한국의 투자 협정 해설서

- BIT와 최근 FTA를 중심으로 -

‖ 개정판 ‖

2018

법 무 부

改 訂 版　發 刊 辭

『한국의 투자협정 해설서』 초판이 발간된 지 벌써 10년이 다 되어 갑니다. 그 동안 우리나라는 터키, 호주, 캐나다, 중국, 뉴질랜드, 베트남, 콜롬비아와 FTA를 체결하여 2010년 발간 당시 5개에 불과했던 기 체결 FTA는 현재 15개로 늘어났으며, 발효 중인 투자보장협정(BIT)도 87개에 이릅니다. 또한, 2018년 한 해만 해도 한-미 FTA 개정, 한-중 FTA 후속협상 및 MERCOSUR와의 무역협정(TA) 협상 개시 등 우리나라의 투자협정 체결 현황에 많은 변화가 있었습니다.

뿐만 아니라, 2017년 영국의 EU 탈퇴(Brexit) 선언, 2018년 북미자유무역협정(NAFTA) 재협상 타결 등 국제 통상 환경에도 급격한 변화가 일어나고 있는 이 시기에 『한국의 투자협정 해설서』 개정판을 발간하게 되어 더욱 감회가 깊습니다.

2010년 발간된 초판은 우리 기 체결 투자협정의 주요 내용과 미국 등 주요 국가들의 투자협정 및 투자자-국가간 분쟁해결절차(ISDS) 관련 중재판정례를 검토하고, 투자협정 운용 과정에서 제기된 다양한 쟁점들을 포괄적으로 기술하여 투자협정 협상 및 투자유치 업무 담당자들의 실무에 많은 참고가 되어 왔습니다. 이번 개정판에서는 초판 발간 이후 체결된 국내외 투자협정들의 주요 내용 및 투자협정 체결 관행의 변화된 상황을 반영하고, 최신 중재판정례들을 보완하였습니다.

그 동안 법무부는 각종 투자협정 협상에 적극적으로 참여하고, 투자협정과 관련된 다수의 연구서, 교육 자료 및 홍보 자료 등을 발간하여 왔습니다. 이번 개정판 역시 그러한 노력의 일환이며 아무쪼록 본서가 정부관계자, 법조인, 연구자 등 투자협정 및 ISDS에 관심있는 모든 분들에게 도움이 되길 바랍니다.

마지막으로 바쁜 업무 중에도 이번 개정 작업을 감수해 주신 신희택 교수께 감사드리고, 본서 초판의 집필을 위해 노고를 아끼지 않았던 변필건 검사를 비롯하여 이번 개정판의 기획, 집필 및 발간 업무를 성실히 수행한 국제법무과 관계자들에게도 감사의 뜻을 전합니다.

2018. 11.

법무부장관 박상기

發 刊 辭

해외 직접 투자 활동은 13세기 이탈리아 도시국가를 중심으로 한 상인세력인 피렌체의 메디치家 등이 해외에 은행을 설립한 데서 그 연원을 찾을 수 있습니다. 이렇게 시작된 해외 직접 투자 활동은 지리상의 발견과 식민지 시대 등을 거치면서 비약적으로 증가하게 되었습니다. 세계 해외 직접 투자액수는 1970년 26억불에 불과하였으나, 양차 세계대전과 세계화에 따른 교류 활성화의 과정을 겪으면서 그 규모가 급격히 팽창하여 2008년에는 1조 6,970억불에 이르게 되었습니다.

이러한 국제투자의 증가는 자국 투자자를 보호하려는 투자국과 자국경제 활성화를 위하여 외국인 투자를 유치하려는 투자유치국 사이에서 외국인 투자자에 대한 내국민 대우, 최혜국 대우 등 다양한 보호의무를 규정하는 투자협정을 체결하는 결과를 가져왔습니다. 특히, 투자협정 위반과 관련된 분쟁을 투자유치국 법원이 아닌 국제 중재재판소에 제소할 수 있도록 하는 투자자 중재제도(Investor-State Dispute, ISD)를 둠으로써 그 규범력을 더욱 강화하고 있습니다.

이러한 내용의 투자협정은 1959년 독일-파키스탄 투자협정이 그 효시로서 1960년대에는 71건에 불과하였으나 2008년에는 2,676개에 이를 만큼 폭발적으로 증가하였으며 투자협정 위반으로 국제중재에 피소된 국가가 78개국, 제소건수는 318건에 달하는 등 투자자 보호를 위한 실질적 규범력을 확보해 가고 있습니다.

우리나라의 경우 짧은 기간 동안 세계 10위권의 경제대국으로 성장함에는 외국인 투자의 역할이 매우 컸으며 현재도 외국인 투자는 우리 경제에 없어서는 안 될 중요한 위치를 차지하고 있습니다. 특히 최근에는 부족한 자원과 좁은 국토로 인한 한계를 극복하기 위하여 우리나라의 해외진출이 비약적으로 증가하여 2009년 해외투자액이 1,376억불, 해외진출 기업수는 46,000여개에 이르게 되었습니다.

우리나라는 외국인 투자자에게 안전망을 제공하여 국내투자를 촉진하고 해외에 진출한 우리 기업에 대한 실질적 보호를 위하여 모두 92개의 FTA, BIT 협정을 체결하였습니다. 특히 2007년에는 한-미 FTA가 타결되었고, 2009년에는 EU와의 FTA가 가서명되어 국제투자 분야에 있어서 광범위한 규율체제가 성립하게 되었습니다.

그간 법무부는 투자협정위반으로 인한 불필요한 피소를 방지하고 해외에 진출한 우리 투자자의 실질적 보호를 위하여 각종 투자협정 협상에 적극 참여한 경험을 바탕으로 검사가 직접 『한미 FTA 투자분야 연구(2008)』 등 연구서를 발간하고, 홍보 자료를 작성하는 등 투자규범의 이해도를 높이는 다각도의 노력을 기울여 왔습니다. 법무부가 금번 발간하는 『한국의 투자 협정 해설서』 역시 이러한 노력의 연장선상에서 기획된 것입니다.

본서는 우리나라가 이미 체결한 투자협정의 주요 쟁점과 주요 국가의 투자 협정 및 중재판정사례를 검토한 귀중한 자료로서 투자유치 업무를 담당하는 분들과 국외 진출기업들에게 실질적인 도움이 될 것으로 생각됩니다. 특히 지금까지 제기된 투자협정상의 각종 쟁점들을 포괄적으로 기술함으로써 향후 다른 FTA 협상에서도 중요한 자료로 활용될 수 있을 것으로 기대됩니다.

바쁜 업무에도 불구하고 본서의 집필을 위하여 노고를 아끼지 않은 변필건 검사를 비롯하여 본서의 기획 및 발간 업무를 성실히 수행한 국제법무과 관계자들의 노고를 치하합니다.

2010. 9.

법무부장관 이귀남

목 차

제1편 투자협정의 의의 및 유형

1. 투자협정의 의의 ····· 3

가. 투자협정의 개념 ····· 3

나. 투자협정과 구별되는 개념 ····· 4

다. 투자협정의 구분 ····· 6

라. 투자협정의 구조 ····· 10

2. 설립 전 투자 문제 ····· 11

가. 투자의 진입단계에 대한 허용여부 ····· 11

나. 설립 전 단계 투자와 설립 후 단계 투자 ····· 14

다. FTA에서 설립 전 투자를 나타내는 용어 ····· 19

라. 설립 전 투자 비용 문제 ····· 24

마. 설립 전 투자와 ISDS ····· 30

바. 중재판정례 ····· 33

사. 설립 전 투자와 최혜국대우 ····· 35

3. 다자간 무역규범 체제 ····· 36

가. WTO ····· 36

나. OECD와 MAI ····· 46

다. APEC ····· 49

라. ECT ····· 49

4. 세계적인 투자협정 체결 및 ISDS 발생 현황 ····· 50
가. 투자협정 체결 현황 ····· 50
나. ISDS 발생 통계 ····· 53

5. 투자협정 규정 방식 ····· 64
가. NAFTA 방식과 한-미 FTA 방식 ····· 64
나. 우리의 기 체결 FTA ····· 72
다. 한-EU FTA와의 차이 ····· 85
라. GATS와의 비교 ····· 90

6. 서비스, 투자 구분 방식 ····· 91
가. 투자 장 규율방식 ····· 91
나. 우리의 기 체결 FTA의 공통점 및 차이점 ····· 102
다. 투자 규율 방식 비교 ····· 103

제2편 조항별 해설

제 1 장 일반 규정 ····· 107

Ⅰ. 적용범위(Scope and Coverage) ····· 107
1. 취 지 ····· 108
2. 주요 내용 ····· 108
가. 투자 장의 적용범위 ····· 108
나. 소급효 배제 문제 ····· 119
다. 비정부기구에의 적용 문제 ····· 124
3. 타 협정문과의 비교 ····· 129

Ⅱ. 다른 장과의 관계(Relation to Other Chapters) ····· 131
1. 취 지 ····· 132
2. 주요 내용 ····· 132

가. 다른 장의 우선적용 ····· 132
나. 국경간 서비스 공급 조건에 대한 적용 여부 ····· 133
다. 금융서비스 등에의 비적용 ····· 136
3. 타 협정문과의 비교 ····· 142

제 2 장 투자의 대우 ····· 145

Ⅰ. 내국민대우(National Treatment) ····· 145
1. 취 지 ····· 146
2. 주요 내용 ····· 146
가. 투자와 투자자에 대한 내국민대우 ····· 146
나. 내국민대우 위반 판단 요건 ····· 150
다. 내주민대우 ····· 160
3. 타 협정문과의 비교 ····· 163

Ⅱ. 최혜국대우(Most-Favored-Nation Treatment) ····· 165
1. 취 지 ····· 166
2. 주요 내용 ····· 167
가. 최혜국대우의 정립 과정 및 내국민대우와의 관계 ····· 167
나. 정의 및 요건 ····· 169
다. MFN의 적용대상 및 범위 ····· 173
라. 미래 MFN과 미래유보 ····· 191
마. 최혜국대우의 예외 ····· 195
바. 지적재산권 문제 ····· 201
3. 타 협정문과 비교 ····· 206

Ⅲ. 최소기준대우(Minimum Standard of Treatment) ····· 209
1. 취 지 ····· 211
2. 주요 내용 ····· 211
가. 공정·공평대우 규정 방식 ····· 212
나. MFN 조항과의 관계 ····· 214

3. 공정·공평대우와 국제관습법상 최소기준대우를 별도로 규정한 경우 ····· 210
가. 개관 ····· 215
나. 관련 중재판정례 ····· 216
4. 공정·공평대우와 국제관습법상 최소기준대우를 함께 규정한 경우 ····· 232
가. 주요 법률체계의 법절차 ····· 232
나. '충분한 보호와 안전'의 제공 의무와 제한 ····· 233
다. 국제관습법 부속서 ····· 237
라. NAFTA에서의 범위 제한 ····· 240
5. 새로운 경향 ····· 247
가. 사법부인의 배제 ····· 248
나. 자의적·비합리적·차별적 조치의 배제 ····· 250
다. 협정의 다른 의무 위반과의 연관 배제 ····· 251
라. 투자자의 단순한 기대 위반 배제 ····· 252
마. 개발의 정도 고려 ····· 253
6. 타 협정문과의 비교 ····· 255

Ⅳ. **손실 및 보상**(Losses and Compensation) ····· 257
1. 취 지 ····· 259
2. 주요 내용 ····· 260
가. 비차별적 조치 ····· 260
나. 보조금의 협정문 적용문제와의 관계 ····· 263
다. 징발 등의 경우의 특칙 ····· 264
라. 소급효 배제 ····· 265
3. 타 협정문과의 비교 ····· 267

Ⅴ. **수용 및 보상**(Expropriation and Compensation) ····· 269
1. 취 지 ····· 271
2. 주요 내용 ····· 272

가. 수용 요건 ····· 272
나. 관련 중재판정례 ····· 281
다. 간접수용 ····· 283
라. TRIPs 협정과의 관계 ····· 322
마. 과세와 수용 ····· 325
바. 부속서의 성질 ····· 329
4. 타 협정문과의 비교 ····· 331

Ⅵ. 송금(Transfer) ····· 333
1. 취 지 ····· 335
2. 주요 내용 ····· 335
가. 송금 범위 ····· 335
나. 제한 ····· 339
다. 송금부속서 ····· 340
라. 단기 세이프가드에 대한 고찰 ····· 341
3. 타 협정문과의 비교 ····· 349

Ⅶ. 이행요건(Performance Requirement) ····· 353
1. 취 지 ····· 359
2. 주요 내용 ····· 360
가. 적용 범위 ····· 360
나. 유 형 ····· 364
다. 예 외 ····· 368
라. 정부조달 ····· 370
마. 민간기관에 부여 여부 ····· 371
바. TRIMs와 MAI 초안 ····· 372
사. 관련 중재판정례 ····· 373
3. 타 협정문과의 비교 ····· 377

Ⅷ. 고위경영진과 이사회(SMBD) ····· 379

1. 취 지 ····· 380
2. 주요 내용 ····· 380
가. 제1항 ····· 380
나. 제2항 ····· 380
다. 유 보 ····· 381
3. 타 협정문과의 비교 ····· 382

제 3 장 투자유치국의 조치 ····· 383

Ⅰ. 투자와 환경(Investment and Environment) ····· 383
1. 취 지 ····· 384
2. 주요 내용 ····· 384
가. 성 격 ····· 384
나. 중재판정례 ····· 385
다. 기타 환경 조항 ····· 386
라. 환경조항 규정 여부 ····· 387
마. 제3국 투자자에게 적용여부 ····· 388
3. 타 협정문과의 비교 ····· 388

Ⅱ. 기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility) ····· 389
1. 취 지 ····· 390
2. 주요 내용 ····· 390
가. 도입 배경 ····· 390
나. 성격 ····· 392
다. 제3국 투자자 적용 여부 ····· 392
3. 타 협정문과의 비교 ····· 393

Ⅲ. 혜택의 부인(Denial of Benefit) ····· 395
1. 취 지 ····· 396

2. 주요 내용 ····· 396
가. 협정문 규정 방식 ····· 396
나. 혜택의 부인의 요건 ····· 397
다. 혜택의 부인의 실익 ····· 402
라. 절 차 ····· 403
마. GATS의 혜택의 부인 ····· 407
3. 타 협정문과의 비교 ····· 408

Ⅳ. **비합치조치**(Non Conforming Measure) ····· 411
1. 취 지 ····· 413
2. 주요 내용 ····· 413
가. 부속서의 효력과 의미 ····· 413
나. 현재 유보 ····· 414
다. 미래유보 ····· 415
라. 지적재산권 ····· 416
바. 정부조달과 보조금 ····· 417
3. 타 협정문과의 비교 ····· 421

Ⅴ. **특별형식과 정보요건**(SFIR) ····· 423
1. 취 지 ····· 424
2. 주요 내용 ····· 424
가. 특별형식 ····· 424
나. 정보수집 ····· 425
3. 타 협정문과의 비교 ····· 427

Ⅵ. **대위변제**(Subrogation) ····· 429
1. 취 지 ····· 430
2. 주요 내용 ····· 430
가. 양자간투자보증협정 ····· 430
나. 대위변제기관 ····· 431

다. 투자자의 권리 배제 및 절차 ····· 431
3. 타 협정문과의 비교 ····· 433

제 4 장 분쟁해결 ····· 435

Ⅰ. 투자자-국가간 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement) ····· 435

1. 취 지 ····· 439
2. 주요 내용 ····· 440
가. 우산조항 ····· 440
나. 사전동의조항 ····· 452
다. 냉각기간 ····· 458
라. 제척기간 ····· 462
마. 국내구제절차와 국제중재절차 ····· 465
바. 중재절차 선택과 중재판정부 설치 ····· 479
사. 청구의 병합 및 반대청구 ····· 484
아. 중재절차의 투명성 ····· 492
자. 불복절차 및 집행절차 ····· 499
차. 가처분 등 ····· 506
3. 한-미 FTA ISDS 개선 ····· 507
가. 중복소송 방지 ····· 508
나. 신속절차에 의한 선결적 항변 사유 추가 ····· 509
다. 청구인의 입증책임 명시 ····· 510
라. 설립 전 투자 기준 명확화 ····· 510
마. 공동위원회를 통한 ISDS 개선 ····· 511
4. 타 협정문과의 비교 ····· 512

제 5 장 기타조항 ····· 515

Ⅰ. 정의조항(Definition) ····· 515

1. 취 지 ····· 521
2. 주요 내용 ····· 521
가. 투자자 ····· 521
나. 투 자 ····· 554
3. 타 협정문과의 비교 ····· 590

Ⅱ. 일반적 예외(General Exception) ····· 593
1. 취 지 ····· 594
2. 주요 내용 ····· 594
가. 요 건 ····· 594
나. 예외적 조치 ····· 594
다. 구 성 ····· 595
라. 공공질서 유보와의 관계 ····· 596
3. 타 협정문과의 비교 ····· 599

Ⅲ. 안보 예외(Security Exception) ····· 601
1. 취 지 ····· 603
2. 주요 내용 ····· 603
가. 안보상 예외조치 ····· 603
나. 자기판단적 성격(self-judging) ····· 604
다. 통보의무 ····· 607
3. 타 협정문과의 비교 ····· 608

Ⅳ. 투명성(Transparency) ····· 609
1. 취 지 ····· 610
2. 주요 내용 ····· 610
가. 원 칙 ····· 610
나. 비밀정보보호 ····· 612
3. 타 협정문과의 비교 ····· 614

Ⅴ. 인력이동(Entry of Personnel) ····· 615

1. 취 지 ····· 616
2. 주요 내용 ····· 616
3. 타 협정문과의 비교 ····· 617

⊙ **참고 문헌**
⊙ **사건 색인**
⊙ **집필 후기**

제 1 편

투자협정의 의의 및 유형

1. 투자협정의 의의

가. 투자협정의 개념[1)]

투자협정이란 투자유치국 내의 외국인 투자를 보호·증대할 목적으로 외국인 투자 보호규범을 정하는 다자 또는 양자간 조약을 말한다.[2)] 통상의 투자협정은 내국민대우, 최혜국대우, 공정·공평대우, 수용보상, 손실보상, 송금보장 등 투자유치국이 투자자 보호를 위해 준수해야 하는 의무와 그 의무 위반 시 분쟁을 해결하는 절차인 투자자-국가간 분쟁해결절차(Investor-State Dispute Settlement, 이하 "ISDS 절차"라고 함) 등을 규정하고 있다.

위와 같이 투자협정이 일반적인 투자유치국의 실체적 의무와 분쟁해결절차를 규정하고 있는 양자간 또는 다자간 조약이라는 견해와는 달리 국가의 국내 규제권이라는 각도에서 외국인 투자자의 불안정한 지위를 안정적으로 보장하기 위해 '국가가 가진 국제투자에 대한 국내적 규제 권한을 국제적으로 규율하기 위한 국제규범'으로 보는 견해도 있다.[3)] 이러한 견해를 따르는 경우 외국인의 투자에 대하여 투자유치국이 국내법을 통해 규제할 경우 국내적 규제의 내용이 국가마다 다르기 때문에 외국인투자자의 법적 지위가 투자유치국의 투자법 및 정책에 따라 쉽게 영향을 받아 불안정한 지위에 처한다는 점에서 국내적 규제 권한을 국제적, 통일적으로 양자 또는 다자간에 규율하기 위한 국제규범을 투자협정으로 보는 것이다.[4)]

---

1) 투자협정이란 용어는 투자의 보호와 촉진을 위한 양자간 국제규범을 통칭하여 사용하는 용어로서 조약(treaty), 협정(agreement), 협약(convention) 등 다양한 용어를 사용하고 있으나, 투자협정은 명칭에 관계없이 조약법에 관한 비엔나협약에서 말하는 조약의 범주에 포함된다고 한다(장승화 양자간투자협정연구, 법무부(2001) 7면). 즉, 투자의 보호와 보장에 관한 양자간 국제규범 중 조약의 형식을 취하고 있다면 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty)으로 관용적으로 통칭하여 부를 수 있는바, 여기서 말하는 투자협정에서는 투자촉진 및 투자 보장협정(Investment Promotion and Protection Agreement, IPPA)과 투자자유화협정, FTA 투자 장의 하나로서 논의되는 투자협정을 모두 통칭하여 사용하기로 한다, 이에 대한 구분은 투자협정의 유형에서 상세히 살펴보기로 한다.

2) 한-미 FTA 투자분야 연구, 법무부(2008) 1면 참조

3) 국제투자분쟁 공무원교육자료, 법무부 연구용역(2009) 26면 참조

4) 이러한 견해를 따르더라도 외국인 투자에 대한 통제 권한은 당해 국제투자협정에 따라 규율을 받게 되므로 국제투자협정의 체약당사국은 다른 체약상대국의 투자자에 대해 투자협정

그러나 어떠한 견해를 따르더라도 투자유치국의 외국인투자에 대한 관련 국내제도 및 정책에 따라 외국인 투자자의 법적 지위는 불안정한 상황에 처하게 되므로 외국인 투자 유치를 위해서는 투자협정을 통해 투자자의 법적 지위를 보장할 필요가 있다. 즉, 외국인 투자자의 입장에서 보면 투자자의 자산에 대한 투자유치국 정부의 국유화 또는 수용, 손실보상 문제, 송금에 대한 제한 등과 같은 투자유치국의 국내 정치 및 경제적 상황에 따른 비상업적 위험(non-commercial risk)[5]을 제거해야 하고, 투자유치국에서 다른 제3국의 투자자나 내국민에 비해 불리한 대우를 받지 않도록 보장받기 위한 목적도 가진다. 나아가 실체적인 의무를 아무리 투자협정에 규정하더라도 투자유치국의 의무 위반 시 분쟁해결절차를 규정하고 있지 않으면 국가간의 약속은 무의미해지게 되므로 이러한 투자유치국의 약속 이행을 담보하기 위하여 분쟁해결절차를 규정하는 점에 특색이 있다.

나. 투자협정과 구별되는 개념[6]

투자협정과 구별되는 첫 번째 개념으로 우호통상조약이 있다. 지리상 발견 이후 교역이 확대됨에 따라 양자간 교역관계에서 발생하는 제반 문제들을 포괄적으로 규율하는 우호통상항해조약(Treaty on Friendship, Commerce and Navigation: FCN)이 체결되기 시작하였다. 미국-프랑스 FCN 협정이 그 효시로서 투자자에 대한 최혜국대우, 내국민대우 원칙, 수용보상, 자유송금 원칙 등을 규정하였으나 통상 이외에 항해, 군사, 무역 등 다양한 문제를 다루고 있는 점에서 투자협정과는 구별되고[7] 특히 수용에 대해 제한적인 보호만을 인정하여 투자의 보호를

에서 약속한 보호 및 대우를 비롯한 제반 규정을 준수해야 할 국제법상의 의무를 갖게 된다고 본다. 따라서 실질적으로 어떠한 견해를 따르더라도 투자유치국의 국제법상 의무를 규정한다는 측면에서는 차이가 없다고 본다.

5) 국제투자분쟁 공무원교육자료, 앞의 책 27면 참조. 일반적으로 선진국의 경우 투자 관련 법규 및 정책이 안정적이고, 그 운영에 있어 예측 가능성이 높은 반면에 개도국 및 체제전환국들의 경우 관련 법규 및 정책의 변경 가능성이 크고, 그 운영에 있어 예측 가능성도 낮으므로 선진국에 비해 개도국에 투자한 외국인 투자자의 보호 필요성이 크다고 보고 있다. 즉 이러한 국유화, 수용, 전쟁 상황 등의 위험이 비상업적위험의 제거가 개도국에 투자한 외국인 투자자에게 더 절실한 것이다.

6) 국제투자분쟁 공무원교육자료, 앞의 책 26-27면 참조

위한 규범으로서 적절하지 않기 때문에 투자협정이 등장하기 시작한 이후에는 이러한 우호통상항해조약을 이용하지 않는 것이 최근의 추세이다.[8]

다음으로 양자간투자보증협정이 있다. 해외투자를 하는 자국 투자자에 대한 현지 투자유치국의 수용이나 국유화 또는 무력충돌에 따른 손실 등과 같은 비상업적 위험으로부터 자국 투자(자)를 보호하기 위한 일종의 투자보험제도가 개발되었고, 그러한 투자보험의 실효성 있는 운용을 위하여 투자보증협정(Investment Guarantee Agreement)이 등장하였다. 그러나 투자보증협정은 자국 투자자가 투자유치국에서 비상업적 요인[9]으로 입은 손실에 대해 자국의 투자보험기관이 보상을 한 후 당해 기관이 투자자를 대위하여 현지국 정부를 상대로 구상권을 행사하는 것을 주된 내용으로 하고 있고, 외국인 투자자의 보호 및 대우를 규정하기 위한 협정이 아니라는 점에서 투자협정과 구별된다.[10] 또한 이러한 투자보증협정은 최근 BIT나 FTA 투자 장(Investment Chapter)에서 대위변제(subrogation)[11]라는 항목으로 삽입되어 투자 장의 일부로 편입되고 있는 추세이다. 우리나라는 기존에 체결한 모든 투자협정이나 FTA 투자 장에서 분쟁해결조항과 별도로 대위변제에 관한 독립된 조항을 두고 있다.[12]

미국의 경우 정부기관인 해외민간투자공사(OPIC, Overseas Private Investment Corporation)가 투자위험에 관한 보험 업무를 담당하고 있으며 미국정부와 투자유치국간 양자 조약을 통해 대위변제 문제를 해결하고 있는 반면, 우리나라는 수출보험공사(KEIC, Korea Export Insurance Corporation)의 대위청구권 행사를 위해 FTA에서 별도의 대위변제조항을 두고 있는 것이다.[13]

이러한 우호통상항해조약 등과 달리 양자간 투자협정은 유럽국가에 의하여 활용되기 시작한 것으로 뒤에서 살펴보는 바와 같이 독일-파키스탄 BIT[14]가

---

7) M. Sornarajah, *the International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge (2010) 180-182면 참조
8) 장승화, 앞의 책 4면
9) 비상업적 요인이라 함은 수용, 국유화, 무력충돌에 의한 손실보상을 예로 들 수 있다.
10) 한찬식 등 3인 공저, 한일 투자협정 해설, (산업연구원) 2003, 9면
11) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 196면
12) 그러나 독일 Model BIT처럼 분쟁해결조항 내에 대위변제 관련 조항을 두는 경우도 있다.
13) 대위변제에 대한 자세한 내용은 한-미 투자분야 연구, 앞의 책 196-198면 참조

효시라고 할 수 있다. 이러한 투자협정은 우호통상항해조약과 달리 정치적이고 문화적인 주제를 모두 삭제하고 투자에 관한 사항만 규율하였다는 점에서[15] 오늘날 말하는 진정한 의미의 투자협정이라고 할 수 있다.[16]

다. 투자협정의 구분

(1) 투자자유화 요소 포함 여부

광의의 투자협정은 투자보장협정과 협의의 투자협정으로 구별된다는 견해가 있다.[17] 투자보장협정(IPPA, Investment Promotion and Protection Agreement)이란 투자유치국의 국내법에 따라 허용된 투자에 대한 보호만을 규정하는 것으로서 우리나라가 체결한 거의 모든 투자보장협정 등이 이에 해당한다.[18] 투자보장협정은 투자자유화를 규정하지 않으므로 투자자유화에 관한 유보목록을 두지 않는다. 반면 협의의 투자협정(BIT, Bilateral Investment Treaty)은 통상 투자자유화, 설립 전 단계의 투자에 대한 보호[19]를 포함하는 것으로서 한-일

14) 투자협정의 전 세계적인 현황 및 추세에 대하여는 뒤에서 별도 항목에서 살펴보기로 한다.
15) 장승화, 앞의 책 5면 참조
16) 양자간투자보증협정은 미국의 활발한 해외직접투자 활동을 뒷받침하기 위한 공세적인 성격을 가진 조약이라면 투자협정은 식민지에 진출한 독일, 영국 등이 이란의 1951년 앵글로 이란 석유회사 국유화 및 1956년 수에즈 운하 국유화 조치에 맞서 투자자산의 수용으로부터의 위험을 제거하기 위한 수세적인 성격에서 발달한 것이라는 견해가 있다(한찬식, 앞의 책 10면 참조). 다만, 최근의 투자협정은 투자자유화 요소를 포함하여 상대국의 투자자유화와 허용범위를 촉진한다는 측면에서 보면 기존의 투자협정은 최근의 투자협정과는 차이가 있다고 보인다.
17) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 1면 참조
18) 투자보장협정에서 보호받는 투자(investment)의 범위는 '투자유치국의 법령에 따라 적법하게 기 설립된 투자'로 제한되는 바, 이를 일반적으로 '설립 후(post-establishment) 투자'라고 함. 이미 투자유치국의 법령에 따라 설립되고 허가된 투자라고 볼 수 있는바, 진입단계의 투자를 보호하는 '설립 전(pre-establishment) 투자'의 개념과 구별된다. 우리가 일반적으로 체결하는 투자보장협정에서는 설립 후 단계의 투자만 보호하는 것이 추세이다. 예를 들어 "investments" means every kind of asset, used as investment (중략) in accordance with the applicable laws and regulations of that other Contracting Party at the time of investment"로 규정하는 한중 투자보장협정 제1조가 대표적인 예라고 할 수 있다.
19) 설립 전(Pre-establishment) 단계의 투자를 보호한다 함은 투자진입단계에서 내국인투자자와 외국인투자자간의 차별을 원칙적으로 불허하나, 유보안에 기재한 특정 영역에 대해서는 예외적으로 이러한 진입단계에서의 차별을 허용하는 것으로 원칙적으로 투자자유화를 목적으로 하는 것이라고 볼 수 있다(한찬식, 앞의 책 27면, 장승화 앞의 책 8-9면 참조). 설립

BIT[20], FTA 투자 장 등이 이 범주에 속한다.

즉, 이러한 견해에 의하면 투자의 허용단계를 전후해 설립 전 투자(Pre-establishment investment)와 설립 후 투자(Post-establishment investment)를 구분하여 설립 후 단계 투자에 대하여서만 규율하는 협정을 투자보장협정, 설립 전 단계 투자와 설립 후 단계 투자 모두에 대하여 규율하는 협정을 협의의 투자협정이라고 부른다.[21] 다시 말하면, 투자보장협정은 외국인 투자자의 진입에 대한 특정한 조건을 부과하여 투자를 실행하기 이전 단계부터 외국인 투자자에게 특정산업으로의 진출을 허용할 것인지, 허용한다면 어떠한 조건하에서 허용할 것인지 여부에 대하여 투자유치국이 재량권을 가지고 투자의 허용여부를 투자유치국의 국내법[22]에 따라 결정하는 것인 반면, 협의의 투자협정은 설립 전 단계의 투자까지 보호하므로 특정산업 진입에 대한 외국인 투자자의 제한이나 금지 등 투자유치국의 재량권은 원칙적으로 존재하지 아니하고 예외적으로 자국 산업 보호를 위한 특정산업, 분야 등의 유보(내국민과의 차별 등)가 가능하다.[23]

또 하나의 큰 차이점은 투자의 대우, 특히 내국민대우와 관련하여 투자보장협정은 법률상 차별만을 금지하나, 협의의 투자협정은 법률의 적용과정에서 발생하는 사실상 차별까지도 포괄적으로 금지하고 있다.[24]

전 단계의 투자에 대한 상세한 설명은 뒤에서 항을 달리하여 그 개념과 설립 전 단계의 투자비용 문제 등과 함께 논의하기로 한다.

20) 실제 한-일 투자협정은 투자자유화 요소를 포함하고 있다는 점에서 "대한민국 정부와 일본 정부간 투자의 자유화·증진 및 보호에 관한 협정"으로 불린다.

21) 한찬식, 앞의 책 23면 참조

22) 따라서 우리나라가 체결한 투자보장협정은 자국법에 따라 허용된 투자나 실행된 투자 즉 설립 후 단계 투자에 대하여만 보호의 초점을 맞추고 있는 것이다.

23) 따라서, 협정문에 이러한 제한은 협정의 적용을 받지 않는다는 문구를 본문에 삽입하거나 다만 이러한 예외를 인정하는 것은 비합치조치(Non-Conforming Measure: NCM)로서 별도의 항목에서 설명 후 유보안에 그 예외를 내국민대우, 최혜국대우, 고위경영진과 이사회, 이행요건부과금지 등의 예외로서 규정하는 것이다. 즉, 우리나라의 FTA 투자협정문의 비합치조치 항을 보면 유보안에 기재한 미래유보와 현재 비합치조치는 내국민대우 등의 예외임을 명시하는 것이다. 상세한 설명은 비합치조치에 대한 조문별 설명에서 현재와 미래유보를 나누어서 다루기로 한다.

24) 한찬식, 앞의 책 24면 참조 설립 전 단계 투자를 포함하는 한-미 FTA 제1장 정의규정에서도 '조치'(Measure)는 '모든 법·규정·절차·요건 또는 관행을 포함한다(measure includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice)'라고 매우 광범위하게 정의하고 있는 점에서도 이러한 사실상의 차별이나 조치가 금지된다고 볼 수 있다.

일응 양자를 강학상 위와 같이 구별할 수 있으나, 실무에서는 혼용하고 있다. 일반적으로 설립 후 투자만 보호하는 BIT를 투자보장협정이라 지칭하는 경우가 더 많고 설립 전 단계의 투자까지 포함하는 투자보장협정이 등장하는 추세이며, 투자보장이나 보호라는 용어보다는 투자자유화(설립 전 단계의 투자)를 포함하는 협정인지 여부를 기준으로 투자자유화협정, 투자보장협정으로 구분하기도 하고 있기에 보통 양자를 포괄하여 '투자협정'으로 통칭하는 경우가 많다(이하에서는 양자를 통칭하여 "투자협정"이라 표기한다).[25] 다만, 우리나라가 체결한 FTA의 투자 장은 모두 투자자유화(Liberalization) 요소를 포함하고 있는 반면, 개별적으로 체결한 BIT의 경우 한-일 BIT를 제외하고는 모두 투자자유화 요소가 배제되어 있다는 점에 특징이 있다. 즉, 과거에는 BIT가 FTA와는 독립된 형식의 투자협정의 체결되는 것이 일반적이었으나, 최근에는 FTA 체결 시 투자자유화 요소가 포함된 투자협정을 그 일부로 포함시키는 현상이 확대되고 있는 추세다. NAFTA(제11장), 한-칠레 FTA(제10장), 한-싱가포르 FTA(제10장), 한-미 FTA(제11장), 한-인도 CEPA(제10장)[26], 한-ASEAN FTA[27], 한-페루 FTA(제9장)을 비롯하여 한-EU FTA와 한-중 FTA[28]를 제외한 나머지 우리나라의 기 체결 FTA들이 그 예이다.

---

25) 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 2면 참조

26) 2010. 1. 1. 발효된 것으로 FTA라는 용어 대신 CEPA(Comprehensive Economic Partnership Agreement)라는 용어를 사용하고 있으며 일명 '포괄적 경제동반자 협정'이라고 불린다. 이는 상품교역, 서비스 교역, 투자, 경제협력 등 경제관계 전반을 포괄하는 내용을 강조하기 위하여 채택한 용어로서 FTA(Free Trade Agreement)와 용어만 다를 뿐 동일한 성격을 가진다.(한-인도 CEPA 설명자료 외교통상부(2010) 참조) 실질적으로 시장개방 및 자유화라는 개념에 초점을 맞춘 FTA라는 용어에 익숙하지 않은 나라인 일본, 인도, 중국 등의 경우 CEPA라는 용어를 선호한다.

27) 한-ASEAN FTA는 서비스, 상품, 투자 분야를 별도로 협상하고, 체결하여 상품은 2007. 6. 1. 발효되었고, 서비스는 2009. 5. 1. 발효되었으며 실제 투자협정은 2009. 9. 1.발효되었다.

28) 한·중 양측은 1단계 협상에서는 투자보호조항을 협정문을 구성하였고, 후속협상(발효 후 2년, 협상 개시 이후 2년 내 마무리)에서 투자자유화 및 서비스·투자 통합 유보 작성을 약속. 2018년 3월 후속협상을 개시하여 현재 협상 진행 중.

(2) 양자간 투자협정과 다자간 투자협정

투자협정은 체결당사자 수(數)를 기준으로 (i) 양자간 투자협정(bilateral investment treaty: BIT)과 (ii) 셋 이상의 국가들간 체결된 다자간 투자협정(multilateral investment treaty: MIT)으로 구분할 수 있다.[29] 양자간 투자협정은 우리가 체결하는 기본적인 양자간의 투자보장협정이나 협의의 투자협정을 가리키며, FTA 투자 장도 마찬가지라 할 수 있다. 이에 반해, 다자간 투자협정은 미국, 멕시코, 캐나다 간에 체결된 NAFTA가 대표적인 예이며, 우리나라가 체결한 다자간 투자협정으로는 한·중·일 투자보장협정(Trilateral Investment Treaty: TIT)[30]이 있다. 또한 현재 우리나라는 중미 6개국[31]과 한-중미 FTA를 타결하여 2018. 2. 21. 정식 서명을 마쳤으며, 한-중-일 FTA, 역내포괄적경제동반자협정(RCEP),[32] 한-MERCOSUR(남미공동시장)[33] TA 체결을 위한 협상을 진행하고 있는 중이다.

이와 관련하여 한-MERCOSUR TA와 같이 현재 협상이 진행 중이거나, 한-ASEAN(Association of Southeast Asian Nations)[34] FTA, 한-EU FTA, 한-EFTA(European Free Trade Association)[35] FTA와 같이 기체결된 FTA의 경우 다자간 협정인지 양자간 협정인지 문제가 될 수 있다. 이들은 EU나 ASEAN 등을 대표하는 하나의 집행부가 우리나라와 체결한 것으로서 양자간 투자협정의 성격을 가진다고 볼 수도 있고, 다수국가가 체결한 것으로서 ASEAN 10개국 중 여러 국가의 투자자가 우리나라에 투자할 경우 다양한 외국인 투자자가 존재하므로 다자간 투자협정으로 볼 수도 있다.

---

29) 국제투자분쟁 공무원교육자료 앞의 책 29면 참조, 앞의 책에서는 1) 투자자유화 포함여부, 2) 다자간 협정여부, 3) 구속력 여부, 4) 실체법적 협정인지 여부 등에 따라 4가지 방식으로 나누었으나 위에서 논의하는 투자협정 내용이 실체법적 효력을 가지고 구속력을 갖는다는 전제하에서 다루므로 앞의 2가지 방식만 기준으로 구분을 하였다. 자세한 논의는 앞의 책 28-31면 참조

30) 조약 제2183호, 2014년 5월 17일 발효.

31) 파나마, 코스타리카, 과테말라, 온두라스, 엘살바도르, 니카라과.

32) ASEAN 10개국과 한, 중, 일, 호주, 뉴질랜드, 인도 총 16개국.

33) 브라질, 아르헨티나, 우루과이, 파라과이 총 4개국.

34) 인도네시아, 말레이시아, 태국, 베트남, 필리핀, 미얀마. 캄보디아, 라오스, 싱가포르, 브루나이 등 10개국

35) 스위스, 노르웨이, 아이슬란드, 리히텐슈타인 등 4개국

그러나 각각의 EU나 ASEAN 회원국의 모든 투자자와 투자유치국이 협정의 적용을 받고 있다는 부분에서는 차이가 없으므로 실무상으로는 구별의 실익이 크지 않다.

라. 투자협정의 구조

투자협정은 아래에서 논의하는 설립 전 투자를 포함하는지 여부와 상관없이 일정한 형태를 가진다.

보통 ① 협정 체결의 목적 등을 규정한 서문(Preamble); ② '투자자', '투자' 등에 대한 정의(Definition) 규정; ③ 내국민대우, 최혜국대우, 공정·공평대우, 수용 및 보상, 송금보장, 이행요건 부과금지 등 실체적 권리·의무 규정; ④ 투자자 대 국가간 분쟁해결절차; ⑤ 협정의 해석·적용 등에 관한 국가간 분쟁해결절차; ⑥ 예외 규정; ⑦ 유효기간 등 최종조항 등으로 구성된다.[36]

이러한 구분은 우리가 체결하는 BIT나 FTA 모두 유사하나, 일반적으로 개별국과 BIT를 체결하는 경우에는 서문이 먼저 등장하는 반면, FTA 투자 장의 경우에는 서문을 포함하지 않는다. 또한 개별국과의 BIT에서는 지적재산권, 인력이동, 투명성, 건전성조치, 국가간 분쟁해결 등의 조항이 등장하나, FTA의 경우 이러한 내용들은 투자 장이 아닌 별도의 장으로 규율하고 있다. 따라서 FTA 투자 장에는 ISDS 절차만이 분쟁해결절차 조항으로 등장하게 된다.

물론, 뒤에서 보듯이 한-EU FTA[37]처럼 투자자 보호를 개별국과의 BIT로 해결하는 2원적 구조를 가지는 경우에는 BIT와 FTA가 명확히 구분되어, 투자자유화(시장개방)는 FTA에서 규율하고 투자자보호는 BIT에서 규율한다. 이 경우, Mode 3[38]를 FTA 서비스 장(Service Chapter) 내에 설립 절(Establishment Section)을 두어 규율하는데, 동 절에는 투자자 보호조항이

---

36) 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 2면 참조

37) 한-미 FTA와 한-EU FTA구별과 GATS의 서비스 공급방식에 대한 자세한 설명은 뒤에서 후술하기로 한다.

38) GATS의 서비스공급방식 중 상업적 주재를 통한 서비스 공급 형태인 Mode3는 법인 설립이 가장 대표적인 예로서 해외직접 투자의 형태를 가지므로 NAFTA에서는 Mode 3를 투자 장(Investment Chapter)에서 별도로 구분하여 규율하고 있다. Mode 1, 2, 3, 4에 대한 구분도 WTO와 GATS에 관한 장에서 상술하기로 한다.

없는 대신 시장접근(Market Access) 조항이 있다.

그러나 이러한 예외적인 경우를 제외하면, 일반적으로 FTA 투자 장은 ① 적용범위, 다른 장(Chapter)과의 관계; ② 투자자보호와 관련된 내국민대우, 최혜국대우, 최소기준대우, 손실보상, 수용보상, 송금, 이행요건, 고위경영진과 이사회, 특별형식과 정보요건, 대위변제; ③ 혜택의 부인, ④ 유보안과 관련된 비합치조치; ⑤ ISDS; ⑥ 정의 조항; ⑦ 간접수용, 국제관습법, 송금 등에 관한 부속서로 구성된다.[39]

2. 설립 전 투자 문제

가. 투자의 진입단계에 대한 허용여부

앞에서 본 바와 같이 다수의 자유무역협정(Free Trade Agreement: FTA) 및 한-일 BIT에서는 투자의 대우 및 보호 규정 이외에 추가로 타방 당사국의 투자자에게 투자가 허용되는 분야 및 업종에 관한 구체적 약속을 포함하고 진입 자체에 대한 차별을 철폐하는 것을 원칙으로 한다. 즉 타방당사국 투자자에 대한 투자자유화에 관한 약속(national commitments on the liberalization of investments)을 포함하는 투자협정을 가리켜 "투자자유화협정(Investment Liberalization Agreement: ILA)"으로 보는 견해가 있다.[40] 즉, 설립 전 단계의 투자를 포함하는 투자협정을 투자자유화협정으로 부르는 것이다.

UNCTAD(United Nations Conference on Trade and Development, 국제연합무역개발협의회) 보고서를 통해 이러한 투자자유화 포함 여부 즉, 투자진입단

39) 후술하는 조문별 해설에서는 이러한 구분방식에 따라 한-미 FTA 이후 우리나라 투자협정 초안에도 많은 변화가 있었다는 점에서 그러한 FTA 투자 장 협정문 초안을 바탕으로 논의를 전개하기로 한다. 다만 이러한 초안은 확정적인 모델이 아니라 발전하는 모델로서 상대국과의 협상결과 및 투자자 보호수준에 따라 달라진다는 점에 유의할 필요가 있다. 또한 개별국과의 투자보호협정 체결 시에는 대부분 설립 전 투자가 빠지는 대신 FTA 투자장에서 볼 수 없는 인력이동, 투명성 조항 등이 삽입되므로 간략히 언급만 하기로 한다.

40) 국제투자분쟁 공무원교육자료, 앞의 책 31-32면 참조. 투자진입장벽에 대한 유보목록과 양허표를 기재하는 방식인 포지티브(Positive) 방식과 네거티브(Negative) 방식에 대하여는 뒤에서 상술하기로 한다.

계에서의 차별을 철폐하고 특정산업에 대한 투자 허용범위를 명시하거나 반대로 진입이 불가능한 업종을 명시하는 방식으로 투자허용 여부를 결정하는 방식에는 국가의 규제 정도에 따라 여러 가지 모델이 있음을 알 수 있다.[41]

먼저 첫 번째로 투자 통제 모델(Investment Control Model)을 들 수 있다. 이는 위에서 살펴 본 대부분의 투자보장협정이 채택하는 방식으로서 투자의 허용에 대하여 국내법에 따른 제한과 통제를 인정하여 투자유치국의 재량권을 존중한다. 투자허용여부는 국내법에 따라 결정되기 때문에 투자자유화나 진입 단계인 설립 전 투자를 인정하는 방식과는 차이가 있다. 즉, 투자의 허용여부는 국가의 주권과 관련이 있으므로 국가의 통상 주권과 투자자의 보호 문제가 이해충돌 할 경우에는 투자유치국 정부에 의하여 승인된 또는 허가된 투자만이 협정의 적용대상이 되는 것이다.[42]

두 번째 방식은 선택적 자유화 모델(Selective Liberalization Model)로서 합의된 분야에 대하여만 투자자유화 즉, 투자가 허용되는 분야 및 업종에 관한 구체적 약속을 하는 방식이다.[43] 이는 원칙적으로 진입단계의 차별 즉, 투자유치국의 재량권 및 통제권을 존중하되 양허표에서 허용되는 투자를 개별적으로 규정한다는 측면에서 포지티브(Positive) 방식이라고 부른다. 이러한 규정형식은 WTO(World Trade Organization, 세계무역기구)하의 서비스무역에 관한 일반협정(General Agreement on Trade in Services, 이하 “GATS”) 및 한-EU FTA가 취하고 있는 방식이다.

세 번째 방식은 지역적 산업화 프로그램 모델(Regional Industrialization Programme Model)이다. 이는 지역경제통합체(Regional Economic Integration Organization)[44] 회원국들이 특정한 산업통합 프로그램을 공동수행하거나 지역

41) 이하에서의 분류는 장승화 앞의 책 9-11면에서 인용한 UNCTAD, *Admission and Establishment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement, UN(1999) 17-28면을 재인용한다.

42) UNCTAD, *Admission and Establishment* 17-20면, 장승화 앞의 책 10면에서 재인용

43) UNCTAD, *Admission and Establishment* 20-21면, 장승화 앞의 책 10면에서 재인용

44) 지역경제통합에는 다양한 형태가 있다. 첫 번째로 우리가 흔히 언급하는 자유무역협정(FTA)으로서 회원국간의 관세철폐를 중심으로 하는 것이고, 두 번째는 베네룩스 관세동맹과 같은 관세동맹(Custom Union) 또는 남미 공동시장 MERCOSUR와 같이 회원국간의 자유무역 이외에도 역외국에 대하여 공동관세율을 적용하는 형태다. 세 번째는 EEC, CACM, CCM, ANCOM 등과 같이 관세동맹에 추가하여 생산요소의 자유로운 이동이 가

기업, 조인트벤처에 대한 공동출자 등을 통해 경제적·지역적 협력을 추구하는 방식으로서 ASEAN이 그 예에 해당한다.[45]

네 번째 방식은 상호적 내국민대우 모델(Mutual National Treatment Model)로서 특정 프로그램이나 산업에 한정하지 않고 일반적으로 회원국의 모든 투자자를 투자유치국의 내국민과 같이 보호하며 외국인 투자를 자유화한다는 점이 지역적 산업화 프로그램 모델과 다르다.[46] EU가 그러한 예에 해당한다.

다섯 번째 방식은 내국민/최혜국대우 통합모델(Combined National Treatment and Most-Favoured-Nation Treatment Model)이다. 이는 투자의 허용과 관련하여 내국민대우와 최혜국대우 원칙이 통합적으로 적용되는 모델이다. 즉, 원칙적으로 투자유치국의 투자허용에 대한 재량권에 제한을 가하여 외국인 투자자의 국내시장 진입을 허용하고 체약국이 시장개방을 하지 않는 부문별 또는 산업별 예외에 대하여는 부속서, 즉 유보안(Annex)에 기재하는 네거티브 방식이다.[47] 우리가 체결한 한-미 FTA가 이러한 방식을 취하고 있다.

다만, 이러한 규정 방식은 특정 조항인 내국민대우와 최혜국대우 조항에 근거하여 구분한 것에 불과하고 실제 설립 전 단계의 투자보호는 내국민대우 및 최혜국대우 조항뿐만 아니라 뒤에서 자세히 살펴보는 바와 같이 고위경영진 및 이사회(Senior Management and Boards of Directors, SMBD) 조항 및 이행요건부과금지(Performance Requirement, PR) 조항과도 관련이 있으므로 이러한 구별이 반드시 맞는다고 할 수 없으나, 투자유치국 입장에서 투자의 허용여부에 대한 통제여부와 통제의 정도에 따라 구별한다는 점에서 의의가 있다. 또한 설립 전 투자를 포함할 경우에는 한-EU FTA처럼 양허안(포지티브 방식)이나 한-미 FTA처럼 유보안(네거티브 방식)에서 투자허용여부를 규정하고 있으므로 이러한 UNCTAD의 모델구분이 최근 FTA 투자 장을 이해하는 데 도움이 될 것으로 보인다.

능한 공동시장이다. 마지막은 완전경제통합으로 단일통화를 사용하며 회원국의 공동의회가 설치된 정치경제적 통합수준의 단일 시장이다. 마스트리트 조약 발효 이후의 EU가 그 예라고 할 수 있다. 외교통상부 홈페이지 FTA 참고자료 참조

45) UNCTAD, *Admission and Establishment* 21-22면, 장승화 앞의 책 10면에서 재인용

46) UNCTAD, *Admission and Establishment* 22-26면, 장승화 앞의 책 10면에서 재인용

47) UNCTAD, *Admission and Establishment* 26-28면, 장승화 앞의 책 10면에서 재인용

나. 설립 전 단계 투자와 설립 후 단계 투자

(1) 구별

앞에서 살펴보았듯이 설립 전 단계의 투자 허용여부는 투자자유화의 한 요소로서 최근 FTA의 근간을 이루고 있다. 그러나 그 동안 국제 투자에 대한 연구가 부족하였고 투자규범 전반에 대한 연구서 등은 출간되었으나 투자자유화 요소에 대한 국내 연구서적은 별로 없었던 것이 현실이다. 따라서 이하에서는 설립 전 단계 투자의 문제와 초기 사업비용 문제, 중재판정례를 살펴보기로 한다.[48]

교역과 달리 투자는 국경간의 생산수단 이동 문제와 투자유치국에 진출하거나 진출하려는 타국 기업에 대한 주권행사 문제가 발생하므로 투자자유화를 촉진하면 언제나 국가의 정책자율권과 충돌할 수 밖에 없다. 따라서 투자유치국은 외국인 기업에 대해 무조건적인 시장진입을 허용하지는 않는다. 통신, 전력, 방송 등 가장 중요한 사회적 생산도구와 방위산업 등 국가안보에 중요한 사업의 경우에는 선별적으로 투자를 허용하기 마련이다.[49] 즉, 일정한 조건을 가하거나 일정한 산업분야에 대한 진입 등은 국내법의 규율에 맡기게 되는 것이다. 이렇게 외국인 투자자에 대한 시장진입에 일정한 제한(유보나 양허)을 가하는 규정방식은 FTA의 비합치조치 장 또는 유보안이나 양허안[50]을 살펴보면 더욱 명확해진다.

한-미 FTA 투자 장 제12조(비합치조치) 제1항은 “제11.3조, 제11.4조, 제11.8조 및 제11.9조는 당사국이 유지하는 기존의 모든 비합치조치에 적용되지 아니한다(Articles 11.3, 11.4, 11.8, and 11.9 do not apply to (a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party).”라고 규정하고 있으며, 제2항에서는 “제11.3조, 제11.4조, 제11.8조 및 제11.9조는 부속서 II의

48) 설립 전 단계 투자에 대하여 가장 상세한 설명은 한찬식 앞의 책 24-18면 참조

49) 한찬식, 앞의 책 25면. 한찬식 앞의 책에서는 ‘투자의 허용’이라는 용어를 사용하고 있으나 시장진입, 투자진출, 설립 전 투자 등 다양한 용어로서 설명이 가능하고 투자의 허용이라고 하면 허가요건을 전제로 투자가 가능한 것으로 보이므로 반드시 맞는 용어는 아니나 admission clause라는 것이 결국 진입(entry)과 설립(establishment)을 포함하는 개념이므로 혼용하기로 한다.

50) 유보안과 양허표에 대한 자세한 논의 및 양식은 뒤에서 항을 달리하여 논의하기로 한다.

자국 유보목록에 규정된 분야, 하위분야 또는 행위에 대하여 당사국이 채택하거나 유지하는 어떠한 조치에도 적용되지 아니한다(Articles 11.3, 11.4, 11.8, and 11.9 do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex Ⅱ).”고 규정하고 있다. 제1항은 현재유보, 제2항은 미래유보에 대한 내용인 바, ① 내국민대우(NT), ② 최혜국대우(MFN), ③ 이행요건(PR), ④ 고위경영자 및 이사회(SMBD) 등에 대해 불합치되는 조치를 유보로 기재하는 경우, 동 조치에 대해서는 협정상의 의무가 면제됨을 규정하는 것이다. 투자분야의 유보안은 협정상 의무의 예외사항을 기재하는 네거티브 방식이며, 현재유보(Annex Ⅰ)와 미래유보(Annex Ⅱ)로 나누어서 작성하는 것이다. 현재유보는 ‘자유화후퇴방지 메커니즘(ratchet mechanism)’이 적용되어 현행 규제를 보다 자유화하는 방향으로 개정할 수는 있으나, 자유화의 정도를 종전보다 제한하는 방향으로 후퇴하는 것은 허용하지 않는 원칙이다. 그러나 미래유보는 현재 협정의무사항 중 위 내국민대우 등과 불합치되는 조치가 있는지 여부에 관계없이 유보된 범위 내에서 현행 규제의 강화가 가능할 뿐만 아니라, 향후 새로운 조치의 도입도 가능하다.[51]

따라서 네거티브 방식에 의한 유보안을 따를 경우, 특정한 분야에 대한 내국민대우 및 최혜국대우 위반이 가능하도록 부속서에 규정하면 협정의무가 면제되므로, 반대로 이러한 산업 자체에 대하여 명시적으로 유보안에 기재하지 않는 한 시장진입이 허용된다. 사전설립 단계에 있어서 투자유치국의 재량권에 제한을 가함과 동시에 투자자유화 요소를 촉진하는 것으로서, 이러한 단계의 투자가 바로 설립 전 단계 투자라고 보는 것이다.

설립 전 투자란 뒤에서 살펴보는 바와 같이 설립 전 단계의 투자에 투입되는 ‘비용’으로 해석할 여지가 있으나, 정확하게는 투자자유화 약속이라고 보는 것이 타당하다. 즉 비용 및 설립 후의 투자활동과는 구별되는 설립 단계의 투자로서 시장진입을 보호 또는 허용한다는 약속이다.[52] 그렇다고 하더라도 무

51) 현재유보와 미래유보에 대한 자세한 논의는 한-미 FTA 투자분야연구 앞의 책 185-190면 참조

52) 설립 전 투자의 개념에 대하여 설립 전 투자비용과 혼용하는 견해가 있다.(한-미 FTA 투

조건적인 시장진입을 허용하는 것이 아니므로 시장진입에 대한 예외사항을 유보안에 별도로 기재하는 것이다.

(2) 비합치 조치

일반적으로 우리의 FTA, BIT 등 기 체결 투자협정은 설립 후 투자에 대해서만큼은 완전하고 무조건적인(unconditional) 내국민대우를 부여하는 바, 설립 후 단계만 규율하는 일반 BIT의 경우, 내국민대우 조항에 별도의 비합치조치 조항이 없다. 왜냐하면 BIT 자체가 허가조항(admission clause, “admitted in accordance with domestic laws and regulations”)에 의해 진입과 설립이 한 차례 허가된 적법한 투자에 한해서 보호 대상으로 삼는 것인데, 설립 후 투자 단계에서 다시 비합치 조치로 규제하는 것은 외국인투자보호에 바람직하지 못하며, 기본 투자정책과도 어긋나기 때문이다.

또한 “비합치조치”란, 투자협정과 국내법령의 비합치를 전제하는 개념으로 일반 BIT는 처음부터 국내 법령에 합치하는 투자에 한해 투자협정의 보호 대상으로 삼기 때문에 설립 후 투자에서는 “비합치조치”라는 개념 자체가 성립할 여지가 없다.

위에서 본 바와 같이 FTA의 Annex II (미래유보)에서 내국민대우가 포괄유보 된 분야들은 형식적으로는 설립 전과 설립 후 모두에 대한 예외조치를 예정하고 있는 것이 사실이라 설립 전 투자만 유보안을 만드는 것은 바람직하지 않다는 견해가 있다. 그러나 위와 같은 유보의 일반적인 의도는 어디까지나 설립 전, 즉, 투자의 진입, 설립, 허용 관련 규제권한을 확보하는 것에 있다. 설립 후 단계에 대해서는 규제의 권한을 확보한다는 것이 불필요하기 때문이다.[53] 설립 후 단계에 대하여는 무조건적인 내국민대우를 보장한다는 것

자분야 연구) 정확한 의미에서는 틀린 것이나, 설립 전 투자 비용이 많이 발생하고 쟁점이 된다는 점에서 의미 있는 분석으로 본다. 다만, 설립 전 단계 투자는 ‘투자협정이나 (자유)무역협정 체약국인 일방 당사국 투자 및 투자자의 다른 당사국 영토에의 진입(entry)’을 의미하고 설립 전 단계 투자비용은 실제 이 단계에서 지출한 비용을 의미하는 것으로 구별하는 견해가 일반적인 견해다. 국제투자분쟁 국가공무원 교육자료 앞의 책 49면에서 IADB, OAS and ECLAC, SICE: Foreign Trade Information System, Dictionary of Trade Terms, Investment, pre-establishment, 재인용

이 일반적인 BIT의 흐름이다.[54]

설립 전 투자의 경우 투자의 진입과 설립에 관한 모든 권한을 투자유치국이 보유하므로 일반적으로 BIT에서 투자는 국내법에 따라 허용된다는 '투자의 허용조항'을 내국민대우와 최혜국대우조항보다 우선하여 규정한다.[55] 그러나 중국 같은 나라의 경우 투자를 허용한 후 내국민대우 부여 방식에서 국내법에 따른 비합치조치는 내국민대우의 예외라는 규정을 두고 있다.[56]

일반적으로 우리가 체결하는 BIT는 협정문 그 자체로 내국민대우를 부여하므로 일단 투자를 허용한 이후에는 외국인투자기업에 대한 차별대우를 법률적으로 할 수 없는 것이다. 다만, 이러한 방식을 사용하더라도 외국인투자기업에 대한 법률적 차별 제도를 유지할 필요가 있는 경우에는 내국민대우가 적용되지 않는 분야에 관한 예외를 명시하여 유보목록을 작성할 수 있다. 최근에 자본주의 국가로 이행하는 단계에 있는 베트남과 같은 국가들이 투자보장협정상의 내국민대우 부여의무를 조금 더 완화하여 적용할 목적으로 이러한 모델을 사용하고 있다.[57] 한국-베트남 BIT의 경우 '협정 제3조 제3항에 대한 부속서(대한민국 투자자의 투자 및 수익에 대한 내국민대우 부여의 예

---

53) 이러한 BIT의 특징에 대하여 UNCTAD에서는 "A second category of BITs includes the national treatment standard, but grants non-discriminatory treatment only after the investment has entered the host country. Focused on investment protection rather than on liberalization of investment flows, most BITs under review fall within this group. The typical formulation is to provide national treatment to investments covered by an agreement once it has been admitted into the host country according to the latter s domestic laws and regulations. (중략)"이라고 기술하고 있다. UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: trends in investment rulemaking* (2007), 33-34면 참조

54) 물론 중국이 체결하는 일부 BIT의 경우 투자를 허용한 후 내국민대우 부여방식에 대해서도 국내법에 따른 내국민대우를 부여하는 방식으로 우리나라가 취하는 방식인 협정안 그 자체로 내국민대우를 부여하는 방식과 구별된다. 중국이 체결한 BIT의 경우 설립 후 단계 투자만 규율하더라도 내국민대우는 협정문 자체로 무조건적으로 부여하는 것이 아니라 국내법에 따라 내국민대우를 부여하는 것으로 설립 후 투자에 대한 차별이 가능한 것이므로 유보안을 만드는 경우가 있다.

55) 한-중 BIT 제2조 제1항에서 투자의 허용조항을 두고 있다.

56) 한-중 BIT 제3조 제2항 "제2조 제3항 및 제3조 제1항은 중화인민공화국 영역 안에서 유지되는 현행의 비합치조치 또는 개정되기 이전의 비합치조치의 비합치 효과를 증가시키지 않는 조건으로 이루어지는 향후 모든 개정에 적용되지 아니한다."

57) 한-베트남 BIT 제3조 제3항 "제1항 및 제2항의 규정에도 불구하고, 베트남사회주의공화국 정부는 이 협정이 서명될 당시의 베트남 법에 규정되고 또한 이 협정의 부속서에 명기된 조치를 내국민대우에 대한 예외로서 유지할 수 있다. (후략)"

외)'를 규정하고 있으나 이는 베트남 정부에게만 적용되는 것이다.

다만, 우리의 기 체결 BIT를 보면, 설립 후 단계의 투자에 대한 내국민대우는 협정문 자체로 부여받는 것이고, 설령 비합치조치의 개념을 상정한 경우에도 (한-중 BIT, 한-베트남 BIT) 이는 상대국에만 적용되는 것이라고 명시하고 있으므로 우리나라의 경우 설립 후 단계 만큼은 별도의 비합치조치 없이 내국민대우를 무조건적으로 인정하고 있음을 알 수 있다.

(3) 외국인투자촉진법과의 관계

우리나라의 외국인투자촉진법 제3조 제2항에서는 "외국투자가와 외국인투자기업은 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 그 영업에 관하여 대한민국국민 또는 대한민국법인과 같은 대우를 받는다."라고 내국민대우를 규정하고 있고, 동법 제4조 제1항은 "외국인은 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 제한을 받지 아니하고 국내에서 외국인투자업무를 수행할 수 있다."라고 무조건적인 내국민대우를 규정하고 있다.

다만, 동법 제4조 제4항에서는 "산업통상자원부장관은 이 법 외의 다른 법령이나 고시 등에서 관계 행정기관의 장이 외국인 또는 외국인투자기업을 대한민국국민 또는 대한민국법인에 비하여 불리하게 대우하거나 외국인 또는 외국인투자기업에 추가적인 의무를 부담하게 하는 등 외국인투자를 제한하고 있는 경우에는 그 내용을 대통령령으로 정하는 바에 따라 매년 통합하여 공고하여야 한다. 관계 행정기관의 장이 이를 개정하거나 추가하려면 미리 산업통상자원부장관과 협의하여야 한다."라고 규정하여 동법 제4조 제4항에 의해 산업통상자원부는 매년 외국인투자제한사항을 정리한 <외국인투자통합공고>를 발표하고 있다. 이러한 공고에는 외국인투자가 금지/제한되는 분야 및 제한내역이 상세히 나열되어 있는데, 결국 이러한 공고에 의해 외국인투자가 법률상 제한받는 경우만 아니라면 설립 후 투자는 완전한 내국민대우를 보장할 수 있다는 것이다.

다시 말해 원칙적으로 유보안은 진입, 설립의 차별을 명시하는 것으로 설립 전 투자의 제한과 관련된 것임에 반해, 설립 후 투자는 원칙적으로 중국이나

베트남 같은 형식을 취하지 않는 한 협정문 자체로 내국민대우를 보장하는 것이다. 다만 우리나라의 경우 유보안을 별도로 만들지 않고 무조건적인 내국민대우를 부여하되, 단지 <외국인투자통합공고>에서 발표한 제한을 적용 받을 뿐이다.

다. FTA에서 설립 전 투자를 나타내는 용어

따라서 FTA에서 설립 전 투자를 나타내는 용어가 어떤 것인지가 중요한바, 먼저 정의조항에서 찾을 수 있다. 즉, 당사국의 투자자에 대한 정의조항에서는 "비당사국의 투자자라 함은, 어느 한 쪽 당사국에 대하여, 그 당사국의 영역에 투자하고자 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한 투자자로서, 어느 쪽 당사국의 투자자도 아닌 투자자를 말한다(investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party)."(한-미 FTA 제11.28조 정의)라고 규정하여 '시도하거나(attempts to make)'라는 조항을 통해 시장에 진입을 위하여 투자를 시도하는 투자자를 포함한다고 본다. 이러한 투자를 시도하는 투자자의 의미에 대하여 논란이 있을 수 있는바, 이를 제한하려는 많은 시도가 있다. 한-ASEAN FTA 투자 장에서는 attempt to make 대신 seeking to make라고 규정한 후 각주에서 "보다 명확히 하기 위하여, 당사국들은 '투자하려고 시도하는' 투자자는, 적용 가능한 경우, 투자를 하기 위하여 통지 또는 승인 절차를 개시하기 위한 적극적인 조치를 취한 그 밖의 당사국의 투자자를 지칭 한다고 이해한다(For greater certainty, the Parties understand that an investor that 'is seeking to make' an investment refers to an investor of any other Party that has taken active steps to initiate a notification or approval process, where applicable, for making an investment)"라고 규정하여 설립 전 투자의 범위를 제한하기도 하였다.[58]

58) 한-ASEAN FTA에서 투자하려고 시도한 투자자에 해당하려면 적극적인 조치를 취하여야 하므로 한-ASEAN간의 투자관계를 고려시 우리 투자자에게는 불리할 수 있는 측면이

다음으로 투자계약에 대한 정의조항에서 “투자계약이라 함은 어느 한 쪽 당사국의 국가당국과 적용대상투자 또는 다른 쪽 당사국의 투자자간 서면계약으로서 적용대상투자 또는 투자자가 서면계약 그 자체 이외의 적용대상투자를 **설립하거나 인수하는** 데 의존하고, 적용대상투자 또는 투자자에게 권리를 부여하는 것을 말한다(investment agreement means a written agreement between a national authority of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, on which the covered investment or the investor relies **in establishing or acquiring** a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor)”라고 규정하여(한-미 FTA 제11.28조) ISDS 제소범위와 관련하여 투자계약위반이 ISDS의 대상이 된다는 점에서 설립 전 투자의 개념인 ‘설립 또는 인수(establishing or acquiring)’의 개념을 도입하였다.

사실 이러한 정의 조항보다 더 중요한 조항은 내국민대우(NT)와 최혜국대우(MFN) 조항이다. 즉 내국민대우와 관련하여서 설립, 인수, 확장 등에 대하여도 내국민대우 등을 보장하는 방식이다. 즉, “각 당사국은 자국 영역내 투자의 **설립·인수·확장**·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 자국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자에게 부여한다(Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the **establishment, acquisition, expansion**, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory).”(한-미 FTA 제11.3조 제1항)라고 규정하고 있는바, 이러한 내국민대우나 최혜국대우는 위에서 본 바와 같이 시장진입 즉 외국기업이 설립하고 인수하고 합병하는 데에 있어서 차별을 하지 않는다는 점에서 기인하였다고 볼 수 있다.

이러한 설립, 인수, 확장과 설립 전 투자와의 관계에 대하여 “투자유치국 내에 법인을 세우는 설립(establishment)과 투자유치국 기업의 주식을 취득함

있으나 양 당사국간 설립을 위한 절차 등의 실질적 차이와 설립 전 투자에 대한 개념을 명확히 하고자 하는 시도로 볼 수도 있다.

으로써 이뤄지는 인수(acquisition)가 대표적인 설립 전 단계의 투자 활동에 해당된다. 투자의 확대(expansion)는 상황에 따라 설립 전 단계 투자에 해당될 수도 있을 것이다. 이와 관련하여 투자의 허가(admission)를 받지 않은 단계에서 이뤄지는 제반 투자 활동 즉 '허가 전 투자(pre-admission investment)' 역시 설립 전 단계로서 이해하여야 한다"라고 보는 견해가 있다.[59] 이에 대하여 투자의 설립 후 단계(post-establishment)라 함은 투자의 운영이나 처분을 가리킨다. 보다 구체적으로 투자의 관리, 수행, 운영, 유지, 향유(enjoyment), 청산, 매각 또는 기타 처분(disposition) 등의 투자 활동이 이러한 설립 후 단계의 투자 활동을 의미한다.[60] 다만 확장이나 운영 등을 통하여도 설립 전 단계 투자를 포괄할 수도 있으므로 이분법적 사고방식에 의하여 구분하는 것은 바람직하지 않을 수 있다. 또한, 설립 전 단계의 투자의 개념 자체가 포괄적이고 모호하여 투자자의 보호받는 권리가 자칫 지나치게 확대될 수 있다는 지적이 있고 이와 같이 설립 전 단계의 투자 활동 중에는 설립 후 단계 투자와 구분이 어려운 영역이 존재한다.[61]

이와 관련하여 중국은 자국이 체결하는 BIT는 설립 후 투자를 명백히 하기 위하여 내국민대우 등에 있어서 "어느 한쪽 체약당사자는 자국의 영역 안에서 다른 쪽 체약당사자의 투자자와 그들의 투자에 대하여 투자의 확장·운영·관리·유지·사용·향유·판매 또는 그 밖의 처분(이하 "투자 및 영업 활동")에 관하여 유사한 상황에서 자국의 투자자와 그들의 투자에 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우(이하 "내국민대우")를 부여한다[Each Contracting Party shall in its territory accord to investors of the other Contracting Party and to their investments treatment no less favourable than the treatment it accords in like circumstances to its own investors and their investments

59) 국제투자분쟁 공무원 교육자료 앞의 책 48면 참조

60) 앞의 책 49면 참조. IADB, OAS and ECLAC, SICE: Foreign Trade Information System, Dictionary of Trade Terms, Investment, pre-establishment, 재인용

61) 국제투자분쟁 공무원 교육자료 앞의 책 50면 참조. 다만, 적어도 당해 투자 사업의 사전 조사(due diligence)나 투자 허가를 받기 이전에 수행된 설계 시행, 사업 타당성 조사 비용, 변호사 비용, 컨설팅 비용, 사업계획서 작성 비용 등과 같이 명백한 설립 전 단계의 투자 활동은 존재한다. 이런 의미에서 설립, 인수, 확장은 설립 전 투자, 그 이후의 활동은 설립 후 투자 단계로 보는 것은 정확하지 않다고 보인다.

(hereinafter referred to as national treatment.) with respect to the expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment, and sale or other disposal of investments (hereinafter referred to as investment and business activities].”라고 규정하여(한-중 개정 BIT 제3조 제1항) 설립 후 투자에 대하여만 내국민대우가 적용됨을 명백히 하고 있다. 실제 중국이 체결하는 모든 FTA나 BIT는 설립 후 투자를 전제로 하고 있으므로 실제 뉴-중 FTA의 투자장 제138조의 내국민대우 조항도 “Each Party shall accord to investments and activities associated with such investments, with respect to management, conduct, operation, maintenance, use, enjoyment or disposal, by the investors of the other Party treatment no less favourable than that accorded, in like circumstances, to the investments and associated activities by its own investors.”라고 규정하고 있다.

실제 이러한 내국민대우가 설립 전 투자와 설립 후 투자에 대한 보장을 구별하는 기준이 된다는 측면에서 Pre-NT와 Post-NT로 구별하여 부르기도 한다.[62] 호주-태국 FTA에서는 제904조에서 “Pre-establishment National Treatment”라는 제목으로 “In the sectors inscribed in Annex 8, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than it accords, in like circumstances, to its own investors, with respect to the establishment and acquisition of investments in its territory.”라고 규정하여 Pre-NT와 Post-NT를 나누어서 규정하기도 한다.[63] 즉, 투자협정에서 내국민대우(NT)를 투자의 설립 전 단계에까지 부여한다고 규정하는 경우 각 당사

62) 물론 내국민대우만 설립 전 투자를 구별하는 기준이 되는 것은 아니고 최혜국대우 조항, 이행요건 부과금지, ISDS 절차 조항도 그러한 구별과 관계 있다는 점은 앞에서 기술하였다. 즉, 투자의 실행 행위 이전의 모든 단계에서 협정 당사국 기업의 투자활동에 대해 부여하는 제반 권리를 제3국의 투자자와 동일하게 보호해 주어야 하고 또한 설립 전 단계의 투자에 대해 이행요건 부과 금지를 규정하는 경우 협정 체결국은 투자의 설립 조건으로서 그러한 일정한 이행요건을 부과하지 못한다. 국제투자분쟁 공무원 교육자료 앞의 책 50면 참조

63) 규정방식에 대하여는 설립, 인수, 확장, 운영, 매각, 처분 등을 같이 규정하거나 Pre-NT와 Post-NT를 나누어서 규정하는 방식이 있으나 각 나라의 특징을 반영한 것으로 큰 차이는 없다.

국은 다른 당사국의 투자자에게 내국인 투자자에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 조건(NT)으로 자국 영토 내에서 투자의 설립을 허용해야 하는 것이다. 이는 투자의 실행 행위 이전의 모든 단계에서 협정 당사국 기업의 투자활동에 대해 부여하는 제반 권리를 타방 당사국 투자자에 대해서도 내국민의 투자자와 동일하게 보호해야 함을 의미한다.[64] 이와 관련하여 FTA는 투자자유화를 포함하는 것으로 투자 장은 설립 전 투자를 반드시 포함하는 것이라고 구분하는 견해가 있을 수 있으나 뉴-중 FTA에서 보듯이 그러한 구분이 정확한 구분은 아니다.

그러나 이러한 설립 전 단계의 투자 즉, 시장의 진입 자체를 무제한 보장할 수 없고 앞에서 보았듯이 국가정책상 보호가 필요하기 때문에 외국인투자를 허용하기 어려운 분야가 있으므로 예외 없이 설립 전 단계의 대우를 부여하는 경우는 없고 실제 다른 체약국의 투자 및 투자자의 자유로운 진입을 의미하는 설립 전 단계 대우가 부여되지 아니하는 분야(sectors)나 조치(measures)를 유보안에 기재하는 것이 일반적이다.[65]

물론 설립 전 투자를 인정한다 하더라도 설립 전 단계 투자자에 대한 차별을 이유로 ISDS 제기가 가능한지 여부가 문제되는바, ISDS의 예외를 인정하여 설립 후 투자에 대하여만 ISDS를 인정하는 협정을 체결하는 것은 투자자보호 측면에서 바람직하지는 않지만 양 당사국간에 결정하기 나름이다. 다시 말해 FTA 투자 장이라고 하여 반드시 설립 전 투자까지 ISDS 보호대상이 되는 것은 아니다. 예를 들어 호주-칠레 FTA의 ISDS 조항에서는 '설립 후 투자'에 대하여만 ISDS를 인정하고 있다.[66] 이러한 방식을 볼 때 설립 전 단계의 투자를 보호한다고 하더라도 반드시 설립 전 투자 단계에서의 차별을 이유로 ISDS 절차조항을 사용할 수 있다는 의미는 아니라고 할 수 있다.

이러한 구분은 일반적으로 BIT가 투자자유화 요소를 포함하지 않는다고 하는

64) 한찬식 앞의 책 29면 참조
65) 국제투자분쟁 공무원 교육자료 앞의 책 50면 참조
66) 호주-칠레 FTA 투자 장 제3조 내국민대우 조항에서는 설립 전 투자를 포함하고 있으나 제14조에서 "Section B applies where there is a dispute between a Party and an investor of the other Party relating to **a covered investment made in the territory of a Party in accordance with its laws, regulations and investment policies**."라고 규정하여 설립 후 투자에 대하여만 ISDS 조항이 적용됨을 명시하였다.

경우 FTA에서 설립 전 투자를 나타내는 용어를 찾은 것에 불과하다. 즉 일반 BIT에 투자자유화까지 규율하는 것이 BIT의 일반적인 형태는 아니다. 그러나 투자 분야의 경우 BIT를 통해 FTA에 준하는 효과 달성을 위해 비록 소수이지만 일부 국가는 BIT에서 투자자유화 사안까지 꾸준히 다루고 있는 점을 보면, 이것이 국제법상으로 크게 무리가 있는 형식은 아니다.

즉, 미국은 투자자유화 사안까지 BIT에 포함하는 것이 예전부터 일관된 원칙으로, 2004년 US Model BIT 발표를 통해 이러한 원칙이 한층 더 명확해지고 있고, 일본도 한-일 BIT('02)를 시작으로, 그 후의 BIT부터 일관되게 투자자유화까지 다루고 있는바, 일본-베트남 BIT('03), 일본-캄보디아 BIT('03), 일본-우즈벡 BIT('08), 일본-페루 BIT('08), 일본-라오스 BIT('08), 일본-모잠비크 BIT('14), 일본-콜롬비아 BIT('15), 일본-우루과이 BIT('17)가 그 예이다. 또한, 캐나다도 최근 일부 BIT에서 투자자유화까지 규율하기 시작하여 캐나다-페루 BIT('06), 캐나다-요르단 BIT('09), 캐나다-루마니아 BIT('11),캐나다-몽골리아 BIT('17) 등에서 찾아 볼 수 있다.

이러한 경우에는 BIT라도 위에서 본 것과 같은 설립 전 투자를 나타내는 용어들을 찾아볼 수 있다는 점에 유의하여야 한다. 그러나 대부분의 국가들은 BIT에 투자자유화 규정을 포함하는 것에 대해 아직은 소극적이다.

라. 설립 전 투자 비용 문제[67]

(1) 설립 전 투자 비용 문제

설립 전 투자와 관련하여 가장 문제가 되는 것은 설립 전 단계에 투입되는 비용(pre-establishment expenditures 또는 pre-investment expenditures)이 협정상 적용대상 투자 개념에 포함되는지의 여부이다. 이는 투자의 대상적격이자 ISDS 제소시 관할권 여부 판정과 관련이 있는 것으로서, 설립 전 투자와 설립 후 투자를 구분하는 실익과도 연관된 것이다. 왜냐하면 투자에 대한 규제가 상대적으

67) 설립 전 투자 비용에 대한 자세한 논의는 한찬식, 앞의 책 28-31면, 국제투자분쟁 공무원교육자료 앞의 책 51면 이하 참조

로 강한 투자유치국에서 투자를 하는 경우 실제 정식 투자를 하기 이전에 많은 비용과 시간이 소모되는 것이 일반적인데, 이렇게 실제 정식 투자의 행위가 이루어지기 이전 단계에서 투입한 비용이 투자협정의 '투자'로 인정받을 수 있는지 관할권의 문제가 생기기 때문이다. 따라서 설립 후 투자와 별개로 설립 전 단계의 투자도 권리보호의 실익이 있다고 보는 견해가 있다.[68]

더군다나, 최근 신도시 조성이나 부동산개발 프로젝트, 댐·항만·발전소 건설 프로젝트와 관련하여 외국인 투자유치를 위하여 대규모 프로젝트가 진행 중이고 외국인 투자기업과 지자체간에 MOU를 먼저 체결하는 사례 등이 빈번하게 발생하고 있는 바, 이러한 사례들은 설립 전 투자비용에 대한 보상 문제를 상시 안고 있다고 보인다. 따라서 외국인 투자자가 투자유치국에 재화, 자본을 투입하여 본격적인 투자 사업을 영위하기 전에 계약의 협상, 입찰 준비, 사업인허가 획득 등의 과정에서 지출한 비용 문제가 발생하고, 특히, MOU 체결 등으로 인하여 외국인 투자자에게 신뢰를 준 후 계약체결에 실패한 경우 분쟁의 대상이 될 가능성이 높아진다.

물론 설립 전 비용을 둘러싸고 제기된 국제중재에서 중재판정부는 설립 전 단계에 들어간 비용을 투자로 인정하는데 인색하였던 것은 사실이다.[69] 그러나 이러한 ISDS 사건의 발단이 된 BIT는 설립 전 투자를 투자의 개념에서 배제하였던 과거 협정들의 일종으로서 최근 투자유치국이 설립 전 비용을 투자로 대우하겠다는 동의를 한 경우이거나 설립 전 투자를 투자로 인정하여 투자자유화 요소를 포함하는 투자협정에서는 보호를 받을 수 있는 길이 열렸음은 물론이다.[70]

---

68) 한찬식, 앞의 책 28면 참조

69) 자세한 중재판정례는 후술하기로 한다.

70) 국제투자분쟁 공무원 교육자료, 앞의 책 51면 참조. 위 책에서는 "설립 전 비용을 둘러싼 분쟁을 예방하기 위해서는 투자자를 입찰에 참여하게 하거나 투자의향서 등의 작성시 투자유치국은 응찰자와 성공적으로 계약이 체결되기 이전에는 어떠한 종류의 계약적 관계를 창설할 의사가 없음을 명확히 해 두는 것이 필요하다"라는 지적을 하고 있는바, 정식계약 체결 이전에 MOU 등을 작성하는 단계에서 투입된 비용문제에 대한 보상을 어떻게 할 것인지에 대하여 투자자 역시 투명성 차원에서 명확히 해두는 것이 필요하다고 본다.

(2) 양해각서[71] 체결과 설립 전 투자 문제

즉, 설립 전 단계 투자는 국가의 규제여부와 상관없이 최종 투자에 이르기까지 막대한 시간과 비용이 투입되는 점을 감안하면 투자자 입장에서는 투자로서 보호 받아야 할 필요성이 있고, 당초 약속과 달리 우선협상대상자로 선정된 후 정식 사업자로 낙찰 받지 못하는 경우에는 투자자와 투자 유치국간에 분쟁의 소지가 있다. 이 과정에서 투자를 희망하는 외국인 투자자와 투자유치국간에 MOU(Memorandum of Understanding, 양해각서), LOI(Letter of Intent, 투자의향서), LOA(Letter of Agreement, 투자합의서), LOE(Letter of Extension, 투자연장서) 등 각종 투자의향서 등을 설립 전 투자 단계에서 체결하게 되는데, 주로 우선협상대상자 선정 및 외국인 투자자 유인을 위해 MOU를 체결한 상태에서 각종 조건을 협상하는 과정을 거친 후 정식사업자 선정 여부를 결정한다. 이 과정에서 계약의 협상, 입찰준비, 사업인허가 획득 비용, 변호사 비용, 컨설팅 비용, 사업계획서 작성 비용 등이 발생하게 되는 바, 설립 전 투자의 비용은 최종 투자계약에 이르기까지 소요되는 모든 사전 비용까지 포괄하는 개념으로 보는 것이 일반적이다.[72]

이와 관련하여 MOU는 법적으로 구속력이 없는 관계로, MOU나 LOI 등에서 어떠한 문구를 삽입하더라도 정식계약 체결을 합의한 것은 아니기 때문에 아무런 구속력이 없고, 달리 합의하지 않는 한 구속력 없는 문서를 믿고 비용을 지출하였어도 스스로 감수해야 하기 때문에, 설립 전 투자비용의 보상 문제가 생길 수 없다는 견해가 있을 수 있다. 즉, 일반적으로 당장 확정하기 어려운 사항에 대해 추후 합의를 할 것을 전제하는 것이 MOU이므로 정식계약 체결

---

71) 양해각서(MOU)란 협의로는 국가간의 양자합의 또는 국가간 협상결과로서 국제관계에서 비준 등의 조약체결과 같은 절차를 거칠 필요 없이 즉시 효력을 발생하는 합의서로 보나, 최근에는 계약을 최종적으로 체결하기 전까지 둘 이상의 당사자 사이에 협상에 관한 내용이나 골격을 작성하는 문서로서 정식계약 체결의 전제적 합의문서로 보아 국가기관·지방자치단체와 기업, 일반 기업들간의 사법적 거래에서도 발견된다고 보는 것이 일반적이다. 즉, 정부간에 체결한 양해각서뿐만 아니라 두 당사자가 체결하는 협상의 내용이나 전제적 합의문서가 모두 포함되고 정식계약 체결에 앞서서 쌍방의 의견을 조율하기 위하여 상징적인 차원에서 이루어지는 경우가 대다수인 것이 요즘의 현실이다. 양해각서와 설립 전 투자 문제는 법무부 국제법무과 지자체 공무원 국제투자분쟁 교육자료, “지자체의 MOU체결과 ISDS 발생 가능성“ 2009 참조

72) 한찬식, 앞의 책 29면 참조

을 전제로 하는 이상 일반적 의미에서 계약과는 달리 비구속성이 원칙[73]이라고 본다.[74] 설립 전 투자 단계에서 비용이 투입된 경우 MOU 단계에서 약속 등은 아무런 법적 구속력이 없으므로 이에 의존한 투자자를 보호 할 필요가 없다는 것이다.

이에 대하여 정식계약이 아닌 이상 양해각서에 계약의 본질적인 부분인 가격조건, 대금지급조건, 분쟁해결조항, 위험부담 등 조항이 포함된 경우 법적 구속력을 인정하기 어려우나 정식계약이 체결되면 계약의 일부로서 해석의 기준이 된다고 볼 수 있다는 견해도 있다.[75] 따라서 계약의 본질적인 내용을 포함하는 경우라면 하나의 계약으로서 계약위반시 계약상 분쟁을 이유로 한 ISDS 제기 가능성은 있는 것이다. 실제 최근 지자체의 투자유치 활동을 보면 투자유치를 위하여 상세한 MOU를 체결하고 실제 계약의 본질적인 내용을 삽입하는 경우가 많은바, 실제 운영에 따라 외국인 투자자가 계약위반[76]을 이유로 ISDS를 제기할 가능성이 있다. 또한, 투자유치국 입장에서는 MOU 체결단계에서 외국인 투자자에게 투자유치를 위하여 대외적 약속이나 유인을 한 경우 이러한 약속 등이 하나의 객관적 조치(Measure)로서 ISDS의 대상이 된다고도 볼 수도 있다.[77] 후자의 경우에는 지방정부의 행위가 중앙정부의 행

---

73) 물론 비구속력이 원칙이라고 하더라도 당사자간에 구속력을 인정하기로 합의한 경우, 비밀유지나 공개금지에 대한 합의, 언론 노출금지 조항, 계약 체결 시까지의 계약협상을 담보할 의무, 우선협상대상 지정을 포함한 협상의 독점성, 계약체결시한, 협상의 준거법과 관할권 합의 등에 대하여 부분적으로 구속력을 인정할 수 있다는 견해가 있다.

74) 앞의 자료, 지자체의 MOU체결과 ISDS 발생 가능성 5-7면 참조

75) 앞의 자료, 지자체의 MOU체결과 ISDS 발생 가능성 5-7면 참조

76) MOU의 법적 구속력을 인정할 경우 계약으로서 계약상 분쟁(계약 불이행)으로 우산조항에 의해 ISDS 제기 가능성이 존재한다고 보는 견해도 있고, 설립 전 투자 단계에서의 투자유치국의 모든 활동이 조치(measure)로서 종합 평가되어 ISDS 대상이 된다고 보는 견해도 있다. 이재민, 지방자치단체가 체결한 국제적 합의문서와 ISDS 분쟁, ISDS 연구회 2009. 10. PPT 19면 참조 즉, "지방자치단체의 국제합의문서 체결은 해당 문서의 국제법적 성격과는 별도로 외국기관 및 이해관계자에 대한 지방자치단체의 공식적 약속 내지 정책방향 선언의 성격 보유, 특정 합의문서가 조약에 해당하지 않더라도 동 합의는 해당 지방자치단체의 주요한 대외적 약속을 포함하는 객관적 조치(measure)에 해당하고 따라서 문서와는 별도로 그러한 문서를 통해 구현된 것으로 주장되는 조치 자체로부터 법적 함의 발생 가능"이라고 하여 특정합의문서 전후활동이 ISDS 대상이 되는 조치에 해당한다고 보는 견해이다.

77) 일반적으로 이러한 조치나 대외적인 약속이 ISDS 대상이 되는 경우라면 MOU의 법적 구속력을 논의할 실익은 없어진다.

위와 동일시되어 지자체의 대외적 약속조치나 그로 인한 파급효과가 FTA 투자 장이나 BIT의 내국민대우, 최혜국대우 조항, 공정·공평대우 등 실체적 조항에 위반되면 ISDS 대상이 된다고 보는 것이다.[78]

따라서 단순히 법적 구속력이 없는 MOU 단계에서 투입한 비용의 보상여부는 MOU가 정식계약으로서 계약상 분쟁의 대상이 되거나 하나의 객관적 조치로서 ISDS 대상이 되는 경우를 제외한 일반적인 경우에만 문제된다. 이러한 경우의 구체적인 예[79]는 다음과 같다.

A국가가 설립 전 단계 투자에 대해서도 내국민대우를 부여하는 투자협정을 B국가와 체결한 상황에서 A국은 특정 공기업을 민영화하기 위해 정부가 보유한 당해 공기업의 지분을 공개 경쟁 입찰을 통해 매각하기로 하는 정책을 공표하였고, B국의 기업이 투자유치국인 A국의 공기업 매각 정책 발표를 신뢰하여 외국기업에 대한 입찰자격 발표가 있기 이전에 이미 타당성 조사를 위하여 당해 공기업의 경영 성과 및 전망 분석을 수행하고 사업장의 실사를 위한 현장 방문 조사를 실시하는 등의 사전 투자 활동에 상당한 비용을 투자를 하였으나, 이러한 매각 정책의 공표 이후 상당한 시간이 경과한 후에 A국 정부가 당해 공기업 매각 입찰 참여를 자국의 국내 기업에만 부여하기로 하는 입찰 자격 제한 요건을 발표하여 사전 투자 단계에 투입한 제반 비용이 무용지물이 되는 경우를 상정할 수 있다.

이러한 상황에서 B국 기업은 비록 투자 의향을 위한 투자 신고가 없었고, 설립 후 단계에 해당하는 영업, 운영, 처분 등의 투자 활동은 없었지만 A국 및 B국간에 체결된 투자협정상에 설립 전 단계의 투자에 해당하는 활동에 대해 내국민대우(National Treatment, NT)를 부여하기로 보장하는 당해 협정상의 조항을 근거로 A국에 대하여 입찰 자격과 관련한 내국민대우 의무 위반을 근거로 국제중재재판소에 제소할 수 있게 되는 것이다. 문제는 설립 전 단계의 투자를 '투자'의 범위 안에서 관할권을 인정하는 구체적인 조항을 둔 경우에

78) 앞의 자료, 지방자치단체가 체결한 국제적 합의문서와 ISDS 분쟁 20면에서는 그러한 예로 지자체가 지역 내 외국인 투자증진을 위하여 제3국에 특별한 인센티브를 부여하기로 약정한 경우, 지자체가 약속한 투자증진정책이 사실상 특정 외국인 투자자에게 차별적 방법으로 적용될 경우를 들고 있다.

79) 설립 전 투자에 대한 구체적인 예는 한찬식, 앞의 책 29면에 있는 예시를 인용하기로 한다.

는 문제가 없으나 이러한 양자간에 합의(NT조항)가 없는 경우에도 보상을 해야 하는지가 문제이다. 이러한 사태를 예방하려면 투자자 입장에서는 투자유치국과 체결한 당해 협정에 설립 전 투자 보호조항이 있는지 미리 살펴보아야 하고, 그렇지 않은 경우 MOU 체결시 이러한 부분을 명백히 합의하여야 한다. 실제 설립 전 단계의 투자를 보호하기로 양 당사자간에 사전에 합의하지 않은 경우에는 위에서 보았듯이 중재판정부가 대체적으로 투자로서 보호하지 않는 추세이기 때문이다.

물론 투자유치국 입장에서는 MOU 단계에서 분쟁의 소지를 줄이고 최종계약자 선정에 자율권을 확보하기 위하여는 MOU 작성에 법적 구속력이 없다는 것을 명백히 하는 것이 필요하다고 본다. 왜냐하면, 투자자 입장에서는 MOU를 근거로 MOU위반이 곧 계약상 위반이므로 우산조항을 근거로 제소하거나, 또는 이러한 전반적인 상황이 하나의 구체적인 정부의 조치에 해당한다고 주장하여 제소할 수 있기 때문이다. 따라서 “본건 양해각서는 당사자들의 현재 투자관련 의도의 표현에 불과하다. 그러므로 양해각서에 관련된 내용은 달리 규정이 없는 한 양 당사자를 구속하거나 의무를 부과하지 않는다.”라는 식의 문구를 삽입하는 것이 투자유치국 입장에서 필요하다.[80]

이와 관련하여 유의할 점은 공공기관 민영화 과정에서 공공사업 입찰을 통해 사업을 진행하는 경우이다. 이는 정부조달과 관련된 것으로 설립 전 투자를 보호하더라도 국내법 규정, 정부조달의 특수성을 감안할 경우 입찰자격 제한 문제가 과연 ISDS 대상이 될 수 있는지는 의문이다.

정부조달의 경우 일반적으로 FTA에서 NT, MFN의 예외로 규정하고 있기 때문에 FTA나 WTO 정부조달 협정의 적용범위인 경우 해당 건설서비스 부문이 양허가 되어 있느냐의 문제로 귀착된다. 물론 FTA 정부조달의 범위에 포함되지 않는다고 하더라도 정부조달의 경우 NT의 예외가 되는 경우가 많으므로 차별적 조치를 배제하는 것은 실제 어렵다고 보인다. 정부조달 성격의 공공사업의 경우 FTA에서 차별적 조치를 인정하는 사례가 많기 때문이다.

---

80) 표준 MOU 양식에 대하여는 법무부, 알기 쉬운 국제투자분쟁 가이드 2010 제77면 참조

마. 설립 전 투자와 ISDS

설립 전 투자와 관련하여 투자자유화 요소를 포함하더라도 설립 전 투자가 투자로서 보호 받으려면 외국인 투자자의 실행행위 이전 모든 단계에서 협정 체결 당사국 기업의 경제활동에 대한 권리를 내국민과 동일하게 보호해야 하고, 그러한 보호는 의무 위반 시 ISDS 제소대상이 되도록 구체화되어야 실익이 있다.

최근에 우리가 체결한 대부분의 FTA나 한-일 BIT의 경우 설립 전 투자에 대한 ISDS 제소가 가능하다. 한-ASEAN FTA, 한-베트남 FTA, 한-터키 FTA의 경우, 설립 전 투자가 NT, MFN 의무 대상이나 ISDS 조항에서 "적용대상투자의 경영·영업·운영 또는 매각 또는 그 밖의 처분"과 관련한 위반에 대해서만 ISDS 제기가 가능하다고 규정하고 설립 전 투자는 ISDS 대상에서 제외하고 있다.[81]

한-EU FTA 방식의 경우 설립 전 투자와 설립 후 투자를 구분하여 설립 전 투자는 투자자유화로서 FTA 투자 장에서 규정하는 대신 투자자 보호는 개별 BIT에서 보장하고 있으므로, 사후투자에 대한 내국민대우, 최혜국대우, 수용조항 등 위반이 있으면 BIT를 근거로 ISDS 대상이 되나, 설립 전 투자 단계에 대한 내국민대우 위반이 있으면 투자자보호와 관련이 있는 ISDS는 원용할 수 없도록 되어 있다.[82] 다만, 한-EU FTA는 검토(review)조항을 통해 투자 자유화의 진전을 목적으로, 투자 법제, 투자 환경 및 투자의 흐름은 물론 협정문 내용에 대한 협정당사국의 검토 의무를 규정하였고, 이러한 검토

---

81) 한-ASEAN FTA 제18조, 한-베트남 FTA 제9.15조, 한-터키 FTA 투자협정 제1.17조.

82) 실제 한-EU FTA의 경우는 협상 당시 EU 집행부가 EU법에 의하여 투자자보호에 대한 집행권한을 위임받지 못하여 투자자유화는 FTA로, 투자자 보호는 개별 BIT로 나누어서 규정한 결과로서 한-EU FTA의 경우 EU 집행부가 투자자 보호에 대한 권한을 위임받았다면 설립 전 투자에 대한 ISDS도 인정되는 방향으로 협상을 추진하였을 것이다. 즉, THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION 'Article 218(ex Article 300 TEC)에서 "1. Without prejudice to the specific provisions laid down in Article 207, agreements between the Union and third countries or international organizations shall be negotiated and concluded in accordance with the following procedure.(후략)" 등 EU 집행부가 EU 회원국으로부터 권한을 위임받은 경우와 그 절차 등을 규정하고 있는 바, 투자자 보호는 이에 해당하지 않으므로 협상을 할 수 없다는 논리이다. 그러나 한-EU FTA에서는 검토조항을 규정하여 향후 투자자 보호를 위한 논의를 진행하기로 합의하였다.

의무는 협정의 발효 후 3년 이내 시점부터 정기적으로 이행하도록 하였다. 즉, 수용, 보상, ISDS 등 투자자 보호 조치에 관한 향후 협상 가능성을 열어 놓음으로써, EU 집행부의 제한된 협상 권한으로 인해 투자보호 내용이 빠진 한-EU FTA의 한계를 보완하고, 투자보호 관련 협상 권한이 EU 집행위원회로 이관될 경우, 투자보호 관련 별도의 협상을 개시하여 그 협상 결과가 추후 FTA 설립 분야에 편입될 수 있는 근거를 마련하였다.[83]

한-EU FTA와 같은 특별한 사정[84]이 존재하지 않고 달리 합의하지 않았을 때, 설립 전 투자 단계에서 차별이 있는 경우 ISDS 대상이 될 수 있는지가 문제될 수 있다. 물론 ISDS의 대상 범위는 투자협정 체결 국가 간에 결정하기 나름이지만 설립 전 투자 단계의 차별을 ISDS로 구제받을 수 없다면 투자자유화의 진정한 의미에 역행한다고 볼 수도 있다. 이에 대하여 설립 전 단계의 투자에 대한 차별 시 ISDS 제소가 가능하도록 규정해야 한다는 주장에 대하여 상정 가능한 논리는 다음과 같다.

첫 번째는 ISDS 제소범위와 관련하여 위에서 보았듯이 설립 전 투자는 내국민대우, 최혜국대우, 이행요건 부과금지, 고위경영진과 이사회 등과 관련이 있으나, 일반적인 BIT는 설립 후 투자만을 보호하는 경우가 많으므로 투자자유화를 포함한 FTA에서 내국민대우 등 위반 시에도 ISDS 제소가 어렵게 된다. 따라서 ISDS 제소가 투자자 보호와 관련되었다는 이유로 배제될 경우 NT 위반, MFN 위반, PR 위반 등의 조치가 발생할 경우에도 제소를 못하는 부당한 결과가 발생할 수 있다. 더군다나, 우리가 체결한 거의 모든 FTA에서 투자자유화와 투자자 보호규정을 동시에 규정하여 설립 전·후 투자에 대한 ISDS 제소가 가능하다는 점에서도 개별국에게 예외를 인정하는 것은 바람직하지 않다고 생각한다.

두 번째로는 위에서 보았듯이 설립 전 단계(pre-establishment) 투자 보호의 필요성이다. BIT나 FTA 체약국인 일방 당사국 투자 및 투자자의 다른 당

83) 한-EU FTA 제7.16.조 투자의 법적 틀의 검토 참조

84) 한-EU 방식은 뒤에서 보듯이 Mode 1,2는 서비스거래(Trade in Services)에서, Mode 3와 비서비스는 설립(Establishment)에 포함하고, 투자자 보호(사후투자)는 개별 BIT에서 규율하는 방식이다.

사국 영토에의 진입(entry)으로서 투자유치국 내에 법인을 세우는 설립(establishment)과 투자유치국 기업의 주식을 취득함으로써 이뤄지는 인수(acquisition)가 대표적인 설립 전 단계의 투자 활동에 해당하고, 투자의 확대(expansion)는 상황에 따라 설립 전 단계 투자에 해당하는 바, 직접투자를 통해 해외에 공장을 설립하고자 하는 경우 사전 타당성 조사를 거쳐 부지를 매입하여 공장 설비를 완공하기까지 통상 2년 내지 3년 또는 그 이상의 긴 시간이 필요하고 그 과정에서 막대한 설비 자금이 소요되기 마련이나 투자유치국 정부의 제도 변경이나 새로운 규제의 도입 등으로 인해 공장 가동이 어려움에 직면하게 되는 경우 등 설립 전 투자에 대한 보호 필요성이 존재한다.

세 번째로 FTA와 BIT의 관계를 고려할 경우 포괄적 경제협력협정으로서의 FTA 성격상 투자와 관련된 모든 사항을 다루는 것이 타당하며 투자 관련 제반 규정은 유기적으로 연결되어야 하므로 자유화와 보호를 분리하는 것은 부적절하다. 더군다나 문제는 앞에서 언급한 바와 같이 투자 자유화와 보호 사항은 명확히 분리되지 않는데, 이를 분리해서 규정할 경우, 투자 자유화와 보호가 혼재된 영역에서 일종의 법적 공백(loophole)이 발생할 수 있다.[85] 투자자 보호를 규율하는 기존 협정인 BIT는 예전에 체결한 것들일수록 대체로 보호수준도 미흡하며 그간의 국제법적 발전이 반영되어 있지 않은 경우가 많다. 결국 이러한 경우 기존 BIT 개정협상을 하여야 하는 문제가 생기므로 투자자유화와 투자자 보호를 나누어 구분하는 이원적 방식을 취할 경우 FTA 협상뿐만 아니라 BIT 개정협상을 동시에 진행해야 하는 부담이 생긴다.

네 번째로 미국, 멕시코, 캐나다가 체결한 NAFTA(North America Free Trade Agreement)형태를 따르는 경우 설립 전인지 후인지 여부를 불문하고 ISDS 제소가 가능하나, 나라마다 규율방식은 위에서 보았듯이 상이하다. 일부 개별국가[86]에서는 NAFTA 형식을 따를 경우 ISDS 남소가 우려된다는 이유로 설립 전 투자에 대한 ISDS 제소를 금지하고자 주장하는 경우도 있다.

---

85) 한-EU FTA에서도 PR이 규정되어 있지 않음으로 인하여 설립 후 투자에 대한 PR만 개별국과의 BIT에 의하여 보장된다. NT, MFN, PR 등이 회색지대의 예이다.

86) 한-EU FTA 방식을 이유로 설립 전 투자는 FTA에서, 설립 후 투자는 BIT에서 규율하고자 하는 상대국을 의미한다.

그러나 뒤에서 살펴보듯이 2017년 말 기준으로 ISDS 사건은 총 841건[87] 제기되었는데, 그 중 NAFTA에 기한 경우가 7%, BIT에 기한 경우가 76%일 정도로 NAFTA에 의한 사례는 많지 않고, 그 내용도 대부분 수용과 관련된 것으로 설립 전 단계 투자의 보호가 문제된 사례는 거의 없다는 점에서 타당한 주장이 아니다. 다만, 설립 전 투자가 문제된 사례가 NAFTA에서도 5건 정도 발견할 수 있으나 이는 최초 항변단계에서 대부분 해결이 되거나 중재의향서만 제출된 후 해결이 된 상태이고 최종적인 중재판정으로 해결된 사례는 없었다는 점에 유의하여야 한다.[88] 이는 대부분 새로운 투자유치국의 서비스 시장진입 자체가 거부된 경우이다.

결국 ISDS 제소 대상의 범위는 국가 간에 차이가 존재한다. 어떠한 방식도 절대적일 수 없고, ISDS 절차조항 삽입으로 인해 우리가 제소당할 우려가 있다는 점에도 유의하여야 하는 것은 맞으나 자국의 주권을 지킴과 동시에 우리 투자자 보호에 만전을 기할 수 있는 방향에 대한 진지한 성찰과 분석이 필요하다.

바. 중재판정례[89]

(1) 중재판정의 경향

위 사례에서 보듯이 투자협정의 투자의 정의조항에서 설립 전 투자를 보호하지 않는 투자협정의 경우 양 당사자가 합의하지 않는 한 정식계약 체결 전에 지출한 비용 등은 투자로서 보호받을 수 없다. 그러나 최근 FTA에서는 투자자유화 요소가 필수적이므로 설립 전 투자를 투자로서 인정할 수 있을 것이다. 다만, ICSID

87) UNCTAD, Investment Policy Hub(http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA) 참조, (최종 확인 2018. 1. 9.).

88) *Centurion v. Canada*(미국 건강관리 서비스 제공자가 캐나다 시장 진입이 거부당한 경우), *CANACAR v. U.S.*(트럭 서비스의 미국 진입이 거부된 경우), *Contractual Obligations Productions et al v. Canada*(캐나다 필름 사업 시장진입이 거부당한 경우), *Trammel Crow v. Canada*(재산관리 서비스 시장진입이 거부된 경우), *Baird v. U.S.*(핵폐기물 시장 진입이 거부당한 경우)

89) ICSID Case No. ARB/00/2

제25조 제1항은 투자로부터 직접 발생한 분쟁(directly out of an investment)에 한하므로 투자가 정식으로 행해지기 전 비용을 보상 받기는 쉽지 않을 것으로 본다. 또한, 실제 투자하기 이전에 들어가 비용을 입증하는 것도 쉬운 일은 아닐 것이다, 마지막으로는 정부조달과 관련이 되는 분야는 정부조달이 NT, MFN의 예외인 점에 비추어 설립 전 투자로서 보호하는 범위가 크지 않을 것으로 보인다.

또한, MOU의 법적 구속력과 관련하여 MOU가 계약의 본질적인 내용을 포함하여 계약으로서 계약위반이 된다거나 하나의 객관적 조치로서 본다면 우산조항이나 수용 조항 등을 이유로 ISDS의 대상이 될 수 있음은 위에서 본 바와 같다.

(2) 구체적 판정

위에서 본 NAFTA의 5건을 제외하고 BIT나 다른 곳에서 설립 전 투자가 문제된 경우는 *Zhinvali v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1 (2003), *Nagel v. Czech Republic*, SCC Case No. 49/2002 (2003), *F-W Oil v. Trinidad and Tobago*, ICSID Case No. ARB/01/14 (2006), *PSEG v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5 (2004, 2007) 등이 있다.

그러나 대표적으로 MOU 체결과 관련하여 공공사업 참여를 위해 일정부분 비용을 지출하였다가 정식사업자로 선정이 안 되어 그 초기비용을 회수하지 못한 경우로는 아래에서 보는 바와 같이 *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka* 사건[90]이 있다.

---

90) *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/00/2, Award(2002. 3. 15.)(미국-스리랑카 BIT).

< *Mihaly International Corporation v. Sri Lanka* >

ㅇ 사안개요

- 청구인은 미국 발전소 설비 건설업체로서 스리랑카 주정부의 BOT 방식 발전설비 건설 사업에 참가하여 우선협상자로 선정
- 우선협상 대상자로 선정된다는 내용의 계약의향서(LOI), 협상기간을 연장하는 투자합의서(LOA), 협상연장양해각서(LOE)를 체결하였으나 정식계약체결에 실패하자 청구인은 공정·공평대우, 완전한 보호 제공 의무 위반 등을 이유로 중재 제기
- LOI, LOA, LOE는 양자간 법률적으로 어떠한 구속력도 없다는 문구를 명확히 기재

ㅇ 판정취지

- 미-스리랑카 BIT가 계약 체결 전 단계에서 지출한 비용은 투자협정상의 보호대상인 투자로 볼 수 없다고 보아 각하
- 다만, 상호 합의한 경우와 투자유치국이 동의한 경우에는 투자로 인정

사. 설립 전 투자와 최혜국대우

설립 전 투자와 관련하여 투자보장협정의 최혜국대우조항을 근거로 다른 투자협정상의 외국인 투자자에게 부여한 권리를 동등하게 요구할 수 있는지가 문제된다.

예를 들어 한-네덜란드 BIT는 설립 후 투자만을 보호대상으로 규정하고 있는 반면, 한-일 BIT는 설립 전 투자까지 포괄적으로 보호하는 경우 네덜란드 투자자가 한-네덜란드 BIT상의 최혜국대우 조항을 근거로 한-일 BIT의 투자자유화를 내용으로 하는 투자자의 권리를 주장할 수 있는지가 문제되는 것이다.

가령 신규 사업에 대한 외국인 투자제한을 국내법으로 규정한 상태에서 한-일 BIT에서는 투자제한을 가하지 않기로 합의한 경우 네덜란드 투자자가 한-네덜란드 BIT의 최혜국대우 조항을 이유로 투자제한을 적용하지 말아달라고 요청하는 것이 가능한지, 또한 설립 전 투자까지 포괄하여 ISDS 제소가 가능한 한-일 투자협정을 이유로 최혜국대우 조항을 원용하여 이러한 설립 전 투자에 대한 차별을 이유로 ISDS를 제기할 수 있는지를 생각해볼 수 있다.

첫 번째의 경우 네덜란드 투자자가 최혜국대우 조항을 근거로 투자제한 미적용을 주장할 수 없다고 보는 것이 일반적이다. 즉 한-네덜란드 BIT의 적용범위는 설립 후 투자에 한정하기 때문에 투자의 허용문제 자체가 협정의 적용대상이 아니기 때문이다.[91] UNCTAD도 설립 전 단계 투자를 보호하지 않는 투자보장협정의 최혜국대우 조항은 설립 후 단계 투자에만 적용된다고 보고 있다.[92]

두 번째의 경우는 분쟁해결절차의 하나인 ISDS의 적용범위가 MFN의 적용대상이 되는지 문제인데, 먼저 ISDS 제소범위도 분쟁해결절차의 하나로 보이는 이상[93] 양 당사자간 분쟁해결절차 등을 MFN의 예외로 명시한 경우에는 타 협정의 설립 전 투자에 대한 ISDS를 원용할 수 없다고 보는 것이 타당하다.

3. 다자간 무역규범 체제인 WTO, OECD, APEC 등과 FTA

가. WTO

(1) GATS(General Agreement on Trade of Services)[94]

GATT(General Agreement on Tariffs and Trade, 관세 및 무역에 관한 일반협정)하에서 다룬 주제는 상품이었다. 그러나 서비스를 협상의 의제로 포함시키

91) 한찬식, 앞의 책 32면 참조

92) "(전략) MFN clause in these other BITs do not apply to investment at the pre-establishment phase and therefore MFN treatment would only be extended to post-establishment conditions" Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s 49면 United Nations, NewYork and Geneva 1998

93) 분쟁해결절차와 관련하여 MFN의 적용대상이 되는지가 문제가 되어 중재판정 사례들이 나뉘는바, 이러한 혼란을 방지하기 위하여 한-미 FTA에서는 서문에서, 한-인도, 한-ASEAN FTA에서는 최혜국대우조항 각주로 기재하여 혼란을 예방하고 있다. 우리가 진행 중인 FTA에서도 모두 분쟁해결절차는 MFN의 예외임을 명시하고 있다.

94) GATS(General Agreement on Trade of Services, 서비스 무역에 관한 일반협정)에 대한 자세한 논의는 법무부, GATS 해설서 2000을 참조하기로 한다, 정확한 용어는 "세계무역기구 설립을 위한 마라케쉬협정(Marrakesh Agreement Establishing the World trade Organization)의 부속서 중 하나인 서비스 무역에 관한 일반협정"이다.

는 문제에 대하여도 GATT체제하에서 논의가 있었다. GATT체제하에서 선진국들은 서비스를 협상의제에 포함시키기로 결의하였으나 개도국들은 GATT를 서비스까지 관할하도록 확대하는 것이 불합리하다는 점, 서비스 무역에 관한 정보교환이 제대로 이루어지지 않은 점 등을 이유로 반대하였다.[95] 물론 1986년에 시작된 제8차 라운드인 '우루과이 라운드'에서 서비스 협상 논의가 시작되기는 하였지만 미국은 이와 동시에 이스라엘과 양자간자유무역협정을 통하여 서비스무역에 대한 중요성 인식을 강조하기도 하였다.[96] 이러한 논의 배경을 바탕으로 1986년에 시작된 우루과이 푼타 델 에스테에서 개최된(우루과이 라운드, GATT 제8차 라운드) GATT 각료회의에서 서비스 무역을 다자간 협상에 포함시키기로 최종 합의를 하였다.[97]

이러한 서비스 공급방식을 규율하고 서비스 정의에 대한 논쟁이 계속되던 협상 초기의 과정을 살펴보는 것은 외국인 직접투자와 서비스의 국경 간 이동(Cross border movement of services)간에 관계 및 외국인 직접투자와 서비스 공급 형태의 관련성을 찾는 데에 의미가 있다. GATS가 다루는 서비스는 특정 서비스분야만을 대상으로 한 것이 아니라 서비스 무역 일반을 국제규범으로 규율하는 최초의 다자간 무역협정이라는 데에 특징이 있고[98] 일반적으로 투자는 서비스 공급 형태의 하나인 Mode 3에서 파생되어 NAFTA에서 별도로 규율하는 방식을 채택하고 있다고 알려져 있기 때문이다.[99]

초기 우루과이 라운드 논의[100] 중 하나는 서비스 무역을 서비스의 국경 간

---

95) 서비스 무역에 관한 의제를 포함시킬지에 대한 상세한 논의는 GATS 해설서, 앞의 책 제49-53면 참조

96) J.S. Jarreau, Interpreting the General Agreement on Trade in Services and the WTO Instruments Relevant to the International Trade of Financial Services 17-18면, GATS 해설서 50면에서 재인용

97) GATS 해설서 앞의 책 51면

98) GATS 해설서, 앞의 책 111면 참조

99) 최초의 우루과이라운드 협상초기에는 몬트리올 각료회의까지는 직접투자는 상업적 주재를 통한 서비스 거래라는 이유로 외국인회사 설립과 같이 자본의 장기적 이전을 수반하므로 개도국들은 이는 무역이 아니라 국내거래에 해당한다는 이유로 반대를 하였다. GATS 해설서 앞의 책 58면

100) 초기의 논의는 주로 협상출범부터 몬트리올 각료회의(1986-1988)까지의 1단계 협상을 지칭하는 바, 서비스 협상은 이후 몬트리올 각료회의에서 브뤼셀 각료회의까지 2단계(1989-1990), 브뤼셀 이후부터 마라케쉬 각료회의까지 3단계(1991-1994)로 구분된다.

이동을 수반하는 판매에 한정할 것인가 또는 외국에 설립된 지점이나 회사가 제공하는 서비스도 포함해야 하는가에 대한 논의였다. 즉 외국인 직접 투자라는 측면에서 회사 설립과 같은 경우에 과연 서비스 협정에서 규율할 수 있는가가 문제 되었다. 개도국들은 서비스협상이 서비스 무역만을 취급하므로 서비스 자체의 국경 간 이동만이 협상대상이 되어야 하고, 외국인 회사 설립과 같은 장기적 자본 이동을 수반하는 것은 외국인 투자고, 수입국내에서 서비스를 생산·공급하는 것은 서비스 무역이 아니라고 주장하였다. 반면 선진국들은 상업적 주재를 통한 서비스 거래도 협상대상에 포함시켜야 한다는 입장이었다. 사실 개도국들은 서비스 무역에 필요한 생산요소의 이동에 있어서 인력의 영구적 이동이 서비스무역의 협정대상이 된다는 조건하에서 자본의 영구적 이동인 일종의 투자가 협상의 대상이 될 수 있다는 입장을 견지하였다. 따라서 1988년 몬트리올 각료선언에 의하면 외국인 직접투자는 생산요소인 자본의 이동이기는 하나 특정한 목적을 가지고 일정기간 동안 거래를 한 후 본국으로 돌아가는 형태가 아니므로 회사를 설립하여 영구적으로 불특정 거래를 하는 것은 서비스 무역으로 볼 수 없다고 보아 결국 서비스무역에서 제외되기에 이르렀다.[101] 그러나 1990년 7월 23일 서비스무역에 관한 다자간 체제안(Draft Multilateral Framework for Trade in Services)이라는 의장 선언을 통해 ① 서비스의 국경간 공급(cross border supply of the services), ② 소비자의 국경간 이동(cross border movement of consumers), ③ 생산요소의 국경간 이동(cross border movement of factors of production)이 서비스 무역의 정의에 해당한다고 규정하고 모든 서비스분야의 무역(Trade in all service sectors)이 GATS 체제하에 포함된다고 규정하여 서비스 공급형태에 대하여 특정성 요건을 삭제하고 회사 설립 등 직접 투자도 GATS에서 규율할 수 있도록 합의를 이끌었다.[102]

즉, 서비스 무역은 ① 서비스의 국경간 이동(cross border supply): 서비스의

101) GATS 해설서, 앞의 책 63-65면 참조

102) GATS 해설서, 앞의 책 76면 참조. 물론 GATS가 서비스 무역에 영향을 미치는 모든 조치(measure)에 적용되지만(제1조 제1항) 서비스 자체에 대한 개념정의를 두지는 않고 있다. 다만 후술하는 4가지 형식의 서비스공급으로 구분될 뿐이다.

이동, ② 서비스 소비자의 해외 소비(consumption abroad): 소비자의 이동, ③ 외국 서비스 공급자의 상업적 주재(commercial presence): 자본의 이동, ④ 자연인의 주재(presence of natural person): 노동의 이동으로 구분된다.[103] 이러한 구분은 GATS 제1조 제2항의 "서비스 무역은 (위 4가지) 서비스 공급으로 정의된다(trade in services is defined as the supply of a service)"는 규정을 따른 것이다.

첫 번째, 서비스의 국경간 공급(Mode 1)[104]은 서비스 공급자가 서비스 수입국내에 거주하지 않는 상태에서의 서비스의 공급으로 자본이나 노동과 같은 생산요소의 이동이 수반되지 않은 상태에서의 서비스의 생산, 판매, 유통, 시장 확대 및 배달을 말한다. 통신수단에 의한 서비스 공급이 구체적인 예라고 볼 수 있다.

두 번째, 해외 소비(Mode 2)는 서비스 소비자가 자국 영역 밖에서 서비스를 구매 소비하는 경우로서 환자가 외국에서 병원진료를 받거나 차량을 해외에서 수선 받는 경우가 구체적인 예라고 볼 수 있다.

세 번째, 상업적 주재(Mode 3)는 서비스를 공급할 목적으로 하는 회원국 영역 내에서의 1) 법인 설립, 인수, 유지 2) 지사나 대표사무소의 창설 또는 유지 등을 통한 모든 형태의 영업적 또는 전문직업적 설립(business or professional establishment)을 의미한다.[105] 여기서 "법인"은 영리 또는 비영

103) 구분 방식과 그 내용에 대하여는 GATS 해설서, 앞의 책 124-134면 참조. 이러한 구분방식에 기초하여 첫 번째부터 네 번째까지의 서비스 공급 방식을 Mode 1, 2, 3, 4라고 부르기도 한다, GATS 원문에는 제1조 제2항에서 "이 협정의 목적상, 서비스무역은 다음과 같은 서비스의 공급으로 정의된다. 가. 한 회원국의 영토로부터 그 밖의 회원국의 영토내로의 서비스공급, 나. 한 회원국의 영토내에서 그 밖의 회원국의 서비스 소비자에 대한 서비스공급, 다. 한 회원국의 서비스 공급자에 의한 그 밖의 회원국의 영토내에서의 상업적 주재를 통한 서비스공급, 라. 한 회원국의 서비스 공급자에 의한 그 밖의 회원국 영토내에서의 자연인의 주재를 통한 서비스공급(For the purposes of this Agreement, trade in services is defined as the supply of a service: (a) from the territory of one Member into the territory of any other Member; (b) in the territory of one Member to the service consumer of any other Member; (c) by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member; (d) by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member)."로 규정하여 Mode 1, 2, 3, 4를 규정하고 있다.

104) GATS 제28조 정의조항 원문은 다음과 같다. "나. "서비스의 공급"은 서비스의 생산, 유통, 시장확대, 판매 및 배달을 포함한다((b) "supply of a service" includes the production, distribution, marketing, sale and delivery of a service)."

리 및 사유 또는 정부소유의 여부에 관계없이 회사, 신탁회사, 조합, 합작투자, 개인기업 또는 협회를 포함하여 적용가능한 법률에 의하여 정당하게 설립되거나 달리 조직된 법률적인 실체를 의미한다. 또한 상업적 주재란 외국기업이 이와 같은 사업체를 서비스 수입국내에 창설하여 영업활동을 영위하는 경우뿐만 아니라 기존 국내기업을 인수하는 경우도 포함된다. 즉 법인의 설립, 인수, 운영이 상업적 주재에 해당한다.[106] 우리가 일반적으로 보는 투자의 개념인 법인의 설립, 인수, 확장 등이 포함되는 형태다. 물론 이러한 서비스공급 형태의 투자만이 일반적인 투자(Investment)에 포함되는 것이 아니고 제조업 등 비서비스 투자도 포함하여 규율하는 것이 일반적이기는 하나 Mode 3가 투자라는 하나의 독자적인 형태로 인정되어 NAFTA와 같이 서비스(Mode 1, 2, 4)와 투자(Mode 3)를 별도로 구분하는 방식이 생긴 것이라 볼 수 있다. 즉 GATS는 국경간 서비스교역의 장벽을 제거하기 위한 것으로서 '상업적 주재(commercial presence)'를 통한 서비스 제공에도 적용되는 바, 상업적 주재를 통한 서비스 제공의 허용은 바로 외국투자의 설립을 허용하는 효과를 갖는 것이며 상업적 주재자에 대한 각종 보호규정은 결국 투자자보호를 의미하는 것이다.[107]

네 번째, 자연인의 주재(Mode 4)는 서비스의 수입국 영역 내 외국 서비스 공급 인력이 주재하는 것을 말하는 바, 대표적인 예로 해외 건설 노무자의 건설 서비스 제공, 외국 법률회사나 컨설팅 회사 직원이 출장을 와서 자문서비스를 제공하는 경우이다. 이는 서비스 공급기업의 임직원 파견은 물론 독립된 개인서비스 공급자의 일시적 주재가 포함된다.

따라서 상업적 주재 형태의 서비스 공급인 Mode 3는 투자와 밀접한 관련

---

105) GATS 제28조 (d).

106) GATS 제28조 정의규정 원문은 다음과 같다. "라. "상업적 주재"는 서비스의 공급을 목적으로 하는 회원국의 영토내에서의 모든 유형의 영업적 또는 전문직업적 설립체를 의미하며 아래에 의한 것을 포함한다. (1) 법인의 구성, 인수 또는 유지, 또는 (2) 지사나 대표사무소의 창설 또는 유지((d) "commercial presence" means any type of business or professional establishment, including through (i) the constitution, acquisition or maintenance of a juridical person, or (ii) the creation or maintenance of a branch or a representative office, within the territory of a Member for the purpose of supplying a service;)"

107) 한-미 투자분야연구, 앞의 책 19면

이 있는 것으로 우루과이 라운드 협상초기부터 개도국과 선진국간에 대립이 있던 분야였으나 해외 지사 등 설립을 통한 서비스공급의 중요성이 점차 커지고 비서비스 투자인 제조업 투자 등의 비중도 늘어나면서 FTA에서 "투자"라는 별도의 장(Chapter)으로 구분되어 발전한 것으로 볼 수 있다. 한-EU FTA 방식은 국경간 서비스 중 Mode 3와 비서비스 투자(제조업 등)를 같은 장(Chapter) 안에서 설립(Establishment)이라는 제목으로 다룬다는 점에서 차이점이 있다.[108] 물론 한-인도 CEPA처럼 Mode 1, 2, 3, 4를 모두 서비스에서 다루고 비서비스 투자만 투자 장에서 다루는 경우도 있으므로 이러한 구분이 절대적이지는 않다고 할 수 있다.

(2) WTO 차원의 논의[109]

이러한 서비스 공급형태(Mode 1, 2, 3, 4)를 규정한 GATS를 탄생시킨 우루과이 라운드[110]의 또 다른 주요 성과물은 WTO(World Trade Organization)[111] 출범이다. WTO출범 이후 싱가포르 이슈라고 불리는 4가지 주제를 다룬 1996년 제1차 WTO 각료회의[112]에서 무역과 투자 상호간의 관계에 대한 논의를 위해 설

108) NAFTA 방식과 한-EU FTA 방식 등은 유보안, 양허안 논의와 함께 별도의 항에서 상술하기로 한다.

109) 한찬식, 앞의 책 19-20면

110) GATT 체제하에서 다자간무역협상은 1947년 스위스 제네바 제1차 협상을 시작으로 제8차 우루과이 라운드(1986-1995), 제9차 도하개발 아젠다(2001-2004)까지 협상이 진행이 되었는 바. 그 중 제8차 우루과이 라운드에서는 현재 FTA 서비스 투자규범의 근간이라고 할 수 있는 서비스 협정(GATS, General Agreement on Trade of Services)이 시작되었고, 교역에 영향을 미치는 투자관련 조치(TRIMs, Trade Related on Investment Measures)와 지적재산권(TRIPs, Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights)이 논의가 되었다, 또한 우루과이 라운드의 주요성과물은 WTO(World Trade Organization)를 출범시켰다는 것에 의의가 크다. 이러한 TRIMs와 TRIPS는 해당 조문인 PR 등 부분에서 살펴보기로 하고 이하에서는 GATS의 서비스 방식에 근거하여 WTO의 협정이 FTA 미친 영향을 살펴보기로 한다.

111) GATT(General Agreement on Tariffs and Trade, 관세 및 무역에 관한 일반협정)체제를 대체하고 UR(Uruguay Round, 우루과이 라운드)협정의 이행을 감시하는 등 1995년 세계무역자유화를 위해 설립된 국제기구(스위스 제네바)로서 현재(2016. 7. 29. 이래 동일) 164개국이 가입되어 있는 상태이다.

112) 제1차 WTO 각료회의에서 무역과의 관계에 대한 분석작업이 진행된 바, 4가지 분야, 정부조달, 투자, 무역원활화, 경쟁정책에 대한 논의가 시작되었다. 그 중 투자분야는 "다자간 국제투자협정의 제정을 통해 투자보호 및 자유화 도모"가 그 주제였다.

치한 무역투자작업반에서 국제투자규범에 대한 논의를 시작하였다. 제1차 WTO 각료회의 선언은 WTO 투자작업반의 작업은 향후 협상여부를 예단하지 않는다는 기초 위에서 진행하며 일반 이사회는 2년 후 작업반의 결과를 검토하여 향후 진행방향을 결정한다는 내용을 담고 있었다. 투자작업반의 논의주제는 ① 무역과 투자의 관계가 개발 및 경제성장에 미치는 영향, ② 무역과 투자간의 경제적 관계, ③ 무역과 투자와 관련된 현존 국제규범과 활동에 대한 실태조사 및 분석, ④ 이상의 논의를 기초로 한 국제투자규범과 관련된 주요 문제의 논의 등 4가지였다. 이러한 논의를 바탕으로 도하에서 개최된 제4차 WTO 각료회의(DDA: 도하개발 아젠다)[113]에서 종전까지 논의된 투자에 대한 다자간 규범 논의를 실질적으로 진전시키기 위하여 WTO 회원국 전체에 적용되는 좀 더 포괄적인 국제투자규범의 정립 필요성에 대한 논의를 의제로 상정, 논의가 진행되었으나 도하개발 아젠다가 실질적으로 협상의 진척이 없었으며, 현재는 소강상태라고 볼 수 있다.[114]

다만, 「무역관련 투자조치에 관한 협정(TRIMs)」 체결을 통해 외국투자에게 무역 왜곡 효과를 갖는 이행의무를 부과하는 것이 금지되었고, 투자의 중요한 형태 중 하나인 지적재산권 보호를 위한 「무역관련 지적재산권 협정(TRIPs)」이 체결되는 등 투자영역에 대한 WTO 법리의 확장은 계속되고 있다.[115]

(3) FTA의 형성

앞 서 살펴 본 바와 같이, FTA 투자 장은 GATS에 연원을 두고 특히 Mode 3에서 발전한 것으로 볼 수도 있고(NAFTA), 한-EU FTA 방식처럼 WTO의 양허안 체제를 받아들인 것으로도 볼 수 있다.[116] 그러나 WTO는 분명 다자간

113) 도하개발 아젠다는 2001년 카타르의 수도 도하에서 열린 제4차 WTO 각료회의에서 출범한 다자간 무역협상으로 농업, 서비스 등 7개 의제를 논의하기 시작하였으나, 현재 회원국간의 의견대립으로 협상이 지연되고 있다. 다른 각료회의와 달리 라운드라는 표현 대신 아젠다라는 표현을 사용한 이유는 개도국들의 반대에서 비롯되었다고 한다.

114) DDA(Doha Development Agenda)에 대한 자세한 논의는 외교통상부, DDA가 걸어온 길 2007 참조

115) 한-미 투자분야 연구 앞의 책 제19면

116) 뒤에서 보듯이 한-EU FTA는 비서비스와 Mode 3를 서비스 장(Chapter)인 제7장의 제3절(Section C) 설립(Establishment)에서 규율하고 있다.

무역규범 체제의 틀이라는 점에서 지역간 경제통합이나 무역자유화 협정인 FTA와는 상반된 느낌이 드는 것은 사실이다. 이러한 논의는 GATS 제5조 경제통합(Economic Integration)의 장과 관련이 있다. 즉 기본적으로 자유무역협정(FTA)은 상품분야의 무역자유화 또는 관세인하에 중점을 두고 시작하였으나 WTO 출범(1995년) 이후 FTA의 적용범위도 크게 확대되어 서비스 및 투자자유화까지 포괄하는 것이 일반적인 추세가 되었으며, 최근에는 지적재산권, 정부조달, 무역구제제도, 금융서비스까지 그 적용범위가 확대되고 있는 실정이다.

이러한 FTA는 WTO의 최혜국대우 조항에 배치됨에도 불구하고 서비스는 GATS 제5조에서, 상품은 GATT 제24조에서 예외적으로 지역협정을 인정하고 있는 까닭에 WTO 출범 이후 오히려 지역협정은 확산되는 분위기이다.[117] 이러한 지역무역협정이 증가하는 이유는 FTA 체결이 무역 및 외국인 투자유치에 도움이 된다는 인식이 확산된 점에 기인한다. 또한 WTO 등 다자간 협상에는 장시간이 소모되고 양국 간의 실리를 추구하기도 어렵다는 인식 역시 한 몫을 하고 있는 것으로 보인다. 비록 지역무역협정이 GATS 등의 예외로 인정되고 있으나, 실제 취지와 달리 WTO 규정의 불명확성으로 인하여 FTA의 WTO 합치성 판단이 어렵다. 실제 WTO 지역무역협정위원회(Committee on Regional Trade Agreement: CRTA)를 중심으로 지역무역협정에 관한 WTO 규정을 명확히 하고 보완하기 위한 협상이 진행되고 있으나 논의속도가 눈에 띈다고는 볼 수 없다.

그러나 투자협정의 경우 GATS의 많은 조항과 WTO 부속 협정(내국민대우, 최혜국대우, 이행요건부과금지-TRIMs, 지재권-TRIPs, Safeguard 등)을 반영하여 FTA 투자 장이 체결되고, GATS 제5조에서 규정하는 경제통합(Economic Integration)의 장에서 일정한 요건을 충족할 경우 적법성을 인정하고 있으므로 향후 WTO와의 합치성 문제가 대두되었을 경우를 상정해 보면 GATS 제5조를 살펴보는 것은 의미가 있다.

즉, 경제통합에 관한 GATS 제5조는 일정한 요건을 구비한 지역경제체체

117) 47년간의 GATT 시대의 지역무역협정은 124건에 비하여 WTO 초기 9년간 176의 지역무역협정이 체결된 것으로 밝혀졌다. 이에 대한 자료는 외교통상부 홈페이지 경제통상-FTA에서 참조하였다.

협정의 체결에 대해 당사국간에 특별대우를 인정하고 최혜국대우 원칙의 적용 의무를 예외적으로 면제해 주고 있다.[118]

그러한 요건으로 첫째, 상당한 분야별 대상범위(substantial sectoral coverage)를 가져야 하고(제5조 제1항 가목), 둘째, 협정당사국간에 모든 차별조치를 실질적으로 철폐해야 하며(제5조 제1항 나목[119], 물론 국가안보 예외, 일반적 예외 등은 차별조치 철폐의 예외이다), 셋째, 협정당사국간의 무역을 촉진하기 위한 것이어야 하고 전반적인 장벽의 수준을 높여서는 아니 된다고 규정하고 있다(제5조 제4항).[120]

다만, 개도국에게는 예외를 두어 위 요건의 엄격한 적용을 완화하여 개도국이 경제통합협정의 당사국인 경우 전반적이고 개별적인 서비스분야 및 업종에서의 관련국가의 발전수준에 따라 두 번째 요건의 적용에 있어서 융통성을

---

118) GATS 해설서, 앞의 책 146면 참조

119) GATS 제5조 원문은 다음과 같다.
1. 이 협정은 회원국이 서비스무역을 자유화하는 양자간의 혹은 여러 당사자간의 협정의 당사자가 되거나 이러한 협정을 체결하는 것을 방해하지 아니한다. 단, 그러한 협정은,
가. 상당한 분야별 대상범위를 가지며, 그리고
나. 아래 조치를 통해, 가호에 따라 대상이 되는 서비스분야에 있어서 제17조의 의미상 양자간 혹은 여러 당사자간에 실질적으로 모든 차별조치를 그 협정의 발효시 또는 합리적인 시간계획에 기초하여 없애거나 폐지하도록 규정하여야 한다.
(1)기존 차별조치 폐지, 그리고/또는
(2)신규 혹은 더욱 차별적인 조치의 금지,
1. This Agreement shall not prevent any of its Members from being a party to or entering into an agreement liberalizing trade in services between or among the parties to such an agreement, provided that such an agreement:
(a) has substantial sectoral coverage1, and
(b) provides for the absence or elimination of substantially all discrimination, in the sense of Article XVII, between or among the parties, in the sectors covered under subparagraph (a), through:
(i) elimination of existing discriminatory measures, and/or
(ii) prohibition of new or more discriminatory measures,

120) 4. 제1항에 언급된 모든 협정은 그 협정의 양 당사자간의 무역을 촉진하기 위한 것이 되어야 하며, 협정의 당사자가 아닌 모든 회원국에 대하여 그러한 협정이 체결되기 이전에 적용가능한 수준과 비교하여 각 서비스분야 및 업종에서의 서비스무역에 대한 전반적인 장벽의 수준을 높여서는 아니된다.
4. Any agreement referred to in paragraph 1 shall be designed to facilitate trade between the parties to the agreement and shall not in respect of any Member outside the agreement raise the overall level of barriers to trade in services within the respective sectors or subsectors compared to the level applicable prior to such an agreement.

부여하고 있다(제5조 제3항 가목).[121]

물론 이러한 경제통합협정 체결시에 서비스무역 이사회에 신속히 통보하여야 하고 서비스무역이사회의 요청이 있는 경우에는 관련정보를 제공해야 한다. 서비스무역이사회는 경제통합협정을 검토하고 본 조항에 합치되는 여부를 서비스무역이사회에 보고할 작업반을 설치할 수 있고(제5조 제7항 가목), 서비스무역이사회는 위 작업반의 보고서에 기초하여 당사국에 대하여 적절하다고 판단되는 권고(recommendation)를 할 수 있다(제5조 제7항 다목).[122].

위에서 보았듯이 GATS의 한계는 WTO 합치여부에 대하여 이행 강제력이 없는 '권고'만을 행할 수 있을 뿐이고 전반적인 무역장벽의 수준을 판단할 구

---

121) 3. 가. 개발도상국이 제1항에 언급된 유형의 협정의 당사자인 경우, 전반적 및 개별적인 서비스분야와 업종에서의 관련국가의 발전수준에 따라 제1항에 규정된 조건, 특히 제1항 나호와 관련하여 융통성이 규정된다.
3. (a) Where developing countries are parties to an agreement of the type referred to in paragraph 1, flexibility shall be provided for regarding the conditions set out in paragraph 1, particularly with reference to subparagraph (b) thereof, in accordance with the level of development of the countries concerned, both overall and in individual sectors and subsectors.

122) 7. 가. 제1항에 언급된 협정의 당사자인 회원국은 이러한 협정과 그 협정의 확대 또는 중대한 수정을 신속히 서비스무역이사회에 통보한다. 또한 회원국은 서비스무역이사회가 요청할 수 있는 관련정보를 이사회가 입수 가능하도록 해야 한다. 이사회는 이러한 협정 또는 그 협정의 확대 또는 수정을 검토하고 이 조에 합치하는지의 여부에 대하여 이사회에 보고할 작업반을 설치할 수 있다.
나. 시간계획에 따라 이행되는 제1항에 언급된 협정의 당사자인 회원국은, 그 이행에 대해 서비스무역이사회에 정기적으로 보고한다. 이사회는 작업반이 필요하다고 판단하는 경우 이러한 보고를 검토할 작업반을 설치할 수 있다.
다. 이사회는 가호 및 나호에 언급된 작업반의 보고에 기초하여 당사자에 대하여 적절하다고 판단하는 권고를 할 수 있다.
7. (a) Members which are parties to any agreement referred to in paragraph 1 shall promptly notify any such agreement and any enlargement or any significant modification of that agreement to the Council for Trade in Services. They shall also make available to the Council such relevant information as may be requested by it. The Council may establish a working party to examine such an agreement or enlargement or modification of that agreement and to report to the Council on its consistency with this Article.
(b) Members which are parties to any agreement referred to in paragraph 1 which is implemented on the basis of a time-frame shall report periodically to the Council for Trade in Services on its implementation. The Council may establish a working party to examine such reports if it deems such a working party necessary.
(c) Based on the reports of the working parties referred to in subparagraphs (a) and (b), the Council may make recommendations to the parties as it deems appropriate.

체적인 기준이 없다는 점이다. 이러한 점에 기초하여 FTA는 더욱 확산되고 있고 우리의 투자협정도 증가하고 있는 것으로 분석할 수 있다. 그러나 GATS의 많은 조항과 초기 논의가 FTA에 상당부분 반영되었으므로 뒤에서 논의되는 조문별 해설 부분에서 논의과정 및 GATS 문안과의 비교를 간략히 조문별로 언급하여 의미를 찾고자 한다.

나. OECD와 MAI

(1) OECD(Organization for Economic Cooperation and Development) 하에서의 국제 투자규범 논의[123]

직접투자에 대한 관심은 선진국을 중심으로 한 OECD국가에서 1961년 경상무역외 거래자유화 규약(Code of Liberalisation of Current Invisible Operations)과 자본이동 자유화규약(Code of Liberalisation of Capital Movements)을 제정하여 국제투자규범의 기초를 다지기도 하였고, 1976년 국제투자와 다국적 기업에 관한 선언(Declaration on International Investment and Multinational Enterprises)을 통해 다국적기업의 권리와 의무를 규정하였으며, 국제투자 및 다국적기업위원회(Committee on International Investment and Multinational Enterprises: CIME, 이하 '국제투자위원회')를 구성하였다. OECD는 CIME를 중심으로 각료이사회의 지정협정사항에 따라 투자규범을 만들기 위해 비공식적 협의와 연구를 진행하였다. 1993년 OECD 각료이사회는 국제투자위원회와 자본이동위원회에 대해 포괄적인 다자간 투자규범에 대한 예비조사를 지시하여 양 위원회가 연구결과 보고서[124]를 제출하였다. 이러한 연구결과를 토대로 OECD 각료이사회는 1995년 5월 다자간 투자협정(Multilateral Agreement on

123) 한찬식, 앞의 책 19면

124) 연구결과보고서에는 ① 법적 구속력과 강제집행절차를 구비한(with legally binding obligations and enforcement procedures) 새로운 다자간투자협정(MIA)을 추진해야 할 필요성이 인정되며, ② 동 협정에는 투자자유화, 투자보호, 분쟁해결절차 등에 관한 규정이 포함되어야 할 뿐만 아니라 비회원국의 참여도 보장되어야하고, ③ 중앙정부뿐만 아니라 지방정부차원에서도 구속력이 있어야 하며, ④ OECD가 이러한 논의를 위한 적절한 장(forum)이라는 점을 주요 골자로 하고 있었다.

Investment: MAI)의 협상개시를 선언하였다.[125]

(2) MAI의 주요내용과 쇠퇴

미국은 새로운 MAI가 투자자유화, 투자자보호, 분쟁해결에 대한 국제적 기준이 될 것이라는 기대 하에 이러한 협정을 통해 GATS, TRIMs 협정, TRIPs 협정 등에 구현되어 있는 다자간 무역규범이 보완되고 강화될 것이라고 주장했다.[126] 이러한 전제하에 5개 실무그룹으로 나누어 기존 자유화의 강화, 새로운 자유화, 투자보호, 분쟁해결, 비회원국의 참여 등의 논의가 진행되어 MAI의 골격을 갖추기에 이르렀다. 각 실무그룹의 주요 임무는 다음과 같다.[127] A 그룹은 기존자유화 조치를 강화하고 설립 전 투자를 보호하며 B 그룹은 새로운 자유화 조치로서 공기업의 민영화시 내국민대우, 이행요건 부과금지 의무, 주요 인력의 이동 조항이 포함되고, C 그룹은 국유화(수용), 투자가의 권리보호, 수용보상, 대위변제, 송금, 지적재산권 등 투자자 보호를, D 그룹은 ISDS, 국가 대 국가 분쟁 등 분쟁해결조항을, E 그룹은 비회원국의 참여문제 및 타 협정과의 관계[128]를 다루어서 현재의 FTA 투자 모델과 거의 유사한 형태를 가지고 있었다.

그러나 미국은 NAFTA형식의 투자협정을 범세계적으로 확대시키는 것을 목표로 WTO의 차원을 넘어서는 높은 수준의 자유화와 투자자 보호가 보장받는 국제 투자규범을 전파하고자 노력하였으나 EU는 개도국이 배제된 선진국 중심, 사실은 미국 주도의 OECD보다는 이미 TRIMs 협정과 GATS 등에서

---

125) 김성준, WTO법의 형성과 전망 "5 new Round" 삼성출판사 (1996) 289-300면 참조

126) MAI 협상개시 선언은 다음과 같다. "OECD는 세계경제의 다자간체제 강화의 일환으로서 1997년 각료회담시의 다자간 투자협정 체결을 목표로 즉시 협상을 개시하며 동 협정은 수준 높은 투자자유화 및 투자보호, 효과적인 분쟁해결절차 등을 포괄하는 다자간국제투자의 틀로서 모든 OECD 회원국은 물론 비회원국에도 개방된 독립적인(free-standing) 국제조약이 될 것이며 비회원국의 의견은 협상과정에서 수렴될 것이다." WTO법의 형성과 전망, 앞의 책 291면 참조

127) 자세한 5개 주요그룹의 논의 내용은 WTO법의 형성과 전망, 앞의 책을 참조

128) 기타 양자간 투자협정, 다자간협정, 지역협정 등과 다자간투자협정(MIA)이 중복, 모순되는 경우 투자가에게 유리한 규정을 적용함을 원칙으로 하며 최혜국대우 원칙의 적용에서 발생될 수 있는 다자간투자협정(MIA) 비참여국의 무임승차(free-riding)문제와 지역협정체제에 대한 비차별원칙의 예외인정 문제 등의 해결방법을 모색해야 한다는 논의도 이루어졌다.

투자관련 규정이 어느 정도 확립되었으므로 WTO 차원에서 MAI을 논의하는 것이 보다 적절하다는 입장을 취함으로써 미국과 대립적인 태도를 보였다. 더군다나, 실제 외국인 투자를 유치해야 하는 당사국인 개도국 입장에서는 이러한 구속적인 투자규범의 제정에 대해서 대체적으로 부정적인 입장을 보였다.[129]

이러한 각국의 입장 차이에 의하여 결국 OECD는 1997년 5월까지 MAI 협상에 대한 타결을 목표로 하였으나 목표 달성에 실패하였고, 1998년 12월 비공식회의를 마지막으로 MAI 협상은 사실상 종결되었다.[130]

MAI 협상이 실패하게 된 가장 큰 이유는 먼저 위에서 보았듯이 각국의 견해 차이가 너무 컸다는 데에 있다. 즉, EU에 대한 최혜국대우 및 예외 인정 문제, 지방정부 차원에서의 협정의무 적용문제, 투자유치를 위해서 환경 및 노동기준을 약화시켜서는 안 된다는 내용을 구속력 있게 규정하는 문제, 분쟁해결절차의 세부적인 내용 등과 같은 사항에서 대립이 컸다. 다음으로는 개도국이 OECD 협상에서 배제되었다는 점도 실패의 이유이다.[131] 다른 이유로는 환경, 노동자권리, 자본 안정성과 같은 문제에 대해서는 거의 논의되지 않아 많은 시민단체들의 반발을 샀다는 점에 있다. 즉 외국인 투자자 보호에는 초점이 있었으나 투자유치국의 환경이나 사회문제 등에 대해 책임의무를 부여하지 않는 등 정치적으로 민감한 사안에 대해 각국의 입장 차이를 좁히지 못한 것이다.

그러나 이러한 다자간 투자규범은 최근의 FTA 투자 장에서 논의되는 많은 문제에 대하여 직접적으로 선진국 입장 특히 미국의 입장을 반영한 것으로서, NAFTA 모델을 따르고 있는 우리나라의 한-미 FTA 투자 장의 의미와 논의 과정을 이해하는 데에 도움이 될 것으로 본다.

(3) 최근의 논의

그러나 OECD는 그 이후에도 투자위원회(Investment Committee, 국제투자위원회와 자본이동위원회가 2004년 '투자위원회'로 통합)에서 각국의 투자자와 정

129) MAI에 대한 각국의 입장 차이에 대하여는 WTO법의 형성과 전망, 앞의 책 299-300면 참조
130) 국제경제법, "다자간OECD투자협정(Multilateral Agreement on Investment: MAI)" 박영사 2006 313-314면 참조
131) MAI의 실패원인에 대한 자세한 논의는 국제경제법 앞의 책 313면

부대표들이 참여한 가운데 진행된 연구 결과를 매년 보고서(report)로 발표하고 있다.[132] 초반에는 간접수용(2005년), ISDS 절차 조항(2006년), 안보 예외(2007년), 우산조항(2008년), 지적재산권(2010년) 등 투자협정의 주요 조항에 관한 연구에 집중했다면, 투자자 보호와 규제 권한 사이의 균형(2017), 투자협정의 사회적 유용성과 비용(2018) 등 ISDS 제도 운용 과정에서 제기된 이슈들에 관한 연구가 진행되고 있는 것으로 보인다.

다. APEC

아시아・태평양 경제협의체(Asia Pacific Economic Cooperation, APEC)에서도 1993년 11월 시애틀 지도자회의 이후 무역투자위원회(Committee on Trade and Investment)를 설치하여, APEC차원에서의 투자관련 규범 제정을 추진하였고, 그 결과 1994년 11월 APEC 각료회의에서 “비구속적 투자원칙(Non-Binding Investment Principles: ‘APEC NBIP’로 약칭)”을 채택하였지만 구속력이 없는 문서에 불과하다.[133] 이러한 비구속력을 갖는 지침에 대하여 일부 개도국들 중에서는 MAI를 대신할 지침으로 주장하기도 하였다.

라. ECT

또한 에너지 분야에 있어 투자 및 무역자유화 조치를 위해 1994년 12월 49개 국가가 서명하고 타결한 유럽에너지헌장회의 최종의정서(Final Act of the European Energy Charter Conference)의 부속서 중 하나인 에너지 헌장조약(Energy Charter Treaty, ECT)이 국제투자규범의 내용을 포함하고 있으나 에너지 관련 조약이라는 의미에서 그 범위에 한계가 있다.[134]

---

132) OECD work on international investment law에 대한 자세한 논의는 아래 참조: http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/oecdworkoninternationalinvestmentlaw.htm (최종 방문: 2018. 10. 22.)

133) 국제투자분쟁 국가공무원 교육자료, 앞의 책 31면 참조

134) 한찬식, 앞의 책 23면

4. 세계적인 투자협정 체결 및 ISDS 발생 현황

가. 투자협정 체결 현황[135)]

(1) 전 세계의 경우

위에서 본 바와 같이 양자간 투자협정(BIT)은 이란의 앵글로 이란 석유회사 국유화(1951년)와 이집트의 수에즈 운하 국유화(1956년)로 인한 투자자 보호 필요성에서 태동한 것이다. 또한, 독일도 패전 이후 식민지에서 독일 재산의 국유화가 진행되자 투자자 보호의 필요성이 생겨 1959년 독일-파키스탄 투자협정을 최초로 체결하였다. 이로부터 BIT 체결 수는 1960년대에 71건, 1970년대에 93건, 1980년대에 220건, 1990년대에는 1,472건으로 급격히 증가하여,[136)] 2017년 말 기준으로 체결된 BIT은 2,950건에 이른다.[137)] 또한, 투자 장을 포함한 자유무역협정(FTA) 등 투자보호조약(Treaties with Investment Provisions, TIP)까지 포함하면 2016년 말 기준으로 3,324건의 투자협정이 체결되었다.[138)] 2017년 말 기준 체결된 BIT의 건수를 국가별로 살펴보면, 독일(133건)이 가장 많이 체결하였고, 중국(129건), 스위스(114건), 영국(106건), 프랑스(104건), 이집트(100건), 터키(100건), 룩셈부르크(96건), 네덜란드(95건), 벨기에(94건) 등의 순으로 조사되고 있다.[139)][140)]

---

135) BIT 체결현황에 대한 논의는 국제투자분쟁 국가공무원 교육자료, 앞의 책 36-39면 참조

136) UN, Bilateral Investment Treaties 1959-1999(이하 'UN BIT'), 2000, p.1; UNCTAD, World Investment Report 2000(이하 'WIR 2000'), 6-7면 참조

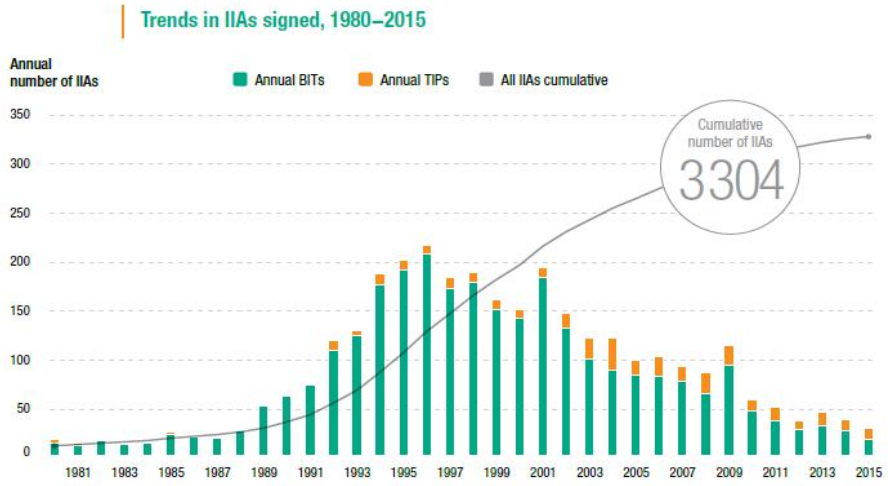
137) UNCTAD, Investment Policy Hub(http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA) 참조. (최종확인: 2017. 12. 29.).

138) UNCTAD, World Investment Report 2017(이하 'WIR 2017'), xii면 참조

139) UNCTAD, Investment Policy Hub(http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA) 참조. (최종확인: 2017. 12. 29.).

140) 이러한 투자협정 체결의 특징은 다음과 같다. 첫째, 당사자 중 일방이 개도국인 BIT가 78%이고, 구체적으로 개도국이 체결한 BIT 중 절반을 넘는 736건이 개도국과 선진국 간에 체결된 것이다. 둘째, 개도국 간에 체결된 투자협정도 476건으로 1990년대 이후에는 개도국들 상호간에 체결되는 BIT가 급격히 증가함과 아울러 개도국과 동부 유럽 국가들 간의 BIT 체결 역시 크게 증가하였다. 2008년 말 기준으로 선진국과 개도국들 간에 체결한 BIT의 비중이 42%이고, 개도국들 상호간에 체결한 BIT가 26%, 선진국과 동남부 유럽(South-East Europe: SEE) 국가들 및 독립국가연합(Commonwealth of Independent States:

【 투자협정 체결 현황, 1980-2015년 】



출처 : UNCTAD, World Investment Report 2016

(2) 우리나라의 경우[141]

2017년 12월 기준 체결된 BIT는 94개로서 전 세계 11위에 해당한다.[142] 아시아에서도 중국에 이어 2위에 해당한다.

우리나라가 예전에 체결한 BIT는 설립 후 투자만 보호하는 등 투자자 보호 수준이 미흡하였고 내국민대우의 예외로 FTA를 규정하였으므로 상대적으로 다른 나라와 체결하는 BIT나 FTA에 영향을 미치지 않았다.

그러나 한-미 FTA 발효 이후에는 미래 MFN의 문제가 생기기 때문에 상당한 주의가 필요하다. 한-미 FTA와 다른 협약의 정합성 측면에서 미래 MFN 조항으로 인해 한-미 FTA가 인용할 수 있는 조항이 없도록 더욱 주의해야 할 것이다. 이러한 한-미 FTA의 특수성에 대하여는 뒤에서 살펴보기로 한다.

CIS) 소속 국가와 체결한 것이 12%, 선진국 상호간에 체결한 것이 9%, 개도국과 SEE 및 CIS 국가들 간에 체결한 것이 8% 그리고 SEE 및 CIS 국가 상호간에 체결한 것이 3%로 조사되었다(UNCTAD, World Investment Report 2009, pp. 33-34).

141) 앞서 언급한 바와 같이 우리의 기 체결 FTA 등 TIP의 투자 장도 투자협정에 해당한다고 볼 수 있고, 한-EFTA FTA는 별도 투자 장을 두지 않고, 대신 EFTA 회원 중 노르웨이를 제외한 다른 회원국인 스위스, 리히텐슈타인, 아이슬란드와 투자협정을 체결하여 부속서처럼 첨부한 점이 특이하다.

142) UNCTAD, Investment Policy Hub(http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA) 참조. (최종확인: 2017. 12. 29.).

【 대한민국의 투자협정 체결현황 2018. 7. 기준 】[143]

	발효 체약당사국 (88개국)	비 고
구주 지역 (33)	독일('67), 영국('86), 프랑스('79), 덴마크('88), 헝가리('89), 폴란드('90), 러시아('91), 오스트리아('91), 이탈리아('92), 우즈베키스탄('92), 리투아니아('93) ,터키('94), 스페인('94), 체코('95), 그리스('95), 타지키스탄('95), 핀란드('96), 포르투갈('96), 카자흐스탄('96), 라트비아('97), 우크라이나('97), 스웨덴('97), 벨라루스('97), 네덜란드('05), 슬로바키아('06), 알바니아('06), 크로아티아('06), 불가리아('06), 스위스('06), 아제르바이잔('08), 루마니아('08), 키르키즈스탄('08), 벨기에·룩셈부르크('11)	영국 ('76 발효, '83 및 '86 개정각서) 네덜란드 ('75 발효, '05 개정) 벨기에.룩셈부르크 ('76 발효, '06 개정) 루마니아 ('94 발효, '97개정, '08 의정서 발효) 스위스 ('06 한-EFTA FTA 부속서로 발효)
아시아 지역 (17)	스리랑카('80), 방글라데시('88), 말레이시아('89), 태국('89), 파키스탄('90), 몽골('91), 인도네시아('94), 인도('96), 라오스('96), 필리핀('96), 캄보디아('97), 홍콩('97),일본('03), 브루나이('03), 베트남('04), 중국('07), 한.중.일('14)	베트남 ('93 발효, '04 개정) 중국 ('92 발효, '07 개정)
중동 지역 (10)	이집트('97), 카타르('99), 사우디아라비아('03), 이스라엘('03), 오만('04), 아랍에미리트('04), 요르단('04), 이란('06), 레바논('06), 쿠웨이트('07)	이란 ('98 서명-'06 발효, '06 개정협정 '06 발효)
아프리카지역 (15)	튀니지('75), 세네갈('85), 남아공('97), 나이지리아('99), 모로코('01), 알제리('01), 모리타니아('06), 리비아('07), 모리셔스('08), 가봉('09), 부르키나파소('10), 콩고공화국('11), 르완다('13), 케냐('17), 카메룬('18)	
미주 지역 (15)	파라과이('93), 아르헨티나('96), 볼리비아('97), 니카라과('01), 온두라스('01), 파나마('02), 엘살바도르('02), 멕시코('02), 과테말라('02), 코스타리카('02), 트리니다드토바고('03), 가이아나('06), 자메이카('07), 도미니카('08), 우루과이('07)	한-미 FTA ('12, 투자 장 포함) 한-칠레 FTA ('04, 투자 장 포함) 한-페루 FTA ('11, 투자 장 포함)

143) 외교부 홈페이지:http://down.mofa.go.kr/www/brd/m_4059/view.do? seq=365930&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&company_cd=&company_nm=&page=1 (최종확인: 2018. 8. 9.).

나. ISDS 발생 통계[144)]

(1) 최근 발생 통계

(가) 증가 현황

2017년 7월 31일까지 국제투자협정(IIA)에 근거한 투자자 대 국가분쟁(이하 "ISDS"라 한다) 중재 건수는 최소 35건이 증가하여, 2017년 7월 31일 기준 협정에 기한 ISDS 건수는 총 817건이 되었다. 2015년도(77건 증가) 및 2016년도(69건 증가)에 비해 증가 건수는 줄어들었다. ISDS는 더 이상 특수한 것이 아닌 투자의 "일반적인" 현상임을 알 수 있다. 국제투자분쟁해결센터(ICSID)는 중재에 관한 기록을 대외적으로 관리하는 유일한 중재기관이므로 협정에 기한 ISDS 건수는 실제로 더 많을 것으로 예상된다. 위에 나타난 2017년 7월 31일자 기준으로 알려진 ISDS 사건 중 61%는 ICSID 규칙, 31%는 유엔국제무역법위원회(UNCITRAL) 모델 규칙, 5%는 스톡홀름 상공회의소(SCC) 규칙, 2%는 국제상업회의소(ICC) 중재규칙에 따라 각 제소되었고 1%는 *ad hoc* 또는 기타 중재규칙으로 처리되었다.

(나) 국가별 현황

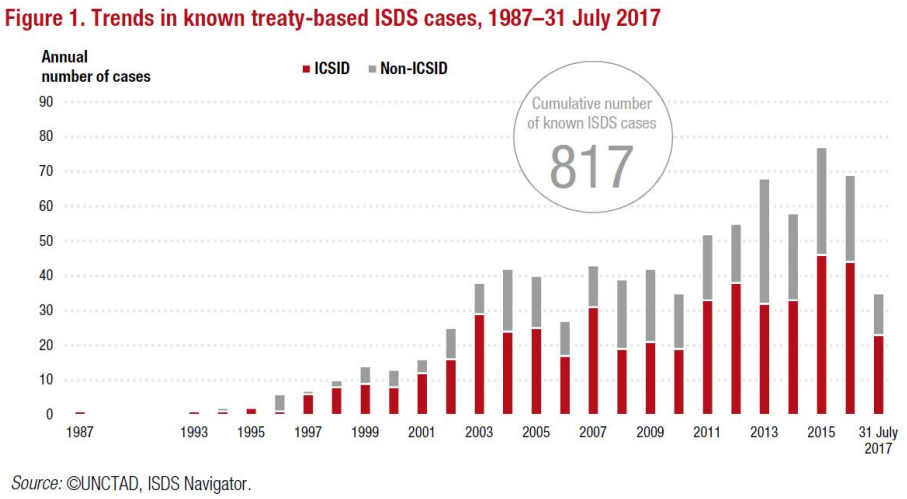
또한, 2017년 7월 31일 기준 최소 114개국의 정부가 협정을 근거로 한 투자중재의 당사국이 되었다. 대부분의 ISDS 사건은 선진국 투자자들의 제소로 개시되었다. 2017년 7월 31일까지 종결된 530건의 사건 중 37%는 국가에 유리하게, 27%는 투자자에게 유리하게 판정되었고 34%는 합의 기타 사유로 절차가 중단되었다. 국가에 유리한 판정 중 절반은 관할 위반을 이유로 기각되었고, 본안을 판단한 사안은 59%가 투자자에게 유리하게, 41%가 국가에 유리하게 판정이 내려졌다.

---

144) ISDS 최근 동향은 Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures, IIA Issues Note, Issue 3 (Nov. 2017), UNCTAD 자료를 번역한 것임(관련 통계는 2017. 7. 31. 기준).

한편, 위에 나타난 판정으로써 종결된 179건 중 45%인 82건에 대해서 당사자들이 취소절차를 개시하였고, 그 중 25%는 아직 계류 중이고 25%는 절차가 중단되었다. 취소절차에서 판정이 내려진 나머지 44건에서 기각된 건이 70%, 일부 취소된 건이 21%, 전부 취소된 건이 9%이었다.

【 ISDS 발생 통계 현황, 1987-2017. 7. 31. 】



출처 : UNCTAD

2017년 1월 1일부터 7월 31일까지 32개국을 상대로 35건의 ISDS 사건이 새로 제기되었다. 32개국 중 알제리, 칠레 및 이라크는 각 2건의 ISDS에서 피소국이 되어 사건 증가 건수가 가장 많았다. 바레인, 베닌, 이라크, 쿠웨이트, 대만은 처음으로 ISDS 사건의 당사국이 되었다. 2017년 7월 31일까지 제기된 ISDS 총 사건 수로는 전체적으로 아르헨티나가 60건으로 아직까지 최다 건수를 기록하고 있다. 베네수엘라가 42건으로 두 번째, 스페인이 36건으로 세 번째, 체코가 35건으로 네 번째, 이집트가 29건으로 다섯 번째이며 캐나다(26건)와 멕시코(25건)가 그 다음 순위에 있다.

위 ISDS 35건 중 66%는 선진국의 투자자들에 의해 제기되었다. 스페인(5건) 투자자가 ISDS를 가장 적극적으로 제기하였으며, 이탈리아・터키・미국(각 3건) 투자자들이 그 뒤를 이었다. 2017년 7월 31일까지 제기된 총 ISDS 사건 수로는 미국(152건), 네덜란드(96건), 영국(69건) 투자자들이 선두에 있다.

(다) 투자협정별 현황

외국인 투자자들은 투자유치국을 상대로 ISDS 제소를 할 때 법적 근거로 투자협정(BIT)을 가장 흔히 사용하는바, 2017년 말까지 제기된 총 ISDS 841건 중 641건이 BIT에 기해 제기되었다[145]. 특히, ISDS의 근거로 21번이나 사용된 미국-아르헨티나 BIT는 가장 많이 사용된 투자협정이며, 미국-에콰도르 BIT(15건), 네덜란드-베네수엘라 BIT(13건), 러시아-우크라이나 BIT(11건), 아르헨티나-스페인 BIT(10건)가 순서대로 그 뒤를 잇는다.[146]

지역 및 다자간 투자협정에 관해서는, 2017년 말 기준 북미자유무역협정(NAFTA)이 총 59건에 사용되었고, 에너지헌장조약(ECT)이 102건에 사용되었다. 중미자유무역협정(CAFTA-DR, Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement)은 발효 이후 9건에 사용되었다.[147]

ISDS 사건의 근거가 된 순서별로 투자협정을 나열하면, BIT, ECT, NAFTA, CAFTA-DR, OIC 투자협정(OIC Investment Agreement), ASEAN 투자협정(ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments) 순이다.[148] BIT에 근거한 사건이 압도적으로 많은 이유는 세계적으로 BIT가 2,950개나 되기 때문이다. 또한, 최근에는 에너지 관련 분쟁이 많아지면서 ECT에 기한 사건이 급격하게 증가하고 있다. NAFTA는 미국, 멕시코, 캐나다가 체결한 자유무역협정으로 미국 투자자가 ISDS를 많이 제기하는 점이 높은 사건 수의 원인 중 하나라고 볼 수 있다.

NAFTA 투자에 대한 장(제11장)에 근거하여 미국・캐나다・멕시코 3국간에 발생한 투자분쟁 건수는 2017년 말 기준으로 현재 총 59건에 이르며, 국가별로 미국에 대해 16건, 캐나다에 대해 25건, 멕시코에 대해 18건이다. 이 중 국가가 패한 사건은 총 9건으로 캐나다에 대해 4건(Pope & Talbot v. Canada 사건, S.D. Myers v. Canada 사건, Mobil v. Canada 사건, Windstream Energy

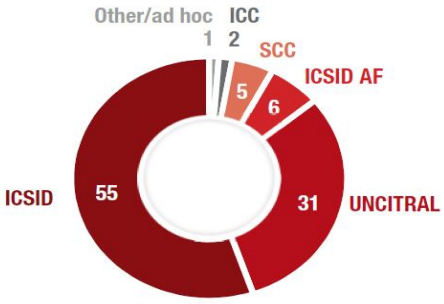
145) UNCTAD, Investment Policy Hub(http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA) 참조. (최종 확인: 2018. 1. 9.).
146) *Ibid.*
147) *Ibid.*
148) *Ibid.*

v. Canada 사건), 멕시코에 대해 5건(Metalclad v. Mexico 사건, Feldman v. Mexico 사건, ADM v. Mexico 사건, Corn Products v. Mexico 사건, Cargill v. Mexico 사건)이다. 흥미롭게도 NAFTA하에서 미국이 패소한 사건은 아직까지 없다.

NAFTA 회원국 중 캐나다, 멕시코가 아직 ICSID 협약에 가입하지 않아 NAFTA 투자분쟁이 ICSID 협약에 따라 진행되는 것은 불가능하기에, 현재까지 모든 NAFTA 투자분쟁은 ICSID 추가절차규칙 또는 UNCITRAL 중재규칙에 따라 진행되었다.

【 중재규칙별 현황, 1987-2017. 7. 31. 】

Figure 7. Known ISDS cases filed by arbitral rules, 1987–31 July 2017 (Per cent)



Source: ©UNCTAD, ISDS Navigator.
Note: Excluding five cases on which such information was not available.

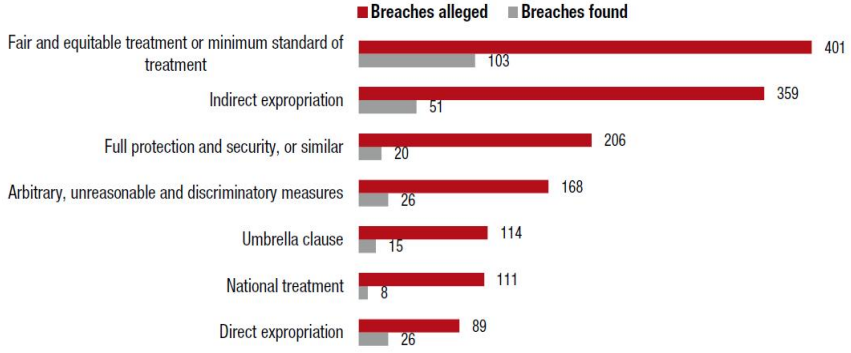
출처 : UNCTAD

(라) 주장 및 인용사유와 인용액수 현황

투자자들은 ISDS를 제기하면서 공정·공평대우(FET) 의무 위반을 가장 많이 주장하였고(80%), 그 다음으로 간접수용을 많이 주장하였다(75%). 중재판정부는 투자자에게 유리하게 판정하거나 어느 쪽에도 유리하지 않게 판정한 경우(책임은 인정하나 손해배상 부정) FET 위반을 가장 많이 인정하였고(65%), 그 다음으로 간접수용을 인정하였다(32%)

【 주장 및 인용된 투자협정 위반사유, 1987-2017. 7. 31. 】

Figure 8. Breaches most frequently alleged and found, 1987–31 July 2017 (Number of known cases)



Source: ©UNCTAD, ISDS Navigator.
Note: Based on the number of cases for which such information was available.

