해외 자원개발 투자와 ISD(투자자-국가 소송)제도 연구

이화여자대학교 최원목 교수[1)]

Ⅰ. 연구의 배경과 목적
Ⅱ. ISD 보호대상 투자와 투자자
1. 적용대상 투자(Covered Investments)의 정의
2. 적용대상 투자자(investor)의 정의
Ⅲ. ISD가 적용되는 실체법적 의무
1. 내국민대우 의무
2. 최혜국 대우 의무
3. 투자의 일반적 대우
4. 이행요건 부과 금지
5. 송금 보장
6. 수용 및 보상
7. 손실에 대한 보상
8. 일반적 예외
9. 유보
10. 포괄적 보호 조항(Umbrella Clause)
Ⅳ. ISD 절차법적 규정의 의미 분석
1. 의의
2. 청구 주체 및 원인
3. 협의와 제소
4. 중재절차의 진행
5. 판결, 집행 및 불복절차
Ⅴ. 결론 - 우리 해외자원에너지 투자기업들의 ISD활용

1) 이화여대 법학전문대학원 교수 (국제통상법), 조지타운대학교 법학박사,
이메일: wmchoi@ewha.ac.kr,
전화: 02-3277-3344, 팩스: 02-3277-2848.

〈 초 록 〉

ISD는 이미 전세계적으로 보편화되어 있는 제도로 그동안 우리가 체결한 양자투자협정 및 FTA 에 대부분 포함되어 있다. 이것은 우리 자원개발 기업이 투자하는 대상국이 이러한 협정의 당사국인 경우, 우리 투자자가 상대국 정부의 투자규제 조치를 상대로 ISD를 제기할 수 있는 가능성이 보장되어있음을 의미한다. 대규모의 장기간의 해외투자를 수반하는 자원에너지 개발투자의 속성상 이러한 제도적 수단을 적절히 활용하여 투자리스크를 줄이고 권리구제에 만전을 기하는 것은 장기적으로 필요하다.

우선, ISD의 적용대상이 되는지 여부 검토 단계에서는 적용대상 투자 및 투자자의 정의에 합치하는 경우인지 파악해야 한다. 투자유치국 정부의 실제적 의무 위반 여부에 대해서도 체크해야 한다. 특히 간접수용의 경우에는 투자자에 예측할 수 없는 손해가 발생하고 투자의 합리적 기대가 저해되었는지 여부가 중요하다.

ISD제소를 위한 각종 절차적 요건에 대해서도 정확하게 이해해야 한다. 쟁송절차 선택 단계에서는 ISD제소 자체가 현지 투자 기업 입장에서는 여러 모로 부담이 되는 것도 사실이다. 특히 투자유치국 정부와의 우호적 관계가 중요한 자원에너지 분야의 투자에는 더욱 그러하다. 그러므로 다른 쟁송수단에 대한 비교검토를 통해 구체적 상황에 맞는 최적의 수단을 선택해 문제를 해결해야 한다. 소요시간, 비용, 투자유치국과의 우호관계, 쟁송과정에 대한 주도권, 구제수단 등의 요소를 감안하여 최적의 쟁송절차를 선택해야 한다.

ISD 수행단계에서는 중재인 선정, 심리전 이의제기에 대한 대응, 서면 입장서 작성, 상대방 정부측이 보유한 증거에 대한 보전 신청, 기업 비밀에 대한 보호 요청 등의 절차적 단계와 권리에 대한 사항을 숙지하고 적절히 활용해야 한다.

중재판정이 내려지면, 패소국 정부의 판정 이행상황을 면밀히 감시해야 함은 물론, 판정내용에 대한 해석, 판정의 수정 및 취소청구제도도 적극 활용해야 한다.

〈주요어: 해외투자와 ISD, 투자보장협정, 자원에너지개발 투자 보호, 투자자-정부 소송〉

I. 연구의 배경과 목적

우리 기업들의 해외자원개발투자가 활발하게 이루어지고 있고, 우리 정부도 해외 진출 대상 국가들과 투자보장협정 및 FTA를 많이 체결해 왔다.[2] 이러한 투자보장협정 및 FTA에는 대부분 투자자-국가 소송제도(ISD: Investor-State Dispute Settlement)가 규정되어 있어, 우리의 해외 투자자와 기업들이 상대국 정부의 투자규제조치를 상대로 ISD를 제기할 수 있는 가능성이 보장되어있다.

대규모의 장기간의 해외투자를 수반하는 자원에너지개발 투자의 속성상 이러한 제도적 수단을 적절히 활용하는 것은 장기적으로 필요하다. 그런 의미에서 ISD는 해외투자기업의 투자행위에 대한 위험도와 직결된 문제이므로, 그 활용방식에 대한 가이드라인이 필요하다. ISD 활용시 유의점과 실체법 · 절차법적 권리와 의무에 대한 명확한 이해가 선행되어야 적극 활용이 가능하다. 본 연구는 이러한 이해를 바탕으로 우리 자원에너지투자 기업들이 해외시장에서 투자리스크를 줄일 수 있는 분쟁해결 메카니즘 활용의 기초자료가 될 것이다. 이러한 연구결과는 해외진출 기업의 투자진출의 예측가능성을 높이고 신속하고 평화적인 분쟁해결제도의 이해와 활용도를 높이는데 기여할 것이다.

FTA ISD를 이해하기 위해서는 양자투자협정(bilateral investment treaties: BITs)상의 ISD제도를 먼저 이해할 필요가 있다. 결국 BIT의 투자보장메카니즘이 발전하여 FTA상의 ISD제도가 탄생한 것이기 때문이다. 그러므로 본 연구에서는 그동안 우리가 주요 투자대상국들과 체결한 BIT의 ISD제도 관련 규정들을 분석하고 이를 FTA의 그것과 비교하면서 그 특징을 기술하는 것에서부터 출발한다. 이러한 비교법적 연구결과를 바탕으로 가장 투자자의 권리보호에 선진적인 제도인 한-미 FTA의 ISD제도를 집중 분석하여 우리 해외자원에너지 투자 진출기업들에게 유용한 시사점을 도출하기로 한다.

II. ISD 보호대상 투자와 투자자

1. 적용대상 투자(Covered Investments)의 정의

일반적으로 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[3]에

2) 부록 참조.

3) 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).

따르면, “투자”란 “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” 등을 말한다. 이러한 정의규정은 우리와 리비아 간의 투자의 증진 및 보호에 관한 협정[4], 한국-인도네시아 투자보장협정[5] 등에서도 대동소이하다.

이처럼 대부분의 투자보장협정에서는 천연자원의 탐사・추출・개발권을 투자의 한 형태로 명시적으로 인정하고 있다.[6] 그러므로, 투자보장협정이 체결된 국가에 대한 자원에너지 개발사업은 대부분 협정상의 투자의 범위에 포함되어 협정상의 권리의무의 혜택을 받게 되는 것이다. 한국-인도 투자보장협정에서는 “석유・가스 및 기타 광물의 탐사・추출・이용을 위한 권리”라고 표현하여 “천연자원”을 “석유・가스 및 기타 광물”로 명시하고 있다.

한편, 우리가 체결한 FTA에서도 투자 장(chapter)을 두고 “투자(investment)”의 정의 조항을 두고 있는 것이 일반적이다. FTA에서의 투자의 정의는 기업자산, 재산권, 회사채, 지재권, 영업권, 허가권 등 광범위한 부문을 투자의 정의로 포함하고 있어, 대체로 양자 투자보장협정상의 그것과 일치하고 있다.[7] 예를 들어, 한-미 FTA상의 적용대상 투자의 정의는 아래와 같다.

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.

가. 기업

나. 주식, 증권과 그 밖의 형태의 기업에 대한 지분 참여

다. 채권, 회사채, 그 밖의 채무증서와 대부[8]

---

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)

5) 대한민국 정부와 인도네시아공화국 정부 간의 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) 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 thePromotion 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.

7) 한-아세안 FTA 투자협정 제1조. 한-칠레 FTA 제10.1조. 한-인도 CEPA 제10.1조, 한-싱가폴 FTA 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.

라. 선물, 옵션과 그 밖의 파생상품
마. 완성품인도, 건설, 경영, 생산, 양허, 수익배분과 그 밖의 유사한 계약
바. 지적재산권
사. 면허, 인가, 허가와 국내법에 따라 부여되는 유사한 권리[9][10] 그리고
아. 그 밖의 유형 또는 무형의 자산, 동산 또는 부동산, 그리고 리스·저당권·유치권 및 질권 같은 관련 재산권[11]

이 협정의 목적상, 상품 및 서비스의 상업적 판매로부터만 발생하는 지급청구권은 그것이 투자의 특징을 가진 대부가 아닌 한 투자가 아니다.[12]

이러한 FTA에서의 투자의 정의는 "천연자원의 탐사 · 개발 · 추출 양허권"을 특정하지 않고, "양허 · 면허 · 인가 및 허가와 같이 국내법 또는 계약에 따라 부여되는 권리"라는 포괄적 용어를 사용하고 있는 점을 주목할 필요가 있다. 천연자원 개발권도 "국내법 또는 계약에 따라 부여되는 양허 · 면허 · 인가 및 허가"에 해당하는 한 해외자원개발 투자가 FTA 투자규정에 의해 보호받을 수 있음은 물론이다.

이러한 투자가 "어느 한 쪽 당사국에 대하여, 이 협정의 발효일에 존재하거나 그 이후 설립 · 인수 또는 확장된, 그 당사국 영역 내에서의 다른 쪽 당사국 투자자의 투자"이어야 "적용대상 투자"(covered investments)에 해당하여 협정상의 보호를 받을 수 있다.[13] 한-아세안 FTA에도 이러한 적용대상 투자 정의조항과 관련, 협정 발효 이전에 소멸한 투자에 대해서까지 소급하여 보호의 혜택을 부여하는 것은 아님을 확인하고 있다.[14]

2. 적용대상 투자자(investor)의 정의

일반적으로 투자협정은 "투자(investment)"뿐만 아니라 "투자자(investor)"도 별도로 보호하도록 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.[15] 이 때, 한-리비아 투자보장협정에서는 "자연인(natural persons)"이라 함은 "각 체약당사자의 법에 의하여 그 체약당사자의 국적을 가진 자연인"을 말하며, "법인

8) 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) 특정한 유형의 면허, 인가, 허가 또는 이와 유사한 수단(그러한 수단의 성격을 가지는 한도에서, 양여를 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 여부를 저해하지 아니한다.

10) "투자"라는 용어는 사법적 또는 행정적 행위에 들어있는 명령 또는 판결을 포함하지 아니한다.

11) 보다 명확히 하기 위하여, 시장점유, 시장접근, 기대이득, 그리고 이익획득의 기회는 그 자체만으로는 투자가 아니다.

12) 한-미 FTA 제11.28조.

13) 한-미FTA 제1.4조.

14) 한-아세안 FTA 투자협정 제1조 (c).

15) 예를 들어, 한-리비아 투자보장협정, 제1조 3항.

(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.[16] 이것은 반드시 법인으로 설립된 실체만이 아니라 여타의 조직체도 투자자의 자격을 지닐 수 있음을 의미한다.[17]

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.[18] 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.[19]

말레이시아와의 투자협정에서는 "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.[20]

이처럼 자연인이 아닌 투자자를 반드시 국내법상의 "법인"에 한정하고 있지 않은 경우와는 달리, 국내법상의 "법인"일 것을 요구하고 있는 경우도 있다.[21] 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.[22]

16) Ibid.
17) 한-카자흐스칸투자보장협정 제1조 2항, 한-우즈베키스탄투자보장협정 제1조 2항, 한-우크라이나투자보장협정 제1조 2항.
18) 한-인도 투자보장협정 제1조 3항.
19) 한-인도네시아 투자보장협정 제1조 4항.
20) 한-말레이시아 투자보장협정 제1조 나항.
21) 한-모로코 투자보장협정 제1조 2항, 한-쿠웨이트 투자보장협정 제1조 3항, 한-이란 투자보장협정 제1조 2항.
22) 한-칠레 FTA 제10.1조.

한-싱가폴 FTA에서는 "타방 당사국의 영역에서 투자를 계획하고 있거나 진행 중이거나, 이미 투자한 당사국 또는 당사국의 공민 또는 기업을 말한다" 고 규정하고 있다.[23] 이것은 투자를 실현한 자 뿐만 아니라 투자를 계획하고 있는 단계에 있는 사전투자자도 보호됨을 의미한다. 이러한 정의는 한-인도 CEPA[24], 한-미 FTA의 그것과 대체로 일치한다. 한-미 FTA는 사전투자자보호와 관련 "투자하려고 시도하거나(that attempts to make)" 라는 표현을 사용하고 있다. 단, "그러나, 이중국적자의 자연인은 그의 지배적이고 유효한 국적국의 국민으로만 본다" 고 규정하여 이중국적자가 이중으로 혜택을 보는 것을 제한하고 있다.[25]

한-아세안 FTA에서도 "당사국의 영역에 투자하려고 시도하는(seeking to make an investment) 자" 까지 보호대상으로 하고 있으며, 이러한 사전 투자자를 "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 구체적으로 정의하고 있다.[26]

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.

이러한 투자보장협정과 FTA상의 투자자의 정의로부터 알 수 있는 점은 투자보장협정에서는 "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 사전투자 준비 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 사전투자자로 보호한다고 규정하고 있으므로, 비교적 명확한 적용이 가능하다고 볼 수 있다. 다만, 이러한 사전 승인절차가 필요치 않은 경우에는 과연 어느 단계부터가 투자의 "계획", "시도" 및 "수행하려 하는" 단계인지가 애매할 수 있다. 무엇보다도 해당 투자자가 투자의 의사를 확정하고 상당히 구체적인 계획 하에 실질적인 투자를

23) 한-싱가폴 FTA 제10.1조.
24) 한-인도 CEPA 제10.1조.
25) 한-미 FTA 제11.28조.
26) 한-아세안 FTA 투자협정 제1조. 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.)

위한 구체적 절차를 밟아나가는 단계가 되어야 비로소 사전투자자로서 보호받을 수 있다고 보아야 할 것이다. 해외투자 시, 사전 투자자로서 FTA상의 보호를 받기 위해서는 이러한 요건을 갖추어야 함을 숙지해야 할 것이다.

그리고, 일반적으로 자연인뿐만 아니라 법인 · 회사 등의 경우에도 "투자자"에 해당함을 주의해야 한다. 한-아세안 FTA에서는 "비당사국의 법인체의 지점은 당사국의 법인으로 간주되지 아니 한다"는 규정을 명시하여,[27] 비당사국 법인체의 지점이 당사국의 국내법에 따라 설립되었을 지라도 한-아세안 FTA의 보호를 받지 못함을 명확히 하고 있다. 한편, 한-미 FTA에서는 "당사국의 기업"이라 함은 "당사국의 법에 따라 구성되거나 조직된 기업과 당사국의 영역에 소재하고 그 곳에서 영업 활동을 수행하고 있는 지점을 말한다"[28]고 규정하여 당사국의 국내법에 따른 설립과 영업활동 수행 여부에 따라 당사국의 기업인지 여부를 판단하도록 규정하고 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.[29]

한-미 FTA에서는 이러한 조건을 좀 더 심화시키고 있다. 즉, 혜택의 부인 사유로서 (i) "비당사국 또는 혜택을 부인하는 당사국의 투자자가 그 법인을 소유하거나 통제하면서 그 상대 당사국의 영역 내에서 실질적인 영업활동이 없는 경우"[30]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.[31] 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 좀 더 광범위하게 설정되어 있다고 볼 수 있다.

