

공공정책 관련 ISD 소송의 국내적 시사점 연구*

-우리나라 관련 ISD사건을 중심으로-

김 인 숙**

차 례

- I. 서론
- II. 우리나라의 공공정책 관련 ISD 소송 현황
 - 1. 사건별 소송현황 개관
 - 2. 소결
- III. 우리나라 공공정책 관련 ISD사건의 주요 법적 쟁점
 - 1. 청구인의 당사자 적격성 여부
 - 2. 공정·형평한 대우원칙/최소기준대우원칙
 - 3. 내국민대우원칙
 - 4. 간접수용
- IV. 공공정책 관련 ISD 소송의 국내적 시사점
 - 1. 공공정책 입안 및 시행과정에서의 합목적성, 투명성 확보
 - 2. 공기업 포함 공공기관에 대한 ISD소송 대비 교육의 필요성
 - 3. ISD 소송청구의 범위 등 관련 규정의 정비
 - 4. ISD 소송 대응팀의 구성
- V. 결론

* 본 논문은 2017학년도 경기대학교 연구년 수혜로 연구되었음.

** 경기대학교 법학과 교수, 법학박사.

접수일자 : 2018 10. 31. / 심사일자 : 2018. 12. 17. / 게재확정일자 : 2018. 12. 18.

I. 서론

2018년 미국계 헤지펀드인 엘리엇과¹⁾ 메이슨²⁾이 차례로 한국정부를 투자자-국가간 분쟁(Investor-State Dispute: ISD) 소송절차에 회부할 의사가 있음을 알리는 중재의향서³⁾와 중재신청 통보서를 법무부에 제출하자, 우리나라가 2012년 체결한 한국-미국FTA에 근거하여 사실상 처음으로 피소되는 국제투자분쟁이라는 점에서 언론 및 학계 등 여러 분야에서 이 사건에 대한 관심이 집중되었다.⁴⁾ ISD는 외국인 투자자가 주재국의 위법하거나 부당한 대우에 의해 피해가 발생할 경우 해당 정부를 상대로 양자간 투자조약(Bilateral Investment Treaty: BIT)이나 자유무역협정(Free Trade Agreement: FTA) 등 당사국이 국제투자규범에 정해놓은 절차에 따라 국제투자분쟁해결센터(International Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID)나 유엔국제상거래법위원회(United Nations Commission On International Trade Law: UNCITRAL) 등의 국제중재법원에 손해배상을 청구할 수 있는 제도이다.

특히 벨기에 국적의 론스타가 약 5조 1억원 규모의 손해배상을 청구하여 국내적으로 논란이 된 이후, 외국인 투자자들부터 ISD 소송에 피소되었으나 국내적으로는 알려지지 않았던 ‘하노칼사건’, ‘다야니(엔텍합)사건’ 등에 대한 관심도 함께 유발되었다.⁵⁾ 법무부가 보도자료를 통해 발표한 우리나라 관련 ISD 사건 현황을 보면, 중재의향서 접수 기준을 현재까지 대한민국 정부를 상대로 외국인 투자자가 제기한 ISD 사건은 총 7

-
- 1) 법무부, 보도자료, “한·미 FTA 투자자-국가 분쟁 중재신청서 접수 (엘리엇)” 2018. 7.13(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).
 - 2) 법무부, “한·미 FTA 투자자-국가 분쟁 중재신청통지(메이슨)”, 2018. 9. 18(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).
 - 3) 중재의향서는 외국인투자자가 ISD 소송절차를 진행하기 전 주재국 정부에게 분쟁 여부를 알리고 마지막 조정을 거치기 위한 과정이다.
 - 4) 한국경제신문, “법무부에 '중재 의향서' 제출” 2018. 05. 01, 인터넷사이트<http://news.hankyung.com/article/2018050167021>(2018.7.26 방문) 참조.
 - 5) 관련 기사는 연합뉴스스, “엘리엇 등 ISD 소송, 사법주권 침해·공공정책 위축”<http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2018/07/25/0200000000AKR20180725088100004.HTML?input=1195m>(2018. 7. 26 방문) 참조.

건인 반면, 우리나라 기업 또는 국민이 타 국가를 상대로 제기한 ISD 사건은 총 5건으로 파악되고 있다.⁶⁾

이처럼 외국계 기업들이 우리 정부를 상대로 하여 제기하는 ISD 소송에서 특히 우리가 관심을 두어야 하는 부분은 바로 외국 투자자들이 문제를 삼고 있는 주요 사안들이 공공정책과 관련이 있다는 사실이다. 2007년 우리나라가 미국과 FTA를 체결하는 과정에서 ISD 소송제도가 정부의 공공정책에 대한 제한요소로 작용할 것이라는 우려가 제기된 바 있다. 최근 몇 년간 우리 정부를 상대로 제소한 ISD 소송들은 바로 이러한 우려가 현실화되고 있는 것이 아닌가 하는 점에서 중대한 관심사항이라고 할 수 있다. 또한 이러한 ISD 소송은 패소시 국가재정에 큰 부담을 줄 뿐만 아니라 피소만으로도 관련 분야의 공공정책 입안과 시행 전반을 위축시킬 수 있다는 점에서 큰 문제라고 할 수 있다.

따라서 본 연구의 목적은 우리나라의 공공정책과 관련하여 발생하고 있는 ISD 소송현황을 살펴보고, 이러한 소송에서 적용되어진 국제투자규범상의 법리들을 분석함으로써 향후 우리나라 공공정책과 관련하여 발생할 수 있는 ISD 소송에 대한 대응방안을 강구하고자 하는 것이다. 그러한 의미에서 본 연구는 우선 우리나라와 관련하여 발생하고 있는 ISD 소송현황을 파악한 후, ISD 소송 사례에서 문제가 되고 있는 국가정책의 유형을 살펴보는 한편, 이러한 소송에서 적용되어진 국제투자규범상의 주요 법적 쟁점들을 분석함으로써 공공정책 관련 ISD 소송의 국내적 시사점과 우리나라의 대응방안을 도출해 나갈 것이다.

6) 법무부, 보도자료, “정부 투자자-국가 간 분쟁(ISD) 대응 체계 등 관련 설명자료”, 2018. 7. 27(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조); 2018. 10. 30일 현재, 중재의향서 제출기준 7건으로 집계된 사건들은 취하된 1건을 제외하고는 모두 우리 정부에 중재신청서 제출을 통보된 상태로 소송이 진행 중에 있다.

II. 우리나라의 공공정책 관련 ISD 소송 현황

1. 사건별 소송현황 개관

(1) 론스타사건

1) 사실관계

1998년 우리나라는 외환위기 상황을 타개하기 위하여 국내은행에 투입된 공적자금을 회수하는 과정에서 해외 투자자들에게 국내 기업을 매각하고 금융기관의 부실을 정리하고자 하였다. 이 과정에서 상당한 부실을 안고 있었던 것으로 알려진 외환은행이 미국계 사모펀드인 론스타⁷⁾에 매각되었고, 당시 매각액은 1조 3,834억원이었다. 하지만 불과 2년이 지난 시점에 론스타는 외환은행을 다시 재매각하고자 하였다. 2007년 외환은행은 홍콩 HSBC에 5조 9,376억원에 매각될 상황이었다. 정부는 당시 외환은행의 부실매각논란과 외환카드 주가조작사건으로 론스타가 대주주로서의 자격에 문제가 있다고 판단하여 외환은행 매각승인을 유보하였다. 2012년 론스타는 하나금융에 외환은행을 3조 9,156억원에 매각하였다. 2003년 외환은행을 인수할 때 투자한 원금 2조 1,549억원에 지난 9년간 배당 등을 통해 회수한 2조 9,027억원까지 합치면 투자수익률이 239%에 이르렀다. 이에 국세청은 양도소득세로 주식양도가액의 10%인 3,915억원을 원천징수하였다. 이에 하나금융은 이를 납부한 뒤 나머지 주식대금만 론스타에 지급하였다.

2012년 11월 벨기에 국적의 LSF-KEB Holdings SCA 등 론스타펀드 산하 법인들은 대한민국 정부가 론스타의 외환은행에 대한 투자자금 회수

7) 론스타는 1995년 미국 텍사스주 델러스에 설립된 사모투자펀드이다. 사모투자펀드는 소수의 투자자들로부터 자금을 모아 부실기업을 인수해 구조조정 등을 통해 기업 가치를 높인 뒤 되팔아 수익을 내서 투자자들에게 돌려주는 펀드다. 론스타 누리집을 보면 펀드는 총 600억 달러에 이르는 15개의 개별펀드로 구성돼 있고, 투자자는 기업, 연기금, 국부펀드, 대학재단, 개인투자자들을 포함하며, 투자 대상은 전 세계 부동산, 주식, 채권, 기타 금융자산이다.: 한겨레인터넷신문기사, 2015. 5. 30, http://www.hani.co.kr/arti/economy/economy_general/693505.html#csidx23a24d9e5eadfa3864d66b084877400 (2018. 7. 26 방문).

와 관련하여 외환은행 매각에 대한 승인을 지연하는 방법으로 자의적이고 차별적인 조치를 하였고, 론스타에 대하여 자의적이고 모순적인 과세를 함에 따라 손해를 입었다고 주장하며 ICSID에 중재를 신청하였다.⁸⁾ 론스타는 한국 정부의 늦장 승인 탓에 HSBC에 매각할 기회를 놓쳐 47억 달러(약 5조 1700억원)의 손실을 입었다고 주장하고 있다.⁹⁾ 이 사건은 현재 최종(4차) 심리기일이 종료되어 중재판정부의 절차종료선언 및 판정선고를 기다리고 있는 상황인 것으로 보도되고 있다.¹⁰⁾

2) 주요 법적 쟁점

‘론스타사건’과 관련해서 현재까지 우리정부는 사건의 진행상황과 관련된 간단한 보도자료 외에 어떠한 정보도 공개하지 않고 있다. 따라서 언론 등에서 제기되고 있는 사건의 사실관계를 토대로 보면 이 사건의 주요한 법적 쟁점은 우리정부의 조치가 한국-벨기에BIT¹¹⁾에 있는 ‘공정·형평한 대우(fair and equitable treatment) 원칙’에 위반되는지 여부에 관한 것이다. 론스타는 우리나라 국세청이 부과한 양도소득세가 자의적이고 부당하며, 외환은행 주식을 매각하려 했지만 한국 정부가 매각 승인을 지연하는 바람에 손해를 봤다는 이유로 한국-벨기에BIT상 ‘공정·형평한 대우 원칙’을 위배한 것이라고 주장하였다.

한편 이 사건과 관련하여 론스타 펀드 산하 법인인 LSF-KEB Holdings SCA가 ISD 제소 자격이 있는가 하는 점이 쟁점이 될 수 있다. LSF-KEB Holdings SCA가 단지 페이퍼컴퍼니에 해당하기 때문에 국내법상 법인으로서의 실체를 갖지 못하여 중재신청의 청구인 적격성을 갖추지 못하고

8) 법무부, 보도자료, “론스타 ISD 사건 진행 상황 설명자료”, 2018. 7. 20(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조); *LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/12/37(동 사건의 소송진행 상황은 <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/37> 참조).

9) 법무부, 보도자료, “대한민국 ISDS 현황 관련 설명자료”, 2018. 10. 19.(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).

10) *Ibid.*

11) 대한민국 정부와 벨기에-룩셈부르크 경제동맹 간의 투자의 상호증진 및 보호에 관한 협정, 2006. 12 서명: 이하 ‘한국-벨기에BIT’.

있다는 주장이 제기되고 있다. 또한 한국-벨기에 BIT상 투자자는 투자국가내 구제절차와 ISD 소송절차 중에서 하나를 선택할 수 있다.¹²⁾ 따라서 우리나라에서 이미 조세소송을 통해 구제절차를 완료한 론스타와 ISD 소송을 제기한 벨기에 소재 LSF-KEB Holdings SCA가 사실상 하나의 기업이라고 볼 수 있기 때문에, LSF-KEB Holdings SCA에게 ISD 제소 자격이 없다고 주장하고 있는 것이다. 이는 국내소송에서 패소하였을 경우 패이퍼컴퍼니를 통해 ISD 소송을 중복해서 제기할 수 있는 우회수단이 될 수 있다는 점에서 충분한 검토가 필요한 사안이다.

(2) 하노칼사건

1) 사실관계

UAE의 국제석유투자회사(IPIC인터내셔널)의 자회사이자 네덜란드 법인인 하노칼¹³⁾은 1999년 현대오일뱅크가 발행한 우선주 1억2254만1211주를 6127억원에 취득했다. 이후 2006년 2월 모회사인 IPIC인터내셔널에 4901만6485주를 2205억7418만원에 양도했다. 하노칼은 2006년에도 현대오일뱅크의 국내 주주인 현대중공업 주식회사 등으로부터 현대오일뱅크 보통주 4901만6484주를 주당 4500원에 매수했다.

