

통 상 법 률

목 차

2018 / 11 (통권 제141호)

◆ 시 론

1. 최근 통상환경 변화와 우리의 대응 권 평 오 / 3

◆ 논 단

1. 미국의 국가안보를 이유로 한 외국인투자제한의 법률적 검토
- Ralls Case를 중심으로 - 표 인 수 / 11
2. 국제투자중재상 투자가의 ‘정당한 기대이익’의 보호
- FET 규정의 적용가능성 여부 및 그 적용 기준에 대하여 - 김 석 호 / 51

최근 통상환경 변화와 우리의 대응



KOTRA 사장 권평오

1. 글로벌 新보호주의 확대 - 선진국과 신흥국 너나 할 것 없이 보호장벽

2018년은 글로벌 통상환경에 충격과 변화가 많았던 해이다. 그 시작은 새해 벽두부터 미국이 수입 가정용 세탁기와 태양광 모듈 및 셀에 대해 세이프가드를 발동하고 최고 30%의 관세를 부과하는 것이었다. 2002년 철강에 발동된 이후, 16년 만에 결정된 조치였다. 트럼프 텃밭으로 알려진 오하이오, 켄터키 등에 소재한 미국의 세탁기 제조사들을 보호하기 위한 것이거나, 세계 태양광 모듈 및 셀 생산량 1위인 중국을 타겟으로 한 조치로 해석된다. 특히, 한국 등 중국산 우회수출 경로로 의심받는 국가에 대해 예외를 적용하지 않겠다는 방침을 밝히며 향후 전개될 대중 통상압박의 파장을 예고하기도 했다.

트럼프 정부의 ‘미국 우선주의’는 3월 국가안보를 이유로 무역확장법 232조를 적용하여 수입 철강과 알루미늄에 관세 25%를 일괄 부과하면서 표면화되었다. 우리나라를 비롯한 대미 수출국들이 한꺼번에 동요했다. 미국은 연 40억달러 규모로 우리나라의 2위 철강 수출대상국이다.¹⁾ 이후 정부 간 협상을 통해 우리나라는 철강의 대미수출 물량을 조절하는 대신 25% 관세적용을 피해갔지만, 현실적으로 향후 대미 철강수출은 위축될 수밖에 없는 상황이다. 이 역시 중국을 겨냥한 것으로 알려졌다듯이 우리나라가 중국산 철강 우회수출국이라는 이유가 작용했던 것으로 추측된다.

7월부터 시작된 미중 간 무역분쟁에 비하면 앞서 언급한 조치들은 서막에 불과했다. 미국이 지재권 침해를 이유로 통상

1) 2017년 기준 우리나라의 철강수출은 총 357억달러 규모이며, 1위 수출대상국은 중국(45억달러), 3위는 일본(39억달러)임.

법 301조에 근거하여 중국에 보복관세를 부과하고, 중국이 이에 맞불을 놓는 공방전이 전개되자 전 세계 국가들이 긴장했다. 미국은 7월과 8월, 9월 총 3차례에 걸쳐 2,500억달러 규모의 중국산 수입품 6,847개 품목에 대해 25%의 관세를 부과했다.²⁾ 중국도 이에 질세라 3차례 미국의 발효일과 같은 날에 총 1,100억달러 규모의 대미 수입품 5,866개 품목에 대해 25% 관세를 부과했다.³⁾ 1차 조치 이후, 적정한 선에서 합의하여 마무리될 것이라는 대다수 예측을 뒤엎고 양국은 결국 관세로 쓸 수 있는 마지막 카드까지 다 쓰는 단계까지 나아갔다. 미국은 대중 수입의 절반에 육박하는 규모에, 중국은 대미 수입의 70%가 넘는 규모에 보복관세를 부과했으니 말이다.

치킨게임으로 치달은 미중 무역분쟁은 다른 나라들에게도 즉각적인 영향을 미쳤다. EU, 캐나다, 멕시코, 터키, 인도, 러시아 등은 중국산 제품이 자국 시장으로 우회 수출될 것을 우려하면서 세이프가드를 발동하기 시작했다. 대상품목은 철강, 섬유, 농산물 등 다양했지만, 목적은 모두 저가의 수입품이 자국 시장으로 흘러 들어와서 자국 산업에 피해를 주도록 내버

려 두지 않겠다는 것이었다. 그 동안 글로벌 통상질서의 수호자 역할을 자처하던 미국이 노골적인 보호조치를 도입하자 나타나할 것 없이 자국 시장을 틀어막는 명분을 얻은 셈이다.

사실 시대에 따라 조금씩 다른 양상을 보이기는 했지만, 각국의 보호주의 조치는 줄곧 있었다. 1947년 GATT에서부터 1995년 출범한 WTO 체제로 이어지는 동안 세계 각국은 관세장벽을 낮추는 데 많은 노력을 기울여 왔다. WTO에 따르면, 지난 1998년 10.5%였던 세계 평균관세율이 2012년에는 6.8%로 낮아졌다고 한다. 특히, ICT 등 일부 분야에서는 정보기술협정(ITA)에 따라 전 세계 시장에서 무관세 교역이 이루어지고 있다.

대신 관세 이외의 장벽, 즉 비관세 장벽은 점점 늘어나는 추세이다. WTO에 통보된 비관세조치가 지난 2012년 3,829건에서 작년에는 4,474건으로 많아졌다. 기술규제가 가장 많고, 반덤핑 등 수입규제, 기타 무역제한조치가 그 뒤를 잇는다. 전체 비관세조치의 90%를 차지하는 기술규제 중 기술장벽은 지난 10년 간 무려 109%나 증가한 것으로 나타났다. 과거에는 주로 기

2) 9월24일 발효된 2천억달러 규모 5,745개 품목에 대해서는 10% 관세를 부과하고, 2019년 1월1일부터 25%로 인상 예정

3) 9월24일 발효된 600억달러 규모 5,207개 품목에 대해서는 5~10% 차등 관세 부여

수준이 높은 선진국들이 많이 도입했으나, 최근에는 중국, 브라질, 사우디, 멕시코 등 개도국의 비중이 무려 76%나 된다고 한다. 명목상으로는 건강과 안전, 품질보장, 환경보호, 소비자 보호 등을 목적으로 하지만, 실제로는 자국 시장과 산업을 보호하기 위한 것임은 두말할 나위가 없다.

【전 세계 비관세장벽 현황】

년도	수입규제			기술적 장벽		기타 무역제한조치			총계
	반덤핑	상계관세	세이프가드	TBT	SPS	수출관련	수입관련	기타	
2012년	208	23	24	2,196	1,219	22	124	13	3,829
2013년	287	33	18	2,140	1,299	31	131	7	3,946
2014년	236	45	23	2,240	1,634	25	125	12	4,340
2015년	229	31	17	1,987	1,681	44	169	15	4,173
2016년	298	34	11	2,332	1,392	21	101	13	4,202
2017년*	251	42	8	2,585	1,480	17	78	13	4,474

* 자료원 : WTO(Trade Policy Review Body, Annual Report 2018)

* 2017년 : '16년 10월 중순~'17년 10월 중순

흔히 수입규제 또는 무역구제조치⁴⁾로 통칭되는 반덤핑 및 상계관세, 세이프가드 조치 등은 작년 말 기준 전 세계에서 총 301건이 취해지고 있으며, 주로 글로벌 공급과잉 산업인 철강, 화학 분야에 집중된 것으로 분석되고 있다. 이 중 반덤핑

조치는 인도, 미국, EU, 브라질이 가장 많이 사용하고 있는데, 중국(25%)과 한국(7.4%)이 피소국 순위 1, 2위에 올라있다. 세계 각국의 중국제품에 대한 반덤핑 제도가 많아지면서, 중국과 생산공정 연계성이 높은 우리나라가 동시에 그 타겟이 되고 있는 것으로 판단된다.

2. 메가FTA의 재등장 - 새로운 합의의 모색인가, 또 다른 경제 블록화인가

지난 8월말 미국은 또 하나의 깜짝 통상이벤트를 마련했다. 작년 초 시작했던 북미자유무역협정(이하 NAFTA) 재협상 중 멕시코와의 협상을 마무리한 것이다. 이어 한달 만에 캐나다와도 협상을 끝내고, 기존 NAFTA 대신 USMCA(the United States-Mexico-Canada Agreement)를 새롭게 출범시켰다. 멕시코와 먼저 협상을 끝낸 미국이 자국의 무역촉진권한 일정⁵⁾을 들어 “9월 30일까지 캐나다와 합의가 안 될 경우, NAFTA를 폐기하고 대신 멕시코와 FTA를 체결할 것”이라며 으름장을 놓은 끝에 캐나다와 극적 합의를 이룬 것으로 알려지고 있다.

4) 대부분 추가관세 형태로 취해지지만, 양자 및 다자간 합의에 의한 양허관세 이외 조치라는 측면에서 ‘비관세조치’의 범주에 포함시킬 수 있다.

5) 2019년 1월 발효를 위해 12월 1일까지 의회비준을 마치려면 협정 서명 90일 전 서명의사 의회 통보(8.31일 한), 60일 이전까지 협정문 공개(9.30일 한)되어야 하는 일정임.

3국이 합의한 내용에는 자동차 역내 부품조달 비율을 기존 62.5%에서 75%로 인상하고, 자동차 생산의 일정 비율이 시간당 16달러 이상의 노동자를 통해 이루어져야 한다는 강도 높은 규제도 있었지만, 향후 미국이 자동차에 232조를 적용할 경우, 멕시코와 캐나다에는 쿼터를 부여하여 적용 예외를 인정하는 내용도 있다. 아울러 섬유류 제품 생산에 역내산 원재료 사용의무를 강화(Yarn-Forward 원칙)하거나, 일정 시기가 지나면 협정을 재검토하는 일몰조항을 삽입하는 등 미국의 요구사항이 많이 반영된 것으로 보인다.

지난 해 미국이 탈퇴하면서 동력을 잃었던 포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정(이하 CPTPP)도 오는 12월30일 발효가 예정되는 등 발 빠른 움직임을 보이고 있다. 참여 11개국 중 멕시코, 일본, 싱가포르, 뉴질랜드, 캐나다, 호주가 비준을 완료함으로써 발효에 필요한 6개국 비준 기준이 충족된 것이다. 여기에 베트남도 연내 비준을 추진한다고 밝혀 CPTPP는 발효 시점부터 큰 힘을 얻을 것으로 예상된다. 발효 이후에 신규 가입 희망국들과의 가입협상을 개시한다는 방침이며, 우리 정부도 연내 가입여부를 결정하겠다고 밝힌 바 있다. CPTPP는 역내 교역물품의 95%를 자유화하는 한편, 역내 누적 원산지규정을 적용할 수 있어 섬유 등과 같은

산업에서는 밸류체인에 큰 영향을 끼칠 전망이다.

아세안 10개국과 한중일, 호주, 뉴질랜드, 그리고 인도 등 16개국이 참여하는 역내포괄적경제동반자협정(이하 RCEP)도 속도를 내고 있다. 지난 5년 간 무려 25차례에 걸친 협상에도 합의안을 내놓기 어려웠으나, 최근에는 연내 타결을 목표로 회원국들 간 이견을 조정하고 있다고 한다. 중국을 비롯한 다수의 참여국들이 상호 얼마간 양보하더라도 연내 타결을 하는 것이 좋겠다는 분위기로 이끌고 있다. USMCA와 CPTPP의 빠른 진전이 자극제가 되었을 것으로 본다.

【주요 메가FTA 추진현황】

구 분	발효 예정 시기	참 여 국	세계 GDP 비중	세계 교역 비중	인 구
USMCA	'19.1월	3개국 (미국, 멕시코, 캐나다)	29%	15%	4억8천 만명
CPTPP	'18.12 월	11개국 (캐나다, 멕시코, 칠레, 페루, 브루나이, 싱가포르, 말레이시아, 베트남, 일본, 호주, 뉴질랜드)	13%	15%	6억9천 만명
RCEP	'19년(추진)	16개국 (아세안 10개국*, 한국, 중국, 일본, 인도, 호주, 뉴질랜드)	32%	29%	35억명

* 필리핀, 인도네시아, 싱가포르, 말레이시아, 태국, 브루나이, 베트남, 라오스, 미얀마, 캄보디아

트럼프 정부가 TPP(CPTPP의 전신)를 탈퇴한 이후, 추진 동력을 잃었던 이들 메

가 FTA가 왜 갑자기 속도를 내게 되었을까? 우선, 대미 수출비중이 각각 80%, 76%로 높은 멕시코와 캐나다로서는 미국과의 무역협정은 피할 수 없는 선택이다. 미국이 자동차와 부품을 대상으로도 무역확장법 232조를 적용하겠다고 예고한 상태에서 자국 산업을 보호하고, 자국에 진출한 외국기업의 이탈을 막기 위해서이다. 아울러 중국산의 대거 유입을 막기 위한 공조체제도 필요하다. 이번 USMCA 합의 내용에 ‘비시장경제 국가와 무역협정을 체결할 때에는 나머지 두 개 국가의 동의를 얻어야 한다’는 파격적인 내용이 포함된 배경이라 할 수 있다. 즉, 중국과 무역협정을 체결하려면 북미공동시장을 포기하라는 것과 같은 의미로 해석될 수 있다. 멕시코와 캐나다는 비록 미국의 보호주의 입김을 조금이라도 피해가려는 궁여지책이긴 하나, 한편으로는 자동차 관세면제 등 특혜지위를 먼저 획득했다는 이점이 있고, 미국으로서는 북미지역에서 중국을 견제할 수 있는 다자간 공조체제를 더욱 확고히 하게 되었다.

반대로 CPTPP와 RCEP의 경우에는 미국에 맞서려는 여타국들의 견제가 크게 작용했다. 알려진 대로 CPTPP는 일본의 주도로, RCEP은 중국의 주도로 진행되고

있다. 당초 CPTPP의 전신인 TPP는 아시아 지역에서 패권을 넓히려는 미국 오바마 정부의 의도가 깔려 있었으나 정작 트럼프 정부가 발을 빼면서부터는 아시아태평양 지역의 경제 패권다툼에 경쟁이 붙었다. 주도권을 확보하려는 일본과 쉽게 지분을 잃지 않으려는 뉴질랜드, 호주, 멕시코 등이 서로 맞붙어 조금이라도 자국에 불리하면 양보하지 않겠다는 모습을 보여 주고 있었다. 그러나 미국의 보호조치들이 속속 도입되자 발효를 서두르며, 트럼프에 맞설 한태평양 지역 연합세력을 과시하게 된 것이다. 여기에 최근 중국이 가입을 검토할 것이라는 언론보도⁶⁾가 나오자 더욱 관심이 집중되고 있다.

아직 타결은 되지 않았지만, RCEP은 사면초가에 빠진 중국이 아시아 지역에서 ‘反트럼프’ 전선을 구축하는 데 활용될 가능성이 크다. 중국은 미국과 관세전쟁을 치르는 한편, EU 등과 공조하여 미국을 상대하려는 시도를 했었다. 그러나 EU는 미국이 문제를 제기한 중국의 지재권 침해와 불공정 무역은 시정되어야 하는 사항임을 지적하며 WTO 공동제소 등을 비롯한 공조를 거부했다. 일본은 미국과 무역협상을 마무리하겠다는 입장을 표명하며 중국과의 공동대응에 선을 그었다. 이

6) 사우스 차이나 모닝포스트, 10월12일자

러한 상황에서 중국은 소위 미국의 눈치를 봐야 하는 개별 국가들과의 협력보다는 다자체제에서 미국의 급진 보호주의를 비판하는 목소리를 내는 것이 더 낫다고 판단했을지도 모르겠다.

최근 재등장한 메가 FTA는 WTO의 기능이 많이 약화된 상황에서 세계 각국이 자국에 불리한 다른 나라의 보호조치에 효과적으로 대응하고, 다른 한편으로는 FTA라는 경제블록을 통해 자국을 보호하는 장치가 될 수 있다. 이들 다자간 FTA가 요즘의 글로벌 新보호주의를 해소할 수 있는 새로운 합의의 모색인지, 아니면 그들 간의 또 다른 경제블록화인지 잘 구분되지 않는 이유이다.

3. 숨 가쁘게 움직이는 기업들

- 변하고 적응해야 살아 남는다

빠르게 변화하는 통상환경에서 살아남아야 하는 기업들의 움직임은 더 숨 가쁘다. 우선, 올 연말 CPTPP가 발효되면, 역내 기업들의 밸류체인 재편이 일어날 것이다. 베트남은 섬유 의류 산업, 일본과 멕시코 등은 자동차 산업에서 보다 효율적인 역내 밸류체인을 형성하기 위해 이미 분주하게 움직이고 있다. RCEP은 자유화와 원산지 기준이 아직 확정되지 않았지만, 중국과 아세안이 연계된 공급 및 생

산망 재편의 틀이 될 가능성이 높다. 강도 높은 자동차 원산지 규정을 둔 USMCA가 과연 역내 자동차 생산에 변화를 가져오는, 즉 대미투자가 늘어날 것인가도 관전 포인트 중 하나이다.

미중 무역분쟁으로 일부 기업들은 이미 비즈니스에 제약을 받았다. 올해 초 미국 의회는 AT&T와 구글에 중국 IT기업 화웨이와의 제휴 관계를 중단하도록 촉구하였고, 상무부 역시 중국 IT 기업 ZTE가 이란 및 북한에 대한 제재를 위반했다는 이유로 미국기업과의 거래를 금지시켰으며, 차이나모바일의 미국 진출신청도 불허했다. 중국 역시 이에 질세라 미국 반도체 기업 마이크론의 26개 제품의 중국 내 생산과 판매를 금지시키는 등 반격에 나서기도 했다.

글로벌 시장에도 영향이 나타나고 있다. 미국 시장에서는 중국으로부터의 수입선을 다른 나라로 바꾸려는 움직임이 포착되고 있는데, 직접적인 관세부과 대상품목인 소비재, 섬유 및 의류, 자동차 부품 등의 분야에서 중국산 비중을 낮추거나 중국 대신 한국, 대만, 베트남, 멕시코 등으로 수입선을 변경하겠다는 기업들이 나타나고 있다. KOTRA 무역관의 모니터링에 따르면, 자동차부품을 생산하는 미국의 한 중견기업은 이미 한국과 베트남으

로의 거래선 변경을 추진 중이라고 밝혔으며, 한 가구 제조업체는 현재 중국산 비중이 40%이나 내년 말까지 25% 이하로 낮출 생각이라고 한다. 다임러벤츠와 BMW는 미국 생산제품 중 연간 11만대(70억달러 규모)를 중국에 수출하고 있는데, 중국이 미국산 승용차에 25%의 관세를 부과함에 따라 생산기지 재조정이 불가피한 상황이라고 밝히기도 했다.

중국에 있는 기업들은 투자이전에 대한 고민이 깊어 보인다. 일부 외국 기업들은 주변 아시아 국가로 생산공정을 이전하거나, 자국으로 다시 돌아가는 리쇼어링을 검토한다고 한다. 아이폰 조립업체 폭스콘은 미국 위스콘신 주에 100억달러 규모 공장 설립을 진행하겠다고 발표했다. 일본기업들은 더욱 본격적인 움직임을 보이고 있다. 지난 7월 중순 중국에 진출한 일본기업 70여개사가 단체로 베트남의 신규 투자지를 시찰한 것으로 알려졌다. 이 밖에 미쓰비시, 코마츠, 도시바 등 대기업들은 기존 중국 생산물량의 일부를 본국으로 옮기는 전략을 추진하는 것으로 전해졌다. 중국기업들 중에는 대미 수입선을 아시아 시장 위주로 재편하기 위해 해외 이전을 준비하는 사례가 나타나고 있는데, 대형 가전업체 TCL, Midea 등이 대표적이다. 그러나 대다수 기업들은 사태의 추이를 예의 주시하며, 이미 예정되어 있던 투

자계획도 보류하거나 수정하면서 피해 최소화에 주력하고 있는 모습이다.

4. 우리에의 시사점 - 위기와 기회, 준비하고 대응해야

미중 무역분쟁만 놓고 보면 우리 산업계나 수출업체에는 명암이 엇갈린다. 대중, 대미 수출은 직간접적으로 영향을 받을 수 밖에 없고, 특히 중간재의 경우에는 대중 수출이 타격을 받을 수도 있다. 더욱이 분쟁이 장기화 될 경우 무역의존도가 높은 우리나라로서는 우려할 만한 상황이 나올 수도 있다. 그러나 미국시장에서는 가격경쟁력이 개선되면서 대체수요 시장에 진출할 수 있는 기회가 포착되고 있다. 제조업 부품소재 분야에서 대미 수입이 막힌 중국 내에서는 자체 기술개발이 필요하다는 목소리가 높아지는 만큼 혁신을 꾀하는 중국기업과의 협력수요도 높아질 것으로 기대된다.

미국은 중간선거를 치르고 난 후 여러 가지 정책들을 재정비하겠지만, 자국 보호주의 통상정책의 기조는 지속될 가능성이 높다. 매년 4월과 10월에 발표되는 환율조작국 보고서는 더욱 강력한 힘을 가지고 중국 등 무역적자 대상국을 압박할 것이다. 그러면서 기업들이 미국을 빠져나가지 못하게, 나아가서는 제3국에서 생

산하여 미국에 수출하는 기업들로 하여금 미국에 들어와서 공장을 짓고 일자리를 창출하도록 저가 수입품에 대한 봉쇄를 늦추지 않을 것이다.

중국 역시 길으로는 끝까지 미국의 강경정책에 대응할 것이라고 하지만, 내부적으로는 개혁이 필요하다는 목소리가 높아지고 있다. EU 등 다른 나라들이 미국의 보호주의를 비판하면서도 중국과 공조하지 않는 이유가 글로벌 시장의 기준에 맞지 않는 중국 자체의 문제 때문이라는 것을 잘 알고 있기 때문이다. 중국정부는 이미 지재권 제도를 국제수준으로 정비하겠다는 약속을 한 바 있다. 중국기업들도 핵심부품의 대외의존도를 낮추는 한편, 자체 기술 및 품질경쟁력을 제고하기 위해 연구개발에 힘써야 한다는 자성의 목소리가 높다. 애플에 평판디스플레이를 공급하는 BOE社를 비롯한 대형 기업들이 자체 기술개발을 통해 현 상황을 극복해 나갈 것이라는 계획을 내놓은 것도 같은 맥락이다.

변화하는 환경에 능동적으로 적응하기 위한 움직임들을 구경만 하고 있어서는 안 된다. 가깝게는 대체수요 발굴이나 투자이전에 대응하여 우리의 기회를 찾아볼 수 있겠다. 최근 KOTRA 해외무역관에 중국산을 대신할 한국 공급업체를 소개해

달라는 해외 바이어들이 찾아오고 있는데, 아직까지는 대부분 가격에 민감한 소비재나 단기 대체가능한 중간재 품목들이다. 그러나 앞으로 중장기 협력파트너를 찾는 글로벌 수요가 늘어날 것으로 판단, 관련 분야 글로벌 파트너링 사업 등을 확대하는 등 대비책을 강구 중이다.

글로벌 기업과의 협력이 중요한 우리 중소중견기업들은 중장기 전략을 어떻게 수립해 나갈 것인가가 더욱 중요하다. 고객이 정해준 것만 납품하는 것이 아니라, 고객이 선택할 수 밖에 없는 경쟁력을 키워야 한다. 지재권에 대한 적극적인 대비, 품질과 기술의 차별화, 리스크 관리에 효율적인 공급망 구축을 통해 앞으로 통상환경의 리스크 관리에 더욱 예민해질 글로벌 시장의 수요에 대응해야 함은 물론, 환경의 변화를 기회로 삼으면서 오히려 이들을 리드할 수 있도록 준비해야 할 것이다.

언제나 위기와 기회는 공존해 왔다. 최근의 통상환경 변화는 우리에게 많은 위기감을 안기고 우려를 낳았지만, 한편으로 생각지도 못했던 기회가 되는 것도 사실이다. 신남방과 신북방 등을 향한 시장 다변화 전략, 지식과 창의가 내재된 혁신제품 개발 등을 통해 이 기회를 우리 수출, 나아가 우리 경제의 지속가능한 성장의 모멘텀이 될 수 있도록 노력해야 할 때이다. 끝.

미국의 국가안보를 이유로 한 외국인투자제한의 법률적 검토

- Ralls Case를 중심으로 -

표 인 수*

*논문접수: 2018. 9. 14. *심사개시: 2018. 10. 5. *게재확정: 2018. 11. 5.

〈 목 차 〉

I. 서론	IV. Ralls v. CFIUS
II. 미국의 국가안보를 이유로 한 외국인투자 심사규정	1. 사건의 배경
1. 1950 방위생산법	2. 소송의 개요
2. 1988 Exxon-Florio Act	3. 사건의 쟁점
3. 2007 FINSIA (Foreign Investment and National Security Act)	4. 제1심 판결
4. 2018 FIRRMA	5. 항소심 판결
5. 2019 국방수권법(NDAA)	6. 시사점
III. 미국 투자심사위원회의 구성과 심의 절차	V. WTO 규범, 양자 협정 및 한국의 관련 규정
1. 배경	1. WTO 관련 법규
2. 구성	2. FTA, 투자보장협정 등 양자협정
3. 심사	3. 한국의 외국인 투자 관련 법령
	VI. 결 론

I. 서론

국가 간의 경제적 마찰은 여러 가지 형태로 나타난다. 주지하다시피 최근의 주요한 마찰은 무역 부문에서 발생하고 있

다. 그러나 최근 또 하나 세계적으로 주목받고 있는 분야는 투자의 국제적 흐름에 대한 제한이다. 국경을 넘나드는 글로벌 투자에 대한 최근의 제한은 투자로 인한 직접적인 경제적 이해득실보다는 주로 국

* 법무법인(유한) 태평양 미국변호사

가 안보 논리를 그 근간으로 하고 있다. 이러한 최근의 국가 간 투자에 대한 제한은 주로 중국의 경제발전과 밀접하게 관련되어 있다.

그 동안 전 세계는 중국의 경제발전으로 인한 성장의 이익을 공유해 왔다. 중국의 경제 성장은 중국 기업의 활발한 해외 진출로 이어졌다. 기업의 인수합병은 첨단 기술과 인력 및 브랜드를 손쉽게 확보할 수 있으며, 해외 시장에 신속하게 진출하는 가장 효과적인 방법이다. 이러한 글로벌 인수합병의 핵심 주역으로 급속히 부상한 중국 기업 특히 중국 국영기업의 외국 기업의 대규모 인수합병에 대해서는 각국에서 많은 비판이 제기되었다.¹⁾

그러나 중국 기업들의 이러한 대규모 글로벌 인수합병에 급기야 미국이 제동을 걸기 시작했다. 2018년 3월 미국의 트럼프 대통령은 싱가포르의 반도체 업체인 브로드컴이 미국의 퀄컴을 인수하는 것을 불허하는 행정명령에 서명했다고 발표했다.²⁾ 인수를 불허한 주된 이유는 브로드컴의 전 세계 반도체 시장에서의 영향력

이 확대될 것임을 염려했던 것이라고 알려졌다. 중국은 브로드컴의 투자자이며 브로드컴은 중국의 통신 및 장비 회사인 화웨이와 업무 협력 관계를 맺고 있다. 브로드컴은 퀄컴을 인수하기 위해 2017년 11월 약 1,170억불(한화 약 124조원)의 인수금액을 제시하였고, 미국 외국인투자심의위원회(CFIUS: The Committee on Foreign Investment in the United States, 이하 ‘투심위’)는 합병에 따른 영향을 검토한 결과 국가 안보를 이유로 대통령에게 퀄컴의 인수를 불허할 것을 권고하였다.³⁾

이러한 브로드컴의 인수 거부 사례 이외에도 미국 정부는 중국 기업의 미국 기업 인수와 관련하여 그 동안 부정적인 입장을 취해 왔다. 2017년 트럼프 행정부는 중국 사모펀드(PEF)의 운용사인 캐년브리지파트너스(Canyon Bridge Partners)가 미국의 반도체 회사인 래티스(Lattice Semiconductor Inc.)를 인수하려고 하자 국가 안보에 대한 부정적 영향을 이유로 매각 금지 명령을 내렸다.⁴⁾ 미국은 이전에도 중국의 화웨이가 미국 제2의 통신회사인 AT&T와 제휴하여 미국 시장에 진출하는 것을 허용하

1) 국영기업에 관한 비판은 표인수, 김대원, “국제통상법상 국영기업 규제에 관한 고찰”, 「국제경제법 연구」, 제15권 제1호, 31-56면, (2017) 참조. 이러한 비판에 근거하여 미국은 일본 등과의 TPP(환태평양경제동반자협정)에서 별개의 장을 두어 국영기업에 관한 규제를 신설하고자 하였다.

2) Reuters, *Broadcom to end bid for Qualcomm*, March 13, 2018, <https://www.reuters.com/article/us-qualcomm-m-a-broadcom/broadcom-to-end-bid-for-qualcomm-keeps-plan-to-move-to-u-s-sources-idUSKCN1GP1ND>

3) *Ibid.*

지 않았으며, 최근에는 중국 알리바바의 관계사인 앤트파이낸셜(Ant Financial)이 미국 송금회사인 머니그램(MoneyGram)을 인수하고자 하는 거래도 불허한 바 있다.⁵⁾

물론 이러한 미국 투심위의 인수합병에 대한 거부 결정은 중국 기업뿐만 아니라 다른 국가에도 적용된 적이 있다. 2006년 아랍에미레이트(UAE)회사인 두바이 항구(Dubai Ports Worlds)가 미국 내 6개의 항구를 운영하는 P&O Ports를 인수하고자 시도했을 때에도 미국 정부는 국가안보를 이유로 이를 반대하여 무산시킨 적이 있다.⁶⁾ 미국 의회는 두바이 항구 사건을 계기로 외국인투자자 및 국가안보법(FINSA: Foreign Investment and National Security Act)을 제정하여 이전보다 엄격한 투자 심사 제도를 도입하였다.

미국 정부가 의회에 제출한 보고서에 의하면 2009년부터 2015년까지 총 770건

의 외국인 투자 신고가 있었고 이 중 투심위의 조사가 개시된 건은 총 310건이며, 조사 개시 후 신고인이 자발적으로 신고를 철회한 건이 57건으로 집계되었다.⁷⁾ 동 보고서에 따르면 2013년부터 2015년까지 총 387건의 신고 건수 중 중국이 74건으로서 가장 큰 비중을 차지하고 있다.⁸⁾ 중국의 74건을 분야별로 보면 제조업이 39건, 금융 및 정보 서비스 등이 15건, 광업, 유틸리티 및 건설 분야가 13건, 기타 7건으로 구성되어 있다.⁹⁾ 동 보고서는 미국이 주요한 신기술 발전의 리더이며, 글로벌 금융 및 무역 네트워크에서 중요한 역할을 담당하고 있으므로 미국의 기술적 및 경제적 정보를 확보하기 위한 외국의 노력은 미국의 경제적 안보에 지속적인 위협으로 작용하고 있다고 언급하고 있다.¹⁰⁾

한편 EU 집행위원회도 중국 등 외국 기업들로부터의 기업결합에 대응하여 국가

-
- 4) Reuters, *Trump bars Chinese-backed firm from buying U.S. chipmaker Lattice*, September 14, 2017, <https://www.reuters.com/article/us-lattice-m-a-canyonbridge-trump/trump-bars-chinese-backed-firm-from-buying-u-s-chipmaker-lattice-idUSKCN1BO2ME>
- 5) Salvatore Babones, *Alibaba's Failed MoneyGram Deal Shows How China's Payment Wars Are Spilling Over Into U.S.*, Forbes Jan. 3, 2018. <https://www.forbes.com/sites/salvatorebabones/2018/01/03/alibabas-failed-money-gram-deal-shows-how-chinas-payment-wars-are-spilling-over-into-u-s/#316e048b7245>
- 6) The New York Times, *Under Pressure, Dubai Company Drops Port Deal*, March 19, 2006, <https://www.nytimes.com/2006/03/10/politics/under-pressure-dubai-company-drops-port-deal.html>.
- 7) Committee on Foreign Investment in the United States, *Annual Report to Congress*, CFIUS, CY p. 3. 2015.
- 8) *Ibid.* p. 16.
- 9) *Ibid.* p. 18.
- 10) *Ibid.* p. 31.

안보를 이유로 기업결합을 불허할 수 있는 근거를 마련하는 규칙 제정 작업에 착수하였다. EU 집행위원회는 2017년 5월 10일 발표한 보고서(Reflection Paper on Harnessing Globalization)에서 외국인 직접 투자가 EU역내의 안보 및 공공질서에 합치하는지 여부를 심사할 수 있는 제도를 도입한다고 발표하였다.¹¹⁾ EU 집행위원회는 유럽의회와 이사회의 동의를 얻어 2018년 연말까지는 동 제도를 도입할 것으로 전망하고 있다.¹²⁾

중국도 이러한 미국의 움직임에 대응하여 독일기업 바이엘과 미국 농화학기업 몬산토간의 인수합병에 대해 합병 후 중국 기업들에게 농업소프트웨어 접근을 허용해야 한다는 조건을 부과하여 조건부로 승인하였다.¹³⁾ 더구나 최근 중국은 2016년부터 2018년 7월까지 거의 2년간 끌어온 미국 퀄컴의 네덜란드 반도체 업체인 NXP 인수를 최종적으로 불허하였다.¹⁴⁾

중국 상무부는 이와 함께 최근 미국의 중국 투자에 대한 견제가 대폭 확대되는 것에 대응하여 외국투자자의 중국 상장기업 인수 규정을 개정하여 중요 산업에 대해서는 국가안보를 이유로 지분 인수를 거부할 수 있도록 규정을 보완할 것임을 시사하고 있다.¹⁵⁾ 한편 한국도 2017년 중국 쌍성그룹(Double Star)의 금호타이어 인수 건에서 주무부처인 산업자원통상자원부장관이 국회에서 행한 답변에서 금호타이어가 방위산업을 일부 포함하고 있음을 이유로 하여 중국 기업의 인수에 관해 다소 유보적인 입장을 피력한 적이 있다.¹⁶⁾

위에서 살펴본 바와 같이 중국 기업의 미국 기업 인수에 대한 미국 정부의 제한은 국가안보를 이유로 대폭 확대되고 있다. 이에 대응하여 중국도 향후 미국을 비롯한 글로벌 기업의 인수합병 건에 대해 보다 적극적으로 거부 혹은 조건부 승인 등의 의견을 낼 것으로 생각되어 국제간

11) European Commission, *Reflection Paper on Harnessing Globalization*, (2017. 5. 10.)

12) Reuters, *EU Lawmakers push to toughen screening of foreign investments*, May 29, 2018. . <https://www.reuters.com/article/us-eu-investments-china/eu-lawmakers-push-to-toughen-screening-of-foreign-investments-idUSKCN1IT1XG> (visited on July 11, 2018)

13) Reuters, *China Conditionally Approves Bayers' Acquisition of Monsanto*, March 13, 2018. <https://www.reuters.com/article/us-monsanto-m-a-bayer-china/china-conditionally-approves-bayers-acquisition-of-monsanto-idUSKCN1GP10Z> (visited on July 11, 2018)

14) Wall Street Journal, *Qualcomm Abandons NXP Deal Amid U.S.- China Tensions*, July 26, 2018, <https://www.wsj.com/articles/qualcomm-plans-to-abandon-nxp-deal-1532549728>

15) 중앙일보, 2018. 7. 31.

16) 뉴스1, 2017. 8. 28.

의 투자 흐름에서도 심각한 장애가 발생할 것으로 생각된다. 더구나 미국은 투심위의 심사를 강화한 것뿐만 아니라 필요할 경우 국가비상사태를 선언하여 직접 중국의 투자에 제동을 거는 방안도 검토 중인 것으로 알려졌다.¹⁷⁾

이러한 배경 하에서 최근 미국 의회에서 투심위의 심사를 강화한 대표적인 입법 활동으로서는 2017년 John Cornyn 상원 의원(R-TX)과 하원의 Robert Pittenger 의원(R-NC)이 발의한 외국인투자위험심사 선진화법(FIRRMA: Foreign Investment Risk Review Modernization Act)이 있다. FIRRMA 법안은 2018년 3월 14일에 개최된 하원의 교위원회(House Foreign Affairs Committee)의 청문회에서 ‘수출통제의 근대화: 첨단 기술의 보호와 미국의 안보’라는 주제로 사전에 논의 되었으며,¹⁸⁾ 마침내 2018년 8월 13일 트럼프 대통령이 서명함으로써 정식 법제화가 이루어졌다. FIRRMA 법은 투심위의 심사 권한을 대폭 강화하여 사실상 외국으로부터의 민감한 개인 정보와

관련되거나 또는 핵심 기술, 핵심 인프라에 대한 모든 투자에 대해 심사를 거치도록 규정하고 있으며,¹⁹⁾ 특히 중국으로부터의 투자에 대한 심사를 강화하는 내용이 포함되어 있다.²⁰⁾

중국 기업의 미국 첨단기술 기업에 대한 인수합병 시도와 관련하여 트럼프 대통령은 국가 비상사태 선언의 가능성도 있음을 내비치고 있다. 미국이 1977년 제정한 국제비상경제권한법(IEEPA: International Emergency Economic Powers Act)은 대통령이 이례적인 위협이 발생할 경우 국가 비상사태를 선포하고 투자 거래를 막거나 자산을 압수할 수 있도록 규정하고 있다.²¹⁾ 트럼프 행정부는 IEEPA에 근거한 국가 비상사태 선포를 통하여 외국 기업 특히 중국 기업의 미국 기업 인수에 대하여 극단적인 거부 조치를 취할 수도 있을 것이다.