27) 한-아세안 FTA 제1조 타호, 각주 4).
28) Ibid.
29) 한-아세안 투자협정 제17조 1항. 태국의 경우에는 법인 지분 50% 소유와 이사의 과반수 임명 권한 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.
30) 한-미FTA 제11.11조 2항.
31) 한-미FTA 제11.11조 1항.

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

III. ISD가 적용되는 실체법적 의무

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.[32]

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.[33]

한-이란 투자보장협정의 경우, "어느 체약당사자의 투자자가 타방체약당사자의 영역 안에서 행한 투자는 유사한 상황에서(in a comparable situation) 자국의 투자자가 부여받는 것보다 불리하지 아니한 충분한 법적 보호 및 공정한 대우를 투자 유치국으로부터 부여 받는다"고 규정하고 있어, 투자에 대한 내국민대우는 "유사한 상황"일 것을 조건으로 하고 있음을 주의해야 한다. 한-싱가폴 FTA에서도 "각 당사국은 자국 영역에서의 투자의 설립 · 인수 · 확장 · 경영 · 영업 · 운영 및 판매 또는 그 밖의 처분에 대하여,

32) 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.

33) 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.

동일한 상황(like circumstances)에서 자국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 타방 당사국의 투자자에게 부여 한다" 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 부여 한다" 고 규정하여 "투자" 에 대한 내국민대우를 선언하고 있다.[34] 이러한 규정은 한-칠레 FTA,[35] 한-인도 CEPA,[36] 한-아세안 FTA[37] 그리고 한-미 FTA[38]에서도 유사하게 도입되어 있다.

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" 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.[39] 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.

주의할 점은 우리가 체결한 FTA하에서 내국민 대우는 투자 체의 설립 후 단계는 물론이고 설립 전 단계(설립, 인수)에 대해서도 내국민대우로 보호하는 경우가 많다는 점이다. 즉, 한-미 FTA를 비롯한 대부분의 FTA에서는 "설립(establishment), 인수(acquisition)" 등의 설립 전 단계까지 언급하고 있고,[40] 한-ASEAN FTA에서는 이에 더해 "허가(admissions)" 단계까지도 명시적으로 언급하고 있다. 이것은 대부분의 투자보장협정에서 투자의 "관리, 사용, 유지, 향유 또는 처분" 을 보호대상으로 규정

34) 한-싱가폴 FTA 제10.4조 1, 2항.
35) 한-칠레 FTA 제10.3조 1, 2항.
36) 한-인도 CEPA 제10.3조 1, 2항.
37) 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.")
38) 한-미 FTA 제11.3조 1항, 2항.
39) Pope & Talbot v. Canada (Award) (10 April 2001) 7 ICSIC Reports 102, para. 78.
40) 한-칠레FTA 제10.3조, 한-싱가폴FTA 제10.4조, 한-미FTA 제11.3조.

하여, 설립 후 단계만을 보호하고 있는 것과 차이가 있는 것이다.

또한 주의할 점은 한-말레이시아 투자보장협정의 경우, 이러한 투자에 대한 내국민대우 의무는 한가지 중대한 제한을 받게 된다는 점이다. 즉, "금융 및 보험분야에 대한 투자 및 수익에 관하여는, 각 체약당사국의 관계 법령 및 법규에 따라 이러한 대우가 부여된다" 는 제한조항이 규정되어 있다.[41]

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 조치를 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 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 그동안의 이윤손실과 소요비용 등을 고려하여 천 3백만 달러를 보상하기로 하였다.

다음으로 마이어즈 사(S.D. Myers Inc) v. 캐나다 정부 사건도 내국민대우 위반의 좋은 예이다. 미국 오하이오 주 소재의 폐기물 처리 회사인 마이어즈 사는 1990년대 캐나다에서 운영하는 사업자로부터 폴리염소화비페닐(PCBs)을 수입하여 미국 내 공장에서 처리하던 중, 1995년 11월 캐나다 정부가 자국내 PCBs 수출을 금지함에 따라 영업상 손해가 발생하자 UNCITRAL에 중재를 청구했다. 당시 캐나다 정부는 미국 환경청(EPA)의 사전 승인을 받은 경우에 한해 미국 내로 PCB 수출을 허용했으며, 이에

41) 한-말레이시아 투자보장협정 제3조 1항.

마이어즈 사는 EPA로부터 수입허가를 받고 캐나다 정부로부터 수출 승인을 기다리고 있는 상태였다.

중재판정부는 캐나다의 수출금지 조치가 모든 기업에 적용되는 것이나 '동종의 상황(like circumstances)', 즉 같은 경제부문에 있는 외국인투자자와 캐나다의 PCB 처리 국내기업을 서로 차별하며 전자에게 불리한 대우를 제공했다고 판단했다. 이 때, 내국민대우 위반 근거는 정부의 해당 조치가 '외국인에 비해 내국민에게 비례성이 결여된 이익의 창출' 여부라고 판단했다. 즉, 상기 캐나다 정부의 수출금지 조치는 국내기업 및 외국인투자자에게 모두 적용되어 표면상 중립적인 조치로 볼 수 있으나, 실제적으로 내국민에 비해 외국인투자자에게 불리한 대우를 제공했기 때문에 내국민대우 위반으로 판정된 것이다. 이 수출금지 조치는 결국 캐나다에서 마이어즈 사의 사업 운영을 어렵게 하여 이 기업과 경쟁관계에 있던 국내기업의 이익을 창출했다는 점에서 캐나다 정부의 보호주의적 조치로 볼 수 있는 것이다. 특히, 중재판정부는 캐나다의 PCB 처리업체가 캐나다 정부에 수출금지 부과를 요청했다는 사실을 보호주의적 조치의 근거로 지목하기도 했다.

위 사건들은 기본적으로 FTA상의 내국민대우 의무 위반의 사례를 잘 드러내주고 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. Myers사 사건의 경우에도 캐나다의 PCB 수출 금지조치는 표면상 중립적인 조치처럼 보일지라도 미국 기업의 영업을 어렵게 하고 경쟁관계에 있는 국내기업의 이익을 창출하려는 의도하에 보호주의적으로 취해진 것이다.

이러한 내국민대우 조항의 존재의의는 우리가 투자보장협정이 체결되어 있는 국가로 해외 자원에너지 투자를 추진하는 경우, 우리 투자에 대한 현지의 대우가 현지 자국내의 투자에 대한 대우보다 불리하게 되면, ISD를 통해 투자협정상의 내국민대우 위반을 주장하여 최소한 동등대우를 요구할 수 있다는데 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. 우리 투자체와 유사한 상황에 있는 현지 국내 투자체를 조사하여 양자 간의 대우에 있어 차별이 존재하고 있는지를 조사하여야 할 것이다.

특히, 국내기업에 대한 보호효과를 추구하면서 외국투자에 대해 불리한 각종 규제를 취하게 되면, 내국민대우 의무 위반이 발생하게 됨을 주의해야 한다. FTA에서는 부속서상의 비합치조치(non-conforming measures) 목록에 내국민대우에 합치하지 않는

규제내용을 수록할 수 있는바, 그러면 해당 비합치조치가 정당화되게 된다. 그러므로, 투자에 대해 규제를 가할 필요가 있는 경우 FTA 비합치조치 목록에 유보가 되어 있는지를 먼저 확인하고 그 한도 내에서 취해지는지를 파악해내야 한다.

2. 최혜국 대우 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.[42] 다시 말하면, 우리와 투자보장협정을 체결한 국가가 우리 해외 자원개발 투자에 부여하는 대우보다 더 유리한 대우를 제3국의 투자에 부여하는 경우, 우리는 최혜국대우 위반을 들어 최소한 동등한 대우를 요구할 수 있는 것이다.

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.[43]

그러므로 우리가 투자보장협정이 체결된 국가로 해외 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, 투자보장협정 별로 최혜국대우 의무가 적용되는 경우를 제한하는 장치를 두고 있는 경우가 많다는 점이다. 예를 들어 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 제한하고 있다.[44] 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.[45]

---

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.

43) 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.

44) 한-이란 투자보장협정 제4조 3항.

45) 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.[46] 즉, 반드시 이중과세회피 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.[47] 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.[48]

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.[49]
이에 반해 카자흐스탄, 말레이시아, 우즈베키스탄, 우크라이나와의 투자보장협정에서는 지역협력협정 및 조세관련 협정에 대한 예외 모두 존재하지 않는다.[50]
이렇게 각각의 투자협정에 따라 최혜국대우의 적용범위에 있어 미묘한 차이가 있으므로, 해외 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.[51]

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

46) 한-모로코 투자보장협정 제3조 3항.
47) 한-리비아 투자보장협정 제3조 3항.
48) 한-쿠웨이트 투자보장협정 제3조 3항.
49) 한-인도 투자보장협정 제3조 4항.
50) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제3조, 한-말레이시아 투자보장협정 제3조, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제3조, 한-우크라이나 투자보장협정 제3조.
51) 위에서 인용된 투자보장협정들의 경우 "과거 및 미래"의 특혜에 대해 모두 최혜국대우 의무가 적용됨을 규정한 것으로 해석됨.

사국 투자자에 의해 행해지거나 실현된 투자나 이러한 투자의 투자자에게 동일한 여건 하에서 부여하는 대우보다 불리하지 아니한 대우를 부여한다" 고 규정하여 최혜국대우 의무를 선언하고 있다.[52]

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.[53]

한-미FTA에서는 투자 및 투자자의 "설립 · 인수 · 확장 · 경영 · 영업 · 운영과 매각 또는 그 밖의 처분" 에 대한 최혜국대우 의무를 언급하고 있다.[54] 그러므로, 한-미 FTA에서는 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.

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

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 투자자 또는 그들의 투자에 부여할 의무를 지지 아니한다. 그러나, 상기 그 밖의 당사국을 제외한 그

52) 한-칠레 FTA 제10.4조 1항.
53) 한-아세안 FTA 투자협정 제4조.
54) 한-미FTA 제11.4조.

밖의 당사국의 요청 시, 당사국은 거기에 부여된 혜택을 협상할 충분한 기회를 부여한다.[55]

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,[56] 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.[57] 한-EFTA FTA의 경우, 한국과 아이슬랜드/리히텐슈타인/스위스간 별도의 투자협정[58]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.[59]

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 최혜국대우 의무의 적용도 배제하고 있다.[60] 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 경우도 동일한 내용의 MFN유보를 하고 있다. 즉, 부속서에 한-미FTA 발효 이전에 서명(signed)되었거나 발효(in force)된 모든 협정상의 특혜

55) 투자협정 제4조 3항, 4항.
56) 한-아세안 FTA 투자협정 제2조 2항 (단, 송금 및 수용보상 조항은 적용).
57) 한-칠레 FTA 제10.4조 2항, 3항.
58) 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.
59) Ibid., 제4조.
60) 한-미FTA 부속서 II - 한국 양허표.

에 대해 최혜국대우 의무의 적용을 배제하고 있으며, 아울러 항공 · 어업 · 해양 분야에서의 최혜국대우 의무의 적용도 배제하고 있다.[61]

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.

3. 투자의 일반적 대우

한-인도네시아 투자보장협정에서는 상대국 투자에 대해 "공정하고 공평한 대우" 및 "충분한 보호와 안전을 향유" 할 것을 보장할 것을 규정하고 있다.[62] 한-모로코, 한-인도 및 한-말레이시아 투자보장협정에서는 상대국 투자에 대한 "공정하고 공평한 대우"와 "충분한 보호와 안전을 향유" 할 것을 보장한다고 규정하고 있다. 아울러 상대국 투자자에게 "투자의 관리 · 유지 · 사용 · 향유 또는 처분과 관련하여 공정하고 공평한 대우"를 부여할 것을 규정하고 있다.[63] 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.[64]

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.[65] 즉 "불합리성"이 하나의 일반적 대우 위반의 기준으로 규정되고 있는 것이다. 이에 대해 한-리비아 투자보장협정에서는 "부당한 조치"라는 표현을 사용하고 있다.[66]

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. 우리의 해외 자원에너지 분야의 투지진출에 대해 투자유치국 정부가 이러한 기준에 미치지 못하는

61) Ibid., 미국 양허표.
62) 한-인도네시아 투자보장협정 제2조 2항("일방당사국 투자자의 투자는 타방당사국의 영역 안에서 항상 공정하고 공평한 대우를 받으며, 충분한 보호와 안전을 향유한다.")
63) 한-모로코 투자보장협정 제2조 2항, 제3조 1항, 제3조 2항. 한-인도 투자보장협정 제2조 2항, 제3조 2항. 한-말레이시아 투자보장협정 제2조 2항, 제3조 2항.
64) 한-쿠웨이트 투자보장협정 제2조 6항.
65) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제2조 2항, 3항. 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제2조 2항, 3항. 한-우크라이나 투자보장협정 제2조 2항, 3항.
66) 한-리비아 투자보정협정 제2조 3항.

대우를 부여하는 경우, ISD를 통한 권리구제를 추구할 수 있다.

한편, 우리가 체결한 FTA에서도 투자의 일반적 대우 조항을 두고 있다. 한-미FTA는 "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.[67]

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.[68]

위처럼, 일반적으로 최소기준 대우 의무는 국제관습법상의 외국인의 투자에 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 FTA는 "공정하고 공평한 대우" 와 "충분한 보호 및 안전" 의 두 부분으로 나누어 규정하고 있으며, 전자는 "법적 · 행정절차에서의 공평 처분" 이라고 포괄적인 개념으로 정의하고 있으며, 후자의 경우에도 무엇이 "보호 및 안전" 인지에 대해 언급함이 없이, "투자의 보호와 안전을 보장하기 위하여 합리적으로 필요한 만큼 취할 것" 을 의무화하고 있어, 경찰보호에 한정하고 있지 않다는 점이

67) 한-미FTA 제11.5조.

68) 한-싱가폴FTA 제10.5조 2항(c) (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 aliens.).

특징적이다.[69] 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 최소기준대우 조항에 의해 명시되어 오던 사항들 이외에도 추가적인 대우 문제가 일반적 대우 개념에 포함될 수 있는 가능성을 남기고 있음을 유의할 필요가 있다. 그만큼 아세안국가들로의 해외 자원에너지 투자에 대한 보호도 확대될 수 있으므로, 우리의 투자촉진 측면에서는 바람직하다 볼 수 있다.

실제 투자분쟁사건에서 중재판정부가 '공정하고 공평한 대우' 위반을 인정한 경우를 보면, '최대한의 보호와 안전' 의무와 연결시켜 검토하거나 동일한 내용으로 검토한 경우, 사법거부 또는 적법절차 위반의 경우, 투명성 원칙과 연결 지어 검토한 경우, 신의성실 원칙의 표현으로 투자자가 투자 당시에 고려한 정당한 기대를 존중하여야 하는 의무라고 본 경우, 공정성, 합리성, 차별성, 자의성 등의 요소를 연결시켜 검토한 경우가 있다.

주의할 점은 일반적 대우 의무는 투자유치국이 국제관습법 상 인정되는 해외투자자에 대한 대우의 최저기준 이상의 대우를 상대국 투자자에 대해 부여해야 하는 것이다. 이 원칙은 투자유치국이 자국 투자 또는 제3국의 투자에 대하여 부여하는 대우와는 별도로 상대국 투자에 대한 대우가 국제법상의 최저기준에 부합하도록 해야 하는 것인바, 내국민대우원칙과 최혜국대우원칙이 비교 대상이 있는 상대적 개념인 반면, 최저대우기준은 일종의 절대적 개념이라 볼 수 있다. 그러므로 투자유치국이 비록 상대국의 투자에 대하여 내국민대우의무와 최혜국 대우 의무를 준수하더라도 국제관습법이 인정하는 해외투자자에 대한 대우의 최저기준 이상의 대우를 하지 않는다면 협정위반이 된다.