이에 우리나라 국세청은 하노칼이 조세를 회피하기 위한 목적으로 설립됐으며 IPIC인터내셔널이 주식거래로 이득을 취했기 때문에 한국-네덜란드 이중과세방지조약이 적용되지 않는다고 보고 IPIC인터내셔널과 하노칼에 각각 법인세를 부과했다. 그러나 하노칼은 자신은 법적으로 네덜란드 국적의 회사인 만큼 한국-네덜란드 이중과세방지조약에 따라 원천징수액을 돌려줘야 한다고 주장하며, 2010년 하노칼의 현대오일뱅크 주식 매각 후 양도차익에 대해 국세청이 부과한 세금 2400여억 원의 취소처분 청구소송을 제기하였다. 이와 관련하여 2015년 8월 대법원은 IPIC인터내

12) 한국-벨기에BIT 제8조.

13) 하노칼은 UAE 국부펀드인 국영석유투자회사(IPIC)가 네덜란드에 세운 자회사이며, 국내에 '만수르'라는 이름으로 널리 알려진 부호 만수르 빈 자에드 알 나얀이 소유한 회사다.

셔널이 우리나라 국세청을 상대로 낸 603억4737만원 상당의 법인세 등 부과처분 취소소송에서 원고 패소 판결한 원심을 확정했다.¹⁴⁾ 또 대법원은 하노칼이 우리 세무당국을 상대로 낸 1838억1182만원 상당의 법인세 결정거부처분 취소소송에서 원고 패소 판결한 원심을 확정했다.¹⁵⁾

하노칼은 우리나라 국세청이 법인세를 부과한 것을 두고 한국-네덜란드 BIT를 위반했다는 이유로 2016년 4월 한국정부를 ICSID ISD 소송절차에 회부했다.¹⁶⁾ 그러나 2016년 7월 26일 하노칼은 ICSID에 대한민국 정부를 상대로 진행 중인 ISD 사건을 취하하겠다는 의사를 전달했다. 2016. 10. 5일 ICSID 중재판정부는 ICSID 중재규칙 44조에 따라 동 소송절차의 중단 명령을 발부하였다. ICSID 중재규칙에 따르면 일방 당사자가 절차의 종료를 요청하는 경우 중재판정부는 상대방의 동의 여부를 확인해 동의가 없는 경우 절차의 종료를 명하도록 규정하고 있다.¹⁷⁾

2) 주요 법적 쟁점

이 사건이 취하된 이상 우리정부가 관심을 둘 사안은 아니지만 외국인 투자자가 어떤 정부정책을 문제 삼았던 것인지, 그리고 법적 쟁점이 무엇이었던지에 대한 검토는 향후 우리정부가 ISD 소송에 대응하는데 필요한

-
- 14) 대법원 2013두21373 'IPIC 인터내셔널 B.V.' v. 서산세무서, 법인세 부과처분 취소소송.
 15) 대법원 2014두39043, 하노칼 인터내셔널 B.V.' v. 동울산세무서, 법인세 결정거부처분 취소소송: 대법원은 주식취득과 양도과정에서 하노칼이 형식상 거래당사자 역할을 했을 뿐이고 실질적 주체는 IPIC라고 본 원심이 정당하다고 판단했다. IPIC가 하노칼을 내세워 주식거래를 한 것은 한국과 네덜란드간 조세조약의 적용을 받아 세금 혜택을 받을 목적이라고 본 것이다. 대법원은 국세기본법에 따르면 조세회피를 목적으로 형식상 이득자와 실질적인 이득자를 따로 두었으면 실질적 이득을 얻은 곳을 납세의무자로 봐야한다며 하노칼과 IPIC의 주식거래에는 한국과 네덜란드의 조세조약이 적용되지 않아 과세가 정당하다고 밝혔다. 두 판결은 IPIC는 603억원, 하노칼은 1838억원의 세금을 국내에서 납부해야 한다는 취지다.
 16) 법무부, 보도자료, “하노칼과의 ISD에 우리측 중재인 선정”, 2015.10.1(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0005&strWrtNo=3534&strAnsNo=A&strFilePath=moj/&strRtnURL=MOJ_30200000&strOrgGbnCd=100000 참조).
 17) *Hanocal Holding B.V. and IPIC International B.V. v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/15/17, ICSID(동 사건의 진행상황은 <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/17> 참조).

것이라 판단된다. 우리나라 법무부의 보도자료에 따르면, 하노칼 측은 현대오일뱅크 주식 매각에 따른 양도차익에 대해 대한민국 국세청이 한국-네덜란드 조세조약을 적용하지 않고 실질과세원칙을 적용하여 과세한 것 등에 대해서 한국-네덜란드BIT위반이라고 주장하였다.¹⁸⁾ 이 사건에서 하노칼이 주장한 법적 쟁점은 간접수용 및 최소기준대우(minimum standard of treatment) 규정의 위반 여부였다.

(3) 다야니(엔텍합)사건

1) 사실관계

2010년 4월 엔텍합은 한국자산관리공사(KAMCO, 캄코)가 진행한 대우일렉트로닉스 매각 과정에서 우선협상대상자로 선정되었다. 같은 해 11월 채권단¹⁹⁾은 이란 국적의 가전회사인 엔텍합의 대주주 다야니가 싱가포르 법에 따라 설립한 특수목적 법인인 D&A Holding Co. Pte Ltd(이하 ‘D&A’)와 매매계약을 체결하고, 전체 매각대금 5,778억원 가운데 578억원을 계약금으로 받았다. 하지만 채권단은 한 달 뒤 D&A가 채권단에 제출한 투자확약서(LCO)에 담긴 필요자금이 계약당시 합의한 수준보다 1,545억원이 부족했고, 엔텍합이 인수대금을 삭감해달라고 주장하며 대금지급 기일을 넘기자 2011년 5월 계약해지를 통보하였다.²⁰⁾ 동 계약에 따르면 위와 같은 상황에서 매도인들이 명시적으로 계약을 해지할 수 있음을 규정하고 있으며, 이 경우 채권단이 D&A가 지급한 계약금을 몰취할 수 있도록 규정하고 있다고 한다.²¹⁾

이와 관련하여 한국 법원은 2011년 10월 엔텍합이 대우일렉트로닉스에 미지급한 외상물품대금 3000만 달러를 갚되, 이 대금을 제외한 계약보증

18) *Ibid.*

19) 채권단은 우리은행, 한국자산관리공사, 한국산업은행, 한국씨티은행, 리만 브라더스(Lehman Brothers)를 포함하여, 약 40개의 금융기관들로 구성되었다. 금융위원회, “이란 다야니家와의 ISD 중재판정에 대한 취소소송”, 보도자료, 2018.7.4., p. 3(동 보도 자료는 금융위원회 인터넷 홈페이지 <http://www.fsc.go.kr> 참조).

20) *Ibid.*, p. 5.

21) *Ibid.*, p. 3.

금은 돌려받으라는 조정안을 냈지만, 캡코 등 채권단은 이를 거부했다. 이어 2012년 2월 법원은 엔텍합이 제기한 우선협상대상자 임시지위보전 등 가처분소송을 기각했다.

한편 2010년 다야니는 대우일렉트로닉스의 매각과정에서 한국정부가 이란 투자자에 대해 한국-이란BIT상의 공정·공평한 대우원칙 등을 위반해 손해를 입혔다며 UNCITRAL 중재절차규칙에 따라 ISD 소송절차에 대한민국 정부를 회부하였고, 한국정부에 대해 계약금과 이자를 포함해 총 935억원의 반환을 요구하였다.²²⁾ 이와 관련하여 UNCITRAL 중재판정부는 한국정부가 다야니 측이 청구한 935억원 가운데 약 730억원을 지급해야 한다고 판정하였다. 다야니가 2010년 대우일렉트로닉스 인수전에 뛰어들 당시 우리 정부가 한국-이란BIT상의 공정·형평한대우 규정을 위반하여 피해가 발생하였다는 다야니측 주장을 받아들인 것이다.

2) 주요 법적 쟁점

다야니 측은 M&A 당시 대우일렉트로닉스의 1대 주주는 48%의 지분을 갖고 있는 캡코였는데, 캡코가 한국의 국가기관으로서 자사에 대해 불공정한 대우를 했고 결국 매각이 불발됐다는 주장을 폈다. 이 사건의 쟁점은 578억원의 계약금을 몰취한 것이 정당한 조치였는가 하는 것이다. 우리나라 금융위원회의 보도자료에 따르면 다야니는 캡코가 국가기관에 해당하고, 채권단이 578억원의 계약금을 몰취한 것이 한국-이란BIT상의 공정·형평한 대우 원칙을 위반한 것이라고 주장한 것으로 알려지고 있다.²³⁾ 판정문이 공개되지 않아 구체적인 판단논거에 대해서는 파악이 불가능하지만 중재판정부에서는 엔텍합이 캡코와 체결한 계약서상의 계약금 몰취조치가 동 원칙에 비추어 자의적이거나 부당한 것은 아닌지에 대해 구체적으로 다루었을 것으로 판단된다. 한국-이란BIT상의 공정·형평한 대우 원칙은 매우 추상적인 개념으로서 많은 ISD소송에서 국제투자법

22) *Ibid.*, pp. 5-6.

23) *Mohammad Reza Dayyani, et al. v. The Republic of Korea*, Press Release of the Korean Financial Services Commission, PCA Case No. 2015-38, 2018. 7. 4 (<https://www.italaw.com/cases/documents/6742>).

위반 주장의 근거 조항으로 거론된 바 있다.

한편 이 사건에서 우리 정부는 다야니와의 분쟁이 한국-이란BIT상 ISD 소송의 적용대상이 아니라는 입장을 견지했을 것으로 추측된다. 금융위원회 보도자료에 따르면, 우리정부는 중재 판정에 불복해 영국 고등법원에 중재판정 취소소송을 제기했다고 하며, 다야니는 싱가포르에 세운 D&A에 투자를 했을 뿐이지 한국에 직접 투자를 한 게 아니므로 한국-이란 BIT에 따라 보호되는 투자를 한 게 아니라는 점이 정부가 내세운 취소소송의 주요 근거 중 하나라는 입장이다.²⁴⁾ 또한 BIT는 특정 국가에 투자를 했다가 해당 정부의 조치로 인해 손해를 본 경우 ISD 소송을 제기할 수 있다고 돼 있는데, 캄코는 국가기관으로 볼 수 없고, 한국 정부가 아닌 캄코를 포함한 채권단에 대한 분쟁인 만큼 한국-이란BIT에서 보장하는 ISD 소송의 대상이 아니라는 입장을 견지하고 있는 것으로 보도되고 있다.²⁵⁾ 이러한 주장은 청구인의 당사자 적격성에 관한 것으로 많은 ISD 소송에서 흔히 본안전 선결적 항변으로 다루어지는 쟁점들 가운데 하나이다.

(4) 엘리엇/메이슨사건

1) 사실관계

미국 국적의 사모펀드 엘리엇(Elliott Associates, L.P.)은 삼성물산과 제일모직 간 합병을 승인하는 과정에서 한국 정부의 부당한 조치로 주가가 하락하여, 최소 7억 7천만 달러(약 8650억원)의 손해가 발생하였다고 주장하고 있다.²⁶⁾ 엘리엇은 2015년 국민연금이 삼성물산과 제일모직의 합병을 찬성하는데 한국 정부가 부당하게 간섭하여 합병 건이 주주총회를 통과함으로써 이들 계열사에 투자한 엘리엇이 손실을 봤다고 주장하고 있는 것이다.²⁷⁾ 엘리엇은 한국-미국FTA에 근거하여 2018. 4. 13. 우리나라

24) *Ibid.*

25) *Ibid.*

26) 법무부, *supra* note 1.

27) ELLIOTT ASSOCIATES, L.P., Notice of Arbitration, 2018.7.12. p. 43 (관련 자료는 우

정부를 상대로 중재의향서(Notice of Intent)를 접수한 이후, 2018. 7. 12. ISD 우리 정부에 중재신청을 통보(Notice of Arbitration) 한 것으로 보도되고 있다.²⁸⁾

한편 미국 국적의 사모펀드 메이슨(Mason Capital Management LLC 및 Mason Management LLC)은 한국의 조치로 인해 최소 2억달러 상당의 손해가 발생했다고 주장하고 있으며,²⁹⁾ 이는 엘리엇의 주장과 유사한 취지에 해당한다. 2018. 6. 8. 한국-미국FTA에 근거하여 ISD 중재의향서를 대한민국 정부에 접수하였고,³⁰⁾ 이어 2018.9.13.일자 중재신청을 통보한 것으로 보도되고 있다.³¹⁾

2) 주요 법적 쟁점

엘리엇이 제출한 중재신청통보서에 따르면 대한민국 정부가 한국-미국 FTA 제11.3조(내국민대우원칙) 및 11.5조(최소기준대우원칙-공정·형평한 대우포함)에 위반하였다고 주장되고 있다.³²⁾ 한편 메이슨도 중재통보에서 삼성물산과 제일모직의 합병과 관련된 대한민국의 조치는 한국-미

리나라 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조); 엘리엇은 델라웨어주법에 따라 조직된 리미티드 파트너십이므로 한국-미국FTA의 적용대상인 ‘투자자’에 해당한다고 주장한다. 엘리엇의 주장에 따르면, 본건 합병 당시 엘리엇은 한국 상장회사인 삼성물산 보통주식 발행주식총수의 약 7.12%에 해당하는 의결권 있는 보통주식 11,125,927주를 소유하고 있었기 때문에 동 협정 제11.1조 제1항 나호 및 제11.28조에 따라 보호되는 ‘투자’에 해당한다고 한다. 한국-미국 FTA 제11.4조에 따르면 “기업은 회사, 신탁, 파트너십, 단독소유기업, 합작투자, 협회 또는 유사한 조직을 포함하여, 영리목적인지의 여부와 민간이나 정부가 소유하거나 지배하고 있는지의 여부에 관계없이, 적용 가능한 법에 따라 구성되거나 조직된 모든 실체”를 의미한다.