아울러 미국 상무부는 2017년 무역확장법 제232조에 근거하여 국가안보를 이유로 한 철강과 알루미늄의 수입에 관한 조

17) 머니투데이, 2018. 3. 28.

18) White & Case, *FIRRMA: Proposed CFIUS Legislation Would Bring Significant Changes*(Nov. 08, 2017), <https://www.whitecase.com/publications/alert/firma-proposed-cfius-legislation-would-bring-significant-changes>

19) White & Case, *CFIUS Update*, July 4, 2018, <https://www.whitecase.com>

20) Reuters, *Massive U.S. defense policy bill passes without strict China measures*, August 2, 2018, <https://www.reuters.com/article/us-usa-defense-spending/massive-us-defense-policy-bill-passes-without-strict-china-measures-idUSKBN1KM5WT>

21) U.S. Code Annotated, Title 50, Sec.1701-1706.

사²²⁾를 개시한 바 있다. 상무부는 조사 결과 철강과 알루미늄 수입이 미국의 안보에 중대한 영향을 주고 있다고 결론짓고 트럼프 대통령은 한국, 브라질, 호주 등 일부 국가를 제외한 모든 국가로부터의 철강 및 알루미늄 수입에 대해 일률적으로 철강은 25%, 알루미늄은 10%의 관세를 부과한다고 결정한 바 있다. 최근에는 자동차에 대해서도 232조의 조사를 명령하여 현재 미국 상무부에서 관련 조사를 진행하고 있으며 늦어도 2018년 내에는 그 결과가 발표될 것으로 예상되고 있다. 또한 상무부는 2018년 7월 수입 우라늄에 관해서도 232조에 따른 조사를 개시한다고 발표하였다.²³⁾

이와 같이 최근 미국의 무역과 투자에 관한 정책들은 국가 안보를 이유로 하여 보호주의로 흐르고 있으며 이러한 흐름은 네트워크 통상체제²⁴⁾에서도 잘 나타나고 있다. 이러한 세계적인 흐름에 주목하여 본 연구는 미국의 국가 안보를 이유로 한 외국인투자 규제에 법률적 분석을 시도해 보고자 하며, 특히 미국의 투심위와 대통

령의 외국인투자 제한 조치에 대하여 최초로 사법적 판단을 내린 Ralls 사건을 자세히 살펴보고자 한다. Ralls 판결은 미국의 투심위와 대통령의 조치에 대하여 최초로 사법적 판단을 내린 사건이라는 점에서도 중요하지만 미국 헌법상의 적법절차(Due Process)를 재확인하고 아울러 법원의 판단에 필요한 관련 정보의 공개 범위와 방법 등에 관해서도 가이드라인을 제시한 의미 있는 판결이다. 따라서 본 Ralls 판결은 향후에도 미국 투심위나 대통령의 결정과 관련한 소송에서 사법부의 중요한 판단 기준으로 작용할 것으로 생각되어 본고에서 좀 더 상세하게 다루었다.

본고의 구성은 우선 II.에서는 미국의 안보를 이유로 한 기업의 인수 합병 제한 등에 관한 미국의 국내법규들을 살펴본다. III.에서는 미국의 외국인투자를 심의하는 실질적 기구인 투자심사위원회(CFIUS)의 구성과 심사 절차, 심사 기간 등 외국인 투자에 관한 구체적인 규정 등을 연구해 본다. IV.에서는 투심위와 미국 대통령의 투자 불허 결정에 대하여 중국 투자자가

22) 미국의 무역확장법 제232조에 관한 상세한 내용은 Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, IN FOCUS, Congressional Research Service, Feb. 23, 2018. www.crs.gov. 참조

23) The New York Times, *U.S. Opens Inquiry Into Uranium Imports in Sign That Trade War Is Spreading*, July 18, 2018, <https://www.nytimes.com/2018/07/18/us/politics/trump-uranium-import-probe-tariffs.html?partner=rss&emc=rss>

24) ‘네트워크 통상체제’는 개방성과 투명성을 중시하며 정보에 대한 비정부행위들의 접근을 최대한 보장하는 방식으로 일컬어지고 있다. 네트워크 통상체제에 관한 상세한 내용은 허윤, 안덕근 등, *신통상패러다임과 네트워크 통상체제*, 효일문화사, 21-39면, 2018 참조.

최초로 투심위와 미국 대통령을 피고로 하여 소송을 제기한 Ralls 사건(2014)을 중심으로 사건의 배경과 법률적 쟁점 및 시사점 등을 연구한다. V.에서는 미국의 국가안보를 이유로 한 외국인 투자 제한 조치와 WTO의 국제규범과 양자 협정과 관계 등을 살펴보고 한국의 외국인투자촉진법 등 관련 규정도 검토해 본다. 마지막으로 VI.에서는 글로벌 인수합병의 국제적 제한 움직임에 대한 향후 전망과 제안 등을 결론으로 제시하고자 한다.

II. 미국의 국가안보를 이유로 한 외국인투자 심사 규정

미국은 무역확장법 제232조에 근거하여 2018년 EU, 일본, 캐나다, 중국 등 전 세계의 철강과 알루미늄에 대하여 각각 25% 및 10%의 관세를 부과하기로 결정하였다. 무역확장법 제232조는 1955년의 무역협정 확장법(Trade Agreements Extension Act of 1955)에서 그 근거를 찾을 수 있는데, 동 법안을 발의한 상원의원 Milliken은 당시 입법취지를 설명하면서 “대통령은 수입이 국가안보를 위협할 경우에는 그 위협을 제거할 정도로 수입을 제한해야 한다”라

고 주장하였다.²⁵⁾ 미국은 또한 국가안보를 이유로 하여 외국의 미국 기업 인수를 불허할 수 있는 근거법규를 마련하여 이를 적극적으로 활용하고 있다. 이하에서는 이러한 외국인 투자에 대한 제한의 근거 법률로서 1950 방위생산법을 비롯하여 1988 Exxon-Florio 법, 그리고 2007년의 FINSA(Foreign Investment and National Security Act)를 거쳐 2018년 8월 트럼프 대통령이 서명한 FIRRMA 및 2019 국방수권법(NDAA)까지를 차례대로 살펴본다.

1. 1950 방위생산법 (Defense Production Act of 1950)

미국에서 최초로 국가안보를 이유로 산업에 대한 규제를 도입한 것은 1950년의 방위생산법(DPA: Defense Production Act of 1950)이라고 할 수 있다²⁶⁾. 방위생산법은 1950년 한반도에서 한국전쟁이 발발하자 미국 의회는 대통령에게 방위산업에 포함될 수 있는 일부 물자를 신속하게 확보하기 위해서 국가안보 상의 필요한 권한을 부여하였다. 이러한 권한은 대통령이 필요한 물자와 서비스에 관한 계약을 우선적으로 체결할 수 있으며, 국가안보를 위해 필요한 경우 중요한 물자와 기술

25) “When . . . the imports may be threatening that [national] security he [the President] . . . must act to limit imports to a degree removing that threat”. 101 Cong. Rec. 5299 (1955).

26) Defense Production Act, 50 U.S.C. Sec.4565, Appx. Sec. 720, 2061 et seq. (1950)

의 생산능력을 확보할 수 있도록 기업 등에 인센티브를 제공할 수 있는 권한을 포함하였다.²⁷⁾

2. 1988 Exxon-Florio Act

Exxon-Florio 법은 미국의 외국인 투자 심사제도의 근간이 되는 규정이라고 할 수 있다.²⁸⁾ 동 법은 미국 대통령에게 미국 기업을 인수하고자 하는 외국인의 관련 거래를 심사하여 국가 안보를 위협한다고 판단될 경우 일정한 조치를 취할 수 있도록 권한을 부여하였다. 특히 주목할 점은 이러한 외국인의 투자로 인하여 미국의 기술 선도적 역할에 미치는 잠재적 효과가 미국의 안보를 해치는 경우(potential effect on American technical leading role which harms the US national security)를 포함함으로써 실질적인 효과뿐만 아니라 잠재적 효과까지 판단한 매우 포괄적인 내용을 포함하고 있다는 것이다.²⁹⁾ 이후 동 법은 1992년 Byrd 수정 법안으로 개정되어 외국인이 외국 정부와 관련이 있거나

정부가 대표하는 경우에는 투심위의 심사를 더욱 강화하도록 관련 규정을 보강하였다.³⁰⁾

3. 2007 FINSA (Foreign Investment and National Security Act)

다음으로 살펴 볼 중요한 법규는 2007년에 이루어진 FINSA(Foreign Investment and National Security Act) 수정안이라고 할 수 있다.³¹⁾ FINSA 수정안은 기존 Exxon-Florio 법의 내용을 근간으로 여러 조항들을 추가하여 그 내용을 대폭 강화하였다. 이후 동법의 실행을 위해서 공포된 대통령 행정명령(Executive Order)의 관련 내용과 함께 그 내용을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

투심위의 심사 대상은 (1) 외국인의 (2) 통제를 받는 (3) 모든 미국 사업의 인수, 합병 등으로서 (4) 미국의 국가안보를 위협하는 경우이다. (1) 외국인(foreign person)은 외국 국적의 자연인, 정부, 기타

27) *Ibid.* 동 조항의 원문은 다음과 같다. “[T]he President has the authority to prioritize contracts for goods and services, and offer incentives within the domestic market to enhance the production and supply of critical materials and technologies when necessary for national defense.”

28) Public Law. Title V. 100-418, Sec. 5021, 102 Stat. 1425 (1988) (codified at 50 U.S.C. app.Sec. 2170), August 23, 1988.

29) *Ibid.*

30) Byrd Amendment, 50 U.S.C. Appendix Sec.2170, P. L. 102-484, October 23, 1992.

31) Foreign Investment and National Security Act of 2007, P.L. 110-49, July 26, 2007.

해외 기관, 외국인, 외국정부 혹은 외국기관에 의해 통제가 행해지거나 행해질 수 있는 모든 기관³²⁾을 말한다. (2) 통제(control)라 함은 중요한 문제에 관해서 결정, 지시, 채택, 도달하거나 기타 결정을 초래하는 등의 모든 가능성³³⁾을 의미한다. (3) 미국 사업(U.S. business)이라 함은 사업단위 혹은 계속 기업의 요소, 예컨대 생산시설, 근로자, 고객 명단, 지적재산권과 해외 모기업의 미국 자회사를 의미한다.³⁴⁾ 합작회사(Joint Ventures)도 미국 회사의 기여분이 사업이나 일련의 사업으로 나타나는 경우 모두 포함되나, 소위 green field 투자는 심사대상에서 제외된다.³⁵⁾ (4) 국가안보(national security)에 관한 명확한 정의는 없으나 상당히 포괄적으로 이해될 수 있다.³⁶⁾ 국가안보에는 방위산업의 기반을 보장하고, 중요한 기술의 보호, 중대

한 인프라의 보호, 정부와 방위산업의 공급 체계 확보, 중요한 미국의 국가 안보 정책이나 정부의 ownership의 일치(compliance) 등을 포함한다.³⁷⁾ 또한 국가정보/사이버 보안, 데이터나 통신 네트워크 등 법 집행과 관련한 이해관계, 미국 기업들의 법규 이행 기록(compliance record) 등을 포함한다.³⁸⁾

4. 2018 FIRRMA (Foreign Investment Risk Review Modernization Act)

외국인투자위험심사선진화법(FIRRMA)은 2017년 11월 상하 양원에서 제출되어 상원은 2018년 6월 18일, 하원은 2018년 6월 26일 동 법안을 통과시켰으며,³⁹⁾ 최종적으로 트럼프 대통령이 2018년 8월 13일 서명하였다. FIRRMA는 최근 중국의 ‘제

32) Executive Order, Regulations Pertaining To Mergers, Acquisitions, and Takeovers by Foreign Persons, 31 CFR Part800, April 28, 2008. Sec.800.204, “Foreign person is any foreign national, foreign government or any entity or any entity over which control is exercised or exercisable by a foreign national, foreign government or foreign entity (i.e., U.S. subsidiaries or U.S., “co-ntrolled” companies).”

33) *Ibid.* Sec.800.216. ‘Control’ means the ability to “determine, direct, take, reach, or cause decisions” regarding important matters.

34) *Ibid.* Sec.800.226.

35) *Ibid.* Sec.800.224(e).

36) Zhao, S., *A Comparative Study on Foreign Investment Review System under the WTO*, 「TLBU Graduate School of Law」 p. 25. 2015.

37) *Ibid.*

38) *Ibid.*

39) Cook, Randall H. et. al, *FIRRMA Is Coming: How to Get Ready*, 「Harvard Law School Fo-rum on Corporate Governance and Financial Regulation」, pp. 1-5. June 28, 2018.

조2025'(Made in China 2025 plan)와 같은 첨단 기술 육성정책에 대한 미국의 첨예한 관심을 보여주는 법으로서⁴⁰⁾ 기존의 FINSA 등 외국인투자자에 관한 심사 법률상의 내용을 더욱 확대하였다.

동 법의 주요한 내용을 살펴보면 (1) 우선 민감한 개인 정보(sensitive personal data), 핵심 기술(critical technology)와 핵심적인 인프라(critical infrastructure)에 대한 투심의 심사권을 대폭 확대한다. 즉, 미국의 핵심 기술이나 핵심 인프라 분야 및 민감한 개인 정보와 관련한 투자에 대해서는 기업 지배권(control) 여부와 관계없이 모든 투자를 심사하도록 심사 범위를 대폭 확대하였다.⁴¹⁾ 국가안보의 개념도 확장하여 중요한 인프라(critical infrastructure)를 포함한 국내 안보(homeland security)로 확대하였다. '중요한 인프라'는 "국가 안보

에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 모든 시스템과 자산을 포함하는 것"으로 포괄적으로 정의하였다.⁴²⁾ 또한 이러한 자산에는 중요한 에너지 자산과 미국의 안보에 영향을 줄 수 있는 중요한 기술(critical technology)까지도 포함하는 것으로 확대되었다.⁴³⁾ 아울러 국가정보기관도 국가안보를 위협할 수 있는 해외 투자를 조사할 수 있도록 규정하였다.⁴⁴⁾

(2) 미국의 주요 군사시설과 인접한 모든 토지 거래를 심사할 수 있도록 하고 있으며,⁴⁵⁾ (3) 외국 정부가 지원하는 거래에 대해서는 의무적으로 신고토록(mandatory declaration) 의무조항을 신설하고,⁴⁶⁾ (4) 심사 수수료를 부과하며,⁴⁷⁾ (5) 심사에 필요한 최초 심사 기간을 기존의 30일에서 45일로 연장하는 등의 조항을 포함하고 있다.⁴⁸⁾ (6) 상무부의 의회에 대한 보고의무

40) White & Case, *CFIUS Reforms Becomes Law: What FIRRMA Means for Industry*, Aug. 13, 2018.

41) H.R. 5515: John S. McCain National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019. Sec.1703I.

42) *Ibid.* Sec. 1703(a)(5), "Critical infrastructure means systems and assets, whether physical or virtual so vital to the United States that the incapacity or destruction of such systems or as-sets would have debilitating impact on national security; James Jackson, *The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)*, Congressional Research Service, August 12, 2016. www.crs.gov.

43) *Ibid.* Sec. 1703(a)(6), "Critical technologies"에 대한 정의에서 2018년 수출통제법개정안(Export Control Reform Act of 2018)에서 규정한 신규(emerging) 및 기초(foundational) 기술을 포함하여 수출통제절차(Export Administration Regulations)에 의한 통제물품과 미사일통제, 핵비확산, 생화학무기 통제 등의 다자간 통제규범에 의한 통제물품을 포함한다고 규정하고 있어 광범위한 내용을 포함하고 있다.

44) *Ibid.* Sec.1712.

45) *Ibid.* Sec. 1703(a)(4)(B).

46) *Ibid.* Sec. 1706(v)(IV).

47) *Ibid.* Sec. 1723(p)(3).

를 대폭 확대하여,⁴⁹⁾ 상무부는 2년마다 중국에 관한 보고서를 의회와 투심위에 제출하되, 중국으로부터의 총 투자금액, 투자금액별, 산업별, 관련 투자 기업 명단 등의 상세한 자료를 제출하도록 하고 있다.⁵⁰⁾ (7) 투심위의 인력도 보강하여 외국인투자의 심사를 담당할 차관보(*assistant secretary for foreign investment*)를 재무부 내에 신설하여 담당 업무를 전담하도록 하였다.⁵¹⁾ 또한 투심위의 결정에 대한 사법적 심사를 보장하되 관할법원을 워싱턴 DC의 항소법원으로 지정하였다.⁵²⁾

5. 2019 국방수권법 (NDAA)

매년 국가의 방위예산과 방위 정책에 관하여 의회가 행정부에 권한을 위임하는 국방수권법에 따라 2019년의 미국의 국가 방위에 관한 기본 정책과 예산이 공개되었다. 2019 국방수권법에는 별도의 장(Title XVII)을 두어 자세하게 투심위의 권한 등을 규정하고 있다. 동법 제1701조(b)에서는 의회의 관심사항(*sense of Congress*)

으로서 외국인 투자는 미국의 경제성장, 고용 창출 등을 통해 경제적 이익을 창출하고 있어 외국인 투자를 촉진하는 정책을 계속 시행할 것이라고 선언하고 있다.⁵³⁾ 그러나 최근 국가 안보 상황이 변화하면서 외국인 투자가 국가 안보에 가장 중대한 잠재적 위험(*the greatest potential risk*)을 초래하고 있고 투심위가 국가 안보를 보호하는데 핵심적 역할을 수행하고 있으므로 투심위의 인력 등 자원을 확충하여 외국인 투자의 심사를 우선적으로 수행할 필요가 있다고 그 배경을 설명하고 있다.⁵⁴⁾

특히 미국의 국가안보와 관련한 리더십에 영향을 미칠 수 있는 핵심 기술이나 핵심 인프라 혹은 민감한 개인 정보의 취득 등을 전략적 목표로 삼거나 관심을 나타낸 투자로서 특정 국가(*a country of special concern*)의 거래에 대해서는 특히 관심을 갖고 지켜볼 것을 주문하고 있다.⁵⁵⁾ 이 조항은 특별히 중국의 ‘제조2025계획’⁵⁶⁾을 겨냥한 조항이라고 볼 수 있을 것이다.

48) *Ibid.* Section 1709.

49) *Ibid.* Section 1711.

50) *Ibid.* Section 1719(b).

51) *Ibid.* Sec. 1717(a)(ii).

52) *Ibid.* Sec. 1715(2).

53) *Ibid.* Sec. 1702 (b)(1) & (2)

54) *Ibid.* Sec. 1702 (b)(4) & (5)

55) *Ibid.* Section 1702. (C)(1).

III. 미국 투자심사위원회의 구성 과 심의 절차

1. 배경

투자심사위원회(CFIUS; 투심위)는 포드 대통령 시절인 1975년에 설립되었다고 알려져 있다.⁵⁷⁾ 당초 투심위는 외국인투자가 미국에 미치는 영향을 검토하여 대통령에게 조사의 결과를 전달하는 역할을 맡았다.⁵⁸⁾ 그러나 초기 활동 과정에서 투심위의 역할은 아주 미미하였으며, 일반적으로 크게 주목을 받지 못하였다.⁵⁹⁾ 1975년부터 1980년까지 투심위는 겨우 10회 정도 개최된 것으로 알려져 있으며 이러한 이유로 사실상 투심위는 의회에서조차 실패한 정책으로 평가되기도 하였다.⁶⁰⁾

이러한 투심위의 소극적 역할은 1988년의 종합무역법 (Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988)에서 규정한 Exxon-Florio 법안에 의해 보다 적극적으로 변화하게 되었다.⁶¹⁾ 당시 종합무역법은 미국의 쌍둥이 적자인 재정적자와 무역적자를 해소하기 위해 일본, 한국, 대만의 3개국에 대한 시장개방을 주된 목표로 하여 특별법인 종합무역법을 제정하고 이들 3개국과 통상협상을 개시하였다. 이른바 ‘슈퍼 301조’로 알려져 있는 종합무역법 제310조는 무역자유화 우선순위(liberalization priorities)를 지정하는 것을 주요 골자로 하여 1989년과 1990년 2년 동안 한시적으로 운용하도록 하였다.⁶²⁾ 동 규정에 따라 무역자유화 우선대상관행(priority practices) 및 우선협상대상국가(priority foreign countries:

56) 중국의 국가 차원에서의 첨단산업 육성을 위한 중국 정부의 계획을 의미한다. 중국은 2018년 5월 18일 「중국제조2025」를 발표하면서 향후 30년을 목표로 하여 제조업의 기술수준을 1단계(2015-2025)는 독일, 일본 수준의 단계로, 2단계(2025-2035)는 글로벌 제조강국의 중간 수준으로, 마지막 3단계(2035-2049)는 세계 제조업 1강국의 수준으로 육성한다는 전략이다. 중점 육성할 10대 산업으로서 차세대 정보기술, 고정밀 수치제어 및 로봇, 항공우주장비, 해양장비 및 첨단기술선박, 선진 궤도교통설비, 에너지 절약 및 신에너지 자동차, 전력설비, 농업기계장비, 신소재, 바이오의약 및 고성능 의료기기 기술을 들고 있다. 강지연, 중국 제조2025 전략, 「산업경제분석」, 산업연구원, 63면, 2015.

57) Exec. Order No. 11,868, 40 F.R. 20263 (1975).

58) *Ibid.*

59) Wang, J., *Ralls Corp. v. CFIUS: A New Look at Foreign Direct Investment to the US*, 「Columbia Journal of Transnational Law Bulletin」, Vol. 54, p. 34. 2016,

60) U.S. Congress, Committee on Government Operations, *The Adequacy of the Federal Responses to Foreign Investment in the United States*. 「Report by the Committee on Government Operations」, H. Rept. 166-184, 96-1216, 96th Cong., 2nd sess., Washington: GPO, 1980.

61) Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, Pub. L. No. 100-418, 102 Stat. 1107 (1988).

62) *Ibid.*

PFC)를 지정하도록 하였다.⁶³⁾ 일본은 당시 미국에 대한 투자를 활발하게 진행하고 있었으며 그 중에서도 특히 당시 프랑스가 소유하고 있던 반도체 회사인 Fairchild Semiconductor Co.를 일본의 Fujitsu가 인수하고자 하여 미국 내에서 상당한 반감을 불러 일으켰다.⁶⁴⁾ 종합무역법상의 Exxon-Florio 법안은 기존의 1950 방위산업법 Title VII을 수정한 것으로서 대통령에게 기업의 인수합병 시에 국가안보를 이유로 한 조사를 결정할 수 있으며, 만약 그러한 인수합병이 국가안보에 위협이 된다고 믿을 수 있는 증거가 있는 경우(credible evidence) 대통령에게 당해 인수합병을 중단(suspend)하거나 금지(prohibit)할 수 있는 권한을 부여하였다.⁶⁵⁾ 이와 같이 종합무역법의 발효와 함께 투심위는 과거 단순히 외국인 투자를 심사하는 일개 행정기관의 기능에서 외국인 투자에 관하여 대통령에게 자문하고 건의하는 중요한 기관으로 바뀌게 되었다.

2. 구성

투심위는 최근 중국의 활발한 글로벌

인수합병에 자극을 받아 2018 FIRRMA 법에 의해 그 구성과 역할이 대폭 강화되었다. 투심위는 무엇보다도 미국에 대한 외국인투자가 국가 안보에 미치는 영향을 검토하고 필요한 경우 대통령에게 투자의 제한 및 금지 등 필요한 조치를 취할 것을 권고하는 기능과 함께 운영에 필요한 자금(펀드)까지 확보하게 되었다. 투심위의 구성을 살펴보면 위원장은 재무부 장관이 맡고 있으며, 국무부, 법무부, 상무부, USTR, 국방부 및 백악관 과학기술정책실 등 10 여개의 관련 부서들로 구성된다.⁶⁶⁾ 투심위의 구성과 관련하여 2018년 개정된 FIRRMA에 의하면 재무부 내에 대통령이 임명하는 외국인투자 차관보 자리(Assistant Secretary for Investment Security)를 신설하여 심사를 전담할 것임을 확인한 바 있다.⁶⁷⁾

3. 심사

투심위는 기본적으로 외국투자자의 투자로 인한 국가안보에 관한 위협을 분석하여, 만약 위협이 있다고 판단할 경우 그 위협을 완화하거나 경감할 수 있는 방안

64) 법무부, 미국통상법 연구, 68면, 1996.

65) Auerbach, S., *Cabinet to Weigh Sale of Chip Farm*, The Washington Post, Mar. 12, 1987.

66) *supra* note 62. Sec.6.

67) John S. McCain National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019. *supra* note 43, Sec.4565(k)

68) *Ibid.* Sec. 1717(a)(ii).

이 있는지 검토한다. 2018년 FIRRMA의 새로운 규정은 많은 경우에 투심위가 세부적인 규정을 마련하여 집행할 것으로 예정하고 있다. 따라서 향후 구체적인 운영과 절차 등에 관해서는 투심위의 상세한 규정이 나와야 알 수 있을 것이다.

투심위가 외국인 투자를 심사하는 방법은 거래의 체결 이전이나 혹은 종결 이후에 투심위에 서면으로 신청하여 심사를 요청할 수 있다. 이번 FIRRMA법으로 핵심기술이나 핵심 인프라의 경우로서 외국 정부가 직접 혹은 간접적으로 실질적인 이해(substantial interest)를 가지는 경우에는 반드시 이를 신고하도록 (mandatory declarations) 강제하고 있는 점도 과거와는 다른 점이다.⁶⁸⁾ 물론 투심위는 외국인 투자의 신청 없이도 직권으로 심사를 개시할 수 있다.⁶⁹⁾

검토 대상이 되는 투자는 모든 기업의 인수, 합병 등이며, 외국 투자자가 해당 기업에 대한 ‘통제’를 하고 있는지 그리고 국가안보에 관한 위험성은 어느 정도인지

등을 구체적으로 검토하여 당해 투자의 승인 여부를 결정하게 된다.⁷⁰⁾ 통제(control)라 함은 조직에 영향을 미치는 중대한 사항에 대하여 실질적 행사 여부와는 관계 없이 결정, 지시, 지정할 수 있는 직, 간접적인 권한을 의미한다. 그 구체적인 내용에 대해서는 추후 투심위가 결정한다.⁷¹⁾ 특히 2018 FIRRMA 는 심사 대상을 민감한 개인 정보(sensitive personal data), 핵심 기술이나 핵심 인프라 등으로 확대하였고, 핵심기술의 범위에도 신규 및 기초 기술(emerging and foundational technologies)을 새롭게 포함하고 있다. 외국인(foreign persons)의 범위 등에 관해서도 세부적인 내용은 투심위에 맡겨 두고 있어서 향후 어느 정도로 이를 상세하게 규율할지는 아직 불확실하다. 투심위는 만약 일정한 투자가 국가안보에 관한 위험성이 있다고 판단할 경우에는 미국의 관련 기관과 구체적인 위협의 경감 혹은 완화 방안에 대하여 협의하게 된다.⁷²⁾ 관련 통계에 의하면 2008년부터 2010년까지의 거래 중에서 약 5% 정도가 이러한 위협의 완화조치와

68) *Ibid.* Sec. 1706(v)(IV)(bb).

70) *Ibid.* Sec. 1708.

71) *Ibid.* Sec. 1703(a)

71) *Ibid.* Sec. 1703((a)(3). The term ‘control’ means the power, direct or indirect, whether exercised or not exercised, to determine, direct, or decide important matters affecting an entity, subject to regulations prescribed by the Committee.

72) CFIUS is given express authority to “negotiate, enter into or impose, or enforce any agreement or condition”. *Ibid.* Sec. 1718((5).

관련한 협약을 체결한 것으로 알려져 있다.⁷³⁾

투심위의 초기 심사(review) 기간은 기본적으로 30일간이었으나 이번 FIRRMA에 의해 45일간의 기간으로 늘어나게 되었다.⁷⁴⁾ 또한 추가적인 조사(investigation)가 필요한 경우 총 60일간의 기간을 두고 심사할 수 있도록 함으로써 최장 총 105일간의 기간 동안 심사가 가능하게 되었다. 또한 2018 FIRRMA는 새롭게 심사비(filing fee)에 관한 규정을 도입하였다. 외국인 투자자가 투심위에 심사를 신청할 경우 심사비를 내도록 하고 그 금액은 전체 거래 가치의 1% 혹은 30만 US달러 중에서 적은 금액으로 하되, 구체적인 금액에 관한 규정은 투심위가 별도로 정한다고 규정하고 있다.⁷⁵⁾

과거 심사대상은 투자가 영향을 미치는 미국의 비즈니스(business)와 관련하여 미국의 주(州) 간의 상업적 활동에 영향을 미치는 범위(only to the extent of its activities in interstate commerce)로 한정하고 있었으

나, 이번 FIRRMA는 미국의 주 간 상업적 활동에 종사하는 경우(a person engaged in interstate commerce in the United States)라고 규정함으로써 그 범위가 대폭 확대되었다.⁷⁶⁾ 따라서 향후 미국 비즈니스에 영향을 미치는 범위의 판단도 과거보다 훨씬 더 폭넓게 인정될 가능성이 크다. 또한 투심위는 강화된 투자 심사에 관한 부담을 덜어 주기 위해 일정한 경우에 일부 확인된 국가들(identified countries)에 관해서는 심사를 면제하도록 규정하고 있어⁷⁷⁾ 향후 어떠한 기준에 의하여 어떠한 국가들이 심사 면제의 대상이 될지에 관해서는 좀 더 지켜볼 필요가 있을 것으로 전망된다.

IV. 외국인 투자의 불승인 사례:

Ralls v. CFIUS

1. 사건의 배경

2012년 3월 중국 건설 및 기계 그룹인 Sany Group은 미국 델라웨어 주에 Ralls라

73) Zhao, S., *supra* note 37, p. 27.

74) *supra* note 42, Sec. 1709.

75) *supra* note 42, Sec. 1723.

76) *Ibid.* Sec. 1703(a)(13).

77) *Ibid.* Sec. 1703(E). 심사면제와 관련한 세부적인 규정을 제정할 경우에 (1) 투자하는 외국인이 외국의 국가나 정부와 어느 정도로 관련성이 있는지 그리고 (2) 그러한 관련성이 미국의 국가 안보에 영향을 미치는지 여부 등을 고려하도록 하고 있다.

는 법인을 설립하고, 미국 오레곤 주에서 풍력발전을 위해 설립된 4개의 미국 회사를 인수하기로 하였다. Ralls가 이들 4개 미국 회사를 인수할 당시에는 이미 이들 기업은 관련 부지에 관한 권리를 인수하고, 필요한 관련 계약을 종결한 상태이었다. 그러나 문제는 4개 회사 중 1개 회사의 사업 부지가 미국 해군의 통제 지역 내에 존재한다는 점이었다. Ralls는 미국 기업의 인수가 투심위의 대상이라는 것을 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고, 사전 승인을 받지 않기로 결정하였다.⁷⁹⁾ 그리고 Ralls는 이미 풍력발전을 위한 터빈 발전기의 건설 공사가 시작된 후에 투심위에 신고를 하였다.

투심위는 당해 신고를 검토한 결과 2012년 7월 Ralls의 인수가 국가안보를 위협할 수 있다고 판단하고 이에 따른 완화조치를 취할 것을 명령하였다. 당해 명령은 Ralls가 당해 건설 지역에서 모든 건설 공사와 운영 행위를 중단할 것과 5일 이내에 당해 지역 내에서 모든 관련 물품 등을 반출할 것 및 해당 부지에의 접근을 제한하는 것이었다. 투심위는 이후 추가 명령을 통해 회사 또는 자산의 매각도 금지하였다.

9월에 투심위는 대통령에게 이러한 사실을 보고하였고 대통령은 90일 이내에 해당 회사의 모든 지분이나 자산을 처분하라는 행정명령(Presidential Order)을 발동하였다. 투심위의 명령이나 대통령의 행정명령의 근거가 되는 관련 증거나 국가안보에 관한 고려 등을 적시하는 별도의 자료는 Ralls에게는 제공되지 아니하였다. Ralls는 Washington DC의 연방법원(District Court of the District of Columbia)에 투심위, 투심위의 의장 그리고 대통령을 피고로 하는 행정 소송을 제기하였다.

2. 소송의 개요

Ralls의 주장은 주로 5가지의 쟁점에 관한 것으로 정리될 수 있다. (1) 투심위의 명령은 행정절차법(Administrative Procedure Act)에 근거하여 법률에서 위임한 권한 범위를 일탈하였으며, (2) 그 판단이 자의적이고 악의적인 행정처분이며, (3) 대통령의 행정명령은 위법하며, (4) 투심위와 대통령의 명령은 미국 수정헌법 제5조에 근거한 적법절차(due process)를 위반하였으며 (5) 수정 헌법 제14조에 위반하여 평등

79) 이 점은 본 사건에서 매우 중요한 의미를 지니고 있다. 고의든 그렇지 않든 Ralls는 인수를 마무리 짓기 이전에 본 계약이 투심위의 심사 대상이라는 점을 인지하고 있었기 때문에 사전에 투심위에 심사를 신청할 수 있었음에도 불구하고 신청하지 않았으며 인수 계약을 종결한 후에 투심위의 심사를 신청한 점은 일반적으로 예견되는 위험을 회피하거나 선제적으로 대응하는 거래의 통상적인 관행에 비추어 다소 이해하기 어려운 측면이 있다.

권을 침해하였으므로, 효력이 없다고 주장하였다. 그러나 미국 1심 법원은 원고의 이러한 청구를 모두 기각하였다.

Ralls는 다시 Washington DC 항소법원(DC Circuit of Appeals)에 미국 대통령의 행정명령과 투심위의 결정이 적법절차를 위반하였다는 점을 근거로 하여 항소하였다. 항소법원은 우선 대통령은 행정부의 수반으로서 대통령의 결정에 대해서는 법원이 사법적 판단을 자제해야 한다는 피고의 주장을 기각하였다. 항소 법원은 대통령의 결정에 대해서는 사법부가 판단을 자제해야 한다는 점을 미국 의회가 명시적으로 제시한 명확하고 설득력 있는 증거가 없는 한(clear and convincing evidence), 사법부는 당해 사건에 대해 판단을 할 수 있다고 판시하였다. 아울러, 동 항소법원은 행정부가 Ralls의 적법절차에 대한 권리를 침해하였다고 판단하였다. 투심위가 당해 거래를 금지하는데 판단 근거로 삼은 관련 정보를 원고에게 제공하기를 거부함으로써 원고는 투심위와 대통령의 행정명령에 적법하게 대응할 수 있는 기회를 박탈당했다고 판단하였다. 결국 항소법원은 1심 법원에 대하여 위원회와 대통령이 금지 결정에 이르게 된 관련 근거 자

료를 Ralls에게 제공할 것을 명령하였고 이에 따라 판단 자료 중에서 비밀로 분류되지 않은 무려 3,487페이지에 이르는 자료가 원고에게 공개되었다. 이러한 과정에서 투심위와 Ralls는 더 이상 소송을 진행하지 않기로 합의하고 사건을 종결짓게 되었다.

3. 사건의 쟁점

가. 투심위와 대통령의 금지 조치는 행정절차법을 위반하였는가?

Ralls는 우선 투심위와 대통령의 조치는 행정절차법(APA: Administrative Procedure Act)을 위반하였다고 주장하였다. 행정절차법은 행정기관의 과도한 행정처분을 억제하고자 하는 것으로서 투심위가 법률에서 규정한 관할권, 권한 혹은 한계를 위반하였다고 주장하였다.⁷⁹⁾ Ralls는 투심위의 권한은 국가 안보에 대한 위협을 완화하기 위해서 거래의 당사자와 어떠한 계약이나 조건을 협상, 체결하거나, 부과, 집행하는 권한을 보유할 뿐이며, 중단하거나 금지하는 권한은 오직 대통령에게만 주어져 있다고 주장하였다.⁸⁰⁾

또한 Ralls는 투심위의 금지 조치가 회

79) Complaint at pp. 55-71, *Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in the United States*, 926 F. Supp. 2d. 71; Administrative Defense Production Act of 1950 § 721(1).

80) *Ibid.* at p. 63.

사(모기업)이 제작하거나 생산하는 모든 물건의 사용이나 설치를 위한 제3자와(any third party)의 모든 거래와 계약(all future transactions)을 금지함으로써 법이 위임한 범위를 일탈하였다고 주장하였다.⁸¹⁾ 투심위 법은 동 법의 규율 대상을 외국인에 의해서 외국인의 통제를 초래할 수 있는 거래(by or with any foreign person which could result in foreign control of any person)로 한정하고 있기 때문이다.⁸²⁾

나. 정부의 조치는 행정절차법을 위반한 자의적이고 근거가 없는 조치였는가?

