해외 자원개발에 따른 투자분쟁 방지 및 해결을 위한 지침

-우리 투자협정 문안 및 외국의 투자자·정부 분쟁사례 분석을 중심으로

최원목 교수
(이화여자대학교)

1. 서 론

일반적으로 투자보호에 관한 양자협정은 일정 수준의 투자보호를 위한 실체적 권리와 의무를 규정하고 있으며, 투자 분쟁해결 절차를 구비하고 있다. 투자의 보호에서 나아가 투자장벽의 해소를 목적으로 투자자유화에 관한 협정을 맺는 경우도 있는데, 이 경우에는 자유화 대상 분야를 기술함에 있어 "네가티브 방식(negative listing approach)"에 입각하여 선험적으로 투자를 개방한 뒤 미개방 분야를 나열하여 현재유보와 미래유보로 유보목록을 첨부하는 방식과, 개방할 분야만을 선별적으로 기술하여 제한적으로 개방하는 "포지티브(positive listing approach)"방식이 있다. 우리가 최근 체결하고 있는 FTA의 투자 장(chapter)에서는 네가티브 방식에 따라 가급적 투자개방의 범위를 확대시키고, 수용 및 보상에 관한 부속서, 과세 및 수용에 관한 부속서, 투자자와 국가간의 분쟁해결 절차 규정 등을 상세히 규정하여 민감한 분야에 대해 입법론적 해결을 추구하고 있다.

본 보고서에서는 현재까지 우리가 체결한 양자 투자보장협정과 FTA 투자 장의 현황을 살펴보고, 주요 해외자원개발의 대상국과 체결한 협정의 관련 내용을 분석한 후, 그 동안 국제적으로 축적된 투자자-국가 중재 사례 중 자원개발 관련 판례의 시사점과 접목하여 해외 자원개발 투자에 있어 지침이 될 시사점들을 도출해내기로 한다.

2. 투자협정의 적용범위와 해외 자원개발 투자

일반적으로 투자협정은 그 적용범위로 "타방 당사국의 투자자(investors of any other Party)"와 "적용대상 투자(covered investments)"를 규정하고 있다. 그러므로, "적용대상 투자"의 개념과 "투자자"의 개념 정의를 통해 협정의 적용범위를 이해할 수 있다.

2-1. 적용대상 투자(Covered Investments)의 정의

일반적으로 양자 투자보장 협정에서는 "투자"에 대한 정의를 물권적 재산권, 회사에 대한 참여권, 경제적 청구권, 지적재산권, 자연자원 관련 권리 등 5개의 형태로 예시하고 있다. 즉, 우리나라와 우크라이나 간의 투자의 상호 증진 및 보호에 관한 협정[1]에 따르면, "투자"란 "타방 체약당사자의 영역에서 일방 체약당사자의 투자자가 투자한 모든 종류의 자산을 의미하며, 특히 다음의 것을 포함하나 이에 한정하지 않는다"고 규정되어 있다.[2]

가. 동산, 부동산과 저당권, 유치권, 질권 등 물권적 재산권
나. 지분, 주식, 증권 및 사채 또는 회사, 기업 또는 합작회사에 대한 여타 모든 형태의 참여
다. 금전 또는 투자와 관련된 경제적 가치를 지닌 모든 행위에 대한 청구권
라. 저작권, 상표권, 특허, 의장, 기술공정, 노하우, 영업비밀 및 상호권 등을 포함한 지적재산권 및 영업신용
마. 자연자원의 탐사, 추출, 개간 또는 개발을 위한 권리를 포함하여 법 또는 계약에 의하여 부여되는 모든 권리[3]

또한 우리와 리비아 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정[4]에서는 아래를 예시하고 있다.

가. 동산·부동산과 저당권·유치권·리스·질권 등 그 밖의 재산권
나. 회사 또는 기업의 지분·주식·회사채 및 그 밖의 형태의 참여와 이로부터 발생하는 권리 또는 이익
다. 금전청구권이나 경제적 가치가 있는 계약상의 이행청구권
라. 저작권·특허권·상표권·상호권·의장·기술공정·거래비밀·노하우 등을 포함한 지적재산권 및 영업권
마. 천연자원의 탐사·개간·추출·개발을 위한 양허권을 포함하여 법률 또는 계약에 의하여 부여되는 경제적 가치가 있는 사업 양허권

---

1) 대한민국 정부와 우크라이나 정부간의 투자의 상호 증진 및 보호에 관한 협정(Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Ukraine for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments), 1996.12.16 서명, 1997.11.3 발효 (조약 1433호).
2) Ibid., 제1조 1항.
3) 자산이 투자되는 형태에 있어서의 어떠한 변경도 동 자산의 투자로서의 성격에 영향을 미치지 아니한다. Ibid.
4) 대한민국 정부와 리비아인민사회주의아랍공화국 정부 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정 (Agreement between the Republic of Korea and the Great Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya for the Promotion and Protection of Investments), 2006.9.21 서명, 2007.3.28 발효 (조약 1839호)

한국-인도네시아 투자보장 협정[5]에도 아래와 같이 대동소이한 규정이 마련되어 있다.

가. 동산·부동산 및 저당권·유치권·질권 등 기타 재산권
나. 지분·주식 및, 어디에 설립되었는가를 불문하고, 회사의 사채 또는 동 회사의 재산상의 이익
다. 금전 또는 금전적 가치를 지닌 투자관련 모든 행위에 대한 청구권
라. 저작권·상표권·특허권·산업디자인·노우하우·영업비밀 및 상호권을 포함한 지적재산권 그리고 영업권
마. 천연자원의 탐사·개간·추출 또는 개발을 위한 권리를 포함하여, 투자와 관련된 법 또는 계약에 의하여 부여되는 사업 양허권

한국-인도 투자보장협정에서는 "석유·가스 및 기타 광물의 탐사·추출·이용을 위한 권리"라고 표현하여 "천연자원"을 "석유·가스 및 기타 광물"로 한정적으로 명시하고 있다. 또한 일반적인 다섯 가지 예시 이외에도 "일방 체약당사자의 영역에서 동국의 법령에 따라 임차계약상 임차인의 처분 하에 놓인 재화"도 추가적으로 투자에 해당함을 규정하고 있다.[6]

이처럼 대부분의 투자보장협정에서는 천연자원의 탐사·추출·개발권을 투자의 한 형태로 명시적으로 인정하고 있다.[7] 그러므로, 투자보장협정이 체결된 국가에 대한 자원에너지 개발사업은 대부분 협정상의 투자의 범위에 포함되어 협정상의 권리의무의 혜택을 받게 되는 것이다.

한편, 우리가 체결한 FTA에서도 투자 장(chapter)을 두고 "투자(investment)"의 정의 조항을 두고 있는 것이 일반적이다. 한-아세안 FTA 투자협정에서는 아래와

---

5) 대한민국 정부와 인도네시아공화국 정부간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정(Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Indonesia concerning the Promotion and Protection of Investment), 1991.2.16 서명, 1994.3.10 발효 (조약 1214호)

6) 대한민국 정부와 인도공화국 정부간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정 (Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of India on the Promotion and Protection of Investments), 1996.2.26 서명, 1996.5.7 발효 (조약 1337호), 제1조 1항.

7) 이 밖에도 한-이란 투자보장협정 (Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Islamic Republic of Iran for the Promotion and Protection of Investments, 2006.3.31 발효, 조약 1772호) 제1조, 한-카자흐스탄 투자보장협정 (Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Republic of Kazakhstan for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 1996.12.26 발효, 조약 1366호) 제1조, 한-쿠웨이트 투자보장협정(Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of the State of Kuwait for the Promotion and Protection of Investments, 2007.8.31 발효, 조약 1863호) 제1조, 한-모로코 투자보장협정 (Agreement on the Promotion and Protection of Investments between the Government of the Republic of Korea and the Government of the Kingdom of Morocco, 2001.5.8 발효, 조약 1561호) 등 참조.

같이 정의하고 있다.

투자라 함은 투자자가 소유 또는 지배하는 모든 자산으로서, 자본 또는 그 밖의 자원에 대한 약속, 이득 또는 이윤에 대한 기대 또는 위험의 감수와 같은 투자의 특징을 가진 것을 말하고, 특히 다음을 포함하나 이에 한정되지 아니한다.

1) 동산 및 부동산 그리고 저당권, 유치권 또는 질권과 같은 모든 그 밖의 재산권
2) 주식, 증권 및 법인의 회사채 또는 그러한 법인의 재산에서의 이익
3) 유치당사국의 법과 규정 및 유치당사국이 당사국인 국제협정에 따라 인정된 지적재산권 및 영업권
4) 천연자원의 탐사·개발·추출 또는 채굴을 위한 허가권을 포함하여, 법 또는 계약에 따라 부여되는 사업 허가권[8], 그리고
5) 금전에 대한 청구권 또는 재정적 가치를 가지는 이행 청구권

그러나 **투자**라는 용어는 전적으로 다음으로부터 발생하는 금전적 청구권을 의미하지 아니한다.

1) 당사국 영역 내의 자연인 또는 법인이 그 밖의 당사국 영역 내의 자연인 또는 법인에 대하여 상품 또는 서비스를 판매하기 위한 상업적 계약
2) 무역금융과 같이 상업적 거래와 관련된 신용의 제공[9]

한-칠레 FTA에서는 아래와 같은 것들을 예시하고 있다.

가. 기업
나. 주식, 증권 및 그 밖의 형태의 기업에 대한 지분참여,
다. 채권, 회사채, 대부 및 그 밖의 기업의 차입수단,
라. 턴키, 건설, 경영, 생산, 양허 또는 수익배분 계약을 포함한 계약상의 권리,
마. 상업활동의 수행과 관련하여 성립되거나 유지되는 금전에 대한 청구권,
바. 지적재산권,
사. 국내법에 의해 보호되는 권리를 창출하지 않는 것을 제외하고, 양허·면허·인가 및 허가와 같이 국내법 또는 계약에 따라 부여되는 권리, 그리고
아. 그 밖의 유·무형 자산, 동산·부동산 및 임차권, 저당권, 유치권 및 질권과 같은 관련 재산권.

그러나 다음은 투자를 의미하지 않는다.

---

8) 사업 허가권은 완성품 인도·건설·경영·생산 또는 수익 배분, 양허, 또는 그 밖의 유사한 계약과 같은 계약상의 권리를 포함하고, 건설운영양도 및 건설소유운영과 같은 프로젝트를 위한 투자 기금을 포함할 수 있다.
9) 한-아세안 FTA 투자협정 제1조.

자. 전적으로 다음으로부터 발생하는 금전적 청구

(1) 일방 당사국의 영역 내에서 공민이나 기업이 타방 당사국의 영역 내의 기업에 대해 상품이나 서비스를 판매하기 위한 상업 계약, 또는

(2) 무역금융과 같이 상업적 거래와 관련된 신용의 제공, 그리고

차. 사업 또는 행정 소송 상태에 들어간 주문.[10]

이러한 정의 규정은 다른 FTA에서도 유사하게 규정되어 있다.[11] 다만, 한-싱가폴 FTA와 한-미 FTA에서는 "선물·옵션 및 그 밖의 파생상품"을 예시에 포함시키고 있는 것이 특이하다.[12]

이러한 FTA에서의 투자의 정의는 기업자산, 재산권, 회사채, 지재권, 영업권, 허가권 등 광범위한 부문을 투자의 정의로 포함하고 있어, 대체로 양자 투자보장협정상의 그것과 일치하고 있다. 단, FTA에서는 "천연자원의 탐사·개발·추출 양허권"을 특정하지 않고, "양허·면허·인가 및 허가와 같이 국내법 또는 계약에 따라 부여되는 권리"라는 포괄적 용어를 사용하고 있을 뿐이다. 천연자원 개발권도 "국내법 또는 계약에 따라 부여되는 양허·면허·인가 및 허가"이므로 해외자원개발 투자가 FTA 투자규정에 의해 보호받을 수 있음은 물론이다.

이러한 투자가 "당사국에 대하여, 이 협정의 발효일에 존재하거나 그 이후 설립·인수 또는 확장된, 그 당사국 영역 내의, 그 밖의 당사국 투자자의 투자"이어야 "적용대상 투자"(covered investments)에 해당하여 협정상의 보호를 받게 됨을 규정하고 있는 경우가 많다.[13] 이와 더불어, "그 당사국의 법·규정 및 국내 정책에 따라 허용되고, 적용 가능한 경우 당사국의 권한 있는 당국에 의해 서면으로 구체적으로 승인된 투자"일 것을 추가적 조건으로 규정하기도 한다.[14] 협정 발효 이전에 소멸한 투자에 대해서까지 소급하여 보호의 혜택을 부여하는 것은 아니며,[15] 당사국의 국내법을 위반한 불법적인 투자까지 보호해야 하는 것은 아님을 분명히 하고 있는 것이다.

2-2. 투자자(investor)의 정의

일반적으로 투자협정은 "투자(investment)"뿐만 아니라 "투자자(investor)"도 보

10) 한-칠레 FTA 제10.1조.
11) 한-인도 CEPA 제10.1조 참조. 한편, 한-EU FTA에서는 투자에 대한 광범위한 규정을 두는 대신, 투자체 "설립"(establishment)에 대한 제한적 규정만을 두고 있다. 한-EU FTA 7.9 참조.
12) 한-싱가폴 FTA 제10.1조, 한-미 FTA 제11.28조.
13) 한-아세안 FTA 투자협정 제1조 (c), 한-미FTA 제1.4조.
14) Ibid, 한-아세안FTA.
15) 한-미FTA 제11.1조 2항, 한-인도 CEPA 제10.2조 2항도 같은 취지이다.

호하도록 규정하고 있다. 그러므로 "투자자"의 정의와 범위를 이해할 필요가 있다. 양자 투자보장협정은 대부분 "투자자(investor)"를 "타방체약당사자의 영역 안에서 투자하는 일방체약당사자의 모든 자연인 및 법인"이라 정의하고 있다.[16] 이 때, 한-리비아 투자보장협정에서는 "자연인(natural persons)"이라 함은 "각 체약당사자의 법에 의하여 그 체약당사자의 국적을 가진 자연인"을 말하며, "법인(juridical persons)"이라 함은 "회사·공공기관·재단·조합·상사·시설·단체·협회 등 체약당사자의 법령에 따라 설립 또는 조직된 모든 실체(any entity)"를 말한다고 규정하고 있다.[17] 이것은 반드시 법인으로 설립된 실체만이 아니라 여타의 조직체도 투자자의 자격을 지닐 수 있음을 의미한다.

한-카자흐스탄, 한-우즈베키스탄 및 한-우크라이나 투자보장협정에서는 체약당사자의 영역에서 시행중인 법률에 따라 조직되거나 설립된 "법인·회사·상사·기업·조합 및 협회"를 투자자로 규정함으로써 법인에 한정하지 않으면서, "이들 단체가 당해 체약당사자의 법률에 따라 타당 체약당사자의 영역에 투자할 수 있는 자격이 있는 경우에 한한다"고 조건을 부여하고 있다.[18]

한-인도 투자보장협정의 경우에는 양국 "국민"과 "회사"를 투자자로 규정한 후, "회사"에 대한 정의를 한국과 인도의 경우를 나누어 정의하고 있다. 즉, 한국의 경우, "그 법령에 따라 설립되거나 조직된 상사·조합·주식회사 또는 협회 등 법인"을 말하고, 인도의 경우 "인도의 어느 지역에서 시행중인 법률에 따라 설립되거나 조직된 주식회사·상사·협회"를 말한다.[19] 한-인도네시아 투자보장협정도 대체적으로 유사하게 규정하고 있으나, 인도네시아의 경우 "유한 책임하에 인도네시아 공화국의 영역 안에서 설립된 모든 회사 또는 인도네시아 공화국법에 따라 설립된 모든 회사 또는 인도네시아 공화국법에 따라 설립된 모든 법인"을 "회사"의 개념에 포함시키고 있다.[20]

말레이시아와의 협정에서는 "국민"과 "회사"를 보호대상으로 규정하고, "회사"의 정의를 "대한민국에 관하여는, 책임의 유한여부 및 금전적 이익을 목적으로 하는가의 여부에 관계없이 대한민국의 영역에서 설립되고 대한민국 법에 의거하여 존재하는 법인, 회사 도는 협회"를 의미하며, "말레이시아에 관하여는, 말레이시아 영역 내에 설립된 유한 또는 무한책임의 모든 회사, 말레이시아의 모든 영역에 대해 효력을 가지는 법에 따라 적법하게 설립된 법인, 협회, 조합 또는 단독 경영체"를 의미한다고 정의하고 있다.[21]

---

16) 한-리비아 투자보장협정, 제1조 3항.
17) Ibid.
18) 한-카자흐스칸투자보장협정 제1조 2항, 한-우즈베키스탄투자보장협정 제1조 2항, 한-우크라이나 투자보장협정 제1조 2항.
19) 한-인도 투자보장협정 제1조 3항.
20) 한-인도네시아 투자보장협정 제1조 4항.

이처럼 자연인이 아닌 투자자를 반드시 국내법상의 "법인"에 한정하고 있지 않은 경우와는 달리, 국내법상의 "법인"일 것을 요구하고 있는 경우도 있다. 한-모로코 및 한-쿠웨이트 투자보장 협정에서는 "법인"의 정의에 대해 "공공기관·기업·재단·회사·상사·사업장 및 조직체 등과 같이 각자의 법에 의하여 설립되고 법인으로 인정된 실체를 말한다"고 규정하여,[22] "국내법에 따라 법인으로 인정된(recognized as a juridical person by its laws)" 단체만이 포함됨을 명시하고 있다.[23]

이란과의 투자보장협정에서도 "어느 일방체약당사자의 법에 의하여 설립되고 그 일방체약당사자의 영역 안에 본사나 실제경제활동이 있는 그 일방체약당사자의 법인"이라 규정하여 법인 지위를 요구하고 있다.[24]

이러한 각각의 국가로 해외자원개발 투자를 진행할 경우, 해당 투자보장협정상의 투자자의 정의조항을 숙지하여, 투자자의 지위를 획득할 수 있도록 해야 할 것이다.

