

法學博士 學位論文

國際投資紛爭解決制度의 發展方向과
韓美FTA의 受容態度에 관한 研究

A Study on the Development Direction of International
Investment Dispute Settlement Mechanism and Receptive
Attitude on KOREA-U.S. FTA

指導教授 李 溶 熙

2007年 12月

韓國海洋大學校 大學院

海事法學科

金 泰 賢

<目次>

第1章 序論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍와 構成	8
1. 연구의 범위	8
2. 연구의 구성	10
第2章 國際法上 外國投資者의 法的地位 變遷에 관한 分析	13
第1節 國際投資紛爭制度와 外國投資者의 地位 變化	15
1. 투자자의 국제법 주체성	15
2. 조약상의 투자분쟁해결제도	27
第2節 外國投資者의 主體性 強化와 國際法 一般原則의 變化	37
1. 전통국제법 원칙의 변화	37
2. 외국투자자 보호와 국가주권	53
第3章 國際投資紛爭解決의 主要 節次에 대한 比較分析	66
第1節 國際投資紛爭解決 節次의 類型	66
第2節 國際投資紛爭解決機關의 解決節次	69
1. ICSID 개요	69
2. 관할 요건	71

3. ICSID 중재절차	78
第3節 國際商事紛爭解決節次	84
1. UNCITRAL 중재규칙	85
2. ICC 국제중재규칙	90
第4節 國際投資紛爭解決節次의 比較 分析	94
1. 국제투자분쟁해결절차들의 유사점	94
2. 국제투자분쟁해결절차의 차이점	95
3. 소결	98
第4章 새로운 國際投資紛爭解決制度의 發生原因과 問題點 및 改善方案	100
第1節 投資協定과 ISD(Investor-State Dispute)制度 概要	100
1. ISD제도의 의의	101
2. FTA상의 ISD제도를 바라보는 시각	103
第2節 ISD制度의 必要性和 問題點	112
1. ISD제도의 도입배경	112
2. ISD제도의 도입 현황	114
3. ISD제도의 필요성과 장점	117
4. ISD제도의 문제점	118
第3節 ISD와 主權侵害 問題	136
1. 메탈클래드사건(Metalclad v. Mexico Case)	136
2. 로웬사건(Loewen Inc & Loewen v. USA Case)	139

第4節 韓美FTA상의 ISD제도의 改善方案	143
1. ISD제도의 현실적 접근방법	144
2. ISD제도 개선방안	147
第5章 韓美FTA상의 國際投資紛爭解決제도의 受容態도와 問題點 및 對應方案	150
第1節 韓美FTA상의 ISD제도의 特徵과 概要	150
1. 한미FTA상의 ISD제도의 특징	150
2. 한미FTA 협정문의 개요	159
3. 한미FTA상의 ISD에 회부되는 정부조치와 예외사항	164
第2節 收用(國有化)의 일반 개념	166
1. 수용의 의미와 종류	170
2. 외국인 자산의 수용과 관련한 국제법 문제	179
3. 외국인 재산 수용의 연혁	180
第3節 韓美FTA와 收用	185
1. 일반 국제법상 규정된 수용의 요건	185
2. 한미FTA와 수용관련 내용	189
第4節 ISD제도와 間接收用 問題	192
1. 간접수용 분쟁의 특징	192
2. 간접수용 분쟁의 특징에 대한 평가	193
第5節 間接收用과 判斷	195
1. 관례에 나타난 수용판단의 기준	196

2. 투자협정에 나타난 국가관행과 수용규정	209
第6節 韓美FTA상의 間接收用の 贊反見解와 適用 論難	211
1. 간접수용 범리에 대한 비판적 견해	211
2. 간접수용 범리에 대한 한국의 우호적 견해	216
3. 한미FTA상의 간접수용 적용과 논란 검토	218
第7節 韓美FTA 間接收用과 合憲性 檢討	226
1. 간접수용과 미국의 규제적 수용의 개념	227
2. 우리나라 헌법과 간접수용의 도입 가능성과 합헌성	228
第6章 結 論	238
參考文獻	246
Abstract	279

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

한미 자유무역협정(Free Trade Agreement: FTA)은 2007년 4월 2일 타결된 이후 같은 해 9월 7일 국회에 비준동의안이 제출된 상태다. 현재로서는 2008년 국회비준을 통과해 국내법으로 수용될 가능성이 높다. 하지만 그 제도에 대한 법적 연구는 이제 시작단계에 불과할 정도로 충분하지 않다. 특히 한미FTA에 규정된 국제투자분쟁해결제도에 대한 이해와 수용문제는 일반국민은 물론 국내법 관계자에게도 법 제도적 관점에서 생소한데다 갑작스럽게 새로운 제도로 다가오고 있는 상황이다. 실제 투자자와 국가 간 투자분쟁해결제도(Investor-State Dispute Mechanism: ISD)는 1965년 국제투자분쟁해결제센터(International Center for the Settlement of Investment Disputes: ICS-ID)의 탄생 이후 뿌리를 내리고 있다. 그러나 우리나라의 경우 이 제도의 중요성을 제대로 인식하지 못했다. 외국투자자¹⁾가 한 번도 우리나라 정부를 중재에 회부하거나 우리 투자자가 외국 정부를 상대로 투자중재를 신청한 적이 없었기 때문이다. 국제법상의 연구 범위는 대부분 국가 대 국가 간의 투자분쟁에 그쳐 사실상 투자자와 국가 간 분쟁해결제도는 활용되거나 깊이 연구되지 못한 제도나 마찬가지였다.

그동안 국내의 학자들과 법률 실무가, 정부 관계자들은 외자유치의 필요성에 따라 투자자의 재산을 보호할 수 있는 국제투자중재제도를 도입하거나 강화해야 한다는 입장을 보였다. 특히 우리나라는 1997년 11월 21일 외환위기

1) 외국투자자의 국적이 기록된 나라는 (외국)투자국, 투자자본국, 자본수출국, 투자자본국으로, 투자를 유치하는 국가는 외자유치국, 투자유치국, 자본유치국, 자본도입국, 자본수입국, 현지국 등으로 다양하게 사용되고 있다. 본 논문에서는 외국투자자(home state)와 투자유치국(host state) 또는 외자유치국으로 사용하기로 한다. 이병조·이중범, 『국제법신강』 (서울: 일조각, 2003), 573쪽(자본수출국과 자본도입국); 이한기, 『국제법강의』 (서울: 박영사, 2006), 648쪽(투자국과 투자수입국); 김대순, 『국제법론』 (서울: 삼영사, 2007), 637쪽(투자자와 투자유치국).

사태(IMF)²⁾를 겪은 후 외국자본의 국내유치 중요성을 깨닫고 양자조약을 통해 외국자본 도입과 교류에 열을 올렸다. 외환위기를 극복한 이후에도 정체되고 있는 경제 환경을 극복하기 위해 한미FTA를 비롯해 동시다발적으로 FTA를 체결³⁾, 도약을 추진 중이다. 우리 정부가 내세우는 한미FTA 필요성은 무엇보다도 외환위기 이후 저출산과 고령화 현상 심화에 따라 경제성장률이 떨어지고, 실업률도 높은 상태를 유지하는데 있다. 우리경제도 단순한 해외시장에 대한 양적 확대정책을 넘어서 전반적인 생산성 향상을 위한 경제, 사회시스템의 질적 향상(upgrade)과 국제 스탠더드(global standard)를 철저히 요구하고 있는 것이다. 미국과 FTA를 체결하는 것은 세계 최대시장을 확보하는 것을 의미하며, 우리 경제의 생산과 고용, 교역, 직접투자의 증대를 통한 장기적인 성장에 결정적인 도움이 되기 때문이다. 한미FTA로 경제, 사회시스템 전체의 선진화 계기가 마련돼, 국민 삶의 질이 향상되고 서비스 부문의 획기적인 개선과 대외신인도 개선효과를 거둘 수 있는 것이다. 특히 한미FTA는 미국시장에서 한국제품과 투자의 차별방지를 위해서도 필요하다는 것이 우리 정부의 주장이다.⁴⁾ 한미 양국의 안보협력 관계에 미칠 장기적, 긍정적 면도 빼놓을 수 없는 효과다.⁵⁾

이 같은 이유 등으로 국제투자중재제도 도입의 반대 입장은 찾아보기 힘들 정도였다. 실제 우리나라는 중재 대상 범위와 국가의 동의여부는 정도의 차이

2) IMF(International Monetary Fund: 국제통화기금)는 1944년 6월 1일부터 22일까지 미국 뉴햄프셔의 브레턴우즈에서 열린 UN통화재정회의(UN Monetary and Financial Conference)에서 채택된 국제통화기금협정에 의해 1945년 11월 27일 29개국이 서명함으로써 창설됐다. 한국은 1955년 8월 26일 가입했다. 이병조·이중범, 상계서, 666-676쪽; 이한기, 상계서, 634-636쪽.

3) 현재 한국이 추진 중인 FTA는 6개. EU와 ASEAN(서비스투자), 캐나다, 인도, 멕시코, 일본 등이다. 자유무역협정 국내대책위원회, <http://fta.korea.kr> (2007.11.15 방문).

4) 한미FTA 기대효과는 향후 10년간 우리 제조업의 세계 수출은 연평균 23억4000만 달러, 수입 2억2000만 달러, 생산 5조원 증가되고, 취업자수는 연평균 7만9000명 늘어날 것으로 전망되고 있다. 재정경제부 FTA국내대책본부·산업자원부, “중소기업의 FTA 활용지원 지방 설명회” 자료(2007.10.11), 11쪽.

5) 최원목, “한-미 FTA 관련 몇가지 이슈분석, FTA 미래를 위한 선택”, 한국무역협회 자료(2006.9), 1-2쪽.

가 있을지라도 대부분 양자조약에서 국제중재제도를 도입하거나, 양국의 합의에 따라 도입할 수 있도록 규정하고 있다.⁶⁾ 투자유치국 입장에서 외국투자자를 확실하게 보호할 수 있는 방안이라고 생각했기 때문이다. 개인이나 기업이 외국 정부를 상대로 중재를 제기한다는 생각을 하지 못했거나 조약상에 자동적으로 보장된 ISD제도의 변화과정을 구체적으로 검토해보지 못한 것도 국제투자중재제도를 쉽게 도입한 이유로 볼 수 있다.

현실적으로 볼 때 미국이 ISD제도를 확보해 본격적으로 활용하기 전에는 한미FTA처럼 투자자가 직접 투자유치국을 상대로 중재를 신청할 수 있는 환경은 조성되지 못했다. 대부분의 국가들이 투자자 보호를 위해 투자자의 국가소송권의 필요성을 느끼면서도 경제 및 정치적, 법적 환경의 변화에 둔감하거나 부담이 됐기 때문이었다.

투자중재가 이뤄질려면 투자자를 대신한 투자자의 본국과 투자유치국 간의 중재 동의절차가 반드시 필요했다. 이 같은 절차 문제도 북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement: NAFTA)⁷⁾체결 이후 해결됐다. 국가간 조약을 통해 투자자가 투자유치국으로부터 재산피해를 입었을 경우 중재를 직접 신청할 수 있는 제도가 도입됐다.⁸⁾ 한국도 그동안 다른 나라와 체결

6) 현재 효력이 있는 우리나라가 체결한 투자협정과 FTA(한미FTA 포함) 80개 가운데 독일(1964), 프랑스(1977), 방글라데시(1986), 파키스탄(1998) 등 4개 조약을 뺀 76개 조약이 ISD 규정을 규정하고 있다. 외교통상부 자료 정리 <http://mofat.go.kr/index.html>(2007.11.27 방문).

7) NAFTA는 1994년 1월 1일 발효. 상품 및 서비스 교역, 투자 경쟁정책 정부조달 등에 관한 포괄적인 자유무역협정이다. 전체 22장으로 구성. 투자에 관한 부문은 제11장(투자)이며, 제12장(서비스교역), 제14장(금융서비스), 제15장(경쟁정책), 제16장(기업인의 이동), 제17장(지적재산권) 등도 부분적으로 투자관련 내용을 담고 있다. 보통 NAFTA 투자협정이라 하면 제11장을 지칭하며 총 38개의 규정으로 구성돼있다. 투자와 관련해 국가간 분쟁해결제도는 제20장의 일반분쟁해결절차가 적용되며, 제11장의 투자관련 분쟁해결절차는 투자자 대 국가 간의 투자관련 분쟁만을 관할하는데 그 특색이 있다. 최승환, “NAFTA 체제하에서의 분쟁해결절차”, 『경희법학』, 제30호(1995.10), 209쪽; 한꿈통상법연구회, 『뉴라운드와 신 통상 이슈』 (서울: 한국무역협회, 2000), 384, 473쪽; 김관호·이성미, 『최근 국제투자 분쟁사례의 연구』 (서울: 대외경제정책연구원, 1998) 참조.

8) Paulsson은 조약과 국내투자법에 근거해 투자자에 의해 부탁된 중재를 ‘사전의 동의가 없는 중재(arbitration without privity)’ 라고 부르고 있다. 그것은 특별한 합의가 특정의 원

한 양자 또는 FTA에서 투자자와 국가 간 투자분쟁해결제도를 도입했다. 중재 때마다 국가의 동의를 얻어야 할 필요성을 제거한 것이다. 투자분쟁해결제도 도입에도 불구하고, 칠레 등 다른 나라와의 FTA에서는 농업을 비롯한 일부 산업 간의 이해관계를 놓고 갈등을 느꼈을 뿐, 법제도 자체나 수용 등의 중재 대상 내용을 두고 심각한 대립과 논란을 일으키지 않았다. 하지만 미국은 상황이 다른 상황이다. 한미FTA에선 법적 분석보다는 정치적인 면에서 갈등을 빚고 있다. 미국은 FTA를 체결한 캐나다와 멕시코 등과 중재분쟁을 발생시키고 있는 경험을 가진 나라인데다 세계 1위의 경제력을 갖춘 국가여서 상대적으로 경제력이 약한 한국이 피해를 입을까 우려되기 때문이다. 특히 미국에서 뿌리를 내린 ISD제도와 간접수용 문제는 FTA 조문과 관련해 투자분쟁이 발생할 경우 중재판결이 미국법의 영향을 많이 받고 있고, 영미법에 기반을 두고 있는 미국과의 법문화와 전통의 차이로 한국이 피해를 입을 우려가 있다는 점도 우리의 걱정거리다.

한미FTA에서 규정된 ISD제도는 우리 정부가 동시다발적으로 추진하고 있는 FTA의 모델케이스로 자리 잡을 가능성이 높다. 한미FTA는 한미 양국이 체결한 조약으로 국내법과 국제관습법의 테두리 내에서 효력을 가지고 가동되고 있다. 하지만 한미FTA 투자분쟁해결제도를 바라보는 정치, 경제학적 시각은 기대감만을 표시하고 있는 것은 아니다. 국가경제와 법제도의 근본을 흔들 우려가 있다는 비판의 목소리도 높다. 한미FTA의 투자조항 도입과 관련해 대립을 빚고 있다. 특히 외국투자자(Investor)가 협정위반을 이유로 투자유치국 정부를 제소할 수 있는 절차인 ISD제도와 우리법제와 다른 간접수용의 개념 수용 등을 놓고 의견이 분분하다.⁹⁾ FTA 찬성론자들은 “미국의 법문화를 수

고와 체결됐는가, 어떠한에 관계없이 다수의 공적기관의 행동으로부터 발생하는 광범위한 고정(苦情·재산피해)에 대해 중재를 제기하는 권리를 현재 및 장래의 무수한 투자자에게 부여한 것이며, 해외의 투자자에게 영향을 미치는 것이기 때문에 국제법률소송에서 기본적인 전제를 제고하지 않을 수 없다고 주장했다. Jan Paulsson, “Arbitration without privity”, *ICSID Review-Foreign investment Law Journal*, vol.10(1995), p.233.

9) 한미 FTA는 ISD(Investor-State Dispute) 제도를 놓고 학계와 법조계 간에도 도입 찬반 의견이 나뉘져 있다. 최원목, 장승화, 이재민(국제법학자) 등은 ISD가 장단점이 있는 만큼 단점을 보완해 활용할 수 있도록 해야 한다는 입장이다. 최원

용해 우리의 법문화를 선진화시킬 수 있는 좋은 기회다”라고 주장하고 있고, 반대론자들은 “주권을 해칠 우려가 있고, 분쟁 우려가 높다”고 주장하는 등 찬반 논란이 거세다. 한미FTA 법조문들은 “한국의 법문화와 경제상황에서 정당성을 갖는가”, “분쟁의 적용 대상이 될 사항이 우리의 법문화와 갈등은 없는가”라는 점도 논란의 대상이 되고 있다. 특히 ISD제도 도입과 중재제도를 요청할 수 있는 간접수용 문제 등이 부각되면서 정부와 FTA 반대론자들이 각각의 정당한 논리를 내세우고 있다. 이 때문에 정부가 법무부를 중심으로 대책을 마련¹⁰⁾하고 있으나 실제 집행에서 받아들일 수 있는 범위인지, 문제점을 제대로 해결할 수 있을지 한번도 ISD중재분쟁을 경험하지 못한 우리로서는 걱정거리가 아닐 수 없다.

그동안 중재판정의 사례들을 살펴보면 중재재판부가 내린 판정이 잘못되거나 중재재판부들간 다른 판정내용이 내려지는 경우가 발생하고 있다. 특히 명백한 불법행위(manifest injustice)를 바로 잡을 필요가 있는 사례도 있다.¹¹⁾

목, “한-미FTA에 관한 몇 가지 이슈분석”; 장승화, “한미FTA 투자관련 협상에서 나타난 몇 가지 쟁점에 관한 연구”, 『국제거래법연구』, 제15집 제2호(2006.12); 이재민, “ISD 분쟁해결절차에 대한 소고”, 『서울국제법연구』, 제13권 제2호(2006); 진시원(국제정치경제학자), 엄순영(기초법학자), 송기호(통상법률 변호사)는 ISD제도 자체가 법제도와 경제력이 강한 미국에게 유리한데다 주권을 해칠 우려가 높으며 도입철회를 주장하고 있다. 진시원, “한미FTA 투자조항과 한국의 외국인 투자 구조의 문제점”, 『21세기 정치학회보』, 제16집 제3호(2006.12); 엄순영, “법의 세계화와 한미FTA-조약의 효력요건과 한미FTA”, 경상대 한중 국제학술세미나(2007.7.28); 송기호, 『한미FTA 핸드북』(대구: 녹색평론사, 2007). 위의 관련 자료들을 살펴보면 대체적으로 국제법학자들은 국제질서와 현실을 중시해 ISD를 근본적으로 찬성하고 있고, 정치 및 기초법학자, 일부 실무 변호사들은 ISD제도의 이데올로기를 강조해 반대를 표출하고 있다.

10) 법무부는 ISD분야의 사전적 보완대책으로 정부 주요 입법 및 정책 결정시 사전에 법무부의 자문과 검토, 심의를 받도록 하는 외국투자자에 대한 ‘영향평가제도’를 마련하고, 사후적 대책으로 해외분쟁사례 집중 연구 및 대응방안 수립, 이행을 위해 재정경제부, 산업자원부 등 유관부처와 민간 전문가로 구성된 민관합동 태스크포스팀을 잠정적으로 설치하고 2008년 설립되는 ‘정부법무공단’안에 전담기구를 설치, 운영해 외국투자자의 제소에 대한 전문적 대응체제를 마련한다고 밝히고 있다. 법무부, “투자자-국가분쟁 등 한미FTA 타결에 관한 법무부 대응방안”, 보도자료(2007.4.2), 1쪽.

11) Andrea K. Bjorklund, “Reconciling State Sovereignty and Investor Protection

국내법(3심제)은 1심에서 문제가 생겨도 다시 그 잘못을 바로잡을 수 있는 기회가 있다. 그러나 국제중재재판의 경우 특별한 경우를 제외하곤 단심에 그쳐 국가의 공공정책과 국가주권을 투자 중재 대상으로 삼고 있는 현실에서 볼 때 개선책이 필요하다는 시각이 설득력을 얻고 있다.

특히 재산권 및 공법 연구와 관련해 간접수용의 범리는 미국 수정헌법 제5조의 수용의 개념¹²⁾과 함께 연계돼 손실보상에 관한 중요한 입법례 중의 하나로 소개되고 있다. 비록 동일한 범위는 아니지만 독일법상의 수용유사이론과 그 맥을 같이 하고 있다고 파악할 수 있다.¹³⁾ 그러나 아직 간접수용 문제는 국내법상 제대로 범리연구를 통해 도입되지 못한 상태다. 원칙적으로 간접수용에 관한 조약과 국제관습법은 국내법과 같은 효력을 가지는 만큼 국제법과 국내법상으로 문제가 없다고 볼 수 있다는 것이 국제법적 시각이다.

하지만 여전히 외국투자자에게는 조약이 적용돼 국내법이 적용되는 국내투자자보다 상대적으로 재산권(투자)을 더 보호받을 수 있는 차별성을 보일 수 있다. 사실상 국내법에 그 내용이 일치하는가 하는 문제는 국내법상의 문제이지 국제법상의 문제는 아니다. 이 때문에 여전히 간접수용의 수용문제는 여전히 국내법으로 볼 때 과제로 남아 있다. 철저한 법리적 연구와 투자자와 국가 간 분쟁해결제도에 관한 연계적 관련성을 파악하지 못한 점도 해결과제다. 법제간 관심과 관련성에 관한 상호 이해 부족을 해결해야 할 것이다. 간접수용법을 국내법으로 도입할 경우 재산소유자에게 보상할 정부예산의 확보도 시급한 문제이다. 한미FTA는 당장 국회 비준을 통과하면 국내법적 효력을 가지는 만큼 새로운 이 제도의 적절성과 타당성, 국내 도입에 따른 입법적 문제점은

in Denial of Justice Claims” , *Virginia Journal of International Law*, vol.45(2005), p.873.

12) “... 누구든지 정당한 보상 없이는 그 사유재산은 공용을 위해 수용(taking)당하지 않는다(nor shall private property be taken for public use, without just compensation)”고 규정. 이 헌법규정은 공용수용에 관해 연방과 주가 보상을 하지 아니하는 경우, 그 권한을 명시적으로 행사할 수 없다는 것을 규정한 것임을 알 수 있다.

13) 강현철, 『투자자-국가소송제의 헌법적합성에 관한 연구』 (서울: 한국법제연구원, 2007), 5쪽.

물론 헌법적합성 문제와 예산 확보 등에 대해 살펴보고자 한다.

한미FTA를 둘러싼 여러 논란에도 불구하고, 외국투자자의 ISD 국제중재권 확보는 다양한 국제법 변화에도 영향을 미치고 있다. 외국투자자는 국제경제 활동을 활발하게 추진할 수 있는 투자주체로 자리 잡았고, 투자유치국과 분쟁이 발생하면 중재를 제기할 수 있는 국제투자분쟁주체로서도 당당하게 부상했다.¹⁴⁾ 국가만이 투자분쟁 주체로서 인정받으며 법 발전의 주력자리를 차지한 전통국제법이 변화의 모습을 보이고 있는 것이다. 외교적 보호제도, 국가의 주권적 행위와 상업적 행위의 개념 정립, 주권면제의 원칙, 외국인의 재산권 보호, 수용(국유화)에 대한 보상, 천연자원의 영구주권, 국가의 경제적 권리의무, 신 국제경제 질서 등은 물론 조약상의 투자자의 권한 등 다양한 국제법 분야에서 그 여파가 나타나고 있다. 특히 한미FTA에선 전통 국제법에서 지켜졌던 외교적 보호권 행사와 국제청구의 제기, 국내 구제절차의 완료원칙 등이 폐기되면서 국제경제법이 투자자의 권한을 확대하는 방향으로 탈바꿈하고 있다. 이 같은 상황에서 세계화와 자유무역의 환경이 지속되고 있는 가운데 조약과 FTA에 규정된 투자분쟁해결제도가 우리에게 도움이 되는지, 보완해야 할 점은 무엇인지, 그 의미를 되짚어보고자 한다.

원칙적으로 ISD 투자분쟁제도의 도입은 우리나라로선 경제와 법 취급 능력이 비슷한 나라와 미국과 같은 강대국과는 구별해 접근할 필요가 있다. 하지만 미국과의 FTA에서 ISD제도를 배제한다면 협상 자체가 이뤄지지 않을 가능성도 높은 상황이었던 점을 감안하면 원칙적으로 ISD 배제입장만을 고집할 수 없을 것이다. 투자자 보호와 국가권한의 확보라는 두 가지 문제의 균형을 이루는데 반드시 고려해야 할 사항은 'ISD제도의 배제'가 투자유치국 정부를 소송으로부터 보호해주는 안전판을 제공해준다고만 볼 수 없다는 점이다. 국내법에 의한 소송이 국제중재 때보다 이롭다고 추측만 할 뿐, 투자유치국에게 유리한 결론이 나온다는 보장도 없다. 따라서 투자협정 협상에서 수용 범위 등을 우리에게 유리한 쪽으로 조정할 필요성이 있다.

우리나라는 투자유치국인 동시에 미국 뿐 아니라 중국, 베트남 등으로 세계

14) 2200개 이상의 투자조약은 국가들이 국제법적 의무를 위반할 경우 투자자들이 독립적인 중재에 회부할 수 있는 권한을 부여하고 있다. Andrea K. Bjorklund, op.cit., p.894.

시장을 넓혀나가는 국가이다. 투자국과 투자유치국 기능을 갖춘 국가¹⁵⁾라는 점을 감안해 개선책을 마련해야 할 것이다. 따라서 FTA의 형식적 공정성에도 불구하고 사실상 불평등을 초래할 만한 내용은 없는지, 새로운 형태의 분쟁이 발생할 경우 합리적인 기준을 마련해 발전시킬 수 있는 자체적 메커니즘을 포함하고 있는지를 분석하고자 한다.

ISD제도는 지금까지 권위주의적 성격이 강했던 정부규제를 바꿔놓은 효과와 공공정책의 정당성을 해외의 제3자가 판정하는 부정적 사실이 혼재해 있다. 이 제도가 한국의 문화와 사회에 약이 될지 독이 될지는 전적으로 어떻게 대비하느냐에 달려 있다. 따라서 제도 활용방안이 구체적이고 적극적으로 모색돼야 할 것이다. 중재재판의 실제법적 적용대상에서도 국가간 마찰 없이 실제 잘 운영되도록 국가차원에서 대책을 마련해야 할 것이다. 간접수용 등 우리법제에 없거나 다른 내용을 가진 법제도에 대해 중재판정들을 분석해 실제 분쟁이 발생할 경우 활용해야 할 것이다. 특히 그동안 국제중재판정 사례를 살펴볼 때 단독 또는 여러 개의 내용이 겹쳐 중재 주요대상이 된 만큼, 판례의 종합적인 분석이 필요하다고 본다. 본 연구의 궁극적 목적은 국제투자분쟁 가운데 ISD제도의 도입의 필요성과 활용을 위한 제도를 보완하고, 수용제도의 국내법과의 관계를 분석해 대응책을 마련하는데 역점을 두고 있다.

第2節 研究의 範圍와 構成

1. 연구의 범위

본 연구의 범위는 투자분쟁 가운데 국가간이나 개인간의 분쟁은 제외하고,

15) 한국과 미국의 대외투자과 관련해 볼 때 한국은 투자유치국이기도 하지만 투자국의 지위도 무시할 수 없다. 2005년 기준으로 우리나라의 대미투자는 185억 달러로 미국의 한국투자규모(350억 달러)의 절반수준에 해당하나 미국의 GDP(Gross Domestic Product: 국내총생산)가 11조7000억 달러(2004년 기준)로 우리나라(6800억원)의 17배인 점을 감안하면 우리가 상대적으로 미국에 더 투자한 셈이다. 따라서 자국투자자를 보호할 필요성은 미국보다 오히려 우리가 더 크다고 볼 수 있다. 정부 관계부처 한미자유무역협정 체결지원위원회, 『한미자유무역협정 Q&A』(2007.4.2), 57쪽.

투자자와 국가 간의 투자분쟁해결제도로 한정했다. 국제경제법상 투자자와 국가와의 분쟁해결은 세계화¹⁶⁾의 흐름 속에서 그 중요성이 갈수록 높아지고 있고, 한미FTA에서도 핵심적인 논의사항으로 급부상했기 때문이다. 이 논문은 주로 조약상에서 투자자의 법적지위와 투자와 투자분쟁 해결절차의 의미가 변화되고 있는 현상을 살펴, 투자자와 투자유치국의 역할을 균형 있게 수행해낼 수 있는 방안을 모색하는데 주력했다. 투자자의 범위도 개인과 기업 가운데 주로 기업을 중심으로 분석했으며, 특히 국가의 권력에 견줄 수 있는 다국적 기업을 대상으로 삼았다. 현대 등 국내 대기업도 미국을 비롯한 해외에 다양한 사업을 펼치고 있고, 소규모 기업보단 국내에서 활동하는 다국적기업과의 분쟁이 문제점을 발생시킬 가능성이 높은 것으로 전망되기 때문이다. 투자자와 국가간 투자분쟁해결제도로써 선호되고 있는 중재제도의 경우, ICSID¹⁷⁾와 유엔국제무역법위원회(UN Commission on International Trade Law: UNCITRAL), 국제상업회의소(International Chamber of Commerce: ICC) 등의 중재절차의 내용과 그 중요기능을 비교분석했다. 현재 한국과 미국이 모두 ICSID 체약국인데다 국제투자분쟁에서 투자자들의 선호도가 높아 ICSID 중재절차를 활용할 가능성이 높다. 그러나 한미FTA에서 ICSID와 UNCITRAL, ICC제도 등도 투자자가 이용할 수 있도록 규정하고 있는 만큼 우리의 경우 어떤 제도가 좋은가를 살펴보고, 준거법 등을 분석해 활용해야 할 필요가 있

16) 개방화, 국제화, (전)지구화라고도 한다. 경제활동의 초국경화라는 행위를 의미하지만 반드시 동일한 현상을 나타내는 것은 아니다. 세계화(개방화, 지구화)가 현상이나 결과를 나타낸다면, 국제화는 과정을 나타내는 의미가 강하다. 세계화가 경제활동이 전 세계적으로 일어나고 있는 현상을 이야기한다면, 지역화는 경제활동이 일부 해외국가를 대상으로 심화, 확대되는 것이다. 한미FTA는 세계화 현상과 국가간 조약을 통해 교역을 확대한다는 측면에서 지역화를 동시에 가지는 있다고 볼 수 있다. 박번순·전영재, 『세계화와 지역화』(서울: 삼성경제연구소, 2001), 3쪽.

17) 현재까지 ICSID중재제도와 판정에 대해 소개한 주요 국내논문은 다음과 같다. 강병근, 『ICSID 중재제도연구』(서울: 법무부, 2006); 고준성, “국제투자분쟁해결 사례”, 『법무자료』, 제121집(1990); 고준성, 『국제투자분쟁센터(ICSID)의 제도에 관한 연구』, 박사학위논문, 고려대학교, 1991.2; 구충서, 『국가와 외국인간의 투자 분쟁의 해결에 관한 연구: 중재에 의한 해결을 중심으로』, 박사학위논문, 서울대학교, 1990; 구충서, “국제투자분쟁과 ICSID중재”, 『국제법학회논총』, 제35권 제1호(1989.6).

을 것이다.

그동안 조약에서 분쟁대상으로 많이 제기됐거나 제기될 가능성이 높은 부문을 중점적으로 다뤘다. 한미FTA에서 가장 논란을 빚고 있는 수용이 그 대표적이다. 한국은 투자유치국인 동시에 투자국의 위치이지만, 미국과의 관계에 있어서는 투자국보다 투자유치국으로서의 성향이 높은 만큼, 주로 투자유치국을 중심으로 사항을 분석했다. 투자유치국으로서의 권한과 의무, 투자분쟁의 검토는 바로 투자국의 역할과 반대 입장이기 때문에 우리나라가 베트남 등으로 진출하는 투자국의 입장일 때 더 쉽게 활용할 수 있다고 생각했기 때문이다.

이 논문에서는 그동안 국내에 소개된 문헌과 관련 자료를 1차적으로 분석하고, 이를 기초로 해 주로 영미권과 일본자료를 중심으로 2차적인 정리와 분석을 통해 그 개념과 내용을 구성했다. 이를 위해 단순한 이론적 소개나 개념의 나열이 아니라 구체적인 사례나 판례에 관한 분석과 접근을 병행했다. 이러한 정리와 분석에 기초해 국내의 ISD와 수용관련 문헌과 자료를 비교, 검토해 그동안 국내법적인 논의와의 적합성과 타당성에 관해 분석하고자 한다.

한미FTA를 바라보는 시각은 세계화를 통한 강대국의 야욕을 펼치는 장으로 보는 입장과 개방을 통해 국가를 도약시킬 수 있는 방안으로 보는 시각, 근본적으로 FTA를 찬성하지만 철저한 사전준비와 국민들의 합의가 있어야 한다는 3가지로 요약할 수 있다. 이 가운데 세 번째 시각에서 자료를 분석, 한미 FTA가 가진 국제투자분쟁법의 문제점과 개선책을 모색했다.

2. 연구의 구성

본 연구는 총 6장으로 짜여 있다. 서론부문인 제1장에서는 갈수록 확대되고 있는 세계화 시대 속에서 국제투자분쟁제도가 갖는 의미를 살펴보고, 투자자와 국가간의 국제투자분쟁제도가 어떤 역사적 과정을 거쳐 만들어지는지를 분석했다. ISD제도의 문제점과 특히 수용과 같은 제도의 국내도입 문제를 중점적으로 살펴보았다. 동시에 이 제도를 투자분쟁제도를 놓고 ‘도입허용’, ‘도입반

대'를 각각 주장하는 한미 관계자들을 통해 이 제도의 뿌리와 그 의미, 정당성을 알아봤다. 미국이 캐나다와 멕시코, 한국과 체결한 투자조약이 국제적인 모델로 확실하게 자리 잡을지 주목받고 있다. 우리는 미국과 FTA를 맺어 국가경제 강화라는 정책목표를 설정한 상황에서 FTA 투자조항이 갖는 의미와 문제점이 무엇인지를 문제제기했다. 이는 앞으로 일본과 중국 등 외국과의 조약 체결에서 다양한 전략을 마련하는 틀로 활용할 수 있을 것이라는 바람에서다.

제2장에서는 투자자와 국가간 투자 중재분쟁의 강력한 주체로 급부상하고 있는 투자자의 주체성과 지위변화, 학설 등을 살펴봤다. 외국투자자 보호추세가 시대의 대세를 이루고 있는지, 문제점은 없는지 등도 함께 분석했다. 우호통상조약과 투자조약, FTA로 변화하면서 투자보호의 모습이 어떻게 변했는지도 살펴봤다. 이어 투자자의 주체성이 양자조약을 통해 갈수록 강화되면서 투자국의 외교적 보호권이나 주권이 약해지는 등 전통 국제법의 변화하는 모습도 분석했다.

제3장에서는 외국투자자가 투자한 국가에서 재산상의 손해를 입었을 때 이용할 수 있는 국제중재제도의 절차를 살펴봤다. 이어 한미FTA에 규정된 주요 중재제도를 분석했다. 우선 가장 이용 빈도가 높은 ICSID를 중점적으로 살펴보고 UNCITRAL과 ICC 중재절차도 간략하게 정리한 뒤 이 절차들을 비교분석했다.

제4장과 제5장은 본 연구의 핵심을 구성하고 있다. 제4장에서는 투자협정과 ISD제도의 개요와 절차법적 내용을 분석했다. ISD제도의 필요성과 문제점도 살펴본 뒤 ISD와 관련해 논란의 대상이 되고 있는 주권문제를 중재관정을 통해 분석, 대안을 제시했다.

제5장에서는 한미FTA상의 ISD제도의 특징과 개요를 살펴본 뒤 투자자가 실제법적으로 국가를 상대로 분쟁을 제기하고 있는 문제들을 정리하고 분쟁발생 가능성이 높은 내용을 정리했다. 현재 우리나라는 85개의 양자조약을 체결했으나 단 1건도 중재를 당하거나 신청한 적이 없어 분쟁위험이 크게 없을 것이라는 시각도 있다. 하지만 상대는 투자자 보호를 최대 정부 정책으로 펼치고 있는 미국이기 때문에 현재까지의 상황과는 다르다고 볼 수 있다. 실제 미

국이 체결한 NAFTA의 경우 분쟁이 40건 이상 발생하고 있다. 아직 미국법제도와 형태와 문화를 달리하는 우리로서는 늘 분쟁의 불씨를 안고 있다고 봐도 무리가 없을 것이다. 이 같은 상황을 감안해 미국과 법제도가 다르다는 주장에 따라 수용적용에 논란을 빚었던 간접수용의 판단기준, 국가관행과 수용규정과의 관계, 찬반입장, 국내 헌법과의 마찰 문제를 분석했다. 특히 FTA의 문제는 국제법과 국제관습법의 범위 내에서 작동하고 있다는 점을 판례분석을 통해 확인했다.

마지막 결론인 제6장에서는 투자자와 국가 간의 투자분쟁제도를 잘 활용하기 위해 그동안 살펴본 제도의 현황과 문제점을 통해 제도 개선방안과 활용방안을 제시했다. 투자자와 국가가 부당한 피해를 입지 않도록 재심제도를 마련하거나 투자자와 국가 간의 투자분쟁 해결을 위한 다자조약을 조속히 마련하는 방안을 제시했다. FTA상의 ISD제도의 문제점들을 분석해 협약 체결국, 국제중재기구들과 협력 및 협의를 통해 국내법을 활용하는 동시에 국제법 발전에도 기여할 수 있는 방안도 모색했다. 특히 수용문제와 관련해 국내법상의 도입도 필요하다는 점을 살펴보고 그 대안을 제시했다.

第2章 國際法上 外國投資者의 法的地位 變遷에 관한 分析

국제투자환경에서 개인인 외국 투자자¹⁸⁾의 국제법 주체성(Subject of International Law)이 강화되고 있는 추세이다. 국제법상 개인은 자연인뿐 아니라 법인을 포함한다.¹⁹⁾ 국제사법재판소(International Court of Justice: ICJ)는 ‘Reparation for Injuries Suffered of the United Nations 사건’²⁰⁾에서 국제법의 주체, 즉 국제법의 인격체를 “국제적 권리와 의무를 보유할 능력이 있고, ... 국제청구를 제기함으로써 자신의 권리를 주장할 자격이 있는(capable of possessing international rights and duties, and...has capacity to maintain its rights by bringing international claims) 실체”로 정의했다. ICJ는 이 사건에서 “그 어떤 법체계에 있어서도 법의 주체들은 그 특질이나 그 권리의 범위에 있어 반드시 동일한 것은 아니다. 그들의 특질도 공동체의 필요에 달려 있다”고 언급함으로써 법인격의 동태적, 상대적 성격을 지적했다.²¹⁾

국제투자와 관련해 국가와 개인은 물론 법인, 특히 다국적기업이 국제경제법 주체로서 활동하고 있다. 국제법상 투자자, 즉 개인의 위치가 공법적인 측면에서 국제법의 전면으로 등장하기 시작한 것은 20세기 들어와서다. 전통적으로 국제법은 국가간의 법으로 인식됐고²²⁾, 개인은 국제법의 객체로서만 파

18) 개인은 자연인 뿐 만 아니라 법인을 포함한다. 사인(私人)이란 용어도 있지만 보통 공인과 상대어로 사용되고, 국내법상의 용어라 생각된다. 島田征夫. 최홍배 외 공역, 『國際法』(서울: 21C법경사, 2004), 98쪽; 외국인투자자는 국제법상 개인이나 국가가 될 수 있다. 본 논문에서는 통상 국제경제법상 개념으로 사용하고 있는 개인을 (외국)투자자로 사용한다. 투자분쟁과 관련해 중요한 주체이고 그 용어에서 의미가 뚜렷이 나타나고 있기 때문이다.

19) 김대순, 전계서, 237쪽.

20) *ICJ Advisory Opinion of 11 April 1949, ICJ Reports, 1949, p.174.*

21) *Ibid.*

22) 이한기, 전계서, 150쪽; 배재식, 『국제법 I』(서울: 한국방송대학교, 2004), 212쪽; Lobert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, vol.1 (London: Longman, 1992), p.16; Brierly, J. L., *The Law of Nations*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1963), p.1.

악했다.²³⁾ 개인은 직접적으로 어떤 권리도 도출해내지 못한 상황이었던 것이다. 그러나 오늘날에는 투자자의 권리가 강화되면서 이 같은 인식에 중대한 수정을 해야 하는 것이 국제적 현실이다. 개인의 국제법 주체성은 조약을 통해 자리를 잡아가고 있다. 특히 FTA체결 추세를 타고 투자자의 권한은 갈수록 확대되고 있다.²⁴⁾

국가와 투자자가 맺은 양허계약(concession agreement)²⁵⁾에서 투자자가 관련 계약을 위반했을 경우, 피해 국가는 투자자의 본국을 대상으로 법적분쟁을 처리하게 된다. 전통국제법에 따라 국가와 국가 간의 투자분쟁으로 해결하면 되는 것이다. 하지만 투자자가 피해를 입었을 경우 투자자가 직접 중재를 신청할 수 없었던 입장에서 가능한 쪽으로 바뀌고 있다. 투자자는 그동안 소

23) 국가만이 국제법 주체로 판정된 사례는 PCIJ의 ‘Mavrommatis Palestine Concessions(Jurisdiction)’에서 국가가 유일한 청구인이라고 판시. 사건개요는 그리스인 Mavrommatis는 팔레스타인의 통치국인 오토만제국(현 터키)과 양허계약(컨세션계약)을 체결했으나 팔레스타인이 영국의 위임통치에 들어간 뒤 영국정부가 그의 과거 권리를 부인했다. 이에 그리스가 영국을 상대로 PCIJ에 제소한 것이다. *PCIJ, Series A*, no.2(1924), pp.11-12; Nottebohm사건에서도 외교보호와 국제적 사법절차의 조치에 의한 보호는 국가의 권리를 방어하기 위한 조치를 구성한다고 명시. *ICJ Reports*, 1955, p.4.

24) 국제공동체 초기부터 국제무대의 등장인물인지 여부와 2차 세계대전 전후를 기준으로 전통(구) 주체와 신주체로 구분한다. 국가와 반란단체는 전자에, 국제기구와 자결권을 가진 민족 그리고 개인은 후자에 속한다. 김대순, 전게서, 238쪽; Cassese, Antonio, *International Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2005), p.74.

25) 국가(국가의 국가기업과 공기업도 포함)가 일방 당사자가 돼 외국의 사인 또는 사기업과 금전채무, 천연자원의 탐사와 개발, 공익사업, 기술과 전문적 역무의 제공, 상품의 매매 등 다양한 내용을 대상으로 체결하는 각종의 계약을 ‘국가계약’이라고 한다. 이 가운데 주로 개발도상국이 자국의 천연자원의 탐사와 개발과 이에 필요한 장기적 시설자원의 투자 등을 위해 외국의 사기업에 일정한 권리를 부여하는 내용의 계약을 양허계약(讓許契約)이라고 한다. Brownlie, *Principle of Public International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003), p.547; 양허계약은 주로 개발도상국이 선진국 기업이나 다국적기업과 체결하는 특수한 계약의 형태다. 외국기업에게 국가가 여러 가지 특혜를 주는 계약이다. 우리나라 학자들은 보통 양허계약이라 번역하고 있고, 한글로 쓸 경우 그 의미 파악이 너무 어렵다고 판단돼 특별허가계약으로 의역해 사용하기도 한다. 존 메릴스, 김재원 역, 『국제분쟁의 해결방법』 (서울: 교육과학사, 1998), 147쪽; 본 논문에서는 양허계약과 국가계약을 양허계약으로 사용하기로 한다.

송이나 국제중재를 신청할 수 있는 국제법 주체로서 활동하지 못했다. 하지만 조약을 통해 투자자가 국가와의 계약이나 수용과 관련해 외자유치국의 조치로 피해를 입었을 경우, 국제투자분쟁을 직접 수행할 수 있게 된 것이다.²⁶⁾ 투자자 가운데 갈수록 그 경제력 파워가 커져가는 다국적기업은 국가를 위협할 정도로 법적 파워가 강해지고 있는 상황이다.²⁷⁾ 하지만 개인의 국제법 주체성을 일정 부문 인정하고 있는 추세가 진행되고 있는 가운데서도 그 인정여부와 범위는 여전히 의견이 나뉘지고 있다. 따라서 국제법 주체로서의 역할이 늘어나고 있는 외국투자자, 특히 다국적기업이 국제법 주체로서 인정받을 수 있는지 여부와 학설을 살펴보고, 그동안 조약을 통해 발전해온 과정을 분석해본다. 이는 외국 투자자가 국제중재분쟁의 주체로서 탄생하게 된 과정과 투자유치국의 국내법에 피해를 제소하거나 국제중재에 소를 신청할 수 있는 권한이 있는가를 살펴보기 위한 것이다.

第1節 國際投資紛爭制度와 外國投資者의 地位 變化

1. 투자자의 국제법 주체성

가. 국제법 주체의 의의

일반적으로 법의 주체라고 할 때 보통은 법규 운영의 형식상, 하나의 단위체

26) Sacerdoti는 “외국투자자가 국가를 상대로 직접 국제중재 권한을 확보한 것은 국내적 구제에 전력을 다하거나 자국민의 청구를 국제적으로 제기하기 위해 본국의 외교적 보호를 요구할 수 있는 전통적인 요건을 무시하고 있다”고 기술하고 있다. Giorgio Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours*, Tom. 269(1997), p.437; 森川俊孝, “投資條約における國家と投資家との間の國家仲裁の法的メカニズムと機能”, *國際法外交雜誌*, 第100卷 第1號(2001.4), p.23.

27) 이 때문에 UN과 OECD, 지역공동체를 중심으로 다국적기업에 대한 국제책임을 지우고자 하는 노력이 가시화되기도 했다; 다국적기업에 대한 ‘code of conduct’의 형성 및 그 효력에 대해서는 J. M. KLINE, *International Codes and multi-national business: Setting Guidelines for international business operations*, 1985 참조.

로서 법률행위를 할 수 있는 자로 그 당사자를 말한다. 법률상의 권리의무가 귀속되는 자, 즉 법률상 권리의무를 가지는 자이다. 마찬가지로 국제법상의 주체도 국제법 질서의 존재를 전제하고 국제법규의 운용형식상의 단위체로서 국제법상의 법률행위를 할 수 있는 자, 즉 국제법상의 권리의무가 직접적으로 귀속되는 자를 말한다.²⁸⁾ 여기에서 외국투자자(개인)의 국제법상의 주체성 문제는 개인이 국제법상 주체가 될 수 있느냐 없느냐 하는 문제이다.²⁹⁾ 개인이 특정한 경우, 예외적으로 국제법의 주체가 되느냐 안 되느냐 논의되고 있는 문제로서, 결국 개인이 국제법상의 권리의무를 가질 수 있는가하는 문제이다. ³⁰⁾

개인의 국제법 주체성은 인권의 국제법 보호와 외국인 재산권 보호의 강화와 함께 발전했다. 17세기 중엽 베스트팔렌조약 체결로부터 18세기 말까지 국가간의 관계는 왕조를 기반으로 했다. 시민계급을 기반으로 하는 시민사회가 탄생한 것은 19세기 이후의 일이다. 국내법상 인권과 기본적 자유를 부여받은 개인이 국제법에 규율되는 사례가 점차 발생했다. 통상, 영사직무, 범죄인 인도 등에 관한 조약이 증가하는 경향이 나타났기 때문이다. 즉 개인이 국제법상 규율의 객체로서 등장한 것이다. 20세기가 들어서면서 예외적으로 개인의 국제법 주체성이 인정되는 사례가 증가했다. 특히 최근 들어 세계화와 함께 지역주의가 강화되면서 개인, 즉 해외투자자의 주체성이 강화되고 있다. 비록 일부 조약³¹⁾에서 규정한 내용에 불과하다고 볼 수 있지만 국가와 대등

28) 이한기, 전제서, 149쪽.

29) 특히 인권과 관련해 종래 사회주의 진영의 시각은 개인의 국제법 주체성을 강력 부인하는 입장이었다. “인권에 관한 협약들은 개인들에게 직접 권리를 부여하는 것이 아니라, 개인들에게 그러한 권리를 부여할 국가들의 상호적인 의무를 수립하고 일을 뿐이다” Tunkin, G. I., *Theory of International Law* (London: George Allen & Unwin, 1974), p.83; 그러나 소련 말기로 오면서 이 같은 완고한 입장은 완화됐다. V.S. Vereshchetin & R.A. Müllerson, “International Law in the Interdependent World”, *Colombia Journal of Transnational Law*, vol.28(1990), p.291.

30) 최명규, “개인의 국제법상의 주체성”, 『월간고시』 (1995.5), 173쪽.

31) 개인에게 귀속될 수 있는 권리는 4가지로 요약할 수 있다. 첫째 개인의 국제법 주체성을 가장 확실히 보여주고 있는 국제법원에 대한 출소권은 1907년 중미사법법원 설치에 관한 조약과 1957년 유럽경제공동체설립조약(제173조, 제175조), 1965년 투자분쟁해결협약(제36조), 1982년 유엔해양법협약이 있다. 둘째 국제기

한 소송주체로 부상했다. 이러한 상황은 국제법 주체의 확산을 의미하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 현재 분분한 개인의 국제법 주체성의 인정 여부와 그 범위를 살펴보기로 한다.

나. 투자자의 국제법 주체성 인정여부

어떤 개체가 법 인격체(Legal Person) 또는 법 주체(Subject of the Law)로 지칭되는 것은 법률관계를 맺을 수 있을 뿐 아니라 법적 권리와 의무를 향유할 수 있다는 의미이다.³²⁾ 국제경제법상 주체인 투자자, 즉 자연인과 법인은 국내법상으로는 당연히 법인격을 가진다. 국제관계의 발생에 따라 국제사회에서 국가 이외의 주체, 즉 개인의 역할이 커져가자 국제법 분야에서도 개인의 위치를 재검토하기에 이르렀다. 특히 국가간 FTA 체결 증가와 함께 투자의 중요성이 부각되면서 투자자의 주체성 검토의 필요성이 더욱 커져가고 있다. 오늘날에도 개인의 국제법 주체성에 대해서는 다음과 같이 이론이 대립되고 있다.³³⁾ 부정설은 ①국가만을 국제법 주체로 보고, 개인을 주체로 보지 않는 설이 있고, 긍정설로는 ②국가의 국제법 주체성을 부정하고 개인만을 국제법 주체로 보는 학설(제1설) ③국가이외에 특히 개인의 국제법 주체성을 넓은 범위에서 인정하는 학설(제2설) ④국가 이외에 개인도 한정된 범위 내에서

구에 대한 청원권과 신청권은 유엔헌장에서 신탁통지지역의 주민은 신탁통치이사회에 청원할 권리를 인정하고 있고(제87조 b항), 1966년 국제인권 규약(제1조), 국제노동기구헌장(제24조), 1950년 유럽인권조약(청원권 제25조), 1969년 미주인권조약(제44조) 등이 있다. 국제기구에 대한 대표권의 경우 국제노동기구(제3조, 제4조, 제19조 제2항)에 규정되어 있다. 민족자결권은 1918년 미국 대통령 윌슨이 발표한 14개조의 평화원칙, 유엔헌장(제1조 제2항, 제55조), 1960년 식민지독립부여선언, 1966년 국제인권규약과 1970년 우호관계선언 등을 들 수 있다. 島田征夫, 전게서, pp.98-101; 제1차대전 후의 평화조약(베르사이유조약 제296조 이하), 1922년 미독협정에 의해 설치된 혼합청구권위원회, 제2차대전 후 1952년 서독중재위원회에도 출소권이 인정됐다. 이한기, 전게서, 188쪽.

32) Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law*, 6th ed. (London: Allen and Unwin, 1987), 박기순 역, 『현대국제법론』 (서울: 한림대학교출판부, 1997), 119쪽.

33) 배재식, 전게서, 212쪽.

국제법의 주체가 될 수 있다는 학설(3설) 등으로 나눌 수 있다. 세계화와 투자자 보호 확대 경향으로 한정된 범위에서 인정하던 투자자의 권리(제3설)가 넓어지는 경향(제2설)을 보이고 있다. 근본적으로 주체성 논의의 대립은 법 주체에 대한 개념의 차이에서 온다고 할 수 있다. 그런데 오늘날 개인이 어느 정도 국제법 주체로서의 역할을 하고 있다는 것을 부인할 수 없다. 우선 개인이 국제법상의 주체라 말할 수 있기 위해서는 먼저 당사국의 의사를 확인할 수 있어야 한다. 조약에 권리의무가 규정돼 있을 뿐 아니라 권리를 행사하기 위한 국제적인 절차가 정해지고, 권리 실현의 길이 보장돼 있을 것을 요구한다. 즉 국가의 외교적 보호권을 의지하지 않고, 직접 권리실현을 위해 당사자 자격이 조약으로 개인에게 인정돼야 비로소 국제법 주체로서 인정된다고 말할 수 있다. 국제법상 개인에게 의무가 부과됐다고 하기 위해서는 국제법 위반행위에 대해 국제적인 절차에 의해 제재가 가해지는 것이 필요할 것이다.³⁴⁾

개인의 국제법 주체성은 한계를 가지고 있다는 것을 부정할 수 없다.³⁵⁾ 주체성은 조약에 의해 정해진 범위 내에 그치고, 법의 정립과 변경, 폐지에 직접 참가할 수 없다.³⁶⁾ 국가는 능동적 주체인 반면 개인은 수동적 주체라 할 수

34) 島田征夫, 전계서, pp.97-98; 이한기, 전계서, 187쪽.

35) 개인의 지위는 다음과 같이 크게 4가지 제약을 안고 있다. ①개인은 단지 국제절차를 개시할 권리(right to initiate international proceedings)만을 부여받고 있다. ②개인의 제한된 절차적 권리는 단지 조약(또는 국제결의)에 의해서만 허용되고 있다 ③국제공동체에서의 개인의 존재에 극력 반대하는 국가들도 인권조약을 비준하도록 유인하기 위해, 개인이 발동하는 감독절차(국제절차)를 규정한 조항의 수락 여부는 조약당사국의 의사에 맡겨놓았다 ④개인이 발동할 수 있는 국제절차는 특히 국내법과 다르다. 청원을 심사할 책임을 지고 있는 국제기구들은 일반적으로 성격이 사법적이지 못하다. 대부분의 국제기구들은 그 분야의 독립된 전문가들로 구성되긴 하지만, 외교관 또는 국내공무원들도 구성원으로 선출될 수 있기 때문에 자국정부의 압력으로부터 자유로울지 의문이다. 국제심사절차도 매우 초보적인 단계에 머물고 있고, 특히 증거수집에 현저한 제약이 있다. 절차의 결과는 고유한 의미의 판결이 아니고, 보고서, 권고와 같은 매우 가벼운 행위로 나타난다. 따라서 법적으로 구속력 있는 결정이 예견돼있지는 않다. 김대순, 전계서, 272-273쪽.

36) 자연인은 국제법 주체가 된다고 해도 국제법 정립에 참여하는 것은 힘들지만 다국적기업은 실제 국제경제법의 정립과 발달에 깊이 참여하고 있다고 보는 입장도 있다. 특히 다국적기업이 다른 국가와 체결하는 양허계약은 일반적으로 국내법보다는 국제법이나 법의 일반원칙에 의해 규제되도록 함으로써 단순한 국내법상의 계

있을 것이다. 이처럼 개인의 국제법 주체성은 제한된 범위에서 인정되고 있으나 국제공동체가 발달하고 세계화가 가속화될수록 개인의 위치는 더욱 강화되고 국가의 국제법적 지위는 현 위치에서 상대적으로 점차 후퇴하게 될 것이다.³⁷⁾ 따라서 다자조약과 양자조약, 특히 FTA를 통해 국제공동체가 발달할수록 궁극적으로는 개인의 지위가 중요해지고 있으며, 국제법은 점차 개인에 대해 직접 적용되는 범위가 확대될 것이다. 외국투자자의 경우 투자보호측면에서 투자유치국을 위협할 정도로 권한이 강해지고 있다고 볼 수도 있다. 이런 의미에서 분명히 개인은 국제법, 특히 국제경제법의 확실한 주체로 자리 잡고 있다.

사실 개인의 국제법 주체성 내지 국제법 인격의 인정여부는 이론적 차원의 논의에 그칠 뿐 실용적인 의의는 그다지 크지 않을 수도 있다. 실용적인 측면에서는 개인의 국제법 인격의 징표라 할 수 있는 것들이 현행 일반국제법에서 어떻게 수용되고 있는지의 논의만이 가치를 가지기 때문이다. 결국 국제법 주체성을 인정하기 위한 요건의 차이 때문에 시각의 차이가 존재하는 것이다. 어느 학설을 따르든지 간에 개인을 객체로서만 판단해 개인이 현실적으로 국제법상 특정의 권리와 의무를 보유하고 부담하고 있다는 것을 부인한다든가, 개인의 법인격을 국가의 것과 동일시한다든가, 개인만을 국제법의 주체로 인정하는 등 극단적인 이론은 현실 국제법에서 무의미하다고 할 것이다.³⁸⁾ 개인의 국제법 주체성과 관련해 지나치게 개인의 법인격을 강조하면 사적이익을 추구하는 다국적기업과 국민의 공공이익이나 국제공동체의 공동이익을 추구하는 국가와 비정부간 국제조직과의 균형이 깨질 수도 있다. 실제 FTA에선 이

약과는 구별되는 ‘국제화된 계약(Internationalized Contract)’으로 간주되고 있다. Martin Dixon, *Textbook on International Law*(London: Blackstone Press Limited, 1990), pp.61-62; 실제 이러한 계약에 따라 다국적기업이 국가와 대등한 지위에서 국제중재절차에 참여하는 경우를 보면 더욱 이러한 국제양허계약이 조약에 준하는 지위를 갖는 것으로 보인다. Wolfgang Friedmann, *The Changing Structure of International Law*(New York: Columbia University Press, 1964), p.120.

37) 유병화, 『국제법총론』 (서울: 일조각, 1983), 415쪽.

38) 신창훈, “개인의 국제법 주체성 및 법인격에 대한 이론적 재조명”, 『국제법평론』, 통권 제23호(2006), 69-70쪽.

같은 균형이 깨질 우려가 있다는 지적이 일고 있다.³⁹⁾ 외국투자자인 다국적기업과 국가와의 형평을 구하는 조약을 만들어나가는 방법이 바람직하다고 본다. 이를 위해선 양자조약과 FTA에 치우치고 있는 정책에서 벗어나 양자조약과 다자조약을 함께 추진하는 법적 역량과 전략을 모색해야 할 것이다.

다. 투자자와 다국적기업의 출현

(1) 다국적기업의 정의와 역사

투자분야에서 개인과 법인의 국제법 주체성의 중요성은 다국적기업과 밀접한 관련을 맺고 있다. 다국적기업이 해외투자의 주력이며, 투자유치국과의 투자분쟁 주체로서 등장하고 있기 때문이다. 해외투자는 주로 다국적기업을 통해 이뤄지고 있는데 그 역사는 오래됐다. 다국적기업의 전신은 17세기와 18세기 때 활동하던 무역회사, 즉 동인도회사, 허드슨만사와 같은 거대한 무역회사들이다. 이 당시 다국적기업의 대부분은 무역만이 아니라 통치도 했으나 현대에는 전적으로 경제관련 분야로 활동영역이 한정된다.⁴⁰⁾ 다국적기업이란 용어가 처음으로 사용된 것은 1947년 팀버그(Timberg)의 논문에서 찾아볼 수 있다.⁴¹⁾

다국적기업을 정의하면 투자국(자본수출국)에 본사를 두고, 해외, 즉 투자유치국에 지점이나 자회사를 설치해 국제적인 경제 및 경영활동을 하고 있는 기

39) 송기호, 『한미FTA핸드북』, 145-152쪽 참조.

40) 이영준, 『국제경제법론』 (서울: 법문사, 1998), 44쪽.

41) 백충현 외, 『국제거래법』 (서울: 한국방송대학교출판부, 2001), 16쪽; 다국적기업 용어의 첫 사용을 1960년 미국의 뉴딜 정책기에 TVA장관을 지낸 릴리엔탈의 논문을 들기도 한다. 그는 미국의 중 대규모 기업들이 1950년대부터 각종 전략을 구사하며 다국적기업으로 생성되기 시작했으며 미국을 비롯한 다국적기업이 앞으로 급속히 확장될 것이라고 지적했다. 실제 다국적기업을 새로운 중요 경제현상으로 제시하고, 미국의 거대기업이 이에 상응하는 새로운 경영관리기구를 가질 필요성을 강조한 것은 미국경제잡지 ‘비즈니스 위크’ (1963.4.20)가 최초였다. David E. Lilienthal, “*Management of Multinational Corporation*”, Merrin Anshen and G. L. Bach, eds. (Oxford: McGraw-Hill Book Company, 1960), p.119.

업을 말한다.⁴²⁾ 그동안 해외투자자의 본국에서는 자국민의 투자를 보호하기 위해 여러 가지 방안을 강구해왔다. 투자자인 다국적기업 스스로 국가와 계약 등의 체결을 통해 투자를 보호하는 경우가 많았다. 그러나 다국적기업은 전적으로 일국의 관할이나 보호의 대상으로 취급할 수 없는 복잡한 조직과 활동체계를 가지고 있는 것이 보통이다. 그 활동의 효과도 여러 나라에 걸쳐 나타나고 있는 국제적 실체로 파악되고 있다. 점차 국제사회에 있어서 독자적 행위자 내지 주체로서의 지위를 확보해나가는 과정에 있다.

다국적기업은 국제법적으로 보호의 대상이자 규제의 대상이다. 다국적기업에 대해 국제적인 규범이 필요한 이유는 다국적기업의 활동범위가 각국 관할권의 범위를 넘는 범세계적인 차원에서 이뤄지고 있어 일국의 국내법만으로는 효과적으로 대처할 수 없기 때문이다. 따라서 그 규제내용도 주로 다국적기업의 활동이 투자유치국과 이해관계가 상충될 수 있는 부문에 집중돼 있다. 현지 투자와 과실송금 등에 대한 규제, 기업 활동에 대한 정보의 공개, 현지 고용인과 노사관계, 기술이전, 시장지배력 우위의 남용, 과세, 국유화, 기업폐쇄 등 구조조정 문제가 그 대상이다. 최근 환경보호문제도 중요한 내용이 되고 있다.⁴³⁾ 특히 국가권한과의 균형문제 등은 FTA의 중요한 문제로 부각되고 있다.

(2) 다국적기업의 국제법 주체성과 문제점

다국적기업도 개인과 마찬가지로 비록 한정적이지만 국제법 주체로서 자리 잡고 있다. 하지만 여전히 국제사회에선 문제점을 가지고 있다. 다국적기업의 국제법 주체성 문제는 두 가지 각도에서 검토될 수 있다.⁴⁴⁾ 하나는 수동적 주체로서 다국적기업이 국제법의 규율을 받는 측면이다. 이 문제는 다국적기업의 국제 규율화 측면이다. 다른 하나는 다국적기업이 국제법상 능동적 주체로서 갖는 지위의 문제이다. 현실 국제공동체에서 다국적기업이 갖는 국제법상

42) 장효상, 『국제경제법』 (서울: 박영사, 1986), 75쪽.

43) 이영준, 전제서, 45쪽.

44) 유병화 외, 『국제법 I』 (서울: 법문사, 2000), 647쪽.

지위에 대해서는 의견 통일이 확립되지 못하고, 전개과정에 있다. 그러나 국제 공동체의 발전적 측면에서 매우 제한적이더라도 다국적기업이 실제로 권리의무를 담당하고 법률행위를 하고 있는 이상 주체성을 인정해야 할 것이다. 현재 다국적기업의 국제법 주체성을 뒷받침할 장치로 대표적인 것은 첫째 국제 부흥개발은행(세계은행· International Bank for Reconstruction & Development: IBRD) 후원 아래 1965년 체결된 ICSID이다. 이 협약에서 다국적기업은 준사법적 소송을 제기할 수 있는 제한된 권리를 인정받고 있다. 둘째, 국가와 국제기업이 체결한 양허계약을 국제법에 종속시킬 수 있다는 점이다. 한미 FTA에선 이 두 권리를 모두 포함하고 있다.

다국적기업은 막강한 경제력을 가지고 있다. 이를 잘 활용하면 투자국과 외자유치국은 서로 윈-윈하면서 국가발전을 이끌 수 있을 것이다. 하지만 그 횡포의 사례도 적지 않다. 다국적기업의 정치, 경제, 사회 전반에 걸쳐 국내외적으로 미치는 부정적인 영향은 큰 우려를 자아내고 있다. 따라서 기업군의 활동무대가 되는 외자유치국은 대응책을 마련하는데 부심해왔다. 자국의 주권에 대한 침해가 있지 않을까 하는 의구심에 쌓여 있는 개발도상국 수준의 외자유치국은 다국적기업의 부작용을 막는 대책의 일환으로 다국적기업의 현지 사회사에 현지인의 주식참여를 의무화하는 방안을 취하기도 했다.

UN을 비롯한 국제기구와 단체들은 다국적기업의 규제와 처우에 관한 기준과 원칙을 제시하는 작업을 펼쳐왔다. 다국적기업의 국제법 주체성 문제는 1976년부터 시작된 UN의 행위법전(준칙) 제정 작업과정에서 논쟁이 벌어졌다. 주로 법전 적용 범위에 관한 것이었다. 미국 등 선진국들은 권리와 의무부담의 균형을 맞추기 위해 다국적기업 뿐 아니라 국가도 적용대상에 포함돼야 한다고 주장한다. 반면 개발도상국들은 국가를 제외시켜야 한다면 다국적기업과 국가를 동등한 법적 지위에 둘 수 없다는 입장을 보였다. 하지만 다국적기업은 국제법 주체성이 부여된다고 하더라도 기업의 활동범위내로 한정되는 제한적 법인격이다. 이 때문에 개발도상국의 우려에서 나온 주장은 그 근거를 잃는다고 할 것이다. 국제법 주체성과 관련해 다국적기업과 국가가 맺은 계약의 성격에 대해 국제법의 적용을 받는 국제계약으로 인정해야 할 것이나 당시

다수의 견해는 국제법의 직접적용을 부인했다.⁴⁵⁾

특히 가장 견해 차이를 보이고 있는 부문은 한미FTA 체결과정에서도 가장 논란을 빚었던 수용(국유화)과 보상 문제, 분쟁의 해결 등에 관한 것이었다.⁴⁶⁾ 수용과 보상의 경우 일반적으로 선진국은 수용의 요건으로 무차별, 공공목적, 적절한 법절차에 따른 국제법의 적합성을 갖춰야 하며, 보상도 신속, 적당, 효과적인 원칙과 자산의 시장가격기준이 적용돼야 한다고 주장했다. 반면 77그룹⁴⁷⁾은 수용을 실시하는 국가의 국내법에 합치하는 것으로 충분하며 보상도 여러 상황을 고려해 타당하면 충분하다고 강조했다. 분쟁해결의 경우, 선진국은 제3자적 기관에 의해 전통적인 국제법원칙에 따른 해결을 주장했으나, 77그룹은 외자유치국 국내법원에서 국내법에 따라 해결하자는 입장이었다. 이 같은 선진국과 개도국 간의 기본입장은 정도의 차이를 보일 뿐 FTA시대에도 이어져오고 있다. 한미FTA에서도 미국과 한국은 경제력 차이로 여전히 논란을 빚고 있다.

라. 다국적기업인 외국투자자의 분쟁해결 주체성

한국과 미국의 대부분의 법학자들은 미국이 외국투자자로부터 중재에 회부되는 현상이 발생하기 전까지는 외국투자자와 투자유치국 간의 투자분쟁이 국제중재절차에 따라 해결되고 있는 것은 바람직한 현상으로 판단했다.⁴⁸⁾ 그

45) 이영준, 전제서, 44쪽.

46) 백충현 외, 『국제거래법』, 23-24쪽.

47) 77그룹은 1964년 열린 제1차 UNCTAD회의에서 77개국이 공동선언을 채택하고 출범했다. 정식조직체는 아니며 UN 관계회의에서 개도국이 경제적 이익을 위해 결성된 비공식 교섭체이다. 목적은 국제경제 문제에 대한 개도국간의 의견조정을 위해 공동입장을 수립해 선진국에 대한 협상력을 강화하는데 있다. 77개국으로 출발했으나 2003년 현재 132개국이다. 비동맹회의가 남북간 불균형을 시정하기 위한 개도국의 정치적 압력단체인 반면 77그룹은 경제적 압력단체이다. 한국은 1997년 4월 탈퇴했다. 사무국은 별도로 없고 4년마다 각료회의를 연다. 이병조·이중범, 전제서, 374쪽.

48) 김부찬, “국제기업의 국제법 주체성과 외교적 보호제도”, 『국제법학회논총』, 제44권 제2호(1999.12), 30쪽.

동안 투자자와 관련한 국제투자분쟁 가운데 중재는 주로 양허계약에 규정되고 있는 중재조항에 따라 시행됐다. 특히 ICSID 분쟁해결방식은 선진투자국이 외국투자자 보호에 적당하다며 양허계약은 물론 투자조약, FTA를 통해 강화하고 있다. ICSID 분쟁해결절차에 따르면 타국 국민(법인)으로서 투자자와 국제기업은 어느 한 국가에 종속된 존재가 아니고 스스로 국제중재재판소의 분쟁해결절차에 참가할 수 있는 당사자적격을 가지게 된다.⁴⁹⁾ 국제분쟁해결절차에 해외투자자가 직접 당사자로 참여할 수 있다면 외교적 보호제도는 그 존재이유를 상실하게 된다. 오히려 투자유치국의 입장에서선 투자국의 간섭을 배제할 수 있는 명분이 성립될 수도 있다. 피해 당사자가 직접 국제분쟁해결제도에 참여해 스스로 법적구제를 받게 된다면 투자국 정부가 개입할 필요가 없기 때문이다. 이론적으로도 외교적 보호제도는 개인이 직접 국제적 청구를 할 수 없고, 오로지 국가만이 이러한 능력을 보유하고 있다는 전제하에서 인정돼왔다.

외국투자자, 즉 다국적기업을 어느 한 국가에 소속된 실체로 보고 전통적인 외교적 보호제도를 통해 권익을 보장하려는 태도보다는 다국적기업이 스스로 국제적인 청구를 제기하거나 분쟁해결절차에 참여할 수 있도록 하는 것이 훨씬 효과적인 보호방안이 될 수 있다.⁵⁰⁾ 다국적기업에 대해 절차법적인 능력을 부여해 보다 적극적으로 국제법 주체성을 인정하도록 하자는 것이다. 이 문제는 국제연합 경제사회이사회 산하에 설치된 국제연합 국제기업위원회(UN Commission on Transnational Corporations)와 국제기업센터(Centre on Transnational Corporations)가 주도해 온 국제기업행위법전(Code of Conduct on Transnational Corporations)⁵¹⁾의 작성과정에서 선진국과 개발도상국간 날카로운 대립을 보인 분야다. 당시 다수를 차지했던 개발도상국의 반대로 다국적기업과 선진국간의 분쟁을 원칙적으로 국제중재로 해결하고, 다국적기업에 대해 국제적인 분쟁해결절차에서 당사자능력을 주자는 선진국의 주장이 받아들

49) ICSID 전문과 제25조 제2항; 강병근, 『ICSID 중재연구』 (서울: 법무부, 2006), 55쪽; Jonathan I. Charney, “Transnational Corporation and Developing International Law”, *Duke Law Journal*, vol.11(1983), pp.748-788.

50) Ibid., pp.748-788.

51) 최승환, 『국제경제법』 (서울: 법영사, 2006), 26-27쪽.

여지지 않았다.

그러나 이후 다국적기업에게 국제법 주체성을 부여하여 문제를 해결하는 의도가 부정적으로 평가돼서는 안 된다는 주장이 나왔다. 국제경제활동의 주체로서 다국적기업을 적절히 규제하는 것은 필요하지만 그 실체를 인정해 국제투자분쟁해결절차에서 공정하게 참여할 수 있는 자격을 주는 것이 형평의 원칙에 부합하는 것이다.⁵²⁾ 다국적기업에게 국제법 주체성이 부여되지 않을 경우, 오히려 다국적기업에 국제책임이 귀속될 수 없기 때문이다. 따라서 다국적기업에게 국제법 주체성을 인정해 스스로 그에 상응하는 국제책임의 주체가 될 수 있게 하는 것이 다국적기업에 대한 국제적 규제를 위해 적절한 조치라는 것이다.⁵³⁾ 다국적기업에 대해 적극적인 의미에서 국제법 주체성을 인정하고, 그 책임을 묻자는 주장을 긍정적으로 수용할 필요가 있다고 본다. 다국적기업에 대해 국제법 주체성을 인정하더라도 국가처럼 일반적인 국제법 주체성을 인정하는 것은 아니다. 오히려 그 적절한 규제와 보호를 위해 필요한 범위 내에서 제한적으로 법인격을 인정하도록 하자는 것이다.⁵⁴⁾

실제 다국적기업에 대해 국제법 주체성을 인정하는 경향은 조약을 통해 많이 나타나고 있다. 지금까지도 다국적기업의 국제적 법인격이 제한적이지만 인정돼왔다는 증거는 분명하다.⁵⁵⁾ 많은 국제 양허계약을 보면, 분쟁 중재조항이 포함돼 있으며, 다국적기업과 외자유치국이 대등한 당사자로서 국제중재절차에 참여할 수 있다. ICSID의 중재절차에 따르기로 양당사자 또는 양국이 합의한 경우에도, 다국적기업은 국가와 대등하게 참여할 수 있다. 이러한 경우 제한적이기는 하지만 절차적인 측면에서 다국적기업의 국제법 주체성이 이미 인정된다고 봐야 할 것이다.⁵⁶⁾ 특히 양자조약과 FTA체결이 늘면서 다국적기

52) 김부찬, 전계논문, 31쪽.

53) Jonathan I. Charney, op. cit., pp.762-769.

54) 이영준, 『국제경제법론-WTO와 신국제통상질서-』 (서울: 법문사, 1997), 45-46쪽.

55) Jonathan I. Charney, op. cit., p.762.

56) Ibid., p.763.

업의 국제법 주체성 인정보다 오히려 국가의 권한이 약화되는 쪽에 더 신경을 써야하는 시대에 돌입했다. 외국 투자자 보호가 강화된데 따른 것으로 볼 수 있다.

다국적기업의 투자보호 강화만큼 다국적기업의 의무도 강화할 필요가 대두되고 있다. 현재로서는 양자조약은 체결국가만 혜택을 상호누리며, 조약에 참여하지 않는 타국에겐 혜택이 돌아가지 않는다. 결과적으로 조약 비참가국에게 수출 시장 등의 피해를 줄 수 있고, 국가 권익의 약화라는 문제점을 내포하고 있다는 점을 감안하면, 이 같은 대책이 필요한 것이다. 문제의 해결은 다국적기업의 권한과 의무를 어떻게 규정하고, 조절하는가에 달려있다. 외국투자자는 주로 다자조약과 양자조약, FTA를 통해 그 권리가 확보되는 만큼 절차법상, 실체법상 규제가 필요하다. 이러한 관점에서 투자국과 투자유치국의 지속적인 동반발전을 위해 국제투자자로서의 다국적기업의 권익확보와 함께 외자유치국의 이익을 균형 있게 보호할 수 있는 투자분쟁해결방법을 꾸준히 모색해야 할 것이다. 양자조약보단 다자조약을 통해 많은 국가들의 의견을 수렴하는 것이 좋다고 본다. 비록 한미FTA를 통해 투자분쟁해결제도는 투자자 보호에 중점을 두고 있지만, 중국 등 여러 나라들과의 FTA에서는 투자자 보호에만 치중한 미국형 투자분쟁 해결방안만을 고집할 수도 없는 입장이기 때문이다.

이러한 이유에서 D.Kokkini-Iatridou와 P.J.I.M de Waart가 제시하는 방안은 중재보다 국제재판소를 활용하는 방안을 제시하는 등 7가지의 다양한 의견을 포함하고 있어 참고할 만하다.⁵⁷⁾ ①다국적기업에게 직접 국제재판소에 청구할 수 있는 능력 또는 자격을 인정하되, 외자유치국에서 우선적으로 구제절차를 밟아야한다는 점에서 국내구제완료의 원칙이 유지되도록 한다. ②외자유치국의 국내구제절차를 완료해야 하는 경우, 피해당사자인 다국적기업이 투자국의 국적을 가지고 있는 경우에 그 청구자격은 다국적기업과 그 자회사, 국적이 다른 본사에 대해서도 인정한다. ③외자유치국은 자국적의 다국적기업

57) D. Kokkini-Iatridou and P.J.I.M de Waart, "Foreign Investment in Developing Countries—Legal Personality of Multinational in International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XIV(1983), pp.129-130.

뿐만 아니라 타국적의 본사에 대해서도 자국의 국내재판소에 피고로 제소할 수 있도록 허용한다. ④외자유치국의 국내재판소에서 피고로 제소된 다국적기업이 그 결과에 불복할 경우 국제재판소에 항소할 수 있도록 한다. ⑤외자유치국은 직접 다국적기업을 상대로 국제재판소에 항소할 수도 있다. ⑥국제재판소는 ⑤의 경우에는 제1심이자 종심으로, ④의 경우에는 제2심이자 종심으로 판결한다. ⑦국제재판소의 판결은 인가장(認可狀 exequatur)이 없어도 다국적기업의 외자유치국 뿐 아니라 투자국과 다국적기업의 본사에 의해 통제되는 다른 자회사들이 활동하고 있는 국가들도 유효하게 실행될 수 있도록 한다.

2. 조약상의 투자분쟁해결제도

외국인 투자자의 국제법 주체성은 투자자 본국과 외자유치국과의 조약(양허 계약 포함) 체결을 통해 이뤄지고, 확보된다.⁵⁸⁾ 따라서 투자자의 재산권 보호 강화는 양자조약의 발전과 맥을 같이 하고 있다. 한미FTA에 반영된 투자자 보호조항들은 NAFTA에 기반을 두고, 투자자 보호 내용을 보완, 강화시켜나가고 있다. 18세기 우호항해통상조약에서부터 2차 세계대전 후 양자투자조약(투자협정) 시대에 이어 NAFTA 이후 본격적인 FTA시대에 접어들면서 투자자보호의 체제는 강화되기 시작했다. 투자자의 보호는 주로 해외투자자산의 재산권 보호(투자)가 그 핵심이다. 따라서 투자자는 재산권을 보호하기 위해 국가를 상대로 중재를 제기할 수 있는 국제법 주체로서 등장할 수 있는 터전을 확보하기 위해 노력했다. 이 결과 투자자는 투자유치국 정부의 동의가 있어야 국제중재에 갈 수 있었으나, 이젠 양자조약과 FTA조문에 투자자가 국제중재를 신청할 수 있다는 내용이 포함⁵⁹⁾돼 국가의 동의 없이 자연스럽게 국제중재를 신청, 권리를 확보할 수 있는 시대를 맞이했다.

58) 島田征夫, 전제서, p.96.

59) 한미FTA 제11.17조.

가. 투자자 보호와 우호통상조약

통상관련 이익의 보호를 위한 양자조약은 일찍부터 존재했다. 18세기 미국과 서유럽국가, 일본은 우호통상항해조약(Treaties on Friendship, Commerce and Navigation: FCN조약) 또는 설립조약(Treaty of Establishment)과 우호통상조약(Treaty of Amity and Commerce) 형태의 조약을 체결, 교역과 투자에 나섰다.⁶⁰⁾ 우리와 FTA를 체결한 미국은 동맹국들과 다수의 FCN조약을 체결했고, 적극적이었다. FCN조약의 시초는 1778년 미국과 프랑스가 체결한 조약으로 알려져 있다.⁶¹⁾ 이러한 조약은 국내 또는 국제소송의 대상 기준을 마련했다.⁶²⁾ 미국 FCN조약의 주요한 목적은 투자를 주요 대상으로 하기보다, 그 명칭대로 항해와 군사, 무역 등의 문제점을 주로 다뤘다. 무역 촉진이 주목적이었으며 다수의 국가를 동맹국으로 만드는 것이었다. 단순히 상업적인 목적만이 아니라 항구에 접근하거나 내륙수로 항해와 같은 군사적인 문제도 결부된 것이었다.⁶³⁾ 조약이 체결되기 시작한 초기에는 상업의 범위가 상인에 의한 상품무역에만 국한됐으며 회사의 직접투자는 전혀 고려되지 않았다. 그 당시 무역은 대개 개인이 주도했기 때문에 이러한 조약들은 외국인 개인과 관련된 보호를 강조했다. 특히 자국 상인들의 대외활동 보장에 역점을 두고 있었다. 이에 따라 종교의 자유와 형사상의 권리, 관세, 토지 사용 등의 내용을

60) UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*(New York: United Nations Publication, 1988), p.8.

61) 장승화, 『양자간 투자협정 연구』 (서울: 법무부, 2001), 3쪽; 역사적으로 12세기 이탈리아 도시국가에서 시작됐다고 보기도 한다. 노석대, “국제법상 국제투자 보호제도”, 『중앙법학』, 제8집 제1호(2006.4), 332쪽.

62) *Electronica Sicula S.P.A., United States America v. Italy* 사건에서 경영부진과 이탈리아 당국의 행정관리에 의해 파산한 시실리전자공업회사(ELSI)의 주주인 미국 회사가 입은 손해에 대해 미국이 FCN조약의 위반을 주장하며 손해배상을 청구했다. *I.C.J. Reports*, 1989, pp.19-22; *Nicaragua v. United States of America*에서 니카라과는 미국에 대해 이 사건을 ICJ에 회부하기 위해 이 FCN조약을 원용했다. *I.C.J. Reports*, 1984, p.428.

63) M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*(New York: Cambridge University Press, 1994), p.229.

포함했다. 조약들은 투자유치국에서의 여행의 자유를 포함한 외국인에 관한 많은 문제를 다뤘다.⁶⁴⁾

그러나 제2차 세계대전 이후 해외직접투자(Foreign Direct Investment: FDI)⁶⁵⁾와 관련된 양자조약과 양허계약의 체결수가 늘기 시작했다.⁶⁶⁾ 특히 1950년대와 1960년대에 걸쳐 개발도상국은 국가발전을 위한 정책의 일환으로 제조업 발전을 촉진시키기 위한 FDI의 유치를 희망했다. 이 결과 이뤄진 FDI의 증가는 투자국의 투자위험을 유발시켰다. 결국 해외투자의 주체인 투자자를 보호하고 규율하는 국제투자체제의 구축으로 이어졌다. 국제투자체제는 다자간 협정에 의한 무역체제와는 달리 양자간 조약으로 형성됐다.⁶⁷⁾ 미국은 이러한 조약을 발전시키는데 주도적 역할을 했다. 제2차 세계대전을 전후해 새로운 FCN조약을 여러 나라와 체결했다. 이는 무역과 해운, 투자 뿐 아니라 개인의 출입국 자유와 부당한 조사와 체포로부터의 자유, 제소권 등 개인적 권리의 보호와 영사제도에 관한 것도 포함했다.⁶⁸⁾

새로운 FCN조약은 해외투자에 관한 규정을 포함했지만, 기본적으로 여전히 해외투자의 보호보다는 무역을 쉽게 하려는데 목적을 뒀다.⁶⁹⁾ 그러나 경제력이 상대적으로 약한 개도국의 입장에서선 새로운 FCN조약이 당시 상황에서는 받아들일 수 없는 여러 가지 측면을 가지고 있었다. 출입국과 회사설립의 무제한의 권리를 규정한 것이 그 대표적 예다.⁷⁰⁾ 이 같은 이유로 미국은 개도국

64) 대부분의 FCN조약은 투자유치국에서 외국인이 누릴 수 있는 권리로서 구금이나 형사재판과 관련해 적법절차와 절차적 권리들을 규정하는 장을 포함하고 있었다. Ibid., p.230.

65) 해외직접투자의 역사에 관해서는 한찬식 외, 『한일 투자협정 해설』 (서울: 산업연구원, 2003), 8-12쪽 참조.

66) 1980년 대 말까지는 양자간 투자협정 체결건수는 400건 미만이었으나, 1990년 대 들어 급속히 증가해 1992년 1300개를 넘었으며 2004년 말 2400여개에 육박했다. UNCTAD (<http://www.unctad.org/ia>).

67) 허찬국 외, 『한미·FTA 주요 쟁점 분야별 협상 동향 및 영향 분석』 (서울: 한국경제연구원, 2007), 56쪽.

68) UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, p.8.

69) Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*(Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1995), p.10.

들과 FCN조약을 체결하는데 어려움을 겪었다. 미국이 요구하는 투자보호의 형태에 개도국이 주저하면서, 미국은 1966년 토고와 태국과의 FCN조약을 마지막으로 더 이상 이런 형태의 조약을 체결하지 않았다.⁷¹⁾

제2차 세계대전 이후 체결된 FCN조약들은 종래의 조약과는 달리 점차 투자에 대해 명확하게 규정하기 시작했으며, 회사에 의한 투자와 투자유치국 내에서의 회사설립의 자유를 규정했다. 특히 FCN조약의 투자에 관한 규정들은 최근 양자조약에서 더욱 세밀하게 나타나는 많은 특징을 포함하고 있다. 이 때문에 FCN은 양자조약의 효시로 평가되고 있다.⁷²⁾ FCN조약에서 최혜국대우를 폭넓게 규정하던 관행은 오늘날의 양자조약에 이어 FTA로 이어졌다. 제2차 세계대전 후에 체결된 FCN조약에서 다루었던 분쟁해결절차도 양자조약, FTA에서 한층 더 강화되고 있다. 내국민대우의 원칙과 자유송금에 대한 규정도 마찬가지이다.⁷³⁾ 그 뿌리는 FCN조약에 기반을 두고 있다고 볼 수 있다.

나. 투자보호와 투자조약⁷⁴⁾

제2차 세계대전 후에는 국제 정치적, 경제적 상황이 전반적으로 바뀌기 시

70) M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, p.230.

71) UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties*, op. cit., p.4.

72) Ibid; 김관호, 『미국의 양자간 투자협정-한·미 투자협정의 의의 및 전망』 (서울: 대외경제정책연구원, 1998), 12쪽.

73) Kenneth J. Vandeveld, "The Bilateral Investment Treaty Program of the United States", *Cornell International Law Journal*, vol. 21(1998), pp.207, 210.

74) FCN조약과 양자간 투자협정은 당시 두 가지 측면에서 차이를 보이고 있다. FCN조약은 투자문제 보다는 무역과 해상, 영사관계 등을 다루고 있고, 대다수 선진국 간에 체결된 반면 양자간 투자협정은 투자문제를 중점적으로 다루는가 하면 선진국과 개도국 간에 주로 이뤄졌다. UNCTAD, op.cit., p.8. 하지만 1980년 대 이후 현재에 이르러 양자간 투자협정은 선진국과 개도국간이 아닌 선진국 간이나 개도국 간에도 보편적으로 이뤄지고 있다; FCN조약과 양자간 투자협정의 비교는 K.Scott Gudgeon, "United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards", *International Tax & Business Law*, vol.4(1986), pp.105, 109-110 참조.

작했다. 식민지에서 독립한 많은 신생독립국은 자유로운 시장경제질서에 회의를 품고 민족주의를 기조로 기존의 국제법 체제에 대항했다. 러시아(구 소련)를 비롯한 사회주의 국가들은 사유재산의 개념을 부정하고 시장자유경제체제를 거부했다. 1960년대 후반 들어 자유 국제경제체제를 확립하려는 시장경제 선진국들은 국제무대에서 상대적으로 소수가 돼버렸다. 사회주의 국가와 제3세계의 개도국이 정치적 영향력을 확대하고, 경제개발을 촉진할 목적으로 국제경제 질서를 개편하는 시대가 형성됐다.

이 같은 상황 속에서 유럽 국가는 전쟁으로 피해를 입은 경제를 회복하고, 동시에 부를 축적하기 위해 세계 시장 확보에 눈을 돌렸다. 외국에 투자를 시작하면서 해외투자를 보호하기 위해 양자투자조약을 맺어나갔다. 서독은 1959년 최초로 양자투자조약을 파키스탄과 체결⁷⁵⁾했으며 다른 유럽국가도 1960년대에 이러한 투자조약을 맺었다. 양자조약은 과거 식민지 본국이었던 유럽국가들이 아프리카 신생독립국들의 천연자원을 활용하기 위한 것이 주류를 이뤘다.