국제관습법상 최저대우기준의 내용에 대해서 Neer사건(1926년)[70]의 중재판정이 주로 인용되고 있다. 이 사건의 중재판정부는 외국인에 대한 대우가 최저대우기준 위반을 구성하기 위해서는 "터무니없거나(outrage), 부정하거나(bad faith), 의무의 고의적 무시에 해당(wilful neglect of duty)하거나, 정부조치가 모든 이성적이고 객관적인 사람이 불충분하다고 선뜻 인정할 수 있을 정도로 국제기준에 미치지 못하고 불충분(insufficiency of governmental action)하여야 한다"고 판정하였다. 이와 같은 최저대우기준은 투자협정이 규정하고 있는 투자유치국의 의무의 흠결을 보완할 수 있는 기능을 한다.

---

69) 투자협정 제5조.

70) U.S. v. Mexico (L. F. H. Neer Claim (U.S. v. Mexico, 1926), General Claims Commission, 1927 Opinions of Commissioners, 71). 1924년 멕시코 국내에서 미국인이 살해되었다. 미국 정부는 "멕시코 당국에 의한 시인 할 수 없을 만큼의 주의의 결여·수사의 결여가 있어, 범인의 소추는 행해지지 않았다"라고 주장해, 국가 책임에 의한 손해의 보상을 청구했다. 중재판정부는 "비인도적인 방법으로, 악의에 의해, 스스로의 의무를 고의로 게을리 하거나, 혹은 국제기준에 훨씬 미치지 않을 정도로 정부의 행위가 불충분한 경우"에 국제법 위반으로서 국가 책임을 물을 수 있다고 전제하고, 멕시코 정부는 보다 적극적 또한 효율적인 수속을 실시할 수 있었던 가능성이 있지만, 그것은 국제법 위반을 구성할 정도의 주의·수사의 결여는 아니라고 판시했다. 따라서 멕시코 정부에 책임이 있다고 판단할 수 없으므로, 미국 정부의 청구를 기각하였다.

NAFTA 분쟁에서는 메타넥스 사(Methanex Corporation) v. 미국 정부간의 분쟁의 예를 들어 일반적 대우 의무를 이해할 수 있다. 캘리포니아 주정부는 1993년 가솔린첨가제인 MTBE(Methyl Tertiary-butyl Ether) 생산 및 사용금지 명령을 발표하고 2002년까지 캘리포니아 주 내에서 판매되는 모든 가솔린에 MTBE 첨가를 금지했다. 이에 MTBE의 주원료(메탄올) 생산업체인 캐나다 메타넥스 사는 캘리포니아 주정부의 금지조치가 메탄올 대체제인 에탄올 산업을 보호하기 위한 조치이므로, NAFTA 제11장 중 특히 제1105조(최소대우기준) 규정을 위반하는 것이라고 주장하며 미국 정부를 제소했다.

중재판정부는 이러한 메타넥스 사 측의 주장을 모두 기각했다. 메타넥스 사는 최소대우기준 원칙이 차별조치 금지를 포함한다고 광의로 해석한 반면, 중재판정부는 NAFTA 자유무역위원회(FTC: Free Trade Commission)가 제1105조의 '공정한 대우' 의무가 '외국인에 대한 국제관습법인 최소대우'로 한정되어 있고 여타 조항이나 기타 조약의 위반사실이 확정된다는 것 자체로서 제1105(1)조 위반을 성립하지는 않는다고 고 해석하였다. 즉, 중재판정부는 위 FTC 해석에 기초하여 정부 조치가 제1102조를 위반한다고 해서 제1105(1)조도 위반한다는 것은 아니며, 이에 따라 제1105(1)조가 반드시 내 · 외국인 투자자에 대한 차별적 조치를 금지하지는 않는다고 판단한 것이다.

이 사안은 외국인투자자를 위한 '공정하고 공평한 대우(fair and equitable treatment)' 원칙이 단순히 국제관습법상의 최소기준(minimum standard)일 뿐 국제법의 개별 원칙이 아니라는 점, 차별적 조치가 그 자체로서 이 원칙에 포함되지 않는다는 점, 또한 중재판정부가 NAFTA 당사국 대표들로 구성된 FTC의 해석에 구속되었다는 점에서 주목할 만하다.

이렇게 차별적 조치와 최소기준 원칙을 별개의 의무로 보는 경향은 GAMI 사(GAMI Investments Inc) v. 멕시코 정부 분쟁에서도 확인되었다. 2001년 멕시코는 국내 설탕산업의 활성화를 위한 법령을 공표하면서 공식적으로 22개의 설탕 제조공장을 수용 조치하였는데, 미국 투자자 GAMI 사가 지분 투자한 멕시코 GAM 사의 5개 설탕 제조공장도 수용대상에 포함되었다. 이에 GAMI 사는 멕시코 정부의 설탕공장 수용조치는 자의적이고 차별적인 조치로 최소대우기준을 위반하였다며 UNCITRAL에 중재를 청구하였다.

GAMI 사는 멕시코 정부의 조치가 자신의 지분에 대한 규제는 아니지만,[71] 이 지분의 가치에 부정적인 영향을 끼쳐 피해를 입었다고 주장하였다. 중재판정부는 멕시코 정부의 설탕산업 개편 조치 이후 국내 설탕산업이 활성화되었고, GAM 사는 3개 공장의 소유권을 회복하고 여타 2개 공장에 대해서는 보상금을 수령하였으며, 또한 멕시코 정부의 설탕산업 활성화 정책이 자의적임을 구체적으로 입증하지 못했다는 것을 근거로 GAMI 사의 주장을 기각하였다.

71) GAMI사는 멕시코 기업 GAM의 지분 14.18%를 보유함.

이상에서 살펴본 바와 같이 아직 일반적 대우 의무의 내용이 명확히 확정된 것은 아니다. 그러나, 일반적으로 주목하여 일반적 대우 의무를 주장할 수 있는 경우로는, (i) 우리의 해외 자원에너지 투자진출에 대해 투자유치국 정부나 사법기관이 사법거부나 적법절차를 위한하여 규제를 가하는 경우, 이러한 규제가 우리 투자자가 투자 당시 고려한 정당한 기대에 어긋나는 경우, (ii) 민간 소요 등으로 인해 외국인 투자에 대한 위험요소가 가해지고 있는데 현지 경찰이 충분한 보호를 제공하지 않는 경우 등을 들 수 있다.

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.[72]

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.[73] 이와 같은 이행요건 부과 금지 의무를 투자 맥락에서 일일이 명시하는 대신, 한-아세안 FTA에서는 WTO TRIMs협정의 범위로 제한하여 이를 준용하는 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,[74] 그 범위 내에서 동식물 건강 보호, 고갈가능

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

자원 보존 등의 목적을 위한 이행요건 부과는 허용될 수 있다고 해석된다.

해외자원 에너지 투자진출을 하는 경우, 일정한 비율의 수출의무를 요구, 국산품 구매요구, 외환획득고에 상품판매를 연계, 기술이전을 요구 등의 규제가 취해지는 경우, 이들 국가들과 맺은 투자협정이나 FTA상에 이행요건부과 금지의무가 포함되어 있는 경우, ISD를 통해 이러한 규제들을 효과적으로 견제할 수 있음을 주목해야 한다.

5. 송금 보장

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.[75] 한-카자흐스탄, 한-인도, 한-우즈베키스탄, 한-우크라이나 및 한-리비아 투자보장협정[76]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.[77]

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.[78]

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.[79] 즉, 송금과 관련, 일종의 MFN대우(제3국과의 동등대우)를 규정하고 있는 것이다.

74) Ibid., 제20조.
75) 한-모로코 투자보장협정 제6조.
76) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제6조, 한-인도 투자보장협정 제6조, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제6조, 한-우크라이나 투자보장협정 제6조, 한-리비아 투자보장협정 제6조.
77) 한-쿠웨이트 투자보장협정 제6조.
78) 한-이란 투자보장협정 제8조.
79) 한-말레이시아 투자보장협정 제7조.

한-인도네시아 투자보장협정에서는 "통화 송금의 보고를 요구하는 법령을 요구할 수 있다"는 규정을 두고 있다.[80]

우리가 체결한 FTA에서도 투자 송금의 보장조항을 두고 있다. 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[81]

다만, 당사국은 일정한 경우 자국법 및 규정의 공평하고 비차별적이며 선의에 입각한 적용을 통하여 송금을 연기하거나 금지할 수 있음을 규정하고 있는 경우도 있다.[82]

이러한 송금보장의무가 해외자원에너지 투자진출 업체들의 본사 송금권리를 보호하기 위해 효과적으로 원용될 수 있음은 물론이다.

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.

80) 한-인도네시아 투자보장협정 제7조.
81) 한-아세안 FTA 투자협정 제10조 1항, 한-미FTA 제11.7조, 한-인도CEPA 제10.10조, 한-싱가폴 FTA 제10.11조. 한편, 한-미FTA에서는 위 송금 연기 및 금지 사유 중 (iv), (vi), (viii)가 규정되어 있지 않다. 한-미FTA 제11.7조 4항
82) 한-아세안 FTA 투자협정 제10조 2항 참고.

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.[83]

이러한 형식의 규정은 우리가 체결한 투자보장협정에 대부분 공통적으로 규정되어 있다.[84] 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.[85] 한-카자흐스탄, 한-우즈베키스탄 및 한-우크라이나 투자보장협정은 "신속한 보상원칙"의 구제적 기한을 "수용일로부터 2개월 내"로 명시하고 있다.[86]

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.

1. 당사국은 다음을 제외하고 그 밖의 당사국의 투자자의 적용대상투자를 직접적 또는 수용 또는 국유화와 동등한 조치(이하 "수용" 이라 한다)를 통하여 국유화하거나 수용하여서는 아니 된다.
   가. 공공목적을 위할 것[87]
   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,[88] 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.[89] 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 사회주의공화국

83) 한-모로코 투자보장협정 제5조.
84) 한-인도 투자보장협정 제5조, 한-이란 투자보장협정 제6조, 한-말레이시아 투자보장협정 제6조, 한-인도네시아 투자보장협정 제6조.
85) 한-쿠웨이트 투자보장협정 제5조 1항, 한-리비아 투자보장협정 제5조 2항.
86) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제5조 1항, 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제5조 1항, 한-우크라이나 투자보장협정 제5조 1항.
87) 불확실함을 피하기 위하여, 말레이시아가 수용 당사국인 경우, 토지와 관련한 모든 수용 조치는 토지 취득에 관한 국내법 및 규정에 기재된 목적을 위한 것이다.
88) 필리핀 공화국의 경우, 수용이 발생한 때 또는 수용이 공개적으로 발표되기 직전은 수용에 대한 신청이 제출된 날을 언급한다.
89) 당사국들은 지급이 이루어지기 전에 준수될 필요가 있는 법적·행정적 절차가 있을 수 있다는 것을 이해한다.

의 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.[90]

한-미 FTA를 비롯한 여타 FTA에서도 공공목적의 비차별적 수용의무, 신속 · 적절 · 효과적인 보상, 보상에 있어서의 지연금지의 원칙, 보상금의 국제적 이전 가능 원칙 등이 유사하게 규정되어 있다.[91] 한-미 FTA에서는 이에 더해 최소기준 대우까지 준수하도록 되어 있는 점이 특이하다.[92]

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.

간접수용의 법리는 많은 투자협정이나 FTA에 도입되어 있으며, 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.[93]

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 보상 없는 수용 금지원칙에 위반한다고 주장하며, 총 9천만달러의 보상을 요구하며 국제중재를 요청하였다.

90) 한-아세안 FTA 투자협정 제12조.
91) 한-칠레 FTA 제10.13조, 한-EFTA FTA 투자협정 제13조, 한-싱가폴 FTA 제10.13조, 한-미FTA 제11.6조.
92) 한-미 FTA 제11.6조 1항(d) ("in accordance with due process of law and Article 11.5.1 through 11.5.3.").
93) 한-미FTA 제11.6조 1항.

중재패널은 멕시코정부가 NAFTA 1110조상의 보상 없는 수용금지 원칙에 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 해당한다" 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 16.7백만 불의 배상금을 지불하라고 판결하였다. 이 금액은 Metalclad측의 투자액수에 시정부가 불인가조치를 내린 날 이후로부터의 이자액을 더한 것으로, 이러한 직접 손해 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.

주의할 점은 간접수용으로 인정받으려면 규제의 결과 발생하는 영업 손실의 정도는 직접 수용과 마찬가지로 치명적인 정도여야 한다는 점이다. 이 점과 관련해서는 웨이스트 매니지먼트 사(Waste Management Inc) v. 멕시코 정부 분쟁이 시사점을 준다. 미국 산업폐기물 처리 회사인 웨이스트 매니지먼트 사는 멕시코 기업인 아카버드(Acaverd) 사를 통해 멕시코 아카풀로(Acapulo) 시정부와 15년간 도시 내 폐기물 처리 독점계약을 체결했다. 아카버드 사는 쓰레기 수거지역에서 직접 받는 용역비 중 일부를 시정부에 인센티브로 제공하고 아카풀로 시정부로부터는 매월 17만 달러를 지급받기로 했다. 쓰레기 수거지역의 주민들이 돈을 내고 쓰레기를 처리하는 것에 동의하지 않자 아카버드 사는 사업 운영에 어려움을 겪게 되었고, 시정부에도 인센티브를 제공하지 못했다. 시정부의 자금난으로 17만 달러 또한 지급받지 못하게 되자 아카버드 사는 지급보증을 섰던 국책은행 BANOBRAS에 대금지급을 요청하였지만 BANOBRAS도 대금지급을 지연했다. 이에 웨이스트 매니지먼트 사는 계약금액의 일방적 지급연기는 계약의 파기를 의미하므로 이미 1,200만 달러 이상의 투자가 이루어진 아카풀로 시에서의 영업 철수는 간접수용에 해당된다고 주장하며 1998년 ICSID에 중재를 청구하기에 이르렀다.

중재판정부는 아카풀로 시정부의 대금지급 지연은 투자자가 합리적으로 기대할 수 있던 경제적 이익을 박탈한 것으로 볼 수 있지만, 이는 계약위반에 해당할 뿐이며

계약위반이 간접수용으로 바로 인정되는 것은 아니라고 판단했다. 웨이스트 매니지먼트 사가 멕시코에서 재산소유권을 유지하고 영업활동을 계속할 수 있었던 사실은 문제의 조치가 간접수용이라는 원고 측 주장의 설득력을 감소시키는 요소 중 하나인 것이었다. 또한 아카풀로 시가 계약상 약속한 토지를 제공하지 못한 사실 역시 간접수용이 아닌 심각한 계약위반으로 판정된 근거였다.

이 사안은 모든 계약위반이 자동으로 간접수용으로 인정되는 것은 아니며 간접수용의 범위를 좁혔다는 점에서 큰 의의를 지닌다. 특히 투자자가 얻어야 될 경제적 이익의 상실 자체는 직간접 수용 여부에 대한 판정의 필요 요소가 될 수 있으나 반드시 충분요소는 아니라는 것을 시사하고 있다.

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 정도, 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.[94] 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.

비록 다른 FTA에서는 이러한 간접수용 판단 기준을 서술하고 있지는 않으나, 한-미 FTA의 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 경우를 제외하고는 정당화되기 힘들다는 점에서 한-미 FTA와 차이가 있다고 본다.