한편, 우리나라가 체결한 FTA에서의 "투자자"의 정의를 살펴볼 필요가 있다. 한-칠레 FTA에서는 "일방 당사국 투자자"를 "타방 당사국의 영역 내에서 투자를 실현하기 위하여 법률행위를 하는 일방 당사국 또는 그 당사국의 국영기업, 공민 또는 기업으로서 자본을 투입하거나 적용 가능한 경우 투자를 시행 중이거나 이미 시행한 자를 말한다"고 규정하고 있다.[25]

한-싱가폴 FTA에서는 "타방 당사국의 영역에서 투자를 계획하고 있거나 진행 중이거나, 이미 투자한 당사국 또는 당사국의 공민 또는 기업을 말한다"고 규정하고 있다.[26] 이러한 정의는 한-인도 CEPA, 한-미 FTA의 그것과 대체로 일치한다.[27]

한-아세안 FTA는 "당사국의 투자자(investor of a Party)"라 함은 "그 밖의 당사국의 영역에 투자하려고 시도하거나, 투자 중이거나, 또는 이미 투자한 당사국의 자연인 또는 법인"을 말한다. "법인"이라 함은 회사·신탁회사·합명회사·1인기업·합작투자 또는 그 밖의 조합 및 그 지점을 포함하여, 영리목적 또는 다른 목적인지의 여부와 민간이나 정부가 소유하고 있는지의 여부에 관계없이, 당사국의 적용 가능한 법에 따라 정당하게 구성되었거나 다른 방식으로 조직된 모든 법인체"를 말한다.[28] 이 때, "투자하려고 시도하는(seeking to make an investment)"

---

21) 한-말레이시아 투자보장협정 제1조 나항.
22) 한-모로코 투자보장협정, 제1조 2항.
23) 한-쿠웨이트 투자보장협정 제1조 3항.
24) 한-이란 투자보장협정 제1조 2항.
25) 한-칠레 FTA 제10.1조.
26) 한-싱가폴 FTA 제10.1조.
27) 한-인도 CEPA 제10.1조, 한-미 FTA 제11.28조("투자하려고 시도하거나"라는 표현을 사용하고 있다. "그러나, 이중국적자의 자연인은 그의 지배적이고 유효한 국적국의 국민으로만 본다."고 규정하여 이중국적자가 이중으로 혜택을 보는 것을 제한하고 있다.)
28) 한-아세안 FTA 투자협정 제1조.

투자자란, "투자를 하기 위하여 통지 또는 승인 절차를 개시(적용 가능한 경우)하기 위한 적극적인 조치(active steps)를 취한 그 밖의 당사국의 투자자를 지칭한다"고 규정하고 있다.[29]

한-EU FTA에서는 "투자자"란 "설립을 통해 경제활동을 수행하려 하거나 수행하고 있는 자(any person that seeks to perform or performs an economic activity through setting up an establishment)"라 규정하고 있다.[30]

이러한 투자보장협정과 FTA상의 투자자의 정의로부터 알 수 있는 점은 투자보정협정에서는 "현재 투자하고 있는 자(who invest)"를 보호의 대상으로 삼고 있는데 반해, 대부분의 FTA에서는 "투자를 계획하고 있는 자", "투자하려고 시도하는(seeking to make an investment) 자", "설립을 통해 경제활동을 수행하려 하는 자" 등의 표현을 사용하여, 투자행위를 진행하고 있거나 완료한 자뿐만 아니라 투자행위는 아직 이루어지지 않았더라도 투자행위를 위한 본격적인 준비를 진행하며 투자하려고 시도하고 있는 자까지 포함하여 FTA의 보호의 대상으로 규정하고 있다는 점이다.

이러한 FTA상의 사전 투자자의 보호 원칙의 적용에 있어서 과연 어느 단계의 사전 투자준비 시점부터 보호대상이 되는지가 문제시 될 수 있다. 한-아세안 FTA의 경우 명문의 조항을 두어, 여러 사전 단계 중 "투자행위를 위한 통지 또는 승인절차가 필요한 경우 이러한 절차를 개시하기 위한 적극적 조치를 취한" 경우에 비로소 사전 투자자로 보호한다고 규정하고 있으므로, 비교적 명확한 적용이 가능하다고 볼 수 있다. 다만, 일정한 투자행위를 위해서 통지나 승인이 필요하지 않은 경우에는 과연 어느 단계부터 "투자를 위한 적극적 조치를 취한(has taken active steps … for making an investment)" 것으로 인정하여 사전투자자 보호의 혜택을 부여할 수 있는지가 논란이 될 수 있을 것이다. 한-싱가폴 FTA상의 표현인 "투자를 계획하고 있는", 한-미 FTA상의 "투자하려고 시도하거나" 및 한-EU FTA상의 "설립을 통해 경제활동을 수행하려 하거나"의 해석은 더욱더 논란이 될 수 있다. 과연 어느 단계부터가 "계획", "시도" 및 "수행하려 하는" 단계인지가 애매할 수 있기 때문이다. 무엇보다도 해당 투자자가 투자의 의사를 확정하고 상당히 구체적인 계획 하에 실질적인 투자를 위한 구체적 절차를 밟아나가는 단계가 되어야 비로소 사전투자자로서 보호받을 수 있다고 보아야 할 것이다. 해외자원개발 투자시, 사전 투자자로서 FTA상의 보호를 받기 위해서는 이러한 요건을 갖추어야 함을 숙지해야 할 것이다.

---

29) Ibid., footnote 3 (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.)

30) 한-EU FTA 제7.9조.

그리고, 일반적으로 자연인 뿐만 아니라 법인·회사 등의 경우에도 "투자자"에 해당함을 주의해야 한다. 한-아세안 FTA에서는 "비당사국의 법인체의 지점은 당사국의 법인으로 간주되지 아니한다"는 규정을 명시하여,[31] 비당사국 법인체의 지점이 당사국의 국내법에 따라 설립되었을 지라도 한-아세안 FTA의 보호를 받지 못함을 명확히 하고 있다.

아울러, 주의할 점은 FTA에서는 일반적으로 혜택의 부인(denial of benefits) 조항이 있어, 해당 법인이 구성되거나 조직된 당사국의 법에 따라 "그 당사국의 영역 내에서 실질적인 영업활동(substantial business activities)이 없고", 비당사국 또는 혜택을 부인하는 당사국의 투자자가 "그 법인을 소유하거나 통제(own or control)하는 경우", 해당 법인 투자자와 그 투자자의 투자에 대하여 FTA상의 혜택을 부인할 수 있다는 점이다.[32]

한-미 FTA에서는 이러한 조건을 좀더 심화시키고 있다. 즉, 혜택의 부인 사유로서 (i) "비당사국 또는 혜택을 부인하는 당사국의 투자자가 그 법인을 소유하거나 통제하면서 그 당사국의 영역 내에서 실질적인 영업활동이 없는 경우"[33]와 (ii) "비당사국의 인이 해당 기업을 소유하거나 지배"하면서, 혜택을 부인하는 당사국이 "그 비당사국과 정상적인 경제관계를 유지하고 있지 아니하는 경우" 또는 "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"를 규정하고 있다.[34] 위 조건 중 첫 번째 것은 다른 FTA에서의 혜택의 부인 사유와 일치하는 것이나, 두 번째 것은 한-미FTA에서만 규정된 독특한 조건을 규정한 것이다. 즉, 비당사국 또는 혜택을 부인하는 당사국의 투자자가 해당 법인을 소유하거나 통제하는 경우에 비록 그 당사국의 영역 내에서 실질적인 영업활동이 있는 경우라 할지라도, 해당 비당사국과 정상적인 경제관계가 수립되고 있지 않거나 기업 거래금지 조치나 우회방지 조치를 취하고 있는 경우에는 혜택을 부인할 수 있도록 한 것이다. 그러므로 한-미FTA에서는 혜택의 부인 사유가 좀더 광범위하게 설정되어 있다고 볼 수 있다.

한-아세안 FTA 및 한-미FTA의 경우에는 혜택을 부인하는 경우의 절차 조항을 규정하고 있다. 즉, 당사국은 혜택을 부인하기 전에 관련 다른 당사국들에게 이를 실행 가능한 한도에서 통보한다. 혜택을 부인하는 당사국이 그러한 통보를 제공하는 경우, 혜택을 부인하는 당사국은 그러한 당사국들의 요청에 따라 관련 다른 당

---

31) 한-아세안 FTA 제1조 타호, 각주 4).
32) 한-아세안 투자협정 제17조 1항. 태국의 경우에는 법인 지분 50% 소유와 이사의 과반수 임명권한 등을 기준으로 "소유와 지배" 여부를 판단한다는 특칙을 두고 있다. Ibid., 4항. 한-인도 CEPA 제10.17조, 한-싱가폴 FTA 제10.17조, 한-칠레 FTA 제10.17조,
33) 한-미FTA 제11.1조 2항.
34) 한-미FTA 제11.1조 1항.

사국들과 협의한다.[35]

해외 자원개발 투자 시 해당 국가와의 FTA상의 투자조항의 혜택을 부인 당하지 않으려면, 해당 국가 내에서 실질적 영업활동을 꾸준히 전개해야 하며, 제3국이나 해당 국가의 투자자가 법인을 소유하거나 통제하는 일이 없도록 사전에 소유 및 통제관계를 정리해야 할 것이다. 특히 미국에 자원개발 투자를 진행하는 경우에는 제3국 또는 미국의 투자자가 해당 법인을 소유하거나 통제하는 경우에 비록 미국 내에서 실질적인 영업활동이 있는 경우라 할지라도, 미국이 해당 제3국과 정상적인 경제관계가 수립되고 있지 않거나 기업 거래금지 조치나 우회방지 조치를 취하고 있는 경우에는 혜택이 부인될 수 있음을 주의해야 한다. 그러므로, 미국과 적대적 관계에 있는 국가의 투자자가 우리가 투자한 투자체를 소유하거나 통제하지 못하도록 사전에 조치를 취해야 할 것이다.

2-3. 적용 배제 분야

FTA는 투자분야 이외에도 여러 교역관련 분야를 포함하여 협정에 규정하고 있으므로, 투자 장(chapter)과의 중복 및 적용가능성이 문제시 된다. 이에 관해, FTA에서 적용범위 조항을 두어 일정한 사항을 투자 장의 규율로부터 적용 배제시키고 있다.

우선 법집행, 교정 서비스, 소득 보장 또는 보험, 사회보장 또는 보험, 사회복지, 공교육, 공공 훈련, 보건 및 아동보호와 같은 정부권한행사로 공급되는 서비스는 투자조항들의 적용이 배제되고 있다.[36] 이러한 공공적 권능행사와 관련된 분야는 투자규정의 적용을 배제함으로써 정부활동의 재량권을 확보하고 있는 것이다. 주의할 점은 정부권한행사로 공급되는 서비스의 경우에도 상업적 기초하에서 제공되거나 민간 서비스 공급자와 경쟁관계에 있는 경우에는 투자협정의 적용이 배제되지 못한다는 점이다.[37] 이러한 경우에는 성질상 공공서비스이기 보다는 상업적 성격이 있기 때문에 정부의 부당한 규제로부터 투자자를 보호해야 할 필요성이 더 크기 때문이다.

이 밖에도 당사국에 의해 제공되는 보조금 및 무상교부가 배제되는 경우도 있으며,[38] 정부조달을 배제시키는 경우도 있다.[39] 보조금과 정부조달과 같이 정부의 정책적 선택의 성격이 강한 분야의 재량성을 확보하기 위함이다.

---

35) 한-아세안 투자협정 제17조 2항. 필리핀의 경우, "안티더미법" 위반의 경우 FTA혜택을 부인할 수 있는 특칙을 두고 있다. Ibid., 5항. 한-미FTA 제11.11조 2항.
36) 한-아세안 FTA 투자협정 제2조 2항, 한-칠레 FTA 제10.2조 3항, 한-싱가폴 FTA 제10.2조 5항.
37) Ibid.
38) 한-아세안 FTA 투자협정 제2조 2항, 한-인도 CEPA 제10.2조 6항.
39) 한-아세안 FTA 투자협정 제2조 2항.

같은 취지에서 과세 조치의 경우에도 투자규정의 적용을 배제시키는 경우도 있다.[40]

또한, 서비스무역에 관한 협정이 적용되는 사안에 대해서는 투자협정을 중복하여 적용할 실익이 적으므로, 서비스무역에 관한 협정의 규율에 맡기고 있는 경우가 많다.[41] 그렇지 않으면, 서비스 부문에서 양허표에 기록한 각종 유보사항에도 불구하고, 투자협정의 의무가 적용되어, 동 유보사항이 무력화되는 사태가 발생할 수 있기 때문이다.

해외 자원개발 투자 시, FTA 투자규정상의 보호혜택이 부인되는 적용배제 분야를 숙지해야 할 것이다.

3. 투자협정상의 실체법적 의무와 해외 자원개발 투자

3-1. 내국민대우 의무

투자보장협정은 기본적으로 타방 당사국 투자 및 투자자에 대해 내국민 대우를 부여할 것을 의무화하고 있다. 대부분의 투자보장협정에 따르면, "일방 체약당사국의 국민 또는 회사가 타방 체약당사국내에 행한 투자 및 그에 따른 수익은 … 타방 체약국 국민 또는 회사가 행한 투자 및 수익에 대하여 부여되는 것보다 불리한 대우를 받지 아니한다"고 규정하여 "투자(investment)"에 대한 내국민대우를 의무화하고 있다.[42]

한-이란 투자보장협정의 경우, "어느 체약당사자의 투자자가 타방체약당사자의 영역 안에서 행한 투자는 유사한 상황에서(in a comparable situation) 자국의 투자자가 부여 받는 것보다 불리하지 아니한 충분한 법적 보호 및 공정한 대우를 투자유치국으로부터 부여 받는다"고 규정하고 있어, 투자에 대한 내국민대우는 "유사한 상황"일 것을 조건으로 하고 있음을 주의해야 한다. 과연 무엇이 "유사한 상황(comparable situation)"을 구성하는지는 어려운 해석의 문제를 낳는다. 그 동안 각종 투자협정이니 통상협정에서는 "like circumstances", "similar situations" 등의 용어로 표현되어 오고 있는바, 한-이란 투자보장협정에서는 "comparable situation"

---

40) 한-인도 CEPA 제10.2조 8항, 한-아세안 FTA 투자협정 제2조 2항 (단, 송금 및 수용보상 조항은 적용).

41) 한-싱가폴 FTA 제10.3조 1항, 한-미FTA 제11.2조 1항, 한-인도 CEPA 제10.2조 7항(금융서비스에 대해 적용 배제).

42) 한-말레이시아 투자보장협정 제3조 1항, 한-리비아 투자보장협정 제3조 1항, 한-쿠웨이트 투자보장협정 제3조 1항, 한-카자흐스탄 투자보장협정 제3조 1항, 한-인도 투자보장협정 제3조 1항, 한-이란 투자보장협정 제4조 1항, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제3조 1항, 한-인도네시아 투자보장협정 제4조 1항.

이란 다소 색다른 용어가 사용되고 있다. 아무튼 이러한 유사 상황 여부를 판단함에 있어, NAFTA하의 Pope & Talbot 판례에서는 차별조치가 기초하고 있는 정책이 투자보장이라는 투자협정의 본래의 목적을 저해함이 없이 정당한 공공목적을 지니고 있는지가 중요한 기준이 되어야 함을 판시하고 있다.[43] 즉, 정당한 공공정책을 수행함에 있어 어쩔 수 없는 차등화를 시행해야 하고, 그것이 투자보장이라는 본래의 취지를 저해하지 않는 합리적인 차별에 머문다면, 차별을 당하는 투자체와 그렇지 않은 투자체 간에 유사한 상황에 있다고 볼 수 없으므로, 내국민대우 위반이 성립되지 않는다는 것이다. 이것은 공공 목적에 입각한 정부 규제정책이 결과적인 차별을 초래할지라도 그 정당성을 확보할 수 있다는 점에서 공공정책의 허용범위를 확보한 의미가 있다. 이러한 판례에도 불구하고, 아직 "유사한 상황"이 구체적으로 어떻게 판단될 수 있는지는 국제적으로 확실히 정립되었다고 볼 수 없다. 그러므로 앞으로 이와 관련 많은 분쟁이 발생할 여지가 있다.

한-말레이시아 투자보장협정의 경우, 이러한 투자에 대한 내국민대우 의무는 한 가지 중대한 제한을 받게 됨을 주의해야 한다. 즉, "금융 및 보험분야에 대한 투자 및 수익에 관하여는, 각 체약당사국의 관계 법령 및 법규에 따라 이러한 대우가 부여된다"는 제한조항이 규정되어 있다.[44]

아무튼 우리가 투자보장협정이 체결되어 있는 국가로 해외자원개발 투자를 추진하는 경우, 우리 투자에 대한 현지의 대우가 현지 자국내의 투자에 대한 대우보다 불리하게 되면, 투자협정상의 내국민대우 위반을 주장하여 최소한 동등대우를 요구할 수 있다. 특히, 이란에 투자하는 경우에는 우리 투자체와 유사한 상황에 있는 현지 국내 투자체를 조사하여 양자간의 대우에 있어 차별이 존재하고 있는지를 조사하여야 할 것이다. 이 과정에서 이란의 규제정책이 공공목적을 위한 정당한 규제의 성격을 지니고 있는지, 투자보장의 본래의 목적을 저해할 정도의 차별을 가하는 것인지 등이 핵심 사항이 될 것이다. 말레이시아의 금융 및 보험분야에 투자하는 경우에는 이러한 협정상의 내국민대우가 보장되는 것이 아니라, 말레이시아 국내법상의 외국인 투자자에 대한 대우조항이 적용되므로, 현지 국내법상의 지위를 미리 조사하여 그에 합당한 지위보장만 요구할 수 있음을 주의해야 한다.

내국민대우 의무는 "투자"뿐만 아니라 "투자자(investor)"에 대한 대우에도 적용되고 있다. 즉, 체약당사국은 각자의 영역 안에서 타방체약당사국의 "투자자"에게 "투자의 관리, 사용, 유지, 향유 또는 처분"과 관련하여 자국의 투자자에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여해야 하는 것이다.[45]

---

43) Pope & Talbot v. Canada (Award) (10 April 2001) 7 ICSIC Reports 102, para. 78.
44) 한-말레이시아 투자보장협정 제3조 1항.
45) 한-말레이시아 투자보장협정 제3조 2항, 한-리비아 투자보장협정 제3조 2항, 한-쿠웨이트 투자보장협정 제3조 2항, 한-카자흐스탄 투자보장협정 제3조 2항, 한-인도 투자보장협정 제3조 2항, 한-이란 투자보장협정 제4조 2항, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제3조 2항, 한-인도네시아 투

그러므로 우리가 투자보장협정이 체결된 국가로 해외자원개발 투자를 추진하는 경우, 우리 투자체와는 별도로 투자자에 대한 현지의 대우가 협정상의 내국민대우에 합치하는지를 예의 주시할 필요가 있다. 우리 투자회사가 투자를 관리, 사용, 유지, 향유 또는 처분하는 권능과 관련하여 현지 회사들의 이러한 권능에 비해 불리한 대우를 받는 경우, 협정상의 내국민대우 위반을 주장할 수 있는 것이다.

한편, 우리가 체결한 FTA 투자 장(chapter)에서도 대부분 "투자(investment)" 및 "투자자(investor)"에 대한 내국민대우 의무를 규정하고 있다. 한-아세안 FTA 투자협정은 내국민대우 의무와 관련, "각 당사국은 자국 영역 내 투자의 허가·설립·인수·확장·경영·영업·운영 및 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 자국의 조치를 통하여 동종의 상황에서 자국 투자자 및 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 그 밖의 당사국의 투자자 및 그 밖의 당사국의 투자자의 적용대상투자에 부여한다"고 규정하고 있다.[46]

한-싱가폴 FTA에서는 "각 당사국은 자국 영역에서의 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영 및 판매 또는 그 밖의 처분에 대하여, 동일한 상황(like circumstances)에서 자국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 타방 당사국의 투자자에게 부여한다"고 규정하여 "투자자"에 대한 내국민대우를 선언함과 더불어, "각 당사국은 투자의 설립·인수·확장·경영·영업·운영 및 판매 또는 그 밖의 처분에 대하여, 같은 상황(like circumstances)에서 자국 투자자의 자국 영역에서의 투자에 대하여 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 타방 당사국 투자자의 투자에 부여한다"고 규정하여 "투자"에 대한 내국민대우를 선언하고 있다.[47] 이러한 규정은 한-칠레 FTA,[48] 한-인도 CEPA,[49] 한-미 FTA[50]에서도 유사하게 도입되어 있다.

