현안분석 2013-10

국제투자법의 최근 동향

-2012년 미국 모델 BIT와 UNCITRAL
투명성규칙을 중심으로-

김 여 선 · 이 상 모

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

현안분석 2013-10

국제투자법의 최근 동향
- 2012년 미국 모델 BIT와 UNCITRAL 투명성규칙을 중심으로 -

김 여 선 · 이 상 모

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

국제투자법의 최근 동향

- 2012년 미국 모델 BIT와 UNCITRAL 투명성규칙을 중심으로 -

Recent Trends in International Investment Law

- Focused on 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty(BIT) and UNCITRAL rules on transparency -

연구자 : 김여선(제주대학교 교수)
Kim, Yeu-Sun
이상모(한국법제연구원 초청연구원)
Lee, Sang-Mo

2013. 11. 30.

한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

요 약 문

Ⅰ. 배경 및 목적

□ 연구배경

○ 미국 국무부와 통상대표부(USTR)는 2009년에 국제 경제정책 자문위원회(ACIEP)에 2004년 미국 모델 BIT의 검토를 의뢰하고, 2009년 9월에 보고서(Report of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty Presented to)를 공표하였음. 이 보고서를 토대로 2012년 4월 양자간투자협정(BIT) 2012년 모델을 발표

○ 2012년 미국 모델 BIT의 입안과정에서 미국의 노동조합(The American Federation of Labor)과 산업협회(Congress of Industrial Organization) 등 모든 이해관계자들이 참여하였고 의견을 제시하였지만, 2004년 미국 모델 BIT와 비교하여 첫째, ISD절차에서 투명성(transparency) 및 일반대중의 참여(Public Participation) 기회 확대, 둘째, 노동 및 환경조항의 강화 셋째, 비시장경제국(State-Led Economies) 의 국영기업 관련조항 강화하고 있음

□ 연구목적

○ 2012년 미국 모델 BIT 연구는 첫째, 입안과정에서 제시된 이해관계자들 의견의 검토는 향후 미국의 투자정책을 조망해 볼수 있으며 둘째, 2012년 모델BIT의 개정내용 중 ISD의 투명성 문제는 향후 한·미FTA 공동위원회에 의하여 한·미 FTA 투자

챕터에 수용될 가능성이 크고, 이와 관련하여서는 UNCITRAL에서도 의미있는 초안을 발표하였고 셋째, 노동 및 환경관련 조항 역시 국내법 적용 포기(waive or derogate) 배제와 국제노동기준(ILO 권고사항) 준수 및 다자간환경협상의 중요성 인식에 관한 내용을 포함하고 있으며 넷째, 국영기업관련 조항은 중국과의 BIT협상을 위하여 규정한 것으로 향후 우리나라와 중국간 투자분쟁 발생시 중요한 기준이 될 수 있을 판단됨.

○ 따라서 본 연구는 ① 향후 미국의 투자정책의 동향파악 ② ISD 중재에서의 법리적 기초의 축적과 대응방안 ③ 2012년모델 BIT 이후 전개되는 UNCITRAL의 관련 동향 ④ 중국의 국영기업에 대한 국제투자법상의 대응방안 ⑤ 한·미FTA 공동위원회에서 논의될 투자챕터의 개정방향의 시사점을 위하여 필요한 연구라고 판단됨

Ⅱ. 주요 내용

□ 2012년 미국모델 BIT의 분석

○ 2004년 모델 BIT와 비교분석을 통한 차이점과 특징

○ 개정된 내용인 절차적 투명성, 국영기업문제, 환경과 노동 조항에 상세한 검토

○ 이해관계자들의 요구상항 및 반영형태를 통한 미국BIT정책의 검토

○ 향후 한·미FTA 공동위원회에서 논의될 쟁점의 검토

□ 중・미 BIT협상과 국유기업 규제

○ 미국 주도의 국제투자 공동원칙

○ 중・미 BI T협상과 쟁점

○ 2012년 미국 모델 BIT의 국유기업 규제

□ UNCITRAL의 투명성에 관한 작업

○ 국제무역위원회의 「투명성규칙의 현행 투자조약하에서 발생한 분쟁에 적용가능성」의 검토 및 한・미FTA와 관련성 검토

○ 「ISD에서 투명성에 대한 법적기준」의 검토를 통한 한・미FTA에 보완사항

□ 「미국-EU간 국제투자에 관한 공동원칙의 성명」의 검토를 통한 국제투자정책의 방향

□ 우리나라에 대한 정책적 시사점

○ 한・미FTA 공동위원회에서 논의될 내용의 대응방안

○ 중국과 투자분쟁시 국영기업에 대한 입장 검토

○ 제3국에 대한 BIT정책검토

○ ISD대비 새로운 법리 분석

Ⅲ. 기대 및 효과

□ ISD 관련 최신 사례의 연구를 통하여 향후 FTA의 ISD 분쟁에 효과적으로 대응하기 위한 준비 자료로 활용

□ 국가기관의 행위에 있어 ISD를 고려할 수 있도록 가이드라인 제시

□ 추후 체결할 투자보장협정이나 FTA의 투자에 관한 장, 그리고 이러한 협정 등의 개정에 대비한 시사점 도출에 기여

주제어 : BIT, 미국 모델 BIT, UNCITRAL, ISD, 투명성원칙

Abstract

Ⅰ. Research Background and Objectives

□ Research Background

○ In 2009, at the request of the Department of State and the USTR, the State Department's Advisory Committee on International Economic Affairs (ACIEP) established a subcommittee to analyse the 2004 U.S. model BIT, and presented its report regarding the 2004 U.S. Model Bilateral Investment Treaty ("BIT"). The ACIEP submitted their report on September, 2009. Based on this report, the 2012 Model U.S. bilateral investment treaty (BIT) was released, as an update of the 2004 Model US BIT.

○ The American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (AFL‐CIO) participated in the legislation process 2012 model BIT. Compared to the 2004 Model, the 2012 model BIT provided several important changes to the BIT text so as to enhance transparency and public participation; strengthen protections relating to labor and the environment; sharpen the disciplines that address preferential treatment to state-owned enterprises.

□ Research Objectives

○ First, the Research of 2012 model BIT provides the future U.S. investment policy prospect. Second, the importance of transparency

practice issue in text of the 2012 U.S. model BIT is likely to be accepted in Korea-US FTA joint committee: The Investment Chapter. Regarding Draft Rules on Transparency, UNCITRAL has declared a meaningful draft. Third, Regarding protections relating to labor and the environment, each Party "shall ensure that it does not waive or otherwise derogate" from its domestic environmental and labor laws as an encouragement for investment. Also, the 2012 model BIT includes the parties commitment to follow their respective obligations under the International Labor Organization ("ILO") Declaration. Fourth, the provision regarding preferential treatment to state-owned enterprises will serve as a important standard for the future Korea-China investment dispute case.

○ Therefore, This particular research can provide the following valuable insights.

1) Understanding of the future U.S. investment policy prospect 2) Providing juridical foundation and effective countermeasures for ISD arbitration 3)related trend on UNCITRAL after 2012 model BIT 4) response measures for international investment law on China's public enterprise 5) the research can be helpful for drawing implication for the revision direction on the Investment Chapter, which will be discussed by Korea-US FTA joint committee.

Ⅱ. Main Contents

□ The Analysis of U.S. 2012 model BIT

○ 2012 Model BIT changes relative to 2004 Model BIT

○ Extensive review on several important changes to the BIT text including: Transparency, state-owned enterprises, and protections relating to labor and the environment;

○ The review on policy of U.S. 2012 model BIT after taking into account of request of Interested Parties

○ The review of the issues of discussion at future Korea-US FTA joint committee:

□ China-U.S. BIT Negotiations & Regulation on State-Owned Enterprise

○ Principles of international investment led by the United States

○ China-U.S. BIT Negotiations and its major issues

○ Regulation on State-Owned Enterprise by U.S. 2012 model BIT

□ The scope of application of Transparency by UNCITRAL

○ The review on International Trade Commission's "the scope of application of transparency under current investment treaty" and its relevance to Korea-US FTA

○ Compensate defective factor on Korea-US FTA after reviewing legals standards on ISD's Transparency rules.

□ The direction of International investment policy after reviewing U.S.-EU the statement on commmon principle regarding international investment

□ Policy Implication for Korea

○ The responsive measures for the issues surrounding discussion topics at future Korea-US FTA joint committee:

○ The review of stance on State Owned Enterprise in the case of investment dispute with China

○ The review of BIT policy on third power

○ New analysis of legal principles in comparison to ISD

Ⅲ. Expected Effect

□ By researching on current ISD related cases, we can come up with better responsive measures and well equipped for the future FTA ISD dispute

□ Propose Guideline on Governmental institution's action by taking into account of ISD

□ The research can be helpful for drawing implication for the revision direction on the future Investment Promotion and Protection Agreement or Investment Chapter on FTA

Key Words : BIT, Model BIT, UNCITRAL, ISD, Transparency

목 차

요 약 문 ····· 3

Abstract ····· 7

제 1 장 서 론 ····· 17

제 1 절 연구 필요성과 목적 ····· 17

제 2 절 연구범위 ····· 20

1. 2012년 미국 모델 BIT 분석 ····· 20

2. 중・미 BIT 협상과 국유기업 ····· 20

3. UNCITRAL 투명성에 관한 작업 ····· 21

4. 결론 및 시사점 ····· 21

제 3 절 연구방법 ····· 22

제 2 장 2012년 미국 모델 BIT의 검토 ····· 23

제 1 절 입안 배경 ····· 23

제 2 절 모델 BIT에 대한 AICEP 보고서의 주요 내용 ····· 25

1. 공공이익 ····· 25

2. 투자자의 대우와 보호 ····· 26

3. 일반적 예외 ····· 29

4. 금융위기 경계와 해결 ····· 30

5. 공정경쟁 ····· 32

제 3 절 2012년 미국 모델 BIT의 주요 개정내용 ····· 34

1. 투명성 ····· 34

2. 투자와 환경 ····· 41
3. 노 동 ····· 44
4. 금융서비스 ····· 46
5. 국유기업 ····· 53

제 4 절 2012 모델 BIT에 대한 평가 ····· 54

제 3 장 중·미 BIT협상과 국유기업 규제 ····· 57
제 1 절 서 설 ····· 57
제 2 절 경쟁중립정책과 국유기업 ····· 60
제 3 절 미국의 국유기업 규제 ····· 63
1. 미국의 규제요구 ····· 63
2. 미국 주도의 국제투자 공동원칙 ····· 65

제 4 절 중·미 BIT 협상과 국유기업 ····· 68
1. 중·미 BIT협상과 쟁점 ····· 68
2. 2012년 미국 모델 BIT의 국유기업 규제 ····· 69

제 5 절 소 결 ····· 71

제 4 장 투명성 원칙에 관한 UNCITRAL의 최신동향 ····· 75
제 1 절 서 설 ····· 75
제 2 절 투명성규칙 적용협약초안에 관한 NAFTA 당사국의 입장 ····· 80
1. 문서의 공개 ····· 80
2. 비밀정보와 국내법 ····· 84
3. 비분쟁 당사자의 중재참여 ····· 86

제 3 절 UNCITRAL 투자자와 국가간 조약중재의 투명성 규칙초안의 주요내용 ····· 88
제 4 절 조약에 기한 ISD중재에 관한 UNCITRAL 투명성 규칙초안을 현행 투자조약에 적용하는 협약 초안의 주요내용 ····· 95
제 5 절 소 결 ····· 101

제 5 장 결론 및 시사점 ····· 103
1. 2012년 미국 모델 BIT와 한·미 FTA ····· 103
2. 중국에 대한 경쟁중립성 요구 문제 ····· 105
3. UNCITRAL 투명성규칙의 문제 ····· 107

참 고 문 헌 ····· 111

제 1 장 서 론

제 1 절 연구 필요성과 목적

국경간 자본이동이 본격화된 것은 제2차 세계대전 후 해방된 식민지 국가나 개발도상국의 경제개발과 자원부국의 개발 목적이 가장 크다. 그러나 국부유출과 민족자본 육성 문제로 자본수용국과 투자자 및 투자자 본국간 심각한 분쟁이 발생하였다. 자원개발과 관련하여 천연자원 영구주권의 선언으로 자원개발 계약이 파기되거나 국유화되는 과정을 거치게 되었다. 따라서 투자자와 투자자 본국은 투자보호를 위한 여러 가지 제도적인 틀을 구축하기 위한 노력을 시작하였다.

1990년대 들어 국제시장 형성에 따른 경제의 상호성이 증대되고, 특히 WTO가 발효되면서 국제자본시장은 금융서비스 산업의 발전에 따라 국경간 자본이동이 폭발적으로 성장하게 되었다. 금융, 통신과 IT 산업 등의 발전은 기존의 자원과 사회 인프라 산업과 결합하여 국경간 자본이동을 촉진하였다. 자본이동의 활성화는 결국 각국의 시장개방 즉, 투자자유화 논의를 촉진하는 계기가 되었다. 비약적으로 발전되어오고 있는 국경간 자본이동 상황에 따라 국제무역과 동일하게 국제적으로 적용되는 다자간 투자규범의 제정 필요성도 증대되었다.

우루과이라운드(Uruguay Round : UR)에서는 뉴라운드의 주요의제로 투자규범의 제정을 각료회의에서 결정하였고, 경제협력개발기구(Organization forEconomic Cooperation and Development : OECD)에서는 회원국간 제도적인 틀을 만들기 위한 협상을 시작하게 된다. 1995년부터 3년간 지속된 다자간 투자협정(Multilateral Agreement on Investment : MAI) 협상은 1998년에 프랑스 정부가 협상 불참을 공식선언하였고, 기타 협상국들은 MAI 진로에 대한 협의를 하고 협상중단을 결정하였다. MAI

협상의 실패는 투자자유화와 국가경제주권과의 충돌이 가장 큰 원인이라고 할 것이다. 한편 2001년 11월 도하에서 열린 제4차 각료 회의에서는 새로운 협상의제로 도하 개발 어젠다(Doha Development Agenda : DDA) 설립이 합의되고, 제5차 각료회의에서 투자 협상 프레임워크에 관한 명시적 합의가 이루어지면 협상개시를 한다고 합의하였다. 2003년 제5차 각료회의를 목표로 도하개발 어젠다 회의 선언에서 제시된 7항목에 관한 명확화 작업과 협상 프레임워크에 관한 검토가 무역과 투자 분과에서 이루어졌다.[1] 그러나 투자와 관련한 도하 개발 어젠다는 이미 중단된 상태이고 향후 논의도 불분명한 상태에 있다.

국제투자에 관한 다자간 체제가 형성되지 않아 1990년대 이후 투자보호와 시장개방을 내용으로 하는 양자간 투자협정(Bilateral Investment Treaty : BIT)는 현재까지 2500여건이 넘게 체결되고 있다. BIT는 현재 국제투자법의 핵심적인 위치를 점하고 있으며, BIT를 모태로 하는 FTA 투자챕터를 창설해 내고 있다. 국제경제체제는 자연적으로 완성되는 것이 아니고 일정한 영향력을 가진 국가들이 그 이익에 따라 형성·제공되고 있다. 현재 체결되는 많은 BIT와 이에 근거하는 투자자와 정부간 투자분쟁 해결제도(Investor-State Dispute Settlement : ISD)는 미국 주도의 면모가 확실하게 보이고 있다. BIT는 신자유주의 경제사상에 근거한 미국의 패권적 리더십의 발로라는 평가도 있다.[2] 환태평양경제동

1) (1) 범위와 정의(scope and definition) (2) 투명성(transparency) (3) 무차별(non-discrimination) (4) GATS타입의 포지티브 리스트 방식에 근거한 설립 전 약속을 위한 틀(modalities for pre-establishment commitments based on a GATS-type, positive list approach) (5) 개발 조항(development provisions) (6) 예외로 국제 수지 옹호를 위한 세이프 가드(exceptions and balance-of-payments safeguards) (7) 회원국 간의 협의 및 분쟁 해결(consultation and the settlement of disputes between members) 등으로 구성되어 있다.

2) M. SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT 20 (3rd ed. 2010); R. GILPIN, GLOBAL POLITICAL ECONOMY UNDERSTANDING THE INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER 288 (2001).

반자협정(Trans-Pacific Partnership : TPP) 협상 초안에 대하여 미국 NGO인 'Public Citizen' 에 의하여 비판적 검토가 가해지고 있다. 이것과 미국 모델 BIT를 비교해 보면 미국 주도설의 한 검증이 될 것이다.[3)]

국제투자법에서 BIT는 가장 중요한 법원으로 최근에 발표된 미국의 2012년 미국 모델 BIT는 향후 국제투자법의 방향을 가늠해 볼 수 있는 중요한 의미를 가지고 있다. 그리고 다자간 체제에서 진행되고 있는 국제무역법위원회의(United Nations Commission on International Trade Law : UNCITRAL)의 투명성규칙의 제정동향은 ISD중재의 패러다임을 변화시키는 의미를 가진다고 할 것이다.

따라서 본 연구를 통하여 향후 미국의 투자정책의 동향 파악, ISD중재에 적용되는 UNCITRAL 투명성규칙의 동향 검토, 중국 국유기업에 대한 규제방향인 경쟁중립성 정책의 검토와 중·미 BIT 동향 및 한·미 FTA 공동위원회에서 논의될 투자챕터의 개정방향을 추론해 볼 수 있을 것이다.[4)] 그리고 국제투자법 동향 검토를 통하여 우리나라의 BIT정책 수립에 유용할 것이며, 향후 증가될 ISD중재의 법리동향을 예측하여 그에 대한 대응과 이해를 제고할 수 있을 것이다.

---

3) L. Wallach & T. Tucker, Public Citizen's Global Trade Watch, Public Interest Analysis of Leaked Trans-Pacific Partnership (TPP) Investment Text (2012) (http://www.citizen.org/documents/Leaked-TPP-Investment-Analysis.pdf) 미국과 캐나다의 모델BIT는 투자자보호의 집중에서 국가주권과의 균형을 취하는 것을 중요한 목표로 하고 있다. M. SORNARAJAH, pp. 174-75. 2012년 미국 모델 BIT가 2004년 미국 모델 BIT와 동일하게 "강력한 투자자 보호와 공익을 위해 규제를 실시하는 정부권한의 보전과 주의 깊은 조정된 균형"을 유지한다고 국무부는 설명하고 있다. United States Department of State, Model Bilateral Investment Treaty (http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm).

4) 한·미 FTA 제22장 (제도 규정 및 분쟁해결) 제 22.2 조는 공동위원회(THE JOINT COMMITTEE)의 설치하도록 하고 협정의 해석 또는 적용과 관련한 분쟁해결, 협정개정의 검토나 협정상의 약속 수정, 제11.22조(준거법) 및 제11.23조(부속서의 해석)을 다루도록 하고 있다.

제 2 절 연구범위

1. 2012년 미국 모델 BIT 분석

2012년 미국 모델 BIT(2012 US Model Bilateral Investment Treaty)에 대한 분석은 첫째, 2012년 미국 모델 BIT의 입안배경, 이해관계자들의 요구사항 및 반영내용을 검토한다. 이를 통하여 미국의 BIT 정책의 내용 및 이해관계자들이 제시하는 BIT 정책에 대한 쟁점 등을 고찰한다. 둘째, 2004년 미국 모델 BIT와 비교하여 투명성, 국유기업, 환경과 노동 조항 그리고 금융서비스 관련 조항의 개정이 있었다. 이에 대한 구체적인 개정내용을 고찰해 보고자 한다. 셋째, 2012년 미국 모델 BIT와 연관된 쟁점인 TPP협상과의 관련된 내용을 같이 고찰한다.

2. 중·미 BIT 협상과 국유기업

중국과 미국은 2009년부터 BIT협상을 진행해오고 있다. 2012년 미국 모델 BIT 개정 작업으로 인하여 일시적으로 중단하고 2013년 협상이 재개되었다. 협상의 최대 쟁점 중의 하나가 국유기업에 대하여 사영기업과 동일한 경쟁조건을 부여하는 경쟁중립성 원칙의 문제이다.