출처 : UNCTAD

한편, 2017년 말까지 내려진 투자중재 사건 중 공개된 판정 324건을 분석한 결과, 투자중재 사건에서의 평균 청구액은 23억 7천 6백만 달러에 달한다. 다만, 이는 압도적으로 청구액이 컸던 *Yukos v. Russia* 사건[149]을 포함한 것으로, 이를 제외하면 평균 청구액은 11억 3천 3백만 달러이다. 어느 액수를 기준으로 하더라도, 2012년 말 투자중재 사건의 평균 청구액인 4억 9천 1백만 달러에 비해 상당히 증가한 액수이다. 한편청구액의 평균이 증가한 것에 비하여, 중간값은 2017년까지 1억 9천 6백만 달러에 불과하다. 이는 2012년 말까지의 중간값인 6천 6백만 달러에 비해 증가한 액수이나, 평균 청구액 증가율보다는 낮다.[150]

인용 액수의 경우, 2017년 말까지 내려진 판정을 모두 분석한 결과 평균은 10억 8천만 달러에 달하나, 이는 앞서 언급한 *Yukos v. Russia* 판정의 인용액을 포함한 것이고, 이를 제외하면 1억 1천만 달러이다. 이는 2012년 말 평균액인 7천 6백만 달러에 비해 크게 증가한 액수이다.[151]

마지막으로 투자중재 사건에서의 당사자비용(대리인, 증인, 전문가 비용) 및

149) *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227.
150) Hodgson, Matthew and Alastair *Campbell, Damages and Costs in Investment Treaty Arbitration Revisited*, Global Arbitration Review, 14 December 2017.
151) *Ibid.*

중재비용(중재인 보수, 기관 사용료 등) 액수를 살펴본다. 2013년부터 2017년까지 4년간 내려진 판정 96건 중 당사자비용에 관한 판단을 내린 판정을 분석하면, 청구인은 평균 740만 달러를, 피청구국은 평균 520만 달러를 지출하였다. 이는 2012년까지의 판정 분석 결과였던 청구인 평균 440만 달러 및 피청구국 평균 460만 달러에 비해 증가한 액수이다. 2017년 말까지 내려진 판정을 분석하면, 투자중재 사건 177건에 나타난 청구인의 평균 비용은 600만 달러, 169건에 나타난 피청구국의 평균 비용은 490만 달러이다. 중간값의 경우, 청구인은 3,375,000 달러, 피청구국은 2,793,000 달러를 지출하였다.[152]

중재비용의 경우, 2017년 말 내려진 판정 중 검토 가능한 사건을 분석한 결과 ICSID의 경우 평균 92만 달러(중간값 75만 달러), UNCITRAL 사건의 경우 평균 108만 9천 달러(중간값 79만 9천 달러)가 각 소요되었다.[153]

【 국가별 투자협정 피소 건수(5건 이상)-2017년 말 기준 】[154]

순위	국 가	사건 수
1	아르헨티나	60
2	베네수엘라	42
3	스페인	36
4	체코	35
5	이집트	29
6	캐나다	26
7	멕시코	25
8	폴란드	24

152) Hodgson, Matthew and Alastair *Campbell, Damages and Costs in Investment Treaty Arbitration Revisited*, Global Arbitration Review, 14 December 2017.
153) *Ibid.*
154) UNCTAD, Investment Policy Hub(http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA) 참조. (최종 확인: 2017. 12. 28.).

순위	국 가	사건 수
8	러시아	24
10	에콰도르	23
11	인도	22
11	우크라이나	22
13	카자흐스탄	18
14	미국	16
15	헝가리	14
15	볼리비아	14
17	키르기스스탄	13
17	슬로바키아	13
17	루마니아	13
17	페루	13
21	몰도바	11
21	터키	11
21	리비아	11
24	이탈리아	9
25	조지아(그루지아)	9
26	코스타리카	9
27	투르크메니스탄	9
28	파키스탄	9
29	요르단	9
30	라트비아	8
30	파나마	8
30	세르비아	8
30	우즈베키스탄	8
30	크로아티아	8
30	불가리아	8
30	알제리	8
37	알바니아	7
37	인도네시아	7

순위	국 가	사건 수
39	리투아니아	5
40	콜롬비아	5
40	칠레	5
40	도미니카 공화국	5
40	베트남	5
40	필리핀	5
40	레바논	5

(2) 최근 ISDS 사건의 실체적 동향[155]

이하에서는 최신 ISDS 판정들 중 주목할 만한 판정들을 추려 그 내용과 핵심 법리, 취지 및 의의를 간략히 소개하도록 하겠다.

(가) 본안 전 단계 쟁점

1) 소위 "조약 쇼핑(treaty shoppping)"과 권리남용

Transglobal v. Panama[156] 사건은 미국-파나마 BIT가 문제된 사건이었다. 파나마 정부와 그로부터 특정 권리의 양허를 받은 파나마 국적의 회사 사이에 분쟁이 발생하여 파나마 법원에 사건이 계류 중인 상황에서, 파나마 회사는 ISDS를 활용하기 위한 목적으로 양허받은 권리를 미국 회사로 양도하였다. 권리를 양도받은 미국 회사는 곧 파나마를 상대로 미국-파나마 BIT에 근거한 ISDS를 제기하였다. 파나마는 ISDS 사건에서 중재판정부에 대하여 청구인인 미국 회사가 권리 남용을 한 것이라고 주장하며 관할권의 불성립을 주장하였다. 이에 중재판정부는 "문제의 투자가 이루어진 시점, 청구의 시점, (양허권리) 양

155) UNCTAD, *Latest Development in Investor-State Dispute Settlement* (2017), pp.6-28을 참조하였다.

156) *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. v. Republic of Panama,* ICSID Case No. ARB/13/18, Award (2016. 6. 2.) (미국-파나마 BIT).

도 거래의 실체, 사업의 실질, 사업 구조조정 시기에 정부 조치에 대한 예측가능성 등"을 고려했을 때 미국 회사의 양허 권리 양수행위가 "기존재하는 국내분쟁에 대한 작위적(artificial) 국제 관할권을 창출해내기 위한 행위에 불과하다"고 보아 관할권이 부존재한다고 판시하였다.

2) 투자보장협정의 보호를 활용하기 위한 WTO의 GATS 활용 가능성

MMEA and AHSI v. Senegal[157] 사건에서는 룩셈부르크 국적의 청구인인 MMEA가 자신이 WTO의 GATS상 "서비스 공급자"에 해당하여 GATS에 규정된 최혜국대우 조항의 적용을 받을 수 있으며, 동 조항을 통해 세네갈이 체결한 제3국과의 BIT에 의한 보호 역시 원용할 수 있다고 주장하였다. MMEA가 이와 같은 주장을 한 이유는 룩셈부르크 법인인 MMEA 입장에서 원용할 수 있는 룩셈부르크와 세네갈 간의 BIT가 존재하지 않았기 때문이다. 즉, MMEA는 적용 가능한 BIT의 부존재를 우회하기 위하여 룩셈부르크가 가입되어 있는 GATS 상의 최혜국대우 조항을 통해 네덜란드-세네갈 BIT와 같은 세네갈이 가입한 다른 BIT의 실체적 보호조항들을 원용하려고 시도하였던 것이다. 이에 중재판정부는 GATS가 국제중재 및 분쟁해결 절차에 대한 규정을 하고 있지 않으며, 세네갈이 룩셈부르크 투자자와의 중재재판에 대한 동의를 표시한 것으로 볼 수 없다며 관할을 부인하였다.

이 사건은 최혜국대우 조항의 한계와 관련된 최근의 논의의 맥락에서 상당히 주목할 만하다. 최근 투자협정상의 최혜국대우 조항을 통해 타 투자협정에 규정된 실체적, 절차적 규정들을 '수입'하려는 청구인들의 시도가 적법한지 여부가 자주 문제되고 있다. 이 사건에서는 타 투자협정을 넘어선 WTO GATS와 같은 다자무역협정의 활용이 시도됐다는 점이 흥미롭다.

3) 택일조항(Fork-in-the-Road)의 적용 범위

H&H v. Egypt[158] 사건에서는 택일조항에 따른 관할권 성립 여부가 문제되

157) *MMEA and AHSI v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/15/21, Award (2016. 8. 5.) (네덜란드-세네갈 BIT, 영국-세네갈 BIT, GATS).

158) *H&H Enterprises Investments Inc v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No.

었다. 청구인은 동일 분쟁에 대하여 상사중재 및 이집트 국내법원에서의 재판을 먼저 거친 후 ISDS를 청구하였다. 청구인은 상사중재 및 국내법원 사건들에서 미국-이집트 BIT의 위반이 아닌 계약위반에 따른 계약책임을 원용하였기 때문에, 이집트의 택일조항에 근거한 관할권 부인 주장에 대하여 기존 중재판정례들을 원용하며 '오직 국내 재판과 중재 사건이 ① 동일한 당사자 ② 동일한 목적 ③ 동일한 청구원인을 지녔을 경우에만 택일조항이 발동 된다'는 취지의 주장을 하였다. 그러나 중재재판부는 계약책임과 조약위반책임의 차이에도 불구하고 택일조항의 발동을 인정하였다. 중재판정부는 "택일조항의 의의는 동일한 분쟁이 서로 다른 재판기관에 의하여 중복심리가 이루어지지 않도록 하는 데에 있다"는 점을 강조하며, "택일조항은 분쟁의 당사자들이 구체적으로 완벽하게 동일할 것을 요구하거나, 청구원인이 완벽하게 동일할 것을 요구한다기보다는 국내 법원에 제기된 청구들이 중재 사건에서 제기된 투자협정에 근거한 청구들과 동일한 근본적 전제(same fundamental basis)를 공유하고 있는지 여부를 문제 삼는 것"이라고 판시하였다.

또 다른 사건인 *Charanne and Construction Investments v. Spain*[159] 사건에서 피청구국 스페인은 청구인이 유럽인권재판소에 스페인을 제소했던 사실이 택일조항을 발동하여 관할권이 부인되어야 한다고 주장하였다. 이에 중재판정부는 기존 중재판정례에서 활용되었던 '① 동일한 당사자 ② 동일한 목적 ③ 동일한 청구원인'의 소위 3중 동일성설(triple identity test)을 활용하여 당사자의 동일성이 없으며, 추가적으로 유럽인권재판소가 택일조항의 적용대상이 되는 국내 법원 내지 행정재판소에 해당하지도 않는다고 판시했다.

두 사건은 택일조항의 해석과 관련하여 중재판정부들이 기존 판정례들에서 득세하고 있던 3중 동일성설에 대해 어떤 입장을 취하는지에 대한 흥미로운 대조를 보여주고 있다. 또한 *Charanne and Construction Investments v. Spain* 사건에서는 유럽 연합 내의 유럽인권재판소의 법적 지위가 택일조항과 연동되었다는 점이 주목할 만하다.

ARB/09/15, Award (2014. 5. 2.) (미국 - 이집트 BIT).

159) *Charanne BV and Construction Investments Sarl v. Spain*, SCC Case No. 062/2012), Final Award (2016. 1. 21.) (에너지헌장조약).

4) 투자계약을 통한 투자보장협정상의 보호 포기(waiver) 가능성

MNSS and RCA v. Montenegro[160] 사건에서는 투자자가 국가와 체결한 투자계약을 통해 투자보장협정상의 보호를 적법하게 포기할 수 있는지 여부가 문제되었다. 중재판정부는 "포기가 자유로운 의지로 명시적으로 이루어진 경우에는 유효하게 이루어질 수 있다"고 보았으나 동시에 "투자보장협정의 공공목적(public purpose)에 어긋나는 경우에는 포기가 유효하게 이루어질 수 없다"는 단서를 붙였다. 이 사건에서 중재판정부는 문제된 투자계약상의 포기조항은 ① 투자보장협정의 우산조항에 따른 계약상 채권에 국한되며 (즉, 투자자의 기타 조약상의 권리에는 영향을 미치지 않았다) ② 관련 분쟁이 상사중재를 통해 해결될 수 있다는 점을 규정하고 있다는 점에서 해당 포기조항이 "투자보장협정의 당사국들이 추구한 공공목적에 부합한다"고 보았다.

5) 중복소송(parallel proceedings)에 따른 소권남용

Ampal-American and others v. Egypt[161] 사건에서 피청구국은 청구인에 의한 총 4개의 중복소송이 별도로 진행되고 있다는 사실이 문제되었다. 청구인 중 EMG는 피청구국을 상대로 상사중재 3건(ICC 2건, 카이로상사중재센터 1건), UNCITRAL 중재규칙에 따라 폴란드-이집트 BIT를 근거로 제기한 ISDS 1건을 이미 제기한 상태였다. 이집트는 동일한 목적을 위해 다른 절차에서 다중 소송을 동시에 진행하는 것은 소권의 남용에 해당하여 본 청구가 각하되어야 함을 주장하였다. 그러나 중재판정부는 계약책임에 대한 청구를 기반으로 한 3건의 상사중재 사건과 조약책임에 대한 ISDS 사건은 청구원인의 차이가 존재하며, 위 사건들에서 피신청인인 이집트가 3건의 상사중재 절차를 병합하기를 거부한 사실을 들어 상사중재와 관련된 권리남용 주장을 배척하였다. UNCITRAL 중재규칙에 의한 다른 ISDS 사건에 대해서는 본 사건과의 상당한 중복이 실존

160) *MNSS BV and Recupero Credito Acciaio NV v. Motenegro*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/11, Award (2016. 5. 4.) (몬테네그로-네덜란드 BIT).
161) *Ampal-Americal Israel Corp. and others v. Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction (2016. 2. 1.), (미국-이집트 BIT, 독일-이집트 BIT).

하며, 특히나 UNCITRAL 사건의 중재판정부가 이미 관할권의 존재에 관한 결정을 내렸다는 점에서 권리남용 문제가 현실화 된 상태라고 판단하였다. 그러나 중재판정부는 권리남용의 결정을 하는 대신 청구인에 대하여 중재판정부가 지정한 날짜까지 두 소송을 UNCITRAL, ICSID 중 한 절차에서만 진행하도록 할 것을 권고하는 데 그쳤으며, 관할을 부인하지는 않았다.

5. 투자협정 규정 방식

가. NAFTA 방식과 한-미 FTA 방식

(1) NAFTA와 미국의 2004 Model BIT

NAFTA는 1992년 캐나다, 미국, 멕시코 3국간에 체결되어 1994. 1. 1. 발효된 자유무역협정으로서 위 협정 제11장(투자)은 투자협정의 내용을 규정하고 있다. 이러한 투자분쟁의 경험과 NAFTA 발효 이후의 논의들을 반영하여 미국과 캐나다는 2003년경 투자협정 표준문안(이하 “Model BIT”)을 개정하였다. 미국의 2004년 Model BIT가 그 대표적인 예이다.[162]

한-미 FTA 투자 장은 이러한 미국의 2004년 Model BIT를 기초문안으로 하여 논의하되 이에 우리 측 주장 등을 반영하여 수정을 가하는 방식으로 진행되었는데 위 Model BIT는 1994년 Model BIT를 개정한 것으로서 미국 의회가 2002년 무역촉진권한법(Trade Promotion Act: TPA) 제정 시, NAFTA에서의 투자분쟁 경험 등에 근거하여 투자 규범의 실체적·절차적 규정의 개선을 요구한 내용을 반영한 것이다. 위 TPA는 실체적 개선사항으로는 수용 및 공정·공평대우에 대한 기준 확립, 투자자-국가 간 분쟁 해결 메커니즘 개선, 투명성 조항의 완전한 도입 등을 요구하여 최소대우기준에 대한 해석선언 및 간접수용 부속서 등을 삽입하여 범위를 축소하고, 절차적 개선사항으로는 중재자료와 심리절차를 일반에 공개하는 투명성 규정 도입, 시민단체 등 제3자

162) 한-미 FTA 투자분야연구, 앞의 책 12-13면 참조 비교표는 23-24면에 있는 내용을 그대로 인용하기로 한다.

의 의견 제출권 보장, 본안 전 항변에 대한 신속처리 절차 규정 신설 등 남소 방지를 위한 규정 신설, 최종판정 이전에 판정문 검토 절차를 신설하고 협정 발효 후 양국간에 적용될 상소메커니즘 수립을 고려하는 등, 단심제의 단점을 극복하기 위한 노력 등 분쟁절차의 투명성을 강화하였다.[163]

미국은 위 TPA 제정 이후 2004 모델 BIT를 토대로 칠레, 싱가포르, 호주, 모로코, 바레인, 도미니카·중앙 아메리카 5개국[164], 한국, 파나마, 콜롬비아, 페루, 오만 등 4개국과의 FTA 협상을 종료하거나 타결하였다. 이와 같이 한-미 FTA 투자 장이 NAFTA 모델에 기초를 두고 미국 2004 Model BIT 문안을 반영한 이상 미국 2004 Model BIT 문안과 NAFTA, 한-미 FTA를 비교하는 것은 의미 있는 일이다.

【 NAFTA 제11장과 2004년 미국 모델투자협정 비교 】

항목	NAFTA	2004년 Model BIT
대우의 최소기준	타방당사국의 투자자를 '국제법에 따라' 대우하도록 규정	• '외국인에 대한 국제관습법상 최소대우 기준'을 의미하는 것 등으로 명확히 제한(Art.5)
수용 및 보상조항	수용에 대한 보상원칙만을 규정('간접수용'의 정의와 판단법리 등 결여)	• 수용에 대한 부속서 신설(Annex B) - 간접수용의 정의, 판단법리, 공공복지목적 정책에 대한 원칙적 예외 등을 규정
투명성	규정 없음	• 투명성 조항 신설(Art.29) - 중재자료, 심리절차 등을 모두 일반에 공개 ('밀실재판'이라는 비판 불식)
제3자 의견제출권	규정 없음	• 제3자(amicus curiae) 의견제출권 신설(Art.28.3) - 시민단체, 이해당사자의 의견 반영

163) NAFTA와 미국 2004 모델 BIT의 차이점은 표로 정리, 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 21-22면 참조

164) 도미니카, 코스타리카, 엘살바도르, 과테말라, 온두라스, 니카라과 등 6개국과 일괄 체결된 FTA로서 "CAFTA-DR"로 불린다.

항목	NAFTA	2004년 Model BIT
본안전 항변절차	규정 없음	· 본안전항변에 대한 신속처리 규정 신설 (Art.28.4.~6.) - 관할권 없는 사건 등을 조기에 종결토록 하여 남소방지
중재결정 사전검토 절차	규정 없음	· 최종결정 전, 판정문 초안을 분쟁당사자에게 회람토록 하고 이에 대한 의견제출권 부여 (Art.28.9) - 단심제의 단점 보완(상소메커니즘의 수립 전까지 임시적 적용)
상소 메커니즘	규정 없음	· 협정발효 후 3년 내에 양자간 상소메커니즘 수립을 고려토록 하는 부속서 신설(Annex D)

즉, NAFTA가 미국의 FTA, BIT의 기본적인 효시나 다름없이 설립 전 투자를 다루고 있고, 적용범위에 대하여도 원칙적으로 네거티브 방식으로 접근하여 투자 자유화에 기여하고 있다.

(2) 미국의 2004 Model BIT와 2012 Model BIT[165]

미국 Model BIT는 미국 투자협정 협상의 중요한 도구로 활용되어 왔다. 이는 미국 정부의 외국인 투자 선호기조가 명문화된 정책이라고 볼 수 있을 정도로 미국 투자 정책이 잘 반영된 문서라고 볼 수 있다. 특히 2012년 Model BIT는 미국이 그 동안 다른 수많은 국가들과 투자협정 체결을 통해 ISDS 제도를 명문화하여 투자자의 이익 보호 및 구제와 동시에 비합치조치, 혜택의 부인, 필수적 안보 등 제한사항과 예외사항을 두면서 투자유치국의 이익 또한 고려하여 Model BIT상 투자자와 투자유치국이 상호견제와 균형유지가 가능하도록 하였다.

미국은 2004년 모델투자협정을 채택한 이후, 2012년에 이 모델을 개정하였다. 내용상 큰 변화는 없으나 일부 눈에 띄는 조항들이 신설되었다. 2004년

165) 박덕영, 주요국의 모델 BIT와 한국에의 시사점, FTA 법제지원 연구(II) 12-22-7, 한국법제연구원 (2014)에서 대체적으로 참고

Model BIT와 비교하여 새롭게 개정된 부분은 다음과 같다.

제1조 정의 조항 중 '영역'의 정의에서 "유엔해양법협약(UNCLOS)에 반영된 국제관습법에 따라 주권적 권리 및 사법적 권리를 행사할 수 있는 당사국 영해 및 영해 밖의 지역 또한 영역의 범위에 포함시킴"을 신설하였다.

제8항 이행요건 중 "자국영역에서 당사국/당사국 인의 기술을 구매 또는 사용하거나 이에 대하여 선호를 부여하는 것 또는 자국 영역에서 특정 기술을 구매·사용·선호하는 것을 금지"하는 조항을 신설하였다.

또한 제11조 국내법 공표를 의무화하는 투명성 조항의 개정을 통해 당사국들이 투명성 개선을 위해 서로 주기적으로 상의하고, 이 협정의 적용대상이 되는 사안에 대해 중앙정부가 채택하는 규정에 대해서 출판 및 분배를 의무화 하였다.

미국은 제12조(투자와 환경)도 개정하였다. 당사국들의 국내 환경보호조치 및 자국이 체결한 환경조약이 환경보호를 위해 중요한 역할을 한다는 점을 서로 인지하자는 선언적 규정을 새로이 삽입하였으며, 각 당사국이 더 높은 우선순위를 가지고 있다고 결정된 그 밖의 환경적 사안에 대하여 집행자원을 배분하는 것과 관련한 규제, 준수, 수사, 기소상 재량권을 유지하도록 당사국의 정책자율성을 확보하였다.

또한 제13조(투자와 노동)의 개정을 통해 각 당사국은 국제노동기구(ILO)의 회원으로서 의무를 재확인하고 작업장에서의 기본원칙 및 권리에 대한 국제노동기구 선언과 그 후속조치에 기술된 의무를 재확인하고 있다.

2004년 Model BIT와 비교하여 주요한 투자보호 조항 및 ISDS 절차관련 개정은 다음의 표를 참조한다.

【 미국의 2004년 모델 BIT와 2012년 모델 BIT 비교 】

항목	2004년 모델 BIT	2012년 모델 BIT
대우의 최소기준	• '외국인에 대한 국제관습법상 최소 대우 기준'을 의미하는 것 등으로 명확히 제한(Art.5)	좌동

항목	2004년 모델 BIT	2012년 모델 BIT
수용 및 보상조항	・수용 부속서 신설(Annex B) - 간접수용의 정의, 판단법리, 공공복지목적 정책에 대한 원칙적 예외 등을 규정	좌동
투명성	・투명성 조항 신설(Art.29) - 중재자료, 심리절차 등을 모두 일반에 공개('밀실재판'이라는 비판 불식)	좌동
제3자 의견 제출권	・제3자(amicus curiae) 의견제출권 신설(Art.28.3) - 시민단체, 이해당사자 의견 반영	좌동
본안전 항변절차	・본안전항변에 대한 신속처리 규정 신설(Art.28.4.~6.) - 관할권 없는 사건 등을 조기에 종결토록 하여 남소방지	・내용에는 변화가 없으며, 제28조(중재의 수행) 제4항 (c)호에서 UNCITRAL 중재규칙 해당 조항 번호를 "18"에서 "20"으로 수정 - UNCTIRAL 중재규칙 개정에 따른 수정
중재결정 사전검토 절차	・최종결정 전, 판정문 초안을 분쟁당사자에게 회람토록 하고 이에 대한 의견제출권 부여(Art.28.9) - 단심제의 단점 보완(상소메커니즘의 수립 전까지 임시적 적용)	・내용에는 변화가 없으며 제 28조(중재의 수행) 제9항 (b)호 마지막 부분에서 "pursuant to paragraph 10 or Annex D"을 "pursuant to paragraph 10"으로 수정 - 기존 2004년 Model BIT에서 상소메커니즘을 규정하는 부속서(Annex D)가 삭제되었기 때문
상소 메커니즘	・중재판정을 검토하기 위한 상소기구 설립을 인정하는 다자조약이 당사국간 체결된 경우, 중재판정을 상소기구가 검토할 수 있도록 규정(Art 28.10) ・또한, 협정발효 후 3년 내에 양자간 상소메커니즘 수립을 고려토록 하는 부속서 신설(Annex D)	・중재판정을 검토하기 위한 상소기구 설립을 인정하는 다자조약이 당사국간 체결된 경우, 중재판정을 상소기구가 검토할 수 있도록 규정하고, 당사국이 해당 상소절차의 투명성을 확보하기 위해 노력해야 함을 별도로 규정. ・기존의 협정 발효 후 3년 내에 양자간 상소메커니즘 수립을 고려토록 하는 부속서는 삭제

(3) OECD MAI 초안과의 비교[166]

앞에서 본 것과 같이 미국은 NAFTA식 모델을 다자간 규범형태로 전파하려고 하였던 점에서 NAFTA식 FTA 투자 장을 이해하는 데에 도움이 될 것으로 생각한다.

【 OECD MAI 초안 】

전 문	**정의 및 범위**	・단일의 광범위한 자산에 기초한 정의 ・신규투자뿐 아니라 기 설립된 기업 활동까지 포함 (설립 전·후 투자 모두 포함)
투자 자유화	**자유화의무**	・내국민대우(national treatment): 신규 및 기 설립 기업의 영업 활동에 동시 적용. ・비차별대우(non-discrimination): 기본원칙으로 인정
	자유화제도	・동결원칙(standstill): 최소한의 자유화약속 확보, 법적 구속력 있고 포괄적이며 무조건적이어야 함. 최초단계에서 각국이 균형 있게 자유화수준을 이루어야 함. 민간분야의 신축성 부여 필요 ・철폐원칙(rollback)
	기타 관련분야에 대한 적용	・이행요건(performance requirements): 무역왜곡적, 투자왜곡적 조치 모두 포함 ・주요인력이동(movements of key personnel): 유치국 국적 아닌 중요 직원의 일시적 입국 및 체류 자유화 ・민영화(privatization), 독점(monopolies): 내국민대우 적용
	유보, 예외	・공공질서, 국가안보, 국제평화 및 안전을 위한 예외 인정 ・민간분야의 경우 내국민대우, 비차별주의의 예외 인정 ・상호주의도 분야별 협상을 통해 철폐해야 할 필요
	일시적 면제	・새로운 규제조치의 일시적인 도입을 의미 ・국제수지상의 곤란을 이유로 한 면제는 인정할 수 없으나 투자의 개념을 포괄적으로 규정하는 경우 검토 필요

166) 이하의 표는 김성준, WTO법의 형성과 전망 "5 new Round" 삼성출판사 (1996) 292-293면 참조

투자보호	• 일반적 대우 기준(general standards of treatment) • 송금(transfers): 대상의 광범위한 인정. 법적 구속력 있고 무조건적인 송금권 보장 필요. 타법률의 목적, IMF 협정, 국제수지상 곤란, 공공질서와 안전에 대한 예외 인정 필요. 지체 없는 송금. 정상적 상업 이자율에 따른 지연이자 지급. • 수용(expropriation): 공익 목적, 합법적, 비차별적, 신속·적절하며 효과적인 보상을 전제로 함. 중재 이전 국내 사법심사를 받을 권리 인정. 대위 조항 인정. 보상의 송금 자유. 지방정부의 수용에 대한 중앙정부의 책임 • 보상(compensation): 신속, 적절, 효과적 보상. 공정시장가치 산정기준 • 지적재산권(intellectual property): 보호 인정
분쟁해결	• 조정(conciliation) • 국가 대 국가(state to state): 외교채널 활용 후 미해결시 구속적 중재절차 적용. • 투자가 대 국가(investor to state): 냉각기간 부여 검토 필요. 국내 구제수단과 국제중재의 선택권. 설립 전 투자에 대한 ISDS 적용 문제 검토 필요.

(4) 한-미 FTA 방식

한-미 FTA는 이러한 미국 모델 BIT를 반영하면서도 가장 많은 변화를 준 FTA로 평가를 받고 있다. 즉, 실체적으로는, 간접수용 부속서 문안을 대폭 수정하여 우리 수용법제의 핵심개념인 '특별희생'의 법리 등을 규정하고 공공복지 정책 예외사항에 '부동산가격 안정화 정책'을 추가하였으며, 과세조치에 대한 간접수용 가능성을 줄이기 위해 과세조치에 대한 별도의 부속서를 삽입하였다. 또한, 단기 세이프가드 조항을 도입하고 공공질서 유지를 이유로 한 규제권을 유보한 점 등도 주요한 변화이다. 절차적으로는 한국어・영어 모두를 공식 중재언어로 규정하고 의장중재인의 제3국인 요건을 명기하였으며, 투명성 규정・제3자 의견제출권・비분쟁당사국 의견제출권 등을 규정하여 미국 모델 BIT 보다 그 범위를 제한하는 방향으로 수정하였다.[167]

167) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 25-27면 참조 비교표는 그대로 인용하기로 한다.

[미국 2004년 및 2012년 모델 BIT와 한-미 FTA 비교]

항 목 (한-미 FTA 조문)	2004/2012 미국 모델 BIT	한-미 FTA
수용과 보상 부속서 (11.6)	간접수용의 정의, 판단법리 등을 규정한 부속서 채택	· 보상대상에서 '재산적 이익(property interests)'을 제외하여 '재산권(property rights)'으로만 한정 · 우리나라 수용법제의 핵심개념인 "특별희생(special sacrifice)" 법리 추가 · 원칙적으로 간접수용을 구성하지 않는 공공복지 목적 조치의 분야에 보건, 안전, 환경 외에 "부동산 가격 안정화 조치"를 추가하고, 이러한 열거는 한정적이 아닌 예시적 열거임을 각주에 명기
과세와 수용 (부속서 11-F)	규정 없음	· 세금부과는 일반적으로 수용을 구성하지 않는다는 내용 등 부속서 채택
단기세이프가드 (부속서 11-G)	규정 없음	· 국제수지악화 및 외환위기 등 심각한 대내외 여건 변화 시 정부가 외국환거래를 통제하는 단기세이프가드 조치 발동근거를 부속서에 규정
중재인 선정 (11.19.3)	의장중재인 국적요건 없음	· 분쟁당사자간 합의가 없는 한 의장중재인은 제3국인으로 임명토록 한정
현실적 중재지 (11.20.2)	규정 없음	· 현실적 중재지 결정에 있어 당사자의 편의성, 증거접근성 등을 고려할 수 있도록 규정 신설
중재언어 (11.20.3)	규정 없음	· 전체 중재과정에서 한국어와 영어가 모두 공식 중재언어임을 규정
비분쟁당사국 의견제출권 (11.20.4)	비분쟁당사국의 서면·구두 의견제출권 보장	· 의견제출권을 보장하되, 구두로만 의견을 제출한 비분쟁당사국은 분쟁당사자의 요청 시 동 구두의견을 서면화하여 제출하도록 규정
투명성 규정 비밀보호 절차 관련 (11.21.)	정보공개 범위에 관하여 당사국과 중재판정부의 견해가 상이할 경우 해결절차 규정 없음	· 공개하지 않을 수 있는 '비밀정보'의 범위에 관하여 당사국과 중재판정부의 견해가 다를 경우의 처리절차 신설 - 양국간 운영하는 공동위원회에서 협의하고 비분쟁 당사국이 명시적으로 반대하지 않는 한 분쟁 당사국의 의견대로 공개범위 결정
공공질서 예외	공공질서 유보 없음	· 공공질서를 위해 필요한 경우, 외국인투자의 설립.인수에 관하여 내국민대우 및 이행요건부과 금지에 반하는 필요조치를 취할 수 있도록 미래 유보

나. 우리의 기 체결 FTA

(1) 한-미 FTA와 한-싱가포르 FTA, 한-칠레 FTA, 한-EFTA FTA

한-미 FTA가 2007년 타결되었으나 그 이전에 우리의 한-싱가포르 FTA, 한-칠레 FTA가 발효되었다. 한-칠레FTA 투자 장(제10장)은 NAFTA 투자 장(제11장)에 기초하고 있어 중재절차에 관하여 상세한 규정을 두고 있다. 이와 달리 한-싱가포르 FTA의 투자 장(제10장), 한-EFTA FTA 부속 투자협정은 다른 FTA와 유사한 실체적 투자보호규범을 규정하고 있으나 투자분쟁 절차에 관하여는 상세히 규정하지 않고 있다. 실체적인 범위에서 한-미 FTA와의 차이는 수용 부속서, 미래 최혜국대우 조항, ISDS의 대상 범위 확대 등이 있다.[168]

절차적인 부분에서는 이용 가능한 중재기관을 양 당사자가 합의한 기관을 이용하도록 하고, 의장중재인 국적요건, 중재지, 중재언어, 투명성 조항, 중재판정 사전 검토제, 본안전 항변, 제3자 의견 제출권, 상소절차 등에 차이가 있다.[169]

【 기존의 FTA와 한-미 FTA 비교 】

항 목 (한-미 FTA 조문)	우리나라 기존FTA	한-미 FTA
최혜국대우 (제11.4조)	・양국이 미래에 타국과 체결하는 FTA에는 최혜국대우 미부여 (협의 기회만을 보장) ※ 한-싱가포르 FTA는 MFN조항 없음	・양국이 한-미 FTA 발효 이후 체결하는 다른 협정의 혜택도 부여 (미래 MFN) ※ 단, 분야에 따라 포괄적·개별적으로 MFN 유보
수용과 보상 (11.6)	・직접·간접수용에 대한 보상원칙만을 규정할 뿐 간접수용의 법리를 제한하기 위한 별도 규정 없음	・수용(Expropriation)에 대한 별도 부속서(Annex 11-B) 규정 - 간접수용의 정의, 판단법리, 공공복지 목적의 규제에 대한 원칙적 적용배제 등을 규정

168) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 28-29면 참조
169) 절차조항의 경우, 기존의 FTA에 비하여 한-미 FTA가 절차조항을 강조하고 미국 모델 BIT 규정을 따르다 보니 상세한 규정들이 등장하게 된 것이다.

항 목 (한-미 FTA 조문)	우리나라 기존 FTA	한-미 FTA
보조금, 정부조달	・한-싱가포르 FTA: NT, SMBD의 예외(MFN 규정이 없음에 기인) ・한-칠레 FTA: NT, SMBD의 예외	・NT, MFN, SMBD의 예외
투자분쟁의 범위 (11.16~11.17)	・한-칠레, 한-싱가포르는 협정의무 위반으로 한정 ※ 한-EFTA는 투자협정의무 위반 외에 투자계약, 투자인가 관련 분쟁도 포함되는 것으로 해석됨(우산조항 삽입) ・한-싱가포르, 한-EFTA는 설립 전 투자에 대해서도 차별 없이 보호하나 한-칠레는 ISDS는 이미 설립된 ("made and materialized") 투자에 관하여만 제기 가능	・협정의무 위반 및 투자계약, 투자인가 관련 분쟁 포함 ※ 단, 서명일 현재 양국 모두 '외국인투자당국'의 투자인가 제도가 없음을 확인함으로써 투자인가 관련 분쟁은 사실상 배제 ・설립 전 투자에 대한 차별 없이 보호

(2) 한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA

(가) 한-인도 CEPA

한-인도 CEPA는 2010년 1월 1일, 한-ASEAN FTA는 2009년 9월 1일 발효되어 한-미 FTA 투자분야 협상이 종료된 이후 최초로 한-미 FTA의 문안이 상당 부분 반영되었으나 개발도상국이라는 특징과 ASEAN 국가는 다수의 결합체로서 의견통일이 현실적으로 어렵다는 이유로 인하여 한-미 FTA 문안을 그대로 관철시키기에는 무리가 있었다. 또한 우리 미국식 모델이 최적이라는 보장이 없는 상황에서 동시에 캐나다, 페루, 뉴질랜드, 호주와의 협상을 진행하면서 협상능력과 조문의 이해도가 높아져 우리 협상대표들도 새로운 문안을 제시하기도 하였다. 특히 ISDS 절차조항은 한-미 FTA 문안이 지나치게 길어 27개에서 7개로 줄이면서 우산조항, 사전동의 조항, 임시적 구제조항, 택일(Fork-in-the-Road) 방식[170] 등만 규정하는 방식으로 수정 문안을 제시하였다. 이하에서는

170) 한-미 FTA에서는 미국은 택일적 방식이고 우리 투자자는 포기(Waiver) 방식이지만, 한-인도 CEPA에서는 간명하면서 절차의 중복을 방지하기 위하여 택일(Fork-in-the-Road) 방식으로 선회하였다. 물론 포기(Waiver)가 투자자 보호에는 도움이 되지만 국내절차와

한-미 FTA 이후 우리의 변형된 문안[171]을 기초로 논의를 전개하기로 한다.

먼저 한-인도 CEPA의 경우[172] 투자 장은 총 4개절 22개의 조문과 3개의 부속서 및 유보안으로 구성되어 있으며, 투자 자유화 및 투자자 보호제도를 규정하여 양국은 먼저 투자의 전 과정, 즉 설립 전 투자 및 설립 후 투자에 대하여 상대국 투자자에게 자국 투자자 및 투자보다 불리하지 않은 대우를 제공하는 내국민대우를 부여하고, 연방제를 취하고 있는 인도의 특수성을 고려하여 지역정부 역시 자국 투자자 및 투자에 부여하는 가장 유리한 대우보다 불리하지 않은 대우를 부여하도록 하였다. 또한 이행요건 부과금지 조항을 삽입하여 TRIMs plus 요소인 기술의 이전, 독점적 공급의무 관련 항목을 삽입하였다.

그러나 한-싱가포르 FTA는 MFN 조항 없이 미래 협의 기회만을 부여한 점, 한-칠레, 한-EFTA FTA의 경우도 MFN 조항은 있지만, 제3국에 혜택 부여 시 협정 상대국에 협의 기회만을 부여한 점 등을 고려하여 한-인도 CEPA에서도 어느 한쪽 당사국이 다른 제3국과 투자에 관한 새로운 협정을 체결하는 경우 이에 대해 기존 상대국의 요청에 따라 상대국에게 제3국에게 제공되는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 고려해야 한다고 규정하여 자동 MFN 조항을 삽입하지는 않았다. 또한 특별희생, 부동산가격안정화 정책 등을 반영한 수용부속서와 긴급 세이프가드 조치를 삽입하였다. 또한 실제 문제되는 외교관계가 없는 경우를 혜택의 부인에서 삭제하였다.

그리고 공정·공평대우(fair and equitable treatment)와 충분한 보호 및 안전

국제중재 간 불일치 등 소송경제면에서 불합리한 점이 있다는 점과 미국과 같은 일원주의 국가가 아닌 나라에서는 포기(Waiver) 방식을 고집할 필요가 없다는 점에 기인한다.

171) 여기서 말하는 '문안'이라는 표현은 각 부처간에 합의된 것은 아니나 초기협정문 교환시 산업통상자원부 서비스·투자과에서 우리측 투자협정문 초안을 만들면서 각 부처의 의견을 수렴하게 되는데 한-미 FTA 이후 많은 변화요소와 중재판정을 반영하여 한-페루, 한-뉴질랜드, 한-호주, 한-콜롬비아 FTA 등에서 초안으로 교환하는 안을 말한다. 물론 나라마다 특이성이 있어 매번 같은 문안을 사용하는 것은 아니나 거의 유사한 문구를 사용하고 있고 다만 협상과정에서 우리측 통상주권의 실현과 투자자 보호를 위해 많은 변형이 이루어지는 것은 사실이다. 뒤의 조문별 설명에서는 이러한 최근의 다양한 문안을 기초로 논의를 전개하기로 한다. 다만 정부의 공식적 입장으로 보기에는 무리가 있고 반드시 초안대로 관철되는 것도 아니라는 점을 유의하기 바란다.

172) 외교통상부, 한-인도 CEPA 주요내용 (2009 .10.). 자세한 내용은 http://www.fta.go.kr/main/situation/kfta/lov5/in/2/ 참조(최종 확인: 2018. 1. 30.).

(full protection and security)을 상대국 투자자에게 부여하면서 외국인투자자에 부여되는 공정하고 공평한 대우 및 충분한 보호 및 안전은 국제관습법상의 최소 기준 이상의 대우를 요구하는 것이 아니며 기타 추가적인 권리를 부여하는 것이 아니라고 하였으나 한-미 FTA와 달리 "공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여, 국제관습법에 따른 대우(in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security)"가 아닌 공정·공평대우와 충분한 보호 및 안전만 규정하였다.[173] 또한 충분한 보호와 안전의 의미에 대한 정의조항 삽입은 하지 않았다.

투자자의 정의조항에서는 해당국 기업과 그 지점(its branch)만을 포함하여 제3국 지점의 협정 적용을 위한 조약 쇼핑(treaty shopping)을 방지하였다.

또 하나의 가장 큰 차이는 보조금·무상교부는 투자협정 적용에서 배제하여 보조금·무상교부에 NT, MFN, SMBD 조항[174]은 적용되지 않을 수 있지만, 이행요건(PR)과는 결부될 가능성이 있으므로 이행요건(PR), 투자자 대 국가 분쟁해결(ISDS) 조항은 적용하기로 합의하였다.

마지막으로 ISDS 대상범위와 관련하여 택일(Fork-in-the-Road) 방식을 채택하였고 ISDS 대상을 협정의무 위반에 한정하여 남소로부터 투자유치국을 보호하였다.

또한 투자자유화 약속에서는 네거티브 방식의 유보안을 사용하였다. 다만 한-인도 CEPA 투자 장은 한-미 FTA와 달리 한-미 FTA가 Mode 1, 2, 4를 서비스 장에서, Mode 4와 비(非)서비스 투자(제조업 등)를 투자 장에서 규율하는 NAFTA 형태를 취하고 있는 반면, 한-인도 CEPA는 Mode 1, 2, 3, 4는 서비스 장에, 비(非)서비스 투자만 투자 장에서 규정하는 방식을 취하고 있다.

---

173) 한-인도 CEPA 제10.4조 대우의 최소기준(Minimum Standard of Treatment)에서 "각 당사국은 자국 영역 내 다른 쪽 당사국의 투자자의 투자에 "공정하고 공평한 대우"와 "충분한 보호 및 안전"을 부여한다(Each party shall accord to an investment of an investor of the other Party in its territory "fair and equitable treatment" and "full protection and security")."고 규정.

174) 내국민대우(NT, National Treatment), 최혜국대우(MFN, Most - Favored-Nation Treatment), 고위경영진 및 이사회(SMBD, Senior Management and Boards of Directors), 이행요건(PR, Performance Requirements) 등은 약자로 기술하기로 한다.

또 하나의 특징은 서비스 장은 포지티브 방식이지만 투자 장은 네거티브 방식으로 차별을 두어 Mode 3인 서비스투자의 경우 PR, SMBD 의무는 적용되지 않으며, 서비스 장 및 그 양허안에 따른 NT, MA 의무를 부담하게 된다.

비합치조치와 관련하여서는 ① 내국민대우(NT), ② 이행요건(PR), ③ 고위경영자 및 이사회(SMBD) 등에 대해 불합치되는 조치를 유보로 기재하는 경우, 동 조치는 협정의 의무가 면제됨을 규정하였으나 인도 주(州)정부는 PR과 SMBD 의무에 한하여, 그에 불합치되는 조치의 채택 및 유지가 가능하고 NT는 유보하지 않았다. 또한 보조금은 PR과 ISDS를 제외하고는 협정문에 적용되지 않으며 정부조달에만 내국민대우, 고위경영자 및 이사회 관련 의무가 적용되지 않는다고 한정하였다.

(나) 한-ASEAN FTA

한-ASEAN FTA는 개별국과의 BIT가 존재하였으므로 통일성을 기하기가 어려운 측면이 있었다. 그러나 오랜 협상 끝에 나름대로 한-미 FTA를 모델로 하여 특수성을 가미하는 방향으로 그러한 어려움을 해결하였다.

먼저 투자자의 정의조항에서 제3국 지점을 배제하기 위하여 해당국 기업의 지점으로 한정하였다.

미래 MFN 규정도 어느 한쪽 당사국이 다른 제3국과 투자에 관한 새로운 협정을 체결하는 경우, 이에 대해 기존 상대국의 요청에 따라 협의할 기회를 준다고 명시하면서 ASEAN 국가간의 유리한 대우는 원용하지 못하는 특수성을 인정하였다.

그리고 최소기준대우(MST, Minimum Standard of Treatment)와 관련하여서는 국제관습법(customary international law)을 삽입하였으나 공정·공평대우와 완전한 보호와 안전이 국제관습법에 포함되는 개념임을 최소기준대우 제1항에 삽입하지 않고[175] 국제관습법이 요구하는 이상의 개념이 아님을 명시하였

175) 한-ASEAN FTA 제5조 투자의 일반적 대우(General Treatment of Investment)에서 "각 당사국은 그 밖의 당사국의 투자자의 적용대상투자에 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 부여한다(Each party shall accord to covered investment of investors of any other Party fair and equitable treatment and full protection and security)."로 규정하고 있다.

다. 그러나 대체적으로 국제관습법이라는 개념을 사용하였다는 점에서 무분별한 확대를 방지하는 효과가 있다고 본다.

또한, 이행요건은 TRIMs 규정이 적용된다고 규정하였고, 정부조달과 보조금은 협정문 전체에서 적용을 배제하였다. 또한 특징은 간접수용 부속서는 우리 투자자 보호를 위해 협정문에 삽입하지 않았고, 우산조항은 ISDS 절차조항에서 배제하고 ASEAN 국가의 특성상 NT, MFN, MST, SMBD, 송금, 수용, 손실보상만이 ISDS 대상이 된다고 한정하였다. 물론 한-ASEAN FTA가 한-미 FTA에 비하면 투자자 보호수준이 높다고 단정 짓기는 어려우나 10개국의 집합체라는 점, ASEAN국가의 특수성 등을 고려할 경우 MST, 동의조항 삽입 등은 나름대로 의미 있는 성과라고 평가할 수 있다. 제23조에서는 다른 협정과의 관계에서 기존의 BIT를 유지하여 우리 투자자가 BIT와 FTA 중 동시에 유리한 부분을 원용할 수 있다.[176] 또한 한-ASEAN FTA는 제27조에서 작업계획(Work Programme)을 삽입하여 MFN, 간접수용부속서, 과세와 수용에 관한 부속서, ISDS, 이행요건, 유보목록 등에 대하여는 발효 후 5년 안에 협의를 개시하기로 하였으므로 향후 우리 투자자 보호를 위해 개정의 여지를 남겨두었다는 점에 의의가 있다.

176) 필자가 한-ASEAN FTA나 한-인도 CEPA 협상에 관여하지 않은 상황에서 전체적인 협상의 흐름을 이해하기는 어렵다. 다만, 조문 하나 하나 관철이 되었는지도 중요하지만 다른 조항과의 관계에서 어떤 진척이 있었는지, 우리 투자자 보호를 위해 어떤 조문을 대신 삽입하였는지, 협상의 시기 등을 고려하여 전체적인 맥락에서 평가하여야 한다는 생각이 든다. 더군다나 한-미 FTA의 미래 MFN 문제로 인하여 그 뒤에 체결되는 FTA는 상당한 주의를 요한다는 점에서 더더욱 그러하다고 본다.

【 한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA와 한-미 FTA 비교 】

항 목	한-인도 CEPA	한-ASEAN FTA	한-미 FTA
투자자의 정의	제3국 지점 배제조항 삽입 (its branch)	제3국 지점 배제조항 삽입	제3국 지점 배제조항 없음
비합치조치	보조금은 이행요건과 ISDS를 제외하고는 협정문에 전체 배제, 정부조달에만 NT, SMBD만 배제	정부조달, 보조금은 협정문 전체에서 배제	정부조달, 보조금은 NT, MFN, SMBD, PR만 배제
최혜국대우	미래 MFN시 기존 상대국의 요청에 따라 상대국에게 제3국에게 제공되는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 고려	미래 MFN시 협의 기회 부여	미래 자동 MFN
유보안177)	네거티브 목록(다만, Mode 3는 서비스에서 규율하는 포지티브 목록)	네거티브 목록(다만, Mode3는 서비스에서 규율하는 포지티브 목록)	네거티브 목록
이행요건	TRIMs plus로 서비스 삽입	TRIMs 규정	서비스는 배제
다른 협정과의 관계	기존 BIT 유지	기존 BIT 유지 ASEAN 역내 국가간의 차별적 조치 인정	없음
간접수용 부속서	있음	없음	있음
ISDS 대상범위 및 구성	우산조항 배제	NT, MFN, MSOT, SMBD, 송금, 수용, 손실보상 만이 ISDS 대상	우산조항

177) 한-인도 CEPA와 한-ASEAN FTA는 서비스 장에서 원칙적으로 Mode 1, 2, 3, 4를 모두 규율하나, Mode 3의 경우 투자자 보호와 관련하여서는 별도의 투자 장을 적용한다고 보인다. 자세한 논의나 구체적 조문은 후술하는 투자 장 규율방식을 참조.

(3) 한-호주 FTA, 한-캐나다 FTA

(가) 한-호주 FTA

한국과 호주는 2009년 5월 19일 호주 캔버라 제1차 협상을 시작으로 총 8차례의 협상 끝에 2013년 12월 4일 발리에서 실질적 타결을 이루었다. 2014년 4월 8일 공식서명을 거친 후, 2014년 12월 12일 한-호주 FTA가 발효하였다.

한-호주 FTA는 한-미 FTA와 마찬가지로 자유화 수준이 높은 협정이다. 무엇보다도 호주가 유지해온 투자협정 ISDS 제외 정책을 철회하고 ISDS 조항을 넣은 첫 FTA로 기록되었다. 호주는 2011년부터 투자협정에 ISDS 조항을 제외하는 정책을 채택·유지하고 있었다. 한국은 적극적인 투자 유치를 위해서는 ISDS 조항이 반드시 필요한 점을 성공적으로 설득하여 호주가 다시금 ISDS 조항을 삽입할 수 있도록 하였다.

투자 장은 3개의 절로 구성되어 있다. 제1절(Section A)은 외국인 투자 및 투자자에 대해 투자유치국 정부가 제공해야 하는 대우 및 예외를 규정하였고, 제2절(Section B)은 투자자-국가 간 분쟁해결절차에 대해 규정하였다. 제3절(Section C)은 투자 장 관련 용어의 정의(definition)를 규정하였다.

한-호주 FTA에서는 한-미 FTA에는 없었던 새로운 사항들이 눈에 띈다. 최혜국(MFN)대우 조항은 한-미 FTA와 같이 발효 이후에 서명되는 협정에 대해 MFN대우를 부여하는 미래 MFN조항이지만, ISDS에는 MFN을 적용하지 않는다는 각주를 추가하였다. 특히 대우의 최소기준조항과 관련, “경찰보호제공”문안을 국제관습법에서 요구하는 경찰보호로 규정하고 있는 한-미 FTA와 달리, 적용대상투자에 대한 물리적 보호와 안전을 보장하는데 필요한 합리적인 조치라는 문안을 채택하였다.

환경정책 자율성에 매우 민감한 태도를 취해온 호주는 결국 한-미 FTA에 있던 투자와 환경조항을 삭제하였다. 간접수용 조항과 관련하여서는 특별희생과 부동산 가격 안정화 정책 자율성보호는 한국에만 적용되도록 각주처리를 하였으며 상소제도 설립 부속서 등은 전부 삭제되었다.

ISDS 조항은 궁극적으로 협정문에 포함되었으나 한-미 FTA와 비교하면

문안이 간소하여 한-인도 CEPA ISDS 조항과 유사하다고 볼 수 있다.

(나) 한-캐나다 FTA

한-캐나다 FTA는 2005년 7월 28일 제1차 협상을 시작으로 총 14차례의 협상을 거친 끝에 2014년 3월 11일 타결되었다. 그 후, 2014년 9월 23일 정식 서명을 거쳐 2015년 1월 1일 발효하였다.

한-캐나다 FTA도 한-미, 한-호주 FTA와 마찬가지로 3개의 절로 구성되어 있다. 제1절(Section A)은 외국인 투자 및 투자자에 대해 투자유치국 정부가 제공해야 하는 대우 및 예외를 규정하였고, 제2절(Section B)은 투자자-국가 간 분쟁해결절차에 대해 규정하였다. 제3절(Section C)은 투자 장 관련 용어 정의(definition)를 규정하였다.

한-캐나다 FTA도 투자자 보호와 정책자율성이 서로 조화롭게 반영된 협정문이다. 한-미 FTA와 대체적으로 투자자유화 수준이 비슷하나 차별화된 문구가 존재한다.

우선 내국민대우와 최혜국대우 조항과 관련 한-미 FTA의 지역정부 "regional level of government(국문조약은 '지역정부'로 표현)"와 달리, "local government(지방정부)"도 포함하는 개념인 "sub-national government(국문조약은 한-미 FTA와 동일하게 '지역정부'로 표현)" 문구를 삽입하면서 내국민대우의 의무주체를 한-미 FTA 보다 넓혔다. 또한 최혜국대우 조항도 한-호주와 같이 ISDS 조항에 적용되지 않는다는 취지의 각주를 삽입하였다.

한-호주 FTA와 달리 한-미 FTA의 투자와 환경 조항을 유지하였으나 국내의 보건, 안전 또는 환경적 조치를 완화함으로써 투자를 장려하는 것은 부적절하다는 문구를 별도로 삽입하였다.

또한 한국 기 체결 FTA 중 최초이자 유일하게 기업의 사회적 책임(corporate social responsibility)조항을 삽입하여 기업으로 하여금, 노동, 환경, 인권, 지역사회, 반부패 등에 관심을 갖고 영리활동을 하도록 규정하였다.

ISDS 조항은 자세한 중재 절차를 규정함으로서 절차적 정당성을 확보하였으나, 투자인가 및 투자계약 위반이 청구 원인에서 제외되어 ISDS 중제기가

가능한 범위는 좁아졌다. 또한 제8.10조(투자와 환경)와 제8.16조(기업의 사회적 책임) 위반으로 인한 ISDS 중재제기도 불가능하다.

한-미 FTA에 포함되어 있던 과세와 수용 부속서는 포함되어 있지 않으나, 상소기구 설립조항이 포함되었고 비분쟁당사자의 의견제출(submission by Non-Disputing Parties) 부속서를 통해 비분쟁당사자가 중재에 참여하기 위해 어떠한 요건을 충족시켜야 하는지를 상세히 기술하였다.

(4) 한-중 FTA, 한-뉴질랜드 FTA

(가) 한-중 FTA

한-중 FTA 는 2012년 5월 14일 제1차 협상을 시작으로 총 14차례의 협상을 거친 끝에 2014년 11월 11일 베이징에서 타결을 선언하였으며, 2015년 6월 1일 정식서명을 거쳐 같은 해 12월 20일 발효되었다.

한-중 FTA 협정문은 부속서 22-A(Guidelines for Subsequent Negotiation)에서 2단계 협상절차를 통하여 향후 투자 협정문의 재협상을 의무화하였다. 최근 2017년 12월 양국은 서비스·투자 후속협상 개시 선언을 하였고, 2018년 3월 제1차 후속협상을 시작으로 현재 서비스·투자 개정 협상이 진행 중이다.

2단계 협상의 대상은 정의조항, 적용범위, 내국민대우, 최혜국대우, 대우의 최소기준, 송금, 이행요건, 고위 경영진 및 이사회, 비합치조치, 투자자-국가분쟁해결로서 사실상 양국은 협정문의 전면적인 수정을 가하기로 합의하였다. 특히 2단계 협상절차에는, 이행요건조항을 설립 전 및 설립 후 투자 모두에 적용시키고 간접수용의 예외를 포함시키도록 규정하였다. 양국은 위 2단계 협상을 통해 투자 자유화의 수준이 더욱 더 높아질 것으로 기대하고 있다.

양국이 재협상을 감안하여서인지 현재 발효 중인 한-중 FTA 투자 장의 투자 자유화 수준은 한-미 FTA보다는 비교적 낮은 것으로 평가된다. 예를 들어, 대우의 최소기준 조항에서 공정하고 공평한 대우의 수준을 국제법 기준으로 설정을 해놓지 않았으며 이행요건 조항 역시 한-미 FTA와 같이 자세한 규정 없이 WTO TRIMs(Trade Related Investment Measures) 규정을 원용

하였을 뿐이다.

하지만, 양국은 안보의 중대함을 고려하여 안보예외조항을 추가하여 안보정책의 정책자율성을 확보하였고, 제12.19조(투자 환경 개선을 위한 접촉선)를 통하여 투자자의 애로사항을 접수하고 해결할 수 있는 접촉선 설립을 의무화 하였다. 특히, 실질적인 투자 애로사항을 해결해 줄 수 있는 중국의 지방정부(local government)에도 접촉선 설립 및 유지를 의무화 하였다. 한국의 경우, KOTRA는 옴부즈만(ombudsman)을 통해 투자 유치 뿐 아니라 외국인 투자자로부터 투자 애로사항을 접수하고 해결해 주는 최초 창구역할을 하게 된다.

한-미 FTA에 규정된 자세한 ISDS 조항과 달리, 한-중 FTA ISDS 조항은 상대적으로 간략히 규정되어 있다. 양국은 2단계 후속협상을 통해 보다 구체적인 ISDS 절차를 도입하여, 투명하고 효율적인 중재절차 진행이 가능하도록 할 필요가 있다.

(나) 한-뉴질랜드 FTA

한-뉴질랜드 FTA는 2009년 6월 8일 제1차 협상을 시작으로 2014년 11월 15일 타결을 선언하였다. 2015년 3월 23일 정식서명을 거쳐 같은 해 12월 20일에 발효되었다.

한-뉴질랜드 FTA도 한-미 FTA와 마찬가지로 투자 자유화 수준이 매우 높은 투자협정으로 평가된다. 기 체결 투자협정 구성과 달리, 정의조항을 우선적으로 두고 투자 보호 및 투자 자유화 조항이 기술되어 있는 제1절(Section A) “투자”와 제2절(Section B) “투자자-국가 간 분쟁해결”을 순차적으로 규정하고 있다.

한국의 기 체결 FTA와 다르게 제1조에 목적(Objectives) 조항을 두어 정부가 투자자유화 뿐 아니라 공중보건, 안전, 환경에 책임지는 자세를 보여야 한다는 선언적 문안을 명시해놓았다.

수용조항 관련, 최소기준대우 조항에 기술되어 있는 공정·공평대우(fair and equitable treatment)와 충분한 보호 및 안전(full protection and security)의 기준이 국제법 수준에 부합하여야 한다는 문구가 명시되어 있지는 않지만, 각주에

동 조항은 부속서 10-A(국제관습법)에 따라야 한다는 문구를 삽입하여 국내법이 아닌 국제법 수준으로 외국인 투자자에게 최소기준대우를 해주어야 함을 의무화하였다. 간접수용의 정의와 판단 기준을 규정하고 있는 부속서 10-B(수용)는 특별희생을 각주에, 부동산가격안정화정책을 협정문에 명시함으로써 해당 정책자율성을 확보하였다.

또한 무력충돌 또는 내란시의 대우 조항을 새롭게 신설하여 무력충돌, 전쟁, 반란, 폭동 등으로 인해 외국인 투자자가 손실을 입었을 경우, 국내 투자자 및 비당사국 투자자와 동등한 손실보상을 의무화하였다.

수용조항도 대우의 최소기준 조항과 마찬가지로 각주에 부속서 10-A(국제관습법)에 따라야 한다는 문구를 명시함으로서 조항과 관련된 모든 법적 의무는 국제기준에 부합하여야 함을 의무화하였다.

ISDS 조항은 대체적으로 한-미 FTA 문안과 유사하다고 평가할 수 있다. 다만, ISDS 적용범위를 투자인가 및 투자계약을 제외한 투자협정문 위반으로 한정하였으나, 자세한 중재 절차를 명시하여 절차적 정당성을 확보하였다.

부속서 관련, 상소기구 설립 관련 부속서는 제외되었지만, 과세와 수용 부속서는 한-미 FTA와 동일하게 삽입되었다.

(5) 한-베트남 FTA, 한-콜롬비아 FTA

(가) 한-베트남 FTA

한-베트남 FTA는 2012년 9월 3일 제1차 협상을 시작으로 총 9차례의 추가협상이 있었다. 2년여가 지난 2014년 12월 10일 협상타결을 선언하였고, 이듬해 5월 5일 정식서명을 거쳐 같은 해 12월 20일 발효되었다.

양 당사국은 투자자의 권리를 강화하고 투자환경을 개선할 수 있도록 한-ASEAN FTA 투자협정과 한-베트남 BIT 보다 높은 수준의 투자 자유화 및 투자 보호규범에 합의하였다. 베트남은 중국과 같이 유보안 작성 경험이 없었으므로, 한-베트남 FTA 발효 후 1년 내 유보를 완결토록 하는 재협상 조항을 삽입하였다. 특히 유보 협상 시점에서 베트남이 유보목록을 작성한 협

정 중 최고 수준(the most advanced level)을 반영할 수 있도록 규정하였다.

한-베트남 FTA는 한-미 FTA를 비롯한 대부분의 기 체결 FTA들과 마찬가지로 3개의 절 및 부속서로 구성되어 있다.

제1절(Section A)은 외국인 투자 및 투자자에 대해 투자유치국 정부가 제공해야 하는 대우 및 예외를 규정하였고, 제2절(Section B)은 투자자-국가 간 분쟁해결절차에 대해 규정하였다. 제3절(Section C)은 투자 장 관련 용어의 정의(definition)를 규정하고 있다.

한-뉴질랜드 FTA와 마찬가지로 대우의 최소기준 조항과 수용과 보상 조항에 각각 각주를 삽입하여 법적 의무 수준을 국제관습법 기준에 부합하도록 하였다.

ISDS 조항도 한-미 FTA와 유사하게 자세한 중재절차가 포함되어 있다. 부속서 관련, 송금(Transfers) 부속서는 포함되어 있으나, 과세와 수용, 상소기구 설립 부속서 등은 제외되었다.

(나) 한-콜롬비아 FTA

2009년 12월 7일 제1차 협상을 개시한 한-콜롬비아 FTA는 총 7차례의 협상 끝에 2012년 6월 25일 타결되었다. 이듬해 2월 21일 정식서명을 거친 후, 2016년 7월 15일 발효되었다.

한-콜롬비아 FTA 투자협정문은 한-미 FTA와 같이 세 개의 절로 구성되었다. 제1절(Section A)은 외국인 투자 및 투자자에 대해 투자유치국 정부가 제공해야 하는 대우 및 예외를 규정하였고, 제2절(Section B)은 투자자-국가 간 분쟁해결절차에 대해 규정하였다. 제3절(Section C)은 투자 장의 관련 용어에 대한 정의(definition)를 규정하였다.

또한, 한-콜롬비아 FTA는 한-미 FTA와 마찬가지로 미래 MFN을 규정하여 협정 발효 이후, 서명되는 모든 협정에 대해 MFN이 적용된다.

대우의 최소기준 및 수용, 이행요건 조항 등도 기 체결 FTA들과 같은 수준으로 체결되었다. 대부분의 조항이 국제법 기준에 부합해야 한다는 규정을 명시함으로써 콜롬비아에 투자를 계획하는 한국인 투자자의 보호기준을 높였다.

ISDS 조항도 중재절차가 자세히 기술되었으나 한-미 FTA와 몇 가지 차별화된 조항이 눈에 띈다. 우선 ISDS 중재제기 적용범위를 투자협정상 의무위반으로 한정하였다. 한-미 FTA에서는 협정문 위반 뿐 아니라 투자계약과 투자인가 위반을 포함시킨 것과는 다른 형태이다. 한-미 FTA의 제척기간이 3년인데 반해 한-콜롬비아 FTA는 3년 6개월이며, 냉각기간도 한-미 FTA는 분쟁사건 발생일로부터 6개월인 것에 반해, 한-콜롬비아 FTA는 분쟁통보일(date of notice of dispute)로부터 8개월로 명시되어 있다. 또한 국내 행정절차 전치 규정을 마련하였다. 예를 들어 피청구국은 청구인으로 하여금 청구제기 전에 피청구국의 국내법에 따라 국내의 비사법적 행정검토 절차를 개시하도록 요구할 수 있다. 단, 이러한 절차는 3개월을 넘지 않아야 하며, 국내 행정검토 절차의 어떠한 결정도 투자자의 ISDS 제기를 금지하지 않는다.

국내중재와 국내제소 절차와의 관계에서도 한-미 FTA와 차별화된 규정을 도입하였다. 한-미 FTA의 경우, 미국인 투자자는 한국정부를 상대로 한국법원 또는 국재중재 정차 제소 중 하나를 사전 선택할 수 있는 택일(Fork-in-the-Road) 조항을 명시하였고. 한국인 투자자는 미국정부를 미국 법원 제소 후에도 동 미국 국내법원 재판절차 중지를 전제로 ISDS 절차 개시가 가능한 포기조항(Waiver)을 규정하였다. 즉, 한국인 투자자과 미국인 투자자 사이에 법적 의무를 차별화시킨 점이 한-미 FTA의 특징이다. 하지만 한-콜롬비아 FTA는 양국투자자에게 택일조항만을 적용하여 투자자에 대한 법적의무를 일원화하였다.

다. 한-EU FTA와의 차이

위에서 본 바와 같이 한-EU FTA는 집행부가 각 27개 EU회원국으로부터 투자자 보호에 대한 권한을 위임받지 못하여 투자자 보호는 개별국과의 BIT로 해결하고 투자 자유화는 FTA로 체결하는 방식을 채택하였다. 따라서 FTA에는 ISDS나 투자자 보호 관련 조항이 존재하지 않는다.

또한 가장 큰 특징은 한-EU FTA는 투자 장에서 투자(Investment)라는 용어를 사용하지 않고 설립(Establishment) 장에서 함께 규율한다는 점에 특징

이 있다. 또한 제7장의 국경간 서비스(Cross Border Supply of Services) 제2절(Section B)에서는 Mode 1, 2를 규율하고, 제3절(Section C) 설립(Establishment)에서는 Mode 3와 비서비스 투자를, 제4절(Section D)에서는 Mode 4를 다룬다는 점에 차이가 있다.[178] 그러나 한-EU FTA는 투자자유화와 관련하여 양허안을 사용하여 포지티브 방식을 사용하고 있다. 그 차이점과 대표적인 내용을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 한-EU FTA 방식은 WTO나 GATS와 유사하다고 볼 수 있는데 포지티브 목록을 사용하였다는 점이 한-미 FTA와 가장 큰 차이다. 즉, 한-미 FTA는 위에서 보았듯이 NAFTA 방식의 모델에 따라 유보안에서 예외로 기재하지 않는 한 원칙적으로 투자자유화를 허용하는 네거티브 방식을 따르고 있으나 한-EU FTA는 WTO 서비스 양허안과 같이 원칙적으로 진입을 금지하되 허용되는 분야를 양허표에서 열거하는 포지티브 방식을 따르고 있다.

다음으로 투자(Investment)라는 용어 대신 설립(Establishment)이라는 용어를 사용하고 있다는 점도 다른 부분이라 할 수 있다. 설립은 경제적 활동을 할 목적으로 (i) 법인을 구성, 인수, 유지하거나, (ii) 지사(branch) 또는 대표사무소(representative office)를 창설, 유지하는 행위로서 서비스업(Mode 3)과 비서비스업(제조업, 광업 등) 분야의 상업적 주재를 포괄하는 개념이다.[179]

마지막으로 가장 큰 차이는 투자자 보호를 FTA에서 규율하지 않으므로 이행요건, 최소기준대우, 손실보상, 수용보상, 특별형식 및 정보요건, 대위변제, ISDS 규정이 존재하지 않고 MA(Market Access) 등이 존재한다는 점이다. 물론 투자자 보호는 위에서 보았듯이 개별국과의 BIT로 해결하는 방식으로 이원화되어 있다고 볼 수 있다.

그러나 투자 자유화의 진전을 위하여, 투자 법제, 투자 환경 및 투자의 흐름에 대한 협정당사국의 검토의무를 규정하여 협정문 내용 등에 대하여 검토를 하

178) 한-EU FTA 서비스 분야의 구체적 약속에 관한 양허표(Schedule of Specific Commitments in Services Sectors) 주해(Explanatory Notes)에서도 "'3) 상업적 주재'의 공급형태는 제7.9조 가호에 따라 설립을 통한 서비스 공급으로 양해된다(The mode of supply '3) the commercial presence' is understood as the supply of a service through an establishment, in accordance with Article 7.9 (a))."라고 명시하고 있다.

179) 관계부처합동, 한-EU FTA 상세설명자료(2009. 10.) 107-110면 참조. 동 자료는 다음 웹사이트에서 확인 가능: http://www.fta.go.kr/eu/doc/2/ (최종 확인: 2018. 1. 30.).

되, 협정의 발효 후 3년 이내 시점부터 정기적으로 이행하도록 하였다. 즉, 향후 투자보호 관련 협상 권한이 EU 집행위원회로 이관될 경우 투자보호 관련 별도의 협상을 개시할 수 있는 근거를 마련하였다.[180]

또한, MFN과 관련하여 FTA 체결 이후, 제3국과의 경제통합협정에서 더 높은 수준의 개방을 약속한 경우, 그러한 개방 혜택을 FTA 상대국에게 부여하는 미래 MFN을 규정하였다.[181] 다만 EU 신규가입국, EEA(EU-EFTA간 경제통합협정)와 같이 "이 절의 맥락에서 취해지는 것보다 중대하게 더 높은 수준의 의무를 규정한 분야별 또는 수평적 약속에 따라 부여되는 지역경제통합협정상 대우(Treatment arising from a regional economic integration agreement, granted under sectoral or horizontal commitments for which the regional economic integration agreement stipulates a significantly higher level of obligations than those undertaken in the context of this Section)"는 최혜국대우 의무 적용 대상에서 배제하기로 합의하였다.[182]

따라서 한-미 FTA 방식이나 한-EU FTA 방식 중 하나가 절대적으로 옳다고 고집할 수는 없다. 미국식 방식은 NAFTA를 기반으로 투자자유화에 초점을 맞추고 Mode 3의 독자성을 인정하는 모델이라고 할 수 있으나, EU 방식은 어차피 서비스 장(Chapter) 안에서 절(section)을 국경간 서비스와 설립으로 나누는 방식으로서 WTO에 근거한 방식이다. 유의할 점은 우리가 양대 통상

---

180) 한-EU FTA 상세설명자료, 앞의 자료 108-109면 참조. 한-EU FTA 제7.16.조 투자의 법적 틀의 검토(Review of The Investment Legal Framework) "2. 제1항에서 언급된 검토의 맥락에서, 양 당사자는 직면해 왔던 투자에 대한 장벽을 평가하고, 투자보호의 일반적 원칙에 대한 것을 포함하여 이 장의 규정을 심화하기 위하여 그러한 장벽을 다루기 위한 협상을 수행한다(In the context of the review referred to in paragraph 1, the Parties shall assess any obstacles to investment that have been encountered and shall undertake negotiations to address such obstacles, with a view to deepening the provisions of this Chapter, including with respect to general principles of investment protection)."

181) 한-EU FTA 제7.14조 이는 EU가 제3국과 한-EU FTA 발효 이후 FTA 체결시 그 혜택을 우리가 볼 수 있음을 의미한다.

182) 보다 높은 경제통합협정이란 서비스, 자본, 인력의 자유로운 이동이 보장된 역내시장(internal market) 또는 공동시장(common market)이 존재하거나 완전한 설립의 자유와 당사국간의 국내 입법 통일·조화 등의 내용을 포함한 인접국가와 맺은 경제통합협정을 말한다. 이러한 경우의 대표적인 예로서 EU 신규가입국과의 경제통합협정이나 FTA 등을 들 수 있다.

거대국인 미국과 EU와의 협상을 완료하였다는 점이다. 수출과 교역을 중심으로 하고 있는 국가의 특성상 많은 나라와 FTA를 체결하는 우리의 현실에 비추어 앞으로 많은 EU 신규가입국이나 EU 모델을 선호하는 나라들에게 투자자유화를 위한 NAFTA 형태의 모델을 어떻게 관철시킬 것인지가 주안점이다. 물론 EU 신규가입국을 상대로 미국식 모델을 강요할 경우 EU 가입 이후 기존의 FTA 모델이 폐지될 것인지 여부가 문제가 될 수 있으나 EU는 집행부가 27개의 개별 회원국으로부터 투자자 보호에 대한 권한을 위임받지 못하였다는 점에 유의하여야 한다. 더군다나 한-EU FTA조차 검토조항을 삽입하여 추후 투자자 보호에 대한 논의의 여지를 남겨두었다는 점을 간과하지 않아야 한다.

이렇게 한-EU FTA 방식은 한-미 FTA와 많은 차이를 보여주고 있고, 실제 미국과 EU가 세계 경제시장의 양대 축이라는 현실에 비추어 WTO, OECD가 EU와 미국 간의 의견대립 등으로 인하여 진척이 더디다는 점에 주목할 필요가 있다. 더군다나 MAI는 미국이 주장하는 NAFTA 모델의 세계적 확산 및 선진국형 주도가 목표였으나 타결에 실패하였고 그 전후에 미국이 자국 투자자보호와 투자 자유화를 위해 양자간 FTA 투자협정을 체결하였다는 점에서 더더욱 깊은 성찰이 필요하다. 한-EU FTA 방식이나 한-미 FTA 방식 중 하나의 모델을 따르더라도 우리 투자자 보호를 위한 장치의 마련과 투자유치국의 부당한 책임을 방지할 필요가 있는 것이 바로 그 때문이다. 앞으로의 FTA는 단순한 수동적 방어가 아닌 우리 투자자 보호가 더욱 절실한 개도국 또는 신흥 거대경제국들과 체결하여야 한다면 우리가 어떤 전략을 가져야 하는지 고민해야 한다. 미국식 모델이나 EU식 모델이 반드시 FTA 투자 장의 전형이라고 할 수는 없고 우리의 통상주권과 투자자유화를 통한 통상 이득을 비교형량하는 선에서 결정해야 할 문제라고 볼 수 있다.

【 한-EU FTA와 한-미 FTA 비교 】

항 목 (한-미 FTA 조문)	한-EU FTA	한-미 FTA
투자	• 설립(Establishment)으로 규정 • 경제적 활동을 할 목적으로 (i) 법인을 구성, 인수, 유지하거나, (ii) 지점(branch) 또는 대표사무소(representative office)를 창설, 유지하는 행위로서 서비스업 (Mode3)과 비서비스업(제조업, 광업 등) 분야의 상업적 주재를 포괄하는 개념	• 투자(Investment)로 규정 • Mode 3와 비서비스 투자를 포함하여 별도의 장(Chapter)으로 규율
수용과 보상	없음(투자보호는 개별국과의 BIT로 해결)	있음 (투자자유화와 투자보호 포함)
손실보상	없음	있음
최소기준대우	없음	있음
MFN	• FTA 체결 이후, 제3국과의 경제통합협정에서 더 높은 수준의 개방을 약속한 경우, 그러한 개방 혜택을 FTA 상대국에게 부여하는 미래 MFN을 규정하였다. • 다만 EU 신규가입국, EEA(EU-EFTA간 지역경제통합협정)와 같이 "FTA보다 중대하게 더 높은 수준의 의무를 규정한 분야별 또는 수평적 약속에 따라 부여되는 지역경제통합협정상 대우"는 최혜국대우 의무 적용 대상에서 배제	미래 자동 MFN
대위변제	없음	있음(투자자보호)
이행요건	없음	있음(투자자보호)
고위경영진과 이사회[183]	• 원칙적으로 GATS에는 존재하지 않고 일응 투자자보호 관련 규정으로도 볼 수 있으나 국적요건이나 거주요건을 요한다는 점에서 시장진입 단계 즉 자유화와도 관련이 있다. • 따라서 한-EU FTA에서는 NT의 각주에서 이사회(BD)를 핵심인력 및 대졸연수생(Key Personnel and Graduate Trainees)의 각주에서 고위경영진(SM)을 나누어서 규정	있음
ISDS	없음	있음(투자자보호)
유보 및 양허	포지티브 목록(양허안)	네거티브 목록(유보안)

라. GATS와의 비교

위에서 보았듯이 한-미 FTA는 NAFTA 모델을, 한-EU FTA는 GATS의 모델을 취하는 점에서 상당한 차이가 있다. GATS와 FTA의 공통점과 차이점을 기술하면 다음과 같다.

최혜국대우(MFN, Most-Favored-Nation Treatment) 의무와 내국민대우(NT, National Treatment) 의무가 서비스와 투자 장에 모두 규정되어 있다.

다음으로 시장 접근(MA, Market Access) 의무[184]인데 주로 서비스 장에 존재하고 NAFTA 모델 투자 장에는 존재하지 않는다. 다만, 한-EU FTA처럼 비서비스 투자와 Mode 3를 설립(Establishment)이라는 이름으로 규율하는 방식의 경우에는 설립의 장에도 등장하게 된다.

이와 반대로 FTA에 새롭게 등장하는 것은 Mode 1, 2, 4의 경우는 서비스 공급의 조건으로 국내에 대표사무소나 기업을 설립하거나 거주해야 하는 등의 의무를 부과하지 못하는 현지 주재의무(Local Presence)금지 조항이고, Mode 3 즉 투자와 관련하여서는 이행요건(Performance Requirements) 금지, 고위경영진과 이사회(Senior Management and Boards of Directors) 등이 있다.

물론 이러한 구별은 Mode 3가 서비스로서 설립(Establishment)에 규율된다는 전제하에서의 구분이다. 따라서 NAFTA식 모델을 따를 경우 Mode 3와

---

183) 즉 한-EU FTA 설립(Establishment) 각주 16에서는 "이 조는 국적 및 거주 요건과 같이 설립체의 이사회 구성을 규율하는 조치에 적용된다(This Article applies to measures governing the composition of boards of directors of an establishment, such as nationality and residency requirements)."라고 규정하고 있고, 각주 25에서는 "부속서 7-가에 달리 규정되지 아니하는 한, 어떠한 당사자도 설립체가 고위관리직에 특정 국적의 자연인 또는 자신의 영역에 거주지를 갖는 자연인을 임명하도록 요구할 수 없다(Unless Otherwise provided in Annex 7-A, neither Party may require that an establishment appoints to senior management position natural persons of any particular nationality or having residency in its territory)."라고 규정하고 있다.

184) MA는 i) 서비스 공급자의 수 제한 (예. 외국 의료인수에 대한 연간 쿼터, 서비스 공급자의 국적요건-무쿼터(zero quota), 정부 또는 민간 독점, ENT에 근거한 음식점 면허), ii) 거래가액 또는 자산 제한 (예. 외국계 은행 자산이 국내 은행 총자산의 x% 이내), iii) 제공행위 수 또는 산출량 제한 (예. 외국 필름의 방영시간 제한), iv) 자연인 수 제한 (예. 외국 근로자는 전체근로자의 x% 이내), v) 법인이나 합작회사의 형태 제한 (예. 상업적 주재는 합명회사에 한함), vi) 외국인 지분 제한으로 구분되는 바, 자세한 설명은 GATS 해설서 앞의 책을 참조

비서비스 투자를 별도의 투자 장에서 규율하는 이상 투자자 보호조항은 GATS에서 찾아볼 수 없었던 새로운 조항이다. 이를 표로 나타내면 다음과 같다.

【 GATS와의 비교 】

구 분	GATS	한-미 FTA 투자 장
MA	있음	없음
NT	있음	있음
MFN	있음	있음
PR	없음	있음
SMBD	없음	있음
투자자보호규정 (손실보상, 대위변제, 수용, ISDS 등)	없음	있음

6. 서비스, 투자 구분 방식

가. 투자 장 규율방식[185)]

(1) 포지티브 방식과 네거티브 방식

투자자유화에 관한 약속을 포함한 투자자유화 협정에서 투자자유화를 약속함에 있어서 투자부분에서는 투자자유화(investment liberalization)를, 서비스부분에서는 시장접근(market access: MA)[186)]을 약속하는 방식에는 양허표(schedule)를

185) 국가투자분쟁 공무원 교육자료, 앞의 책 32-36면 참조

186) 한-인도 CEPA의 경우 앞에서 보았듯이 서비스(Mode 1, 2, 3, 4)는 포지티브 방식으로, 비서비스 투자는 투자유보안에서 네거티브 방식으로 하였고, 한-EU 방식은 Mode 3와 비서비스 투자를 설립(Establishment)으로 규율하면서 포지티브 방식인 양허안으로 작성하였다는 점에 차이가 있다. 또한, 한-EFTA FTA도 투자(네거티브 방식), 서비스(포지티브

통한 포지티브(Positive) 방식과 유보목록(reservation list)을 통한 네거티브(Negative) 방식 두 가지가 있다.[187]

(가) 포지티브(Positive) 방식

이는 투자자유화를 약속한 분야 및 업종만을 구체적으로 양허표(Schedule of specific commitments)에 기재하는 투자자유화 방식을 가리킨다. 즉 양허표에 명시적으로 기재한 분야에 한해 시장접근이 허용되고 기재하지 않은 분야는 개방을 하지 않는다는 의미다. 한-EU FTA 제7.13조 제1항에 의하면 "이 절에 따라 각 당사자에 의하여 자유화된 분야와 유보에 의하여 해당 분야에서 다른 쪽 당사자의 설립 및 투자자에 적용 가능한 시장접근 및 내국민대우 제한은 부속서 7-가에 포함된 약속 목록에 규정되어 있다(The sectors liberalized by each Party pursuant to this Section and, by means of reservations, the market access and national treatment limitations applicable to establishments and investors of the other Party in those sectors are set out in the lists of commitments included in Annex 7-A)."라고 규정하여 포지티브 방식임을 규정하고 있다. 이를 "상향(bottom-up)" 방식[188]이라고도 부른다. 실제 한-EU FTA 구체적 약속에 관한 양허표(Schedule of specific commitments in Services Sectors)의 주해(Explanatory Notes)에서도 "이 협정의 적용대상이 되나 이 양허표에 언급되지 아니한 분야 또는 하위 분야에서의 서비스 공급은 약속되지 아니한다(Supply of services in sectors or subsectors covered by this Agreement and not mentioned in this Schedule is not committed)."고 명시하여 기재한 분야만 개방한다는 점을 명시하고 있다.

그러나 주의할 점은 개방의 범위에 대해 포지티브 방식을 따르는 FTA 유형이라도 개방 대상 분야에 있어 허용되는 제한조치와 관련하여서는 각 당사국이 양허표에 당해 분야 및 업종별로 기재한 시장접근(MA)에 대한 제한, 내

방식)로 나누어서 규율하는 방식이다.

187) 포지티브 방식과 네거티브 방식에 대하여는 국제투자분쟁 공무원 교육자료, 앞의 책 64-70면 참조

188) 국제투자분쟁 공무원 교육자료, 앞의 책 64면

국민대우(NT)에 대한 제한조치는 기재된 제한에 한하여 허용된다는 점에서 네거티브 방식과 유사하다.[189]

즉, 한-EU FTA 제7.13.조 제2항에 의하면 "어떠한 당사자도 다른 쪽 당사자의 설립 및 투자자에 대하여 제1항과 합치되게 행해진 구체적 약속에 따라 부여된 대우와 비교하여 새로운 또는 더 차별적인 조치를 채택할 수 없다(Neither Party may adopt new, or more, discriminatory measures with regard to establishments and investors of the other Party in comparison with treatment accorded pursuant to the specific commitments undertaken in conformity with paragraph 1)."고 규정하여 양허표에 기재한 사항보다 추가로 제한할 수 없다는 점을 명시하고 있다.

또한, 수평적 양허 분야에 기재된 사항 외에는 약속 안 함(Unbound except as indicated in the Horizontal Commitments section.)이라고 기재하는 경우 실제 수평적 양허에서 명시한 것을 제외하고는 개방하지 않는다는 의미이므로 포지티브 방식(수평적 양허에 기재한 부분)과 네거티브 방식(Unbound)을 혼용한다고도 볼 수도 있다.

물론 어떠한 경우에도 현재 비합치조치가 있는 경우 유보안을 작성하건 양허안을 작성하건 제한조치의 내용이 근본적으로 달라질 수는 없고 단지 표현방식의 차이라는 점에 유의할 필요가 있다.

실제로 양허안의 'None'은 개방을 'Unbound'는 미개방으로 해석한다면 포지티브 방식이라 하여서 단지 개방하는 분야만 기재하는 것이 아니라 미개방도 기재할 수 있으므로 NAFTA는 네거티브(기재하지 않는 한 개방)이고 한-EU FTA는 포지티브(양허하지 않는 한 미개방)라는 도식은 성립할 수가 없다. 더군다나 뒤에서 보듯이 투자 장과 서비스 장의 유보안과 양허안을 규율하는 방식은 각 FTA마다 차이가 있고 Mode 3를 규율하는 위치도 차이가 있다는 점에서 투자자 보호와 자유화를 명백히 구분하여 어떤 방식이 옳다고 단정할 수는 없는 것이다.

---

189) 이와 같이 개방 분야에 대해서는 Positive list 방식을 수용하되 개방된 분야에 유지하고자 하는 불합치조치의 기재에 있어서는 Negative list 방식을 따르는 점에서 'GATS식 혼합형 방식'으로 부르기도 한다. 앞의 책 64면 각주 119 참조

【 WTO 양허표(Schedule of Specific Commitments of Country X) 예시 】[190]

분야 또는 하위 분야 (Sector or Sub-sector)	시장접근(MA) 제한	내국민대우(NT) 제한	추가 개방 약속 (Additional Commitments)
OO Services			
1. OO services 가. OO service (CPC 123)	1) None 2) None 3) Foreign equity less than 49% 4) Unbound except as indicated in the Horizontal Commitments section	1) Unbound 2) Unbound 3) None 4) Unbound except as indicated in the Horizontal Commitments section	

이러한 양허표 작성방식은 개방하는 분야 또는 하위분야를 왼쪽 1열에 나열하고 1행의 두 번째 열은 시장접근 제한, 세 번째 열은 내국민대우 제한, 네 번째 열은 추가 개방 약속을 기재하고 일단 양허가 되었으므로 개방을 일부 유보하려면 그 내용 안에 MA, NT 등 제한 사항을 기재하는 방식이다. 즉 분야 또는 하위분야에 예를 들어 사업서비스(Business Services)를 정하고, 밑에 전문직서비스(Professional Services), 하위 분야로 법률서비스(Legal services)를 기재한다. CPC(Central Product Classification)는 UN의 산업분류에 따른 번호이다.

세 번째 열의 NT 제한 등에 기재하는 1), 2), 3), 4)는 Mode 1, 2, 3, 4, "None"은 제한사항 없음, 즉 개방을 의미한다. 그러나 "Foreign equity less than 49%"는 Mode 3의 MA 제한조치로서 외국인 지분을 49% 미만으로 규제하는 것을 유보한다는 의미다. 이에 반하여 "Unbound"는 약속 안 함, 즉 미개방을 의미한다.[191] 그리고 수평적 양허 분야에 기재된 사항 외에는 약속

190) 실제 구체적인 양허안은 부록에 첨부된 한-EU FTA 법률서비스 양허안을 참조하기 바란다.
191) 약속하지 않는다는 것은 개방을 약속하지 않는다는 의미일 뿐이므로 실제로는 규제가 있을

안 함(Unbound except as indicated in the Horizontal Commitments section)은 수평적 양허(Horizontal Commitments)[192] 부분에서 양허한 것 이외에는 양허(개방)하지 않겠다는 의미다.

네 번째 열의 추가 개방 약속(Additional Commitments)은 국내 규제(domestic regulation) 중에서 개방을 약속하고 싶은 것이 있으면 기재하는 항목이다. 국내 규제는 허가/승인 절차, 면허, 자격요건, 기술표준을 포함해 MA, NT 제한이 아니면서 서비스 교역에 영향을 미치는 모든 국내적 조치들(예: 기업의 장애인 고용의무, 건설공사의 의무하도급 비율, 병원이나 학교의 비영리법인 요건)을 가리킨다.[193]

(나) 네거티브(Negative) 방식[194]

이는 투자협정에서 자국의 유보목록(reservation list)에 개방을 금지하거나 개방을 제한하는 분야 및 업종을 기재하고, 당해 유보목록에 기재하지 않은 다른 모든 분야 및 업종은 원칙적으로 투자자유화 대상이 되도록 하는 방식을 가리킨다. 이러한 방식을 "하향(top-down)" 방식[195]이라 부르기도 한다.

한-EU 방식과의 차이는 유보목록의 경우 현재유보와 미래유보로 나뉜다는 점이다. 즉 현존하는 비합치조치 여부인지와 관계가 있다.

이와 관련하여 비합치조치의 장을 살펴보아야 한다. 즉, 내국민대우(NT), 최혜국대우(MFN), 이행요건(PR) 및 고위경영진 및 이사회(SMBD)와 관련하여 각 당사국의 유보목록에 기재한 비합치조치(non-conforming measures)를 제외하고는 향후 다른 제한조치를 도입할 수 없다는 의미다. 한-미 FTA 제11.12.

수도 있고 없을 수도 있음에 유의하여야 한다.

192) 수평적 양허란 양허표 맨 앞에 모든 서비스 분야에 공통적으로 적용되는 양허내용을 기재한 부분으로서 양허표는 크게 먼저 주해(Explanatory Notes)가 있고 모든 부분에 적용되는 수평적 양허(Horizontal Commitments)와 특정 서비스 분야에 적용되는 구체적인 분야별 양허(Sector-Specific Commitment)가 있다.

193) 양허안 작성방식은 산업통상자원부 FTA팀 유보안 양허안 기본개념 설명자료의 설명을 따르기로 한다.

194) 앞에서 본 바와 같이 GATS나 한-EU FTA 방식은 업종에 있어서는 포지티브 목록 방식, 양허된 분야 내 제한사항 기재는 네거티브 목록 방식이므로 혼합방식임에 비하여 한-미 FTA는 업종 및 제한사항 모두 네거티브 목록 방식을 취하고 있다.

195) 이러한 용어 사용에 대한 설명은 국제투자분쟁 공무원 교육자료, 앞의 책 64면

조 제1항에서는 “1. 제11.3조(NT)·제11.4조(MFN)·제11.8조(PR) 및 제11.9조(SMBD)는 다음에 적용되지 아니한다. 가. 당사국이 다음에서 유지하는 기존의 모든 비합치 조치 1) 부속서 I의 자국 유보목록에 그 당사국이 기재한 대로, 중앙정부 2) 부속서 I의 자국 유보목록에 그 당사국이 기재한 대로, 지역정부,[196] 또는 3) 지방정부(1. Articles 11.3(NT), 11.4(MFN), 11.8(PR), and 11.9(SMBD) do not apply to: (a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party at (i) the central level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I, (ii) a regional level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I, or (iii) a local level of government)”라고 규정하여 현재유보와 관련하여 현존하는 비합치 조치가 이들 조항에는 적용되지 않으므로 현재유보(부속서 I)에 기재되어 있는 경우에만 제한이 가능하다.

그러나 현재유보는 ‘자유화후퇴방지 메커니즘(ratchet mechanism, 이하 “래칫”)’이 적용되는 점에서 의미가 크다. 즉, 현행 규제를 보다 자유화하는 방향으로 개정할 수는 있으나, 자유화의 정도를 종전보다 제한하는 방향으로 후퇴하는 것은 허용하지 않는 원칙이다.[197]

부속서 II 미래유보의 경우에도 한-미 FTA 제11.12조 제2항에서 “제11.3조·제11.4조·제11.8조 및 제11.9조는 부속서 II의 자국 유보목록에 규정된 분야·하위분야 또는 행위에 대하여 당사국이 채택하거나 유지하는 어떠한 조치에도 적용되지 아니한다(Articles 11.3, 11.4, 11.8, and 11.9 do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II).”고 규정하여 부속서 II에서 향후 규제가 강화될 수 있는 현존 비합치조치 또는 전혀 새로운 제한조치가 채택될 수 있는 분야를 나열하고 있다.

즉, 부속서 I(현재 유보)에서는 래칫이 적용되어 현재 존재하는 비합치조치(existing non- conforming measures)를 기재하여 유보하고 향후에도 그 이

196) 보다 명확히 하기 위하여, 부속서 12-다(지역정부가 유지하는 비합치조치에 대한 협의)는 이 장에 통합되어 그 일부가 된다.
197) 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 189면 참조

상의 제한조치는 없을 것임을 약속하고 있다.

이와 달리 부속서 II(미래 유보)에서는 현재 의무제한 조치가 있는지 여부와 상관없이 장래 어떠한 제한조치라도 도입할 수 있는 권리를 유보하는 것이다. 그러나 미래 유보는 현재 유보와 달리 래칫이 적용되지 않는다.[198]

【 FTA 부속서 I 예시 】[199]

분 야	전문직서비스 - 법률서비스
관련의무	시장접근(제12.4조)
	현지주재(제12.5조)
조 치	변호사법 제4조, 제7조, 제21조, 제34조, 제45조, 제58조의6,
	제58조의22 및 제109조(법률 제8271호, 2007.1.26)
	법무사법 제2조, 제3조 및 제14조(법률 제7895호, 2006.3.24)
	공증인법 제10조, 제16조 및 제17조(법률 제7428호, 2005.3.31)
유보내용	국경간 서비스무역
	대한변호사협회에 등록된 변호사만이 법률 서비스를 공급할 수 있다.
	(후략)

이와 관련하여 구체적인 유보안 작성방식은 i) 분야, ii) 유보되는 의무의 종류(예: NT), iii) 규제의 근거법령, iv) 규제내용(의무위배 사항) 등을 부속서에 유보사항으로 기재하는 방식이다.[200] 물론 한-EU FTA나 GATS 양허표처럼 Mode별로 세부적으로 기재하지는 않는다.

분야(Sector)는 유보가 이루어진 분야를 말하고, 관련의무(Obligation Concerned)란 유보가 이루어진 의무(시장 접근, 내국민대우, 현지주재, 이행 요건, 고위경영

198) 현재유보와 미래유보는 후술하는 조문별 해설서의 비합치조치의 장에서 상세하게 규율하기로 한다.

199) 한-미 FTA 부속서 1(Annex I) 한국, p. 23 참조.

200) 유보안 작성시 모든 투자와 서비스에 대해 MFN, NT, MA, LP, PR, SMBD의무를 제한하는 사항이 있는지 여부를 살펴본 후 유보안에 기재해야 하는 단점이 있다. 이러한 단점으로 인해 실제 유보안을 작성하는 방식이 예전의 FTA 유보안을 답습하는 경우가 있는데 새로운 제한이나 지자체의 조치 등에 대하여 다시 한 번 검토가 필요하다고 할 수 있다.

자 및 이사회)를 의미하며, 조치(Measure)는 유보가 취해진 비합치조치와 관련된 법률, 규제, 규칙, 절차, 결정 또는 그 밖의 형태의 행정행위 또는 형식을 말한다. 유보내용(Description)은 유보가 적용되는 비합치조치의 세부내용을 규정하고, 축소계획은 약속이 있는 경우라면 약속 또는 이 협정 발효일 이후의 자유화를 의미한다.[201] 미래유보에는 조치(Measure) 대신 현행조치(Existing Measure) 항목이 있는데, 이는 투명성만을 목적으로, 유보에 의해 포괄되는 분야, 하위분야 또는 활동에 적용되는 비합치조치와 관련된 기존 법률, 규정, 규칙, 절차, 결정, 행정조치 또는 그 밖의 형태를 의미한다.

앞에서 보았듯이 어느 방식을 취하든 투자협정에 있어 개방된 분야 등에 대한 시장접근이나 내국민대우에 대한 제한 등의 부과는 모두 네거티브 방식이라는 점이다. 즉, 유보목록 또는 양허표 등에 기재한 제한 조치 수준 이상의 추가적인 제한이나 규제를 부과하거나 도입하지 못하게 하는 일종의 "현상유지(standstill)"가 보장된다는 점에서 네거티브 방식과 포지티브 방식은 차이가 없게 된다. 그러나 현재유보에 대한 래칫 조항과 달리 현상유지 조항은 협정의 발효 시점을 기준으로 유보된 조치보다 더 제한적인 조치의 도입을 금지하는 것일 뿐 협정 발효 이후 당사국이 자발적으로 도입한 자유화조치의 수준을 사정에 따라 협정 발효 당시의 제한조치 수준으로 복귀시키는 것까지를 제한하는 것은 아니다.[202]

(2) 투자 장 규율 방식

앞에서 보았듯이 GATS의 서비스 공급방식 중 Mode 3[203]는 상대국 소비자에게 지속적으로 서비스를 제공하기 위하여 타국 영토 내에 법인 등을 설립하는 것이다. 이는 실질적으로 외국인 직접투자에 해당한다. Mode 3를 별도로 투자장의 형태로 규율하는지 여부는 각 FTA마다 차이가 있다. 구체적으로 Mode 3

201) 유보안 작성방식은 산업통상자원부 FTA팀 유보안 양허안 기본개념 설명자료의 설명을 따르기로 한다.
202) 국제투자분쟁 국가공무원 교육자료, 앞의 책 70면
203) 어느 회원국 서비스공급자의 다른 회원국 영토 내에서의 상업적 주재(commercial presence)에 의한 서비스공급 형태로 서비스 공급 방식의 구분에 대하여는 앞의 논의 참조

(서비스투자)를 GATS에서와 같이 서비스무역의 일부로 간주하여 규율할 것인지 아니면 투자의 일부로 간주하여 별도의 투자 장에서 규율할 것인지, 또한 비서비스 투자와 어떻게 구분할 것인지 등에서 차이가 발생한다.

서비스와 별도로 투자 장을 규율하는 방식에 대하여 별도의 투자 장 도입형과 서비스무역 통합형으로 구분하는 견해가 있다.[204] 이 견해에 따르면 별도의 투자 장 도입형은 Mode 3와 비서비스 투자를 규율하고, 주로 네거티브 방식을 따른다고 전제하고 있다. 그러나 실제 별도의 투자 장으로 규율하는 한-인도 CEPA 방식 같은 경우, 서비스는 포지티브 방식으로 투자는 네거티브 방식으로 구분하고, Mode 1, 2, 3, 4를 서비스 장에서 규율하고 있는 점을 감안하면, 정확한 구분방식은 아니다.

이하에서는 위와 같은 구분방식을 따르지 않고 일단 서비스 공급과 비제조업을 구분하는 방식에 따라 규율방식을 설명하기로 한다.

(가) Mode 3와 비서비스 투자를 투자 장에서 규율, 서비스·투자 모두 네거티브 방식

이러한 유형의 FTA에서는 서비스 공급방식 중 Mode 3를 서비스 장에서 규율하지 않고, 이를 별도의 "투자 장(Investment Chapter)"에서 규율한다. 즉, Mode 3와 비서비스 투자는 투자 장에서, 그 밖의 Mode 1, 2 및 4에 의한 서비스 공급만을 "국경간 서비스무역 장(Cross-Border Trade in Services Chapter)"에서 규율한다. 이러한 투자 장은 체약국별 유보목록(Reservation List)을 통해 투자자유화를 약속하는바, 네거티브 방식을 취하고 있다.

이러한 유형은 NAFTA[205]방식인데, 우리나라가 체결한 한-미 FTA[206]를

204) 국제투자분쟁 국가공무원 교육자료, 앞의 책 34-36면

205) NAFTA 제1213조는 서비스의 4가지 공급방식 중 Mode 1, 2 및 4만을 적용대상으로 하고, Mode 3에 의한 서비스공급, 즉 서비스투자를 포함한 투자 전반에 대해서는 협정 제11장(투자)에서 별도로 규율한다고 규정하고 있다.

206) 한-미 FTA 제12.13조(정의)에서는 "국경간 서비스무역 또는 국경간 서비스공급이라 함은 다음과 같은 서비스의 공급을 말한다. 그러나 이는 적용대상투자에 의한 당사국 영역에서의 서비스 공급은 포함하지 아니한다.(cross-border trade in services or cross-border supply of services means the supply of a service: (중략) but does not include the supply of a service in the territory of a Party by a covered investment.)"라고 규정하여 별도의 투자 장을 규율하는 방식이다.

비롯하여 한-칠레 FTA, 한-싱가포르 FTA도 이러한 유형을 따라 별도의 투자 장을 두고 있다.

(나) Mode 3, 비서비스는 설립(Establishment)에서 규율, 서비스·투자 모두 포지티브 방식

이러한 유형의 FTA에서는 상업적 주재에 의한 서비스공급에 해당하는 서비스분야 투자(Mode 3)와 그 밖의 분야 즉, 제조업 및 농업 등에 대한 투자에 대해서는 당해 서비스무역 장(Chapter) 안에 추가된 "설립(Establishment)"규정 등을 통해 규율한다. 대표적으로 한-EU FTA는 "서비스무역, 설립과 전자상거래(Trade in Services, Establishment and Electronic Commerce)"라는 별도의 장(Chapter) 안에서 제2절(Section B)은 국경간 서비스공급(Cross-Border Supply of Services)을 제3절(Section C)은 설립(Establishment), 제4절(Section D)은 자연인의 상용 일시 주재(Temporary Presence of Natural Persons for Business)를 규정하고 있다.

즉, Mode 3와 비서비스 투자를 Mode 1 2, 4와 구분하는 방식은 한-미 FTA와 차이가 없다. 그러나 투자와 서비스 모두 유보안을 통해 포지티브 방식을 사용한다는 점에 차이가 있다.

이러한 유형은 EU가 우리나라와는 물론 다른 나라들과 체결한 FTA에서도 취하고 있는 방식이다.

(다) Mode 1, 2, 3, 4는 서비스에서 규정, 비서비스 투자만 투자로 규정, 서비스는 포지티브 방식, 투자는 네거티브 방식

이러한 방식은 Mode 1, 2, 3, 4를 모두 서비스 장으로 규율하고 별도의 투자 장에서 비서비스 투자만을 규율하므로 한-EU FTA 방식과도 구분된다. 다만, 투자 장은 별도의 장인 이상 네거티브 방식을, 서비스 Mode 1, 2, 3, 4는 포지티브 방식을 취하고 있다.

한-인도 CEPA, 한-EFTA FTA, 한-ASEAN FTA가 대표적인 예라고 할 수 있다. 또한 터키 등 EU 가입을 목표로 하는 국가들이 추구하는 방식이다.

그러나 한-ASEAN FTA 투자 장 제2조에 보면 “이 협정은 다음에 적용되지 아니한다. 바. 기본협정 하의 서비스무역에 관한 협정의 적용대상이 되는 한도 내에서 당사국이 채택하거나 유지하는 조치(This Agreement does not apply to; (f) measure adopted or maintained by a Party to the extant that they are covered by the Agreement on Trade in Services under the Framework Agreement)”라고 규정하여 서비스 장에서 다루는 부분은 투자 장에서 적용을 배제하고 있다. 또한 제3조에서는 “이 조항의 제2항 바호에도 불구하고, 이 협정의 제5조(투자의 일반적 대우), 제10조(송금), 제12조(수용 및 보상), 제13조(손실에 대한 보상), 제14조(대위변제) 및 제18조(당사국과 그 밖의 당사국의 투자자간의 투자분쟁해결)는, 오로지 그것이 적용대상투자와 관련이 있는 한도 내에서, 기본협정 하의 서비스무역에 관한 협정의 규정에 따라 당사국의 서비스 공급자가 그 밖의 당사국의 영역에서 상업적 주재를 통하여 서비스를 공급하는 데 영향을 미치는 모든 조치에 필요한 변경을 가하여 적용된다(Notwithstanding paragraph 2(f) of this Article, Article 5(General Treatment of Investment), Article 10(Transfer), Article 12(Expropriation and Compensation), Article 13(Compensation for Losses), Article 14(Subrogation), and Article 18(Investment Dispute Settlement between a Party and an Investor of any other Party) of this Agreement shall apply, *mutatis mutandis*, to any measure affecting the supply of service by a service supplier of a Party through commercial presence in the territory of any toehr Party pursuant to the provisions of the Agreement on Trade in Services under the Framework Agreement, only to the extent that they relate to a covered investment).″라고 규정하여 투자자 보호조항에 한하여 Mode 3는 투자 장을 적용받는다고 규정하고 있다.

즉, 이러한 규정은 Mode 3는 원칙적으로 서비스 장의 규율을 받으나 투자자 보호와 관련하여서는 그 한도에서 투자 장의 투자보호조항이 적용된다는 점을 구체적으로 명시하고 있다.

한-인도 CEPA의 서비스 장의 제6.1조 정의조항에서도 “서비스무역”은 Mode 1, 2, 3, 4에 의한 서비스 공급을 모두 포함한다고 규정하고 있으나 제6.23조 서

비스·투자 연계 조항 제1항에서 “(전략) 제10장(투자)의 다음 조항들은 그러한 서비스 분야가 부속서 6-가 또는 6-나의 각 당사국의 구체적 약속에 관한 양허표에 기재되었는지 여부에 관계없이, 오직 투자와 관련된 범위에서 다른 쪽 당사국의 영역 내에서 상업적 주재를 통하여 당사국의 서비스 공급자가 제공하는 서비스 공급에 영향을 미치는 조치에 필요한 변경을 가하여 적용된다. 1) 대우의 최소기준, 2) 송금, 3) 수용 및 보상, 4) 손실 및 보상, 5) 대위변제, 6) 특별 형식 및 정보 요건, 7) 사법 및 행정 절차에 대한 접근, 그리고 8) 당사국과 다른 쪽 당사국 투자자간의 분쟁해결 (후략)”이라고 기재하여 투자장의 투자자 보호조항이 적용된다는 점을 구체적으로 명시하고 있다.

(라) Mode 1, 2, 3, 4는 서비스 장에서, 비서비스 투자만 설립(Establishment)으로 규정, 포지티브 방식

이러한 방식은 Mode 1, 2, 3, 4를 서비스 장에서 규율하는 점이 한-인도 CEPA 방식과 유사하나 비서비스 투자는 별도의 투자 장이가 아닌 설립(Establishment)에서 규정하고, 투자자 보호관련 조항은 배제한다. 또한 한-인도 CEPA와 달리 네거티브 방식이 아닌 포지티브 방식을 사용한다.

이러한 유형은 주로 GCC(걸프협력회의)가 FTA를 체결할 때 사용하는 방식이다.

나. 우리의 기 체결 FTA의 공통점 및 차이점

위의 구분한 투자 장 규율형과 유보안 작성 방식을 표로 보면 다음과 같다. 물론 이러한 투자 장의 규율방식은 각 FTA마다 차이가 있고 절대적으로 우선시되는 방식은 없다는 점에 유의하여야 한다.

“유보안”과 “양허안”은 결국 표현방식의 차이에 불과하다. 유보안 또는 양허안을 통해 제한하는 기존의 비합치조치나 법령이 달라질 수 없고 달라져서도 안 된다.

더군다나 서비스와 투자의 구분 방식, 즉 Mode 3의 위치에 따라 협정들을

구분할 수 있겠지만 Mode 3를 서비스 장에서 같이 규율하는 한-인도 CEPA나 한-ASEAN FTA도 투자자 보호부분에 한하여서는 Mode 3에 의한 서비스 공급도 투자 장의 적용을 받는다는 점에서 어떠한 방식을 사용하더라도 Mode 3가 투자라는 특수성을 인정해야 한다고 본다.

다. 투자 규율 방식 비교

【 투자 규율 방식 】

구 분	네거티브 방식	포지티브 방식	서비스는 포지티브 투자는 네거티브
Mode3와 비서비스 투자를 투자 장에서	한-미 FTA 한-칠레 FTA 한-싱가포르 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-콜롬비아 FTA		한-중 FTA[207] 한-베트남 FTA[208]
Mode3와 비서비스투자를 설립(Establishment)에서		한-EU FTA	
비서비스투자만 투자 장에서			한-인도 CEPA 한-EFTA FTA 한-ASEAN FTA
비서비스투자만 설립(Establishment)에서		GCC 방식	

207) 서비스의 경우, 포지티브 방식을 채택하여 협정문 및 양허를 작성하고(1단계), 후속 협상을 개시하여 네거티브 방식으로 전환(2단계)을 약속. 투자의 경우, 1차 협상에서는 투자보호 조항만을 채택하고 후속협상에서 투자자유화 및 서비스·투자 통합유보 작성에 합의. 2018년 3월 후속 협상을 개시하여 진행 중.

208) 서비스의 경우, 포지티브 방식에 따라 협정문 및 양허를 작성하고, 한-베트남 FTA 발효 이후 베트남이 네거티브 방식의 서비스 협정을 비준할 경우 우리측 요청에 따라 네거티브 방식에 기반한 재협상 개시 규정(제8.19조). 투자의 경우, 베트남이 기 체결 FTA에서 유보를 작성한 경험이 없음을 감안하여 협정 발효 후 1년 내 유보를 완결토록 하는 Built-in 조항 도입(제9.12조).

제 2 편

조항별 해설

제1장 일반 규정

I 적용범위(Scope and Coverage)

국 문	영 문
제 X.1 조 적용범위	**Article X.1: Scope and Coverage[209)]**
1. 이 장은 다음에 관하여 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용한다.	1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:
가. 다른 쪽 당사국의 투자자	(a) investors of the other Party;
나. 적용대상 투자, 그리고	(b) covered investments; and
다. 제X.9조, 제X.11조, 그리고 제X.12조에 대하여, 그 당사국의 영역에 있는 모든 투자	(c) with respect to Articles X.9, X.11 and X.12, all investments in the territory of the Party.
2. 보다 명확히 하기 위하여 이 장의 조항은 당사국에 대하여 이 협정의 발효일 전에 발생한 행위 또는 사실이나 존재하지 아니하게 된 상황에 관하여 당사국을 구속하지 아니한다.	2. For greater certainty, this Chapter does not bind either Party in relation to any act or fact that took place or any situation that ceased to exist before the date of entry into force of this Agreement.
3. 이 장의 목적상, 당사국이 채택하거나 유지하는 조치라 함은 다음을 말한다.	3. For purposes of this Chapter, measures adopted or maintained by a Party means measures adopted or maintained by:
가. 중앙·지역 또는 지방 정부와 당국이 채택하거나 유지하는 조치, 그리고	(a) central, regional, or local governments and authorities; and
나. 중앙·지역 또는 지방 정부나 당국으로부터 위임받은 권한을 행사하여 비정부 기관이 채택하거나 유지하는 조치	(b) non-governmental bodies in the exercise of powers delegated by central, regional, or local governments or authorities.

209) X.1이라고 명시한 이유는 실제 투자 장이 전체 FTA에서 몇 번째 장(Chapter)이 될지 알 수 없으므로 최근 문안을 기초로 협정문 내용을 작성하되, X.1이라는 방법으로 표현한 것에 불과하다.

1. 취 지

적용범위에 관한 규정은 투자 장의 투자규범이 적용되는 범위는 물론 소급효 배제 문제, 당사국 정부가 취하는 조치의 개념을 규정하고 있다. 투자분쟁의 관할범위와 직결된 조문이라는 점에서 의미를 가진다.

2. 주요 내용

가. 투자 장의 적용범위

(1) 인적 요건

다른 쪽 당사국의 투자자(investors of the other Party)란 예를 들어 한-미 FTA의 경우 한국 영역에 투자한 미국 투자자를 말한다고 할 수 있다. 일반적으로 FTA 투자 장이나 BIT의 정의 조항에서 해당 투자협정의 적용 대상인 '당사국의 투자자(investor of a Party)'에 대해 정의하고 있다. 한-미 FTA의 경우, "당사국의 투자자라 함은 다른 쪽 당사국의 영역에 투자하려고 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한 당사국 또는 그 공기업, 또는 당사국의 국민 또는 기업을 말한다."라고 규정하고 있다.[210]

(2) 물적 요건

다음으로 '적용대상투자(covered investment)'인데 이는 '어느 한 쪽 당사국에 대하여, 이 협정의 발효일에 존재하거나 그 이후 설립·인수 또는 확장된, 그

---

210) 한-미 FTA 제11.28조는 "investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality."라고 규정하고 있다. 이는 미국 모델 BIT 제1조의 정의조항과 같은 내용이다.

당사국 영역 내에서의 다른 쪽 당사국 투자자의 투자로서 제11.28조(정의)에서 정의된 것'을 말한다(한-미 FTA 제1.4조)[211] 이렇게 적용대상투자의 의미를 규정한 후 적용범위에 이를 인용하는 방식은 미국 모델 BIT와 같은 방식이고, 우리는 한-미 FTA 이후 위와 같은 규정방식을 일관적으로 사용하고 있다. 반면, NAFTA는 적용범위(제1101.1.조)에 '당사국 영역 내에서의 다른 당사국 투자자의 투자(investments of investors of another Party in the territory of the Party)'라고 규정하는 방식을 취하고 있으나, 전술한 방식들과 실질적으로 차이는 없다.

적용대상투자는 내국민대우, 최혜국대우 문제에서도 계속 등장하는 개념으로서, 협상을 하다보면 그 개념에 대하여 혼란이 생기는 경우가 있다. 가령, 위 규정들은 투자를 설립 전·후로 구분해 적용대상을 정하는 것이 아니라 발효일을 기준으로 투자의 정의에 규정된 모든 투자를 인정하고, 반대로 발효일 이전에 이루어진 투자는 배제한 것이다. 즉, 협정발효일 이후에 이루어진 투자는 설립 전 단계의 투자를 포함한다는 점을 유의하여야 한다. 물론 단순히 "투자(investment)"라고 하면 투자의 일반적 정의를 따라야 하는 반면 "적용대상투자(covered investment)"라고 하면 타방 당사국 투자자의 투자로 해석해야 한다는 차이가 있을 뿐이다.

따라서 투자협정을 새로 체결하는 경우, 상대국이 '적용대상투자'라는 용어의 간명함 대신에 NAFTA 방식을 선호할 수 있다는 점을 유의하고 탄력적으로 대응할 필요가 있다.

(3) 이행요건, 투자와 환경, 그리고 기업의 사회적 책임

제X.9조(이행요건), 제X.11조(투자 및 환경) 및 제X.12조(기업의 사회적 책임)는 그 적용 대상이 상대국 투자자의 투자로 한정하지 않고 그 당사국의 영역에 있는 모든 투자자에게 적용된다. 다시 말해 상대국의 투자자뿐만 아니라

211) 한-미 FTA 제1장(최초규정 및 정의) 제2절(일반적 적의) 제1.4조(정의): "covered investment means, with respect to a Party, an investment, as defined in Article 11.28(Definitions), in its territory of an investor of the other Party that is in existence as of the date of entry into force of this Agreement or established, acquired, or expanded thereafter;"

제3국 투자자에게도 적용되는 것이다. 이행요건 부과금지를 규정한 제X.9.1조는 “어떠한 당사국도 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 요건을 부과 또는 강요하거나, 이에 대한 약속 또는 의무부담을 강요할 수 없다(Neither Party may, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, impose or enforce any requirement or enforce any commitment or undertaking).”고 규정하여 비당사국 투자자의 투자에 대하여도 이행요건의 부과를 금지하고 있다.

투자와 환경을 규정한 제X.11조는 단순히 ‘영역내 투자활동(investment activity in its territory)’이라고 규정하고, 기업의 사회적 책임에 관한 제X.12조는 ‘자국 영역 내에서 영업하거나 자국 관할권에 속한(within its territory or subject to its jurisdiction)’이라 규정하여 해당 조항이 자국 영역 내에 있는 비당사국의 투자에도 적용되도록 하고 있다.

특히, 이행요건 부과금지 의무와 관련하여 양자간 투자협상에 제3국 투자자의 적용문제를 다루는 이유가 무엇인지에 대하여 의문이 생길 수 있다.

이는 협정 당사국 투자자에 대해서만 당해 조항을 적용하고 제3국 투자자에 대해서는 적용하지 않을 경우 당해 협정 의무의 이행이 오히려 협정 당사국 투자자에게 불리한 결과를 초래해 자원의 배분을 왜곡할 우려가 있기 때문이라는 지적이 있다.

원래 이행요건 부과는 저개발국에서 외환보유고를 높이거나 국내 산업 보호를 위해 시작한 것으로 이러한 요건의 부과는 통상 과세 감면, 보조금 지급 또는 인센티브 제공과 함께 이루어졌으나 결국은 자원의 적정한 배분을 방해하는 왜곡적인 조치로 여겨졌다. 이러한 부당한 조치에 대응하여 투자자가 오로지 경제적 고려에만 기초하여 투자할 수 있도록 이러한 이행요건 부과를 제한하기 시작하였다.[212]

---

212) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 제615면 참조

인센티브 수령을 조건으로 부과가능한 이행요건인 상대적 이행요건(이에 반해 절대적 이행요건은 인센티브 수령을 조건부로 부과 불가)의 경우, 국산품 사용의무의 면제로 인해 협정 당사국 투자자가 받는 혜택보다 제반 인센티브에 따라 비당사국 투자자가 받는 경제적 혜택이 더 클 경우 결과적으로 협정 당사국의 투자자가 비당사국의 투자자에 비해 불리한 대우를 받을 수 있다.

이는 이행요건 부과 금지가 동일하게 적용되지 않을 때 일정 이행요건을 어느 국가에게는 부과하고 어느 국가에게는 부과하지 않는 경우 생기는 문제라기보다는 인센티브 수령을 조건으로 이행요건을 부과할 때 투자자가 받은 인센티브로 인한 경제적 혜택과 이행요건 부과금지 면제로 얻은 이익을 비교할 경우 생기는 문제라고 할 수 있다.[213]

〈역차별 발생 사례〉

○ **PR의 의미**
- PR은 절대적 이행요건과 상대적 이행요건이 있음
- 절대적 이행요건 : 인센티브와 연계하더라도 부과할 수 없는 이행요건으로서, 국산품 사용, 지역상품 구매 등이 있음
- 상대적 이행요건 : 인센티브와 연계하는 경우 부과할 수 있는 이행요건으로서, 기술이전, 수출, 독점공급 등이 있음

○ **적용 범위**
- 투자협정에서 어떠한 방식을 따를 것인지는 전적으로 당해 협정 당사국의 의사에 달려 있지만, 자원의 적정배분 및 역차별 방지를 위해서 모든 투자자에게 동일하게 적용할 필요가 있음

○ **사례**
- 프랑스-미국 BIT의 협정 당사국인 프랑스는 타방 당사국인 미국 투자자에게 인센티브를 부과하더라도 자국산 영화상영 의무를 부과할 수 없게 되나 협정 당사국이 아닌 인도 영화사에 대해서는 일정 비율의 국산영화 상영을 요구하면서 세금 감면이나 보조금 등의 혜택을 부여할 수 있다고 할 경우
- 프랑스 국산영화 상영 의무의 면제로 인해 미국 영화사가 받는 혜택보다 제반 인센티브에 따라 인도 영화사가 받는 경제적 혜택이 크다면 결과적으로 협정 당사국인 미국 투자자가 협정의 비당사국인 인도 투자자에 비해 불리한 대우를 받게 됨
- 이러한 역차별 상황을 방지하기 위해 이행요건 규정을 협정 당사국 투자자뿐만 아니라 협정 비당사국의 투자자에 대해서도 적용해야 할 필요성이 있음

213) 이러한 역차별 사례는 한찬식, 앞의 책 183-184면 참조

이러한 방식은 OECD에서 논의된 MAI,[214] NAFTA, 그리고 우리 기 체결 FTA에도 도입되어 있다. 그러나 MAI와 같이 모든 투자자에게 동일하게 이행요건을 부과할 수 없을 경우 자국 기업에게도 이행의무를 부과할 수 없다는 점에서 신중한 고려가 필요하다.[215] 이러한 경우에는 동시에 포괄적인 예외조항을 규정해 위와 같은 단점을 보완할 수 있다. 비합치조치에 대한 장과 유보안을 마련한 NAFTA 방식이나 우리의 한-미 FTA 투자 장이 그러한 방식을 따른 경우라고 할 수 있다.[216]

(4) 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 관하여[217]

중요한 개념요소 중 하나는 투자자, 적용대상 투자 등에 '관하여(relating to)', 당사국이 '채택하거나 유지하는(adopted or maintained)', 모든 '조치(measure)'라는 부분이다. 또한 '당사국의 영역에 있는'이라는 요건도 문제된다.

(가) 채택하거나 유지하는(adopted or maintained) 조치(measure)

먼저 한-미 FTA는 '조치(measure)'란 "모든 법·규정·절차·요건 또는 관행을 포함한다(measure includes any law, regulation, procedure, requirement, or

214) MAI 초안에서도 "A Contracting Party shall not, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, operation, maintenance, use, enjoyment, sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of **a Contracting Party or of a non-Contracting Party,** impose, enforce or maintain any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking (밑줄추가)라고 기재하고 있다.

215) 이에 대하여 한찬식, 앞의 책 184면에서는 "협정체결 당사국의 재량이 지나치게 축소되는 단점이 있다. (중략) 따라서 모든 기업에 대한 이행의무를 금지하는 방식을 따를 경우에는 포괄적인 예외조항을 동시에 규정하는 것이 국가와 투자자 상호간의 균형 있는 권리의무 관계를 발생 시킨다"라고 단점을 보완하는 방법을 제시하고 있다.

216) 앞에서 살펴 본 바와 같이 비합치조치(Non-Conforming Measures)장에서 "제X.3조·제X.4조·제X.9조 및 제X.10조는 당사국이 유지하는 기존의 모든 비합치 조치에 적용되지 아니한다(Articles X.3, X.4, X.9, and X.10 do not apply to: (a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party(후략)"이라고 기재하여 PR이 적용되지 않는 비합치조치를 상정하고 있다. 이러한 방식은 NAFTA 방식으로 모든 투자자에게 동일하게 적용되는 이행요건 부과금지 의무로 인한 불합리성을 완화하기 위한 방식이다.

217) 이 부분에 대한 상세한 설명은 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 35-38면 참조

practice).”고 정의하고 있다(한-미 FTA 제1.4조). NAFTA[218]도 위와 동일하게 규정하고 있다.[219] 이와 관련하여 위 조치가 한정적인지 열거적인지 여부가 문제된다. 실제 우리의 기 체결 FTA의 정의조항도 유사한 형태를 취하고 있어 그 범위와 관련하여 논란이 있다. NAFTA 체결 후 발간된 해설서(An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11)[220]에서는 여러 ISDS 중재판정부가 내린 사례들에 근거하여 조치(measure)의 의미가 한정적이지 않다고 설명하고 있다.

〈*Ethyl Corp v. Canada* [221]〉

○ **판정취지**

- 조치(measure)의 의미에 대하여 “규범적 형태에는 이르지 못하는 관행의 성격을 가진 것도 제11장상 조치에 해당할 수 있다(something in the nature of a practice which may not amount to a legal structure could qualify as a measure for the purpose of Chapter 11.)”고 판시

○ **시사점**

- 조치(measure)의 의미가 한정적이지 않다는 점에 유의할 필요가 있음

그러나 조치의 범위가 무제한적으로 확장되는 것은 아님에 유의하여야 한다. 특히 중재판정부는 계약위반이나 사법부의 결정과 관련하여서는 상당히 제한적인 입장을 취하고 있다.

먼저 계약위반을 이유로 중재판정부에 ISDS 제소가 가능한지가 문제된 *Azinian et, al v. Mexico* 사건[222]에서 직접적으로 판단하지는 않았으나 계약위

218) NAFTA 제201조, US Model BIT 정의조항

219) 캐나다의 NAFTA 이행입법 보고서(Canada’s Statement on Implementation of the North American Free Trade Agreement)에서는 이 용어가 ‘정부가 그 영역 내에서 부과하는 규제의 방식에 있어 한정적인 개념이 아니다(The term “measure” is non-exhaustive definition of the ways in which governments impose discipline in their respective jurisdictions)’고 기술하고 있다. Canadian Statement on Implementation, 80면 참조. 이와 관련하여 ICJ는 *Fisheries Jurisdiction* Case에서도 “조치는 모든 행위, 대책 또는 절차도 포함할 수 있을 정도로 넓은 개념이고, 특별한 제한이 없다(measure is wide enough to cover any act, step or proceeding, and imposes no particular limit (후략))“고 기재하여 ‘조치’의 범위가 광범위하다는 점을 판시하고 있다.

220) Investment Dispute under NAFTA, An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11, KLUWER LAW 2006.

221) *Ethyl Corp v. Canada,* UNCITRAL Award on Jurisdiction June 24, 1998.

222) *Robert Azinian, et al v. Mexico,* ICSID ARB/97/2 .

반이 반드시 조치를 구성할 수 있는 것은 아니라는 취지로 판시하였다.

〈*Azinian et al v. Mexico*〉

○ **판정취지**

- 중재판정부에 나우칼판시(市)가 계약을 위반하였다는 사실을 설득시키는 것만으로 청구인의 청구가 인용될 수 없다(The Claimant simply could not prevail merely by persuading the Arbitral Tribunal that the Ayuntamiento of Naucalpan breached the Concession Contract)고 판시

○ **시사점**

- 계약위반을 이유로 ISDS 제소가 불가능하다고 판시하면서 계약위반이 조치(measure)에 해당하지 않는다는 점을 간접적으로 표현

또한, 사법부의 결정이 '당사국이 채택하거나 유지하는(adopted or maintained)'의 조치의 범위에 포함되는지 여부가 문제된 바 있다. 미시시피주 법원의 판결이 NAFTA를 위반하였다고 주장한 *Loewen v. United States* 사건[223]에서 특히 사법부의 결정이 조치에 해당하는지와 기타 내국민대우 위반여부가 문제가 되었다.[224]

223) *Loewen v. United States* 사건 Award on Jurisdiction(2001. 1. 5.),

224) 한-ASEAN FTA 투자협정 제1조(정의)에서 조치(measures)란 "법·규정·규칙·절차·결정·행정처분 또는 투자자 및/또는 투자에 영향을 미치는 그 밖의 모든 형태의 당사국에 의한 조치를 말한다(any measure by a Party, whether in the form of a law, regulation, rule, procedure, decision, administrative action, or in any other form affecting investors and/or investments [후략])"다고 기재하고 있어 사법부 결정이나 행정행위도 포함되는 것처럼 해석된다.

< *Loewen v. United States* >

○ **판정취지**

- "NAFTA 협정문의 규정, 문맥, 목적 등을 종합하면 외국인 투자자와 투자에 대한 보호와 안전을 제공하기 위해 조치의 범위를 제한적으로 해석하기 보다는 자유롭게 해석하여야 하고, (중략) 사법부의 결정도 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 해당한다."고 판시
- 또한, NAFTA 정의조항 제201조에 있는 "법, 절차 및 요건(law, procedure, and requirement)"은 사법부의 행위(judicial act)를 포함하는 개념이고 NAFTA 자체가 "사법부의 선례적인 결정(precedential judicial decision)" "사법부의 명령(judicial order)"이라는 표현을 사용하고 있는 점 등을 종합하면, 사법결정이 조치에 포함될 수 있음을 암시

○ **시사점**

- 사법부의 결정도 NAFTA상 조치의 범위에 포함될 수 있으나 사법부의 모든 결정이 조치에 해당하는 것은 아님을 유의
- 본 사건에서는 청구인의 내국민대우에 대한 입증부족은 물론 이른바 '국내구제절차 소진원칙'에 따른 국내구제절차 완료요건을 이행하지 못하였다는 점에서 청구가 기각되었으므로 사법부의 결정이 ISDS의 판단대상이 될 수는 있으나 결과론적으로 중재판정부는 사법부의 결정을 뒤집는 것에 대하여 소극적이라는 점을 유의

따라서 원칙적으로 조치의 범위는 한정적이지 않지만 모든 개별적인 영역을 포괄하는 무제한적인 개념은 아니고 경우에 따라서는 여러 가지 이유에 의하여 제한적으로 해석될 여지가 있다는 점을 유의하여야 한다. 다만, 이러한 논란으로 인하여 한-EU FTA에서는 조치(measure)의 정의조항 제7.2조 가목에서 '결정(decision)'과 '행정행위(administrative action)'를 포함하고 있다.

또 하나의 논점은 "채택하거나 유지하는(adopted or maintained)"이라고 되어 있으므로 이를 이미 효력이 발생한 조치나 법령 등에 한정할 것인지 여부다. 이와 관련하여 의미상 실제 발효 중인(actually in force) 조치에 한정된다는 견해가 있을 수도 있다. 이러한 견해는 위에서 본 *Loewen* 사건에서도 직접적으로 언급하지는 않았지만 국내구제절차 소진원칙과 관련하여 미국 정부의 항변에 대한 판단 부분에서 유추해 볼 수 있다. 즉, 미국정부는 사법부의 결정(judicial decision)이 원칙적으로 조치(measure)에 해당하지 않고 설사 해

당한다 하더라도 아직 가능한 국내구제절차를 소진하지 않았기 때문에[225] 채택되거나 유지된 조치로 해석할 수 없다(it could not be interpreted as adopted or maintained until available appeals had been exhausted)"고 주장하였다. 중재판정부가 위 주장에 대하여 직접적으로 판단하지는 않았으나 국내구제절차가 완료되지 않는 한 사법부의 결정은 채택되거나 유지된 조치로 볼 수 없다는 견해를 따르는 것으로 보인다.

주로 각 국내 최고법원의 판단까지 거쳐야 국내구제절차가 완료된 것으로 볼 수 있다는 점에서 간접적으로 "이미 채택되거나 유지된 조치"는 이미 효력이 발생한 조치나 결정 등을 의미한다고 보는 것이다. 이미 효력이 발생한 법령 등을 기준으로 한다는 점에서 위와 같은 구분방법을 형식적 접근법(Formalistic Approach)이라고 한다.

그러나 이러한 형식적 접근법(Formalistic Approach)[226]이 반드시 모든 사건에 적용되는 것은 아니다. 실제 위에서 본 Ethyl 사건에서는 "관련 법령인 망간기반연료첨가제법(Manganese-based Fuel Additives Act)이 발효 중이지 않았지만, 법안 통과 직전 단계에 있었던바, 조치가 중재절차 시작단계에 이미 채택되어 있을 필요는 없고 그 이후 절차진행 중에 채택된 것으로도 충분하다(it was sufficient that the measure was adopted in the interim)"라고 판시하고 있다.[227]

(나) 적용대상투자 등에 '관하여(relating to)'

이는 적용대상투자 등과 분쟁간의 관련성을 요건으로 하는 규정이다. 즉 투자와 관련이 있는 조치에 대하여만 ISDS를 제기할 수 있는 것이다.

협정에 따라 그 관련성 요건은 한-EU FTA처럼 "영향을 미치는(affecting)" 등으로도 표현하거나 "관련된(related to)" 등 다른 용어를 사용하기도 하나

---

225) 위 사건은 미시시피 법원의 항소를 위한 과도한 보증증권 매입의무 등이 부당하다고 내국민대우, 간접수용, 최소기준대우 등을 이유로 중재제기를 하였으나 중재판정부는 아직 대법원 판단이 나오지 않은 상태이므로 국내구제절차 소진원칙에 따라 국내절차를 완료하지 못하였다고 판시

226) An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11, 앞의 책 33면 참조

227) 위 사건은 법안이 통과 직전에 있었음에 유의하여야 한다.

의미상 큰 차이는 없어 보인다. 다만, 조치와 투자 간에 '법적으로 의미 있는 연결(legally significant connection)'이 존재할 것을 요구하는 중재판정부도 있다.

〈 *Pope & Talbot v. Canada* [228] 〉

○ 캐나다 정부의 항변

- 캐나다는 수출쿼터제 조치가 상품무역(trade in goods)에 관한 것이라는 등의 이유로 NAFTA 투자 장이 적용되지 않는다고 항변

○ 판정취지

- 수출쿼터가 기업에게 직접 부여되거나 박탈되는 것이므로 조치와 투자 간에 관련성이 있고, 동 조치가 주로 상품무역에 관한 것은 사실이나 투자자 또는 투자와도 관련될 가능성이 배제되는 것은 아니라고 판시

〈 *Methanex v. United States* [229] 〉

○ 미국 정부의 항변

- 미국 캘리포니아주가 가솔린 첨가제 MTBE의 사용을 금지한데 대해 메탄올 생산업자인 Methanex가 제기한 사건에서 미국 정부는 청구인회사가 MTBE의 원료인 메탄올만을 생산할 뿐 MTBE 그 자체의 생산·판매와는 무관함을 적시하면서 캘리포니아주의 조치가 청구인에 '관한' 것이 아니므로 중재관할이 없다고 항변

○ 판정취지

- 중재판정부는 '관하여(relating to)'는 조치가 투자자 또는 투자에 미치는 단순한 효과(effect) 이상을 의미하는 것으로서 미국의 조치와 투자 간에 '법적으로 의미 있는 연결(legally significant connection)'이 존재할 것을 요구하는 것이므로, 관련성이 인정되지 않는다는 이유로 관할을 부정

(다) 직접성

결국 관련성의 범위는 개별 사건의 판정례를 통해 형성되어 가고 있다고 할 수 있다. 문제는 ICSID 협약에 따른 중재절차일 경우다. ICSID 협약 제25조 제1항에서 ICSID의 관할이 '투자로부터 직접적으로 발생하는 법적 분쟁(legal

228) *Pope & Talbot v. Canada,* Award in relation to Preliminary Motion by Government of Canada to Dismiss the Claim because it Falls Outside the Scope and Coverage of NAFTA Chapter Eleven Measure "relating to Investment" Motion(2000. 1. 26.), para. 33.

229) *Methanex v. United States* Partial Award(2002. 8. 7.), para. 147

disputes arising directly out of an investment)'에만 미친다고 하여 개별 투자 협정상의 관련성 요건보다 상세한 '직접성'을 요구하고 있다.

따라서, ICSID 협약상의 요건을 검토해 볼 필요가 있다. 먼저 법률상 분쟁이 무엇인지, 다음으로 직접성은 어떠한 의미인지, 이러한 요건을 충족하지 못한 경우 어떠한 절차를 이용할 수 있는지 등을 차례대로 살펴보기로 한다.

먼저 사건이 법률상 분쟁(legal dispute)일 것을 요한다. 즉 정치적·외교적 분쟁은 ICSID 중재의 대상이 되지 않는다. 그러나 실제로 투자분쟁사례 중 피신청국이 법률상 분쟁이 아닌 오로지 정치적 분쟁임을 이유로 관할권 부인 항변을 하였으나 받아들여진 사례는 현재까지 없다고 한다.[230] 순수한 법률상 분쟁을 정치적 문제에서 발생한 분쟁과 구분한다는 것은 투자협정이 비상업적 위험을 보호하기 위하여 발생하였다는 점에서 어려운 일이다.[231] 법적 분쟁이란 분쟁당사자가 자신의 주장사실을 법률용어로 구성하고 이를 입증하면서 법적 주장을 할 수 있으면 족하다고 보는 견해[232]가 있는 것도 이러한 구별의 현실적 어려움 때문이다.

다음으로 분쟁과 투자의 직접성이다. 즉, 직접성 요건은 어디까지나 투자와 분쟁의 관련성이 직접적이면 족하고 투자가 직접적으로 행하여졌을 것까지 요구하지는 않는다. 또한, 분쟁이 투자와 합리적으로 밀접하게 연결(reasonably closely connected to an investment)되어 있으면 족하고, 투자에서 곧장 발생하였을 것(arising immediately out of an investment)까지 요구하는 것은 아니다.[233]

물론 이러한 '직접성' 요건을 충족하지 못해 ICSID 협약에 따른 중재관할이 결여되더라도 ICSID 추가절차규칙에 따른 중재는 가능하다. ICSID 추가절차규칙 제2조는 동 규칙이 적용되는 사건을, ① 일방당사자만이 ICSID 회원국

---

230) *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia,* ICSID Case No ARB/81/1, Award(1984. 11. 20.).

231) 김재훈, 한국의 국제투자규범 중 ICSID의 보호범위에 관한 연구, 서울대학교 대학원 법학과 석사학위논문 2008. 8. 50면에서 필자는 이에 대하여 정치적 위험과 경제적 위험으로 구분하여 설명하고 있다.

232) 강병근, ICSID 중재제도 연구, 법무부 2006 33면 참조

233) UNCTAD, Dispute Settlement-International Centre for Settlement of Investment Disputes, UN(2003) 12면 김재훈, 앞의 논문 51면에서 재인용

이어서 ICSID 협약이 적용되지 않는 경우, ② 법적 분쟁이 투자에서 직접 비롯된 것이 아니어서 ICSID 관할이 인정되지 않는 경우, ③ 사실판단 절차 등으로 규정하고 있다.[234]

〈 *Fedax v. Venezuela* [235] 〉

○ **미국 정부의 항변**
- 청구인은 피청구국이 발행한 약속어음(promissory notes) 미지급을 이유로 중재를 청구한 데 대해 피청구인은 ICSID 관할규정상 '직접성'은 '외국인 직접투자(direct foreign investment)'를 의미하는 것이므로 관할요건을 결여하였다고 항변

○ **판정취지**
- ICSID 규정의 "directly"는 "dispute"에 연결되는 것이지 "investment"에 연결되는 것이 아니므로 분쟁이 거래에서 직접적으로 발생한 것인 한, 투자가 직접투자인지 여부는 문제되지 않는다고 판시

나. 소급효 배제 문제

(1) 조항의 의미

제2항은 "보다 명확히 하기 위하여 이 장의 조항은 당사국에 대하여 이 협정의 발효일 전에 발생한 행위 또는 사실이나 존재하지 아니하게 된 상황에 관하여 당사국을 구속하지 아니한다."고 규정하여 협정 적용의 소급효를 배제하고 있다. 이는 「조약법에 관한 비엔나협약」 제28조[236]를 구체화한 것으로서 NAFTA에는 없는 규정[237]이지만 미국 모델 BIT 제2조 제3항에 등장하는 내용

234) 한-미 투자분야 연구, 앞의 책 37면 참조
235) *Fedax N.V. v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3.
236) 조약법에 관한 비엔나협약 제28조는 "별도의 의사가 조약으로부터 나타나지 아니하거나 또는 달리 확정되지 아니하는 한, 그 조약 규정은 그 발효 이전에 당사국에 관련하여 발생한 행위나 사실 또는 없어진 사태에 관하여 그 당사국을 구속하지 아니한다."고 규정하고 있다.
237) NAFTA에 명시적으로 규정되어 있지는 않으나 Feldman v. United States 사건에서 중재판정부는 "NAFTA가 1994년 1월 1일 발효되었으므로 1994년 1월 1일 이전에는 NAFTA하의 의무는 존재하지 않았으며 따라서 본 중재판정부의 관할권도 그 이전으로는 확대되지 않는다. NAFTA는 소급적 효력을 갖도록 의도되지 않았다. 따라서 본 중재판정부는 1994년 1월 1일 이전에 발생한 행위 또는 부작위를 다룰 수 없다."라고 판시하여 소급효 배제원칙을 명시하였다.

이고, 한-미 FTA에서도 규정하는 방식이다.

물론 *Feldman v. United States* 사건[238]이나 *Salini v. Jordan* 사건[239]에서 보듯이 소급효 배제원칙은 BIT나 FTA에 규정되어 있지 않더라도 당연히 인정되고 있는 이상 이탈리아-요르단 BIT처럼 명시적 규정이 없더라도 비엔나협약 제28조에 언급된 일반원칙이 적용된다고 보고 있다.

우리가 기존에 체결한 한-칠레 FTA[240], 한-싱가포르 FTA[241], 한-ASEAN FTA[242]에서는 "이 협정의 발효일 이전에 발생한 사건으로 비롯되는 청구 또는 이 협정의 발효일 이전에 제기된 청구에는 적용되지 아니한다(This Chapter does not apply to claims arising out of events which occurred, or claims which had been raised, prior to the entry into force of this Agreement)"고 규정하고 있으나 '청구' 개념이 모호한 점 등을 감안하여 한-미 FTA 이후부터 조약법에 관한 비엔나협약 제28조 후단의 소급효 배제 문장을 반영하였다.[243]

(2) 계속성과 복합성

일반적으로 FTA나 BIT 발효 이전에 발생한 정부의 행위는 BIT 위반을 구성하지 않는다고 봄이 타당하나 소급효가 문제된 중재판정례에서 보듯이 '계속행위' 또는 '복합행위'에 해당한다고 보아 협정의 적용범위를 확대시키고 있다.

이와 관련하여 FTA 효력 발생일 이전에 이미 집행된 투자에 관한 조치 등으로 인한 협정 위반 상태가 FTA 발효 이후까지 지속되거나 손해·손실이 지속적으로 야기되는 경우, 이를 하나의 계속된 행위 또는 일련의 행위로 볼 수 있는지가 문제된다.

이러한 행위의 구분이 명확한 것은 아니나 대체적으로 계속성을 갖는 행위(an act of a continuing character)와 이미 종료되었음에도 계속적으로 손해·손실을 야기하는 행위'를 구별하는 것이 추세이다.[244] 그러나 중재판정부도

238) ICSID Case No. ARB/99/1
239) ICSID Case No. ARB/02/13
240) 한-칠레 FTA 제10.2조 제3항 (b)
241) 한-싱가포르 FTA 제10.2조 제4항,
242) 한-ASEAN FTA 제2조 제2항 (d)
243) 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 39면 한-인도 CEPA도 이와 같은 문안을 유지하고 있다.

일관된 입장이 있는 것은 아니고 피청구국이 BIT의 불소급을 이유로 항변을 하는 경우 BIT 발효이전에 발생한 조치의 요소에 어느 정도의 중요성을 부여하느냐에 의해 중재판정부의 결론이 달라진다고 보는 견해도 있다.[245]

〈 *Mondev v. United States* [246] 〉

○ **판정취지**

- '계속성을 갖는 행위(an act of a continuing character)'와 '이미 종료되었음에도 계속적으로 손해·손실을 야기하는 행위' 사이에는 구별이 필요하다고 전제한 후 협정위반으로 주장되는 행위가 '계속성'을 갖는지 여부는 개별 의무의 내용과 사실관계에 따라 결정된다고 판시

○ **시사점**

- NAFTA가 명시적인 소급효 금지 규정의 결여에도 불구하고 기본적으로 비소급적임을 인정하면서도, 어떠한 경우에는 협정 발효 이전에 행해진 행위라도 협정 발효 이후에도 효과가 지속되는 계속된 행위로 보아 NAFTA 의무위반이 될 수 있음을 시사

또한, 중재판정부는 *Feldman* 사건에서 계속적 행위를 항구적인 행위(a permanent course of action)로 표현하기도 하고, *SGS v. Philippines* 사건[247]에서는 "발효일 이후에 지속되는 위반행위"는 협정문이 적용된다고 보아 "계속되는 단일한 행위(a single continuing act)" 등의 방식으로 표현하기도 하였다.

---

244) 앞의 책 40면 참조
245) 지식경제부, 대한상사중재원, 투자자-국가간 분쟁사례로 본 국제중재판정부의 관할권 연구 134면 참조
246) *Mondev International LTD. v. United States*, Award(2002. 10. 11.), paras. 56-58.
247) ICSID Case No. ARB/02/6

〈 *SGS v. Philippines* 〉

○ 판정취지

- 필리핀의 대금미지급이 조약 발효 전에 시작되었다는 사정으로 인하여 조약 발효이후의 필리핀의 대금 지급 불이행이 조약위반에 해당하는지 여부가 달라지지 아니한다고 판시

○ 시사점

- 조약 발효이전에 시작되어 발효 이후까지 지속되는 계속되는 단일한 행위(a single continuing act)의 위반여부를 판단할 경우 조약 발효 이전의 행위의 성격에 영향을 받지 아니하고 양자를 분리하여 고려한다는 점, 즉 발효이후에 계속된 행위는 단일한 행위로서 협정문의 적용을 받는다는 점을 시사

또 하나의 문제는 단일한 계속된 행위가 아닌 복합적 행위(composite acts)의 경우 조약 발효 전의 행위로 고려할 수 있는지가 문제된다. 단일한 계속적 행위와 달리 개별적인 행위가 모여 복합적 행위를 구성하기 때문에 분리하여 판단할 경우 협정문 적용이 안 될 여지가 있기 때문이다.[248]

이는 주로 점진적 수용과 관련된 논의라 할 수 있다. 대체적으로 중재판정부는 일련의 행위가 전체로서 수용의 효과를 갖는 점진적인 수용 혹은 간접수용[249]의 개념을 인정하고 있다. 간접수용을 판단하기 위하여 조약 발효 전의 행위를 일련의 행위로 모두 검토할 것인지 여부가 문제되고 있다.

다만 모든 중재판정부가 일관된 입장을 가지고 있다기보다는 구체적 사실관계를 바탕으로 사안마다 개별적으로 판단하고 있음은 앞에서 본바와 같다.[250] 특히 최근의 중재판결 중 *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc v. Ecuador* 사건[251]에서는 BIT 발효 전의 작위와 부작위는

248) 복합행위에 대한 자세한 논의는 투자자-국가간 분쟁사례로 본 국제중재판정부의 관할권 연구, 앞의 책 137-139면 참조. 다만 소급효 문제라기보다는 점진적 수용(creep expropriation)의 문제라고 볼 여지가 있다는 점에 주의를 요한다.

249) 간접수용에 대한 상세한 논의는 수용(Expropriation)에 관한 부분에서 후술하기로 한다.

250) *Generation Ukraine Inc v. Ukraine* ICSID Case No ARB/00/9(1996년 11월 16일 발효된 미국-우크라니아 BIT에 의거한 중재사건)에서 1993년부터 1997년말에 이르는 기간 동안 이루어진 일련의 행위가 점진적으로 수용을 구성하는지가 문제되었으나 중재판정부는 Tecmed 사건 중재판정부와 달리 조약의 발효된 이후에 발생한 행위에 대해서만 판단하여 간접수용 주장을 기각하였다.

251) ICSID Case No ARB/03/6. 본 사건은 1997년 5월 11일 발효된 미국-에콰도르 BIT에 근

BIT하에서의 계속적 또는 복합적 위반행위에 해당하지 않는다고 판시하였다는 점에 유의할 필요가 있다.

〈 *Telenor Mobile v. Hungary* [252] 〉

○ **판정취지**
- 중재판정부는 개별적으로는 수용을 구성하지 않는 일련의 행위가 전체로서는 수용의 효과를 갖는 점진적인 수용이 발생할 수 있다는 점을 원칙적으로 인정

○ **시사점**
- 조약 발효 이전과 이후 행위 모두를 고려하는 복합적 행위임을 시사

〈 *Tecmed, S.A. v. Mexico* [253] 〉

○ **사안개요**
- 스페인 회사인 Tecmed는 1990년 멕시코 Sonora 주에 매립장 운영허가를 얻었으나 스페인 지방정부가 운영허가를 연장해주지 않자 이는 멕시코-스페인 BIT에 위반된다고 주장하면서 중재제기
- Tecmed사는 멕시코가 조약 발효이전에 시작된 일련의 행위 또는 복합행위를 통하여 간접수용 위반행위를 하였다고 주장, 멕시코는 소급효 배제원칙 때문에 발효 전의 행위는 고려할 필요 없다고 항변

○ **판정취지**
- 조약 발효 전·후 행위 모두를 고려하는 복합적 행위임을 시사

(3) 소급효와 MFN

다른 BIT에 있는 소급효 적용 규정을 MFN으로 원용할 수 있는지가 문제될 수 있다. *Tecmed v. Mexico* 사건에서 중재판정부는 소급적용 허용 여부는 실체적 규정의 적용 문제이며 조약체결의 결정적 요소인 점, 양국간에 구체적으로 협상된 사항인 점을 이유로 MFN 규정의 적용대상이 될 수 없다고 판시하였다.

거하여 전기공급계약 대금미지급이 문제된 사안으로 신청인은 계약위반이 1995년 계약체결 후, 발효 전에 이루어진 일련의 행위가 계속적 또는 복합행위라고 주장하였으나 중재판정부는 발효 전의 행위는 고려대상이 아니라고 보아 주장을 받아들이지 않았다.

252) ICSID Case No ARB/04/15

253) ICSID Case No ARB/00/2

다. 비정부기구에의 적용 문제[254]

(1) 정부기구

제3항에서는 “동 정부 또는 당국의 위임에 따라 권한을 행사하는 비정부기구에도 적용된다.”고 규정하고 있는데 여기서 ‘권한’이란 미국 2012년 모델 BIT 제2조 제2항(a)가 ‘국가의 위임에 따라 규제적・행정적 또는 기타 정부적 권한(any regulatory, administrative, or other governmental authority delegated to it by that Party)을 행사하는 국영기업(state enterprise) 또는 그 밖의 사람(other person)’이라고 표현하는 점에 비추어보면 규제적・행정적 또는 기타 정부적 권한을 의미한다. 그러나 ‘그 밖의 사람(人)’의 포섭범위가 지나치게 커서 한-미 FTA 이후 해당 문구를 삭제하고 있다.

중재판정부는 어떤 주체의 행위에 대해 국가가 국제법적 책임을 지는지 여부를 판단함에 있어 당해 주체의 구조, 법인격, 소유관계 등을 판단하는 ‘구조적 기준(structural test)’과 그 주체의 성격, 목적, 기능 등을 판단하는 ‘기능적 기준(functional test)’을 함께 고려하는 것으로 보인다.[255]

254) 위 조항의 적용범위는 GATS 제3조 규정을 원용한 것이다.
255) 한-미 FTA 투자분야 연구 40-41면 참조

〈 *Maffezini v. Spain* [256] 〉

○ **쟁점**

- 스페인 갈리시아(Galicia)지방의 경제개발 촉진 등을 위해 설립한 SODIGA라는 단체의 행위가 국가의 행위로 귀속되는지 여부

○ **판정취지**

- 당해 기관이 국가에 의해 직·간접적으로 소유 또는 통제되고 있거나, 기관의 목적이 정부적 성격의 기능, 통상 국가에게 맡겨져 있는 기능 또는 성격상 사기업 등에 의해 일반적으로 행해지지 않는 기능 등의 수행을 목적으로 하는 것이라면 국가기관으로 추정된다고 전제
- 동 기관이 산업부(Ministry of Industry) 예규(decree)에 따라 설립되었고 비록 사기업으로 조직되었으나, 정부가 자본금의 51% 이상을 보유하도록 규정되어 있고 실제로 88% 가량을 보유하고 있는 점, 조직의 설립이 재정부(Ministry of Finance)와 각료회의에 의해 승인된 점, 공적 금융기관을 통한 금융지원, 채무보증, 기술지원 등 지역발전과 관련된 정부적 기능을 수행하도록 설립된 것이라고 판단하여 구조적 기준과 기능적 기준을 모두 충족

(2) 우리나라의 공기업 민영화

(가) 공기업

우리나라의 경우, 공사의 행위를 국가의 행위로 볼 수 있을지 문제된다. 한국전력공사나 한국가스공사의 경우 민영화 과정을 거치고 있다. 즉 정부가 100% 주식소유에서 벗어나 일반인들의 주식소유가 허용된다. 그러나 국가의 행위로 볼 것인지 여부는 결국 전체적인 맥락에서 설립취지, 구조 및 국가에 의해 직·간접적으로 소유 또는 통제되고 있거나, 기관의 목적이 정부적 성격의 기능, 통상 국가에게 맡겨져 있는 기능 또는 성격상 사기업 등에 의해 일반적으로 행해지지 않는 기능 등의 수행을 목적으로 하는 것인지 등을 종합적으로 고려해서 판단해야 할 것이다.

우리나라의 공공기관은 시장형 공기업, 준시장형 공기업, 기금관리형 공기

256) *Maffezini v. Spain,* Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction(2000. 1. 25.), paras. 71-89.

업, 위탁집행형 공기업, 기타 공공기관으로 구별된다. 이중 가장 민간기업에 가까운 공기업은 한국가스공사, 한국전력공사, 인천국제공항공사, 한국공항공사, 부산항만공사, 인천항만공사 등 6개의 시장형 공기업과 한국관광공사, 제주국제자유도시개발센터 등 18개의 준시장형 공기업이다. 허나 결국 구조와 기능을 보고 판단할 문제로서 위와 같은 유형구별은 물론 일반인의 주식소유나 개방형 공모제를 취하는지 여부만 가지고 형식적으로 판단할 문제는 아니라고 본다.[257]

(나) 국가독점권

국가의 행위라는 요건과 관련하여 국가독점권 유지 및 지정권을 언급하는 FTA들이 있다. 미-콜롬비아 FTA[258], 콜롬비아-캐나다 FTA[259]가 그렇다. 해당 조문은 다음과 같다. “For greater certainty, nothing in this Chapter shall be construed to impose an obligation on a Party to privatize any investment that it owns or controls or to prevent a Party from designating a monopoly, provided that, if a Party adopts or maintains a measure to privatize such an investment or a measure to designate a monopoly, this Chapter shall apply to such measure.” 독점지정권과 관련하여 국가의 독점지정권 행사시 본 FTA 협정이 적용된다고 전제한 이상, 부정적 영향은 일응 없어 보인다.

그러나, 정부 독점권은, 공익적 목적을 이유로 어떤 산업분야 전반을 정부가 독점적으로 운영할 수 있다는 취지로 우리 투자자 보호에 반하는 것은 사실이다. 이러한 조항이 캐나다 등 일부 국가의 FTA나 BIT에 규정되어 있으므로 반드시 배제할 필요는 없으나 투자유치국에게 사전협의 또는 서면통지 의무 등을 부여함으로써, 우리 투자자의 법적 안정성을 확보할 필요가 있다고

257) 2009년 공공기관은 공기업, 준정부기관, 기타공공기관을 합쳐 297개로 집계되었다 시장형 6개, 준시장형 18개, 기금관리형 16개, 위탁집행형 64개, 기타 공공기관 193개 순이다.

258) 콜-미 FTA 제10.1조 각주

259) 콜-캐 FTA 제801조 제3항 Consistent with Articles 1305 (Competition Policy, Monopolies and State Enterprises – Designated Monopolies) and 1306 (Competition Policy, Monopolies and State Enterprises State Enterprises) the Parties confirm their understanding that nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from designating a monopoly, or from maintaining or establishing a state enterprise.

생각한다.[260] 이러한 독점 지정권에 대한 논의는 GATS에서도 논의가 되어 GATS 제8조는 독점지정과 관련하여 양허안에 규정된 방식과 배치되는 한도에서 행동할 수 없고 서비스무역위원회에 통보할 것을 요건으로 하고 있다.

즉, 이러한 독점 지정권 등은 공익목적과 외국인 투자자 보호가 충돌하는 영역으로서 외국인 투자자 보호를 위하여 협정이나 양허안 등에 합치되는 범위

260) GATS 제8조은 다음과 같다. "1. 각 회원국은 자기나라 영토내의 모든 독점 서비스 공급자가 관련시장에서 독점 서비스를 제공함에 있어서 제2조 및 구체적 약속에 따른 회원국의 의무에 일치하지 아니하는 방식으로 행동하지 아니하도록 보장한다(Each Member shall ensure that any monopoly supplier of a service in its territory does not, in the supply of the monopoly service in the relevant market, act in a manner inconsistent with that Member's obligations under Article II and specific commitments).
2. 회원국의 독점공급자가 자신의 독점권 범위밖에 있으며 또한 동 회원국의 구체적약속의 대상이 된 서비스를 공급함에 있어서 직접 혹은 제휴기업을 통하여 경쟁을 할 경우, 회원국은 그러한 공급자가 자신의 독점적인 지위를 남용하여 자기나라의 영토내에서 그러한 약속에 일치하지 아니하는 방식으로 행동하지 않도록 보장한다(Where a Member's monopoly supplier competes, either directly or through an affiliated company, in the supply of a service outside the scope of its monopoly rights and which is subject to that Member's specific commitments, the Member shall ensure that such a supplier does not abuse its monopoly position to act in its territory in a manner inconsistent with such commitments).
3. 그 밖의 회원국의 독점 서비스 공급자가 제1항 또는 제2항에 일치하지 아니하는 방식으로 행동한다고 믿을만한 사유를 가지고 있는 회원국의 요청이 있을 경우, 서비스무역이사회는 그러한 공급자를 설립, 유지, 또는 승인하고 있는 회원국에게 관련된 운영에 관한 구체적인 정보의 제공을 요청할 수 있다(The Council for Trade in Services may, at the request of a Member which has a reason to believe that a monopoly supplier of a service of any other Member is acting in a manner inconsistent with paragraph 1 or 2, request the Member establishing, maintaining or authorizing such supplier to provide specific information concerning the relevant operations).
4. 세계무역기구협정의 발효일 이후 회원국이 구체적 약속의 대상이 된 서비스의 공급과 관련한 독점권을 부여할 경우, 동 회원국은 늦어도 독점권 부여의 시행 예정일로부터 3월이내에 서비스무역이사회에 그러한 사실을 통보하며, 제21조제2항, 제3항 및 제4항이 적용된다(If, after the date of entry into force of the WTO Agreement, a Member grants monopoly rights regarding the supply of a service covered by its specific commitments, that **Member shall notify the Council for Trade in Services** no later than three months before the intended implementation of the grant of monopoly rights and the provisions of paragraphs 2, 3 and 4 of Article XXI shall apply).
5. 이 조의 규정은 회원국이 공식적이거나 또는 사실상 (1) 소수의 서비스 공급자를 승인하거나 설립하고, 또한 (2) 자기나라의 영토내에서 그 공급자들간의 경쟁을 실질적으로 방해하는 경우인 배타적 서비스 공급자에게도 또한 적용된다(The provisions of this Article shall also apply to cases of exclusive service suppliers, where a Member, formally or in effect, (a) authorizes or establishes a small number of service suppliers and (b) substantially prevents competition among those suppliers in its territory).

안에서 지정을 하여야 하고, 통보조항을 통해 투명성 요건을 강화해야 하는 제한이 따르는 것이다. 이러한 점에서 GATS에서의 논의를 참고할 수 있다.

또한 독점지정권과 관련하여 독점(Monopoly)이 무엇인지 정의조항에서 규정해야 하는 문제가 생긴다. GATS에서도 정의조항 제28조 아목에서 “"서비스의 독점공급자"는 회원국 영토의 관련시장에서 서비스의 유일한 공급자로서 회원국에 의해 공식적으로 또는 사실상 승인을 받거나 설립된 모든 공인 또는 사인을 의미한다("monopoly supplier of a service" means any person, public or private, which in the relevant market of the territory of a Member is authorized or established formally or in effect by that Member as the sole supplier of that service)”라고 규정하고 있음을 유의할 필요가 있다.

다만, 어떠한 형식으로라도 현행 협정문이나 국영기업 등을 규정하는 장에 적용되는 범위에서 국가독점권을 지정할 수 있다고 한정한다면 독점권 지정으로 인하여 협정문 의무위반이 발생한 경우 ISDS 제소가 가능하다고 볼 것이다.

3. 타 협정문과의 비교[261]

【 비당사국 투자자 협정문 적용 여부 】

한-호주 FTA **미국 모델 BIT**	투자와 환경 이행요건 투자와 노동
한-미 FTA, 한-칠레 FTA, **한-싱가포르 FTA, 한-캐나다 FTA** **한-뉴질랜드 FTA, 한-콜롬비아 FTA** **NAFTA**	투자와 환경, 이행요건
한-페루 FTA	보건·안전·환경 조치 이행요건
한-EFTA FTA	보건·안전· 환경 조치
한-터키 FTA	환경 및 보건 조치 이행요건
한-인도 CEPA	투자와 환경
한-베트남 FTA	이행요건
한-EU FTA	조항 없음
한-중 FTA	환경조치 이행요건은 TRIMs 준용
한-ASEAN FTA	원칙적으로 관련 조항 없음 다만, 이행요건은 TRIMs 준용 환경조항은 별도로 없음

261) 모든 조항을 일일이 비교하기보다는 주요 협상에서 논의되는 쟁점위주로 정리

【 소급효 배제 원칙 】

한-중 FTA, NAFTA	한-미 FTA, 한-인도 FTA, 한-터키 FTA, 한-호주 FTA, 한-캐나다 FTA, 한-뉴질랜드 FTA, 한-베트남 FTA, 한-콜롬비아 FTA, 미국 모델 BIT	한-칠레 FTA 한-싱가포르 FTA 한-ASEAN FTA
없음	본 협정은 협정 발효일 이전에 발생한 행위 또는 사실이나 발효일 이전에 더 이상 존재하지 아니하게 된 상황에 관하여는 적용되지 않음	이 협정의 발효일 이전에 발생한 사건으로 비롯되는 청구 또는 이 협정의 발효일 이전에 제기된 청구에는 적용되지 않음

Ⅱ 다른 장과의 관계(Relation to Other Chapters)

국 문	영 문
제 X.2 조: 다른 장과의 관계	**Article X.2: Relation to Other Chapters**
1. 이 장과 다른 장간에 불합치가 있는 경우, 그 불합치의 한도에서 다른 장이 우선한다.	1. In the event of any inconsistency between this Chapter and another Chapter, the other Chapter shall prevail to the extent of the inconsistency.
2. 다른 쪽 당사국의 서비스 공급자가 국경간 서비스공급의 조건으로 채권 또는 그 밖의 형태의 재정적 담보를 기탁하여야 한다는 어느 한 쪽 당사국의 요건은, 그 자체만으로 이 장이 그러한 국경간 서비스의 공급에 관하여 그 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용 가능하도록 하는 것은 아니다. 이 장은 기탁된 채권 또는 재정적 담보가 적용대상투자가 되는 한도에서, 그 채권 또는 재정적 담보에 관하여 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 대하여 적용된다.	2. A requirement by a Party that a service supplier of the other Party post a bond or other form of financial security as a condition of the cross-border supply of a service does not of itself make this Chapter applicable to measures adopted or maintained by the Party relating to such cross-border supply of the service. This Chapter applies to measures adopted or maintained by the Party relating to the posted bond or financial security, to the extent that such bond or financial security is a covered investment.
3. 이 장은 제XX장(금융서비스)의 적용대상이 되는 한도에서 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용되지 아니한다.	3. This Chapter does not apply to measures adopted or maintained by a Party to the extent that they are covered by Chapter XX (Financial Services).

1. 취 지

본 규정은 다른 장과 투자 장의 관계를 규율하는 것으로서 투자 장과 다른 장 간의 불합치가 있는 경우, 불합치의 한도 내에서 다른 장이 우선하고, 금융서비스에 대한 장이 적용되는 한도 내에서 당사국의 조치에 대해서는 투자 장이 적용되지 않는 점을 명시하고 있다.

다른 장이나 조항과의 관계에 대하여 규정하는 조문은 여러 가지가 있다. 예를 들면, 수용 및 보상 조항에서는 TRIPs 협정에 따라 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지적재산권 장에 합치하여 행해지는 지적재산권의 취소·제한·생성 등에는 투자 장이 적용되지 않는다고 규정하고 있으며, 비합치조치 조항에서는 경우 정부조달 또는 당사국에 의해 제공되는 보조금 또는 무상교부의 경우에는 내국민대우, 최혜국대우, 고위경영진 및 이사회 조항이 적용되지 않는다고 규정하고 있다.[262]

2. 주요 내용

가. 다른 장의 우선적용

제1항은 이 장과 다른 장 사이의 불합치가 있는 경우 그 불합치의 한도에서 다른 장이 우선한다고 규정하고 있다. 여기서 '불합치(inconsistency)'의 구체적 의미가 문제될 수 있다.[263]

중재판정부는 대체로 투자와 상품 등이 중첩될 수 있음에 주목하고 있는 듯하다. 또한 이를 주장하는 쪽이 투자와 관련이 없음을 충분히 소명해야 한다고 보고 있다.

---

262) 예를 들면, 한-미 FTA 제11.6조(수용 및 보상) 제5항, 제11.12조(비합치조치) 제5항.
263) 불합치의 의미에 대한 상세한 설명은 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 43-44면 참조

〈NAFTA 사례〉

○ *Pope & Talbot v. Canada*[264]
- 투자의 대우에 관한 규정은 일정한 투자에 의해 생산된 상품을 대상으로 한 특정 조치에도 관련될 수 있을 정도로 충분히 광범위하다'고 판시

○ *S.D. Myers v. Canada*[265]
- 누적의 원칙(Cumulative Principle)에 따라 일정한 경우, 정부나 개인은 여러 개의 다른 무역조항에 의해, 서로를 소멸시키지 않고 보완하는 여러 개의 권리를 가질 수 있다고 판시
- NAFTA의 각 장(Chapter)들은 서로 중첩(overlap)되는 것이므로, 상품에 관련되는 조치라 하여 투자자 또는 투자와 관련된 조치에 적용될 수 없는 것은 아니라고 판시

나. 국경간 서비스 공급 조건에 대한 적용 여부

(1) 채권 또는 담보

제2항은 국경간 서비스 공급자에게 투자 장을 적용할지 여부와 관련된 특별규정이다. 서비스의 국경간 공급[266]과 관련하여 당사국은 서비스 공급을 허용하는 조건으로, 서비스 공급자로 하여금 채권 또는 기타 형태의 재정적 담보를 기탁할 것을 조건으로 시장 접근을 허용하는 경우가 있는 바, 이러한 요건 자체만으로 투자 장이 적용되는 것은 아님을 규정하고 있다. 이는 서비스 장의 적용대상이 되는 것이다.

다만 이와 같이 기탁된 채권 또는 재정적 담보가 적용대상투자(covered

264) *Pope & Talbot v. Canada*, Preliminary Tribunal Award(2000. 1. 26.), para. 26.
265) S.*D. Myers v. Canada,* Partial Award(2000. 11. 13.), paras. 291-298.
266) 한-미 FTA 제12장(국경간 서비스무역) 제13조의 정의규정에 따르면 국경간 서비스무역 또는 국경간 서비스공급이란 ① 어느 한 쪽 당사국의 영역으로부터 다른 쪽 당사국 영역 내로의 서비스 공급(Mode 1), ② 어느 한쪽 당사국의 영역 내 그 당사국의 인(人)에 의한 다른 쪽 당사국의 인(人)에 대한 서비스 공급(Mode 2), 또는 ③ 다른 쪽 당사국의 영역 내 어느 한쪽 당사국의 국민에 의한 서비스 공급(Mode 4)을 말한다(그러나 적용대상투자에 의한 당사국 영역에서의 서비스 공급을 포함되지 않는다.) 위 서비스공급은 상업적 주재(commercial presence)를 필요로 하는 것은 아니다. 상업적 주재는 Mode 3로서 별도의 투자 장인 제11장에서 규율하기 때문이다.

investment)가 되는 한도 내에서는 그 채권 또는 재정적 담보에 관하여 당사국이 채택·유지하는 조치에 대하여 투자협정문이 적용된다. 즉 당사국이 그러한 담보 등을 부당하게 몰취하는 조치 등을 취하는 경우 투자조항이 적용된다.[267] 본 조문은 당사국이 국경간 서비스 무역을 위해 기탁된 담보 등에 대하여 투자 장의 조문에 반하는 부당한 대우를 하지 못하도록 방지하고자 하는 규정이다.[268]

이 조문은 NAFTA 제1112조 제2항과 같은 내용이나 지금까지 NAFTA에서 동 조항이 문제된 사례는 발견되지 않는다. 실제 NAFTA의 해설서에 의하면 이 조항은 국경간 서비스공급자에 한하여 적용되나, 상업적 주재를 포함한 국경간 서비스 공급자인 Mode 3를 제외한 규정이라고 본다면 실제 회사를 설립하거나 투자를 하지 않는 경우에는 서비스 장이 적용된다. 따라서 서비스 장이 적용되어야 할 국경간 서비스 공급에 대하여 특칙을 두어 채권 또는 담보가 부당하게 대우될 경우에 한해서만 투자자 보호조항을 적용한다고 보는 것이다. 물론 Mode 3에 의한 서비스 공급(투자)은 투자협정이 적용되는 것이 당연하므로 Mode 1, 2, 4의 경우에 의의가 있는 규정이다.[269]

(2) 국경간 서비스 공급 규정

국경간 서비스 공급은 앞에서 살펴 본 바와 같이 여러 가지 유형이 있다.