한-미 FTA는 또한 과세조치에 대한 부속서를 두어, 정부의 조세 부과조치가 수용에 해당하는 경우를 제한하고 있다. 즉, 과세 조치가 간접수용인지는 결국 각 사안별로

94) Ibid., 부속서 11-나 3항.

판단해야 하는바, 그럼에도 과세조치는 일반적으로 수용을 구성하지 않으며, 새로운 조세항목을 도입하거나 복수의 관할구역에서 과세한다고 해서 그 자체로 수용에 해당하지 않음을 규정하고 있다. 또한 국제적으로 인정된 조세정책, 원칙 및 관행에 합치하는 과세조치는 수용에 해당하지 않는바, 특히 탈세를 방지하기 위한 과세는 수용이 아님을 확인하고 있다. 아울러, 특정 집단에 초점을 맞추어 부과하지 않는 비차별적인 과세조치는 수용이 아닐 가능성이 많으며, FTA 발효시 이미 존재하고 공표된 과세조치는 수용이 아님을 규정하고 있다.[95]

간접수용을 구성하는 규제인지 여부를 판단하는 것이 중요한 이유는 결국 정부의 보상의무가 적용되는지 여부에 있는 것이다. 이상의 판별기준에 의거하여 간접수용을 구성하는 규제의 경우에는 수용 및 보상 의무조항에 의거하여 신속 · 적절 · 효과적인 보상, 보상에 있어서의 지연금지의 원칙, 보상금의 국제적 이전 가능 원칙 등이 적용된다. 그러므로 규제 대상인 외국인 투자자를 일일이 찾아내어 보상을 제공하지 않으면 안 되는 것이다. 반면, 간접수용을 구성하지 않는 규제의 경우는 투자유치국의 정당한 권한 행사의 일환인 것이므로 이러한 보상의무 없이 규제를 가할 수 있는 것이다.

해외자원에너지 투자를 진행하는 경우, 수용에 대한 보상의 요건과 한계를 명확히 인식하고, 간접수용의 법리를 숙지하여, 투자재산의 보호에 만전을 기울여야 할 것이다. 투자유치국 정부의 규제로 인해 직접수용 당한 것과 비등한 정도의 막대한 영업손실이 발생하게 되면, 각 협정에 규정된 예외사유에 해당하지 않는한 간접수용을 근거로 ISD제소를 통해 그 손해를 배상받을 수 있는 것이다. 특히 불균형적이거나 차별적인 규제의 경우에는 공공복지 정책이라해도 간접수용을 구성할 수 있음을 주목해야 한다.

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 보장의무를 규정하고 있다.[96]

한편, 한-미 FTA는 "전쟁, 무력충돌, 반란, 폭동, 소요 또는 그 밖의 내란으로 인하여 자국 영역내 투자가 입은 손실" 에 관하여는 "자국이 채택하거나 유지하는 조치에 대하여 비차별적인 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자와 적용대상투자에 부여" 할 것을 규정하고 있다.[97] 즉, 한-미 FTA는 비상사태하의 투자손실에 대해서 일정한 국제기준에

95) 한-미 FTA Annex 11-F.
96) 한-모로코 투자보장협정 제4조.
97) 한-미 FTA 제11.15조 4항.

의한 보상을 규정하기 보다는 자국내의 보상기준에 비추어 비차별적 대우를 부여하는 것으로 규정하고 있는 것이다. 다만, 군대 또는 당국에 의한 징발이나 불필요한 파괴행위로 인한 투자손실에 대해서는 신속하고 적절하며 효과적인 보상을 규정하여 보호수준을 높이고 있다.[98] 한-인도 CEPA에서도 한-미 FTA와 대동소이한 규정을 두고 있다.[99]

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.

한편, 한-인도네시아 투자보장협정, 한-싱가폴 FTA, 한-아세안 FTA에서는 비차별 보상원칙만을 규정하고 있다.[100]

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 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 해외자원에너지 투자를 진행할수록 숙지하여, 손실에 대한 보상을 적극적으로 추구해야 할 것이다.

8. 일반적 예외

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[101] 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

98) Ibid., 5항.

99) 한-인도 CEPA 제10.13조.

100) 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.

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

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[102] 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

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.[103]

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.

반면, 우리가 맺은 양자 투자보장협정에는 대부분 일반적 예외 규정을 두고 있지 않다. FTA에서는 일반적 예외 장을 두고는 있으나, 한-미 FTA에서는 투자 장은 일반적 예외의 적용대상에서 제외된다.[104] 그러므로 한-미간 투자에 대한 정부의 규제조치는 FTA 일반적 예외에 의해 정당화시킬 수 있는 여지가 없으므로, 유보목록에 유보해두지 않은 규제는 한-아세안 FTA에서처럼 일반적 예외사유로 정당화시키지는 못하는 것이다.

한편, 한-아세안 FTA 투자협정은 안보상 예외를 위한 조항도 규정하고 있다. 그러므로 일정한 안보조치는 투자보호 의무에 관계없이 취할 수 있는 근거를 마련하고 있다.[105] 한-미 FTA를 비롯한 거의 모든 FTA에서 안보예외 조항의 경우에는 투자 장도 그 적용대상에 포함하고 있으므로,[106] 이 점은 특이사항은 아니다. 한-미 FTA 안보상 예외 조항은 아래와 같다.

---

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

103) 투자협정 제20조.

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

105) 투자협정 제21조.

106) 한-미FTA 제23.2조 등 참조.

이 협정의 어떠한 규정도 다음으로 해석되지 아니한다.

가. 공개되면 자국의 필수적 안보이익에 반한다고 당사국이 결정하는 정보를 당사국이 제공하거나 이에 대한 접근을 허용하도록 요구하는 것, 또는

나. 당사국이 국제 평화 또는 안보의 유지 또는 회복에 대한 자국의 의무를 이행하기 위하여, 또는 자국의 필수적 안보이익의 보호를 위하여 필요하다고 판단하는 조치를 적용하지 못하도록 배제하는 것[107][108]

우리의 해외자원에너지 투자에 대해 주재국 측이 각종 규제를 가하는 경우, 해당 국가와의 투자관련 협정상 일반적 예외나 안보상 예외 사유가 존재하는지 여부와 존재한다면 이러한 정당화 사유에 해당하는지 여부를 분석해야 한다. 주의할 점은 위 한-미 FTA 안보상 예외조항의 문구를 보면, 특정 사안이 필수적 안보이익에 해당하는지 여부는 규제를 가하는 당사국이 결정(판단)하도록 되어 있으므로, 미국 정부가 애초 규제를 가할 당시 어떻게 결정하고 판단했는지가 중요한 핵심사안이 된다는 것이다.

9. 유보

투자보장협정이나 FTA상의 일정한 실체적 의무조항의 적용을 배제하기 위해, 이러한 의무에 합치 하지 않는 정부의 조치들을 협정의 당사국들이 유보표에 비합치조치로서 기재할 수 있다. 이렇게 기재한 조치들은 그 기술된 내용대로 각각의 실체적 의무조항들이 적용되지 않게 되는데, 이를 유보제도라 한다.

예를 들어, 한-미 FTA는 내국민대우, 최혜국대우, 이행요건 부과금지, 그리고 임원국적제한 금지 의무로부터의 유보를 허용하고 있다. 미국측이 한-미 FTA의 유보표에 유보한 내용 중 해외자원개발 관련 내용을 요약하면 아래와 같다.[109]

첫째, 상업적 또는 산업적 목적으로 원자력의 "이용 또는 생산시설"을 주간 통상에서 이전 또는 수령하거나 제조 · 생산 · 이전 · 사용 · 수입 또는 수출하고자 하는 미합중국 내의 인은 미합중국원자력규제위원회로부터 허가를 받아야 한다. 그러한 허가는 외국인, 외국회사, 또는 외국 정부에 의하여 소유, 지배 또는 통제되는 것으로 알려지거나 간주되는 어떠한 실체에 대하여도 발급될 수 없다.

둘째, 1920년 광물지대 임차법에 따라 외국인 및 외국회사는 육상 연방영토에 석유 또는 가스 파이프라인, 또는 석유 및 가스 정제제품의 수송 파이프라인을 설치할 수 있는 통행권을 취득할 수 없고, 육상 연방영토상의 석탄 또는 석유와 같은 특정 광물에 대한 임차권 또는 그 밖의 권리도 취득할 수 없다. 미합중국 시민권자가 아닌 자도 육상 연방영토에 석유나 가스 파이프라인을 설치할 수 있는 통행권을 취득한 국내회사 또는

107) 보다 명확히 하기 위하여, 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 판정한다.

108) 한-미 FTA 제23.2조 필수적 안보 조항.

109) 한-미 FTA 부속서 I 미합중국의 유보목록.

육상 연방영토에서 광물자원을 개발할 수 있는 임차권을 취득한 국내회사를 100퍼센트 소유할 수 있으나, 이는 그 외국투자자의 모국이 자국의 시민권자나 회사 또는 다른 국가의 시민권자나 회사에게 허용하는 특권에 비교하여 미합중국의 시민권자나 회사에 대하여 그러한 광물 또는 접근권리에 있어 유사하거나 동일한 특권을 부인하지 아니하는 때에 한하여 적용된다. 국유화는 유사 또는 동종의 특권을 부인하는 것으로 간주되지 아니한다. 외국의 법, 관습 또는 규정이 미합중국의 시민권자나 회사에게 공유지 임차에 관한 특권을 부인하는 경우, 그 국가의 시민권자 또는 그 시민권자에 의하여 지배되는 회사는 해군석유매장지에 대한 연방임차에 대한 접근권 취득이 제한된다.

셋째, 특정 외국인, 외국기업, 또는 외국인이 지배하는 국내기업은 해외민간투자공사의 보험과 대출 보증을 이용할 수 없다. 미합중국은 이 협정 발 효일자로 해외민간투자공사가 22 U.S.C. §2194에 규정된 대로 투자 보험에 따라 부과되는 책임을 공유하기 위하여 한국수출보험공사 또는 다자투자 보증기관과 약정을 체결할 수 있으며, 이에 따라 대한민국이 이 유보항목에 따른 최혜국 대우를 받을 자격이 있음을 인정한다.

넷째, 미국의 주정부의 조치와 워싱턴 DC정부의 조치 및 푸에르토리코의 조치, 그리고 주 하위 단위 정부의 조치 중에서 한-미FTA가 발효될 당시 존재하고 있는 모든 비합치 조치는 포괄적으로 유보 한다. 이상의 유보내용들은 현재유보표에 기재되어 있다.

다섯째, 미합중국은 알래스카 원주민 분쟁 해결법에 따라 알래스카 주법에 의하여 설립된 회사를 포함하여 사회적 또는 경제적으로 약자인 소수에게 권리를 부여하거나 우대하는 어떠한 조치도 채택하거나 유지할 권리를 미래유보한다.

이상과 같은 유보내용을 숙지해서 유보된 내용대로 취하는 미국 정부의 규제조치들은 협정상의 해당 의무가 적용배제 되게 되므로 그 정당성이 보장됨을 이해해야 한다. 다만 현재유보의 경우에는 역진방지 조건이 부과되므로 미국 정부가 일단 자발적으로 규제를 완화한 경우 다시 원래의 규제로 돌아가게 되면 협정 위반이 성립되므로 이를 예의주시해야 한다.

각 투자협정이나 FTA별로 별도의 유보표가 존재하므로, 해외자원에너지 진출 대상국과 맺은 투자협정이나 FTA상에 해외자원에너지 투자관련 유보내용이 있는지를 각각 확인하여, 우리 기업들이 주장할 수 있는 권리의 범위를 파악해야 할 것이다. 주목할 점은 최소기준대우 의무와 수용관련 의무에는 유보가 적용되지 않도록 되어 있으므로, 우리 진출기업들이 최소기준대우를 받지 못하거나 직/간접수용을 당하는 경우에는 유보내용에 상관없이 권리구제를 받을 수 있다는 점이다.

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 ISD를 제기할 수 있게 함으로써 외국인투자자에 대한 보다 포괄적인 보호를 목적으로 하는 조항을 말한다.

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.[110] 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.[111] 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." [112]

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,[113] 단순히 투자 장에 명시된 의무 위반의 경우는 물론이고, 투자계약상의 의무위반도 FTA 투자분쟁해결 절차를 통해 해결할 수 있도록 하고 있다. 이 때, "투자계약(investment agreement)" 이란 "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 다음 권리를 부여하는 것" 을 말한다.

---

110) "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.

111) 한-리비아 투자보장협정 제10조 3항.

112) 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.")

113) 한-미FTA 제11.16조 1항 참조.

가. 국가당국이 통제하는 천연자원에 관하여, 탐사·채취·정제·운송· 유통 또는 매각을 위한 것과 같은 권리
나. 발전 또는 배전, 용수 처리 또는 분배, 또는 통신과 같이 당사국을 대신하여 공중에 서비스를 공급하는 권리, 또는
다. 정부의 배타적 또는 현저한 이용과 혜택을 위한 것이 아닌, 도로·교량·운하·댐 또는 배관의 건설과 같은, 기반시설사업을 수행할 권리[114]

위에서 천연자원에 대한 각종 개발권리가 명시적으로 투자계약의 범위에 포함되어 있으므로, 해외 자원개발 투자진출에 있어 투자유치국 정부와 맺은 각종 양허계약은 ISD적용대상이 되는 것이다. 주의할 점은 투자계약은 "중앙정부 차원에서" 맺은 계약을 말한다는 점이다.[115] 그러므로 지방정부가 투자자와 맺은 계약은 한-미 FTA 포괄적 보호 조항이 적용되지 않는다. 또한, 투자인가나 투자계약 위반을 이유로 ISD에 회부된 경우의 중재재판의 적용법규는 해당 인가나 계약에 지정된 법규 또는 당사국이 달리 합의하는 법규가 되며, 만일 이렇게 지정하거나 합의한 법규가 없는 경우는 투자유치국의 국내법(섭외사법 포함)과 적용가능한 국제법규가 됨[116]도 이해해야 한다. 이점은 자원개발 투자 인가나 계약시 유념하여 우리 기업에 가급적 유리한 방향으로 적용법규를 명시적으로 지정해놓을 필요가 있음을 의미한다.

이처럼, 우리 자원개발 투자 기업이 대미투자를 진행함에 있어, 미국 연방정부와 체결한 각종 투자계약상의 권리를 투자협정에 의해 보호받을 수 있는 경우가 있음을 상기해야 한다. 포괄적 보호조항은 우리의 진출기업들의 투자계약상의 권리를 국제조약상의 권리로 승격시켜 투자자 보호체제를 강화시키는 효과가 있는 것이다. 투자계약상의 의무 위반 여부를 주시하여 ISD제소절차를 적극 활용해야 한다.

IV. ISD 절차법적 규정의 의미 분석

이상과 같은 실체법적 의무사항들을 절차적으로 보장하기 위해 투자관련 협정은 일정한 분쟁해결절차를 마련하고 있다. 우선, 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, 재판장

114) 한-미FTA 제11.28조 참조.
115) 한-미FTA 각주 15 참조.
116) 한-미 FTA 제11.22조 2항.

의 비용은 균등하게 분담한다.[117]

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 타방국가의 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.[118]

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 계류 중인 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.[119]

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.[120] 반면, 한-인도네시아 협정은 "12개월"을 우호적 분쟁해결 기간으로 설정하고, 그 후 ICSID절차로 이행할 수 있음을 규정하고 있다.[121]

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.[122] 한-리비아 협정도 6개월 협상기간 이후 임시중재재판 절차만을 상정하고 있다.[123]

117) 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 제10조, 한-리비아 투자보장협정 제8조.