한편 미국과 EU는「미국-EU간 국제투자에 관한 공동원칙의 성명」(Statement of the European Union and the United States on Shared Principles for International Investment)을 발표하였다. 성명은 시장개방과 무차별주의(Open and Non-Discriminatory Investment Climates), 공정경쟁(A Level Playing Field), 투자 및 투자자에 대한 고도의 보호(Strong Protection for Investors and Investments) 공정하고 구속력 있는 분쟁해결(Fair and Binding Dispute Settlement), 투명성과 공공참여 룰의 건전화 (Robust Transparency and Public Participation Rules), 기업의 사

회적 책임(Responsible Business Conduct) 및 국가의 필수적 안보조치의 협의적 해석(Narrowly-Tailored Reviews of National Security Considerations)으로 구성되어 있다. 이 중에서 양자가 특히 중요시하고 있는 것이 경쟁중립성 원칙으로 이에 관하여 상세한 검토를 하고자 한다. 이는 향후 우리나라와 중국간의 투자정책을 가늠해 볼 수 있는 중요한 내용이라고 할 것이다.

3. UNCITRAL 투명성에 관한 작업

UNCITRAL은 ISD중재의 절차적 투명성 개선 작업을 진행해 오고 있다. 첫째, 「ISD에서 투명성에 대한 법적기준」(A/CN.9/WG.II/WP.176 preparation of a legal standard on transparency in treaty-based investor-State arbitration)이다. 둘째, 투명성규칙을 어떻게 현행 조약하에서 적용할 것인가에 대한 논의인 「투명성규칙초안의 현행 투자조약하에서 발생한 분쟁에 적용가능성」(A/CN.9/784 Applicability of the UNCITRAL rules on transparency to the settlement of disputes arising under existing investment treaties)의 제정 작업이다. 이는 2012년 미국 모델 BIT의 주요개정사항 및 한·미 FTA와도 연관되어 있어 매우 주목할 만하다.

4. 결론 및 시사점

마지막으로 위의 연구범위를 통하여 첫째, 2012년 미국 모델 BIT와 한·미FTA의 투자의 장(章)과의 차이점 및 특징을 살펴본다. 2012년 미국 모델 BIT로 인하여 추후 한·미 FTA 공동위원회에서 논의될 주요 내용과 대응방안 등을 검토한다. 둘째, 국유기업 규제를 경쟁중립성 원칙에 대하여 우리나라가 중국의 국유기업을 규제할 방안에 대한 법적 검토를 한다. 셋째, UNCITRAL의 투명성규칙의 내용과 향후 투명성규칙 협약의 가입문제 등에 대하여서도 고찰한다.

제 3 절 연구방법

첫째, 문헌분석 방법으로 적절한 참고 문헌을 수집하고 분석하는 것은 연구의 가장 기본적인 사항이다. 2012년 미국 모델 BIT의 협정문, UNCITRAL 투명성규칙 초안 및 투명성규칙 적용 협약초안 등의 내용을 분석한다. 그리고 미국 국무원 등의 관련 자료와 관련 논문을 중심으로 필요한 곳에서 인용한다. 특히 이 연구에서는 협정문 분석이 중요하므로 관련 협정문의 국문 번역에 집중될 것이고, 협정문이 최신인 관계로 관련 자료가 주로 인터넷 웹사이트에 게재되어 있다. 출처의 각주에서 논문 페이지의 인용에 한계가 있음을 밝혀 둔다. 부가적으로 미국의 모델 BIT 협정문의 국문 내용은 박주선, 「미국의 2012년 BIT 모델」 정책자료집, 2012.5 (국회의원 박주선)을 많이 참고하였다.

둘째, BIT와 경쟁중립성 정책 등을 타국의 관련 BIT와 정책 등을 상호 비교하는 비교법적으로 연구하여 다양성, 특징과 차이점을 고찰한다.

셋째, 사례분석 연구방법으로 논의되고 있는 관련 ISD중재 판정사례를 검토하여 연구의 이해도를 높이고자 한다. 보고서에서 관련 ISD 중재 판정 사례를 참고자료의 형태로 인용하고자 한다.

넷째, 토론식 연구방법은 연구 완성도를 제고할 수 있다. 본 보고서는 공동연구로서 연구자간 초고 완성 후 토론을 통하여 이를 수정·보완하고, 최종적으로 연구를 완성하고자 한다. 특히 관련 전문가와의 토론을 통하여 이론적인 확대를 기대한다.

제 2 장 2012년 미국 모델 BIT의 검토

제 1 절 입안 배경

미국은 유럽과 달리 그 동안 우호통상항해조약(Friendship, Commerce and Navigation Treaties : FCN)[5]이나 관습국제법상 외교적 보호권을 통하여 자국 투자자 보호에 주력하였다. 그러나 FCN 기원이 근세에 있어, 투자보호에는 매우 미진한 시스템으로 투자관련 조문은 불과 수개에 불과하였다. 외교적 보호권 행사도 정치적인 고려와 법적 미비 등으로 인하여 많은 제약이 있었다. 유럽이 적극적인 BIT정책을 추진하는 것에 반하여 미국은 90년대 초반까지도 BIT에 매우 소극적이었다. 그러나 미국은 1994년 모델 BIT를 입안한 후에 적극적인 BIT정책으로 전환하였고, 현재는 40여 개국과 BIT 및 FTA를 체결하고 있다. 특히 2004년에는 북미자유무역협정(The North American Free Trade Agreement : NAFTA)에서 ISD 중재에서 발생된 제반 법적 문제를 반영하여 1994년 미국 모델 BIT의 개정판인 2004년 미국 모델 BIT가 발표되었다. 2004년 미국 모델 BIT의 핵심은 1) 투자와 투자자 보호의 범위와 강도, 2) 투자수용국의 법질서 유지의 요구, 3) ISD 조항의 확충 등 3개 방면에 있었다.[6]

2012년에는 기존의 2004년 미국 모델 BIT를 개정하여, 2012년 미국 모델 BIT를 발표하였다. 2009년 국무부와 통상대표부(Office of the United States Trade Representative : USTR)는 국제경제정책자문위원회(Advisory Committee on International Economic Policy : ACIEP)에 2004년 미국 모

5) 대표적으로 「한·미간 우호통상 및 항해조약 (The Treaty of Friendship Commerce and Navigation between the ROK and the USA)」은 1956년 11월 28일 서명, 1957년 10월 7일 비준하였다.

6) Kenneth J. Vandevelde, U. S. International Investment Agreements, Oxford, 2009, pp. 20-29.

델 BIT의 검토를 의뢰하였다. 2004년 미국 모델 BIT 검토 배경에는 중국・인도・베트남 등의 체제전환 국가들과의 BIT협상을 본격화를 위한 것으로, '분쟁해결조항', '국유기업'과 '금융 서비스' 분야의 중점적 검토라는 내면적 지시가 있었다.[7] 검토 작업에는 노동조합(The American Federation of Labor)과 산업협회(Congress of Industrial Organization) 등 다수의 이해관계자들이 참여하였고, 동년 9월 AICEP는 검토결과를 보고서(Report of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty : 이하 '보고서') 형태로 발표하였다.

ACIEP는 2004년 미국 모델 BIT를 검토하면서 다음과 같은 점을 고려하였다. 첫째, 고용, 기능과 기술(Jobs, Capacity and Technology)과 관련된 점이다. 2004년 미국 모델 BIT는 미국의 해외투자에 대한 철저한 보호를 제공했고, 이는 미국의 고용, 기능과 기술이 외부로 유출되는 것을 촉진하고 가속화 하였다. 기업이전이 미국 노동자와 사회에 가져오는 파괴적인 영향을 신 모델 BIT를 통하여 해결할 수 있다고 기대하였다. 예를 들어 국제적으로 공인된 강력한 노동보호 규정을 두어야 한다는 것이다.

둘째, 민주(Democracy)적인 문제를 고려하고 있다. 2004년 미국 모델 BIT는 투자자가 국내법원을 회피하여 국제중재기구에서 민주적 절차에 의한 법률과 법규를 무력화 시킬 수 있다. 만일 투자자의 신청이 인용되면 당사국은 투자자에게 배상을 한다. 이는 당사국이 안전, 노동권과 환경기준 등에 대한 채택이나 집행을 소극적으로 하게 되어 투자환경 개선에 불리하다.

셋째, 환경(Environment) 문제에서 투자자가 당사국의 합법적인 환경보호 및 건강안전 보호조치에 대해 BIT 위반을 이유로 ISD 중재를 허

7) BIT체결 협상을 위하여 미국과 캐나다(2004년), 프랑스(2006년), 독일(2008년), 남아프리카개발공동체(SADC, 2012년)등 국가들은 모델BIT를 발표하고 있다. 모델BIT는 투자조약의 조문 베이스 협상 방안이라고 할 수 있다.

용하고 있다. 미국을 포함한 많은 정부가 ISD 청구권 변호를 할 수밖에 없다. 이러한 ISD의 위협은 정부와 입법자가 지속가능 가능한 발전과 환경보호 및 인류건강과 안전에 관한 책임을 방기하게 한다.

넷째, 글로벌 금융위기(The Global Financial Crisis)의 해결과 예방을 위해 많은 국가들은 BIT에서 규정된 자본유동에 대한 임시제재 조치를 행하여야 한다. 그러나 실질적으로는 정부가 자본유동에 관한 임시제재 조치를 행하는 것을 제한한다. 이는 금융서비스 규정이 정부의 금융위기를 해결시에 금융시스템의 안정성과 경기회복을 위한 가장 필요한 수단이 없다는 것이다.

다섯째, 외국인 투자의 미국 공습(Surge in Foreign Investment into the United States)의 우려를 표명하고 있다. 외국인 투자 때문에 미국의 법률과 법규는 끊임없이 투자자의 손해배상의 목표가 될 것이고, 미국은 외국인 투자자 보호를 강조하고 있다.

이러한 5가지 주안점에 착안하여 보고서는 구체적으로 5가지 의제, 17개의 세부항목을 중심으로 건의 사항을 정리하고 있다. 아래에서는 보고서의 내용을 상세하게 살펴본다.

제 2 절 모델 BIT에 대한 AICEP 보고서의 주요 내용

모델 BIT에 대한 AICEP 보고서의 주요내용을 요약하면 다음과 같다.[8)]

1. 공공이익

논쟁 해결과 공공이익 일치(Making Dispute Settlement Consistent with the Public Interest)에 관한 것으로 ISD 문제에 국한된다. 국가간 분쟁

8) Report of the Subcommittee on Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty : Annexes, (http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2009/131118.htm).

해결기구를 이용해 현재의 ISD시스템을 대체하여야 한다. 만일 정부가 계속 ISD시스템을 유지한다면, 투자자가 국제중재기구 제소 전 반드시 현지구제완료 완료 원칙을 준수하도록 규정하여야 한다. 또한 이 분쟁해결시스템에 대하여 여과시스템을 설치하여 당사국이 무의미한 혹은 공공에 중대한 해악을 야기할만한 소송을 예방할 수 있도록 규정하여야 한다.

2. 투자자의 대우와 보호

외국투자자가 미국투자자의 권리를 초과할 수 없도록 보장하는 것에 대하여 검토하고 있다(Ensuring that Foreign Investors Do Not Have Greater Rights than U.S. Investors).주로 투자와 투자자의 대우 문제에 한정된다.

(1) 공정・공평대우

공정・공평대우(Fair and Equitable Treatment, ‘F&ET’) 적용범위를 확대하기 위해, 일반 국제법에 따른 수준과 명기해야 할 국제관습법 기준(2004년 미국 모델 BIT)으로 하면 종래의 수준(1994년 모델 BIT)과 비교하여 투자 보호가 약해진다. 세계의 BIT 대부분은 국제관습법과의 관계를 언급하지 않아, 미국 투자자가 타국 투자자보다 불리한 대우를 받는다. F&ET 적용범위를 좁히기 위해 Annex A를 개정하여야 한다. 국제관습법이 쟁점이 된 사례인 Glamis Gold Ltd. v. United States에서 국무부가 최소기준대우(Minimum Standard of Treatment, 'MST')의 범위를 치안확보, 경찰보호와 불공정한 행정・사법 절차만을 주장한 것에 대하여 범위를 확대해야 한다고 주장한다. BIT의 MST는 통상적으로 투자자가 F&ET 권리를 획득하는 것을 규정하는데 ISD에서 가장 빈번하게 나타나고 있다. MST조항은 투자환경 안정화와 예견가능성을 포함하여 보호기준을 확대하여 이용 되어졌다. 이러한 광범위한 해

석은 국가의 관리감독 관행을 반영시키지 않았고, 외국 투자자의 권리가 본국투자자보다 높아서는 안 된다는 원칙을 위반한 것이다. 따라서 국무부가 Glamis사례 중 MST에 대해 전통적 해석을 입법 중에 규정할 것을 건의하고 있다.

(2) 간접수용

간접수용은 당사국이 몰수 혹은 강제점유가 발생하여야 한다. 현재는 투자 소유권 이전이 없어도 투자 가치에 불리한 영향을 주는 관리와 감독조치(규제)는 간접수용에 해당된다. 중재판정에서 투자협정 중 간접수용을 공공이익의 관리감독이 투자가치 발생에 현저하거나 실질적 영향을 주는 경우 간접수용으로 배상하여야 한다고 하였다. 그런데 국내법은 정부가 재산몰수로 인한 점유 혹은 재산권 제한 시에만 보상을 하도록 하여 이것은 외국 투자자가 국내법이 보호하는 권리보다 높은 수준의 보호를 받게 된다.

(3) 투자의 정의

투자의 범위를 미국헌법 보호 범위내로 한정시켜야 한다. 이것은 수익발생과 리스크 부담을 투자정의 규정에서 배제하여야 한다는 것이다. 파생상품을 투자에서 배제하고, 탄소보상계약을 투자범위 안에 포함시키는 것에 대해 신중한 태도를 유지할 것을 요구했다. 보호되는 경제이익의 범위를 축소하여, 미국헌법이 보호하는 재산권과 일치시켜야 미국이 장래에 체결할 BIT에서 외국인 투자자의 권리가 미국인의 권리보다 우월해서는 안 된다는 원칙이 유지된다고 보고 있다.

(4) 최혜국대우

외국인 투자자가 최혜국대우 원칙을 적용하여 기타 BIT나 조약이 부여하는 권리를 주장하지 못하도록 해야 한다. 2004년 미국 모델 BIT는

최혜국대우 원칙에 대해 분명한 규정을 두지 않았다. 실제로 투자자가 그 모국이 체결한 기타 BIT의 범위를 초월한 청구권 행사가 가능하다고 보았다. 이와 반대로, 현재의 FTA 혹은 BIT의 최혜국대우를 향유하는 투자자는 당사국이 최혜국대우 의무를 이행할 것을 요구할 수 있고, 따라서 일련의 새로운 권리(실체적/절차적 권리 포함)를 주장할 수 있다. 최혜국대우조항은 BIT에 구속받지 않고 적용되므로 투자자는 가장 유리한 분쟁해결 시스템을 선택할 수 있다.

(5) 국민대우

국민대우의 적용제한을 명시하고, 당사국의 관리감독 규범이 차별대우를 할 목적으로 제정될 시에만 투자자는 국민대우를 주장해야 한다고 권고한다. 2004년 미국 모델 BIT가 국민대우 의 차별금지 범위가 광범위하여 국제중재기구가 환경, 건강과 안전에 관한 법률에 대해 국민대우 원칙을 적용하여 불리한 결과를 가져오는 해석을 했다고 한다. 예를 들어, 환경보호를 위해 실시한 중립적 관리감독 행위가 외국인 투자자에게 불리한 영향을 주고 국민대우 규정을 위반한 것으로 배상요구를 야기했다는 것이다. 그러나 이러한 조치는 실제적으로 본국 환경보호에 유리했다.

(6) 이익부인조항

다국적 기업의 자회사가 그 모회사 소재국에 투자를 요청할 수 없도록 개정하여야 한다고 권고한다. 2004년 미국 모델 BIT의 ‘이익부인’ 조항이 조문 표현상 허점 때문에 기업이 본국 법원을 회피해 타방 당사국의 자회사를 통해 ISD를 신청한다고 하였다. 이는 제17.2조에서 그 회사가 당사국에서 ‘실질적 상업활동’을 하고 있다면, 다국적기업은 정상적인 ISD중의 '국적 다양성' 규정을 회피하기 위해 이 규정을 부적절하게 이용할 수 있다.

3. 일반적 예외

건강, 안전, 환경 보호 및 좋은 일자리 촉진(Protecting Health, Safety, and the Environment and Promoting Good Jobs)에 대하여 일반적 예외와 노동과 환경 문제를 거론하고 있다.

(1) 일반적 예외

건강, 안전과 환경보호 조치에 예외를 부여하기 위해 2004년 모델 중 제12.2조의 '기타 본 조약에 부합' 이라는 규정을 삭제하여야 한다. 이 조항이 우선적 가치를 가지고 있다는 것을 의미하기 때문에, 정부 정책이 이미 조약에 부합하지 않을 경우를 제외하기 때문에 정부는 이 조항을 항변 이유로만 주장할 수밖에 없게 된다.

(2) 투자와 환경

투자와 환경 조항 중 행정성 단어를 국가-국가 분쟁해결 시스템 하의 법률의무로 개정 할 것을 권고하였다. 1) 제12.1조 중 "면제되지 않거나 기타방식으로 인해 손해를 감소할 수 있게 최선을 다해야 한다" 라는 표현을 확정적 의무 즉 "면제 혹은 기타방식으로 손해를 감소해서는 안 된다" 로 개정하여야 한다. 본 조의 각주를 삭제하여 제12조의 적용범위를 모든 환경법 범위를 확대하여야 한다. 2) 제37.5조와 제12.1조의 마지막 문장을 삭제하여 '투자와 환경 조항'이 야기하는 분쟁은 '국가-국가' 분쟁해결방식으로 해결하여야 한다. 새로운 모델에 '보장할 것에 최선을 다한다(shall strive to ensure)'라는 표현을 "각 당사국은 포기 혹은 기타방식으로 손해를 감소시키지 않고, 혹은 면제나 기타방식으로 환경법률을 해하지 않을 것을 보장해야 한다(shall ensure)"라고 강력하게 개정해야한다.

(3) BIT 서언

BIT모델의 더욱 광범위한 목표가 지속 가능한 발전에 공헌한다는 설명을 서언 중 삽입하여야 한다. 지속 가능한 발전의 목표가 새로운 BIT 모델에 추가하여, 분쟁해결의 근거로 하고 공공이익을 등한시하는 투자자 위주의 해석을 피할 수 있다고 권고하였다.

(4) 투자와 노동

당사국에게 국제노동조직의 관련 조약과 일치한 법률법규를 통과시키고 집행하도록 요구하여야 한다. 제13조에서 주요 개선할 것은 1) 2007년 전의 FTA 중 격려성 표현을 새로운 모델에 삽입하고, 당사국이 “국제노동조직에 대한 의무를 부담하고 국제노동조직 선언의 승낙에 대해 재차 천명한다” 라는 규정을 두어야 한다고 권고한다. 2) 당사국의 의무를 창설하여 당사국이 면제나 기타방식으로 노동법의 의무를 감소시킬 수 없게 하거나 그렇게 제의하여 노동권을 위반할 수 없게 하여야 한다. 3) 현대의 노동법이 금지하는 직업, 노동차별대우 금지를 규정하여야 한다. 4) 당사국이 상응하는 노동법규를 제정하지 않거나 집행하지 않는 것을 금지하도록 규정하여야 한다. 5) 만일 일방 당사자가 협상을 요구할 경우 타방은 30일 내에 답변해야 하며, 양 당사자가 만족하는 해결방법을 달성하기 위해 노력해야 한다고 규정하여야 한다. 6) 제13조와 관련된 사항에 대하여 당사국은 일반 대중의 참여기회를 제공해야 한다.

4. 금융위기 경계와 해결

(1) 국제적 금융위기

금융위기에 대해 이미 실시한 혹은 실시를 고려하는 조치에 대해 전면적인 심사를 하고, 미국의 BIT 중 투자보호 기준과 일치하는지 검토해야 한다.

(2) 건전성 조치

‘건전성 조치’의 예외에 대해 전면적인 심사를 하도록 권고한다. 법률심사의 결과에 따라 미국정부는 더욱 강력한 건전성 조치의 예외를 규정하도록 고려하여야 한다. 구체적으로 미국정부는 제20.1조의 제2문의 취소를 고려함으로써 건전성조치 예외에 대한 표현을 논증이 가능한 self-canceling 조치로 표현하고, 신중한 조치의 예외는 자기판단의 결과라는 표현으로 수정하여야 한다.