선진국과 신생독립국의 협력과 갈등이 함께 지속되는 상황이 계속되자, 1974년 5월 1일 UN총회는 새로운 국제경제 질서 수립에 관한 선언인 결의(Resolution)3201⁷⁶⁾을 채택했다. 이 선언에는 국제경제 질서가 국가의 천연자원과 경제적 활동에 대한 모든 국가의 완전한 영구적인 주권을 포함하는 원칙에 근거해야 한다는 주장이 표명됐다. 영구주권에는 수용에 대한 권리를 포함했다. 이 선언은 수용조치에 대한 보상여부와 보상총액에 대해서는 구체적으로 언급하지 않았다. 보상 문제는 이 선언이 채택된 8개월 뒤인 1974년 12월 12일 UN총회에서 채택된 국가의 경제적 권리와 의무헌장에서 규정됐다.⁷⁷⁾

1970년대 말까지 국제사회는 해외투자와 관련해 투자유치국이 투자자의 재

75) 독일과 파키스탄의 양자투자조약은 1959년 1월 25일 체결, 1962년 4월 28일 발효됐다. 그러나 최초로 발효된 양자투자조약은 1959년 12월 16일 체결(1960년 6월 3일 발효)된 독일과 도미니카간의 협정이다.

76) *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, GA Res. 3201(S-VI).

77) GA Res. 3281(XIX); 이 헌장은 찬성 120표 반대 6표와 기권 10표로 채택됐다. 반대 투표국은 벨기에 덴마크 서독 룩셈부르크 영국 미국이며 기권한 국가는 오스트리아 캐나다 프랑스 아일랜드 이탈리아 일본 네덜란드 노르웨이 스페인이다.

산을 국유화하거나 몰수하는 등의 수용조치에 따른 보상 문제에 서로 다른 입장을 보였다. 선진국은 수용 조치 때 신속하고 충분하며 효과적인 보상이 요구된다고 주장했다. 반면 사회주의 국가들은 수용조치로 피해를 입은 외국인 투자자에게 보상액을 지급하기로 동의하였음에도 불구하고 보상을 할 수 없다는 입장을 고수했다. 개도국도 보상액은 다양한 요소를 고려해 산정돼야 한다는 입장을 취해 선진국의 주장을 거부했다.⁷⁸⁾ 따라서 선진국은 FCN조약이 해외 투자를 보호하는 적절한 수단이 될 수 없었다. 이에 따라 양자간투자조약을 통해 자국의 해외투자 보호를 확보하는데 중점을 뒀다. 1960대에 시작된 양자간투자협상이 1970년대 들어 확대되는 상황이 자연스럽게 조성되고 있었다. 1970년대의 잇따른 석유파동의 여파와 개발도상국들의 외채 위기 사태는 양자조약을 더욱 필요로 했다. 개도국들은 위기 극복방안으로 외국인 직접투자의 효용에 대한 인식이 확산되면서 1980년대 들어 양자투자조약 체결수가 증가하고 체결 주체도 다양화된 것이다.⁷⁹⁾ 증가추세는 1990년대 더욱 두드러져 1998년까지 1700여개의 양자간투자협정이 체결됐다. 이 가운데 5분의 4 정도가 1990년 이후에 체결됐다.⁸⁰⁾ 특이할만한 것은 이 때 협정들에 개발도상국들이 국제관습법 등으로 인정하지 않은 많은 내용이 포함됐다는 점이다. 투자에 대한 수용이 있을 경우 그 보상의 기준이 한 예이다. 개발도상국들이 일반법으로는 인정하지 않았던 것들을 특별법으로 수용하기로 하는 등 실리를 추구한 것이다. 개발도상국 내에서 투자의 안정성을 확보하려는 외국인 투자자(선진국의 다국적기업)의 열망에다 국제투자의 용이성과 보호를 위한 안정적인 국제법적 틀의 필요성을 느끼던 투자국⁸¹⁾과 투자유치를 통해 경제위기

78) Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 3rd ed.(Hague: Kluwer Law International, 1999), pp.139-141.

79) 김관호, 『미국의 양자간 투자협정』, 13쪽.

80) UNCTAD, *Trends in International Investment Agreement: An Overview*, UN-CTAD Series on Issues International Investment Agreement, 1999, p.33.

81) 기업들이 국제투자에 참여하는 동기로는 생산비 절감과 해외시장 개척, 안정적 자원의 확보를 들 수 있다. 투자유치국의 입장에서 외국인 투자를 수용하는 주요한 이유에는 기술이전과 경영기법의 진수, 채무상환 의무가 없는 자본의 유입, 국내 고용창출 등이 있다. Jackson, John H., William J. Davey, Alan O. Sykes, Jr.,

를 벗어나려던 투자유치국의 이해관계가 맞아떨어졌다고 볼 수 있다.⁸²⁾ 개도국이 외자유치를 위해 선진국의 법리를 받아들인 셈이다. 이 결과, 양자조약에는 투자자유화를 목적으로 하는 규정이 삽입되고⁸³⁾ 외자유치 제한과 유치 후 활동제한의 완화와 철폐, 여러 가지 인센티브 도입 등을 조약상의 의무로 규정하는 경우가 늘고 있다. 특히 투자분쟁의 해결절차로서 ICSID에 대한 부락을 규정하는 경우가 많고, 중재를 의무적으로 삽입하는 경우도 미국을 중심으로 한 조약에서 늘고 있는 추세이다. 투자보증에서도 투자자 본국의 투자보증제도와 다자간 투자보증기구에 의한 대위변제를 인정하는 등 외자유치국의 국내법과 국제기관의 활동이 유기적으로 연결돼 국제투자의 보호에 관한 강력한 국제법 제도를 형성하고 있다.⁸⁴⁾

다. 투자자 보호와 FTA

현재 국제사회에는 다자주의 틀을 갖춘 WTO가 출범한 이후에도 지역주의가 가속화되는 경향이 있다.⁸⁵⁾ 1995년 출범한 WTO 체제는 종전의 GATT와 비교할 때 규범과 조직 측면에서 매우 발전된 잘 짜여진 다자간 무역체제를 구성하고 있다. 하지만 WTO 체제가 출범한 이후로 지역적 경제블록을 형성하는 지역무역협정의 체결이 GATT시기보다 급속하고도 광범위하게 증가해

Legal Problems of Economic Relations(St.,Paul, Miun, 1995), p.85; Brewer, T-homa L, *The Global Race for Foreign Direct Investment, Prospects for the Future*(Stockholm: Springer-Verlag, 1993), p.181.

82) Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan, “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *Harvard International Law Journal*, vol.46(2005), p.75.

83) 한일투자협정 제2조 제1항과 제2항에는 투자의 허가에 관한 내국민대우와 최혜국 대우를 부여하고 있다. 한국과 멕시코 투자보장협정 제3조, 한국과 베트남 투자보장협정 제3조도 같은 내용을 규정하고 있다.

84) 中川淳司, “國際投資の保護と日本”, 國際法學會, 『國際取引』(東京: 三省堂, 2001), pp.205-206.

85) 고준성, 『자유무역협정의 법적 고찰』(서울: 법무부, 2003), 1쪽.

현재 WTO 회원국의 대다수가 하나 이상의 지역무역협정에 가입하고 있는 실정이다.

실제 1990년대 급격히 확대된 양자간 투자협정은 최근 둔화되고 있는 반면 FTA와 같은 포괄적인 무역협정 차원에서 투자와 관련된 내용을 담는 경우가 늘고 있다.⁸⁶⁾ FTA의 고전적인 정의에 따르면 FTA는 단지 상품교역에 있어 체약국간의 관세 철폐라는 얇은 단계의 경제통합을 말한다. 따라서 체약국간의 투자와 관련된 문제는 FTA의 적용범주에 포함된다고 볼 수 없다. 그러나 최근 FTA에선 이 같은 개념이 바뀌고 있다. 1994년 출범한 NAFTA에서 투자의 자유화와 투자보호 등을 내용에 담고 있는 투자부문 협정을 FTA의 한 부분으로 포함시킨 이후 투자협정은 FTA의 중요한 구성요소의 하나로 자리 잡고 있다.⁸⁷⁾ 미국을 비롯해 캐나다, 일본, 한국 등과 같이 미국의 FTA 모델을 자국의 FTA 모델로 받아들이고 있는 국가들의 경우, 투자협정을 FTA의 한 부분으로서 포함시키고 있다.⁸⁸⁾

우리와 FTA를 체결한 미국은 유럽국가보다 양자간 투자협정 체결에 뒤늦게 뛰어든 국가이며, 1980년대 들어서야 투자협정 체결에 나서기 시작했다. 그동안 투자보호의 수단으로 투자보장협정을 중점적으로 추구해왔다. 이는 우호통상항해조약에서 나타난 문제점에 대한 우려 때문이라고 볼 수 있다. 하지

86) 1990년대 급격히 확대된 양자간 투자협정은 최근 둔화되고 있다. 1996년 한해 209개의 협정이 체결됐지만 2004년 73개협정이 체결됐다. 이미 상당수 협정체결로 새로운 협정 체결의 여지가 줄어들고 있기 때문이다. 대신 기존 협정을 개정하는 협정이 늘고 있다. 특히 FTA와 같은 포괄적인 무역협정 차원에서 투자와 관련된 내용을 담는 경우가 증가하고 있다. 2005년 상반기까지 215개가 체결됐으며 이 중 87%가 90년대 이후 체결됐으며 2004년과 2005년 상반기만 해도 34개의 협정이 체결됐다.(UNCTAD 2005); 허찬국 외, 전게서, 57쪽; 이성봉 외, 『한미 FTA 투자분야 주요 쟁점 이슈와 평가』 (서울: 대외경제정책연구원, 2006), 17-18쪽.

87) 김관호, “한미 FTA와 외국인 투자”, 『한미FTA 주요쟁점 분야별 협상동향 및 영향분석』 (서울: 한국경제연구원, 2007), 57쪽.

88) 상게서, 58쪽; 모든 FTA에서 투자협정이 구성요소로 포함되고 있는 것은 아니다. EU의 FTA는 EU의 자본이동 조약에서 규정하고 있는 국가 간의 자유로운 자본이동에 관한 내용을 담고 있지만 투자보호 등과 같은 투자협정의 고유한 내용을 담고 있지는 않다.

만 NAFTA를 체결하면서부터 해외투자정책이 완전히 달라졌다. 미국은 해외 투자의 진흥 및 보호, 상대방 국가에서 시장지향적인 국내정책의 도입 촉진, 이러한 목표에 부응하는 국제법을 개발해 꾸준히 조약을 체결하고 나선 것이다. 대부분의 나라들이 일반적으로 자국의 해외투자 보호만을 목표로 하고 있다. 반면 미국의 경우 협정을 통해 상대국의 시장경제체재의 강화라는 목표까지 추구하고 있는 것이 주목된다.⁸⁹⁾ 특히 미국은 투자자보호를 중심으로 하는 NAFTA를 OECD가 추진했던 다자간투자협정(Multilateral Agreement on Investment: MAI)⁹⁰⁾에 넣어 다자체제로 확대할 방침이었지만 개도국의 반대로 실패했다. 이 결과로 1994년 양자간 투자협정 모델(1994년 BIT 모델)에 이어 2004년 개정 양자간 투자협정모델(2004년 BIT 모델)을 개발, 양자조약과 FTA에 적극 활용하고 있다. 2004년 BIT 모델은 NAFTA 투자협정보다 발전된 내용을 담고 있는 규범으로, 향후 미국의 투자협정모델은 물론 다른 나라의 투자협정 모델로도 활용되고 있다.⁹¹⁾ 한미FTA의 대부분의 조항과 틀도 여기에 기반을 두고 있다. 미국이 1994 BIT 모델→NAFTA→2004 BIT 모델을 기반으로 한미FTA를 체결했기 때문이다.

미국의 FTA추진에 이어 일본이 FTA에 나서자 우리도 다자조약 정책에서 적극적인 FTA 도입 쪽으로 돌아섰다. 그동안 지역무역협정⁹²⁾에 관심이 없었던 우리나라는 WTO 차원에서 지역무역협정의 무분별한 확산을 견제하기 위한 감시장치의 강화를 위해 노력하는 등 지역주의에는 소극적으로 대응해왔으나 그 한계를 절감한데 따른 것이었다. 이러한 상황에서 한국정부는 1997년

89) 김관호, 『미국의 양자간 투자협정』 (서울: 대외경제정책연구원, 1998), 26쪽.

90) 문아영 외, “다자간 투자협정(MAI)에 관한 연구”, 산업사회연구보고서, 1998; 오승구·유진석, “다자간 투자협정의 영향과 대응방안”, 삼성경제연구소, 1997 참조.

91) 김관호, “미국의 투자협정 모델 개정과 시사점”, 『통상법률』, 통권 제68호(2006. 4), 15쪽.

92) 지역무역협정의 가장 대표적인 것이 자유무역협정(FTA)과 관세동맹 등이다. FTA는 당사국 사이의 상품과 서비스 무역에 관한 관세와 기타 무역장벽의 제거를 목적으로 체결되는 협정 또는 조약이다. 고준성, 『자유무역협정의 법적 고찰』, 3-73쪽 참조. 그러나 그 의미가 미국식 FTA와 접목하면서 외자유치국의 법과 경제체제까지 바꾸는 강력한 힘을 발휘하고 있다.

외환위기 이후 지역무역협정의 확산에 따라 우리의 수출이 직면하게 될 반사적 불이익 등에 대처하기 위해 지역무역협정, 특히 FTA 체결에 적극 나서는 정책으로 선회했다.

이 결과 우리가 그동안 맺은 FTA에는 투자의 보호와 자유화에 관한 규정이 포함됐다. 투자유치국 입장의 경우 투자자 보호에 치중한 느낌이 들지만, 투자국 입장에선 잘 된 투자제도로 평가받고 있다. 한국이 칠레와 체결한 최초의 FTA를 보면 광의의 투자의 정의⁹³⁾와 수용과 관련해 공익의 원칙, 무차별원칙, 신속하고 실효적이며 수용시의 투자재산의 시장가격에 상당하는 보상의 지급원칙⁹⁴⁾이 포함됐다. 투자유치국과 외국인 투자자의 투자분쟁 협상과 중재에 의한 해결⁹⁵⁾도 규정됐다. 최근 FTA의 체결이 증가하면서 투자협정을 FTA의 한 장(Chapter)으로 포함시키는 현상이 두드러지고 있다. 우리가 추진했던 미국, 싱가포르 등 다른 FTA에서도 마찬가지로 투자를 10장에 편입해 다루고 있다.

FTA는 규율하는 대상이 넓다는 점에서 우호통상항해조약에 가깝지만 투자를 유치한 후의 투자보호에 전적으로 또는 대체로 중점을 둔 우호통상항해조약과 양자간 투자협정과 다르다. 이제까지 투자유치국의 재량에 맡겨온 국제투자의 유치에 대해 자유화 부문을 특정화하고, 자유화를 향한 국내법제의 조정과 정비를 이뤄내면서 투자를 촉진시키는 것을 목표로 삼고 있다. 이에 따라 FTA는 투자자 보호도 함께 달성할 수 있다고 볼 수 있다.⁹⁶⁾ 한미FTA는 우리나라가 맺은 투자조약 가운데 자유무역과 투자자를 보호할 수 있는 가장 강력한 제도로 볼 수 있다.

93) 한·칠레FTA 제10.1조.

94) 제10.13조.

95) 제10.22조 및 제10.24조

96) 中川淳司, 전계서, p.213.

第2節 外國投資者의 主體性 強化와 國際法 一般原則의 變化

1. 전통국제법 원칙의 변화

가. 국가의 해외투자자 보호 기능과 국제투자

투자자(개인 또는 기업)가 경제적 목적에서 타국에 진출하는 것이 필연적 현상이 됐다.⁹⁷⁾ 이러한 현상에 수반돼 등장한 것이 국가의 재외 자국민 보호의 문제다. 외국에 진출한 자국민과 기업이 해외에서 원활한 경제사회 활동을 할 수 있도록 국가가 이들의 생명과 신체, 재산의 안전을 확보할 필요가 있었기 때문이다.⁹⁸⁾ 이러한 요청에 따라 사람과 물건, 자본의 국제적 이동을 위한 조건을 정비하고 해외에 진출한 자국민의 재산과 생명을 보호하는 것이 국가의 주요 기능 중의 하나가 됐다. 결국 인간 경제활동의 탈 국경화, 세계화 관점에서 볼 때, 재외국민의 보호란 해외 자국민의 자본주의적 경제활동의 안전을 어떻게 확보할 것인지의 문제이다.

전통국제법상 국제투자자와 관련해 투자국의 재외 자국민 보호제도는 19세기 후반부터 20세기 초에 걸쳐 서구국가가 비서구세계에 투자활동을 활성화하면서 형성됐다.⁹⁹⁾ 당시 지역별 국제투자는 두 가지 형태로 나눌 수 있다. 첫째, 서구국가 상호간의 투자이며, 둘째는 서구국가의 비서구국가에 대한 투자였다. 두 형태 중 국제투자자와 관련한 국제법상 보호제도는 둘째의 국제투자자와 관련된 것이다. 첫째 투자형태는 외국인 투자자의 보호를 위해 각국의 국내법상 보호제도로 충분했고, 별도의 국제법상의 제도에 호소할 필요성이 없었기 때문이다. 서구국가들은 당시 크리스티교 문화와 자본주의를 공통기반으로 해 거의 동질적인 사회구조를 가지고 있었다.¹⁰⁰⁾ 따라서 각국이 그 국내법상 보

97) 松田竹男, “國際投資法における在外自國民の保護”, 松田芳郎 編, 『國際取引と法』 (名古屋: 名古屋大學出版會, 1988), p.349.

98) 상계서.

99) 상계서, p.191.

호를 외국인 투자자에게 부여하는 것만으로도 외국투자자를 충분히 보호할 수 있었던 것이다. 더구나 외국인의 생명, 신체, 재산을 보호하는 것은 이들 투자 유치국 내부의 자발적인 요구이며, 자기이익에 해당되기도 했다. 국제사회에서 명성 유지와 외국과의 지속적인 투자유치와 거래안전을 위해서는 내·외국인의 구별 없이 모든 계약 주체의 생명과 신체, 재산을 동일하게 보호해야 했던 것이다.

이에 반해 서구국가의 비서구국가에 대한 투자는 사정이 달랐다. 문화적 전통을 달리하고 자본주의도 발달하지 못했던 비서구국가는 외국인에게 은혜를 베풀기 위해 보호하는 일은 있어도, 이러한 행동을 규칙(rule)으로 확립할 국내법적 필요성은 존재하지 않았다. 서구국가에서 체류하거나 거주하는 비서구 지역 국민은 서구국가가 비서구지역으로 오는 수보다 압도적으로 적었고, 보호의 필요성도 없었다. 자국민의 안전을 확보하기 위해 타국민의 안전을 보장한다는 상호주의가 기능하는 조건도 존재하지 않았다. 따라서 이 지역에 진출한 서구자본주의국은 국민의 생명, 신체, 재산을 보호하기 위한 새로운 법제도가 서구사람으로 볼 때 절실히 필요했던 것이다. 재외 자국민의 보호가 특별히 추구된 것은 비서구세계와의 관계에서였다. 그러나 당시 아시아, 아프리카 지역에서는 식민지 지배 또는 영사재판제도에 따라 현지 국민의 주권을 부정하거나 제한했다. 이 지역에 진출한 서구인은 계속 본국법의 적용을 받도록 체제를 구축하면서, 생명과 신체, 재산의 안전을 확보했다. 이 때문에 비서구 세계와의 관계에서도 재외자국민의 보호가 대등한 주권국가 간의 문제로 취급되고, 외국인보호에 관한 국제법 규칙이 형성 발전된 것은 주로 라틴아메리카와의 관계에서였다. 라틴아메리카 국가는 독립 후 서구적 정치제도를 도입해 일단은 주권국가로서 국제공동체의 구성원으로 인정됐다. 재외 자국민 보호제도가 대등한 주권국가간의 문제로 취급돼 외국인 보호가 가능해지면서 재외 외국인의 보호와 관련한 국제법 규칙이 형성, 발전된 것이다. 특히 이 같은 전 근대적 사회경제 구조 때문에 정치지배가 불안정해 혁명 또는 쿠데타, 내전이 자주 발생해 외국인의 생명과 신체, 재산의 침해나 공채의 상환불능이라는 사

100) 노석태, “국제법상 국제투자 보호제도”, 『중앙법학』, 제8집(2006.4), 326쪽.

태가 많이 발생하고 있었기 때문이다.¹⁰¹⁾

나. 재외 자국민 보호제도

(1) 외국인 대우 기준으로서의 국제최소기준

외국투자자는 외자유치국의 국내법을 존중해야 한다. 동시에 외자유치국도 외국투자자에 대해 국제법이 요구하는 일정기준에 따라 법적 보호를 보장해야 한다.¹⁰²⁾ 외국투자 및 투자자 보호는 어떠한 외국인 대우기준을 적용하는지에 따라 큰 차이가 있다. 국가가 외국인에게 부여하는 법적 보호 기준에는 국제최소기준(international minimum standard)과 내국민대우기준(national treatment standard)이 대립해왔다.¹⁰³⁾

서구국가들은 비서구국가에서도 자국민이 서구국가와 같은 대우를 받을 것을 요구하고, 이것을 국제최소기준¹⁰⁴⁾이라고 부르면서 일반국제법이라고 주장했다. 국제최소기준은 19세기 제국주의 기간동안 발전한 것으로 많은 중재판례에서 지지를 받았다.¹⁰⁵⁾ 그러나 19세기 기간 중 국제최소기준은 강대국이 약소국을 간섭하는 수단으로 원용되는 경향이 많았다.¹⁰⁶⁾ 따라서 서구국가들과는 다른 정치, 경제체제, 문화적, 종교적 전통을 가진 비서구국가, 특히 라틴아메리카 국가들은 국제최소기준에 대항해 내국민대우기준을 고안해냈다.¹⁰⁷⁾ 이들 국가는 국제최소기준에 따를 경우, 자국 내에서 외국인을 자국민

101) 松田竹男, 전계서, pp.350-352.

102) 김대순, 전계서, 566쪽; Andrea K. Bjorklund, op.cit., p.818.

103) 김대순, 전계서, p.543. 이 논쟁은 아직 해결되지 않고 있지만, 양국간 투자조약이나 국제인권보장의 실정규정의 메커니즘이 기능하고 있는 한도에서 개별적으로 해결되고 있다.

104) 국제표준주의 또는 문명국표준주의라고도 한다.

105) 김대순, 전계서, 544쪽; Ian Brownlie, op. cit., p.503.

106) 노석태, 전계논문, 327쪽.

107) 김대순, 전계서, 544쪽.

보다 우대하고 국가경제 대부분을 외국인이 통제하는 결과를 초래하거나 외국
의 군사개입 구실을 제공할 수 있다고 비판했다.¹⁰⁸⁾ 외국인도 체류국인 외자
유치국의 영역주권 하에 있는 이상, 체류국가 국민과 동일한 대우를 부여하면
체류국의 국제법상의 의무를 다한 것이라고 주장했다. 이것은 결국 불간섭의
원칙을 재확인하고 외부의 간섭에 대한 보호장치로 고안된 것이었다.¹⁰⁹⁾

이러한 견해대립은 두 기준이 서로 상충하는 경제적, 정치적 이해관계를 반
영한 것에서 비롯된 것이다.¹¹⁰⁾ 특히 라틴아메리카 국가에서 폭동이나 내전이
자주 발생하면서 외국인의 생명과 신체, 재산을 침해하는 것과 밀접한 관련이
있었다. 특히 내국민대우기준의 주장은 폭도나 반란군에 의한 외국인의 생명
과 신체, 재산의 침해를 저지하기 위해 정부군이 제공해야 할 보호의 정도와
관련이 있었다.¹¹¹⁾ 그러나 실제의 분쟁처리에서는 대부분의 경우, 서구국가의
주장이 무력을 배경으로 관철됐다. 분쟁당사자만 있고, 객관적인 재판기관이
없는 분권적 구조의 국제사회에서, 더구나 무력에 의한 자력구제가 금지되지
않던 전통국제법 하에서 서구국가는 국제최소기준에 기초하는 자신들의 배상
요구를 무력으로 실현했던 것이다.

국제투자과 관련해 국제최소기준은 다음과 같은 의미를 가진다. 첫째, 외국
투자자를 유치할지의 여부는 외자유치국이 주권(영역관할권)에 기초해 자유로
이 결정할 수 있다. 둘째, 일단 투자를 유치한 경우, 외국투자자의 생명과 자
유, 재산을 존중하고, 투자자가 손해를 입을 경우 국내재판 기타 사법적 구제
를 보증한다.¹¹²⁾ 외국투자자에게 기본적 권리를 주장할 수 있도록 공정한 재
판소의 접근을 허용해야 한다는 것이다. 물론 FTA 시대에는 대부분의 국가가
이 같은 접근을 허용하고 있다.

108) Brownlie, op. cit., p.503.

109) Malcolm N. Shaw, *International Law*(Cambridge: Cambridge University Press
, 1997), p.570.

110) Brownlie, op. cit. p.503.

111) 松田竹男, 전계서, p.353.

112) 中川淳司, 전계서, pp.191-192.

(2) 외국투자자의 외교적 보호

외국투자자인 다국적기업은 해외에서 기업의 설립과 활동에서 투자국 본국과 외자유치국과 관계를 맺고 있다. 다국적기업을 중심으로 다국적기업과 투자국, 다국적기업과 외자유치국, 투자국과 외자유치국 사이에 경제와 법률관계가 존재하게 된다. 이에 따라 다국적기업은 일국의 국내법 주체와는 다른 법적 지위를 갖는다.

다국적기업은 흔히 후진국이나 개발도상국에 자본과 기술을 투자, 자원개발을 비롯한 중요한 경제활동에 참여하는 경우가 많다. 이러한 활동은 양허계약과 경제개발협정(economic development agreement)을 통해 이뤄진다. 그동안 외자유치국이 이러한 계약을 일방적으로 파기하고 다국적기업을 국유화하는 경우가 종종 발생했다. 다국적기업과 외자유치국 간의 투자분쟁은 일차적으로 외자유치국의 국내법이나 양허계약 또는 양자조약의 규정에 따라 해결될 수 있는 국내법상의 분쟁이다. 하지만 다국적기업의 국적국이 외교적 보호권을 행사해 직접 외자유치국을 상대로 국제적 청구를 제기하는 경우 다국적기업과 외자유치국 간의 분쟁이 외자유치국과 투자국 간의 국제분쟁으로 전환된다.¹¹³⁾

다국적기업에 대한 외교적 보호권 행사는 다국적기업의 국적국이 다국적기업을 자국민 투자자로 간주하고 이를 보호하기 위해 이뤄지는 것이다. 하지만 그동안 국제기업에 대한 외교적 보호권 행사와 관련해 여러 가지 문제가 제기됐다. 후진국이 대부분인 외자유치국은 외교적 보호제도 자체를 강대국이 외교적 간섭을 정당화시키려는 목적을 가진 것으로 간주했다. 다국적기업과 투자국은 서로의 투자권익과 국가주권을 보호하기에는 매우 미흡한 제도로 인식했다. 이러한 과정에서 투자국의 의견이 반영되면서 1965년 ICSID 투자분쟁 해결제도가 탄생했다. 비록 중도하차했지만 MAI가 추진되기도 했다. 이 제도와 협정은 외교적 보호제도의 단점을 보완하고, 특히 분쟁해결절차와 관련해 다국적기업의 지위와 능력이 국제적 차원에서 인정하는 내용을 담고 있다.

113) Andrea K. Bjorklund, op.cit., pp.821-822.

(가) 외교적 보호제도의 의미와 연혁

자국민이 해외에 투자를 하는 수단으로 지점이나 자회사를 설립하는 경우 그 지점은 본사와 일체성을 갖는 실체로 규정되거나 독립된 법인격을 갖는 자국민으로 간주될 수 있으며 이러한 법인에게 대해 외교적 보호제도가 적용될 수 있다.¹¹⁴⁾

외교적 보호권은 국제법상 개인이 자신의 권익을 보호하거나 실현하기 위해 국제적 절차를 이용할 수 있는 능력이 부인되거나 극히 제한된 사실에 기초해 인정된 것이다. 외교적 보호권을 투자국이 행사하기 위해서는 자국민의 피해 발생, 국내 구제절차의 완료¹¹⁵⁾, 국적의 계속이 있어야 한다. ¹¹⁶⁾ 개인이 외국에 거주하는 경우 일단 그 국가의 법체계에 따르는 것이 원칙이다.¹¹⁷⁾ 이 때문에 개인이 손해를 입은 경우 그 구제도 일단 현지국의 법에 따라 이뤄져야 한다. 즉 외교적 보호권이 발동되기 에 앞서 직접 손해를 입은 개인이 체류국의 국내법상 활용할 수 있는 모든 구제수단을 완료하여야 한다는 것이다.¹¹⁸⁾ 중요한 것은 외교적 보호권을 행사할 수 있는 국가는 피해 당사자의 국적국만 가능하다는 점이다. 이는 손해 발생부터 구제 청구 때까지 변동이 없어야 한다는 것이다.¹¹⁹⁾ 그러나 이러한 원칙들은 특히 다국적기업과 같이 그 설립 및 활동과 관련해 국제적 행위자로 인정되고 있는 법인에게 대한 외교적 보호가

114) 김부찬, “국제기업의 국제법 주체성과 외교적 보호제도”, 24쪽.

115) NAFTA(제1121조)와 한미FTA(부속서 11-마)는 국내구제절차와 국제중재 중 하나만을 선택하도록 하고 있으므로 사실상 국내구제절차의 완료를 포기하도록 하는 자기 완결적(self-contained) 구제절차를 택하고 있다. 서철원, “투자자-국가 중재를 이용하기 위한 절차적 요건에 관한 연구”, 『국제법학회논총』, 제52권 제1호(2007.6), 144쪽.

116) 상계논문, 130쪽.

117) David R. Mummery, “The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies”, *The American Journal of International Law*, vol.58(1964), p.390.

118) 이를 국내 구제(절차)완료의 원칙이라고 한다. 島田征夫, “多國籍企業株主の外交的保護”, 『多國籍企業の法的研究』(東京: 成文堂, 1980), p.170; D.W. Grieg, *International Law*, 2nd ed.(London: Butterworths, 1976), p.580.

119) 이를 국적계속의 원칙이라고 한다.

이뤄지는 경우 좀 더 복잡한 법적 문제를 야기하게 된다.

재외 자국민 보호를 위한 국제법 제도인 외교적 보호는 용어나 개념에 변화를 거치며 중세시대부터 존재했다.¹²⁰⁾ 피해자(해외투자자)의 본국이 가해국(투자국)에 구제를 청구하는 현대적 형태의 외교적 보호는 외국에서 피해를 입고도 투자유치국에서 구제를 받지 못하는 개인에게 그 본국의 주권자가 자력구제(self-help activities)의 권한을 인정하는 복구¹²¹⁾면허장(the letter of reprisals)을 부여하던 관행이 감소했던 18세기 후반부터 나타났다.¹²²⁾ 이후 무역활동의 증가로 해외자국민의 수가 증가하면서 국가가 자국민 보호를 위해 외자유치국에 무력사용을 포함한 조치를 강구하는 관행도 증가했다.¹²³⁾ 그 결과, 외교적 보호는 일반 국제법상의 제도로 인정되기에 이르렀다.¹²⁴⁾ 이 제도는 실제로 함포외교(gunboat diplomacy)를 통해 성립되지만 이론적으로는 개인이 입은 피해를 개인의 본국 피해로 보는 법적 의제(fiction)가 바탕에 깔려 있다. 이러한 법적 의제가 필요한 것은 당시의 전통국제법이 개인을 국제법 주체로 인정하기 않고 오로지 국가간의 관계에서만 적용된 상황과 관련이 있다.

당시 무력을 수반한 외교적 보호행사(함포외교)의 주된 대상은 라틴아메리카 국가였다. 라틴아메리카 국가는 19세기 초부터 국제사회의 구성원이 됐으

120) Brownlie, op.cit., p.500.

121) 복구는 국제도덕이나 국제예양에 위반되는 비우호적이고 부당한 타국의 행위를 중지시킬 목적으로 이에 대항해 동일하게 취하는 부당한 비 무력적 행위를 말하며, 그 부당성은 조각(阻却)된다. 그러나 엄밀히 말해 국제도덕이나 국제정치상의 문제이지 국제법상의 제도라고는 할 수 없다. 예컨대 타국이 자국민에 대해 부당하게 차별대우를 하거나 자국상품에 대해 부당하게 과중한 관세를 부과하거나 또는 자국의 이민을 부당하게 제한 내지 금지할 때에 이러한 행위를 중지시키기 위해 역시 그 국가에 대해 동일 또는 유사한 행위를 하는 경우이다. 이병조·이중범, 전계서, 884쪽; ILC는 종래 복구가 (현대국제법에서 금지된)무력사용을 수반하는 경우가 많았던 점을 고려해 대항조치란 이름의 조금 더 중립적인 용어를 채택했다. (ILC 초안 제49-54조); 김대순, 전계서, 551쪽.

122) Shaw, op. cit., p.562.

123) Ibid.

124) 실제 이러한 국가관행은 19세기 후반부터 20세기 초에 걸쳐 아주 빈번하게 나타났다. 中川淳司, 전계서. p.192.

나 여전히 내부적으로는 내란이나 쿠데타가 자주 발생했다. 이로 인해 외국투자자인 서구국가 국민과 기업의 생명과 신체, 재산이 위협을 받았다. 따라서 자국민 투자자의 보호를 구실로 서구국가는 이들 국가에 대해 외교적 보호권을 행사했다. 결국 외교적 보호 제도는 해외자본에 경제적으로 착취를 당하는 국가와 투자국 간의 이해관계의 충돌¹²⁵⁾ 속에서 라틴아메리카 국가에 대한 서구국가의 국제투자를 보호하는 수단으로 발달한 것이라 할 수 있다.¹²⁶⁾

(나) 외국투자자의 권익보호와 국적

국제 양허계약이나 투자와 관련해 투자유치국과 다국적기업간의 분쟁이 발생할 가능성은 언제나 상존하고 있다. 다국적기업의 재산국유화 등에 따른 투자분쟁이 외자유치국의 국내법에 따라 해결되도록 회부되는 경우가 많았다. 이에 따라 다국적기업이나 투자국이 불만을 가지고, 이의를 제기하는 결과를 초래했다. 특히 모든 국가는 외교적 보호권에 근거해 자국민을 위한 외교적 조치를 취할 수 있기 때문에 외자유치국 대 다국적기업 간의 분쟁은 외자유치국과 다국적기업의 본국의 분쟁으로 번지는 경우도 종종 발생했다.¹²⁷⁾ 그러나 주로 개발도상국인 외자유치국은 다국적기업의 본국인 강대국의 외교적 보호를 자국의 주권행사에 대한 부당한 제약이나 간섭으로 규정하고, 배제하는데 적극적이었다.

외교적 보호권은 국가의 고유한 권리로 인정되고 있다.¹²⁸⁾ 외교적 보호는 원칙적으로 자신의 국적을 가진 국민에 대해서만 행사할 수 있는 것으로 다국적기업과 같은 회사에도 국적국가에만 권한이 귀속된다.¹²⁹⁾ 외교적 보호권은 국가의 인적 관할권 행사의 문제이기 때문이다. 그런데 외교적 보호의 대상인

125) Brownlie, op. cit., p.500.

126) 中川淳司, 전계서, p.192.

130) Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan, op. cit., p.143.

128) B. Grossfeld, op. cit., p.243.

129) Brownlie, op.cit., p.401.

개인의 국적은 상대국인 외자유치국에 대해 법적으로나 실효적으로 대항할 수 있는 것이 돼야 한다. 이러한 국적의 합법성과 실효성은 국내법 뿐 아니라 국내법과 국제법 모두를 고려해 판단해야 하는 것이다.¹³⁰⁾ 외국투자자인 다국적 기업의 국적을 결정하는 기준은 반드시 명확하지 않다. 국적은 소송주체로서 참여할 수 있느냐 문제와 관련돼 그 중요성이 높아져가고 있다. 외국법인의 정의는 국적선택의 여지가 거의 없는 자연인과는 달리 설립이나 관리를 어느 곳에서 할 것인가에 따라 달라진다. 따라서 국적문제는 해외직접투자를 포함한 국제거래관계상 상당히 복잡하고 미묘한 법적문제를 내포하고 있다. 사실 법인의 국적이라고 하지만 그 결정기준이 모호하며, 국제법의 인식 대상 중에서도 국적문제는 비교적 발달이 늦은 부문이다. 현재까지 법인의 국적문제에 대해 일반적인 논의 외에 현실적으로 적합하게 국제법적으로 통일된 원칙과 수립된 이론도 없다. 이 같은 상황에 따라 관례에서 그 이론을 추출하고 있다.

자연인의 경우 ICJ는 노테봄(Nottebohm) 사건에서 ‘실효적 국적’은 관련 국가에 ‘진정한 연계(genuine link)’가 존재한다는 것을 전제한다고 판시했다.¹³¹⁾ 이에 따라 국가마다 출생에 의해 국적을 부여하는 경우 ‘혈통주의’ 또는 ‘출생지주의’에 따라 국적을 부여하고 있다. 그러나 회사 즉 법인은 국적을 결정하는 일반적인 원칙이 아직 확립되지 않고, 설립준거법주의, 주소지주의(주거지법주의), 설립지주의, 사원의 국적주의 등 국가에 따라 다른 기준이 적용되고 있다.¹³²⁾ 대부분의 국가들은 국내에서 유효한 법인으로 승인받기 위해

130) Ibid., p.398; 유병화, 전거서, 621쪽.

131) *The Nottebohm Case*(Liechtenstein v. Guatemala), ICJ, 1955; 개인의 국적과 외교적 보호의 진정한 관계를 갖지 않는 국적국이 피해자와 보다 밀접한 관계를 가진 국가에 대해 외교적 보호권을 행사할 수 없다고 판시했다. 이 원칙의 예외가 인정되느냐의 문제는 정설이 없으나 다음의 경우 인정돼야 한다는 것이 다수설이다. ①국가는 자국선박이 피해를 입은 결과, 여기에 승선하고 있던 외국적의 선원이 손해를 받는데 대해 외교적 보호권을 행사할 수 있어야 한다, ②피해를 입은 자국민이 사망하고 그 상속인이 다른 나라 국적을 가진 경우 사인의 이익보호라는 관점에서 외교적 보호를 할 수 있어야 한다. ③국가 영역의 변경에 의해 국적의 변경이 자기의 의사와 관계없이 초래한 경우도 마찬가지이다. 이한기, 전거서, 693쪽; 김대순, 전거서, 55-56쪽; 노테봄 사건 개요는 다음 참조. 전순신, 『판례연구 국제사법재판소(Ⅰ)』(부산: 세종출판사, 1999), 175-188쪽; Jones, M., “The Nottebohm Case”, *ICLQ*, vol.5(1956), pp.230-246.

어느 국가의 법에 따라 설립돼야 하는가와 관련해 설립준거법주의와 주소지주의 가운데 하나를 채택하고 있다. 이 가운데 주로 영미법계 국가들은 설립준거법주의를, 대륙법계 국가는 주소지주의를 선택하는 것이 지배적이다.¹³²⁾

그런데 설립준거법주의나 주소지주의를 따르면 회사의 국적은 극히 형식적인 것에서 벗어나지 못한다. 예를 들어 외국투자자가 현지법인에 대규모의 주식투자를 하면 내국법인성은 명목상에 불과하며, 과연 이러한 현지법인에 대해 외자유치국이 외교적 보호권을 인정할지 의문이다. 다국적기업의 형식적인 국적과 실제 이해관계를 갖는 기업의 대주주나 경영지배자의 국적과는 차이가 있을 수 있다. 이 경우 오히려 기업을 실제로 소유하거나 경영을 지배하는 사람의 국적이 진정으로 회사와 관련을 맺고 있다는 점에서 그 국가에 대해 외교적 보호권을 인정하는 것이 오히려 '노테봄의 원칙'에 부합하는 것으로 보인다.

이러한 견지에서 유력한 이론으로 등장하고 있는 것이 지배이론이다. 다국적기업은 형식적으로 다양한 국적을 가진 복수기업체의 경영 및 경제적 결합체이다. 이 때문에 모든 정책이나 경영방침은 실제로 지배하는 자가 운영하기 마련이다. 오늘날 국제기업의 외자유치국이나 투자국은 다같이 지배이론을 원용해 자국의 법률을 적용하려는 추세를 보이고 있다. 즉 지배이론은 회사의 내국인성과 외국인성을 자국의 이해에 맞게 결정할 수 있는 좋은 근거가 된다. 외자유치국은 이를 원용해 국내에서 투자국의 영향력을 배제하려고 하고, 투자국은 반대로 외국에서 자신의 영향력을 높일 목적으로 해외 현지법인의 실효적 지배를 강화하는 수단을 취하는 것이다.

지배이론은 형식적인 기준에 따라 회사의 국적을 결정하는 것이 아니라, 법인의 실체를 파악하는 견지에서 판단하는 것이다. 이 때문에 다국적기업의 개

132) 서헌제, 『사례중심체계 상법상의(上)』 (서울: 법문사, 2001), 1187-1188쪽; 정희철·정찬형, 『상법원론(상)』 (서울: 박영사, 1997), 968쪽 참조.

133) 설립준거법주의는 회사가 어느 나라든 한 국가의 법에 의해 합법적으로 설립되 기만 하면 충분하다고 하면서 회사의 자국내 활동을 승인하는 반면 주소지법설은 회사가 자국 내에서 유효하게 활동을 하려면 그 본점 또는 경영본거지가 소재하는 국가의 법에 따른 설립이 필요하다고 본다.

념적 특성과 부합된다는 점에서 유력한 이론이 될 수 있다. 그러나 투자국이 외국회사에 영향력을 행사하기 위해 자국민에 의한 회사의 지배를 관철하고자 시도하는 경우, 외자유치국과 마찰을 초래할 가능성이 있다. 외교적 보호권의 주체와 관련해 국적의 경합(형식적인 국적과 실효적인 국적의 차이)이 발생하는 등 법적 안정성을 해치는 결과를 초래할 수 있다는 문제점도 있다.

이 대표적 사례가 1970년 Barcelona Traction, Light & Power Co. 사건 (Belgium v. Spain)이다. 이 사건은 주주들의 본국인 벨기에가 스페인을 상대로 ICJ에 손해배상 청구소송을 제기하면서 발생했다. 원래 캐나다가 회사의 설립준거법상 본국이었으나, 벨기에가 자국민 주주에게 발생한 손해를 청구인으로 삼아 ICJ에 제소했다. ICJ는 벨기에가 회사와 관련해 외교적 보호를 행사할 수 있는 근거가 충분치 못한 것을 인정하고, 회사의 손해에 대한 법적 구제를 청구하기 위한 외교적 보호권은 그 국적국인 캐나다에 있다고 확인했다.¹³⁴⁾ 이러한 ICJ의 결정은 바로 회사의 국적 결정에 있어 지배이론이 적용되지 않는다는 것을 보여주고 있다. 회사의 국적결정에는 자연인과 같은 ‘진정한 연계의 원칙’이 요구되지 않는 것이다.

그러나 오늘날 다국적기업의 경우 주소라든가 설립지는 형식적인 것에 지나지 않는다. 보다 중요한 것은 자본(소유)과 통제(경영)이기 때문에 이러한 실질적인 내용을 외면해 외교적 보호권의 행사주체를 결정하는 것은 문제라고 본다.¹³⁵⁾ 어쨌든 다국적기업, 외국투자자의 외교적 보호권은 기업의 국적국만이 행사할 수 있다는 것이 당시의 ICJ 판시였던 것이다. 특히 투자자와 국가

134) Belgium v. Spain, *ICJ Reports*, 1970, p.3; ICJ는 바르셀로나 전력회사 사건에서 자연인의 경우, ‘진정한 연관’이라는 기준은 무조건적 유추적용을 배척하면서 법인에 관한 외교적 보호권의 행사에 대해서는 전통적인 국가실행에 따라 설립준거법과 등기상의 주된 사무소를 기준으로 해야 한다고 판시했다. 이한기, 전게서, 419쪽; 김대순, 전게서, 109, 678-681쪽; Brownlie, op. cit., p.107.

135) 영미의 관행은 외교적 보호를 행사하는 국가와 보호대상인 회사 간의 실질적이며 실효적인 관련을 요구하고 있다. 이태리와 스위스도 마찬가지다. 장효상, 전게서, 168쪽; Brownlie, op. cit., p.486; 이 때문에 당사자들이 분쟁을 조정 또는 중재에 회부하기로 동의한 일자에 ‘외국인의 지배’ 때문에 본 협약의 목적상 다른 계약국의 국민으로 간주하기로 한 당사자들 간에 합의된 어떤 법인도 타방 계약국의 국민으로 본다고 규정하고 있다(ICSID 협약 제 25조 제2항 b).

간 분쟁해결과 관련해서는 투자자의 피해발생시와 청구시의 국적이 투자유치국의 국적이 아니면 ISD제도를 이용할 수 있고, 피해발생시와 청구시 사이의 국적변경은 ISD이용에 장애가 되지 않는 것으로 해석하는 것이 바람직하다.¹³⁶⁾

최근 들어 국적문제는 더욱 복잡한 문제를 발생시키고 있다. 실제 서류상의 회사인 페이퍼 컴퍼니(paper company)와 도관(導管)회사 등의 형태로 해외투기를 행하는 외국계 자본의 국적은 판가름하기가 어려워 법적 갈등을 발생시키고 있다.¹³⁷⁾ 실제 매매주체를 기준으로 판단한 론스타 과세 불복과 관련한 국세청과 국세심판원의 판단은 외국계 투기자본에 대한 정확한 판결이라고 보인다. 특히 다국적기업이 투자유치국을 중재로 끌어들이는 때 가장 유리한 투자협정을 골라 이용하는 협정쇼핑(treaty shopping)도 발생하고 있는 만큼 투자자의 국적변화에 신경을 써야 할 것이다.¹³⁸⁾

136) 서철원, “투자자-국가 중재를 이용하기 위한 절차적 요건에 관한 연구”, 142 쪽; Loewen Group Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America, *ICSID No. ARB(AF)/98/3*, Final Award, June 26, 2003, p.42.

137) 해외투자자가 국내에서 거둔 차익에 대한 세금부과를 놓고 투자자의 국적이 국내법정의 도마 위에 올라 있다. 미국계 사모펀드인 론스타가 2006년 스타타워(현 서울 강남파이낸스 빌딩) 매각차익에 대한 과세에 불복해 제기한 국세심판이 2007년 7월 6일 기각됐다. 사건의 핵심은 미국계 사모펀드인 론스타가 2001년 벨기에에 설립한 스타홀딩스를 통해 스타타워 지분 100%를 6200억원에 산 뒤 2004년 싱가포르 투자청에 9000억원에 팔았다. 2800억원을 벌어들인 론스타는 세금을 전혀 내지 않았다. 주식 양도차익의 경우 세금은 내지 않는 점을 이용해 스타타워라는 부동산 대신 스타타워 주식을 매매하는 형식을 취했기 때문이다. 또 스타타워를 매매한 스타홀딩스는 벨기에 회사로 한·벨기에 조세조약에 따라 부동산 양도차익이라 하더라도 과세할 수 없다는 점을 악용했다. 그러나 한국 국세청은 “2005년 6개월 간의 세무조사를 거쳐 1400억원을 매겼다. 스타타워 주식은 실질가치가 부동산에 기반을 두고 있기 때문에 론스타가 거둔 차익은 부동산 양도차익이라고 판단했다. 또 스타홀딩스는 도관(導管)회사(도관회사는 조세회피를 위해 세워져 영업활동은 하지 않는 회사로, 직원 1-2명 정도가 간단한 업무를 수행하기 때문에 서류상 회사인 ‘페이퍼 컴퍼니’와는 다르다)이고, 실질 매매 주체는 미국 론스타 본사라며 한·미 조세조약에는 부동산 양도차익은 원천지국(한국)이 과세할 수 있다.”고 주장하고 있다. 론스타는 스타홀딩스는 벨기에 법인으로 한·벨기에 조세조약에 따라 과세권이 벨기에에 있다며 행정소송을 청구하겠다고 밝혔다. 한국경제신문(2007.7.6), pp.1, 6; 한겨레신문(2007.7.6), p.1.

138) 미국 백텔사와 볼리비아 사건의 경우 볼리비아와 네덜란드에서 재판이 벌어졌

(다) 칼보주의(Calvo Doctrine)

앞에서 살펴본 바와 같이 외국인 대우에 관한 국제최소기준과 외교적 보호는 역사적으로 서구국가의 라틴아메리카 국가 무력개입의 수단으로 이용된 것이 사실이다. 이에 대한 반발작용으로 멕시코를 비롯해 라틴아메리카 국가들은 재산의 사회적 기능을 강조하면서 서구국가의 외교적 남용에 대항했다. 이때 외국투자자의 권리와 관련해 라틴아메리카 국가들은 19세기의 아르헨티나 법학자 칼보(Carlos Calvo)의 저작물을 원용했다.¹³⁹⁾ 당시 칼보는 외국인은 국제법상 외자유치국의 국민보다 더 많은 권리를 가질 수 없다는 입장이었다. 즉 외국인 대우기준에 관해 국제최소기준을 비판하고, 내국민 대우기준을 주장했다. 칼보는 자국민의 외교적 보호를 구실로 서구국가의 라틴 아메리카에 대한 무력개입도 비판했다. 이러한 칼보의 입장은 실제로 외국인의 청구에 대해서는 외자유치국의 국내재판소가 국내법을 적용해 처리하는 최종적인 관할권을 가진다는 것이었다. 외국인은 본국에 외교적 보호를 요청하지 않으며, 본국도 외교적 보호를 행사할 수 없다는 주장으로 나타난다.¹⁴⁰⁾

라틴아메리카 국가는 19세기 말부터 20세기에 걸쳐 외국인과 체결한 계약에 외국인 본국의 외교적 보호행사의 봉쇄를 목적으로 하는 조항, 즉 칼보조항을 삽입시켰다.¹⁴¹⁾ 칼보조항은 해석상 투자자 본국의 외교적 보호의 행사를 완전히 봉쇄할 가능성이 있으므로 그 효력을 둘러싸고 논란이 있다. 현재 외교적

으며, 미국 라우더사와 체코사건에서는 암스테르담, 런던, 스톡홀름 중재재판이 펼쳐졌다. 홍기빈, 『투자자-국가 직접소송제』 (대구: 녹색평론사, 2006), 117-126, 27-34쪽; UNCTAD, *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, UNCTAD Series on International Investment Policies for development, UN, p.21.

139) Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*(Oxford: Oxford University Press, 2002), pp.394-395.

140) 中川淳司, 전게서, pp.193-194.

141) 칼보조항의 유형은 ①외국인이 체결한 계약은 내국민과 동등한 지위에 있음을 규정하는 것 ②계약상 분쟁해결수단을 국내절차에 한정하는 것, ①과 ②를 혼합한 것이 있다. Brownlie, op. cit., p.521.

보호권의 주체인 투자국은 외교권을 요청할 수 있다는 자국민과의 약속에 의해 외자유치국의 구속을 받지 않는다는 이유로 칼보조항은 국제법상 무효라는 입장이 우세하다.¹⁴²⁾ 그러나 외국인이 계약으로 본국의 외교적 보호권 발동을 요청할 권리를 포기하는 것은 국제법상 금지되지 않으므로 일정한 경우 칼보조항의 효력을 인정하려는 입장도 적지 않다.¹⁴³⁾ 예컨대 1926년 미국과 멕시코 간의 North America Dredging Company 사건¹⁴⁴⁾에서 계약당사자의 합의(칼보조항)가 존중돼 멕시코 국내법상의 구제수단을 이용하는 것이 투자국 원고회사의 의무인데도 그렇게 하지 않았다는 이유로 청구는 각하됐다.

(라) 외교적 보호(diplomatic protection)제도의 한계¹⁴⁵⁾

일반적으로 개인은 국제사법재판에서 당사자적격(자격)이 없다. 따라서 국가를 일방당사자로 하는 국제경제분쟁에서 개인이 국제청구를 할 수 있는 유일한 방법은 본국 정부에 의한 외교적 보호권의 발동이다. 그러나 외교적 보호는 국제무대에서 대단히 중요한 제도 중 하나로 인식되는데도 논리적 기초에서는 국민의 피해가 곧 국가의 피해로 간주되는 시대에 뒤떨어진다는 치명적인 흠을 갖고 있다.¹⁴⁶⁾ 특히 외국투자자 보호수단으로 만족스럽지 못한 것으로 평가되고 있다.¹⁴⁷⁾ 외교적 보호권은 피해 당사자인 개인의 권리가 아니

142) Ibid., p.521.

143) Ibid.; 칼보조항의 국제법 평가는 김대순, 전게서, 502쪽 참조.

144) RIAA vol.4(1926), p.26.

145) 투자자보호와 관련한 외교적 보호권의 역할과 한계에 관한 내용은 William S. Dodge, “Investor-State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia-United State Free Trade Agreement”, *Vand. J. Transnational L. I*, vol.39(2006), pp.5-8; World Bank, *World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone*, 2004, pp.178-179 참조.

146) 김석호, “외교적 보호권에 대한 새로운 비판적 고찰”, 『법학연구』, 제26집(2007.5), 430쪽.

147) 김부찬, “국제기업의 국제법 주체성과 외교적 보호제도”, 29-30쪽; Bjorklund, op. cit., pp.822-823.

라 국가의 권리이기 때문에 투자국의 재량에 의해 행사될 수도 있고, 되지 못할 경우도 있기 때문이다. 이러한 외교적 보호권의 재량적 특성 때문에 당사자적격이 있는 국가가 외교적 보호를 거부하는 경우 피해 당사자인 해외투자자는 아무런 국제적 차원의 법적 구제도 청구할 수 없다.¹⁴⁸⁾ 외교적 보호제도는 국가가 주도적인 역할을 수행하도록 돼있다. 이에 따라 다국적기업과 주주는 어느 국가가 국적국으로서 당사자 적격을 가지고 국제적 청구를 할 수 있는가를 판단해야 한다. 실제적으로 여기에 많은 어려움이 있다. 다국적기업은 소유와 경영면에서 복잡한 구조를 가지고 있으며 나름대로 독자적인 국제적 행위자로 활동하고 있다. 이 때문에 본사의 국적국이나 자회사로서의 다국적기업의 국적국, 아니면 주주의 국적국 등이 적극적으로 외교적 보호권을 행사할지 의문이다. 외교적 보호권의 행사는 약소국의 독립성에 대한 위협으로도 간주돼, 칼보조항을 원용함으로써 강대국의 외교적 간섭으로부터 벗어나려고 시도하는 등¹⁴⁹⁾ 외자유치국의 저항에 직면하는 경우도 많다. 이 때문에 외교적 보호제도는 국제투자자의 입장에서선 다국적기업을 실효적으로 보호하는 충분한 제도적 장치라고 볼 수 없다.¹⁵⁰⁾

특히 외교적 보호제도는 외국법인에 출자한 자국민 주주를 보호하기 위한 목적으로 원용되기는 매우 어려운 실정이다.¹⁵¹⁾ 다국적기업이 외자유치국의 국적을 갖고 있는 경우, 외자유치국이 자신과 분쟁상태에 놓여 있는 다국적기업을 위해 외교적 보호권을 행사해 주기를 기대하는 것도 거의 불가능할 것이다. 회사의 국적국가와 주주의 본국이 상이한 경우 회사의 국적국가가 외교적 보호권을 행사하지 않으면 주주 또는 투자자의 본국정부는 자국민에 대해 외교적 보호권을 행사할 수 없다.¹⁵²⁾ 외교적 보호제도는 주주의 권익은 회사의

148) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waat. op. cit., p.128.

149) Donald R, Shea, *The Calvo Clause*(Minneapolis: University of Minnesota Press, 1955), pp.19-20.

150) D. Kokkini-Iatridou and P. J. I. M. de Waart. op. cit., p.129.

151) 김부찬, “국제기업의 국제법 주체성과 외교적 보호제도”, 29쪽.

152) 최승환, “국제 경제분쟁 해결제도로서의 중재”, 『국제법학회논총』, 제41권 제2호(1996.12), 238쪽.

권익으로, 회사의 권익은 그 투자국의 권익으로 몰입시켜 주주의 보호문제를 해결하는데 문제가 야기되고 있는 것을 보여준다. 다국적기업 그 자체와 주주의 권익을 보호하기 위한 새로운 제도가 수립될 필요가 있다고 본다. 따라서 조정이나 중재 등과 같이 회사의 국적에 관계없이, 개방화시대에 맞춰 외국투자자가 이용할 수 있는 분쟁해결방법이 요청된다. 다만 투자유치국 내에서 합법적인 경제활동을 할 수 있는 제도적 장치를 마련해야 할 것이다.

(마) 투자자 보호를 규정한 한미FTA와 전통국제법 원칙의 포기

한미FTA는 투자자 보호와 관련한 전통국제법의 논란의 문제점을 조문화함으로써 해결했다. 그 가운데 한 가지가 국제법상 최소기준대우¹⁵³⁾이다. 그동안 최소기준대우가 과연 국제관습법으로 존재하는지와 그 내용이 무엇인지 현재의 국제법 분야에선 불확실하다.¹⁵⁴⁾ 하지만 이번 한미FTA에 조문을 규정해 국제관습법상 최소기준대우에 대해 일단 규범력을 부여해놓고 있다.¹⁵⁵⁾ 내국인대우 대신 최소기준대우가 자리 잡게 된 것이다.

외교적 보호제도도 한미FTA에서는 원칙적으로 이용할 수 없는 제도로 전락했다. 국제관습법상 이러한 외교적 차원의 조치발동을 위해서는 피해자가 외자유치국(현지국)에서 가능한 국내 구제절차를 모두 이용했지만 만족할 만한 구제를 받지 못한 경우라는 전제조건이 필요하다. 그러나 이러한 외교적 보호라는 방식을 통한 문제의 해결은 외국투자자, 현지국 정부, 투자자 모국 정부 모두에게 그다지 바람직스러운 해결수단이 되지 못했다.¹⁵⁶⁾ 투자분쟁의

153) 한미FTA 제11.5조(대우의 최소기준), 부속서 11-A; 각 당사국은 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호와 안전을 포함해 국제관습법에 따른 대우를 적용대상 투자에 부여한다. 외국인의 대우에 대한 국제관습법 상 최소기준을 적용대상 투자에 부여해야 할 대우의 최소기준으로 규정한다. 이 최소기준은 외국인의 경제적 권리와 이익을 보호하는 모든 국제관습법상의 원칙을 지칭한다.

154) 송기호, 전게서, 87쪽.

155) 상게서.

156) 이성봉 외, 전게서, 52-53쪽.

경우 보통 정부간 협상방식으로 문제해결이 시도되지만 이러한 과정은 상당한 시간이 소요된다. 정부가 문제에 접근할 때도 투자분쟁 그 자체보다는 상대방 국가와의 외교적 관계라는 차원을 우선시 할 수밖에 없다. 이 결과, 투자자의 이익을 희생할 수밖에 없는 경우가 많았다.¹⁵⁷⁾ 재산보호를 요청하는 투자자의 요구는 정부에게 상당한 부담이 될 수도 있다. 투자자 정부가 국제사회에서의 신뢰도에 피해를 입지 않기 위해서는 분쟁사안을 충분히 검토해 정당화될 수 있는 사안에 한해 외교적 차원에서의 조치를 발동해야 할 것이다. 현지국 정부의 입장에서는 국내에서의 투자분쟁이 정부간 분쟁으로 확대되고, 더 나아가 통상 외교 등의 차원에서 갈등의 요소로 비화될 수도 있다는 가능성을 우려하지 않을 수 없다. 따라서 피해를 입은 투자자가 국제중재를 통해 직접 문제를 해결할 수 있는 투자분쟁절차가 도입되기에 이르렀다.¹⁵⁸⁾ 결국 투자자가 국제투자분쟁법의 주체로 부상하면서 국가의 외교보호권도 필요 없는 시대에 접어든 것이다.

2. 외국투자자 보호와 국가주권

가. 외국투자자 보호와 국가주권의 전개

국가는 16세기부터 국가주권을 바탕으로 절대적 권한을 가졌다. 하지만 외국투자자의 주체인 다국적기업의 등장으로 주권은 제한적 의미를 가지기 시작했다. 국가가 다국적기업과 국제계약을 체결하거나 다국적기업의 재산에 대해

157) 상계서.

158) 상계서; 저자들은 투자자의 권리 보호를 위해 국제중재를 통한 분쟁해결방식이 효과적이라고 주장했다. 중재비용의 부담이 당사자에게 주어짐으로써 분쟁사안의 성격을 스스로 스크린해야 하고 투자분쟁의 성격이 외교적 마찰 등으로 비화되지 않고, 정치적 외교적 관계를 떠나 순수하게 법적 판단을 추구할 수 있어서다. 동시에 투자자 모국 정부의 개입을 배제할 수 있는데다 객관적이고 전문적이고 신속한 절차에 따른 해결을 추구할 수 있기 때문에 중재제도(ICSID)가 좋다고 주장한다; 하지만 투자자의 중재신청의 오남용의 방지를 위해 소송비용을 진 주체가 부담하는 규정 등이 이번 한미FTA에는 없어 아쉽다.

국유화(수용) 등의 조치를 취하면서 변화의 조짐이 나타났다. 개발도상국들은 경제강국과의 관계에서 절대적 주권에 가까운 권한을 행사했다. 주로 천연자원과 관련해 경제주권을 지켜왔다. 강대국(선진경제국)에 본거지를 둔 다국적기업은 해외투자의 규모를 확대하고 막강한 힘을 발휘하면서 상대적으로 경제력이 약한 외자유치국과 힘겨루기를 계속하고 있다. 외자유치국과 다국적기업은 어느 정도 힘의 균형을 유지했으나, 투자유치국이 외자유치를 통한 경제도약을 정책으로 추진하면서 외국기업 보호체제를 구축, 다국적기업 쪽으로 힘이 실리고 있다. 외자유치와 외국투자보호는 국가권한의 약화를 초래하고 있는 셈이다. 한미FTA에서도 국가주권의 약화라는 우려를 제기하기도 한다. 과연 우려할 정도로 국가주권이 훼손될 가능성이 있는가를 국가주권의 연혁과 다국적기업의 해외진출의 과정 등을 통해 살펴본다.

(1) 국가주권의 전개

우선 외국투자자와 국가주권과의 힘의 대결은 다국적기업의 해외진출이 시작되면서 본격화됐다. 현실적으로 다국적기업은 초국가적이며 범세계적인 목표를 향해 다양한 국가들을 지배하려는 경향이 있다. 이러한 목표에 근거해 기업의 목표를 극대화하고, 기업경영의 합리화라는 목표로 운영되는 체제를 갖추고 있는 것이 특징이다.¹⁵⁹⁾ 이 같은 목적에 따라 추진 중인 다국적기업의 해외진출 전략은 외자유치국과 심지어 투자자 본국과의 갈등을 발생시키고 있다.¹⁶⁰⁾

사실상 국가주권은 16세기부터 20세기까지는 절대적이었다. 주권국가의 이론을 처음으로 체계화한 사람은 보댕(Jean Bodin, 1530-1596)이다. 그는 16세기에 중세적인 다원적, 분열적 질서를 극복하고 강력한 절대군주에 의한 집권적, 통일적인 근대 민족국가 건설에 이론적 근거를 제공하기 위해 군주주권론을 주장했다.¹⁶¹⁾ 이러한 군주주권이론은 군주의 권력과 새롭게 창설된 왕조

159) Stefan H. Robock, "The Case for Home Country Control over Multinational Firms", *Columbia Journal of World Business*, vol.IX, no.2(Summer 1974), p.75.

160) Alan M. Rugman-Donald J. Lecraw and Laurence D. Booth, *International Business Firm and Environment*(New York: Mcgraw-Hill, 1988), p.253.

를 공고히 하는데 크게 공헌하는 주요한 개념이 됐다. 이후 많은 학자들의 정의에도 불구하고 오늘날의 주권의 지배적인 개념을 형성하는데 주력적인 역할을 했다.

이어 18세기에 이르러 군주의 개인적인 주권은 루소(Jean Jacques Rousseau, 1712-1778)의 국민주권론에 의해 부인됐다. 즉 주권은 국가의 국민에 속하는 것이며, 국가권력의 기초는 국민의 의지에 있다는 것이 주요한 논지이다. 따라서 국민주권원리의 형성에 의해 군주의 절대적 권력은 완화되고, 제한된 형태로 귀속된다. 이는 군주의 권력을 헌법에 귀속시키면서 군주로부터 명백히 독립되고 선택된 입법단체인 국민적 기구에 분배하는 과정을 통해 이뤄졌다. 이 같은 목적 내에서 헌법제정회의는 왕의 개인적 주권을 부정했고, 왕권의 근원을 국민 그 자체에 두었다. 왕은 더 이상 국민의 이익과 권위를 도모한다는 구실 하에 왕권을 내세워 권력을 행사할 수 없게 된 것이다.¹⁶²⁾

국민주권이론은 전체 서구사회의 실질적인 국민주권주의 발전에 이론적 기초를 제공하는데 공헌했다. 따라서 주권은 국내에서 최고의 권력, 국외에 대해 독립된 권리이며, 그 속성이 절대적, 항구적 권력을 의미한다. 주권은 국가의 의사결정과정에서 최종적이며, 전반적인 최고 권력이나 권위에 관한 정치학상의 이론과 질서유지의 규칙에 대한 권위를 부여한다고 할 수 있다.¹⁶³⁾

국가주권의 독립에 관한 각 국가의 권리의무를 명확히 하기 위한 본격적인 시도는 1947년 11월 21일 채택된 UN총회 결의 178(II)라고 할 수 있다. UN총회의 요청에 따라 국제법위원회는 “모든 국가는 독립에 대한 권리, 다른 어떤 국가의 명령도 받지 않고, 그 자체의 통치형태의 선택을 포함해 모든 법적 권리를 자유롭게 행사할 권리를 가진다.”고 규정¹⁶⁴⁾한 것을 독립권으로 보고 있다.¹⁶⁵⁾

161) 이한기, 전계서, 57-58쪽.

162) 東京大學 社會科學研究所 編, 『基本的人權(歷史2)』, vol.3(東京: 東京大學出版會, 1978), pp.127-137 참조.

163) 杉原泰雄, 『國民主權の研究』(東京: 岩波書店, 1974), p.41.

164) 국가와 권리의무에 관한 선언(Draft Declaration on Rights and Duties of States) 제1조.

(2) 해외투자자의 전개과정

국민주권이론의 발달과 함께 해외투자자도 국제사회에서 위상이 높아져갔다. 10세기 전부터 출현¹⁶⁶⁾하기 시작한 다국적기업은 중세 때 조합을 중심으로 출현하기 시작했다. 후거가, 벨저가, 파움가르트너가, 획스테터가 및 뫼펠가 등 바라리아에 있는 아우구스부르크 출신의 거대상인이 그들이다. 이들은 주로 16세기 초 무기생산에 중요한 구리시장을 전 세계적으로 독점했다.¹⁶⁷⁾ 17세기에는 특허회사가 출현했다. 영국의 동인도회사와 네덜란드의 서인도회사 등이다. 19세기 이후 서구 유럽국가의 석유, 전력, 화학 등의 산업분야에서 기업이 집중, 합병되는 추세에 따라 등장한 다국적기업은 아시아, 아프리카, 미국을 포함한 남북미주의 저개발지역을 대상으로 해외투자를 시작했다.

이후 미국과 영국은 석유와 광산업, 제조공업, 공익사업 등에 집중적으로 해외에 투자를 진행했다. 1930년대의 세계 공황과 1973년 제1차 석유위기 때를 제외하곤 선진경제국들은 해외투자를 국가성장 동력의 핵심전략으로 삼으면서 강화시켜나갔다.¹⁶⁸⁾

(3) 해외투자자와 주권국가 간의 갈등

1960년대 들어 세계진출에 열을 올리는 다국적기업과 국가자원을 지키기 위한 제3세계 신생국가의 갈등은 심화되는 현상을 보였다. 다국적기업은 1960년과 1970년 초 자원과 시장 통제, 이익 극대화를 추구하기 위해 해외시장 개척에 나설 때 벌써 정부의 권한을 극복하거나 회피할 수 있는 충분한 힘

165) 김찬규, “국가의 기본적 권리의무”, 『고시계』 (1985.2), 135쪽.

166) Peter Fischer, “Das Transnationale Unternehmen Phanomen in der Volkerrechts-geschichte”, *Volkerrecht und Rechtsphilosophie*, 1980, pp.345-370 참조.

167) Peter Fischer, Transnational Enterprise, *Encyclopedia of Public International Law*, vol.8 (Elsevier Science Publishers B.V., 1985), pp.515-519.

168) 박건태, 『국가주권 하에서의 다국적기업의 역할과 제한에 관한 국제법적 고찰』, 석사학위논문, 경희대학교, 1992, 17-22쪽.

을 가지고 있었다. 투자국 본국과 외자유치국의 정부, 다국적 규제기관(기구) 들은 무력하기까지 했다.¹⁶⁹⁾ 다국적기업은 투자국의 정치, 경제, 문화적 가치를 이전하기 위한 매개체로서 역할을 수행하고 있다고 외자유치국들은 인식하기도 했다.¹⁷⁰⁾

다국적기업의 목표는 무역 특히 해외직접투자의 국제활동을 통해 수익을 극대화, 최대화하는 것이었다. 상품시장의 접근과 생산요소, 투입량, 자원에 대한 통제, 정보기술 등의 결합을 소유하는 독점자로서 행동한다. 반면 외자유치국은 다국적기업에 대해 ‘사랑과 미움(love-hate)’의 양면성을 나타내는 것이 특징이다. 외자유치국의 목적은 다국적기업의 활동으로 발생하는 이익을 최대한 투자하도록 하는 것이다. 경제도약을 위해 외자투자자를 끌어들이긴 했으나 이익이 쉽게 발생한 것은 아니었다. 외자유치국은 원료와 노동, 자본, 현지시장의 접근 등 현지자원을 사용하는 다국적기업의 활동으로부터 생기는 이익이 너무 적다고 주장했다.¹⁷¹⁾ 특히 외자유치국은 정치와 경제적 주권에 대한 효과적인 통제와 관리를 해야 했으며, 국민의 복지증대라는 비경제적 분야에도 중점을 뒀다. 이 점이 다국적기업과 다르다고 할 수 있다. ¹⁷²⁾

이 같은 이유로 다국적기업과 외자유치국간의 갈등이 나타나기 시작했다. 우선 갈등은 1960년대 새롭게 독립을 획득한 아시아, 아프리카 신생국가들과 서구 선진국가에서 나타났다. 신생국가들은 2차 세계대전 이후 독립한 국가로서 과거 식민지 경험을 가졌거나 그렇지 않더라도 경제적, 정치적으로 저개발 국가에 속하는 국가들이었다.¹⁷³⁾ 이러한 신생국가들은 서구국가에 대해 정치

169) Alan M. Rugman-Donald J. Lecraw and Laurence D. Booth, op. cit., p.253.

170) Jack N. Behman, *National Interests and Multinational Enterprise: Tensions among the North Atlantic Countries, Englewood Cliffs*(New York: Prentice-Hall, 1970), p.98.

171) Alan M. Rugman-Donald J. Lecraw and Laurence D. Booth, pp.260-261.

172) Ibid. pp.262-265, 299 참조; C. Fred Bergsten-Thomas Horst and Theodore H. Moran, *American Multinational and American Interest*, The Brooking Institution, W.C., 1978, pp.342-353 참조.

173) 김찬규, “신생국가와 전통국제법”, 『국제법학회논총』, 제22권 제1·2호 합병호(1977.12), 109-110쪽.

및 경제적 예측을 당하고 착취를 당했다고 주장한다. 경제적 주권 영역, 특히 천연자원 분야에서 현저하게 나타났다고 강조했다.¹⁷⁴⁾ 국가주권의 개념은 경제적 주권의 개념으로 더욱 세밀화 되면서 외자유치국의 반발은 더욱 거세져 갔다. 신생국가들은 정치적 독립을 쟁취함으로써 제국주의적 식민 종속국의 질곡에서는 해방됐으나 새로운 국제독점자본과 강대국의 경제적 진출로 식민지 상태에 놓이게 된 것이다. 그들은 이 속박에서 탈출해야 할 필요성을 자각하게 되며 항거로서 나타난 것이 경제적 주권¹⁷⁵⁾, 즉 자원주권이라 할 수 있다.

이에 따라 UN총회는 1962년 12월 14일 제17차 총회에 이어 1973년 12월 17일에 ‘천연자원에 대한 영구주권(Permanent Sovereignty over Natural Resource)’의 결의를 채택했다. 제3세계는 총회결의와 관련해 국제기구에서 다수의 힘으로 자원민족주의를 강력히 주장해 그 실행의 구체적 계획까지 선언하기에 이르렀다. 그 중에서 가장 주목을 끄는 것은 1974년 12월 제28차 UN총회에서 ‘국유화에 따른 보상 문제의 재판관할권은 국유화한 국가에 있다’고 한 결의이다. 종래 국제법의 관례와 다른 것으로 개도국의 자본민족주의를 강조한 하나의 결과물로 볼 수 있다.

상황이 개도국에게 유리한 반면, 외국투자자에게 불리한 쪽으로 흘러가자 미국을 중심으로 한 선진국들은 대응책 마련에 나섰다. 우선 양자조약을 통해 투자자 보호에 나서는 동시에 OECD를 통해 MAI 제정을 시도했다. MAI는 해외투자규칙의 제정, 즉 투자보호와 투자자유화 및 분쟁해결이라는 세 가지 핵심 분야에 관한 높은 수준의 다자간 규범을 제정하는 최초의 국제적인 시도였다. 투자자에게 내국인과 마찬가지로 ‘동등경쟁조건(level playing field)’을 제공하고 투자흐름의 왜곡을 제거해 자원의 효율적 배분을 촉진한다는 것을 주된 목적으로 한다.¹⁷⁶⁾ 하지만 1988년 12월 3일 OECD는 MAI 제정 추진을 더 이상 진행하지 않기로 공표했다. 프랑스의 탈퇴 선언과 개도국들의 반대 때문이었다. MAI 반대론자들은 협정문이 국가주권을 침해하고, 개별국가의

174) Hans J. Morgenthau, *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, 4th ed. (New York: Alfred A. Knopf, 1967), pp.110-112.

175) 김찬규, “국가의 기본적 권리의무”, 138쪽.

176) 최승환, 『국제경제법』, 814쪽.

규제권한을 제한하는데다 노동과 환경기준의 하향화를 촉진하는 것이라고 비판했다.¹⁷⁷⁾

그런데 1980년대 중남미 지역의 외환위기 이후 차관을 통한 자본조달이 어려워지자, 개도국들은 외국인 투자유치에 많은 노력을 기울였다.¹⁷⁸⁾ 이 같은 분위기를 활용해 미국은 양자조약을 통해 투자보호라는 MAI 반대론자들이 비판한 내용들을 해결하고 있다. 한미FTA도 투자보호 내용을 대부분 수용하고 있다. 한국은 다른 나라와의 FTA체결에서 한미FTA의 내용이 그대로 받아들여지기를 원하고 있다. 미국도 일본, 중국과의 FTA 등에서 한미FTA 내용을 강력히 수용해줄 것을 제시할 가능성이 높다. 결국 당분간 다자간 협정 대신 양국간의 협정을 통해 국가의 권한과 투자자의 자산보호의 기준이 마련되고 있는 시대에 접어든 것이다. 양자조약은 당사국의 협상력에 따라 불평등한 규범이 강제될 가능성을 배제할 수 없다. 이에 비해 일반적으로 다자간투자협정은 투자보호규범을 모든 나라에 동일적으로 적용할 수 있고, 투자보호에 대한 통일된 제도적 장치는 투자자유화의 확산을 촉진할 수 있다는 장점이 있다. 외국투자자도 해당 체약국(외자유치국)을 상대로 직접 중재를 회부할 수 있다는 점 등에서 해외투자보호에 관한 보편적인 국제규범체제를 수립하는데 도움이 될 것으로 본다.¹⁷⁹⁾

나. 외국투자와 국가면제(주권면제)

(1) 의의

국제법상 국가면제(State Immunity) 또는 주권면제(Sovereign Immunity)

177) C. Baumgartner, "The Demise of the Multinational Agreement on Investment", *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 40(1980), p.40.

178) Kenneth J. Vandelde, "A Brief History of International Investment Agreement", *U.C. Davids J. Int'l Law and Policy*, vol. 12(2005), pp.180-181.

179) 최승환, 상계서, 821쪽.

는 외자유치국의 국내법원이 외국이나 그 국가 재산에 대해 재판관할권을 행사할 수 없도록 하는 원칙(규칙)이다.¹⁸⁰⁾ 주권독립, 주권평등의 원칙상 국가는 타국의 관할권 행사로부터 일정한 면제를 향유할 수 있다는 것이다. 외국 투자자가 자산수용에 따른 손해를 보상받기 위해 외자유치국을 상대로 제3국에서 국제소송을 제기할 경우, 외자유치국은 국가면제를 원용할 수 있으며, 국내법원은 국가면제를 이유로 재판관할권의 행사를 거부할 수 있다.

국가기관과 그 소유재산은 타국의 재판절차와 강제집행절차로부터 면제되는데 국가면제는 주권평등원칙과 영역주의의 우위성과 영역관할권의 배타성에 근거하고 있다. 즉 국가면제는 “대등한 자는 대등한 자에 대해 관할권을 행사할 수 없다(par im parem non habet imperium)”는 국제법의 일반원칙에 따라 국가는 그 의사에 반해 타국의 국내법원에 제소할 수 없다는 논거에 입각해 발전된 것이다. 주권평등의 결과 각국은 타국에 대해 동의 없이 배타적인 영역관할권의 행사를 포기하거나 자제하는데 동의한 것으로 간주된다.

따라서 국제소송절차에서 국가면제원칙이 적용되면 외국정부기관은 사적당사자인 외국투자자를 국내법원에 제소할 수 있으나, 사적당사자는 외국정부기관을 피고로 제소할 수 없게 되는 불평등한 상황이 발생한다. 외국정부기관과 거래하는 사적당사자는 사법적 구제에서 불리한 입장에 서는 것이다. 외국투자자만 국가를 상대로 중재를 신청할 수 있고, 국가는 투자자를 대상으로 중재신청을 할 수 없는 한미FTA 규정과는 정반대의 현상이라고 볼 수 있다.

국가면제에는 재판관할권의 면제를 일반적으로 인정하는 ‘절대적 국가면제’와 일정한 경우에 그 범위를 제한하는 ‘제한적 국가면제’로 구분된다.¹⁸¹⁾ 오늘날에는 후자가 일반적이다. 주권적 행위에 대한 국가면제는 국제관습법상 확립된 것이나, 비주권적 행위에 대한 관할권행사를 인정하는 제한적 국가면제

180) 상계서, 81쪽; 이동호, “자유무역협정의 중재절차가 환경법과 환경정책에 미칠 영향”, 『서울국제법연구』, 제13권 제1호(2006), 201-202쪽; 국가면제에 대한 일반적인 논의는 다음 참조. Hezel Fox, *The Law of State Immunity*(Oxford: Oxford University Press, 2002); 최태현, 『외국과 사인간의 분쟁에 대한 국내법원의 관할권에 관한 연구』, 박사학위논문, 서울대학교, 1991.

181) 최승환, 전계서, 81-82쪽.

이론이 국제관습법상 확립됐는지 여부에 대해서는 논란이 있다.¹⁸²⁾ 국가면제는 국제분쟁해결원칙과 국내관할권원칙, 국내구제완료원칙 등과 같은 국제법 원칙들과 관련이 있다.¹⁸³⁾ 투자자가 직접 국가를 대상으로 분쟁을 해결할 수 있는 내용이 조약에 명문화¹⁸⁴⁾되면서 전통국제법 원칙들이 약화되거나 없어지는 현상을 보이고 있다.

(2) 국제 중재판정과 국가면제의 포기 ¹⁸⁵⁾

국가면제는 면제를 주장할 수 있는 국가가 포기할 수 있다. 이때 외자유치국의 국내법원은 재판관할권을 행사할 수 있다. 이는 절대적 주권면제에서도 인정됐던 예외사유이다.¹⁸⁶⁾ 다시 말해 다른 나라의 국내법원에 제기된 소송에 응할 수 있는 것이다.¹⁸⁷⁾ 국제법상 주권면제의 적용을 국가의 고유한 기능 내지 권력 작용에 속한 사항에만 한정하고, 경제개발협정 기타의 국제경제활동

182) 중국 일본 러시아 헝가리 폴란드 브라질 불가리아 에쿠아도르 포르투갈 수단 시리아 태국 베네수엘라 등 국가들은 여전히 절대적 국가면제를 수락하고 있다. Brownlie, *op. cit.*, p.324.

183) 국제분쟁해결원칙은 국제법이 적용되는 특정유형의 분쟁은 강제관할권을 가진 국내법원보다는 국제분쟁해결절차에 따라 해결돼야 하는 원칙을 말한다. 위 국제법의 원칙은 국가면제를 원용하거나 그 범위를 제한하는 근거로 원용될 수 있다. J. Crawford, "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", *B.Y.I.L.* vol.54(1983), pp.87-88.

184) 국가면제는 양자조약(1955년 미국·이란 우호·경제·영사조약 등)이나 다자조약(1926년 브뤼셀조약, 1972년 유럽국가면제협약, 2004년 국가 및 그 재산의 관할권 면제에 관한 유엔협약 등) 및 국내 입법 등에 채택됐다. 최승환, *전게서*, 83쪽.

185) 외국국가가 면제를 포기한 경우 국내법원은 재판관할권을 행사할 수 있다. 이는 절대적 주권면제에서도 인정됐던 예외사유다. 면제포기 예외에는 사인이 (투자국에서)외국국가기관을 상대로 소송을 제기할 수 있는 가장 직접적이고 효과적인 방법이다. 해외투자계약 등 관련 계약이나 조약(투자보호조약, 우호통상항해조약)에 면제포기조항이 삽입된 경우 국내법원은 외국국가에 대해 재판관할권을 행사할 수 있다. 면제포기조항은 문제의 행위가 상업적 행위인지 국가면제의 기타 예외사유에 속하는지 여부를 판정하는 법원의 부담을 덜어주는 기능을 한다. *상게서*, 89쪽.

186) *상게서*.

187) 유병화 외, 『국제법 I』, 343쪽.

에는 미치지 않도록 시도하고 있다.¹⁸⁸⁾ 대표적인 경우가 통상관계이다. 19세기에는 국가의 활동이 전통적인 권력적 행위에 국한됐기 때문에 모든 국가 활동에 대해 주권면제를 부여했다. 그러나 20세기 들어 국가활동의 범위가 통상 분야까지 확대되면서 주권면제 적용영역을 부득이 제한할 수밖에 없었다.¹⁸⁹⁾ 19세기 자유주의 시대의 국가역할은 개인의 권리보장과 자본주의 경제질서 유지 등으로 최소화됐지만 20세기부터 국가활동에 질적 변화가 나타나기 시작한다. 이전에는 개인의 사적 영역에 속했던 경제활동에 대해 국가가 복지국가의 이념 아래 간섭과 통제를 증대했고, 일부 국가에서는 상업과 산업, 금융 분야 등 주요 거래분야를 국영화해 국가가 직접 경제활동을 담당하기도 했다. 경제활동에는 용역의 공급계약, 차관 등도 포함했다.¹⁹⁰⁾ 국가의 대외적 활동은 국가 대 국가 차원에서 행해지기도 하지만, 많은 경우 국가 또는 국가기관을 일방 당사자, 외국의 자연인과 법인을 포함하는 사인을 타방 당사자로 이행된다.¹⁹¹⁾

즉 국가와 국가기관은 국제거래를 규제하는 동시에 스스로 국제거래에 참여하고 있다.¹⁹²⁾ 국가는 공권력의 주체이면서 경제주체라는 양면을 가지는 것이다. 어느 국가 A가 외국인이나 외국기업과 통상계약을 체결하고 거기서 나온 분쟁이 다른 나라 B의 국내법원 관할에 속할 경우 A국가는 이 계약 관계 분쟁에 대해 B국가 관할권 행사에 동의한 것으로 간주한다. 따라서 A국가는 B

188) 이한기, 전계서, 647쪽.

189) 유병화 외, 『국제법 I』, 344쪽.

190) 상계서, 346-347쪽.

191) 고영국, “중재판정의 집행과 국가면제에 관한 고찰,” 『국제법학회논총』, 제51권 제3호(2006.11), 143-144쪽.

192) 이것을 국가의 이중인격(the dual personality of the state)이라 한다. 국가면제의 문제에 있어 국가의 이중인격은 외국법원의 재판권으로부터 면제되거나 경우에 따라서는 면제되지 않는 방법으로 나타난다. 일방 당사자가 국가인 사건에서 국내법원에서 외국이 면제되는 인격 또는 면제되지 아니하는 인격에 직면하고 있는지 여부는 그 사건에서 해당 국가가 발휘하는 능력을 판단해 결정된다. Sam Müller, *The Flame Rekindled: New Hopes for International Arbitration*(Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1996), p.164.

국가 국내법원에 대해 국가면제를 주장할 수 없다.¹⁹³⁾ 국제법상 주권면제의 적용을 국가의 고유한 기능 내지 권력 작용에 속한 사항에만 한정해 경제개발 협정 기타의 국제경제활동에는 미치지 않도록 시도하고 있다. 사인인 외국투자자의 경우, 이러한 국가 또는 국가기관과 맺는 국제계약인 양허계약(국가계약)¹⁹⁴⁾은 계약상의 내용만을 가지고 국가 또는 국가기관의 계약위반에 대응하기 힘든 측면이 있다. 이 때문에 투자국은 국제투자의 경우 계약당사자인 외국의 일방적인 계약파기와 국유화 등의 위험으로부터 자국민을 보호하기 위해 조약을 체결하는 등 적극적인 조치를 취하고 있다.

국제거래의 당사자인 투자자의 입장에서선 타방 당사자인 외국과 계약을 체결하는 경우, 분쟁 발생 가능성을 염두에 두고 대비해야 한다. 외국투자자는 공적 실체(투자국이나 투자유치국)가 국제적인 경제활동에 참여할수록 소송을 제기하는 문제를 점점 더 인식하게 됐다.¹⁹⁵⁾ 투자자는 외국의 일방적인 조치가 국가행위에 해당해 법원의 판단대상에서 제외되거나, 타방 당사자인 국가가 국제관습법상의 국가면제를 향유해 법원에 출석할 의무조차 부담하지 않는 것을 예방하기 바란다.¹⁹⁶⁾ 이에 대해 투자유치국 입장에서는 외국법원에서 공정한 재판을 기대할 수 있을 까 하는 불안과 주권적 존재인 국가가 외국법원에 복종하는 문제를 미연에 방지하기 위해 분쟁해결방법으로 중재를 계약에 명시하는 경우가 많다. 중재가 국가계약에서 자연히 투자자와 국가의 이해관계가 맞아 떨어져 이용도가 높아지게 된 것이다.

하지만 중재를 분쟁해결수단으로 선택할 경우, 국제법상 주권평등의 원칙에 근거한 국가는 외국법원에 피소돼서는 안 된다는 국가면제원칙의 적용가능성

193) UN Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property article 11.

194) Craig, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed.(Paris: Oceana & ICC Publications, 1998), p.661.

195) Andreas F. Lowenfeld, *International Litigation and Arbitration* (St. Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1993), p.332.

196) 투자자들이 중재를 선호하는 것은 중재법정이 투자유치국 밖에 존재하고, 투자유치국의 법률에 구속되지 않고 중재조항에 따라 구성되기 때문이다. M. Soarnarajah, *The International Law on Foreign Investment*, p.334.