그러므로, 우리가 체결한 FTA에서도 당사국의 "투자자"는 물론 "적용대상 투자"가 내국민대우의 적용대상임을 주목할 수 있다. 즉, 불리한 대우가 투자자 개인에 대해 부과되는 경우뿐만 아니라 투자 체를 기준으로 부과되는 경우도 내국민대우 위반이 성립될 수 있는 것이다.

또한, FTA하에서 내국민 대우는 투자 체의 설립 후 단계는 물론이고 설립 전

자보장협정 제4조 2항.

46) 투자협정 제3조 ("Article 3 National Treatment - Each Party shall accord to investors of any other Party, and to covered investments of investors of any other Party, treatment no less favourable than that it accords through its measures, in like circumstances, to its own investors and investments with respect to admission, establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of investments in its territory.")

47) 한-싱가폴 FTA 제10.4조 1, 2항.

48) 한-칠레 FTA 제10.3조 1, 2항.

49) 한-인도 CEPA 제10.3조 1, 2항.

50) 한-미 FTA 제11.3조 1, 2항.

단계(허가, 설립, 인수)에 대해서도 보호함을 유의해야 한다. 즉, 투자보장협정에서는 투자의 "관리, 사용, 유지, 향유 또는 처분"을 보호대상으로 규정하여, 설립 후 단계만을 보호하고 있는 것과 차이가 있는 것이다. 대부분의 FTA에서는 "설립(establishment), 인수(acquisition)" 등의 설립 전 단계만을 언급하고 있는데 반해,[51] 한-ASEAN FTA에서는 이에 더해 "허가(admissions)" 단계까지도 명시적으로 언급하고 있는 점이 상이함도 유의해야 한다. 그 동안의 FTA하에서는 과연 투자체 설립을 위한 "허가" 단계에서의 차별조치가 "설립"에 관한 차별에 해당될 수 있는가가 해석상 문제시될 수 있었으나, 한-ASEA FTA에서는 이러한 논란이 입법론적으로 해결된 셈이다. 그만큼 설립 전 단계의 투자 보호가 강화된 셈이다.

단, 한-아세안 FTA는 투자의 설립과 관련하여, 자국 법규에 따라 합법적으로 이루어질 것을 요구하는 것과 같은 특별 형식(special formalities)을 부과하는 것은 내국민대우 의무를 실질적으로 침해(materially impair)하는 식으로 부과되지 않는 한, 허용된다고 규정하고 있다.[52] 또한, 당사국은 정보수집 또는 통계상의 목적으로 그 밖의 당사국 투자자 또는 자국 영역 내의 투자에 대하여 투자에 관한 통상적 정보를 제공하도록 요구할 수 있다. 이 때, 당사국은 특정 법인의 정당한 상업적 이익 및 투자자나 투자의 공적 또는 사적 또는 경쟁적 지위를 저해할 수 있는 제공된 비밀 정보가 공개되지 아니하도록 보호한다.[53]

한가지 유념할 점은 아직 한-아세안 FTA 투자협정 상의 각종 의무에 대한 유보목록에 관한 협상이 종료되지 않았으므로,[54] 내국민대우 조항은 당사국들의 유보목록이 합의된 후 발효될 때까지 적용되지 않는다는 점이다.

NAFTA 투자 장의 내국민대우 의무 위반의 대표적 사례인 Ethyl Corp. v. Canada 분쟁을 예로 들어 내국민대우를 이해할 수 있다. Ethyl사는 자동차 연료 첨가물인 MMT라는 화학물질을 제조하는 회사로, 캐나다에 100% 지분을 소유하고 있는 자회사(Ethyl 캐나다사)를 두고 있었다. MMT는 무연 가솔린연료의 옥탄가를 높이고 엔진의 노킹을 줄이기 위해 연료에 첨가되는 물질이다. Ethyl캐나다사는 본사로부터 MMT를 농축형태로 수입한 후 이를 희석·가공하여, 캐나다 전역의 정유업자에 판매하는 형태의 유통사업을 수행하고 있었다.

1993년 들어 캐나다의 자동차 업체들은 MMT가 자동차의 배출 제어장치에 손상을 입히고, 이로 인해 배출량을 증대시킨다고 주장하고 나섰으며, 캐나다의 환경단체들도 MMT의 배출성분인 망간이 인체에 심각하게 유해하다는 비판을 제기하기 시작했다. 캐나다 정부는 이러한 우려를 반영하여 MMT의 사용을 규제하는 조

51) 한-칠레FTA 제10.3조, 한-싱가폴FTA 제10.4조, 한-미FTA 제11.3조.
52) 한-아세안 FTA 투자협정 제15조 1항.
53) Ibid., 2항.
54) 한-아세안 FTA 투자협정 발효 후 5년 이내에 유보목록에 대한 협상을 종결하도록 되어 있다. 한-아세안 FTA 투자협정 제27조 2항.

치를 강구했는바, 망간에 기초한 특정물질의 수입과 주간 거래를 금지하는 법안을 도입하는 것으로 대처하였다. MMT의 인체에 대한 유해성이 입증되지 않은 상태에서 MMT의 전면적인 사용금지 조치를 내릴 수 없다는 측면이 고려된 결과였다.

이에 캐나다에 자회사를 두고 MMT를 수입·판매하던 미국의 Ethyl사는 막대한 타격을 입게 되어, 동 조치가 NAFTA의 내국민대우 규정, 수용 및 보상 규정, 그리고 이행의무 금지 규정의 3개 규정에 위배된다는 점을 들어, 캐나다정부를 상대로 총 2억 5천만 달러의 보상을 요구하였다. 결국, 중재절차의 진행 도중 캐나다 정부가 문제가 된 조치를 자진해서 철회함으로써 문제가 해결되었으며, 1998년 7월 캐나다 정부는 MMT의 모든 거래를 다시 허용키로 하고 Ethyl사에 대해서는 그 동안의 이윤손실과 소요비용 등을 고려하여 천 3백만 달러를 보상하기로 하였다.

이 사건은 기본적으로 FTA상의 내국민대우에 관한 사안이라 볼 수 있다. MMT의 주간거래를 금지하게 되면, Ethyl사와 같이 캐나다 전역을 대상으로 MMT공급을 거래하고 있는 외국계기업에게는 불리하고, 캐나다 각주 내에서 주내 공급에 전념하고 있는 캐나다 기업들에게는 유리하게 된다. 사실 이러한 보호효과 때문에 이러한 조치가 취해진 측면이 있었다. MMT의 유해성에 대한 우려가 있으면, 국내외 기업에 동등하게 거래를 제한하는 조치를 취할 수 있었는데도 차별적인 성격의 조치를 선택한 것이 문제인 것이다.

우리가 체결한 투자관련 협정 및 FTA에서도 국내기업에 대한 보호효과를 추구하면서 외국투자에 대해 환경관련 규제를 취하게 되면, 내국민대우 의무 위반이 발생하게 됨을 주의해야 한다. 즉, 협정 당사국은 자국 영역 내에서 동종의 상황에서 자국투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 서로 다른 국가의 투자자에게 부여하여야 한다. 뿐만 아니라 적용대상투자에 대하여도 동종의 상황에서 자국투자자의 자국 영역 내 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 적용대상투자에 부여하여야 한다. FTA에서는 부속서상의 비합치조치(non-conforming measures) 목록에 내국민대우에 합치하지 않는 규제내용을 수록할 수 있는바, 그러면 해당 비합치조치가 정당화되게 된다. 그러므로, 투자에 대해 차별적 환경규제를 가할 필요가 있는 경우 FTA 비합치조치 목록에 유보가 되어 있는지를 먼저 확인하고 그 한도 내에서 취하는 것을 잊지 말아야 한다.

특히, 우리가 FTA를 체결한 국가에 해외 자원개발 투자를 추진하는 경우, 우리 투자자 및 투자체는 투자의 설립 전 단계까지 협정상의 내국민대우 보호를 받을 수 있음을 유념해야 한다. 특히 ASEAN지역으로 투자하는 경우에는 “허가”단계에서부터 현지 투자나 투자자에 비해 불리한 대우를 받지 않을 권리가 있다. 물론 이러한 내국민대우 의무를 원용하려면, 우리 투자자나 투자가 “동일한 상황(like circumstances)”에 있는 현지 투자나 투자자에 비해 불리한 대우에 처해있음을 입증할 수 있어야 한다. 이 때에는 투자보장협정에서 설명한 “comparable situation”,

"similar situation" 등의 유사개념의 해석에 관한 내용이 유사하게 적용될 수 있다.

싱가폴, 인도 및 미국의 지역정부 관할지역으로 투자하는 경우에는 여타 지역정부나 중앙정부가 부여하는 대우가 기준이 되는 것이 아니고, 해당 지역정부가 부여하는 역내 투자자/투자에 대한 대우와 우리 기업에 대한 대우간에 차별이 있는지가 기준이 됨을 주의해야 한다.[55]

3-2. 최혜국대우 의무

일반적으로 투자보장협정은 내국민대우 의무와 더불어 최혜국대우 의무를 규정하고 있다. 즉, "일방 체약당사국의 국민 또는 회사가 타방 체약당사국내에 행한 투자 및 그에 따른 수익은 … 제3국의 국민 또는 회사가 행한 투자 및 수익에 대하여 부여되는 것보다 불리한 대우를 받지 아니한다"고 규정하여 "투자(investment)"에 대한 최혜국대우를 의무화하고 있다.[56] 다시 말하면, 우리와 투자보장협정을 체결한 국가가 우리 투자에 부여하는 대우보다 더 유리한 대우를 제3국의 투자에 부여하는 경우, 우리는 최혜국대우 위반을 들어 최소한 동등한 대우를 요구할 수 있는 것이다.

한-이란 투자보장협정의 경우, "어느 체약당사자의 투자자가 타방체약당사자의 영역 안에서 행한 투자는 유사한 상황에서(in a comparable situation) … 제3국의 투자자가 부여 받는 것보다 불리하지 아니한 충분한 법적 보호 및 공정한 대우를 투자유치국으로부터 부여 받는다"고 규정하고 있어, 투자에 대한 최혜국대우는 "유사한 상황"일 것을 조건으로 하고 있음을 주의해야 한다. 과연 무엇이 "유사한 상황(comparable situation)"을 구성하는지는 전 항에서 설명한 바와 같이, 정당한 공공정책을 수행함에 있어 어쩔 수 없이 국가간 차등화를 시행해야 하고, 그것이 투자보장이라는 본래의 취지를 저해하지 않는 합리적인 차별에 머문다면, 차별을 당하는 투자체와 우대를 받는 제3국 투자체 간에 유사한 상황에 있다고 볼 수 없으므로, 최혜국대우 위반이 성립되지 않는다고 볼 수 있다. 다만, 아직 "유사한 상황"이 구체적으로 어떻게 판단될 수 있는지는 판례가 확실히 정립되었다고 볼 수 없으므로, 정부규제의 정당성여부와 함께 투자의 성격, 규모, 목적, 영향 등의 요소를 종합적으로 평가하여 판단해야 할 것이다.

한-말레이시아 투자보장협정의 경우, 이러한 투자에 대한 최혜국대우 의무는 한 가지 중대한 제한을 받게 됨을 주의해야 한다. 즉, "금융 및 보험분야에 대한 투자

55) 한-싱가폴 FTA 제10.4조 3항, 한-인도 CEPA 제10.3조 3항, 한-미 FTA 제11.3조 3항.

56) 한-말레이시아 투자보장협정 제3조 1항, 한-리비아 투자보장협정 제3조 1항, 한-쿠웨이트 투자보장협정 제3조 1항, 한-카자흐스탄 투자보장협정 제3조 1항, 한-인도 투자보장협정 제3조 1항, 한-이란 투자보장협정 제4조 1항, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제3조 1항, 한-인도네시아 투자보장협정 제4조 1항.

및 수익에 관하여는, 각 체약당사국의 관계 법령 및 법규에 따라 이러한 대우가 부여된다"는 제한조항이 규정되어 있다.[57]

아무튼 우리가 투자보장협정이 체결되어 있는 국가로 해외자원개발 투자를 추진하는 경우, 우리 투자에 대한 현지의 대우가 제3국으로부터의 투자에 대한 현지의 대우보다 불리하게 되면, 투자협정상의 최혜국대우 위반을 주장하여 최소한 동등대우를 요구할 수 있다. 특히, 이란에 투자하는 경우에는 우리 투자체와 유사한 상황에 있는 제3국 투자체를 조사하여 양자간의 대우에 있어 차별이 존재하고 있는지를 조사하여야 할 것이다. 이 과정에서 이란의 규제정책이 공공목적을 위한 정당한 규제의 성격을 지니고 있는지, 투자보장의 본래의 목적을 저해할 정도의 차별을 가하는 것인지 등이 핵심 사항이 될 것이다. 말레이시아의 금융 및 보험분야에 투자하는 경우에는 이러한 협정상의 최혜국대우가 보장되는 것이 아니라, 말레이시아 국내법상의 외국인 투자자에 대한 대우조항이 적용되므로, 현지 국내법상의 지위를 미리 조사하여 그에 합당한 지위보장만 요구할 수 있음을 주의해야 한다.

최혜국대우 의무는 "투자"뿐만 아니라 "투자자(investor)"에 대한 대우에도 적용되고 있다. 즉, 체약당사국은 각자의 영역 안에서 타방체약당사국의 "투자자"에게 "투자의 관리, 사용, 유지, 향유 또는 처분"과 관련하여 제3국 투자자에게 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여해야 하는 것이다.[58]

그러므로 우리가 투자보장협정이 체결된 국가로 해외자원개발 투자를 추진하는 경우, 우리 투자체와는 별도로 투자자에 대한 현지의 대우가 협정상의 최혜국대우에 합치하는지를 예의 주시할 필요가 있다. 우리 투자회사가 투자를 관리, 사용, 유지, 향유 또는 처분하는 권능과 관련하여 제3국 투자자에 비해 불리한 대우를 받는 경우, 협정상의 최혜국대우 위반을 주장할 수 있는 것이다.

이 때, 주의할 점은, 한-이란 투자보장협정은 "자유무역지대, 관세동맹, 공동시장 등과 같은 지역기구를 설립하는 협정"이나 "이중과세회피에 관한 약정"에 의해 제3국 투자자에게 미래의 특별한 이익이나 권리를 부여하는 경우에는 최혜국대우 의무의 적용을 제한한다는 점이다.[59] 한-인도네시아 투자보장협정에서는 "관세동맹, 공동시장, 자유무역지대, 다자간 경제협정" 및 "이중과세회피에 관한 협정 및 국경교역약정"이라는 표현을 사용하여, 국경지대에서 행해지는 "국경교역을 위한 약정"까지도 최혜국대우 의무의 적용을 배제시키고 있다.[60]

---

57) 한-말레이시아 투자보장협정 제3조 1항.

58) 한-말레이시아 투자보장협정 제3조 2항, 한-리비아 투자보장협정 제3조 2항, 한-쿠웨이트 투자보장협정 제3조 2항, 한-카자흐스탄 투자보장협정 제3조 2항, 한-인도 투자보장협정 제3조 2항, 한-이란 투자보장협정 제4조 2항, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제3조 2항, 한-인도네시아 투자보장협정 제4조 2항.

59) 한-이란 투자보장협정 제4조 3항,

60) 한-인도네시아 투자보정협정 제4조 4항.

한-모로코 투자보장협정의 경우는 이렇게 최혜국대우 의무의 적용이 제한되는 종류의 협정을 "관세동맹, 자유무역지대, 공동역외관세지역, 공동시장, 통화동맹 또는 유사한 국제협정이나 기타 형태의 지역협력"과 "전적으로 또는 주로 조세와 관련된 현재 또는 미래의 협약 또는 국제약정"이라 표현하고 있다.[61] 즉, 반드시 이중과세 회피 협정이 아니더라도 "주로 조세문제와 관련된 협정"이라면, 그에 따라 제3국에 부여한 특혜에 대해서는 한국과 모로코가 각각 최혜국대우 의무를 주장할 수 없다는 것이다. 리비아와의 투자보장협정에서는 "경제・관세동맹, 면세지역, 공동시장, 이와 유사한 국제협정이나 지역경제기구" 혹은 "전체 또는 부분적으로 조세제도와 관련된 국제협정 또는 협정"이라는 표현을 사용하고 있다.[62] 즉, "면세지역"에 관하여 제3국에 부여한 특혜에 대해서도 최혜국대우 의무의 적용을 배제하고 있는 것이다.

쿠웨이트와의 투자보장협정에서는 지역협력 협정과 더불어 "전적으로 또는 주로 과세와 관한 국제협정, 지역협정, 양자협정이나 유사한 약정 또는 국내 법령"이라 규정하여, 조세문제와 관한 국제협정뿐만 아니라 "국내법령"에 의해 제3국 투자자에 부여한 특혜에 대해서도 최혜국대우 의무를 주장하지 못하도록 하였다.[63]

한편, 인도와의 투자보장협정에서는 지역협력 협정 예외는 규정치 않고, "주로 조세와 관련된 국제협정 또는 국내법규에 따라 부여하는 어떠한 대우, 특혜 또는 특권의 혜택"에 대해서만 최혜국대우 의무의 적용을 배제하는 조항을 두고 있을 따름이다.[64]

이에 반해 카자흐스탄, 말레이시아, 우즈베키스탄, 우크라이나와의 투자보장협정에서는 지역협력협정 및 조세관련 협정에 대한 예외 모두 존재하지 않는다.[65]

이렇게 각각의 투자보장협정에 따라 최혜국대우의 적용범위에 있어 미묘한 차이가 있으므로, 해외자원개발 투자 시 최혜국대우를 주장하기 위해서는 이러한 차이에 맞도록 면밀한 조사를 거쳐 해당 특혜가 과연 당해 투자보장협정에서 최혜국대우 의무의 적용이 제외된 사항인지 여부를 먼저 판단해야 할 것이다. 최혜국대우 의무가 적용되는 특혜인 경우에는 그것이 당해 투자보장협정 체결 당시 이미 부여되어 있던 것인지, 아니면 투자보장협정 체결 이후에 부여된 것인지에 관계없이 최혜국대우 의무의 적용을 주장할 수 있는 것이 일반적이다.[66]

한편, 우리가 체결한 FTA 투자 장(chapter)에서도 "투자(investment)" 및 "투자

---

61) 한-모로코 투자보장협정 제3조 3항.
62) 한-리비아 투자보장협정 제3조 3항.
63) 한-쿠웨이트 투자보장협정 제3조 3항.
64) 한-인도 투자보장협정 제3조 4항.
65) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제3조, 한-말레이시아 투자보장협정 제3조, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제3조, 한-우크라이나 투자보장협정 제3조,
66) 위에서 인용된 투자보장협정들의 경우 "과거 및 미래"의 특혜에 대해 모두 최혜국대우 의무가 적용됨을 규정한 것으로 해석됨.