(3) 국제수지평형

국제수지평행과 기타 금융위기의 보장조치 조항을 규정하고, 당사국이 금융위기 예방 및 해결(Preventing and Mitigating Financial Crises)을 위한 자본항목의 제재조치를 허용하여야 하고, 이 조치는 ISD대상에서 제외하여야 한다. 송금 규정인 제7조가 여전히 당사국이 자본 제제조치를 실행하는 것을 엄격하게 제한하고 있다. 이는 만일 정부가 이러한 합법적이고 증명된 유효한 정책 도구로 금융위기를 예방 혹은 해결할 시에 ISD를 야기할 가능성이 있다. IMF의 보고에 의하면 대다수 국가의 BIT와 FTA는 금융위기의 예방/해결을 위해 자본유입과 유출 직면시 보장조치를 규정하거나 당사국의 법률을 준수하도록 규정하고 있다.

(4) 투자정의와 주권채무

‘주권채무’를 제1조의 투자의 정의에서 배제하여야 한다. 정부가 금융위기로부터 그 채무 회복 혹은 개편하기 위한 것은 ISD 대상이 된다는 것을 의미한다고 보았다. 이는 미국 혹은 IMF가 장기간 주장해 온 주권채무 개편을 이용하여 조세징수에 기한 긴급재정 원조하는 것과 상호 충돌된다.

5. 공정경쟁

국유기업과 사기업간 공정경쟁 환경조성(Creating a Level Playing Field Between State-Owned and Private Enterprises)을 위하여 국영기업의 보조금 규제를 건의하고 있다. 미국에 투자되는 생산성 자산에 대해서 외국정부가 시장이율 보다 낮은 융자, 주식회사가 주주 동의를 얻어 증자하는 것 혹은 기타 외국정부가 제공하는 반경쟁 보조금을 받지 못하도록 관련 조항을 규정하도록 권고한다. 이것은 미국에 투자하는 생산성 자산 국유기업 혹은 국가 통제기업이 상업적 경영에 대한 요구의 제한없이 모국의 시장이율보다 낮은 융자 혹은 기타 이익을 자유롭게 받게 된다. 이것은 시장 중에서는 상업적 루트로는 획득할 수 없는 것들이다. 이는 미국에 대해 동등한 지위를 갖는 사기업과 그 직원들이 미국시장에서 시장왜곡을 가져올 수 있으며 모든 경쟁자에게 공정한 경쟁 환경을 제공할 수 없게 된다.

참고) Glamis Gold, Ltd. v. United States of America 중재판정사례

Glamis Gold, Ltd. v. U.S.A., UNCITRAL (NAFTA) Award (8, June 2009)

캘리포니아의 연방정부가 소유하는 토지에서 Imperial Project에 의하여 캐나다기업 Glamis가 금광사업을 하였다. 그러나 열악한 Glamis 기업환경과 그들에 의하여 사회문화에 미치는 영향을 우려하여 연방과 주정부 당국이 광산 부지의 환매 명령을 내렸다. Glamis는 이 조치를 포함한 당국의 조치는 NAFTA 1110조(수용)를 위반하였고, NAFTA 1105조의 최소기준대우(Minimum Standard of Treatment, 'MST')규정을 위반하였다고 중재를 신청하였다.

1. 중재판정부는 수용과 관련하여 재산 또는 소유권이 실제 박탈당되었지 여부가 쟁점이라고 하였다. 관련조치로 투자자의 경제적인 권리가 상당

정도 훼손 (substantially impaired)되면 수용조항 위반이 된다고 하였다.(paras 356-357) 투자가치와 규제 조치의 영향을 평가하기 위해 매립비용, 매립 후 채굴 광산의 가치, 금 가격, 정부의 재정지원과 수용당시의 관련 Imperial Project 가치의 할인율을 검토하였다(paras 363). 중재판정부는 당국의 조치는 수용에 상당하는 경제적 영향을 발생시키는 것이 아니고, 재산 또는 재산권 박탈 등의 요건이 충족하지 않았다고 하였다.(paras 536)

2. F&ET에 대하여 외국인 대우에 관한 관습국제법상 최소기준으로 당사자간 합의되었다. 1926년 Neer판정에서 확립된 국제기준에 부합하지 않는 '불법행위, 불성실, 고의에 의한 의무 불이행 또는 불충분한 정부행위' 라는 최소기준이 최근의 변화여부를 검토하였다.(paras 600-601) 많은 BIT는 관습국제법 이상의 내용을 규정하고 있기 때문에, 관습 국제법상의 최소기준에 의한 해석만이 관심의 대상이라고 하였다.(paras 606-611) 관습국제법상 최소기준의 범위에 대하여 일정한 변화는 있었지만 '불성실' 요건을 제외하고는 Neer판단 기준이 오늘날에도 적용된다고 하였다.(paras 615-616) '수용할 수 있는 국제기준을 하회하는 중대한 재판거부와 분명한 자의적인 행위' 가 있거나 '투자를 유치하기 위하여 창출된 객관적인 기대'가 배신당한 경우 F&ET위반이라고 하였다.(paras 627) 중재판정부는 신청인의 사업 계획을 거부한 당국이나 연방정부의 계획의 심사절차 그리고 캘리포니아 주정부의 입법 및 유사한 규제는 모두 각각 전술한 자의적인 행위가 아니고 투자자의 정당한 기대이익의 침해도 없다고 판단했다.(paras 756-823)

(관습국제법상 최소기준대우와 Neer Case)

MST는 미・멕시코 배상위원회(The General Claims Commission)에서 첫째, Robert Case에서 "외국인에 대한 국민대우를 문제시 하는 것이 아니고, 문명국가의 보편적인 대우에 부합(in accordance with ordinary standards of civilization)해야 하는 것" 과 Neer Casse에서 외국인에 대한 최소기준대우는 과도(egregious), 부당(outrageous), 충격(shocking) 그리고 기타 비정상적인 행위(otherwise extraordinary)를 해서는 안 되는 소위 '경계(threshold)기준'에 의하여 확립된 외국인에 대한 대우의 관습국제법이다. 이에 관한 중요한 판

정사례로서 ① George Hopkins v. Mexican(1926) ② Janes v. Mexican(1926) ③ Harry Roberts v. Mexican, 1927 ④ L.F.H. Neer and Pauline Neer v. Mexico 등이 있다.

MST가 관습국제법으로 확립된 후에 투자/투자자에게도 MST를 부여하기 위하여 다자규범인 ① OECD외국인재산보호협약초안 ② UN 다국적기업행위 준칙초안③ 다자간투자보증기구설립에 관한 협약 ④ 세계은행 외국직접투자 대우 가이드라인등과 대다수의 BIT에서 F&ET의 명칭으로 규정되기 시작하였다. 그러나 NAFTA와 2004년 미국 모델 BIT에서 MST의 표제아래 F&ET를 규정하여 명칭과 개념 그 범위 등에서 혼란을 가중시키고 있다.[9)]

제 3 절 2012년 미국 모델 BIT의 주요 개정내용

1. 투명성

2012년 미국 모델 BIT 중 투명성과 관련하여 개정된 내용은 다음과 같다.

제11조 투명성

1. 당사국들은 본 조, 제10조 및 제29조에 명시된 투명성 관행을 개선하기 위하여 여러 가지 방법들을 정기적으로 협의하기로 합의한다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

2. 공표
가능한 한, 각 당사국은

(a) 자국이 채택하기로 계획한 (법)조치로서 제10조(1)항(a)호에 언급된 모든(법)조치를 사전에 공표해야 하며

9) OECD, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, Working Papers on International Investment, 2004/03, p. 9 각주34 참조 (http://dx.doi.org/10.1787/675702255435).

(b) 그러한 (법)조치에 대해 의견을 표시할 적정한 기회를 이해 관계자들과 타방 당사국에 제공해야 한다.

3. 제2항(a)호에 의하여 공표된 본 협정 적용범위에 포함되는 사항에 대하여 중앙정부(연방정부)에서 일반적으로 적용하는 제안된 규제조항과 관련해 각 당사국은;

(a) 전국적으로 배포되는 단일한 공식 간행물에 제안된 규제 조항을 공표해야 하며 추가적인 매체를 통해 그러한 제안된 규제조항의 배포를 촉진해야 한다.

(b) 대개의 경우, 제안된 규제조항을 공식 의견접수 마감일이 도래하기 전 60일 이상 공표해야 한다.

(c) 제안된 규제조항의 목적 및 논리적 근거에 대한 설명을 간행물에 기재해야 한다.

(d) 최종 규제조항의 채택 시 의견수렴 기간 동안 접수된 중요하고 실질적인 의견들을 검토하여야 하고 한편, 관보 또는 정부 인터넷 사이트의 주요 위치에 제안된 규제조항에 대해 적용한 실질적인 변경사항을 설명해야 한다.

4. 본 협정에서 적용되는 사안에 대해 중앙정부에서 채택한 규제조항으로서 일반적으로 적용되는 규제조항과 관련하여 각 당사국은;

(a) 전국적으로 배포되는 단일한 관보에서 해당 규제조항을 공표해야 하며 추가적인 매체를 통해 동 규제조항의 배포를 촉진해야 한다.

(b) 해당 규제조항의 목적의 설명과 이론적 근거를간행물에 수록해야 한다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

5. 정보의 제공

(a) 일방 당사국은 타방 당사국의 요청이 있을 때 타방 당사국이 판단하기에 본 협정의 이행에 실질적인 영향을 미칠 가능성이 있거나 그와 달리 본 협정에 의하여 자국의 이해관계에 큰 영향을 미칠 것으로 추정되는 사실상의 (법)조치 또는 제안된 (법)조치와 관련해 즉시 정보를 제공하고 그러한 (법)조치에 관한 질의에 답변해야 한다.

(b) 본 항에 의한 모든 요청 또는 정보는 관련 접촉선을 통해 타방 당사국에 제공해야 한다

(c) 본 항에 의하여 제공된 모든 정보는 해당 (법)조치가 본 협정에 부합하는지 여부에 대해 차별이 없어야 한다.

6. 행정적 절차

제10조(1)항(a)호에 언급된 모든 (법)조치들을 공정하며, 일관성 있고 합리적으로 시행하기 위해 각 당사국은 다음과 같이 특별한 경우에서 타방 당사국의 특정한 적용대상 투자나 투자자들에게 그러한 (법)조치들을 적용하는 행정적 절차에서

(a) 가능하다면, 법적절차에 의해 직접적인 영향을 받는 타방 당사국의 적용대상 투자 또는 투자자들이 어떤 절차를 개시할 때 국내의 관련 절차에 의하여 합당한 통지(해당 절차의 성격에 대한 설명, 해당 절차를 시작하는 근거가 되는 법적권한에 대한 진술 그리고 논란의 여지가 있는 여하한 문제에 관한 일반적 기술을 포함)를 받을 수 있도록 보장해야 한다.

(b) 해당 절차의 시점, 성격 및 공익이 허용하는 범위 내에서 최종 행정처분 전에 해당 인(person)들이 각자 입장에 대한 사실 및 논거를 제시할 적정한 기회를 얻을 수 있도록 보장해야 한다. 그리고

(c) 절차는 국내법에 부합하여야 한다.

7. 심사 및 재심

(a) 각 당사국은 본 협정에서 다루고 있는 사안에 대해 최종 행정소송의 즉각적인 심리 및 필요 시 시정을 목적으로 사법적, 준사법적 또는 행정심판 또는 절차들을 마련하거나 유지해야 한다. 그러한 법정들은 공정해야 할 뿐만 아니라 행정상 집행을 담당하는 부처 또는 기관의 영향을 받지 않아야 하며, 해당 사안의 결과에 대해 중요한 이해관계를 가져서는 안 된다.

(b) 각 당사국은 그러한 법정 또는 절차에서 해당 절차의 당사자들이 다음 각 사항에 대한 권리를 획득할 수 있도록 보장해야 한다.

(ⅰ) 각자의 입장을 지지 또는 변호할 적정한 기회
(ⅱ) 기록물의 증거 및 제출 자료에 근거한 결정 또는 국내법에서 요구 시 행정기관에서 편집한 기록물에 근거한 결정.

(c) 각 당사국은 자국의 국내법에 명시된 바와 같은 상소 또는 세부 심사에 따라 해당 행정 소송과 관련해 정부 부처 또는 기관에서 그러한 결정을 이행하고 동 부처 또는 기관의 실무는 그러한 결정에 따라 진행하도록 보장해야 한다.

8. 표준 제정

(a) 각 당사국은 타방 당사국의 인(person)들이 중앙 정부기관의 표준 및 기술규정 수립 과정에 참여할 수 있도록 허용해야 한다.14)각 당사국은 자국의 인들에게 부여하는 것과 동일한 수준의 호혜적 조건에서 타방 당사국의 인들이 이들 (법)조치의 수립 과정에 참여하도록 허용해야 하며 중앙 정부 기관의 적합성 평가 절차수립 과정에 참여하도록 허용해야 한다.

14) 당사국은 이를테면 수립하고자 하는 (법)조치에 관한 제반 의견을 제공할 적정한 기회를 이해관계자들에게 제공하고 (법)조치를 수립하는 과정에서 그러한 의견들을 고려함으로써 이러한 의무를 이행할 수 있다.

(b) 각 당사국은 자국의 영토에서 비정부 표준제정 기관들이 표준을 수립할 때 타방 당사국의 인들이 이러한 과정에 참여할 수 있도록 허용할 것을 권고해야 한다. 각 당사국은 자국의 영토에서 비정부 표준 제정 기관들이 이러한 표준을 수립하고 적합성 평가절차를 마련할 때 당사국 인들에게 부여하는 것과 같은 수준의 호혜적 조건으로 타방 당사국의 인들이 이러한 과정에 참여할 수 있도록 허용하여야 한다.

(c) 제8항(a)호 및 제8항(b)호 규정은 아래의 각 사항에 적용되지 않는다.
(ⅰ) 위생 및 검역조치의 적용에 관한 WTO협정(WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures) 부속서A에 정의된 바와 같은 위생 및 검역 조치, 또는
(ⅱ) 생산 또는 소비의 요구 사항에 대해 정부 기관이 마련한 구매 시방서

(d) 제8항(a)호 및 제8항(b)호의 목적상, ‘중앙정부기관’, ‘표준’, ‘기술규정’ 및 ‘적합성 평가절차’는 WTO 무역에 관한 기술장벽 협정(WTO

> Agreement on Technical Barriers to Trade) 부속서1에서 동 용어에 부여된 바와 같은 의미를 갖는다. 부속서1에 의하여 후자의 3가지 용어들은 서비스의 공급을 위한 표준, 기술규정 또는 적합성평가 절차를 포함하지 않는다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

(1) 2004년 미국 모델 BIT

BIT와 WTO 협정 등 국제통상조약에서 기본원칙이 된 투명성은 2004년 미국 모델 BIT에서 내용이 대폭 확충되었다. 그 동안 법령 및 기타 규칙의 공포와 관련된 투명성과는 별도로 '투명성' 이라는 표제아래 새롭게 규정되었다. 규정은 크게 5가지의 내용으로, 1)정보의 신속화를 위해 접촉선(contact point)의 생성, 2) 사전에 제안된 관계조치를 출판하고 제안된 조치에 대해 코멘트 기회부여, 3) 실제로 제안된 조치에 관한 질문에 회신, 4) 행정절차에 관한 법 제도 확립, 5) 심사와 재심을 위한 행정법원 또는 행정절차의 설정 등이다. 투명성이 관계법령 등 정보의 일반적인 입수가능성에서 NAFTA에서 규정된 행정 결정에 대한 중립적 법원 등의 기관에 의한 심사를 넘어 법령 제정이나 행정결정 과정에 관여까지도 포함하는 개념으로 확대되었다. 투명성의 내용이 확대된 것은 국제투자규범이 단순히 투자환경의 개선 목적에서 투자수용국의 정책입안 및 실시에 대한 공적관리 제도로 전환되었다고 할 것이다.

(2) 2012년 모델 BIT

투명성은 2012년 미국 모델 BIT가 2004년 미국 모델 BIT와 다른 중요한 개정이 있었다.

첫째, 2004년 미국 모델 BIT는 당사자가 사전에 공표한 보편적인 집행력을 가진 법률, 법규, 행정법규 및 판례를 요구하였다. 2012년 미국 모델 BIT는 투자관련 법률, 법규 및 정책과 일반대중 참여확대에

대한 조항을 추가하였다. 제11(3)조는 “ 본 협정의 적용범위에 포함되는 사항에 대하여 중앙정부(연방정부)에서 일반적으로 적용하는 제안된 규제조항과 관련해 각 당사국은 전국적으로 배포되는 단일한 공식 간행물에 제안된 규제조항을 공표해야 한다. 그 목적과 이유를 설명하고 공식 의견접수 마감기한을 60일 이상 공표해야 한다” 고 규정하고 있다.

둘째, 최종 규제조항의 채택 시 의견수렴 기간 동안 접수된 중요하면서도 실질적인 의견들을 검토하는 한편, 관보 또는 정부 인터넷 사이트의 주요 위치에서 제안된 규제 조항에 대해 적용한 실질적인 변경사항을 설명해야 한다고 규정하였다.

셋째, 2012년 미국 모델 BIT 제11.8조는 새롭게 추가된 조항이다. 각 당사국은 자국영토에서 비정부 표준 제정기관들이 표준을 수립할 때 당사국의 인(人)이 그 과정에 참여할 수 있도록 허용하고 있다.

이 조항에 대하여서는 좀 더 살펴보면, 첫째, 본 조항은 당사국의 중앙정부만 구속하고 지방정부의 표준제정과정에는 투자자 참여의무를 보장하지 않는다. 이 점은 WTO 기술장벽협정과 다르다. 그리고 중앙정부가 적절한 조치를 취하여 각 지방정부의 기술법규 제정을 보장하고, 기술장벽협정에 부합할 것을 요구한다.[10] 둘째, 본 조항의 객체는 표준과 기술규정인데, 그 정의는 기술장벽협정 부속서 1의 제1조와 제2조 규정을 준용한다. 기술규정은 상품의 특성 혹은 그와 관련된 공예 및 생산방식(적용해야 하는 관리규정 포함)을 규정하고, 그와 관련된 문서를 강제로 요구하는 것을 말한다. 상품, 공예 혹은 생산방식에 적용될 시에 기술규정은 전문용어, 부호, 포장, 표시 및 상표요구도 포함하거나 언급할 수 있다. 표준이라 함은 공인된 상품 혹은 관련된 공예와 생산방식을 규정한 규칙으로, 지시기관 혹은 특성기관에서 심의한 것

10) WTO 기술무역장벽협정 제3.2조.

으로 공통적이고 반복적으로 사용하는 것이다. 따라서 관련 문건을 강제로 요구할 수 없다. 상품, 공예 혹은 생산방식에 적용될 시에 표준은 전문용어, 부호, 포장, 표시 및 상표요구에 대해 언급할 수 있다. 2012년 미국 모델 BIT의 표준은 서비스제공 관련 표준, 기술법규 혹은 합격평가 절차는 포함하지 않는다. 따라서 표준과 기술규정의 포함범위는 광범위하지만 상품무역 영역에만 국한되어 있다. 셋째, 제11.8조 각주14는 당사국이 투자자에게 표준제정에 구체적인 참여과정을 허용하는 것을 설명하고 있다. 제11.3조는 “본 협정에서 다루고 있는 사안에 대해 일반적으로 적용되는 규제 조항”의 제정과정에 참여여부는 명확하지 않다. 각주는 당사국은 수립하고자 하는 (법) 조치에 관한 제반 의견을 제공할 적정한 기회를 이해관계자들에게 제공하고, (법) 조치를 수립하는 과정에서 그러한 의견들을 고려만 한다면 당사국은 BIT규정 위반이 되지 않는다는 것이다. 이 규정은 상당히 모호하여 ‘적정한 기회’ 의 해석, 투자자의 의견제시 방안, 표준제정 과정에 투자자 의견을 고려하는 방식과 형식에 대한 구체적인 설명도 없다.