118) 한-카자흐스탄 투자보장협정 제9조, 한-인도 투자보장협정 제8조, 한-우크라이나 투자보장협정 제9조.

119) 한-이란 투자보장협정 제12조.

120) 한-말레이시아 투자보장협정 제9조.

121) 한-인도네시아 투자보장협정 제9조.

122) 한-우즈베키스탄 투자보장협정 제9조.

123) 한-리비아 투자보장협정 제9조.

우리가 맺은 FTA는 대부분 이러한 정부간 분쟁해결 절차는 물론 투자자와 정부간 분쟁해결절차를 마련하고 있다. FTA에 따라서는 투자자-정부 중재에 회부된 사안에 대해서는 정부간 분쟁해결절차를 진행하지 못하도록 규정하는 경우가 많다. 즉, 한-아세안 FTA를 예로 들면, 투자협정 자체가 자국 투자자가 투자자-국가 중재에 문제를 회부한 분쟁에 관하여 외교적 보호를 부여할 것을 금지하고 있으므로,[124] 투자자-국가 중재에 회부된 사안에 대해서는 국가 대 국가 분쟁해결절차가 진행되지 못한다고 해석된다. 반면, 한-미 FTA의 경우는 이러한 조항이 없으므로 투자자-정부간 중재가 제기된 사안에 대해서도 정부간 분쟁해결절차가 진행될 수 있는 여지를 남기고 있는 점을 주목할 필요가 있다. 물론 ICSID협약의 일반원칙에 따르면 투자자-정부 중재 제기에 동의한 사안에 대해서는 당사국이 외교적 보호를 부여하지 말 것을 규정하고 있어,[125] 이러한 일반론이 한-미 FTA에도 적용될 수 있다는 반론이 주장될 여지도 있으나, 외교적 보호 배제에 관한 조항을 특별히 두지 않고 있는 한-미 FTA의 취지에 비추어 이러한 반론은 타당하지 않다고 판단된다. 아래에서는 한-미 FTA의 ISD를 다른 FTA상의 제도와 비교하여 집중 분석하기로 한다.

1. 의의

적용대상 투자와 관련하여, 한-미 FTA 투자 장의 의무나 투자승인이나 투자계약상의 의무를 위한한 결과 적용대상 손실(loss) 또는 손해(damage)가 야기된 때, 당해 투자자와 당사국간에 일정한 중재절차를 통해 분쟁을 해결할 수 있도록 한 것이다.

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 당사

124) 한-아세안 FTA 투자협정 제18조 13항.
125) ICSID협약 제27조 1항.

자가 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 뉴욕협약[126]이 있어 협약에 따라 집행이 보장된다는 점 등이 중재의 커다란 장점이다.

2. 청구 주체 및 원인

ISD를 청구할 수 있는 주체는 적용대상 투자의 상대국 투자자를 말한다. 단, 당사국의 국적 또는 시민권을 소유한 자연인은 그 당사국에 대하여 청구를 제기할 수 없다. 또한 투자유치국의 법인으로 설립된 투자체는 그 자체로 청구를 제기할 수 없고 상대국 투자자가 그 법인을 소유하거나 통제하는 경우 그 투자자가 해당 법인을 대신해서 청구를 제기할 수 있게 된다.[127]

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 문제된다. 이러한 "조약 쇼핑(treaty shopping)"의 문제는 전술한 바와 같이 "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, 또는 비당사국의 인이 해당 기업을 소유하거나 지배하면서, 혜택을 부인하는 당사국이 그 비당사국과 정상적인 경제관계를 유지하고 있지 아니하는 경우 해당 법인 투자자와 그 투자자의 투자에 대하여 FTA상의 혜택을 부인할 수 있으므로,[128] 이에 따라 투자자-국가 중재절차의 청구 자격도 부인할 수 있다.

청구의 원인과 관련하여, 한-미 FTA에서는 투자협정상의 일정한 의무 위반에 더해 투자인가(investment authorization)나 투자계약(investment agreement)상의 의무 위반의 경우까지 청구의 원인으로 포함[129]시키고 있는 점에서, "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 규정하여 협정상의 의무위반에 한정하고 있는 여타 FTA 보다 광범위한 제소사유를 규정하고 있다.[130]

126) 1958 UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.
127) 한-미 FTA 제11.16조 1항 (b) 참조.
128) 한-미 FTA 제11.11조.
129) 한-미 FTA 제11.16조 1항.
130) 한-아세안 FTA 투자협정 제18조 1항. 한-싱가폴 FTA나 한-칠레 FTA의 경우에도 이러한 제한적인 제소사유를 채택하고 있다. 한-칠레

단, 한-미 FTA에서는 투자계약 위반 사유가 지나치게 확대 해석될 가능성을 견제하기 위해 "청구대상과 청구된 손실이 관련 투자계약에 의거하여(in reliance on) 설립 또는 인수되었거나 설립 또는 인수가 추진되었던 적용대상투자와 직접적으로 관련이 있는(directly relate to) 경우에만" 투자계약의 위반에 대한 청구를 제기할 수 있도록 주의규정을 두고 있다.[131]

그러므로 대미 투자업체들은 한-미 FTA상의 실체적 투자규정들의 위반여부뿐만 아니라 미국정부와의 투자승인이나 투자계약상의 규정들을 점검하여 그에 비추어 부당한 대우를 받는지 여부를 예의주시해야 한다. 투자계약 위반의 경우는 해당 투자가 해당 투자계약에 의거하여 설립되었으며, 청구 손실이 그러한 투자업체에 직접적으로 가해진 손실임을 입증할 수 있어야 함을 유념해야 한다. 투자계약에 직접적으로 의거하지 않고 설립된 여타 투자나 간접적 손실 등은 ISD 청구사유에 해당하지 않는 것이다.

3. 협의와 제소

우선 투자자와 정부는 우호적인 해결에 도달하기 위하여, 협의(consultation) 및 협상(negotiation)을 통해 가능한 한 분쟁을 해결해야 한다. 한-미 FTA는 협의와 협상 요청을 위한 특별한 요건을 규정치 않고 있으며, 이러한 협의와 협상절차를 절대적 의무단계로 설정하지도 않고 있다. 즉, "애초 협의와 협상을 통해 분쟁을 해결할 것을 추구해야(should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation)" 하고, 이러한 절차로 "비구속적인 제3자 절차(non-binding, third-party procedures)"를 포함시킬 수 있으나,[132] 협의와 협상절차를 진지하게 추구하기만 하면 되고, 상대방이 비협조적인 경우와 같은 상황이 발생하게 되면, 협의와 협상을 반드시 개최할 필요는 없는 것이다.

협의가 실패하여 중재 제소를 하는 경우, 청구의 원인이 되는 분쟁 사안이 발생한 이후 6개월이 최소한 경과한 시점에서 제소할 수 있는바,[133] 제소일로부터 최소한 90일 이전에 제소의향서를 통보하여 의무 위반사항, 사실관계 및 구제액수에 대한 정보를 제공해야 한다.[134] 투자자가 중재회부 시기를 일방적으로 선택할 수 있는 상황에서, 투자유치국 정부에게 최소한의 준비기간을 부여해야 공정한 법적 논쟁이 가능하기 때문이다.

우리가 체결한 FTA에서는 모두 행정심판절차 등 국내쟁송절차 전치를 요구하지 않고, 막바로 ISD중재로 이행할 수 있도록 규정되어 있다. 반면, 한-중-일 투자협정[135]을 비롯한 몇몇 투자보장협정에서는 국내 행정심판절차 등의 전치를 분쟁당사국이

FTA 제10.20조 1항, 한-싱가폴FTA 제10.19조 1항.

131) 한-미 FTA 제11.16조 1항.

132) 한-미 FTA 제11.15조.

133) 한-미 FTA 제11.16조 3항.

134) 한-미 FTA 제11.16조 2항.

135) Agreement Among the Government of Japan, the Government of the Republic of Korea and the Government of the People's Republic of China for the Promotion, Facilitation and Protection of Investment. 2012.5.13. 동북아 3국간 서명되어 국회비준 등의 절차를 남겨두고 있다.

요구할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 한-중-일 투자협정에 따르면, 분쟁투자자의 협의 요청에 대해 분쟁당사국은 즉시 국내법상의 행정심판절차(administrative review procedure)를 먼저 거치도록 요구할 권한이 있다. 이러한 요구시 행정심판 절차는 심판 제기 후 4개월 이내에 종료되어야 하며, 만일 종료되지 않는 경우 4개월 기간 만료시 중재절차로 이행할 수 있다.[136] 이러한 국내절차 전치 요건은 중국의 입장이 반영된 것이고,[137] 한국과 일본 정부가 이에 대해 크게 반발하지 않은 결과라 판단된다. 한-미 FTA ISD 협상과정에서 국내재판절차를 건너뛰고 중재로 이행하는 것에 대한 적지 않은 비판이 제기된 점을 고려해 볼 때, 한-중-일 투자협정에서 행정심판 전치요건을 부과할 수 있도록 한 것으로 보인다.

투자자 입장에서는 분쟁당사국의 법원이나 행정법원이 청구 사안에 대해 관할권을 갖고 있다면 동 법원이나 행정법원에도 제소할 수 있는 권리가 국내법적으로 보장되어 있다. 이처럼 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.[138]

중재에 회부될 경우, 투자자는 다음 중에서 선택권을 가진다.

(i) 분쟁 당사국과 비분쟁당사국이 모두 국제투자분쟁해결센터(ICSID) 협약의 당사자인 경우, 국제투자분쟁해결센터 협약과 국제투자분쟁해결센터 중재절차의 절차규칙(ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings),

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

(iii) 유엔국제무역법위원회 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules), 또는

(iv) 분쟁당사자들이 그렇게 동의한 경우, 그 밖의 중재규칙에 따른 그 밖의 중재기관.[139]

ICSID는 1966년 10월에 발효되고 우리나라가 1967년 3월 23일 조약 234호로 가입한 "국가와타방국가국민간의투자분쟁의해결에관한협약(Convention on the Settlement

136) 한-중-일 투자협정 제15조 7항.

137) 중-뉴질랜드 FTA에서도 국내행정심판절차의 전치를 요건으로 ISD를 규정하고 있다. 중-뉴질랜드 FTA 제153조 2항.

138) ICSID협약 제26조, 한-미FTA 제11.18조 2항. 단, 미국 투자자의 경우에는 한국 정부를 상대로 ISD를 제기하는 경우, 택일방식이 적용되어 애초에 국내절차와 국제중재절차중 하나만을 선택할 수 있도록 특별규정이 마련되어 있다. 한-미 FTA Annex 11-E.

139) 한-미 FTA 제11.16조 3항.

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-미 FTA는 분쟁투자자의 일방적 선택에 의해 ICSID가 중재관할권을 가진다는 점을 한국과 미국이 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 ICA(International Court of Arbitration), LCIA(London Court of International Arbitration), ICDR(International Center for Dispute Resolution; AAA) 등이 있다. 우리나라의 대한상사중재원이나 그 국제중재규칙[140]도 당사자들이 합의하면 채택할 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.[141] 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 끊임없이 괴롭히는 수단으로 남용될 여지가 있기에 이를 방지하기 위한 의미도 있다.

당사국은 분쟁투자자가 그의 권리 및 이익의 보전을 위하여, 중재판정부에서 절차를 개시하기 전에 분쟁당사국의 법원 또는 행정 재판소에서 손해배상의 지급 과 분쟁사안의 실체적인 해결을 수반하지 아니하는 "잠정 구제조치(interim injunctive relief)" 를 구하는 것을 금지하지 아니한다.[142] 그러므로, 대미 투자기업들은 자신들의 이익의

140) 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.

141) 한-미 FTA 제11.18조 1항.

142) 한-미 FTA 제11.18조 3항.

보전을 잠정적으로 신속히 확보할 필요가 있는 경우, 미국내 관할 법원에 잠정 조치를 청구한 후, ISD 절차로 이행할 수 있다.

주의할 점은 원래 ICSID협약에 따른 ISD절차에 따르면 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 아니 된다는 점이 명시되어 있다.[143] 중재절차와 외교적 보호 절차가 중복되어 진행되는 것을 막기 위한 것이다. 한-미 FTA에서도 ISD 중재 제소를 위한 필요조건으로 분쟁투자자가 여하한 국내법상의 소송제도나 "여타 분쟁해결절차(other dispute settlement procedures)" 에 분쟁해결을 시작하거나 계속하는 권리를 포기할 것을 요구하고 있어,[144] 마치 국제 분쟁해결 절차에의 제소도 포기해야 하는 것처럼 해석될 여지도 있기는 하다. 그럼에도 불구하고, 외교적 보호권의 포기는 원래 사인이 할 수 있는 것이 아니고 국가만이 할 수 있다는 점에서 이 문안이 국가에 의한 외교적 보호권의 행사로서의 국제분쟁해결 추구권도 포기한 것으로 해석하기는 어렵다고 본다. 아울러, 한-미 FTA의 분쟁해결 장에도 ISD의 사안이 된 것을 제소사안에서 제외한다는 규정을 두고 있지 않다. 그러므로, 한-미 FTA 체제에서는 분쟁투자자에 의한 ISD제소와는 별개로 한-미 양국정부 간의 FTA 분쟁해결 절차가 진행될 수 있는 것이다.[145]

결국 우리의 대미 투자기업이 미국 정부측의 부당한 규제에 직면한 경우, 해당 기업이 직접 미국정부를 상대로 ISD를 제소하는지 여부와 상관없이 우리정부도 미국정부를 상대로 FTA 분쟁해결 절차를 밟을 수 있는 것이다. ISD는 기업이 입은 손해를 배상받는데 목적이 있는데 비해, FTA 분쟁해결 절차는 해당 불법 규제를 철폐시키는 효과가 있으므로, 양 제도가 중복되기 보다는 상호 보완적인 측면이 있는 점을 유념해야 할 것이다.

4. 중재절차의 진행

한-미 FTA에서는 중재판정부는 3인으로 구성된다는 점을 명시적으로 규정하고 있다. 즉, 각 분쟁당사자가 각 1명씩 중재인을 선정하고 의장이 되는 세 번째 중재인은 분쟁당사자가 합의에 의하여 임명하도록 규정하고 있다.[146] 분쟁당사자가 자신이 선정해야 할 중재인을 선정하지 않거나 의장중재인의 선정에 관하여 중재가 제기된 날로부터 75일이 지나도록 중재판정부가 구성되지 못한 경우에는 ICSID의 사무총장이 아직 임명되지 아니한 중재인 혹은 중재인들을 임명하나, 어느 쪽 당사국의 국민을 임명하지 아니한다.[147]

143) ICSID협약 제27조.
144) 한-미 FTA 제11.18조 2항.
145) 반면, ICSID규칙에 의해 중재가 진행되는 경우, 협약상의 외교적 보호권의 포기조항도 적용되는 것이므로, 한-미 FTA 분쟁해결 장에 의한 국가대 국가 분쟁해결 절차는 진행되지 못한다는 해석도 제기될 수 없는 것은 아니다. 결국 어떠한 해석이 타당한지는 추후 분쟁거리라 보여진다.
146) 한-미 FTA 제11.19조 1항.
147) Ibid., 3항.