첫 번째는 서비스 공급방식 중 Mode 3를 서비스 장에서 규율하지 않고, 이

---

267) 한-미 투자분야연구 앞의 책 45면 참조

268) An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11, 앞의 책 1112-7면 참조

269) 실제 Mode1, 2, 4만 규정하는 한-미 FTA 서비스 장에서도 "1. 이 장은 다른 쪽 당사국의 서비스 공급자에 의한 국경간 서비스무역에 영향을 주는 것으로서 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용된다. 그러한 조치는 다음에 영향을 주는 조치를 포함한다. 마. 서비스 공급의 조건으로서 채권 또는 그 밖의 형태의 재정적 담보의 제공(This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party affecting cross-border trade in services by service suppliers of the other Party. Such measures include measures affecting: (e) the provision of a bond or other form of financial security as a condition)"이라고 규정하여 채권이나 담보를 제공하는 것은 서비스 장의 적용을 받는 것이 원칙이라는 점을 명시하고 있다. 다만 투자 장의 적용은 기탁된 채권 또는 재정적 담보가 적용대상투자(covered investment)가 되는 한도 내에서는 그 채권 또는 재정적 담보에 관하여 당사국이 채택·유지하는 조치에 대하여 투자협정문이 적용되는 것이다.

를 별도의 “투자 장(Investment Chapter)”에서 규율하는 방식이다. 즉, Mode 3와 비서비스 투자는 투자 장에서, 그 밖의 Mode 1, 2 및 4에 의한 서비스공급만을 “국경간 서비스무역” 장(Cross-Border Trade in Services Chapter)에서 규율한다. 이는 이른바 NAFTA[270]방식인데, 우리나라가 체결한 한-미 FTA[271]를 비롯하여 한-칠레 FTA, 한-싱가포르 FTA에서도 이러한 방식을 따라 별도의 투자 장을 두고 있다.

두 번째로 Mode 3와 비서비스는 설립(Establishment)에서 규율하는 방식으로 상업적 주재에 의한 서비스공급에 해당하는 서비스분야 투자(Mode 3)와 그 밖의 분야 즉, 제조업 및 농업 등에 대한 투자에 대해서는 당해 서비스 장안에 추가된 “설립”(Establishment) 규정 등을 통해 규율한다. “서비스무역, 설립과 전자상거래”(Trade in Services, Establishment and Electronic Commerce)라는 별도의 장에서 제2절(Section B)은 국경간 서비스무역(Cross-Border Supply of Services)(Mode 1, 2)를 제3절(Section C)은 설립(Establishment)(Mode 3), 제4절(Section D)은 자연인의 상용 일시주재(Temporary Presence of Natural Persons for Business)(Mode 4)를 규정하고 있다. 이러한 방식은 한-EU FTA가 취하는 방식이다.

세 번째는 GATS 방식으로서 투자를 별도로 규율하는 방식이 아니므로 Mode 1, 2, 3, 4를 서비스무역(Trade in Services)이라는 명칭으로 규율한다.

따라서 서비스 장과의 관계는 각 FTA마다 차이가 있으므로 국경간 서비스공급이라고 하는 경우 투자 장과의 관계를 어떻게 규율하는지에 따라 적용범위가 달라지나 결국 위 특칙은 Mode 1, 2, 4에 의한 서비스 공급에 의의가 있는 규정이라고 할 것이다.[272]

---

270) NAFTA 제12.13조(국경간 서비스무역)에서는 서비스의 4가지 공급방식 중 Mode 1과 2 및 4만을 적용 대상으로 하고, Mode 3에 의한 서비스공급 즉, 서비스투자를 포함한 투자 전반에 대해서는 협정 제11장[투자]에서 별도로 규율한다고 규정하고 있다. 한-미 FTA도 NAFTA 모델을 따르는 이상 같은 형태이다.

271) 한-미 FTA 제12.13조(정의)에서는 “국경간 서비스무역 또는 국경간 서비스공급이라 함은 다음과 같은 서비스의 공급을 말한다. (중략) 그러나 이는 적용대상투자에 의한 당사국 영역에서의 서비스 공급은 포함하지 아니한다(cross-border trade in services or cross-border supply of services means the supply of a service: (중략) but does not include the supply of a service in the territory of a Party by a covered investment.”라고 규정하여 별도의 투자 장을 규율하는 방식이다.

다. 금융서비스 등에의 비적용

(1) 금융서비스 장(Chapter)과의 관계

제3항은 당사국이 채택·유지하는 조치에 관하여 금융서비스 장[273]이 적용될 경우에는 투자 장이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 위 제1항 규정은 투자 장과 다른 장이 불합치하는 한 다른 장이 우선한다는 내용인 반면, 제3항은 양 장 간의 불일치 존재 여부에 관계없이 어떠한 조치에 대하여 금융서비스 장이 적용되면 투자 장은 적용되지 않는다는 취지이다.

특히, 금융서비스 장은 ISDS의 적용대상과 분쟁절차 특칙을 두고 있어 이 경우에는 투자 장이 아닌 금융서비스 장의 규정이 우선하여 적용된다.[274]

한-미 FTA 제13장은 금융서비스와 관련하여 ISDS를 제기할 수 있는 범위를 투자 장의 수용 및 보상, 송금, 혜택의 부인, 특별형식 및 정보요건에 관한 것으로 한정하고(제13.1조 제2항 나목), 분쟁해결절차에 관하여도 특칙을 두고 있다.[275] 이는 미국 모델 BIT 제20조 제3항에서 우리의 한-미 FTA 금융서비스 장과 같은 분쟁해결절차 특칙을 규정하고 있는 데에서 유래한 것으로 보인다.

이와 관련하여 금융서비스 장이 별도로 존재하지 않는 경우가 문제될 수 있다. 한-칠레 FTA에는 이러한 규정이 없다. 한-EU FTA에서는 "서비스무역, 설립과 전자상거래"(Trade in Services, Establishment and Electronic Commerce)라는 별도의 장(Chapter) 안의 제5절(Section E) 규제의 틀(Regulatory

---

272) GATS에 의한 서비스 공급방식은 ① 서비스의 국경간 이동(cross border supply): 서비스의 이동, ② 서비스 소비자의 해외 소비(consumption abroad): 소비자의 이동, ③ 외국 서비스 공급자의 상업적 주재(commercial presence): 자본의 이동, ④ 자연인의 주재(presence of natural person): 노동의 이동으로 구분되는바, 자세한 설명은 전술한 WTO 논의 내용 중 30-34면 참조

273) 금융서비스 장이 적용되는 조치는 1) 다른쪽 당사국의 금융기관, 2) 당사국의 영역에 있는 금융기관에 대한 다른쪽 당사국 투자자의 투자, 국경간 금융서비스 무역이다.
(한-미 FTA 제13.1조 제1항) 따라서 적용대상투자와 투자자에게 적용되는 조치를 규율하는 투자 장과 유사하나, 상대국 금융기관에 대한 투자 등은 투자 장이나 서비스 장이 아닌 금융서비스 장이 적용된다.

274) An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11, 앞의 책 1112-10면 참조

275) 한-미 FTA 제13장(금융서비스) 제13.19조에서 투자분쟁 특칙을 규정하고 있다.

Framework) 제5관(Subsection E)에서 규율하고 있다. 또한, 한-ASEAN은 위에서 보았듯이 Mode 1, 2, 3, 4를 모두 서비스 장에서 규율하고 별도의 투자 장에서 비서비스 투자만을 규율하나, Mode 3에 의한 서비스 공급은 투자자 보호와 관련하여서는 투자 장의 적용을 받는다. 또한 한-ASEAN FTA는 금융서비스도 서비스 협정문의 부속서로 규정하고 있으므로 원칙적으로 서비스 협정문과 금융서비스 부속서가 우선한다고 볼 수 있다. 그러나 금융서비스 공급자가 금융기관을 설립하는 경우 금융서비스 장이 특칙인지 여부에 대하여는 정하지 않고 있다. GATS와 유사한 방식으로서, 금융서비스에 대한 부속서를 두고 있으나 Mode 3을 분리하지 않아 발생한 공백으로 보인다.

그러나 금융서비스 관련 사항을 협정에서 배제하는 경우 "금융서비스 장(Financial Service Chapter)"라는 용어를 원용할 수 없게 되는바, "금융분야(financial sector)" 또는 "금융기관(financial institutions)"이라는 용어를 활용하는 경우가 있다. 일반적으로 금융 관련 사항의 포괄적인 규제권을 확보하기 위해 분야(sector)라는 넓은 개념을 활용하기도 하나, 우리의 한-칠레 FTA[276]도 "금융기관(financial institution)"이라는 용어를 활용하고 있다. "금융분야(financial sector)"는 범위가 지나치게 넓으므로 금융기관으로 한정하여 협정의 배제 범위를 명확히 한정지을 필요가 있기 때문이다.

이러한 경우 "금융기관(financial institution)"이 무엇인지가 문제인데, 한-미 FTA의 "금융기관(financial institution)"에 대한 금융서비스 장의 정의 조항을 원용할 필요가 있다. 금융기관의 금융서비스 공급에 한하여 협정상 적용이 배제됨을 명확히 할 필요가 있기 때문이다. 한-미 FTA 제13장(금융서비스 장) 제13.20조 정의조항에서는 "금융기관이라 함은 그 기관이 소재하는 당사국의 법에 따라 금융기관으로서 영업을 하도록 인가되고 규제되거나 감독되는 모든 금융 중개업자 또는 그 밖의 기업을 말한다(financial institution means any financial intermediary or other enterprise that is authorized

276) 한-칠레 FTA 제10.2조 제3항 가목 "3. 이 장은 다음의 경우에 적용되지 아니한다. 가. 일방 당사국 영역내의 금융기관에 대한 타방 당사국의 투자자 및 이들의 투자와 관련하여 일방 당사국이 채택하거나 유지하는 조치(This Chapter does not apply to: (a) measures adopted or maintained by a Party relating to investors of the other Party, and investments of such investors, in financial institutions in the Party's territory)"

to do business and regulated or supervised as a financial institution under the law of the Party in whose territory it is located).”고 규정하고 있다.

그러나, 한-칠레 FTA 투자 장의 금융기관의 정의는 비금융기관의 행위까지 포함되는 것으로 해석할 여지가 있다. 결국 비금융기관의 행위도 투자협정문에서 배제되는 것으로 보일 우려가 있으므로 이를 원용하는 것은 적절하지 않다고 본다. 왜냐하면 한-칠레 FTA 제10.1조 정의조항에서 “금융기관이라 함은 소재하고 있는 당사국의 법에 따라 금융서비스를 제공하기를 희망하거나 제공하고 있는 일방 당사국의 자연인 또는 기업을 말한다(financial institution means any natural person or enterprise of a Party wishing to supply or supplying financial services under the law of the Party in whose territory it is located).”고 규정하고 있기 때문이다. 이러한 방식은 GATS나 한-EU FTA와도 유사한 바, 한-EU FTA 서비스 장 제5절(Section E) 제5관(subsection E)에서도 금융서비스 공급자는 “금융서비스 공급자란 금융서비스를 공급하려고 하거나 공급하는 당사자의 모든 자연인 또는 법인을 말하며, 공공기관을 포함하지 아니한다(financial service supplier means any natural or juridical person of a Party that seeks to provide or provides financial services. The term ‘financial service supplier’ does not include a public entity).”라고 규정하고 있고, GATS도 금융서비스에 관한 부속서에서 “금융서비스 공급자는 금융서비스를 공급하기를 원하거나 공급하고 있는 회원국의 모든 자연인 또는 법인을 의미하나, "금융서비스 공급자"라는 용어는 공공기관을 포함하지 아니한다(A financial service supplier means any natural or juridical person of a Member wishing to supply or supplying financial services but the term “financial service supplier” does not include a public entity).”고 규정하는 방식을 취한다.

금융기관을 정의하는 두 가지 방식의 가장 큰 차이는 비금융기관의 포함여부이다. 한-미 FTA의 경우에는 금융기관의 금융서비스 공급에 한하여 협정상 적용이 배제되기 때문에 협정의 적용범위가 명확해진다는 장점이 있다.

별도의 금융서비스 장가 없는 경우라면 “다른 장과의 관계”의 장에서 규정하기 보다는 협정의 적용범위 부분에서 규정하는 것이 논리적으로 타당하다.

협정에 따라 “다른 장과의 관계”라는 장을 별도로 두지 않는 경우도 있음을 유의해야 한다.[277]

(2) 다른 조항, 장(Chapter)과의 관계(과세조항)

금융서비스 장이 투자 장의 특칙으로서 그보다 우선하는 경우도 있지만, 특정 장(Chapter)이나 조항을 투자 장에서 적용하지 않는 경우가 있다. 대표적인 예가 과세조항이다.

한-미 FTA 같은 경우에는 금융서비스 장만 투자 장의 특칙으로 규정하고 조세조항은 제23장(예외) 제23.3조(과세) 제1항에서 “이 조에 규정된 경우를 제외하고, 이 협정의 어떠한 규정도 과세조치에 적용되지 아니한다”라고 규정하고 있다. 따라서 원칙적으로 이중과세방지협약과 FTA 규정이 충돌할 때는 불합치한도 내에서 협약이 우선한다고 볼 수 있다. 다만, 수용 및 이행요건과 관련하여 특칙을 두고 있는 점은 특색이라 할 수 있다.[278] 또한 투자협정문에 ‘부속서 11-바’로 ‘과세 및 수용에 대한 부속서’[279]를 별도로 두고 있다. 한-칠레 FTA도 예외의 장 제20.3조 제2항에서 “이 조에 규정된 경우를 제외하고는 이 협정의 어떠한 규정도 조세조치에 적용되지 아니한다.”고 규정하고 있으나 과세와 수용 등에 대한 관계에 대하여는 침묵하고 있고, 한-싱가포르 FTA는 예외의 장인 제21.4조에서 같은 규정을 두면서 한-미 FTA처럼 과세와 수용, ISDS에 대한 규정을 두고 있다. 다만, 한-싱가포르 FTA는 한-미 FTA와 달리 과세와 수용에 대한 부속서를 투자협정문에 별도로 기재하지 않고 그 부속서 내용을 예외의 장에서 각주로서 규정하고 있다는 점에 차이가 있다.

미국 2004 모델 BIT는 투자 장에서 제21조 과세조치라는 항목으로 한-미

---

277) 한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA의 경우가 적용범위(Scope and Coverage) 항에서 같이 다루고 있다.

278) 한-미 FTA 제23.3조 제6항 나목에서는 “(전략) 과세조치에 대하여 제11.6조(수용 및 보상)를 원용하려고 하는 투자자는 제11.16조(중재의 청구 제기)제2항에 따른 의사 통보를 할 때에 그 과세조치가 수용이 아닌지 여부에 대한 문제를 권한 있는 당국에 우선 회부하여야 한다. (후략)” 한국의 경우, 권한 있는 당국의 해당 부서는 기획재정부 세제실장이다.

279) 과세와 수용에 대하여는 수용항목에서 별도로 설명하기로 한다.

FTA의 예외조항과 유사한 조항을 삽입하였다. “1. 본 조에 별도로 명시된 경우가 아닌 한, 제A절의 어떠한 규정도 과세조치와 관련해 의무를 부과하지 않는다. 2. 어떤 과세조치가 수용과 관계가 있다고 주장하는 청구인이 다음 경우에 해당해 제B절에 의한 중재를 의뢰할 수 있는 것을 제외하면, 제6조 [수용]는 모든 과세조치에 적용한다. (a) 해당 과세조치가 수용과 관계가 있는지 여부를 청구인이 양 당사국의 관할 세무당국에 먼저 서면으로 질의하였고, (b) 그러한 질의를 한 날로부터 180일 이내에 양 당사국의 관할 세무당국이 해당 과세조치는 수용이 아니라는 사실에 동의하지 못한 경우(1. Except as provided in this Article, nothing in Section A shall impose obligations with respect to taxation measures. 2. Article 6 [Expropriation] shall apply to all taxation measures, except that a claimant that asserts that a taxation measure involves an expropriation may submit a claim to arbitration under Section B only if: (a) the claimant has first referred to the competent tax authorities of both Parties in writing the issue of whether that taxation measure involves an expropriation; and (b) within 180 days after the date of such referral, the competent tax authorities of both Parties fail to agree that the taxation measure is not an expropriation).”라고 규정하고 있다. 그러나 과세와 수용에 대한 부속서는 삽입하지 않고 있다.

그러나 이러한 방식이 일반적이라고 볼 수는 없다. 한-인도 CEPA에서는 제10.2조 제8항에서 “이 협정문은 과세조치에 적용되지 않는다.”고 규정하고 있다. 또한, 한-ASEAN FTA 제2조 제2항 (c)에서 “송금과 수용보상 조항을 제외하고 어떠한 과세조치에 대하여도 협정문이 적용되지 않는다.”고 규정하고 있다.

특정 방식에 대한 절대적인 기준이 있는 것은 아니지만, 과세조치가 일반적으로 투자협정에 적용되지 않는 것은 타당하다. 수용을 구성하여 ISDS를 제기할 수 있는지 여부에 대하여 상세한 부속서를 두는 경우는 투자유치국을 위한 것이라고 볼 수 있다. 그러나 우리가 체결하는 향후 FTA에 과세와 수용에 대한 부속서를 삽입할지 여부는 신중한 고려가 있어야 한다. 과세주권을 유지한다는 논리도 물론 맞는 말이나 반대로 우리 투자자가 상대국의 부당한 과세

조치에 대하여 수용임을 주장할 수 있는 여지가 상당히 줄어들기 때문이다.

〈 *Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico* [280] 〉

○ 쟁점

- 투자 장과 금융서비스 장의 관계가 문제된 사례
- NAFTA 제11장 1101조 제3항은 제14장(금융서비스)이 적용되는 한 제11장의 적용이 배제된다고 규정하고 있고, 제14장(금융서비스)은 금융분야에만 적용되는 내국민대우, 최혜국대우 규정(제1405, 1406조) 등을 두는 한편, 제11장(투자)의 송금보장(1109조) 수용 및 보상조항(1110) 등 위반의 경우만 제11장 투자분쟁해결절차가 적용됨을 규정하고 있음(제1401조)

○ 사안개요

- 청구인은 미국 캘리포니아주법에 따라 설립된 회사
- 멕시코 금융지주회사인 Grupo Financiero BankCreer(GFB)는 위기를 겪고 있는 자회사 BankCreer 은행의 자본 확충을 위해 사채(debenture)를 발행
- 청구인은 1995. 9.경 5년 만기 달러 표시(dollar-denominated) 사채 미화 5천만 달러 상당을 구입
- 그러나 그 후 멕시코에 닥친 금융위기로 인해 BankCreer 은행은 금융당국의 허가를 받아 멕시코인들이 소유한 페소표시 사채를 액면가(face value)로 매수
- 청구인이 자신이 보유한 사채도 환매해 줄 것을 요구했으나 멕시코 금융당국이 이를 거절하자 내국민대우 위반, 최소대우기준위반, 수용을 이유로 중재를 제기

○ 판정취지

- 문제되는 조치가 금융서비스에 관한 조치이므로 위 NAFTA 규정에 따라 투자장의 내국민대우, 최소대우기준 위반 주장에 대하여는 중재관할이 없다고 판단하고, 수용 주장에 대하여만 실체 심리를 진행한 결과 멕시코의 조치가 수용에 이를 정도는 아니라는 이유로 청구를 기각

280) *Firemans Fund Insurance Company v. Mexico* Award(2006. 7. 17.) Para 169-218

3. 타 협정문과의 비교

【 국경간 서비스 】

한-미 FTA NAFTA	한-인도 CEPA 한-ASEAN FTA	한-EU FTA	GATS
Mode 1, 2, 4는 서비스 장 Mode 3는 투자 장	Mode 1, 2, 3, 4를 모두 서비스 장에서 규율하고 별도의 투자 장에서 비서비스 투자만을 규율 다만, Mode 3의 경우 투자자보호 조항은 투자 장의 적용을 받음	서비스무역, 설립과 전자상거래라는 별도의 장안에서 제2절은 국경간 서비스공급(Mode 1,2)을 제3절은 설립(Mode 3)을, 제4절은 자연인의 상용 일시주재((Mode 4)를 규율	Mode 1, 2, 3, 4를 서비스무역(Trade in Services)에서 규율

【 금융 서비스 】

한-칠레 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-ASEAN FTA 한-인도 CEPA 한-EU FTA 한-터키 FTA 한-베트남 FTA	한-싱가포르 FTA 한-EFTA FTA 한-페루 FTA 한-미 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA	한-뉴질랜드 FTA
금융서비스 별도 장(Chapter) 부존재 (금융기관(financial institution)은 투자 장 적용 배제) 서비스 장에서 규율	서비스 장 및 금융서비스 부속서 (한-터키 FTA는 서비스협정 및 금융서비스 부속서)	금융서비스 별도의 장으로 규율	금융서비스는 협정 발효 후 3년 내 협의하기로 합의

【 과세조치 】

한-미 한-호주 한-뉴질랜드	한-칠레 한-페루 한-중 한-베트남 한-콜롬비아	한-터키	한-캐나다	한-ASEAN 한-인도	한-싱가포르
예외 장에서 과세조치는 원칙적으로 협정 적용 대상이 아님을 명시 투자 장에 '과세 및 수용' 부속서 有	예외 장에서 규정 '과세 및 수용' 부속서 無	투자협정 제1.18조에서 타 과세협정상의 의무가 우선됨을 규정	예외 장에서 규정 예외 장에 '과세 및 수용' 부속서 有	투자 협정문에서 제외 단, 한-ASEAN은 송금과 수용보상 조항을 제외하고 투자협정에서 제외	예외 장에서 규정 투자 장에 '과세 및 수용' 부속서는 없으나 예외 장에서 각주로 그 내용 기재

제2장 투자의 대우

I 내국민대우(National Treatment)

국 문	영 문
제 X.3 조 : 내국민대우	**Article X.3 : National Treatment**
1. 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 자국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자에게 부여한다.	1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. 각 당사국은 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 자국 투자자의 자국 영역 내 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 적용대상투자에 부여한다.	2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
3. 제1항 및 제2항에 따라 당사국이 부여하는 대우라 함은, 지역정부에 대하여는, 동종의 상황에서 그 지역정부가 자신이 일부를 구성하는 당사국의 투자자와 투자자의 투자에 대하여 부여하는 가장 유리한 대우보다 불리하지 아니한 대우를 말한다.	3. The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional or local level of government, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.

1. 취 지

각 당사국은 동종의 상황 하에서 자국 투자자 및 투자에 부여하는 대우보다 불리하지 않는 대우를 상대국 투자자 및 투자에게 부여할 의무를 지며 이를 내국민대우(National Treatment: NT)라 한다. 이러한 대우는 설립 전 투자(설립, 인수, 확장)와 설립 후 투자(확장, 경영, 영업, 운영, 매각, 그 밖의 처분)에 같이 적용된다. 설립 전 투자에 적용되는 내국민대우를 Pre-NT라 하고, 설립 후 투자에 적용되는 내국민대우를 Post-NT라 한다. 설립 전 투자는 투자자유화 요소가 포함된 협정을 의미한다.

또한, 지방정부에서 취하는 조치를 기준으로 내주민대우까지 규정하고 있다.

2. 주요 내용

가. 투자와 투자자에 대한 내국민대우

(1) 개관

투자자에 대한 대우 중 가장 기본적인 의무는 외국인투자자에 대하여 국적을 이유로 차별하지 않고 내국민과 동등한 보호를 부여하는 것이다. 제3조는 이러한 내국민대우 의무를 규정하고 있으며, 투자 장 외에 상품, 서비스, 금융서비스, 지적재산권 장에도 이와 유사한 내국민대우 조항이 규정되어 있다.

우리나라의 NT 조항은 투자자에 대한 대우와 투자에 대한 대우를 나누어 규율하고 있다. 즉, 제1항은 동종 상황에서 '자국투자자'에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 제공할 의무를, 제2항은 동종 상황에서 '자국투자자의 자국 영역 내 투자'에 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 제공할 의무를 각각 규정하고 있다. 이는 물적 대상물인 투자는 물론 인적 대상인 투자자와 관련하여서도 설립, 인수, 확장 등에 있어 차별을 하지 않는다는 의미이다.

우리나라는 2012년에 발효된 한-미 FTA을 비롯하여 캐나다(2015), 중국(2015), 뉴질랜드(2015), 베트남(2015), 콜롬비아(2016)와의 FTA에서도 내국민

대우를 규정하고 있다. 내국민대우 의무에 설립 전 투자를 포함하는 것이 전통적인 FTA 규정 방식이었으나, 한-중 FTA의 경우에는 설립 후 투자로 제한한다. 한-중 BIT(2007), 한·중·일 TIT(2014) 등 우리나라가 체결한 투자보장협정은 대체적으로 설립 후 투자만을 대상으로 내국민대우를 규정하고 있다. 그러나 한-일 BIT(2003)는 유일하게 설립 전 투자를 내국민대우의 대상으로 하고 있다.

(2) 설립 전 투자와 내국민대우

(가) 개념의 실익

한-미 FTA 등 기 체결한 대부분의 FTA에서는 내국민대우 의무가 투자의 '설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분'에 대하여 적용되는 것으로 명기함으로써 설립 후 단계뿐만 아니라 설립 전 단계에서도 내국민대우가 보장되어야 함을 명확히 하고 있다.

앞에서 보았듯이 네거티브(Negative) 유보 방식을 따를 경우, 특정 분야에 대한 내국민대우 및 최혜국대우의 예외를 명시적으로 유보안에 기재하지 않는 한 시장진입이 허용된다. 사전설립 단계에 있어서 투자 유치국의 재량권에 제한을 가할 수 있는데, 이러한 단계의 투자를 바로 설립 전 투자라고 한다. 설립 전 투자는 '투자의 허용,' '투자자의 시장진입' 또는 '투자의 자유화'를 모두 포괄하는 개념이다. 즉, 설립 전 투자는 특정 산업을 보호하기 위한 시장진입 장벽을 제거하도록 하는 것이다. 투자협정을 체결한 양국은 특정 기업에 대한 경영권 인수, 자산 인수, 투자실행을 위한 사전 단계 등 국경간 투자활동에서 협정 체결당사국 국민과 기업에게 하나의 공평한 기회를 제공하여야 하고 투자협정의 유보안에 예외로 기재하지 않는 한 내국민과 타국 투자자의 시장진입을 차별하면 협정문 의무위반으로 ISDS 제소대상이 된다는 점에서 의의가 있는 것이다.

앞서 살펴본 바와 같이, 외국인 투자 기업이 투자유치국의 공기업 매각 정책 발표를 신뢰하여 외국기업에 대한 입찰자격 발표가 있기 이전에 이미 타당성

조사 등 사전 투자 활동에 상당한 비용을 투자를 하였으나 상당 기간 경과 후 갑자기 A국 정부가 입찰참여를 제한한다고 발표해 사전 투자 단계에 투입한 제반 비용이 무용지물이 된 경우, 투자협정상에 설립 전 단계 투자에 해당하는 활동에 대해 내국민대우(NT)를 부여하기로 보장하는 NT조항이 있다면, 당해 협정상의 NT조항을 근거로 ISDS를 제기할 수 있는 것이다.[281]

(나) 내국민대우 규정 방식

1) 설립, 인수, 확장

Pre-NT와 관련하여 설립, 인수, 확장을 구체적으로 내국민대우 등에 규정하는 경우 설립 전 투자에 대한 내국민대우를 규정하는 것으로 해석한다.

앞에서 보았듯이 "투자유치국 내에 법인을 세우는 설립(establishment)과 투자유치국 기업의 주식을 취득함으로써 이뤄지는 인수(acquisition)가 대표적인 설립 전 단계의 투자 활동에 해당된다. 투자의 확대(expansion)는 상황에 따라 설립 전 단계 투자에 해당될 수도 있을 것이다. 이와 관련 투자의 허가(admission)를 받지 않은 단계에서 이뤄지는 제반 투자 활동 즉 '허가 전 투자'(pre-admission investment) 역시 설립 전 단계로서 이해하여야 한다."고 보는 견해가 있다.[282] 이에 반해, 투자의 설립 후 단계(post-establishment)라 함은 투자의 운영이나 처분 등을 가리킨다고 볼 수 있다. 보다 구체적으로 투자의 관리, 수행, 운영, 유지, 향유, 청산, 매각 또는 기타 처분 등의 투자 활동이 그러한 설립 후 단계의 투자 활동에 해당한다.

다만, 설립 전 투자와 설립 후 투자가 명확히 구분되는 개념은 아니고 특히, 확장이나 운영 등은 설립 전 단계의 투자인지 설립 후 단계 투자인지 구분이 어렵다고 보는 견해가 많다. 그러한 이유에서인지 호주와 태국이 체결한 FTA는 설립(establishment)과 인수(acquisition)만 설립 전 투자라고 명시적으로 특정하고 있다.

---

281) 물론 Pre-NT를 인정하더라도 ISDS 제소범위를 설립 후 투자로만 제한할 수 있음은 앞에서 본 바와 같다. 한-칠레 FTA, 호주-칠레 FTA, 호주-태국 FTA가 바로 그 예이다.

282) 국제투자분쟁 공무원 교육자료 앞의 책 48면 참조

2) 규정 방식

설립 전 투자와 설립 후 투자의 구분을 명확히 하기 위하여 조문의 제목을 호주-태국 FTA처럼 “설립 전 투자 내국민대우(Pre-establishment National Treatment)”와 “설립 후 투자 내국민대우(Post-establishment National Treatment)”로 구분하는 방식도 있다.[283]

NAFTA와 한-미 FTA도 내국민대우를 설립 후 투자 단계뿐 아니라 설립 전 투자 단계에도 확대 적용하고 있다. 우리나라는 대체적으로 FTA 투자 장에서 설립, 인수, 확장, 운영, 영업, 경영, 매각, 처분 등을 동시에 규정한다. 한-뉴질랜드 FTA(2015), 한-베트남 FTA(2015) 및 한-콜롬비아 FTA(2016)도 ‘투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분’에 대하여 내국민대우를 규정하며 설립 전 투자를 보호하고 있다. 그러나 한-중 FTA(2015)는 투자활동(경영·영업·운영·유지·사용·향유 및 매각 또는 그 밖의 처분)에 내국민대우를 규정하여 설립 후 투자만을 보호하고 있다.[284]

우리의 기 체결 FTA 중 한-ASEAN FTA는 특이하게도 설립, 인수, 확장 이외에 허가(Admission)까지 규정하고 있다.

한-EU FTA는 투자 장이 없고 제7장 서비스 무역・설립 및 전자상거래 제3절 설립(Establishment) 제7.12조 NT 조항에서 “설립에 영향을 미치는 모든 조치에 대하여(with respect to all measures affecting establishment)”라고 규정하고 제7.9조 정의조항에서 설립(establishment)은 법인의 구성, 인수 또는 유지(constitution, acquisition or maintenance of a juridical person) 또는 지점이나 대표사무소의 설치 또는 유지(the creation or maintenance of a branch or representative office)라고 규정하고 있다.

---

283) 호주-태국 FTA 제904조에서 “설립 전 투자 내국민대우(Pre-establishment National Treatment)”라는 제목으로 “In the sectors inscribed in Annex 8, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favourable than it accords, in like circumstances, to its own investors, with respect to **the establishment and acquisition of investments in its territory.**”라고 규정

284) 한-중 FTA 제12장 투자 제12.1조 정의 조항에서 투자활동을 “투자의 경영, 영업, 운영, 유지, 사용, 향유 및 매각 또는 그 밖의 처분(management, conduct, operation, maintenance, use, enjoyment and sale or other disposition of investments)”이라고 규정

우리나라는 대체적으로 투자보장협정(BIT)에서 설립 후 투자를 내국민대우의 보호대상으로 하고 있다. 예를 들어, 한-중 BIT(2007)에서 투자의 확장[285]·운영·관리·유지·사용·향유·판매 또는 그 밖의 처분에 관하여 내국민대우를 규정하고 있어 설립 후 투자만을 규정하고 있다.[286] 한중일 TIT(2014)[287]에서도 마찬가지로 투자활동(경영·영업·운영·유지·사용·향유 및 판매 또는 그 밖의 투자의 처분)에 관하여 내국민대우를 규정하고 있어 설립 후 투자만을 보호하고 있으며, 내국민대우의 예외사유로 국가 안보(제18조) 및 국가경제의 건전할 발전(제20조)을 규정하였다.[288] 그러나 한-일 BIT(2003)에서는 투자의 설립·인수·확장·운영·경영·유지·사용·향유·판매 또는 다른 처분에 내국민대우를 규정하고 있어 다른 BIT와 다르게 유일하게 설립 전 투자에 대하여 내국민대우를 규정하여 보다 넓게 투자를 보호하고 있다. 한-일 BIT에서는 내국민대우에 대한 예외 분야를 부속서 I, II에서 따로 규정하고 있다.

나. 내국민대우 위반 판단 요건

(1) 동종 상황(in like circumstance)

(가) 협정문 분석

---

285) 확장은 설립 전 단계의 투자와 설립 후 단계 투자와의 구분이 어려운 영역으로 보는 견해도 존재한다.

286) 개정 한-중 BIT 제3조 제1항은 "(전략) 투자의 확장·운영·관리·유지·사용·향유·판매 또는 그 밖의 처분에 관하여(with respect to the **expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment, and sale or other disposal of investments**)"라고 규정함
또한, 뉴-중 FTA의 투자 장 제138조의 내국민대우 조항도 "Each Party shall accord to investments and activities associated with such investments, with respect to **management, conduct, operation, maintenance, use, enjoyment or disposal,** (후략)" 규정함

287) 한·중·일 TIT 제25조는 기존의 양자 간 투자협정에 영향을 미치지 않음을 규정하여 다른 협약과의 관계를 규율하고 있다.

288) 기존의 한-중 BIT보다 높은 수준의 투자개방으로 내국민대우를 규정하였다는 평가가 존재한다. 외교부 홈페이지: http://mofa.go.kr/webmodule/htsboard/template/read/korboardread.jsp?typeID=6&boardid=235&seqno=350349&c=&t=&pagenum=1&tableName=TYPE_DATABOARD&pc=&dc=&wc=&lu=&vu=&iu=&du=, 외교부 보도자료(한중일 투자보장협정 발효 보도자료) 첨부1(2014. 5. 15.). (최종확인: 2018. 10. 22.)

내국민대우란 일반적으로 법률상(de jure) 차별뿐만 아니라 사실상(de facto)의 차별도 금지하는 것으로 해석한다.[289] 특히, '동종의 상황(in like circumstance)' 하에서 일방당사국이 타방당사국의 투자자나 투자에게 자국의 투자자나 투자에 대한 대우보다 불리한 대우를 부여하지 않겠다는 의미다. NAFTA 제1102조 제1항에서는 외국인투자자에게 '동종 상황(like circumstances)'에서 자국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 않은 대우를 협약 당사국의 투자자에게 부여할 의무를 규정하고 있으며, 한-미 FTA도 제11.3.조에서 이와 동일한 문구를 사용하고 있다. 그러나 두 협정 모두 '동종 상황(like circumstances)'의 정의에 대한 규정은 존재하지 않는다.

이와 관련하여 가장 문제가 되는 것은 비교대상인 두 주체가 '동종 상황'에 있는지 여부이다. 원래 내국민대우 의무에 관한 법리는 상품무역, 서비스에 관한 GATT나 WTO의 분쟁해결 과정에서 발전되었다.

이 절차에서는 '동종 상품(like products)'인지, '경쟁관계'에 있는지 등이 논의되었고 이러한 WTO의 법리가 투자협정의 내국민대우에 그대로 적용될 수 있는지에 관하여 논란이 있었다. 이와 관련하여, 다음에서는 기존 WTO의 법리 적용여부 대한 초기 판례와 최근 판례를 통해 판정부의 입장을 살펴본다.

(나) 중재판정례

1) 초기

초기 NAFTA 관련 내국민대우 사례인 *S.D. Myers* 사건, *Pope & Talbot* 사건, *Feldman* 사건에서는 GATT/WTO 관련 법리가 NATFA 판정부의 판단에 영향을 미쳤다는 평가가 존재한다.[290] 기존에 GATT/WTO는 내국민대우에 관하여 "일반적으로 같은 사업이나 경제영역(same business or economic sector)"를 기준으로 동종 상품의 비교대상을 파악하였으며, 양자를 구별하는 방법으로 제품의 성질・특성・용도 등을 종합적으로 고려하여 사안별로(case by case) 동종 상품여부를 판정하는 법리와, 정부의 차별조치가 합리적인 정책

289) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 50면 참조
290) R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2012), pp. 204-206.

목적에 의해 정당화 되는지 여부를 판단하는 법리가 존재한다. *S.D. Myers, Inc v. Canada* 사건에서 중재판정부는 'like circumstances'를 판단할 때 같은 산업 분야에 있는지에 대한 검증이 수반되어야 하고, NAFTA 제1102조의 '동종 상황(like circumstances)'을 해석할 때 환경에 대한 고려와 무역왜곡 방지의 필요성이라는 협정 전체의 맥락으로부터 도출되는 일반적 원칙을 고려해야 한다고 하였다. *Pope & Talbot v. Canada* 사건에서 중재판정부는 내국민대우 문제를 해결하기 위하여 '동종 상황(like circumstances)' 의미를 정하는 것이 필수적이고 그 해석에 NAFTA 협정의 법적 맥락을 고려해야 한다는 *S.D. Myers* 사건의 판정부 입장을 지지하면서 NAFTA협정의 법적 맥락을 먼저 고려한 후, 다음으로 분쟁사안의 사실관계를 검토해야 한다고 하였다. 이는 기존의 내국민대우에 관한 GATT/WTO 법리를 반영한 것이다. *Feldman v. Mexico* 사건에서 '동종 상황(like circumstances)'의 판단을 *S.D. Myers* 사건과 같이 동일산업 분야의 국내기업(멕시코 국내 담배기업)과 비교하고, *Pope & Talbot* 사건과 같이 NAFTA협정의 법적 맥락(조세수입통제, 밀수방지, 지재권보호)을 고려하여 판단하였다.

〈 *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentina* [291] 〉

○ **사안개요**

- 버스 차체 생산업자인 청구인이 금융 분야의 내국인과 비교하여 차별적인 대우를 받고 있다고 주장

○ **판정취지**

- 국가의 법률 제정 권한 및 다른 분야에 대해 달리 규정할 수 있는 권한을 인정하면서, 청구인은 다른 분야와 비교하여 차별적 대우를 주장하고 있으므로 동종 상황에 있지 아니하다며 청구를 기각

291) *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits(2008. 6. 6.)(아르헨티나-칠레 BIT).

〈 *S.D. Myers v. Canada* [292] 〉

○ **사안개요**

- 청구인 S.D. Myers는 미국 폐기물 처리업체로서 캐나다에 자회사를 설립하여 캐나다에서 발생한 폴리염화비닐을 미국으로 들여와 처리하던 중에 캐나다 정부가 잠정조치로 폴리염화비닐의 미국 수출을 금지하였고, 청구인은 캐나다 정부의 동 조치가 동일사업(same business)을 하는 캐나다 사업자들과 차별을 이유로 하여 NATFA상의 내국민대우 위반 등을 주장

○ **판정취지**

- '동종 상황(like circumstances)'의 해석에 대하여 WTO의 패널과 상소기구의 '동종(like)'에 대한 해석 방법으로 '사안별 원칙(case by case analysis)'과 '동종(like)'을 포함하는 '협정문(legal text)' 자체에 주의가 필요함을 언급하고 해당 조치가 사실상 차별뿐 아니라 법률상 차별을 담고 있는지를 고려할 필요가 있다고 판시
- '경제 분야(economic sector)', '사업 분야(business sector)' 등의 개념을 포괄하는 넓은 의미에서 동일한 분야에서 운영되는 기업들을 비교대상으로 판시
- 캐나다의 잠정조치가 내국민대우를 위반한 것으로 판시

〈 *UPS v. Canada* [293] 〉

○ **사안개요**

- UPS는 캐나다 정부와 Canada Post간의 특별한 법적·회계적 관계, Canada Post에 대한 각종 통관 편의 제공 등으로 인해 UPS와 Canada Post는 동일한 시장점유(same market share)를 위해 동일한 시장(same market)에서 경쟁하고 있으므로 양자는 동종 상황에 있다고 주장

○ **판정취지**

- 상품을 우편으로 수입하는 것과 택배(courier)로 수입하는 것은 명확히 구분되는 별도의 절차로서, 동종의 상황이 아니므로, 각 절차에 따라 달리 대우하는 것은 내국민대우 위반에 해당하지 않는다고 판시
- UPS는 Canada Post가 아닌 다른 캐나다 소포회사(courier companies)와 동종 상황에 있다고 보아야 하며 그들과는 동등하게 대우받고 있으므로 내국민대우 위반에 해당하지 않는다고 판시

---

292) *S.D. Myers Inc. v. Canada*, UNCITRAL, First Partial Award (2000. 11. 13.) (NAFTA).
293) *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No.

〈 *Pope & Talbot v. Canada* [294] 〉

○ **사안개요**

- 청구인 Pope & Talbot사는 미국 국적의 목재회사로 캐나다에 제재소를 운영하며 1996년 미국-캐나다간의 '목재수출에 관한 협정(SLA)'을 통하여 5년 동안 정해진 쿼터만큼 미국에 무관세로 수출
- 2001년 협정 만료된 후 미국의 협정갱신 요청을 캐나다 정부가 거절함
- 이후부터 관세가 부과돼 가격경쟁력을 상실했고, 회사의 자산 가치가 감소하자 청구인은 캐나다 정부를 상대로 내국민대우와 최소대우기준의 위반과 위법한 간접수용을 주장

○ **판정취지**

- 중재판정부는 내국민대우 위반 여부에 대한 분쟁을 해결하기 위하여 '동종 상황(like circumstances)'의 의미를 정의하는 것이 필수임을 언급하고 NAFTA협정의 법적 맥락(legal context)을 먼저 고려한 후, 분쟁사안의 사실관계를 검토해야 한다고 판시
- 무역과 투자의 자유화라는 NAFTA협정의 목적을 고려할 때 비교대상은 외국인 투자자·투자와 '동일한 사업 또는 경제적 영역'에서 운영되는 내국인 투자자·투자라고 판시
- 중재판정부는 청구인과 '동종 상황'의 비교대상이 수출이 통제되는 주의 캐나다 목재생산회사라고 하면서 청구인의 내국민대우 의무 위반 주장은 기각하고 공정·공평대우 위반만을 인정

〈 *Bayindir v. Pakistan* [295] 〉

○ **사안개요**

- 청구인이 건설 중이던 고속도로를 건설 계약 해제 후 파키스탄 업체들에게 맡긴 것은 자국 업체들에게 보다 더 유리한 조건을 제시하기 위함이라고 주장

○ **판정취지**

- 고속도로 건설 업무를 이어받은 파키스탄 업체들은 업무 완수를 위한 시간이 더 많이 주어졌으나, 지급받는 대가가 달랐고 이러한 대규모 공사 경험이 적었으므로 청구인과 유사한 상황(similar situation)에 있었다고 보기 어렵다고 판단

UNCT/02/1, Award on the Merits (2007. 5. 24.) (NAFTA), para. 87.

294) *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Award (2001. 4. 10.) (NAFTA).

295) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award(2009. 8. 27.)(파키스탄-터키 BIT).

〈 *Feldman v. Mexico* [296] 〉

○ 사안개요

- 미국 투자자인 청구인은 담배 등을 수출하는 멕시코 회사 CEMSA를 소유하고 있었음
- CEMSA는 멕시코의 도매업자로부터 담배를 구입하여 수출한 후 세금을 환급받아 왔는데 1991년에 관련법이 개정되어 멕시코 업자인 Poblano Group과 같이 담배를 직접 생산하여 수출하는 자(producer/exporter)에게만 관세환급권을 부여하고 청구인과 같은 구입·수출자(re-seller/exporter)에 대한 환급권은 폐지하자 청구인은 동 관세환급권 폐지가 내국민대우 위반임을 주장

○ 판정취지

- Pope & Talbot 사건의 '동종 상황(like circumstances)' 판정 법리를 적용하여 그 의미를 정의하고 NAFTA협정의 법적 맥락을 고려한 후 분쟁사안의 사실관계를 검토하여 판시
- 중재판정부는 내국민대우 위반을 판단하기 위하여 1) 동종 상황에 있는 내국민 및 외국인 투자자를 비교대상으로 선정하고, 2) 외국인 투자자에게 법적 혹은 사실상 차별적 대우가 존재하는지 여부를 검토하고, 3) 그러한 차별적 대우가 외국인투자자의 국적에 근거하여 이루어졌음이 입증되어야 한다고 판시
- 생산·수출자와 구입·수출자를 차별하는 조치는 조세수입 통제, 밀수 방지, 암시장 규제 등 정책목적을 위해 정당한 조치이므로 내국민대우 위반에 해당하지 않으나, CEMSA와 Poblano Group은 모두 동등한 구입·수출자임에도 양자를 사실상 차별한 것은 내국민대우 위반이라고 판시

2) 변화

Occidental 사건부터 BIT 해석과 적용에 관한 WTO의 법리를 적용하던 기존의 흐름과 다른 판정례들이 나타나기 시작하였다. 이러한 흐름은 BIT 협정문에 비추어 기존의 법리적 접근이 타당한지에 대해 의문을 던진 시초로서 의미가 있다.[297] *Occidental* 사건에서 중재판정부는 WTO 협정의 '동종 상품(like products)'과는 다르게 BIT는 '동종 상황(like situations)'이라고 표현되어 있을 뿐 아니라 경쟁 또는 대체 상품에 대한 WTO의 정책은 BIT의 '동종 상황(like

296) *Feldman v. Mexico,* ICSID CASE No. ARB(AF)/99/1, Award (2002. 12. 11.) (NAFTA).
297) R. Dolzer & C. Schreuer, 앞의 책, pp. 204-206 참조.

situations)'을 고려한 정책과 동일하게 취급할 수 없음을 확인했다. '동종 상황(like circumstance)'은 반드시 동일 분야의 회사와의 비교만을 요구하는 것이 아니며, 일응 다른 산업 분야의 국내업체와도 비교가 가능하다고 하였다. 또한 *Methanex* 사건에서 중재판정부는 NAFTA 투자 장은 '동종 상품(like goods)'이 아니라 '동종 상황(like circumstances)'을 의도적으로 언급하였는바, 양자는 다른 개념으로서 NAFTA 투자 조항은 독자적으로 해석되어야 한다고 결론지었다. 동일한 비교대상자가 있다면 비교적 덜 동일한 비교대상자를 선택하여 적용해선 안 되며, 동일한 비교대상자가 없는 경우에만 비교적 덜 동일한 비교대상자를 찾아서 사안에 적용해야 한다고 하였다.

〈 *Occidental v. Ecuador* [298] 〉

○ **사안개요**

- 에콰도르가 국내에서 생산된 꽃, 해산물, 광물 등 다른 수출품에 대해서는 내국세를 환급해주면서, 미국회사인 Occidental사가 국내에서 채굴하여 수출한 석유에 대해서는 내국세를 환급해주지 않는 것이 문제된 사건
- 청구인 Occidental사는 언급된 수출업자들과 동일산업(the same economic sector)에 있지 않지만 동일 상황(like situation)에 있으므로, 에콰도르의 차별대우는 에콰도르-미국 BIT상의 내국민대우 위반이라고 주장

○ **판정취지**

- 내국민대우의 목적은 국내생산자에 비해 외국인투자자를 보호하는 것임
- 동종 상황(like circumstances)은 반드시 동일한 분야(same sector)의 회사와의 비교만을 요구하는 것이 아니며 일응 다른 산업 분야의 국내업체와 비교도 가능
- 석유수출산업만이 아니라 거절된 내국세환급을 향유하는 꽃 수출업자, 해산물 수출업자도 모두 비교대상이라고 판정하여 동일 상황(like situations)을 매우 넓게 해석
- 결국 에콰도르의 차별 조치는 내국민대우 위반이라고 판시

298) *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador,* UNCITRAL, Award (2005. 8. 3.) (에콰도르-미국 BIT).

〈 *Methanex v. United States* [299] 〉

○ 사안개요

- 미국 캘리포니아주가 가솔린 첨가제 MTBE의 사용을 금지함
- 동 첨가제의 주요성분 메탄올을 생산하는 업체인 청구인은 캘리포니아주가 메탄올의 대체물 에탄올을 생산하는 미국업체에 혜택을 주기 위해 MTBE 사용을 금지하였다고 주장하면서 메탄올과 에탄올은 시장에서 상호 경쟁관계에 있어 청구인이 에탄올 생산업자와 동종 상황에 있다고 주장

○ 판정취지

- NAFTA 다른 장(Chapter)에서는 GATT/WTO와 같이 '동종 상품(like products)', '동종 상품(like goods)', '동종 상품, 직접 경쟁적인 상품, 또는 대체가능한 상품(like, directly competitive or substitutable goods)' 등의 개념을 쓰고 있는데 반해 투자 장에서는 '동종 상황(like circumstances)' 개념을 사용하고 있는 것은 협정 체결자들의 의도적인 선택이며 따라서 투자 협정상의 '동종 상황'은 GATT/WTO와 달리 독자적 맥락에 따라 해석되어야 한다고 판시
- 중재판정부는 메탄올은 에탄올과 경쟁관계에 있지 아니하고, 오히려 에탄올은 휘발유와 직접적인 경쟁관계에 있다고 하면서, Methanex와 동종 상황에 있는 미국 메탄올 생산자와 비교하여 차별이 존재하지 않아 내국민대우를 위반하지 않았다고 판시

(2) 차별의 존재

(가) 사실상·법률상 차별

내국민대우 위반을 판단할 때는 외국인 투자자에 대한 대우와 국내 투자자에 대한 대우의 차이 존부와 해당 차이의 성질을 분석한다. 대부분의 중재판정부들은 법률상(*de jure*) 차별이든 사실상(*de facto*) 차별이든 모두 내국민대우 위반에 해당할 수 있다고 보았다.[300] 그러므로 법률의 문언 자체가 차별적인지 여부 외에, 실제 이를 해석하고 집행함에 있어서 차별적인지도 판단해야 한다.

299) *Methanex Corp. v. United States,* Award (2005. 8. 3.), Part Ⅳ, Ch B.
300) Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (2015), p. 279.

S.D. Myers v. Canada 사건[301]의 판정부는 차별적 대우인지 여부를 판단하기 위한 기준으로 ① 외국인에 비해 내국인에게 비대칭적(disproportionate) 혜택이 부여되는지 여부와 ② 표면적으로 해당 조치가 내국인을 외국인에 비해 우대하는지 여부를 들었다. *Feldman v. Mexico* 사건[302]의 판정부는 투자 유치국의 법적 요건과 관계없이 실제로 내국인에게 제공된 혜택이 외국인에게 부인되었는지 여부를 기준으로 사실상 차별의 존재를 판단하였다. 한편, *Helnan International Hotels v. Egypt* 사건[303]의 판정부는 계약에 있어 차별적인 대우는 다른 취급이 필요하다고 전제한 후, 다른 투자자들이 이집트 정부로부터 더 호의적인 대우를 받았을 가능성도 있으나 계약과 관련된 정부의 조치는 제3자와 비교하여 차별적인 대우가 있었다 하더라도 협정상 보호를 받을 수 없다고 판단하였다.

(나) 차별적 의도

중재판정부들은 대체로 투자 유치국의 조치로 인한 차별적 효과가 있으면 차별적 대우가 있는 것으로 보며[304], 차별적 대우를 입증하기 위해 투자 유치국의 차별적 의도가 있었다거나 그러한 차별적 대우가 투자자의 국적으로 인해 야기된 것임을 투자자가 입증할 필요는 없다고 보고 있다.[305] 그러나 차별적 의도를 요구하는 판정도 존재한다.[306] 한편, 차별적 효과가 없는 차별적 의도만으로는

---

301) *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, First Partial Award (2000. 11. 13.) (NAFTA).

302) *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (2002. 12. 16.) (NAFTA).

303) *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Award (2008. 7 .3.) (이집트-덴마크 BIT). 차별적인 대우의 가능성과는 별개로 계약위반을 국가의 책임으로 귀속시킬 수 있느냐도 문제되었다. 이른바 우산조항과 관련이 있는데, 중재판정부는 투자협정위반을 부인하는 논거로 투자협정상의 보호를 받을 경우 계약상 권리와 투자협정상의 권리간의 차이가 무색해질 것이라는 점을 주목하였다.

304) *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, First Partial Award (2000. 11. 13.)(NAFTA).; *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (2002. 12. 16.) (NAFTA); *Siemens AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (2007. 1. 17.) (아르헨티나-독일 BIT); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award (2009. 8. 27.) (파키스탄-터키 BIT); *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, Decision on Responsibility (2008. 1. 15.) (NAFTA).

305) Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*(2015), p. 279.

내국민대우 위반으로 판단하기 어렵다고 한다.[307]

(3) 예외 사유

내국민대우에 대한 예외사유는 크게 일반적 예외(general exceptions), 특정 대상에 대한 예외(subject-specific exceptions), 특정 국가에 대한 예외(country-specific exceptions)로 나눌 수 있다.[308] 일반적 예외는 공공보건, 공서양속, 국가 안보 등의 사유로 발생하는 예외로서 NAFTA 제2102조의 국가안보 관련 일반적 예외 조항과 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty) 제24조의 일반적 예외 조항이 대표적이다.[309] 특정 대상에 대한 예외는 조세나 지식재산권, 금융 등 특정 분야에 대한 예외이며, 한-몽골 BIT 제7조의 조세에 관한 예외나 미국 모델 BIT 제14조 제4항의 지식재산권에 관한 예외를 들 수 있다.[310] 마지막으로 특정 국가에 대한 예외는 국가 정책적 차원에서 특정 산업이나 활동에 대한 차별적 대우를 할 수 있는 권리를 협정 당사국이 유보하는 경우이며, 미국 모델 BIT처럼 비합치조치 규정과 부속서를 통해 구체적으로 유보하는 분야를 특정하는 방식이 대표적이다.[311]

중재판정부들은 일반적으로 차별적 대우를 정당화할 정책적 이유가 있는 경우에는 내국민대우 의무 위반이라고 보지 않는다. 이는 투자 유치국이 공공의 이익을 위한 규제를 할 수 있는 재량을 주기 위함이며,[312] 전반적으로 합리적인 이유를 제시할 경우 예외 사유를 인정하고 있으나 구체적인 기준은 개별적 사안에 따라 다르게 판단하고 있다.[313]

그럼에도 불구하고 ISDS 제도로 인해 국가의 정당한 정책 권한이 침해받고

---

306) *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc, and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award (2001. 6. 25.) (에스토니아-미국 BIT); *Methanex Corporation v. United States*, UNCITRAL, Partial Award (2002. 8. 7.) (NAFTA).
307) Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (2015), p. 279.
308) UNCTAD, *National Treatment* (1999), p. 12.
309) UNCTAD, *National Treatment* (1999), p. 44.
310) UNCTAD, *National Treatment* (1999), p. 45.
311) UNCTAD, *National Treatment* (1999), p. 46.
312) Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment* (2015), p. 279.
313) R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2012), p. 202.

있다는 비판이 계속 제기되어 오는 가운데 *Philip Morris v. Australia* 사건[314] 등을 계기로 정부의 정당한 정책에 대한 보호 필요성이 대두되었다. 이러한 문제의식을 반영하여 2018년 진행된 한-미 FTA 개정협상에서는 내국민대우 조항 제목에 각주를 추가하여 내국민대우 및 최혜국대우 위반 판단 시, 정부의 관련 조치가 "정당한 공공복지 목적"에 기초한 허용가능한 차별인지를 고려할 수 있도록 하였다. 포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정(CPTPP)[315] 역시 동일한 문구의 각주를 포함하고 있다.

【 한-미 FTA 개정 문안 】

Article 11.3 National Treatment[1)]

1) For greater certainty, whether treatment is accorded in "like circumstances"under Article 11.3 or Article 11.4 depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives.

다. 내주민대우

제3항은 지역정부(regional level of government)[316] 또는 지방정부(local level of government)가 부여해야 할 내국민대우의 수준에 관한 조문이다. 지역정부 또는 지방정부는 동종의 상황에서 그 지역 또는 지방정부가 자신이 일부를 구성하는 당사국의 투자자와 투자자의 투자에 대하여 부여하는 가장 유리한 대우보다

314) *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12 (호주-홍콩 BIT). 세계적인 담배회사 Philip Morris사가 호주 정부의 담배 규제 정책으로 인해 자신의 투자에 손해가 발생하였음을 주장하며 ISDS 중재를 제기하였으나 관할권이 부정되어 호주 정부 승소.

315) 아시아·태평양 지역 12개국(호주, 브루나이, 캐나다, 칠레, 일본, 말레이시아, 멕시코, 뉴질랜드, 페루, 싱가포르, 미국, 베트남)이 참여한 환태평양경제동반자협정(Trans-Pacific Partnership)이 2015년 10월 타결되었으나, 트럼프 대통령 취임 후 미국이 동 협정에서 탈퇴. 2017년 5월 나머지 11개국은 미국을 제외한 TPP 재건에 합의하고, 2018년 3월 포괄적·점진적 환태평양경제동반자협정(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: CPTPP)에 서명.

316) 한-미 FTA 제1장(최초규정 및 정의)에 의하면 지역정부란 미국에만 적용되는 개념으로서 미국의 각 주(State)와 컬럼비아 특별구(District of Columbia), 푸에르토리코(Puerto Rico)를 의미한다. 또한, 지방정부는 우리의 지방자치단체를 의미한다고 본다.

불리하지 아니한 대우를 부여한다고 규정하고 있다.

연방제 국가인 미국의 각 주는 자국 내 투자자에 대하여 내주민과 타주민을 차별대우하는 경우가 있는 바, 이러한 경우에 있어 각 주는 한국 투자자에게 그 중 '가장 유리한 대우'를 부여하여야 함을 규정한 것이다. 이러한 보장 수준을 '내주민대우'라 한다. 즉, A주 내에서 FTA 체결 상대국 투자자에게 A주 주민과 동등한 대우를 제공하는 것을 의미한다. 이는 다른 주(B주) 주민에게 제공하는 것과 동등한 대우를 제공하는 '타주민 대우'와 구별되는데 내주민대우가 타주민대우보다 더 우월한 대우라고 볼 수 있다. 미국-오만 FTA처럼 예외적으로 타주민대우[317]만을 부여하는 경우도 있다. 그러나 미-콜롬비아 FTA, 미국-칠레 FTA에는 내주민대우를 규정하였다.

문제는 지방정부가 내주민과 타주민을 차별하지 않는 경우에도 이러한 규정을 명문화할 필요가 있는지 여부이다. 위와 같은 의문에도 불구하고 이를 명시적으로 규정하는 이유는 결국 내주민대우를 명시하여 지방정부 차원에서도 내주민과 동등하게 우리 투자자에 대한 차별적 대우가 이루어지지 않도록 보장하고 확인하기 위함이다. 특히 연방국가로서 지방자치가 발달한 나라의 특성을 감안하면, 내주민대우를 협정문상 명시할 실익이 더욱 커진다. 그러나 호주, 뉴질랜드와 같은 나라는 내국민대우가 규정된 이상, 지방정부(州정부)의 내주민대우도 자동적으로 보장되므로 별도 규정이 불필요하다는 입장이기 때문에 미-호주 FTA, 뉴-중 FTA, 호-뉴-ASEAN FTA에서는 내주민대우 규정이 존재하지 않는다.

그러나 이는 연방제 국가인지 여부를 기준으로 판단하기 보다는 실제 내주민과 차별을 할 소지가 있는지 여부를 놓고 판단할 문제다. 즉, 동 규정이 없다면, 내주민대우가 아닌 타주민대우만을 부여할 가능성이 있고 지방정부의 차별적인 조치권한을 확보하기 위해서 반대하는 것이라면 내주민대우를 반드시

317) 미국-오만 FTA의 내국민대우 규정인 제10.3.3은 "The treatment to be accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favorable than the treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to **natural persons resident in and enterprises constituted under the laws of other regional levels of government of the Party of which it forms a part**, and to their respective investments"라고 하여 타주민대우 부여를 규정한다.

규정해야 하는 것이다. 다만, 연방제가 아닌 국가와의 FTA 체결 시나 이행의 최종적인 책임은 연방정부에게 있어 연방정부가 주정부에게 협정의 이행을 요구할 권한이 법적으로 보장되어 있는 예외적인 경우라면 내주민대우 규정의 필요성이 상대적으로 떨어진다는 점에 유의하여야 한다.

우리의 기 체결 FTA에서도 한-미 FTA, 한-인도 CEPA, 한-싱가포르 FTA, 한-호주 FTA, 한-캐나다 FTA에서는 내주민대우를 규정하고 있으나 한-칠레 FTA, 한-ASEAN FTA, 한-중 FTA, 한-뉴질랜드 FTA, 한-베트남 FTA, 한-콜롬비아 FTA, 한-일 BIT에는 내주민대우 규정이 없다. 실제 2012 미국 모델 BIT도 타주민 대우만을 규정하고 있다.

3. 타 협정문과의 비교

【 내주민대우 】

한-미 FTA 한-싱가포르 FTA 한-인도 CEPA 한-캐나다 FTA 한-호주 FTA	한-칠레 FTA 한-ASEAN FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA 한-일 BIT	미국-호주 FTA[318] 한-중-일 TIT	미국모델 BIT 미국-오만 FTA
내주민대우	내주민대우 규정만 없음	내주민대우 규정 없음 또한 협정문의 적용범위에서 지방정부의 조치를 포함한다는 규정도 없음	타주민 대우

【 설립 전 투자 】

한-미 FTA, 한-ASEAN FTA, 한-베트남 FTA, 한-콜롬비아 FTA, 한-뉴질랜드 FTA, 한-호주 FTA, 한-캐나다 FTA, 한-일 BIT, NAFTA	한-중 BIT, 뉴-중 FTA 한-중-일 TIT	호주-태국 FTA
설립, 인수, 확장	설립, 인수, 확장 규정 없음	"설립 전 내국민대우"로 규정

318) FTA와 같은 조약이 체결되면 모든 단계의 정부를 구속하는 것이 당연하므로 협정문의 적용범위에서 지방정부에 대한 내용도 규정하지 않는다. 또한, 호주의 경우 연방정부가 주정부에게 협정의 이행을 요구할 권한이 헌법적으로 보장되어 있다. 연방정부는 국제협정의 협상 권한을 전적으로 보유하고 있으며, 모든 단계의 정부가 국제협정상 의무를 이행하도록 할 책임을 지고 있고 주(州)정부가 협정 이행을 위한 입법의 자율권은 지니고 있을지라도, 결국 이행의 최종적인 책임은 연방정부에 있다고 한다. 또한, 지방정부에 대해 협정의 적용을 배제하고자 할 경우, 이는 협정에 명확하게 규정하는 방식을 취하고 있다고 하여 호-미 FTA에서 내주민대우 규정이 배제되었음에 유의할 필요가 있다.

Ⅱ 최혜국대우(Most-Favored-Nation Treatment)

국 문	영 문
제 X.4 조 : 최혜국대우[1)]	**Article X.4 : Most-Favored-Nation Treatment[1)]**
1. 각 당사국은 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 비당사국의 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자에게 부여한다.	1. Each Party shall accord to investors of the other Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.
2. 각 당사국은 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 적용대상투자에 부여한다.	2. Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of investors of non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
1) 보다 명확하게 하기 위하여, 제X.4조는 제2절 투자자와 국가간 분쟁해결 절차와 같은 분쟁해결절차에는 적용되지 아니한다.	1) For greater certainty, Article X.4 does not apply to investor-state dispute settlement mechanisms such as those set out in Section B.

1. 취 지

최혜국대우란 일방당사국이 다른 협정에서 이 협정보다 유리한 혜택을 상대국에 부여하는 경우 그 혜택이 이 협정의 당사국에게 자동적으로 부여되는 원칙으로서 대부분의 투자협정에 포함되어 있다.[319] 이러한 최혜국대우 조항은 영국 헨리 5세와 부르고뉴 듀크 공이 1417년 서명한 플랑드르 지방과의 상인교류 협정(Treaty for Mercantile Intercourse with Flanders on 17 August 1417)에서 최초로 규정되었다. 초기에는 최혜국대우 대상 국가를 한정하여 나열하거나 A국이 특정 건에 대한 양허 등의 혜택을 B국에 부여하는 경우 B국도 A국에게 동일한 혜택을 부여하는 조건부 방식으로 규정되었다. 현재와 같은 형태의 무조건적인 최혜국대우 부여조항은 18세기 중반에 이르러 등장했으며, 대표적인 조약으로는 최초의 근대적 무역협정으로 알려져 있는 영국과 프랑스의 1869년 Cobben 조약을 들 수 있다.[320] 이러한 경향은 제1차 세계대전과 1929년 대공황을 겪고 국가들이 보호무역주의를 강화하면서 퇴보하는 듯 했다. 그러나 제2차 세계대전 이후 새로운 다자주의 무역을 위한 노력의 결과로 1947년 GATT 제1조에서 무조건적인 최혜국대우 부여를 규정함으로써 최혜국대우는 다자간 무역 체제의 핵심요소로 자리 잡게 되었다.[321] 오늘날 WTO 체제 하에서 최혜국대우는 비단 상품무역 뿐만 아니라, 서비스 무역 그리고 무역과 관계된 지적재산권에도 적용하게 되었다.[322]

---

319) 무역협정상 최혜국대우 조항의 등장은 12세기까지로 거슬러 올라가며, 근세에서는 미국-프랑스 간 1778년 우호통상조약(Treaty of Amity and Commerce)에 등장한 이래 우호통상항해조약 등 다양한 조약을 통해 확산되었다. 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 58-59면 참조.

320) 한찬식, 앞의 책 111면 참조

321) UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment: A Sequel* (2010), pp. 10-11.

322) UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment: A Sequel* (2010), p. 11.

2. 주요 내용

가. 최혜국대우의 정립 과정 및 내국민대우와의 관계

(1) GATS 등에서의 논의

GATT 제1조 및 GATS 제2조[323]는 최혜국대우가 '즉시 그리고 무조건적으로'(immediately and unconditionally) 부여되어야 한다고 규정하고 있다. 그러나 GATS 문안 성안 당시에는 최혜국대우에 대하여 논란이 많았다. 최혜국대우를 규정하는 것과 자유무역협정이나 관세동맹과 같은 경제통합협정에 대한 예외를 인정하는 것에는 합의가 이루어진 편이었으나 최혜국대우의 예외 범위에 대하여 견해가 대립하였다. 미국은 해운이나 통신 분야에 대하여 최혜국대우 조항의 적용을 배제하자고 주장하였다. 미국은 모든 서비스 분야에 자동적으로 적용되어서는 아니 되며 개별 분야별로 예외를 인정해야 한다고 주장하면서 각국이 양허표에 기재한 서비스 분야에 대하여만 적용하자고 주장하였다. 그러나 이러한 주장은 각국으로부터 비난을 받았다.[324] 결국 최종타결안은 원칙적으로 무조건부 적용을 하되, 상품무역협정과 달리 광범위한 예외를 인정하는 방향으로 성안되었다. GATS 제2조 제2항에서는 "회원국은 제2조의 면제에 관한 부속서에 열거되어 있고 동 부속서상의 조건을 충족하는 경우 최혜국대우 원칙을 일탈하는 조치를 취할 수 있다"고 규정하였다. 다만 면제조항의 남용을 방지하기 위하여 면제기간이 5년 이상인 경우에는 WTO 설립협정 발효 이후 5년 이내에 서비스무역이사회의 검토를 받고 면제기간은 10년을 초과할 수 없도록 하였다.[325] 또한, WTO 설립협정 발효 이후에 신청

323) 물론 GATT의 최혜국대우조항은 "관세와 과징금의 부과 및 부과방법, 수출입과 관련된 모든 규칙 및 절차, 내국세 및 기타 국내규제를 다른 회원국의 동종제품"에 대해 적용하는 것인데 반해, GATS의 최혜국대우조항은 "서비스 무역에 영향을 미치는 회원국의 모든 조치"에 대하여 적용된다.

324) GATS 해설서, 앞의 책 84-85면 참조

325) GATS 제2조의 면제에 관한 부속서 제3항, 제6항

하는 모든 면제조치는 회원국 3/4 이상의 동의를 요하고 있다.[326]

다만, GATS는 설립 후 단계에 대해서 수용 및 보상, 분쟁해결 등 서비스 투자와 관련된(Mode3) 투자자 보호와 관련한 모든 대우에 대해서는 지역경제통합협정에 의한 최혜국대우의 예외를 원칙적으로 인정하지 않고, 오직 시장접근 등 설립 전 단계에만 최혜국대우의 예외를 한정하여 적용하고 있다.[327]

또한, MAI에서는 앞에서 보았듯이 EU국가들의 EU 기존가입국, 신규가입국에 대한 최혜국대우 면제가 논란이 되기도 하였다. 이러한 논란은 면제의 범위와 관련하여 문제가 되었는데 양자간의 특혜적 선별적 개방으로 인한 경제적 왜곡 현상을 피할 수 있는 수단으로서의 기능도 발휘한다는 점에서 중요한 의의를 가진다. 따라서 NAFTA의 최혜국대우 조항인 제1103조 및 미국 2012 모델 BIT 제4조는 협정 발효 전에 체결된 FTA의 경우 최혜국대우 적용을 받지 못하고 그 이후에 체결된 FTA 등만 최혜국대우조항을 적용받도록 하였다. 그러나 유보안에서 명시적으로 유보를 한 경우에는 적용이 면제되는 방식을 채택하였다.

(2) 내국민대우와의 관계

최혜국대우 조항은 세계 최초의 BIT인 1959년 독일-파키스탄 BIT에도 포함되어 있었으며, 이후 다른 국가들이 체결한 투자협정에서도 MFN 조항 삽입은 보편적인 관행이 되었다. 서로 다른 국적을 가진 외국인 투자자들 간에 일정한 수준의 대우를 보장해야 하는 경우는 드물었기 때문에 국가들은 최혜국대우 조항 삽입을 크게 부담스럽게 여기지 않았으며, 따라서 일찍이 투자협정에 일반적으로 포함되었다. 반면, 내국민대우의 경우에는 쉽게 받아들여지지 않았으며, 1980년대 초반에 이르러서야 투자협정에 규정되기 시작했다.[328] 이는 투자협정이 체결되기 시작한 당시 보호무역주의 정책을 고수하고 있던 다수의 국가들에

326) 동 부속서 제2항

327) GATS 제5조 제6항에서는 외국인 투자자가 GATS 회원국에 회사를 설립하였을 경우에는 그 투자자의 국적이 경제통합협정 당사국이 아니라 하더라도 GATS 회원국인 경우에는 경제통합협정 당사국과 동일한 대우를 요구할 수 있다.

328) UNCTAD, *Most-Favored-Nation Treatment: A Sequel* (2010), p. 12.

게는 외국인에게 자국민과 동등한 대우를 제공할 의무를 진다는 것이 매우 부담스러웠기 때문인 것으로 보인다.

NAFTA의 경우, 제1104조(대우의 기준)에서 내국민대우와 최혜국대우의 관계에 관한 특별 규정을 두어 '각 당사국은 다른 당사국의 투자자와 투자에 내국민대우와 최혜국대우 중 더 유리한 대우를 부여하여야 한다'[329]고 규정하고 있지만, 내국민대우와 최혜국대우 조항은 각기 독립적으로 준수되어야 하는 조항이기 때문에 우리 기 체결 투자협정의 경우 한-미 FTA 이후부터 이러한 조항을 삽입하지 않고 있다.[330]

나. 정의 및 요건

(1) 정의

최혜국대우 의무란 투자협정 당사국이 타방 당사국의 투자자 및 그의 투자에 대하여 제3국의 투자자 보다 불리하지 않게 대우할 의무로서, 내국민대우와 같이 외국인 투자자에 대한 차별을 방지하기 위한 보호규정이다. 국제무역에 있어서 최혜국대우는 모든 무역 파트너들 간의 공평한 경쟁의 장을 보장하기 위해 필수적이다. 그렇기 때문에 국제투자협정에서 최혜국대우는 투자유치국 내 투자를 시도 중이거나 이미 투자를 운용하고 있는 서로 다른 국적을 가진 외국인 투자자들 간에 평등한 경쟁 조건을 보장하려는 목적을 가지고 있다. 이러한 보장을 통해 외국인 투자자는 자신이 다른 국가의 투자자들보다 상대적으로 불리한 대우를 받을 수도 있다는 불안감을 해소시킬 수 있을 뿐만 아니라, 국적에 따른 차별로 인해 투자자들 간 경쟁의 장이 왜곡되는 것을 방지한다.[331]

---

329) "Each Party shall accord to investors of another Party and to investments of investors of another Party the better of the treatment required by Articles 1102 and 1103."

330) 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책, 제59면. 이러한 규정은 미국 모델 BIT에서 삭제되었다.

331) UNCTAD, *Most-Favored-Nation Treatment: A Sequel* (2010), pp. 13-14.

(2) 요건

① 동종 상황(in like circumstances)

최혜국대우 의무는 모든 외국인 투자자들을 그들의 활동 및 상황에 상관없이 무조건적으로 평등하게 대우하라는 의미가 아니다. 최혜국대우가 적용되기 위해서는 우선 해당 투자협정 당사국의 투자자 및 그의 투자가 비당사국 투자자 및 그의 투자와 '동종 상황(in like circumstance)'에 놓여 있어야 한다.[332] NAFTA, 미국 모델 BIT, 캐나다 모델 BIT를 비롯하여 우리의 기 체결 FTA 및 BIT에서도 최혜국대우의 요건에 '동종 상황'을 규정하고 있으나, 초기에 체결된 BIT에는 이러한 표현이 없는 경우가 종종 있다. 그러나 이러한 경우라 할지라도 최혜국대우는 일정한 비교 기준을 두고 적용되어야 하며, 이는 최혜국대우에 내재된 구성요건이라는 것이 UNCTAD의 견해이다.[333]

앞서 살펴본 내국민대우 조항의 경우에도 외국인 투자자가 내국민과 '동종 상황'에서 보다 불리하지 않은 대우를 받을 수 있도록 보장할 것을 규정하였다는 점에서, 최혜국대우의 '동종 상황' 요건에는 내국민대우에서의 논의가 적용된다고 볼 수 있다.[334] 이하에서는 최혜국대우의 '동종 상황'에 대한 최근 중재판정례를 살펴본다.

---

332) 투자협정에 따라서는 '동종 상황'을 'in like situations' 또는 기타 유사한 표현으로 규정하기도 한다.

333) UNCTAD, *Most-Favored-Nation Treatment: A Sequel* (2010), p. 54.

334) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan,* ICSID Case No. ARB/03/29, Award (2009. 8. 27) (파키스탄-터키 BIT) 참조.

〈 ***Parkerings v. Lithuania*** [335] 〉

○ **사안개요**

- 노르웨이 투자자인 청구인은 경쟁사인 네덜란드 투자자와 유사한 주차장 건설 프로젝트에서 불리한 대우를 받고 있는데, 이는 최혜국대우 의무 위반임을 주장하며 투자유치국인 리투아니아를 상대로 중재 제기

○ **판정취지**

- 2개의 회사가 사실상 경쟁관계에 있고 차별이 있다는 점은 인정하였으나, 2개의 프로젝트가 미치는 고고학적, 환경적 영향에 차이가 있기 때문에 차별을 합리화할 수 있는 정책목적 내지 정당한 사유가 있다고 판단하여 청구인의 주장을 기각

〈 ***Bayindir v. Pakistan*** [336] 〉

○ **사안개요**

- 고속도로 및 대형 공공기반시설 건설 회사로 터키 앙카라에 본사를 둔 청구인은 파키스탄 정부 산하 NHA(National Highway Authority)와 6차선 고속도로 건설 계약을 체결
- 이후 파키스탄 정부는 청구인의 계약 이행 청구를 배척하고 선수금에 대한 담보(Mobilisation Advance Guarantees)를 현금화하는 등 청구인을 축출하려는 시도를 보였고, 청구인 축출 후에는 다른 외국인 계약자들에게 보다 유리한 대우를 제공하자 청구인은 파키스탄 정부를 상대로 중재 제기

○ **판정취지**

- 청구인이 제시한 증거에는 의미 있는 비교를 위해 필수적인 지급액, 자금출처 내지 완공기한 등에 대한 정보가 결여되어 있어서 최혜국대우 의무 위반의 필수 요건인 "상황의 유사성(similarity of the situation)"을 입증하기에는 불충분함을 이유로 청구 기각

---

335) *Parkerings-Compagniet A.S. v. Republic of Lithuania* ICSID Case No. ARB/05/8, Award (2007. 9. 11.) (리투아니아-노르웨이 BIT). 이 사건 중재판정부는 내국민대우와 관련해서도 투자유치국의 합리적 정책 목표 달성이라는 측면에 초점을 맞추어 판단하고 있음은 앞서 내국민대우 장에서 본 바와 같다.

336) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan,* ICSID Case No. ARB/03/29, Award (2009. 8. 27) (파키스탄-터키 BIT).

② 대우(treatment)

최혜국대우 조항은 동종 상황(in like circumstances)에서 다른 국가의 투자자들에 비해 불리하지 아니한 '대우(treatment)'를 보장할 것을 규정하고 있으므로, 여기서 '대우'란 무엇을 의미하는지에 대해서도 살펴볼 필요가 있다. 다수의 국제투자협정들은 '대우'에 대한 정의를 규정하고 있지 않으므로 그 의미는 각 사건별로 중재판정부의 재량에 따라 정의되는 것이 일반적이다.

Siemens v. Argentina 사건에서 중재판정부는 '대우'가 통상적으로 하나의 실체 또는 개인에 대한 '행위(behavior)'라고 판정한 바 있다.[337] NAFTA의 경우, 제201조에서 '대우'는 법률, 규칙, 절차, 요건 또는 관행을 포함한다고 정의하고 있으나, *Canfor v. U.S.* 사건에서 '대우'와 '행동(conduct)'의 구별이 문제된 바 있다. 동 사건에서 신청인은 '행동'은 미국 정부, 그 대리인 또는 공무원이 행한 것이고, '대우'는 그 행위자가 특정 투자자 또는 신청인에게 직접 '행동'을 하는 방식(manner)이라고 주장하였으나 중재판정부는 이를 받아들이지 않았다.[338]

〈 *Siemens A.G. v. Argentina* [339] 〉

○ **사안개요**

- 독일 국적 법인인 청구인은 피청구국과 신원확인 및 출입국관리 시스템 양허계약을 체결하였으나, 새 정권에 의해 해당 계약이 일방적으로 종료되자 이러한 피청구국의 행위는 공정공평대우의무와 자의적이거나 비합리적인 차별대우 금지의무를 규정한 BIT 위반임을 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 피청구국의 행위가 협정 위반이 되기 위해서는 해당 행위가 일반적인 투자유치국이 채택할 수 있는 조치를 넘어선 것이어야 하며, 해당 계약의 이행에 정부의 영향력이 개입되어야만 한다고 판시하면서 청구인의 주장 인용

337) *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (2004. 8. 3.) (아르헨티나-독일 BIT).

338) *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Decision on Preliminary Question (2006. 6. 6.) (NAFTA).

339) *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (2004. 8. 3.) (아르헨티나-독일 BIT).

〈 *Canfor Corp. v. U.S.* [340] 〉

○ 사안개요

• 캐나다 연목 제조업체인 청구인은 미 상무부가 자신의 제품에 대해 반덤핑관세 및 상계관세를 부과하여 미국 내 설립한 자회사의 부담이 급증했으며, 미국 정부의 이러한 일련의 조치는 NAFTA 상의 최혜국대우 위반이라고 주장하면서 중재 청구

○ 판정취지

• NAFTA 상의 '대우'의 정의는 넓게 해석되어야 하며, 선결적 항변 단계의 특성상 청구인은 어떠한 행동이 NAFTA 투자 장의 적용 및 범위 내의 대우로 볼 수 있는지를 충분히 구체적으로 설명하였다고 판단하면서 피청구국의 관할권에 관한 선결적 항변을 기각

다. MFN의 적용대상 및 범위

(1) 개관

MFN은 국제관습법이 아닌 조약상의 의무이므로,[341] MFN의 적용 대상은 투자협정이 정하는 바에 의하여 결정될 것이다. 투자협정에 따라 설립 전·후의 투자를 구별[342]하여 설립 후 투자만을 MFN의 적용대상으로 하는 경우도 있고, 투자자와 투자 중 어느 하나만을 MFN의 적용대상으로 하는 경우도 있다.[343]

BIT 등 대부분의 투자협정은 투자유치국의 법규에 따라 투자가 이루어져야 한다고 규정하고 있는바, 이 경우 투자유치국은 투자 설립에 대한 법규를 수정

---

340) *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Decision on Preliminary Question (2006. 6. 6.) (NAFTA).

341) UNCTAD, *Most-Favoured-Nations Treatment: A Sequel* (2010), p 22.

342) 협정문에 "with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory."라는 표현이 있다면 이는 설립 전 단계에 까지 최혜국대우가 적용된다. NAFTA, 미국 모델 BIT 등이 이러한 방식으로 규정하고 있으며, 이는 투자가 설립, 인수, 확장 단계에 있어도 시장접근 관련하여 타국 투자자보다 불리한 대우를 받지 아니함을 의미한다.

343) NAFTA, ECT는 '투자'에만 최혜국대우를 부여하고, GATS와 프랑스 모델 BIT의 경우에는 '투자자'(서비스 공급자)에게만 최혜국대우를 부여한다.

할 수 있고 투자협정 체결 당시의 투자자유화의 수준을 보장하는 것도 아니다. 다만 투자유치국의 법규에 따라 투자가 이루어진 후에는 MFN의 보호를 받게 된다.[344] 반면 FTA를 비롯하여 1990년대 초부터 체결된 일부 투자협정은 설립 전 단계의 투자도 적용 대상으로 하고 있는바, 이에 의하면 설립 단계에서부터 외국인 투자자에 대하여 차별적인 조치를 취하면 아니 된다. 즉 설립 단계부터 MFN으로 보호하는 경우 투자유치국이 MFN을 위반하는 기존 조치를 적용하는 것뿐만 아니라 MFN을 위반하는 새로운 조치를 창출하는 것도 금지되므로, 외국인 투자를 규율할 수 있는 투자유치국의 주권에 일정한 제약이 생기는 것이 된다. 따라서 설립 후 투자만을 MFN으로 보호하는 경우와는 달리 MFN의 양허표 또는 유보목록을 규정해두는 것이 일반적이다.[345]

우리나라의 투자협정을 살펴보면, 한-독일 BIT, 한-튀니지 BIT, 한-프랑스 BIT, 한-알제리 BIT, 한-엘살바도르 BIT 등에서는 MFN의 예외를 규정하고 있지 않다. 위 BIT를 제외한 우리나라 BIT의 대부분은 조세협약과 지역경제연합을 MFN의 예외로 규정하고 있으며,[346] 설립 전 투자에 대하여도 MFN을 부여하는 FTA들은 원칙적으로 비합치조치 규정을 통하여 예외를 두고 있다.[347]

투자자와 투자 중 어느 것을 MFN의 적용대상으로 할 것인지는 중요한 의미

---

344) 일반으로 BIT는 설립 후 투자만 보장하기 때문에 보통 설립 전 단계의 투자에 대해서는 외국인 투자자에게 우호적인 투자환경을 조성하고 투자를 촉진한다는 투자촉진 규정으로 대체를 한다. 물론 뒤에서 보듯이 최혜국대우는 협정의 적용범위가 일치하여야 한다. 즉, 설립 후 단계만 보장하는 BIT의 최혜국대우조항을 근거로 설립 전 단계 투자까지 보장하는 FTA의 설립 전 단계의 보장을 요구할 수는 없다.

345) UNCTAD, *Most-Favoured-Nations Treatment: A Sequel* (2010), pp. 38-43.

346) 한-모리타니 BIT 제3조 제3항 등. 다른 국가들이 체결한 BIT들은 공공질서나 국가 안보를 예외로 규정하는 경우도 있으나, 우리나라의 BIT는 공공질서, 국가 안보의 예외를 포함하지 않는 것이 대부분이다. 조옥기, 『국제투자협정상 최혜국대우 조항에 관한 연구』, 석사학위논문, 서울대학교(2010), pp. 116-117.

347) 한-미 FTA 제11.12조, 한-베트남 FTA 제9.12조, 한-콜롬비아 FTA 제8.13조 등. 다만 한-EFTA FTA 부속협정 중 한-아이슬란드·리히텐슈타인·스위스 투자협정, 한-중 FTA는 MFN 규정에서 일정한 예외를 인정할 뿐, 비합치조치의 예외는 인정하지 않는다(한-아이슬란드·리히텐슈타인·스위스 투자협정 제4조, 한-중 FTA 제12.4조); 한-중 BIT, 한중일 TIT는 이례적으로 설립 전 투자와 관련하여 국내법에 따라 허가된 투자에 대하여 MFN을 부여하는데, 비합치조치를 인정하지 않되 일정한 예외를 두고 있다(한-중 BIT 제3조, 한중일 TIT 제4조, 제21조). 한-일 BIT도 설립 전 투자에 대하여 MFN을 부여하고 있으며, 조세협약, 지역경제연합의 예외는 두지 않고 MFN의 적용이 제외되는 예외조치를 두고 있다.

를 가진다. 국가의 조치가 양자 모두에 영향을 미치는 경우도 있지만, 어느 하나에만 미치는 경우도 있기 때문이다. 투자촉진·보호 목적을 실질적으로 달성하기 위하여 대부분의 MFN 규정은 투자자와 투자 모두를 적용대상으로 한다. 그러나 투자만을 MFN의 대상으로 하는 투자협정[348]도 있는데, 이에 의하면 투자유치국 내에 설립된 법인이나 투자유치국의 법규에 따라 취득한 자산만이 MFN의 보호대상이 되고, 외국인 개인이나 외국법인은 보호를 받지 못하게 된다.[349] MFN을 부여하고 있는 우리나라의 FTA들은 모두 투자자와 투자를 MFN의 적용대상으로 하고 있다.[350]

MFN 조항은 당초의 협정을 통해 외국인 투자·투자자에게 부여된 혜택보다 더 큰 혜택이 향후 부여될 잠재적 가능성을 내포하는 것으로서 이와 관련하여 가장 핵심적인 쟁점은 MFN 조항을 통하여 원용할 수 있는 다른 협정상 규정의 범위다. 그러나 이에 대하여는 국제적으로 일반화된 법리가 형성되어 있지 않은 상태로 개별 중재판정부마다 결론이 다른바, 특히 MFN 조항을 통해 다른 협정이 적용되는 범위가 다른 협정의 실체적 권리·의무 규정에 국한되는지, 아니면 분쟁해결 등 절차규정에도 적용되는지, 모든 실체 규정에 대해 제한 없이 적용되는지 또는 일정한 제한이 있는지 여부 등에 대하여 논란이 있다.[351]

(2) 실체적 규정의 적용여부

(가) 개관

다른 투자협정에서 원용할 수 있는 실체적 규정에 대하여 MFN 조항에 어떻게 규율할 것인지는 최근에서야 논의되기 시작한 바,[352] 투자협정의 MFN 조항

---

348) Australia-Uruguay BIT(2002) Article 4(Most-Favoured-Nation)
Each Party shall at all times treat investments in its own territory on a basis no less favourable than that accorded to investments of investors of any third country, provided that a Party shall not be obliged to extend to investments any treatment, preference or privilege resulting from: […]. [밑줄 추가]

349) UNCTAD, Most-Favored-Nation Treatment: A Sequel(2010), pp. 43-45.

350) 한-싱가포르 FTA, 한-인도 CEPA는 MFN을 부여하고 있지 않다.

351) 한-미 FTA 투자분야 연구, p 62 참조

352) UNCTAD, *Most-Favored-Nation Treatment: A Sequel* (2010), pp. 37-38.

이 원용 가능한 실체적 규정의 범위에 관하여 규율하지 않는 경우 MFN 조항을 통하여 다른 투자협정의 실체적 규정을 원용할 수 있는지 여부는 결국 중재판정부의 해석에 달린 문제였다.

(나) 중재판정례

MFN을 통하여 보다 우호적인 규정을 원용하려 했던 사례들로 *AAPL v. Sri Lanka* 사건, *ADF v. United States* 사건, *CME v. Czech Republic* 사건, *Pope & Talbot v. Canada* 사건, *Tecmed v. Mexico* 사건, *Societe Generale v. Dominican Republic* 사건 등이 있다.

BIT에 기초하여 제기된 최초의 국제투자중재인 *AAPL v. Sri Lanka* 사건[353]의 신청인은 다른 투자협정에 포함된 실체적 규정을 원용하였으나, 중재판정부는 다른 투자협정이 본 건의 투자협정보다 더 우호적인 혜택을 부여하는지 증명하지 못했다는 이유로 신청인의 주장을 배척하였다. 다만 중재판정부는 MFN을 통하여 실체적 규정을 원용할 수 있다는 점 자체를 부정하지는 않았다.

ADF v. United States 사건[354]의 신청인은 최소기준대우 규정을 엄격하게 해석한 NAFTA 자유무역위원회의 해석선언을 우회하기 위하여 MFN을 통하여 미국-알바니아 BIT, 미국-에스토니아 BIT의 공정·공평대우 및 충분한 보호 및 안전 규정을 원용하였다. 중재판정부는 신청인의 주장은 두 BIT의 공정·공평대우 및 충분한 보호 및 안전 규정이 국제관습법상 최소기준대우보다 넓은 보호를 제공하는 규정이라는 것을 전제하는데, 신청인이 이를 증명하지 못하였고, 신청인의 주장이 옳다고 가정하더라도 미국의 조치가 그 넓은 의무를 위반하였다고도 보기 어렵다고 하였다.

CME v. Czech Republic 사건[355]의 중재판정부는 본 건 조약에서 사용된 용어의 의미를 확인하기 위하여 다른 투자협정의 규정을 활용하였다. 중재판정부

353) *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3 Award (1990. 6 .27.) (스리랑카-영국 BIT).
354) *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, (2003. 1. 9.) (NAFTA), paras. 193-194.
355) *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, (2003. 3. 14.) (체코-네덜란드 BIT), para. 500.

는 MFN 규정에 근거하여 네덜란드-체코 BIT의 수용 규정에 따라 보상해야 하는 "정당한 보상(just compensation)"은 미국-체코 BIT의 "공정시장가"보다 불리하지 않은 대우를 제공해야 하는 것이라고 보았다.

Pope & Talbot v. Canada 사건[356]의 중재판정부는 NAFTA 제1105조 최소기준대우의 내용을 판단함에 있어서, 공정성 요소가 제1105조에 포함되지 않는다면 NAFTA 당사국의 투자자는 NAFTA 당사국과 BIT를 체결한 다른 국가의 투자자보다 불리한 대우를 받게 되어 제1103조의 MFN 규정에 반하는 결과가 되므로, 제1105조의 최소기준대우에는 국제법상 최소기준대우에 추가하여 캐나다의 다른 BIT에 규정되어 있는 공정성 요소도 포함되어야 한다고 보았다.

반면 시적 관할권이 문제된 *Tecmed v. Mexico* 사건[357]의 중재판정부는 투자협약 발효 전의 행위에 대한 소급적용 허용 여부는 실체적 규정의 적용 문제이며 조약체결의 결정적 요소로서 양국 간에 구체적으로 협상된 사항이므로, MFN 규정을 통하여 소급적용할 수 없다고 판시하였다.

Societe Generale v. Dominican Republic 사건[358]에서는 물적 관할권이 문제가 되었다. 신청인은 설령 자신의 투자가 도미니카 공화국-프랑스 BIT상 투자의 정의규정에 포섭되지는 않더라도, 위 BIT의 MFN 규정을 통하여 수익이나 이윤의 기대(expectation of gain or profit)를 투자요소로 규정하고 있는 CAFTA의 투자 정의규정이 신청인에게 적용될 수 있다고 주장하였다. 중재판정부는 신청인의 투자가 도미니카 공화국-프랑스 BIT의 투자에 포섭된다고 하면서, 설령 이에 포섭되지 않는다고 하더라도 투자협정상 정의규정에 포섭되는 투자에 대한 대우에 관하여만 MFN이 적용될 수 있는 것이고, 투자의 정의 규정에 MFN이 적용될 수는 없다고 보았다.

---

356) *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2 (2001 4. 10.) (NAFTA), para 117.

357) *Tecnicas Mediambientales Tecmed S.A. v. the United Mexican States*, ICSID Case no. ARB (AF)/00/02, Award (2003. 5. 29.) (멕시코-스페인 BIT), para 69.

358) *Societe Generale In respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. The Dominican Republic*, UNCITRAL, LCIA Case No. UN 7927, Award on Preliminary Objections to Jurisdiction (2008. 9. 19.) (도미니카공화국-프랑스 BIT), paras. 31-43.

〈*MTD Equity v. Chile* [359]〉

○ 사안개요

- 말레이시아 건설회사가 칠레정부의 투자허가를 받아 투자하였음에도 토지의 용도 제한으로 인해 사업승인을 받지 못하자 말레이시아-칠레 BIT에 근거하여 중재를 청구한 사건으로, 청구인은 '공정·공평대우' 위반을 주장함에 있어 말레이시아-칠레 BIT의 MFN 조항을 통해, 동 협정보다 더 유리한 규정을 두고 있는 크로아티아-칠레, 덴마크-칠레 BIT의 공정·공평대우 규정의 적용을 주장하였는바, 위 두 협정은 투자 승인 이후에 허가를 부여할 의무 등을 포함하고 있었음

○ 판정취지

- 말레이시아-칠레 BIT의 MFN 조항에서 조세 대우(tax treatment)와 지역협력(regional cooperation)만을 배제한 것은, 반대해석(contrario sensu)상 다른 사항들은 공정·공평대우에 포함하고자 의도한 것으로 해석되므로 더 유리한 대우를 규정하고 있는 위 크로아티아-칠레, 덴마크-칠레 간 BIT의 조항을 적용할 수 있다고 판시

(3) 분쟁해결절차에 적용여부

(가) 개관

분쟁해결절차 등 절차관련 규정에 대하여도 MFN 규정이 적용되는지 여부에 대하여는 국제법적으로 논란이 많고 상반된 결론의 중재판정이 내려지고 있다. 이러한 논란은 MFN 조항이 분쟁해결조항에까지 적용되는 것으로 광범위하게 해석한 *Maffezini v. Spain* 사건[360]의 판정을 계기로 시작되었는바, 주로 문제된 규정은 다음과 같다.

중재를 제기하기 전에 국내법원에 제소한 후 18개월이 경과할 것을 요구하는 규정을 둔 BIT들이 있었는데, 이 요건을 충족하지 못한 경우 관할권이 인정되는지가 문제된 사건들이 있다. 이는 재판적격성(Admissibility)에 관한 문제이다.

한편, 기본 투자협정에 규정되어 있지 않거나 명시적으로 배제하는 쟁점·분

359) *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (2004. 5. 25.) (칠레-말레이시아 BIT).

360) *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (2000. 11. 13.) (아르헨티나-스페인 BIT).

쟁과 관련하여, MFN 규정을 통하여 관할권을 확대하려는 시도도 존재하였다. 투자계약에 정해진 분쟁해결절차 대신 투자중재를 제기하려 하거나, 기본 투자협정에서 허용하고 있는 수용 보상 이외의 다른 청구를 하려고 한 경우 등이 이에 포함된다.[361]

다만 최근의 추세는 FTA나 BIT 체결 당시의 양당사국이 분쟁해결절차에까지 MFN을 적용하도록 합의하였는지 여부를 판단하고 있는바, 분쟁해결절차를 MFN에서 배제하고자 하는 의도가 있다면 명시적으로 협정문에 기재하는 것이 가장 바람직한 협상방법이라고 생각한다.

물론 국내법원소진(국내구제완료)원칙이나 수용보상금에 대한 ISDS 제한 문제가 분쟁해결절차인지 관할권 동의 문제인지에 대하여 다툼이 있을 수 있고 중재판정부마다 다른 판단을 하고 있으나, 조문의 위치상 분쟁해결절차에 규정된 이상 분쟁해결절차로 볼 여지가 있기 때문에 명시적으로 MFN 배제를 협정 본문이나 각주에 반영할 필요가 있는 것이다.

2007년 한-미 FTA 협상에서는 이러한 혼란을 사전에 방지하기 위하여 분쟁해결절차에 대한 MFN 적용을 배제하자고 협상기록에 명시하였다고 한다.[362] 그러나 최근의 기 체결 FTA에서는 MFN 협정문 각주로 분쟁해결절차에는 적용되지 않음을 명시하고 있으며, 2018년 진행된 한-미 FTA 개정 협상에서는 최혜국대우 조항을 통해 ISDS 절차를 포함한 국제분쟁해결절차 규정을 원용할 수 없음을 명시하는 규정을 신설(제11.4조 제3항)하였다.

【 한-미 FTA 개정 문안 】

Article 11.4 MOST-FAVORED-NATION TREATMENT

3. For greater certainty, the treatment referred to in this Article does not encompass international dispute resolution procedures or mechanisms, such as those included in Section B.

---

361) UNCTAD, *Most-Favored-Nation Treatment: A Sequel* (2010), pp. 66-67.

362) 한-미 FTA 협상 시에는 동 판정의 결론이 부당하다는데 대하여 양국이 인식을 함께 하고 MFN 조항이 제2절 분쟁해결절차에 대하여는 적용되지 않으며 오로지 협정문 본문에 기재된 대로 '투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여'만 적용되는 것으로 합의하고 협상기록에 남겨놓았다. 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 62면 참조. 그러나 협상기록에 남겨놓기 보다는 협정문에 기재하는 것이 향후 분쟁을 예방하기 위하여 타당한 방식으로 보인다.

이와 관련하여 ISDS 절차조항에만 한정되는지가 문제되는바, 분쟁해결절차 조항 중 예시로 ISDS 절차조항(한-미 FTA에서는 제2절)만을 명시한 이상 국가-국가 간 분쟁해결 절차에도 MFN이 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 이는 FTA에서는 국가-국가 간 분쟁해결절차가 별도의 장(Chapter)으로 존재하는 반면 일반적인 투자보장협정(BIT)에서는 BIT의 한 장으로 규정되어 있기 때문이다.

한-일 BIT는 분쟁해결절차에 MFN이 적용되지 않는다는 것을 제3조 "국내 사법·행정절차 이용에 대한 내국민·최혜국대우"에서 간접적으로 규정하고 있다("일방 체약당사국은 자국의 영역 안에서 타방 체약당사국의 투자자에 대하여 동 투자자가 자신의 권리를 수행·변호하는데 있어서 모든 관할 단계의 법원, 행정재판소 및 행정기관의 이용과 관련하여 유사한 상황에서 자국의 투자자나 제3국의 투자자에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다."). 투자유치국 내에서 국내법원, 행정심판 등을 통한 구제방법 이용에 대하여 최혜국대우를 부여했으므로 국내 구제절차 이외의 분쟁해결절차에 대하여는 최혜국대우원칙이 적용되지 않는 것이다.

따라서 분쟁해결절차 등에 대한 유리한 조약을 원용하는 것을 방지하기 위하여 사전에 협상기록, 각주, 본문, 간접적인 방법 등을 불문하고 기재를 하여 두는 것이 필요하다.

ISDS 절차조항과 관련하여 MFN의 적용을 배제할 수 있으므로 각 FTA의 특성을 살려 냉각기간, 중재청구 제기방식, 중재절차 등을 변형할 수 있으나, 문제는 ISDS의 대상범위도 분쟁해결절차의 일환으로 보아 MFN 적용이 배제되는지 여부이다. 특히 한-미 FTA처럼 우산조항을 기재하는 경우, 그 이후 체결한 FTA에서 투자협정문 위반으로 한정하는 경우, 혹은 한-ASEAN FTA처럼 특정조항만 ISDS 조항으로 한정하거나 한-싱가포르 FTA처럼 설립 후 투자만 ISDS 대상으로 한정하는 경우, 다른 FTA의 ISDS 적용범위를 원용할 수 있는지가 문제된다. 이와 관련하여 키프로스-불가리아 BIT에 의하면 수용보상에 대한 분쟁에 관하여만 ISDS를 제기할 수 있음에도 신청인이 MFN을 통하여 다른 투자협정의 ISDS 대상범위를 원용하여 ISDS를 제기한 *Plama v. Bulgaria* 사건[363]에서 중재판정부는 조약체결당사국 의사가 없다고

보아 청구를 기각하였는바, 이 판정례를 유추할 수 있을 것으로 보인다.

논란이 되고 있는 대표적인 중재판정례들을 아래에서 살펴본다.

(나) 중재판정례[364]

① 재판적격성

Maffezini v. Spain 사건 판정부는 분쟁해결절차에도 MFN이 적용된다고 하여 국내절차를 먼저 제기할 필요 없이 더 유리한 BIT의 관할규정을 원용할 수 있다고 판단하였다. 또한, 위 사건과 함께 18개월 국내법원 우선원칙이 쟁점이 된 *Siemens A.G. v. Argentina* 사건[365], *Camuzzi v. Argentina* 사건[366], *Gas Natural v. Argentina* 사건[367], *National Grid v. Argentina* 사건[368], *Suez & InterAguas v. Argentina* 사건[369], *Suez & Vivendi v. Argentina* 사건[370], *Hochtief v. Argentina* 사건[371], *Impregilo v. Argentina* 사건[372]의 판정부는 MFN이 적용됨을 인정하였다.

그러나, *Wintershall v. Argentina* 사건[373]의 판정부는 관할권 형성의 근본적인 요소인 주권국가의 동의를 왜곡시키는 것이라는 이유로 분쟁해결절차에 MFN이 적용되는 것을 부정하였다.

---

363) *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award(2008.08.27.)(키프로스-불가리아 BIT). 위 판결은 조약체결 당사국의 의사가 분쟁해결절차에도 MFN을 적용하기로 한 것이 명백한 경우에만 MFN 조항을 적용할 수 있다고 판시하여 조약체결당사국의 의사를 존중하는 방향으로 결정을 한 것이다. 따라서 협정문에서 명시적으로 배제를 한다면 이러한 혼란은 충분히 예방 가능할 것으로 보인다.

364) 자세한 중재판정부의 판정 내용은 국제투자분쟁연구 2008 앞의 책 49-79면 참조

365) ICSID Case No. ARB/02/8.

366) ICSID Case No. ARB/03/7.

367) ICSID Case No. ARB/03/10.

368) *National Grid Plc v. Argentina Republic,* UNCITRAL, 관할권 결정 (2006. 6. 20.).

369) ICSID Case No. ARB/03/17.

370) ICSID Case No. ARB/03/19.

371) *Hochtief Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Award (2016. 12. 21.)(아르헨티나-독일 BIT).

372) *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic(I)*ICSID Case No. ARB/07/17, Award (2011. 06. 21.)(아르헨티나-이탈리아 BIT).

373) *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award (2008. 12. 8.)(아르헨티나-독일 BIT).

〈*Maffezini v. Spain*〉

○ 사안개요

- 아르헨티나 투자자인 청구인 Emilio Agustin Maffezini가 스페인 갈리시아(Galicia) 지방에서 화학약품 생산·판매 기업에 투자한 것과 관련하여 스페인 기관으로부터 받은 대우를 문제 삼은 사건
- 피청구국 스페인은 청구인이 아르헨티나-스페인 BIT 제10조 제3항에 규정된 국내구제 완료 요건(국제중재 제기 이전에 스페인 국내법원에 분쟁을 제기하여야 하며 이후 18개월이 경과한 후에도 결정이 이루어지지 않은 경우에 한해 국제중재를 제기할 수 있다는 요건)을 충족하지 못했다며 관할 없음을 주장
- 이에 대해 청구인은 위 BIT에 포함된 MFN 조항을 통해 청구인은 칠레-스페인 BIT에 규정된 스페인의 ICSID 중재 수락조항을 원용할 수 있으므로 위 국내구제 완료 의무를 준수할 필요가 없다고 주장
- 즉, 아르헨티나-스페인 BIT에 포함된 MFN 조항을 통해 칠레-스페인 BIT에 규정된 분쟁해결절차 조항 적용여부가 문제됨

○ 판정취지

- 판정부는 청구인이 MFN 조항에 의해 위 국내절차를 먼저 제기할 필요 없이 더 유리한 BIT의 관할규정을 원용할 수 있으며, 분쟁해결절차에도 MFN을 적용할 수 있다고 판단
- 판정부는 MFN조항 적용으로 인한 권리와 이익의 합법적인 확장은 협약상의 조항이 갖는 근본적인 목적을 왜곡하는 조약쇼핑과는 명확히 구분되어야 함을 언급
- 양국이 협정체결의 근본적 조건으로 인식한 4가지 공공 정책적 고려에 관한 사항은 MFN 규정이 적용되지 않는다는 원칙을 제시: ① 협정당사국이 국내구제 완료원칙(exhaustion of local remedies)을 규정한 경우, ② 취소불가능한 "관할 택일원칙(Fork-in-the-Road)"을 규정한 경우, ③ 이용가능한 중재 기구를 ICSID 등으로 한정한 경우, ④ NAFTA 등과 같이 상세한 절차규정을 두는 고도로 제도화된 중재 시스템에 합의한 경우에는 MFN이 적용되지 않는다고 판단
- 판정부는 MFN조항이 모든 문제(all matters)에 대해 동등한 대우를 보장하는 광의의 MFN조항이며, 투자자의 구제수단은 투자의 실효성을 보장하는 중요한 수단으로서 MFN조항의 적용대상이 된다는 점을 이유로 청구인의 주장을 인용하였고, 피청구국의 조치는 FET 및 MST 규정을 위반한 것으로 판단

〈Siemens v. Argentina〉

○ 사안개요

- 독일 국적 법인인 신청인 Siemens는 1998년 아르헨티나의 전(前) 정부와 신원확인 및 이민관리 시스템 계약을 체결하였으나, 1999년 새로운 정부에 의해 계약이 일방적으로 종료되었음
- 신청인은 독일-아르헨티나 BIT에 규정된 18개월 국내법원 우선원칙을 회피하기 위해 MFN 조항에 의해 아르헨티나-칠레 BIT를 원용하여 주장
- 피청구국은 MFN조항 자체의 맥락을 고려하여 당사국이 합의한 바에 따라 범위를 결정해야 하고, 본 사안에서는 MFN을 확대적용하는 것이 당사국의 의사에 비춰봤을 때 합리적으로 추론될 수 없다고 항변

○ 판정취지

- 판정부는 Maffezini 사건과 달리 MFN상 대우는 "단지 더욱 유리한 대우"와 관련이 있는 것으로 국내법원우선원칙을 관할권에 대한 동의의 문제로 보기 보다는 절차적 문제로 보고 MFN을 적용하여 판단
- 판정부는 MFN조항의 목적은 다른 명시적인 배제사유가 없는 한, 협정상 협의된 조항이 당사국 사이에서만 적용되는 배타적 효력을 제거하여 그 조항을 제3국에도 적용하는 것이라고 판시
- 판정부는 MFN은 협정상 필수적인 당사국들의 동의에 의해 판단된 공공 정책에 대해서 원용되지 않는다고 판시
- 판정부는 조약법에 관한 비엔나 협약에 따라 BIT를 해석해야 한다고 전제한 후 BIT의 목적은 투자 보호와 증진이라고 판단하고, MFN 조항이 투자와 관련된 활동의 보호까지 확대된다고 판단
- 판정부는 협약의 맥락, 어구, 당사자의 의도에 비춰봤을 때, MFN은 넓게 해석될 수 있다고 하여 청구인의 주장을 인용하였고 피청구국의 조치는 간접수용, FET, MST, 완전한 보호 등의 조항을 위반하였다고 판단

〈*Hochtief v. Argentina*〉

○ **사건개요**

- 청구인 Hochtief는 유료도로와 교량을 건설 및 유지하는 양허계약을 아르헨티나와 체결하고 이를 수행하기 위해 다른 법인들과 컨소시엄으로 현지 법인 Puentes del Litoral SA(PDL)을 설립하였으나, 피청구국 아르헨티나 정부가 독일-아르헨티나 BIT와 국제관습법을 위반하는 조치를 취한 것에 대하여 간접수용, FET, 완전한 보호, 우산조항 위반을 주장
- 청구인은 독일-아르헨티나 BIT상 먼저 아르헨티나 국내법원에 분쟁을 제기하고 18개월 경과 후에 국제중재절차를 제기할 수 있다는 규정에도 불구하고 MFN을 근거로 보다 단축된 기간을 규정한 미국-아르헨티나 BIT를 원용하여 ICSID에 중재 제기

○ **판정취지**

- 판정부는 본 사안을 MFN조항이 분쟁해결절차에 적용될 수 있는지 여부와 분쟁해결절차에 적용될 수 있는 범위의 문제(재판적격성)로 나누고, 전자와 관련하여 MFN조항의 적용대상은 예시적이므로 분쟁해결도 투자관리의 일부로서 MFN이 적용된다고 판단
- 후자에 대하여 절차 등 부수적인 문제에만 적용되는지 아니면 새로운 관할권을 부여하는지 여부가 문제되는바, MFN조항은 기존조약에서 인정한 범위 내에서만 적용되고 기존조약에서 인정하지 않은 중재를 인정할 목적으로 적용될 수 없다고 판단
- 관할권은 법원의 성격과 관련된 것으로 조약의 체약국만이 변경할 수 있고, 투자자가 변경할 수 있는 것이 아니나, 범위의 문제(재판적격성)는 청구의 특성과 관련된 것으로서 그에 대한 항변은 포기할 수 있고, 재판부가 자발적으로 다루지 않을 수 있으며, 재판적격성이 없다고 각하된 사건은 하자를 치유하고 다시 제소될 수 있는 것이 차이점임을 밝힘
- 판정부는 본 사안의 18개월이란 요건은 상대방이 그 위반을 묵인할 수 있으므로 재판적격성의 문제로서 MFN 조항의 적용대상이라고 판단하고 청구인의 주장을 인용하여 피청구국의 조치가 FET을 위반하였다고 판시

〈*Impregilo v. Argentina*〉

○ 사건개요

- 이탈리아 법인인 청구인 Impregilo는 부에노스아이레스 지역에 30년간 수도 및 폐수처리 서비스에 관한 양허권을 획득하여 컨소시움으로 다른 다국적 기업들과 아르헨티나 국적의 Aguas del Gran Buenos Aires(AGBA) 법인을 설립하고 최대주주로서 지위를 보유
- 피청구국 아르헨티나 정부는 '01-'02 경제위기로 인해 수도와 가스 요금을 동결하는 긴급조치명령을 내린 후, 그 조치를 지속하였고, 청구인은 재정상황이 악화됨에 따라 계약을 재협상할 것을 수차례 요구했으나 피청구국은 이를 거부했으며, 이후 부에노스아이레스 주지사는 AGBA의 계약위반을 주장하며 양허권을 해지
- 청구인은 이탈리아-아르헨티나 BIT상 먼저 아르헨티나 국내법원에 분쟁을 제기하고 18개월 경과 후에 국제중재절차를 제기할 수 있다는 규정에도 불구하고 MFN을 근거로 보다 단축된 기간을 규정한 미국-아르헨티나 BIT를 원용하여 ICSID에 중재 제기
- 피청구국은 18개월 조항은 본질적인 조항으로 이를 준수하지 않은 청구인은 MFN을 원용할 수 없고, 자국 영토내에서만 MFN조항이 요구되기 때문에 국내관할권에서 완전히 벗어난 ICSID에는 MFN을 원용할 수 없으며, MFN에 따라 미-아 BIT상의 분쟁해결조항을 적용하는 것이 더 나은 대우를 적용하는 것으로 볼 수 없다고 항변

○ 판정취지

- 판정부는 MFN의 대우는 광범위하여 분쟁해결조항도 포함되며, 투자자에 대한 보호의 문제는 특정한 영토와 관련된 문제가 아니기 때문에 이를 근거로 MFN의 적용범위에서 분쟁해결조항을 배제할 수 없으며, 국내절차와 국제중재 중에 선택권을 주는 것이 선택권을 주지 않는 것보다 더 유리하다는 이유로 피청구국의 항변을 기각하고 청구인의 주장을 인용하여 피청구국의 조치가 FET, MST를 위반하였다고 판단
- 피청구국 지명의 중재인 Brigitte Stern 교수는 MFN 조항이 분쟁해결조항까지 범위를 확대한다고 구체적으로 규정하지 않는 한, 다른 BIT에서 유리한 분쟁해결조항까지 도입할 수 있다고 해석해서는 안 된다는 반대의견 제시

〈*Wintershall v. Argentina*〉

○ **사건개요**

- 청구인 Wintershall은 독일에서 가장 큰 원유 및 가스 생산기업으로 아르헨티나에 Wintershall Energia S.A.(WE)을 설립 및 영업하던 중, 피청구국 아르헨티나의 배당금 송금 방해 행위에 대하여 독일-아르헨티나 BIT상 직·간접수용 규정 및 투자자에 대한 보호규정 위반 등을 이유로 ICSID에 제소
- 독-아 BIT상 먼저 아르헨티나 국내법원에 분쟁을 제기하고 18개월 경과 후에 국제중재절차를 제기할 수 있다는 규정에도 불구하고 신청인은 MFN을 근거로 보다 단축된 기간을 규정한 미국-아르헨티나 BIT를 원용하여 ICSID에 중재 제기

○ **판정취지**

- 판정부는 국제법원과 중재판정부는 국제법의 일반원칙상 오직 당사국의 동의에 의해서만 관할권을 행사할 수 있고, 이 원칙은 필연적으로 당사국의 주권·독립성과 연결되므로 추정된 동의는 당사국의 독립성을 침해한다고 판시
- 판정부는 신청인의 주장에 대하여 기존 투자유치국의 동의를 왜곡시키며 독-아 BIT 상의 MFN 조항은 모든 조항에 일반적으로 적용되지 않을 뿐더러, 미-아 BIT 와 달리 독-아 BIT에서는 ICSID 중재를 유일한 분쟁해결수단으로 규정한 점 등에 비추어 양 협정상의 분쟁해결절차 체제가 서로 다르다는 이유 등으로 분쟁해결절차에 MFN 적용을 부인
- 판정부는 위와 같은 이유로 청구인의 주장을 배척하고 본 사건의 관할권을 부인

② 관할권 확대 관련

투자계약에 관한 분쟁은 투자계약이 정한 분쟁해결절차에 의하여 해결하도록 투자협정에 규정되어 있음에도 불구하고, 투자계약에서 정한 요르단 법원에서 분쟁을 해결하지 아니하고 MFN을 통하여 중재를 제기할 수 있는지 여부가 문제가 된 *Salini v. Jordan* 사건[374]과 수용보상금액 분쟁 관련 ISDS 제소범위가 문제가 된 *Plama Consortium v. Bulgaria* 사건[375], *Telenor v. Hungary* 사건[376], *Berschader v. Russia* 사건[377]의 중재판정부는 분쟁해결절차에 대한 MFN 조항

374) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13(이탈리아-요르단 BIT)
375) ICSID Case No. ARB/03/24
376) ICSID Case No. ARB/04/15

의 적용을 명시적으로 거부하였다.

반면, 수용보상금액 분쟁 관련 ISDS 제소범위가 문제가 된 *European Media Ventures v. Czech* 사건[378], *Rosinvest v. Russia* 사건[379]의 판정부는 *Maffezini* 사건을 지지하여 분쟁해결절차 조항에 대하여도 MFN을 적용하여 관할권을 확대하였다. *Tza Yap Shum v. Peru* 사건[380]의 판정부는 분쟁해결절차에 대한 MFN조항의 적용을 인정하였으나, MFN조항이 일반조항으로서의 성격을 가지므로 특별합의에 따라 중재범위를 수용으로 한정한 협약의 취지에 따라 청구인의 확대요구는 거부하였다.

---

377) *Vladimir Berschader and Moise Berschader v, The Russian Federation,* SCC Case No. 080/2004, Award (2006. 4. 21.) (러시아-벨기에 BIT).

378) *European Media Ventures* S.A. v, Czech Republic (UNCITRAL) 파기신청, 2007 EWHC 2851(Comm), England, Queen's Bench, 5 December 2007.

379) *RosInvest Co UK Ltd v. The Russian Federation,* SCC Case No, Arb. V079/2005. Award on Jurisdiction (2007. 10. 1.) (러시아-영국 BIT).

380) *Tza Yap Shum v. Republic of Peru,* ICSID Case No. ARB/07/6, Decision (2009. 6. 19.) (중국-페루BIT).

〈*Berschader v. Russia*〉

○ **사안개요**

- 벨기에인인 청구인 Bersechader는 벨기에 법인 Berschader International S.A.(BI)의 주식 100%를 소유하였음
- BI는 러시아 연방 최고재판소와 기존 건물의 리모델링 및 신축을 위한 계약을 체결하였으나 대금이 지급되지 않아 공사가 지연되었고, 러시아 대통령 행정청은 공사지연을 이유로 계약을 해제하였음
- 이후 모스크바 아라트라츠 재판소는 BI의 건설면허를 철회하였고, 이후 BI는 파산절차가 진행됨
- 청구인은 피청구국 러시아를 상대로 벨기에-러시아 BIT를 근거로 스톡홀름 중재재판소에 중재신청을 하며 피청구국의 MFN과 FET, 지속적인 안정과 보호, 수용 조항 위반을 주장
- 문제가 된 벨기에·룩셈부르크-러시아 BIT은 ISDS 제소대상을 "수용이 발생한 경우 보상금액에 관한 분쟁"으로 제한하여 수용의 유효성은 ISDS 제소가 불가능
- 청구인은 MFN 조항을 통해 ISDS 제소범위를 폭넓게 인정하고 있는 벨기에-러시아 BIT를 원용할 것을 주장
- 피청구국은 MFN은 절차문제가 아닌, 실체적 대우에만 적용된다고 주장

○ **판정취지**

- 판정부는 MFN조항에 대한 해석을 통해 당사국의 의사를 확인하는 것이 문제를 해결하는 원칙적인 방법임을 밝히면서, 당사국은 MFN의 적용 예시에 분쟁해결절차를 포함하지 않았고, 분쟁해결절차의 범위를 제한하는 것이 러시아의 관행이기 때문에(수용의 존재여부는 분쟁해결절차의 대상에서 제외) 벨기에-러시아 BIT의 MFN조항은 분쟁해결절차를 포함하지 않는다고 판단
- 이와 함께 판정부는 MFN을 통해 분쟁해결절차가 원용되기 위해서는 이러한 의도가 명확히 협약의 조항에 표시되어 있거나 다른 방법으로 이러한 의도를 확인할 수 있어야 한다고 판시
- 판정부는 청구인의 주장을 배척하고 피청구인의 항변을 인용하여 관할권이 없다고 판단

〈*Plama Consortium v. Bulgaria*〉

○ 사안개요

- 키프로스 기업인 신청인 Plama는 불가리아 공영기업으로부터 정유정제사업법인인 Plama AD 발행주식 96.78%를 매입하였으나, 불가리아 법원은 Plama AD의 회생절차를 지연시키고 파산을 결정
- 신청인은 불가리아 정부가 에너지헌장조약(ECT)을 위반하였으며, 이는 간접수용, FET, 완벽한 보호 등 규정 위반이기 때문에 불가리아-키프로스 BIT의 MFN 조항을 통해(위 협약상 수용에 관하여는 보상금 액수만을 중재절차에서 다툴 수 있도록 규정) 불가리아가 핀란드 등 다른 국가와 체결한 투자협정상의 완화된 조항 적용을 주장

○ 판정취지

- 판정부는 당해 조약의 MFN 조항을 통해 다른 조약에 규정된 분쟁해결조항의 전부 또는 일부를 그 내용으로 한다는 당사국의 의사에 대하여 의심의 여지가 없을 경우에만 분쟁해결조항에 MFN 조항이 적용될 수 있다고 하면서 그와 같은 의도가 표출된 경우가 아닌 한 MFN 조항에 의해 다른 조약의 분쟁해결절차를 원용할 수 없다고 판시
- 판정부는 한 조약에 규정된 대우에 추가하여 다른 조약에서 인정된 우호적인 대우를 인정하는 것과 각별히 당사국에 의해 합의된 절차를 전적으로 다른 메커니즘으로 대체하는 것은 전혀 다른 문제라고 판시
- 판정부는 MFN조항에 의해 다른 협약에 의한 분쟁해결절차를 적용하는 것은 당사국으로 하여금 여러 협약상의 분쟁해결절차조항의 수많은 치환을 직면하게 할 것이 예상되고, 이러한 혼란은 당사국들의 의도라고 볼 수 없다고 하면서 청구인의 주장을 기각

〈*Rosinvest v. Russia*〉

○ **사건개요**

- 영국 회사인 청구인 Rosinvest는 러시아 에너지기업인 Yukos의 주식 7백만 주를 매입하였음
- Yukos의 60% 석유를 생산하는 자회사 Yuganskneftgaz가 존재하였는데, 피청구국 러시아는 미납세액을 납부하기 위해 Yukos의 자산을 압류하고 경매절차를 진행하며 단 10분간의 공개입찰 후에 러시아 국영석유기업이 비공개 가격으로 위 회사를 다시 매입하였을 뿐만 아니라 매각대금이 Yukos와 주주들에게 지급되지 않음
- 신청인은 영국-러시아 BIT의 MFN조항에 의해 덴마크-러시아 BIT를 원용하여 스톡홀름 중재기관(SCC)에 중재를 제기하고 피청구국의 차별적이고 불법적인 조치가 간접수용조항에 위반됨을 주장

○ **판정취지**

- 판정부는 투자자보호의 관점에서 수용에 대한 합법성을 판단할 수 있는 관할권이 있다고 판단
- 판정부는 중재범위가 MFN조항에 의해 확대되는 것은 MFN조항 적용의 일반적 결과이며, MFN 조항의 예외규정에 분쟁해결절차가 존재하지 않는 점에서 중재범위를 확대하여 판단
- 판정부는 위와 같은 이유로 청구인의 주장을 인용하여 관할권 확대를 인정하였고, 피청구국이 간접수용조항을 위반하였다고 판단

〈*Tza Yap Shum v. Peru*〉

○ 사건개요

- 홍콩국적의 신청인은 어분(魚粉)을 조달하여 아시아 시장에 수출하는 페루 소재 자회사 TSG를 소유 및 경영하고 있던 중, 페루 조세 당국이 TSG에 대한 정기 세무조사과정에서 TSG가 매출액을 과소신고하여 세금을 탈루하였다고 판단하고 미납세금을 부과 및 자산의 일부를 가압류하고 페루 내 모든 은행계좌를 가처분하자 ICSID에 중재신청을 하며 중국-페루 BIT상의 수용보상의무위반을 주장(중국-페루 BIT는 수용에 관하여 보상금 액수만을 중재절차에서 다툴 수 있도록 규정)

○ 판정취지

- 판정부는 중국-페루 BIT상 MFN조항의 '대우(Treatment)'가 국제중재절차를 포함한다고 해석하여 분쟁해결절차에 MFN 적용을 긍정
- MFN조항은 일반조항이고, 수용조항은 특별조항으로서 '특별한 합의는 일반적 합의에 우선한다'(Genneralia Specialibus non derogant)고 판시하여 수용에 관한 보상금만이 분쟁해결절차의 대상이고 수용여부는 그 대상이 아니라고 판단
- 판정부는 수용에 대한 보상금액뿐만 아니라 수용여부까지 중재범위를 확대하는 청구인의 주장을 기각하고 수용에 대한 보상금에 대해서만 청구인의 주장을 일부 인용

라. 미래 MFN과 미래유보

(1) 미래 MFN과 미래유보

최혜국대우로 인해 양국간의 특혜사항이 다른 당사국에게 이전되는 효과(spill-over effect)가 발생하므로 특정한 전략적 상대방에게 타국과 차별적인 특혜를 주기 위해서는 사전에 유보에 기재함으로써 그러한 특혜의 대외적용을 제외하는 것이 필요하다.

그러나 우리가 기존에 체결한 FTA에서는 발효 후 타국과의 FTA에 있는 조치에 대하여도 자동적으로 미래 MFN을 적용하지 않고 협의기회만 부여하는 방식을 취하였다. 이에 반해, 한-미 FTA에서는 양국은 한-미 FTA 발효 이후 양국이 체결하는 FTA에 관하여 최혜국대우를 부여하기로 합의("미래

MFN" 부여)하되, 일부 분야에 관하여는 미래에도 최혜국대우를 부여하지 않음을 유보안에 명시하였는바, 규정하는 방식은 각 FTA마다 차이가 있다.

한-인도 CEPA나 한-싱가포르 FTA에는 MFN 조항이 전혀 없고, 한-칠레 FTA, 한-ASEAN FTA, 한-EFTA FTA에서는 본문에서 발효 전에 체결한 FTA는 MFN이 배제되고, 발효 이후에 체결한 미래의 FTA 등은 자동 MFN 규정은 없으나, 협의기회를 부여한다고 규정하고 있다. 특이한 것은 한-칠레 FTA에서는 제10.4조 제1항에 의하여 "어떠한 비당사국 투자자에 의해 행해지거나 실현된 투자나 이러한 투자의 투자자에게 동일한 여건하에서 부여하는 대우보다 불리하지 아니한(no less favorable than it accords, in like circumstances, to investments made or materialized by investors of any non-Party or investors of such investments)"이라고 규정하여 설립 후 단계 투자에 대하여는 최혜국대우를 부여하나, 제10.4조 제3항에 의하여 설립 전 단계 투자에 대하여는 협의기회만을 부여하였다.[381]

그러나 한-EU FTA는 FTA 체결 이후 제3국과의 경제통합협정에서 더 높은 수준의 개방을 약속한 경우, 그러한 개방 혜택을 FTA 상대국에게 부여하는 미래 MFN을 규정하면서도 다만 EU 신규가입국, EEA(EU-EFTA간 경제통합협정)와 같이 "이 절의 맥락에서 취해지는 것보다 중대하게 더 높은 수준의 의무를 규정한 분야별 또는 수평적 약속에 따라 부여되는 지역경제통합협정상 대우(Treatment arising from a regional economic integration agreement, granted under sectoral or horizontal commitments for which the regional economic integration agreement stipulates a significantly higher level of obligations than those undertaken in the context of this Section)"는 최혜국대우 의무 적용 대상에서 배제하는 방식을 취하였다. 이는 EU 신규가입국은 경제통합협정의 일환으로 보는 점에서 EU측의 일관된 방식이다. 다만

381) 한-칠레 FTA 제10.4조 제3항 "제2항에도 불구하고 일방 당사국이 제10.9조제1항 및 제2항에 부합하여 비당사국과의 합의에 의해 추가적인 자유화를 실현한 경우, 그러한 추가적인 자유화에 의해 부여된 대우에 관하여... 적절한 협상기회를 타방 당사국에게 부여한다(Notwithstanding paragraph 2, if a party makes any further liberalization, in conformity with Articles 10.9.1 and 10.9.2(Reservations and Exceptions) by an agreement with a non-Party, it shall afford adequate opportunity to the other Party to negotiate treatment granted (후략))"

EU 신규가입국이나 기존의 EU 회원국의 경우에도 기 체결한 BIT 개정협상에서 이러한 문구를 추가하는 방식으로 개정협상을 하고 있다.[382]

한-미 FTA에서는 "양자간 또는 다자간 국제협정(any bilateral or multilateral international agreement)"이라고 기재하고 있다. 이 경우 어떠한 양자간 또는 다자간 국제협정의 경우 한-미 FTA보다 먼저 발효되거나 서명한 경우에는 MFN의 예외가 된다. 그러나 한-미 FTA 발효 이후 서명하거나 발효된 경우에는 미래 MFN이 적용되어 미국 투자자에게 그 혜택이 이전되는 것이다.

즉, 과거와 미래 MFN을 나누어서 규정하는 방식을 채택하였다. 문제는 지역경제통합협정이 아닌 양자간 또는 다자간 국제협정에 BIT가 포함되는지 여부인 바, 지역경제통합협정이라는 용어를 사용하지 않고 있으므로 BIT도 양자간 협정에 포함된다고 볼 수 있다. FTA도 마찬가지다. 예를 들어 한-미 FTA 발효 이후 한-콜롬비아 BIT, 한-인도 CEPA에 서명한 경우라면 콜롬비아 투자자, 인도 투자자에게 부여된 유리한 혜택이 미국 투자자에게 부여되는 것이다. 물론 한-미 FTA 발효 전에 서명한 BIT나 FTA의 경우에는 MFN이 적용되지 않는다.

한-ASEAN FTA 제4조 제3항 MFN 예외조항에서도 "어떠한 기존의 양자·지역 및/또는 국제협정, 또는 비당사국과의 모든 형태의 경제적 또는 지역적 협력(any existing bilateral, regional and/or international agreements or any forms of economic or regional cooperation)"이라고 규정하고 있다. 여기서 말하는 "양자협정(bilateral agreement)"에 BIT가 포함됨은 물론이다. 한-ASEAN FTA의 MFN 예외조항 때문에, 예를 들어 한-독일 BIT에 의하여 독일 투자자에게 부여된 권리만큼 ASEAN 투자자가 요구할 수는 없는 것이다. 그러나 한-ASEAN FTA 제4조 제4항에 의하여 원칙적으로 한-ASEAN FTA 이후에 FTA 등 협정을 통하여 다른 제3국 투자자에게 더 유리한 대우를 한 경우에는 타방 당사국의 요청에 의하여 적절한 협의기회를 주어야 한다. 이는 자동 MFN이 아니라는 점에 유의하여야 한다.

---

382) 체코나 크로아티아의 경우가 대표적인 예인 바, 한-EU FTA의 최혜국대우 조항이 참고가 될 것으로 보인다. 즉, 체코(2004년 가입)와 크로아티아(2013년 가입)는 EU 회원국으로서 개정협상 시 이와 유사한 조문을 넣기를 희망하고 있다.

(2) 유보안의 기재

한-미 FTA 이후에는 NAFTA 모델의 영향을 받아 미래 MFN은 자동으로 부여하되 부속서에 예외조치를 명시적으로 기재하는 방식을 취하고 있다. 최혜국대우로 인해 양국간의 특혜사항이 다른 당사국에게 이전되는 효과(spill-over effect)를 방지하고 제3국 투자자가 어떠한 추가적인 의무 없이 협정의 혜택을 향유하는 무임승차 문제를 해결하기 위하여 MFN의 예외를 규정하고 상대국 투자자에게도 알려주기 위하여 이를 사전에 유보안에 기재하는 것이다.

부속서의 첫 번째 부분은 양국은 한-미FTA 발효 이전에 양국이 타국과 체결하는 FTA에 관하여 최혜국대우를 인정하지 않는 조항이다. 이는 발효 전에 체결한 FTA의 유리한 대우를 미국 투자자가 MFN을 이유로 원용할 수 없다는 의미이다.

부속서의 두 번째 부분은 한-미 FTA에서도 양국은 한-미FTA 발효 이후 양국이 체결하는 FTA 등에 관하여 최혜국대우를 자동으로 부여하기로 합의(“미래 MFN” 부여)하되, 일부 개방에 민감하고 자국 산업 보호가 중요한 분야에 관하여는 미래에도 최혜국대우를 부여하지 않음을 유보안에 명시하였다. 즉, 원칙적으로 미래에 서명되거나 발효된 FTA 등은 자동적으로 최혜국대우 적용을 받으나 유보안에 명시된 경우에는 예외로 하는 방식이다.

한-미 FTA에서 우리 측은 항공, 어업, 해운, 위성방송, 철도, 시청각 공동제작협정, 교육, 보건 의료 등에 대한 미래 MFN 부여를 배제하고, 미국 측은 GATS시절부터 논의되던 항공, 어업, 해운, 위성방송에 대한 MFN 부여를 배제하였다.[383] 또한, 우리는 한-미 FTA에서 장애인, 국가유공자 및 민족과 같은 사회적, 경제적 취약집단에 권리를 부여하거나 우대하는 조치, 교정, 소득보장·보험, 사회보장·보험, 사회복지, 보건, 보육 등 사회서비스 분야에 대에서도 미래 유보를 선언하였다.

---

383) 한-미 FTA 유보안은 NAFTA 방식을 따르고 있는 것으로 네거티브 방식임은 앞에서 본 바와 같다.

【 한-미 FTA 부속서 II 중 최혜국대우 유보 관련 부분 】

분 야	모든 분야
관련의무	최혜국대우(제11.4조 및 제12.3조)
유보내용	국경간 서비스무역 및 투자
	대한민국은 시행 중에 있거나 이 협정 발효일 전에 서명된 양자간 또는 다자간 국제협정에 따라 국가들에 대하여 차등 대우를 부여하는 어떠한 조치도 채택하거나 유지할 권리를 유보한다.
	대한민국은 시행 중에 있거나 이 협정 발효일 후 서명되는 다음에 관한 양자간 또는 다자간 국제협정에 따라 국가들에 대하여 차등 대우를 부여하는 어떠한 조치도 채택하거나 유지할 권리를 유보한다. 가. 항공 나. 수산, 또는 다. 해난구조를 포함한 해상 사안

마. 최혜국대우의 예외

(1) 예외 규정 방식

최혜국대우의 예외를 규정하는 방식은 크게 세 가지로 나뉜다. 첫 번째는 공공질서, 안보 등 일반적으로 예외를 규정하는 방식이다. GATT 제20조나 GATS 제14조의 일반 예외(General Exception)와 NAFTA 제2102조의 국가 안보(National Security)가 이에 해당한다. 두 번째는 조세, 지적재산권과 같은 특정 분야에 대한 최혜국대우 적용을 배제하는 방식이다. 지적재산권에 관한 중요 협약인 로마협약과 베른협약은 지재권의 취득과 허가 등에 관해서는 최혜국대우 조항이 적용되지 않는다고 명시적으로 규정하고 있으며, TRIPs 협정 제4조 제b항은 이를 확인해 주고 있다. 또한 NAFTA 제1108조 제5항[384] 및 ECT 제10조

384) NAFTA 제1108조 제5항 “Article 1102 and 1103 do not apply to any measure that is an exception to or derogation from, the obligations under Article 1703 (Intellectual

제10항에서도 당사국이 가입한 지재권 관련 협약이 부여한 대우가 우선한다는 규정을 두고 있다. 세 번째로는 관세동맹, 경제통합, 공동시장, 자유무역지대 또는 이와 유사한 국제협정 등과 같이 특정 협정에 대한 예외를 규정하는 방식이 있다. 대부분의 기 체결 FTA에서는 반적 예외, 안보 예외, 특정분야 및 특정협정의 예외를 동시에 병행하는 방식을 취하고 있으며, BIT의 경우 특정 협정에 대한 예외를 규정한 경우는 많으나 일반예외 및 특정 분야에 대한 예외 조항은 2000년대 후반에 들어서야 규정되기 시작했다.

(2) 일반적 예외 및 안보예외

앞서 언급한 바와 같이, 최혜국대우의 예외는 공공질서, 공중보건, 국가안보, 비상사태 등의 이유로 투자협정의 적용이 제한될 수 있음을 규정하고 있는 일반적 예외 조항과 안보 예외 조항을 통해 규정할 수 있다. 한-싱가포르 FTA(제21.2조), 한-뉴질랜드 FTA(제20.1조), 한-베트남 FTA(제16.1조), 한-콜롬비아 FTA(제21.2조)의 경우에는 일반적 예외 조항에서 투자 장에 대하여 GATS 제14조를 준용한다고 규정하고 있다.[385] 한-호주 FTA의 경우, GATS 제14조의 내용을 바탕으로 당사국의 조치가 투자 간 또는 투자자 간 자의적이거나 부당한 차별을 구성하거나 국제무역 또는 투자에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식이 아닌 한, ① 인간, 동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하기 위해 필요한 조치, ② 협정에 불합치 하지 않는 법과 규정의 준수를 보장하기 위해 필요한 조치, ③

Property-National Treatment) as specially provides for in that Article"

385) GATS 제14조 일반 예외
아래의 조치가 유사한 상황에 있는 국가간에 자의적 또는 정당화될 수 없는 차별의 수단이 되거나 혹은 서비스무역에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 것을 조건으로, 본 협정의 어떠한 규정도 그러한 조치를 채택하거나 시행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.
가. 공중도덕의 보호나 또는 공공질서의 유지를 위하여 필요한 조치
나. 인간, 동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치
다. 아래 사항에 관한 조치를 포함하여 본 협정의 규정에 불합치하지 아니하는 법률이나 규정의 준수를 확보하기 위하여 필요한 조치,
(1) 기만행위 및 사기행위의 방지 또는 서비스계약의 불이행의 효과와 처리
(2) 개인적인 자료의 처리와 관련된 개인의 사생활 보호와 개인의 기록 및 구좌의 비밀번호
(3) 안전

예술적, 역사적 또는 고고학적 가치가 있는 국보의 보호를 위하여 부과된 조치, 또는 ④ 고갈될 수 있는 생물 무생물 자원의 보전과 관련된 조치를 채택하거나 집행하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다고 규정하여 이와 같은 조치의 경우 최혜국대우의 예외에 해당할 수 있음을 명시하고 있다.[386]

또 다른 최혜국대우의 예외 조항으로 필수적 안보 조항이 있다. 우리의 기체결 FTA의 경우 모두 일반 예외 장에서 필수적 안보 조항을 두어 FTA의 어떠한 규정도 자국의 필수적 안보이익의 보호를 위해 필요하다고 판단한 조치를 적용하는 것을 배제하는 것으로 해석될 수 없다고 규정하거나,[387] 1994년 GATT 제21조[388]와 GATS 제14조의2[389]에서 규정하고 있는 필수적 안보 조항을 준용하고 있다.[390]

---

386) 한-캐나다 FTA 제22.1조(일반적 예외).

387) 한-미 FTA 제23.2조, 한-뉴질랜드 제20.2조, 한-콜롬비아 제21.2조.

388) GATT 제21조 안전보장을 위한 예외
본 협정의 어떠한 규정도 다음과 같이 해석되어서는 아니된다.
(a) 체약국에 대하여, 발표하면, 자국의 안전보장상 중대한 이익에 반한다고 인정하는 정보의 제공을 요구하는 것.
(b) 체약국이 자국의 안전보장상 중대한 이익을 보호하기 위하여 필요하다고 인정되는 다음의 어느 조치를 취하는 것을 방해하는 것.
(i) 핵분열성물질 또는 이로부터 유출된 물질에 관한 조치,
(ii) 무기, 탄약 및 전쟁기재의 거래 및 군사시설에 공급하기 위하여 직접 또는 간접으로 행하여지는 기타의 물품 및 원료의 거래에 관한 조치,
(iii) 전시 또는 기타 국제관계에 있어서의 긴급시에 취하는 조치,
(c) 체약국이 국제평화와 안전의 유지를 위하여 국제연합 헌장에 의한 의무에 따라 조치를 취하는 것을 방해하는 것.

389) GATS 제14조의2 안보상의 예외
1. 이 협정의 어떠한 규정도,
가. 공개시 자기나라의 중대한 안보이익에 반하는 것으로 회원국이 간주하는 어떠한 정보의 공개도 회원국에게 요구하는 것으로 해석될 수 없으며, 또는
나. 자기나라의 중대한 안보이익을 보호하기 위하여 필요하다고 회원국이 간주하는 다음과 같은 조치를 취하는 것을 금지하는 것으로 해석될 수 없으며,
(1) 군사시설에 공급할 목적으로 직접 또는 간접적으로 행하여지는 서비스 공급과 관련된 조치
(2) 핵분열과 핵융합물질 혹은 이들의 원료가 되는 물질과 관련된 조치
(3) 전시 또는 기타 국제관계상 긴급상황에서 취해지는 조치. 또는
다. 국제평화와 안전을 유지하기 위하여 국제연합헌장상의 의무를 준수하기 위하여 회원국이 조치를 취하는 것을 금지하는 것으로 해석될 수 없다.
2. 서비스무역이사회는 제1항나호 및 다호에 따라 취해진 조치와 이러한 조치의 종료에 대하여 가능한 한 완전하게 통보를 받는다.

390) 한-칠레 FTA 제21.2조, 한-싱가포르 FTA 제21.3조, 한-중 FTA 제21.2조, 한-호주 FTA 제22.2조, 한-베트남 FTA 제16.2조.

(3) 특정 분야

투자협정에서 최혜국대우의 예외는 과세, 지적재산권 등이 특정 분야에 대한 MFN 적용을 배제하는 방식이다. 한-일 BIT 제19조는 최혜국대우가 조세조치에 적용되지 않음을 명시하고 있으며, 한-미 FTA 제23.3조, 한-중 FTA 제21.3조 등 대부분의 기 체결 투자협정들이 과세조치에 대한 최혜국대우 적용배제를 규정하고 있다. 또한, 조세 관련 조약 내지 협약에 따라 당사국이 부여하는 이익에 대해서도 최혜국대우가 적용되지 않는다.[391] 대표적인 조세 관련 조약으로는 이중과세방지협약(Double Taxation Treaty, DTT)이 있다. 동 협약은 체결 당사국 쌍방 국민간의 특정한 소득에 대하여 일정한 조건하에서 제한세율로 과세하거나 세액 공제, 소득 면제의 방법으로 이중으로 과세하는 것을 방지하는 것을 그 내용으로 규정하고 있는 바, 양 당사국의 경제적, 사회적 조건만을 고려하여 체결된 협약의 혜택이 제3국에게 이전되는 것은 바람직하지 않기 때문에 최혜국대우 의무의 예외로 규정한 것이다.

지적재산권에 대해서는 한일 BIT 제6.2조에 최혜국대우의 예외임을 명시하고 있다. 또한, 지적재산권에 관한 중요한 협약인 로마협약, 베른협약에서는 협약가입국으로 하여금 지재권의 취득과 허가 등에 관하여 최혜국대우조항이 적용되지 않는다고 명시적으로 규정하고 있으며, WTO TRIPs 협정 제4조 제b항에서 이를 확인해 주고 있다. 또한 NAFTA 제1108조 제5항[392] 및 ECT 제10조 제10항에서도 당사국이 가입한 지재권 관련 협약이 부여한 대우가 우선한다는 규정을 두고 있다. 투자협정상 지적재산권에 대한 최혜국대우와 TRIPs 협정과의 관계에 대해서는 '라. 지적재산권 문제'에서 후술하겠다.

(4) 관세동맹, 경제통합, 공동시장 등 이와 유사한 국제협정

관세동맹, 경제통합, 공동시장 또는 이와 유사한 국제협정에 근거한 혜택도 최

391) 한-미 FTA 제23.3조 제4항 다호.

392) NAFTA 제1108조 제5항 "Article 1102 and 1103 do not apply to any measure that is an exception to or derogation from, the obligations under Article 1703 (Intellectual Property-National Treatment) as specially provides for in that Article"

혜국대우의 예외로 규정할 수 있다. 이는 협정에 근거한 혜택이 최혜국대우 조항을 통해 비당사국들에게까지 확대되는 '무임승차'를 방지하기 위해서이다.[393] 한-중 FTA는 제12.4조 제2항에서 동 FTA의 최혜국대우 조항이 "관세동맹, 자유무역지대, 통화동맹 또는 자유무역지대에 이르는 유사한 국제협정 또는 다른 형태의 지역 경제협력 등의 회원자격에 기인한 모든 특혜적인 의무를 부여하도록 하는 의무를 부과하는 것으로 해석되지 아니한다."고 규정하고 있다.[394]

문제는 한국과 A국간의 FTA 협정 발효 전에 A국이 이미 B국과 '경제통합 기본협정'이라는 명목으로 상품 협정을 체결한 후 한국-A국 FTA가 발효되고, 그 이후 다시 A국과 B국이 투자협정을 경제통합협정의 일부로 체결한 경우 경제통합이나 무역 자유화의 과정의 일부로 취해지는 기존협정(any measures taken as part of a wider process of economic integration or trade liberalisation)에 다른 투자 협정 등을 추가하는 것도 MFN 예외사항으로 볼 것인지 여부이다.[395]

A국과 B국간의 기 체결된 경제통합 기본협정 중 상품협정이 2005. 1. 1. 발효되고 한국과 A국간의 FTA가 2007. 1. 1. 발효된 경우, A국과 B국이 경제통합협정의 일환으로 투자협정을 2009. 1. 1. 체결하였다면, 한국과 A국간에 체결한 FTA 발효 이후에 서명되거나 발효된 A국과 B국의 투자협정이 MFN 조항의 예외사항이 될 것인지 문제된다.

일반적으로 미래에 체결한 FTA 등은 유보안에서 명시하지 않는 한 자동

---

393) UNCTAD, *Most-Favoured-Nations Treatment: A Sequel* (2010), p. 20.

394) 한-중 FTA 제12.4조 최혜국대우

1. 각 당사국은 자국 영역 내에서 투자 활동과 제12.2조제2항에 따른 투자의 허용과 관계된 사항과 관련하여 다른 쪽 당사국의 투자자와 적용대상투자에 대하여 동종의 상황에서 비당사국의 투자자와 그들의 투자에 대하여 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다.
2. 제1항은 당사국이 다른 쪽 당사국의 투자자와 적용대상투자에 대하여 다음의 회원자격에 기인한 모든 특혜적인 대우를 부여하도록 의무를 부과하는 것으로 해석되지 아니한다.
   가. 모든 관세동맹, 자유무역지대, 통화동맹, 그러한 동맹 또는 자유무역지대에 이르는 유사한 국제협정 또는 다른 형태의 지역경제협력
   나. 국경지역에서 소규모 무역을 촉진하는 모든 국제 협정이나 약정, 또는
   다. 항공, 어업 및 구조를 포함한 해양문제와 관련한 모든 양자 및 다자 국제협정

395) 실제 '호주-뉴질랜드 경제통합 기본협정으로 상품 협정이 먼저 발효가 된 상태고 아직 투자협정은 없는 상태다. 이러한 논의는 호주나 뉴질랜드 같은 나라의 경우 FTA 체결시 중요한 이유가 된다는 점에 유의할 필요가 있다.

MFN이 적용되는 것이 일반적인바, 유보안에 특정을 한다면 미래 MFN 적용이 배제될 수 있음은 물론이다. 그러나 이를 특정하지 않고 무조건 경제통합의 일환이나 무역자유화의 일환으로 기재하는 것은 바람직하지 않다. 원래 MFN 조항은 기본적으로 제3국과 혜택에 있어 상대적 차별을 금지하는 것으로 추후 보다 큰 혜택을 제3국에 제공하는 경우 당연히 그 혜택을 양 당사국간 공유하는 것이 기본원칙인바, 그 예외는 엄격하고 제한적이어야 하며 무분별한 예외규정은 인정될 수 없다.

이는 우리의 기 체결 FTA가 개정되어 더 많은 혜택이 제3국 투자자에게 부여될 경우 MFN 조항에 의해 다른 투자자에게도 동일한 혜택을 부여한다는 점에서도 명백하다.

그렇다면 MFN 적용을 배제하려면 유보안 또는 본문[396]에 어떻게 기재하는 것이 바람직한 것인가의 문제가 남는다. 이는 한-EU FTA가 참고가 될 수 있다고 본다. 즉, 한-EU FTA 제7.14조 제2항에서는 앞에서 본 것처럼 EU 신규가입국, EEA(EU-EFTA간 경제통합협정)와 같이 "이 절의 맥락에서 취해지는 것보다 중대하게 더 높은 수준의 의무를 규정한 분야별 또는 수평적 약속에 따라 부여되는 지역경제통합협정상 대우(Treatment arising from a regional economic integration agreement, granted under sectoral or horizontal commitments for which the regional economic integration agreement stipulates a significantly higher level of obligations than those undertaken in the context of this Section)"은 최혜국대우 의무 적용 대상에서 배제한다고 명시적으로 규정하고 있다. 따라서 경제통합협정의 일환임을 강조할 경우라도 미래 MFN을 배제하려면 명시적으로 대상 협정을 특정하는 것이 필요하다.

---

396) 우리의 기 체결 FTA는 주로 유보안에서 미래 MFN을 배제하는 분야를 기재하는 방식을 취하는 반면 뉴질랜드, 중국 같은 나라의 경우 주로 본문에 이를 기재하고 있다. 미래유보에 기재하거나 협정문 본문에 기재하거나 효력은 동등하여 실질적 차이가 없다고 판단되나, 네거티브 방식을 취하는 이상 협정문 본문에서 일반적인 원칙에 대해 논하고 예외적인 사항은 유보안에 기재하는 것이 보다 명료할 것으로 보이고 또한 양국의 MFN 예외사유는 다를 수 있으므로 각국의 유보안 모든 분야에 영향을 미치는 조치로서 MFN의 예외로 인정받고 싶은 사항을 각자 기재하는 것이 타당하다고 보인다.

바. 지적재산권 문제

(1) 문제점

이와 관련하여서는 개별 BIT를 참조할 필요가 있다. 일반적으로 FTA에서는 지적재산권 장을 별도로 규율하고 있고 투자 장에서는 수용조항에서 강제실시권을 이유로 수용보상 청구를 할 수 없다는 규정과 이행요건 관련하여 기술이전 부분에 대한 개별적 내용을 제외하고는 지적재산권에 대한 특별한 규정이 없다. 다만, 일부 BIT에서는 MFN의 예외 등으로 지재권 관련 내용을 담고 있는 경우가 있다.

(2) 한-일 BIT 지재권 조항

한-일 BIT 제6조 제1항에서는 "1. 이 협정의 어떠한 규정도 세계무역기구설립을위한마라케쉬협정의 부속서 1 다「무역관련지적재산권에관한협정」과 세계지적재산권보호기구의 지원 하에 체결된 그 밖의 국제협정 등 체약당사국이 회원국인 지적재산권의 보호와 관련된 국제협정상의 권리·의무를 침해하는 것으로 해석되지 아니한다."고 규정하고 있고, 동조 제2항에서는 "2. 이 협정의 어떠한 규정도 일방체약당사국이 자국이 회원국인 지적재산권의 보호에 관한 국제협정에 의하여 제3국의 투자자나 그들의 투자에 대하여 부여하는 대우를 타방체약당사국의 투자자나 그들의 투자에 대하여 부여하여야 하는 것으로 해석되지 아니한다."고 규정하고 있다.

즉, 제1항은 투자의 종류에는 저작권·산업재산권·신지식 재산권 모두를 포괄하는 지적재산권이 포함되어 있으나 지재권 종류별로 다른 규범이 적용되는 현실을 투자협정에 반영하기 어렵고, 다른 국제규범이 우선 적용된다는 조항이 인정되지 않을 경우 협정상의 권리·의무와 상충될 가능성이 있으므로 지재권의 종류별로 규범체계가 다른 국제규범 현실을 인정하는 규정을 둔 것이다. TRIPs(Trade Related Intellectual Property Rights)규정이 동 협정보다 우선하며 지재권과 관련하여 종류별로 규정되는 각종 국제규범의 규정이 동 협정보다 우선한다.

제2항은 최혜국대우의 또 다른 예외를 규정한 조항이다. 앞서도 설명한 바와 같이, 지적재산권의 중요한 국제규범인 로마 협약과 베른 협약은 협약의 가입국으로 하여금 지재권의 취득과 허가 등에 대해서는 최혜국대우의 규정이 적용되지 않는다고 명시적으로 규정하고 있고 WTO의 TRIPs 협정이 이를 확인해 주고 있으므로 같은 맥락에서 최혜국대우를 지적재산권에 대해서는 적용하지 않는다는 확인규정이다.

(3) TRIPs 협정

위와 같은 경우 TRIPs 협정[397]이 투자협정보다 우선한다고 하는바, TRIPs규정에 대하여 살펴 볼 필요가 있다.[398]

(가) 최혜국대우 조항

지적재산권의 보호와 관련하여 TRIPs협정은 일방 회원국에 의해 다른 회원국의 국민에게 부여되는 이익, 혜택, 특권, 면제가 즉시 그리고 무조건적으로 다른 모든 회원국의 국민에게 부여되어야 한다고 규정함으로써 최혜국대우 원칙을 선언하고 있다(제4조). 이는 지적재산권 보호에 관한 협약 중 최초로 최혜국대우 원칙을 도입하였다는 데 커다란 의의가 있다. TRIPs협정 이전까지 지적재산권 관련 조약에 최혜국대우 원칙이 없었던 것은 지적재산권 보호체제가 기본적으로 속지주의 원칙을 채용하고 있었고, 일국의 관심은 외국에서의 출원 및 등록을 포함한 지적재산권의 전반적인 분야에서 당해 국가의 국민과 동등한 대우를 받는 데 있었으므로 내국민대우(national treatment)만으로도 충분했기 때문이다. 또한, 이것은 지적재산권을 무역의 대상으로 보지 않던 시대였기 때문에

397) TRIPs협정은 앞에서 본 것처럼 WTO설립협정의 여러 부속서 중의 하나이며, 각 회원국은 자국의 지적재산권 관련 국내법령을 TRIPs협정에 일치하도록 개정할 의무를 부담한다. TRIPs협정은 그 동안 WIPO가 개별 지적재산권조약에 의해 규율하여 오던 지적재산권 보호의 문제를 이제는 WTO가 범세계적 차원에서 무역과 관련한 지적재산권 보호의 통일된 기준을 정하여 규율하게 된 것으로 WTO 분쟁해결절차를 이용한다. WTO TRIPs 협정은 전문과 총7부 73개 조항으로 구성되어 있다.

398) WTO와 지적재산권관련 논의는 국제경제법, 앞의 책 453면 이하 참조

가능한 것이기도 하였다. 그러나 지적재산권을 교역상품에 체화된 국제경쟁력을 결정하는 요인이자 무역의 중요한 대상으로 인식하게 됨에 따라, 최혜국대우 원칙 도입의 필요성이 제기되었다.

또한 제4조 2문은 최혜국대우 원칙에 대한 예외를 광범위하게 인정하고 있는데, 첫째, 일방 회원국이 부여하는 이익, 혜택, 특권, 면제가 사법공조에 관한 국제협정 또는 특별히 지적재산권의 보호에 한정되지 아니하는 일반적 성격의 법률 집행에서 비롯되는 경우(제4조 (a)호), 둘째, 일방 회원국이 부여하는 이익, 혜택, 특권, 면제가 내국민대우의 원칙이 아닌 상호주의원칙을 채택하는 로마협약 또는 베른협약의 규정에 따라 부여되는 경우(제4조 (b)호), 셋째, 일방 회원국이 부여하는 이익, 혜택, 특권, 면제가 동 협정에 규정되어 있지 않은 실연자, 음반제작자, 방송기관의 권리에 관련된 경우(제4조 (c)호), 넷째, 일방 회원국이 부여하는 이익, 혜택, 특권, 면제가 WTO설립협정의 발효 이전에 발효된 지적재산권 보호 관련 국제협정으로부터 비롯되는 경우(제4조 (d)호)를 규정하고 있다. 단, 이러한 협정은 TRIPs이사회에 통보되어야 하며 다른 회원국 국민에 대하여 자의적이거나 부당한 차별을 구성하지 아니하여야 한다. 다섯째, 지적재산권의 취득과 유지에 관하여 WTO기구의 주관하에 체결된 다자간 협정에 규정된 절차(제5조)의 경우에도 최혜국대우의 예외에 해당한다.

또한, 협정 제5조는 “제3조와 제4조에 따른 의무는 지적재산권의 취득과 유지에 관해 세계지적재산권기구(World Intellectual Property Organization, WIPO)[399]의 주관하에 체결된 다자간협정에 규정된 절차에는 적용되지 아니 한다”라고 규정하고 있다. 이것은 내국민대우 원칙과 최혜국대우 원칙의 예외를 규정한 것이고, 기존 WIPO주관 조약 중에 규정된 지적재산권의 취득 또는 유지에 관한 절차에 대해서는 TRIPs 제3조 및 제4조는 적용되지 않는다. 내국민대우즉 특허협력조약, 상표등록에 관한 마드리드 협정 및 의정서 등은 제3조 및 제4조가 적용되지 않는다.

---

399) 1967년 스톡홀름 외교회의에서는 저작권과 관련된 베른협약과 산업재산권과 관련된 파리협약을 관장하고 동 협약의 사무적인 문제를 해결하기 위해 세계지적재산권기구 설립협약을 체결하였다. 한국은 1979년 3월에 가입하였다.

(나) 분쟁해결 절차[400]

TRIPs협정 제64조는 TRIPs 관련 분쟁을 GATT 1994 제22조, 제23조의 규정에 의하여 처리하도록 하고 있다. 다만, WTO 설립협정 발효일로부터 5년간은 GATT 1994 제23조 제1항 제(b)목, 제(c)목을 적용하지 않도록 하고 있으므로 결국 이 기간 동안은 협정위반을 이유로 한 분쟁사건만을 대상으로 할 수 있다.

이는 WIPO가 관장하는 지재권협약들이 실효적인 이행확보수단이 결여되어 있는 것으로 판단하여 지적재산권 보호위반에 대해 무역제재조치의 발동을 가능케 하기 위해 우루과이라운드협상 결과 채택된 분쟁해결규칙 및 절차에 관한 양해(Understanding on Rule and Procedures Governing the Settlement of Disputes: DSU)를 이용하게 되는 것이다.

다만, 뒤에서 보는 것처럼 TRIPs규정에 따라 WTO 분쟁해결절차를 이용하는 경우 ISDS 절차조항은 이용하지 못하는 배타적 관계인지 문제가 된다. 원칙적으로 ISDS 절차를 이용할 수 없는 배제(carving-out) 규정은 없다. 그러나 만약에 먼저 사전에 합의된 분쟁해결 절차인 WTO 분쟁해결절차를 진행 중인 경우에는, 달리 합의되지 않는 한 다른 분쟁해결 절차를 이용할 수 없는 것이 택일(Fork-in-the-Road) 조항의 정신이라고 보아 원칙적으로 지재권과 관련한 분쟁의 경우 각 지재권 협정이 규정하는 분쟁해결절차를 진행한다면 ICSID, UNCTIRAL 등의 분쟁해결절차를 이중으로 진행할 수 없다는 견해가 있다.

그러나 뒤에서 보는 바와 같이 WTO 분쟁해결절차는 국가대 국가 분쟁해결로서 투자자가 국가를 상대로 제소하는 ISDS 절차와는 다른 차원으로 택일(Fork-in-the-Road) 방식과 배치되지 않고 병행하여 진행할 수 있다는 견해도 있다. 즉 WTO 분쟁해결절차는 보복조치(countermeasures)와 잠정적 중지(temporary suspension of concessions)로 구성되어 있으므로 금전배상을 구하는 ISDS와는 차원이 다르다는 것이다.

개인적으로는 후자가 타당하다고 본다. WTO 분쟁해결절차가 ISDS 절차에 영향을 미치는 것은 ISDS 절차조항의 취지에 반하고 구제방식이 다르기 때문이다. 또한, 실제 미국과 멕시코와의 분쟁에서 WTO 절차와 ISDS 절차를

400) 한찬식, 앞의 책 147-153면 참조

병행하여 진행한 사례도 있다.[401]

〈*Mexico-Taxes on Soft Drinks*〉

○ 사안개요

- 신청인들은 미국국적회사로 멕시코 현지에 Almidones Mexicanos(ALMEX)법인을 설립하여 액상과당을 생산 및 유통하던 중, 멕시코 의회가 자국의 설탕산업 피해에 대한 우려로 '생산 및 서비스에 대한 특별세에 관한 법률'을 개정하여 사탕수수 이외의 감미료를 사용하는 음료들은 특별소비세를 부과하고 사탕수수만을 감미료로 사용하는 음료들은 특별소비세를 면제
- 이로 인해 피해를 입게 된 청구인들은 NAFTA에 따라 ICSID에 중재제기

○ 판정취지

- 패널은 DSU상 관할권의 유무에 대하여 판단하는 재량권을 가지지 못하고, 설사 재량권이 있더라도, 그 재량권은 패널이 본 사건에서 관할권을 부인하는 것을 정당화시켜주지 않는다고 판시
- DSB는 회원국의 협정상 권리와 의무를 보호하고 이를 증가하거나 축소할 수 없으며, 유효하게 성립된 사안에 대하여 관할권을 인정하지 않는 것은 DSU상 제소국의 권리를 박탈하는 것이라고 판시
- 패널은 피청구국이 1994 GATT을 위반하였다고 판단하고 DSB에게 피청구국이 1994 GATT상의 의무를 준수하는 조치를 취할 것을 권고하도록 판시

401) *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks an Other Beverages*, Report of the Appellate body, WTO Doc. WT/DS308/AB/R, AB-2005-1(2006); *Archer Daniels Midland Company and tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*, Award(2007.11.21.)(ICSID Case No. ARB/04/5).

3. 타 협정문과의 비교

【 미래 MFN 】

한-싱가포르 FTA 한-인도 CEPA	한-EU FTA	한-칠레 FTA 한-EFTA FTA 한-ASEAN FTA	한-페루 FTA 한-미 FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 미국모델 BIT
MFN 조항 없음	FTA 체결 이후, 제3국과의 경제통합협정에서 더 높은 수준의 개방을 약속한 경우, 그러한 개방 혜택을 FTA 상대국에게 부여하는 미래 MFN을 규정하였다. 다만 EU 신규가입국, EEA(EU-EFTA간 경제통합협정)와 같이 "FTA보다 높은 수준의 경제통합협정(the regional economic integration agreement stipulates a significantly higher level of obligations)" 은 최혜국대우 의무 적용 대상에서 배제	협의 기회만 부여 (한-칠레 FTA는 설립 후 투자에는 미래 MFN 부여하나, 설립 전 투자에는 협의기회만 부여)	미래 MFN

【 분쟁해결절차 조항에 MFN 적용 배제 여부 】

한-미 FTA	한-칠레 FTA 한-ASEAN FTA 한-중 FTA 한-베트남 FTA 미국 모델 BIT	한-싱가포르 FTA 한-인도 CEPA	한-페루 FTA	한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-뉴질랜드 FTA	한-일 BIT
협상기록에 기재	분쟁해결절차에 대한 문구 없음	MFN 조항 없음	부속서에서 분쟁해결절차에 MFN 적용 배제 규정	MFN 조항 각주에서 분쟁해결절차에의 적용 배제 규정	MFN 조항 본문에서 분쟁해결절차에의 적용 배제 규정	간접적으로 적용 (국내구제절차에만 MFN 적용)

【 투자와 투자자 MFN 적용 여부 】

한-칠레 FTA 한-EFTA FTA 한-ASEAN FTA 한-페루 FTA 한-미 FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA 한-일 BIT 한-중-일 TIT	NAFTA, ECT	GATS
‘투자’ 및 ‘투자자’	‘투자’ 만	‘투자자’ 만

Ⅲ 최소기준대우(Minimum Standard of Treatment)

국 문	영 문
제 X.4 조 : 최소기준대우[2]	Article X.4 : Minimum Standard of Treatment[2]
1. 각 당사국은 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여, 국제관습법에 따른 대우를 적용대상투자에 부여한다.	1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. 보다 명확히 하기 위하여, 제1항은 외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소기준을 적용대상투자에 부여하여야 할 대우의 최소기준으로 규정한다. “공정하고 공평한 대우”와 “충분한 보호 및 안전”이라는 개념은 그러한 기준이 요구하는 것에 추가적인 또는 이를 초과한 대우를 요구하지 아니하며, 추가적인 실질적 권리를 창설하지 아니한다.	2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security"do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:
가. 제1항의 “공정하고 공평한 대우”를 제공할 의무는 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차의 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다. 그리고	(a) “fair and equitable treatment” includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

국 문	영 문
나. 제1항의 “충분한 보호 및 안전”을 제공할 의무는 각 당사국이 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰 보호를 제공하도록 요구한다.	(b) “full protection and security” requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law.
3. 이 협정의 다른 규정 또는 별도의 국제협정에 대한 위반이 있었다는 판정이 이 조에 대한 위반이 있었다는 것을 입증하지는 아니한다.	3. A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.
2) 제X.5조는 부속서 X-가에 따라 해석된다.	2) Article X.5 shall be interpreted in accordance with Annex X-A.

1. 취 지

투자협정은 외국인투자에 대한 대우로서 내국민대우, 최혜국대우와 같은 상대적 대우의 보장을 규정하는 것 외에 투자자의 재산권 보장을 위해 최소한의 절대적·객관적 대우기준을 대부분 규정하고 있다. 그 중, 최소기준대우는 외국인 투자 및 투자자에 부여해야 할 대우와 관련하여 국제적으로 인정되는 최소한의 기준을 제시하는 조항이다. 국가들은 공정하고 공평한 대우(fair and equitable treatment) 및 충분한 보호 및 안전(full protection and security)을 포함한 '국제관습법에 따른 대우'를 상대국 투자에 부여하는 바, 이에 대한 무분별한 확장적 해석을 방지하기 위하여 NAFTA 해석선언 이후 외국인 투자자에 부여되는 공정·공평대우 및 충분한 보호와 안전은 국제관습법상의 최소 기준 이상의 대우를 요구하는 것이 아니며 기타 추가적인 권리를 부여하는 것이 아님을 명시하는 경향을 보여왔다. 우리 기 체결 관행 뿐만 아니라, 한-미 FTA를 비롯한 대부분의 기 체결 FTA 역시 이러한 경향을 따르고 있다.

특히, 공정·공평대우의 경우 그 보호의 수준에 관하여는 국제법적 논란이 계속되고 있고 조문의 규정 내용에 따라 다양한 해석이 전개되고 있으며, 그 보호범위에 대하여는 이를 광범위하게 해석하는 입장과 국제관습법상 보장되는 최소기준대우로 보는 입장으로 견해가 나뉜다.[402]

2. 주요 내용

공정·공평대우라는 개념의 추상성으로 인하여 BIT를 근거로 한 중재판정부에서는 '자의적인 차별'의 존재 여부, '합리적이고 적법한 기대이익을 침해' 여부, '투명성' 등을 기준으로 판단하고 있는바, 이에 대한 최근의 동향을 살펴볼 필요가 있다. 먼저 공정·공평대우에 대해 분석한 UNCTAD 보고서를 통해 동 대우가 어떤 형식으로 규정되는지 살펴보도록 하겠다.