을 회피할 수 있다.¹⁹⁷⁾ 중재판정의 결과, 패배한 국가는 자발적으로 중재판정 결과에 따른 의무를 이행하지 않을 경우 타국에서 보유하고 있는 국가재산의 강제집행이 가능한지 문제도 남는다. 이때 중재판정의 채무자인 국가는 국가면제 원칙을 주장해 그 집행을 면할 수 있는가가 문제되기도 했다.¹⁹⁸⁾ 하지만 한미FTA의 경우 피해를 입은 투자자의 본국이 무역보복조치를 이행할 수 있도록 규정해 이 같은 문제를 해결했다.¹⁹⁹⁾

주권면제의 포기는 한미FTA에서는 완전히 법적 체계를 달리하고 있다. 투자자유치국은 더 이상 투자자와의 계약에 특별한 규정을 명시하지 않는 한 국제투자계약²⁰⁰⁾에서 재판관할권의 행사를 거부할 수 있는 기회를 가질 수 없게 됐다. ISD 중재절차를 포함한 FTA를 체결한 당사국은 기본적으로 국가면제라는 특권을 ISD와 관련해서는 포기하고, 타국에 설치되는 중재재판부의 관할권에 동의하게 되는 것이다.²⁰¹⁾ 외자유치국이 사적인 민영화 계약을 이행하지 않을 경우, 외국투자자는 민영화 계약위반을 이유로 국가를 국제중재제도에 회부할 수 있고, 심지어 같은 이유로 국가의 조세권에 대해서도 국제중재에 회부할 수 있는 막강한 권한을 갖게 됐다.²⁰²⁾ 투자자는 외자유치국에서 외자

197) 한미FTA 제11.22조 제1항; 중재재판부는 이 협정과 적용 가능한 국제법에 따라 분쟁을 판정한다고 규정. 한미FTA에선 국제중재판정에서 피소된 국가(외자유치국)의 국내법 적용을 원칙적으로 배제하는 조약이라 볼 수 있다; 송기호, 전계서, 31쪽.

198) 강희갑, “외국중재판정의 집행에 대한 주권면제”, 『중재』, 제283호(1997.3), 33쪽.

199) 한미FTA 제11.26조 제9항, 제22.13조; 국가가 국제중재판정을 준수하지 않을 경우, 세 사람으로 별도의 재판부를 구성해 판정 미준수를 확인하도록 한다. 미준수가 확인되면 무역보복을 할 수 있으며, 이를 막으려면 국가는 현금을 상대국에 지급해야 한다; 한미FTA 용어로는 ‘혜택의 정지’라고 한다. 이 같은 조항이 들어간 FTA가 세계사와 출현한 때는 1994년 미국과 멕시코와 체결한 NAFTA에서부터다. 송기호 전계서, 32쪽.

200) 한미FTA 제11.28조; 투자자가 전력생산과 배전, 상하수도 및 통신과 같이 국가를 대신해 대중에 서비스를 공급하는 권리 또는 대중이 이용하는 도로 교통 운하의 건설과 같은 기반시설사업권이다.

201) Edward J. Sullivan and Kelly D. Conner, “Making the Continent Safe for Investors NAFTA and the Taking Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution”, *Urban Law*, vol.36(Winter 2004), p.117.

유치국 정부를 상대로 소송에 참여할 수도 있다. 국가입장에서 볼 때 투자자 개인과의 계약을 지키지 않았다는 이유로 국제중재에 회부될 수 있게 된 것이다. 이 여파로 국가면제의 포기도 앞으로 체결될 FTA에선 찾아보기 힘든 조문이 될 것으로 예상된다.²⁰³⁾ 결국 한미FTA는 국가들이 서로의 이익을 위해 각자의 주권 중의 일부를 행사하지 않거나 일정한 방법으로만 행사하기로 하는 자발적 약속이다. 따라서 국가들이 서로 외국인 투자를 활성화하기 위해 투자분쟁에 대해서는 자기 나라의 재판권을 행사하지 않기로 약속하는 것은 얼마든지 가능하게 된 것이다.²⁰⁴⁾

202) 한미FTA 제11.16조 제1항, 제23.3조 제6항; 송기호, 전게서, 145-148쪽.

203) WTO(세계무역기구) 분쟁처리 양해각서 제23조 제1항에서는 WTO위반을 시정하고자 하는 경우에는 협정의 규칙과 절차를 준수해야 한다고 규정해 무역보복을 금지하고 있다. 투자자로 볼 때 중재판정에 이겨놓고도 유치국이 의무를 이행하지 않을 수 있다는 불만을 제기한 점이 한미FTA에선 해소된 것이다.

204) 법무부, “ISD 제도에 관한 Q&A”(2007.4.13), 5쪽

第3章 國際投資紛爭解決의 主要 節次에 대한 比較分析

第1節 國際投資紛爭解決 節次의 類型

투자분쟁은 국가간, 사인간, 그리고 국가와 투자자 간에 발생할 수 있다.²⁰⁵⁾ 투자분쟁의 주체들이 누구이든지, 투자자는 투자자산에 대해 피해를 입은 경우 중재를 통해 피해보상 받기를 원한다. 법원판결은 기업현실보다는 법 이론에 기초해 구체적 타당성의 관점에서 불합리한 점이 많지만, 중재는 법 이론과 아울러 기업거래 현실 측면 등을 충분히 고려함으로써 구체적 타당성을 기대할 수 있기 때문이다. 중재절차의 비용이 법원소송보다는 상대적으로 싸고 분쟁해결도 신속한데다 심리를 비공개적으로 해 기업비밀을 보장할 수 있는 점도 중재를 선호하는 이유다.

이 같은 중재제도 선호 경향은 계속 이어져 투자자와 국가 간 투자분쟁문제가 발생하는 경우 투자자는 중재제도를 선호하고 있다. 이 때문에 투자자가 최근 ICSID, UNCITRAL, ICC 제도를 선택적으로 이용할 수 있는 체제가 투자조약에 포함되는 사례가 늘고 있다. 한미FTA에서도 사정은 마찬가지다. 한미 투자자는 중재절차 가운데 한 개를 선택해 투자국에서 입은 재산상 피해보상을 신청할 수 있다. 투자자들이 대표적으로 활용할 수 있는 위의 3가지 중재절차 가운데 어떤 것이 우리에게 유리한지 상황에 따라 살펴봐야 할 것이다. 이 때문에 이 제도들의 내용과 차이점을 비교 분석해보는 것은 필요한 것이다.

특히 이 같은 중재제도는 1994년 NAFTA 발효 이후 사법관계 뿐 아니라 공공정책으로까지 그 대상이 확대되면서 투자자가 지나친 권한을 행사하고 있다는 지적²⁰⁶⁾도 받고 있는 만큼 중재제도의 특성을 살펴 ISD제도에 적절히 활

205) M. Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes* (Hague: Kluwer Law International, 2000), pp.151-161.

206) 송호창, “투자자 국가제소권”, 『한미FTA 협정문 분석종합보고서』 (2007.6.20), 216쪽.

용하고 그 개선책을 마련하는 것이 필요하다고 본다. 국제중재기관의 문제점은 본질적으로 공공정책의 적법 여부를 판단할 수 없는 태생적 한계를 지닌 기구인 점을 들 수 있다. 사인간의 상사분쟁을 처리하기 위해 만든 제도이므로 국가의 공공정책과 관련되는 분쟁을 해결하는 절차로는 도입할 수 없다는 것이다. 특히 중재기구에는 상대적으로 숫자가 많은 미국통상법 전문가들로 구성될 수밖에 없는 것이 현실이다. 결국 공공성을 인정받기 어렵고, 오판의 경우 구제수단이 없다는 점을 들어 공공정책을 중재제도로 해결하는 것에 대해 반대 입장을 밝히고 있다.²⁰⁷⁾

투자자와 국가 간 투자분쟁의 경우, 전통국제법에서 한계를 가지고 있었다. 상호의존적이고 개방적인 세계경제에서 투자자가 관련된 국제투자분쟁의 해결에서 관련 당사자 모두가 수락할 수 있는 공정하고 객관적인 탈지역화된(delocalized) 분쟁해결제도를 필요로 하는 상황이 전개된 것이다.²⁰⁸⁾ 중재는 사법상의 권리나 사법과 공법이 함께하는 법률관계에 관한 분쟁이 발생할 경우, 당사자의 합의에 의해 법원 이외의 제3자(중재인)에게 해결을 위임하고, 그 판정(award)에 복종함으로써 분쟁을 최종적으로 처리하는 개별적이고 강제적인 분쟁해결방식이다.²⁰⁹⁾ 일반적으로 국제법상의 국제중재란 국가를 일방 또는 양 당사자로 하는 중재만을 의미한다. 국가와 국가간 또는 국가와 국제기구간의 중재를 취급하는 국가간 중재(interstate arbitration) 또는 국제중재(international arbitration)와 국가와 외국투자자간의 투자분쟁을 취급하는 국제투자중재(international investment arbitration)가 포함된다. 국제중재는 조약상의 국제적인 중재절차에 따라 행해지고 있다.²¹⁰⁾ 사인간의 국제상사분쟁만을 취급하는 국제상사중재(international commercial arbitration)는 국제법상 또는 합의의 국제중재의 범주에서 제외된다. 국제상사중재는 순수한 사인(기업)간의 중재로서

207) 송호창, 상계자료, 217-218쪽.

208) Munchlinski, Peter, *Multinational Enterprises and Law*(Oxford: Blackwell, 1999), p.537.

209) 백충현 외, 전게서, 320쪽.

210) M. R.. Sammartano, *International Arbitration Law*(Hague: Kluwer Law & Taxation Publishers, 1990), pp.20-24.

내국중재 또는 외국중재에 포함되기 때문이다.²¹¹⁾ 이에 비해 광의의 중재에는 국제상거래 당사자 중 일방이라도 국내적 요소(국적이나 주소지 또는 주된 영업소)를 구비하지 못한 중재뿐만 아니라 외국중재도 포함된다.²¹²⁾ 우리나라의 대한상사중재원 상사중재규칙 제2조에서는 국내중재를 제외한 모든 중재를 국제중재로 규정하고 있으나, 국제법상의 국가간 중재를 의미하는 국제중재에는 상사중재규칙상의 국제중재가 포함되지 않는다.²¹³⁾ 하지만 당사자간의 합의가 있을 경우 국제상사중재도 국제중재에 포함시키고 있다.

투자자와 국가 간의 투자분쟁은 주로 국제중재기구에서 처리하고 있다. 국제투자의 법적 보호를 위해 다국간 제도의 확립을 위한 노력은 여러 가지 형태로 이뤄져왔다. 그동안 1947년 국제무역기구 창설을 위한 ‘아바나헌장 초안’에서부터 1967년 외국인자산 보호에 관한 OECD협정 초안에 이르기까지 국제투자의 보호를 위한 다자조약의 체결 노력은 다각적으로 추진됐으나 아직도 이렇다 할만한 성과는 없다.²¹⁴⁾ 각 체결국의 특수사정이 중시되는 대상을 규율하기 위한 다자조약의 체결은 쉬운 일이 아니며, 투자국과 투자유치국의 이해대립으로 전망도 결코 밝다고는 할 수 없다. 이 같은 환경 속에서도 ICSID는 국제투자 확대 움직임에 따라 투자분쟁해결분야에서 힘을 발휘하고 있다. 동시에 UNCIRAL과 ICC도 사법중재처리기관에서 벗어나 투자자와 국가간 분쟁까지도 처리할 수 있는 권한을 가지면서 투자분쟁국제기구로서 역할을 담당하고 있다.²¹⁵⁾

211) 국제상사중재를 국제중재에 포함시키는 견해는 ‘국제(international)’를 ‘국가간(inter-state)’이 아닌 ‘국경을 초월해서 전개되는(transnational)’ 의미로 사용하는 것인데, 국제상사중재를 국제공법상의 중재에 포함시키는 견해는 적절치 못하다고 본다. 상사중재의 국제성에 관한 일반적인 논의는 김석호, “상사중재의 국제성에 관한 연구”, 『국제법학회논총』, 제36권 제2호(1991.12), 41-64쪽 참조.

212) 1985년 UNCITRAL에서 채택된 표준국제상사중재법 제1조제3항은 ①당사자의 영업소가 상이한 경우 ②중재지나 분쟁주체와 관련된 사항에 외국적인 요소가 있는 경우 ③중재합의의 주체가 2개국 이상과 관련 있는 경우라고 당사자들이 명시적으로 합의한 경우 등에 행해지는 중재를 국제적인 것으로 규정하고 있다.

213) 최승환, 전계논문, 240쪽.

214) 백충현 외, 전계서, 226쪽.

한미FTA²¹⁶⁾에 따르면 외국투자자는 투자유치국 정부를 상대로 국내법원에 제소하거나 국제중재를 요청할 수 있다. 투자유치국 정부가 협정상 의무나 투자계약 또는 투자인가를 위반해 투자자에게 손실을 발생시켰을 경우 투자자는 국가를 상대로 중재를 신청할 수 있다. 이 때 외국투자자는 본국과 외자유치국이 모두 ICSID협약 당사국인 경우에는 ICSID를 선택할 수 있고, 서로 합의에 따라 UNCITRAL 중재규칙, 기타 합의할 수 있는 중재절차(ICC 등)²¹⁷⁾에 따라 중재를 제기할 수 있다. 한국과 미국은 모두 ICSID 회원국인 만큼 ICSID협약을 이용할 가능성이 높다. 한미투자자는 UNCITRAL과 ICC를 언제든지 중재제도로 활용할 수 있는 기회는 열려 있는 만큼 어떤 중재절차를 이용해 투자국을 중재에 회부할 것인지는 전적으로 투자자의 선택에 달려 있다.

第2節 國際投資紛爭解決機關의 解決節次

1. ICSID 개요

ICSID는 국제투자로부터 발생하는 분쟁을 해결할 목적으로 1966년 세계은

215) UNCITRAL은 1976년 UNCITRAL 중재규칙을 발전시켜, 일반상사중재에 관한 국제협약을 마련하려는 작업을 꾸준히 시도해 결국, 1985년 국제상사중재에 관한 모델법을 완성 시킴으로서 국가를 당사자로 하는 중재만이 아니라, 개인과 개인 간의 중재에 대해서도 국제적인 규범을 마련하게 됐다. 1985년 모델법이 협약이 아닌데도, 국제적인 규범이 된 것은 1985년 모델법을 바탕으로 많은 나라들이 자국의 중재법을 개정, 제정하는 작업을 진행시켜 오고 있어 이러한 작업의 결과 상당히 많은 나라들이 이 모델법에서 사용하는 개념이나 용어 중재방식 효과에 대해 익숙해졌기 때문이다; 장문철 외, 『UNCITRAL 모델중재법의 수용론』 (서울: 세창출판사, 1999) 참조.

216) 한미FTA 제11.16조 제3항.

217) UNCTAD조사에 따르면 2006년 11월 현재 투자협정에 근거한 투자분쟁 사건 수는 255건. 이 가운데 156건(61%)은 ICSID에 접수됐고, 65건은 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재절차에 회부됐고, 그 외 ICC, 스톡홀름중재협회 국제중재법원 등에 제기됐다. 전 세계 70여 개국 정부가 투자분쟁 중재의 당사자(피 신청인)로 제소됐다. 이 가운데 아르헨티나는 총 42건의 중재신청(이 가운데 39건은 90년대 말 아르헨티나 외환위기 당시의 정부정책과 관련 있는 사건임)을 당해 가장 많은 투자분쟁 중재를 경험했다. 225건 가운데 42%정도가 전기, 정보통신, 채무증서, 상하수도 서비스, 폐기물관리 등과 같은 서비스 분야의 사건이다. 대한상사중재원, “투자분쟁개요” (2007) 자료.

행 산하에 설립된 중재기관이다. 국제투자분쟁은 주로 외국인 투자자와 투자유치국 정부간에 발생하게 된다. 기존의 국제법 체제하에서의 분쟁해결방법으로는 투자자를 보호하는데 한계가 있었다. 분쟁 발생시 투자유치국 국내법원에 제소하는 경우 분쟁의 일방당사자인 국가의 국내법원에서는 공정한 재판을 보장받을 수 없는데다 주권면제나 판결집행의 문제 때문에 이 역시 적절한 분쟁해결기관이 되기 어려웠다. 이러한 한계를 극복하기 위해 IBRD²¹⁸⁾의 주도와 후원 아래 ICSID 협약이 제정되어 동 협약에 따라 ICSID가 설립된 것이다.

ICSID는 설립 후 초기에는 사건처리 실적이 미비했다. 1987년 영국의 Asian Agriculture Products Ltd.라는 회사가 영국과 스리랑카 간의 BIT에 근거하여 스리랑카 정부를 상대로 중재 신청한 것이 양자투자협정 관련 첫 분쟁 사건이다. 그 후 전 세계적으로 투자협정이 급증하고 이에 따라 투자협정 위반에 근거한 투자분쟁도 증가하면서 2006년 11월말 255건의 투자분쟁이 제기됐고, 이 가운데 156건(61%)이 ICSID에 접수됐다.

ICSID는 투자자와 투자유치국간의 투자로부터 발생한 법률상의 분쟁을 중재로 처리하는 대표기관으로 자리 잡고 있는 것이다. 그러나 분쟁당사자들이 중재 신청하는 모든 사건을 처리하는 것이 아니고, 그 관할요건을 충족하는 사건에 한하여 이를 접수하고 처리한다. 최근 몇 년을 제외하고 설립된 지 40여 년 동안 사건 처리 실적이 지극히 미비했던 것도 이러한 이유 때문이다. 그럼에도 불구하고 투자분쟁과 관련한 ISD제도에 있어서 ICSID가 가장 선호되고 있는 이유는 투자분쟁 해결기관으로써 가장 공신력이 있고 전문성을 갖춘 중재기관이기 때문이다. ICSID에서 중재절차가 진행되고 있다는 사실만으로도 분쟁당사자들이 화해합의를 도출하는데 도움이 된다. ICSID의 활동에 대

218) 일명 세계은행(World Bank)이라고도 한다. 1945년 IBRD협정에 의거 설립, 1947년 UN 전문기관이 됐다. 목적은 경제부흥과 후진국의 산업개발을 위한 보증 또는 장기자금의 공급을 통해 국제투자를 촉진하는데 있다. 한국은 1955년 8월 26일 가입했다. 기관으로는 총회(매 1년)와 이사회, 총재, 사무국(워싱턴 소재)이 있다. 이병조·이중범, 전게서, 342, 677-679쪽; 2007년 9월 말 현재 회원국은 184개국; 긍정적 효과 뿐 아니라, IBRD의 비판의 목소리가 1980년대부터 높아지고 있다. 세계은행의 개발금융 확대는 빈부격차를 확대시킬 뿐 아니라 환경파괴나 인권침해마저 야기하고 있다. 세계은행의 프로젝트가 대규모 모인데다 비판세력으로 비정부기관의 국제적 네트워크가 발달했기 때문이다. 이진우, 『세계를 지배하는 얼굴 없는 국제기관 IMF·세계은행』 (서울: 한울, 1998), 29-31쪽 참조.

한 평가도 상당히 긍정적인 것으로 보인다.²¹⁹⁾ 특히 군함외교(gun-boat diplomacy)의 문제, 즉 강대국인 투자국이 상대적으로 약소국인 투자유치국에 대해 외교적 보호권 발동 등을 근거로 간섭할 것이라는 우려를 씻어줌으로써 개발도상국들이 투자유치에서 적극적인 자세를 취하는데 일조를 했다.²²⁰⁾ 1968년 인도네시아와 네덜란드가 투자협정에 처음으로 ICSID 중재조항을 삽입한 이후 많은 국가들이 도입하고 있다.²²¹⁾ 우리나라도 조약에서 대부분 ICSID를 이용할 수 있도록 규정하고 있다. ICSID 중재절차에서 중요한 요건을 살펴보기로 한다.

2. 관할 요건

ICSID의 관할권은 분쟁당사자가 ICSID에 회부할 것을 서면으로 동의한 분쟁으로써 협약 체결국과 타방체약국 국민간의 투자로부터 직접적으로 발생하는 모든 법률상 분쟁에 미친다.²²²⁾ 먼저 중재를 신청할 수 있는 자격 즉, 당사자적격에 관해 살펴본다.

가. 당사자 적격

일반 상사중재(commercial arbitration)의 경우 중재절차의 당사자는 해당 계약의 당사자이면 충분하고 달리 특별한 제한이 없다. 그러나 ICSID 중재의 경우에는 협약 규정에 따라 ‘일방당사자는 체약국이거나 또는 그 하부조직(constituent subdivision), 기관(agency)이어야 하고, 상대방은 다른 체약국의 국민이어야’한다. 따라서 분쟁당사자가 모두 체약국이거나 또는 모두 투자자인

219) 장승화, 전제서, 7쪽.

220) Matthew B. Cobb, “The Development of Arbitration in Foreign Investment”, *Mealey's International Arbitration*, vol.16, Rep. 48 (2001), p.6; <http://www.lawschool.westlaw.com> (홈페이지 2007.7.30 방문).

221) Rudolf Dolzer and Margarete Stevens, op. cit., p.130.

222) ICSID협약 제25조.

경우에는 ICSID의 관할이 미치지 않아 중재신청 접수가 거부된다.

(1) 체약국

각 국가는 ICSID 협약을 비준함으로써 체약국이 된다. 협약 제68조에 따라 협약 비준서를 ICSID에 기탁한 날로부터 30일이 경과하면 체약국 지위를 얻게 된다.²²³⁾ ICSID에 서면고지를 해 협약에서 탈퇴할 수 있다.²²⁴⁾ 협약의 체약국이 아닌 경우에도 국가는 ICSID 중재에 동의를 할 수 있으나 추후 협약의 체약국²²⁵⁾이 되기 위한 요건을 충족하는 경우에 한해 그러한 중재동의를 효력을 갖게 되며, 그렇지 않은 경우 ICSID는 당해 중재신청에 대해 관할권을 갖지 않는다.

(2) 체약국의 하부조직 또는 기관

국가는 중앙정부기관이나 별도의 실체(entity)를 통해 외국인 투자를 유치하거나 사업을 실시할 수 있다. 그러한 실체에는 지방정부, 정부의 공공기관 등이 포함된다. 외국인 투자자가 이러한 공공기관 등과 투자계약을 맺는 경우 계약서 내에 ICSID 중재조항을 넣는 삽입하는 경우가 많다. 이와 관련해 중재 절차에서 당사자적격 문제가 제기되는 경우가 있다. 외국인 투자자가 계약상 대방으로 하고 있는 공공기관 등이 ICSID에서 체약국으로서의 지위를 갖는지에 관한 문제가 제기된다. 이 때문에 체약국에게 ICSID의 관할대상이 되는 자국의 정부조직이나 기관을 지정해 ICSID 사무국에 통보하도록 했다.²²⁶⁾ 이러한 지정과 통보가 있어야 비로소 ICSID는 당해 기관에 대해 관할권을 갖는다. 이를 통해 체약국은 외국인 투자자에게 그들의 계약상대방이 ICSID의 관할이

223) 상계협약 제68조.

224) 상계협약 제71조.

225) 2006년 말 현재 우리나라를 포함해 144개국이 협약에 가입했다.

226) ICSID협약 제25조 제3항.

미치는 기관인 것을 확인시켜 준다. ICSID 사무국에 이러한 지정 및 통보는 당해 기관이 체약국의 하부조직임을 입증하는 증거가 되기도 한다.

(3) 다른 체약국의 국민

협약에 따르면 투자자는 다른 체약국의 ‘국민’이어야만 한다. 여기서의 ‘국민’에는 자연인과 법인이 모두 포함된다. 자연인에 대해 협약에서는 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날 및 중재신청이 등록된 날에 분쟁의 일방주체인 국가 이외의 체약국 국적을 갖고 있을 것을 규정하고 있다. 즉 분쟁당사국인 국가의 국민은 자국을 상대로 분쟁을 부탁할 수 없다. 이는 협약의 목적이 투자자와 투자유치국간의 분쟁해결을 통해 투자유치국으로부터 외국인 투자자를 보호하기 위한 것이므로 당연한 규정이라고 할 수 있다. 둘째, 분쟁당사국과 다른 체약국 국적을 동시에 가진 이중국적자도 ICSID의 관할에서 배제된다.

(4) 현지법인의 경우

법인에 대해 협약에서는 “양 당사자가 분쟁을 중재에 회부하기로 동의한 날에 분쟁당사국 이외의 국적을 갖고 있던 법인 및 그 일자에 분쟁 당사국의 국적을 가지고 있던 법인으로, 이를 외국인이 지배(foreign control)하고 있기 때문에 양당사자가 본 협약의 적용상 다른 체약국의 국민으로 간주할 것에 합의한 법인”이라고 규정하고 있다. 문제는 투자유치국의 국적을 갖고 있는 현지법인이 ICSID 중재의 당사자적격을 갖는지 여부이다. 투자유치국이 외국회사에게 현지법인의 설립을 요구하고 있는 현실을 감안할 때, ‘외국인의 지배’를 이유로 투자유치국 국적을 가진 기업을 다른 체약국의 국민으로 취급하기로 당사자들이 합의한 경우에는, 요구되는 국적을 가질 수 있도록 했다.²²⁷⁾

먼저 현지법인을 신청인으로 해 중재를 요청하는 경우, 신청인은 당해 법인을 외국 국적의 회사로 간주하기로 당사자간에 합의한 사실이 있다는 점을 입

227) 상계협약 제25조 제2항.

증해야 한다. 다만 협약은 이러한 사실의 입증에 별도의 형식을 요구하는 것은 아니며 유연한 입장을 보이고 있다. ‘Amco v. Indonesia’ 중재사건에서 피신청인 인도네시아 정부는 자신이 ICSID 중재에 동의한 사실이 없다며 관할권에 대해 항변하였으나, 중재재판부²²⁸⁾는 인도네시아 정부가 투자계약서상에서 신청인 회사를 ‘외국상사’로 지칭한 점에서 이를 외국인이 지배하는 외국회사로 합의했다는 것이 인정된다고 신청인의 당사자적격을 인정했다.²²⁹⁾

나. 당사자의 중재합의

분쟁을 ICSID 중재에 회부하기 위해서는 먼저 분쟁당사자들이 당해 사건을 ICSID에 회부하기로 서면으로 동의해야 한다.

(1) 계약서에 중재조항 삽입

당사자들이 ICSID 중재관할에 합의하는 가장 일반적인 형태는 당해 투자계약서에 중재조항을 삽입하는 방식이다. 이 경우 명시적인 중재조항이 있기 때문에 중재합의 존재여부에 대한 다툼이 생길 가능성은 없다. 다만 그 적용 범위에 대한 다툼은 있을 수 있다.

(2) 국내 법률의 규정

투자유치국이 외국자본을 유치하기 위한 목적으로 자국의 법령상 ICSID 중재를 규정하는 방식이 있다. 이러한 법령이 반드시 별개의 독립된 법률이어야 하는 것은 아니며, 회사법 또는 세법 등에 외국인투자 관련 규정을 두는 나라도 있다. 다만 그러한 국내 법률이 중재조항을 포함하고 있는 것만으로는 완

228) Arbitral Tribunal은 국제법체계에서는 주로 중재재판부, 중재법체계에서는 사법재판부와 구별하기 위해 중재재판부로 번역되고 있다. 본 논문에서는 중재재판부로 통일해 사용하기로 한다.

229) 대한상사중재원, “ICSID” (2007), 17쪽.

전한 중재합의가 성립되었다고 볼 수 없다. 실제 외국투자자가 중재절차를 개시함으로써 효력을 갖게 된다. 외국인투자자와 관련한 국내법에 이러한 중재합의의 범위, 즉 중재의 대상이 될 수 있는 범위를 제한적으로 규정한 경우도 있다. 'Tradex v. Albania' 사건²³⁰⁾에서 계약의 준거법이었던 알바니아 외국인투자법에서는 ICSID에 중재를 신청할 수 있는 대상을 제한해 수용(expropriation), 차별대우(discrimination)가 발생한 경우에 한해 이를 인정한다는 규정을 두고 있었다.

(3) 투자협정상의 중재조항

양자 및 다자간 투자협정에 ICSID 중재회부에 대한 규정을 두는 경우도 있다. ICSID에 접수되는 중재사건 대부분은 이러한 BIT상의 중재관할에 대한 규정을 근거로 하고 있다. 실제 BIT상의 분쟁해결조항은 복수의 절차를 선택적으로 두고 있는 경우가 많다. 투자유치국의 국내법원에 제소할 것인지 ICSID 또는 UNCITRAL 중재규칙에 따른 임의중재로 갈 것인지를 분쟁당사자가 선택할 수 있도록 규정하는 것이다. 문제는 그러한 중재합의가 어느 시점에 효력을 갖는가이다. NAFTA에서는 중재합의의 요건과 관련²³¹⁾해 “중재합의는 서면으로 작성해 분쟁당사자에게 전달돼야 하며, 중재요청서에 포함되어 있어야 한다”라고 규정하고 있다. NFATA에 근거해 중재를 신청한 'Ethyl Corporation v. Canada' 사건에서 중재재판부는 “신청인 Ethyl사는 중재절차를 개시함으로써 본 중재에 동의한 것으로 보아야 한다. 이러한 행위 즉, 중재신청은 그 자체로 당해 중재에 대한 동의로 간주되어야 한다.”고 판정했다.²³²⁾ 이렇듯 중재조항의 효력은 실제 외국인 투자자가 분쟁을 중재 신청하는 시점에 효력을 갖는 것으로 인정되고 있으며, 추후 별도의 요식행위(합의)가 요구되지는 않는 것으로 받아들여지고 있다.

230) ICSID Case No. ARB/94/2.

231) NAFTA 제1121조.

232) 대한상사중재원, 전계자료, 18쪽.

다. 법률상의 분쟁

우선 ICSID 중재에 회부할 수 있는 분쟁의 대상을 법률상의 분쟁(legal disputes)으로 제한하고 있다.²³³⁾ 법률상의 분쟁만이 ICSID 중재절차에 회부될 수 있다고 하는 요건은 ICSID 협약이 투자계약 및 투자관련 국내법규에 비추어 계약에 규정된 각 당사자의 권리와 의무에 관한 분쟁에 국한해 적용됨을 의미한다. 전통적으로 인정되어 온 ‘법률상 분쟁’ 유형으로는 ①공용징수나 국유화(nationalization)를 포함한 투자계약 및 관련입법의 해석이나 계약의 종료, 법률상의 의무위반으로 발생하는 보상의 범위에 관한 분쟁(국유화, 몰수와 관련된 분쟁), ②불가항력이나 면책사유와 관련한 분쟁을 포함한 계약상의 의무 불이행, ③안정화조항(stabilization clause)²³⁴⁾의 위반 등이 있다.

반면 계약의 전부 또는 일부의 재교섭과 같은 이해관계의 충돌(conflicts of interests)에 관한 분쟁은 일반적으로 ICSID 협약의 적용범위에 속하지 아니한다. 즉 상업상 및 경제상의 이익과 같은 단순한 이익의 충돌과 관련된 분쟁은 ICSID에 회부할 수 없다. 회계와 사실조사와 같은 사실상의 분쟁에 대해서도 협약은 적용되지 않아 당사자는 이러한 분쟁을 ICSID에 중재 신청할 수 없다.

라. 투자에서 직접 발생한 분쟁

협약에서는 중재신청의 대상이 된 분쟁이 투자에서 직접적으로 발생한(arising directly) 분쟁일 것을 요구한다. 따라서 투자사업과 직접적인 관련을 갖지 않는 부수적인(peripherally) 청구는 협약의 관할이 미치지 않는다. ‘직접적(directly)’이라는 의미는 투자와 분쟁과의 관련성을 의미하며, 분쟁의 성격을 가리키는 것이 아니다. 이러한 ‘직접성’은 투자가 외국의 직접투자(direct

233) ICSID협약 제25조.

234) 안정화조항이란 “투자계약의 전부 또는 일부를 규율하는 투자유치국 국내 법규의 개정이나 폐지를 투자자의 동의 없이는, 그가 계약상 가지는 권리와 의무에 영향을 미치지 아니한다”고 하는 투자계약상의 조항을 말한다. 이는 흔히 장기개발계약에서 볼 수 있으며, 투자계약의 당사자인 투자유치국 정부의 자의적 행동을 막기 위한 것이다.

foreign investment)일 것임을 의미하는 것은 아니다. ICSID 협약 제정 당시의 주석서에는 ‘직접성’이란 당해 분쟁이 투자와 합리적으로 밀접한 관련(reasonably closely connected to)을 갖고 있는 것을 의미한다고 해, 이러한 요건에 대해 객관적인 기준보다는 다소 유연한 입장을 보였다.

마. ICSID 관할의 확대

ICSID의 관할은 계약국과 다른 계약국 국민 간의 투자에서 직접적으로 발생한 법률상의 분쟁에만 국한된다.²³⁵⁾ 이러한 제한된 관할의 문제점을 개선하기 위해 ICSID는 1978년 부가중재규칙(Additional Facility Rules)²³⁶⁾을 제정했다.

부가중재규칙의 특징은 무엇보다도 ICSID의 인적 관할이 확대됐다는 점이다. 분쟁당사자인 국가 또는 분쟁당사자의 소속국가 중에 하나가 비계약국이기 때문에 ICSID의 관할에 속하지 아니하게 된 분쟁도, 사무국이 이 규칙에 따라 중재절차를 수행할 권한을 가진다.²³⁷⁾ 따라서 투자유치국이 ICSID 협약에 서명하지 않았거나, 투자자가 협약의 비계약국 국민이더라도 분쟁당사자 중 일방이 협약상의 관할요건을 충족하는 경우 분쟁을 ICSID에 회부할 수 있다. 그러나 주의할 점은 부가중재규칙에 따른 절차라 할지라도, 협약에 따른 절차와 마찬가지로 “국가와 외국투자자 간의 분쟁에만 적용된다”는 요건에는 변함이 없다.

ICSID 사무국은 당해 분쟁이 ‘투자에서 직접적으로 발생한 것’이 아니었던 분쟁, 즉 ICSID의 관할에 속하지 않는 법률상의 분쟁에 대해서도 중재절차를 수행할 권한을 가진다.²³⁸⁾ 협약 제25조 제1항에서 규정한 물적 관할에서 ‘투자’가 문제되는 경우가 아니거나 법률상의 분쟁이 아닌 사실조사(Fact-

235) ICSID협약 제25조 제1항.

236) Additional Facility Rules는 “센터의 운영에 속하지 아니하는 당사자나 분쟁에 대해 센터의 시설을 이용할 수 있도록 편의를 제공하는 것”을 말한다. 2003년 1월 최종 개정.

237) 1978년 부가중재규칙 제2조 (a)항.

238) 상계규칙 제2조 (b)항.

Finding)에 관한 분쟁과 함께 ICSID의 관할에 속하지 않는 분쟁도 처리할 수 있게 돼²³⁹⁾ 결과적으로 물적 관할이 확대됐다. 부가중재규칙은 협약 제25조의 요건을 충족하지 못한 분쟁을 위해 마련된 것이다. 이 때문에 협약의 규정은 부가중재규칙에는 적용되지 않아 양자는 서로 경합적인 관계가 아니라 보완적인 역할을 하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 부가중재규칙은 단지 이차적인 효력을 갖고, ICSID 관할요건을 충족시키지 못하는 경우, 그 시설 및 절차를 이용할 수 있는 기회를 제공하는 것이기 때문이다. 따라서 협약 상 중재판정의 승인과 집행에 관한 규정이 부가중재규칙에는 아무런 의미를 갖지 아니한다. 결국 이는 형식적인 면에서 UNCITRAL이나 ICC 중재규칙에 따른 중재절차와 크게 다르지 않다.

3. ICSID 중재절차

가. 중재절차의 개시

ICSID 중재절차에는 ICSID 절차개시 규칙(Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings)이 적용된다. 이곳에서 중재를 이용하고자 하는 당사자는 우선 사무국장에게 중재신청서를 제출해야 한다. 신청서에는 중재합의의 사본과 동의의 증거, 당사자적격을 판단할 수 있는 자료, 청구취지를 기재해야 한다.²⁴⁰⁾ 당사자적격과 관련해 신청인은 투자유치국이 아닌 다른 체약국의 국민이라는 점, 당사자 일방이 투자유치국의 하부조직이나 기관일 경우, 투자유치국이 중재합의와 관련해 이러한 기관에 대한 지정 및 통보²⁴¹⁾를 했는지 등이다. 또 중재에 동의한 일자와 투자자가 투자유치국에서 설립한 법인인 경우 이를 다른 체약국의 국민으로 간주한 사실 등을 중재신청서상에 기재해야 한다. 이 요건을 구비하기만 하면 신청서의

239) 상계규칙 제2조 (c)항.

240) ICSID절차개시규칙 제1조, 제2조.

241) ICSID협약 제25조 제3항.

작성에 특별한 양식이 요구되지 아니한다.

나. 사무국장(Secretary-General)의 심사

사무국장은 접수된 사건에 대한 심사권(screening power)을 가지며, 이를 통해 ICSID가 이 사건에 대해 관할권을 가지는지 여부를 최종 판단한다. 중재합의, 당사자적격 및 분쟁의 성질에 관한 심사를 통해, 분쟁이 ICSID의 관할권 밖에 있으면 등록을 거부할 권리를 가진다.²⁴²⁾ 사무국장에게 이러한 심사권을 부여한 목적은 당사자가 ICSID의 중재회부에 동의하지 않은 분쟁이나, 당사자적격이 없어 명백히 관할범위 밖에 있는 사건을 ICSID가 맡게 될 가능성을 사전에 방지하기 위해서이다. 사무국장이 신청을 심사해 그 등록을 거부하기로 결정한 경우 센터의 중재절차를 이용할 수 없게 된다. 사무국장의 관할권 결정에 대해 불복신청이 허용되지 않기 때문이다. 그러나 사무국장의 이러한 관할권 심사결정이 절대적인 것은 아니며, 피신청인은 관할권에 대한 이의를 사후에 중재절차 중에 제기할 수 있다. 즉 사무국장이 중재신청을 등록했다고 해서 중재재판부의 관할권에 대해 이의를 제기할 수 있는 피신청인의 권리에 영향을 미치는 것은 아니다.²⁴³⁾ 중재재판부가 구성된 후에 피신청인은 중재심리절차 과정에서 판정부의 관할권이 없다는 것을 본안 전 항변(preliminary objection)으로 주장할 수 있다.

다. 신청에 대한 심사결과의 통지

사무국장은 제출된 서류를 심사한 후 등록여부를 결정한다. 이때 등록할 것인지 여부를 결정하면 사무국장은 신청인(외국투자자)에게 이를 통지하고 상대방에게는 신청서 및 부속서류의 사본을 전달해야 한다.²⁴⁴⁾ .

라. 중재재판부의 구성

242) 상계협약 제28조 제3항 및 제36조 제3항.

243) ICSID 중재규칙 제41조.

244) ICSID협약 제5조.

중재재판부의 구성에 관한 협약 및 부속규칙의 내용은 융통성을 갖고 있으며, 대부분 임의규정으로 돼 있다. 따라서 중재재판부의 구성에 관한 협약 및 부속규칙은 당사자 사이에 특별한 합의가 없는 경우에만 적용된다. 협약에서 이에 관한 유일한 강행규정은 제37조 제2항과 제39조뿐이다. 중재인의 과반수가 분쟁당사자인 체약국 또는 분쟁당사자의 소속 국가(투자국) 이외의 국적을 가져야 한다고 규정하고 있다.²⁴⁵⁾ 그러나 이 규정은 중재재판부 전원이 양당사자의 합의를 통해 선정되는 경우 적용되지 아니한다. 합의에 의한 중재재판부 구성방식에 대해서는 신청서에 구체적으로 언급이 돼야 한다.²⁴⁶⁾ 당사자 일방이 중재인 선정에 협력을 거부하거나 양당사자가 일정한 기간 내 합의에 도달하지 못한 경우, ICSID 운영이사회는 의장은 당사자 일방의 요청에 따라 아직 선정되지 못한 중재인을 선정해야 한다.²⁴⁷⁾

분쟁당사자의 국적을 가진 중재인은 판정부의 과반수를 차지할 수 없다.²⁴⁸⁾ 그러나 이는 분쟁당사자들이 1인의 단독중재인을 선정하기로 합의하거나, 각 중재인들을 양측이 합의해 선정하는 경우에는 적용되지 않는다. 당사자들이 선정한 중재인과 동일한 국적의 중재인은 다시 선정될 수 없다.²⁴⁹⁾ 결국 3인 중재인으로 된 중재재판부의 경우 상대방 당사자가 합의하지 않는 경우 1인만이 분쟁당사자와 동일한 국적을 가질 수 있다.

마. 절차의 종결

ICSID에 회부된 분쟁은 ①당사자의 합의에 의한 절차의 중지²⁵⁰⁾, ②당사자의 화해를 반영한 화해판정²⁵¹⁾, ③당사자의 요청에 의한 절차중지²⁵²⁾, ④중재재판부

245) 상계협약 제39조.

246) ICSID 절차개시규칙 제3조.

247) ICSID협약 제 30조 및 제38조.

248) 상계협약 제39조.

249) ICSID중재규칙 제3조 제1항.

250) 상계중재규칙 제43조 제1항.

의 결정²⁵³⁾, 즉 중재판정으로 종결된다. ②의 경우, 판정이 내려지기 전에 당사자들이 화해로 분쟁해결에 합의하면, 중재재판부는 중재절차의 종결을 명하거나, 당사자 쌍방의 요청에 따라 합의된 조건에 입각해 중재판정의 형식으로 화해조서를 작성하게 된다. 중재재판부가 본안사항에 대한 중재판정을 내림으로써, 절차가 종결되는 경우 판정은 중재인 과반수로 결정되며²⁵⁴⁾, 중재인은 판정에 대해 개별의견 또는 반대의견을 첨부할 수 있다.²⁵⁵⁾

바. 중재판정의 승인과 집행

국제중재판정의 경우 승인과 집행의 문제가 발생하게 된다. ICSID 협약은 ICSID에서 내려진 중재판정에 관한 승인 및 집행 규정을 두고 있다.²⁵⁶⁾ 우선 ICSID의 중재판정은 협약에 규정된 경우를 제외하고는 어떠한 불복신청 또는 구제수단의 대상이 되지 않는다고 규정하고 있다. 그 최종성을 확인하는데 그치지 않고²⁵⁷⁾, 각 체약국이 중재판정을 구속력 있는 것으로 승인하고 그 판정에 의해 부과된 금전상의 의무를 자국법원의 최종판정과 같이 집행한다.²⁵⁸⁾ 또 체약국은 중재판정의 승인과 집행을 위한 관할기관을 ICSID에 지정해야 하며, 체약국 영역 내에서 판정의 승인과 집행을 이행하는 당사자는 지정한 관할기관(법원 또는 관련 당국)에 ICSID의 사무국장이 인증한 판정문의 등본을 제출해야 한다.²⁵⁹⁾

251) 상계중재규칙 제43조 제2항.

252) 상계중재규칙 제44조.

253) 상계중재규칙 제47조.

254) ICSID협약 제54조 제1항.

255) 상계협약 제48조 제4항.

256) 상계협약 제53조와 제55조.

257) 상계협약 제53조제1항.

258) 상계협약 제54조 제1항.

259) 상계협약 제54조 제2항.

(1) 중재판정의 승인

ICSID 중재판정의 경우 협약에서 규정하고 있는 승인 요건 이외의 다른 요건은 적용될 수 없고, 이의제기의 대상이 될 수 없다. 따라서 국가 법원 또는 기타 관할기관의 역할은 ICSID 중재판정이 진정한 것인지의 여부를 검증하는데 그친다. 협약 제54조 제2항에 따라 중재판정의 승인을 얻으려는 당사자는 사무국장이 인증한 중재판정 사본을 지정 국가법원 또는 기타 관할기관에 제출해야 하고, 이로써 중재판정의 기판력이 인정된다.

(2) 중재판정의 집행

협약에서 정한 사항을 제외하고 중재판정에 대한 항소 또는 기타 구제조치는 허용되지 않는다.²⁶⁰⁾ 나아가 협약에서 정한 구제조치만 허용된다.²⁶¹⁾ 협약에서 인정하는 구제조치로는 중재판정의 정정²⁶²⁾, 해석²⁶³⁾, 재심²⁶⁴⁾, 취소²⁶⁵⁾가 있다. 협약에서는 외부기관에 해당 중재판정에 대한 이의제기를 허용하지 않는다. 중재판정의 승인 및 집행이 청구된 법원도 해당 중재판정의 진정 여부를 확인하는 역할만 할 수 있고 이의제기에 관한 판단을 할 수 없다. 따라서 집행법원은 ICSID 중재재판부의 관할권 존재 여부나 대상 분쟁의 본안에 대해 판단할 수 없으며, ICSID 중재절차의 공정성 및 적절성을 조사할 수도 없다.

사. 중재판정의 취소

ICSID협약 제52조에서는 중재재판부에 의해 내려진 중재판정의 취소절차에

260) 상계협약 제53조 제1항.

261) 상계협약 제26조.

262) 상계협약 제49조 제2항.

263) 상계협약 제50조.

264) 상계협약 제51조.

265) 상계협약 제52조.

대해 규정하고 있다. ICSID의 중재판정은 양당사자에게 최종적이며 구속력을 갖지만 다음의 제한적인 취소사유에 해당하는 경우 패소한 당사자는 사무국에 중재판정의 취소를 신청할 수 있다. 특별한 경우가 아니면 사실상 취소신청은 힘든 실정이다.

(1) 취소사유

중재판정 취소사유는 협약 제52조 제1항에서 열거하고 있는 사유에 국한되며, 취소신청서상에 사유를 명시해야 한다. 취소사유로는 ①중재재판부가 적절히 구성되지 않았거나 ②중재재판부가 자신의 권한을 명백히 벗어났거나 ③중재재판부의 중재인에게 명백한 부정(corruption)이 있었거나 ④기본적인 절차규칙을 중대하게 위반했거나 ⑤중재판정에 판정의 이유를 명시하지 않은 점 등이다.²⁶⁶⁾

(2) 임시위원회(ad hoc committee)

중재판정 취소신청서가 접수되면 ICSID 운영이사회 의장은 중재인단 가운데 3인의 중재인을 선정해 임시위원회를 구성한다.²⁶⁷⁾ 중재판정을 내린 중재재판부의 중재인은 임시위원회에서 제외되며, 분쟁당사국이나 분쟁당사자의 소속 국가 국민이어서도 아니 된다. 임시위원회는 협약 제52조 제1항에 규정된 사유를 근거로 해 중재판정의 전부 또는 일부를 무효로 할 수 있다. 필요한 경우 임시특별위원회는 결정을 내릴 때까지 중재판정의 집행을 정지할 수 있다.

266) 우리나라 중재법은 제36조 제2항에서 중재취소 사유를 다음과 같이 열거하고 있다. ①중재합의의 당사자가 그 준거법에 의해 중재합의 당시 무능력자이었던 사실 또는 중재합의가 무효인 경우 ②중재판정의 취소를 구하는 당사자가 중재인의 선정 또는 중재절차에 관해 적절한 통지를 받지 못했거나 기타의 사유로 인해 본안에 관한 변론을 할 수 없었던 경우 ③중재판정이 중재합의의 대상이 아닌 분쟁을 다룬 사실 또는 중재판정이 중재합의의 범위를 벗어난 사항을 다룬 경우 ④중재판정부의 구성 또는 중재절차가 강행규정에 반하지 아니하는 당사자간의 합의에 따르지 아니하거나 그러한 합의가 없는 경우에는 이 법에 따르지 아니한 경우 ⑤혹은 법원이 직권으로 다음 각 1에 해당하는 사유가 있다고 인정하는 경우. 중재판정의 대상이 된 분쟁이 대한민국의 법에 따라 중재로 해결될 수 없는 때 혹은 재판정의 승인 또는 집행이 대한민국의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 경우.

267) ICSID협약 제52조 제3항.

(3) 집행정지 결정

중재판정의 취소신청에 따라 임시위원회가 구성되면 집행정지를 구하는 당사자는 위원회에 정지신청을 해야 한다. 임시위원회는 집행정지 신청서 상의 정지사유를 검토해 타당하다고 인정되는 경우 중재판정의 집행을 정지한다는 결정을 내린다. 이러한 집행정지는 임시위원회가 중재판정 취소신청에 대한 결정을 내리는 날에 자동적으로 종료된다. 취소신청이 기각되면 중재판정은 구속력을 갖고 집행될 수 있다.²⁶⁸⁾ 취소신청이 인용돼 중재판정이 취소되면 새로운 중재재판부에 의해 다른 중재판정이 내려질 때까지 집행될 수 없다.²⁶⁹⁾

(4) 취소 후 절차

임시위원회가 중재판정 취소신청을 인용해 판정을 취소하면 중재판정은 효력을 상실한다. 당해 분쟁은 일방당사자의 요청에 따라 새로운 중재재판부에 다시 중재를 신청할 수 있다(협약 제52조 제6항). 중재판정의 전부가 취소된 경우 당사자들은 중재절차를 다시 시작해야 하고, 일부만이 취소된 경우 취소된 부분에 한해 새로이 중재절차를 재개할 수 있다.

第3節 國際商事紛爭解決節次

국제상사중재는 국제거래에서 발생하는 분쟁을 중재로써 해결하는 제도이다. 그 절차와 방법 등에는 여러 가지가 있고, 이를 관장하는 상설중재기관도 다양하다. 나라와 지역에 따라 그들 나름대로의 상사중재제도를 운영하고 있다. 이에 적용되는 중재규칙도 무수히 많고, 각각의 특색을 가지고 있다. 우선 상사중재제도는 영미법계와 대륙법계로 나누어 볼 수 있다. 영미법계는 판례

268) 상계협약 제53조, 제54조.

269) 상계협약 제52조 제6항.

법을 중심으로 하는 불문법국가로서 중재에 관해서는 대개 특별입법을 하고 있고, 대륙법계는 성문법국가로서 중재법을 대체로 민사소송법편제에 넣고 있다.²⁷⁰⁾ 이 가운데 국제투자중재에서 많이 사용되고 있는 중재는 주로 영미법계가 주류를 이루고 있다. 상사분쟁은 물론 투자자와 국가간 중재분쟁까지 취급하고 있는 영미법계의 중재절차에 뿌리를 두고 있는 UNCITRAL과 ICC 중재절차를 살펴본다.

1. UNCITRAL 중재규칙²⁷¹⁾

가. 특성

UNCITRAL 중재규칙은 범세계적으로 확대 적용시키기 위한 일반적 성질의 규칙이다. 서구권 또는 동구권의 경제체제에서나, 선진국 또는 개발도상국, 영미법 또는 대륙법의 법계 등 그 어느 곳에서도 채택, 적용될 수 있도록 세부적인 배려가 이뤄진 표준중재규칙이다. 입안과정에서부터 개발도상국을 포함한 세계 각국과 국제기구들이 적극적으로 참여했다. UNCITRAL 중재규칙의 입안을 위해 수많은 중재법규가 참고자료로 비교 검토되기도 했다. 참조된 중요 중재법규로는 1958년의 ‘외국중재판정의 승인과 집행에 관한 뉴욕협약’과 ‘국제상사구주협약’인 1961년 ‘제네바협약’, ‘국가와 타국민간의 투자분쟁해결에 관한 1965년의 ICSID협약(위싱턴협약)’, 1966년의 ‘통일중재법에 관한 스트라스부르 구주협약’, 경제, 과학 및 기술협력에서 발생하는 분쟁의 중재해결을 위한 1972년의 ‘모스크바협약’ 등을 들 수 있다. 또 1966년의 ‘ECE 중재규칙’

270) 백충현 외, 전계서, 322쪽.

271) ICSID중재 외에 가장 보편적으로 이용되는 중재절차는 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재이다. NAFTA 회원국 가운데 미국을 제외한 멕시코와 캐나다는 아직 ICSID 협약의 체약국이 아니기 때문에 이들 국가는 대안으로 UNCITRAL 중재규칙에 따라 임의중재(ad hoc arbitration)를 규정, 활용하고 있다. 이는 특정 중재기관에서 그 기관의 중재규칙에 구속돼 진행되는 것이 아니라, 분쟁당사자가 임의의 장소에서 UNCITRAL 중재규칙에 따라 중재를 하는 것이다. 대한상사중재원, 전계자료.

과 ‘ECAFE 국제상사중재규칙’, 1975년의 ‘CMEA 중재절차의 통일규칙’, 1975년의 ‘ICC 중재규칙’, ‘미국 중재협회중재규칙’, ‘미주 상사중재위원회 절차규칙’, 러시아 모스크바 상공회의소의 ‘외국무역 중재위원회규칙’ 등도 참조됐다.²⁷²⁾

UNCITRAL 규칙은 1976년 12월 15일 UN 총회에서 승인됐다. 이는 국제거래법의 통일에 대한 중요하고도 성공적인 기여 중의 하나로 평가받고 있다. UN총회는 1976년 UNCITRAL 건의에 따라 “국제거래계약은 UNCITRAL 중재규칙에 따른다”는 취지를 명시적 방법을 통해 활용하도록 권고하는 내용의 결의를 했다. 실제로 이 규칙은 다른 기구의 중재규칙 속에 편입되거나 표준 중재규칙으로서 이용되고 있다. 특히 이 규칙의 특징은 적용을 국제상사분쟁에만 한정시키지 않고 있다는 점이다. 이 규칙은 상거래의 국제적 성격을 그 적용조건으로 규정하는 명문조항을 두지 않아 국가와 투자자 간의 분쟁에도 적용되는 등 그 범위가 사적 및 사적·공적 분야를 함께하는 분야에도 적용되고 있다. 당사자가 합의하면 순수한 국내적 성격의 상거래에서 발생하는 국내 분쟁의 해결에도 이 규칙의 적용가능성은 배제되지 않는다.

나. 주요내용

(1) 적용범위

계약당사자가 계약과 관련된 분쟁을 UNCITRAL 중재규칙에 따라 중재에 회부할 것을 서면으로 합의한 경우에는 그 분쟁은 본 규칙에 의해 해결된다. 다만 당사자가 서면을 통해 본 규칙의 수정적용에 합의했을 경우에는 그에 따른다.²⁷³⁾ 본 규칙은 이 중재규칙에 대한 당사자 자치의 원칙을 밝히고 있다. 따라서 국제거래에서 발생하는 분쟁이 아닌 기타의 분쟁에도 그 적용이 가능하다. 여기에서 서면에 의한 합의라고 할 때에는 서신이나 전신이나 전보에 의한 합의도 포함된다고 본다. 중재절차에 적용되는 규칙을 당사자들이 스스

272) 백충현 외, 전게서, 323쪽.

273) UNCITRAL 중재규칙 제1조 제1항.

로 선정·변경·보완할 수 있다는 당사자 자치의 원칙은 본 규칙 제1조 제2항에 의한 준거국내법규의 강제규정에 의해 제한을 받는다. 당사자가 합의해 결정한 중재규칙의 규정이 중재에 적용되는 국내강행법규에 저촉되는 경우, 그 강행법규가 이 중재규칙에 우선해 적용된다.

(2) 표준중재조항(Model Arbitration Clause)

표준합의를 명확하게 하기 위해서는 일반적으로 표준중재조항을 사용하는 것이 바람직하다. 당사자의 경험 부족과 중재조항 내용의 미흡 등으로 중재조항이 없는 경우, 사태가 악화되는 것을 방지하기 위해 각국 중재기관은 이 표준중재조항의 활용을 적극적으로 권장하고 있다. 이 규칙에 나타난 표준중재조항을 보면 다음과 같다. “이 계약으로부터 또는 이 계약과 관련한 불이행·종료, 무효로 발생하는 분쟁, 다툼 또는 배상청구는 현행 UNCITRAL 중재규칙에 따른 중재로 해결한다”.²⁷⁴⁾ 이러한 표준조항에 당사자는 ①중재인 선정권자(기관명 또는 인명), ②중재인수(보통 1인 또는 3인), ③중재지(도시 또는 나라), ④중재진행에 사용할 언어 등을 추가할 수 있다.

(3) 중재인

당사자가 중재인수에 관해 사전에 합의하지 아니한 경우, 중재신청통지를 상대방이 수령한 후 15일 이내에 당사자가 중재인을 1인으로 한다면 합의하지 아니하는 경우에는 중재인 3인으로 한다.²⁷⁵⁾ 단독중재인을 선정하고자 하는 경우 상대방 당사자가 단독중재인의 선정제안을 받은 후 30일 이내에 당사자 쌍방이 단독중재인 선정에 합의하지 못하면 당사자 합의에 의해 선정된 중재인 선정권자가 단독중재인을 임명한다.

274) Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rule as at present in force.

275) UNCITRAL중재규칙 제5조.

그러나 당사자가 중재인 선정권자의 선임에 합의하지 못하였거나 또는 당사자의 합의에 의해 선임된 중재인 선정권자가 당사자의 일방으로부터 요청을 받은 후 60일 이내에 그 임명을 거부하거나 임명권을 행사하지 아니하는 경우에는 당사자 중 어느 쪽에서나 헤이그 상설중재재판소 사무총장에게 중재인 선정권자를 지명해 줄 것을 요청할 수 있다.²⁷⁶⁾ 중재인 선정권자는 한 당사자로부터 요청을 받으면 지체 없이 단독중재인을 선정해야 하는데, 그 선정절차는 독특한 방식을 채택하고 있다.²⁷⁷⁾ 중재인을 선임할 때 중재인 선정권자는 독립적이며 공정한 중재인 선정을 보장하기 위한 적절한 고려를 해야 한다. 당사자의 국적 이외의 국적을 가진 자를 중재인으로 선정할 경우, 타당성 여부를 신중히 고려해야 한다.²⁷⁸⁾ 3인의 중재인을 선정할 경우에는 당사자가 각각 1인의 중재인을 임명하며, 임명된 2인의 중재인은 중재재판부의 의장이 될 제3의 중재인을 선정한다.²⁷⁹⁾

(4) 중재의 운용

중재재판부는 본 규칙에 따라 적절하다고 인정하는 방식으로 중재를 운용할 수 있다. 다만 이 경우 당사자 쌍방을 공평하게 대우해야 하며, 중재심리의 어느 과정에서도 각 당사자에게 진술할 수 있는 기회를 충분히 부여해야 한다.²⁸⁰⁾ 중재절차의 어느 단계에서도 중재재판부는 당사자의 일방으로부터 요구가 있으면 증인·감정인의 증언 또는 구두변론을 위해 심리를 개최해야 한다. 그러나 이러한 요구가 없는 경우에는 중재재판부가 스스로 결정한다.²⁸¹⁾ 그런데 본 규칙 중에는 좀 특이한 권리포기조항이 삽입돼있다. 즉 중재절차가 본

276) 상계규칙 제6조 제2항.

277) 상계규칙 제6조 제3항.

278) 상계규칙 제6조 제4항.

279) 상계규칙 제7조 제1항.

280) 상계중재규칙 제15조 제1항.

281) 상계중재규칙 제15조 제2항.

규칙의 규정과 요건에 따르지 아니한다는 것을 알고 있는 당사자가 그에 대해 즉각적인 항의를 제기하지 않고, 중재절차에 의하는 경우에는 그 당사자의 이의신청권은 포기된 것으로 간주한다.²⁸²⁾

(5) 잠정조치(Interim Measures Protection)

당사자의 어느 일방이 요청하는 경우, 중재재판부는 부패성이 있는 물품의 매각 또는 제3자에게 물품의 보관을 명하는 등 분쟁의 내용을 이루고 있는 물품의 보존을 위한 조치를 포함해 필요하다고 인정하는 잠정조치를 취할 수 있다.²⁸³⁾ 이러한 조치는 중간 판정의 형식으로 행해질 수 있다.²⁸⁴⁾ 당사자의 어느 일방이 사법당국에 잠정조치를 신청했다 할지라도 그 신청은 중재합의와 모순되지 않으며, 중재합의의 포기로 간주되지 아니한다.²⁸⁵⁾

(6) 준거법

중재재판부는 당사자 쌍방이 분쟁의 실체에 적용할 것을 지정한 법률을 적용해야 하며, 당사자간에 이러한 준거법에 대해 지정이 없으면 그 분쟁에 관해 적당하다고 생각하는 법규에 따라 결정되는 법을 적용해야 한다고 규정하고 있다.²⁸⁶⁾ 이러한 실체준거법은 중재절차의 준거법과는 분명히 구별되어야 한다. 본 규칙 제1조 제2항은 ‘중재에 적용되는 법’ 중에서 당사자가 임의로 변경할 수 없는 규정, 즉 강행법규는 본 규칙에 우선한다고 하고 있다. 이때 이 ‘중재에 적용되는 법’은 중재절차법을 뜻하는 것이며 따라서 제1조 제2항은 제33조의 실체준거법에는 적용되지 않는다.

282) 상계중재규칙 제30조.

283) 상계중재규칙 제26조 제1항.

284) 상계중재규칙 제26조 제2항.

285) 상계중재규칙 제26조 제3항.

286) 상계중재규칙 제33조 제1항

또 중재재판부는 우의(友誼)적 중재인으로서나 형평과 선에 따라 판정할 수 있다. 이는 당사자가 명시적으로 중재재판부에 그러한 권한을 주었거나 또는 중재절차에 적용되는 준거법이 허용하는 경우에만 한정된다.²⁸⁷⁾ 이 같은 규정은 다른 중재규칙에서도 많이 나타나고 있어 색다르다고 할 수 없다. 하지만 중재재판부는 어떠한 경우에도 계약조건에 따르거나 당해거래에 적용될 수 있는 무역관행을 고려해 판정해야 한다²⁸⁸⁾고 규정, 준거법으로써의 거래관행을 강조하고 있다. 이론상으로는 무역관행보다는 계약을 우선하는 것이 타당할 수도 있지만 실제 경우에는 계약상의 명문조건이 당사자의 의사와는 달리 무역관행에 따라 해석되는 경우도 있다는 것을 고려한 규정인 것으로 보인다. 여기서 무역관행이라는 것은 포괄적인 개념으로 무역조건의 해석에 관한 국제규칙(INCOTERMS)이나 기타의 거래약관도 포함될 수 있으며, 특히 상관행에 있어서는 이를 상관습과 구별할 실익이 전혀 없다고 할 것이다.²⁸⁹⁾

2. ICC 국제중재규칙²⁹⁰⁾

가. ICC²⁹¹⁾ 중재재판소

ICC 중재재판소(ICC Court or Arbitration)는 오늘날 국제중재에 상당한 영향력을 끼치고 있다. ICC 중재재판소는 ICC가 창설된 지 3년 후인 1923년에 사인 간의 국제상사분쟁을 해결하기 위해 처음으로 설치됐다. 이어 1965년 비

287) 상계중재규칙 제33조제2항.

288) 상계중재규칙 제33조 제3항.

289) 백충현 외, 전게서, 326쪽.

290) <http://www.kocham.net> , 대한상사중재원, 『ICC 국제중재규칙(Rules of Arbitration)』 , 2004 참조.

291) ICC는 1919년 미국에서 준비회의가 열려 민간 기업인으로 구성되는 국제경제단체의 설립을 결정, 1920년 파리에서 발족했다. 목적은 각국 상공회의소 간 상호연결, 조정을 통해 공동의 문제해결에 있다. 현재 회원은 80개국이며 대한상공회의소는 1959년 가입했다. 총회, 이사회, 집행위원회, 전문위원회, 국제중재법원, 국제중재위원회, 사무국 등이 있다. 이병조·이중범, 전게서, 390쪽.

엔나(Vienna) 총회에서 채택된 특별결의를 통해 국가와 개인의 분쟁까지 관할할 수 있게 됐다. 그러나 개발도상국들은 ICC 조정 및 중재규칙에 따른 중재에 회의적인 태도를 보였다.²⁹²⁾ 이 같은 현상에도 불구하고 ICC는 주로 국제거래와 관련한 중재를 관리해주는 국제중재기관으로 역할을 하고 있다.²⁹³⁾ 국가(국제기구)와 투자자 간, 또는 투자자와 투자자 간 분쟁을 취급하고 있다. 상사적 성격을 엄격하게 해석해오지 않아 국제무역과 투자에서 일어나는 어떤 종류의 분쟁도 관할해오고 있다.²⁹⁴⁾ ICC 중재재판소는 상설재판기관이 아니고, 중재를 관리하는 중재기관인 점에서 PCA와 유사하나 PCA보다 더욱 조직적, 체계적, 적극적으로 현재의 중재관행을 정비하고, 장래를 이끌어가는 중요한 역할을 하고 있다. ICC 중재재판소가 국제거래와 관련해 발생하는 사인간의 분쟁을 해결하기 위해 조직적인 틀을 갖추고 중재관련 서비스를 제공하는 것은 국제거래와 투자의 흐름을 촉진시키려는 ICC의 목적에 부응하는 것이다.²⁹⁵⁾

ICC 중재재판소는 독자적인 중재규칙을 일정기간마다 개정해 자신이 관리하는 중재에 적용되도록 하고 있다.²⁹⁶⁾ ICC 중재재판소에서 마련하는 ICC 중재규칙은 주로 상인간에 많이 활용되고 있다. 그러나 국가를 당사자로 하는 중재 중 상당히 유명한 사건들이 ICC 중재규칙에 따른 중재로 해결돼 국제법상으로도 주시해야 할 중요한 중재규칙이다. ICC 중재 중에서 국가를 당사자로 하는 국제중재 중 국제중재와 국내법원이 서로 관련되는 면에서 주목되는 것으로는 피라미드사건

292) Tharp, *Transnational Enterprises and International Regulation: Survey of Various Approaches in International Organizations*, vol.30(New York: McGraw Hill, 1989), p.60.

293) 강병근, “국가를 당사자로 하는 중재재판제도 연구”, 『한림법학』, 제8호(1999.11), 244쪽.

294) J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, vol.Ⅱ (New York: Oceana Publications, 1979), p.146.

295) Tila Maria de Hancock, “The ICC Court of Arbitration—The Institution and Its Procedures”, *Journal of International Arbitration*, vol.1(1984), p.21.

296) 무역과 관련한 각종 규칙과 협약을 제정하고 이에 준해 계약을 체결하고 이행할 것을 권장하고 있지만 계약을 체결한 당사자들이 속해있는 국가들이 국제규칙이나 협약을 법적 효력이 있는 것으로 인정하지 않는 경우도 있으며, 당사자들이 이를 구속력 있는 것으로 받아들이지 않기로 하는 경우에는 이를 원용할 수 없다. 김선광 외, 『국제통상학개론』 (서울: 동성출판사, 1997), 56-57쪽.

(The Piramid Case)과 웨스트랜드사건(The West land Case)이 있다.²⁹⁷⁾

나. ICC 중재규칙

(1) ICC 중재의 기본원칙과 일반적 특징

ICC는 국제상사중재에 괄목할만한 역할을 해왔다. 이 기관의 중재 기본원칙과 특성은 다음과 같이 5가지로 요약할 수 있다.²⁹⁸⁾ ①범세계성을 들 수 있는데, 분쟁당사자의 국적을 가리지 아니 한다. ②포괄성으로 국제경제 거래의 모든 분야를 취급할 뿐만 아니라, 공기업과 사기업을 가리지 아니한다. ③ICC중재는 국제상업회의소의 소재지인 파리 이외의 어떤 국가에서도 그 절차를 진행시킬 수 있다. ④중재인의 선정에 있어서의 개방성과 융통성이다. 국제중재재판소가 어느 국적의 중재인을 선정하느냐는 대개 ICC 국내위원회의 제의에 따른다. 국제중재재판소의 구성원의 국적은 세계 각 지역 국가의 50여 개국에 망라되었으나 중재인의 선택의 범위가 중재인단에만 국한되지 않는다. ⑤중재절차진행상의 신속성이다.

(2) ICC 중재규칙

국제중재재판소는 ICC에 부설된 국제중재기구로 이 규칙에 의거해 국제적 성격을 띤 상사분쟁을 중재에 의해 해결되도록 할 뿐이고, 직접 분쟁을 해결하는 것은 아니다.²⁹⁹⁾ 재판소는 중재인의 선임 또는 그 확인을 한다. 분쟁은 단독중재인이나 3인의 중재인에 의해 해결될 수 있다. 당사자들은 중재신청이 피신청인에 통보된 날로부터 30일 이내에 단독중재인을 합의하지 못하는 경우, 그 중재인은 재판소가 선임한다. 분쟁이 3인의 중재인에게 부탁되는 경우,

297) 강병근, 전제논문, 244-247쪽 참조.

298) 장효상, 전제서, 920쪽.

299) ICC 중재규칙 제1조 제1, 2항, 부칙II.

각 당사자가 중재신청서와 그에 대한 답변서에 각 1명씩을 선정해 재판소의 확인을 받는다. 의장 중재인이 될 제3의 중재인은 당사자들이 선정한 중재인들이 일정한 기한 내에 합의하기로 한 별도의 약정이 없는 한 재판소에 의해 선임된다.³⁰⁰⁾ 중재 장소도 당사자들 간의 다른 약정이 없는 한 재판소가 결정한다.³⁰¹⁾ 중재인은 모든 적절한 수단에 의해 가능한 한 빠른 시일 내에 사실 확인을 위한 절차를 진행시켜야 한다.³⁰²⁾ 판정을 내릴 기한은 6개월이다.³⁰³⁾

당사자는 분쟁의 본안에 대해 중재재판부가 적용해야 할 법률에 대해 자유롭게 합의할 수 있다. 이와 같은 합의가 없는 경우, 중재재판부는 적절하다고 결정한 법률을 적용해야 한다. 모든 경우 중재재판부는 계약의 조항과 이와 관련된 무역관행을 고려해야 하며, 모든 당사자가 그러한 권한을 부여하는데 동의한 경우에 한해 형평에 근거해 결정할 권한을 가진다.³⁰⁴⁾ 중재인은 당사자들이 그러한 권한을 부여하기로 합의한 경우에는 우의적 중재인으로서의 권한을 가질 수 있다.³⁰⁵⁾ 그 어느 경우에도 중재인은 계약의 규정 및 관련 상관습을 고려해야 한다.³⁰⁶⁾

중재판정은 최종적인 것이며 모든 판정은 당사자 쌍방을 구속한다. 당사자는 동 규칙에 따라 분쟁을 중재에 회부함으로써 어떠한 판정이라도 지체 없이 이행할 의무를 부담할 뿐 아니라, 그러한 권리의 포기가 유효하게 이뤄질 수 있는 한 어떠한 형태의 상환청구에 관한 권리도 모두 포기한 것으로 간주한다.³⁰⁷⁾

라. 중재규칙 부칙(부속서)

300) 상계중재규칙 제8조 및 제9조.

301) 상계중재규칙 제14조.

302) 상계중재규칙 제15조.

303) 상계중재규칙 제24조 제1항.

304) 상계중재규칙 제17조.

305) 상계규칙 제13조 제4항.

306) 상계규칙 제13조 제5항.

307) 상계규칙 제28조 제6항.

ICC 국제중재재판소 규정은 중재규칙의 부속서 I(정관)에 첨부되었다. 재판소의 구성원은 각 국내위원회의 제안에 따라 국제상업회의소 이사회가 임명한다(제3조). 그 임기는 3년이다(제1조). 그 내규는 부속서 II(국제규칙)에 포함되었다. 국제중재재판소는 중재계약에 근거해 관할권이 인정돼 있는 경우에는 국제상사적 성격이 없는 상사분쟁에 대한 관할을 수락할 수 있다. 재판소의 업무는 비공개이며 관계자 모두가 그 비밀을 지켜야 한다(제1조). 재판소의 구성원은 직접 중재인으로 선임될 수 없으나, 당사자의 일방 또는 쌍방이 제안해 재판소의 확인을 받는 것은 용인된다(제2조). 부속서III은 ICC 중재비용과 보수를 규정하고 있다.

第4節 國際投資紛爭解決節次의 比較 分析

1. 국제투자분쟁해결절차들의 유사점

ICSID와 UNCITRAL, ICC는 외국투자자가 투자유치국을 상대로 피해보상을 청구할 때 이용할 수 있는 중재절차이다. 이 제도들은 분쟁발생 이전이나 이후에 분쟁당사자간의 합의에 의해 설치된 임의적 또는 상설적 중재재판소가 법의 존중을 기초로 당사자에게 구속력을 갖는 판정(award)을 내림으로써 분쟁을 해결하는 공통점을 갖고 있다. 중재관의 선임이나 재판절차, 재판준칙의 결정 등에 있어 당사자 자치가 존중된다는 점에서 편의성과 모순성이 인정되고 있다.³⁰⁸⁾ 국제중재기구를 통한 분쟁해결을 보장하는 경우 외국투자자는 투자유치국을 상대로 국제분쟁해결절차에서 동등한 위치에서 권리를 구제받을 수 있게 되는 것을 의미한다. 투자협정에서는 투자유치국이 자의적으로 투자협정을 운용할 여지를 미리 방지할 수 있는 ‘경고효과(warning effect)’가 있다고 할 수 있다.³⁰⁹⁾ 특히 이 3가지 중재절차는 양허계약 등과 같은 국가계약

308) 최승환, “국제경제분쟁 해결제도로서의 중재”, 『국제법학회논총』, 제80호(1996.12), 238쪽.

309) 김창규, “양자간 투자협정에 관한 고찰”, 『무역구제』, 창간호(2001.1), 227-228쪽.

의 이행과 관련한 분쟁, 외국인재산의 강제수용에 따른 분쟁, 사회주의 국가와 자본주의 국가간의 무역에서 발생하는 분쟁 등에 자주 활용되고 있다.³¹⁰⁾

국제상사중재를 국제(공)법상의 중재에 포함시키는 것은 적절치 못하다고 볼 수도 있다.³¹¹⁾ 국제상사중재제도는 원칙적으로 상사중재만을 다루기 위해 출발했기 때문에 국가의 정책 등을 다루기에는 적절치 못하기 때문이다. 역사적으로 볼 때 ICSID는 투자자와 국가 간 법적 투자분쟁만을, UNCITRAL과 ICC는 사인간의 상사중재만을 취급했다. 그러나 국제투자분쟁문제가 이슈화되면서 UNCITRAL과 ICC도 투자자와 국가 간 투자분쟁을 취급할 수 있도록 그 권한이 강화됐다. 특히 NAFTA 체결이후 당사국간의 조약 또는 합의에 의해 국제상사중재절차도 투자자와 국가 간 분쟁해결절차로 활용되고 있는 만큼 최소한 중재에 관한한 공사법의 중간영역에 확실한 위치를 차지하고 있다고 볼 수 있을 것이다. 한미FTA에도 ICSID는 물론 UNCITRAL 중재규칙과 ICC 중재규칙 등 국제상사규칙이 국가를 일방당사자로 하는 분쟁에 적용할 수 있게 규정된 만큼 우리 투자자가 외국을 상대로 중재를 신청할 경우 상대국의 환경과 법문화 등을 잘 살펴 3가지 중재절차 중 하나를 선택해야 할 것이다.

2. 국제투자분쟁해결절차의 차이점

투자자가 선호하는 ICSID와 UNCITRAL, ICC 등의 국제투자 중재절차들은 중재재판부(arbitral tribunal)의 구성방법, 중재판정의 준거법에서 두드러진 차이점을 보이고 있다.

우선 국제투자중재는 중재재판부의 구성방법에 따라 임의중재(개별적 또는 특별중재· ad hoc or non institutional arbitration) 와 제도적 중재(institutional arbitration)로 구별할 수 있다. 임의중재는 개별적인 사건에 대해 중재재판부가 구성된다. 이 경우 당사자가 중재재판부의 구성 뿐 아니라 그 절차도 결정한다. 국제거래에 있어 당사자는 표준중재규칙을 이용할 수 있다. 이러한

310) 최승환, 전계서, 239쪽.

311) 상계서, 240쪽.

규칙으로 대표적인 것이 UNCITRAL 중재규칙이다.³¹²⁾ 이 규칙은 당사자들이 중재인 임명권자(appointing authority)를 선정해야 할 것과 그러한 당사자의 선정이 없는 경우에는 헤이그의 상설중재재판소(Permanent Court of Arbitration)의 사무총장에 의해 중재인 임명권자가 선임된다고 규정하고 있다.³¹³⁾

제도적 중재는 상설중재기관에 의하는 중재이고, 임의중재에 비해 상설적인 중재기관 및 독자적인 중재규칙을 갖고 있다는 특징이 있다. 이러한 형태의 중재는 국제중재 분야에서 특히 선호돼, 실제적으로도 현재의 국제거래와 국가와 투자자 간 발생하는 분쟁의 경우 임의중재보다 제도적 중재가 많은 편이다. 이러한 상설중재기관의 대표적인 것이 ICSID와 ICC³¹⁴⁾와 미국중재협회(American Arbitration Association: AAA) 등이 있다.³¹⁵⁾

공사법적인 중재분쟁해결의 성격을 가진 ICSID와 일반적으로 사인간의 중재를 해결하는 다른 상사중재와의 차이는 중재판정의 승인의 준거법에서도 찾아볼 수 있다. ICSID는 ICSID협약에 그 근거를 규정(52-54조)³¹⁶⁾하고 있고, UNCITRAL, ICC는 1958년 외국 중재판정의 승인 및 집행에 관한 유엔협약(UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: 뉴욕협약)³¹⁷⁾을 활용하도록 규정하고 있다.³¹⁸⁾ 집행이 요구된 국가

312) UNCITRAL 중재규칙은 원래 임시중재를 위해 마련된 것이지만 그 합리성과 전문성이 뛰어나 기관중재에도 큰 영향을 끼쳤다. 이에 따라 많은 중재기관들은 자신들의 중재규칙을 UNCITRAL 중재규칙을 모범으로 제정하기도 했다. 이 때문에 UNCITRAL 중재규칙은 기관 중재와 임의중재와 타협점을 제공하고 있다는 평가를 받고 있다. 서헌제, 『국제거래법』 (서울: 법문사, 2006), 652쪽.

313) 이상돈, 정상조, 『국제거래법론』 (서울: 아세아문화사, 1984), 237쪽.

314) ICC는 ICC 국제중재법원 정관과 국제중재법원 국제규칙을 가지고 있으며 투자자가 ICC에 중재를 신청해오면 절차에 따라 ICC중재법원에서 중재를 처리한다. 대한상공회의소, ICC 국제중재규칙, 2004.

315) 백충현 외, 전거서, 321쪽.

316) ICSID협약은 투자분쟁에 관한 조정과 중재를 담당하기 위한 기구를 설치하도록 규정하고 있는데 그 기구가 국제투자분쟁해결본부(International Center for Settlement of Investment Dispute: ICSID)다. ICSID 자체가 조정이나 중재를 직접 하는 것이 아니고, ICSID협약의 규정에 따라 구성되는 조정위원회(Conciliation Commission)나 중재재판부(Arbitral Tribunal)가 직접 조정이나 중재를 하게 된다. 김상호, “ICSID의 투자분쟁 해결구조에 관한 고찰”, 『한국중재학회지』 (2004), 124-126쪽.

의 집행의무를 정하고 있으며, 최종적으로 자국 재산에 대한 강제집행도 행사할 수 있다.³¹⁹⁾ ICSID협약과 뉴욕협약에 따른 집행관정에도 불구하고 투자유치국이 이행하지 않을 경우도 발생할 수 있는데, 이를 방지해 투자자의 재산권을 보호하기 위해 한미FTA에서는 투자국은 무역보복조치를 시행할 수 있도록 규정하고 있다.

특히 우리나라가 체결한 투자분쟁해결에 적용되는 관련 국제조약이나 법규는 매우 다양한 만큼 상대방 국가의 특성을 잘 살펴야 할 것이다. 우리나라가 소련과 체결해 러시아로 승계된 한-러 투자보장협정의 경우 중재절차에 적용되는 준거법규는 UNCITRAL 중재규칙만을 규정하고 있고, 한-중 투자보장협정은 ICSID협약만을 규정하고 있다. 한-칠레FTA는 분쟁해결 관련 국제조약으로는 ICSID협약과 뉴욕협약이 적용되며 규칙으로는 ICSID 추가절차규칙과 중재규칙, UNCITRAL 중재규칙이 적용된다. 특히 한미FTA에서는 ICSID와 UNCITRAL, ICC 등 주요 국제투자협약이 적용되는 더욱 다양하고 복잡한 분쟁해결 메커니즘을 갖고 있는 만큼 분쟁대상의 중재회부 가능성과 분쟁당사자의 범위, 중재 장소 등의 투자분쟁의 구조를 잘 살펴야 할 것이다.

317) 1958년 뉴욕에서 채택된 외국중재판정의 승인과 집행에 관한 협약(뉴욕협약)은 중재판정의 승인과 집행의 요구를 받은 국가 이외의 국가의 영토 내에서 내려진 판정에 적용된다. (뉴욕협약 제1조 제1항 전단). 우리나라는 1973년에 가입; 뉴욕협약의 내용은 서철원, “외국중재판정의 승인과 집행에 관한 1958년 뉴욕협약: 한국법원에서의 적용사례를 중심으로”, 『서울국제법연구』, 제3권 제1호(1996) 참조.

318) ICSID 중재판정이 뉴욕협약의 적용범위에서 당연히 배제되는 것은 아니다. 뉴욕협약은 상사관계에 관한 외국중재판정이면서 그 중재가 협약당사국내에서 행해진 경우에는 적용될 수 있으며, ICSID 중재판정이 대부분 이에 해당할 수 있다는 것은 의문의 여기가 없다. 그렇지만 ICSID 중재판정의 승소당사자는 판정의 집행국이 ICSID 체약국인 이상 뉴욕협약을 원용할 아무런 이유가 없으므로 바로 ICSID 협약 제53조와 제54조에 의한 집행을 시도할 것으로 생각된다. 따라서 ICSID 협약의 당사국이 아니고 뉴욕협약의 당사국인 경우에만 투자관련 국제중재의 집행에 관해 뉴욕협약에 의존할 것으로 보인다. 장승화, “국제투자분쟁의 해결”, 『서울대학교 법학』, 제42권 제3호(2001.9), 124쪽.

319) 한미FTA에선 중재판정이 이행되지 않을 경우 투자자의 본국인 투자국이 직접 투자유치국에 직접 무역보복조치를 취할 수 있도록 규정해 투자자의 투자보호를 더욱 강화시켰다.

3. 소결

외국인이 어떤 국가에서 그의 이익이 침해됐을 경우, 먼저 현지국의 법원 등을 통한 구제를 모색하며, 그것이 여의치 못한 경우 본국의 외교적 보호도 구하고, 최종적으로 국가 대 국가의 국제재판까지 이르기도 했다. 그러나 투자분쟁 해결절차들은 개인 대 국가 간의 중재 또는 조정의 길을 터 줌으로써 개인의 권리구제, 투자분쟁의 공정한 해결을 도모하자는 것이다. 즉 개인이 직접 국가를 상대로 투자분쟁을 중립적인 기관에 의해 시도할 수 있다는 것이다.³²⁰⁾

최근의 국제투자분쟁조약과 한미FTA에서는 미국 투자자가 중재를 원하면 투자유치국의 국내법이나 3가지 국제중재 규칙 가운데 하나를 원용할 수 있다. ISD는 여러 중재기관에서 중재가 행해지거나 다른 ICSID 중재절차, ICSID 추가절차에 의한 중재, UNCITRAL 중재규칙에 의한 중재가 많이 행해지고 있으며, 다른 중재기관이나 임의중재(ad hoc)로 행해질 수도 있다. 이 결과, 중재기관이 달라 적용되는 절차 등 여러 가지 면에서 차이가 있고, 판정의 차이로 이어질 수 있는 문제점을 안고 있다.³²¹⁾ 특히 그 출발점이 사인간의 분쟁을 위해 만들어진 ICC 등은 투자자와 국가 간 분쟁을 처리하기에는 미흡하다는 부정적인 시각이 존재하고 있다. 따라서 새로운 일관성 있고, 중재판정부의 통일성을 유지할 수 있는 투자분쟁해결절차의 모색 필요성이 대두되고 있다. 특히 우리나라는 나라마다 체결한 투자협정의 중재절차가 다르고 갈수록 다양해지고 있는 만큼 통일화할 필요성이 있다. 우선 미국처럼 UNCITRAL 등 다양한 중재절차를 활용한 경험을 가진 나라와의 FTA체결에서는 한·중 투자보장협정처럼 ICSID 하나만 중재체도로 규정하는 것이 필요하다고 본다. ISD 경험이 없는 우리로서는 다른 나라들과 ICSID 절차를 양자조약에 규정하고 있는데다 앞으로의 중재에 대비해 집중, 검토할 필요가 있기 때문이다. 장기적으로 국가간 협의를 통해 ICJ와 같은 국제투자분쟁법원을 설립하는

320) 배재식, 전제서, 262쪽.

321) 서철원, “투자자와 국가간 직접중재에서의 상소 메커니즘의 전망과 법적 쟁점”, 『국제법학회논총』, 제52권 제2호(2007.8), 193쪽.

것이 바람직하다고 본다. 투자자의 입장에서 볼 때 국제투자분쟁법원은 다양한 중재재판부를 이용할 수 있는 기회를 상실할 수 있다는 단점이 있을 수 있지만, 장기적으로 볼 때 투자관정의 예측가능성과 일관성을 유지할 수 있어 해외투자에서 안정성을 확보할 수 있기 때문이다. 특히 투자자는 투자분쟁에서 발생할 수 있는 유치국의 국가 주권과의 갈등도 중재기관보다는 투자법원에서 피해를 해결할 경우 상대적으로 줄이고, 상호 신뢰도 확보할 수 있다고 예상된다.

第4章 새로운 國際投資紛爭解決制度的 發生原因과 問題點 및 改善方案

第1節 投資協定과 ISD(Investor-State Dispute)制度 概要

국제투자분쟁은 양국간³²²⁾ 또는 다자간 투자협정을 전제로 외국투자자와 투자유치국 간의 투자로부터 발생한 분쟁을 말한다. 단순히 개별 투자계약의 위반을 근거로 제기하는 것이 아니라³²³⁾, 투자유치국 정부의 조치, 규제, 입법 등으로 투자자에게 손실이 발생하거나 양국간 투자협정 위반하는 경우에 해당된다. 한미FTA에선 ISD 분쟁해결절차 적용대상에 정부와 투자자가 공공성을 띤 국가계약에 해당하는 투자계약(investment agreement)³²⁴⁾과 투자인가(investment authorization)³²⁵⁾를 포함시켰다. 이 때문에 ISD의 투자분쟁해결절차의 대상이 너무 확대된 것이 아닌가 하는 논란이 일고 있다.³²⁶⁾

322) ISD제도가 BIT에 포함된 것은 적어도 1981년부터지만 NAFTA 이전에는 BIT하에서의 국가와 개인 간의 직접적인 중재절차는 드물었다. L. Herman, "Settlement of International Trade Dispute—Challenges to Sovereignty—A Canadian Perspective", *Canada—U.S. Law of Justice*, vol.24(1998), p.132.

323) 단순한 물품매매 혹은 단기상업 신용(commercial credits)과 같이 단발적인 거래는 투자로 분류되지 않는 것이 분명하다. 그러나 대부금 연장 혹은 채권 구매는 투자로 분류된다. 강병근, "국가를 당사자로 하는 중재재판제도 연구", 41-42쪽; 최원목, 전게자료, 354쪽. "우리정부는 암에 대한 보장성을 강화하기 위해 얼마든지 합법적인 규제를 가할 수 있다. 굳이 이러한 규제수단을 마다하고 한미FTA를 통해 정부가 약속한 의무에 위반하는 조치를 취하는 경우에만 외국투자자는 우리정부를 중재절차에 제소할 수 있다."고 설명.

324) 한미FTA(제11.28조)에서 투자계약은 외국인 투자자가 상대국 중앙정부(지방정부 및 국영기업체 제외)와 자원채굴, 발전 상수도 등 공공서비스 공급계약, 인프라 건설과 관련해 체결하는 투자계약을 의미한다.

325) 투자인가는 외국인 투자당국이 투자자에게 부여한 인가권을 의미한다. 한미FTA 제11.28조.