원고는 투심위가 금지 조치에 대한 증거나 설명을 제시하지 않았으며, 단순히 국가 안보에 위협이 된다는 것만 언급하고 자의적인 방법으로 결론을 내렸다고 주장하였다.⁸³⁾ 원고는 투심위가 보다 쉽게 이용할 수 있으며, 적합한 다른 대체수단이 있는지를 확인하지 않았으며, 특히 해군과 미국 연방 항공청(Federal Aviation

Administration)이 이미 허용한 거래를 뒤집는 행위라는 점을 지적하였다.⁸⁴⁾

다. 대통령의 금지 및 매각 명령은 그 자체로서 위법한가?

원고는 대통령이 법률에 규정한 내용을 일탈하여 자산의 즉각적인 철수와 모든 자산의 매각이나 양도를 금지한 것은 위법이라고 주장하였다.⁸⁵⁾ 법률에서는 대상이 되는 거래를 중단하거나 혹은 금지할 것을 검토하는 적절한 시간을 갖도록 하고 있으므로,⁸⁶⁾ 대통령의 결정과 이에 따른 투심위의 집행은 이러한 법률 규정을 위반한 것이라고 지적하였다.

라. 헌법상의 적법절차를 위반하여 자산을 몰수하였는가?

원고 Ralls는 투심위와 대통령의 결정이 미국 수정헌법 제5조 상의 적법절차(Due Process)를 위반하였다고 주장하였다. 수정헌법 제5조는 “어떠한 경우에도 적법절차

81) Order Regarding the Acquisition of Four U.S. Wind Farm Project Companies by Ralls Corporation at 1, Ex. 6 to Amended Complaint, *Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in the United States*, 926 F. Supp.2d. 71.

82) Section 721 of the Defense Production Act of 1950 at 2.

83) *Supra note 80*, Complaint at pp.121-122.

84) *Ibid.* at p. 124, pp. 38, 66.

85) *Ibid.* at pp. 135-138.

86) 본 규정은 “. . . take such action for such time as the President considers appropriate to suspend or prohibit any covered transaction”, Defense Production Act of 1950 § 721(d)(1).

에 의하지 않고는 생명, 자유, 재산을 박탈당하지 않는다”고 규정하고 있다.⁸⁷⁾ 원고는 금지 조치에 관하여 아무런 증거나 설명을 제공받지 못함으로써 적법절차를 위반하였다고 주장하였다.⁸⁸⁾

마. 헌법상의 평등조항을 위반하였는가?

원고는 미국 수정헌법 제5조의 법률상의 평등조항(Equal Protection)을 위반하였다고 주장하였다.⁸⁹⁾ 원고는 외국인이 생산한 최소 7기의 다른 터빈이, 문제가 된 비행제한지역 내에 존재할 뿐만 아니라, 원고의 다른 3곳과 비교해서 거리가 같거나 혹은 더 짧은 거리 내에 최소 30기의 터빈이 존재한다고 주장하면서 본건의 금지조치는 헌법상의 재산권에 대한 평등권을 위반하였다고 주장하였다.⁹⁰⁾

4. 제1심 판결

원고의 주장에 대해 제1심에서는 위 원고가 주장한 1-4번째의 주장에 대해서는 국방수권법 2170(e)에서 명시적으로⁹¹⁾ 대통령의 조치는 사법적 심사의 대상이 되지 않는다는 조항을 인용하면서 원고의 주장을 기각하였다. FINSA Sec. 6(e)에서도 “The actions of the President . . . and the findings of the President . . . shall not be subject to judicial review.”라고 규정하고 있다.⁹²⁾ 따라서 입법과정에서 의회가 이와 같이 대통령의 금지 조치 및 판단이 사법적 심사의 대상이 되지 않는다고 명시적으로 규정한 것은 사법부로 하여금 의도적으로 이러한 대통령의 조치에 대해 심사를 자제할 것을 명백하게 규정한 것이므로 본 사건에 대한 원고의 주장은 기각되어야 한다고 판시하였다.

87) Fifth Amendment to the U.S. Constitution, “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

88) Amended Complaint at pp. 147-48, *Ralls Corporation v. Committee on Foreign Investment in the United States*, 926 F. Supp. 2d.

89) *Ibid.* at 161.

90) *Ibid.* at 163.

91) Defense Production Act, 50 U.S.C.A. Sec. 2170(e) (1950); 50 U.S.C.A. Sec. 4565(e) (2009)

92) *supra* note 62, Sec. 6(e).

한편 원고가 주장한 5번째의 쟁점은 순수한 법률적 문제로서 대통령의 행동이나 결정에 관한 사항이라기보다는 그러한 결과를 발생하게 한 과정에 관한 문제로서 사법 심사의 대상이 된다고 판단하였다. 그러나 사법적 심사의 대상으로 판단한 결과 법원은 원고가 보호받을 재산권의 이익이 없다고 결론지었다. 왜냐하면 원고는 투심위나 대통령에게 사전에 심사를 요청할 수 있었음에도 불구하고 이를 이행하지 않음으로써 재산에 대한 보호의 기회를 스스로 포기하였을 뿐만 아니라 재산을 보호받지 못하는 위험을 스스로 초래하였다고 판단하였다.⁹³⁾ 나아가서 원고는 조사과정에서 투심위와의 회의에 참여하였을 뿐만 아니라, 최종적인 결정전에 통지를 받았음을 이유로 원고의 이러한 적법절차 요청은 기각되어야 한다고 판시하였다.⁹⁴⁾

5. 항소심 판결

Ralls는 1심 법원의 판결에 대해 연방법원 항소재판부(D.C. Circuit)에 항소를 제기하였다. 항소심에서는 Ralls의 여러 청구

안에 대해 검토하고 1심법원으로의 파기 환송을 결정하였다. 항소심 재판부는 주요 쟁점에 대해 아래와 같이 판단하였다.

가. 사법적 심사의 대상 여부

연방법원의 항소심은 우선 대통령의 이러한 조치가 사법적 심사의 대상이 된다고 판결하였다. 재판부는 우선 사법부가 절차적 적법절차에 대한 판단을 유보할 정도로 법상 구체적인 표현이나 입법 연혁은 존재하지 않는다고 판시하였다.⁹⁵⁾ 그리고 대통령의 최종 결정에 대한 심사를 금지하도록 한 것과 대통령의 결정을 위한 필요한 절차에 관한 헌법적 주장을 금지하는 것과는 다른 사항이라고 결정하였다.⁹⁶⁾ 항소 법원은 헌법상의 기본적 권리인 적법절차를 무시할 정도로 의회가 행정부에 권한을 제공하였다고 판단할 수 없으며, 법상의 규정은 어디까지나 대통령의 최종적 결정에 대한 사법적 심사를 자제하도록 규정한 것이지, 헌법상의 절차적 규정까지 검토를 하지 못하도록 한 것은 아니라고 결론지었다.⁹⁷⁾ 또한 항소심은 피고인 투심위와 대통령이 주장하는

93) *Ralls Corp. v. Comm. on Foreign Investment in the U.S.*, 987 F. Supp.2d 18, 18 (D.D.C, 2013).

94) *Ibid.* at 34.

95) *Ralls Corp., v. Committee on Foreign Investment in the US.* 758 F. 3d. 296 (D.C. Cir. 2014) at 309.

96) *Ibid.* at 311.

97) *Ibid.*

바와 같이 대통령의 결정 자체는 정치적 사안으로서 사법부가 사법적 심사를 자제하는 것은 가능한 것으로 이해하지만 그러한 결정에 이르게 된 절차에 관한 사항은 정치적 사안으로 보기 어려우며, 사법적 심사의 대상이 될 수 있다고 판단하였다.⁹⁸⁾

나. 주요 쟁점에 대한 판결

연방 항소법원은 우선 Ralls가 적법한 재산상의 권리를 가지고 있느냐에 대하여 살펴보았다. 법원은 Ralls가 투심위의 심사 당시에 이미 대상 회사의 지분 인수를 완료하였고, 그 대상회사 역시 오레곤 주법에 따라 관련 계약이나 허가 등을 통해 적법하게 권리를 취득한 상태였다고 확인하였다. 따라서 항소법원은 Ralls가 이미 주법에 따라 적법하게 취득한 재산권을 소유하고 있었으므로 당연히 헌법상의 적법절차 조항에 따른 권리가 존재한다고 판시하였다.⁹⁹⁾ 이미 취득한 Ralls의 재산권상의 권리에 대해 추가로 연방정부의 승인이나 허가를 요한다고 하는 것은 타

당하지 않다고 결론지었다.

또한 원고가 투심위의 심사를 사전에 신청하지 않았다고 하여 적법절차상의 권리를 포기하였다고 판단하는 것은 무리가 있다고 판단하였다. 왜냐하면 투심위의 신청은 당해 거래가 종결되기 이전이나 혹은 이후 선택적으로 가능하다고 규정함으로써 상당한 절차상의 여지를 부여하고 있는 취지에 비추어 비록 사전에 투심위에 신청을 하지 않았다고 하여 정당한 권리를 포기한 것으로 볼 수는 없다고 판시하였다.¹⁰⁰⁾ 나아가서 가사 사후에 신청한 것을 권리의 유보로 볼 수 있다고 하더라도 그 유보는 어디까지나 적절하지 않은 절차를 문제 삼을 수 있는 당사자의 권리를 제한하는 것으로 이해되어야 하며, 실질적인 재산권까지 박탈하는 것은 아니라는 점을 강조하였다.¹⁰¹⁾

항소법원은 아울러 무엇이 적법한 절차인지(what process is due)인지에 대하여도 살펴보았다. 재판부는 Mathews V. Eldridge(1976)¹⁰²⁾

98) Ibid. at 314.

99) Ibid. at 316.

100) Ibid. at 317. “A party to a covered transaction may request approval...either before or after transaction is completed.” 라고 규정하고 있다. 따라서 신청인은 거래의 사전 혹은 사후에 신청할 수 있도록 선택할 수 있도록 되어 있다.

101) Ralls Corp., 758b F. 3d. at 317.

102) Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, 96 S. Ct. 893, 47 L. Ed. 2d 18, 1976 U.S. (U.S. Feb. 24, 1976). Mathews 사건은 장애인 사회보험 급여를 받고 있던 원고 Eldridge가 보건교육 및 후생성(Secretary of Health Education and Welfare)로부터 보험급여를 더 이상 받지 못하게 되자 정부로부터 헌법상의 적법

을 인용하면서 다음과 같은 세 가지의 중요한 판단 기준을 제시하였다. 즉 헌법상의 적법절차를 판단함에 있어서는 (1) 정부의 공식적인 조치에 의해서 영향을 받게 되는 사적 이익(private interest) (2) 그러한 사적 이익을 잘못 박탈할 수 있는 위험성(the risk of erroneous deprivation of such interest)과 추가적인 혹은 대체적인 절차적 보호수단의 가능한 가치(provable value of additional or substitute procedural safeguards) 및 (3) 추가적인 혹은 대체적인 절차를 보장함으로써 초래하게 될 정부의 재정적 혹은 행정적 부담을 포함한 정부의 이익(the Government's interest)을 비교衡量하여야 한다고 제시하였다.¹⁰³⁾

항소법원은 본 사건은 위에서 살펴본 3가지 테스트 기준 중에서 첫 번째와 두 번째 기준은 충족한다고 보았다. 즉 Ralls는 이미 관련한 재산상의 권리를 확보하였으며, 절차적으로 충분한 보장없이 투심위와 대통령의 조치가 이루어질 위험이 존재한다고 보았다. 한편 세 번째 기준인 정부의 이익은 비밀자료로 분류된 정부의 문서 공개로 인한 비밀성으로 보았다. 이

러한 판단 기준에 따라 Ralls는 투심위와 대통령의 결정을 야기한 주요 증거자료 등에 대하여 반론을 제기하고 항변을 할 수 있는 권리를 침해당함으로써 결과적으로 헌법상의 적법절차를 위반하였다고 판단하였다.¹⁰⁴⁾ 결국 이러한 항소법원의 판단에 따라서 사건은 다시 원심으로 파기 환송되었다.

항소심의 판결에 따라 투심위는 일부 비밀자료를 제외하고 무려 3,487페이지에 이르는 자료를 Ralls에 공개하였다.¹⁰⁵⁾ 그러나 결국 양 당사자는 추가적인 소송의 진행에 따른 여러 가지 부담으로 인해 마침내 합의에 도달함으로써 본 소송은 더 이상 진행되지 않게 되었다. 물론 합의의 구체적인 내용에 대해서는 밝혀지지 않았다.

6. 시사점

항소법원의 판단은 몇 가지 점에서 중요한 시사점을 제공하였다. 우선 무엇보다도 투심위와 대통령의 투자에 대한 금지 조치를 원점에서 다시 검토하는 계기가 마련되었다. 일반적으로 투심위와 대

절차 권리를 침해당했다고 주장하면서 연방정부를 상대로 소송을 제기하였고, 결국 원고가 패소하였으나 헌법상의 적법절차에 대한 중요한 판단기준을 정립한 대법원 판례로 알려져 있다.

103) *Supra* note 96. at 318 (citing *Mathews. v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 335 (1976)).

104) *Ibid.*

105) Fitzpatrick, C. M., *Where Ralls Went Wrong: CFIUS, The Courts, and the Balance of Liberty and Security*, 「Cornell Law Review」, Vol. 101, p. 1096 (2016).

통령의 결정은 사법부가 심사를 자제하는 분위기였으나 최초로 투심위와 대통령의 조치에 대하여 사법부가 판단을 하였다는 점이다. 미국의 삼권 분립 제도의 특성상 대통령을 비롯한 행정부의 권한 행사에 대해서는 특별한 경우를 제외하고는 일반적으로 사법부가 판단을 자제함에도 불구하고 Ralls 사건에서는 대통령의 조치에 대한 판단을 사법부가 적극적으로 행하였다.

대통령의 조치에 대한 사법적 심사와 관련한 동 조항은 이번 FIRRMA에서 일부 개정되었다. 대통령의 조치에 대한 심사를 위한 관할 법원을 워싱턴 D.C.의 항소심 법원(Court of Appeals for the District of Columbia Circuit)으로 한정하여 다른 법원에서 이를 심사하지 못하도록 규정하였다.¹⁰⁶⁾ 또한 법원에서 사건을 심리하기 위하여 필요하다고 판단하는 행정부의 자료 중 비밀로 보호해야 할 자료 등이 있는 경우 상대방의 검증 없이 일방적으로 (ex parte) 그리고 비공개로(in camera to the court)에 법원에 제공하도록 규정하였다.¹⁰⁷⁾

두 번째는 해외 투자자에 대하여 적법 절차 조항상의 권리를 인정했다는 점이다. 헌법상의 적법절차 조항은 미국의 시민권자나 미국 기업을 주로 보호하는 권리로

인식 되었으나, 외국의 투자자에게도 헌법상의 적법절차 조항을 적용함으로써 외국 투자자의 권리 보호가 강화되는 계기가 마련되었다. 외국투자자라 할지라도 주(州) 법상 적법하게 재산권이 보호받는 이상 그러한 재산권에 대한 침해의 통지절차의 보장이나 비밀로 분류되지 않은 정보나 자료에 대한 접근 허용, 정부의 조치에 대해 반론을 제기할 수 있는 항변권 보장 등과 같은 적법절차 상의 권리가 보호받을 수 있다는 것을 제시한 판결이라는 점에서 의미가 크다고 할 수 있을 것이다.

사법적 심사와 관련 정보의 공개, 적법절차에 의한 권리 보호라는 의미에서 많은 관심을 끌었던 Ralls 사건은 이번 2018 FIRRMA 법으로 인해 관할법원을 워싱턴 DC의 항소법원으로 결정하고 정보 공개와 관련한 절차를 규정함으로써 Ralls 판결에 따른 후속 조치가 이루어지게 되었다. 미국 의회는 2018 FIRRMA법을 통해 의회의 외국인 투자에 대한 심사를 강화하겠다는 의지를 명확하게 제시하였다. 그럼에도 불구하고 여전히 이번 입법이 Ralls에서 판단한 헌법상의 적법절차에 따른 권리를 제한하는 것으로는 볼 수 없을 것으로 생각된다. 따라서 향후 외국인 투

106) *supra* note 42. Sec. 1715(2).

107) *supra* note 42, Sec. 1715(3).

자에 관한 새로운 사건이 제기될 경우 미국 법원이 어떻게 최종적인 판단을 하게 될지는 아직은 미지의 분야로 남아 있다고 보아야 할 것이다.

V. WTO 규범, 양자 협정 및 한국의 관련 규정

1. WTO 관련 법규

WTO의 주요한 특징은 ‘자유롭고 공정한’ 무역질서를 구축함에 있다.¹⁰⁸⁾ WTO는 다자 통상규범의 가장 기본적인 원칙으로서 최혜국대우의 원칙, 내국민대우의 원칙을 규정하고 있다. 그러나 일정한 경우에는 안보를 이유로 하여 이러한 기본 원칙에 대한 예외를 인정하고 있다. 이러

한 기본 원칙에 대한 예외적인 경우의 대표적인 조항으로서 GATT 제21조를 들 수 있다. 미국을 비롯한 EU 및 캐나다는 자국의 외국인 투자규제 제도가 GATT 제21조의 국가안보의 예외조항에 해당된다고 주장하고 있다.¹⁰⁹⁾

GATT 제21조는 가맹국이 자신의 필수적인 안보이익(essential security interests)의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 WTO의 일반적인 원칙을 따를 필요 없이 일방적인 조치를 취할 수 있도록 허용하고 있다.¹¹⁰⁾ 특히 동 조항은 회원국이 필요하다고 인정할 경우(which it considers necessary for . . .)라고 규정함으로써 회원국의 상당한 재량을 인정하고 있다. 물론 위의 ‘필수적인(essential)’ 안보이익이라는 부분은 ‘통상의 안보이익’보다는 높은 수

108) 김나영, WTO법에서의 실질적 공정성 확보방안에 관한 연구, 한국외국어대학교 박사학위 논문, 2면, 2012. 8.

109) 강성진, EU의 국가 안보 근거 외국인 직접 투자 규제 규칙 도입 논의 및 한국에 대한 함의, 국제경제법 연구 제16권 제1호, 2018. 3. 15면,

110) GATT Article XXI, Security Exceptions Nothing in this Agreement shall be construed

- (a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or
- (b) to prevent any contracting party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests
 - (i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived;
 - (ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;
 - (iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or
- (c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security

준을 요구한다고 보는 견해도 있다.¹¹¹⁾ 그러나 대부분은 이러한 안보를 기반으로 한 조치들은 회원국의 전속적 재량사항(total discretion)이라고 보고 있다.¹¹²⁾ 또한 GATT 제21조는 포괄적 예외조항으로서 GATT 제조의 최혜국대우의 원칙뿐만 아니라 GATT상의 다른 의무들 역시 제21조의 예외가 될 수 있다고 쉽게 추론할 수 있다고 설명하고 있다.¹¹³⁾

안보상의 예외조항을 근거로 하여 발동된 무역제한조치가 WTO에서 문제로 검토된다면 안보조항에서 규정하고 있는 필수적인 안보이익(essential security interest)이 주된 쟁점이 될 수 있을 것이다. 필수적인 안보이익은 통상의 안보이익보다는 높은 기준을 요구한다고 보며,¹¹⁴⁾ 이에선 무력충돌을 포함한 미래의 위협을 포함한 경제적, 정치적 상황이 포함될 수 있으나 이는 심각성을 가진 상황으로 국한되어야 한다고 하고 있다.¹¹⁵⁾

이번 미국의 철강과 알루미늄의 국가안보를 근거로 한 관세 부과 조치 및 자동차에 대한 상무부의 조사에서 미국 상무부가 제시한 주요한 판단 기준을 살펴보면 국가안보의 포괄적 근거 하에서 국가 재정 수입(financial revenue)이나 해당 산업에 미치는 경제적 영향(impact on economic welfare) 등을 일응의 기준으로 제시하고 있다. 이러한 국가의 재정수입이나 경제적 영향 등을 감안한 경제적 안보 기준이 과연 어느 정도로까지 심각한 상황으로서 국가 안보에 영향을 미쳤다고 볼 것인가는 향후 WTO 패널에서 다루어질 중요한 이슈가 될 것으로 보인다.

또한 미국의 최근 FIRRMA를 비롯한 일련의 안보 관련 법률들이 주로 중국의 ‘제조 2025’를 겨냥하고 있는 것과 관련하여 중국은 미국 정부를 상대로 하여 GATT 제23조(Article XXIII: Nullification or Impairment)에 근거하여 WTO제소를 검토하고 있다고 알려져 있다.¹¹⁶⁾ GATT 제23

111) Peng, Shin-yi., *Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions*, 「Journal of International Economic Law」, Vol. 18, p. 463. 2015.

112) 이지수, 무역제한조치와 안보:WTO 안보상 예외에 관한 해결되지 않은 문제들, 「국제경제법 연구」, 제15권제3호, 188-189면. 2017; Panel Report, US-Trade Measures Affecting Nicaragua, Report by the Panel (L/6053), 13 October 1986, para. 4.6; 손태우, 국가안보(National Security)로 인한 미통상법의 변화와 WTO규범과의 상충에 관한 연구, 「부산대학교 법학연구」, 제51권 제4호, 통권 66호, 531면 2010. 11.

113) 손태우, *Ibid.* 532면

114) Peng, *supra note* 112, p. 463.

115) 이지수, *supra note* 113, 196-7면; Mitsuo Matsushita, et. al. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, Oxford University Press, pp. 596-597. 2006.

조는 어느 체약국의 권리가 다른 체약국의 행위로 인하여 무효화(nullification)되거나 침해(impairment)될 경우 WTO에 제소할 수 있도록 규정하고 있다.¹¹⁷⁾

2. FTA, 투자보장협정 등 양자협정

WTO협정과 다르게 상호 합의에 의한 양자 간의 협정은 안보와 관련한 무역조치를 제한할 수 있다. 예를 들면 캐나다와 이스라엘간의 자유무역협정에서는 안보에 관한 예외조항에서 “필요하다고 인정하는”이라는 부분을 삭제함으로써¹¹⁸⁾ 체약국이 동 안보 조항의 운용에 따른 사법적 심사 가능성을 인정하였다.¹¹⁹⁾ 한편 안보상의 예외를 일반적 예외의 일부로서 규정한 경우로서는 Caribbean Community

(CARICOM) - Dominican Republic FTA 와 EC - Republic of South Africa를 들 수 있다.¹²⁰⁾ 이러한 특별한 조항을 둬으로써 안보를 이유로 한 무역제한조치는 GATT 제20조에서 규정하고 있는 바와 같은 “자의적이거나 정당화할 수 없는 차별 또는 당사국간의 무역에 대한 위장된 제한의 수단을 구성”하여서는 아니 되며,¹²¹⁾ GATT 제21조는 GATT 제20조와 같은 제한적 문장을 두고 있지 않으므로 회원국의 재량의 범위가 넓다고 볼 수 있다.¹²²⁾

한미 자유무역협정(KORUS FTA)에서도 안보상의 예외와 관련된 조항을 두고 있다. KORUS-FTA 제23.2조는 필수적 안보(essential security)를 규정하면서 “이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아

116) 신꽃비, 나수엽, 박민숙, *미국의 중국기업 대미 투자제한 강화와 시사점*, 오늘의 세계 경제, Vol. 18. No. 32, 대외경제정책연구원, 2018. 8. 29. 7면.

117) GATT, Article XXIII.

118) Canada - Israel FTA (CIFTA) Article 10.2: National Security, 1.(b) (Nothing in this Agreement shall be construed: (a) omitted, (b) to prevent either party from taking any actions necessary for the protection of its essential security interests:

119) 이지수, *supra note 113*, 202면.; Ji Yeong Yoo, Dukgeun Ahn, “Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?,” 「Journal of International Economic Law」, Vol. 19, p. 430. 2016.

120) 이지수, *Ibid.* 203면; CARICOM-Dominican Republic of Free Trade Agreement, Annex I: Agreement on Trade in Goods, Art. VII; Agreement on Trade, Development and Cooperation between the European Community and its Member States, of the one part, and the Republic of South Africa, of the part) Title I. Article 27.

121) *Ibid.*, CARICOM-Dominican Republic of Free Trade Agreement, “Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination where the same conditions prevail or a disguised restriction on trade between the Parties.”

122) 이지수, *supra note 113*, 203면; Ji Yeong Yoo, Dukgeun Ahn, *supra note 113*, pp. 418, 437.

니한다. 가. 공개되면 자국의 필수적 안보 이익에 반한다고 당사국이 결정하는 정보를 당사국이 제공하거나 이에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것. 또는 나. 당사국이 국제평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위하여, 또는 자국의 필수적 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 판단하는 조치를 적용하지 못하도록 배제하는 것¹²³⁾으로 규정하고 있다. 따라서 한미자유무역협정에서도 안보상의 필요한 예외적인 경우에는 당사국이 재량에 따라 필요한 조치를 취할 수 있도록 예외적인 상황을 인정하고 있다. 이와 같은 안보상의 예외 규정은 한-칠레 FTA의 제20.2조, 한-EU FTA의 제15.9조 에도 동일하게 언급되어 있다.¹²⁴⁾

3. 한국의 외국인투자관련 법령

한국은 외국인투자에 관한 기본법으로서 외국인투자촉진법을 두고 있다. 외국인투자촉진법은 제4조 제2항에서 아래 3가지의 경우를 제외하고는 외국인투자의

제한을 받지 않는다 라고 규정하고 있다. 즉, (1) 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 주는 경우, (2) 국민의 보건위생 또는 환경보전에 해를 끼치거나 미풍양속에 현저히 어긋나는 경우, (3) 대한민국의 법령을 위반하는 경우이다. 이에 근거하여 국가안보를 이유로 한 외국인투자에 관한 구체적인 제한은 외국인투자촉진법 시행령 제5조에서 규정하고 있다.¹²⁵⁾

외국인투자촉진법 시행령 제5조 제1항 2.에서는 주무부장관의 검토 요청으로 산업통상자원부 장관이 (1) 방위사업법 상의 방위산업물자의 생산에 지장을 초래할 우려가 있는 경우 (2) 대외무역법에 따른 수출 허가 또는 승인 대상 물품 등이나 기술로서 군사목적으로 전용(轉用)될 가능성이 높은 경우 (3) 국가정보원법에 따라 국가기밀로 취급되는 계약 등의 내용이 공개될 우려가 있는 경우 (4) 국제평화 및 안전유지를 위한 국제연합 등의 국제적 노력에 심각하고 중대한 지장을 초래할 우려가 있는 경우에는 투자위원회의 심의

123) 손태우, *supra* note 113, 533-534면; 산업통상자원부 FTA Section, <http://fta.go.kr/main/> 한미 FTA 공개본 (2007. 5. 25). ARTICLE 23.2: ESSENTIAL SECURITY, Nothing in this Agreement shall be construed: (a) to require a Party to furnish or allow access to any information the disclosure of which it determines to be contrary to its essential security interests; or (b) to preclude a Party from applying measures that it considers necessary for the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security or the protection of its own essential security interests.

124) 산업통상자원부 FTA Section, <http://fta.go.kr/main> 한-칠레 FTA 공개본 (2003. 2. 15) 및 한-EU FTA 공개본 (2010. 10. 6).

125) 외국인투자촉진법 제4조 제2항.

에 따라 국가안보위해에 해당하는 것으로 결정한 사항에 대해서는 일정한 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다.¹²⁶⁾ 일정한 조치의 내용으로서는 특정사업 부문의 분리 매각이나 보안유지 준수 등의 조건을 붙여 외국인투자를 허용할 수 있다.¹²⁷⁾

한편 산업통상자원부 장관이 당해 외국인투자가 국가안보위해에 해당한다는 결정을 한 경우에 해당 외국인투자로 이미 기업의 주식 등을 취득한 외국인은 그 결정이 있는 날부터 6개월 이내에 해당 주식 등을 대한민국국민, 대한민국법인 또는 국가안보위해의 우려가 없는 외국인에게 양도하여야 한다.¹²⁸⁾ 산업통상자원부장관은 국가안보위해 여부에 관한 결정을 한 경우에는 지체 없이 해당 외국인의 주식 등의 취득을 불허하거나 허용하는 통보를 하여야 하고, 국가기밀을 제외하고 (1) 국가안보위해 해당 여부 (2) 결정 사유 (3) 조건이 붙은 경우 그 조건의 내용을 공표하여야 한다. 또한 외국인은 외국인투자를 신고하기 전에 주무부장관이나 산업통상자원부장관에게 산업통상자원부장

관이 고시하는 사항을 갖추어 해당 외국인투자가 국가안보위해 해당 여부 등의 검토 요청 대상에 해당하는지 여부의 확인을 사전에 요청할 수 있다.¹²⁹⁾

외국인투자위원회에 관해서는 외국인투자촉진법 제27조에서 규정하고 있다. 동법 제27조에서는 외국인투자위원회의 심의사항으로서 외국인투자에 관한 기본정책과 제도에 관한 중요사항을 비롯하여 조세감면의 기준이나 촉진시책 등을 나열하고 있으며 그 밖에 외국인투자유치에 관한 중요 사항을 심의 대상으로 하고 있다.¹³⁰⁾ 외국인투자위원회는 산업통상자원부장관이 위원장이 되고, 기획재정부차관, 교육부차관, 과학기술정보통신부차관 등의 각 부처 차관을 위원으로 하여 구성된다.¹³¹⁾

외국인투자의 심의 업무와 관련하여 일부에서는 외국인투자촉진법 상의 이러한 상세한 규정에도 불구하고 현재 산업통상자원부와 외국인투자위원회가 실질적으로 집행하려는 의지가 부족하다고 지적하고 있다.¹³²⁾ 그러나 생각하건대 외국인투자촉진법에 규정하고 있는 대부분의 사항들

126) 외국인투자촉진법 시행령 제5조 제1항.

127) 외국인투자촉진법 시행령 제5조 제7항.

128) 외국인투자촉진법 시행령 제5조 제9항.

129) 외국인투자촉진법 시행령 제5조 제6항.

130) 외국인투자촉진법 제27조 제1항.

131) 동법 제27조 제2항.

이 주로 외국인투자에 관한 지원책으로서 국가안보 위해 여부를 판단하기 위한 조항은 27조 제1항 제12호의 기타 조항 밖에 없는 것으로 보인다. 법 제27조의 시행을 위한 구체적인 절차를 규정하고 있는 동법 시행령 제34조에도 국가안보와 관련한 부분은 없어¹³²⁾ 시행령 제5조의 국가안보 위해 여부를 판단과 관련하여 국가안보의 범위나 심의 절차 및 판단 기준 등 보다 구체적인 규정을 두기 위한 개정이 필요한 것으로 생각된다.

더구나 최근 한국은 외국 투자자로부터의 ISD 중재와 관련하여 2012년 론스타 제소 건 이후 제소 건수가 점차 늘고 있다. 특히 2018년 6월 한국 정부는 이란 기업이 대우일렉트로닉스 인수와 관련하여 제기한 ISD 중재에서 최초로 패소하여 730억원을 배상하여야 한다는 판정을 받았다.¹³⁴⁾ 우리 기업에 대한 외국인 투자가 상당 부분에 이르며, 향후 ISD가 늘어날 것에 대비하여 우리나라의 관련 법률 규정이나 정책은 좀 더 투명하고 상세하게 규정할 필요가 있다. 따라서 외국인투자와 관련한 각종 규정들도 좀 더 세밀하고

정치하게 재검토할 필요가 있을 것으로 생각된다.

한국의 기업의 인수합병 등 기업결합에 관한 신고 및 허가 업무는 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’)에 의거하여 공정거래위원회가 담당하고 있다. 공정거래법 제7조에서는 기업의 인수합병 등 기업결합에 관하여 일정한 경우에 반드시 기업결합에 관한 심사를 받도록 규정하고 있다.¹³⁵⁾ 그러나 동 조항은 기업의 인수합병을 검토하는 기본적인 기준으로서 ‘일정한 거래분야에서 경쟁을 실질적으로 제한하는지’ 여부를 심사하도록 규정하고 있어 어디까지나 경쟁 제한성을 집중적으로 살펴보고 있다. 이와 같이 한국의 공정거래법은 기업결합으로 인한 시장에서의 경쟁의 실질적 제한 가능성을 심사하는 것으로서 국가안보에 관한 심사를 기본으로 하고 있지 않으며, 이에 따라 공정거래법의 구체적인 시행을 위한 ‘기업결합심사기준’에서도 국가안보나 위해의 심사에 관한 규정은 찾아볼 수 없다.¹³⁶⁾ 향후 좀 더 검토가 필요한 부분이다.

132) 강성진, *supra* note 111, 21면.

133) 외국인투자촉진법 시행령 제34조.

134) 중앙일보, 2018. 7. 26.

135) 독점규제및공정거래에관한법률 제7조 제1항.

136) 기업결합 심사기준, 공정거래위원회 고시 제2017-22호, 2017. 12. 20.

산업기술의 해외 유출을 방지하기 위하여 2006년에 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(이하 ‘산업기술보호법’)이 제정되었다. 산업기술보호법은 산업기술의 부정한 유출을 방지하고 산업기술을 보호함으로써 국내 산업의 경쟁력을 강화하고 국가의 안전보장과 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다라고 규정하고 있다.¹³⁷⁾ 동 법 제6조에서는 산업기술의 유출 방지 및 보호에 관한 사항을 심의하기 위하여 산업기술보호위원회를 두고 있으며,¹³⁸⁾ 산업통상자원부장관은 일정한 기술을 국가안보 및 국민경제에 미치는 파급효과, 국내외 시장 점유율, 해당 분야의 연구 동향 등을 고려하여 국가핵심기술을 선정, 지정할 수 있다.¹³⁹⁾ 국가로부터 연구개발비를 지원받아 개발한 국가핵심기술을 개발한 대상기관이 해당 핵심기술을 외국 기업 등에 매각 또는 이전 등의 방법으로 수출하고자 하는 경우에는 산업통상자원부 장관의 승인을 얻어야 한다.¹⁴⁰⁾ 국가핵심기술을 보유한 대상기관

이 해외 인수, 합병, 합작투자 등 외국인 투자를 진행하려는 경우에는 산업통상자원부 장관에게 미리 신고하여야 한다.¹⁴¹⁾ 산업통상자원부 장관의 승인이나 신고 없이 불법적으로 산업기술을 유출함으로써 동 법을 위반한 경우에는 7년 이하의 징역 또는 7억원 이하의 벌금에 처한다.¹⁴²⁾

국가안보와 방위사업과 관련하여 기본적인 사항을 규정하고 있는 법은 방위사업법이다. 방위사업법 제35조에서는 국가안보에 관련된 사항을 규정하고 있다. 동 법 제35조 제1항에서 방산물자를 생산하고자 하는 자는 대통령이 정하는 시설기준과 보안요건 등을 갖추어 산업통상자원부장관으로부터 방산업체의 지정을 받도록 하고, 산업통상자원부장관은 방산업체를 지정함에 있어서 미리 방위사업청장과 협의하여야 한다.¹⁴³⁾ 제2항에서는 방산업체를 총포류 등 핵심장비의 생산 여부를 기준으로 하여 주요 방산업체와 일반 방산업체로 구분하고 있으며,¹⁴⁴⁾ 제3항에서는 방산업체의 매매·경매 또는 인수·합

137) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제1조.

138) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제6조.

139) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제9조.

140) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제11조.

141) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제11조의2.

142) 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제36조.

143) 방위사업법 제35조 제1항.

144) 방위사업법 제35조 제2항.

병과 관련하여 경영 지배권의 실질적인 변화가 예상되는 경우로서 대통령령이 정하는 기준에 해당되는 때에는 당해 방산업체와 경영상 지배권을 실질적으로 취득하고자 하는 자는 대통령령이 정하는 바에 따라 관계서류를 제출하여 미리 산업통상자원부장관의 승인을 얻어야 한다라고 규정하고 있다.¹⁴⁵⁾ 산업통상자원부장관은 제3항 본문의 규정에 의한 승인을 하고자 하는 때에는 미리 방위사업청장과 협의하여야 한다.¹⁴⁶⁾

이에 따른 방위사업법 시행령 45조에서는 방산업체의 매매를 규정하면서 방산업체의 경영상의 지배권을 취득함에 있어 산업통상자원부장관의 승인을 얻고자 하는 자는 국방부령이 정하는 승인신청서에 관련 서류와 방산업체 주식 등의 취득에 관한 증거서류를 첨부하여 산업통상자원부장관에게 제출하여야 한다.¹⁴⁷⁾ 산업통상자원부장관은 제2항의 규정에 의한 신청을 승인한 때에는 신청인 및 방위사업청장에게 그 사실을 통보하고, 그 승인에 따라 방산업체의 상호, 대표자 또는 주소 등이 변경되는 때에는 방산업체지정서를 재교부하여야 한다.¹⁴⁸⁾

결국 이상의 규정을 살펴보면 대 한국의 안보위해를 근거로 하여 외국인투자자의 자격이나 조건을 심사할 수 있는 규정은 외국인투자촉진법, 산업기술보호법 및 방위사업법이라고 볼 수 있을 것이다. 그러나 외국인의 한국 내 투자와 관련한 외국인투자촉진법은 동법의 명칭에서도 알 수 있듯이 주로 외국인투자의 촉진을 위한 지원책을 주로 규정하고 있는 것으로서 국가안보를 근거로 하여 외국인투자를 제한하고 있는 것은 아니라고 생각된다. 또한 공정거래법은 시장의 경쟁제한성을 근간으로 하고 있어 역시 국가안보를 근거로 한 검토는 아니라고 할 수 있다. 따라서 산업기술의 유출방지나 보호를 위해 외국인투자를 제한하거나 방위사업법상의 근거에 따라 방산업체의 지정이나 외국인투자자의 방산업체의 인수 등과 관련하여서는 기업인수를 제한할 수 있는 근거는 될 수 있을 것으로 생각된다. 이에 대하여 현재 산업통상자원부 및 외국인투자위원회가 국가안보를 이유로 한 외국인투자를 실질적으로 집행하려는 의지는 그렇게 크지 않은 것으로 생각된다.