---

402) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 87면 참조

가. 공정·공평대우 규정 방식

국제연합무역개발협의회(UNCTAD: United Nations Conference of Trade and Development)는 FTA, BIT 등과 같은 국제투자협정에서 공정·공평대우를 규정하는 방식을 다음과 같이 5가지로 분류하고 있다.[403]

첫 번째 유형은 투자협정에 공정·공평대우 규정이 없는 경우로 아르헨티나-독일 BIT(1991), 알바니아-크로아티아 BIT(1993), 호주-싱가포르 FTA(2003), 뉴질랜드-태국 EPA(2005) 등이 여기에 속한다. 이는 자신의 권항 행사를 공정·공평대우 기준에 따라 규율받지 않겠다는 당사국들의 의사가 반영된 것이라 할 수 있다. 그러나 이러한 경우라도 국제관습법상의 최소기준대우 의무는 여전히 존재한다고 UNCTAD는 분석하고 있다. 문제는 이 투자협정을 통해 투자자가 외국인에 대한 최소기준대우를 ISDS 절차에서 원용할 수 있는가 이며, 이는 해당 투자협정의 ISDS 조항이 어떻게 규정되어 있는가에 따라 달라질 것이다. 예를 들어 인도-싱가포르 CECA 제6.21조와 같이 "동 장의 의무 위반에 관한" 분쟁에만 적용된다고 규정하고 있는 경우, 공정·공평대우조항이 부재한 투자협정에서 외국인에 대한 최소기준대우 위반 여부 판단은 중재판정부의 관할 범위 내에 속하지 않는다. 반면, 뉴질랜드-태국 CEPA 제9.16조와 같이 "적용대상투자와 관련된" 모든 분쟁을 ISDS 대상으로 규정하고 있는 경우에는 중재 청구가 해당 협정의 위반을 원인으로 할 것을 요구하지 않으므로 국제관습법상 외국인에 대한 최소기준대우 위반도 청구 원인이 될 수 있을 것이다.[404]

두 번째 유형은 국제법 또는 다른 기준에 대한 언급 없이 공정·공평대우만 규정한 경우이다. 이 유형은 또 다시 공정·공평대우만 규정한 경우와 공정·공평대우 및 충분한 보호와 안전을 하나의 규정 내에서 나열한 경우로 나뉘며, 한-멕시코 BIT(2002), 한-일 BIT(2003), 한-중 BIT(2007), 한-벨기에·룩셈부르크 BIT (2011) 등 대부분의 우리 기 체결 BIT 및 한-EFTA FTA(2006)가 후자에 속한다. 양자의 차이는 충분한 보호와 안전이라는 기준을 단순히 함께 나열하였는지 여부에 있을 뿐, 공정·공평대우의 적용 범위 및 기준에 대한 제한을 가한

403) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), pp. 17-37.
404) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), pp. 18-19.

것이 아니다. 따라서 이러한 형식의 규정을 가진 경우 공정·공평대우는 국제법 또는 국제관습법상의 기준에 따른 외국인에 대한 최소기준대우의 관점에서 해석되어야 하는지, 아니면 이러한 기준에 국한되지 않고 공정성과 공평의 일반적 개념에 기한 case-by-case의 독자적인 기준으로 해석될 수 있는지가 문제된다. 1967년 OECD 외국자산의 보호에 관한 협약 초안(OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property)은 공정·공평대우를 단독으로 규정하고 있으나 협약 초안 해설서는 공정·공평대우를 최소기준과 동일시하고 있으며 이러한 입장은 1984년 OECD 위원회의 보고서에서도 확인된다. 그러나 동 협약 초안과 위원회 보고서 모두 법적 구속력을 가지지 않는다는 한계를 가진다. 그래서인지 다수의 중재판정부는 단독으로 규정된 공정·공평대우를 해석함에 있어 국제관습법과는 별개의 기준으로 "공정"과 "공평"이라는 단어의 일반적인 의미에 집중하는 경향을 보여 왔다. 그 결과, 공정·공평대우의 기준 해석에 대한 중재판정부의 재량이 확대되어 전통적으로 국제법 영역 밖의 일이라 여겨졌던 많은 정부 조치들이 중재판정부의 판단대상이 되었다. 즉, 공정·공평대우가 단독으로 규정된 경우 국가책임의 범위가 확대되어 다수의 국가 규제 조치가 동 의무 위반을 구성할 수 있는 위험을 부담하게 될 수 있다.[405]

세 번째 유형은 공정·공평대우와 국제법을 연결하여 규정한 것으로 주로 "... fair and equitable treatment in accordance with international law..."와 같은 형식으로 표현된다. 미국-아르헨티나 BIT(1991), 크로아티아-오만 BIT(2003) 등이 이러한 유형에 속하며, 이 경우 공정·공평대우는 국제관습법을 포함하는 국제법 원칙을 기준으로 해석된다. 일례로 한·중·일 BIT(2014)는 "일반적으로 수용된 국제법상의 규칙에 따라(in accordance with generally accepted rules of international law)" 부여된 기준을 넘어서는 공정·공평대우를 요구하지 않는다고 규정하고 있다.[406]

네 번째 유형은 공정·공평대우와 국제관습법에 따른 최소기준대우를 연결하여 규정한 경우이다. 이는 2001년 NAFTA의 해석선언 이후 두드러지게 나타난 유형으로, 일본-필리핀 FTA(2006), 중국-페루 FTA(2009), 말레이시아-뉴질랜

405) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), pp. 20-22.
406) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), pp. 22-23.

드 FTA(2009) 및 한-우루과이 BIT(2011), 한-르완다 BIT(2013), 그리고 한-미 FTA(2012)를 비롯한 우리 기 체결 FTA의 대부분이 이 유형에 속한다.[407]

마지막 다섯 번째 유형은 공정·공평대우를 언급하면서 재판의 거부, 적법절차 위반 등과 같이 그 실질적 내용을 함께 규정한 경우로 가장 최근에 나타난 새로운 경향이다. ASEAN CIA(2009), 한-ASEAN FTA(2009), 중국-ASEAN(2010) 등이 이에 속하며, 최소기준대우에 대한 언급이 없다는 점에서 네 번째 유형과 차이가 있다.[408]

나. MFN 조항과의 관계

문제는 한-미 FTA처럼 공정·공평대우를 국제관습법상의 최소기준대우로 그 범위를 제한하는 FTA에서 MFN 조항을 근거로 공정·공평대우의 범위를 넓게 규정한 BIT를 원용할 수 있는지가 문제된다.

이와 관련하여, *Pope & Talbot* 사건에서 청구인은 NAFTA의 MFN 조항을 통하여 다른 BIT의 최소기준대우에 규정된 공정성 요소(Fairness)를 보장받아야 한다고 주장하였다. 이에 중재판정부는 MFN 조항을 원용할 수 없다면 NAFTA 당사국이 아닌 다른 BIT 상대국의 투자자에게만 광범위한 공정·공평대우를 보장하게 되는 등 명백하게 불합리한 결과가 발생할 수 있으므로 MFN 조항을 통해 다른 BIT의 넓은 범위의 공정·공평대우조항을 원용할 수 있다고 판시하였다.[409] 또한, *Rumeli v. Kazakhstan* 사건에서도 중재판정부는 투자유치국이 제3국과 체결한 BIT의 공정·공평대우 조항을 MFN 조항에 근거하여 원용한 청구인의 주장을 받아들인 바 있다.

따라서, 위 사건에 대한 비판은 논외로 하더라도 한-미 FTA 이후 포괄적인 공정·(다른 경우와 다른 가운데 점 사용)공평대우 규정을 두는 경우에는 MFN 조항에 의해 미국 투자자에게 이전되는 효과가 발생할 수 있음에 주의하여야 한다.

---

407) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), pp. 23-29.
408) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), pp. 29-35.
409) *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, UNCITRAL, Award (2001. 4. 10) (NAFTA).

〈 *Rumeli v. Kazakhstan* [410] 〉

○ **사안개요**

- 카자흐스탄 지역 통신회사의 지분을 소유하고 있던 청구인은 피청구국으로부터 두 번째 이동전화사업자 면허를 취득했으나 피청구국이 디지털이동전화 시스템 구축을 위한 투자 계약을 해제하자, 이러한 피청구국의 조치는 간접수용에 해당하며, 공정·공평대우 및 충분한 보호와 안전 보호 제공 의무 위반이라고 주장하며 중재 청구
- 청구인은 공정·공평대우 위반 주장을 BIT의 최혜국대우 조항을 근거로 원용

○ **판정취지**

- 청구인의 주장을 받아들여 피청구국의 행위가 간접수용에 해당하며, 공정·공평대우 위반임을 확인

3. 공정·공평대우와 국제관습법상 최소기준대우를 별도로 규정한 경우

가. 개관

앞서 살펴본 바와 같이, 공정·공평대우가 최소기준대우와 함께 규정되기 시작한 것은 비교적 최근임을 알 수 있다. 우리의 투자협정 체결 관행에서도 1967년 체결된 한-독일 BIT를 시작으로 한-우루과이 BIT(2011), 한-르완다 BIT(2013), 한·중·일 TIT(2014)를 제외한 대부분의 BIT와 한-EFTA FTA(2006)가 공정·공평대우를 최소기준대우와는 별도로 규정하고 있다.

비록 한-미 FTA처럼 국제관습법에 따른 최소기준대우로 한정을 하였다고 하더라도 구체적 사실관계마다 공정·공평대우 위반에 해당하는지 여부는 달리 판단해야 하는 것이므로 최소기준대우에 대한 요건 없이 공정·공평의무만 규정한 경우에 대한 중재판정부의 판단은 의미가 있다.

---

410) *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case NO. ARB/05/16, Award (2008. 7. 29.) (카자흐스탄-터키 BIT).

물론 이에 대하여 BIT와 한-미 FTA의 문안 차이로 인해 BIT의 공정·공평대우 조항에 기한 확장적 해석론이 한-미 FTA 등이 규정하고 있는 제한적인 최소대우기준 조항의 해석론으로 그대로 적용될 가능성은 적다는 견해도 있으나,[411] *Waste Management v. Mexico* 사건에서 중재판정부가 NAFTA 해석선언[412] 이후 임에도 불구하고 공정·공평대우와 국제관습법상의 최소기준대우와는 별도로 규정된 투자협정 해석 시 적용되는 자의성, 공정성, 비차별성, 적절성, 투명성 등을 언급하고 있다는 점에서 양자의 해석론이 상호 영향을 미칠 가능성을 배제할 수는 없다. 뿐만 아니라 우리 기 체결 BIT의 상당수가 공정·공평대우를 국제관습법상의 최소기준대우와는 별도로 규정하고 있다는 점에서 이러한 투자협정에 기한 투자분쟁 발생 시 중재판정부의 판단 기준에 대해 검토할 필요가 있다.

나. 관련 중재판정례

앞서 살펴본 바와 같이 공정·공평대우에 대한 정의가 명확하지 않은 까닭에 중재판정부는 공정·공평대우 위반이 문제되는 경우 해당 투자협정에서 규정하는 내용, 협약 체결 과정, 체약당사국의 의사 등을 고려하여 그 내용을 결정하고 있다.

UNCTAD는 현재까지의 중재사례들의 전반적 경향을 검토하면서 공정·공평대우 위반이 단지 정부권한의 '터무니없는 남용(egregious abuse)'이나 추악한 목적을 위한 정부권한의 오용의 경우에만 인정되는 것이 아니라, 정부권한 행사가 투명성, 투자자의 합법적 기대(legitimate expectation) 보호, 강압(coercion)·괴롭힘(harassment)으로부터의 자유, 적법절차 및 절차의 적정성, 신의칙(good faith) 등과 같은 '바람직한 행정(good governance)'의 요건을 충족하지 못하는 경우에도 적용된다고 보고 있다.[413] 그 외에도 중재판정부는 자의적·

411) 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 87-88면
412) 이에 대해서는 이 책 p. 240 이하의 "라. NAFTA에서의 범위 제한" 참조.
413) UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking* (2007), p. 45.

차별적 대우, 사법부인(denial of justice.) 등을 공정·공평대우 의무 위반에 해당한다고 보고 있다.[414]

이렇게 중재판정부마다 공정·공평대우의 기준 및 내용에 대한 해석을 달리하는 경우가 증가하자 미국은 2004 모델 BIT 이후 일관되게 국제관습법상 인정되는 최소기준대우로 그 의미를 한정하고 있다. 우리도 한-미 FTA 이후 이러한 조류를 반영하여 FTA를 체결하고 있지만 대부분의 기 체결 BIT는 단순히 공정·공평대우나 충분한 보호와 안전만을 규정하고 있는 경우가 많으므로 이하 공정·공평대우를 국제관습법상 최소기준대우와 별개로 규정하고 있는 경우의 사례들이 참고가 될 것으로 보인다.

(1) 자의적·차별적 대우

공정·공평대우 의무에 위반되는 국가의 자의적·차별적 대우란 무엇인가와 관련하여 우선 ICJ의 ELSI 사건 판결을 살펴볼 필요가 있다. 비록 동 사건에서 ICJ는 직접적으로 공정·공평대우 조항을 해석하지는 않았으나, 자의적 대우 및 차별적 대우 판단을 위한 기준을 제시하였기에 이후 다수의 중재판정부들이 동 사건의 기준을 인용해 왔기 때문이다.

414) 투자자-국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책의 시사점, 산업자원부 2007, 131면 참조

〈 *ELSI case* [415] 〉

○ **사안개요**

- 미국회사가 소유하고 있던 시칠리아소재 ELSI 사에 대한 이탈리아 정부의 조치가 1948 미국-이탈리아 우호통상항해조약을 위반한 자의적이고 차별적인 대우이며 이로 인한 손해 배상을 위해 미국정부가 이탈리아 정부를 ICJ에 제소

○ **판정취지**

- 국내법원이 특정 행위가 자의적이거나 불합리하다고 판단하였다 하더라도 그것이 곧 동 행위가 국제법적으로도 자의적인 것은 아니며, 국제법상 자의적인(arbitrary) 행위란 적법절차를 의도적으로 무시하고, 법적 타당성에 충격을 주거나 적어도 놀라움을 주는 행위여야 한다고 판시
- 차별적인(discriminatory) 대우의 요건으로 1) 의도적으로, 2) 자국민을 위해, 3) 외국인 투자자에게, 4) 유사상황(similar circumstances)에서 자국민에게 취해지지 않았을 대우를 하였을 것을 제시

〈 *Lemire v. Ukraine* [416] 〉

○ **사안개요**

- 신청인은 우크라이나에 설립된 라디오 방송국 Gala의 과반수 지분을 보유하였는데, 90년대 중반 우크라이나의 라디오 민영화 과정 중 라디오 주파수 입찰 및 인허가 갱신과 관련된 우크라이나 National Council의 행위가 ①1996 미국-우크라이나 BIT와 ②2000 화해 합의(Settlement Agreement)를 위반하여 신청인을 자의적·차별적으로 대우하였다고 주장

○ **판정취지**

- 판정부는 공정·공평대우를 국제관습법상의 최소대우기준과 구별되는 보다 더 높은 수준의 투자자 보호 기준이라고 해석하였으며, 미국-우크라이나 BIT 제Ⅱ.3조의 해석상 투자유치국은 투자자에게 공정·공평대우를 보장할 적극적 의무와 자의적·차별적 대우를 하지 않을 소극적 의무를 진다고 판시
- 판정부는 자의적이거나 차별적인 대우는 그 자체로 공정·공평대우 위반이자 예시로 볼 수 있다며 공정·공평대우와 자의적·차별적 대우와의 관계를 정리
- 판정부는 우크라이나가 투명하지 않은 방식을 통하였고 대통령이 개입하였다는 이유로 Gala에 대한 주파수 배정이 차별적이고 자의적이라고 인정(200건 신청에 1 주파수만 배정)하여 신청인의 청구를 인용

---

415) E*lettronica Sicular S.p.A(ELSI), United States v. Italy*, ICJ, Judgment (1989. 7. 20.).

416) *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, (2011. 3. 28.) (미국-우크라이나 BIT) 동 BIT의 FET 조항: Article II. 3. (a) Investment shall at

(2) 사법부인·적법절차 위반

내·외국민 대우에 있어 절차적 공정성은 법의 지배의 기본 요건이며, 공정·공평대우의 핵심 요소이기도 하다. 따라서 이러한 절차적 공정성을 보장하지 못한 경우를 '사법부인(denial of justice)' 내지 '적법절차(due process) 위반'이라고 본다.[417] UNCTAD는 다음과 같은 경우를 재판의 거부로 분류하고 있다. ① 사법접근권의 거부 및 법원의 판단 거부, ② 절차의 불합리한 지연, ③ 법원의 독립성 부족, ④ 최종 판결 내지 중재 판정의 집행 실패, ⑤ 판사의 부패, ⑥ 외국인 소송당사자에 대한 차별, ⑦ 절차 통보 및 심리 기회 제공 해태 등 근본적인 적법절차 보장 위반.

적절한 통보의 해태와 관련하여, *Middle East Cement v. Egypt* 사건에서 청구인은 자신의 선박을 적절한 통지 없이 압류하여 경매한 이집트 정부의 행위가 공정·공평대우 위반이라고 주장하였다. 이에 중재판정부는 문제된 경매가 이집트법률에 따라 청구인에게 직접 통지되지 않고 일간지를 통한 공고만 이루어진 점을 지적하면서 이는 그리스-이집트 BIT 제4조에서 보장하고 있는 적법절차 위반인 동시에 제2.2조의 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판단하였다.[418]

투자분쟁에서는 국내 법원에서의 재판 기간이 길어지는 것 그 자체로 절차의 불합리한 지연에 해당하여 사법거부 내지 적법절차 위반이라는 주장도 종종 제기된다. 그러나 이 경우, 대부분의 중재판정부는 소송 지연을 비판하면서도 그것이 곧 공정·공평대우 위반은 아니라는 입장을 보이고 있다. 예를 들어, *Jan de Nul v. Egypt* 사건에서 중재판정부는 1심 판결을 얻기까지 10년

---

all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

417) J. W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (2015), p. 264; R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2012), p. 154.

418) *Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (2000. 8. 30) (그리스-이집트 BIT). 동 BIT의 FET 조항: Article 2. 2. Investments by investors of a Contracting Party shan, at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party.

이나 소요되었다는 사실은 분명 만족스럽지 못한 결과이나, 동 사건의 사안이 매우 복잡하면서도 기술적인 두 개의 사건이 연계되어 있다는 점과 당사자들이 매우 적극적으로 방대한 양의 전문가 보고서와 서면을 제출했다는 점을 이유로 이집트 법원의 행위가 사법거부에 이르지는 않는다고 판단한 바 있다.[419]

한편, 전통적으로 사법거부는 국내 법원의 사법 절차에만 한정되어 이해되었으나, 중재판정부들은 공정·공평대우에 내재하는 절차적 보장을 행정절차에도 확대 적용하려는 경향을 보여 왔다.[420] 또한, 최근 체결된 투자협정들 역시 모든 형태의 "법적, 행정적 절차(legal or administrative proceedings)"라는 표현을 사용하여 적법절차의 원칙이 사법절차에만 적용되는 것이 아님을 분명히 하려는 모습을 보이고 있다.

마지막으로, 다른 투자자 보호 요건들과 달리, 청구인이 사법거부를 주장하는 경우에는 먼저 국내구제절차를 완료할 것이 요구된다고 보는 견해가 일반적인데,[421] 이는 한 국가의 사법 체계 내에서 구제 절차가 여전히 존재하는 경우에는 문제된 사법행위가 상급심에서 바로 잡아질 수 있다고 보기 때문이다.[422]

---

419) *Jan de Nul v. Egyp*t, Award (2008. 11. 6.), paras. 202-204.

420) R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2012), p. 154; *Rumeli v. Kazakhstan*, Award (2008. July. 29.), para. 623; *Chemtura v. Canada*, Award, 2 August 2010, paras. 211-214; *AES v. Hungary*, Award (2010. 9. 23), paras. 9.3.36-9.3.73.

421) R. Dolzer & C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2012), p. 154; *Jan de Nul v. Egyp*t, Award (2008. 11. 6.), paras. 255-261; *Toto v. Lebanon*, Decision on Jurisdiction (2009. 9. 11.), para. 164.

422) *Pantechniki v. Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award (2009. 7. 30.), paras. 96-97; *Jan de Nul v Egypt*, Award (2008. 11. 6.), paras. 255-259.

〈 *Philip Morris v. Uruguay* [423] 〉

○ **사안개요**

- 우루과이는 2009년 새로운 담배규제법을 도입하여 흡연성 위험 경고가 담배포장지 지면의 50%를 초과하지 않도록 규정하였으나, 보건부 시행령은 지면의 80%를 차지해야 한다고 규정하자, 청구인은 그 불일치 문제를 피청구국 대법원과 행정판정부에 동시에 제기하여 위헌 여부 및 적법 여부를 다툼
- 대법원은 담배규제법의 50% 규정이 합헌이라고 판정하였으나, 행정판정부는 동법 시행령의 80% 기준도 적법하다고 판정하였고, 피청구국 국내법상 행정판정부는 사법부와 행정부에서 독립된 헌법상의 기구로서 대법원의 위헌판결에는 구속받으나, 합헌판결에 대해서는 관련 조항이 존재하지 않아 더 이상 국내구제가 불가능해지자 청구인은 재판의 거부를 이유로 중재 제기

○ **판정취지**

- 다수의견은 행정재판부가 대법원의 법해석을 따르지 않은 점은 "특이하고(unusual) 심지어 놀랍기도(even surprising)"하지만, "충격적(shocking)"이지는 않다고 언급하면서, 청구인은 법원을 통해 법령과 시행령에 대한 위헌여부 및 적법성 여부에 대한 심사를 받았으므로 사법접근권이 부인되지 않았다고 판시
- 소수의견은 청구인에게 적절한 구제수단이 없다는 사실은 국제법(국가책임협약 초안, 세계인권선언)상 보장되는 사법접근권을 거부당한 것에 해당한다고 밝힘

423) *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, (2016. 7. 8.) (스위스-우루과이 BIT). 동 BIT의 FET 조항: Article 3. (2) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment within its territory of the investments of the investors of the other Contracting Party. This treatment shall not be less favourable than that granted by each Contracting Party to investments made within its territory by its own investors, or than that granted by each Contracting Party to the investments made within its territory by investors of the most favoured nation, if this latter treatment is more favourable.

〈 *Dan Cake v. Hungary* [424] 〉

○ **사안개요**

- 지속적인 채무미변제로 청산절차가 개시되어 청구인의 핵심 자산인 제과공장이 공매에 나오자 청구인은 구비서류를 갖추어 채권자집회 소집을 신청하였으나. 법원은 이를 불허하면서 청구인에게 추가 서류 7가지를 15일 이내에 제출하라고 명령
- 기간 내 해당 서류가 접수되지 않아 채권자집회는 소집되지 않았으며, 결국 제과공장이 공매로 매각되자 청구인은 법령에 없는 추가서류 제출을 요구한 피청구국 법원의 행위로 인해 사법접근권이 침해당했음을 이유로 중재 제기

○ **판정취지**

- 판정부는 법원이 제출을 명령한 7가지 추가 서류 모두가 헝가리 파산법상 불필요한 것이며, 그 중 2가지는 채무자의 권리에 반하고, 1가지는 합리적인 기간 내에 제공이 불가능한 것이라고 판단
- 헝가리법상 청구인에게 화의절차를 개시할 수 있는 권리가 인정되나 법원의 결정에 대해 불복할 방법이 없으므로, 채권자집회의 성공여부와 무관하게 유일한 권리구제수단 및 기회를 박탈당하여 사법접근권이 거부되었다고 판시

---

424) *Dan Cake S.A. v, Hungary,* ICSID Case No. ARB/12/9, Decision on Jurisdiction and Liability (2015. 8. 24.) (헝가리-포르투갈 BIT). 동 BIT의 FET 조항: Article 3. 1. The Contracting Parties shall grant, under the reciprocity, to investors of the other Contracting Party, the more favorable treatment in the preparation and implementation of investment; In any case the treatment to be granted will be fair and equitable and in accordance with the principles of international law. (비공식 구글 번역본).

(3) 신의칙 위반, 악의

〈*Azurix v. Argentina* [425]〉

○ **사안개요**

- 청구인은 상수도서비스 민영화 경매에서 30년간의 사업권을 낙찰받은 자로서, 2000년 4월, 청구인이 공급하는 물에 조류(algae)가 발생하자 지방보건당국은 청구인의 관리 잘못을 지적하며 주민에게 수돗물을 끓여먹을 것 등을 경고
- 이에 대해 청구인은 지방당국이 조류제거에 필요한 설비와 시스템 설치 실패했을 뿐만 아니라 주민들을 공황상태에 빠뜨리고 주민들이 수도 이용료를 지급하지 않도록 부당하게 종용하였다고 주장하며 중재 청구

○ **판정취지**

- 판정부는 공정성과 공평성이 준수되지 않았음을 인정하기 위해 반드시 국가측의 '악의(bad faith)'나 '악의적 의도(malicious intention)'가 명백히 입증되어야 하는 것은 아니라고 판시하며 청구인의 주장 수용

425) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award (2006. 7. 14.), (아르헨티나-미국 BIT). 동 BIT의 FET 조항: Article II. 2. a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

〈 *Siemens v. Argentina* [426] 〉

○ 사안개요

- 청구인인 독일회사 Siemens는 1998년 아르헨티나 정부와 출입국통제시스템 구축, 주민신분증(ID 카드) 생산 및 배포에 관한 계약을 체결하였으나, 2000년 아르헨티나 의회는 공공부문 재정적자 해결을 위해 공공부문에 관한 계약을 재협상토록 대통령에 위임하는 내용 등이 포함된 「경제금융비상법(Economic-Financial Emergency Law)」을 제정
- 신임 드라 루아 대통령이 위 법에 따라 청구인에게 새로운 계약조건을 제시하였고 이에 청구인은 계약조건 수정을 제안하였으나 아르헨티나 정부는 협상 불가를 통보하고 위 비상법에 따라 2001년 기존 계약을 취소하자 청구인은 중재 제기

○ 판정취지

- 판정부는 오직 비용 절감을 목적으로 이루어진 피청구국의 계약 재협상 시도는 공공의 이익을 위한 것이라고 보기 어려우며, 이는 청구인의 투자의 법적 안정성을 훼손한 행위라고 판단
- 계약 체결 후 뒤늦게 중앙정부의 권한 밖의 사항이라 동 계약상의 의무를 이행할 수 없다는 피청구국의 주장은 신의칙에 반하는 것으로 공정·공평대우 위반이라고 판단

(4) 정당한 기대 위반

다수의 중재판정부들은 투자자의 정당한 기대 보호를 공정·공평대우의 핵심 요소로 판단해 왔다.[427] 이러한 투자자의 정당한 기대는 국가기간시설 및 사회간접자본 프로젝트와 같이 주로 투자가 장기적인 개발사업의 형태로 이루어지는 경우 문제되며, 어떠한 기대가 공정·공평대우의무에서 보장되는 정당한 기대인가에 대한 판단은 중재판정부에 따라 견해가 나뉜다.

먼저, 투자자의 정당한 기대를 판단함에 있어 투자를 위한 안정적인 체계

426) *SIEMENS A.G. v. Argentina,* ICSID Case No. ARB/02/8, Award (2007. 2. 6.) (아르헨티나-독일 BIT), paras. 289-309. 동 BIT의 FET 조항: Article 2.(1) [전략] In any case [the parties to the Treaty] shall treat investments justly and fairly (En todo caso tratará las inversiones justa y equitativamente).

427) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p. 63.

보장 여부를 기준으로 보는 사례들이 있다. *Tecmed v. Mexico* 사건에서 중재판정부는 투자자가 미리 자신의 투자를 규율하게 될 모든 규제 및 행정 정책과 관행을 알 수 있도록 투자유치국 정부는 모호성 없이 투명하고 일관되게 행동할 것이 요구된다고 판시하여, 투자 당시 투자유치국의 투자환경을 투자자의 정당한 기대의 기준으로 삼았다.[428] 이어서 아르헨티나의 외환위기로 인해 발생한 *CMS v. Argentina* 사건[429] 과 *Enron v. Argentina* 사건[430]의 중재판정부도 이러한 입장을 보였다. 두 판정부는 아르헨티나-미국 BIT 전문의 "fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework for investment"라는 표현에 근거하여 공정·공평대우에는 "투자를 위한 안정적인 체계"도 요건으로 포함된다는 입장을 취했다. 이러한 결론에 도달함에 있어 두 재판부는 투자자에게 안정성과 예측가능성을 보장하는 것이 공정·공평대우의 핵심적 요소로서, 여기에는 외국인 투자자에 대한 안정적 규제환경의 보장은 물론, 투자 당시 투자자의 합법적인 기대의 보호까지 포함된다고 보았다. Enron 사건의 경우, 해당 판정부는 2000년대 초반의 외환위기라는 특수한 상황을 타개하기 위한 최선책이었다는 아르헨티나 정부의 항변을 기각하며, 피청구국이 최선을 다했다고 하더라도 여전히 공정·공평대우에 대한 객관적인 위반행위가 존재함에는 의심의 여지가 없다고 판단했다.[431] 또한, *PSEG v. Turkey* 사건에서는 공정·공평대우를 위한

---

428) *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (2003. 5. 29.) (멕시코-스페인 BIT, FET+ICL, MST).

429) *CMS Gas Transmission Company v. Argentina,* ICSID Case No.ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the application for annulment of the Argentine Republic (2007. 9. 25.) (아르헨티나-미국 BIT), para. 136. 가스운송사업에 대한 아르헨티나의 긴급경제조치에 대하여 중재청구를 제기한 사건으로. 1990년대의 공기업 민영화 과정에서 CMS는 가스수송사업권을 담당하는 아르헨티나 국영기업인 TGN사의 지분 29.42%를 매입하였는 바, 당시 아르헨티나 정부는 가스산업 민영화를 위해 요금 달러화 산정 후 요금청구는 청구시점의 환율로 전환된 페소화로 이루어지도록 약정, 그러나 경제위기로 긴급조치발동.

430) *Enron Corp. & Ponderosa Assets L.P v. Argentina,* ICSID Case No. ARB/01/3, Award (2007. 5. 22.) (아르헨티나-미국 BIT), paras. 251-268. 청구인회사는 1990년대 아르헨티나가 천연가스 운송·배급 사업권을 민영화하는 과정에 참여하여 신설되는 가스운송회사인 TGS의 지분을 간접적으로 취득하였고 동 회사는 아르헨티나의 가수 운송시스템에 투자하였다. 청구인은 아르헨티나 정부가 가스소비자에게 부과하는 수수료를 동결하고 수수료율을 정기적으로 미국 물가상승지수에 연동시키도록 하는 방식을 폐지하는 등 각종 비상조치로 인해 TGS가 파산에 이르는 등 손해를 입었다며 중재를 청구.

"투자자의 정당한 기대에 부응하는 투자유치국의 안정적이고 예측 가능한 법률적, 경제적 환경의 유지"를 강조하면서 이러한 내용의 체계화를 시도하기도 했다.[432]

〈 *Tecmed v. Mexico* [433] 〉

○ 사안개요

- 청구인은 Cytrar를 설립하여 멕시코에서 산업폐기물 매립 사업을 영위하였는데, 산업폐기물 무단방치로 인한 토지오염이 사회적으로 문제되어 멕시코 정부가 Cytrar의 쓰레기 매립장 운영허가의 갱신을 거부하자 중재 제기

○ 판정취지

- 중재판정부는 국가의 부정한 의도(bad faith)가 없더라도 국제법상 원칙인 공정·공평대우의무 위반이 성립할 수 있다고 하면서, 공정·공평대우의무에는 국제법상 확립된 신의성실 원칙에 따라 투자 당시의 기대를 침해하지 않을 의무를 포함한다고 판시
- 환경법이 환경·건강·생태계 균형의 보호 목적으로 이용된다는 투자자의 기대에도 불구하고 멕시코 정부는 정치적 이유로 허가연장을 거부하였으므로, 투자자의 기대를 침해한 것으로서 공정·공평대우의무를 위반하였다고 판시

---

431) *Enron v. Argentina,* Award (2007. 5. 22.), para. 268. 이러한 원 중재판정부의 판단은 명백한 월권이 아님을 특별위원회는 확인하였다. *Enron v. Argentina*, Decision on the Application for Annulment, (2010. 7. 30.), paras. 298-316.

432) 대한상사중재원 국제투자분쟁모니터링센터, 국제투자분쟁연구, 2008 22면

433) *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (2003. 5. 29.) (멕시코-스페인 BIT, FET+ICL, MST).

〈 *PSEG v. Turkey* [434] 〉

○ 사안개요

- 터키정부가 추진하던 화력발전소 설립을 위한 건설-운영-양도 계약(BOT, Build-Operate-Transfer) 협상과정에서의 터키정부의 조치에 대하여 미국투자자가 미국-터키 BIT를 근거로 중재 청구
- 터키는 1980년대 전력 부족 문제를 해결하기 위해 에너지 분야의 개방을 추진하면서 외국투자자들에게 BOT 계약형식으로 발전소를 건설해 줄 것을 제안하고, 터키 국영 에너지기업이 외국회사가 생산하는 전력을 장기간 매수하고 정부에 의한 대출보증을 제공하는 조건을 포함
- PSEG는 터키정부에 계약체결을 신청하였으나 터키정부는 터키의 경제재건을 지원하고 있던 World Bank와 IMF로부터 BOT 계약방식을 중지하고 에너지시장을 더욱 경쟁적인 방향으로 조성하라는 압력을 받게 되자 청구인과 계약체결을 거부

○ 판정취지

- 1) 청구인은 협상이 경쟁적이고 전문적으로(competently and professionally) 이루어질 것으로 기대할 자격이 있는데 터키정부는 계약체결 협상과정에서 계약의 중요쟁점에 대해 교신을 거부하고 시의적절한 대응를 하지 않는 등 명백한 과실을 범하였고, 2) 에너지자원부가 권한을 남용하고 때로는 법에 의해 투자자에게 부여된 권리를 인정하지 않는 등 법규에 위반한 행정작용이 있었으며, 3) 법령의 잦은 변경으로 인한 소위 '롤러코스터 효과(roller-coaster effect)'로 인해 프로젝트에 있어 청구인의 법적 지위가 지속적으로 불안해졌을 뿐만 아니라 행정부는 그 결과에 대한 적절한 조치에도 실패하는 등의 점이 공정·공평대우 위반에 해당
- 청구인의 안정성과 예측가능성(stability and predictability)이 훼손된 점을 주목

그러나 이러한 해석은 투자자가 투자유치국의 법적, 정치적 환경이 시간이 흐름에 따라 변화할 수 있다는 사실도 고려하여 투자를 결정하여야 한다는 점을 간과하고 있다는 점에서 비판을 받고 있다. 또한, 투자유치국이 필요한 경우에도 규제 개선을 주저하게 만들어 결국 어떠한 적법한 규제변경 및 개선도 할 수 없게 만들 수 있다는 점이 역시 문제점으로 지적 받고 있다. 이렇

434) *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Electrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award (2007. 1. 19.) (터키-미국 BIT) 동 BIT의 FET 조항: Article II.3 Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in a manner consistent with international law.

게 투자자의 정당한 기대에 대한 확장 해석을 우려하여, 일부 중재판정부는 정당한 기대에 대한 제한 요건을 부과하는 경향을 보이고 있다.

Continental Casualty v. Argentina 사건 중재판정부는 비록 문제된 BIT 전문에 투자를 위한 안정적인 체계 마련이 명시되어 있다 하여도 이것이 법적 의무에 해당하지 않을 뿐 아니라, 이를 이유로 필요한 법률 개정에 대한 국가의 권한이 제한된다고 보는 것은 부당하다고 판시하였다.[435] 또한, *Duke Energy v. Ecuador* 사건에서 중재판정부는 투자자가 투자유치국으로부터 정당하게 기대할 수 있는 것이 무엇인지에 대한 기준을 제시하였다.[436] ① 투자자의 기대는 투자 시 정당하고 합리적이어야 하며, 이러한 기대의 정당성 및 합리성을 판단하기 위해서는 ② 투자를 둘러싸고 있는 사실관계 뿐만 아니라 투자유치국의 정치적, 사회·경제적, 문화적, 역사적 조건들도 고려되어야 한다. 또한, 이러한 기대는 ③ 투자유치국이 투자자에게 제시한 조건에 근거하여야 하며, 투자자의 투자 결정과 그 조건 사이에는 반드시 인과관계가 존재하여야 한다.

또한, 일부 중재판정부는 투자자의 정당한 기대가 성립하기 위해서는 그 기대의 내용에 대한 투자유치국의 구체적인 사전 공표(representation)가 존재했어야 한다고 보기도 하였다.[437]

---

435) *Continental Casualty Co. v. Argentina,* ICSID Case No. ARB/03/9, Award (2008. 9. 5.), para. 258 (미국-아르헨티나 BIT).

436) *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award (2008. 8. 18.) (에콰도르-미국 BIT). 동 BIT의 FET 조항: Article II. 3. (a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

437) *Enron v. Argentina; LG&E v. Argentina; Metalpar v. Argentina; Pakerings v. Lituania.*

〈 *Metalpar v. Argentina* [438] 〉

○사실관계

- 대중교통 버스의 본체 생산 업체인 청구인은 2000년대 초반 외환위기 극복을 위해 취해진 투자유치국 아르헨티나 정부의 일련의 조치들로 인해 반사적 피해를 입었으며, 이는 투자자의 정당한 기대에 반하는 조치라고 주장하며 중재 제기

○ 판정취지

- 투자유치국 정부가 청구인에게 어떠한 면허, 허가, 또는 양허를 부여한 적이 없으므로 청구인의 정당한 기대는 성립할 수 없다고 판시

〈 *Parkering-Compagniet AS v. Lithuania* [439] 〉

○사실관계

- 주차시설 설치 및 운영 업체인 청구인은 리투아니아의 Vilnius 주 정부와 공용주차장 건설 및 운영 계약을 체결하였으나, 투자유치국 정부가 이러한 계약이 불법임을 이유로 청구인의 주차요금 징수권을 박탈하고, UNESCO 문화재 보호지역으로 지정된 구 시가지 내의 주차시설 설치를 금지하자 공정·공평대우상의 적법한 기대 위반을 주장하며 중재 제기

○ 판정취지

- 판정부는 투자자의 정당한 기대 여부 판단 기준으로 ① 투자유치국의 명시적인 약속 또는 보장이 있었는지, ② 투자자가 투자당시에 고려한 사항에 대해 투자유치국의 묵시적 약속 또는 견해 표명이 있었는지, ③ 약속 또는 견해 표명이 없는 경우 계약체결을 둘러싼 환경, 그리고 ④ 투자당시 투자유치국의 행위를 종합적으로 판단
- 청구인의 기대는 Vilnius 주 정부와의 계약에 기인한 것이지, 국제법인 BIT에 근거한 것이 아니며, 계약위반 사실이 곧 BIT와 위반을 구성하는 것은 아니라는 이유로 청구 기각

---

438) *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentina*, ICSID Case No ARB/03/5 (아르헨티나-칠레 BIT). 동 BIT의 FET 조항: Article 2.(1) Cada una de las Partes Contratantes promoverá las inversiones dentro de su territorio de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante y las admitirá de conformidad con sus disposiciones legales vigentes. En todo caso tratará las inversiones justa y equitativamente. (Each Contracting Party shall promote investments within its territory of nationals or companies of the other Contracting Party and shall admit them in accordance with its legal provisions in force. In any case, it will treat the investments fairly and evenly: 비공식 구글 번역본).

439) *Parkerings-Campagniet AS v. Lithuania,* ICSID Case No ARB/05/8, Award (2007. 9. 11)

그러나, 투자자의 정당한 기대가 형성되었다 할지라도, 투자유치국의 정당한 규제 목적에 비추어 공정공평의무 위반에 대하여 일정한 제한이 가해지는 경우도 있다. *Saluka v. Czech* 사건 중재판정부는 투자자의 정당한 기대를 판단함에 있어 공익에 관한 사항을 규율할 수 있는 투자유치국의 정당한 권리가 함께 고려되어야 하며, 따라서 청구인의 합리적인 기대와 피청구국의 정당한 규제 권한 간의 비교형량이 필요하다고 보았다.[440]

(5) 투명성

Maffezini v. Spain 사건에서 중재판정부는 투자자의 동의 없이 스페인 정부 담당자가 투자자의 자금을 이전한 사실에 대해 "대출과 관련된 공공기관의 행위는 본질적으로 상사적인 것이 아닌, 공적 기능과 관련된 것으로 그 책임은 스페인에 귀속된다."고 보면서, 이러한 채무거래에서의 투명성 결여는 아르헨티나-스페인 BIT 제4조 제1항의 공정·공평대우에 합치되지 않는다고 판시한 바 있다.[441]

(리투아니아-노르웨이 BIT). 동 BIT의 FET 조항: Article III. Each Contracting Party shall promote and encourage in its Territory investments of Investors of the other Contracting Party and accept such investments in accordance with its laws and regulations and accord them equitable and reasonable treatment and protection.

440) *Saluka Investments BV v. Czech*, UNCITRAL, Partial Award (2006. 3. 17.), para. 304 (네덜란드-체코 BIT).

441) *Emilio Agustin Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction (2000. 1. 25.) (아르헨티나-스페인 BIT).

〈 *Saluka v. Czech* [442] 〉

○ **사안개요**

- 일본계 회사인 Nomura 증권은 1998년에 체코은행인 IPB(Investicni a Postovni Banka)의 지분 46.16%를 매수하여 경영권을 보유하다가 동 지분을 네덜란드에 설립된 Saluka에 이전
- 체코가 부실채권(non-performing loans)을 보유한 위 IPB를 포함한 4개 은행의 민영화를 추진했는데, 결국 IPB는 경영악화를 이유로 정부에 의해 관리되다가 종국적으로 청구인의 경쟁회사인 CSOB(Ceskoslovenska Obchodni Banka)에 소유권이 이전되자, 청구인은 체코정부가 IPB에게 전혀 지원을 하지 않는 등 차별적 조치가 공정·공평대우 조항을 위반한 것이라고 주장

○ **판정취지**

- 중재판정부는 부실채권 처리와 관련하여 IPB에만 그러한 혜택이 부여되지 않은 것은 합리적으로 정당화될 수 없는 명백히 차별적인 조치라고 판시
- 체코정부는 Nomura(Saluka의 모회사)의 다른 제안을 거부하고 은행을 CSOB에 이전하였을 뿐만 아니라 어떤 경우에는 동 회사의 대표와의 만남조차 거부하는 등 공평성, 일관성, 투명성(even-handedness, consistency, transparency)을 결여한 행위를 통해 은행의 위기를 해결하려는 IPB와 그 주주들의 선의의 노력을 불합리하게 좌절시킨 점이 공정·공평대우 위반에 해당한다고 판시

〈 *LG&E v. Argentina* [443] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 1990년대 초반 아르헨티나 천연가스 사업에 투자했는데 아르헨티나 정부가 금융위기를 이유로 천연가스 이용료를 미국 물가지수에 연동시키기로 한 제도를 폐지하고 수수료를 페소화로 표기토록 강제함으로써 막대한 손해를 입었다며 중재를 청구

○ **판정취지**

- 판정부는 공정·공평대우에는 투자유치국의 행위가 모호성을 배제하고, 일관적이면서 투명하게 이루어져야 할 의무가 포함된다고 판시

---

442) *Saluka Investments BV v. Czech*, UNCITRAL, Partial Award (2006. 3. 17.) (네덜란드-체코 BIT). 동 BIT의 FET 조항: Article 3. 1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors.

443) *LG&E v. Argentina,* ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (2006. 10. 3.) (아르헨티나-미국 BIT).

4. 공정·공평대우와 국제관습법상 최소기준대우를 함께 규정한 경우

우리나라가 체결한 FTA를 살펴보면, 최소기준대우의 표제 하에 '공정·공평대우'의무와 '충분한 보호 및 안전' 제공 의무를 규정하며 위 의무들을 국제관습법에 따른 최소기준대우의무의 수준으로 한정하고 있다. 우리나라 FTA의 최소기준대우 규정은 '공정·공평대우'의무는 대부분 적법절차 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판절차에 있어서의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다고 규정하는데, '세계의 주요 법률체계에 구현된' 적법절차 원칙으로 한정하였는지는 체결한 FTA마다 다르다. '충분한 보호 및 안전'을 제공할 의무와 관련하여서 우리나라가 체결한 FTA의 대부분[444]은 각 당사국이 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰보호(police protection)를 제공할 의무라고 규정하고 있다.

가. 주요 법률체계의 법절차

'공정·공평대우'의무가 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차 원칙에 따라야 한다고 규정하는 경우 주요 법률체계의 적법절차가 무엇인지가 문제되는바, '주요 법률체계'의 적법절차이므로 반드시 미국법이 적법절차의 척도가 되는 것은 아니다. 이는 개도국의 적법절차가 주요 선진국의 적법절차와 다를 때 투자유치국이 후진적인 적법절차 준수를 이유로 항변을 하는 경우에 대비하여 투자자 입장에서 유리한 조항이라고 할 수 있다.

이에 대하여 적법절차(due process) 원칙은 세계적으로 공통된 원칙이라고 주장하는 협상 상대국이 종종 있다. 주요 법률체계로 한정지을 필요가 없다는 의미이다. 생각건대 일반적인 적법절차원칙 자체가 문제 되는 것이 아니라 '적법절차 원칙에 따라 형사·민사 또는 행정적 심판절차에 있어 정의를 부인하지 아니할 의무', 즉 사법거부가 문제되는바, 개도국들이 높은 수준의 사법

444) 한-싱가포르 FTA, 한-페루 FTA, 한-미 FTA, 한-호주 FTA, 한-터키 FTA, 한-캐나다 FTA, 한-중국 FTA, 한-뉴질랜드 FTA, 한-베트남 FTA, 한-콜롬비아 FTA 등

접근권을 보장한다고 단언할 수 없다. 따라서 주요국이나 국제적으로 통용되는 사법절차 접근권이라는 의미에서 주요국의 법률체계로 규정하는 것이 투자자 입장에서는 안전하다고 할 수 있다. 다만 투자유치국 입장에서는 주요 법률체계로 한정하는 것은 지나치게 높은 수준의 사법접근권을 보장하게 된다는 면에서 반론이 가능할 것이다.

선진국 간에 체결하는 FTA 협상 등에서는 이러한 세계 주요 법률체계에 구현된 적법절차 원칙이 필요한지에 대한 의문이 있을 수 있으나 이 경우에도 주요 국가의 법률체계에 구현된 적법절차로 규정하는 것이 타당하다고 본다. 실제 각 나라의 사법제도나 행정심판제도에 대한 정확한 이해 없이 선진국이기 때문에 사법절차 정의에 문제가 없을 것이라고 믿는 것보다, 확인적 의미를 가질 뿐이더라도 규정을 해 두는 것이 명확성과 정합성 측면에서 타당하기 때문이다.[445]

나. '충분한 보호와 안전'의 제공 의무와 제한

(1) 신체적 보호

우리나라가 체결한 대부분의 FTA는 '충분한 보호 및 안전'을 제공할 의무가 각 당사국이 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰보호(police protection)를 제공할 의무라고 규정하고 있다.

이에 대하여 경찰보호에만 한정짓는 것이 타당한지 여부가 문제되는데, 실제 경찰보호 이외에 군대, 소방서 등의 119 출동이나 기타 신체적 보호를 위한 조치는 포함되지 않는지가 문제된다. 이에 대하여 경찰 보호는 결국 신체적 보호의 일반적인 의미로 보인다는 점에서 그 예를 열거한 것에 불과하다. 실제 호-뉴-아세안 FTA[446] 및 뉴-중 FTA에서도 이런 의미에서 "to take such measures as may be reasonably necessary to ensure the protection

445) 호-미 FTA 제11.5조 제2항 (a)에서도 "the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world"라고 규정하고 있다.

446) 호-뉴-아세안 FTA 투자 장 제6조 제2항, (b), 뉴-중 FTA 제143조 제3항.

and security of the covered investments."라고 규정하고 있다. 즉, 경찰 보호에만 한정지을 것인지 여부에 대한 논란 끝에 '보호와 안전'이라고 넓게 해석하고 있는 것이다. 그러나 이렇게 아무런 제한 없는 보호와 안전이라는 표현보다는 신체적 보호와 안전(Physical protection and security)으로 한정짓는 것이 더 타당하다고 본다. 왜냐하면 신체적 보호를 넘는 일반 보호에까지 확장된다면 무분별한 확장을 방지하고자 하는 최근의 중재판정부의 추세에 역행하기 때문이다. 실제 *PSEG v. Turkey* 사건[447]에서 중재판정부도 동 의무는 기본적으로 '사람과 시설의 물리적 안전(physical safety of persons and installations)'에 관한 것인데 청구인이 이에 관하여 주장·입증하지 못하였다는 이유로 이 부분 청구를 기각하였다.

최근 '충분한 보호와 안전' 제공 의무를 국제관습법에 따른 것으로 한정하지 않은 경우, 위 의무는 물리적 보호를 넘어 상업적·법적 환경의 안정성을 보장하는 것으로 확대 해석하는 판정례들이 있는바[448], 이러한 확장 해석을 방지하기 위해 국제관습법상 신체적 보호의 제공으로 한정하는 것이 의미가 있을 수 있다. 즉, 투자의 안전성 등을 언급하는 등 지나치게 넓은 해석을 방지한다는 측면에서 경찰 보호나 신체적 보호 등 물리적 불안 상태로부터 외국인 투자를 보호한다는 의미로 한정하는 것이 필요하다고 본다.[449]

---

447) *PSEG Global Inc v. Turkey*, Award(2007. 1. 19.), paras. 238~256.

448) *Biwater v. Tanzania* 사건 등.

449) *Azurix v. Argentina* 사건에서 '충분한 보호 및 안전(full protection and security)'을 국제관습법상의 경찰보호를 의미하는 것으로 명백히 제한하여 규정하는 NAFTA와 달리 1991년 미국-아르헨티나 BIT는 이와 다른 규정이므로 위와 같이 협의로 해석할 수 없으며 **투자환경의 보장 등 안정성(stability)을 보장하여야 할 의무까지도 포함**하는 것이라고 확장적 해석을 전개하여 비판의 대상이 되었던 점에 비추어도 표현을 명백히 제한하는 것이 필요하다.

〈 *Biwater Gauff v. Tanzania*[450] 〉

○ 사안개요

- 탄자니아가 상하수도 사업을 민영화하기로 하자, Biwater와 Gauff는 City Water를 공동설립하여 탄자니아의 상하수도 사업을 영위하기로 하는 임대계약을 체결하였는데, 탄자니아측이 City Water의 채무불이행을 이유로 임대계약을 파기하고 관련 시설 및 경영권을 몰수하며 City Water의 임원을 추방한 사건

○ 판정취지

- 충분한 보호 및 안전은 물리적 보호를 넘어 상업적·법적 환경의 안정성 보장을 포함하고 제3자뿐만 아니라 국가 스스로의 조치로부터 투자를 보호할 의무를 의미한다고 하면서, 탄자니아측이 물리적 강제력을 사용하지 않았다고 하더라도 탄자니아측의 조치는 충분한 보호 및 안전 제공의무를 위반하였다고 판시

(2) 투자유치국의 합리적인 조치 수행

충분한 보호와 안전은 전통적으로 폭동, 소요 등 치안부재 등으로 인한 물리적 불안 상태로부터 외국인투자회사의 임직원 및 시설 등을 보호하기 위한 규범으로 인식되어 왔으나, 최근 여러 중재사례들이 그 이상의 의미를 부여하는 확장적 해석론을 전개하고 있어 논란이 되고 있다. 특히, BIT상의 '충분한 보호 및 안전' 조항에 대한 해석론 중 주로 문제되는 부분은, 위에서 본 바와 같이 경찰보호의 수준을 국제관습법적 기준보다 높게 요구하는 경향 및 무력사태에 대한 경찰보호와 무관한 다른 맥락에 적용하는 경향 때문이다.[451]

UNCTAD 보고서에[452] 의하면 최근 중재판정례들은 유사한 무력충돌 상황에서 내국민에 대한 대우 수준을 보장했다는 것만으로 충분한 항변이 되는 것은 아니라고 하고 있다. 또한, 최근의 판정례를 보면[453] 외국인재산 보호를

---

450) *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania,* ICSID Case No. ARB/05/22, Award (2008. 7. 24.)(탄자니아-영국 BIT).

451) 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 제90면 참조

452) UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking* (2007), paras. 46-47. "최근 중재판정례를 보면 '충분한 보호 및 안전' 조항의 보호수준이 모든 내란(civil strife)으로 인한 손해에 대하여 투자유치국에게 결과책임을 추궁하는 완벽한 보험으로 기능하는 것은 아니나, 상당히 높은 수준의 보호를 보장하고 있는 것으로 보인다."라고 기재하고 있다.

453) *American Manufacturing & Trading v. Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/93/1,

위한 선의의 노력을 다했는지 여부를 심리하고 있어 이는 '적정한 노력을 다할 의무(due diligence duty)'를 준수하였는지 여부를 기준으로 삼고 있다고 할 수 있다. 이와 관련하여 Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka 사건에서는 중재판정부가 "take such measures as may be reasonably necessary to ensure the protection and security"를 하였는지를 심리하여 투자유치국이 선의의 조치 또는 합리적인 노력을 다한 경우에는 국가 책임을 인정하지 않았다.

따라서 투자유치국 입장이라면 공정·공평대우에서 충분한 보호와 안전의 확장적 해석을 방지하고 합리적 정책 목표 수행을 위하여 정당한 사유가 있고 외국인 투자자 보호를 위해 선의의 노력을 다하였다면 책임을 지지 않는 방향의 문구를 삽입하는 것이 필요하다. 그 대표적인 예가 호-뉴-ASEAN FTA 최소기준대우 조항이다.[454]

(3) 다른 협정의무 위반 등과의 관계

또한, NAFTA 해석선언의 제3항과 같은 내용을 반영하여 이 협정의 다른 의무 또는 다른 국제협정을 위반하였다는 판정이 최소대우기준 위반 사실을 입증하는 것은 아니라고 규정한다. 위 해석선언이 공표되기 이전에 NAFTA의 *S.D. Myers v. Canada* 사건 중재판정부는 내국민대우 조항(제1102조) 위반 사실 자체를 최소대우기준 위반의 주요한 근거로 삼았고, *Metalclad v. Mexico* 판정에서는 최소대우기준 위반을 간접수용 인정을 위한 근거로 사용한 바 있다. 이는 중재판정부가 확장적 해석론을 채택하는 것을 방지하기 위해 도입된 규정이다. 따라서 최소대우기준 위반을 주장하는 측은 이에 관하여 독립적으로 주장·입증하여야 한다.

Award (1997. 2. 21.), *Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka*, Award (1990. 6. 27.), *Wena Hotel Ltd. v. Egypt,* ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Jurisdiction(1999. 6. 29.) Award on Merits (2000. 12. 8.), Decision on Annulment (2002. 2. 5.) 등.

454) 호-뉴-아세안 FTA 투자 장 제6조 제2항, (b): "full protection and security requires each Party to take such measures as may be reasonably necessary to ensure the protection and security of the covered investment."

다. 국제관습법 부속서[455]

(1) 부속서 채택의 배경

앞에서 본 바와 같이 중재판정부의 확장적 해석론을 방지하기 위해 2001. 7. 31. NAFTA 자유무역위원회는 NAFTA 제1105조 최소대우기준에 대한 해석선언(Notes of Interpretation)을 발표하였고 동 내용이 미국 2004년 모델 BIT를 기초로 하여 국제관습법에 따른 대우로 한정을 하였다.

따라서 대우의 최소기준이 외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소기준임을 명시하고 있으나 '국제관습법'의 의미와 범위는 명확하지 아니하다. 이러한 불명확성을 줄이기 위해 우리나라의 일부 협정문은 국제관습법에 관한 부속서를 두고 있다.[456]

부속서는 외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소기준은 외국인의 경제적 권리와 이익을 보호하는 모든 국제관습법상 원칙을 지칭한다고 규정하고 있다. 즉 경제적 권리와 이익에 초점을 맞추는 것이다.

(2) 국제관습법(customary international law)

그러나 여전히 국제관습법의 의미를 한정적 의미로 해석하는 것에 거부감을 가지는 상대국도 있다. 즉 부속서의 의미가 명확하지 않다는 의미이나, 미국의 Restatement는 "국제관습법이란 법적 의무감에 따른 일반적이고 일관된 국가관행의 결과이다(Customary international law results from a general and consistent practice of states followed by them from a sense of legal obligation.)"라고 정의하고 있는 바,[457] 동 부속서는 위 내용을 따르고 있다. 이

---

455) 부속서에 대한 논의는 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 75-76면에 대한 논의를 그대로 원용하기로 한다.

456) 한-페루 FTA, 한-미 FTA, 한-터키 FTA, 한-호주 FTA, 한-캐나다 FTA, 한-중국 FTA, 한-뉴질랜드 FTA, 한-베트남 FTA, 한-콜롬비아 FTA. 다만 한-페루 FTA는 유일하게 부속서가 아닌 각주에서 그와 같은 내용을 규정하고 있고, 한-캐나다 FTA는 경제적 권리 및 이익에 대한 언급 없이 "외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소 기준은 외국인의 투자를 보호하는 모든 국제관습법상 원칙"이라고 규정하고 있다.

457) American Law Institute. *Restatement of the Law, Third, the Foreign Relations Law of the United States.* St. Paul, (Minn.: American Law Institute Publishers, 1987), §102(2).

Restatement에 의하면 위 정의에 의하면 국제관습법이 되기 위한 두 가지 핵심 요소는 일반적이고 일관된 관행과 법적 의무감이다.[458] 국제관습법에 따른 최소기준대우가 무엇인지는 중재판정부가 판단하게 될 것이어서 현재의 ISDS 제도 하에서 완벽하게 일관된 해석을 기대하기는 어렵다. 그러나 최소대우기준이 국제관습법에 의한 것이라고 한정하는 경우, 중재판정부가 최소기준대우의 내용을 무한정 확대해석하는 것을 제한할 수 있고, 중재판정부는 국제관습법으로 한정하지 않는 경우보다 엄격한 기준으로 국가의 책임을 판단할 것이다.[459] 국제관습법에 따른 최소기준대우에 관하여는 NAFTA 해석선언 이후의 중재판정 사례들이 참고가 될 것으로 보인다.

이와 관련하여 국제관습법이라는 용어자체가 “customary international law”로 반드시 표현되어야 하는지 의문이 있을 수 있다. 나라에 따라서는 “commonly accepted rules of international law.”[460]라고 규정하는 경우도 있다. 결국 일반적으로 승인된 국제법이라고 하거나 국제관습법이라고 하거나 특별한 의미상 차이는 없으나 한-미 FTA와의 정합성 측면에서 “customary international law”로 규정하는 것이 바람직하다고 본다.

마지막으로 본문에서 customary international law에 포함되는(including) ‘공정·공평대우’와 ‘충분한 보호와 안전’을 규정하고 있으므로 including을 제외할 경우 어떠한 해석이 가능한지에 대하여 논란이 있다. 실제 뉴-중 FTA에서는 “in accordance with commonly accepted rules of international law.”라고만 규정할 뿐 국제관습법에 포함된 개념임을 나타내지 않고 있다. 이러한 접근 방식에 대하여는 최소기준대우가 발전하는 개념이므로 including으로 표현하는 것이 안전하다는 견해가 있을 수 있다.

특히, “공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전이라는 개념은 그러한 최소기준이 요구하는 것에 추가적인 또는 이를 초과한 대우를 요구하지 아니하며, 추가적인 실질적 권리를 창설하지 아니한다.”라고 규정하고 있고 여기서의 최소기준은 외국인의 대우에 대한 국제관습법상 최소기준이다.

---

458) 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 76면
459) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p. 90.
460) 뉴-중 FTA 제143조 제1항

따라서 국제관습법상 최소기준에서 요구하는 방식이 해석의 지침이 되고 여기서 요구하는 대우를 초과하지 않는 범위에서 의미가 있는 것이다. 즉 공정하고 공평한 대우 등은 이러한 최소기준대우의 하나의 예이고 국제관습법상 요구되는 최소기준은 그것을 제한하는 방식에 불과하다. 그러므로 공정·공평대우 등이 발전적 개념임을 인정할 경우에는 공정·공평대우나 충분한 보호와 안전으로 제한을 하기보다는 including으로 포함하여 최근 논의되는 의미를 반영할 필요가 있다. 특히 최근 BIT에 투명성, 예측가능성, 합리성, 신의성실 원칙 등이 논의되고 있는 점에 비추어 볼 때 발전하는 개념을 수용하기 위해서라도 포함 시킬 필요가 있다.

그러나 투자유치국 입장이라면 NAFTA의 해석선언에 의해 국제관습법에 따른 제한으로 의미의 확장적 해석을 방지하는 기능에 역행할 수 있다는 반론이 가능하다고 할 것이다.

특히, '국제법상 최소대우'에 '공정성 요건(fairness elements)'을 추가하여(plus) 포함된다고 보았던 *Pope & Talbot V. Canada* 사건 판정부의 견해가 비판에 직면하여 NAFTA 해석선언이 나온 점에 비추어 보면 과연 공정·공평대우나 충분한 보호와 안전 이상의 최소기준대우가 무엇이 있는지에 대하여는 현재로서는 판단하기 어렵다.

다만, 미국 모델 BIT 형태의 최소기준대우 조항을 가진 FTA나 BIT 위반에 관한 중재판정례들이 축적이 되어야 할 것이다. 즉, 사건별로 구체적 사실관계에 따라 심리하여야 할 것으로 보인다.

【 한-미 FTA 국제관습법 부속서 】

Annex 11-A : Customary International Law

The Parties confirm their shared understanding that "customary international law" generally and as specifically referenced in Article 11.5 and Annex 11-B results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. With regard to Article 11.5, the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of alien

라. NAFTA에서의 범위 제한

(1) NAFTA 해석 선언의 배경

NAFTA 제1105조의 최소대우기준 조문은 "각 당사국은 다른 당사국의 투자자의 투자에게 공정·공평대우 및 충분한 보호와 안전을 포함하여, 국제법에 따른 대우를 제공하여야 한다(Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security)."라고만 규정하고 있다. 따라서 최소대우의 기준인 국제법이 무엇인지, 어떠한 판단기준이 적용되어야 하는지 등에 대하여 논란의 여지가 있었다. NAFTA 자유무역위원회는 이에 대한 중재판정부의 확장적 해석론을 방지하기 위해 2001. 7. 31. NAFTA 제1105조 최소대우기준에 대한 해석선언(Notes of Interpretation)[461]을 발표하였다.

이는 모든 국제법이 아니라 '국제관습법'에 따른 대우를 의미하는 것임을 명확히 한 것이다. 이는 *Metalclad v. Mexico* 사건[462], *S.D. Myers v. Canada* 사건[463], *Pope & Talbot* 사건[464]의 중재판정부가 NAFTA 당사국의 체결의도와 달리 확장 해석하는 경향을 보임에 따라 문제가 제기된 것이다. 국제관습법에 따른 대우와 관련하여 가장 많이 거론되는 사건은 *Neer* 사건이다.

---

461) NAFTA 3국의 통상장관들로 구성된 자유무역위원회(Free Trade Commission: FTC)는 2001. 7. 31.자로 제1105조의 의미가 '국제관습법'상의 최소대우기준임을 명확히 하는 해석선언을 발표하였다.[1] FTC의 해석선언은 NAFTA 제1131(2)조에 따라 중재판정부를 구속하는 효력을 갖는다. 동 해석선언은 ① 제1105(1)조는 외국인의 대우에 관한 국제관습법상 최소대우기준을 규정한 것이며, ② '공정·공평대우'와 '충분한 보호와 안전'은 외국인에 대한 국제관습법상 최소대우기준에 추가하거나 이를 넘어선 보호를 부여할 것을 요구하지 않으며, ③ NAFTA의 다른 조항 또는 별도의 국제협정을 위반하였다는 결정으로 제1105(1)조 위반을 구성하는 것은 아니라는 등 3가지 내용을 담고 있다.

462) ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

463) *S.D. Myers v. Canada*, Partial Award (2000. 11. 13.), para. 262.

464) *Pope & Talbot* 사건, Award on the Merits of Phase 2, paras. 105-118.

〈 *Neer v. Mexico*[465] 〉

○ 사안개요

- 미국 시민 Paul Neer가 피격되어 사망하자, Neer의 상속인들을 대신하여 미국은 멕시코 당국의 조치가 허용될 수 없을 정도로 불성실하였고 제대로 된 수사를 하지 않았다고 주장하며 손해배상을 청구

○ 판정취지

- 미국-멕시코 청구위원회는 외국인에 대한 조치가 국제법 위반으로 인정되려면 그 조치가 터무니없거나(outrage) 부정하거나(bad faith) 의무를 고의적으로 무시하거나, 그 조치가 모든 이성적이고 객관적인 사람이 불충분하다고 인정할 정도로 국제법적 기준에 미치지 못하는 것이어야 한다고 판시하면서, 멕시코가 보다 효과적인 조치를 할 수 있었다고 하더라도 국제법 위반을 인정할 수 없다고 하면서 청구를 기각

(2) NAFTA 위원회 해석 선언 이전의 확장적 해석론

즉, NAFTA 규정에 따라 공정하고 정당하게 대우받을 것이라는 기대를 가지고 활동하는 당사국의 투자자에 대하여 질서 있는 진행과 시의적절한 처분이 결여되었음을 보여주는 것이므로 공정·공평대우 위반이라던가, NAFTA 제1102조(내국민대우) 위반이 필연적으로(essentially) 제1105조 위반을 구성한다고 결정하거나, 투명성[466] 요건을 판단하기도 하였다.

또한, '추가적 접근 방식(additive approach)'[467]을 택하면서 동 조는 '국제법상 최소대우'에 추가하여 '공정성 요건(fairness elements)'을 규정하고 있는 것으로 해석되어야 한다고 판시하였다. 제1105조가 '공정·공평대우', '충분한 보호와 안전'을 독립적 요소로 규정하고 있는 1987년 미국 모델 BIT[468]의 조항 등으

---

465) *L. Fay H. Neer (USA) v. United Mexican States*, Opinion of Commissioners of October 15, 1926, IV R. INT'L ARB. Awards 60

466) *Metalclad* 사건에서 이는 모든 타방 당사국 투자자들이 투자를 개시하고 완성하며 성공적으로 운영하기 위한 모든 관련 법적 요건을 쉽게 알 수 있도록 하여야 하며 이와 관련하여 오해나 혼란이 발생한다면 투자유치국 정부는 투자자가 관련법에 따라 활동하고 있다는 확신을 가지고 신속히 진행할 수 있도록 정확한 상태를 즉시 결정하고 명확히 공표하도록 보장할 의무를 진다"고 법리를 설시

467) 위 *Pope& Talbot* 사건

468) 1987년 미국 모델 BIT 제2조 제2항은 "Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law"라고 규정하고 있다.

로부터 발전한 것이므로 이러한 BIT 상의 규정들과 조화롭게 해석되어야 할 뿐만 아니라, 이와 달리 해석할 경우 NAFTA 당사국들에게 BIT 체결국에 비해 더 낮은 수준의 대우를 보장하는 모순이 발생한다는 점을 이유로 들었다. 판정부는 제1105조는 투자자에게 일반적 기준에 따른 '공정성 요건'의 혜택을 부여하는 것이 타당하다고 보아 앞에서 본 것처럼 including을 plus로 해석하기도 하였다. 그러나 이러한 견해에 대하여 비판이 있었음은 앞에서 본 바와 같다.[469]

〈 *S.D. Myers v. Canada* 〉

○ 사안개요

- 청구인은 PCB 폐기물의 국외수출을 금지한 캐나다정부의 조치가 제1105조의 공정·공평대우 위반이라고 주장
- 캐나다는 외국인에 대한 국제법상 최소대우기준이란 *Neer v. Mexico* 사건(1926년 미국-멕시코 청구위원회 판정)[470]에서 제시된 바와 같이 "무도, 악의, 의무의 의도적 방기 등을 요한다고 주장

○ 판정취지

- NAFTA의 제1105조 위반은 투자자에 대한 대우가 부당하거나(unjust) 자의적(arbitrary)이어서 국제법적 관점에서 허용될 수 없을 정도인 경우에 성립하며, 본 건의 사실관계 하에서는 제1102조(내국민대우) 위반이 필연적으로(essentially) 제1105조 위반을 구성한다고 판시
- 위 판정은 최소대우기준 의무가 협정상의 다른 의무를 준수할 의무까지 포괄하는 것이라는 법리

469) 제1105조의 문언상 "공정·공평대우와 충분한 보호와 안전을 포함한(including) 국제법에 따른 대우를 부여하여야 한다"라고 명시적으로 규정하고 있음에도 *Pope & Talbot*의 중재판정부가 이 'including'을 'plus'로 해석한 것은 문언에 반하는 것이라고 비판

470) 동 청구위원회(Mexico-U.S. General Claims Commission)는 10년간의 멕시코 혁명이 끝난 후 멕시코 내 미국인 재산에 관한 손해배상청구사건을 해결하기 위해 1924년 창설되었으며 동 위원회는 접수된 청구사건을 국제법 및 정의와 공평(justice and equity)에 따라 해결할 권한이 부여되었다. 이 위원회가 심리한 Neer 사건은 미국 시민으로서 멕시코 광산의 감독자로 일하던 Neer가 귀가길에 불특정 다수의 남자들에 의해 살해된 사건을 멕시코 정부가 적절하게 수사하지 않았다며 다투어진 사건이다. 위원회는 위와 같은 기준을 제시하면서 청구를 기각하였다.

〈 ***Metalclad v. Mexico***[471] 〉

○ 사안개요

- Metalclad는 멕시코 중앙정부 및 San Luis Potosi 주로부터 폐기물 처리사업에 대한 승인을 받고 COTERIN을 인수하여 사업을 시작하였는데, Guadalcazar 지방정부는 COTERIN에 건설허가를 불허하고 San Luis Potosi 주지사가 사업부지를 생태보전지구로 지정한 사건

○ 판정취지

- 중재판정부는 공정·공평대우의무의 내용으로 투자 과정에서 모든 관련 법적 요건은 투자자에게 공개되어야 한다는 투명성 보장을 포함한다고 하면서, 지방 건설허가의 요건에 대한 명시적 규정이 없고 지방 건설허가 신청 처리에 대한 확립된 관행·절차가 없었으므로 멕시코는 투명성을 보장하지 못하였다고 판시
- 멕시코가 위와 같이 투명성을 보장하지 못한 점, 지방정부가 권한 없이 환경적 우려 등을 근거로 건설허가를 불허한 점, 지방정부가 건설허가를 불허할 때 Metalclad에 절차 참여 기회를 주지 않은 점, 멕시코가 Metalclad의 사업 계획 및 투자를 위한 투명하고 예측가능한 체계를 보장하는 데 실패한 점 등을 고려할 때 공정·공평대우의무 위반이라고 판시

471) *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (2000. 9. 30.) (NAFTA).

(3) 해석 선언 이후의 중재판정례[472]

이러한 중재판정부의 '무도하거나(outrageous)' '터무니 없고(egregious)' 특히 국가의 '악의(bad faith)'[473]까지 요구한다거나 확장적 접근(추가적 접근)을 예방하기 위해 앞에서 보았듯이 NAFTA 해석선언을 통하여 국제관습법에 따른 대우로 의미를 한정지었다. 또한 실제 국제관습법상 요구되는 최소기준대우보다 초과적이지 않음을 명시하고 독립된 청구원인임을 명시하였다.

NAFTA 해석선언으로 국제관습법에 따른 대우를 의미한다고 명백히 밝혔지만, 그 국제관습법은 *Neer* 사건 당시의 국제관습법으로 고정된 것이 아니라 변화할 수 있다는 것이 미국, 캐나다, 멕시코의 입장이다.[474] *Mondev* 사건, *ADF* 사건, *Waste Management* 사건의 중재판정부들도 NAFTA의 외국인 투자의 대우에 관한 규정은 Neer 사건의 판단기준에 따라 검토되는 것은 아니라고 하였다. (다만, *Glamis Gold* 사건의 중재판정부는 국제관습법상 최소기준이 진화할 수 있다는 점은 인정하면서도, 최소기준의 진화를 주장하는 신청인이 증명하지 못했다고 하면서 *Neer* 사건의 기준에 따라 판단하였다.

---

472) NAFTA 해석선언이 발표된 이후 현재까지의 NAFTA 사건 중 해석선언에서 공표된 기준을 위반하였다고 인정된 사건은 *Pope & Talbot v. Canada* 사건 1건 외에는 발견되지 않는다. 더군다나 위 해석선언이 발표된 시점은 위 *Pope & Talbot* 사건의 중재판정부가 본안 판정을 내리고 다만 손해액 판정을 앞둔 상황이었기 때문에 해석선언을 통해 제시된 기준의 위반 여부가 본안 단계에서 처음부터 심리된 것도 아니었다. 이하에서 논의되는 사건은 최소기준대우 관련 주장이 모두 기각된 것임에 유의하여야 한다.

473) Neer 판결에서 요구한 정도의 수준이나 실제 해석선언 이전의 사례들도 이 정도의 무도하고 터무니없을 것까지 요구하는 것은 아니었다. 이러한 Neer 사건의 판단기준을 "egregious standard"이라고도 한다.

474) OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law* (2004), pp. 11-12.

〈*Mondev v. United States* [475]〉

○ **사안개요**

- 투자유치국 국내법원의 결정시 적용되는 외국인에 대한 대우기준과 관련된 '사법거부(denial of justice)' 문제가 주요 쟁점
- 청구인 회사의 자회사가 보스톤시를 상대로 제기한 계약위반소송 하급심에서 승소하였음에도 매사추세츠주 최고법원이 배심원의 평결을 번복하고 원고패소를 결정한 것이 최소대우기준 위반에 해당한다고 주장

○ **판정취지**

- 국제관습법인 사법거부 해당 여부를 심사할 때, '현존하는(existing)' 국제관습법적 기준을 반영하고, 입수가능한 모든 사실에 비추어 문제되는 (사법)결정이 명백히 부적절하고 신뢰할 수 없는(clearly improper and discreditable)[476] 것이었는지 여부'를 판단해야 하며, 본 건은 이를 충족하지 못하여 최소기준대우를 위반하지 않았다고 판시

〈*ADF v. United States* [477]〉

○ **사안개요**

- 청구인은 미국 버지니아주 고속도로공사를 하도급 받은 캐나다기업으로 미국산 물품사용을 의무화하는 법령 시행에 대해 중재청구 제기

○ **판정취지**

- '공정·공평대우', '충분한 보호와 안전'을 부여하여야 한다는 일반적 요건은 국가실행(State practice)과 사법적·중재적 판례법(caselaw), 또는 다른 관습적·일반적 국제법 법원에 기초하여 규율되어야 한다고 판시

---

475) *Mondev International LTD. v. United States*, Award(2002. 10. 11.), (NAFTA)

476) *Loewen v. United States* 사건은 캐나다 장례업체인 청구인회사가 미국 주법원의 판결이 NAFTA 협정에 위반된다고 주장된 사건이다. 청구인 회사는 경쟁회사로부터 미국 미시시피주 법원에 공정거래법 위반으로 피청구되어 징벌적 손해배상으로 5억 달러 배상판결을 받고 항소하였는데, 청구인은 항소심에서 집행을 정지하기 위해서는 판정액의 125%를 가납하여야 하는 가혹한 법정 요건을 준수하지 못해 일단 1억 5천만 달러를 지급하고 사건을 화해로 종결하였다. 청구인은 이렇게 가혹한 미시시피 법원의 판결과 항소요건이 NAFTA 제11장의 최소대우기준위반이라며 중재를 청구한 사건인데 위 (사법)결정이 명백히 부적절하고 신뢰할 수 없는(clearly improper and discreditable)것인지를 판단기준으로 제시함

477) *ADF v. United States,* Final Award(2003. 1. 9.), para. 181.

〈 *Waste Management v. Mexico* [478] 〉

○ 사안개요

- 멕시코 관광도시 Acapulco 시의 폐기물처리 및 거리청소 서비스에 대한 양허계약에 관한 분쟁이다. 청구인은 멕시코 연방정부의 모든 직급 공무원들의 행동과 사법 시스템 그 자체가 최소대우기준을 위반하였다고 주장

○ 판정취지

- "그 행위가 자의적이고 중대하게 불공정하거나 특이하거나 차별적이고, 청구인을 지역적 또는 인종적 편견에 노출시키거나 적법절차를 결여하여 사법적 적절성을 위반하거나(사법절차에서 자연적 정의의 명백한 실패라 할 수 있을 정도로) 또는 행정절차에서 투명성과 진정성이 완벽하게 결여되는 것을 의미한다"고 판시

〈 *International Thunderbirds v. Mexico* [479] 〉

○ 사안개요

- 청구인이 운영하는 회사의 게임장을 폐쇄한 멕시코 SEGOB(Secretaria de Gobernacion, 내무부를 의미)의 행위 등이 최소대우기준에 위반된다고 주장

○ 판정취지

- 문제되는 조치가 국제기준에 미치지 못하는 '심각한 사법거부(gross denial of justice)' 또는 '명백한 자의(manifest arbitrariness)'에 이르러야 한다고 판시

---

478) *Waste Management INC v. Mexico,* ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award (2004. 4. 30.) (NAFTA), para. 98.

479) *International Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico,* UNCITRAL, Arbitral Award (2006. 1. 26.) (NAFTA).

〈 *Glamis Gold Ltd. v. United States*[480] 〉

○ 사안개요

- Glamis Gold는 채굴권을 취득하여 캘리포니아에서 금 채굴 사업을 영위하여 왔는데, Glamis Gold의 채굴 프로젝트(Imperial Project)가 주변 인디언 부족의 종교적 관습을 침해할 우려가 있고 시안화물을 사용한 더미침출 채굴 방식이 환경을 침해한다는 비판이 있자, 내무장관은 Imperial Project의 사업계획서를 반려하였고, 캘리포니아주 Mining and Geology Board는 채굴 사업자에게 복원 의무를 부과하는 조치를 취하였으며 그 후 캘리포니아주는 채굴 후 복원 의무를 부과하는 주법을 제정한 사건

○ 판정취지

- NAFTA 1105조의 공정·공평대우는 Neer 사건에서 정한 국제관습법에 따른 최소기준대우를 의미하므로 국가의 조치가 충분히 터무니없거나 충격적인 경우(중대한 사법 부인, 명백한 자의, 명백한 불공정, 적정절차의 완전한 결여, 명백한 차별, 이유의 명백한 결여 등)에 공정·공평대우의무 위반이 인정되며, 이 최소기준대우는 국제공동체에서 용납될 수 없는 행위를 판단하는 기준으로서 국가마다 다른 것이 아닌 절대적 기준이며, 내국민대우와 같은 상대적 의무가 아님
- 본건 연방과 캘리포니아 주의 개별적인 조치가 터무니없거나 충격적이라고 할 수 없어 공정·공평대우의무의 위반이라 할 수 없고, 위 조치들을 총체적으로 고려하더라도 연방과 캘리포니아 주가 함께 Imperial Project를 무산시키려는 의도로 해당 조치를 한 것이 아니므로 공정·공평대우의무의 위반이라 할 수 없음

5. 새로운 경향

국제 투자협정상의 규범 형성 관련하여 눈에 띄는 새로운 기류로서 공정·공평대우 원칙에 실체적인 내용을 첨가하는 것을 들 수 있다. 이러한 시도는 공정·공평대우 의무의 내용을 정확히 파악하여 보다 예측가능성을 가지고 해석 및 적용이 가능하게 할 것으로 기대된다. 공정·공평대우에 실체성을 부여하기 위한

480) *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America,* UNCITRAL, Award (2009. 6. 8.) (NAFTA).

방식으로는 보다 더 구체적인 의무들로 공정·공평 조항 자체를 대체하거나, 공정·공평대우 정의 조항 속에 구체적인 판단요소들을 나열하는 방법 등을 고려할 수 있을 것이다.[481]

가. 사법부인의 배제

최근에 체결된 일부 투자협정들은 공정·공평대우의 일반 기준을 제시한 후에, 보다 구체적으로 투자유치국의 사법부인의 배제하는 금지하는 문구를 명시적으로 표현하고 있다. 이를 표현함에 있어서는 두 가지 형식을 주로 취하는 것으로 분류할 수 있다. 첫째 방식으로는 CPTPP 제9.6조 제2항(a)[482]에서 "fair and equitable treatment" includes the obligation not to deny justice in criminal, civil or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world"라는 표현을 활용한 것처럼 형사, 민사, 행정에 대한 사법판단 관련하여 사법부인의 배제를 공정·공평대우의 범위에 명시적으로 포함시키는 것을 들 수 있다.[483] 여기서 "includes"라는 표현은 공정·공평대우의 판단 요소로 사법부인의 배제를 하나의 예시로 제시한 것이어서, 다른 요소도 포함할 수 있음을 나타낸다. 또한 이러한 경우에는 보통 더 넓은 의미를 가지는 외국인에 대한 최소대우기준에 공정·공평대우를 연결시키는 것이 일반적이다. EU-캐나다 CETA도

481) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p. 35.

482) 동조의 제1항과 제2항 본문 부분은 다음과 같이 공정·공평대우를 규정하고 있음. 이와 같은 방식의 구조는 아래의 CETA, TTIP에서도 거의 유사하게 활용된다.

Article 9.6: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with applicable customary international law principles, including fair and equitable treatment and full protection and security.
2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligations in paragraph 1 to provide:

483) 이러한 "includes"를 활용한 유사 예시로는 한-중 FTA(2015) 제12.5조 제2항(a) 및 르완다-미국 BIT(2008) 제5조 제2항(b)에서도 찾을 수 있다.

제8.10조 제2항(a)에서 “A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 if a measure or series of measures constitutes: (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings”라고 하여 같은 취지로 규정하는 모습을 확인할 수 있다. 한편, EU의 TTIP 협상안의 제3조 제2항(a)는 “A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 where a measure or a series of measures constitutes: (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings”라고 하여 위 CETA에서와 거의 유사한 규정을 포함시키고 있다. 이러한 규정 방식은 사법부인이 엄격하게 인정되는 것인 만큼, 마찬가지로 그 외의 공정·공평대우의 판단 요소(자의적·차별적 대우 등)들도 같은 수준으로 중대한 경우에만 인정될 수 있다는 점을 나타내는 것으로 이해될 여지도 있다.[484]

한편, 두 번째 방식으로는 공정·공평대우가 곧 사법부인의 배제로 한정된다는 표현을 활용하는 것을 들 수 있다. 예시로서는 AICA(ASEAN Comprehensive Investment Agreement, 2009) 제11조 제1항(a)에서 “fair and equitable treatment requires each Member State not to deny justice in any legal or administrative proceedings in accordance with the principle of due process”라고 표현한 것을 들 수 있다. 더 단적인 예로 ASEAN-중국 투자협정(2009)에서는 공정·공평대우에 대해 “refers to the obligation not to deny justice”라고 표현한 것을 들 수 있다. ASEAN이 체결한 위 협정들에서는 “requires” 또는 “refers”라는 표현을 활용하여, 공정·공평대우의 판단요소가 사법부인의 배제로 한정됨을 나타낸다. 위 협정들이 국제관습법에 의한 최소기준 등에 대한 언급도 하지 않아서 외국인에 대한 최소기준대우에 의해 보호될 수 있는 부분들을 포함하고 있지 않다는 점도, 공정·공평대우를 사법부인의 배제로 한정하고 있다는 것에 대한 추가적인 근거로 볼 수 있다.[485]

---

484) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p. 30.
485) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p. 31.

나. 자의적·비합리적·차별적 조치의 배제

일부 투자협정들은 공정·공평대우의 일반 기준을 제시한 후에, 구체적으로 자의적·비합리적·차별적인 조치들을 금지하는 문구를 삽입한다. 네덜란드-오만 BIT(2009) 제2(2)조 2)항은 "Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments or nationals or persons of the other Contracting Party and shall not impair, by unjustified or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal therof by those nationals or persons."라고 규정하여 이러한 표현을 활용하였다. 또한 루마니아-미국 BIT(1994) 제II(2)조 2.항도 "(a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than required by international law. (b) Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments."라고 하여 자의적이거나 차별적인 조치라는 표현을 기재하였다. 한편, EU-캐나다 CETA 제8.10조 제2항(c)와 EU의 TTIP 협상안의 제3조 제2항(c)는 "manifest arbitrariness" 즉, 명백한 자의성을 공정·공평대우 위반의 판단요소로 규정하고 있다. 일각에서는 자의성, 비합리성, 차별이라는 개념은 공정·공평대우 기준의 본질적인 부분이기 때문에, 이러한 개념을 포함한 조항들은 일반적인 표현으로만 되어 있는 공정·공평대우 기준에 실체성을 부여하는 것이라고 주장할 수 있다.

하지만 여기에 대하여 공정·공평대우에 자의적이거나 비합리적인 조치를 금지하는 조항을 삽입한다고 하여, 공정·공평대우의 일반적인 범위(general scope)의 윤곽을 잡아주지는 못한다는 비판도 있다.[486] 이러한 견해는 비록 자의적, 비합리적 조치를 금지하는 것이 공정·공평대우와 합치되는 방향이기는 하지만, 공정·공평대우가 관장하는 범위가 더 넓다는 점을 근거로 한다. 실제로 일부 중재판정부들은 공정·공평대우를 적용하면서, 피신청국의 조치가

486) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p. 31.

자의적이거나 비합리적이지 않을 때도 동 원칙 위반이 있었다고 인정한 경우도 있었다. 예를 들자면, *LG&E v. Argentina* 사건[487]의 판정부는 아르헨티나 정부가 신청인 회사에게 취한 조치들은 단순한 법원칙의 무시가 아닌 논리적인 판단에 따른 결과였기 때문에 자의적이라고 판단하지 않았지만, 불공평한(unfair and unequitable) 조치였다고 판시한 바 있다.

이러한 이유로 정부의 입장에서 공정·공평대우의 범위를 자의적·비합리적·차별적인 조치들을 금지하는 것이나 사법부인 등으로 제한하고 싶다면, 기존과 같은 공정·공평대우 조항 대신에 위와 같은 특성들을 구체적인 요건으로 하는 조항으로 대체하는 방법을 고려하여야 할 것이다.[488]

다. 협정의 다른 의무 위반과의 연관 배제

한편, 2001년 NAFTA 해석선언 이후, 일부 협정들은 같은 협정의 다른 의무 또는 당사국들이 체결한 다른 협정상의 의무 위반 사실이 바로 공정·공평대우 위반으로 인정될 수는 없다는 명시적인 문구를 포함시키고 있다. 이러한 예로는 멕시코-싱가포르 BIT(2009) 제4(3)조가 "a determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article."라고 표현한 것을 들 수 있다.[489] 이러한 규정의 목적은 중재판정부들이 *S.D. Myers v. Canada* 사건[490]에서 그러하였던 것처럼 투자협정상의 의무위반이 자동적으로 공정·공평대우 위반으로 원용되는 것을 방지하려는 것에 있다.[491]

---

487) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/1, Award (아르헨티나-미국 BIT).

488) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p. 32.

489) 유사 예시로는 한-중 FTA(2015) 제12.5조 제3항을 들 수 있다.

490) *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada,* UNCITRAL, Final Award(NAFTA): 이 사건 판정부의 다수 중재인들은 캐나다가 내국민대우를 위반하는 조치를 하여, 공정·공평대우도 함께 위반하였다고 판단하였다.

491) 공정·공평대우를 최소기준대우의 일부로 보는 경우에는 협정상의 의무 위반이 반드시 국제관습법상의 위반(violation of a customary norm)이 되지도 않는다. UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p. 33 참조.

CPTPP도 제9.6조 제3항에서 “A determination that there has been a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of this Article.”라는 표현으로 CPTPP상의 다른 의무 위반이나 당사국들이 체결한 다른 협정상의 의무 위반이 CPTPP의 공정·공평대우 위반으로 되지 않는다는 점을 명시하고 있다. EU-캐나다 CETA도 제8.10조 제6항에서 “For greater certainty, a breach of another provision of this Agreement, or of a separate international agreement does not establish a breach of this Article.”라고 마찬가지로 규정하고 있다. EU의 TTIP 협상안은 제3조 제6항에서 위 CETA에서의 표현과 거의 동일한 “For greater certainty, a breach of another provision of this Agreement, or of any other international agreement, does not constitute a breach of this Article.”이라는 표현을 포함하고 있다.

이러한 규정들은 투자협정이 아닌 당사국들이 체결한 다른 협정상의 의무 위반이 있는 경우에 특히 의미가 있을 것이다. 왜냐하면 이러한 제한 규정이 없다면, 투자자가 투자협정이 아닌 투자유치국이 체결한 다른 협정상 의무를 위반한 사실에 대해, 투자협정상의 공정·공평대우 위반이 있다고 주장하며 ISDS 등을 제기할 수 있기 때문이다. 이는 특히, 일반적인 투자협정들과 달리 WTO협정처럼 투자자가 국가에게 손해배상 등을 청구할 수 있는 장치가 없는 협정상의 의무 위반이 있는 경우에 문제가 될 수 있을 것이다.[492]

라. 투자자의 단순한 기대 위반 배제

내국민대우 및 최혜국대우와 같은 대적인 비차별대우와는 별개로 외국인 투자자에게 보장되는 최소한의 절대적·객관적 대우 기준에 대해 규정하고 있는 최소기준대우 조항은 그 개념의 추상성으로 인해 ISDS 제기 시 가장 빈번하게 인용되고 있다. UNCTAD 통계에 따르면, 1987년부터 2017년 7월까지 제기된 ISDS 사건의 80%가 최소기준대우(공정·공평대우) 위반을 주장하였다고 한다.

492) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p. 33

특히, 투자자의 기대(expectation)와 관련하여, 앞서 살펴본 바와 같이 다수의 중재판정례가 투자자의 정당한 기대 보호를 최소기준대우의 핵심요소로 판단하고 있으나, 정당한 기대의 의미에 대해서는 중재판정부에 따라 견해가 나뉜다.

이러한 불확실성을 해소하고 재판정부의 확대 해석을 방지하여 국가의 응소 부담이 완화될 수 있도록 2018년 한-미 FTA 개정협상에서 양국은 투자유치국의 작위 또는 부작위가 투자자의 기대에 미치지 못했다는 단순한 사실만으로는 최소기준대우 위반이 아님을 명시하는 조항(제11.5조 제4항)을 추가하는 데 합의하였다.[493]

【 한-미 FTA 개정 문안 】

Article 11.5 MINIMUM STANDARD OF TREATMENT

4. For greater certainty, the mere fact that a Party takes or fails to take an action that may be inconsistent with an investor's expectations does not constitute a breach of this Article, even if there is loss or damage to the covered investment as a result.

마. 개발의 정도 고려

과거, 한 투자협정에 포함된 문구가 이목을 끌었었는데, 이는 공정·공평대우를 적용할 때에는 투자유치국의 개발 정도를 고려하여야 한다는 것을 규정하고 있다. 바로 COMESA 공동투자구역 투자협정(2007) 제14(3)조가 "Member States understand that different Member States have different forms of administrative, legislative and judicial systems and that Member States at different levels of development may not achieve the same standards at the same time."이라는 표현을 포함하고 있다. 이 규정은 중재판정부가 공정·공평대우를 적용할 때 보다 더 유연성을 부여하려는 데에 그 목적이 있다. 선진국의 투자자들이 자국 정부에게서 기대할 수 있는 정도의 대우를 후진국의 정부로부터 기대하는 것은 비합리적일 수 있기 때문이다. 이러한 조항이 있는 경우, 공

493) CPTPP 역시 이와 동일한 내용을 제9.6조(최소기준대우) 제4항에서 규정.

정·공평대우 관련 투자유치국의 기속사항은 특정 상황에서 특정 국가에게서 합리적으로 예상되는 것이 무엇인지에 따라 달리 해석될 수 있을 것이다.[494]

한편, 이와 같은 표현은 공정·공평대우를 외국인에 대한 최소기준대우와 동일하게 규정한 협정에서는 논리구조상 규정하기 어려울 것이다. 이것은 최소기준대우가 *Glamis Gold v. United States* 사건[495] 판정부가 언급한 것처럼 "나라별로 달라질 수 없고(the standard is not meant to vary from state to state)", "국제사회가 용인할 수 있는 절대적인 밑바닥(a floor, an absolute bottom, below which conduct is not accepted by the international community)"이기 때문이다.

494) UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: A Sequel* (2012), p. 34.
495) *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America,* UNCITRAL, Award (2009. 6. 8.) (NAFTA), para. 615.

3. 타 협정문과의 비교

【 최소기준대우의 기준 】

한-인도 CEPA 한-ASEAN FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-인도 CEPA 한-ASEAN FTA 한-미 FTA 미국 모델 BIT	한-싱가포르 FTA 한-칠레 FTA	NAFTA
국제관습법에 따른(in accordance with customary international law) 대우, 공정·공평대우 및 충분한 보호와 안전 정의 조항 有	공정·공평대우 및 충분한 보호와 안전은 국제관습법이 요구하는 것 이상을 요구하지 않는다(do not require treatment in addition to go beyond that which is provided under the customary international law and do not create additional substantive rights)고 규정	한-미 FTA와 유사 다만, 한-칠레 FTA는 공정공정·공평대우 및 충분한 보호와 안전 정의 조항 無	국제법 (International Law)

【 적법절차 】

한-미 FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-콜롬비아 FTA 미국 모델 BIT	한-인도 CEPA 한-캐나다 FTA 한-베트남 FTA	한-싱가포르 FTA 한-ASEAN FTA 한-일 BIT 한-중-일 TIT	한-중 FTA	한-뉴질랜드 FTA
"세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차 원칙(the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world)"	"the principle of due process" 만	적법절차 내용 없음	"the principle of due process of law"	"the general principle of law of due process"

Ⅳ 손실 및 보상(Losses and Compensation)

국 문	영 문
제 X.6 조 : 손실 및 보상	Article X.6 : Losses and Compensation
1. 제X.13조 제5항 나호에도 불구하고, 각 당사국은 전쟁 또는 그 밖의 무력충돌, 또는 반란·폭동·소요 또는 그 밖의 내란으로 인하여 자국 영역내 투자가 입은 손실에 관하여 자국이 채택하거나 유지하는 조치에 대하여 비차별적인 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자와 적용대상투자에 부여한다.	1. Notwithstanding Article X.13.5(b), each Party shall accord to investors of the other Party, and to covered investments, non-discriminatory treatment with respect to measures it adopts or maintains relating to losses suffered by investments in its territory owing to war or other armed conflict, or revolt, insurrection, riot, or other civil strife.
2. 제1항에도 불구하고, 어느 한 쪽 당사국의 투자자가 제1항에 언급된 상황에서 다음의 결과로 다른 쪽 당사국의 영역에서 손실을 입는 경우,	2. Notwithstanding paragraph 1, if an investor of a Party, in the situations referred to in paragraph 1, suffers a loss in the territory of the other party resulting from:
가. 다른 쪽 당사국의 군대 또는 당국에 의한 적용대상투자 또는 그 일부의 징발, 또는	(a) requisitions of its covered investment or part thereof by the latter's forces or authorities; or
나. 상황의 필요상 요구되지 아니하였던 다른 쪽 당사국의 군대 또는 당국에 의한 적용대상투자 또는 그 일부의 파괴	(b) destruction of its covered investment or part thereof by the latter's forces or authorities, which was not required by the necessity of the situation,

국 문	영 문
다른 쪽 당사국은 그 투자자에게 그러한 손실에 대하여, 각 경우에 맞게, 원상회복, 보상 또는 양자 모두를 제공한다. 모든 보상은 제X.7조 제2항 내지 제4항을 준용하여 신속하고 적절하며 효과적이어야 한다.	the latter Party shall provide the investor restitution, compensation, or both as appropriate, for such loss. any compensation shall be prompt, adequate, and effective in accordance with paragraphs 2 through 4 of Article X.7, *mutatis mutandis.*
3. 제1항은 제X.13조 제5항 나호가 아니었다면 제X.3조에 불합치하였을 보조금 또는 무상교부에 관한 기존의 조치에 적용되지 아니한다.	3. Paragraph 1 does not apply to existing measures relating to subsidies or grants that would be inconsistent with Article X.3 but for article X.13.5(b)

1. 취 지

충분한 보호·안전 제공 의무에서 논의한 것과 마찬가지로 국제관습법은 외국인 투자자·투자에 발생할 수 있는 모든 손해를 투자유치국이 보장하도록 하는 것이 아니라, 상당한 주의 의무(due diligence)를 부과할 뿐이다. 따라서 전쟁, 시민소요, 혁명, 천재지변으로 인해 투자자가 손실을 입더라도 투자유치국이 투자자를 보호하기 위하여 적절한 노력을 다한 이상 투자유치국은 그 손실을 보상할 책임은 없다.[496]

투자협정들도 이러한 국제법 법리에 따라 투자자가 입은 손실을 투자유치국이 보장하도록 규정하지는 않는다. 다만 자본수출국은 비상사태에서 자국 투자자가 투자유치국의 투자자에 비하여 불합리하게 차별받는 것을 우려하였기 때문에 전쟁, 시민 소요, 일정한 자연 재해로 인한 손실이 발생한 경우 투자자에게 비차별적인 대우를 하도록 보장하는 규정을 투자협정에 도입하였고, 우리나라 투자협정도 이 규정을 수용하고 있다.[497] 즉, 전쟁 등의 무력충돌, 비상사태, 혁명, 폭동, 시민소요 등으로 상대국 투자자가 손실을 볼 경우, 그 원상회복·보상 등에 관해서 비차별적 대우를 보장하여야 할 의무로서 X.13.5(b)항은 보조금 지급에 대한 NT, MFN 의무의 면제 규정인데, 동 조항의 예외라는 것은 곧, 상대국 투자자에게 자국, 그리고 제3국 투자자에 비해 불리하지 않은 대우를 하여야 한다는 의미이다.

또한, 군대·당국의 징발 또는 불필요한 파괴로 투자자가 손실을 볼 경우에는 신속·적절·유효한 원상회복 또는 보상을 해야 할 의무가 있음을 명시한 것이다.

---

496) Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (2015), p. 367.
497) *Ibid.,* p. 368.

2. 주요 내용[498]

가. 비차별적 조치

(1) 손실보상의 방법으로 보조금 지급

이는 전쟁 등 비상시 손해에 대하여 국가가 보조금 등을 지원할 경우에 외국인 투자자·투자에 대하여 비차별적으로 대우할 의무를 특칙으로 규정하고 있다. 이는 NAFTA 제1105(2)와 동일한 규정으로서, 비합치조치를 규정한 제X.13.5(b)에서 정부보조금에 대하여는 내국민대우, 최혜국대우의무가 적용되지 않음을 규정하고 있으나 이에 불구하고 전쟁 등 비상시 손해에 대하여는 외국인 투자자 등을 차별할 수 없다는 의미이다.

즉, 제X.13.5(b)에서는 정부조달, 보조금은 NT, MFN, SMBD의 예외이나 손실보상의 경우에는 보조금 지급을 통한 차별을 할 수 없는 것이다. 즉, 제X.13.5(b) 규정에 따라 정부지원 융자, 보증 및 보험을 포함하여 당사국에 의하여 제공되는 보조금 또는 무상교부에 대하여는 내국민대우, 최혜국대우, 고위경영자 및 이사회의 규정이 적용되지 않으나, 그 정부 보조금, 무상융자 등이 전쟁 또는 그 밖의 무력충돌, 또는 반란, 폭동, 소요 또는 그 밖의 내란으로부터 비롯된 손해를 보전하기 위해 제공될 경우에는 여전히 비차별적 대우를 하여야 할 의무를 진다는 내용이다.

(2) 무력충돌의 범위와 비상사태

이러한 비차별적 조치를 하여야 할 경우에 관하여 미국 2004 모델 BIT 제5조

498) 한-미FTA는 NAFTA와 미국 모델BIT의 규정례에 따라 제4~6항을 최소대우기준 조문에 포함시켜 함께 규정하는 간명한 방식을 취하였다. 그러나 최근에는 이들을 별도로 규정하는 체결례도 나타나고 있다. 캐나다의 2003년 모델 BIT 제12조는 "손실에 대한 보상(Compensation for losses)"이라는 제목으로 별도 조문을 두어 한-미 FTA 제4항과 제6항의 내용을 담고 있다. 미국-호주 FTA 제11.6은 "Treatment in case of strife"제목의 조문을 두어 한-미FTA의 위 제4~6항과 같은 내용을 규정 우리의 기 체결 FTA도 손실 보상이라는 항목으로 주로 나누어서 규정하고 있다.

제4항은 'armed conflict or civil strife'라고만 규정하고 있으나, 한-미 FTA에서는 동 개념을 사용함과 아울러 'armed conflict'의 예로 전쟁을, 'civil strife'의 예로 반란, 폭동, 소요 등을 열거하였다. 이와 관련하여 어디까지 보상의 범위가 확장이 되는지가 문제된다.

우리의 기 체결 BIT나 FTA에서는 무력충돌 이외의 비상사태, 질병 및 자연재해 등의 상황에 대한 투자자를 보호하기 위해 제1항에 비상사태(state of emergency)를 추가하는 경우가 있다.[499] 자연재해(natural disaster)의 경우를 감안하여 비상사태의 삽입을 주장하는 견해도 있으나 무력충돌 등 인위적인 재해가 아닌 자연재해의 경우는 보상을 위한 보조금 지급 시 비차별대우를 보장할 수 없다는 이유로 강하게 반대하는 경우도 있다.[500] 자연재해가 문제될 수 있는 나라에 대하여는 비상사태를 추가하는 것이 바람직하나 투자유치국 입장에서는 질병, 자연재해 등을 이유로도 내외국인을 차별해야 할 경우가 생길 수 있으므로 신중한 접근이 필요하다.

499) 한-인도 CEPA, 한-칠레 FTA, 한-싱가포르 FTA, 호주-태국 FTA.
500) 한-미 FTA에서도 우리 측은 삽입을 요구하였으나 미국 측의 반대가 심하였다고 한다.

〈 *AAPL v. Sri Lanka* [501] 〉

○ **사안개요**

- AAPL은 새우 양식·수출업을 영위하는 스리랑카 합작법인 Serendib의 48.2%의 지분을 보유하였는데, 스리랑카의 반란 진압 작전으로 인하여 Serendib의 주요 시설인 새우 양식장이 파괴되어 사업을 영위할 수 없게 되자, AAPL은 상황상 필요가 없거나 전투행위로 인한 것이 아닌 파괴에 따른 손실보상 의무 위반 등을 주장하며 중재를 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 ① 반란이 일어난 경우에도 정부가 조약이나 일반 국제법상 요구되는 보호수준을 제공하지 못한 것이 아닌 이상 외국인 투자자가 입은 손실에 대하여 국가의 책임이 없고 ② 보호수준을 제공하지 못하였다면 손실이 반란군의 행위로 인한 것인지 정부의 진압행위로 인한 것인지를 불문하고 국가는 국제법상 책임이 있다는 점이 국제법 규칙으로 널리 인정받고 있다고 판시
- 중재판정부는 스리랑카가 살해나 재산파괴를 방지하기 위하여 합리적으로 기대할 수 있는 모든 조치를 취할 국제관습법상 적절한 노력을 다할 의무(due diligence obligation)를 이행하지 못하였으므로 손실을 배상하라고 판시

〈 *AMT v. Zaire* [502] 〉

○ **사안개요**

- 자동차 및 드라이셀 배터리 생산·판매, 소비재 및 식자재 수입·판매 사업을 영위하는 자이르 법인 SINZA의 지분 94%를 소유한 AMT는 자이르 군대가 SINZA의 배터리 생산시설, 상업시설을 파괴하고 완성품, 원자재 등을 약탈하여 결국 영업을 폐지하게 되자, 전쟁 기타 유사 상황으로 인한 손실 보상 규정 등을 근거로 중재 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 손실을 야기한 것이 자이르 군대인지 아니면 절도범인지는 중요한 문제가 아니며 폭력행위·폭동으로 인한 손실에 대하여 책임을 지겠다는 자이르의 약속을 인정할 수 있고, 전쟁 기타 유사 상황으로 인한 손실 보상 규정은 보호·안전 제공 의무를 강화하는 것이라고 판시하며 자이르의 국제법상 책임을 인정

---

501) *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award (1990. 6. 27.) (스리랑카-영국 BIT).

502) *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award (1997. 2. 21.) (자이르-미국 BIT).

나. 보조금의 협정문 적용문제와의 관계

(1) 비합치조치와의 관계[503]

비합치조치에 대해 규정하고 있는 한-미 FTA 제11.12조는 정부조달, 보조금에 대해서는 내국민대우(NT), 최혜국대우(MFN), 고위경영자 및 이사회(SMBD) 조항이 적용되지 않는다고 규정하여 정부조달 및 보조금 조치에 대한 해당 규정상의 의무를 일괄적으로 면제하고 있다. 반면, 정부조달에 관한 이행요건에 관하여는 제11.9조 제3항 마호에 별도의 예외규정을 두어, 제11.9조 제1항의 '나. 일정수준 국산품 달성, 다. 국내 상품 사용, 바. 기술이전, 사. 특정지역으로의 독점공급,' 제11.9조 제2항의 '가. 일정수준 국산품 달성, 나. 국내 상품 사용 등'의 이행요건만을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

즉, 보조금의 예외는 정부에 의해 지원되는 융자, 보증, 보험 등 당사국에 의해 제공되는 모든 보조금 또는 무상교부에 적용되고 비록 WTO의 「보조금 및 상계조치협정(Agreement on Subsidies and Countervailing Measure)」의 존재로 인해 합법적인 보조금의 폭이 넓지는 않으나 당사국은 외국투자자와 자국민을 차별하여 자국민에게만 보조금을 지급할 수 있다는 것이다.

이에 대하여 NT, MFN, SMBD 뿐만 아니라 보조금, 정부조달을 협정 전체에서 배제하고자 하는 상대국이 있다.[504] 특히 ASEAN 국가의 경우가 그러한데, 이런 경우에 손실보상 항목에서 차이가 발생한다.

즉 한-미 FTA처럼 제한적으로만 예외를 둘 경우 보조금 지급방법에 의한 손실보상은 NT, MFN이 적용되나, 협정문 전체에서 배제를 할 경우에는 손실보상의 경우에 보조금에 관해서는 NT, MFN이 적용되지 않아 차별적인 보조금 지급이 용인되는 불합리한 측면이 발생한다. 따라서 보조금에 대해서는 NT, MFN의 예외로만 규정하는 방식이 타당하다고 보인다.

그래서 한-미 FTA 등 대부분의 기 체결 FTA의 손실보상 조항에는 "(해당 협정의 비합치조치 중 보조금에 대한 NT, MFN 예외 조항)에도

503) 이에 대해서는 이 책 p. 411 이하의 "IV. 비합치조치"에서 상세히 설명하기로 한다.
504) 한-ASEAN FTA, 뉴-ASEAN FTA, 뉴-중 FTA, 뉴-태국 FTA

불구하고(Notwithstanding Article XX),"라고 언급하며 손실보상 조항을 시작하고 있다. 또한, 한-ASEAN FTA에서도 앞서 언급한 불합리한 점을 배제하기 위하여 협정문 전체에서 보조금, 정부조달을 배제하더라도 손실보상의 항목에 "no less favorable"이라는 문구를 삽입하여 실질적으로 보조금 지급에 의한 손실보상 시 차별적 조치를 취하지 않는다는 점에 유의할 필요가 있다.[505]

한-미 FTA 이후 기 체결 관행의 정합성 문제를 고려하더라도 보조금, 정부조달은 NT, MFN, SMBD의 예외로 규정하는 것이 타당하다고 여겨진다. 소급효 배제원칙으로 인하여 기 존재하는 비합치조치에 대한 예외를 인정한다는 것은 기존에 존재하는 차별적 보조금은 인정한다는 취지이므로 투자유치국에게 추가적인 부담을 주지 않기 때문이다.

다. 징발 등의 경우의 특칙

(1) Hull 공식

전쟁 등 비상시의 경우에도 당사국의 군대 또는 당국에 의해 적용대상투자를 징발하거나, 상황의 필요상 요구되지 않음에도 군대 또는 당국이 적용대상투자를 파괴한 경우에는 그 손실에 대하여 원상회복 또는 보상을 제공하여야 한다.

또한, 제X.7조(수용 및 보상) 제2항 내지 제4항을 준용하여 신속·적절·효과적인 보상이 이루어져야 함을 규정하고 있는 바, 명시적인 징발과 정당성이 인정되지 않는 파괴의 경우에는 비차별적인 대우만으로는 부족하고 원상회복, 보상 등이 제공되어야 함을 규정한 것이다. 이는 Hull 공식[506]을 추가한 것이다.

(2) 규정 방식

표제 예시 문안은 Hull 공식에 의한 보상을 해야 하므로 제X.7조(수용 및 보상) 제2항 내지 제4항을 준용[507]한다는 문구를 삽입하면서, "restitution, compensation,

505) 한-ASEAN FTA 제13조 (Compensation for Losses)

506) Hull 공식은 이 책 "V. 수용 및 보상" 중 pp. 274-277에서 추가로 검토하기로 한다. "prompt, effective, adequate" 보상 방식이라고도 한다.

or both as appropriate, for such loss"라고 하고 "any compensation shall be prompt, adequate, and effective"라고 하여 보상과 원상회복 중 보상에만 Hull 공식을 적용한다고 규정하고 있다.

그러나 원상회복(restitution)의 경우에도 Hull 공식을 적용하여야 한다는 주장이 있다. 이를 살펴보면 "prompt는 파괴된 자산을 복구하는 경우는 신속한 restitution이 어려울 수 있으나, 협정문 해석의 일반적 법리상 "현실적으로 가능한 범위 내에서" 신속한 보상을 요할 것이므로, 수용이 가능할 여지가 있고, "adequate"는 적절한 가치의 보상을 요하는 것인데, restitution은 자산을 그대로 복원하는 것이므로 당연히 충족되며 "effective"는 보상의 효과에 대해 향유가 가능해야 한다는 것으로, 자산을 그대로 복원하여 돌려주는 이상 당연히 충족되므로 수용해도 문제는 없다고 본다.

실제 우리의 기 체결 FTA인 한-인도 CEPA에서는 원상회복의 경우에도 Hull 공식을 적용하고 있다.[508] 호주-칠레 FTA도 원상회복의 경우에 Hull 공식을 적용하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다.

라. 소급효 배제

무력충돌 및 내란으로 인한 손해를 보전하기 위한 정부보조는 비차별적으로 적용되어야 한다고 규정한 내용이 현존하는 정부보조에는 적용되지 않음을 규정하고 있다. 즉 FTA 발효 이후에 시행하는 정부보조에만 적용되는 것으로서 소급효가 없음을 확인하는 내용이다. 이미 비합치되는 보조금지급은 차별적으로 가능하나 향후 보조금에 대하여만 NT가 적용되어 소급효가 배제된다.

기 존재하는 비합치조치에 대한 예외를 인정(비합치조치X.14.5(b)를 인용)하므로 기존의 비합치 보조금은 협정문(NT)를 적용받지 않고 그대로 인정하며 이는 보조금 지급에 의한 손실보상은 NT 적용을 받으나 기존에 존재하는 차별적 보조금은 인정한다는 취지이므로 투자유치국에게 추가적인 부담을 주지

507) compensation의 경우, 지체 없이(제7조 제2항), 공정시장가격에 따라(제7조 제3항) 자유사용가능통화를 통한(제7조 제3항 및 제4항) 금전배상 요구.

508) 한-인도 CEPA 제10.13조 제2항 "restitution or compensation which in either case shall be prompt, adequate, and effective"라고 규정하고 있다.

않는다.

그러나 보조금 지급에 의한 자율권을 가지려는 경향이 강한 나라들이 있다. 특히, 일본이 체결하는 CEPA에서는 보조금 지급은 차별적 조치가 가능한 것으로 보고 있다.

3. 타 협정문과의 비교

【 보조금, 정부조달 배제 여부 】

한-미 FTA	한-칠레 FTA	한-싱가포르 FTA	한-인도 CEPA	한-ASEAN FTA 한-EU FTA
보조금, 정부조달은 NT, MFN, SMBD의 예외	보조금, 정부조달은 NT, SMBD의 예외	보조금, 정부조달은 NT, SMBD의 예외 (단, 한-싱가포르 FTA에는 MFN 조항 無)	정부조달은 NT, SMBD의 예외	협정문 전체에서 정부조달, 보조금 배제

【 징발 보상 특칙 문제 】

한-미 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA 호-미 FTA 미국 모델 BIT	한-칠레 FTA 한-싱가포르 FTA 한-ASEAN FTA 한-터키 FTA 한-캐나다 FTA 한-일 BIT 한-중-일 TIT	한-호주 FTA 호주-칠레 FTA	한-인도 CEPA 호주-칠레 FTA
보상만 Hull 공식 적용	징발 보상 특칙 없음	보상, 원상회복 모두 Hull 공식 적용	보상, 원상회복 모두 Hull 공식 적용

【 자연재해(비상사태) 포함 여부 】

한-미 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA	한-칠레 FTA 한-싱가포르 FTA 한-인도 CEPA	한-캐나다 FTA 한-콜롬비아 FTA 미국 모델 BIT	한-터키 FTA
war or other armed conflict, revolt, insurrection, riot or other civil strife	war or other armed conflict, **state of emergency,** revolution, insurrection, civil disturbance, or any other similar event	armed conflict or civil strife	war or other armed conflict, **state of national emergency**, civil strife or other similar events

V 수용 및 보상(Expropriation and Compensation)

국 문	영 문
제 X.7 조 : 수용 및 보상[3)]	**Article X.7 : Expropriation and Compensation[3)]**
1. 어떠한 당사국도 다음을 제외하고 수용 또는 국유화에 동등한 조치(수용)를 통하여 적용대상투자를 직접적 또는 간접적으로 수용하거나 국유화할 수 없다. 가. 공공 목적을 위할 것 나. 비차별적 방식일 것 다. 신속하고 적절하며 효과적인 보상을 지불할 것, 그리고 라. 적법절차와 제XX.5조 제1항 내지 제3항을 따를 것	1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization (expropriation), except: (a) for a public purpose; (b) in a non-discriminatory manner; (c) on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and (d) in accordance with due process of law and Article XX.5.1 through XX.5.3.
2. 제1항 다호에 규정된 보상은 가. 지체 없이 지불되어야 한다. 나. 수용이 발생하기(수용일) 직전의 수용된 투자의 공정한 시장가격과 동등하여야 한다. 다. 수용 의도가 미리 알려졌기 때문에 발생하는 가치의 변동을 반영하지 아니하여야 한다. 그리고 라. 충분히 실현가능하고 자유롭게 송금 가능하여야 한다.	2. The compensation referred to in paragraph 1(c) shall: (a) be paid without delay; (b) be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place (the date of expropriation); (c) not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier; and (d) be fully realizable and freely transferable.
3. 공정한 시장가격이 자유사용가능통화로 표시되는 경우, 제1항 다호에 규정된 보상은 수용일의 공정한 시장가격에 그 통화에 대한 상업적으로 합리적인 이자율에 따라 수용일부터 지불일까지 발생	3. If the fair market value is denominated in a freely usable currency, the compensation referred to in paragraph 1(c) shall be no less than the fair market value on the date of expropriation, plus interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.

국 문	영 문
4. 공정한 시장가격이 자유롭게 사용가능하지 아니한 통화로 표시되는 경우, 제1항다호에 규정된, 지불일에 일반적인 시장환율에 따라 지불통화로 환산된, 보상은 다음을 합한 것보다 적어서는 아니 된다.	4. If the fair market value is denominated in a currency that is not freely usable, the compensation referred to in paragraph 1(c) – converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment – shall be no less than:
가. 수용일의 일반적인 시장환율에 따라 자유사용가능통화로 환산된 수용 일의 공정한 시장가격	(a) the fair market value on the date of expropriation, converted into a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing on that date, plus
나. 그 자유사용가능통화에 대한 상업적으로 합리적인 이자율에 따라 수용일부터 지불일까지 발생한 이자	(b) interest, at a commercially reasonable rate for that freely usable currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment.
5. 이 조는 무역관련 지적재산권에 관한 협정에 따라 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동이나 지적재산권의 취소·제한 또는 생성에 적용되지 아니한다. 이는 그러한 발동·취소·제한 또는 생성이 제18장(지적재산권)에 합치하는 것을 한도로 한다.	5. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, or creation is consistent with Chapter Eighteen (Intellectual Property Rights).
3) 제XX.6조는 부속서 XX-가 및 XX-나에 따라 해석된다.	3) Article XX.6 shall be interpreted in accordance with Annex XX-A and XX-B.

1. 취 지

수용 및 보상 조항은 협정 당사국이 i) 공공목적, ii) 비차별적 방식, iii) 신속·적절·효과적인 보상 부여, iv) 적법절차 준수라는 4가지 요건을 충족하는 경우에 한하여 상대국 투자를 수용 또는 국유화할 수 있고, 이러한 요건은 직접수용뿐만 아니라 간접수용[509]의 경우에도 준수되어야 한다고 규정하고 있다.

또한, 동 조는 수용에 대한 보상은 지체 없이 지급되어야 하며, 수용 발생 직전의 공정시장가격(fair market value)을 보상하되 수용으로 인한 가격변동을 반영해서는 안 되고, 자유사용가능통화로 자유로운 실현 및 송금이 가능해야 하는 등 Hull 공식을 반영한 보상의 방법에 대해서도 규정하고 있다.

NAFTA하에서 현재까지 약 61건의 투자분쟁이 제기되었으며 그 중 40여건의 사건에 '수용 및 보상' 조항이 청구원인으로 포함되었다.[510] 그러나 판정결과를 보면, *Metalclad v. Mexico* 사건과 *Feldman v. Mexico* 사건에서 수용(간접 수용) 주장이 인용되었을 뿐 나머지 사건에서 수용 주장이 받아들여진 예는 발견되지 않는다. 또한 간접수용의 추상성과 확장적 해석을 방지하기 위하여 미국의 경우 2004년 모델 BIT부터 수용에 관한 부속서를 별도로 두어 간접수용의 정의, 간접수용의 판단법리, 공공복지 목적의 조치에 대한 간접수용의 원칙적 배제 등을 규정하는 등 간접수용 법리의 확장을 제한하기에 이르렀다.[511]

한-미 FTA에서도 간접수용의 범위를 제한하고 있는 미국 Model BIT 부속서를 기본적으로 수용하되, 재산상 이익을 배제하고, 우리 법제의 기본원리인 '특별희생'의 법리와 주요정책사항인 부동산가격안정화정책을 예외로 삽입하는 등 문안을 수정하여 채택하였고 우리의 한-미 이후의 FTA에서도 미래

509) '간접수용'이란 직접수용처럼 정부가 외국인 투자자의 재산권을 박탈, 국유화하는 것은 아니나, 특정 정부 조치로 인하여 투자자가 사실상 영업을 할 수 없게 되어 투자의 가치가 직접 수용과 동등한 정도로 박탈되는 경우를 말하는 것으로 이에 대한 판단기준 및 구체적 사례는 간접수용 부속서 항목에서 상술하기로 한다.

510) UNCTAD에서 제공하고 있는 "Investment Dispute Settlement Navigator"에서 청구 근거 조약 및 청구 원인을 검색어로 지정하여 검색한 결과이다. http://investment policyhub.unctad.org/ISDS (최종확인: 2018. 10. 25.).

511) 한-미 FTA 투자분야연구, 앞의 책 103-107면 참조.

MFN의 문제가 있어서 이러한 간접수용 부속서를 삽입하기 위해 노력하고 있다.[512]

이와 더불어 수용 조항은 TRIPs 협정[513]에 따른 강제실시권의 발동 및 본 협정의 지재권 장에 합치하는 지적재산권의 취소, 제한, 생성에는 적용되지 않는다고 규정하여 이 조항은 투자자가 지적재산권에 대한 투자유치국의 합법적인 조치가 수용임을 주장하면서 보상을 구하는 것을 방지하고 있다.

2. 주요 내용

가. 수용 요건

한-미 FTA를 비롯한 대부분의 기 체결 FTA 및 BIT들은 당사국이 ① 공공목적을 위하여, ② 비차별적 방식으로, ③ 신속하고 적절하며 효과적인 보상을 지불하고, ④ 적법절차에 따라서 적용대상투자를 직접적으로 또는 수용·국유화에 동등한 조치를 통해 간접적으로 수용 또는 국유화할 수 있다고 규정한다.

(1) 공공 목적

먼저 '공공목적을 위하여(for a public purpose)'라는 요건은 대부분의 투자협정에서 채택된 요건으로 합법적 수용이 되기 위하여서는 공공목적을 위한 필요성이 있어야 하다는 의미이다. 국가는 항상 공공목적에 근거한 것임을 표방하나 기타 위장된 목적을 위한 것일 수 있으므로 공공 목적에 대한 심사 과정에서는 국가의 선의(善意, *bona fide*), 합리성, 비례성 등이 심리대상이 된다.

공공목적이 무엇인지, 그 범위는 어디까지 인지 문제가 될 수 있으나 간접수용 부속서의 공공복지(public welfare) 목적보다는 넓은 개념으로 보인다. 다만

512) 이러한 간접수용 부속서에 대하여 미래 MFN이 적용되느냐와 관련하여 부속서의 효력에 대하여는 부속서 항목에서 상세히 설명하기로 한다.

513) 정식 명칭은 "Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization"이다.

public purpose나 “public interest”, “public use” 사이에 큰 차이는 없어 보인다. 콜롬비아-미국 FTA가 그 예이다.[514]

(2) 비차별적 방식

대부분의 투자협정은 수용이 “on a non-discriminatory basis”, “in a non-discriminatory manner” 또는 “without discrimination”과 같이 ‘비차별적’인 방식으로 이루어 질 것을 적법한 수용의 요건으로 규정하고 있다. 이는 수용의 실체적·절차적 측면 또는 보상의 수준 등에 있어서 외국인의 투자를 차별하지 않을 것을 의미한다. 내국민대우 조항이나 최혜국대우 조항에서 차별을 금지하고 있는 조항을 별도로 두고 있음에도 불구하고 대부분 수용 조항에서 비차별 요건을 다시 규정하는 이유에 대해 의문이 제기될 수 있다. 이에 대해서는 내국민대우 조항 및 최혜국대우 조항은 현존하는(subsisting) 투자만을 대상으로 하고 있어 일단 수용적 조치가 발효된 이후에는 적용될 수 없기 때문이라는 견해[515]가 있으나 내국민대우 등은 설립, 인수, 확장, 운영, 영업, 매각 기타 처분에 관련된 것으로 수용보상에도 적용된다고 볼 여지도 있으므로 어떠한 방식을 취하더라도 비차별적인 수용을 해야 한다는 점에서는 결론의 차이는 없다.

(3) 신속・적절・유효한 보상

‘신속・적절・유효한 보상’이란 소위 ‘Hull 공식’을 의미하는 것이다. ‘신속한 보상’이란 합리적인 기간 안에 보상이 이루어져야 한다는 의미이고, ‘적절한 보상’이란 보상이 수용일의 시장가치에 따라 이루어지고 실제 지급일까지의 이자를 포함하여야 한다는 의미이며, ‘효과적인 보상’이란 보상이 자유사용가능통화

514) 콜롬비아-미국 FTA 제10.7조 제1항의 각주 5번에서는 “공공목적(public purpose)”란 국제관습법상의 개념을 의미하며, 국내법은 이를 “public necessity”, “public interest”, “public use”와 같은 용어를 이용하여 표현할 수도 있다고 언급하고 있다: For greater certainty, for purposes of this article, the term “public purpose” refers to a concept in customary international law. Domestic law may express this or a similar concept using different terms, such as “public necessity,” “public interest,” or “public use.”

515) Dolzer, Rudolf & Margrete Stevens, Bilateral Investment Treaties(1995), p. 106.

(freely convertible currency)에 의해 수용 당일의 환율로 이루어져야 한다고 해석된다.

(가) Hull 공식 개관

수용에 관한 국제법은 20세기 초반 러시아, 멕시코 등 국가의 광범위한 국유화 조치에 대응하여 발전되었다. 이러한 국가들의 수용은 대부분 보상이 수반되지 않거나 불충분한 보상으로 인해 투자자의 모국과 투자유치국 간의 외교적 분쟁을 야기하였다. 1938년 미국 국무장관 Cordell Hull은 수용된 자국민 재산에 대한 보상을 요구하는 서한에서 보상은 '신속하고, 적절하고, 효과적(prompt, adequate, effective)'이어야 한다는 기준을 제시하였고 이는 자본수출국에 의해 채택되어 소위 'Hull 공식(Hull formula)'으로 정착되었다.[516]

이와 관련하여 수용 시 보상의 수준이 주요 쟁점으로 대두되었다. 다수의 선진국들은 Hull 공식과 공정시장가격(fair market value)에 따른 보상을 요구한 반면, 개발도상국들은 '정당한 보상(just compensation)' 또는 '적절한 보상(appropriate compensation)'을 주장하였다. 전통적으로 개도국들은 외국인에게 내국민대우 이상을 보장하지 않으며 내국법에 따른 대우에 대해 외교적 보호권을 행사할 수 없다는 '칼보주의(Calvo doctrine)'를 유지해 왔으며 수용에 대한 보상에 있어 'Hull 공식'보다 완화된 '적절한 보상'을 주장해왔기 때문에 상당한 논란이 있었다.

그러나 1994년에는 NAFTA가 발효되면서 직접·간접 수용에 대한 보상과 Hull 공식에 따른 보상을 규정하기에 이르렀고, 실제 멕시코뿐만 아니라 ASEAN 국가들도 한-ASEAN FTA나 호-뉴-ASEAN FTA에서 Hull 공식을 받아들였다. 미국이 기 체결한 미국-칠레 FTA, 미국-페루 FTA에서 보듯이 중남미 국가들도 Hull 공식을 받아들이고 있다. 다만, 투자유치국 입장에서는 Hull 공식보다는 칼보주의가 유리한 것은 사실이나 세계적인 추세에 비추어 칼보주의를 관철할 수 있을지는 의문이다.

516) 한-미 FTA 투자분야연구, 앞의 책, 104-105면 참조.

(나) Hull 공식과 보상의 원칙

① 신속보상 원칙

첫째, 보상은 '지체 없이' 지급되어야 한다. 이와 관련하여 "without delay"를 해석하는 기준에 대하여 논란이 있다. 우리의 기 체결 BIT 중에는 "without undue delay"라고 규정한 경우가 다수 존재한다.[517] 그렇다면 "without undue delay"의 의미가 무엇인지, 부당하지만 아니하면 모든 절차적 지연이 정당화될 수 있는지가 문제된다.

신속보상은 결국 송금과도 관련이 있다. 송금의 방법 중 손실보상이나 수용보상에 의한 보상금의 송금도 포함하고 있기 때문이다. 특히 저개발국의 경우 절차지연을 회피하기 위하여 이러한 조항을 남용할 우려가 있다. 그렇기 때문에 일부 BIT 중에는 이러한 절차를 1달로 규정하고 있는 경우도 있고,[518] 우리 기 체결 FTA 중 한-ASEAN FTA에서도 "without undue delay"라고 규정하면서 각주[519]를 통해 "당사국들은 지급이 이루어지기 전에 준수될 필요가 있는 법적·행정적 절차가 있을 수 있다는 것을 이해한다."고 해석을 명확히 하고 있다. 그러나 이러한 without undue delay가 반드시 불리하다고 볼 수는 없다. 합리적 기간 내로 제한하여 투자유치국의 부담을 덜어준다는 측면에서는 수긍이 갈 수 있는 조문이다. 그러나 1개월이나 2개월로 규정할 경우에는 오히려 자유로운 송금이나 보상을 제한할 수 있으므로 기간을 특정하는 것은 남용될 소지가 있어 바람직하지 않다.

② 적절한 보상 원칙

보상은 수용된 투자에 대한 수용발생일(수용일) 직전의 공정시장가격(Fair

517) 한-불가리아 BIT 제4조 제2항. 한-우루과이 BIT 제5조 제2항. 한-케냐 BIT 제4조 제2항. 한편, "without delay"라고 규정한 경우도 다수 존재한다: 한-일 BIT 제10조 제3항, 한-콩고 BIT 제5조 제1항, 한-미 FTA 제11.6조 제2항 (a)호.

518) 크로아티아나 독일, 콜롬비아가 체결한 BIT에 일부 기간 제한 조항이 존재한다.

519) 한-ASEAN FTA 제12조 제2항 (c)호 각주 17: "The parties understand that there may be legal and administrative processes that need to be observed before payment can be made." 참고로 한-베트남 FTA 지9.7조 제2항 (a)호 및 한-콜롬비아 FTA 제8.7조 제2항 (a)호도 "without undue delay"라고 규정하고 있으나, 해석을 위한 각주는 없다.

Market Value)과 동등하여야 한다. '공정시장가격'이란 일반적으로 매수자가 정상적인 시장상황에서 매도자에게 지급하려고 하는 자산가격을 의미한다.[520] 그러나 공정시장가격을 어떻게 결정하는지가 문제된다. 대체로 계속가치, 청산가지, 대체가치, 장부가치 등이 기준이 될 것이다.[521]

또한, 보상금 산정 기준시점을 '수용일 직전'으로 명시하고 있는 바, 이는 수용일 이후의 가격변동은 보상액 산정에 반영되어서는 아니 된다는 취지로서 보상은 수용 의도가 미리 알려졌기 때문에 발생하는 가치의 변동을 반영하지 아니하여야 한다.

마지막으로 이자와 관련하여 공정시장가격이 자유사용가능통화(freely usable currency)로 표시된 경우에는, 보상은 수용일의 공정시장가격에 그 통화에 대한 상업적으로 합리적인 이자율에 따라 수용일로부터 지급일까지 발생한 이자를 더한 것보다 적어서는 아니 된다. 만일 공정시장가격이 자유사용가능통화가 아닌 통화로 표시된 경우에는, 수용일의 일반적 시장환율(market rate of exchange)에 따라 자유사용가능통화로 환산된 수용일의 공정시장가격에 그 자유사용가능통화에 대한 상업적으로 합리적인 이자율에 따라 수용일부터 지불일까지 발생한 이자를 합한 것보다 적어서는 아니 된다.

---

520) NAFTA 제1110(2)조는 공정시장가격의 평가방식에 관하여 "평가기준은 계속가치, 유형재산의 공표된 과세 가치, 공정시장가격을 결정하는 기타 적절한 기준을 포함하여야 한다(Valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value)"라는 규정을 두고 있으나 이는 강제규정이 아니라 산정방식에 대한 예시적 규정으로서 중재판정부는 재량에 따라 보상액 산정기준을 정할 수 있다.

521) 「외국인 직접투자의 대우에 관한 세계은행 가이드라인(World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment)」은 공정시장가격을 결정하는 합리적인 방식의 예시로서 다음과 같은 네 가지를 제시하고 있다. 첫째는 현금흐름할인(DCF, discounted cash flow) 방식이다. 이는 수용되는 자산에 관한 미래의 현금흐름을 산정한 후 할인율을 반영하여 현재가치로 환산하는 방식으로서 수익성(profitability)에 대해 입증된 기록을 보유한 계속가치(going concern)에 적용하는 것이 합리적으로 평가된다. 둘째는 청산가치(liquidation value)로서, 기업 등의 청산 시에 자산을 매수하고자 하는 자에게 판매될 수 있는 가격에서 동 기업이 부담해야 하는 책임액을 차감한 금액을 의미한다. 이 방식은 계속가치를 입증하지 못하고 수익성이 결여된 투자에 적용될 수 있다. 셋째는 대체가치(replacement value)로서, 수용일 기준의 실제 자산을 대체하는데 필요한 금액이다. 넷째는 장부가치(book value)로서 기업의 회계장부상 자산과 부채의 차이 또는 일반적으로 수용되는 회계원칙에 따라 감가상각된 유형 자산의 대차대조표상 가액을 의미한다. 위 네 가지 기준 외에도 중재판정례에서는 실제 투자금액(actual investments)을 기준으로 보상액을 정하는 경우도 많다. 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 109면 참조.

이와 관련하여 환율 계산 방식이 문제가 되는데, 시장환율을 유지할 경우 문제가 없으나 고정환율을 유지하는 나라와 FTA나 BIT를 체결하는 경우에 문제가 된다. 대표적으로 CIS 국가 및 요르단 등은 우리(자율변동환율제도)와 달리 아직 고정환율제를 운용하고 있는 것으로 파악되므로, 투자유치국의 공식 고정환율과 실제 시장환율이 크게 다를 경우 우리 투자자가 불측의 피해를 입을 가능성도 배제할 수 없으므로 시장환율을 삽입하는 것이 필요하다. 우리가 기존에 리비아·불가리아·UAE·요르단 등 고정환율제를 채택하는 국가와 BIT 체결 시에도 이러한 우려를 배제하기 위하여 시장환율로 합의한 바가 있음에 유의하여야 한다.

③ 유효한 보상

보상은 충분히 실현가능하고 자유롭게 송금 가능하여야 한다. '자유사용가능통화'라 함은 국제통화기금(IMF)이 'IMF 협정(Agreement of IMF)' 제1.4조에 따라 결정한 자유사용가능통화를 말한다. IMF 협정 제30조(f)는 '자유사용가능통화'란 국제거래의 지급을 위해 사실상 광범위하게 사용되고 주요 외환시장에서 광범위하게 거래되는 회원국의 통화를 의미한다고 규정하고 있으며, IMF는 1998. 12. 17.자 결정으로 미국 달러, 영국 파운드, EU 유로, 일본 엔 등 4개 통화를 자유사용가능통화로 고시한 바 있다.

(4) 적법절차

수용에 있어서 '적법절차' 원칙은 ① 수용 절차가 국내법 및 관련 국제적으로 인정된 근본 규칙을 준수하여 이루어져야 하고, ② 수용을 당하는 투자자가 독립적이고 공정한 기관에 의한 심사를 받을 수 있는 기회가 제공될 것을 요구한다.[522] 우리 기 체결 투자협정의 경우 대부분 NAFTA 방식과 같이 적법절차와 함께 최소기준대우에 의한다는 기준을 추가해서 규정하고 있다.[523] 단, 한-미

522) UNCTAD, *Expropriation: A Sequel* (2011), p. 36.

523) 단, 한-EFTA FTA, 한-ASEAN FTA, 한-캐나다 FTA, 한-뉴질랜드 FTA, 한-베트남 FTA에는 적법절차에 따를 것만을 규정하고 있으며, 한-호주 FTA와 한 - 콜롬비아 FTA

FTA에서는 최소기준대우 조항의 특정조항인 '제11.5조 제1항 내지 제3항(Article 11.5.1 through 11.5.3)'을 명시하고 있으나, 이는 다른 기 체결 FTA와 달리 한-미 FTA의 경우 최소기준대우 조항의 제4항 내지 제6항에서 손실 보상에 대해 규정하고 있기 때문에 구분하여 표시한 것이지 그 외에 다른 의미가 있는 것은 아니다.

수용에 있어서 적법절차에 관하여 한-중 BIT 제5.2조 "The expropriation shall be carried out in accordance with the applicable laws and regulations and against compensation."와 같이 명시적으로 국내법규에 따른다고 규정하고 있지 않은 경우, 수용의 적법성 요건으로서의 '적법절차'는 국제적인 기준을 적용한다는 것이 정설로 받아들여지고 있다. 국제적 기준의 적법절차란 무엇인지에 대해서는 *Middle East Cement v. Egypt* 사건, *ADC v. Hungary* 사건, *Siag & Vecchi v. Egypt* 사건 등의 중재판정례를 통해 보다 구체화되었다.

Middle East Cement v. Egypt 사건 중재판정부는 청구인 소유 선박에 대한 몰수 및 경매에 대한 통보절차가 피청구국의 국내법에 따라 이루어지지 못한 점을 지적하면서 이러한 피청구국의 행위는 공정·공평대우 및 수용 조항 위반이라고 판정한 바 있으며,[524] *ADC v. Hungary* 사건의 경우 수용에 있어서 적법절차란 합리적인 사전 통보, 공정하고 독립적인 소청기회 등을 투자자가 실제로 이용할 수 있도록 보장되어야 하는 것이라고 판시했다.[525] 또한, 최근 사건인 *Siag & Vecchi v. Egypt* 사건에서 중재판정부는 청구인이 합리적인 이유 없이 계약이 취소되고 투자가 수용되었을 뿐만 아니라, 사전에 수용가능성에 대해 통보 받고, 그 문제에 대해 심사를 받을 수 있는 기회를 제공받지 못하였다고 지적하며 피청구국이 적법절차를 실질적으로 침해했다

는 "in accordance with the principle of due process of law as embodied in the principle legal systems of the world"라고, 한-중 FTA는 "in accordance with its laws and international standard of due process of law"라고 규정하고 있다.

524) *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/99/6, Award (2002. 4. 12.) (이집트-그리스 BIT), para. 143

525) *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award (2006. 10. 2.) (사이프러스-헝가리 BIT), para. 435.

고 판단했다.[526]

이들 판정문들을 보면, 국제적 기준으로의 적법절차는 기본적으로 문명국에서 일반적으로 인정되고 있는 적법절차의 핵심적인 개념들을 차용하고 있다. 즉, 아무런 법률적 근거 없이 또는 국내법이 정하는 절차를 따르지 않고 사유재산을 국유화하는 경우, 이에 대한 적절한 이의를 제기할 권리 또는 기회(judicial review)가 박탈된 경우 등을 적법절차 침해로 보았다. 수용에 대한 사전 통보가 국제적 기준의 적법절차 요건에 해당하는지에 대해서는 아직 확립된 기준이 없으나, 적어도 수용에 있어서 적법절차의 국제적 기준은 해당 국가의 국내법에 따라 자의적이지 않은 방식으로 진행되고, 그 과정에서 문제된 수용에 대해 이의를 제기하고 그에 대하여 독립된 기관으로부터의 심사를 받을 수 있는 권리를 보장할 것을 요구하고 있는 것으로 보인다.[527]

(5) 보상의 기준

1928년 상설국제사법재판소(PCIJ)는 *Chorzów 공장* 사건에서 적법한 수용과 불법 수용을 구분하고 양자의 손해배상 기준의 차이에 대해 설시한 바 있다. PCIJ는 적법한 수용의 경우 손해는 "공정한 보상의 지급(payment of fair compensation)" 또는 수용 당시 "수용물의 공정 가격(the just price of what was expropriated)"을 통해서만 치유될 수 있다고 판시했다.[528] 반면, 불법 수용의 경우에는 불법이 없었던 상태로의 원상회복이 이루어져야 하며, 원상회복이 불가능한 경우에는 판결이 내려지는 시점을 기준으로 동일한 금전적 가치의 배상이 제공되어야 한다고 판시하였다.[529] 이러한 구분은 이후 Iran-U.S. Claims Tribunal의 *Amoco v. Iran* 사건에서 재확인되었으며, 최근 ISDS 사건

526) *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt,* ICSID Case No. ARB/05/15, Award (2009. 6. 1.) (이집트-이탈리아 BIT), para. 441.
527) UNCTAD, *Expropriation: A Sequel (2011),* p. 40.
528) *The Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (The Merits), Germany v. Poland, Permanent Court of International Justice, Judgment, 13 September 1928, 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17, p. 47.
529) *The Factory at Chorzów* (Claim for Indemnity) (The Merits), Germany v. Poland, Permanent Court of International Justice, Judgment, 13 September 1928, 1928 P.C.I.J. (ser. A) No. 17, p. 47.

인 *ADC v. Hungary, Siemens v. Argentina, Vivendi v. Argentina II* 사건의 중재판정부들도 이러한 입장을 따르고 있다.

그러나 일반적으로 FTA나 BIT의 수용 조항에는 적법한 수용의 경우 보상의 기준 및 방법에 대해서만 규정하고 불법 수용의 경우에 대해서는 침묵하고 있는 경우가 많으며, 이 경우 불법 수용에 대한 보상은 어떻게 이루어져야 하는지가 문제된다. *ADC v. Hungary* 사건에서 중재판정부는 일반적으로 당사국 간의 BIT가 특별법(*lex specialis*)으로써 국제관습법에 우선하나, 동 사건 BIT는 적법한 수용에 대한 배상 기준만을 규정하고 있으므로, 불법 수용의 경우에는 *Chorzów 공장* 사건에서 확립된 국제관습법상의 기준이 적용되어야 한다고 판단한 바 있다.[530] 동 사건에서 중재판정부는 피청구국의 수용행위가 공익성, 비차별성 등 적법 요건을 충족하지 못한 불법 수용이라고 판단하였고, 따라서 청구인에게 지급할 배상금은 수용 목적물의 시가를 판정 시를 기준으로 책정하였다.[531]

---

530) *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award (2006. 10. 2.) (사이프러스-헝가리 BIT), paras. 484-485.

531) 일반적으로 수용이 결정되면 해당 목적물에 대한 시가가 하락하는 반면, 동 사건에서는 오히려 판정 시점에 시가가 상승하여 있었다는 점이 특이사항이다.

나. 관련 중재판정례

〈 *ADC v. Hungary* [532] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 부다페스트 국제공항 터미널 건설 및 운영에 관한 계약을 피청구국의 공항관리공사인 ATAA와 체결하여 터미널을 완공하고 운영하던 중 피청구국 교통부의 Decree No.45/2001로 인해 기존에 ATAA와 체결한 계약이 무효화되어 수익 배당금 및 관리비 등을 지급받지 못하게 되자 이러한 피청구국의 조치가 청구인의 투자에 대한 수용이라고 주장하면서 중재 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 BIT상의 '공익(public interest)' 요건은 진정한(genuine) 공공의 이익을 요구하는 것이라고 보아, 단지 공익을 위한 것이라 주장하는 것만으로는 충분하지 못하다고 판단하여 피청구국의 공익 항변을 기각
- 수용에서 '비차별적인 조치'란 서로 다른 집단 간 서로 다른 대우를 의미하는 바, 동 사건에서 피청구국이 법령으로 지정한 업체와 모든 외국인 투자자를 다르게 대우하였으므로 이는 차별적 조치에 해당한다고 판단

〈 *Eureko v. Poland* [533] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 피청구국인 폴란드의 국영보험회사인 PZU의 민영화 과정에서 피청구국 재무부와 주식매입계약(SPA)을 체결하여 동 회사의 지분을 20% 취득하고, 이후 주식공모(IPO)를 통해 21%의 지분을 추가로 취득하기로 합의하였으나, 피청구국이 약속과 달리 IPO를 진행하지 않아 추가 지분 획득을 못하게 되자 이러한 피청구국의 행위가 수용에 해당한다고 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 재부무 장관의 발언에서 드러난 바와 같이 피청구국이 청구인과 같은 외국인 투자자의 참여를 배제하고 PZU가 다수의 폴란드 주주에 의해 통제될 수 있도록 하려는 목적이었기에. PZU의 IPO를 거부한 피청구국 정부의 조치는 명백히 차별적이라고 판단하여 수용의 적법성 부정

---

532) *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award (2006. 10. 2.) (사이프러스-헝가리 BIT).

533) *Eureko B.V. v. Republic of Poland,* UNCITRAL, Partial Award (2005. 8. 19.) (네덜란드-폴란드 BIT).

〈 *LETCO v. Liberia* [534] 〉

○ 사안개요

- 청구인은 1968년 피청구국 정부와 목재 및 기타 임산물에 대한 수확, 가공, 운송, 매매 등에 관한 양허계약을 체결하였으나, 1979년 피청구국 산림개발청이 양허계약 재협상을 요구하면서 청구인이 개발하기로 되어있던 양허 지역을 축소하는 결정을 내리고, 그로부터 박탈한 양허를 다른 외국인 소유 회사들에게 부여하자 이러한 피청구국의 행위는 사실상 양허 계약을 무효화시키는 조치라고 주장하며 양허계약의 분쟁해결조항에 기해 중재 제기

○ 판정취지

- 중재판정부는 양허계약 위반 여부와는 별도로, 비록 청구인이 주장하지는 않았으나 피청구국의 행위가 수용 내지 국유화 조치로서 정당화될 수 있는지 여부를 근거 법률, 진정한(*bona fide*) 공공목적, 비차별성, 적절한 보상 유무를 기준으로 판단했으며 동 사건에서 피청구국 정부의 행위는 위의 4가지 요건 모두를 충족시키지 못하였기에 수용 내지 국유화 조치로서의 정당성을 갖추지 못하였다고 판단
- 특히, 중재판정부는 피청구국 정부가 청구인으로부터 박탈한 양허를 부여한 다른 외국인 소유 회사들을 '좋은 친구들(good friends)'라고 표현한 증거에 주목하여 피청구국의 행위가 차별적으로 이루어졌다고 판단

534) *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, Award (1986. 3. 31.) (Liberia-LETCO Concession Agreement).

〈 *Emmis v. Hungary* [535] 〉

○ 사안개요

- 헝가리 국영라디오 방송의 주파수 허가를 취득한 헝가리 회사 Sláger Radio의 주식을 100% 소유한 청구인은 동 주파수 허가가 만료를 몇 개월 앞두고 진행된 경쟁입찰에서 제3자가 낙찰 받자, 동 입찰 절차가 부당하게 진행되었음을 보여주는 강력한 증거를 이유로 피청구국 법원에 이의를 제기하였으나, 피청구국 의회가 문제의 입찰결과를 변경할 수 없도록 미디어법을 개정하자 이러한 피청구국의 행위는 Sláger Radio에 대한 자신의 투자를 수용한 것에 해당한다며 중재 제기

○ 판정취지

- 우선 판정부는 ① 수용의 목적물이 계약(contract)이 아닌 재산권(property right)이어야 하고, ② 동 재산권은 수용 당시 적용가능한 국내·지방 법규에 따라 부여된 것이어야 하며, ③ 비록 계약에 의해 부여된 권리가 수용할 수 있는 자산(asset)을 구성할 수 있다 하여도, 계약에 의한 권리와 관련된 수용이 문제된 경우에는 청구인이 소유한 재산적 이익 내지 자산에 대한 식별(identification of a property interest or asset held by the claimant)이 여전히 필요하다고 판시하였으나 근거 BIT에 기한 관할권이 없음을 이유로 수용에 대해 판단하지 않음

다. 간접수용

(1) 문제점

대부분의 BIT와 FTA는 수용 및 보상 조항이 직접수용 뿐만 아니라 간접수용에도 적용된다고 규정하고 있다. 간접수용이란 통상 정부조치가 투자를 물리적으로 박탈하는 것은 아님에도 불구하고 '외국인 투자 자산에 대한 경영, 사용, 통제의 효과적 상실 또는 가치의 중대한 박탈'의 결과가 발생하는 것으로 정의된다.[536] 이러한 효과를 지니는 조치에 대하여 중재판정부는 간접수용이라는 용어 외에도 점진적(creeping) 수용[537], 규제적(regulatory) 수용[538], 사실상

535) *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, Award (2014. 4. 16.) (헝가리-네덜란드 BIT, 헝가리-스위스 BIT).

536) UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues* Vol Ⅰ, p. 235.

(*de facto*) 수용, 결과적(consequential) 수용, 위장된(disguised) 수용, 해석적(constructive) 수용 등 다양한 용어를 혼용하여 사용하고 있으나 그 의미가 모두 일치하는 것은 아니다.[539]

문제는 국가의 규제조치 등이 보상을 필요로 하는 '간접적 수용'에 해당하는지 아니면 사회가 보상 없이 수인하여야 하는 사회적 규제에 불과한 것인지 이다. 사회적으로 수인해야 하는 보상과 보상을 필요로 하는 수용을 구분하고 있는 우리 학계와 판례의 입장에서 우리 법제상 존재하지 않는 개념인 간접수용을 어떻게 보아야 하는지가 문제된다. 특히 보상 규정이 없는 경우가 문제되는데, 우리 헌법 제23조 제3항은 "공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다."라고 규정하고 있어, 보상규정이 법률에 없는 경우 원칙적으로 보상을 하지 못하게 되기 때문이다. 이러한 경우, 별도의 보상 규정이 없는 간접수용이 사회적으로 수인해야 하는 것으로 보상이 필요 없는 경우인지 아니면 이러한 경우에도 비례성 원칙 등에 의한 보상이 필요한지가 문제가 되는 것이다.[540]

외국의 경우에도 구체적 사건별로 간접수용 해당 여부를 판단하고 있는바, 간접수용에 대하여도 직접수용과 마찬가지로 보상한다는 원칙만을 규정하였을 뿐, 간접수용의 부속서가 없는 상황에서 NAFTA의 투자분쟁에서 간접수용에 근거한 중재청구가 많아지고 *Metalclad v. Mexico* 사건에서 간접수용 주장이

---

537) '점진적 수용(creeping expropriation)'을 의미하는 것으로서 특정조치 하나만으로는 수용에 해당하지 않으나 일련의 조치의 종합적·누적적 효과로 수용적 결과가 발생하는 경우를 지칭한다. 점진적 수용의 예로는 경영권에 대한 간섭, 노동력 또는 원재료에 대한 접근 거부, 과도하거나 자의적인 과세조치 등을 들 수 있다

538) 직접 수용이 아닌 것으로서 보상을 필수적으로 수반하는 간접 수용을 간접 수용(indirect expropriation) 혹은 보상대상 수용(compensable takings)이라고 하고, 직접 수용에 해당하지 않는 것으로서 보상을 해 줄 필요가 없는 조치는 규제적 수용(regulatory takings/ regulatory expropriation) 혹은 비보상 규제(non-compensable regulations)라 하여 구별해 온 것이 전통적인 국제법 학자들이나 중재판정의 태도였다. 가장 일반적으로 비보상 규제를 개념화해 본다면, 정부가 선의에 의해(bonafide),비차별적인 조치를 통해, 적법한 국가 권한을 행사하는 경우라고 할 수 있으며, 이러한 대표적인 유형의 규제 조치에는 과세, 면허 및 쿼터와 관련된 무역규제, 환율 변동, 독과점 규제, 소비자 보호, 국가안보, 환경보호, 토지계획 등이 제시되고 있으나 반드시 명확한 것만은 아니다.

539) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 112면 참조

540) '수용유사침해이론', '수용침해이론'으로 설명하는 견해가 있다. 김동희 행정법I 박영사 (2008) 580-586면 참조

인정됨과 아울러 간접수용 법리에 관한 확장적 해석론이 전개된 것[541] 등을 계기로 미국 내에서 NAFTA 투자분쟁 해결시스템 전반에 대한 비판이 대두되었다고 한다.

이러한 비판론에 대응하여 미국 의회는 2002년 TPA(Trade Promotion Act) 제정 시 향후 투자협정 등을 체결함에 있어 간접수용 법리에 관하여 미국 국내법상의 수용 법리를 반영함으로써 외국투자자가 미국 국민보다 더 큰 실체적 권리를 부여받지 않도록 규정할 것을 요구하게 되었으며,[542] 이러한 간접수용 법리의 개선요구를 반영하여 2004년 모델 BIT부터 간접수용 판단기준, 정의, 예외를 규정한 부속서를 삽입하게 된 것이다. 물론 이러한 부속서가 간접수용의 추상성과 법리의 확장적 해석 전부를 방지할 수 있는 것은 아니나 이러한 부속서를 삽입하게 되면 투자유치국의 부담을 줄이고, 간접수용의 판단기준을 제시하는 효과가 있다고 본다.

(2) 직접수용과의 구분

일반적으로 직접수용은 간접수용과 달리 명백한 몰수나 명의의 공식적 이전으로 설명이 된다. 즉 수용의 방식에 있어서 국가마다 약간의 차이는 있으나, 대체적으로 두 가지 형태로 포괄된다고 볼 수 있다. 한-미 FTA를 비롯한 대부분의 우리 기 체결 FTA 및 미국 모델 BIT 등은 "명의의 공식적 이전(formal transfer of title)" 또는 "명백한 몰수(outright seizure)"가 직접수용에 해당한다고 보고 있다.[543] 또한, 수용의 방식으로 "expropriation", "nationalisation",

---

541) *Metalclad* 사건의 중재판정부는 직접적이고 의도적인 재산 수용 행위뿐만 아니라, 투자자의 이용 가능성 또는 합리적으로 예상할 수 있는 경제적 이익의 전부 또는 상당한 부분을 박탈하는 결과를 가져오는 간접적이거나 비의도적인 방해(covert or incidental interference)도 간접수용으로 볼 수 있으며 수용이 있었는지 여부를 판단함에 있어 투자유치국이 당연히 이익을 취하였는지 여부도 고려 대상이 아니라는 법리를 전개하였다. *Metalclad v. Mexico,* Award(2000. 8. 30.), para. 103.

542) 19 U.S.C. § 3802.(b)(3) "while ensuring that foreign investors in the United States are not accorded greater substantive rights with respect to investment protections than United States investors in the United States,.....by (D)seeking to establish standards for expropriation and compensation for expropriation, consistent with United States legal principles and practice;"라고 규정하고 있다.

543) 한-미 FTA 부속서 11-B(수용) 제2항, 한-호주 FTA 부속서 11-B(수용) 제2항, 한-중 FTA

“take” 등의 표현이 사용되나 큰 차이는 없다고 본다. 결국, 직접수용과 간접수용을 구별만 한다면 표현방식에 따라서는 의미가 달라지지 않는다고 볼 수 있다.

그러나 간접수용은 직접수용이 아니면서 당사국의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용과 동등한 효과(equivalent effect)를 가지는 경우로서 효과를 기준으로 판단하는 개념이다. 물론 “equivalent”로 표현하든 “tantamount”로 표현하든 큰 차이가 있는 것은 아니다. 다만, 정부의 규제조치 등으로 투자자에게 재산상 손해가 발생하는 모든 경우가 간접수용에 해당하는 것이 아니라 직접수용과 “동등한(equivalent)”한 효과를 가지는지를 기준으로 하는 것이다.

따라서 직접수용은 각국 법제에서 규정하는 바와 같이 효과가 아닌 행위를 기준으로 판단하는 개념이므로 직접수용과 유사한 효과를 가진다 하더라도 그것은 간접수용에 해당될 여지가 있을 뿐 직접수용은 아니다. 또한, 헌법상 인정되는 직접수용은 강압적으로 국가가 소유권을 박탈하는 경우(몰수)와 법적으로 소유권을 이전하는 경우(명의의 이전)로 구분할 수 있으므로 물리적인 소유권 박탈은 직접수용이다.[544]

따라서 명의의 공식적 이전 또는 몰수 이외의 조치로 인한 경우 아무리 효과가 수용과 동일하다 하더라도 직접수용에 해당할 수 없다.

(가) 간접수용 판단기준

부속서에서는 간접수용의 정의, 판단법리, 그리고 간접수용에 대한 원칙적 예외를 규정하고 있다. 우리나라가 기존에 체결한 BIT와 FTA를 포함하여 현재까지 전 세계적으로 체결된 대부분의 BIT 중 미국 모델 BIT 이전에는 단지 간접수용에 대해서도 보상을 부여한다는 원칙만을 규정하고 있을 뿐 간접수용에 대한 정의규정은 두고 있지 않아 논란이 되어 왔으나, 이러한 점을 반영하여 미국 모델 BIT 수용 부속서에 간접수용의 정의규정을 두게 되었고 이 내용이 한-

---

부속서 11-B(수용) 제2항, 한-베트남 FTA 부속서 10-B(수용) 제2항, 한-콜롬비아 FTA 부속서 8-B(수용) 제2항 등.

544) 우리나라의 경우에는 수용과 보상에 관한 법률로 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’이 있다.

미 FTA에 수용된 것이다.

실제 당사국의 행위가 간접수용에 해당하는지 여부는 투자에 관한 모든 관련 요소를 고려하여 '사안별로(case-by-case)', '사실에 기초한 조사(fact-based inquiry)'를 통해 결정해야 하는 것이다. 간접수용 여부가 문제되는 상황이 매우 다양하고 복잡하기 때문에 사안별 접근 방식을 취하는 것이다.

간접수용 여부 심리과정에서 어떠한 요소를 고려하여야 하는가에 관하여 중재판정례는 다양한 요소와 기준을 제시하여 왔으며, 한-미 FTA는 그중에서도 ① 정부행위의 경제적 영향, ② 정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도, ③ 정부행위의 성격 등 3가지를 주로 고려하여야 함을 규정하고 있다.

이러한 3가지 기준은 미국 헌법상의 '규제적 수용(regulatory taking)'에 관한 *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* 사건 등의 미국 대법원 판례[545]를 통해 발전해 온 법리가 미국 모델 BIT에 반영된 것이다. 보상이 필요 없는 합법적 규제와 보상이 필요한 간접수용을 구분하는 기준에 대해서 중재판정부 간에 다소 불일치가 있었던 것은 사실이나, 판정례들을 면밀히 검토해 보면 중재판정부들은 넓은 의미에서 위 3가지 기준을 적용하고 있는 것으로 분석된다.[546] 다만, 이러한 3가지 기준이 절대적인 기준은 아니다.[547] 그러나 호주나 뉴질랜드, 미국, 콜롬비아 등이 체결한 FTA에 위 3가지 기준이 존재하고 있고, 우리의 경우에는 한-미 FTA와의 정합성 및 미래 MFN의 문제를 고려할 때 가급적 기존의 틀을 유지하는 것이 안정적이라고 본다.[548]

---

545) 438 U.S. 104(1978).

546) OECD, *"Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", Working Paper on International Investment,* (2004) 참조.

547) 호-뉴-ASEAN FTA나 미국이 기 체결한 FTA에서도 3가지 기준을 언급하고 있다.

548) 물론 모든 문안을 그대로 관철한다는 것은 현실적인 어려움이 있고 실제 '특별희생'이나 '부동산가격안정화정책'을 그대로 삽입하는 데에 다른 협상 상대국이 거부감을 갖는 경우가 있으므로 협상전략상 신중한 접근을 요하되 그 문안의 의미를 최대한 존중하는 방향으로 관철하는 것이 필요하다.

① 정부행위의 경제적 영향

첫 번째 고려요소는 '정부행위의 경제적 영향'이다. 이는 소위 '영향 기준(effect test)'으로 불리는 법리로서 정부조치로 인해 투자자의 경제상황에 어떠한 영향이 미쳤는지, 그로 인해 사업이 폐지될 정도인지 약간의 손실을 발생케 한 정도에 불과한 것인지 등 정부조치가 투자자의 재산을 박탈하는 정도와 기간 등을 고려하는 것이다.

이와 관련하여 국제법적으로 문제되는 것은 이러한 '영향 기준'이 간접수용 여부를 결정할 때 고려되는 유일한 기준인지, 아니면 기타 요소도 동시에 고려되어야 하는지 이다. 이 기준만을 유일하고 배타적인 고려 요소로 고려하는 이론을 'sole effect doctrine'이라고 하는데 이는 지나치게 투자자 우호적인 기준으로서 공공복리를 위해 불가피한 선의(bona fide)의, 비차별적 조치라 할지라도 투자자 재산에 박탈적 효과가 미친다는 이유만으로 모두 간접수용으로 의율되는 불합리한 점이 있어 일반적으로 인정되는 견해는 아니다. 대부분의 중재판정부는 경제적 영향뿐만 아니라 조치의 목적(purpose)과 맥락(context)을 함께 고려하는 '균형적 접근(balanced approach)'을 택하고 있다. 한-미 FTA의 수용 부속서에서는 정부조치로 인해 손실이 발생하였다는 사실만을 근거로 간접수용임을 주장하는 것을 방지하기 위해, 당사국의 행위가 투자의 경제적 가치에 부정적인 효과(adverse effect)를 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아님을 명기하였다.[549]

549) 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 120면 참조

〈 *Economy effect* 〉

○ *Pope & Talbot*
- "단순한 간섭은 수용이 아니며, 근본적 소유권의 박탈에 이를 정도로 심각한 정도여야 한다"고 판시

○ *S.D. Myers v. Canada*
- 간접수용을 구성하려면 정부조치가 "경제적 권리의 이용을 영구적이거나 지속적으로 제거하는 정도"에 이르러야 하나 간접수용의 지속기간과 관련하여 "박탈이 부분적이고 임시적이라 할지라도 맥락과 정황에 따라 그 박탈이 수용에 해당한다고 볼 수 있다"고 판시

○ *LG&E v. Argentina*
- 간접수용 여부 판단 시, "문제된 조치의 경제적 영향, 투자자의 정당한 기대에 대한 침해, 당해 조치의 지속성 정도를 분석해야 한다"고 판시

즉, 경제적 영향의 심각성이나 기간 등이 절대적 요소가 아니고 경제적 영향을 판단하는 하나의 요소에 불과하다는 견해를 따를 경우 "경제적 영향이 심각하거나 무한정적인 경우 간접수용에 해당할 여지가 높다는 문구"를 삽입하는 FTA는 이러한 중재판정부의 최근 추세를 반영하지 못한 것이다.[550] 대부분의 중재판정례들은 경제적 영향의 심각성(severity)을 간접수용 해당여부 판단 시 가장 중요한 요소로 고려하면서도 정부조치의 영향이 단순한 경제적 손실이 아니라 실질적 박탈로 귀결될 것을 요하고 있다. 그러나 이 요소와 관련하여 논의되는 쟁점 중의 하나는 규제의 지속 기간에 관한 것으로서 임시적인 조치도 수용을 구성할 수 있는가의 문제이다. 그러나 이 역시 사건별로 구체적 고찰이 필요한 쟁점으로서 비록 일시적인(temporary) 조치라 할지라도 그 결과로 나타나는 재산권 박탈 효과가 단지 임시적인 범위를 넘어 심각한 수준이라면 수용을 구성할 가능성이 높을 것이다.

② 정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도

두 번째 고려요소는 '정부행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를

550) 최근 중국이나 뉴질랜드는 이러한 문구를 삽입하기 원하나, 하나의 요소에 불과한 것으로 경제적인 효과는 전체적인 맥락에서 파악하여야 한다. "either severe or for an indefinite period"라는 것은 경제적 영향을 판단하는 하나의 기준에 불과하다는 점에 유의하여야 한다.

침해하는 정도'이다. 간접수용을 구성하기 위해서는 투자자가 투자에 부여하였던 기대가 정부조치로 인해 박탈되었을 것을 요하나 모든 기대가 아니라 분명하고(distinct)하고 합리적인(reasonable) 기대만이 보호대상이 된다. NAFTA의 *Metalclad v. Mexico* 사건, *Feldman v. Mexico* 사건 등 대다수의 중재판정에서 간접수용 여부의 판정기준으로 고려되고 있다.

그런데 투자자 기대의 합리성 여부는 규제영역에 따라 가변적일 수 있다. 예를 들어 보건, 환경 등 규제 밀집적 영역에서는 규제가 기존 상황보다 더욱 강화될 여지가 상존하는 것이 통상적이므로 투자자가 이러한 영역에서의 정부규제가 강화되지 않을 것이라고 믿는다면 이는 합리적이기 어렵다.[551] 그러나 이러한 예는 단지 예시에 불과하고 투자자의 기대 합리성이 반드시 규제의 성격과 정도에만 의존하는 것은 아니다. 다양한 요소가 존재할 수 있으나 우리가 미국과 FTA 체결당시 투자유치국 입장에서 삽입한 문구이다. 따라서 상대국에 따라서 변형을 가할 수 있으리라고 본다. 특히 투자자 입장에서는 유용한 문구가 아님에 유의하여야 한다.

이와 관련하여 문제가 되는 것은 서면 계약(written commitment)을 위반할 경우 실제 투자자는 계약에 의존하고 있으므로 투자자의 합리적 기대를 침해할 여지가 높은 것은 사실이다. 실제 이러한 점을 반영하여 "in breach of the state's prior binding written commitment to the investor, whether by contract, licence, or other legal document"를 독립적 요소로 규정하고자 하는 시도가 있으나 이는 투자자의 합리적 기대이익을 반영한 하나의 예시에 불과하므로 하나의 독립적 요소로 규정하는 것은 바람직하지 않다.[552] 더군다나 이러한 경우에 본문에 독립적 요소로 규정을 하면 실제 서면약속 위반의 경우라도 다른 경제적 효과와 정부조치의 성격을 종합적으로 고려하여 간접수용에 해당하지 않는다고 보는 것이 타당한 경우가 있을 수 있으므로 불합리한 결과

551) 한-미FTA에서는 기대의 합리성에 관하여, "투자자의 투자에 근거한 기대가 합리적인지 여부는 관련 부문에 있어 정부규제의 성격 및 정도에 부분적으로 의존한다. 예컨대, 규제가 변경되지 아니할 것이라는 투자자의 기대는 규제가 덜한 부문보다는 규제가 심한 부문에서 합리적일 가능성이 더욱 낮다"라는 문구의 각주를 새로이 추가하였다.

552) 다만, 우리 모델안의 방법처럼 각주로 처리하는 것도 방법일 수 있으나 부속서 본문에 하나의 개별적 요소로 기재하는 것은 국제적으로 인정되는 3가지 기준을 이탈하는 것으로 볼 수 있다.

가 생기게 된다.

③ 정부조치의 성격

세 번째 고려요소는 '정부조치의 성격'이다. 미국의 모델 BIT 문안은 이 고려요소에 관하여 아무런 부연설명을 두지 않았으나 한-미 FTA에서는 이 고려요소의 불명확성을 개선하고 우리 보상법제의 법리를 반영할 것을 논의한 결과, 우리 보상법제의 핵심요건인 "특별희생" 개념을 삽입함과 아울러 정부조치의 성격이란 목적(objective)과 맥락(context)을 포함하는 것임을 명시하는 내용이 보강되었다.

정부조치의 성격으로 고려될 사항 중 대표적인 것은 동 조치의 목적과 맥락이다. 정부조치가 수용에 해당하는지 여부를 가리는 매우 중요한 요소 중의 하나는 그 조치가 '사회적 목적(social purpose)' 또는 '일반적 복지(general welfare)'를 증진시키는 국가의 권리에 관한 것인지 여부이며,[553] 일반적으로 승인된 공공복지의 증진을 위한 비차별적 정부조치는 원칙적으로 수용을 구성하지 아니할 것이다.[554]

이 요소의 내용은 규제조치를 취하는 정책적 목적과 조치 사이에 비례성이 인정되는지가 관건이다. 최근 다수의 중재판정 사례에서 간접수용 인정을 위한 요건으로 비례성 원칙 위배를 요구하고 있다.

---

553) OECD, *"Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", Working Paper on International Investment*, (2004), para 3.1.2.

554) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 122-123면 참조

〈 *Tecmed v. Mexico* [555] 〉

○ 사안개요

- 피청구국인 멕시코에서 산업폐기물 매립 사업을 영위하던 청구인은 산업폐기물 무단 방치로 인한 토지 오염이 사회 문제로 대두하여 피청구국 정부가 청구인의 위험폐기물 처리장 재인가를 거부하자 이러한 피청구국의 조치가 간접 수용에 해당한다고 주장하며 중재 제기

○ 판정취지

- 중재판정부는 정부가 문제된 조치를 통해 보호하려고 하는 공익과 투자에 대한 법적 보호 사이의 비례성이 고려되어야 하며, 외국투자자에게 부과되는 부담(charge)과 수용적 조치에 의해 실현되는 목적(aim)사이에 합리적인 비례관계(reasonable relationship of proportionality)가 존재하여야 한다고 판시
- 달성하려는 목적과 그 수단 간에 "disproportionate"한 조치라면 간접수용에 해당할 여지가 높음

(나) 미국 모델 BIT와의 비교

미국 모델 BIT와는 달리 우리 헌법상의 재산권 보장범위와 정합성 제고를 위해 재산상 이익을 배제하고 투자자 기대의 합리성은 관련 규제분야의 속성과 정도에 따라 다를 수 있음을 각주로 명기하고, 정부조치의 목적과 맥락을 고려하도록 명시하고 우리 수용법제의 핵심요소인 "특별희생" 법리를 삽입하였다.