자(investor)"에 대한 최혜국대우 의무를 규정하고 있는 경우가 많다. 한-칠레 FTA에서는 "각 당사국은 타방 당사국의 법령에 따라 행해지거나 실현된 타방 당사국 투자자의 투자와 이러한 투자를 행하거나 실현한 타방 당사국 투자자에 대하여, 어떠한 비당사국 투자자에 의해 행해지거나 실현된 투자나 이러한 투자의 투자자에게 동일한 여건하에서 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다"고 규정하여 최혜국대우 의무를 선언하고 있다.[67]

한-아세안 FTA 투자협정에서는 "각 당사국은 자국 영역 내 투자의 허가·설립·인수·확장·경영·운영 및 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 그 밖의 당사국 또는 비당사국의 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 그 밖의 당사국의 투자자에게 부여한다"고 규정하여 투자자에 대한 최혜국대우를 선언한 후, "투자의 허가·설립·인수·확장·경영·운영 및 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 그 밖의 당사국 또는 비당사국의 투자자의 자국 영역 내 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 적용대상투자에 부여한다"고 규정하여 투자에 대한 최혜국대우 의무를 언급하고 있다.[68]

한-미FTA에서는 투자 및 투자자의 "설립·인수·확장·경영·영업·운영과 매각 또는 그 밖의 처분"에 대한 최혜국대우 의무를 언급하고 있다.[69] 하여 동종의 상황에서 그 밖의 당사국 또는 비당사국의 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 그 밖의 당사국의 투자자에게 부여한다"고 규정하여 투자자에 대한 최혜국대우를 선언한 후, "투자의 허가·설립·인수·확장·경영·운영 및 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동종의 상황에서 그 밖의 당사국 또는 비당사국의 투자자의 자국 영역 내 투자에 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 적용대상투자에 부여한다"고 규정하여 투자에 대한 최혜국대우 의무를 언급하고 있다.

반면, 한-싱가폴 FTA와 한-인도 FTA에서는 내국민대우 의무만 규정할 뿐, 최혜국대우 의무는 규정하고 있지 않다.

그러므로, 싱가폴 및 인도를 제외한 국가들과 우리가 체결한 FTA에서도 당사국의 "투자자"는 물론 "투자"가 최혜국대우 의무의 적용대상임을 주목할 수 있다. 즉, 불리한 대우가 투자자 개인에 대해 부과되는 경우뿐만 아니라 투자 체를 기준으로 부과되는 경우도 최혜국대우 위반이 성립될 수 있는 것이다.

또한, FTA하에서 최혜국대우는 투자 체의 설립 후 단계는 물론이고 설립 전 단계(허가, 설립, 인수)에 대해서도 보호함을 유의해야 한다. 즉, 투자보장협정에서는 투자의 "관리, 사용, 유지, 향유 또는 처분"을 보호대상으로 규정하여, 설립 후 단계만을 보호하고 있는 것과 차이가 있는 것이다. 특히, 한-ASEAN FTA에서는 "허

67) 한-칠레 FTA 제10.4조 1항.
68) 한-아세안 FTA 투자협정 제4조.
69) 한-미FTA 제11.4조.

가(admissions)" 단계까지도 명시적으로 언급하고 있으므로, 이 단계부터 최혜국대우를 요구할 수 있는 것이다.

단, 한-아세안 FTA는 최혜국대우 의무에도 불구하고, 정보수집 또는 통계상의 목적으로 그 밖의 당사국 투자자 또는 자국 영역 내의 투자에 대하여 투자에 관한 통상적 정보를 제공하도록 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 때, 당사국은 특정 법인의 정당한 상업적 이익 및 투자자나 투자의 공적 또는 사적 또는 경쟁적 지위를 저해할 수 있는 제공된 비밀 정보가 공개되지 아니하도록 보호한다.[70]

아직 한-아세안 FTA 투자협정 상의 각종 의무에 대한 유보목록에 관한 협상이 종료되지 않았으므로,[71] 최혜국대우 조항은 당사국들의 유보목록이 합의된 후 발효될 때까지 적용되지 않게 됨을 주의해야 한다. 또한 최혜국대우 의무 자체에 대한 협의도 협정 발효 후 5년 동안 진행하여 일정한 합의를 도출할 수 있도록 규정하고 있다.[72]

우리가 FTA를 체결한 국가에 해외 자원개발 투자를 추진하는 경우, 우리 투자자 및 투자체는 투자의 설립 전 단계까지 협정상의 최혜국대우 보호를 받을 수 있음을 유념해야 한다. 특히 ASEAN지역으로 투자하는 경우에는 "허가"단계에서부터 제3국 투자나 투자자에 비해 불리한 대우를 받지 않을 권리가 있다. 물론 이러한 최혜국대우 의무를 원용하려면, 우리 투자자나 투자가 "동일한 상황(like circumstances)"에 있는 제3국 투자나 투자자에 비해 불리한 대우에 처해있음을 입증할 수 있어야 한다. 이 때에는 투자보장협정에서 설명한 "comparable situation", "similar situation" 등의 유사개념의 해석에 관한 내용이 유사하게 적용될 수 있다.

FTA의 투자 장에서도 최혜국대우 의무가 적용되는 특혜의 범위를 제한하는 규정을 두는 경우가 많은데, 한-아세안 FTA의 경우는 아래와 같은 특혜 대우는 최혜국대우 의무로부터 배제하고 있다.

(ⅰ) 어떠한 기존의 양자·지역 및/또는 국제협정, 또는 비당사국과의 모든 형태의 경제적 또는 지역적 협력에 따라 투자자 및/또는 그들의 투자에 부여되는 특혜적 대우,

(ⅱ) 동남아시아국가연합 회원국들 양자간의 또는 다자간의 모든 협정 또는 약정에서 투자자 및/또는 그들의 투자에 부여된 모든 기존 또는 미래의 특혜적 대우,

(ⅲ) 당사국이 당사자인 미래의 협정 또는 약정에 의하여 그 밖의 당사국 또는 비당사국의 투자자 또는 그들의 투자에 더 유리한 대우를 부여하는 경우, 당사국은 그러한 대우를 상기 그 밖의 당사국을 제외한 그 밖의 당사국의

70) 한-아세안 FTA 투자협정 제15조 2항.
71) 한-아세안 FTA 투자협정 발효 후 5년 이내에 유보목록에 대한 협상을 종결하도록 되어 있다. 한-아세안 FTA 투자협정 제27조 2항.
72) Ibid., 1항 및 2항.

투자자 또는 그들의 투자에 부여할 의무를 지지 아니한다. 그러나, 상기 그 밖의 당사국을 제외한 그 밖의 당사국의 요청 시, 당사국은 거기에 부여된 혜택을 협상할 충분한 기회를 부여한다.[73]

이것은 기존에 맺은 모든 협정상의 특혜와 앞으로 맺는 모든 협정상의 특혜를 모두 최혜국대우 의무의 적용으로부터 배제하고, 아세안 회원국들간에 맺은 특혜도 배제시킴으로써, 사실상 거의 모든 사항에 대해 최혜국대우 의무를 배제시킨 것이라 이해할 수 있다. 아울러 과세조치도 투자협정의 적용대상으로 제외하고 있으므로,[74] 이중과세 회피조치나 기타 과세관련 약정에 의한 특혜부여에 대해서도 최혜국대우 의무가 적용되지 않는다. 다시 말하면, 한-아세안 FTA에서는 투자분야의 최혜국대우 의무 조항을 도입하기는 했으나, 매우 광범위하고 포괄적인 배제조항을 둠으로 인해 사실상 이러한 의무가 적용되는 경우를 없애고 있는 셈이다. 다만, 미래에 부여하는 특혜에 대해서는 당사국간 협상의 기회를 부여하는 비구속적 절차규정만을 두고 있는 것이다.

한-칠레 FTA에서는 당사국이 제3국과 지역무역협정을 체결하여 부여한 특혜에는 최혜국대우 의무가 적용되지 않고, 상대 당사국과 협의할 기회를 부여한다는 특칙을 두고 있다.[75] 한-EFTA FTA의 경우, 한국과 아이슬랜드/리히텐슈타인/스위스간 별도의 투자협정[76]을 맺어 최혜국대우 의무를 규정하고 있는바, 이에 따르면, 지역무역협정을 체결하여 제3국에 특혜를 부여한 경우에는 최혜국대우가 적용되지 않고, 당사국이 요청 시 이러한 특혜를 부여하기 위한 협상의 기회를 제공할 의무를 규정하고 있다.[77]

한편, 한-미FTA의 경우, 일방 당사국이 제3국 투자나 투자자에 특혜를 부여할 경우 이를 타방 당사국에도 자동적으로 부여한다는 문구로 규정되어 있어, 지역무역협정으로 인한 특혜부여의 예외 규정이 없다. 따라서 지역무역협정으로 제3국에 특혜를 부여하는 경우에도 한-미간에 동일한 특혜가 자동적으로 연장 적용되는 부담이 있다. 다만, 부속서의 양허 유보규정을 두어, 한국측의 경우는 한-미FTA 발효 이전에 서명(signed)되었거나 발효(in force)된 모든 협정상의 특혜에 대해 최혜국대우 의무의 적용을 배제하고 있으며, 아울러 항공(aviation)·어업(fisheries)·해양(maritime matters, including salvage)· 철도(railroad transportation) 분야에서의

73) 투자협정 제4조 3항, 4항.
74) 한-아세안 FTA 투자협정 제2조 2항 (단, 송금 및 수용보상 조항은 적용).
75) 한-칠레 FTA 제10.4조 2항, 3항.
76) AGREEMENT ON INVESTMENT BETWEEN THE REPUBLIC OF KOREA AND THE REPUBLIC OF ICELAND, THE PRINCIPALITY OF LIETENSTEIN AND THE SWISS CONFEDERATION. EFTA국가중 노르웨이가 투자협정에 반대했으므로, 한-EFTA FTA에 투자chapter를 마련하지 못하고, 노르웨이를 제외한 3국과만 투자협정을 별도로 맺게 된 것이다.
77) Ibid., 제4조.

최혜국대우 의무의 적용도 배제하고 있다.[78] 그러므로 이러한 최혜국대우가 적용되는 경우는 한-미FTA 발효 이후에 체결한 항공·어업·해양·철도 이외의 분야의 국제협정의 경우에 그런 것이라 볼 수 있다. 한편 미국측의 경우는, 부속서에 한-미FTA 발효 이전에 서명(signed)되었거나 발효(in force)된 모든 협정상의 특혜에 대해 최혜국대우 의무의 적용을 배제하고 있으며, 아울러 항공·어업·해양 분야에서의 최혜국대우 의무의 적용도 배제하고 있다.[79]

이상을 비교해 볼 때, 한-아세안 FTA는 가장 소극적인 최혜국대우 의무의 적용범위를 설정하고 있음을 알 수 있고, 한-미FTA가 그 뒤를 따르고 있다. 이것은 우리가 앞으로 다른 국가들과 FTA나 기타 협정을 체결함에 있어, 아세안과 체결한 FTA에서 보다 더 유리한 특혜를 부여하더라도 그것이 한-아세안 FTA의 최혜국대우 의무 조항에 의해 아세안 국가들에 대부분 적용되지 않음을 의미하므로, 비교적 최혜국대우 의무로부터 자유롭게 제3국 특혜정책을 펼쳐나갈 수 있음을 의미한다. 물론 다른 한편으로는 우리도 아세안 국가들이 제3국과 맺은 특혜와 동등한 대우를 요구할 수 없기에, 상호 독립적인 고려에서 대외 통상정책을 펼쳐나갈 수 있는 셈이다.

〈 표 1: 한국이 체결한 FTA상의 투자 MFN조항의 유형 〉

	투자 MFN 조항			
	과거-미래 MFN	미래MFN	지역무역협정예외	기타예외
칠레	O		O	
EFTA	O		O	국경무역
미국		O		항공, 어업, 해양, 철도
아세안				과거/미래 모든 협정, 아세안 회원국간의 협정

78) 한-미FTA 부속서 II - 한국 양허표.
79) Ibid., 미국 양허표.

〈 표 2: 한국이 체결한 투자보장협정 및 FTA 상의 최혜국대우 의무의 적용 범위 – 적용 배제 사유 〉

	한국의 대상 국가	유사한 상황 제한	금융 및 보험분야 국내법규에 따른 제한	지역협정 예외	이중과세 회피 예외	조세관련 약정	조세관련 국내법령	국경교역 약정	면세지역	항공, 어업, 해양, 철도	아세안 회원국간의 협정	비고
투자보장협정	카자흐스탄											
	우즈베키스탄											
	우크라이나											
	말레이지아		■									
	인도					■	■					
	쿠웨이트			■	■	■	■					
	모로코			■	■	■						
	리비아			■	■	■			■			
	이란	■		■	■							
	인도네시아			■	■			■				
FTA	칠레			■								
	EFTA			■				■				
	미국	／	／	／	／	／	／	／	／	■		과거에 체결한 협정
	아세안			■	■	■	■				■	

3-3. 투자의 일반적 대우

한-인도네시아 투자보장협정에서는 상대국 투자에 대해 “공정하고 공평한 대우” 및 “충분한 보호와 안전을 향유”할 것을 보장할 것을 규정하고 있다.[80]

한-모로코, 한-인도 및 한-말레이시아 투자보장협정에서는 상대국 투자에 대한 “공정하고 공평한 대우”와 “충분한 보호와 안전을 향유”할 것을 보장한다고 규정

80) 한-인도네시아 투자보장협정 제2조 2항(“일방당사국 투자자의 투자는 타방당사국의 영역 안에서 항상 공정하고 공평한 대우를 받으며, 충분한 보호와 안전을 향유한다.”)

하고 있다. 아울러 상대국 투자자에게 "투자의 관리·유지·사용·향유 또는 처분과 관련하여 공정하고 공평한 대우"를 부여할 것을 규정하고 있다.[81]

한-쿠웨이트 투자보장협정에서는 상대국 투자에 대한 "일반적으로 승인된 국제법원칙 및 이 협정의 규정과 일치되는 방식으로 공평하고 공정한 대우"를 부여할 것과, "충분한 보호와 안전을 향유"할 것을 보장한다는 표현을 사용하고 있다.[82]

한-카자흐스탄, 한-우즈베키스탄 및 한-우크라이나 투자보장협정에서는 "공정·공평한 대우" 및 "완전한 보호와 안전"을 보장할 것을 규정하고 있다. 또한, 상대국 투자의 "관리·유지·사용·향유 또는 처분을 불합리한 조치를 통하여 침해하지 아니할 것"도 규정하고 있다.[83] 즉 "불합리성"이 하나의 일반적 대우 위반의 기준으로 규정되고 있는 것이다. 이에 대해 한-리비아 투자보장협정에서는 "부당한 조치"라는 표현을 사용하고 있다.[84]

이처럼 양자투자협정에서의 투자의 일반적 대우는 투자에 대한 "공정·공평한 대우", "충분한 보호와 안전 향유권 보장", "투자의 관리·유지·사용·향유 또는 처분과 관련한 공평·합리·정당한 대우" 등의 요소로 구성되어 있다.

한편, 우리가 체결한 FTA에서도 투자의 일반적 대우 조항을 두고 있다. 한-미 FTA는 "대우의 최소기준"이라는 명칭 하에 아래와 같이 규정하고 있다.

1. 각 당사국은 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여, 국제관습법에 따른 대우를 적용대상투자에 부여한다.
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.
   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
   나. 제1항의 "충분한 보호 및 안전"을 제공할 의무는 각 당사국이 국제관습법에 따라 요구되는 수준의 경찰보호를 제공하도록 요구한다.
3. 이 협정의 다른 규정 또는 별도의 국제협정에 대한 위반이 있었다는 판정이 이 조에 대한 위반이 있었다는 것을 입증하지는 아니한다.[85]

---

81) 한-모로코 투자보장협정 제2조 2항, 제3조 1항, 제3조 2항. 한-인도 투자보장협정 제2조 2항, 제3조 2항. 한-말레이시아 투자보장협정 제2조 2항, 제3조 2항.
82) 한-쿠웨이트 투자보장협정 제2조 6항.
83) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제2조 2항, 3항. 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제2조 2항, 3항. 한-우크라이나 투자보장협정 제2조 2항, 3항.
84) 한-리비아 투자보정협정 제2조 3항.

한-싱가폴 FTA도 위 한-미FTA의 규정내용과 대동소이하나, "국제관습법상 외국인에 대한 최저대우기준은 외국인의 경제적 권리 및 이익을 보호하는 모든 국제관습법의 원칙을 말한다"는 규정을 두고 있음이 특이하다.[86]

위처럼, 일반적으로 최소기준 대우 의무는 국제관습법상의 외국인에 대한 최소대우 기준 준수를 의미하며, 협정상의 다른 의무 위반이 최소기준대우 의무 위반을 바로 구성하는 것은 아님을 명백히 할 필요가 있다. 일반적으로 최소기준대우는 "공정·공평대우(fair and equitable treatment)"와 "충분한 보호와 안전(full protection and security)"의 두 부분으로 나누어 규정하는데, FTA에서는 전자에 대해 형사, 민사, 행정소송에서의 적정절차 원칙에 입각한 정의수호 의무 등을 언급하는 경향이 있으며, 후자에 대해서는 국제관습법에서 요구하는 경찰보호(police protection) 수준 유지를 규정하는 경우가 많다.

한편, 한-아세안 FTA 투자협정은 "투자의 일반적 대우(general treatment of investment)"라는 제목으로 투자협정에서 전통적으로 인정되어온 최소기준대우 의무(minimum standard of treatment)를 아래와 같이 규정하고 있다.

1. 각 당사국은 그 밖의 당사국의 투자자의 적용대상투자에 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 부여한다.
2. 보다 명확히 하기 위하여,
   가. 공정하고 공평한 대우는 각 당사국이 모든 법적 또는 행정적 절차에 있어서 공평한 처분을 할 것을 요구한다.
   나. 충분한 보호 및 안전은 각 당사국이 그러한 조치를 적용대상투자의 보호와 안전을 보장하기 위하여 합리적으로 필요한 만큼 취할 것을 요구한다. 그리고,
   다. "공정하고 공평한 대우" 및 "충분한 보호 및 안전"이라는 개념은 국제관습법에 따라 제공되는 것에 추가적인 또는 이를 초과한 대우를 요구하지 아니하며, 추가적인 실질적 권리를 창설하지 아니한다.[87]
3. 이 협정의 다른 규정 또는 별도의 국제협정에 대한 위반이 있었다는 판정이 이 조항에 대한 위반이 있었다는 것을 입증하지는 아니한다.[88]

이처럼, 한-아세안 FTA에서는 "공정하고 공평한 대우"와 "충분한 보호 및 안전"의 두 부분으로 나누어 규정하고 있으며, 전자는 "법적·행정절차에서의 공평처분"이라고 포괄적인 개념으로 정의하고 있으며, 후자의 경우에도 무엇이 "보호 및 안전"인지에 대해 언급함이 없이, "투자의 보호와 안전을 보장하기 위하여 합

85) 한-미FTA 제11.5조.
86) 한-싱가폴FTA 제10.5조.
87) 인도네시아공화국의 경우, 제2항 다호는 적용되지 아니한다.
88) 투자협정 제5조.