산업기술보호법은 주로 외국으로의 기

145) 방위사업법 제35조 제3항.

146) 방위사업법 제35조 제4항.

147) 방위사업법 시행령 제45조 제2항.

148) 방위사업법 시행령 제45조 제3항.

술유출을 방지하기 위하여 주로 활용되고 있으나 국가로부터 연구개발비를 지원받아 개발한 기술을 대상으로 하는 점 등 해당 기술의 범위가 제한적이어서 그 사례가 많지 않으며, 방위사업법 또한 방위산업에 국한된 점 등에 비추어 국가안보라는 다소 포괄적인 개념을 근거로 하여 보다 다양하고 탄력적으로 외국인투자를 제한하는 규정은 현재 없는 것이 사실이다. 최근 중국 산동성 소재의 쌍성그룹이 금호타이어를 인수하는 과정에서 국가안보를 근거로 한 방산업체의 매각 허가 및 산업부장관의 허가 사항 등은 일부 언론에 그 내용이 보도된 적이 있다.

VI. 결 론

지금까지 중국의 해외 기업의 인수합병으로 촉발된 외국인투자에 대한 국제적 제한 움직임에 착안하여 미국의 외국인투자 제한의 근거와 배경, 미국을 비롯한 EU 등의 외국인투자 제한 관련 법령 및 최근의 추세 등을 살펴보았다. 또한 미국의 외국인투자제한의 최근 사례로서 미국 법원의 외국인투자위원회와 대통령의 결정에 관한 미국법원의 주요한 판례로서 *Ralls* 사건을 상세히 분석해보았다. 또한 외국인투자 제한의 WTO규범과의 정합성과 양자협정에서 규정하고 있는 부분들을

살펴보았으며, 한국의 외국인투자법령이나 공정거래법 혹은 방위사업법 등을 살펴보면 한국에서의 안보를 근거로 한 외국인투자의 제한 관련 법령을 살펴보았다.

그 동안 무역과 자본 이동의 자유화를 통해 성장해 온 세계 경제는 이제 새로운 시대를 맞이하게 되었다. 미국은 최근 TPP 탈퇴, NAFTA 재협상, WTO 무용론 등을 통해 보호무역의 흐름을 주도하고 있다. 여기에 대응하여 EU와 중국 등 주요 무역 주체들도 미국의 조치에 대응하여 관련 보복조치나 보호 조치를 시행하고 있다. 이러한 과정에서 그 동안 활발하게 진행되던 글로벌 기업의 인수합병도 미국의 새로운 FIRRMA법으로 인해 당분간은 상당히 줄어들 것으로 전망된다.

중국의 기술 굴기(굴기)를 목표로 한 ‘중국 제조2025’ 및 첨단산업 분야에 대한 지속적인 개발 전략 등은 필연적으로 미국과의 기술 분야에 관한 마찰을 야기할 것으로 본다. 결국 이에 따라 미국은 중국의 미국 기업에 대한 인수합병을 상당 부분 규제하려고 할 것이며, 이에 따른 반작용으로 전 세계적인 기업인수 합병도 상당히 영향을 받을 것으로 본다. 이러한 시점에서 국가 안보를 근거로 한 외국인투자의 제한 움직임은 한국 기업의 글로벌 경제활동에도 많은 영향을 미칠 것으로

전망된다. 따라서 한국 기업들은 글로벌 생산 거점을 준비하고 실행하는 과정에서 이러한 국제적인 흐름을 잘 살피서 투자를 검토하여야 할 것으로 생각된다.

아울러 우리 외국인 투자와 관련한 법제도 전면적으로 재검토할 필요가 있다고 생각된다. 위에서 살펴본 바와 같이 우리의 외국인투자촉진법이나 산업기술유출방지법, 방위산업법 등에 흩어져 있는 각종 외국인투자 관련 규정들을 종합적으로 검토하여 국가 안보와 관련하여 좀 더 입체적이고 종합적인 검토가 가능하도록 새로운

외국인투자심사법을 제정하여 업무를 일원화하는 것도 검토할 필요가 있을 것이다. 또한 외국인투자를 담당하는 산업통상자원부 내에 가칭 ‘외국인투자위험심사위원회’를 신설하고 국가 안보의 범위나 외국인 투자의 검토 기준 및 심사 절차 등 외국인투자로 인한 국가 안보의 저해 요소를 좀 더 세밀하게 정비하는 것이 필요하다고 생각된다. 이러한 조치를 통해 최근 증가하고 있는 한국을 상대방으로 한 ISD 국제중재의 위험도 적절히 예방할 수 있을 것으로 생각된다.

참 고 문 헌

- 강성진, EU의 국가 안보 근거 외국인 직접 투자 규제 규칙 도입 논의 및 한국에 대한 함의, 「국제경제법 연구」, 제16권 제1호, 2018.
- 강지연, 중국 제조 2025 전략, 「산업경제분석」, 산업연구원, 2015.
- 김나영, WTO법에서의 실질적 공정성 확보방안에 관한 연구, 한국외국어대학교 박사학위 논문, 2012. 8.
- 뉴스1, 2017. 8. 28.
- 머니투데이, 2018. 3. 28.
- 법무부, 미국통상법 연구, 1996.
- 손태우, 국가안보(National Security)로 인한 미통상법의 변화와 WTO규범과의 상충에 관한 연구, 「부산대학교 법학연구」, 제51권 제4호, 통권 66호, 2010.
- 신꽃비, 나수엽 외, 미국의 중국기업 대미 투자 제한 강화와 시사점, 「오늘의 세계 경제」, Vol. 18, No. 32, 대외경제정책연구원, 2018.
- 산업통상자원부, FTA Section. 2007.
- 중앙일보, 2018. 7. 26.
- 중앙일보, 2018. 7. 31.
- 이지수, 무역제한조치와 안보: WTO 안보상 예외에 관한 해결되지 않은 문제들, 「국제경제법 연구」, 제15권 제3호, 2017.
- 파이낸셜 타임즈, 2018. 4. 1.
- 표인수, 김대원, “국제통상법상 국영기업 규제에 관한 고찰”, 「국제경제법 연구」, 제15권 제1호, 2017.
- 허윤, 안덕근 외, 「신통상패러다임과 네트워크 통상체제」, 서울, 효일문화사, 2018.

- Annual Report to Congress, Committee on Foreign Investment in the United States, 2015.
- Auerbach, Stuart, Cabinet to Weigh Sale of Chip Farm, The Washington Post, March 12, 1987.
- Babones, Salvatore, Alibaba's Failed MoneyGram Deal Shows How China's Payment Wars Are Splitting Over Into U.S., Forbes Jan. 3, 2018.
- Complaint, Ralls Corp. v. CFIUS, 926 F. Supp. 2d, 2014.
- Cook, Randall H. et. al, FIRRMA Is Coming: How to Get Ready, 「Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation」, 2018.
- European Commission, Reflection Paper on Harnessing Globalization, 2017.
- IN FOCUS, Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, Congressional Research Service, February 23, 2018.
- Ji Yeong Yoo, Dukgeun Ahn, "Security Exceptions in the WTO System: Bridge or Bottle-Neck for Trade and Security?," 「Journal of International Economic Law」, Vo 1. 19, p. 430. 2016.
- Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319, U.S. Feb. 24, 1976.
- Matsushita, Mitsuo, et al, 「The World Trade Organization: Law, Practice and Policy」, Oxford University Press, 2006.
- Reuters, Broadcom to end bid for Qualcomm, March 13, 2018.
- Reuters, Trump bars Chinese-backed firm from buying U.S. chipmaker Lattice, September 14, 2017.
- Reuters, EU Lawmakers push to toughen screening of foreign investments, May 29, 2018.
- Reuters, China Conditionally Approves Bayers' Acquisition of Monsanto, March 13, 2018.
- Reuters, Massive U.S. defense policy bill passes without strict China measures, August 2, 2018.

- Shin-yi, Peng, Cybersecurity Threats and the WTO National Security Exceptions, 「Journal of International Economic Law」, Vol. 18, 2015.
- The New York Times, Under Pressure, Dubai Company Drops Port Deal, March 19, 2006.
- The New York Times, U.S. Opens Inquiry Into Uranium Imports in Sign That Trade War Is Spreading, July 18, 2018.
- U.S. Congress, Committee on Government Operations, The Adequacy of the Federal Responses to Foreign Investment in the United States, 「Report by the Committee on Government Operations」, H. Rept. Washington: GPO, 1980.
- Wall Street Journal, Qualcomm Abandons NXP Deal Amid U.S.-China Tensions, July 26, 2018.
- White & Case, FIRRMA: Proposed CFIUS Legislation Would Bring Significant Changes, November 08, 2017.
- White & Case, CFIUS Update, July 4, 2018.
- White & Case, CFIUS Reforms Becomes Law: What FIRRMA Means for Industry, August 13, 2018.
- Wang, Judy, Ralls Corp. v. CFIUS: A New Look at Foreign Direct Investment to the US, 「Columbia Journal of Transnational Law Bulletin」, Vol. 54, 2016.
- Zhao, Shanshan, A Comparative Study on Foreign Investment Review System under the WTO, 「TLBU Graduate School of Law」, 2015.

[국문초록]

미국의 국가안보를 이유로 한 외국인투자제한의 법률적 검토

- Ralls 사건을 중심으로 -

최근 미국은 중국이 대외투자를 통하여 제조업을 비롯한 미국의 주요 산업에 진출하고자 하는 시도를 저지하기 위해서 외국인투자에 관한 심사를 대폭 강화하고 있다. 그 대표적인 것이 2018년 8월 트럼프 대통령이 서명한 외국인투자위험심사선진화법(FIRRMA)이다. 동법은 미국 투자심사위원회(CFIUS)의 권한을 대폭 강화하여 미국의 핵심기술(critical technologies)이나 핵심 시설(critical infrastructure)에 대한 사실상의 모든 외국인투자를 심사할 것으로 알려져 있다.

한편 미국 투심위의 결정과 대통령의 결정에 대해서 최초로 사법적인 판단이 이루어진 Ralls 사건(2014)에서 미국 연방법원 항소심은 미국 기업이 주(州)법에 의거하여 취득한 적법한 권리는 헌법상의 적법절차에 의하여 보장되어야 하며 행정부나 의회가 이를 제한할 수 없다는 점을 판시하였다. Ralls 사건은 미국 투심위와 대통령의 결정에 대하여 미국 역사상 최초로 사법적 심사가 이루어졌다는 점에서도 의미가 있을 뿐만 아니라 대통령의 결정이 사법적 심사의 대상이 되는지 여부와 외국인투자기업에 대한 헌법상 적법절차 조항의 보장 여부 등이 주요한 쟁점이 되었다.

2018년 도입된 FIRRMA법에서는 Ralls 사건으로 인하여 제기된 투심위의 결정에 대한 연방법원 항소심의 전속 관할을 인정하는 새로운 규정이 도입되었으며, 소송 과정에서 투심위의 결정에 근거가 되는 필요한 자료에 대해서는 법원이 제한적으로 공개토록 하는 등의 절차 규정도 새롭게 마련되었다.

한편 이와 같이 강화된 외국인투자 심사제도는 WTO규범상의 국가안보를 위한 제한 규정 GATT 제21조의 위반이라고 보기는 어려울 것이다. 그러나 양자 간의 협정에 의해서는 상호 합의에 의해서 국가 안보에 관한 규정을 삭제하거나 제한할 수 있다. 이에 따라 EU나 중국 등도 이러한 안보를 이유로 한 외국인투자 제한을 대폭 강화하는 방향으로 나아가고 있다. 우리나라의 경우에도 외국인투자촉진법, 산업기술의 유출방지법, 공정

거래법 등을 통하여 국가 안보와 관련한 외국인 투자 관련 조항들이 있으나 국가안보를 이유로 하여 외국인투자를 제한하기에는 어려운 점이 많다고 할 수 있다. 따라서 최근 변화하고 있는 국제적인 흐름에 따라 우리나라에서도 국가안보를 이유로 하는 경우에는 외국인투자를 제한할 수 있는 법률 규정이 필요할 것이다. 또한 가칭 ‘외국인투자위험심사위원회’를 설치하여 국가안보를 위한 투자심사에 대해서는 검토 기준 및 심사 절차 등 외국인투자로 인한 국가 안보의 심사 요소를 좀 더 세밀하게 정비하는 것이 필요하다고 생각된다.

주제어

외국인투자, 국가 안보, 투자심사위원회, FIRRMA, 핵심 기술, 핵심 인프라, 적법절차, 사법심사, GATT Article XXI, 중국 제2025.

[ABSTRACT]

The Legal Analysis of the US Review System of Foreign Investment For National Security Concerns

- Focusing on Ralls Case -

On August 13, 2018, the U.S. Government has a new review system of foreign investment by amending the related law. The new law, so called FIRRMA(Foreign Investment Risk Review Modernization Act), which amended previous FINSA(Foreign Investment and National Security Act of 2007), strengthened the role and function of CFIUS (The Committee on Foreign Investment in the United States). Above all, FIRRMA is known to cover practically all the cases with respect to foreign investment which could have a critical impact on the national security of the United States. In particular, rapidly increasing Chinese investment into the United States for the last couple of years caused the U.S. government to pay special attention to such investment. Ralls case was the first case where the US court adjudicated the claims of foreign owned US company. In Ralls v. CFIUS, the Court of Appeals, D.C. Circuit, determined that CFIUS and the US President have deprived of Ralls rights under Due Process Clause under the US Constitution. The Court found that CFIUS and the US President have violated the Fifth Amendment of the US Constitution, which can never be limited by any decision of the Administration or the Congress, by not providing adequate evidence to the Plaintiff for such decision. Ralls case was the first case in terms of not only determining that the decisions of CFIUS and the President would be subject to judicial review, but also finding that even a foreign investor would have a right under the Due Process of the U.S Constitution if the foreign investor has legitimate rights under the relevant state laws. As a result of Ralls case, newly amended FIRRMA adopted a new rule establishing an exclusive jurisdiction of DC Circuit, Court of Appeals, in CFIUS cases. Further, necessary evidence in resolving a certain CFIUS case can be produced only ex parte and in camera to the court.

A new US review system is generally considered not to be a violation of GATT Article XXI

because such national security concerns would be subject to member countries' discretion. On the other hand, such national security considerations of each member country can be deleted or limited by bilateral agreement. Korea has several laws regulating foreign investment into Korea, which include the Law on the Promotion of Foreign Investment, the Law for Industrial Technology Outflow Prevention, and the Law on Monopoly Regulation and Fair Trade, etc. Considering recent trend with respect to the global foreign investment, Korea may need a new review system of foreign investment in light of recent national security concerns. Among others, establishing a new Committee on Foreign Investment Risk Review within the Korean Government seems to be necessary.

Key words

Foreign Investment, National Security, CFIUS, FIRRM, Critical technologies, Critical infrastructure, Due Process, Judicial review. GATT Article XXI, Made in China 2025.

국제투자중재상 투자가의 ‘정당한 기대이익’의 보호*

- FET 규정의 적용가능성 여부 및 그 적용 기준에 대하여 -

인천대학교 법학부 교수 김 석 호

*논문접수: 2018. 9. 11. *심사개시: 2018. 10. 5. *게재확정: 2018. 11. 5.

〈 목 차 〉

- | | |
|---|--|
| I. 서 론 | 2. FET 규정이 기대이익의 보호에 적용되는
판례상의 구체적 논거 |
| II. ‘정당한 기대이익(legitimate expectation)’의
의미 | IV. 국제투자중재 판정상 기대이익이 인정되기
위한 요건 |
| 1. 국내법상의 의미 | 1. 보호받을 수 있는 기대이익의 성립 |
| 2. 국제법상의 의미 | 2. 기대이익의 침해 및 FET 에의 위배 |
| III. 국제투자중재 판정이 기대이익의 보호를
인정한 법적 근거 및 논거 | V. 결 론 |
| 1. 법적 근거 : ‘법의 일반원칙’으로부터
‘FET 규정’으로 | |

I. 서 론

‘정당한 기대이익(legitimate expectations)’이라는 개념은 원래 국제법상의 개념이 아니라 국내법상의 개념이라 할 수 있으며, 이러한 국내법상의 개념은 근본적으로는 공통적일 수 있으나 구체적인 면에

서는 국가간(특히 영미법계와 대륙법계간)에 나름대로의 차이를 갖고 있어서 국제적으로 완전히 일치된 개념이라고 보기는 어려운 점이 있는 개념이라고 할 수 있다.

그럼에도 이러한 불완전 일치된 국내법상의 개념이 국제투자법상 등장하게 된 것은 우선 ‘간접수용(indirect expropriation)’이

* 이 논문은 인천대학교 2016년도 자체연구비 지원에 의하여 연구되었음.

문제되게 되면서였다. 즉 제2차 세계대전 직후와는 달리, 오늘날엔 ‘직접’수용보다는 ‘간접’수용이 훨씬 문제되게 되었지만, 구체적인 경우 이의 인정 여부의 판단이 쉽지 않아 논란이 있을 수 있었던 까닭에 간접수용 여부의 판단 기준을 보다 구체적으로 명시할 필요가 있었고, 이러한 상황에서 간접수용의 인정 여부를 판단하는 구체적 기준중 하나로 투자자의 정당한 기대이익의 침해정도를 고려할 수 있도록 규정하게 되면서 국제무대에 등장한 것이다.¹⁾ 그러나 이 경우엔 정도에 관한 논란은 있을 수 있겠으나 ‘기대이익’이라는 개념이나 그 자체 기준으로서의 타당성 여부를 둘러싼 특별한 논란은 없었다. 왜냐

하면 원칙상 수용의 대상은 재산권으로서의 ‘투자’이므로,²⁾ 일단 ‘기대이익’ 그 자체는 재산권에 해당하지 않기에 원칙상 수용의 직접적인 대상이 될 수 없는 까닭이었고,³⁾ 또한 기대이익의 침해가 수용규정의 적용대상이 되려면, 그 자체의 침해 정도만으로는 해당되지 않으며, 적어도 그 결과가 재산권의 박탈에 이르는 경우에 국한되기 때문이다.⁴⁾

그러나 오늘날 투자자의 정당한 기대이익의 보호 필요성은 재산권의 박탈에 이르지 않더라도 그 자체로서 보호할 필요성이 점증함으로서 그 자체의 보호가 시대적 요청이 되었고, 이러한 필요에 부응하여, 국제중재법정은 투자자의 기대이익

- 1) 대표적인 경우로 미국의 경우를 들 수 있다. 미국 BIT 모델에선 간접수용의 판단시 고려되어야 할 기준을 명시하는 부속서(Annex)를 첨부하고 있고, 이 기준 중에 하나로 투자자의 정당한 기대이익의 침해정도를 거론하고 있다. (Cf. 한-미 FTA, Annex 11-B, 3. a. ii. : ‘the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations’); 한-중 FTA 에도 동일한 조항이 포함되어 있다.
- 2) 수용(expropriation)의 대상은 원칙적으로 ‘재산권(property right)’에 국한되는 것이며(cf. 한-미 FTA, Annex 11-B, 1.: “1. An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right in an investment.”), 투자협정의 경우엔 대부분 ‘투자(investment)’만을 그 보호대상으로 규정하고 있는데다 ‘투자(investment)’에 관한 정의(definition)가 협정에 명시되기 때문에 ‘투자’ 정의 속에 ‘기대이익’이 포함되도록 규정되지 않은 이상, 기대이익 그 자체가 수용의 대상이 되긴 어렵다.
- 3) 한국의 헌법재판소의 경우 역시 ‘기대이익’이나 ‘반사이익’ 등은 수용의 대상인 재산권의 개념에서 배제되는 것임을 확실히 하고 있다. (“--이러한 재산권의 범위에는 동산·부동산에 대한 모든 종류의 물권은 물론, 재산가치 있는 모든 사법상의 채권과 특별법상의 권리 및 재산가치 있는 공법상의 권리 등이 포함되나, 단순한 기대이익, 반사적 이익 또는 경제적인 기회 등은 재산권에 속하지 않는다고 보아야 한다.” (1998. 7. 16. 96헌마246))
- 4) “--While it may sometimes be uncertain whether a particular interference with business activities amounts to an expropriation, the test is whether that interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been “taken” from the owner.--” (Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, Interim Award, June 26, 2000, para.102.)

침해를 국제투자협정상의 '공평 대우(Fair & Equitable Treatment) (이후 이를 FET 라 약칭함)' 규정의 위반으로 판단하는 관행을 확립하게 되었다.⁵⁾ 이는 기대이익의 보호에 관한 투자협정상의 명시적 규정이 없음에도 불구하고, 필요에 부응하기 위해 국제중재법정이 투자협정상의 보편적인 규정이라 할 수 있는 'FET' 규정의 독자적 해석을 통해 기대이익 침해 자체를 동 규정의 위반으로 인정하게 되었음을 의미한다.

그러나 이러한 중재법정의 입장은 이론상 완벽하거나 적용방법상 일관된 것이라 보기는 어려워 이에 대한 거부감도 없지 않은 실정이다. 따라서 우선, 국제투자가의 기대이익을 보호해 줄 수 있는 법적 근거가 무엇인지부터 시작하여, 국제중재법정이 이를 위해 기대고 있는 FET 규정이 과연 그러한 근거가 될 수 있는지, 만약 될 수 없다는 주장이 있다면 어떠한 근거에 의해 그러한 주장을 하는 것인지를 살펴볼 필요가 있게 된다. 그 다음, 만약 FET와 같은 특정 조약 규정을 통해 투자가의 기대이익의 보호가 인정될 수 있다고 한다면, 어떤 경우에 기대이익이 성립

될 수 있는 것이며, 그 침해가 인정되면 어떤 상황이어야 하는 것인지가 중요하게 되는데, 이를 위해서는 해당 요건들이 어떠한 것인지를 중재판례를 중심으로 그것이 제시하고 있는 요건들을 구체적으로 살펴볼 필요가 있을 것이다. 끝으로, 국제중재법정이 기대이익 보호 원칙을 국제투자협정상의 FET 규정을 통해 적용하게 되었다면, 이 경우엔 국내법상 해당 원칙과는 어떻게 달라질 수 있는지 그리고 그러한 변용이 있는 경우, 문제는 없는 것인지 등에 대해 살펴볼 필요가 있는데, 이를 통해 국제투자법상 기대이익이 차지하는 위상을 보다 정확히 정립할 수 있는 계기가 될 수 있을 것이기 때문이다.

II. '정당한 기대이익(legitimate expectation)'의 의미

투자가의 '기대이익'이 투자협정상 보호대상이 되는지를 살펴보려면, 일단 본론에 들어가기 전에 '기대이익'의 의미에 대해 먼저 일견할 필요가 있는데, 이는 국내법상의 의미와 국제법상의 의미로 나누어 볼 필요가 있다.

5) “..There is in fact no single tribunal on record that has steadfastly refused to find that - - at least in principle - - such standard encompasses legitimate expectations...” (Michele Potestà, Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept, 28 ICSID Review, p.102. (2013))

1. 국내법상의 의미

원칙적으로 ‘정당한 기대이익’이란 개념은 국제법상의 고유한 개념이라기보다는 원래 국내법상의 개념인 것을 필요상 차용한 것이라 할 수 있으며, 차용의 법적 근거는 통상의 경우와 같이 이를 ‘법의 일반원칙(general principle of law)’의 하나로 인정하여 도입하는 것이라 할 수 있다.

그러나 동 개념은, 일반적 차원에서는 소위 문명국가의 법체계에서는 공통적으로 인정되는 개념으로 볼 수 있지만, 세부적 차원에서 보자면, 구체적 내용에선 국가에 따라 약간의 차이가 있을 수 있거나 그 사용 용어에 있어서도 약간의 차이가 존재한다.

먼저, 용어상의 차이에 관해 보자면, 동 용어의 기원은 독일에서 발전된 ‘신뢰보호(Vertrauensschutz)’의 원칙에 있다고 할 수 있으며, 대부분의 대륙법계의 경우는 그런 취지로 다루어지고 있다고 할 수 있다.⁶⁾ 그러나 유독 영미법계에서는 이에 상응하는 용어가 ‘정당한 기대(legitimate expectation)’이다. 이는 원래 신뢰보호의

원칙과 관련되는 것이지만, 이것이 영미법에서 정당한 기대의 보호로 개념이 전도된 것이라 할 수 있다. 즉 이 개념은 원래 영어로는 ‘legitimate confidence’로 번역되었어야 했던 것이나, 이를 ‘legitimate expectation’으로 왜곡되게 번역되었던 것으로 보이며,⁷⁾ 그럼에도 오늘날 국제중재법정에선 영미법계가 대세인지라 이에 의해 주로 영미법계의 용어인 ‘legitimate expectation’을 사용하고 있는 실정이라 할 수 있다.

그 다음, 동 개념은 공적 기관과 사인간의 관계에 적용되는 것이라는 점에서 영미법계의 ‘금반언(Estoppel)’의 원칙과는 상이하다. 영미법계에서는 금반언의 원칙에 기초하여 정당한 기대의 문제가 다루어지기도 한다. 그러나 이는 자의적인 가해자의 규제라는 측면에서 파악되는 것이라고 한다면, 기대이익의 보호는 그 상대방 피해자의 보호라는 측면에서 파악되는 것이라는 점에서 상이할 뿐만 아니라, 금반언의 경우는 사법(私法)과 같이 대등한 관계에서 원용되는 것이 원칙이라고 한다면, 기대이익의 보호는 주로 공공기관과

6) 프랑스에선 ‘la confiance légitime’라는 용어로 다루어지고 있다.

7) John A. Usher, The influence of national concepts on decisions of the European Court, European Law Review, 1976-1, p.363; Artemis Malliaropoulou, “Legitimate expectations in the TTIP proposal, in CETA, in EU law and in international investment law: a paradigm of Heraclitean hidden harmony?”, EFILA blog, <https://efilablog.org/2016/11/24/legitimate-expectations-in-the-ttip-proposal-in-ceta-in-eu-law-and-in-international-investment-law-a-paradigm-of-heraclitean-hidden-harmony/>, note 14.

사인간의 관계에서 원용되는 것이라는 점에서 차이가 있다 할 것이다. 따라서 국제투자법상 논란이 되는 경우란 국가의 공권력과 관련되는 경우에 국한되는 것인데 다 또한 국가와 개인간의 관계에 문제되는 것이어서, 국내법 차원에서 볼 경우 행정법 체계에 해당되는 경우라 할 수 있으므로⁸⁾ 국제투자법상 논란이 되는 정당한 기대의 문제는 공법상의 신뢰보호에 보다 근접할 것으로 판단된다.

그밖에, 구체적 내용에서의 차이를 보자면, 용어 사용의 경우보다 좀 더 복잡할 수 있다. 우선 대륙법계 국가들의 경우엔 대체적으로 이를 실체법상의 권리(substantive right)로 파악하는 경향이 있다. 반면, '정당한 기대(legitimate expectation)'라는 용어 자체는 일견 실체법상의 특정 권리를 의미하는 것처럼 보일 수 있으나, 이를 사용하는 영미법계 국가들의 경우엔 영미법의 특성상 이를 실체법상의 문제로 보다는

절차법상의 문제로 다루는 경향이 짙다.⁹⁾ 즉 이는 공권력 행사방법에 대한 규제 논리로서의 역할을 함을 의미하는 것이다.

끝으로, 침해의 결과에 대한 회복방법 또한 일치되지 않는다. 즉, 같은 대륙법계에 속하는 국가임에도 불구하고, 프랑스의 경우엔 신뢰보호에 반하는 공적 조치를 취소시키거나 철회시킬 수는 없다고 보며, 그리하여 이를 단지 배상의 문제만으로 다루고 있지만,¹⁰⁾ 반면 독일의 경우엔 해당 공적 조치에 대한 취소 내지 철회를 청구할 수도 있으며,¹¹⁾ 또한 배상의 청구도 인정한다. 그러나 이러한 혼동의 어려움은 국제투자법상에선 다행스럽게도 제기되지 않을 것으로 판단된다. 왜냐하면 국제투자분쟁의 경우, 원칙상 청구취지는 배상 청구에 국한되어 있어서, 해당 조치의 취소나 철회의 청구 자체가 불가능한 실정이기 때문이다.¹²⁾

8) Trevor ZEYL, "Chartering The Wrong Course: The doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law", *Alberta Law Review*, p.3 (2011).

9) 물론 약간 상이한 판례(예: R v. North and East Devon Health Authority, ex parte Coughlan, 2001, QB 213.)가 전혀 없는 것은 아니지만, 영국의 경우, 1968년 Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs 판결을 통해 영국 공법체계에 이를 도입된 이래 전통적으로 '절차적 권리'로 승인되어왔다. (Cf. Trevor ZEYL, op. cit., p.217.)

10) Søren Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law* (New York, Oxford University Press, 2000), p.237.

11) Martina Kunnecke, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison* (Heidelberg, Springer Verlag, 2006), p.125.

12) Cf. ICSID 협정 art.54, (1).

2. 국제법상의 의미

원래 국내법에서 차용된 개념이기는 하나 그것이 국제투자법으로 들어온 경우엔 국내법 차원의 경우와 달리 다루어지거나 약간 변형된 부분이 있게 된다. 먼저, 국내법의 경우엔 기대이익의 인정근거로 대부분 헌법상의 ‘법치국가(rule of law)’를 거론하고, 헌법이 없는 경우엔 법의 일반 원칙인 ‘신의성실’ 원칙과 ‘권리남용 금지’의 원칙에서 그 근거를 찾는다고 할 수 있다. 반면, 국제법의 경우엔 일단 국내법의 공동 원칙이라 할 수 있는 ‘법의 일반원칙(general principle of law)’에 그 근거를 둘 수도 있겠지만, 배상의 근거 등 보다 확실한 보호를 추구하는 경우엔 조약상의 명문 규정에서 그 근거를 찾을 필요가 있을 수 있다.

그 다음, 국제투자법의 경우엔 기대이익의 확실한 보호를 위해 일반적 원칙에 기대는데 그치지 않고, 나아가 투자협정의 구체적 규정에서 그 근거를 찾고자 하는 특수한 경우에 해당한다고 한다면, 그 구체적 규정은 어떤 것인가가 문제될 수

있다. 적어도 현재까지 투자협정상 기대이익에 대해 명시적으로 언급하고 있는 경우는 ‘간접수용(indirect expropriation)’에 관한 규정에 국한되고 있지만, 이미 지적한 바대로, 수용의 경우에서 고려되는 기대이익은 기대이익 그 자체를 보호하는 것이기 보다는 재산권으로서 투자의 박탈 여부를 판단하는 한 요소로서의 역할을 하는데 국한되는 것이므로 기대이익 자체의 보호에는 해당하지 않는다.

따라서 기대이익 자체의 보호를 위해선 수용에 이르는 정도와 무관하게 보호되어야 할 필요가 있는 것이고,¹³⁾ 이의 확고한 보호를 위해선 수용에 관한 규정 이외의 다른 규정이 있어야 할 텐데, 현재 대부분의 투자협정에선 이를 위한 명시적 규정이 발견되지 않는다. 이에 국제투자법상 어떠한 법적 근거로 이를 보호할 수 있을 것인가가 주요한 이슈가 되게 되는데, 근래 들어 국제중재법정은 독자적인 해석방법을 통해¹⁴⁾ 그 근거로 투자협정상의 FET 규정을 거론하는 관행이 찾아지게 되었다.¹⁵⁾ 그러나 이러한 관행은 ‘기대이익의’

13) “.. This is possibly related to the fact that it provides a more supple way of providing a remedy appropriate to the particular situation as compared to the more drastic determination and remedy inherent in concept of regulatory expropriation...” (International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Separate opinion of Thomas Wälde, dec. 2005, para.37.)

14) “...This concept is not referred to in actual FET provisions. As such, it is an arbitral innovation...”(UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD -Series on Issues in International Investment Agreements II-, U.N.,2012., p.9.)

개념 자체뿐만 아니라 '공평한 대우(FET)'란 무엇이며,¹⁶⁾ 기대이익에 대한 보호의 무도 FET 에 포함될 수 있는가, 포함될 수 있다면 그 논거는 무엇인지 등의 새로운 법적 문제를 제기하게 되었다.

III. 국제중재판정이 기대이익의 보호를 인정한 법적 근거 및 논거

1. 법적 근거 : '법의 일반원칙'으로부터 'FET 규정'으로

가. '법의 일반원칙(general principles of law)'에 의한 보호

(1) 기대이익의 보호는 법의 일반원칙인가?

국제투자자의 정당한 기대이익이 보호되어야 할 필요성은 상당히 일찍이 인식되었다고 할 수 있다. 이는 외자 유치 및 보호를 목적으로 하는 국제투자협정의

성격상 어찌면 당연한 것이었는지도 모른다. 단지 이러한 필요는 인식되었으나 이에 대한 명시적 규정이 없어 그것의 구체적인 법적 근거를 확립하는 데는 상당히 시일이 필요했던 것으로 보인다. 현재는 거의 모든 투자협정에 존재하고 있는 FET 규정을 그 근거로 들고 있는 실정이지만, 최초엔 이러한 규정이 아니라 '확립된 국제법 원칙(established principles of international law)'에서 그 근거를 찾았다. 이러한 입장은 1992년 <Southern Pacific Properties 사건>에서 확인된다. 동 법정은 투자자의 정당한 기대이익이 '확립된 국제법 원칙'에 의해 보호되는 것이라고 하였다.¹⁷⁾ 이러한 논지에 의할 경우엔 투자협정상 명시적 규정과는 무관하게 국제적으로 보호될 가능성이 주어질 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 이러한 입장에 대해서는, 과연 '국제법 원칙'이란 무엇이며, 그것이 명시적 규정 없이도 모든 경우에 적용 가

15) "... According to this Tribunal, the violation of a legitimate expectation should rather be protected by the fair and equitable treatment standard." (El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31/oct./2011, para.227.)

16) "...It offers a general point of departure in formulating an argument that the foreign investor has not been well treated by reason of discriminatory or other unfair measures being taken against its interest. It is therefore a concept that depends on the interpretation of specific facts for its content.--" (Peter Muchlinski, Multinational enterprises and the law, 1995, p. 625.)

17) "...These acts, ...created expectations protected by established principles of international law..." (Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/84/3, Award, 20 May 1992, para. 83.)

18) Rudolf DOLZER & Christoph SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, p.135, (2008).

능한 것인지 그리고 그것의 위반이 배상의 근거가 될 수 있는지 등에 대해서 논란이 있을 수 있다.

먼저, 정당한 기대이익의 보호 의무가 국제법 원칙이 되려면, 적어도 ‘문명제국(文明諸國)에 의해 승인된 법의 원칙(*general principles of law recognized by civilized nations*)’이 될 수 있어야 한다.¹⁹⁾ 그렇다면 기대이익의 보호란 그러한 국내법의 일반 원칙이라 할 수 있을 것인가? 구체적 내용이나 적용방법 등에서 약간의 차이가 있을 수 있으나²⁰⁾ 기본적으로 정당한 기대를 보호해 주어야 한다는 것은 거의 모든 국가의 공통된 법원칙으로 인정될 수 있을 것으로 보인다.²¹⁾ 왜냐하면 이는 헌법을 가진 국가의 경우엔 ‘법치주의(*rule of law*)’에서, 그렇지 않은 국가의 경우엔 ‘신의성실(信義誠實)’의 원칙 및 ‘권리남용금지(權利濫用 禁止)’의 원칙 또는 영미법의 경우엔 이에 추가적으로 ‘금반언(禁反言: *Estoppel*)’의 원칙 등과 같은 법의 공통된 기본 원칙에 그 뿌리를 두고 있다고 볼

수 있기 때문이다.

(2) 법의 일반원칙이 국제투자분쟁에 적용가능한가 ?

그 다음, 일단 기대이익의 보호가 문명제국에 의해 일반적으로 승인되고 있는 법의 일반원칙에 속하는 것으로 인정하는 경우엔 모든 국제투자분쟁에 대해 적용될 수 있을까?

첫째, 국제사법재판소(ICJ)의 경우와는 달리- 국제투자분쟁의 경우엔 국제법을 의무적으로 적용하게 되어 있지 않아서, 국제법의 연원으로서의 ‘법의 일반원칙’이 확실히 적용되려면 재판준칙으로서 ‘법의 일반원칙’이나 ‘국제법’을 적용할 것을 합의하여야 한다. 정당한 기대이익을 보호해야한다는 게 법의 일반원칙이고, 법의 일반원칙이 재판준칙으로 인정된 경우라면, 이의 적용가능성에 대해선 이론이 없을 것이며, 국제법만을 재판준칙으로 규정한 경우에도 법의 일반원칙이 국제법의 연원으로 인정되는 한, 그 적용이

19) ‘국제사법재판소 규정(ICJ Statute)’ 제38조 제1항은 ICJ가 국제법을 적용하는 기관임을 적시한 다음, 해당되는 국제법의 범위를 규정하면서 ‘국제조약(*international conventions*)’, ‘국제관습법(*international custom*)’과 더불어 ‘법의 일반원칙(*general principles of law*)’도 국제법의 연원 중 하나임을 규정하고 있기 때문이다.