326) 정부는 투자분쟁의 대상 확대는 아니라고 주장. 그 근거로 투자계약은 우리정부가 사실상 거의 시행하지 않고 있고, 투자인가는 양측이 투자인가기관을 갖고 있지 않다는 것을 확인하는 각주를 추가하도록 양측이 합의해 사실상 무력화했다고 말하고 있다. 정부는 우리가 체결한 다수 투자보장협정도 한미FTA의 투자계약, 투자인가보다 더 포괄적인 국가

1. ISD제도의 의의

ISD는 외국인 투자자가 투자협정에 규정된 분쟁해결절차에 따라 직접 투자유치국 정부를 상대로 국내법원 또는 국제중재에 제소할 수 있는 제도이다. 전통 국제법상의 외교적 보호권 발동을 통한 국가의 개입이 배제되고, 투자손실을 입은 개인 또는 기업이 직접 해당 정부를 상대로 중재신청을 할 수 있는 체제이다. 투자보호를 위한 전통적인 분쟁해결절차의 부족한 점을 보완해주는 셈이다. 전통적으로 투자자와 투자유치국간에 분쟁이 발생하면 투자유치국의 국내법원이나 외교적 보호권을 통해 해결하게 된다. 투자유치국의 국내법원을 이용한 투자분쟁해결은 투자자입장에선 그다지 효과적이지 않다. 국내법원을 통한 보호가 효력이 없는 경우 국제적인 구제절차를 이용해야 하는데, 국가간의 법체계인 전통국제법에서 개인이 이용할 수 있는 제도는 제한적이다.³²⁷⁾ 투자협정에서는 이 협정이 적용되는 범위와 체결국이 준수해야 하는 의무사항을 규정하고 있다. 투자유치국이 이를 위반해 외국 투자자에게 투자손실을 입히는 경우, 투자자는 협정상의 ISD 분쟁해결절차를 원용해 중재 등에 분쟁을 회부할 수 있다.³²⁸⁾

전통적으로 미국의 다국적기업은 주로 중·남미 국가들과의 투자분쟁을 해결하기 위한 수단으로 중재방식을 강요했다. 다국적기업은 중재가 투자유치국이자 국 법원 내에서 누릴 수 있는 이점을 줄이거나 상쇄해 분쟁해결방식에서 양 당사자간에 균형을 유지할 수 있고, 수용당한 투자에 대해 보상을 받을 수 있는 길을 확보해 투자자 자신의 재산을 보전할 수 있는 방법이라 믿었다. 중재는 정치적으로나 절차상으로 투자유치국 법원에 비해 중립적인 재판정을 제공, 투자자들의 신뢰도가 증가하면서 자신들이 합의한 대로 계약 내용이 해석될 것이라는 확신을 가졌다.³²⁹⁾

계약의무 준수사항을 포함하고 있다고 주장했다. 관계부처합동, 『한미FTA 상세 설명자료』 (2007.5), 140쪽.

327) 서철원, “투자자-국가 중재를 이용하기 위한 절차적 요건에 관한 연구”, 130쪽.

328) 대한상사중재원, 『ISD제도』, 2007.

투자중재는 그동안 선진국의 외국인 투자자가 양자협정에 따라 개도국 정부를 상대로 제기하는 분쟁해결방식으로 인식됐다. 그러나 NAFTA 체결 이후 캐나다와 미국과 같은 선진국간에도 투자중재를 제기하는 경우도 나타났다. 미국과 캐나다도 피소되는 경우가 발생하자 중재가 다르게 인식되기 시작했다.³³⁰⁾ 이렇게 되자 중립적이라고 판단됐던 중재는 국가주권을 침탈하며 민주적 통제를 벗어나는 것이라는 비난이 있었다. 분쟁당사자간의 균형을 잡아주는 중재의 특징은 투자자에게 무조건적인 특혜를 부여하는 것이라는 지적도 일게 됐다. 환경단체, 소비자단체, 방송계와 정치인들은 NAFTA가 합법적인 정부규제를 제약하며 입법권을 침해하고, 무지한 외국인 중재인들이 자국내의 중요한 공익에 관한 사항을 결정해버린다는 입장에 서게 됐다.³³¹⁾ 일부에선 NAFTA에 따른 국제투자 중재절차는 이후 미국이 체결하는 FTA를 중심으로 보급되면서 공익보다 투자자 사익을 앞세우는 도구로 인식되게 됐다. 투자자의 재산권 보호제도라는 인식과 함께 공익을 해치는 제도라는 불명예도 함께 안게 된 것이다.

ISD절차의 도입취지는 ICSID를 통한 중재판정의 필요성과 마찬가지로, 외국 투자자가 투자 유치국 정부와의 분쟁에서 분쟁당사자인 투자 유치국 국내 법원에 제소하는 경우, 심리와 결정의 공정성에 관해 항상 의문이 제기되고 있는데다 국내법원도 투자유치국 정부의 일부로 외국인 투자자 입장에서는 분쟁의 상대방이 분쟁심리도 담당하는 모순을 초래한다는 것이다. 따라서 ISD는 분쟁당사자의 국내법원이 아닌 국제법정에서 외관상 공정한 중재재판관을 통해 투자분쟁을 해결, 최소한 형식적 공정성을 확보한다는 차원에서 이 제도의 필요성 인정이 일반적 추세로 자리 잡게 된 것이다.

329) 강병근, “투자자-정부 중재방식과 한국의 대응”, 한양대학교 국제소송법연구센터 제1차 국제학술대회(2006.11.24), 45쪽.

330) Charles H. Brower, “Structure, Legitimacy and NAFTA's Investment Chapter”, *Vand. J., Transnational Law*, vol.36(2003), p.37.

331) Guillermo Aguilar Alvarez and William W. Park, “The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11”, *Yale Journal of International Law*, vol.28(2003), pp.365, 369-370.

2. FTA상의 ISD제도를 바라보는 시각

가. 한미FTA ISD제도를 보는 국가들의 입장 차이

(1) ISD를 부정적으로 바라보는 시각

남미국가들은 ISD제도를 기본적으로 조약에 규정하는 것을 반대하는 입장이다. 투자분쟁은 원칙적으로 외자유치국의 국내법에 따라 문제를 해결해야 한다는 것이다. ISD를 규정한 다자간 투자협정이 통과되지 못한 점을 감안하면 다국적 차원에서 ISD는 아직 인정을 받지 못하고 있는 것으로 판단된다. 특히 미국과 호주와의 FTA에서는 호주의 주장이 반영돼 ISD제도가 빠졌다.³³²⁾ ISD제도는 미국을 중심으로 퍼져나가고 있는 제도라고 볼 수 있을 것이다.

특히 한국 FTA반대론자들과 마찬가지로 미국 내부에서도 ISD를 비롯한 한미FTA 투자조항을 부정적이거나 보완해야 한다고 비판적 견해를 보이기도 한다. 미국 자문위원들이 대통령과 의회, 무역대표부(USTR)에 한미FTA 타결 이후 제출한 평가보고서에는 우리나라 FTA 반대론자들과 같거나 비슷한 의견을 내놓고 있다. 미국 측은 더 많은 투자이익을 위한 구조를 확대하기 위한 조치이고, 우리 측은 한미FTA를 반대하겠다는 목적만 다를 뿐이다.³³³⁾ 공통적으로 투자조항의 용어정의가 불투명하고, 해외투자자 보호에 치중해 내국인들의 역차별 현상이 우려되며, 투자의 범위가 확대되고 있는데다 국내법 체계를 훼손시킬 수 있다는 점들을 지적하고 있다. 국가의 사법주권과 공공정책의 공공성이 훼손될 가능성이 높아진데다 중앙 및 지방정부의 권위도 도전받을 우려도 있다고 주장하고 있다.

332) 홍기빈, “투자자-국가 직접소송제의 성격과 위험성”, 51회 참여사회 포럼(2006.12.1), 7-9쪽.

333) 한미FTA저지범국민운동본부, “한미FTA협정문 분석종합보고서” (2007.6.20), 200쪽.

(가)미국 무역과 환경정책자문위원회 의견

우선 미국 무역과 환경정책자문위원회(Trade and Environment Policy Advisory Committee: TEPAC)는 간접수용을 규정하고 있는 한미FTA 부속서(11-나)의 내용이 명료하지 못하고, 국제법적으로도 전례가 없으며, 미국 연방대법원의 결정과 일치하지 않는다고 주장하고 있다.³³⁴⁾ TEPAC는 부속서 11-나의 3항 (나)의 내용³³⁵⁾ 중 ‘극도로 심하거나(extremely severe)’ ‘목적이나 효과에 비추어 불균형적인(disproportionate in light of its purpose or effect)’ 등의 용어들은 국제법상 전례가 없을 뿐 아니라, 이런 용어들을 통해 외국인투자자(한국투자자)에게 미국투자자보다 더 많은 권리를 제공할 수 있다고 우려하고, ‘드문 상황(rare circumstances)’과 같은 용어는 반드시 명료화돼야 한다고 주장했다. 또 3항 (가)(3)의 내용³³⁶⁾ 중 한국법의 개념인 ‘특별한 희생(special sacrifice)’ 개념은 미국법 뿐 아니라 국제법에도 잘 알려지지 않은 것으로 간접 수용 해석 때 문제가 될 가능성이 있다고 지적했다. 결론적으로 TEPAC는 위의 세 가지 새로운 개념은 전례가 없으며, 미국 연방대법원 결정 뿐 아니라 외국인투자자에게 미국투자자에게 보다 더 많은 권리를 부여하면 안 된다고 규정한 2002년 무역법의 정신에 어긋난다고 분석했다.³³⁷⁾ 부속서한에 담긴 간접수용과 관련된 재산권 문제에도 우려를 표명하고 있다. 계약상 권리(contract rights)를 처음으로 재산권으로 인정했다고 지적하며, 이를 통해 계약상 권리도 ISD 중재를 요청할 수 있는 투자로서 인정받았다고

334) TEPAC, *The U.S.-Korea Free Trade Agreement, Report of Trade and Environment Policy Advisory Committee*, April 25, 2007, www.ustr.gov. (2007.8.30일 방문).

335) 조문내용은 “예컨대 조치 또는 일련의 조치가 그 목적 또는 효과에 비추어 극도로 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황을 제외하고는, 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격 안정화와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위해 고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제행위는 간접수용을 구성하지 아니한다.”

336) 조문내용은 “그 목적과 맥락을 포함한 정부행위의 성격, 관련 고려사항은 정부행위가 공익을 위해 투자자 또는 투자가 감수해야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 투자자 또는 투자에 부과하는지 여부를 포함할 수 있을 것이다.”

337) TEPAC, op. cit., pp.8, 38-40.

설명하고 있다.³³⁸⁾ 이러한 우려를 해소하는 방안으로 TEPAC는 한미 양국이 조속히 각국의 법 체제에 기반해 간접수용에 해당하는 사례들을 정리하고 양국이 교환하는 노력을 추구할 것을 권고하고 있다.

(나) 미국 국제환경법센터 의견

TEPAC 보고서 가운데 별첨4(Attachment 4)는 국제환경법센터(CIEL)가 투자계약과 투자인가와 관련해 의견을 제시했다. CIEL은 한미FTA 협상결과, 투자계약과 투자인가 문제도 ISD 중재심판에 종속되게 됐다고 지적하고, 이러한 상황은 부정적인 효과를 가져 올 것이라고 전망하고 있다. CIEL이 우려하는 부정적인 효과란 투자계약의 경우 자연자원(석유, 가스, 목재)과 공공서비스(용수처리와 배분, 발전, 배전 등), 기간산업(도로, 다리, 댐, 송유관, 운하) 등과 같은 공적자산을 포함하고 있는데, ISD에 종속됨으로써 국내법 체제를 훼손해 미국사법부와 행정부의 법을 지탱하고 옹호하는 역할을 약화시킬 가능성이 있다는 점이다. 또 외국인 투자자가 미국 내의 규제적 프로그램에 도전할 수 있는 공간을 열어 준데다 외국인투자자에게 미국기업보다 더 많은 혜택을 제공하게 되었다는 것이다.³³⁹⁾ TEPAC은 투자영역에서 투자인가 문제와 관련해 “건강, 환경, 통신, 에너지, 핵 이슈 등과 같은 영역에서의 국가의 규제적 결정은 ISD와 같은 임의(ad hoc)중재절차에 의해서가 아니라, 미국의 법 체제와 절차 내에서 검사받고 평가받는 것이 중요하다고 지적했다. ³⁴⁰⁾

(다) 미국 노동자문위원회 의견

노동자문위원회(Labor Advisory Committee for Trade Negotiation and Trade Policy: LAC)는 간접수용과 ISD에 대해 비판적인 입장을 보였다.³⁴¹⁾

338) Ibid. p.9.

339) Ibid. p.57

340) Ibid. p.58

LAC는 간접수용에 관한 규정 중 극도로 광범위한(extremely board) 재산권과 투자 정의 등은 미국법에 직접적으로 기반을 두고 있지 않으며, 간접수용에 대한 부속서의 명료화 노력에도 불구하고 분쟁패널에 적절한 가이드라인을 제공하는데 실패했다고 주장하고 있다. LAC은 또 한미FTA의 투자협정이 항소메커니즘과 국내 구제절차의 완료의 원칙, 외교적 스크린 효과 등과 같이 ISD의 남용 가능성을 통제할 수 있는 방안들을 전혀 포함하지 못해 외국인투자자의 권리가 미국 국내법이 규정하는 것보다 더욱 강화될 수 있다고 우려하고 있다.

(라) 미국 주정부간 정책자문위원회

주정부간 정책자문위원회(Intergovernmental Policy Advisory Committee: IGPAC)는 ISD를 반대하는 이유에 대해 “잘 발전된 법체계를 지닌 국가의 투자자들이 ISD 규정을 부적절하고 경박하게 해석해 남용함으로써 투자유치국 중앙정부와 지방정부의 권위에 도전하고 있기 때문이다”고 설명하고 있다.³⁴²⁾

또 ISD 분쟁해결절차는 완벽하게 제도화된 것이 아니라, 아직 발전단계에 놓여 있기 때문에 과도하게 확장적인(expansive) 투자정의와 ISD 분쟁절차를 통한 중재와 청구 등에 심각한 우려를 견지하고 있다고 밝혔다.³⁴³⁾ 이밖에 ① 한미FTA의 투자정의는 투자인가와 면허, 허가를 포함해 NAFTA 정의보다 훨씬 범위가 넓으며 ② 제11.5조 대우의 최소기준의 내용은 국가의 사법권이 국제투자법정의 결정에 종속되는 듯한 의미를 내포하고 있다. ③ 제11.3조 제3항(내주민대우 규정)³⁴⁴⁾과 관련해 오해와 의도치 않은 결과를 미연에 방지하기

341) LAC, *The U.S.-Korea Free Trade Agreement, Report of the Labor Advisory Committee for Trade Negotiations and Trade Policy*, April 27, 2007, p.21. www.ustr.gov

342) IGPAC, *The U.S.-Korea Free Trade Agreement, Report of the Intergovernmental Policy Advisory Committee*, April 24, 2007, p.19. www.ustr.gov.

343) Ibid.

344) 한국정부는 “연방제를 취하고 있는 미국은 FTA 체결에 있어 내국민대우로서 내주민대우(in-state treatment) 또는 타주민대우(out-of-state treatment)를 제공하고 있는데 한

위해 이 규정을 명료화할 필요가 있다. ④수용과 관련해 현재 진행 중인 투자 관련 분쟁을 해결하기 위해 국가재정이 상당히 소모되고 있다고 지적했다. 간접수용을 구성하기 위한 기준으로 메타넥스(Mathanex) 사건³⁴⁵의 판정내용, 즉 “일반적인 국제법상, 정당한 절차에 기반을 두면서 외국인 투자와 투자자에게 영향을 미치는 공공목적을 위한 비차별적 규제는 수용으로 간주되지 않으며, 보상도 요구되지 않는다”는 내용도 투자협정문에 반영하고, ⑤투자협정과 투자인가에 대해 적용범위 등을 명료화하는 작업이 필요하다고 주장했다.³⁴⁶)

(마)한국학자와 법률 실무가들의 반대 의견

진시원(국제정치경제학자), 엄순영(기초법학자), 송기호(통상법률변호사) 등은 ISD제도 자체가 법제도와 경제력이 강한 미국에게 유리한데다 주권을 해칠 우려가 높다며 도입반대를 주장하고 있다.

진시원은 “미국의 BIT조항은 광범위하고 구체적인 수용과 보상에 관한 정의를 내리고 있으며, 투자자(개인, 기업)의 권리 보호를 무엇보다도 최우선시하는 분쟁해결절차를 담고 있다. 투자유치국 정부의 외국인 투자 자산에 대한 수용을 너무 광범위하게 설정하고 있으며, 그에 따른 보상을 요구하고 있는 것이다. BIT 1994 제3조 제1항은 계약국은 공익목적을 위해서가 아니고는 직접 혹은 간접적으로, 적용투자를 수용하거나 국유화해서는 안 되며 수용은 비

미FTA에서는 내주민대우를 제공하는데 합의했다”고 설명했다. 이에 더해 내주민 대우는 특정 주(A주)내에서 FTA 체결상대국에게 A주 주민과 동등한 대우를 제공하는 것을 의미하며, 타주민대우는 특정 주(A주)내에서 FTA 체결상대국 투자자에게 A주 주민과 동등한 대우는 아니나, 다른 주(B주) 주민에게 제공하는 것과 동등한 대우를 제공하는 것을 의미하는 것으로 내주민대우가 타주민대우보다 더 우월한 대우“라고 해석했다. 정부관계부처합동 한미자유무역협정체결지원위원회, “한미FTA 해설” (2007.5), 132쪽.

345) 이 사건은 캐나다 기업인 메타넥스가 1999년 미국 캘리포니아 주지사가 자사제품인 MTBE를 발암성 휘발유 첨가제로 규정해 불법화하자, NAFTA 중재판정에 회부한 사건이다. 메타넥스는 9억7000만 달러의 보상을 요구했으나, 중재심판부가 캘리포니아주의 조치를 선의의 규제에 인정해 보상을 허용하지 않았다.

346) Ibid, p.20.

차별적 방식으로 행해져야 하고, 즉각적이고 충분하게 유효적절한 보상이 주어져야 한다고 규정하고 있다. 여기서 문제는 공익목적이 무엇인지 확실하게 명시되어 있지 않다는 점이다. 따라서 한미FTA는 공익목적을 추구하기 위한 정부의 공공정책(환경정책과 부동산정책 등)에 외국인 투자자가 개입돼 있을 경우 정부의 정책 자율성과 정책의 공공성이 어떤 식으로든지 제약될 것으로 보인다”고 지적했다.³⁴⁷⁾ 특히 “BIT 1994는 외국투자자에게 주권국가와 동등한 권한을 부여함으로써 투자자와 국가 사이의 분쟁이 빈번히 발생할 법적 근거를 제공하고 있다는 점에서 분명히 과도한 요구임에 틀림없다”고 주장했다.³⁴⁸⁾

엄순영은 “형식적으로 대외적 독립성을 인정받고 있는 국가라 할지라도 실질적으로 국제사회 국가들의 경제적 능력은 나라마다 다르기 때문에 국가주권을 국가가 국제법적으로 자신과 관련된 의사표시를 할 수 있는 독립적인 능력이라는 실질적 의미와 연관해서 볼 때 주권은 현실적으로 불평등하다. 경제적으로 약한 국가는 강한 국가의 의사에 종속될 수밖에 없는 게 우리 삶의 인지상정”이라고 지적했다.³⁴⁹⁾ 이어 “한미FTA가 발효되면 이 협정의 미국 투자자에 대한 보호는 투자자-국가 제소권을 통해 국내법체계 밖에서 형성되기 때문에 국내법체계는 무력화된다. 미국의 자본권력과 의 관계에서 대한민국은 사라지고 미국의 자본권력이 그 자리를 대신하게 되고, 점차 다른 나라와의 관계에서도 미국의 자본권력의 영향력이 확대돼 마침내 대한민국은 미국의 자본권력으로 대체될 것이다. 정의의 법치는 사라지고 투자자 재산의 지배사회가 만들어 질 것”이라고 강조했다.³⁵⁰⁾

송기호는 “국제법 관계에서는 국제중재기관의 중재관할권은 국가의 동의 없이 발생하지 않았지만 한미FTA에서는 사정이 다르다. 한미FTA에서는 국가는 투자자의 국제중재 회부에 동의하며, 이 동의는 국제투자분쟁처리센터의

347) 진시원, 전계논문, 183쪽.

348) 상계서, 184쪽.

349) 엄순영, 전계논문, 8쪽.

350) 상계서, 17쪽.

관할권 등에 대한 서면동의와 같은 효력을 갖는다³⁵¹⁾”고 규정해 사실상 투자 유치국의 동의권이 없어진 셈이다.³⁵²⁾ 특히 “중재재판부는 이 협정과 적용 가능한 국제법에 따라 분쟁을 판정한다³⁵³⁾”고 규정해 국내법이 배제돼 투자유치국에게 불리하다고 주장했다.³⁵⁴⁾

홍기빈은 “ISD제도는 1990년대 이후에야 본격적으로 터져 나오는 다양한 투자협정과 무역협정에서 나타난 제도다. 상인간의 상업적 분쟁을 다루는 데에나 적합한 이제도가 국가 정책의 대상인 ‘공공이익’의 문제를 다루는 것은 매우 파괴적인 결과를 낳게 다”고 주장했다.³⁵⁵⁾

(2) ISD를 긍정적으로 바라보는 입장

미국을 비롯해 캐나다, 일본, 한국 등과 같이 미국의 FTA모델을 자국의 FTA모델로 받아들이고 있는 국가들³⁵⁶⁾은 투자협정을 FTA의 한 부분으로 포함시키고 있다. ISD 중재제도는 정부가 성사시킨 몇 개의 다른 FTA에도 포함돼 있고, 세계적으로 모든 투자협정이나 FTA에 포함되는 일종의 글로벌 스탠더드로 받아들여야 한다는 것이 한국정부 측의 입장이다. 실제 이 제도가 활용돼 소송이 벌어지는 건수도 많지 않는데다 사건이 제기되는 폭도 넓지 않지

351) 한미FTA 제11.17조.

352) 송기호, 전계서, 18쪽.

353) 한미FTA 제11.22조 제1항.

354) 송기호, 전계서, 27쪽.

355) 홍기빈, 전계서, 185쪽.

356) ISD중재절차가 미국이 체결한 대부분의 FTA에는 규정돼 있으나 유럽국가가 당사자인 FTA에는 규정되지 않는 것이 일반적이므로 미국형 FTA라는 명칭을 쓴다. 미국과 ISD중재절차는 한국 일본 외에도 바레인, 칠레, 싱가포르, 모로코, 오만 페루 등의 양자협약에 규정돼있다. 다만 미국이 당사자인 FTA중에서도 이스라엘, 요르단 사이의 FTA에는 ISD규정이 없다. 미국과 호주 간에는 중재절차가 앞으로 마련하도록 논의할 수 있다는 취지의 문구만을 포함해 사실상 배제된 상태다. 유럽국가 가운데 네덜란드와 체코 공화국 등 국가에서도 ISD규정이 포함되기도 해 유럽국가라고해서 ISD규정을 완전히 배제하는 것은 아니다. 이동호, “자유무역협정의 중재절차가 환경법과 환경정책에 미칠 영향”, 『서울국제법연구』, 제13권 제1호(2006), 192쪽.

때문에 그 위험성을 과장하지 말아야 한다고 주장하고 있다.³⁵⁷⁾ 미국자문위원회 중 무역정책과 협상을 위한 자문위원단(Advisory Committee for Trade Policy and Negotiation: ACTPN)은 한미FTA 투자협정이 투자환경과 투자자 보호정도를 개선하는데 훌륭한 역할을 수행했으며, ISD 제도의 남용 가능성을 개선하는데도 기여했다고 주장하고 있다.³⁵⁸⁾ 특히 투자계약과 투자인가와 함께 계약과 양허를 협정문에 포함시킨 것이 중요하다고 강조하고 있다.

대부분의 한국의 국제법학자들도 ISD 도입을 긍정적으로 보고 있다. 최원목, 장승화, 이재민 교수 등은 우리나라의 대부분의 투자협정이 ISD를 도입하고 있고, 장점도 있는 만큼 단점을 보완해 활용할 수 있도록 해야 한다는 입장이다.

최원목은 “투자자-정부 중재는 단순한 영업이익이 침해됐다고 발동하는 제도가 아님을 유의해야 한다. 간접수용의 범위에 대한 명문의 제한조항이 있어 재산권을 송두리째 빼앗는 방법과 같은 정도의 심각한 영업 손실을 초래하는 정부 규제에 한해 발동될 수 있다. 심각한 손실이 발생했어도 공공복리 목적으로 공평하게 취한 규제는 제외된다”며 ISD반대론자의 주장은 근거가 없다고 주장했다.³⁵⁹⁾ 특히 그는 “한미는 상대국 투자제도와 환경에 대한 신뢰가 형성되지 못했다. 따라서 국내투자보호 수준을 국제수준으로 높이기 위해 신속하고 중립적인 투자분쟁해결을 이룰 수 있는 ISD의 적용이 필수적이다”고 주장했다.³⁶⁰⁾

장승화는 “ISD배제론이 근거로 들고 있는 사유들-응소국 정부의 부담, 정부규제권 확보 장애 사유, 국내외 투자자간 배상 차등, 법적 안정성 흠결-은 그 가능성들은 존재하지만 아직까지 객관적인 데이터에 근거한 것이 아니라 추상적 가능성 수준이며, 장기적인 정책적 관점에서 볼 때 우리가 전향적으로

357) 홍기빈, “투자자-국가 직접소송제의 성격과 위험성”, 10쪽.

358) ACTPN, *The U.S.-Korea Free Trade Agreement, The Report of the Advisory Committee for Trade Policy and Negotiation*, April 26, 2007, www.ustr.gov.

359) 최원목, “한미FTA 오해와 진실”, 『동아일보』 (2007.3.21), 31쪽.

360) 최원목, “한미FTA, 이제부터가 중요하다: 주요 규범분야 협상내용과 선진화 과제”, 『일간전경련』 (2007.5), 2쪽.

수용할 수도 있는 사항들이 포함돼 있다. 반면 투자협정의 체결이 실제 투자 유치 증가에 도움이 된다는 실증적 증거는 없다고 가정하더라도, 지금까지의 대부분의 투자협정에서 ISD를 도입하고 운영하였던 이유, 즉 투자유치국의 언어와 국내 법률에 부족한 외국투자자에게 객관적이고 중립적인 분쟁해결절차를 제공함으로써 외국투자를 보호하고 외국투자를 유치하고자 하는 목적은 한미FTA에서도 여전히 유효할 것으로 보인다”고 주장했다.³⁶¹⁾

이재민은 “ISD제도는 투자분쟁에서 이미 상당히 확산된 제도이다. 한국에서 오해하는 부분은 미국이 이 제도를 불공정하게 특정 국가들에게만 요구한다고 생각하는 것이다. 사실 이 제도는 이미 일반화돼 있다. 우리가 앞으로 다른 나라와 체결할 다양한 투자보장협정과 FTA에서 이 문제는 지속적으로 제기될 것이다. 가령 미국과의 FTA에서는 ISD 조항을 삭제한 경우, 중국과 FTA에서 중국정부가 동 조항을 삭제하자고 주장하면 우리가 포함을 원하는 경우에도 우리 측 주장에 설득력이 떨어질 수밖에 없다”고 지적했다.³⁶²⁾

주진열 교수도 조약(한미FTA)은 국내법과 같은 효력을 갖고 있으며, 중재재판부의 판정은 국제법과 국제관습법의 범위 내에서 내려지고 있는 만큼 ISD 제도를 수용해도 국내법상 아무런 문제가 없다는 입장이다.³⁶³⁾ 특히 우리나라는 투자유치국의 입장이기도 하지만 투자국 역할도 증대되고 있는 만큼 ISD 제도의 도입은 필요하다고 주장하고 있다.

김관호은 “국제중재는 정책적 조치의 공공성 차원에서 타당성 여부를 심판하지 않는다. 단지 국제중재는 분쟁의 사안이 된 조치가 투자협정의 내용에 위배되는지 여부에 대해 법리적 판단을 할 뿐이다. 국제중재를 통한 문제의 해결은 투자자에게 객관적이고, 전문적이며 신뢰할만한 보호수단을 제공해 투자의 활성화에 기여한다는 취지와 함께 투자자 대 정부 간 분쟁이 정부 차원의 분쟁으로 비화되지 않도록 하는데 중요한 취지를 두고 있다”고 설명했다.³⁶⁴⁾

361) 장승화, 전계논문, 22쪽.

362) 미래전략연구원, “한미FTA 협상의 재점검”, 『특집대담』 (2007.1.31), p.6.

363) 주진열, “한미FTA 투자자-국가분쟁해결제도: 오해와 이해”, 2007년도 국제법학자대회(2007.10.13), 67쪽 이하 참조.

(3) 소결

미국형을 따를 것인가, 유럽형을 따를 것인가는 양자협정의 경우, 체결국간의 사정에 따라 달라질 수 있다. 현실적으로 투자확대와 외국인 보호간의 균형을 맞출 수 있는 선에서 이 제도를 받아들여야 하는 점을 감안할 때 ISD제도의 반드시 넣어야 한다고 주장하는 미국 측의 주장을 일방적으로 수용해서는 안 될 것이다. ISD를 넣더라도 철저하게 국가권한을 해칠 우려가 있는 규정들을 배제시키고, 다른 이익을 취할 수 있는 방안을 협상국에 제시할 필요가 있다. 우리가 미국과 FTA에서 ISD제도가 도입됐다고 해서 중국과 일본 등 다른 나라와의 국제투자조약 체결과정에서 반드시 이 제도가 도입된다고 볼 수는 없다. 중국은 외국투자자 보호를 강화하고 있긴 하지만 수용을 투자 분쟁에서 제외시키고 있고, 양 정부간 협의를 우선시하고 있기 때문이다. 국가간의 법과 경제적 환경을 고려해 ISD 도입 여부를 결정해야 할 것이다.

第2節 ISD제도의 必要性和 問題點

1. ISD제도의 도입배경

ISD제도의 배경이 되는 중재제도의 기원은 멀리 중세유럽의 상인법(*lex mercatoria*)으로 거슬러 올라간다. 여러 복잡한 공공이익이나 법체계의 논리에 구속되는 일반적 법정에 가는 대신 상업적 분쟁이 벌어진 당사자 두명이 심판관 한명과 직접 만나 ‘타협’을 보는 일종의 상거래에서의 관행이 굳어진 것으로 볼 수 있다. 이러한 상인법적인 ‘중재절차’는 이후 근대에 들어 주권국가의 관계를 중심으로 구성되는 국제공법과 사법체계에서 면면히 맥을 이어왔다.³⁶⁵⁾ 특히 중재는 19세기 이후 세계경제가 긴밀하게 연결되면서 국제적 상

364) 김관호, “한미FTA와 외국인투자”, 『한미FTA 주요 쟁점 분야별 협상 동향 및 영향 분석』 (서울: 한국경제연구원, 2007), 78-79쪽.

365) 홍기빈, 전제서, 10쪽.

거래에서 차지하는 비중이 커졌다. 마침내 20세기 들어 이러한 국제 상거래 행위자들의 자체적인 중재절차를 국제법 체제 안으로 포용하려는 시도가 계속 돼, 1965년 세계은행 산하에 투자자와 국가간의 분쟁의 중재를 전담하는 ICSID라는 기구가 생겨났다.

하지만 이 ICSID의 출현이 곧 ISD제도를 이행할 수 있는 것으로 이어진 것은 아니었다. 중재절차의 판정이 대상국가에 구속력을 가지려면 국가가 개별 투자 사안마다 분쟁 해결의 법적 관할권을 ICSID 주관의 중재절차에 넘긴다고 하는 명시적인 동의가 있어야 하기 때문이다. 그래서 1990년대까지 ISD를 이용한 제소는 연간 2-3건을 넘지 못하는 실체 거의 '잠들어 있는 상태'에 있었다.³⁶⁶⁾ 최근 들어 국제기구의 발전과 인권의 신장, 자본의 자유로운 흐름과 거대자본의 발전 등으로 국가 이외의 국제기구, 기업, 개인 등도 국제법의 주체로 편입되는 추세이다.³⁶⁷⁾ 그러나 몇몇 예외를 제외하고는 국가 대 국가의 국제협약과 관련해 분쟁이 발생하는 경우, 한 국가에 대해 다른 국가의 기업이나 개인이 직접 이의를 제기하거나 손해배상청구를 하는 것이 아니라 손해를 본 기업이나 개인이 속한 국가가 해당기업이나 개인을 대리해 분쟁을 해결해왔다.³⁶⁸⁾

1990년대 들어 세계화(지구화)가 본격화되면서 상황이 달라졌다. ISD 조항을 포함한 양자간 투자협정이나 FTA가 전 지구적으로 확산됐다. 개별 사안마다 명시적인 동의를 필요로 했던 이전과는 달라졌다. 이제 ISD규정을 포함한 조약을 체결한 국가의 외국투자자는 투자대상국을 그 나라의 법정이 아닌 국제중재절차로 갈 수 있는 권리를 일괄적으로 부여받았다. 1980년대의 제3세계의 외채위기, 1990년대의 공산권 몰락, 1990년대 후반의 아시아 금융위기

366) 상계서, 4쪽.

367) European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Articles 34 (개인이나 개인의 집단도 유럽인권위원회에 청원을 제기한 후 유럽인권재판소에 제소할 권리를 가진다).

368) *Barcelona Traction, Light and Power Co. Case(Belgium v Spain)*, ICJ Reports, 1970, pp.44-45; *Nottebohm (Liechten v Guatemala)*, ICJ Reports, 1955, p.24; *Mavrommatis Palestine Concessions*, PCIJ, (Ser. A) no.2(1924), pp.11-12.

를 거치면서 초국가적인 자본의 축적으로 외국인 보호가 강화된 환경을 맞게 된 것이다.³⁶⁹⁾

한국도 예외는 아니었다. 2006년 2월 FTA교섭이 처음 시작될 때만 해도 ISD가 양국간 핵심쟁점으로 대두될 것으로 예측하는 사람은 많지 않았다.³⁷⁰⁾ 한국은 이미 이 제도를 양자조약에 포함시켜놓았고, 실제 ISD와 관련한 분쟁은 한건도 발생하지 않았기 때문이다. 대부분 전문가들은 관세율 인하와 서비스 시장 개방 문제 등 전통적인 통상 현안들이 양국간 교섭의 주요 장애물로 작용할 것으로 예측하는 분위기였다. 하지만 ISD 문제는 협상이 본격적으로 시작되면서 한미 FTA 협상의 최대 쟁점 중 하나로 부각됐으며, 우리 측 내부에서도 부처간 또는 전문가그룹간의 논란이 끊이질 않았다. 현재 ISD 절차와 관련한 다양한 문제점은 미국과의 FTA협상에만 제기되는 이슈라 볼 수는 없다. 정도의 차이는 있을지라도 ISD절차와 관련한 동일한 문제점들이 향후 진행될 다른 국가와의 FTA협상에서도 지속적으로 핵심문제로 대두될 가능성이 높다.

2. ISD제도의 도입 현황

무역조치로 피해를 입은 무역업자는 불특정 다수이다. 반면 투자자는 특정돼 있으며, 투자국이 의무위반을 하면 구체적 피해를 입은 투자자가 존재한다는 특징이 있다. 역사적인 경험으로 볼 때 투자자의 가장 큰 관심은 자신의 투자자산을 투자유치국의 수용으로부터 보호하는 것이었다. 수용을 당하면 투자자가 직접 투자유치국을 피고로 중재를 제기할 수 있는 것은 매우 유효한

369) 홍기빈, 전계자료, 5쪽.

370) ISD제도는 과거 2000년 초 한미투자협정(BIT) 초안에 들어가 협상과정에서부터 그 문제점이 지적되기도 했다. 당시 한미투자협정 협상은 미국이 제시한 '1994년 표준안(prototype)'을 중심으로 논의됐는데, 이 표준안은 계약국 국적을 가진 개인 또는 사기업에게 상대편 국가를 제소할 수 있는 국제법적 권능을 부여하는 내용을 규정, 심각한 문제점으로 지적됐다. 노희찬, "한미FTA 투자자-국가 제소조항의 문제점", 51회 참여사회포럼(2006.12.1), 21쪽; 이해영, "내 이리될 줄 알았다", 『한국일보』(2006.11.23), p.23; ISD는 1990년 초에 미국 캐나다 멕시코가 체결한 NAFTA에서 처음 생겨난 제도로 술한 비판과 저항에 부딪히면서 1990년대 지구정치경제의 뜨거운 쟁점으로 떠올랐다. 홍기빈, 전계자료, 1쪽.

분쟁해결절차로 여겨질 수 있다. 투자자는 자신만의 고유한 재산권의 안전을 확보하기 위해 국가 간의 분쟁해결절차보다는 투자자와 정부 간의 분쟁해결절차를 선호했다. 그 결과 최근 대부분의 투자협정은 ISD절차를 허용하는 근거규정을 포함시키고 있다.³⁷¹⁾ 우리나라도 멕시코, 포르투갈, 인도네시아, 남아프리카 공화국, 나이지리아 등과의 BIT 등 다수의 투자협정에서 ISD절차를 두고 있다.³⁷²⁾ 나아가 우리나라가 맺은 FTA에는 모두 이 제도를 승인하고 있다.

미국도 1994년 Model BIT, 2004년 Model BIT에서 모두 ISD에 관한 근거규정을 두고 있다.³⁷³⁾ 미국은 칠레, 싱가포르와의 FTA 투자의 장에서도 ISD를 승인하고 있다.³⁷⁴⁾ NAFTA에서는 투자자와 정부가 분쟁해결절차의 피고가 돼 실제로 중재를 진행한 경험도 여러 건에 이른다.³⁷⁵⁾ 현시점에서 투자협

371) UNCTAD, *Bilateral Investment Treats in the Mid-1990s*, p.90.

372) 한국의 ISD를 규정한 양자조약과 FTA를 보면 주로 1970년대부터 조항을 두고 있다. 외자유치국 입장에선 2003년 한국과 네덜란드 BIT 제8조(ICSID), 2002년 한국과 일본 BIT 제15조(ICSID, UNCITRAL), 1977년 한국과 프랑스 BIT 제4조(ICSID), 1976년 한국과 영국 BIT 제8조(ICSID)에 두고 있다. 투자국 입장에선 2006년 한국과 리비아 BIT 제9조(임시중재재판소), 2005년 한국과 슬로바키아 BIT 제8조(ICSID, UNCITRAL), 2004년 한국과 요르단 BIT 제8조(ICSID), 2003년 한국과 베트남 BIT 제8조(ICSID, UNCITRAL), 2000년 한국과 멕시코 BIT 제8조(ICSID, UNCITRAL), 1996 한국과 인도 BIT 제8조(ICSID, UNCITRAL)에도 규정하고 있다. 우리가 체결한 FTA에는 모두 ISD가 규정돼있다. 주진열, 전계논문, 67쪽; 장승화, “한미FTA 투자관련 협상에서 나타난 몇 가지 쟁점에 관한 연구”, 18쪽.

373) BIT 1994 제9조 제1항에는 투자자에게 투자분쟁권을 제공하고, 이 조약의 목적 실현을 위해, 투자분쟁은 이 조약에 의해 적용투자에 관해 창설되고 안정된 투자인가, 투자합의, 혹은 부여된 어떠한 권리에 대한 주장된 침해와 관련해서도, 도는 이로부터 생겨나는, 계약국과 다른 계약국의 국민 혹은 기업 사이의 분쟁을 의미한다고 규정하고 있다. 2004년 BIT는 2장(Section B)을 별도로 분리해 제23조부터 36조에 걸쳐 투자분쟁 조정 및 중재절차의 단계를 처음 협의와 협상에서 마지막 중재판정에 이르기까지 규정하고 있다. 제3장(Section 3) 제37조에서는 2장 즉 투자자 대 국가분쟁에서 규정되지 않는 국가 대 국가 사이의 투자분쟁해결절차를 규정하고 있다. 이해영, 『낮선 식민지, 한미FTA』 (서울: 메이데이, 2006), 157-161쪽.

374) 미-싱가포르 FTA의 경우 제15장에 별도의 투자관련 장을 설치하고, 이 장의 Section C에 ‘투자자 대 국가 간 분쟁해결’에서 사건 발생 후 6개월이 지나면 투자자는 ICSID에 제소할 수 있다고 규정하고 있다(협정문 제15장 제14절 제5조). 미-칠레FTA에는 협정문 10장의 Section B ‘투자자 대 국가간 분쟁해결’에서 투자분쟁이 협의(consultation)와 협상(negotiation)을 통해 해결되지 않고 6개월이 경과했을 경우, 투자자는 ICSID를 통해 중재재판에 회부할 수 있다는 것을 명시하고 있다(협정문 제10장 제15절 제5조).

정과 ISD를 분리해 생각하기 어려울 정도로 긴밀한 관계가 형성됐다고 할 수 있다.³⁷⁶⁾ ISD제도는 투자협정 초기에는 선진국과 후진국 사이의 투자협정에서 주로 이용되는 특징이 있었다. 그러나 NAFTA에서 볼 수 있듯이 선진국과 선진국 간의 투자협정에서도 ISD가 이용되는 등 그 범위가 갈수록 넓어지고 있다.³⁷⁷⁾ ISD제도가 미국을 중심으로 확대되고 있는 추세를 보이고 있는 가운데 ISD에 대해 다시 한번 생각하는 계기를 마련한 것은 2004년 체결된 미국과 호주 간의 FTA³⁷⁸⁾에서다. 이 협정 투자의 장에 따르면 기존의 투자협정과 유사한 형태의 협정의무인 내국민대우기준(National Treatment Standard), 최혜국대우(Most Favored Nation Treatment), 수용 및 송금 등을 규정하면서도 ISD제도를 배제했다. FTA 협상과정에서 ISD를 배제할 것을 끈질기게 요구한 호주입장에 미국이 동의함에 따라 가능했던 것으로 알려지고 있다.³⁷⁹⁾ 따라서 미국과 호주 FTA를 모범으로 삼아 우리도 ISD제도를 근원적

375) NAFTA는 제11장에 투자분쟁해결 메커니즘을 두고 있다. NAFTA 발효(2004.1.1)이후 2004년까지 NAFTA투자협정에 따라 투자자가 투자대상국 정부를 상대로 제소한 사례는 총 39건으로 이른다. 멕시코정부를 상대로 한 제소가 15건으로 가장 많고, 미국정부를 제소한 사례가 13건, 캐나다 정부를 상대로 한 제소가 11건으로 나타나고 있다. 이 중 멕시코 정부를 상대로 한 제소 중 2건, 캐나다 정부를 상대로 한 제소 중 3건에 있어 투자자가 승소했고, 그 결과 멕시코 정부는 총 1800만 달러, 캐나다정부는 총 2700만 캐나다달러를 승소한 투자자에게 지급했다. 물론 투자자의 제소가 명시적으로 기각당한 사례도 6건에 이르고 있다. NAFTA Claims.com 웹 사이트(<http://www.naftaclaims.com>).

376) 장승화, “한미FTA 투자관련 협상에서 나타난 몇 가지 쟁점에 관한 연구”, 19쪽.

377) 이와 관련해 미국과 캐나다 간 체결된 종전의 투자협정은 ISD규정을 두고 있지 않았으나 NAFTA협정으로 인해 ISD제도를 도입하게 됐다. *Canada-U.S. FTA, I.L.M.* vol. 27(1998), pp.373-380.

378) 미국과 호주 간 FTA 협상 경과 등에 대해서는 Ann Capling, *The Rise and Fall of Chapter11: Investor-State Dispute Mechanisms in the North American Free Trade Agreement and the Australia-United States Free Trade Agreement*(2004), p.12 이하 참조.

379) 미-호주FTA사정은 특수하다고 주장하고 있다. “세계 어느 투자협정을 보더라도 ISD는 필수적으로 포함된 조항이다. 보편화된 권익 구제장치를 우리만 받아들이지 않겠다고 버틸 수는 없는 일이다. 협상에서 이를 제외하겠다면, 다른 부분을 대폭 양보하거나 아니면 협상을 깨는 수밖에 없다. FTA 반대론자들은 호주의 경우를 (미국과 FTA 체결에서도 ISD를 거절할 수 있는 국가의) 예로 드는데, 투자분야에서 호주가 국제무대에 못서는 이유가 거기 있다. (호주는)미국과의 협정에서 ISD를 제외시키면서 다른 부분을 크게 양보

으로 삭제해야 한다는 주장³⁸⁰)도 설득력을 얻고 있다. 미국과 우리나라는 OECD 회원국인데다 우리나라의 사법체제도 훌륭하게 작동하고 있는 만큼, 국내 사법구제절차에 의하더라도 투자자 보호가 충분하다는 것이 FTA 반대론자들의 주장이다. 다른 나라와의 FTA 협상에선 조용하다가 미국과의 FTA에서 ISD제도 도입반대에 열을 올리는 것은 근본적으로 상대방이 세계 제1의 경제대국인데다 세계 최강의 법체제를 갖춘 미국이라는 점이 특별히 고려됐기 때문으로 분석된다.

3. ISD제도의 필요성과 장점

ISD제도는 외국 투자자로선 필요한 제도라 할 수 있다. 투자자는 투자유치국 정부와의 분쟁에서 투자 유치국의 국내법원에 제소하는 경우 심리 및 결정의 공정성에 항상 의문을 제기하고 있기 때문이다. 외국인 투자자 입장에선 국내법원도 투자유치국 정부의 일부이며, 분쟁의 상대방이 분쟁심리도 담당하는 모순을 초래한다. ISD절차는 국내법원이 아닌 국제법정에서 투자분쟁을 해결한다는 차원에서 최소한 공정성을 확보할 수 있다고 투자자는 보고 있다. 이 때문에 ISD 절차는 일단 필요성과 타당성이 인정된다. 공정한 중립적 재판관을 통해 분쟁을 해결하고, 이러한 절차도입으로 외국인 투자의 안정적인 증가를 가져올 수 있다. 특히 기존의 국가 대 국가 간 분쟁이 초래하는 정치, 외교적 파급과 비용을 적절히 통제할 수 있다는 점도 장점으로 꼽힌다.

중재제도가 단점이 없는 것은 아니지만 큰 문제를 발생시킨 것은 아니었다. 국가간의 합의가 없으면 중재는 원칙적으로 이뤄지지 않기 때문이다. 하지만 FTA시대에 접어들면서 사정은 달라졌다. 국가간 합의에 의해 성사되는데도 ISD제도는 논란이 끊이질 않고 있다. ISD의 문제가 왜 FTA협상에서 처음으로 본격적으로 대두되게 됐는지 의문을 가질 수 있다. 보통 양자간 투자협정과 함께 FTA는 투자자와 투자유치국의 투자분쟁 관련 문제를 포괄적으로 규

했다” 고 지적했다. 김필구(한미FTA 투자분과장), 법무부 국정브리핑, (2007.4.12), p.2.
380) 송기호, “투자자-국가 제소제 반대가 세계화 반대라고?”, 『프레시안』 (2007.4.17), 6쪽.

정하는 최초의 협정이다.³⁸¹⁾ 기존의 WTO 체제하에서도 투자에 관한 별도의 부속협상이 존재했다. 그러나 몇몇 기본적 규정만 나열하는데 그치고, 투자자는 ISD 중재를 직접 신청할 수 없어 투자부문과 관련해 투자자보호를 원하는 국가와 투자자 측면에서 볼 때 WTO체제는 사실상 규범의 부재상태나 다름없었다. 따라서 투자분쟁 관련 문제는 주로 BIT와 이의 확대형태인 FTA에서 직접적으로 다루졌다. 한국은 칠레를 시작으로 싱가포르, EFTA(유럽자유무역연합), ASEAN(서비스투자협정)과 FTA를 체결했지만 ISD문제는 협상의 핵심문제로 대두되지 않았다. 우리는 사실상 미국과의 FTA 협상에서 이 문제를 처음으로 맞닥뜨리게 된 것이라고 볼 수 있다.

투자자가 국가를 상대로 중재를 신청할 수 있는 ISD제도의 장점은 다음과 같이 5가지로 요약할 수 있다. ①형식적 공정성을 제고할 수 있다. 투자 유치국 정부와의 분쟁에서 분쟁 당사자인 해당국의 국내법원에 제소하는 경우, 심리 및 결정의 공정성에 대해 항상 의문이 제기돼왔다. ISD 절차는 국내법원이 아닌 국제법정에서 투자분쟁해결을 도모한다는 차원에서 최소한 형식적 공정성을 확보하고 있다. ②기존의 국가 대 국가 간의 분쟁이 초래하는 정치 외교적 과급 및 비용을 적절히 통제할 수 있다. 국가 간의 분쟁으로 번지는 것을 사전 방지할 수 있는 것이다. ③투자분쟁 전문 패널이 판단하기 때문에 전문성이 확보될 수 있다. ④분쟁해결절차가 단심제로 사법절차보다 기간이 단축된다. ⑤개인이 제소자로서 국가를 상대로 직접 해결가능하다는 점 등이다.³⁸²⁾ 투자자의 입장에서 장점이지만 투자유치국로서는 문제점이 될 수 있다.

4. ISD제도의 문제점

가. 구조적 문제점

ISD제도는 원칙적 타당성에도 불구하고 현실적 측면에서 다양한 문제점을

381) 이재민, “ISD 분쟁해결절차에 대한 소고”, 104쪽.

382) 이재민, “ISD 투자분쟁해결절차”, 한미FTA 체결지원위원회 세미나(2006.12.14), 3-4쪽.

초래한다. 무엇보다도 먼저 제기되는 문제점은 이러한 형태의 분쟁해결절차는 기존의 국가 대 국가간 분쟁절차와는 본질적으로 상이한 메커니즘(역학관계)에 따라 전개될 가능성이 크다는 점이다. 특히 이러한 분쟁에 관여하는 기업은 주로 다국적기업인 만큼 다국적기업과 외국정부간의 분쟁의 전개는 분쟁의 강도와 대응방식에서 기존의 국가간 분쟁과 상당한 차이점을 보일 수 있다.³⁸³⁾ 외교적 관례 및 상대방에 대한 기본적 존중을 깔고 있는 국가 대 국가간의 분쟁, 예컨대 WTO분쟁과는 다르다. ISD분쟁은 사용가능한 모든 수단을 총동원하는 기업 대 기업 간의 일반적 법률분쟁의 속성을 그대로 실현해 분쟁이 물량 공세화, 첨예화 될 우려가 있다. 투자자가 ISD를 통해 확보한 중재절차는 해당 국가의 국내 사법절차와 WTO와 다른 국제협정에 따른 기존의 분쟁해결절차와는 별개의 추가적인 분쟁해결절차를 FTA의 당사국 개인이나 기업에게 마련해 주는 결과를 초래한다는 것이다.³⁸⁴⁾

미국의회도 2001년 1월 초당적 신속처리권한(Bipartisan Trade Promotion Authority)을 부여하는 무역촉진법(Trade Promotion Authority Act of 2002)을 검토하면서 내국민이 가지지 못하는 권리를 외국투자자가 가지게 된다는 문제점을 인식하고, 다음과 같은 점을 부시행정부에 요구했다.³⁸⁵⁾ ①미국의 법원칙과 관행에 상응하도록 수용과 그에 대한 보상의 기준을 세울 것, ②다음을 통해 종전의 투자자와 정부간의 분쟁해결절차를 개선하기 위해 노력할 것, ㉠경박한 보상클레임의 제기를 제거할 수 있는 체계 ㉡중재자의 효율적인 선출보장과 클레임의 신속한 처분을 위한 절차 ㉢정부 입장의 형성에 있어서 대중의 참여기회 증진 절차 ㉣투자조항 해석에 있어 일관성을 갖기 위해 항소 절차 또는 그와 유사한 기구를 제공할 것 등이다. 또 ③분쟁해결을 위한 모든 요구가 신속히 대중에 공개될 것을 보장할 것 ④기업 노조 NGO로부터의 법정 자문 제안을 받는 체제를 세울 것 등이다. 이 결과, 무역촉진법에서 “투자의 보호와 관련해 미국 내의 미국 투자자가 가지는 것보다 더 큰 실질적인 권

383) 상계자료, 6-8쪽.

384) 이동호, 전개논문, 193쪽.

385) 한미FTA저지범국민운동본부, “한미FTA 타결안 긴급평가 토론회” (2007.4.3), 27쪽.

리를 외국투자자가 가져서는 안 된다”고 규정했다.³⁸⁶⁾ 한미FTA에도 이 같은 규정은 그대로 삽입됐다.³⁸⁷⁾

투자유치국 정부는 피고의 입장에만 서고, 민간부문에 비해 자원 가용능력이 상대적으로 제한돼 기본적으로 수세적 입장에 처하게 되는 점도 문제점으로 지적되고 있다.³⁸⁸⁾ ISD분쟁은 결국 투자유치국 정부의 정책에 대한 평가와 심리를 그 목적으로 한다. 이 점에서 투자유치국 정부가 패소할 경우, 이유여하를 막론하고 투자유치국 국내적으로 심각한 정치, 경제적 파급효과가 초래될 수 있다. 원고인 투자자 보호에 역점을 둔 제도인 만큼 국가로선 큰 덕이 없는 셈이다.

나. 사적 분쟁해결방식과 공익의 보호

개인권리를 보호하기 위한 법령들이 공익(public interest)보다 사적 분쟁해결방식에서 해석되고 적용되는 경우가 증가하고 있다. 이 여파로 법령에 따라 개인투자자는 국제중재를 제기할 수 있다. 하지만 자신만을 위해 중재를 신청, 정부행위의 유효성 여부를 다투기 때문에 해당법령이 지향하는 공익이 사익에 의해 훼손될 수 있다. 특히 국내 공서양속의 규율대상이 상사중재방식을 통해 국제적으로 어느 정도까지 다루어질지 의문시되고 있다.

최근 제기되는 국제투자 중재사건들은 사적분쟁이면서 공익과 결부되기도 한다. 이들 분쟁을 해결하는 방식으로 국제중재가 적절한지 투자자 보호가 아닌 공익차원에서 보면 많은 의문이 제기되고 있다. 이런 경향은 수천 개에 이르는 양자 또는 다자간 투자협정에서 외국투자자가 투자유치국을 상대로 중재를 제기할 수 있는 투자분야에서 두드러지고 있다.³⁸⁹⁾

386) 19 U.S.C. 제3801조 제3항

387) 한미FTA 제11.3조. 각 당사국은 영역 내 투자의 설립과 인수, 확장, 관리, 경영, 가동, 매각 및 기타 처분과 관련해 자국의 투자자보다 불리하지 않게 상대국 투자자를 대우해야 한다고 규정.

388) 이재민, “ISD 투자분쟁해결절차”, 7쪽.

389) 이동호, 전개논문, 41쪽.

공공정책을 고려하지 않는 점도 문제점으로 드러나고 있다. ISD 중재절차가 투자와 관련된 장의 일부분이라는 점은 중재재판부가 환경정책을 비롯한 기타 공공정책에 대한 적절한 고려 없이 중재판정을 내리는 결과를 초래했다. ‘Metaclad v. Mexico’ 사건은 그 예로 제시되고 있다. 이처럼 공공정책에 대한 고려가 없는 것은 미국법과 국제법과도 상충되는 것으로 보인다.³⁹⁰⁾ 수용조항에 따른 판례들에서 미국의 대법원은 정부 조치의 성격을 고려해왔다. 이에 따라 공공성이 강한 정책이 문제가 되는 경우 수용에 따른 정부의 책임이 발생할 확률이 낮아진다.³⁹¹⁾ 중재판정의 집행과 관련한 뉴욕협약에도 중재판정의 집행이 집행요구를 받은 나라의 공공정책에 반할 경우 그 나라는 중재판정의 집행을 거부할 수 있다.³⁹²⁾ 이 규정은 주권불가침의 원칙이라는 국제법의 일반원칙을 규정한 것으로 보인다. 하지만 메타클래드 사건 등 한 국가의 공공정책의 수립과 집행에 영향을 미치는 ISD 중재판정의 집행이 거부된 적은 아직 없다.

국제문제에서 제기되는 공익은 공중을 보호하기 위해 마련된 여러 가지 법령이 지향하는 목적이다. 한 개인 또는 단체보다 공동체 전체의 공공선이나 정의감정과도 연결된다. 우리의 경우 일반법원에서 끊임없이 공익과 사익간의 비교가 정당한 지 문제가 되고 있고, 헌법재판소는 특정법령이 공익에 반하는 경우 위헌이라고 심판할 수 있다.

하지만 공익이라는 개념은 의미가 명확하지 않다. 이 때문에 우리나라 뿐 아니라 각국 법원에서 공익개념의 적용범위를 둘러싸고 많은 논란이 있다. 투자와 관련된 국제중재의 경우도 유사한 논쟁이 일고 있다. 그 핵심은 공익에 관한 사항이 대표성을 가진 입법부나 법원조직을 통해 파악되고 적용되는 경우와 달리 국제중재와 같은 사적 분쟁해결방식을 통해 공익에 관한 사항이 파악되고 집행되는 것이 과연 타당한 가 논란이 있을 수 있다. 많은 시민들은

390) 상계논문, 196쪽.

391) *Penn Central Transportation Co. v. City of New York*, 438 U.S. 104, 1978. 해당 정책의 성격을 포함한 세 가지 요소를 검토해 수용이 발생했는지 여부를 판단했다.

392) *UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Articles 52*, June 10, 1958.

자신들의 동의 없이 사인들이 공익에 관한 사항을 차별적으로 규제하거나 집행할 수 있다는 점에 크게 우려하고 있다.³⁹³⁾ 특히 ISD절차는 중재 패널 3인(개인 추천 1명, 국가 추천 1명, 공통 1명)이 재판하는데 대부분 영미법계 시각을 가지고 있어 영미국가에게 유리할 수 있다. 판결 때 공통 1인이 캐스팅 보트를 행사함으로써 결국 1인에 의해 좌우될 수 있다.

국제중재방식을 활용해 제기되는 분쟁 가운데 공익과 결부되는 분쟁은 매우 다양한 형태로 나타나고 있다. 투자자들은 상하수도사업, 징세, 수출입 규제, 서비스업 등처럼 과거 국가의 전속적인 주권행사로 간주돼온 개별 국가 영토 내의 각종 규제에 대해 이의를 제기하며 중재를 신청하고 있다.³⁹⁴⁾ 앞으로도 국제투자방식에 의해 투자자들이 투자유치국 정부의 규제행위에 대해 이의를 제기할 가능성이 매우 높다.³⁹⁵⁾ 사업에 실패한 투자자들이 자신의 재정과 영업상 실패를 투자유치국 정부의 부당한 규제와 그릇된 거시경제정책, 국제법에 반하는 차별대우라고 하면서 소송을 남발할 가능성도 배제할 수 없는 실정이다.³⁹⁶⁾

다. 중재판정에 나타난 절차적 문제점

절차적 문제점은 ISD제도의 단점이기도 하지만 사인간의 상업적인 문제에 대한 분쟁해결에서 볼 때 중재가 사법절차보다 선호되는 이유이기도 하다. 단

393) Dora Marta Gruner, "Note: Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform", *Colombia Journal of Transnational Law*, vol.41(2003), pp.923, 930-931.

394) David A. Gantz, "Global Trade Issues in the New Millennium: Potential Conflicts Between Investor Rights and Environment Regulation under NAFTA's Chapter II", *CEO. WASH. International Law REV.* vol.33(2001), pp.651, 659.

395) Elena V. Helmer, "International Commercial Arbitration": Americanized, 'Civilized or Harmonized', *OHIO ST.J. ON DISP. REV.*, vol.19(2003), pp.35, 38.

396) Justin Bytne, "NAFTA Dispute Resolution: Implementing True Rule-Based Diplomacy Through Direct Access", *Taxation International Law of Justice*, vol.35(2000), pp.415, 434.

순한 사인간의 중재분쟁이나 투자자와 국가 간의 투자분쟁의 경우 ISD는 중재절차 성립만으로 만족했지만 현재 투자자가 국가정책이나 투자유치국의 법원판결 등과 관련해서 중재대상으로 삼을 수 있는 만큼 ISD의 문제는 국가와 관련한 모든 중재재판의 문제로 확대되고 있다.

(1) 상소기구의 필요성과 관련한 판정(잘못되거나 일관성이 결여된 ISD 판정)

중재는 단심제³⁹⁷⁾이기 때문에 판정이 잘못 내려지거나 일관성이 결여될 경우 이것을 바로잡을 기회가 없다. 사인간의 중재에서는 신속하게 분쟁을 해결할 수 있다는 점에서 단심제가 중재의 장점으로 지적된다. 그런데 국가정책을 심판의 대상으로 하는 ISD에서는 중요한 국가정책을 경솔하게 결정한다는 비판의 근거가 된다. 미국 내에서 이러한 비판이 높아지게 된 계기가 된 사건은 Loewen 사건과 Methanex 사건을 들 수 있다.³⁹⁸⁾ 일관성이 결여된 판례로는 Lauder사건과 SGS사건, S.D. Mayer와 Pope&Talbot사건이 제시된다.

(가) Loewen 사건³⁹⁹⁾

이 사건은 캐나다 회사를 상대로 한 미시시피 주법원에서의 재판과정에서 행해진 주법원의 행위와 판결을 이유로 제기된 중재사건이다. 미국 Jerry O'Kaffe와 그의 아들, 그리고 이들이 소유한 회사들(들을 합쳐 O'Kaffe로 표기)이 공동으로 캐나다 법인인 Loewen Group Inc.(TLGI)와 TLGI의 미국 자회사인 Loewen Group International Inc.(LGII)(TLGI와 LGII를 통합해 Loewen으로 부른다)를 상대로 미시시피 법원에 계약위반을 이유로 제소한 것에서 시작됐다. 피고회사(Loewen)는 북미지역에서 장례서비스와 장례보험서비

397) 한미FTA 제11.26조.

398) 서철원, “투자자 국가간 직접중재에서의 상소 메커니즘의 전망과 법적 쟁점”, 188쪽.

355) *Loewen Group Inc & Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award*, June 26, 2003, p.42,

스를 제공하는 회사였고, 원고회사(O'Kaffe)는 미시시피지역에서 동일한 서비스를 제공하는 회사였다. 원고와 피고사이에 원고의 장의사와 피고의 장의보험사를 교환하는(교환자산의 가액이 전체적으로 5000만 달러가 되지 않는) 계약과 관련된 분쟁이 발생해 소송을 제기했다. 원고 측 변호사인 Willy Gary는 단순한 계약 위반 사건을 부당경쟁 사건이라고 주장했다. Gary는 변론과정에서 배심원들에게 부당한 편견을 가질 수 있는 다음의 3가지를 크게 부각시켰고, 판사를 이를 적절하게 통제하지 않았다. 첫째, 회사의 국적에 관한 것으로 원고는 미시시피 회사인 반면에 피고는 캐나다 회사라는 것이다.⁴⁰⁰⁾ 둘째, 인종적인 문제로 원고는 흑인 백인을 가리지 않는 반면 피고는 백인만을 고객으로 한다는 것이다.⁴⁰¹⁾ 셋째, 원고는 소규모인 반면 피고는 대규모 회사로 가난한 지역주민들을 착취한다는 것이다.

소송의 결과 배심원은 피고에게 5억 달러를 배상하라는 판결을 내렸다. 그런데 이 중에서 손해를 전보하는 것은 2600만 달러이고, 7400만 달러는 정신적 고통에 대한 위자료, 4억 달러는 징벌적 배상이었다. 피고는 항소하려고 했으나 1심 판결의 집행을 막기 위한 보증금이 문제였다. 미국에서는 승소한자의 집행을 지연하는 수단으로 항소가 이용되는 것을 막기 위해 항소하는 자가 1심판결이 집행되는 것을 중지시키기 위해서는 보증금을 공탁해야 한다. 미시시피법상 그 액수는 1심판결 배상액의 1.25배이고, 정당한 사유가 있으면 감액할 수 있다. Loewen사건의 1심법원은 법정 최고 비율인 1.25배를 적용해 보증금을 6억2500만 달러로 결정했다. Loewen은 보증금의 액수를 1억2500만 달러로 감액해달라는 청구를 했으나 1심법원과 항소법원은 거부했다. 1심 재판에서의 패소와 자금조달의 어려움이 주식시장에 알려지자, TLGI의 주가는 30억 달러에서 15억 달러로 절반 폭락하는 등 Loewen은 곤란한 상황에

400) O'Kaffe의 설립자는 제2차 세계대전 중에 진주만 전투에 참가한 애국자인 반면 Loewen은 외국인이고, Loewen이 O'Kaffe를 인수하는 자금에는 일본자금이 많이 이용된다는 것을 지적하면서, 이 사건은 미국의 애국자와 미국의 적국이었던 일본자본의 앞잡이인 외국인간의 소송이라는 것을 부각시켰다. Ibid.

401) 이 소송에서 재판관도 아프리카계 미국인이고 12명의 배심원 중 8명이 아프리카계 미국인이었기 때문에 이 점이 판결과 법원의 태도에 중요한 영향을 미쳤을 것으로 생각된다. Ibid. para.3.

빠졌다. 이에 Loewen은 집행이 예정된 하루 전에 1억7500만 달러를 배상하기로 원고 측과 화해를 하고 항소를 포기했다. 화해에 의해 사건이 해결된 후 TLGI와 TLGI의 설립자인 Raymond Loewen은 NAFTA 제1116조에 기해 중재를 신청했다. Loewen의 설립자이자 대주주인 Raymond Loewen도 자기 자신의 피해를 이유로 한 자격과 TLGI를 대신하는 주주의 자격으로 중재를 신청했다.

중재의 결과 제1116조에 기한 TLGI의 청구는 국적계속의 요건을 충족하지 못하고 관할권이 없다는 것, 1심법원의 판결에 대해 상급법원에서 다투지 않고 화해에 의해 종결됐다는 이유로 패소했다.⁴⁰²⁾

하지만 이 중재판정은 많은 문제점을 남겼다. 이 사건에서 문제가 된 것은 1심법원의 재판절차에서 원고 측 변호사의 부적절한 행위를 주법원이 적절하게 통제하지 못한 것⁴⁰³⁾과 원심판결의 집행을 중지하기 위한 보증금액수가 과대해 화해로써 분쟁을 해결할 수밖에 없도록 한 것⁴⁰⁴⁾ 등이다. 이 사건은 청구인인 캐나다 법인의 국적이 중재 중에 미국인으로 변경됐고,⁴⁰⁵⁾ 법원의 판결에 대해 최종심까지 마쳐야하는데 그렇지 못했으므로⁴⁰⁶⁾ 관할권이 없다는 것으로 종결됐다. 국적계속의 원칙과 국내 구제절차의 완료, 주주의 당사자적격에서 잘못된 판정이라는 지적을 받고 있다.⁴⁰⁷⁾ 그러나 정치적 책임을 지지 않은 중재재판부가 사법부의 판결도 중재의 대상으로 할 수 있다는 것은 많은 논란을 불러 일으켰다.⁴⁰⁸⁾

402) 서철원, “투자자-국가 중재를 이용하기 위한 절차적 요건에 관한 연구”, 133쪽.

403) Loewen ICSID Case, op.cit., paras. 42, 65-70.

404) Ibid., para. 215.

405) Ibid., paras. 225-230.

406) Ibid., para. 159.

407) 서철원, “투자자-국가 중재를 이용하기 위한 절차적 요건에 관한 연구”, 149-151쪽.

408) 미국정부는 사법부의 행위는 중재의 대상이 아니라고 했다. *Memorial of United States of America on matters of Competence and Jurisdiction*, 15 Feb, 2000, pp.27-49; 로웬 사건의 중재판정의 문제점에 대해서는 서철원, “투자자-국가 중재를 이용하기 위한 절차적 요건에 관한 연구” 참조: 송기호, “미국대법관들이 투자자 국가소송제에 맞선 이유”, 『프레시안』 (2006.7.26), pp.1-2.

(나) Methanex 사건

이 사건은 환경보호를 위한 조치가 배상의 대상이 될 수 있다는 면에서 환경보호단체의 반발을 불러일으킨 사건이다. 사건 개요는 캐나다에 근거를 두고 있는 메탄올을 생산하는 기업인 메타넥스가 캘리포니아주가 발암물질인 MTBE(methyl tertiary-butyl ether)를 휘발유에 첨가하는 것을 금지하는 조치를 취하자 제기한 중재다. 메탄올은 MTBE를 만드는데 사용되는데, MTBE의 첨가가 금지돼 메타넥스가 생산하는 메탄올의 판매가 줄게 됐다는 것이 그 이유다.⁴⁰⁹⁾

이 사건의 청구 근거는 캘리포니아 주의 조치가 MTBE에 의한 건강의 피해를 막기 위한 최소한의 조치가 아니어서 ‘국제적 최소보호제도’를 위반했다는 것, 캘리포니아주의 조치는 메탄올을 생산하는 미국기업과 차별한 것이므로 내국민대우원칙을 위반했다는 것, 캘리포니아주의 조치로 NAFTA 투자조항이 보호하는 시장점유율을 상실하게 됐으므로 간접수용이라는 것 등이다.

중재재판부는 캘리포니아주의 조치와 청구인인 투자자 사이에 관련성이 약하다며 관할권이 없다는 판정⁴¹⁰⁾을 내려 미국이 승소했다. 하지만 미국의회에서 행정부에 무역협정의 신속체결권을 부여할 것인가의 여부가 논의되는 중에 진행된 사건으로 정치적 파장이 적지 않았다. 그 결과 의회는 투자협정에 여러 가지 내용을 담을 것을 조건으로 대통령에게 신속체결권을 부여했는데, 이러한 조건 중의 하나가 상소메커니즘을 만들도록 요구하는 것이다.⁴¹¹⁾

(다) Lauder 사건(2003)⁴¹²⁾

이 사건은 하나의 사건에 대한 중재가 런던과 스톡홀름 두 곳에서 동시에

409) *Methanex Corporation v. United States of America, Final Award*, Aug. 3, 2005, Part. II, Chapter D, paras 2-6.

410) *op.cit.*, paras.129-147.

411) 19 U.S.C. 3802조(b)(3)(G)(iv).

412) 홍기빈, 『투자자-국가직접소송제』, 27-34쪽.

진행돼 각 중재재판부가 모순된 판정을 한 사례이다. 동일한 사안에 대해 두 곳에서 중재가 진행된 이유는 미국투자자인 Lauder가 네덜란드법인을 설립해 이를 통해 체코에 투자해, Lauder가 미국과 체코간의 투자협정에 근거해 중재를 신청했고, 네덜란드 법인은 체코와 네덜란드 간의 투자협정에 근거해 중재를 신청했기 때문이다. 두 사건이 병합될 수 있었지만 체코정부가 병합에 반대해 중재가 두 곳에서 진행됐다.

미국인 Lauder가 네덜란드 법인인 Central European Development Corporation(CEDC, 중유럽미디어)을 설립하고, 이를 통해 체코의 방송사업(노바 TV)에 투자했다. 원래는 직접 방송허가권을 취득해 체코현지 파트너와 공동으로 방송국을 운영할 계획이었다. 그런데 외국인에게 직접 방송허가권을 주는 것에 부담을 느낀 체코방송위원회는 체코 현지 파트너에게 방송허가권을 주고, 이 파트너와 조인트벤처(합작투자회사)를 설립해 방송국을 운영하도록 했다. 방송국의 운영은 예상보다 순조로웠다. 그런데 Lauder와 CEDC가 실제로 방송국을 운영하는 것에 대한 비판⁴¹³⁾이 높아져, 체코의회는 Lauder와 CEDC에게 불리하도록 방송법을 개정했다. 개정된 법률에 따라 체코방송위원회는 조인트벤처의 투자와 수익 분배구조를 Lauder와 CEDC에게 불리하게 변경하도록 했다. 그리고 체코 현지파트너(블라디미르 젤레즈니)는 이러한 분위기와 체코방송위원회를 이용해 자기가 지배하는 새로운 기업이 방송국을 운영하도록 했다.

이에 Lauder는 체코와 미국 간의 투자협정에 따라 런던에서 중재를 신청했고, 직접 피해를 입은 네덜란드법인은 체코와 네덜란드 간의 투자협정에 따라 스톡홀름에서 중재를 신청했다. 중재에서 문제가 됐던 것은 ①방송허가권을 내국인에게만 준 것, ②방송사를 운영하는 회사인 CNTS의 투자와 수익분배구조를 변경시키는 과정에서 체코정부와 방송위원회가 취한 조치, ③체코 현지파트너가 방송국을 차지하는 과정에서 방송위원회가 취한 조치 등이다.

413) 미국식 오락프로와 섹스 폭력물 등이 방송에 확대되면서 체코의 문화를 해치고, 돈이 외국으로 빠져나간다면 공익 성격이 무시되고 사업이익을 늘이는데 혈안이 되고 있다는 비판이 쏟아졌다. 홍기빈, 전계서, 27-35쪽 참조.

런던중재와 스톡홀름 중재 모두 방송허가권을 주는 과정에서 내외국인을 차별한 것은 내국민대우 위반이라고 판정했다.⁴¹⁴⁾ 그러나 그 외의 쟁점에 대해서는 두 개의 중재가 정반대의 판정을 했다. 런던중재에서는 그 외의 이슈에 대해 체코정부의 행위가 투자협정을 위반하지 않았다고 했다.⁴¹⁵⁾ 반면 스톡홀름 중재에서는 체코정부는 자의적이고 차별적인 대우를 하지 않을 의무를 위반한데다 형평에 맞는 대우를 할 의무도 위반해 체코정부의 행위가 간접수용에 해당한다고 판정했다.⁴¹⁶⁾ 스톡홀름중재재판부는 체코정부에게 3억5000만 달러를 보상하라고 판정했다.

(라) SGS 사건

거의 유사한 사안에 대해 2003년 ICSID에서 행해진 두개의 중재가 정반대의 판정이 내려진 사례이다. 스위스 회사인 Societe Generale de Surveillance S.A.(SGS)는 파키스탄 정부, 필리핀 정부와 각각 세관업무의 효율성을 높이는 용역을 제공하는 계약을 체결했다. 양국 정부가 용역대금 지급을 거부하자, SGS사는 파키스탄 정부에 대해서는 스위스와 파키스탄간의 투자협정상의 권리가 침해됐다는 이유로, 필리핀 정부에 대해서는 스위스와 필리핀간의 투자협정상의 권리가 침해됐다는 이유로 ICSID에 중재를 신청했다. 단순한 계약위반의 문제를 투자협정상의 권리침해로 주장한 이유는 소위 우산조항(umbrella clause)⁴¹⁷⁾ 때문이다. 이 조항은 “계약국은 투자자의 투자와 관련해 한 약속은 준수해야 한다”라는 취지를 규정하고 있는데 여기에서의 약속에 단순한 계약도 포함된다고 SGS는 보았기 때문이다. 그런데 파키스탄 정부와의 중재에서

414) *Lauder v. Czech Republic*, Final Award, (<http://www.cetv-net.com/iFiles/1439-lauder>) paras.230-233.

415) *Ibid*, paras., 246-247, 256-258.

416) *CME Czech Republic G. V. v. Czech Republic*, *Partial Award*, paras.554-555, 572, 607-609.

417) 협정상 의무위반 외에 여타 모든 투자자 국가간 분쟁을 ISD 분쟁해결절차에 회부가능토록 한 조항이다.

는 단순한 계약위반은 우산조항에서 금지하는 약속의 위반에 해당되지 않는다고 판정했다. 418) 반면 파키스탄 정부와의 중재에서는 정반대로 판정했다.419)

(마) S.D. Myers 사건과 Pope & Talbod 사건

NAFTA 투자중재에서 일관성이 결여된 사례들은 제1105조의 해석과 관련한 경우가 있다. ‘공정한 대우’가 ‘국제적 최소보호’의 한 부문인지 아니면 이것에 추가해 보장되는 권리이냐의 문제를 놓고 판정이 달랐다.

마이어스 사건⁴²⁰⁾에서는 공정한 대우를 국제적 최소보호에 포함되는 것으

418) *Sciète Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB, 2003.1.13, paras.164-165.

419) *Sciète Generale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/02/6, Jan. 29, 2004, para.128.

420) 마이어스 사건의 개요는 다음과 같다. 미국에서는 PCB(폴리염화비페닐)의 생산자체가 금지되다보니, 미국 기업인 마이어스는 캐나다에서 생산된 PCB를 미국으로 수입해 오하이오 주에 있는 자사 공장에서 그것을 가공한다는 계획을 추진했다. 마이어스는 캐나다에 자회사를 세우고, 미국과 캐나다 양국의 당국에 허가를 요청했다. 캐나다는 이 계획에 대해 미국 환경보호청(EPA)이 허가한다면 자국도 허가한다는 입장이었다. EPA는 긍정적으로 검토했고, 마침내 1997년 PCB의 수입을 허가하는 조치를 내렸다. 그런데 그로부터 1개월 뒤인 1997년 11월에 캐나다 당국은 PCB의 국경통과를 일단 보류시키는 잠정명령(Interim Order)을 발표했다. 그 이유는 미국 EPA의 조치가 과연 합당한지 연구할 시간이 필요하다는 것이었다. 미국에서는 이미 PCB의 수입을 금지하는 법이 발효된 상태였다. 그런데 이런 법과 EPA의 조치가 모순 되는지 여부에 대해서는 아직 권위 있는 검토가 이뤄진 적이 없으니, 바젤협약에 서명한 캐나다로선 당시 상황에서 어떤 조치를 취해야 하는 지를 다시 생각해 봐야 한다는 것이다. 몇 달이 지난 후인 1997년 2월 검토를 끝낸 캐나다 당국은 다시 PCB의 수출을 허가했고, 마이어스는 7번 정도의 PCB수입물량을 운송할 수 있었다. 그러나 이번에는 미국에서 환경단체인 시에라클럽이 마이어스에 대한 EPA의 PCB 수입 허가조치를 위법이라고 주장하며, 제소해 위법이라는 법원의 판결을 받아냈다. 이로써 1997년 7월 20일 PCB의 미국 내 반입은 완전히 중단됐다. 그런데 1998년 10월 마이어스가 캐나다 정부를 상대로 투자자 국가소송을 제기했다. 미국의 EPA에서 허가를 내줬음에도 불구하고 캐나다의 잠정명령으로 인해 PCB의 수입이 중단됐던 몇 개월의 기간 동안 큰 피해를 입었다는 것이다. 마이어스의 주장은 3가지. 첫째, 캐나다 정부는 미국기업인 마이어스에 피해를 줄 것을 알면서도 의도적으로 잠정명령을 내리는 행동을 했으니 NAFTA의 차별금지조항을 위반했다. 둘째, 결과적으로 마이어스는 자사가 구입한 PCB를 캐나다 국내에서 처분할 수밖에 없게 됐으니 투자자에게 아무런 요구사항도 불지 않는다는 ‘이행의무 부과금지’조항을 위반했다. 셋째, 마이어스가 사업을 위해 캐나다에 투자해 설립한 회사는 결국 아무런 이윤도

로 해석했다. 중재판정은 권리의 침해여부에 적용되는 기준으로 “투자자가 국제법의 시각에서 수용할 수 없는 수준의 부당하고 자의적인 대우를 받았을 때 제 1105조의 위반이 있다”고 했다. 또 “조치가 제1105조를 위반할 정도로 상해를 벗어났는가의 여부는 궁극적으로 국제법이 결정해야 한다”고 해 국제적 최소보호에 적용되는 기준이 공정한 대우 위반여부에도 적용된다고 했다.⁴²¹⁾

반면 포프앤탈보트 사건에서 중재재판부는 ‘공정한 대우’는 ‘국제적 최소보호’에 포함되는 개념이 아니고, 국제적 최소보호와는 별개의 부가적인 보호라고 명확하게 규정했다.⁴²²⁾

(2) 상소메커니즘의 필요성

위에서 살펴본 것처럼 ICSID와 UNCITRAL 등 중재기관의 중재절차와 중재인 선임, 중재판정의 사항은 한 국가의 환경정책을 비롯한 공공정책에 막대한 영향을 미칠 수 있는 사안에 대해 판단을 내리기에는 완전하지 않다.⁴²³⁾ 사적 분쟁방식에 기반을 두고 있어 자칫 공익의 보호에 소홀할 수 있는데다 판정내용도 일관성을 유지하기가 힘들기 때문이다. 중재절차의 공개정도와 법정의견서(amicus curiae brief)의 허용여부, 중재인의 전문성 등의 구체적인 사항뿐만 아니라 민주적인 입법절차에 따라 수립된 공공정책은 외국투자자의 간섭과 이익제기에 노출될 수 있다는 근본적인 문제점이 있다. 이런 문제점은 환경정책의 경우 비경제적이고, 공적인 특성을 고려할 때 환경정책과 관련해 심각한 파장을 일으킬 것으로 예상된다.⁴²⁴⁾

국내 사법제도와 WTO가 마련한 분쟁해결절차와는 달리 FTA의 ISD중재절

내지 못하게 됐으니 캐나다정부는 ‘수용에 해당하는 조치’를 취한 셈이다. 2000년 11월 13일 UNCITRAL 중재재판부는 마이어스의 손을 들어주는 판정을 내렸다. 2002년 10월 나온 최종 판결은 605만 달러의 배상금을 캐나다 정부에 부과했다. 홍기빈, 전계서, 138-139쪽.

421) *S. D. Mayer Inc. v. Canada, Partial Award on Merits*, Nov. 13, 2000, paras. 263- 264.

422) *Pope & Talbot, Inc., v. Canada, Final Merits Award*, April, 10, 2001, paras. 18-29.

423) 이동호, 전계논문, 202쪽.

424) 상계논문, 203쪽.

차는 상소절차를 마련하지 않고 있다. 미국의회는 상소절차의 필요성을 인식하고 TPA(Trade Promotion Authority Act) 자체에 발효일 이후에 체결되는 모든 FTA의 투자분쟁해결절차가 일관된(coherent) 상소절차를 포함해야 한다는 점을 명시했다.⁴²⁵⁾

ICSID는 중재판정의 무효가 될 수 있는 경우를 규정하고 있다. 그러나 이는 중재인의 부패, 중재판정부가 명확하게 권한을 벗어나는 행위를 하는 경우, 근본적인 절차와 관련한 심각한 오류 등이 있는 극히 제한적인 경우에만 적용되는데 이는 상소절차는 아닌 것이다.⁴²⁶⁾ UNCITRAL은 기본적으로 중재절차를 제공할 뿐 직원이나 상설기구를 갖고 있지 않다. 이에 따라 UNCITRAL의 중재규칙에 따라 내려진 중재판정이 무효가 되는 경우를 판단할 주체가 없으며, 이런 경우 관련한 조항도 존재하지 않는다.⁴²⁷⁾

소송납발을 방지하기 위해 미국은 칠레와의 FTA에서는 관할권 항변이 받아들여지거나 관할권 항변에 대한 반대주장이 받아들여지는 경우, 항변 또는 반대주장이 원용된 당사자가 지출한 비용 중 적절한 부문에 대해 환급받을 수 있도록 했다.⁴²⁸⁾ 투자자가 비용부담을 고려하면 선불리 투자분쟁을 제기하거나 관할권 항변을 주장할 수 없을 것으로 판단한데 따른 것이다.⁴²⁹⁾

상소기구는 중요성이 부각되면서 설치도 검토되고 있다. 미·칠레FTA와 미·싱가포르FTA 교섭과정에서 교섭 국가들은 중재판정부의 중재판정을 재심하기 위해 장차 상소기구를 설치하기로 한 것이 중요한 합의사항이었다.⁴³⁰⁾ 중미-도

425) *Trade Negotiating Objectives*, 19 U.S.C. 3802조 (b)(3)(G)(ii)(2002)/19 U.S.C. 제 3801조 제3항.

426) *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Articles 52, 1966.

427) 이동호, 전계논문, 204쪽.

428) 미·칠레 FTA 제10.19조 제6항.

429) 한미FTA 제11.20조의 6-8항은 근거 없는 중재를 신속하게 종결할 수 있도록 하고, 이러한 중재를 신청한 투자자에게 변호사 비용을 포함한 소송비용을 부담하도록 했다.

430) *Letter from George Yea on the Possibility of a Bilateral Appellate Mechanism*, Minister for Trade and Industry of Singapore, to Robert Zoellick, U.S. Trade

미니카 자유무역협정(US-Central American-Dominican Republic Free Trade Agreement: CAFTA-DR)등에도 상소제도를 반영했다. 미국과 칠레 FTA에서는 부속서(Annex) 10-H에서 협정 발효 후 3년 이내에 제10.25조의 중재과정을 재심하기 위해 양자적 상소기구장치의 설치여부를 검토하도록 했다. 미국 TPA에서도 유사한 구절을 찾을 수 있다.⁴³¹⁾ 한미FTA에도 ‘양자간 상소메커니즘의 가능성’ 규정⁴³²⁾을 두고 있다. 현재 상소는 가능하지 않지만 그나마 상소의 가능성을 열어놓은 점은 한미FTA의 성과라고 볼 수 있을 것이다. 상소제도는 한미FTA가 시행되면 운영을 통해 공익과 투자자 보호의 균형을 유지하는 차원에서 차후 양자협상에선 검토해야 할 사항이라고 판단된다. 상소 범위는 명백한 법적 오류(clear legal error)에 그쳐야 하고, 사실관계의 오류에 대해서는 이슈를 제기하는 측에서 합리적인 재판관이라면 이러한 결론에 도달할 수 없을 것이라는 것을 입증하는 경우에만 인정해야 할 것이다.⁴³³⁾

라. 투명성의 확보

전통적으로 중재규칙에서는 사인간의 상사분쟁과 같이 BIT 혹은 중재계약에 따른 투자자와 국가 간 분쟁절차의 비밀유지를 강조해왔다. 이러한 점은 자산가치가 있는 상업상의 정보를 보유한다는 점에서는 바람직하다. 하지만 정부정책이 다투어지고 공적자산의 활용도가 문제되는 경우 비밀유지의 부당성을 이유로 제도 자체를 부정하는 빌미를 제공할 수 있다.⁴³⁴⁾ ISD 중재절차와 관련해 해당 중재절차는 공개되지 않으며, 중재인들은 자신들이 담당하

Representative, May 6, 2003. <http://www.ustr.gov/new/fta/Singapore/final/15app.pdf>.

431) 19 U.S.C 제3802조(b)(3)(G)(iv)(4)(2002).

432) 한미FTA 부속서 11-다. 한미FTA 상소메커니즘은 한미FTA가 발효한 후 3년 이내에, 상소메커니즘을 설치할 것인지의 여부를 검토할 것만을 요구하고 있다. 협상을 시작할 의무와 그 시한만 정해져 있고, 상소메커니즘의 설치가 의무화돼 있지 않고, 어떠한 내용의 상소메커니즘을 만들 것인지의 여부에 대해서도 아무런 규정이 없다.

433) 서철원, “투자자 국가간 직접중재에서의 상소메커니즘의 전망과 법적 쟁점”, 203쪽.

434) 강병근, “투자자-정부 중재방식과 한국의 대응”, 42쪽.

건에 대해 비밀을 지키겠다고 서약한다.⁴³⁵⁾ 이러한 비밀보호에 대한 규정은 다른 중재규칙에서도 찾을 수 있다.⁴³⁶⁾ 중재당사자들의 동의가 없는 경우 중재판정을 공개하지 못하며⁴³⁷⁾, 중재당사자의 동의가 있으면 중재판정을 공개할 수 있다.⁴³⁸⁾ 이 같은 비밀보호 규정은 이전에는 ICC 중재규칙에만 규정하고 있었다.⁴³⁹⁾

하지만 중재판정은 공개되고 있는 추세이다.⁴⁴⁰⁾ 미국의회는 TPA를 제정하면서 대통령에 대해 중재에 제기된 청구사항을 준비서면, 판단, 결정과 함께 신속히 공표하고, 모든 심리를 공개할 것이며, 기업과 노조, 시민단체의 법정조언을 수락하는 방식을 마련하도록 지시하고 있다.⁴⁴¹⁾ 미국과 캐나다는 2003년 10월 영업비밀을 포함해 비밀정보를 보호하는 조건하에 NAFTA 제 11장 중재절차를 공개하는데 동의한다는 취지의 성명서를 발표했다.⁴⁴²⁾ 동시에 NAFTA 3국은 법정조언에 유사한 절차를 제3자에게 허용하는 취지의 성명서를 발표하기도 했다.⁴⁴³⁾ 이 같은 성명서 내용은 한미FTA에도 반영되면서 중재절차의 투명성 확보가 일정 부문 보장되고 있다.⁴⁴⁴⁾

435) ICSID 중재규칙 제6조.