리적으로 필요한 만큼 취할 것"을 의무화하고 있어, 경찰보호에 한정하고 있지 않다는 점이 특징적이다. 이것은 최소기준 대우 의무의 범위가 한-아세안 FTA에서는 해석에 따라 광범위하게 인정될 수 있는 여지를 남긴 것으로 평가할 수 있다. 제목의 경우도 "일반적 대우"라는 용어를 사용하고 있어, 반드시 전통적인 최소기준 대우 조항에 의해 명시되어 오던 사항들 이외에도 추가적인 대우 문제가 일반적 대우 개념에 포함될 수 있는 가능성을 남기고 있음을 유의할 필요가 있다. 그만큼 투자에 대한 보호도 확대될 수 있으므로, 양측간의 투자촉진 측면에서는 바람직하다 볼 수 있다.

3-4. 이행요건 부과 금지

우리가 맺은 대부분의 양자투자보장협정에서는 이행요건(performance requirements) 부과 금지 규정이 별도로 존재하지 않는다.

반면, 그 동안 우리가 체결한 FTA에서는 이행요건 부과 금지 조항을 명시적으로 규정하고 있다. 한-칠레, 한-싱가폴 및 한-미FTA에서는 (i)일정한 비율의 상품이나 서비스 수출, (ii)국산품 사용비율 부과, (iii)국산품이나 국산 서비스 구매·사용·선호 부여 요구, (iv)투자외환의 액수에 수입이나 수출량이나 금액을 연결, (v)외환획득고에 상품이나 서비스 판매를 연계, 기술이전, 특정 지역이나 세계시장에서 독점공급자로 활동 등의 의무를 투자의 조건으로 부과하는 것을 금지한다. 아울러 (vi)국산품사용비율 부과, (vii)국산품이나 국산 서비스 구매·사용·선호 부여 요구, (viii)투자외환의 액수에 수입이나 수출량이나 금액을 연결, (ix)외환획득고에 상품이나 서비스 판매를 연계하는 것을 일정한 혜택을 얻는 조건으로 연결하는 것도 금지된다. 단, 자국 영역에서의 투자와 관련한 편익의 수령의 조건으로 자국 영역에서 생산지를 정하거나, 서비스를 제공하거나, 인력을 훈련하거나 고용하거나, 특정 설비를 설립하거나 확장하거나, 또는 연구개발을 수행하는 것을 부여하는 것은 금지되지 않는다. 또한 인간, 동식물의 생명 및 건강을 보호하기 위하거나 고갈 가능한 천연자원의 보존을 위하여 필요한 조치는 자의적이거나 위장된 무역제한을 구성하지 않는 한 허용된다.[89]

한편, 한-아세안 FTA에서는 "이 협정에서 구체적으로 언급되지 않거나 이 협정에 의해 수정되지 않은 무역관련투자조치에 관한 세계무역기구 협정의 규정은 문맥이 달리 요구하지 않는 한, 필요한 변경을 가하여 이 협정에 적용된다"고 규정하고 있다.[90] 이와 같은 이행요건 부과 금지 의무를 투자 맥락에서 일일이 명시하는 대신, 한-아세안 FTA에서는 WTO TRIMs협정의 범위로 제한하여 이를 준용하

89) 한-칠레 FTA 제10.7조, 한-싱가폴 FTA 제10.7조, 한-미FTA 제11.8조.
90) 한-아세안 FTA 투자협정 제6조.

는 방식을 채택하고 있는 것이다. 따라서, 여타 FTA에서 규정하고 있는 연구개발 및 동식물 건강 보호, 고갈가능 자원 보존 등의 예외사유를 명시하지 않고 있어 이러한 예외가 인정될 수 있는지가 문제시될 수 있다. 다만, 한-아세안 FTA 투자협정에서는 일반적 예외 규정을 자체적으로 규정하고 있으므로,[91] 그 범위 내에서 동식물 건강 보호, 고갈가능 자원 보존 등의 목적을 위한 이행요건 부과는 허용될 수 있다고 해석된다.

3-5. 송금

한-모로코 투자보장협정에서는 "상대국 투자자의 투자 및 수익과 관련된 지급액을 자유롭게 송금할 수 있는 권리를 부여하여야 한다"고 규정하고 있다. 이러한 송금에 포함되는 것으로는, "투자로부터 발생하는 수익, 손실 보상금, 수용보상금 및 기타 배상금, 투자의 처분 또는 전면적·부분적 청산으로 인한 수익금, 투자와 관련된 차관의 상환자금, 기존투자의 유지 및 확대를 위하여 필요한 추가금액, 투자와 관련하여 자국의 영역 안에서 근로허가를 받은 타방체약당사자의 국민의 소득" 등이 있다. 송금은 "당해 거래에 유효한 환율에 의하여 부당한 지체 없이 자유태환성 통화로 이루어져야" 한다.[92] 한-카자흐스탄, 한-인도, 한-우즈베키스탄, 한-우크라이나 및 한-리비아 투자보장협정[93]도 대체로 유사한 규정을 두고 있다.

한-쿠웨이트 투자보장협정에서는 위에 더해 "대위변제에 따른 비용"과 "분쟁해결로부터 발생하는 비용"도 송금 대상에 포함시키고 있고, 송금이 지연될 경우 투자자는 "지연기간의 이자를 받을 자격"이 있음을 규정하고 있다.[94]

한-이란 투자보장협정은 송금의 대상으로 "기술이전합의와 관련된 사용료 또는 수수료"를 추가로 규정하고 있으며, 투자자와 투자유치국은 투자보장협정상의 "송금의 과정에 대하여 달리 합의할 수 있음"을 규정하고 있다.[95]

한-말레이시아 투자보장협정에서는 타방당사국의 투자자의 투자에 대한 송금 보장과 관련 "제3국의 국민 또는 회사가 행한 투자에 따른 송금에 대하여 부여하는 대우와 동등한 대우를 부여하는 의무"를 규정하고 있다.[96] 즉, 송금과 관련, 일종의 MFN대우(제3국과의 동등대우)를 규정하고 있는 것이다.

한-인도네시아 투자보장협정에서는 "통화 송금의 보고를 요구하는 법령을 요구

---

91) Ibid., 제20조.
92) 한-모로코 투자보장협정 제6조.
93) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제6조, 한-인도 투자보장협정 제6조, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제6조, 한-우크라이나 투자보장협정 제6조, 한-리비아 투자보장협정 제6조.
94) 한-쿠웨이트 투자보장협정 제6조.
95) 한-이란 투자보장협정 제8조.
96) 한-말레이시아 투자보장협정 제7조.

할 수 있다"는 규정을 두고 있다.[97]

우리가 체결한 FTA에서도 투자 송금의 보장조항을 두고 있다. 한-아세안 FTA는 원칙적으로 투자자의 본국 송금의 자유를 규정하고 그 한계에 대해 언급하고 있다. 각 당사국은 적용대상투자에 관한 송금이 송금의 시점에 자국 영역에서 일반적인 시장환율에 따라 자유사용가능통화로 자국 영역 내외로 자유롭고 지체 없이 이루어지도록 허용한다. 그러한 송금은 다음을 포함한다.

(ⅰ) 초기 자본 및 투자를 유지하거나 증가시키기 위한 추가분
(ⅱ) 이윤・배당금・이자・자본이득・사용료지불・면허비・기술지원비・경영지도비 및 적용대상 투자로부터 발생하는 그 밖의 경상수입
(ⅲ) 투자의 전부 또는 일부의 매각 또는 청산에 따른 대금
(ⅳ) 대부계약에 따라 이루어진 지급을 포함하여 계약에 따라 이루어진 지급
(ⅴ) 제12조(수용 및 보상) 및 제13조(손실에 대한 보상)에 따라 이루어진 지급, 그리고
(ⅵ) 협정상 분쟁해결로부터 발생한 지급[98]

다만, 당사국은 일정한 경우 자국법 및 규정의 공평하고 비차별적이며 선의에 입각한 적용을 통하여 송금을 연기하거나 금지할 수 있다. 이러한 경우로 한-아세안 FTA에서는 아래가 규정되어 있다.

(ⅰ) 파산・지급불능 또는 채권자의 권리보호
(ⅱ) 유가증권・선물・옵션 또는 파생상품의 발행・유통 또는 거래
(ⅲ) 형사 범죄
(ⅳ) 사회보장・공적퇴직연금 또는 강제적립기금
(ⅴ) 사법 또는 행정 절차에서의 판결의 준수 보장
(ⅵ) 고용계약해제
(ⅶ) 법집행 또는 금융규제당국을 지원하기 위하여 필요한 때에, 송금에 대한 재무보고 또는 기록보존, 그리고
(ⅷ) 과세[99]

한편, 한-미FTA와 한-싱가폴FTA에서는 위 송금 연기 및 금지 사유 중 (ⅳ), (ⅵ), (ⅷ)가 규정되어 있지 않고,[100] 한-인도 CEPA에서는 (ⅷ)이 규정되어 있지 않다.[101]

---

97) 한-인도네시아 투자보장협정 제7조.
98) 한-아세안 FTA 투자협정 제10조 1항, 한-미FTA 제11.7조, 한-인도CEPA 제10.10조, 한-싱가폴FTA 제10.11조.
99) 한-아세안 FTA 투자협정 제10조 2항.
100) 한-미FTA 제11.7조 4항, 한-싱가폴FTA 제10.11조 3항.

3-6. 수용 및 보상

한-모로코 투자보장협정은 상대국 투자자의 투자에 대한 수용 및 보상의무에 대해 아래와 같이 규정하고 있다.

1. 일방체약당사자의 투자자가 행한 투자는 타방체약당사자의 영역 안에서 공공의 목적·적법절차 및 무차별원칙에 의하지 아니하거나 신속·충분·유효한 보상이 수반되지 아니하면 국유화·수용 또는 이에 상응하는 효과를 지닌 기타 유사한 조치(이하 "수용"이라 한다)를 당하지 아니한다.
2. 그러한 보상은 수용이 행하여지기 직전 또는 임박한 수용이 공공연히 알려지기 직전 중 보다 이른 시기의 수용된 투자의 시장가치에 상당하여야 하고, 적용 가능한 상업적 이율의 이자를 포함하여야 하며, 부당한 지체없이 지급되고 효과적으로 실현되며 자유롭게 송금될 수 있어야 한다.
3. 일방체약당사자의 투자자는 이 조에 규정된 원칙에 의하여 당해 투자가치의 산정에 대하여 타방체약당사자의 사법당국에 의한 신속한 심사를 청구할 수 있는 권리를 가진다.
4. 일방체약당사자는 자국의 영역 안에서 시행되는 법에 의하여 설립·구성 되었으나 타방체약당사자의 투자자가 주식을 소유하거나 또는 다른 형태로 참여한 회사의 자산을 수용하는 경우에는 이 조의 규정이 적용된다.[102]

이러한 형식의 규정은 우리가 체결한 투자보장협정에 대부분 공통적으로 규정되어 있다.[103] 추가적 규율로, 한-쿠웨이트 및 한-리비아 투자보장협정은 "수용과 보상이 이루어지는 경우, 당사자가 자국 또는 제3국의 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우가 부여된다"고 규정하여, 수용 및 보상에 있어서의 내국민대우와 최혜국대우를 규정하고 있다.[104] 한-카자흐스탄, 한-우즈베키스탄 및 한-우크라이나 투자보장협정은 "신속한 보상원칙"의 구제적 기한을 "수용일로부터 2개월 내"로 명시하고 있다.[105]

한편, 이러한 수용 및 보상원칙은 우리가 체결한 FTA에서도 유사하게 도입되어 있다. 한-아세안 FTA 투자협정은 상대국 투자자의 투자에 대한 수용 및 보상의무에 대해 아래와 같이 규정하고 있다.

---

101) 한-인도 CEPA 제10.10조 4항.
102) 한-모로코 투자보장협정 제5조.
103) 한-인도 투자보장협정 제5조, 한-이란 투자보장협정 제6조, 한-말레이시아 투자보장협정 제6조, 한-인도네시아 투자보장협정 제6조,
104) 한-쿠웨이트 투자보장협정 제5조 1항, 한-리비아 투자보장협정 제5조 2항.
105) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제5조 1항, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제5조 1항, 한-우크라이나 투자보장협정 제5조 1항

1. 당사국은 다음을 제외하고 그 밖의 당사국의 투자자의 적용대상투자를 직접적 또는 수용 또는 국유화와 동등한 조치(이하 "수용"이라 한다)를 통하여 국유화 하거나 수용하여서는 아니 된다.
   가. 공공목적을 위할 것[106]
   나. 적법절차에 따를 것
   다. 비차별을 기초로 할 것, 그리고
   라. 신속하고 충분하며 유효한 보상을 지불할 것
2. 제1항 라호의 목적상, 보상은
   가. 수용이 공개적으로 발표되거나,[107] 수용이 발생한 때 중 적용 가능한 시점에서의 수용된 투자의 공정한 시장가격과 동등하다.
   나. 수용 의도가 미리 알려졌기 때문에 발생하는 가치의 변동을 반영하지 아니한다.
   다. 부당한 지연 없이 확정되고 지불된다.[108] 그리고
   라. 당사국들의 영역간 효과적으로 실현 가능하고 자유롭게 송금 가능한 통화이다.
3. 제1항 라호에서 언급된 보상은 적절한 이자를 포함하여야 한다. 보상은, 모든 발생된 이자를 포함하여, 수용 당사국의 통화로 또는 투자자에 의한 요청이 있는 경우 자유사용가능통화로 지불 가능하다.
4. 제1항·제2항 및 제3항에도 불구하고, 싱가포르공화국과 베트남 사회주의공화국의 경우, 토지와 관련한 모든 수용 조치는 그들의 개별적인 국내법·규정 및 그에 대한 개정에 정의된 바와 같고 수용의 목적 및 보상의 지불은 앞에서 언급한 법과 규정에 따른다.
5. 이 조항은 무역 관련 지적재산권 협정에 따라 지적재산권과 관련하여 부여되는 강제실시권의 발동에는 적용되지 아니한다.[109]

여타 FAT에서도 공공목적의 비차별적 수용의무, 신속·적절·효과적인 보상, 보상에 있어서의 지연금지의 원칙, 보상금의 국제적 이전 가능 원칙 등이 유사하게 규정되어 있다.[110]

---

106) 불확실함을 피하기 위하여, 말레이시아가 수용 당사국인 경우, 토지와 관련한 모든 수용 조치는 토지 취득에 관한 국내법 및 규정에 기재된 목적을 위한 것이다.
107) 필리핀 공화국의 경우, 수용이 발생한 때 또는 수용이 공개적으로 발표되기 직전은 수용에 대한 신청이 제출된 날을 언급한다.
108) 당사국들은 지급이 이루어지기 전에 준수될 필요가 있는 법적·행정적 절차가 있을 수 있다는 것을 이해한다.
109) 한-아세안 FTA 투자협정 제12조.
110) 한-칠레 FTA 제10.13조, 한-EFTA FTA 투자협정 제13조, 한-싱가폴 FTA 제10.13조, 한-미FTA 제11.6조.

위에서, “수용(expropriation)”의 정의를 “직접적 또는 수용 또는 국유화와 동등한 조치(either directly or through measures equivalent to expropriation or nationalization)”로 규정하고 있는 것은 “간접수용(indirect expropriation)”의 법리를 인정한 것으로 이해할 수 있다. 간접수용에 관해서는 대표적인 NAFTA판례인 Metalclad v. Mexico 사례를 분석해볼 수 있다. Metalclad사는 산업폐기물 처리시설을 개발하는 업체로 1993년에 멕시코 San Luis Potosi주의 Guadalcazar에 위해폐기물 처리 관련 회사를 인수하였다. 당시 멕시코 연방정부는 위해폐기물에 관한 모든 법적 관할권을 갖고 있었으며, Metalclad사의 투자에 대해 적법하게 인가조치를 하였다. 그러나 San Luis Potosi 주정부는 동 사업에 대한 승인을 계속 보류하였으며, 관련 사업에 대한 환경영향평가를 바탕으로 주변 자연환경 보호를 저해한다는 결론을 내리고 투자시설을 철거할 것을 요구하였다. Guadalcazar시는 해당 지역을 자연보호구역으로 지정하였다. 이에 Metalclad사는 이미 사업설비 등에 2천5백만 달러를 투자하였고 사업 개시의 지연에 따라 3천만 달러 상당의 수입이 상실되었다고 주장하였다. 동사는 멕시코 정부의 조치가 NAFTA의 최소기준대우원칙 및 보상 없는 수용 금지원칙에 위반한다고 주장하며, 총 9천만달러의 보상을 요구하며 국제 중재를 요청하였다.

중재패널은 멕시코정부가 NAFTA 1105조상의 최소기준대우원칙(minimum standard treatment)에 위반한다고 판시하였는바, 멕시코내의 연방, 주, 지방정부의 다양한 수준에 있어서의 허가신청 절차에 있어서의 투명성(transparency)이 부족하고, 주정부의 허가거부 조치 시 신청인에 대해 적절한 통지 및 의견진술권을 부여하지 않는 등 적정절차(due process) 원칙을 준수하지 않았음을 근거로 제시하였다. 중재패널은 또한 NAFTA 1110조상의 보상 없는 수용금지 원칙에도 위반한다고 판시하였는바, 공공연한 재산의 수용뿐만 아니라, "사실상 또는 부수적인(covert or incidental) 재산 사용"의 경우에도 그것이 “재산보유자로 하여금 당해 재산으로부터 예상되는 합리적인 경제이익 전체나 상당부분(in whole or in significant part)을 상실시키는 효과가 있는 경우, 그것이 수용국에 명시적 이익을 가져오는지에 상관없이 수용에 해당 한다”고 판정하였다. 이러한 논리에 따라, 멕시코 연방정부가 Metalclad사의 사업을 승인한 후, 시정부가 그 사업을 더 이상 진행하지 못하도록 하고 있는 조치를 용인하였으므로, 멕시코의 행위는 “수용에 버금가는 조치(measure tantamount to expropriation)"에 해당한다고 판시했다. 더구나, 이어지는 자연보호지역 지정행위로 인해 매립지 사업 운영이 불가능하게 되었으므로 이 것 또한 수용행위가 발생했다는 추가적 근거로 지적하였다.

이러한 판단에 따라, 패널은 2000년 8월 멕시코 정부가 Metalclad측에 16.7백만불의 배상금을 지불하라고 판결하였다. 이 금액은 Metalclad측의 투자액수에 시정부가 불인가조치를 내린 날 이후로부터의 이자액을 더한 것으로, 이러한 직접 손

해 이외의 간접적인 손해들은 제외한 것이었다.

이 사건은 소위 '간접수용'(indirect expropriation)을 인정한 최초의 판례로 인구에 회자되고 있다. 비록 직접적이고 명시적인 재산수용 행위는 없더라도 사실상의 효과에 있어 재산의 상실에 버금가는(tantamount to expropriation)조치가 취해지면 그것 또한 '보상 없는 수용금지' 규정의 적용을 받는다는 것이다.