이러한 판정부 구성 조항에 대해 한-미 FTA 체결과정에서 한국 내에서 거센 비판여론이 제기된 바가 있다. 그 논거는 미국주도의 세계은행의 영향권하에 있는 ICSID사무총장이 결국은 의장중재인을 선임할 수 있는 권한을 누리고 있는바, 이것은 미국에 유리한 인사가 한-미 투자분쟁의 의장중재인에 임명될 가능성을 높이는 것이라는 점이었다. 그리고, 이러한 비판 여론을 감안하여 그 이후 협상된 한-중-일 투자협정에서는 중재인 선임관련 특별규정을 두지 않은 것으로 보인다. 그 결과, 한-중-일 투자협정에 의거하여 ICSID중재절차가 채택되는 경우, ICSID중재규칙상의 중재인 선임규정이 변형 없이 적용되게 된다. ICSID 중재규칙(Institution Rules)에 따르면, 중재판정부 구성이 당사국들 사이에서 합의되지 못한 경우, ICSID 당사국 총회격인 운영이사회의 의장(Chairman of the Administrative Council)이 임명하도록 되어 있음[148]을 주목할 수 있다. ICSID 운영이사회 의장은 세계은행 총재가 겸직함에 비추어볼 때, 결국 한국내의 비난여론이 그토록 우려했던 세계은행의 총재 자신이 아이러니컬하게도 한-중-일 투자분쟁의 중재인 구성의 최종적 권한을 누리게 된 셈이다.

중재의 장소는 양 분쟁당사자간에 합의로 결정된다. 만일 합의가 성립되지 않으면, 중재판정부 자체가 뉴욕협약의 당사국들의 영역 내에서 일정한 장소로 결정하게 된다.[149] 구체적인 회의 장소나 심리 절차 등은 양 당사자의 합의로 결정하나, 합의가 성립되지 않으면 한 당사자의 요청에 의해 중재판정부가 결정하게 된다.[150] 중재 심리의 언어도 합의에 의해 결정되나, 합의가 성립되지 않으면 영어와 한국어가 전 과정에서 공식 언어로 채택된다.[151] 비분쟁당사국(투자자의 본국)은 이 협정의 해석에 관하여 중재판정부에 구두 및 서면으로 입장을 제출할 수 있다. 분쟁당사자의 요청이 있는 경우, 비분쟁당사국은 자국의 구두 입장을 서면으로 다시 제출하여야 할 것이다.[152] 그러므로 우리의 대미 투자자가 ISD절차를 수행해나가는 과정에서 한국정부의 구두 및 서면 입장을 제출토록 해서 우리 기업의 입장을 강화시켜 나갈 수 있다.

분쟁당사자가 아닌 단체 등이 의견을 제출할 수 있는 여지도 있다. 외부분쟁당사자들과 협의한 후, 중재판정부는 분쟁당사자가 아닌 당사자 또는 실체가 분쟁 범위 내의 사안에 관하여 중재판정부에 외부조언자 서면입장(amicus curiae submission)을 제출하도록 허용할 수 있다. 그러한 입장제출 허용여부를 결정함에 있어, 중재판정부는 여러 가지 중에서 특히 다음을 고려한다.

(i) 외부조언자 입장이 분쟁당사자들의 것과는 다른 관점, 특정한 지식 또는 통찰력을 제공함으로써 중재판정부가 중재절차와 관련된 사실적 또는 법적 쟁점을 판단하는데 도움이 될 정도
(ii) 외부조언자 입장이 분쟁 범위 내의 사안을 다루게 될 정도, 그리고
(iii) 외부조언자가 절차에 중대한 이해관계를 가지는 정도[153]

148) ICSID Institution Rules, Rule 4.
149) 한-미 FTA 제11.20조 1항.
150) Ibid., 2항.
151) Ibid., 3항.
152) Ibid., 4항.

중재판정부는 외부조언자 입장이 중재절차를 방해하거나 어느 한 쪽 분쟁당사자에 대하여 부당하게 부담을 주거나 불공정하게 저해하지 아니하도록 보장하며, 분쟁당사자들이 외부조언자 입장에 대한 자신들의 견해를 제시할 수 있는 기회를 부여받도록 보장한다. 이러한 외부 조언자 입장 제출 제도는 전문가 집단 등의 지식과 영향력을 중재판정 과정에 반영할 수 있는 통로로 활용될 수 있다. 특히 환경, 보건, 인권 등과 관련된 사안일 경우, 적지 않은 수의 전문가 집단이나 NGO등이 관심을 표명할 수 있다. 이들 집단의 균형된 의견을 적절히 표명토록 유도하고, 다른 한편으로는 극단적인 반 기업정서를 보이는 외부 집단들의 의사표명에 적극 대응함으로써 우리 대미 투자기업들의 입장 강화와 보호에 만전을 기해야 한다.

이러한 외부 집단에 의한 의견제시 절차와는 별도로 환경, 보건 및 안전 또는 그 밖의 과학적 사안에 대한 사실문제에 대해 중재판정부에 서면 보고토록 1인 이상의 전문가를 임명할 수 있다. 이러한 전문가 절차를 활용하려면 분쟁당사자의 요청이 있어야 한다.[154]

이러한 양자투자협정 및 FTA상의 투자분쟁 해결 방식은 우리의 해외투자에 대한 분쟁이 발생한 경우 유용하게 활용할 수 있는 법적 해결 절차이므로 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.

분쟁당사자인 정부는 분쟁투자자가 제소한 사항에 대해 본안 심리전 이의제기를 제출하여 신속한 청구각하 절차를 진행할 수 있다. 즉, 분쟁 당사국 정부는 투자자가 제기한 청구가, 법률상의 문제로서, 청구인에게 유리한 판정이 내려질 수 있는 청구가 아니라는 주장을 골자로 한 사전 이의제기를 제기할 수 있는 것이다. 이러한 이의제기는, 중재판정부가 구성된 후 가능한 한 조속히, 그리고 어떠한 경우에도 중재판정부가 피청구국이 자국의 반론서를 제출하도록 정한 날 이내에, 중재판정부에 제출되어야 한다. 이의 제기를 접수하게 되면, 중재판정부는 본안에 관한 모든 절차를 중지하고, 그 밖의 본안전 문제를 검토하기 위하여 수립한 일정에 합치하도록 그 이의제기를 검토할 일정을 수립하며, 이의제기에 대한 결정 또는 판정을 내리고 그에 대한 근거를 밝힌다. 이의제기에 대한 판정은 요청일 후 150일 이내에 내려지게 되는데, 분쟁당사자가 심리를 요구하는 경우는 추가로 30일이 부여된다.[155]

구체적으로 ISD제소가 된 이후 판정까지 얼마의 기간이 소요되는지는 명확히 알려진 바가 없다. 중재판정부의 심리 기한이 특정되어 있는 것도 아니고, 복잡한 사안의 분쟁의 경우 판정부의 결정에 따라 기간이 얼마든지 연장될 수 있기 때문이다. 특히, 선임된 중재인에 대한 기피 절차 진행 가능성, 재판부의 본안판결과는 별도로 사건 관할권

153) Ibid., 5항.
154) 한-미 FTA 제11.24조.
155) Ibid., 6, 7항.

여부에 대한 판정 절차를 먼저 거치는 경우가 많다는 점 등을 고려할 때, 기간이 오래 걸리는 경우가 발생한다. 그동안의 NAFTA에서의 주요 분쟁사례들의 예를 보면 대략 제소 후 판정까지 2년 - 5년 반 정도의 기간이 소요되는 것으로 보이며, 평균 3년 반 정도는 걸리는 것으로 판단된다.[156]

우리 대미 투자기업이 ISD에 제소하는 경우, 그 주장내용과 입장서 작성에 충분한 주의를 기울여야 한다. 우리의 주장내용 자체에 결정적 흠결이 있거나 비논리성이 있어, 우리 청구내용이 우리측에 유리한 판정이 내려질 수 없는 수준의 것인 경우, 본안 심리조차 들어가지 못하고 미국 정부의 청구에 의한 이의제기 절차를 밟게 될 수도 있음을 유념해야 한다. 특히 중재판정부는 이의제기에 대한 결정을 내릴 때, 정당한 경우, 이의제기를 제출하거나 반박하는 데 소요된 합리적인 비용 및 변호사 보수가 승소한 분쟁당사자에게 지불되도록 판정할 수도 있음을 주의해야 한다.[157] 충분한 준비 없이 미국 정부의 규제의 불법성에 대한 근거를 제시하지 않고 ISD에 제소하여 이의제기 절차에서 패소하게 되면, 상대국의 변호사 비용까지 우리 기업이 물어야 하는 사태가 도래할 수 있기 때문이다.

중재판정부는 분쟁당사자의 권리를 보전하기 위하여 또는 중재판정부의 관할권이 완전히 유효하게 되도록 보장하기 위하여 분쟁당사자의 보유 또는 통제하에 있는 증거를 보전하거나 중재판정부 관할권을 보호하라는 명령을 포함하여, 잠정보호조치를 명령할 수 있다.[158] 그러므로 우리 기업들이 미국 정부측이 보유한 증거 보전 등의 필요가 있는 경우, 잠정보호조치를 신청하여 적극적으로 증거보전을 추구해야 할 것이다. 단, 중재판정부는 압류를 명령하거나 정부의 규제 조치 자체의 적용을 금지할 수는 없음[159]도 유념해야 할 것이다.

분쟁당사자의 요청이 있는 경우, 중재판정부는 배상책임에 관한 결정 또는 판정을 내리기 전에 분쟁당사자들 및 비분쟁당사국에게 제안된 결정 또는 판정을 송부한다. 중재판정부가 제안된 결정 또는 판정을 송부한 날 후 60일 이내에, 분쟁당사자들은 제안된 결정 또는 판정의 어떠한 측면에 대하여도 중재판정부에 서면의견을 제출할 수 있다. 중재판정부는 60일의 의견 제출기간이 만료된 날 후 45일 이내에 그러한 모든 의견을 검토하고 결정 또는 판정을 내린다.[160] 우리 제소기업들이 이러한 판정전 사전 검토 권한을 숙지하여, 중재판정부의 판정 이전에 판정 내용을 미리 송부 받아 이에 대한 반박이나 오류 시정 요청을 서면으로 제출할 수 있다.

---

156) Metalclad v. Mexico (1997.1.2 제소, 2000.8.30 판정), Azinian v. Mexico (1997.3.10 제소, 1999.11.1 판정), Waste Management v. Mexico (1998.9.29 제소, 2004.4.30 판정), S.D.Myers v. Canada (1998.10.30제소, 2002.10.21판정), Lowen Group v. U.S. (1998.10.30 제소, 2003.6.26 판정), Pope & Talbot v. Canada (1999.3.25 제소, 2001.4.10 판정), Mondev International v. U.S. (1999.9.1제소, 2002.10.11판정), ADF Group v. U.S. (2000.7.19제소, 2003.1.9판정), GAMI Investments v. Mexico (2002.4.9제소, 2004.11.15판정), Marvin Feldman v. Mexico (1999.4.30제소, 2002.12.16판정).

157) Ibid., 8항.

158) Ibid., 10항.

159) Ibid.

160) Ibid., 11항.

중재 진행과정에 제출된 모든 의사통보, 중재통보, 제출 변론서 · 이유서 · 준비서면과 서면입장문, 중재판정부의 심리 의사록 또는 속기록(이용 가능한 경우), 그리고 판정부의 명령 · 판정 및 결정들은 모두 공개된다. 심리과정 또한 대중에게 공개하며, 분쟁당사자들과 협의하여 판정부가 적절한 절차적 준비사항을 결정한다. 그러나, 보호정보로 지정된 정보를 심리에서 사용하고자 하는 분쟁당사자는 중재판정부에 이를 알릴 수 있고, 중재판정부는 그러한 정보를 공개로부터 보호할 적절한 조치를 취할 의무가 있으므로, 기업 비밀 등의 정보에 대한 보호를 요청할 수 있다. 또한, 분쟁당사국이 필수적 국가안보, 법집행, 공공의 이익, 또는 기업의 정당한 영업이익 보호를 이유로 정보보호를 요청할 수 있는 권한도 있으므로, 그 한도 내에서 정보공개 원칙은 제한을 받게 된다.[161]

정보보호를 요청하려면, 해당 정보를 중재판정부에 제출할 때 보호 대상 정보를 명백하게 지정해야 한다. 아울러 보호 대상 정보를 제외한 나머지 부분에 대한 편집본도 함께 제출하여, 이러한 편집본이 대중에 공개되도록 조치해야 한다. 이러한 정보 보호 요청은 중재판정부가 심리하여 공개여부를 결정하게 되는데, 중재판정부가 보호요청을 거부하고 공개토록 결정하는 경우에는 분쟁당사국이 그러한 결정에 대해 FTA 공동위원회에 요청하여 60일 이내에 최종 결정을 내리도록 조치를 취할 수 있다. 결국 정보 공개 여부에 대해서는 공동위원회가 최종 판단권한을 지니게 되면, 공동위원회의 결정은 중재판정부의 결정을 구속하게 된다. 만일 공동위원회가 60일 이내에 결정을 내리지 못하는 경우에는 비분쟁당사국(투자자의 본국)이 중재판정부의 결정에 동의한다는 서면진술을 공동위원회에 그 기간 이내에 제출하는 경우에만 중재판정부의 결정이 계속 유효하게 된다.[162]

주의 할 점은 우리 대미 투자기업의 경우에는 정보 비공개 요청을 중재판정부에 제출할 수 있을 뿐, 중재판정부의 공개결정에 대해 공동위원회에 불복신청을 할 수는 없다는 점이다. 공동위원회에의 불복신청 권한은 “분쟁당사국”에만 주어지기 때문이다. 그러므로 비밀 보호 필요성이 있는 정보를 제출하는 경우, 그 보호필요성에 대해 중재판정부를 설득하도록 최선을 다해야 할 것이다.

5. 판결, 집행 및 불복절차

청구 원인이 협정상의 의무 위반인 경우, 준거법은 FTA와 적용 가능한 국제법규범이 된다. 반면, 투자승인과 계약 위반 사안인 경우는 해당 승인과 계약에 명시된 규범이 준거법이 되나, 준거 법규가 명시되어 있지 않은 경우는 피소국의 국내법규와 적용가능한 국제규범이 된다.[163]

한-미 FTA의 규정에 대한 해석이 필요한 경우, 공동위원회가 결정을 내릴 수 있는

161) 한-미 FTA 제11.21조.
162) Ibid., 4항.
163) 한-미 FTA 제11.22조 1항, 2항.

권한이 있다.[164] 공동위원회는 양국의 통상장관을 공동의장으로 구성되고 총의(consensus)에 의해 의결하므로, 투자분야의 FTA규정에 대한 해석이 문제시 되는 경우, 한국 정부나 미측의 요청에 의해 공동위원회를 개최하여 총의로 결정할 수 있다. 특히 ISD의 사안이 부속서I 또는 II의 유보항목의 범위 내에 있다고 피청구국이 항변으로 주장하는 경우에는 피청구국의 요청에 의해 그 문제에 대한 해석을 공동위원회에서 내리게 된다.[165] 이것은 한-미 FTA의 유보사항에 대한 ISD가 제기되는 경우, 동 유보사항들을 직접 협상한 양국의 통상협상 담당자들이 주관하는 공동위원회에서 결정토록 함으로써 협상의 배경과 의도에 입각한 판결이 내려지도록 유도하게 위함이다. 이러한 결정은 중재판정부를 구속하며, 중재판정부가 내리는 모든 결정과 판정은 그 결정에 합치해야 한다.[166]

중재판정부에 의해 내려진 중재판정은 최종적이며 분쟁당사자를 구속한다. 피청구국에 최종적 패소판정을 내리는 경우, 판정부는 금전적 손해배상과 적용가능한 이자, 그리고 재산의 원상회복을 명령할 수 있다.[167] 단, 재산의 원상회복 판정은 피청구국이 원상회복 대신 금전적 손해배상과 적용가능한 이자로 지불할 수 있다고 규정하고 있으므로,[168] 결국 한-미 FTA의 ISD는 금전 배상원칙을 선언하고 있다고 볼 수 있다. 중재판정부는 또한 중재비용 및 변호사 보수에 대해 판정할 수도 있다. 이러한 판정에 대한 패소국의 집행은 지체없이 이루어져야 한다. 단, 징벌적 손해배상을 판정할 수는 없고, 중재판정이 분쟁당사자간 그리고 그 특정 사건에 관한 것을 제외하고는 구속력을 가지지 아니한다.[169]

중재판정은 단심제이기 때문에 상소가 불가능하다.[170] 반면, 중재과정이나 판정에 근본적인 절차적 흠결이나 문제가 있는 경우에는 재심과 취소 절차 수행이 가능하다. ICSID 협약의 중재시스템은 '자기완결적(self-contained)'으로 협약 내에 중재판정의 해석, 수정, 취소 등에 관한 조항을 두고 자체적인 중재판정에 대한 불복 및 재검시스템을 갖추고 있는바, 이것은 ICSID 중재판정에 대한 각 국가의 국내법원의 관여를 배제하기 위함이다.[171] 이러한 자기 점검 시스템은 아래와 같다.