또한, 예외적으로 간접수용이 될 수 있는 상황을 구체화하였고, 원칙적으로 간접수용이 되지 않는 공공복지정책의 예시에 "부동산 가격 안정화"를 추가하고 공공복지정책의 예시가 한정적이지 않음을 확인하였다.

(4) 기 체결 FTA 및 BIT 규정 방식

한-미 FTA를 시작으로 우리는 FTA 체결 시 우리 법리에는 존재하지 않는 간접수용의 정의, 판단 기준, 예외에 대해 보다 명확히 하기 위해 '수용 부속서'를 채택하여 오고 있으며,[556] 그 내용은 한-미 문안과 대동소이한 수준이다.

---

555) *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award (2003. 5. 29.) (멕시코-스페인 BIT), para. 122.

556) 한-미 FTA 부속서 11-B(수용) 제2항, 한-호주 FTA 부속서 11-B(수용) 제2항, 한-캐나다

부속서는 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 간접 수용을 구성하는지 여부를 판단하기 위해서 ① 정부 행위의 경제적 영향, ② 합리적인 기대를 침해하는 정도, ③ 목적 및 맥락을 포함한 정부 행위의 성격을 포함하여 문제된 투자에 관한 모든 관련 요소를 고려하여야 한다고 규정하고 있다. 특히 정부 행위의 성격을 판단함에 있어서는 정부의 행위가 공익을 위해 투자자 또는 투자가 감수해야할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 부과하는지 여부를 고려할 수 있다고 규정하여 우리 보상법제의 핵심 요건인 '특별한 희생' 개념을 FTA 문안에 반영하였다.

【한-미 FTA 수용 부속서】

ANNEX 11-B
EXPROPRIATION

The Parties confirm their shared understanding that:

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.

2. Article 11.6.1 addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

3. The second situation addressed by Article 11.6.1 is indirect expropriation, where an action or a series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.

(a) The determination of whether an action or a series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers all relevant factors relating to the investment, including:

(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or a series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment,

---

FTA 부속서 8-B 제(a)항, 한-중 FTA 부속서 11-B(수용) 제2항, 한-베트남 FTA 부속서 10-B(수용) 제2항, 한-콜롬비아 FTA 부속서 8-B(수용) 제2항.

standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations;[18] and

(iii) the character of the government action, including its objectives and context. Relevant considerations could include whether the government action imposes a special sacrifice on the particular investor or investment that exceeds what the investor or investment should be expected to endure for the public interest.

(b) Except in rare circumstances, such as, for example, when an action or a series of actions is extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, the environment, and real estate price stabilization (through, for example, measures to improve the housing conditions for low-income households), do not constitute indirect expropriations.[19]

18 For greater certainty, whether an investor's investment-backed expectations are reasonable depends in part on the nature and extent of governmental regulation in the relevant sector. For example, an investor's expectations that regulations will not change are less likely to be reasonable in a heavily regulated sector than in a less heavily regulated sector.

19 For greater certainty, the list of "legitimate public welfare objectives" in subparagraph (b) is not exhaustive.

(5) 재산상이익 배제여부

(가) 재산상이익 배제 배경

미국 모델 BIT는 '재산권' 뿐만 아니라 '재산상 이익(property interest)'이 침해된 경우에도 수용이 성립한다는 내용으로 규정하고 있으며,[557] NAFTA에 기해 제기된 *Pope & Talbot v. Canada* 사건에서 중재판정부는 "미국시장에 대한 투자자의 접근은 수용 조항에 의해 보호되어야 하는 재산상 이익"이라고 판

557) 2012 U.S. Model BIT Annex-B, para. 2.

시[558]한 바 있으나, 한-미 FTA를 비롯한 우리 기 체결 관행은 '재산상 이익'을 배제하고 있다.

우리 헌법상 보장되는 '재산권'은 경제적으로 가치가 있는 모든 권리를 의미하는 것으로서 민법상의 소유권보다 넓고 경제적 가치 있는 모든 공법상의 권리와 사법상의 권리를 뜻하는 것이나,[559] 우리 헌법재판소는 "구체적 권리가 아닌 단순한 기대이익, 반사적 이익, 경제적 기회 등은 재산권에 속한다고 볼 수 없다"라고[560] 판시하고 있으므로 '재산상 이익' 개념의 삭제를 통해 이러한 논란의 발생 가능성을 최소화한 것이다.

(나) 우리 헌법상 재산권 개념

헌법적 의미의 재산권이란 "사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 포함하는 모든 재산가치 있는 구체적 권리"라고 헌법재판소가 판시하고 있다(헌재 1996. 8. 29. 95헌바36 등). 재산권과 재산상 이익을 구분하는 명확한 기준이 무엇인지에 대하여 논란이 있는 것은 사실이다. 그러나 헌재결정을 통하여 간접적으로 기준을 정립하고 있으므로 이에 대하여 살펴 볼 필요가 있다.

① '사적 유용성'이란 재산적 법익이 재산권보유자에게 귀속되어 그의 수중에서 사적 활동과 개인적 이익의 기초로서 효용을 발휘할 수 있어야 한다는 것을 말하고, ② '처분권'이란 재산권의 객체를 변경·양도·포기할 수 있는

---

558) *Pope & Talbot v. Canada,* Interim Award, para. 96, "... the Investment's access to the U.S. market is a property interest subject to protection under Article 1110 ..."

559) 헌재 1999. 4. 29. 결정 94헌바 37 등.

560) 1998. 7. 16. 96헌마246 "우리 헌법이 보장하고 있는 재산권은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻한다(헌재 1992. 6. 26. 90헌바26, 판례집 4, 362, 372). 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." (밑줄 추가)
1999. 4. 29. 95헌바36 : "헌법 제23조 제1항의 재산권보장에 의하여 보호되는 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권보장의 대상이 아닌바, 구 산업재해보상보험법 제4조 단서가 보험업에 대한 법적 환경의 일부를 구성하는 것으로 보험영업에 간접적·사실적 영향을 미칠 수 있다고 하더라도 이러한 영리획득의 단순한 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건은 헌법상 재산권보장의 대상이 아니라고 할 것....."(밑줄 추가)

권능을 말하며, ③ '재산가치 있는 구체적 권리'라 함은 경제적 가치가 있는 모든 공법상·사법상의 권리를 뜻한다.[561]

따라서 재산권에는 민법상의 모든 물권(소유권, 용익물권, 담보물권)은 물론이고 급료청구권, 임차권 등 재산가치 있는 모든 사법상의 채권과 광업권, 어업권 등 특별법상의 권리가 모두 헌법상 재산권에 속한다. 뿐만 아니라 공무원의 봉급청구권·연금청구권·국가유공자의 생활조정수당청구권 등 공법상 권리들도 ① 공법상의 권리가 권리주체에게 귀속되어 개인의 이익을 위해 이용가능하고(사적 유용성), ② 국가의 일방적인 급부에 의한 것이 아니라 권리주체의 노동이나 투자, 특별한 희생에 의하여 획득되어 자신이 행한 급부의 등가물에 해당하는 것이며(수급자의 상당한 자기기여), ③ 수급자의 생존의 확보에 기여하는 경우(생존보장에 기여)에는 재산권에 해당한다(헌재 2009. 5. 28. 2005헌바20 등). 그러나 단순한 기대이익·반사적 이익 또는 경제적인 기회나 기업활동의 사실적·법적 여건 등은 구체적인 권리가 아니라 장래의 불확실한 이익에 불과하므로 재산권에 포함되지 않는다는 것이 일관된 헌재의 결정이다.

이하에서는 헌재가 재산권으로 인정한 사례와 인정하지 않은 사례를 중심으로 살펴보면서 재산권 판단기준을 유추해 보는 것이 필요하다고 본다.

(다) 헌법재판소 판례

① 헌법재판소가 재산권으로 인정한 사례

'건설업 영업권'이 문제된 사례에서 "건설업자가 명의대여행위를 한 경우 그 건설업등록을 필요적으로 말소하도록 한 건설산업기본법 제83조 단서 중 제5호 부분으로 인하여 (중략) 양도할 수 있는 재산적 가치가 있는 권리로서 헌법 제23조에 의하여 보장되는 재산권에 속하는 청구인의 건설업 영업권도 또한 제한된다(헌재 2001. 3. 21. 2000헌바27)"라고 판시하고 있다.

'정당한 지목을 등록함으로써 얻는 이익'과 관련하여 "지목은 단순히 토지에 관한 사실적·경제적 이해관계에만 영향을 미치는 것이 아니라 토지의 사용·수익·처분을 내용으로 하는 토지소유권을 제대로 행사하기 위한 전제요건으

561) 재산권의 내용과 한계에 대하여는 권영성, 헌법학원론, 법문사 (2008) 548-560면 참조

로서 토지소유자의 실체적 권리관계에 밀접히 관련되어 있다고 할 것이고, 따라서 (중략) 재산권의 한 내포로 봄이 상당하다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마315)"라고 판시하고 있다.

'종합부동산세'와 관련하여 "헌법 제23조 제1항이 보장하고 있는 재산권은 사유재산에 관한 사용·수익·처분을 본질로 하고 있기 때문에 조세의 부과·징수로 이에 대하여 중대한 제한을 받게 되는 경우 재산권의 침해가 될 수 있으므로, 국가가 조세를 부과·징수함에 있어서는 재산권의 본질적인 내용인 사적 유용성과 처분권이 납세자에게 남아 있을 한도 내에서만 조세의 부담을 지울 수 있는 것이므로, 비교적 짧은 기간 내에 사실상 부동산 등 사유재산의 가액 전부를 조세의 명목으로 징수하는 셈이 되어 재산권을 무상으로 몰수하는 결과를 초래하여서는 아니 될 것이다(헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112 등)"라고 판시하였다.

② 헌법재판소가 단순한 기대이익 등으로 본 사례

'기업 활동의 사실적·법적 여건'과 관련하여 "휘발유 첨가제 첨가비율이 줄어들게 됨으로써 그 판매량이 감소될 것이 비록 예상되지만 이로써 초래되는 영업이익의 감소는 법 개정으로 인한 기업 활동의 사실적·법적 여건의 변화에 따른 것으로서 이로 인해 증감되는 영업이익은 장래의 불확실한 기대이익에 불과하여 헌법 제23조의 재산권의 범위에 속하지 아니한다(헌재 2005. 2. 3. 2003헌마544등)"라고 판시하고 있다.

'이윤추구의 기회'와 관련하여 "개인이나 기업의 단순한 이윤추구의 기회나 유리한 법적 상황이 지속되리라는 기대나 희망은 재산권의 보호범위에 속하지 않는다. (중략) 국가가 마늘수입제한조치를 연장하지 아니한다고 하여도 마늘재배농가인 청구인들의 재산권이 제한되는 것으로 볼 수 없다(헌재 2004. 12. 16. 2002헌마579)"라고 판시하고 있다.

'자신에게 유리한 경제적·법적 상황이 지속되리라는 일반적 기대나 희망'과 관련하여 "국가가 일정한 방향으로 개인의 경제행위를 유도하려는 목적을 가지고 법률로써 조세감면의 혜택, 금융지원 등을 제공하여 경제적 유인책을 펴면서 명시적으로 그러한 법률의 존속을 확약하거나, 확약은 아닐지라도 개인

이 자신의 결정을 규범의 의도에 맞춘다면 국가도 자신의 신뢰를 저버리지 않으리라는 기대를 규범의 표현을 통하여 국가가 불러일으킨 경우는 별론으로 하고, 단순한 이윤추구의 측면에서 자신에게 유리한 경제적·법적 상황이 지속되리라는 일반적인 기대나 희망을 가진 것에 불과한 경우에는 이러한 기대나 희망은 원칙적으로는 헌법에 의하여 보호되는 재산권의 범위에 속한다고 보기 어려울 것이다(헌재 2002. 8. 29. 2001헌마159)"라고 판시하였다.

'교원의 정년단축'과 관련하여 "교원의 정년단축으로 기존 교원이 입는 경제적 불이익은 계속 재직하면서 재화를 획득할 수 있는 기회를 박탈당한다는 것인데 이러한 경제적 기회는 재산권보장의 대상이 아니다(헌재 2000. 12. 14. 99헌마112 등)"라고 판시하였다.

또한, '폐기물재생처리 신고업자의 영업 지속의 권리'와 관련하여 "신고업자의 영업활동은 원칙적으로 자신의 계획과 책임 하에 행위하면서 법제도에 의하여 반사적으로 부여되는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다 할 것이어서, 신고제에서 허가제로의 전환에 따른 폐기물재생처리 신고업자의 영업을 지속할 수 있는 권리는 헌법상의 재산권에 포함되지 않는다(헌재 2000. 7. 20. 99헌마452)"라고 판시하고 있다.

'관재담당공무원의 국유재산 취득 기회'과 관련하여 "국유재산법 제7조의 관재담당공무원에 대한 국유재산 취득의 제한은 단순한 기회의 제한에 불과하므로 재산권의 침해는 아니다(헌재 1999. 4. 29. 선고, 98헌바30)"라고 판시하였다.

'약사의 한약조제권'과 관련하여 "헌법조항들에 의하여 보호되는 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리이므로 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 등은 재산권보장의 대상이 아니라 할 것이다. (중략) 또한 약사의 한약조제권이란 그것이 타인에 의하여 침해되었을 때 방해를 배제하거나 원상회복 내지 손해배상을 청구할 수 있는 이른바 권리가 아니라, 법률에 의하여 약사의 지위에서 인정되는 하나의 권능에 불과하다. 더욱이 의약품을 판매하여 얻게 되는 이익이란 장래의 불확실한 기대이익에 불과한 것이다. 그렇다면 약사의 한약조제권은 헌법조항들이 말하는 재산권의 범위에 속하지 아니한다(헌재 1997.

11. 27. 97헌바10)"라고 판시하였다.

'종전에는 민간기업도 국가·지방자치단체가 시행하는 산림사업의 대행·위탁수행을 할 수 있었으나, 위 산림사업을 산림조합에 대행하게 하거나 위탁하여 수행할 수 있도록 하고 민간기업이 대행·위탁수행할 수 있는 근거를 두지 않은 법률'과 관련하여 "청구인들이 국가 또는 지방자치단체가 시행하는 산림사업을 대행하거나 위탁받을 수 있는 일반적 가능성은 영리획득의 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건에 불과할 뿐, 사적 유용성 및 그에 대한 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리로 볼 수 없어 재산권의 범위에 속하지 않는다고 할 것이므로, 이 사건 법률조항이 청구인들의 재산권을 제한하는 것으로 볼 수는 없다(헌재 2008. 7. 31. 2006헌마400)"라고 판시하였다.

'사행성 간주 게임물을 지정하며 사행성 간주 게임물에 대하여는 경품을 제공할 수 없도록 하는 고시'와 관련하여 "이 사건 심판대상규정에 의하여 청구인들이 소유하는 시설이나 장비 등 재산권 보장의 보호를 받는 구체적인 권리가 침해되는 것은 아니다. 또한, 청구인들의 영업활동은 국가에 의하여 강제된 것이 아님은 물론이고, 일정한 경제적 목표를 달성하기 위하여 취한 국가의 경제정책적 조치에 의하여 유발된 사경제의 행위가 아니라, 원칙적으로 자신의 자유로운 결정과 계획, 그에 따른 사적 위험부담과 책임 하에 행위하면서 법질서가 반사적으로 부여하는 기회를 활용한 것에 지나지 않는다고 할 것이므로, 청구인들이 주장하는 폐업으로 인한 재산적 손실은 헌법 제23조 제1항의 재산권의 범위에 속하지 아니한다(헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161)"라고 판시하였다.

'pc방 전체를 금연구역으로 지정하도록 한 국민건강증진법 규정'과 관련하여, "이 사건 금연구역조항의 시행에 따라 흡연 고객이 이탈함으로써 발생할 수 있는 영업이익의 감소는 헌법에 의해 보호되는 재산권의 침해라고 볼 수 없다. 또한 이 사건 금연구역조항은 청구인들이 설치한 pc방 내부의 흡연구역 관련 시설을 철거하거나 변경하도록 강제하는 것이 아니므로 이로 인해 청구인들이 기존의 흡연구역 관련 시설을 철거하거나 변경하였다고 하더라도 이로 인한 재산권 제한은 이 사건 금연구역조항으로 인한 간접적, 사실상의 불이익에 불과하다. 그러므로 이 사건 금연구역조항은 청구인들의 재산권을 침

해하지 않는다(헌재 2013. 6. 27. 2011헌마315)"라고 판시하였다.

(6) 특별 희생

(가) 문제점

정부조치의 성격에 부연하여 우리 보상법제의 핵심요건인 '특별한 희생' 개념을 고려요소로 삽입하였다. 협정문에는 '관련 고려사항은 정부행위가 공익을 위하여 투자자 또는 투자가 감수해야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자 또는 투자에게 부과하는지 여부를 포함할 수 있을 것이다'라는 예시규정으로 삽입되었다.

우리 법제상 국가의 적법한 수용행위에 대한 보상이 이루어지기 위해서는 그 행위가 공공필요에 따라 이루어져야 하며, 타인의 재산권에 대한 적법한 공권적 침해로 인해 개인의 특별한 희생이 발생할 것을 요한다. '특별한 희생' 요건은 헌법에 명시된 요건은 아니나, 우리 헌법재판소와 법원은 이를 국민이 수인하여야 할 재산권에 대한 제약과 보상이 필요한 수용을 구별하는 핵심적 기준으로 사용하고 있다. 다만, 재산권에 대하여 가해진 침해가 통상적인 '재산권의 사회적 제약'에 불과한 것인지, 아니면 이를 넘어서는 '특별한 손해'에 해당하는 것인지가 반드시 명확한 것만은 아니며, 개별 법률에 대한 위헌심사 과정에서 헌법재판소가 사안별로 판단하고 있다.[562]

(나) 헌재 결정

토지재산권에 관하여 내재적 한계로서 허용되는 사회적 제약의 범위를 넘어 감수를 강요할 수 없는 특별한 희생이 발생하였는가의 문제는 일률적으로 확정할 수 없고 당해 토지가 놓여있는 객관적 상황(공부상 지목, 토지의 구체적 현황 등)을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이나, 토지소유자가 보상 없이 수인해야 할 한계를 설정함에 있어 일반적으로 다음 두 가지 관점이 중요한 기준이

562) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214,90헌바16,97헌바78(병합) 전원재판부, 도시계획법제21조에 대한 위헌소원 등.

된다.

즉, 첫째, 토지를 합법적인 용도대로 계속 사용할 수 있는 가능성이 있는가이고, 둘째, 토지에 대한 이용방법의 제한으로 말미암아 소유자에게 법적으로 전혀 이용방법이 없기 때문에 실질적으로 토지에 대한 사용·수익을 할 수 없는 경우에도, 수인의 한계를 넘는 특별한 희생이 발생하였다고 보아야 한다고 판시하고 있다. 수인한도이론을 적용한다면 수인한도 즉 내재적 한계를 넘는 경우에 단순한 사회적 제약을 넘어서는 경우이므로 특별한 희생이 발생하였다고 보는 것이다.

(다) 학설

우리나라의 학설은 손실보상의 근거로 기득권설, 은혜설 등이 있으나 '특별희생설'이 통설이다. 즉, 정의·공평 원칙에 입각하여 공익을 위하여 개인에게 부과된 특별한 희생은 사회 전체가 부담하는 것이 정의와 공평의 관념에 합치된다는 이론이다. 자신의 귀책사유 없이 개인의 재산권에 가해진 특별한 손해를 개인이 부담하고 수인한다는 것은 가혹하고 사회전체의 부담으로 전가하여 보상한다는 내용이다.

그렇다면 언제 사회적인 제약을 넘어서는 특별한 손해에 해당하는가가 문제된다. 이는 사회적 제약으로 보상을 요하지 않는 제한과 그를 넘어서는 특별한 희생으로서 보상을 요하는 제한을 구분하는 기준으로서 이와 관련하여서는 형식설과 실질설이 있는바, 독일의 논의에서 살펴보기로 한다.

(라) 다른 나라의 경우

① 미국

특별희생 개념에 대하여 우리법제만 존재하는 특수한 이론으로 생각하는 잘못된 경향이 있다. 그러나 이러한 구별기준은 용어상의 차이가 있을지 몰라도 미국이나 독일에서도 받아들여지는 법리임에 주의할 필요가 있다.

즉, '특별희생' 개념은 우리 법제상의 용어이나 실질적 내용은 미국의 수용(taking) 관련 판례에서도 등장하고 있는 것으로 보인다. *Lucas* 사건에서

미국 대법원은 재산권에 대한 규제적 제한 중에는 그것이 단순한 규제권의 발동인지 아니면 규제적 수용(regulatory taking)인지에 관하여 사건별로 구체적으로 심사할 필요 없이 곧바로 보상을 요하는 수용으로 인정할 수 있는 두 가지 유형이 있음을 전제하면서, 첫째 유형은 '재산권에 대한 물리적 침해(physical invasion)의 인용을 사인에게 강제하는 것'이며, 두 번째 유형은 재산권 소유자에게만 '특별하게(extraordinary)' 그리고 '상대적으로 희귀하게(relatively rare)' 재산권의 '모든 경제적으로 유익한 사용(all economically beneficial use)'을 박탈하는 것인바, 이러한 후자 유형의 규제적 수용을 전면적 금지수용(categorical takings)이라 하였다.[563] 또한, *Armstrong v. United States* 사건[564]에서도 "수용 조항의 목적은 정부가 공정과 정의 관념상 공공 전체가 부담해야 할 것을 일부 사람에게만 부담하도록 강제하지 못하도록 하는 것이다(the purpose of the Taking Clause is to prevent the government 'from forcing some people alone to bear public burdens' which, in all fairness and justice, should be borne by the public as a whole)"라고 설시하였다.[565]

이러한 법리는 특정 개인이 입은 재산상 특별한 희생을 국민전체의 공적 부담으로 조절해주는 우리 보상법의 원리와 유사하다. 다시 말하여 공공의 이익 관점에서 수인해야 하는 사회적 제약의 한계를 넘는 경우 즉, 공공의 이익과 특정개인이 입는 손해를 비교하여 보았을 때 일종의 비례성 원칙을 일탈한 경우 특별한 손해가 발생하여 보상을 요하는 수용이라고 할 수 있는 것이다.

② 독일

독일의 경우에도 독일 기본법 제14조 제3항은 "공용수용(Enteignung)은 공공의 복리를 위해서만 허용된다. 그것은 보상의 방법과 정도를 규정하는 법률에 의하거나, 또는 법률의 근거 하에서 행하여진다"고 규정하여 우리나라 헌법 제

563) *David H. Lucas, Petitioner v. South Carolina Coastal Council,* 505 U.S. 1003; 112 S. Ct. 2886; 120 L. Ed. 2d 798 (1992).
564) *Armstrong v. United States,* 364 U.S. 40, 49, 4 L. Ed. 2d 1554, 80 S. Ct. 1563 (1960).
565) 협상시마다 특별희생 법리를 위해 제작된 가장 보편적인 설명자료에 근거하여 한-미 FTA 투자분야 연구에서 언급한 미국 판례를 그대로 인용하기로 한다.

23조 제3항과 유사한 문구를 가지고 있다.

재산권에 대한 제한이 공용수용에 해당하는가 아니면 수인해야 할 사회적 제약에 불과한지에 따라서 손실보상의 필요성 여부가 구분되는 바 이러한 기준에 대하여 다음과 같이 학설이 대립되고 있다.[566]

구별기준에 관한 독일 이론으로 형식적 기준설과 실질적 기준설이 대립되는바, 형식적 기준설은 재산권을 침해하는 행위가 일반적 침해인가 아니면 특정인 또는 특정 제한된 범위의 개인의 권리에 대한 침해인가 하는 형식적 기준에 의하여 공용수용 여부를 판단하는 기준이고, 실질적 기준설은 형식적 기준설의 결함을 지적하면서 특별한 희생과 사회적 구속의 구별기준을 재산권을 침해하는 행위의 내용, 즉 침해행위의 본질성 내지 그 강도 등의 실질적 표준에 의하여 구별하는 이론이다.[567]

어떠한 견해를 따르더라도 특정인의 권리만이 공익의 목적에 비추어 침해되어 비례성을 일탈한 경우로 보이면 보상을 한다는 점에서 큰 구별의 실익은 없다고 보인다.

(마) 비례성원칙과의 관계

즉, 특별한 희생이 발생 여부는 재산권에 대한 제한이 특정 토지 소유자 등이 수인해야 하는 단순한 사회적 제약을 넘는 경우에 이를 인정하는 것으로서 비례성원칙에 의하여 판단되어야 하는바, “non discriminatory manner”라고 보일 여지가 있다.

그러나 원칙적으로 간접수용은 비차별적 조치를 전제로 하는 것이나 정부조치의 성격과 관련하여 비례성원칙(방법의 적정성, 침해의 최소성, 법익의

566) 자세한 수인한도이론, 수용유사침해이론 등에 대한 독일의 논의는 김동희, 행정법, 앞의 책 580-588면 참조 즉 보상규정이 없는 경우 보상을 해야 하는 원인이 무엇인가에 대하여 독일에서는 수용침해이론으로 해석을 하고 있다. 왜냐하면 정부의 조치가 예외적이고 비의도적인 부수적 효과로 발생하는 간접수용 같은 경우에 보상규정이 없는 경우가 발생하기 때문이다.

567) 김동희, 앞의 책 552-553면 형식설은 개별행위설과 특별희생설로 나뉘고, 실질설은 보호가치성설, 수인기대가능성설, 사적효용설, 목적위배설로 나뉜다. 우리의 특별희생이론은 공익을 위하여 특정인에 대하여 다른 자에게 요구되지 않는 희생을 불평등하게 부과하게 되는 경우 보상을 요하는 수용이라고 보는 특별희생설과 수인기대가능성설을 절충한 것으로 볼 수 있다.

균형성) 중 법익의 균형성 측면에서 실현되는 공익에 비추어 개인의 기본권 침해의 정도가 더 크기 때문에 특정 투자자(토지 소유자 등)에게 불균형(disproportionate)한 결과가 발생한 경우를 상정한 것이다.

즉, 이는 일반적인 상황에서 수용으로 인하여 특정 투자자에게 수인한도가 넘는 제약이 가해진 경우로서 상대적 의미에서 투자자에게 특별한 손해를 의미한다는 점에서 상대적으로 차별적이라는 의미에 불과하다, 따라서 차별적이라는 용어는 가급적 사용하지 않는 것이 좋다. 즉, 오해의 여지를 없애기 위해 비례성을 일탈한 것으로 보는 것이 타당하다.

다만, 비례성원칙은 공익과 침해되는 기본권을 비교하여 형량한다는 측면에서 토지재산권에 관하여 내재적 한계로서 허용되는 사회적 제약의 범위를 넘어 수인을 강요할 수 없는 특별한 희생이라는 의미라는 점에 주의해야 한다.

(바) 다른 나라의 FTA에서의 특별희생 개념 반영

호-뉴-ASEAN FTA가 대표적인 예인데 “disproportionate to the public purpose”로 규정하고 있다. 또한, 비례성원칙에서 위에서 보았듯이 “disproportionate burden such as special sacrifice(special damage)”라는 용어로 사용하기도 한다.

한-미 FTA와의 정합성을 위해 헌재가 사용하는 special sacrifice가 가장 좋은 용어이나 상황에 따라 정부조치의 성격이라는 항목은 조치와 목적간의 비례성이라는 측면에서 의미상 변형도 가능하다고 할 것이다. 미래 MFN의 문제가 있으므로 신중한 접근이 필요하다.

특히 외국의 경우 special sacrifice라는 용어에 거부감을 갖는 경우가 있으므로 각주로 한국의 경우에만 한정하여 규정하는 방식 등도 논의할 수 있다. 즉, 본문에는 “the investor bears a disproportionate burden that exceeds what the investor or investment should be expected to endure for the public interest.”이라고 기재하고 각주로 우리법리를 반영한 특별희생 문구를 “In the case of the government action taken by Korea, Whether a special sacrifice has been imposed on the particular investor or investment will be put into consideration.”라는 문구를 추가하는 방식도 가능하다고 할 것이다.

(7) 간접수용의 예외

(가) 공중보건, 안전, 환경 및 부동산가격안정화 정책 등

① 삽입 배경

한-미 FTA를 시작으로 우리 FTA의 수용 부속서들은 공공복지목적의 조치에 대해서는 원칙적으로 간접수용이 성립하지 않는다는 규정을 두고 있다. 협정문은 공중보건, 안전, 환경 및 부동산가격안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 위한 당사국의 비차별적 규제행위는 드문 상황을 제외하고는 원칙적으로 간접수용을 구성하지 않는다고 규정한다. 이로써 공공복지 목적의 비차별적 조치는 간접수용을 구성하지 않는 것으로 추정되고 수용임을 주장하는 투자자는 투자유치국 정부의 행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형 적인 '드문 상황'임을 입증하여야 한다.

동 부속서에서 언급하고 있는 공중보건, 안전, 환경, 부동산가격안정화는 공공복지목적에 관한 예시적 규정이지, 한정적·열거적 규정이 아님에 주의해야 한다. 한-미 FTA 협상 시, 동 조항이 중재판정부에 의해 사실상 한정적·열거적 규정으로 해석될 수 있다는 우려가 제기되었고, 따라서 동 조항의 "정당한 공공복지 목적은 한정적이지 아니하다"는 각주가 삽입되었다.[568] 그러므로 보건, 안전, 환경, 부동산가격안정화 이외에도 정당한 공공복지 목적에 해당될 경우 원칙적으로 간접수용을 구성하지 않다고 해석하는 것이 바람직하다.

한-미 FTA 협상 시, 미국 모델 BIT는 원칙적으로 간접수용을 구성하지 않는 공공복지정책으로 '공중보건, 안전, 환경'만을 열거하고 있었으나, 좁은 국토면적에 비하여 많은 인구를 보유하고 있고 특히 수도권 집중 현상으로 인하여 부동산 분야에 대해 각종 규제가 많으며 투기목적 단속 및 저소득층의 내집마련을 위해 이에 대한 정부 규제권 확보가 절실한 우리나라의 현실을 감안하여 위 예외 목록에 '부동산정책'을 추가적 예외분야로 명시하였다.[569] 단, 협상 당시 '부동산 가격안정화'라고만 할 경우 정책목적이 너무 포괄적이어서 공공복지

568) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 125면 참조
569) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 124면 참조

목적이라는 상위 개념과 부합하지 않을 수도 있다는 미국측의 우려를 반영하여 “저소득층 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한”을 예시로 적시하였으나 이러한 조치에 한정되는 개념이 아님은 물론이다. 이와 관련하여 부동산가격 안정화를 위한 규제조치에 해당하는 개별적인 조치에 대해서 살펴보도록 하겠다.[570]

② 문제되는 부동산 정책

먼저 수용시 보상액 산정이 문제된다. 토지는 일반적으로 표준지 공시지가를 기준으로 하여 보상하되, 관계법령에 의한 당해 토지의 이용계획, 지가변동률 그 밖에 당해 토지의 위치・형상・환경・이용상황 등을 참작하여 평가한 적정가격으로 보상하고 당해 공익사업으로 인한 개발이익은 배제하는 것이 판례의 일반적인 태도이다. 또한 이전하는 물건은 이전비를 보상하고, 그 외에 영업보상, 이주대책 등의 생활보상 제도를 시행하고 있다.

다음으로 지역개발계획과 도로계획시설 결정이다. 이는 국토종합계획 하에서 지역균형발전을 위한 각종 지역계획 및 개발을 추진하는 것으로 한-미 FTA 당시 개발계획수립 이후 행위제한 및 개발계획 변경은 기존의 계획을 신뢰한 투자자에게 예상하지 못한 손해가 발생할 수 있는 바, 이를 간접수용으로 볼 개연성이 있고, 도로・공원・녹지 등 기반시설을 확보하기 위한 도시계획시설을 결정하면 당해 부지에서 다른 건축은 불가한바, 도시계획시설로 결정되면 토지의 이용가능성이 현저히 제한되어 간접수용에 해당될 개연성이 높아진다.

또한 국방, 문화재 보존, 환경 보전 또는 국민경제상의 이유로 건축허가 및 허가받은 건축물의 착공을 제한할 수 있고, 주거환경 또는 교육환경 등 주변환경을 감안하여 위락시설 또는 숙박시설의 건축허가를 제한하는 것이 가능한바, 영구적인 제한은 아니나, 소유자의 재산권 행사를 제한하는 것으로서 간접수용에 해당될 개연성이 있다는 점에 유의하여야 할 것이다. 또한, 일정규모 및 일정용도의 건축물을 사용승인 전에 분양하고자 하는 자에 대한 분양신고시기가 문제되는바, 이는 피분양자를 보호하기 위한 제도이다. 다만, 이

570) 이러한 논의는 한-미 FTA때 처음 논의된 것인 점을 감안하여 당시의 규제를 중심으로 최근 개정된 논의를 바탕으로 살펴보기로 한다.

러한 조치가 공공복지 목적을 위한 부동산가격안정화 정책과 관련이 된다면 간접수용의 예외에 해당할 수 있음은 물론이다.

③ 부동산가격안정화 정책

이러한 조치는 일반적으로 부동산 정책이라는 용어로 포섭이 되나 우리 체결 관행은 '부동산가격안정화 정책'이라는 표현을 사용하고 있어, 가격을 통제하거나 조정하는 정책으로 한정되는 듯한 인상을 준다. 이러한 정책은 부동산 수급을 안정화시키고 투기를 억제하며 필요한 금융정책[571]을 펼치는 것과 연계될 수 있다.

먼저, 공급의 확장을 위해 뉴타운을 개발하고 공공주택 공급을 위한 지역을 지정할 수 있다. 2007년 이후부터는 분양 상한가를 정하고 공사비용 원가를 공개하는 정책도 펴고 있다.

두 번째로는 투기억제를 위하여 재건축초과이익환수제를 만들어 구건축물의 재개발로 인한 잉여이익의 50%까지를 세금으로 부과하고 이익이 3천만 원 이상인 경우에는 개발자로 하여금 임대주택 건축을 의무화하고 있다.

또한, 투기억제 지역을 설정하여 종합부동산세를 부과하고, 부동산양도소득세를 인상하고 토지거래허가, 주택거래신고를 하도록 하고 있다.

건축행위로 인해 필요하게 되는 기반시설 설치를 위해 부담금을 부과하고 토지투기를 방지하며 토지의 효율적인 이용을 촉진하기 위하여 택지개발, 공업단지조성 등 일정규모 이상의 개발사업시행 시 개발이익의 일정부분을 부담금으로 부과하는 재건축 개발 부담금 등도 그 예라고 할 수 있다.

이러한 조치들이 부동산 가격안정화 정책으로 포섭이 안 될 경우 간접수용 해당여부가 문제가 될 수 있다는 점에서 가급적 우리 문안을 유지하는 편이 바람직하다고 본다. 그러나 부동산가격안정화 정책이라는 용어가 개발이 활발하거나 신흥 국가들에게 적용될 경우에는 남용의 우려가 있어 우리 투자자에게 피해가 갈 수 있다는 점에서 주의를 요한다.

---

571) 주택담보대출 관련(총부채상환비율(DTI), 주택담보인정비율(LTV)의 조정)이 그 예라고 할 수 있다.

(나) 드문 상황

① 삽입의 배경

공공복지 목적의 규제조치라 하여 무조건적으로 간접수용에서 배제되는 것은 아니며 극히 예외적인 경우에는 수용으로 인정될 수 있다. 예를 들어 환경관련 법규를 경미하게 위반한 업체에 대하여 영구적 폐업명령을 내리는 등 그 합리성과 비례성을 인정하기 어려운 극단적인 경우가 이에 해당될 수 있을 것이다. 미국 모델 BIT는 이러한 예외적인 상황을 '드문 상황(rare circumstances)'이라고만 표현하고 있으나 이에 포섭되는 범위가 지나치게 불분명하여 중재판정부에 의해 확대 해석될 수 있다는 문제점이 지적되었다.[572]

한-미 FTA에서는 '드문 상황'의 요건을 구체화하기 위하여 논의한 결과 '행위 또는 일련의 행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때(when an action or a series of actions is extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect)'를 드문 상황의 예시로 명시하였다.

② 비례성과의 관계

이로서 '드문 상황'이란 조치의 내용과 목적·효과간의 비례성이 극단적으로 훼손된 경우임을 의미하게 되었다. 참고로 캐나다 모델 BIT는 한-미 FTA와 유사한 수용 부속서를 두고 있는 바, 동 모델문안은 '드문 상황'이란 "조치 또는 일련의 조치가 목적에 비추어 매우 심하여, 선의로 채택·적용된 것이라고 합리적으로 판단할 수 없는 경우"라는 내용을 규정하고 있다. 캐나다 모델문안은 다수의 중재사례에서 국제관습법으로 인용되고 있는 내용이며 향후 한-미 FTA의 '드문 상황'에 대한 해석론에도 참고가 될 것이다.

즉, 특별희생의 경우가 일종의 비례성을 일탈한 경우인데 이렇게 드문 상황(rare circumstance)에 해당하는 경우라고 보아 간접수용의 예외라고 할 것이다. 왜냐하면 드문 상황에 대한 해석을 "extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect"라고 규정하고 있으므로 특별희생의 의미인 "disproportionate burden"이나 "disproportionate to the public"이 이에 해당

572) 한-미 FTA 투자분야연구 앞의 책 125-126면 참조

하기 때문이다. 따라서 특별희생이 특별한 개념으로 수용하지 못할 조항이라는 주장은 간접수용 부속서의 예외를 잘못 이해하고 있는 주장이다.

이와 관련하여 또 문제가 되는 것은 부동산가격안정화정책 등 공공복지 목적을 위한 조치는 비례성을 일탈하는 경우에도 간접수용의 예외에 해당하는지가 문제된다. 그러나 부동산가격안정화 정책 등은 원칙적으로 간접수용을 구성하지 않을 뿐이고, 이러한 조치가 '드문 상황'에 해당하여 비례성을 일탈하는 경우에는 간접수용을 구성하는 것은 당연한 논리라고 할 것이다.

(다) 타 협정문의 예

위에서 본 것처럼 한-미 FTA는 rare circumstance의 예로 "such as, for example, when an action or series of actions is extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect"를 규정하고 있으나, 콜롬비아-캐나다 FTA에서는 "Except in rare circumstances, such as when a measure or series of measures is so severe in the light of its purpose that it cannot be reasonably viewed as having been adopted in good faith"라고 규정하고 있다.

그러나, 미국이 체결한 대부분의 FTA에서는 예시를 규정하지 않고 있다. 예시는 단지 예시에 불과하다고 할 것이나 의미의 명확성이나 비례성과의 관계, 한-미 FTA 이후 투자협정 체결 관행의 정합성 측면에서 삽입을 하는 것이 최선책이나 이를 관철하기 어려울 경우가 있는 것도 사실이다.

(8) 간접수용 관련 중재판정례

(가) NAFTA 사례

〈 *Ethyl v. Canada* [573] 〉

○ **사안개요**

- 가솔린첨가제인 MMT를 제조하여 캐나다에 판매하는 회사인 청구인은 MMT 배출성분인 망간이 인체에 유해하다는 환경단체들의 주장을 시작으로 피청구국 보건당국이 유해성에 관한 조사를 진행하였으나 확실한 증거를 발견하지 못하여 MMT 사용을 전면적으로 금지하는 것이 어렵게 되자 망간 함유 물질의 유통을 금지하는 법안을 제정하면서 MMT를 동 법안의 유일한 통제물질로 기재하는 방식으로써 MMT 사용을 규제하자 이러한 피청구국의 행위가 간접수용에 해당한다고 주장하며 중재 제기

○ **시사점**

- 동 사건은 중재판정부의 판정 전 양측의 화해로 종결되었으나 다만, 특정 유해물질에 대한 판매금지 법안 제정은 정부조치의 성격과 정부조치로 인한 청구인 사업체에 대한 경제적 영향을 고려할 경우 간접수용으로 인정될 가능성도 있음

573) *Ethyl Corporation v. The Government of Canada,* UNCITRAL, Notice of Intent (1996. 9. 10).

〈 *Pope & Talbot v. Canada* [574] 〉

○ **사안개요**

- 캐나다에서 3개의 목재 공장을 소유한 미국회사인 청구인은 피청구국과 미국이 체결한 연목협정(Softwood lumber Agreement, SLA)에 기해 각 기업에게 일정 쿼터까지는 무관세 수출을 허용하고 이를 넘는 부분에 대해서는 관세를 부과하는 관세할당제도(tariff quota scheme)를 운영하여 온 피청구국이 청구인의 회사에 대한 쿼터를 축소하자 이러한 조치가 간접수용에 해당한다고 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 국제법상 수용은 투자에 대한 '실질적인 박탈(substantial deprivation)'을 요하는 것이나, 캐나다가 투자자의 직원들의 업무를 감독하거나 회사경영, 주주의 활동, 이익 분배 등에도 관여하지 않았을 뿐만 아니라, 미국인 투자자가 여전히 자신의 '투자'를 통제하고 기업의 일상적인 운영을 감독하고 있는 점 등에 비추어 캐나다의 수출통제제도(export control regime)가 실질적인 박탈인 '수용'이 아니라고 판시하여 청구 기각

○ **시사점**

- 간접수용 해당여부는 정부조치의 경제적 영향이 중요한 판단요소인바, 정부조치가 투자자의 재산을 박탈하는 정도(심각성)와 그 기간 및 정부조치의 목적(purpose)과 맥락(context)을 함께 고려하는 것이 중재판정부의 추세임

574) *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada,* UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2 (2001. 4. 10.).

〈 *Azinian v. Mexico* [575] 〉

○ **사안개요**

- 미국 투자자인 청구인은 멕시코 회사인 DESONA의 주주로서 DESONA는 멕시코 Naucalpan시와 폐기물 수집·처리에 관하여 양허계약을 체결하였으나, 시 정부는 약 4개월 만에 청구인의 계약불이행을 이유로 양허계약을 취소하였고 청구인은 취소처분 취소소송에서도 패소하자 이러한 시 정부의 행위가 간접수용에 해당한다고 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 계약취소가 수용이 되려면 시정부의 계약취소 행위 및 취소처분 취소소송 패소판결 등 계약취소에 관한 멕시코의 법제가 전체적으로 수용적임이 입증되어야 하나 청구인이 이에 대한 주장·입증을 하지 못하였음을 이유로 청구 기각
- 다만, 계약취소 및 소송 패소판결 등을 종합하여 경제적 영향, 정부조치의 성격을 고려할 때 투자자산에 대한 실질적인 박탈이 있었다고 보아 간접수용으로 인정될 수 있다면 결과는 달라졌을 것이라고 언급

〈 *S.D. Myers v. Canada* [576] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 폴리염화비닐(PCB) 재활용업에 종사하는 미국 회사로 PCB 폐기물을 피청구국으로부터 미국에 수입하기 위해 PCB 폐기물 수입면허를 취득하고 피청구국에 자회사인 Myers Canada를 설립하였으나, 피청구국 정부는 환경과 보건을 위한다는 명목으로 PCB 수출을 금지하자 중재 제기

○ **판정취지**

- 간접수용 관련, 일반적으로 '수용(expropriation)'이란 경제적 권리의 이용을 영구적이거나 지속적으로 제거하는 정도에 이르러야 하나 캐나다의 조치는 임시적일 뿐만 아니라 캐나다정부가 그 조치로 인해 어떠한 이익 실현이나 이익~~아~~의 이전(transfer)이 없으므로 수용을 구성하지 않는다고 판단

○ **시사점**

- 자국 업체만 보호하기 위한 특정물질 수출금지 조치는 차별적인 조치로서 간접수용에 해당할 여지가 있음

---

575) *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award (1999. 11. 1.).

576) *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada,* UNCITRAL, Partial Award (2000. 11. 13.).

〈 *Metalclad v. Mexico* [577] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 피청구국의 주정부로부터 매립지 건설을 위한 지방허가를, 연방환경청으로부터 매립지 운영을 위한 연방허가를 받은 COTERIN사를 인수하는 내용의 옵션계약을 체결하고, 폐기물 처리장 건설사업에 착수하였으나, 주지사는 폐기물처리장 부지 일대를 희귀선인장 보호를 위한 생태구역으로 지정함으로써 동 부지에 대한 어떠한 운영도 영구적으로 금지하고, 시(市)정부는 공사중지를 명령하며 시에 다시 건축허가를 신청할 것을 요구하자 이에 따랐음에도 불구하고 시정부는 건축허가가 신청된 후 13개월 후에 공식적으로 허가 거부 처분을 통고하자 NAFTA에 기해 중재청구를 제기

○ **판정취지**

- 직접적이고 의도적인 수용 행위뿐만 아니라, 투자자의 재산권 이용 가능성 또는 합리적으로 예상할 수 있는 경제적 이익의 전부 또는 상당한 부분을 박탈하는 결과를 가져오는 '간접적이거나 비의도적인 방해(covert or incidental interference)'도 간접수용으로 볼 수 있음
- 연방정부 스스로가 청구인의 사업계획을 승인하고 장려하였음에도 불구하고, 주정부와 시정부의 월권행위를 승인 또는 묵인하였을 뿐만 아니라 지방정부가 건축허가를 거부할 시간적・절차적・실체적(timely, orderly, or substantive) 근거가 결여되었음을 종합해보면, 멕시코의 조치는 간접수용에 해당

○ **시사점**

- 중앙정부와 지방정부 간의 의견차이로 인하여 건축허가나 공장설립허가 등이 지연되거나 반려된 경우에는 외국인 투자자와 분쟁 가능성이 있으므로 중앙정부와 긴밀한 업무협조가 필요

---

577) *Metalclad Corporation v. The United Mexican States,* ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (2000. 8. 30).

< *Feldman v. Mexico* [578] >

○ 사안개요

- 청구인은 멕시코로부터 담배와 기타 제품을 수출하는 회사인 CEMSA를 소유한 미국기업으로 CEMSA는 멕시코의 도매업자로부터 담배를 구입하여 수출한 후 세금을 환급받아 왔으나 1991년에 관련 법률이 개정되어 담배를 직접 생산·수출하는 업자(producer/exporter)들의 관세환급권은 유지된 반면 청구인과 같은 구입·수출업자(re-seller/exporter)들의 관세환급권은 폐지되자, 이에 청구인은 중재 제기

○ 판정취지

- 중재판정부는 선의의 일반적 조세조치, 규제, 기타 일반적으로 국가 경찰권(police power)의 행사로 인정되는 조치로부터 야기되는 재산상 손해나 경제적 불이익에 대하여 국가의 책임이 없다고 보아 동 사건의 경우 간접수용에 해당하지 않는다고 판단
- 참고로 내국민대우 관련, 담배를 직접 생산·수출하는 업자에게만 유치한 차별적인 조치로 보아 내국민대우 위반 인정

○ 시사점

- 법률 개정으로 인한 관세환급권 폐지 등의 경우에도 ISDS 대상이 될 수 있으므로 법률 개정 시 의견 수렴 등 외국인 투자자의 의견을 충분히 청취해야 함
- 간접수용에 해당하지 않는 경우라도 차별적인 조치는 내국민대우 위반에 해당할 여지가 있음

578) *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (2002. 12. 16.).

〈 *Methanex v. United States* [579] 〉

○ **사안개요**

- 메탄올을 생산하는 글로벌기업인 청구인은 피청구국의 캘리포니아 주정부가 주내에서 판매되는 모든 가솔린에서 메탄올이 함유된 첨가제인 MTBE를 제거하라는 내용의 행정명령(Executive Order)을 내리자 중재 제기

○ **판정취지**

- 정부가 외국인 투자자에게 그러한 규제를 가하지 않을 것이라는 특별한 확약(special commitment)을 부여하지 않은 이상, 수용에 해당하지 않으며, 동 사건에서 캘리포니아주의 MTBE 금지조치는 공공목적을 위한 비차별적이고 적법절차에 따른 규제(간접수용의 예외)라고 보아 청구인의 간접수용 주장 기각

○ **시사점**

- 지방정부의 조치도 ISDS 대상이 될 수 있음

〈 *International Thunderbird v. Mexico* [580] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 게임업에 종사하는 캐나다 기업으로 피청구국 내에 게임장 영업을 개시하였으나, 그 후 피청구국 정부가 청구인이 사용하는 게임 기계가 위법하다며 영업정지 명령을 내리자, 중재 제기

○ **판정취지**

- 실제로 돈을 걸고 하는 게임이며 게임의 승자에게 지급되는 티켓은 현금으로 환전 가능한 점 등 멕시코 국내법에 금지된 것이므로 청구인의 영업은 합법적 기대(legitimate expectation)에 근거한 것이 아니며, 따라서 이에 대한 정부규제에는 보상이 필요하지 않다고 판단하여 청구인의 간접수용 주장 기각

○ **시사점**

- 금지된 사업 활동에서 투자 또는 투자자가 확정된 권리(vested rights)를 누렸다고 볼 수 없는 경우에는 정부규제에 대한 보상이 필요하지 않으므로, 신규 투자 시 적법절차에 따라 회사를 설립·운영하는 것이 필요함

---

579) *Methanex Corporation v. United States of America,* UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (2005. 8. 3.).

580) *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award (2006. 1. 26.).

< *Archer Daniels v. Mexico* [581] >

○ **사안개요**

- 청구인은 멕시코 회사 ALMEX를 통해 액상 과당 생산 및 유통 사업에 투자하였으나, 피청구국 정부가 자국 사탕수수산업을 우대할 목적으로 도입한 특별소비세로 인하여 자신의 투자에 실질적인 피해가 발생하였으며 이에 대한 아무런 보상을 받지 못했으므로, 이는 NAFTA 제1110조의 간접수용 금지 의무 위반이라 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 간접수용이란 정부 조치가 시행된 결과 외국인 투자의 운영·이용·지배가 실질적으로 상실되거나, 투자의 가치 또는 자산의 상당 부분이 손실된 경우에 인정될 수 있다고 판시
- 청구인은 ALMEX에 대한 소유권이나 운영권을 박탈당하지 않았고, 액상과당 생산도 계속되었으므로 문제된 특별소비세 부과 조치가 간접수용에 이를 정도는 아니라고 판단

< *Glamis Gold v. U.S.* [582] >

○ **사안개요**

- 캘리포니아주(州)에서 금 채굴 사업을 영위하여 오던 청구인은 자신의 Imperial Project를 추진하려 했으나, 원주민 문화를 침해하고 환경을 오염시킬 우려가 있다는 비판으로 인해 동 프로젝트 계획서가 반려되고, 채굴 사업자에게 채굴 후 복원 의무를 부과하는 주법이 통과되자 이러한 주(州) 정부의 행위가 간접수용에 해당한다고 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- NAFTA 제1110조에 따르면 간접수용은 "직접 수용에 상당하는(tantamount to expropriation)" 수준으로 투자의 경제적 가치가 급격히 감소하는 것을 말하며, "tantamount"란 "equivalent"를 의미하고, 따라서 간접수용의 개념은 직접수용보다 더 넓은 범주를 포함하는 것이어서는 안 된다고 판시
- 동 사건에서 피청구국의 행위가 청구인의 투자에 미친 경제적 효과(economic impact)는 직접 수용에 이를 정도가 아님을 이유로 청구 기각

---

581) *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (2007. 11. 21.).

582) *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award (2009. 6. 8.).

(나) 최근 BIT 사례

< *Siemens v. Argentina* [583] >

○ **사안개요**

- 청구인인 독일회사 Siemens는 피청구국 정부와 주민신분증명(ID) 및 출입국통제시스템 설치·운영에 관한 양허계약을 체결하였으나, 피청구국 의회는 공공무분 재정 적자 해결을 위해 대통령에게 공공부문에 관한 계약을 재협상하도록 위임하는 「경제금융비상법」을 제정
- 피청구국 신임 대통령이 동 법에 기해 청구인에게 새로운 계약조건을 제시하였으나 청구인이 이를 거절하자, 피청구국 정부는 기존의 양허계약을 취소하였고 이에 청구인은 이러한 피청구국의 행위가 투자협정 위반임을 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 피청구국의 행위가 신 정권이 이전 정권의 임기 중 체결된 본 계약의 금액을 낮추고 공개경쟁 방식을 도입하려는 의도 등에 근거하여 수용의 요건인 '공공 목적(public purpose)'을 결여하고 있다고 판단, 청구인의 주장 인용

○ **시사점**

- 정권교체기에 정책의 변경으로 인하여 외국인 투자자에게 손해를 끼치는 경우가 많으므로 정책변경시 신중한 접근이 필요

< *Continental Casualty Co v. Argentina* [584] >

○ **판정취지**

- 보상이 필요한 투자자의 재산에 실질적인 영향을 미치는 정부행위와 달리 공익목적을 위하여 외국인 투자자의 재산이용을 부득이하게 제한하는 일정한 정부조치로서 정부의 정당한 규제권한으로 차별적이고 부당한 경우가 아닌 한 보상을 필요로 하지 않는다고 보아, 청구인의 간접수용 주장 기각

○ **시사점**

- 공익목적에 중심을 두느냐(recognizing public interest)와 재산권보호에 중심을 두느냐(protecting the integrity of property rights)에 대하여 판정부마다 다른 결론을 내리므로 양자를 구분하는 것이 어렵다는 점을 인정

---

583) *SIEMENS A.G. v. Argentina,* ICSID Case No. ARB/02/8, Award (2007. 2. 6.) (아르헨티나-독일 BIT).

584) *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/03/9, Award (미국-아르헨티나 BIT).

< *Vivendi v. Argentina* [585] >

○ **사안개요**

- 청구인은 프랑스 회사로서 아르헨티나 Tucuman주의 주내 상하수도 서비스 민영화 결정에 따라 Vivendi 사가 주도하는 콘소시엄에서 30년 양허계약을 획득하였으나, 주(州)정부가 국내 비판에 직면하여 계약조건과 달리 일방적으로 수수료 인하를 강제하고 벌금을 부과하자 청구인은 양허계약 취소를 통보하고 중재 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 간접수용 판단 시에는 ①청구인으로부터 투자의 경제적 이용과 유지를 급격하게 박탈하였는지, ②청구인의 재산을 효과적으로 무효화 하였는지, ③계약상 권리의 혜택과 경제적 이용을 박탈하였는지, ④청구인의 재산권을 쓸모없게 만들었는지 등을 고려할 필요가 있다고 보고, 동 사건에서 이러한 점을 고려할 때 문제된 주 정부의 행위가 간접수용에 해당한다고 판단

< *economy effect* 관련 BIT 사례 >

○ *Sempra v. Argentina* [586]

- 투자자가 회사의 경영에 더 이상 통제할 수 없거나 경제적 가치가 사실상 무효화될 정도에 이르러야 한다고 판시

○ *Eastern Sugar v. Czech* [587]

- 투자의 전체 또는 상당한 부분에 대해 실질적으로 박탈이 있는 경우에만 인정

○ *PSEG v. Turkey* [588]

- 투자에 대한 통제를 박탈하는 형태로 회사운영에 대한 권리·권한의 박탈, 경영에 대한 간섭, 이익금의 배당 방해, 임직원 선임에 대한 방해, 회사 재산과 통제에 대한 전체적 또는 부분적 박탈을 예로 언급

---

585) *Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/97/3, Award (2000. 11. 21.) (프랑스-아르헨티나 BIT)

586) *Sempra Energy International v. The Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/02/16, Award (2007. 9. 28) (아르헨티나-미국 BIT).

587) *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic,* SCC Case No. 088/2004, Partial Award (2007. 3. 27.) (체코-네덜란드 BIT).

588) *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Electrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No ARB/02/5, Award (2007. 1. 19) (터키-미국 BIT).

< *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania* [589] >

○ **사안개요**

- 주차장 시설 개발 및 운영 회사인 청구인은 피청구국의 Vilnius 주와 공용주차장 건설·운영 계약을 체결하고 주차장을 운영하던 중, 새로운 주차장 건설 계획을 주(州)정부에 제안하였으나, 동 계획 대상 지역이 유네스코가 지정한 Old Town 내라는 이유로 거절당하자 이러한 투자유치국의 행위가 간접수용에 해당한다고 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 계약상 권리에 대한 간접수용이 인정되기 위해서는 ① 국가의 행위가 계약 당사자로서의 권한 범위 내에서만 수행 된 것이 아니라 국가 주권으로서의 공권력 행사를 포함하고, ② 국내법상 계약을 위반하였다는 사실이 적절한 법정을 통해 인정되었으며(다만, 당사자가 법원에서 계약의 부당한 종료를 다툴 수 있는 기회가 있었다는 사실을 부인한 경우에는 그러하지 아니함), ③ 계약위반이 투자가치를 상당하게 실질적으로 감소시킨 경우에 해당하여야 하나, 동 사건의 경우 이 3가지 모두 해당 사항이 없다고 판단하여 청구인의 간접수용 주장 기각

589) *Parkerings-Compagniet A.S. v. Republic of Lithuania* ICSID Case No. ARB/05/8, Award (2007. 9. 11.) (리투아니아-노르웨이 BIT). 이러한 3가지 요건 중 Vivendi 사건에서도 계약상 권리에 대한 수용이 문제가 되었는데 첫 번째 요건과 세 번째 요건을 검토한 결과 간접수용을 인정하였다.

< *AES v. Hungary* [590] >

○ **사안개요**

- 헝가리 전력회사의 지배 주주인 청구인은 피청구국이 전력법 개정과 가격고시제 시행령을 통해 자신이 기존에 체결한 전력구매협정에 따라 얻을 수 있는 수익의 상당 부분을 자의적으로 몰수하자, 이러한 피청구국의 조치가 ECT 제13조에서 규정하고 있는 '수용에 상응하는(tantamount to expropriation)' 조치라고 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 투자유치국의 법률 내지 제도 변경으로 인해 외국인의 투자에 손해를 입혔다고 해서 곧바로 수용이 성립하는 것은 아니며, 투자자가 그 자산의 전부 또는 상당 부분을 박탈당했거나 사실상 이용할 수 없는 수준에 이르러야 수용에 해당한다고 판시
- 동 사건에서 문제된 투자유치국의 조치에도 불구하고 청구인은 여전히 발전소 설비를 소유하고 있어 투자에 대한 소유나 통제가 상실되었다고 볼 수 없으며, 여전히 상당한 수익을 얻고 있음을 이유로 청구인의 주장 기각

< *RSM v. Grenada* [591] >

○ **사안개요**

- 청구인은 피청구국 정부와 체결한 성유개발계약에 따라 계약 발효일로부터 90일 이내에 석유개발인가를 신청하였으나, 피청구국이 기일 경과를 이유로 인가를 거부하고 결국 계약을 하자, 이러한 피청구국의 행위로 인해 자신의 투자가 사실상(*de facto*) 수용되었다고 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 근거 BIT는 청구인이 수용 조항 위반을 주장하기 위해서는 피청구국의 적극적인 행위 내지 조치를 입증해야 하나, 동 사건 청구인은 피청구국이 계약상 권리의 부당한 박탈에 적극적으로 개입하였다는 사실을 구체적으로 증명하지 못하였다고 보아 청구 기각

---

590) *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award (2010. 9. 23.) (Energy Charter Treaty).

591) *RSM Production Corporation v. Grenada,* ICSID Case No. ARB/10/06, Award (2010. 12. 10.) (그레나다-미국 BIT).

〈 *Swisslion v. Macedonia* [592] 〉

○ **사안개요**

- 피청구국의 공기업 지분 매각을 위한 공매에서 낙찰받은 청구인은 피청구국 재무부와 지분매매협정(SAA)을 체결하고 총 3차례의 주식 매입을 통해 동 공기업의 55.72%의 지분을 보유하게 되었으나, 피청구국 재무부는는 청구인의 SSA 이행 의무 위반을 이유로 계약 무효를 주장하며 법원에 소를 제기하였고 동 법원이 재무부의 손을 들어 주자 중재 제기

○ **판정취지**

- 피청구국 재무부는 SSA가 제대로 이행되지 않자 이를 무효라 판단하고 국내 법원에 소를 제기하여 최종적으로 승소판결을 받은 반면, 청구인은 동 법원의 판결이 구체적으로 근거 BIT의 어떤 조항 위반인지를 입증하지 못하였고, 적법하게 계약이 취소된 이상 투자자에게 손실이 발생하였다 하여도 이를 수용이라 볼 수는 없다고 판단
- 피청구국의 법률에 따르면 청구인은 법원에 구체적인 금액을 제시하여 보상을 받을 수 있는 기회가 있었음에도 이를 청구하지 않았으므로, 보상을 받지 못했다는 청구인의 주장도 기각

〈 *RDC v. Guatemala* [593] 〉

○ **사안개요**

- FVG라는 피청구국 회사의 지분 매입을 통해 투자한 청구인은 FVG와 피청구국 철도청이 체결한 철도장비의 사용에 관한 계약을 피청구국이 국익에 반한다는 이유로 *Lesivo* Resolution을 통해 취소하자 이러한 피청구국의 행위는 자신의 투자에 대한 간접수용임에 해당하며 적법한 수용으로서의 요건을 갖추지 못했다고 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 계약에 근거한 FVG의 권리는 유효하며 간접수용의 대상이 될 수 있으나, 동 사건에서 피청구국의 행위의 목적이 공공의 이익이 아니라 청구인의 권리를 국내 투자자에게 이전하려는 것이라는 증거가 없으며, 문제된 계약은 *Lesivo* Resolution 이후에도 5년간 유효하게 유지되면서 철도 장비에 대한 일정한 임차료 수입을 받은 점 등을 고려하여 피청구국의 조치가 간접수용에 이를 정도였다고 볼 수 없다고 판단

---

592) *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award (2012. 7. 6.) (마케도니아-스위스 BIT).

593) *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala,* ICSID Case No. ARB/07/23,

< *Vannessa Ventures v. Venezuela* [594] >

○ 사안개요

- 피청구국 공기업인 CVG와 금광 채굴을 위한 공동 주주협약 및 공사계약을 체결한 PDI 및 MINCA의 지분을 양도받은 청구인은 CVG가 자신의 서면 승인 없이 이루어진 지분 양도 등을 이유로 공사계약 해지를 통보하고, 채굴 사업 지역을 강제로 점령하고 관련 자산을 몰수하자, 이러한 CVG의 행위가 수용에 상응하는 조치라고 주장하며 중재 제기

○ 판정취지

- 계약에 따르면 CVG의 동의 없이 일방적으로 제3자를 영입할 수 없으므로, 피청구국의 계약 해지는 정당하며 관련 부지의 몰수 및 자산 압류는 계약해지의 결과에 따른 정당한 조치라고 보아 청구인의 주장 기각

라. TRIPs 협정과의 관계

(1) 강제실시권

우리 기 체결 투자협정들은 무역관련 지적재산권 협정(TRIPs)에 따라 부여되는 강제실시권의 발동이나 지적재산권의 취소·제한 또는 생성이 TRIPs 내지 FTA 지적재산권 장의 규정에 부합하는 경우에는 수용 조항이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 이 조항은 투자유치국의 합법적 강제실시권 발동 등 지적재산권에 대한 조치에 대해 투자자가 수용임을 주장하여 보상을 구하는 것을 방지하기 위한 규정이다.

강제실시권이란 공공의 이익보호와 특허권의 남용방지 등과 같은 일정한 경우, 권리자의 허락 없이 특허를 강제로 실시하게 하는 것으로서 특허의 불실시를 통한 권리남용에 대한 법적 구제 또는 제재수단의 하나이다.[595] 일반

Award (2012. 6. 29.) (CAFTA).

594) *Vannessa Ventures Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela,* ICSID Case No. ARB(AF)04/6, Award (2013. 1. 16.) (캐나다-베네수엘라 BIT).

595) 한국 특허법은 국방상 필요한 경우, 정당한 이유 없이 국내에서 3년 이상 특허발명이 실시되지 않는 경우, 공공의 이익을 위하여 비상업적으로 특허발명을 실시할 필요가 있는 경우, 사법적 행정적 절차에 의해 불공정행위로 판정된 사항을 시정하기 위하여 특허발명을 실

적으로 TRIPs상 강제실시권 발동의 경우에는 수용조항이 적용되지 않는다는 점에 있어서는 체결 관행에 크게 차이가 없다.

다만, 지적재산권의 취소, 제한, 생성 등이 TRIPs 등 WTO 협정의 규정에 부합하는 경우를 예외로 규정할지 아니면 해당 FTA 지적재산권 장의 규정에 부합하는 경우를 예외로 할지에 대해서는 협상 과정에서 양국이 TRIPs plus 요소를 지적재산권 장에 받아들이느냐에 따라 다르게 규정된다.

한-미 FTA를 비롯하여 TRIPs plus 요소를 지적재산권 장에 규정한 경우[596]에는 지적재산권의 취소·제한 또는 생성이 해당 FTA의 지적재산권 장의 규정에 부합하는 경우도 수용 조항이 적용되지 않는다고 규정하고 있고, 그렇지 않은 경우에는 강제실시권만을 언급[597]하거나 강제실시권 발동 및 TRIPs 내지 WTO 협정에 따른 지재권의 취소·제한 또는 생성 등의 경우 수용 조항이 적용되지 않는다고 규정하고 있다.[598]

(2) 분쟁해결 방법[599]

(가) 투자와의 관계

이렇게 지식재산권 보호가 국제적 관심을 가지게 되고 유사 또는 종종동종 제품에 대한 경쟁이 격화되고 R&D에 대한 적극적인 관심이 증대되면서 지식재산권의 창출에 막대한 비용이 들어가게 되고 이에 따라 중요한 지식재산권의 창출을 위해서는 필연적으로 기업의 대규모 '투자'가 동반되게 되었다. 따라서 지식재

시할 필요가 있는 경우 등에는 특허권자의 허락을 받지 않아도 강제실시를 허용할 수 있도록 하고 있다(특허법 제106조, 제107조).

596) 한-싱가포르 FTA 제10.13조 제6항, 한-EFTA FTA 제13조, 한-페루 FTA 제9.12조 제6항, 한-미 FTA 제11.6조 제5항, 한-터키 FTA 제1.12조 제5항, 한-호주 FTA 제11.7조 제5항, 한-뉴질랜드 FTA 제10.9조 제5항, 한-콜롬비아 FTA 제8.7조 제5항.

597) 한-ASEAN FTA 제12조 제5항.

598) 한-칠레 FTA 제10.13조 제7항(강제실시권, TRIPs), 한-인도 CEPA 제10.12조 제6항(강제실시권, TRIPs), 한-캐나다 FTA 제8.11조(강제실시권, WTO 협정), 한-베트남 FTA 제9.7조 제6항(강제실시권, TRIPs)

599) 지적재산권 관련하여 강제실시권 및 지적재산권 등 수용을 이유로 보상을 청구할 수 없다면 분쟁해결방법은 어떻게 규정해야 하는지가 문제된다. 한-미 FTA 등에서는 별도의 투자 장이 있으나 BIT의 경우 지적재산권 등이 투자 장의 협정문의 일부를 구성하므로 이 부분에 대하여 설명하기로 한다.

산권은 이제 개인이 고안한 발명품이라는 소극적인 개념에서 벗어나서, 현대 기업의 중요한 투자자산의 하나로서 인식되게 되었다. 지식재산권의 보호 없이는 기업의 정상적인 투자 및 영업활동이 불가능하게 되는 상황이 된 것이다. 최근에 제정되고 있는 거의 모든 투자보장협정이 지식재산권을 포함하고 있다. 물론 FTA에서는 별도의 지적재산권 장을 두어 특별규정으로 처리하기도 한다.

실제 투자협정에서는 협정의 물적 적용범위를 모든 종류의 자산으로 규정하였고, 이에는 저작권 · 산업재산권 · 신지식 재산권 모두를 포괄하는 지식재산권이 포함되어 있다. 이에 따라 지재권 관련 다른 국제규범이 우선 적용된다는 조항이 인정되지 않을 경우 협정상의 권리·의무와 상충될 가능성이 있게 된다.

따라서 일반적으로 BIT에서는 "TRIPs 규정이 동 협정보다 우선하며 지재권과 관련하여 종류별로 규정되는 각종 국제규범의 규정이 동 협정보다 우선한다."는 조항을 규정하고 있다.

(나) 분쟁해결 방법

강제실시권이 수용임을 주장하여 보상을 구하거나 ISDS를 제기할 수 없음은 FTA 투자 장의 수용조항에 의해 명백하지만 그 외의 경우 분쟁의 해결 방법이 어떻게 되는지가 중요한 문제가 된다. 즉, TRIPs 및 기타 WIPO가 관장하는 지식재산권 협정들이 두고 있는 별도의 분쟁해결 절차와 FTA나 BIT의 투자협정상의 분쟁해결 절차(ISDS)와의 관계이다. 이는 앞에서 보았듯이 원칙적으로 지재권과 관련한 분쟁의 경우 각 지재권 협정이 규정하는 분쟁해결절차를 진행하는 경우에는 ICSID, UNCITRAL 등 기존의 ISDS 분쟁해결절차를 이중으로 진행할 수 없다는 의미라고 보는 견해도 있으나 달리 규정하지 않는 한 WTO 분쟁해결 절차조항은 보복조치 및 잠정조치만 가능한 것으로 금전 배상을 구하는 ISDS 절차와는 다르고 국가대 국가 분쟁 성격과 투자자-국가 분쟁은 다르다는 점에서 Fork-in-the-Road 방식에 배치되지 않고 병행하여 진행된다고 보는 것이 타당하다.

마. 과세와 수용

(1) 부속서 삽입 배경

한-미 FTA 투자 장에 삽입되어 있는 '과세 및 수용' 부속서는 조세조치가 수용에 해당하는지 여부가 쟁점이 될 경우 판단의 가이드라인이 될 수 있는 법리를 규정하고 있다. 과세는 '원칙적으로 수용에 해당하지 않는다'는 취지의 포괄적 일반원칙 대신 다양한 구체적 기준을 열거함으로써 분쟁발생 소지를 최소화할 필요가 있는 점 등을 고려하여, 수용 부속서에 과세조치 관련 규정을 두지 않고 과세와 수용의 관계에 대한 별도의 부속서를 채택하게 되었다고 한다.[600]

부속서의 주요내용은 세금부과는 일반적으로 수용을 구성하지 아니하며, 특히 국제적으로 인정된 조세정책, 원칙에 부합된 조세조치, 비차별적 조세조치는 원칙적으로 수용에 해당되지 않는다는 것 등이다.

이 부속서 문구는 MAI(Multilateral Agreement on Investment) 협정문 초안 제Ⅷ조 Taxation 조문에 대한 해석노트[601]에서 비롯된 것이며 한-싱가포르

600) 한-미 FTA 투자분야연구 앞의 책 130면 참조

601) Interpretative Note: When considering the issue of whether a taxation measure effects an expropriation, the following elements should be borne in mind :

a) The imposition of taxes does not generally constitute expropriation. The introduction of a new taxation measure, taxation by more than one Jurisdiction in respect to an investment, or a claim of excessive burden imposed by a taxation measure are not in themselves indicative of an expropriation.

b) A taxation measure will not be considered to constitute expropriation where it is generally within the bounds of internationally recognised tax policies and practices. When considering whether a taxation measure satisfies this principle, an analysis should include whether and to what extent taxation measures of a similar type and level are used around the world. Further, taxation measures aimed at preventing the avoidance or evasion of taxes should not generally be considered to be expropriatory.

c) While expropriation may be constituted even by measures applying generally (e.g., to all taxpayers), such a general application is in practice less likely to suggest an expropriation than more specific measures aimed at particular nationalities or individual taxpayers. A taxation measure would not be expropriatory if it was in force and was transparent when the investment was undertaken.

d) Taxation measures may constitute an outright expropriation, or while not directly expropriatory they may have the equivalent effect of an expropriation (so-called "creeping expropriation"). Where a taxation measure by itself does not constitute expropriation it would be extremely unlikely to be an element of a creeping expropriation.

FTA 예외 장(Chapter) 제21.4조(과세)의 각주에도 대동소이한 규정이 포함되어 있다.

(2) 부속서(한-미 FTA 과세 및 수용에 관한 부속서)

Annex 11-F
Taxation and Expropriation

The determination of whether a taxation measure, in a specific fact situation, constitutes an expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers all relevant factors relating to the investment, including the factors listed in Annex 11-B and the following considerations:

(a) The imposition of taxes does not generally constitute an expropriation. The mere introduction of a new taxation measure or the imposition of a taxation measure in more than one Jurisdiction in respect of an investment generally does not in and of itself constitute an expropriation;

(b) A taxation measure that is consistent with internationally recognized tax policies, principles, and practices should not constitute an expropriation. In particular, a taxation measure aimed at preventing the avoidance or evasion of taxation measures generally does not constitute an expropriation;

(c) A taxation measure that is applied on a non-discriminatory basis, as opposed to a taxation measure that is targeted at investors of a particular nationality or at specific taxpayers, is less likely to constitute an expropriation; and

(d) A taxation measure generally does not constitute an expropriation if it was already in force when the investment was made and information about the measure was publicly available.

(3) 과세조치의 협정문 적용 여부

그러나 이러한 부속서 삽입이 반드시 유리한 것만은 아니다. 원칙적으로 BIT에서는 과세협정에서 최혜국대우의 예외조항을 규정하거나 일부 FTA에서는 협정문에서 배제하여 과세관련 조치에 대한 재량권을 갖는 것이 일반적이다. 그

러나 부속서로 삽입을 할 경우 원칙적으로 과세조치가 수용에 해당하지 않고 일정한 경우 수용에 해당하지 않을 경우를 상정할 수 있으나 그 반대로 수용에 해당할 수 있는 경우가 존재하게 마련이다.

따라서, 과세에 대한 투자유치국의 재량권과 수용과의 관련성 등을 고려하여 적절한 가치 비교형량을 하여야 할 것이다. 우리 기 체결 FTA나 다른 나라의 FTA도 각각 다른 접근 방식을 취하고 있다는 점에 주의를 요한다.

즉, 한-미 FTA 같은 경우에는 금융서비스 장만 투자 장의 특칙으로 규정하고 조세조항은 제23장의 예외 장 제23.3조(과세) 제1조에서 "이 조에 규정된 경우를 제외하고, 이 협정의 어떠한 규정도 과세조치에 적용되지 아니한다"라고 규정하고 있다. 따라서 원칙적으로 이중과세방지협약과 FTA 규정이 충돌하는 경우, 불합치하는 한도 내에서는 협약이 우선한다고 볼 수 있다. 다만, 수용 및 이행요건과 관련하여 특칙을 두고 있는 점이 특색이 있다고 볼 수 있다.[602] 또한 투자협정문에 부속서 11-바로 '과세와 수용에 대한 부속서'를 별도로 두고 있다.

한-칠레 FTA도 예외의 장인 제20.3조에서 "이 조에 규정된 경우를 제외하고, 이 협정의 어떠한 규정도 과세조치에 적용되지 아니한다"라고 규정하고 있으나 과세와 수용 등에 대한 관계에 대하여는 침묵하고 있다.

한-싱가포르 FTA는 예외의 장인 제21.4조에서 같은 규정을 두면서 한-미 FTA처럼 과세와 수용, ISDS에 대한 규정을 두고 있다 다만, 한-싱가포르 FTA는 한-미 FTA와 달리 과세와 수용에 대한 부속서를 투자협정문에 별도로 기재하지 않고 예외의 장에 각주로서 규정하고 있다는 점에 차이가 있다.

미국 모델 BIT는 투자 장에서 제21조 과세조치라는 항목으로 한-미 FTA의 예외조항과 유사한 조항을 두고 있으나, 과세와 수용에 대한 부속서는 없다.

다만, 이러한 부속서 삽입이나 본문 규정방식이 일반적이라고 볼 수는 없다. 한-인도 CEPA에서는 제10.2조 제8항에서 "이 협정문은 과세조치에 적용되지

602) 한-미 FTA 제23.3조 제6항 나호에서는 "(전략) 과세조치에 대하여 제11.6조(수용 및 보상)을 원용하려고 하는 투자자는 제11.16조제2항(중재의 청구 제기)에 따른 의사 통보를 할 때에 그 과세조치가 수용이 아닌지 여부에 대한 문제를 권한 있는 당국에 우선 회부하여야 한다. (후략)"

않는다"고 규정하고 있다. 한-ASEAN FTA에서도 제2조 제2항 (c)에서 "송금과 수용보상 조항을 제외하고 어떠한 과세조치에 대하여도 협정문이 적용되지 않는다"라고 규정하고 있다.

디만, 가장 많이 사용하는 방법은 FTA 협정이 조세조약, 국내 세법 등과 상충될 가능성을 차단하기 위하여 FTA 협정은 조세조치에 대하여는 원칙적으로 미적용하고, 예외적으로 조세조항에서 규정한 경우에만 적용되도록 하는 방법이다. 이를 General Carve-out 원칙이라고 하는데, FTA 조문은 예외사항을 제외하고 일반적으로 조세에는 적용하지 않는다는 원칙이다. 또한, FTA 협정과 조세조약간 불일치 존부 결정책임은 조세조약상 권한 있는 당국에 부여하는 규정을 추가하기도 한다.[603] 이는 조세조약 우선원칙을 채택하고, FTA 협정과 조세조약간 불일치 존부 결정 책임은 조세조약상 권한 있는 당국에게 부여하고 조세의 부과와 징수와 관련하여서는 상품·투자·서비스 등에 대한 일반법적 성격을 지니는 FTA 협정보다 특별법적 성격을 가지는 조세조약을 우선하는 것으로 조세조약 우선 원칙의 실효를 높이기 위해 협정과 조세조약간 불일치 존부 결정시 조세조약상의 조세의 부과와 징수 등과 관련된 문제인지 여부를 먼저 판단할 필요에서 발생한 것이다.

또한, 앞에서 언급하였듯이 수용과 관련하여서는 투자자가 ISDS 절차를 취하기 전 해당조치의 수용해당 여부를 일정기간(6개월)동안 조세당국간에 결정할 수 있도록 허용하는 제도가 바로 'Filtering Mechanism'이다. 이는 조세법률주의에 따라 조세의 부과와 징수는 법률에 의해서만 이루어질 수 있도록 하고 있으므로, 조세의 부과가 수용이 되는지 다툼이 있는 경우 이는 대부분 당해 투자자와 조세당국간의 문제만이 아니라 당해 조치를 받는 투자자 전부와의 관계에서도 문제가 될 가능성이 높음에 따라 조세조치의 수용여부에 대해 조세당국간 해결시한을 주어 제도적 해결을 모색하고, 투자자의 소송남용을 방지하는 효과가 있다.[604]

---

603) 대체적으로 "In the case of a tax convention between the Parties, the competent authorities under that tax convention shall have sole responsibility for determining whether any inconsistency exist between this Agreement and that convention."라고 규정한다.

604) 한-ASEAN FTA에서는 ISDS 절차조항 중에 수용과 과세조치 등이 문제된 경우 분쟁 당사국

그러나, 어떠한 방식을 선호하는지도 각 협상 당사국에 따라 차이가 있고 절대적인 기준이 있지는 않으나 과세조치가 일반적으로 투자협정에 적용되지 않는 것은 타당하고 수용을 구성하여 ISDS를 제기할 수 있는지 여부에 대하여 상세한 부속서를 두는 경우는 투자유치국을 위한 입장이라고 볼 수 있다. 이러한 부속서를 채택하는 경우 투자자가 수용을 이유로 투자유치국 조세에 대해 소송할 수 있는 여지를 줄여주어 조세주권을 강화하는 측면이 있는 것은 사실이다.

그러나 우리가 체결하는 향후 FTA에서 우리가 투자자 입장이라면 ISDS 제소 가능성을 열어주기 위해 과세와 수용에 대한 부속서를 삽입하지 않는 것이 타당하다고 생각한다.

바. 부속서의 성질

간접수용 부속서나 과세와 수용 부속서의 성질에 대하여 논란이 있다. 한-미 FTA의 미래 MFN 조항으로 인하여 간접수용 부속서의 삽입이 없거나 특별희생법리나 부동산가격안정화 정책을 삽입하지 않는 경우 미국 투자자에게 유리하게 작용하는지가 문제된다.

근본적으로 특별희생 법리는 '정부조치의 성격' 중 disproportionate burden을 의미하는 것으로 정부조치와 공공의 이익을 비교할 때 불균형이 일어나 특정한 투자자에게 수인한도를 넘는 즉 불균형적인 희생을 강요한다는 의미이므로 실제 이러한 법리가 반영된다면 '특별한 희생(special sacrifice)'이라는 용어를 각주로 삽입하건 부속서 본문에 삽입하건 문제가 되지 않는다고 본다. 그러나 당사자간 문안 성안과정에서 의사합치가 중재판정부의 가장 기본적인 판단요소인 점에 비추어 정합성 및 향후 분쟁의 소지를 제한하기 위해 특별희생 법리 등을 삽입하는 것이 가장 안전한 장치라고 할 수 있다.

문제는 이러한 법리적인 설명을 넘어서 부속서에 보면 "The Parties confirm

이 문제된 조치에 대해 사전 협의(consultation)를 가지도록 하는 규정을 두었다(제18조 제8항 및 제9항).

their shared understanding that"이라고만 기재되어 있으므로 공유된 양해를 확인한다는 정도에 불과하여 부속서는 본문과 같은 효력이 없으므로 미래 MFN의 문제가 되지 않는다는 주장이 있을 수 있다. 물론 일반적인 부속서나 확인서한 등에 "이 서한이나 부속서는 본문과 일체를 이룬다"라는 문구를 삽입하면 문제가 없으나 이러한 문구가 없는 경우가 문제이다.

이러한 문제는 미국 2004 모델 BIT에서 해답을 찾을 수 있다. 즉 제35조에서 "Annexes and footnotes"라는 제목으로 "Annexes and footnotes shall form an the integral part of this treaty"라고 규정하고 있다. 물론 이 규정은 ISDS 절차에 대한 조항 중 하나이나 다른 협정문의 부속서도 마찬가지로 협정문의 일부를 이룬다고 볼 수 있다.

또한 우리의 기 체결 FTA중 한-ASEAN FTA 투자 장에서도 Article 28 Annexes and Future Instruments에서 "This Agreement shall include: (a) the Annexes and the contents therein which shall form an integral part of this Agreement; and"이라고 규정하여 부속서와 본문이 이 협정의 일부를 이루고 있음을 명시하고 있다. 또한, 한-EU FTA에서도 일반조항을 통하여 제15.13조에서 부속서, 부록, 의정서, 주석은 협정문과 불가분을 이룬다고 규정하고 있다.

따라서 부속서이기 때문에 본문과 같은 효력이 없다는 주장은 맞지 않는 주장이고 실제 조약에 관한 비엔나 협약에서도 전문 등도 해석의 일부를 이룬다는 점에서 부속서나 각주도 마찬가지라고 할 것이다.

다만 이렇게 부속서가 본문과 같은 효력을 가진다면 더더욱 한-미 FTA와의 실질적 정합성을 유지하는 것이 우리 향후 FTA 협상의 주요한 과제라고 생각하는바, MFN의 실질적 의미를 몰각하지 않는 범위에서 우리 투자자 보호와 통상주권을 조화하는 방향으로 협상을 해야 한다고 생각한다.

4. 타 협정문과의 비교

【 과세조치와 수용 】

한-미 FTA 한-칠레 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-칠레 FTA	미국 모델 BIT	한-ASEAN FTA 한-인도 CEPA	한-싱가포르 FTA
예외 장 제1조에서 과세조치에는 원칙적으로 협정 적용 배제 명시 투자 장에 과세와 수용에 대한 부속서 有 단, 한-칠레는 기본협정 예외 장에서 과세조치에는 원칙적으로 협정 적용 배제 명시	예외 장에서 규정 투자 장에 과세와 수용에 대한 부속서 無	제21조 (과세조치)라는 항목으로 과세와 수용에 대한 조항 有	투자 협정문에서 제외 단, 한-ASEAN은 송금과 수용보상 조항을 제외하고 투자협정에서 제외	예외 장에서 규정하고 한-미 FTA처럼 과세와 수용에 대한 조항이 있으나 부속서는 없고 예외 장에서 각주로 기재

【 간접수용 부속서 내용 및 삽입 여부 】

한-미 FTA 한-인도 CEPA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-싱가포르 FTA 한-칠레 FTA 한-ASEAN FTA	호-뉴-ASEAN FTA	미국 모델 BIT
특별희생, 부동산가격안정화 정책 有	부속서 無	판단요소로 정부조치의 성격, 경제적 영향, 서면계약위반을 언급(합법적 기대 침해여부 없음)	특별희생, 부동산가격안정 화정책 無

Ⅵ 송금(Transfer)

국 문	영 문
제 X.8 조: 송금[4)]	**Article X.8: Transfers[4)]**
1. 각 당사국은 적용대상투자에 관한 모든 송금이 자국 영역 내외로 자유롭고 지체 없이 이루어지도록 허용한다. 그러한 송금은 다음을 포함한다.	1. Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory. Such transfers include:
가. 최초 자본기여금을 포함한 자본기여금	(a) contributions to capital, including the initial contribution;
나. 이윤, 배당, 자본이득, 그리고 적용대상투자의 전부 또는 일부의 매각에 따른 대금 또는 적용대상투자의 부분적 또는 완전한 청산에 따른 대금	(b) profits, dividends, capital gains, and proceeds from the sale of all or any part of the covered investment or from the partial or complete liquidation of the covered investment;
다. 이자, 로얄티 지불, 경영지도비, 그리고 기술지원 및 그 밖의 비용	(c) interest, royalty payments, management fees, and technical assistance and other fees;
라. 대부계약을 포함하여, 계약에 따라 이루어진 지불	(d) payments made under a contract, including a loan agreement;
마. 제X.6조제1항·제X.6조제2항 및 제X.7조에 따라 이루어진 지불, 그리고	(e) payments made pursuant to Article X.6.1 and X.6.2 and Article X.7; and
바. 제2절(투자자-국가간 분쟁해결)로부터 발생한 지불	(f) payments arising under Section 2 (Invest-State Dispute Settlement).
2. 각 당사국은 적용대상투자에 관한 송금이 송금의 시점에서 일반적인 시장환율에 따라 자유사용가능통화로 이루어지도록 허용한다.	2. Each Party shall permit transfers relating to a covered investment to be made in a freely usable currency at the market rate of exchange prevailing at the time of transfer.

국 문	영 문
3. 각 당사국은 적용대상투자에 관한 현물수익이 당사국과 적용대상투자 또는 다른 쪽 당사국의 투자자 간의 서면 합의에서 승인되거나 명시된 대로 이루어지도록 허용한다.	3. Each Party shall permit returns in kind relating to a covered investment to be made as authorized or specified in a written agreement between the Party and a covered investment or an investor of the other Party
4. 제1항 내지 제3항에도 불구하고, 당사국은 다음에 관한 자국법의 공평하고 비차별적이며 선의에 입각한 적용을 통하여 송금을 금지할 수 있다.	4. Notwithstanding Paragraphs 1 through 3, a Party may prevent a transfer through the equitable, non-discriminatory, and [bona fide] application of its laws relating to:
가. 파산, 지급불능 또는 채권자의 권리 보호	(a) bankruptcy, insolvency, or the protection of the rights of creditors;
나. 유가증권·선물·옵션 또는 파생상품의 발행·유통 또는 거래	(b) issuing, trading, or dealing in securities, futures, options, or derivatives;
다. 형사범죄	(c) criminal or penal offenses;
라. 법집행 또는 금융규제당국을 지원하기 위하여 필요한 때에, 송금에 대한 재무보고 또는 기록보존, 또는	(d) financial reporting or record keeping of transfers when necessary to assist law enforcement or financial regulatory authorities; or
마. 사법 또는 행정 절차에서의 명령 또는 판결의 준수 보장	(e) ensuring compliance with orders or judgments in judicial or administrative proceedings.
4) 제X.8조는 부속서 X-다에 따라 해석된다.	4) For greater certainty, Annex X-C applies to the interpretation this Article

1. 취 지

이는 투자를 하거나 투자를 한 후, 출연금, 이윤, 자본이득, 배당금, 이자 로열티 등을 자유롭게, 그리고 지체 없이 송금할 수 있도록 허용할 것을 규정하는 조항으로 정부와 투자자간 계약 내용에 따른 현물수익의 지급도 보장된다. 원칙적으로 국가의 재정고권(monetary sovereignty)이라는 측면에서 송금자유를 보장하는 내용의 국제관습법은 인정되지 않았다. 그러나 글로벌화 시대에서 송금보장은 기업의 활동자유의 핵심적 측면으로 등장함에 따라 대부분의 투자협정에서 송금보장을 규정하고 있는 것이다.[605]

그러나 투자유치국의 특별한 사정 등을 반영하여 부도, 지급불능, 예금자 보호, 주식 등의 거래 이전, 형법의 적용, 규제당국의 법집행으로서 금융기록을 위해 필요한 경우, 법원의 결정을 따르기 위한 경우 등에는 예외를 인정한다.

또한, 송금보장 조항의 예외로서 외환위기시 자본거래 통제 등 긴급세이프가드 조치를 인정하고, 이를 송금부속서에서 규정하고 있다.

2. 주요 내용

가. 송금 범위

(1) 송금의 대상

(가) 유형

NAFTA나 우리가 체결한 기존 FTA 등에는 '송금(transfer)'이란 '송금과 국제적 지급(transfers and international payments)'을 의미한다는 내용의 정의규정을 두었으나 동어 반복에 불과하여 한-미 FTA에서는 채택하지 아니하였다.

제1항은 송금의 유형과 보장시한에 관한 규정으로서 각 당사국은 적용대상

605) 한-미 투자분야연구 앞의 채 151면 참조

투자에 관한 모든 송금이 자국 영역 내외로 자유롭고 지체 없이(without delay) 이루어지도록 허용하여야 하여야 한다는 원칙을 규정한다. 송금이 보장되는 유형은 자본기여금, 이윤, 배당, 이자, 로열티 등 대부분의 종류를 포함한다.

다만, 이러한 규정은 한정적인 것이 아니라 열거적인 것에 불과하므로 당사자간 합의에 의하여 정하기 나름이다.

(나) 방식

제2항은 송금보장의 내용이 실효를 거둘 수 있도록 보장하는 규정으로서 각국은 송금 시점을 기준으로 일반적인 시장환율에 따라 자유사용가능통화로 송금이 이루어질 수 있도록 보장하여야 한다고 규정하고 있다.

여기서 “지체 없이”와 관련하여 without delay를 해석하는 기준에 대하여 논란이 있다. 우리의 기 체결 BIT는 일반적으로 “without undue delay”라고 규정하고 있기 때문이다.[606] 앞에서 보았듯이 가급적 without delay로 규정하는 것이 바람직하고, 완벽한 지연이 없는 것은 현실적으로 불가능하고 부당한 지연이 아닌 이상 입장을 존중해야 할 수 있으나 개도국 입장에서 지연이 절차적인 문제라고 주장하면서 부당하지 않다는 이유로 이를 남용할 우려가 있으므로 신중한 접근을 요한다고 본다.

즉, ‘자유태환통화’라 함은 손실보상 및 수용보상 조항에서 보았듯이 국제통화기금(IMF)이 그 협정(Agrement of IMF를 의미) 조문에 따라 결정한 자유사용가능통화를 말한다(제1.4조). IMF 협정 제30조 (f)는 ‘자유사용가능통화’란 국제거래의 지급을 위해 사실상 광범위하게 사용되고 주요 외환시장에서 광범위하게 거래되는 회원국의 통화를 의미한다고 규정하고 있다.

또한, 시장환율에 대한 논의도 수용보상에서 논의하였듯이 “market rate of exchange”를 유지할 경우 문제가 없으나 고정 환율을 유지하는 나라와 체결하는 경우에 문제가 된다. 이러한 경우 투자유치국의 공식 고정환율과 실제 시장환율이 크게 다를 경우 우리 투자자가 불측의 피해를 입을 가능성도 배제할 수 없으므로 시장환율에 의한다는 조항을 삽입하는 것이 반드시 필요하다.

606) 한-불가리아 BIT 제4조 제2항 참조, 수용보상 조문별 설명 부분 175면 이하 참조

(2) 분쟁결과 송금

표제 예시 문안에서는 ISDS로 인하여 발생한 지불(제X.8조 제1항 바호)이라 제한적으로 규정하고 있으나, 한-미 FTA에서는 '분쟁으로부터 발생한 지불(payments arising out of a dispute)'이라고 넓게 규정하고 있다.

분쟁으로 인한 송금의 경우 ISDS 판정에 의한 송금이 대표적이나, 그 외 국내법원에 의한 보상 결정, 분쟁절차 전 합의(settlement)에 의한 보상의 가능성도 있고, 송금 보장 범위의 확대에 반대할 이유도 없는 점, 그리고 한-미 FTA 이후 우리의 FTA 체결관행 등을 고려할 때 넓게 규정하여도 무방하다고 본다.

(3) 현물수익

제3항은 금전의 지급뿐만 아니라 현물수익의 실현도 송금보장에 준하여 보장되어야 함을 규정한다. "returns in kind"에 대한 명확한 정의규정은 없으나 일반적으로 현물지급(payment in the form of actual goods)의 의미로 이해한다.

이러한 경우는 일반적으로 현물수익은 예를 들어 우리 투자자가 미국 광산에 투자를 하여 얻은 이득금으로 현물인 광물을 수령하였을 경우 이를 송금할 수 있는지가 문제된다. 송금의 자유로운 보장이 허용된다는 측면에서 송금의 형태가 현금이든 현물이든 동일한 보장을 받을 수 있다.

그러나 문제는 현물송금의 경우 하나의 상품의 형태를 가지므로 현금과 동일한 취급을 받을 수 있는지가 문제된다. 왜냐하면 현물은 투자자의 모국 입장에서 보면 일종의 수입에 해당할 수 있기 때문이다.

또한, 문제는 현물 송금을 가장하여 수입을 하는 경우가 발생할 수 있으므로 일정한 제한이 필요하다는 공감대가 형성된다. 진정한 현물 수익과 현물 수익 송금을 가장한 수입(투자자 입장에서 보면 투자자 모국에서의 수입이고 투자 유치국 입장에서 보면 수출에 해당한다)을 구분해야 할 필요성이 생긴다.

따라서, 각 당사국은 적용대상투자에 대한 현물수익이 당사국과 적용대상투자(또는 타방 당사국 투자자)간의 서면합의에서 승인되거나 명시된 대로 이루어

지도록 허용하여야 할 의무를 진다고 규정하는 것이다. 왜냐하면 투자자의 모국 입장에서는 수입으로 보아 통관문제가 발생할 수 있고, 송금을 가장한 수입인지 여부를 판단할 수 없기 때문이다. 즉, 서면합의에서 승인하거나 명시를 하는 일정한 경우에만 송금으로서 인정하는 것이다.

이러한 규정방식은 한-미 FTA에서도 마찬가지의 형태인데 현물수익이 송금의 형태일 수 있으나 상품이라는 측면을 가지므로 상품으로서 일정한 제한을 받아야 한다는 점을 간과한 것처럼 보여 문제를 제기하는 경우가 있다. NAFTA 협상에서 논의된 내용을 보면 원칙적으로 현물수익도 송금의 자유를 주되, 정책적인 이유에서 이를 제한할 권리를 당사국에 부여할 필요가 있는 것으로 논의가 되었다. 예를 들어 해당물품이 심각한 결함이 있는 경우 동 조항이 없이 자유로운 송금만 보장한다면, 양당사국은 그 물품의 송금을 제한할 수 없으므로 동 조항을 통해 당사국의 현물수익 송금에 대한 재량을 부여한 것이다.

또한, WTO GATT 제11조 및 FTA 상품협정에서 일반적으로 수입 및 수출 제한 사항을 규정하고 있으므로 해당 협정에서 제한하고 있는 사항은 당사국이 현물수익의 송금도 제한할 수 있어야 함은 물론이므로 제한을 상정한 규정이라고 할 수 있다.

이에 반하여 캐나다 모델 BIT, NAFTA, 한-칠레 FTA에서는 이러한 우려 등을 직접 문안에 반영하여 제1항에서 현물수익의 송금을 현금과 같이 규정한 후, 제4항과 본 FTA 협정상 해당 송금을 달리 제한할 수 있는 상황에서는 현물수익의 송금을 제한할 수 있다고 규정함으로써 상품협정상 규정된 수출입 제한 사항에 해당하는 경우 당사국이 현물수익의 송금을 금지할 수 있다.[607]

한-인도 CEPA도 제1항에서 현물수익을 포함하고 한-미와 같은 문안을 규정하면서도 “Notwithstanding paragraph 3, a Party may restrict transfers of returns in kind in circumstances where it could otherwise restrict such transfers under the WTO Agreement, GATT Article XI.”라는 각주를 두고

607) 캐나다 모델 BIT “Notwithstanding paragraph 1, a Party may restrict transfers of returns in kind in circumstances where it could otherwise restrict such transfers under this Agreement and as set out in paragraph 3.”라고 규정하고 있다.

있다.

어떠한 방식을 취하더라도 일정한 경우 현물수익을 제한할 수 있다는 점에서 문제는 없으나 한-미 FTA와 같이 규정하는 경우 현물수익의 제한은 일정한 예외나 제한으로서 송금조항 제4항의 예외규정에서도 비차별적이고 선의로 행해져야 하는 조건을 충족해야 하는데도 불구하고 제4항의 요건과 상관없이 제한당할 가능성이 있다. 또한, 서면합의는 우산조항의 서면합의와 의미상 차이가 무엇인지 논란이 될 여지가 있다.

따라서, 한-인도 CEPA나 한-칠레 FTA를 원용하는 것도 현물수익의 제한 가능성에 대하여 의미의 명확한 전달이 될 것으로 보인다.

나. 제한

송금 제한에 관한 규정은 협정마다 다소 차이가 있으나 표제 예시 문안에서 채택한 내용은 미국 모델 BIT와 NAFTA의 규정 및 우리가 기존에 체결한 모든 FTA와 동일한 내용으로서 특정 상황에서 국가마다 일반적으로 채택하고 있는 통화규제권의 행사가 협정위반이 되지 않음을 명확히 하기 위한 것이다.

위 제1항 내지 제3항의 규정에 불구하고 당사국은 협정문이 정한 다섯 가지 경우에 관하여 공평에 입각한, 비차별적인, 선의의 법령적용을 통해 송금을 금지할 수 있다. 첫째는 파산, 지급불능, 채권자의 권리보호, 둘째는 유가증권·선물·옵션 또는 파생상품의 발행·유통 또는 거래, 셋째는 형사범죄, 넷째는 법집행 또는 금융규제당국을 지원하기 위하여 필요한 때에, 송금에 대한 재무보고 또는 기록보존, 다섯째는 사법 또는 행정절차에서의 명령 또는 판결의 준수 보장이다. 예를 들어 외환거래 관련 법률에는 보고의무 등을 강제하기 위해 송금을 제한하는 규정 등이 있고 파산관련 법률에는 파산재단의 배당을 정지하는 절차 등이 있는데 이러한 규제는 협정위반에 해당하지 않는다.

그러나 이러한 제한도 자국법의 공평하고 비차별적이며 선의에 입각한 적용을 통하여서만 가능하다는 점에 유의하여야 한다.

다. 송금부속서

(1) 단기 세이프가드 부속서

Annex X-C Transfers

1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining temporary safeguard measures pursuant to the Party's domestic law and regulation18) with regard to capital movements:
   (a) in the event of serious balance of payments or external financial difficulties or threat thereof; or
   (b) where, in exceptional circumstances, payments and capital movements between the Parties cause or threaten to cause serious difficulties for the operation of monetary policy or exchange rate policy in either Party.
2. The measures refereed to in paragraph 1:
   (a) shall not exceed a period of one year; however, if extremely exceptional circumstances arise such that a Party seeks to extend such measures, the Party will coordinate in advance with the other Party concerning the implementation of any proposed extension;
   (b) shall be consistent with the Articles of Agreement of the International Monetary Fund;
   (c) shall not exceed those necessary to deal with the circumstances described in paragraph 1
   (d) shall be temporary and phased out progressively as the situation described in paragraph 1 improves;
   (e) shall not be confiscatory;
   (f) shall promptly be notified to the other Party;
   (g) shall be applied on a national treatment basis;
   (h) shall ensure that the other Party is treated as favourably as any non-Party;
   (i) shall not constitute a dual or multiple exchange rate practice;
   (j) shall not restrict payments or transfers for current transactions, unless the imposition of such measures complies with the procedures stipulated in the Articles of agreement of the International Monetary Fund; and
   (k) shall not restrict payments or transfers associated with foreign direct investment.

---

18) For Korea, Article 6 of the Foreign Exchange Transactions Act.

(2) 내용

송금부속서의 내용은 원칙적으로 발동요건, 발동대상, 제한사유 등으로 규정되어 있다. 즉, 국제수지 및 국제금융상 심각한 어려움이 있거나, 예외적으로 지급 및 자본의 이동이 통화 및 환율정책의 운용에 심각한 어려움을 일으키거나 일으킬 우려가 있을 때 발동하되, 발동 대상은 지급 및 자본의 이동이다. 즉, 한-칠레 FTA 등은 "자본의 이동"과 관련하여 세이프 가드 조치의 채택 또는 유지가 가능하도록 규정한 반면, 한-싱가포르 FTA 등은 "국경간 자본거래" 또는 "송금"과 관련한 조치의 채택 또는 유지가 가능하도록 규정하고 있으나 자본의 이동은 국경간 자본거래와 송금을 모두 포함하는 개념이므로 양자간에 실질적 차이는 없다고 본다.

그러나 무제한적으로 세이프가드를 발동할 수 있는 것이 아니라 IMF규정과 합치, NT, MFN 준수, 과도하지 않을 것 등의 일정한 제한이 있다.

라. 단기 세이프가드에 대한 고찰

(1) 세이프가드 조치 삽입의 필요성

송금을 원칙적으로 보장한다고 하더라도 정부로서는 국제수지악화 및 외환위기 등의 경우에는 송금을 제한할 수 있는 권한을 유보함으로써 비상시의 금융규제권을 확보하는 것도 긴절한 사항이다. 우리가 체결한 기존의 FTA에는 모두 이러한 권한을 유보하는 단기 세이프가드 조항을 부속서나 본문의 형태로 규정하여 왔다.

일부 국가에서는 세이프가드 관련 사항은 본 FTA가 아닌 GATS 차원에서 다루어야 한다는 입장을 고수하며 부속서 삽입을 부담스러워 하는 국가가 있다. 또한, 경제적 기반이 성숙한 우리니라가 왜 굳이 동 사항을 규정하려 하는지 의문을 표명하고 실제 한-미 FTA 경우에도 미국측의 반대로 인하여 한국 일방에게만 적용하는 방향으로 해결을 하였다. 즉, 세이프가드는 우리의 필수적 관철사항으로 설령 GATS에 세이프가드 규정이 있더라도 FTA 차원에서 이

를 규정하지 않으면, 향후 세이프가드 조치 발동시 투자자는 (GATS와는 별도로) FTA 송금조항 위반을 이유로 ISDS 제기가 가능해지므로 최소한 한-미 FTA, 호-칠레 FTA와 유사한 방식으로 우리측 일방만이라도 세이프가드 조치권한을 인정받을 필요가 있다. 이러한 부속서의 삽입은 세이프가드 발동으로 인한 ISDS 제소를 방지하기 위한 것이다.

이는 외국투기자본으로 인한 금융시장의 혼란 가능성에 대한 우려를 불식시키고 FTA를 원활하게 추진하기 위한 것으로 특히 우리나라는 외환위기 경험국가로서 세이프가드 조치의 필요성에 대한 국민적 공감대가 형성되어 있고, 기존에 체결한 모든 FTA 협정에 포함되어 있으며, 외국환거래법(제6조)에 이미 근거가 마련되어 있는 상황에서 단기 세이프가드 조치에 대한 허용 근거를 규정하지 않은 FTA의 추진은 사실상 불가능한 입장이다.

물론 아직까지 우리나라는 한 번도 단기 세이프가드 조치는 발동한 적도 없고, 97년 외환위기 시에도 발동하지 않고 위기를 극복하여, 이를 통해 국제금융시장의 신뢰를 조속히 회복하였다는 점에서 세이프가드 부속서 삽입에 반대하는 상대국을 안심을 시킬 필요도 있다.

(2) 근거법률

우리나라의 근거법률은 외국환거래법[608] 제6조로서 단기세이프가드 조치의 내용으로서 다음과 같이 4가지를 규정하고 있다.

(외국환거래법 제6조)

제6조(외국환거래의 정지등)

① 기획재정부장관은 천재지변, 전시·사변, 국내외 경제사정의 중대하고도 급격한 변동, 그 밖에 이에 준하는 사태가 발생하여 부득이 하다고 인정되는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치를 할 수 있다. <개정 2011. 4. 30., 2017. 1. 17.>

1. 이 법을 적용받는 지급 또는 수령, 거래의 전부 또는 일부에 대한 일시 정지

608) [시행 2017. 7. 18.] [법률 제14525호, 2017. 1. 17. 일부개정]

2. 지급수단 또는 귀금속을 한국은행·정부기관·외국환평형기금·금융회사등에 보관·예치 또는 매각하도록 하는 의무의 부과
3. 비거주자에 대한 채권을 보유하고 있는 거주자로 하여금 그 채권을 추심하여 국내로 회수하도록 하는 의무의 부과

② 기획재정부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당된다고 인정되는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 자본거래를 하려는 자에게 허가를 받도록 하는 의무를 부과하거나, 자본거래를 하는 자에게 그 거래와 관련하여 취득하는 지급수단의 일부를 한국은행·외국환평형기금 또는 금융회사등에 예치하도록 하는 의무를 부과하는 조치를 할 수 있다. <개정 2011. 4. 30.>

1. 국제수지 및 국제금융상 심각한 어려움에 처하거나 처할 우려가 있는 경우
2. 대한민국과 외국 간의 자본 이동으로 통화정책, 환율정책, 그 밖의 거시경제정책을 수행하는 데에 심각한 지장을 주거나 줄 우려가 있는 경우

③ 제1항과 제2항에 따른 조치는 특별한 사유가 없으면 6개월의 범위에서 할 수 있으며, 그 조치 사유가 소멸된 경우에는 그 조치를 즉시 해제하여야 한다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 조치는 「외국인투자 촉진법」 제2조제1항제4호에 따른 외국인투자에 대하여 적용하지 아니한다. <개정 2009. 1. 30.>

⑤ 기획재정부장관은 제1항제3호의 조치를 하기 위하여 필요한 경우 해당 거주자의 관할 세무관서의 장에게 「국제조세조정에 관한 법률」 제34조에 따른 해외금융계좌정보의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 해외금융계좌정보의 제공을 요청받은 관할 세무관서의 장은 특별한 사정이 없으면 그 요청에 따라야 한다. <신설 2017. 1. 17.>

즉, 천재지변・전시・사변, 국내외 경제사정의 중대하고 급격한 변동시 또는 기타 이에 준하는 사태의 발생으로 인해 부득이 하다고 인정되는 경우 ① 대외결제・거래의 일시 정지나 귀금속의 은행 예치의무화 등 ② 외환집중제를 실시할 수 있다.

또한, 국제수지・국제금융상 심각한 어려움에 처할 경우 또는 자본이동으로 인해 통화・환율 등 거시정책 수행에 심각한 지장을 초래하거나 초래할 가능성이 있는 경우 ③ 자본거래허가제나 ④ 자본거래를 하는 자로 하여금 당해 거래와 관련하여 취득하는 지급수단의 일부를 한국은행·외국환평형기금 또는 금융기관에 예치하도록 하는 의무인 가변예치의무제도를 실시할 수 있다.

(3) IMF와의 관계

원칙적으로 세이프 가드 조치는 IMF 협정문과 합치해야 하고, 경상거래에 대한 제한은 IMF 협정문 절차를 준수해야 한다고 규정되어 있다. 따라서 이하에서는 IMF 협정문 자본이동, 가맹국의 일반적 의무 등을 살펴 볼 필요가 있다.

(IMF 협정문 규정)

【제 6 조】 자본이동

제 1 절 자본이동을 위한 기금재원의 이용

(a) 가맹국은 본조 제2절에 규정된 경우를 제외하고 대규모의 지속적인 자본유출에 대처하기 위하여 기금재원을 이용할 수 없고, 기금은 이와 같은 기금재원의 사용을 방지하기 위하여 가맹국에 통제를 행사할 것을 요청할 수 있다. 만약 가맹국이 이러한 요청을 받은 후 적절한 통제를 행사하지 못하는 경우 기금은 당해 가맹국이 기금재원을 이용할 자격이 없음을 선언할 수 있다.

(b) 본절의 규정은
(ⅰ) 수출의 확장을 위하여 또는 무역업, 은행업 기타 사업의 정상적 경영에 있어서 필요한 상당액의 자본거래를 위하여 기금의 재원을 사용하는 것을 방해하는 것은 아니며,
(ⅱ) 가맹국 자신의 재원으로서 하는 자본이동에 영향을 주어서는 아니된다. 다만 가맹국들은 이러한 자본의 이동이 기금의 목적에 합치할 것을 약속한다.

제 2 절 자본이동에 대한 특별규정

가맹국은 자본이동을 위하여 자금보유부분을 매입할 수 있는 자격을 가진다.

제 3 절 자본이동에 대한 통제

가맹국은 국제자본이동을 규제하기 위하여 필요한 통제를 할 수 있다. 다만 가맹국은 이러한 통제를 경상적 거래를 위한 지불을 제한하는 방법으로 행하거나, 제7조 제3절(b)항(기금보유고의 부족에 의한 제한)과 제14조 제2절(과도기협정에 의한 외환제한)에 정하여 있는 경우를 제외하고 기금과의 거래결제를 위한 자금이동을 부

당히 지연시키는 방법으로 행할 수 없다.

【제 8 조】 가맹국의 일반적인 의무

제 1 절 총 칙

본협정의 다른 각조에 의해 부담하는 의무외에 각 가맹국은 본조에서 정한 의무를 부담한다.

제 2 절 경상적 지불에 관한 제한 금지

(a) 제7조 제3절(b)항 및 제 14조 제2절의 규정에 따라 가맹국은 기금의 승인 없이는 경상적 국가거래를 위한 지불 및 자금이동을 행하는데 대하여 제한을 과하지 못한다.
(b) 어떤 가맹국의 통화와 관련된 환계약으로서, 본협정에 따라 유지 또는 부과되는 당해 가맹국의 환통제체제 규정에 위반되는 것은 어떠한 다른 가맹국의 영역 내에서도 이행될 수 없다.

제 3 절 차별적 통화 협약의 금지

어떠한 가맹국도 본협정에 의해 권한이 부여되었거나 또는 기금의 승인을 받은 경우 이외에는, 본협정 제4조(환관리에 대한 의무) 또는 Schedule C(par value)에 의해 지시된 범위 내외여부를 불문하고, 차별적 통화협약 또는 다자간 통화협약에 참여하거나 또는 제5조 제 1절에 언급한 자국의 재무기관이 참여하는 것을 허용해서는 안된다.

다만 이러한 통화협약이 본협정의 효력이 발생하는 일자에 행하여질 때에는 동협정 제14조 제2절에 의하여 그 통화협약이 유지. 부과되지 않는한 당해 가맹국은 그 점진적 철폐에 관해 기금과 협의한다. 협정 제14조 제2절에 의하여 그 통화협약이 유지.부과되는 경우에는 제 14조 제 3절이 적용된다.

제 4 절 외환보유잔액의 태환가능성

(a) 각 가맹국은 타가맹국이 매입을 요청하면서 다음과 같은 사항들을 표시하는 경우에는 타가맹국이 보유하고 있는 자국통화의 잔고를 매입하여야 한다.

(ⅰ) 매입되는 잔고가 최근의 경상거래의 결과로 취득되었다는 것, 또는
(ⅱ) 그 태환은 경상적 지불을 위해 필요하다는 것

매입을 하는 가맹국은 제19조 제4절에 기한 특별 인출권으로 또는 요청을 한 가맹국의 통화로 지급하는 권한을 보유한다.

(b) 위의 (a)항의 의무는 다음과 같은 경우에는 적용하지 않는다.
(ⅰ) 그 잔고의 태환이 본조 제2절 또는 제6조 제3절의 규정에 의해 제한되어 있을 때
(ⅱ) 그 잔고가 제14조 제2절에 의해 유지 또는 부과되는 제한을 가맹국이 철폐하기 전에 행하여진 거래의 결과로 축적되었을 때
(ⅲ) 그 잔고가 그것을 매입하도록 요청한 가맹국의 외환법규에 위반하여 취득된 것일 때
(ⅳ) 매입을 요청한 가맹국의 통화가 제7조 제3절(a)항에 의해 부족하다고 선언되었을 때, 또는
(ⅴ) 매입을 행하도록 요청을 받은 가맹국이 어떠한 이유로 인하여 자국통화를 위해 기금으로부터 다른 가맹국의 통화를 매입할 자격이 없을 때

제 5 절 정보의 제공

(a) 기금은 가맹국에 대하여 기금의 효과적인 의무수행을 위한 필요 최소한도의 다음과 같은 각국의 자료를 포함하여, 그 업무상 필요하다고 인정되는 자료를 요청할 수 있다.
(ⅰ) 국내 및 국외의 (1)금 및 (2) 외환의 공적 보유고
(ⅱ) 은행 및 금융기관 기타 공적기관에 의한 국내 및 국외의 (1)금 및 (2) 외환의 공적 보유고
(ⅲ) 금의 생산
(ⅳ) 도착국별 및 원산국별 금의 수출입
(ⅴ) 도착국별 및 원산국별 지역통화로 표시한 상품의 수출입 총액
(ⅵ) (1)상품 및 서비스 거래, (2)금거래, (3) 판명된 자본거래, (4)기타 항목을 포함한 국제수지
(ⅶ) 국제투자상황 즉 가맹국의 영역내에 있어서의 투자 및 그 정보의 생산이 가능한 한도에서 가맹국의 영역내 있는 자가 보유하는 해외투자자산
(ⅷ) 국민소득
(ⅸ) 물가지수 즉 도매 및 소매에서의 상품가격지수 및 수출입가격지수
(ⅹ) 외환의 매매 시세

(xi) 외환통제 즉 기금에 가입할 시에 실시중인 외환통제의 포관적인 보고와 그 후 변경시 변경내역
(xii) 정식 청산협정이 존재하는 경우 상업적, 금융적 거래에 대한 미청산액 내역과 미청산액의 존속기간
(b) 기금은 정보를 요청하는 경우에 있어서 요청된 정보를 제공하는 가맹국들의 능력에 차이가 있음을 고려해야 한다.

가맹국은 개인과 법인의 사정이 폭로될 정도의 상세한 정보를 제공할 의무는 없다. 그러나 가맹국은 실행할 수 있는 한 자세하고 정확하게 요청된 정보를 제공하고 가능한한 단순한 추정은 피한다.
(c) 기금은 가맹국들과의 협정에 의해 그 이상의 정보를 얻도록 조치할 수 있다. 기금은 통화 및 금융상의 제문제에 대한 정보 수집과 교환의 중심으로서 활동하고 그리하여 기금의 목적을 추구하는 정책들을 수행하도록 가맹국들을 돕기 위한 연구의 준비를 촉진시킨다.

제 6 절 현행 국제적 협약에 관한 가맹국간의 협의

본협정하에서 가맹국이 특별하고 일시적인 사정 때문에 본협정에 의해 환거래에 대한 제한을 유지하고 수립하는 권한이 부여되고, 가맹국들 사이에 본협정 이전에 이러한 제한의 적용에 저촉하는 다른 협약이 체결된 때에는 그 협약의 당사자들은 상호 필요할 수 있는 조정을 행하기 위해 서로 협의한다. 본조는 제7조 제5절의 적용을 방해하지 않는다.

제 7 절 보유자산에 대한 정책에 관해 상호 협조할 의무

각 가맹국들은 보유자산에 대한 가맹국의 정책들이 국제적 유동성 감시를 더 발전시키고, 국제통화시스템내의 보유자산원금에 대한 특별인출권을 만드는 목적에 부합하도록 기금 및 타가맹국들과 협조할 의무를 진다.

【제 30 조】 용어의 설명

제 4 절 경상거래를 위한 지급은 자본이전을 목적으로 하지 않는 지급을 의미하며, 다음을 포함하되 이에 국한하지 않는다.

(a) 해외무역, 서비스 등을 포함한 기타 경상 사업거래, 정상적인 단기 금융 및 여신과 관련하여 지급의무가 발생하는 금원의 지급
(b) 대출금에 대한 이자 및 기타 투자에 따른 순수입으로서 지급되어야 하는 금원

의 지급
(c) 대출의 분할상환 또는 직접투자의 감가상각을 위한 적정 금원의 지급
(d) 가족 생활비를 위한 적정 금원의 송금

IMF는 해당 회원국들과 협의를 거쳐 특정 거래를 경상거래로 볼 것인지, 아니면 자본거래로 볼 것인지 결정할 수 있다.

(4) 주요내용

이는 외환거래법 제6조에 따른 자본이동에 대한 단기 세이프가드 조치로서 ① 국제수지 및 금융상 심각한 어려움, ② 지급 및 자본의 이동이 통화·환율 정책의 운용에 심각한 어려움을 일으키는 경우 1년 이하의 기간 하에 유효하며, 필요시 사전협조 후 연장이 가능한 것이다.

또한 (i) IMF 규정과 합치, (ii) 필요최소한도, 일시적, 점진적으로 폐지, (iii) 비몰수적, (iv) 신속히 통보, (v) NT, MFN 준수, (vi) 이중환율제 구성하지 않음, (vii) 경상거래 관련 송금, 외국인직접투자 관련 송금을 제한하지 않는다는 제한을 규정하고 있어 엄격한 요건 하에서만 발동이 가능한 것이다. 그러나 개별 협정마다 요건, 제한 등이 다르다는 점에 유의하여야 하며, 이하에서 살펴보기로 한다.

3. 타 협정문과의 비교

【 분쟁결과 송금 】

한-미 FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-칠레 FTA 한-싱가포르 FTA 한-인도 CEPA 한-ASEAN FTA	호-미 FTA	호-칠 FTA
일반적인 분쟁 (a dispute)	ISDS로 한정	일반적인 분쟁 (a dispute)	ISDS로 한정

【 현물수익 】

한-미 FTA 미국 모델 BIT	캐나다 모델 BIT 한-칠레 FTA NAFTA	한-인도 CEPA
현물수익의 송금이 서면합의에서 승인되거나 명시된 대로 자유롭게 이루어지도록 규정	제1항에서 현물수익을 현금과 같이 규정한 후 제4항의 제한사유와 FTA 협정상 해당송금을 제한할 수 있는 경우 송금제한	WTO GATT 제11조에서 제한이 가능한 상황에서 현물수익의 송금을 제한

【 단기 세이프가드 조치 삽입여부 】

한-미 FTA	한-인도 CEPA 한-싱가포르 FTA 한-칠레 FTA 한-ASEAN FTA	호-칠 FTA	한-EU FTA	호주-미국 FTA
일방에만 적용(한국) 부속서 형태	본문에 규정	칠레 일방에만 적용	CHAPTER 8 PAYMENTS AND CAPITAL MOVEMENTS에서 규정	없음

【 단기 세이프가드 조치 내용 】

한-칠레 FTA	한-EFTA FTA	한-싱가포르 FTA	한-인도 CEPA	한-미 FTA	한-EU FTA
① 통화환율 정책상 어려움 ② 신속한 통보 ③ 1년이내 (연장가능)	① 통화환율 정책상 어려움 ② IMF 협정과 일치, 신속한 통보 ③ 6개월 이내 (연장가능)	① 통화환율 정책상 어려움, 심각한 BOP문제, 국제금융상 어려움 ② IMF협정과 일치, 신속한 통보, 불필요한 손해 회피, NT, MFN not excessive, temporary ③ 6개월 이내 (연장가능하나 통화정책상 어려운 경우에 한정)	① 통화환율 정책상 어려움, 심각한 BOP문제, 국제금융상 어려움 ② IMF협정과 일치, 신속한 통보, 불필요한 손해 회피, NT, MFN, not excessive, temporary ③ 필요 최소기간 (통화정책상 어려운 경우에 한정)	①통화환율 정책상 어려움, 심각한 BOP문제, 국제금융상 어려움 ② 신속한 통보 불필요한 손해 회피, NT, MFN 비몰수적, temporary, 이중·다중 환율 관행 회피 ③ 1년 이내 (연장가능)	① 통화환율 정책상 어려움, 심각한 BOP문제, 국제금융상 어려움 ② 신속한 통보, 불필요한 손해 회피, temporary ③ 6개월 이내 (연장가능)

Ⅶ 이행요건(Performance Requirement)

국 문	영 문
제 X.9 조 : 이행 요건	**Article X.9 : Performance Requirement**
1. 어떠한 당사국도 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 다음의 요건을 부과 또는 강요하거나, 이에 대한 약속 또는 의무부담을 강요할 수 없다.[5]	1. Neither Party may, in connection with the establishment, acquisition expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, impose or enforce any requirement or enforce any commitment or undertaking:[5]
가. 일정 수준 또는 비율의 상품 또는 서비스를 수출하는 것	(a) to export a given level or percentage of goods or services;
나. 일정 수준 또는 비율의 국산부품 사용을 달성하는 것	(b) to achieve a given level or percentage of domestic content;
다. 자국 영역에서 생산된 상품을 구매 또는 사용하거나 이에 대하여 선호를 부여하는 것, 또는 자국 영역에 있는 인으로부터 상품을 구매하는 것	(c) to purchase, use, or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
라. 수입량 또는 수입액을 수출량이나 수출액, 또는 그러한 투자와 연계된 외화유입액과 어떠한 방식으로든 관련시키는 것	(d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
마. 그러한 투자가 생산 또는 공급하는 상품이나 서비스의 판매를 수출량이나 수출액, 또는 외화획득과 어떠한 방식으로든 관련시킴으로써 자국 영역에서 그러한 판매를 제한하는 것	(e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.

국 문	영 문
바. 자국 영역의 인에게 특정한 기술, 생산 공정 또는 그 밖의 재산권적 지식을 이전하는 것, 또는	(f) to transfer a particular technology, a production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory; or
사. 그러한 투자가 생산하는 상품이나 공급하는 서비스를 당사국의 영역으로부터 특정한 지역시장 또는 세계시장에 독점적으로 공급하는 것	(g) to supply exclusively from the territory of the Party the goods that such investment produces or the services that it supplies to a specific regional market or to the world market.
2. 어떠한 당사국도 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 이익의 수령 또는 지속적 수령에 대하여 다음의 요건에 부합할 것을 조건으로 할 수 없다.	2. Neither Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any requirement:
가. 일정 수준 또는 비율의 국산부품 사용을 달성하는 것	(a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
나. 자국 영역에서 생산된 상품을 구매 또는 사용하거나 이에 대하여 선호를 부여하는 것, 또는 자국 영역에 있는 인으로부터 상품을 구매하는 것	(b) to purchase, use, or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from persons in its territory;
다. 수입량 또는 수입액을 수출량이나 수출액, 또는 그러한 투자와 연계된 외화유입액과 어떠한 방식으로든 관련시키는 것, 또는	(c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or

국 문	영 문
라. 그러한 투자가 생산 또는 공급하는 상품이나 서비스의 판매를 수출량이나 수출액, 또는 외화획득과 어떠한 방식으로든 관련시킴으로써 자국 영역에서 그러한 판매를 제한하는 것	(d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or supplies by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.
3. 가. 제2항의 어떠한 규정도 당사국이 당사국 또는 비당사국 투자자의 자국 영역 내 투자와 관련하여, 이익의 수령 또는 지속적인 수령에 대하여 생산의 입지, 서비스의 공급, 근로자의 훈련 또는 고용, 특정한 시설의 건설 또는 확장, 또는 연구개발의 수행을 자국 영역에서 한다는 요건의 준수를 조건으로 하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다.[6]	3. (a) Nothing in paragraph 2 shall be construed to prevent a Party from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with a requirement to locate production, supply a service, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory.[6]
나. 제1항바호는 다음에 적용되지 아니한다.	(b) Paragraph 1(f) does not apply:
1) 당사국이 무역관련 지적재산권에 관한 협정 제31조에 따라 지적재산권의 사용을 승인하는 때, 또는 무역관련 지적재산권에 관한 협정 제39조의 범위 내에 해당하고 이에 합치되는 재산권적 정보의 공개를 요구하는 조치, 또는	(i) when a Party authorizes use of an intellectual property right in accordance with Article 31 of the TRIPS Agreement, or to measures requiring the disclosure of proprietary information that fall within the scope of, and are consistent with, Article 39 of the TRIPS Agreement; or

국 문	영 문
2) 사법적 또는 행정적 절차 후에 당 사국의 경쟁법에 따라 반경쟁적인 것으로 판정된 관행을 시정하기 위하여 법원·행정재판소 또는 경쟁 당국에 의하여 요건이 부과되거나 약속 또는 의무부담이 강제되는 때[7]	(ii) when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal, or competition authority to remedy a practice determined after judicial or administrative process to be anticompetitive under the Party's competition laws.[7]
다. 그러한 조치가 자의적이거나 정당화할 수 없는 방식으로 적용되지 아니하는 한, 그리고 그러한 조치가 국제무역 또는 투자에 대한 위장된 제한을 구성하지 아니하는 한, 제1항나호·다호 및 바호, 그리고 제2항가호 및 나호는 당사국이 환경조치를 포함하여 다음의 조치를 채택하거나 유지하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다.	(c) Provided that such measures are not applied in an arbitrary or unjustifiable manner, and provided that such measures do not constitute a disguised restriction on international trade or investment, paragraphs 1(b), (c), and (f), and 2(a) and (b), shall not be construed to prevent a Party from adopting or maintaining measures, including environmental measures:
1) 이 협정에 불합치하지 아니하는 법과 규정의 준수를 보장하기 위하여 필요한 조치	(i) necessary to secure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement;
2) 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강을 보호하기 위하여 필요한 조치, 또는	(ii) necessary to protect human, animal, or plant life or health; or
3) 고갈될 수 있는 생물 또는 무생물 천연자원의 보존과 관련된 조치	(iii) related to the conservation of living or non-living exhaustible natural resources.

국 문	영 문
라. 제1항가호・나호 및 다호, 그리고 제2항가호 및 나호는 수출진흥 및 외국원조프로그램에 대한 상품 또는 서비스의 자격요건에 적용되지 아니한다.	(d) Paragraphs 1(a), (b), and (c), and 2(a) and (b), do not apply to qualification requirements for goods or services with respect to export promotion and foreign aid programs.
마. 제1항나호・다호・바호 및 사호, 그리고 제2항가호 및 나호는 정부조달에 적용되지 아니한다.	(e) Paragraphs 1(b), (c), (f), and (g), and 2(a) and do not apply to government procurement.
바. 제2항가호 및 나호는 특혜관세 또는 특혜쿼터의 자격을 갖추기 위하여 필요한 상품의 구성품에 관하여 수입당사국이 부과하는 요건에 적용되지 아니한다.	(f) Paragraphs 2(a) and (b) do not apply to requirements imposed by an importing Party relating to the content of goods necessary to qualify for preferential tariffs or preferential quotas.
4. 보다 명확히 하기 위하여, 제1항 및 제2항은 그 항에 규정된 것 이외의 어떠한 약속・의무부담 또는 요건에도 적용되지 아니한다.	4. For greater certainty, paragraphs 1 and 2 do not apply to any commitment, undertaking, or requirement other than those set out in those paragraphs.
5. 이 조는 당사국이 그러한 약속・의무부담 또는 요건을 부과하거나 요구하지 아니한 경우, 민간 당사자간의 약속・의무부담 또는 요건의 집행을 배제하지 아니한다. 이 조의 목적상, 지정 독점 또는 공기업이 위임된 정부권한을 행사하고 있지 아니하는 경우, 민간 당사자는 그러한 실체를 포함한다.	5. This Article does not preclude enforcement of any commitment, undertaking, or requirement between private parties, where a Party did not impose or require the commitment, undertaking, or requirement. For purposes of this Article, private parties include designated monopolies or state enterprises, where such entities are not exercising delegated governmental authority.

국 문	영 문
5) 보다 명확히 하기 위하여, 제2항에서 규정된 이익의 수령 또는 지속적 수령에 대한 조건은 제1항의 목적상 “약속 또는 의무부담”을 구성하지 아니한다. 6) 보다 명확히 하기 위하여, 제1항의 어떠한 규정도 당사국이 자국 영역내 당사국 또는 비당사국 투자자의 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 생산의 유치, 서비스의 공급, 근로자의 훈련 또는 고용, 특정한 시설의 건설 또는 확장, 또는 연구개발의 수행을 자국 영역에서 한다는 요건을 부과 또는 강제하거나 약속 또는 의무부담을 강제하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다. 다만, 그러한 행위는 제1항바호에 합치하여야 한다. 7) 양 당사국은 특허가 반드시 시장지배력을 부여하는 것은 아님을 인정한다.	5) For greater certainty, a condition for the receipt or continued receipt of an advantage referred to in paragraph 2 does not constitute a “commitment or undertaking” for purposes of paragraph 1. 6) For greater certainty, nothing in paragraph 1 shall be construed to prevent a Party, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory, from imposing or enforcing a requirement or enforcing a commitment or undertaking to locate production, supply aservice, train or employ workers, construct or expand particular facilities, or carry out research and development, in its territory, provided that such activity is consistent with paragraph 1(f). 7) The Parties recognize that a patent does not necessarily confer market power

1. 취 지

각 당사국은 i) 일정비율 수출, ii) 일정비율 국산부품 사용, iii) 자국 영역 내 생산된 상품 및 서비스 우선 구매, iv) 수입량을 수출량 또는 투자액에 연계 v) 수출량 또는 외환가득액과의 연계를 통한 자국 내 판매 제한, vi) 기술이전, vii) 자국 영역에서 특정시장에 독점공급 등과 같은 이행의무를 상대국 투자자에 대해 부과할 수 없다는 것이 이행의무부과금지의 일반적인 형태이다.

다만, 인센티브를 부여하는 경우는 교역조건을 왜곡하지 않는다는 전제하에서 상기 의무 중 i) 일정비율 수출, vi) 기술이전, vii) 자국 영역에서 특정시장에 독점공급, 그리고 iii)중 자국영역 내 생산된 서비스 우선 구매 등의 이행의무는 부과가 가능하다.

또한, 일정비율 내국인 고용, 장애인 의무고용, 연구개발 수행 등 위에서 언급되지 않은 기타 이행의무를 각 당사국이 부과하는 것은 금지되지 않음을 명시한 조항이다. 더군다나, 환경보호, 보건 등 공공정책 목적을 위해서는 일정한 요건 하에 이행요건을 부과할 수 있으며, 부속서에 유보하면 해당 분야에 대한 이행의무를 부과할 수 있다는 점에서 열거한 의무는 한정적이라고 볼 수 있다.

전통적으로 이행요건의 부과는 주로 개발도상국에 의해 외환보유고를 높이는 등 투자와 무관한 다른 경제 정책적 목적을 달성하기 위해 외국자본에게 생산량의 일정비율 이상을 수출토록 요구하거나, 국내산업 보호를 위해 외국투자자로 하여금 제품생산 시 일정 비율 이상의 국산원료 사용을 의무화하는 것에서부터 출발하였다. 그러나 이행요건의 부과는 결국은 자원의 적정한 배분을 방해하는 왜곡적인 조치로 보여졌다. 이러한 개발도상국들의 조치에 대응하여 국제통상이나 국제투자와 관련된 조약들은 투자자가 오로지 경제적 고려에 기반하여 투자할 수 있도록 이러한 이행요건 부과를 제한하기 시작하였다.[609]

즉, 이행의무 부과금지 원칙은 투자자의 투자 활동의 조건으로 일정한 이행

609) 한-미 투자분야 연구, 앞의 책 165면

의무를 정부가 강제할 경우 기업의 자율성을 침해하고 외국인투자 유치를 저해할 수 있다는 측면에서 도입된 원칙으로서 WTO의 「무역관련투자조치협정(Agreement on Trade-Related Investment Measures, TRIMs)」에서도 인정된 것이다.

2. 주요 내용

가. 적용 범위

(1) 제3국 투자자에의 적용여부

먼저 문제가 되는 이행요건 부과금지 의무가 협정당사국에게만 적용되는지 제3국 투자자에게도 동일하게 적용되는지 문제가 된다.

이는 앞에서 본 것처럼 협정문의 적용범위에서 제X.8조(이행요건) 및 제X.11조(투자 및 환경)와 관련된 적용범위에 대하여는 상대국 투자자의 투자로 한정하지 않고 당사국 내의 모든 투자에 적용된다는 점을 명시한 것이다. 다시 말하여 상대국의 투자자 뿐만 아니라 제3국 투자자에게도 적용된다.

즉 상대적 이행요건을 고려할 때 국산품 사용 의무의 면제로 인해 협정 당사국 투자자가 받는 혜택보다 비협정 당사국 투자자가 받은 제반 인센티브에 따른 경제적 혜택이 보다 클 경우 결과적으로 협정 당사국의 투자자가 협정의 비당사국의 투자자에 비해 불리한 대우를 받을 수 있다는 점이다.

이는 이행요건 부과금지가 동일하게 적용되지 않을 경우 일정 이행요건을 어느 국가에게는 부과하고 어느 국가에게는 부과하지 않을 때 발생하는 문제라기보다는 인센티브 수령을 조건으로 부과하는 이행요건을 상정할 경우 이행요건을 부과하더라도 투자자가 받은 인센티브로 인한 경제적 혜택을 이행요건 부과금지 면제로 인해 얻은 이익을 비교할 경우에 생기는 문제라고 할 수 있다.

이러한 방식은 OECD에서 논의된 MAI[610], NAFTA에서 원용하는 방식이고,

610) MAI 초안에서도 "A Contracting Party shall not, in connection with the establishment,

우리의 기 체결 FTA에서도 가급적 관철한 사항이다.

그러나, 모든 FTA가 제3국 투자자에게 적용되는 것은 아니다. 투자협정상 이행요건 조항의 적용 대상과 관련하여 동 조항을 당해 협정 당사국의 투자자에 대해서만 적용할 것인지 아니면 비당사국의 투자자에 대해서도 적용하도록 할 것인지의 문제는 전적으로 당해 협정 당사국의 의사에 달려 있다.

즉, MAI에서의 이행요건규정 협상에서는 협정 당사국은 물론 비당사국에 대해서도 이행요건의 부과를 금지함으로써 내국민대우나 MFN대우와 같이 특정 비교 대상에 비해 보다 불리하지 아니하여야 한다는 상대적 대우를 넘어 협정상 규정된 이행요건은 예외적인 상황을 제외하고는 어떤 국가에 대해서도 부과해서는 아니되는 절대적 대우 수준이 되어야 한다는 논의가 있었다.[611]

그러나, 이에 대해 이행요건 조항을 오직 당해 투자협정 당사국의 투자자에 대해서만 적용하도록 규정하는 방식도 있다. 한-일 BIT가 이 방식을 따라 규정하였다.[612]

한-미 FTA와 같이 협정 당사국과 비당사국 모두에 적용하는 규정 방식을 따를 경우 협정 당사국 투자자에 비해 비당사국 투자자가 보다 큰 혜택을 받게 되는 소위 역차별 문제를 방지할 수 있는 장점이 있는 반면에 모든 국가의 투자자와 심지어는 자국 기업에 대해서까지도 무차별적으로 이행요건을 부과할 수 없게 되어 협정 당사국 정부의 재량이 축소된다는 단점이 지적된다.[613]

그러나, 한-일 BIT처럼 이행요건을 협정 당사국에게만 적용하는 규정 방식은 역차별 문제가 발생할 수 있는 단점이 있는 반면에 협정 당사국이 당해 조항의 운용에 있어 재량의 여지가 있다는 장점이 있다.[614]

---

acquisition, expansion, management, operation, maintenance, use, enjoyment, sale or other disposition of an investment in its territory of an investor of **a Contracting Party or of a non-Contracting Party,** impose, enforce or maintain any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking (밑줄추가)라고 기재하고 있다.

611) UNCTAD, *Lessons from MAI* (1999), p. 16.

612) 한-일 BIT 제9조 제1항 Neither Contracting Party shall impose or enforce, as a condition for investment and business activities in its territory of an investor of **the other Contracting Party,** any of the following requirements:

613) 이와 같이 MAI방식을 따라 이행요건을 규정하는 경우 포괄적인 예외조항을 동시에 규정할 것이 권고되는 바, 그 이유는 협정 당사국과 투자자 상호간의 균형 있는 권리·의무 관계의 설정에 도움이 되기 때문이라고 한다. 한찬식 앞의 책 184면

다만, 역차별을 방지하고 무역의 왜곡을 방지하기 위한 필요성은 모든 투자자에게 동일하다는 측면에서 한-미 FTA의 방식이 더 타당하다고 보이나 협상 상대국에 따라 협정 당사국이 재량의 여지를 확보할 필요가 있는 경우가 있을 수 있음에 유의하여야 한다.

(2) 설립 전 투자

앞에서 본 것처럼 설립 전 투자는 일반적으로 NT, MFN 문제로 생각하기 쉬우나 이행요건 부과금지와도 관련이 된다.

즉, 제8조 제1항에서는 "자국 영역 내 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영이나 매각 또는 그 밖의 처분과 관련하여, 다음의 요건을 부과 또는 강요하거나, 이에 대한 약속 또는 의무부담을 강요할 수 없다."라고 규정하고 있다. 설립, 인수, 확장은 설립 전 투자의 개념을 명시한 것으로 설립 전 단계의 투자와 관련하여 즉, 회사를 설립하는 조건으로 수출의무 등을 부과할 수 없다는 것이다.

다시 말하면 외국인 투자기업의 국내시장 진입을 부정적으로 보았던 과거에 개발도상국들은 외국인투자의 진입 허가의 조건으로 일정 비율의 수출, 일정 비율의 자국산 물품 사용, 일정 비율의 자국민과의 합작, 일정 수의 내국인 고용 또는 기술이전 등 각종 의무를 부과하였고, 이를 통해 외환보유고를 늘리거나 국내산업을 보호하고, 고용을 증대하거나 기술 개발을 촉진하는 등의 정책적 목적을 달성하고자 하였다.[615] 이와 같이 외국인투자의 진입 시, 다시 말해 설립 전 투자 단계에서 그 허가 또는 진입 조건으로 외국인투자기업의 경영 및 영업활동에 대해 부과되는 제반 의무가 이행요건인 것이다. 이런 측면에서 시장진입의 조건이 되므로 설립 전 투자와 관련이 있는 것이다.

또한, PR은 유보안과도 관련이 있다. 원칙적으로 협정문에 규정한 특정요건은 인센티브 수령을 조건으로 부과가 가능하나, 이러한 부과가 가능한 특정한 이행요건에 해당하지 않거나 절대적 이행요건의 경우에 해당하더라도 유보안

614) 국제투자분쟁 공무원 교육자료, 앞의 책 99-101면 참조
615) 국제투자분쟁 공무원 교육자료, 앞의 책 93면 참조

에 기재하면 부과가 가능하다.

앞에서 보았듯이 Negative 방식을 취할 경우 원칙적으로 진입단계에 있는 설립 전 단계의 투자자를 보호하나(차별하지 않고 이행요건을 부과하지 않고) 일정한 경우 요건을 부과하고자 하는 경우 유보안에 기재하면 가능하다는 논리이다.

(3) 이행요건의 범위

이행요건 부과금지 원칙의 성격 중 가장 큰 특징은 당해 투자협정문상 열거된 사항에 한하여 원칙적으로 그러한 이행요건의 부과가 금지된다는 점이다. 환언하면, 이행요건 부과금지 조항에 열거된 요건들은 예시적(illustrative) 성격이 아니라 제한적인(exhaustive) 성격을 가진다.[616] 따라서 열거된 요건 이외에는 이행요건의 부과금지 대상이 아니다. 우리의 모델 안에서도 제4항에서 "보다 명확히 하기 위하여, 제1항 및 제2항은 그 항에 규정된 것 이외의 어떠한 약속·의무부담 또는 요건에도 적용되지 아니한다."라고 규정하여 한정적 성격임을 명시하고 있다.

물론 이행요건을 정하는 것은 각 협정에 따라 다르다는 점에 유의하여야 한다. 부과할 수 없는 이행요건이라 하더라도 유보안에 기재하면 부과할 수 있다는 점은 앞에서 본 바와 같다.

(4) 서비스 이행요건 부과금지 의무 포함문제

우리는 한-미 FTA를 제외한 모든 기 체결 FTA에서 국산서비스 구매요건 금지의무를 규정하고 있다.

이러한 국산 서비스 구매요건 금지의무를 부과할 필요가 있는지가 문제되는바, 서비스는 상품과 다르다는 의미에서 이행요건의 논의에서 배제하자는 주장이 있다.

---

616) NAFTA와 같은 일부 투자협정에서는 이러한 점을 명확히 조문에 명시하기도 한다. NAFTA Article 1106.5. Paragraphs 1 and 3 do not apply to any requirement other than the requirements set out in those paragraphs.

그러나, 한-미 FTA에서는 규정하지 않았지만 서비스도 상품과 마찬가지로, 국산요건 강요로 인한 시장 왜곡을 방지할 필요성이 있고, 인센티브와 연계한 요건 부과는 가능한 점에 비추어 포함시킬 필요가 있다.

즉, 인센티브와 연계한 경우라면 국산서비스 구매요건을 부과할 수 있으므로 투자유치국에게 지나친 부담이 되는 것은 아니다.

나. 유 형

(1) 절대적 이행요건 부과금지 의무

당사국이 그 영역 내에서 투자자로 하여금 어떠한 적극적 행위를 하도록 하는 요건을 강제적으로 부과하는 것이 금지된다는 것으로써, 이익을 부여하는 것을 조건으로도 이행의무를 부과할 수 없는 것이다(제2항).

그러나, 절대적으로 금지된 이행의무 무역을 왜곡시킬 우려가 있는 매우 특정적이며 통상적으로 부과되어오던 사항들로서 ① 일정 수준 수출, ② 일정수준 국산품 달성, ③ 국내 상품 사용, ④ 수출과 수입 간의 연계, ⑤ 수출·외화획득과 판매 간의 연계, ⑥ 기술이전, ⑦ 특정지역으로의 독점공급 등 7가지가 있다.

물론 이러한 절대적 요건이 모든 협정에 동일하게 규정되는 것은 아님에 유의하여야 한다.

(2) 상대적 이행요건 부과금지 의무

(가) 규정 방식

일정한 이익을 부여하는 조건으로 부과할 수 있는 이행요건이 있는바, 이를 상대적 이행요건이라고 한다. 일반적으로 제1항에서 절대적 이행요건을 규정하고, 제2항에서 이익 수령을 조건으로 부과할 수 있는 상대적 이행요건을 규정하는 방식을 취하고 있다. 그러나 한-미 FTA에서는 제1항에서 이행요건의 일방적 부과를 금지하고, 제2항에서는 일정한 이행요건에 관하여는 투자자에게 상응하는 이익을 부여함으로써 이행요건을 자발적으로 수락하도록 하는 것도

금지하는 내용을 규정하고 있다.

다시 말하여 이익 부여 조건으로도 부과할 수 없는 이행요건을 규정하여 그 이외에는 이익 부여 조건으로 부과할 수 있는 상대적 이행요건인 것이다.

그러나 한-일 BIT에서는 이러한 요건을 한-미 FTA처럼 규정하지 않고 제1항에서는 절대적 이행요건을, 제2항에서는 상대적 이행요건을 규정하고 있다. 의미상 큰 차이는 없으나 명확성의 측면에서 한-일 BIT처럼 규정하는 것이 이해하기 쉬운 측면이 있다. 이러한 차이는 대체적으로 다음과 같이 각국마다 취하는 접근방식의 차이에 따라 나타난다. 즉, 이러한 부과가 금지되는 이행요건들 중 상대적 금지 대상이나 절대적 금지 대상의 이행요건을 규정하는 방식에 있어 협정에 따라 크게 다음의 두 가지 방식이 있다.

첫 번째 방식은 NAFTA에서와 같이 부과금지 이행요건을 열거한 후 이들 이행요건중 이익(인센티브)의 부여를 조건으로도 부과할 수 없다는 절대적 금지 대상 이행요건을 규정하는 방식이다.[617] 이에 따르면 이익과 연계하더라도 부과가 불가능한 절대적 금지 대상 이행요건은 열거된 이행요건 중에서 선별하여 명시적으로 열거한다. 다만, NAFTA에서는 후속 조항을 통해 이행요건에 대한 추가적인 예외를 규정하고 있다. 한-미 FTA가 NAFTA방식을 따르고 있다.

두 번째 방식은 OECD 다자간투자협정(MAI) 통합안에서와 같이 부과금지 이행요건을 열거한 후 이들 이행요건 중 이익[인센티브]의 부여를 조건으로 부과할 수 있는 상대적 금지 대상 이행요건을 규정하는 방식이다.[618] 이에 따르면

---

617) NAFTA Article 1106 : Performance Requirements
3. No Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any of the following requirements:
(a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
(b) to purchase, use or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from producers in its territory;
(c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or
(d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.

618) DAFFE/MAI(98)7/REV1, MAI Draft Consolidated Text(1998)
Performance Requirements

인센티브와 연계하는 경우 부과가 허용되는 상대적 금지 대상 이행요건들을 전항에서 열거한 이행요건 중에서 열거하여 규정한다. 따라서 상대적 금지 대상 이행요건 조항에서 열거되지 않은 그 밖의 이행요건은 이익[인센티브]과 연계하더라도 부과할 수 없는 것으로 해석된다. 한-일 BIT이 MAI 통합안 방식을 따르고 있다.[619] 다만, 한-일 BIT의 절대적 금지 대상이 되는 이행요건은 교역과 직·간접적으로 관련이 있는 이행요건들인 반면에 인센티브와 연계할 경우 부과가 가능한 상대적 금지 대상의 이행요건들 즉, 기술이전 요건, 지역본부 또는 세계본부 설치 요건, R&D 요건, 내국민 고용 요건, 특정 시장에의 독점적 공급 요건은 모두 교역과 무관한 것들이라는 점이라고 해석하는 견해도 있다.[620]

(나) 이익의 의미

협정문은 '이익(advantage)'의 의미를 명확히 정의하지 않고 있으나 이익은 조세감면기간(tax holiday), 조세 혜택(tax incentives), 보조금 등을 의미한다.[621] *Pope & Talbot v. Canada* 사건에서도 목재 수출 통제체제 하에서 수출수수료 면제선(Established Base: EB)과 저율 수수료선(Lower Fee Base: LFB)을 부여·유지하는 것이 '이익'에 해당한다고 판시한 바 있다.[622]

상대적 금지에 해당되는 이행요건의 부과 조건부로 부여되는 '이익'이라 할 때 이는 투자유치국 정부에 의해 투자(자)에게 부여되는 혜택이 수반된 재정적 기여라고 볼 수 있다.[623]

---

2. A Contracting Party is not precluded by paragraph 1 from conditioning the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of a Contracting Party or of a non-Contracting Party, on compliance with any of the requirements, commitments or undertakings set forth in paragraphs 1(f) through 1(l).

619) 한-일 BIT 제9조(이행요건)
2. 제1항의 규정은 일방 체약당사국이 타방 체약당사국 투자자의 자국 영역 안에서의 투자 및 영업활동과 관련하여 혜택을 부여하거나 지속적인 혜택을 부여할 것을 조건으로 제1항 바목 내지 차목의 의무를 부과하는 것을 배제하지 아니한다.

620) 국제투자분쟁공무원 교육자료 앞의 책 99면 참조

621) U.S. Statement of Administrative Action, p. 141; Canadian Statement on Implementation, p. 149 등 NAFTA 이행입법 자료 참조.

622) *Pope&Talbot v. Canada*, Interim Award (2000. 6. 26.), para. 73.

623) 국제투자분쟁 공무원 교육자료, 앞의 책 95면 참조

(다) 상대적 이행요건

상대적 이행요건은 이익 부여를 조건으로도 부과할 수 없는 이행요건으로서 제1항의 (b)~(e) 즉 ① 일정수준 국산품 달성, ② 국내 상품 사용, ③ 수출과 수입 간의 연계, ④ 수출·외화획득과 판매 간의 연계 등 4개항이 해당된다. 따라서 ① 일정수준 수출, ② 기술이전, ③ 특정지역으로의 독점 공급 등 3개항은 이익 부여를 조건으로 하여서는 부과할 수 있는 이행요건이다.

그러나 앞에서 보았듯이 상대적 이행요건과 절대적 이행요건 구분에 절대적인 기준이 있는 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있고, 협정에 따라서도 차이가 있다.

즉, 한-미 FTA에서는 ① 일정수준 수출, ② 기술이전, ③ 특정지역으로의 독점 공급이 상대적 이행요건인 것에 불과하나, 한-일 BIT에서는 ① 기술, 생산공정 또는 재산권적 지식을 이전하는 것, ② 투자자의 본부를 자국 영역 안에 설치할 것, ③ 자국 영역 안에서 일정 수준이나 비율의 연구 및 개발을 수행할 것, ④ 일정 수준의 내국인을 고용할 것, ⑤ 특정한 지역시장 또는 세계시장에 공급할 것 등 5개항의 이행요건은 혜택의 부여를 조건으로 부과할 수 있다고 규정한다.[624] 여기서 한-미 FTA와 한-일 BIT의 상대적 금지 이행요건의 내용은 상당한 차이가 있음을 알 수 있고, 특히 한-일 BIT에서의 상대적 금지 대상은 모두 교역과 무관한 소위 비교역적 이행요건들임을 주목할 필요가 있다.[625]

(3) 교역관련 이행요건과 교역과 무관한 이행요건[626]

624) 한-일 BIT 제9조 2항

625) 한-일 BIT에서 절대적 이행요건도 차이가 있는바, 한일투자협정에서는 (i) 일정 수준 또는 비율의 재화나 용역을 수출할 것, (ii) 일정 수준이나 비율의 국내산 물품을 달성할 것, (iii) 자국 영역 안에서 생산되는 재화나 용역을 구매·사용하거나 우선권을 부여할 것, (iv) 수입을 수출이나 외화유입액과 연계할 것, (v) 투자에 의해 생산 또는 공급되는 상품이나 서비스의 판매를 수출이나 외화획득과 연계함으로써 자국 영역 내에서 그러한 판매를 제한할 것 등 5개항은 이익 부여를 조건으로도 부과할 수 없는 절대적 금지 이행요건으로 규정하고 있다.

626) 자세한 논의는 한찬식, 앞의 책 조문별 설명 중 '이행요건부과금지' 부분을 참조

교역과의 관련성을 기준으로 교역과 관련된 이행요건과 교역과 무관한 이행요건의 두 가지 유형으로 분류할 수 있다. 전자의 "교역관련(trade-related)" 이행요건으로서는 일정 비율의 수출 요건, 일정 비율의 국내부품(domestic contents) 사용 요건, 현지 구매(local purchase) 요건, 수출과 연계한 수입제한, 수출과 연계한 판매 제한 등의 형태가 있다. 후자의 "교역과 무관한(non-trade-related)" 이행요건으로는 기술이전 요건, 연구개발(R&D) 요건, 지역본부 설치 요건, 일정 수의 내국민 고용 요건, 일정 비율의 지분 참여 요건, 독점적 공급자(exclusive suppliers) 요건 등이 있다.

다. 예 외

제3항은 위 제2항의 당사국이 이익의 제공을 대가로 투자자로 하여금 생산의 장소, 서비스의 공급, 근로자의 훈련 또는 고용, 특정한 시설의 건설·확장, 또는 연구개발의 수행을 자국 영역에서 한다는 요건의 준수를 조건으로 하는 것이 금지되지 않음을 확인하는 규정이다.

이러한 생산 입지 등 이행요건은 제1항이나 제2항의 금지 목록에 열거되지 않은 사항이므로 당연히 부과할 수 있는 것이나, 이는 차별적이거나 무역왜곡 효과가 적은 이행요건을 열거한 것에 불과하고 일반적으로 필요한 정책적 목적을 위해 통상적으로 인센티브가 제공된다.[627] 협정문은 이익부여와 이행요건을 조건화(conditioning)한다는 것의 의미를 명확히 하기 위해 별도의 각주를 두어 이는 제1항과 마찬가지로 당사국으로 하여금 생산 장소와 같은 이행요건을 부과 또는 강요하거나, 이에 대한 약속 또는 의무부담을 강요할 수 있다는 의미임을 명확히 하였다. 다만, 근로자 훈련 등의 요건이 제1항 (f)에 정한 기술이전의무 부과금지와 부합하여야 함을 아울러 명시하였다.

제3항 (b)는 제1항의 (f) 기술이전 의무 금지에 대한 예외로서 두 가지를 규정하고 있다. 첫째는 TRIPs 협정에 관련된 예외이다. 제1항(f)에서는 일반적

627) Todd Weiler (ed), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, p. 80.

으로 기술이전의무 부과를 금지하고 있으나 TRIPs 협정 제31조에 따라 강제실시권이 발동되거나 또는 제39조에 따라 미공개정보(소위 '영업비밀')의 공개를 요구하는 조치에는 적용되지 않는다. 둘째는 이행요건이 법원 등에 의해 강제되는 경우에 대한 예외이다. 사법적 또는 행정적 절차에 따라 당사국의 경쟁법에 반하는 것으로 판정된 관행을 시정하기 위하여 법원·행정법원 또는 경쟁당국에 의하여 요건이 부과되거나 약속 또는 의무부담이 강제되는 경우에는 기술이전의무 부과금지에 해당하지 아니한다.

제3항 (c)는 법령 유지, 보건·천연자원 보호 등을 위한 예외에 관한 규정으로, 보건·환경의 보호 등을 위하여 일정한 요건을 충족할 경우 금지된 이행요건의 일부를 부과할 수 있도록 하였다. 먼저 이 예외가 적용되는 대상은 제1항의 (b) 일정수준 국산품 달성, (c) 국내 상품 사용, (f) 기술이전 및 제2항의 (a) 일정수준 국산품 달성, (b) 국내 상품 사용이다. 예외적으로 부과가 가능한 조치는 ⅰ) 이 협정에 불합치하지 않는 법령의 준수 보장, ⅱ) 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강의 보호, ⅲ) 고갈될 수 있는 생물 또는 무생물 천연자원의 보존 등을 위해 채택·유지하는 조치이며 환경적 조치를 포함한다. 다만 이러한 목적을 위해 위에 언급한 이행요건을 부과하더라도 그러한 조치가 자의적이거나 정당화될 수 없는 방식으로 행해지거나 국제무역 또는 투자에 대한 위장된 제한이어서는 아니 된다.

일정수준 국산품 달성, 국내 상품 사용 등의 이행요건은 다른 이행요건들이 외환보유고 유지 등을 목적으로 하여야 하는 등 그 내용이 구체적인 것과 달리 포섭 범위가 매우 광범위하여, 동 이행요건이 확장되어 해석될 경우 정부정책 추진에 장애가 발생할 수 있으므로 이에 대한 별도의 예외조항을 마련한 것이다. 이 조문의 문구는 GATT 제20조(일반예외)의 문구를 상당부분 차용한 것으로서 동 조문에 관하여 형성된 법리가 이 협정문 해석에도 영향을 미칠 것으로 보인다.

제3항 (d)는 수출 증진과 해외 원조 프로그램에 관한 물품과 용역의 자격요건에 관한 예외이다. 이러한 자격요건을 위해서는 제1항의 (a) 일정 수준 수출, (b) 일정수준 국산품 달성, (c) 국내 상품 사용, 제2항의 (a) 일정수준 국산품 달성, (b) 국내 상품 사용 등의 요건을 부과할 수 있다.

제3항 (e)는 정부조달에 관한 예외이다. 즉 정부조달 영역에 있어서는 제1항의 (b) 일정수준 국산품 달성, (c) 국내 상품 사용, (f) 기술이전, (g) 특정지역으로의 독점공급, 제2항의 (a) 일정수준 국산품 달성, (b) 국내 상품 사용 등의 이행요건을 부과할 수 있다. 이 부분은 별도 항을 잡아 설명하기로 한다.

제3항 (f)는 특혜관세 또는 특혜쿼터의 자격을 갖추기 위하여 필요한 상품의 구성품에 관하여 수입 당사국이 일정한 조치를 부과하는 경우가 있는데 이를 위해서는 제2항의 (a) 일정수준 국산품 달성, (b) 국내 상품 사용 의무를 부과할 수 있음을 규정하고 있다.

라. 정부조달

(1) 이행요건 부과

비합치조치의 장에 보면 정부조달, 보조금에는 내국민대우(NT), 최혜국대우(MFN), 고위경영진과 이사회 규정(SMBD)이 적용되지 않는다. 따라서 원칙적으로 정부조달에는 이행요건부과금지의무가 적용될 수 있는 것이다.

이는 정부조달에 참여한 외국인 투자자에게도 이행요건이 부과되면 안 된다는 점을 간접적으로 명시한 것이나, 무제한적으로 이러한 의무가 준수되어야 하는 것은 아니다. 즉, 일정한 예외를 두어 정부조달 영역에 있어서는 제1항의 (b) 일정수준 국산품 달성, (c) 국내 상품 사용, (f) 기술이전, (g) 특정지역으로의 독점공급, 제2항의 (a) 일정수준 국산품 달성, (b) 국내 상품 사용 등의 이행요건은 부과할 수 있는 것이다. 따라서 수출량과 연계하는 조치 등과 같이 그 이외의 이행요건은 부과할 수 없으므로 정부조달에 대하여는 제한된 범위에서만 PR이 적용된다고 볼 수 있다.

(2) 협정문 적용범위와 관련

이러한 방식은 우리나라처럼 협정문 전체에서 정부조달을 배제하는 것이 아니라 정부조달과 보조금에 대하여 NT, MFN, SMBD 등 특정 규정만 적용되지 않게 한 것이다. 그러므로 원칙적으로 정부조달 시 차별이 가능하나 이행요건

부과금지 의무는 적용되는 바, 외국인 투자자에게 정부조달에 의한 입찰 후 공사를 하게 하는 경우 원칙적으로 투자유치국이 투자자에게 이행요건을 부과할 수 없는 것이다. 그러나 무제한적인 투자자의 권리가 보장되는 것이 아니라 일정한 국산품사용 등의 요건은 예외적으로 부과할 수 있는 것이다.

그러나 한-ASEAN FTA처럼 협정문 전체에서 정부조달을 배제하는 경우라면 PR도 적용이 되지 않으므로 정부조달에 의한 경우에도 외국인 투자자에게 어떠한 이행요건도 부과할 수 있는 것이다.

본 서의 모델 문안은 정부조달에 대한 당사국의 권한을 인정하여 일정 이행요건들을 부과할 수 있는 재량을 부여한 것으로 상기요건들은 다른 요건에 비해 상대적으로 무역의 왜곡을 덜 일으키는 것으로 판단된다. 물론 WTO 정부조달협정(GPA)에서는 '대응구매' 조항을 규정하여 자격심사나 선정 또는 평가나 낙찰에 있어 여러 요건들을 부과할 수 없도록 규정하고 있으므로 이행요건 부과금지 조항과 모순될 여지가 있다.

그러나 GPA 협정은 상품 및 서비스에 대하여만 논의되고 투자에 대하여는 논의되지 않고 있다. 따라서 정부조달협정에서 명시적으로 규정되지 않은 투자에 대해서는 일정부분 당사국에게 요건을 부과할 수 있는 권한을 부여한 PR의 조항은 의미가 있는 것이다.[628]

마. 민간기관에 부여 여부

또한, 이행요건 부과금지의 적용범위를 명확히 하기 위한 규정을 두고 있는바, 당사국이 아닌 민간당사자에 의한 이행요건 부과 및 집행은 동 협정과 무관함을 확인하고 있다.

즉, 동 조항은 당사국이 민간당사자에게 그러한 약속·의무부담 또는 요건을 부과하거나 요구하지 않는 한 민간당사자간의 약속·의무부담 또는 요건의

628) WTO 정부조달협정 제16조 대응구매(offsets) "1. 조달기관은 공급자, 상품 또는 서비스의 자격심사나 선정에 있어서 또는 입찰서의 평가나 낙찰에 있어서 대응구매를 부과하거나 모색하거나 고려하지 아니한다."라고 규정하고 있는바, 정부조달에서 대응구매는 국산부품 사용, 기술 사용허가, 투자요건, 연계무역, 또는 유사한 요건을 통해 국내 개발을 장려하거나 국제수지 계정을 개선하기 위하여 사용되는 조치이다. 한-미 FTA 정부조달 장에서는 상기의 WTO 제16조 대응구매 1항을 협정문의 일부로 준용한다고 적시되어 있다.

집행을 배제하지 아니한다. 이와 관련하여 지정독점 또는 공기업이 문제되는 경우, 당해 독점기업·공기업이 정부권한을 위임받아 행사하고 있지 않는 한 민간당사자와 같은 위상을 갖는다.

바. TRIMs와 MAI 초안

(1) TRIMs

TRIMs에서는 제조업분야의 교역을 제한하거나 왜곡하는 조치를 원칙적으로 금지하였다. 즉, 서비스 이행요건 부과금지는 다루지 않았다.

그러나 WTO TRIMs에서 금지하는 이행요건의 유형은 크게 두 가지로서 그 범위가 제한적이다. 첫 번째는 내국민과의 차별적 조치로서 금지되는 이행요건이 있는데 특정 물품에 대해 국내산을 구매 또는 사용하도록 강제하는 조치가 그것이다. 예를 들어 외국인투자기업을 허가하면서 당해 기업의 조달 부품 중 국내 기업이 제조 가능한 품목에 대해서는 반드시 이를 당해 국내 기업에 위탁, 제조하도록 하는 것이 이에 해당된다. 두 번째는 수량제한에 의한 이행요건의 부과금지가 있다. 가령, 외국인투자기업의 허가 조건으로서 특정 생산품의 일정 금액 또는 수량을 수출하도록 하는 것이 이에 해당된다.[629]

(2) OECD MAI 초안

그 후 1995년 개시된 OECD의 다자간투자협정(Multilateral Agreement on Investment: MAI) 협상에서는 WTO TRIMs에 비해 보다 포괄적인 범위에서 이행요건이 논의되었다. 즉, TRIMs에서 논의되지 아니하였던 서비스에 대한 조치들이 포함되었고, 기술이전, 지역본부 설치, 일정 비율의 내국민 고용, R&D 이행, 국내 기업과의 합작 등 새로운 형태의 이행요건들이 금지 대상에 포함되었다.[630]

---

629) 국제투자분쟁 공무원교육자료, 앞의 책 94면 참조
630) 한찬식, 앞의 책 179면 참조

사. 관련 중재판정례

〈 ***S.D. Meyers v. Canada*** [631] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 폐기물 처리업체인데 캐나다 정부가 PCB 폐기물 수출을 금지하는 조치를 취하자 이는 국내 재화 및 서비스의 구매에 우대하지 못하도록 규정한 NAFTA 제1106조상 이행요건부과금지 의무에 위배를 주장

○ **판정취지**

- 중재판정부는 청구인의 신청과 관련된 사항이 협정 제1106조 1항 (b)호상 일정 수준 또는 비율의 국산품 획득이나 동 (c)호상 자국 영역내에서 생산된 상품이나 제공되는 서비스에 대한 구매, 이용 또는 특혜 부여 또는 자국 영역내의 내국인으로부터의 상품이나 서비스의 구매 등에 대한 부과금지 의무에 해당되지 아니한다고 판시

〈 ***ADF v. United States*** [632] 〉

○ **사안개요**

- 미국에서는 주정부가 연방자금을 지원받아 고속도로를 건설하는 경우 미국산 철강을 사용하도록 하는 Buy America 규정이 있었다. 청구인은 캐나다회사로서 미국에 자회사를 두고 있었는데, 동 회사는 버지니아주에서 발주한 건설공사에 하도급자로 참여하면서 미국산 철강 재료를 의무적으로 사용하도록 하는 상기 규정이 협정 제1106조상 이행요건 부과금지에 위배된다고 주장

○ **판정취지**

- 중재판정부는 동 사건의 고속도로 건설공사 사업은 협정 제1108조(유보 및 예외)에서 적용이 배제되는 정부조달에 해당된다면서 청구인의 주장을 기각

631) *S.D. Meyers, Inc., v. Canada,* UNCITRAL, Award (2002. 12. 30).
632) *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award (2003. 1. 9).

〈 *ADM v. Mexico* [633] 〉

○ 사안개요

- 청구인은 멕시코 회사 ALMEX를 통해 액상 과당 생산 및 유통 사업에 투자하였으나, 피청구국 정부가 도입한 특별소비세가 국내 사탕수수를 사용한 자국 음료 제조사에 혜택을 부여하는 것이 NAFTA 제1106조에서 금지하는 이행요건에 해당한다고 주장
- 추가적으로 청구인은 NAFTA 제1106조 제3항이 국적에 상관없이 NAFTA 회원국의 모든 투자자에 적용된다고 주장하였으나, 피신청국은 동 조항이 특정 회원국의 투자자에 한해 적용된다고 주장

○ 판정취지

- 중재판정부는 NAFTA 제1106조 제3항은 NAFTA 제11장의 적용범위를 '당사국 영토에 있는 모든 투자와 관련'하여 적용된다고 규정한 제1101조 제1항과 연계하여 해석되어야 하기 때문에 청구인의 주장과 같이 당사국 영토에 있는 모든 투자에 적용된다고 판시
- 문제된 특별소비세는 세금면제를 위해 액상과당 대신 사탕수수를 사용하도록 하는데 이는 제1106조 제3항에서 규정하는 '일정 수준 또는 일정 비율의 국내 재료를 달성'하게 하여 '혜택'이 수반되는 이행요건을 부여한 것으로 동 조항에 위반되는 것이라고 판시

633) *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (2007. 11. 21.).

〈 *Mobil v. Canada* [634] 〉

○ **사안개요**

- 청구인들은 캐나다 뉴펀들랜드 주 앞바다의 석유생산 설비에 투자한 미국 회사들로, 해당 석유개발 프로젝트의 규제기구인 캐나다-뉴펀들랜드 해양석유 이사회가 2004년의 가이드라인 개정으로 석유개발 프로젝트의 참여자들에게 특정 액수만큼의 연구개발 및 교육훈련 분담금을 부담하도록 한 것이 NAFTA상 금지된 이행요건이라고 주장하며 중재를 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 NAFTA 제1106조의 문언, NAFTA의 목적과 취지상 연구개발 및 교육훈련을 위한 분담금의 납부 요구가 NAFTA 제1106조에서 규정하고 있는 금지된 이행요건의 범위에 해당한다고 판시
- 중재판정부는 나아가 위 가이드라인 조치가 NAFTA 제1108조 제1항 제c호에 규정된 예외(NAFTA 투자 장 부록1 소정의 비이행조치)에도 해당될 수 없다고 보아 위법함을 확인

〈 *Mesa Power v. Canada* [635] 〉

○ **사안개요**

- 캐나다의 녹색 에너지법에 따라 온타리오 주정부는 에너지 공급자들이 온타리오 주정부가 설립한 온타리오 에너지 기구와 전력 공급 계약을 체결하기 위해서는 25-50%의 일정수준국산품 달성 조건을 지킬 것을 요구하는 취지의 조치를 시행
- 청구인은 미국 국적의 에너지 공급 회사로, 캐나다 정부가 NAFTA 제1006조에 위배된 이행요건을 부과함으로써 청구인을 불리하게 취급한 결과 한국 국적의 에너지회사들에게만 전력 공급 계약이 돌아가 손해를 입었다며 중재를 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 온타리오 에너지 기구가 국영기업에 해당하며, 온타리오 에너지 기구가 체결하는 에너지 공급 계약은 국가가 전력이라는 상품을 구매하는 내용으로 NAFTA 제1108조 소정의 "조달 계약"에 해당한다고 판시
- 따라서 중재판정부는 온타리오 주정부의 조치가 NAFTA 제1108조에서 규정하고 있는 조달계약에 따른 이행요건 금지의 예외에 해당하여 위법하지 않다고 판시

---

634) *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and on Principles of Quantum (2012. 5. 22.).