이러한 간접수용의 법리는 그 후 많은 투자협정이나 FTA에 도입되었으며, 한-미FTA도 '수용 및 보상' 규정에서 "수용 또는 국유화에 동등한 조치(measures equivalent to expropriation)를 통하여 적용대상투자를 직접적 또는 간접적으로 수용하거나 국유화할 수 없다"고 명시함으로써 간접수용을 인정하고 있다.[111] 한-미FTA 부속서 11-나에서는 "간접수용(indirect expropriation)"이라는 용어를 직접 사용하고 있으며, 간접수용 여부를 판정하는 기준으로써, (i) 정부 행위의 경제적 영향, (ii) 정부 행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정보, 그리고 (iii) 그 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격 등을 제시한 후, 이들을 종합적으로 고려하여 사안별로 사실에 기초한 조사를 거친 후 판정할 것을 규정하고 있다.[112] 특히, "정부행위가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황을 제외하고는, 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위하여 고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다"고 규정하고 있음은 주목할 만하다. 즉, 환경보호를 위한 정당한 규제를 취한 결과 재산권의 상실이 발생하더라도 일반적으로는 간접수용의 법리가 적용되지 않으므로, 보상의 의무도 발생하지 않게 되는 것이다. 다만, 미국 투자자에게 심하게 불균형적인 제한 효과가 발생하거나 차별적으로 규제가 취해지게 되면, 위 예외조항을 원용할 수 없게 됨을 주의해야 한다.

Metalclad사례와는 달리, 한-미FTA에는 이러한 '정당한 환경 규제 예외'가 명시적으로 부속서에 규정되어 있으므로, 우리 정부나 지방정부가 환경보호를 위한 정당한 목적 하에 비차별적으로 규제를 가할 수 있는 권한은 확보되었다고 볼 수 있다.

비록 다른 FTA에서는 이러한 간접수용 판단 기준을 서술하고 있지는 않으나, 한-미FTA의 그것을 참고할 수 있을 것이다. 또한, 비록 한-아세안 FTA에서는 "공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위한 비차별적 규제행위"의 예외를 명시하고 있지 않으나, 일반적 예외 조항과 안보상 예외 조항이 별도로 규정되어 있으므로, 그 범위 내에서 일정한 공중보건, 안전, 환경 규제가 정당화될 수 있을 것이다. 다만, 부동산 가격안정화 규제의 경우에는 "공공질서" 유지를 위하여 필요하다고 판단되는 경우[113]를 제외하고는 정

111) 한-미FTA 제11.6조 1항.
112) Ibid., 부속서 11-나 3항.

당화되기 힘들다는 점에서 한-미FTA와 차이가 있다고 본다. 향후 한-아세안 FTA 투자협정에 수용 및 보상에 관한 부속서를 첨부할 것을 목표로 협상을 진행하기로 되어 있으므로,[114] 이러한 점들을 참고하여 문안에 협의해나가야 할 것이다.

해외 자원개발 투자를 진행하는 경우, 수용에 대한 보상의 요건과 한계를 명확히 인식하고, 간접수용의 법리를 숙지하여, 투자재산의 보호에 만전을 기울여야 할 것이다.

3-7. 손실에 대한 보상

한-모로코 투자보장협정에서는 "전쟁, 무력충돌, 국가비상사태, 항거, 반란, 폭동 또는 기타 유사한 사태로 인하여 손실을 입는 경우, 원상회복, 배상, 보상 또는 기타 해결에 있어 비차별대우를 부여"할 것을 규정하고 있다. 이러한 보상, 배상 지급액은 "신속, 충분, 유효하고(prompt, adequate, effective)" 자유롭게 송금되어야 한다. 이러한 비상사태 시에 "군대 또는 당국에 의한 재산의 징발이나 재산의 파괴"에 대해서도 정당하고 충분한 보상을 부여할 것과 지급액의 지체 없는 송금 보장 의무를 규정하고 있다.[115] 한-인도 및 한-미 FTA에서도 이러한 "신속하고, 적절하며 유효한(prompt, adequate, and effective)" 보상원칙이 확인되고 있다.[116]

한-카자흐스탄, 한-인도, 한-우즈베키스탄, 한-우크라이나, 한-쿠웨이트, 한-이란, 한-말레이시아 및 한-리비아 투자보장협정에서는 이러한 "비차별, 충분, 유효한" 보상 대신에 "비차별 또는 적절한(adequate)" 보상 원칙을 규정하고 있다.[117]

한편, 한-인도네시아 투자보장협정, 한-싱가폴 FTA, 한-아세안 FTA에서는 비차별 보상원칙만을 규정하고 있다.[118]

이러한 손실보상 규정은 자원개발대상국에 국내 정치가 불안정한 국가가 포함되어 있는 점을 고려해볼 때, 최소한 우리투자자가 비상사태에 처해 손실을 입은 경우, 내국민대우 및 최혜국대우 원칙에 입각해 손실보상을 받을 수 있는 근거라는 점에서 바람직한 조항이라 볼 수 있다. 특히 전쟁과 같은 국가의 공적 행위는 물론이고 시민소요와 같은 민간의 행위로 인해 투자 손실을 입는 경우도 포함하여 규정하고 있으므로, 투자자 입장에서는 투자의 정치적 불안정성을 그만큼 줄일 수 있는 장점이 있다. 보상의 정도와 관련, "충분하고 유효한" 보상을 규정하고 있는

113) 투자협정 제20조 1항 가호 참조.
114) 한-아세안 FTA 투자협정 제27조 참조.
115) 한-모로코 투자보장협정 제4조.
116) 한-인도 CEPA 제10.13조, 한-미FTA 제11.5조 5항
117) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제4조, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제4조, 한-우크라이나 투자보장협정 제4조, 한-인도 투자보장협정 제4조, 한-쿠웨이트 투자보장협정 제4조, 한-이란 투자보장협정 제7조, 한-말레이시아 투자보장협정 제5조, 한-리비아 투자보장협정 제4조.
118) 한-인도네시아 투자보장협정 제5조, 한-싱가폴 FTA 제10.14조, 한-아세안 FTA 투자협정 제13조.

협정이 단순히 비차별적 보상을 규정하고 있는 것에 비해 보상액수를 충분히 늘릴 수 있다는 점에서 좀더 바람직하다고 볼 수 있다. 이러한 점들은 비상사태가 발생할 확률이 높은 국가로 자원개발투자를 진행할수록 숙지하여, 손실에 대한 보상을 적극적으로 추구해야 할 것이다.

3-8. 일시적 투자세이프가드 조치

양자 투자보장협정에서와는 달리, 우리가 맺은 FTA에서는 투자분야의 일시적 세이프가드 조치(temporary safeguard measures)를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 한-아세안 FTA 투자협정은 일시적 세이프가드 조치를 아래와 같은 요건하에 인정하고 있다.

1. 당사국은 심각한 국제수지 및 대외적 금융상의 어려움 또는 그러한 우려 아래 있는 경우, 국경간 자본거래에 관한 제3조(내국민대우) 또는 제10조(송금)에 따른 의무와 합치하지 않는 조치를 채택하거나 유지할 수 있다.
2. 당사국은, 예외적인 상황에서, 자본이동이 관련 당사국에서 심각한 경제 또는 금융 혼란을 또는 통화정책 또는 환율정책 운영에 심각한 어려움을 초래하거나 초래할 우려가 있는 경우, 제10조(송금)에 따른 의무와 합치하지 않는 조치를 채택하거나 유지할 수 있다.[119]
3. 제1항 및 제2항에서 언급된 조치는,
   가. 국제통화기금협정의 조항, 개정되는 경우 그 개정된 조항과 합치한다.
   나. 그 밖의 당사국의 상업적·경제적 및 재정적 이익에 불필요한 손해를 피한다.
   다. 제1항 또는 제2항에 기술된 상황에 대처하는 데 필요한 조치를 초과하지 않는다.
   라. 일시적이어야 하며, 제1항에 기술된 상황이 개선되는 대로 점진적으로 폐지된다.
   마. 어떠한 다른 당사국에도 그 밖의 당사국 또는 비당사국보다 불리하지 않은 대우가 적용된다.
4. 제2항에 따라 채택되거나 유지되는 조치는 제3항가호에서 마호까지에 더하여,
   가. 1년 이내에 또는 상황이 더 이상 그러한 조치의 존속 내지 지속을 정당화하지 않는 경우 점진적으로 폐지된다.[120]
   나. 내국민대우를 기초로 적용된다. 그리고

119) 보다 명확히 하기 위하여, 투기적 자본흐름을 막는 것을 포함하여 환율의 안정성을 확보하기 위한 조치는 특정 분야를 보호하기 위한 목적으로 채택되거나 유지되지 않는다.
120) 보다 명확히 하기 위하여, 그러한 조치는 상황이 정당화하는 경우 일 년의 기간을 넘어 연장될 수 있다.

다. 그 밖의 당사국의 투자자 및 적용대상투자에 대해 불필요한 손해를 피한다.
5. 제1항 및 제2항에 따라 유지되거나 채택되는 모든 제한 또는 이에 대한 변경은 신속히 다른 당사국들에게 통보된다.[121)]

한-인도 CEPA에서도 이러한 세이프가드 조치가 아래와 같은 조건하에서 허용된다.

가. 국제통화기금협정의 규정과 합치하여야 한다.
나. 제1항에 기술된 상황에 대처하는데 필요한 조치를 초과해서는 아니 된다.
다. 일시적이어야 하며, 상황이 개선되는 대로 점진적으로 폐지되어야 한다.
라. 다른 쪽 당사국에게 신속하게 통보되어야 한다.
마. 다른 쪽 당사국의 상업적·경제적 및 재정적 이해관계에 불필요한 손해를 피하여야 한다.
바. 내국민 대우 원칙에 따라 적용되어야 한다. 그리고,
사. 다른 쪽 당사국이 비당사국만큼 우호적으로 대우받는 것을 보장하여야 한다.
아. 제1항나호에 따라 채택되고 유지되는 조치는 최소요구 기간을 초과해서는 아니 된다. 이에 추가하여, 그러한 조치 또는 그 변경사항을 채택하는 당사국은 그에 의하여 채택된 제한을 검토하기 위하여 다른 쪽 당사국과 협의를 개시하여야 한다.[122)]

한-싱가폴 FTA에서도 위 한-인도 CEPA의 조건이 유사하게 규정되어 있으나, 세이프가드조치의 발동기간을 "6월의 기간을 초과하지 아니한다"고 규정하고 있으며, 연장하려면 "공식적인 재도입" 절차를 거쳐야 함을 규정하고 있다.[123)]

이러한 조치는 금융 위기 시 금융시스템의 안정성을 높이기 위한 것이다. 즉, 우리 외국환거래법 제6조에 따라 우리 정부는 “천재지변, 전시·사변, 국내외 경제사정의 중대하고 급격한 변동, 국제수지 및 국제금융상 심각한 위기, 자본이동으로 인해 거시경제정책 수행에 심각한 지장 초래 시” 등의 경우 외국환 거래 정지, 지급수단 예치의무 부과 등의 조치를 취할 수 있다. 이러한 국내법상의 세이프가드 권한을 FTA반영한 셈이다.

한-미FTA에 규정되어 있는 금융서비스·투자분야의 세이프가드 제도도 그 맥락을 같이하는 것이다.[124)] 그러나, 이러한 한-미FTA권리는 좀더 많은 조건에 의해 제한되고 있음을 주목할 필요가 있다. 즉, (i)세이프가드 발동 기간은 1년 이내로 하되, 극히 예외적 상황에서 미국측과 협의를 거쳐 연장이 가능하며, (ii)세이프가드

121) 한-아세안 FTA 투자협정 제11조.
122) 한-인도 CEPA 제10.11조.
123) 한-싱가폴 FTA 제10.12조.
124) 한-미FTA Annex 11-G.

조치가 발동되더라도 한국 정부가 미국 투자자들의 국내 투자 자산을 몰수(confiscatory) 할 수 없으며, (iii)이중환율제(dual exchange rate) 실시도 금지된다. 그 밖에 (iv)투자자의 시장수익 향유능력(ability to earn a market rate of return)은 저해하지 않아야 하며, (v)미국의 상업·경제·재정적 이익에 대한 불필요한 손해를 피해야(avoid unnecessary damage)하고, (vi)일시적이고 상황 호전에 따라 점차적으로 완화해야할 의무, (vii)비차별원칙 준수의무, (viii)공표의무 등이 부과된다. 아울러 (ix)경상거래 및 외국인직접투자(FDI)를 위한 지급·송금에는 금융세이프가드가 적용될 수 없도록 규정하고 있다.[125] 더구나, 만일 금융세이프가드 권한 행사의 결과 투자자에게 심각한 일정한 영업손실이 발생하게 되면, 간접수용제도(indirect expropriation)를 통해 우리정부가 투자자-정부중재(investor-state arbitration)에 제소될 여지도 배제할 수 없다. 비차별적인 공중보건, 안전, 환경, 부동산가격 안정화 정책은 명시적으로 간접수용에서 배제되어 있는데 반해, 금융세이프가드는 그렇지 않기 때문이다.

이러한 조건들은 금융 세이프가드 발동의 남용을 막는 역할을 수행하는 점도 있으나, 오히려 너무 엄격한 요건으로 인해 세이프가드 제도의 유용성을 저하시키는 측면이 있다. 즉, 상황호전에 따른 완화의무, 비차별원칙, 공표의무 등은 세이프가드 발동 남용을 견제하는 순기능을 행사하는데 비해, 자산몰수 금지, 투자자의 시장수익 향유능력 보존 및 미국 이익에 대한 불필요한 손해금지 의무는 해석여부에 따라 세이프가드 권한 자체를 무력화시킬 위험성이 존재하는 것이다. 특히, "불필요한 손해"에 대한 판단기준 및 판정주체가 불확실하다는 문제점과 투자자의 시장수익 "향유능력"에 대한 기준이 애매하다는 점이 지적될 수 있다. 전세계 경제가 위기에 처한 상황에서 금융자유화의 한계가 입증되었고, 위기 시 금융세이프가드 조치를 신속하고 효과적으로 취할 수 있는 제도적 장치의 중요성이 부각된 점을 주목해야 하는 것이다.

그러므로, 한-아세안, 한-싱가폴, 한-인도 FTA에서 (i)필요 발동기간, (ii)점진적 완화, (iii)내국민대우, (iv)불필요한 손해 회피, (iv)신속 통보의 제한만 규정하고 있는 점은 한-미FTA에 비해서는 바람직한 것이라 볼 수 있다. 앞으로 이러한 제한사항들을 해석하고 자원개발투자에 대해 세이프가드조치를 적용함에 있어, 세이프가드의 남용을 방지하는 수단은 존속시키되, 최대한 세이프가드의 유효성과 정책적 유연성을 증진시키는 것이 목적이 되어야 함을 유의해야 할 것이다. 우리 투자가 부당한 세이프가드 조치에 직면하는 경우, 위 각 협정의 요건들을 숙지하여 그 철회를 요구하고 분쟁해결절차에 회부하는 등 적극적으로 대응해나갈 수 있음을 인식해야 할 것이다.

---

125) Ibid.

3-9. 일반적 예외

우리가 맺은 양자 투자보장협정에는 일반적 예외 규정을 두고 있지 않다. 일반적으로 FTA에서도 일반적 예외 장을 두고는 있으나, 많은 경우 투자 장은 일반적 예외의 적용대상에서 제외된다.[126] 그러므로 투자에 대한 정부의 규제조치는 FTA 일반적 예외에 의해 정당화시킬 수 있는 여지가 없는 경우가 많아, 빠짐없이 유보목록에 유보해두지 않으면, 정당한 규제라도 취하지 못하는 사태가 발생할 여지가 있다.

한편, 한-아세안 FTA 투자협정은 아래와 같은 일반적 예외 규정을 자체적으로 두고 있어, 투자조치에 대해 일반적 예외의 원용이 가능하다.

1. 유사한 상황에 있는 당사국들간 또는 그들의 투자자간에 자의적 또는 정당화될 수 없는 차별의 수단, 또는 투자자 또는 그 밖의 당사국의 투자자에 의한 투자에 대한 위장된 제한을 구성하는 방식으로 적용되지 아니한다는 요건을 조건으로, 이 협정의 어떠한 규정도 어떠한 당사국이 다음 조치를 채택하거나 집행하는 것을 방해하는 것으로 해석되지 아니한다.
   가. 공공윤리의 보호 또는 공공질서[127] 유지를 위하여 필요한 조치
   나. 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강을 위하여 필요한 조치
   다. 다음에 관한 조치를 포함하여 이 협정의 규정과 불합치하지 아니하는 법과 규정의 준수 확보를 위하여 필요한 조치
      1) 계약 불이행의 효과를 처리하기 위한 기만 및 사기 관행의 방지
      2) 사적인 자료의 처리 및 유포와 관련한 개인의 사생활 보호 및 개인의 기록 및 구좌의 비밀 보호
      3) 안전
   라. 상이한 대우가 그 밖의 당사국의 투자자 또는 투자에 대한 공평하거나 효과적인[128] 직접세의 부과 또는 징수를 보장하기 위한 한도 내에서, 제3조(내국민대우)에 합치하지 아니하는 조치
   마. 예술적·역사적 또는 고고학적 가치를 지닌 국보 보호를 위하여 부과되는 조치, 또는
   바. 그러한 조치가 국내 생산 또는 소비의 제한과 관련하여 효과적일 경우 고갈자원 및 천연자원 보호와 관련한 조치

---

126) 한-칠레FTA 제20.1조 2항, 한-미FTA 제23.1조 2항. 반면, 한-싱가폴 FTA의 경우에는 투자 장도 일반적 예외의 적용범위에 포함되어 있다. 한-싱가폴 FTA 제21.2조 2항.

127) 공공질서를 위한 예외는 사회의 근본적인 이익 중 하나에 대하여 진정하고도 충분히 심각한 위협이 제기되는 경우에만 원용될 수 있다.

128) 이 호의 목적상, 서비스무역에 관한 일반협정 제14조의 각주 6은 필요한 변경을 가하여 이 협정의 불가분의 일부로 통합되고 불가분의 일부를 구성한다.

2. 금융서비스공급에 영향을 미치는 조치가 관련되는 한, 서비스무역에 관한 일반협정의 금융서비스에 관한 부속서 제2항(국내규제)은 필요한 변경을 가하여 이 협정의 불가분의 일부로 통합되고 불가분의 일부를 구성한다.[129]

정당한 규제의 포괄적인 협정 예외를 얻기 위해서는 위 한-아세안 FTA 투자협정의 경우처럼 투자 부문에 적용되는 일반적 예외를 명시하여 규정하는 것이 바람직하다. 그 내용에 있어서도, 한-아세안 FTA 투자협정의 일반적 예외 규정은 일반적인 FTA상의 일반적 예외 규정의 모델인 GATS 제XIV조에 비해 더욱 광범위함을 주목할 필요가 있다. 즉, 위 한-아세안 FTA 투자협정 제20조 1항의 규정 중 "가"부터 "라"까지는 GATS 제XIV조에 해당하는 예외사유이나, "마"와 "바"는 추가적인 예외사유를 규정한 것이다. 그 결과, "국보 보호"나 "고갈 천연자원"을 보호하기 위한 투자 규제의 정당화 근거가 한-아세안 간에는 새로 도입되어 있는 셈이다. 이처럼 한-아세안 FTA는 공공정책 추진을 위한 투자 규제의 필요성을 광범위하게 반영하고 있음을 알 수 있다.