28) 법무부, *supra* note 1.

29) Mason Capital Management LLC 및 Mason Management LLC, Notice of Intent to Bring Arbitration against Korea for Violation of Obligation Arising Under the US-Korea Free Trade Agreement, Notice of Intent, 2018.6.8.(http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do).

30) 법무부, 보도자료, “한·미 FTA 투자자-국가 분쟁 중재의향서 접수”, 2018. 7. 3(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).

31) 법무부, *supra* note 2.

32) ELLIOTT ASSOCIATES, L.P., Notice of Arbitration, 2018. 7. 12(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).

국FTA 제11.3조(내국민대우원칙), 11.5조(최소기준대우원칙) 규정을 위반하는 것으로 규정을 위반하는 것이라고 주장하고 있으며,³³⁾ 이는 엘리엇이 주장하고 있는 쟁점과 동일하다.

가. 최소기준대우 위반 여부

엘리엇이 제출한 중재신청서에 따르면 대한민국 정부가 한국-미국FTA 제11.3조(내국민대우원칙) 및 11.5조(최소기준대우원칙-공정·형평한 대우포함)에 위반하였다고 주장되고 있다.³⁴⁾ 엘리엇에 따르면 국민연금 관계자들은 국민연금 리서치팀이 만들어낸 합병비율인 1:0.46에 기초하고 또한 국민연금이 제일모직 지분을 보유함에 따라 손실이 일부 감소되는 것을 고려하더라도, 국민연금이 강요된 본건 합병에 대한 찬성표결로 인한 손실이 최소 1,388억원에 달한 것으로 추산하였다고 결정한 우리나라 판결³⁵⁾을 근거로 한국의 조치가 자의적인 것일 뿐만 아니라 진정한 또는 정당한 공익의 개념에 적극적으로 반하는 것이었다고 주장하고 있다.³⁶⁾ 또한 엘리엇은 정부의 고위 관계자들이 직접 개입하여 국민연금의 내부 절차를 부적절하게 침해하였고 그로 인해 삼성이 제안한 불공정한 조건에 따라 국민연금이 완전히 자의적으로 본건 합병에 찬성하도록 결정하게 하였다고 이는 최소기준대우에 반하는 것이라고 주장하고 있다.³⁷⁾

한편 메이슨도 엘리엇과 거의 유사한 논리에 따라 한국정부의 조치가 자의적이고 차별적인 조치로서 적법절차를 의도적으로 무시한 것이므로 최소기준대우 규정에 위반된다고 주장하고 있다.³⁸⁾ 메이슨은 본건 합병에 찬성표를 행사함에 있어 국민연금 등 상성물산 주주들에게 불리하다는 점은 그 표결 전에 널리 알려져 있었기 때문에 본건 합병은 국민연금과 국민연금이 국민들의 연금관리자로서 부담하는 의무에 해를 줄 수 있는

33) 법무부, *supra* note 2.

34) ELLIOTT ASSOCIATES, L.P., Notice of Arbitration, 2018. 7. 12(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).

35) 서울중앙지방법원 2017.6.8. 선고 2017고합34, 183(병합) 판결.

36) 법무부, *supra* note 1. p. 49-50.

37) *Ibid.*

38) 법무부, *supra* note 2. pp. 29-30.

사안이었음에도 불구하고 정당한 이유도 없이 자의적으로 행동하였다고 주장하였다. 또한 한국정부의 행위는 차별적인 것으로서 부정부패, 뇌물 수수 및 특혜에 기반하여 이루어 졌고, 결과적으로 의결권행사는 삼성총수 일가에게 이익을, 삼성물산 주주 및 한국 국민들에게는 손해가 되었고, 더 나아가 한국의 행위는 적법절차와 적정절차를 의도적으로 무시한 채 이루어졌다고 주장하고 있다.³⁹⁾

나. 내국민대우 위반 여부

엘리엇은 한국의 행위가 국적을 근거로 하여 청구인을 차별한 것으로 내국민대우에 반한다고 주장한다. 한국이 내국인 주주의 일가에 유리하고 또한 최선의 이익이 되도록 하기 위해 그리고 외국투자자인 엘리엇에 대한 적개심에 의해 본건 합병에 개입하였다고 주장한다. 한국이 이러한 방식과 이유로 개입하지 않았다면 본건 합병은 무산되었을 것이고 청구인이 막대한 재정적 손실을 입지 않았을 것이라는 것이다.⁴⁰⁾ 청구인은 본 사건에서 한국 정부가 국적에 근거하여 외국투자인 청구인을 차별하려는 동기가 명확히 드러난 사건으로서 동일한 상황에 있는 내국 투자자에 비해 청구인을 불리하게 대우하였을 뿐만 아니라 그러한 대우를 함에 있어 차별적 동기가 있었기 때문에 이는 직접적으로 차별행위를 한 것이라고 주장하고 있는 것이다.⁴¹⁾

한편 메이슨은 이 사건에서 메이슨은 한국 정부가 삼성그룹의 계열사들이자 한국의 상장회사들인 삼성물산 주식회사와 삼성전자 주식회사에 대한 메이슨의 투자에 개입하여 손해를 입혔다고 주장하고 있다. 이들에 따르면 한국정부가 삼성물산의 주주가치가 심각하게 저평가된 상태에서 삼성물산과 제일모직의 합병을 성사시키고자 국민연금공단의 내부절차를 침해하였다고 주장한다. 이들에 의하면 본건 합병은 제일모직의 주요주주

39) 한국은 전문가위원회가 본건 합병에 대한 찬반결정을 하는 것이 국민연금의 적정절차라는 점을 알고 있었음에도 불구하고, 투자위원회에서 표결할 경우 찬성 결론이 나올 가능성이 더 크다는 점도 함께 인식하고 있었고, 이러한 이유로 주요 정부인사들은 압력을 행사하여 전문가위원회 부의를 회피하였다고 주장하고 있다.

40) 법무부, *supra* note 1, pp. 51-52.

41) *Ibid.*

가 삼성물산 주식을 낮은 가격에 취득할 수 있도록 삼성물산 주식을 저평가하는 반면 제일모직 주식은 고평가하는 방식으로 설계되었다고 한다. 그 결과 주요주주는 삼성그룹의 최우량자산에 해당하는 삼성물산이 보유한 삼성전자 주식에 대한 지배력을 확보하였다는 것이다. 이들은 한국에서 이루어진 소송(박근혜전대통령 관련 형사재판)에서 정부의 역할이 확인되었으며, 국민연금 스스로도 자체 내부감사에서 이를 인정한 바 있다고 주장하였다. 정부의 부당한 지배개입은 자의적이고 차별적인 것으로서 내국민대우원칙 규정에 위반된다고 주장하는 것이다.⁴²⁾

(5) 쉐들러사건

1) 사실관계

스위스에 본사를 둔 승강기업체 쉐들러 홀딩 아게(Schindler Holding AG, 이하 ‘쉐들러’)는 2013년부터 2015년까지 수차례 이루어진 현대엘리베이터의 유상증자와 전환사채 발행은 경영상 필요 없이 경영권 방어를 위해 이루어졌음에도 금융 감독당국이 이에 대한 조사 및 감독의무를 해태하여 손해를 입었다고 주장하고 있다. 또한 청구인의 주장에 따르면 현대엘리베이터는 2004년부터 체결한 20여 건의 파생상품계약에 따른 의무 이행과 경영권 방어를 위하여 수차례 유상증자를 실시하였음에도 이를 증권신고서에 기재하지 않았고, 금융 감독당국은 필요한 조치를 취하지 않은 채 증권신고서를 수리하였다. 현대엘리베이터가 2015년 실시한 제3자 배정방식의 전환사채(CB) 발행은 상법 제418조 제2항에 규정된 ‘신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적’이라는 요건을 충족하지 않았음에도 금융 감독당국은 이에 대한 조사 등 필요한 조치를 다하지 않았다.⁴³⁾

청구인은 2018. 7. 11 한국-EFTA FTA⁴⁴⁾ 부속 투자협정에 근거하여 대

42) 법무부, *supra* note 2, pp. 29-30.

43) 법무부, 보도자료, “대한민국-유럽자유무역연합(EFTA) 투자협정 관련 쉐들러의 투자분쟁 중재신청통지 접수”, 2018. 10. 16(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).

44) 유럽연합(EU) 회원국이 아닌 스위스, 아이슬란드, 리히텐슈타인, 노르웨이로 구성된

한민국 정부를 상대로 투자분쟁 관련 중재의향서를 접수하였다.⁴⁵⁾ 이어 쉐들러는 2018. 10. 11. 한국-EFTA FTA와 1976년 UNCITRAL 중재규칙에 근거하여 ISD 중재신청 통보서를 대한민국 정부에 접수하였다. 중재통보에 따르면 청구인은 이러한 한국 정부의 행위는 한국-EFTA FTA에 위반된 것으로, 이로 인해 최소 미화 3억 달러의 손해를 입었다고 주장하고 있다.⁴⁶⁾

2) 주요 법적 쟁점

우리나라 법무부의 보도자료에 따르면 쉐들러는 우리나라 금융감독당국이 현대엘리베이터의 유상증자와 전환사채 발행에 대해 조사 및 감독의무를懈怠하여 손해를 발생시켰으며 이는 한국-EFTA FTA에서 규정한 공정·형평한 대우 규정 등에 위반하였다고 주장하고 있다.⁴⁷⁾

유럽자유무역연합(EFTA)과의 FTA로 2006. 9. 발효.

45) 법무부, 보도자료, “대한민국-유럽자유무역연합(EFTA) 자유무역협정(FTA) 투자자, 국가 분쟁 중재의향서 접수”, 2018. 7. 26(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).

46) 법무부, *supra* note 43.

47) *Ibid.*

(6) 해외동포의 수용 관련 청구사건

1) 사실관계

이 사건의 청구인은 미국 국적자로서 한국에 토지를 소유하고 있었고, 동 부동산이 소재하던 지역에 재개발조합에 의해 사업이 추진되면서 재개발조합의 신청에 따라 수용위원회의 결정을 받아 수용이 결정되었다. 여기서 수용위원회는 토지 수용에 따른 보상금의 정도를 결정하는 역할을 하였고, 재개발조합이 관련 법령에서 정해진 절차에 따라 동 부동산에 대한 수용절차를 진행하고 수용위원회의 결정에 따라 보상금을 공탁하였다. 재개발조합은 주택재개발정비사업구역의 주민들이 자체적으로 설립한 조합으로 국가기관이나 지방자치단체의 소속기관이 아니다.⁴⁸⁾

이와 관련하여 청구인은 2018. 7. 12. 한국-미국FTA에 근거하여 ISD 중재신청서를 홍콩국제중재센터(Hong Kong International Arbitration Centre, HKIAC)에 접수하였다.⁴⁹⁾ 청구인은 2017. 9. 7. 중재의향서를 한국정부에 접수한 바 있다. 동 중재신청통보서에서 청구인은 자신 소유의 부동산이 대한민국 정부에 의해 위법하게 수용되었다고 주장하며, 약 300만 달러, 지연이자 및 관련 소송비용의 배상을 청구하였다. 이 사건은 2013 UNCITRAL 중재규칙에 의거하여 소송절차가 진행된다.⁵⁰⁾

2) 주요 법적 쟁점

중재신청통보서에 따르면 청구인은 대한민국 정부의 조치, 즉 부동산 관련 정책의 시행이 한국-미국FTA 제6조 수용규정, 제11.5조(최소기준대우 - 공정·형평한 대우)규정을 위반하고 있다고 주장하고 있다.⁵¹⁾ 한편, 이 사건에서 주택재개발정비사업을 진행한 재개발조합은 주택재개발정비

48) 법무부, 중재통보에 대한 답변서, 2018. 7. 13, p. 7 각주2(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).

49) 법무부, 보도자료, “한·미 FTA 투자자-국가 분쟁 중재신청서 접수”, 2018. 7. 13(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).

50) *Ibid.*

51) JIN HAE SEO, Notice of Arbitration, 2018. 7. 12, p. 12-14 (관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).

사업구역의 주민들이 자체적으로 설립한 조합으로 국가기관이나 지방자치단체의 소속기관이 아니므로⁵²⁾ 우리 정부측 주장에 의해 민간이 주도하는 주택재개발사업에 따른 토지 수용행위가 ISD 소송 청구의 대상이 될 수 있는가 하는 점도 쟁점이 될 수 있을 것으로 판단된다.

2. 소결

우리나라 관련 ISD 소송사건에 나타난 공공정책의 유형과 법적 쟁점들을 간단히 표⁵³⁾로 정리하면 다음과 같다.