그러나 위의 3가지 방식을 통해 각주14가 내포하고 있는 의미를 명확하게 할 수 있다. 첫째, 당사국 정부기관의 표준 및 기술 규정이 법률, 법규 혹은 일반적 적용이 가능한 행정규제의 형식에 의해 공표된다면, 제11.3조의 “본 협정에서 다루고 있는 사안에 대해 일반적으로 적용되는 규제 조항”으로 인정되어 의견 수렴절차 및 기한은 제11.3조 규정을 준용해야 할 것이다. 둘째, 표준 및 기술규정에 대한 용어 정의는 기술장벽협정을 참고하고 있어 의견 수렴절차와 기한 역시 그 협정을 준용하면 된다. 셋째, 의견수렴 절차와 기한이 제11.3조 및 기술장벽협정의 규정과 차이가 있기 때문에 당사국 경영자의 요건과 비교하여 낮지 않으면 가능할 것이다. 이러한 방법은 제11.8조가 규정하는 표준 및 기술규정을 제11.3조의 예외로 보아서 당사국이 유연하게

운용할 수 있을 것이다. 물론 표준 및 기술규정의 의견수렴 절차와 기한은 기술장벽협정 보다는 강화되었기 때문에 중앙정부의 규칙제정은 더 높은 투명성이 요구된다.

2. 투자와 환경

2012년 미국 모델 BIT 중 투자와 환경과 관련하여 개정된 내용은 다음과 같다.

제12조 투자 및 환경

1. 양 당사국은 그들의 환경법 및 정책은 물론, 각자 당사자로서 체결한 다국적 환경 협약이 환경을 보호하는 데 있어 중요한 역할을 한다는 점을 인정한다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

2. 양 당사국은 국내 환경법에 명시된 보호 조치를 약화시키거나 저감함으로써 투자를 촉진하는 것이 부적절하다는 점을 인정한다. 따라서 각 당사국은 자국의 환경법에 명시된 보호 조치를 약화시키거나 저감하는 방식으로 해당 법의 권리 포기나 수정을실시하지 않고 그와 같은 기권 또는 수정을 제의하지 않도록 보장하거나15) 자국 영토에서 투자의 설립, 인수, 확대 또는 유지를 촉진하기 위한 일환으로 지속적이거나 반복적인 작위 또는 부작위 과정을 통해 해당 법규를 실효성 있게 집행하도록 보장해야한다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

15) 기권 또는 수정을 규정하는 법률의 조항에 준거해 당사국이 환경법의 권리를 포기하거나 해당 법을 수정할 경우, 제2항은 적용하지 않는다.

3. 양 당사국은 각 당사국이 규제, 준법, 조사 및 소추 사안과 관련해 재량권을 행사할 권리를 가지며, 우선순위가 더 높은 것으로 확인된 그 밖의 환경적 사안들과 관련해법 집행에 자원을 할당하는 것에 관한 결정을 내릴 권리도 갖는다는 점을 인정한다. 따라서 작위 또는 부작위의

방침이 그러한 재량권의 합리적인 행사를 반영하거나 자원의 할당에 관한 선의의 결정에 따라 발생할 경우, 양 당사국은 일방 당사국이 상기 제2항의 규정을 준수하고 있다고 판단한다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

4. 본 조의 목적상, "환경법"은 다음 방법을 통해 당사국의 영토에서 환경을 보호하는데 주된 목적이 있거나 또는 인간, 동식물 또는 건강을 위협하는 위험을 예방하는데 주된 목적이 있는 각 당사국의 법률 또는 규칙16) 또는 부속 조항을 말한다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

16) 미합중국의 경우, 본 조의 목적에 따른 "법률 또는 규칙"은 미 의회가 의결한 률을 말하거나 중앙 차원 정부(연방 정부)의 조치에 따라 집행할 수 있는 미 의회의 법률에 준거해 공포된 규칙을 말한다.

(a) 오염 물질 또는 환경 오염물의 유출, 방출 또는 배출을 예방, 저감 또는 규제

(b) 환경에 유해하거나 독성이 있는 화학 제품, 성분, 물질 및 폐기물을 규제하고 그와 관련된 정보를 전파 또는

(c) 멸종 위기에 처한 종들과 그들의 서식지 및 특별 자연 보호 구역 등 야생 동식물의 보호 또는 보존

단, 환경법은 근로자의 안전 또는 건강과 직접적인 관계가 있는 법률 또는 규칙 또는 부속 조항을 포함하지 않는다.

5. 본 협정의 어떤 조항도 일방 당사국이 판단할 때 자국 영토에서의 투자 활동이 환경 문제의 영향을 받기 쉬운 방향으로 이루어지도록 보장하기 위해 적절하다고 생각되는 본 협정에 부합하는 (법)조치를 당사국이 채택, 유지 또는 집행하지 못하도록 방지하는 것으로 해석해서는 안 된다.

6. 일방 당사국은 본 조에 의하여 발생하는 여하한 사안에 대해 타방 당사국과 협의를 하기 위해 서면 요청을 할 수 있다. 타방 당사국은 그러한 요청을 접수한 날로부터 30일 이내에 협의 요청에 응답해야 한다. 그 후, 양 당사국은 상호 간에 만족할만한 해결책을 도출하기 위해 협의 및 노력해야 한다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

7. 양 당사국은 본 조에 의하여 발생하는 여하한 사안에 대해 적절하다면 일반인이 참여할 수 있는 기회를 각 당사국에서 제공할 수 있음을 확인한다.
(2012년 미국 모델 BIT 추가)

환경조항은 2012년 미국 모델 BIT에서 비교적 논쟁이 되었던 조항으로 최종적으로 가장 많은 변화가 있었다. 2012년 미국 모델 BIT는 2004년 모델BIT 보다 환경문제에 관한 규정 내용이 확대되었다.

첫째, 제12.2조는 환경법, 정책 및 다자조약의 역할을 강조하고, 2004년 미국 모델 BIT의 '매우 노력하여 확보한다' 를 '확보한다' 로 개정하여 자국내에 투자설립, 인수, 확대 또는 유지를 촉진하기 위한 일환으로 지속적이거나 반복적인 (부)작위를 통해 관련 규정의 실효성 있는 집행을 요구한다.

둘째, 제12.4조는 환경법 범위에 관해, 1) (a) 오염 물질 또는 환경오염물의 유출, 방출 또는 배출을 예방, 저감 또는 규제, (b) 환경에 유해하거나 독성이 있는 화학 제품, 성분, 물질 및 폐기물을 규제하고 그와 관련된 정보를 전파 또는, (c) 멸종 위기에 처한 종들과 그들의 서식지 및 특별 자연보호구역 등 야생 동식물의 보호 또는 보존 이라는 환경을 보호하거나 인간, 동식물 또는 건강을 위협하는 위험을 예방하는데 주된 목적이 있는 법률 또는 규칙을 열거하고 있고, 2) 단, 근로자의 안전 또는 건강과 직접적인 관계가 있는 법률 또는 규칙 또는 부속 조항을 포함하지 않는다.

셋째, 당사국의 환경보호 요구와 표준을 대폭 제고하는 동시에 제12.3조는 일련의 예외 상황도 규정하고 있다. 당사국은 규제, 준법, 조사 및 소추 사안과 관련해 재량권을 행사할 권리를 가지며, 우선순위가 더 높은 것으로 확인된 그 밖의 환경적 사안들과 관련해 법 집행에

자원을 할당하는 것에 관한 결정을 내릴 권리도 갖는다는 점을 인정한다. 제12.5조는 당사국이 본 협정에 부합하는 조치를 채택, 유지 또는 집행하여 자국 내 투자활동이 환경 문제에 영향을 받기 쉬운 방향으로 할 수 있도록 하였다. 이러한 예외 규정은 당사국과 투자자의 이익의 평형을 고려한 것으로 보인다.

3. 노 동

2012년 미국 모델 BIT 중 노동과 관련하여 개정된 내용은 다음과 같다.

제13조 투자와 노동

1. 양 당사국은 국제노동기구("ILO")의 회원국으로서 각자의 의무를 재확인하는 한편, 근로의 기본 원칙 및 권리에 관한 ILO 선언과 그 후속 조치(ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up)에 의하여 각자의 약정을 재확인한다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

2. 양 당사국은 국내 노동법에 명시된 제반 보호 조치를 약화시키거나 저감함으로써 투자를 촉진하는 것이 부적절하다는 점을 인정한다. 따라서 각 당사국은 자국 노동법의 기권이나 수정이 제3항의 (a)호~(e)호에 언급된 노동권에 부합하지 않을 경우에 그러한 기권이나 수정을 하지 않으며 이를 제의하지 않도록 보장하거나 자국 영토에서 투자의 설립, 인수, 확대 또는 유지를 위해 지속적이거나 반복적인 과정을 통해 자국의 노동법을 실효성 있게 집행하도록 보장해야 한다.

3. 본 조의 목적상, "노동법"은 다음 사항들과 직접적인 관계가 있는 각 당사국의 법률 또는 규칙17) 또는 부속 조항을 말한다.

17) 미합중국의 경우, 본 조의 목적에 따른 "법률 또는 규칙"은 미 의회가 의결한 법률을 말하거나 중앙 차원 정부(연방 정부)의 조치에 따라 집

행할 수 있는 미 의회의 법률에 준거해 공포된 규칙을 말한다.

(a) 결사의 자유
(b) 단체 교섭권의 실효적 인정
(c) 온갖 형태의 강제 노동 또는 의무 노동 배제
(d) 미성년 노동의 실효적 폐지와 최악의 형태에 속하는 미성년 노동에 관한 금지
(e) 고용 및 직업에 관한 차별 배제(2012년 미국 모델 BIT 추가)
(f) 최저 임금, 근로 시간 및 직업 안전 및 보건에 관한 만족스러운 근로 조건.

4. 일방 당사국은 본 조에 의하여 발생하는 어떠한 사안에 대해서도 타방 당사국과협의를 하기 위해 서면 요청을 할 수 있다. 타방 당사국은 그러한 요청을 접수한 날로부터 30일 이내에 협의 요청에 응답해야 한다. 그 후, 양 당사국은 상호 간에 만족할만한 해결책을 도출하기 위해 협의 및 노력해야 한다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

5. 양 당사국은 본 조에 의하여 발생하는 어떠한 사안에 대해서도 적절하다면 일반인이 참여할 수 있는 기회를 각 당사국에서 제공할 수 있음을 확인한다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

제13조(투자와 노동)는 제12조(투자와 환경)과 조문 형태가 매우 유사하게 구성되어 있다. 2004년 모델BIT의 '매우 노력하여 확보한다'를 '확보한다' 로 개정하였고, 노동법 범위를 확대하였다. 동시에 2004년 미국 모델 BIT의 '최저고용연령' 을 '미성년 노동의 실효적 폐지'로 개정했으며, ‘고용 및 직업에 관한 차별배제’ 규정을 추가하였다.

당사국이 환경과 노동 조항을 위반했을 경우에 투자자는 ISD를 제기할 수 없으며 투자자 본국은 제12.6조과 제13.4조 규정에 의하여 당사국과 협의하도록 하였다. 투자자 본국 역시 BIT 기타 이해관계국과 국가간 분쟁해결조항을 적용할 수 없다. 이러한 협의 절차규정은 당사국이 본 조항에 의하여 발생하는 여하한 사안에 대해 타방 당사국과 협의를 위한 서면요청을 할 수 있다. 타방 당사국은 요청을 접수

한 날로부터 30일 이내에 협의 요청에 응해야 한다. 양 당사국은 만족할만한 해결책을 도출하기 위해 협의 및 노력해야 한다. 2012년 미국 모델 BIT가 환경과 노동권리 보호 요구를 제고하였지만, 당사국간 협의가 분쟁해결의 유일 수단이라는 것은 환경과 노동권리 보호에 대한 높은 요구 수준이 타국과 BIT 혹은 FTA 체결시 장애가 될 것이라는 것을 인식하고 있음을 보여주고 있다.

4. 금융서비스

2012년 미국 모델 BIT 중 금융서비스와 관련하여 개정된 내용은 다음과 같다.

제20조 금융 서비스

1. 본 협정의 기타 모든 조항에도 불구하고 당사국은 금융 서비스 공급업자가 신탁 의무를 이행해야 할 대상인 투자자, 예탁자, 보험 계약자 또는 그 밖의 인들을 보호하기위한 목적의 금융 서비스를 포함해 건정성 조치의 이유에 근거한 금융 서비스와 관련해 또는 금융 시스템의 무결성 및 안정성을 보장하기 위해 (법)조치를 채택 또는 유지하지 못하도록 방해를 받아서는 안 된다.18) 그러한 (법)조치들이 본 협정의 제반 조항에 부합하지 않을 경우, 동 (법)조치들은 본 협정에 의한 당사국의 약정 또는 의무를 회피하는 수단으로 사용해서는 안 된다.

18) 건전성조치의 이유(prudential reason)라는 용어는 개별 금융당국의 안전성, 건전성, 무결성 또는 재무적 책임을 유지하는 것은 물론, 결제 및 청산 시스템의 안전성과 재무 및 운용상의 무결성을 유지하는 것을 포함하는 개념인 것으로 해석된다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

2. (a) 본 협정의 어떠한 조항도 통화정책 및 관련 신용정책 또는 환율정책을 추구하는 공공 단체가 취하는 조치로서 일반적으로 적용되는 비차별적 조치에는 적용되지 않는다. 본 항은 제7조[송금] 또는 제8조[이

행요건]에 의한 당사국의 의무에 영향을 미쳐서는 안 된다.19)

19) 의미를 확실히 하자면, 통화정책 및 관련 신용정책 또는 환율정책을 추구하면서 취하는 일반 적용 조치들은 액면금액 통화 또는 통화환율을 지정하는 계약조항들을 명시적으로 무효화하거나 수정하는 조치들을 포함하지 않는다.

(b) 본 항의 목적상, 공공단체(public entity)란 당사국의 중앙은행 또는 통화감독 기관을 말한다.

3. 한 원고가 제B절[투자자-국가간 분쟁 해결]에 의한 중재를 의뢰할 경우 그리고 피고가 상기 제1항 또는 제2항을 항변 수단으로 발동할 경우, 다음 각 조항을 적용한다.

(a) 피고는 제B절에 의한 중재를 의뢰한 날로부터 120일 이내에 상기 제1항 또는 제2항이 해당 중재 의뢰에 대해 유효한 항변 수단이 되는지 여부 및 그 범위를 공동으로 결정하기 위한 요청을 양 당사국의 관할 금융 당국20)에 서면으로 제출해야한다. 피고는 그러한 요청서의 사본을 법정(구성된 경우)에 즉시 제공해야 한다. 중재 절차는 오로지 아래의 제(d)호에 명시된 바와 같이 해당 요청과 관련해 진행할 수 있다.

20) 본 조의 목적상, 관할 금융당국은 미국의 경우에 은행 및 기타 금융서비스를 감독하는 재무부와 미국무역대표부를 비롯해 이와 협력하는 보험 기관인 미상무부 및 기타 기관들을 말한다. 또한 [국가]의 경우에는 [ ]을 말한다.

(b) 양 당사국의 관할 금융 당국들은 상호 협의에 응할 수 있는 시간과 여건을 마련해야 하며 신의성실의 원칙에 따라 상기 (a)호에 기술된 바와 같은 결정을 내리도록 시도해야 한다. 그러한 모든 결정은 분쟁 당사자 쌍방에게 즉시 전달해야 하며 해당 법정(구성된 경우)에도 전달해야 한다. 동 결정은 법정에 대해 구속력을 가진다.

(c) 상기 (a)호에 의한 피고의 공동 결정 요청서를 양 당사국이 접수하는 기일인 120일 이내에 양 당사국의 관할 금융 당국들이 동 호에 기술된 바와 같은 결정을 내리지 않은 경우, 법정은 관할 금융당국에 의

해 해결되지 않은 사안의 판결을 내려야 한다. 제B절의 제반 조항은 본 호에 의하여 수정되는 경우를 제외하면

(ⅰ) 아직 중재인에 임명되지 않은 모든 중재인들의 임명시, 각 분쟁 당사자는 해당 법정이 금융 서비스 관련 법률 또는 관행에 대한 전문 지식이나 경험을 갖출 수 있도록 보장하기 위해 적절한 조치들을 취해야 한다. 분쟁이 발생하는 금융서비스의 특정 부문과 관련해 특정 후보자들의 전문 지식은 중재 위원장의 임명시 고려해야 한다.

(ⅱ) 피고가 제(a)호에 의하여 공동 결정 요청서를 제출하기 전에 제27조(3)항에 준거해 중재 위원장을 임명한 경우, 해당 중재인은 분쟁 당사자 일방의 요청에 따라 교체해야 하며 법정은 제(c)호(i)목에 따라 재구성해야 한다. 제(d)호에 의하여 중재 절차를 재개한 날로부터 30일 이내에 분쟁 당사자간 새로운 중재위원장의 임명에 대해 합의하지 않은 경우, 사무총장은 분쟁 당사자 일방의 요청에 따라 제(c)호(i)목에 의하여 중재 위원장을 임명한다.

(ⅲ) 법정은 관할 금융 당국들이 제(a)호에 기술된 바와 같이 결정을 내리지 않았다는 사실에 근거해 제1항 또는 제2항의 적용에 관한 추단을 내려서는 안 된다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

(ⅳ) 비분쟁 당사자는 제1항 또는 제2항이 해당 요청서에 대해 유효한 항변 수단이 되는지 여부 및 그 범위에 관한 구두 자료 및 서면 자료를 법정에 제출할수 있다. 그러한 자료를 제출하지 않는 한, 비분쟁 당사자는 중재의 목적상 제1항 또는 2항에서 피고와 동일한 입장을 취하는 것으로 간주된다.

(d) 상기 (a)호에 언급된 중재는 의뢰와 관련해 아래의 기일에 실시할 수 있다.

(ⅰ) 관할 금융 당국의 공동결정을 분쟁 당사자 쌍방 및 법정(구성된 경우)에서 수렴한 날로부터 10일 경과 후 또는

(ⅱ) 상기 (c)호에서 관할 금융당국에 제공된 120일의 기일이 만료된 날로부터 10일 경과 후.

(e) (c)호에 언급된 공동 결정의 기일인 120일이 만료된 날로부터 30일 이내에 피고의 요청이 있을 경우 또는 120일의 기일이 만료된 날에 법정이 구성되지 않은 경우, 법정이 구성된 날로부터 30일 이내에 해당

법정은 피고가 제1항 또는 제2항을 항변 수단으로 발동할 때 그것의 대상이 되는 해당 요청의 시비를 판결하기에 앞서 (c)호에 인용된 바와 같이 관할 금융 당국에 의해 미해결된 상태로 남아 있는 해당 사안(들)을 검토 및 판결해야 한다. 피고가 그러한 요청서를 제출하지 않는 과실은 여하한 적절한 중재 단계에서 제1항 또는 제2항을 항변 수단으로 발동할 수 있는 피고의 권리를 침해하지 않는다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

4. 제C절에 의하여 분쟁이 발생한 후 해당 분쟁이 금융 서비스와 관련해 발생했다는 사실을 일방 당사국의 관할 금융 당국이 타방 당사국의 관할 금융 당국에 서면으로 통지할 경우, 제C절은 본 항 및 제5항에 의해 수정되는 경우를 제외하면 그대로 적용해야 한다.

(a) 양 당사국 관할의 금융당국은 해당 분쟁과 관련해 상호 협의에 필요한 시간과 여건을 마련해야 하며, 그러한 통지를 접수한 날로부터 180일 이내 협의내용에 관한 보고서를 당사국에 전달해야 한다. 당사국은 180일 기간이 만료된 이후 제C절에 의하여 해당 분쟁을 중재판정부에 회부할 수 있다.

(b) 당사국 일방은 본 항에 언급된 분쟁 또는 그와 유사한 분쟁을 판결하기 위해 제C절에 의하여 구성된 법정에 그러한 보고서를 제출할 수 있거나, 제C절에 의하여 분쟁을 야기한 동일한 사건이나 상황으로부터 발생하는 청구 사항을 판결하기 위해 제B절에 의하여 구성된 법정에 그러한 보고서를 제출할 수 있다.

5. 일방 당사국이 제4호 조항을 준수하면서 제C절에 의하여 금융 서비스에 관한 분쟁을 중재 위원회에 회부할 경우 그리고 해당 분쟁이 중재 위원회에 회부된 날로부터 30일 이내에 당사국 일방의 요청이 있을 경우, 각 당사국은 아직 임명되지 않은 모든 중재인들을 임명할 때 해당 법정이 금융 서비스에 관한 법률 또는 관행에 대한 전문 지식이나 경험을 갖출 수 있도록 보장하기 위해 적절한 조치들을 취해야 한다. 금융 서비스에 관한 특정 후보자들의 전문 지식은 중재 위원장의 임명 시 고려해야 한다.

6. 제11조(2)항~(4)항[투명성 －공표]에도 불구하고 각 당사국은 실제로 가능한 범위 내에서

(a) 자국이 채택할 금융 서비스 및 규정의 목적과 관련해 여하한 일반 적용 규정을 사전에 공표해야 한다.