첫째, ICSID 협약 제50조에서는 중재판정문의 해석절차를 규정하고 있다. 중재판정문의 해석 또는 범위에 관하여 당사자 간에 다툼이 있는 경우 당사자는 신청서를 제출하여 판정의 해석을 요청할 수 있다.[172] 중재판정에 대한 해석은 본 중재판정을 내린

164) 한-미 FTA 제22.2조.
165) 한-미 FTA 제11.23조.
166) 한-미 FTA 제11.22조 3항.
167) 한-미 FTA 제11.26조.
168) Ibid.
169) Ibid.
170) 다만, 상소제도를 신설하자는 견해가 있으며, 한-미 FTA의 경우에도 양자적 상소제도 구축을 협정 발효 3년 이내에 검토할 것을 규정하고 있다. 한-미 FTA Annex 11-D.
171) ICSID 협약 제53조 제1항 ("판정은 당사자를 구속하며 본 협약에 규정된 바를 제외하고는 어떠한 항소나 또는 기타 구제수단의 대상이 되지 아니한다. 각 당사자는 본 협약의 관계조항에 따라 집행이 유예된 경우를 제외하고는 판정 내용을 이행해야 한다."). 즉, ICSID 협약 제50조 내지 제52조에 의한 중재판정을 해석, 수정 또는 무효절차 이외에 어떠한 불복절차도 허용하고 있지 않다.
172) ICSID협약 제50(1)조.

중재판정부 또는 새로 구성된 중재판정부에서 하게 된다. 그리고, 중재판정부의 판단에 따라 위 해석에 대한 결정이 있을 때까지 중재판정의 집행을 유예할 수 있다.

둘째, 중재판정의 수정(revision)을 허용하고 있다. 즉, 당사자가 중재판정에 결정적으로 영향을 미칠 수 있는 새로운 사실을 발견한 경우 ICSID 사무총장 앞으로 신청서를 제출하여 판정문의 수정을 요청할 수 있다.[173] 다만, 판정이 내려졌을 당시에 이러한 사실이 판정부 및 신청인에게 알려지지 아니하였고, 그러한 사실을 알지 못한데 대해 과실이 없어야 함을 조건으로 하고 있다. 중재판정의 수정 역시 본 중재판정을 내린 중재판정부 또는 새로운 구성된 중재판정부에서 하게 되며, 중재판정부의 판단에 따라 위 해석에 대한 결정이 있을 때까지 중재판정의 집행을 유예할 수 있다.

셋째, 중재판정의 취소(annulment) 신청이다. ICSID 중재의 경우, 분쟁당사자는 i) 판정부가 적절한 방법으로 구성되지 아니한 경우, ii) 판정부가 명백히 그 권한을 넘어선 경우, iii) 중재인에게 부정(corruption)이 있는 경우, iv) 절차규칙으로부터 중대한 일탈이 있는 경우, iv) 판정문에 판정의 이유를 명시하지 아니한 경우 등의 사유가 있는 경우 등에는 ICSID 사무총장에게 중재판정의 취소를 신청할 수 있다.[174] 중재판정의 취소에 관한 판단은 중재판정의 해석이나 수정의 경우와는 달리 3인으로 구성된 특별위원회에서 내리게 된다. 원 중재판정을 내린 중재판정부의 중재인은 이 위원회의 구성에서 제외되어야 하며, 분쟁당사국이나 분쟁당사자의 소속 국가 국민도 배제된다. 이들 국가에 의해 중재인단에 지명된 적도 없어야 하고, 동일한 분쟁의 조정인으로 활동한 사실도 없어야 한다.

해석 및 수정절차의 경우 중재판정의 본질적인 내용에 크게 영향을 주지 않고, 동일한 중재판정부에 의해 수행되는 반면, 취소절차는 그렇지 않으므로, 취소절차만이 진정한 불복제도라 불릴 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고, 취소절차는 중재합의의 무효 및 부존재, 중재판정부의 권한을 넘는 판정, 중재인의 부정 등 중재판정의 형식적이고 절차적인 하자 등으로 그 요건을 한정하고 있음을 주의해야 한다. 즉, 중재판정부가 판단을 함에 있어 근거로 삼은 규범의 부적절한 적용, 사실관계의 판단 착오 등 실체법적 하자를 이유로는 취소절차 제기가 불가능한 것이다. 이러한 실체적 사안에 대한 이의신청은 추후 상소제도가 도입되는 경우, 가능해질 수 있을 뿐이다.

그동안 ICSID의 취소 사건은 확인된 것만 22건에 이르고 있다.[175] 이러한 취소 절차의 요건과 한계를 숙지하여, 부당한 판결에 대한 불복절차를 적극적으로 활용해야 할 것이다.

173) Ibid., 제51(1)조.
174) Ibid., 제52(1)조.
175) 2011년까지 ICSID 및 ICSID Additional Facility에 접수된 279건의 국제투자분쟁 중 22건이 중재판정 취소절차를 신청했다는 것은 전체사건의 9%에 해당하는 것이다.

한편, 분쟁 당사자 국가 중 일방이 ICSID 체약국이 아닌 경우에는 ICSID중재규칙이 아니라 ICSID Additional Facility 절차에 의해 중재가 진행되며, 이 절차에 의해 내려진 중재판정의 취소는 ICSID 특별위원회의 관할이 아닌, 중재지 국가의 법원에서 다루게 된다. 또한 UNCITRAL 모델 중재법이나 특별 중재규칙을 적용하여 ISD를 진행할 수도 있다. 이러한 경우에는 각국의 중재법[176] 및 UNCITRAL 모델 중재법[177] 등에 규정된 불복 절차를 이해하고 그 요건에 맞추어 불복을 신청해야 할 것이다. 더 나아가 애초 중재지를 선택할 때, 중재지의 법원이 불복절차를 개시하는 장소임을 이해하고 선택해야 할 것이다. 이러한 사안에 있어 중재판정의 취소 요청은 대개 중재판정에 대해 불복하는 당사자가 중재합의의 무효, 중재판정부의 구성 및 절차통지 불수령으로 인한 절차상의 하자, 중재판정부의 권한을 넘는 판정 등의 요건에 해당되는 경우 중재지의 법원에 제기하게 되며,[178] 중재대상이 중재지 법에 따라 중재가 가능하지 않거나 중재판정이 중재지의 공서양속에 위반하는 경우에는 중재지의 법원이 직권으로 중재판정을 취소할 수 있다. 우리 중재법 제36조에서는 '중재판정취소의 소'의 요건 및 절차에 대해서 규정하고 있으며, 이는 우리 중재법이 1999년 UNCITRAL 모델 중재법을 수용하는 과정에서 동 법 제34조(중재판정에 대한 유일한 불복방법으로서 취소신청)를 반영한 결과이다.[179]

한-미 FTA에 따르면, 중재판정부의 판정은 ICSID협약이나 뉴욕협약에 따라 집행되어야 한다. ICSID절차에 따른 판정의 집행은 ICSID협약의 집행규정이 적용되는데, 이에 따르면 회원국은 중재판정을 승인해야 하며, 중재판정상의 금전적 의무를 자국 국내법원에 의한 최종판결과 동일한 효력을 부여하여 집행해야 한다. 연방국가의 경우는 연방법원을 통해 판정을 집행해야 하는데 이 때 연방법원은 해당 주의 법원 판결과 동일한 효력으로 판정을 취급해야 한다. 중재판정의 집행의 준거법은 집행이 이루어지고 있는 국가의 국내법이 된다.[180]

뉴욕협약 또한 중재판정의 집행은 집행이 이루어지고 있는 국가의 국내법에 의거하여 이루어져야 함을 선언하고 있는바,, 각국 국내법원에서는 뉴욕협약과 각국의 중재법 상에서 정해진 사유에 해당되는 경우 중재판정을 취소(annulment)하거나 중재판정의 승인 및 집행을 거부할 수 있는 제도적 장치를 가지고 있다. 각국 국내법상의 '중재판정취소'의 사유는 뉴욕협약 자체에서 규정하고 있는 '중재판정의 승인 및 집행거부' 사유와 대게 동일한데, 중재합의의 무효, 중재판정부의 구성 및 절차통지 불수령으로 인한 절차상의 하자, 중재판정부의 권한을 넘는 판정 등이 그것이다.[181]

176) 우리 중재법 제34조 (중재판정의 정정·해석 및 추가판정)에서 "당사자들이 달리 기간을 정하지 아니하는 한 각 당사자는 중재판정의 정본을 받은 날부터 30일 이내에 다음 각 호의 1에 규정된 정정·해석 또는 추가판정을 중재판정부에 신청할 수 있다."고 규정하고 있다.

177) UNCITRAL 모델 중재법은 제33조에서 '중재판정문의 정정 및 해석과 추가판정'에 대해 규정하고 있다.

178) '중재판정취소의 소'는 당사자들이 중재합의에서 정하거나 중재판정부에서 결정한 '중재지' 법원에서 제기해야 한다. 그 좋은 예로 Metalclad Corporation v. Mexico 사건에서 각 분쟁당사자는 미국과 멕시코였으나, 멕시코가 ICSID회원국이 아니었으므로, 중재판정의 취소가 캐나다 British Columbia Supreme Court에 의해 이루어졌다. 이것은 이 사건의 '중재지'가 캐나다 British Columbia였기 때문이다.

179) 오현석, "한미 FTA와 ISD재심절차" 참고.

180) ICSID협약 제54조.

181) 뉴욕협약 제5조.

이러한 중재판정 집행에 관한 근거 규정들도 잘 숙지하여, 승소판정에 대한 집행에 만전을 기할 필요가 있다.

V. 결론 - 우리 해외자원에너지 투자기업들의 ISD활용

이상의 논의 사항을 집약하여 해외 자원에너지 투자기업들이 ISD를 활용하는데 있어 특히 주의할 핵심사항들을 정리하면 아래와 같다.

우선, 투자진출 전 고려사항으로, 해외에 진출하는 우리 투자자는 투자 유치자와 계약에 준하는 정도의 상세한 MOU를 체결하는 것이 필요하다. 자원에너지 투자의 목적과 기대 수익 등 투자자가 합리적으로 기대하는 사항들을 투자 행위에 앞서 문서로 작성하여 두면, 나중에 투자유치국 정부의 규제로 인해 이러한 기대가 저해되었음을 입증하기가 수월해진다. 간접수용의 성립요건 중의 하나가 투자자의 합리적 기대를 저해하며 규제가 이루어질 것임을 기억해야 한다. 또한 이러한 투자 행위 이전 노력들은 설립전 투자 비용문제 발생도 유도할 수 있어, FTA의 사전 투자자 보호조항을 원용할 수도 있게 된다.

FTA에 포괄적 보호조항이 있는 국가로 진출하는 경우 해당정부와 천연자원개발관련 투자계약을 체결하는 경우 법적 구속력 있는 계약형태로 체결해야 하며 아울러 문서로 체결해야 함을 잊지 말아야 한다. 또한 분쟁발생시 적용할 법규를 가급적 우리 기업에 유리하도록 투자계약에 명시하여, 나중에 ISD 중재심리의 기준 법규로 삼을 수 있도록 해야 한다. 아울러 가급적 광범위한 보상의 범위를 MOU나 계약에 명시토록 하여 합리적 투자이익의 기대 범위를 넓히는 것도 바람직한 노력이다.

둘째, ISD의 대상이 되는지 여부 검토 단계에서는 적용대상 투자 및 투자자의 정의에 합치하는 경우인지 파악해야 한다. 개인 투자자의 경우 국적이 한국이어야 하고, 이중국적자는 한국이 지배적인 활동지임을 입증하여 적용대상 투자자의 국적요건이 충족됨을 주장해야 한다. 기업의 경우 한국법에 따라 설립된 기업이고, 혜택의 부인 조항에 의해 FTA 투자보호가 배제되지 않는지 점검해야 한다. 이러한 적용대상 투자 및 투자자에 대한 규제의 결과 손실이나 손해가 발생했음도 입증해야 한다. 규제 이전과 이후의 영업손실 발생 여부, 시장점유율 감소 추세 등을 보여주는 각종 통계자료를 준비해 둘 필요가 있다.

ISD제소를 위한 각종 절차적 요건에 대해서도 정확하게 이해해야 한다. 제소장을 송부하기 이전에 체크해야 할 사항으로, (i) 먼저 협의와 협상을 통해 분쟁을 해결할 것을 시도했는지 여부, (ii) 제소일로부터 최소한 90일 이전에 제소의향서를 송부하여

의무 위반사항, 사실관계 및 구제액수에 대한 정보를 제공했는지 여부, (iii) 분쟁 사안이 발생한 이후 6개월이 경과했는지 여부, (iii) 국내 쟁송을 이미 진행 중이면 이를 포기한다는 서면포기서가 준비되어 있는지 여부, (iv) 해당 의무 위반 및 손실 또는 손해를 분쟁투자자가 알았거나, 합리적으로 알 수 있었던 날로부터 이미 3년이 경과해 버린 것은 아닌지 여부 등이다.

물론 투자유치국 정부의 실제적 의무 위반 여부에 대해서도 체크해야 한다. 유의할 점은 일반적 대우의무와 수용 및 보상의무에는 유보가 적용되지 않으므로, 유보사항과 상관없이 위 두 의무의 구성요건에 해당되는지 여부를 독립적으로 판단해야 한다는 점이다. 간접수용의 성립 여부와 관련해서는 특히 선거를 통한 지자체의 장의 교체 및 경제정책의 변경 등을 통해 투자유치 정책이 급격히 변경되었는지 여부(정책의 일관성, 예측가능성 검토)를 체크하여 투자자에 예측할 수 없는 손해가 발생하고 투자의 합리적 기대가 저해되었는지 여부를 판단할 수 있다. 과세조치에 대해서는 과세에 관한 부속서 상의 간접수용 적용배제 사유들에 해당하는지를 체크할 필요가 있다.

셋째, 쟁송절차 선택 단계에서는 투자자가 FTA상의 ISD를 활용하지 않고 국내소송을 통해 피해를 구제받을 수도 있다. 또한, 투자자가 나서지 않고, 투자자의 국적국이 FTA의 정부간의 분쟁해결 절차에 따라 문제를 해결할 수도 있다. 투자자는 가급적 투자유치국 정부와의 우호적 관계를 해치지 않으면서 문제를 신속하고 중립적으로 해결하는 것이 중요하므로, 이러한 다양한 문제해결 방식간의 비교를 통해 최적의 방법을 선택하는 것이 필요하다. 결국 소요시간, 비용, 투자유치국과의 우호관계, 쟁송과정에 대한 주도권, 구제수단 등의 요소를 감안하여 최적의 쟁송절차를 선택해야 한다.