20) Martins Paparinskis, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment* (Oxford Univ. Press, pp.255-6, (2013).

21) Roland Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law* (Cambridge Univ. Press, p.278, (2011).

가능할 것이기 때문이다. 둘째, 국제법이
나 법의 일반원칙이 분쟁해결준칙으로 지
정되지 않은 경우라 하더라도, 당사국의
'국내법'이 분쟁해결준칙으로 지정되어
있는 경우 역시 가능할 것으로 보인다. 모
든 국내법은 법의 기본원칙의 하나로서
신뢰보호 또는 기대이익의 보호를 부정하
지 않을 것이기 때문이다. 셋째, 그렇다면
만약 당사자간에 합의된 재판준거법이 없
는 경우에도 적용 가능할까? 다행스럽게
도 대답은 긍정적일 가능성이 크다. 우선
ICSID가 해당 법정이 될 경우엔, 당사자간
별도의 합의가 없는 경우엔 ICSID 협정상
의 규정에 따라 '분쟁당사국의 국내법'과
'적용가능한 국제법'을 적용하도록 되어
있다.²²⁾ 이 경우엔 국내법에 의해서건 국
제법에 의해서건 기대이익의 보호원칙은
적용 가능할 것으로 보인다. UNCITRAL
중재규칙이 적용되는 경우엔 재판준거법
에 대한 당사자간 합의가 없는 경우엔 중
재법정이 '적용가능하다고 판단하는 저촉
법(conflict of laws)에 의해 결정되는 국내

법'을 적용하도록 규정하고 있다.²³⁾ 이러
한 경우라 하더라도 기대이익의 보호가
법의 일반원칙인 이상 해당 국내법에 의
해서도 보호될 수 있을 것으로 보인다.

(3) 법의 일반원칙에의 위반이 배상의 근거가 될 수 있는가 ?

이상과 같이 기대이익의 보호는 법의
일반원칙에 해당하는 것으로서, 재판준거
법이 무엇이든, 심지어는 이에 대한 합의
가 없는 경우라 할지라도, -적어도 그 법
정이 ICSID 협정이나 UNCITRAL 규정이
적용되는 경우인 이상- 그것이 적용될 가
능성은 주어질 수 있는 것 같다. 그런데
문제는 위반의 결과 및 그 효력상 논란이
제기될 수 있다는데 있다. 즉 조약상의 명
문 규정이 아닌 법의 일반원칙을 위반하
였다는 이유만으로 필연적으로 배상책임
까지를 부담시킬 수 있을 것인가라는 결
정적인 의문이 제기될 수 있는 까닭이
다.²⁴⁾ 더군다나 법의 일반원칙이란 그 자
체로서 보다는 법의 흠결이 있는 경우 이

22) “.. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable...” (ICSID convention, art.42 (1).)

23) “.. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable. (UNCITRAL Arbitration Rules (GENERAL ASSEMBLY RESOLUTION 31/98), art.33 (1).)

24) “..The obligations of the host State towards foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have...”(MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, March 21 2007, para.67.)

를 보충하는 것이 그의 주요한 역할인 점을 고려하면 더욱 그러하다, 따라서 단순한 위반의 인정이 아니라 위반에 대한 상당한 배상을 필히 수반해야 하는 것이라면, 그 이상의 명확한 법규위반이 인정되는 것이 보다 바람직할 수 있을 것이며, 더군다나 그러한 것이 불가능하지 않다면 그러한 방법을 찾게 될 것이다.

나. 'FET 규정'에 의한 보호

기대이익의 보호근거로서의 '국제법 원칙'이 적용될 수 있는 경우라 할지라도 그 위반이 손해배상을 야기하기엔 역부족일 수 있다는 한계 그리고 이와 더불어 수용의 정도에 이르지 못하는 외국투자자의 기대이익의 보다 확고한 보호 필요성이 증가하게 됨으로서, 국제투자중재법정은 이에 부응하기 위해 투자자의 정당한 기대이익의 침해에 대한 보호근거를 '법의 일반원칙'으로부터 투자협정상의 보편적이고도 구체적 규정인 'FET'로 전환하고

자 시도하게 되었다.

이러한 입장 전환의 기원을 찾아 거슬러 올라가자면, 투자허가가 부여된 경우엔 그 결과로 투자자의 사업 허가권도 당연히 인정되는 것이라고 본 중앙정부의 견해에 반하여 사업이행을 금지한 지방정부의 조치에 대해, 이를 FET에 대한 위반으로 판정했던 2000년 ICSID 중재법정의 <Metalclad v. Mexico 사건> 판정까지 올라갈 수 있다.²⁵⁾ 그러나 아쉽게도 이 경우엔 왜 '기대이익'의 침해가 FET에 위반되는 것인지에 대한 구체적 설명이나 언급은 없었다. 이러한 입장은 2001년 <CME v. Czech 사건>에서도 채택되었으며,²⁶⁾ 2003년 <ADF Group v. USA 사건> 판정 역시 동일한 입장이었던 것으로 보인다.²⁷⁾

그러나 명시적으로 투자자의 '기대이익'의 보호에 대해 언급하고, 이를 침해하는 것은 FET 규정에 위배되는 것이며, 그것이 왜 FET의 위반이 될 수 있는지에 대한

25) Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, Award, (Aug. 25, 2000). 동 판정에선 투자협정상 FET 기준에 대한 심사를 하면서, 투자자의 'full expectation' 이 침해되었음을 인정하였다. (동 판정, paras.89, 99.)

26) 2001년 CME v. Czech 사건에서도 기대이익의 침해가 FET에 반하는 것으로 인정되었지만, 그것의 구체적 이유에 대해선 언급이 없었다. (CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 13/09/2001, para. 611.)

27) 2003년 ADF Group v. USA 사건에선 종국적으로 투자자의 기대이익이 부정된 경우였지만, 특정한 경우 이것이 인정될 수도 있음이 인정된 것이어서, 간접적으로 기대이익의 보호가능성이 인정된 경우였다고 할 수 있다. (ADF Group v. USA, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, para. 189.)

논거까지를 나름대로 구체적으로 언급한 최초의 경우는 2003년 <Tecmed v. Mexico 사건>판정이라 할 수 있다.²⁸⁾ 그러나 아 이러니하계도 이러한 논거를 구체적으로 언급함으로써 오히려 이 판정 이후 이 문제가 명실 공히 논란의 핵심으로 부상케 된다. 이는, 일단 이 이후 별다른 논지의 추가 없이 오로지 동 선례의 권위에만 기대어 투자자의 기대이익의 보호를 인정하는 판정들이 줄지어 나오는 결과를 가져온데 기인하는 것이며,²⁹⁾ 그 다음, 이러한 결과로 인해 동 사건판정 이후 원고는 중재 과정에서 기대이익의 보호를 위해 FET 규정을 원용하는 게 필수적이 되다시피 하였으며, 이에 대해 피고는 필히 이에 대해 반박할 수밖에 없는 상황이 되었기 때

문이다. 그리고 이러한 상황은 최종적으로 학자들 간에 이에 대한 찬반 논쟁이 본격적으로 불붙게 만드는데 이르게 된다.

2. FET 규정이 기대권의 보호에 적용되는 판례상의 구체적 논거

외국투자자의 정당한 기대를 보호하는 투자협정상의 근거가 거의 모든 투자협정에 포함되어 있는 FET 규정이라는 것을 논리적으로 설명한 최초의 판례가 2003년 Tecmed v. Mexico 사건판정³⁰⁾이었으며, 이러한 논지는 더 이상의 첨부 없이 이후의 판정에서 그대로 수용되고 있음은 이미 지적한 바와 같다³¹⁾. 따라서 이에 관한 Tecmed 판정취지를 나름 일견해볼 필요가 있다.

28) Tecmed v. Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, para. 154, (May 29, 2003).

29) 2003년 <Saluka 판정>에선 투자자의 기대이익의 보호가 FET 기준의 '지배적 요소(dominant element)'라고 하였고, (Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL-PCA, Partial Award, 17 March 2006, para. 302.) 2005년 Eureko v Poland 판정에서는 Tecmed 판정을 그대로 재인용하였으며, (Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award, 19 August 2005, para.235.) 2006년 <Thunderbird 사건>에선 동 논지를 전제로 이후 자주 원용되는 '정당한 기대이익'에 대한 정의를 정립하였고, (International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, NAFTA/UNCITRAL, Award, 26 January 2006, paras. 147-48.) 2009년 <EDF 사건> 판정에선 투자자의 기대이익의 보호가 FET 기준의 '주요한 구성요소 중 하나(one of the major components)'임을 인정하였다. (EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 216.) 그리고 대부분의 경우 이 이후의 중재법정은 이러한 논지를 전제로 그 인정 범위나 기준을 어떻게 할 것인지만 주로 치중하는 실정이었다. (Michele Potestà, Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept, Society of International Economic Law (SIEL), 3rd Biennial Global Conference, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2102771, p.15.)

30) Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May 29, 2003.

31) "27. I find, indeed, that the development of the doctrine of legitimate expectations is the result of the interaction of the claims of investors and their acceptance by arbitral tribunals, buttressed by the presumed moral

Tecmed 사건 법정이 투자가의 정당한 기대의 보호의무가 투자협정상 FET 규정상 인정되는 것으로 파악한 구체적 논리는 비약적인 면이 없진 않지만, 이를 정리하면 다음과 같이 크게 둘로 요약될 수 있다. 첫째, 기대이익을 존중해야 하는 법리적 이유로는, 우선 그것이 ‘신의성실 원칙(bona fide principle)’에 기초하는 것이기 때문이라고 보았고, 그런 다음, 이의 법적 의무성을 인정할 목적으로 이러한 ‘신의성실 원칙’의 위반은 FET 규정의 위반이 될 수 있는 것이라고 판단하였다.³²⁾ 그리고 이러한 논지를 뒷받침하기 위하여, 이론적 차원에서는 신의성실(good faith) 의무나 자연적 정의(natural justice)를 준수해야 하는 의무가 FET 의무의 구성 부분이라고 주장한 I. Brownlie 의 학설을 원용하고 있으며,³³⁾ 실무적 차원에서는 이 저서의 취지를 그대로 수용한 2000년 NAFTA

상의 투자분쟁인 <S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada 사건>의 국제중재 판례를 원용하고 있다.³⁴⁾ 둘째, 기대이익의 보호가 왜 FET에 포함되어야 하는지에 대한 구체적 논거를 동 규정의 해석을 통해 확립하였다. 즉 도입국은 외자를 도입함에 있어서 일관되고 모호하지 않으며 투명하게 처신할 것이 요구되는 것이고, 따라서 외국 투자가는 그들이 투자를 결정하거나 시행하게 된 동기가 된 도입국 당국의 관련 의사표시나 허가나 결정 등과 같은 구체적 조치가 자의적으로 폐기되지 않을 것으로 기대하게 되는 것이며,³⁵⁾ 이는 투자협정이라는 조약상의 규정인 FET 조항을 <조약법에 관한 Vienna 협약> 제31조 제1항에서 규정하고 있는 조약해석의 기준에 따라 ‘통상적인 의미(ordinary meaning)’에 의해 해석할 때에도 FET 의 규정에 이러한 투자가의 기대이익

authority of the decided cases...” (AWG Group v. Argentina, UNCITRAL, Award, 30 Jul. 2010, Judge Nikken’s Separate Opinion, para.27.)

32) “153. The Arbitral Tribunal finds that the commitment of fair and equitable treatment included in Article 4(1) of the Agreement is an expression and part of the *bona fide principle* recognized in international law,--.” (Ibid., para.153.)

33) “...It is understood that the fair and equitable treatment principle included in international agreements for the protection of foreign investments expresses...‘the international law requirements of due process, economic rights, obligations of good faith and natural justice’. (I. Brownlie, Principles of Public International Law, Oxford, 5th. Edition (1989), p. 19.)

34) “134. Article 1105 of the NAFTA requires the Parties to treat investors of another Party in accordance with international law, including fair and equitable treatment. Article 1105 imports into the NAFTA the international law requirements of due process, economic rights, obligations of good faith and natural justice.” (S.D. Myers, Inc.v. Government of Canada, partial award of November 13, 2000, para.134.)

35) Tecmed 판정, para.154.

의 보호가 포함되는 것으로 볼 수 있는 것이라고 실시하였다.³⁶⁾

전자는 기대이익의 보호를 포함하는 신의성실 의무가 FET의 내용이 될 수 있다는 입증자료를 거론한 것으로 보이며, 후자의 경우는 기대이익의 보호가 FET 규정 자체의 취지를 고려할 때도 이에는 기대이익의 보호가 포함되어야 하는 논거를 밝힌 것으로 보인다.

가. FET 규정을 통해 '법의 일반원칙'의 적용이 가능한지 여부

(1) FET 규정의 다양성

먼저, 기대이익의 보호가 '법의 일반원칙'의 하나인 신의성실 원칙에 해당하는 것이어서 이는 FET의 내용될 수 있다는 단순한 결론을 내리고, 이러한 결론은 모든 투자협정의 FET 규정에 일률적으로 적용될 수 있다고 보았다고 한다면, Tecmed 판례의 해당 입장은 문제의 소지가 있을 수 있다. 왜냐하면, 우선, FET에 대한 규정이 거의 모든 투자협정에 포함되어 있는 건 사실이라 할지라도, 일단 그것의 규정 방식이 동일하지 않아서, 경우에 따라 그 적용여부가 달라질 수 있다는

것을 간과한 것이고, 더군다나 이러한 규정 방식의 차이가 단순한 형식상의 차이에 그치는 게 아니라, 무엇보다도 그 내면에 외국인에 대한 '최소대우기준(MST)'이란 게 과연 국제관습법상 존재하는 것인지 그리고 FET란 이러한 MST의 확립을 목적으로 하는 것인지의 여부를 두고 투자수출국인 선진국과 투자수입국인 개도국간에 타협되기 어려운 현격한 입장 차이를 내포하고 있음을 무시한 까닭이다.

통상적으로 현재의 투자협정상 FET를 규정하는 방식은 크게 세 가지 유형으로 나뉘볼 수 있다: 첫째는 FET 대우를 '국제법에 따라(according to international law) 보호한다'는 규정방식이고, 둘째는 국제법에 따라 보호하되, 해당 국제법을 엄격히 국제관습법상의 '최소대우기준(Minimum Standard of Treatment: MST)'에 국한시키고자 하는 방식이다. 세 번째는 국제법에 따라 보호한다는 양식을 버리고, 단순히 FET를 인정한다는 규정을 두는 방식이다.³⁷⁾ 이러한 차이의 근본적인 이유는 FET가 국제관습법상 인정되고 있는 기준으로 볼 것인지 아니면 투자협정에 의해 비로소 창설되는 것으로 볼 것인지에 있다. 전자는 외국인 및 그 재산의 대우에

36) Tecmed 판정, para.155.

37) Cf. UNCTAD, FAIR AND EQUITABLE TREATMENT, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, U.N., 2012,

대한 국제적 ‘최소대우기준(MST)’이 국제 관습법으로 존재한다고 보는 자본수출국인 선진국의 입장을 나타내는 것이라고 한다면, 후자는 가능한 한 그러한 국제관습법의 존재를 부정하고자 하는 개도국의 입장을 반영하는 것이라 할 수 있다.³⁸⁾

더군다나 위와 같은 규정상의 형식적 차이에 더하여, 보는 관점에 따라서 FET란 국제관습법상의 기준이어서 법의 일반 원칙인 기대이익의 보호원칙은 이에 포함될 수 없다는 주장이 있을 수 있음을 간과한 것이기도 하다. 즉 첫째는 미국을 위시한 NAFTA의 경우에 통용되는 입장으로, ‘국제법에 따라’ FET를 보장한다고

규정한 경우, 이 경우의 국제법은 일반 국제법을 가리키는 것으로 볼 게 아니라 국제관습법에 국한되는 것으로 보아야 한다는 입장이 있다. 여기서 국제관습법이란 구체적으로는 외국인에 대한 ‘최소한의 대우기준(MST)’을 의미한다.³⁹⁾ 둘째, 국제관습법을 부정하기 위해 국제법에 관한 언급을 의도적으로 배제하며 FET 기준이란 국제관습법상 기준이 아니라 단지 투자협정에 의해 창설된 것임을 주장하는 입장이 있다 하더라도, 오늘날 FET의 인정은 이미 보편적인 현상이어서⁴⁰⁾ 그 자체가 이미 국제관습법이 되었다고 주장하는 경우도 있다.⁴¹⁾ 이상은 어떠한 의도 하

38) Ibid.

39) 원래 미국의 입장도 ‘국제법에 따라’ FET를 인정한다는 첫 번째의 입장과 대등한 것이었는데, NAFTA의 경우, 동 조항의 범위가 확장되어 문제가 제기되자 2001. 7. 31. 자로 NAFTA 제1131조 2항에 의해 동 조약에 대한 유권적 해석권능이 인정되는 NAFTA의 ‘자유무역위원회(Free Trade Commission: FTC)’는 NAFTA 제1105조 제1항에 규정된 FET 규정은 국제관습법상의 최소대우기준 그 이상도 그 이하도 아님을 선언하게 되었다. 이러한 입장은 그 후 미국의 2004년도 양자투자협정 Model에 반영됨으로써 그 영향을 확대하고 있고, 한-미간 FTA에도 그대로 반영되어 있는 실정이다.

40) UNCTAD 자료에 의하면, 싱가포르가 체결한 조약 등 소수의 경우를 제외하고는 대부분의 투자협정의 경우에 FET 규정이 포함되어 있는 것으로 파악되고 있다.(UNCTAD, op. cit, note 37, pp.18-9.)

41) “..First, some tribunals consider that the inclusion of the FET in the vast web of investment treaties has transformed the standard itself into customary international law...”, (Stephan Schill. International Investment Law and Comparative Public Law. Oxford University Press. 2010. p.153)

그러나 FET가 국제관습법에 포함되는 것임을 당사국간에 합의한 경우가 아니라면, 단순히 FET 규정을 포함한 투자협정이 보편적이라는 이유만으로 관습법이 되었다는 주장은 문제가 있다. 투자협정은 계약적 성격을 갖는 것으로서 동종의 협정에서 아무리 유사한 규정이 많다고 하더라도 그로 인해 객관적인 법이 만들어진다고 보긴 어렵기 때문이다.

물론 이러한 논란이 있는 경우엔 국제관습법의 존재 및 그 내용에 관한 입증책임 문제가 제기될 수 있는데, 이는 사실의 문제가 아니라 법의 문제인 만큼 이는 법정의 전권에 의해 해결될 것으로 보이기도 하나, 중재판례의 의하면, 이를 법적 문제임과 동시에 사실 문제로 보고, 그 내용에 대해 다툼이 있는 경우엔 그것을 주장하는 당사자에게 입증책임을 부여하고 있음에 유의할 필요가 있다.(Cf. Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, paras. 20, 601, 603.)

에서이건 간에 FET 의무를 오로지 국제관습법에 한정하고자 하는 의도임을 알 수 있으며, 이러한 상황에서는 일견 법의 일반원칙의 적용이 배제되는 것처럼 보일 수 있다.⁴²⁾

(2) 상이한 규정에도 일반원칙이 적용 가능한 이유

FET 규정의 상이한 유형과 이를 둘러싼 상이한 입장이 존재할 수 있음은 분명하지만, 다행스럽게도 FET의 규정에 신의성실의 원칙과 같은 '법의 일반원칙'이 적용될 소지가 있는지 여부에 대해서는 큰 차이가 없는 것으로 판단된다. 그 이유는 다음과 같다:

우선, FET 규정이 외국인에 대한 국제관습법상의 '최소대우기준(MST)'으로 한정함이 없이, 단순히 '국제법에 따라(according to International Law)' FET를 보장한다고 규정한 경우라면, 동 국제법 속에는 '법의

일반원칙'이 당연히 포함될 수 있을 것이다. TECMED 사건상의 스페인-멕시코간 양자투자협정상의 FET 규정은 이러한 유형에 해당한다.⁴³⁾

그 다음, 외국인에 대한 국제관습법상의 MST 기준의 존재를 부정하는 입장인 데다가, FET를 규정함에 있어서 국제법에 대한 언급마저 배제한 경우라 할지라도 법의 일반원칙이 개입될 소지는 인정될 수 있다. 왜냐하면 FET가 국제관습법상 인정되는 기준이 아니라는 의도는 수용한다 할지라도, 일단 투자협정상 FET 대우를 규정한 경우라면, 그 규정이 지극히 추상적이어서 이의 구체적 내용이 무엇인지를 파악하는 문제가 제기되는 것이고, FET의 구체적 내용을 파악함에 있어서는 다양한 기준이 고려될 수 있겠지만, 자의성을 판단하는 기준 속에는 신의성실 원칙이나 권리남용 금지 등의 법의 일반원칙이 포함될 가능성이 클 것으로 보이기 때문이다.⁴⁴⁾ 즉 FET라는 기준은 내국민대우(NT)나 최

42) 국제법에 따라 FET를 보장하도록 하는 규정이라 할지라도 이 경우의 국제법은 일반 국제법에 의하는 것이 아니라 국제관습법상의 '국제적 최소대우기준(MST)'을 말하는 것이라고 한다면, 이에는 관습법이 아닌 신의성실의 원칙이 포함될 수 없는 것이므로 결과적으로 이에 근거하는 기대이익이 포함되어선 안된다고 주장하는 경우도 있다.

43) 관련 스페인-멕시코간 양자투자협정은 제4조 1항에서 다음과 같이 FET에 대해 다음과 같이 규정되어 있었다: "Each Contracting Party will guarantee in its territory fair and equitable treatment, according to International Law, for the investments made by investors of the other Contracting Party."

44) "This understanding was further confirmed in 1984 when the OECD Committee on International Investment and Multinational Enterprises reported", "...according to all Member countries which have commented on this point, fair and equitable treatment introduced a substantive legal standard referring to general principles of international law even if this is not explicitly stated." (UNCTAD, op. cit., note 37, p.21.)

혜국대우(MFN)와 같은 ‘상대적 기준’이 아니라 ‘절대적 기준’으로서,⁴⁵⁾ FET가 문제되는 특정 분쟁을 해결하기 위해선 동 기준이 어느 수준의 대우를 요청하는 것인지 그리고 해당 되는 조치가 동 기준에 부합하는 것인지 여부가 결정되어야 하는데, FET 규정은 단지 공평성을 명시적 기준으로 제시하고 있을 뿐이어서,⁴⁶⁾ 이 공평성 여부를 판단하는데 기여할 수 있는 대표적인 기준이 신뢰보호 원칙 등을 포함하는 법의 일반원칙이 될 수 있다는 것이다.⁴⁷⁾ 즉 설령 자국민 또는 다른 외국인들에 대해 취한 것과 대등한 조치를 취했다 할지라도 그 조치가 신의성실의 원칙에 반한 것이라든지 권리남용에 의한 것이라면 이는 공평한 조치가 아닐 수 있을 것이기 때문이다.

그밖에, FET 기준을 국제관습법상의 MST

에 국한하는 것으로 정한 경우라 하더라도, 이 경우에도 법의 일반원칙의 적용이 전적으로 배제된다고 할 순 없다. 그 이유를 보자면, 첫째, 국제법 연원으로서의 법의 일반원칙의 역할은 국제법상 흠결(non liquet)이 있는 경우 그것을 보충하거나 그 내용을 명확히 하는데 기여하는 것이라는 데 기인한다.⁴⁸⁾ 즉, 설령 FET가 국제관습법에 국한되는 것이라 하더라도, 그 내용이 추상적이고 모호하여 이를 명확히 하기 위해선 법의 일반원칙이 동원될 수 있어야 한다는 의미이다. 둘째, FET를 국제관습법상의 MST 기준에 국한되는 것으로 본다 할지라도 국제관습법의 내용이란 게 고정된 것이 아니라 시대에 따라 변할 수 있는 것이라고 한다면, 변화된 내용에 신의성실 원칙이 포함될 수도 있는 것이며,⁴⁹⁾ 또한 시대에 부응하는 MST의 내용

45) 이는 FET가 국제관습법상의 최소대우기준(MST)일 수밖에 없다고 주장하게 되는 주요한 이유 중 하나이기도 하다.

46) fair 와 equitable 이란 용어는 그 의미상 크게 구분되지도 않으며, 또 동 규정의 경우엔 명확히 구분할 필요도 없는 것으로 보인다.

47) FET를 규정하면서 이의 내용을 보다 명확히 하기 위해 그 실체적 내용을 추가적으로 언급하는 투자협정도 상당수 등장하게 되었는데, 이 경우에 공통적으로 언급되는 대표적인 것으로는 ‘Prohibition of denial of justice’, ‘Prohibition of arbitrary, unreasonable or discriminatory measures’등을 거론하고 있으며 (UNCTAD, op. cit., note 37, p.29.), OECD 문건이나 저명한 학설에 의할 때도 FET의 구체적 기준으로서 신의성실(good faith)원칙, 적법절차(due process) 및 비차별(non-discrimination)원칙 등을 거론하고 있다.(OECD, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, Working Papers on International Investment, No. 2004/3 (2004), pp.25-39 ; C. Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, Journal of World Investment & Trade (June 2005), pp.373-385.)

48) M.N. Shaw, International Law (6th ed., Cambridge Univ. Press, 2008), p.98; Ioana Tudor, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law, (Oxford Univ. Press, 2008), p.94.

49) Pope & Talbot 사건에선 동 조항을 국제관습법의 최소대우에 해당하는 것으로 보면서도 이의 내용의

을 파악하기 위해 세계적인 추세를 파악해야 하는 경우,⁵⁰⁾ 신의성실 원칙을 포함하는 FET 가 대세라고 한다면 그러한 내용이 국제관습법으로 되었다고 볼 수도 있을 것이기 때문이다.

이상을 고려하여 결론적으로 말하자면, 법의 일반원칙이란 국제법의 연원이긴 하나 조약이나 국제관습법과는 다른 역할 즉 법의 흠결을 보충하는 역할을 갖는 것이며, FET의 존재이유가 조약에 근거하는 것이건 또는 전적으로 국제관습법에 근거하는 것이건 간에, FET의 내용 그 자체가 추상적이어서 이를 명확히 할 필요가 있는 것이라면, 종국적으로는 그 어떤 경우라도 FET의 적용의 경우에 법의 일반원칙이 관여할 수 있게 된다고 할 것이며, 이를 통해 기대이익의 보호는 직접적인 근

거로서보다는, 모호하며 추상적인 FET의 내용을 규명하거나 보충하는 역할을 통해 간접적으로 실현되는 것이라고 할 수 있을 것이다.

(3) 최혜국대우 조항을 통한 적용가능성

끝으로, 위와 같이 FET의 규정이 다양한 형태로 규정되는 경우엔 '최혜국대우 (Most Favored Nation treatment) 조항'이 원용될 가능성이 있음이 지적될 필요가 있다.⁵¹⁾ 왜냐하면 MFN 규정의 주요한 역할 중 하나가 해당 경우에 보다 유리한 규정을 당사국의 다른 투자협정에서 차입해서 원용할 가능성을 인정하는 것이므로, 이를 통하여 FET 기준이 투자자에게 유리한 쪽으로 보편화 될 수 있음으로서 이 규정에 대한 법의 일반원칙의 적용가능성이

발전을 위해선 법의 일반원칙이 고려될 수 있는 소지를 인정하여야 한다는 입장을 취하였으며(Pope & Talbot 사건, Award in respect of damages of 31 May 2002, para.58-66.), 동년 19월에 있는 Mondev 판정에서도 FET의 국제관습법적 내용은 1926년의 Neer 사건당시에 고정된 것이라는 캐나다 측의 주장을 거부하고, 국제관습법상의 최소대우의 내용은 점진적인 변화의 가능성이 인정되는 것임을 인정하였다. (Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, October 11, 2002, para.119-123.)

50) “.. in determining the standard of treatment set by Article 1105 of NAFTA, the Tribunal has taken into account the evolution of international customary law as a result *inter alia* of the conclusion of numerous BITs providing for fair and equitable treatment..” (Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, 2 August 2010, para.236.)

51) Bayindir 사건(Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para. 153-160.), Rumeli Telekom 사건(Rumeli Telekom v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, para. 575.) 및 ATA Construction 사건(ATA Construction v. Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010, para.125.) 등의 경우엔 해당 협정엔 FET 규정이 없었음에도 불구하고 MFN 조항을 통해 다른 협정상의 FET 규정을 도입할 수 있음을 인정하였다. 물론 해당 분야가 협정에서 규정한 MFN의 적용배제 분야가 아니어야 한다. (ADF Group Inc. v. USA, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1, Award, 2 October 2006, paras. 197 - 198.)

일반화될 수도 있기 때문이다. 그러나 이 경우 MFN 규정의 가장 중요한 역할은 해당 협정에 FET 규정이 없는 경우에 다른 협정으로부터 FET 기준을 차입해 오는 것일 것이다.⁵²⁾ 왜냐하면, 특히 미국이 체결한 협정의 경우처럼 FET를 국제관습법상의 MST 기준임을 주도면밀하게 의도하고 있는 경우라면,⁵³⁾ FET 규정이 투자협정의 핵심적인 규정이라는 점,⁵⁴⁾ MFN 규정의 적용은 관련 상황과 당사자의 의사 등을 고려하며 주의 깊게 적용하여야 하는 것이라는 점⁵⁵⁾ 등을 고려할 경우, 이러한 경우에까지 법의 일반원칙을 적용하고자 MFN 조항을 원용하긴 순탄하지 않을 수도 있을 뿐만 아니라, 이미 언급한 것처럼, 국제관습법에 국한되는 경우라도 법의 일반원칙이 원용될 수 있는 것이라면, 이러한 경우에 굳이 MFN 조항을 원용할 필요는 없어 보이기 때문이다. 그러나 만약 투자도입국이 MFN 규정을 통한 FET 규정

의 원용가능성을 주도면밀하게 배제하고자 하는 경우라면, 해당 투자협정에서 MFN에 대한 예외에 관한 규정을 신중히 활용할 필요가 있을 것이다.

나. FET 규정의 해석상 기대이익 보호의 인정이 가능한지 여부

(1) FET 규정의 해석상 포함여부

그 어떤 경우에도 결국은 FET의 내용을 명확하게 하기 위해 법의 일반원칙을 거론할 수가능성이 주어진다면, 결국 가장 중요한 문제는 법의 일반원칙으로서의 기대이익의 보호가 FET 규정의 구체적 해석을 통해 중국적으로 이에 포함되는 것인지 여부가 될 것이다. 따라서 *Tecmed v. Mexico* 사건판정의 경우엔 FET 규정에 의해 기대이익의 보호가 가능한 논거로, 일단 그것이 법의 일반원칙의 하나로서 FET에 포함될 가능성이 주어지는 것임을 인

52) 최근의 혁신적 성격을 갖는 투자협정의 경우엔 국가의 통제권을 존중하려는 배려에서 FET 규정자체를 두지 않는 경우가 있지만, 이러한 경우에도 타국과의 과거 협정에서 FET 규정을 두었다면, MFN 조항을 통해 FET 규정이 도입될 수 있음에 유의할 필요가 있다.

53) 한-미간 FTA에서의 관련 규정양식을 보면, 일단 ‘최소대우 기준(Minimum Standard of Treatment)’이란 제목 하에서 첫째 항은 ‘채약국은 국제관습법에 부합하는 투자에 대한 대우를 인정하며, 이에는 FET 등이 포함된다’고 규정한 다음, 그 다음 항에선 이의 내용을 분명히 하기 위하여, 첫째 항은 ‘외국인에 대한 국제관습법상의 최소한의 대우를 말하는 것이며, 그 이상을 의미하는 것도 아니고 부가적인 새로운 실체적 권리를 창설하는 것도 아님’을 부연 설명하고 있다. 그리고 또 이에 덧붙여 부속서(Annex) 11-A에서는 ‘5조에서의 외국인에 대한 국제관습법상 ‘최소대우기준(MST)’이란 외국인의 경제적 권리 및 이익을 보호하는 모든 국제관습법 원칙을 말한다’라고 명시하고 있다.

54) Cf. Pope & Talbot 사건, Award in respect of damages of 31 may 2002, para.61.

55) UNCTAD, FAIR AND EQUITABLE TREATMENT, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, U.N.,2012, p.20.

정한 다음, 나아가 FET 규정의 해석에 의할 때 기대이익의 보호라는 게 FET의 구체적 내용이 되어야 한다고 판단한 것으로 보인다.

먼저, 이미 살펴본 바처럼, 어떠한 형태이든 FET의 내용을 정하기 위해 법의 일반원칙이 적용될 수 있다고 하는 경우, 궁극적으로는 그 결과로 구체화되는 내용은 어떤 것이며, 이에 기대이익이 포함될 수 있는가가 문제될 수 있다. Tecmed 법정은 이러한 과정을 두고 조약의 해석원칙상 규정의 '통상적인 의미'를 통해 보더라도 동 규정에 기대이익의 보호가 포함될 수 있다고 설시한 것으로 보인다.

그렇다면 통상적인 의미를 통해 본 FET의 내용은 무엇일까? 통상적 의미의 우선적인 연원이 되는 사전적 의미를 보면, 'fair & equitable'이란 용어는 '올바른(just)', '편파적이지 않은(evenhanded)', '편견이 없는(unbiased)', '정당한(legitimate)'이란 의미를 갖는 것이라 할 수 있으며,⁵⁶⁾ 통상적인 의미상 이러한 동 규정에 위반

되는 경우란 '국제적 차원에서 용인될 수 없을 정도로 부당하고(unjust) 자의적인(arbitrary) 대우'를 금지하는 의미를 갖는다고 할 수 있다.⁵⁷⁾ 이는 일견 마치 '형평과 선(ex aequo et bono)'의 경우와 유사해 보이기도 하지만,⁵⁸⁾ 이는 조약의 명문규정으로서 모호한 경우 법에 따른 해석이 요구되는 것이란 점에서 다르다. 이것이 Tecmed 법정으로 하여금 <조약법에 관한 비엔나 협약> 제31조를 거론하게 만든 이유라고 할 수 있다.

그렇다면 이러한 맥락에서 FET는 해석상 어떻게 투자가의 기대이익의 보호를 포함하게 되는 것일까? 먼저, 투자협정의 문맥(context) 및 목적(object & purpose)을 고려하면, 투자협정의 목적은 -그 제목에서 볼 수 있듯이- 외국투자의 조장 및 보호가 될 것이다. 그러나 이는 일방적인 것이 아니라 그 체결 배경이나 취지를 참작하자면 외국투자가 도입국의 경제 확장 및 발전에 기여할 필요성을 더불어 고려할 필요가 있다.⁵⁹⁾ 따라서 이 양자를 함께

56) The Concise Oxford Dictionary of Current English (5th ed.), MTD Equity v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004, para. 113.

57) S.D. Myers, Inc.v, Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award, November 13, 2000,, para. 263.

58) “..The Tribunal considers that the notion of “legitimate expectations” is an objective concept, that it is the result of a balancing of interests and rights, and that it varies according to the context...” (El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 356.)

59) “The purpose of the Convention is to promote private foreign investment by improving the investment climate for investors and States alike. The drafters have taken great care to make it a balanced instrument serving the

고려할 때, 도입국이 외자 조장이나 보호를 위해 반드시 적극적인 조치를 취해야 할 의무를 부과할 수는 없다하더라도, 적어도 비합리적으로 또는 부당하게 외국투자를 억제하거나 부정적 영향을 주는 조치는 취하지 않아야 할 의무는 인정될 수 있게 된다.⁶⁰⁾ 그런데 외국투자의 최초 시행 여부는 그 당시의 도입국의 법적 상태 및 해당 사업 여건에 대한 구체적 평가에 기초하여 이루어지는 것이며, 또한 시행 이후엔 이에 대한 당국의 합리적이고도 일관된 태도를 전제로 공평하게 대우될 것이란 기대를 갖게 되는 것이다.⁶¹⁾ 따라서 해당 사업과 관련된 법적 안정성 및 사

업 환경의 안정성을 전제로 한 이에 대한 당국조치의 일관성 및 합리성이 FET의 필수 요소가 되는 것이고, 이로 인해 FET 조항은 투자자의 합리적인 기대의 보호와 밀접한 관련을 갖게 되는 것이며,⁶²⁾ 이러한 기대를 부당하게 저버리는 당국의 조치는 자의적인 것이 되어서 FET에 위반되게 되는 결과가 되는 것이다.⁶³⁾

이러한 맥락에서 볼 때, 비로소 왜 투자협정상 FET 규정의 준수를 위한 요소로 투명성의 원칙⁶⁴⁾이나 적절한 통지 의무⁶⁵⁾ 등이 기대 이익의 보호와 관련하여 거론되는 지를 이해할 수 있게 된다. 국제투자협정상 기대이익의 침해가 문제되는 상

interests of the host States as well as investors.” (Aron Broches, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, 136 Collected Courses, Hague Academy of International Law, (1972-II), p. 335, p.348.)