(b) 제안된 규제 조항에 관한 의견을 제시할 합리적 기회를 이해 관계자들과 타방 당사국에 제공해야 한다.

(c) 최종 규제 조항을 채택할 때 제안된 규제 조항과 관련해 이해관계자들로부터 수렴한 주요 실질적 의견들을 서면으로 검토해야 한다.

7. "(단일 또는 다수의) 금융 서비스"라는 용어는 서비스무역에 관한 일반협정(GATS)의 부속서 제5호(a)목과 동일한 의미를 갖는다.

8. 의미를 확실히 하자면, 본 협정의 어떠한 조항도 기만적이고 부정한 관행의 방지와 관련된 법 또는 규칙을 포함하여 본 협정에 부합하거나 채무불이행이 금융서비스 계약에 미치는 영향을 다루는 법 또는 규칙의 준수를 보장하기 위해 필요한 금융기관에 서 타방 당사국의 투자자나 적용대상 투자와 관련된 법(조치)를, 유사한 여건들이 지배적으로 나타나는 국가간 임의적 또는 부당한 차별의 수단을 구성하게 될 방식으로 적용하지 않는다는 요건에 따라, 일방 당사국이 채택하거나 집행하는 것을 방지하는 것으로 해석해서는 안 된다.(2012년 미국 모델 BIT 추가)

2008년 미국 경제위기시에 공적자금을 투입하여 현재 경영압박을 받고 있는 금융회사들의 부실채권 매입을 골자로 하는 「긴급경제안정법(Emergency Economic Stabilization Act : EESA)」이 발효되었다.[11] 이후

11) 「긴급경제안정법」은 총 3개의 장으로 구성되어 있다. 그 중 제1장은 부실자산경감 프로그램(Troubled Assets Relief Program)으로 부실자산의 매입(purchase)과 보증(insurance), 그리고 기금(fund)에 대한 사항을 주된 내용으로 하고 있고(§§101-136), 제2장은 예산관련조항(Budget-Related Provision)으로 동법에 규정된 모든 조항들이 2008년 회계 연도 상원 예산결의안(S. Con.Res. 21, the Fiscal Year 2008 Senate Budget Resolution) 제204조 (a)항의 긴급입법(Emergency Legislation)에 따른 긴급한 요건과 필요성에 부합할 것과 동법에 의해 의결되거나 폐지된 내용은 2008년도 예산집행에 포함되지 않음을 내용으로 하고 있다(§201-204). 마지막 제3장은 조세조항(Tax Provision)에 관한것으로 TARP에 참여하는 사용자들의 경영평가보상(executive

더 구체적으로 미국 금융기관의 위험투자를 제한하고, 대형화를 억제하기 위하여 만든 금융기관 규제방안 중의 하나가 경제회복 자문위원회(ERAB) 위원장인 폴 볼커(Paul Volcker)에 의하여 제안이 되었다. 이를 볼커룰(Volcker rule)이라고 하는데 은행의 자기매매 즉 고수익을 올리기 위하여 자사의 자산이나 차입금으로 채권, 주식 그리고 파생상품 등에 투자하는 행위를 제한한다. 그리고 은행이 헤지펀드, 사모펀드를 소유·투자하는 것도 금지된다. 이 룰은 일명 도드 플랭크 법안(Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act)으로 불리는 금융개혁법안에 포함되어 의회를 통과하였다. 법안의 주요 내용은 중요 금융회사에 대한 규제 강화, 금융감독기구 개편, 중요 금융회사 정리절차 개선 ,금융지주회사 등에 대한 감독 강화와 지급결제시스템에 대한 감독 강화 등이다. 바로 이러한 미국내 금융 건전성 조치에 대한 배경을 기초로 하여 2012년 미국 모델 BIT 금융 서비스 조항이 설계되었다.

2012년 미국 모델 BIT의 금융서비스 내용은 건전성 조치, 특수하고 별도의 분쟁해결방식과 엄격한 투명성을 요구하는 규정으로 구성되어 있다. 이것은 투자수용국이 금융 건성성 조치를 취하는 경우 비금융 영역의 투자에 대하여 영향을 미치는 경우에 투자수용국이 이 조항을 원용하여 항변을 할 수 있는지 여부가 문제된다. 이 조항은 투자수용국에 대한 광범위한 금융규제권의 부여에 목적이 있다. 그리고 금융 건성성 조치에 의하여 제7조(송금) 또는 제8조(이행요건)에 영향을 미치지 않도록 하고 있다. 좀 더 상세하게 검토하여 보면,

첫째, 2012년 모델BIT는 당사국 정부의 금융 관리감독의 합법성을 강화하였다. 2004년 미국 모델 BIT는 당사국이 건전성 조치를 요하는 이유로 금융서비스와 관련된 관리감독조치를 채택하거나 유지할 수 있도록 하였으나, 건전성 조치 이유에 대하여 정의를 내리지는 않았

compensation)을 삭감하지 않는다는 것을 주된 내용으로 하고 있다(§301-303).

었다. 2012년 미국 모델 BIT는 건전성 조치의 이유(prudential reason)라는 용어는 개별 금융당국의 안전성, 건전성 또는 재무적 책임을 유지하는 것은 물론, 결제 및 청산 시스템의 안전성과 재무 및 운용을 포함하는 개념인 것으로 해석한다고 명확하게 규정하여 2004년 미국 모델 BIT의 공백을 보충하였다.

둘째, 2012년 미국 모델 BIT는 당사국 금융서비스의 투자 분쟁 중재절차에 관해 제20.3조 (e)를 신설하였다. 본 조는 (c)호에 언급된 공동 결정의 기일인 120일이 만료된 날로부터 30일 이내에 피고의 요청이 있을 경우 또는 120일의 기일이 만료된 날에 법정이 구성되지 않은 경우, 법정이 구성된 날로부터 30일 이내에 해당 법정은 피고가 제1항 또는 제2항을 항변 수단으로 발동할 때 그것의 대상이 되는 해당 요청의 시비를 판결하기에 앞서 (c)호에 인용된 바와 같이 관할 금융당국에 의해 미해결된 상태로 남아 있는 해당 사안(들)을 검토 및 판정해야 한다. 피고가 그러한 요청서를 제출하지 않는 과실은 여하한 적절한 중재 단계에서 제1항 또는 제2항을 항변 수단으로 발동할 수 있는 피고의 권리를 침해하지 않는다"고 규정하고 있다. 다시 말해 본 조항은 피신청인이 중재판정부가 구성된 날로부터 30일 이내에 건전성 조치 이유의 경우 BIT규정 위반여부를 우선적으로 검토 및 판정한다는 것이다. 미국의 일련의 금융 건전성 조치 이후 장래의 금융관리 감독행위가 외국기업이 금융업투자에 관해 미국에 손해배상 요구를 피하기 위해 2012년 미국 모델 BIT에서 개정한 것으로 보인다.

5. 국유기업

국유기업과 관련된 내용은 제3장 중·미 BIT협상과 국유기업 규제에서 논의한다.

제 4 절 2012 모델 BIT에 대한 평가

상술하였듯이 2012년 미국 모델 BIT의 큰 변화는 없었고 비정부기구가 장기적으로 지적한 문제를 반영하지 않았다. 그리고 경제단체들은 BIT 개정을 통해 미국시장을 보호하려는 목적을 달성하고자 하였다. 미국정부는 외국인 투자자에게 보수적인 입장을 취한 것은 아니었다. 2012년 미국 모델 BIT는 2004년 미국 모델 BIT 기초에서 일반적인 변화가 있었을 뿐이다.

미국 무역대표부는 “미국 모델 BIT는 투자보호에 유리하고, 타방 당사국의 국가시장의 정책발전을 촉진시켜 미국의 수출을 늘리려는 것”이라는 목적을 분명히 하고 있다. 또한 미국 BIT의 기본목표 중 하나는 “현존하는 조약에서 투자자 보호를 제공하지 않는 국가에 대해, BIT를 통해 미국의 해외투자를 보호하려는 것”이라고 하였다. 그리고 “국제투자는 경제성장, 일자리 창출, 수출의 중요한 견인 요소로서 2012년 미국 모델 BIT는 미국의 경제 파트너와의 국제적 의무를 강화하고, 강한 노동과 환경보호를 이루어내어 미국기업이 외국시장에서의 공정한 경쟁조건을 얻을 것을 목표로 한다고 하였다.[12] 이는 향후 미국의 BIT 정책을 반영하는 것으로 이를 BIT 체결을 대폭 확대하겠다는 의도로 보인다. 미국은 중국, 인도, 러시아 그리고 브라질 같은 통상국가와 BIT를 체결하지 않고 있다. 주로 BIT를 체결한 국가는 개도국을 중심으로 하고 있다. 이는 미국정부가 BIT를 해외투자보호에 중요한 수단으로 삼아 미국 투자자가 당사국에서 최대한 이익을 보장받으려는 의도인 것이다. 2012년 미국 모델 BIT는 미국의 이익을 실현시키고자 하는 목적을 명백하게 나타내고 있다.

---

12) United States Concludes Review of Model Bilateral Investment Treaty (http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2012/april/united-states-concludes-review-model-bilateral-inves). FACT SHEET : Model Bilateral Investment Treaty, (http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2012/april/model-bilateral-investment-treaty).

첫째, 투명성 규정을 강화하여 투자자가 투자수용국의 입법과 정책에 직접 개입할 수 있는 여지를 남겨두고 있다. 투자협정 이행과정에서 투자에 영향을 미치는 법령 및 각종 조치와 ISD 조항과 관련, 협정체결 당사국간 투명성 제고를 위해 주기적인 투명성 협의(Transparency consultations)를 하도록 하고 있다. 그리고 협정체결로 인한 법령 재개정에 관한 공표, 목적 및 동기 설명 및 이해관계자의 의견 수렴 의무화를 규정한 통보 및 의견수렴 절차(Notice and comment procedures)를 규정한다. 이는 ISD 발생을 어느정도 억제하는 효과가 있을 것으로 보이는데, 본질적으로 당사자들이 실제 분쟁이 발생하기 전에 충분한 논의를 통하여 분쟁을 방지하는 노력을 하였다고 보여진다. 다만 이는 국가주권에 타방이나 개인인 투자자가 과도하게 개입하여 주권침해의 문제도 발생될 소지가 있다.

둘째, 환경과 노동조항과 관련하여 2012년 미국 모델 BIT가 2004년과 마찬가지로 “강력한 투자자 보호와 공익을 위해 규제를 실시하는 정부권한 보전과의 주의 깊은 조정된 균형”을 유지하고 있다고 미국 국무부는 설명하고 있다.[13] 그러나 2012년 미국 모델 BIT에서 노동과 환경조항의 강화는 미국인의 해외투자를 저해하여 국내일자리 창출을 의도하는 규정이라고 할 것이다. 투자를 촉진할 목적으로 협상 당사국이 노동 및 환경관련 국내법을 적용하지 못하도록 하는 경우가 발생하지 않도록 하는 국내법 적용 포기(waive or derogate) 배제 조항이 규정되어 있다. 그리고 국제노동기준(ILO 권고사항) 준수 및 다자간환경협상의 중요성을 인식하고 노동 및 환경관련 협의절차를 강화하고 있다. 이 조항은 미국이 기대하는 중국과 인도와의 BIT에 어려움이 있을 것으로 보인다.

셋째, 국유기업 관련조항은 중국 등을 염두에 둔 조항으로 국내기술요구 금지(domestic technology requirements), 당사국 일방에게 유리하게

13) United States Department of State, Model Bilateral Investment Treaty (http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm).

할 목적으로 국내에서 개발된 기술우대 또는 동 기술구매 의무화 금지 그리고 자국기업에 유리한 표준 금지하고 있다. 그리고 일방 당사자가 정부권한을 국영기업이나 기타 개인 또는 법인에게 이양할 경우 이들 이양 받은 기관 역시 BIT에서 규정한 의무 이행을 담보하기 위한 정부권한 위임관련 별도 주석(footnote)을 기재할 것을 요구하고 있다.

넷째, 금융서비스에서 건전성 조치에 대하여 ISD대상에서 제외할 것을 규정하여 미국이 금융위기 이후에 취한 정책에 대하여 ISD의 대상외로 할 것을 명확히 하고 있다.

그 외에 당사국 영토의 정의를 한 것은 높은 가치를 지닌 변화라고 할 수 있다. 영토의 범위에 영토와 당사국이 주권 혹은 관할권을 행사할 수 있는 해역을 포함시켜 근해 석유와 천연가스 그리고 어장을 BIT 범위내에 포함시키고 있다.

제 3 장 중·미 BIT협상과 국유기업 규제

제 1 절 서 설

2008년부터 진행되어오고 있는 중·미 전략과 경제대화(U.S.–China Strategic and Economic Dialogue)에서 미국은 중국 은행의 이자율과 여신문제를 집중적으로 제기하였다. 미국은 그 동안 인민폐 환율과 이자율 왜곡 때문에 중국기업이 글로벌 경쟁에서 우위를 점하고 있다는 인식을 가지고 있다. 그리고 국유기업의 보조금과 행정독점 문제 등도 최근에 미국과 중국간 통상회의에서 제기하고 있다.[14] 이것은 중국 국유기업 중심의 경제정책에 대한 우려 표시로서, 그 근저에는 중국의 국가 자본주의에 대한 규제의 논리가 바탕이 된다. 국가자본주의(state capitalism)라는 것은 시장원리를 도입하면서도 정부가 국유기업 등을 통하여 적극적으로 시장에 개입하는 것을 말한다. 예를 들어 중국과 러시아 등의 금융, 에너지, 통신과 자동차 등 주요산업이 정부에 의해 유·무형 지원을 받은 국유기업이 독점하는 것을 말한다. 최근의 이념대립을 국가자본주의와 시장경제의 구도로 파악하기도 한다. 국가자본주의 경제모델이 WTO를 축으로 한 자유무역체제의 붕괴로 이어질 수 있다는 지적이다. 특정 기업이 정부지원을 받으면 자유롭고 공정한 무역을 유지하기 어렵다는 시각에 기인하는 것이다.[15] 국가자본주의의 문제점은 정부가 경제주체로서 시장에서 지배적인 역할을 하는 것으로 심판과 선수를 겸한다는 것이다.

---

14) 중·미 전략과 경제대화에 대하여서는 중국포털 바이두 지식코너에서 자세하게 설명하고 있다(http://baike.baidu.com/link?url=-zLKaMzx_fG2FWReabla-6lVY5XzptSy1It8C5HeWzjSx7KzvvN--13G1hx8b7x7sIXsKCWvFScxG-CRT2Xvaq.).

15) Ian Bremmer, The End of the Free Market, Who Wins the War Between States and Corporations?, Portfolio, 2010. pp 23-62.

OECD에서는 2005년 「국유기업의 지배구조에 관한 가이드라인」(Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises : OECD 가이드라인)을 발표하여, 국유기업과 민간기업의 경쟁중립성(Competitive Neutrality) 문제를 제기하고, 각국의 국유기업 지배구조 개선을 권고하고 있다. 이에 따라 각국은 관련 법령의 제·개정을 통하여 경쟁중립성 원칙을 유지해나가고 있는데, 가장 적극적인 곳이 호주와 EU라고 할 것이다.

미국은 가장 적극적으로 중국 국유기업에 대한 우려를 표시하고 있는데, 중국 상품에 대한 보조금 규제를 하고 WTO분쟁해결 절차에서도 이를 표면화시키고 있다.[16] 분쟁 격화의 배경에는 미·중간 산업정책의 인식과 정부와 시장의 관계에 대한 근본적인 인식의 차이가 있다. 중국은 보조금정책을 산업정책의 평가하고 미국은 상계관세 부과로 대처하면서 WTO에서는 '위장된 보호주의'라고 주장하고 있다. 최근에는 중국의 국가자본주의가 미국 기업의 경쟁력을 위협한다는 우려가 크다. 미 의회 자문기관인 중·미 경제안전보장조사위원회(U.S-China Economic and Security Review Commission)는 '중국 국유기업과 국가 자본주의의 분석 보고서'에서 국유기업의 역할을 과소평가해서

16) Coated Free Sheet Paper [C-570-907] : DS368 (FIE/VATe) , 72 FR 60645, (October 25, 2007)를 시작으로 High Pressure Steel Cylinders [C-570-978];76 FR 33239, (June 8, 2011)에 이르기까지 미국 ITC가 조사한 것은 약 28건에 이르고 있다. WTO분쟁해결절차와 미국 ITC에서는 중국 보조금 제공의 특징을 ① 국유 상업은행의 정책대출 ② 국유기업에 대한 재화의 저가 제공 ③ 수출에서 부가가치세 환급 ④ 정부지시에 의한 투입 원자재의 수출 제한 등에 대한 보조금 해당성이 문제가 되었다. 미국 상무부는 국유기업에 대하여 ① 정부 소유의 정도 ② 이사회에서 정부의 존재, ③ 경영에 관한 정부의 관리, ④ 법률에 의해 설립의 유무 및 ⑤ 순수한 상업목적이 아닌 정부 이익 추구의 유무의 5가지로 판단하였다. 공적 부문(public sector)을 국가의 지배하에 있는 경제, 산업 부분(that part of an economy, industry etc. controlled by the State) 이라고 정의하고 있다. Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Report of the Panel, WT/DS379/R,(25 March 2011),para.8.5; United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Appellate Body Report, WT/DS379/R,(25 March 2011), para. 285.

는 안 된다고 지적한다. 보고서는 중국에서 농업이외 GDP과반이 국유기업에 의해 창출되고, 정부보조금, 자금조달 및 세제·규제 면에서 혜택을 받고있는 중국경제의 원동력이라고 하였다. 미국기업은 극히 불리한 상황에 놓여 있다고 비판하고, 중국 국가자본주의가 미·중 통상마찰의 원인이라고 하였다.[17]

USTR 대표는 2011년 미 의회에서 "중국은 국유기업과 국내산업을 보호하는 정책을 실시하여 무역을 왜곡하고 있으며 통상마찰의 원인"이라고 하였다. 2012년 미국 모델 BIT는 국유기업을 규제하는 조항을 두어 본격인 중국의 국가자본주의의 견제를 시작하였다. 미국을 비롯한 아시아·태평양 국가들은 환태평양 경제동반자협정(TPP) 체결을 위한 협상을 진행 중이다. 미국은 TPP의 경쟁정책에서 경쟁중립정책을 가장 중요한 의제로 포함시키고 있다.[18] 한편 미국은 2012년 4월 EU와 국제투자에 관한 공동원칙 성명을 발표하였다. 성명 제2조의 공정경쟁원칙에서 "EU와 미국은 OECD가 경쟁중립영역의 추진을 지지

17) Andrew Szamosszegi and Cole Kyle, An Analysis of State .owned Enterprises and State Capitalism in China, U.S.-China Economic and Security Review Commission (October 26, 2011).

18) 물론 말레이시아와 베트남 등은 자국의 국유기업 때문에 경쟁중립정책에 반대입장을 보이고 있다. 말레이시아는 자국민 보호정책(Bumiputra Policy)의 관계가 있기 때문이다. 말레이시아의 라자크 수상이 1969년에 제창한 신경제 정책이다. 부미푸트라 정책은 인구의 약 6할을 차지하는 말레이시아의 원주민에게 매우 우수하고 강력한 경제 관념을 가진 중국계 사람들의 경제적 지배를 억제하고자 하는 의도였다. 대표적인 정책으로 첫째, 교육 현장에서는 초등 교육부터 대학까지 말레이어를 국어로 하고 중국계 학교에서도 필수 과목으로 하고 있다. 입학정원도 말레이인의 할당이 높게 하고 있다. 둘째, 공무원과 공기업인 기간산업 등은 말레이인을 우선적으로 채용한다. 셋째, 민간 개발한 주택이나 공장에서도 그 중 일정 비율은 말레이인에게 우선 배정된다. 넷째, 말레이인과 기업도 우선적으로 좋은 조건의 융자를 제공받는다. 다섯째, 말레이시아에서 회사를 설립할 경우 강제로 말레이인을 주주로 선임하여야 한다. 능력에 관계없이 임원이나 사원의 일정 비율은 말레이인이 되어야 한다. 말레이인이 100%출자하는 회사는 정부 계열의 업무를 우선적으로 수주하고, 업무상의 특정 면허 등을 우선적으로 발급 받을 수 있다. William a Stoever, Malaysia, the Bumiputra Policy, and Foreign Investors; An Evaluation, Studies Comparative International Development/Winter 1985-86, Vol 20, Issue 4, pp.86-107 참조.