436) William H. Knull III & Noah D. Rubins, "Betting the Farm on International Arbitration", *American Rev. International Arbitration*, no.23(2000), p.531.

437) ICSID 추가절차규칙 제53조 제3항.

438) UNCITRAL 중재규칙 제32조 제5항.

439) Hans Smit, "Confidentiality: Articles 73 to 76", *American Rev. International Arbitration*, vol.9(1998), p.233.

440) <http://www.naftalaw.org>을 통해 공개되고 있다.

441) 19 U.S.C 3802조(b)(3)(H)(iii)(2002).

442) *Office of U.S. Trade Representative, Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter 11 Arbitration*, Oct. 7, 2003.

443) *Free Trade Commission Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation*, <http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/nafta2003/statement-non-disputingparties.pdf>(2007.9.26. 방문).

444) 한미FTA 제11.21조. 국가의 공공정책을 평가하는 중재가 대중의 참여 없이 비공개적으로 행해지는 것에 대한 시민단체들의 비판을 반영한 것이다.

마. 법무부가 분석한 투자조항 문제점

법무부가 한미FTA 체결 전에 분석한 ‘한미FTA협상 국제투자분쟁 분야 대응방안’⁴⁴⁵⁾에 따르면 한미 FTA 투자조항의 문제점은 7가지로 정리되고 있다. ①정부의 인·허가까지도 수용 관련 분쟁의 대상에 포함시키는 등 분쟁대상이 너무 광범위하고, ②국내법상 재산권 수용의 보상체제(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률)와 충돌할 뿐 아니라 국내 구제절차에 간접수용이 포함돼 있지 않으며, ③국내절차에도 국가를 상대로 한 손해배상 절차가 존재하고, ④투자자에 의한 정부제소로 막대한 소송비용이 지출(미국 정부 건당 평균 300만 달러)⁴⁴⁶⁾될 우려가 있고, 소송결과도 국제중재기구에서 우리 정부의 승소를 장담할 수 없으며(사례·패소건수: 캐나다 3건, 멕시코 2건, 미국 0건), ⑤그 결과 정부의 공공정책, 환경정책 등 행정 입법 사법행위를 위축시키게 되며 ⑥국내 투자자에 비해 미국 투자자에게 특혜를 주게 되고 ⑦미국투자자가 한국 정부를 제소할 경우 미국의 누구나 국제중재에 개입할 수 있도록 돼 있어 미국 정부의 개입이 우려된다는 것이다.⁴⁴⁷⁾ 법무부는 이 같은 문제점을 지적하고, 결론적으로 투자자 정부 제소절차를 한미FTA에 포함시키지 말아야 한다는 입장을 제출했다. 최소한 수용관련 분쟁은 국제중재절차에서 배제해야 한다는 입장이었다.⁴⁴⁸⁾

445) 노회찬, 한미FTA 타결안 긴급평가토론회(2007.4.3), 한미FTA저지범국민운동본부, 전계자료, 23쪽.

446) 명백히 소송남발(남소)로 간주되는 사건은 NAFTA 제 11장 국제 투자 중재와 관련한 ‘Pope&Talbot’를 들 수 있다. 이 사건의 중재판정에서 본안과 관련한 손해배상금은 미화 50만 달러로서 신청인이 청구한 5억 달러의 0.1%에 불과하지만, 중재절차와 관련해 양 당사자가 지출한 법률비용은 760여만 달러(중재인 수당과 기타 중재비용으로 146만 달러, 중재대리인 비용으로 619만 달러)에 이른다. *Pope & Talbot v. Canada, Costs* (Nov. 26, 2002), *ICSID Reports*, 2005, p.170.

447) 법무부는 한미FTA 체결과정에서 이 같은 문제점들은 한국이나 미국이 마찬가지이며, 다양한 조치로 해결할 수 있다는 입장을 취하고 있다.

448) 윤재설, “법무부, 투자자 정부제소 조항 반대 밝혀져”, 『레디앙』 (2006.10.30), p.1: 노회찬, “법무부 국감에서 서면질의 답변서 자료”(2006.10.30).

바. 기타 문제점

ISD 조항은 다음과 같은 문제점도 가지고 있다.⁴⁴⁹⁾ ①투자자의 선택에 따라 국내 사법부의 관할권을 배제한다. ②투자자 개인이 투자기업을 대신해 상대 국가를 직접 제소할 수 있다. ③투자자가 조약 당사자는 아니지만 투자자 국가 제소권한을 부여해 사실상 국가와 같은 수준의 당사자로 인정한다. ④ICSID 중재는 원래 사인 간, 사인과 국가간 상업적 국제분쟁을 해결하는 제도로서 기본적으로 국가의 공공정책, 입법과 재판, 행정부 규제권한 행사 등을 대상으로 투자자의 국가제소로 인한 투자분쟁을 중재할 중재기구로는 부적합하다. 이 중재기구는 당사국 국민들에게 어떠한 책임도 지지 않는다. ⑤ISD 판정은 확정판결과 동일한 효력으로 인정되는 국제중재관련 조약상의 중재판정이 아니기 때문에 상대국 법원에서 이를 갖고 승인 및 집행판결을 받을 수 없으며 그 자체로 집행력을 갖지 못한다. 다만 이 판정을 이행하지 않을 경우 투자자 소속국가는 상대국에 대해 협정 불이행을 이유로 보복조치를 할 수 있다. 이 경우 미국 투자자는 미국이라는 막강한 보호자에 의해 이 판정의 집행력을 확실하게 확보할 수 있는 반면 우리 투자자는 미국정부를 상대로 한 중재승소 때에도 미국이 이행을 거부할 경우 우리 정부의 무역보복조치를 기대하기 어려워 결국 투자자의 국적에 따라 심각한 차별이 발생할 위험이 크다. ⑥국제중재에는 막대한 비용이 수반되며 패소할 경우 막대한 손해배상을 해야 하므로 당사국 정부가 스스로 자신의 기능을 축소하는 일이 현실화 될 것이다. 이밖에 ⑦외국투자자가 제소 가능성을 암시하는 것만으로도 투자대상국을 위축시켜 어떤 입법이나 행정조치도 아예 못하게 하는 ‘규제당국에 대한 된서리(regulatory chill)’ 효과를 발생시킬 수도 있다.⁴⁵⁰⁾

449) 이찬진, “투자자-국가 제소권 협상타결 내용 검토”, 한미FTA 타결안 긴급 평가 토론회 (2007.4.3), 26-27쪽.

450) Pavey, Bronwyn and Williams, Tim, “The North America Free Trade Agreement: Chapter 11”, *Government of Canada, Depository Services Program, Science and Technology Division*, February 26, 2003.

第3節 ISD와 主權侵害 問題

ISD제도가 국가의 주권침해를 가져오는가 하는 문제를 놓고 FTA 찬반론자들의 대립이 치열하다. 반대론자들은 한국 뿐 아니라 미국에서도 국가와 지방정부의 주권을 약화시킬 우려가 있다고 지적되고 있다. 메탈클래드 사건과 로웬사건 판례를 통해 예상할 수 없을 정도로 국가주권을 침해하는 지 여부를 살펴본다.

1. 메탈클래드사건(Metalclad v. Mexico Case)⁴⁵¹⁾

가. 주권침해는 오해라고 보는 입장

메탈클래드 사건은 FTA 반대론자들이 NAFTA 제11장의 ISD가 멕시코 지방정부의 주권을 부당하게 침해한 사례로 드는 대표적 사례이다. ⁴⁵²⁾ 그러나 이는 사실관계에 대한 오해에서 비롯된 것이다. 이 사건에서 NAFTA상의 ISD가 멕시코 정부의 주권을 부당하게 침해한 사례가 아니라는 점은 사실관계를 잘 살펴보면 금방 드러난다.⁴⁵³⁾

1990년 멕시코 연방정부는 COTERIN(Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V.)사에게 산루이 포토시(San Luis Potosi) 주정부 소재 과달카사르(Guadalcazar)시에 위치한 La Padrera 계곡에서의 폐기물매립지 건설공사와 운영을 허가했다. 1993년 1월 멕시코 국립환경평가기관인 INE(National Ecological Institute)는 코테린사에게 La Pedrera 계곡에 폐기물매립지 건설공사 허가를 부여했고, 같은 해 4월 미국 델라웨어에 소재한 메탈클래드사는 폐기물매립지 건설공사를 위해 코테린사의 허가권과 함께 코테

451) *Metalclad v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1.

452) 상계서, 107-108쪽.

453) 주진열, 전계논문, 69쪽.

린사 매입 옵션계약을 체결했다. 같은 해 5월 산루이 포토시 주정부는 코테린사에게 폐기물매립지 건설공사 허가를 위한 주정부의 토지이용허가를 부여했고, 6월에는 산루이 포토시 주정부 주지사가 메탈클래드 사의 매립지 건설공사계획을 지지했다. 한편 INE 및 SEDUE(Mexican Secretariat of Urban Development and Ecology)는 매립지 운영허가권을 제외한 매립지 관련 모든 허가가 이미 나왔다고 하면서, 지방자치단체에서 계획지지의 획득책임은 중앙정부에 있다고 했다.

1993년 8월 INE는 코테린사에게 폐기물매립지 운영을 위한 연방허가를 승인했다. 같은 해 10월 메탈클래드사는 옵션을 행사해 코테린사와 폐기물매립지 및 허가권을 매입했다. 1994년 5월 메탈클래드사는 INE로부터 건설공사허가 연장을 받아 매립지 건설공사를 시작했다. 같은 해 10월 과달카사르시는 건설공사허가 부재를 이유로 모든 건설공사 행위 중지명령을 내림에 따라 공사는 중단됐다. 이 때 메탈클래드사는 연방정부 공무원으로부터 매립지 건설공사 및 운영에 필요한 모든 권한은 연방정부가 갖고 있으며, 다만 지역사회와의 우호적 관계유지를 위해 과달카사르시에 건설공사 허가신청을 해야 하고, 그러면 과달카사르시는 건설공사 허가를 거부할 어떠한 법적 근거도 갖기 어렵기에 당연히 허가를 해줄 것이라는 답변을 받았다.

1994년 10월 메탈클래드사는 건설공사를 재개하고, 과달카사르시에 건설공사 허가를 신청했다. 다음해인 1995년 1월 메탈클래드사는 INE로부터 폐기물 저장용기 및 매립지 운영에 필요한 건물공사에 추가허가를 받았다. 같은 해 5월 PROFERA(Mexican Federal Attorney's Office for the Protection of the Environment)는 건설공사 현장을 시찰하고, 매립지 예정 장소가 폐기물매립지로 지리적으로 적합하다는 결론을 내렸다.

그런데 1995년 5월 메탈클래드사가 공사 완료 후 준공식을 개최하려하자, 시위대는 출입구를 봉쇄하고 준공식을 방해했다. 이 당시 과달카사르시 경찰도 출입구 봉쇄를 도왔다. 그럼에도 불구하고, 같은 해 11월 메탈클래드사와 멕시코(INE, PROFERA)는 매립지 운영협정을 체결했으나 12월에 과달카사르시는 메탈클래드사의 건설공사 허가신청을 거부했다.

1995년 12월 과달카사르시는 Convenio를 두고 SEMARNAP에 행정이의신청을 했으나 SEMARNAP는 이를 기각했다. 그러자 1996년 1월 과달카사르시는 SEMARNAP의 기각에 대해 멕시코법원에 소송(amparo)을 제기했으나, 1995년 5월 기각됐다. 1996년 2월 INE는 오히려 메탈클래드사에게 연간 폐기물처리량의 증대를 허가했다. 이후 메탈클래드사와 산루이 포토시 주정부는 문제해결을 위한 협상을 시도했으나 실패했다. 이 결과, 1997년 1월 메탈클래드사는 결국 멕시코 정부를 상대로 NAFTA 제11장에 따라 중재재판을 신청했다. 한편 1997년 10월 산루이 포토시 주지사는 문제지역을 희귀 선인장 보호를 위한 자연보존지역으로 하는 조례를 공포했는데, 이로 인해 메탈클래드사는 해당지역을 매각할 수도 없고, 해당지역 내에서 어떠한 영업활동도 할 수 없었다. 이에 메탈클래드사는 멕시코는 산루이 포토시 및 과달카사르 지방 정부를 통해 매립지 운영이 불가능하게 됐고, 이러한 간섭은 NAFTA 제1105조 및 제1110조 위반이라고 주장했다.

이 사건에서 중재재판부는 산루이 포토시와 과달카사르 지방정부의 행위에 대해 멕시코는 국제법적 책임을 진다고 했다.⁴⁵⁴⁾ 이는 국가책임법상 당연한 결론이라고 생각된다.⁴⁵⁵⁾ 중재재판부는 또 투자유치국에게 명백한 이익이 없다고 하더라도 ‘재산의 사용 또는 합리적으로 기대되는 경제적 이익(use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property)’을 방해하는 것도 수용에 해당된다고 하면서 메탈클래드사에게 폐기물매립처리시설 건설공사 및 운영을 허가한 연방정부가 동 시설의 운영권을 불허한 지방자치단체의 행위를 용인한 것은 결국 NAFTA 제11장에 규정된 수용과 동일한 조치를 취한 것이고, 멕시코가 1668만5000달러의 보상을 해야 한다고 판정했다.⁴⁵⁶⁾

나. 주권침해로 보는 입장

메탈클래드 사건에서 중요한 쟁점이 됐던 것 중 하나는 폐기장 허가를 교부

454) Metalclad v. Mexico, op. cit., para.76.

455) 주진열, 전제논문, 71쪽.

456) Metalclad v. Mexico, op. cit., paras.76, 103-131.

할 권한이 중앙정부에 있는가 지방자치단체에 있는가 하는 문제였다. 이에 대해 멕시코 측 법률가들은 멕시코의 법률로 볼 때 그 권한은 지방자치단체에 있으므로 멕시코 중앙정부는 책임이 없다는 의견을 보내왔다. 그러나 중재재판부는 그러한 의견을 묵살해버리고, 폐기장 허가교부권은 중앙정부에 있는 것으로 보는 것이 옳다는 유권해석을 내렸다. 나중에 이 사건을 검토하게 된 벤쿠버의 지방법정에서 분명하게 판단했듯이 이러한 유권해석은 명백하게 한 나라의 법적 자율성의 영역까지 중재판정부가 침범한 경우라고 볼 수 있다.⁴⁵⁷⁾ 이어 중재재판부는 메탈클래드 사건에서 문제가 된 멕시코정부의 환경 보호조치에 대해 “그 의도와 동기를 판정하거나 고려할 필요가 없다”고 말했다. 메탈클래드 사건에 대해 중재재판부가 채택한 판정기준은 오로지 소송의 대상이 된 멕시코 정부의 조치가 투자에 끼친 충격의 규모였을 뿐이라고 지적했다고 주장하고 있다.⁴⁵⁸⁾ 메탈클래드 사건에 대한 판정에서 문제가 되는 쟁점으로 수용의 포괄적인 의미, 환경을 포함한 공공이익의 배제, 국내법 영역 침해 등을 문제점으로 지적하고 있다. 특히 ISD가 발동되면 지방자치단체에서 내리는 모든 결정과 조치들의 뒷감당이 다 중앙정부의 몫으로 돌아올 가능성이 있다는 점이다. 결국 메탈클래드 사건의 결말이 지닌 의미 중 하나는 이제부터 중앙정부는 외국투자자의 이익이 침해되지 않도록 각급 지방자치단체의 모든 입법과 행정을 감시해야 하는 엄청난 부담을 지게 됐다고 주장하고 있다.⁴⁵⁹⁾

2. 로웬사건(Loewen Inc & Loewen v. USA Case)

가. 로웬사건이 주권침해와는 무관하다는 입장

457) 홍기빈, 전계서, 107-108쪽.

458) 홍기빈, 전계서, 199쪽; Mann, Howard and Von Moltke, Konrad “Protecting Investor Rights and The Public Good: Assessing NAFTA's Chapter 11”, *background paper to ICSID Tri-National Policy Workshops*, Mexico City, 2002, p.17.

459) 홍기빈, 전계서, 136쪽.

한미FTA의 ISD가 한국의 사법주권을 침해할 것이라는 주장은 NAFTA에서의 로웬사건에 근거한 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 주장은 로웬사건에 대한 오해로부터 비롯된 것으로 생각된다.⁴⁶⁰⁾ 이 사건은 미시시피주 1심법원 배심원단이 캐나다 다국적 장례식 서비스제공회사인 로웬사(피고)가 미시시피주 독점규제법을 위반했다는 이유로 미시시피주 지역 장례식 서비스업체인 O'Keefe(원고)에게 5억 달러 손해배상을 인정한 사건⁴⁶¹⁾에서 발단됐다. 로웬사는 이에 불복하고 미시시피주 대법원에 상소하기 위해 배상액의 125%에 해당하는 6억2500만 달러의 상소공탁금을 감면해 줄 것을 청구했다. 그러나 미시시피주 대법원은 로웬사의 상소공탁금 감면을 기각했다.⁴⁶²⁾

이로 인해 로웬사는 주가가 폭락하고 회사가 파산에 직면하게 되자, 로웬사 및 그 소유주인 로웬은 국적차별, 인종차별에 근거한 변론을 허락한 미시시피주 1심법원 판사의 행위, 과도한 징벌적 배상액(4억 달러)과 위자료(7500만 달러), 미시시피주 대법원의 상소공탁금 감면청구 기각 등은 차별대우금지 및 투자자 보호를 규정하고 있는 NAFTA에 위반했다며, 미국 연방정부가 이에 책임져야한다고 주장했다. 이 사건에서 NAFTA 중재재판부는 “외국인에 대해 적절한 사법적 구제수단을 제공하지 못한 것이 국제위법행위에 해당하지 않는 한, 일국의 국내법원의 상소심에 상응하는 기능을 하는 것이 아니다”고 밝혔다. 이러한 판정이 미국 국내법원의 사법주권을 침해한 것이 아니라, 오히려 존중한 것임을 알 수 있다.⁴⁶³⁾

나. 국가주권 침해 우려가 있다고 보는 입장

판례 분석상 국내법원의 사법주권 침해가 아닌 것으로 나타났음에도 불구하고, 미국의 일부 법조계 인사는 미국법원의 결정이 NAFTA 중재재판부에서

460) 주진열, 전제논문, 71쪽.

461) O'Keefe v. Loewen Inc Case.

462) *Loewen v. USA, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3(Final Award)*, paras. 4-8.

463) 주진열, 전제논문, 71쪽.

쟁점이 됐다는 사실 그 자체로부터 큰 충격을 받았다. 검찰의 사법권 행사나 대법원과 헌법재판소의 판결도 ISD의 제소대상이 될 수 있기 때문이었다.⁴⁶⁴⁾

미국인 투자자는 한국인이 사법권을 행사하는 과정에서 ‘정의에 반하는 대우(denial of justice)’를 받았다는 이유로 한국을 제소할 수 있다. 물론 대법원의 판결문 자체를 재심하는 것은 아니다. 그러나 만일 국제중재기관이 한국 사법부의 특정 사법작용이 미국인 투자자의 절차적 권리가 보장되지 않았다고 판정하면, 한국은 그 패소판결로 입은 손실을 보상해야 한다. 이 때문에 미국인 투자자는 사실상 대법원의 판결을 다시 받은 것과 같은 효과를 얻을 수 있다.⁴⁶⁵⁾

이 사건을 계기로 2004년 7월 19일 미국의 주대법원장들은 주대법원장 회의(Conference of Chief Justice)⁴⁶⁶⁾에서 외국인 투자자가 미국 내에서 미국 시민보다 실체적 및 절차적 권리를 더 많이 누리서도 안 된다는 결의문(Resolution 26)을 채택했다.⁴⁶⁷⁾ 대법관들은 미국의 사법제도가 잘 발달됐고,

464) 송기호, “투자자-국가 소송제 반대는 왜곡선동?”, 『프레시안』 (2007. 4. 13), p.6.

465) 상계자료, 7쪽.

466) 2002년에도 미국법원과 의회는 NAFTA 투자조항의 위헌성을 제기하기도 했다. 2002년 미국의회가 행정부에 신속처리권한을 부여하는 ‘TPA 2002법(Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002)’을 제정할 때 미국 각주 대법원장 회의가 의회에 대해 공식적으로 NAFTA 투자조항의 문제점해결을 요구했고, 주 입법부 회의체, 주 행정부 회의체, 시장들의 회의체도 NAFTA 투자조항의 문제점에 대해 개선을 요구했다. 미국의회는 2002년 1월 초 당적 신속처리권한을 부여하는 ‘무역법 2002(Trade Act of 2002)’를 검토하면서 다음과 같은 문제점을 해결하도록 요구했다. 미국의 법적 원칙과 관행에 상응하도록 수용과 그에 대한 보상의 기준을 세우도록 할 것, 분쟁해결을 위한 모든 요구가 신속히 대중에 공개될 것을 보장할 것, 기업과 노조, 시민단체(NGO)로부터 법정자문 제안을 받는 체계를 세울 것 등이다. 특히 경박한 보상 클레임의 제기를 제거할 수 있는 체제와 중재자의 효율적인 선출 보장과 클레임의 신속한 처분을 위한 절차, 정부입장의 형성에 있어 대중의 참여기회 증진 절차 확보, 투자조항의 해석에 있어 일관성을 갖기 위해 항소절차 또는 그와 유사한 기구를 제공할 것 등 투자자-정부간 분쟁해결 절차를 개선하기 위해 노력할 것을 요구했다. 이찬진, “투자자-국가 제소권 협상 타결 내용 검토”, 한미FTA타결안 긴급평가 토론회(2007. 4. 3), 27쪽.

467) Conference of Chief Justice, *Resolution(7/29/04): Regarding Provisions in International Trade Agreements Affecting the Sovereignty of State Judicial System and the Enforcement of State Court.*

현대적이고, 공정하고 투명한(mature, modern, fair and transparent) 것이라고 천명했다. 대법관들은 연방정부에 대해 주의 사법주권을 인정하고, 이를 뒷받침하는 통상규정을 만들 것을 요구했다.⁴⁶⁸⁾

이에 2005년 2월 미국의 반 WTO/FTA 시민단체인 Public Citizen은 로웬사건을 사례로 들면서 NAFTA의 ISD가 미국의 사법주권을 침해한 것이라고 주장했다.⁴⁶⁹⁾ Public Citizen은 ‘자유로운 나라들의 연방주의(Federalism of Free Nations)’라는 논문에서 미연방헌법 제3조에 따라 재판관은 연방법원에 있지, 국제재판소에 있지 않으며, 국제재판소는 국내법원의 판결을 존중하는 것이 바람직하다는 전 미연방 대법관인 오코너(Sandra Day O'Connor)의 견해⁴⁷⁰⁾도 참조한 것으로 보인다. 그녀는 1997년 뉴욕대학의 ‘국제법 저널’에 기고한 이 논문에서 미국법정과 국제분쟁처리기구 사이의 대화와 상호영향은 필요하지만 분쟁을 심판하는 미국사법권의 본질적 내용을 국제분쟁처리기구에 양도하는 것은 ‘명백히 위헌(plainly unconstitutional)’이라는 견해를 피력했다. 이는 1994년 NAFTA 체결 이후 본격적으로 등장한 국제분쟁 처리기구의 문제점을 지적한 것이라고 시민단체들은 주장했다.⁴⁷¹⁾ 그러나 당시 오코너 대법관은 상기 논문에서 국제재판소와 국내법원의 관계를 연방법원과 주법원의 관계와 비교하는 것은 부적절 할 수 있다는 것을 분명하게 인정했다. 국제관습법상 국제재판소는 국내법원의 판결에 구속되지 않는다.⁴⁷²⁾

468) 송기호, “미대법관들이 투자자-국가소송제에 맞선 이유”, 『프레시안』 (2007.7.26), p.2.

469) Public Citizen, *NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases: Lessons for the Central American Free Trade Agreement* (Feb, 2005), pp.26-27; Public Citizen, *NAFTA's Threat to Sovereignty and Democracy: The Record of NAFTA Chapter 11 Investor-State Cases 1994-2005*, (Feb, 2005) 참조.

470) Sandra Day O'Connor, *Federalism of Free Nations*, *N.Y.U.J.Int'l., L.&Pol.* vol.35(1995-1996), pp.41-43.

471) 송기호, “미대법관들이 투자자-국가소송제에 맞선 이유”, p.1.

472) 중재재판부는 국제중재에서 한미FTA협정과 적용 가능한 국제법에 따라 분쟁을 판정한다고 규정했다. 국내법이 배제되는 것이다. 한미FTA 제11.22조 제1항.

3. 소결

국제법적으로 사실관계를 살펴보면 국제법과 국제관습법을 벗어나 주권침해를 했다는 점을 찾아보기는 힘들다. 그러나 정치 및 경제적 측면에서는 문제점을 내포할 수 있다. 결론적으로 ISD제도 자체가 주권 침해적 요소는 아니지만 법원판결자체도 ISD 중재대상이 될 수 있다는 점을 우려할 수 있다. 미국도 이를 우려해 ISD대상 범위 자체를 조약에서 축소하는 경향을 보이고 있다. 따라서 ISD 중재대상에서 국가주권의 오해의 소지를 없애기 위해 국가의 법원 판정 등을 제외하는 방안을 마련하는 것이 바람직하다고 본다.

第4節 韓美FTA상의 ISD제도의 改善方案

투자중재와 관련해 ISD 국제중재방식을 활용하는 것이 우리나라 국적의 개인이나 법인 투자자에게 어느 정도 유리한 지는 현재 명확하지 않다. 그러나 현실에선 한미FTA에서는 물론 한·칠레, 한·싱가포르 FTA와 이미 체결한 BIT에서도 투자자와 투자유치국 간의 투자중재 방식을 규정하고 있다.⁴⁷³⁾ 우리의 경우 한번도 실시해보지 않는 제도를 도입한 만큼 실제 어떤 분쟁이 발생할 것인지를 예단하는 것은 어렵다. 하지만 미국은 국제투자에서 소제기를 한 경험을 갖춘 나라인 만큼 우리와의 분쟁도 잇따를 것으로 예상된다.

이 같은 상황에서 ISD제도의 목적과 취지를 살펴볼 경우 제도 자체가 문제가 돼 배제해야 한다는 명제는 무리가 있을 수 있다. 합리적인 기준은 현재 제시된 ISD 절차가 양측의 이해관계를 적절히 반영하고 있는지, 협정의 형식적 공정성에도 불구하고 사실상 불평등을 초래할 만한 내용은 없는지를 검토하는 것이다. 동시에 새로운 형태의 분쟁이 발생할 경우 합리적인 기준을 발견, 발전시킬 수 있는 자체 메커니즘을 포함하고 있는지, 중재위원 선임에 있어 공정한 절차가 보장되는지 등과 같이 현실적인 문제에 대한 검토도 중요한 부분이다. 다른 모든 형태의 국제교섭과 마찬가지로 우리 측 입장만을 완벽하

473) 강병근, 전계논문, 46쪽.

게 반영하는 협정내용을 미국이 수용하기를 기대하는 것은 FTA 교섭에서도 비현실적으로 볼 수 있다. 제도 하나하나의 내용이 완벽한가, 우리 측에 불리한 내용도 포함돼 있지 않은가 기준도 따져봐야 할 것이다. 그러나 이보다 더 중요한 것은 협상과정에서는 FTA규정이 전체적으로 양측 입장의 적절한 균형을 유지하고 있는지, 예측 가능한 위험을 장기적으로 예측 관리할 수 있는가 하는 기준에 따라 평가해야 할 것이다.⁴⁷⁴⁾

1. ISD제도의 현실적 접근방법

ISD절차에 대한 현실적이면서 구체적인 접근의 모색은 다양한 요소의 심도 있는 분석과 고려를 요구한다.⁴⁷⁵⁾ 이 과정에서 고려해야 할 사항은 첫째, FTA는 선택적으로 다양한 내용을 담은 조약을 만들 수 있다는 점이다. 미국 등 경제력과 법체계가 상대적으로 우리보다 강한 나라와 조약을 체결할 경우, 한국법을 활용할 수 있는 기존 법 체제를 준수하는 것이 일차적으로 바람직하다고 본다. 물론 각 산업과의 개방정도를 고려해 투자분쟁해결절차 등의 제도 변경 협상에 임해야 할 것이다. 미국이 ISD제도를 규정하도록 주장한다고 해서, 이에 반드시 따를 필요는 없을 것이다.

둘째, 미국 등 특정국가와의 FTA에서 ISD 절차를 배제한다고 해 현재 우려되는 문제들이 본질적으로 해결되는 것은 아니라는 점이다. ISD 절차는 이미 상당수의 FTA와 BIT에 수용돼 있고, 우리가 향후 체결할 타국과의 FTA와 BIT 협상에서도 우리 측의 우려와 고민이 지속적으로 반복될 것이다. 미국과의 FTA가 아니더라도 결국 계속해 이 문제를 우리 정부가 정면으로 대응해야 할 상황에 처할 것으로 보는 것이 합리적이다. 그렇다면 미국과의 협상

474) 이재민, “ISD 투자분쟁해결절차”, 21쪽.

475) ISD제도의 문제점은 한미 FTA 찬반론자 모두 인정하고 있다; FTA 찬성론자도 국제중재의 문제점이 없는 것은 아니며, 이러한 문제점 개선을 위한 논의가 활발하게 진행되고 있다. 한미 FTA는 ISD에서 나타난 문제점을 논의할 수 있는 좋은 기회가 될 것이며, 양국의 논의는 이 제도의 발전적인 정착에 기여하는 역할을 할 수 있을 것이라고 주장한다. 고준성 외, “한미FTA와 투자” (서울: 한국무역협회 무역연구소, 2006), 21쪽.

에서 설사 이 절차를 배제하는데 성공한다 하더라도 이는 한시적 해결에 지나지 않으며 조만간 동일한 문제에 다시 직면하게 될 것이라는 점이다. 따라서 한미 FTA 체결여부와 상관없이 차체에 이 문제에 대한 회피가 아닌 적극적 접근을 통한 문제해결을 도모하는 것이 필요할 것이다.

셋째, ISD제도를 우리 측이 적극적으로 이용하게 될 가능성도 염두에 두어야 한다는 점이다. 한미FTA를 계기로 ISD제도를 비롯한 투자모델을 마련, 다른 나라와의 협상에 적극적으로 활용해야 할 것이다. 최근 발생한 중국 백두산의 한국호텔 철수 건을 볼 때 중국과의 투자협정에 투자분쟁해결절차가 규정돼있었다면 투자자의 입장에서 ICSID 등에 중재를 신청해 볼 수 있었을 것이다.⁴⁷⁶⁾ 우리나라는 베트남과 다른 지역의 해외투자도 증가하고 있는 만큼 미국과의 ‘수비’보다는 ‘공격’전략이 필요하다는 것이다. 한국의 경우 제조업, 정보통신산업, 바이오산업 등의 경우 이미 상당한 수준의 국제경쟁력을 보유하고 있고, 이러한 비교우위 산업은 외국시장으로 급격히 진출하고 있다. 이러한 상황에서 ISD 절차는 우리 기업이 해당국 법원을 벗어나 공정한 재판을 추구할 가능성을 열어 준다는 점을 고려해야 할 것이다. 가령 앨라배마 주에 자동차 조립공장을 건설한 현대자동차와 같이 우리기업이 미국으로 진출하는 상황도 발생해 미국과의 FTA가 규정하는 ISD절차는 국내 투자자에 대해 차별적으로 적용되는 미국 정부정책에 대한 효과적인 제어장치로 작용할 수도

476) 중국 중앙정부는 2006년 12월 1일부터 국가 급 자연보호구 등 국가가 지정한 명승지에 호텔 신축을 금지하고 기존 호텔도 철거토록 하는 조례 시행에 들어갔다. 이에 따라 지린성 정부는 백두산 부근 우리나라 기업이 투자한 호텔을 비롯한 외국인 투자호텔을 일방적으로 철거한다는 계획을 발표했다. 이에 대해 호텔에 투자한 우리 기업들은 “처음 투자할 때 지린성 정부가 25년 동안의 영업활동을 약속해 시설확장까지 했는데 이게 무슨 황당한 정책이냐”며 강력 반발하고 있다. 현재 이들 지역에는 한국인이 투자한 호텔 4개와 북한 국적의 재일교포가 투자한 호텔 등 5개 호텔이 영업 중이다. 중국 측은 백두산을 유네스코 세계자연유산에 등재하려면 명승지 내의 상업적인 숙박시설을 모두 철거시켜야 한다는 논리이지만, 해외투자자들은 중국의 다른 세계자연유산에는 중국인이 운영하는 주점과 호텔 숙박시설이 영업 중이라는 점을 들어 차별적 조치라고 반발하고 있다. 우리나라 기업인들은 “만일 한국과 중국의 투자보장협정(1992년)에 투자자-분쟁해결절차(ISD)가 구체적이고 명확하게 포함돼 있다면 우리 투자기업들을 보호하는데 훨씬 효과적일 것”이라고 말하고 있다. 중국에 진출한 우리나라 기업은 2만여 개로 2006년까지 투자액은 169억 달러(1만5909건)에 이른다. 국정브리핑(2007.3.30); 조계창, “중국, 국가 급 명승지내 호텔 철거조례 시행”, 『연합뉴스』 (2006.12.1).

있다는 점 역시 간과해서는 안 될 것이다. 물론 양국간 투자의 형태와 규모가 달라 ISD절차의 실제 운용과정에서 반드시 양국 기업에 대해 동일한 보호효과를 초래한다고 볼 수는 없을 것이나 최소한 우리 기업이 이 제도를 필요로 하게 될 상황도 발생 가능하다는 점을 염두에 두고 이에 대한 면밀한 득실을 따져봐야 할 것이다.⁴⁷⁷⁾

넷째, 본질적인 문제점으로는 ISD 절차가 없다고 해서 문제가 된 투자 유치국 정부조치와 관련한 분쟁(underlying disputes)이 사라지는 것은 아니며 투자 유치국 정부가 분쟁으로부터 자유로워지는 것도 아니라는 점이다. ISD절차가 없더라도 외국인 투자자와 투자유치국 정부 간의 투자분쟁이 발생하면 정치적 타결로 원만히 해결되지 않을 경우 투자 유치국 법원의 사법심사로 이행해야 한다. 이를 통해서도 해결되지 않을 경우 국가 대 국가 간 분쟁으로 진행하게 될 것이다. 따라서 문제의 여지가 있는 정부조치가 존재하였다고 가정한다면 ISD 절차 여부와 관계없이 투자유치국 정부의 법적 책임문제는 항상 남아있게 된다. 물론 투자유치국 법원을 통한 심리의 경우 투자유치국에 우호적 판결을 내릴 가능성이 있으므로 차이가 있다고 볼 수도 있다. 그러나 법치주의(rule of law) 원칙을 받아들인다면 동일한 협정내용을 적용하는 국내법원의 경우도 문제가 된 협정위반조치에 대해 결국 협정위반으로 결정을 내릴 것으로 예측하는 것이 합리적이다. 비록 구체적 사건에서 다소간 상이성은 존재할 수 있을 것이나 ISD 절차와 국내사법 절차는 동일한 실체법(협정)을 적용할 경우 동일하거나 유사한 결론을 도출할 것으로 판단하는 것이 합리적이다.

다섯째, 배상금의 부담에 대해 우려가 크지만 그 비교대상을 어디에 두느냐에 따라 달라질 수 있다. 국제상사중재에서는 훨씬 고액의 배상이 내려지는 경우가 많다. 이는 국제적 절차의 특성 때문이 아니라, 문제되는 사건의 거래 규모에 기인하는 것이다. 국내법원에서 절차가 진행된다하더라도 FTA 관련 규정이 직접 적용됐을 때 국제중재판정부가 내리는 배상액보다 적은 금액이 정해진다는 보장이 없다.⁴⁷⁸⁾ 국가적 차원에서 예산을 확보, 대비한다면 문제

477) 이재민, “ISD 분쟁해결절차에 대한 소고”, 107쪽.

478) 장승화, “한미FTA 투자관련 협상에서 나타난 몇 가지 쟁점에 관한 연구”, 20-21쪽.

점이 줄어들 것이라는 분석이다.

2. ISD제도 개선방안

ISD는 FTA 당사국가가 아닌 개인이나 기업이 외자유치국의 공공정책에까지 이의를 제기하고 손해배상을 청구하는 것을 허용하고 있다. 이 같은 ISD를 미국과의 협상에서 현실적으로 피해가기 어렵다하더라도 협상 초안부터 ISD 제도를 수용하는 한국정부의 태도는 문제가 있다고 본다. ISD제도를 도입하면 아무리 예시조항을 둔다 하더라도 원천적으로 투자자의 중재신청을 막을 수 없기 때문이다. ISD제도는 NAFTA 중재판정에서 볼 수 있듯이 환경정책과 공공정책은 물론 국가의 민주적인 입법절차 자주적인 행정과 사법절차에 이르기까지 악영향을 끼칠 수 있는 위험성이 늘 상존하고 있다.⁴⁷⁹⁾ 이런 문제점과 악영향을 고려할 때 한미FTA에서는 ISD 중재절차에 대한 규정을 두지 않았으면 한국으로서는 제일 좋은 방안이 될 수 있었을 것이다. 특히 한미FTA에서 규정된 ISD제도는 미국기업들의 국제중재 수행과 관련한 경험과 역량들을 고려해보면 이미 체결한 칠레, 싱가포르 등과의 FTA와는 비교할 수 없을 정도로 큰 과장을 몰고 올 수 있을 것으로 우려되기 때문이다.

차선책으로서의 보호 장치로 FTA 사후보완이 철저하게 이뤄져야 할 것이다. 한미FTA 서명은 끝났지만 ISD에 대한 다양한 보호 장치는 마련돼야 할 것이다. 이러한 점에서 법무부가 준비하는 외국투자에 대한 영향평가제도와 민관합동 태스크포스팀을 둘러싼 정황들로 인해 ISD 중재절차를 규정하지 않을 수 없었다면 한국의 공공정책과 민주적인 입법절차, 자주적인 행정, 사법절차를 보호하기 위한 보호 장치를 미리 마련하는 것이 바람직할 것이다. 결과적으로 한미FTA 조문 자체를 현재로선 개정할 수는 없지만 다른 나라 FTA에서 이 같은 문제점은 고려돼야 할 것이다.

우선 ISD 중재절차로 해결될 수 없는 분쟁의 규정을 둘 필요가 있다. 첫째, 공공정책 등과 관련한 문제에 대한 판단이 요구되는 손해배상청구는 ISD 중

479) 이동호, 전계논문, 217쪽.

재절차에 회부돼 피해를 입지 않도록 국제법규를 철저히 준수하고, 지속적으로 국내법규를 국제수준으로 개선하는 동시에 판례와 판정 연구 등을 통해 철저하게 중재에 준비해야 할 것이다.⁴⁸⁰⁾ 둘째, 중재판정부의 일관된 판정을 유도하고, 공공정책 등에 대한 오심이 발생할 경우를 대비해 ISD 중재판정에 대한 상소절차를 규정하는 것이 바람직하다. 하지만 상소제도는 절차의 지연이라는 부작용⁴⁸¹⁾도 있는 만큼 CAFTA-DR모델(중미·도미니카 자유무역협정)을 참조로 우리의 의견이 국제사회에서 반영될 수 있도록 노력해야 할 것이다.⁴⁸²⁾ 또 당사자가 중재재판부 구성에 관여하고 국제투자중재 방식의 효용성을 높이는 동시에 강제적 관할권을 가진 국제투자법원 설립도 국제사회에서 적극적으로 이끌어 낼 필요가 있을 것이다.⁴⁸³⁾ 셋째, 해당국의 법원판결이나 사법절차에 대한 이의제기의 금지도 바람직할 것이다. 주체적인 사법제도의 운영을 위해 해당 FTA 당사국의 법원판결이나 사법절차에 대한 이의가 ISD 중재절차를 통해 제기하는 것을 금지하도록 규정해야 할 필요도 있다.

다자조약 활용과 국제 투자분쟁해결기구 신설도 장기적으로 검토해야 할 것으로 본다. 현재 국제투자를 규율하는 포괄적인 다자간 규범의 틀(다자간 투자협정)이 확립되지 않은 상황이다. 이 결과 최근 그 수가 급격히 증가한 BIT, FTA가 국제투자보호를 확대하는 역할을 하고 있다. 양자간 또는 FTA를 통한 국제투자보호의 확대현상은 당분간 계속될 것으로 전망된다. 많은 개발도상국이 BIT는 적극적으로 체결하고 있지만 투자규제에 대한 주권적 재량의 제약과 새로운 의무에 대한 저항감으로 다자간 투자협정의 체결에 여전히 강하게 반발하고 있기 때문이다. 그러나 다자협정에서는 양자협정보다 상호성

480) 상계논문, 218쪽.

481) 상소메커니즘을 도입하면 중재절차의 장점 중의 하나인 간편하고 신속한 분쟁해결을 훼손한다는 지적도 있다. Catherine M. Amifar & Elyse M. Dreyer, "Thirteen Years of NAFTA's 11: The Criticism, The United State's Responses, and Lesson Learned", *N.Y.Int'l L. Rev.*, vol.20(2007), p.53.

482) 서철원, "투자자 국가간 직접중재에서의 상소 메커니즘의 전망과 법적 쟁점", 205쪽.

483) 류병운, "국제투자분쟁해결절차에 대한 분석", 2007년도 국제법학자대회(2007.10.13), 29쪽.

에 대한 요구가 덜 절박하고, 현재 투자국 뿐 아니라 투자유치국도 장래에 투자국이 될 수 있기 때문에 다자협정은 상대적으로 반대가 덜 심한 편으로 볼 수 있다. 다자적 틀은 투자허용에 관한 구속력 있는 약속을 촉진할 수 있고, 국제투자영역에서 정책의 일관성을 확보할 수 있다는 점에서 바람직할 것이다.⁴⁸⁴⁾

한국의 경우 미국과 맺은 FTA 투자협정은 어떤 양자협정보다 투자자 보호 측면을 강조하고 있는 만큼, 다자투자협약 제정을 통해 양자협정에서 발생하는 문제점들을 해소시켜나가는 것이 필요하다고 본다. 다자투자조약이 제정되면 양자조약보다 세계적 공감대를 형성해나갈 수 있고 선진국간 또는 개도국간, 선진국과 개도국 간의 투자분쟁 갈등도 줄어들면서 주권침해 요소도 상대적으로 줄일 수 있을 것으로 판단된다. 특히 투자분쟁 분야에서 국제사법재판소와 같은 역할을 하는 국제투자분쟁해결기구의 신설도 필요하다고 본다. 투자자의 권리보호와 함께 투자유치국의 권한을 제3국의 국제법정에서 판결하는 것이 강대국의 힘을 다자간 협의과정을 거쳐 순화시키면서 ISD제도의 단점을 보완할 수 있다고 생각하기 때문이다.

484) *WTO Annual Report*, 1996, Chapter 4, p.33.

第5章 韓美FTA上の 國際投資紛爭解決制度의 受容態度와 問題點 및 對應方案

第1節 韓美FTA上の ISD制度의 特徵과 概要

1. 한미FTA상의 ISD제도의 특징

ISD제도의 기본적인 형태는 외국투자자가 외자유치국을 상대로 제3국에서 중재를 신청할 수 있는 중재절차다. 그러나 ISD에서 말하는 중재절차는 일반 상사중재절차와 구분되는 몇 가지 특징이 있다. 우선 ISD는 투자협정상의 분쟁을 전제로 한다. 이 때문에 계약위반을 그 대상으로 하는 일반 중재절차와는 차이가 있다. ISD는 투자협정의 보호대상이 되는 투자자가 투자유치국의 협정위반을 문제 삼아 중재를 신청하는 제도이다. 따라서 개별 투자계약에서 분쟁이 생겼다고 하더라도 이를 ISD 등에 회부하기 위해서는 그러한 계약상 분쟁이 투자협정위반에도 해당한다는 점이 뒷받침되어야 한다.

구체적으로 ISD 절차에 따라 중재를 이용하기 위한 절차적 요건으로는 다음과 같은 것이 있다. 우선 외국인 투자자가 투자유치국의 협정위반을 이유로 중재를 신청하기 위해서는 협정의 적용범위에 해당되는 투자자이어야 한다. 대부분의 투자협정은 협정이 적용되는 투자와 투자자의 정의(범위)를 두고 있다. 이 때문에 협정에 정의된 투자 및 투자자에 해당하지 않는 경우에는 협정에서 규정한 분쟁해결절차를 원용할 당사자적격이 없다.

가. 당사자적격(투자자적격)

일반적으로 국제투자 주체로서의 투자자는 자연인과 법인으로 분류된다. 일부 투자협정에서는 이 두 가지 개념을 국민(national)과 기업(company)으로 규정하기도 하고, 그냥 단순히 국민이라고만 표시하기도 한다. 대부분의 경우

사인은 체약국의 법에 따라 해당국가의 국적을 보유한 경우에 투자협정의 주체로 인정한다.

개인(자연인) 투자자의 국적에 관한 판단에서와 마찬가지로, 법인 투자자의 국적 판단에 있어서도 주로 문제가 되는 것은 법인과 투자유치국의 관련성이다. 법인의 국적 결정에 있어서는 다소 다른 기준을 결정하게 된다. 크게 ① 설립지(palace of incorporation)와 ②영업소재지(principal place of business) ③소유자의 국적을 기준으로 결정하는 것이 일반적이다. 전통적으로 ICSID 중재재판부는 법인의 국적을 판단할 때 소유자의 국적보다는 설립지를 고려해 판단하는 경향을 보여 왔다.

당사자적격과 관련해 문제되는 것은 소액주주(minority shareholders, 소수주주)를 협정의 투자자 범위에 포함시킬 수 있는가 하는 점이다. 이들은 외국에 법인을 설립하거나 시설 투자를 하는 등의 직접 투자를 하지 않고, 회사의 일정 지분을 소유하는 형태로 투자를 한다. ICSID 중재판정례를 보면 대부분 이러한 소액주주의 당사자적격을 인정하고 있다.⁴⁸⁵⁾ 이들이 투자자로서 중재신청을 할 수 있는 근거는 회사를 소유(통제)하기 때문이 아니라 이들의 지분(주식)이 투자를 구성하는데 있다.

결국 간접투자자와 소수주주, 채권 보유자나 주식 이외 형태의 투자자들도 자격을 가지는 것이 관행이다. 투자 대상국의 법에 따라 현지에서 세워진 법인도 소유구조가 외국투자자에게 넘어갈 경우, 자국 정부를 상대로 소송을 걸 수 있도록 한 투자협정도 있긴 하지만 한미FTA에선 제외됐다. 외국인 투자자는 투자협정 쇼핑(treaty shopping)⁴⁸⁶⁾도 가능할 수 있다. 어떤 기업이나 투

485) 실제 지난 2003년에 나온 아르헨티나 대 CMS의 소송이 그 예다. 미국기업 CMS는 국영기업이었다가 사유화된 아르헨티나의 에너지회사 TGN의 주식 30%를 보유하고 있었다. 그런데 심각한 외환위기로 외환통제가 불가능한 상황이 벌어졌다. 그러자 TGN의 수익이 타격을 받게 됐고, 이에 소수 주주의 하나인 미국회사 CMS가 아르헨티나 정부를 고소해 ICSID주관으로 조정심판이 벌어졌다. 아르헨티나 정부는 CMS가 소수주주에 불과하므로 자격이 없다고 주장했으나, 중재재판부는 투자협정 어디에도 투자자란 규정만 있지 그가 다수 주주여야 한다는 조건은 없다는 이유로 정부 측 주장을 묵살했다. 홍기빈, 전게서, 94쪽.

486) 외국인 투자자는 A국의 법정에서 투자자분쟁을 신청하다가 불리하면 관련 있는 다른 나라에서 투자분쟁신청을 할 수 있는 것을 말한다; 투자자가 관련 국내 구제절차의 진행이

자자는 원하는 나라에 가서 자회사를 세우든가, 아니면 그 나라의 회사를 인수해 중재권을 가질 수 있다. 그 대상국이 맺어온 여러 협정 중에서도 가장 유리한 조건의 협정을 맺은 나라의 투자협정을 고르는 전략을 펼칠 수 있다는 것이다.⁴⁸⁷⁾

한미FTA에 따르면 투자자⁴⁸⁸⁾는 일방의 국가, 공기업, 국민 또는 기업이 상대국 국가의 영토 내에서 투자를 실행하려고 하거나, 하고 있거나, 이미 투자한 당사국 또는 그 공기업, 또는 당사국의 국민 또는 기업으로 규정하고 있다. 이중국적자는 우월성과 효과성(dominant and effective) 국적테스트를 통해 배타적인 일방의 국적자로만 간주한다. 아직 계약상 권리로 되지 않은 “투자하려고 시도하는 자”까지 투자자로 보호한다는 것은 일반 사인간의 계약에서도 찾아보기 힘든 내용이다. 이렇게 투자자의 범위를 넓게 규정한 것은 한국에 대한 대규모 투자가 예상되는 상황에서 미국투자자에게 일방적으로 유리하게 작용할 것이라고 비판을 받고 있다.⁴⁸⁹⁾ 한국정부는 하나의 동일한 사건을 놓고 여러 다른 주체들과 여러 곳에서, 여러 다른 소송에 동시에 휘말리게 될 수도 있는 만큼 외국투자자의 동향을 파악하고 이에 대한 철저한 대비가 필요할 것이다.

나. 투자적격

투자 또는 재산의 개념은 투자분쟁에서 가장 기초적인 문제로서 중요성을 가진다. 특히 간접수용의 판단에 중요한 요소이기도 하다. 어떠한 조치가 외국

자신에게 불리하게 전개된다고 판단한 경우 이를 중단시키고 NAFTA가 규정한 국제중재로 진행하는 등 다른 법정으로 옮겨 중재를 진행하는 것을 법정쇼핑(forum shopping)이라고 한다. 한찬식 외, 『한일투자협정 해설』 (서울: 산업연구원, 2003), 227쪽.

487) NAFTA에는 어떤 투자자가 보호를 받기 위해서는 실제 그 나라에서 ‘실질적인’ 사업 활동(substantial business activity)을 해야 한다는 단서가 있다. 이 실질적인이 어느 만큼 인가에 대해서는 상세하게 한정해야 투자유치국 입장에서선 안심할 수 있을 것이다. 홍기빈, 전게서, 96쪽.

488) 한미FTA 제11.28조.

489) 한미FTA 졸속체결에 반대하는 국회비상시국회의 정책자문단, 전게자료, 227쪽.

인 투자자의 재산수용에 해당한다는 주장이 제기된 경우, 간접수용의 판단에 앞서 문제의 재산이 투자협정상의 수용규정의 적용대상에 포함되는지 여부에 대한 판단이 이뤄져야 하기 때문이다. ICSID협약에서는 투자에 대해 정의를 하지 않고 있으며, 예시도 하지 않고 있다.⁴⁹⁰⁾ 이 때문에 양자협정이나 FTA에서 투자의 범위를 정의하면 중재분쟁에서 기준이 될 수 있다. 투자방식이 변화하면서 그 분쟁의 투자대상도 넓어지고 있는 셈이다.⁴⁹¹⁾ 현실적으로 볼 때 투자보장협정→투자협정→FTA로 갈수록 투자범위가 확장되는 것이다.

외국인 투자에 관한 초기의 협정은 투자의 개념에 대한 입장을 기준으로 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 하나는 국경을 넘는 자본과 자원의 이동에 초점을 둔 것으로 기업에 대한 투자자의 지배권을 투자의 필수적인 요소로 파악하는 협의의 개념을 선택하는 것이다. 다른 하나는 기업의 설립 또는 인수를 목적으로 국경을 넘는 자본이나 자원 뿐 아니라 기업이나 투자자가 소유하는 다른 종류의 자산(재산 및 다양한 종류의 재산권, 비자본 투자(non-equity investment)⁴⁹²⁾, 채권, 계약상 권리, 경우에 따라 면허, 허가 등 투자유치국의 행정조치로 발생한 권리 등)을 포함하는 광의의 개념을 채택하는 것이다. 전자는 협정이 체결되기 이전의 투자를 규율하거나 이에 대한 장벽을 제거하는 내용이며, 대표적인 예로는 자본이동의 자유화에 관한 OECD규약(OECD Code of Liberalization of Capital Movement)이 있다. 후자의 목적은 투자자의 이익에 대한 보호를 규정함으로써 투자를 증진시키는 것이다. 오늘날 대다수의 투자협정은 투자의 자유화라는 목적과 투자의 보호라는 목적을 동시에 추구하

490) 투자의 범위와 관련해 ICDID 협약상 투자에 속하려면 다음과 같은 요소를 구비해야 한다고 주장. 첫째, 사업이 어느 정도 지속성을 가져서 일시적으로 중단되더라도 당사자간에 장기적인 관계를 기대할 수 있어야 한다. 둘째, 규칙적인 수익구조를 가져야 한다. 수익을 내지 않았다고 해도, 수익을 기대할 수 있어야 한다. 셋째, 양 당사자가 지속적인 관계를 가지면서 수익을 기대하는 중에 발생할 수 있는 위험을 부담해야 한다. 넷째, 당사자들이 실질적인 사항에 대해 의무를 부담해야 한다. 다섯째, 투자유치국의 발전에 해당 사업이 중요성을 가져야 한다. C. H. Shreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* 99, 2001, p. 140.

491) 강병근, 『ISD 중재제도 연구』, 41쪽.

492) 허가 인증동의, 경영계약, 생산 분할조치, 위험분할계약, 국제하도급 계약 등의 형태로 된 투자.

고 있으며 투자에 대한 광의의 개념을 채택하고 있다.⁴⁹³⁾ 오늘날 국제법상 투자의 개념은 모든 종류의 권리와 이익을 포함한 모든 종류의 자산(assets)을 포함하는 것으로 이해된다.⁴⁹⁴⁾

대부분 BIT, FTA 등 투자협정에서는 협정이 적용되는 투자의 정의를 두고 있다. 일반적으로 투자의 범위를 ‘모든 종류의 자산(every kind of asset)’으로 광범위하게 정의하면서 여기에 포함되는 자산의 종류를 열거하는 방식을 취한다. 대개 그러한 자산은 ①동산과 부동산 ②회사에 대한 이해관계(포트폴리오 및 간접투자를 포함) ③계약상 권리 ④지적재산권과 사업상의 양허 등으로 분류된다. 이와는 대조적으로 적용대상인 투자의 범위를 특정재산에 한정해 규정하는 투자협정도 있다. NAFTA의 경우, 포트폴리오(portfolio) 투자를 투자의 범위에 포함시키면서도 국영기업의 채무증권(debt securities)이나 국영기업에 대한 대출(loans to state enterprise) 등은 적용범위에서 제외시키고 있다. 통상적인 상사계약(ordinary commercial contact)으로부터 발생한 대금청구도 적용대상에서 배제시키고 있다. 한미 FTA에 규정하고 있는 여러 실체법 및 절차법적 대우를 제공받으려면 투자에 해당돼야 한다. 투자를 인정하는 범위가 넓으면 넓을수록 대우를 요구하는 투자자는 더욱 많아진다. 더 많은 투자자들이 국가를 국제중재에 회부할 수 있다는 것이다. 따라서 투자를 어떻게 정의하고 그 영역을 어디까지로 정하느냐 하는 것은 FTA의 효능을 결정하는 중요한 문제다.

한미FTA는 매우 광범위한 투자⁴⁹⁵⁾를 인정하고 있다. NAFTA의 투자 정의보다 훨씬 확장됐다. 투자인가와 면허, 허가 등을 포함하고 있다.⁴⁹⁶⁾ 투자자가 직접 또는 간접적으로 소유 또는 통제하며, 자본 또는 기타 자원의 투입, 이득 또는 이윤에 대한 기대, 위험의 감수와 같은 투자의 성격을 가진 다음의 자산

493) UNCTAD, “Taking of Property”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement*, United Nations, 2000, pp.15-17.

494) M. Evans, *International Law 2nd Edition* (Oxford: Oxford University Press, 2006), p.709; 이성봉 외, 전제서, 27-28쪽.

495) 제11.28조.

496) 정부관계부처합동, “한미FTA 상세설명자료” (2007.5), 202쪽.

을 의미한다. 투자의 정의를 자산방식에 기초해 만든 것이다. ①기업 ②지분, 주식, 기타 기업의 지분참여 형태 ③채권, 회사채, 또는 기타 채무증서, 대부 ④선물, 옵션, 그리고 기타 파생금융상품 ⑤턴키, 건설, 운영, 생산, 양허, 수익 공여, 그리고 이와 유사한 계약 ⑥지적재산권 ⑦라이선스, 인가, 승인 그리고 이와 유사한 국내법에 따라 부여된 권리 ⑧기타 유형 또는 무형, 동산 또는 부동산 그리고 리스, 모기지, 유치권, 저당권 등 관련 재산권이다. 시장 점유율, 시장 접근권, 기대이익, 이윤창출(이익획득) 기회는 그 자체로서 투자가 아니라고 명시하는 제11.28조 투자 정의 중 각주13)이 추가돼있다.⁴⁹⁷⁾

그러나 본 협정의 목적상 투자성격을 가지는 대부가 아니라면 순수하게 상업적 거래로 인한 대금청구권은 투자가 아니라고 규정하고 있다.⁴⁹⁸⁾ 국내법은 행정청의 행정행위로 통상적인 면허, 인가, 허가를 받은 상태는 재산권에 포함되지 않다고 보고 있지만 협정문의 투자의 개념은 면허, 인가, 허가 및 국내법에 의해 부여된 유사한 권리를 포함해 국내 재산권 개념보다 더 넓게 적용된다. 협정문에 따르면 이 부문 보상을 청구할 수 있어 우리 현행법에서는 보상 대상으로 보지 않는 부문까지도 미국투자자에게 보상해줘야 하는 경우를 예견할 수 있다.⁴⁹⁹⁾ 한미 FTA 가운데 중요한 투자 몇 가지를 살펴보면 매우 광범위한 개념으로 주목할 만하다.⁵⁰⁰⁾

497) 우리협상단은 협상단계에서 투자개념의 무한한 확장을 미연에 방지하기 위해 우리 헌법 재판소의 결정을 반영하는 각주를 추가하자고 미국에 제시했다. 그 결과물이 투자협정 각주 13이다. 우리측 안에는 위의 협정내용 외에도 영업권(good will), 단골고객 권리(customer base), 단순 부수이익(mere incidental benefit) 등이 추가됐으나 미국 측의 반대로 삭제됐다. 결국 이 세 가지 재산권은 한미FTA 투자협정에서 투자로 규정받은 것이다. 그 결과 간접수용에 대한 보상청구와 ISD 절차의 중재신청이 가능하게 됐다. FTA에서 투자개념은 투자계약 뿐 아니라 반사적 이익도 사실상 포함하는 상당히 광범위하고 포괄적인 내용으로 확장된 것이다. 한국의 헌법재판소의 판례에 따르면 세 가지는 재산권 보장의 대상이 되지 않아 문제라는 것이다. 특히 반사적 이익은 우리 법으로는 보상의 대상이 아니지만 ISD절차에 의해 보상받을 수 있는 상황이 발생할 가능성이 열렸다. 나아가 이는 헌법재판소 판결에 상충하는 문제를 일으킬 수 있다. 한미FTA 졸속 체결에 반대하는 국회 비상시국회의 정책자문단, “한미 FTA 협정문 분석종합보고서”, 206쪽.

498) 정부관계부처합동, 전계자료, 143-144쪽.

499) 한미FTA 졸속체결을 반대하는 국회비상시국회의 정책자문단, 전계자료, 231-232쪽.

500) 송기호, 전계서, 38쪽.

(1) 인·허가

승인과 인가, 허가, 면허, 특허는 국가가 투자자의 신청을 받아 투자자에게 부여, 설정해주는 공법적 권리이다. 종종 국가는 투자자에게 이러한 공적 권리를 설정해주고, 일정한 조건을 달아 투자를 감독하고, 투자가 애초의 계획대로 진행되는지 살핀다. 그러나 한미FTA의 투자 개념에 허가권 등이 포함된 이상 이제 국가와 투자자와의 관계는 달라진다.⁵⁰¹⁾ 국가가 투자자에게 설정해준 허가권이 이제는 투자자가 국가의 사회경제적 상황 변화에 따른 신축적 규제권에 맞서는 근거가 될 수도 있다.

(2) 계약상의 권리

한미FTA 11장의 부속서안에 따르면 이 협정의 목적상 수용보상의 대상이 되는 투자로서의 유형, 무형의 재산권에는 계약상의 권리가 포함된다. 여기서의 계약상의 권리는 그 범위를 한정하기 어려운 포괄적인 개념이다. 최근의 한 국제중재판정⁵⁰²⁾은 계약이 투자에 해당하는 세 가지 기준을 제시했다. ① 계약의 내용이 계약자가 금융, 물질, 혹은 서비스 제공 등 무엇인가 경제적 가치가 있는 것을 제공하는 것이고 ②그 제공이 적정한 시간동안 유지되고 ③그 계약에 투자의 특질인 위험성이 수반되는 것이면, 계약은 투자에 해당된다.

501) 관련 사례는 다음 4가지를 들 수 있다. 1984년 ‘엠코사건’에서는 엠코라는 미국회사가 인도네시아를 국제중재에 회부해 300만 달러의 보상판정을 받아냈다. 인도네시아가 이 회사에게 관광호텔 건설과 운영을 인가했다가, 회사가 애초 투자 진출 시에 인도네시아에 약속했던 자본투자를 이행하지 않자 이 인가권을 취소했던 결과였다; 2000년 중재판정이 난 ‘메탈클래드사건’이 발생한 것도 이 회사가 유독성 폐기물 매립장 건설허가를 멕시코의 한 회사로부터 양수받아 가지고 있었지만 지방정부가 매립장 가동 신청을 허가하지 않았기 때문이다. 멕시코는 1600만 달러를 보상하라는 판정을 받았다; 2002년 ‘미들리스트 시멘트 선박회사 사건’에서 이집트는 210만 달러 보상금을 지급하라는 판정을 받았다. 그리스 선박회사에게 부여했던 생(벌크)시멘트의 수입과 저장, 포장, 국내 배송 허가권을 취소한 데 따른 것이었다; 2003년 ‘택메드 사건’에서 멕시코는 유해폐기물 매립장 가동허가 갱신을 거부한 것 때문에 550만 달러를 보상해야 했다. 상게서, 39쪽.

502) *L.E.S.I. Spa, ASTALDI Spa v. Algeria Case.*

이 판정기준에 따르면 투자자가 자신의 사업을 위해 한국인 또는 한국정부와 체결하는 광범위한 종류와 영역의 계약이 투자에 해당된다는 것이다.⁵⁰³⁾ 투자에서의 위험성 요건이라는 것도 아주 특별한 사정, 예컨대 정부가 나서서 투자 수익을 보장하는 경우와 같은 극히 이례적인 상황이 없는 한 인정된다. 결국 계약상의 권리를 투자개념의 독자적인 영역으로 명확히 인정한다는 의미는 투자자가 국가 혹은 내국인과 대등한 입장에서 체결하는 사적영역에서 발생한 분쟁에 대해서도 국제중재에 회부할 수 있다는 것이다.⁵⁰⁴⁾

이러한 현상은 투자자가 국가와 체결한 사업계약을 둘러싸고 자주 발생한다. 투자자는 국가의 단순한 계약불이행에 대해서도 이를 한미 FTA상의 재산권에 대한 간접수용으로 주장하며, 그 보상을 요구할 수 있다. 물론 모든 계약은 지켜져야 마땅하다. 그러나 모든 계약에는 불이행의 위험이 있다. 계약불이행은 대단히 흔한 민사적 분쟁으로 술한 재판이 법원에서 진행되고 있는 만큼 계약불이행 위험은 투자자가 져야 할 몫이다. 민사법정에서 해결할 일인 것이다. 그러나 계약상의 권리가 한미FTA의 투자개념으로 명백하게 인정됨에 따라, 투자자는 계약불이행의 위험을 국제중재에다 전가시킬 우려가 존재하게 된 것이다.⁵⁰⁵⁾

(3) 합작투자계약

투자자가 국가가 아닌 개인과 체결한 민사계약상의 권리도 한미FTA의 투자에 해당된다. 투자자는 합작투자계약이나 주식양수계약을 체결해 회사의 경영권을 갖거나 회사에 지속적으로 이해관계를 보유하려고 시도할 수 있다.

그런데 정부의 행동 혹은 부작위로 그 계약이 제대로 이행되지 못할 경우도 있을 수 있다. 이를 경우 투자자는 사적인 계약불이행에 대해서도 국가와의

503) 송기호, 전제서, 40쪽.

504) 상계서, 41쪽.

505) 2007년 ‘지멘스 사건’, 2005년 ‘백텔 사건’, 2004년 ‘에스지에스 사건’, ‘씨에스오비은행 사건’ 등에서 사례를 살펴볼 수 있다. 상계서, 41-43쪽 참조.

연관성을 주장하며, 불이행의 책임을 국가에게 전가할 수 있는 길이 마련됐다.⁵⁰⁶⁾

(4) 투기성 자본⁵⁰⁷⁾

한미FTA에는 투자와 투기를 구분하지 않고 있다.⁵⁰⁸⁾ 투자는 주주권, 주식 및 그 밖의 회사 지분참여 형태를 포함한다. 채권, 회사채, 장기어음과 같은 형태의 부채는 투자의 특징을 가질 가능성이 보다 높은 반면, 그 밖의 다른 형태의 부채는 그럴 가능성이 보다 낮다. 이 조항에서의 주주권, 주식, 지분 등은 한국 회사 지분의 100% 혹은 과반수이상을 보유하고 있는 대주주만을 의미하는 것은 아니다. 소수지분도 한미FTA상의 대우기준을 향유할 수 있는 어엿한 투자자이다. 이러한 해석론은 국제중재의 일관된 판례이다.⁵⁰⁹⁾ 따라서 투기는 투자에서 제외돼야 한다는 입장이다.

그러나 투자와 투기의 구분문제는 사실상 가능하지 않다는 주장도 있다. 장기적인 자본보다는 단기적인 자본, 단기적 자본 중에서도 특히 환시세의 차익을 겨냥한 투기성 자본은 그 변동성이 크고 국내 자본시장의 안정에 피해를 줄 수 있는 자본이라 할 수 있다. 그러나 문제는 변동성과 투기성 등을 기준으로 자본의 형태를 규정하는 것은 사실상 어렵다는 것이다. 특히 헤지펀드를 위시한 투기적 단기자본만을 분류해 규제하거나 통제할 수 없으며, 이러한 규제나 통제가 필요하다면 단기 자본 일반에 대한 규제나 통제의 형태로 나타날 수밖에 없다. 그러나 단기 자본 이동에 대한 규제를 강화하는 것은 국가간 자본이동의 위축 등으로 득보다는 오히려 손실이 크게 나타날 수도 있다.⁵¹⁰⁾

506) 상계서, 44쪽.

507) 헤지펀드의 현황과 문제점, 국제법적 규제방안 등에 대해서는 김하룡, 『국제단기투기펀드의 법적규제에 관한 연구』, 박사학위논문, 제주대학교, 2007.2 참조.

508) 한미FTA 제11.28조, 제11장 주식 10.

509) 에이에이피엘 사건, 랑코사건, 씨엠에스 사건을 들 수 있다. 송기호, 전계서, 45-46쪽.

510) 이성봉 외, 전계서, 29쪽.

학문적으로 투자와 투기의 구분이 어려운 상황에서 법적 구속력을 지니는 국제규범에서 이를 구분해 차별적으로 접근하는 것은 무리일 것이다.

2. 한미FTA 협정문의 개요

가. 투자자와 국가 간의 분쟁해결제도

투자유치국 정부가 제11장 제1절(Section)의 협정상 의무, 투자계약 및 투자인가를 위반해 투자자에게 손실이 발생하는 경우 투자자가 투자유치국 정부를 상대로 국내법원 또는 국제중재를 요청할 수 있도록 규정하고 있다. 국제중재는 3인으로 구성된 중재재판부에서 심리한다. 투자자와 피소국(투자국) 정부가 각각 1인을 지명, 동 2인의 합의에 의해 의장중재인을 선임하되, 중재제기 후 75일 이내에 중재판정부가 구성되지 않는 경우 ICSID 사무총장은 당사자간에 합의하지 않은 한 제3국 국적을 가진 자를 의장중재인으로 선임한다.

나. ISD의 적용범위⁵¹¹⁾

협정발효 이전에 발생한 사건과 행위, 발효 이전에 종료되는 상황에 대해서는 적용되지 않는다. 중앙과 지역 지방정부 및 그 정부로부터 위임받은 비정부 기관에 적용된다.

다. 중재신청 대상과 주체⁵¹²⁾

ISD 대상으로서 투자유치국 정부의 협정상 의무위반 외에 투자계약, 투자인가 위반사항을 포함한다. 그러나 이로 인해 ISD 대상이 과도히 확대되지는 않

511) 한미FTA 제11.1조

512) 상계협정 제11.16조

는다. 정부에 따르면⁵¹³⁾ 투자계약은 우리 정부가 사실상 거의 시행하고 있지 않고, 투자인가는 양측이 투자인가 기관을 갖고 있지 않는 것을 확인하는 각 주를 추가하도록 양측이 합의해 사실상 무력화시켰다고 주장했다. 우리가 체결한 다수 투자보장협정도 한미FTA의 투자계약, 투자인가 보다 더 포괄적인 국가계약 의무 준수조항(umbrella clause)을 포함한다는 것이다.

중재신청 주체와 관련해서는 외국인 투자자가 자신의 손실에 대해 직접 제소하거나 투자기업을 소유, 통제하는 외국인 투자자가 기업을 대리해 중재신청을 할 수 있도록 규정하고 있다. 동일한 사안으로 다수의 투자자가 각각 별개의 ISD를 제소한 경우, 정부는 이 중재사건들을 강제로 병합하도록 신청할 수 있다. 정부가 동일한 사건에 대해 여러 중재판정에서 대응하는 사태를 방지할 수 있는 장치를 마련한 것이다.

라. 중재절차의 투명성⁵¹⁴⁾

중재심리와 제출서류는 모두 일반에게 공개하도록 했다. 다만 비밀정보는 관련 절차에 따라 보호되도록 규정했다. 중재재판부는 분쟁당사자와 협의 후 시민단체 등 제3자(amicus curiae) 의견 제출을 허용했다. 또 영어와 한국어를 심리, 중재제기, 결정 판정 등 모든 중재절차에서 공식 언어로 사용할 수 있도록 규정했다. 그동안 중재절차가 투명하지 못했다는 비판이 국내외적으로 많았으나 이번 한미FTA에선 어느 정도 투명성이 확보되는 성과를 거뒀다고 평가할 수 있을 것으로 본다.

마. 국제중재와 국내제소 절차와의 관계⁵¹⁵⁾

투자자는 상대국 법원 또는 국제중재절차에 제소할 수 있는 선택권을 가진

513) 정부 관계부처 합동, 전개자료, 141쪽.

514) 제11.21조.

515) 부속서 11-마.

다. 다만 미국인 투자자는 한국정부를 상대로 한국법원 또는 국제중재절차 제소 중 하나를 선택한 후에는 다른 절차 제소가 불가능하다. 한국인 투자자는 미국정부를 상대로 국제중재절차 개시 후에는 미국법원 제소가 불가능하나, 미국법원 제소 후에는 동 미국 국내법원 재판절차를 중지하는 경우, 국제중재 절차를 개시할 수 있다.

바. 중재신청기간⁵¹⁶⁾

중재신청을 원하는 투자자는 사건 발생한지 6개월 경과이후 중재신청, 중재신청서 제출 90일 이전에 피청구국에 서면통보를 해야 한다. 투자자는 손실발생 사실 인지한 날로부터 3년 경과되면 중재신청을 할 수 없다.

사. 중재기관⁵¹⁷⁾

투자자가 국내법원에 제소할 수 있으나 미국 투자자의 경우 당연히 ICSID, UNCITRAL과 기타 합의할 수 있는 중재절차(ICC 등) 중 하나, 특히 ICSID에 중재를 신청할 것⁵¹⁸⁾으로 전망된다. 우리도 여러 중재절차 가운데 ICSID를 선호하는 경향이 있고, 한미는 모두 ICSID협약 가입국인 만큼 분쟁이 발생한다면 ICSID 중재절차를 거치게 될 가능성이 높다.

아. 국제 중재판정의 효력⁵¹⁹⁾

중재판정은 단심제로 확정력, 기속력(binding and final)을 가진다. 중재판정

516) 상계협정 제11.16조, 제11.18조.

517) 상계협정 제11.16조.

518) 우리나라와 미국은 모두 ICSID 회원국이기 때문이다. ICSID는 세계은행(World Bank) 산하기구로 현재 143개국 회원국에게 ISD 분쟁절차를 제공하고 있다.

519) 전계협정 제11.26조.

은 금전적 손해와 적용 가능한 이윤 및 재산권의 복구만으로 한정된다. 해당 조치를 취소할 수 없다. 징벌적 손해배상(punitive damage) 명령은 허용되지 아니하다.

자. 준거법⁵²⁰⁾

중재기관이 판단하게 되는 준거법은 3가지 경우로 나뉜다. 우선 협정상 의무위반의 경우 FTA협정과 적용 가능한 국제법 규칙에 따라 분쟁 중인 쟁점을 결정한다. 투자계약 또는 투자인가 위반사항에 관한 국제중재절차는 해당 투자계약 또는 투자인가에 명시된 법 또는 분쟁당사자 간의 합의된 법에 따른다. 이러한 법이 규정돼 있지 않거나 합의되지 않았을 경우에는 피소국의 국내법과 국제법에 따른다. 준거법과 부속서의 해석(제11.23조) 등 협정 규정에 대한 해석권한은 공동위원회에 있고⁵²¹⁾, 피청구인의 법과 국제법, 협정 규정에 대한 공동위원회 해석은 중재재판부를 구속한다.

차. 협정상 의무

내국민대우(National Treatment: NT)⁵²²⁾, 최혜국대우(Most Favored Nation Treatment: MFN),⁵²³⁾ 최소기준대우(Minimum Standard of Treatment

520) 상계협정 제11.22조, 제11.23조, 제22.2조.

521) 상계협정 제22.2조 제3항 라호.

522) 외국투자자에 대해 유사한 상황(like circumstances)하에서 내국민과 동등한 대우를 부여할 의무를 말하며, 사실상(de facto)의 차별도 금지한다. 연방제를 취하고 있는 미국은 FTA 체결에 있어 내국민 대우로서 내주민대우(in-state treatment) 또는 타주민대우(out-of-state treatment)를 제공하고 있는데 한미FTA에서는 내주민대우를 제공하는 것으로 합의했다. 관계부처합동, 전계자료, 133쪽.

523) 최혜국대우는 다른 협정에서 이 협정보다 유리한 혜택을 부여하는 경우 이 협정의 당사국에게 자동적으로 그러한 추가적 혜택이 부여된다는 것을 의미한다. 한미FTA에서는 양국은 한미FTA 발효 이후 체결하는 FTA에 대해 MFN 대우를 부여하기로 합의했다. 다만 우리 측은 항공과 어업, 해운, 위성방송, 철도분야를, 미국은 항공, 어업, 해운, 위성방송에 대한 MFN 대우를 배제했다.

)⁵²⁴), 수용 및 보상(Expropriation and Compensation)⁵²⁵), 송금(Transfer)보장⁵²⁶), 이행요건(Performance Requirements: PR)부과금지⁵²⁷), 고위경영자 및 이사회(Senior Management and Boards of Directors: SMD) 국적제한⁵²⁸)을 금지하는 등 의무를 이행해야 한다.

카. 협정의무의 예외⁵²⁹)

투자과 환경(Investment and Environment)⁵³⁰), 혜택의 부인(Denial of Benefits),⁵³¹ 불합치 조치(Non-Conforming Measures)⁵³²), 대위변제(Subro

524) 외국인 투자에 대해 국제관습법(international customary law) 상 인정되는 공정하고 공평한 대우 및 보호와 안전을 보장하는 것으로서 일반적으로 적법절차(due process of law)를 의미한다.

525) 정부는 공공목적을 위해, 비차별적인 방법으로, 적법절차를 준수하는 경우에 한해 투자자의 재산을 수용 및 국유화할 수 있다고 규정. 동시에 신속 적절 효과적으로 수용 당시의 공정한 시장가격으로 보상할 것을 규정하고 있다.

526) 출연금과 이익, 자본이득, 배당금, 이자, 로열티 등을 자유롭게, 지체 없이 송금할 수 있도록 허용할 것을 규정하고 있다. 송금보장 조항의 예외로서 외환위기 때 자본거래 통제 등 긴급세이프가드 조치를 인정하고, 이를 송금 부속서에 규정하고 있다.

527) 외국인투자자의 투자의 설립, 인수, 확장, 관리, 실행, 운영, 판매, 처분 등에 관해 아래 특정 이행의무의 부과를 금지하고 있다. 국산품 사용의무, 수출과 수입 간의 연계는 정상적인 국제교역의 흐름을 왜곡할 수 있어 WTO에서도 무역관련 투자조치에 관한 협정(Trade Related Investment Measures: TRIMs)을 통해 원칙적으로 금지하고 있다. 이미 발효한 한일BIT, 한칠레, 한싱가포르 한-EFTA FTA 에서도 동일하게 금지하고 있다. 그 외 일정 비율 내국인 고용과 장애인 의무고용, 연구개발 수행 등 다른 이행요건은 모두 부과가능하다. 우리나라는 과거 국산품 사용의무, 국내인과의 합작의무, 생산물 수출의무 등 외국인 투자에 대해 이행요건을 부과했으나 UR(우루과이 라운드)협상을 위해 1990년 모두 이를 철폐했다. 관계부처합동, 전제자료, 136쪽.

528) 외국투자기업의 고위경영진 임명에 국적요건을 부과하는 것은 금지된다. 외국인 투자기업의 이사회 또는 동 이사회 산하 위원회 구성원의 과반수에 대한 국적요건은 부과가능하다. 다만 그러한 요건이 외국인 투자자의 해당 투자기업에 대한 영향력 행사를 실질적으로 침해(materially impair the ability)해서는 안 된다.

529) 전계협정 제11장 제3절.

530) 협정에 합치하는 범위 내에서 당사국은 외국인 투자활동이 환경에 대해 민감성을 고려하면서 사업이 수행될 수 있도록 하기 위한 어떠한 조치도 취할 수 있다고 규정하고 있다.

gation) 533)등을 들 수 있다.

3. 한미FTA상의 ISD에 회부되는 정부조치와 예외사항

가. 국제중재에 회부되는 조치

외국투자자가 투자유치국 정부를 상대로 국제중재에 회부할 수 있는 대상으로서 국가의 조치는 광범위하다. 한미FTA에서는 “조치는 모든 법과 규정, 절차, 요건 또는 관행을 포함한다”고 규정하고 있다.⁵³⁴⁾ 조치에는 국가의 적극적 규제 뿐 아니라, 소극적 부작위도 포함한다. 2003년 최종 중재판정이 난 ‘씨엠이사건’에서 체코방송위원회가 자신의 관여로 인해 투자자에게 발생한 법적 불안정성을 명료하게 정리해야할 최소한의 조치를 취하지 않았다는 이유로 체코는 3억5000만 달러의 보상판정을 받았다. 조치에는 중앙정부와 지방자치단체, 당국 또는 이들로부터 권한을 위임받아 행사하는 비정부기구가 채택하거나 행하는 조치도 해당된다. 2006년 6월에 국제중재 회부가 개시된 NAFTA에서의 ‘지엘팜스사건’에서는 캐나다 온타리오 주 낙농가협회가 정부로부터 위임받아 추진하는 우유쿼터관리제도가 회부의 대상이었다. 특히 검찰의 수사 와 기소 혹은 법원의 판결도 포함한다. NAFTA에서의 ‘몬데브사건’도 캐나다

531) 협정당사국과 정상적 경제관계(normal economic relations)를 유지하지 않고 있는 제3국인이 소유하는 타당사국 기업 또는 제3국인이 소유하고 당사국 내에서 실질적으로 영업하지 않는 타 당사국 기업(페이퍼 컴퍼니)에게는 협정 상 혜택을 부인하는 것이 가능하다고 규정하고 있다.

532) 특정조치에 대해서는 협정 상 특정의무에 대한 예외를 규정하고 있다. 내국민대우와 최혜국대우, 이행요건, 고위경영자 및 이사회 등에 대해 불합치 되는 조치를 유보로 기재하는 경우 동 조치는 협정의 의무가 면제된다. 정부조달과 보조금에는 내국민대우와 최혜국대우, 고위경영자 및 이사회 관련 의무는 적용되지 않고 있다.

533) 국가기관(한국은 수출보험공사 KEIC, 미국은 해외투자보험공사 OPIC)의 해외투자보험에 가입한 투자자가 상대국의 협정위반 조치로 인해 재산상 손해를 입은 경우에 동 국가기관이 투자자에게 보험금을 지급한 후 상대국 정부를 상대로 보상을 요구할 수 있는 권리를 명시하고 있다.

534) 한미FTA 제1.4조.

부동산 개발회사인 몬데브가 미국 매사추세츠 주 대법원의 민사소송에 패소하자 미국은 국제중재에 회부했다.⁵³⁵⁾

나. 국제중재에서 제외되는 사항

국제중재 회부 대상 중 첫째, ‘필수적 안보이익’을 위한 조치는 일반적으로 제외된다.⁵³⁶⁾ 이 조항으로 군대의 전투행위 전반에 대해 중재회부권이 미치지 않는다고 해석되지 않는다. 한미FTA에는 군대에 의한 불필요한 파괴행위에 대해, 그로 인한 투자자의 손실을 보상하라고 규정하고 있다.⁵³⁷⁾ 1991년 ‘에이에이피엘 사건’에서 스리랑카는 정부군이 게릴라들과 벌인 전투과정에서 파괴된 투자자의 재산권을 보상해야 했다. 특히 이 조항은 한미FTA 제23장 주식2로 미국과의 FTA추가협상에서 서명본에 추가됐다. 정부가 투자자 제소 때 필수적 안보라고 주장하면 제소에서 예외가 될 수 있다.

이 조항은 한국인 투자자가 미국의 기업을 인수하려 했으나, 미국이 필수적 국가안보라는 이유로 인수를 좌절시키는 경우를 발생시킬 수 있다. 한국인 투자자가 미국을 국제중재에 회부하더라도 미국이 필수적 안보라고 주장하면, 중재재판부는 미국의 의견에 따라야한다는 것을 의미한다. 이 조항은 ‘중국조항’⁵³⁸⁾이라고도 불리는데, 한미FTA가 중국이 미국기업을 인수하는 우회로가 되지 못하게 하는 조항이기 때문이다. 한국의 수출상대국 가운데 1위가 중국이고, 한국에 가장 농산물을 많이 수출하는 나라도 중국일 만큼 한국과 중국의 경제관계는 밀접하다. 한국의 중국투자뿐 만아니라, 앞으로 한국에서 한국법에 따라 한국회사를 설립하는 중국투자자가 늘어날 것이다. 중국투자자가 세운 한국회사라 하더라도 한국법에 따라 설립됐고, 한국에서 사업을 전개하

535) 송기호, 전계서, 23-24쪽.

536) 한미FTA 제23.2조, 23장 주식2; 송기호, FTA 서명본 해설 2, “독도조항과 중국조항”, 『프레시안』 (2007.7.5), 3-4쪽.

537) 상계협정 제11.5조 제5항.

538) 송기호변호사는 이 조항을 ‘중국조항’이라고 부른다. 송기호, FTA서명본 해설2, 3쪽.

면, 한미FTA에서는 한국의 기업으로 인정되며, 이 기업이 미국에 진입할 경우 한미FTA의 보호를 받는다(한미FTA 제11.28조). 한국에 투자할 중국자본을 겨냥해 그 과급력을 미리 차단하기 위해 이 조항을 미국 측이 요청⁵³⁹⁾한 것이라고 지적하고 있다.⁵⁴⁰⁾ 한미FTA가 한미 양국 뿐 아니라 세계의 중심 무역국가로 급부상하고 있는 중국과도 부지불식간 밀접한 상관관계를 가지는 시대에 접어들게 된 것이다.

둘째 예외로는, 위생검역조치를 들 수 있다. 광우병과 같은 위험요인으로부터 국민의 건강과 생태계의 보호를 위해 식품과 동식물의 수입에 대한 규제조치를 하는 것은 중재회부 대상에서 제외된다.⁵⁴¹⁾

세 번째는 “투자자 조항의 그 어떤 조문도 당사국(투자유치국)이 자국 영역 내에서 투자활동이 환경적 요소를 고려해 수행될 수 있도록 하기 위해 적절하다고 판단하면 이 투자의 장과 합치되는 조치를 채택, 유지 또는 집행할 수 있다고 규정하고 있다.⁵⁴²⁾ 투자자 규정에 적절한 조치, 즉 어긋나지 않은 조치를 취하라는 내적한계가 있으며, NAFTA에서는 여러 국제중재에서 훈계적 규정으로 처리돼 신뢰하기가 힘들다고 지적하고 있다.⁵⁴³⁾

第2節 收用(國有化)의 일반 개념

ISD제도가 일단 도입⁵⁴⁴⁾되면 투자자는 이 제도를 이용해 중재재판부에 중

539) 미국은 실제 2005년 중국 국영해양석유공사(CNOOC)가 미국의 석유회사인 유노칼(UNOCAL)을 인수하려했으나 미국 측이 국가안보에 위해가 될 수 있다는 이유로 인수를 거절해 좌절됐다.

540) 송기호, 전계자료, 4쪽.

541) 한미FTA 제8.4조; 이는 미국-호주FTA 제7.2조 제2항과 같은 내용으로, 위생검역조치의 자율권에 이바지하는 긍정적 조항으로 볼 수 있다.

542) 상계협정 제11.19조

543) 상계협정 제11.10조; 송기호, 전계서, 26쪽.

544) 1993년 타결된 NAFTA가 다자간 투자협정으로는 처음으로 미국의 모델 BIT 규정을 포섭하고, 강제적인 ISD제도를 마련했다. 이후 1994년 유럽에너지헌장도 국유화 혹은 수용

재를 신청할 수 있다. 이 때 투자자는 입은 피해가 중재신청 사유에 해당될 수 있는지를 살펴봐야 한다. 분쟁청구 원인으로 간접수용, 국제법상 최소기준 대우, 내국민대우, 송금보장, 공정·공평대우 등을 들 수 있다. 이 장에서는 우선 투자중재와 관련해 한미FTA 주요 이슈로 등장한 수용, 특히 간접수용(indirect expropriation) 문제를 살펴본다. 정부가 외국인의 투자재산을 충분한 보상 없이 수용할 수 없다는 것은 20세기 초반 이후 형성된 국제법상 규범이다. 그러나 투자유치국 정부의 조치로 투자자가 손해를 입었거나 이익이 감소했다고 해서 투자유치국의 모든 조치가 국제관습법상 국가가 투자자에게 보상할 의무를 발생시키는 수용조치에 해당하지 않는다는 것 또한 국제관습법상 거의 확고하게 확립된 원칙이다. 국제관습법의 관점에서 수용에 관한 논의를 할 때 원천적인 출발점은 투자유치국 정부는 투자자의 모든 이익에 대한 보증인이나 보험회사는 아니라는 것이며, 어떤 나라에 투자하는 경우에도 동일하게 일반적인 투자에 수반하는 위험, 예컨대 일반적인 경제여건의 변화에 따른 국가의 감독정책의 변경, 파업, 정치체제의 변화 또는 혁명 등은 투자자가 감수해야 한다.⁵⁴⁵⁾ 수용에 대한 논의는 “외국인 투자는 국가 권력으로부터 최대한 보호받아야 한다”는 명제와 “외국인 투자라도 국가의 정당한 권력 행사로부터 자유로울 수는 없다”는 명제의 충돌의 역사(Hull Formula v. Calvo Doctrine)로 볼 수 있다.⁵⁴⁶⁾ 이와 관련해 한미FTA에서 논란을 빚고 있는 간접수용은 투자유치국 정부가 직접 외국인 투자자의 재산권을 박탈하는 직접수용이 아니라, 투자 유치국 정부의 조치로 외국인 투자자가 투자자산에 대한 재산권을 사실상 행사하기 곤란한 상황에 처하는 경우에 발생하는 문제다. 투자유치국 정부의 입법과 행정, 사업조치로 인해 외국인 투자자의 예상 투자수익 회수의 감소나 사업실패가 발생하는 경우 과연 이것이 국제법상 또는 투자

의 대상인 투자에 대해 보상하고, 강제적인 ISD제도를 활용하도록 하는 규정을 두고 있다.