60) “.. The fair and equitable standard consists mainly of an obligation of the host State’s part to desist from a certain course of action. By contrast, by promising full protection and security the host assumes an obligation to actively create a framework that grants security...” (C. Schreuer, ‘Fair and Equitable Treatment(FET): Interactions with other Standards’, Transnational Disputes Management. Volume 4, issue #05, September 2007.)

61) Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para.299-302; Temed 판정문, para.154.

62) Occidental Exploration and Production Company(OEPC) v. Ecuador, 1 July 2004, para. 183.

63) “The standard of ‘fair and equitable treatment’ is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations which is the dominant element of that standard.” (Saluka 판정, op.cit., note 57, para. 302.)

64) “... the lack of transparency with which this loan transaction was conducted is incompatible with Spain’s commitment to ensure the investor a fair and equitable treatment in accordance with Article 4(1) of the [...] treaty [between Argentina and Spain]...” (Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, 13 November 2000, para. 83.

65) “...Therefore, a matter as important as the seizure and auctioning of a ship of the Claimant should have been notified by a direct communication for which the law No. 308 provided under the 1st paragraph of Art. 7 ...”, (Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award 12 April 2002, para. 143.)

당 부분은 국가당국이 비밀리에 취한 행위가 관련되거나 아니면 투자와 관련된 법령 등이 투명하지 않아서 문제되거나 또는 적시의 그리고 적절한 통지가 결여되어 일어나곤 하는 까닭에 특정 투자협정의 FET 규정에서 투명성 의무 및 적절한 통지의 의무를 규정하고 있다면, 이를 통해 간접적으로 기대이익의 보호가 포함될 수 있다고 해석해도 무리가 없을 것으로 보인다.

그러나 FET 규정은 투자가의 정당한 기대이익을 존중해야할 의무를 포함하는 것이라고 해석하는 것은 동 조항의 규정에 주어진 '통상적 의미(ordinary meaning)'에 부합하지 않는다고 주장하는 입장도 있다.⁶⁶⁾ 이에 대해서는 어느 주장이 옳다고 하기 보다는 FET 규정의 통상적 의미상 기대이익의 보호가 포함되는 것으로 볼 것인지 아니면 이를 부인할 지의 문제는 종국적으로 법정의 재량에 해당하는 것임을 지적할 필요가 있다고 본다. 즉 추상적

인 규정을 구체적인 분쟁에 적용하는 것은 재판의 과정이라 할 수 있으며, 이는 해당 법정의 전속적인 권한에 속하는 것이고, 따라서 그것을 두고 조약의 해석이라고 칭했다 하더라도, 이는 해석원칙에 명백히 반하지 않는 한, 전적으로 해당 법정의 재량사항이라고 보아야 할 것이다.⁶⁷⁾ 물론 이후의 법정들이 이러한 입장을 따를지 말지의 문제 역시 해당 법정의 재량사항이긴 하지만,⁶⁸⁾ 사실상 이후의 법정들은 FET 규정에 대한 Tecmed 법정의 논지를 그대로 수용하는 경우가 많은 것으로 판단된다.⁶⁹⁾

(2) FET 위반과 배상의무

그 다음, FET의 해석상 법의 일반원칙으로서의 기대이익의 보호의무가 포함된다고 한다면, 기대이익이 침해된 경우 필연적으로 배상의무를 촉발할 수 있는지를 명확히 할 필요가 있는 것 같다. 이를 부정하는 중재법정이 있기에 특히 그러하다. 즉, 외국투자가와 도입국 당국간의 관계

66) AWG Group v. Argentina, UNCITRAL, Award, 30 Jul. 2010, Judge Nikken's Separate Opinion, para. 3. 그러나 이 경우는 FET 규정이 국제관습법에 국한되는 것이라는 근거로 제시된 것이었지만, 다른 근거로 동일한 주장을 할 수도 있을 것이다.

67) Cf. Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Twlekomikasyon Hizmetleri A.S., V. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, July 29, 2008, para. 610.

68) 적어도 국제투자분쟁을 맡는 중재법정의 판정은 당사자간에 대해서만 구속력이 있으며, 선례 구속의 원칙이 적용되지 않는다.

69) 2011년 El Paso 법정은 FET 규정을 통한 기대이익의 보호가 중재판례의 '압도적인 경향(overwhelming trend)'인 것으로 파악하였다. (El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 348.)

에서 정당한 기대이익이 생길 수는 있으며, 또한 그것이 FET 규정의 적용상 관련될 수 있음을 인정한다 할지라도, 그 자체가 법적 의무(legal obligation)는 아니라는 견해가 제시되기도 했다.⁷⁰⁾ 이는 배상의무와 같은 법적 의무는 협정상의 명시적 규정으로부터 비롯되는 것이지 투자자가 가질 수 있는 단순한 기대로부터 생기는 것은 아니라는 입장과 궤를 같이 하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 Tecmed 판정의 경우처럼, 투자협정에 규정되어 집행될 수 있는 것과는 다른 별도의 권리가 그러한 기대에서 발생한다고 보는 법정이 있다면 그 법정은 그의 권한을 유월하는 것이라는 입장이 제기되기도 하였다.⁷¹⁾

그러나 기대이익 자체를 법적 의무로 볼 수 없다는 문제제기는 기대이익을 실체법상의 권리로 보느냐 아니면 절차상의 권리로 보느냐에 따라 결과가 달라질 수 있는 문제로 보인다. 즉 기대이익이 FET의 판단과 무관하진 않으나 그 자체 법적 의무가 아니라는 입장은 기대이익 자체를 실체적 권리로 파악한데 기인하는 것이며, 이는 법의 일반원칙에 근거하는 것으로

보이기 때문이다. 그러나 국제투자협정상 FET 조항을 통해 외국투자가의 기대이익의 보호가 가능하다고 하는 경우는 그것이 실체적 권리로서 보호되는 것이 아니라 순전히 절차적 권리로서 보호되는 것으로 보아야 할 것이며, 이러한 경우 이러한 비판적 입장은 극복될 수 있을 것으로 보인다. 즉 FET 규정이란 그 구체적 내용이 무엇이든 그 핵심이 ‘적법절차(due process)’를 중심으로 하는 절차적 정의의 실현을 추구하는 것이라는 점을 고려할 때, FET 규정을 통해 기대이익이 보호된다는 것은 권리 자체로서 보호된다고 하기보다 정당한 기대이익을 침해하는 조치 그 자체가 비합리적이거나 자의적인 것으로 간주되는 결과를 가져오기 때문에 조약상 규정인 FET의 위반으로 인정된다고 보아야 할 것이기 때문이다.⁷²⁾

IV. 국제중재판정상 기대이익이 인정되기 위한 요건

적어도 FET의 내용을 확정하기 위해 법

70) CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 Sep. 2007, para. 89.

71) MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID No. ARB/01/7, Decision on Annulment, 16 Feb. 2007, paras 67 - 69.

72) 수용의 규정의 경우에 있어서 기대이익의 침해가 문제되려면, 그 침해정도가 재산권의 박탈에 이르게 될 때 보호되는 것이라면, FET 규정의 경우엔 정당한 기대이익을 침해하는 조치는 자의적이거나 비합리적인 조치로 인정될 수 있어 동 규정이 자동적으로 적용될 수 있게 되는 것이다.

의 일반원칙이 적용될 수 있는 것이고, 동 규정의 통상적인 의미를 통해 볼 때도 기대이익의 보호가 포함될 수 있는 것이라고 한다면, 그 다음의 문제는 어떠한 경우에 기대이익이 생성되는 것이며, 그것이 보호될 가치가 있는 것으로 인정될 수 있는 경우는 어떠한 경우이며, 어떠한 경우에 이를 침해하는 행위로 인정되는 것인지를 정해야 할 것이다. 이는 국제투자중재판례를 중심으로 구체적인 경우를 살펴볼 필요가 있다. 그러나 이러한 문제 해결에 있어 기대이익의 보호 범위를 넓히고자 하는 입장도 있을 수 있으며, 반대로 그 보호범위를 축소하고자 하는 입장도 있을 수 있을 것이다. 그러나 이를 너무 넓게 인정하게 될 경우엔 도입국의 정당한 공권력의 행사에 지장을 초래할 수도 있으므로, 도입국의 정당한 공권력의 확보를 위한 별도의 고려가 필요할 수도 있다.

1. 보호받을 수 있는 기대이익의 성립

논리적으로 볼 때, 보호받을 수 있는 기대이익이 인정되기 위해서는, 첫째, 당국의 구체적 약속이 있어야 할 것이고, 둘째, 그러한 약속이 투자자에게 이익을 주는 것이어야 하며, 셋째, 투자자의 그러한 기

대는 합리적인 것이어야 하고, 넷째, 그러한 기대가 투자와 무관하지 않아야 할 것이다. 이러한 일반적 요건을 전제로 하여 실제로 국제중재판례에서는 구체적으로 어떻게 처리되었는지를 살펴보고자 한다.

가. 기대의 성립

정의상 '기대이익'이란 그것의 준수를 요구하는 권리를 주장하는 자가 기댈 수 있는 상대의 약속을 전제로 한다.⁷³⁾ 즉 투자가의 기대이익은 투자도입국 당국의 약속이라는 선행행위에 의해 성립하는 것이다. 이러한 선행행위는 도입국 당국의 명백한 의사표시에 의하는 것이지만, 그것의 양태에 따라 (1) 계약에 근거하는 경우와 (2) 일방적 의사표시에 근거하는 경우로 나누어 볼 수 있다.

(1) 당사국과의 '계약(contract)'에 근거하는 경우

통상적으로 계약의 명확한 성격 때문에 계약은 기대이익의 가장 확실한 근거가 될 수 있다. 그러나 이는 이를 둘러싸고 발생할 수 있는 정리되어야 할 몇 가지 문제점을 갖고 있다:

먼저, 기대이익의 침해와 계약 자체의

73) "...legitimate expectations by definition require a promise of the administration on which the Claimants rely to assert a right that needs to be observed..."(PSEG v. Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, para. 241.)

위반과는 구분되어야 한다.⁷⁴⁾ 즉 기대이익이란 계약 자체의 권리·의무는 아니지만 해당 계약의 체결로 인해 부수적으로 생긴 것으로, 당연히 기대될 수 있는 ‘계약 내용 이외의 특정 이익’을 의미하는 것으로 보아야 한다. 예를 들자면, 매립허가 부여의 의무조항이 없는 매립지 건설 계약을 국가 당국과 체결한 이후, 해당 당국이 매립허가를 부여하지 않는 경우가 이에 해당된다. 동 계약이 체결되었다면 그로 인해 매립허가 부여는 누구나 당연히 예상하게 되는 것이라면, 매립허가의 취득가능성은 계약 자체와 구분되는 ‘기대이익’으로 분류될 수 있을 것이다.⁷⁵⁾ 이러한 기대이익의 침해는 동일 주체에 의해 행해지는 경우보다는 중앙정부와 지방정부간의 엇박자에 의해 이루어지는 경우가

많다. 그리고 계약에 기인하는 기대이익의 경우엔 당국의 별도의 의사표시 없이 계약체결을 둘러싼 상황에 의해서도 발생할 수 있다는 특징을 갖는다.⁷⁶⁾

그 다음, 계약 자체의 위반으로 문제되는 경우는 기대이익의 침해로 보다는 계약 자체의 위반 문제로 다루어질 것으로 보이며,⁷⁷⁾ 이는 일단 계약상 규정되어 있는 분쟁해결방법에 의해 해결되어야 하는 문제로서 원칙상 FET 규정의 적용 문제는 아니다.⁷⁸⁾ 만약 계약상 분쟁해결 방법으로 불충분하여 계약위반 문제를 투자협정의 문제로 삼고 싶은 경우라면, 이는 FET 규정의 적용보다는 일단 해당 투자협정의 ‘우산 조항(umbrella clause)’에 의해야 할 것으로 보인다. 물론 이를 위해선

74) “..the existence of legitimate expectations and the existence of contractual rights are two separate issues.-”, (Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2008, para. 335.)

75) MTD v. Chile 사건의 경우, 도시개발 계약을 체결하였음에도 불구하고 당국이 건설허가를 내주지 않은 사실에 대해 FET의 위반으로 인정하였다.(MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case. No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para.160-167.)

76) “.. Finally, in the situation where the host-State made no assurance or representation, the circumstances surrounding the conclusion of the agreement are decisive to determine if the expectation of the investor was legitimate...” (Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 331.)

77) 물론 계약과 일방적 의사표시가 함께 연관되는 경우엔 기대이익이 문제될 수 있을 것이다.

78) It is evident that not every hope amounts to an expectation under international law. The expectation a party to an agreement may have of the regular fulfilment of the obligation by the other party is not necessarily an expectation protected by international law. In other words, contracts involve intrinsic expectations from each party that do not amount to expectations as understood in international law. Indeed, the party whose contractual expectations are frustrated should, under specific conditions, seek redress before a national tribunal. (Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 344.)

‘우산 조항’이 존재해야 하겠지만,⁷⁹⁾ 설령 존재하는 경우라 할지라도 당연히 인정되는 것이 아니라 이 경우엔 해당되는 국가 행위의 성격⁸⁰⁾이나 그 위반의 정도⁸¹⁾ 등 동 조항의 적용요건을 둘러싸고 별도의 논란이 있을 수 있다. 따라서 혹자는 기대이익은 투자협정상 명문 규정인 ‘우산조항(umbrella clause)’에 의해 보호될 수 있는데 굳이 그 내용이 모호한 FET 규정을 통해 기대이익을 보호하고자 할 필요가 있는 것인지 의문을 제기하기도 한다. 이는 일면 타당한 점도 없지 않으나, 계약에 근거한 기대이익의 보호 필요성은 계약위반의 경우보다는 계약규정의 위반이 아닌 경우가 주로 문제되는 것일 수 있는데다, 투자협정상 기대이익의 침해가 문제되는 상당 부분은 계약에 기인한 경우보다는

일방적 의사표시가 관련된 경우여서, 우산조항으로 보호될 수 없는 경우가 많음을 간과한 것으로 보인다.

(2) 당사국의 ‘일방적 의사표시(unilateral representation)’에 근거하는 경우

기대이익이 가장 문제되는 경우는 당사국의 ‘일방적 의사표시’에 근거하는 경우이다. 계약에 근거하는 기대이익은 그 근거가 명확하다는 장점은 있지만, 주로 제3자에 의한 방해 등 직접적인 계약위반 이외의 경우가 문제되다 보니 그 유형이 단순하며, 독자적으로 적용되는 경우가 그리 흔치 않다고 할 수 있다. 반면 국제투자분쟁상 기대이익이 문제되는 대부분의 경우는 국가의 ‘일방적 의사표시’에 기인한 경우라 할 수 있다.⁸²⁾

79) 물론 이 경우도 ‘최혜국(MFN)대우’ 조항의 원용가능성이 존재한다고 본다.

80) ‘우산 조항’을 적용하기 위해선 그 원인이 공권력(*puissance publique*)의 행사에 의한 경우에 국한될 수 있다. (Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/6, Award, 22 December 2003, para. 51; Impregilo S.p.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005, para. 260; Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 12 August 2008, paras. 342-343; Toto Construzioni Generali S.p.A. v. Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/12, Award, 7 June 2012, paras. 161-162; Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law (2008), p.142.)

81) 경우에 따라서 ‘outright and unjustified repudiation’을 요구하거나 (Waste Management, Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 115.) ‘substantial breach’를 요구하는 경우 (Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 316.)도 있다.

82) “..In applying [the fair and equitable treatment] standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant...”, (Waste Management, Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004, para. 98; EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009, para. 216.); Sempra Energy International v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007, para. 298.

일방적 의사표시의 법적 효력과 관련하여 일반 국제법상의 ‘단독행위(unilateral act)’의 법리⁸³⁾를 적용하고자 시도한 경우도 없지 않지만,⁸⁴⁾ 이는 국가간의 관계에 해당하는 것이어서 국가와 사인간의 관계에 그대로 적용하는데 문제가 있을 뿐만 아니라 이는 단독행위 그 자체에 구속력을 부여하는 문제인 반면,⁸⁵⁾ 기대이익의 보호의 문제에 있어서는 단독행위 그 자체의 구속력이 문제되는 것이 아니라 이에 기대어 기대이익이 발생할 수 있는가의 문제이므로 양자의 문제는 동일한 문제가 아니라 할 것이다.⁸⁶⁾

기대이익의 근거가 되는 당국의 의사표시는 일단 해당투자자와 무관하지 않은 것이어야 한다. 즉 이는 투자결정에 영향을 미친 것이어야 하는 것이므로, 투자 당시

에 고려된 것이어야 하며,⁸⁷⁾ 투자에 유리한 것이어야 할 것이다. 환언하자면, 투자 분쟁상 기대이익의 성립의 전제로서의 당국의 일방적 의사표시는 반드시 외자유치를 위하여 행해진 것이어야 한다. 그러나 국제투자란 복잡한 일련의 과정을 거치는 경우가 대부분이므로, 구체적인 경우마다 그 시기와 그 해당성을 판단하여야 할 필요가 있을 수 있다.

계약과 달리 일방적 의사표시란 그 내용이 모호할 수가 있다. 따라서 그것이 기대이익의 근거로 제시되는 경우엔 그러한 의사가 과연 기대이익을 창설할만한 것이었는지 여부를 두고 논란이 될 가능성이 크므로, 일방적 의사표시로 인해 기대이익의 발생이 인정되기 위해선 몇 가지 추가 요건이 요구 된다:

83) 특히 1974년 ICJ 의 <Nuclear Tests>사건 (Nuclear Tests cases (Australia v. France), Judgment of 20 December 1974, ICJ Reports 1974, p. 253.)에서 법적 효력이 인정된 바 있는 Unilateral declaration 의 논리를 원용하였다.

84) El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 392.

85) 국제법상 단독행위(unilateral acts)의 법적 구속력이 인정된다 하더라도, 그 구속력의 근거에 대해서는 아직 해결되지 않고 있다. 즉 그 구속력의 근거를 구속을 받고자 하는 당사자의 의사(intent)에 있다고 보는 입장이 있는가 하면, 그러한 행위가 유발한 제3자의 기대이익(expectation)에 있다는 입장이 팽팽하게 맞서고 있어서, <국제법위원회(International Law Commission:ILC)>에서도 그 해답을 찾는데 실패한 상황이다. (Cf. International Law Commission, Summary Record of the 2818th meeting, 16 July 2004, U.N. Doc. A/CN.4/SR.2818, paras. 1-4)

86) 同旨 El Paso Award, p.376 후단. 특히 FET 조항을 근거로 하는 경우에는 더욱 그러하다.

87) “..The Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment...”, (TECMED ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Final Award, 29 May 2003, para. 154.)

첫째, 일방적 의사표시는 '명확한(clear)' 것이어야 한다는 추가 요건을 갖는다. 계약이란 그 자체 명확한 것이지만 일방적 의사표시는 그렇지 않은 경우가 많을 수 있는 까닭이다. 그러나 명확하다는 것이 굳이 명시적(explicit)인 것만을 요구하는 것은 아니고, 묵시적(implicit)인 경우라도 그 의사가 명확할 수 있는 경우라면 가능할 수 있다.⁸⁸⁾

둘째, 도입국의 일방적 의사표시는 명확한 것이어야 함과 더불어 '구체적(specific)'이어야 한다. 이러한 구체성은 내용면에서만 아니라 형식면에서도 파악될 수 있다.

우선 형식적 측면에서 보자면, 구체성

이 인정되기 위해선 원칙적으로 공무원의 '공식적인 의사표시'이어야 한다.⁸⁹⁾ 따라서 투자유치를 위한 설명회나 세미나, road show 등은 공식적 의사표시로 보기 어려워 기대이익의 근거로 인정받지 못하는 경우가 많다.⁹⁰⁾ 또한 국가수반의 말이라 하더라도 '정치적 언급(political statements)'은 기대이익의 근거가 되기 어렵다.⁹¹⁾ 그 밖에, 공적 의사에 기인해야 하기 때문에 사적 법률가의 잘못된 법률 조언에 기인한 기대이익 역시 보호받을 수 없다.⁹²⁾

내용적 측면에서 보자면, 그 내용이 구체적이려면, 일단 일반적이거나 모호한 내용이어서는 안된다.⁹³⁾ 먼저, 도입국의 '일반적인 외자조장 정책(general investment encouragement policy)'은 구체성이 결여되

88) “..The Tribunal finds that the Claimant’s reasonable expectations to be entitled to protection under the Treaty need not be based on an explicit assurance from the Czech Government..” (Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL-PCA, Partial Award, 17 March 2006, para. 329.); Grand River Enterprises Six Nations Ltd et al. v. USA, NAFTA/UNCITRAL, Award, 12 January 2011, paras. 140-141.

89) International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, NAFTA/UNCITRAL, Award, 26 January 2006, Separate Opinion Thomas Wälde, para. 32.

90) El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 392. 그러나 외자를 유치하고자 잠정적 투자자들에게 특정한 대우를 기대하게끔 의도적으로 행위를 한 경우엔 그러한 행위에 대해 책임을 지워야 한다는 주장도 없지 않다.(W. Michael Reisman & Mahnouch H. Arsanjani, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes, in Völkerrecht als Wertordnung - Common Values in International Law, Festschrift für : Essays in honour of Christian Tomuschat. (P.M. Dupuy et al. eds., 2006), p. 409, 422.)

91) “..a declaration made by the President of the Republic clearly must be viewed by everyone as a political statement, and this Tribunal is aware, as is every individual, of the limited confidence that can be given to such political statements in all countries of the world...” (El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 395.)

92) ADF Group v. USA, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, 9 January 2003, para. 189.

93) “..But if it refers to expectations with regard to general statements or general foreign investment promotion

어 기대이익의 근거가 되는 약속으로 보기 어렵다.⁹⁴⁾ 그 다음, 당국이 투자자와 협상을 개시할 가능성이 있다는 내용의 서신을 투자자에게 송부한 경우, 이는 형식면에서는 문제가 없으나, 단지 협상의 가능성만을 언급한 것이어서 사업을 취득할 것이라는 결과를 기대하기엔 내용상 구체성이 결여된다고 할 수 있다.⁹⁵⁾ 또한 외국 투자가가 투자 가능성 여부를 보기 위해 인도를 여행할 당시에 인도 관리가 그에게 한 발언, 즉 ‘인도는 투자하기에 안전한 나라이며, 법체계도 내용이나 목적 면에서 호주와 동일하다’고 한 발언은 이에 근거하여 기대이익을 인정하기엔 그 내용면에서 너무 모호하고 일반적이라고 판단되었다.⁹⁶⁾ 그러나 외국투자가가 멕시코 중앙정부로부터 위험폐기물 매립지 건설허가를 받고, 관계 중앙관리로부터 지방정부의 별도의 허가는 필요 없으며, 그러한 법적 근거도 없다는 의사표시가 있었는데, 종국적으로 지방정부의 허가 거

부로 사업이 불가능해진 사건에서 법정은 기대이익을 인정할 만큼의 구체성이 있는 의사표시이었음을 인정하였다.⁹⁷⁾

셋째, 명확하고 구체적인 의사표시라 할지라도 ‘개별성(individualisation)’을 갖는 것이어야 한다. 원칙상 多衆에 대한 약속이 아니라 해당 당사자에 대해서 행해진 것이어야 한다는 것이다. 따라서 투자촉진법 등의 법령은 원칙상 개별성이 없는 것이므로 이에 기인하는 기대이익은 인정되기 어렵다. 그러므로 설령 법령의 자의적인 변경이 있는 경우라 하더라도 법령에 의한 개별성이 인정되지 않는 한 그것이 기대이익의 침해 행위가 될 순 없다고 본다. 그러나 법령에서 특정사업자에 대해 특정 권리(면허나 가격결정권 등)를 부여하기로 정하고 있고, 이에 따라 특정 투자가가 선정되어 그러한 권리를 취득하였다면, 이는 개별성이 인정되어 기대이익이 인정될 수도 있을 것이다.⁹⁸⁾ 이는

policy, there is no basis in the BITs or in general international law to consider them as a source of legally enforceable obligations. (AWG Group v. Argentina, UNCITRAL, Award, 30 Jul. 2010, Judge Nikken’s Separate Opinion, para. 26.)

94) PSEG 판정문, para. 243.

95) Frontier Petroleum Services Ltd v. Czech Republic, UNCITRAL/PCA, Final Award, 12 November 2010, para. 468.

96) White Industries Australia Limited v. India, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011, paras. 5.2.6., 10.3.17.

97) Metalclad Corp. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 89.

98) 그러나 가격결정권(tax regime)의 경우, 입법권은 주권사항인 만큼 가격체계 자체가 고정적일 것을 요구할 수는 없고, (Cf. EnCana Corporation v. Ecuador, UNCITRAL/LCIA Case No. UN 3481, Award, 3 February 2006) 단지 그 가격체계가 투자의 합리적인 이윤을 유지할 수 없을 정도로 변경되는 경우엔

단순히 일반적인 법령에만 근거하는 것이 아니라 거기에 근거한 추가적인 약속이 첨부되어 명확성과 더불어 개별성이 인정될 수도 있는 까닭이다. 따라서 법에 의해 기대이익이 성립할 수 있는지 여부를 일률적으로 처리해선 안될 것으로 보인다.

그밖에, 비공식적 행위이거나 구체성이 다소 부족한 것이라 할지라도 개별성이 인정되는 경우는 기대이익이 인정될 수도 있음에 유의할 필요가 있다. 예를 들자면, 원칙상 정치적 언급은 최소한의 법적 가치를 갖는 것임에도 불구하고,⁹⁹⁾ 고위 공무원의 특정 투자에 대한 비공식적 의사표시 (예: 만찬회 건배사, 사업발주식 때의 연설문 등)가 있는 경우엔 개별성이 인정되어 기대이익이 인정된 사례가 없지 않으며,¹⁰⁰⁾ 또한 설령 일반적인 언급(*general statements*)이거나 덜 명확한 약속이라 할지라도 그것이 투자 유치 목적으로 투자의 안정성 보장에 대한 언급이 특정 투자

자에게 개별적으로 '반복'하여 주어진 경우엔 개별성의 요건이 인정되어 기대이익이 인정될 수도 있다.¹⁰¹⁾ 물론 그 최종적인 인정 여부는 구체적 상황에 따라 달라질 수 있는 것임을 고려하여야 할 것이다.¹⁰²⁾

나. 보호받을 자격요건 : 정당성 및 합리성

계약 또는 일방적 의사표시에 근거하여 기대이익이 성립되었다 하더라도 이 모두가 보호대상이 되는 것은 아니다. 보호대상이 될 수 있는 기대이익이란 일단 '정당한(*legitimate*)' 것이어야 하기 때문이다. 정당한 기대이익으로 인정되기 위해선 다음의 요건을 구비하여야 한다:

첫째, 기대의 정당성이 인정되기 위해서는 일단 그러한 기대를 가지는 것이 '정당(*just*)하고'도 '합리적(*reasonable*)'인 것으로 인정되어야 한다.¹⁰³⁾

문제될 수 있다고 본다.(Total S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 333.)

99) "...considering moreover that political statements have the least legal value, regrettably but notoriously so..." (Continental Casualty Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, para. 261.)

100) MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case. No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para.158; Michele Potestà, 'Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept', 28 ICSID Review (2013), p.110.

101) El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 377.

102) "...the question whether those standards have been violated has to be considered in the light of the circumstances of each case..." (Noble Ventures 사건 판정문, para. 181; "...the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case..." (Waste Management II 사건 판정문, para. 99.)

먼저, 기대가 ‘정당’하려면, 무엇보다도 기대의 근거가 되는 당국의 행위에 대한 투자자의 귀책사유 즉 투자자의 사기나 부정직한 행위 등이 없어야 한다.¹⁰⁴⁾ 만약 투자자가 잘못된 정보를 당국에 제공하고, 그러한 잘못된 정보에 의거하여 내려진 결정에 근거한 기대라면 그러한 기대는 정당한 기대라 할 수 없을 것이다.¹⁰⁵⁾ 그 다음, 기대가 보호받기 위해선 ‘합리적’인 기대이어야 한다. 이를 위해선 막연한 기대가 아니라 투자자가 상당한 주의(due diligence)를 기울인 결과로 가진 기대이어야 한다. 즉 합리적인 기대란 도입국의 정치, 문화 경제 역사 등의 환경을 충분히 숙지하여 이를 고려하는 것이어야 함을

의미한다.¹⁰⁶⁾ 특히 관련된 국가가 경제위기로 불안정한 시기인 경우(예: 최근 아르헨티나의 경우)¹⁰⁷⁾라든가 아니면 관련 국가의 개발 정도 (예: 개도국)¹⁰⁸⁾ 등도 주요한 고려사항이 되어야 한다. 따라서 만약 당국이 해당 투자에 대한 안정성을 언급하였다 하더라도 투자자가 해당 국가의 관련 경제적 상황 등을 성실하게 파악했다라면 그러한 안정성이 담보될 수 없다는 걸 알 수 있는 상황이었다면, 당국의 의사표시로 인한 기대이익은 생길 수 있을지는 몰라도 보호받을 수 있는 것은 못될 수 있다. 또한 영속성을 부여할 수 없는 특정인의 견해에 근거한 기대도 합리적인 것으로 인정되지 않을 수 있다.¹⁰⁹⁾

103) “..In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.” (Waste Management, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Award, 30 April 2004, para. 98.)

104) Chemtura Corporation v. Canada, NAFTA/UNCITRAL, Award, 2 August 2010, para. 179.

105) 멕시코에선 도박이 불법이라는 사실을 알고 있으면서, 사실 도박적 성격이 있는 것이었음에도 불구하고 단지 오락용 게임이라는 정보를 제공하여 당국의 허가를 받은 경우라면, 사후에 허가가 취소된 경우라고 하여 기대이익이 침해받았다고 볼 수 없다고 보았다. (International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico, NAFTA/UNCITRAL, Award, 26 January 2006, paras. 164, 166.)

106) Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, July 21, 2008, para.340, 347.

107) “..There can be no legitimate expectation for anyone that the legal framework will remain unchanged in the face of an extremely severe economic crisis...”(El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, para. 274.)

108) “..The Claimant was attracted to the Ukraine because of the possibility of earning a rate of return on its capital in significant excess to the other investment opportunities in more_developed economies. The Claimant thus invested in the Ukraine on notice of both the prospects and the potential pitfalls...” (Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003, para. 20.37.)

109) 악성 채무 문제에 대한 정책에 대한 전임 재무부 장관의 입장은 이후 정부의 정책을 담보할 수 있는 것이 아니라는 점에서 그의 언질은 합리적인 기대의 기초가 될 수 없는 것으로 판정하였다.(Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006, para.351.)

둘째, 투자자의 기대가 정당하고 합리적인 것인지 여부에 대한 판단은 투자자의 주관적인 관점에서 이루어지는 것이 아니라 객관적 관점에서 판단되어야 한다. 즉 객관적인 관점에서 상황을 고려할 때, 그러한 기대를 가지는 것이 정당하고(just) 합리적(reasonable)인 것으로 인정될 수 있어야 한다는 것이다. 여기서의 객관적인 관점이란 당사자가 아닌 동일한 상황에 있는 통상적인 사업가의 수준에서 판단되는 것이다.¹¹⁰⁾ 그러나 통상적인 투자자의 것이라 하더라도 이는 상당한 주의의무를 수행하는 '합리적인 투자자(reasonable businessman)'의 수준이어야 한다. 이와 관련하여 국내법에 위반된 당국의 조치에 의해서도 정당한 기대가 성립할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.

먼저, 법에 위반된 기대이익이 문제되는 경우, 국내법 차원에서는 법적합성(합법성) 보장의 이익과 신뢰보호의 이익이 동일하게 취급되는 관계로, 양자 간의 이익을 상호 교량하여 어느 이익을 우선할지를 결정하는 경향이 있다. 그러나 국제

투자분쟁 차원에서는 국내법상의 합법성 보장이익이 투자자의 정당한 기대이익보다 우선할 수 없으므로, 이러한 과정은 일어날 수 없다. 이는 국제관습법상의 '최소 대우기준(MST)'가 문제되는 FET의 경우는 적어도 국내대우 기준보다는 높을 수 있는 까닭이기도 하다.

그 다음, 기대이익의 보호 여부는 투자자의 상당 주의(due diligence)의무가 어느 정도 주어졌는지에 따라 상이한 결과가 나올 수 있다. 즉 원칙상 투자자의 건전·성실한 노력을 통해서도 불법성이 인지될 수 없었던 경우라면, 당국의 관련 조치가 국내법상 위법한 것이라 하여 그것에 기인한 기대이익의 정당성이 박탈될 순 없다.¹¹¹⁾ 그러나 이는 상황에 따라 그리 간단하지 않은 문제가 생길 수 있다. 만약 당국이 상위법에 위반된 조치를 취했고, 그러한 조치를 믿고 투자를 시행한 경우라 하더라도, 투자자가 근면 성실하게 해당 국가의 관련 법을 조사했더라면, 그러한 조치가 시행되기 어렵다는 것을 알 수 있었던 상황이라면, 그러한 조치에 기댄

110) “..This allocation of the risk of ambiguity requires that the investor did and could reasonably have confidence in the assurance, not as an ultra-perfect lawyer equipped with a hindsight vision facility, but as a reasonable businessman in the position of the investor would do in the particular circumstances...” (International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Thomas Wälde의 separate opinion, December 2005, para.47.)

111) Elizabeth Snodgrass, ‘Protecting Investors’ Legitimate Expectations - - Recognizing and Delimiting a General Principle, 21 ICSID REV. - FOREIGN INV. L.J. 1, (2006), p.40.

기대는 정당한 것으로 인정되지 않을 수 있다.¹¹²⁾ 그러나 이러한 상황이었다 할지라도 당국이 투자가를 투명하게 대우하지 않는 등 당국의 귀책사유 또한 인정되는 경우라면, 기대이익은 인정하되, 투자가의 잘못 또한 고려하여 배상액이 반감되는 경우도 있을 수 있다.¹¹³⁾ 그러나 시행령에 근거한 결정이 투자자에게 통지되었는데, 그러한 결정이 당사자 누구의 잘못도 없이 사후에 상위법에 위반된 것으로 판정난 경우라면, 통지된 결정에 더 잡은 기대이익은 보호될 수 있다.¹¹⁴⁾ 여기서의 객관적인 합리성이란 합리적인 사업가의 수준을 의미하는 것이지 ‘법전문가(ultra-perfect lawyer)’의 수준을 요구하는 것은 아니기 때문이다.¹¹⁵⁾

2. 기대이익의 침해 및 FET 에의 위배

가. 기대이익의 침해

정당하게 성립된 기대이익에 대한 침해

가 인정되기 위해서는 원칙상, 첫째, 당국의 선행행위와 이와 인과관계가 있는 투자가의 후행조치가 있어야 하며, 둘째, 당국이 선행행위에 반하는 후행행위를 하여야 한다.

먼저, 기대이익의 침해는 특정한 행위(conduct나 behavior)를 통해 발생하게 된다. 더군다나 이의 보호근거로서 원용되는 FET 상의 ‘대우(treatment)’ 또한 행위에 대한 기준이라 할 수 있다. 물론 행위엔 作爲(action)뿐만 아니라 不作爲(omission)도 포함된다. 당국의 선행조치는 기대가 기인하는 행위로서 이미 언급한 바 이고, 위반에 관한 것은 이에 반하는 후행조치가 어떠한 것인지가 문제되는 것이다. 그리고 이미 언급한 바처럼 여기서 문제되는 것은 일반법상의 문제가 아니라 투자협정의 위반 여부와 관계되는 것이므로 문제되는 당국의 선행행위나 후행행위 모두가 ‘주권 행사로서의 행위’이어야 한다.¹¹⁶⁾

112) Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentina, ICSID Case ARB/03/05, Award, 6 June 2008, para. 187.

113) MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case. No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, paras. 168-178, 242-246.

114) “..A determination that these acts are null and void under municipal law would not resolve the ultimate question of liability for damages suffered by the victim who relied on the acts. If the municipal law does not provide a remedy, the denial of any remedy whatsoever cannot be the final answer...” (Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992, para. 83.)

115) Thunderbird 판정문, op. cit., note 97.

116) “..For the sake of completeness, the Tribunal adds that a breach of fair and equitable treatment requires conduct in the exercise of sovereign powers...” (Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic

그 다음, 투자자가 침해를 원용하기 위해선 투자자가 당국의 선행행위에 근거한 후행행위를 시도한 결과 거부되거나 기대의 실현이 불가능하게 됨으로서 손해를 발생하게 되는 결과에 이르러야 한다.¹¹⁷⁾ 그러나 첫째, 투자자의 기대의 침해 행위는 반드시 악의(bad faith)나 고의에 의해야 함을 요구하는 것은 아니며, 선의(good faith)에 의해서도 침해가 인정될 수 있는 것이다.¹¹⁸⁾ 둘째, 침해는 기대가 좌절되었는지 아닌지가 문제되는 것이므로, 좌절 그 자체로 요건이 충족되는 것이지 침해 정도에 관한 추가적인 요건은 문제되지 않는다. 특히 기대이익에 대한 침해 조치가 '터무니 없다거나(outrageous)' '말도 안 되는(egregious)' 것이어야 한다는 등의 심각성을 요구하는 것은 아니라는 것이 국제중재법정의 일관된 입장인 것으로 판단된다.¹¹⁹⁾ 셋째, 기대이익이 침해당한 투자자는 국가가 약속을 위반하였다는 것에

대해 입증할 책임을 진다. 그러나 그로 인해 피해가 발생하였음에 대한 입증책임은 지지 않는다.¹²⁰⁾ 기대이익의 침해로 피해의 발생이 추정되는 까닭이다.