635) *Mesa Power Group LLC v. Canada*, UNCITRAL, PCA Case No.2-12-178, Award (2016. 3. 24.).

〈 *Rusoro Mining v. Venezuela* [636] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 캐나다 국적의 금광업 회사로, 베네수엘라 정부가 금 생산업자들이 생산한 금의 특정 비율을 베네수엘라 국립 은행에 판매하도록 강제함으로써 수출 비율을 강제한 것이 캐나다-베네수엘라 BIT에서 금지하고 있는 이행요건에 해당한다는 취지로 중재를 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 기존에 베네수엘라 정부가 금 생산업자들이 생산한 금의 15% 베네수엘라 국립 은행에 판매하도록 한 조치는 BIT에 위배되지 않지만, 2010년의 결의를 통해 해당 수치를 50%까지 올린 것은 BIT에 위배되는 이행요건에 해당한다고 판시

636) *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (2016. 8. 22.) (캐나다-베네수엘라 BIT).

3. 타 협정문과의 비교

【 서비스 적용여부 】

한-미 FTA **한-터키 FTA** **한-중 FTA** **한-베트남 FTA** **한-중-일 TIT**	**그 외 기 체결 FTA** **한-일 BIT**
없음 (한-중 FTA와 한-중-일 TIT는 TRIMs 준용)	포함

【 제3국 적용여부 】

한-ASEAN FTA **한-인도 CEPA** **한-중 FTA** **한-일 BIT** **한-중-일 TIT**	**그 외 기 체결 FTA**
투자협정당사국 투자자에게만 적용	제3국(non-Party) 투자자에게도 적용

【 절대적, 상대적 이행의무 】

한-미 FTA **한-터키 FTA** **한-호주 FTA** **한-캐나다 FTA** **한-뉴질랜드 FTA** **한-콜롬비아 FTA** **NAFTA**	**한-베트남 FTA** **한-일 BIT**	**기 체결 BIT** **(한-일 BIT 제외)**
절대적 이행요건을 원칙적으로 규정	상대적 이행요건을 원칙적으로 규정	절대적과 상대적으로 나누지 않음

Ⅷ 고위경영진과 이사회(SMBD)

국 문	영 문
제 X.10 조 : 고위경영진과 이사회	Article X.10 : Senior Management and Boards of Directors
1. 어떠한 당사국도 적용대상투자인 자국 기업이 고위 경영직에 특정한 국적의 자연인을 임명하도록 요구할 수 없다.	1. Neither Party may require that anenterprise of that Party that is a covered investment appoint to senior management positions natural persons of any particular nationality.
2. 당사국은 적용대상투자인 자국 기업의 이사회나 산하 위원회의 과반수가 특정 국적이거나 자국 영역에 거주할 것을 요구할 수 있다. 다만, 그 요건은 자신의 투자에 대하여 지배권을 행사할 수 있는 투자자의 능력을 실질적으로 침해하여서는 아니 된다.	2. A Party may require that a majority of the board of directors, or any committee thereof, of an enterprise of that Party that is a covered investment, be of a particular nationality, or resident in the territory of the Party, provided that the requirement does not materially impair the ability of the investor to exercise control over its investment.

1. 취 지

동 조문은 투자기업의 경영진에 대하여 투자유치국이 국적 요건 등을 부과하는 것을 원칙적으로 금지함으로써 투자자의 경영권을 보장하기 위한 규정이다. 그러나 항공이나 방송 등 보안상 이유로 일정한 국적요건을 부과하는 경우가 있으므로 이러한 비합치 조치는 유보안에 기재하여야 하는 것이다.

2. 주요 내용

가. 제1항

제1항은 투자유치국이 적용대상투자인 기업으로 하여금 고위경영직에 특정 국적인을 임명하도록 요구할 수 없다고 규정한다. 따라서 기업은 본국인을 사장으로 임명하는 등 자유롭게 경영 활동에 종사할 수 있게 된다.

나. 제2항

제2항은 그러나 당해 기업의 이사회나 산하 위원회의 과반수가 특정 국적자이거나 자국 영역에 거주할 것을 요구하는 것은 가능하다고 규정한다. 다만 그로 인해 투자자의 투자에 대한 지배권 행사가 실질적으로 침해당하여서는 아니 된다. 캐나다 회사법(Canada Business Corporations Act)은 이사회 구성원 중 적어도 25%는 캐나다 영주권자이어야 함을 일반원칙으로 규정하고 있는 등[637] 국가에 따라서는 이사회 구성원에게 국적요건이나 영주요건을 요구하는 입법이 적지 않다.

우리나라의 경우도 항공운송, 사립 고등교육기관, 뉴스통신사 등에서 이사회의 과반수 이상이 내국인임을 요건으로 법률상 규정하고 있다. 외국의 경우도

637) Canada Business Corporation Act, §105(3) "... at least twenty-five per cent of the directors of a corporation must be resident Canadians. However, if a corporation has less than four directors, at least one director must be a resident Canadian."

대체적으로 항공산업, 방위산업, 방송산업 등은 이사회 과반수 이상이 내국인임을 요건으로 하는 경우가 많다.

다. 유 보

위 규정에 위반되는 현존 조치 또는 미래 조치를 장래에도 유지하고자 할 경우 각국은 유보조항에 이러한 조치를 특정적으로 명기하여야 한다. 즉, 비합치조치는 NT, MFN, PR, SMBD에 관한 것으로 이러한 4개의 조항에 대하여 현존하는 비합치조치를 유보안에 기재하게 되어 있다. 이와 관련하여 negative 방식을 취하는 미국 Model BIT도 같은 형태를 유지하고 있으나 문제는 positive 방식을 취하는 한-EU FTA의 경우에 SMBD가 적용될 여지가 있느냐이다. 이는 어떤 방식을 취하더라도 유보안이나 영허안에 기재하여야 하는 분야로서 한-EU FTA에서 조차도 내국민대우 등의 각주에서 규정하고 있다.

다만, 이와 관련하여 일반적으로 내국민대우나 최혜국대우는 외국인 투자자를 보호하기 위한 원칙을 먼저 협정문에게 규정하고 그 예외를 유보안에 기재하는 반면, SMBD 제2항은 당해 기업의 이사회나 산하 위원회의 과반수가 특정 국적자이거나 자국 영역에 거주할 것을 요구하는 것이 원칙적으로 가능하다고 규정하고 있으므로 다른 조문과의 관계에서 유보안에 기재될 내용을 먼저 협정문에 기재하는 것처럼 보인다.

그러나, 이사의 구성에 대하여 자국민을 요구할 수 있되, 다만, 그 요건은 자신의 투자에 대하여 지배권을 행사할 수 있는 투자자의 능력을 실질적으로 침해하여서는 아니 되는 것이 원칙이고, 실질적인 지배권을 행사할 수 있는 능력을 침해할 우려가 있는 그 예외의 경우에는 유보안에 기재하는 것이므로 타협정문과 모순되지 않는다. 이 조항은 미국 모델 BIT를 근거로 한 한-미 FTA와의 정합성을 이유로 한 것이고 협정문의 방식은 규정하기 나름이므로 의미에 차이는 없다고 본다.

3. 타 협정문과의 비교

【 SMBD 규정 방식 】

기 체결 FTA	한-EU FTA
별도 조항으로 SM과 BD를 같은 조에서 규정	BD(이사회)는 NT의 각주로, SM(고위경영진)은 Key personnel and Graduate Trainees의 각주로 기재

제3장 투자유치국의 조치

Ⅰ 투자와 환경(Investment and Environment)

국 문	영 문
제 X.11 조 : 투자와 환경	Article X.11 : Investment and Environment
이 장의 어떠한 규정도 당사국이 자국 영역 내 투자활동이 환경적 고려에 민감한 방식으로 수행되도록 보장하기 위하여 자국이 적절하다고 판단하는 것으로서 달리 이 장에 합치되는 조치를 채택·유지 또는 집행하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다.	Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining, or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns.

1. 취 지

환경 문제는 국가에게 매우 민감한 분야이고 ISDS가 제기될 경우, 국가의 환경 정책에 대한 자율권이 침해될 소지가 있다. 따라서 동 조항은 국가의 환경 규제 권한을 보호하기 위한 투자협정문 해석의 방향을 제시하고 있다.

2. 주요 내용

가. 성 격

FTA 협정문이나 BIT 협정문에서는 환경에 관한 규정을 곳곳에 두고 있다. 한-미 FTA도 서문에 "노동 및 환경법과 정책의 개발과 집행을 강화하고, ...이 협정을 환경보호 및 보전과 합치하는 방식으로 이행하기를 희망하며"라고 규정하고, 환경에 관하여 별도의 장(제20장)을 두어 규율하고 있다. 본 조문도 같은 맥락에서 국가의 환경적 규제권을 보호하기 위한 규정으로서 투자협정문 해석의 방향을 제시하고 있다.

동 조문은 NAFTA 제1114조 제1항과 동일한 내용으로서 한-칠레 FTA(제10.18.조 제1항), 한-싱가포르 FTA(제10.18.조), 한-EFTA FTA 부속 투자협정(제9조 제1항)에도 같은 내용을 규정하고 있다. 이 조문에 관하여 캐나다는 내국민대우에 따른 환경조치 등 투자 장의 내용에 부합하는 환경적 조치를 채택·유지·집행할 수 있는 정부의 권한(right to adopt and enforce environmental measures)을 확인하는 것이라고 해석하고 있으며, 미국은 NAFTA 회원국의 정부로 하여금 투자 장에 위반되지 않는 한 투자가 환경보호 목적에 부합할 수 있도록 보장하기 위한 규정이라고 해석한다.[638]

환경 분야는 투자유치국의 독자적 권한이 부여되는 분야로서 투자 장에 위배되지 않는 한 환경적 조치를 취할 수 있는 권한을 확인한 것이므로 캐나다

638) U.S. Statement of Administrative Action of NAFTA, p. 145; Canadian Statement on Implementation, p. 152.

의 해석이 타당하다고 생각하나 어떠한 해석을 따르더라도 근본적인 의미가 크게 달라지는 것은 아니다. 더군다나 "금지하는 것으로 해석되지 아니한다"라고 규정하므로 투자유치국 입장에서 판단한 것으로 보인다. NAFTA 해설서에 보면 최초 이 규정은 캐나다에 의하여 GATT 제20조 일반예외 조항에서 출발하였다. GATT 제20조는 우리의 일반예외 장과 같이 "인간, 동물, 식물, 건강, 환경 등을 보호하기 위해 필요한 조치를 취하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다."라는 내용으로 규정되었으나, 미국측의 투자와 관련된 환경의 내용으로 의미를 특정하자는 요구가 반영되어 멕시코가 미국측 주장에 합류하고, 캐나다가 원래의 일반예외 조항을 포기하게 되어 현재의 문구가 된 것이다.[639]

이와 관련하여 일반예외가 투자유치국의 항변사유인지가 문제되는바, 본문의 표현방식에 비추어 당사국이 투자 장에 위반되지 않는 환경조치라고 주장하면 항변사유로서 역할을 한다고 본다.

나. 중재판정례[640]

환경관련 조치에 대해 중재에 회부된 몇몇 NAFTA 사건에서 본조의 해석이 문제된 바 있다. 중재판정부는 환경조치와 관련 간접수용 여부로 판단하기는 하였으나 직접적으로 이러한 환경조항에 대한 판단은 하지 않는 경향이다. 여전히 중재판정부의 다양한 해석이 기대되는 항목이다.

639) An Annotated guide to NAFTA Chapter 11 앞의 책 1114-1
640) 자세한 내용들은 간접수용 부분 설명 중 중재판정례를 참조하기 바란다.

〈환경관련 중재판정〉

○ *Metalclad v. Mexico*

- 청구인의 폐기물 처리장에 대하여 연방정부의 허가가 있었다는 사실 자체가 제1114조가 규정하고 있는 바와 같이 멕시코가 환경적 고려에 민감하고 부합하도록 처리한 것임을 보여주는 것이므로 동조가 문제되지 않는다고 판시하였다.641)

○ *Methanex v. United States*

- 미국은 특별한 상황이 아닌 한, 국가는 공중보건을 위한 비차별적 조치에 기인한 외국인의 경제적 손실에 대하여 보상책임이 없다는 것이 국제관습법이고 이러한 조치는 환경적 조치를 포함하는 것이며 NAFTA 제1114조는 이러한 법리를 규정한 것이라고 주장하였다.642) 그러나 중재판정부는 모든 청구를 기각하면서도 제1114조를 근거로 삼지는 않았다. 다만 간접수용의 예외로서 공공복지 목적 중 하나인 '보건'을 언급한 것에 불과하다.

다. 기타 환경 조항

NAFTA 투자 장에서는 제1114조 제1항으로 우리 모델안 조문을 규정함과 동시에 아울러 제2항에서는 다음과 같이 규정하고 있다.

NAFTA 제1114조 제2항

2. The Parties recognize that it is inappropriate to encourage investment by relaxing domestic health, safety or environmental measures.
   Accordingly, a Party should not waive or otherwise derogate from, or offer to waive or otherwise derogate from, such measures as an encouragement for the establishment, acquisition, expansion or retention in its territory of an investment of an investor. If a Party considers that another Party has offered such an encouragement, it may request consultations with the other Party and the two Parties shall consult with a view to avoiding any such encouragement.

641) *Metalclad v. Mexico,* ICSID Case No. ARB(AF)/97/1. Award (2000. 8. 30.), para. 98.
642) *Methanex v. United States,* Statement of Defence of Respondent (2000. 8. 10.), paras. 152-153.

이는 당사국이 투자유치를 위해 보건·안전·환경 관련 국내조치를 완화하지 못하도록 방지하는 위한 것이며 이러한 경우 상대국이 협의를 요청할 수 있는 권한 등을 규정한 것이다. 우리도 이 내용을 한-칠레 FTA(제10.18.조 제2항), 한-EFTA FTA 투자협정(제9조 제2항) 등에 규정한 바 있으나, 한-미 FTA에서는 투자 장에 이를 규정하지 않았다. 대신 별도의 환경 장(제20장)에 더욱 강화된 내용으로 규정하고 있다.

한-미 FTA 제20.1조(보호수준)는 "… 각 당사국은 그러한 법 및 정책이 높은 수준의 환경보호를 규정하고 장려하도록 보장하기 위하여 노력하며, 그러한 환경법 및 정책을 통하는 것을 포함하여 각 당사국의 환경보호 수준을 지속적으로 향상시키도록 노력한다"고 규정하고, 제20.3조(환경법의 적용 및 집행) 제2항에 "양 당사국은 자국의 환경법에서 부여된 보호를 약화시키거나 감소시킴으로써 무역 또는 투자를 장려하는 것이 부적절함을 인정한다. 이에 따라, 어떠한 당사국도 양 당사국간 무역 또는 투자에 영향을 미치는 방식으로 그러한 법에서 부여된 보호를 약화시키거나 감소시키는 방식으로 그러한 법의 적용을 면제하거나 달리 이탈하거나, 또는 적용을 면제하겠다거나 달리 이탈하겠다고 제의하여서는 아니 된다"라고 규정하여 위 NAFTA 제1114조 제2항과 동일한 내용을 담고 있다. 또한 환경 장의 이행을 감독하기 위하여 환경협의회(제20.6조)를 설치할 것을 규정하고 있다.

라. 환경조항 규정 여부

환경조항을 투자 장에 규정하는 것이 일반적이라고는 할 수 없다 투자 장에서는 투자자의 권리와 보호, 그 대우에 관한 내용을 규정하고 있기 때문에 이러한 투자와 환경조항이 ISDS 제기 시 투자자가 직접 원용할 수 있는 조항인지가 문제된다.

그러나 앞에서 보았듯이 이는 항변 조항으로서 성격을 가진다고 볼 수 있다. 별도의 환경 장이 있는데, 굳이 환경 조항을 둘 필요가 있는지 의문을 표시하는 경우가 있으나 투자 장에서 투자유치국이 항변사유로서 투자 장에 부합한 환경조치라고 주장할 수 있다는 점에서 의의가 있다.

그러나 총칙 장에서 규정하고 있는 이상 투자자 보호와는 관련이 있는 조항은 아니므로 우리가 활발하게 투자하는 국가와 FTA 체결 시에는 이러한 조항이 오히려 부담이 될 수 있다는 점에 유의하여야 한다.

마. 제3국 투자자에게 적용여부

투자와 환경 조항은 이행요건 부과금지 의무처럼 당사국 투자자에게만 적용되지 않고 제3국 투자자에게도 동일하게 적용된다는 점은 앞에서 본 바와 같다. 즉, “investment activity in its territory”라고 하여 당사국 안에서의 모든 투자 활동에 적용되는 것이다.

3. 타 협정문과의 비교

【 환경조항 】

한-미 FTA 한-싱가포르 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-칠레 FTA 한-EFTA FTA 한-캐나다 FTA	한-인도 CEPA	한-터키 FTA	한-중 FTA
NAFTA 1항만 규정	NAFTA 2항까지 규정	보건, 안전과 함께 규정	보건과 함께 규정	환경 조치 규정

Ⅱ 기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility)

국 문	영 문
제 X.12 조 : 기업의 사회적 책임 각 당사국은 자국 영역 내에서 영업하거나 자국의 관할권에 속한 기업들이 양 당사국에 의하여 승인되거나 지지된 원칙 성명서를 포함하여 기업의 사회적 책임에 관한 국제적으로 인정된 표준을 자발적으로 그들의 관행과 내부 정책에 포함시키는 것을 장려한다. 이러한 원칙은 노동, 환경, 인권, 공동체 관계 및 반부패와 같은 쟁점을 다룬다.	Article X.12 : Corporate Social Responsibility Each Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its Jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognised standards of corporate social responsibility in their practices and their internal policies, including statements of principle that are endorsed or supported by the Parties. These principles address issues such as labour, environment, human rights, community relations, and anti-corruption.

1. 취 지

기업의 사회적 책임(Corporate Social Responsibility, 이하 'CSR') 조항은 당사국이 자국 영역 내에서 영업하거나 자국 관할권 내에 속한 기업들이 기업의 사회적 책임에 관한 국제적으로 표준을 자발적으로 받아들이는 것을 장려할 것을 확인하고 있다.

세계화가 세계 경제 발전에 미친 긍정적 영향의 이면에는 잠재적으로 부정적 노동 시장, 고용 환경 및 노동 기준 하향화 등 세계화가 노동 시장에 미칠 잠재적인 부정적 영향에 대한 우려 역시 제기되었다.[643] 이에 세계화의 핵심 수단 중 하나인 자유무역협정을 비롯한 국제투자협정에서도 SCR을 다루어야 한다는 견해가 국가들 간에도 형성되기 시작하여 2000년대부터 CSR 조항이 FTA 등 투자협정에 도입되기 시작했다.

2. 주요 내용

가. 도입 배경

앞서 언급한 바와 같이, 세계화가 진행되던 1990년대부터 세계 각국의 시민사회들은 특히 노동권 등 인권 침해와 환경 훼손 등과 관련된 기업의 문제적 활동을 규율하는 법률과 실제 그 적용 사이의 괴리에 대한 문제를 활발히 제기하기 시작하였다. 이에 대한 반응으로 기업들은 자발적으로 CSR을 내부적으로 수용하는 모습을 보이기 시작했다. 그러나 기업들의 자발적인 참여만으로는 한계가 있기에 국가들의 적극적인 관여를 요구하는 목소리가 늘어났으며, 이에 CSR을 국가의 통상·산업 정책 과제로 다루는 국가들이 증가하기 시작했다. 일례로 EU는 2010년과 2011년 CSR 조항을 향후 체결할 통상 및 투자협정에 도입할 것을 요청하였고,[644] 2015년에는 SCR 강화를 EU 통상 정책의 일부로 분

643) UNHCR, *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order* (2015); UNCTAD, *World Investment Report* (2007).

644) "Unfair Commercial Practices Directive" (Directive 2005/29/EC of the EP and of the

명히 확립하였다.[645] 캐나다 역시 2010년 이후부터 체결하는 FTA 및 BIT에 '자발적 CSR 조항 포함(inclusion of voluntary provisions for SCR)'을 정책으로 삼고 있다.[646]

CSR 조항을 도입한 투자협정으로는 EU-Chile Association Agreement(2003), US-Chile Trade Agreement(2004), EU-Carifoum Economic Partnership Agreement(2008), Canada-Peru Trade Agreement(2009) 등이 있으며, 최근에는 CPTPP, EU-Canada CETA, EU-Vietnam FTA 등에도 CSR 조항이 포함되어 있다.

CPTPP Article 9.17 Corporate Social Responsibility

The Parties reaffirm the importance of each Party encouraging enterprises operating within its territory or subject to its Jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognised standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party.

우리 기 체결 투자협정 중에는 한-캐나다 FTA가 유일하게 CSR 조항을 두고 있다.[647] 이는 앞서 살펴본 캐나다의 통상정책 방향과 연관이 있다. 동 FTA 협상이 2005년 시작되어 2013년에 타결되었다는 점으로 미루어 볼 때, 앞서 언급한 바와 같이 SCR에 대한 캐나다 정부의 강력한 의지가 반영된 것으로 생각된다.

Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council).

645) "Unfair Commercial Practices Directive" (Directive 2005/29/EC of the EP and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council).

646) ILO, *Corporate Social Responsibility in International Trade and Investment Agreements* (2016), p. 8.

647) 한-캐나다 FTA 제8.16조.

나. 성격

사회적 책임이 투자협정에 포함되기 시작한 것이 1990년대부터 이며, 그러한 경우라 할지라도 대개 선언적 규정 내지 확인적 규정으로서 당사국에게 외국인 투자자 보호를 위한 구체적인 의무를 부과하는 실체적 보호조항으로 보기는 어렵다. 예를 들면, MFN이나 NT, FET 등의 실체적 보호 의무를 규정하고 있는 조항들이 “Each Party shall …”로 구성되는 것과 달리, 동 조항의 경우 “Parties reaffirm … ”로 시작하여 당사국들이 자국 영역 내 기업들의 자발적인 CSR 수용을 장려할 것을 확인하고 있을 뿐임을 알 수 있다.

우리 기 체결 협정 중 유일하게 기업의 사회적 책임 조항을 두고 있는 한-캐나다 FTA의 경우 단, “Each Party should encourage … ”라고 규정하여 당사국에게 장려할 의무를 부과하고 있는 것을 해석될 여지가 있으나, 동 조항을 ISDS 대상에서 제외함을 명시하여[648] CSR 조항이 구체적인 투자자 보호의무를 구성하는 것이 아님을 명확히 하고 있는 것으로 보인다.

다. 제3국 투자자 적용 여부

기업의 사회적 책임 조항은 그 적용 대상을 “자국의 영역 내에서 영업하거나 관할권에 속한 기업들(enterprises operating within its territory or subject to its Jurisdiction)”이라고 규정하고 있다. 이는 곧 앞서 살펴본 이행요건 조항 및 투자와 환경 조항과 마찬가지로 당사국 투자자뿐만 아니라 제3국 투자자도 그 적용대상으로 하고 있음을 알 수 있다.

---

648) 한-캐나다 FTA 제8.18조(당사국 투자자의 자기 자신을 위한 청구) 및 제8.19조(당사국 투자자의 기업을 대신한 청구).

3. 타 협정문과의 비교

【 기업의 사회적 책임 조문 비교 】

한-캐나다 FTA	CPTPP
Each Party should encourage enterprises operating within its territory or subject to its Jurisdiction to voluntarily incorporate internationally recognised standards of corporate social responsibility in their practices and their internal policies, including statements of principle that are endorsed or supported by the Parties. These principles address issues such as labour, environment, human rights, community relations, and anti-corruption.	The Parties reaffirm the importance of each Party encouraging enterprises operating within its territory or subject to its Jurisdiction to voluntarily incorporate into their internal policies those internationally recognised standards, guidelines and principles of corporate social responsibility that have been endorsed or are supported by that Party.

Ⅲ 혜택의 부인(Denial of Benefit)

국 문	영 문
제 X.13 조 : 혜택의 부인	**Article X.13 : Denial of Benefits**
1. 당사국은, 비당사국의 인이 다른 쪽 당사국의 기업을 소유하거나 지배하고 있는 경우로서 혜택부인 당사국이 그 기업과의 거래를 금지하는 조치 또는 이 장의 혜택이 그 기업이나 그 기업의 투자에 부여될 경우 위반되거나 우회될 조치를 그 비당사국 또는 그 비당사국의 인에 대하여 채택하거나 유지하는 경우 그러한 기업으로서 다른 쪽 당사국의 투자자와 그 투자자의 투자에 대하여 이 장의 혜택을 부인할 수 있다.	1. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments.
2. 당사국은, 비당사국의 인 또는 혜택 부인의 당사국의 인이 다른 쪽 당사국의 기업을 소유하거나 지배하고 있는 경우로서 다른 쪽 당사국의 영역안에서 실질적인 영업활동을 하고 있지 아니하는 경우 그러한 기업으로서 다른 쪽 당사국의 투자자와 그 투자자의 투자에 대하여 이 장의 혜택을 부인할 수 있다. 혜택부인 당사국이 그 기업이 다른 쪽 당사국의 영역에서 실질적인 영업활동을 하지 아니하고 비당사국의 인 또는 혜택부인 당사국의 인이 그 기업을 소유하거나 지배하고 있는 사실을 이 장의 혜택을 부인하기 전에 아는 경우, 혜택부인 당사국은 혜택을 부인하기 전에 다른 쪽 당사국에게 이를 실행 가능한 한도에서 통보한다. 혜택부인 당사국이 그러한 통보를 제공하는 경우, 다른 쪽 당사국의 요청에 따라 다른 쪽 당사국과 협의한다.	2. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise. If, before denying the benefits of this Chapter, the denying Party knows that the enterprise has no substantial business activities in the territory of the other Party and that persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise, the denying Party shall, to the extent practicable, notify the other Party before denying the benefits. the denying Party provides such notice, it shall consult with the other Party at the other Party's request.

1. 취 지

동 조항은 제3국 혹은 자국의 투자자가 상대국 기업을 소유·통제하고 있으나 그 기업이 상대국 내에서 실질적 영업활동을 하고 있지 않는 경우 등 협정 상대국의 투자자가 아닌 자가 paper company 설립을 통해 우회적으로 협정상 혜택을 누리려는 것을 방지하기 위한 조항이다.

즉, 투자자가 형식적으로는 협정 상대국의 투자자이나 실질적으로는 적성국가의 국민이 소유·통제하는 기업이거나 제3국 또는 자국민이 소유·통제하는 경우에는 당사국이 협정혜택의 부여를 거부할 수 있도록 한 규정이다. 다른 조항과 달리 혜택의 부인은 투자자가 주장하는 조항이 아니라 투자자의 중재청구에 대해 피청구국이 혜택부인 조항을 인용하며 중재관할이 없음을 주장하는 것이 통상적이다. 따라서 투자유치국 입장에서 관할 항변으로서 주장 및 입증을 해야 한다.

투자의 정의에 혜택의 부인의 요건을 포함시킴으로써 청구인이 주장 및 입증을 하도록 할 수도 있으나, 투자유치국이 청구인의 혜택의 부인 대상 여부를 투명하게 판단하게 하도록 혜택부인 전에 투자유치국이 협정 상대국에게 통지하게 한다는 점에 의의가 있다.

2. 주요 내용

가. 협정문 규정 방식

혜택의 부인을 행사할 수 있는 요건은 두 가지로 규정될 수 있다. 정상적인 경제관계의 존재 또는 우회조치 해당 여부를 요건으로 결정하는 방법과, 실질적인 영업 활동 및 소유·통제를 요건으로 결정하는 방법이다. 전자는 X.13조 제1항, 후자는 제2항에 해당한다.

나. 혜택의 부인의 요건

(1) 정상적인 경제관계 및 우회조치

한-미 FTA는 우회적인 조치로 혜택이 부여되는 경우뿐만 아니라 '정상적인 경제 관계(normal economic relations)'가 수립되어 있지 않는 경우도 포함하고 있다. NAFTA 제1113조나 미국 모델 BIT는 '정상적인 경제관계' 대신에 '외교관계(diplomatic relations)'라는 용어를 사용하고 있으나, 이 문안을 채택할 경우 대만과 같은 국가가 직접적으로 이에 해당되게 되어 부당한 결과를 낳은 수 있으므로 '정상적인 경제관계'라는 용어로 대체하고 있다. 다만 '정상적인 경제관계'가 수립되지 않은 국가와 교역할 필요성도 있으므로 협상에 따라 정치적인 사항이라는 이유로 이 부분을 배제하는 경우도 있다.

가령 미국의 투자자가 한국에 투자를 하는데 실제 그 미국기업을 탈레반 정부가 소유하는 경우, 우리나라와 탈레반 정부 간에는 정상적인 경제관계가 성립하지 않으므로 혜택이 부인될 수 있다. 한편, 정상적인 경제관계가 성립하지 않아도 외교관계가 성립할 수 있고 그 반대의 경우도 가능한데, 외교관계라고 기재하면 대만 같은 나라는 우리나라에 대한 투자가 상당히 활발함에도 불구하고 외교관계가 없다는 이유로 이러한 국가의 투자자가 소유한 미국기업에 대해서 협정의 혜택을 부인하여야 한다.

이와 관련하여, 대만과 같은 국가는 정상적인 경제관계나 외교관계가 수립되지 않은 제3국(third country)이 아니라 비당사자(non party)에 불과하므로, 국가로 명시하지 않은 이상 해당 국가의 국민이 소유·통제하는 기업에 대해서 혜택을 부인할 수 없다고 주장하는 견해가 있다. 협정에 제3국이라고 기재하면 국제법상 국가이면서 외교관계가 없는 경우를 상정한 것이므로, 대만처럼 국제법상 국가가 아닌 경우 혜택부인의 대상이 아니므로 혜택을 부인할 수 없다는 논리이다.

이러한 견해에 따르면, 협정에 가급적 제3국이라고 규정하고여 대만 같은 국가에 대한 혜택의 부인을 하지 못하게 된다. 이는 우리나라에 투자한 대만의 규모와 경제관계를 고려할 경우 수긍이 가는 문구이나 실효성은 담보하기

어렵다. 중국과 FTA, BIT 등을 체결할 때, 기술적으로 제3국으로 규정하든 비당사자라고 규정하든 중국이 실질적인 대만 투자자에 대해 혜택을 부인할 의사가 명백하므로, 단순히 제3국으로 규정하였다는 이유만으로 대만인이 소유·통제하는 경우 혜택을 부인할 수 없다는 논리에 수긍하기 어렵기 때문이다.

한편, 제재조치를 우회해서 혜택이 부여될 우려가 있는 경우 혜택의 부인이 가능하도록 문안을 추가하였다. 현재 우리나라는 UN 안보리, 미국 재무부가 지정한 테러 관련 개인·단체와 금융거래를 제한하고 있는데, 제재조치를 우회하여 제재대상자에게 협정상 혜택이 부여될 우려가 있는 경우 금융거래를 제한할 수 있는 법적 근거가 필요하다.[649]

예를 들어 한-호주 FTA의 경우 우리나라 기업 A가 제재대상자 B와의 거래를 원인으로, B의 자회사인 호주기업 C에 거래대금을 송금하려 할 경우 한국은행에서 동 송금에 대한 제한이 가능하다.

(2) 실질적인 영업활동의 존재 및 소유·통제의 주체

투자자(투자)가 형식적으로는 상대방 국가의 투자자(투자)이나 실질적으로는 비당사국의 국민이 이를 소유·통제하며 그 비당사국의 기업이 '실질적인 영업활동'이 없는 경우이다.

'실질적인 영업활동'의 존재 여부는 국내법을 기준으로 판단할 수 있다. 예컨대, 외국 회사에 대한 관할을 인정하는 국내법상 규정이나, 국내 소득 판단에 관한 조세법을 근거로 삼을 수 있을 것이다.[650]

'소유·통제' 요건은 투자자의 법인격을 부인하는 것과 유사한 효과를 낼 수 있는 방법을 투자유치국에게 부여한 것이다.[651] 이를 판단하는 기준은 앞

649) 금융거래제한 관련법은 외국환거래법 제15조, 공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률 제4조이다. 한편, 금융거래등제한대상자 지정 공고(금융위원회고시 제2016-17호)는 UN 안보리 결의 제1267호, 제1718호, 제1988호, 제1989호, 제2231호 및 제2253호에 의해 지정된 자 등 국제 평화와 안전유지를 위해 지정된 개인 및 단체 621개가 포함되어 있다. 미국도 대통령명령 제13224호의 특별지정인 명단(Specially Designated Nationals List)을 통해 테러관련자를 공고하고 있다.

650) UNCTAD, *Scope and Definition: A Sequel* (2011), pp. 93-94.

서 논의한 투자의 소유·통제 기준과 동일하다고 볼 수 있다.

가령, 한-미 FTA에서 미국 기업이 한국에 투자를 하였으나 실제 미국기업은 한국인이나 제3국 국적인인 네덜란드인에 의하여 소유 통제되고 미국에서 실질적인 영업활동을 하지 않는 경우이다. 즉 paper company에 불과한 경우에 혜택을 부인하는 것이다.

혜택의 부인 조항은 제3국 국민이나 투자유치국의 국민이 협정 상대국의 기업을 소유·통제하는 경우 혜택을 부인할 수 있게 함으로써 제3국민이나 투자유치국 국민이 투자유치국을 상대로 ISDS를 제기하는 것 등을 배제하고 실질적인 협정 상대국의 투자자에게만 협정의 혜택을 부여하기 위한 규정이다. NAFTA의 혜택부인 조항인 제1113조 제2항이 '비당사국의 인'이 소유·통제하는 경우만을 규정[652]하고 있으나, 미국 모델 BIT와 한-미 FTA는 '혜택부인 당사국의 인'을 추가하고 있다. 즉, 후자의 경우 한국인이 소유·통제하는 경우까지 배제되는 것이다. 모든 FTA 협정이 투자 유치국까지 배제하는 것은 아니지만,[653] 이는 paper company를 이용한 투자유치국 국민이 협정을 남용하는 것을 방지하기 위해서라도 필요한 규정이다.

다시 말하여 혜택을 부인하는 경우는 협정 상대국의 기업(미국 기업)이 상대국의 영역(미국)에서 '실질적인 영업활동(substantial business activity)'을 하지 않으며(이른바 sham or shell company), '비당사국(non-Party)의 인'(네덜란드인) 또는 '혜택부인 당사국(denying Party)의 인'(한국인)이 그 기업을 소유·통제하는 경우이다.

이와 관련하여 우리는 "substantial business activity"을 사용하나 일부 FTA에서는 "substantive business operation"을 사용하기도 한다. 우리의 기

651) UNCTAD, *Scope and Definition: A Sequel* (2011), p. 94.

652) Article 1113: Denial of Benefits

2. Subject to prior notification and consultation in accordance with Articles 1803 (Notification and Provision of Information) and 2006 (Consultations), a Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party that is an enterprise of such Party and to investments of such investors if investors of a non-Party own or control the enterprise and the enterprise has no substantial business activities in the territory of the Party under whose law it is constituted or organized.

653) 한-싱가포르 FTA, 한-칠레 FTA도 제3국 국민이 소유·통제하는 경우로 한정하였다.

체결 FTA 중 한-싱가포르, 한-EU FTA에서 후자를 사용하였고 GATS도 후자를 사용하고 있으나, 의미상 큰 차이는 없다.

〈*Loewen v. United States* 654)〉

○ **사실관계**

- 캐나다 장례식 업체인 청구인이 미국 내 장례식 업소들을 대거 인수하자, 미국 미시시피 주의 장례식 업주는 청구인이 반경쟁적 행위를 한다는 이유로 민사소송을 제기하였고, 미시시피 주 1심 법원의 배심원단은 위 청구를 인용
- 청구인은 항소하기 위하여 미시시피 주 민사소송법에 따라 1심 인용액수를 공탁해야 했는데, 위 액수를 공탁하는 대신 상대방과 합의한 후 미시시피 주 법원의 이러한 판결이 NAFTA 위반이라고 주장하며 중재 청구

○ **쟁점**

- 중재청구 이후 청구인 기업이 파산하고 미국기업에 의해 인수되자 미국은 국제관습법상의 '청구인 국적 계속의 원칙(continuous nationality rule)'을 주장하며 중재관할이 소멸되었다고 주장하였고, 판정부는 동 주장을 인용하여 종국적으로 청구를 기각

○ **시사점**

- 만약 NAFTA 혜택부인 조항에 현재 한-미 FTA 문안처럼 '혜택부인 당사국의 인'이 삽입되어 있었다면 위 국제관습법상의 원칙을 주장할 필요 없이, 청구인이 실질적으로 미국인의 소유·통제를 받고 있다는 이유로 혜택부인 조항의 적용을 주장할 수 있었을 것임

654) *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award (2003. 6. 26.)(NAFTA).

〈 *Generation Ukraine v. Ukraine* [655] 〉

○ **사실관계**

- 미국 국적의 청구인은 자신이 피청구국의 권유에 따라 투자를 하였으나, 구체적인 프로젝트를 진행하려고 하자 피청구국이 6년간 이를 방해함으로써 BIT를 위반하였다고 주장

○ **쟁점**

- 특히, 피청구국은 청구인이 미국인이 아닌 캐나다인에 의해 지배되고 있으며, 미국에서 실질적 영업활동을 한 바 없으므로 협정상 혜택의 부인 조항[656]에 따라 관할이 없다고 주장
- 청구인 기업이 제3국인에 의해 지배되고 있다는 점("third country control")만으로 혜택이 부인될 수 있는지, 아니면 동 요건뿐만 아니라 청구인 기업이 'sham company'라는 점도 입증되어야 하는지가 문제

○ **판정취지**

- 중재판정부는 협정의 해석상 위 두 가지 요건 모두가 입증되어야 하는데, 피청구국은 청구인회사가 제3국인에 의해 지배되고 있다는 점을 입증하지 못하였다고 설시하며 '실질적 영업활동' 여부에 대하여 더 이상 심리하지 아니하고 피청구국의 주장을 기각

---

655) *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine,* ICSID Case No. ARB/00/9, Award (2003. 9. 15.) (우크라이나-미국 BIT), Para. 15.5. 중재판정부는 위 BIT 체결 시 미국 국무부가 1994. 9. 7. 대통령에게 제출한 협정의 조문별 주석서인 "Letter of Submittal"의 내용을 참고하였는 바, 동 서한에는 "Under paragraph 2 of Article 1, either country may deny the benefits of the Treaty to investments by companies established in the other that are owned or controlled by nationals of a third country if (1) the company is a mere shell, without substantial business activities in the home country, or (2) the third country is one which the denying Party does not maintain normal economic relations."(밑줄 추가) 라고 하여 "third country control" 요건이 혜택부인의 전제조건으로 명시되어 있다.

656) 제 I (2) "Each Party reserves the right to deny to any company the advantages of this Treaty if nationals of any third country control such company and, in the case of a company of the other Party, that company has no substantial business activities in the territory of the other Party or is controlled by nationals of a third country with which the denying Party does not maintain normal economic relations."(밑줄 추가)

다. 혜택의 부인의 실익

혜택의 부인은 결국 제3국 투자자가 협정당사국에 명목상 회사만 설립하여 협정문의 혜택을 향유하려는 무임승차를 방지하는 데에 가장 큰 의의가 있다.

이는 두 가지 측면에서 검토해야 하는바, 첫째는 법인의 국적과 관련하여 설립지 기준을 따를 경우 발생하는 문제이다. 한-미 FTA를 예로 들면, 한국에 설립되고 네덜란드 투자자가 지분을 100% 소유한 회사가 미국에 투자를 한 경우, 설립지 기준을 따르면 한국에서 설립되고 조직되었으므로 한국회사가 된다. 만약 네덜란드 투자자가 위 회사를 실질적으로 지배하고 위 회사가 한국에서 실질적으로 영업 활동을 하지 않는 경우에 문제가 된다. 이러한 경우 한국에 설립된 네덜란드 소유의 회사는 한-미 FTA의 협정상 혜택을 받을 수 있을 것이다. 미국 입장에서는 위 회사가 한국에서 실질적 영업활동을 하는지를 알 수 없으므로, 이를 방지하기 위하여 의심이 들면 사전에 통지하여 협정상 혜택을 부인할지 여부를 판단하는 것이다.[657]

두 번째는 제3국 지점의 배제 문제이다. 예를 들어 한-미 FTA 하에서 네덜란드 투자자가 미국에 지점을 설립하고 그 지점이 한국에 투자를 한 경우, 제3국 기업의 지점(네덜란드 기업의 미국지점)이 투자자로서 ISDS 원고적격을 갖는지가 문제되는 것이다.

그러나 제3국 기업의 지점은 법적으로 협정 당사국의 기업이 아니어서 FTA의 혜택을 무상으로 부여할 이유가 없고, 기업의 지점은 그 모국 본점에 전적으로 소유·통제되는 조직이다. 따라서 우리 법제상 지점이 단독으로 상대국에 투자하는 법률행위를 하는 것은 불가능하므로, 이러한 경우에는 네덜란드 투자자가 설립한 미국 지점에 대하여 혜택을 부인할 수 있다. 법률행위 능력이 없는 지점이라는 특수성으로 인하여 정의조항에서 enterprise of a party의 정의에서 처음부터 배제하는 것이 타당하다. 이를 제3국 지점의 문제라고 하는데, 제3국 지점을 배제하기 위하여 투자자의 정의에서 'enterprise and its branch'[658]라는 표현을 사용하기도 한다.

---

657) 법인의 국적에 대한 판단기준은 설립지 기준, 의결권지 기준, 소유통제 기준 등 3가지가 대표적인 바, 정의조항에 대한 설명에서 상술하기로 한다.

제3국 지점에 대한 자세한 논의는 정의조항 중 투자자의 정의부분에서 상술하기로 한다.

〈 *Tokios Tokelès v. Ukraine* [659] 〉

○ **사실관계**

- 리투아니아 기업인 청구인이 리투아니아-우크라이나 간 BIT에 근거하여 우크라이나를 상대로 ICSID에 중재를 제기한 사건으로 피청구국은 청구인 회사의 지분 99%를 우크라이나인이 소유하고 있고 경영진의 2/3 이상이 우크라이나인인 점 등 청구인회사가 사실상 우크라이나인에 의해 소유·통제되고 있으므로 회사법상의 '법인격 부인론(piercing the corporate veil)'에 따라 리투아니아 회사임이 부정되어야 하며 위 BIT상의 '투자자(investor)' 개념에 포함되지 않는다고 주장

○ **판정취지**

- 중재판정부는 위 '투자자' 개념에는 피청구국인을 배제하는 명시적 조항이 없으며 피청구국은 청구인이 관련 법적 요건·의무 등을 회피하기 위해 회사국적을 오용하였다는 점을 입증하지 못하였다는 이유로 이 부분 주장을 기각
- 혜택의 부인과 관련한 피청구국의 주장에 대하여 위 리투아니아-우크라이나 BIT에는 제3국인 또는 혜택부인국의 투자자 등에게 협정혜택을 부인하는 조항이 명시적으로 규정되어 있지 않음
- 이는 협상당사국의 의도적인 선택이므로 관할을 배제할 아무런 근거가 없다고 판시

라. 절 차

혜택부인 당사국이 자국 또는 협정 비당사국의 사람이 다른 쪽 당사국의 기업을 소유하거나 지배하고 있는 사실 등을 혜택을 부인하기 전에 안 경우, 혜택부인 당사국은 다른 쪽 당사국에게 이를 실행 가능한 한도에서 통보한다. 혜택부인 당사국이 그러한 통보를 제공한 경우, 다른 쪽 당사국의 요청에 따라 혜택부인 당사국은 다른 쪽 당사국과 협의한다.

즉, 혜택의 부인 조항은 현실적으로는 협정의 당사국이 ISDS 피청구국이 된 경우 항변사유로 이용되는 경우가 많은 바, 이 경우 피청구국은 중재판정 절차

658) 한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA 정의조항 참조

659) *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (2004. 4. 29.) (리투아니아-우크라이나 BIT), para. 55.

에서 혜택의 부인 항변을 제기함과 아울러 다른 쪽 당사국에게 이를 통보하여야 할 것이다.

한편, 이와 같은 사전 통지가 혜택부인의 전제 조건인지에 관해서는 근거 협정의 문구에 따라 차이가 있다. 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty, ECT)에 근거[660]하여 청구된 사건의 경우, 중재판정부들은 *Plama Consortium v. Bulgaria* 사건 이후로 일관되게 사전 통지 시부터 비로소 혜택부인의 효력이 발생한다고 판단하여 중재 진행 중에 혜택부인을 항변으로서 주장할 수 없도록 하였다. 반면, *Pac Rim v. El Salvador* 사건의 판정부는 CAFTA-DR 상 혜택부인의 경우[661] ECT처럼 시적 요건이 있다고 보기 어려우므로, 피청구국이 중재 진행 중에 이를 주장하여도 효력이 있다고 판단하였다.

이러한 절차를 포함한 이유는, 혜택의 부인 前 실행 가능한 한도 내에서만

---

660) ARTICLE 17 NON-APPLICATION OF PART III IN CERTAIN CIRCUMSTANCES
Each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part to:
(1) a legal entity if citizens or nationals of a third state own or control such entity and if that entity has no substantial business activities in the Area of the Contracting Party in which it is organized; or
(2) an Investment, if the denying Contracting Party establishes that such Investment is an Investment of an Investor of a third state with or as to which the denying Contracting Party:
(a) does not maintain a diplomatic relationship; or
(b) adopts or maintains measures that:
(i) prohibit transactions with Investors of that state; or
(ii) would be violated or circumvented if the benefits of this Part were accorded to Investors of that state or to their Investments.

661) Article 10.12: Denial of Benefits
1. A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if persons of a non-Party own or control the enterprise and the denying Party:
(a) does not maintain diplomatic relations with the non-Party; or
(b) adopts or maintains measures with respect to the non-Party or a person of the non-Party that prohibit transactions with the enterprise or that would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments.
2. Subject to Articles 18.3 (Notification and Provision of Information) and 20.4 (Consultations), a Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of another Party that is an enterprise of such other Party and to investments of that investor if the enterprise has no substantial business activities in the territory of any Party, other than the denying Party, and persons of a non-Party, or of the denying Party, own or control the enterprise.

미리 통보하고 다른 쪽 당사국의 요청이 있을 때에만 협의하도록 규정하였으므로 당사국에 추가적인 부담이 되지 않고, 실질적으로 영업활동을 하는지 등에 대한 정보가 부족한 상황이 발생할 수 있기에 상대방과 협의가 필요하기 때문이다. 즉, 잘못된 혜택의 부인을 막기 위해 의의가 있는 조항이다.

〈 *Plama Consortium v. Bulgaria* [662] 〉

○ 사실관계

- 키프로스 기업인 청구인은 피청구국 내의 정유 기업에 투자하였는데, 위 기업의 파산 절차 중 피청구국이 협정상 의무를 위반했다고 주장하며 ECT에 근거하여 키프로스 기업인 청구인이 불가리아를 상대로 ICSID에 중재 청구
- 피청구국은 청구인 기업이 키프로스 내에서 실질적 영업활동을 하지 않는 소위 '편지함 회사(mailbox company)' 라고 주장하였는데, 결국 혜택부인이 장래효만 있는지(prospective), 소급효도 있는지(retrospective) 여부가 문제

○ 판정취지

- 중재판정부는 투자자는 투자유치국에 의한 혜택부인권의 구체적 '행사(exercise)'가 있기 전까지 협정상의 혜택을 부여하는 것이 투자자의 합리적 기대보호와 ECT의 목적에 부합한다는 등의 이유로 혜택부인의 장래효만을 인정

〈 *Yukos v. Russia* [663] 〉

○ 사실관계

- 피청구국이 석유 및 천연가스 개발업을 하는 맨섬(Isle of Man) 국적의 청구인 및 청구인의 임원들에 대한 형사소추 및 각종 조세 조치를 통하여 청구인을 파산시키고, 그 자산을 국유화하거나 국영기업이 취득하게 하였다는 이유로 ECT에 근거하여 중재 청구
- 피청구국은 혜택부인을 규정한 ECT 제17조 제1항과, 기업이 설립지에서 실질적 영업활동을 해야만 설립지 국적을 인정하는 1994년 유럽연합과의 합의를 근거로 청구인에게 혜택이 부인되어야 한다고 주장

○ 판정취지

- 중재판정부는 ECT 제17조 제1항의 문언상 피청구국이 혜택부인권을 행사한 때부터 혜택이 부인되며, 1994년 유럽연합과의 합의는 ECT를 언급하지 않으므로 위 행사로 볼 수 없어 결국 러시아는 혜택부인을 주장할 수 없다고 판단

662) *Plama Consortium Limited v. Bulgaria,* ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (2005. 2. 8.)(ECT), paras. 146-151.

663) *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA

〈 *Liman v. Kazakhstan* [664] 〉

○ **사실관계**

- 네덜란드 국적의 청구인들은 피청구국 내 지역에 대한 천연가스 채취허가를 이전받은 회사 및 그 모회사인데, 위 허가의 이전이 무효라는 피청구국 국내 법원 판결이 사법거부에 해당한다며 중재 청구
- 피청구국은 ECT 제17조 제1항에 따라 혜택부인을 주장

○ **판정취지**

- 중재판정부는 ECT 제17조 제1항에 따른 혜택부인권은 행사시부터 혜택부인의 장래효만 있는데, 피청구국은 중재요청서 접수 1년 후에야 이를 행사하였으므로 혜택부인을 주장할 수 없다고 판단
- 소유·통제 주체를 몰랐으므로 예외적으로 소급효를 인정해야 한다는 피청구국의 주장에 대하여, 중재판정부는 피청구국이 위 주체를 이미 알고 있었다는 이유로 이를 판단하지 않음

〈 *Stati v. Kazakhstan* [665] 〉

○ **사실관계**

- 몰도바 및 루마니아 국적의 청구인들은 피청구국 내의 유전 2곳에 투자하였는데, 피청구국 정부는 금융경찰에 의한 지속적인 조사로 업무를 방해하고, 관계자들을 체포·구속하는 등 투자의 가치를 하락시켰고, 결국 피청구국이 투자를 수용하였다는 이유로 중재 청구
- 피청구국은 ECT 제17조 제1항을 근거로 청구인에 대한 ECT상의 실체적·절차적 혜택을 모두 부인하겠다고 주장

○ **판정취지**

- 중재판정부는 ECT상의 혜택부인은 실체적 보호 조항에만 적용되고 관할 등 분쟁해결 조항에는 적용되지 않으며,[666] 어차피 혜택부인권은 행사한 때부터 장래효만 가지므로 중재절차 중에 행사된 본 사안에서는 적용될 수 없고, 청구인은 ECT 체약국 국적자이므로 제3국민에 의해 투자가 소유·통제되어야 한다는 요건도 충족되지 못해, 결국 피청구국이 혜택을 부인할 수 없다고 판단

Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (2009. 11. 30.) (ECT).

664) *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/07/14, Award (2010. 6. 22.)(ECT).

665) *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan,* SCC Case No. V (116/2010), Award (2013. 12. 19.)(ECT).

666) ECT 제17조 제1항의 문언은 "Each Contracting State reserves the right to deny the

〈*Pac Rim v. El Salvador* [667]〉

○ **사실관계**

- 당초 케이맨 제도에 설립되었으나 미국으로 이전하여 미국 국적인 청구인은 피청구국에 자회사를 설립한 후 금광 개발을 위한 광업허가 신청을 하였으나, 피청구국이 서류 미비를 이유로 허가를 거부하자 CAFTA 및 피청구국의 국내 투자법 위반을 이유로 중재 청구
- 피청구국은 CAFTA의 혜택부인 조항을 근거로 중재판정부에게 CAFTA 관련 청구에 대한 관할이 없다고 주장

○ **판정취지**

- 중재판정부는 청구인이 미국이나 케이맨 제도에서 실질적인 영업활동을 하지 않았고, 청구인을 소유·통제한 회사는 CAFTA 회원국이 아닌 캐나다 국적의 회사이며, 피청구국이 적시에 혜택을 부인함을 통지하고 행사하였다는 이유로 CAFTA상 관할이 없다고 판단

마. GATS의 혜택의 부인

혜택의 부인은 FTA에서 새로이 논의되는 개념이 아니다. GATS 제27조에서도 논의가 된 것으로, 비당사국과 혜택을 부인하는 당사국이 WTO 협정을 적용하지 않는 당사국에게 협정의 혜택을 부인할 수 있다. 또한, GATS의 혜택의 부인 조항에서는 해운 서비스업과 관련된 특칙도 존재한다.

---

benefits of this Part..."라고 규정하고 있는바, "this Part"는 투자의 촉진 및 보호를 규정하는 제3장이므로 분쟁해결 절차가 규정된 제5장은 혜택의 부인과 무관하다.

667) *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections (2012. 6. 1.)(CAFTA).

3. 타 협정문과의 비교

【 혜택의 부인 당사국 포함 】

NAFTA 한-싱가포르 FTA 한-칠레 FTA	미국 모델 BIT	한-인도 CEPA 한-미 FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA
제3국 인만 포함	제3국 또는 투자유치국 인까지 포함	좌동

【 혜택의 부인 대상 】

한-미 FTA 한-중 FTA	한-인도 CEPA 한-싱가포르 FTA 한-ASEAN FTA 한-페루 FTA 한-터키 FTA 한-뉴질랜드 FTA	한-호주 FTA 한-캐나다 FTA	한-칠레 FTA	한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA
①정상적인 경제관계 또는 우회조치 ② paper company	paper company	①우회조치 ② paper company	①외교관계 또는 우회조치 ② paper company	①제3국 또는 우회조치 ② paper company

【 실질적인 영업활동 】

한-미 FTA 한-인도 CEPA 한-칠레 FTA 한-ASEAN FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-싱가포르 FTA 한-EU FTA 한-페루 FTA 한-호주 FTA 한-뉴질랜드 FTA
substantial business activities	substantive business operations

Ⅳ 비합치조치(Non-Conforming Measure)

국 문	영 문
제 X.14 조 : 비합치조치	Article X.14 : Non-Conforming Measures
1. 제X.3조·제X.4조·제X.9조 및 제X.10조는 다음에 적용되지 아니한다.	1. Articles X.3, X.4, X.9, and X.10 do not apply to:
가. 당사국이 다음에서 유지하는 모든 기존의 비합치 조치	(a) any existing non-conforming measure that is maintained by a Party at
1) 부속서 I의 자국 유보목록에 그 당사국이 기재한 대로, 중앙정부	(i) the central level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I,
2) 부속서 I의 자국 유보목록에 그 당사국이 기재한 대로, 지역정부, 또는	(ii) a regional level of government, as set out by that Party in its Schedule to Annex I, or
3) 지방정부각주[8]	(iii) a local level of government;[8]
나. 가호에 언급된 모든 비합치 조치의 지속 또는 신속한 갱신, 또는	(b) the continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a); or
다. 가호에 언급된 비합치 조치의 개정. 다만, 그 개정은 제X.3조·제X.4조·제X.9조 또는 제X.10조와 그 개정 직전에 존재하였던 조치의 합치성을 감소시키지 아니하여야 한다.	(c) an amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the amendment, with Article X.3, X.4, X.9, and X.10.

국 문	영 문
2. 제X.3조・제X.4조・제X.9조 및 제X.10조는 부속서 II의 자국 유보목록에 규정된 분야・하위분야 또는 행위에 대하여 당사국이 채택하거나 유지하는 조치에 적용되지 아니한다.	2. Articles X.3, X.4, X.9, and X.10 do not apply to any measure that a Party adopts or maintains with respect to sectors, subsectors, or activities, as set out in its Schedule to Annex II.
3. 어떠한 당사국도, 이 협정의 발효일 이후에 채택되고 부속서 II의 자국 유보목록의 대상이 되는 조치에 따라 다른 쪽 당사국의 투자자에게 그 국적을 이유로 그 조치가 발효되는 시점에 존재하는 투자를 매각하거나 달리 처분하도록 요구할 수 없다.	3. Neither Party may, under any measure adopted after the date of entry into force of this Agreement and covered by its Schedule to Annex II, require an investor of the other Party, by reason of its nationality, to sell or otherwise dispose of an investment existing at the time the measure becomes effective.
4. 제X.3조 및 제X.4조는 제18.1조제6항(일반규정)에 구체적으로 규정된 대로 그 조에 따른 의무의 예외 또는 이탈인 조치에 대하여 적용되지 아니한다.	4. Articles 11.3 and 11.4 do not apply to any measure that is an exception to, or derogation from, the obligations under Article 18.1.6 (General Provisions) as specifically provided in that Article.
5. 제X.3조・제X.4조 및 제X.9조는 다음에 적용되지 아니한다.	5. Articles 11.3, 11.4, and 11.9 do not apply to:
가. 정부조달, 또는	(a) government procurement; or
나. 정부지원 융자, 보증 및 보험을 포함하여 당사국에 의하여 제공되는 보조금 또는 무상교부	(b) subsidies or grants provided by a Party, including government-supported loans, guarantees, and insurance.
8) 대한민국의 경우, 지방정부라 함은 지방자치법에 정의된 지방정부를 말한다.	8) For Korea, local level of government means a local government as defined in the Local Autonomy Act.

1. 취 지

비합치조치는 앞서 언급한 설립 전 투자와 관련된 것으로 투자자유화 요소가 포함된 투자협정을 체결할 때 원칙적으로 투자자의 시장진입을 허용하여 내국민 등과 차별하지 않아야 하나, 개방하지 않는 분야를 부속서에 명시하면 협정준수의무가 면제된다는 조항이다.

즉, 현행 비합치조치를 유보안에 기재하면 투자자유화 협정이면서도 NT, MFN 의무 등이 면제된다. 물론, 내국민대우뿐만 아니라 최혜국대우의무, 이행요건 부과금지 의무, 고위경영진과 이사회 관련 의무가 면제됨은 앞에서 본 것과 같다. 이는 Negative 방식을 취하는 경우에 유보안에 협정의무가 면제되는 비합치조치를 기재하는 방식임도 앞서 본 바와 같다.

2. 주요 내용

가. 부속서의 효력과 의미

투자 장의 내국민대우(제11.3조), 최혜국대우(제11.4조), 이행요건(제11.8조), 고위경영진 및 이사회(제11.9조) 등 4개 의무에 위배되는 현존 및 미래의 비합치조치에 관하여 당사국의 협정 준수의무를 제한적으로 면제하는 규정이다. 이러한 면제 내용 중 현존조치를 부속서 I에, 미래조치를 부속서 II에 각 규정하였다.

이러한 조치들과 관련하여 이행이 면제되는 의무는 위에 열거된 내국민대우 등에 한정되며 그 외 최소대우기준, 수용 및 보상 조항은 유보를 통한 적용면제의 대상이 되지 않는다는 점에 유의하여야 한다.[668]

위 부속서는 협정문 말미에 첨부되어 있으며 협정의 불가분의 일부를 구성한다(한-미 FTA 제24.1조). 유보조항은 각 당사국의 국내적 상황과 이해관계를 반영하여 협상을 통해 조율한 결과로서, 각국이 특정하여 유보한 각 조치

668) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 187-188면 참조

에 대해 당해 유보국에 대해서만 협정의무가 면제될 뿐이고 일국이 유보하였다고 하여 양국에 공통적으로 적용되는 것은 아니다.[669]

Negative 방식을 취하면서 서비스와 투자(mode 3)를 분리하는 NAFTA 모델을 따르는 경우, 일반적으로 부속서 I, II는 제11장(투자) 중 내국민대우, 최혜국대우, 이행요건, 고위경영진 및 이사회 조항에 대한 유보사항과 제12장(국경간서비스무역) 중 내국민대우(제12.2조), 최혜국대우(제12.3조), 현지주재(제12.5조), 시장접근(제12.4조)에 관한 유보사항을 통합하여 규정하고 있다.

나. 현재 유보

(1) 지역정부 문제

제1항은 소위 '현재유보'에 관한 규정이다. 제1항(a)는 부속서 I에 명시적으로 기재된 당사국 중앙·지역정부의 현존조치 및 지방정부의 모든 현존조치에 대하여는 내국민대우 등 4개 의무가 면제된다고 규정하고 있다. '중앙정부(central level of government)'란 한국의 중앙정부를 각 의미하고, '지역정부(regional level of government)'란 미국의 경우 각 주(state), 콜롬비아 특별구 및 푸에르토리코를 의미하며 한국에는 적용되지 않는다(제1.4조). '지방정부(local level of government)'란 한국에 관하여는 지방자치법에 규정된 지방자치단체를 의미한다.

669) 한-미 FTA에서는 특정 조치가 부속서에 정한 유보 범위에 포함되는지 여부에 관하여 다툼이 있을 수 있는 바, 협정문은 이러한 경우 우선적으로 양국간 공동위원회(Joint Committee)의 해석을 따르도록 하고 있다(제11.23조). 즉, 청구인이 중재를 청구하여 특정 조치가 협정위반이라고 주장하는데 대해 피청구국이 동 조치는 부속서 I 또는 부속서 II에 규정된 유보 목록의 범위 내에 있음을 주장하는 경우, 중재판정부는 피청구국의 요청에 따라 그 문제에 대하여 공동위원회의 해석을 요청하여야 하며, 공동위원회는 그 요청을 받은 후 60일 이내에 해석을 표명하는 결정을 중재판정부에 제출하여야 한다. 위원회의 결정은 중재판정부를 구속한다. 만약 위 60일 이내에 공동위원회가 결정을 내리지 못하는 경우에는 중재판정부가 직접 이 문제를 결정한다.

(2) 포괄유보 문제

한-미 FTA에서는 미국의 주 등 '지역정부'의 현존조치에 관하여는 모든 조치를 빠짐없이 파악하여 특정하는 것이 현실적으로 어려운 점 등을 감안하여 부속서 I에 유보함에 있어 '모든 지역정부의 모든 조치'를 유보하였다. 따라서 미국의 주가 유지하고 있는 모든 현존조치에 관하여 내국민대우, 최혜국대우, 이행요건 부과금지, 고위경영진 및 이사회 등의 의무위반을 주장할 수 없다. 다만, 최소대우기준, 수용 및 보상조항에 대한 유보는 불가능하므로 미국의 주의 조치에 대해서도 동 규범의 위반은 주장할 수 있다.[670]

제1항(b)는 위(a)에 규정된 현존조치의 계속 또는 신속한 개정에 대하여도 현재유보의 효력이 적용됨을 규정한다.

(3) 자유화후퇴 방지 메커니즘

제1항(c)는 소위 '자유화후퇴방지 메커니즘(ratchet mechanism: 래칫)'에 관한 것이다. 이는 현행 규제를 보다 자유화하는 방향으로 개정할 수는 있으나, 자유화의 정도를 종전보다 제한하는 방향으로 후퇴하는 것은 허용하지 않는다는 원칙이다.[671]

다. 미래유보

제2항은 '미래유보'에 관한 규정이다. 당사국이 채택·유지하는 현재 또는 미래의 조치를 부속서 II에 규정한 경우 이에 대하여는 내국민대우, 최혜국대우, 이행요건,

---

670) 본조와 유사한 NAFTA의 유보조항인 제1108조 제1항은 지역정부 조치와 관련하여 발효 후 2년간 적용을 유예하되 2년 후에도 계속 유예를 받으려면 조치를 부속서 I에 기재하여야 한다고 애초에 규정하였다가 2년이 경과할 무렵 각국 모두 지역정부의 조치를 특정하지 못하여 결국 모든 주의 모든 조치를 일반적으로 유예하는 부속서 I을 채택하였다. 결국 본조 제1항(a)(ii)와 같이 지역정부에 대한 포괄적 유보가 된 것이다.

671) 예를 들어, 스크린쿼터(제11.8조 이행요건 중 일정수준 국산품달성 의무에 해당)를 규정하고 있는 영화및비디오물의진흥에관한법률 시행령을 개정하여 한국영화 의무상영일수를 146일에서 73일로 축소한 이후에는 이보다 의무상영일수를 더 증가하는 방향으로 법령을 개정할 수 없게 되는 것이다.

고위경영진 및 이사회의 규정이 적용되지 않는다. 부속서 II는 향후 규제가 강화될 수 있는 현존 비합치조치 또는 전혀 새로운 제한조치가 채택될 수 있는 분야를 나열하고 있다.

즉, 한-미 FTA의 서비스·투자는 네거티브 방식을 취하고 있으므로 위 Annex I, II에 기재되지 않은 분야는 위 4개 의무의 제한이 없는 것으로 간주된다.

제3항은 장래의 비합치조치를 부속서 II에 규정함으로써 4개 의무에 저촉되지 않고 규제를 강화하는 것이 가능하게 되었다 할지라도 이는 장래에 향하여만 효력이 있을 뿐 소급효는 없음을 명확히 하고 있다.

당사국은 협정발효일 이후에 부속서 II에 따라 채택되는 조치에 근거하여 상대국 투자자에게 그 국적을 이유로 그 조치의 발효시점에 이미 존재하는 투자를 매각하거나 달리 처분하도록 요구할 수 없다고 규정하고 있다. 예를 들어 SMBD와 관련하여 협정발효일 이전까지는 방위산업에 특정한 국적요건이 없어 SMBD가 면제되는 유보목록을 작성하지 않았는데 발효 이후에 특정 방위산업 이사회 구성에 특정 국적요건을 요구하게 법이 개정되는 경우 이미 존재하는 투자자인 외국인 투자자에게 소급효를 이유로 매각이나 처분을 요구할 수 없다는 것이다.

라. 지적재산권

제4항은 유보와 지적재산권과의 관계에 관하여 규정하고 있다. 한-미 FTA 제18.1조 제6항은 지적재산권 장의 적용대상이 되는 모든 범주의 지적재산권에 관하여 별도의 내국민대우 조항을 두고 있는바, 동 의무에 관하여 제18.1.조(지적재산권 장의 일반규정)에 따른 예외 또는 이탈(derogation)인 조치에 대하여는 투자 장의 내국민대우, 최혜국대우 조항이 적용되지 않는다.

즉, 제18.1에 따른 조치가 투자 장의 내국민대우, 최혜국대우 조항에 위반된다고 하여 이를 근거로 중재청구를 제기할 수는 없다. 다만 수용, 이행요건, 최소대우기준 등 여타의 투자 장 규범 위반을 근거로 한 청구는 가능하다.

바. 정부조달과 보조금[672)]

제5항은 정부조달과 보조금에 대한 예외 규정인 바, 정부조달 또는 당사국이 제공하는 보조금 또는 무상교부(정부지원 융자, 보증 및 보험을 포함)에 관하여는 내국민대우, 최혜국대우, 고위경영자 및 이사회 등 3개 규정이 적용되지 않음을 명시한 규정이다.

(1) 정부조달

(a)는 정부조달에 대한 예외이다. '정부조달(government procurement)'은 '정부가 상품이나 서비스 또는 양자의 결합의 사용을 확보하거나 획득하는 과정을 말하고, 정부의 목적을 위한 것이며 상업적 판매 또는 재판매를 위한 것이거나 상업적 판매 또는 재판매를 위한 상품 또는 서비스의 생산이나 공급에 사용하기 위한 것이 아니어야 한다'고 정의되어 있다(한-미 FTA 제1.4조 정의).

이러한 정부조달은 정부가 수요자이기 때문에 자유무역 원리보다는 각국 정부의 정책적 고려가 우선시되는 분야로 인식되어 GATT에서도 내국민대우 원칙의 예외로 인정되어 왔다. 그러나 각국이 차지하는 정부조달의 규모가 점차 커지면서 정부조달에 있어서 차별적 관행은 국제교역의 흐름을 방해하고 자유화에 역행한다는 비판 하에 자유화가 추진된 것으로 WTO 정부조달협정도 이와 맥락을 같이 한다. 이는 양허된 조달기관에 대하여만 내국민대우원칙을 적용하고 양허의 실효성 확보를 위해 국제경쟁입찰을 원칙으로 하고 있다. 즉, FTA 투자 장에서 배제되더라도 WTO 가입국의 경우 WTO 정부조달 협정에 의한 규율을 받는다고 볼 수 있다. 또한, 정부조달 장이 별도로 존재하는 경우에 한-미 FTA 제17장 정부조달의 장 제17.2조 제5항에서 "이 장의 규정은 제2장(상품에 대한 내국민대우 및 시장접근), 제11장(투자), 제12장(국경간 서비스 무역) 그리고 제13장(금융서비스)에 규정된 권리 및 의무에 영향을 미치지 아니한다"라는 규정을 두고 있다.

문제는 비합치조치의 장에서 규정하는 '정부조달'이 정부조달 장(제17장)이 적

672) 정부조달, 보조금에 관한 논의는 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 190-192면 참조

용되는 정부조달만을 의미하는 것인지에 관하여 의문이 제기될 수 있다. 한-미 FTA에서 제17장의 정부조달은 양허된 양국 중앙(연방)정부의 조달로서 양허 하한선(미측은 10만 달러, 우리 측은 1억원) 이상의 상품(물품), 서비스(용역), 건설서비스(건설공사) 조달에만 적용되며 지방정부(주정부 포함)와 공기업은 양허에서 배제되었는바, 이 범위에 대해서만 정부조달 예외를 적용한다고 해석하면 예외의 적용범위가 지나치게 좁게 되고 만다.

한편, NAFTA에서 유보와 예외를 정한 제1108조는 '정부조달'을 한-미 FTA의 본 제5항 규정과 달리 '국가 또는 국영기업에 의한 조달(procurement by a Party or a state enterprise)'이라고 규정하고 있고 *ADF v. United States* 사건의 중재판정부는 위 'Party'를 연방정부 뿐만 아니라 주정부를 모두 포함하는 것이라고 해석하였다. 이러한 해석론에 비추어 기존의 FTA에서도 비합치조치에 규정된 '정부조달' 예외가 정부조달 장의 적용범위 내로 국한되지 않고 지방정부, 공기업 등에 의한 정부조달까지 포함하는 것으로 해석하는 것이 합리적일 것이다.[673] WTO 정부조달 협정에서 우리나라는 중앙정부뿐만 아니라 공기업의 정부조달도 양허하였음에 유의하여야 한다. 현재 41개국이 가입중인 WTO 정부조달 협정은 1994. 4. 15. 협정이 체결되었고 1997. 1. 1. 발효되어 우리나라도 가입국가로서 정부조달시장을 개방하였으며 제1차(06. 1. 29.) 및 제2차(07. 4. 12.) 개정 양허안을 제출하였다. 양허안에는 중앙정부 51개 기관, 지방정부 16개 기관, 공기업 18개 기관이 양허대상이 되었다.

또한, GATS 제13조에서도 정부조달은 내국민대우, 최혜국대우, 시장접근의 예외임을 인정하고 있다.

정부조달에 관하여, 내국민대우, 최혜국대우, 고위경영자 및 이사회 규정의 적용은 이와 같이 일괄적으로 면제되는 반면, 이행요건에 관하여는 제11.8.3.(e)에 별도의 예외규정을 두어, 제11.8.1의 (b) 일정수준 국산품 달성, (c) 국내 상품 사용, (f) 기술이전, (g) 특정지역으로의 독점공급, 제11.8.2의 (a) 일정수준 국산품 달성, (b) 국내 상품 사용 등의 이행요건만을 부과할 수 있도록 규정하고 있음은 앞에서 본 바와 같다.

673) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 190면 참조

(2) 보조금

(b)는 보조금 등에 관한 예외이다. 본 예외는 정부에 의해 지원되는 융자, 보증, 보험 등 당사국에 의해 제공되는 모든 보조금 또는 무상교부에 적용된다. 비록 WTO의 「보조금 및 상계조치협정(Agreement on Subsidies and Countervailing Measure)」[674]의 존재로 인해 합법적인 보조금의 폭이 넓지 않으나 당사국은 외국투자자와 자국민을 차별하여 자국민에게만 보조금을 지급할 수 있음을 명확히 하고 있는 데 그 의의가 있다. 동 보조금 허용은 투자 장의 내국민대우, 최혜국대우, 고위경영진 및 이사회 규정의 적용만을 면제할 뿐 다른 장의 위반까지 합법화하는 것은 아니다.

보조금의 경우 GATS에서도 자국의 자율적 규제권을 주어야 한다는 논의가 있었고 실제 보조금 지급에 관한 정보를 요구하기도 하였다. 이는 당사국이 자국 산업에 지원하는 보조금으로 인하여 무역왜곡 효과가 나타나기 때문이다. 그러면서도 개도국의 경우 국내 서비스 공급자에 대한 보조금 지급 권리를 유보해야 한다는 논의가 있었다.[675] 따라서 GATS 제15조에서는 특정 상황하에서 보조금이 서비스무역을 왜곡시키는 효과를 가질 수 있음을 인정하고, 개도국에 대한 보조금의 필요성을 인정하고 보조금으로 인하여 불리한 영향을 받고 있는 회원국은 협의를 요청할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 보조금으로 인한 무역왜곡 효과 방지 필요성과 개도국에 대한 보조금의 필요성을 인정하는 정도의 규정에 그치고 있다.

한 ASEAN FTA처럼 협정문 전체에서 보조금을 배제하는 경우 손실보상의 경우에도 차별이 가능하다. 그러나 우리 모델안처럼 NT, MFN, SMBD만 배제하는 경우 원칙적으로 내국민과의 차별이 가능하나, 손실보상 규정에서 예외적으로 비차별적 보조금 지급에 의한 보상을 규정한 것이다. 이는 손실보상 등 앞에서 본 바와 같으므로 자세한 논의는 생략하기로 한다.

---

674) 동 협정은 보조금을 금지보조금(prohibited subsidies), 상계대상보조금(actionable subsidies), 허용보조금(non-actionable subsidies) 등 3개 군으로 분류하여 각 보조금별로 해당요건을 엄격하게 규정하고 있다.

675) GATS 해설서 앞의 책 79면 참조

(3) 중재판정례

〈 *ADF v. United States* [676] 〉

○ **쟁점**

- 이 사건 청구인은 미국 버지니아주 운송부(VDOT, Virginia Department of Transportation)가 연방고속도로기금의 재정지원을 받아 건축하는 고속도로의 인터체인지 공사에 철강구조물 공급을 담당한 하청업체이다. 미국법상 연방기금의 지원을 받는 공사에는 미국산 자재사용을 강제하는 'Buy America Act'가 적용됨에 따라 청구인은 미국산 철강을 사용하되 조립공정은 캐나다에서 완성 후 미국으로 반입하겠다고 당국에 청구하였으나 그러한 공정도 위 법률에 위배된다는 결정에 따라 청구인은 미국에서 비싼 비용을 치르고 조립공정을 마친 후 위 조치가 내국민대우 위반, 이행요건부과금지 등에 해당한다고 주장
- 청구인은 VDOT의 행위는 NAFTA 정부조달 장(제10장)가 적용되는 정부조달 범위에 포함되지 않으므로 제1108조가 규정하고 있는 정부조달의 예외에 해당되지 않는다고 주장

○ **판정취지**

- 비합치조치를 정한 제11장에서 정부조달에 관하여는 일정한 이행요건과 내국민대우의 예외를 적용하고 있는 바, 여기서 정부조달은 "Procurement by a Party or a state enterprise"이라고 규정되어 있고 "Party"에는 본 사건의 조달주체인 주정부도 포함되므로 정부조달 예외조항이 적용된다고 보아 청구를 기각
- 양허안에 포함되지 않으므로 정부조달 장이 적용되는 조달은 아니라고 판시하면서도 본 사건에 대하여 투자 장의 비합치조치 조문의 정부조달 예외를 적용하였는바, 이는 동 정부조달 예외의 범위가 정부조달 장의 적용범위와 반드시 일치하여야 하는 것은 아니라는 해석을 전제

676) *ADF v. United States*, Final Award (2003. 1. 9.), paras. 164-166.

3. 타 협정문과의 비교

【 보조금, 정부조달 배제 여부 】

한-미 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-칠레 FTA	한-싱가포르 FTA	한-인도 CEPA	한-ASEAN FTA 한-EU FTA 한-터키 FTA
보조금, 정부조달은 NT, MFN, SMBD의 예외	보조금, 정부조달은 NT, SMBD의 예외	보조금, 정부조달은 NT, SMBD의 예외 (한-싱가포르 FTA에서는 MFN 조항 없음)	정부조달은 NT, SMBD의 예외	협정문 전체에서 정부조달, 보조금 배제

V 특별형식과 정보요건(SFIR)

국 문	영 문
제 X.15 조 : 특별형식과 정보요건	**Article X.15 : Special Formalities and Information Requirements**
1. 제X.3조의 어떠한 규정도 적용대상투자가 당사국의 법 또는 규정에 따라 합법적으로 구성될 것을 요구하는 것과 같이 당사국이 적용대상투자와 관련하여 특별형식을 규정하는 조치를 채택하거나 유지하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다. 다만, 그러한 형식은 이 장에 따라 그 당사국이 다른 쪽 당사국의 투자자와 적용대상투자에 부여하는 보호를 실질적으로 침해하여서는 아니 된다.	1. Nothing in Article X.3 shall be construed to prevent a Party from adopting or maintaining a measure that prescribes special formalities in connection with covered investments, such as a requirement that covered investments be legally constituted under its laws or regulations, provided that such formalities do not materially impair the protections afforded by the Party to investors of the other Party and covered investments pursuant to this Chapter.
2. 제X.3조 및 제X.4조에도 불구하고, 당사국은 정보수집 또는 통계상의 목적을 위하여만 다른 쪽 당사국의 투자자 또는 그 투자자의 적용대상투자가 그 투자에 관련한 정보를 제공하도록 요구할 수 있다. 당사국은 비밀 영업정보를 투자자 또는 적용대상투자의 경쟁적 지위를 저해할 수 있는 공개로부터 보호한다. 이 항의 어떠한 규정도 당사국이 자국법의 공평하고 선의에 입각한 적용과 관련하여 정보를 달리 입수하거나 공개하는 것을 금지하는 것으로 해석되지 아니한다.	2. Notwithstanding Articles X.3 and X.4, a Party may require an investor of the other Party or its covered investment to provide information concerning that investment solely for informational or statistical purposes. The Party shall protect any confidential business information from any disclosure that would prejudice the competitive position of the investor or the covered investment. Nothing in this paragraph shall be construed to prevent a Party from otherwise obtaining or disclosing information in connection with the equitable and good faith application of its law.

1. 취 지

이 조문은 초기 BIT에 규정된 투자의 진입제한 요건과 관련이 있다. 전통적으로 미국 외의 상당수의 유럽이 체결한 BIT는 외국인 투자자가 투자유치국으로부터 투자의 설립허가를 받기 위한 조건들을 부과할 수 있도록 규정하고 이러한 요건을 충족하지 못할 경우 투자협정의 혜택을 부여하지 않는 방식을 취하는 것이 일반적이었다.

반면, 미국은 전통적으로 BIT 체결 시 별도의 진입제한 요건을 두지 않았으며 국내외 투자자를 차별하는 국내적 요건을 부과하지 않았다. 그러나 미국도 투자의 설립과 관련하여 기술적 요건과 특별형식요건 등을 부과하는 것이 내국민대우 권리를 실질적으로 심각하게 훼손하는 것이 아닌 범위 내에서 이러한 요건의 부과를 허용해 왔으며 NAFTA 제1111조와 미국 모델 BIT에 이러한 내용을 규정하게 된 것이다.[677] 즉, 특별형식에 불과하여 내국민대우를 훼손하지 않는 범위 내에서 부과할 수 있는 요건이다.

2. 주요 내용

가. 특별형식

제1항은 투자의 설립과 관련하여 적용대상투자가 당사국의 법 또는 규정에 따라 합법적으로 구성될 것을 요구하는 것과 같이 특별형식을 규정하는 조치를 채택 또는 유지하는 것이 내국민대우 조항에 위반되는 것으로 해석되지 아니한다고 규정한다. 다만 이러한 조치가 투자자에 대한 보호를 실질적으로 침해하는 것이어서는 아니된다. NAFTA 제1111조와 2004 미국 모델 BIT 제15조는 원칙적으로 허용되는 특별형식의 예시로서 '투자가 합법적으로 구성될 것' 외에 투자자가 '당사국의 거주자일 것'을 포함하고 있으나, 한-미 FTA 및 기 체결 FTA에서는 예시에서 거주 요건이 삭제되었다.

---

677) 한-미 FTA 투자분야연구 앞의 책 194면 참조

이와 관련하여 호주, 미국 등의 국가에서 거주요건을 부과하는 경우가 있는바, “투자자의 역내거주요건”은 형식, 절차상의 문제가 아닌 실질적인 의무이기 때문에 포함시킬 수 없으며, 이는 내국민대우에 위반되는 사항으로 만약 거주요건이 부과된다면 유보안에 기재해야 한다고 보인다. 반면, 미국이나 호주는 거주요건은 단순한 절차상의 요건에 불과하므로 이를 제1항에 규정하더라도 굳이 유보할 필요가 없도록 해야 한다는 입장이다. 즉, 이는 주소지 등록과 같은 형식적 요건일 뿐이며, 제1항 후단에 투자자 보호를 실질적으로 손상(materially impair)하지 않는다는 조건이 있으므로 내국민대우 위반을 우려할 이유가 없다고 주장한다.

그러나 위 규정은 투자자의 실체적 권리·의무에 영향을 미치지 않는 절차적, 형식적 요건을 규정하는 조항인데, 투자자의 역내 거주 요건은 강한 제한 요건으로서 단순한 formality가 아닌 실체적 의무라는 점에서 문제가 있고, 기존 한-미 FTA 등의 협상 과정에서 미국도 동일한 요건을 규정할 것을 제안한 바 있으나 우리 측은 이를 끝까지 거부하여 결국 위 요건을 삭제하였으므로 한-미 FTA와의 정합성 측면에서 받아들이지 않는 것이 타당하다.

또한, 역내 거주 요건은 하나의 예시일 뿐이므로, 이를 명문으로 언급하지 않는다고 해서 동 요건을 formality로 보는 영미계 입장과 배치되는 것은 아니나, 이를 협정문에 언급을 할 경우, 동 요건을 formality로 보지 않는 우리 측 입장과 완전히 배치되기 때문에, 이 요건을 협정문에 적지 않는 것으로 합의하는 것이 현실적으로 타당하다. 더군다나, 한-미 FTA 협상 당시에는 미국의 주(州)정부 조치가 거주 요건을 요구하는 경우가 매우 많아, 이에 대한 우려로 우리 측은 투자자의 역내 거주 요건을 단순한 절차로 보는 문구의 삭제를 주장하여 이를 관철시킨 바 있으므로 향후 협상에도 같은 논리가 적용된다고 보인다.

나. 정보수집

제2항은 외국투자자에게 정보수집 또는 통계상의 목적만을 위하여 정보제공을 요구하는 것은 내국민대우, 최혜국대우 조항에 위반되지 않음을 규정한다.

이와 관련하여 보호 대상 기밀 정보를 어떤 범위까지 보호할 것인가 문제가 있다. 한-미 FTA 등 기 체결 투자협정의 경우 보호 대상 정보를 “사업상(business)의 기밀 정보(confidential business information)”로 한정하여 규정하는 반면, 일정한 영미계 FTA에서는 “business”상 정보로 한정짓지 말자는 입장으로, 예를 들어 국영기업의 투자정보는 “business”가 아닌 “state entity”에 대한 정보로 취급될 수 있어 우리 측 문안에서는 보호받지 못할 가능성이 있다고 지적하고 있다.

즉, 보호 대상 기밀 정보를 기밀 일반으로 확장하는 것도 일응 수긍이 가능하고 보호 대상 정보를 투자자의 경쟁적 지위를 상실하게 하는 정보로 한정짓고 있으므로, 협정국의 의무가 지나치게 확장되는 것은 아니다.

그러나, 우리의 기존 FTA와의 일관성 문제가 있다는 점, 사업기밀정보는 보편적인 보호범위에 해당하여 예측가능성이 있으나 일반 정보까지 확장할 경우 보호범위가 불분명해진다는 점 및 투자유치국 입장에서는 사업기밀 정보인지 일반 기밀정보인지 여부를 쉽게 판단을 하는 것이 어려워 투자유치국에게 지나치게 부담을 줄 우려가 있다는 점 등을 고려할 때기존의 사업기밀 보호 범위로 제한하는 것이 합리적이라고 본다.

3. 타 협정문과의 관계

【 투자자 역내 거주요건 명시 여부 】

한-칠레 FTA 한-싱가포르 FTA 한-ASEAN FTA 한-인도 CEPA 한-미 FTA 한-터키 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA	호-태국 FTA 호-싱가포르 FTA 한-EFTA FTA	호-미 FTA 호-칠레 FTA 한-호주 FTA
투자자 역내 거주요건 명시 X	해당규정 없음	투자자 역내 거주요건 명시 ○

【 기밀 보호 범위 】

한-칠레 FTA 한-싱가포르 FTA 한-인도 CEPA 한-미 FTA 한-터키 FTA 한-캐나다 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA	호주-태국 FTA	호-싱가포르 FTA 호-칠레 FTA 호-미 FTA 한-ASEAN FTA 한-중 FTA
사업관련 기밀을 보호	동 조항 없음	일반 기밀정보까지 보호

VI 대위변제(Subrogation)

국 문	영 문
제 X.16 조 : 대위변제	**Article X.16 : Subrogation**
1. 당사국 또는 그 당사국의 권한을 위임받은 기관이, 다른 쪽 당사국 영역 내에서 자국 투자자에 의한 투자와 관련된 비상업적 위험에 대처하기 위한 배상·보증 또는 보험계약을 부여하였고, 당사국 또는 그 당사국의 권한을 위임 받은 기관에 의한 배상·보증 또는 보험계약에 따라 지급이 된 경우, 다른 쪽 당사국은 투자자의 권리에 대한 대위변제의 원칙에 근거하여 그 당사국 또는 그 권한을 위임받은 기관의 권리를 인정하여야 한다.	1. Where a Party or an agency authorised by that Party has granted indemnity, guarantee or a contract of insurance against non-commercial risks with regard to an investment by one of its investors in the territory of the other Party and when payment has been made under this indemnity, guarantee or a contract of insurance by the former Party or the agency authorised by it, the latter Party shall recognise the rights of the former Party or the agency authorised by the Party by virtue of the principle of subrogation to the rights of the investor.
2. 당사국 또는 그 당사국의 권한을 위임받은 기관이 자국 투자자에게 지급을 하고 그 투자자의 권리 및 청구를 인수한 경우, 그 투자자는 지급을 한 그 당사국 또는 그 당사국의 권한을 위임받은 기관을 대신하여 행동하도록 하는 권한을 위임받지 아니하는 한, 다른 쪽 당사국에 대하여 그러한 권리 및 청구를 행사해서는 아니된다.	2. Where a Party or the agency authorised by the Party has made a payment to its investor and has taken over rights and claims of the investor, that investor shall not, unless authorised to act on behalf of the Party or agency authorised by the Party making the payment, pursue those rights and claims against the other Party
3. 제X.6조, 제X.7조 및 제X.8조는 권리 및 청구에 대한 그러한 인정에 근거하여 제1항 및 제2항에 규정된 당사국 또는 기관에게 지급될 지급액과 그러한 지급의 송금에 대하여 준용하여야 한다.	3. Articles X.6, X.7, X.8 shall apply *mutatis mutandis* as regards payment to be made to the Party or the agency prescribed in paragraphs 1 and 2 by virtue of such recognition of rights and claims, and the transfer of such payment.

1. 취 지

대부분의 자본수출국은 해외에 진출한 자국 투자자가 해외에서 정치적 위험 등 비상업적 위험으로 인해 손해를 입을 경우를 대비하여 투자지원기관 등을 설립하여 동 기관이 해외진출 투자자와 보험계약을 체결한 다음, 투자자가 외국 정부의 수용 조치 등으로 재산상 손해를 입었을 경우 이를 전보하는 제도를 운영하고 있다.

이 경우 보험계약에 따라 투자자의 손해를 전보한 정부기관은 투자자의 권리 일체를 양수하며 이에 근거한 구제절차를 동원할 수 있는바, 정부기관이 투자유치국을 상대로 투자자의 권리를 대위 행사하는 것을 보장하기 위해 대부분의 투자협정은 대위변제조항을 두고 있다. 우리나라는 기존에 체결한 모든 투자협정이나 FTA에서 분쟁해결조항과 별도로 대위변제에 관하여 독립된 조항을 두고 있다.[678]

2. 주요 내용

가. 양자간투자보증협정

앞서 본 바와 같이 해외투자를 하는 자국 투자자에 대한 현지 투자유치국의 수용이나 국유화 또는 무력충돌에 따른 손실 등과 같은 비상업적 위험으로부터 자국 투자(자)를 보호하기 위한 일종의 투자보험제도가 개발되었고, 그러한 투자보험의 실효성 있는 운용을 위하여 투자보증협정(Investment Guarantee Agreement)이 등장하였다. 그러나 투자보증협정은 자국 투자자가 투자유치국에서 비상업적 요인[679]으로 입은 손실에 대해 자국의 투자보험기관이 보상을 한 후 당해 기관이 투자자를 대위하여 현지국 정부를 상대로 한 구상권의 행사를 주된 내용으로 하고 있고, 외국인투자(자)의 보호 및 대우를 규정하기 위한 협정이 아니라는 점에서 투자협정과 구별된다.[680]

---

678) 이러한 형식과 달리 독일 Model BIT처럼 분쟁해결조항 내에 대위변제 관련 조항을 두는 경우도 있다.

679) 비상업적 요인이라 함은 수용, 국유화, 무력충돌에 의한 손실보상을 예로 들 수 있다.

나. 대위변제기관

미국은 정부기관인 해외민간투자공사(OPIC, Overseas Private Investment Corporation[681])가 투자위험에 관한 보험 업무를 담당하고 있으며 미국 정부와 투자유치국 간의 양자 조약을 통해 대위변제 문제를 해결하고 있다. OPIC은 현재 대한민국을 포함하여 150개국 이상의 국가와 양자조약을 체결하고 있는바, 따라서 미국은 투자협정 체결 시 굳이 대위변제 조항을 둘 필요가 없으나, 우리나라는 동 조항을 두지 않을 경우 수출보험공사(KEIC, Korea Export Insurance Corporation)의 대위청구권 행사가 불가능하므로 이를 반영하여 대위변제조항을 두었다.

다. 투자자의 권리 배제 및 절차

한국의 수출보험공사(KEIC) 또는 미국의 해외민간투자공사(OPIC)가 보증 또는 보험계약에 따라 상대국에 투자한 자국 투자자에게 보험금을 지불하는 경우 각 공사는 그 투자자의 대위권자로 간주되며, 대위변제가 없었더라면 그 투자자가 이 장에 따라 소유하였을 동일한 권리를 가진다. 그리고 그 투자자는 대위변제의 한도에서 그 권리를 추구하는 것으로부터 배제된다. 즉, 제2항에서는 그 투자자는 지급을 한 그 당사국 또는 그 당사국의 권한을 위임받은 기관을 대신하여 행동하도록 하는 권한을 위임받지 아니하는 한, 다른 쪽 당사국에 대하여 그러한 권리 및 청구를 행사해서는 아니된다고 규정하고 있다.

또한, 대위변제자는 권리뿐만 아니라 의무도 인수하는 것이고 원래 투자자의 권리보다 더 큰 권리를 양수하는 것은 아니다.[682]

나아가, 제3항에서는 송금, 손실보상, 수용보상 조항은 당사국 또는 기관에

---

680) '투자협정과 구별되는 개념'에서 설명한 부분을 참조

681) OPIC은 미국의 대외원조법(Foreign Assistance Act)에 의거하여 1971년 설립되어 USAID (U.S. Agency for International Development)가 담당하던 정치적 위험 보험기능을 인수하였다. 동 기관은 미국 투자자가 해외에서 환전장애(inconvertibility), 수용(expropriation), 전쟁, 시위 등 정치적 위험(political risk)으로 인해 손해를 입은 경우 이에 대한 보험금을 지급하고 피보험자의 권리를 대위하여 투자유치국 정부를 상대로 소를 제기하는 기능 등을 수행하고 있다.

682) 한-ASEAN FTA에서는 원래 투자자의 권리보다 크지 않다는 점을 각주에 명시하였다.

게 지급될 지급액과 그러한 지급의 송금에 대하여 준용한다고 규정하고 있다. 즉, 지급과 송금에 관한 절차 규정을 준용한다는 의미이다. 이러한 절차조항은 당연한 사항으로 FTA 협상 시 본문이나 각주로 규정하는 경우도 있으나 기재하지 않는 경우도 있다. 다만, 기재하지 않더라도 이러한 절차가 준용되는 데에 특별한 차이는 없다고 본다.

3. 타 협정문과의 비교

【 제2항, 제3항 규정 여부 】

한-미 FTA 한-중 FTA	한-칠레 FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-싱가포르 FTA	한-인도 CEPA	한-ASEAN FTA
2항, 3항 없음	2항만 있음	있음	있음	2항만 있음 다만, 제3항의 내용은 각주로 기재

제 4 장 분쟁해결

Ⅰ 투자자-국가간 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement)

국 문	영 문
제 X.17 조 : 투자자-국가간 분쟁해결	**Article X.17 : Settlement of Disputes between a Party and an Investor of the other Party**
1. 이 조는 이 장상 투자분쟁의 해결을 위한 메커니즘을 설치하고 국제 상호주의 원칙에 따른 양 당사국 모두의 투자 또는 투자자 간의 동등한 대우와 중재 판정부에서의 적법절차를 보장한다. 이 조는 다른 쪽 당사국의 투자자 또는 그의 투자에 대하여 손실 또는 손해를 초래한, 이 장상 당사국의 의무위반, 투자계약위반, 투자인가 위반 주장에 관하여 당사국과 다른 쪽 당사국의 투자자간의 분쟁에 적용된다.	1. This Article establishes a mechanism for settlement of investment disputes under this Chapter and assures equal treatment among the investors or investments of both the Parties in accordance with principles of international reciprocity and due process before an arbitral tribunal. This Article shall apply to disputes between a Party and an investor of the other Party concerning an alleged breach by the former Party of : (a) an obligation under Section A; (b) an investment authorization; or (c) an investment agreement, provided that such breach causes loss or damage to the investor or its investments.
2. 분쟁의 양 당사국은 먼저 협의 및 협상을 통하여 해당 분쟁의 해결을 모색하여야 하며, 이는 비구속적 제3자 절차의 이용을 포함할 수 있다.	2. The parties to the dispute shall initially seek to resolve the dispute by consultations and negotiations, which may include the use of non-binding third-party procedures.

국 문	영 문
3. 협의와 협상 요청일부터 6개월의 기간 내에 해결되지 아니한 분쟁은 해당 당사국의 법원이나 행정법원 또는 중재에 회부될 수 있다. 중재에 회부될 경우, 투자자는 다음 중에서 선택권을 가진다.	3. Any such dispute which has not been settled within a period of six months from the date of request for consultations and negotiations may be submitted to the courts or administrative tribunals of the Party concerned or to arbitration. In the latter event, the investor has the choice among any of the following:
가. 분쟁 당사국과 분쟁 투자자의 당사국이 모두 국제투자분쟁해결센터 협약의 당사국인 경우, 국제투자분쟁해결센터 협약과 국제투자분쟁해결센터 중재절차의 절차규칙	(a) the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the disputing Party and the Party of the disputing investor are parties to the ICSID Convention;
나. 분쟁 당사국 및 분쟁 투자자의 당사국 중 하나만이 국제투자분쟁해결센터 협약의 당사국인 경우, 국제투자분쟁해결센터의 추가절차규칙	(b) the ICSID Additional Facility Rules, provided that either the disputing Party or the Party of the disputing investor, but not both, is a party to the ICSID Convention;
다. 유엔국제무역법위원회 중재규칙, 또는	(c) the UNCITRAL Arbitration Rules; or
라. 해당 분쟁의 양 당사국이 동의한 경우, 그 밖의 중재규칙에 따른 그 밖의 중재기관	(d) any other arbitral institution or in accordance with any other arbitral rules, if the parties to the dispute so agree.

국 문	영 문
4. 투자자가 분쟁 당사국의 법원이나 행정법원 또는 제3항에 규정된 어떠한 중재 메커니즘에 해당 분쟁을 회부하면, 그 절차의 선택은 최종적이다.	4. Once the investor has submitted the dispute to either the courts or administrative tribunals of the disputing Party or any of the arbitration mechanisms provided for in paragraph 3, the choice of the procedure shall be final.
5. 각 당사국은 다음을 조건으로 이 조의 규정에 따라 제3항 가호, 나호 및 다호에 따른 중재에 분쟁을 회부하는 것에 동의한다.	5. Each Party hereby consents to the submission of a dispute to arbitration under paragraphs 3(a), (b) and (c) in accordance with the provisions of this Article, conditional upon:
가. 분쟁 투자자가 이 장의 규정에 따른 의무위반 및 분쟁 투자자 또는 그의 투자에 대하여 발생한 손실 또는 손해를 알았거나, 합리적으로 알 수 있었던 날부터 3년 내에 분쟁을 그러한 중재에 제기할 것, 그리고	(a) the submission of the dispute to such arbitration takes place within three years from the date on which the disputing nvestor became aware, or should reasonably have become aware, of a breach of an obligation under this Chapter and of the loss or damage incurred by the disputing investor or its investment; and
나. 분쟁 투자자는 중재에 대한 청구를 제기하기 최소 90일 전에 분쟁을 그러한 중재에 회부한다는 의사와 다음의 사항을 분쟁 당사국에게 서면으로 통보할 것	(b) the disputing investor gives written notice which shall be delivered at least 90 days before the claim to arbitration is submitted, to the disputing Party of its intention to submit the dispute to such arbitration and which
1) 제3항 가호, 나호 및 다호의 중재판정부 중 하나를 분쟁해결의 중재판정부로 선택, 그리고	(i) selects one of thefora in paragraph 3(a), (b) or (c) as the forum for dispute settlement, and

국 문	영 문
2) 이 장에 따른 위반조항을 포함한 분 쟁당사국의 의무 위반 주장 및 투자 또는 그 투자에 초래되었다고 주장하는 손실 또는 손해의 간단한 요약	(ii) briefly summarises the alleged breaches of the disputing Party under this Chapter (including the articles alleged to have been breached) and the loss or damage allegedly caused to the investor or its investment.
6. 제4항에도 불구하고, 분쟁투자자는 분쟁당사국의 법원 또는 행정법원에서 임시 가처분을 구하고 금전적 손해배상의 지급 또는 분쟁의 실질적 해결을 수반하지 아니하는 소송을 개시하거나 계속할 수 있다. 다만, 그 소송은 중재가 계류되는 동안 분쟁투자자의 권리와 이익을 보전하기 위한 목적으로만 제기되어야 한다.	6. Notwithstanding paragraph 4, the disputing investor may initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief that does not involve the payment of monetary damages or the resolution of the substance of the matter in dispute before a court or administrative tribunal of the disputing Party, provided that the action is brought for the sole purpose of preserving the disputing investor's rights and interests during the pendency of the arbitration.
7. 다른 쪽 당사국이 그러한 분쟁에 대하여 내려진 판정을 준수하는 경우, 당사국과 다른 쪽 당사국 투자자가 이 조에 따라 중재에 제기하기로 동의한 분쟁에 대해서는 어떠한 당사국도 외교적 보호를 제공하거나 국제 소송을 제기해서는 아니 된다. 이 항의 목적상 외교적 보호는 오직 분쟁해결 촉진만을 목적으로 하는 비공식적인 외교적 의견교환까지 포함하는 것은 아니다.	7. Neither Party shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its investors and the other Party shall have consented to submit or have submitted to arbitration under this Article, unless such other Party has failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. Diplomatic protection, for the purposes of this paragraph, shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

1. 취 지

투자자-국가간 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement) 절차는 투자유치국이 FTA나 BIT와 같은 투자보장협정상의 의무를 위반하여 협정 상대국의 투자자의 투자에 손해를 야기한 경우, 투자자가 직접 해당 투자유치국을 상대로 국제중재를 제기하여 손해배상을 청구할 수 있는 제도이다.

본 장에서는 ISDS와 관련하여 중요 요소라고 할 수 있는 우산조항, 중재동의, 냉각기간 및 제척기간, 국내구제절차와 ISDS간의 선택 문제, 중재판정부의 구성, 청구의 병합 및 반대청구, 중재 절차의 투명성, 그리고 중재판정의 집행 및 불복 절차에 대해 설명하고자 한다.

가장 대표적인 기 체결 투자협정인 한-미 FTA는 위에 언급된 사항 외에 중재지, 중재언어, 중재수행, 판정 등에 대한 자세한 규정을 두고 있으며, 최근 우리의 투자협정 체결 관행 역시 ISDS 절차에 대해 가능한 자세히 규정하려는 경향을 보이고 있다. 이는 ISDS가 국가에게 부담스러운 제도라는 인식이 확산됨에 따라 투자협정 협상 시 국가들이 가능한 예측가능성을 확보하기 위해 ISDS 관련 조항들을 자세하고 명확하게 규정하고자 하는 의도가 반영된 것으로 보인다.

2. 주요 내용

가. 우산조항[683]

(1) 개념 및 실익

'우산조항'이란 특정 국가 및 공공기관과 외국 개인투자자 간에 체결되는 계약의 이행을 보장할 목적으로 해당 계약의 이행의무를 국제조약(특히 BIT, FTA 투자 장)상에 명시한 규정을 가리키는 것으로, 'Umbrella Clause' 또는 'Respect clause' 등으로 지칭된다. 이 조항의 목적은, 관련 계약에 대한 위반이 발생한 경우 외국투자자로 하여금 해당 조약이 마련하고 있는 국제법정에서 해결할 수 있도록 하는 것이다. 즉, 계약 위반시 ISDS 절차를 이용할 수 있는 것이다.

문제는 B국 투자자가 A국의 계약상 의무 위반을 이유로 중재를 제기할 수 있는지 여부인 바, 우산조항을 원용하여 계약상 불이행시 ISDS를 제기할 수 있는지가 중대한 이슈이다. 이를 계약 위반이 투자협정 위반으로 전환되는 경우라고도 말한다. 즉, 계약상의 의무를 조약상의 의무로 만드는 것이고, 이로 인해 국제법상의 보호를 확보해 주는 역할을 하게 된다. 그러나 이 조항은 투자유치국 정부가 투자계약만을 위반한 경우에 실익이 있는 것이다. 즉, 계약상의 분쟁에서 '우산조항'을 원용하여 계약상 분쟁이 투자분쟁으로 전환되는 것이다. 왜냐하면 투자유치국 정부의 조치가 투자계약 및 투자협정 의무위반(간접수용, 공정·공평대우 등 위반)에 동시에 해당하는 경우에는 투자협정에 기재된 ISDS 절차조항을 원용하는 것이 당연하기 때문이다.

그러나, 모든 계약 위반이 우산조항을 원용하여 투자협정위반으로 전환되는 것은 아니다. 즉, 뒤에서 보듯이 중재판정부는 "당사국이 우산조항을 통해 모든 계약위반을 협정위반으로 간주하려는 의도를 갖고 있었는지 여부,"[684]

683) 김석호, 투자보호조약상 우산조항의 효력, 통상법률 2010. 6월호 통권 93호 10-51면 참조

684) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objection to the Jurisdiction (2003. 8. 6.) (파키스탄-스위스 BIT).

"국가가 체결하는 투자계약 중 주권행사의 일환으로 체결하는 계약위반 시에만 투자협정위반,"[685] "계약상 권리 침해가 중대한지 여부,"[686] 등 다양한 기준을 가지고 판정하고 있기에 우산조항 위반에 대한 일관된 기준은 아직 제시되어 있지 않다고 볼 수 있다.

투자자 보호의 측면에서는 우산조항이 삽입되는 것이 바람직하나, 현재 협상 실무에서 대부분의 국가들은 ISDS 조항에 우산조항을 포함시키는 것에 소극적인 모습을 보이고 있다. 과거에 체결한 BIT에서는 우산조항이 쉽게 발견되나, 최근에는 가급적이면 우산조항을 삽입하지 않는 방향으로 협상이 진행되는 경우가 많다. 물론 NAFTA 모델을 취하는 한-미 FTA는 투자계약 위반, 투자인가 위반까지 ISDS 대상이 된다고 규정하여 부분적인 우산조항[687]을 두고 있다. 그러나 기 체결 FTA 중 우산조항을 두고 있는 경우는 한-EFTA FTA, 한-미 FTA 및 한-호주 FTA 총 3건에 불과하며, 한-우루과이 BIT, 한-르완다 BIT, 한-케냐 BIT 등 최근 체결된 BIT들 역시 우산조항을 두고 있지 않다.

(2) 우산조항의 유래[688]

우산조항의 아이디어가 최초로 제시된 것은 이란의 석유국유화 조치와 관련하여서였다. 즉, 해당 사건의 해결협상 과정에서 영국의 E. Lauterpacht가 국가에 의한 계약의 일방적 폐기 상황이 재현되지 않도록 하기 위해 사후 조약에 '우산조항'에 해당하는 규정을 삽입하도록 권고한 것이 그 시초이다.[689] 그러나 우산

685) *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction (2006. 4. 27.) (아르헨티나-미국 BIT).

686) *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction (2004. 8. 6.) (이집트-영국 BIT).

687) 부분적인 우산조항이라고 하는 이유는 중앙정부와 체결한 계약에 한정되고 사회간접자본 수행계약 등 특정 계약 위반의 경우에만 ISDS 제기가 가능하기 때문이다. 이러한 계약 중 투자계약으로 의율되는 분야는 ① 국가당국이 통제하는 천연자원에 관한 탐사 등과 같은 권리, ② 발전, 용수처리 등 당사국을 대신하여 공중에 서비스를 공급하는 권리, ③ 도로·운하·댐과 같은 기반시설사업을 수행할 권리를 부여하는 것으로 한정된다.

688) 우산조항의 유래에 관한 상세한 설명은 김석호, 앞의 논문 10-12면 참조.

689) 1951년 새로운 이란 정부가 취한 이란석유국유화법으로 인해 영국정부가 대주주로 있는

조항이 실제적인 규정으로 구체화된 최초의 경우는 1959년 Abs-Shawcross 협약 초안이었다.[690] 해당되는 동 협약초안 제2조는 "Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party."라고 규정하였다.

1959년 Abs-Shawcross 협약 초안은 1959년 세계 최초의 BIT인 '독일-파키스탄 BIT'에 직접적인 영향을 줌으로써, 독일 BIT의 모델에 반영되게 되었고,[691] 그 밖의 많은 외국의 BIT에 대해서도 영향을 주게 되었다. 또한, 'OECD 협약초안'의 제2조에서도 "Each Party shall at all times ensure the observance of undertakings given by it in relation to property of nationals of any other Party."라고 규정하고 있다. 이 뿐만 아니라 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty: ECT) 제10조 제1항에서도 우산조항을 규정하였고,[692] MAI에서도 우산조항의 도입이 시도되었다.

2004년 기준으로 총 2500여개의 BIT 중 40% 이상에 우산조항이 삽입되어 있었으며,[693] 프랑스, 호주, 캐나다, 일본의 경우는 드문 편이지만, 스위스, 네덜란드, 영국, 독일 및 미국의 경우엔 거의 대부분 우산조항을 포함하고 있는 것으로 알려져 있다.[694] 그러나 2015년 12월부터 2017년 10월까지 체결된 54개의 새

Anglo-Iranian Oil Company(AIOC)가 이란 석유사업 투자를 위해 이란 정부와 체결한 양허계약이 사실상 폐기되었고, 이 문제를 해결하기 위해 AIOC가 시도한 송사는 모두 실패하였다. 결국 이 분쟁은 새로운 이란 정부가 성립된 후, 협상에 의해 해결되었으며, 이 협상 중 이란에 대한 영국투자의 안전을 위한 투자보증조약의 체결이 논의되었으며, 이 조약 속에 우산조항을 삽입할 것이 권고되었다. (A.C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella clauses in the International Law of Investment Protection", Arbitration International 2004, vol.20, No.4, 411-434.)

690) 김석호 앞의 논문 12면

691) "Each Contracting Party shall observe any other **obligations** it has assumed with regard to investments in its territory by nationals or companies of the other Contracting Party." 독일의 양자투자보호조약 model에 대해서는 ICSID, *Foreign Investment Law Journal* (1996), 221-6

692) "Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an investment of an Investor of any other Contracting Party."

693) Gill, Gearing and Brit, "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases", *Journal of International Arbitration,* 2004, 397, footnote 31에서 인용. 김석호 앞의 논문 14면에서 재인용

694) OECD, "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", *Working Papers on International Investment, November 2006/3,* (October 2006), pp. 5-6.

로운 투자협정 중 우산조항을 포함한 경우는 2건에 불과한 점으로 미루어 볼 때,[695] 투자협정에 우산조항을 넣지 않는 관행이 더욱 일반화되고 있는 것으로 보인다.

(3) 성 격

이상과 같이 국가계약 의무위반을 국제조약의 위반으로 만들고, 이에 따라 해당 분쟁을 국제중재재판소에서 해결할 수 있도록 하는 것이 우산조항의 목적이라고 보고 있다. 물론 이에 대하여, 우산조항에 의해 계약당사자 간 권리·의무관계의 성격은 변하지 않으므로 계약상의 분쟁과 조약상의 분쟁은 명백히 구분되는 것이고, 우산조항에 의해 계약상의 분쟁이 조약상의 분쟁으로 변하는 것이 아니라 계약상의 분쟁 외에 조약상의 분쟁이 조약당사국간에 새로이 발생하게 되는 것이라는 견해도 있다. 그러나 어떠한 견해를 따르더라도 계약위반시 투자협정에 규정된 ISDS절차를 이용할 수 있다는 점에서는 차이가 없다.

(4) 우산조항의 유형 및 위치

(가) 형태

첫째, 우산조항이 그 적용대상으로 undertakings, commitments, any obligation 등을 규정하는 경우가 많다.[696] 이 경우, 그 대상은 단순한 계약이라는 의미보다 포괄적이어서, 계약상의 의무뿐만 아니라 비계약적 의무까지 포함하는 것으로 볼 수 있다. 최근에는 'written obligations'[697]나 'contractual obligations'[698] 등

695) Raul Pereira de Souza Fleury, Closing the umbrella: a dark future for unbrella clauses?, Kluwer Arbitration Blog (2017. 10. 13.). Available at: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/10/13/closing-umbrella-dark-future-umbrella-clauses/.

696) "Each Contracting Party shall observe any commitments it may have entered into with the investors of the other Contracting Party as regards to their investments." (한-중 BIT 제10조 제2항).

697) 호주 및 멕시코가 체결한 양자투자보호조약의 경우가 그러한 조항을 포함하고 있는 경우가

으로 그 의무를 구체적으로 제한하는 경우도 있다. 예컨대, 한-미 FTA에서도 "written agreement"로 한정하였다.

그밖에, 우산조항과는 별도로, 계약분쟁의 경우에는 계약상의 규정에 따라 해결한다는 등의 특별규정을 추가함으로써, 계약분쟁이 국제법정에 제소되는 것을 사전에 방지하고자 하는 경우도 있다.[699]

2007년부터 2014년 사이에 체결된 BIT들은 한-미 FTA의 영향을 받아 중앙정부와 체결한 계약으로 범위를 한정하여 다음과 같은 우산조항을 삽입하였다. "2. Each Contracting Party shall observe the provisions of this Agreement as well as any specific investment agreement between an authority at the central level of government of a Party and investors of the other Contracting Party that may have entered into force." 한편, 그 이전에 우리가 체결한 BIT에서는 중앙정부와 체결한 계약으로 한정하지 않고, "일방 체약국 당사자는 상대방 체약국 투자자의 투자와 관련하여 체결한 약정의 준수를 지속적으로 보장한다"라고 규정하고 있다. 물론, 앞서 언급한 바와 같이 최근 체결된 BIT들은 우산조항을 두고 있지 않다.

(나) 위치

우산조항을 실체적 보호규정들과 같은 위치(대체적으로 전반부)에 놓은 경우와, 실체적 보호규정 이외의 기타규정들 속에 포함시키는 경우(대체적으로 후반부)로 구분해 볼 수 있다. 한-EFTA FTA는 투자에 대한 일반대우 및 보호를 규정한 제3조에서 당사국은 '모든 서면 의무(any written obligation)'를 준수한다고

많다. (예: 호주-중국, 호주-폴란드, 호주-파푸아뉴기니, 멕시코-호주, 멕시코-벨기에·룩셈부르크, 멕시코-독일, 멕시코-그리스, 멕시코-프랑스 등).

698) 1977년 호주-칠레 BIT.

699) "disputes arising from such obligations shall be settled under the terms of the contract underlying the obligation." (1998년 호주-멕시코 BIT 제제9조).
"Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party, with dispute arising from such obligations being only redressed under the terms of the contracts underlying the obligations" (독일-인도 BIT 제13조 제2항).

규정하여 전자의 유형을 취하고 있으며,[700] 한-미 FTA와 한-호주 FTA는 중재 청구의 제기를 규정한 조항에서 투자유치국의 '투자인가(investment authorization)'와 '투자계약(investment agreement)' 위반에 대해 중재를 청구할 수 있다고 규정하여 후자의 형식을 취하고 있다.[701] 그러나 위치에 따라 의미가 달라지거나, 특히 다른 조항과의 관계와 관련하여 규정한다고 하여 의미가 달라지는 것은 아니다.

(5) 우산조항에 대한 중재판정례

우산조항의 효력에 대한 중재판정부의 통일된 입장은 아직 확립되지 않았고 보는 것이 일반적인 견해이다. 다수의 중재판정부들이 우산조항으로 인해 계약에 기인한 청구가 조약에 근거한 중재청구로 전환되는 가능성을 가진다고 보고 있으나, 이와 반대되는 판단을 한 중재판정례도 상당 수 존재한다. 이하에서는 중재판정부가 우산조항의 효력 범위를 넓게 본 경우와 제한적으로 판단한 경우로 나누어 중재판정례를 살펴보겠다.

---

700) 한-EFTA FTA 부속협정 '대한민국과 아이슬란드공화국, 리히텐슈타인공화국, 스위스연방 간의 투자에 관한 협정' **제3조(일반대우 및 보호)**
3. Furthermore, each Party shall observe ***any written obligation*** it may have entered into with regard to a specific investment by an investor of another Party, which the investor could rely on in good faith when establishing, acquiring or expanding the investment.

701) 한-미 FTA 제11.16조 및 한-호주 FTA 제11.16조.

① 우산조항의 효력 범위를 넓게 판단한 경우

〈 *SGS v. Philippine* [702] 〉

○ 사안개요

- 스위스 국적의 선적전 검사 전문업체인 청구인은 피청구국인 필리핀과 5년 기간으로 선적전검사 용역계약을 체결하고 서비스를 제공하던 중 파키스탄 정부가 일방적으로 계약을 해지하자, 스위스-필리핀 BIT상의 "일방 체약국 당사자는 상대방 체약국 투자자의 투자와 관련하여 체결한 약정을 준수한다"라는 우산조항을 원용하여 중재 제기

○ 판정취지

- 우산조항은 투자계약을 포함한 관련된 모든 국가의 의무위반을 조약상의 의무위반으로 전환할 수 있도록 하는 것임을 인정, 그 주요 근거는 우산조항 자체를 볼 때, 해당 조항의 동사가 의무를 부여하는 'shall' 인데다, 그 목적어로 '모든 법적 의무(any legal obligation)'라고 규정하고 있기 때문에 BIT의 적용대상이 되는 구체적 투자에 대하여 일방 당사국이 수락하였거나 수락할 모든 법적의무가 준수되어야 하는 것으로 판단
- 만약 *SGS v. Pakistan* 사건처럼 우산조항을 해석하는 경우, 우산조항이란 아무런 실제적인 의미를 갖지 못하게 된다고 판시하면서 관할권 인정
- 또한, 스위스-필리핀 BIT에서는 'observe any obligation'이라고 하여 국가에 대한 직접적인 의무준수 책임을 규정하고 있는 반면, 스위스-파키스탄 BIT의 경우엔 'constantly guarantee the observance of ... commitments'라고 하여, 'guarantee' 및 'commitments' 라는 보다 모호한 용어를 사용함으로써 전자의 경우에 비해 국가의 의무준수 책임이 낮게 요구된다고 판단

---

702) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (2004. 1. 29.) (필리핀-스위스 BIT).

〈 *Noble Ventures v. Romania* [703] 〉

○ 사안개요

- 미국 기업인 청구인은 피청구국이 소유하였던 국영기업 인수 계약을 체결하였으나, 피청구국이 해당 기업의 채무 조정에 관해 재협상을 진행하기로 한 계약을 위반하였으며 이는 곧 "Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments."라고 규정된 루마니아-미국 BIT 우산조항인 제2조 제2항 (c)호 위반임을 주장하며 중재 제기

○ 판정취지

- 중재판정부는 조약법에 관한 비엔나협약 제31조에 따라 조약의 해석은 해당 조약의 대상 및 목적을 고려해야 하며, 본 사건 BIT의 우산조항은 양 당사국들이 국내법에 의해 규율되는 계약상의 의무를 BIT에 의해 창설되는 국제조약상의 의무와 동일시(equate)하려는 목적에서 포함시킨 것이라고 판단하여 청구인의 주장 인용

〈 *Eureko v. Poland* [704] 〉

○ 사안개요

- 피청구국 소유의 국영 보험회사의 주주인 청구인은 동 보험회사의 민영화 과정에서 손해를 입자 네덜란드-폴란드 BIT 제3.5조에 당사국은 "shall observe any obligation it may have entered into"라고 규정된 우산조항을 근거로 중재 제기

○ 판정취지

- 중재판정부는 본 건 BIT 우산조항의 통상적인 의미(ordinary meaning), 조문의 맥락(context of the clause) 등을 고려한 후, 비록 피청구국이 BIT상의 다른 기준을 위반하지 않았다 하더라도 피청구국과 청구인이 체결한 계약 위반이 BIT 우산조항의 위반을 구성할 수 있다고 판단하여 청구인의 주장 인용

---

703) *Noble Ventures v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award (2005. 10. 12) (루마니아-미국 BIT).

704) *Eureko B.V. v. Republic of Poland,* Ad hoc arbitration, Partial Award (2005. 8. 19.) (폴란드-네덜란드 BIT).

< *SGS v. Paraguay* [705] >

○ **사안개요**

- 스위스 국적의 선적전 검사 전문업체인 청구인은 피청구국인 파라과이와 선적전 검사 용역계약을 체결하고 서비스를 제공하던 중 피청구국 정부가 일방적으로 계약을 해지하자, 파라과이-스위스 BIT 제11조에 "either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitment it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party"라고 규정된 우산조항 위반을 주장하며 중재 제기

○ **판정취지**

- 본 건 BIT의 우산조항은 국가가 체결한 상업적 계약을 배제하고 있지 않으며, '준수(observance)'라는 표현의 통상적인 의미를 고려할 때 계약상 의무 이행의 실패가 의무 '준수'에 실패한 것임은 명백하다고 판단하여 청구인의 주장 인용

L.E.S.I.-DIPENTA v. Algeria 사건의 중재판정부 역시 명시적으로 우산조항으로 인해 "국가의 계약의무 위반이 조약 위반으로 전환된다"고 판시한 바 있으며,[706] *LG&E v. Argentina* 사건을 비롯한 다수의 중재판정례가 이와 유사한 판단을 내렸다.[707]

---

705) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction (2010. 2. 12.) (파라과이-스위스 BIT).

706) *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire,* ICSID Case No. ARB/03/8, Award (2005. 1. 10.) (알제리-이탈리아 BIT).

707) *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 (2006. 10. 3) (아르헨티나-미국 BIT). *Simens v. Argentina*, Award (2007. 2. 6), *Plama v. Bulgaria*, Award (2008. 8. 27.), Duke Energy v. Dcuador, Award (2008. 8. 18) 등.

② 우산조항의 효력 범위를 제한적으로 판단한 경우

〈 *SGS v. Pakistan* [708] 〉

○ **사안개요**

- 스위스 국적의 선적전 검사 전문업체인 청구인은 피청구국인 파키스탄과 5년 기간으로 선적전 검사 용역계약을 체결하고 서비스를 제공하던 중 피청구국 정부가 일방적으로 계약을 해지하자, 스위스-파키스탄 BIT의 "일방 체약국 당사자는 상대방 체약국 투자자의 투자와 관련하여 체결한 약정의 준수를 지속적으로 보장한다"라는 우산조항을 원용하면서 중재 제기

○ **판정취지**

- 모든 계약상 위반이 BIT 위반이 되는 것은 아니고 청구인이 스위스와 파키스탄 정부간 BIT에 포괄적 보호조항을 삽입할 당시 모든 계약위반을 협정위반으로 간주하려는 의도를 갖고 있었는지 여부를 입증해야 하나, 청구인이 입증에 실패하여 관할권이 없다고 판단 중재 청구를 각하

○ **시사점**

- 계약상 분쟁 예방을 위하여 사전에 해당 FTA, BIT에 우산조항이 있는지 우산조항이 있다면 어느 범위까지 계약상 분쟁이 ISDS의 대상이 되는지 여부를 확인하는 것이 필요

〈 *Joy Mining v. Egypt* [709] 〉

○ **판정취지**

- 그 계약의 일방당사자가 비록 국가기관이라 할지라도 그로 인해 해당 계약의 '상업적(commercial)' 성격이 변경되는 것은 아니므로, 이러한 순수한 상업적 계약의 경우엔 계약상의 합의관할에 의해 분쟁이 해결되어야 함
- 이러한 경우, 명백하게 조약상의 권리 의무를 위반하였다거나 조약의 보호를 발동할 만큼의 중대한 계약위반 사항이 있지 않은 한 우산조항이 있다 할지라도 이로 인해 모든 계약상의 분쟁이 조약상의 분쟁으로 전환될 수 있는 것이 아님

---

708) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objection to the Jurisdiction (2003. 8. 6.) (파키스탄-스위스 BIT).

709) *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt,* ICSID Case No. ARB/03/11,

〈 *Salini v. Jordan* [710] 〉

○ **판정취지**

- 요르단-이탈리아 BIT 제2조 4항이 통상의 우산조항 규정과는 달리, 간접적 의무를 규정하고 있었고, 이러한 규정형태에 의할 때, 약속에 대한 직접적인 이행의무를 인정한 것으로 보기 어렵다는 점을 강조하면서, 해당 계약상의 분쟁은 계약상의 합의관할에 따라 해결되어야 한다고 판시

〈 *El Paso v. Argentina* [711] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 미국회사로서 아르헨티나 에너지 분야 민영화과정에서 아르헨티나 기업인 Servicio 지분 99.92%를 보유하고 있었으나, 아르헨티나가 외환위기로 인하여 송금제한, 외화부채의 페소화로의 전환, 석유가스 분야에서의 수출관세 부과 조치를 단행하자, 미국-아르헨티나 BIT 우산조항을 원용하면서 중재 제기

○ **판정취지**

- 중재판정부는 국가가 주권자로서 한 약정을 침해한 경우에만 투자분쟁의 대상이 되고 우산조항을 넓게 해석하는 경우 국내법률질서와 국제법률질서의 구분을 붕괴하는 결과를 야기할 수 있다고 언급
- 다른 실체적 규정을 무용하게 만들뿐만 아니라 국내법 및 국제법간의 이원구조를 파훼하게 된다는 이유를 근거로 우산조항의 효력을 규정대로 인정해서는 안 되며 그 대상이 무한정 확대되는 것도 막아야한다는 전제 하에, 이 조항의 적용은 원래 양허계약과 같이 국가가 주권자로서 당사자로 참가한 계약의 경우에 국한되어야 하는 것이지, 순수한 상업적 거래를 위한 계약을 위반한 경우에까지 우산조항이 적용되어선 안 된다고 언급하면서 동 사건에 대한 관할권은 인정

○ **시사점**

- 계약상 분쟁 예방을 위하여 사전에 해당 FTA, BIT에 우산조항이 있는지, 우산조항이 있다면 어느 범위까지 계약상 분쟁이 ISDS의 대상이 되는지 여부를 확인하는 것이 필요

Decision on Jurisdiction (2004. 8. 6.) (이집트-영국 BIT).

710) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Award (2006. 1. 31.) (이탈리아-요르단 BIT).

711) *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No

〈 *Swisslion v. Macedonia* [712] 〉

○ 사안개요

- 청구인은 피청구국의 공기업인 Agroplod 주식 매입 과정에서 피청구국 재무부와 지분매매협정(SSA)를 체결하여 동 기업의 지분 55.72%를 보유하게 되었으나, 이후 Agroplod의 재무상황과 경영실적이 개선되자 피청구국 정부는 청구인의 지분 몰수를 위한 일련의 조치들을 단행하고 SSA를 일방적으로 파기하여 스위스-마케도니아 BIT 상의 우산조항을 위반하였다고 주장하며 중재 제기

○ 판정취지

- SSA 파기는 피청구국 재무부가 일방적으로 파기한 것이 아니라, 재무부가 동 계약의 문제를 관할 법원에 제기하여 법원의 최종 판결을 받아 취소된 것이므로 피청구국이 사법기관을 통하여 계약을 취소한 행위가 곧 외국인 투자자에 대한 약속을 위반한 것이라고 볼 수 없다는 취지로 청구 기각

ARB/03/15, Decision on Jurisdiction (2006. 4. 27.) (아르헨티나-미국 BIT).

712) *Swisslion DOO Skopje v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, ICSID Case No. ARB/09/16, Award (2012. 7. 6.) (마케도니아-스위스 BIT).

나. 사전동의조항[713]

(1) 중재관할 사전동의

동 조문은 투자협정체결의 핵심적 규정으로서 양 당사국이 본 협정 체결을 통해 투자분쟁을 중재에 회부하는 것에 대해 사전에 동의함을 규정하고 있다. 국제중재절차가 개시되기 위해서는 중재관할에 대한 분쟁당사자의 동의가 필수적으로 전제되어야 하므로 피청구국의 사전적·일반적 동의를 명확히 함으로써 투자자가 중재청구를 제기하면 중재판정부는 별도의 절차 없이 사건에 대한 관할을 갖게 된다.

과거에는 이러한 사전동의조항이 없는 협정들이 많았으나 최근에 체결되는 FTA의 투자협정에는 대부분 삽입되고 있다. 기존의 한-중 BIT에는 사전동의 조항이 없었으나, 2007년 개정협상에서 우리 측 요구가 반영되어 동 조항이 포함되었다.[714] 또한, 한-ASEAN FTA의 경우에는 아세안 국가가 사전동의 조항을 투자협정에 포함시킨 거의 최초의 사례로서 높이 평가받고 있다.

(2) ICSID 협약 동의 요건 등과의 관계

ICSID 협약 제25조 제1항 및 ICSID 추가절차규칙 제4조 제2항은 ICSID가 중재관할을 갖기 위해서는 분쟁당사자의 서면동의가 필요함을 규정하고 있고, 「뉴욕협약(외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 유엔협약)」 제2조는 동 협약에 따라 중재판정을 집행하기 위해서는 중재합의(arbitration agreement)가 서면으로 이루어져야 한다고 규정하고 있다. 즉, 사전동의 규정은 동의 요건이 충족되는 것으로 의제하는 성격을 가진다고 볼 수 있다. 중재관할에 대한 당사국의 사전적 · 일괄적 동의조항을 BIT에 규정하면 청구인은 ICSID 등 특정 중재관할에 대한 별도의 합의 없이 협정문에 기재된 중재기관 내지 중재절차 중 하나를 선택하여 중재를 청구할 수 있게 된다.

---

713) 김재훈, 앞의 논문 93면 참조
714) 한-미 FTA 투자분야연구, 앞의 책 219-220면 참조

그런데 ICSID 협약 제25조 제1항은 ICSID에 중재청구를 제기하기로 '당사자들이 서면동의(consent in writing)'한 경우에만 관할을 인정하고 있는 까닭에 BIT에 정한 중재청구 방식만으로 ICSID 협약의 동의 요건을 충족하는 것인지 여부가 중재사례에서 문제된 바 있다. 왜냐하면 BIT의 사전 동의규정은 '당사국들'의 동의에 불과한데 반해 ICSID 제25조 제1항은 '분쟁당사자'의 동의를 요구하고 있는 바, BIT의 동의 규정으로 인해 ICSID의 동의요건이 자동적으로 충족되는 것으로 볼 수는 없기 때문이다.

이러한 논란을 불식하기 위하여 NAFTA 제1122조는 협정에 따라 제기된 투자자의 중재 청구는 ICSID 협약의 중재 동의 요건을 충족한다고 규정하였다.[715] 한-미 FTA의 경우, 청구인이 이 협정에 규정된 절차에 따라 중재에 대하여 서면으로 동의하는 경우에만 중재청구가 제기될 수 있도록 규정하고 있다.[716]

(3) 동의의 방식 및 성격

동의의 형태에는 제한이 없고, ICSID 제소 전에는 언제든지 동의할 수 있다. 그러나 일단 표시된 동의는 자유롭게 철회할 수 없을 뿐만 아니라, 투자유치국이나 투자자의 국적국이 ICSID 당사국의 지위를 상실하였다고 하더라도 동의의 효력이 상실되는 것은 아니다.

사전동의를 한다는 것은 투자유치국의 중재판정에 대한 임의적 거부를 방지하는 것으로 중재절차를 유명무실화하는 것을 막기 위한 것이다. 이러한 동의의 방식은 크게 세 가지로 나뉜다. 우선, 투자계약에 현재 또는 장래의 분쟁에

715) NAFTA Article 1122(Consent to Arbitration)
1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement.
2. The consent given by paragraph 1 and the submission by a disputing investor of a claim to arbitration shall satisfy the requirement of:
(a) Chapter II of the ICSID Convention (Jurisdiction of the Centre) and the Additional Facility Rules for written consent of the parties;
(b) Article II of the New York Convention for an agreement in writing; and
(c) Article I of the InterAmerican Convention for an agreement.

716) 한-미 FTA 제11.18조 제2항.

대한 동의를 명시하는 방식이 있고, 투자유치국 국내법규에 분쟁조항을 두면서 장래분쟁에 대한 동의를 규정하는 방식도 있다.[717] 이러한 두 가지 방식에 의할 경우, 국내법규가 청약이고 투자자의 신청이 승낙이 된다. 마지막은 투자협정에 동의규정을 두는 경우로 사전동의조항이 바로 그 예이다.

다만, 투자자는 중재에 대한 청구를 제기하기 최소 90일 전에 분쟁을 투자협정상의 중재에 회부한다는 의사와 중재판정부 선택 그리고 의무위반 및 손실의 간단한 요약 등을 분쟁 당사국에게 서면으로 통보하여야 한다. 이러한 서면통보 요건은 동의의 전제조건으로, 투자자의 서면 통보가 없을 경우 투자유치국의 사전동의 역시 유효하지 않은 것이 된다.

(4) 협정문 규정 방식

우리 기 체결 투자협정들은 협정 당사국이 장래에 제기될 분쟁에 대하여 투자자의 중재절차 회부신청에 사전에 동의한다는 규정을 두고 있다. 이러한 사전동의 조항의 실익은 투자자의 법적 안전성 보장과 투자유치에 있다는 것이 일반적인 견해이다. 왜냐하면 투자유치국 입장에서 국제중재절차에 동의를 하지 않을 경우 투자자의 법적 안전성을 해치고 이러한 동의조항이 없다면 투자자의 투자가 위축될 우려가 있기 때문이다.

우리 기 체결 관행을 살펴보면 1976년 체결된 한-영 BIT와 같이 ICSID 중재절차 회부에만 동의규정을 두고 있는 경우도 있고,[718] 한-미 FTA와 같이 “each party consent to the submission of a claim to arbitration under this Section”[719]이라고 하여 ICSID 외의 절차까지 포함한 동의규정을 두고 있는 경우도 있다. 이러한 경우를 가리켜 ‘무조건적 동의규정’이라고 하는데, 협약의 동의규정이 청약이고 투자자의 중재신청이 승낙에 해당하여 투자자의 중재신청시 무조건적 관할이 발생한다고 해석된다.

그러나 한-카타르 BIT처럼 분쟁은 ‘중재에 의하여 해결되어야 한다(it shall

717) 토고, 카메룬, 튀니지, 코스타리카 등.
718) 한-영 BIT 제8조 제1항.
719) 한-미 FTA 제11.17조 제1항. 한-호주, 한-뉴질랜드, 한-콜롬비아 등 한-미 이후 체결된 FTA의 경우 대부분 이러한 문안을 취함.

be submitted)'와 같이 무조건적 동의규정이 아닌 투자유치국의 동의 의무를 규정하는 방식도 있으며, 이 경우에는 그 자체로 관할권이 생기는 것이 아니라 투자유치국의 서면동의가 필요한 것으로 보인다.[720] 또한, 한-인도네시아 BIT처럼 분쟁을 '중재에 의하여 해결할 수 있다(may)'를 사용하는 경우에는 동의규정이 아니라 국제중재신청을 위해 별도의 합의가 필요하다고 해석된다. 따라서 무조건적 동의규정을 두는 것이 분쟁의 억제가능성 및 명확성 측면에서 타당하다고 할 것이다.

한-미 FTA처럼 다음과 같이 기재하는 경우에는 무조건적 동의 규정이라고 보는 데 이견이 없으며, 동 협정에 따른 동의에 ICSID 협약 뿐만 아니라 뉴욕협약에 대한 동의를 포함한다는 점도 명백하기 때문에, 한-호주, 한-뉴질랜드, 한-베트남, 한-콜롬비아 등 한-미 이후 체결된 FTA는 이러한 형식으로 동의 조항을 규정하고 있다.

한-미 FTA 제11.17조 중재에 대한 각 당사국의 동의

1. 각 당사국은 이 협정에 따라 이 절에 따른 중재에 청구를 제기하는 것에 동의한다.
2. 제1항에 따른 동의와 이 절에 따른 청구의 중재 제기는 다음을 충족한다.
   가. 분쟁당사자의 서면 동의를 위한 국제투자분쟁해결센터협약 제2장(센터의 관할권)과 국제투자분쟁해결센터 추가절차규칙의 요건, 그리고
   나. 서면 합의를 위한 뉴욕협약 제2조의 요건

한-미 FTA Article 11.17 CONSENT OF EACH PARTY TO ARBITRATION

1. Each Party consents to the submission of a claim to arbitration under this Section in accordance with this Agreement.
2. The consent under paragraph 1 and the submission of a claim to arbitration under this Section shall satisfy the requirements of:
   (a) Chapter II (Jurisdiction of the Centre) of the ICSID Convention and the ICSID Additional Facility Rules for written consent of the parties to the dispute; and
   (b) Article II of the New York Convention for an "agreement in writing."

720) 김재훈, 앞의 논문 97면

(5) 협의 및 협상 의무

대부분의 투자협정은 ISDS 제기 전 투자자와 투자유치국이 협의 및 협상(consultation and negotiation)을 거치도록 규정하고 있다. 대표적인 우리 기 체결 투자협정인 한-미 FTA는 제11.15조에서 "투자분쟁이 발생하는 경우, 청구인 및 피청구국은 우선 협의 및 협상을 통하여 분쟁을 해결하도록 노력하여야 할 것이며, 이는 비구속적인 제3자 절차의 이용을 포함할 수 있다"고 규정하고 있는데 이 경우에는 협의 및 협상을 통해 분쟁을 해결하도록 '노력'할 것을 요구하고 있으므로, 협의 및 협상이 강행규정이라고 보기는 어렵다. 그러나 일부 FTA 및 BIT의 경우 6개월 내지 12개월의 기간을 명시하여 ISDS 제기 전 분쟁당사자들간 협의 및 협상을 거치도록 규정하고 있기도 하다.

협의 및 협상 의무 관련 중재판정례는 일관된 입장을 보이고 있지는 않으나, 주로 해당 사건 BIT가 동 의무를 규정하고 있는 방식에 따라 판단이 달라지는 것으로 보인다. *SGS v. Pakistan* 사건의 경우, 중재판정부는 파키스탄-스위스 BIT에서 규정하고 있는 12개월의 협의 기간이 관할권 성립의 전제조건이 아니라고 판단하였으나,[721] *Enron v. Argentina* 사건의 중재판정부는 아르헨티나-미국 BIT가 6개월의 사전 협의 기간을 관할권 성립 요건으로 구체적으로 언급하고 있으므로 동 의무를 준수하지 못할 경우 관할권이 성립하지 않는다고 판단한 바 있다.[722]

721) *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objection to the Jurisdiction (2003. 8. 6.) (파키스탄-스위스 BIT).

722) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction (2004. 1. 14.) (아르헨티나-미국 BIT).

〈 *Alps Finance v. Slovakia* [723] 〉

○ **사안개요**

- 스위스 국적의 신청인은 채권 구입을 위해 슬로바키아 민간회사와 계약을 체결하였으나, 슬로바키아 지방법원에 의해 채권 집행이 어렵게 되자 피청구국이 자신의 투자를 보호하지 않았다고 주장하며 중재 제기
- 피청구국은 본 건 BIT는 분쟁을 중재에 회부하기 전에 관련 당사자들 간 협의할 것을 요청하고 있으나, 청구인과 어떠한 협의도 이루어지지 않았으며 심지어 중재의향서도 수령하지 못하였으므로 중재 회부를 위한 선결 조건이 충족되지 못하였으므로 중재판정부에게 관할권이 없다고 주장

○ **판정취지**

- 중재판정부는 청구인의 분쟁 발생 고지 및 중재 제기 전 협의 제안이 일정한 형식을 결여하고 있으나, 그 결함이 피청구국의 중재관할권 동의를 무력화시킬 정도의 결함은 아니라고 보아 청구인은 BIT상의 '협의 및 협상 의무'를 준수하였다고 판단

〈 *Murphy v. Ecuador* [724] 〉

○ **사안개요**

- 피청구국 정부와 Ecuadorian Amazon 지역의 탄화수소 탐사·개발 용역계약을 체결한 컨소시움의 지분을 10% 소유한 미국 국적의 신청인은 컨소시움 주관사와 에콰도르 정부가 동 용역계약을 지분소유자인 신청인의 동의 없이 변경하여 많은 투자손실을 입게 되자 투자유치국인 에콰도르를 상대로 중재 제기
- 피청구국은 본 사건 BIT가 분쟁발생 시 당사자들이 중재 신청 전 6개월 동안 협의 또는 협상을 통해 분쟁을 우호적으로 해결하도록 규정하고 있으나, 청구인은 그러한 협상노력을 하지 않았으므로, 관할권이 성립하지 않는다고 주장

○ **판정취지**

- 중재판정부는 신청인이 컨소시움 주관사와 피청구국 간의 협상이 곧 본 사건 BIT에서 요구하고 있는 협상에 해당한다고 주장했으나, 그 협상은 에콰도르-스페인 BIT에 기한 것으로 본 건과 무관하다고 판단하여 사전협상 의무를 이행하지 않은 신청인의 청구를 기각

---

723) *Alps Finance and Trade AG v. The Slovak Republic,* UNCITRAL, Award (2011. 3. 5.) (슬로바키아-스위스 BIT).

다. 냉각기간

(1) 개관

대부분의 투자협정은 분쟁 발생 시 정식 분쟁해결 절차로 진행되기 전에 당사자들이 분쟁을 원만하게 해결하도록 유도하는 장치를 마련하고 있다.[725] 그 중에 하나는 냉각기간(waiting period 또는 "cooling-off" period)이다. 이는 분쟁 발생 후 일정 기간이 도과해야만 중재를 제기할 수 있도록 하는 장치이며, 당사자들이 중재를 제기하기 전 마지막으로 숙고할 기회를 부여한다.[726] 이 기간은 일반적으로 6개월(NAFTA)이지만, 3개월(에너지헌장조약, ECT)이나 12개월(레바논-슬로바키아 BIT)로 규정하는 협정도 있다. 한편, 규정된 기간이 도과하기만 하면 중재를 제기할 수 있는지, 아니면 그 기간 동안 당사자들이 분쟁해결을 위한 협상을 시도해야 하는지[727] 여부는 개별 투자협정에 따라 다르게 규정되어 있다.

우리나라의 기 체결 투자협정의 경우 대부분 냉각기간을 6개월[728]로 규정한다. 다만, 미국 모델 BIT[729] 및 우리나라의 일부 기 체결 FTA 투자 장[730]

---

724) *Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador,* PCA Case No. 2012-16 (formerly AA 434), Partial Award on Jurisdiction (2013. 11. 13.) (에콰도르-미국 BIT).

725) Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (2015), p. 406.

726) UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement: A Sequel* (2014), p. 55.

727) 예를 들어, 에티오피아-스페인 BIT는 "the parties concerned shall endeavor to settle their disputes amicably through negotiations"라고 규정하여 투자자와 당사국 간의 협상 의무를 강조하고 있다.

728) 예를 들어, 한-네덜란드 BIT, 한-그리스 BIT 등은 "우호적인 해결을 요청한 날로부터 6개월 이내에 분쟁이 해결되지 않은 경우" 중재를 제기할 수 있다고 규정한다.

729) Article 24: Submission of a Claim to Arbitration

2. At least 90 days before submitting any claim to arbitration under this Section, a claimant shall deliver to the respondent a written notice of its intention to submit the claim to arbitration ("notice of intent")...
3. Provided that six months have elapsed since the events giving rise to the claim, a claimant may submit a claim referred to in paragraph 1...

730) 한-미 FTA, 한-칠레 FTA, 한-베트남 FTA 등은 미국 모델 BIT의 요건을 따르고 있으며, 한-콜롬비아 FTA처럼 일부 수정한 사례도 존재한다(분쟁 통보일로부터 8개월, 중재의향서 접수일로부터 90일). 반면, 한-페루 FTA는 협상을 요청한 때로부터 6개월이 지났으면 족하다고 규정한다.

은, 분쟁해결 절차에서 중재제기는 중재의향서(Notice of Intent)를 제출한 날로부터 90일이 경과해야 한다고 규정함과 동시에 청구의 원인이 되는 사실이 발생한 날로부터 6개월이 지나야 중재를 제기할 수 있다고 규정하고 있다.

냉각기간 준수가 관할요건인지에 관해서는 중재판정부에 따라 의견이 갈리고 있다. 일부 중재판정부는 냉각기간 준수를 관할요건으로 보고 이를 준수하지 않은 청구를 관할권 부존재를 이유로 기각[731]한 반면, 이를 형식적으로 판단하는 것은 투자자에게 부당하다는 이유로 냉각기간이 준수되지 않은 경우에도 본안을 심리한 판정부[732]도 있다.

(2) 중재판정례

〈 *Impregilo S.p.A. v. Argentina* [733] 〉

○ 사실관계

- 이탈리아 국적의 청구인은 자신이 대주주인 아르헨티나 회사와 부에노스아이레스주 정부 간의 수도 및 폐수처리 서비스 양허 계약을 체결하였는데, 위 계약에 따른 사용료 인상 협상 요구에 주 정부가 협조하지 않고 부당하게 양허 계약이 종료되었다는 이유로 중재 제기
- 피청구국은 청구인이 국제 중재 제기 전 18개월간 국내 분쟁해결 절차를 따를 요건을 준수하지 않았으므로 중재판정부에게 관할이 없다고 주장

○ 판정취지

- BIT 제8조 제2항 및 제3항을 조화롭게 해석하면, 청구인이 피청구국의 국내 분쟁해결 절차를 18개월 이상 진행했어야 비로소 중재판정부에게 관할이 발생
- 그러나 청구인은 BIT의 MFN 조항을 통해 국내 분쟁해결 절차 진행 요건이 없는 아르헨티나-미국 BIT의 분쟁해결 절차를 원용할 수 있으므로, 결국 판정부는 이 사건에 대한 관할이 있다고 판시

731) *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic, Murphy Exploration and Production Company International v. Ecuador, Burlington Resources v. Ecuador.*
732) *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, Bayindir v. Pakistan.*
733) *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/17, Award (2011. 6. 21.) (아르헨티나-이탈리아 BIT).

〈 *Murphy v. Ecuador* [734] 〉

○ **사실관계**

- 미국 국적의 청구인은 자회사를 통해 컨소시엄에 참가하였고, 위 컨소시엄은 피청구국과 탄화수소 탐사 및 개발 용역계약을 체결하였는데, 피청구국이 석유 판매 수익의 50%(향후 99%로 인상)를 피청구국에 납부하도록 요구하는 법을 제정하자 손해를 입었다고 주장하며 중재 제기
- 피청구국은 청구인이 BIT상 요구되는 6개월의 협상 및 조정 기간이 도과하지 않았으므로 관할이 없다고 주장하였고, 청구인은 컨소시엄의 다른 회사와 피청국 간의 협상에 간접적으로 참가하였으므로 위 요건이 충족되었다고 주장

○ **판정취지**

- 판정부는 BIT에 규정된 협상 및 조정은 요식 행위가 아니고 판정부의 관할 발생을 위한 요건이라고 전제
- 다수의견은 다른 회사와 피청구국 간의 협상은 스페인-에콰도르 BIT상 중재 제기를 전제로 진행되었고, 위 협상은 컨소시엄 구성원들을 위해 진행된 것이지 청구인처럼 구성원의 모회사를 위한 것은 아니었으므로 협상 및 조정 기간이 진행되었다고 보기 어렵다고 판시
- 소수의견은 협상 및 조정이 요식 행위가 아니라는 점에 동의하면서도, 컨소시엄의 다른 회사를 통해 협상이 진행되었으므로 관할이 있다고 판단

734) *Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador,* PCA Case No. 2012-16 (formerly AA 434), Partial Award on Jurisdiction (2013. 11. 13.) (에콰도르-미국 BIT).

〈 *TSA v. Argentina* [735] 〉

○ **사실관계**

- 청구인은 피청구국의 라디오주파수 운용, 관리 및 제어 사업에 입찰하여 양허 계약을 체결하였는데, 그 후 피청구국이 청구인의 계약 위반을 이유로 계약을 해제하고 청구인의 협상 요청에 응하지 않으며 부패 혐의로 청구인의 직원들을 기소하자 청구인은 중재 제기
- 피청구국은 청구인이 계약 해제 결정을 받은 지 15개월만에 중재를 제기하였으므로 BIT에 규정된 18개월 경과 요건이 충족되지 않았다고 주장

○ **판정취지**

- 청구인은 피청구국의 해제 결정에 대해 행정적 불복절차만 진행하고 사법절차는 개시하지 않은 상태에서 중재를 제기하여 BIT상 국내 분쟁해결 절차가 종결되거나 개시된 지 18개월이 경과하도록 하는 요건이 충족되지는 않았다고 판단
- 그러나 청구인이 사법절차를 개시하였더라도 18개월 안에 종결되기는 어려웠을 것으로 보이고, 본 중재 청구의 관할이 없다고 보더라도 청구인은 새로이 중재를 제기할 수 있으므로 형식적으로 위 요건을 판단하는 것은 부당하다고 보고 관할이 인정된다고 판시

〈 *Bayindir v. Pakistan* [736] 〉

○ **사실관계**

- 청구인은 피청구국의 기관과 고속도로 건설 계약을 체결하였는데, 8년간 계속해서 공사가 지연되자 피청구국은 위 계약을 해제하고 군을 동원하여 건설 현장을 장악한 후 국내 건설사에 이전하였고, 청구인은 이를 이유로 중재 제기
- 피청구국은 청구인이 분쟁에 관한 통지를 하거나 협상을 시도하지 않았다며, 6개월간 이러한 절차의 진행을 요구하는 BIT상 판정부의 관할이 없다고 주장

○ **판정취지**

- BIT는 분쟁이 6개월 안에 “해결되지 않으면(are not settled)”이 아니라 “해결될 수 없으면(cannot be settled)”라고 규정하고 있고, 청구인이 중재의향서를 피청구국에게 발송한 후에 피청구국이 협상을 시도하지 않은 점에 비추어 분쟁이 6개월 안에 해결될 수 있었다고 보기 어려우며, 관할이 없다고 판단하면 청구인은 다시 중재를 제기할 수 있으므로 형식적인 이유로 관할을 부정할 실익이 없다고 보고 관할이 있다고 판시

---

735) *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/05/5, Award (2008. 12. 19.)(아르헨티나-네덜란드 BIT).

736) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*,

라. 제척기간

(1) 개관

일부 투자협정은 청구인이 투자협정 위반 사실 및 이로 인한 자신의 손해를 안 날로부터 일정 기간 안에 중재를 제기하도록 규정한다. 예를 들어, 한-미 FTA, NAFTA, 한-칠레 FTA, 한-싱가포르 FTA는 3년, 한-EFTA FTA는 5년으로 제척기간을 규정한다. 이러한 장치를 둔 취지는, 투자자가 무기한 중재 제기를 연기함으로써 투자유치국을 계속해서 법률적 불안 상태에 두는 것을 막고자 함이다.

제척기간이 도과한 청구는 관할 부존재를 이유로 기각되고, 제척기간의 정지나 연장 등이 가능한지 여부는 개별 투자협정 문언에 따라 결정된다.[737]

(2) 중재판정례

〈 *Bayview v. Mexico* [738] 〉

○ 사실관계

- 미국 국적의 청구인들은 리오그란데 강과 지류들을 수원으로 사용할 권한이 있는데, 멕시코가 강물을 멕시코 농민들이 사용토록 강물을 저장하고 강줄기를 바꾸어 손해를 입었다고 주장하며 중재를 제기
- 피청구국은 NAFTA상 3년의 제척기간이 도과하였으므로 관할이 없다고 주장

○ 판정취지

- 판정부는 제척기간에 관한 언급을 하지 않고 청구인들의 투자가 피청구국 내에서 이루어졌다는 점이 입증되지 않았다는 이유로 관할이 없다고 판시

ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (2005. 11. 14.)(파키스탄-터키 BIT).

737) *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (2002. 12. 16.)(NAFTA).

738) *Bayview Irrigation District et al. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/1, Award (2007. 6. 19.)(NAFTA).

〈 *Feldman v. Mexico* [739] 〉

○ 사실관계

- 미국 국적의 청구인은 피청구국에 설립된 회사의 소유자로서 피청구국에서 생산된 담배를 미국으로 수출하는 사업을 영위하였는데, 멕시코 정부가 담배 수출에 대해 환급해 주던 세금을 더 이상 환급해 주지 않자 중재를 제기
- 피청구국이 NAFTA상 제척기간 3년이 도과하였다고 주장하자, 청구인은 피청구국 공무원들로부터 세금 환급에 관한 구두 약속을 받았으므로 제척기간의 진행이 정지되었다고 주장

○ 판정취지

- 판정부는 NAFTA 규정상 제척기간의 정지나 연장에 관한 언급이 없고, 다만 피청구국이 승인에 준하는 행위를 할 경우 제척기간의 정지가 인정될 수 있을 것이나 이는 피청구국 기관들이 통일적이고 지속적으로 이를 인지할 경우에만 허용되고, 본 사안에서 공무원들이 한 구두 약속은 이러한 사정으로 볼 수 없으므로 제척기간이 정지되었다고 볼 수 없다고 판단

〈 *UPS v. Canada* [740] 〉

○ 사실관계

- 미국 국적의 청구인은 피청구국 안에서 우편 서비스를 제공하는데, 피청구국이 산하 기관인 Canada Post에게 신속한 세관 통과 및 보조금 등을 지원함으로 인해 차별을 받았다고 주장하며 중재 제기
- 피청구국은 청구인이 문제 삼는 조치들은 중재가 제기되기 3년 전부터 존재하였으므로 제척기간이 도과하여 관할이 없다고 주장

○ 판정취지

- 판정부는 협정 위반 행위가 계속되는 한 제척기간은 진행하지 않으므로 피청구국의 계속되는 조치에 대해 중재 제기가 가능하다는 청구인의 주장을 받아들였으나, 손해 산정 시 중재 제기일로부터 3년 안의 손해만 청구할 수 있다고 판시

---

739) *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (2002. 12. 16.)(NAFTA).

740) *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award on the Merits (2007. 5. 24.)(NAFTA).

〈 *Pac Rim v. El Salvador* [741] 〉

○ **사실관계**

- 당초 케이맨 제도에 설립되었으나 미국으로 이전하여 미국 국적인 청구인은 피청구국에 자회사를 설립한 후 금광 개발을 위한 광업허가 신청을 하였으나, 피청구국이 서류 미비를 이유로 허가를 거부하자 CAFTA 및 피청구국의 국내 투자법 위반을 이유로 중재 청구
- 피청구국은 제척기간이 도과하였다는 이유로 관할이 없음을 주장

○ **판정취지**

- 판정부는 분쟁의 발생 시기가 피청구국의 주장 시기보다 4년 후라고 판단한 후, 피청구국의 제척기간 주장은 별도로 판단할 필요가 없다고 판시

〈 *Ansung Housing v. China* [742] 〉

○ **사실관계**

- 대한민국 국적의 청구인은 피청구국의 지방 정부와 골프장 건설에 관한 투자 협약을 맺었는데, 지방 정부가 토지 사용에 관한 당초 협약 내용에서 이탈하자 청구인은 위 사업을 매각하고 피청구국에 대한 중재 제기
- 피청구국은 청구인이 손해 발생 사실을 처음 안 날로부터 3년이 경과하였으므로 제척기간이 도과하였다고 주장

○ **판정취지**

- 판정부는 중재제기서를 ICSID에 제출한 날로부터 3년 이상의 시간이 지났으므로 제척기간이 도과하였다고 판단하였고, MFN 조항을 통해 다른 BIT의 제척기간을 원용하는 것도 불가하다고 판시

741) *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections (2012. 6. 1.)(CAFTA).

742) *Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25, Award (2017. 3. 9.)(한-중 BIT).

마. 국내구제절차와 국제중재절차

(1) 국제법상 국내구제절차 완료의 원칙

'국내구제절차 완료(exhaustion of local remedies)의 원칙'이란 국가가 타 국가로 인하여 피해를 입은 자신의 국민을 위하여 국제법상 외교적 보호권을 행사하기 이전에 그 국민이 타 국가의 국내구제절차를 모두 완료할 것을 요구하는 원칙이다. 외교적 보호권이 국제소송의 형태로 이루어지는 경우에 국제구제절차 소진의 원칙은 본안 전 항변단계에서 다루어지는 소송의 적법요건 중 하나이며, 구체적으로는 청구적격(admissibility)의 요건에 해당한다. 국내구제절차의 완료에 대한 요구는 주권평등의 원칙에 따라 타 국가의 주권을 존중하는 차원에서 타 국가가 국내적 수단을 통해 스스로 문제를 시정할 수 있는 기회를 제공한다는 취지에서 인정되는 것이다.[743]

(가) 국내구제절차

국내구제절차 완료의 원칙에서 요구되는 '국내구제절차'란, 국내법적으로 인정되는 사법(司法)적 혹은 행정적 구제절차를 의미한다.[744] 사법적 구제절차는 효과적이고 충분한 구제가능성을 제공하는 법원과 행정법원 기타 특별법원을 망라한 사법기관의 재판을 의미한다고 이해할 수 있다.

동 원칙상 요구되는 행정적 구제절차란 "기속적 결정(binding decision)"을 구할 수 있는 종류의 행정절차만을 의미한다.[745] 따라서 단순히 침익적 처분을 직권취소하여달라는 취지로 직권의 행사를 촉구하거나 시혜적 조치를 구하는 것, 옴부즈만(ombudsman)과 같은 기속력이 없는 절차들은 달리 기속적 구제절차의 필수적 전치요건으로 규정되어 있지 않는 한 국내구제절차에 해당하지 않는다.[746]

---

743) ILC, Commentaries to the Draft Articles on Diplomatic Protection, p. 72, para. 1.
744) Draft Articles on Diplomatic Protection, 제14조 제2항.
745) ILC, Commentaries to the Draft Articles on Diplomatic Protection, p. 72, para. 5.
746) ILC, Commentaries to the Draft Articles on Diplomatic Protection, p. 72, para. 5.

(나) 국내구제절차의 완료

국내구제절차는 완료(exhaust) 되어야 한다. 이는 국내법상 기속적 구제의 가능성이 있는 모든 절차를 소진하여야 한다는 것으로, 사법적 구제절차의 경우에는 국내법상 인정되는 모든 상소절차를 다 거칠 것이 요구된다. 상소가 원칙적으로 허용되지 않지만 직권 혹은 심사를 통해 예외적으로 상소가 허용될 수 있는 경우에도 상소의 허용을 구하는 것이 필요하다.[747]

이러한 구제절차에서는 외교적 보호를 위한 국제재판 절차 등에서 제기될 청구의 기본적·핵심적 사항이 소송의 대상이 되었어야 한다. ICJ는 ELSI 사건에서 이 요건에 대해 "국제적 청구가 청구적격을 지니기 위해서는 그 청구의 요지(essence)가 자격 있는 국내법원 등에 제기되어 국내법이 허용하는 한도까지 상소되었을 것, 그리고 종국적으로 구제에 실패하였을 것이 요구된다"라고 판시한 바 있다.[748]

다만, 국내구제절차는 합리적으로 접근가능한 구제절차가 없는 경우, 구제절차를 통한 합리적 구제가능성이 존재하지 않는 경우, 국가에 귀속 가능한 사법거부 등이 있는 경우, 가해국이 국내구제절차 완료의 요건을 포기(waive)한 경우 등에는 구제절차를 완료할 필요가 없다.[749]

(2) 국제투자중재에서의 국내구제절차 완료

(가) 국제투자중재에서의 국내구제절차 완료 원칙의 지위

앞서 서술한 바와 같이 일반 국제법상 개인의 피해에 대한 국제법적 청구를 위해서는 국내적 구제절차의 완료가 요구된다는 것이 원칙이라고 할 것이다. 그러나 국제투자중재에서는 국제공법상 외교적 보호권이 행사되는 경우와 달리 국내구제절차 완료의 원칙이 ISDS 청구의 적법요건으로써 필수적으로 적용되고 있는 것은 아니라고 할 것이다. 오히려 국내구제절차와 관련된 요건은 각 국

747) ILC, Commentaries to the Draft Articles on Diplomatic Protection, p. 71, para. 4.
748) *Case Concerning Elettronica Sicula SpA* (ELSI), 1989 ICJ Rep 15, para. 59.
749) Draft Articles on Diplomatic Protection, 제15조.

가들의 분쟁해결을 위한 국제중재절차에의 동의의 내용과 방식에 따라 다양한 형태로 변형되어 적용되거나, 혹은 적용되지 않고 있다. UN 국제법위원회의 2006년의 외교적 보호권에 관한 초안 제17조에서도 "투자 보호에 관한 협정의 규정과 같은 국제법의 특별법과 상이한 범위 내에서는 본 초안이 적용되지 않는다"고 규정하여 이러한 경향을 반영하고 있으며,[750] 이는 동시에 국내구제절차 완료의 원칙이 당사자들의 합의에 따라 얼마든지 배제될 수 있음을 밝힌 ICJ의 *Elettronica Sicula SpA* 사건 판시와도 일맥상통한다.[751]

따라서 국제투자중재에서의 국내구제절차 완료와 관련된 요건의 적용여부는 국가들의 중재절차에 대한 동의의 내용에 의한다고 보는 것이 가장 정확할 것이다. 국제중재절차에의 동의에 있어 국내구제절차의 요건이 현출되는 방식은 개별적인 국제투자협정에 규정되는 방식 및 구체적인 중재규정에 따르는 방식 등 여러 가지가 있다.

(나) 국제투자협정에 규정된 국내구제절차

국제투자협정들의 경우 대체로 국내구제절차 완료의 원칙에 대해 직접적으로 규정을 하지 않는 방식을 취하고 있는 것으로 보인다.[752] 그러나 여전히 적지 않은 국제투자협정들은 명시적으로 국내구제절차 완료 요건을 포기하거나, 명시적으로 요구하거나, 혹은 기타 방식을 규정하는 등 국내구제절차와 관련된 다양한 의사표시를 하고 있다. 최근의 BIT들이 국내구제절차와 관련하여 취하고 있는 다양한 규정 방식의 예시는 다음과 같다.

첫째는 분쟁해결 방식으로 국제중재를 선택함에 있어 국내구제절차의 완료를 요구하지 않는 방식으로, 오스트리아-UAE BIT(2001)가 대표적인 예이다. 이러한 방식은 분쟁의 소지를 막기 위하여 국내구제절차의 완료를 요구하지 않겠다는 점을 명시적으로 규정한다. 이와 같은 국내구제절차 완료에 대한 포기에는 일괄적인 포기방식 뿐만 아니라 특정한 중재기관·절차를 선택한 경우에

750) ILC, Draft Articles on Diplomatic Protection (2006), art. 17.
751) *Case Concerning Elettronica Sicula SpA* (*ELSI*) (US v. Italy), 1989 ICJ 15, at 42.
752) UNCTAD, Trends in Investment Rulemaking (2007), pp.108-109; Christopher Schreuer *et. al.*(eds.), *The ICSID Convention: a Commentary* (2nd ed), CUP (2009), p. 405.

한정하여 명시적인 포기의사를 표시하는 하는 방식도 포함된다. 예컨대 캄보디아-크로아티아 BIT(2001년)에서는 중재를 통한 분쟁해결 방식으로 투자자가 ICSID, UNCITRAL, ICC의 각 규칙에 의한 중재방식을 선택할 수 있게 하였는데, ICSID가 선택된 경우에만 국내구제절차 완료가 요구되지 않는 것으로 규정되어 있다.[753]

둘째는 국내 법원이나 행정심판·재판 기관 등에 분쟁사건이 일정한 기간 이상동안 계속된 후에야 비로소 국제중재를 제기할 수 있도록 하는 방식이다. "First domestic remedy"라고도 칭해지는 이 방식은 국내적 구제절차상으로 계속된 사건이 확정되지 않고 계류 중이더라도 규정된 기간이 지나기만 하면 중제를 제기할 수 있도록 규정하고 있으며, 개별 BIT에 따라 요구 기간은 3개월에서 2년까지 다양하게 규정되어 있다.[754] 아르헨티나-스페인 BIT나 아르헨티나-독일 BIT, 벨기에-룩셈부르크의 다양한 BIT들이 이 방식을 취하고 있다. *Maffezini v. Spain, Siemens v. Argentina, Gas Nautral v. Argentina* 등의 중재판정부에서는 이러한 방식의 요건은 국제법상 국내구제절차 완료의 원칙의 적용에 해당하지 않음을 밝힌 바 있다.[755]

셋째는 국제구제절차의 완전한 완료를 요구하는 것이 아니라 특정 국내 구제절차만을 완료할 것을 요구하는 방식이다. 예컨대 한-중 BIT(2007)과 같이 중국이 체결하는 다수의 BIT들은 각 당사국의 국내법규에 따라 중재 제기에 앞서 국내행정검토절차(domestic administrative review)를 필수적으로 거칠 것을 요구할 수 있음을 규정하고 있다.[756] 또한 콜롬비아-북중미 FTA(온두라스, 과테말라, 엘살바도르), 콜롬비아-스위스 BIT, 콜롬비아-스페인 BIT에서는 비사법적 구제절차 소진만을 요구하고 있다. 단, 한-중 BIT와 같은 경우에는 이러한 국내행정검토절차가 4개월을 초과할 수 없으며, 4개월을 초과하는 경우 완료된 것으로 간주하는 내용이 포함되어 있어 앞서 살펴본 둘째 유형과의 유

753) 캄보디아-크로아티아 BIT (2001), 제10조 제2항. 단, 이는 ICSID 협약 제26조의 내용을 고려한 확인적 규정으로도 이해할 수 있을 것이다.
754) UNCTAD, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, United Nations(1998), p.93.
755) *Maffezini v. Spain*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/7, para.28; *Siemens v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/8, para.104; *Gas Natural v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/10, para.30.
756) 한-중 BIT(2007), 제9조 제3항.

사성 또한 지니고 있다고 할 수 있다. 이는 비사법적 구제절차가 무제한적으로 확장되는 것을 방지하기 위한 안전장치라고 할 수 있다.

물론 넷째로, 명시적으로 국내 구제절차의 완료를 요구하는 방식도 존재하며, 가나와 루마니아 간의 BIT와 같은 루마니아의 구 투자협정들이 대체로 이러한 방식을 취하고 있다.[757]

(다) 중재규정과 국내구제절차

이와 별개로 구체적인 중재규정에서 국내구제절차의 요구에 대해 규정하는 경우도 있다. 대개의 국제투자협정들은 투자자가 해당 협약에서 규정하고 있는 다양한 중재규정 내지 중재기관을 선택하여 중재를 제기할 수 있도록 하고 있다. 특정 중재규정에서 국내구제절차와 관련된 규정을 두고 있는 경우라면 이와 같은 투자협정들의 경우 투자협정 자체에서 국내구제절차의 완료와 관련된 내용을 규정하고 있지 않더라도 문제되지 않을 것이다.

예컨대 ICSID 협약 제26조 제2문에서는 "당사국은 동 협약에 따른 중재에 대한 동의의 요건으로 국내적 행정적 내지 사법적 구제절차의 완료를 요구할 수 있다"고 규정하고 있다.[758] 동 조항은 구조적으로 일반 국제법상의 원칙적인 국내적 구제절차 완료의 요건을 반전시키고 있다. 즉, *Generation Ukraine v. Ukraine* 사건의 중재판정부가 명확히 판시하였듯이, ICSID 협약에 따른 중재에 동의하는 경우에는 반대로 국내적 구제절차의 완료에 대한 포기가 원칙이 되며, 예외적으로 협약 당사국이 국내적 구제절차의 완료를 요구할 수 있는 가능성을 유보하고 있는 것이다.[759] 이러한 예외적인 국내적 구제절차 완료의 요구에 대한 유보는 개별적 국제투자협약 뿐만 아니라 동 협약 제25조 제4항에 따른 ICSID에 대한 통보로써 할 수 있는 것으로 해석되고 있다. 다만, 이러한 예외적 통보의 사례는 극히 드물다. 코스타리카는 1993년의 통지로 국내적 구제절차의 완료를 ICSID 중재에 대한 사전요건으로 선언하였으며, 과테말라는 2003년의

757) 가나-루마니아 BIT(1989), 제4조 제3항.
758) ICSID Convention, art.26.
759) *Generation Ukraine v. Ukraine*, Award, ICSID Case No. ARB/00/9, paras.13.4-13.5.

통지로 행정적 구제절차에 한해 완료할 것을 사전요건으로 선언하였고, 이스라엘은 1983년의 통지를 통해 국내 구제절차의 완료를 요구하였으나 1993년에 이를 철회하였다.[760]

ICSID 협약의 동 규정의 존재로 인하여 ICSID 협약에 따른 중재방식만을 분쟁해결의 유일한 절차로 규정하고 있는 국제투자협정들은 명시적인 별도의 규정 없이도 국내적 구제절차의 완료 요구를 포기한 것으로 볼 수 있다. 또한 ICSID를 포함한 다양한 중재규정의 선택 가능성을 규정하고 있는 투자협정들은 앞서 본 캄보디아-크로아티아 BIT와 같이 확인적인 규정을 포함하고 있지 않다고 하더라도 적어도 투자자의 ICSID 협약에 따른 중재선택을 조건부로 국내구제절차 완료 요건을 포기한 것으로 볼 수 있을 것이다.