사건명	근거 조약	관련 규정	공공정책 유형	소송 진행상황
론스타사건	한국-벨기에 BIT	* 공정·형평한대우	조세, 금융 - 국세청, 금융위원회	심리완료
하노칼사건	한국-네덜란드 BIT	* 간접수용 * 최소기준대우	조세-국세청	취하
다야니사건	한국-이란 BIT	* 공정·형평한대우	재정-한국자산 관리공사, 금융위원회	중재판정 패소
엘리엇/메이슨 사건	한국-미국 FTA	* 내국민대우 * 최소기준대우 (공정·형평한 대우 포함)	기업합병 -국민연금 등	중재신청
선들러사건	한국-EFTA FTA	* 공정·형평한 대우	금융-금융감독원, 금융위원회	중재신청
해외 동포의 수용 관련 청구사건	한국-미국 FTA	* 수용 * 최소기준대우 (공정·형평한 대우 포함)	부동산-토지 수용위원회	중재신청

52) 법무부, 중재통보에 대한 답변서, 2018. 7. 13, p. 7 각주2(관련 자료는 법무부 홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do 참조).

53) 이 표는 법무부 및 언론의 보도자료를 통해 드러난 법적 쟁점들 가운데 필자가 선택한 주요한 쟁점만을 표시하고 있으며, 아직 드러나지 않은 법적 쟁점들이 존재할 수 있음을 밝힘.

위에서 살펴본 바와 같이 ISD소송사건에 나타난 공공정책의 유형을 보면 금융, 부동산(토지수용), 재정, 조세 등 다양한 분야에서 소송이 발생하고 있다. 이 사건들에서 나타난 바와 같이 외국인 투자자들은 특정한 분야의 정책 자체를 문제 삼는 경우보다 정책을 시행하는 과정에서 자의적 혹은 부당한 조치가 관련 규정에 위반된다고 주장하고 있는 것으로 판단된다.

또한 ISD 소송사건들에서 공통적으로 법적 쟁점화 된 이슈는 내국민대우규정 위반 여부, 공정·형평한 대우 혹은 최소기준대우 규정 위반 여부, 수용(간접수용)규정 위반 여부 등이다. 또한 거의 모든 소송에서 선결적 항변으로서 소송 청구인의 당사자 적격성 문제가 논점이 될 것으로 판단된다. 주요 법적 쟁점과 관련해서는 다음 장에서 차례로 그 의의와 해석 및 운영상의 문제 등을 구체적으로 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 우리나라 공공정책 관련 ISD사건의 주요 법적 쟁점

1. 청구인의 당사자 적격성 여부

앞서 다루었던 우리나라 관련 ISD사건들 가운데 청구인의 적격성이 문제가 될 수 있는 것은 ‘다야니사건’과 ‘론스타사건’ 등이다. 물론 우리나라 정부는 다른 사건들에서도 소송이 본격적으로 진행된다면 선결적 항변으로 소송 청구인의 당사자 적격성을 문제 삼게 될 가능성이 크다.

우선 ‘론스타사건’과 관련하여 우리나라에서는 론스타의 청구인 적격성을 두고 이미 논란이 발생하고 있다. ISD소송을 제기한 벨기에 국적의 론스타펀드 산하 법인인 LSF-KEB Holdings SCA는 단지 페이퍼컴퍼니로서 법인으로서의 실체를 가지지 못하기 때문에 중재법원에 소를 제기할 수 있는 당사자 적격성이 없다는 것이다. 또한 한국-벨기에BIT에 따르면 론스타는 한국 내 구체절차와 ISD소송절차 중에서 하나를 선택할 수 있는 바,⁵⁴⁾ 벨기에 소재 LSF-KEB Holdings SCA는 사실상 론스타와 하나의

54) 한국-벨기에BIT 제8조.

기업으로서 이미 론스타가 국내에서 조세관련 소송절차를 통해 구제절차를 이용하였으므로, ISD소송절차를 이용하여 제소할 수 있는 자격이 없다고 봐야 한다는 것이다. 이러한 문제는 다른 사건에서도 동일하게 제기되었다. ‘다야니사건’에서 우리정부는 다야니는 싱가포르에 세운 D&A에 투자를 했을 뿐이지 한국에 직접 투자를 한 게 아니므로 한국-이란BIT에 따라 보호받을 수 있는 투자가 아니란 점을 주장하고 있는 것으로 알려지고 있다.⁵⁵⁾

여기서 제기되는 문제는 결국 ISD소송의 청구인과 청구인의 투자가 한국-벨기에BIT, 한국-이란BIT의 적용대상 ‘투자’ 및 ‘투자자’에 해당하는가에 따라 해결되어지게 된다. 이와 관련하여 한국-벨기에BIT에 따르면 ⁵⁶⁾ ‘투자자’는 양 당사국의 국적을 가진 자연인과 회사·공공기관·당국·재단·조합·상사·시설·단체·기업 및 협회 등 각 계약당사국의 법령에 따라 설립 또는 조직된 모든 실체로서의 법인이다.⁵⁷⁾ 투자자는 다른 쪽 계약당사국의 영역 안에 투자하는 어느 한 쪽 계약당사국의 모든 자연과 법인을 포함하는 개념이다. 또한 ‘투자’라 함은 어느 한쪽 계약당사자의 투자자가 다른 쪽 계약당사자의 영역 안에 직접 또는 간접적으로 소유하거나 관리하는 모든 종류의 자산으로서 투자 또는 재투자된 자산 형태의 어떠한 변경도 그 자산의 투자로서의 성격에 영향을 미치지 아니한다.

한편 한국-이란BIT에 따르면 ‘투자자’는 양 당사국의 자연인과 어느 일방 계약국의 법에 의하여 설립되고 투자유치국의 영역 안에 본사나 실제 경제활동이 있는 그 일방 계약국의 법인을 의미한다.⁵⁸⁾ 또한 ‘투자’는 일방 계약국의 투자자에 의하여 타방 계약국의 영역 안에서 투자유치국의 법령에 의하여 투자된 모든 종류의 자산을 의미한다.⁵⁹⁾

55) *Mohammad Reza Dayyani, et al. v. The Republic of Korea*, Press Release of the Korean Financial Services Commission, PCA Case No. 2015-38, 2018. 7. 4 (<https://www.italaw.com/cases/documents/6742>).

56) 한국-벨기에BIT 제1조

57) 한국-벨기에BIT 제1조 3항.

58) 한국-이란BIT 제1조 2항.

59) 투자에는 특히 다음을 포함하나 이에 한정되지 아니한다.: 가. 동산·부동산 및 이와 관련된 저당권·유치권·리스·질권 등의 권리, 나. 회사에 대한 지분 및 기타 형태의 참여, 다. 금전 및 수취어음, 라. 특허권·실용신안·산업설계·산업신안·상표권·상호권·

상기 두 개의 BIT에서 규정하고 있는 ‘투자자’ 및 ‘투자’의 개념이 상이한데, 이는 우리나라가 체결한 BIT나 FTA마다 그 개념들이 다양할 수 있다는 것을 나타낸다. 결국 ISD소송에서 투자협정에서 보호하는 ‘투자자’ 및 ‘투자’로서 소송청구의 당사자 적격성을 충족시킬 수 있을 것인지는 사안별로(case by case)로 다루어져야 할 수 밖에 없다.

‘론스타사건’과 관련하여 한국-벨기에BIT를 살펴보면, ‘투자자’는 각 계약당사국의 법령에 따라 설립 또는 조직된 ‘모든 실체’로서의 법인으로서 그 범위가 광범위하기 때문에 ISD소송절차에 소를 청구한 LSF-KEB Holdings SCA가 설령 페이퍼컴퍼니라 할지라도 청구 적격성이 없다고 단정할 수는 없다. 각 계약국의 법령에 따라 합법적으로 설립된 실체라면 그것이 영업활동을 하지 않거나 자산을 갖고 있는지 여부는 문제가 되지 않을 것이다. 다만 론스타사건에서 청구인인 LSF-KEB Holdings SCA와 이미 우리나라 법원에서 구제절차를 진행한 론스타가 동일한 하나의 기업 혹은 실체라는 것이 입증된다면 LSF-KEB Holdings SCA의 ISD소송 청구의 당사자 적격성이 부인될 가능성이 크다.

하지만 한국-벨기에BIT를 포함하여 우리나라가 체결한 대다수의 BIT들에서는 영업활동을 하지 않거나 영업소나 자산을 갖고 있지 않은 페이퍼컴퍼니에 대해서 독립된 보호대상으로서 ‘투자’ 및 ‘투자자’에 포함될 수 있는지 여부가 불분명한 것이 사실이다. 한국-벨기에BIT처럼 페이퍼컴퍼니가 투자협정의 적용대상 ‘투자’ 혹은 ‘투자자에 해당하는지 여부가 논란이 될 수 있다는 사실은 향후에도 계속해서 동일한 분쟁의 발생가능성이 예견될 수 있고, ISD 소송절차에 따른 우회소송을 위해 의도적으로 페이퍼컴퍼니를 해외에 설립하게 하는 원인이 될 수 있다는 점에서 향후 중요하게 다루어져야 할 사안임이 명확하다.

이와 관련하여 만약 한국-벨기에BIT가 한국-이란BIT의 ‘투자자’의 개념처럼 ‘영역안에 본사나 실제 경제활동이 있는 법인’으로 한정하여 규정하

노하우 등의 산업재산권 및 지적재산권과 영업신용, 마. 천연자원의 탐사·추출 또는 개발권: 한국-이란BIT 제1조 1항.; 한국-중국BIT, 한국-ASEAN FTA을 포함하여 우리나라의 많은 투자협정들은 투자란 "투자자가 소유하거나 지배하는 모든 자산"으로 투자하는데 사용한 '모든 종류의 자산'을 포함하는 포괄적인 투자의 정의 규정을 두고 있다.

였다면 문제가 단순해졌을 것이다. 일부 투자협정들에서는 이러한 우려를 차단하기 위하여 한국-이란BIT처럼 ‘투자자’ 및 ‘투자’에 대한 규정에서 명시적으로 범위를 한정하여 문제를 해결하고 있다. 예를 들어 한국-인도 CEPA에서는 투자유치국 영역내 ‘기업’이 보호대상 ‘투자’의 형태로 인정되기 위해서는 “그 당사국 영역내에서 영업장소와 영업활동을 수행하는데 사용되는 자산을 갖고 있어야 한다”는 규정을 두어 외국 투자자로서 보호받기 위한 영업장소와 일정한 자산의 보유요건을 구체화 하고 있다.⁶⁰⁾

한국-벨기에BIT가 갖고 있는 문제점을 예방하기 위해서는 페이지컴퍼니처럼 영업활동을 하지 않거나 자산을 갖고 있지 않은 법인에 대해서 우리나라가 체결하고 있는 투자협정상 보호대상 ‘투자자’ 및 ‘투자’에서 배제될 수 있도록 명시적인 규정을 두어 제한할 필요가 있다.

2. 공정 · 형평한 대우원칙 /최소기준대우원칙

앞서 살펴보았던 우리나라의 공공정책관련 ISD소송사건 가운데 ‘론스타사건’ 및 ‘다야니사건’에서는 우리정부의 조치가 한국-벨기에BIT상, 한국-이란BIT상의 공정 · 형평한 대우 원칙 위반을, ‘엘리엇/메이슨사건’ 및 ‘해외동포 수용관련 청구사건’에서는 한국-미국FTA상 최소기준대우 위반을 주장하고 있다. 이하에서는 공정 · 형평한 대우 원칙과 최소기준대우원칙의 의미를 우선적으로 검토한 후 두 원칙의 관계 및 동 원칙의 해석상의 문제들을 살펴보고자 한다.

(1) 공정 · 형평한 대우 및 최소기준대우 원칙의 의의

국제투자규범상 공정하고 형평한 대우(fair and equitable treatment: 이하 공정 · 형평한 대우)란⁶¹⁾ 외국인투자에 대한 보호의 한 원칙으로서 국제

60) 한국-인도CEPA 제10.1조 주석 1). 또한 협정에 따르면 ‘기업’은 “회사 신탁회사 합명회사인 기업 합작투자 또는 그 밖의 조합 및 기업의 지점을 포함하여 영리목적인지 여부와 민간이 소유하거나 정부가 소유하고 있는지의 여부에 관계없이 적용 가능한 법에 따라 구성되거나 조직된 모든 실체를 말한다.”

61) 공정 · 형평한 대우에 대한 자세한 연구는 OECD, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, in *International Investment Law: A Changing*

투자규범인 BIT와 FTA 등에 규정되어 있으며⁶²⁾ 투자 유치국의 자의적이고 차별적인 대우와 불공정한 대우를 막음으로써 외국투자자를 보호하기 위한 규정이라고 볼 수 있다.⁶³⁾ 하지만 국제법상 공정·형평한 대우의 명확한 정의가 무엇인지에 대한 일반적 합의는 마련되고 있지 않기 때문에⁶⁴⁾ 그 해석을 두고 논란이 발생할 여지가 큰 쟁점이기도 한 것이 사실이다. 이와 관련하여 한국-미국FTA는 “공정·형평한 대우를 제공할 의무는 세계의 주요 법률체계에 구현된 적법절차의 원칙에 따라 형사적·민사적 또는 행정적 심판절차상의 정의를 부인하지 아니할 의무를 포함한다”는 규정을 명시적으로 두어 공정·형평한 대우의 의미를 조금 더 명확히 하는 한편, 형사적·민사적 또는 행정적 심판절차상의 정의와 더불어 다른 요소들이 판단요소로서 포함될 수 있음을 명시적으로 규정하고 있다.⁶⁵⁾

한편 최소기준대우는 ‘엘리트/메이슨사건’ 및 ‘해외동포 수용관련 청구사건’에 관련되어 있는데, 이 사건의 적용 규정인 한국-미국FTA는 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전을 포함하여 국제관습법에 따른 최소기준대우를 외국 투자자에 대하여 부여하도록 규정하고 있다. 동 규정에 따르면 최소기준대우는 공정·형평한 대우를 비롯한 국제관습법상

Landscape, 2005, pp.73-125; Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*(second ed.), Oxford University Press, 2012, p. 133.; Christoph Schreuer, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice,” *J. World Inv. & Trade*, Vol. 6, 2005, p. 357 등 참조.

