbitrationreview.com/article/peru-warned-of-potential-icsid-claims-over-covid-19-measures/>

Tietje, Christian and Freya Baetens, “The impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership”, Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs. The Netherlands (2014). *available at*
https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf/

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, Status of Ratification Interactive Dashboard. *available at* <https://indicators.ohchr.org/>

WHO, “Guidelines for implementation of Article 11” (1 January 2013). *available at*
<https://fctc.who.int/resources/publications/m/item/packaging-and-labelling-of-tobacco-products/>

WHO, “WHO in Countries” *available at* <https://www.who.int/countries/>

[국문초록]

국제투자분쟁에서의 국가의 규제권한과 공중보건조치

김영옥

국제투자법 분야에서 국가의 규제권한(police power)은 중요한 쟁점으로 부상하고 있다. 전통적으로 국제투자협정은 외국인 투자 보호를 핵심 목표로 발전해온 반면, 국가가 공공의 목적으로 취하는 다양한 규제조치는 외국인 투자자의 이익에 영향을 미치면서 양자 간 긴장관계가 점차 심화되고 있다. 특히 공중보건 분야에서는 의료서비스, 질병 예방·대응, 식품안전, 환경보건 등 광범위한 영역에서 국가의 규제조치가 이루어지며, 코로나-19 팬데믹 상황에서는 다양한 규제에 의한 국제투자분쟁(ISDS) 제기 가능성이 제기된 바 있다.

이러한 배경에서 본 논문은 ISDS 맥락에서 국가의 공중보건 관련 규제권한이 어떠한 법리적 기준에 따라 인정되고 제한되는지를 분석하고, 공중보건 정책의 효과적 수행과 외국인 투자 보호 간의 균형을 도모할 수 있는 방안을 모색하였다. 이를 위해 먼저 국가의 규제권한 관련 법리와 인권협약, WHO 규범, WTO 규범, 유엔 결의 등 공중보건의 국제법적 근거를 검토하였다. 이어 공중보건 관련 ISDS 판정례를 (i) 인간의 건강에 직접적인 해를 끼치는 재화·서비스·활동을 제한하는 조치, (ii) 보건의료 관련 조치, (iii) 환경보호 관련 조치, (iv) 보건의료와 무관한 산업에 간접적으로 영향을 미치는 조치의 네 가지 유형으로 구분하여 분석하였으며, 마지막으로 공중보건 관련 규제권한을 안정적으로 보장하기 위한 투자협정 설계 방안을 검토하였다.

연구 결과, ISDS 판정례는 공중보건 조치에 대하여 단일한 기준을 적용하기보다는 간접 수용, 공정·공평대우 위반 여부, 규제권한원칙을 종합적으로 고려하는 다층적 심사구조를 형성하고 있으며, 규제의 목적, 비차별성, 비례성 및 과학적·국제적 근거가 정당성 판단의 핵심 요소로 기능하고 있음을 확인하였다. 공중보건 보호와 투자자 보호 간의 긴장은 구조적으로 불가피한 측면이 있으나, 이는 상호배타적인 관계라기보다는 법리적 정교화와 제도적 설계를 통해 조화될 수 있는바, 향후 투자협정의 설계 및 해석에 있어서 공중보건 관련 규제권한 보장을 명확히 반영함으로써 국가의 정책 자율성을 실질적으로 보장하는 방향으로 발전해 나가야 할 것이다.

[Abstract]

Public Health Measures and State Police Powers in Investor-State Dispute Settlement

Youngok Kim

The police power of the State has emerged as a critical issue in international investment law. While international investment agreements (IIAs) have traditionally focused on the protection of foreign investment, various regulatory measures undertaken by States for public purposes increasingly affect foreign investors' interests, intensifying the tension between the two. This tension is particularly pronounced in public health, where States regulate across areas such as medical services, disease prevention, food safety, and environmental health. During the COVID-19 pandemic, concerns also arose that such measures could trigger investor-State dispute settlement (ISDS) claims.

Against this background, this article analyzes the legal standards governing a State's public health-related police power in the ISDS context and explores ways to balance effective public health policy with foreign investment protection. It first examines the doctrine on the State's police power and the international legal norms of public health under human rights treaties, WHO and WTO instruments, and UN resolutions. It then analyzes ISDS cases in four categories: (i) measures restricting goods, services, or activities directly harmful to human health; (ii) healthcare-related measures; (iii) environmental protection measures; and (iv) measures indirectly affecting industries unrelated to healthcare. Finally, it examines treaty design approaches to more securely safeguard States' police power over public health.

The analysis confirms that ISDS tribunals apply a multi-layered framework — considering indirect expropriation, fair and equitable treatment, and the police powers doctrine — rather than a single standard. The purpose, non-discrimination, proportionality, and scientific and international grounding of a measure serve as key factors in assessing its legitimacy. While tension between public health protection and investor protection is structurally inevitable, the two are not mutually

exclusive and can be reconciled through doctrinal refinement and institutional design. Future investment treaty drafting and interpretation should therefore explicitly reflect protections for public health-related police power, substantively ensuring States' policy autonomy.

keywords: 국제투자분쟁(ISDS), 국제투자법(International Investment Law), 규제권한(Police Powers, Regulatory powers, Right to regulate), 공중보건(Public Health), 규제위축(Regulatory Chill)