545) R. D. Bishop, *Foreign Investment Disputes—Cases, Material and Commentary*(Hague: Kluwer Law International, 2005), p.849(Oscar Chinn Case), p.865(Starrett Housing Corp. v. Iran Case).

546) 정규상, “한미FTA와 투자보호”, 한미FTA체결위원회 개최 세미나(2006.12.14), 3쪽.

협정상 ‘수용’에 해당하는지 여부와 관련된 사항이다. 간접수용은 공식적인 수용조치가 없음에도 불구하고, ‘사실상 수용(de facto expropriation)’ 또는 ‘수용에 준하는(tantamount to expropriation) 조치’가 존재하였다고 볼 수 있을 것인가에 관한 문제로 개념을 정립할 수 있을 것이다.⁵⁴⁷⁾

간접수용이든 직접수용이든 일단 수용으로 확정되면 시행국인 외자유치국은 보상의 의무를 진다. 따라서 간접수용과 직접수용문제는 특정조치가 수용에 해당하는지 여부에 대한 일종의 선결문제와 연관되는 것이다. 보상의 정도 및 방법과 연관된 것은 아니라고 할 것이다. 간접수용은 다양한 분야에서 발생할 수 있으나 통계적으로 이러한 분쟁의 개연성이 가장 높은 분야는 공익서비스와 환경정책, 공중보건 부문 등인 것으로 보인다.⁵⁴⁸⁾

최근 한미FTA와 관련해 간접수용의 개념이 주목을 끌고 있으나 사실 이 문제가 국제법에서 생소한 개념은 아니다. 우리나라에서 크게 문제가 되거나 논의되지 않았을 뿐이다. 간접수용 개념이 최초로 대두된 것은 1926년 호르조 공장사건(Chorzow Factory Case)⁵⁴⁹⁾을 들 수 있다. 이 사건에서 상설국

547) 류희진, 전계논문, 15쪽.

548) 이재민, 전계논문, 12쪽.

549) 문제가 된 공장의 소유권에 대해 폴란드의 카토비체(Katowice) 법원이 국제법원의 판례에 배치되는 판결을 내림으로써 국제법원의 판결을 간접으로 무효화할 수 없다고 하고, 폴란드는 제네바 협약상의 의무를 위반했다고 판시했다. 1차 대전 후 주민투표에 의해 독일로부터 폴란드에 할양된 상부 실레지아 일부의 제반 사항을 1922년 체결된 제네바협약으로 규정했는데, 6조는 독일인 및 독일인이 경영하는 회사의 재산과 권리, 이익을 수용할 수 없다고 규정했다. 그런데 폴란드가 제네바협약을 위반하고, 1922년 상부 실레지아 지방의 독일인 민간재산(처음에는 독일정부 재산이었으나 후에 양도됐음)인 호르조 공장을 몰수한 사건과 관련해 그 몰수 취소와 배상을 독일 측이 요구하기 위해 제소한 사건이다. 폴란드는 이 공장이 상부 실레지아의 소유가 아니었으므로 독일에 대한 손해가 존재하지 않는다고 주장하고, 이 사건에 대한 PCIJ의 관할권이 없다고 주장했다. PCIJ는 1926.5.25. 폴란드의 위법행위(협약위반)로 야기된 손해에 대해 독일에게 배상해야 한다고 판시했다. 그 후 손해배상에 합의하지 못하고, 다시 독일은 1927년 제소해 승소판결(1928.9.13)을 받았다. PCIJ는 판결문에서 “모든 의무위반이 배상의무를 수반하는 것은 국제법상의 원칙일 뿐 아니라 법의 일반적 관념이기도 하다”고 확인하고, 배상은 조약 불이행을 보완하는 불가결한 방법이며, 조약 그 자체에 명시돼 있을 필요가 없다”고 판시했다. 이병조·이중범, 전계서, 24쪽; PCIJ는 조약규정을 위반한 불법적인 수용조치에 관한 호르조 공장사건에서 국가책임의 해제방법은 “첫째는 원상회복이요, 그 것이 불가능할 경우에는 원상회복에 상당하는 금액의 지급이며, 원상회복 또는 그것에 대신하는 금전의 지

제사법재판소는 폴란드 정부의 직접수용 대상이 되지 않았던 독일계 공장에 대해서도 사실상 수용에 준하는 피해를 입었다는 것을 확인하고 수용에 해당 하는 것으로 판결했다. 그 이후에도 다양한 판례⁵⁵⁰⁾를 통해 다소간의 불명확 성에도 불구하고 간접수용 개념 자체는 널리 인정되고 있는 실정이다.⁵⁵¹⁾ 이러한 간접수용 관련 분쟁은 1990년대 이후 급증하는 추세를 보이고 있다. 외국인 투자영역의 다양화와 외국인 투자자의 기대이익 다변화에 따른 것이다. 투자 유치국 정부정책 도입과 변경으로 외국인 투자자가 ‘눈에 보이지 않는’ 또는 ‘예상치 못한’ 투자손실을 입는 경우 이것이 과연 수용에 해당하는지 여부와 관련해 분쟁 당사자(투자자와 투자유치국) 간의 대립이 증가하고 있기 때문이다. 외국인 투자자는 재산상의 손실이 발생할 경우 이를 간접수용으로 주장하며 보상을 요구한다. 반면 투자유치국 정부는 이러한 결과적 손실은 정부정책의 파생적 효과에 불과한 일종의 상업상 위협으로 국제법상 또는 관련 투자협정상의 수용에 해당하지 않는다고 주장한다. 따라서 보상이 필요하지 않다는 것이다.⁵⁵²⁾ 간접수용 분쟁에서 국제중재재판부는 투자유치국 정부의 의

급만으로 만족할 수 없는 손해가 있는 경우에는 이에 대한 배상의 제공이다”라고 판시했다. *Chorzow Factory Case, Germany v. Poland, P.C.I.J. Rep., Ser. A, no.17(1926), p.29*; 최승환, 전거서, 855쪽.

550) 국제 판례는 미국과 이란의 청구재판소(Iran-U.S. Claims Tribunal: IUSCT)가 내린 다수의 중재판정, BIT에 근거한 국제투자자의 중재판정, NAFTA 제11장 규정에 따른 중재판정부의 중재판정에서 찾을 수 있다.

551) 이 때문에 가장 안전한 방법은 간접수용 개념 자체를 부인하거나 ISD절차를 도입하더라도 간접수용 문제는 ISD절차에서 명시적으로 배제하는 방안일 것이다. 그러나 비현실적이라고 지적하고 있다. 결국 간접수용 분쟁이 한국 측이 적절히 예측, 관리가 가능한 상황으로 전개될 지, 여부가 간접수용 인정여부결정에 관건이 될 것이라고 주장. 이재민, “ISD 투자분쟁해결절차”, 18쪽.

552) FTA에서는 수용이 공익목적으로 차별 없이 시행되어야 하며, 수용된 투자에 대해 신속하고 적절하며, 효과적인 보상이 이뤄져야 한다고 규정하고 있다. 그런데 외국인 투자의 경제적 가치에 영향을 미치는 규제가 주권국가의 합법적인 경찰권(police power)의 행사로서 보상을 수반하는 경우와 보상을 수반하지 않는 경우가 명확하지 않기 때문에 간접수용과 관련해 국제법에서 논란이 많았다. 이러한 상황은 국제투자의 원활한 흐름에 장애를 줄 수 것이다. 그 이유는 국제투자자의 입장에서 수백억 또는 수천억 원에 이르는 투자가 어느 경우에 투자유치국의 규제대상에 해당하는지를 가름 할 수 없고, 투자유치국의 입장에서 어느 정도까지 규제권한을 행사해야만 국제법에 따른 배상책임을 부담하지 않는지

도와 배경, 효과 등에 대해 직접적으로 심리하므로 판정 결과에 대해 논란이 존재할 가능성이 증가하게 된다.⁵⁵³⁾ 우리법제에서 다소 생소한 개념인 수용을 중심으로 살펴본다.

1. 수용의 의미와 종류

가. 수용의 의미

수용에 관한 BIT와 FTA의 용어는 수용(expropriation), 국유화(nationalization), 수용이나 국유화와 동등한 조치(measures tantamount to expropriation or nationalization) 등으로 다양하게 나타난다. 그러나 NAFTA를 포함한 대부분의 협정은 수용이나 그 세부개념인 직접수용, 간접수용 또는 수용과 동등한 조치라는 용어에 대한 정의를 규정하지 않고 있다.⁵⁵⁴⁾

수용(expropriation)이란 타인이 소유한 자산에 대한 강제적 접수(compulsory taking)를 의미한다. 통상 국가기관 또는 국가로부터 권한을 위임받은 민간기관이 타인 소유의 자산을 접수하는 경우다. 보상 없이 시행하는 수용을 특히 몰수(confiscation)라고 한다. 국유화(nationalization)는 사회적, 경제적 체제변혁의 일환으로 사유자산을 국가 또는 공공자산으로 전환하는 것이 특징이다. 일반적으로 수용과 국유화간에는 본질적인 개념차이는 없으며, 양자는 혼용돼 사용되고 있다.⁵⁵⁵⁾ 외국인 자산에 대한 수용은 국가가 사회적, 경제적

를 파악할 수 없기 때문이다. 강병근, “외국인 투자의 간접수용과 국가의 규제권한”, 『통상법률』, 통권 제67호(2006.2), 10쪽.

553) 이재민, “ISD분쟁해결절차에 대한 소고”, 105-106쪽.

554) 류희진, 전계논문, 13쪽.

555) 엄격하게 구분해 사용하기도 한다. 국유화는 국가의 사회적 경제적인 변혁의 한 과정으로서 생산수단인 사유자산을 국가 또는 그 기관에 강제적으로 이전시키는 것이다. 공공수용이 원칙적으로 일정한 공공목적에 위해 특정 개인의 특정 사유자산을 대상으로 행해지는데 대해, 국유화는 대규모의 사회적, 경제적인 체제변혁의 일환으로서 일반적 내지 비개성적으로 단행되는 것이 특색이다. 이와 같이 국유화는 사유자산을 전제로 하는 공용수용과는 다른 것이다. 이한기, 전계서, 431쪽; 두 용어의 구분이 명확한 것은 아니지만 국

동기에서 취하는 것으로, 일정한 공공목적 달성을 위해 외국인의 자산과 재산권을 직접 탈취하거나 국가 및 공공기관의 관리 통제에 두는 것을 목적으로 한다. 556)

개인의 재산권 행사는 절대적인 것이 아니며 공공목적 위해 필요한 경우 국가가 제한할 수 있다는 것은 대부분의 국제법 체제에서도 인정되고 있다. 외국인 자산에 대한 모든 규제와 제한조치가 수용에 해당하는 것은 아니며, 외국인 자산에 대한 일시적인 행정적 간섭 및 규제행위와 외국인 자산을 접수하거나 박탈하는 수용조치는 구분되어야 한다.⁵⁵⁷⁾ 그러나 외국인 자산 수용에는 명백한 사례만 있는 것은 아니다. 경우에 따라 수용여부에 대한 판단이 애매한 경우도 있다. 일반적으로 재산법상의 소유권에는 특정자산에 대한 소유권, 사용권, 관리권, 처분권 등이 포함되기 때문에 사유자산의 박탈 또는 접수뿐 아니라, 재산권 행사에 대한 간섭이나 침해도 ‘일정한 경우’ 수용의 범주에 포함될 수 있다. 특히 다수의 투자조약에서는 수용과 국유화는 물론 수용 또는 국유화와 동등한(상응한) 효과를 초래하는 조치(measures having effect equivalent to nationalization or expropriation)도 규율하고 있다.⁵⁵⁸⁾

외국투자자의 재산권 행사를 실질적으로 침해하는 현지국의 조치는 흔히 ‘위장된 수용’(disguised expropriation) 또는 ‘잠행적(潛行的) 수용’(creeping expropriation) 559)이라 부른다. 잠행적 수용이란 목적사업의 계속을 비경제

유화는 경제정책의 일환으로 경제전반 또는 특정한 산업과 자원 부문에 대해 이뤄지는 것이며, 수용은 특정기업에 대해 이뤄지는 것으로 이해하기도 한다. I. Brownlie, *Principles of Public International Law*(Oxford: Oxford University Press, 2003), p.514; 장승화, 『양자간 투자협정연구』 (서울: 법무부, 2001), 93-94쪽.

556) R. Dolzer, *Expropriation and Nationalization*, Encyclopedia of Public International Law vol.6 (Amsterdam: Elsevier Science Publishers, 1985), p.217; P. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law* (Oxford: Blackwell Publishers, 1995), p.501.

557) 유럽인권재판소는 Sporong and Lannroth 사건에서 재산권에 대한 합법적인 행정적 간섭과 수용을 구분했다. *European Court of Human Rights, Judgement Series A. no.52*, 23 September 1982.

558) 1989년 한국과 이태리 투자증진 및 상호보호협정 제4조 제1항, 1992년 한국과 중국 투자증진 및 상호보호협정 제5조 제2항, 1993년 한국과 베트남 투자증진 및 보호협정 제5조 제1항(2003년 개정) 등에 이어 한국이 맺은 FTA에는 모두 규정하고 있다.

적인 것으로 만들어 외국투자자가 사업을 포기하도록 하는 과세나 기타 규제 조치를 부과함으로써 수용과 동일한 효과를 초래하도록 하는 것이다. ①상당 기간에 걸친 현지정부의 간섭으로 외국투자자가 사업을 포기하거나 ②현지국가와의 투자협정에 입각한 합작투자에 있어 외국투자자가 계약적 권리를 효과적으로 박탈당하는 경우 ③외국인 투자에 대해 몰수에 가까울 정도의 중과세를 부과하는 경우 ④이윤이나 원금의 본국송출을 장기간 금지하는 경우 ⑤사업상 필요한 정부의 인·허가를 내주지 않는 경우 ⑥재산매각 또는 주식매각을 강제하는 경우 ⑦재산수용을 목적으로 외국투자자를 추방하는 경우 ⑧소유권이전을 목적으로 현지인의 경영참여를 요구하거나, 제3자에게 외국인 자산을 물리적으로 접수케 하는 경우 ⑨은행계좌의 동결, 파업, 공장폐쇄, 노동력 부족과 같은 방해 행위 ⑩기타 각종 단계에서 지나친 부담을 가해 사실상 투자 목적 사업을 계속하지 못하게 하는 행위 등이 이에 속한다.⁵⁶⁰⁾ 이밖에 회사경영에 노동자의 참여를 요구하는 입법이 잠행적 수행에 해당한다는 견해가 있다. 이는 경제정책을 입안하고 시행하는 영역국가의 주권적 권리를 부당하게 제한하는 것으로 경제규제와 수용 간의 차이를 간과한 적절치 못한 견해라고 비판받고 있다.⁵⁶¹⁾ 따라서 실질적인 수용에 해당하는 경우 수용을 의도한 것이 아니라는 정부당국의 단순한 일방적 선언만으로는 수용에 대한 국가의 국제책임을 부인할 수 없을 것이다.

외국인 투자자산에 대한 수용 또는 국유화는 자국영역내의 천연자원과 경제 활동에 대한 영구주권의 행사이기 때문에 국제 불법행위가 아니고, 국제법상 주권국가의 고유한 권리로 인정되고 있다. 이는 영역주권의 배타성원칙에서 기인하는 당연한 결과다.⁵⁶²⁾ 그러나 외국인 투자자산에 대한 수용은 결코 무제한적인 것이 아니며, 국제법상 일정한 제한이 따른다. 일반적으로 양자간 투

559) 간접수용은 위장, 잠식성, 점진적 수용으로도 지칭된다. 허찬국 외, 전게서, 66쪽; 본 논문에서는 잠행적 또는 점진적 수용이라는 용어를 사용한다.

560) M. Sornarajah, op. cit., pp.277-315.

561) 최승환, “국제법상 외국인 투자자산의 수용”, 『국제법학회논총』, 제43권 제1호(1998), 283쪽.

562) 상계논문, 281쪽.

자협정에는 외국인 투자자산에 대한 현지국의 수용금지를 보장하고 있으며, 타방체약국 투자자에 대한 내국민대우와 최혜국대우 등을 규정하고 있다. 문제는 투자협정상의 수용 관련 규정은 일반적으로 구체적이지 못하므로, 특히 수용기준과 보상의 범위 등에 있어 분쟁가능성이 늘 상존하고 있다. 한미FTA에서 수용 예외 등을 규정하고 있지만 중재분쟁해결 신청 자체를 막지 못한다. 투자자가 중재를 요청하면 수용과 간접수용의 해석권은 판정을 통해 그 윤곽은 알 수 있지만 늘 중재재판부가 가지고, 판정여부를 결정할 권한을 갖고 있다.

나. 수용의 종류

(1) 직접수용

직접수용은 인지하는 것이 간접수용보다 쉽다.⁵⁶³⁾ 국가가 특정재산의 소유자에 대해 그 재산에 대한 명의를 점유를 모두 포기하도록 지시하는 정식의 명령 또는 조치를 취하는 경우다. 정부가 탄광이나 공장의 소유권을 취득해 투자자가 소유권과 소유물의 지배로부터 나오는 모든 의미 있는 이익을 박탈당하게 되면 직접수용이 발생하게 된다.⁵⁶⁴⁾

(2) 간접수용

직접수용과 달리 재산소유권을 손대지 않으면서 재산의 경제적 가치를 저하시키는 형태의 간접수용은 다양한 형태를 취하면서 실질적으로 직접수용과 동일한 효과를 나타내기 때문에 여전히 외국인 투자자에게 문제가 될 수 있다.⁵⁶⁵⁾ 간접수용은 정치적 상황과 재산의 개념 변화에 따라 탄생했다. 과거

563) *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States (Feldman)*, ICSID Case no. ARB (AF)/99 /1, Award, 16 December 2002, 18 *ICSID Rev. F.I.L.J.*, 2003, p.524.

564) Ibid.

수용은 투자자가 소유하고 있는 물리적인 재산을 직접적으로 점유하거나 강탈하는 형태로 나타났고, 수용에 관한 법도 이에 따라 발전했다. 탈식민주의시기에 단행했던 국유화도 이러한 직접적인 수용조치의 형태로 이뤄졌다. 이 시기 이후의 수용은 개별기업, 투자자에 대해 특정한 사유에 근거해 이뤄지고 있는 경향이 있다. 이때의 수용조치가 직접적인 소유권의 유실 또는 강탈의 형태로 나타난다면 수용 해당 여부의 판단이 문제되지 않지만, 이 시기의 수용은 물리적 재산에 대한 소유권의 유실 없이도 재산권에 대한 침해로 야기하는 특징이 있다.⁵⁶⁶⁾

간접수용은 재산권의 이전을 목적으로 하지 않지만 재산권의 행사에 대해 수용조치와 동등한 정도의 간섭 또는 침해를 가하는 조치이다.⁵⁶⁷⁾ 이러한 간섭 또는 침해를 야기하는 국가의 조치 또는 행위는 ‘간접적인(indirect)’, ‘점진적인(creeping)’ 또는 ‘사실상의’(de facto) 수용 또는 ‘수용과 동등한 조치’라는 용어로 지칭된다.

간접수용에 대해서는 아직 통일되고, 확립된 정의는 없다. 하지만 몇 가지 특징적인 요소를 갖고 있는 것으로 보인다. 국가에 의한 재산의 점유가 일어나지 않고 재산에 대한 법적 소유권이 영향을 받지 않는다는 점⁵⁶⁸⁾, 그럼에도 불구하고 재산의 사용 또는 그 이익의 향유에 있어 국가의 간섭 또는 침해가 존재한다는 점, 그 효과가 직접수용과 동등하다는 점이다.⁵⁶⁹⁾ 재산을 박탈할 의도를 명시적으로 표시하지 않지만 실제로는 그러한 효과가 있는 행위 또는 조치에 의해 발생한다는 특징도 있다.⁵⁷⁰⁾

565) 간접수용이 분쟁거리가 될 수 있다는 점에 대해서는 *Starret Housing Corp. v. Iran. 4 Iran-U.S. CTR.122*, 1983, p.154 참조.

566) M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed.(Cambridge: Cambridge University Press, 2004), pp.349-350.

567) G. Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours /Academie de Droit Internationa*, 1997, p.383.

568) OECD, “*Indirect Expropriation*” and “*the Right to Regulate*” in *International Law*, Working Papers on International Investment, no.4(2004), pp.3-4.

569) *Ibid.*, p.4; G. Sacerdoti, *op. cit.*, p.383.

Tecmed 중재재판부는 투자자의 권리 또는 재산을 박탈하는 목적을 명시적으로 드러내지 않지만 실제상 그런 효과를 갖는 조치 또는 행위에 의해 간접 수용이 성립된다고 언급했다.

Middle Eastern Shipping and Handling Co. v. Egypt 사건⁵⁷¹⁾의 중재재판부는 투자자가 투자의 내용인 각 권리에 대한 명목상의 소유권을 유지하고 있는 경우에도 투자자로부터 투자의 이용과 이익을 박탈하는 효과를 가지는 조치를 국가가 취하는 경우 이러한 조치는 종종 ‘점진적인’ 또는 ‘간접적인’ 수용으로 간주된다고 판시했다.⁵⁷²⁾ 나아가 이러한 점진적인 또는 간접적인 수용이 BIT상의 수용과 동등한 효과가 있는 조치에 해당한다고 연결짓고 있다.

(가) ‘사실상’의 수용과 ‘점진적인(잠행적인)’ 수용

사실상의 수용은 공공연한 수용 또는 국유화의 조치는 아니지만 외국인 투자자가 그 재산으로부터 받는 혜택을 효과적으로 무효화하는 조치를 말한다.⁵⁷³⁾ 공공연한 수용 또는 국유화의 조치를 사실상의 수용과 대비시켜 ‘정식 조치’(formal measure)라고 표현하기도 한다. 유럽인권재판소는 문맥상 ‘재산의 이전’을 정식조치로 보고, 소유권자로부터 재산을 사용, 임대 또는 판매할 권리를 박탈하는 조치를 사실상의 수용으로 표시했다.⁵⁷⁴⁾ Tecmed 중재재판부는 “수용은 정식으로는 사인이 소유하고 있는 유형 또는 무형의 재산을 정부가 수용을 목적으로 하는 행정적 또는 입법적 조치를 통해 강제적으로 박탈하는 것을 의미하지만, 사실상의 수용이라고 지칭되는 다른 여러 상황도 포함한다”고 했다. 이어 사실상의 수용이 “조치 또는 법률로 인해 투자자산이 수용

570) *Tecmed, S. A. v. United Mexican States*, ICSID Case no. ARB.(AF)/2002/2, para. 114.

571) *Middle Eastern Shipping and Handling Co. v. Egypt*, ICSID Case no. ARB/99/6.

572) Ibid.

573) G. Sacerdoti. op. cit., p.382.

574) *Mellacher and Others v. Austria*, ECHR, 1989.12.15, para.44.

국이 아닌 제3자에게 이전되거나 또는 제3자나 해당 국가에 투자자산이 이전되지 않고도 투자자산에 대한 소유권자로부터 그 소유권이 박탈되는 경우”라고 언급했다.⁵⁷⁵⁾

점진적인 수용은 재산권을 박탈하거나 침해할 입히는 최종적인 성격의 1회 조치에 의해 수용이 이루어지는 경우가 아니라 재산권에 대한 서행의, 점진적인 침해가 어떠한 행위 또는 조치에 의해 촉발된 후 시간이 경과함에 따라 ‘확대 또는 지속(spread)’되는 경우를 의미한다.⁵⁷⁶⁾ 점진적인 수용에 대한 단일한 판단 원칙이 있는 것은 아니지만 투자자산과 관련된 투자자의 이익 가치의 감소가 있어야 한다는 점과 단일행위에 의한 수용에서 요구되는 것보다 더 오랜 기간에 걸쳐 발생한다는 점이 그 요소라고 볼 수 있다.⁵⁷⁷⁾

Tecmed 중재재판부는 ‘creeping’이라는 단어가 점진적으로 또는 은밀하게 이루어지는 수용을 지칭한다고 언급했다. *Azurix v. The Argentine Republic* 사건에 대한 중재판정이 “당사자들은 개별적으로는 수용에 해당하지 않는 조치라도 누적적으로 명백한 수용과 동등한 효과를 가질 수 있다는 점에 대해 의견이 일치한다”⁵⁷⁸⁾고 표현한 것도 점진적인 수용을 의미하는 것이라 볼 수 있다. Tecmed 중재재판부는 사실상의 수용과 점진적인 수용이 간접수용의 범주에 속한다고 하면서도 양자는 구별되는 개념이라고 규정했다. 점진적인 수용의 개념은 점진적으로 일어나는 수용을 뜻한다. 간접수용은 반드시 여러 조치에 걸쳐 점진적으로 일어나는 것만을 의미하지 않으며, 1회의 조치 또는 단기간 내에 또는 동시다발적인 조치에 의해서도 발생할 수도 있기 때문이다.⁵⁷⁹⁾

575) Tecmed, para.114.

576) M. Sornarajah, op. cit., p.351.

577) Ibid, p.352.

578) Azurix, para. 308.

579) Tecmed, para, 114.

(나) 수용과 동등한 조치

수용과 동등한 조치의 경우, BIT에서는 다양한 문안을 형성하고 있다. ‘유사한 효과가 있는 조치(measures having similar effect)’⁵⁸⁰⁾, ‘국유화 또는 수용과 동등한 효과가 있는 조치(any measure having effect equivalent to nationalization)’⁵⁸¹⁾ 또는 ‘수용 또는 국유화와 동등한 효과가 있는 조치(any other measure the effect of which would be tantamount to expropriation or nationalization)’⁵⁸²⁾ 등이다.⁵⁸³⁾

Middle Eastern Shipping and Handling Co. v. Egypt 중재재판부는 점진적인 또는 간접적인 수용이 BIT상의 ‘수용과 동등한 효과가 있는 조치’에 해당한다고 설명했다. Tecmed 중재재판부도 ‘일반적으로 투자협정과 다른 국제조약에 규정된 수용과 동등한 (equivalent, tantamount)조치라는 용어는 간접수용이나 점진적인 수용과 사실상의 수용을 지칭하는 것으로 이해된다고 언급했다.⁵⁸⁴⁾ Pope & Tallbot, Inc. v. Government of Canada 사건⁵⁸⁵⁾에서 중재재판부는 NAFTA의 ‘수용’이라는 용어가 직접수용과 간접수용을 포함하는 개념이며 ‘수용과 동등한 조치’라는 용어가 수용을 의미하는 것은 아니라고 밝혔다.⁵⁸⁶⁾

미국 2004년 모델 BIT는 종전의 BIT규정이 일반적으로 규정하고 있는 직접수용, 간접수용과 ‘수용과 동등한 조치’의 구분과는 달리, ‘직접적으로 수용

580) 일본과 중국 양자투자협정(1988년) 제5조 제4항.

581) 스위스와 인도 양자투자협정(1997년) 제5조 제1항; 오스트레일리아-루마니아 양자투자협정(1993년) 제5조 제1항.

582) 바베이도스와 독일 간 양자투자협정(1994년) 제4조 제2항; 미국과 아르헨티나 양자투자협정(1991년) 제4조 제1항 등 미국이 1990년대에 체결한 양자투자협정에서 주로 사용된 표현이다. NAFTA 제1110조도 이 표현을 쓰고 있다. 그러나 U.S. 모델 BIT(2004년) 제6조는 ‘tantamount’ 대신 ‘equivalent’라는 단어를 사용하고 있다.

583) G. Sacerdoti, op. cit., p.380.

584) Tecmed, para. 114.

585) *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada, Interim Award*, June 26, 2000.

586) Ibid. paras. 99-104.

또는 국유화하거나 이와 동등한 조치를 통해 간접적으로 수용 또는 국유화할 수 없다⁵⁸⁷⁾고 규정해 ‘직접수용’과 ‘이와 동등한 조치를 통한 간접수용’으로만 구분해 규정하고 있다. 이는 종전의 ‘간접수용’과 ‘수용과 동등한 조치’의 구분이 불분명했던 점을 피할 수 있도록 한 규정으로 보인다. 한국과 싱가포르 FTA는 “어떤 당사국도 자국 내에 있는 타방 당사국 투자자의 투자를 직접 또는 간접적으로 국유화 또는 수용할 수 없다”고 규정해 직접수용과 간접수용으로 구분하고 있다.⁵⁸⁸⁾ 한미FTA에서도 예외조항을 두긴 했으나 수용의 분류는 마찬가지다. “어떠한 당사국도 다음을 제외하고 수용 또는 국유화에 동등한 조치(‘수용’)를 통해 적용대상 투자를 직접적 또는 간접적으로 수용하거나 국유화할 수 없다”⁵⁸⁹⁾고 규정하고 있다.

(다) 규제적 수용⁵⁹⁰⁾과 보상을 요하지 않는 규제

국제사회에서는 사유재산에 대한 국가의 간섭이 빈번하게 일어나며 이는 필연적인 현상이다. 재산에 대한 간섭을 구성하는 모든 국가조치가 반드시 국제법상 수용에 해당하는 것은 아니다. 국가는 수용에 대해서는 보상을 제공해야 하지만 일반적으로 인정된 국가의 경찰력 내에 포함되는 선의의(bona fide) ‘규제’의 결과로 초래된 경제적 침해에 대해서는 책임을 지지 않는다는 것이 일반적으로 수락된 국제법의 원칙이다. ⁵⁹¹⁾ 따라서 정부의 규제조치가 정당한

587) Article 6 (Expropriation and Compensation) 1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization(“expropriation”), except:

588) Article 10.13 (Expropriation and Compensation) 1. Neither Party may, directly or indirectly, nationalize or expropriate an investment of an investor of the other Party in its territory, except:

589) Article 11.6 (Expropriation and Compensation) 1. Neither Party may expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalization(‘expropriation’), except:

590) 규제적 수용이론은 수용에 관한 미국판례로부터 많은 영향을 받았다. B. Appleton, “Regulatory Taking: The International Law Perspective”, *New York University Environmental Law Journal*, vol.11(2002), pp.36-37.

비보상규제에 해당하는지 또는 수용에 해당해 보상이 요구되는지 문제가 된다. 이때 수용에 해당해 보상이 요구되는 규제를 규제적 수용이라 한다.⁵⁹²⁾ 규제적 수용이라는 용어는 협정상의 명문으로 규정된 경우는 없다. 그러나 BIT와 다자간투자협정이 전통적인 수용인 직접적인 수용 뿐 아니라 ‘수용과 동등한 효과를 갖는 조치’ 또는 ‘수용과 동등한 조치’ 와 같은 현대적 수용을 명문으로 규정하고 있는 것은 규제적 수용을 보상이 요구되는 정부의 조치에 포함시킨 것으로 볼 수 있다.⁵⁹³⁾

2. 외국인 자산의 수용과 관련한 국제법 문제

외국인 자산의 수용과 관련한 국제법 문제는 세부분으로 구분할 수 있다.⁵⁹⁴⁾

첫째, 국제법상 수용으로부터 보호되는 대상, 즉 재산(투자)의 개념에 대한 국제법이다. 실제 대부분의 경우 수용의 대상으로 주장되는 소유물이 ‘재산’에 해당하는지 여부를 파악하는 것은 어려운 문제는 아니다. 그러나 계약상의 권리 등 무형재산의 경우 보호대상의 경계가 항상 분명하지는 않으므로 국제법상 재산의 개념에 관한 연구는 의미가 있다.⁵⁹⁵⁾

둘째, 수용의 성립에 관한 국제법이다. 수용사건에서 문제되고 있는 대상이 재산에 해당한다고 인정되면 그 다음에는 수용의 성립 여부가 문제된다. 소유

591) *Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Co., Interlocutory Award 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep.* 248, 1985, para.275.

592) Thomas Waelde and Abba Kolo, “Environment Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law”, *International and Comparative Quarterly*, vol.50(2001.10), p.821.

593) Ibid, footnote 46.

594) R. Dolzer, “*Indirect Expropriation of Alien Property*”, *ICSID Rev., Foreign Investment L. J.* vol.1(1984), p.41.

595) R. Higgins, “The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law”, 176 *Recueil des Cours /Academie de Droit International* vol.III, 1982, p.268.

권이 소유권자로부터 투자유치국으로 정식으로 이전되는 경우에는 수용의 성립 여부에 관한 한 특별한 법적 문제는 발생하지 않는다. 그러나 소유권은 소유권자에게 남겨져 있지만 국가의 조치로 인해 그의 재산권의 법적 상태가 현저하게 영향을 받게 된다면, 이 조치가 수용에 해당하는지 여부는 분명한 문제는 아니다.

셋째, 수용의 보상에 관한 국제법 규칙이다. 수용에 관한 문헌과 이에 대한 다툼이 있었던 중재관정을 보면, 20여 년 전까지만 해도 문제의 초점은 보상의 기준과 재산가치의 산정에 맞춰져 있었다.⁵⁹⁶⁾ 그 이유는 20세기 초의 러시아와 멕시코 혁명 및 제2차 세계대전 후의 탈식민지화 시기에서 볼 수 있듯이 수용 사건의 상당수가 대대적인 국유화 조치와 관련된 명백한 소유권의 이전을 특징으로 하는 수용, 즉 직접 수용이 문제되는 사건이었기 때문으로 판단된다. 국유화와 같은 직접수용의 사건에서는 수용의 성립이라는 문제보다는 수용된 것으로 인정되는 재산에 대한 보상을 어떠한 기준으로 할 것인지가 더 중요하게 다루어질 수밖에 없었기 때문이다. 1990년대 들어 수용의 범위가 정부의 조치 등으로 확대되면서 국가의 수용조치의 정당성에 대한 기준에 관심이 높아지고 있다.

3. 외국인 재산 수용의 연혁

외국인 자산의 수용과 관련한 논의는 보상의 기준을 중심으로 이뤄졌다. 역사적으로 고찰할 때 수용을 규율하는 국제법규는 외국인의 지위에 관한 일반적 발전에 대응해 형성됐다. 고대와 중세 때는 외국인은 적국인으로 취급돼 보호를 전혀 받지 못했거나 거의 받지 못했다. 외국인에 대한 대우는 외국인의 입국의 허용여부에 대한 변천과 맥을 같이 했다. 그 후 17, 18세기에 이르러 국제교섭이 활발해짐에 따라 외국인의 지위도 인정을 받게 돼 일정한 보호

596) OECD, “*Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Law*”, p.2; R. Dolzer, “New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property”, *American Journal of International Law*, vol.75(1981), pp.557-572.

를 받을 수 있었다. 그러나 사법상의 보호에 한정됐고, 공법상의 보호는 부여되지 않았다. 재산과 관련해 외국인에게 부여된 최초의 권리는 양허협정과 우호통상항해조약에서 발견된다. 외국인이 소유한 재산은 영역국가(투자유치국)가 자유롭게 처분할 수 없다는 것이 점차적으로 일반화되기 시작했다.

18세기 중엽에 와서 다수의 학자들은 외국인의 입국을 허용한 국가는 그 신체와 재산이 침해받지 않도록 보호하고 그 안전을 보장할 의무를 진다고 주장했다. 그러나 관련조약이 없는 경우 외국인이 자국인과 동등한 자격을 받을 자격이 있는가에 대해서는 그 당시 명확하지 않았다. 바텔(Vattel)과 같은 국제법학자는 국제법상 시민의 재산은 소속 국가의 재산으로 간주돼야 한다고 외국인 재산에 대한 충분한 보호를 제창했다.⁵⁹⁷⁾ 이러한 견해는 그 후 각국의 국가관행에 상당한 영향을 미쳤다. 일반적으로 시민의 재산권보호는 1776년 미국독립선언과 1793년 프랑스 인권선언에 의해 강화됐다.⁵⁹⁸⁾

1818년 당시 미국 국무장관은 외국인 재산의 보호만큼 확립된 국제법원칙은 없다고 주장했다. 19세기에 와서 이러한 발전은 내국인에게 인정되는 것과 동등한 재산권을 외국인에게도 부여하는 일반원칙(내국민 대우원칙)을 성문화하는 많은 조약들에 의해 강화됐다. 국내법상의 조건하에서 이러한 내국민대우기준은 외국인재산에 대한 높은 보호수준을 제공했다. 이처럼 1917년 이전의 경우 외국인재산은 국제법에 의해 보호되며, 구체적인 보호내용 및 범위는 국내법상의 관련 규정에 따른다는 것이 일반적으로 인정됐다.⁵⁹⁹⁾

수용은 20세기 들어 체계를 잡으면서 그 중요성이 강화되기 시작했다. 이 시기는 크게 ①20세기 초의 러시아 및 멕시코 혁명정부의 국유화 조치, ②제2차 세계대전 후의 신생독립국의 국유화 조치, ③오늘날의 간접 수용조치의 세

597) 자국민의 손해에 의해 국가 자신이 손해를 받았다는 ‘바텔의 의제’를 사용하는 것이다. 이것은 현행 국제법 제도에 뿌리 깊은 이른바 ‘개인욕구의 국가 욕구에의 몰입’이라는 현상이다. 이한기, 전계서, 156쪽.

598) 최승환, “국제법상 외국인 투자자산의 수용”, 284쪽.

599) 이 같은 견해는 1899년과 1907년 헤이그 평화회의에 참석한 국가들에 의해 확인됐다. 특히 이 회의에서 채택된 육전의 법류관례에 관한 1899년 헤이그 제1협약과 1907년 개정헤이그 제4협약에 부속된 규칙 제46조 제2항은 “사유재산은 몰수될 수 없다”고 규정하고 있다.

시기로 구분할 수 있다.⁶⁰⁰⁾

오늘날 일반적으로 채택되고 있는 보상기준의 근간이 되는 헐 공식(Hull Formula)은 1938년 멕시코의 국유화 조치과정에서 형성됐다. 당시 멕시코의 국유화의 대상은 미국 석유회사를 포함했다. 미국 국무장관이었던 코델 헐(Cordell Hull)이 1938년 멕시코에 대한 서한을 통해 국제법상 수용은 ‘신속하고 적절하고, 효과적인(prompt, adequate and effective) 보상의 지급’을 필요로 한다는 입장을 밝힌 것이다. 헐 공식은 여러 자본수출 선진국의 지지를 받았다.

하지만 중남미국가들 중심으로 한 개발도상국은 아르헨티나 법률가의 이름을 딴 칼보원칙(Calvo Doctrine)을 지지했다. 이 원칙의 취지는 모든 주권국가가 무력이나 외교적인 방법을 막론하고 다른 국가의 간섭으로부터 자유롭고, 국제법상 수용의 문제를 규율하는 것은 수용의 대상이 되는 외국인에게 내국민과 같은 권리를 부여하는 것으로 충분하다는 내국민대우 원칙뿐이라는 것이다. 중남미국가들의 광범위한 지지를 받았으며, 멕시코와 기타 국가의 헌법에 포함되기도 했다.⁶⁰¹⁾

이 원칙은 1960년대와 1970년대에 개발도상국과 사회주의국가의 지지에 힘입어 주요 유엔총회 결의안에 반영됐다. 특히 제2차 세계대전 후 독립한 신생국들은 경제적 독립을 목표로 국제투자보다는 투자유치국의 주권을 강조하는 국제규범을 주장했다. UN에서의 수적 우세를 이용해 이들 신생독립국들은 투자유치국의 주권을 강조하는 여러 가지 국제문서를 만들었다. 1962년 채택된 천연자원에 대한 영구주권 결의(Permanent Sovereignty over Natural Resources)는 외국인 재산을 국유화할 권리를 확인하고, 보상의 기준으로 ‘적절한 보상(appropriate compensation)’을 요구했다. ‘적절한’이라는 모호한 용어⁶⁰²⁾는 선진국과 개발도상국의 입장 차이를 무마하기 위한 것으로 보인다.

600) UNCTAD, op. cit., p.5; 장승화, 『양자간 투자협정』, 85-86쪽.

601) Vicki Been and Joeic Beauvais, “The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International ‘Regulatory Takings’ Doctrine”, *N.Y.U. L. Rev.*30, vol.78(2003), pp.47-48.

602) 1962년 UN총회 결의에서 사용된 ‘appropriate’라는 용어와 함께 논의됐던 것이 헐 공식

1974년 채택된 국가의 경제적 권리·의무 헌장(Charter of Economic Rights and Duties of States)도 보상의 기준으로 ‘적절한 보상’을 규정했다. 선진국과 개도국간의 의견 대립으로 다자간 국제투자협정은 물론이고 투자에 대한 국제관습규범의 발전도 기대하기 힘들었다. 603)이에 추가해 보상에 대한 분쟁이 발생하는 경우 이 분쟁은 국유화하는 투자유치국의 국내법에 따라 투자유치국 법원에 의해 해결돼야 한다고 규정604)해 헐 공식을 부정하고 칼보원칙을 채택한 것이다.605) 오늘날에는 헐 공식과 이를 변형한 규정이 국가의 투자협정체결에서 널리 사용되고 있으며 국제투자법상 보상기준에 관한 승인된 원칙으로 인정받고 있는 것으로 보인다.606)

이처럼 보상의 기준에 대한 논쟁이 전개되고 있는 가운데 새로운 경향이 국제법 무대에 등장했다.607) 1959년 독일을 시작으로 주요 유럽 국가들이 양자간투자협정의 협상과 체결을 추진하면서 협정에 수용으로부터의 보호규정을 포함시켰다. 1977년에는 미국이 전통적으로 고수해왔던 우호통상항해조약에서 벗어나 BIT 프로그램608)을 도입하면서 BIT 체결을 추진했다. 1981년 도

에서 사용된 ‘adequate’이다. 당시 이 결의안 작성에 깊이 관여했던 미국무성 법률담당관 스티븐 셰벨(Stephen Shewebel)은 두 단어의 의미가 동일하다는 입장을 취했다. Stephen M. Schwebel, *Justice in International Law*(1994), pp.405-407; 그러나 이 결의를 지지한 각국 대표들은 ‘appropriate’가 ‘adequate’보다 좁은 개념이며, 자국의 천연자원에 대해 영구주권을 행사해 국유화하고 싶지만, 충분한 재정능력을 갖추지 못한 국가들을 위해 이 용어가 활용됐다고 생각했다. 이들 국가에 의하면 ‘appropriate compensation’은 헐 공식과 일치하는 기준이기 보다는 서방국가와 개도국 간의 외국인 투자보호에 관한 견해 차이를 적정한 선에서 무마하기 위해 사용됐다는 것이다. Elihu Lauterpacht, “International Law and Private Foreign Investment”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.4(1997), p.264; V. Been and J. Beauvais, op. cit., pp.48-49; Detlev F. Vagts, “Foreign Investment Risk Reconsidered: The View from the 1980s”, *ICSID Rev. Foreign Investment L.J.I.*, vol.2(1987), p.5.

603) 최승환, 『국제경제법(3판)』, 806쪽.

604) UN총회결의 제2조 제(c)항.

605) *Charter of Economic Rights and Duties of States, G.A. Res. 3281, U.N. GAOR, 29th Sess., Supp. no.31, UN Doc. A/9946*, 1974, pp.50-55.

606) 류희진, 전제논문, 3쪽.

607) V. Been and J. Beauvais, op. cit., p.49.

입된 미국 모델 BIT는 수용에 관한 획기적인 내용을 규정했다. 이 모델협정에는 ‘간접적인’ 수용과 ‘수용과 동등한 조치(measures tantamount to expropriation)’라는 용어가 포함됐다. 투자자와 국가간 분쟁해결제도를 통해 이 같은 수용규정을 포함한 협정상의 투자자 권리의 이행을 확보할 수 있도록 했다.

이러한 수용규정은 다자간 투자협정과 지역적 투자협정에도 반영되고 있다. 1993년 NAFTA와 1994년의 에너지헌장조약(Energy Charter Treaty)⁶⁰⁹⁾은 간접수용으로부터의 투자자 보호를 규정하는 동시에 이 규정의 위반을 투자자와 국가중재제도를 통해 다룰 수 있도록 했다. 이밖에 결실을 맺지 못했지만 수용규정은 양자조약에 반영되면서 양자조약 수만큼 늘어났다.

1990년대 초부터 BIT 수가 급증했다. 1980년대 말 309개였던 BIT가 2002년에는 2181개로 증가했고, 2001년 한 해 동안 97개국이 158개의 BIT를 체결했다. 현재 170개국이 촘촘한 BIT 망을 구성하면서 수용규정을 확대시키고 있다.⁶¹⁰⁾ 우리나라도 타국과 체결한 양자조약과 모든 FTA에서 대부분 수용규정을 두고 있다. 수용에 관한 국제법은 비판의 목소리가 높긴 하지만 BIT 규정을 근거로 한 새로운 국제관행과 중재판정을 중심으로 퍼져나가고 있는 추세에 있다고 봐야 할 것이다. 결국 오늘날 대다수의 국가들이 외국투자자에 대해 호의적인 태도를 취하고, 다수의 양자 또는 다자조약에서 외국투자자의 수용과 관련해 헐 공식을 규정함으로써 칼보주의와 헐공식의 논란은 실무상 외국인 투자자에겐 별로 중요하지 않게 되는 듯 보였다.⁶¹¹⁾ 그러나 또다시 수용규정은 정부의 행정조치를 규제할 수 있는 도구로 작용될 수 있다는 지적이

608) K. Vandevelde, “The Bilateral Investment Treaty Program of the United States”, *Cornell International Law of Justice*, vol.21(1988), p.213.

609) 1994년 채택돼 1998년 4월 16일 발효됐다; 에너지헌장조약의 수용 규정은 다음 참조. 김응학, 『다자투자규범의 발전적 측면에서의 에너지헌장조약에 관한 연구』, 석사학위논문, 고려대학교, 1998, 50-55쪽.

610) J. Salacuse and N. Sullivan, op. cit., pp.74-79.

611) Mohamed I. Khalil, “Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties”, *ICSID Rev., Foreign Investment L. J.*, vol.7(1992), p.374.

일면서 논란을 계속 불러일으키고 있다.

第3節 韓美FTA와 收用

1. 일반 국제법상 규정된 수용의 요건

수용이 국제법상 합법적인 것이 되기 위해서는 일반적으로 세 가지 요건이 충족되어야 하는 것으로 인정되고 있다. 공공목적에 위할 것, 비차별적 방식일 것, 신속하고 적절하며 효과적인 보상을 지급할 것이다.⁶¹²⁾ 이외에 적법절차를 들기도 한다.⁶¹³⁾

첫째요건은 공공목적(공익)의 원칙이다. 수용은 공공목적에 위해 행해져야 한다는 것이다. 사실 국제사회에 있어 공공목적의 개념은 다의적이며 이것을 객관적으로 판단할 기준이나 기관도 존재하지 않으므로, 결국 투자유치국인 수용국의 판단이 우선하게 된다. 공공목적은 거의 모든 투자협정에 적법한 수용의 조건으로 규정되어 있다. 이러한 투자협정의 공공목적에 관한 규정은 상당한 유사성을 띠고 있지만⁶¹⁴⁾ 구체적인 용어에 차이가 있는 경우도 있다. NAFTA 제1110조는 ‘공공목적(public purpose)’이라는 표현을 쓰고 있지만 1970년 체결된 네덜란드와 수단 양자투자협정 제11조는 ‘공익(public benefit)’으로 표현하고 있다.⁶¹⁵⁾

공공목적의 요건은 실질적으로 국가의 수용권을 제한하지 못한다는 지적이 있다. 공공목적에 대한 확립된 정의가 없기 때문에 투자유치국의 결정이 공공 목적을 위한 것이 아니라고 주장하기 어렵다.⁶¹⁶⁾ 통상적으로 어떠한 조치가 공공목적에 해당한다는 투자유치국의 주장이 그대로 인정되기 때문이다.⁶¹⁷⁾

612) 이한기, 전제서, 432쪽.

613) 한미FTA 제11.6조.

614) UNCTAD, op. cit., p.24.

615) Ibid, p.25.

616) 장승화, 『양자간 투자협정연구』, 99쪽.

공공목적에 대한 언급이 없는 투자협정도 있다. 프랑스와 말레이시아 간 BIT 제3조와 아시아·아프리카 법률협의위원회(AALCC) 모델협정 B 제7조를 예로 들 수 있다. 국제관습법상 공공목적이 수용의 적법성을 위한 필수조건인지의 문제는 불확실한 측면이 있다. Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Libya 사건에서는 “공익의 원칙은 국유화의 합법성을 위한 필수조건이 아니라는 것이 국제이론에서의 일반적 견해이다”고 판시했다.⁶¹⁸⁾ 1962년 천연자원에 대한 영구주권에 관한 유엔총회결의는 공공목적 요건이 포함⁶¹⁹⁾돼 있으나 1974년 국가의 경제적 권리 및 의무헌장은 이에 대한 언급이 없는 등 상반되는 입장이 존재한다.⁶²⁰⁾

둘째 요건은 비(무)차별의 원칙이다. 특정 외국인이나 외국인의 자산만을 국유화하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 전통적으로 무차별적 요건은 국적 또는 인종적 배경을 근거로 외국인을 선택적으로 차별하는 것을 상정했다.⁶²¹⁾ 규제적 수용의 문제가 부각됨에 따라 차별적이고 자의적인 조치, 또는 법적으로 정당하지 않은 조치는 국적 또는 인종을 이유로 한 선택적인 차별이 아닌 경우에도 비차별 요건에 위배되는 것으로 간주하게 됐다.⁶²²⁾ 무차별 요건은 많은 투자협정들이 규정하고 있는 수용의 조건으로 수용의 적법성 판단에 있어 중요한 의미를 갖는다. 차별적인 조치는 투자협정의 다른 원칙, 특히 최혜국대우나 내국민대우의 의무에 의해 금지되기도 한다. 하지만 수용의 결과 또는 그 과정에서 차별을 일체 금지하는 것에서 이 요건의 의미를 찾아볼 수 있을 것이다. 국적 또는 기타의 자의적 이유로 투자자를 차별 대우하는 것을 모두 금지하는 것이다.⁶²³⁾

617) UNCTAD, op. cit., p.13.

618) Shaw, *International Law*, 5th ed.(Cambridge: Cambridge University Press, 2003), pp. 742-743.

619) 유엔총회결의 제4항.

620) Shaw, op. cit., p.743.

621) 만약 수용이 인종적 동기에 기인한 것이라면 이는 인종차별금지라는 강행규범(jus cogens)의 위반에 해당하며 따라서 불법이다.

622) UNCTAD, op. cit., p.13.

셋째 요건은 자산의 소유자에 대한 보상의 원칙이다. 신속하고 적절하며 효과적인 보상을 지급해야 한다고 한미FTA는 규정하고 있다. 수용이 일절 보상 없이(무보상) 행해지는 경우, 이것은 몰수이며 전통적인 국제법에서는 외국자산의 몰수는 원칙적으로 기득권을 침해하는 국제 위법행위로 간주된다. 이것을 합법화하는 가장 중요한 요건은 보상의 원칙이라 할 것이다.

이 문제에 관해 특수한 정치적 이데올로기를 제외하고는 조약, 관례, 판례, 학설 등이 대체로 외국인의 기득권을 무보상으로 몰수할 수 없다는 점에 일치하고 있다.⁶²⁴⁾ 만약 국민의 재산을 몰수할 수 있다고 하더라도, 그것은 국내법상의 문제에 지나지 않으며, 외국인 재산의 몰수는 국제법상의 문제가 된다. 외국인 재산이 수용의 대상으로 되는 경우에는 외국인 보호의 표준이 되는 국제표준주의와 국내표준주의와의 대립을 반영하고 있다. 구미 선진자본주의국의 경우 수용은 항상 ‘충분하고 효과적이며, 신속한’ 보상이 수반되지 않으면 유효한 것이 되지 않는다고 주장한다. 반면에 다수의 신생국가와 사회주의국가의 경우, 보상은 수용하는 국가가 독자적으로 결정할 수 있는 것이며, 내외국인을 차별하지 않는 한 유효하다고 주장하고 있다. 특히 신생국가와 사회주의국가의 이 반론은 대규모의 일반적 국유화의 경우 ‘충분 유효 신속’한 보상은 국가의 부담능력을 초과하는 것이며, 경제적 자립을 위한 수용을 봉쇄하는 것이라는 점에 바탕을 두고 있다. 해외투자는 어느 정도의 위험부담을 당연히 예상하는 것이라는 점도 이유로 들고 있다.

종래 구미 선진자본주의국이 주장하는 보상의 3가지 원칙을 살펴보면, ①충분한 보상은 수용 때 수용재산의 시장가격을 기준으로 한 금액에 연체이자를 가한 것을 말한다. ②효과적(실효적) 보상은 국제교환성이 있는 통화 또는 피수용자의 본국의 법정통화에 의한 지급이다. ③신속한 보상은 연부상환을 인정하지 않는다는 이른바 헐 보상 방식이다. 이에 대해 최근의 수용은 외국자산의 일반적 비개성적인 강제수용과 몰수에 의해 국가경제의 기본구조 자체의 변혁을 목표로 하는 것이며, 국가실행상으로도 수용국가에 종전과 똑같은 기준에 의한

623) 장승화, 『양자간 투자협정연구』, 101쪽.

624) 이한기, 전게서, 433쪽

보상의 지급의무를 부과하는 것은 불가능하거나 불공평한 것이라고 판단했다.

1962년 12월 UN총회에서 압도적 다수결로 채택된 ‘천연의 부와 자원에 대한 영구적 주권에 관한 선언’은 모든 국가가 그 천연자원을 자유롭게 처분할 수 있는 불가양의 권리를 갖는다고 하면서 수용의 경우 국내법과 국제법에 따라 정당한(just) 보상을 지급해야 한다고 선언했다.⁶²⁵⁾ 보상의 경우 수용국이 독자적으로 결정할 수 있다는 주장이 배척되는 동시에 항상 ‘충분 유효 신속’한 보상이 필요하다는 설도 채용되지 않았다. 정당한 보상의 개념에 있어 여전히 보상의 정도와 방법이 명확하지 않으나, 이 결의는 보상의 문제로부터 분쟁이 발생한 경우 재판과 같은 공평한 제3자 기관의 관정에 맡기기를 시사하고 있다.⁶²⁶⁾ 이것은 전통적인 국제표준의 요건을 배제하는 것이며, 중전의 국제법을 변경하는 효력을 갖지 않는 것이라고 선진공업국은 이에 강력히 반발했다.⁶²⁷⁾ 이 현장의 제2조가 ‘형성단계에 있는 국제법규’이며 오늘날에는 적용 가능한 법규가 됐다고 해석하는 입장⁶²⁸⁾도 있고, 단순한 입법론에 불과하며 그 후의 국가실행에서 보더라도 국제관습법으로 성숙하지 않았다는 견해⁶²⁹⁾도 있다.

최근의 UN이 심의한 수용문제에 따르면 수용문제의 국내문제화 경향을 지적할 수 있다. 개발도상국의 국제관계가 반영되면서 수용국가에 유리한 상황이 절차 면에서 촉진되고 있다. 수용에 따르는 보상액, 지급방법, 분쟁의 재정 등은 수용국의 국내사항으로 인정되고 있으며, 투자국의 의향 또는 국제책임에 관한 종래의 국제법은 배제되는 경향이라는 것이다. 이후 FTA를 중심으로 수용문제는 투자자에게 유리한 쪽으로 다양한 규정들이 나타나고 있다. 주로 선진자본국의 주장이 받아들여지고 있는 것으로 볼 수 있다.⁶³⁰⁾

625) 1974년 UN총회에서 채택된 ‘국가의 경제적 권리 의무에 관한 헌장’ 제2조도 적절한 보상의무를 규정하고 있다.

626) 이한기, 전제서, 434쪽.

627) 120대 6 기권 10으로 채택. 미국 영국 서독 반대, 일본 프랑스 가나, 이탈리아 기권.

628) 리비아-아메리카 석유회사 대 리비아 중재재판 판결.

629) 1977.1.19 텍사코 대 리비아사건 중재재판판결.

이밖에 적법절차 원칙이 있다. 이 원칙은 이 요건의 정확한 의미가 무엇인지 불분명한 측면이 있다.⁶³¹⁾ 하지만 일반적으로 수용이 수용국의 법률에 합치되게 이뤄져야 하고, 사법심사의 기회가 제공돼야 한다는 의미로 이해되고 있다.⁶³²⁾ 적법절차 요건은 다양한 투자협정에 포함됐고, 특히 미국이 체결한 투자협정에서 많이 발견된다. 적법절차라는 용어 자체가 미국법의 개념이고 미국법 이외에는 뚜렷한 내용을 담고 있는 경우를 찾아보기 어렵다.⁶³³⁾ 하지만 미국 외에 미국법의 영향을 많이 받고 있는 우리나라 등의 투자협정에서 채용되고 있다. 우리나라와 스위스 투자협정 제4조가 수용의 조건으로 적법절차의 준수를 규정하고 있다. 우리나라가 체결한 FTA 관련규정을 살펴보면 한·칠레FTA 제5조(수용 손실 및 보상)는 수용의 조건 중 하나로 조치가 공공이익을 위해 ‘법에 따라(in accordance with the law)’ 취해져야 한다고 표현하고 있다. 한·싱가포르FTA 제10.13조(수용과 보상)는 ‘적법절차에 따라(in accordance with due process of law)’ 라고 규정하고 있다. 한미FTA도 한·싱가포르FTA와 같은 규정을 구비하고 있다. 제11.6조에도 적법절차와 제11.5조 제1항 내지 제3항을 따를 것이라고 명시하고 있는 것이다.

2. 한미FTA와 수용관련 내용

앞에서 살펴본 일반 국제법상의 수용원칙들은 대부분 한미FTA에서도 그대로거나 강화된 모습으로 나타나고 있다.

가. 수용의 범위

수용은 ①공공의 목적을 위해 ②비차별적인 방법으로 ③적법절차 및 최혜국

630) UNCTAD, op. cit., p.18.

631) Ibid., p.24.

632) 장승화, 『양자간 투자협정연구』, 24쪽.

633) UNCTAD, op. cit., p.31.

대우 조항 등을 준수할 경우에는 투자자의 재산을 수용할 수 있다.⁶³⁴⁾ 여기서 수용의 개념에 적용대상 투자를 직접적으로 수용하거나 국유화하는 ‘직접수용’ 이외에 간접적으로 수용하거나 국유화하는 ‘간접수용’의 개념을 인정하고 있다. 또 제11.6조 제1항은 위와 같은 정당한 직접수용 또는 간접수용이 되기 위해서는 신속·적절·효과적으로 수용당시의 공정한 시장가격으로 보상해야 한다고 규정하고 있다. 이에 따라 보상은 ①지체 없이 ②수용일 직전의 수용된 투자자의 공정한 시장가격과 동등하되 ③수용의도가 미리 알려졌기 때문에 발생하는 가치의 변동은 반영하지 않고 ④실현가능하고, 자유로운 송금이 가능하도록 해야 한다고 규정⁶³⁵⁾하고 있다.

나. 간접수용의 성립요건과 예외 등을 규정한 부속서 제11-나 ‘수용’ 조항

(1) 간접수용의 성립요건

투자자에 대한 유형, 무형의 재산권 침해가 간접수용에 해당하는가의 기준으로 ①정부행위의 경제적 영향 ②정부행위의 투자자의 합리적인 기대이익의 침해정도 ③정부행위가 ‘특별희생’(정부행위가 투자자에게 공익을 위해 수인해야 할 범위를 초과하는 ‘특별한 희생’을 강요하는가의 문제)의 발생여부의 3가지를 제시하고 있다.⁶³⁶⁾

(2) 간접수용의 예외

간접수용의 성립요건을 갖췄다 하더라도 간접수용의 예외가 되는 경우는 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위해 고안되고 적용되는 비차별적인 규제를 들 수 있다. 그 예로는 공중보건, 안전, 환경, 부동산 가격안정화(예컨대 저소

634) 협정문 제11.6조 제1항.

635) 협정문 제11.6조 제2항.

636) 부속서 제11-나항 ‘수용’부분 제3의 가항.

특층 주거여건을 개선하기 위한 조치)를 들고 있다.⁶³⁷⁾

(3) 간접수용의 예외의 예외(간접수용에 해당)

공중보건, 안전, 환경, 부동산 가격안정화 정책 등에 해당해 간접수용의 예외가 되더라도 정부조치가 “그 목적 또는 효과에 비취 극히 심하거나 불균형적인 때”에는 예외의 예외가 돼 ‘간접수용’에 해당된다고 규정하고 있다.

다. 과세부문

제11.6조(수용 및 보상)는 과세조치에 적용된다고 규정해 조세조치가 원칙적으로 직접수용 또는 간접수용에 해당된다고 밝히고 있다.⁶³⁸⁾ 다만 수용이 아니라고 판정되면 제11.6조에 따라 보상을 청구할 수 없다고 규정하고 있다.

라. ‘과세 및 수용’을 구성하지 않는 요건

과세조치는 원칙적으로 직접수용 또는 간접수용에 해당되기 때문에 조세가 직접 또는 간접수용에 해당되지 않게 되는 요건(해제요건)을 부속서 제11-바 ‘과세 및 수용’부분에서 규정하고 있다. 부속서 제11-바 가항에서는 조세부과는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다는 원칙을 규정했다. 수용을 구성하지 않는 요건으로 ①새로운 과세조치의 단순한 도입 ②국제적으로 인정된 조세정책 원칙 및 관행에 합치 ③비차별적으로 적용되는 과세 ④투자 당시 이미 과세조치가 발효 중이었고 그 조치에 대한 정보가 공개된 경우 등을 들고 있다.

637) 부속서 제11-나항 ‘수용’부분 제3의 나항.

638) 제23장 제23.3조 ‘과세’ 부분 제6의 나항.

第4節 ISD制度와 間接收用 問題

1. 間接수용 분쟁의 특징

간접수용 관련 조항의 구체화와 규범화를 제고하기 위해서는 간접수용 분쟁의 기본적 특징을 먼저 이해할 필요가 있다. 간접수용은 분쟁과 관련해 다양한 특징을 내포하고 있다.⁶³⁹⁾

첫째, 간접수용 분쟁은 법률, 사회, 문화 영역에서 국가간 근본적인 입장차이가 나타날 가능성이 크다. 외국인 재산의 국유화와 몰수를 내용으로 하는 직접수용의 경우, 수용조치가 국제법상 기본적 요건을 충족하면 국가주권의 행사로 간주되면서 기본적으로 합법성이 인정되며, 보상범위와 방법의 문제만 남게 된다. 그러나 간접수용의 경우 투자유치국 정부의 특정조치를 어떤 관점에서 파악하느냐에 따라 해당조치가 수용에 해당돼 보상이 필요한지 여부가 결정된다. 개인의 재산권을 어떻게, 어느 정도까지 인정, 보호할 것인가 하는 문제는 한국과 미국이 다른 입장을 견지하고 있다. 국가 간의 이해관계에 따라 입장이 달라지는 것이다.

둘째, 간접수용 분쟁은 기본적으로 ‘사안별 검토’와 ‘사실관계 중심적’의 성격을 보유한다. 따라서 간접수용 분쟁은 중재위원(arbitrator)의 재량적 판단이 결정적으로 중요한 역할을 수행하고, 이들의 판단여부가 최종판정을 좌우하게 된다. 이 때문에 중재위원의 전문성과 신뢰성 확보가 특히 간접수용 분쟁에서는 중요한 의미를 띠게 된다.

셋째, 간접수용 분쟁은 민감한 정치적 파장을 초래할 가능성이 있다. 간접수용 분쟁은 기본적으로 국가의 모든 행정 입법 사법작용으로부터 발생할 수 있다. 따라서 간접수용과 관련한 분쟁의 심리에서 중재위원은 문제가 된 투자유치국의 경제정책의 타당성과 합리성 등을 종합적으로 심의한다. 이러한 심의와 평가는 민감한 정치적 외교적 파장을 초래할 수도 있다는 것이다.

넷째, 간접수용 분쟁은 ‘정부의 사유재산 수용(taking)’에 관한 미국 대법원

⁶³⁹⁾ 이재민, “ISD분쟁해결절차에 대한 소고”, 15쪽.

판례에 상당 부분 의존하고 있다는 점이다. 미국의 국내법이 국제법으로 변형, 수용되고 있는 셈이다. 이 때문에 간접수용 문제는 이러한 구별이 생소한 대륙법계 국가와 제3세계 국가는 기본적으로 접근과 대처가 쉽지 않은 영역이라고 볼 수 있다.

다섯째, 간접수용 분쟁은 간접수용 문제가 수용에 해당하는 것으로 결정이 되더라도 정당한 보상범위의 합의가 곤란하다는 점을 들 수 있다. 바로 외국 투자자의 예상 기대수익을 어떻게 산정할 것인가가 쉽지 않고, 정부조치에 따른 사회공헌 부분을 어느 정도 산정할 것인가가 명확하지 않기 때문이다.

2. 간접수용 분쟁의 특징에 대한 평가

가. 긍정론

한미FTA에 대한 비판론의 상당부분은 이러한 간접수용의 내재적 특징(문제점)에 기인하고 있다. 그러나 이러한 간접수용 분쟁의 내재적 특징이 이 제도를 투자유치국 정부의 주권행사를 불합리하게 제약하고, 외국인 투자자를 일방적으로 보호하는 불평등한 메커니즘으로 변모시키는지의 의문이다.⁶⁴⁰⁾ 특히 간접수용의 내재적 특징이 반드시 이 제도를 수용하지 못할 정도의 불확실성과 불합리성을 우리 측에게 초래한다고 보기는 힘들 것으로 판단된다. 중재판정은 일정한 국제법의 원칙을 따른다는 공통점과 적용범위를 알 수 있기 때문이다.

물론 이러한 간접수용 분쟁에서 중재재판부는 투자유치국 정부정책의 의도와 배경, 효과 등에 대해 직접적으로 심리하므로 투자유치국의 상황을 잘 알지 못한다는 이유로 판정결과에 대해 논란이 상존하고 있다. 이처럼 간접수용 문제는 다양한 불합리성과 회색지대가 존재하고 있으며, 이는 ISD 절차의 문제점을 더욱 증폭시키는 측면이 없지 않다. 그러나 현재 법리는 간접수용을 무규범적으로 폭넓게 인정하고 있는 것은 아니며, 분쟁 당사자에 대해 일정한

640) 이재민, “ISD 투자분쟁해결절차”, 18쪽

수준의 예측가능성을 제시하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

FTA에 규정된 ISD절차를 통해 내려진 선례를 검토해보면 단순히 외국인 투자자에 대해 부정적 효과가 발생했다는 정도의 막연한 기준이 간접수용의 기준이 아니다. 사실상 직접수용과 동일시할 수 있을 정도의 재산권 침해가 존재해야만 간접수용이 인정되고, 보상과 배상의무가 인정되고 있다. 즉 직접수용과 마찬가지로 정도의 재산권 침해가 발생해야 간접수용이 인정되며, 정부규제의 불가피한 파급효과로 인해 재산권 손실이 발생한 경우에는 수용에 해당하지 않은 것으로 판단하고 있는 것이다. 또 간접수용에 내재하는 불확실성을 제거하기 위해 FTA는 간접수용에 해당하지 않는 특정영역을 명시적으로 협정문에 규정하는 추세다. 정당한 정책목표를 달성하기 위해 무차별적으로 시행되는 환경, 보건, 위생 관련 정책은 간접수용에 해당되지 않는 것으로 사전에 규정, 안전지대를 확보하고 있다. 따라서 간접수용 개념 그 자체가 불합리한 것이고, 당연히 국가주권을 부당하게 침해하는 것으로 간단하게 결론을 내리는 것은 합리적이지 않다.

나. 부정론

간접수용은 외관으로 보서는 수용이 아니지만 그 실제 효과 면에서 수용으로 판정받는 규제를 의미하며 미국관례를 그대로 받아들여 우리의 규제업무 전반을 위협할 수 있다.⁶⁴¹⁾ 동등한 규제라는 뜻을 지닌 ‘규제의 모양을 한 취득행위’는 우리법제도 없는데다 한국헌법의 접근법 및 구조와는 전혀 다르기 때문이다. 한국의 헌법은 법률에 따른 보상을 규정하고 있다. 한미FTA에서 간접수용을 구성하는지 여부는 ①정부행위의 경제적 영향 ②투자자가 투자에 근거해 가지고 있는 명백하고 합리적인 기대를 정부행위가 침해하는 행위 ③정부 행위의 성질 등의 모든 관련 요소를 고려해 판정한다고 규정하고 있다.⁶⁴²⁾ 현재 일반적으로 인정하는 판단기준은 1977년 펜 센트럴 사건에 대한

641) 송기호, 전제서, 48쪽.

642) 한미FTA 부속서 11-B 3절.

미국 연방대법원의 판례에 근거를 두고 있다.⁶⁴³⁾ 이 사건에서 연방대법원은 국가의 규제가 규제의 차원을 넘어 재산취득으로 나아갔는지 여부를 판정할 3가지 기준을 제시했다. ①정부 규제의 성격이 무엇이고 ②그 규제가 재산권의 경제성에 어떤 영향을 미쳤으며 ③재산 구입의 동기였던 합리적 기대가 이 규제로 어느 정도로 장애를 받았는지 등이다. 30년 전의 미국판례가 한미FTA 조항에 등장한 것이다.⁶⁴⁴⁾ 이 때문에 한국은 법률의 영향력이 약화되고, 한미FTA에서 불리하지 않을 수 없다는 것이 FTA 반대론자들의 주장이다.

第5節 間接收用과 判斷

어느 범위까지가 수용을 필요로 하지 않는 적법한 규제이며, 보상을 요하는 간접수용의 범위인지 판단하는 방법에 대해 직접적으로 규정하는 투자협정은 찾기 힘들다.⁶⁴⁵⁾ 간접수용과 수용을 요하지 않는 규제가 구분돼야 하는 개념이라는 점은 인정되지만 그 구분의 기준은 뚜렷하게 확립돼있지 않다. 그 이유는 너무도 다양하고 복잡한 사실관계가 관련되는 수용문제에 대해 단순하고 명료한 규칙을 적용하는 것을 꺼리는 경향이 있다.⁶⁴⁶⁾ 또 투자협정에 간접수용이 구체적으로 정의돼 있지 않은 상황에서 중재관은 수용에 관한 국제관습법을 토대로 개별사건에 대한 나름의 해석을 제시하는 개별 사건별(case-by-case) 접근방식을 취하기 때문이다.⁶⁴⁷⁾

비록 정당한 규제와 간접수용을 구분할 수 있는 명확한 기준이 확립되지는 않았지만 국제법상의 판례는 많은 편이다. 이란-미국 청구권재판소의 중재판정과 1950년 인권과 기본적 자유의 보장을 위한 유럽협약 제1의정서 제1조에

643) 송기호, 전제서, 50-51쪽.

644) 스코틀랜드 던디대학의 소르나라자흐 교수는 이를 두고 “미국은 국제조약에서 재산권의 절대적 보호를 조문화하고 있다”고 지적했다. M. Sornarajah, op. cit., p.354.

645) OECD, op. cit., p.9.

646) Ibid, pp.9-10.

647) B. Kunoy, “Developments in Indirect Expropriation Case in ICSID Transnational Arbitration”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol.6(2005), p.473.

따른 유럽인권재판소의 판결이 원천을 이루고 있다. NAFTA의 투자협정하의 여러 중재판정도 이 문제를 다루면서 그 판례의 중요도를 높이고 있다. 판례를 검토해보면 그 범위가 어떠한 경우에도 국제관습법이 인정하는 수용의 범위를 절대 넘어설 수 없다는 점에서 간접수용의 개념이 추상적인 법률용어와 비교해도 지극히 불분명한 수준까지는 아닌 것을 알 수 있다.⁶⁴⁸⁾

1. 판례에 나타난 수용판단의 기준

한미FTA 부속서 11-나 제3절에 규정된 규정과 마찬가지로 중재판정과 판결은 대체적으로 재산권에 대한 침해의 정도, 정부조치의 목적과 배경 등 정부조치의 성격, 합리적 기대이익의 침해 등 세 가지 기준을 채용하고 있다.⁶⁴⁹⁾

가. 재산권의 침해(간접)정도

(1) 경제적 영향의 심각성

대부분의 중재판정에서 정부조치가 미치는 경제적 영향의 심각성은 간접수용 판정에 중요한 요소로 간주된다. 그러나 문제의 정부조치가 투자자산의 경

648) 간접수용의 개념은 국제관습법 범위를 넘어설 수 없다는 판례 3가지를 분석했다. ① Pope&Talbot사건에서 중재재판부는 “간접수용의 의미는 보상을 필요로 하는 국제관습법상의 수용의 통상적 의미를 확장시키는 것이 아닌 것으로 분명히 했다. ②S.D Mayer사건에서 중재재판부는 NAFTA 제1110조상의 수용의 의미는 국가관행, 조약, 국제법 판례에 나타난 수용의 의미 해석 등을 총체적으로 고려해 해석돼야 한다. ③Metalclad v. Mexico 사건에서 미국정부는 중재재판부에 NAFTA 제1110조상의 ‘tantamount to expropriation’ 라는 용어는 국제관습법에 따라 인정되지 않는 새로운 유형의 수용을 의미하는 것으로 의도되지 않았다는 의견을 제출했다. 이로부터 간접수용은 설사 투자유치국이 실제로 재산을 소유하게 되지 않았을지라도 정부의 행위로 인해 투자자가 재산을 박탈당하게 된 경우에도 보상해 주기 위한 것이라고 설명했다. 주진열, 전계논문, 69쪽; 정규상, “한미FTA와 투자보호”, 한미FTA 체결지원위원회 개최 세미나(2006.12.14), p.4.

649) 류희진, 전계논문, 48쪽.

제적 가치를 전면적으로 또는 대부분 제거하는 것이 아닌 경우 보상을 요하는 수용조치로 인정하지 않는 것이 국제중재판정의 경향이다. 조치가 수용을 구성하기 위해서는 외국인투자자의 재산권 박탈과 침해가 상당기간 동안 지속되는 등 침해가 상당해야 한다는 견해가 지지를 얻고 있다.⁶⁵⁰⁾ 재산권에 대한 제한이 있다는 사실만으로는 수용이 성립되지 않는다. 여러 국제중재 재판부는 규제조치가 투자자의 경제적 권리를 침해하는 경우 수용에 이를 수 있다는 판정을 내려왔다.

(2) 재산권의 요소

우리나라 민법상 소유권은 사용권과 수익권, 처분권 등 3가지 요소로 구성된다. ⁶⁵¹⁾ 직접수용의 경우 투자자는 투자자산의 모든 소유권적 속성을 박탈당하게 된다. 그러나 간접수용은 소유권 요소 중 하나에 대한 침해만으로도 성립된다. 투자유치국에 경제적인 이익이 발생했는지는 필요로 하지 않는다. 투자자가 투자자산의 소유권을 보유하고 있는 경우에도 소유권의 구성요소인 사용권과 수익권, 처분권 중 일부에 대한 침해가 있으면 간접수용이 인정될 수 있다.

Middle East Cement 사건⁶⁵²⁾의 중재재판부는 어떠한 조치가 간접수용을 구성하기 위해서는 투자자가 소유권 요소 중 일부를 박탈당한 것으로 충분하다고 명시적으로 확인했다. 투자자가 투자의 내용인 권리에 대한 명목상의 소유권을 유지하는 경우에도 투자자로부터 투자의 이용과 이익을 박탈하는 효과를 가지는 조치를 국가가 취하는 경우 이러한 조치는 종종 ‘점진적인’ 또는 ‘간접적인’ 수용으로 간주했다.⁶⁵³⁾

650) OECD, op. cit., p.11.

651) 우리나라 민법 제211조(소유권의 내용)는 “소유자의 법률의 범위 내에서 그 소유물을 사용, 수익, 처분할 권리가 있다”고 규정하고 있다.

652) *Middle East Cement Shipping and Handling Co., S. A. v. Arab Republic of Egypt (Middle East Cement)*, ICSID Case no. ARB/99/6, Award, 12 April 2002. 동 사건에서 이집트 투자자에게 발부된 포틀랜드 시멘트 수입면허가 철회됐다.

NAFTA 제11장에 따른 중재사건 중 Pope&Talbot 사건에서 중재재판부는 비록 수출량 할당으로 Pope&Talbot의 이익이 줄었다하더라도 해외 판매가 완전히 거부된 것이 아니고, 투자자는 여전히 이익을 낼 수 있기 때문에 단순히 캐나다 정부의 개입이 있었다고 해서 수용이 발생한 것이 아니다. 기본적 소유권이 상당한 정도로 박탈돼야만 수용이 발생하는 것이라고 판시했다.⁶⁵⁴⁾ 어떠한 조치가 투자자에게 투자의 경제적인 사용을 박탈하는 것으로 간주되는 것은 투자자가 자신의 활동을 종료하는 것 외에는 선택의 여지가 없을 때이다.

(3) 침해의 지속성

규제가 투자자산에 미친 영향이 중대한지 여부를 판단하는데 고려되는 다른 요소는 규제 of 지속기간이다.⁶⁵⁵⁾ 이란-미국 청구권재판소는 Harza Engineering Company v. The Islamic Republic of Iran 중재판정⁶⁵⁶⁾에서 “1회 또는 서로 단절된 2회의 침해로는(보상을 요하는 수용이 성립되기에) 충분하지 않다. 제한조치가 보다 포괄적인 성격이라는 증거가 필요한 것으로 보인다”고 판시했다.⁶⁵⁷⁾ 이란-미국 청구권재판소는 다른 몇 건⁶⁵⁸⁾의 사건에서도 ‘임시’ 경영인의 선임은 그 조치로 인한 재산권의 침해가 ‘단순히 일시적인(ephe-meral)’ 것이 아니라면 수용에 해당할 수 있다고 판시했다.

653) Ibid. para.107.

654) *Pope&Talbot v. Canada, Interim Award*, p.85..

655) J. Wagner, “International Investment Expropriation and Environmental Protection”, *Golden Gate University Law Review*, vol.29(1999), pp.524-525.

656) *Harza Engineering Company and The Islamic Republic of Iran, Award no.19*(30 Dec. 1982), 1 Iran-U.S. C.T.R. 499.

657) Wagner, op. cit., p.525.

658) Trippetts, Abbett, Mccarthy, Stratton and *TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, Phelps Dodge Corp., and The Islamic Republic of Iran, James Saghi, and The Government of the Republic of Iran.*

시간적 요소가 중요한 것으로 언급되는 판결은 유럽사법재판소의 Hauer v. Land Rheinland-Pfalz 사건⁶⁵⁹⁾에서 찾아볼 수 있다. 당시 포도를 재배하는 대부분의 유럽국가에서는 포도나무의 종류와 재배방식 등의 규제를 내용으로 하는 법률이 시행중이었다. 독일 포도재배업자인 Liselotte Hauer는 새로운 품종의 포도나무를 심기 위해 정부허가를 신청한 상태였다. 그런데 1974년 생산과잉으로 초래된 시장상황을 조절하기 위해 3년간 포도나무의 추가 파종의 허가를 금지하는 내용의 이사회 규칙(Council Regulation) 1162/1176 및 이를 개정하는 이사회규칙 2776/2778⁶⁶⁰⁾이 채택됐고 Hauer의 신청은 거부됐다. Hauer는 이 이사회 규칙이 재산권을 침해했다고 주장했으나 재판소는 동 이사회 규칙이 일시적인 성격(temporary nature)의 것이고, 재산 사용에 가해지는 제한이 한정된 기간(limited period)동안 이뤄지는 것이므로 재산권의 침해가 성립되지 않는다고 판시했다.⁶⁶¹⁾

NAFTA 제11장 중재사건인 S. D. Myers, Inc. v. Canada에서 중재재판부는 “경제적 영향의 시간적 요소에 대해 통상적으로 수용은 자신의 경제적 권리를 사용할 수 있는 소유권자의 능력을 영구적으로 제거(lasting removal)한다. 그러나 어떤 상황에서는 침해가 부분적이거나 일시적(partial)이어도 수용에 해당하는 것으로 간주하는 것이 적합할 수 있다.”⁶⁶²⁾고 언급했다. 캐나다의 국경봉쇄로 S. D. Myers의 캐나다시장으로의 진입이 18개월 지연됐고, 이 지연으로 인해 동 회사의 경쟁우위가 소멸되는 효과가 발생했다는 주장에 대

659) *Case 44/79, Judgement of 13/12/1979, E.C.R. 1979, p.372.*

660) 이사회 규칙 1161/1176은 “동 규칙이 시행되는 날부터”의 신청에 대한 허가를 금지하도록 규정하고 있었다. 그러나 이 규정을 개정한 이사회규칙 2776/2778은 신청시기와 무관하게 허가를 금지하도록 규정했다.

661) 재판소는 한정된 기간 동안의 재산사용에 대한 제한이 유럽공동체가 추구하는 전체 이익(general interest)의 목적에 의해 정당화된다고 판시했다. 이 사건에서 중재신청인(Myers)은 독성물질인 폴리염화비페닐(PCBs) 재처리 설비를 운영하는 미국회사로서 캐나다에 자회사를 두고 있었는데, 캐나다가 PCB 폐기물을 미국으로 수출하지 못하도록 하는 조치를 취하자 NAFTA 제11장에 따른 중재를 제기했다. *S. D. Myers v. Canada, Partial Award*, 13 November 2000, p.69, para.282, [http:// naftaclaims.com/ Disputes /Canada /SDMyers /SDMyers Final Award Merits. pdf](http://naftaclaims.com/Disputes/Canada/SDMyers/SDMyers_FinalAwardMerits.pdf)(2007.9.30.검색).

662) *Ibid.* p.69, para.283.

해 중재재판부는 캐나다의 국경봉쇄는 ‘일시적인(temporary)’ 조치였으며, 지연은 캐나다의 제1102조 및 제1105조 위반에 대한 보상액 산정에서는 고려될 수 있지만 캐나다의 조치가 제1110조 수용에 해당한다는 주장에 대한 뒷받침은 될 수 없다고 판시했다.⁶⁶³⁾

나. 정부조치의 목적과 배경 등 정부조치의 성격(조치의 정책목적)

정부조치가 수용의 범위에 속하는지를 판단하는 또 하나의 중요한 요소는 그 조치가 규제를 통해 공인된 사회적 목적(social purpose)⁶⁶⁴⁾ 또는 일반의 복지(general welfare)⁶⁶⁵⁾를 증진할 국가의 권한에 관련된 것인지 여부다. 어떠한 조치에 공중의 건강과 안전, 윤리 또는 복지와 같은 일반적으로 인정된 요소에 대한 고려가 있었다면 그 조치는 수용에 해당되지 않는다.⁶⁶⁶⁾

수용규정의 핵심문제는 정부가 재산이익에 영향을 주는 조치를 집행하면서도 이에 대해 보상할 의무를 부담하지 않을 정부규제권이 국제법에 의해 보호되는지 여부다. 정부규제가 경찰력(police power)에 해당하는지 문제는 규제적 수용의 범위 판단에 중요한 요소가 된다. 경찰력 행사는 보상의무를 수반하지 않는다는 것이 일반적으로 승인된 국제법 원칙이다.⁶⁶⁷⁾ 경찰력이란 공공안전과 질서, 건강, 도덕 및 정의를 보전하기 위해 필요하고 적합한 모든 법률을 채택하고 정비할 국가의 생래적이고 전권적인 권한을 의미한다.⁶⁶⁸⁾ 공인된

663) Ibid. p.69, para.284.

664) R. Lillich and D. Magraw (Eds), *The Iran-United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of the State Responsibility*, 1998, p.188.

665) B. Weston, “Constructive Taking” under International Law: A Modest Foray into the Problem of “Creeping Expropriation”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 16(1975), p.116.

666) G. Christie, “What Constitutes a Taking of Property under International Law”, *British Yearbook of International Law*, vol.38(1962), p.338.

667) OECD, op. cit., p.18.

668) B. Garner, *Black's Law Dictionary 7th.*, p.1178.

‘사회적 목적’ 또는 ‘일반의 복지’에 대해 규제를 통해 증진할 국가의 권한을 뜻한다.

(1) 미국의 규제적 수용 판례에서의 경찰력

투자협정과 FTA의 수용은 국제법상의 문제지만 미국 판례에 많은 영향을 받고 있다.⁶⁶⁹⁾ 미국 수정헌법 제5조(Fifth Amendment of the United States Constitution)에 따라 미국정부는 공공목적을 위한 것이고, 적절한 보상(just compensation)을 제공하는 경우 소유권자의 의사에 반해 사유재산을 수용할 수 있다.⁶⁷⁰⁾ 미국에서 보상이 지급되어야 하는 규제수용의 여부를 판단하는 기준은 판례들을 통해 형성돼왔다. 규제수용에 대한 대표적인 판례⁶⁷¹⁾로 인용되고 있는 것이 3가지다.

(가) 펜실베니아 석탄회사 사건((Pennsylvania Coal Co. v. Mahon Case, 1922)

규제적 수용이 최초로 인정된 판결은 ‘펜실베니아 석탄회사 사건’⁶⁷²⁾이다.

669) Wagner, op. cit., pp.501-502.

670) J. Strazzeri, “A Lucas Analysis of Regulatory Expropriation NAFTA Chapter Eleven”, *Geo. International Environmental Law*, vol.14(2002), pp.850-854.

671) Burcat, J. R. and J. M. Glender, “The Law of Regulatory Taking: Part I Development of the Law”, *Kirkpatrick & Lockhart LLP*, 2002.

672) 펜실베니아 석탄회사의 채광구역 중의 지표면 일부에 마혼(Mahon)의 주택이 위치하고 있었다. 마혼은 채광으로 지반이 침하돼 주택붕괴의 우려가 있다는 것을 주장하며, 주법원에 석탄회사의 채광 중단을 명령해 줄 것을 요청하는 소송을 제기했다. 이에 대해 주법원은 주택표면의 침하를 야기하는 방법으로 타인의 주택 지하에 있는 석탄 채광을 금지하는 법(Kohler)에 따라 석탄회사의 채광 중단을 명했다. 이에 석탄회사는 이 법은 정당한 보상 없이 채광권을 박탈한 것으로 위헌이라 주장하며 연방대법원에 상고했다. 연방대법원은 이를 보상이 수반되어야 하는 규제수용으로 판시했다. 연방대법원이 규제수용으로 판시한 핵심적인 근거는 문제의 법이 석탄회사의 채광권을 과도하게 제한했다는 것이다; 김관호, “한미FTA와 간접수용”, 『규제연구』, 제16권 제1호(2007.6), 47쪽.

이 사건 이전까지는 ‘expropriation’의 개념을 ‘재산권의 물리적 박탈(physical invasion)’로 이해하는 ‘물리적 수용’만이 존재했다.⁶⁷³⁾ 이 사건에서 연방대법원은 “재산은 일정한 범위까지 규제될 수 있으나 규제가 지나치면(go to far) 수용으로 간주된다”고 판결했다. 그러나 대법원은 어떠한 규제가 지나친 정도인지 판단할 수 있는 분명한 기준은 제시하지 않으면서 기준은 “정도의 문제이고, 따라서 일반적인 조건으로 해결할 수 없는 문제”라고 언급했다. 결국 이 판례의 의미는 이전까지는 수용을 재산의 물리적 박탈을 의미하는 것으로 이해했지만 규제수용을 인정한 것에서 찾아볼 수 있다. 또 정부가 보상의무를 지니지 않는 규제권과 보상의무를 지니는 규제수용을 구분하는 기준으로 가치감소원칙(Diminution in Value Test)을 제시했다는 것이다.⁶⁷⁴⁾

(나) 펜 센트럴 사건(Penn Central Case, 1977)⁶⁷⁵⁾

뉴욕시의 유적물보호법은 지정된 유적물의 소유자가 유적물의 외관구조를 변경하기 위해서는 위원회의 승인을 받도록 하고 있다. 유적물로 지정된 그랜드 센트럴 터미널(Grand Central Terminal)을 소유하고 있던 펜 센트럴 운송회사는 터미널 건물이 좁아 건물 뒤편에 고층건물을 지으려고 계획 중이던 회사(UGP)와 건물임대계약을 체결했다. UGP가 위원회에 건축허가를 신청하자, 위원회는 이 건물이 신축되면 터미널의 역사적, 예술적 특징을 훼손한다는 이유로 신청을 기각했다. 이에 펜 센트럴과 UGP는 유적 지정으로 정당한 보상 없이 재산권이 침해됐다고 주장하며 연방대법원에 소송을 제기했다. 그러나 연방대법원은 규제수용으로 인정하지 않았다.