62) 예컨대, 한국-미국FTA 제11.5조, 한국-남아프리카공화국BIT 제2조, 한국-인도네시아BIT 제2조, 한국-포르투갈BIT 제2조, 한국-멕시코BIT 제2조, 한국-나이지리아BIT 제2조, 한국-이탈리아BIT 제1조, 한국-칠레FTA 제11.5조, 한국-싱가포르FTA 제10.5조, 한국-일본BIT 제10조 제1항.; 일본-베트남BIT 제9조 제1항.; 일본-인도네시아FTA 제61조, 일본-중국BIT 제5조 제1항, 일본-몽골BIT 제5조 제1항, 일본-방글라데시BIT 제5조 제1; 캐나다-코스타리카BIT 제2조, 캐나다-우루과이BIT 제2조, 캐나다-에콰도르BIT 제2조, 캐나다-아르헨티나BIT 제2조, 네덜란드-볼리비아BIT 제3조 2항, 대만-오스트레일리아FTA 제909조.; NAFTA 제1105조, 미국 2012년 BIT모델 제5조 등 참조.

63) Andreas F. Lowenfeld, *International Economica Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 475-476.; 정수봉, 『한국-미국FTA 투자분야 연구』, 법무부, 2008, 90면.

64) Dolzer, Rudolf and Stevens, Margarete, *Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995, pp. 58-61.

65) 한국-미국FTA 제11.5조 foot note.

인정되는 대우를 최소한으로 부여하여야 하는 것으로 공정·형평한 대우를 포괄하는 넓은 개념이다. 또한 한국-미국FTA에 따르면 공정하고 공평한 대우와 충분한 보호 및 안전이라는 개념은 그러한 기준이 요구하는 것에 추가적인 또는 이를 초과한 대우를 요구하지 아니하며, 추가적인 실질적 권리를 창설하지 아니한다.⁶⁶⁾

이처럼 공정·형평한 대우 원칙과 최소기준대우원칙을 규정하는 국제투자협정 즉, BIT나 FTA의 접근방식에 따라 그 내용이 다르게 규정되고 있다. 가령 엘리엇/메이슨사건⁶⁷⁾ 및 ‘해외동포 수용관련 청구사건’과 관련된 한국-미국FTA처럼 공정·형평한 대우 원칙을 최소기준대우원칙의 구성요소로 규정하기도 하지만, ‘론스타사건’과 ‘다야니사건’에 관련된 한국-벨기에BIT, 한국-이란BIT처럼 최소기준대우와 관련 없이 공정·형평한 대우원칙만을 규정하거나 공정·형평한 대우 및 충분한 보호 및 안전을 부여하도록 규정하고 있다. 따라서 관련 사건에서 적용되는 투자조약에 따라 공정·형평한 대우 원칙이나 최소기준대우원칙 규정이 적용되어지게 된다. 위에서 언급한 사건들에서 ‘론스타사건’과 ‘다야니사건’은 한국-벨기에BIT, 한국-이란BIT상 공정·형평한 대우 원칙 위반을, 엘리엇/메이슨사건⁶⁸⁾ 및 ‘해외동포 수용관련 청구사건’에서는 한국-미국FTA상 최소기준대우 위반을 주장하고 있는 것이다.

(2) 공정·형평한 대우 및 최소기준대우의 판단기준

‘다야니사건’에서 다야니는 캄코가 투자확약서상의 계약금 몰취조항에 따라 계약금을 반환하지 않은 조치가 공정하고 형평스러운 조치가 아니었다고 주장하였다. 한편 ‘엘리엇/메이슨사건’에서 메이슨과 엘리엇은 거의 유사한 논리에 따라 한국정부의 조치가 한국-미국FTA상 최소기준대우 규정을 위반하였다고 주장하였다.

엘리엇은 한국 정부의 고위 관계자들이 직접 개입하여 국민연금의 내부절차를 부적절하게 침해하였고 그로 인해 삼성이 제안한 불공정한 조

66) 한국-미국FTA 제11.5조.; 이와 관련 한국-칠레FTA(제11.5조.), 한국-싱가포르FTA(제10.5조.)를 포함하여 한국이 체결하고 있는 FTA들에서는 외국인 투자에 대한 최소기준대우에 관한 규정이 한국-미국FTA와 거의 유사하게 규정되고 있다.

건에 따라 국민연금이 완전히 자의적으로 본건 합병에 찬성하도록 결정하게 하였고, 최소기준대우에는 투자자들에 대한 공정하고 형평한 대우를 포함하고 있는 바, 한국의 행위는 동 대우와 관련한 과거의 국제판례에서 제시된 “터무니없는 행위, 신의성실에 반하는 행위, 고의적인 의무해태, 또는 어떠한 합리적이고 공평한 사람이 보더라도 그 부적절성을 쉽게 인식할 수 있을 정도로 국제적인 기준에 미달되는 부적절한 정부행위로”에 해당하는 것이라고 주장한다.⁶⁷⁾ 메이슨도 최소기준대우는 “행정절차에서 투명성과 공평성이 전무한 경우와 같이 ...대우의 최소기준은, 자의적이거나 지극히 불공정, 부당 또는 특이하게 차별적이거나, ... 또는 사법적 타당성을 해치는 결과로 이어지는 적법절차의 결여를 수반하는 행위에 의하여 침해된다”는 ‘*Waste Management Inc. v. 멕시코사건 II*’⁶⁸⁾ 판정을 인용하면서, 한국의 행위는 자의적이고 불공정하며 차별적이었고, 적법절차와 적정절차를 의도적으로 무시한 채 이루어졌다고 주장하고 있다.⁶⁹⁾

그렇다면 공정·형평한 대우 및 최소기준대우 원칙의 위반여부를 판단할 수 있는 구체적 기준은 무엇인가? 이와 관련하여 예들 들면 ‘다야니 사건’에서 다야니는 캄코가 투자확약서상의 계약금 몰취조항에 따라 계약금을 반환하지 않은 조치가 공정하고 형평스러운 조치가 아니었다고 주장하였다. 아직 ‘다야니사건’의 중재판정부가 어떠한 논거로 우리나라가 공정·형평한 대우 원칙에 위배되는 조치를 취하였다는 다야니의 주장을 인용한 것인지 여부에 대해서는 이 사건의 판정문이 아직 공개되고 있지 않아 자세히 알 수는 없지만, 과거 다른 사건에서의 중재판례 및 학자들의 연구를 종합해 보면, 공정·형평한 대우의 주요 판단요소로서 정부의 조치가 불합리하고 차별적인 조치였는지 즉 정부권한의 현저한 남용(*egregious abuse*)이나 악의적 목적의 정부권한의 오용의 경우에만 한정하지 않고 정부권한의 행사의 투명성(예견가능성, 법적안정성), 투자자의 합리적 기대의 보호, 강압과 괴롭힘으로부터의 자유, 적법절차 및 절

67) 법무부, *supra* note 1, pp. 49-50.

68) CLA-19, *Waste Management Inc. v. United Mexican States (II)*, ICSID No. ARB(AF)/00/3, 2014. 4. 30, para.98.

69) 법무부, *supra* note 2, pp. 29-30.

차의 적정성, 선의(good faith) 등과 같은 공정한 통치(good governance)의 요건을 충족시키지 못한 경우에도 공정·공평한 대우규정 위반으로 다루고 있다.⁷⁰⁾

‘다야니사건’에서 공정·형평한 대우만을 규정하고 있는 한국-이란BIT처럼 최소기준대우와 개념적으로 구별하여 공정·형평한 대우만을 규정한 BIT와 관련된 ISD사건들에서는 특히 합리적 기대의 보호나 투명성 보장은 명시적 규정이 없음에도 공정·형평한 대우의 한 요소로서 판단되어 지는 것이 중재판정부의 일반적 태도라는 점에 유의할 필요가 있다. 가령 ‘Occidental Exploration & Production(OEPC) v. 에콰도르사건’은 공정·형평한 대우를 규정하고 있는 미국-에콰도르BIT와 관련하여 발생한 분쟁이었는데, 중재판정부는 에콰도르가 계약상 기존의 결정을 번복함으로써 투자자의 합리적 기대를 좌절시켰다는 점에서 공정·형평한 대우 규정에 위배되는 것으로 판정하였던 것이다.⁷¹⁾ 한편 ‘Maffezini v. 스페인사건’에서 중재판정부는 채무거래에서의 투명성의 기여는 스페인이 BIT상 지고 있는 의무인 공정·형평대우에 부합하지 않는다는 판정을 내렸다.⁷²⁾ 이 사건의 경우 최소기준대우에 관한 명시적인 규정 없이 공정·형평대우 및 충분하고 안전한 보호만을 규정하고 있는 BIT에 근거한 판정이었기 때문에 투명성의 기여를 공정·형평한 대우에 위반되는 것으로 판시하였던 것이다.

이처럼 합리적 기대나 투명성의 보호를 최소기준대우의 한 요소로 포

70) Veijo Heiskanen, “Arbitrary and Unreasonable Measures”, *Standard of Investment Protection*(edited by August Reinisch), Oxford University Press, 2008, p. 118.; UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, UN: New York and Geneva, 2007, pp. 43-46.

71) *Occidental Exploration & Production Company(OEPC) v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award, 2004. 7. 1, para. 187.; ‘Enron Corp. & Ponderosa assets L.P v. 아르헨티나사건’에서도 중재판정부는 이 사건과 관련된 BIT상의 공정·형평한 대우는 외국인투자에 대한 안정적 투자환경보장, 투자 당시 투자자의 합리적 기대보호 등을 포함하는 것이라고 보았다(*Enron Corp. & Ponderosa assets L.P v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 2007. 5. 22, paras. 251-268).

72) *Maffezini v. Spain*, ICSID Case NO. ARB/97/7, Award(2000. 11. 13), para. 83.; ‘CMS v. 아르헨티나사건’에서도 중재판정부는 안정된 법적 및 사업적 환경의 보장은 공정·공평한 대우의 필수적 요소로서 법적 안정성 및 예측가능성이 전제되어야 한다고 보았다(*CMS GAS Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 2005. 5. 12, para. 276).

함된다는 명시적 표현이 없는 BIT체제하에서는 이를 최소기준대우의 판단요소로 판단할 가능성은 존재 하지 않는다. 하지만 최근의 FTA들에서 공정·형평대우가 최소기준대우의 내용으로 인정되고 있는 추세를 감안하면 결국, 행정절차상의 투명성 보장과 합리적 기대의 보호여부는 최소기준대우를 판정하는 주요한 요소로 인정될 수 있을 것이다. 실례로 ‘*Metalclad v. 멕시코사건*’ 중재판정부는 행정절차상 투명성을 보장할 의무는 NAFTA 제1105조가 투자자에게 보장한 최소기준대우 의무의 일부를 구성하는바 멕시코 정부가 *Metalclad*사에게 사업계획과 투자에 대한 투명하고 예측 가능한 체계를 보장하지 않은 것은 최소기준대우를 위반한 것이라고 판정하여 투명성의 보장을 최소기준대우의 구성요소로 판단하였다.⁷³⁾ 또한 ‘*Waste Management Inc. v. 멕시코사건*’ 중재판정부에 따르면 최소기준대우 위반이 되기 위해서는 그 행위가 자의적이고 중대하게 불공정하거나 특이하거나 차별적이고, 청구인을 지역적 또는 인종적 편견에 노출시키거나 적법절차를 결여하여 사법적 적절성을 위반하거나 또는 행정절차에서 투명성과 진정성이 완벽하게 결여되는 것을 의미한다고⁷⁴⁾ 하여 공정·형평한 대우, 충분한 보호 및 안전, 투명성 등을 최소기준대우의 판단 요소로서 적시하고 있다.

더 나아가 중재판정례의 태도를 주의 깊게 살펴보아야 하는 이유는, 많은 ISD 사건들에서 중재판정부가 투자자의 합리적 기대를 제외한 나머지 구성요소들은 어느 하나를 충족하지 못한 경우 현지국의 규제권한이 정당하지 못한 경우로서 그 자체로 공정·형평한 대우에 위반되는 것으로 판단하고 있는 반면에, 투자자의 합리적 기대에 대한 침해의 경우는 합리적 기대의 존재가 입증되면 그 자체만으로 바로 공정·형평한 대우 위반으로 인정하는 것이 아니라 투자유치국의 정당한 규제권한에 비추어 투자자의 정당하고 합리적인 기대가 과하게 침해되었는지를 비교형량함으로써 공정·형평한 대우의 위반여부를 종합적으로 판단하는 태도를 취하고 있다는 점이다. 예를 들면 ‘*Saluka v. 체코사건*’ 중재판정부는 공정·

73) *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ABR(AF)/97/1, Award, 2000. 8. 30, paras. 74-101.