(라) 기타

이외에도 투자분쟁에 대한 중재절차 회부에의 다른 동의 방식을 통해서도 국내구제절차 완료에 대한 요건을 규정할 수 있다. 예컨대, *Lanco v. Argentina* 사건에서 문제되었던 바와 같이 투자자와 투자 유치국 간에 체결된 투자계약서의 분쟁해결 조항을 통해서도 이를 규정할 수 있다.[761] 국내구제절차의 완료를 규정한 투자계약 조항의 전형적인 모습을 1993 ICSID Model Clause 제13조에서 보여주고 있다.[762]

760) ICSID Doc. ICSID/8-D; Christopher Schreuer et. al. eds, *The ICSID Convention: a Commentary* (2nd ed), CUP (2009), pp.404-405.

761) *Lanco v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/97/6, para.39.

762) ICSID Model Clauses (1993), clause. 13, 4 ICSID Rep 365: Before either party hereto institutes an arbitration proceeding under the Convention with respect to a particular dispute, that party must have taken all steps necessary to exhaust the following administrative and judicial remedies available under the laws of the Host State with respect to the dispute [list of required remedies], unless the other party hereto waives that requirement in writing.

〈 *Winterhsall v. Argentina* [763] 〉

○ 사안개요

- 청구인 독일기업 Wintershall Aktiengesellschaft는 피청구인 아르헨티나가 금융위기 기간 동안 한 일련의 조치들의 위법성을 주장
- 청구인과 피청구인간의 관계에 적용되는 독일-아르헨티나 BIT에서는 먼저 국내법원에서 구제를 시도한 후 18개월이 지나야 국제중재의 제기가 가능하다는 제한이 존재하였으나, 청구인은 이 제한을 지키지 않고 중재를 제기
- 청구인은 독일-아르헨티나 BIT상의 MFN 조항을 통하여 이러한 제한이 없는 미국-아르헨티나 BIT의 분쟁해결 조항을 원용하여 중재제기의 적법성을 주장

○ 판정취지

- 중재판정부는 달리 명시적인 규정이 존재하지 않는 한 MFN 조항의 적용을 타 BIT의 분쟁해결절차에 관한 규정에까지 확대할 수 없다고 판시
- 이에 중재판정부는 청구인이 독일-아르헨티나 BIT상의 국내구제 절차에 관한 요건을 충족하지 못하였다는 이유로 청구인의 청구를 각하

(3) 국내 구제절차와 국제중재 선택 방식

투자자가 투자 유치국에 대하여 국제투자협정의 위반을 주장하며 투자 유치국의 행위를 다투거나 손해배상을 구하는 방식에는 국제중재를 통한 투자자-국가 분쟁해결절차만이 존재하는 것은 아니다. 오히려 가장 기본적인 구제방식으로는 투자 유치국의 국내법원 등의 국내 구제절차를 활용하는 방식을 생각해볼 수 있을 것이다. 그러나 동일한 청구가 투자 유치국의 국내법원 등과 국제중재 절차에 중복하여 제기되는 중복 제소 상황이나, 한 가지 절차에서 구제에 실패한 후에 다른 절차를 통해 다시 구제를 꾀하는 것을 피할 필요성이 있다. 그렇기 때문에 상당수의 국제투자협정에는 국내 구제절차와 국제 중재 간의 선택방식이 규정되어 있다.

이러한 절차 간 선택을 규정하는 조항들은 구체적이고 개별적인 분쟁에 있어 분쟁해결방식의 통일성 및 배타성의 추구라는 목적과 기능을 가지고 있는 것이기 때문에 투자중재라는 특정 분쟁해결방식 전반에 걸쳐 국내구제절차의 이행

763) *Wintershal Aktiengesellschaft v. The Argentine Republic*, ICSID Case NO. ARB/04/14.

을 요구할지 여부, 그리고 요구한다면 어느 정도까지 요구할지의 문제와는 개념적으로 구분되는 것이다. 그러나 분쟁해결절차의 선택과 국내구제절차 완료의 원칙 모두 선결적 항변 단계에서 소의 적법성을 논하는 중재판정부의 관할에 대한 동의의 존부, 혹은 청구적격의 문제로서의 성격을 지니고 있다는 점에서는 공통점을 지니고 있다고 할 것이다.

절차 간 선택을 규정한 조항들은 그 작동방식과 성격에 비추어 사실상 국내구제절차의 완료의 요구를 포기한 것을 전제로 하는 것으로 보인다. 이와 같은 취지로 NAFTA의 포기방식(Waiver) 조항인 제1121조의 해석이 문제되었던 *Feldman v. Mexico* 사건에서는 제1121조가 국내구제절차 완료에 관한 일반적 국제관습법으로부터의 결별(departure)을 의미하는 것이라고 판시한 바 있다.[764] 다만, *Loewen v. United States* 사건에서는 같은 NAFTA 제1121조의 해석과 관련하여 판정부가 상당히 모호한 태도를 취한바 있다.[765] 사안에서 문제된 절차법적 요건인 국내구제절차 완료의 원칙과 실체법적 개념으로서 사법거부라는 국제법 위반행위의 구성요건인 사법적 최종성(judicial finality: 사법거부가 성립하기 위해서는 사법부의 국제법적 위법행위가 최종심까지 거쳐 최종적으로 교정되지 않았을 것이 필요하다는 원칙)과의 관계에 대한 복잡한 고민 속에서 *Loewen* 판정부는 두 가지 개념이 어떤 면에서는 내용이 동일하다고 볼 수 있다고 판단하면서도, 최종적으로는 두 개념이 구분되는 것임을 인정한 것으로 보인다. 그리고 판정부는 "제1121조의 정확한 목적이 무엇인지는 알기 어려우나", 적어도 "사법(司法)행위로 인한 국제법의 위반행위의 성립과 관련하여 구제절차를 완료할 것을 요구하는 의무에 대한 포기를 의미하지는 않는다"라고 판시하였다. 여기서 판정부는 제1121조가 실체법적 개념인 사법적 최종성의 요건에 대한 포기로 해석될 수 없다는 부분은 명확히 하였으나, 절차법적 개념인 국내구제절차 완료의 원칙과의 관계에 대해서는 명확한 태도를 밝히지 않고 넘어갔다고 이해된다. 따라서 국내구제절차 완료의 원칙과 분쟁해결 절차 간 선택에 관한 규정들 간의 관계에 대해서는 상당한 주의가 요구된다고 할 것이다.

---

764) *Feldman v. Mexico,* ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award (2002. 12. 16.), paras. 71-73.
765) *Loewen Group Inc. et al. v. United States.*, ICSID Case No. ARB/AF/98/3, Award (2003. 6. 28.), paras. 142-164.

선택조항의 대표적인 방식으로 '포기방식("Waiver" approach)'과 '택일 방식("Fork-in-the-Road" approach)'이 있다.

(가) 포기방식 (Waiver)

'포기방식'은 분쟁을 국내법원에서 다투던 도중에도 확정판결이 나오기 이전이라면 이를 중단하고 국내절차 이용권을 명시적으로 포기하면서 국제중재청구를 제기할 수 있도록 허용하는 방식이다. 이는 국제중재 청구를 제기하기 이전에 국내법원에서 절차를 개시하거나 계속할 권리를 포기하는 것으로, 신청인은 국내소송 등의 개시 이전에 분쟁을 중재에 회부하거나, 국내 소송 계속 중에 그 소를 취하하고 국제중재절차를 개시할 수도 있으나, 해당 분쟁을 국재중재에 회부한 후에는 다시 국내법원에 제소하거나 소송의 계속을 구하는 것이 금지되는 것이다.

한-미FTA 제11장 본문은 제11.18조 제2항에서 '포기방식'을 원칙으로 정하고 있다. 그러나 제11장 부속서 제11-마에서는 대한민국이 피청구국일 경우에 한정하여 '택일 방식'에 따른다는 특칙을 규정하고 있다. 즉, 한-미 FTA는 미국이 피청구국일 경우에는 본문상의 '포기 방식'에 따라 국내절차가 이미 개시되어 진행 중이더라도 우리나라 투자자는 이를 포기하고 국내중재절차를 새로이 제기할 수 있으나, 한국이 피청구국일 경우에는 부속서상의 '택일 방식'에 따라 미국투자자는 분쟁 초기 단계에서 국내재판절차와 국제중재절차중 하나만을 택하여 협정위반을 주장할 수 있도록 한 것이다.

미국은 국제관습법을 자동적으로 미국법의 일부로 받아들이고 있으나, 조약에 대해서는 자기집행적 조약과 비자기집행적 조약을 구분하여 전자는 별도의 국내 이행입법 없이도 법원이 직접 적용할 수 있도록 하나, 후자는 이행입법이 있어야지만 집행이 가능하도록 하고 있다. 현재 미국의 FTA들은 이행입법을 거치는 비자기집행적 조약으로 이해되고 있는데,[766] 이 이행입법들을 통해 미-칠레 FTA, 한-미 FTA 등의 FTA의 경우 투자자는 미국 국내 법원에서 오로지 국내법의 위반사항만을 주장할 수 있을 뿐, 미국의 투자협정 위

766) FTA 교섭대표 브리핑(2011.12.12.), "한·미 FTA 사실은 이렇습니다: 미국법 한국법내 지위 및 불평등성 논쟁."

반 자체를 주장할 수 없게 되어 있다.[767] 이는 국내법과 국제법 간의 관계에 대한 이원론(dualism)적 접근을 바탕으로 한 것으로,[768] 한-미 FTA는 이러한 점을 반영하여 포기방식을 취하고 있는 것으로 보인다. 애초에 국내구제절차에서 국제법인 FTA의 위반에 대한 주장을 하는 것이 불가능한 환경 하에서는 이하에서 서술할 택일 방식(Fork-in-the-Road)은 사실상 무의미해질 것이기 때문이다. 유사한 법제를 지닌 캐나다도 마찬가지로 포기방식을 주로 채택하고 있다.[769]

〈 *Azurix v. Argentina* [770] 〉

○ **사안개요**

- 청구인 Azurix Corp는 피청구인 아르헨티나가 청구인과 체결한 양허계약을 해지하여 손실을 입었다며 미국-아르헨티나 BIT를 근거로 ICSID 중재를 신청
- 청구인과 피청구인간의 양허계약 상으로는 양허계약과 관련된 분쟁에 대한 재판관할은 아르헨티나의 지방법원에 있고 다른 구제수단을 포기한다는 취지가 기재되어 있으며, 청구인은 실제로 ICSID 중재제기에 앞서 아르헨티나의 지방법원에 먼저 제소하여 BIT상 포기조항에 따른 관할인정이 문제됨

○ **판정취지**

- 중재재판부는 국내법원의 배타적 관할권은 양허계약과 같은 계약상 분쟁에 대한 것이고, 중재재판의 대상은 BIT 위반에 대한 것이므로 서로 청구원인이 상이하다고 판단
- 따라서 이러한 경우 청구원인을 달리하는 양허계약상의 관할조항은 BIT 위반 청구를 다루는 국제중재재판부의 관할권에 영향을 미치지 못한다고 판시

---

767) 한-미 FTA 이행입법(PUBLIC LAW 112-41의 sec 102(c)는 "No person other than the United States-(1) shall have any cause of action or defense under the Agreement or by virtue of Congressional approval thereof; or (2) may challenge, in any action brought under any provision of law, any action or inaction by any department, agency, or other instrumentality of the United States, any State, or any political subdivision of a State on the ground that such action or inaction is inconsistent with the Agreement"라고 규정하고 있음.

768) FTA 교섭대표 브리핑(2011.12.12.), "한·미 FTA 사실은 이렇습니다: 미국법 한국법내 지위 및 불평등성 논쟁)

769) 캐나다 2003년 모델 FIPA 제26조.

770) *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case NO. ARB/01/12. Decision on Jurisdiction (2003. 12. 8.)(아르헨티나-미국 BIT).

〈 *CGC & SSGM v. El Salvador* [771] 〉

○ 사안개요

- 미국 국적의 청구인 CGC와 SSGM은 1968년부터 피청구인 엘살바도르에서 희귀금속을 채광해오다가 1987년부터 2006년까지 정식으로 인가와 환경허가권을 얻어 사업을 확장
- 2006년 피청구인이 청구인의 환경허가권을 취소하자 청구인들은 이 조치가 중미-도미니카 FTA에 위반된다며 ICSID 중재를 신청
- 중미-도미니카 FTA상 포기조항에서는 국제중재를 선택하기 위해서 "[국내]법원의 소송절차를 개시하거나 속행할 권리를 포기하겠다는 서면을 제출하여야 한다"고 규정하고 있는데, 청구인은 서면을 제출하였으나 국내법원의 소송절차는 중재 제기 후에도 일정 시간 계속되었던 상황이라 FTA 포기조항에 따른 관할인정이 문제됨

○ 판정취지

- 중재판정부는 포기의사를 담은 서면 제출의 형식적 요건 뿐만 아니라 실제로 국내 소송이 중재 제기 이전에 중지되었을 것을 내용으로 하는 실질적 요건도 필요하다고 판단
- 이에 중재판정부는 청구인이 중재제기 시점에 유효하게 국내소송을 포기하지 않았고, 그 소송의 내용이 본질적으로 국제중재와 당사자 및 청구원인이 동일하다고 보아 포기조항이 준수되지 않았다고 판단, 청구를 각하

나) 택일방식 (Fork-in-the-Road)

'택일 방식'은 분쟁해결절차의 최초 선택이 곧 최종적 선택이 되게끔 하는 방식이다. 요컨대, 투자자가 투자협정의 위반사실을 다투기 위하여 먼저 투자유치국의 국내구제절차를 개시하는 경우 국제중재를 통한 분쟁해결은 불가능해지며, 반대로 처음부터 국제중재절차를 선택하는 경우 국내구제절차의 활용은 불가능해지는 것이다. 투자자가 국내구제절차와 국제중재중 하나를 시작부터 택일토록 함으로써 분쟁해결절차가 간명해지는 장점이 있으나, 투자자가 택일조항의 존재를 모른 채 분쟁을 국내법원에 제기한 경우, 혹은 해석상 택일조항이 발동되게 되는 국내구제절차의 범위가 불분명한 경우에도 국제중재 이용이 제한되므로 투자자 보호에 미흡하다는 비판이 제기되기도 한다.

771) *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case NO. ARB/09/17, Award (2011. 3. 14.) (CAFTA).

다만, 국내구제절차의 개시를 통한 택일조항의 발동으로 국제중재절차가 배제되는 것은 특정한 조건 하에서만 제한적으로 가능하다. *Genin v. Estonia* 등의 판정을 필두로 하는 일관적인 중재판정례에 따르면 오로지 국제중재절차에서 제기되었을 '투자분쟁'과 동일한(identical) 분쟁이 국내절차상으로 제기되었을 경우에만 택일조항이 발동된다.[772] *Vivendi v. Argentina, CMS v. Argentina, Enron v. Argentina, LG&E v. Argentina* 등의 후속 판례군에 따르면 이 '분쟁의 동일성'이란 ① 당사자의 동일성 ② 청구원인(cause of action)의 동일성이 인정될 수 있어야 존재할 수 있는 것이다.[773] 따라서 국제투자협약의 위반을 주장하지 않는 단순한 계약위반에 대한 청구(contractual claim)나, 동일한 청구가 아닌 관련된(related) 청구 정도로는 택일조항이 발동되지 않는다.[774]

국제법과 국내법간의 관계에 대하여 별도의 이행입법 없이 곧바로 국제법이 국내법체계에 편입되는 소위 일원론(monism)적 접근방식을 취하고 있는 국가들에서는 국제투자협정과 같은 국제법의 위반사항에 대해 국내구제절차상으로도 청구가 가능하기 때문에 택일방식을 취하는 것이 선호되고 있는 것으로 보인다. NAFTA에서도 포기방식이 원칙으로 채택되었음에도 조약의 국내적 효력에 관하여 일원주의를 취하고 있는 멕시코에 대하여는 별도의 부속서[775]를 두어 택일주의를 규정하고 있으며, 우리가 체결한 기존 FTA 및 투자협정도 모두 택일주의를 따르고 있다. 한-미 FTA의 경우에는 전술한 바와 같이 제11장 본문에서는 포기조항을 채택하고 있으나, '부속서 11-마'를 통해 한국이 피신청인인 경우에는 택일조항을 채택하는 이원론적 방식을 취하고 있다.

---

772) *Genin v. Estonia*, Award, ICSID Case No. ARB/99/2, paras. 321-331.

773) *Vivendi v. Argentina*, Decision on Annulment, ICSID Case No. ARB/97/3, paras.36-38; *CMS v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/8, para.77; *Enron v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/3, paras.95-98; *LG&E v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/1. paras.75-76.

774) Christopher Schreuer et. al. eds, *The ICSID Convention: a Commentary* (2nd ed), CUP (2009), p.370.

775) NAFTA 협정문 Annex 1120.1.

〈 *CMS v. Argentina* [776] 〉

○ 사안개요

- 피청구국은 CMS의 아르헨티나 자회사인 TGN이 관련 계약 수수료 조정에 관한 사법적 결정에 대하여 연방대법원에 상소하였고 행정적 구제수단을 추구하였으므로 그 이후에는 미국-아르헨티나 BIT 택일조항에 따라 국제중재를 제기할 수 없다고 항변
- 청구인은 TGN과 청구인은 별개의 법적 주체이고 투자자만이 투자분쟁을 국내법원 또는 국제중재 중 어디에 제기할 것인지를 선택할 수 있는 것이며 양 절차의 당사자가 다를 뿐만 아니라, 국내절차는 라이선스 계약관계에 관한 분쟁인 반면 국제중재는 조약상 권리에 관한 것이므로 양자간 소송의 쟁점(subject-matter)을 달리한다고 주장

○ 판정취지

- 중재판정부는 청구인의 주장을 받아들여 계약상 청구(contractual claims)는 조약분쟁(treaty claims)과 다르므로 청구인이나 위 TGN이 국내법원에서 계약위반을 다투었더라도 이로 인해 조약분쟁을 중재에 청구하는 것은 방해되지 않는다고 전제한 후 본 사건에서는 국내절차와 국제중재의 당사자들(parties)과 청구원인(cause of action) 양자가 모두 다르므로 택일조항이 적용되지 않는다고 판시

776) *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case NO. ARB/01/08.

〈 *Desert Line v. Yemen* [777] 〉

○ **사안개요**

- 오만 국적 청구인은 피청구인과 도로건설 계약을 체결하고 8건의 도로건설을 준공하였으나, 피청구인이 공사대금을 지급하지 않자 중재합의를 통해 예멘에서 중재판정을 받음
- 피청구인은 법원에 중재합의의 무효 및 적법절차 위반을 이유로 예멘 중재판청의 취소를 구함
- 청구인은 법원에 피청구인의 중재판정 취소의 소를 기각하고 중재판정을 집행하여 달라는 취지의 소를 제기하였으나, 피청구인이 제시한 양해각서 (피청구인이 35억 2432만 예멘 리알을 지급하고, 청구인의 장비철수를 허용)에 최종서명
- 그러나 청구인은 양해각서의 무효를 주장하며 중재판정에서 정한 공사대금 지급을 청구하고, 오만-예멘 BIT에 근거한 ICSID 중재를 제기하여 BIT의 택일조항에 따른 관할 배제가 문제 됨

○ **판정취지**

- 중재판정부는 예멘 중재절차는 계약상 공사대금 및 기타 손해배상을 구하는 것이었으므로 중재재판과 청구원인이 다르며, BIT 위반은 자중되지도 않고 다루어지지도 않았다는 이유로 관할권을 인정

777) *Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen*, ICSID Case NO. ARB/05/17, Award (2008. 2. 6.)(오만-예멘 BIT).

〈 *Pantechniki S.A. v. Albania* [778] 〉

○ 사안개요

- 그리스 국적의 청구인은 피청구인 알바니아가 발주한 토목공사에 낙찰되어 2개의 공사계약을 체결하고 공사에 착수하였으나, 알바니아의 내부 소요사태로 인해 무장강도들이 건설자재 및 장비를 약탈해감
- 세계은행에서는 청구인의 손해액을 310만 달러로 산정하였으나, 피청구인은 이를 180만 달러로 산정하였고, 청구인은 피청구인과의 우호적 관계를 고려하여 이를 받아들이는 취지의 합의를 함
- 그러나 피청구인은 위 보상금의 지급을 공식 거부하였고, 청구인은 알바니아 공무장관을 상대로 소를 제기하여 대법원에까지 상고함
- 청구인은 그 후 그리스-알바니아 BIT에 근거하여 ICSID 중재를 신청하고, 대법원에 계류 중이던 상고를 취하하여 BIT의 택일조항에 따른 관할인정이 문제됨

○ 판정취지

- 중재판정부는 단순한 계약청구가 국내법원에 계속된 경우에는 택일조항이 발동되지 않으나 중요한 것은 청구의 본질이 중재사건과 동일한지 여부라고 판시하면서 청구인의 국내법원 청구와 중재재판의 청구가 동일하다고 보아 각하

바. 중재절차 선택과 중재판정부 설치[779]

(1) 중재 절차의 선택

(가) ICSID협약에 따른 중재절차

ICSID는 1965년 ICSID 협약('Washington Convention'이라고도 함)에 따라 설립된 상설 국제 투자분쟁 해결기구로 미국 워싱턴 D.C. World Bank 내에 소재하고 있으며 현재 전 세계 투자분쟁의 60% 이상을 담당하고 있다. ICSID 협약은 1966. 10. 발효되었으며 2017년 기준 161개국이 서명하고 153개국이 비준서를 기탁하였다. 우리나라에 대하여는 1967. 3. 발효되었으며 주요 미가입국으

778) *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award (2009. 7. 30.) (알바니아-그리스 BIT).

779) 한-미 FTA 투자분야연구 앞의 책 9-11면

로 멕시코, 인도 등을 들 수 있다.

ICSID 기구는 각 회원국 대표로 구성되는 운영이사회(Administrative Council)의 통제를 받으며 세계은행의 총재가 동 위원회의 의장이 된다(ICSID 협약 제4조). ICSID는 중재인 선정의 편의를 위해 각 회원국으로부터 최대 4명까지 중재인 추천을 받아 중재인명부에 등재하고 있다. 협약은 중재인의 자격요건으로서 '고도의 도덕성과 법률, 상업, 산업 또는 금융 분야에서 능력을 인정받을 것'을 요구하고 있으며 그 중 법률분야에서의 능력에 특별히 비중을 두고 있다(ICSID 협약 제14조).

ICSID 협약에 따른 중재절차의 관할을 위해서는 협약 제25조에 정한 다음 요건들이 충족되어야 한다. 첫째, ICSID는 ICSID 협약의 '체약국과 다른 체약국의 국민 간에 발생하는 분쟁'만을 등록하므로 투자자의 모국과 피청구국이 모두 ICSID 협약의 당사국이어야 한다. 둘째, 양 국가의 ICSID 협약 가입만으로 개별 분쟁에 대한 ICSID 관할이 자동적으로 창설되는 것은 아니며, 투자유치국과 투자자가 ICSID 중재관할에 동의하여야 한다. 분쟁당사자가 개별적으로 ICSID 관할에 동의하는 경우도 있으나 대부분은 피청구국이 BIT 또는 국내 투자법을 통해 ICSID 중재관할을 사전에 일괄 동의하고 투자자는 BIT 등에 근거하여 ICSID에 중재청구하는 방식으로 동의요건을 충족하는 것이 일반적이다. 셋째, '투자로부터 직접적으로 발생하는 법적 분쟁(any legal dispute arising directly out of an investment)'이어야 한다. '직접성' 및 '투자'의 의미 등은 투자의 정의 등과 관련하여 상술한다.

ICSID 협약에 따른 중재절차는 다음과 같은 특징을 지닌다. 첫째, 절차의 중립성·자족성(Neutral and Self-contained System)이다. ICSID 중재에 회부된 사건에는 ICSID 협약·중재규칙, 당사자가 선택한 준거법 등만이 적용되며 여타 국제중재절차와 달리 중재지국 중재법의 관여가 배제되므로 중재지국 법원에 의한 중재판정 취소 등이 불가능하다. ICSID 중재판정에 대한 불복은 ICSID 협약에 정해진 사유만을 근거로 제기될 수 있으며 별도의 임시 위원회(ad hoc Committee)를 구성하여 이를 심리한다. 둘째, 판정에 대한 강력한 집행력이다. ICSID 협약 절차에 따른 최종 판정은 회원국 국내법원에서의 승인을

필요로 하지 않으며 '마치 회원국 국내법원의 최종판결과 같이' 직접적으로 집행되어야 한다. 또한 ICSID와 세계은행과의 관련성으로 인해 판정 불이행 시 세계은행의 국가신인도 평가 저하 등 간접적 제재를 우려하여 패소국은 최종판정을 자발적으로 이행할 가능성이 높다. 셋째, ICSID 중재절차는 다른 중재절차에 비해 상대적으로 투명하다. ICSID는 인터넷을 통해 사건처리 현황, 판정문 등을 공개하고 있으며, 2006. 4. 10.자 ICSID 중재규칙 개정을 통해 판정문 요지의 공개를 의무화하는 등 투명성을 높였다. 또한 ICSID 중재는 중재청구의 등록, 중재인 비용·보수, 행정 수수료 등에 관하여 별도의 규칙(Schedule of Fees, 2017. 7. 1. 시행)을 두고 있어 중재비용에 대하여 어느 정도 예측이 가능하며 임시중재판정부를 통한 중재보다 중재비용이 상대적으로 저렴한 것으로 평가되고 있다.[780]

(나) ICSID 추가절차 규칙에 의한 중재

ICSID는 ICSID 중재관할 외의 분쟁에 대하여도 동 기구의 중재절차 서비스를 지원하고 있다. 1978년에 ICSID 운영이사회는 ICSID 사무국(Secretariat)으로 하여금 국가와 타방국가 국민간의 분쟁 중 ICSID 관할범위에 포함되지 않는 일정한 분쟁에 대하여도 행정서비스를 제공할 수 있도록 「ICSID 추가절차규칙(Additional Facility Rules)」을 승인하였다(2006. 4. 10.자 개정).

추가절차규칙이 적용될 수 있는 절차는 ① 분쟁 당사자 중 일방이 ICSID 협약의 회원국이 아님으로 인해 ICSID 중재관할이 인정되지 않는 법적 분쟁에 대한 조정·중재절차, ② 투자에서 '직접적으로(directly)' 야기된 분쟁이 아니어서 ICSID 중재관할이 인정되지 않는 법적 분쟁에 대한 조정·중재절차(이 경우도 피청구국 또는 투자자의 모국이 협약 당사국이어야 한다), ③ 사실관계 확정 절차(fact-finding proceedings) 등이다(추가절차규칙 제2조).

ICSID 추가절차규칙도 ICSID 협약·규칙에 기초하고 있으나, 추가절차규칙에 따른 중재판정은 ICSID 협약에 의해 집행될 수 없으며 집행을 위해서는 「뉴욕

780) 현재의 보수규칙은 중재인 보수는 일당 미화 3,000달러, 사무총장에 의한 중재인 선정비용은 미화 10,000달러 등으로 규정하고 있다.

협약(외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 1958년 유엔협약)」 등 별도의 근거가 필요하다.

(다) UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재

ICSID 중재 외에 가장 많이 사용되는 중재방식은 1976년에 UNCITRAL(유엔 국제무역법위원회)이 제정한 「UNCITRAL 중재규칙」에 따라 임시(*ad hoc*) 중재판정부를 구성하여 중재절차를 진행하는 것이다. 임시판정부에 의한 중재란 중재절차가 특정한 중재기관에 의해서가 아니라 중재판정부와 당사자간의 합의에 따라 이루어지는 것을 의미한다. 다만 국제상업회의소(International Chamber of Commerce: ICC), 미국중재협회(American Arbitration Association: AAA), 런던국제중재재판소(London Court of International Arbitration: LCIA), 스톡홀름상업회의소(Stockholm Chamber of Commerce: SCC) 등 다수의 중재기관은 UNCITRAL 중재규칙에 따른 임시중재절차에 대하여 동 기관의 행정지원을 제공할 수 있도록 규정하고 있으므로 UNCITRAL 중재규칙에 따른 임시중재의 당사자가 합의한다면 위와 같은 중재기관의 지원을 받을 수 있을 것이다.

임시중재절차는 상설 행정기구를 두지 않기 때문에 동 기구를 유지하기 위한 직접비용을 지출할 필요가 없다는 측면에서는 경제적일 수 있으나 중재인 보수를 예측할 수 없고 표준화된 보수규정을 적용하는 기관중재에 비해 중재비용이 고액일 수 있다는 점이 문제로 지적되고 있다. 왜냐하면 임시중재절차에서는 중재인과 분쟁당사자간의 직접 협상을 통해 중재인 보수를 결정하는데 그 과정에서 당사자가 주도권을 갖는 것이 현실적으로 어렵기 때문이다.[781] 또한 중재절차에 대한 중재지 법원의 관여가 가능한 바, 중재인의 자격, 증거조사 등 각종 절차에 대한 이의를 중재지 법원에 제기함으로 인한 절차 지연도 문제점으로 거론된다.[782]

---

781) Noah Rubins & N. Stephan Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution* (Oxford University Press, 2005) pp. 311~312.

782) UNCITRAL 중재규칙에 따라 절차가 진행된 NAFTA의 *Pope & Talbot v. Canada* 사건의 경우, 청구인이 5억9백만 달러를 청구하여 4년간 중재절차가 진행된 결과 최종적으로 46만 달러 배상판정이 내려진 반면 중재비용은 총 760만 달러에 이르러 중재절차의 고비용·

(라) 기타 중재

개별 협정에서 분쟁해결절차를 규정함에 있어 ICSID 협약에 따른 기관중재, UNCITRAL 중재규칙에 따른 임시중재 이외에 당사자가 합의하는 제3의 중재기관·절차의 이용을 허용하는 예가 많다. 한-미 FTA도 이 방식을 택하고 있다. 이 경우에는 분쟁당사자의 합의에 따라 ICC, AAA, LCIA, SCC 등의 중재도 이용될 수 있을 것이다.

(2) 중재판정부의 설치

중재판정부는 3인의 중재인으로 구성되며, 각 분쟁당사자는 각 1인의 중재인을 임명하고, 의장이 되는 세 번째 중재인은 분쟁당사자들의 합의에 의하여 임명된다. 사무총장은 중재를 위하여 임명권자(appointing authority)의 역할을 수행한다. 중재가 제기된 날로부터 75일 이내에 중재판정부가 구성되지 아니하면, 사무총장은 분쟁당사자의 요청에 따라 재량으로 임명되지 않은 중재인을 임명한다.

당사자는 중재인이 요건을 갖추지 못한 것이 명백한 경우 중재인의 제척을 신청할 수 있다. 중재인에게 독립성과 공정성을 요구하는 것은 바로 중재당사자들을 보호하기 위한 것이다. 제척 여부에 관한 사항은 제척 대상이 아닌 다른 중재인들이 결정한다. 가부동수의 경우 운영이사회의 의장이 결정한다. *Amco v. Indonesia* 사건에서 피청구국인 인도네시아 정부는 신청인 Amco가 선정한 중재인에 대하여 제척을 주장하였으나, 판정부는 피청구국이 제기한 제척사유로서 공정성이 합리적으로 의심된다고 해서 중재인을 제척할 수 없고 공정성 의심의 정도가 명확한(manifest)은 경우에 제척할 수 있는바, 사안의 경우에는 명확성의 요건이 충족하지 못하였다고 하여 피청구국의 주장을 기각하였다.

절차지연이 문제된 대표적 사건이다.

〈*AWG v. Argentina* [783]〉

○ 사안개요

- 영국국적의 AWG Group Ltd 등은 부에노스아이레스와 그 주변 도시에 상수도 공급·하수처리 서비스를 제공하기로 하였으나, 아르헨티나 정부가 계약에 따른 요금계산법 조정하는 메커니즘을 적용하지 않아 손해가 발생하였다고 주장하며 신청인들은 본국과 체결한 개별 BIT에 근거하여 중재를 제기하였고, AWG는 영국-아르헨티나 BIT에 따라 직접·간접수용, 공정공평대우, 보호조항 위반을 주장
- 피청구국은 중재인 Gabrielle Kaufmann Kohler가 아르헨티나에 불리한 판정을 내린 사건(Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic)에서 중재인을 맡았음을 이유로(1차 제척신청), 또한 신청인 Suez와 Vivendi의 주식을 소유하고 본 사건과 관련있는 UBS 그룹의 관리자이기 때문에 독립적인 판결을 기대할 수 없을 이유로(2차 제척신청) 두 번의 제척을 신청

○ 판정취지

- 판정부는 해당 중재인이 Suez와 Vivendi 주식을 소유함을 이유로 제기된 2차 제척신청을 수령한 후 즉시 해당 중재인을 중재심리에서 제외하고 절차를 중단함
- 해당중재인은 UBS가 신청인의 주식을 보유하고 있다는 사실을 알지 못했고 관련분야에 대한 UBS의 활동에 개입하지 않았으며, 판정부에게 자신이 UBS의 디렉터라는 신분을 공개할 의무가 없다고 주장하였고, 판정부는 이에 따라 중재인의 독립성에 문제가 없다고 판정

사. 청구의 병합 및 반대청구

(1) 청구의 병합(Consolidation)

청구의 병합이란 서로 다른 신청인이 제기한 중재가 법적·사실적 쟁점이 유사한 경우 하나의 중재판정부가 청구들을 함께 심사하는 것을 의미한다. 청구의 병합은 법 적용의 일관성을 기할 수 있으며 비용을 경감할 수 있다는 장점이 있

783) *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of a Arbitral Tribunal (2007. 10. 22) & Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of a Arbitral Tribunal (2008. 5. 12) (영국-아르헨티나 BIT).

다. 반면 청구가 병합될 경우 민감한 경영정보가 경쟁관계에 있는 다른 신청인에게 공개될 수 있다는 단점이 있다.

청구 병합의 요건으로 ① 병합될 절차가 현재 진행 중이거나 진행 초기일 것, ② 병합될 청구에서 문제되는 정부의 조치가 동일하거나 유사한 것일 것, 즉 분쟁의 사실관계가 상당히 유사할 것, ③ 병합될 청구가 실체적·절차적 의무, 시적 제한, 분쟁해결방법 등의 측면에서 공통된 법적 배경(legal ground)을 가질 것이 요구된다.[784]

ICSID 협약, ICSID 중재규칙에는 청구 병합에 관한 규정이 없으며 2010 UNCITRAL 중재규칙은 중재합의의 당사자인 제3자의 참가에 관하여 규정하고 있다.[785]

청구의 병합에 관한 규정을 도입하는 투자협정들이 늘어나고 있는데, 크게 두 가지 유형으로 구별할 수 있다. 첫 번째 유형은 당사자들의 동의하에 청구를 병합할 수 있다는 일반원칙을 재선언하는 유형이다.[786] 그런데 이 유형은 본래 당사자들의 동의가 있으면 청구의 병합을 할 수 있는 점, 중재판정부에게 청구의 병합을 결정할 권한을 주지 않는 점, 구체적인 병합절차에 대한 규정이 없다는 점에서 큰 의미가 없다는 견해가 있다.[787] 두 번째 유형은 NAFTA 제1126조, 미국 2012 모델 BIT 제33조, 캐나다 모델 BIT 제32조와

784) UNCTAD, *Investor-state dispute settlement: A sequel* (2014), p 112.

785) 2010 UNCITRAL 중재규칙 제17조 제5항
The arbitral tribunal may, at the request of any party, allow one or more third persons to be joined in the arbitration as a party provided such person is a party to the arbitration agreement, unless the arbitral tribunal finds, after giving all parties, including the person or persons to be joined, the opportunity to be heard, that joinder should not be permitted because of prejudice to any of those parties. The arbitral tribunal may make a single award or several awards in respect of all parties so involved in the arbitration.

786) 아세안 포괄적 투자협정 제37조, 말레이시아-뉴질랜드 FTA(2009) 제10.27조
Where two or more investors notify an intention to submit claims, or have submitted claims, separately to arbitration under Article 10.21 (Submission of a Claim to Arbitration) and the claims have a question of law or fact in common and arise out of the same or similar events or circumstances, all concerned disputing parties may agree to consolidate those claims in any manner they deem appropriate, including with respect to the forum chosen.

787) UNCTAD, *Investor-state dispute settlement: A sequel* (2014), pp 113-114.

같이 일방 당사자의 신청에 따라 설치된 병합 중재판정부가 청구를 병합할지 여부에 대하여 판단하는 유형이다.[788] 이에 의하면 모든 당사자의 동의가 있는 경우뿐만 아니라, 병합 중재판정부가 병합을 명한 경우에도 청구의 병합이 이루어질 수 있다.[789] 다만, 서로 다른 투자협정이 모두 두 번째 유형의 병합 규정을 포함하고 있는 경우, 서로 다른 투자협정에 기초한 청구들이 병합이 될 수 있는지에 대하여는 부정적인 견해가 일반적인 것으로 보인다.[790] NAFTA 제1126조 제8항은 병합 중재판정부가 병합 신청된 청구들에 대하여 관할권을 행사하기로 결정한 경우 원 중재판정부는 병합된 청구들에 대하여 관할권을 상실하도록 규정하나, 미국 2012 모델 BIT는 병합 신청 당시 사건이 이미 상당 부분 진행된 경우를 대비하기 위하여 원 중재판정부가 병합된

788) NAFTA 제1126조 Consolidation
2. Where a Tribunal established under this Article is satisfied that claims have been submitted to arbitration under Article 1120 that have a question of law or fact in common, the Tribunal may, in the interests of fair and efficient resolution of the claims, and after hearing the disputing parties, by order:
(a) assume Jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims; or
(b) assume Jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which it believes would assist in the resolution of the others.
미국 2012 모델 BIT 제33조 Consolidation
6. Where a tribunal established under this Article is satisfied that two or more claims that have been submitted to arbitration under Article 24(1) have a question of law or fact in common, and arise out of the same events or circumstances, the tribunal may, in the interest of fair and efficient resolution of the claims, and after hearing the disputing parties, by order:
(a) assume Jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims;
(b) assume Jurisdiction over, and hear and determine one or more of the claims, the determination of which it believes would assist in the resolution of the others; or
(c) instruct a tribunal previously established under Article 27 [Selection of Arbitrators] to assume Jurisdiction over, and hear and determine together, all or part of the claims, provided that
(i) that tribunal, at the request of any claimant not previously a disputing party before that tribunal, shall be reconstituted with its original members, except that the arbitrator for the claimants shall be appointed pursuant to paragraphs 4(a) and 5; and
(ii) that tribunal shall decide whether any prior hearing shall be repeated.

789) Kenneth J. Vandevelde, *U.S. International Investment Agreements* (2009), p. 615.

790) UNCTAD, *Investor-state dispute settlement: A sequel* (2014), p 114 참조.

청구를 판단하는 것도 허용한다.[791] 이러한 경우에는 원 중재판정부가 병합 사건을 심리하는 것이 효율적이기 때문인 것으로 보인다. NAFTA 제1126조 제2항은 공통된 법 또는 사실의 문제가 있는 경우에 병합 중재판정부가 공정하고 효율적인 해결을 위해 청구의 병합을 할 수 있도록 허용하나, 미국 2012 모델 BIT는 NAFTA보다 범위를 제한하여 병합될 청구들이 공통된 법 또는 사실의 문제가 있고 같은 사건 또는 상황으로부터 발생하였을 것을 요구하고 있다. 한-칠레 FTA(2004), 한-캐나다 FTA(2015), 한-베트남 FTA(2015)는 NAFTA 방식의 병합 규정을 도입하고 있고, 한-미 FTA(2012), 한-호주 FTA(2014), 한-뉴질랜드 FTA(2015), 한-콜롬비아 FTA(2016)는 미국 2012 모델 BIT 방식을 도입하여 청구의 병합을 허용하고 있다.

청구 병합이 문제된 NAFTA 사건들을 살펴보는 것이 병합 규정을 이해하는 데에 도움이 될 것이다. NAFTA 병합 규정에 의하여 처음 병합이 문제된 사건은 *Corn Products International v. Mexico* 사건 등[792]이다. Corn Products International, Archer Daniels Midland, Tate & Lyle 3개의 미국 회사가 고과당 옥수수 시럽을 사용한 음료에 대한 멕시코의 과세조치가 NAFTA에 위반된다며 중재를 제기하자, 멕시코는 동일한 사실관계, 법적 쟁점에 비추어 청구를 병합하여 판정의 일관성을 기하는 것이 청구의 공정한 해결에 도움이 된다고 주장하며 병합 신청을 하였다. 이에 대해 병합 중재판정부는 신청인들이 직접적이고 극심한 경쟁관계(direct and fierce competitors)에 있기 때문에 청구를 병합할 경우 신청인들 간에 영업비밀을 보호하기 위하여 절차가 복잡해지고 지연된다는 점, 신청인들이 영업비밀 유출을 우려하여 중재수행능력이 제한될 수 있다는 점 등을 고려하여 청구를 병합하는 것이 분쟁의 공정하고 효율적인 해결에 도움이 되지 못한다고 하면서 병합 신청을 받아들이지 않았다. 병합 중재판정부는 NAFTA 제1126조가 당사자들의 동의에 대하여 규정하고 있지 않음에도 청구 병합의 공정성을 판단할 때 신

791) Kenneth J. Vandevelde, *U.S. International Investment Agreements* (2009), p. 617.

792) *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/04/1, *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States,* ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Order of the Consolidation Tribunal (2005. 5. 20.) (NAFTA)

청인들이 병합에 반대하는 점을 고려하였다.

청구 병합이 문제된 또 다른 사건은 *Canfor Corporation v. U.S.* 사건 등[793]이다. Canfor, Terminal Forest Products, Tembec 3개의 캐나다 회사는 미국 정부가 캐나다산 목재에 대하여 부과한 상계관세 및 반덤핑관세 조치가 NAFTA에 위반한다고 주장하며 중재를 제기하였는바, 미국은 세 청구의 병합을 신청 하였고 신청인들은 이에 반대하였다. Corn Products International 사건의 병합 중재판정부의 판단과는 달리, *Canfor* 사건의 병합 중재판정부는 NAFTA 제1121조에 따라 중재 제기하는 것에 동의한 경우 NAFTA 제1126조 병합 규정에도 동의한 것이라고 하면서, 병합 여부를 판단할 때 당사자들의 병합 동의를 요구하지 않았다.[794] 그 결과 병합 중재판정부는 NAFTA 제1126조에 규정된 요건을 심사하여 병합 여부를 결정할 재량이 있다고 보았다. 즉 청구가 병합되려면 ① 각 중재청구가 NAFTA 제1120조에 의해 제기된 것일 것, ② 공통의 법적·사실적 문제가 있을 것, ③ 청구의 공정하고 효율적인 해결에 도움이 될 것, ④ 당사자의 의견을 들을 것을 갖추어야 한다는 것이다. 병합 중재판정부는 공통의 법적·사실적 문제가 있어야 한다는 의미는 단순히 사실관계가 공통되거나 동일한 NAFTA 조항의 위반을 주장하는 것으로는 부족하고, 청구의 해결을 위해 판단이 필요한 법적·사실적 쟁점이 공통되어야 한다는 것을 의미한다고 보았다. 또한, 병합 중재판정부는 병합이 청구의 효율적인 해결에 도움이 되는지 여부를 판단할 때 절차가 분리되어 진행할 때와 병합되어 진행할 때를 비교하여 판단할 것이 아니라, 구체적인 사정하에서 병합 중재판정부가 병합을 통하여 효율성을 기할 수 있다고 판단하면 충분하다고 하였다. 나아가 공정한 해결에 도움이 된다는 것은 절차경제를 추구할 때 관련 당사자들의 이익이 적절한 균형을 이루어야 한다는 것이라고

---

793) *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America,* UNCITRAL, Order of the Consolidation Tribunal (2005. 9. 7.) (NAFTA)

794) *Canfor* 사건의 병합 중재판정부는 당사자의 동의가 전혀 의미 없다는 것이 아니라, 중재 동의 시점에 병합 동의도 있다는 것으로서 동의 시점을 달리 파악한 것일 뿐이므로 Corn Products International 사건의 판단과 모순되는 것은 아니라는 해석이 있다. Meg Kinnear et al., *Building International Investment Law - The First 50 Years of ICSID* (2016), p 608.

판시하였다. 결국 병합 중재판정부는 이러한 요건들을 세밀히 심사한 후 본 건은 위 요건들을 충족한다는 이유로 병합명령을 하였다.[795]

(2) 반대청구(Counterclaims)

국제투자중재는 투자자인 신청인이 피신청국의 투자조약 위반을 주장하여 제기하는 것인데, 최근에는 피신청국이 신청인의 투자와 관련된 의무 위반을 주장하며 신청인에게 반대청구를 하는 경우가 증가하고 있다. 반대청구를 허용하는 주된 근거는 절차경제와 건전한 사법행정(the sound administration of justice)의 측면에서 동일한 분쟁에 관한 모든 청구들은 동일한 중재판정부가 진행하는 하나의 절차에서 다루어질 수 있어야 한다는 것이다. 동일한 중재판정부가 반대청구를 함께 심사함으로써 불필요한 지연과 비용을 막을 수 있다. 중재판정부가 반대청구를 심사하는 것은 투자자의 입장에서도 투자자가 선호하지 않는 투자유치국의 국내 법원에서 반대청구의 판단을 받는 것보다 이득이 될 수 있다.[796]

ICSID 협약과 UNCITRAL 중재규칙 등은 반대청구를 허용한다. 근거 규정에 따라 규정 방식의 차이는 있으나, 중재실무에서는 반대청구의 요건으로 ① 반대청구가 중재판정부의 관할권에 속할 것, ② 반대청구가 원 청구와 관련되었을 것을 요구되었다.[797]

그러나 투자자의 의무는 통상 국제투자조약에 근거한 것이 아니라 투자유치국의 국내법이나 투자계약에서 비롯하고, 국제투자조약은 투자자에 대한 국가의 조치를 규율하는 것이라는 점에서 반대청구가 받아들여지지 않는 경우가 많다. 반면에, 드물기는 하나 투자자에게 의무를 부과하는 투자협약도 존재한다.[798] 이러한 투자협약은 국내법을 준수할 의무를 국제조약의 수준으로 격상

---

795) 병합 중재판정부의 병합명령 이후 Tembec은 병합명령에 반대하며 중재신청을 철회할 의사를 밝혔고, 이후 미국 콜롬비아 지방법원에 병합명령의 취소를 구하였다. 병합 중재판정부는 2006. 1. 10. Tembec이 더 이상 병합 절차의 당사자가 아니라고 결정하고 Canfor와 Terminal Forest Products이 제기한 청구에 한하여 절차를 진행하였다.

796) UNCTAD, *Investor-state dispute settlement: A sequel* (2014), pp. 115-116.

797) *Ibid.,* p. 116.

798) COMESA Investment Agreement 제13조, SADC Protocol on Finance and Investment 부속서 1 제10조, 가나 2008 모델 BIT 제12조, 인도-네팔 BIT 제12조 제1항, 인도-슬로

시키는 것으로서, 투자자에게 새로운 의무를 부과하는 것은 아니다. 이에 의하여 투자자의 의무는 투자유치국의 의무와 동등한 수준이 되고 중재판정부가 반대청구를 판단할 수 있게 된다.[799]

투자조약이 투자자에게 의무를 부과하지 않더라도, BIT의 특정 조항에 근거하여 반대청구에 대한 관할권을 원론적으로 인정할 수 있다고 본 중재판정례들도 존재한다.[800] "투자와 관련된 어느 한 쪽 체약당사국과 다른 체약당사국의 투자자 간의 모든 분쟁은 가능한 한 우호적으로 해결한다."는 규정[801]이 있었던 *Saluka Investments BV v. Czech Republic* 사건[802]에서, 중재판정부는 체코-네덜란드 BIT 제8조에 의해 부여된 중재판정부의 관할권은 원론적으로는 반대청구를 판단할 수 있을 정도로 넓다고 하였다. 중재판정부는 체코-네덜란드 BIT 제8조의 "모든 분쟁(All disputes)"이라는 표현은 반대청구를 야기하는 분쟁도 포함할 수 있는 넓은 개념이라고 보면서, "어느 한 쪽 체약당사국과 다른 체약당사국의 투자자 간의" 분쟁이라는 표현은 투자자가 제기한 청구만을 의미하는 것이 아니라고 보았다. *Sergei Paushok et al. v. Mongolia* 사건[803]의 몽고-러시아 BIT 제6조는 "모든 분쟁"이 아니라 단순히 "분쟁(disputes)"이라고 규정하고 있음에도 불구하고 중재판정부는 양자를 달리 볼 이유가 없다면서 *Saluka Investments BV v. Czech Republic* 사건의 중재판정부와 같은 취지로 판단하였다. 그러나 두 사건의 중재판정부 모두 피신청국의 반대청구는 원 청구와 밀접하게 관련되지 않았다는 등의 이유로 반대청구에 대한 관할권이 없다고

베니아 BIT 제15조 제1항 등. COMESA Investment Agreement 부속서 1 제28조 제9항은 이에 더하여 투자자가 국내조치를 준수할 의무를 위반한 경우 반대청구를 제기할 수 있다고 명시하였다.

799) UNCTAD, *Investor-state dispute settlement: A sequel* (2014), pp. 116-117.

800) *Ibid.,* p. 119.

801) 체코-네덜란드 BIT 제8조 제1항
All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably. [밑줄 추가]

802) *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim (2004. 5. 7.) (체코-네덜란드 BIT), para. 39.

803) *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (2011. 4. 28.) (몽고-러시아 BIT), para. 689.

판단하였다.

이와 반대로 중재를 제기할 수 있는 청구를 투자조약 위반의 경우로 한정하는 경우에는, 대부분의 투자조약이 투자자에게 의무를 부과하지 않는다는 점에서 반대청구가 허용되기 어려울 것이다.[804] *Roussalis v. Romania* 사건[805]의 중재판정부도 같은 이유로 반대청구의 관할권이 없다고 하였다. 중재판정부의 다수의견은 반대청구를 판단하려면 반대청구가 분쟁의 대상으로부터 직접 발생하고 당사자들의 중재합의에 포함되며 ICSID의 관할권에 속해야 하는데, 루마니아-그리스 BIT에 나타난 국가의 중재합의에 반대청구가 포함되지 않기 때문에 중재판정부는 반대청구에 대한 관할권이 없다고 판시하였다. 즉 다수의견은 "어느 체약당사국의 투자자의 투자와 관련된 이 협약에 따른 체약당사국의 의무에 대한 분쟁은 분쟁당사자 간에 우호적으로 해결하여야 하며, 합의가 이루어지지 않을 경우 투자자는 국제중재를 제기할 수 있다"는 루마니아-그리스 BIT 규정[806]에 비추어 중재판정부는 투자자의 의무 위반을 문제 삼는 반대청구에 대한 관할권이 없다고 보았다. 그러나 *Hamester v. Ghana* 사건[807]의 중재판정부는 가나-독일 BIT 제12조 제1항이 위 루마니아-그리스 BIT 제9조처럼 분쟁의 범위를 투자자의 투자와 관련된 체약당사국의 BIT상의 의무에 관련된 것으로 한정하고 있었음에도 불구하고, 가나-독일 BIT 제12조 제3항, 제4항에 비추어 국가도 손해를 입을 수 있고 중재를 제기할 수도 있다고 보았다. 다만 이 사건에서는 피신청국이 추가로 입증자료를 제출하지 않았기 때문에 중재판정부는 ICSID 협약 제46조의 반대청구 요건을 갖추었는지, 당사자들의 중재합의에 포함되는지 여부를 판단할 수 없다고 보았다. 또한, 피신청국이 주장하는 손해는

---

804) UNCTAD, *Investor-state dispute settlement: A sequel* (2014), p 119.

805) *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award (2011. 12. 7.) (루마니아-그리스 BIT), paras. 859-872.

806) 루마니아-그리스 BIT 제9조

Disputes between an investor of a Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement, in relation to an investment of the former shall, if possible, be settled by the disputing parties in an amicable way ... . If such disputes cannot be settled ... . the investor concerned may submit the dispute ... . to international arbitration [밑줄 추가]

807) *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award (2010. 6. 18.) (가나-독일 BIT), paras. 351-358.

가나 정부가 입은 손해가 아니라 가나코코아위원회가 입은 손해이고 가나코코아위원회는 중재의 당사자나 국가기관이 아니기 때문에, 합작투자계약으로부터 발생하였다고 주장하는 손해배상의 반대청구에 대하여 관할권이 없다고 보았다.

준거법으로 국내법을 포함시킨 경우에는 투자조약 및 국제법만을 준거법으로 정한 경우와 달리 투자유치국의 국내법 위반을 주장하는 반대청구가 받아들여질 가능성이 크다. 또한, 우산조항이 있는 경우 투자자는 계약상 청구를 할 수 있는데, 이 때 국가도 해당 계약과 관련된 반대청구를 할 수 있을 것으로 보인다. 다만, 우산조항이 국가에 대하여만 의무를 부과하는 것으로 해석되어 국가의 약속 위반으로 인한 청구에 대하여만 관할권이 인정될 여지가 있기 때문에, 우산조항에서 투자자도 투자에 관한 의무를 준수하도록 명시한다면 국가의 반대청구에 대한 관할권이 인정될 가능성이 보다 커질 것이다.[808]

Goetz v. Brundi 사건은 중재판정부가 국제투자조약에 근거한 중재에서 처음으로 국가의 반대청구에 대하여 관할권을 인정한 사건이다.[809] 피신청국은 신청인이 국내영업허가서의 조건을 지키지 않은 것에 대하여 100만 달러를 청구하였다. 중재판정부는 본 건에 적용되는 BLEU-브룬디 BIT가 피신청국의 반대청구에 대하여 규정하고 있지 않음에도 불구하고, 반대청구가 투자와 관련되어 있으므로 ICSID의 관할권에 포함되고 당사자들의 중재합의 범위에 포함되며 분쟁의 목적과 직접 관련되어 있다는 이유로, 중재판정부는 반대청구에 대하여 판단할 수 있다고 보았다. 다만, 중재판정부는 본안에서 반대청구를 기각하였다.

아. 중재절차의 투명성

(1) 개관

국제투자중재절차의 투명성에 대한 문제는 ISDS의 등장부터 제기되었다. 초기에 NAFTA 사건에서는 실체법적인 규정이 아닌 임시방편을 통하여 투명성을 확보하였다. 이후 투명성의 중요성이 점차 강조되면서 근래에는 중재규칙이나 조약을

808) UNCTAD, *Investor-state dispute settlement: A sequel* (2014), pp. 119-121.
809) *Antoine Goetz & Others and S.A. Affinage des Metaux v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/01/2 (BLEU-부룬디 BIT)

통하여 투명성을 확보하는 경향을 보이고 있다. 투명성을 확보하기 위한 수단으로 분쟁과 관련된 문서와 판정문을 대중에 공개하는 문서의 공개와 비분쟁당사국이 의견을 표명할 수 있는 기회를 부여하는 제3자의 참여, 심리공개 등을 들 수 있다.

(2) 투명성 규칙

(가) 개관

국제투자중재가 활성화됨에 따라 국제투자중재 제도의 정당하고 공정한 운영에 대한 관심이 커졌다. 국제상사중재와 달리 국제투자중재는 투자유치국이 주권국가로서 중요한 정책적·공공적 목표를 달성하고자 취한 조치에 대해 중재가 제기 때문에 중재 당사자 이외의 행위자까지 영향을 미칠 가능성이 존재한다. 이에 따라 ICSID 중재 사건의 직접적인 중재당사자는 아니지만 해당 절차에 이해관계를 갖는 개인이나 단체들이 중재절차에 참여를 중재판정부에 요구가 증가하였다. 이에 대하여 다수의 중재판정부는 이해관계 있는 제3자에 대한 개방 필요성을 인정하면서도 중재절차 참여는 중재절차의 기능 및 효율성을 고려하여 제한되어야 한다는 입장을 취한다. 투자자의 경우 영업비밀, 투자전략 등 민감한 사안이 공개될 것에 대한 우려와 투자유치국 경우 내부 행정 절차 및 규제방식 공개로 인해 외국인 투자에 부정적인 영향을 미치게 될 것에 대한 우려가 존재한다. 또한, 국제 중재제도의 분쟁이 정치화되고 중재비용의 상승할 여지도 존재한다. 북미자유협정(NAFTA)는 국제투자중재 방식의 은밀성에 대한 많은 비판으로 인해 중재절차의 투명성을 제고하였다. 이는 ICSID 중재절차 규칙에 많은 영향을 미쳐, 2006년 중재절차에 제3자 참여 및 중재판정의 신속한 공표의 사항에 대하여 ICSID 중재절차규칙과 추가절차규칙을 개정하였다.

2006년 ICSID 중재절차규칙 개정시에 중재관련 문서의 공개에 관한 규정은 다루지 않았으나, 구술 심리 절차 참가와 관련하여 중재절차규칙 제32조 제2항은 일방 당사자가 반대하지 않으면, 사무총장과 협의한 후, 중재판정부는 중재 당사자, 대표당사자, 중재대리인, 변호인, 진술중인 증인 및 전문가, 중재판정부 사무직원이 아닌 사람들이 일정한 요건 하에서 중재심리 전체 혹은

일부에 출석하거나 참관하도록 허락할 수 있다고 규정하였다. 이에 대하여 중재판정부는 중재의 제3자가 중재절차에 참여하는 경우를 대비해서 비공개 거래 정부와 같이 전속적 이익이 있는 정보를 보호하기 위한 절차를 마련해야 한다. 서면진술서 제출과 관련하여 2006년 개정된 중재절차규칙 제37조 제2항은 비분쟁당사자가 법정조언자로서 서면진술서를 제출하기 위해서는 첫째, 법률적·사실적 측면에서 새로운 것으로 특정되어 중재판정부가 사실·법률문제를 판단하는데 도움이 되어야 하고, 둘째, 비분쟁당사자가 중재절차와 관련하여 상당한 이해관계를 가져야 하며, 셋째, 분쟁당사자의 주장이 중재대상인 분쟁의 범주 내에 포함되어야 하고, 넷째, 비분쟁당사자는 관련분야에 대해 전문성, 경험 및 독립성을 가져야 하며, 다섯째, 비분쟁당사자의 서면진술서 제출로 인해 일방 당사자에 대한 과도한 부담이나 부당한 피해가 발생하지 않아야 한다고 규정하였다.

(나) 한-미 FTA와 투명성 규칙 비교

① 문서의 공개

투명성규칙은 공개되는 문서의 범위와 관련하여 제3조에서 중재요청서와 그 답변, 변론서, 심리기록, 중재판정부의 명령·결정·판정문에 대해서는 공개를 의무화하였고, 증거목록을 제외한 전문가 보고서와 증인진술서에 대하여는 요청이 존재할 경우 공개하며, 그 외 문서는 중재판정부의 재량 또는 요청에 따라 합의하여 공개하도록 규정하고 있다. 한-미 FTA 제11.21조는 중재의향서, 중재요청서, 변론서, 이유서, 준비서면, 제3자 의견제출서면, 병합 관련제출서면, 심리의사록 및 속기록, 판정 및 결정문에 대하여 공개하도록 규정한다. 공개방법에 대해서 투명성규칙은 제2조와 제3조에서 기탁처와 그 외 수단을 통해 공개하도록 규정하고 있다. 나아가 한-미 FTA는 제11.21조에서 피청구국이 문서 수령 후 신속히 공개하도록 규정하고 있다.

② 비분쟁당사자의 의견제출

투명성규칙은 제4조에서 분쟁당사자와 협의 후 중재판정부가 분쟁범위 내

사항에 대하여 분쟁당사자와 다른 관점, 지식 또는 통찰을 제공하는지 여부, 상당한 이해관계가 존재하는지 여부, 부당한 부담·불공정한 피해 및 절차진행 방해 등을 야기하는지 여부 등을 고려하여 비분쟁당사자의 참여 여부를 결정한다. 한-미 FTA 제21.20조는 분쟁당사자와 협의 후 중재판정부가 분쟁범위 내 사항에 대한 비분쟁당사자의 의견서 제출 허용 여부에 대하여 분쟁당사자와 다른 관점·지식·통찰을 제공하는지 여부, 분쟁 범위 내인지 여부, 중대한 이해관계가 존재하는지 여부를 고려하여 결정한다.

③ 심리공개

투명성규칙은 제6조에서 원칙적으로 심리를 공개하나 기밀정보보호, 중재절차의 완전성 보호 또는 특성상황에 대응하기 위해 필요한 범위에 대해서는 비공개 심리가 가능하도록 규정하였다. 한-미 FTA 제11.21조는 심리를 공개하는 것을 원칙으로 하나, 보호정보는 심리공개에서 제외된다고 규정하였다.

④ 보호정보

투명성규칙은 제7조에서 비밀 영업정보, 협정상 보호정보, 피청구국 국내법상 보호정보, 법의 집행을 저해하는 정보를 보호정보로 규정하고 필수안보이익에 반하는 정보, 절차의 완전성을 저해하는 정보는 공개되지 않는다고 규정하고 있다. 한-미 FTA 제11.28조에서는 비밀 영업정보 또는 당사국 국내법상 보호되는 정보를 보호정보로 규정하고, 제11.21조 제3항에서 제23.2조의 필수적 안보는 중재절차의 규정에 의하여도 공개될 수 없고, 중재판정부는 그와 관련된 중재심리를 비공개로 처리해야 한다고 규정하고 있다. 또한, 제23.4조는 비공개 정보가 공개될 경우 법집행을 저해하거나 공익에 반하거나 특정 공법인(혹은 사법인)의 합법적인 상업상 이익에 피해를 야기할 경우 정보를 제공하지 않거나 제3자가 접근하는 것을 허용하지 않을 것을 규정하고 있다.

(3) 모리셔스 협약

투명성협약(United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration)은 2014년 4월 1일 이후 체결된 투자조약에 따른 UNCITRAL 중재에만 적용되는 2013 UNCITRAL 중재규칙의 투명성 규칙과 달리, 2014년 4월 1일이 되기 이전에 체결된 투자조약에도 적용된다. 투명성협약은 모리셔스의 포트루이스(Port Louis)에서 서명하도록 개방되었기 때문에 모리셔스협약(Mauritius Convention)이라고 불린다. 2017년 7월 현재 모리셔스, 캐나다, 스위스 3개국이 이 협약을 비준했으며 협약은 3개국 이상의 비준서, 가입, 승인, 수락서 기탁이 있은 후 6개월이 경과하면 발효된다. 협약은 스위스가 비준한 2017년 4월 18일을 기준으로 6개월 후인 2017년 10월 18일에 발효되었다. 이외에도 미국, 영국, 호주, 독일, 프랑스 등 19개의 국가들이 투명성협약에 서명하였다.

2014년 4월 1일 이후에 체결된 투자조약에서 인정하는 UNCITRAL 중재의 경우 투명성협약 당사국들이 달리 합의하지 않는 한 투명성 협약에 의해서 투명성 규칙이 적용된다. 한편, 2014년 4월 1일이 되기 이전에 체결된 투자조약에 따른 투자중재의 경우, 해당 조약 당사국이 투명성 규칙의 적용에 합의하면 투명성 규칙이 적용된다. 투명성협약에 의하여 적용되는 투명성규칙이 기존 투자조약 내 투명성규정과 충돌할 경우 투명성규칙 제1조 제7항이 적용되지 않기에 기존 투자조약 내 투명성규정을 개정하는 효과가 발생한다. 따라서 투명성협약이 ICSID 중재에 적용될 경우 투명성 관련 ICSID 중재절차 규칙의 내용보다 더 넓은 취지의 투명성규칙 내용이 해당 ICSID 중재에 적용됨으로써 기존의 ICSID 중재절차규칙을 개정하는 효과가 발생할 수 있다.

【주요 중재규칙 및 IIA의 투명성 규정 비교】[810]

<table>
<tr><th colspan="2"></th><th>'10 UNCITRAL</th><th>'14 UNCITRAL</th><th>ICSID</th><th>NAFTA</th><th>한-미 FTA</th></tr>
<tr><td rowspan="2">문서의 공개</td><td>공개문서의 범위</td><td rowspan="2">비공개 원칙
-분쟁당사자 합의 시 공개 가능</td><td>[제3조]
①의무 공개
: 중재요청서와 그 답변, 변론서, 심리기록, 중재판정부의 명령·결정·판정문
②요청시 공개
: 증거목록을 제외한 전문가 보고서와 증인 진술서
③그 외 문서는 중재판정부의 재량 또는 요청에 따라 합의하여 공개</td><td>[행정재정규칙 제22조, 중재규칙 제48조]
-요청사건 등록 상황 및 절차진행 현황
- 판정문의 공개는 당사자의 합의가 필요하나 판정문의 법적 논리에 대한 발췌본은 의무 공개
- 당사자 합의 시 절차 관련 회의록 및 기타 문서 공개</td><td>[제1126조]
- 중재요청서와 병합요청서

[제1137조]
- (조건부) 판정문 공개

[FTC 해석선언]
- 보호정보 제외한 모든 문서 공개</td><td rowspan="2">[제11.21조]
- 중재의향서, 중재요청서, 변론서, 이유서, 준비서면, 제3자 의견제출 서면, 병합 관련 서면, 심리 의사록 및 속기록(가능한 경우), 판정 및 결정문</td></tr>
<tr><td>공개 방법</td><td>[제2조, 제3조]
①기탁처
②기탁처에 맡기거나 그 외 수단을 통해 공개</td><td>[행정재정규칙 제22조]
- ICSID 사무총장이 적절한 수단을 통해 공개</td><td>[FTC 해석선언]
- 각 당사국이 적절하게 보호정보를 편집한 문서 공개</td></tr>
<tr><td colspan="2">비분쟁 당사자 의견 제출</td><td>관련 규정 없음</td><td>[제4조]
- 분쟁당사자와 협의 후 중재판정부가 분쟁 범위 내 사항에 대한 비분쟁 당사자의 참여 여부 결정
- 판단 기준
①분쟁당사자와 다른 관점, 지식 또는 통찰
②상당한 이해관계
③부당한 부담, 불공정한 피해 및 절차진행 방해 여부</td><td>[중재규칙 제37조]
- 분쟁당사자와 협의 후 중재판정부의 분쟁범위 내 사항에 대한 비분쟁당사자의 의견서 제출 허용 여부 결정
-판단 기준
①분쟁당사자와 다른 관점, 지식 또는 통찰
②상당한 이해관계
③부당한 부담, 불공정한 피해 및 절차진행 방해 여부</td><td>[FTA 해석선언]
- 중재판정부가 결정
- 판단 기준
①분쟁당사자와 다른 관점, 지식 또는 통찰
②상당한 이해관계, 계쟁물의 공익성
③부당한 부담, 불공정한 피해 및 절차진행 방해 여부</td><td>[제11.20조]
- 분쟁당사자와 협의 후 중재판정부가 분쟁 범위 내 사항에 대한 비분쟁 당사자의 참여 여부 결정
- 판단 기준
①분쟁당사자와 다른 관점, 지식 또는 통찰
②상당한 이해관계
③부당한 부담, 불공정한 피해 및 절차진행 방해 여부</td></tr>
</table>

810) 한지희, ISDS 절차의 투명성 제고에 관한 연구, 국제경제법연구 제13권 제1호, pp. 77-78.

<table>
<tr><td colspan="2">심리 공개</td><td>[제28조]
- 비공개 원칙
- 분쟁당사자 합의 시 공개 가능</td><td>[제6조]
- 공개 원칙 의무
- 단, 비밀정보보호, 중재절차의 완전성 보호 또는 특정 상황에 대응하기 위해 필요한 범위에 대한 비공개 심리 가능</td><td>[중재규칙 제32조]
일방당사자가 거부하지 않으면 ICSID 사무총장과 협의 후 보호정보를 제외한 심리의 전부 또는 일부 공개</td><td>공식적 의사 표명
- 청구인이 거부하지 않으면 보호정보를 제외한 모든 심리 공개</td><td>[제11.21조]
- 공개 원칙 의무
- 단, 보호정보는 심리 공개에서 제외</td></tr>
<tr><td rowspan="2">보호정보와 예외</td><td>보호정보</td><td rowspan="2">관련 규정 없음</td><td>[제7조]
- 비밀 영업 정보
- 협정상 보호정보
- 피청구국 국내법상 보호정보
- 법의 집행을 저해하는 정보</td><td rowspan="2">관련 규정 없음</td><td>[제1111조]
- 비밀 영업 정보

[문서 공개 관련 FTC 해석선언]
- 비밀 영업 정보
- 국내법으로 보호되는 정보
- 중재규칙상 보호되는 정보</td><td>[제11.28조]
- 비밀 영업 정보
- 국내법상 보호되는 정보</td></tr>
<tr><td>예외</td><td>[제7조]
- 필수적 안보이익에 반하는 정보
- 절차의 완전성을 저해하는 정보</td><td>[제2102조]
- 필수안보이익에 반하는 정보

[제2105조]
- 공개 시 법집행의 저해, 국내법으로 보호하는 개인 금융 정보</td><td>[제11.21조]
- (제23.2조) 필수적 안보이익에 반하는 정보
- (제23.4조) 공개시 법집행 저해, 공익이나 특정 기업의 정당한 상업적 이익을 저해하는 비밀정보</td></tr>
</table>

자. 불복절차 및 집행절차[811]

(1) 불복절차

(가) ICSID 협약상 중재판정에 대한 불복

ICSID 협약은 중재판정에 대한 이의로서 보정(rectification), 해석(interpretation), 수정(revision), 취소(annulment) 등을 규정하고 있다.

① 중재판정의 '보정'(ICSID 협약 제49조 제2항)은 중재판정 후 당사자의 신청에 의해 판정 시 결정이 누락된 부분을 결정하고 오기, 오산 및 기타 유사한 실수 등을 정정하는 것이다. 보정 신청은 판정 후 45일 이내에 제기되어야 하며 보정결정은 중재판정의 일부가 된다.

② 중재판정의 '해석'(ICSID 협약 제50조, 중재규칙 제50, 51조)은 판정의 범위(scope)나 의미(meaning)가 모호한 경우 당사자가 사무총장에게 그 해석을 요청하는 것이다. 해석이란 판정의 본안 문제에 대한 검토를 요청하는 것이 아니며 판정의 최종성에 영향을 미치는 것도 아니다. 해석 요청을 받은 사무총장은 이를 중재판정부에게 전달하고, 만약 중재판정부가 해체되고 재구성이 어려운 경우에는 새로운 중재판정부를 구성하여 결정한다. 협약은 판정에 대한 수정, 취소 요청과는 달리 해석 요청에 관하여는 시한을 두지 않고 있으며 협정문에서도 '해석'은 '수정', '취소'와 달리 최종판정문 집행요건으로 언급되어 있지 아니하다.

③ 중재판정의 '수정'(ICSID 협약 제51조, ICSID 중재절차규칙 제50,51조)은 판정 후 '판정에 결정적으로 영향을 미치는 성격의 사실을 발견한 것을 근거로' 판정의 수정을 신청하는 것으로서 신청자는 그 사실이 판정 이전에 중재판정부와 신청인 모두가 알지 못한 새로운 사실이며 신청인이 그 사실을 알지 못한 것이 신청인의 태만에 기인한 것이 아님을 증명하여야 한다. 신청인은 사실의 발견 후 90일 이내에(어떤 경우에도 판정 후 3년 이내에) 사무총장에게 판

811) ICSID 협약과 UNCITRAL 중재규칙은 중재판정에 대한 불복절차와 집행절차에 차이가 있으므로 이 부분에 대하여 항을 달리하여 살펴보겠다. 이에 대한 자세한 논의는 한-미 FTA 투자분야연구, 앞의 책 312-316면 참조.

정의 수정을 신청할 수 있으며, 사무총장은 원판정부에게 이 신청을 전달하거나 이를 심리하기 위한 새로운 판정부를 구성한다.

④ 중재판정의 '취소'(ICSID 협약 제52조, ICSID 중재규칙 제52조-제55조)는 중재판정에 대한 가장 극단적인 조치이다. 중재판정의 취소를 구할 수 있는 사유는 ICSID 협약 제52조에 매우 제한적으로 열거되어 있는데, 1) 중재판정의 부적절한 구성, 2) 중재판정부의 명백한 월권, 3) 중재인의 부패, 4) 근본적 절차규칙의 심각한 위반, 5) 이유 불기재 등 5가지 사유이다. 중재판정의 취소는 중재판정의 중대한 절차적 하자를 이유로 이를 무효화하는 절차이지 기존 판정의 실체적 판단의 당부에 관하여 상소를 허용하는 것이 아니다.

중재판정의 취소신청은 판정일로부터 120일 이내에 이루어져야 하나, 취소신청 사유가 중재인의 부패인 경우에는 부패사유가 발견된 때로부터 120일 이내에 제출될 수 있되, 어떠한 경우에도 판정일로부터 3년 이내에 이루어져야 한다. 중재판정 취소신청이 접수되면 ICSID 운영이사회 의장(Chairman of the Administrative Council)은 즉시 중재인명부에서 3인을 선정하여 특별위원회(*ad hoc* Committee)를 구성하여야 한다. 기존 중재판정부의 구성원이나, 이들 구성원과 같은 국적자, 분쟁당사자와 같은 국적자, 분쟁당사자 국가에 의해 중재인명부에 임명된 적이 있는 중재인 등은 특별위원회에 임명될 수 없다.

특별위원회는 취소신청에 대한 심리가 진행 중인 동안 판정의 집행을 정지할 수 있다.[812] 특별위원회는 기존 판정을 대체할 새로운 결정을 할 수 없으며 오로지 기존 판정의 전부 또는 일부의 취소여부를 결정할 권한만을 갖는다. 특별위원회에 의해 중재판정의 취소가 결정될 경우, 당사자 일방의 신청에 따라 사건은 새로운 중재판정부에게 제출될 수 있다. 즉, 중재판정의 취소는 기존 판정을 배제하고 같은 사건에 대해 새로운 중재판정부를 구성하여 다시 중재절차를 거칠 수 있는 새로운 기회를 부여하는 것이다.

---

812) ICSID 협약 제52(5)조는 집행의 정지를 특별위원회의 재량사항으로 규정하고 있으나, 한-미 FTA에는 이에 대한 특칙을 두어 제11.26.7(a)는 수정·취소 절차가 종료될 때까지 판정의 집행을 구할 수 없도록 규정하고 있다.

〈 *Klöckner v. Cameroon* [813] 〉

○ 사안개요

- 카메룬 정부와 비료 생산 및 공장 관리 관련 다수의 계약을 체결하여 투자한 독일 회사 Klöckner Industrie-Anlagen GmbH는 중재를 제기하였으며, 이에 카메룬 역시 반대청구(counter-claim)를 제기하였으나 중재판정부가 양측 청구를 모두 기각
- Klöckner는 중재판정부가 ① ICC에서의 중재를 규정한 계약의 분쟁해결조항에도 불구하고 카메룬의 반대청구에 대한 관할권을 인정하고 중재판정부의 판단에 의해 적용가능한 법률을 적용하지 못하여 명백하게 권한을 유월하였고, ② 공정한 중재절차 진행 실패 및 진정한 숙의(deliberation)를 가지는 데 실패하는 등 근본적인 절차규칙을 심각하게 이탈하였으며, ③ 제기된 청구에 대한 이유를 기재하지 않았다는 이유로 판정의 취소를 신청하였고, 특별위원회는 중재판정부의 명백한 권한 유월과 이유불기재를 이유로 판정의 전부 취소를 결정

○ 판정취지

- 특별위원회는 반대청구에 대한 명백한 권한 유월 주장은 기각하였으나 중재판정부가 프랑스 법에 없는 의무가 존재한다고 보고 판단한 부분은 명백한 권한 유월이라고 판단
- 숙의의 부재, 명백한 공정성 결여, 적법절차 및 당사자 평등 원칙 존중 실패는 근본적인 절차규칙의 심각한 이탈에 해당한다고 판시
- 이유불기재 관련, 특별위원회는 투자자의 계약상 의무에 대해 중재판정부의 판단은 논증이라기보다는 단순한 주장 내지 가정에 불과하다고 보아 이유불기재 인정
  - ※ 이후 양측은 새로운 중재판정부를 구성하여 중재절차를 진행하였고, 이 새로운 중재판정에 대해서도 취소 절차가 진행되었으나, 두 번째 특별위원회는 취소 신청을 전부 기각

---

813) *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, *Ad hoc* Committee Decision on Annulment (1985. 5. 3.) (투자계약).

< *Wena v. Egypt* [814] >

○ **사안개요**

- 이집트 정부와 호텔관리 계약을 체결한 영국 기업인 Wena Hotel Limited가 영국-이집트 BIT에 기해 제기한 사건으로 중재판정부는 피청구국이 공정공평대우 의무와 완전한 보호 및 안전 제공 의무를 위반하였으며, 청구인의 투자 수용 후 신속하고 적절하며 효과적인 배상을 지급하지 못하였다고 판정
- 피청구국은 중재판정부가 ① 적용가능한 법을 잘못 적용하여 명백하게 권한을 유월하였고, ② 피청구국의 주장을 피력할 권리 제한, 입증책임의 부당한 전환 등 근본적인 절차규칙을 심각하게 이탈하였으며, ③ 청구 및 주장에 대하여 적절하게 이유를 제기하지 않았음(이유불기재)를 이유로 취소 신청을 하였으나 특별위원회는 만장일치로 취소 신청을 기각

○ **판정취지**

- 특별위원회는 중재판정부의 명백한 권한 유월 여부는 정교한 해석의 산물이기보다는 반드시 자명한(self-evident)것이어야 하며, 전자의 경우는 권한 유월이 더 이상 '명백한' 것이 아니라고 판시
- 근본적인 절차규칙의 심각한 이탈 관련, 특별위원회는 '근본적인' 절차규칙이란 "국제법상 존중되어야 할 최소한의 기준"을 의미하며, '심각한' 이탈이란 중재판정부의 판정이 실질적으로(substantially) 다른 결론에 도달하게 될 정도를 의미한다고 판시

(나) ICSID 협약 외의 중재판정에 대한 불복

ICSID 협약상 중재판정에 대한 불복 절차가 중재지 법원의 관여 없이 협약이 정한 독자적 절차에 따라 이루어지는 것과 달리, UNCITRAL 중재규칙이나 ICSID 추가절차규칙에 근거한 중재판정에 대한 불복은 중재지의 적용가능한 법에 따라 이루어진다.[815] 중재지의 적용가능한 법률에 따라 불복절차가 진행된다 하여도, 많은 국가들이 UNCITRAL 모델중재법을 채택에서 중재지로 자주 이용되는 국가들의 국내법원에서는 중재판정의 취소 또는 무효를 매우 제한적으로 인정하고 있다.[816]

814) *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Decision on Annulment (2002. 2. 5.) (이집트-영국 BIT).

815) UNCITRAL 중재규칙 제35조, ICSID 추가절차규칙 제54조.

한-미 FTA를 비롯한 일부 기 체결 FTA는 UNCITRAL 중재규칙이나 ICSID 추가절차규칙에 따른 최종 판정의 경우 중재지국 법원에서 중재판정에 대한 수정(revise), 보류(set aside), 취소(annul) 절차가 판정일로부터 90일내에 개시되지 아니하였거나 그러한 절차 신청이 기각되거나 인용 후 더 이상 상소가 없을 경우에만 최종판정에 대한 집행을 구할 수 있도록 규정하고 있다.[817] 협정에서는 판정에 대한 불복 형식으로 수정, 보류, 취소라고 표현하고 있으나 반드시 이러한 중재지국의 중재법이 이와 동일한 용어를 사용하는 것은 아니며, 보류(set-aside), 규정적 재심(statutory review) 등 다양한 용어를 사용하고 있다.[818]

(2) 집행절차

(가) ICSID 협약을 통한 집행

ICSID 협약 제54조 제1항은 각 당사국은 협약에 따른 중재판정을 구속력 있는 것으로 승인하고 판정에 따른 금전적 의무를 그 영토 내에서 국내법원의 최종판결과 마찬가지로 집행하여야 한다고 규정하고 있다. ICSID 협약 당사국이면 어느 나라에서건 ICSID 중재판정의 승인·집행을 구할 수 있으므로 집행을 구하는 자는 패소한 당사국의 재산이 소재하는 외국에서도 집행할 수 있다. 협약 제54조 제2항은 "당사국내에서 판정의 승인·집행을 구하고자하는 자는 동 당사국이 지정하는 권한 있는 법원 또는 기타 당국(competent court or other authority)에게 사무총장에 의해 인증된 판정사본을 제출하여야 한다"고 규정하고 있다. 우리나라는 서울, 춘천, 청주, 대전, 대구, 부산, 광주, 전주, 제주 등 9개 지방법원을 지정하였고, 미국은 모든 연방지방법원(Federal District Courts)을 지정하였다.[819]

---

816) 국제투자분쟁에서의 UNCITRAL 중재규칙 활용실무(2013), 199면.

817) 한-미 FTA 제11.26조 제7항, 한-호주 FTA 제11.26조 제7항, 한-캐나다 FTA 제8.42조 제3항, 한-뉴질랜드 FTA 제10.30조 제7항, 한-베트남 FTA 제9.26조 제3항, 한-콜롬비아 FTA 제8.26조 제6항.

818) 한-미 FTA 투자분야연구, 313면.

819) CONTRACTING STATES AND MEASURES TAKEN BY THEM FOR THE PURPOSE OF THE CONVENTION Part E, http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-e.htm 참조.

ICSID 협약 제54조 제3항에 의하면 판정의 집행은, 집행을 구하고 있는 국가 영역내의 판결집행에 관한 국내법에 따라야 한다. 이는 모든 국가가 금전채무 이행판결의 집행절차를 보유하고 있을 것이므로 그러한 판결절차에 관한 국내법이 ICSID 판정 집행에도 적용된다는 의미일 뿐이며 집행국의 법률에 근거하여 판정을 재심할 수 있다는 의미가 아니다. 즉 동 조문으로 인해 ICSID 판정의 최종성(finality)과 재심불가능성(non-reviewability)에 영향을 미치는 것은 아니다. 또한, 국내법의 불비로 인해 ICSID 판정을 집행할 수 없다고 하여, 동 판정을 준수하여야 할 ICSID 협약상의 국가의무가 면제되지 않는다.

그러나 협약 제55조는 '제54조의 어느 규정도 그 국가 또는 외국에 대한 집행면제와 관련해서 체약국에서 유효한 법률을 훼손하는 것으로 해석되지 아니한다.'라고 규정하여 국내법을 통한 집행면제의 가능성을 인정하고 있는 듯 보인다. 그러나 국가면제는 판정 집행의 절차적 장애를 구성할 뿐, 중재판정에 따라야 할 국가의 의무에는 영향을 미치지 않으므로 국가면제가 성공적으로 적용되었다 하여도 여전히 판정 불이행은 ICSID 협약 위반이라는 사실에는 변함이 없다.[820]

MINE v. Guinea 사건에서 특별위원회는 국가면제와 판정 불이행의 관계에 대해 다음과 같이 설시하였다. "국가면제가 강제집행에 대한 법적 방어수단을 제공해줄 수는 있으나, 판정 이행에 실패한 사실에 대한 논거나 변명이 될 수는 없다. 사실 판정의 강제 집행에 대한 국가면제 문제는 전형적으로 국가가 자신이 당사국인 조약상 의무 이행을 거부하는 경우에 발생한다. 국가의 불이행은 해당 국가의 국제 의무 위반을 구성하며 결국 이러한 국제 의무 위반에 대한 제재를 유발하게 될 것이다."[821]

ICSID 협약 당사국은 판정을 집행할 의무를 지며 이를 이행하지 않을 경우 협약 제27조 제1항에 따라 외교적 보호권이 다시 동원할 수 있을 뿐만 아니라, 협약 제64조에 따라 ICJ(국제사법재판소)에의 제소도 이루어질 수 있다.

---

820) Dolzer & Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2012), p. 312.

821) *Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4 [*MINE v. Guinea*], Interim Order No. 1 on Guinea's Application for Stay of Enforcement of the Award (1988. 8. 12), para. 25.

협약 제64조는 ICJ 강제관할권(compulsory jurisdiction)에 대한 사전합의 조항이므로 ICSID 당사국간 별도의 합의 없이 ICJ에 대한 청구가 가능하다.

(나) 뉴욕협약을 통한 집행

중재판정은 『뉴욕협약(1958년 '외국중재판정의 승인과 집행에 관한 유엔 협약')』에 의해서도 집행될 수 있다. 동 조약은 당사국 상호간 중재판정의 승인·집행을 보장하기 위한 다자협약으로 한국도 당사국이다. 뉴욕협약을 통한 집행은 ICSID 협약이 적용되지 않는 UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재 등 기타 중재판정의 경우에 적용될 것으로 보인다.

뉴욕협약의 특징은 중재판정의 집행에 관한 입증책임을 전환한 것으로서 집행신청인은 중재판정문과 중재합의서만을 제출하는 것만으로 족하고, 중재패소인이 협약 제5조 소정의 집행거부사유(중재합의의 무효, 방어권의 침해, 중재인의 권한유월, 중재판정부의 구성이나 중재절차의 하자, 구속력 없는 중재판정 또는 취소·정지된 중재판정 등)의 존재를 입증하여야 집행을 중단시킬 수 있다.

뉴욕협약 제1조 제3항 후단은 "유보선언을 한 국가의 국내법상 상업적(commercial)이라고 인정되는 법률관계로 인한 분쟁에 한하여 이 협약을 적용할 것을 선언할 수 있다"고 명시하고 있는바, 이를 상사유보선언(the commercial reservation)이라고 한다. 이와 관련하여 투자분쟁 관련 판정이 '상업적'인지 여부에 대해 다툼이 있을 수 있으나, 한-미 FTA를 비롯한 다수의 기 체결 FTA는 해당 협정의 ISDS 절에 따라 중재에 제기된 청구는 뉴욕협약 제1조의 목적상 '상업적' 관계 또는 거래에서 발생한 것으로 간주된다는 확인규정을 둠으로써 뉴욕협약을 통한 집행가능성을 명확히 하고 있다.

차. 가처분 등

(1) 취지

분쟁투자자는 분쟁당사국의 법원 또는 행정법원에서 임시 가처분을 구하고 금전적 손해배상의 지급 또는 분쟁의 실질적 해결을 수반하지 아니하는 소송을 개시하거나 계속할 수 있다. 다만, 그 소송은 중재가 계류되는 동안 분쟁투자자의 권리와 이익을 보전하기 위한 목적으로만 제기되어야 한다.

(2) 집행정지와의 관계

가압류나 가처분은 본안을 전제로 하므로 본안 이전에도 제기할 수 있으나 행정법상의 집행정지는 본안소송을 제기한 후에나 가능하다. 여기서의 문제는 가압류 가처분을 먼저 구하고 본안을 이후에 제기하는 것이 가능하나, 행정소송의 집행정지는 본안소송을 전제로 하는 절차이다. 따라서 임시 가처분인 집행정지를 먼저 구하고 본안소송을 하는 것은 불가능하다. 즉, 행정소송법 제23조 제2항은 “취소소송이 제기된 경우에 처분 등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 정지를 결정할 수 있다”라고 규정하기 때문에 문제가 발생한다.

물론, 본안소송과 동시에 집행정지를 신청하는 것도 가능하다. 또한 행정소송에 민사집행법상의 가처분이 가능한지 문제가 되는바,[822] 행정소송법 제8조 제2항은 “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다”라고 규정하기 때문에 이에 대하여 학설이 갈리고 있다. 이 경우 적극설을 따를 경우 행정소송 이전에도 가처분이 가능할 수 있다.

그러나 문제는 ‘분쟁의 실질적 해결을 수반하지 아니하는 소송’이 무엇인지에

822) 김동희, 앞의 책 734-737면 참조

대한 논란이다. 민사상 손해배상청구소송은 금전적 지급을 목적으로 하는 소송이므로 이에 포함되지 않는데, 행정처분 무효 확인 소송, 취소소송 등이 이에 해당하는지 여부가 문제된다. 이는 국내구제절차에 행정소송 특히, 행정처분취소소송을 포함시킨 경우에 문제가 된다.

이러한 논쟁은 사실상 번역상 오류에서 나오는 무의미한 논쟁이다. 왜냐하면 영어 원문을 보면 “may initiate or continue an action that seeks interim injunctive relief and does not involve the payment of monetary damages before a judicial or administrative tribunal of the respondent”이라고 규정하여 가처분을 할 수 있다는 의미이지, 본안소송을 제기하여야 하는 것은 아니기 때문이다. 즉, ‘action’에 “가처분을 구하고”와 “금전적 손해배상 지급과 관련이 없는”이 동시에 걸리는 것이다. 그리고 ‘action’은 소송이 아니라 집행정지 또는 가처분 신청의 의미로도 볼 수 있다. 물론, 본안소송이 없는 가처분이나 집행정지는 존재할 수 없는 것이지만, 가처분 혹은 집행정지를 중재판정을 본안으로 하여 인정한다는 의미이다. 따라서 집행정지이든 가처분이든 중재가 계류되는 동안 분쟁투자자의 권리와 이익을 보전하기 위한 목적으로만 제기되는 것이다.

3. 한-미 FTA ISDS 개선

2018년 1월 5일 제1차 개정 협상을 시작으로 한·미 양국은 수 차례의 기술협의를 거쳐 ISDS 관련 정부의 정책 권한 강화 및 남소 방지를 위한 다수의 개선 요소에 합의하였다. 이러한 개정 사항이 담긴 한-미 FTA 개정의정서는 2018년 9월 24일 정식 서명을 마쳤으며, 현재 발효를 위한 양국의 국내절차가 진행되고 있다. 이하에서는 이미 살펴 본 내국민대우, 최혜국대우, 최소기준대우와 관련된 ISDS 개선 요소[823] 외의 나머지 개정 사항에 대해 살펴보도록 하겠다.

823) 내국민대우 관련 pp. 159-160, 최혜국대우 관련 p. 179, 최소기준대우 관련 pp. 252-253 참조.

가. 중복소송 방지

다국적 기업과 같이 여러 국가에 걸쳐 복잡한 투자구조를 지닌 투자자가 동일 사안에 대해 각기 다른 투자협정 또는 다른 중재기관을 통해 ISDS를 제기하는 경향이 대두되자,[824] 투자유치국의 소송 대응 역량 분산 및 중복 손해배상에 대한 우려가 증가하기 시작했다. 이에 UNCITRAL, OECD, UNCTAD 등 다수의 국제 포럼에서 국가들은 중복소송 제한의 필요성에 공감하였고, EU-캐나다 CETA에서 최초로 중복소송 제한 규정(제8.24조)을 신설하였다.

이번 한-미 FTA 개정 협상에서 한·미 양국 역시 이러한 중복소송 제한의 필요성에 공감하였기에, 원칙적으로 중복소송을 제한하면서도 피청구국에게 절차 계속 여부에 대한 선택권을 부여하고, 청구병합 시 절차 계속 가능성을 규정하여 분쟁당사자들 간의 이익 균형을 고려하면서도 남소방지에 기여할 수 있는 중복소송 방지 조항(제11.18조 제4항) 도입에 합의하였다.

【 한-미 FTA 개정 문안 】

Article 11.18 CONDITIONS AND LIMITATIONS OF CONSENT OF EACH PARTY

4. (a) An investor of a Party may not initiate or continue a claim under this Section if a claim involving the same measure or measures alleged to constitute a breach under Article 11.16 and arising from the same events or circumstances is initiated or continued pursuant to an agreement between the respondent and a non-Party by:
   (i) a person of a non-Party that owns or controls, directly or indirectly, the investor of a Party; or
   (ii) a person of a non-Party that is owned or controlled, directly or indirectly, by the investor of a Party.
   (b) Notwithstanding subparagraph (a), the claim may proceed if the respondent agrees that the claim may proceed, or if the investor of a Party and the person of a non-Party agree to consolidate the claims under the respective agreements before a tribunal constituted under this Section.

824) 이와 관련하여 본 서 p. 이하 “”참조.

나. 신속절차에 의한 선결적 항변 사유 추가

기존 한-미 FTA 제11.20조 제6항은 남소방지 및 제거를 위해 피청구국이 법률상의 문제를 본안 전 쟁점으로 제기할 경우, 중재판정부는 본안에 관한 모든 절차를 정지하고 이에 대한 판단을 우선하도록 규정하고 있었다. 동 조항은 2002년 미 의회가 무역협상목표에서 "남소를 제거하고 방지하기 위한 메커니즘 수립"을 요구한 것이 반영된 결과이다.

이번 개정에서는 기존의 "법률상의 문제(a matter of law)" 보다 넓은 의미로 해석되는 ICSID 중재절차규칙 제41조 제5항의 "명백하게 법률상 이유가 없는 청구(manifestly without legal merit)"를 추가하여 남소방지 및 불필요한 소송의 조기 차단 가능성을 확대하였다.

【 한-미 FTA 개정 문안 】

Article 11.20 CONDUCT OF ARBITRATION

6. Without prejudice to a tribunal's authority to address other objections as a preliminary question, a tribunal shall address and decide as a preliminary question any objection by the respondent that, as a matter of law, a claim submitted is not a claim for which an award in favour of the claimant may be made under Article 9.29 (Awards) **or that a claim is manifestly without legal merit**.

[중략]

(c) In deciding an objection under this paragraph **that a claim submitted is not a claim for which an award in favour of the claimant may be made under Article 9.29**, the tribunal shall assume to be true the claimant's factual allegations in support of any claim in the notice of arbitration (or any amendment thereof) and, in disputes brought under the UNCITRAL Arbitration Rules, the statement of claim referred to in the relevant article of the UNCITRAL Arbitration Rules. The tribunal may also consider any relevant facts not in dispute.

다. 청구인의 입증책임 명시

일반적으로 입증책임을 청구인인 투자자에게 있는 것으로 이해되나, *Feldman v. Mexico* 사건, *AAPL v. Sri Lanka* 사건, *Roinvest v. Russia* 사건, *Kardassopoulos v. Georgia* 사건 등 일부 사례에서 중재판정부가 입증책임을 전환한 경우가 존재한다. 이러한 상황에서 기존 한-미 FTA 협정문에는 이에 관한 내용이 명시되어 있지 않아 ISDS 제기 시 입증책임 부담과 관련된 논쟁 발생 및 중재판정부에 의한 입증책임 전환 가능성을 배제할 수 없었다. 따라서, 이번 개정에서는 이러한 위험을 제거하기 위해 ISDS 제기 시 투자자가 모든 요소에 대한 입증책임을 부담함을 명시하는 조항(제11.20조 제9항)을 추가하였다.

【 한-미 FTA 개정 문안 】

Article 11.20 CONDUCT OF ARBITRATION

9. For greater certainty, if an investor of a Party submits a claim under Section B, including a claim alleging that a Party breached Article 11.5, the investor has the burden of proving all elements of its claims, consistent with general principles of international law applicable to international arbitration.

라. 설립 전 투자 기준 명확화

앞서 살펴 본 바와 같이, 설립 전 투자는 그 개념 및 범위가 명확하지 않아 중재판정부 역시 개별 사안에 달리 판단하고 있다. 한-미 FTA도 설립 전 투자를 협정의 보호대상으로 포함하고 있으나, 그 개념 및 범위에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않아 설립 전 투자가 문제되어 ISDS가 제기될 경우 전적으로 중재판정부의 판단에 좌우될 가능성이 존재하였다. 이러한 불확실성을 제거하기 위해 이번 개정에서는 투자를 위해 "구체적 행위(concrete actions)"를 취하여야 협정의 보호대상인 설립 전 투자임을 명시(제11.28조 각주19)하는 각주를 추가하여 중재판정부에 의한 확대해성 및 투자자에 의한 남소 방지에 기여할 수 있을 것으로 예상된다.[825]

【 한-미 FTA 개정 문안 】

Article 11.28 DEFINITION

19) For greater certainty, the Parties understand that, for purposes of the definitions of "investor of a non-Party" and "investor of a Party," an investor "attempts to make" an investment when that investor has taken concrete action or actions to make an investment, such as channeling resources or capital in order to set up a business, or applying for a permit or license.

마. 공동위원회를 통한 ISDS 개선

한-미 FTA는 제22장(제도 및 분쟁해결)에서 공동위원회의 권한으로 협정의 개정 검토를 명시하고 있다(제22.2조). 이번 개정에서는 공동위원회의 역할에 투자분쟁 해결을 위한 절차 및 남소방지를 위한 효과적인 메커니즘 제공을 위한 협의를 명시하는 부속서(부속서 11-아)를 신설하여 향후 ISDS 추가 개선을 위한 근거 마련하였다.

【 한-미 FTA 개정 문안 】

Annex 11-H
JOINT COMMITTEE

Consistent with Article 22.2, the Joint Committee shall, as appropriate, initiate discussions regarding the operation of this Chapter, and consider any potential improvements, to ensure that this Chapter continues to meet the objectives of the Parties, including providing meaningful procedures for resolving investment disputes and effective mechanisms to eliminate frivolous claims and to deter the filing of frivolous claims.

825) 한-ASEAN FTA는 적극적인 조치(active steps), 한-콜롬비아 FTA 구체적 절차(concrete steps)를 취한 경우로 규정

4. 타 협정문과의 비교

【 미국 2004년, 2012년 Model BIT와 한-미 FTA 비교 】

한-미 FTA 조문	미국 2004 Model BIT	미국 2012 Model BIT	한-미 FTA
중재인 선정 (§11.19.3)	의장중재인 국적요건 없음	좌동	분쟁당사자간의 합의가 없는 한 의장중재인은 제3국인으로 임명토록 한정
현실적 중재지 (§11.20.2)	규정 없음	좌동	현실적 중재지 결정에 있어 당사자의 편의성, 증거접근성 등을 고려할 수 있도록 규정 신설
중재언어 (§11.20.3)	규정 없음	좌동	전체 중재과정에서 한국어와 영어가 모두 공식 중재언어임을 규정
비분쟁당사국 의견제출권 (§11.20.4)	비분쟁당사국의 서면.구두 의견제출권 보장	좌동	의견제출권을 보장하되, 구두로만 의견을 제출한 비분쟁당사국은 분쟁당사자의 요청 시 동 구두의견을 서면화하여 제출하도록 규정
투명성 규정 비밀보호 절차 관련 (§11.21.)	정보공개 범위에 관하여 당사국과 중재판정부의 견해가 상이할 경우 해결절차 규정 없음	좌동	공개하지 않을 수 있는 '비밀정보'의 범위에 관하여 당사국과 중재판정부의 견해가 다를 경우의 처리절차 신설 - 양국간 운영하는 공동위원회에서 협의하고 비분쟁당사국이 명시적으로 반대하지 않는 한 분쟁당사국의 의견대로 공개범위 결정

【우리 기 체결 FTA ISDS 규정 방식 비교】

한-싱가포르 FTA 한-EFTA FTA 한-ASEAN FTA 한-인도 CEPA 한-페루 FTA 한-터키 FTA 한-중 FTA	한-칠레 FTA 한-미 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA
단일 조문 하에 여러 항을 두어 규정	ISDS Section 하에 협의·협상, 중제 제기, 중재 수행, 중재인 선정, 판정 등을 각각 별도의 조문을 통해 규정

제 5 장 기타조항

Ⅰ 정의조항(Definition)

국 문	영 문
제 X.18 조: 정의조항	**Article X.18: Definitions**
이 장의 목적상,	For purposes of this Chapter:
청구인이라 함은 다른 쪽 당사국과의 투자분쟁의 당사자인 어느 한 쪽 당사국의 투자자를 말한다.	**disputing investor** means an investor that makes a claim under Section B (Investor-State Dispute Settlement);
분쟁당사자라 함은 피청구국을 말한다.	**disputing Party** means a Party against which a claim is made under Section B (Investor-State Dispute Settlement);
기업이라 함은 제1.4조(정의)에 정의된 기업과 기업의 지점을 말한다.	**enterprise** means an enterprise as defined in Article XX.X (Definitions - Initial Provisions and Definitions Chapter), and a branch of an enterprise;
당사국의 기업이라 함은 당사국의 법에 따라 구성되거나 조직된 기업과 당사국의 영역에 소재하고 그 곳에서 영업 활동을 수행하고 있는 지점을 말한다.	**enterprise of a Party** means an enterprise constituted or organized under the law of a Party and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there;
국제투자분쟁해결센터 추가절차규칙이라 함은 국제투자분쟁해결센터의 사무국에 의한 절차행정을 위한 추가절차를 규율하는 규칙을 말한다.	**ICSID Additional Facility Rules** means the *Rules Governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the International Centre for Settlement of Investment Disputes;*

국 문	영 문
국제투자분쟁해결센터협약이라 함은 1965년 3월 18일 워싱턴에서 체결된 국가와 다른 국가 국민간의 투자분쟁의 해결에 관한 협약을 말한다.	**ICSID Convention** means the *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, done at Washington, March 18, 1965;
투자라 함은 투자자가 직접적 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 모든 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 또는 위험의 감수와 같은 특징을 포함하여, 투자의 특징을 가진 것을 말한다. 투자가 취할 수 있는 형태는 다음을 포함한다.	**investment** means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:
가. 기업	(a) an enterprise;
나. 주식, 증권과 그 밖의 형태의 기업에 대한 지분 참여	(b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
다. 채권, 회사채, 그 밖의 채무증서와 대부[9]	(c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;[9]
라. 선물, 옵션과 그 밖의 파생상품	(d) futures, options, and other derivatives;
마. 완성품인도, 건설, 경영, 생산, 양허, 수익배분과 그 밖의 유사한 계약	(e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
바. 지적재산권	(f) intellectual property rights;
사. 면허, 인가, 허가와 국내법에 따라 부여되는 유사한 권리[10][11] 그리고	(g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; [10][11] and
아. 그 밖의 유형 또는 무형의 자산, 동산 또는 부동산, 그리고 리스·저당권·유치권 및 질권 같은 관련 재산권[12]	(h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.[12]

국 문	영 문
이 협정의 목적상, 상품 및 서비스의 상업적 판매로부터만 발생하는 지급청구권은 그것이 투자의 특징을 가진 대부가 아닌 한 투자가 아니다.	For purposes of this Agreement, a claim to payment that arises solely from the commercial sale of goods and services is not an investment, unless it is a loan that has the characteristics of an investment.
투자계약이라 함은 어느 한 쪽 당사국의 국가 당국[13]과 적용대상투자 또는 다른 쪽 당사국의 투자자간 서면계약[14]으로서 적용대상투자 또는 투자자가 서면계약 그 자체 이외의 적용대상투자를 설립하거나 인수하는 데 의존하고, 적용대상투자 또는 투자자에게 다음 권리를 부여하는 것을 말한다.	**investment agreement** means a written agreement [13] between a national authority[14] of a Party and a covered investment or an investor of the other Party, on which the covered investment or the investor relies in establishing or acquiring a covered investment other than the written agreement itself, that grants rights to the covered investment or investor:
가. 국가당국이 통제하는 천연자원에 관하여, 탐사·채취·정제·운송·유통 또는 매각을 위한 것과 같은 권리	(a) with respect to natural resources that a national authority controls, such as for their exploration, extraction, refining, transportation, distribution, or sale;
나. 발전 또는 배전, 용수 처리 또는 분배, 또는 통신과 같이 당사국을 대신하여 공중에 서비스를 공급하는 권리, 또는	(b) to supply services to the public on behalf of the Party, such as power generation or distribution, water treatment or distribution, or telecommunications; or
다. 정부의 배타적 또는 현저한 이용과 혜택을 위한 것이 아닌, 도로·교량·운하·댐 또는 배관의 건설과 같은, 기반시설사업을 수행할 권리	(c) to undertake infrastructure projects, such as the construction of roads, bridges, canals, dams, or pipelines, that are not for the exclusive or predominant use and benefit of the government;

국 문	영 문
투자인가라 함은 당사국의 **외국인투자 당국이** 적용대상투자 또는 다른 쪽 당사국의 투자자에게 부여한 인가를 말한다.[15]	**investment authorization** means an authorization that the foreign investment authority of a Party grants to a covered investment or an investor of the other Party[15];
비당사국의 투자자라 함은, 어느 한 쪽 당사국에 대하여, 그 당사국의 영역에 투자하고자 시도하거나, 투자가 진행 중이거나, 또는 이미 투자한 투자자로서, 어느 쪽 당사국의 투자자도 아닌 투자자를 말한다.	**investor of a non-Party** means, with respect to a Party, an investor that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of that Party, that is not an investor of either Party;
당사국의 투자자라 함은 다른 쪽 당사국의 영역에 투자하려고 시도하거나, 투자중이거나, 이미 투자한 당사국 또는 그 공기업, 또는 당사국의 국민 또는 기업을 말한다. 그러나, 이중국적자인 자연인은 그의 지배적이고 유효한 국적국의 국민으로만 본다.	**investor of a Party** means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party, that attempts to make, is making, or has made an investment in the territory of the other Party; provided, however, that a natural person who is a dual national shall be deemed to be exclusively a national of the State of his or her dominant and effective nationality;
뉴욕협약이라 함은 1958년 6월 10일 뉴욕에서 채택된 외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 유엔협약을 말한다.	**New York Convention** means the United nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, June 10, 1958;
유엔국제무역법위원회 중재**규칙**이라 함은 유엔국제무역법위원회의 중재규칙을 말한다.	**UNCITRAL Arbitration Rules** means the arbitration rules of the United Nations Commision on International Trade Law.

국 문	영 문
9) 채권, 회사채, 장기어음과 같은 일부 형태의 부채는 투자의 특징을 가질 가능성이 보다 높은 반면, 그 밖의 형태의 부채는 그러한 특징을 가질 가능성이 보다 낮다.	9) Some forms of debt, such as bonds, debentures, and long-term notes, are more likely to have the characteristics of an investment, while other forms of debt are less likely to have such characteristics
10) 특정한 유형의 면허, 인가, 허가 또는 이와 유사한 수단(그러한 수단의 성격을 가지고 있는 범위 내에서, 양허를 포함한다)이 투자의 특징을 가지고 있는지 여부는 당사국 법에 따라 보유자가 가지고 있는 권리의 성격과 범위 같은 그러한 요소에 달려 있다. 투자의 특징을 가지고 있지 아니하는 면허, 인가, 허가 그리고 이와 유사한 수단 중에는 국내법에 따라 보호되는 권리를 창설하지 아니하는 것들이 있다. 보다 명확히 하기 위하여, 앞 내용은 면허, 인가, 허가 또는 이와 유사한 수단과 연계된 자산이 투자의 특징을 가지는지 여부와는 무관하다.	10) Whether a particular type of license, authorization, permit, or similar instrument (including a concession, to the extent that it has the nature of such an instrument) has the characteristics of an investment depends on such factors as the nature and extent ofthe rights that the holder has under the law of the Party. Among the licenses, authorizations, permits, and similar instruments that do not have the characteristics of an investment are those that do not create any rights protected under domestic law. For greater certainty, the foregoing is without prejudice to whether any asset associated with the license, authorization, permit, or similar instrument has the characteristics of an investment.
11) “투자”라는 용어는 사법적 또는 행정적 행위에 들어있는 명령 또는 판결을 포함하지 아니한다.	11) The term “investment” does not include an order or judgment
12) 보다 명확히 하기 위하여, 시장점유, 시장접근, 기대이득, 그리고 이익획득의 기회는 그 자체만으로는 투자가 아니다.	12) For greater certainty, market share, market access, expected gains, and opportunities for profit-making are not, by themselves, investments.

국 문	영 문
13) 이 정의의 목적상, 국가당국이라 함은 중앙정부에서의 당국을 말한다.	13) “Written agreement” refers to an agreement in writing, executed by both parties, whether in a single instrument or in multiple instruments, that creates an exchange of rights and obligations, binding on both parties under the law applicable under Article 11.22.2. For greater certainty, (a) a unilateral act of an administrative or judicial authority, such as a permit, license, or authorization issued by a Party solely in its regulatory capacity, or a decree, order, or judgment, standing alone and (b) an administrative or judicial consent
14) “서면계약”은 하나 또는 복수의 문서로 양당사자가 서면으로 체결한 계약을 지칭한다. 이는 권리 및 의무의 교환을 창설하고 제11.22조제2항에 따라 적용가능한 법에 따라 양 당사자에 대하여 구속력을 가진다. 보다 명확히 하기 위하여 가. 당사국이 단지 자국의 규제 권한으로 내리는 허가, 면허, 또는 인가와 같은 행정 또는 사법 당국의 일방적 행위, 또는 독자적인 포고령, 명령 또는 판결, 그리고 나. 행정적 또는 사법적 동의 포고령 또는 명령은 서면계약으로 간주되지 아니한다.	14) For purposes of this definition, national authority means an authority at the central level of government.
15) 보다 명확히 하기 위하여, 경쟁법과 같이 일반적으로 적용되는 법을 집행하기 위하여 당사국이 취하는 조치는 이 정의 내에 포함되지 아니한다.	15) For greater certainty, actions taken by a Party to enforce laws of general application, such as competition laws, are not encompassed within this definition.

1. 취 지

정의조항은 협정문의 해석과 밀접한 관련이 있는바, 투자자, 투자의 범위와 관련하여 이를 명확히 할 필요가 있다. 투자자와 관련하여서는 이중국적, 법인의 기준, 투자자의 정의를, 그리고 투자와 관련하여서는 제3국 지점의 문제에 대하여 살펴보기로 한다.

2. 주요 내용

가. 투자자

(1) 자연인

(가) 청구적격

일반적으로 투자협정의 적용범위는 협정 당사국의 모든 투자에 적용되는 것이 아니라 "협정 당사국 투자자"의 "투자"에 적용된다. 따라서 "투자자"의 범위를 정의해야 하고, "협정 당사국"과 "투자자"의 연관 관계를 어떤 식으로든지 규정해야만 협정의 적용범위가 좀 더 명확해지게 된다.

정의규정은 '당사국의 투자자(investor of a Party)', '비당사국의 투자자(investor of a non-Party)'를 정의함으로써 '투자자'를 정의하고 있다. 즉, 투자협정상 중재를 제기할 수 있는 '청구인'은 '다른 쪽 당사국과의 투자분쟁의 당사자인 어느 한쪽 당사국의 투자자(investor of a Party)'로 정의된다. 분쟁의 제기 주체는 투자유치국의 현지법인인 기업이 아니라 동 기업에 대한 협정상대국의 투자자라는 의미이다. 그리고 '당사국의 투자자'란 다른 쪽 당사국의 영역에 투자하려고 시도하거나, 투자 중이거나, 이미 투자한 당사국 또는 그 공기업, 또는 당사국의 국민 또는 기업으로 정의된다.

한편, 경우에 따라서는 체약국에 거주(reside)하거나 주소를 가질 것(domicile), 혹은 영주할 것(permanently reside)을 요구하는 등 국적 이외의 요

소를 투자자의 요건으로 규정하는 투자협정도 있다. 이와 같은 규정은 해당국에 거주하지도 않고 직접적인 관련도 없으면서 체약국의 국적을 가진 국민이 상당한 수일 경우 이들을 협정의 적용대상에서 배제하기 위한 것이다.

이러한 투자자는 '자기 자신을 위하여(on its own behalf)' 또는 '자신이 직접적·간접적으로 소유·지배하는 법인인 피청구국의 기업을 대신하여(on behalf of)' 청구를 제기할 수 있음은 한-미 FTA에서와 같다.[826]

투자자의 정의와 관련된 주요 쟁점은 투자자인 자연인과 기업의 국적문제와 소수주주, 간접 소유자 등에 대한 청구적격 인정 여부이다.

(나) 국적 판단 기준

1) 해당 국가의 국내법

특정 투자협정에 근거하여 중재를 제기하는 청구인이 그 투자협정 체약국의 국적을 갖는지 문제되는 경우, 원칙적으로 문제된 국가의 국적에 관한 법에 따라 판단한다.[827] 대부분의 FTA나 BIT에서도 체약 당사국의 적용 가능한 법에 의해 국적(nationality)을 가지고 있는 사람을 자연인인 투자자로 보고 있다. 청구인의 국적에 대하여 다툼이 있는 경우, 중재판정부가 이에 대하여 판단할 권한을 가진다.[828] 이 때 중재판정부는 여권, 국적증명서 등 해당 국가가 발행한 문서를 적절히 고려하여야 하지만, 그 문서가 결정적인 것은 아니며 중재판정부를 구속하지 아니한다.[829]

826) 한-미 FTA 제11.16조 제1항.
827) *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award (2004. 7. 7.) (이하 "*Soufraki v. UAE* 사건") (이탈리아-UAE BIT), para 55.
828) *Soufraki v. UAE* 사건, para 55.
829) *Soufraki v. UAE* 사건, para 63.

〈 *Soufraki v. UAE* 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 캐나다 국적과 이탈리아 국적을 보유. 청구인은 이탈리아인이라고 주장하였으나 피청구국은 청구인이 이탈리아 국적을 상실하였으므로 캐나다 국적이라고 항변

○ **판정취지**

- 청구인이 캐나다 국적을 취득함으로써 이탈리아 국적을 상실 후 이탈리아 국적 회복을 위한 노력을 하지 않는 등 이탈리아 국적 입증을 하지 못하였다고 판시 (이중국적에 대한 지배적이고 실효적인 원칙 적용 여부에 대해서는 판단하지 않음)

2) 지배적이고 실효적인 원칙

'당사국의 투자자'의 정의규정은 자연인인 투자자가 이중국적자일 경우 '지배적이고 실효적인(dominant and effective)' 국적국의 국민으로만 인정하도록 규정하고 있다. '이중국적자'는 '국민(national)' 개념을 전제로 하고 있는바, 협정문은 각 당사국별로 '국민(national)'의 정의규정을 두어, 대한민국에 대하여는 국적법상 의미에서 대한민국의 국민을, 미국에 대하여는 이민 및 국적법에 정의된 '미합중국의 국민(national of United States)'이라고 정의하는 것이 일반적이다. 따라서 개별사건에서 청구인의 국적이 문제되는 경우 위 '국민'의 정의 규정에 따라 어느 국의 국민인지를 판단하며, 만약 이중국적자일 경우에는 국제법상의 '실효적 국적의 원칙(dominant effective test)'에 따라 국적을 정하게 된다.

〈 *Micula v. Romania* [830]〉

○ **사안개요**

- 루마니아 국적을 포기하고 스웨덴 국적을 취득한 청구인들이 스웨덴-루마니아 BIT에 근거하여 중재를 제기하자 피청구국은 단일국적의 경우에도 적용되는 실효적 국적의 원칙에 의할 때 청구인들은 루마니아에서 영주하며 루마니아와 문화적·사회적 유대를 형성하고 있었으므로 스웨덴 국적을 주장할 수 없다고 항변

○ **판정취지**

- 단일국적의 경우에는 실효적 국적의 원칙이 적용될 수 없을 뿐 아니라 ICSID 협약은 협약국의 국민일 것만을 요구하며 스웨덴-루마니아 BIT도 스웨덴 법에 따라 스웨덴 국적이 인정되면 족하고 진정한 유대를 요구하지 않으므로, 청구인들의 스웨덴 국적을 인정할 수 있다고 판시

이는 1955년 *Nottebohm* 사건에서 ICJ가 국가의 국적법에 따른 국적이 국제적으로 인정받기 위해서는 특정 자연인을 법적으로 특정 국가에 결부시키는 것만으로는 충분하지 않고, 당해 국가와 자연인간에 사실상의 진정한 유대(genuine linkage)에 기초한 실효적인 국적이어야 한다고 판단한 판결에서 비롯된 것이다.[831]

지배적이고 실효적이라는 것이 어떤 기준인가에 대하여 논란이 있는데 이러한 기준은 협정당사국 국적을 모두 보유한 경우와 제3국 국적을 보유한 경우를 포괄한다. 이 기준은 간명하다는 장점이 있으나 그 기준이 모호하다는 단점이 있어 구체적인 의미는 중재판정부의 해석의 몫으로 남겨두어야 한다.

이에 반하여 협정 양 당사국의 국적을 가지고 있는 경우에는 협정의 적용을 배제하는 방식으로 캐나다-레바논 BIT가 대표적이다. 이에 의하면 양 국적을 모두 보유한 경우 캐나다에서는 캐나다 국민으로, 레바논에서는 레바논 국민으로 취급되므로 투자협정의 적용대상에서 제외된다. 이러한 방식은 한국-이스라엘 BIT에서도 마찬가지이다. 한국 영역 안에서의 투자는 이스라엘 국적이면서

830) *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility (2008. 9. 24.) (스웨덴-루마니아 BIT).

831) 국제투자분쟁 공무원 교육자료, 134면 참조.

한국 국적이 아닐 것을 요구하고 있다. 즉, 이중국적의 경우에는 투자협정의 적용을 받지 못한다.

어떠한 기준을 따르는 것이 합리적인지에 대하여 살펴보면, 두 번째 기준은 지배적이고 실효적인 국적은 캐나다이고 레바논 국적만 취득하고 실제 거주를 하지 않는 경우에도 캐나다 투자자가 아니라 레바논 영역에서는 레바논 투자자가 되어 협정의 적용을 받지 못하는 불합리한 문제가 발생한다. 또한, 협정 당사국의 국적이 아닌 제3국 국적을 보유한 이중국적자의 경우 과도한 혜택을 받을 우려가 있다. 즉, 캐나다-미국 이중국적을 가진 경우 미국국적이 실효적 국적인 경우 캐나다-레바논 BIT에 의하여 레바논 국적을 이유로 중재신청을 할 수 있다.

특히 캐나다나 호주의 경우 일단 호주나 캐나다의 국적을 보유하고 있기만 하면 제3국 국적을 가지고 있더라도 협정의 보호를 받는다는 입장으로 앞에서 본 바와 같이 제3국 국적이 월등히 지배적인 호주나 캐나다 국적자에게도 협정상 보호를 제공하게 되어 보호 대상의 지나친 확장이 우려되고, 이는 ISDS 제소권자의 증가 등의 문제가 수반될 수 있다.

국적법이 개정되어 우리나라도 이중국적을 제한적으로 허용하므로[832] 우리도 이러한 캐나다나 호주의 방식을 도입하는 것을 고려할 수는 있으나, 우리가 투자유치국으로서 ISDS 제소를 당할 것을 생각하면 ISDS 제소범위의 확대는 바람직하지 않다. 또한, 이중국적을 허용한다 하더라도 이러한 불합리한 점을 개선하고 ISDS 제소범위의 확장을 방지한다는 측면 및 한-미 FTA와의 정합성 측면에서도 지배적이고 실효적인 기준이 타당하다. 이러한 기준을 채택할 경우 해석의 문제는 중재판정부가 판단할 몫이라고 생각한다.

이와 관련하여 지배적이고 실효적인 원칙이 국제관습법상 확립된 원칙인지가 문제되는바, UNCTAD에 의하면 아직까지 확립된 원칙으로 보기는 어렵다는 쪽에 무게를 두고 있다.[833] 즉, 캐나다의 경우 BIT에서는 지배적이고 실효적

832) **국적법 제12조 제1항** 만 20세가 되기 전에 복수국적자가 된 자는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 복수국적자가 된 자는 그 때부터 2년 내에 제13조와 제14조에 따라 하나의 국적을 선택하여야 한다. 다만, 제10조제2항에 따라 법무부장관에게 대한민국에서 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 뜻을 서약한 복수국적자는 제외한다.

833) UNCTAD, *Scope and Definition* (1999), p. 36.

인 원칙을 사용하지 않고, dominant and effective test를 협정문에 명시하지 않았음에도, 이중국적자 관련 사건에서는 ISDS 중재판정부가 이 test를 적용하는 것이 국제관습법상 관행이라고 타국과의 협상과정에서 주장하였다고 한다. 그런데 캐나다는 페루('08. 5.), 콜롬비아('08. 11.) 등과의 FTA에 서명하였는데, 이 협정문들 모두 dominant and effective test 내용을 담고 있다. 이는 dominant and effective test 적용이 국제관습법상 관행이 아니며, 오히려 이 test를 명시하지 않을 경우 모든 이중국적자를 보호하는 것으로 해석될 가능성이 크다는 측면에서 상대국의 요구를 수용했기 때문으로 판단된다.

다만, 조약에 따라 지배적이고 실효적인 원칙을 배제하는 경우도 있다. 「국제투자보증기구 설립협약(Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency)」에는 한 투자자가 다수의 국적을 가진 경우, 회원국의 국적이 비회원국의 국적보다 우선하며 투자유치국(host country)의 국적이 다른 회원국의 국적보다 우선한다는 규정이 있다. 또한, 「범아랍 투자보증공사 설립에 관한 협약(Convention Establishing the Inter-Arab Investment Guarantee Corporation)」의 경우에는 보다 명백하게 규정되어 있는데, 어떠한 경우에도 투자유치국의 국민이거나 그 국가 혹은 그 국가의 국민이 실질적으로 지분을 소유한 법인은 자연인인 투자자가 될 수 없다고 규정함으로써 이중국적의 문제를 해결하고 있다.

(다) ICSID 협약과의 관계

1) 지배적이고 실효적인 원칙의 적용 여부

ICSID 협약 제25조 제1항은 'ICSID의 관할은 체약국과 타방체약국 국민 간에 투자에서 직접적으로 기인하는 법적 분쟁에 미친다'는 취지로 규정하고 있으므로[834], ICSID 협약에 따른 중재를 제기하는 경우 투자자가 체약국의 국민이어

834) Article 25(1) : The Jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally. (밑줄 추가)

야 한다는 요건(적극적 국적요건)뿐만 아니라, 투자유치국의 국민이어서는 아니 된다는 요건(소극적 국적요건)을 포함하고 있다. 이러한 소극적 국적요건은 절대적이며, 당사국들이 합의를 하더라도 변경할 수 없다.[835] 따라서 NAFTA, 한-미FTA 등 최근의 다수의 투자협정들이 이중국적자인 투자자의 청구적격 보유여부는 실효적 국적의 원칙에 따른다는 규정을 두더라도 ICSID 협약에 따른 절차에서는 동 협약이 배타적으로 적용되므로 협정 제25조에 의해 이중국적자의 청구적격이 배제됨을 주의하여야 하며[836], 이 경우 투자자는 ICSID 이외의 절차에 따른 중재제기를 검토하여야 할 것이다.

< *Champion Trading and others v. Egypt* [837] >

○ 사안개요

- 청구인들은 면화 가공회사인 NCC(National Cotton Company)의 주주들로서 2개 회사와 3인의 자연인으로 구성. 피청구국은 미국인이라고 주장하는 위 3인의 자연인들(형제들)은 이집트인 아버지의 아들에 대하여 출생지를 불문하고 이집트 국적을 인정하는 이집트 법률에 따라 이집트 국적을 아울러 보유하고 있으므로 ICSID 협약 제25조 제2항(a)에 따라 청구적격을 결여하고 있다고 항변

○ 판정취지

- 중재판정부는 위 제25조 제2항(a)가 이중국적자에 대하여 '명확하고 구체적인(clear and specific) 내용'을 규정하고 있으므로 위 자연인들은 피청구국에 대한 청구적격을 보유하지 못한다고 판시
- 다만, 중재판정부는 일률적으로 이중국적자에 대하여 청구적격을 부정하는 것이 '명백히 부당하고 불합리한(manifestly absurd or unreasonable)'한 경우에는 예외적으로 청구적격이 인정될 수 있다는 가능성을 배제하지 않았으나 동 사례가 이에 해당되지는 않는다고 판시

---

835) Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, para. 29.

836) *Champion Trading v. Egypt* 사건, *Soufraki v. UAE* 사건.

837) *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction (2003. 10. 21.) (미국-이집트 BIT).

ICSID 협약에서 유의할 것은 피청구국 국적과 청구인의 국적을 동시에 가진 경우 협약이 배제된다는 것이다. 즉 미국-프랑스 BIT의 경우라면 미국 국적과 프랑스 국적을 가진 이중국적자가 분쟁을 중재에 제기하기로 합의한 날부터 중재청구가 ICSID 사무총장에 의해 센터에 등록된 날 중 위 어느 쪽 날짜에든지 프랑스 국적을 가지면 관할권이 부정된다는 것이다.

그러나 ICSID 중재절차에서 청구인이 투자유치국이 아닌 체약국과 제3국의 국적을 모두 보유하고 있는 경우에 지배적이고 실효적인 원칙을 적용할지에 대하여는 중재판정례가 일관되지는 않는다. *Olgun v. Paraguay* 사건에서 중재판정부는 미국과 페루 국적을 가진 투자자에 대하여 중재판정부는 페루 국적이 '실제적이고 실효적이다'라고 판시하여 페루-파라과이 BIT상의 투자자로서 요건을 충족한다고 보았다.[838] 반면, *Saba Fakes v. Turkey* 사건에서는 네덜란드와 요르단 국적을 가진 투자자가 문제되었는데, 중재판정부는 지배적이고 실효적인 원칙을 적용하지 않고 네덜란드 국적에 근거하여 인적관할을 인정하였다. 다만, 투자협정에서 국적 판단시 지배적이고 실효적인 원칙을 적용하는 경우에는, 투자유치국 이외의 이중국적을 가진 투자자가 투자중재를 제기하려면 투자협정에 따른 실효적 국적을 가져야 할 것이다.

838) *Olgun v. Paraguay,* ICSID Case No. ARB/98/5, Award (2001. 7. 26), para 61. 그러나 이 사건은 페루와 미국 국적이 문제가 되었는데 페루 국적이 실제적이고 실효적이었을 뿐만 아니라 ICSID 협약 제25조 제2항 (a)호의 요건을 충족하였다. 왜냐하면 ICSID 협약은 피청구국 국적을 가지면 안 되는 것이기 때문이다. 이 사건은 제3국 국적인 미국국적과 신청인 국적인 페루 국적을 가진 경우이다.

〈 *Saba Fakes v. Turkey* [839]〉

○ **사안개요**

- 청구인은 네덜란드 국적과 요르단 국적을 보유. 피청구국은 네덜란드-터키 BIT에 따라 ISDS를 제기하려면 청구인이 단순히 네덜란드 국적을 가진 것으로는 부족하고 네덜란드 국적이 실효적이어야 하나, 청구인의 실효적인 국적은 요르단이라고 항변

○ **판정취지**

- ICSID 협약에 따라 인적관할을 판단할 때 지배적이고 실효적인 원칙이 적용되지 않고, 네덜란드-터키 BIT 역시 투자자의 국적을 판단할 때 지배적이고 실효적인 원칙을 적용하지 않는다고 판시하면서 인적관할을 인정

이러한 ICSID 협약과 개별 투자협정과의 충돌문제는 영주권자에 대한 청구적격 인정과 관련하여서도 제기될 수 있다. 캐나다 2003년 Model BIT 등 일부 투자협정은 시민권자뿐만 아니라 영주권자(permanent resident)에게도 투자자로서의 청구적격을 인정하고 있다. 그러나 ICSID 협약 제25조는 청구권자를 협정 체약국의 국적자(national)로 한정하고 있으므로 양자간 협정에 의해 영주권자에게도 청구적격을 인정하더라도 ICSID 절차에서는 관할이 배제될 수 있음에 유의하여야 한다.[840]

또한, 독일-이스라엘 BIT처럼 '영주권자'이어야 하고, 덴마크-인도네시아

839) *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award (2010. 7. 14.) (네덜란드 - 터키 BIT).

840) *Feldman v. Mexico* 사건에서는 미국 국적자임과 동시에 멕시코 영주권자인 Mr. Marvin Roy Feldman Karpa에게 청구적격을 인정할 것인지 여부가 문제되었다. 중재판정부는 국제법의 일반원칙상 청구적격 결정에 있어 시민권(citizenship)이 영주권(residency) 또는 다른 지리적 연관(geographic affiliation)보다 국가와 국민간의 주요한 연결요소(main connection factor)이며, 이 사건의 사실관계상 원칙적으로 시민권이 영주권에 우선한다고 결정하였다. 중재판정부는 NAFTA 제201조의 'national' 규정의 의미에 대한 멕시코의 해석론을 반박하면서, 동 개념은 청구적격을 의미하는 '당사국의 투자자(investor of a Party)' 정의와 함께 고려되어야 하며, 'national'은 투자가 이루어진 국가가 아닌 다른 국가에만 연관된 개념으로 해석되어야 한다고 판시하였다. 즉, 특정국가의 시민권자와 영주권자를 동등하게 대우한다는 것은 그 특정국가가 투자가 이루어진 곳(투자유치국)이 아닌 경우만을 의미한다고 설시하였다. 이와 같이 해석하는 것이 투자 기회와 효과적인 투자보호의 증진이라는 NAFTA의 목적에도 부합한다고 부연하면서 이러한 해석의 결과, 예를 들어 프랑스 시민권자자 할지라도 미국 영주권을 보유하고 있는 투자자라면 이 영주권자 지위에 기해서 캐나다, 멕시코를 상대로 청구할 수 있는 것이라고 판시하였다.

BIT처럼 '국적국 영역에 주소를 둔'이라는 방식으로 거주요건을 요구하는 경우도 있다.

이러한 ICSID 협약에 따른 중재절차를 따르기 위해서 일부 BIT, 예컨대 스리랑카 모델 BIT는 '일방 체약국의 법에 따라서 그 나라의 국적을 갖고 상대방 체약국의 국민이 아닌 자연인'이라고 규정하여 원칙적으로 이중국적자를 협정에서 배제하고 있다.

2) 국적 판단 시점

앞서 살핀 바와 같이, 투자자는 체약국의 국민이어야 하는 것과 동시에 투자유치국의 국민이어서는 안 된다. 또한, 동 협약 제25조 제2항(a)는 "타방체약국 국민"에 관하여 "제23조 제1항 또는 제36조 제3항에 따라 요청서가 등록된 일자 및 당사자가 어느 분쟁을 조정이나 중재에 회부하기로 동의한 일자에 그러한 분쟁 당사국 이외의 체약국의 국적을 가진 자연인. 다만, 이상의 어느 일자에 분쟁 당사국의 국적을 가진 자는 이에 포함되지 아니한다."라고 규정하고 있으므로, 이러한 국적요건은 당사자들이 분쟁을 중재에 제기하기로 합의한 날부터 중재청구가 ICSID 사무총장에 의해 센터에 등록된 날까지 계속 유지되어야 하며, 위 어느 쪽 날짜에든지 분쟁당사자인 체약국 국적도 가졌던 개인은 포함되지 않음을 분명히 하고 있다.[841] 따라서 예를 들어 프랑스 투자자가 미국에 투자한 이후 미국으로 이주하여 법적 분쟁이 발생하기 이전에 미국 시민권을 취득하면 이 프랑스 투자자는 미국을 상대로 ICSID 중재를 제기할 수 없게 된다. 또한 이 프랑스 투자자가 프랑스와 미국의 국적을 모두 보유한 이중국적자일 경우에도 청구적격을 갖지 못한다. 가사 위 사례에서 미국이 위 프랑스 투자자를 ICSID 절차의 목적상 미국 시민이 아닌 프랑스 시민으로 간주하겠다는 내용으로 관할항변

841) Article 25(2) : "National of another Contracting State" means: (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute;(밑줄 추가)

을 포기하더라도 위 프랑스 투자자는 청구적격을 갖지 못한다.

(2) 법인

(가) 청구적격[842]

1) 투자자와 투자의 구분

법인의 법적 형태와 관련하여서는 한 가지 주의할 것은 법인격을 가진 법적 실체(legal entity)는 투자자(investor)이면서 동시에 투자(investment)라는 특성이 있다. 그러나 투자자(investor)로서의 법인의 형태는 투자유치국(host country)에 투자자가 투자한 자본으로서의 법인인 투자(investment)와 분명히 구분된다. 예컨대 일본 현지에서 일본 회사법에 의해 설립된 소니(Sony)는 한-일 BIT에 의한 일본의 투자자(investor)이지만, 소니가 한국에 설립한 한국 소니는 투자자(investor)가 아니라 투자자에 의한 투자(investment)이다. 대부분의 경우 투자유치국(host country)에 존재하는 상대국 투자자의 법인, 즉 현지 법인은 상대국의 투자자(investor)가 아니라 투자(investment)인 것이다.[843]

투자자와 투자의 구분과 관련하여서 가장 핵심적인 쟁점은 투자분쟁이 발생하였을 경우, 정부를 상대로 국제중재에 제소할 수 있는 권한을 투자자와 투자 중 누가 보유하는지 여부이다. 투자자에 대해서 국제중재 제소권을 인정하는 것은 매우 당연한 귀결이겠지만, 투자자의 투자인 현지법인의 국제중재 제소권을 인정하는지 여부는 논란의 여지가 많다고 하겠다. ICSID 협약에서

842) 한찬식, 앞의 책 66-88면 참조.

843) 한찬식, 앞의 책 69면에서는 투자와 투자자로서의 법인 구별의 실익을 다음과 같이 설명한다. 투자유치국(host country)의 국내 법인이 국내에서 경제적 활동을 영위할 경우에는 상대국의 투자자(investor)가 아니라 상대국의 투자(investment)인 현지 법인과 계약을 맺거나 경제적 활동관계를 유지하기 때문에, 결국 법률적 이해관계에서 발생하는 다양한 문제들은 투자자(investor)의 투자(investment)가 그 출발점이 되는 것이다. 예컨대 일본 투자자(investor)인 소니의 한국 투자(investment)인 주식회사 한국소니가 파산한다면, 일본 투자(investment)인 한국 소니는 출자한 부분만 부담하면 되기 때문에 한국의 채권자들은 투자자(investor)인 일본의 소니에 대한 청구권을 주장할 수 없다. 이는 투자자(investor)로서의 법인과 투자(investment)로서의 법인을 반드시 구분해야 하는 이유를 보여주는 것이라고 설명하고 있다.

관할권을 규정한 제25조는 “양 당사국이 합의한 경우”에는 외국인이 통제하는 현지법인의 경우도 투자자 대 국가간 분쟁해결 절차상 투자자로 간주할 수 있다고 규정하고 있다. 요컨대, 양 당사국의 합의를 전제로 현지법인의 국제중재 제소권을 인정한 것이다. 이는 다국적 기업의 현실을 반영하여 투자유치국내에 자회사 설립을 한 경우 그 자체로 제소적격을 잃지 않게 하기 위해서이다. 미국의 모델 BIT도 투자분쟁이 발생하였을 경우 투자유치국의 회사(company)가 상대방 투자자가 소유·통제하는 투자(covered investment)라면 상대방 국가의 국민으로 취급하도록 규정함으로써, 현지법인의 광범위한 국제중재 제소권을 인정하고 있다.

그러나 현지법인의 제소권과 관련하여 많은 FTA나 BIT 등에서는 체약 당사국을 상대로 제소할 수 있는 권한은 투자(investment)가 아니라 투자자(investor)라고 규정하고 있는데, 이는 현지 법인의 분쟁 제소권을 인정하지 않는다는 의미이다. 현지법인의 제소권은 우리의 기 체결 FTA에서는 대체로 인정하지 않는 추세이다.[844]

2) 국적 판단 기준

투자자로서의 법인과 관련된 다른 중요 쟁점은 법인과 협정 체약 당사국의 연관 관계를 어떤 방식에 의거하여 결정할 것인가 하는 문제이다. 즉, 체약 당사국의 영토 내에서 체약 당사국의 국민이 자본을 투자하여 당해 국가의 법과 규정에 따라 회사를 설립한 경우에는 당연히 투자자의 국적문제가 간단히 해결되지만, 체약 당사국 내에 체약 당사국이 아닌 제3국가의 투자자가 투자한 법인이 다시 상대방 체약 당사국 내에 투자한 경우, 이 법인들의 국적은 어떤 기준을 가지고 결정해야 하는지가 문제된다는 것이다.

예컨대, 한국의 상법에 의해 한국에서 미국의 Microsoft가 100% 지분을 가지고 설립한 Microsoft Korea가 일본의 Softbank 지분에 투자한 경우 Microsoft Korea는 한-일 BIT상의 한국 투자자(investor)인가? 홍콩에서 홍콩법에 의해

844) 한-ASEAN FTA에서는 제18조 ISDS 조항 제3조에서 “An investment may not make a claim under this article"이라고 규정하여 투자자만 제소권이 있다고 인정하는 것으로 현지법인의 제소권을 부정하는 것이다.

일본의 Matsushita가 100% 지분으로 설립한 Panasonic Asia Holdings가 한국에 Panasonic Korea를 설립한 경우 Panasonic Asia Holdings는 한-일 BIT상의 일본 투자자(investor)인가? 영국의 Tesco가 80%의 지분을 소유하고 있지만 한국법에 의해 한국법인인 삼성물산이 설립한 한국의 삼성테스코가 일본 동경에 Home Plus Japan 1호점을 개점하였을 겨우 한국의 삼성테스코는 한-일 BIT상의 한국 투자자(investor)인가?[845]

법인 투자자와 체약 당사국과의 연관 관계를 정의하는 기준은 크게 3가지가 있다.

① 첫 번째 기준은 '설립지 기준'으로 회사를 설립한 장소를 기준으로 투자자 적격을 파악하는 방법이다. 설립지 기준의 장점은 우선 적용이 매우 간편하고 쉽다는 점, 일단 설립지가 한 번 정해지면 바뀌지 않는다는 점 등이다. 이와 같은 장점은 예측가능하며 안정적인 투자협정의 운용을 가능하게 함으로써 투자자에게 매우 유리하다. 따라서 투자협정의 목적이 양국간 투자촉진을 위한 경우에는 보통 이러한 기준을 사용한다. 덴마크, 네덜란드, 스위스, 영국, 미국, 싱가포르, 덴마크, 한국 등 대부분 국가들의 BIT 모델과 MAI, Energy Charter Treaty, NAFTA 등 다수의 다자간 투자협정이 이러한 기준을 채택하고 있으며 한-미 FTA 및 한-일 BIT에서도 이 기준을 채택하고 있다. 영국의 모델 BIT도 "영국의 어느 것에서든 유효한 법에 따라 설립되거나 구성된 기업, 회사, 조합"이라고 규정하고 있다.

그러나 이 기준은 체결 당사국의 법률에 따라 설립만 된다면 당사국과 실질적인 연관관계가 없는 투자자까지 보호할 가능성이 있다는 단점이 있다. 즉, 이 기준을 따르면 투자진출국(home country)과 투자유치국(host country) 모두의 입장에서 자국의 아무런 경제적 기여가 없는 법인을 보호하는 결과가 되어, 협정의 이익이 유출(spillover)되는 무임승차(free-rider) 문제가 발생하게 되는 것이다. 즉, 명목회사에게까지 투자협정상의 각종 권리를 부여하여야 하는 단점이 있다. 따라서 설립지 기준을 사용할 때는, 협정 당사국이 아닌 제3국이 소유 혹은 통제하는 법인에 대해서는 정상적인 경제관계가 없거나

845) 논의의 편의상 한찬식 앞의 책 69면에 기재된 한-일 BIT의 예를 그대로 인용하기로 한다.

혹은 설립지에서 어떠한 실질적인 경제활동을 하지 않는 경우에는 투자자(investor)와 투자자의 투자(investment)에 대하여 협정의 이익을 부인할 권리를 동시에 부여하는 경우가 많다. 이를 혜택의 부인(Denial of Benefit)이라고 한다. 미국의 모델 BIT, NAFTA 등에서 이러한 조항을 두고 있으며 한-미 FTA에서도 동 조항을 두고 있다.

앞에서 본 예시와 관련하여 '설립지 기준'에 따르면 Microsoft Korea, 삼성테스코는 한국법에 따라서 설립되었기 때문에 당연히 한-일 투자협정상의 한국 투자자이다. 다만, 투자자가 협정 당사자인 한국과 일본이 아닌 제3국인 미국과 영국이 소유 혹은 통제하는 기업이기 때문에, 만약 이 기업들이 투자진출국인 한국에서 실질적인 영업활동을 하지 않는다면 일본은 이 법인에게 협정상의 이익을 부여하지 않을 권한을 보유하게 된다. 한편 Panasonic Asia Holdings는 비록 일본의 Matsushita가 소유하고 있기는 하지만, 홍콩법에 따라 설립되었으므로 한-일 투자협정상의 일본 투자자가 아니다.

② 두 번째 기준은 '소유통제 기준'이다. 이는 문제되는 법인의 소유주가 누구인지 혹은 통제를 누가 하는지에 따라 구분하는 방법이다. 이 기준은 법인의 국적이 체약 당사국과 실질적인 관련이 있는지 여부를 판단하는 데 가장 적절하다는 장점이 있지만, 통제의 기준이 모호하고, 특히 상장기업의 경우는 소유하는 이와 통제하는 이가 수시로 바뀌기 때문에 변동성이 매우 크다는 단점이 있다. 소유통제 기준은 회사가 설립된 영역에서 주권을 행사하는 국가만이 그 회사에 대한 외교적 보호권을 행사할 수 있다는 권리가 있다는 기존의 국제법 관행을 이탈한 것으로, 글로벌 경제의 심화와 다국적·초국적 기업의 등장에 따라 기업의 보호범위를 확대하기 위한 국제 규범의 진전된 형태라고 평가할 수 있다.

이 기준을 사용할 경우 소유통제의 기준이 문제되는데, 보통 소유통제에 대한 정의는 부속서(Annex)나 정의조항을 통하여 규정하는 방식을 사용한다. 그러나, 정의를 별도로 규정하지 않을 경우에는 GATS의 정의[846]를 준용하여 해석하는

846) GATS 제28조에 의하면 소유(owned)는 50%이사의 지분을 소유한 경우로 지배(controlled)의 경우는 이사 과반수 선임권한으로 규정하고 있다. 우리의 한-EU FTA도 제7.2조 정의조항에서 같은 개념을 사용하고 있다. owned는 "if more than 50 percent of the equity

것이 일반적이다. 소유통제 기준에 따르면, 앞서 언급한 세 가지 문제는 다음과 같이 해결된다. 즉 Microsoft Korea는 미국의 Microsoft가 100% 소유하고 있기 때문에 한국과 일본의 투자자가 아닌 미국 투자자이며, 홍콩법에 따라 설립된 Panasonic Asia Holdings는 일본의 Matsushita가 100% 소유하고 있으므로 일본의 투자자이다. 삼성테스코의 경우는 영국의 Tesco가 80%, 삼성이 20%를 소유하고 있으므로 소유의 개념으로 일률적으로 판단하기는 어렵고 통제기준으로 판단하여야 하는데, 실질적 통제는 누가 하느냐에 따라서 투자자의 국적이 달라질 것이다. 다만, GATS의 정의에 의하면 영국이 80% 의결권 있는 주식을 보유한 경우이므로 영국 투자자이다.

이러한 예로 한-스위스 BIT를 들 수 있다. 이와 관련하여 주식의 과반수 이상을 소유하는 경우 통제가 가능한 경우로 보는 경우가 많다. 즉, *Klockner v. Cameroon* 사건[847]에서도 이러한 기준을 사용하였다. 실제 미국-그루지아 BIT에서는 통제기준에 대한 규정을 따로 두기도 한다.[848]

③ 세 번째 기준은 '의결권지 기준'으로 주로 'seat 기준'이라고도 한다. 첫 번째 기준과 두 번째 기준의 장단점을 절충한 것으로 회사의 실질적인 경영활동이 이루어지고 최종 의사결정을 하는 최종 의결권지를 기준으로 구분하는 방법이다. 이 기준은 설립지 기준의 단점인 체결 당사국과의 실질적 연관관계가 부족한 기업을 보호할 가능성을 배제하고, 소유통제 기준의 모호성을 실질적 경영활동의 최종 의결권지라는 기준으로 대체함으로써 개념을 명확히 한 절충형이다. 의결권지 기준에 따르면 앞서 언급한 세 가지 문제는 다음과 같이 해결된다. 즉, 세 회사 모두 실질적인 경영활동과 최종 의사결정이 현지 법인에 있는 경우에는 투자자인 법인의 국적은 설립지가 되는 반면, 모든 의사결정을 본국에서 하게 되면 투자자인 법인의 국적은 본국이 된다. 독일 모델 BIT도 "독일연방공화국 내에 본부를 가질 것"을 요건으로 하고 있다.

예컨대 홍콩법에 따라 설립된 Panasonic Asia Holdings의 경우, 일본의

---

interest"로, controlled는 "if such persons have the power to name a majority of its directors or otherwise to legally direct its actions"으로 규정하고 있다. 한-ASEAN FTA 제17조 제4항에서도 같은 규정을 두고 있다.

847) ICSID Case No ARB/81/2.

848) 50%이상 의결권 있는 주식소유를 기준으로 보고 있다.

Matsushita가 100% 소유하고 있다 하더라도 실질적인 경영권이 홍콩 현지에서 행사된다면 이 법인의 국적은 홍콩이 되고, 반면 홍콩의 Panasonic Asia Holdings는 사실상 아무런 경영권이 없고 일본의 Matsushita가 모든 경영권을 행사한다면 이 회사의 국적은 일본이 된다.

이러한 의결권지 요건과 유사한 경우는 주된 사무소 또는 본부를 가질 것을 요구하는 경우인데, 한-그리스 BIT가 그 예이다. 의결권지 요건은 체코나 크로아티아 등 동유럽국가가 체결한 BIT에서 많이 사용하는 방법이다. 그러나 결국 의결권지 요건의 추상성으로 인해 소유통제기준과 같은 문제점이 있기는 마찬가지이다.

④ 기타의 방법으로 한 가지 기준만 사용하지 않고 세 가지 기준 중 두 가지 이상의 기준을 적절히 혼합하여 사용하는 사례도 있다. 예컨대 「아시아·아프리카 법률 자문위원회(Asian-African Legal Consultative Committee : AALCC)」의 경우 설립지 기준과 소유통제 기준을 동시에 사용하고 있으며, 「범아랍 투자보증공사 설립에 관한 협약(Convention Establishing the Inter-Arab Investment Guarantee Corporation)」의 경우 소유통제 기준과 의결권지 기준을 혼합해서 사용하고 있다. 더 나아가 「다자간 투자보증 기구 설립에 관한 협약(Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency)」에서처럼 설립지 기준과 의결권지 기준을 사용하되 소유통제 기준을 대안적으로 허용하는 사례도 있고, 「다국적 산업기업 체제헌장(Charter on a Regime of Multinational Industrial Enterprises)」 경우 투자자의 국적 결정을 위해 세 가지 기준 모두를 사용하고 있다. 또한, 스리랑카의 모델 BIT는 "체약 당사국 법에 따라 형성되고 설립되며 동 체약 당사국 영역내에서 실질적인 경제활동을 수행하면서 본부(seat)를 가져야 한다."라고 규정하여 설립지 기준과 의결권지 기준을 동시에 적용한다. ASEAN 협정[849]도 설립지 기준과 의결권지 기준을 동시에 적용한다. 한-EU FTA에서도 Chapter7 Section A General Provisions 제7.2조 정의조항에서 "juridical person of a party"에 대하여 "set up in accordance

849) 설립지 기준과 의결권지 요건을 동시에 요구하는바, "실효적인 경영 장소(the place of effective management)가 있는 체약당사국의 영역 안에서 유효한 법에 따라 설립되거나 구성된 기업, 동업, 기타 조합 등"이라고 규정하고 있다.

with the laws ... and having its registered office, central administration or principle place of business ..."라고 규정하여 설립지 기준과 의결권지 기준을 동시에 적용하고 있다.[850] 여기서 "central administration"은 최종 의사결정이 이루어지는 곳을 말한다.

한편, 일반적으로 사용되는 위의 세 가지 기준 외에도 협정 당사자들이 자율적으로 그 기준을 정하기도 한다. 「카리브해 공동체 설립협정(The Treaty Establishing the Caribbean Community)」에서처럼 "실질적 활동(substantial activity)" 기준을 사용하는 경우도 있고, 미국의 투자협정 모델처럼 설립지 기준을 사용하되 협정의 이익을 거부할 권리를 유보하는 경우도 있다. 이러한 방식은 대체로 실질적 영업활동이 없는 경우 협정의 혜택을 배제하는 경우로서 한-EU FTA도 설립지와 의결권지 기준을 혼용하면서 실질적인 경영활동(substantive business operation)이 없는 한, 법인으로 인정되지 않는다는 정의조항을 통하여 실질적으로 혜택을 부인하고 있다.[851]

따라서, 가장 간단하고 명확한 설립지 기준[852]을 사용하되, 제3국이 소유통제하는 경우나 투자자의 모국에서 실질적인 영업을 하지 않는 경우에는 혜택의 부인으로 이익을 배제하는 것이 간명하다고 본다. 왜냐하면 다국적 기업의 현실을 반영하여 원칙적으로 정의조항에 의하여 관할권을 배제하는 것은 부당하고, 사전 협의나 통지를 통한 투명성을 보장해 주는 것이 타당하기 때문이다.

ICSID 협약 제25조(2)(b)에 의하면 분쟁당사국(피청구국)이 아닌 다른 체약국의 국적을 갖는 경우 투자자로서 법인에 해당함은 당연하다. 그런데 피청구국 국적을 갖는 법인이 외국인의 지배를 받고, 당사자들이 협약 적용상 다른 당사국 국민으로 대우하기로 합의한 경우 그러한 대우를 받을 수 있다고 규정하여

---

850) 그러나 한-EU FTA에서는 registered office나 central administration만 있는 경우 실질적인 경영활동(substantive business operation)이 없는 한, 법인으로 인정되지 않는다고 규정하고 있고, 실질적인 경영활동은 GATS 제5조 제6항에서 언급하고 있는 개념으로 the Treaty establishing the European Community 제48조의 "effective and continuous link"에서 차용한 개념이다. 한-EU FTA에서도 유사한 규정을 두고 있는바, Chapter7 Section A General Provisions 제7.2조 (f)항 각주 3 참조

851) 다만, 정의조항에서 배제가 될 경우 혜택의 부인 조항에서 보았듯이 사전통지 규정이 없으므로 투명성 차원에서 불합리한 측면이 발생할 여지가 있다.

852) 대체적으로 ICSID 사건은 설립지 기준을 적용하는 것으로 보인다. *Autopista v. Venezuela* ICSID Case No. ARB/00/5 (2001)에서도 설립지 기준에 따라 판단하였고,

현지 법인의 제소권을 인정하고 있다. 즉, 한-미 FTA에서 미국에서 설립되어 미국 국적을 가진 미국법인을 실제 현지법인의 법인격을 무시하고 한국인의 지배로 인하여 한국 법인으로 간주하기로 합의한 경우가 이에 해당한다. 이 경우 미국에 설립한 자회사의 ICSID에 대한 중재제기 청구권을 인정하는 결과가 된다.

〈 *Tokios Tokeles v. Ukraine* [853] 〉

○ **사안개요**

- 리투아니아 법에 따라 설립된 지주회사를 이용하여 청구인은 우크라이나를 상대로 중재제기, 우크라이나 회사가 99% 주식을 소유

○ **판정취지**

- 설립지 기준에 따라 비록 우크라이나 국민이 지배하거나 소유하고 있다고 하더라도 리투아니아에서 설립된 이상 리투아니아 회사로 인정
- ICSID 협약 제25조(2)(b)에 의하여 법인 국적방식에 대하여 합의 가능

〈 *Rompetrol v. Romania* [854] 〉

○ **사안개요**

- 실제 루마니아인이 지배하고 있는 네덜란드 회사 TRG가 루마니아를 상대로 중재제기

○ **판정취지**

- 설립지 기준에 따라 비록 루마니아 국민이 지배하거나 소유하고 있다고 하더라도 네덜란드에서 설립된 이상 네덜란드 회사로 인정
- ICSID 협약 제25조(2)(b)에 의하여 법인 국적방식에 대하여 합의 가능

---

853) *Tokios Tokeles v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Dicision on Jurisdiction (2004. 4. 29.) (리투아니아-우크라이나 BIT).

854) *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Dicision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility (2008. 4. 18) (네덜란드-루마니아 BIT).

< *Tenaris v. Venezuela* [855] >

○ **사안개요**

- 베네수엘라에 철강 공장회사를 소유한 청구인들 Tenaris와 Talta가 공장의 직접수용을 이유로 베네수엘라를 상대로 중재청구. 베네수엘라는 청구인들이 투자협정 체결국에서의 유효한 관리 행위가 없었기에 의결권지가 인정되지 않는다고 항변

○ **판정취지**

- 의결권지(corporate seat)의 의미는 실제로 또는 실효적인 경영이 이뤄지는 장소(place of actual or effective management)이며, 청구인들은 투자협정 체결국인 룩셈부르크(Tenaris)와 포르투갈(Talta)을 각자의 의결권지로 두고 있다고 인정하여 베네수엘라의 항변을 기각하고 판정부가 사건에 대한 관할을 보유하고 있다고 판시

< *CEAC v. Montenegro* [856] >

○ **사안개요**

- 몬테네그로의 알루미늄 생산회사 KAP를 소유한 CEAC가 몬테네그로를 상대로 중재청구, 몬테네그로는 청구인들이 의결권지의 요건을 충족하지 못했다는 내용의 항변

○ **판정취지**

- 단순한 세무 목적상의 등록된 주소는 의결권지(corporate seat)의 요건을 충족하지 못하며, 청구인은 협약상의 투자자로 인정될 수 없고 따라서 관할이 인정되지 않는다고 판시

3) 국적 판단 시점

법인의 국적 판단과 관련하여 ICSID 협약 제25조(2)(b)는 법인의 국적 판단의 기준이 되는 시점을 중재동의의 일자로 규정하고 있다.[857] 이에 대해

---

855) *Tenaris S.A. and Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Case No. ARB/11/26, Award (2016. 1. 29) (룩셈부르크-베네수엘라 BIT, 포르투갈-베네수엘라 BIT).

856) *Central European Aluminium Company (CEAC) v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB/14/8, Award (2016. 7. 26.) (키프로스-몬테네그로 BIT).

857) 한편, 외교적 보호권에 관한 ILC 초안 제10조는 외교적 보호권 행사의 요건으로 법인이

ICSID 중재제기규칙(Institution Rules) 제2조 제3항은 중재동의 일자를 당사자들이 ICSID에 동의를 제출하기로 서면으로 동의한 날로 보고 있으며, 당사자들이 동의를 같은 날에 하지 않은 경우에는 두 번째 당사자가 동의한 날짜로 본다고 정하고 있다. 실제로 대부분의 ISDS는 투자협정을 근거로 하여 제기되는데, 이 경우에는 체약당사국들이 투자협정을 통하여 중재에 동의의사를 표시(청약)한 것으로 본다. 그 다음에 투자자 측에서 투자유치국에 중재를 통하여 분쟁을 해결하겠다는 의사를 표시하거나, ICSID에 중재제기를 한 때에 중재동의가 있는 것(승낙에 의한 의사의 합치)으로 보게 된다. 따라서 이 시점에서 국적요건이 충족되면, 중재 제기 이후 청구인의 국적이 변경되더라도 관할에 영향을 미치지 않는다. 결국 법인 투자자에게는 분쟁통보 시기 또는 중재제기 시기를 조정하여 보다 더 유리한 투자협정을 원용하기 위해 국적을 변경(treaty shopping)할 수 있는 여지도 있다.

한편, NAFTA를 근거로 ICSID 추가절차규칙에 의하여 제기된 *Loewen v. U.S.A.* 사건에서는 중재판정부가 NAFTA 자체는 그런 요건을 두고 있지 않으나, 국제관습법에 따라서 국적 요건이 중재 판정 때까지 유지되어야 한다는 입장을 취하였다.[858] 이러한 태도는 다른 중재판정부들의 지지를 얻지 못하고 있는바, 매우 예외적인 사례로 간주되고 있으며, 학계에서도 많은 비판이 있었다.[859] 이러한 결론이 도출된 이유에 대해서는 이 사건의 ICSID 협약이 아닌 ICSID 추가절차규칙을 근거로 하여 제기되었기 때문이었다는 분석이 있다.[860]

침해를 받은 날부터 청구한 날까지 계속적으로 국적을 보유할 것을 규정하고 있음.

858) *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3 Award (2003) (NAFTA), para. 225-226.

859) Piero Bernardini, *Continuous Nationality Rule in Investor-State Arbitration*, in Building International Investment Law, 163, 170-171, Paulson J., *Continuous Nationality in Loewen,* 20 Arbitration International, 213 (2004); Rubin N., *The Burial of an Investor-State Arbitration Claim*, 21 Arbitration International, 1 (2005)

860) *Loewen v. United States*에서는 중재판정부는 국제법상 청구의 개시일(*dies a quo*)부터 청구의 해결일(*dies ad quem*)까지 국적의 동일성이 계속되어야(continuous national identity) 한다고 판시하였다. 이는 ICSID 추가절차규칙에 따른 것으로서 만약 ICSID 협약에 기해 진행되었다면 결론이 달라졌을 것이라는 견해가 존재한다. ICSID 협약 제25조는 청구인이 법인일 경우 당사자들이 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날짜에 분쟁당사국이 아닌 체약국의 국적을 가질 것 등을 요구하고 있을 뿐 국적 계속을 명시적 요건으로 하지 않고 있기

4) 법인격 유무

ICSID 협약 제25조(2)(b)는 외국 국적의 법인의 정의를 "당사자가 어느 분쟁을 조정이나 중재에 회부하기로 동의한 일자에 그러한 분쟁 당사국 이외의 체약국의 국적을 가진 법인"이라고 정의하고 있다.[861] 해당 조항은 영문으로 'juridical person'이라는 용어를 사용하고 있기 때문에 자연인이 아닌 청구인이 법인격을 가지지 않을 경우에도 ICSID에 중재제기가 가능한 것인지에 대한 의문이 발생할 수 있다. 이것은 특히 대다수의 투자협정들이 자연인이 아닌 투자자를 정의하면서 법인격의 유무를 따지지 않는다는 문언을 사용하고 있다는 점에서 더욱 그러하다. 이와 관련하여 ICSID 협약의 문언과 그 체결 연혁을 고려한다면, 법인인 청구인은 법인격을 가진 경우에만 ICSID 협약에 근거한 중재제기가 가능하다는 견해도 있다.[862]

< *Impregilo v. Pakistan* [863] >

○ 사안개요

- 파키스탄에 수력발전소 합작법인인 Ghazi-Barotha Contractors("GBC")를 소유한 4개의 파트너 회사 중 하나인 이탈리아 회사 Impregilo가 파키스탄을 상대로 중재청구하자, 피청구국은 GBC가 법인격이 없는 조합이고 청구인은 다른 파트너 회사들을 대리하여 청구를 제기할 수 없다고 항변

○ 판정취지

- 판정부는 청구 중에서 법인격이 없는 합작법인 GBC와 청구인 이외의 다른 파트너 회사들은 이탈리아-파키스탄 BIT 및 ICSID 협약 제25조(1)이 보호하는 투자자가 아니라고 밝혔으며, 단지 법인격이 인정되는 청구인이 자신이 직접적으로 입은 손해에 관하여 판정부가 이 점에 대하여는 인적관할(ratione personae)을 보유한다고 판시

때문이다.

861) ICSID 협약 제25조(2)(b)는 "any juridical person which had the nationality of a Contacting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute conciliation or arbitration"이라 규정하고 있다.

862) Schreuer C., L. Malitoppi, A. Reinsch, A. Sinclair, *The ICSID Convention, A Commentary* (2nd edition, Cambridge press, 2009), para. 690.

863) ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction (2005) (이탈리아-파키스탄 BIT)

(나) 당사국의 기업(enterprise of a party)과 제3국 기업의 지점[864]

정의조항에서는 일반적으로 “investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of a Party...”라고 규정하고 있어 당사국의 투자자는 당사국의 자연인과 법인을 의미한다. 당사국의 법인(enterprise of a party)과 관련하여서는 다시 “enterprise of a Party means an enterprise constituted or organized under the law of a Party and a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there”이라고 규정하고 있다. 따라서, 당사국 법에 따라 설립되고 조직된 기업과 당사국에 소재하고 영업활동을 당사국에서 하는 지점이면 투자자가 되는 것이다.

이와 관련하여 지점은 어느 범위까지 인정할 것인지, 즉 제3국 기업의 지점을 허용할 것인지 여부가 문제된다. 투자대상물로서 enterprise와 투자자로서 enterprise는 구분이 되어야 하는바, 투자대상물로서 기업에 제3국 지점을 포함하는 것은 문제가 없다. 즉, 한-미 FTA를 예로 들자면 미국 법인이 한국에 지점을 설립하고 한국에 투자를 한 경우 미국 법인의 한국 지점은 한-미 FTA의 투자대상물로서 포함된다.

문제는 투자자로서 법인의 정의에 지점을 포함하는 경우 어디까지 포함할 것인지이다. 역시 한-미 FTA를 예로 들어 보면 한국에 투자를 한 미국 기업의 경우 네덜란드 투자자가 미국에 지점을 설립하고 그 지점이 한국에 투자를 한 경우의 문제이다. 즉, 제3국 기업의 지점(네덜란드 기업의 미국지점)이 투자자로서 ISDS 원고적격을 갖는지가 문제이다. 지점의 의미에 대하여 한-EU FTA는 Chapter 7, Section B Establishment에서 지점이 법인격 없는 실체로서 영업의 장소(a place of business not having legal personality)에 불과하다고 본다면[865] 제3국 지점에게까지 투자자 적격을 인정해야 하는지가 문제된다.

---

864) OECD 벤치마킹 정의에 따르면 외국인투자기업이 지분의 50% 이상을 소유하는 해외법인을 ‘자회사’(subsidiary), 지분의 10% 이상 50% 미만을 소유하는 해외법인을 ‘계열사’ (associate company)로 구분하고, 법인격 없는 투자 형태를 가리켜 ‘지점’(branch)이라 한다.

865) 한-EU FTA 설립의 장에서 “(a) **branch of a juridical person** means a place of business not having legal personality which has the appearance of permanency, such as the extension of a parent body, has a management and is materially equipped to negotiate business with third parties so that the latter, although knowing that there will if

그러나, 제3국 기업의 지점은 법적으로 협정 당사국의 기업도 아니고 실질적으로도 현지법인 형태에 비해 담세율이 낮아 FTA의 혜택을 무상으로 부여할 이유가 없다. 나아가 기업의 지점은 그 모국 본점에 전적으로 소유·통제되는 조직이므로 제3국 기업 지점을 배제하지 않을 경우, 그 모국 본점에게 사실상 treaty shopping할 기회를 부여하게 되고, 우리의 법제상 지점이 단독으로 상대국에 투자하는 법률행위를 하는 것은 불가능하므로 지점의 보호에서 오는 실익이 없다. 그럼에도 만약 상대국이 지점의 법률행위능력을 인정하는 경우 상대국만 일방적으로 이익을 얻게 된다.

또한, 한-미 FTA 등 우리의 기 체결 FTA에서는 제3국 기업 지점의 보호 여부를 명확하게 규정하지 않아서 분쟁의 소지가 있으므로 향후 FTA에서는 그 제외를 명확히 할 필요가 있다.[866] 한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA에서는 이러한 경우 제3국 지점을 배제하기 위하여 enterprise와 its branch로 한정하였다.[867] 물론 its branch로 규정할 수도 있으나 협상에 따라서는 명확하게 하기 위하여 "a branch of that enterprise", "an enterprise of that Contracting Party, except a branch of an enterprise of a non-Contracting Party"라고 규정하는 경우도 있다. 의미상 제3국 기업의 지점을 배제한다는 점에서 양자의 차이는 없다.[868]

그러나 위에서 본 바와 같이 한-미 FTA처럼 "a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there"라고만 규정할 경우에는 제3국 기업이라도 당사국내 영업활동만 하면 보호된다고 해석 가능하므로, 당

---

necessary be a legal link with the parent body, the head office of which is abroad, do not have to deal directly with such parent body but may transact business at the place of business constituting the extension."

866) 김재훈, 앞의 논문 80-82면

867) 한-인도 CEPA의 "enterprise of a Party : an enterprise constituted or organized under the law of a Party, and its branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there", 한아세안 FTA의 "juridical person of a Party : any legal entity duly constituted or otherwise organized under a Party's applicable law, (중략), including any corporation, (중략) and its branch"라고 규정하고 있다.

868) 한-ASEAN FTA에서는 정의조항에서 "its branch"라고 규정한 후 각주에서 "**For greater certainty, a branch of a legal entity of a non-Party shall not be considered as a juridical person of a Party**."라고 다시 규정하여 제3국 지점을 배제하는 문구를 명확성 차원에서 추가하였다.

사국의 법인의 정의에서 “its branch” 등으로 수정하여 당사국 기업의 지점만 포함하도록 하는 것이 바람직한 방법이라고 본다.

이와 관련하여 또 하나의 문제는 우리의 기 체결 FTA에서 청구인이 될 수 있는 ‘당사국의 투자자(investor of a Party)’는 자연인뿐만 아니라 ‘당사국의 기업(enterprise of a Party)’도 포함한다는 점이다.

당사국의 기업은 ‘당사국의 법에 따라 구성되거나 조직된 기업과 당사국의 지점’을 말한다. 그리고 ‘기업’이란 형태를 불문하고 영리목적인지의 여부와 민간이나 정부가 소유하거나 지배여부도 불문하므로 우리의 기 체결 FTA의 ‘기업’은 반드시 법인에 한정되지 않는다. 한-미FTA 투자 장을 비롯한 다수의 투자협정이 청구인 적격을 위와 같이 광범위하게 규정하고 있으나 이는 ICSID의 규정과 상이하여 ICSID 절차에서는 양자 간에 잠재적 충돌가능성을 배제할 수 없다. ICSID 관할범위에 관한 ICSID 협약 제25조는 청구적격을 자연인과 ‘법인(juridical person)’에게만 부여하고 있는바, 비록 동 협정이 ‘juridical person’의 의미에 관한 구체적 정의규정을 두고 있지 않으나 법인격의 존재를 전제로 하는 것으로 해석되고 있다.[869] 따라서 법인격 없는 단체가 ICSID 협약에 기해 중재를 제기하는 것은 제한될 수 있다.[870]

(다) ICSID 협약과의 관계

ICSID 협약 제25조(2)(b) 후단은 당사자들이 분쟁을 조정·중재에 회부하기로 동의한 일자에 “분쟁 체약당사국의 국적을 가지고 또한 외국인의 지배(foreign control)로 인하여 당사국이 본 협정의 목적을 위하여 타 체약국의 국민으로서 취급할 것으로 합의한 법인”도 타방 체약국의 국민의 정의에 포함시키고 있다. 이 조항은 투자유치국 현지에 설립된 법인에 대하여서도 예외적으로 외국인의 지배가 있으며, 체약국들이 이를 타방 체약국의 국민으로 합의를 한 경우에 한하여 직접 ICSID 중재제기가 가능하도록 한다.

---

869) UNCTAD, *Scope and Definition* (1999), p. 15.

870) 물론 한-ASEAN FTA에서는 enterprise라는 용어 대신에 juridical person이라는 용어를 사용하고 있다.

외국인 투자자 지배 관련 요건의 충족 여부는 투자자 자격이 있다고 주장하는 청구인이 증명하여야 한다. 관련 사례로는 *TSA Spectrum v. Argentina* 사건[871]이 있다. 이 사건 청구인인 TSA는 아르헨티나 법에 근거하여 설립된 아르헨티나 법인인데, 네덜란드-아르헨티나 BIT를 근거로 하여 아르헨티나에 대한 ICSID 중재를 제기하였다. 한편, 청구인은 네덜란드 국적 회사인 TSI가 100% 소유하고 있는 회사였다. 네덜란드-아르헨티나 BIT 제1조는 "어느 곳에 소재하는지 불구하고, 상대체약국의 국민이 직접 또는 간접적으로 지배하는 법인 (legal persons, wherever located, controlled, directly or indirectly, by nationals of that Contracting Party)"을 투자자의 정의에 포함시키고 있다.