하며, 국유기업과 사기업이 동등한 외부환경에서 공정한 경쟁을 해야 한다는 점을 강조한다" 고 표명하였다. 2012년 미국 모델 BIT에서 국유기업에 관한 내용을 포함시키고 있어 중국을 겨냥한 전방위적 압박을 가하고 있다.

제 2 절 경쟁중립정책과 국유기업

OECD 가이드라인은 "시장왜곡을 피하기 위해 시장경쟁 중인 국유기업은 사기업과 공정한 경쟁 상태에 있어야 하고, 기업지배구조는 반드시 OECD 가이드라인에 부합하여야 한다" 고 한다. 정부가 정치적인 목적 혹은 공공이익상의 고려로 국유기업의 설립과 활성화를 할 수 있지만, 최종목표는 경제 활성화와 공정시장의 보장이라는 것이다. 경쟁중립정책을 최초로 주장한 호주는 "정부의 상업행위가 시장경쟁 중에 일반 기업보다 경쟁적 우위를 점해서는 안 되고, 목적은 국유기업이 자원지배의 왜곡을 배제하여 시장의 경쟁성을 강화하는 것" 이라고 설명하고 있다. 즉, 국유기업은 정부로부터 원천적인 특혜로 자원을 지배하기 때문에 원가 산출이 반영되지 않아 생산과 소비를 왜곡시킨다는 것이다. 국유기업이 사기업 보다 시장우위를 점하는 것은 경쟁력이 기업생산성이나 기술혁신에 의한 것이 아니라 정부의 특혜에 기인한 것이라고 본다. 특혜는 보조금, 조세, 융자 및 담보와 독점적 지위 등을 포함한다. 한편 정부는 경제안정 등의 상황을 고려하여 통상적으로 일부 국유기업의 시장 독점적 지위를 허락한다. 법률적 혹은 자연적인 독점지위를 향유하는 기업은 국가의 경제안전을 보장하기 위한 것이다. 그렇지만 기업의 장기적인 독점적 지위는 산업구조에서 독점을 형성할 수 있기 때문에, 시장경쟁성과 진입 조건에 직접적인 영향을 끼칠 수도 있다.

OECD 가이드라인의 기본적인 내용은 공정한 경쟁 환경을 제공하고 경쟁중립이라는 구조아래에서 현재의 법률과 행정법규를 정비하여 국

유기업의 지배구조와 경영환경을 최대한 사기업과 같게 만드는 것이다. 경쟁중립정책의 명확한 목표는 경쟁법과 기타 법률에 경쟁중립 규정을 도입하여 정부가 제공하는 편의를 낮춰야 한다는 것이다. 경쟁중립정책은 국유기업 개혁을 불러일으킬 것이고, 정부의 고의적인 시장경쟁왜곡 조치를 이용해 어떠한 기업에 편의를 제공한다면 정책제정기관에 경고할 권리를 부여하여야 한다고 한다. OECD는 경쟁중립 조치가 각국의 경쟁법 중에 실현되어야 하며, 경쟁법을 통해 반경쟁적 정부 상업행위가 무엇인지 명확히 할 수 있다고 한다.[19]

호주는 비교적 구체적인 경쟁중립정책을 보유하고 있다. 정부의 상업활동은 시장에서 사기업보다 높은 경쟁우위를 점할 수 없다는 원칙을 견지하고 있다. 연방경쟁위원회와 생산력위원회가 경쟁중립정책의 집행과 감독을 한다. 국유기업 민영화 과정에서 정부로부터 제공되는 원가 등 측면의 경쟁우위를 완전히 해소시킬 수 없다고 인식하였다. 민영화 후 국유기업은 여전히 조세감면과 보조금 등으로 인한 시장왜곡이 발생되었다. 따라서 정부는 더욱 엄격한 경쟁중립정책을 시행하였는데 그 목적은 정부 상업행위의 시장경쟁 왜곡 저감에 있었다. ① 조세징수 중립 : 호주는 정부의 상업행위가 기타 시장 경쟁자보다 세

19) OECD는 민간기업과 차이가 있는 국유기업 지배구조상의 특수성을 고려하여 설립목적에 부합하고 경영효율 극대화를 위한 지배구조 가이드라인을 발표하였다. 각국은 국제규범을 참고하여 각국의 특수성을 고려하여 적합한 지배구조 best practice를 입안하도록 유도하고 있다. 가이드라인은 중앙정부 소유의 영리목적 국유기업, 지방정부 소유의 공기업, 특별공공정책 목적을 수행하는 비영리 공기업과 그 자회사들도 적용대상에 포함하고 있다. 지배구조는 기업특성에 따라 상장/비상장여부나 100% 지분보유/최대주주/소액주주 기준으로 국유기업을 구분하고 있다. 가이드라인은 1) 공기업에 대한효과적인 법령 및 규정체계(Ensuring Effective Legal and Regulatory Framework forState-Owned Enterprises) 2) 소유권 행사자인 정부(The State acting as an Owner) 3) 주주들의 공평한 대우(Equitable Treatment of Shareholders), 4) 이해관계자와 관계(Relations with Stakeholders), 5) 투명성 및 공시(Transparency and Disclosure) 6) 공기업 이사회 책임(The Responsibilities of the boards of State owned Enterprises) 등의 6개 분야를 제시하고 있다. OECD, Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises 2005.4.

금감면의 특혜를 받을 수 없도록 요구했다. ② 여신 중립 : 정부가 그 상업행위가 가지는 기타 시장 경쟁자에 대해서도 동일한 여신 원가(이자율)을 요구하였다. ③ 정책 중립 : 정부의 상업행위가 기타 시장 경쟁자와 완전히 다른 정책적 우위에 있지 못하도록 할 것을 요구했다. ④ 합리적인 상업 투자 수익률 : 국유기업은 반드시 합리적인 수익률을 제공해야 하고, 초과 배당금은 반드시 배당해야 한다. ⑤ 가격은 원가를 진실되게 반영해야 한다. 국유기업의 상업행위는 가격 결정에 있어 생산원가를 완전히 반영해야 하는 동시에 비영리성 항목의 자금은 그 상업행위에 대한 보조금으로 사용할 수 없다.[20]

EU회원국은 경쟁중립정책에 대하여 통상적으로 EU법 제106조를 적용한다. 본 조항은 국유기업과 사기업의경영활동이 EU조약의 경쟁조항에 구속된다고 규정한다. 다만 본 조항에 의하여 기타 체결된 특수한 임무간 충돌할 때 예외를 둘 수 있다. EU경쟁중립조치는 EU위원회가 회원국의 국유기업 경제활동 문제에 대한 처리권한을 가진다. 예를 들어, 위원회는 회원국에게 자국의 국유기업에 대하여 경쟁법 적용을 요구할 수 있다. 만약 회원국의 국유기업이 경쟁법상 관련 규정을 위반했을 경우, 위원회는 기업에 위반 사항의 중단을 요구할 수 있고 상응하는 벌금을 부과할 수 있다. 회원국 국유기업이 정부의 조력하에 경쟁법 규정을 위반했을 경우에 위원회는 직접 회원국에 중단을 명할 수 있다. 또한 EU법 제106조의 정부보조가 직접적인 보조금과 각종 세금감면 조치도 포함한다는 규정을 회원국의 모든 기업(국유 및 비국유기업)에 대해 적용한다. EU회원국은 계획중인 기업 보조조치를 즉시 보고할 의무가 있고, 위원회는 심사를 통하여 실행 가능여부를 결정한다. 그리고 위원회는 경쟁중립을 보증하기 위한 투명성

20) Rennie M. And F. Lindsay, “Competitive Neutrality and State-owned Enterprise in Australia Review of Practices and their Rlevance for Other Countries”, OECD Corporate Governance Working Papers, No. 4, OECD Publishing, (http//dx.doi.org/10.1787/5kg54cxkmx36?en).

심사를 하는데 국유기업이 공공항목과 상업행위에 대해 독립적인 책임을 질 것을 요구한다.[21]

제 3 절 미국의 국유기업 규제

1. 미국의 규제요구

상공회의소와 전미제조업협회 등 주요 산업단체로 구성된 미국 TPP 비즈니스 연합(US Business Coalition for TPP)은 정부에게 TPP에 포함시켜야 할 내용과 협정초안까지 제시하고 있다.[22] 미국산업계는 TPP 협상은 이러한 문제를 개선시킬 절호의 기회라고 평가하고 있다. 연

21) Commission Directive 80 /723 /EEC of 25 June 1980 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings (O J L 195, (29.7.1980), p.35.

22) 환태평양경제동반자협력체제(Trans-Pacific Partnership)은 아시아・태평양 지역의 관세철폐와 경제통합을 목표로 하는 자유무역협정을 말한다. 2005년에 아시아와 오세아니아 주 국가들이 중심이 되어 2015년까지 모든 무역장벽을 철폐하는 것을 목표로「환태평양 전략적 경제동반자협력체제(TPSEP：Trans-Pacific Strategic Economic Partnership)」를 구축하면서 시작되었다. 후에 미국이 참여하면서 명칭이「환태평양 경제동반자협력체제(TPP：Trans-Pacific Partnership)」로 전환되었다. 현재 11개국이 참여하고 있으며, 2013년 10월 최종 타결한다는 계획이다. 협정의 프레임워크는 설립협정(Main-Agreement), 서언 (PREAMBLE), 제1장 설립조항(INITIAL PROVISIONS), 제2장 일반적 정의(GENERAL DEFINITIONS),제3장 상품무역(TRADE IN GOODS),제4장 원산지규칙(RULES OF ORIGIN),제5장 관세절차(CUSTOMS PROCEDURES),제6장 무역구제조치(TRADE REMEDIES), 제7장 위생식물검역조치(SANITARY AND PHYTOSANITARY MEASURES), 제8장 무역과 기술장벽(TECHNICAL BARRIERS TO TRADE), 제9장 경쟁정책(COMPETITION POLICY), 제10장 지적재산 (INTELLECTUAL PROPERTY),제11장 정부조달 (GOVERNMENT PROCUREMENT), 제12장 서비스무역(TRADE IN SERVICES), 제13장 일시적입국 (TEMPORARY ENTRY), 제14장 투명성(TRANSPARENCY), 제15장 분쟁해결(DISPUTE SETTLEMENT), 제16장 전략적제휴 (STRATEGIC PARTNERSHIP), 제17장 행정 및 제도규정(ADMINISTRATIVE AND INSTITUTIONAL PROVISIONS), 제18장 일반적조항(GENERAL PROVISIONS), 제19장 일반적예외 (GENERAL EXCEPTIONS), 제20장 최종규정 (FINAL PROVISIONS) 부속서로 I(Annex I Schedule of Singapore), (Annex I Schedule of Brunei Darussalam), (Annex I Schedule of Chile), (Annex I Schedule of New Zealand), 부속서 II 원산지규칙(Annex II Specific Rules of Origin), 부속서 III서비스 스케줄(Annex III Part One of the Services Schedules), 부속서 IV 서비스스케줄 (Annex IV Part Two of the Services Schedules) 등으로 구성되어 있다.

합은 2010년 TPP 협정 기본 15원칙을 정하고 2011년 국가경제회의 의장에게 서한도 보냈다. 미국 산업계가 특히 중시하고 있는 것은 공정경쟁으로 개도국에서 국유기업이 정부와 밀접한 관계를 형성하여 국유기업과 민간기업 및 외국기업의 불공정 경쟁이 발생한다고 하였다. 공정성을 위하여 산업정책의 투명성과 공정성 제고를 위한 제도적인 틀을 마련하여야 한다고 주장한다. 국유기업 특혜정책은 미국기업에게 차별적인 무역・투자 장벽이 된다는 것이다. 미국 산업계의 요구는 국유기업 문제는 정부소유 그 자체가 아니고 국유기업과 정부간 특혜 관계로 그것이 경쟁우위로 연결된다는 점이다. 따라서 TPP에 국유기업을 다루는 경쟁정책에서 국제적 규범을 도입해야 하는데, 1) OECD 가이드라인에 따라 국유 기업을 운영하는 것을 의무화하고, 2) TPP 경쟁정책 조항에 OECD 베스트 프랙티스를 포함하여야 한다는 것이다.[23)]

한편 미국은 TPP를 국가자본주의 억제의 기회로 보아 국유기업 개혁을 TPP협상의 쟁점으로 제기하고 있다. 2012년 2월 미 하원 세입위원회는 대통령의 통상정책 과제 라는 공청회에서 USTR대표는 국유기업의 시장에서 영향력 확대에 대해 우려를 표명하고 TPP협상에서 국유기업 규제 검토가 이루어졌다는 점을 강조했다.[24)] 2011년 TPP 리마 회의에서 국유기업에 관한 새로운 규정(조문)을 제시했다. 국유기업이 재화와 서비스 무역을 자유화하고 중요한 국가 프로젝트로 외국기업을 차별하지 않도록 의무화하는 규제방안과 보조금과 대출에 대한 제한 방안도 제출하였다. 외국인 투자기업이 부당한 차별을 받은 경우에는 중재를 제기할 수 있도록 하였다. 2012년 미국 댈러스의 TPP협상에서 국유기업과 민간기업의 경쟁 조건을 동일하게 하여 외국기업

23) U.S. Business Coalition for TPP, Trans-Pacific Partnership(TPP) Agreement Principles, (September 30, 2010).

24) 미국무역대표부 '2013년 통상정책의제 및 2012년 연례보고서(2013 Trade Policy Agenda and 2012 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreement Program), 보고서는 1974년 무역법 §163조에 근거하여 대통령이 매년 3월 의회에 제출하는 것이다.

의 참여기회를 확보하는 것이 목적이었다. 국유기업에 관한 미국의 규제방안은 지금까지 BIT 혹은 FTA에 비하여 완전히 새로운 것으로 OECD의 국유기업의 경쟁중립성 개념보다 더 포괄적인 것으로 보인다. 궁극적으로 국유기업에 대한 규제는 중국기업이 미국에 가장 큰 위협이 되는 것이므로 이를 타겟으로 하고 있는 것이다.[25)]

2. 미국 주도의 국제투자 공동원칙

EU와 미국은 대서양경제위원회(Transatlantic Economic Council)에서 투자와 무역의 확대에 대한 논의 후 국제사회의 투자시장의 개방과 공정한 시장 환경을 조성하기 위하여 '국제투자공동원칙에 관한 EU 와 미국의 공동성명'(Statement of the European Union and the United States on Shared Principles for International Investment : 이하 '공동성명')을 발표하였다. 여기에서 미국과 EU 등에서 인식하고 있는 투자와 관련된 쟁점들을 포함하는 것으로 미국 국무원은 "EU와 경제협력 기대와 이 원칙을 통하여 세계각지에서 이 원칙을 확대 시행하고자 한다" 는 의도를 명확히 하고 있다. 그리고 미국과 EU는 공동성명에서 "우리는 정부가 충분히 이 원칙을 시행할 수 있으며, 동시에 공공이익을 위하여 필요한 조치를 취하고 공공정책을 집행할 수 있는 권위를 확보할 수 있음을 믿고 있다. 정부는 부적절한 방법을 통한 외국자본의 도입에 반대한다" 고 하였다.[26)]

미국은 2012년 요르단, 이집트와 대만 등과 연속하여 국제투자공동원칙성명을 발표하였다. 투자관련 문제에 대한 협력, 개방과 안정적인

25) Andrew Szamosszegi, An Analysis of Chinese Investments in the U.S. Economy, U.S.-China Economic and Security Review Commission ,(October 2012).

26) U.S. DEPARTMENT OF STATE Office of the Spokesperson, United States, European Union Reaffirm Commitment to Open, Transparent, and Non-Discriminatory Investment Policies, April 10, 2012(Read more : http://translations.state.gov/st/english/texttrans/2012/04/201204103589.html#ixzz2mK9IKjdk).

투자환경의 공동 견해를 강조하고, 기타 국가와도 공동으로 준수할 것을 공개적으로 천명하였다. 아세안과도 “미국-아세안 경제교류 확대 협의”(The U.S.-ASEAN Expanded Economic Engagement (E3) Initiative)를 체결하여 양자간 투자관계를 발전시키려는 정책적 입장을 보여주고 있다.

‘국제투자공동원칙에 관한 EU와 미국의 공동성명의 주요내용’은 다음과 같다.[27)]

1. 개방 및 차별 금지(Open and Non-Discriminatory Investment Climates)
   정부는 본국 투자자 혹은 제3국 투자자에 대한 대우에 준한 대우를 할 것을 허가해야 한다.

2. 공정한 경쟁 환경(A Level Playing Field)
   국유기업은 특수한 혜택을 향유할 수 없으며, 민간기업과 공정한 경쟁을 해야 한다. OECD 경쟁중립성(competitive neutrality)원칙을 확립하여야 한다.

3. 투자 및 투자자에 대한 고도의 보호 (Strong Protection for Investors and Investments)
   정부는 자국내의 투자자 및 투자행위에 대해 법적 보호를 제공해야 하며, 외자기업이 차별대우 받거나, 불공평한 대우를 받는 상황에 처하지 않도록 해야 한다. 즉, 정부는 그들 영역에서 외자기업에 대한 자의적이고 차별적인 대우, 불공정하고 유해한 대우 등을 방지하고 유무형의 지적재산권에 대한 보호와 간접 및 직접수용의 경우 즉시, 충분하고 유효한 보상을 하여야 한다.

4. 공정하고 구속력 있는 분쟁해결(Fair and Binding Dispute Settlement)
   정부는 투자분쟁해결을 위한 효과적인 루트를 제공해야 하며, 상술한 해결방법이 공개적이고 투명하며, 공공참여의 기회를 보장해야 한다.

27) http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/april/tradoc_149331.pdf

5. 투명성과 공공참여 룰의 건전화 (Robust Transparency and Public Participation Rules)
정부는 투자관련 법률 및 조치의 제정 과정 중, 투명성과 공공참여 기회를 확보해야 한다.

6. 기업의 사회적 책임(Responsible Business Conduct)
정부는 다국적기업(글로벌기업)이 사회에 책임을 지는 태도로 사업을 경영하도록 하여야 하며, OECD의 다국적기업에 관한 가이드라인을 준수하여야 한다.

7. 국가의 필수적 안보조치의 협의적 해석(Narrowly-Tailored Reviews of National Security Considerations)
국가안전을 이유로 외국투자에 대해 심사를 진행할 경우, 정부는 심사 진행 시 국가안전 위험의 의제를 진정으로 구비할 것을 보장해야 한다.

미국은 공동성명에서, 1) 투명하고 안정적인 투자환경을 조성을 통하여 투자촉진을 위한 목적이라고 밝히고 있다. 그리고 이를 통하여 투자자에 대한 신뢰를 부여하고 투자의향을 증가시키고, 양자가 장기적이고 영구적으로 지속 가능한 투자관계를 만드는 것을 촉진할 것이다. 2) 본 성명은 투자자에게 차별대우를 금지하고, 투명하고 완성도 있는 투자를 보장함을 대외에 천명함으로써, 개방적이고 안정적인 투자환경을 만듦으로써 일자리 창출과 경제성장에 도움이 될 것이다. 3) 본 성명이 비록 법적 구속력을 가지고 있지는 않지만, 양측 정부가 공동으로 선언하여 양측이 공동으로 외국투자의 촉진과 보호를 정치적으로 인정하고 대외적으로 천명한 것이다. 그리고 양자간 장래에 진행될 투자와 관련된 의제 처리에 도움이 될 것이라고 하여 BIT협상도 전제하고 있음을 알 수 있다. 그리고 국제투자공동원칙에서도 특히 주목되는 것이 두 번째 의제인 공정한 경쟁 환경(A Level Playing Field)으로 경쟁중립성원칙 표명하여 국유기업의 규제를 암시하고 있다.[28)]

28) 美・EU 공동성명서에서 TTIP 협상 개시를 공식적으로 선언하고 2014년 타결목

제 4 절 중·미 BIT 협상과 국유기업

1. 중·미 BIT협상과 쟁점

2008년 중·미전략경제대화(2008 China-U.S. Strategic Economic Dialogue : SED)에서 양국정부는 정식으로 BIT협상 개시를 선언하였다.[29] 협상에서 미국은 2004년 미국 모델 BIT, 중국은 공개되지 않는 내부 중국 모델 BIT를 제시하였다. 2013년 6월 중국 협상까지 총 9차례에 걸쳐 진행하였다.[30] 미국은 2012년 미국 모델 BIT를 발표하여 그 동안 진행되어온 BIT협상을 원점에서 다시 시작하게 만들었다. 중미무역전국위원회(US-China Business Council : USCBC)는 BIT협상의 중단에 대하여 '미중 상업관계 중 우선사항에 대한 성명'에서 미국 모델 BIT에 대한 심의를 촉진하여 신속한 중미BIT 협상의 완료를 강력하게 요구한 적도 있었다.[31]

지금까지 협상에서 양국간 쟁점은 첫째, 국민대우에서 많은 이견이 나타나고 있다. 미국은 진입전 국민대우와 관련하여 Negative List의 제시를 요구하여 시장개방에 중점을 두고 있다. 반면에 중국은 Positive List인 기존의 외상투자지도목록(外商投資指導目錄)을 중심으로, 협상을 통하여 일정부분 Negative List와 혼용을 주장하고 있다. 둘째, 송금과

표 등을 제시하였다. 미·EU FTA(Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership, TTIP) 협상 개시를 추진하면서 미·EU 공동성명서에서는 TTIP가 세계무역의'Game Changer'가 될 것으로 언급하고 있다. Executive Office of the President Office of the U.S. Trade Representative, Strategic Plan FY 2013 – FY 2016, 2012.