74) *Waste Management INC. v. Mexico*, Award, 2004. 4. 30, para. 98.

형평한 대우의 위반여부를 결정함에 있어서 공익에 관한 사항을 규율할 수 있는 투자유치국의 정당한 권리가 함께 고려되어야 하고, 그러기 위해 투자자의 정당하고 합리적인 기대와 피청구국의 정당한 규제권한을 비교衡量해야 한다고 보았다.⁷⁵⁾

3. 내국민대우원칙

앞서 살펴보았던 사건들 가운데 엘리엇/메이슨 사건에서 청구인들은 우리 정부의 조치가 한국-미국FTA의 제11.3조 내국민대우원칙 위반에 해당한다고 주장하고 있다. 한국-미국FTA에 따르면 각 당사국은 자국 영역내 투자의 설립·인수·확장·경영·운영과 매각 또는 그 밖의 처분에 대하여 동일한 상황에서 자국 투자자에게 부여하는 것보다 불리하지 아니한 대우를 다른 쪽 당사국의 투자자 및 투자에 대해 부여하도록 하여 내국민대우를 원칙으로 규정하고 있다.⁷⁶⁾ 내국민대우원칙은 ISD 관련 중재판정례에서 가장 많이 다루어지는 쟁점으로서 구체적 판단요소들이 많고 복잡하다. 엘리엇/메이슨 사건에서는 내국민대우와 관련하여 자국 투자자와 외국 투자자가 ‘동일한 상황’에 있는지 여부, ‘불리한 대우’를 부여하고 있는지 여부가 가장 중요한 쟁점이 될 것으로 판단된다.

(1) 양국 투자자들이 ‘동일한 상황’에 있는가?

‘엘리엇/메이슨 사건’에서⁷⁷⁾ 엘리엇은 한국 정부가 ‘동일한 상황’에 있는 내국 투자자에 비해 청구인을 불리하게 대우하였을 뿐만 아니라 그러한 대우를 함에 있어 차별적 동기가 있었기 때문에 이는 직접적으로 차별행위를 한 것이라고 주장하였다.⁷⁸⁾ 이 사건에서 엘리엇은 자신과 동일한 상황에 있는 내국인 비교대상자를 정확히 특정하여 비교하고 있지만, 대부

75) *Saluka Investment BV v. The Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006, paras. 304-306.; 또한 ‘LG & E v. 아르헨티나사건’ 및 ‘Enron Cor v. 아르헨티나사건’에서도 중재판정부도 동일한 관점에서 투자자의 합리적 기대가 중요한 요소로 검토되어졌다.

76) NAFTA 제1102조.

77) 법무부, *supra* note 1, pp. 51-52.

78) *Ibid.*

분의 국제중재사례에서 적절한 비교대상자 즉 외국투자자에 대한 비교대상자로서의 내국인을 확정하는 문제는 불리하지 않은 대우가 동일한 상황에 있는 어떤 외국투자자에게 부여되었는지를 결정짓는 주요한 요소이기 때문에 특히 내국민대우원칙의 분석에 있어 가장 중요한 부분이다.⁷⁹⁾

이와 관련하여 ‘S.D. Myers v. 캐나다사건’에서 중재판정부는 캐나다에서 PCB 폐기물 처리사업을 영위하고 있던 캐나다 업체인 Chem-Security와 Cintec이라는 업체와 Myers사가 경쟁관계에 있었는지를 기준으로 삼아 동일한 사업 또는 경제적 영역에서 활동하고 있는 업체라고 판단하고, 이들을 Myers와 ‘동일한 상황’에 있는 내국인 업체로 인정한 바 있다.⁸⁰⁾ 그러나 ‘S.D. Myers v. 캐나다사건’에서 중재판정부가 경쟁관계만을 기준으로 하여 동종의 상황에 있는 기업을 비교한 것은 아니고, ‘동종성’이라는 아코디언은 WTO체제하에서처럼 다양한 상황에서 작동되어진다고 강조함으로써 동종의 상황에 대한 판단요소가 그 상황에 따라 다양할 수 있음을 암시하고 있다.⁸¹⁾ 즉 동종의 상황에 대한 분석에 있어서 내국인과 외국인투자자간의 경쟁관계라는 요소는 다양 판단요소들 가운데 하나에 불과할 뿐 본질적인 것은 아니라는 의미로 볼 수 있다.⁸²⁾

한편 ‘Pope & Talbot, Inc. v. 캐나다사건’에서 중재판정부는 내국민대우에 대한 판단에 있어 비교대상 투자 및 투자자를 확정하는 다음, 이들 투자 및 투자자가 차별대우를 받고 있는지를 검토한 후, 다음 단계로 비교 대상자가 ‘동일한 상황’에 있는지를 독립적인 요소로 판단하고 있다. 이러한 접근방식에 따라 이 사건 중재판정부는 외국인 투자자와 내국인 투자자가 서로 다른 대우를 받는다 할지라도 그러한 차별대우가 합리적인 정책목표에 비추어 정당화될 수 있는지를 검토하여 차별대우가 정당화될 수 있는 사정이 있다면 비교 대상 투자자는 동일한 상황에 있지 않은 것이 되고, 정당한 차별에 해당하면 내국민대우를 위반한 것이 아니라는 판

79) Andrea K. Bjorklund, *Standards of Investment Protection*(edited by August Reinisch), Oxford University Press, 2008, p. 38.

80) *S.D. Myers, Inc. v. Canada Case*. UNCITRAL, 2000. 11. 13. Partial Award, paras. 247-251.

81) *Ibid.*, para. 244.

82) Andrea K. Bjorklund, *supra* note 79, p. 39.

정을 내리고 있다. 여기서 정당한 정책목표의 판단은 내국민 투자자를 외국인 투자자보다 유리하게 대우하려는 편견에 기초한 것이 아니어야 하고, 투자협정의 자유화 목표를 부당하게 잠식하지 않는 한도 내에서 인정된다고 보았다.⁸³⁾

이러한 사건들을 보면 사안마다 내국민대우규정상의 ‘동일한 상황’에 대한 분석의 순서나 판단요소가 조금씩 상이한 것을 알 수 있다. 하지만 내국민대우 규정은 동일한 상황에 있는 투자 혹은 투자자에 대하여 차별 대우를 해서는 안 된다는 취지이므로, 국제중재판정례에서 중재판정부는 내국인과 외국인 투자자가 동일한 상황에 있는지 여부에 대해 동일한 경제활동 혹은 경쟁관계 등을 포함하여 다양한 관련요소들을 기준으로 비교한 뒤, 다음 단계에서 외국인 투자자를 차별하였는지에 대해 단계적으로 분석하여 판단하는 것이 일반적인 접근방법이라고 할 수 있다.⁸⁴⁾

(2) 내국인보다 불리한 대우를 하였는가?

‘엘리엇/메이슨사건’에서 엘리엇은 한국의 행위가 국적을 근거로 하여 청구인을 차별한 것으로 내국민대우에 반한다고 주장한다. 한국이 내국인 주주의 일가에 유리하고 또한 최선의 이익이 되도록 하기 위하여 그리고 외국투자자인 엘리엇에 대한 적개심에 의해 본건 합병에 개입하였다고 주장한다.⁸⁵⁾ 청구인은 본 사건에서 한국 정부가 국적에 근거하여 외국투자자인 청구인을 차별하려는 동기가 명확히 드러난 사건으로서 내국 투자자에 비해 청구인을 불리하게 대우하였을 뿐만 아니라 그러한 대우를 함에 있어 차별적 동기가 있었기 때문에 이는 직접적으로 차별행위를 한 것이라고 주장하고 있는 것이다.⁸⁶⁾ 또한 메이슨도 정부의 부당한 지배개입은 자의적이고 차별적인 것으로서 내국민대우원칙 규정에 위반된다고

83) *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*(NAFTA), UNCITRAL, 2001. 4. 10, Award, paras. 78-103.

84) 이와 관련하여 다음의 사건들 참조.: *Methanex v. United States of America*(NAFTA), UNCITRAL, 2005. 8. 3. 최종판정, Part IV, Ch. B, para. 28.; *S.D. Myers, Inc. v. Canada Case*. UNCITRAL, 2000. 11. 13. Partial Award, paras. 244-251.

85) 법무부, *supra* note 1, pp. 51-52.

86) *Ibid.*

주장하는 것이다.⁸⁷⁾

‘엘리엇/메이슨사건’에서는 내국민대우원칙의 위반여부를 판단함에 있어 외국인 투자자 즉 엘리엇/메이슨을 내국인보다 불리하게 대우하였는가 하는 점이 중요한 쟁점이 될 것이다. 특히 ISD 중재판정례를 고려할 때, 한국-미국FTA의 내국민대우규정은 국적에 기초한 법률상의 차별뿐만 아니라 사실상의 차별도 금지되는 것으로 해석될 수 있기 때문에⁸⁸⁾ 한국 정부의 조치가 법률상의 직접적 차별뿐만 아니라 사실상의 차별에 해당하는 경우에도 불리한 대우에 해당되는 것으로 판단된 가능성이 크다는 점에 유의할 필요가 있다.

실제로 국제중재판정례를 살펴보면 법률상의 차별이 문제가 되는 경우는 거의 존재하지 않으며, 실제로 많은 사건들에서 판정부는 표면상의 중립적인 조치에 대해 사실상 차별적인 효과를 유발시켰는지에 관심을 두고 있다.⁸⁹⁾ 예컨대 ‘S.D. Myers v. 캐나다사건’에서⁹⁰⁾ 중재판정부는 정부 조치가 내국민대우 규정에 위반되는지 여부를 평가하는데 있어 정부조치로 인한 실질적 영향이 외국인 투자자 보다 내국인 투자자에게 불균형적인 이익을 초래하고 있는지 여부와 정부조치가 표면적으로 외국인 투자자보다 내국인 투자자에게 우호적인지 여부를 고려하여야 하여야 하고, 이러한 요소들을 각각 모든 사실적 맥락에서 검토하여 내국민대우 위반 여부를 결정하여야 한다고 하여 법률상의 차별뿐만 아니라 사실상의 차별에 대해서도 NAFTA 내국민대우 위반이 인정된다고 판단하고 있다.⁹¹⁾ 더 나아가 중재판정부는 캐나다 정부의 조치가 외국인을 차별하기 위해 ‘의도적으로’ 취해진 것으로서 NAFTA의 내국민대우규정에 위반된다고 판정하고 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 이 사건 판정례에서 보여주듯이 차별적 동기, 혹은 의도가 드러난다면 내국민대우 규정 위반의 결정적

87) 법무부, *supra* note 2, pp. 29-30.

88) Andrea K. Bjorklund, *supra* note 79, p. 49.

89) *Ibidp.*, 30.

90) 동 사건에서 S.D. Myers사는 미국 국적의 회사로서 캐나다 정부가 PCB 쓰레기를 자신이 재생시설을 운영하고 있던 미국에 수출하는 것을 금지하는 조치를 취하자 동 조치가 NAFTA 내국민대우 규정에 위반한다고 주장하였다.

91) *S.D. Myers, Inc. v. Canada Case. UNCITRAL, 2000. 11. 13. Partial Award, paras. 209, 252.*

인 요소가 된다.

4. 간접수용

앞서 살펴보았듯이 ‘해외동포 수용관련 청구사건’에서는 한국정부의 조치가 한국-미국FTA상 제6조 수용관련 규정에 위반된다는 이유로 중재재판에 회부되었다. 이 사건에서 청구인은 제6조의 (직접)수용 규정을 문제 삼고 있으나,⁹²⁾ 다른 부동산 관련 ISD소송에서는 실제로 소송이 토지 수용 그 자체보다는 환경정책의 자의적 혹은 부당한 운영과 관련하여 논란이 되기 때문에 직접수용 보다는 간접수용 문제가 주요한 이슈가 되고 있는 것이 현실이다. 또한 ‘하노칼사건’에서 하노칼은 현대오일뱅크 주식 매각에 따른 양도차익에 대해 대한민국 국세청이 한국-네덜란드 조세조약을 적용하지 않고 실질과세원칙을 적용하여 과세한 것 등에 대해서 한국-네덜란드BIT 간접수용규정 위반이라고 주장한 바 있다.⁹³⁾ 따라서 이하에서는 직접수용 이슈에 대해서는 논외로 하고 간접수용규정을 중심으로 살펴보려고 한다.