이 판례는 현재 미국에서 규제수용에 관한 가장 보편적인 기준이 되고 있는 ‘세 가지 요소기준(Three Factor Test)’을 처음으로 제시했다. 즉 규제수용의 판단에서 정부의 규제조치가 공익목적을 위해 행사됐는가 하는 정부조치의 성

673) 김민호, “간접수용 법리의 합헌성 연구”, 『저스티스』, 통권 제96호(2007.2), 90쪽.

674) 김관호, “한미FTA와 간접수용”, 48쪽.

675) *Penn Central Transportation Co. v. City of New York* (438 U.S. 104, 1978)

격문제, 정부의 규제조치가 재산권에 얼마나 심각한 경제적 피해를 입혔는지 하는 문제, 정부의 규제조치에 의해 침해된 재산권의 기대가 얼마나 합리적인 투자자의 기대인가의 문제가 모두 고려되어야 한다는 것이다.

(다) 루카스 사건(Lucas v. South Carolina Coastal Council, 1992)⁶⁷⁶⁾

루카스사건(Lucas v. South Carolina Coastal Council, 1992)에 대한 대법원의 판결에서 제시된 기준은 소유권자로부터 경제적으로 이익이 있는 재산의 모든 사용을 박탈하는 규제는, 공적 불법방해(public nuisance)행위⁶⁷⁷⁾ 이론에 의해 허용되지 않는 경우 그 자체로 수용에 해당한다는 것이다.

대법원은 원고의 토지에 어떠한 건축물도 신축하지 못하도록 한 것은 원고의 재산권에 대해 모든 경제적으로 유용한 사용(all economically beneficial use)을 박탈한 것이며, 원고가 주택을 지어 분양하려는 것은 합리적인 투자기대로 봐야 한다고 밝혔다. 대법원은 ‘공적 불법방해에 관한 법’에 따라 토지 그 자체에 제한이 포함되어 있는 경우를 제외하고는 몰수적인 규제에 대해

676) 사건개요는 다음. 1986년 루카스(Lucas)는 남 캐롤라이나 연안에 단독주택을 건축할 목적으로 두 필지의 택지를 구입했다. 당시 루카스가 구입한 택지는 주 정부가 건축을 제한하고 있는 연안해 제한구역에 속해 있지 않았으며, 루카스는 주변 필지에 이미 지어진 주택들과 같은 형태의 주택을 건축할 목적을 갖고 있었다. 그러나 1988년 해변관리법의 제정으로 루카스의 택지에는 어떠한 영구건축물을 지을 수 없게 됐다. 이에 루카스는 이를 규제수용으로 주장하며 보상을 요구하는 소송을 제기했고, 최종적으로 연방대법원은 이를 규제수용으로 인정했다. 상계논문, 49쪽.

677) 어떠한 작위 또는 부작위가 법에 의해 허가된 행위가 아니거나 법적 의무를 불이행한 것이고, 그 효과가 공중의 생명, 건강 재산 도덕 또는 행복을 위해하거나 공중의 공동의 권리행사 또는 향유를 방해하는 것인 경우를 의미한다. V. Schwartz and Goldberg, “The Law of Public Nuisance: Maintaining Rational Boundaries on a Rational Tort”, *Washburn L. J.*, vol.45(2006), pp.541-542; 공적방해 불법행위에 관한 법은 영국과 미국의 보통법 체제에서 발전한 법이다. 이 법의 취지는 정부가 불법은 아니지만 정황 상 불합리하고 공동의 사회적 권리를 행사하는 자에게 해를 입힐 수 있는 준 범죄적 행위를 방해함에 있어 불법행위이론을 활용하도록 하는데 있다. 전통적인 공적 방해불법행위의 예는 공용도로의 봉쇄(운행 방해) 등이 있다. 최근 오수의 무단배출이나 공용공원에서 스테레오를 크게 트는 행위도 이에 속한다. 정부는 법원을 통해 공적방해를 야기하는 행위에 대한 금지명령을 내리거나 당사자가 스스로 중단하도록 강제할 수 있다.

보상이 지급돼야 한다고 언급했다. 정부가 보건 안전 복지문제를 해결하기 위해 새롭게 채택한 조치나 법률이 불법방해 예외에 의해 광범위하게 보호되지 않게 된다. 따라서 정부는 재산 가치를 완전하게 제거하는 조치 또는 법률에 대해 책임을 부담하게 된다. 어떠한 조치가 위해를 방지하기 위한 것이라는 점만으로는 국가가 수용의 청구로부터 자유로울 수 없다.⁶⁷⁸⁾ 판례의 의미는 목적이 공익에 있다하더라도 재산권자가 경제적으로 유용한 사용을 모두 할 수 없는 경우는 규제수용에 해당돼, 보상이 수반돼야 한다는 명확한 기준을 제시했다는 것이다.⁶⁷⁹⁾

(2) 국가의 수용조치의 의도

수용조치의 의도(intent)는 간접수용의 판정에 있어 결정적인 요소는 아닌 것으로 보인다. 그러나 이에 관한 중재판정의 결론이 일치하는 것은 아니다.⁶⁸⁰⁾ 조치가 간접수용을 구성하기 위해 수용의 의도가 필요한지의 문제는 PCIJ의 호르조 공장사건(Chorzow, Certain German Interests in Polish Upper Silesia)에서 검토됐다. 이 사건에서는 폴란드가 단행한 공장(Oberschlesische Stickstoffwerke) 국유화가 독일인이 경영, 소유하는 공장(Bayerische Stickstoffwerke)의 간접수용에도 해당되는지 하는 문제가 쟁점이었다. 피신청국인 폴란드는 공장의 수용을 의도한 것이 아니므로 이에 대한 책임이 발생하지 않는다고 주장했다. 하지만 PCIJ는 이를 받아들이지 않았다. “폴란드가 공장을 국유화함으로써 공장 이용에 대한 독일인(Bayerische)의 권리, 공장 경영 및 그 특허, 면허 실험 등의 사용계약에 정해진 보상에 대한 권리가 직접적으로 침해(prejudice)된 것이 분명하다”고 판시했다.⁶⁸¹⁾

ICSID 중재판정은 두 가지 상이한 접근법을 보이고 있다. 첫 번째는 메탈클

678) 류희진, 전제논문, 56쪽.

679) 김관호, “한미FTA와 간접수용”, 49쪽.

680) B. Kunoy, op. cit., p.469

681) Chorzow Factory Case, op. cit., p.44.

래드(Metalclad) 중재판정이다. 이 사건에서 중재재판부는 멕시코가 생태명령을 채택한 동기나 의도에 대해 판단하거나 고려할 필요가 없다고 판시했다.⁶⁸²⁾ 간접수용이 있었는지를 판단하는 경우 다툼이 있는 조치의 효과만 고려되며, 그 조치가 선의의 조치인지 아닌지는 문제되지 않는다는 것이다.⁶⁸³⁾ 두 번째는 텍메드(Tecmed) 사건⁶⁸⁴⁾의 중재판정의 접근법이다. 이 사건에서 중재재판부는 조치의 효과가 간접 수용의 판정에 중요한 지표가 된다고 했다. 동시에 “협정 제5조 제1항에 비취 당해 결정이 그 효과를 고려했을 뿐 아니라 특성에 의해서도 수용에 해당하는 결정이었는지를 검토하는 것이 적절하다고 생각한다”고 언급했다.⁶⁸⁵⁾ 중재재판부는 조치의 결과가 아니라 조치가 취해진 방식이 중요하다고 판단했다.

다. 투자의 배경이 된 합리적 기대이익의 침해

투자에 근거한 합리적 기대이익의 침해여부는 국가의 규제조치가 수용에 해당하는지 여부를 결정하는데 있어 고려되는 요소다. 투자를 결정할 때 투자자는 우선 사업의 재정적, 규제적 측면의 위험 평가와 이익 평가를 수행하며, 그 결과에 따라 대상국가의 투자여부를 결정한다. 어떠한 투자자가 투자를 결정하고 실행할 경우 투자자는 투자의 토대가 되는 기존의 규제구조를 받아들이는 것이다. 당분간 법적 조건과 재정적 조건이 비교적 안정적으로 유지될 것이라는 판단과 기대 때문이다. 따라서 주요한 투자조건인 안정성과 정부의 규제권한의 남용으로부터의 보호는 투자자에게 매우 중요한 요소다. ⁶⁸⁶⁾ 투자

682) *Metalclad Corporation v. United Mexican States(Metalclad)*, ICSID Case no. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000; *ICSID Rev.-F.I.L.J.*, vol.16(2001), p.189,

683) Kunoy, op. cit., p.471.

684) 멕시코에서 유해폐기물매립장에 투자한 스페인 투자자는 2년 간 매립장을 운영한 뒤 운영허가의 연장을 거부당했다. 중재재판부는 스페인 투자자에 대한 조치가 간접수용에 해당한다고 판정했다.

685) Tecmed, para.119.

686) T. Waelde and A. Kolo, op .cit., p.819.

때 외국인 투자자가 우려하는 것은 투자 이전에 이미 존재하였던 규제보다는 규제의 비예측성이나 불확실성이다. 합리적 기대이익의 침해로 수용이 발생했다고 주장하는 투자자는 투자가 기반으로 삼은 상황에는 문제의 규제구조가 포함되지 않았다는 것을 입증해야 한다. 합리적 기대이익 침해의 주장도 객관적으로 합리적이어야 하며, 전적으로 투자자의 주관적인 기대에 근거한 것이어서는 안 될 것이다.⁶⁸⁷⁾ 1934년 Oscar Chinn 사건에서 PCIJ는 어떠한 기업도 일반적인 경제적 상황에서 기인하는 좋은 기회와 위험으로부터 자유로울 수 없다. 산업은 전반적인 호황에 힘입거나 통상조약의 체결 또는 관세율의 변화에 따라 많은 이윤을 낼 수 있다. 그러나 상황이 바뀌면 폐업의 위험에 노출될 수도 있다. 이 상황에 해당한다면 국가에 의한 권리의 침해는 없는 것이다.⁶⁸⁸⁾

(1) Metaclad 사건

이 사건은 수용여부의 결정에 있어 합리적 기대이익을 중요하게 고려한 판례다. ICSID 중재판정에서 중재재판부는 간접수용 여부를 판정하기에 앞서, NAFTA의 수용을 정의했다. NAFTA의 수용이 “공공연하고 고의적이고 인식된 재산의 획득(open, deliberate and acknowledged taking of property)뿐 아니라 재산사용에 대한 암암리의 또는 부수적인 방해(covert or incidental interference)”로서 “투자유치국에 대한 명백한 이익이 없더라도 재산의 사용 또는 합리적으로 기대되는 재산의 경제적 이익의 전부 또는 상당한 부분을 그 소유권자로부터 박탈하는 효과를 가지는 것을 포함한다” 고 했다.⁶⁸⁹⁾ 메탈클래드 중재판정에서도 침해의 정도에 있어 재산권의 사용이나 합리적으로 기대한 경제적

687) OECD, op. cit., p.19.

688) Oscar Chinn Case, PCIJ, Ser. A/B., no.61(1934), p.88. http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1934.12.12_oscar_chinn, p.25.

689) *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, 6 ICSID Reports 52; 중재재판부는 멕시코의 조치로 인한 메탈클래드의 이익은 ‘수용에 준하는 조치(measure tantamount to expropriation)’ 라고 판단했다.

이익을 전체적으로 또는 중요한 면에서 박탈하는 경우에만 수용이라고 보았다. 이러한 원칙은 당해 사안에 대해서도 적용하는 것은 무리가 없다고 본다.⁶⁹⁰⁾

(2) Feldman 사건 ⁶⁹¹⁾

미국인인 Marvin Feldman이 NAFTA 제1117조에 따라 Corporacion de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V.(CEMSA)를 대리해 멕시코를 상대로 제기한 중재사건이다. CEMSA는 Feldman이 소유하고 관리하던 멕시코 회사다. CEMSA는 1991년 수출담배에 대한 세금환급을 받았지만 그 후 투자자의 세금 환급은 간헐적으로 이뤄지고 종종 거부됐다가 1997년 환급에 대한 거부결정이 확정적으로 내려졌다. 중재재판부는 멕시코 정부가 IEPS법(국내시장에서 이뤄지는 담배의 생산과 소비에 대해 특별세 또는 소비세를 부과하는 법·1981년 제정됐다)과 규정을 종전 상태로 유지할 것을 기대할 합리적인 근거가 있는지 여부를 판단하면서 다음과 같이 판시했다. 정부는 자신의 규제권한을 행사할 때 경제상황의 변동 또는 정치적, 경제적, 사회적 고려의 변동에 대응해 자국의 법률과 규제를 자주 바꾼다. 이러한 변경으로 어떤 활동은 수익성이 떨어지게 될 수 있고, 심지어 활동을 계속하는 것이 비경제적인 상황이 될 수도 있다⁶⁹²⁾고 판정했다. 중재재판부는 수출담배의 국내세금 환급 권리를 보호돼야 하는 권리(vested right)로 보지 않았던 것이다.

(3) Tecmed 사건 ⁶⁹³⁾

이 사건에서는 스페인 투자회사인 Tecnicas Medioambientales Tecmed,

690) 정규상, “한미FTA와 투자보호”, p.15.

691) *Marvin Roy Feldman karpa v. United Mexican States, Final Award, 16 December 2002*, p.59.

692) Ibid.

693) *Tecmed*, op.cit., para.122.

S.A(Tecmed)가 멕시코에 투자한 유해폐기물 매립장에 대한 운영허가 연장신청이 거부되면서 멕시코와 스페인 양자투자협정에 따라 2000년 8월 ICSID에 멕시코를 상대로 중재를 신청, 분쟁이 발생했다. Tecmed는 멕시코 Sonora주의 Hermosillo시에 위치한 매립장과 그 운영권을 경매를 통해 매입했다. Tecmed는 매립장 운영을 위해 Cytrar라는 회사를 설립했는데 이 회사가 입찰상의 Tecmed 권리와 의무를 보유했다. 공개경매에 붙여진 매립장은 1988년 주정부가 구입한 부지에 건립된 것이었다. 이 매립장의 운영권은 당초 멕시코 연방정부의 도시개발생태부(SEDUE)가 Sonora 주정부 기관인 Parques de Sonora⁶⁹⁴)에 발부한 것으로 1988년 12월 7일부터 5년간의 운영허가였으며 연장이 가능했다. 이후 매립장의 소유권은 Hermosillo 시정부의 기관(Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo O.P.D.)으로 이전됐다. 이때 종전의 허가는 취소되고, 불특정기간에 대한 새로운 운영허가가 1994년 5월 4일부터 발부됐다. 이 운영허가는 멕시코 국가생태연구소(IN-E)⁶⁹⁵)가 발부한 것이었다. Hermosillo 시정부 기관이 청산되면서 매립장은 Sonora 주정부의 재산이 됐고, 1995년 11월 27일 Sonora 주정부와 Hermosillo 시정부 간 협정에 의해 Promotora로 이전했다.

Tecmed는 경매를 통해 매립장 부지와 건물 및 기타자산을 매입한 직후인 1996년 4월 16일 이 매립장에 대해 기존에 발부돼 있었던 운영허가의 명의를 Cytrar로 변경해 줄 것을 INE에 요청했다. INE는 1996년 11월 11일자로 Cytrar 명의로 매립장 운영허가를 발부했으며, 이 허가는 매년 연장될 수 있는 것이었다. 이 허가는 한차례 연장돼 1998년 11월 19일까지 유효했다. 그러나 1998년 11월 25일 INE는 운영허가 재연장 신청을 거부했고, Cytrar에 매립장 폐업을 위한 계획안을 제출하도록 요청하는 내용의 결정(Resolución)⁶⁹⁶)을 채택했다. Tecmed는 이에 반발, 중재를 신청한 것이다.

694) 이 기관은 매립장 소유자였고, 운영은 Sonora 주정부의 다른 기관 Parque Industrial de Hermosillo가 했다.

695) 환경과 자연자원 및 수산부(SEMARNAP)에 속하는 멕시코 연방정부 기관이다. SEMARNAP는 SEDUE의 승계기관이다.

696) 결정의 근거로 다음 사항이 제시됐다. ①동 매립장은 특정폐기물(농약이나 살충제 또는

중재재판부는 “청구인이 투자를 하기 전부터 문제의 매립장에 대한 투자가 장기간 지속될 것으로 기대했고, 이러한 기대를 토대로 투자를 회수하고 기대 수익을 확보하는데 필요한 시간과 업무를 산정해 매립장 경매에 입찰하였을 것이라는 점은 잘 알려져 있었다. 결정을 포함하는 피청구국에 귀속되는 조치가 협정위반인지 여부를 판단하기 위해서는 이러한 기대가 합리적인 것이어야 하며 협정과 국제법에 따라 평가되어야 한다.⁶⁹⁷⁾ 중재재판부는 위의 사실과 결정이 Tecmed에 의한 침해에 비례하지 않았다는 사실에 근거해 멕시코의 결정이 간접 수용에 해당한다고 판정했다. 문제의 매립지가 인간 건강과 환경에 유해하다는 증거를 찾을 수 없으며, 조치의 영향이 정부가 추구한 목적에 비례하지 않는다고 결론을 내렸다. 또 멕시코 정부의 목적이 정당한 것이라고 해도 동 협정과 국제법의 관점에서는 외국투자자로부터 투자를 박탈하면서 보상을 제공하지 않도록 정당화하는 충분한 근거로 간주될 수 없다고 판시했다.⁶⁹⁸⁾

2. 투자협정에 나타난 국가관행과 수용규정

가. 2004년 미국 모델 BIT

간접수용에 대한 중재판정이 축적되면서 미국 모델 BIT는 수용규정의 해석에 관한 부속서에 간접수용의 판단기준을 명시적으로 규정하고 있다. 부속서

그러한 성분에 오염된 용기와 물질)만을 수용하도록 허가됐다. ②연방환경보호검찰청(Federal Environmental Protection Attorney's Office: PROFERA)이 1998년 11월 11일자로 공문을 통해 동 매립장의 2번 셀(cell)에 수용된 폐기물이 제한치를 초과했다고 통보했다. ③매립장이 다른 장소로 이송될 유해폐기물을 임시 저장해 적환정의 역할을 했는데, 매립장은 적환장 활동의 허가를 받은 적은 없다. ④매립장은 유동체 또는 생물 감염성인 폐기물의 수용을 허가받지 않았는데도 이러한 폐기물을 저장했으며, 허가의 범위에 변경을 가하는 경우 사전에 통지해야 할 의무를 위반했다. ⑤Cytrar은 매립장의 이전에 관해 연방정부와 주정부, 시정부 등 각급 정부와 합의한 상태이며, 이를 일반 국민에게 공개했다.

697) Tecmed, op.cit., para.150.

698) Ibid. para.147.

B(4)(a)에 따르면 특정한 상황에서 당사국이 취한 행위 또는 일련의 행위가 간접수용을 구성하는지 여부의 결정은 사실에 기초한 사안별 조사를 요하며, 그 조사는 다른 요소와 더불어 다음 요소를 고려한다. 즉 ①정부행위의 경제적 영향을 고려하지만, 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자에 부정적인 영향을 미친다는 사실만으로는 간접수용이 발생했다는 것을 입증하지 않는다. ②정부행위가 분명하고 합리적이며 투자에 근거한 기대이익을 침해하는 정도와 ③정부행위의 성격 등이다.

또 동 부속서는 간접수용과 국가의 규제권의 관계와 관련해 “예외적인 경우를 제외하고 건강, 안전 및 환경과 같은 정당한 공공복리의 목적을 보호하기 위해 고안되고 적용되는 당사국의 비차별적인 규제행위는 간접수용을 구성하지 아니한다”⁶⁹⁹⁾는 규정을 두고 있다. 미국이 체결한 FTA 규정도 비슷하다. 호주⁷⁰⁰⁾, 칠레⁷⁰¹⁾, 중앙아메리카⁷⁰²⁾, 모로코⁷⁰³⁾, 싱가포르⁷⁰⁴⁾와의 FTA에서 찾아볼 수 있다.

나. 한미FTA 규정

한미FTA 부속서 11-나에 수용이 규정되어 있다. 당사국의 행위 또는 일련의 행위는 그것이 투자 내에서의 유형 또는 무형의 재산권을 침해하지 아니하는 한, 수용을 구성할 수 없다. 제11.6조(수용 및 보상) 제1항은 두 가지 상황을 다룬다. 첫 번째는 직접수용으로서 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수를 통해 투자가 국유화되거나 달리 직접적으로 수용되는 경우다. 두 번째 상황은

699) Annex B(4)(b) of U.S. Model BIT of 2004.

700) U.S.-Australia FTA Annex 11-B 4항(a)(b).

701) U.S.-Chile FTA Annex 10-D 4항.

702) U.S.-C.A. FTA-DR Annex 10-C 4항.

703) U.S.-Moroco FTA Annex 10-B 4항(a)(b).

704) U.S.-Singapore FTA는 Side Letter라는 부속서류(Exchange of Letters on Expropriation on May 6, 2003)에 포함.

간접수용으로서 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용에 동등한 효과를 가지는 경우이다.

당사국의 행위 또는 일련의 행위가 특정의 사실 상황 하에서 간접수용을 구성하는지 여부의 결정은 다음 3가지를 포함해 투자에 관한 모든 관련 요소를 고려하는 사안별, 사실에 기초한 조사를 필요로 한다. 첫째, 정부행위의 경제적 영향을 고려하지만, 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 부정적인 효과를 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였다는 것을 입증하는 것은 아니다. 둘째, 정부 행위가 투자에 근거한 분명하고 합리적인 기대를 침해하는 정도와 셋째, 그 목적 및 맥락을 포함한 정부행위의 성격, 관련 고려사항은 정부행위가 공익을 위해 투자자 또는 투자가 감수해야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자 또는 투자에게 부과하는지 여부를 포함할 수 있을 것이다.

나항에서 예외조항을 두고 있다. 조치 또는 일련의 조치가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황을 제외하고는 공중보건, 안전, 환경 및 부동산 가격 안정화(예컨대 저소득층 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한)와 같은 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위해 고안되고, 적용되는 당사국의 비차별적인 규제 행위는 간접수용을 구성하지 아니한다고 규정하고 있다. 2004년 모델과 비교할 때 대부분 조항이 비슷하다. 예외조항에서 부동산 가격 안정화라는 예시적인 조항을 둔 것이 차이점이다.

第6節 韓美FTA상의 間接收用の 贊反見解와 適用 論難

1. 간접수용 법리에 대한 비판적 견해

가. 미국에서의 비판적 견해

뉴욕대학의 Vicki Been 교수는 미국의 주도하에 국제법적 개념으로 정의되

고 있는 간접수용에 대해 비판적 입장이다. 간접수용을 규정하고 있는 NAFTA 제11장에 대한 국제중재재판위원회의 초기해석은 보상이 가능한 재산적 이익의 범위를 매우 확장하고 있으며 입법적, 행정적 작용뿐만 아니라 사법적 결정에까지 그 범위를 확대하고 있다는 것이다.⁷⁰⁵⁾ 미국법상 규제적 수용이 주로 부동산과 토지이용으로 인한 기대수익 등의 문제에 집중하고 있다. 반면 NAFTA 체제 하에서 ‘투자’의 정의는 부동산 개념을 넘어서고 있으며, Pope&Talbot와 S.D. Myers 사건에서 확인할 수 있듯이 미국법원이 인정하는 개인의 재산권 개념보다 훨씬 확대되고 있는 것을 알 수 있다고 지적했다.⁷⁰⁶⁾ Metalclad사건에서 중재재판위의 보상판결이 결정됐을 때 중재재판정이 단지 미국 재산권 규정을 NAFTA사건에 그대로 대입한 것으로 생각해 전 세계적으로 수많은 비난이 쏟아졌다. 무엇보다도 보상요건의 전통적인 이론적 근거 가운데 어느 하나도 NAFTA의 재산권 보전확장에 대해 설득력 있는 정당화요인을 제공하지 못하고 있다는 비판이 크다.⁷⁰⁷⁾ 간접수용의 문제점은 다음 3가지를 들 수 있다.

첫째, 톱니효과(ratchet effect)방식⁷⁰⁸⁾으로 정부의 재정부담이 현저히 증가될 수 있다. 톱니효과란 중재재판부가 보상범위를 확장시켜 놓으면 국내적으로도 이에 맞춰 보상범위를 상승시키지 않을 수 없는 효과를 말한다. 미국 내 외국투자자들에게 ‘초국가적 대우’를 부여하는데 있어 가장 큰 명백한 문제는 외국인 투자자들이 국내 시장에서 내국인을 상회하는 경쟁적 이익을 얻는데 있다. 경쟁적 이익이 내국인에 비해 얼마나 큰 것인지는 정확히 알 수 없으나 NAFTA 간접수용 관련 소송은 국내 회사들에게는 없는 외국투자자의 특권이고 정부가 외국인 투자자의 활동에 화살을 채워주는 것과 마찬가지로 다. 이러한 차별은 분명히 문제가 있다. 미국은 세계에서 개인자산의 법적 보호와 관련해

705) Vicki Been & Joel C. Beauvais, op. cit., p.34.

706) Ibid., p.63.

707) 김민호, “간접수용의 합헌성 연구”, 『저스티스』, 통권 제96호(2007.2), 95쪽.

708) 자유화 후퇴방식 메커니즘으로 현행 규제를 보다 자유화하는 방향으로 개정할 수 있으나, 이미 자유화된 내용을 뒤로 후퇴하는 개정은 못하도록 하는 원칙이다. 한미FTA반대 국회 비상시국회의 정책자문단, 전개자료, 191쪽.

최상위국 중 한 곳이고, 해외 직접투자에서도 가장 큰 시장이다. 그렇다고 해서 투자를 유치하기 위해 미국이 외국회사에 특별한 이익을 부여해야 하는 명백한 근거는 존재하지 않는다.⁷⁰⁹⁾

NAFTA 협정에서 외국투자자 우대로 인한 미국 상행위상의 잠재적 불공평은 급행가도를 달리는 미무역진흥국(TPA)의 권한과 관련해 최근 논란을 불러일으켜 상당한 관심을 끌었다. 상원의원인 Max Baucus와 Chuck Grassley는 향후 무역협정이 “미국 내 외국투자자에게 국내투자자보다 더 큰 이득을 용인해서는 안된다”는 대통령의 국정 철학 가운데 하나를 명확히 하는 TPA법안의 개정을 요구했다. NAFTA 수용기준에 심각한 문제가 있다는 것을 지적했던 것이다. 그러나 Baucus-Grassley 개정안은 NAFTA를 변화시키는 어떠한 사항도 담고 있지 않았고, 해당조항이 주목하는 특정 NAFTA 쟁점을 해결하지 못했다. 이 결과 NAFTA 협정이 해석을 통해 바로 잡히거나 명확해지지 않으면, 국내 투자자들이 적용분야의 단계를 수정헌법 제5조상 보호장치의 실정규준으로 삭감시키기보다는 재산권을 확장함으로써 적용분야의 단계를 인상시키는데 협정을 이용할 가능성이 있다.⁷¹⁰⁾ 외국인에게 제공되는 혜택이 미국 내국민에게도 확장, 적용되는 것이다. 미국 재산권 옹호자들은 국내 재산권 보호 장치를 가동시키기 위한 노력에서 추가적인 수단을 확보하기 위해 NAFTA 협정하의 외국기업에게 제공되는 확장된 재산권 보호 장치를 활용할 수도 있다. 어떤 사람들은 그러한 변화를 바람직하게 생각할 수도 있겠지만 국내 재산권의 확장은 국제적 투자협정의 결과에 대한 반작용으로 채택되기 보다는 그 자체의 장점에 대한 공공토론과 심사에 구속되는 것이 바람직할 것이다.

둘째, 정부의 규제를 위축⁷¹¹⁾시킬 수 있다. NAFTA 제1110조에 대한 비판

709) Vicki Been & Joel C. Beauvais, op. cit., p.130.

710) Ibid. p.131.

711) 규제당국에 대한 되서리 효과(regulatory chill)라고 한다. Pavey, Bronwyn and Williams, Tim, “*The North American Free Trade Agreement: Chapter 11*”, Government of Canada, Depository Services Program, Science and Technology Division, February 26, 2003, p.27; 장승화, “한미FTA 투자관련 협상에서 나타난 몇 가

론자들의 공통된 주장은 규제주체가 수용청구에 대한 방어나 보상의 비용을 치르기보다는 제안된 규제적 변화를 완화하거나 회피하고 존재하는 규제프로그램을 중단할 수 있다는 것이다. 이 때문에 유익한 사회적 환경적 규제가 이 조항으로 크게 위축될 수 있다는 점을 우려한다. 더욱이 외국투자자들은 NAFTA에 의한 간접수용 청구를 정부의 규제를 무력화시키는 위협수단으로 이미 활용했다. 1997년 봄 가솔린 첨가제 MMT제조사인 미국 Ehtyl사는 캐나다의 MMT 수입금지조치는 NAFTA 제1110조 및 제11장 규정을 위반한 것이라고 주장하면서 캐나다를 상대로 2000만 달러를 청구했다.⁷¹²⁾ 캐나다는 금지조치를 취소하고 정부가 MMT의 유해성을 입증할 어떠한 증거도 갖고 있지 않다고 공식적으로 표명했다. 이어 Ehtyl사에 1300만 달러를 지급하는데 합의하고, NAFTA 중재위의 중재 이전에 해당청구를 취소했다.

셋째, 국내법에 커다란 영향을 미치는 간접수용 규정이 민주적 정당성을 담보하고 있는 것이냐에 대한 의문이다. 투자협정 11장의 지지자들은 NAFTA가 당사국간에 자유롭게 체결된 것을 지적한다. NAFTA의 보상요건에 비용이 든다면, 보상 요건상 이득의 비용을 넘어서는 보상비용을 민주적으로 선출된 가맹국정부가 판단했을 것이라고 그들은 주장하고 있다. 그러나 NAFTA의 투자자 보호 장치의 잠재적 영향력에 관한 대중적 인식이나 공공토론이 실제로 없었던 탓에 이 같은 주장은 논란의 여지를 남겨두고 있다. 멕시코의 구직이민이나 친환경적 거주이전의 가능성에 관한 상당한 분란을 NAFTA가 촉발시켰던 반면에 제11장의 특정규정은 중요한 공적 비평 없이 협의, 승인됐다. 의회와 대중에게 관련 정보가 더 잘 제공됐다면 보상요건의 확장이나 외국인의 우선적 재산권 확대를 지지하지 않았을 것이라는 실질적인 증거가 여기에 있는 것이다. 한국을 비롯한 대부분의 나라에서도 사정은 마찬가지다.

미국에서 재산권 보호를 둘러싼 1990년대의 공공토론 결과는 대다수의 유권자들이 국내재산권 소유자를 위한 재산권 보상요건의 확장에 반대했다. 1990년부터 1997년까지 8년 동안 사적 소유권의 가치를 감쇄하고 보상요건

지 쟁점에 관한 연구”, 21쪽.

712) Pavey, op. cit., p.133.

을 확장하는 연방차원의 수많은 법안들이 의회에 제출됐으나 모두가 성안되지 못했다. 일부 재산권 법안들은 주의회에 계류돼 일정한 성과를 거두기도 했다. 1991년부터 1997년까지 250개 넘는 재산권 법안들이 주의회의 심사를 거쳤다. 이 가운데 39개의 법안이 성안됐지만 단지 4개 법률만이 실제로 보상요건을 확장했다.

연방의회와 주의회의 대부분이 보상요건의 확장을 반대하는 것은 미국 유권자들이 오직 국내 재산권 소유자만을 위한 재산권 보호 장치의 일반화된 확대를 원하지 않는다는 가설을 강력하게 뒷받침해 주는 논거가 될 것이다. NAFTA 제11장은 그럼에도 불구하고 외국기업을 위해 보상요건을 확장했고, 국내 재산권 보호 장치를 가동시키려는 노력에 정치적 자극을 줄 우려가 있다. 미국의 수용법리를 협정에 규정하는 의도에 대해 극히 예외적이고 복잡하며 악명 높은 사실관계에 의존하는 미국식 수용법리를 협약규정에 수용하려는 어떠한 시도도 그리 현명한 것이 못된다. 전 지구적 규제수용주의는 필요하지도 이롭지도 않으며, 그러한 정책집행으로 자국과 타국에 대한 잠재적 비용이 무시할 수 없을 만큼 크다.⁷¹³⁾

나. 한국에서의 비판적 견해

간접수용이 투자 유치국 정부의 주권행사를 불합리하게 제약하고, 외국인 투자자를 일방적으로 보호하는 불평등한 메커니즘으로 변모시킨다고 주장하고 있다. 국내법상 재산권 수용의 보상체제(공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률)와 충돌할 뿐 아니라 국내 구제절차에 간접수용이 포함돼 있지 않다.⁷¹⁴⁾ 국제법에서 국가는 환경과 보건, 소비자 보호, 유해물질 규제 등과 같은 영역에서 일방적인 조치를 취할 ‘경찰력’을 보유하는 것이 전통적으로 인정돼 왔지만, NAFTA에서는 경찰력도 수용관련 규정이 적용되는 대상이

713) Ibid, p.140.

714) 이찬진, “투자자-국가 제소권 협상 타결 내용 검토”, 법국민운동본부 세미나 자료(2007. 4.3).

다. 간접수용이나 수용에 맞먹는 조치라는 모호한 말의 실제 의미는 투자의 자산 가치를 훼손할 만한 일체의 정부조치들이 모두 수용으로 해석돼 배상의 의무를 부과 받을 수 있다는 것이다.⁷¹⁵⁾ 한국에서 한미FTA에 규정된 간접수용을 반대하는 입장은 미국에서 반대하는 사람들의 입장과 같거나 비슷하다는 것을 알 수 있다. 간접수용 법리는 미국에서 발달됐고, 이를 모태로 양자조약에 도입된 것도 미국 주도로 이뤄졌기 때문이다. 특히 협상 전 국내국민의 의견을 수렴하는 절차를 제대로 거치지 못한 것은 한국⁷¹⁶⁾과 미국이 같은 과정을 밟았다. 미국은 국내 반대의견에도 불구하고 국제 투자문제에 있어서는 한미FTA협상에서 간접수용을 포함해야 한다는 강력한 입장을 보였고, 우리는 미국의 의견에 따라가는 모습을 보였다.

2. 간접수용 법리에 대한 한국의 우호적 견해

미국은 물론 한국 정부도 간접수용 법리를 찬성하고 있다. 미국정부는 국민 재산권 보호에 효과적이라고 생각하고 있고 한국정부는 이 같은 효과와 함께 한국법문화를 선진화시킬 수 있는 기회라고 생각하고 있다. 지금까지의 FTA 상 ISD상의 수용 선례를 검토해 보면 직접수용과 다름없는 정도의 재산권 침해가 발생해야 간접수용이 인정된다. 정부규제의 불가피한 파급효과로 재산권 손실이 발생한 경우 간접수용에 해당하지 않은 것으로 판단하고 있다.⁷¹⁷⁾ 간접수용의 개념 자체는 이미 국제법과 여러 형태의 투자협정에서 기본적으로 인정되고 있는 점을 감안하면 미국과의 FTA 협상에서만 간접수용을 인정할 수 없다는 취지의 주장은 설득력이 결여됐다고 볼 수 있다. 결국 실제 협상과정에서 우리 측이 우려하는 간접수용 관련 여러 현안들이 어떻게 반영돼 협정문이 구체화되는가 하는 점에 초점을 맞춰 이 문제를 평가해야 할 것으로 판

715) 홍기빈, 전제서, 78쪽.

716) 이근, “한미FTA의 정치경제”, 『세계정치6-자유무역협정의 정치경제』 (경기: 서울대학교 국제문제연구소, 2006), 242-245쪽.

717) 이재민, “한미FTA와 ISD분쟁해결절차”, 3쪽.

단된다.⁷¹⁸⁾ 간접수용은 우리나라 헌법상 규정된 수용의 의미가 아니라 일종의 국가책임이다. 국가의 과도한 조치로 인해 국민의 재산적 이익이 수용에 갈음할 정도로 재산적 이익의 대부분을 박탈당한 경우 이를 국가가 보상하는 것은 법치국가 원리상 당연하다. 현실적으로 볼 때 FTA 비준을 앞둔 현재로서 간접수용의 위헌성을 따지는 것은 의미가 없을 뿐 아니라 자기모순을 스스로 드러내는 결과를 초래할 것이다. 오히려 간접수용의 위헌성을 따지기에 앞서 재산권 침해에 대한 보상의 흠결을 극복하기 위해 노력해야 한다고 주장하고 있다.⁷¹⁹⁾ 외국인투자자는 국가의 조치가 간접수용에 해당한다고 스스로 판단해 제소를 할 수 있다. 그러나 제소행위 자체가 중재결과를 결정하는 것은 아니다. 국제중재기관은 한미 양국이 FTA를 맺을 때 약속했던 간접수용의 정의와 범위를 충분히 검토하고, 국제관습법 등을 고려해 판단을 내린다. 우리 정부는 한미FTA 협상에서 간접수용에 대해 세계적으로 존재하는 그 어떤 FTA 협정문에서도 찾아볼 수 없을 정도로 그 범위를 제한적으로 규정하고 있다. 특히 국가의 정당하며 비차별적인 공공정책에 대해서는 간접수용 제소대상이 아니라는 점도 명확히 했다.⁷²⁰⁾

간접수용의 범위를 대폭 제한하는 내용으로 협정문을 타결한 만큼 문제가 없다는 입장인 것이다. 현재까지 우리가 체결한 협정에서는 ‘간접수용’에 대한 보상의무를 수락하면서도 구체적 의미를 규정하지 않았지만 한미FTA에서는 명확한 정의 규정을 마련했다. 재산권의 이전이나 명백한 몰취 없이도 직접수용과 동등한 효력을 가진 국가조치라고 명기했다. 규제가 투자의 경제적 가치에 불리한 영향을 미쳤다는 이유만으로 바로 간접수용이 되는 것이 아니라는 것도 명시하고 있다. 따라서 부동산 규제정책을 취하더라도 재산권 전체를 몰취하는 것과 동등한 효력을 갖지 않는 한 간접수용이 될 수 없다는 것이다. 국내법상의 수용은 국가의 적법한 공권력에 따라 국민의 재산권을 몰취하는 것이다. 예컨대 고속도로 건설을 위해 합법적으로 토지를 수용하는 행위 등을

718) 상계자료, 6쪽.

719) 김민호, “ISD, 국가정책의 선진화 기회로”, 『법무부 법무칼럼』 (2007.7).

720) 국정브리핑, “비차별적 공공정책은 간접수용 제소대상 제외”, (2007.5.3).

지칭한다. 그러나 협정문상의 수용은 이러한 합법적인 공권력 행사 뿐 아니라 불법 또는 부당한 국가행위도 포함하는 광범위한 국가책임 법리다. 즉 우리법상의 합법적인 공권력 행사에 대한 ‘보상’ 법리와 공무원의 불법행위에 대한 ‘배상’ 법리가 혼재돼 있다. 국제법상 독자적인 국가책임 법리이며, 어떠한 종류의 국가행위이건 재산권을 몰취하는 것과 동등한 결과를 발생시킨다면 금전적 보상이 주어져야 한다는 합당한 원칙을 의미한다는 것이다⁷²¹⁾.

3. 한미FTA상의 간접수용 적용과 논란 검토

가. 간접수용 적용 과정과 한국정부 측 입장

우리나라는 기존의 BIT와 달리 FTA를 체결하면서 ‘간접수용’이라는 용어를 명확하게 규정하고 있다.⁷²²⁾ 그런데 한·칠레FTA는 공중보건, 안전, 환경과 관련한 규제권을 예외적인 경우를 제외하고 간접수용으로 간주하지 않는다고 규정하고 있다. 간접수용 규정을 두고 있지 않는 것이다. 한·싱가포르FTA(제10.18조)에서 환경문제에 관한 조치에 대해 투자관련 규정이 적용되지 않도록 했다. 한·EFTA 투자협정(제9조 제1항)의 경우 일방 당사국이 공익목적상 보건, 안전, 환경에 관한 사항으로서 협정에 의거한 조치를 선택, 유지 집행할 수 있도록 규정했다. 동 협정 제20조에서 자의적이고 부당하게 당사국을 차별하지 않고, 투자 혹은 투자자를 위장된 방식으로 제한하지 않는 이상, 투자관련 규정이 “공서양속, 인간, 동식물의 생명 또는 건강, 환경을 보호하기 위한 법 규정으로서 협정에 반하지 않는 경우, 투자 관련 규정으로 제한할 수 없

721) 한상대, “ISD는 국내 규제 혁신, 선진화 계기”, 『법무부 법무칼럼』 (2007.7).

722) 우리나라의 투자협정모델 제5조 제1항의 관련 부분은 다음과 같다. “Investment of investors...shall not be nationalized, expropriated or otherwise subjected to any other measures having effect equivalent to nationalization or expropriation ...” 이에 한·칠레FTA(제10.13조 제1항), 한·싱가포르FTA(제10.13조 제1항), 한·EFTA 제13조에서는 직접수용과 간접수용을 함께 규정하고 있다. 한·칠레FTA의 경우 “Neither Party may, directly or indirectly, nationalize or expropriate an investment of an investor of the other Party in its territory...”로 규정.

다”는 규정을 마련했다. BIT나 FTA에서 이러한 규정을 본문이나 부속서에 마련하는 것은 간접수용의 논란을 미연에 방지하기 위한 것이다. 그러나 FTA 규정의 보건, 안전, 환경 혹은 공서양속, 인간, 동식물의 생명 혹은 건강 환경과 관련한 조치들의 범위가 명확하지 않기 때문에 현실적으로 간접수용으로 인한 투자분쟁을 해결하는데 명확한 근거가 되기는 어려울 것이다.⁷²³⁾ 이 문제를 해결하기 한미FTA와 같이 투자관련 조약 당사국들이 간접수용의 예를 합의해 규정하는 방법이 있다. 그러나 원천적으로 간접수용과 관련해 투자자의 중재신청을 막을 수는 없다.

이 때문에 한국정부는 ISD 제한규정을 최소로 줄이려고 노력했다. 이 결과 그나마 협상을 통해 한미FTA에서의 간접수용 제한규정은 미국의 2004 BIT 모델보다도 더 제한적인 형태로 만들었다. 미국은 캐나다의 장레업체인 로웬사로부터 미시시피 주 법원판결이 ‘간접수용’에 해당한다며 제소를 당하자 적지 않은 충격을 받았다. 이후 미국은 2004년 BIT 모델 문안을 제정해 ‘간접수용’의 의의와 판단법리를 명확히 했다. 공공복리 목적의 조치는 원칙적으로 ‘간접수용’에 해당하지 않는다는 제한 등을 담은 부속서를 채택했고, 이후 FTA, BIT에 모두 이 부속서를 포함시켰다. 2004년 BIT 모델에는 보건, 안전, 환경 등 공공복리 목적의 비차별적인 조치는 ‘드문 상황이 아닌 한’ 간접수용을 구성하지 않는다고 명시했다.

미국은 한미FTA에서 이 부속서 내용 그대로 제안했으나 한국정부는 간접수용의 범위를 더 제한할 필요가 있다고 주장했다. ‘부동산 가격안정화’를 공공복리 목적의 조치에 추가하고 ‘조세정책’은 별도 부속서를 두어 ‘과세는 일반적으로 수용을 구성하지 않는다’고 규정했다. 간접수용의 대상에서 제외된 부동산가격안정화는 금융정책과 투기억제, 공급확대 등 집값 안정과 관련한 대부분의 부동산 정책을 포괄하는 것이다. 수도권 과밀정책 등과 같은 토지용도제한이나 지구 지정은 도시환경개선과 주민편의 증진 등 공공복리를 위한 비차별적 규제정책에 해당돼 ‘간접수용’ 대상으로 간주될 가능성이 없다는 것

723) 강병근, “외국인 투자의 간접수용과 국가의 규제에 관한 권한”, 『통상법률』, 통권 제67호(2006.2), 27쪽.

이 한국정부 측 설명이다. ‘드문 상황’이라는 예외조항을 두었기 때문에 모든 공공정책이 제소대상이 될 우려가 있다는 주장이 있지만 이 예외조항은 “목적 또는 효과에 비추어 조치가 극도로 심하거나 불균형적일 것”이라는 예시를 추가해 아주 제한적으로 원용토록 했다. 이 같은 부속서의 규정 정비로 간접수용의 인정범위는 대폭 제한될 것이다. 이 때문에 모든 공공정책이 ‘간접수용’에 해당될 것이라는 주장은 지나친 과장이며 자칫 국민에게 막연한 우려감을 부추길 수 있다.⁷²⁴⁾

나. 간접수용 예외조항의 문제점

한미FTA 투자의 장, 수용 부속서는 공중보건, 안전, 환경 및 부동산가격안정화(예컨대 저소득층 주거여건을 개선하기 위한 조치를 통한) 정책 등 공공복리 목적의 조치도 그 목적이나 효과에 비추어 해당조치가 극히 심하거나 불균형적인 ‘드문 상황(except in rare circumstances)’의 경우 간접수용에 해당될 수 있다고 규정하고 있다. 한미FTA 협상에서 한국은 ‘드문 경우’를 더욱 제한해 목적이나 효과에 비추어 조치가 극히 심하거나 극히 불균형(Except in rare circumstances, such as for example, when a measure or series of measures is extremely severe or disproportionate in light of its purpose or effect)에 해당될 것을 예시하는 문안을 추가했다.⁷²⁵⁾ 정부는 이에 대해 결국 국가조치의 목적이 공공복리를 위한 것이라 하더라도 그 목적과 수단과의 비례성이 극도로 훼손되는 경우에만 예외가 인정된다고 설명했다.

이러한 극단적인 경우에 있어서까지 보상의무가 완전히 면제되는 것은 국제법적으로 매우 설득력 없는 주장일 뿐 아니라 한국에 투자하려는 외국인 투자자의 의욕을 꺾는 것이라는 입장이다. 예컨대 ①특정지역의 환경오염이 예상된다는 이유만으로 합당한 범위를 넘어선 광범위한 지역에서 일체의 개발행위를 금지하는 조치와 ②오염을 줄이는 장치를 설치하는 것만으로 환경기준을

724) 국정브리핑, 전계자료.

725) 한미FTA 부속서 11-나 3항 나호.

충족시킬 수 있는 경우조차 환경오염시설 자체를 폐쇄하도록 명령을 내리는 조치는 공공복리 정책 목적에 비해 너무 과도해 정당화되기 어렵다. 따라서 그 피해에 대해 보상이 부여되는 것이 타당하다.⁷²⁶⁾ 반면 반대 입장도 만만찮다. 이 같은 예외조항들은 한국의 법 현실을 외면하고 미국식 법 개념만을 그대로 도입해 우리에게 불리하다는 입장을 FTA 반대론자들은 펼치고 있다. 논란이 일고 있는 부동산과 조세부문을 중심으로 찬반의 입장을 살펴본다.

(1) 부동산 문제

(가) 정부 측 입장

한국정부는 국가의 각종 부동산 정책들이 목적상 모두 부동산 가격안정화 정책에 해당된다고 주장하고 있다. 한국정부의 부동산가격안정화 정책은 ①공급확대목적 정책으로 신도시 계획, 공공택지 지정, 분양가상한제, 원가공개, 광역 재정비사업 등과 ②투기억제정책으로 재개발, 재건축 관련(재건축 초과이익환수제, 소형주택 의무건설, 임대주택 의무건설 등), 토지거래허가, 주택거래신고, 투기과열지구 지정, 종합부동산세 합리화, 양도세 강화, 개발부담금, 기반시설 부담금 등 ③금융정책으로 주택담보대출, Loan To Value, Debt to Income 등을 들고 있다.⁷²⁷⁾

정부의 부동산 가격안정화 정책 이외에 ‘용도제한이나 지구지정’ 등도 정당한 복지목적을 위한 비차별적 규제정책에 해당되기 때문에 간접수용으로 간주될 가능성은 사실상 없다. 그린벨트 지정, 학교지역 내 유흥업소 허가 금지(학교환경 위생 정화구역) 등의 용도제한이나 지구지정 조치는 부동산 정책이라기보다 시민건강을 위한 녹지보존 목적의 보건환경정책 또는 교육환경조성 목적의 정책이다. 간접수용에 해당하지 않는다는 것이다.

726) 관계부처합동 자유무역협정 국내대책본부, “한미자유무역협정 바로 알려드립니다(IV)” (2007.6), 91쪽.

727) 상계자료, 94쪽.

우리나라와 미국을 포함한 전 세계 모든 나라들이 취하고 있는 용도제한이나 지구지정 정책은 원칙적으로 간접수용에 해당하지 않는다는 것이 한국과 FTA 협상에 참여한 미국과 캐나다 측 전문가들의 공통된 의견이다. 따라서 부동산 정책과 부동산 가격 안정화 정책은 사실상 같은 것이라 할 수 있고, ISD의 예외가 된다.⁷²⁸⁾

(나) 한미FTA 반대론 입장

우선 부동산 가격안정화 정책은 문제가 있다. 한국헌법에서는 규제를 도입한 근거법률이 규제로 인한 손실 발생을 예상하고, 이에 대해 보상하라는 조항을 두지 않는 한, 토지소유자는 규제로 토지가 간접수용을 당했다며 보상을 요구할 수 없다. 그래서 간접수용에 따른 보상이라는 용어 자체가 한국의 사법질서에 존재하지 않았던 것이다. 대법원은 토지수용 법률에 그 보상조항이 없는 규제로 인해 사실상 토지수용과 같은 피해가 발생한 경우 이를 독일법에서의 ‘수용과 유사한 침해’로 보아 보상을 할 수 있는가 하는 문제에 대해 “과연 우리 법제 하에서 그와 같은 이론을 채택할 수 있는 것인가는 별론(다른 논의)으로 한다”고 해석하여 이를 승인하지 않았다.⁷²⁹⁾

한국의 헌법재판소는 “우리나라의 가용 토지면적이 인구에 비해 절대적으로 부족한 반면에, 모든 국민이 생산과 활동의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있는 정황을 고려하면, 토지는 국민경제의 관점에서나 사회적 기능에 있어 다른 재산권 보다 강하게 공동체의 이익을 관철할 것이 요구된다”고 선언했다.⁷³⁰⁾ 그러나 한미FTA는 간접수용의 개념을 하나의 독립적 법적 범주로 제도화하면서 한국의 땅 문제와 헌법조항을 고려하지 않았다.⁷³¹⁾ 현재

728) 상계자료, 95쪽.

729) 대법원 1993.10.26. 선고 93 다 6409 판결.

730) 헌법재판소 1989.12.22. 선고 88 헌가 13 결정, 2005.9.29. 선고 2002 헌바 84-89, 2003 헌마 678-943 (병합) 결정.

국내법상으로는 그린벨트 토지 소유자는 국가에게 보상을 요구할 수 없다. 한국의 그린벨트는 습지, 멸종위기 생물 혹은 천연기념물 등 구체적 보존가치가 있는 자연을 보존하기 위한 제도가 아니라 사유지를 ‘도시의 무질서한 확산방지’라는 추상적인 목적을 내세워 지정한 뒤 아무런 보상 없이 토지 소유자의 토지개발을 불가능하게 하고 있다. 그러나 간접수용의 법제화는 그린벨트 토지소유자가 국가에 보상을 청구할 수 있는 길을 열어준다. 지금과 같은 방식의 한국식 그린벨트 제도는 간접수용에 해당하는 것으로 판정될 가능성이 많다. 토지소유자가 가지는 토지이용과 개발의 합리적 기대를 본질적으로 침해하는 것으로 판단될 수 있다는 것이다.⁷³²⁾ 미국에서는 보존할 필요가 있는 사유지를 공적으로 매입하고 있다. 세금을 더 거둔다든지, 민간이 모금을 한다든지 등의 방법을 통해 매입해 이렇게 형성된 공유지는 사실상 그린벨트 역할을 하는 것이다.⁷³³⁾

간접수용의 예외 판정기준에 따르면⁷³⁴⁾ “목적 또는 효과에 비추어 규제가 극히 엄격하거나 균형이 맞지 않는 경우”에는 간접수용으로 봐야한다고 규정하고 있다. 부동산 가격 안정화 규제는 헌법이 규정한 국민 모두의 생산과 생활의 기반이 되는 국토의 이용, 개발과 보전을 위한 국가의 역할 가운데 한 부분일 뿐이다. 토지 공개념을 확대하는 정책의 경우 해석상 문제가 발생할 가능성이 있다. ‘정당한 공공복지 목적’도 그 의미를 두고 논란이 발생할 수 있다. 국제 중재판정부가 무엇을 기준으로 국가의 공공복지 분야에서 정당한 것과 부당한 것을 판결할 수 있을지 매우 의문스럽다는 것이다.⁷³⁵⁾

731) 송기호, 전계서, 53쪽.

732) 상계서, 55쪽.

733) 상계서, 16쪽.

734) 한미FTA 부속서 11-B 제3절 “규제가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 엄격하거나 균형이 맞지 않는 경우의 예와 같은 드문 상황을 제외하고는, 저소득층 주거 여건 개선을 위한 경우의 예와 같이 이를 통해 부동산 가격을 안정시키려는 그런 정당한 공공복지 목적을 보호하기 위한 비차별적인 규제는 간접수용으로 되지 않는다.”

735) 송기호, 전계서, 59쪽.

(2) 조세문제

(가) 한국정부 측 입장

한미FTA 투자의 장, 조세부속서는 조세조치가 원칙적으로 수용을 구성하지 않는다고 규정⁷³⁶⁾하고 있다. 다만 예외의 장에서는 조세조치가 수용에 해당하는 경우 일정한 조건하에 투자협정상 ISD 제소가 가능할 수도 있다. 수용에 해당할 정도로 전면적인 박탈적 조세조치를 취하는 극히 예외적인 경우에만 ISD 제소가 가능할 것이다.⁷³⁷⁾

그러나 수용에 해당할 정도로 전면적인 재산권 박탈적 조세조치의 경우 ISD에 회부하기 전에 한미 양국 조세당국이 사전협의해 해당조치가 수용에 해당하지 않는 정당한 조세조치라고 합의하는 경우에는 ISD절차가 진행될 수 없다. 합의되지 않는 경우에만 ISD 제소가 진행되도록 추가적인 필터링(filtering) 절차를 마련한 것이다.

결국 한국 조세당국이 미국인 투자자에 대해 국제적으로 인정되는 정책과 원칙, 관행에 반하는 몰수적인 과세조치를 취하여 전면적으로 재산권을 박탈하는 경우 ISD 제소가 가능하다는 조항으로 볼 수 있다. 우리 조세당국이 이러한 조치를 취할 가능성은 사실상 없다고 정부는 주장하고 있다.⁷³⁸⁾ 국제관행에 어긋나는 차별적이고 몰수적인 과세조치를 취하는 경우도 정당한 보상이 불필요하다는 주장은 보편적인 국제법 원칙을 크게 위배하는 것이다.

736) 부속서 11-바. 수용을 구성하지 않는 기준들을 다음과 같이 명시하고 있다. ①단순히 새로운 조세 조치 도입은 그 자체로 수용을 구성하지 아니 한다. ②국제적으로 인정된 정책, 원칙, 관행에 부합하는 조세조치는 수용을 구성하지 아니 한다. 특히 조세회피, 또는 탈세방지 목적의 조세조치는 일반적으로 수용을 구성하지 아니 한다. ③비차별적인 조세조치는 특정 국가의 투자자만 차별해 부과하는 조세조치 등에 비해 수용을 구성할 가능성이 낮다. ④투명한 절차를 거쳐 이미 발효된 조세 조치는 일반적으로 수용을 구성하지 아니 한다.

737) 관계부처합동 자유무역협정 국내대책본부, 전개자료, 92쪽.

738) 상계자료, 93쪽.

(나) 한미FTA 반대론 입장

한미FTA에 규정된 조세조항⁷³⁹⁾에 따르면 외국투자자는 한국정부가 부과한 조세에 대해 수용을 주장하며, 국제중재에 회부할 수 있다. 이에 따라 중재판정부가 이를 수용이라고 판정하면 국가는 보상을 해야 할 것이다. 국가 조세정책을 수용으로 판정하고 보상을 명령한 사례로는 1988년의 ‘고에츠사건’이 있다. 벨기에회사는 1993년에 아프리카 브룬디 정부에게 자신이 투자한 광산을 조세 및 관세 면제지역으로 지정해달라고 신청해 이를 지정받아 광업에 진출했다. 이 지정행위는 일반적이고 정형화된 것으로, 특정 투자자에게 향후 어떠한 과세변경도 없을 것이라는 약속은 아니었다. 그런데 브룬디 정부는 1995년 광업 전반에 대해 이러한 특혜를 폐지하는 결정을 내렸다. 회사는 이로 인한 손실보상을 요구하며, 벨기에와 룩셈부르크가 브룬디와 체결한 투자협정에 따라 브룬디를 국제중재에 회부했다. 중재재판부는 1998년 브룬디의 조세정책 변경이 회사의 재산권을 제한하는 것으로, 투자협정에 따라 간접수용에 해당한다고 판정했다. 결국 브룬디는 그 회사에 300만 달러를 지급하고, 새로운 면제지역을 제공하기로 합의했다.⁷⁴⁰⁾

국가의 조세권에 대해 국제법적 구속력을 갖고 있는 국제규범은 존재하지 않는다. 1954년부터 발효 중인 ‘유럽인권선언’은 여러 개인재산 수용규칙이 조세를 징수하는 법률을 집행하는 국가의 권한을 어떤 형태로든 손상을 주어서는 안 된다고 규정하고 있다.⁷⁴¹⁾ ASEAN 투자협정은 국가의 과세에 대해서

739) 한미FTA 제23.3조 제6항, 부속서 11-F. “투자자는 조세에 대해 수용 혹은 투자 계약 위반을 이유로 국제중재에 회부할 수 있다. 국가는 조세가 수용에 해당하는 경우 투자자에게 보상을 해야 한다. 조세는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다. 국제적으로 인정된 조세정책·원칙 및 관행에 합치하는 조세는 수용을 구성해서는 안 된다. 특히 탈세를 막기 위한 조세는 일반적으로 수용을 구성하지 아니한다. 특정 국적의 투자자 또는 특정 납세자를 겨냥한 조세는 수용을 구성할 가능성이 높지만, 이와 반대로 비차별적으로 적용되는 조세는 그 가능성이 낮다.”

740) N. Horn(ed), *Arbitration Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects*, pp.155-156.

741) 송기호, 전게서, 71쪽.

는 협정을 적용해서는 안 된다는 완전한 예외조항을 두고 있다.⁷⁴²⁾ 미국과 호주의 FTA에서는 양국 정부가 협의하거나 국가 대 국가 차원의 분쟁처리토록 규정⁷⁴³⁾하고 있다.

그러나 한미FTA에는 국제적으로 인정된 조세정책 원칙 및 관행에 합치하게 세금을 거두라고 규정하고 있다. 각국의 세법에 의한 과세라고 하더라도 정도에 지나친 과세는 간접수용에 해당된다. 국가의 조세주권을 제약하는 조항⁷⁴⁴⁾이라는 것이다. 결국 외국인의 투자에 대해 원칙적으로 중재를 신청할 수 없는 분야는 찾아보기 힘든 실정이다.

第7節 韓美FTA 間接收用과 合憲性 檢討

한미FTA 반대론자와 일부 헌법 및 행정법학자와 연구자⁷⁴⁵⁾들은 간접수용이 우리나라의 법제에 없는 제도로 위헌성이 있거나 우리나라 헌법의 해석상 도입이 불가능하다고 주장하기도 하며, 국내외 투자자간의 심각한 역차별 성격에 대해 문제점을 제기하기도 한다. 간접수용에 대한 보상의무는 정부의 공공정책 추진을 극히 제약할 것이라는 비판을 제기하기도 한다. 간접수용과 관련해 우리헌법은 재산권 수용과 그에 대한 보상을 법률에 근거가 있을 때에만 하도록 하고 규정하고 있다. 미국의 국내법→미국 양자간 투자협정(BIT) 모델을 거쳐 만들어진 한미FTA상의 간접수용제도가 과연 한미 또는 다른 국가간의 투자분쟁 때 어떤 역할을 할지 검토할 필요성이 있을 것이다. 따라서 간접수용 규정이 우리나라 국내법과 어긋나는지, 미국법이 아닌 독자적인 국제법

742) ASEAN 투자협정 제5조.

743) 미국호주FTA 제22.3조 제6항. “어느 국가가 다른 국가에서 보낸 서면에서, 투자자에 대한 과세가 재산권 수용에 해당하는 것으로서 보상할 것을 주장하면, 이 서면을 받은 국가는 두 나라 정부 당국 사이의 협의를 통해 과세조치의 수용 여부 판정에 대한 협의를 신청할 수 있다. 이 협의에서 결론이 나지 않으면, 국가 대 국가 차원의 분쟁처리 절차를 개시할 수 있다.”

744) 송기호, 전제서, 73쪽.

745) 김민호, 전제논문, 88쪽.

또는 국제관습법으로서 역할을 해낼 수 있는 지 등을 분석해본다.

1. 간접수용과 미국의 규제적 수용의 개념

간접수용은 국가 또는 공공기관이 투자자의 자산 소유권을 취득하지 않으면서 투자자산의 경제적 가치를 저하시키는 조치를 취해 실질적으로 직접수용과 동일한 효과를 발생하는 것이다. 이에 반해 미국의 규제적 수용(regulatory taking)은 재산권에 대한 규제 또는 제한이 수용의 법리에 의한 보상을 요하는 정도로 개인의 재산적 이익을 침해하는 것을 의미한다. 양자는 정부의 조치(규제 또는 제한)로 인해 사인의 재산권이 침해, 손실됐다는 점에서는 개념적으로 동일하다. 그러나 간접수용은 “정부조치의 반사적 효과로서 투자자산의 경제적 가치가 저하되는 것”이다. 반면 규제적 수용은 “피침해 재산권 자체에 대한 규제 또는 제한으로 경제적 가치가 감소되는 것”으로서 개념적 차이가 존재한다.⁷⁴⁶⁾

이러한 개념차이는 간접수용과 규제적 수용에 관한 사례의 유형들을 통해 알 수 있다. 규제적 수용과 관련한 대표적 사례로서는 “주택건축 허가조건으로 소유지 일부를 일반 대중이 해변에 접근할 수 있는 산책로로 사용할 수 있도록 공공지역권(public easement)을 설정하도록 요구하는 것은 규제적 수용에 해당한다”는 판정⁷⁴⁷⁾이 있다. 연안관리법에 따른 연안관리지역 지정으로 섬의 연안에 소재하는 토지에 어떠한 영구 건축물도 신축할 수 없게 되자 이는 규제적 수용에 해당한다고 주장한 사례⁷⁴⁸⁾가 있다. 간접수용과 관련한 대표적 사례로는 멕시코 연방정부가 행위를 통해 Metalclad사가 폐기물 처리사업 허가 발급을 보장한다고 해 Cotierin사를 인수 했는데, 인수 후 지방정부가 허가발급을 거부, 투자가치가 전면적으로 박탈된 사건⁷⁴⁹⁾이다. 또 미국 캘리

746) 김민호, 전제논문, 92쪽.

747) *Nollan v California Coastal Commission*, 483 U.S. 825(1987).

748) *Lucas v South Carolina Coastal Council*, 304, S.ct. 376; 404, S.E. ed. 895; no.91 (1992).

포니아 주정부는 캘리포니아주 내에서 판매되는 모든 가솔린에서 MTBE를 제거할 것을 규정하는 MTBE 생산과 사용금지 명령을 제정함으로써 MTBE의 주원료인 메탄올을 생산하는 Methanex사가 미국 내 투자와 영업활동에 심각한 제한을 받았다고 주장한 사건⁷⁵⁰⁾ 등도 있다.

규제적 수용과 관련한 사례들은 토지재산권에 대해 지역권을 설정하거나 건축을 직접 제한하는 등 재산권 자체에 대한 공용침해가 있었다. 반면 간접수용과 관련한 사례는 허가발급을 거부하거나 특정 화학물질의 생산을 금지하는 등 정부가 일반적 공행정작용을 발동한 결과, 그 간접적 효과로서 투자자산의 가치가 멸실 또는 감소된 것을 알 수 있다. ⁷⁵¹⁾

만약 Metalclad 사건이 우리나라 법원에 제소됐다면, 이 문제는 멕시코 정부의 폐기물처리사업 불허가처분에 대해 ‘행정법상의 확약’의 법리를 주장해 처분취소청구소송을 제기하는 법이론을 취해야 할 것인지 수용의 문제는 아니라 할 것이다.⁷⁵²⁾ 다만 문제가 되는 것은 우리나라의 손실보상체계는 ‘법률에 의한 보상’을 원칙으로 하기 때문에 계획제한에 따른 보상의 근거 법률이 존재하지 않을 때에는 미국처럼 규제적 수용이론에 의해 직접 보상을 받기는 어렵다는 것이다. 물론 이러한 때에는 독일에서 판례이론으로 형성된 ‘수용유사 침해이론’을 통해 구제를 받을 수 있는 가능성을 검토해야 할 것이다. ⁷⁵³⁾

2. 우리나라 헌법과 간접수용의 도입 가능성과 합헌성

국내 학자들은 간접수용의 도입가능성과 합헌성 여부에 대해 의견 차이를

749) *Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case no.1, Arb(AF)/97/1*. 미국의 델라웨어주 회사인 메탈클래드사가 멕시코를 상대로 중재를 신청해 2000년 8월 30일자로 내려진 이 사건의 중재판정은 NAFTA 제11장에 의거해 신청한 중재사건에서 청구내용을 받아들인 첫 판정이었다. 이재우, 전계논문, 71쪽.

750) *Canada Methanex v. U.S.*

751) 김민호, 전계논문, 93쪽.

752) 상계논문.

753) 강병근, “외국인 투자의 간접수용과 국가의 규제권한”, 28쪽.

보이고 있다. 국내 헌법학자들은 도입가능하다는 입장과 불가능하다는 입장이 나누어져 있다. 국제법학자와 우리 정부는 간접수용은 국제조약에 규정된 만큼 국내법과 같은 효력을 지니고 있는 만큼 간접수용은 바로 국내법적 효력을 지닌다고 보고 있다.

가. 헌법 해석상 간접수용 도입은 불가능하다는 의견⁷⁵⁴⁾

일부 국내법학자는 간접수용이 우리나라 현행 법체계에서는 전혀 존재하지 않는 개념으로 이를 그대로 도입하는 것은 곤란하다는 입장을 주장하고 있다. 이 입장을 살펴보면, 우리나라 법체계상 손실보상의 구성요건은 ①공공필요에 의해 특정의 재산권에 대해 공용침해⁷⁵⁵⁾를 할 것, ②공용침해는 반드시 법률에 근거할 것, ③공용침해가 특별한 희생을 초래할 것 등이다. 따라서 국가 또는 공공단체가 공공필요에 따라 특정의 재산권을 물리적으로 박탈하거나, 특정의 재산을 일시적으로 강제사용하거나, 특정의 재산권에 대해 규제 또는 제한을 가해 재산권이 본래의 효용을 방해받아 재산적 가치가 감소된 경우 법률이 정하는 바에 따라 손실을 보상하는 것이 우리나라 헌법이념이다.

간접수용은 공공필요에 따라 특정의 재산권, 투자재산 자체에 대한 공용침해를 처음부터 의도한 것이 아니라 정부가 특정 또는 일련의 조치를 발동하다 보니 그 반사적 효과로서 외국인 투자자 재산권의 가치감소를 초래한 것이다. 따라서 우리나라 헌법의 해석상 수용의 범리로 보기 어렵다. 우리나라 헌법상 손실보상은 피침해 재산권 자체에 대한 공용침해를 전제로 한 것이지, 정부조치의 효과에 의한 간접적 손실을 예정하고 있지 않다. 결론적으로 간접수용은 우리나라 헌법의 해석상 도입이 불가능하다.⁷⁵⁶⁾

우리나라 헌법⁷⁵⁷⁾에서도 수용은 ‘공공필요(공익)’에 따른 재산권의 박탈 또

754) 대표적인 학자로는 김민호를 들 수 있다. 김민호, 전계논문, 94쪽 참조.

755) 공용침해는 국가가 도로를 만들기 위해 그 부지를 취득하는 등 공공사업을 하기 위해 개인이 가진 재산을 취득하는 경우를 말한다. 원래 특정한 재산의 소유권을 국가가 취득함으로써 소유자에게 손실이 발생하는 것을 말한다. 법무부, “ISD 제도에 관한 Q&A”, 2쪽.

756) 김민호, 전계논문, 94쪽.

는 제한으로 정의된다. 공공필요란 공익과 동일 또는 공익을 포함하는 광의의 개념(국가안전보장, 질서유지, 공공복리 등)이라는 것이 통설적 견해이다. 그런데 간접수용을 규정한 한미FTA 투자협정문 부속서에는 “합리적 공공복리 정책(legitimate public welfare policy)은 간접수용을 구성하지 않는다”고 규정하고 있다. 이처럼 공공복리 정책이 간접수용을 구성하지 않는다면, 공공필요(공익)를 그 성립요건으로 하고 있는 수용과 이를 배제하는 간접수용은 전혀 별개의 개념이라는 해석이 가능하다. 간접수용은 논리상 “합법적 공공복리 정책을 제외한 정부의 조치 또는 일련의 조치로 재산권(투자이익 등)의 손실이 발생한 것”으로 우리나라 헌법상 수용의 개념과는 전혀 다른 범주에 속한다는 결론에 도달한다. 따라서 당해 재산권 자체에 대한 직접적인 소유권 강제이전 또는 박탈에 의한 손실에 ‘상응할 정도’의 정도의 재산권 침해가 ‘공공필요’에 따른 ‘적법한 공권력 행사’로 인해 발생했다면 바로 우리 헌법상 수용에 해당하므로 별도로 간접수용의 법리를 차용할 필요가 없다.

그럼에도 불구하고 한미FTA가 발효되면 간접수용은 자연히 위법성 여부에 따지면 국내법으로 도입될 가능성이 높다. 간접수용법리가 도입돼 합헌성이 인정되면 우리나라는 간접수용에 대한 일반적 개념을 법체계상 인정할 수밖에 없는 상황이 발생할 것이다. 따라서 국회는 ‘간접수용에 대한 특별법’(간접수용의 정의 및 이에 대한 보상의 범위와 방법 등을 규정)을 제정하거나, 개별적 정부조치의 근거 법률 마다 당해 조치로 인해 발생할 수 있는 재산권 침해에 대한 보상의 근거를 마련해야하는 입법의무가 발생한다.

이러한 간접수용 관련입법이 제정된다면 국가는 엄청난 보상비용을 부담해야 하므로 심각한 재정문제가 발생될 것으로 예상된다. 1997년 헌법재판소가 장기 미집행 도시계획시설부지에 대한 보상 규정을 두지 아니한 도시계획법 제6조에 대해 헌법 불합치결정⁷⁵⁷⁾을 내렸다. 이에 따라 국회는 장기 미집행 도시계획시설부지에 대해 토지소유자가 매수청구권을 행사할 수 있도록 하는

757) 헌법 제23조 제3항. “공공필요에 의한 재산권의 수용, 사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로서 하되, 정당한 보상을 지급해야 한다”. 공권력에 의해 개인이 갖고 있는 재산권을 침해하는 경우와 그에 반드시 따라야 하는 정당한 보상에 관해 규정하고 있다.

758) 헌법재판소 1997.7.16. 결정 97 헌바 26.

‘개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법’을 제정했다. 토지 매수비용으로 124조원의 예산을 부담하는 결과를 초래⁷⁵⁹⁾할 정도로 보상비용의 부담은 크다고 할 수 있다.⁷⁶⁰⁾ 현재 우리나라 보상법 체제는 토지 등 재산권에 대한 직접적인 침해적 제한에 대해서도 국가 재정여건상 완전한 보상을 해주지 못하는 실정이다. 이 같은 현실에서 정부조치의 반사적 효과에 의한 간접적 재산권 손실에 대해서까지 보상을 해줄 수 있는 것인지에 대해서는 심각한 우려를 금할 수 없다.⁷⁶¹⁾

따라서 한미FTA와 국내법과의 조화방안을 마련해야 할 필요가 있다는 것이다. 간접수용에 대한 우리나라 보상법제를 통한 해결방안은 국가배상과 행정상 손실보상, 수용유사 침해보상 등 3가지에서 찾아볼 수 있다.⁷⁶²⁾ 한미FTA 발효를 앞두고, 간접수용과 관련해 발생할 수 있는 재산권 침해에 대한 보상 근거의 입법화 조치를 서둘러야 할 것으로 보인다.

간접수용 분쟁사건 중 현행 국가배상법의 적용을 통해 구제받을 수 있는 경우는 정부의 조치 또는 일련의 조치가 처음부터 외국인 투자자의 재산권을 침해하려는 의도된 목적에서 취해졌고(고의), 이러한 조치가 성문법령 또는 법의 일반원칙을 위반해 이루어졌으며 그 결과, 외국인 투자자에게 손해가 발생

759) 박영강, “지방자치단체의 장기 미 집행 도시계획시설 보상재원에 관한 연구”, 『토지법학』, 제16호(2000), 94쪽.

760) 반대 입장도 있다. “피해자에 대한 보다 친화적인 구제절차의 도입이 소송의 빈발과 과도한 재정적 부담을 초래할 것이라는 우려는 타당하게 보이지 않는다. 미국의 경우 연간 규제수용 소송제기 건수는 30여건이고, 보상금 지출규모는 1200만 달러 정도다. 우리나라의 경제규모가 미국의 4분의 1 정도인 점을 감안할 때 연간 7-8건의 소송과 30억원 정도의 재정부담을 예상해 볼 수 있다. 이미 해당 법률상에 보상 근거규정이 존재해 보상이 이뤄지고 있는 상당한 부분을 고려할 때 실제 소송건수와 추가적인 재정부담을 이보다도 적을 것이다. 그러나 도시계획법의 경우처럼 다수의 피해자가 연루된 대형 소송의 발생 가능성에 대한 우려가 제기될 수 있다. 그러나 이러한 우려는 도시계획법 관련 조항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치 판결 이후에도 제기됐지만 이러한 우려가 현실화되지는 않았다.” 김관호, 전계논문, 63쪽; 하지만 외국투자자가 국제중재를 신청할 경우 사정은 달라질 것으로 본다. 우리나라의 도시계획법 등은 우리의 법문화에 바탕을 둔 것이지만, 미국의 법문화에 바탕을 둔 것이 아닌데다 중재재판부가 최종판단할 문제이기 때문이다.

761) 김민호, 전계논문, 95쪽.

762) 상계논문, 100-101쪽.

했을 때다. 또 정부의 조치 또는 일련의 조치가 공무운영상 흠이 있는데다(과실) 성문법령 또는 법의 일반원칙을 위반해 이루어졌고, 그 결과 외국인 투자자에게 손해가 발생한 경우 등이다.

간접수용 분쟁사건 중 정부의 조치가 고의 또는 과실에 의해 법령을 위반해 이뤄지지 않는 않지만 공공필요를 충족하기 위한 정부의 조치 또는 일련의 조치가 외국인 투자자의 재산적 손실을 발생케 했고, 이러한 재산적 손실이 재산권에 대한 사회적 구속을 벗어난 특별한 희생으로 인정된다면 행정상 손실보상을 통해 구제받을 수 있다. 다만 행정상 손실보상에 대한 법률적 근거가 존재해야 한다.

행정상 손실보상과 마찬가지로 간접수용 분쟁사건 중 정부의 조치가 고의 또는 과실에 의해 법령을 위반해 이루어지지 않는 않지만, 공공필요를 충족하기 위한 정부의 조치 또는 일련의 조치가 외국인 투자자의 재산손실을 발생케 하거나 재산적 손실이 재산권에 대한 사회적 구속을 벗어난 특별한 희생으로 인정되고, 행정상 손실보상에 대한 법률적 근거가 존재하지 않는 경우 보상근거가 될 수 있을 것이다. 우리나라의 대법원이 인정하고 있는 ‘수용유사의 침해에 의한 간접손실’은 국제투자분쟁의 역사에서 보면 간접수용의 개념에 부합한다고 볼 수 있다.⁷⁶³⁾

헌법의 해석상 도입이 불가능하다는 입장은 국내법상 위헌성이 있다는 주장으로 이어지고 있다. 우리나라 헌법이 법률에 따른 보상, 즉 보상법률주의를 규정하고 있다는 점을 지적한다. 재산권의 과도한 침해 사안에 있어 국내 법률상의 보상근거 규정이 없음에도 불구하고 투자협정상의 간접수용 규정에 의

763) 강병근, “외국인의 간접수용과 국가의 규제권한”, 28쪽; 대법원 ‘2004.9.23. 선고 2004다 25581 판결(2004.11.1). (213), 1706’은 “공공필요에 의해 수립된 적법한 행정계획으로 인해 재산권 행사가 제한됨으로써 이를 회수할 수 없게 되거나 추가적인 비용의 지출이 불가피하게 되는 신뢰이익의 손해를 입었고, 그것이 공공복리의 실현이라는 관점에서 수인해야 할 한도를 넘어서는 재산적 손실을 입은 것으로 인정되는 경우, 그 행정 계획의 수립으로 인해 재산적 손실이 발생하리라는 것을 쉽게 예견할 수 있고, 그 손실범위도 구체적으로 이를 특정할 수 있는 경우라면, 그 손실은 이른바 ‘수용 유사의 침해’에 의한 간접손실로서 그 보상에 관해서는 기타 손실을 보상하도록 규정하고 있는 구 토지수용법, 구 공특법 시행규칙의 관련 규정을 유추 적용할 수 있다”고 판시했다.

해 보상의 의무가 발생하는 것은 위헌의 소지가 있다는 것이다.⁷⁶⁴⁾

나. 간접수용 법리는 우리 헌법법리와 유사하다는 입장⁷⁶⁵⁾

미국의 판례와 한미FTA상의 간접수용 개념은 우리 헌법상의 손실보상법제의 한계를 벗어나는 개념은 아니라고 할 수 있다.⁷⁶⁶⁾ 예를 들면 헌법재판소는 그린벨트 제도의 위헌여부에 관해 “도시의 평면적 확산을 제한해 자연환경을 보전하고 도시생활의 질을 높이는 것은 공익적 요청이자 국가의 의무이므로 그린벨트 제도 자체는 합헌”이라고 판단했다. 동시에 “그린벨트 내 토지에 대해 정부가 아무런 보상을 하지 않고, 개발을 제한하는 것은 땅 소유자의 재산권을 지나치게 침해하는 것으로 위헌”이라는 헌법불합치결정을 내렸다.⁷⁶⁷⁾

간접수용과 관련한 재산권과 투자의 개념, 공공필요와 공공목적, 특별한 희생 등으로 그 유사성이 인정된다. 재산권의 제한에 관한 보상은 현재 수용적 침해와 수용유사침해에 대한 보상의 인정 뿐 아니라 생활보상의 관념까지 인정하고 있다는 점에서 협정상의 간접수용에서 인정하고 있는 보상의 기준이 헌법상의 기준보다 과도하게 넓게 인정되고 있다고 볼 근거는 매우 희박하다고 보고 있다. 즉 미국에서 토지에 대한 간접수용은 규제적 수용으로써 우리나라의 공용제한에 해당한다는 것으로 대체로 이용권의 완전한 박탈에 이르지 않는 한 보상이 인정되지 않고 있다는 것을 알 수 있다. 다만 그 적용에 관한 차별이 있을 수 있다는 것을 알 수 있다.

결국 간접수용과 수용유사에 관한 법리적 내용과 범위에 관한 사항은 우리

764) 김관호, “한미FTA와 간접수용: 국내 재산권 보호제도와의 시사점”, 59쪽.

765) 강현철은 대표적으로 이같이 주장하고 있다. 강현철, 전계논문, 36쪽.

766) 법무부는 “간접수용은 투자유치국 정부가 교묘한 수단으로 외국인 투자자를 공지에 빠뜨릴 것에 대비해 투자자금을 안전하게 회수할 수 있도록 고안된 장치이다. 그러므로 간접수용에 대한 보상은 투자유치의 활성화를 위해 반드시 필요한 것으로 인정되고 있다. 우리나라도 항만건설로 어장을 잃은 어민에게 손실을 보상하는 사실상 간접수용과 비슷한 보상을 하고 있으므로 간접수용은 전혀 생소한 제도가 아니다”고 설명하고 있다. 법무부, 전계자료, 4쪽.

767) 헌재 1998.12.24. 89헌마 214 등(병합).

헌법의 해석을 벗어나는 새로운 제도적 장치가 아니라 영미법제와 우리 법제와의 제도적 발전과정의 차이에서 비롯돼 나타나는 제도적 오해를 유발하는 것임을 의미하는 것이다.⁷⁶⁸⁾ 따라서 적절한 관점에서 투자와 재산권 보호를 위한 국내법적 요건과 규제를 국제법적 원칙에 맞게 보완하는 노력과 개인에 대한 보상의 적정성에 관한 별도의 입법적 고려가 반드시 필요할 것으로 생각된다.⁷⁶⁹⁾

다. 간접수용은 헌법상 적합하다는 입장⁷⁷⁰⁾

한미FTA로 간접수용이 도입되면 헌법과 상충돼 위헌소지가 있고 사법주권을 침해할 우려가 있다는 주장이 있다. 위헌 주장은 FTA에 규정된 투자의 개념이 헌법이 정한 재산권의 개념보다 넓다는 데서 출발한다. FTA 반대론자들은 재산권의 수용과 그에 따른 보상은 법률에 근거가 있는 경우에만 가능한데, FTA로 인해 법률에도 없는 간접수용에 대한 보상을 해줘야하니 이는 헌법불일치로 위헌이라는 주장이다. 우리헌법 제23조 제3항에는 재산권의 수용과 그에 대한 보상은 법률로써 하되 정당한 보상을 지급하도록 하고 있다. 즉 재산권은 법률에 근거가 있어야 수용할 수 있고 그에 대한 보상도 법률에 근거가 있을 때 따라 하라는 것이다. 이 때문에 국내 법률에도 없는 간접수용과 그에 대한 보상을 FTA라는 조약을 근거로 해줄 수 있는냐는 의문이 제기될 수 있다.⁷⁷¹⁾ 이를 두고 미국의 법리가 한미FTA에 그대로 수용돼 우리나라에 게 불리하다고 한미FTA 반대론자들은 주장하고 있다.⁷⁷²⁾

768) 강현철, 전계논문, 40쪽.

769) 상계논문, 37쪽.

770) “간접수용은 단지 정부의 규제가 사실상 수용과 동일한 효과를 초래할 경우 이에 대한 보상이 필요하다는 것 그 이상도 이하도 아니다. 한미FTA는 조약인 만큼 국내법과 같은 법적 효력을 가지며, 간접수용은 국제관습법에 따라 적용되고 있다”고 주장하고 있다. 주진열, 전계논문, 68쪽; 법무부, 전계자료, 4쪽.

771) 국정브리핑, “ISD는 위헌? 사법주권 침해?” (2007.4.26), 1쪽.

772) 김성잔·김남근, “한미FTA 투자자 국가소송제가 부동산정책에 미치는 영향”, 『한미FTA

하지만 국제법학자와 한국 정부는 대체로 국제법적 시각에서 간접수용을 살펴보면 국내법과 동일한 효과를 가진다며 적법하다고 주장하고 있다.⁷⁷³⁾ 우리 헌법 제6조 제2항은 외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 따라 그 지위가 보장된다고 하고 있으므로 조약으로 외국인의 재산권을 보호하는 것은 법률보상주의에 저촉되지 않는다. 조약은 국내법과 같은 효력을 갖는 만큼 당연히 간접수용은 국내법적 효력이 있고, 위헌성은 없다는 것이다. 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다”라고 하므로 제6조 제3항도 내국민에게만 적용된다고 해야 한다. 즉 내국민의 재산권은 법률을 근거로 보상해야 하나 외국인은 조약에 근거해서도 보호할 수 있다는 것이다.⁷⁷⁴⁾

따라서 한미FTA상의 간접수용 문제는 국제법 또는 국제관습법에 따라 처리⁷⁷⁵⁾되므로 아무런 문제가 없다고 판단된다. 미국법에 근거를 둔 판례들이 한미FTA에 포함되긴 했으나 한미 양국이 체결한 한미FTA라는 국제조약은

협정문 분석종합보고서』 (2007.6.20), 239-241쪽.

773) 한미FTA 찬반 논쟁 중 미국법에 관해 오해가 있다. “미국은 국제법을 국내법으로 받아들이는 기제가 우리와 다르다. 한국은 조약을 맺으면 국내법으로 그대로 적용되지만, 미국은 대부분 국내 이행입법을 거쳐 시행된다. 따라서 우리와 FTA협정을 맺은 후에도 미국이 이를 이행하는 국내법을 채택할 경우 FTA협정문과 반드시 동일하지 않은 내용이 포함될 가능성이 있다. 이는 결국 협정 이행 신뢰도와 연관되는 문제로서, FTA협정과 상충하는 내용이 국내법에 포함될 경우, 그 자체로서 협정 위반을 구성할 수 있다. 예를 들면, 미국은 WTO에 1995년 가입했으나, 이를 URAA라는 독자적인 국내법으로 이행입법을 했고 이 이행입법에는 원래 WTO협정과 일부 상이한 내용(5% 정도)이 포함돼 있어 일부 국가들은 이러한 미국의 이행입법을 문제 삼아 WTO 협정위반으로 WTO에 미국을 제소하는 경우가 있다. 그러나 이러한 경우 해당 분쟁에서 판정의 근거는 미국의 이행입법이 WTO협정을 위반하고 있는가 하는 것이지, 미국이 자국의 국내 입법을 내세워 WTO협정 위반을 정당화할 수는 없다. 심지어 미국도 수많은 분쟁에서 이러한 주장을 한번도 제기하지 않았다. 이는 국제법의 중요한 기본원칙의 하나를 구성하기 때문이다. 국내 이행입법이 협정에 상치되는 것은 협정위반이 되는 것이지, 협정 정당화 사유가 될 수 없다는 것은 국제법상 조약해석의 기본원칙이고, 미국도 이러한 원칙을 잘 알고 있기 때문이다. 따라서 미국은 국내법상 조약 적용 문제를 이유로 마치 미국이 협정 위반을 자유로이 할 수 있는 것으로 설명하는 일부의 주장은 법적으로나 사실적으로 잘못된 것이다. 만약 그러한 점이 문제가 된다면 한국과 미국이 체결한 수백 개의 조약에서 이미 동일한 문제가 나타나야 했을 것이다.” 이재민, “한미 FTA 협상의 재점검”, 4쪽.

774) 법무부, 전개자료, 7쪽.

775) 한미FTA 제11.22조(준거법). 중재재판부는 이 협정과 적용 가능한 국제법 규칙에 따라 분쟁중인 쟁점을 처리한다고 규정.

미국 국내법과는 다른 새로운 별개의 국제법 틀 속에 독립적으로 움직이는 구조를 갖고 있다고 볼 수 있기 때문이다. 수용과 간접수용은 국제관습법에 해당되는데다 국제조약은 국내법과 동등한 법적 효과를 가지는 만큼 국제법과 조약이 정하는 바에 따라 중재재판부가 판정을 내릴 것이다. 그동안 우리나라가 체결한 80여개의 투자조약 속에는 대부분 간접수용이 포함되어 있다. 수용의 범위가 확대되고 그 의미가 변화하고 있다고 해서 그 자체를 국제법으로 인정하지 않을 수는 없다. 간접수용의 위헌성을 강조할 경우 현재까지 우리나라가 체결한 간접수용 조항은 모두 무효가 될 것이기 때문이다. 특히 우리나라는 외자유치국인 동시에 중국과 베트남, 아세안 등으로 외국투자를 확대해가고 있는 투자국의 입장이라는 점을 감안하면 국제조약이 국내법과 같은 효력이 있다는 점을 수용해야 할 것이다. 다만 국내법적으로 피해를 최소화할 수 있는 대책은 마련돼야 할 것이다.