나. FET 에 반하는 행위 : 자의성 (arbitrariness)

(1) 자의적인 조치

법의 일반원칙상 정당한 기대에 대한 침해는 이러한 기대를 좌절시키는 당국의 조치에 의해 독자적으로 성립할 수 있다. 특히 국제 차원에서는 국내 차원과 달리 국내법상의 합법성이 문제되지 않으므로 당국의 침해행위가 인정되기만 하면 보호대상이 될 가능성이 더욱 높은 게 사실이다. 그러나 그것이 국제투자협정상의 FET 규정을 통해 보호되는 경우라면, 기대이익에 대한 침해만으로 보호될 수 없고, 그러한 침해행위가 불공평(inequitable)

Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, August 27, 2009, para. 377.)

117) S. Fietta, 'The Legitimate Expectations Principle under Article 1105 NAFTA: International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico', 7 J. World Invest.&Trade p. 430 (2006); Roman Picherack, 'The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?', 9 J. World Invest.&Trade p. 276 (No. 4, 2008).

118) LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006 para.129; Mondev, para. 116 October 11, 2002; Occidental, para. 63; Tecmed, para. 153; Waste Management, para. 93.

119) Tecmed 판정, para.153. 이러한 취지의 지원을 위해 2002년 NAFTA 상 투자분쟁인 Mondev International Ltd v United States of America 사건 판정상의 논지를 원용하고 있다, (ICSID Arbitration no. ARB(AF)/99/2, October 11, 2002, para. 116.); El Paso, para. 357 이하.

120) Tecmed 판정문, para.193; Philips Petroleum Co. Iran v Iran, 21 Iran-U.S. Claims Tribunal Reports (1989-1), p.135, p. 133 .

하거나 자의적(arbitrary)이라는 FET 상의 요건이 추가적으로 인정되어야 한다는 점에 유의할 필요가 있다. 즉 이 경우엔 기대이익의 침해라는 것은 하나의 사실¹²¹⁾로 취급되는 것이어서 여기에서 당국의 자의적인 조치에 의한 침해라는 요건이 충족될 때에야 비로소 FET 규정에서의 위반이 성립할 수 있기 때문이다. 이로 인해 이 경우의 기대이익의 보호란 주관적인 권리로서 보다는 절차적 권리로서 보호받게 됨을 인지하여야 할 것이다. 따라서 기대이익의 침해가 확인되었다면, 그 다음 단계로 그러한 침해를 야기한 조치가 자의적인 것이었는지 여부를 판단할 필요가 수반되는 것이다.

먼저, FET 란 문언상으로 볼 때 ‘공평한 대우(Fair & Equitable Treatment)’를 의미한다. 여기서 ‘fair’ 와 ‘equitable’ 는 그 의미에 있어서 큰 차이가 없는 것이며, ‘대우(treatment)’란 특정한 행위의 기준을 의

미하는 것이기 때문에, 공평한 지 여부는 중국적으로 특정 조치가 자의적(arbitrary)인 것인지 여부를 통해 판정되게 된다.

그 다음, 무엇이 자의적인 것인지가 문제되는데, ‘자의적(arbitrary)’이란 용어에 대한 사전적 의미는 ‘합리성이나 사실이 아닌 편견이나 편애에 기초한(founded on prejudice or preference rather than on reason or fact)’¹²²⁾ 것을 지칭한다고 할 수 있다. 그리고 의사결정에 있어서의 자의성은 행위 배후의 ‘동기나 목적’과도 관계된다. 즉 외국 투자자의 기대에 반하는 조치가 정당한 목적(legitimate purpose)도 없이 그리고 합리적인 설명(rational explanation)도 없이 단지 편견(prejudice or bias)에 기인하여 취해진 것이라면 자의적인 것이라 할 수 있다.¹²³⁾ 그러나 자의성은 투자자의 인식을 기초로 하는 것이 아니라 국제법이나 국내법 등에서 인정되는 객관적인 기준을 기초로 하는 것이다.¹²⁴⁾

121) Saluka v. Czech Republic, Partial Award, 17 Mar. 2006, para. 302; 대부분의 학자들은 정당한 기대의 개념은 FET 기준의 한 요소(factor)라고 믿고 있다.(Cf. Patrick Dumberry, ‘The Protection of Investors’ Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105’, Journal of Int’l Arbitration, 2014 (1), p. 61, note 88.)

122) Black’s Law Dictionary (8th ed., West Group 2004); *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Award, 3 September 2001, para. 221; *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, para. 184; *Joseph C. Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 21 January 2010, para. 385.

123) UNCTAD, Fair and Equitable Treatment (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, U.N. 2012) p.78; Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, para. 370; Siemens A.G. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, 17 January 2007, para. 319.

여기서 주의할 점은 '불법적'인 것이라고 하여 자동적으로 '자의적'인 것은 아닐 수 있다는 점이다. 불법적인 것이 자의적인 것이 되려면 단순한 불법성이 아니라 법을 '의도적으로 무시'한 경우이어야 하기 때문이다.¹²⁵⁾ 그러나 국가기관이 위법한 조치를 취하는 경우는 단순한 위법의 경우라기보다는 의도적인 위법인 경우가 대부분이어서 간혹 혼동될 소지도 없지 않다.¹²⁶⁾ 만약 당국의 부주의로 인한 것이었다면, 그 입증책임은 당국에게 지워질 것으로 보인다.

또한 '불합리(unreasonable)'한 것이라 하

여 그것 또한 당연히 '자의적'이 되는 것도 아니다. 간혹 동일시되는 경우도 없지 않으나, 엄밀히 말하자면, 불합리하다는 것 역시 자의적인지 여부를 판단할 때 고려되는 하나의 요소(factor)에 해당하는 것이다.¹²⁷⁾

따라서 '기대이익'의 침해 여부를 결정함에 있어서는 그 침해의 정도를 문제 삼지 않지만, 그것이 '자의적'인 것이 되기 위해선 당국의 관련 행위가 충분히 노골적(blatant)이거나 말도 안 될(egregious) 정도의 것이어야 함을 요구할 가능성이 없지 않다.¹²⁸⁾ 그러나 오늘날엔 국가배상의

124) “--the fair and equitable treatment standard of international law does not depend on the perception of the frustrated investor, but should use public international law and comparative domestic public law as a benchmark”, (Toto Construzioni Generali S.p.A. v. Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/1 2, Award, 7 June 2012, para. 166.); Total S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, 27 December 2010, paragraph 111.; Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010, para. 506; Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID case No. ARB/01/11, Award, October 12, 2005, para. 177-178 (Exhibit R90).

125) Jacob Stone, 'Arbitrariness, The Fair and Equitable Treatment Standard and the International Law of Investment' 25 *Leiden J. Int'l L.* (2012), p. 94,

126) 따라서 FET의 기준이 모호한 관계로 이를 보충하기 위해 그 중요한 예로 prohibition of denial of justice, due process, good faith 등을 거론하는 경우도 있지만, 이들도 자의적인 경우의 하나로 포함시킬 수 있다고 본다.

127) Patrick Dumberry, 'The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105', *Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), p.125.

128) “..to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons—so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1)...”(Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, para. 22.) 어떤 경우는 기대이익의 침해의 경우와 혼동하여, FET 침해를 인정하는 경우에도 침해의 정도는 전혀 고려되지 않는 것으로 보는 경우도 있지만,(예: Mondev 판정 para.153.) 이는 양자를 혼동한 것으로 보아야 할 것이다.

경우 무과실 주의가 점증하고 있는 경향과 함께, 적어도 국제투자법상 FET의 위반 여부를 결정함에 있어서는 당국의 고의나 악의는 필수 요건으로 고려되지 않는 경향이 지배적인 것으로 보인다.¹²⁹⁾

그렇다면 투자자의 기대이익을 침해하는 조치 중 어떠한 것이 자의적인 것이 되는가? 이를 위해서는 투자협정의 FET 규정상 기대이익의 보호가 포함되는 이유를 돌이켜 볼 필요가 있다. -이미 언급한 바처럼- 외국투자의 최초 시행 여부는 그 당시의 도입국의 법적 상태 및 해당 사업 여건에 대한 구체적 평가에 기초하여 이루어지는 것인데, 이러한 평가 속에 이를 위한 당국의 약속이 중요한 요소가 되는 것이며, 또한 시행 이후엔 기대이익의 보호 및 외자에 대한 당국의 합리적이고도 일관된 태도를 전제로 공평하게 대우될 것

이란 기대를 갖게 되는 까닭이라 할 수 있다.¹³⁰⁾ 따라서 이에 관련된 국제투자중재 판례를 고려하더라도, 당국의 후행조치와 관련하여 당국이 준수해야하는 FET상 주요 의무란 안정(stable)되고 예측가능한(predictable) 관련 사업 환경의 유지 의무와 더불어,¹³¹⁾ 투명(transparent)하고도 일관된(consistent) 조치를 취할 의무가 요구된다 할 것이다.¹³²⁾ 이러한 전제하에서의 기대이익을 침해하는 자의적 조치란 약속에 반하는 ‘불투명하거나 일관적이지 못한 조치’가 될 가능성이 크다. 통상적으로 기대이익의 침해는 불투명하거나 일관적이지 못한 조치로 인해 야기된다는 점 그리고 그것이 합의이든 일방적인 것이든 약속을 위반함으로써 야기된다는 점을 고려하면, 대부분의 경우 기대이익의 침해라는 결과는 곧 바로 그 자체로 FET의 위반에 이르게 되는 자의적 조치가 될 수 있

129) “..To the modern eye, ... In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith...” (Mondev International Ltd v United States of America, ICSID Arbitration no. ARB(AF)/99/2, Award, October 11, 2002 para. 116.); Tecmed 판정문, para. 153.

130) Cf. supra note 64.

131) “..Thus, this Tribunal, having considered, as previously stated, the sources of international law, understands that the fair and equitable standard consists of the host State’s consistent and transparent behavior, free of ambiguity that involves the obligation to grant and maintain a stable and predictable legal framework necessary to fulfill the justified expectations of the foreign investor...” (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, para.131.)

132) “.. If it means to refer to specific investment-related commitments that are later disavowed or disputed by the State, the violation of fair and equitable treatment is based on the improper conduct of the State with regard to the consistency of its actions, which is required by the canons of good governance. (AWG Group v. Argentina, UNCITRAL, Award, 30 Jul. 2010, Judge Nikken’s Separate Opinion, para.26.)

을 것으로 보인다.¹³³⁾ 이것이 - 다른 FET 위반 경우와는 달리 - 기대이익을 침해한 경우엔 FET 위반을 위해서도 그 위반 행위가 '터무니 없다거나(outrageous)', '말도 안되는(egregious)' 것이어야 한다는 등의 별도의 침해정도에 관한 요건을 요구하지 않는 이유인 것이다. 기대이익 침해 자체가 터무니없는 것일 뿐만 아니라 말도 안되는 것이기 때문이다.

끝으로, 의사결정에 있어서의 자의성은 행위 배후의 '동기나 목적'과 관계되는 것으로, 만약 외국 투자가의 기대에 반하는 조치가 정당한 목적(legitimate purpose)을 갖고 행해진 것이라고 하는 합리적인 설명(rational explanation)이 가능한 경우라면,

설령 기대이익의 침해가 인정되는 경우라 하더라도 그 책임이 감경 또는 면제될 수 있을 것이다.¹³⁴⁾ 즉 오늘날 국제법상 공공 복지 등을 위해 통상적인 규제권한에 근거하여 비차별적으로 시행하는 정부 규제에 관해서는 외국인투자자에 대한 보상 의무가 인정되지 않을 수도 있음을 고려할 필요가 있는 것이다.¹³⁵⁾ 그리고 대부분의 투자협정들은 협정상의 의무로부터 면제될 수 있는 경우를 나름대로 규정하는 경우가 많으며, 이에 대표적인 것으로는 공서의 유지, 국제평화 및 안보상의 의무 이행, 필수적인 안보이익의 보호, 환경보호 등을 거론할 수 있을 것이다.¹³⁶⁾ 이러한 변명은 명시적 규정이 없더라도 논리상 적용될 소지도 있다. 단지 논란의 소지

133) 이 때문에 기대이익이 마치 실제적 권리로서 보호되는 것으로 착각하는 경우가 생길 수 있다고 본다.

134) “..It is now established in international law that States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulations that are aimed at the general welfare...” (Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Award, May 17, 2006, para. 255.); “..The Tribunal further accepts Respondent’s explanation that the circumstances of political and economic transition prevailing in Estonia at the time justified heightened scrutiny of the banking sector. Such regulation by a state reflects a clear and legitimate public purpose...” (Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, para. 370.); UNCTAD, Fair and Equitable Treatment (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, U.N. 2012) p.78. 그밖에, Methanex v. USA 사건에서는 미 캘리포니아 정부가 발표한 석유첨가제의 사용금지 조치가 공공목적을 위해 비차별적으로 취해진 것이라 보고, 비록 외국인투자자에게 손실을 입혔다고 하여 보상 의무가 생기는 것은 아니라고 하였다.(Methanex v. USA, Award, August 9, 2005.)

135) “.. In order to determine whether frustration of the foreign investor’s expectations was justified and reasonable, the host State’s legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well...” (Saluka v. Czech Republic, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, para. 305).

136) Cf. USA-Argentina Bilateral Investment Treaty, Art. X: “This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with

를 없애기 위한다면, 이러한 면제사유를 구체화 또는 명문화할 필요는 있을 것으로 본다.¹³⁷⁾ 그러나 이러한 경우라 할지라도 주권의 규제권과 투자자의 권익간에 균형점을 어떻게 찾을지가 결국 법정의 중요 심리대상이 될 것으로 판단된다.¹³⁸⁾

(2) 법령 변경의 문제 : 기대이익과 FET의 관계

기대이익의 침해 문제가 중요한 논란의 대상이 된 또 다른 중요한 문제 중 하나는 법령의 개폐에 의해서도 기대이익이 침해될 수 있는가의 문제이다. 이는 특히 2000년대 아르헨티나를 위시한 남미의 경제위기를 둘러싸고, 당국이 이러한 경제

위기를 극복하고자 법령을 개정하였고, 이로 인해 법령의 안정성을 믿고 투자한 외국투자자들이 피해를 본 상황에서 주로 논란이 되었다.¹³⁹⁾ 상당수의 관련 국제중재법정들은 외국투자자들의 이익을 옹호하기 위해 법령의 개폐에 의해서도 기대이익이 침해될 수 있다는 결론을 도출하고자 하였고, 이로 인해 구체적 약속이 없는 경우임에도 불구하고 법령에 의해 기대이익이 발생할 수 있다는 논리가 전개되기에까지 이른 것으로 보인다. 즉 투자자는 투자 당시의 법체계가 안정적으로 유지될 것이라는 기대를 갖는 것이고, 이에 반하여 법제도를 변경하는 것은 자의적인 것이어서 투자자의 기대이익의 보호

respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests.”

137) 한국의 경우엔 부동산 관련 문제가 제기되는 특수한 상황을 고려하여, 한-미 FTA에선 부동산에 관한 조치에 대한 예외를 명문화하고 있다.

138) Thunderbird 사건, Separate Opinion, para 30.

Tecmed v. Mexico 중재판정부는 간접수용 여부를 판단함에 있어 ‘비례성(proportionality)원칙’을 처음으로 언급하였다. 동판정부는 특정한 정부조치가 간접수용에 해당하는지를 판단하기 위해서는 당해 조치(또는 행위)가 추구하는 목적과, 조약상 외국인투자에 부여된 법익(法益)을 종합적으로 검토해야 한다고 하였으며, 이 과정에서 다음의 3가지 요소를 제안하였다; 첫째, 투자자에게 실질적인 피해가 있어야 하고 둘째, 투자유치국이 추구하는 공익 목적이 분명히 존재하여야 하며 셋째, 문제된 정부조치는 그것이 목표하는 공익의 달성을 위한 유일하고, 가장 덜 불리한(least detrimental) 방법이어야 한다는 것이다. (Tecmed v. Mexico, ARB(AF)/00/2, Award, May 29, 2003, para. 122.) 이는 투자자의 기대이익과 당국의 공익간에 교량을 함에 있어서도 참조될 수 있을 것으로 보인다.

139) Enron 사건, CMS 사건, LG & E 사건, Total 사건, Continental 사건, El Paso 사건, Impregilo 사건 등이 이에 관련되는 경우들이다. 미국-아르헨티나BIT에 근거하여 발생한 CMS사건, Enron사건, LG&E사건 3개는 아르헨티나 정부가 경제위기에 대처하는 과정에서 발생한 사건으로 동일한 사실관계, 법률관계 및 사건의 배경을 가지고 있었음에도 서로 다른 판정이 내려졌다. 즉 CMS사건과 Enron사건의 중재법정은 아르헨티나 정부가 채택한 경제위기 극복을 위해 채택한 조치가 “필요한 방위조치”(necessity defence)에 포함되지 않는다고 판단하여 아르헨티나정부의 항변을 기각했으나, LG&E사건의 중재법정은 아르헨티나 정부의 동일한 경제위기 극복조치의 필요성을 인정하여 정부조치가 필요한 상태였다고 판단한 17개월 기간에 초래된 투자자에 대한 손해배상을 면제하는 내용으로 판정한 것이다.

의무 위반과 함께 FET 규정에 위반되는 것이라는 논지가 제시된 것이다.¹⁴⁰⁾

이러한 입장은, 좋게 본다면, 기대이익의 개념을 지나치게 할 정도로 확대했다고 할 수 있을 것이고,¹⁴¹⁾ 나쁘게 본다면, 이는 기대이익의 개념에 위배되는 논리를 전개한 것이라고 판단된다. 왜냐하면 '법의 일반원칙'에 있어서의 보호되는 기대이익이란 -그것이 합의이든 일방적인 의사표시이든- 명확한 약속에 의해서만 생성되는 것이기 때문이다. 이에 의하자면, 법령이란 통상적으로 다중을 상대로 하는 일반적 내용을 가지는 것이므로 원칙상 이에 기대어 기대이익이 생길 수가 없는

것이다.¹⁴²⁾ 그럼에도 불구하고 만약 법령의 개폐에 의해서 기대이익이 침해될 수 있다고 한다면, 이는 '법의 일반원칙'상의 기대이익이 아니고 투자협정의 FET 규정상의 기대이익에 대한 새로운 해석이라고 볼 수밖에 없다.¹⁴³⁾ 그렇지만 이러한 새로운 해석방법은 너무나 중대한 문제점을 낳는 것이어서 받아들이기에 무리가 많은 것으로 판단된다.

먼저, 이러한 입장에 의하면, 투자법령에 따라 외국투자가 실행된 경우라면 당사자의 동의 없이 관련 법령을 바꾸기 어렵다는 결과가 나오는데, 이는, 한편으로는, 기대이익 -그것도 구체적 약속이 없는-, 막

140) Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, para. 99.

141) “..I believe that the standard of fair and equitable treatment has been interpreted so broadly that it results in arbitral tribunals imposing upon the Parties obligations that do not arise in any way from the terms that the Parties themselves used to define their commitments...” (AWG Group v. Argentina, UNCITRAL, Award, 30 Jul. 2010, Judge Nikken’s Separate Opinion, para. 27.)

142) 이는 2009년 Glamis 사건에서 명확히 확인된 바 있다: 캐나다 회사가 캘리포니아의 사막에서 금 채굴권을 받아 사업을 시행 하던 중, 광산 인근에 원주민 유산 등이 있어 이를 보호하고 환경을 보존할 필요가 제기되어 그 곳의 노천 광산은 채굴 후 반드시 다시 매립하도록 의무화하는 법이 제정되었다. 이로 인해 기존 노천 광산을 운영하던 업체는 더 이상 타산이 맞지 않게 되었고, 이로 인해 당국의 조치가 조약상 수용(expropriation) 및 FET 규정 위반 위반이라는 이유로 중재에 회부하였다. 법정은 수용의 경우는 부정하였고, FET 위반의 문제는 투자를 유치하기 위한 별도의 약속이 없었다면 일반적인 법체계만으로 기대이익이 발생할 수 없으며, 또한 환경보전을 위한 조치 또한 그 정당성이 인정된다고 보았다.(Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, 특히 para.766.)

143) “..the stability of the legal and business framework in the State party is an essential element in the standard of what is fair and equitable treatment. As such, the Tribunal considers this interpretation to be an emerging standard of fair and equitable treatment in international law...” (LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, Decision on Liability, 3 October 2006, para.125.); Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, ICSID Case. No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para.260.

연한 기대이익에 의해 주권마저도 제한당할 수 있다는 문제점을 갖게 됨과 동시에, 다른 한편으로는, 구체적 약속에 근거하지도 않는 막연한 기대가 국제계약상의 ‘안정화(stabilization) 조항’¹⁴⁴⁾ 그 이상의 효력을 갖게 된다는 문제점을 만들게 된다.¹⁴⁵⁾

그 다음, 이러한 문제점을 의식하여 이러한 논리를 완화함으로서, 원칙적으로 기대이익이 입법권을 제약할 순 없는 것이지만, 전반적인(total) 개폐¹⁴⁶⁾나 roller-coaster식의 개폐¹⁴⁷⁾ 등과 같은 특별한 경우엔 부당한(inequitable, unfair) 조치가 되어 FET 규정에 위배되게 된다는 입장이 제시되기도 한다. 그러나 이는 적어도 중요한 두 가지 문제점을 야기하게 된다: 첫째, 이는 결국 법의 개폐가 기대이익을 침해하는 것으로 FET 에 위반되려면, 법의 개폐 그 자체로서는 부족하며, 그것이

불합리하다거나 지나치다는 새로운 요건을 추가적으로 요구하는 결과에 이르게 만드는 것이다.¹⁴⁸⁾ 이러한 경우엔 적어도 입법변경을 기대이익의 침해조치로 파악하는 한, 기대이익의 침해란 악의(bad faith)를 요구하는 것도 아닐 뿐만 아니라 ‘말도 안되는(egregious)’ 것이라거나 ‘터무니 없는(outrageous)’ 것이어야 한다는 등의 심각성의 정도를 추가로 요구하는 것도 아니라고 한 많은 중재판례¹⁴⁹⁾의 취지와 명백하게 상치되게 되는 문제점을 노출할 수 있다. 둘째, FET 규정에서의 위반은 반드시 기대이익의 침해의 존재를 요구하는 것이 아니라 부당하거나 자의적이라는 것만으로도 그 요건이 충족될 수 있다. 따라서 FET에서의 위반성을 확립하기 위해 구체적 약속이 없는 상황임에도 기대이익이 발생한다는 무리한 논리는 거론할 필요가

144) 이는 법령을 동결시킬 목적을 갖는 계약 조항을 일컫는 것으로서, 그 규정 양식은 ‘관련 법령을 당사자의 동의 없이 개폐할 수 없다’고 규정하는 경우와 법령이 개폐되는 경우라도 ‘해당 계약에 대해서는 당시의 법령이 적용된다’고 규정하는 경우로 나뉠 수 있다.

145) Elizabeth Snodgrass, “Protecting Investors’ Legitimate Expectations - - Recognizing and Delimiting a General Principle”, 21 FOREIGN INV. L.J. 1 (2006), p.38.

146) El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, paras. 274, 517.

147) PSEG v. Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007, para. 250.

148) “..certainly investors must be protected from unreasonable modifications of that legal framework...” (Impregilo S.p.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/17, Final Award, 21 June 2011, para. 291); “..the tribunal says, whether the FET standard has been violated will depend on “the context, reasons and effect” of the unilateral modification...” (Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of 5 September 2008, para. 261.)

149) Cf. supra note 117.

없다는 점이다. 즉 법령 개폐가 지나쳐 자의적인 것이라고 판단되는 경우라면, 그 자체로 FET에의 위반성이 인정될 수 있는 것이어서, 굳이 기대이익을 거론할 필요가 없을 수 있다는 문제가 생길 수 있다.

이상과 같은 문제점이 야기된 원인을 보자면, 남미의 경제위기로 인해 많은 피해를 받게 된 외국투자자들을 보호할 필요성을 염두에 둔 법정이 결론에 집착하여 무리한 논리구성을 시도하게 된 데 있었던 것으로 보인다. 이러한 논리의 핵심적인 문제점은 그러한 결론을 원했다는 것이 아니라, 그러한 결론을 위해 무리하게 기대이익의 개념에 집착했다는 점일 것이다. 왜냐하면 법령의 전반적 개폐나 롤러코스트식 개폐는 법적 안정성을 부당하게 침해하는 것으로서 그 자체 자의적인 것이어서 FET에의 위반성이 인정될 수 있는 것이므로, 기대이익을 원용함이 없이 충분히 그 목적을 달성할 수 있다. 그리고 만약 기대이익의 개념을 원용하고자 했다면, 단순히 입법변경에 의해 침해된다고 할 것이 아니라 해당 입법의 경우엔 다른 경우와 달리 구체성을 가지고 있으며, 특정 투자가가 관련 사업을 취득한 경우엔 개별성이 인정되게 되는 것이므로 기대이익이 인정될 수 있다는 논지를 펴야 했던 것으로 보이기 때문이다.

그럼에도 불구하고, 입법의 구체성이나 개별성에 대해서는 어떠한 언급도 없이, 오로지 당국의 입법변경 조치 그 자체의 위반성을 명확히 그리고 굳건히 할 목적만으로 논란이 있는 기대이익의 침해를 거론하고자 한 것이고, 결과적으로 그 개념을 판정 논리에 맞추기 위해 해당 법리에 맞지 않을 정도로 무리하게 기대이익의 개념을 확대해 버린 데 문제가 있다 할 것이다.

V. 결 론

1) 국제투자법상 기대이익의 보호 필요성이 점증함에 따라, 국제투자중재법정은 투자가의 기대이익보호를 보다 확실히 하기 위하여, 그것의 법적 근거로, 法源인 '법의 일반원칙'을 직접 적용하기보다는 투자협정상의 FET 규정의 적용을 통해 간접적으로 보호하고자 하는 경향을 갖게 되었다. 이는 설령 법의 일반원칙이 모든 분쟁의 경우에 적용될 수 있다 할지라도, 궁극적으로는 법의 흠결을 보충하는 역할을 갖는 법의 일반원칙에 기대어 필히 배상의 의무를 지우는 데에는 한계가 있을 수 있으며, 반면 FET 규정은 거의 모든 투자협정에 존재하는 구체적 협정상의 의무인데다, 동 규정의 해석상 기대이익의 보호가 포함될 수 있는 까닭이라 할 것이다.

국제투자중재법정이 FET 규정의 한 내용으로서 기대이익의 보호를 포함시키는 관행이 확립되자,¹⁵⁰⁾ 이러한 관행은 필요에 따라서는 심지어 막연한 기대까지 기대이익의 개념을 확대하는 상황에까지 이르게 되었고, 이에 대한 반발로 상당수의 학자들은 국제투자법 분야에서 기대이익의 개념을 배제하고자 하는 시도도 동시에 나타나게 되었다. 즉 투자협정상의 ‘간접수용(indirect expropriation)’에 관한 규정을 통해서 기대이익이 보호 받을 수도 있고, 또한 기대이익이 약속에 기인하는 것이라면, ‘우산조항(umbrella clause)’의 적용을 통해 보호받을 수 있는 가능성이 있음에도 불구하고, 굳이 모호하고 추상적인 내용을 갖는 FET 규정의 자의적 해석을 통해 이를 보호하고자 시도할 필요가 없다는 것이며, 나아가 그럼에도 불구하고 만약 법의 개폐가 걱정이 되는 경우라면 당사자가 스스로 계약 속에 ‘안정화 조항(stabilization clause)’을 삽입하도록 촉구하는 것이 더 확실하고 바람직하다는 것이다.

그러나 먼저, ‘간접수용’으로 인정되기에 그 요건이 엄격하여 이에 이르지 못하

여 보호받지 못하는 기대이익의 경우가 많을 수 있으며, 또한 설령 간접수용의 인정 여부의 기준 중 하나로 기대이익의 침해 정도가 포함되어 있는 경우라 할지라도 이는 재산권이나 투자의 박탈 여부를 판단하는 기준일 뿐 기대이익 그 자체를 보호하는 규정이 아니라는 점 등을 고려하면, 이와 다른 별도의 기대이익 보호 장치는 필요해 보인다. 그 다음, ‘우산조항’ 역시 당국의 약속 위반을 문제 삼을 수 있는 것이긴 하지만, 기대이익이란 비록 약속에 기인한다 할지라도 약속 그 자체가 아니라 약속에 부수된 이익이라는 점에서 그 적용에 한계가 있을 수 있다. 그밖에, 법령 개폐에 의한 피해를 방지하기 위해 당국과의 계약 속에 가능한 한 “안정화 조항”이 포함되도록 노력할 것을 종용할 필요가 있음은 인정한다 하더라도 이는 계약당사자간의 합의에 의해야 하는 것이어서 일방적 의사만으로는 이를 수 없다는 한계를 갖는다.

2) 국제투자법상 FET 규정을 통한 기대이익의 보호가 필요하다고 한다면, 그것이 가능한지에 대한 논의는 다음과 같이

150) “..One can observe over the last years a significant growth in the role and scope of the legitimate expectation principle, from an earlier function as a subsidiary interpretative principle to reinforce a particular interpretative approach chosen, to its current role as a self-standing subcategory and independent basis for a claim under the “fair and equitable standard” as under Art. 1105 of the NAFTA...” (International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Separate opinion of Thomas Wälde, dec. 2005, para.37.)

정리해 볼 수 있다고 본다: .

먼저, FET 규정이 외국투자의 법적·사업적 환경의 안정성과 예측가능성을 확보하는데 기여하는 것이며, 이를 위해 이러한 안정성과 예측가능성을 훼손하는 자의적 조치를 저지하는데 그 주요한 목적을 갖는 것이라고 한다면, 당국의 약속에 근거하는 기대이익의 보호는 법의 일반원칙으로서 그리고 FET의 목적에 기여하는 것으로서 그것이 FET의 한 내용이 되는 데는 문제가 없어 보인다.

그 다음, FET의 기준을 두고 그것이 국제관습법상의 '최소대우기준(MST)'을 의미하는 것인지, 아니면 투자협정상의 독자적 기준인지를 두고 상반된 입장으로 나누어져 있고, 이로 인해 투자협정상의 FET의 규정 방식이 다를 수 있지만, 적어도 '법의 일반원칙'의 한 내용으로서 기대이익의 보호 문제가 FET 규정을 통해 보호될 수 있음에 대해서는 크게 문제가 없어 보인다. 첫째, FET의 독자성을 주장하는 경우엔 그 구체적 내용의 확정을 위해 법의 일반원칙이 동원될 수 있다. 둘째, FET를 국제관습법상의 '최소대우기준(MST)'으로 제한하는 경우라 할지라도 최

소대우의 내용이 고정되어 있는 것이 아니라 시대에 따라 발전될 수 있는 것이라고 한다면, 발전된 구체적 내용의 파악을 위해서는 법의 일반원칙이 동원될 수 있을 것이고, 또한 발전된 내용을 파악하기 위해선 세계적인 경향을 파악할 필요가 있을 것인데, 이에 기대이익의 보호가 세계적인 시대적 요청이라고 한다면 거기에 포함될 수 있을 것이기 때문이다. 실제로 FET를 국제관습법상 '최소대우기준(MST)'에 국한하고자 하는 미국이 주축이 되어 있는 NAFTA 체계에서도, 비록 기대이익의 개념이 다른 곳보다는 엄격하게 파악하는 경향이 있긴 하지만, FET 규정을 통한 기대이익의 보호가 실제로 인정되고 있다.¹⁵¹⁾ 셋째, 이러한 FET 규정은 거의 모든 투자협정에 포함되어 있지만, 설령 없는 경우라 하더라도 '최혜국대우(MFN) 조항'을 통해 차입해 올 가능성도 없지 않아 규정의 미비로 인한 문제점도 극복될 수 있을 것으로 보인다.

그러나 문제점을 들자면, 첫째, 기대이익의 보호가 국내법상 신뢰보호 원칙에 기인한 것이라는 점엔 이론이 없지만, 이를 실체법상의 권리로 볼 것인지 절차법

151) Cf. Patrick Dumberry, 'The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105', 31 Journal of International Arbitration, pp.47-73 (2014); Patrick Dumberry, 'The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105', 15 Journal of World Investment & Trade (2014).

상의 권리로 볼 것인지를 두고 혼란이 있으며, 이러한 혼란은 국제투자 중재법정에도 영향을 주고 있는 것으로 보인다. 이는 외관상으로 볼 때, 정당한 기대이익의 침해가 인정되는 즉시 FET 위반으로 인정될 수 있기에 더욱 그러하다. 그러나 -국내법 체계에서와는 달리- 적어도 국제투자법상의 기대이익은 FET 규정을 통해 비로소 법적으로 보호되는 것이라고 하는 한, 이는 실체법상의 권리가 아니라 절차법상의 권리란 점을 분명히 할 필요가 있다고 본다. FET 규정은 원칙상 due process 등에 관계되는 것으로, 공권력의 행사방법 및 그 구체절차 등에 관련되는 것이지 투자자의 특정한 실체적 권리를 보호하는 규정은 아니기 때문이다. 둘째, 기대이익의 보호를 FET 규정을 통해 달성하게 되면서 나타난 부작용 중 하나는 기대의 개념이 지나칠 정도로 확장될 수도 있다는 점이다. 왜냐하면 FET 규정은 기대이익을 보호하기 위한 규정이라기보다는 당국의 자의적인 조치를 규제하기 위한 것이므로, 특정 조치가 일단 자의적인 것으로 인정되는 경우인 한, 엄격한 의미에서의 기대이익이든 막연한 기대이든 그것은 별로 중요하지 않을 수 있기 때문이다. 그러나 올바른 기대이익의 확실한 보호를 위해서는 오히려 그 요건을 엄격히 할 필요가 있다고 보며, FET 규정의 위반이 인정되기

위해서 반드시 기대이익의 침해가 있어야 하는 것이 아닌 한, FET에의 위반성을 강조하거나 명확히 할 목적으로 기대이익 개념을 오용 및 남용하거나 이를 위해 그 개념을 지나치게 확대·변형하는 일이 없도록 주의가 요청된다고 할 것이다.

3) FET 규정을 통한 절차적 권리로서의 기대이익의 보호 요건은 원칙상 이중적이어야 한다. 하나는 법의 일반원칙상의 기대이익의 침해가 있어야 하고, 다른 하나는 FET 위반의 요건으로서 그러한 침해행위가 자의적인 것으로 인정되어야 한다는 것이다. 그럼에도 국제투자 중재판례에 의하면, 기대이익의 침해행위는 악의(bad faith) 여부를 따질 필요가 없으며, 또한 그 행위가 엄중해야 한다는 등의 추가 요건도 필요 없다고 한다. 그러나 FET 에의 위반 요건은 단순한 위반이 아니라 자의적이거나 상당한 위반일 것을 요구한다고 할 수 있다. 따라서 기대이익과 같은 경우는 특정한 약속에 기반을 두는 것이고, 이의 위반은 당국의 불투명하거나 일관성 없는 조치에 의해 이루어지게 되는 것이므로, 기대이익의 침해행위는 그 자체로 자의적인 것으로 인정될 수 있을 뿐이라고 이해될 필요가 있다고 본다. 이로 인해 FET 규정을 통한 기대이익의 보호는 두 가지 이점을 가질 수 있다. 하나는 협정상의 명문 규정을 통해 수용에 이르지 못하는

투자자의 기대이익까지를 보호할 수 있게 된다는 이점이고, 다른 하나는 기대이익의 침해가 자동적으로 FET 위반이 됨으로서 FET 규정의 사용을 더욱 용이하게 할 수 있다는 이점이다.

그러나 FET 규정을 활용하기 위해 법의 일반원칙인 '기대이익의 보호원칙'을 원용하게 되면서 이점과 동시에 새로운 법적 문제점이 제기되게 되었다. 이는 당국국의 조치가 자의적인 것으로 판단되는 경우이고 그 침해 대상이 기대이익인 경우라면, 이 경우의 기대이익은 원래의 범위 그 이상인 막연한 기대로까지 확장하게 될 가능성이 있다는 점이다. 즉 원래 법의 일반원칙상의 기대이익은 반드시

함에도, 이 경우엔 어떠한 약속 없이 야기된 막연한 기대까지도 그러한 보호의 대상인양 혼돈을 야기할 가능성이 있으며, 이는 당국조치의 자의성을 부각시키거나 강조할 의도에 의해 결과 되는 것으로 보인다. 그러나 진정으로 법의 일반원칙으로서 기대이익의 보호를 구현하고자 한다면, 기대이익의 원칙을 언급하는 경우엔 엄격하게 법의 일반원칙상 요구되는 요건에 부합하는 경우에 국한하여야 할 것이며, 이에 해당하지 않는 막연한 기대가 문제되는 경우엔 기대이익이란 용어의 사용을 되도록 자제하고 그 대신 당국조치의 자의성에 보다 집중하는 것이 온당한 입장이며 태도가 아닐까 한다.

기존의 약속을 전제로 인정되는 것이어야

참 고 문 헌

〈 단행본 〉

OECD, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, Working Papers on International Investment, No. 2004/3 (2004).

UNCTAD, Fair and Equitable Treatment (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, U.N. 2012).