29) Cai Congyan, China–US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime : A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications, Journal of International Economic Law Vol 12,Issue 2, 2009 pp.457-506.

30) The White House Office of the Press Secretary, U.S.-China Joint Statement, (2009.11.7), (http://www.whitehouse.gov/the-press-office/us-china-joint-statement).

31) The US-China Business Council, US-China Board of Directors Statement of Priorities for the US-China Commercial Relationship,(February 10, 2012, USCBC).

관련하여 미국은 모델 BIT를 근거로 경상수지항목과 자본수지 항목내에서 무조건적으로 외환의 자유로운 송금을 요구하고 있다. 반면에 중국은 자본수지 항목이 완전개방 되어있지 않다는 것을 주장하고 있다. 셋째, 노동문제에 대하여 미국은 모델BIT에서 요구하는 노동3권을 포함하는 의무의 이행을 요구하고 있다. 중국은 직업과 직위에 대한 비차별 등에 대한 중국내 제도가 없다는 이유로 거부하고 있다. 넷째, 환경에서 다자간 환경협정의 준수에 대하여 중국이 체결한 기타국가의 BIT에 관련규정이 존재하지 않는다고 거부하고 있다. 다섯째, 국유기업의 경쟁중립성 원칙의 요구에 대하여 중국의 국유기업은 현재 지속적인 개혁단계에 있어 불가하다고 한다. 여섯째, 모델 BIT에서 요구하는 수준의 투명성을 보장하여야 한다는 미국의 요구를 중국은 현실성을 들어 거부하고 있다. 일곱째, ISD에 대하여 중국은 국내사법과 관리의 측면에서 거부하고 있다.[32)]

2. 2012년 미국 모델 BIT의 국유기업 규제

국가소유경제가 주요지위를 점하고 있는 국가의 정부 중 국유기업에 특혜를 주어 외국투자자가 불공정 경쟁지위에 있는 문제에 대해 2012년 미국 모델 BIT는 다음과 같이 규정하였다.

첫째, 제1조 정의에서 국유기업(state enterprise)을 당사국이 소유한 기업을 말하거나, 당사국이 소유권을 통해 지배 지분을 인수한 기업을 말한다고 국유기업의 개념을 명확히 하고 있다. 물론 이 규정은 2004년 미국 모델 BIT에서 규정된 것을 그대로 계승한 것이다.

둘째, 2012년 미국 모델 BIT는 국유기업도 당사국의 BIT 관련 의무를 지도록 명확하게 규정하였다. 제2.2조 (a)는 “당사국이 위임한 여하한 규제 권한, 행정 권한 또는 기타 정부 권한을 행사하는 국영 기업

32) 陈辉萍, Karl p. sauvant, 中美双边投资协定谈判：共识, 分歧与展望, 《国际经济法学刊》第19卷第4期(2012), pp. 107-119.

또는 기타 인(person)” 이라고 규정하고 있다. 그리고 각주 8)에서 위임된 정부권한은 입법적 허가를 포함하며 국유기업 또는 기타 인에게 전달하는 정부의 명령, 지령 또는 기타 조치 또는 국영 기업이나 기타 인의 정부권한 행사를 허가하는 정부의 명령, 지령 또는 기타 조치를 포함한다고 하였다. BIT 일방 당사국의 의무는 당사국이 위임한 여하한 규제 권한, 행정 권한 또는 기타 정부 권한을 행사하는 국유기업 또는 기타 주체에 각각 적용된다고 규정하고 있다. 새로 추가된 각주 8)은 위임된 정부 권한은, 입법적 허가를 포함하며 국유기업 또는 기타 인에게 전달하는 정부의 명령, 지령 또는 기타 조치를 포함한다. 각주는 정부가 비공식적인 방법으로 국유기업에 권리를 부여하더라도 그 기업 역시 BIT가 규정한 당사국정부의 의무에 구속된다는 것을 보여준다. 정부수권의 광범위화가 국유기업의 특수한 우위 상황을 일정 수준으로 중화시켜줌으로써 외국자본에 대한 보호를 실현하고자 한 것이다.

셋째, 제8.1조 (h)는 “자국 투자자 또는 투자에 대해, 또는 당사국의 또는 당사국 인(person)의 기술에 대해 국적에 근거해 보호 수단을 제공하기 위해 (i) 당사국의 또는 당사국 인(person)의 기술을 자국 영토에서 매입, 사용하거나 동 기술에 우선권 부여, 또는 (ii) 자국 영토에서 특정 기술의 매입 또는 사용을 방지하거나 동 기술에 우선권부여 행위 방지”하도록 규정하고 있다. 본 조의 목적상, “당사국의 또는 당사국 인(person)의 기술”이라는 용어는 당사국 또는 당사국의 인이 소유한 기술을 포함할 뿐만 아니라 당사국 또는 당사국의 인이 소유하는 독점적 실시권 또는 사용권이 적용되는 해당 기술을 포함한다(각주12). 이는 전형적인 경쟁중립성 조항으로 이행요구 조항에서도 이를 규정하고 있다.

넷째, 투명성 조항인 제11.8조 (a)는 “각 당사국은 타방 당사국의 인(person)들이 중앙 정부 기관의 표준 및 기술 규정 수립 과정에 참여

할 수 있도록 허용해야 한다. 당사국은 이를테면 수립하고자 하는 (법)조치에 관한 제반 의견을 제공할 적정한 기회를 이해관계자들에게 제공하고 (법)조치를 수립하는 과정에서 그러한 의견들을 고려함으로써 이러한 의무를 이행할 수 있다" 고 규정한다.[33] 제11.8조 (b)는 "각 당사국은 자국의 영토에서 비정부 표준 제정 기관들이 표준을 수립할 때 타방 당사국의 인들이 이러한 과정에 참여할 수 있도록 허용할 것을 권고해야 한다. 각 당사국은 자국의 영토에서 비정부 표준 제정 기관들이 이러한 표준을 수립하고 적합성 평가 절차를 마련할 때 당사국의 인들에게 부여하는 것과 동일한 수준의 호혜적 조건으로 타방 당사국의 인들이 이러한 과정에 참여할 수 있도록 허용할 것을 권고해야 한다. 물론 이에 대한 일정한 예외 규정을 두고 있기도 하다.[34] 당사국 정부는 외국투자자가 표준 및 기술규정 입법 과정 중에 참여할 수 있도록 보장함으로써, 정부가 국유자본과 외국자본의 경쟁 중 중립을 유지하도록 하는 요구를 간접적으로 강화시켰다.

제 5 절 소 결

경쟁중립정책은 EU와 호주에 의해 중요성이 부각되었는데, 중국의 국유기업에 대한 규제를 통한 자유 시장경제를 추구하고자 하는 의미

33) 각 당사국은 자국의 인들에게 부여하는 것과 동일한 수준의 호혜적 조건에서 타방 당사국의 인들이 이들 (법)조치의 수립 과정에 참여하도록 허용해야 하며 중앙정부 기관의 적합성 평가 절차수립 과정에 참여하도록 허용해야 한다(각주14).

34) (c) 제8항(a)호 및 제8항(b)호 규정은 아래의 각 사항에 적용되지 않는다. (ⅰ) 위생 및 검역조치의 적용에 관한 WTO협정(WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures) 부속서A에 정의된 바와 같은 위생 및 검역 조치, 또는 (ⅱ) 생산 또는 소비의 요구 사항에 대해 정부 기관이 마련한 구매 시방서 (d) 제8항(a)호 및 제8항(b)호의 목적상, "중앙 정부 기관", "표준", "기술규정" 및 "적합성 평가 절차"는 무역에 대한 기술장벽에 관한 WTO협정(WTOAgreement on Technical Barriers to Trade) 부속서1에서 동 용어에 부여된 바와 같은 의미를 갖는다. 부속서1에 의하여 후자의 3가지 용어들은 서비스의 공급을 위한 표준, 기술 규정 또는 적합성 평가 절차를 포함하지 않는다.

도 있다. 경제위기와 같은 상황에서 중국모델은 효과적인 경제통제와 외기 관리능력을 보여주기도 하였다. 따라서 많은 신흥 경제국가가 중국모델에 따라 경제에 대한 국가 간섭 및 제재를 강화하였다. 경쟁중립정책을 실행시키려는 근본적인 원인은 유럽/미국의 자본주의가 중국 발전 모델의 도전에 직면했기 때문이다. 미국은 경쟁중립정책을 통해 새로운 게임 룰을 확립하기를 원하고 있다. 중국 등 신흥 경제국가가 정부라는 수단을 이용해 국유기업에 대한 보조를 규제하려고 한다. 경쟁중립원칙을 통한 국유기업의 규제는 다음과 같은 측면에서 의미를 가진다.

첫째, 중국은 현재 내외적인 경제상황으로 인하여 해외투자정책을 적극적으로 추진하고 있다.[35] 이미 매년 700억불 이상의 해외투자를 하고 있는 상황에서 유럽/미국 기업의 경쟁우위를 글로벌 시장에서 제도적 기반에 근거하여 확고히 하자는 의도도 있다. 즉 중국 자본의 진입에 제한을 가하고자 하는 의도이다. 현재 미국이 추진하는 TPP와 OECD국가들도 경쟁중립을 중요하게 생각하고 있는 상황에서, 미래에 진행될 BIT와 FTA협상 중 경쟁중립은 피할 수 없는 의제가 될 것이다. 따라서 중국은 글로벌 시장에서 제도적인 제약을 감수하여야 하는 상황에 직면하게 될 것이다.

둘째, 경쟁중립정책은 중국 시장의 개방을 촉진할 것으로 보인다. BIT체결 등에 의하여 경쟁중립정책이 규범화 된다면 시장개방은 필연

35) 「중국 국민경제와 사회발전에 관한 제12차 5개년(2011-2015)계획」(中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要, 2011)의 제12편 제52장에서 해외투자 시행정책을 규정하고 있다. 외국인투자와 해외투자는 두 개의 시장과 2종 자원의 상호결합 경제정책이라는 입장을 천명하고, 정부는 해외투자에서 기업의 자주적 결정권을 부여하고 투자보호와 이중과세방지협정을 위한 조약체결 강화를 주요정책으로 제시하고 있다. 최근에는 해외투자정책의 확대실시를 위하여 국가발전개혁위원회외 12개 중앙부서가 공동으로 「민영기업의 적극적인 해외투자 전개의 장려와 유도에 관한 의견」(关于鼓励和引导民营企业积极开展境外投资的实施意见, 发改外资(2012)1905号, 이하 의견)을 발표하였음. 차후 중국의 해외투자의 정책방향을 가늠해 볼 수 있을 것으로 해외투자 촉진을 위한 5개 분야 18가지 세부적 정책을 담고 있다.

적이고 중국내 국유기업에 대한 개혁도 가속화 될 것으로 보인다.

셋째, 중국에 제한이 많은 TPP와 중미BIT에서 유럽/미국의 높은 기준의 경쟁중립정책을 중국이 받아들이게 되면 더 많은 국제의무를 부담해야 한다는 것을 뜻한다. 우리나라도 중국에 대해 경쟁중립에 대한 요구를 강력하게 요구하여야 할 것이다. 물론 중국의 입장에서는 경쟁중립정책을 전반적으로 모두 받아들일 수도 없고 완전히 부정할 수도 없는 상황이다.

제 4 장 투명성 원칙에 관한 UNCITRAL의 최신동향

제 1 절 서 설

국제투자법에서 투명성 문제는 크게 두 가지 방면에서 나타나고 있다. 첫째, 실체법적 측면에서 당사국 의무 조항으로 규정하는 것이다. 2012년 미국 모델 BIT에서 보았듯이 국제투자법의 기본원칙으로 자리매김 되어 가고 있다. 실체법상 의무 조항으로서 투명성은 BIT체결 초기에는 법령 등의 입수가능성과 공시 등의 문제가 중요시 되었다. 지금은 투자수용국의 투자환경 개선을 넘어 설명책임과 심지어 법령이나 정책 결정에 참여하는 형태로 발전해 나가고 있다. 이것은 BIT의 패러다임(paradigm)변화와 연관된 문제라고 할 것이다. 투명성 의무위반은 ISD에서 F&ET위반으로 다루어지고 있다.[36] 둘째, 절차법적 측면에서는 ISD중재에 관한 일체의 관련내용을 공공이익 목적으로 공개하는 것을 내용으로 하는 투명성의 문제가 있다. ISD중재절차의 투명성 문제는 현재 가장 활발한 변화가 일어나고 있는 국제투자법 분야라고 할 것이다.

특히 절차적 투명성은 공익과 중재판정의 문제점을 극복하고자 하는 의도가 가장 크다. 국제투자 중재의 절차적 투명성을 확보에 대하여 다음과 같은 장·단점을 지적하기도 한다. 먼저 장점으로는 ① 일체의 관련 내용의 공개로 인하여 중재판정부의 높은 수준의 의사결정(Higher Quality Decision-Making), ② 민주적 가치 및 인권의 실현(Democratic Value and Realization of Human Rights), ③일관성(Consistency)의 유지, ④ 공공참여(Public Participation), ⑤ 이행(Implementation)의 확보, ⑥ 설명가능성(Accountability), ⑦ 법적인 정당성(Legitimacy), ⑧ 제도

36) 이 문제는 뒷면 참고 자료에서 설명한다.

개선(Systematic Reform) 및 민주성(Demonstration) 등을 들고 있다. 반면에 단점으로는 ① 과도한 비용(Costs)의 문제, ② 절차지연(Delay)으로 인한 분쟁해결의 장기화, ③영업비밀과 기밀의 공개 압박으로 인한 은닉성의 훼손(Impaired Confidentiality) 및 비밀의 약화(Weakened Secrecy) 등이 있다.[37]

국제투자법상 절차적 투명성의 문제는 NAFTA, ICSID(International Centre for Settlement of Investment Disputes)[38] 및 UNCTRAL 등에서

37) 자세한 것은 Joachim Delaney and Daniel Barstow Magraw, Procedural Transparency, The Oxford Handbook of International Investment, Oxford, 2008.

38) ICSID는 2006년 중재규칙(Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, Arbitration Rules)을 개정하였다. 개정된 규정은 심리공개의 가능성에 대하여 중재판정부는 ICSID사무국과 협의하여 비분쟁당사가 일부 혹은 전부의 심리과정에 출석을 허용할 수 있고, 중재판정부는 안건과 관련된 비밀보호를 하여야 하고 이에 관한 적당한 절차를 거치도록 하고 있다. 원문 조항은 다음과 같다. Rule 32, The Oral Procedure; (2) Unless either party objects, the Tribunal, after consultation with the Secretary-General, may allow other persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal, to attend or observe all or part of the hearings, subject to appropriate logistical arrangements. The Tribunal shall for such cases establish procedures for the protection of proprietary or privileged information.이는 당사자 일방의 동의 여부를 불문한 것으로 2003년 중재규칙과 차이가 있다; 비분쟁 당사자의 심리참여에 관하여 첫째, 중재판정부는 비당사자의 분쟁범위내의 사항에 대하여 서면의견 제출을 허락할 권한이 있다. 둘째, 중재판정부는 비분쟁 당사자의 서면의견 제출전에 반드시 당사자들과 협의하여야 한다. 당사자가 반대하지 않으면 중재판정부는 ① 비분쟁당사자가 제출한 서면의견이 당사자와 다른 의견을 제공하고 있는지 여부 ② 비분쟁당사자의 서면의견이 분쟁범위내에 속하는지 여부 ③비분쟁 당사자가 중재에 실질적인 이해관계가 있는지 여부를 검토하여 결정하도록 하고 있다. Rule 37(Visits and Inquiries; Submissions of Non-disputing Parties); (1) If the Tribunal considers it necessary to visit any place connected with the dispute or to conduct an inquiry there, it shall make an order to this effect. The order shall define the scope of the visit or the subject of the inquiry, the time limit, the procedure to be followed and other particulars. The parties may participate in any visit or inquiry. (2) After consulting both parties, the Tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the “nondisputing party”) to file a written submission with the Tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which：(a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the

지속적으로 개선되어 오고 있다.[39] 그 중에서 UNCITRAL의 투명성 작업은 초안 작업을 마무리하여 발효를 앞두고 있다.

그 내용을 보면 첫째, UNCITRAL 위원회는 제43차 회의(2010년)에서 제41차 회의(2008년) 결정내용인 ISD 중재절차의 투명성 문제를 처리할 것을 결정한 바 있다. 위원회는 제2 중재 실무 작업반(Working Group Ⅱ : 작업반)을 구성하여 작업반 제53차 회의에서 ISD중재의 투명성에 대한 법률기준의 채택을 합의하였다.[40] 작업반 제58차 회의에서 투명성규칙초안의 세 번째 검토를 완료하고, 위원회 제46차 회의에서 「UNCITRAL 투자자와 국가간 조약중재의 투명성규칙초안」(Settlement of commercial disputes : draft UNCITRAL rules on transparency in treaty-based investor-State arbitration (A/CN.9/783) : 이하 '투명성규칙 초안')을 통과시켰다.

둘째, 위원회 제44차 회의에서는 투명성규칙이 통과되기 전 체결 된 현행 투자조약에 투명성규칙의 적용방안을 검토하였다. 작업반은 투명성규칙초안이 현행투자조약에 적용하는 방안에 대하여, 1) 협약을 제정하여 각국이 이에 가입하여, 투명성규칙이 현행 투자조약하의 중재에 적용하는 방안을 검토하였다. 2) 각국이 ISD중재에 투명성규칙을

---

non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding. The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on the non-disputing party submission.

39) BIT중재의 절차적 투명성에 대한 적극적인 의견을 개진한 곳은 국제환경법센터(Center for International Environment Law)와 국제지속발전연구소(International Institute for Sustainable Development, IISD)가 있는데, 공동으로 UNCITRAL에 의견서를 제출하여 중재규칙의 개정을 요구하고 있다. 의견서에는 citizen(s)이 국가가 구속될 수 있는 ISD중재의 존재와 상정되는 결과에 대해 인식하고, 중재판정부에 요구사항을 전달하기 위하여 공개되는 투명성의 주해야 한다고 하고 있다. 구체적으로는 현행 UNCITRAL 중재규칙에 10개 조항의 개정을 요구하고 있다. 44 Annex Ⅲ, /CN.9/646-Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation).

40) A/CN.9/WG.II/WP.160/Add.1 - Settlement of commercial disputes : Preparation of rules of uniform law on transparency in treaty-based investor-State dispute settlement.

적용하도록 요구한다. 이는「비엔나조약법협약」제31.3조 (a)의 해석방법과 제39조 내지 41조의 '수정 또는 변경' 의 방식을 근거로 하였다. UNCITRAL은「조약에 기한 ISD 중재에 관한 UNCITRAL 투명성규칙 초안을 현행투자조약에 적용하는 협약 초안」(Application of the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration to existing investment treaties - Draft convention : 이하 '투명성규칙 적용협약초안')을 발표하였다. 아래에서는 투명성규칙 초안 내용과 투명성규칙 적용협약초안에 대하여 검토한다.

참고) 투명성의무와 F&ET의무와의 관계

투명성 의무와 관련하여 주목할 만한 중재판정이 NAFTA사례에서 나타나고 있다. 즉, 투명성 의무 위반이 F&ET의무 위반으로 판정되어지는 것이 Metalclad 사례이다.