이에 더해, 한-아세안 FTA 투자협정은 안보상 예외를 위한 조항도 규정하고 있다. 그러므로 일정한 안보조치는 투자보호의무에 관계없이 취할 수 있는 근거를 마련하고 있다.[130] 일반적으로 거의 모든 FTA에서 안보예외 조항의 경우에는 투자장도 그 적용대상에 포함하고 있으므로,[131] 이 점은 특이사항은 아니다.

우리의 해외자원 개발 투자에 대해 투자유치국 측이 각종 규제를 가하는 경우, 그 국가와의 투자관련 협정상 일반적 예외사유가 존재하는지 여부와 존재한다면 이러한 정당화 사유에 해당하는지 여부를 분석해야 한다. 그런 후, 정당화될 수 없는 조치라면 분쟁해결 등의 절차에 회부할 수 있을 것이다.

3-10. 포괄적 보호 조항(Umbrella Clause)

이 밖에도 투자협정 및 FTA 투자 장에 규정된 포괄적 보호조항도 주목할 필요가 있다. 포괄적 보호조항이란 투자자와 국가간 체결한 투자계약까지 조약의 적용범위에 포함시켜 단순한 계약상의 의무위반으로 인한 분쟁이라 하더라도 조약에 기반하여 국제중재를 제기할 수 있게 함으로써 외국인투자자에 대한 보다 포괄적인 보호를 목적으로 하는 조항을 말한다.

원래, 포괄적 보호조항의 기본적인 형식은 다음과 같다.

"Each Contracting Party shall [observe, respect, guarantee, ensure...] any

129) 투자협정 제20조.
130) 투자협정 제21조.
131) 한-미FTA 제23.2조 등 참조.

[obligation, engagement, commitment...] it may have [entered into, have, assumed...] with regard to [investments 또는 investors] of nationals or companies of the other Contracting Party."

UNCTAD의 조사(2003)에 따르면, 236건의 양자투자협정 중 94건(약 40%)에서 포괄적 보호조항을 규정하고 있는 것으로 알려지고 있다. 우리나라도 90여개의 협정 중 약 25%정도가 이를 규정하고 있다고 한다.[132] 예를 들어, 한-리비아 투자보장협정에서는 "각 체약당사자는 타방체약당사자의 투자자가 자국의 영역 안에서 행한 투자와 관련하여 부담하게 되는 그 밖의 의무(any other obligation)를 준수한다"는 규정을 두어, 포괄적 보호조항을 규정하고 있다.[133] 즉, 위 문구에서 "그 밖의 의무"에는 투자자와 국가간 체결한 투자계약상의 의무도 포함되므로, 이 문구에 의거하여 투자계약 분쟁을 조약상의 문제로 처리할 수 있는 것이다.

한-인도 투자보장협정의 경우에도 아래와 같은 포괄적 보호조항을 두고 있다.

"각 체약당사자는 타방 체약당사자 투자자의 투자와 관련하여 부담하게 되는 다른 모든 의무(any other obligation)를 준수하되, 이 협정 제8조에 따른 분쟁해결 [투자자-국가 중재제도]은 정상적인 국내 사법구제조치를 이용할 수 없는 경우에만 적용한다."[134]

이 협정은 포괄적 보호조항을 도입하되, 투자계약상의 분쟁을 투자자-국가 중재제도에 의거하여 해결하려 하는 경우에는 "국내 사법구제조치"를 이용해야 하는 제한사항을 두고 있는 것이다. 국내구제를 정상적으로 이용할 수 없는 경우에 한해, 포괄적 보호조항을 원용하여 투자자-국가 중재로 갈 수 있는 것이다.

한-미FTA의 경우에는 투자자-국가 중재 청구의 사유 중의 하나로 투자유치국이 투자자와 맺은 투자계약을 위반한 경우를 규정함으로써 포괄적 보호의 효과를 창출하고 있다. 즉, 한-미FTA는 청구인이 투자자-국가 중재를 제기할 수 있는 경우로, "피청국국이 다음을 위반하였다는 것. 가) 제1절상의 의무, 나)투자인가, 또는 다)투자계약"을 들고 있어,[135] 단순히 투자 장에 명시된 의무 위반의 경우는 물론이고, 투자계약상의 의무위반도 FTA 투자분쟁해결 절차를 통해 해결할 수 있도록 하고 있다.

---

132) "Korea ranks 6th among G20 nations in number of investment deals", http://www.bilaterals.org/spip.php?article17596 (Jun 18, 2006). 한편 2003년 UNCTAD의 조사에 의하면 조사대상인 236건의 BIT 중 94건(약 40%)에서 포괄적 보호조항을 규정하고 있다.

133) 한-리비아 투자보장협정 제10조 3항.

134) 한-인도 투자보장협정 제11조 (Article 11 Application of Other Rules …. 2. Either Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party, provided that dispute resolution under Article 8 of this Agreement shall only be applicable in the absence of a normal, local, judicial remedy being available.")

135) 한-미FTA 제11.16조 1항 참조.

이처럼, 우리 기업이 해외자원 개발투자를 진행함에 있어, 투자유치국 정부와 체결한 각종 투자계약상의 권리를 투자협정에 의해 보호받을 수 있는 경우가 있음을 상기해야 한다. 이러한 보호의 전제조건은 인도, 리비아, 미국 등의 예와 같이 해당 국가와 체결한 투자보호협정이나 FTA가 포괄적 보호조항을 포함하고 있어야 한다는 것이다. 좀 더 적극적으로는 우리가 앞으로 주요 자원개발 투자 대상국과 양자투자협정이나 FTA를 체결하거나 개정함에 있어, 포괄적 보호조항을 규정해 넣음으로써 우리의 진출기업들의 투자보호를 강화시킬 수 있을 것이다.

〈 표 3: 한국이 체결한 FTA에서의 서비스/투자분야 의무 규정 〉

	Investment						
	NT	MS	EXP	MFN	PR	SMBD	LC
칠레	O	O	O	O	O	O	
싱가폴	O	O	O		O	O	
EFTA	O	O	O	O			
미국	O	O	O	O	O	O	
인도	O	O	O		O	O	O
아세안	O	O	O	O	O	O	O

※ *NT: 내국민대우, MA: 시장접근 보장, MFN: 최혜국대우, LP: 현지주재요건 금지, MS: 최소대우, EXP: 수용보상, PR: 이행요건 금지, SMBD: 임원국적제한 금지, LC: 손실보상*

4. 투자 분쟁해결 절차와 해외 자원개발 투자

4-1. 양자 투자보장협정 상의 절차

양자 투자보장협정에서는 대부분 국가간 중재재판 절차를 마련하고 있다. 즉, 분쟁이 일정기간 해결되지 아니하면, 일방당사국의 요청에 의하여 중재재판에 회부된다. 중재판정부는 각 당사국이 1인의 재판관을 임명하고, 양국의 합의로 3번째 재판관을 임명하게 된다. 이러한 임명이 일정한 기간 내에 이루어지지 못하는 경우, 당사국의 요청에 의해 국제사법재판소장이 임명할 수 있다. 중재판정부는 다수결에 의해 결정을 내리며, 이러한 결정은 최종적이고 양당사국에 대해 구속력을 지니게 된다. 각 당사국은 각자의 중재인 비용을 부담하며, 재판장의 비용은 균등하게 분담한다.[136)]

136) 한-쿠웨이트 투자보장협정 제9조, 한-모로코 투자보장협정 제9조, 한-카자흐스탄 투자보장협정 제19조, 한-이란 투자보장협정 제13조, 한-말레이시아 투자보장협정 제10조, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제10조, 한-인도네시아 투자보장협정 제10조, 한-우크라이나 투자보장협정 제10

이와는 별도로 일방 당사국과 타방 당사국의 투자자간 분쟁해결 절차(즉, 투자자-정부 분쟁해결)를 마련하고 있는 경우도 있다. 한-카자흐스탄, 한-인도, 한-우크라이나 투자보장협정에 따르면, 먼저 분쟁당사자간의 교섭과 국내구제조치를 진행해야 한다. 분쟁이 서면 통보를 제기한 때로부터 6개월 이내에 해결되지 않으면, 양 당사자의 합의에 의해, 투자를 허가한 당사국의 법률에 따라 그 사법당국에 회부될 수 있다. 이러한 합의가 성립되지 않으면, 일방 당사자의 요청에 따라, 국제중재재판에 회부할 수 있는데, 중재재판 절차는 (i) 양 당사국이 모두 국가와 타방 국가의 국민간의 투자분쟁해결에 관한 협약(ICSID협약)의 당사자인 경우에는 국제투자 분쟁해결본부(ICSID), 그렇지 않은 경우에는 (ii) 국제투자분쟁해결본부의 조정・중재 및 사실판정 절차에 대한 추가의정서, 또는 (iii) 1976년 국제연합 국제상거래법위원회의 중재규칙에 따른 임시 중재재판소에 회부하여 해결된다.[137]

한-이란 투자보장협정도 위와 유사한 투자자-정부 분쟁해결 절차를 규정하고 있으나, 차이점은 "서면 통보후 6개월 이내에 분쟁이 해결되지 않으면" 중재재판 절차로 이행할 수 있다고만 규정되어 있어, 당사자의 합의에 의한 투자유치국의 사법당국 회부 절차를 명시하지 않고 있다. 다만, "투자유치국의 법원에 회부된 분쟁을 계류중인 한 당사자간 합의에 의하지 아니하고는 중재재판에 회부될 수 없으며, 최종판결이 내려진 경우에는 중재재판에 회부될 수 없다"는 규정을 두어, 투자자가 국내법원을 선택했다가 자의적으로 중재재판으로 이행하는 행태(forum shopping)을 제한하고 있다.[138]

한-말레이시아 투자보장협정은 "3개월간" 분쟁이 해결되지 않으면, 중재재판으로 이행할 수 있다고 규정하여 기한을 단축하고 있으며, ICSID절차로 이행하기 위해서는 당해 투자자가 이를 서면으로 동의해야 하며, 국내재판절차에 제소하지 않을 것으로 조건으로 이행할 수 있다.[139] 반면, 한-인도네시아 협정은 "12개월"을 우호적 분쟁해결 기간으로 설정하고, 그 후 ICSID절차로 이행할 수 있음을 규정하고 있다.[140]

한-우즈베키스탄 협정은 6개월간 분쟁이 해결되지 않는 경우, 분쟁당사자가 달리 합의하지 않는 한, 중재재판은 "1976년 유엔상거래법위원회 중재규칙에 따라 행해진다"고 규정하여, 단일 중재재판 절차만을 상정하고 있다.[141] 한-리비아 협정도 6개월 협상기간 이후 임시중재재판 절차만을 상정하고 있다.[142]

조, 한-리비아 투자보장협정 제8조.

137) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제9조, 한-인도 투자보장협정 제8조, 한-우크라이나 투자보장협정 제9조

138) 한-이란 투자보장협정 제12조.

139) 한-말레이시아 투자보장협정 제9조.

140) 한-인도네시아 투자보장협정 제9조.

141) 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제9조.

142) 한-리비아 투자보장협정 제9조.

4-2. FTA에서의 분쟁해결 절차

우리가 맺은 FTA는 대부분 정부간 분쟁해결 절차를 마련하고 있다. 즉, 한-아세안 FTA를 예로 들면, “이 협정에 달리 규정되지 아니하는 한, 이 협정의 해석·이행 또는 적용에 관한 분쟁이 발생할 경우 기본협정 하의 분쟁해결제도에 관한 협정에 기재된 절차 및 제도를 통해 해결된다”[143]고 규정하여 국가간 분쟁해결 절차를 마련하고 있다. 한-아세안 FTA 분쟁해결제도에 관한 협정에 따르면, 일반적으로 FTA 분쟁해결절차에서 볼 수 있는 바와 같은 사전 협의(consultations), 중재패널(arbitral panels) 구성, 패널판정 및 이행에 관한 절차를 상세하게 규정하고 있다.

그러므로, 한-아세안 FTA 투자협정상의 각종 의무의 해석, 이행 및 적용에 관한 분쟁은 국가 대 국가의 FTA 분쟁해결 절차에 해당 당사국이 제기할 수 있는 것이다. 다만, 투자협정 자체가 자국 투자자가 투자자-국가 중재에 문제를 회부한 분쟁에 관하여 외교적 보호를 부여할 것을 금지하고 있으므로,[144] 투자자-국가 중재에 회부된 사안에 대해서는 국가 대 국가 분쟁해결절차가 진행되지 못한다고 해석된다.

한-미 FTA의 경우는 이 점을 명확히 하기 위해, 투자자-국가 중재를 제기하기 위해서는 청구인이 피청국국의 사법 또는 행정재판소는 물론 "그 밖의 분쟁해결절차(other dispute settlement procedures)"를 개시하거나 계속할 권리를 사전에 서면으로 포기할 것을 요구하고 있다.[145] 다만, 먼저 국가 대 국가 분쟁해결절차가 진행되었더라도, 투자자가 투자자-국가 중재를 진행시키는 것은 특별히 이것을 금지하는 조항이 존재하지 않고, 택일방식(folk-in-the-road approach)을 포함한 전제조건에도 반하지 않으므로, 가능하다고 판단된다.

한편, FTA에서는 이러한 국가대 국가 분쟁해결절차와는 별도로 투자자-국가 분쟁해결절차를 마련하고 있다. 아래에서는 한-아세안 FTA 투자협정을 예로 들어 이를 설명하기로 한다.

4-2-1. 의의

적용대상 투자의 경영·영업·매각·처분과 관련하여, 한-아세안 FTA 투자협정상의 일정한 의무(내국민대우, 최혜국대우, 투자에 대한 일반적 대우, 고위경영진 및 이사회 구성 제한 금지, 송금, 수용 및 보상, 손실보상) 위반으로 인해, 적용대상 투자나 그 투자자에 손실(loss) 또는 손해(damage)가 야기된 때, 당해 투자자와 당사국간에 일정한 중재절차를 통해 분쟁을 해결할 수 있도록 한 것이다.[146]

---

143) 투자협정 제19조.
144) 한-아세안 FTA 투자협정 제18조 13항.
145) 한-미FTA 제11.18조 2항.
146) 투자협정 제18조 1항.

전통 국제법의 원칙에 따르면, 국가간에 체결되는 조약이나 협정의 위반은 당사자인 국가가 상대방 국가를 상대로 하는 국가간 분쟁해결제도를 통해서만 해결하도록 되어 있고, 체결국에 속한 개인은 상대방 국가를 상대로 직접 청구를 하지 못하는 것이 원칙이다. 또한, 국제 상사분쟁에 있어서도 개인이 외국을 상대로 당해 외국 이외의 국가 법원에 소송을 제기할 경우 그 국가는 주권면제특권을 누리는 경우가 많아 개인이 국가를 외국법원에서 직접 상대로 소송을 제기하는 데에는 한계가 있다. 투자자와 국가간 분쟁해결제도는 이러한 일반적인 원칙과는 달리 투자에 관한 한 투자자가 직접 국가를 상대로 분쟁을 제기할 수 있도록 허용하여 분쟁을 신속하게 해결하는데 중요한 의미가 있다.

투자자가 투자유치국을 상대로 그 유치국의 법원에서 소송을 하자면 투자자 입장에서 공정한 재판을 기대하기 어렵다고 생각할 것이고, 투자자의 국적국의 법원에 제소하게 되면 이번에는 투자유치국 입장에서 공정성에 대한 의문을 제기할 수 있다. 더구나, 국가의 입장에서는 투자협약과 관련한 국제법적 이슈에 대하여 국내법원의 재판을 받는다는 것이 적절하지 않다는 인식도 가질 수 있다. 이러한 점들을 고려하여 투자자와 국가간의 분쟁해결은 통상 국제중재의 방식을 채택하고 있는 것이다. 국제중재는 서로 다른 국가에 속한 당사자간의 국제거래에서 발생하는 분쟁의 해결수단으로서 점차 이용도가 높아지고 있다. 그 주된 이유로는 중재기관, 중재규칙 및 중재인을 당사자가 선택할 수 있으며, 판정주체의 전문성을 보장받을 수 있으며, 기밀성을 보장받을 수 있다는 점을 들 수 있다. 또한, 당사자들이 서로 다른 국가의 법원에서 재판을 받기를 상호 꺼려하는 경향이 있고, 국제중재의 경우에는 국제적으로 통용되는 일반적인 절차를 기대할 수 있으며, 송달에 있어서 중재가 소송보다 편리하며, 판정의 집행측면에서도 중재의 경우 뉴욕협약이 있어 협약에 따라 집행이 보장된다는 점 등이 중재의 커다란 장점이다.

4-2-2. 청구 주체 및 요건

투자자-국가 분쟁해결을 청구할 수 있는 주체는 “분쟁투자자(disputing investor)”라 불리며, 적용대상 투자의 투자자를 말한다.[147] 단, 당사국의 국적 또는 시민권을 소유한 자연인은 그 당사국에 대하여 청구를 제기할 수 없으며, 투자(investment)는 그 자체로 청구를 제기할 수 없다.[148]

투자자의 국적을 기준으로 청구 주체의 자격이 인정되는바, 실질적인 투자자는 제3국인임에도 불구하고 특정 투자협정의 보호를 받기 위해 형식적인 회사를 설립하여 투자자 요건을 갖추는 경우 이를 투자자로 인정해서 보호할 것인가가 문제된

147) 투자협정 제18조 1항의 해석.
148) Ibid., 2, 3항.

다. 이러한 "조약 쇼핑(treaty shopping)"의 문제는 "혜택의 부인(denial of benefits)" 조항에 의해 해결될 수 있다. 즉, 해당 투자법인이 구성되거나 조직된 당사국의 법에 따라 그 당사국의 영역 내에서 실질적인 영업활동(substantial business activities)이 없고, 비당사국 또는 혜택을 부인하는 당사국의 투자자가 그 법인을 소유하거나 통제(own or control)하는 경우, 해당 법인 투자자와 그 투자자의 투자에 대하여 FTA상의 혜택을 부인할 수 있으므로,[149] 이에 따라 투자자-국가 중재절차의 청구 자격도 부인할 수 있다.[150]

청구의 대상요건과 관련하여, 한-아세안 FTA 투자협정은 "적용대상 투자의 경영・영업・매각・처분과 관련하여, 협정상의 내국민대우, 최혜국대우, 투자에 대한 일반적 대우, 고위경영진 및 이사회 구성 제한 금지, 송금, 수용 및 보상, 그리고 손실보상 의무의 위반으로 인해, 적용대상 투자나 그 투자자에 손실(loss) 또는 손해(damage)가 야기된 때"라 규정하고 있다.[151] 투자협정상의 일정한 의무 위반에 한해 중재절차에 제소할 수 있도록 한 점에서, 협정상의 의무 위반에 더해 투자인가(investment authorization)나 투자계약(investment agreement)상의 의무 위반의 경우까지 청구의 대상요건으로 포함시키고 있는 한-미FTA 보다는 제한적이라 볼 수 있다.[152] 한-싱가폴 FTA나 한-칠레 FTA의 경우에도 이러한 제한적인 방식을 채택하고 있다.[153]

4-2-3. 협의 절차

우선 투자자와 정부는 우호적인 해결에 도달하기 위하여, 협의(consultation) 및 협상(negotiation)을 통해 가능한 한 분쟁을 해결해야 한다. 이러한 협의 및 협상의 요청은 서면으로 이루어져야 한다.[154]

협의 요청일로부터 6개월의 기간 내에 해결되지 아니한 분쟁은 분쟁당사국의 법원이나 행정법원이 동 청구에 대해 관할권을 갖고 있다면 동 법원이나 행정법원에, 또는 중재에 회부될 수 있다.[155] 이때, 투자자가 분쟁 당사국의 법원이나 행정법원 또는 중재제도에 해당 분쟁을 회부하면, 그 법정에 대한 선택은 "최종적(final)"이다.[156]

---

149) 투자협정 제17조 1항.
150) 한-미 FTA에서도 "정상적인 경제관계(normal economic relations)를 유지하고 있지 않는 제3국의 투자자에 의해 소유, 지배되고 있는 기업"에 대해서는 협정 적용을 배제함으로써 조약 쇼핑을 차단하고 있다.(제11.11조 1항)
151) 투자협정 제18조 1항.
152) 한-미FTA 제11.16조 1항.
153) 한-칠레FTA 제10.20조 1항, 한-싱가폴FTA 제10.19조 1항
154) Ibid., 4항.
155) Ibid., 5항.