(1) 의의

간접수용은 투자 현지국의 공익적 목적의 투자조치를 보장하는 한편 외국인 투자자들의 투자에 대한 보호를 제공하는 규정으로서 ‘해외동포 수용관련 청구사건’과 관련이 있는 한국-미국FTA를 포함하여 우리나라가 체결한 대부분의 FTA에 포함되고 있다.⁹⁴⁾ 일반적으로 간접수용⁹⁵⁾은 국유

92) ‘해외동포 수용관련 청구사건’에서 청구인이 중재신청통보만을 진행한 상황이라 현 시점에서 청구인이 구체적으로 어떤 부분에 대해 문제를 제기하고 있는 것인지 명확하지는 않다. 이 사건에서 토지수용은 지역재개발조합의 사업추진에 따라 진행되었고, 정부(수용위원회)는 수용보상금 산정의 적정성 여부를 결정하고 있는 것으로 알려지고 있다. 동 결정이 적법절차에 따라 차별적이거나 자의적으로 이루어진 것이 아니라는 점이 입증된다면 크게 문제가 될 것은 없을 것으로 판단된다.

93) 법무부, 보도참고자료, “하노칼과의 ISD에 우리측 중재인 선정”, 2015. 10. 1. (관련 자료는 법무부 홈페이지

http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.do?strNbodCd=noti0005&strWrtNo=3534&strAnsNo=A&strFilePath=moj/&strRtnURL=MOJ_30200000&strOrgGbnCd=100000 참조).

94) 한국-칠레FTA 제10.13조, 한국-싱가포르FTA 제10.13조, 한국-EFTA FTA 제13조, 한국

화 또는 수용의 성격을 갖는 재산에 대한 물리적 몰수는 아니지만 국가의 개입으로 인한 소유권에 관련된 권리의 침식을 의미하는 것으로 알려지고 있다.⁹⁶⁾

한국-미국FTA⁹⁷⁾에 따르면 간접수용은 당사국의 행위 또는 일련의 행위가 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수 없이 직접수용⁹⁸⁾에 동등한 효과를 가지는 경우이다. 간접수용은 i) 공공목적에 위할 것, ii) 비차별적 방식일 것, iii) 신속하고 적절하며 효과적인 보상을 지불할 것, iv) 적법 절차를 따를 것 이라는 네 가지 요건을 모두 충족하는 경우에 예외적으로 허용된다. 한국-미국FTA에 따르면 정당한 공공복지 목적을 위하여 적용되는 당사국의 규제조치는 조치 또는 일련의 조치가 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때와 같은 드문 상황을 제외하고는 간접수용을 구성하지 않는다. 더 나아가 그러한 행위 또는 일련의 행위가 투자의 경제적 가치에 부정적인 효과를 미친다는 사실 그 자체만으로는 간접수용이 발생하였음을 입증하는 것은 아니다. 반대로 공공의 목적을 가진 규제조치라 할지라도 투자자의 부담이 그 목적 또는 효과에 비추어 극히 심하거나 불균형적인 때에는 간접수용에 해당하여 국가가 보상을 해야 한다. 동 규정은 정당한 투자규제조치는 간접수용을 구성하지 않지만 동 조치의 목적 또는 조치에 의해 실현되는 공익과 투자자에 부과되는 부담 간에 적절한 균형을 이루지 않으면 간접수용에 해당한다는 점을 명시화 하고 있는 것이다.

-ASEAN FTA 제12조, 한국-인도 CEPA 제10.12조, 한국-페루FTA 9.12조, 한국-미국 FTA 제11.6조.

95) 간접수용은 우리나라가 체결한 BIT나 FTA 뿐만 아니라 거의 모든 국제투자협정들에서 수용 또는 국유화에 상응하는(equivalent) 조치, 수용 또는 국유화와 동등한(tantamount) 또는 동일한(same) 효과를 갖는 조치, 수용 또는 국유화와 유사한(similar) 효과를 갖는 조치 등의 표현으로 사용되고 있다. 이처럼 다양한 표현은 다수의 국제투자분쟁을 유발시키는 원인이 되고 있다.: Andreas F. Lowenfels, *supra* note 63, p. 466.

96) UNCTAD, *Taking of Property*, series on Issues in International Investment Agreements, UN, 2000, p. 20.

97) 한국-페루FTA 부속서 9-나, 한국-미국FTA 부속서11-나, 한국-인도CEPA 부속서10-가; 우리나라가 체결한 나머지 FTA에서는 수용부속서를 포함하고 있지 않다.

98) 직접수용은 명의의 공식적 이전 또는 명백한 몰수를 통하여 투자가 국유화되거나 달리 직접적으로 수용되는 경우를 의미한다(한국-미국FTA 부속서 11-나).

(2) 간접수용 해당성 판단기준

한국-미국FTA에 따르면 조치의 목적 및 공익과 사익간의 균형, 즉 비례성원칙이 간접수용여부를 판단하는 중요한 기준으로 작용하게 된다. 하지만 한국-미국FTA는 간접수용의 개념이 추상적이고 애매하다는 점을 인식하고 관련 분쟁의 발생 가능성을 차단하기 위해 수용부속서를 두어 간접수용 해당성 여부를 검토하는데 필요한 여러 요소들을 종합적으로 판단하도록 규정하고 있다.⁹⁹⁾ 한국-미국FTA에 따르면 특정의 상황 하에서 정부조치가 투자자에게 미치는 경제적 영향, 정부정책이 외국인투자자의 합리적 기대를 벗어난 것인지 여부, 개인에 대한 특별한 희생의 강요 여부를 포함한 정부조치의 목적 및 성격 등을 사안별 또는 사실에 기초한 조사를 토대로 종합적으로 고려하여 간접수용 해당 여부를 판정하도록 하고 있다.¹⁰⁰⁾ 이와 관련하여 간접수용의 판단기준으로서의 정부조치의 목적이나 성격은 간접수용과 관련된 조치가 환경, 공중보건, 안전, 복지 등 공익적 목적이나 성격을 갖는 것인가 하는 점을 판단요소로 삼으라는 것이다.

다만 조치의 공익적 목적이나 성격이 있다고 해서 정부의 모든 조치가 합리화 될 수는 없고 일정한 한계가 존재한다. 즉 한국-미국FTA 수용부속서는 정부조치의 성격을 판단하기 위한 고려사항으로서 정부조치가 공공이익을 위하여 투자자 또는 투자가 감수하여야 할 것으로 기대되는 것을 넘어선 특별한 희생을 특정 투자자 또는 투자에게 강요하는지 여부를 포함할 수 있음을 명시적으로 규정하고 있다.¹⁰¹⁾ 일반적으로 수용이라는 개념은 적법한 공권력의 행사로 인해 사인의 재산권에 대한 특별한 희생이 발생한 경우를 전제로 하고 있다. 따라서 간접수용 규정에서도 공익을 위하여 취해진 조치로 인해 발생한 특별한 희생이 외국인 투자자가 감수

99) 예컨대, 한국-인도CEPA 부속서10-가, 한국-페루FTA 부속서9-나, 한국-미국FTA 부속서 11-나, 한국-콜롬비아 FTA 부속서 8-나, 한국-호주FTA 부속서11-나, 한국-캐나다FTA 부속서8-나, 한국-베트남 FTA 부속서 9-나, 한국-중국 FTA 부속서 12-나 등 참조.

100) 한국-미국FTA 수용부속서 11-나.

101) 한국-미국FTA 부속서11-나.; 한편 한국-중국FTA 수용부속서에서는 “그러한 행위가 그 목적에 비례하는지 여부를 포함”할 수 있다고 되어 있다.

하여야 할 것으로 기대되는 사회적 제약을 넘어설 정도의 것이어야 한다는 한계가 설정되고 있는 것이다. 실제로 ‘Tecmed v. 멕시코사건’에서 중재판정부는 멕시코정부가 Tecmed에 대해 쓰레기매립허가를 갱신해주지 않은 것이 간접수용을 구성하는지와 관련하여 멕시코정부의 조치가 간접수용에 해당하는지를 결정하기 위해서는 외국투자자에 부과되는 부담과 수용조치에 의해 실현되는 공익 사이에 적절한 균형을 이루고 있는지를 검토하여야 한다고 보고 멕시코정부의 쓰레기 매립장 운영허가갱신 거절은 환경보호조치의 공익적 목적에도 불구하고 투자자의 침해된 경제적 이익이 과하여 공익이라는 목적과 투자자 보호간에 불균형이 초래되었다고 판단하고 관련 조치가 간접수용에 해당한다고 판정한 것이다.¹⁰²⁾ 결국 간접수용에 따른 특별한 희생의 발생 여부는 투자조치의 목적과 수단간, 공익과 사익간 비교형량을 통하여 즉, 비례성원칙에 의하여 판단될 필요성이 있게 된다.

IV. 공공정책 관련 ISD 소송의 국내적 시사점

앞서 살펴보았듯이 최근 들어 우리나라의 금융, 부동산, 조세 등 공익적 목적의 정부조치가 ISD 소송에 회부되면서 FTA, BIT 등 국제투자조약상 ISD소송제도에 대한 논란이 확대되고 있다. 이하에서는 앞서 살펴 보았던 사건들에 비추어 보았을 때 우리나라가 대응해 나가야 할 방안에 대해 간단히 기술하고자 한다.

102) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 2003. 5. 29. 판정(스페인-멕시코 BIT), para. 122: 동 사건에서 스페인 국적의 신청인은 멕시코 정부가 공개입찰을 통하여 헤모실로시 쓰레기 매립장을 낙찰 받아서 운영하였는데, 신청인 기업이 산업폐기물을 무단 방치하여 토양오염 문제가 사회적 이슈로 확대되자 매립지를 헤모실시로부터 멀리 떨어진 곳으로 이전하기로 합의하게 되었다. 다만 신청인은 매립지를 이전할 때까지 쓰레기 매립장 운영을 위해 정부에 매립장 운영 허가권을 갱신해 달라는 신청서를 제출하였는데 정부가 이를 거절하였다.

1. 공공정책 입안 및 시행과정에서의 합목적성, 투명성 확보

외국인 투자에 대한 규제와 관련하여 가장 중요하게 고려되어야 하는 요소는 공공정책의 입안 및 시행에서 합목적성을 확보하는 일이다. 앞서 지적하였듯이 공공정책 관련한 ISD사건들에서 국가가 공익적 목적으로 취하는 각종 규제조치들에 대해 그 정당성을 인정하면서도 외국인 투자자들의 투자 이익에 대한 합리적 기대를 과하게 훼손하거나 자의적 혹은 부당하게 대우하는 경우에 그 한계를 인정하고 있음을 알 수 있었다. 특히 관심을 두고 살펴보아야 할 부분은 중재판정부가 투자규제조치에 의해 실현되는 공익과 투자자에 대한 침해 간에 비례성원칙이 준수되고 있는가에 주목하고 있다는 것이다. 즉 중재판정부는 정부조치의 합목적성, 정부조치가 취해지던 사회적·경제적 상황 및 투자자의 합리적 기대가 존재하는지 여부 등을 차례로 검토한 후 이에 비추어 보았을 때 투자자의 재산권에 대한 침해가 과도한 것이었는지를 종합적으로 판단하는 방법으로 비례성원칙에 따른 판정을 내리고 있다. 비례성원칙의 충족여부에 따라 투자유치국의 투자규제조치가 합리화되거나 보상의 대상이 될 수 있다는 점에서 국제투자분쟁에서 중재판정부가 동 원칙을 적용하는 것은 매우 중요한 의미를 가진다.

또한 앞서 살펴보았듯이 정부정책의 시행이 투명하게 운영되어야 한다는 점은 다수의 공공정책관련 ISD사건들에서 중재판정부가 내린 판정을 통해 알 수 있다. 과거 중재판정례 및 학자들의 연구를 종합해 보면, 공정·형평한 대우의 주요 판단요소로서 적법절차가 준수되었는지 여부, 불합리하고 차별적인 조치였는지 여부 못지않게 정부정책이나 조치의 투명성 및 예견가능성(법적 안정성)의 결여가 중요한 요소로 고려되고 있다.¹⁰³⁾ ‘Metalclad v. 멕시코사건’에서 중재판정부는 투명성을 보장할 의무는 NAFTA 제1105조가 투자자에게 보장한 최소기준대우 의무의 일부를 구성하는바 멕시코 정부가 Metalclad사에게 사업계획과 투자에 대한 투명하고 예측 가능한 체계를 보장하지 않은 것은 최소기준대우를 위반한 것이라고 판정한 바 있다¹⁰⁴⁾는 점은 중요한 시사점이 있다고 할 것이다.

103) Veijo Heiskanen, *supra* note 70, p. 118.

따라서 정부가 공익적 목적의 정책을 입안하고 시행함에 있어서도 합목적성을 갖추어야 하고, 투자자의 합리적 기대가 부당하게 무시되거나 차별적으로 대우해서는 안 된다는 점을 늘 인식할 필요가 있다. 또한 각종 정부정책이 투명하게 운영되어 외국투자자들에게 법적 안정성에 기반을 둔 투자활동이 보장될 필요가 있다는 점도 항상 주의해야 할 부분이다.