문제 해결 시간 측면에서는 정부간 분쟁해결절차가 가장 빠르고(대략 1년 소요), 그 다음으로 ISD(평균 3년 반 정도 소요)와 국내소송(상소절차까지 고려하면 가장 장기간 소요)의 순으로 빠르다고 볼 수 있다.

비용 측면에서는 정부간 분쟁해결절차가 기본적으로 정부예산으로 진행되므로 투자자 입장에서는 가장 유리하며, ISD와 국내소송은 투자자 자신이 비용을 부담해야 하므로 가장 불리하다고 볼 수 있다. ICSID의 경우, 중재청구시 US$25,000을 내야하고, 판정의 해석 · 수정 · 취소 청구의 경우 US$10,000을 내야한다. 또한 연간 행정비용으로 US$20,000와 실비를 지불해주어야 하고, 중재인 수당은 달리 합의하지 않는 한 하루에 US$3,000이 책정되어 있다. 이러한 비용들을 분쟁 당사자간 어떻게 배분할지는 중재판정에서 결정되게 된다. UNCTAD의 보고서에 따르면, 2005년에 ISD 한 건당 평균 4백만 달러 정도가 변호사 및 중재인 비용으로 책정되었고, 재판부의 법률비용은 하루에 3천 달러씩 3년 정도 진행될 경우 1백만 달러에 기타 부대비용 US$400,000정도가 소요되는 것으로 알려지고 있다. 그 후 이러한 비용은 더욱 증가해왔는바, 천문학적 비용이

소요된 PSEG v. Turkey 사건의 경우 비용이 2천 1백만 달러에 육박했고, 터키정부가 65%의 비용을 지급하도록 판시되었으므로 터키는 1천3백5십만 불을 지불하여, 손해배상 금액인 9백1십만 불 보다도 소요비용이 더 많이 지출되었다.[182] 한편, UNCITRAL 중재규칙의 경우에는 중재인 수당의 한도가 정해져있지 않은바, 분쟁의 복잡성과 소요시간 등을 고려하여 합리적으로 책정토록 되어 있다. 이러한 비용은 원칙적으로 패소자 측에서 부담하도록 권고하고 있으나 결국은 중재판정부가 비용부담에 대해서 결정할 수 있다. 참고로 전형적인 UNTRAL 중재사례인 Thunderbird Gambling Corp v. Mexico의 NAFTA분쟁의 경우 총 소요비용은 US$3,170,692였는데, 중재인 급여가 US$405,620, 행정비용이 US$99,632, 멕시코정부의 변호사 비용이 US$1,502,065, Thunderbird사의 변호사 비용이 US$1,163,375였다.[183]

투자유치국과의 우호관계에 대한 영향을 고려하면, 투자유치국내에서의 국내소송으로 처리하는 것이 가장 우호관계를 저해하지 않게 되며, 국제중재와 정부간 분쟁해결절차로 해결하는 것은 국민감정은 물론 해당 투자자와 투자유치국 간의 관계에 상당한 악영향을 미칠 가능성이 있다고 볼 수 있다.

쟁송과정의 주도권 문제와 관련, 국내 소송과 ISD는 투자자 자신이 쟁송과정을 주도할 수 있는데 반해, 정부간 분쟁해결 절차는 정부가 주도하므로 다양한 외교통상적 고려가 행해지게 된다. 경우에 따라서는 투자자의 의사와 이익에 반해 정부간 분쟁이 중간에서 타협되거나 주장내용이 결정되는 경우도 있다.

구제수단 측면에서 보면, 국내 소송과 ISD는 투자자의 손해를 금전으로 배상받을 수 있어, 투자자 구제에 충실한 절차라 볼 수 있으나, 정부간 분쟁해결절차는 협정위반 상태의 종료가 기본적 구제수단이므로 투자자의 손해는 배상받지 못하고, 미래의 불법적 규제가능성만 차단할 수 있게 된다.

이상과 같은 장단점들을 충분히 감안하여 ISD, 정부간 분쟁해결절차, 그리고 국내쟁송절차 중 특정 상황과 여건에 적합한 절차를 선택해야 할 것이다. 아울러 반드시 쟁송절차를 거치지 않고도 투자 옴브즈만 제도를 통한 청원이나 각종 사전 조정기능을 활용하여 조용한 해결을 추구하는 방안에 대한 장단점을 체크해야 할 것이다.

넷째, ISD 수행단계에서는 가급적 우리 투자자 입장을 잘 이해하여 유리한 판결을 이끌어낼 수 있는 중재인을 선정하는 것이 중요하며, 법률대리 로펌선정, 소송비용 조달 등의 방안을 체크해야 한다. 아울러 투자자에 유리하고 편리하도록 중재규칙, 언어, 중재지, 준거법 등을 선정하도록 합의해 나가야 한다.

---

182) Kyla Tienhaara, Investor-State Dispute Settlement in the Trans-Pacific Partnership Agreement (Regulatory Institutions Network, Australian National University, Submission to the Department of Foreign Affairs and Trade, 19 May 2010.

183) Jeswald W. Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution (Fordam International Law Journal v 31-1, 2007).

상대국 정부측이 심리전 이의제기를 통해 신속한 청구각하 신청을 하는 경우, 우리 투자자측 주장내용이 충분히 설득력이 있고 논리성이 있음을 적극적으로 항변하여 청구각하 처분이 내려지는 것을 막아야 한다.

이와 관련, 서면 입장서 작성에 주의하여 충분한 근거에 입각해 정치한 주장을 제기하도록 해야 하며, 충분한 준비 없이 ISD에 제소하여 이의제기 절차에서 패소하게 되면, 상대국의 변호사 비용까지 우리 기업이 물어야 하는 사태가 도래할 수 있음을 주의해야 한다.

상대방 정부측이 보유한 증거 보전 등의 필요가 있는 경우, 잠정보호조치를 신청하여 적극적으로 증거보전을 추구해야 한다.

중재판정부가 배상책임에 관한 결정 또는 판정을 내리기 전에 판정제안문을 회람토록 요청하게 되면, 60일의 기간 동안 판정제안문을 검토할 수 있고 오류나 문제점을 지적하여 수정케 할 수 있다.

중재 진행과정에서 제출하는 각종 서류들에 대해, 기업 비밀을 이유로 정보에 대한 보호를 요청할 수 있으므로, 비밀정보는 철저하게 보호를 요청해야 한다.

다섯째, 중재판정 후 단계에서는 중재 판정의 해석에 대한 다툼이 있는 경우 중재판정을 내린 재판부로부터 그 판정내용에 대한 해석을 내려줄 것을 청구할 수 있으므로, 이러한 제도를 적극 활용할 수 있다.

우리 투자자가 패소한 판정일지라도, 판정에 결정적으로 영향을 미칠 수 있는 새로운 사실을 나중에 발견한 경우, 중재판정의 수정을 요청할 수 있고, 재판부 구성의 하자, 월권행위, 부정행위, 절차규칙 일탈, 패소 이유 미적시 등의 문제가 있는 경우는 중재판정의 취소청구를 제기할 수 있다. 적지 않은 숫자의 판정이 취소된 사례가 있음에 비추어 취소 절차의 요건과 한계를 숙지하여, 부당한 판결에 대한 불복절차를 적극적으로 활용해야 한다.

전통 국제법의 원칙에 따르면, 국가간에 체결되는 조약이나 협정의 위반은 당사자인 국가가 상대방 국가를 상대로 하는 정부간 분쟁해결제도나 국내소송을 통해서만 해결하도록 되어 있고, 체결국에 속한 개인은 상대방 국가를 상대로 직접 국제적 청구를 하지 못하는 것이 원칙이었다. 그러나 투자자가 투자유치국을 상대로 그 유치국의 법원에서 소송을 하자면 공정한 재판을 기대하기 어렵다고 생각할 것이고, 투자자 국적국의 법원에 제소하게 되면 이번에는 투자유치국 입장에서 공정성에 대한 의문을 제기할 수 있다. 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.

이러한 점을 고려하여 투자자와 국가간의 분쟁해결은 국제중재 방식을 채택하는 제도인 ISD가 필요하게 되었고, 이 제도는 서로 다른 국가에 속한 당사자간의 국제투자 분야에서 발생하는 분쟁의 해결수단으로서 점차 이용도가 높아지고 있다. ISD는 중재기관, 중재규칙 및 중재인을 당사자가 선택할 수 있으며, 판정주체의 전문성을 보장받을 수 있으며, 국제적으로 통용되는 일반적인 절차를 기대할 수 있으며, 국내 소송보다 편리하고 신속하며, 판정의 집행측면에서도 중재의 경우 뉴욕협약이 있어 협약에 따라 집행이 보장된다는 점 등이 중재의 커다란 장점이기 때문이다.

ISD는 이미 전세계적으로 보편화되어 있는 제도로 그동안 우리가 체결한 양자투자협정 및 FTA 에 대부분 포함되어 있다. 미-호주간 FTA에서 투자자 대 정부 중재제도가 채택되지 않은 예가 있으나, 이는 기본적으로 양국간 상대국 투자제도와 환경 및 국내 소송제도에 대한 높은 신뢰도가 있었기 때문일 것이다. ISD는 향후 해외에 진출하는 우리 기업이 얼마든지 이용할 수 있는 제도이므로 ISD에 대한 우리 기업의 이해의 폭을 넓히고 관련 역량을 강화시키기 위한 노력이 필요하다. 현재까지 우리 기업이 ISD 제도를 활용한 적이 없다[184]는 사실은 현지 정부의 정책에 큰 불만이 없거나 현지 정부와의 마찰을 피하려고 한 것으로 볼 수 있지만, 또한 우리 기업이 외국 규제에 대한 불만이 있더라도 ISD 제도에 대한 이해와 역량이 부족하여 ISD를 활용하지 않은 경우도 있을 것이다. 우리 자원에너지기업이 해외투자 시 직면하는 문제점 파악, 현지 정부와의 투자보호 관련 조약 내용 및 주요 ISD 사례에 대한 세미나 등의 교육 프로그램 운영, 분쟁 발생 시 가능한 대응방안 제시 등의 포괄적인 지원이 중요한 이유이다.

ISD제소 자체가 현지 투자 기업 입장에서는 여러 모로 부담이 되는 것도 사실이다. 특히 투자유치국 정부와의 우호적 관계가 중요한 자원에너지 분야의 투자에는 더욱 그러하다. 그러므로 다른 쟁송수단에 대한 비교검토를 통해 구체적 상황에 맞는 최적의 수단을 선택해 문제를 해결해야 한다. 투자분쟁을 최대한 사전에 예방하기 위해 외국인투자옴부즈맨제도의 활용을 통해 불만을 제기하여 해결해나가는 적극적 자세도 필요하다.

184) 1984년에 미국의 콜트사가 우리 정부를 상대로 ICSID중재에 제소한 적이 있으나, 이것은 무기 생산 관련 라이센스 계약에 관한 일종의 상사분쟁으로 BIT나 FTA에 근거한 ISD는 아님. 당시 상사계약에 분쟁해결을 위한 중재조항을 삽입하였는바 이에 근거하여 ICSID관할권이 성립했던 것임. 콜트사 건은 당사자간 합의로 우리 정부가 일정한 배상금을 지불하는 것으로 종결되었으며 합의 내용은 공개되지 않음.

< 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	발효일/서명일
인도	10.1.1(발효)
EU	11.7.1(잠정발효)
미국	12.3.15(발효)
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	11.8.1 (발효)
터키	기본협정 및 상품무역협정(13.5.1발효)
콜롬비아	13.2.21 (서명)

< 참고 문헌 >

1. 도서

- R DOAK BISHOP, JAMES CRAWFORD AND W MICHAEL REISMAN, Foreign Investment Disputes- Cases, Materials and Commentary (Kluwer Law International, 2005)
- TODD WEILER (ED), International Investment Law and Arbitration − Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law (Cameron May, 2005)
- CAMPBELL MACLACHLAN, LAURENCE SHORE AND MATTHEW WEINIGER, International Investment Arbitration (OUP 2007)
- RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, Principles of International Investment Law (Oxford 2008)
- JULIAN D M LEW, LOUKAS A MISTELIS, STEFAN M KRÖLL, Comparative International Commercial Arbitration (Kluwer, 2003)
- J MERRILLS, International Dispute Settlement (Cambridge UP, 4th ed, 2005)
- PETER MUCHLINSKI FEDERICO ORTINO & CHRISTOPH SCHREUER (EDS), Oxford Handbook of International Investment Law (Oxford 2008)
- C H SCHREUER, The ICSID Convention: A Commentary (Cambridge UP and ICSID, 2001)
- M SORNARAJAH, The International Law on Foreign Investment, (Cambridge UP, 2nd ed, 2004)
- PETER VAN DEN BOSSCHE, The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials (Cambridge 2008)

2. 정기간행물

- William S. Dodge, ‘'Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United States Free Trade Agreement’', Vanderbilt Journal of Transnational Law, 39 1 (January 2006)
- Kenneth J. Vandevelde, ‘'The Bilateral Investment Treaty Program of the United States’', 21 Cornell International Law Journal 201, at 205−-08 (1988)
- Robert Renbert Wilson, United States Commercial Treaties and International Law (New Orleans: The Hauser Press, 1960),
- Won-Mog Choi, The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm, Journal of International Economic Law, 2007)
- William S. Dodge, Loewen v. United States: Trials and Errors Under NAFTA Chapter Eleven, 52 DEPAUL L. REV. 563, 575 (2002).
- Andrea K. Bjorklund, Waiver and the Exhaustion of Local Remedies Rule in NAFTA Jurisprudence, in NAFTA INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: PAST ISSUES, CURRENT PRACTICE, FUTURE PROSPECTS 253, 285 (Todd Weiler ed. 2004)

- Charles N. Brower & Lee A. Steven, Who Then Should Judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11, 2 CHI. J. INT''L L. 193, 197 (2001)

- Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview (OECD, February 2006)
- Kyla Tienhaara, Investor-State Dispute Settlement in the Trans-Pacific Partnership Agreement (Regulatory Institutions Network, Australian National University, Submission to the Department of Foreign Affairs and Trade, 19 May 2010.
- Jeswald W. Salacuse, Is There a Better Way? Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution (Fordam International Law Journal v 31-1, 2007).

3. 판례

- Pope & Talbot v. Canada (Award) (10 April 2001) 7 ICSIC Reports 102.
- Loewen Group, Inc. v. United States, Award (NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. June 26, 2003), 42 I.L.M. 811, 819 (2003)
- Metalclad Corp. v. Mexico, Award, (NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. Aug. 30, 2000), 40 I.L.M. 36, 48--49 (2001)
- Azinian v. Mexico, Award (NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. Nov. 1, 1999), 39 I.L.M. 537, 549 (2000)
- Waste Mgmt., Inc. v. Mexico, Final Award (NAFTA Ch. 11 Arb. Trib. Apr. 30, 2004), 43 I.L.M. 967, 989 (2004)
- Methanex v. United States, UNCITRAL, Decision on Amici Curiae, 15 January 2001, and 1st Partial Award, 7 August 2002 (NAFTA). Final Award, 3 August 2005
- CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003 (United States/Argentina BIT),
- S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL, First Partial Award, 13 November 2000 (NAFTA)
- SGS v. Pakistan (SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003 (Swiss Confederation/Pakistan BIT))