국제조약은 이를 맺는 국가들이 서로의 이익을 위해 각자의 주권 중의 일부를 행사하지 않거나 일정한 방법으로만 행사하기로 하는 자발적 약속과 같다. 따라서 국가들이 서로 외국인 투자를 활성화하기 위해 투자분쟁에 대해서는 자기 나라의 재판권을 행사하지 않기로 조약을 맺는 것은 이례적인 일이 아니라 얼마든지 가능하다.⁷⁷⁶⁾ 다만 그 범위와 실용가능성 등은 조약체결에 앞서 잘 따져야 할 것이다. 실제 수용문제가 중재에 회부될 경우 중재재판부는 수용이 국제관습법과 국제관례 등을 살펴 판정을 내리게 될 것이다. 간접수용의 의미가 국내법과는 다를 수도 있지만 조약은 국내법과 같은 효력을 가지는 만큼 위헌소지는 없다고 볼 수 있다.

아직까지 우리정부의 규제조치로 인해 미국을 비롯한 외국투자자가 간접수용을 당했다며 ISD 중재신청을 한 적은 없다. 하지만 우리가 FTA를 동시 다발적으로 추진하고 있는데다 외국투자자도 간접수용의 개념에 대한 중요성을 알아가고 있는 만큼 우리정부를 상대로 간접수용으로 인한 손해배상을 요구하는 국제투자 중재신청을 제기할 가능성이 높다. 동시에 우리나라 투자자도 외국에서 언제든지 이 제도를 활용할 수 있을 것이다. 우리나라는 미국과의

776) 국정홍보부, 전개자료, 1쪽.

FTA 뿐 아니라 벌써 칠레를 비롯한 다른 나라와 FTA를 체결했고, 이 조약에는 간접수용 개념을 포함하고 있다. 따라서 분쟁의 가능성을 없애도록 예산마련과 함께 국내법을 국제적 수준으로 정비하고, 행정기관의 법치행정을 강화해야 할 것이다. 특히 FTA 간접수용 문제는 ISD 등의 중재절차를 통해 그 범위와 방식 등에 대한 종합적인 검토가 이뤄져야 할 것이다.

第6章 結 論

한미FTA 타결 이후 한국은 FTA 반대론자를 중심으로 거부 움직임이 거센 가운데 2007년 9월 7일 국회에 비준동의안을 제출한 상태다. 한미FTA를 적극적으로 지지하고 있는 한나라당 이명박 후보의 대통령의 당선에 따라 한미 FTA는 국내 국회에선 2008년 2월께 통과될 가능성이 확실시된다. 미국도 아직 의회에서 표결에 붙여지지 않고 있다. 미국(주로 공화당 의원)은 쇠고기와 자동차 문제가 충분히 수용되지 않았으며 불만의 의견을 제시하고 있다. 이 때문에 한미FTA에 대한 미 의회 표결 전망은 빨라야 2008년 3월께나 이뤄질 것으로 전망된다.⁷⁷⁷⁾ 한미FTA는 어떠한 조약보다도 자유무역패턴의 성격이 강한 만큼 발효된 뒤 성과를 나타내기 위해서는 철저한 국내 후속대처가 필요한 상황이다.

한미 양국의 무역과 투자거래에는 분쟁발생이 필연적이다. 특히 한국은 그동안 단 한 건의 투자자와 국가 간 분쟁 건수가 없었으나 한미FTA가 발효되면 외국 투자자의 권리강화로 중재신청이 발생할 가능성이 높다.⁷⁷⁸⁾ 이 때문에 비록 전통 국제법에 뿌리를 두고 있는 투자분쟁제도는 한국에서도 FTA를 통해 활발한 모습을 보일 것으로 전망된다. 국가나 그 기관 또는 국영기업을 일방당사자로 한 국제투자계약에서 발생하는 분쟁을 공평하고 실효성 있게 해결할 수 있는 문제는 국제투자계약의 당사자, 특히 외국투자자의 입장에서 매우 중요하다. 미국은 NAFTA 이후 체결하는 FTA 마다 투자자가 중재분쟁을 신청할 수 있는 투자분쟁해결제도를 대부분 의무적으로 포함시키고 있다. 이 여파로 미국형 FTA를 따르는 FTA 체결국가들은 주로 ISD를 양자조약에 포함시켜 투자자가 투자손실을 입을 경우 직접 투자중재를 신청할 수 있다. 중

777) 김문영(KOTRA 뉴욕무역관), “미 의원들이 본 한미FTA 미 의회 통과 전망”, KOTRA 보고서(2007.9. 30), 1-2쪽.

778) 미국과 캐나다, 멕시코가 체결한 NAFTA의 경우 1994년 협정 발효 후 2007년 6월 말 현재 13여 년 동안 3개 당사국이 46건을 제소 당해 국가 당 연 평균 1건을 넘는 피소율을 기록하고 있다. NAFTA 상황이 국경을 맞댄 인접국가라는 점에서 분쟁의 특수성이 있긴 하지만 한미 간에도 투자와 교역을 통해 분쟁을 피할 수는 없을 것으로 본다.

재의 범위는 투자에서부터 외자유치국의 정책까지로 넓어지면서 투자보호는 갈수록 강화되고 있는 추세다.

이 같은 현상이 나타나면서 외국투자자 보호와 국가 주권과의 형평이 필요하다는 인식이 제고되고 있다. 우리나라는 그동안 별 문제없이 양자조약이나 FTA를 통해 ISD제도를 도입했다. 그 범위도 구체적인 언급 없이 조약이 체결되기도 했다. 우리나라 뿐 아니라 다국적기업의 본산인 미국에서도 마찬가지로 이 같은 현상을 보이고 있다. 국민들이 ISD제도의 중요성을 충분히 깨닫지 못하는 사이에 투자자의 권한이 강화되고, 캐나다 등 외국투자자로부터 미국도 중재대상으로 제외되는 상황이 만들어지기도 한다.

본 논문의 목적은 이 같은 상황에서 투자분쟁해결제도와 투자분쟁 대상들이 한미간에 과연 형평성을 가지고 체결된 것인지, 우리나라 법과 국제중재법을 적용하는데 아무런 문제점이 없는지를 알아보고, 그 개선방안을 찾고자 하는데 두고 있다. 이를 위해 일차적으로 중재신청 주체인 외국투자자의 중재신청과 관련한 주체성의 발전과정과 상황을 분석하고, 투자조약과 관련해 어떻게 성장해왔는가를 검토했다. 특히 투자국의 해외투자자보호와 국가면제 등 전통 국제법상의 원칙들이 투자자 보호 움직임 속에서 그 기능이 어떻게 추락했는지 그 과정을 역사적 과정을 통해 살펴봤다. 국제투자분쟁은 국가 간의 조약이 체결되면서 조약에 ISD조항을 두고 있다. 특히 한미FTA에는 ISD를 신청하려는 외국투자자는 ICSID중재기관 등 국제중재기관을 통해 중재를 신청할 수 있고, 간접수용까지 그 대상을 확대하고 있다. 따라서 국제중재제도의 발전과정과 한미FTA에서 허용하는 국제중재해결절차의 유형을 분석한 뒤 ISD와 ICSID의 관계를 살펴봤다. 이어 ISD가 글로벌 스탠더드로 안착하고 있는지와 장단점을 분석하고, 특히 한국과 미국이 체결한 투자협정 과정을 검토했다. 특히 한미FTA상의 ISD에 대한 양국의 찬반 입장을 살펴봤다.

간접수용은 비록 우리나라가 체결한 FTA에서도 규정하고 있는 등 조약에서 그 모습을 드러냈지만 한미FTA에서 본격적으로 논란을 빚고 있는 만큼 그 문제점과 FTA제도 도입 때 보완해야 할 점은 무엇인지를 살펴보는 데 연구의 역점을 뒀다. 투자자 보호는 필연적으로 주권약화를 가져온다. 과연 한국

의 FTA반대론자들이나 미국 내 국가주권 우려를 걱정하는 사람들의 생각이 국제중재판정에서 우려할 정도로 나타나고 있는지를 판례분석 등을 통해 살펴봤다. 따라서 투자와 투자자 보호의 범위를 조정하고, 투자자와 투자유치국의 균형을 이루는 차원에서 투자자 보호와 국가의 권한을 유지시킬 수 있는 방안을 본 논문에서 분석, 검토했다. 이 결과 내린 결론을 정리하면 다음과 같다.

(1) FTA 협상전략을 국가별로 세워야 할 것이다. 한국은 미국과의 경우 ISD제도 도입을 원칙적으로 허용하지 않되, ISD제도를 도입할 경우 투자유치국의 ICSID 중재동의 조항을 두거나 협정문의 투자내용에서 한계를 정확히 해줘야 한다. 국제투자의 기본철학으로 양자조약을 추구할 것이 아니라, 다자투자조약으로 문제를 해결하고, 중재판정이 다르게 나오거나 틀리는 경우도 나오고 있는 만큼 상소제도를 만들어 정부의 정책이 외국투자자에 의해 훼손되거나 위협당하지 않도록 해야 할 것이다. 법제도의 안정측면에서는 부지불식간에 ISD제도가 대부분의 투자조약에 삽입돼있는 만큼 앞으로의 모든 투자조약에 규정, 운영하는 것이 바람직할 수 있지만 실익측면에선 효율적이지 못하다고 생각된다. 특히 양자조약은 나라마다의 특색이 있는 만큼 이를 고려해 조약내용을 결정해야 할 것이다. 이 같은 원칙을 고려하면, 기본적으로 한국은 미국과의 FTA상의 투자분쟁에서 ISD제도 자체를 두지 않았다면 가장 안전했을 것이라고 본다. 한국의 국내법 절차에 따라 분쟁을 해결하는 것이 바람직하다는 것이다. 미국과의 FTA는 ISD제도를 도입한다 해도 투자와 투자자의 범위, 간접 수용의 범위 등이 확대되고 그 해석을 놓고 논란이 많은 만큼 대책을 마련하기는 쉽지 않기 때문이다.

따라서 FTA상의 ISD제도 도입은 우리와 상대국가와의 관계를 고려해 실익을 따져 결정해야 할 것이다. 이번 한미FTA처럼 ISD제도나 간접수용 등의 문제를 처음부터 도입하는 전략을 강대국에게 펼치는 것은 피해야 할 문제다. 우리와 경제적 힘이 비슷한 나라와 투자조약을 맺을 때 ISD제도를 포함시키는 것은 바람직할 것이다. 법체제와 경제력을 갖춘 강대국과의 협상에서는 세계적으로 이 제도가 보편화돼 있다며 이 제도를 무조건 도입해야 한다는 접근

방법은 버려야 할 것이다. 투자자의 권익보호가 투자와 관련한 제도와 법 규제시스템을 선진국의 글로벌 스탠더드에 맞게 투자환경을 투명화한다고 판단해서는 실익을 놓칠 우려가 있다. 다국적기업인 투자자들이 일방적으로 우리 정부를 대상으로 중재신청을 할 때 정부로서는 부담이 되지 않을 수 없기 때문이다. 특히 국가정책을 대상으로 중재분쟁을 일으킬 때는 더욱 그렇다고 볼 수 있을 것이다. 2004년 체결한 중국·아시안 FTA(제5조), 2000년에 체결한 유럽연합·멕시코 FTA(제15조)처럼 우리도 미국과의 교섭에서는 투자자에게 국제중재회부권을 원칙적으로 부여하지 않는 방침을 가지고, 협상을 시도했으면 좋았을 것이다. 호주가 ISD제도를 배제시키면서 미국 측에 다른 분야를 양보했다고 한다면, 우리도 최소한 ISD제도 도입을 허용하는 대신 다른 이득을 챙겼어야 마땅했을 것이라고 본다. 미국의 주장대로 ISD제도를 뒤야 한다면 중재 회부에 동의할 것인지를 개별 중재사안마다 한국정부가 판단하고 선택할 권리를 가졌으면 좋았을 것이다. 우리의 법 전통을 지키면서 법 발전에 힘을 쏟을 여력이 더 생겨날 수 있을 것이기 때문이다. 미국식이 글로벌 스탠더드가 좋은 점도 있지만 국가 주권 약화와 행정행위의 위축 등이 우려되기도 하는 점을 명심해야 할 것이다.

(2) 중재제도는 중재판정이 틀리거나 중재재판부마다 다르게 나오는 경우가 있는 만큼 단심제에서 벗어나 상소제도를 마련하는 것이 바람직할 것이다. 사계약이 아니라 국가의 정책과 관련된 부문이 투자자에 의해 중재로 갈 수 있기 때문이다. 특히 장기적으로는 외국투자자의 권리를 보호하고, 국가의 권한도 지킬 수 있는 다자간 투자국제사법재판소 설립이 필요하다고 본다. 비록 개발도상국의 반대로 다자간투자협정이 불발로 그쳤지만, 상황이 바뀌고 있는 만큼 다시 추진해볼 필요가 있다. 현재는 당시와 국제환경이 다르다고 볼 수 있다. 당시는 FTA가 활발히 진행되지 못한데다 다자간 조약이 활기를 띠는 시기였지만, 2000년대 들어 양자조약을 통해 양 국가만이 서로 윈-윈 하고, 조약 비가입국은 자연히 수출이 줄어드는 등 피해를 입는 국제환경이 조성되고 있다. 따라서 양자조약보다 상대적으로 국가간의 빈부 격차를 줄이고 동시

에 국제투자를 통해 상호 발전할 가능성이 높은 다자 투자조약을 체결하고 분쟁해결제제도 마련하는 것이 필요하다고 본다. 외국투자자의 중재제소 권리를 현재의 중재기관보다 중재재판소를 통해 해결하면 국가간 정치적 안정과 함께 상사중재 관정에 바탕을 둔 투자자 중재기관의 단점을 보완할 수 있을 것이다. 특히 다수 국가의 의견을 수렴해 투자국제사법재판소를 만들면 신뢰와 객관성이 투자 중재기관보다 높다고 볼 수 있다. 투자자 입장에서 볼 때 사법적 해결은 늘 불편한 점이 있고, 개발도상국에게도 선진국의 결합체로서 힘의 균형이 선진국에게 유리한 국제투자분쟁해결기관에서 제대로 지켜질지 의문시하는 점을 배제할 수 없다고 볼 수도 있다. 하지만 양자조약을 통해 중재기관에 회부당하는 것 보다는 국가간의 힘의 균형과 객관성을 보장받을 수 있다고 본다. 재판소를 만드는 것이 불편하다면 현재 운영 중인 ICJ가 국가만을 분쟁해결주체로 인정하는 틀에서 벗어나 투자자와 국가 간 투자분쟁도 해결할 수 있고, 재판결과에 대한 제재도 할 수 있는 방안을 마련하는 것도 필요하다고 할 것이다. 투자자 보호로 국가주권문제가 대두되고 있는 만큼 가장 발전된 분쟁해결방법으로 평가받고 있는 사법적 해결(사법재판) 등 다양한 투자분쟁해결제도를 마련해야 할 시점이다.

(3) 한미FTA 규정에 포함된 간접수용제도의 경우 국제법적 시각에서 볼 때 위헌소지는 없다고 볼 수 있다. 조약은 국내법과 같은 효력을 갖고 있고, 국제관습법이기 때문이다. 판정은 국제법 원칙을 벗어나지는 않는 안정성을 보이고 있고 미국법과는 다른 독립적인 국제관습법에 해당돼 FTA의 법적인 안정성은 원칙적으로 보장된다고 볼 수 있다. 국제중재판정에서도 이 같은 점이 반영될 것이다. 다만 우리의 법제는 미국과 달라 미국투자자가 이와 관련해 중재신청을 할 경우를 대비해 국내법 정비와 다양한 판례 분석과 동향 파악에 힘을 쏟아야 할 필요가 있다. 물론 국가재정만 충분하다면 재산권 보호 강화라는 측면에서 이 제도를 적극적으로 도입하는 것도 좋다고 볼 수 있다. 외국인 뿐 아니라 내국인에 대해서도 재산권 보호가 강화될 수 있기 때문이다. 우리 헌법상은 아직 이 제도를 직접적으로 수용하지 않고 있고, 문제가 발생할

경우 미국에서 도입된 법인만큼 미국관례법에 따라 제도가 운영되고 판단될 가능성이 높다. 간접수용에 따른 보상 의무는 정부의 공공정책 추진을 극히 제약할 우려도 있다.

한미FTA는 재산권 보호제도를 개선을 할 수 있는 기회로 삼아야 할 것이다. 특히 우리 정부의 정책 방향은 정부 주도로 공공개발을 적극 추진하기 위해 재산권 침해에 대한 보상을 최소화하는 것이었던 만큼 정부의 이러한 정책에 대해 서서히 한미FTA를 통해 체제를 변화시키는 노력도 해야 한다고 본다. 물론 재산권 보호는 정부가 FTA가 아니더라도 예산부족 등을 내세워, 그동안 재산권을 충분히 보호하지 못한 만큼 스스로 해결해야할 문제다. 정부의 예산확보를 통한 적극적인 재산권 보호 추진의사가 없는 이상 공익에 우선권을 두는 분위기를 넘어서기란 쉽지 않다. 다행히 간접수용의 보상은 단지 소유권만 남았을 뿐 재산에 관한 여러 권리가 거의 소멸된 정도의 피해가 발생한 경우에만 인정되고 있다. 하루빨리 재산권을 더욱 보호할 수 있는 체제로 간접수용에 대한 국내 법제화의 필요성에 대한 면밀한 검토가 이뤄져야 할 것이다.⁷⁷⁹⁾ 정부는 점차적으로 보상비용도 마련해 이 문제를 해결하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

중재재판부는 판단기준은 협정문과 적용 가능한 국제법 규칙을 판단기준이 되는 준거법으로 삼을 수 있지, 우리의 성문법이 준거법이 되는 것은 아닌 점도 주의해야 할 것이다. 만약 중재판정부가 투자자의 손을 들어주면 내국인에게 보상대상이 아닌 적법한 조치였던 것이 미국인에게는 보상을 해줘야 하는 상황이 발생할 경우도 생길 우려가 있다. 이러한 사태는 ISD제도가 실질적으로 합헌적인 국내 법률을 개폐할 수 있는 사실상의 권한을 미국 투자자에게

779) 국책연구기관인 한국개발연구원(KDI)은 선진화된 규제개혁의 접근 방향의 하나로 규제 수용이론의 도입을 주장했다. “규제수용이론은 우리의 헌법정신과도 정확히 일치하고, 규제개혁의 추진 종사자가 실질적으로 활용할 수 있는 유용성을 가질 것으로 사료된다. 아울러 앞서 제기된 규제개혁의 선진화를 이해하는데 있어 관련된 모든 당사자에게 상대적으로 명쾌한 지침을 제공할 것으로 판단된다.” 규제수용의 논리는 비단 투자협정을 통해 우리가 수용해야 하는 사항일 뿐 아니라 규제의 선진화 차원에서 자발적으로 도입해야 할 내용이기도 한 것이다. 차문중, 『기업 환경개선을 위한 규제개혁 연구: 규제의 영향과 개혁정책 분석』 (서울: 한국개발연구원, 2005), 181쪽.

양도한 것이라는 비판도 있는 만큼 한미FTA가 도입되기 전이라도 이에 맞춘 국내법 정비가 시급하다고 할 수 있다. 이런 우려는 외부충격에 의해 국내법이 선진화되는 계기를 마련하는 기회도 될 수 있다고 볼 수 있다. 이 때문에 한미FTA와 국내법의 충돌이 예상되는 분야⁷⁸⁰⁾를 모두 파악해 해결해나가야 할 것이다. 특히 ISD와 간접수용 문제는 한미 양국 모두가 목적은 다르지만 개선해야 한다는 목소리가 공통적으로 나오고 있는 만큼 한미 공동과제로 삼아 정책적인 모임을 통해 해결해나가야 할 것이다. 미국 정부와의 협력체제 구축은 서로 미리 분쟁을 막을 수 있는 기회를 확보할 수 있다고 보기 때문이다.

(4) 한미FTA처럼 국제조약이 절차상의 흠이 발생하는 점을 막기 위해 국내 통상절차법안 제정을 고려해야 할 것이다.⁷⁸¹⁾ 미국과 마찬가지로 한국도 FTA에 대한 충분한 국민적 합의를 이끌어 낼 수 있는 제도적 장치가 마련돼 있지 않아 공감대 형성과 토론 없이 추진돼 반대여론이 어느 때보다도 높았다. 공청회의 무산, 부실한 경제영향 분석, 4대 선결조건 수용 논란, 통합 협정문 공개 논란, 영문협정문안 국문번역본 제공 문제, 국회 FTA특위 과정에서 여러 공방 등은 우리 통상조약 추진, 체결 체제가 지니고 있는 근본적인 문제점을 적나라하게 드러냈다. 이러한 문제점을 제도적으로 해결하기 위해서는 우선 FTA와 관련해 사전 심의와 검토를 의무화하는 일반 법률의 제정이

780) 한미FTA 이행을 위해 24개 법률개정안처리가 필요하다고 주장되고 있다. 외교통상부, “한미FTA 비준과 향후 FTA 추진방향”, 한국언론재단포럼(2007.10.17), p.5.

781) 2006년 2월 2일 민주노동당 권영길 의원 등 여야 40명의 국회의원은 ‘통상협정의 체결에 관한 법안’을 공동발의 한데 이어 2006년 9월 25일 노상경의원은 열린우리당 14명의 국회의원을 대표해 ‘통상조약의 체결절차 등에 관한 법률안’을 발의했다. 이어 2006년 11월 2일에는 열린우리당 내 한미자유무역협정 특별위원회 위원장인 송영길 의원이 열린우리당 의원 30인을 대표해 ‘통상협상절차에 관한 법률안’을 발의했다. 권영길, 이상정, 송영길 의원 등이 각각 대표 발의한 이들 3개 법안은 2006년 11월 27일 국회통일외교통상위원회에 상정됐고, 2006년 12월 5일 공청회가 열렸으나 노무현 대통령의 통상절차법은 곤란하다는 특별회견 이후 줄곧 정부 측의 반대로 아직 표류중이다. 3개 법안의 공통된 특징은 기본적으로 정부의 통상권을 국회가 견제, 보완한다는 취지로 요약할 수 있다. 왕상한, ‘통상절차법안의 비판적 검토’, 『통상법률』, 통권 제72호(2006.12), 70-73쪽; 최원목, ‘한국 통상절차법안의 문제점과 법 제정 방향’, 제1회 한국국제경제법학회 공동 학술대회(2006.11.18), 10-11쪽.

필요하다고 본다. 사전적으로 국회가 협정에 관한 사항을 수시로 점검하고 검토해 적절한 입법적 대안과 방안을 제시하는 노력이 필요하다. 이러한 절차를 거침으로써 비준 이후 동의절차에서 불필요한 논쟁과 절차의 지연 등이 이뤄지지 않도록 하기 위해서다. 협상의 내용과 그 타당성 검토과정이 국가간의 전 분야에 걸친 방대한 것으로 일정기간의 짧은 검토와 심의만으로는 이뤄지기 힘들다는 점에서 더욱 필요한 절차적 과정이라고 본다.

특히 그동안 행정부에 독점돼온 통상조약 체결제도는 국회의 권한을 강화하고, 국민의 참여를 증진시키며, 행정절차의 민주화와 투명성을 제고하는 현대 행정의 목표와 합치되도록 제정돼야 할 것이다. WTO체제 출범에 따른 이행 특별법의 제정과정을 거친 것과 마찬가지로 국회가 FTA 비준에 동의하면 FTA이행에 관한 개별적 특별법의 신속한 제정을 통해 국회가 적극적으로 입법적 지원과 기초를 마련하는 노력도 필요하다고 생각된다. 통상정책과 이에 따른 국내대책을 사전에 수립하고 이를 체계적으로 집행함으로써 적극적이고 효율성을 가질 수 있는 제도적 기반을 마련할 필요가 있을 것이다.

參考文獻

1. 東洋文獻

(1) 韓國文獻

(가) 單行本

- 강병근, ICSID 중재제도 연구, 서울: 법무부, 2006.
- 김대순, 국제법론(제12판), 서울: 삼영사, 2007.
- 김명기, 국제법원론(상), (하), 서울: 박영사, 1996-1997.
- 김명섭 외, 세계의 정치와 경제, 서울: 한국방송통신대학교, 2004.
- 김봉철, 자유무역협정의 이해, 서울: 인텔에듀케이션, 2004.
- 김석우, 국제통상의 정치경제론, 서울: 한울아카데미, 2000.
- 김선광 외, 국제통상학 개론, 서울: 동성출판사, 1997.
- 김성준, WTO의 형성과 전망(5) 뉴라운드, 서울: 삼성출판사, 1997.
- _____, 조약의 국내적 수용 비교 연구, 서울: 법무부, 1996.
- 김세민, 한국 근대사와 만국공법, 서울: 경인문화사, 2002.
- 김용구, 세계관 충돌의 국제정치학, 서울: 나남출판, 1997.
- 고준성, 자유무역협정의 법적고찰, 서울: 법무부, 2003.
- _____, 자유무역협정(FTA)의 조문별 유형분석, 서울: 산업연구원, 2003.
- _____, 국제투자분쟁해결사례, 서울: 법무부, 1990.10.
- 김종훈 외, 사자에게는 넓은 들판이 필요합니다, 서울: 국정홍보처, 2006.7.
- 굴리에모 카르케디, 자유무역과 불평등교환, 한미 FTA, 이미 실패한 미래, 서울: 사회운동사회진보연대, 2006.
- 대한무역진흥공사, WTO 체제의 무역환경과 EU시장 진출전략, 서울: 대한무

- 역진흥공사, 1994.
- _____, 분쟁해결과 GATT, 서울: 대한무역진흥공사, 1993.
- _____, UR과 신국제질서, 서울: 대한무역진흥공사, 1992.
- 동덕모, 한국의 개국과 국제관계, 서울: 서울대학교출판부, 1996.
- 로버트 A. 아이작(강정민 옮김), 세계화의 두 얼굴, 서울: 이른 아침, 2006.
- 문준조, 우리나라의 FTA 체결을 위한 체계적 연구, 서울: 한국법제연구원, 2005. 10.
- 박번순·전영재, 세계화와 지역화, 서울: 삼성경제연구소, 2001. 6.
- 박번순·전영재·김현진·이수희·최세균, 한국의 FTA 전략, 서울: 삼성경제연구소, 2003.
- 배기찬, 코리아 다시 생존의 기로에 서다, 서울: 위즈덤하우스, 2006.
- 배문성·박순찬·송유철·윤미경·이근, 한·중·일 무역규범의 비교분석과 FTA에 대한 시사점, 서울: 대외경제정책연구원, 2003.
- 배재식, 국제법 I, 서울: 한국방송통신대학교, 2004.
- 백충현·정인섭, 국제법 II, 서울: 한국방송통신대학교, 2004.
- 백충현·정인섭·최승환, 국제거래법, 서울: 한국방송통신대학교, 2001.
- 사법연수원, WTO 통상법, 서울: 사법연수원, 1999.
- 서울대학교 법학연구소, 국제기준과 법의 지배, 서울: 박영사, 2004.
- 서울대학교 국제문제연구소, 세계정치 6권(자유무역협정의 정치 경제), 서울: 인간사랑, 2006.
- 성재호, 국제기구와 국제법, 서울: 한울아카데미, 2003.
- 송기호, 한미 FTA의 마지노선, 서울: 개마고원, 2006.
- _____, 한미FTA 핸드북, 대구: 녹색평론사, 2007.
- 스기모토 쇼오시찌 외 5명(이건우 역), 세계를 지배하는 얼굴 없는 국제기관 IMF·세계은행, 서울: 한울아카데미, 1998.
- 아마티아 쉐(이상호·이덕재 역), 불평등의 재검토, 서울: 한울아카데미, 1999.
- 안덕근, 국제 통상체제에서의 법의 지배 확립과 한국의 현황(국제기준과 법의 지배), 서울: 박영사, 2004. 7.

- 오승구, 한미동맹의 미래와 한국의 선택, 서울: 삼성경제연구소, 2005.
- 오윤경 외, 21세기 현대 국제법 질서, 서울: 박영사, 2001.
- 왕상한, 미국통상법의 허상과 실체, 서울: 법문사, 2002.
- 우석훈, 한미 FTA 폭주를 멈춰라, 서울: 녹색평론사, 2006.
- 유병화·박노성·박기갑, 국제법 I, II, 서울: 법문사, 2000.
- 유혁수·여동식, 일본의 경제제휴협정(EPA/FTA) 추진동향, 서울: 한국법제연구원, 2006. 3.
- 유현석, 국제정세의 이해, 서울: 한울아카데미, 2005.
- 이병조·이중범, 국제법 신강, 서울: 일조각, 2003.
- 이상돈, 국제거래법론(Donald T.Wilson 저), 서울: 아세아문화사, 1884.
- 이상운, 국제경제법, 서울: 중앙경제사, 1995.
- 이석용, 국제경제법-이론과 실제-, 서울: 세창출판사, 2000.
- 이성봉·김관호·이준규·현혜정, 한·미 FTA 투자분야 주요 쟁점이슈와 평가, 서울: 대외경제정책연구원, 2006.
- 이영준, 국제경제법론, 서울: 법문사, 1998.
- 이준일, 차별금지법, 서울: 고려대학교출판부, 2007.
- 이한기, 국제법강의, 서울: 박영사, 2006.
- 이해영, 낯선 식민지, 한미FTA, 서울: 메이데이, 2006.
- 장문철 외, UNCITRAL 모델중재법의 수용론, 서울: 세창출판사, 1999.
- 장시복, 세계화 시대 초국적기업의 실체, 서울: 책세상, 2005.
- 장승화, 양자간 투자협정 연구, 서울: 법무부, 2001.
- 장효상, 국제경제법, 서울: 박영사, 1986.
- _____, 신고 국제경제법, 서울: 법영사, 1996.
- _____, 국제통상법, 서울: 법영사, 1996.
- 정귀래, 신국제통상론, 서울: 삼영사, 2001.
- 정인교, 한·중·일 FTA의 추진당위성과 선행과제, 서울: 대외경제정책연구원, 2003.
- 정인교 외, 한·미 FTA 논쟁, 그 진실은?, 서울: 해남, 2006.

- 정인교·노재봉, 글로벌 시대의 FTA 전략, 서울: 해남, 2005.
- 정인섭, 국제법의 이해, 서울: 홍문사, 1996.
- 조지프 E. 스티글리츠, 앤드루 찰턴(송철복 옮김), 모두에게 공정한 무역, 서울: 지식의 숲, 2007.
- 조지프 나이, 국제분쟁의 이해(양준희 옮김), 서울: 한울아카데미, 2006.
- 존 메릴스, 국제분쟁의 해결방법(김재원 옮김). 서울: 교육과학사, 1998.
- 존 미클스웨이트. 에이드리언 울드리지 (유경찬 옮김), 기업의 역사, 서울: 을유문화사, 2004.
- 최낙균 외, WTO 뉴라운드의 협상의제별 주요 쟁점 및 대응방안, 서울: 대외경제정책연구원, 2001.
- 최승환, 국제경제법(3판), 서울: 법영사, 2006.
- _____, 국제경제법, 서울: 법영사, 1998.
- _____, 국제통상과 WTO법-WTO 체제하의 분쟁해결제도, 서울: 아시아사회과학원, 1996.
- 최재훈·정운장, 국제법, 부산: 법문사, 1981.
- 최종고, 한국법과 세계법, 서울: 교육과학사, 1991.
- 최홍배·노석태·이성형 공역(島田征夫 著), 국제법, 서울: 21C 법경사, 2004.
- 프란시스 앤서니 보일(김영석 역), 세계질서의 기초, 서울: 박영사, 2004.
- 하랄트 슈만·크리스티아네 그레페·마티아스 그레프라트, 아탁, 서울: 영림카디널, 2004.
- 한국국제경제법학회, 국제경제법, 서울: 박영사, 2006.
- 한꿈통상법연구회, 뉴라운드와 신통상 이슈, 서울: 한국무역협회, 2000.
- 한스 페터마르틴·하랄트 슈만(강수돌 옮김), 세계화의 덫, 서울: 영림카디널, 2004.
- 한미FTA저지범국민운동본부, 한미FTA 국민보고서, 서울: 도서출판 그린비, 2006.
- 허영, 한국헌법론(신정 14판), 서울: 박영사, 2000.
- 허찬국·송원근·김관호·최병일·임재영, 한·미 FTA주요쟁점 분야별 협상동향

및 영향분석, 서울: 한국경제연구원, 2007.

홍기빈, 투자자-국가 직접소송제, 대구: 녹색평론사, 2006.

(나)論文 및 雜誌, 發表資料

강병근, “투자자-정부 중재방식과 한국의 대응”, 한양대학교 국제소송법연구센터 제1차 국제학술행사, 한양대학교 법학연구소, 2006.11.24.

_____, “국제투자 중재 상 공익보호와 투명성 제고에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』, 제50권 제2호, 2005.10.

_____, “외국인 투자의 간접수용과 국가의 규제 권한”, 『통상법률』, 통권 제67호, 2006.2.

_____, “국가를 당사자로 하는 중재재판제도 연구”, 『한림법학』, 8호, 1999 .11.

강희갑, “외국중재판정의 집행에 대한 주권면제”, 『중재』, 제283호, 1997.3.

고영국, “중재판정의 집행과 국가면제에 관한 고찰”, 『국제법학회논총』, 제51권 제3호, 2006.12.

고용부, “국제통상질서의 구조와 우리의 통상전략연구”, 『통상법률』, 통권 제46호, 2002.8.

_____, “미 통상정책상 국제주의와 지역주의의 전개 및 양면전략 연구”, 『통상법률』 통권 제57호, 2004.6.

고준성, 『국제투자분쟁해결센터(ICSID)의 제도에 관한 연구』, 박사학위논문, 고려대학교, 1990.12.

_____, “무역구제 및 분쟁조정 등 이슈”, 산업연구원, 2006.6.

고준성·이성봉·김관호, “한미FTA와 투자”, 한국무역협회 무역연구소, 2006.8.

_____, “FTA를 통한 외국인 투자확대 기대, FTA 미래를 위한 선택”, 한국무역협회, 2006.9.

공병호, “한미FTA 이후의 한국”, 『월간조선』, 2007.5.

곽수중, “한미FTA의 정치경제학”, 삼성경제연구소, 2006.5.31.

구충서, 『국가와 외국인 간의 투자분쟁의 해결에 관한 연구』, 박사학위논문,

- 서울대학교, 1989.
- _____, “국제투자분쟁과 ICSID 중재”, 『국제법학회논총』, 제65호, 1989.
- 김관호, “미국의 양자간 투자협정”, 대외경제정책연구원, 1998.8.
- _____, “NAFTA의 투자분쟁사례와 시사점”, 대외경제정책연구원, 1998년 가을호.
- _____, “미국의 투자협정 모델 개정과 시사점”, 『통상법률』, 통권 제68호, 2006.4.
- _____, “한미FTA와 간접수용 : 국내 재산권 보호 제도에의 시사점”, 『규제연구』, 제16권 제1호, 한국규제학회·한국경제연구원, 2007.6.
- 김관호·이성미, “최근 국제투자 분쟁사례의 연구”, 대외경제정책연구원, 1998.12.
- 김문달, “국제법과 국내법과의 관계”, 『경희법대논총』, 제12호, 1974.5.
- _____, “외국인재산 보호에 관한 새로운 동향”, 『경북대 인문·사회과학 논문집』, 36호, 1983. 12.
- 김민서, “다국적기업의 법적 개념에 관한 연구”, 『국제법학회논총』, 제48권 제1호, 2003. 6.
- 김민호, “간접수용 법리의 합헌성 연구”, 『저스티스』, 통권 제96호, 2007.2.
- 김봉철, “FTA정책의 추진과 이행을 위한 통일적 법규개선에 관한 연구”, 한미 FTA 체결지원위원회 공모전 논문부문 우수상, 2006.12.
- 김부찬, “국제기업의 법적 규제”, 『국제법학회논총』, 66호, 1989.12.
- _____, “국제투자분쟁해결제도”, 『제주대 논문집』, 26권, 1988.7.
- _____, “국제기업의 국제법 주체성과 외교적 보호제도”, 『국제법학회논총』, 제44권 제2호, 1999.12.
- _____, “외교적 보호제도와 국내구제완료의 원칙”, 『국제법학회논총』, 제46권 제3호, 2001.12.
- _____, “국제관습법 상 외교적 보호제도에 관한 고찰”, 『법학연구』, 제42권 제1호, 2001.12.
- 김상호, “ICSID 투자분쟁 해결구조에 관한 연구”, 『중재연구』, 제13권 제2호, 2004.2.

- 김석호, “국제법상 국유화의 합법성”, 『인하대학논문집』, 제16집, 1991.
- _____, “외교적 보호권에 대한 새로운 비판적 고찰”, 『법학연구』, 제26집, 2007.5.
- 김영구, “분쟁해결을 위한 새로운 패러다임으로서의 현대 국제 판결—그 기능 및 한계에 관한 연구—”, 『서울국제법연구』, 제8권 1호, 2001.
- _____, “다자조약이 갖는 현대 관습국제법 규범형성에 있어서 선언적 및 실증적 기능에 관한 고찰”, 『해양대 사회과학논문집』, 창간호, 1994 봄호.
- 김정건, “기업에 대한 외교적 보호권 설정의 국제법적 기준에 관한 연구”, 『국제법학회논총』, 제65권, 1989.
- 김정곤, “미국의 FTA 체결제도와 절차”, 『세계경제』, 2006.4.
- 김정균, “국제법과 국내법의 통일적인 상관형식”, 『성균관대 사회과학』, 1호, 1964.12.
- 김진섭, “국제법상에 있어서의 칼보조항(Clausula Calvo)의 효력—그 효력에 관한 국제 판례를 중심으로—”, 『경기대학 논문집』, 1호, 1971.9.
- _____, “국제법상의 국유화와 보상의 법리—학설·판례를 중심으로—”, 『국제대학교 사회과학논총』, 제1집, 1982.
- 김중서, “한미FTA와 민주주의—주권문제를 중심으로—”, 『민주법학』, 통권 제32호, 2006.12.
- 김중수, “국유화 사건 중재판단”, 『전남대 사회과학논총』, 제82호, 1982.12.
- 김창규, “양자간 투자협정 구조에 대한 고찰”, 『무역구제』, 창간호, 2001.1.
- 김채형, “양자간 투자협정의 발전과 국제관습법의 형성가능성”, 『국제·지역연구』, 제8권 제3호, 1999 가을호.
- 김태연, “국제법학의 현대적 과제”, 『저스티스』, 통권 제74호, 2003.8.
- 김태운, “국제분쟁 해결수단의 법제화 동인과 그 효과에 관한 고찰”, 『법학연구』, 제20집, 2005.10.
- 김하룡, 『국제단기투기펀드의 법적규제에 관한 연구』, 박사학위논문, 제주대학교, 2007.2.
- 김형구, “국제분쟁의 사법적 해결에 있어서의 형평의 지위와 역할”, 『한양법

- 학』, 11집, 2000.12.
- 김형성, “경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계”, 『저스티스』, 통권 제79호, 2004.6.
- 권한용, “국제경제법상 국가개입의 정책적 의미”, 『동아법학』, 제34호, 2004.
- 나인균, “국제법상 국가개념의 발전과 변화”, 『국제법학회논총』, 제45권 제1호, 2000.6.
- 노석태, “국제법상 국제투자 보호제도”, 『중앙법학』, 제8집 제1호, 2006.4.
- 대외경제정책연구원, “한·미 FTA 바로 알기”, 2006.5.
- _____, “투자협정 바로알기”, 2001.12.
- 대한국제법학회, “한미정부간의 투자보장협정 수정”, 『국제법학회논총』, 제10권 제2호, 1965.9.
- 대한상사중재원, “해외투자시 국제분쟁 해결방법”(Leo H. Phillips 강연 번역), 1981.3.23.
- _____, “투자분쟁 개요”, 2007.
- 대한재무협회, “한미투자보장협정 체결의 의의”, 『재정』, 제9호, 1960.4.
- 로버트 서콜레이, “동아시아와 아·태지역 경제통합”, 세계경제연구원·한국무역협회, 2005.12.
- 류병운, “국제투자분쟁해결절차에 대한 분석”, 2007년도 국제법학자대회, 2007. 10. 13.
- 문돈, “FTA 분쟁해결기제”, 『진보평론』, 제23호, 2005 봄호.
- 박노형, “한국 법원의 국제법 수용: WTO 협정의 직접효력 문제”, 『저스티스』, 통권 제92호, 2006.8.
- 박시홍, 『해외투자의 법적 보장제도에 관한 연구』, 박사학위논문, 경희대학교, 1991.7.
- _____, “국유화와 외국인자산의 보호”, 『법조』, 431호, 1992.8.
- 박원석, “국제규범에 따른 지역개발정책의 방향”, 삼성경제연구소, 1997.11.
- 박현수, “한미 FTA 협상 타결과 한국경제의 미래”, 삼성경제연구소, 2007. 4.5.
- 배정생, “세계무역기구 분쟁해결제도의 개선방안에 관한 연구”, 『국제법학회논총』,

- 제2호, 2004.10.
- 법무부, “한미FTA 법무부 소관분야 언론 예상 문답 자료”, 2007.4.4.
- _____, “ISD와 지적재산권 등의 FTA 협상 결과와 향후 대응방안”, 2007.4.5.
- _____, “ISD 제도에 관한 Q&A”, 2007.4.3.
- _____, “미국통상법연구”, 1996.
- 서원우, “글로벌라이제이션과 법”, 『저스티스』, 통권 제77호, 2004.2.
- 서철원, “투자자 국가간 직접중재에서의 상소메커니즘의 전망과 법적 쟁점”, 『국제법학회논총』, 제52권 제2호, 2007.8.
- _____, “투자자-국가간 중재를 이용하기 위한 절차적 요건에 관한 연구-Loewen 사건의 쟁점을 중심으로”, 『국제법학회논총』, 제52권 제1호, 2007.6.
- _____, “국가와 사인간의 국제중재에 주권면제가 미치는 영향”, 『서울국제법연구』 제1권 제1호, 1994.
- _____, “외국중재판정의 승인과 집행에 관한 1958년 뉴욕협약: 한국법원에 서의 적용사례를 중심으로”, 『서울국제법연구』, 제3권 제1호, 1996.
- 손태우, “WTO 분쟁해결양해각서 상의 중재에 관한 연구”, 『통상법률』, 통권 제69호, 2006.6.
- _____, “WTO 체제에 국제사회의 가치수용을 위한 법적 방안에 관한 연구”, 『저스티스』, 통권 제81호, 2004.10.
- 신창훈, “개인의 국제법 주체성 및 법인격에 대한 이론적 재조명”, 『국제법평론』, 통권 제23호, 2006.
- 신 평, “미국에서의 사적 개발목적을 위한 공용수용”, 『저스티스』, 통권 제90호, 2006.4.
- 안덕근, “WTO체제에서의 FTA 분쟁해결제도”, 『통상법률』, 통권 제49호, 2003. 2.
- 어재선·이정선, “2007년 미 무역장벽보고서를 통해 본 한미 FTA 협상 평가와 시사점”, KOTRA, 2007.4.
- 엄순영, “법의 세계화와 한미 FTA-조약의 효력요건과 한미 FTA-”, 경상대

- 한·중국제학술세미나, 2007.7.28.
- _____, “법의 세계화-조약 체결권과 국회 동의권의 법적 성격을 중심으로 -”, 『민주법학』, 통권 제32호, 2006.12.
- 오동석, “민주주의 관점에서 본 한미FTA 협상과정의 문제점”, 『민주법학』, 통권 제32호, 2006.12.
- 오승구·유진석, “다자간 투자협정(MAI)의 영향과 대응방안”, 삼성경제연구소, 1997.6.
- 왕상한, “통상절차법안의 비판적 검토”, 『통상법률』, 통권 제72호, 2006.12.
- 원용걸, “지역무역협정의 확산과 WTO 역할: WTO ‘지역무역협정위원회’ 10년의 평가”, 『통상법률』, 통권 제70호, 2006.8.
- 윤영철·이의정, “국제경제법상 주권에 관한 연구”, 『지역개발연구』, 제7호, 1999.12.
- 윤익수, “개인의 국제법 주체성에 관한 고찰”, 『관동대 논문집』, 제14호, 1986.1.
- 이동호, “자유무역협정의 중재절차가 환경법과 환경정책에 미칠 영향”, 『서울국제법연구』, 제13권1호, 2006.
- 이병화, “국제법 상 국가승인과 국제사법상 본국법”, 『국제법학회논총』, 제46권 제1호, 2001.6.
- 이상돈·Klaus Günther·변종필, “세계화에 따른 법문화의 변화와 법 개혁의 과제”, 『법철학연구』, 제7권 제1호, 2004.
- 이상면, “개항기 조선 주권론 충돌”, 『법학』, 제47권 제2호, 2006.6.
- 이상현, 『조약의 위헌심사에 관한 연구』, 박사학위논문, 원광대학교, 1996.4.
- 이석연, “헌법 합치적 경제, 사회정책의 방향”, 『저스티스』, 통권 제79호, 2004.6.
- 이석용, “국제분쟁해결 수단으로의 ICSID 중재”, 『사회과학연구』, 제6집, 1996.12.
- 이영찬, “외국인자산의 국유화 행태에 관한 연구”, 『인하논문집』, 6호, 1984 .6.
- 이윤창, “GATT 제20조 분석 : 자유무역과 주권행사와의 균형을 찾아서”, 『통상법률』, 통권 제67호, 2006. 2.
- 이재민, “ISD 분쟁해결절차에 대한 소고”, 『서울국제법연구』, 제13권2호, 2006.

- _____, “ISD투자분쟁해결절차”, 한미FTA 체결지원위원회 세미나, 2006. 12. 14.
- 이중범, 『외자도입상 제약요인 배제에 관한 법이론 연구-국유화 이론을 중심으로-』, 박사학위논문, 단국대학교, 1975.
- _____, “투자분쟁해결법에 관한 연구”, 『국제법학회논총』, 41·42호, 1977.12.
- 이찬진, “투자자-국가 제소권 협상타결 내용 검토”, 한미FTA 타결안 긴급 평가토론, 2007.4.3.
- 이한기, “외국자산의 국유화”, 『서울대학교 법학』, 제10권 제2호, 1968.
- _____, “Sabbatino 사건과 대외원조법의 수정”, 『국제법학회논총』, 제15권 제1호, 1970.3.
- 이한영·최계영·류정우, “한·미/한·일 투자협정, 한·칠레 자유무역협정, WTO 뉴라운드협상 등 최근 진행 중인 정보통신 관련 무역·투자협정 연구”, 정보통신정책연구원, 2000.
- 이항구, “한·미FTA 협상 타결과 향후 과제”, 『국제문제연구』, 2007.5.
- 이혜영, “한미FTA와 투자”, 한미FTA 대국민보고서, 2006.
- 이현구, “통상 관계사로 본 한·미FTA”, 『국제문제연구』, 2007.5.
- 장승화, “한미 FTA 투자 관련 협상에서 나타난 몇 가지 쟁점에 관한 연구”, 『국제거래법연구』, 제15집 제2호, 2006.12.
- _____, “GATT/WTO 협정에 위반된 국내법의 효력”, 『국제관례연구』, 제1집, 1999.
- _____, “양자간 투자협정의 적용범위”, 『통상법률』, 통권 제41호, 2001.10.
- _____, “국제투자분쟁의 해결”, 『서울대학교 법학』, 제42권 제3호, 2001.9.
- 장효상, 『국가계약에 관한 연구(국제양허계약을 중심으로)』, 박사학위논문, 명지대학교, 1977.
- 전경일, “국제개발법제의 고찰”, 『단국대법학논총』, 제28집, 2004.
- 정규상, “한미FTA와 투자보호”, 한미FTA체결지원위원회 주최 세미나 자료, 2006.12.14.
- 정인교, “한·칠레 FTA의 주요 내용”, 대외경제정책연구원, 2003.3.
- _____, “자유무역협정(FTA) 이해하기”, 대외경제정책연구원, 2001.9.13.

- 정인섭, “조약체결에 대한 국회의 사후동의”, 『서울국제법연구』, 제9권 1호, 2002.6.
- 제성호, “조약의 체결 비준에 대한 국회동의권”, 『국제법학회논총』, 64호, 1988.12.
- 조중균, “통상환경의 변화와 한·미 FTA”, 『통상법률』, 통권 제68호, 2006.4.
- 주진열, “국제경제법의 최근 동향: 한미FTA 분야별 최종협상 결과”, 『국제법 평론』, 통권 제25호, 2007.
- _____, “한미FTA 투자자·국가분쟁해결제도: 오해와 이해”, 2007년도 국제법 학자대회(2007.10.13)
- 진시원, “한미 FTA 투자조항과 한국 외국인 투자 구조의 문제점”, 『21세기정 치학회보』, 제16집 제3호, 2006.12.
- 참여사회연구소, “한미FTA 투자자-국가소송제 과연 무엇이 문제인가?”, 제51회 참여사회포럼자료, 2006.12.1.
- 최경수, 『양자협정에 의한 해외투자의 보호』, 박사학위논문, 고려대학교, 1992.7.
- 최명규, “개인의 국제법사의 주체성”, 『월간고시』, 5월호, 1995.5.
- 최승환, “국제경제 분쟁해결제도로서의 중재”, 『국제법학회논총』, 통권 제80호, 1996.12.
- _____, “국제법상 외국인 투자자산의 수용”, 『국제법학회논총』, 통권 제83호, 1998. 6.
- _____, “국제경제 분쟁해결제도의 유용성”, 『통상법률』, 제13호, 1997.2
- _____, “국제경제 분쟁해결제도로서의 조정”, 『경희법학』, 제31호, 1996.12.
- _____, “공정성 개념이 국제통상법 발전에 미친 영향”, 『서울국제법연구』, 제6권 제2호, 1999.
- 최원목, “한미 FTA 관련 몇 가지 이슈 분석, FTA 미래를 위한 선택”, 한국무역협회, 2006.9.
- _____, “한국 통상절차법안의 문제점과 법 제정 방향”, 『통상법률』, 통권 제 72호, 2006.12.
- 최재훈, “국제법과 국내법의 관계에 관한 이론과 실제”, 『부산대 법학연구』,

- 제4권 제2호, 1960.3.
- _____, 『외인재산의 국유화와 국제법』, 박사학위논문, 부산대학교, 1970.9.
- 최태현, “국가면제 제한의 새로운 발견”, 『서울국제법연구』, 제6권 제2호, 1999.
- 과울 케네디, “미국의 힘은 얼마나 강하며, 중국의 부상은 어떻게 보아야 하는가”, 세계경제연구원, 2006.2.
- 페테 눈넨캄프, “해외직접투자: 투자국의 막연한 불안감 대 투자대상국의 지나친 기대감”, 대외경제정책연구원, 2005.12.
- 한국무역협회 무역연구소, “미국-호주 FTA의 주요내용과 시사점”, 2004.4.
- 한미FTA저지범국민운동본부, “한미FTA 협상 중간 평가 보고서”, 2006.12.
- _____, “한미FTA 타결안 긴급평가 토론회”, 2007.4.3.
- _____, “한미FTA 분야별 평가보고서(1차)”, 2007.4.24.
- 한미FTA체결지원위원회 외, “한미FTA 이후 동아시아 투자환경의 변화와 대응”, 2007.4.13.
- 한미FTA체결지원위원회, “한국이 맺은 투자협정”, 1, 2권, 2006.9.
- 홍기빈, “투자자-국가 직접소송제의 성격과 위험성”, 51회 참여사회 포럼, 2006.12.1.
- 홍성화, “국제법상 분쟁의 평화적 해결에 관한 연구”, 『건국 사회과학』, 제8집, 1984.8.
- _____, “국제분쟁의 현재와 미래”, 『건국 사회과학』, 제16집, 1992.8.
- 홍영표, “FTA의 역사적 고찰과 국제동향”, 『통상법률』, 제72호, 2006.12.

(2) 日本文獻

(가) 單行本

- 落合淳隆 譯(Hazel Fox 編), 『國際經濟法 入門: 途上國問題を中心に』, 敬文堂, 1993.

- 大沼保昭, 國際法, 東信堂, 2005.
- 大沼保昭・藤田久一, 國際法資料集 下(第5版), 東信堂, 1994.
- 島田征夫, 多國籍企業 株主の 外交的保護, 多國籍企業の 法的研究, 成文堂, 1980.
- 島田征夫, 國際法(第4版), 弘文堂, 2006.
- 島田征夫・杉山晋輔・林 司宣, 國際紛争の多様化と法的處理, 信山社, 2006.
- 東京大學 社會科學研究所, 基本的 人權(歴史2), vol.3, 東京大學出版會, 1978.
- 丹宗昭信・山手治之・小原喜雄, 國際經濟法, 青林書院, 1987.
- マティアス・ヘアデゲン (檜崎みどり 監譯), 國際經濟法(第2版), 中央大學出版部, 1999.
- 白石 隆, 帝國とその限界, NTT出版株式會社, 2004.9.
- 杉原高嶺 外 5名, 現代國際法講義(第2版), 1995.
- 杉原泰雄, 國民主權の研究, 岩波書店, 1974.
- 石川 明, 國際經濟法と地域協力, 信山社, 2004.
- 小林 秀之, 國際取引紛争, 弘文堂, 1987.
- 松井芳郎 外 6名, 國際法, 有斐閣, 2007.
- _____, 判例國際法(第2版), 東信堂, 2006.
- 松下瀧雄, 國際經濟法(國際通商・投資の規制) 第3版, 有斐閣, 2001.
- 岩田一政・小寺 彰・山影 進・山本吉宣, 國際關係研究入門(増補版), 東京大學出版會, 2003.
- 矢谷通朗, 外國投資の法的保護, アジア經濟研究所, 1996.
- 櫻井雅夫, 國際經濟法 國際投資, 成文堂, 1992.
- _____, 國際經濟法の基本問題, 慶應通信, 1983.
- 位田隆一, 開發途上國における國有化紛争の實效的 解決(紛争解決の國際法), 三省堂, 1997.
- 日米FTA研究會, 日米FTA戦略, ダイセモンド社, 2007.4.
- 日本國際問題研究所, 日本資産國有化と國際法, 1964.
- 田畑茂二郎・石本泰雄, 國際法(第3版), 有信堂, 1998.

- 池田文雄, 投資紛争解決法の研究, アジア経済研究所, 1969.
- ジョセフ・S・ナイ・ジュニア(田中明彦・村田晃嗣 譯), 国際紛争—理論と歴史(原書第6版), 有斐閣, 2007.
- 中谷和弘・植木俊哉・河野眞理子・森田章夫・山本 良, 国際法, 有斐閣アルマ, 2006.
- 曾野和明, 国際経済社会と法, 有信堂, 2003.
- 浅田正彦, 二一世紀国際法, 有信堂, 2006.
- 村瀬信也, 国際立法—国際法の法理論, 東信堂, 2002.
- _____, 国際法の経済的基礎, 有斐閣, 2001.
- 土井輝生, 国際取引紛争における国家の裁判管轄権免除と仲裁役割, 多国籍企業の法的研究, 同文館, 1984.
- 横川 新, 国際投資法 序説(国際法における国有化の研究), 千倉書房, 1972.
- 喜多川篇典, 国際商事仲裁の研究, 東京大学出版会, 1978.

(4)論文 및 資料

- 廣部和也, 最新における主権免除原則の状況, 国際法外交雑誌, 第104巻 第1號, 国際法學會, 2005.5.
- 國生一彦, 條約の國內法的 效力, 国際商事法務, 33巻 10號, 2005.
- 吉田 脩, 国際法における国際制度の 新展開, 国際法外交雑誌, 第99巻 第3號, 国際法學會, 2000.8.
- 内ヶ崎善英, 經濟制裁の國內實施措置—私人に及ぼす影響を中心に—, 国際法外交雑誌, 第102巻 第1號, 国際法學會, 2003.5.
- ロバート T. グレイダ・クローディア・アナカー(角田太郎 譯); 二國投資協定はいかにして日本の投資家を保護できるか, 国際商事法務, 第32巻 12號, 2004.
- 瀧井 光夫, 米國のFTA政策: その展開と特色, 国際貿易と投資, No.68, 2007 夏.
- 福永有夏, 投資保護協定と日本, 法律時報, 77巻 6號 通巻 957號, 日本評論社, 2005.

- ピーター・ゴッドウィン・ピーター・コーニー, 仲裁機関による仲裁とアドホック 仲裁, 国際商事法務, 34巻 1号, 2006.
- 森川俊孝, 投資条約における国家との間の国際仲裁の法的メカニズムと機能, 第100巻 第1号, 国際法外交雑誌, 2001.4.
- 小寺 彰, 貿易・投資分野における国際紛争処理の新次元-正統性確保とその方向性-, ジュリスト 1299号, 有斐閣, 2005.10.15.
- _____, 経済連携協定の意義と課題, 法律時報, 77号, 2005.6.
- 小寺 彰・西元廣治, Ethyl 事件の虚像と実像, 国際商事法務, 33巻 9-11号, 2005.
- 小寺 彰・松本加代, 投資協定の新局面と日本, 第1-4回, 国際商事法務, 34巻 8号-35巻 2号, 2006.8-9-10, 2007.2.
- 小森光夫, 国際公共利益の制度化に伴う国際紛争の複雑化と公的対応, 国際法外交雑誌 第103巻 第2号, 国際法學會, 2004.8.
- 松田竹男, 国際投資法における在外自国民の保護, 松田芳郎編, 国際取引と法, 名古屋大學出版會, 1998.
- 櫻井雅夫, アメリカの投資奨励保護協定(上)(下)-モデル協定-, 国際商事法務, 30巻 9, 10号, 2002, 9-10.
- _____, FTAA(米州自由貿易地域)協定-投資を中心に-, 国際商事法務, 30巻 5号, 2002.
- _____, 多数国間投資協定, 国際商事法務, 24巻 2号, 1996.
- 安藤仁介, 天然の富と資源に対する永續的主権の現状, 国際法外交雑誌, 第60巻 第3号, 1961.
- ユージンD.ガランド 外 2名, 商取引紛争の国際仲裁, 国際商事法務, 33巻 3号, 2005.
- 佐々木 雄一, 日本の外国投資法制についての一考察, 法學論集 第120号, 早稲田大學大学院 法學研究科, 2006.
- 佐分晴夫, 国際経済秩序における地域的経済統合の意義, ジュリスト1254号, 有斐閣, 2003.10.15.

- 折茂 豊, 外國 國有化と公序, 國際法外交雜誌, 第61卷 第5號, 國際法學會, 1962.
- 中川淳司, 國際投資の保護と日本, 國際法學會, 國際取引, 三省堂, 2001.
- 川岸繁雄, 開發協定と仲裁裁判, 國際法外交雜誌, 第92卷 第2號, 國際法學會, 1993.6.
- 坂本力也, 米國における國際仲裁判斷の承認及び執行, 日本法學, 第72卷 第2號, 日本大學法學會, 2006.
- 河野真理子, 投資紛争解決國際センターの制度と活動, 國際商事法務, 26卷 6號, 1998.
- 横川 新, 投資保護協定, ジュリスト1254號, 有斐閣, 2003.10.15.

2. 西洋文獻

(1) 單行本

- Anand, R.P., *Confrontation or Cooperation?*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- Appleton Barry, *Investment Treaties and Mining Companies*, Appleton & Associates, Toronto Washington DC, 2004.5.5.
- Bartels Lorand-Ortino Federico, *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, Oxford University Press, 2006.
- Behman Jack N., *National Interests and Multinational Enterprise: Tensions among the North Atlantic Countries*, Englewoods Clifts, Prentice-Hall, 1970.
- Berger, Klaus Peter, *The Practice of Transnational Law*, Kluwer Law International, 2001.
- Bishop, R. Doak-Crawford James-Reisman, W. Michael, *Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2005.

- Brewer, Thoma L., *The Global Race for Foreign Direct Investment, Prospects for the Future*, Springer–Verlag, 1993.
- Brierly, J. L., *The Law of Nations, Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed., 1963.
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5th ed., Oxford University Press, 2003.
- Cassess, Antonio, *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2005.
- Christopher, M. Dent, *New Free Trade Agreements in the Asia–Pacific*, Palgrave Macmillan, 2006.
- Craig, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., Oceana & Icc Publications, 1998.
- Daniel, L. M. Kennedy·James D. Southwick, *The Political Economy of International Trade Law*, Cambridge University Press, 2002.
- David E. Lilienthal, *Management of Multinational Corporation*, Mcgraw–Hill Book Company, 1960.
- Dixon Martin, *Textbook on International Law*, Blackstone Press, 1990.
- Dolzer Rudolf & Stevens Margrete, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Dolzer, Rudolf, *Expropriation and Nationalization, Encyclopedia of Public International Law*, vol.6, Elsevier Science Publishers, 1985.
- _____, *Indirect Expropriation of Alien Property*, 1 ICSID Rev., Foreign Investment L.J., 1984.
- Evans M., *International Law*, 2nd ed. Oxford University Press, 2006.
- Evans, Malcolm D., *International Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2006.
- Fiona Beveridge, *Globalization and International Investment*, Ashgate, 2005.
- Frank Issiah, *Foreign Enterprise in Developing Countries*, John Hopkins

- University Press, 1980.
- Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Columbia University Press, 1964.
- Gerhard von Glahn·James Larry Taulbee, *Law among Nations*, 8th ed., Pearson Longman, 2007.
- Ghosh, P. K., *New International Economic Order*, Greenwood Press, 1984.
- Grieg, D.W., *International Law*, 2nd ed., Butterworths, 1976.
- Guzman, Andrew T·Sykes, Alan O., *Research Handbook in International Economic Law*, Edward Elgar Publishing, 2007.
- Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law*, Sweet & Maxwell, 1998.
- Harten, Gus Van, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.
- Hezel Fox, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002.
- Hilf Meinhard·Petersmann Ernst–Ulrich, *National Constitutions and International Economic Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- Hirsch Moshe, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Hohenveldern, Ignaz Seidl, *International Economic Law* 3rd ed., Martinus Nijhoff Publishers, 1999.
- Horn, Norbert, *Arbitrating foreign investment disputes*, Klumer Law International, 2004.
- ICSID, *ICSID Convention Regulations and Rules*, ICSID/15/Rev.1, 2003.1.
- Jackson, John H., *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge University Press, 2006.
- Jennings, Robert·Watts, Arthur, *Oppenheim's International Law*, 9th ed., vol.1·2·3, Longman, 1992.

- Lobert Jennings and Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, 9th ed. vol. I, 1992.
- Matsushita Mitsuo-Schoenbaum, Thomas J. Mavroidis Petros C., *The World Trade Organization—Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, 2006.
- Michael, *The Legal Environment of Business*, PWS-KENT Publishing Company, 1988.
- Morgenthau, Hans, J., *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, 4th ed., Alfred A. Knopf, 1967.
- Muchlinski, P., *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell Publishers, 1995.
- Muller Sam, *The Flame Rekindled: New Hopes for International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- Lowenfeld, Andreas F., *International Economic Law*, Oxford University Press, 2002.
- _____, *International Litigation and Arbitration*, West Publishing Co., 1993.
- OECD, *International Investment Law: A Changing Landscape*, 2005.
- Oppenheim L., *International Law*, vol.1, 8th ed., 1955.
- P. Ebow Bondzi-Simpson, *Legal relationships between transnational corporations and host states*, Quorum Books, 1990.
- Peter, Muchlinski, *Multinational Enterprises and Law*, Blackwell, 1999.
- Qureshi, Asif H., *Perspectives in International Economic Law*, Kluwer Law International, 2002.
- _____, *International Economic Law*, Sweet & Maxwell, 1999.
- Rajagopal, *International Law from Below*, Cambridge University Press, 2003.
- Rugman, Alan M-Lecraw, Donald J and Booth, Laurence D., *International Business Firm and Environment*, McGraw-Hill, 1988.
- Sammartano, M. R., *International Arbitration Law*, Kluwer Law & Taxation

- Publishers, 1990.
- Sarkar Rumu, *Transnational Business Law (a Development Law Perspectives)*, Kluwer Law International, 2003.
- Schultsz, J.C-Van Den Berg, A., *The Art of Arbitration*, Kluwer Law International, 1984.
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, 4th ed., Cambridge University Press, 1997.
- Shea, Donald R., *The Calvo Clause*, University of Minnesota Press, 1995.
- Slomanson, William R., *Fundamental Perspectives on International Law*, Wadworth, 2003.
- Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, 1994 · 2004.
- _____, *The Settlement of Foreign Investment Dispute*, Kluwer Law International, 2000.
- _____, *The Pursuit of Nationalized Property*, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- Taniguchi, Yasuhei, Yanovich, Alan and Bohanes Jan, *The WTO in the twenty-First Century-Dispute Settlement, Negotiations, and Regionalism in Asia*, Cambridge University Press, 2007.
- Tharp, *Transnational Enterprises and International Regulation: Survey of Various Approaches in International Organizations*, vol.30, McGraw Hill, 1989.
- Tunkin, G. I., *Theory of International Law*, George Allen & Unwine, 1974.
- UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, United Nations, 1998.
- Verwey, Wil. D. and Schrijver Nico J., *The Taking of Foreign Property in the Third World*, Praeger Publishers, 1980.
- Weiler, Todd, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases*

from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, Cameron May, 2005.

Wetter, J.Gillis, *The International Arbitral Process: Public and Private*, vol. II, Oceana Publications, 1979.

(2) 論文 및 資料

Aharoni Yair, “On the Definition of a Multinational Corporation”, *Quarterly Review of Economics and Business*, vol.II, Autumn 1971.

Akinsanya, Adeoye, “International Protection of Direct Foreign Investment in the Third World”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.36, 1987. 1.

Aleinikoff, T. Alexander, “International Law, Sovereignty, and American Constitutionalism: Reflections on the Customary International Law Debate”, *The American Journal of International Law*, vol.98, 2004.1.

Alvarez, Guillermo Aguilar and Park, William W., “The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11”, *Yale Journal of International Law*, no.28, 2003.

Anderson Sarah, “Foreign Investors Gone Wild”, *FPIF Column*, 2007. 5. 3.
_____, Grusky, “Challenging Corporate Investor Rule”, *IPS*, 2007. 4.

Appleton. B., “Regulatory Taking: The International Law Perspective”, *New York University Journal of Environmental Law*, vol.11, 2002.

Baumgartner C., “The Demise of the Multinational Agreement on Investment”, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol.40, 1980.

Been Vicki and Beauvais Joeic, “The *Global Fifth Amendment? NAFTA's* Investment Protections and the Misguided Quest for an International

- Regulatory Taking' Doctrine", *N.Y.U.L. Rev.*, vol.78, 2003.
- Bergsten, C. Fred-Horst Thomas and Moran, Theodore H., "American Multinational and American Interest", *The Brooking Institution, W.C.*, 1978.
- Bjorklund, Andrea K., "Reconciling State Sovereignty and Investor Protection in Denial of Justice Claims", *Virginia Journal of International Law*, vol.45, 2005.
- Bronwyn Pavey, and Tim Williams, "The North American Free Trade Agreement: Chapter 11", *Government of Canada, Depository Services Program, Science and Technology Division*, February 26, 2003.
- Brower, Charles H., Structure, "Legitimacy and NAFTA's Investment Chapter", *Vand. J., Transnational Law*, no.36, 2003.
- Bytne Justin, "NAFTA Dispute Resolution: Implementing True Rule-Based Diplomacy Through Direct Access", *Taxation International Law of Justice*, vol.35, 2000.
- Capling, Ann, "*The Rise and Fall of Chapter11: Investor-State Dispute Mechanisms in the North American Free Trade Agreement and the Australia-United States Free Trade Agreement*", 2004.
- Charney Jonathan I., "Transnational Corporation and Developing International Law", *Duke Law Journal*, vol.11, 1983.
- Charnovitz Steve, "Rethinking WTO Trade Sanctions", *The American Journal of International Law*, vol.95, 2001.10.
- Cheong Inkyo-Wang Yunjong, "Korea-U.S. FTA: Prospects and Analysis", *Korea Institute for International Economic Policy*, 1999.3.
- Chiam Madelaine, "Submission to the Joint Standing Committee on Treaties Inquiry into the Australia-US Free Trade Agreement", *Centre for International and Public Law Faculty of Law Australian National University*, 2004.4.2.

- Christie G., "What Constitutes a Taking of Property under International Law", *British Yearbook of International Law*, vol.38, 1962.
- Cobb, Matthew B., "The Development of Arbitration in Foreign Investment", *Mealey's International Arbitration Rep.*48, vol.16, no.4, 2001.
- Cohen, Calman J., Emergency Committee for American Trade, "Proposed Model BIT Substantially Weakens Protections for U.S. Investors", 2004.2.
- Crawford J., "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions", *British Yearbook of International Law*, vol.154, 1983.
- D.Kokkini-Iatridou and P.J.I.M de Waart, "Foreign Investment in Developing Countries—Legal Personality of Multinational in International Law", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol.XIV, 1983.
- Damrosch, Lori Fisler, "The 'American' and the 'International' in the American Journal of International Law", *The American Journal of International Law*, vol.100, 2006.1.
- Davey W., Pine and Swine, "Canada—United States Trade Disputes Settlement: The FTA Experience and NAFTA Prospects", *Centre for Trade Law and Policy*, 1996.
- Denza Eileen-Brooks Shelagh, "Investment Protection Treaties: United Kingdom Experience", *International and Comparative Law Quarterly*, vol.36, 1987.10.
- Dodge William S., "Investor—State Dispute Settlement Between Developed Countries: Reflections on the Australia—United States Free Trade Agreement", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol.39, 2006.1.
- Dolzer R., "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", *American Journal of International Law*, vol.75, 1981.

- Drahos Peter, "Weaving Webs of Influence: The United States, Free Trade Agreements and dispute Resolutions", *Journal of World Trade*, vol.41, no.1, 2007.
- Egger Peter-Pfaffermayr Michael, "The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment", *Journal of Comparative Economics*, vol.32, 2004.12.
- Fischer Peter, "Transnational Enterprise", *Encyclopedia of Public International Law*, vol.8, 1985.
- Gaillard Emmanuel, "Fairness and Prosperity: Investor-State Relationship", *Foreign Investment: New Horizons in Asia Conference*, 2007.4.13.
- Gantz, David A., "Investor-State Arbitration under ICSID, the ICSID Additional Facility and the UNCTAD Arbitral Rules", *Trade Council Education Forum*, 2004.10.17.
- _____, "Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges", 2005.9.8.
- _____, "Global Trade Issues in the New Millennium: Potential Conflicts Between Investor Rights and Environment regulation under NAFTA's Chapter II", *CEO. WASH. International Law REV.*, vol. 33, 2001.
- George, Forji Amin, "By Their Provisions, you can know them" *Are BITs the Magic wand for investments in LDCs?*, Helsinki, 2006.10.16.
- Gruner Dora Marta, "Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The need for Procedural and Structural Reform", *Colombia Journal of Transnational Law*, vol.41, 2003.
- Gudgeon, K. Scott, "United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes and General Treatment Standards", *International Tax & Business Law*, vol.4, 1986.

- Guzman, Andrew T., "The Cost of Credibility: Explaining Resistance to Interstate Dispute Resolution Mechanisms", *The Journal of Legal Studies, The University of Chicago*, vol.31, 2002.6.
- Hafner Gerhard, "Some Legal Aspects of International Disputes", *The Journal of International Law and Diplomacy(Japan)*, vol.2, 2005. 9.
- Hamilton Rosalea, "Power of States to Regulate Foreign Investment: An Overview", *Regional Strategy Seminar on Trade-Finance Linkages (Latin America/Caribbean), Lima, Peru*, 2005.3-5,10.
- Harten, Gus Van, "The Public-Private Distinction in the International arbitration of Individual Claims against the State", *International and Comparative Law Quarterly*, vol.56, 2007.4.
- Helmer, Elena V., "International Commercial Arbitration: Americanized, Civilized or Harmonized", *OHIO ST.J. ON DISP. REV.* vol. 19, 2003.
- Herman L., "Settlement of International Trade Dispute-Challengers to Sovereignty-A Canadian Perspective", *Canada-U.S. Law of Justice*, vol.121, 1998.
- Higgins R., "The taking of property by the State: Recent Development in International Law", *Recueil des Cours/Academic de Droit International* vol.III, 1982.
- Jackson John H., "International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy Out?'," *The American Journal of International Law*, vol.98, 2004.1.
- _____, "Sovereignty-Modern: A New Approach to Outdated Concept", *The American Journal of International Law*, vol. 97, 2003.10.
- Jones, Ray C., "NAFTA Chapter 11 Investor-to-State Dispute Resolution: A Shield to Be Embraced or a Sword to be Feard?", *Jon-Fin Doc., Brigham Young University Law Review*, 2002.

- Khalil, Mohamed I., "Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties", *ICSID Rev.—Foreign Investment L.J.*, vol.7, 1992.
- Knull III William H. & Rubins Noah D., "Betting the Farm on International Arbitration", *American Rev. International Arbitration*, vol.11, 2000.
- Koremenos Barbara, "If only Half of International Agreements have Dispute Resolution Provisions, Which Half Needs Explaining?", *The Journal of Legal Studies*, vol.36, 2007.1.
- Kunoy B., "Developments in Indirect Expropriation Case in ICSID Transnational Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*, vol.6, 2005.
- Kwon Young Min, "*Ten Years into NAFTA and Its Lessons to Korea*", Korea Economic Research Institute, 2006.
- Lang J. Eugene, "In Defence of NAFTA Investor—State Dispute Settlement Procedure: Ethyl Corporations v. Government of Canada", *International political economy*, London School of Economics degree, 2002.
- Lillich Lichard B and Bederman David J., "Jurisprudence of the Foreign Claims Settlement Commission: Iran Claims", *The American Journal of International Law*, vol.91, 1997.
- Luca G. Radicati Di Brozolo, "International Payments and Conflicts of Laws", *The American Journal of International Law*, vol.48, 2000. 4.
- Marceau G., "NAFTA and WTO Disputes Settlement Rules: A Thematic Comparison", *Journal of World Trade*, vol.28, 2000.
- Marie—France Houde ·Katia Yannaca—Small, "Relationships between International Investment Agreements", *OECD Working Papers*. 2004. 1.
- Mayeda Graham, "Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties", *Journal of World Trade*, vol.41,

- 2007.4.
- Melo, Jaime de, “Regionalism and Developing Countries: A Primer”, *Journal of World Trade*, vol.41, 2007.4.
- Michael Ewing–Chow·Ng Wuay Teck, “*Caveat Emptor: The 4 Hidden Dangers of Investment Protections Treaties*”, *Foreign Investment: New Horizons in Asia Conference*, 2007.4.13.
- Mills, Alex, “The Private History of International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.55, 2006.1.
- Motha Stewart, “Democracy's Empire: Sovereignty, Law, and Violence”, *Journal of Law and Society*, vol.34, 2007.3.
- Muchlinski Peter, “Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006.7.
- Mummery, David, R., “Arbitration International Trade”, *Texas International Law of Justice*, vol.12, 1985.
- _____, “The Content of the Duty to Exhaust Local Remedies”, *The American Journal of International Law*, vol.58, 1964.
- Murphy Sean D., “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law”, *The American Journal of International Law*, vol.98, 2004.
- Nakagawa Junji, “In Search for Optimal Legal/Institutional Framework for the Americas: Dispute Settlement Mechanisms of NAFTA and MERCOSUR”, *CREP 2006 International Conference, Session 2*, 2006.7.16.
- North Peter, “Private International Law: Change or Decay?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.50, 2001.7.
- Noyes, Henry S., “If you (re)built it, They will come: Contracts to re–make the rules of litigation in arbitration's image”, *Harvard Jour–*

- nal of Law & Public Policy*, vol.3, 2007 Spring.
- OECD, *Improving the System of Investor–State dispute Settlement: An Overview*, 2006.2.
- _____, *Transparency and Third Party Participation in Investor–State Dispute Settlement Procedures*, 2005.4.
- _____, “Indirect Expropriation” and “Right to Regulate” in *International Investment Law, Working Papers on International Investment*, No.4, 2004.4.
- _____, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, 2004.3.
- _____, *Most–Favoured–Nation Treatment in International Investment Law*, 2004.2.
- Opong Richard Frimpong, “Private International Law and the African Economic Community”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.55, 2006.10.
- Pacht Elihu Lauter, “International Law and Private Foreign Investment”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.4, 1997.
- Pacquing Rafael, “Investor–state arbitration: Canada's experience in NAFTA and the case for its inclusion in the Australia–US FTA”, *The Australian APEC Study Centre at Monash University*, No.25, 2003.10.
- Paterson Catriona, “Investor–to–State Dispute Settlement in Infrastructure Projects”, OECD Working Papers, 2006.3.
- Pattison, Joseph E., “The United States–Egypt Bilateral Investment Treaty: A Prototype for Future Negotiation”, *Cornell Journal of International Law*, vol.16, 1983.
- Peterson Luke Eric, “The Global Governance of Foreign Direct Investment: Madly Off in All Directions”, *Friedrich Ebert Stiftung*, 2005.5.

- Public Citizen, *NAFTA Chapter 11 Investor–State Cases Lessons for Central America Free Trade Agreement*, 2005.2.
- Qureshj Asif, “Appellate Review, Foreign Investment: New Horizons in Asia Conference”, 2007.4.13.
- Ranald Patricia, “The Australia–US Free Trade Agreement: A Contest of Interests”, *Journal of Australian Political Economy*, no.57, 2006.6.
- Reisman Michael, “National Sovereignty, Foreign Investment and Arbitration, Foreign Investment: New Horizons in Asia Conference”, 2007.4.13.
- Robock Stefan H., “The Case for Home Country Control over Multinational Firms”, *Columbia Journal of World Business*, vol.IX, Summer 1974.
- Sacerdoti G., “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours/Academic de Droit International*, vol.269, 1997.
- Salacuse Jeswald W. & Sullivan Nicholas P., “Do Bits Really Work?: An Evaluation Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *The Journal of Harvard International Law*, vol.46, 2005.
- Savage John, “Fair & Equitable Treatment and Expropriation, Foreign Investment: New Horizons in Asia Conference”, 2007.4.13.
- Schwartz V. and Goldberg, “The Law of Public Nuisance: Maintaining Rational Boundaries on a Rational Tort”, *Washburn L.J.*, vol.45, 2006.
- Shenkman, Ethan G., “Investor–State Arbitration: An Increasingly Disputes with Sovereigns”, *Global Legal Group*, 2006.
- Sinclair Scott, “NAFTA Chapter 11 Investor–State Disputes”, *CCPA*, 2007.3.1.
- Singh Kavaljit, “Why Investments Matters: The Political Economy of International Investments”, Madhyam Books, 2007.

- Smit Hans, "Confidentiality: Articles 73 to 76", *American Rev. International Arbitration*, vol.9, 1998.
- Sohn Tae woo, "New Trends in Commercial Arbitration, *Korean Justice*", No.78, 2004.4.
- Sorenarajah M., "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties", *Journal of World Trade Law*, vol.20, 1986.1-2.
- Sorensen Neil, "Bilateral Investment Treaties and Disputes", *Globalization and Globalism Program Institute for Agriculture and Trade Policy*, 2001.2.
- Spangenberg Gosia, "The Exercise of Personal Jurisdiction over Some Foreign State Instrumentalities must be Consistent with Due Process", *Washington Law Review*, vol.81, 2006.5.
- Stevens Margrete, "Contract Claims, Umbrella Clause and Jurisdiction, Foreign Investment: New Horizons in Asia Conference", 2007. 4.13.
- Stoler, Andrew L., "AUSFTA as a 'Third Wave' Trade Agreement: Beyond the WTO Envelope", 26th *International Trade Law Conference Canberra*, 2004.9.23.
- Strazzeri J., A Lucas, "Analysis of Regulatory Expropriation NAFTA Chapter Eleven", *Geo. International Environmental law, Rev.*, vol. 14, 2002.
- Sullivan, Edward J. and Conner, Kelly D., "Making the Continent Safe for Investors NAFTA and the Taking Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution, *Urban Law*", vol.36, Winter 2004.
- Sykes, Alan O., "Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy", *The Journal of Legal Studies*, vol.34, 2005.6.
- Tierney Stephen, "Reframing Sovereignty? Sub-State National Societies

- and Contemporary Challenges to the Nation–State”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.54, 2005.1.
- Tila Maria de Hancock, “The ICC Court of Arbitration–The Institution and Its Procedures”, *Journal of International Arbitration*, vol.1, 1984.
- Trindade Dominic, “WTO Dispute Resolution: Recent Developments in Multilateral and Bilateral Dispute Resolution Processes”, *Attorney –General’s 25th International Trade Law Conference*, 2003.10.22.
- UNCTAD, *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, UNCTAD/ITE/IIT/2005/11, 2006.
- _____, *Latest Developments in Investor–State Dispute Settlement*, *UN IIA Monitor* No.4, 2005.2, 2006.11.
- _____, *Recent development in international investment agreements*, 2005.8.30.
- _____, *Developments in international investment agreements in 2005*, *IIA Monitor* No.2, 2006.7.
- _____, *Investor–State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review*, 2005.4.
- _____, *State Contracts*, UNCTAD/ITE/IIT/2004.11.
- _____, *Dispute Settlement: State–State*, UNCTAD/ITE/IIT/2003/1, 2003.
- _____, *Home Country Measures*, UNCTAD/ITE/IIT/24, 2001.
- _____, *Host Country Operational Measures*, UNCTAD/ITE/IIT/26, 2001.
- _____, *Taking of Property*, UNCTAD/ ITE/ IIT/15, 2000.
- _____, *Scope and Definition*, UNCTAD/ ITE/ IIT/11, 1999.
- _____, *Trends in International Investment Agreement: An Overview*, *UNCTAD Series on Issues International Investment Agreement*, 1999.

- United Nations, *Investment Provisions in Economic Integration Agreements*, 2006.
- Vagts, Detlev F., “Foreign Investment Risk Reconsidered: The View from the 1980s”, *ICSID Rev. Foreign Investment L.J.I.*, vol.2, 1987.
- Vandeveld K., “The Bilateral Investment Treaty Program of the United States”, *Cornell International Law of Justice*, vol.21, 1988.
- Vandeveld, Kenneth J., “The Political Economy of Bilateral Investment Treaty”, *The American Journal of International Law*”, vol.92, 1998.10.
- _____, “The Bilateral Investment Treaty Program of the United States”, *The Journal of Cornell International Law*, vol.21, 1998.
- Vereshchetin V.S & Mullerson R.A., “International Law in the Interdependent World”, *Colombia Journal of Transnational Law*, 1990.
- Waelde Thomas and Kolo Abba, “Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking’ in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol.50, 2001. 10.
- Wagner J., “International Investment Expropriation and Environmental Protection”, *Golden Gate University Law Review*, vol.29, no.3, 1999.
- Weiler Todd Grierson, “Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico”, *The 1st International Conference of the RCILA*, 2006.11.24.
- Weston B., “Constructive taking under International Law: A Modest Foray into the Problem of ‘creeping Expropriation’ ”, *Virginia Journal of International Law*, vol.16, 1975.
- WTO, Annual Report, 1996.
- Zhan James, “*The Existing System of International Investment Agreements: Recent Trends*”, *UNCTAD*, 2007.5.

Abstract

A Study on the Development Direction of International Investment Dispute Settlement Mechanism and Receptive Attitude on KOREA–U.S. FTA

Tae Hyun Kim

**Department of Maritime Law
The Graduate School of Korea Maritime University
Busan, Korea**

As with an increasing number of new bilateral investment treaties (BITs) between Korea and other countries, there is a strong need to study legal implications of individual provisions under BITs. BITs contain many substantive provisions, such as the scope of investment, general standards for protection of investment, such as the scope of investment, taking, compensation and transfers. In addition, one of the essential components of BITs is dispute settlement–related provisions.

What is striking in respect of investment–related dispute settlement is that investors can bring an arbitration against the hosting government, which is normally covered by the Washington Convention and administered by ICSID(International Center for Settlement of Investment Disputes). This paper focuses on this unique type of investment dispute settlement procedures. While introducing relevant provisions of the Washington Convention, this paper demonstrates the practical importance of how to draft individual dispute settlement–related provisions.

The investor–state dispute settlement mechanism(ISD) has resurged in

the 1990s, and has been given a new meaning. This mechanism is specifically applies to the KORUS FTA, and as a result, has grown in significance for Korea.

While traditionally only States enjoyed absolute powers(sovereign prerogatives), the strength of investor (as a individual) authorities have been increasing. When a person invests in a foreign state is damaged property, the home state of the investor sues the host state or exercises diplomatic protection under the traditional international law. However, currently, a system where most investors have an opportunity to apply for arbitration against the host state directly has been established.

The arbitration authority of the foreign investor is guaranteed by a concession contract, an investment treaty(BITs) and an FTA(Free Trade Agreement) between the investor's home state and the host state.

Although the investment treaty is contracted, the investor's arbitration application authority is not guaranteed. But after NAFTA which is a contract between the US, Canada and Mexico, the investor can apply for international arbitrations, and not pass through the consent procedure of host state.

The ISD has recently come under systematic criticism by nations, even with people concerned with municipal law, due to a lack of recognition.

The ISD is one international arbitration system for protecting foreign investors and the accumulated precedents and cases on international trade relations exist. Nevertheless in domestic cases, no one besides some researchers are interested in ISDs.

Because of the lack of mutual implementation in subjects concerned with relations between legal regimes, ISD legal studies do not grasp the connection between the ISD and legal research.

This confusion is exhibited in the changing forms of the ISD between the Korean government and the US government in the KOR-US FTA through 8 separate negotiations.

Specifically concerning the ISD regime, matters of sovereign prerogatives,

indirect expropriation and constitutionality were mainly analyzed. Originally the ISD regime was established to protect investors' assets against sovereign prerogatives.

However, the authority of investors has increased to the point that sovereign prerogatives can be encroached. The scope of investment has expanded from the movement of capital and resources to rights of claim, contractual rights, property rights, non-equity investment and permission. Specifically, because investors may be able to claim a 'denial of justice' and seek damages from an international tribunal convened under the FTA.

Fortunately, the KORUS FTA regulates the limits of arbitration applications. Investors can apply for arbitration related in property in principle, except for real estate price stabilization policy and public welfare objectives, such as public health, safety and environmental concerns.

When actual government actions are "extremely severe or disproportionate in light of its purpose and effect", it is applicable to indirect expropriation so that arbitration is able to apply in most situations. But it doesn't seem to be regular practice for investors to apply for expropriation by constraint.

When ISDs occur, it is hard to find a case where an arbitral decision in NAFTA has deviated from customary international law.

The single-trial system of arbitration often encroaches policies and interests of the states. For this reason, ISDs policies which are judged by state have been criticized because important state policies are treated carelessly.

Indirect expropriation which the KOR-US FTA has allowed is hard to accept for the current Korean legal regimes. Under the interpretation Constitutional law, Korean domestic law is compensated only for direct expropriation, not indirect expropriation. Therefore, there is a need to arrange compensation for legal regimes such as, state indemnity, administrative compensation, compensation of infringement on quasi-

expropriation to pass through the preparation process thoroughly.

Because if indirect expropriation are introduced, many compensation expenditures would increase.

As a result of an examination of ISDs, operation strategies and effective execution methods of ISD mechanisms are as follows.

Korea is expanding its roles as a host state as well as an investment state. So in principle, 1) ISDs are excluded for agreements, for example the Australia-US FTA, 2) when a treaty is included in a ISD, the investor can apply for the arbitration through the consent of the host state or use the domestic laws of the host state, 3) if 1), 2) are unreasonable, it is necessary to reduce the scope of the ISD to a minimum.

Because arbitral decision might be wrong, or differ from each tribunal, the public policy of a state can be forfeited. Therefore, in order to prevent misjudgment, there exists a need to arrange an appellate review.

By creating a coherent, well-reasoned body of jurisprudence, investment tribunals bolster their legitimacy, fulfill the goals of both investors and sovereign states, and enhance the possibility of norm development resulting from the dialogue between international and national courts.

In the long term, it is necessary to examine the establishment of international investment dispute court. Indirect expropriation must be introduced, examined and applied to the national budget so as to fit in accordance with in Korea legal regimes.