2. 공기업 포함 공공기관에 대한 ISD소송 대비 교육의 필요성

앞서 살폈던 사건들 가운데 ‘엘리엇/메이슨사건’, ‘다야니사건’에서 나타나고 있는 것처럼 국민연금이나, 한국자산관리공사(캠코)처럼 공기업의 조치에 대해 외국인 투자자들이 제소를 할 수 있는 가능성은 언제나 존재한다. ‘다야니사건’에서 우리정부는 중재판정부의 판정에 대한 취소소송을 제기하면서 캠코는 채권단에 해당하여 BIT에 의한 보호대상 투자자가 아니라는 입장을 견지하고 있는 것으로 보도되고 있다. 하지만 중재판정부의 판정문이 공개되지 않는 상황이라 정확한 논거는 파악이 안 되지만 중재판정부가 우리 정부의 손해배상책임을 인정하고 있다는 점에서 중앙 정부나 지방정부만의 행동이 아니라 캠코와 같은 공기업의 행위에 대해서도 그 책임을 인정한 것이라고 볼 수 있다. 이 사건은 우리나라가 한국전력, 수자원공사, 국민연금관리공단 등 수많은 공기업을 두고 있다는 점에서 ISD 소송제도가 한국의 공공정책 실현에 부담이 될 가능성이 크다는 점을 시사하고 있는 것이다.

이러한 이유에서 ISD소송에 둔감하거나 무관심할 수 있는 지방정부나 공기업에 대해 ISD소송과 관련한 정보들을 제공하고, 소송에 대비할 수 있는 지침들을 작성하여 공유시킬 필요가 있다.

104) *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ABR(AF)/97/1, Award, 2000. 8. 30, paras. 74-101.

3. ISD 소송청구의 범위 등 관련 규정의 정비

우리나라와 관련된 ISD사건들을 살펴본 결과 우리나라가 체결한 FTA, BIT등 투자조약상 규정의 모호성 때문에 외국인투자자가 이를 악용할 가능성이 존재한다. 예를 들어 ‘론스타사건’에서처럼 페이지컴퍼니는 보호가 되어서는 안 된다는 논란이 발생하거나, 속칭 ‘떡튀’ 논란처럼 단기성 투기자본에 의한 국내 금융시장에서의 혼란 초래 등의 문제가 제기될 수 있다.

앞서 살펴보았듯이 특히 과거에 우리나라가 체결한 다수의 BIT들에서는 보호대상인 ‘투자’의 범위를 매우 광범위하게 보호하고 있고, 그 범위가 명확하지도 않은 단점이 있다. 페이지컴퍼니에 대해서는 보호대상인 ‘투자자’의 범위에 배제될 수 있도록 관련 규정을 명확히 할 필요가 있다. 또한 투기적 단기투자자본에 대하여 투자조약에서 규정하고 있는 투자보호 규정의 적용범위에서 제외하는 방안도 신중히 재검토해야 한다.

한편 최근에 체결한 FTA들은 ‘공정·형평한 대우’ 및 ‘최소기준대우’ 규정과 관련하여 제기될 수 있는 문제들을 사전에 인식하고 관련 규정들을 최대한 명확히 하기 위한 노력이 있었으나, 과거에 체결한 다수의 BIT들은 추상적이고, 모호한 규정들을 많이 포함하고 있는 실정이어서 국가의 공공정책 시행에 장애가 될 가능성이 아직도 존재하고 있다. 최근 발생하고 있는 ISD 사건들의 사례를 참고하여 향후 이들 BIT들에 대한 개정 협상도 진행되어야 할 것으로 판단된다.

4. ISD 소송 대응팀의 구성

우리나라가 이미 많은 국가들과 FTA와 BIT를 통해 ISD 소송제도를 허용하고 있고, 또한 새로운 국가들과도 FTA를 체결하기 위한 협상이 진행되는 상황이므로 향후 우리 정부의 공공정책에 대해 외국인 투자자가 ISD 소송절차에 회부할 가능성은 증가할 것이다. 무엇보다 중요한 것은 ISD소송에서 패할 경우 그 손해가 수 조원에 이를 것이라는 점이다. 따라서 우리는 ISD 소송에 대비하기 위하여 중앙정부의 소관 부처에 정부

실무자와 민간 학자, 법조인 등 전문가 그룹으로 구성된 대응팀을 발족하여 사전에 ISD 소송에서 이슈가 되는 주요 법적 쟁점들을 검토하여 법리를 구축하고, 분쟁이 발생하면 동 대응팀을 가동하여 법리적으로 소송을 지원할 수 있도록 하는 대응시스템을 갖출 필요가 있다.

V. 결론

최근 우리정부를 상대로 제기되고 있는 ISD 소송이 갑자기 증가하면서 소송의 진행상황에 따라 국내적으로 큰 혼란이 초래될 가능성이 크다. 이는 ISD 소송에서 외국인 투자자가 우리나라를 상대로 청구한 손해배상액이 수조원에 이른 경우가 대부분이기 때문이다. 심리가 이미 완료된 ‘론스타사건’이나 최근 중재신청을 한 ‘엘리엇/메이슨 사건’의 소송결과가 나오면 소송의 승패에 따라 국제투자협정에 포함된 ISD 소송제도 자체의 폐기를 주장하는 여론도 분명히 형성될 것이다. 이미 2007년 한국-미국 FTA 체결 당시에 동 FTA가 체결되면 ISD 조항을 근거로 외국인 투자자들이 사사건건 한국 정부에 시비를 걸게 되고, 우리 정부의 공공정책 입안 및 시행에 큰 장애가 될 것이라는 이유로 FTA 체결 혹은 ISD조항에 반대하는 의견들이 있었던 사실을 감안하면 이러한 우려는 당연한 것일 수도 있다. 외형적으로만 보면 최근 들어 우리나라가 다수의 ISD 소송에 피소되면서 이미 이러한 우려가 현실화 된 것으로 보일 수도 있다. 하지만 전 세계적으로 체결되고 있는 대부분의 BIT, FTA에 일반적으로 포함되고 있는 ISD조항은 다수의 투자분쟁사례에서 보여주듯이 우리 정부의 공공정책을 제한하는 요소가 될 수 있다는 점은 분명하지만, 반대로 우리나라의 해외투자자들을 현지국의 위법·부당한 조치로부터 보호할 수 있는 장치라는 점에서 ISD라는 소송제도 자체를 부정적인 시각으로만 볼 필요는 없는 것으로 판단된다.

우리나라는 이미 많은 국가들과 FTA와 BIT를 통해 ISD 소송제도를 허용하고 있고, 또한 새로운 국가들과도 FTA를 체결하기 위한 협상이 진행되는 상황이므로 향후 우리 정부의 공공정책에 대해 외국인 투자자가

ISD 소송절차에 회부할 가능성은 더 크게 증가할 것이다. 문제는 우리 정부가 이러한 상황에 어떻게 대응할 것인가 하는 점이다.

우선 우리정부는 ISD 소송에 대비하기 위하여 중앙정부의 소관 부처에 정부 실무가와 민간 학자, 법조인 등 전문가 그룹으로 구성된 대응팀을 발족하여 ISD 소송에서 이슈가 되는 주요 법적 쟁점들을 검토하여 법리를 구축하고, 분쟁이 발생하면 동 대응팀을 가동하여 법리적으로 소송을 지원하고 소송의 증가에 대응할 수 있는 시스템을 갖출 필요가 있다. 특히 국제투자규범의 중요성을 인식하지 못하고 있는 지방자치단체 및 각종 공공기관들이 공공정책을 입안하고 시행하는 전 과정이 BIT, FTA 등 국제투자규범에 부합할 수 있도록 관련 정보를 공유하고, 교육함으로써 사전에 ISD 소송을 예방하기 위한 대책을 마련할 필요가 있다. 또한 외국인투자자가 우리나라의 공공정책을 ISD 소송절차에 회부한다 할지라도 국제투자규범상의 법리를 가지고 분쟁에 대비할 수 있도록 함으로써 공공정책 시행의 안정성을 확보할 필요가 있다.

참고문헌

I. 국내문헌

정수봉, 『한국-미국FTA 투자분야 연구』, 법무부, 2008.

법무부 보도자료: 법무부

홈페이지 http://www.moj.go.kr/HP/COM/bbs_03/ListShowData.d

II. 외국문헌

Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2003.

Andrea K. Bjorklund, *Standards of Investment Protection*(edited by August Reinisch), Oxford, University Press, 2008.

August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008.

Christoph Schreuer, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, *J. World Inv. & Trade*, Vol. 6, 2005.

Dimascio, N. & Pauwelyn, J., “Nondiscrimination in trade and investment treaties: worlds apart or two sides of the same coin?”, *AJIL* vol.102, 2008.

Dolzer, Rudolf and Stevens, Margarete, *Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995.

OECD, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, in *International Investment Law: A Changing Landscape*, 2005.

Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*(second ed.), Oxford University Press, 2012.

Veijo Heiskanen, “Arbitrary and Unreasonable Measures”, *Standard of Investment Protection*(edited by August Reinisch), Oxford

University Press, 2008.

UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, UN: New York and Geneva, 2007.

UNCTAD, Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UN, 1999.

UNCTAD, Taking of Property, series on Issues in International Investment Agreements, UN, 2000.

III. 관련 사례

LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea, ICSID Case No. ARB/12/3(<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/17>)

Mohammad Reza Dayyani, et al. v. The Republic of Korea, Press Release of the Korean Financial Services Commission, PCA Case No. 2015-38, 2018.7.4. (<https://www.italaw.com/cases/documents/6742>)

Hanocal Holding B.V. and IPIC International B.V. v. Republic of Korea, ICSID Case No.ARB/15/17, ICSID (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/17>)

<국문초록>

최근 우리정부를 상대로 제기되고 있는 ISD 소송이 갑자기 증가하면서 소송의 진행상황에 따라 국내적으로 큰 혼란이 초래될 가능성이 크다. 이는 ISD 소송에서 외국인 투자자가 우리나라를 상대로 청구한 손해배상액이 수조원에 이른 경우가 대부분이기 때문이다. 심리가 이미 완료된 ‘론스타사건’이나 최근 중재신청을 한 ‘엘리엇/메이슨 사건’의 소송결과가 나오면 소송의 승패에 따라 국제투자협정에 포함된 ISD 소송제도 자체의 폐기를 주장하는 여론도 분명히 생겨날 것이다. 전 세계적으로 체결되고 있는 대부분의 BIT, FTA에 일반적으로 포함되고 있는 ISD조항은 다수의 투자분쟁사례에서 보여주듯이 우리 정부의 공공정책을 제한하는 요소가 될 수 있다는 점은 분명하다. 하지만 이 제도가 반대로 우리나라의 해외 투자자들을 현지국의 위법·부당한 조치로부터 보호할 수 있는 장치라는 점에서 ISD라는 소송제도 자체를 부정적인 시각으로만 볼 필요는 없는 것으로 판단된다.

우리나라는 이미 많은 국가들과 FTA와 BIT를 통해 ISD 소송제도를 허용하고 있고, 또한 새로운 국가들과도 FTA를 체결하기 위한 협상이 진행되는 상황이므로 향후 우리 정부의 공공정책에 대해 외국인 투자자가 ISD 소송절차에 회부할 가능성은 더 크게 증가할 것이다. 우리정부는 ISD 소송에 대비하기 위하여 중앙정부의 소관 부처에 정부 실무가와 민간 학자, 법조인 등 전문가 그룹으로 구성된 대응팀을 발족하여 ISD 소송에서 이슈가 되는 주요 법적 쟁점들을 검토하여 법리를 구축하고, 분쟁이 발생하면 동 대응팀을 가동하여 법리적으로 소송을 지원하고 소송의 증가에 대응할 수 있는 시스템을 갖출 필요가 있다. 특히 국제투자규범과 ISD 제도의 중요성을 인식하지 못하고 있는 지방자치단체 및 각종 공공기관들이 공공정책을 입안하고 시행하는 전 과정이 BIT, FTA 등 국제투자규범에 부합할 수 있도록 관련 정보를 공유하고, 교육함으로써 사전에 ISD 소송을 예방하기 위한 대책을 마련할 필요가 있다.

주제어 : 투자자-국가간 분쟁, 내국민대우, 최소기준대우, 공정·형평한 대우, 간접수용.

A Case Study on the Investor-State Dispute Relevant a Public Policy and the Domestic Implications

Kim, In-Sook*

The recent surge in the ISD lawsuit filed against the Korean government is likely to cause major domestic confusion. This is because in most cases, foreign investors have claimed billions of won in damages filed against Korea in the ISD lawsuit. Public opinion will be generated to abolish the ISD lawsuit system, which is included in the international investment agreement, when a decision comes out in the Elliott/Mason case or Lone Star case, which has already been completed by the hearing. It is clear that the ISD clause, which is commonly included in most of the BITs, FTAs, can be a limiting factor in the government's public policy, as shown by many investment disputes. However, it is not necessary to have a negative view of the ISD clause itself, given that it is a system that can protect Korean investors from illegal and inappropriate actions by local governments.

Since Korea already allows the system of ISD lawsuits with many countries through FTAs and BITs, and negotiations are underway to sign FTAs with new countries, the possibility that foreign investors will refer to the ISD proceeding further to our government's public policy will increase. In order to prepare for an ISD lawsuit, the Korean government has launched a response team consisting of government practitioners, private scholars, and legal professionals in the central government ministries to review major legal issues that are controversial in the cases of the ISD. In particular, local governments and public institutions, which fail to recognize the importance of international investment regulations and ISD clause, need to share and train relevant information so that all processes for public policy planning and implementation comply with international investment rules such as BITs and FTAs.

* Kyonggi University, Department of Law, Professor.

Key Words : ISD, national treatment, minimum standard treatment, fair and equitable treatment, indirect expropriation.