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking (2007).

Ioana Tudor, The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law, (Oxford Univ. Press, 2008).

Martins Paparinskis, The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment, Oxford Univ. Press, (2013).

Peter Muchlinski, Multinational enterprises and the law, Blackwell Publishers (1995).

Roland Kläger, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Cambridge Univ. Press (2011).

Roland Kläger, Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, Cambridge Univ. Press, (2011).

Rudolf DOLZER & Christoph SCHREUER, Principles of International Investment Law, (2008).

- Stephan Schill. International Investment Law and Comparative Public Law. Oxford University Press (2010).

- Søren Schonberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, Oxford University Press (2000).

〈 논 문 〉

Artemis Malliaropoulou, "Legitimate expectations in the TTIP proposal, in CETA, in EU law and in international investment law: a paradigm of Heraclitean hidden harmony?", EFILA blog, <https://efilablog.org/2016/11/24/legitimate-expectations-in-the-ttip-proposal-in-ceta-in-eu-law-and-in-international-investment-law-a-paradigm-of-heraclitean-hidden-harmony/>

C. Schreuer, Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, Journal of World Investment & Trade (June 2005).

C. Schreuer, 'Fair and Equitable Treatment(FET): Interactions with other Standards', Transnational Disputes Management. Volume 4, issue #05, September 2007.

Elizabeth Snodgrass, 'Protecting Investors' Legitimate Expectations -- Recognizing and Delimiting a General Principle', 21 ICSID REV. - FOREIGN INV. L.J. 1, (2006).

Jacob Stone, 'Arbitrariness, The Fair and Equitable Treatment Standard and the International Law of Investment' 25 Leiden J. Int'l L. (2012).

Michele Potestà, Legitimate expectations in investment treaty law: Understanding the roots and the limits of a controversial concept, 28 ICSID Review, (2013).

Patrick Dumberry, 'The Protection of Investors' Legitimate Expectations and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105', 31 Journal of International Arbitration, (2014).

Patrick Dumberry, 'The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105', 15 Journal of World Investment & Trade (2014).

Roman Picherack, 'The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?', 9 J. World Invest.&Trade 276 (No. 4, 2008).

S. Fietta, 'The Legitimate Expectations Principle under Article 1105 NAFTA: International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico', 7 J.World Invest.&Trade (2006).

Roman Picherack, 'The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?', 9 J.World Invest.&Trade 276 (No. 4, 2008).

Trevor ZEYL, "Chartering The Wrong Course: The doctrine of Legitimate Expectations in Investment Treaty Law", Alberta Law Review, 2011.

W. Michael Reisman & Mahnoush H. Arsanjani, The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes, in *Völkerrecht als Wertordnung – Common Values in International Law*, Festschrift für : Essays in honour of Christian Tomuschat. (P.M. Dupuy et al. eds., 2006).

〈 주요 판례 〉

ATA Construction v. Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010.

AWG Group v. Argentina, UNCITRAL, Award, 30 Jul. 2010, Judge Nikken's Separate Opinion.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August, 2009.

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

Chemtura Corporation v. Canada, NAFTA/UNCITRAL, Award, 2 August 2010.

CME Czech Republic B.V. v The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 13/09/2001.

CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, 25 Sep. 2007.

Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, July 21, 2008.

EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 October 2009.

El Paso Energy International Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011.

Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina, ICSID Case. No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.

Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award, 19 August 2005.

Frontier Petroleum Services Ltd v. Czech Republic, UNCITRAL/PCA, Final Award, 12 November 2010.

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID case No. ARB/00/9, Award, 16 September 2003.

Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, June 8, 2009.

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Seperate opinion of Thomas Wälde, dec. 2005.

Joseph C. Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 21 January 2010.

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006.

Mondev International Ltd v United States of America, ICSID Arbitration no. ARB(AF)/99/2, Award, October 11, 2002.

Metalclad corporation v. the United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AB)/97/1.

Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentina, ICSID Case ARB/03/05, Award, 6 June 2008.

Methanex v. USA, Award, August 9, 2005.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile, ICSID Case. No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004.

Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID case No. ARB/01/11, Award, October 12, 2005.

Occidental Exploration and Production Company(OEPC) v. Ecuador, 1 July 2004.

Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007.

Pope & Talbot 사건, Award in respect of damages of 31 May 2002.

PSEG v. Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, 19 January 2007.

Rumeli Telekom v. Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008.

Saluka v. Czech Republic, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006.

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Partial Award, November 13, 2000.

Sempra Energy International v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 28 September 2007.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Award, 20 May 1992.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May 29, 2003.

Total S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010.

Toto Construzioni Generali S.p.A. v. Lebanon, ICSID Case No. ARB/07/1 2, Award, 7 June 2012.

Waste Management, Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 30 April 2004.

White Industries Australia Limited v. India, UNCITRAL, Final Award, 30 November 2011.

[국문초록]

국제투자중재상 투자가의 '정당한 기대이익'의 보호

- FET 규정의 적용가능성 여부 및 그 적용 기준에 대하여 -

1) 오늘날 국제투자법상 가장 핫한 이슈 중 하나가 기대이익의 보호 문제이다. 국제투자협정은 투자 자체를 보호하는 데만 집중하고 있어 투자가의 기대이익의 보호에 관한 규정을 갖고 있지 않다. 그런데 현실상 투자가의 기대이익의 보호 필요성은 점증하고 있는 실정이다. 이에 국제투자중재법정은 '공평대우 (Fair & Equitable Treatment(FET) 규정'의 독자적 해석을 통해 투자가의 기대이익의 보호 가능성을 찾았다. 즉 FET 규정이란 외자에 대한 국가의 자의적 조치를 방지하는 목적을 갖는 것으로, 초반에는 적법절차(due process)의 위반이나 정의의 거부(denial of justice) 등을 그 주요한 구체적 내용으로 제시된 바 있다. 그러나 투자가의 정당한 기대이익의 보호 필요성이 시대의 요청으로 등장하자, 이에 부응하여 초기의 국제투자중재법정은 법의 일반원칙인 신의성실 원칙 자체에서 기대이익의 근거를 찾았다. 그러나 협정상의 규정도 아닌 법의 일반원칙이 배상의 근거가 되기엔 부족한 점이 인식되자, 국제투자법정은 투자협정상의 보편 규정이라 할 수 있는 FET 규정에서 그 근거를 찾게 되었다. 즉 정당한 기대이익의 침해는 신의성실의무에 반하는 것이고, 이는 곧 FET 에 위반이 된다는 논리였다. 'FET' 란 지극히 추상적인 내용이라 이의 구체적인 적용을 위해서는 나름대로의 해석이 필요한 것인데, 법정은 투자가의 기대이익의 보호가 가능하도록 독자적인 해석권을 발동한 것이다.

2) 이러한 국제중재법정의 관행이 확립되자, 이에 관한 연구와 논쟁이 촉발되었다. 따라서 본 논문은 이러한 연구를 정돈하고, 논쟁의 문제점을 지적하고자 하였다. 먼저, 기대이익 보호 원칙이란 게 과연 법의 일반원칙으로 볼 수 있는 것인지, 볼 수 있다면, 그것의 구체적 내용은 무엇인지에 관한 심도 있는 연구가 필요한데, 이는 본 논문의 전개에 필요한 만큼만 본 논문 II 부분에서 간략하게 살펴보았다. 그 다음, 기대이익의 보호 원칙이 법의 일반원칙으로서 인정된다면, 투자협정상의 FET 규정을 통해 그것의 적용이 가능한가가 문제될 수 있다. 이를 위해서는 그 근거를 확실히 제시한 중재판정의 논지를 분석할 필요가 있었고, 그러한 논지가 다양한 형태로 규정되고 있는 각각의 투자협정에 대

해 일률적으로 적용될 수 있는 것인지를 살펴보았다. FET를 국제관습법상 ‘최소대우기준(MST)’으로 보고자 하는 입장과 이를 부정하고 FET를 투자협정에 의해 비로소 창설되는 기준이라고 주장하는 입장이 첨예하게 대립되고 있지만, 다행히 FET 속에 기대이익 보호 원칙을 포함시키는 데는 큰 문제가 없어 보인다는 결론을 얻었다.(III) 끝으로, 만약 법의 일반원칙으로서 기대이익의 보호원칙이 인정되고, 그것이 투자협정상의 FET에 포함될 수 있다고 한다면, 그것의 성립요건 및 적용요건이 무엇인지가 중요하게 된다. 이는 본 논문 IV에서 판례를 중심으로 정리해 보았다.

3) 끝으로, 본 연구를 통하여 기대이익 보호원칙이 투자협정상의 FET의 내용이 되면서 갖게 된 이점 및 주의 점을 지적하고자 하였다. 먼저, 기대이익이란 것이 국가에 따라서는 실체법상의 권리로 보는 경우도 있고, 절차상의 권리로 보는 경우도 있지만, 국제투자법상 FET 규정을 통해 보호되는 기대이익은 실체적 권리가 아니라 절차상의 권리임이 명백하다. 이에 관련된 혼란은 종식되어야 할 것이다. 그 다음, 기대이익 보호를 위한 FET 규정의 독자적 해석은 원칙상 법정의 고유재량 사항이긴 하지만, 그것이 법의 일반원칙으로서 도입된 것이라면 그 자체 넘어서 안되는 한계가 있는 것이다. 투자자의 기대이익이란 적어도 당국의 명확하고도 개별성을 갖는 의사표시에 기인하여야 하는 것이므로, 투자자의 기대이익을 보호하고는 집착하여 그리고 그 위반성을 강조하기 위하여 집착하여 지극히 일반적인 법령에 기대어 기대가 발생할 수 있다고 하는 논지는 기대이익 보호원칙의 기본요건을 파훼하는 것이라 할 수 있다.

FET 규정은 당국의 조치가 자의적인 것이라는 것만으로 그 위반성이 충족되는 것이고, 기대이익의 침해는 그 자체로 FET 규정에 반할 수 있는 것이다. 따라서 이 둘을 동시에 충족시키고자 무리수를 둘 필요는 없다 할 것이다.

주제어

국제투자협정, 국제투자중재, 기대이익, 공평대우, 최소대우기준, 법의 일반원칙, 신의성실의 원칙, 신뢰보호원칙, 우산조항, 수용조항, 간접수용, 동결조항, 상당주의의무, 투명성 원칙, 일방적 의사표시, 최혜국대우조항.

[ABSTRACT]

The protection of investor's 'legitimate expectations' in International investment arbitration

1) The protection of legitimate expectations of foreign investors is one of the most important issues in international investment law of these days. It is, in particular, because no international investment agreement has the stipulation for protection of legitimate expectations, only for that of investment per se, even if the necessity of it's protection is increasing gradually.

Methods for it's protection has been devised by international arbitral tribunals. In the early times, Arbitral tribunals invoked the general principle of laws as basis of protection of legitimate expectations of investors. But the serious problem was indicated in that the violation of general principle of laws is hard to cause the obligation of compensation. After the time, arbitral tribunals adopted the another way for it's protection through the autonomous interpretation of the Fair & Equitable Treatment(FET) clause which exists in almost every international investment agreement, on the grounds which the FET clause includes good faith principle.

2) But this attitude of arbitral tribunal provoked not few criticisms and raised many problems to have to be solved.

Firstly, there is a question as to whether such logic of tribunal is indeed valid that the FET clause is able to comprise the principle of protection of legitimate expectations. This question is treated in chapter III of this article.

Secondly, if the first question is positive, next question to be raised is when and how investors' expectations come into being and in which cases such formed expectations are legitimate. (chapter IV)

3) Finally, this article intended to point out several concrete problems which are invoked in trying to protect investors' expectations through the FET clause.

Firstly, this article never forgot to consider diverse types of FET clause of which the root lies in the serious difference of views surrounding the ‘Minimum Standard of Treatment(MST)’ in customary international law. Nonetheless, it comes to conclusion that every type of the FET clause is able to comprise the principle of protection of legitimate expectations.

Secondly, this article urged attention in that the ‘Most-Favored-Nations(MFN) clause’ can let all investment agreement include the FET clause. Thirdly, the legal principle for protection of expectations in domestic legal system can be transformed in international legal system. Above all, the legitimate expectations to be protected in international investment agreements is not substantive right but procedural right because it is protected through the FET clause. Next, the duty of protection of legitimate expectations in international investment agreement is not able to be ignored due to domestic illegality of the measure concerned, even if the due diligence of investors is required.

Besides, core part of the principle can’t be modified no matter how the domestic legal principle can be transformed in international agreement. That is, obscure expectations without any concrete representation of the other party is not able to be protected. In other word, general law per se can’t produce the expectations. If the modification of certain law is arbitrary, the modification per se is the violation of the FET clause without any necessity of indicating the protection of legitimate expectations. If one wants earnestly to indicate the protection of expectations in the case of the modification of certain law, the law concerned has to be equipped with the elements of specificity and individualization. this article points out that a few arbitral tribunal committed errors of disregarding this principle only for the sake of investors’ interest.

Key words

International investment agreement, International investment arbitration, legitimate expectations, Fair & Equitable Treatment(FET), general principle of laws, Minimum Standard of Treatment(MST), good faith, umbrella clause, indirect expropriation, stabilization clause, transparency, unilateral representation, Most-Favored-Nation(MFN) clause, due diligence.

「통상법률」 연구윤리규정

2009. 6. 30 제정

제1장 전문

제1조(목적) 이 규정은 법무부 국제법무과가 발간하는 「통상법률」에 게재할 논문과 관련하여 논문의 저자, 편집위원, 심사위원 등이 지켜야 할 연구윤리의 원칙과 기준을 정함으로써 「통상법률」의 연구윤리를 제고하고 건전한 연구문화의 정착에 기여하는데 그 목적이 있다.

제2장 저자 등의 연구윤리

제1절 저자의 연구윤리

제2조(연구부정행위의 금지) 저자는 연구과제의 제안, 연구과제의 수행, 연구결과 등의 보고 및 발표 등에서 위조·변조·표절 등 연구부정행위(이하 부정행위)를 하여서는 안된다. 부정행위는 구체적으로 다음 각 호와 같다.

1. “위조”는 존재하지 않는 허구의 자료를 이용하는 등 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구과정 또는 연구자료 등을 인위적으로 조작하거나 임의로 변형하거나 삭제함으로써 연구내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다.
3. “표절”은 타인의 연구생각, 연구내용 또는 연구결과 등을 정당한 승인이나 인용표시 없이 도용하는 행위를 말한다. 다만, 타인의 연구결과를 그 출처와 함께 인용하는 경우에는 그러하지 아니하다.
4. “부당한 논문저자 표시”라 함은 연구내용 또는 결과에 대하여 공헌 또는 기여를 한 정도에 따라 저자(역자)(단독연구의 경우)나 저자(역자)의 순서(공동연구의 경우)를 정확하게 표시하지 않는 행위를 말한다. 연구에 공헌이나 기여한 자에게 정당한 이유 없이 논문저자(역자) 자격을 부여하지 않거나, 공헌 또는 기여를 하지 않는 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 논문저자(역자) 자격을 부여하여서는 아니된다. 다만, 연구나 저술에 대한 작은 기여가

있는 경우에는 이를 각주, 서문, 상의 등에서 감사를 적절하게 표한다.

5. 본인 또는 타인의 부정행위의 의혹에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위

제3조(연구결과에 대한 책임) 저자는 자신의 연구결과에 대하여 스스로 책임을 진다.

제4조(연구결과물의 중복게재 또는 이중출판의 금지) ① 저자는 국내외를 막론하고 이전에 출판된 자신의 연구결과(출판예정이거나 출판심사 중인 연구결과 포함)를 새로운 연구결과인 것처럼 본 학술지에 투고하여서는 아니된다.

- ② 저자는 본 학술지에 투고한 연구결과를 그 심사가 끝나기 전에 여타 학술지에 중복해서 투고하여서는 아니된다.

- ③ 투고 이전에 출판된 연구물(박사학위 논문 포함)의 일부를 사용하여 출판하고자 할 경우에는 학술지의 편집자에게 이전 출판에 대한 정보를 제공하고 편집자는 이에 대하여 중복게재나 이중출판에 해당하는지의 여부를 확인하여야 한다.

- ④ 저자가 연구물을 투고하는 경우에는 (별지1)의 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 작성하여 제출하여야 한다. 다만 본 연구윤리규정의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 기존의 투고 및 게재된 논문 등에 대하여는 본 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권에 동의한 것으로 간주한다.

제5조(검증을 위한 연구 자료의 공유) ① 연구결과가 본 학술지에 게재된 이후 그 연구결과와 재분석을 통한 검증을 목적으로 연구 자료를 요청하는 경우에는 연구 참여자에 대한 기밀이 보호되는 범위 내에서 자료를 제공할 수 있다.

- ② 제1항에 따라 연구 자료를 제공받은 자는 오로지 당해 목적으로만 연구 자료를 사용할 수 있으며, 다른 목적으로 연구 자료를 사용하고자 할 경우에는 본 학술지의 편집위원장 및 그 저자의 사전 동의를 얻어야 한다.

제6조(인용 표시방법) ① 저자가 타인의 연구생각, 연구내용 또는 연구결과 등을 활용하고자 하는 경우에는 본 학술지가 정한 원고 투고 규정에 따라 정확하게 표시하여야 하며, 상식에 속하는 자료가 아닌 한 반드시 그 출처를 명백히 밝혀야 한다.

- ② 개인적인 접촉을 통해 얻은 비공개 학술자료의 경우에는 이를 제공한 연구자의 동의를 받은 후에 인용할 수 있다.

제2절 편집위원의 연구윤리

제7조(편집위원의 편집방법) ① 편집위원은 본 학술지에 투고된 논문 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하면서 게재여부를 결정하여야 한다.

② 편집위원은 본 학술지에 투고된 논문을, 저자의 성별·나이·소속기관은 물론이고 어떠한 선입견이나 사적 친분과 무관하게, 오직 논문의 수준과 논문심사규정에 의거해서 공평하게 취급하여야 한다.

③ 편집위원은 투고된 논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단능력을 지닌 심사위원에게 의뢰하여야 한다.

제8조(비공개 의무) 편집위원은 투고된 논문의 출판 여부가 결정될 때까지는 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하여서는 아니된다.

제9조(통지 의무) 편집위원은 심사위원이 심사와 관련하여 문제를 제기하는 등 편집위원회에서 심의·의결할 사항이 발생하면 편집위원회에 지체 없이 통지하여야 한다.

제3절 심사위원의 연구윤리

제10조(심사위원의 심사방법) ① 심사위원은 저자의 전문지식인으로서의 독립성을 존중하여야 하며, 심사의견서에는 논문에 대한 자신의 견해를 밝히되 보완이 필요하다고 생각되는 부분에 대해서는 그 이유를 설명하여야 한다.

② 심사위원은 본 편집위원회가 의뢰하는 논문을 심사규정에서 정한 기간 내에 성실하게 심사하여야 하고 그 결과를 본 편집위원회에 통지하여야 한다. 이 경우 자신이 해당 논문을 심사하기에 적임자가 아니라고 판단될 때에는 본 편집위원회에 그 사실을 지체 없이 통지하여야 한다.

③ 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대하여 이 규정의 제4조 제1항 또는 제2항의 중복투고 등의 문제를 발견하였을 때에는 본 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알려야 한다.

제11조(객관적이고 공정한 심사의무) 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대하여 개인적 학술신념과 저자와의 사적친분을 떠나 객관적이고 공정한 기준에 의하여 심사하여야 한다. 심사자가 충분한 근거를 명시하지 않거나 심사자 본인의

관점이나 해석과 상충된다는 이유로 수정 또는 보완을 요구해서는 아니된다.

제12조(비밀유지의무) ① 심사위원은 심사를 의뢰받은 논문에 대한 비밀을 준수하여야 한다.

② 심사위원은 논문의 심사를 위해 특별히 조언을 구하는 경우가 아니라면 논문을 다른 사람에게 보여주거나 그 내용에 관하여 다른 사람과 논의하여서는 아니된다.

③ 심사위원은 자신이 심사한 논문이 게재된 본 학술지가 출판되기 이전에 해당 논문의 내용을 인용 또는 참조해서는 아니된다.

제3장 연구부정행위에 대한 처리절차 등

제13조(서약) ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 본 연구윤리규정을 준수할 것을 서약해야 한다. 다만 본 연구윤리규정의 효력이 발생하는 시점을 기준으로 기존의 편집위원장 및 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 본 연구윤리규정에 서약한 것으로 간주한다.

② 편집위원장, 편집위원, 심사위원은 각각 (별지2)와 (별지3)의 연구윤리규정준수 서약서를 작성하여야 한다.

제14조(연구윤리규정 위반의 보고) ① 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자가 본 연구윤리규정을 위반한 사실을 안 경우 연구윤리규정을 환기시킴으로써 문제를 사전에 예방할 수 있도록 한다.

② 본 학술지의 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자는 제1항의 노력에도 불구하고 편집위원장, 편집위원, 심사위원, 논문연구자가 이 규정을 위반한 경우에는 제15조에 의한 연구윤리위원회(이하 ‘연구윤리위원회’라고 한다)에서 위반사항에 대하여 심의하여야 한다.

③ 연구윤리위원회는 제2항의 사실을 알린 자의 신원을 외부에 공개하여서는 아니된다.

제15조(연구윤리위원회의 구성원칙) ① 제14조 제2항에 따른 심의 등을 위해 필요한 경우에 편집위원장은 연구윤리위원회를 구성하여야 한다.

- ② 이 경우의 편집위원장은 제1항의 연구윤리위원회의 위원장이 되며, 5인 이상의 위원을 임명한다. 다만, 연구윤리위원회 각 위원은 자신이 직접적인 이해관계가 있는 안건에 대해서 심의에 참여할 수 없다.
- ③ 편집위원장이 본 연구윤리규정을 위반한 때에는 편집위원장을 제외한 편집위원의 합의에 따라 연구윤리위원회를 구성한다.

제16조(연구윤리위원회의 조사) ① 연구윤리위원회는 부정행위의 사실 여부를 입증하기 위하여 조사를 실시한다.

- ② 연구윤리위원회는 필요한 경우 특별조사위원회를 구성할 수 있다.
- ③ 조사위원회는 제보자와 피조사자에게 의견진술의 기회를 주어야 하며, 조사결과를 확정하기 이전에 이의제기 및 변론의 기회를 주어야 한다. 당사자가 이에 응하지 않을 경우에는 이의가 없는 것으로 간주한다.
- ④ 연구윤리규정 위반으로 제보된 자는 연구윤리위원회에서 행하는 조사에 협조해야 한다. 만약 정당한 조사에 협조하지 않거나 방해하는 경우에는 연구윤리규정의 위반으로 간주한다.

제17조(조사결과보고) ① 연구윤리위원회는 조사의 결과와 내용을 조사의 종료 및 판정 후 각각 10일 이내에 편집위원회에 보고하여야 한다. 조사의 결과보고서에는 다음 각 호의 사항이 반드시 포함되어야 한다.

1. 제보의 내용
 2. 조사의 대상이 된 부정행위
 3. 조사위원회의 조사위원 명단
 4. 당해 연구에서의 피조사자의 역할과 부정행위의 사실 여부
 5. 관련 증거 및 증인
 6. 제보자와 피조사자의 이의제기 또는 변론 내용과 그에 대한 처리결과
- ② 조사결과보고서는 제보자와 피조사자에게 문서로써 통보한다.

제18조(연구윤리위원회의 제재조치 건의권) 연구윤리위원회는 조사 결과 연구윤리규정에 위반한 사실이 있다고 판단되는 경우 부정행위자에 대하여 편집위원회에 징계 등 적절한 제재조치를 건의할 수 있다.

제19조(징계의 절차 및 내용) ① 연구윤리위원회의 징계 건의가 있을 경우, 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 징계 여부 및 징계내용을 최종적으로 결정한다.

② 편집위원회는 이 규정을 위반한 자에 대하여 경고, 투고제한 등의 징계를 할 수 있고, 그 조치를 위반한 자의 소속기관에 알리거나 대외적으로 공표할 수 있다.

제20조(조사 대상자에 대한 비밀 보호) 연구윤리위원회 위원 등은 부정행위 의혹에 대하여 본 학술지의 최종적 조치가 취해질 때까지 조사 대상자의 신원을 외부에 공개해서는 아니된다.

제21조(연구윤리규정의 개정) 이 규정의 개정 절차는 본 편집위원회의 권한사항으로 한다.

부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2009년 6월 30일부터 시행한다.

(별지1) 연구윤리규정준수확인서 및 논문사용권 등 위임동의서
(「통상법률」 제00호)

「통상법률」 편집위원회 귀중

논문제목 :

연구윤리규정준수 확인서

저자(들)은 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하여 논문을 작성하였으며 특히 아래의 사항에 대하여 확인합니다.

1. 저자의 지적 창작이며, 타인의 저작권을 침해한 바 없음
2. 저자는 투고논문의 작성에 실질적인 지적 공헌을 하였으며, 투고논문의 내용에 대하여 모든 책임을 부담함
3. 투고논문은 타인의 명예 등 권리를 침해한 바 없음
4. 투고논문은 과거에 출판된 적이 없으며, 다른 학술지에 중복 게재를 위하여 투고하지 않았고, 투고할 계획이 없음
5. 「통상법률」 발행인은 투고논문에 대한 저작권 침해에 대하여 이의제기, 고소 기타 저작권 보호를 위한 제반 권리를 보유함

논문 사용권 및 복제·전송권 위임서

저자(들)은 본 논문이 「통상법률」에 게재될 경우, 논문사용권 및 복제·전송권을 「통상법률」에 위임합니다.

200 년 월 일

저 자	성 명	소 속	이메일(연락처)	위임여부(O,X)	서 명
제 1 저 자					
교 신 저 자					
공동저자1					
공동저자2					

(별지2) 연구윤리규정 준수 서약서(편집위원용)

「통상법률」 귀중

본인은 「통상법률」의 편집위원으로서 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하며, 특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

1. 투고논문에 대하여 저자의 인격과 학자로서의 독립성을 최대한 존중하면서 게재 여부를 결정함
2. 투고논문에 대하여 저자의 성별·나이·소속기관은 물론이고 어떠한 선입견이나 사적 친분과 무관하게, 오직 논문의 수준과 논문심사규정에 의거해서 공정하게 취급함
3. 투고된 논문의 심사를 해당 분야의 전문적 지식과 공정한 판단 능력을 지닌 심사위원에게 의뢰함
4. 투고논문의 출판 여부가 결정될 때까지 저자에 대한 사항이나 논문의 내용을 공개하지 않음
5. 심사위원이 심사와 관련하여 문제를 제기하는 등 편집위원회에서 심의·의결할 사항이 발생하면 편집위원회에 지체 없이 통지함

20 년 월 일

편집위원 ○ ○ ○ ①인

(별지3) 연구윤리규정 준수 서약서(심사위원용) (2009. 6. 30. 신설)

「통상법률」 귀중

본인은 「통상법률」의 심사위원으로서 「통상법률」의 연구윤리규정을 준수하며,
특히 아래의 사항에 대하여 서약합니다.

1. 본인은 당해 심사논문을 심사함에 있어 공정하고 합리적으로 심사할 수 있음
2. 심사논문을 심사규정에서 정한 기간 내에 성실하게 심사하여 그 결과를 본회 편집위원회에 통지하도록 함
3. 심사논문에 대하여 개인적 학술신념이나 저자와의 사적 친분을 떠나 객관적이고 공정한 기준에 의하여 심사함
4. 심사를 함에 있어 충분한 근거를 명시하도록 하고, 본인의 관점이나 해석과 상충된다는 이유로 수정 또는 보완을 요구하지 않음
5. 심사논문의 중복투고 등 부정행위를 발견하였을 때에는 본 편집위원회에 지체 없이 그 사실을 알림
6. 심사를 의뢰받은 논문에 대한 비밀을 준수함, 부정인용 및 참조를 하지 않음

20 년 월 일

심사위원 ○ ○ ○ ㉠

「통상법률」 원고 심사 및 편집 규정

제정 2003년 11월 1일

제 1 장 총 칙

제1조(목적) 본 규정은 법무부 국제법무과가 발간하는 「통상법률」에 게재할 원고의 심사 및 편집에 관한 절차 및 기준을 정함을 목적으로 한다.

제2조(대상) 심사대상 원고는 다른 학술지나 기타 간행물에 발표되지 않은 것이어야 하며, 원고의 체제와 분량은 「통상법률」 원고 작성방법에 따라야 한다.

제 2 장 통상법률 편집위원회

제3조(원고 심사 및 편집) 「통상법률」에 게재할 원고의 심사와 편집에 관한 사항을 결정하기 위하여 ‘통상법률 편집위원회’(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

제4조(위원회의 구성) 위원회의 구성은 다음과 같다.

- ① 위원회는 위원장 및 7인 이내의 위원으로 구성한다.
- ② 위원장은 법무부 국제법무과장으로 한다.
- ③ 위원은 판사, 검사, 변호사 및 관련 분야 전문가 중 위원장이 위촉한다.
- ④ 위원의 임기는 2년으로 하되, 연임할 수 있다.
- ⑤ 위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 처리하기 위하여 편집위원 중 1인을 간사로 지명할 수 있다.

제5조(위원회의 임무) 위원회는 다음 각호에 관한 사항을 결정한다.

1. 「통상법률」의 편집 및 출판에 관한 일반사항
2. 원고의 접수 및 심사
3. 위원회 운영에 관한 사항

제 3 장 원고의 심사

제6조(원고 심사) ① 제출된 원고는 위원회가 위촉한 3인 이상의 심사위원에 의한 심사를 받아야 한다.

② 원고 심사시 필자 및 담당 심사위원에 관한 사항은 공개하지 않는다.

③ 법무부는 원고 심사위원에게 소정의 원고 심사료를 지급할 수 있다.

제7조(심사 기준) 원고의 심사는 다음과 같은 기준에 의한다.

1. 논리적 완결성
2. 내용의 독창성
3. 학문적 기여도
4. 문장 및 각주 처리의 정확성
5. 기타 위원회에서 「통상법률」의 심사를 위해 필요하다고 인정하는 사항

제8조(심사 판정) ① 심사위원은 원고의 심사 결과를 위원회에 보고하고, 위원회는 보고된 원고에 대하여 다음과 같이 판정한다.

1. 게재
 2. 수정보완 후 게재
 3. 게재 유보
 4. 게재 불가
- ② 위원회의 판정은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ ‘수정보완 후 게재’로 판정된 원고는 필자가 수정하여 제출하고 위원장이 검토 후 게재 여부를 결정한다.
- ④ ‘게재 유보’로 판정된 원고는 수정하여 다시 투고하면 위원회가 재심사를 통하여 게재 여부를 결정할 수 있다.

제 4 장 원고의 게재 등

제9조(원고의 게재) ① 위원회에서 ‘게재’로 판정한 원고는 「통상법률」에 게재한다.

② 「통상법률」의 내용은 법무부 및 관련기관의 인터넷 홈페이지에 게시할 수 있다.

③ 법무부는 필자에게 소정의 원고료를 지급할 수 있다.

④ 「통상법률」은 매년 2, 4, 6, 8, 10, 12월 20일에 발행한다.

제10조(자료의 전송) 위원회는 「통상법률」을 법률문화 발전, 학술진흥 기여 기타 필요한 경우 데이터화하여 각종 도서관 등에 전송 및 제공할 수 있다. 이에 동의하지 않는 원고의 필자는 발행일로부터 1월 이내에 반대의 의사표시를 할 수 있고 당해 원고는 전송되지 아니한다.

제 5 장 보 칙

제11조(규정의 개정) 본 규정은 위원회의 과반수 찬성에 의하여 개정할 수 있다.

부 칙

제1조(시행일) 본 규정은 2003년 11월 15일부터 시행한다.

「통상법률」 원고 작성 방법

제1조(원고의 양식) 원고는 본 요령에 따라 ‘한글’로 작성함을 원칙으로 한다.

제2조(원고의 요건) 원고는 독창성을 갖는 것으로서 다른 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다.

제3조(원고 작성 요령) ① 원고는 연구논문, 사례연구, 연구자료, 해외동향 등으로 구별하여 작성한다.

② 원고는 원고지 150매 내외 (A4 용지 20~25매) 분량으로 작성함을 원칙으로 한다.

③ 원고는 표지, 본문, 참고문헌 목록, 국문 초록, 영문 초록으로 구성한다.

④ 원고의 표지에는 원고의 종류, 논문 제목(국문 및 영문 제목 모두 표기), 필자의 성명(괄호 안에 영문 표기), 소속, 직책, 학위, 연락처(주소, 전화번호, 이메일주소) 등의 인적사항, 은행계좌, 주민등록번호를 기재한다.

⑤ 공동으로 집필한 논문의 경우는 주 저자(책임 연구자)와 공동 저자를 구분하여, 주 저자·공동 저자의 순서로 표시한다.

⑥ 원고는 다음의 규격에 따라 작성한다.

1. 용지 여백 : 위쪽 20, 아래쪽 15, 왼쪽 30, 오른쪽 30, 머리말 15, 꼬리말 15

2. 본 문 : 왼쪽 여백 0, 오른쪽 여백 0, 들여쓰기 2, 줄간격 160, 글꼴 신명조, 글자 크기 10

3. 각 주 : 왼쪽 여백 3, 오른쪽 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 신명조, 글자크기 9

⑦ 목차는 I., 1., 가., (1), (가)의 순으로 표기한다.

⑧ 직접 인용할 때에는 “”(큰 따옴표)를 사용하고 강조할 때에는 ‘’(작은 따옴표)를 사용한다.

⑨ 각주는 다음과 같이 기재한다.

1. 단행본 : 저자명, 서명, 면수, 출판연도

2. 정기간행물 : 저자명, “논문제목”, 학술지명, 권·호수, 면수, 간행연월

3. 판 례 : 대법원 1900. 00. 00. 선고 00다0000판결(법원공보 1900년, 000면) 또는
대판 1900. 00. 00, 00다0000
 4. 외국 출전 및 판결은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있다.
단, 일본 판결의 경우 선고 일에 평성, 소화 등 연호를 쓸 경우 괄호 안에
서기를 표시한다.
 5. 영문성명, 논문명, 서명 등은 각 단어의 첫 자 외에는 반드시 소문자로 표기
한다.
 - ⑩ 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 ‘면’으로 표기하고,
로마자자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 별도의 ‘p.’와 같은 표시를
생략하고 숫자만을 표기하며, 면수나 연도 등에서 ‘부터, 까지’를 나타내는
부호로 ‘-’을 사용한다.
 - ⑪ 외국 법률이나 제도 등은 우리말로 표기하고 ()안에 원어를 표시한다. [예:
가석방제도(parole system)]
 - ⑫ 참고 문헌은 각주의 기재 방식에 따름을 원칙으로 하되, 다음과 같은 사항에
유의하여 기재한다.
 1. 저자명, 서명, 출판관련사항은 각 마침표로 구분한다.
 2. 출판관련사항의 경우, ‘출판지: 출판사, 출판연도’의 형식으로 표기한다.
 3. 서양인 저자의 이름을 적을 때에는 성을 먼저 쓰고, 공저의 경우에는 처음
나오는 저자만 성을 먼저 쓴다.
 4. 동일 저자가 작성한 문헌이 복수인 경우, 문헌이 출판된 연도순에 의하여 나
열한다.
 - ⑬ 원고 뒷부분에 국문 및 영문 초록과 주제어(keywords, 국문 및 영문)를 10개
내외로 기재한다.
 - ⑭ 기타 논문작성방법에 관하여는 사단법인 한국법학교수회에서 제정한 “논문작
성 및 문헌인용에 관한 표준”에 따른다.
- 제4조(원고의 제출) 작성 완료한 논문은 발행일 1개월 전까지 편집위원회의 간사
가 지정한 전자우편(e-mail) 주소로 송부한다.

[편집자문위원]

장승화 (서울대 법학전문대학원 교수, 現 Journal
of International Economic Law
Editorial Advisory Board Member)

[편집위원장]

한창완 (국제법무과장)

[편집위원]

김인호 (이화여대 법학전문대학원 교수)
강병근 (고려대 법학전문대학원 교수)
채형복 (경북대 법학전문대학원 교수)
안덕근 (서울대 국제대학원 교수)
조성준 (일리노이공과대 시카고 켄트로스쿨 교수)
이재성 (유엔국제상거래법위원회 법률담당관)

계 간 지 통 상 법 률

2018년 11월 23일 발행(통권 제141호)

1994년 2월 20일 등록(97-10-5-11)

발간등록번호 : 11-1270000-000225-07

ISSN : 1598-4915

발행인 : 법무부장관 박 상 기

편집인 : 법 무 실 장 이 용 구

발행처 : 법무부 / 편집실 : 국제법무과 / 전화 : 2110-3663 / FAX : 2110-0327

주 소 : (13809) 경기도 과천시 관문로 47 정부과천청사 1동 514호

인 쇄 : 성 진 사 : 031-388-4485

[비매품]

INTERNATIONAL TRADE LAW

Vol. 141

Nov. 23, 2018

Publisher Park, Sang-ki / Minister of Justice

Editor Lee, Yong-gu / Deputy Minister for Legal Affairs

Edited in

International Legal Affairs Division

Published bimonthly by

Ministry of Justice

※ “통상법률”에 게재된 내용은 필자의 개인적인 견해이며, 법무부의 공식 견해가 아님을 밝힙니다.