아르헨티나는 TSI가 아무런 실체가 없기 때문에 이 회사가 TSA를 지배한다고 볼 수 없고, TSI의 주주가 아르헨티나 국민이므로 ICSID 협약상의 관할이 부정되어야 한다고 관할 항변을 하였다. 중재판정부는 이 사건에서 청구인에 대한 외국인의 지배가 객관적으로 증명되어야 한다고 판시하며, 다만 이를 확인하기 위하여는 네덜란드 회사 TSI가 TSA를 지배하고 있는 것을 확인하는 것으로는 충분치 않고, TSI의 궁극적인 주주까지 확인하는 것이 필요하다고 판시하였다. 이 기준에 따라 중재판정부는 아르헨티나 국적을 가진 개인이 또 다른 네덜란드 회사 TH Operations International NV를 통하여 TSI를 소유하고 있음을 확인하였다. 결국 판정부는 아르헨티나 국민이 청구인을 지배하고 있음이 인정되었기에, 청구인이 외국인의 지배 요건을 충족하지 못하였다는 이유로 관할을 부정하였다.

또한, TSA 사건 판정부는 외국인 지배 요건은 ICSID 협약 제25조(2)(b)의 적용을 위해 필요한 요건이며, ICSID 협약의 적용 범위를 확장하는 역할을 하는 동시에 이러한 예외적 상황에 대한 객관적인 제한을 설정하는 역할도 한다고 판시하기도 하였다.[872]

---

871) *TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/5 (이하 "*TSA v. Argentina* 사건"), Award (2008. 12. 19.) (네덜란드-아르헨티나 BIT).

872) *TSA v. Argentina* 사건, Award, para. 138.

(3) 주주의 투자자 적격[873]

먼저 다수주주의 경우 투자의 정의조항에 의하여 주식, 기업에 대한 지분 참여도 투자의 한 형태로 명시되고 있으므로 투자자가 현지에 설립된 회사에 지분참여를 하면, 즉 주식을 소유하면 현지법인이 제소권이 없는 이상 대주주의 청구권이 인정되는 것은 당연하다. *AMT v. Zaire* 사건[874]에서 미국-자이레 BIT를 근거로 자이레에 설립한 현지 회사인 SINZA의 주식을 94% 소유하고 있는 AMT의 청구적격을 인정하였다. 또한 *Alex Genin v. Estonia* 사건[875]에서도 미국-에스토니아 BIT를 근거로 에스토니아에 설립한 현지 금융회사인 EIB의 주식을 대량 소유한 Alex Genin의 청구적격을 인정하였다.

그러나, ISDS 청구적격과 관련하여, 투자를 소유·통제하는 투자자가 아닌 소액 주주, 비경영권자, 간접투자자 등도 청구적격을 보유할 수 있는지 여부가 문제된다.

ICJ에 제소된 1970년 *Barcelona Traction* 사건[876]에서 보듯이 전통적인 국제관습법상 기업이 손해를 입은 경우 동 기업의 개별 주주들은 손해배상 등 청구권을 보유하지 못한다는 것이 원칙이며 주주들의 청구권을 인정하는 개별협정들은 특별법(*lex specialis*)으로 인식되었다. 그러나 투자자로 하여금 투자유치국을 상대로 직접 중재청구를 허용하는 ICSID 협약이 1965년 체결된 이래, 다수 투자협정 등을 통해 투자자에 대하여 청구권을 인정하는 것이 보편화되었으며 특히 외국인투자에 관한 한 법인과 별도로 투자자에 대하여 청구권을

---

873) 한-미 FTA 투자분야연구(2006), 342-343면 참조.

874) *AMT v. Zaire*, Award, 21, Feb. 1997 36 ILM 1997, 1531; 5 ICSID Report 11.

875) *Alex Genin, Eastern Credit Ltd., Inc. and A.S. Baltoil v. Estonia,* ICSID Case No. ARB/99/2, Award, (2001. 6. 25.) (미국-에스토니아 BIT).

876) 이 회사는 캐나다 토론토에서 설립된 전력회사로서 주로 스페인에 설립된 자회사를 통해 영업활동을 수행하였는데 이 자회사의 다수 지분이 벨기에인 소유가 되었다. 1936년 스페인 내란 이후 스페인 정부에 의한 일련의 조치로 인해 심각한 손해를 입게 되자 벨기에가 ICJ에 제소하였는바, 위 캐나다 회사에 대한 벨기에 주주들을 위해 벨기에가 외교적 보호권을 행사할 수 있는지가 쟁점으로 대두되었다. 동 사건에서 ICJ는 스페인 정부의 조치는 회사를 상대로 행해진 것이지 그 주주들을 상대로 행해진 것이 아니므로 단지 그 손해가 회사와 주주 양자에게 미쳤다는 이유만으로 양자 모두에게 청구권이 부여되는 것은 아니라는 취지로 판시하였다. *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium v. Spain)*, Judgment of February 5, 1970, ICJ Reports 1970, 3.

인정하는 것은 더 이상 특별법이 아니라 일반원칙으로 자리 잡게 되었다.[877]

문제는 이 '투자자'에 경영통제주주, 다수지분권자 외에 소액주주 등도 포함되는지 여부이다. 한-미 FTA 제11.16조에 관하여 전술한 바와 같이, 한-미 FTA의 청구권자인 '당사국의 투자자'는 '자기 자신을 위하여' 또는 '기업을 대신하여' 청구를 제기할 수 있다. '기업을 대신하여' 제기할 경우에는 청구인 즉, 주주가 기업을 '직접적 또는 간접적으로 기업을 소유하거나 지배'할 것을 요구하고 있으므로(한-미 FTA 제11.18.조 제2항) 청구적격이 지배주주로 제한된다.

그러나 주주가 '자기 자신을 위하여' 제기할 경우에는 이러한 제한이 없다. 또한 투자의 정의규정은 주식, 기업에 대한 지분 참여도 투자의 한 형태로 명시하고 있으므로 소수지분권자가 자신의 지분에 대한 피해를 이유로 청구를 제기하는 것은 금지되지 않는다고 해석된다.

< 소수지분권자 청구적격 >

○ *LG & E, CMS Gas Transportation Company*[878], *Siemens, Azurix Corp* 사건, *GAMI Investment Inc v. Mexico*[879]

- 아르헨티나를 상대로 각각 제기한 ICSID 사건에서 소수지분권자라 할지라도 ICSID 협약 및 관련 투자협정상의 청구적격을 보유한다고 인정
- ICSID 협약의 관할 관련 규정은 소수지분권을 포함하는 의미로 해석

877) *CMS v. Argentina,* Decision of Tribunal on Objection to Jurisdiction (2003. 7. 17.), para. 48.
878) CMS 사건도 미국회사인 CMS가 아르헨티나에 설립한 TGN의 주식을 29.42%만 보유한 사건임
879) UNCITRAL Final Award (2005. 11. 15.) (NAFTA).

〈 *AAPL v. Sri Lanka* [880] 〉

○ **사안개요**
- AAPL은 홍콩주식회사로서 스리랑카 회사인 Serendib의 주식 48% 소유, 영국-스리랑카 BIT를 근거로 청구

○ **판정취지**
- 회사에 대한 지분, 주식, 회사채 또는 그러한 회사재산에 대한 이익을 포함하므로 투자자 청구적격은 인정
- 다만, 직접적으로 판단하지는 않고 손해배상금 산정 판정에서 투자자가 합작투자 회사에 회사 주식을 보유한 가치에 한정한다고 판시

〈 *Lanco v. Argentina* [881] 〉

○ **사안개요**
- 항만시설 운영 양허계약 컨소시움에 소액주주로 참여, LANCO가 현지 컨소시움의 자본금 중 18.3% 소유, 미국-아르헨티나 BIT를 근거로 청구

○ **판정취지**
- BIT 보호를 누리기 위해 투자자는 회사에 지배력을 갖거나 과반수 주식을 보유할 필요가 없고 미-아르헨티나 BIT에서도 과반수 이상 주식 보유를 언급하고 있지 않으므로 투자자에 해당한다고 판시

문제는 이러한 한-미 FTA처럼 '자기 자신을 위하여' 또는 '기업을 대신하여'라는 문구를 기재하지 않는 경우인데, 위 CMS 사건에서 논의된 반대논거는 다음과 같다. 첫째, 현지자회사와의 교섭을 통하여 외국인 소액주주의 피해를 구제할 수 있으므로 청구적격을 인정할 필요가 없다. 둘째, 외국인 투자자에게만 청구적격을 인정하면 내국인 투자자와 차별이 생긴다. 셋째, 별개의 투자조약에 따른 다수의 주주들의 복수청구로 인하여 혼란이 생긴다. 넷째, 해당 자산을 소유하는 현지법인이 배상금을 수령해도 소액주주가 자기 지분만큼 보상을 수령한다고 보장할 수 없다는 것이다.

그러나 소액주주에게도 투자자 자격을 인정하는 위 중재판정 사례에서 보듯이, 소수지분권자를 제한하는 특별한 규정이 없는 한 투자의 정의규정상 주

880) Award, 4 ICSID Rep 245 (ICSID 1990).
881) *Lanco v. Argentina* 사건, para. 10.

식, 기업에 대한 지분 참여도 투자의 한 형태로 명시하면서 일정 지분을 소유할 것을 요구하고 있지 않으므로, 주주의 청구적격은 다수지분권자인지 소수지분권자인지에 따라 달라질 수는 없다고 본다.

다른 문제는 주주가 보유주식에 미치는 영향인 직접 손해뿐만 아니라 회사의 경제적 가치를 저하시키는 조치를 근거로 청구할 수 있는지 여부이다.[882] 위 *GAMI* 사건에서 신청인은 미국기업으로 멕시코에 설립한 GAMI의 주식 14.18%를 소유하였고 자기 자신을 위하여 청구하였다. 이에 대하여 판정부는 NAFTA 위반이 특정 투자자에 대한 손해와 관련하여 직접성을 충분히 갖는지가 중요한 판단기준이라고 하면서 직접적 권리와 간접적 권리의 구별은 실무상 의미가 없다고 보고 있다.

다만, 최근 *Poštová banka v. Greece* 사건[883]에서 보듯이 주주가 회사 자산에 대한 침해를 주장하는 경우에 그러한 조치로 주식가치의 하락이 있었다는 점을 손해로 주장하는 것이 아니라 회사 자산 그 자체에 대한 투자가 침해되었다고 주장하는 것은 청구가 제한될 수 있다. 주주는 회사 주식에 대해서만 권리를 가질 뿐, 주주인 회사의 자산에 대해서는 직접적인 권리를 가지지 못하기 때문이다.[884]

---

882) 투자자-국가간 중재사례로 본 국제중재판정부의 관할권에 관한 연구, 앞의 책 52-53면

883) *Poštová banka, a.s. and Istrokapital SE v. The Hellenic Republic(Greece)*, ICSID Case No. ARB/13/8, Award (2005. 4. 9.) (이하 "*Poštová banka v. Greece* 사건") (키프로스-그리스 BIT, 그리스-슬로바키아 BIT).

884) *Poštová banka v. Greece*, para. 245. Meg Kinnear 외 4인, Building International Law: The First 50 Years of ICSID (Wolters Kluwer, 2016), p.217 참고.

〈 *Poštová banka v. Greece* 〉

○ **사안개요**

- 키프로스법에 따라 설립된 회사인 Istrokapital은 슬로바키아 국적 은행인 Poštová banka의 대주주로서, Poštová banka가 보유한 그리스 정부 국채가 키프로스-그리스 BIT하의 '투자'에 해당된다는 점을 근거로 Poštová banka와 별개로 주주로서 손해배상을 청구

○ **판정취지**

- 회사 '자산'에 대한 직접적인 피해를 주장하는 것과 그러한 결과로서 '주식 가치'의 하락이 있었다는 점은 구분되어야 하므로, 주주가 직접 회사 자산 그 자체에 대한 침해를 이유로 손해배상을 구할 수는 없다고 판시
- Poštová banka의 청구에 대해서는 그리스-슬로바키아 BIT의 문언에 비추어[885] '회사채'와 달리 '국채'는 BIT의 보호대상인 투자가 아니라고 판시

(4) 지주회사의 청구적격

지주회사의 청구적격 문제는 유명한 *CME v. Czech* 사건[886]과 *Lauder v. Czech* 사건[887]에서 동일한 사실관계에 기초하였음에도 불구하고 서로 다른 판정결과가 나오자 논의되기 시작하였다. 미국인 투자자인 Lauder가 체코에 설립한 TV Nova 방송국에 대한 지배권 상실을 이유로 미-체코 BIT에 근거하여 중재를 제기하고 지주회사인 네덜란드 회사인 CME가 같은 사실관계를 이유로 체코를 상대로 네덜란드-체코 BIT에 근거하여 중재를 제기하였으나 판정결과는 상이했다. 이는 복수관할권을 인정한 사례로서 실제 체코 정부와 BIT 개정 협상에서도 이러한 결과에 대하여 상당한 불만을 표시하면서 '간접투자'라는 개념 자체를 삭제하고자 하였다.[888]

---

885) 본 판정에서 그리스-키프로스 BIT는 "투자"를 정의하며 "모든 종류의 자산(every kind of asset)"이라는 표현을 사용하면서 그 예로서 든 내용이 한정적인 열거가 아니라 "예시적인 열거라는 점(and in particular, though not exclusively includes)"을 분명히 하였음에도 불구하고, 중재판정부는 그리스 국채가 본 BIT상 열거된 "회사채(debentures of a company)", "대출(loans)", 또는 "금전청구권(claims to money)" 중 어디에도 포섭되지 않는다고 보아 투자의 범위를 제한적으로 해석함(*Poštová banka v. Greece*, paras. 331-350).

886) 9 ICSID Report 121, 238 (UNCITRAL, 2001)

887) 9 ICSID Report 62 (UNCITRAL, 2001)

지주회사의 청구적격을 넓게 인정할 경우, 투자유치국은 투자 유치 당시 예상치 못한 회사로부터 중재제기를 당할 가능성이 높아지게 된다. 또한, 투자유치국의 입장에서는 복잡한 투자구조를 파악하기 쉽지 않은 경우가 많으며 투자를 직접 소유하는 회사만을 확인할 수 있는 경우가 많다. 반면, 투자자는 중간 단계의 법인을 이용하여 해당 법인의 설립준거법 국가와 투자유치국간의 투자협정을 통해 별도의 중재를 제기할 수 있으며, 이 경우 특히 투자자에게 보다 유리한 투자협정을 활용하여 중재를 제기하는 조약쇼핑(treaty shopping)이 가능해지는 문제점이 있다. 그러나 이러한 경우라도 투자자의 정의에 포함된다고 보는 것이 중재판정부의 일반적인 경향이다. 따라서 투자유치국의 입장에서는 투자협정 남용행위를 막기 위한 장치를 마련할 필요가 있는바, 대표적인 것이 혜택의 부인 조항이다. 즉, 제3국 투자자가 소유하고 실질적으로 영업활동이 없는 경우 이를 배제하면 이러한 불합리한 점을 방지할 수 있으리라고 본다. 위 사례의 네덜란드 투자자의 경우에도 미국에서 실질적으로 영업활동을 하지 않고 미국 회사는 명목상 회사에 불과하다면 미국-체코 BIT를 인용하더라도 혜택이 부인되는 것이다.

(5) 국적 계획과 조약 쇼핑

투자계획 시 투자자는 자신의 투자가 최대한 이익을 창출하면서도 보호받을 수 있는 방법을 모색하기 마련이다. 최근에는 투자자-국가간 분쟁해결제도(ISDS)에 대한 인식이 높아지면서 투자분쟁 발생 시 투자 및 투자자에게 가장 유리한 보호를 제공하고 있는 투자협정 체약국이 어디인가를 투자계획 단계에서 검토하는 투자자들이 증가하고 있는 추세이다. 이러한 국적계획(nationality planning) 또는 조약쇼핑(treaty shopping)은 그 자체로서 불법이나 비윤리적인 행위가 아니며,[889] ICSID 협약에도 이러한 행위를 제한하는 명시적인 조항은

888) 간접투자를 인정한다거나 설립지 기준을 사용한다고 하더라도 혜택의 부인 조항 및 제3국 지점 배제를 통하여 조약쇼핑을 방지하고자 하는 노력이 최근 투자유치국의 추세라고 할 수 있다. 다만 그 접근방식이 다를 뿐이다.

889) R. Dolzer & C. Shureuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed. (Oxford, 2012), p. 52.

없다.[890]

Aguas del Tunari v. Bolivia 사건에서 피청구국인 볼리비아는 네덜란드-볼리비아 BIT의 보호를 얻기 위한 기업구조의 전략적 변경이 사기(fraud) 혹은 기업형태의 남용(abuse of corporate form)이라고 주장하였으나, 중재판정부는 명시적인 제한이 없는 한, 조세나 BIT 체결 유무와 같은 관할권 관련 실체법과 같이 유리한 법적 환경을 제공받기 위해 법인의 국적을 변경하는 것을 불법이 아니라고 판단한 바 있다.[891] 반면, *Banro v. Congo* 사건의 경우, 중재판정부는 중재절차 개시 며칠 전 해당 법인의 소유권이 ICSID 협약 비당사국에서 당사국으로 이전된 것은 ICSID 관할권 취득이 목적임이 명백하다는 이유로 동 사건에 대한 관할권을 부정하였다.[892] 따라서 *Exxon Mobile v. Venezuela* 사건에서 알 수 있듯이, ICSID 중재판정부는 분쟁이 현재화된 시점을 기준으로 그 전에 이루어진 국적계획 내지 조약쇼핑의 경우에는 그 목적이 보다 유리한 투자협정의 보호를 취득하기 위한 것이라 하여도 중재판정부의 관할권을 인정하나, 분쟁이 현재화된 후에 그러한 행위가 이루어진 경우에는 "ICSID 협약과 투자보장협정이 제공하고 있는 국제투자보호체제에 대한 남용(an abusive manipulation of the system of international investment protection under the ICSID Convention and the BITs)"이라고 보아 관할권을 부정하고 있음을 알 수 있다.[893]

---

890) 또한, *Tokios Tokeles v. Ukraine* 사건과 *Rompetrol v. Romania* 사건에서 알 수 있듯이 중재판정부는 투자협정이 설립지만을 투자자 판단의 기준으로 규정하고 있는 경우 청구인의 투자협정 남용 의도와는 상관없이 관할권을 인정하고 있다.

891) *Aguas del Tunari, S. A. v. Republic of Bolivia*. ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction (2005. 10. 21)(볼리비아-네덜란드 BIT), para. 330.

892) *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, Award (2000. 9. 1.) (이하 "*Banro v. Congo* 사건") (미국-콩고 광물채굴협정).

893) *Venezuela Holdings B.V. Mobile Cerro Negro Holdings, LTD., Mobile Venesolana de Petroleos Holdings, INC., Monile Cerro Negro, LTD., and Mobile Venesolana de Petroleos, INC. v. Bolivian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Dicision on Jurisdiction (2010. 6. 10.) (이하 "*Exxon Mobile v. Venezuela* 사건") (네덜란드-베네주엘라 BIT).

〈 *Phoenix v. Czech* [894] 〉

○ **사안개요**

- 원래 체코 국민인 청구인은 자신의 회사에 대한 체코 당국의 조사가 시작되자 이를 회피하기 위해 이스라엘로 도피하여 이스라엘 법에 따라 설립한 새로운 회사 Phoenix를 통해 자신의 체코 회사 주식을 모두 인수한 후, 체코-이스라엘 BIT에 근거하여 투자 중재 제기

○ **판정취지**

- 청구인의 투자는 경제활동에 참여하기 위한 목적이 아니라 오직 체코 정부를 상대로 한 국제 소송을 제기하기 위한 목적으로 이루어진 ICSID 협약상의 투자보호체제의 남용이라고 보아 관할권 부정

〈 *Exxon Mobile v. Venezuela* 〉

○ **사안개요**

- Exxon Mobile 그룹은 1997년 즈음부터 미국과 바하마 소재 자회사들을 통해 베네수엘라에 석유 관련 투자를 해왔으나, 2001년부터 베네수엘라 정부는 일련의 법제를 변경하면서 로열티 비율을 대폭 인상하고, 2005년 외국기업의 운영권 불법화, 2006년 새로운 석유채굴세 부과 및 소득세율 인상에 이어, 2007년에는 Exxon Mobile 투자 국유화 조치 단행
- 베네수엘라 당국의 일련의 조치들을 통해 분쟁을 예상한 Exxon Mobile 그룹은 2005년 네덜란드에 Venezuela Holdings를 설립하여 이 회사를 통해 베네수엘라 투자에 대한 지배구조를 변경한 후 네덜란드-베네수엘라 BIT를 근거로 중재 제기

○ **판정취지**

- 미국과 바하마는 베네수엘라와 BIT를 체결하지 않았고, 이러한 조직변경은 청구인들도 인정한 바와 같이 네덜란드-베네수엘라 BIT의 보호를 받기 위한 목적임이 분명하므로, 분쟁이 현실화된 후 이루어진 조직변경에 대해서는 권리 남용으로 관할권 부인

894) *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/05, Award (2009. 4. 15.) (이하 "*Phoenix v. Czech* 사건") (체코-이스라엘 BIT).

〈 *Philip Morris v. Australia* [895] 〉

○ **사안개요**

- 다국적 담배회사인 Philip Morris 社는 호주 정부의 담배 포장 방법 제한에 대한 입법조치를 예상하고 호주지사 주식의 100%를 홍콩 소재 아시아지사로 옮긴 후, 홍콩-호주 BIT에 근거해 투자중재 제기

○ **판정취지**

- 투자협정의 보호를 받을 수 없을 것이라 예견되는 특정한 분쟁(specific feasible dispute)의 경우, 투자협정의 보호를 받기 위한 조직변경은 권리남용으로 관할권 부인

나. 투 자

(1) 투자의 개념

(가) ICSID 협약과 분쟁에 적용되는 투자협정의 관계

ICSID 협약이 적용되는 ISDS 사건에서 중재판정부가 투자에 대한 정의를 내릴 때에는, ICSID 협약상의 투자와 개별 국가들이 체결한 투자협정상의 투자 간의 관계에 대한 분석이 요구된다. 이에 대하여 일부 중재판정들은 투자의 존재를 평가할 때 협정에 기재된 투자의 요건만을 검토하는 이른바 "주관적 접근(subjective approach)"을 취하였다. 이러한 입장을 따르는 판정부들은 ICSID 협약에서 의도적으로 "투자"를 정의하고 있지 않기 때문에, 그 구체적인 의미는 양 당사국의 동의에 기초하여 체결한 투자 협정의 문언에 의존해야 하며, 이 문언이 "투자"의 의미를 가장 잘 나타내는 것이라고 한다.[896]

"주관적 접근"에 따라 판단한 사건으로는 *Fedax v. Venezuela* 사건[897]이

---

895) *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (2015. 12. 17.) (홍콩-호주 BIT).

896) Meg Kinnear 외 4인, *Building International Law: The First 50 Years of ICSID* (2016), pp. 105-106.

897) *Fedax N. V. v. Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (1997. 7. 11.) (네덜란드-베네수엘라 BIT), paras. 21-26.

있는데, 이는 ICSID 중재사건 중 처음으로 협약 제25조 제1항의 투자의 정의가 문제된 사건이었다. 해당 사건의 판정부는 협약 제25조 제1항이 투자에 대한 특별한 정의를 내리고 있지 않기 때문에, ICSID 협약상 투자에 해당하는지 여부는 투자 협정상에 나타난 당사자들의 동의를 확인하는 것에 포섭되는 것이라고 보았다. 아울러 ICSID 협약 제25조 제1항의 표현이 포괄적이라는 점도 강조하였다. 비슷한 시기에 제기된 *CSOB v. Slovakia* 사건[898]의 판정부도 비슷한 취지로 문제되는 분쟁이 ICSID 협약상의 투자에 해당하는지 판단하려면 당사자들의 구체적인 동의, 즉 투자 협정의 문언을 살피는 것이 중요하다고 강조하였다.

반면 "객관적 접근(objective approach)"은 당사자들이 동의한 투자 협정상의 투자 요건을 충족하는 것과 별개로, ICSID 협약 제25조 제1항의 목적과 의도에 따른 일정한 객관적 요건(test)을 충족시켜야 투자에 해당한다고 본다. 이 접근방법은 *Salini v. Morocco* 사건[899]의 판정부가 처음으로 ICSID 협약상 투자를 판단하는 요건들은 투자 협정의 요건들과는 구별되는 객관적인 요건이라고 판시하고 그 기준을 제시하면서 확립되었다.

이 판정 이후 객관적 접근방법을 취하는 판정부들은 *Salini* 사건이 제시한 기준의 일부를 추가하거나 삭제하는 방향으로 이를 발전시켜 나갔다. *Phoenix v. Czech* 사건의 판정부는 객관적 접근에 따라 당사자들의 합의에 근거한 투자 협정의 투자 요건으로 다자 조약인 ICSID 협약상의 투자 요건을 배척할 수 없다고 판시하였다.[900] 마찬가지로 *Joy Mining Machinery v. Egypt* 사건의 판정부는 ICSID 협약 제25조 제1항의 요건을 충족시키지 못하는 거래에 대하여 계약이나 투자 협정의 기준만을 적용하여 투자라고 정의내릴 수는 없다고 판시하였다.[901]

---

898) *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic,* ICSID Case No. ARB/97/4, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (1999. 5. 24.) (체코-슬로바키아 BIT), para. 66.

899) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (2001. 7. 23.) (이탈리아-모로코 BIT).

900) *Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (2009. 4. 15.) para. 96 (체코-이스라엘 BIT).

901) *Joy Mining Machinery Ltd v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11,

한편 *MHS v. Malaysia* 사건[902]의 단독 중재인은 이러한 두 가지 접근방식의 차이를 최초로 명확히 정리하면서, 객관적 접근에 따라 투자 협정과 ICSID 협약 상의 투자에 해당하는지를 평가하는 2단계 평가(double-barreled test)를 적용하여, 신청인의 청구에 대해 관할이 없다고 기각하였다. 그러나 이에 대한 취소절차가 개시된 후, 특별(ad hoc)위원회는 반대로 주관적 접근방법을 취해 말레이시아-영국 BIT가 투자를 넓게 정의함에 따라 ICSID 협약 제25조 제1항의 투자 요건이 희석(diluting)되었다며, ICSID 협약상의 투자의 요건을 검토할 필요가 없다고 판단하여 원 판정을 취소하였다.[903]

〈 *Global Trading v. Ukraine* [904] 〉

○ 사안개요

- 물품매매계약 관련 금전청구권이 투자협정 및 ICSID 협정상의 투자로 인정될 수 있는지 여부가 문제된 경우, 신청인은 투자로 인정될 수 있는 특수한 상황이 존재하였다고 주장

○ 판정취지

- 판정부는 투자에 해당하는지를 판단하기 위해서는 각 투자협정과 ICSID 협약의 투자의 의미에 모두 해당하는지 여부를 판단하여야 한다고 판시(객관적 접근)
- 판정부는 계약의 이행을 보장하는 피신청국 공무원의 약속이나 정책적인 목적들은 계약을 투자로 변형시키지는 않는다고 판단
- 판정부는 이 사건 매매계약은 순수하게 상업적인 거래를 다루는 매매계약이기 때문에, ICSID 협약 제25조 제1항의 '투자'에 해당하지 않는다고 판시

Decision on Jurisdiction (2004. 8. 6.) para. 50 (이집트-영국 BIT).

902) *Malaysian Historical Salvos Sdn Bhd v. The Government of Malaysia,* ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction (2007. 5. 17.) (말레이시아-영국 BIT).

903) *Malaysian Historical Salvos Sdn Bhd v. The Government of Malaysia,* ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment (2009. 4. 16.) (말레이시아-영국 BIT).

904) *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/09/11, Award (2010. 12. 1.) (우크라이나-미국 BIT).

〈 *Poštová Banka v. Greece* [905] 〉

○ 사안개요

- 그리스 국채가 그리스-슬로바키아 BIT 제1조 제1항 제c호의 "대출(loan), 금전청구권(claim to money), 또는 경제적 가치를 가지는 계약상 이행청구권(right to performance under a contract having financial value)" 및 키프로스-그리스 BIT 제1조 제1항 제c호의 "경제적 가치를 가지는 계약상·금전청구권과 결부된 자산(assets comprising monetary claims and contractual claims with economic value)"에 해당하여 투자인지 여부가 문제된 경우

○ 판정취지

- 중재판정부는 그리스 국채는 그리스-슬로바키아 BIT 제1조 제1항 제c호에서 의무(obligation)나 공적 권리(public title) 등은 제외하고 대출, 금전청구권과 계약상 이행청구권만을 열거하고 있는데, 그리스 국채는 이 조항의 열거된 투자유형에 해당하지 않는다며, 물적 관할(ratione materiae)을 부정
- 중재판정부는 그리스 국채가 BIT상 투자가 아니기 때문에 "객관적 접근"과 "주관적 접근" 사이에 입장을 선택할 필요성이 없다고 판단
- 중재판정부는 예비적으로 객관적 접근을 통하여 ICSID 협약상의 투자에 해당하는지를 예비적으로 검토한바, 국가 부채 상환 등 일반적인 자금 조성 목적(general funding purposes)으로 발행된 국채는 공공 목적으로 발행된 국채와 다르고 따라서 경제적 출자 요건을 미충족한다고 보았으며, 투자위험이라는 개념은 사업의 성패를 예상하기 어려워서 투자이익을 낼 수 있을지가 불확실한 상태인 "운영상의 위험"을 뜻하는 것이고, 상업 위험(차주의 파산, 지급불능 상태에 기한 위험)이나 국가 위험(정부의 개입 등으로 채무 상환이 불가능해지는 위험)과 구분되는 것이기 때문에 그리스 국채에는 투자위험이 없었다고 판시

(나) ICSID 협약 제25조 제1항 관련 중재판정부의 판단 기준

ICSID 협약 제25조 제1항의 판단 기준을 파악하기 위해서는 앞서 언급한 Salini Test를 적용한 판정례들의 발전 과정을 이해하는 것이 중요하다. ICSID 협약 제25조 제1항[906]에서는 "투자"를 명시적으로 규정하고 있지 않

905) *Poštová banka and Istrokapital v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8, Award (2015. 4. 9.) (키프로스-그리스 BIT, 그리스-슬로바키아 BIT).

906) Article 25(1): The Jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising

기 때문에, ICSID 중재판정부의 판정이 중요한 해석기준이 되고 있다. 관련 문제를 다룬 판정 중에서도 *Salini v. Morocco* 사건의 판정은 투자의 정의와 관련하여 가장 중요한 것으로 평가된다. 이 사건 판정부는 ICSID 협약 제25조 제1항에 따른 투자 판단 요건이 개별 투자 협약과는 구분되는 객관적인 판단 기준이라고 보았다. 또한, 그 객관적 구성 요소들을 과거 투자로 인정된 사건들로부터 추출하여 네 가지 요건, 즉 "금전 기타 출자, 일정한 기간 동안 유지, 위험부담 감수, 투자유치국의 경제발전에 대한 기여"를 제시하고 이에 따른 투자의 존재 여부를 판단하였다. 이후 이 요건들이 모두 존재하여야 투자의 존재가 인정된다고 보는 판단 방식을 이 사건의 이름을 따서 *Salini* Test라고 일컫게 되었다. *Salini* Test가 의미 있는 기준으로서 오랫동안 인용되고 높은 평가를 받고 있는 이유로, 이 요건들이 법률적인 의미의 요소들이 아니라 순수하게 경제적인 분석으로 추출된 것이기 때문이라는 분석도 있다.[907]

---

directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.

907) Meg Kinnear 외 4인, *Building International Law: The First 50 Years of ICSID* (2016), p. 124.

〈 *Salini v. Morocco* 〉

○ 사안개요

- Salini와 Italstrade라는 이탈리아 건설회사들이 피신청국을 대리하여 계약을 체결한 회사가 고속도로가 완공된 후에도 최종 결산 등을 받아들이지 않는 등 계약상 대금지급을 진행하지 않자 모로코 정부를 상대로 중재 제기한 사건, 이에 대하여 피신청국은 신청인들의 중재신청은 물적, 인적 관할이 부재하여 기각되어야 한다고 주장

○ 판정취지

- 중재판정부는 물적 관할권(ratione materiae) 관련 ICSID 제25조 제1항에 따른 투자가 존재하는지를 판단하는 기준으로 ① 금전 기타 자산의 출자가 있을 것(a contribution in money or other assets), ② 일정한 기간 동안 유지될 것(a certain duration), ③ 위험요소에 대한 부담을 감수할 것(an element of risk), ④ 투자유치국의 경제발전에 기여가 있을 것(a contribution to the economic development of the host State)을 제시
- 판정부는 신청인들의 투자가 존재하기 때문에 물적 관할이 인정된다고 판단하였으며, 계약위반 관련 주장 외에는 해당 중재신청에 대한 관할권을 보유한다고 판시

Salini v. Morocco 사건 이후에는 *Salini* Test를 그대로 적용하지 않고, 각 판정부 스스로의 기준을 기반으로 판단 기준을 발전시킨 사례들도 발견된다. 여기서 네 번째 요건인 "투자유치국의 경제발전에 기여할 것"은 *Salini v. Morocco* 사건 판정부가 ICSID 협정의 전문(preamble)[908]의 해석을 통하여 도

908) *The Contracting States*

Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein;

Bearing in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States;

Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases;

Attaching particular importance to the availability of facilities for international conciliation or arbitration to which Contracting States and nationals of other Contracting States may submit such disputes if they so desire;

Desiring to establish such facilities under the auspices of the International Bank for Reconstruction and Development;

Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to

입하게 된 것이다.[909] 전문에서도 특히 첫 문단의 "경제발전을 위한 국제적인 협력의 필요성(the need for international cooperation for economic development)"을 근거로 삼은 것으로 분석된다.[910]

그런데 투자의 중요한 판단 요소로 일반적으로 인정받는 세 가지 요소에 비해 네 번째 요건 "투자유치국의 경제발전에 기여할 것"은 이후 많은 판정부들의 논쟁의 대상이 되었다. 판정례들 중에서는 투자유치국의 경제발전에 대한 기여 요소가 투자의 존재를 판단함에 있어서 부적절하다고 보아 배제하고, 그 외의 세 가지 요건만 적용한 사례들도 있었다. *LESI-Dipenta v. Algeria* 사건[911], *RSM v. Central African Republic* 사건[912], *Quiborax v. Bolivia* 사건[913], *Electrabel v. Hungary* 사건[914] 등의 판정부들이 출자, 일정한 기간 동안 유지, 위험부담 감수는 필수적인 요소로 보았으나, 투자유치국의 경제에 대한 기여 요건은 투자의 결과로서 발생하는 효과로 판단하여 투자의 존재 여부를 판단하는 요건으로 보는 것은 부적절하다고 판시하였다.

위와는 반대로 *Fedax v. Venezuela* 사건 및 *Joy Mining Machinery v. Egypt* 사건[915] 판정부는 추가적인 요건을 더하여 투자 여부를 판단하였다.

---

conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitra laward be complied with; and

Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration,

Have agreed as follows:

909) *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction (2001. 7. 23.) (이탈리아-모로코 BIT), para. 52.

910) Meg Kinnear 외 4인, *Building International Law: The First 50 Years of ICSID* (2016), p. 103.

911) *Consortium Groupement L.E.S.I.- DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case No. ARB/03/08, Award (2005. 1. 10.) (알제리-이탈리아BIT), para. 13.

912) *RSM Production Corporation v. Central African Republic*, ICSID Case No. ARB/07/2, Decision on Competence and Responsibility (2010. 12. 7.) paras. 54-56

913) *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction (2012. 9. 27.) (볼리비아-칠레 BIT), paras. 212, 219.

914) *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability (2012. 11. 30.) (에너지헌장조약), para. 5.43.

해당 사건의 판정부들은 사업(project)이 ICSID 협약상의 투자로 되기 위해서는 *Salini* Test의 네 가지 요건은 물론 추가적으로 "수익과 이윤의 규칙성"(a regularity of profit and return)도 충족하여야 한다고 설시하였다. 이러한 판정의 경향에 대하여 *Electrabel v. Hungary* 사건의 판정부는 수익과 이윤에 대한 기대는 별도의 요소가 아니라, 위험 요소에 포함되어 있는 것으로 이해해야 한다고 비판적으로 판시한 바도 있다.[916]

이와 유사하게 *MHS v. Malaysia* 사건의 단독 중재인은 투자자가 43개월 동안 노력하여 도자기 문화재를 회복하게 하여준 선박 인양 작업이 말레이시아의 경제 발전에 의미 있는 기여를 하지 않았기 때문에 투자라고 보기 어렵다고 판단하였다. 하지만 이러한 판단에 대하여도 객관적 요건인 *Salini* Test에 양적, 질적인 요건을 추가하는 것은 ICSID 협약의 제정자들의 의사에 반하는 해석이라는 비판이 존재한다.[917]

더 나아가 *Salini* Test의 4가지 요건에 추가적으로 2가지의 판단 기준을 더한 경우로 *Phoenix v. Czech* 사건[918]이 있다. 이 사건 판정부는 기존 *Salini* Test에 추가적으로 투자유치국 법과 합치된 투자일 것(conformity with the law of the host state)[919]과 신의칙(*bona fide*)도 포함되어야 된다고 판단하여 총 6가지 요건으로 신청인 회사의 투자를 평가하였다.

---

915) *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction (2004. 8. 6.) (이집트-영국 BIT), para. 53.

916) *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability (2012. 11. 30.) (에너지헌장조약), para. 5.43.

917) Meg Kinnear 외 4인, *Building International Law: The First 50 Years of ICSID* (2016), p. 122; Devashish Krishan, *A Notion of ICSID Investment*, 6 TDM 1 (2009), n. 89.

918) *Phoenix Action Ltd. v. the Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (2009. 4. 15.) (체코-이스라엘 BIT), para. 79.

919) 한편, Salini v. Morocco 사건의 판정부는 피신청국의 법 적용의 문제는 투자의 유효성에 관련된 문제이지 투자의 존재 여부를 판단하는 기준은 아니라고 언급하였다. "[T]his provision refers to the validity of the investment and not to its definition. More specifically, it seeks to prevent the Bilateral Treaty from protecting investments that should not be protected, particularly because they would be illegal."

〈 *Phoenix Action v. Czech Republic* 〉

○ 사안개요

- 체코 정부가 체코 국민 소유인 체코 회사(Benet Praha, Benet Group)의 자산·장부를 압류하자, 해당 체코 국민이 이스라엘에서 신청인 회사 Pheonix를 설립한 후 체코 국적의 Benet Praha, Benet Group를 인수한 다음, 신청인의 이름으로 중재를 제기한 사건. 이에 대하여 체코는 청구인이 투자와 관련된 어떠한 사업 활동도 영위하지 않았으므로 Benet Praha, Benet Group의 인수는 투자에 해당하지 않는다고 항변

○ 판정취지

- 판정부는 보호대상인 투자가 존재하는지 판단하기 위하여는 ICSID 협약, BIT, 국제법의 일반원칙을 모두 고려하여야 한다고 하면서, ① 금전 기타 자산의 출자, ② 일정한 기간의 투자, ③ 위험의 부담, ④ 투자유치국의 경제 발전 기여, ⑤ 투자유치국의 법과 합치, ⑥ 신실한 투자 의사 등 6가지 기준에 따라 판단해야 한다고 판시
- 판정부는 신청인이 Benet Praha, Benet Group를 인수한 투자는 사업을 영위하기 위한 것이 아니라 ISDS를 제기하기 위한 것이므로, ①~⑤의 요건은 충족하나 ⑥신의칙에 따른 투자라고 볼 수 없어 보호대상인 투자에 해당하지 않아 관할권이 없다고 판시

(다) 투자의 정의 및 요건의 접근방식

투자 관련 요건을 판단할 때 투자 협정에 따라서만 판단하는지 또는 투자 협정과 더불어 ICSID 협약상 기준으로도 별개로 평가를 하는지에 따른 주관적·객관적 접근방식의 분류와는 별론으로, 투자의 요소들을 어떻게 활용하는지 여부에 따라 구분하는 것도 가능하다. 즉, 투자의 판단 요소들을 투자가 흔히 가지는 '특징(characteristics)'으로만 취급하는 직관적 접근방법(intuitive approach)과 투자의 참된 정의(true definition)가 존재하고 그 정의에 나열된 모든 요건들을 충족시켜야만 투자가 존재하는 것으로 판단하는 귀납적 접근방법(deductive approach)으로 분류할 수 있다. 이를 논의하는 실익은 어떠한 방법에 따르느냐에 따라 투자로 인정받을 수 있는 범위가 달라진다는 데 있다. 가령 귀납적 접근방식을 취할 때에는 투자 판단을 위한 요소가 더 많기

때문에 투자로 인정받기가 어려워진다고 볼 수 있다. 반면 직관적 접근방식에 따르는 경우 투자로 포섭할 수 있는 범위가 넓어지게 될 것이다.[920]

직관적 접근방법을 따르는 판정부는 투자가 존재한다고 판단한 기존 판정례나 이를 분석한 학술적인 자료들에서 언급한 투자의 '특성'들을 추출하여, 해당 사건의 문제되는 거래에 이러한 특성들이 존재하는지를 확인하는 과정을 거친다. 이 때 판정부가 판단하기에 문제되는 거래가 투자로서의 '특성'들을 충분하게 지니고 있는 것으로 확인된다면, 모든 추출된 특성들이 충족되지 않더라도 이는 투자로 인정하다.[921]

이러한 태도를 취한 *CSOB v. Slovakia* 사건의 판정부는 앞서 언급한 것처럼 ICSID 제25조 제1항과 개별 투자 협정상의 투자 요건들의 관계에 대하여는 투자 협정상의 투자의 정의로만 판단하면 족하다는 입장을 취하면서도, ICSID 협약 제25조 제1항의 투자에 대한 요건이 투자 협정의 요건과는 구별된다는 점을 언급하기도 하였다. 이것은 곧 이 사건 판정부가 ICISID 협약 제25조 제1항의 해석상 추출되는 투자의 특성을 파악하였으면서도(직관적 접근방법), 투자 협정과 ICSID 협약의 관계에서는 투자 협정을 더 우선시하였다는 점(주관적 접근방법)에서 특징적이다.[922] 이와 비슷하게 *Biwater v. Tanzania* 사건[923] 판정부는 이전 판정례들이 *Salini* Test가 고정적이고 경직된 판단 기준이 되었다는 지적을 하였다는 점을 언급하며, 투자의 중대성(magnitude)도 중요한 특성으로서 같이 판단해야 된다는 입장을 밝힌 바 있다.

또한 *Abaclat v. Argentina* 사건[924]의 판정부는 신청인이 근거로 삼은 BIT 상의 투자에 해당된다면 그것은 협정의 취지상 보호되어야 하는 것이라고 밝히면서, 반드시 해당 판정부가 *Salini* Test에 따라 ICSID 협약 제25조 제1항의 투자에 해당하는지를 검토할 필요성은 없는 것이라고 판시하였다. 이 사건

---

920) Meg Kinnear 외 4인, *Building International Law: The First 50 Years of ICSID* (2016), p. 114-115.
921) *Ibid.,* p. 112.
922) *Ibid.,* p. 106.
923) *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania,* ICSID Case No. ARB/05/22, Award (2008. 6. 24.) (탄자니아-영국 BIT), paras. 312-316.
924) *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (2011. 8. 4.) (아르헨티나-이탈리아 BIT), para. 364.

판정부는 또한 *Salini* Test가 투자자의 기여(contribution)가 가지는 특성들을 파악하는 데에 유용한 기준일 뿐이지, ICSID 협약이나 투자 협정이 의도하지 않은 제약을 형성하면 안 될 것이라고 판단하였다. *Philip Morris v. Uruguay* 사건[925]의 판정부도 *Salini* Test는 강행요건과 같이 볼 수는 없으며, 한 요소가 충족되지 않았다고 하여 투자가 아니라고 볼 수 없다고 유사한 취지로 판시하였다.

한편, 귀납적 접근방식은 투자의 참된 정의(true definition)이 존재한다고 보고 그에 따른 요건들이 모두 존재해야만 해당 사건의 투자가 존재한다고 본다. 이러한 태도를 취한 대표적인 사건이 *Salini v. Morocco*로서, 이 사건 판정부는 투자와 관련하여 관할이 문제된 경우에는 투자의 모든 구성 요소들이 충족되었다는 것을 확인해야 된다는 점을 강조하였다. 이러한 입장을 취한 판정례로서는 *Bayindir v. Pakistan* 사건[926], *Jan de Nul v. Egypt* 사건[927], *Quiborax v. Bolivia* 사건[928] 등이 있다.

앞서 검토한 *Salini* Test의 판단 기준에 요건을 삭제하거나 추가시키면서 계승·발전시킨 여러 판정례들도, 이러한 투자 판단의 요소들을 과거 자료에서 발견되는 '투자의 특성'으로만 보는 것인지, 아니면 귀납적으로 확인되는 '투자의 참된 정의'라고 규정하는지 따라 직관적 접근방식 또는 귀납적 접근방식으로 나뉠 수 있을 것이다.

---

925) *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction para. 206.

926) *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction (2005. 11. 14.) (파키스탄-터키 BIT) para. 130.

927) *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction (2006. 6. 16.) (벨기에-룩셈부르크-이집트 BIT) para. 91.

928) *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction (2012. 9. 27.) (볼리비아-칠레 BIT) para. 219.

(2) 투자의 정의 방식[929]

(가) 한정적·폐쇄적 방식과 예시적·개방적 방식

투자자산을 정의하는 방식에 대해서는 통상 두 가지 차원의 논의가 있다. 즉, 투자의 정의가 되는 대상에 대해 「한정적·폐쇄적으로 규정하는 방식(narrowed & closed system)」, 「예시적·개방적으로 규정하는 방식(broad & open system)」, 「개방적 방식과 한정적 방식을 혼용하는 방식(open & exclusive system: NAFTA 방식)」에 따른 구분이 있으며, 투자의 정의에 필수적인 요소를 「기업 토대 접근방식(enterprise-based approach)」, 「자산 토대 접근방식(asset-based approach)」으로 구분하는 방식이 있다.

① 한정적·폐쇄적 열거 방식은 자본자유화의 관점에서 자본의 국경 간 이동에 초점을 맞추기 위하여 사용되는 방식이다. 이 접근방법에 따르면 투자의 개념은 설립 후 단계 투자뿐만 아니라 설립 전 단계 투자까지 동시에 포괄하기 때문에, 적용범위를 한정하기 위하여 보통 투자에 해당하는 항목을 명확히 정의하여 열거하게 된다. OECD의 자본이동 자유화 규약이 대표적인 예이다. 즉, 투자의 개념을 생략하고 해당하는 항목만 열거하는 방식이다. 이는 NAFTA, 캐나다 모델 BIT, 일본-멕시코 CEPA에서도 마찬가지라 할 것이다. 그러나 NAFTA 제11장은 투자를 정의함에 있어 '모든 종류의 자산'이 원칙적으로 투자라는 내용 없이 한정적 열거 형식의 정의 규정을 두고 있으나, 그 열거 목록 중 (g)항은 "경제적 혜택이나 영업적 목적에 대한 기대 하에 취득되거나 그러한 목적을 위해 사용된, 유형 또는 무형의, 부동산 또는 기타 재산(real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purpose)"이라고 포괄적 내용을 규정함으로써 예시적, 개방적 열거 방식과 실질적 차이는 없어 보인다.

② 예시적·개방적 열거 방식은 투자의 자유화보다는 투자의 보호에 초점을 맞춘 투자보장협정에서 보호범위를 확대하기 위하여 사용하는 방식이다. 이는 설립 후 단계만을 적용대상으로 하는 대부분의 투자보장협정에서 사용하고

929) 한찬식, 앞의 책 69면 참조

있는 방식으로, 모든 종류의 자산(every kind of asset)이라고 규정하면서 그 예를 열거하는 방법이다. 이 방식은 모든 경제적 권리를 협정의 적용대상으로 함으로써 투자자의 권리가 확대되는 장점이 있지만, 투자자 권리의 확대로 협정 당사국의 의무범위도 동시에 가중된다는 단점이 있다. 최근의 추세는 투자자 유화를 추구하는 다자간 투자협정(MAI) 및 미국의 모델 BIT 등에서도 투자의 정의를 광범위하게 규정하는 것이 일반적 경향이다. 자본주의가 고도화됨에 따라 자산의 형태가 더욱 복잡다기화되어 투자로서의 보호범위를 한정적·열거식으로 규정하는 것이 기술적으로 어렵고 투자협정의 보호범위를 확대하는 경향 등에 기인한 것이다.[930] 이러한 방식에는 "shall include but is not limited to"라는 문안을 추가하여 예시적인 것임을 확인하는 것이 일반적이다.

물론, 한-ASEAN FTA나 우리의 기 체결 BIT처럼 "For the purpose of the definition of investment in this Article, any alteration of the form in which assets are invested or reinvested shall not affect their character as investments"라고 규정하여 형태의 변경도 투자의 성격에 영향을 미치지 않음을 명시하기도 한다.

또한, 해석상 단순한 상업적 거래에서 발생하는 자산은 투자의 범주에 포함되지 않는다는 점은 어떠한 방식을 취하더라도 마찬가지이다. 투자가 단순히 교역이나 교역과정에서 발생하는 자금조달방식이 아니라, 지속적인 경제관계 수립을 목적으로 기업의 일정지분에 참여하거나 특정 관계에 있는 기업 간의 장기 대부관계가 그 중요한 특성이라는 점을 감안한 것으로 보인다.

(나) 기업 토대 방식과 자산 토대방식

투자의 정의에 필요한 요소에 따라 구분되는 경우는 기업의 설립 혹은 의결권 있는 주식의 취득을 투자로 간주하는 「기업 토대방식(enterprise-based approach)」과 앞서 언급한 투자 자산을 투자로 간주하는 「자산 토대방식(asset-based approach)」의 2가지가 있다. 자산 토대방식이 투자의 범위에 기업뿐만 아니라 그 외 투자자산을 포함하고 있기 때문에 일견 기업 토대방식에 의한 투자의 정의보다 그 범위가

930) 한-미 FTA 투자분야연구, 앞의 책 325면 참조

포괄적이다. 우리의 기 체결 FTA는 열거적 방식에 자산 토대방식을 사용하고 있다.[931]

(3) 직·간접적 소유·통제의 개념

정의조항에서는 투자자가 직간접적으로 소유・통제하는 자산(every kind of asset that an investor directly or indirectly owns or controls)을 투자로 보고 있다. 우리나라가 체결한 투자협정들도 대부분 투자를 투자자가 직접 또는 간접적으로 소유하거나 지배하는 자산으로 정의를 하고 있다. 예를 들어, 한-일 BIT, 한-중-일 TIT, 한-중 FTA 투자 장, 한-미 FTA 제11.28조 등이 그러한 경우에 해당한다. 소유 통제의 개념은 법인의 국적기준에서 본 것과 같이 대체적으로 50% 소유여부를 기준으로 소유여부를 판단한다. GATS의 기준을 따르면 50% 이상의 의결권 있는 주식 소유의 경우 '소유'이고 이사회 과반 이상을 선임할 수 있는 권한이 있으면 '통제'라고도 볼 수 있다.

문제는 '직・간접적으로'를 어떻게 해석하느냐의 문제이다. 왜냐하면 주식을 보유한 간접투자자 또는 주주의 권리를 어떻게 보호하느냐가 문제가 되기 때문이다. 즉, 한-미 FTA를 비롯한 최근 체결되는 투자협정에서는 투자를 투자자가 "직접적 또는 간접적으로"(directly or indirectly) 소유하거나 통제하는 모든 자산을 의미한다고 규정한다.

"직접적"이라 함은 직접투자를 의미하는바, OECD 벤치마킹 정의에 따르면 지속적 이해관계를 갖고 이뤄지는 투자로서 이는 의결권 있는 주식 10% 이상의 소유를 의미하는 것으로 볼 수 있다. 이에 비해 "간접적"이라 함은 지속적 이해관계 없이 이뤄지는 투자로서 의결권 있는 주식 10% 미만을 소유하는 것을 의미하는 것으로 해석된다.

이와 관련하여 OECD 벤치마킹 정의에 따르면 외국인투자기업이 지분의

---

931) **investment** means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include(한-미 FTA 투자 장 정의조항 11.28조)

50% 이상을 소유하는 해외법인을 '자회사'(subsidiary), 지분의 10% 이상 50% 미만을 소유하는 해외법인을 '계열사'(associate company)로 구분하고, 법인격 없는 투자 형태를 가리켜 '지점'(branch)이라 한다. 이러한 구분에 따르면 외국인투자기업(N사)이 투자유치국내 H사의 지분 60%를 소유하는 경우 당해 H사는 N사의 자회사가 된다. 이때, H사가 다시 투자유치국내 J사의 지분 30%를 소유하는 경우, J사는 H사의 계열사이면서 동시에 N사의 계열사로서 H사 및 J사는 모두 직접투자에 해당된다. 반면에 외국인투자기업(N사)이 투자유치국내 F사의 지분 25%를 소유하는 경우 당해 F사는 N사의 계열사가 되고, F사가 다시 투자유치국내 G사의 지분 25%를 소유하는 경우 G사는 F사의 계열사가 되지만 N사의 계열사는 아니며, 따라서 G사는 N사의 직접투자에 해당되지 아니하게 된다.[932] 즉, 투자유치국 내의 최종 투자 형태가 자회사나 계열사에 해당하지 아니할 경우 이는 외국인투자 모기업의 직접투자로 간주되지 아니함을 유의해야 한다.[933]

물론 이러한 도식을 사용하는 OECD의 예를 따를 수도 있지만 일반적으로 간접투자라고 하는 것은 주식을 소유하고 있는 형태를 말한다. 즉, 기업간 소유와 지배 관계는 갈수록 복잡·다양해지고 있으며, 이러한 소유지배 구조는 국경을 넘어서도 활발히 나타나는 상황인바, 이러한 상황에서 간접 소유 등 자산을 배제한다면 협정의 적용을 받아 보호받는 투자가 상당히 축소되는 결과가 생긴다. 이러한 취지에서 *Waste Management, Inc. v. Mexico* 사건[934] 중재판정부는 명시적인 반대규정이 없는 이상 투자자의 국적국이 투자협정의 체약국에 해당하는 한 투자 자체의 국적국이 체약국에 해당할 필요는 없다고 판시한 바 있다.

한-체코 BIT를 예로 들면 한국 투자자(K)가 제3국(미국)에 자회사(U)를 설립하고 U가 체코 자산(A)에 투자하였을 경우, 비록 직접적 투자는 U가 했지만 이는 실질적으로는 K의 투자행위이며, 그러므로 A는 K의 간접소유자산으

---

932) OECD, OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 3rd ed.(1996), pp.10-11

933) 국제투자분쟁 공무원교육자료 앞의 책 46-47면 참조

934) *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award (2004. 4. 30.) (NAFTA).

로서 보호받아야 한다. 특수한 경우로는 한국 투자자(K)가 협정상대국(체코)에 자회사(C)를 설립하고 C가 체코 자산(A)에 투자하였을 경우, 비록 C는 체코 국내기업으로서 보호를 받겠지만, 한-체코 BIT는 일정 사항에서(수용보상, 송금보장 등) 체코기업보다 한국기업을 우대할 수 있는바, 이런 혜택을 누리기 위해 A는 K의 간접소유자산으로서 보호받을 수 있게 할 실익이 있다.

물론 협정당사국이 아닌 제3국이 소유, 통제하는 회사가 실제 협정당사국에서 실질적 영업활동을 하지 않는 경우, 예를 들어 한-체코 BIT에서 미국 투자자가 한국에 명목회사에 불과한 회사를 설립하여 그 회사가 체코에 투자를 하였다면, 미국 투자자는 DOB(Denial of Benefits, 혜택의 부인)에 의하여 협정의 혜택이 부인되는 것은 앞에서 본 바와 같다. 즉, 이러한 간접투자는 협정당사국 투자자가 직접 투자대상물을 소유하느냐 아니면 중간매개체인 제3국에 자회사 등을 설립하여 투자유치국에 투자한 경우까지 보호하느냐의 문제임에 유의하여야 한다. 처음부터 제3국 투자자가 협정 당사국에 자회사 등을 설립한 경우에는 혜택의 부인의 적용을 받고, 제3국 지점인 경우에는 투자자의 정의조항에서 배제됨은 앞에서 본 바와 같다.

이를 한-미 FTA를 예로 들어 설명하면 네덜란드 투자자가 세운 미국의 지점이 한국자산에 투자를 한 경우 제3국 지점은 투자자의 정의에서는 배제된다. 그리고 네덜란드 투자자가 미국에 유령회사인 자회사를 설립하고 한국에 투자를 한 경우 네덜란드 투자자는 실질적 영업활동이 없으므로 혜택이 부인된다. 따라서 한-미 FTA상 간접투자의 문제가 발생하는 경우는, 한국이 영국에 회사를 설립하고 그 영국 회사가 미국에 투자한 경우를 예를 들 수 있을 것이다.[935]

935) 한-ASEAN FTA에서는 간접소유 방식에 대한 양측의 이견으로 인하여 "every kind of asset that an investor owns or controls"라고만 규정하여 indirectly를 명시하지 않았으나 다국적 기업의 출현 및 복잡한 사회현상 반영을 위해 간접소유도 포함하여야 하므로 우리의 모델안을 따르는 것이 타당하다.

(4) 투자의 종류

(가) 투자의 종류에 대한 미국 모델 BIT 발전사

직접투자를 구성하는 요소는 단순하고 정적인 것이 아니라 시간의 흐름에 따라 복합적이고 역동적으로 변화하여 왔기 때문에 협정에서 정의되는 투자의 개념도 역사적인 변천 과정을 겪어 왔다. 세계 자본주의 체제가 완성된 1870년대 이전의 국경 간 경제활동은 주로 상품의 수출 및 수입과 관련된 것이었고, 국경 간 자금이동은 주로 상품의 대금결제 수단에 불과한 것이었다. 상품대금 결제액 외에 국경을 초월한 자본의 흐름은 주로 영국을 중심으로 한 유럽 국가에서 러시아, 미국 등 비유럽 국가로 대출되는 장기차관의 형식이었고 그 규모가 매우 제한적이었다. 따라서 1870년대 이전의 직접투자는 주로 국제교역 품목인 원면, 곡물, 설탕, 면제품 등 교역상품과 상품을 운반하는 선박이 주종을 이루었고, 부수적으로 발생하는 투자자산은 상품의 판매를 위해 해외에 진출한 법인의 운영에 필요한 담보권, 유치권, 질권 등의 무형자산과 자본조달을 위해 발행하는 채권 등의 금융자산이었다.

자본주의가 고도화되기 시작한 1870년대 이후에는 교통, 통신수단의 발달과 금융자본의 성장이 결합됨으로써 외국기업에 대한 원거리 통제가 가능하게 되었다. 이에 따라, 기업의 주식과 채권 등에 대한 국제적 투자활동이 활발하게 전개되어 국제적 투자의 주된 관심항목이 주식과 채권 등으로 확대되었다. 특히 1870년대 이후부터 2차 대전 직전까지 선진 자본주의 국가들은 석유, 석탄, 농산물 등의 원료 공급지를 확보하기 위하여 제국주의적 팽창을 하였고, 이를 통해 개도국들의 천연자원 개발권 및 채굴권을 확보하고자 하였다. 이에 따라 보호해야 할 대상인 국제적 투자자산의 범위도 개발권 및 채굴권으로 확대되었다.

2차 대전 이후에는 미국의 다국적 기업을 중심으로 활발한 직접투자 활동이 전개됨에 따라 전세계의 직접투자가 양적으로 급격하게 팽창하였다. 특히 1980년대 이후에는 서비스업에 의한 직접투자 활동과 고도기술 및 지식재산권을 바탕으로 한 새로운 패턴의 직접투자활동이 활발히 전개되어 경영계약

서, 보험계약서, 기술계약서 및 지식재산권 등이 새로운 투자 자산의 범주로 등장하게 된다.[936] 아래에서는 이러한 투자자산 종류의 역사를 자세히 살펴보기 위하여 미국 모델 BIT상 투자 조항의 변천사를 살펴본다.[937]

미국은 투자협정을 체결할 때 향후 새로이 발생할 수 있는 투자의 형태가 투자협정상 투자의 정의에 포함되지 않는 상황을 우려했다. 결국 미국 투자협정의 작성자들은 투자의 핵심을 포섭하여 지나치게 협소한 해석은 배제하되, 새로운 상황에 따라 그 의미를 확장할 수 있도록 투자의 정의를 규정하고자 하였다.

미국의 모델 BIT는 1983년에 제정된 후 1984년, 1987년, 1991년, 1992년, 1994년, 2004년 및 2012년 총 7회에 걸쳐 개정되었다. 이하에서는 각 개정에서 변경된 투자의 종류에 대해 설명한다.

1) 1983년 모델 BIT

1983년 모델 BIT 제1조는 투자를 "모든 종류의 투자(every kind of investment)"라고 규정하였다. 이는 투자의 정의에 최대한 탄력성을 부여하고자 하는 시도였다. 동조는 위 투자의 예시를 들기 위하여, 우선 정의 조항의 전문(前文, chapeau) 규정에 "지분(equity), 채무(debt), 서비스(service) 및 투자(investment) 계약"을 포함시켰다. 이는 투자의 정의의 포괄성을 나타내고자 함이었고, 이어지는 투자의 예시 각 항목의 내용과 상당 부분 겹친다.

첫 번째 항목은 "유형 및 무형 자산"이다. 무형 자산에는 저당권, 유치권, 질권 등이 포함된다고 예시적으로 규정하였다. 두 번째 항목은 "기업, 기업의 주식이나 기타 지분, 및 기업 자산의 지분"이다. 본 조항에 의해 현지 자회사도 투자로서 보호받았으며, 기업의 대주주가 아니어도 소유 지분을 보호받을 수 있었다. 세 번째 항목은 "투자와 관련되고 경제적 가치가 있는 금전채권 또는 이행채권"이다. 이러한 채권은 일반적으로 계약으로부터 발생하는 채권을 일컬었다. 네 번째 항목은 "지식재산권 및 산업재산권", 다섯 번째 항목은

936) 투자에 대한 상세한 설명은 한찬식, 앞의 책, 66-88면 참조.
937) 이하는 Kenneth J. Vandevelde, *U.S. International Investment Agreements* (2009), pp. 114-125의 내용을 참조하였다.

"상품의 생산 및 판매를 위한 것을 포함하는, 적법하게 부여된 면허, 허가"이다. 여섯 번째 항목은 "법이나 계약에 의해 부여된 모든 권리"이다. 본 항목은 다섯 번째 항목에 포함되는 권리를 대부분 포함하는 것으로 보이며, 개별 BIT에서는 본 항목이 광업권과 상품을 생산 및 판매할 권리 등을 포함한다고 규정한다. 마지막 항목은 "재투자 수익(returns that are reinvested)"이다. 본 항에서 "수익"은 투자로부터 발생하였거나 이와 관련된 이익을 말한다. 본 항목은 재투자 수익은 투자 유치국 기업의 투자로서 투자협정의 보호범위에서 배제될 것이라는 염려를 불식시키고자 포함되었다. 위에 나열된 자산들이 투자 또는 재투자되면서 형태가 변하더라도 투자로서의 성질은 변하지 않는다는 점도 명시되었다.

또한, "소유·통제"를 자회사 또는 계열사를 통한 것도 포함하고, 자회사 또는 계열사의 설립지에 의해 한정되지 않도록 정의하였다. 따라서 일방 당사국에 있는 투자가 상대국 국적의 자연인 또는 기업에 의해 소유 또는 직·간접적으로 통제되어도 투자에 해당하게 되었다. 이는 국제사법재판소(ICJ)가 국제관습법상 기업은 설립지에 따라 국적이 결정된다고 결정한 판례[938]를 명시적으로 배척하기 위함이었다. 자회사 또는 계열사를 통한 소유·통제도 이에 포함되며, 당사국 회사가 최종적인 소유·통제의 주체일 것을 요구하지도 않는다. 따라서 제3국 기업의 자회사 또는 계열사인 당사국 기업이 소유·통제하는 상대국 기업도 투자에 해당한다.

유럽의 BIT들은 투자 유치국의 법에 따라 적법하게 투자된 자산만 투자로 인정하는 조항이 많으나, 미국 모델 BIT에서는 이를 의도적으로 넣지 않았다. 이는 자국민의 투자를 투자의 적법성과 상관없이 협정에 따라 보호하고자 하는 취지이다.

2) 1984년 모델 BIT

1984년 모델 BIT는, 투자의 정의에 "상대방 당사국 내의 투자"를 아예 포함시켰다. 이는 위 문구가 1983년 모델 BIT 곳곳에서 반복되고 있는 것을 간결하게 정리하기 위함이었다. 한편, 1983년 모델 BIT에 있던 "소유·통제"의

938) *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. (Belgium v. Spain)* (1970 I.C.J. Rep 3).

정의 규정이 삭제되었다. 이는 위 정의가 실제로 어느 정도의 지분 등이 있어야 소유·통제가 성립하는지를 명확하게 설명하지 않을 뿐만 아니라, 간접적 소유·통제의 정의와도 의미가 중복된다는 지적에 따른 것이었다. 투자의 예시 부분에서는, 1983년 모델 BIT의 다섯 번째 및 여섯 번째 항목의 범위가 겹친다는 이유로 "법 또는 계약에 따라 부여된 권리 및 적법하게 부여된 면허 및 허가"라는 항목으로 통합되었다. 그리고 투자의 정의를 합리적으로 해석하면 당연히 포함된다는 이유로 재투자 수익 항목이 삭제되었다.

3) 1987년 내지 1992년 모델 BIT

1987년 모델 BIT는 투자의 정의에 관해서 특별한 수정 사항이 없었다. 1991년 모델 BIT는 산업재산권도 지식재산권에 포함된다는 견해를 반영하여 "지식재산권 및 산업재산권"을 "지식재산권"으로 단순화하였고, 지식재산권의 예시를 보다 구체적으로 서술하였다. 그러나 투자를 "모든 종류의 투자"로 정의한 규정은 여전히 유효하였으므로, 투자의 범위가 변경된 것은 아니었다. 1992년 모델 BIT도 투자의 정의에 관한 특별한 수정 사항은 없었다.

4) 1994년 모델 BIT

1994년 모델 BIT는 "적용 대상 투자"를 새로이 정의하고, 기존의 "투자"와 보호 범위를 다르게 하였다. "적용 대상 투자"는 "상대방 당사국 영토 내에 있는 일방 당사국 국적의 자연인 또는 기업의 투자"로 정의되었다. 협정 내용의 상당한 부분이 "적용 대상 투자(covered investment)"에만 적용되도록 수정되었는데, 이는 1987년 모델 BIT에서 명확하게 규정되지 않아 혼선의 여지가 있던 부분을 명확하게 하고자 수정한 것이었다.

또한, 중복되고 불필요하다는 이유로 투자의 정의 조항 전문에 있던 자산의 예시 문구를 삭제하고, 투자의 예시 항목을 다음과 같이 일부 수정하였다. 첫째, 유형 및 무형 자산을 네 번째 항목으로 변경하고, 부동산과 리스를 예시에 추가하였다. 둘째, 기존에는 기업 및 기업의 주식 등을 같은 항목에 규정하였으나, 1994년 모델 BIT에서는 기업과 기업의 주식 등을 별도의 항목으로 분리하였다. 셋째, "투자와 관련되고 경제적 가치가 있는 금전채권 또는 이행

채권”을 “턴키(turnkey), 건설, 경영, 생산, 이익분배, 양허 등 계약에 따른 권리”로 변경하였다. 이는 계약 중 투자의 특성을 가진 계약으로부터 발생한 권리만 투자로 보겠다는 의지를 반영한 것으로 볼 수 있다. 한편, 계약으로부터 발생하지 않은 금전 또는 이행채권은 다른 항목에 포함될 수 있으므로 큰 문제가 되지 않는다. 넷째, 미국 산업 중 신지식재산권에 기초한 산업을 확실하게 보호하기 위하여 지식재산권의 기재 방식을 수정하였다. 마지막으로, 계약상 권리는 셋째 항목에 이미 포함되었으므로 “법 또는 계약에 따라 부여된 권리 및 적법하게 부여된 면허 및 허가”로 규정된 다섯째 항목에서 “계약” 문구가 삭제되었다.

5) 2004년 및 2012년 모델 BIT

2004년 모델 BIT는 동의어가 반복되는 투자의 정의를 피하고자, 투자를 “자본 또는 그 밖의 자원의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 위험의 감수 등을 포함하는 투자의 특성을 가진 모든 자산”이라고 정의하였다.

또한, 투자의 예시를 수정하였다. 첫째, “회사(company)”를 “기업(enterprise)”으로 대체하였다. “기업”은 “준거법에 따라 설립된 실체로서, 영리 목적 및 국가의 소유·통제 여부를 불문하며, 회사, 신탁, 조합, 개인사업자, 합작 투자, 협회, 유사 단체 및 기업의 분사무소를 포함”하도록 정의되었다. 기업이라는 용어로 바꾸면서 회사보다 다양한 형태의 사업자를 포함할 수 있게 되었고, 회사를 회사로써 정의하던 문제를 해결할 수 있게 되었다. 또한, 1994년 모델 BIT에서는 회사의 정의에 분사무소를 포함시킴으로써 회사가 아닌 분사무소는 협약의 적용 대상이 아니게 되는 문제가 발생하였으나, 2004년 모델 BIT에서는 분사무소를 기업의 정의에 포함시킴으로써 이 문제를 해결하였다.

둘째, 기업에 대한 지분 항목이 둘로 분리되었다. “주식, 증권, 기타 기업에 대한 지분”과 “채권, 회사채, 기타 채무증서와 대부”로 나뉜 것이다. 한편, 각주에서 “대부”는 투자의 특징을 가질 경우에만 협약의 적용 대상이 되고, 단순히 상거래에서 발생하는 급부청구권과 같이 즉시 지급해야 하는 금전은 협약의 적용 대상이 아니라고 명시하였다.

셋째, 계약상 권리에 대한 항목을 수정하여 일반 계약은 아예 언급하지 않

게 되었다. 즉, 위 항목은 “턴키, 건설, 경영, 생산, 양허, 이익배분 기타 유사한 계약”으로 수정되어, 투자의 특징이 없는 일반 상사계약을 투자의 범위에서 배제하고자 하였다.

넷째, “유형 및 무형 재산” 항목은 대륙법계 국가에서 더 친숙한 “동산 및 부동산”이라는 표현을 포함하도록 수정되었다. 다만, 이는 본 항목의 의미를 변경하려는 것은 아니었다.

다섯째, 지식재산권 관련 항목은 예시를 모두 삭제하고 “지식재산권”이라고만 표기하였다.

마지막으로, 동종문언의 원칙(*ejusdem generis* principle)을 보다 충실히 적용하기 위하여, “법에 의해 부여된 권리” 항목을 계약에 관한 항목과 유사하게 수정하였다. 즉, 본 조항을 “관련 국내 법규에 따라 부여된 면허, 인가, 허가 기타 권리(licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to applicable domestic law)”로 수정하여, 일반 개념을 먼저 기재하는 대신 예시를 먼저 기재하는 방식으로 바꾸었다. 또한, 본 항목이 모든 면허, 인가, 허가 등을 투자로 보고자 하는 것은 아니고, 투자의 특성이 있는지를 기준으로 투자에 해당하는지를 판단한다는 점을 각주에 명시하였다.

이후 미국 모델 BIT는 2012년에 한 차례 더 개정되었으나, 투자의 종류 및 정의에 관해서 수정된 내용은 없었다.

(나) 최근 우리나라가 체결한 FTA, BIT상 투자의 종류 소개

앞서 살펴본 미국 모델 BIT를 기초로 작성된 한-미 FTA는 투자의 종류로 ①기업, ②주식, 증권 등 기업참여와 관련된 권리, ③채권, 회사채 그 밖의 채무증서와 대부, ④선물, 옵션과 그 밖의 파생상품, ⑤완성품 인도, 건설, 경영, 생산, 양허, 수익배분과 그 밖의 유사한 계약, ⑥지적재산권, ⑦면허, 인가, 허가와 국내법에 따라 부여되는 유사한 권리 그리고 ⑧그 밖의 유형 또는 무형의 자산, 동산 또는 부동산, 그리고 리스・저당권・유치권 및 질권 같은 관련 재산권을 규정하였다.

다만, 일반적으로 통용되는 투자자산의 범주는 보통 여섯 가지로 분류된다.

투자자산의 역사적 변화를 반영한 시간적 순서대로 나열하면 ①기업(enterprise), ②유무형의 재산(movable and immovable property), ③주식 및 증권(shares, stocks), ④사업허가(business concessions), ⑤금전계약에 따른 이행청구권(claims to money under contract having a financial value), ⑥지식재산권(intellectual property rights) 6가지이다. 이하에서는 한-일 BIT 해설서를 기본으로 하여 한-미 FTA에서 추가된 부분을 반영하기로 한다.

투자자산의 첫 번째 유형은 기업(enterprise)이다. 앞서 언급한 바와 같이 법인은 투자이면서 동시에 투자자로서의 성격을 가지고 있는 독특한 지위에 있다. 그러나 투자자(investor)로서의 법인의 형태는 투자유치국(host country)에 투자자가 투자한 자본으로서의 법인인 투자(investment)와 분명히 구분된다. 투자로서의 법인은 현지 법인을 의미한다. 또한 제3국 지점을 포함한다는 것은 앞에서 본 바와 같다.

두 번째 유형은 주식, 증권 등 기업의 자본참여와 관련된 권리이다. 여기서 투자자산은 기업의 실질적 경영참가를 목적으로 한 것에 한정되지 않는다. 따라서 주식 1주도 투자협정상의 투자로 보호된다. 단기 자본이득을 목적으로 한 포트폴리오 투자(Foreign Portfolio Investment: FPI)도 투자협정상의 투자로 보호되는 셈이다.

세 번째 유형은 채권, 회사채 등 각종 부채증서와 그로부터 파생되는 권리를 지칭하며, 두 번째 유형과 달리 기업의 부채항목과 관련된 권리이다. 본 항목에서 새로이 논의되는 주제는 국채(sovereign bond)가 이에 해당하는 투자의 유형으로 볼 수 있는가이다. 기존의 중재판정례[939]는 국채가 투자에 해당한다는 점에 관하여 이견이 없었다. 그러나 앞서 본 2015년 *Poštova Banka v. Greece* 사건[940]에서 중재판정부는 국채가 그리스-슬로바키아 BIT의 문언상[941] 투자에 해당하지 않는다는 이유로 물적 관할이 없다고 보았다. 각 BIT

939) *Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/96/3 (네덜란드-베네수엘라 BIT), *Abaclat and others v. Argentine Republic,* ICSID Case No. ARB/07/5 (아르헨티나-이탈리아 BIT), *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka,* ICSID Case No. ARB/09/2 (독일-스리랑카 BIT), *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9(아르헨티나-이탈리아 BIT).

940) *Postova banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8(키프로스-그리스 BIT, 그리스-슬로바키아 BIT).

는 투자의 종류로 나열한 예시가 조금씩 다르므로 위 판정에 따라 국채를 투자로 볼 수 없다고 일반화할 수는 없으나, 투자협정 체결 시 국채를 보호범위에 포함시킬지를 결정할 때 유의할 부분이다.

네 번째 항목과 다섯 번째 항목은 금전적 가치를 가지는 각종 계약에서 파생하는 권리를 의미한다. 우리의 투자협정이 광범위한 자산 기준에 예시적 방식을 사용하였기 때문에 어떤 금전적 계약도 포함되는 것으로 해석 될 여지가 있지만, UNCTAD는 즉각적인 판매와 지불을 전제로 한 계약은 장기적인 계약과 구분하여 투자로 보아서는 안 된다는 입장이다. NAFTA 투자 장에서도 3년 미만의 차관, 무역신용, 투자로 분류된 것 이외에서 발생하는 금전적 청구권 등은 투자에서 제외함으로써 이 부분을 명확히 하고 있다.

여섯 번째 항목은 상표권・저작권・특허권 등을 포함한 지식재산권이다. 종래 투자 협정에서 지식재산권은 전통적으로 국제법의 보호범위에 포함되지 않는 것으로 해석되었으나, 1990년대 이후 지식재산권이 가장 중요한 투자자산의 하나로 간주되기 시작한 이후 최근의 모든 투자협정은 이를 투자자산의 범위에 반드시 포함시키고 있다.

일곱 번째 항목은 천연자원의 개발과 관련된 개발권 및 채굴권 등의 이권을 의미한다. 이는 자원개발과 관련이 된 것이다.

여덟 번째 항목은 법인을 운영하기 위해 필요한 가장 기초적인 자산인 상품, 동산, 부동산 등 유형의 재산과 담보, 리스, 유치권, 질권 등 이와 관련된 무형의 자산을 지칭하며 역사적으로 가장 유래가 깊은 전통적인 의미의 투자자산이다.

1) 국채(sovereign bonds)의 적용대상투자 해당 여부

1990년대 후반부터 2000년대 초반까지 외채 문제로 극심한 경제 위기를 겪던 아르헨티나는 국가채무 재조정(sovereign debt restructurings)을 통해 국가 경제를 회복시키고자 하였다. 이 과정에서 기존에 아르헨티나가 발행한 국채(sovereign bonds)에 투자한 투자자들 중 일부가 투자협정 위반을 근거

941) 그리스-슬로바키아 BIT 제1조 제1항 제c호: loans, claims to money or to any performance under contract having a financial value.

로 ISDS 중재를 청구함에 따라 과연 국채가 투자협정의 보호대상에 포함되는지에 대한 문제가 제기되었다.

일부 투자협정의 경우 '정부 발행 유가증권(government-issued securities)', '채권, 회사채, 기타 공채(bonds, debentures and other debt instruments)' 등 국채가 적용대상투자에 포함됨을 명시적으로 나타내고 있다.[942] 반면, 명시적으로 국채를 그 보호대상에서 제외하고 있는 투자협정들도 있다.[943]

그러나 대부분의 투자협정들은 그 보호대상인 투자를 투자자가 소유 또는 통제하는 "모든 종류의 자산(every kind of asset)"이라 규정하면서, 적용대상투자에 포함되는 개념들을 예시적·개방적으로 서술하는 형식을 취하고 있기 때문에 국채가 투자협정의 보호대상인가에 대한 논란이 발생하게 되었다.

이에 관한 중재판정례를 살펴보면, 아르헨티나 국채가 문제된 *Abaclat* 사건과 *Ambiente Ufficio* 사건에서 중재판정부는 국채가 아르헨티나-이탈리아 BIT의 보호대상인 투자에 해당한다고 판단한 바 있다.[944] 한편, 2010년 그리스 국가 부도 사태를 계기로 제기된 *Poštová banka v. Greece* 사건의 경우, 중재판정부는 투자협정에 '의무(obligations)' 또는 '공적 권리(public titles)'라는 표현 없이 단순히 '대출(loan)' 및 '금전청구권(claims to money)'이라 규정된 경우에는 국채를 동 협정의 보호대상으로 볼 수 없다고 판시하였다.[945]

2) 지식재산권과 ISDS의 관계에 관한 최근 논의

전통적으로 각국의 지식재산권 제도에 관한 분쟁은 베른 협약, 파리 협약 및 WTO 설립협정에 포함된 TRIPs 협정 등에 따라 국가 대 국가 쟁송 절차

942) 한-자메이카 BIT(2003); 페루-싱가포르 FTA(2008); 미국-우루과이 BIT(2005).
943) 캐나다-콜롬비아 BIT(2008); 호주-칠레 FTA(2008); 아제르바이잔-크로아티아 BIT(2007); 칠레-일본 FTA(2007); 콜롬비아 모델 BIT(2008); 가나 모델 BIT(2009).
944) *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (2011. 8. 4.) (아르헨티나-이탈리아 BIT); *Ambiente Ufficio S.p.A. and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/08/9, Decision on Jurisdiction and Admissibility (2013. 2. 8.) (아르헨티나-이탈리아 BIT).
945) *Poštová banka and Istrokapital v. Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8, Award (2015. 4. 9.) (키프로스-그리스 BIT, 그리스-슬로바키아 BIT).

를 통하여 해결되었다. 그러나 최근 투자자가 ISDS 절차를 통해 투자 유치국의 지식재산권과 관련하여 투자 유치국의 처분 또는 제도를 문제삼는 사례가 발생하고 있다. 특히, 국가가 공공의 이익을 위하여 규제를 신설하여 지식재산권의 행사가 제한되는 경우, 이를 수용으로 볼 수 있는지와 투자 유치국의 사법 부인으로서 공정·공평대우 의무 위반에 해당하는지가 문제되고 있다.

투자자들이 이러한 중재청구를 할 수 있는지 여부는, 투자협정에서 지식재산권이 "투자"의 정의에 포함되는지 여부와, 이에 대한 국가의 조치가 어디까지 ISDS 절차의 대상에 포함되는지에 따라 결정된다. 미국 모델 BIT의 경우, 앞서 본 바와 같이 지식재산권을 투자의 종류 중 하나로 포함하였고, 제6조 제5항에서 TRIPs 협정에 따른 지식재산권의 강제실시, 무효, 제한 또는 등록은 수용에 해당하지 않는다고 규정하고 있다.[946] 수용에 관한 TPP 협정안의 제9조 제8항 제5호도 미국 모델 BIT와 비슷한 취지이나, 투자 유치국의 조치가 TRIPs 협정 외에 TPP 협정의 지식재산권 관련 장(Chapter)에도 부합해야 한다고 규정하고 있다.[947]

위와 같은 협정상 문구에 따라 중재판정부는 투자 유치국의 조치가 TRIPs 협정 및 투자협정에 부합하는지를 판단할 수 있게 된다. 그러나 이는 중재판정부가 국가의 주권행위에 관하여 지나치게 개입할 수 있는 여지를 제공한다는 이유로, 국가의 지식재산권 관련 제도나 조치가 투자협정이나 TRIPs 협정과 합치해야 한다는 문구를 삭제함으로써 중재판정부의 관할을 축소해야 한다는 의견이 있다.[948] 최근 이러한 쟁점에 관해 판단한 사례로,

---

946) This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation, or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation, or creation is consistent with the TRIPS Agreement.

947) This Article shall not apply to the issuance of compulsory licences granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement, or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that the issuance, revocation, limitation or creation is consistent with Chapter 18 (Intellectual Property) and the TRIPS Agreement. (*For greater certainty, the Parties recognise that, for the purposes of this Article, the term "revocation" of intellectual property rights includes the cancellation or nullification of those rights, and the term "limitation" of intellectual property rights includes exceptions to those rights.)

Philip Morris v. Uruguay 사건[949]과 *Eli Lilly v. Canada* 사건[950]이 있다.

〈 *Philip Morris v. Uruguay* 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 우루과이 정부의 담배에 대한 단일포장규제(Single Presentation Requirement, 각 브랜드는 하나의 포장 디자인만을 사용하도록 함)과 건강경고 문구가 담뱃갑 면적의 80% 이상이 되도록 하는 규제가 청구인의 상표권에 대한 수용에 해당한다고 주장함
- 우루과이 정부는 위 규제들이 차별 없이 모든 담배회사에 적용되었고, 세계보건기구(WHO)의 담배규제기본협약에 부합한다고 항변함

○ **판정취지**

- 상표권은 상표를 무제한적으로 사용할 수 있는 권리가 아니라 제3자의 사용을 막을 소극적 권리(negative right)로서 국가가 정당한 규제권을 행사하여도 상표권 침해가 아닌바, 우루과이 정부의 규제는 사업에 영향이 없고 상당한 박탈에도 해당하지 않으며 국제관습법상 공중보건을 위한 정당성이 인정되므로 투자자에게 손실이 있더라도 수용에 해당하지 않는다고 판단함

948) Sean Flynn, *"How the Leaked TPP ISDS Chapter Threatens Intellectual Property Limitations and Exceptions"*, http://infojustice.org/archives/34189 (최종 확인: 2017. 5. 19.).

949) *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay,* ICSID Case No. ARB/10/7 (2016. 7. 8) (스위스-우루과이 BIT).

950) *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada,* UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2 (2017. 3. 16) (NAFTA).

〈 *Eli Lilly v. Canada* 〉

○ 사안개요

- 캐나다 연방법원은 청구인이 직·간접적으로 소유하는 제약 관련 물질특허가 캐나다 특허법상 무효라고 판단하였고, 청구인은 캐나다 연방법원이 적용한 약속 효용 이론(Promise Utility Doctrine)이 미국 및 멕시코의 특허법에 없고, 캐나다의 기존 법리와도 다른 이론이므로 NAFTA 협약상 공정·공평대우 의무 및 수용 규정에 위배된다고 주장함
- 캐나다 정부는 자국 특허법상 '효용'이 별도로 정의되지 않아 판례에 의해 규정되어 왔으며, 청구인의 주장과 달리 급작스럽게 도입된 이론이 아니라 기존에 있던 법리이므로 NAFTA 협정 위반이 없다고 항변

○ 판정취지

- 중재판정부는 국내법원의 상급법원이 아니라는 점을 강조한 후, 캐나다 특허법에 급격한 변화가 있다고 보기 어려우므로 청구인 특허가 무효가 된 것은 수용이나 공정·공평의무 위반이라고 보기 어렵다고 판단함

(다) ASEAN CIA 소개

한편, 투자의 종류를 규정하는 방식에 관하여 참고할 다른 협정은 2008년 12월에 체결된 아세안 포괄적 투자협정(ASEAN Comprehensive Investment Agreement, ACIA)[951]이다. ACIA는 아세안 경제공동체 내에서 자유로운 투자환경을 조성함으로써 투자를 촉진하기 위하여 체결되었다. 아세안은 국제적 수준에 부합하는 투자협정을 제정하기 위하여 미국의 모델 BIT, NAFTA 등을 참고하여 ACIA를 체결함으로써, 기존에 체결한 아세안투자보장협정, 아세안 투자지역 기본협정보다 강화된 투자 보호를 제공하고 있다.

ACIA는 투자를 투자자가 소유 또는 지배하는 모든 종류의 자산이라고 정의하면서, 각주에서 자본의 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 위험의 감수라는 투자의 특징이 결여된 자산은 투자가 아니라고 하였다. ACIA는 구체적으로 ①동산, 부동산, 그 밖의 저당권·유치권 및 질권 같은 재산권, ②주식, 증

951) 아세안 10개국(브루나이, 캄보디아, 인도네시아, 라오스, 말레이시아, 미얀마, 필리핀, 싱가포르, 태국, 베트남)이 체결한 투자협정으로서 2012년 3월 29일 발효되었다.

권, 채권, 회사채, 그 밖의 형태의 법인에 대한 참여 및 이로부터 발생하는 권리 또는 이익, ③각 회원국의 법률과 규제에 따라 부여받은 지적재산권, ④금전청구권 또는 경제적 가치가 있고 사업과 관계된 계약상의 이행청구권, ⑤완성품인도, 건설, 경영, 생산, 수익배분계약 등에 따른 계약상 권리, ⑥천연자원의 탐사, 배양, 추출 또는 이용을 위한 양허권을 포함하여 경제활동을 하기 위해 필요하고 법률 또는 계약에 의해 부여되는 경제적 가치가 있는 사업양허권을 투자의 유형으로 예시적으로 열거하였다. 또한, 투자는 이윤, 이자, 자본이득, 배당금, 사용료, 수수료 등 투자에 의하여 발생한 금액을 포함한다고 규정하였다. 그리고 투자 또는 재투자된 자산 형태의 어떠한 변경도 그 자산의 투자로서의 성격에 영향을 미치지 아니한다고 규정하였다. 이러한 투자에 대하여 내국민대우, 최혜국대우, 공정·공평대우, 충분한 보호·안전 제공의무, 수용보상 등을 부여하고 있다.

ACIA는 투자보호에 관한 국제적 기준을 채택하면서도, 개발도상국인 아세안 회원국들의 입장을 많이 반영하였다. 미국 모델 BIT와는 달리 ACIA의 정의규정은 '적용대상투자'를 회원국의 법률, 규제, 국가정책에 따라 투자되거나 관계기관의 서면승인을 받은 투자로 한정하였다. 개발도상국은 서비스 경쟁력이 약한 경우가 많기 때문에 한-미 FTA 등과는 달리 투자를 자유화한 분야를 제조업, 농업, 어업, 임업, 광업 및 이에 수반하는 서비스로 한정하였고, 현재유보도 도입하지 않음으로써 장차 규제를 강화할 여지를 남겨두었다.

(라) 제한과 예외

1) 상업적 거래에 따른 단순지급청구권

상업적 거래에 따른 단순지급청구권은 실질적인 이익 창출 행위가 아닌 단순 거래에 따라 발생하는 권리이므로, 투자로서 보호하기 어렵다. 한-미 FTA는 투자의 정의를 규정하며 ① 자본 또는 그 밖의 자원의 약속, ② 이득 또는 이윤에 대한 기대, ③ 위험의 감수를 투자의 특징으로 규정하고 있는데, 상업적 거래에 따른 단순지급청구권에 이러한 투자의 특징이 없다는 점은 분명하다. 위

규정은 투자가 가진 장기적·지속적 거래관계의 특성을 반영한 것으로 NAFTA도 같은 취지로 상업적 거래에 따른 단순지급청구권을 배제하고 있다.[952]

2) 시장점유율, 시장접근, 단순한 기대이익 혹은 이윤획득의 기회

시장점유율(market share), 시장접근(market access)은 그 자체만으로는 투자의 세 가지 속성을 가지고 있지 않으며, 단순한 기대이익 혹은 이윤 획득의 기회 역시 그 자체로 투자에 해당하지 아니한다고 한-미 FTA 각주, 한-케냐 BIT 의정서 등에서 규정하고 있다. 왜냐하면 우리의 헌법재판소 결정례는 기대이익을 재산권으로서 보호할 수 없다는 확고한 입장인데, 간접수용에서 살펴본 바와 같이 시장점유율, 시장접근 등을 투자로 보는 중재판정부가 있기 때문이다.[953] 우리의 헌법재판소 결정례에 의하면 이러한 것들은 재산권이 아니므로 수용의 대상이 아니고 투자로서도 보호할 수 없는바, 이를 명백히 하기 위하여 각주, 의정서에 언급하는 것이다.

이러한 우리의 특수한 판례상의 법리를 반영하고자 할 경우에는 분쟁의 소지를 줄이기 위해 한-미 FTA 각주, 한-케냐 BIT 의정서처럼 명시할 필요가 있다. 그러나 한-칠레 FTA, 한-싱가포르 FTA, 한-인도 CEPA, 한-베트남 FTA 등에서는 이러한 내용을 삽입하지 않고 있다.

3) 제한 방식

앞에서 본 바와 같이 열거적 방식을 사용하면서도 일정한 경우 각주로 제한하는 방식을 취하기도 하지만, 협정에 따라 보호되는 투자의 범위가 다르다.

즉, '권한 있는 기관에 의하여 승인받은 투자'만 보호[954]하거나 '특정분야의

952) [I]nvestment does not mean, (i) claims to money that arise solely from (i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph(NAFTA 투자 장 정의조항).

953) *Pope & Talbot v. Canada* 사건에서는 market access를, *S.D Myers v. Canada* 사건에서는 market share를 투자로서 보호

954) 한-태국 BIT.

산업'[955]만 투자로 포함하는 방식들이 있는바, 전자는 주로 ASEAN 국가들이 체결하는 방식이다.

(5) 투자의 적법성

사후투자만 인정하는 BIT에서는 국내법규와의 합치성을 요건으로 하는 경우가 많다. 즉, 적법하게 설립된 투자만 보호하는 방식으로 우리의 대부분 BIT가 "in accordance with laws and regulations"이라고 규정하여 이러한 방식을 따르고 있다.[956] 많은 분쟁에서 투자유치국은 해당 투자가 국내법을 위반하였기 때문에 투자협정의 보호 대상이 아니라고 주장하며 관할권 항변을 제기한다. 국내법규를 위반한 경우의 대표적인 예는 투자자가 실적을 속이거나 위조서류를 제출하거나 이중계약을 한 경우 등이 있다. 이러한 경우, 중재판정부가 투자의 투자유치국 국내법규 위반 사실을 받아들이면 관할권이 부인된다.

(가) 투자의 적법성 요건의 근거

투자보장협정에서 명시적으로 투자의 적법성을 요구하고 있지 않은 경우에도 투자의 불법성을 이유로 중재 관할권을 부인할 수 있는지, 만약 그러하다면 적법성 여부를 판단할 수 있는 근거는 무엇인지가 문제된다.

판정례를 살펴보면, *Phoenix v. Czech* 사건에서 중재판정부는 비록 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty)이 투자가 국내법과 합치할 것을 명시적으로 규정하고 있지 않더라도, ETC의 실질적 보호가 국내법과 일치하지 않는 투자에까지 적용된다고 볼 수는 없다고 판시한 바 있다.[957] *World Duty Free*

955) 한-벨기에·룩셈부르크 BIT.

956) 예를 들어 2013년 발효된 한-르완다 BIT 제1조 제1항은 다음과 같이 규정하고 있다: "investment" means every kind of asset in the territory of one Contracting Party, owned or controlled directly or indirectly, by an investor of the other Contracting Party, provided that the investment has been made *in accordance with the laws and regulations* of the former Contracting Party, including, though not exclusively (후략)

957) *Phoenix v. Czech*, para. 101 (체코-이스라엘 BIT).

v. Kenya 사건에서도 중재판정부는 중재의 근거가 된 협정에 투자의 적법성 요건이 명시되어 있지 않았으나, 투자자가 뇌물 공여를 통해 취득한 투자는 케냐와 영국의 국내법 및 국제사회의 공공질서에 비추어 보아 보호 대상이 아니라고 판단하여 청구인의 계약 위반 주장을 본안에서 검토하지 않았다.[958]

국내법 위반이라는 명시적인 판단 근거가 투자협정에 없는 경우, 투자의 적법성을 판단할 기준에 대해서는 *Inceysa v. El Salvador* 사건[959]의 중재판정부가 *Phoenix* 사건을 언급하며 법의 일반원칙(general principles of law)을 투자의 적법성 판단의 기준으로 제시한 바 있다.[960] 또한, *Fraport v. Philippine I* 사건의 중재판정부는 청구인의 위반 행위의 '악의(bad faith)' 여부를 검토하였다.[961]

(나) 국내법규 위반의 시기

일반적으로 중재판정부는 투자 설립 시 투자유치국의 국내법규를 위반한 투자의 경우 관할권을 부인하는 경향을 보이고 있다. 그렇다면 투자 설립 단계에서는 적법성 요건을 충족하였으나, 이후의 투자 진행 과정에서 투자유치국의 법규를 위반한 경우에도 관할권이 부인되는지에 대한 의문이 제기될 수 있다. *Fraport v. Philippines I* 사건에서 중재판정부는 이러한 경우 본안에서 투자유치국의 항변 사유는 될 수 있으나, 관할권 부인의 근거로는 인정될 수 없다고 판시한 바 있다.[962] 이어 *Hamester v. Ghana* 사건에서도 중재판정부는 근거 BIT가 투자의 적법성을 투자 설립 단계에만 요구하고 있다고 판단하고, 이 때 투자의 적법성 여부는 관할권의 문제이고, 설립 후 단계에서의

---

958) *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (2006. 10. 4.)

959) *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case NO. ARB/03/26, Award (2006. 8. 2.) (엘 살바도르-스페인 BIT).

960) 구체적으로 중재판정부는 신의칙(good faith), 깨끗한 손의 원칙(*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), 국제사회의 공공질서(international public policy), 부당이득금지(prohibition of unlawful enrichment)원칙 등의 위반여부를 검토하였다.

961) *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (*Fraport v. Philippines I*), ICSID Case No. ARB/03/25, Award (2007. 8. 16.) (독일-필리핀 BIT), paras 396-398

962) *Fraport v. Philippines I*, para. 345.

투자의 적법성 여부는 본안 판단의 대상이라고 판단하였다.[963]

(다) 위반의 중대성

적법한 투자만이 투자협정의 보호대상이라면, 경미한(*de minimis*) 위반의 경우에도 해당 투자가 보호대상에서 제외되는지가 문제될 수 있다. 일반적으로 중재판정부는 투자의 적법성이 문제된 사안에서 투자자의 불법행위가 관할권이 부인될 만큼 충분히 "중대한(material)"지 여부를 기준으로 관할권 유무를 판단하는 경향을 보이고 있다.[964]

따라서 투자협정이 투자의 적법성을 요구하고 있는 경우라 하여도 모든 국내법규 위반이 관할권을 부인하는 근거가 되는 것은 아니다. 사소한 국내법규의 위반의 경우에는 투자자와 투자를 널리 보호하려는 BIT의 목적·취지에 비추어 관할권이 부인되지 않는다.[965]

(라) 관할권 문제인가 본안 문제인가

일반적으로 투자의 적법성은 관할권 존부 문제로 다투어 진다. 적법성 요건을 '투자의 보호 범위'에 대한 당사국간의 합의로 이해[966]한다면 이 문제를 관할권 항변에서 다루는 것이 적절하다고 보여진다. 그러나 적법성 판단 기준

963) *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award (2010. 6. 10.), para. 127 (독일-가나 BIT).

964) M. Kinnear 외 4인, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (2016), p. 136; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobile Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award (2008. 7. 29) (카자흐스탄-터키 BIT).

965) *Tokios Tokelés v. Ukraine,* ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, paras 83-86 (리투아니아-우크라이나 BIT), *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, para. 297 (오스트리아-우크라이나 BIT), *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, paras 280-281 (볼리비아-칠레 BIT).

966) *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case NO. ARB/03/26, Award (2006. 8. 2.) (엘 살바도르-스페인 BIT); *Fraport v. Philippines I.*

이 명시적이지 않은 경우에는 각 개별 사안별로 중재판정부의 판단에 맡겨질 수밖에 없을 것이다.

이와 관련하여, *Fraport I* 사건에서 반대의견을 개진한 Cremades 중재인은 투자의 적법성 여부를 관할권에서, 그리고 투자유치국의 위법 행위 여부는 본안에서 다루게 되는 경우 투자유치국이 상당히 유리한 위치를 선점하게 됨을 지적한 바 있다. 그는 성경 구절을 인용하며 "투자자 눈 속의 티끌에 대해 심사하느라 투자유치국의 눈 속의 들보는 못 보게 되는" 결과를 초래하여 투자자와 투자유치국 사이의 형평성에 문제가 발생 수 있다는 우려를 표명하였다.[967]

(마) 투자유치국의 금반언

투자자의 투자유치국의 국내법규를 중대하게 위반한 사실이 증명되었으나 투자유치국 정부가 이와 같은 위반을 인지하고도 묵인하였거나, 자국의 국내법에 합치하지 않는 투자를 지지 내지 지원한 경우, 해당 투자유치국이 투자의 위법성을 근거로 관할권 항변을 제기할 수 없다.[968]

예를 들어, *Ioannis v. Georgia* 사건에서 중재판정부는 투자유치국인 조지아 정부의 고위 관료가 청구인과의 합작투자계약 및 양허 협상과정에 깊이 관여하였고, 동 계약에 서명한 일방 당사자가 조지아 정부 부처인 사실을 지적하면서 이러한 경우 투자유치국은 외국인의 투자가 자국 국내법 위반을 이유로 무효라는 관할권 항변을 할 수 없다고 판시한 바 있다.[969]

---

967) *Fraport v. Philippines I*, Dissenting Opinion, p. 22.

968) *Fraport v. Philippines I*, para. 346; *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia,* ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction (2007. 7. 6.) (ECT, 조지아-그리스 BIT); *Railroad Development Corporation v. Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Second Decision on Jurisdiction (2010. 5. 10.) (CAFTA).

969) *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia,* paras. 191-194.

〈 *Inceysa v. El salvador* [970] 〉

○ **사안개요**

- 스페인 기업인 청구인은 자동차 검사 시설의 설비, 유지 운영에 관한 계약을 엘살바도르 정부와 체결하였으나, 투자유치국이 계약을 이행하지 않자 중재 청구
- 엘살바도르 정부는 청구인이 실적 부풀리기, 위조서류 제출, 다른 나라 정부와의 이중계약 체결 등 사기적인 방법으로 사업권을 취득했으며, 이는 엘살바도르의 국내 법규를 위반한 것이므로 관할권이 없다고 항변

○ **판정취지**

- BIT상 투자의 정의 조항에는 적법성 요건이 없으나, 협정의 적용 및 보호 대상에 관한 조항에는 투자의 적법성을 요구하고 있다는 점과 협상 과정의 준비문서(*travaux préparatoires*)를 근거로 양국간 적법하지 않는 투자를 협정의 보호대상에서 제외하려는 합의가 있었다고 판단, 피청구국의 항변을 받아들여 관할권을 부인

〈 *Anderson v. Costa Rica* [971] 〉

○ **사안개요**

- 청구인들이 투자한 펀드가 폰지 사기(Ponzi scheme)이며 해외 범죄조직의 자금세탁에 이용되는 등의 이유로 코스타리카 정부가 동 펀드의 자산을 동결하자 이러한 피청구국의 행위는 수용에 해당한다고 주장하며 중재 청구
- 코스타리카 정부는 청구인들의 투자가 코스타리카의 국내법을 위반하여 이루어졌기 때문에 협정의 보호대상이 아님을 주장하며 관할권이 없다고 항변

○ **판정취지**

- 비록 청구인들이 범죄를 저지른 것은 아니나, 합리적인 투자자라면 투자 시 응당 확인했을 투자유치국의 법령 준수 여부를 확인하지 않아 일종의 상당한 주의(due diligence) 의무를 위반했다고 판시
- 협정이 투자가 투자유치국의 국내법에 합치할 것을 요구하고 있음을 이유로 피청구국의 항변을 받아들여 관할권을 부인

---

970) *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case NO. ARB/03/26, Award (2006. 8. 2.) (엘 살바도르-스페인 BIT).

971) *Alasdair Ross Anderson et al v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award (2010. 5. 19.) (캐나다-코스타리카 BIT).

〈 *Hamester v. Ghana* [972] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 카카오 가공 공장 수리 및 운영 계약을 가나 국책회사와 체결하였으나, 국책회사가 약속한 카카오 물량을 제대로 공급하지 않는 등 청구인의 사업 운영을 계속 방해하자 사업을 철수하고 중재 청구
- 가나 정부는 청구인이 동 계약을 사기로 체결하였기 때문에, 협정의 보호 대상인 투자가 존재하지 않는다고 항변

○ **판정취지**

- 국제법상 또는 국내법상 신의성실원칙(principle of good faith), 투자유치국의 국내법, BIT 규정에 위반하여 설립된 투자는 보호대상이 아니라고 판시
- 단, 투자의 적법성을 요구하는 해당 협정의 조항이 이러한 요건을 투자 착수 시에만 요구하고 있으므로, 투자 진행 단계에서 위법행위가 일어난 경우 그 자체로서 협정의 보호대상이 아니라고 할 수 없다고 판시

〈 *Fraport v. Philippines I* [973] 〉

○ **사안개요**

- 청구인은 필리핀 마닐라 공항의 신규 국제선 터미널 건설 및 운영에 관한 양허계약자인 필리핀 회사에 투자하였으나, 사업 완료 전 이 양허계약이 필리핀 대법원에 의해 무효화되자 중재 청구
- 필리핀 정부는 청구인의 투자가 외국인의 공공사업 참여를 제한하는 국내법을 위반하였으므로 협정의 보호 대상이 아니라고 항변

○ **판정취지**

- 청구인이 필리핀 국내법 위반임을 알면서도 의도적으로 은밀히 자신의 투자를 설계한 사실이 명백하다고 판단
- 해당 협정은 그 보호 대상이 당사국의 국내법규에 합치하는 투자임을 명시하고 있으므로, 필리핀 국내법을 위반한 청구인의 투자는 보호대상이 아니라는 피청구인의 항변을 인용하여 관할권을 부인

---

972) *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award (2010. 6. 10.) (독일-가나 BIT).

973) *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (*Fraport v. Philippines I*), ICSID Case No. ARB/03/25, Award (2007. 8. 16.) (독일-필리핀 BIT). 이후, 절차적인 문제로 인해 동 판정은 취소되었다. 2014년 Fraport는 다시 중재를 청구하였으나, 새로운 중재판정부 역시 동지로 관할권을 부인하였다. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* (*Fraport v. Philippines II*), ICSID Case No. ARB/11/12, Award (2014. 12. 10.).

3. 타 협정문과의 비교

【 제3국 지점 배제 여부 】

한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA	한국의 기 체결 FTA, 미국의 FTA
enterprise of a party에서 its branch로 규정하여 제3국 지점을 배제	a branch located in the territory of a Party and carrying out business activities there;라고 규정하여 제3국 지점을 배제하지 않음

【 상업적 청구권 배제 여부 】

우리의 기 체결 FTA	호주-미국 FTA
상업적 청구권 배제	상업적 청구권 배제하지 않음

【 이중국적자 규정 여부 】

한-미 FTA 한-터키 FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA 호주-칠레 FTA	호주-미국 FTA	한-인도 CEPA 한-싱가포르 FTA 한-칠레 FTA 한-ASEAN FTA
dual national	a citizen of both parties or of a Party and non-Party	이중국적 내용 없음

【 법인 국적 기준 】

한-미 FTA NAFTA 미국 모델 BIT	한-스위스 BIT	한-그리스 BIT	한-ASEAN FTA 한-EU FTA
설립지 기준	소유·통제 기준	의결권지 기준	절충형 (설립지+의결권지)

Ⅱ 일반적 예외(General Exception)

국 문	영 문
제 X.19 조 : 일반적 예외	**Article X.19 : General Exception**
1. 유사한 상황에 있는 국가간에 자의적 또는 정당화될 수 없는 차별의 수단, 또는 투자자 및 투자에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, 이 장의 어떠한 규정도 어떠한 당사국의 의하여 다음 조치의 채택하거나 집행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.	1. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between States where like conditions prevail, or a disguised restriction on investors and investments, nothing in this Chapter shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Party of measures:
가. 공공윤리의 보호 또는 공공질서 유지를 위하여 필요한 조치	(a) necessary to protect public morals or to maintain public order;
나. 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강, 또는 환경 보호를 위하여 필요한 조치	(b) necessary to protect human, animal or plant life or health, or the environment;
다. 이 장의 조항과 불합치하지 아니하는 법과 규정의 준수 확보를 위하여 필요한 조치	(c) necessary to secure compliance with laws and regulations which are not inconsistent with the provisions of this Chapter;
라. 예술적·역사적 또는 고고학적 가치를 가진 국보 보호를 위하여 필요한 조치, 또는	(d) necessary to protect national treasures of artistic, historic or archaeological value; or
마. 그러한 조치가 국내 생산 또는 소비의 제한과 관련하여 효과적일 경우 고갈자원 및 천연자원 보호를 위하여 필요한 조치	(e) necessary to conserve exhaustible, natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.

1. 취 지

이는 일반예외의 장에서 주로 규정하는 내용으로 투자 장에서 규정하는 경우가 있다. 즉, 투자 장의 유보안 및 해당조항의 예외가 아닌 전체 투자협정문에 적용되는 환경, 문화, 역사 관련 조치를 일반예외로서 취할 수 있는 것이다.

2. 주요 내용

가. 요 건

투자유치국이 취하는 조치는 자의적 또는 정당화될 수 없는 차별의 수단이면 안 되고 투자자 및 투자에 대한 위장된 제한이면 안 된다. 즉, 협정의무를 회피하기 위한 수단이면 안되는 것이다. 이러한 경우에는 아무리 환경보호조치라 하더라도 예외로서 인정할 수 없는 것이다.

이러한 일반적 예외는 피청구국의 항변에 해당하는 것이다. 즉, 협정 위반 조치가 동 유보나 예외에 의해 면책된다고 주장하는 피청구국 측에서 유보나 예외의 실체적·절차적 요건이 충족되었음을 입증할 책임을 지는 것이 일반적 입증책임 분배원칙에 부합한다고 본다.

나. 예외적 조치

공공윤리의 보호 또는 공공질서 유지를 위하여 필요한 조치, 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강, 또는 환경 보호를 위하여 필요한 조치, 투자협정과 불합치하지 아니하는 법과 규정의 준수 확보를 위하여 필요한 조치, 예술적·역사적 또는 고고학적 가치를 가진 국보 보호를 위하여 필요한 조치, 또는 그러한 조치가 국내 생산 또는 소비의 제한과 관련하여 효과적일 경우 고갈자원 및 천연자원 보호를 위하여 필요한 조치 등을 들 수 있다.

위 예는 한-인도 CEPA에 규정된 내용이나 이러한 일반 예외적 조치는 협정마다 다를 수 있다. 한-일 BIT는 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강을 위하

여 필요한 조치, 공공질서 유지를 위하여 필요한 조치로 한정하고 있다. 한-ASEAN FTA에서는 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강을 위하여 필요한 조치, 공공윤리 또는 공공질서 유지[974]를 위하여 필요한 조치, 투자협정과 불합치하지 아니하는 법과 규정의 준수 확보를 위하여 필요한 조치, 직접세 부과 또는 징수 관련 조치, 예술적·역사적 또는 고고학적 가치를 가진 국보 보호를 위하여 필요한 조치, 또는 그러한 조치가 국내 생산 또는 소비의 제한과 관련하여 효과적일 경우 고갈자원 및 천연자원 보호를 위하여 필요한 조치 등을 규정하고 있다.

또한, 한-EU FTA에서는 제7장 제7절(예외) 제7.50조에서 공공윤리 또는 공공 안전[975]의 보호 또는 공공질서 유지를 위하여 필요한 조치, 인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강, 또는 환경 보호를 위하여 필요한 조치, 투자협정과 불합치하지 아니하는 법과 규정의 준수 확보를 위하여 필요한 조치, 예술적·역사적 또는 고고학적 가치를 가진 국보 보호를 위하여 필요한 조치, 또는 그러한 조치가 국내 생산 또는 소비의 제한과 관련하여 효과적일 경우 고갈자원 및 천연자원 보호를 위하여 필요한 조치, 상이한 대우가 공평하고 효과적인 직접세의 부과 및 징수를 위한 한도에서 내국민대우에 위반되는 조치 등을 규정하고 있다.

이러한 일반예외는 GATS에서도 제14조에서 인정되고, MAI 초안에서도 대체적으로 인정되는 투자유치국의 재량권이다.

다. 구 성

한-미 FTA 투자 장에서는 제23장 예외조항에서 안보상 예외, 과세조치 등을 규정하고 있다. 그러나 한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA에서는 투자 장에서

974) 공공질서 유지라는 명목으로 예외조치를 적용할 경우 투자자에게 가혹할 우려가 있으므로 한-ASEAN FTA, 한-EU FTA에서는 "The public order exception may be invoked by a Party only where a genuine and sufficiently serious threat is posed to one of the fundamental interests of society."라고 공공질서 유지목적의 조치 발동요건을 제한하고 있다.

975) 한-EU FTA에서는 특이하게 일반예외 조항의 '공공질서 유지를 위해 필요한 조치'에 "public security"(공공안전)이라는 항목을 포함하고 있다.

이러한 예외조항을 기재하는 경우가 있다. 구성 방식은 각 협상마다 다를 수 있으나 투자 장에서 기재하는 경우는 일반적이라고 볼 수는 없다. 일반 예외나 안보상 예외가 투자뿐만 아니라 모든 협정의 예외에 해당하는 경우가 많기 때문이다.

물론 한-일 BIT 제16조처럼 BIT에서는 일반적으로 투자협정에서 이러한 예외사항을 규정하는 것이 일반적이라고 볼 수 있다. 한-일 BIT에서는 이러한 조치를 취하는 경우 즉시 통보할 의무도 규정하고 있다. 즉, 남용방지를 위하여 협정에 위반하는 조치를 한 경우에는 동 조치의 발효 이전 또는 발효 이후 가능한 신속하게 통보하도록 규정하고 있다.

라. 공공질서 유보와의 관계

이와 관련하여 한-미 FTA에서는 '공공질서의 유보'라는 미래유보안이 있다. 이 유보안은 우리 외국인투자촉진법 제4조에[976] 정해진 공공질서 유지 등을 위해 외국인투자자에 대한 국내의 규제권한을 반영하기 위한 규정이다.[977] 동 유보를 통해 유보된 내용은 '공공질서 유지'를 위하여 필요한 모든 조치이다. 다만, 동 유보로 면책되는 의무는 내국민대우의무와 이행요건 부과금지 의무 등 두 조항에 한한다.

따라서 공공질서 유지를 명목으로 최혜국대우, 최소대우기준, 수용 및 보상 조항 등의 위반이 정당화될 수 없다. 또한, 공공질서 유지를 위해 내국민대우의무와 이행요건 부과금지 의무에 위반된 조치를 취한다 할지라도 이는 외국인투자의 '설립' 또는 '인수' 즉 설립 전 투자에 관련한 것에 한하며 이미 설립된 투자의 경영·영업·운영 등에 관한 조치까지 허용되는 것은 아니다.

실체적 요건으로는, 공공질서 유지를 위한 조치가 본 유보에 의해 정당화되는 경우는 그 투자가 사회의 근본적 이익에 대하여 진정하고 충분히 심각한 위

976) 제4조 (외국인투자의 자유화 등)
② 외국인은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 이 법에 의한 외국인투자를 제한받지 아니한다.
1. 국가의 안전과 공공질서의 유지에 지장을 초래하는 경우

977) 자세한 내용은 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 360-365면 참조

협을 가져오는 경우여야 하고, 자의적이거나 기타 정당화될 수 없는 방식이어서는 아니되며, 조치가 선의로 이루어져야 하고, 투자에 대한 위장된 제한이어서는 아니 된다. 취해지는 조치는 달성하고자 하는 목적과의 비례성이 유지되어야 한다. 절차적으로는, 동 조치를 취한 후 즉시 미국에 서면으로 통지하여야 하며, 외국인투자촉진법과 시행령에 및 기타 법령에 적용된 절차적 요건을 준수하여야 한다.

우리의 기존 FTA에서는 외국인투자촉진법 4조에 근거하여 공공질서 외에도 보건, 환경, 미풍양속 등에 지장을 초래하는 경우에도 외국인 투자를 제한할 수 있는 유보안을 두었으나, 한-미 FTA에서는 발동사유가 공공질서로만 한정되었다. 이는 현행 국내법상 보건, 환경, 미풍양속 등과 관련하여 외국인투자를 제한할 수 있는 관련 규정들은 모두 개별적인 유보로(도박서비스, 사회서비스 보건·의료서비스, 환경서비스 유보 등) 기재하여 외국인투자가 보건, 환경, 미풍양속 등과 관련하여 문제를 초래할 경우, 개별 유보안에 의하여 필요한 조치를 취하는 것이 가능하다.

즉, 유보안에 공공질서 유보로만 기재하였다 하더라도 환경, 건강 등의 조치는 예외조치로서 한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA처럼 유보안에 직접 기재하지 않고도 예외조항의 요건에 해당한다면 투자유치국 입장에서 필요한 조치가 가능하다고 본다. 또한, 공공질서 유지의 필요성이 안보이익과 관련된다면 공공질서 유보가 아닌 필수적 안보예외 조항의 적용을 주장할 수도 있을 것이다. 물론, 미래유보에 기재를 하는 경우 예외조항과 달리 자유화후퇴방지 메커니즘(래칫, ratchet)이 적용되지 않으므로 강화하는 방향으로의 개정이 가능하다는 장점은 있다.

【 한-미 FTA 미래유보 】

Annex II Schedule of Korea

Sector : All Sectors

Obligations Concerned : National Treatment (Article 11.3)
Performance Requirements (Article 11.8)

Description : Investment

1. Korea reserves the right to adopt, with respect to the establishment or acquisition of an investment, any measure that is necessary for the maintenance of public order pursuant to Article 4 of the Foreign Investment Promotion Act (2009) and Article 5 of the Enforcement Decree of the Foreign Investment Promotion Act (2009), provided that Korea promptly provides written notice to the United States that it has adopted such a measure and that the measure:
   (a) is applied in accordance with the procedural requirements set out in the Foreign Investment Promotion Act (2009), Enforcement Decree of the Foreign Investment Promotion Act (2009), and other applicable law
   (b) is adopted or maintained only where the investment poses a genuine and sufficiently serious threat to the fundamental interests of society;
   (c) is not applied in an arbitrary or unjustifiable manner;
   (d) does not constitute a disguised restriction on investment; and
   (e) is proportional to the objective it seeks to achieve.
   (후략)

부속서 II 대한민국의 유보목록

분 야	모든 분야
관련의무	내국민대우(제11.3조) 이행요건(제11.8조)
유보내용	투자

1. 대한민국은 투자의 설립 또는 인수와 관련하여 외국인투자촉진법(2009) 제4조와 외국인투자촉진법시행령(2009) 제5조에 따라 공공질서 유지를 위하여 필요한 어떠한 조치도 채택할 권한을 유보한다. 다만, 그러한 조치를 채택한 후 즉시 미합중국에 서면통지를 하고, 그러한 조치는 다음의 경우를 충족하여야 한다.
   가. 외국인투자촉진법(2009), 외국인투자촉진법시행령(2009) 및 그 밖의 적용 법률에 규정된 절차적 요건에 따라 적용된다.
   나. 그 투자가 사회의 근본적 이익에 대하여 진정하고 충분히 심각한 위협을 가져오는 경우에만 채택되거나 유지된다.
   다. 자의적이거나 정당화될 수 없는 방식으로 적용되지 아니한다.
   라. 투자에 대한 위장된 제한을 구성하지 아니한다. 그리고
   마. 달성하고자 하는 목적과 비례하여야 한다.
   (후략)

3. 타 협정문과의 비교

【 일반예외 규정 여부 】

한-ASEAN FTA	한-인도 CEPA	한-EU FTA	한-미 FTA 한-싱가포르 FTA 한-칠레 FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA
General Exception이라는 항목으로 투자 장에서 규율	Exception이라는 항목에서 일반예외와 안보상 예외를 투자 장에서 같이 규정	제7장 제7절 Exception에서 규정	별도의 예외 장으로 구성

【 일반예외 내용 】

한-ASEAN FTA	한-인도 CEPA	한-일 BIT	한-미 FTA	한-EU FTA
①인간 등의 생명이나 건강 필요 조치, ②공공질서 유지 필요 조치, ③법과 규정의 준수 확보 필요 조치, ④직접세 부과 및 징수 조치, ⑤국보 보호 조치, ⑥자원보호 필요 조치	①인간 등의 생명이나 건강 필요 조치,②공공질서 유지 필요 조치, ③법과 규정의 준수 확보 필요 조치, ④국보 보호 조치, ⑤자원보호 필요 조치	①인간·동물 또는 식물의 생명이나 건강을 위하여 필요한 조치, ②공공질서 유지를 위하여 필요한 조치	공공질서 유보로만 기재	①인간 등의 생명이나 건강 필요 조치, ②공공질서 유지 필요 조치, ③법과 규정의 준수 확보 필요 조치, ④직접세 부과 및 징수 조치, ⑤국보 보호 조치, ⑥자원보호 필요 조치

Ⅲ 안보 예외(Security Exception)

국 문	영 문
제 X.20 조 : 안보 예외	Article X.20 : Security Exception
1. 이 장의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지는 아니한다.	1. Nothing in this Chapter shall be construed:
가. 공개될 경우 당사국이 자국의 필수적 안보이익에 반한다고 간주하는 모든 정보를 제공하도록 당사국에게 요구하는 것	(a) to require a Party to furnish any information, the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests;
나. 당사국이 중대한 안보이익을 보호하기 위하여 필요하다고 간주하는 다음의 조치를 취하는 것을 방해하는 것	(b) to prevent a Party from taking any actions which it considers necessary for the protection of its essential security interests
1) 무기·탄약 및 전쟁장비의 거래와 그 밖의 상품 및 재료의 거래에 관련된 조치, 또는 직접 또는 간접적으로 군대 시설에 공급하거나 조달하는 것을 목적으로 수행되는 서비스 공급과 관련된 조치	(i) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials or relating to the supply of services as carried on, directly or indirectly, for the purpose of supplying or provisioning a military establishment;
2) 전시 또는 그 밖의 국제관계에서의 비상사태시에 취한 조치	(ii) taken in time of war or other emergency in international relations;
3) 핵분열성 및 융합가능성 물질 또는 그것으로부터 파생된 물질과 관련된 조치	(iii) relating to fissionable and fusionable materials or the materials from which they are derived; or

국 문	영 문
4) 통신·전력 및 상수도 공급을 위한 중요 공공 기간시설을 무력화하거나 손상시키기 위한 의도된 시도로부터 보호하기 위한 조치	(iv) to protect critical public infrastructures for communications, power and water supply from deliberate attempts intended to disable or degrade such infrastructures[1)]
다. 당사국이 국제평화 및 안보 유지를 위한 국제연합헌장상 의무에 따라 어떠한 조치를 취하는 것을 방해하는 것, 또는	(c) to prevent a Party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security or
2. 당사국은 그러한 조치가 취하여진 경우, 일반예외, 제1항 나호 및 다호 상 취하여진 조치 및 그 조치의 종결을 최대한 가능한 범위 내에서 다른 쪽 당사국에게 즉시 통보한다.	2. A Party shall immediately inform the other Party to the fullest extent possible, of measures taken under paragraphs article 18, 1(b) and (c) and of their termination, if such measures were taken.

1. 취 지

이는 일반예외에서 파생되어 안보상 예외를 별도로 규정한 조항이다. 안보상 예외로 별도로 규정하는 경우도 있으나 투자 장에서 규정하는 경우도 있다.

2. 주요 내용

가. 안보상 예외조치

i) 안보 관련 정보의 공개 거부, ii) 긴급조치의 시행, iii) UN헌장상 의무 준수를 위한 조치 시행 등이 가능하다.

긴급조치는 ① 무기, 군대 관련 물품 및 서비스, ② 전시 등의 비상사태 발생, ③ 핵분열·핵융합 관련 물질 ④ 중요 공공 기간시설의 보호 등 4가지 관련 사항에 대해 그 발동이 인정된다. 한-인도 CEPA에서는 "라. 어느 한 쪽 당사국이 이 장의 혜택이 다른 쪽 당사국의 기업 또는 그 투자에 부여될 경우 비당사국 또는 그 투자에 대하여 위반되거나 손상될 수 있는 필수적 안보 이익을 보호하기 위하여 필요하다고 간주되는 자국법상 조치를 채택하거나 유지하는 경우 그 당사국에게 다른 쪽 당사국의 기업인 투자자에 대하여 이 장의 혜택을 부여하도록 요구하는 것"이라고 규정하고 있는바, 제3국 안보 위협에 대비하기 위한 협정 적용의 제한이란, 위협적인 제3국에게 협정의 혜택이 부여되지 않게 하기 위해서 상대국 투자자에게 협정상 혜택을 제한할 수 있음을 의미한다.

다만, 제3국 안보위협에 대비하기 위한 협정의 적용제한은 한-인도 CEPA에 등장하는 특이한 요소로서 인도가 파키스탄, 방글라데시를 염두에 둔 조항으로, 이 두 나라의 투자자들이 우리나라에 기업을 설립, "한국 투자자"로서 협정을 적용받는 것을 방지하기 위한 조항이다.[978]

978) 이와 관련하여 한-인도 CEPA 부속서 10-나 '투자에 대한 안보상 예외'에서 이를 구체화하고 있다. 즉, 특정국으로부터 필수적 안보 이익을 보호하기 위해 자국법상 조치를 채택·유지하고 있을 경우, 이에 근거하여 협정상대국 투자자에게 협정상 혜택을 제한할 수 있다는 필수적 안보 예외 본문 규정에 대한 부속서 10-나는 여기서의 특정국에 대한 자국법상 조치에 관하여 구체적으로 설명하고 있다. 현재 우리나라는 이러한 조치를 부과하고 있지 않는 반면, 인도는 외국환관리법(FEMA)에 따라 형성된 규정에 명시하고 있다.

물론 FTA마다 안보조치의 내용이 다른바, 한-미 FTA에서는 안보상 예외를 별도의 예외 장에서 규정하고 있다. 또한 한-ASEAN FTA에서는 i) 안보 관련 정보의 공개 거부, ii) 긴급조치의 시행, iii) UN헌장상 의무 준수를 위한 조치 시행만 규정한다. 한-미 FTA에서는 i) 안보 관련 정보의 공개 거부, ii) 긴급조치의 시행만 규정하였다.

일반적으로 정보공개를 규정하고 있는 각종 투명성 조항 등에도 불구하고 각국은 필수적 안보이익에 반하는 정보는 공개하지 않을 수 있고, 각국이 국제평화, 안보, 자국의 필수적 안보를 위한 조치를 취할 수 있는 권리를 인정하는 추세이다.

나. 자기판단적 성격(self-judging)

미국은 최근 안보 예외를 강화하는 방향으로 조문에 "that it considers{당사국이 (필요하다고) 판단하는}"라는 구절을 삽입함으로써, 안보 등을 위해 필요한 조치인지 여부는 당사국이 스스로 결정한다는 '자기 판단적(self-judging)' 성격을 보유하고 있음을 강조하고 있다. 이러한 수정문안이 미국 2004년 모델BIT 제18조의 '필수적 안보' 조항으로 정착되었고 동 문안이 우리나라에서도 한-미 FTA에 이후 기본적으로 기 체결 FTA에서 수용되었다.[979]

아르헨티나가 금융위기 관련 긴급조치 등으로 피청구된 다수의 사건에서 아르헨티나는 위 BIT 제11조에 의한 안보예외를 주장하면서 동 조문은 '자기판단적'인 것으로 해석되어야 한다고 항변하였으나, *CMS v. Argentina* 사건[980], *Enron v. Argentina* 사건[981], *Sempra v. Argentina* 사건[982] 등 모든 사건에서 위 항변이 기각되었다. 항변을 기각한 사건에서는 대체적으로 중재판정부는 경제위기의 심각성을 인정하면서도 이러한 사정이 정부책임을 면책시킬 수 있을 정도에 이르는지에 대하여 계약에 관한 국내법 원칙, 국제관습법에 따른

979) 한-미 FTA 투자분야 연구 앞의 책 351면
980) *CMS v. Argentina,* ICSID Case No. ARB/01/8 (아르헨티나-미국 BIT)
981) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina* ICSID Case No. ARB/01/3 (아르헨티나-미국 BIT)
982) *Sempra Energy International v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/16 (아르헨티나-미국 BIT)

불가항력 사정의 원칙, 미국-아르헨티나 BIT의 제11조[983]의 긴급조치의 측면에서 검토한 결과, 미국-아르헨티나 투자협정 제11조의 자체규율성(self-judging)[984] 또는 자기판단적 성격을 부인하였다. 즉, 중재판정부는 제11조는 경제위기에도 적용될 수 있지만, 동 조항은 국제법원칙과 결부하여 해석하여야 하고 자체 규율성은 없다고 판시한 것이다.

다만, *LG&E v. Argentina* 사건에서만 필수적 안보예외 항변이 인용되었다. 이 사건에서는 미국-아르헨티나 BIT에 "it considers"와 같은 문안이 없으므로 '자기 판단적'으로 해석할 수 없으나 경제위기가 동 조항에 해당하는 불가피한 사정임을 인정하였다. 그리고 최근 *Continental Casualty v. Argentina* 사건[985]에서도 아르헨티나의 긴급조치가 불가피한 사정임을 인정하였다. 즉, 미국-아르헨티나 BIT 제11조와 국제관습법상 불가피한 사정과의 관계에서 BIT 제11조는 특수한 조항으로 우선 적용하고 국제관습법상 불가피한 사정은 동 조항 해석을 위해 보충적으로 적용된다고 보았다.

필수적 안보예외와 관련하여 한-미 FTA에서는 각주로 "당사국이 제11장(투자) 또는 제22장(제도규정 및 분쟁해결)에 따라 개시된 중재절차에서 제23.2조를 원용하는 경우, 그 사안을 심리하는 중재판정부 또는 패널은 그 예외가 적용됨을 판정"이라는 문구를 삽입하였는바, 자기판단적 성격임을 강조한 문구가 있으므로 항변이 있는 경우 중재판정부가 예외가 적용됨을 판정하여야 한다는 것을 명확히 한 것이다.

또한, 한-인도 CEPA에서는 이를 더 명확히 하기 위하여 '부속서 10-다 안보상 예외의 불가쟁성'에서 ISDS 분쟁에서 협정의무 위반이라고 문제되는 조치에 관해 분쟁당사국이 안보예외에 해당한다고 주장할 경우 이는 중재판정부에서

983) 미국-아르헨티나 BIT 제11조에서는 "이 협정은 각 체약국이 공공질서의 유지, 국제평화와 안전에 관련된 의무의 이행, 자국의 중대한 안보에 관한 이해를 위해 필요한 조치를 배제하여서는 아니된다"라고 규정하고 있다.

984) 2008 국제투자분쟁연구, 앞의 책 27면에서는 이를 '자체규율성'이라는 용어로 사용하는 바, 조문에 "that it considers" 즉, "당사국이 (필요하다고) 판단하는"이라는 구절을 삽입함으로써, 안보 등을 위해 필요한 조치인지 여부는 당사국이 스스로 결정한다는 '자기판단적(self-judging)' 성격을 보유하고 있음을 강조하고 있다. 다만, 어떠한 용어를 사용하더라도 개념에 차이가 있는 것은 아니다. 자기판단적 성격을 인정하면 안보예외항변이 인정되기 때문이다.

985) ICSID Case No. ARB/03/9 (아르헨티나-미국 BIT).

시비를 가릴 수 있는 대상이 아니라고 보고 있다.

이는 곧, 안보조치 해당여부에 대한 종국적인 판단 권한이 분쟁당사국에게 있음을 의미한다.[986] 이러한 자기판단적 성격을 고려할 경우 아르헨티나 사건에 대한 판정들이 우리나라에 직접적으로 영향을 끼치기는 어렵다는 견해가 있다.[987] 이미 각주나 부속서에서 투자유치국의 안보상 항변 그 자체로 중재판정부의 시비의 대상이 안 되기 때문이다.

그러나 2008. 9. 5. 판정이 난 *Continental Casualty v. Argentina* 사건에서는 개별 BIT를 근거로 긴급조치를 인정하고 있는 점에 비추어 BIT나 FTA에서 어떻게 규정하는지가 향후 분쟁에서 항변으로 인용될 가능성을 높이는 것이고 최근 중재판정 사례들이 반드시 긴급 항변을 부정하는 것은 아니므로 향후 해석에 도움이 되리라 본다.

< *LG&E v. Argentina* [988] >

○ **사안개요**

- 필수적 안보조치는 자기판단적 성격(self-judging)을 가지는지 여부

○ **판정취지**

- 미국이 필수적 안보조치가 '자기판단적'이라고 인식하기 시작한 것은 1992년 러시아-미국 BIT 비준 시부터이며 미국-아르헨티나 BIT는 그 이전에 체결된 것이므로 동 문안을 '자기판단적'으로 해석할 수 없으나 동 판정부는 설사 아르헨티나의 주장처럼 조약문안을 '자기판단적'인 것으로 해석하더라도 필수적 안보를 위해 취해졌다는 조치가 선의로(good faith) 취해졌는지 여부가 심리되어야 한다고 판시

986) "가. 제10.21조제3항에 따라 중재에 회부되는 분쟁과 관련하여, 분쟁 당사국이 위반이라고 주장하는 조치가 제10.18조 제2항에 의하여 규정된 안보상 예외의 범위 내에 있다고 항변으로서 주장하는 경우, 심지어 중재절차가 손실 또는 보상에 대한 주장 또는 그 법정에 회부된 그 밖의 사안에 대한 판결과 관련된 경우라도 분쟁 당사국이 그러한 안보를 고려하여 채택한 결정은 어떠한 중재법정에 그 시비를 검토하기 위하여 회부되지 아니한다는 점에서 다툼의 대상이 되어서는 아니 된다."

987) 한-미 FTA 투자분야 연구, 앞의 책 352면

988) ICSID Case No, ARB/02/1

〈 *Continental Casualty v. Argentina* 〉

○ **사안개요**

- 필수적 안보조치 관련 미국-아르헨티나 BIT 제11조와 국제관습법상 불가피한 사정과의 관계

○ **판정취지**

- BIT 제11조는 양국사이에 투자보호의무를 제한하기 위하여 규정한 특수한 조항으로 국제관습법상 불가피한 사정을 적용한 요건과 반드시 동일할 필요는 없고,
- BIT 제11조는 특수한 조항으로 우선 적용하고 국제관습법상 불가피한 사정은 동 조항 해석을 위해 보충적으로 적용되므로 피청구국의 조치는 공공질서유지 등을 위해 필요한 조치로 불가피성 인정

다. 통보의무

본 조항에 의해 안보상 조치를 채택하거나 종결할 때는 상대국에게 즉시 통보해야 하는바, 일반 예외의 경우에도 마찬가지이다. 또한 이러한 조항은 한-일 BIT, 한-ASEAN FTA에서도 등장한다는 것은 앞에서 본 바와 같다.

3. 타 협정문과의 비교

【 안보상 예외 규정 여부 】

한-ASEAN FTA	한-인도 CEPA	한-미 FTA 한-싱가포르 FTA 한-칠레 FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA
Security Exception이라는 항목으로 투자 장에서 규율	Exception이라는 항목에서 일반예외와 안보상 예외를 투자 장에서 같이 규정	별도의 예외조항 장으로 구성

【 안보상 예외 내용 】

한-ASEAN FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA	한-인도 CEPA	한-미 FTA
i) 안보 관련 정보의 공개 거부, ii) 긴급조치의 시행, iii) UN헌장상 의무 준수를 위한 조치 시행	i) 안보 관련 정보의 공개 거부, ii) 긴급조치의 시행, iii) UN헌장상 의무 준수를 위한 조치 시행, iv) 제3국으로부터의 안보 위협에 대비하기 위한 협정 적용의 배제	i) 안보 관련 정보의 공개 거부, ii) 긴급조치의 시행

Ⅳ 투명성(Transparency)

국 문	영 문
제 X.21 조 : 투명성	**Article X.21 : Transparency**
1. 각 당사국은 이 장에 관계되거나 그 대상이 되는 어떠한 사안에 영향을 미치는 국제협정 뿐만 아니라, 자국의 법·규정·행정심판 및 일반적으로 적용되는 사법적 결정을 즉시 공표하거나, 달리 이를 공개적으로 이용가능하게 하여야 한다.	1. Each Party shall promptly publish, or otherwise make publicly available, its laws, regulations, administrative rulings and judicial decisions of general application as well as international agreements which pertain to or affect any matter covered by this Chapter.
2. 각 당사국은 다른 쪽 당사국의 요청이 있는 경우 구체적 질의에 즉시 응답하여야 하고 제1항에 규정된 사안에 대한 정보를 다른 쪽 당사국에 제공하여야 한다.	2. Each Party shall, upon request by the other Party, promptly respond to specific questions and provide that other Party with information on matters set out in paragraph 1.
3. 제1항 및 제2항은 각 당사국에게 공개될 경우 법 집행을 방해하거나 달리 공공이익에 반하거나 사생활 또는 적법한 상업적 이익을 침해하는 비밀정보에 대하여 공개의무를 부과하는 것으로 해석되어서는 아니 된다.	3. Paragraphs 1 and 2 shall not be construed so as to oblige either Party to disclose confidential information, the disclosure of which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest, or which would prejudice privacy or legitimate commercial interests.

1. 취 지

투명성은 투자자 보호를 위한 조항으로 투자에 영향을 미치는 법령 제·개정 사유 등을 알려주거나 질문에 답을 해주는 것인데 일반적으로 별도의 투명성 장(Chapter)을 두는 경우도 있으나 투자 장 안에서 규율하는 경우도 있다.

특히, BIT에서는 투자협정문 안에서 대부분 규정하나, FTA에서는 우리의 기 체결 FTA 중 한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA에서만 투자 장에서 규율하고 있다.

2. 주요 내용

가. 원 칙

투자협정문과 관련 있는 국내 법, 제도, 행정·사법적 결정 및 국제협정 내용을 공개해야 한다. 또한, 상대국의 질의에 응답할 의무도 있다.

일반적으로 외국인 투자와 관련된 법령을 공표하거나 일반적으로 알 수 있도록 하는 조항으로 만약 투자자가 이러한 법령 등을 모르고 영업활동을 하는 경우 영업에 장애가 될 수 있으므로 이를 방지하는 규정이다.

MAI의 투명성 조항도 laws, regulations, procedures, administrative rulings and judicial decisions of general application as well as international agreements을 투명성의 대상으로 포함하고 있다. GATS 제3조에서는 “all relevant measures of general application”과 국제협정을 공개하되, existing law, regulations or administrative guideline을 새로 도입하거나 변경한 경우 최소한 1년에 한 번 서비스무역이사회에 통보하도록 규정하고 있다.

이와 관련하여 사법적 결정을 어디까지 포함할 것인지 문제되는바, 우리나라의 경우 판결문이 공개되므로 판결문이나 행정법원의 판결, 각종 결정 등을 공개하면 된다. 그러나 이와 관련하여 중국의 경우 사법적 결정의 하나인 판결문이 공개 안 되는 경우가 있다고 한다. 이 경우 판례요지 등을 공개하는 것이 가능한지 문제가 되는 바, 투명성 조항은 투자자를 위한 조항으로 투자

자 보호를 위하여 가급적 전문을 공개하는 것이 타당하다. 다만, 각국의 실무와 법규정에 따라서 달라질 것이다.

또한 이 장에 관계되거나 그 대상이 되는 어떠한 사안에 영향을 미치는 경우에 한정되는데 실제 투자 장에 영향을 미치는 경우의 범위가 광범위하게 보일 수도 있다. 그러나 이는 투자자 보호를 위한 조항으로 사안에 영향을 미친다면 투자자가 적극적으로 이를 요구할 수 있는 것이다. 물론 공개의 방식과 관련하여 법률 등에 대하여 공식적인 발표를 하지 않아도 누구나 객관적으로 알 수 있는 방법을 사용하여도 무방하다. 이는 투자자의 알 권리와 행정당국의 행정부담 사이의 적절한 균형을 유지한 조항이다.[989]

투자 관련 법령, 규제의 공개 의무에 최선을 다하는 것(to the best of its ability)으로 협정국의 의무를 축소하고자 하는 BIT도 있지만, 관련 법령 등의 공개는 당연한 것으로서 GATS에도 규정된 사항으로 이를 축소하는 방향으로 협상을 하는 것은 바람직하지 않다.

이러한 두 가지 이외에 한-ASEAN FTA 제8조 투명성 조항에서는 법 개정 사항 공개, 정보수집 문의처 설립, 미래의 투자협정 통보조항 등을 추가하고 있다.

또한, 가장 최근 발효된 한-카메룬 BIT에서는 “Where a Contracting Party establishes a policy which is not expressed in laws or regulations or by any other means listed in this paragraph but which may affect the operation of this Agreement, that Contracting Party shall promptly publish them or otherwise make them publicly available.”[990]라고 규정하여 법, 결정뿐만 아니라 법에 표현되지 않은 정책까지 공개할 것을 요구하고 있다.

이와 관련하여 법에 표현되지 않은 정책이나 관행 등을 공개해야 하는지가 문제되는바, 정책수립으로 인한 공개는 최근 가능할 수 있으나 단순한 관행 등의 공개는 지나치게 투자자에게 유리한 조항이라고 볼 수 있다.

마지막으로 한-EU FTA에서는 제7장(Chapter 7, Section E, Sub-section A Provisions of General Application) 제7.22조에서 투명성 조항

989) 한찬식, 앞의 책 158면 참조
990) 한-카메룬 BIT 제8조 제1항 (2018. 4. 13. 발효).

을 두고 있다. 원칙적인 투명성 조항은 제12장(Chapter 12)에서 규정하고 Trade in Service, Establishment and Electronic Commerce에 해당하는 투명성 규정을 별도로 두고 있는 것이다. 주로 제1항은 질의응답권을 규정하고, 제2항은 비밀정보공개 거부를, 제3항부터 제5항은 서비스 공급과 관련한 신청서를 완성하기 위한 서류의 제출요구에 대한 서류의 공개적 이용을, 제6항은 완성된 서비스 공급 관련 신청에 대한 행정결정을 120일안에 하여야 하고 불가능 한 경우 지체 없는 통보의무 등을 규정하고 있다.[991]

나아가 법령 제·개정시에 이를 즉시 공개 후 발효가 되어야 하는지 문제가 될 수 있다. 왜냐하면 법률의 제정 또는 개정시 공포와 발효 사이에 투자자를 위하여 적응기간을 둘 필요가 있으므로 합리적 기간을 부여할 필요가 있기 때문이다. 다만, 이러한 합리적 기간 부여 의무로부터 면제가 되는 긴급상황(emergency situation)이 있을 수 있으므로 예외로서 규정을 해야 한다.

나. 비밀정보보호

단, 법집행을 방해하거나 공공이익, 사생활, 적법한 상업적 이익을 침해하는 비밀정보에 대한 공개의무를 부과하는 것은 아니다. 이투명성도 무제한 확장될 수 있는 것은 아니고 비밀정보 등은 보호할 수 있다.

다만, 한-미 FTA에서는 일반 예외 장인 제23.4.조는 “이 협정의 어떠한 규정도 공개되면 법 집행을 저해하거나 달리 공익에 반하게 되거나 특정한 공기업 또는 민간 기업의 정당한 상업적 이익을 저해하게 될 비밀 정보를 당사국이 제공하거나 그에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것으로 해석되지 아니한다”고 규정하여 공익과 상업적 이익 보호를 위한 당사국의 정보공개 거부권을 규정하고 있다. 차이는 한-미 FTA에서는 한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA와 달리 ‘privacy’를 삭제하고 ‘legitimate commercial interests.’라고만 한정하고 있다는 것이다. 한-EU FTA도 한-미 FTA와 마찬가지로 적법한 상업적 이익만을 규정하고 있다. MAI도 투명성의 예외요건에 공공이익을 제외하고 개

991) 한-EU FTA의 투명성 조항은 주로 서비스 공급과 관련한 면허 또는 자격확인 등 신청에 대한 질의응답, 서류 이용 등을 다루고 있다는 점에 유의할 필요가 있다.

인기업의 회계정보 및 상업적 이익보호를 위한 비밀정보로만 규정하였고, GATS에서도 법 집행을 저해하거나 달리 공익에 반하게 되거나 특정한 공기업 또는 민간 기업의 정당한 상업적 이익을 저해하게 될 비밀 정보를 예외로서 규정하고 있다.

GATS 제3조에서는 “all relevant measures of general application”을 공개하되, emergency situations의 경우는 즉시 공개의무가 없다고 규정하고 있다. 또한, 법, 규칙, 행정지침 등의 제·개정시에도 이를 공개해야 하는 규정을 두고 있다. 따라서 measure에는 앞에서 논의된 것처럼 ‘모든 법・규정・절차・요건 또는 관행을 포함한다(measure includes any law, regulation, procedure, requirement, or practice)’고 볼 수 있으나 어디까지 법령 등의 공개의 범위를 정하느냐는 협상에 따라 다르다고 보아야 할 것이다.

3. 타 협정문과의 비교

【 투명성 내용 】

한-인도 CEPA	한-EU FTA	한-ASEAN FTA
국내 법, 제도, 행정·사법적 결정 및 국제협정 내용을 공개, 상대국의 질의에 응답할 의무	질의응답권, 비밀정보공개 거부, 서비스 공급과 관련한 신청서를 완성하기 위한 서류의 제출요구에 대한 서류의 공개적 이용 등, 면허, 자격확인 등 신청에 대한 행정결정 절차	국내 법, 제도, 행정·사법적 결정 및 국제협정 내용을 공개, 상대국의 질의에 응답할 의무 법 개정사항 공개, 정보수집 문의처 설립, 미래의 투자협정 통보조항

【 투명성 규정 여부 】

한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA	한-EU FTA	한-칠레 FTA 한-싱가포르 FTA 한-미국 FTA 한-터키 FTA 한-호주 FTA 한-캐나다 FTA 한-중 FTA 한-뉴질랜드 FTA 한-베트남 FTA 한-콜롬비아 FTA
투자 장 안에 투명성 조항이 있음	Chapter7 Section E Sub-section A Provisions of General Application 제7.22조에서 서비스 공급관련 투명성 조항을 두고 있고, 원칙적인 투명성 조항은 Chapter 12에서 규정	별도의 투명성 장

V 인력이동(Entry of Personnel)

국 문	영 문
제 X.22 조 : 인력이동 출입국과 체류에 관한 법과 규칙에 따라 협정당사국은 타방 당사국의 투자자인 자연인과 타방당사국의 회사에 의하여 고용된 자의 투자와 연관된 활동의 수행을 위한 목적으로 영역 안에 입국하거나 체류하는 것을 허용한다.	Article X.22 : Entry of Personnel Subject to its laws and regulations regarding the entry and sojourn of aliens, a Contracting Party shall permit natural persons who are investors of the other Contracting Party and personnel employed by companies of that other Contracting Party to enter and remain in its territory for the purpose of engaging in activities connected with investments.

1. 취 지

인력이동 조항은 위에서 보았듯이 mode 4와 관련이 있다. 투자를 규율하는 mode 3는 자본의 이동이지만, 인력이동은 mode 4의 자연인의 주재와 관련이 있는 조항이다. 물론, 자본의 이동과 인력의 이동은 밀접한 관계가 있는바, 서비스 공급기업의 전근자나 기업 대표자의 국경간 이동은 자본의 이동과 밀접한 관련이 있는 것으로 통상의 투자협정에서는 투자 관련 인력의 이동으로서 자본의 국경간 이동과 관련이 있는 노동의 이동만을 다룬다.

다만, 일반적인 FTA 투자 장에서는 인력이동을 다루지 않는다. 그러나 BIT에서는 인력이동을 협정문에서 함께 규율하는 것이 일반적인데, 투자 장의 인력이동은 투자자의 투자활동을 위한 비자발급 및 출입국 관련 사항에 한정됨에 유의하여야 한다. 이는 일반적인 설립 후 투자에 한정되기 때문이다.

2. 주요 내용

인력이동은 협상의 결과에 따라 달라질 수 있는 것으로 투자 장에서 다루어지는 인력이동은 주로 투자자의 투자 목적 활동을 위한 입국, 체류에 대한 내용으로 한정하는 것이 타당하다.

즉, 투자자나 피고용인 등의 입국을 보장하는 것은 투자와 연관된 활동의 수행을 위한 목적으로 오는 경우로 한정하는 것이 타당하다. 또한, 투자자나 피고용인 등으로 한정하여 가족이나 그 외의 자들의 투자목적을 위장한 불법 입국을 단속할 필요가 있다.

이와 관련하여 입국, 체류 이외에 한-일 BIT나 한-중 BIT 등은 근로허가 등에 대한 내용도 규율하고 있으나, 투자활동을 위한 목적으로 한정하고 자국법에 따른 규제가 가능하도록 규정한다면 문제가 없을 것이다.

그러나, 체류기간의 간소화, 비자의 발급 간소화, 시간단축 등 구체적 의무를 나열하는 방식은 타당하지 않다. 특히 한-중 BIT에서는 면허, 허가신청, 입국, 체류, 거주신청에 대하여 'shall permit'이나 'shall grant'가 아닌 '호혜적 고려'(sympathetic consideration)만 한다고 규정하여 우리나라에 상당 부분 규제권

한을 강화하는 방향으로 개정하였다. 중국 조선족의 불법체류율을 감안하여 중국과의 협상 시에만 특별히 이러한 문구를 삽입한 것으로 보인다.

3. 타 협정문과의 비교

【 인력이동 조항 규정 여부 】

기 체결 FTA	한-EU FTA
별도의 인력이동 장이 존재하고 투자 장에서 규정하지 않음	Chapter7 Trade in Service, Establishment, E-Commerce의 Section D Temporary presence of Natural Persons for Business에서 규정

【 체류, 출입국 허용 여부 】

한-중 BIT	한-우루과이 BIT 한-케냐 BIT	한-일 BIT
sympathetic consideration 면허, 허가신청 입국, 체류, 거주신청	shall permit 입국, 체류	shall grant 입국, 체류, 근로허가

❖ 참 고 문 헌 ❖

【 국내 단행본 】

장승화, 양자간투자협정연구, 법무부 (2001)
한-미 FTA 투자분야 연구, 법무부 (2008)
국제투자분쟁 공무원교육자료, 법무부 (2009)
한찬식, 한일 투자협정 해설, 산업연구원 (2003)
한-인도 CEPA 설명자료, 외교통상부(2010)
알기 쉬운 국제투자분쟁 가이드, 법무부 (2010)
GATS 해설서, 법무부 (2000)
DDA가 걸어온 길, 외교통상부, (2007)
김성준, WTO법의 형성과 전망, 삼성출판사 (1996)
한국국제경제법학회, 국제경제법, 박영사 (2006)
대한상사중재원 국제투자분쟁모니터링센터, 국제투자분쟁연구 (2008)
한-인도 CEPA 주요내용, 외교통상부 (2009)
강병근, ICSID 중재제도 연구, 법무부 (2006)
투자자-국가간 분쟁사례로 본 국제중재판정부의 관할권 연구, 지식경제부, 대한상사중재원
투자자-국가간 투자분쟁 사례로 본 정부정책의 시사점, 산업자원부 (2007)
김동희, 행정법I, 박영사 (2008)
권영성, 헌법학원론, 법문사 (2008)
국제투자분쟁에서의 UNCITRAL 중재규칙 활용 실무, 법무부 (2013)
투자자·국가소송(ISD) 최신 판정분석, 법무부 (2014)
박덕영 외 13인, 국제투자법, 박영사 (2012)
박덕영, 주요국의 모델 BIT와 한국에의 시사점, FTA 법제지원 연구(Ⅱ) 12-22-7, 한국법제연구원 (2014)

【 외국 단행본 】

M. Sornarajah, the International Law on Foreign Investment, Third Edition, Cambridge(2010)

J.S. Jarreau, Interpreting the General Agreement on Trade in Services and the WTO Instruments Relevant to the International Trade of Financial Services 17-18면

Investment Dispute under NAFTA, An Annoted guide to NAFTA Chapter 11, KLUWER LAW 2006

Dolzer, Rudolf & Margrete Stevens, Bilateral Investment Treaties(1995)

Todd Weiler, International Investment Law and Arbitration : Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law (CameronMayLtd, 2005)

_____, NAFTA Investment Law and Arbitration : Past Issues, Current Practice, Future Prospects

Noah Rubins & N. Stephan Kinsella, International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, Oxford University Press (2005)

Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law 2nd ed., Oxford University Press (2012)

Jeswald W. Salacuse, The Law of Investment Treaties 2nd ed., Oxford University Press (2015)

Kenneth J. Vandevelde, Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation, Oxford University Press (2010)

M. Kinnear *et al.*, Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID, Kluwer Law International (2016)

N. Jansen Calamita & Ewa Zelazna, *The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration - The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention* in Austrian Yearbook on International Arbitration (2016), 271-289

Christopher Schreuer *et. al.* eds, *The ICSID Convention: a Commentary* (2nd ed), CUP (2009)

【 국제기구 보고서 】

《 OECD Working Papers on International Investment 》

"Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements", *November2006/3,(*October2006)

"Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", (2004)

OECD, OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 3rd ed.(1996)

OECD, Most-Favoured-Nation Treatment in International Law (2004)

《 United Nations Commission on trade and Development (UNCTAD) 》

UNCTAD, World Investment Report (2000)

UNCTAD, World Investment Report (2009)

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

UNCTAD, International Investment Agreements: Key Issues Vol Ⅰ, p. 235

UNCTAD, Lessons from MAI, p.16.

UNCTAD, Scope and Definition, Series on Issues in International Investment Agreements (1999)

UNCTAD, Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures, IIA Issues Note, Issue 3 (Nov. 2017)

UNCTAD, Latest Development in Investor-State Dispute Settlement (2017)

UNCTAD, National Treatment (1999)

UNCTAD, Fair and Equitable Treatment (1999)

UNCTAD, Scope and Definition: A Sequel (2011)

UNCTAD, Fair and Equitable Treatment: A Sequel (2012)

UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment: A Sequel (2010)

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement: A Sequel (2014)

【 온라인 자료 】

조선일보, 인터넷판 2010. 5. 30.자
www.mofat.go.kr/economic/fta/index.jsp
www.oecd.org/document
http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch
http://unctad.org
http://www.worldbank.org/icsid/pubs/icsid-8/icsid-8-e.htm
http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA
http://www.mofa.go.kr/www/wpge/m_4058/contents.do
http://www.fta.go.kr/main/

【 참고 논문 】

김재훈, 한국의 국제투자규범 중 ICSID의 보호범위에 관한 연구, 서울대학교 대학원 법학과 석사학위논문 (2008. 8.)
김석호, 투자보호조약상 우산조항의 효력, 통상법률 (2010. 6월호)
강병근, 투자자-국가 분쟁해결과 혜택부인의 관계 - 에너지헌장조약을 중심으로, 국제경제법연구 제14권 제1호 (2016)
전종원, 외국인 직접투자의 진입 및 설립에 대한 규율에 관한 연구, 서울대학교 일반대학원 법학과 석사학위논문 (2012)
조옥기, 국제투자협정상 최혜국대우 조항에 관한 연구, 서울대학교 일반대학원 법학과 석사학위논문 (2010)
한지희, ISDS 절차의 투명성 제고에 관한 연구, 국제경제법연구 제13권 제1호 (2015)

사 건 색 인

§ A §

AAPL v. Sri Lanka … 176, 262, 510, 548
Abaclat v. Argentina …… 563
ADC v. Hungary …… 278, 280, 281
ADF v. United States
…… 176, 245, 373, 418, 420
ADM v. Mexico …… 56, 374
AES v. Hungary …… 320
Aguas del Tunari v. Bolivia …… 552
Alps Finance v. Slovakia …… 457
Amco v. Indonesia …… 483
AMT v. Zaire …… 262, 546
Anderson v. Costa Rica …… 588
Ansung Housing v. China …… 464
AAPL v. Sri Lanka … 176, 262, 510, 548
Archer Daniels v. Mexico …… 316
AWG v. Argentina …… 484
Azinian et al v. Mexico …… 114
Azurix v. Argentina …… 223, 474

§ B §

Banro v. Congo …… 552
Barcelona Traction …… 546
Bayindir v. Pakistan … 154, 171, 461, 564
Bayview v. Mexico …… 462
Biwater v. Tanzania …… 563

§ C §

Canfor v. U.S. …… 172
Canfor Corp. v. U.S. …… 173, 488
CEAC v. Montenegro …… 539
CGC & SSGM v. El Salvador …… 475
Champion Trading and others v. Egypt
…… 527
CME v. Czech …… 176, 550
CMS v. Argentina … 225, 476, 477, 604
Continental Casualty v. Argentina
…… 228, 605, 606, 607
Corn Products v. Mexico …… 56
CSOB V. Slovakia …… 555, 563

§ D §

Dan Cake v. Hungary …… 222
Desert Line v. Yemen …… 478
Duke Energy v. Ecuador …… 228

§ E §

Eastern Sugar v. Czech …… 318
Electrabel v. Hungary …… 560, 561

Elettronica Sicula SpA ····· 467
Eli Lilly v. Canada ····· 580, 581
ELSI case ····· 218
Emmis v. Hungary ····· 283
Enron v. Argentina ···· 225, 456, 476, 604
Ethyl Corp v. Canada ····· 113
Eureko v. Poland ····· 281, 447
Exxon Mobile v. Venezuela ····· 552, 553

§ F §

Fedax v. Venezuela ····· 119, 554, 560
Feldman v. Mexico
·· 56, 152, 155, 158, 271, 290, 314, 463, 472, 510
Fireman's Fund Company v. Mexico ···
Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico
····· 141
Fraport v. Philippines I ····· 585, 589

§ G §

Generation Ukraine v. Ukraine ·· 401, 469
Genin v. Estonia ····· 476
Glamis Gold Ltd. v. United States ·· 247
Global Trading v. Ukraine ····· 556
Goetz v. Brundi ····· 492

§ H §

Hamester v. Ghana ····· 491, 585, 589
Helnan International Hotels v. Egypt · 158
Hochtief v. Argentina ····· 181, 184

§ I §

Impregilo v. Argentina ····· 181, 185
Impregilo v. Pakistan ····· 541
International Thunderbirds v. Mexico · 246

§ J §

Jan de Nul v. Egypt ····· 219, 564
Joy Mining v. Egypt ····· 449

§ K §

Klockner v. Cameroon ····· 535
Klöckner v. Cameroon ····· 501

§ L §

L.E.S.I.-DIPENTA v. Algeria ····· 448
Lanco v. Argentina ····· 470, 548
Lauder v. Czech ····· 550
Lemire v. Ukraine ····· 218
LETCO v. Liberia ····· 282
LG&E v. Argentina
····· 231, 251, 289, 448, 476, 605, 606
Liman v. Kazakhstan ····· 406
Loewen v. United States ·· 114, 115, 400, 472

§ M §

Maffezini v. Spain ····· 125, 178, 181, 182, 230, 468
Mesa Power v. Canada ····· 375
Metalclad v. Mexico ····· 56, 236, 240, 243, 271, 284, 290, 313, 386
Metalpar v. Agrentina ·····
Metalpar v. Argentina ····· 229
Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. Argentina ····· 152
Methanex v. United States ····· 117, 157, 315, 386
Mexico-Taxes on Soft Drinks ····· 205
MHS v. Malaysia ····· 556, 561
Micula v. Romania ····· 524
Middle East Cement v. Egypt ·· 219, 278
MINE v. Guinea ····· 504
Mobil v. Canada ····· 55, 375
Mondev v. United States ····· 121, 245
MTD Equity v. Chile ····· 178
Murphy v. Ecuador ····· 457, 460

§ N §

Neer v. Mexico ····· 241, 242
Noble Ventures v. Romania ····· 447

§ O §

Occidental v. Ecuador ····· 156
Olgun v. Paraguay ····· 528

§ P §

Pac Rim v. El Salvador ·· 404, 407, 464
Pantechniki S.A. v. Albania ····· 479
Parkerings v. Lithuania ····· 171
Philip Morris v. Australia ····· 160, 554
Philip Morris v. Uruguay 221, 564, 580
Phoenix v. Czech ····· 553, 555, 561, 584
Plama v. Bulgaria ····· 180
Pope & Talbot v. Canada ····· 55, 117, 133, 152, 154, 176, 177, 239, 294, 311, 366
Poštová Banka v. Greece ····· 549, 550, 557, 578
PSEG v. Turkey ·· 34, 225, 227, 234, 318

§ Q §

Quiborax v. Bolivia ····· 560, 564

§ R §

RDC v. Guatemala ····· 321
Roussalis v. Romania ····· 491
RSM v. Central African Republic ·· 560
RSM v. Grenada ····· 320
Rumeli v. Kazakhstan ····· 214, 215
Rusoro Mining v. Venezuela ····· 376

§ S §

S.D. Myers v. Canada ····· 55, 133, 153, 158, 236, 240, 242, 251, 289, 312
Saba Fakes v. Turkey ····· 528, 529
Salini v. Jordan ····· 120, 186, 450
Salini v. Morocco ····· 555, 558, 559, 564
Saluka v. Czech ····· 230, 231
Sempra v. Argentina ····· 318, 604
SGS v. Pakistan ····· 446, 449, 456
SGS v. Paraguay ····· 448
SGS v. Philippines ····· 121, 122
Siemens v. Argentina ····· 172, 183, 224, 280, 317, 468
Soufraki v. UAE ····· 523
Stati v. Kazakhstan ····· 406
Swisslion v. Macedonia ····· 321, 451

§ T §

Tecmed v. Mexico ····· 123, 176, 177, 225, 226, 292
Telenor Mobile v. Hungary ····· 123
Tenaris v. Venezuela ····· 539
Tokios Tokeles v. Ukraine ····· 538
TSA Spectrum v. Argentina ····· 545
Tza Yap Shum v. Peru ····· 187, 191

§ U §

UPS v. Canada ····· 153, 463

§ V §

Vannessa Ventures v. Venezuela ··· 322
Vivendi v. Argentina ····· 181, 318, 476

§ W §

Waste Management v. Mexico ·· 216, 246
Wena v. Egypt ····· 502
Wintershall v. Argentina ····· 181, 186

§ Y §

Yukos v. Russia ····· 57, 405

초판 집 필 후 기.....

2007년에 한-미 FTA가 타결된 후 세계 경제시장의 양대 축이라는 EU와도 FTA가 타결되었고 2010. 1. 1. 한-인도 CEPA가 발효되고, 한-ASEAN FTA 투자협정도 2009. 9. 1. 발효되었다. 이러한 미국, EU와의 FTA 뿐만 아니라 현재 우리나라는 호주, 뉴질랜드, 캐나다, 멕시코, 콜롬비아, 터키, GCC 등과 FTA 협상을 진행 중이다. 그 이전에 체결한 한-칠레 FTA, 한-싱가포르 FTA, 한-EFTA FTA까지 포함하면 그 발전 속도는 세계에서도 주목할 만한 숫자이고, 실제 진행되고 있는 투자보장협정을 포함하면 그 수는 세계 10위 수준에 해당한다.

우리 나라의 협상 횟수와 상대국이 늘어남에 따라 우리나라 투자협정 중 기본모델이 되고 있는 한-미 FTA의 미래 MFN 문제로 한-미 FTA 발효 이후 체결되는 제3국과의 FTA에서도 어느 정도 정합성의 유지가 필요한 것도 사실이다.

더군다나, 한-EU FTA라는 새로운 형태의 FTA가 체결되고 NAFTA모델을 따르지 않는 개별국과의 협상에서는 협상의 체계를 놓고 상호 입장 관철을 위해 노력하는 경우까지 생기고 있다. 물론 한-EU FTA뿐만 아니라 미국과 이미 FTA를 체결한 페루, 콜롬비아, 호주의 경우도 NAFTA 모델을 취하고는 있으나 자국의 입장과 특수성을 반영하다 보니 다양한 형태의 협정문이 등장할 수 밖에 없다.

이러한 계속된 투자협상에 참여하면서도 한-미 FTA 문안을 모델로 삼아 그대로 관철하는 것이 어렵다는 생각이 들기 시작했고 그 조문의 의미에 대하여 다시 한번 생각해 보아야 하는 경우가 생기게 되었다. 특히 한-EU 방식의 경우는 GATS를 기본모델로 하고 있는데 다자간 협상인 WTO의 예외로 인정되는 FTA 모델에 대하여 원점으로 돌아가 모태인 WTO GATS 협상부터 다시 한번 곰곰이 찾아보고 비교를 해볼 필요성이 생긴 것이다. 그러면서도 우리가 유지하는 NAFTA 모델의 근원과 해석에 대한 자료들을 검토해야 했다.

또한, 한-미 FTA 이후 발효되거나 타결된 한-인도 CEPA, 한-ASEAN FTA, 한-페루 FTA 협상을 펼칠 때 어떤 기준으로 우리의 모델안을 관철시켜야 하는가에 대한 고민을 하여야 하는 경우가 많았다.

한-미 FTA의 경우 투자자유화를 최대한 보장하는 미국식 모델을 따르기는 하였으나 우리 투자자의 미국 진출보다 미국 투자자의 한국 투자에 초점이 맞추어 있다 보니 우리의 통상 주권을 유지하는 쪽으로 수정을 가하게 되었다. 그러나 최근의 FTA는 미국과 EU와의 FTA가 끝난 이후라서 실제 우리 투자자의 해외 진출시 이를 보호해야 할 필요성이 상대적으로 많아진 것도 사실이다.

물론 아직 한-미 FTA가 발효가 되지 않아 미래 MFN에 대한 부담도 현실적으로 줄어든 것은 사실이나, 여전히 그 부담 때문에 우리 투자자 보호수준을 너무 높일 경우 모순되는 상황이 발생하는 것에 대한 걱정을 해야 하는 것도 여전한 현실이다. 이러한 고민 끝에 많은 FTA 준비 과정에서 논의되는 각 부처의 자료들과 법무부의 기존 발간 자료들을 읽으면서 이를 일목요연하게 정리를 해야 겠다는 생각이 들었다. 이미 발간된 대표적인 투자협정 해설서인 『한-미 FTA 투자분야 연구』와 『한-일 투자협정 해설서』는 협상을 직접 담당한 법률전문가인 검사가 관여한 것으로 그 동안 투자협상 실무가들에게 훌륭한 교본 역할을 하였던 것은 사실이나 한-미 투자분야 연구는 한-EU FTA가 체결되기 이전에 작성한 것으로 세계경제시장의 하나의 축인 EU 방식이 포함되지 않았고, 한일 투자협정 해설서는 2002년도에 출간되어 최근의 FTA 논의내용을 담지 못하고 있다.

이러한 현실을 반영하고 최근 투자협정의 변형을 포함하고자 FTA의 근간이 되는 WTO 다자간 협상의 틀과 우리가 기 체결한 FTA등을 비교해 보고 최근 새롭게 등장한 사례와 협정문의 구조에 대하여 정리를 하기 시작하였다. 또한, 통상주권이라는 철학을 정말 우리가 체결하는 FTA 투자협상에 관통시킬 수 있는 것인지, 투자자 보호와 통상주권을 비교형량할 경우 우리의 협정문에 어떻게 다루어야 하는지에 대한 고민을 정리해 보고자 하는 마음에서 이 책을 집필하게 된 것이다.

이 책은 학문적 연구에 중점을 두기 보다는 협상을 하는 실무가로서 향후 협상에 도움이 되는 방향으로 그 동안의 FTA 투자 장에서 나왔던 논의 과정을 정리한 것으로 특히, 많은 투자협상을 같이 해오면서 성실히 협상준비에 임하여 귀감이 된 지식경제부의 차세운 사무관과 느꼈던 고민을 담은 것이며, 본서에 나온 내용은 저자의 개인적 견해일 뿐 정부의 공식적 입장이 아님을 아울러 밝힌다.

초판 저자: 변 필 건

❖ **학 력**

- 서울대학교 경영대학 졸
- 미국 Boston College Law School(LL.M.) 졸

❖ **경 력**

- 제39회 사법시험 합격, 사법연수원 30기
- 서울중앙지검 등 검사
- 법무부 국제법무과 검사
- 호주, 뉴질랜드, 페루, 콜롬비아, 터키 등과의 FTA 및 기타 BIT 협상 정부대표

이 책자에 실린 내용은 저자의 개인적 견해로서 법무부의 공식 견해는 아님을 밝힙니다.

한국의 투자 협정 해설서
개정판

초판 인쇄	2010년 9월
재 인 쇄	2016년 11월
개정판 인쇄	2018년 11월
개정판 발행	2018년 11월
발 행 처	법무부 국제법무과
주 소	경기도 과천시 관문로 47
전 화	02) 2110-3660
팩 스	02) 2110-0327
전자우편	ildhd@moj.go.kr
인 쇄	성 진 사
전 화	031-388-4485

발간등록번호 : 11-1270000-000606-01