국내 법원절차와 중재절차가 동시에 진행되거나 중복되어 사용되는 경우, 서로 상충되는 결정이 내려질 가능성이 있다. 또한, 분쟁 당사자가 "포럼쇼핑(forum shopping)"을 남용하는 문제점도 발생할 수 있다. 이러한 문제점을 방지하기 위한 방법으로는 소위 "택일방식(folk-in-the-road approach)"과 "포기방식(waiver approach)"이 그동안 투자협정에 채택되어 왔다. 전자는 투자자가 어느 한가지 분쟁해결 절차를 선택하도록 하고 일단 절차가 시작되었으면 다른 절차를 선택하지 못하도록 한 것이다. 한편, ICSID협약이나 한-미FTA 등의 경우에는 후자의 방식이 채택되어 투자자가 일단 국내법원에 제소한 경우에도 이를 취소하고 국제중재절차로 이행할 수 있는 길을 열어두고 있다. 물론 국제중재로 이행하는 경우 국내절차는 포기(waiver)한다는 서면포기서를 제출해야 한다.[157]

이러한 두가지 방식 중에서 한-아세안 FTA는 택일방식을 채택하고 있는 것으로 해석된다. 국내법원과 중재제도 중 하나를 선택하면 그것이 "최종적"이라는 것은 어느 하나만 선택할 수 있고, 일단 국내법원을 선택했다가 다시 중재로 이행할 수는 없다는 의미이기 때문이다.

한편, 한-아세안 FTA 투자협정은 "세금의 부과(taxation)"와 관련된 투자분쟁이 발생한 경우에 대한 사전 협의 의무의 특칙을 규정하고 있다. 투자분쟁이 과세조치일 수 있는 조치에 관련된 경우, 분쟁당사국 및 투자자의 국적국은 그들의 조세당국의 대표를 포함하여, 문제의 조치가 과세조치인지 여부를 결정하기 위한 협의를 개최해야 한다.[158] 분쟁투자자가 분쟁당사국이 과세조치를 채택 또는 집행함으로써 수용 및 보상의무를 위반하였다고 주장하는 경우, 양국 정부는 분쟁당사국이 요청시 문제의 과세조치가 수용 또는 국유화와 동등한 효과를 가지는지 여부에 대한 결정을 하기 위하여 협의를 개최한다.[159] 이러한 협의를 통해 양 당사국간 결정이 내려진 경우, 이러한 결정은 모든 법원이나 중재 재판소에 의해 "심각한 고려(serious consideration)"가 부여되어야 한다.[160] 양국이 이러한 협의를 개시하는 데 실패하거나, 또는 협의 요청 후 180일의 기간 내에 그러한 공동 결정을 내리는 데 실패한 경우, 분쟁투자자는 그의 청구를 중재에 회부하는 것이 금지되지 아니한다.[161]

4-2-4. 중재절차와 효력

중재에 회부될 경우, 투자자는 다음 중에서 선택권을 가진다.

(ⅰ) 분쟁 당사국과 비분쟁당사국이 모두 국제투자분쟁해결센터(ICSID[162]) 협약의

156) Ibid., 6항.
157) ICSID협약 제26조, 한-미FTA 제11.18조 2항.
158) 투자협정 제18조 8항.
159) Ibid., 9항.
160) Ibid., 10항.
161) Ibid., 11항.

당사자인 경우, 국제투자분쟁해결센터 협약과 국제투자분쟁해결센터 중재절차의 절차규칙(ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings),[163]

(ii) 분쟁당사국 및 비분쟁당사국 중 하나만이 국제투자분쟁해결센터 협약의 당사국인 경우, 국제투자분쟁해결센터의 추가절차규칙(ICSID Additional Facility Rules),

(iii) 유엔국제무역법위원회 중재규칙(UNCITRAL[164] Arbitration Rules), 또는

(iv) 분쟁당사자들이 그렇게 동의한 경우, 그 밖의 중재규칙에 따른 그 밖의 중재기관[165]

ICSID는 1966년 10월에 발효되고 우리나라가 1967년 3월 23일 조약 234호로 가입한 "국가와타방국가국민간의투자분쟁의해결에관한협약(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: ICSID협약)"에 의하여 세계은행에 의해 설립된 중재기관이다. 국가간의 국제법 분쟁을 처리하는 국제사법재판소(ICJ)와는 달리 개인투자자와 국가간의 분쟁을 처리하는 중재기관이 탄생한 것이다. ICSID협약에 가입했다고 하더라도 모든 체약국에 대하여 ICSID의 관할권에 복종하기로 합의한 것은 아니다. 협약국에 대하여 ICSID의 관할권이 인정되기 위해서는 양 당사국이 서면으로 동의를 하여야 한다. 또한 동의를 하면서 조건을 부가하거나 제한을 가할 수도 있다. 한-아세안 FTA 투자협정은 분쟁투자자의 일방적 선택에 의해 ICSID가 중재관할권을 가진다는 점을 한국과 아세안국가들간에 서면으로 사전에 합의한 의미가 있는 것이다.

UNCITRAL은 유엔에서 각국의 서로 다른 법률로 인한 무역의 장애를 줄이기 위한 목적으로 1966년 설립한 산하기구로 UNCITRAL에서는 별도의 중재기관은 설립하지 않고 국제중재규칙만을 만들어 누구든지 이용할 수 있도록 한 대표적인 임의중재라고 할 수 있다. 임의중재의 경우에는 중재기관의 개입으로 인한 행정비용이나 절차의 지연 등을 피할 수 있는 이점이 있을 수 있으나 중재절차는 물론 중재비용의 예납, 중재인보수의 지급에 이르기까지의 모든 행정업무를 당사자 합의하에 중재판정부가 수행해야 한다는 점에서 불편한 점이 있고, 한쪽 당사자가 비협조적일 경우 절차가 매우 지연될 수 있다는 문제점이 있다.

이러한 ICSID나 UNCITRAL 중재규칙 이외에 당사국이 합의하에 선택할 수 있는 대표적 중재절차·기관으로는 ICC(International Chamber of Commerce)의

162) International Centre for the Settlement of International Disputes.

163) 필리핀공화국의 경우, 투자 분쟁이 발생하는 경우, 국제투자분쟁해결센터 협약 및 국제투자분쟁해결센터 중재절차규칙에 분쟁을 회부하는 것은 분쟁당사자들간 서면합의를 조건으로 한다. 보다 명확히 하기 위하여, 이 협정의 어떠한 규정도 이 각주에 기재된 서면합의 요건을 훼손하는 것으로 해석되지 아니한다.

164) United Nations Commission on International Trade Law.

165) 한-아세안 FTA 투자협정 제18조 5항.

ICA(International Court of Arbitration), LCIA(London Court of International Arbitration), ICDR(International Center for Dispute Resolution; AAA) 등이 있다. 우리나라의 대한상사중재원이나 그 국제중재규칙[166]도 당사자들이 선택할 수 있음은 물론이다.

이러한 분쟁의 중재 회부를 위한 전제조건으로는 해당 의무 위반 및 손실 또는 손해를 분쟁투자자가 알았거나, 합리적으로 알 수 있었던 날로부터 3년이 경과하지 않아야 한다.[167] 이것은 중재 회부에 있어서의 일종의 제소기한을 설정한 것이라 이해할 수 있다. 3년 이상의 장기간이 경과하였는데도 과거의 일로 인해 투자유치국 정부를 언제라도 제소할 수 있다면, 투자자가 해당 정부를 끊임 없이 괴롭히는 수단으로 남용될 여지가 있기에 이를 방지하기 위한 의미도 있다.

또 하나의 전제조건으로, 분쟁투자자는 중재에 대한 청구를 제기하기 최소 90일 전에 분쟁을 그러한 중재에 회부한다는 의사, 중재판정부 선택, 분쟁 당사국의 의무 위반 주장 및 적용대상투자와 관련한 투자자 또는 적용대상투자에 초래되었다고 주장하는 손실 또는 손해의 간단한 요약을 분쟁 당사국에게 서면으로 통보해야 한다.[168] 투자자가 중재회부 시기를 일방적으로 선택할 수 있는 상황에서, 투자유치국 정부에게 최소한의 준비기간을 부여해야 공정한 법적 논쟁이 가능하기 때문이다.

당사국은 분쟁투자자가 그의 권리 및 이익의 보전을 위하여, 중재판정부에서 절차를 개시하기 전에 분쟁당사국의 법원 또는 행정 재판소에서 손해배상의 지급 또는 분쟁사안의 실체적인 해결을 수반하지 아니하는 "잠정 보호조치(interim measures of protection)"를 구하는 것을 금지하지 아니한다.[169]

당사국은 자국 투자자 및 그 밖의 당사국 중 하나가 이 조항에 따라 중재에 회부하기로 동의하였거나 또는 회부한 분쟁에 관하여 외교적 보호(diplomatic protection)를 부여하거나 국제 소송을 제기하여서는 아니된다.[170] 중재절차와 외교적 보호 절차가 중복되어 진행되는 것을 막기 위한 것이다. 다만, 중재절차가 완료되어 판정이 내려졌으나, 패소국이 판정을 준수하지 않는 경우에는 승소한 투자자의 청구권을 보호하기 위해 투자자의 국적국이 외교적 보호권을 행사할 필요가 있으므로, 이러한 경우에는 외교적 보호권 행사가 가능함은 물론이다.[171] 다만, 오직 분쟁해결 촉진만을 목적으로 하는 비공식적인 외교적 의견교환은 언제나 가능

166) 대한상사중재원은 2007년 초 세계적으로 유수한 중재기관들의 중재규칙과 유사한 내용으로 규정한 국제중재규칙을 제정한 바 있으며 당사자들이 국제중재규칙을 적용하기로 명시적으로 합의한 경우에는 이 규칙을 적용하도록 하고 있다.

167) 투자협정 제18조 7항.

168) Ibid.

169) Ibid., 12항.

170) Ibid., 13항.

171) Ibid. 후단의 해석.

하다.[172]

재판소에 의해 내려진 중재판정은 최종적이며 분쟁당사자를 구속한다. 중재판정은 분쟁당사자간 그리고 그 특정 사건에 관한 것을 제외하고는 구속력을 가지지 아니한다.[173]

이러한 양자투자협정 및 FTA상의 투자분쟁 해결 방식은 우리의 해외자원 개발 투자에 대한 분쟁이 발생한 경우 유용하게 활용할 수 있는 법적 해결절차이므로 충분히 그 내용과 의의를 숙지해두어야 한다. 분쟁이 발생하면, 각 협정상의 제소 요건 및 조건 그리고 절차에 따라 적극적이고 유효한 공격과 방어가 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다.

5. 결 론

해외 자원개발 투자에 있어, 국제법적인 권리와 의무에 따라 투자자와 투자유치국간의 관계를 설정하고, 투자분쟁을 방지하거나 해결하려는 노력을 기울이는 것은 매우 중요하다. 해외 투자관계가 국제법적 관계가 아닌 정치적 경제적 함수관계에 의해 좌우되게 되면, 그만큼 불안정해지고, 불필요한 비용이 소요되기 때문이다. 또한 단순한 국내법적 계약관계에 맡겨지게 되면, 해당 국가의 자의적 사법제도의 운영과 판결 가능성이 상존하게 된다.

해외 자원개발 투자분쟁을 국제법적 관계에 따라 해결할 수 있는지를 알기 위해서는 우선 투자유지국과 우리나라가 양자 투자보장협정이나 FTA협정에 의해 국제법적 관계로 성립되어 있는지를 살펴보아야 한다. 그리고 나서, 이러한 협정상의 적용대상 투자나 투자자의 범위에 해당 자원개발 투자나 투자자가 해당되는지를 검토해야 한다. 이때, 우리가 맺은 FTA에서는 사전 투자자도 보호되는 경우가 많으므로 이를 활용하여 사전 투자단계의 보호를 요청할 수 있다. 또한, 적용대상 투자자에 해당하는 경우에도 실질적 영업활동을 해당 투자유치국내에서 수행하지 않고 투자체의 소유나 통제관계에 문제가 있는 경우에는 협정 적용의 혜택이 부인되는 경우도 있음을 유념해야 한다.

협정관계가 적용된다는 것은 협정상의 여러 실체법적 권리를 투자유치국 정부에 대해 요구할 수 있는 국제법적 근거가 확보됨을 의미한다. 즉, 우리의 자원개발 투자 및 투자자가 투자유치국내에서 비차별대우를 받고, 공정·공평한 대우 및 충분한 보호와 안전보장을 요구할 수 있으며, 투자 이익의 송금 및 투자유치국의 수용행위에 대한 적정 보상을 요구할 수 있고, 비상사태 시 발생한 투자손실에 대해

172) Ibid.
173) Ibid., 14항.

보상이나 원상회복을 요구할 수 있는 것이다. 다만, 협정상의 예외사유에 해당하는 경우에는 보호를 받지 못하므로, 최혜국대우의 예외사유, 투자세이프가드, 일반적 예외 등이 존재하고 있는지 여부 및 그 해당여부를 검토하는 것을 잊지 말아야 할 것이다.

한편, 협정상 포괄적 보호조항이 있는 경우에는 반드시 협정상 명시된 권리의 침해가 아닐지라도 우리투자자가 투자유치국 정부와 맺은 각종 투자계약상의 권리가 침해되는 경우에도 투자협정에 따른 보호를 요구할 수 있음을 간과해서는 안 된다.

이러한 자원개발 투자자의 권리를 주장하고 분쟁을 해결하는 구체적 절차로서 각 투자협정은 국가간 분쟁해결 절차와 투자자-정부간 중재절차를 선택하여 규정하거나 양자 모두를 규정하고 있다. 각 규정에 따라 그 요건 및 절차를 준수하여 신속하고 효과적인 권리 보호가 달성될 수 있도록 해야 할 것이다. 특히, 투자자-국가 중재제도의 경우에는 ICSID, UNCITRAL, 임의중재 등 여러 절차 중 하나를 선택할 수 있게 하는 경우가 많으며, 타 분쟁해결 절차의 포기 조건, 일정한 제척기간 설정 등의 절차적 제한이 부과됨을 유의해야 한다.

우리나라는 많은 수의 주요 자원개발 투자 대상국과 이미 양자 투자보장협정을 체결하고 있고, 또 FTA체결을 확대해나가고 있으므로, 이들 국가들에 대한 자원개발투자의 보호에 있어 협정상의 실체적·절차적 규정들이 갖는 의미는 지대하다. 우리가 자원개발 투자를 적극적으로 추진하기 위해서는 국제질서가 장기적으로 안정화되고 평온해야 한다. 모든 나라의 이해관계가 첨예하게 대립하고 있는 국제사회에서 평화와 안정을 항구적으로 보장하는 유일한 체제인 국제규범상의 권리·의무 질서는 모든 분쟁의 방지 및 해결의 초석이 되어야 한다. 점증하는 해외자원개발 투자에 참여하고 있는 우리 기업은 '권리 위에 잠자는 자는 보호받을 수 없다'는 법언의 국제적 의미를 깊이 새겨야 할 것이다.

〈 부록 1: 한국의 양자 투자보장협정 체결 현황 〉

대상국	발효일	대상국	발효일
부르키나파소	10.4.14	스웨덴	97.6.18
가봉	09.8.9	이집트	97.5.25
키르기즈공화국	08.7.8	루마니아	97.5.19
도미니카공화국	08.6.10	캄보디아	97.3.12
모리셔스	08.3.7	우크라이나	97.11.3
아제르바이잔	08.1.25	라트비아	97.1.26
루마니아	08.1.11	필리핀	96.9.25
쿠웨이트	07.8.31	아르헨티나	96.9.24
리비아	07.3.28	포루투갈	96.8.12
자메이카	07.11.5	라오스	96.6.14
가이아나	06.8.20	인도	96.5.7
모리타니아	06.7.21	핀랜드	96.5.11
크로아티아	06.5.31	카자흐스탄	96.12.26
알바니아	06.5.18	타지키스탄	95.8.13
이란	06.3.31	체코	95.3.16
슬로바키아	06.2.7	그리스	95.11.4
레바논	06.12.21	스페인	94.7.19
불가리아	06.11.16	터어키	94.6.4
네덜란드	05.3.1	페루	94.4.20
베트남	04.6.5	인도네시아	94.3.10
아랍에미리트	04.6.15	루마니아	94.12.30
오만	04.2.10	베트남	93.9.4
요르단	04.12.25	파라과이	93.8.6
이스라엘	03.6.19	리투아니아	93.11.9
사우디아라비아	03.2.19	이태리	92.6.26
트리니다드토바고	03.11.27	나이지리아	92.2.1
브루나이	03.10.30	중국	92.12.4
일본	03.1.1	우즈베키스탄	92.11.20
코스타리카	02.8.25	몽골	91.4.30
과테말라	02.8.17	오스트리아	91.11.1
멕시코	02.6.27	파키스탄	90.4.15
엘살바도르	02.5.25	폴란드	90.2.2
파나마	02.2.8	태국	89.9.30
알제리	01.9.30	말레이시아	89.3.31
온두라스	01.7.19	헝가리	89.1.1
니카라과	01.6.22	방글라데시	88.10.6
모로코	01.5.8	세네갈	85.9.2
칠레	99.9.16	영국	83.9.22
카타르	99.5.16	스리랑카	80.7.15
미국	98.7.30	벨지움/룩셈부르크 경제동맹	76.9.3
덴마크	98.6.2	화란	75.6.1
벨라루스	97.8.9	튜니시아	75.11.28
홍콩	97.7.30	불란서	75.1.22
남아프리카공화국	97.6.6	스위스	71.4.7
볼리비아	97.6.4	독일	67.1.15

〈 부록 2: 우리의 FTA 체결현황 〉

대상국	발효/서명일
인도	10.1.1(발효)
EU	10.10.6(서명)
미국	07.6.30(서명)
아세안	상품(07.6.1발효), 서비스(09.5.1발효), 투자(09.9.1발효)
EFTA (아이슬랜드, 리히텐슈타인, 노르웨이, 스위스)	06.9.1(발효)
싱가폴	06.3.2(발효)
칠레	04.4.1(발효)
페루	10.11.15 (가서명)