Metalclad 사는 멕시코 COTERIN사에 출자하여 폐기물 처리업에 종사하였다. 코테인사는 San Luis Potosi 주 Guadarcazar시에 위치한 La Pedrera계곡에 폐기물 처리 시설을 건설하여 허가를 연방정부 및 주정부로부터 받았다. Metalclad는 멕시코 연방정부에 폐기물 처리 시설의 건설허가를 확인하였고, 주 정부에게도 사업에 대한 허가 확인을 받았다. 그리고 관련 행정절차도 완료하였다. 지역주민은 수질오염에 대한 우려를 표시하면서 오염시설 반대 운동이 고조되었다. 시 당국은 해당 도시의 건설허가를 얻지 못했다는 이유로 건설 중지 명령을 하였다. Metalclad사는 연방정부에게서 국내법상 시정부의 건설허가가 필요하지만, 시 당국이 건설허가를 거부할 수 없다는 문서를 수령하였다. Metalclad 이에 근거하여 건설공사를 재개했다. 시설은 완공하였지만 주민의 방해로 조업을 할 수 없었다. 후에 시 의회에서 건설 허가를 부여하지 않기로 결정했다.

Metalclad는 ICSID 부가중재규칙(Additional Facilities)에 근거하여 ISD중재를 신청하였다. 신청인은 NAFTA협정의 몇 가지 의무위반을 주장하였지만 투명성과 관련하여 언급한다.

중재판정부는 NAFTA 제1102(2)조의 투명성(transparency)에 대하여 "투자가 성공적으로 운영되기 위해 필요한 모든 법적 요건이 그 영향을 받은 모든

다른 체약국의 투자가에 쉽게 인식 가능하도록 해야 할 것”을 의미한다고 언급하였다. 그리고 이것은 ‘투명하고 예측 가능한 구조’의 미비라고 하여 NAFTA제 1105조의 F&ET위반을 판정하였다.(Metalclad v. Mexico, Award (Aug. 30, 2000), 5 ICSID Rep. 209, 226-229, paras.74-101.)

중재판정부는 투명성과 관련하여 멕시코 국내법상 시정부의 허가가 필요한지 여부에 대하여 법령상 미비하였고, 건설 허가가 필요하더라도 허가요건에 환경문제는 포함되지 않았다고 하였다. 건설허가 거부는 주민반대와 공동체 환경에 미치는 영향에 대한 우려 때문이라고 지적하고, 건축상의 결함이외의 이유로 건설허가를 거부한 것은 부적절(improper)하였다고 결정했다. 시의 건설허가 절차에 관하여서도 매우 장기간에 걸쳐 매우 부적절하게 처분한 것이라고 하였다. 또한 청문기회나 소명 기회도 이루어지지 않았다. 연방 정부도 일방적으로 시정부가 허가를 거부할 근거가 없다는 의견을 제시한 후 이에 대한 책임이 없었다. 멕시코는 투명하고 예측 가능한 구조를 확보하지 않았다고 결론지었다.(Ibid, 222,228, paras.23,52,86,87, 90,91,92)

멕시코는 중재판정 취소(set aside)의 소를 캐나다 브리티시 컬럼비아(BC)주 최고 법원에 제기하였다. BC주의 국제상사중재법 및 상사중재법에서는 중재의 취소소송이 가능한 것이었다.(Mexico v. Metalclad (B.C. Sup. Ct. May 2, 2001), 5 ICSID Rep. 236, 237, 248f.)

판결은 제1105조를 확대 해석해 투명성을 확보할 의무위반을 근거로 함으로써, 중재판정부가 자신에게 위임 사항의 범위를 일탈하였다고 하였다. Metalclad사례는 F&ET규정 위반을 인정한 최초의 판정이다. 법원은 투명성을 확보할 의무가 관습법이 된 증거가 없다고 하여 취소판결을 내렸다.(Mexico v. Metalclad (B.C. Sup. Ct. May 2, 2001))

중재판정부는 NAFTA의 F&ET에 NAFTA 제1102조의 투명성을 이입하여 판정하였다. 사례에서 중재판정부의 입장은 NAFTA 1102조를 직접적으로 적용하려는 의도는 없었다고 판단된다. 멕시코의 행위가 투명성을 결여하였다고 책임을 인정하였고, 그 피해의 원인이 투명성 부족에 근거를 찾았고 이는 바로 F&ET위반과 결부시킨 사례로 보인다. 이것은 결국 F&ET의 범위를 투명성에까지 확대한 결과에 도달하였다.

제 2 절 투명성규칙 적용협약초안에 관한 NAFTA 당사국의 입장

작업반 제54차 회의에서 ISD 중재절차의 투명성규칙 초안 작성을 위하여 NAFTA 체약국인 미국과 캐나다의 중재절차의 투명성에 관한 의견을 채집하였다.[41]

1. 문서의 공개

(1) NAFTA 자유무역위원회 해석

NAFTA 자유무역위원회는 「문서접근에 관한 11장 규정의 해석(Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (2001) regarding access to documents), 2001년 해석」[42]을 통하여 ISD관련 절차에서 발생되는 정보에 대한 접근성을 강화하고 있다. 2001년 해석은 ① NAFTA 제11장 1137(4) 조에 의하여 일반인에게 중재판정부가 발표 혹은 중재판정부에 제출한 문서에 접근하는 것을 금지하지 않는다. ② 1120(2)조에 의하여 NAFTA 각 체약국의 동의하에 적용되는 중재규칙은 일반적인 비밀의무 혹은 체약국이 일반인에게 비밀의무를 강요하지 않고, 일반인에게 제공하는 문건의 공개를 금지하지 않는다. 다만 중재규칙에서 제한하는 구체적인 예외가 있는 경우는 제외한다. ③ a) 상업정보의 비밀 b) 타방 체약국의 법률에 의하여 공개할 필요가 없거나 혹

41) United Nations Commission on International Trade Law Working Group II (Arbitration and Conciliation) Fifty-fourth session New York, 7-11 February 2011, Settlement of commercial disputes Transparency in treaty-based investor-State arbitration Comments of the Governments of Canada and of the United States of America on transparency in treaty-based investor-State arbitration under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement(NAFTA), A/CN.9/WG.II/WP. 163.

42) Notes of Interpretation of the Free Trade Commission of Certain Chapter 11 Provisions A(2)(b) (July 31, 2001), (http://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf.).

은 기타 공개에 대한 보호를 받는 정보 c) 중재규칙에 의하여 체약국이 반드시 제공을 거절하여야 하는 정보 등에 대하여서는 편집하는 것을 원칙으로 하여 일반인에게 제공한다. ④ 중재심리 관련 편집문서 공개를 일반인에게 할 수 있고, 이 문서중의 비밀유지를 준수할 것을 확보할 수 있다.

「청문절차의 공개에 관한 성명」(NAFTA Parties'' statements on open hearings in NAFTA Chapter Eleven arbitrations (2003) : 이하 '2003년 성명')을 발표하여 당사국, 투자자 그리고 중재판정부의 동의가 있으면 심리과정에서 상업기밀정보를 포함한 보호받아야 할 기밀 정보를 제외한 모든 정보는 대중에게 공개하여야 하도록 하였다.

「중재판정부의 ISD운용에 관한 적합한 투명성 확보를 위한 해석노트」(Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 2001) 에서[43] NAFTA당사자의 동의를 거치면 "제11장의 중재판정부에 제출하였거나 중재판정부가 발표한 모든 문서를 일반 대중에게 즉시 공개하여야 한다" 라고 하였다. 캐나다는 해석에서 중재판정부에 '제출하였거나' 중재판정부가 '발표한 모든 문서(all documents submitted to, or issued by)' 라는 요건은 문서가 중재당사자들에게만 공개될 수도 있다라는 반론을 제기하였다.

(2) 문서공개

문서공개와 관련하여 첫째, 중재의사나 중재통지(Notice of Intent or Notice of Arbitration)를 접수하게 되면 NAFTA 체약국은 관련정부기관의 웹사이트에 이를 공고한다. 캐나다 관행은 투자자의 중재의사통지를 받은 후 신속하게 공고한다. 캐나다를 상대로 중재를 제기한 28건의 중재의사 통지를 공개하였고, 즉시 공고에 대하여 어떠한 부정적

43) Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions,(July 31, 2001), (http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/naftainterpr.aspx?lang=en.).

인 영향도 없었다고 한다. 미국은 보호받는 정보를 편집한 후, 신속하게 대중에게 중재절차를 개시하는 문서를 공개한다. NAFTA에 의하여 중재의사 통지를 받은 후 국무원은 회신하도록 하는데 의사수령 확인과 NAFTA의 ISD의 관련 정보공개에 대하여 토론하고 중재신청인에게 통지한다. 예를 들어, Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States 중재사건 중에서 국무원은 즉시 웹 사이트상에 중재통지를 게재하였다.[44)]

둘째, NAFTA 관련 ISD에서 UNCITRAL중재규칙은 문서제공에 관한 명시적 규정이 없다. 캐나다는 NAFTA 초기에는 기본적 문서(중재의사 통지, 중재통지, 신청서와 답변서) 공개를 제한하였는데 중재판정부의 재량사항이었다. 현재는 NAFTA 해석노트에 의하여 공식 혹은 비공식으로 제출된 서면자료, 증거, 증인의 증언/진술서, 전문가의 보고서, 중재판정부와 주고받은 서신 및 중재판정부의 판정, 명령 및 결정을 공개하고 있다. 미국은 지금까지 NAFTA 중재판정부에 제출되었거나 중재판정부 발표문서의 공개여부에 대하여 미국은 확정되지 않는 상황을 겪은 바가 없다고 하였다. 국무원은 웹 사이트상에 분쟁 당사자 일방의 사건기록, 명령 및 판정을 공개하고, 캐나다와 멕시코의 웹 사이트상에 링크를 제공하는데, 이러한 웹 사이트상에서 NAFTA당사자들을 대상으로 제출한 중재사건의 문서를 열람할 수 있다. 국무원의 국제배상과 투자분쟁 사무실에 연락하여 해당 웹 사이트상에 게재되지 않은 문서의 열람을 요구할 수 있고, 이러한 문서에서 보호받아야 할 정보에 대해서는 편집한다.

---

44) Grand River Enterprises Six Nations, Ltd.(캐나다 회사), Jerry Montour, Kenneth Hill 및 Arthur Montour은 UNCITRAL 중재규칙에 의하여 각자 본 회사를 대표하고 Native Whole Sale Supply(현지의 도매공급, 합쳐서 Grand River라 부른다)를 대표하여 중재통지를 발송하였다. Grand River는 담배의 제조와 판매업자로서 NAFTA협정 제1102조(국민대우), 제1103조(최혜국대우), 제1104조(국민대우 또는 최혜국대우 중 우선 적용), 제1105조(최소기준대우) 및 제1110조(수용) 위반을 지적하였다. Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. U.S.(http://www.state.gov/s/l/c11935.htm).

셋째, 중재심리의 공개에서 캐나다는 관련한 7건 ISD 중에서 3건은 심리가 공개되었다. 심리가 공개된 3건은 ICSID에서 진행된 것으로 폐쇄회로 TV를 통하여 공개되었다.[45] 3건의 공개심리에 관해 캐나다는 외교부와 국제무역부의 웹사이트 상에서 두 차례의 녹음을 정리한 기록을 공포하였고, 편집본의 형식으로 빠른 시일 내에 최근의 심리과정을 정리한 기록을 게재할 예정이다. 미국은 공개심리를 지지하는 명확한 정책을 갖추고 있다. NAFTA해석노트에 의하여 공개를 천명하고 있고, 2004년에 발표된 모델BIT는 공개심리에 관한 확고한 규정을 두고 있다.[46] NAFTA 중재 안건의 심리는 모두 폐쇄회로 텔레비전을 통해서 대중에게 공개되고 있다. 하지만 보호받아야 할 정보를 심리하는 경우, 이 부분에서는 전기신호를 단절할 수 있다. 이는 Glamis 중재판정부가 제11호 절차명령 중에 상세하게 해석한 것과 같다.[47] Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States 사건에서 최근의 변론 심리에서 동일한 방식으로 심리과정을 대중에게 공개한 바 있다.[48]

---

45) UPS v. Canada, Merrill & Ring v. Canada, and Mobil Investments Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada. William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Canada, Confidentiality Order,(May 4, 2009), para. 26, (http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ assets/pdfs/ProceduralOrderNo2-May42009.pdf.).

46) CAFTA-DR art. 10.21.2, 2004 Model BIT art. 29(2).

47) 일반인이 심리 참관에 관하여 ICSID에 사무실을 두고, 세계은행의 녹화영상 채널을 통해서 가능하다. 분쟁 당사자는 모두 이러한 형식의 공개참관에 대하여 반대하지 않는다. 하지만 당사자가 모두 회사의 재산 정보, 문화유적 및 역사문물의 구체적인 소재지의 사정과 같은 특정 기밀정보에 대하여 토론할 때에 대중 참관을 실행할 수 없다는 점을 승인한다. Glamis Gold, Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Procedural Order No. 11 para. 15 (July 9, 2007), (http://www.state.gov/documents/organization/88173.pdf.).

48) 투자분쟁해결기구가 적절하게 자료 분배를 할 수 있다면, 변론의 실질적인 심리는 폐쇄회로 텔레비전을 통해서 바로 그 실황을 대중에게 공개할 수 있다. Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Minutes of the First Session of the Tribunal § I(10) (Mar. 31, 2005), (http://www.state.gov/documents/organization/45017.pdf.).

넷째, 중재판정서 공개에 관하여 캐나다는 NAFTA 제11장 제1137조와 부속서 1137.4에 의하여 NAFTA 모든 중재의 판정을 편집본으로 외교부와 국제무역부의 웹 사이트에 공개하였다. 공개는 관할권 결정서, 본안판정서, 손해배상 판정서와 비용 판정서 등이다. 미국을 당사자 일방으로 한 안건 중 대외에 공개해서는 안되는 특수한 결정 혹은 판정을 포함하는 안건은 한 번도 없었다. NAFTA 부속서 1137.4에서 미국은 “미국이 당사자 일방이 되었을 경우, 미국 혹은 중재 일방의 분쟁 투자자는 판정서를 공개할 수 있다”고 명확히 규정하고 있다. 이외에 NAFTA자유무역위원회의 해석에 근거하여 판정서를 공개한다고 약속하였다. 그리고 기타의 FTA나 2004년 미국 모델 BIT에서도 판정서 공개를 규정하고 있다.[49)]

2. 비밀정보와 국내법

중재신청자인 투자자가 중재의향서 등에서 신청자가 본 사안에 관련하여 제공한 모든 문서의 어떤 부분이 상업기밀정보에 속하거나, 정보자유법에 의하여 보호받아야 한다고 판단하였다면 명확하게 보호를 요청하는 정보를 구체적으로 밝혀야 하고, 이러한 정보는 가능한 상대국에 제공하지 않도록 체약국들은 요구하고 있다. 국내 담당부서에서 비밀로 분류되거나 그 외 자료인 신청서, 전문가 보고서, 증인의 증언과 제출된 증거물 등에 대하여 국내법에 규제를 받게된다.

NAFTA협정과 자유무역위원회 해석에서는 기밀과 보호하는 정보에 대한 개념과 요건이 불명확하다. NAFTA의 ISD중재에서 판정부가 비밀보호 명령을 내리거나, 비밀정보에 대한 정의와 보호절차에 대한 언급을 하고 있을 뿐이다. 비밀정보의 보호절차와 관련하여 당사자 일방이 문서공개를 의도하고 있다면 중재판정부는 이러한 의도를 분

49) CAFTA-DR art. 10.21.1(e), 2004 Model BIT art. 29(1)(e).

쟁의 타방에게 통지할 것을 요구한다.[50] 다른 당사자가 중재판정부의 명령에 의하여 기밀정보를 편집하여야 한다. 2004년 미국 모델 BIT는 보호되어야 하는 정보는 공개되어서는 안된다고 규정한다. 이전의 안건 중, 미국과 중재 신청인은 기밀보호 협의를 체결하고, 보호되어야 하는 정보의 비공개와 범위를 확정하였다.

각 당사자가 보호 받는 정보의 범위에 일치되지 않으면 비밀보호 협의에 근거하여 중재판정부가 결정하도록 하고 있다. Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States 사례에서 미국은 신청인이 심리 과정 기록 중의 특정 정보를 상업기밀 정보로 지정하는 것에 반대하였다. NAFTA자유무역위원회 해석에 의하여 '즉시' 기록본을 공개하기 위하여 신청인이 정보를 편집한 후 국무원 웹사이트에 심리 과정 기록본을 공개하였다. 그러나 미국은 그 중 몇몇 편집과정에 대한 질의를 중재판정부에 제기하였고, 적용되는 비밀 보호 협의의 조항에 근거하여 신청인이 정보를 상업 기밀로 지정하는 것은 부정확하다고 주장하였다.

NAFTA체약국의 국내법에 의하여 비밀정보는 보호받게 되는데, 미국은 「정보자유법(Freedom of Information Act 5. U.S.C §552)」에 의하여 비밀문서는 연방기구 전체기록 또는 부분적인 기록에 대하여 법원에서 열람권 판결을 받은 자만이 가능하다. 그 중 하나의 규정이 "무역기밀과 특허 또는 비즈니스기밀, 재무정보....." 를 보호할 때에는 공개하지 아니한다(5. U.S.C § 552(b)(4)조). 캐나다는 「중재 비밀보호 규정」(Confidentiality Order in the arbitration과 「정보공개법」(Access to Information Act)에 규제 받는다.

50) Chemtura v. Canada, Confidentiality Order, 11-12,(January 21, 2008),(http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accordscommerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf.)

3. 비분쟁 당사자의 중재참여

Amicus Curiae는 분쟁당사자 이외의 제 3자가 분쟁해결기구에 의견서를 제출하는 제도를 말한다. 로마법에 기원을 두고 영국에서 관습법으로 확대됐지만, 기타 유럽의 대륙법계에서는 생소한 제도이다. Amicus Curiae는 법정조언자를 의미하는 것으로 이해관계가 있는 개인과 기관 등이 분쟁해결기구의 허가나 요청에 의해서 법정조언자 되어 의견서(Amicus Brief)를 제출하는 것으로 사회적으로 영향력의 큰 사건에서 종종 보인다. 국제분쟁에서 법정조언자는 1980년대 유럽인권법원에서 나타나고 현재는 WTO분쟁해결절차와 BIT중재에서도 종종 나타나고 있다. 법정조언자가 문제된 것은 NGO(비정부단체) 의견을 국제분쟁 해결에 반영하기 위한 것으로 이 제도를 통해서 인권이나 환경가치를 국제 관계에 반영시키게 되었다는 것이다.[51]

NAFTA는「비분쟁 당사자의 서면의견 제출의 절차에 관한 성명」(the Statement of the Free Trade Commission on non disputing party participation, 2003)을 발표하여 비교적 관대한 입장을 취하고 있다.

첫째, 비분쟁 당사자의 의견 제출의 형식을 요구한다. 비분쟁 당사자의 의견 제출은 반드시 사전에 5페이지를 넘지 않는 신청서를 제출하여야 한다. 내용은 중재판정부에 대한 진술의견과 법률, 분쟁중의 대표적인 이익 및 재정출처 등을 기재하여야 한다. 신청서의 후면에 비분쟁 당사자의 의견과 부속서를 첨부하고 의견은 반드시 중재와 관

51) Dinah Shelton, “The Particiaption of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings,” American Journal of International Law, Vol.88(1994), pp.611ff; S. Schadendorf, Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions : Analysis of ICSID and NAFTA Investor-State Arbitrations, Transnational Dispute Management, Vol. 10, issue 1(2013), p.6(http://ssrn.com/abstract=2206812); Alberto Salazar, Defragmenting International Investment Law to Protect Citizen - Consumers : The Role of Amici Curiae and Public Interest Groups, OSGOODE HALL LAW SCHOOL, Comparative Research in Law & Political Economy, Research Paper No. 6/2013.

련되는 것에 한정하며 총 20페이지를 초과하여서는 안된다.

둘째, 중재판정부의 자유재량권을 인정하고 있다. 중재판정부는 ① 분쟁과 관련된 공공이익 및 신청인의 대표적인 이익, ② 신청인이 제출한 의견이 분쟁범위내인지 여부, ③ 의견이 분재해결에 도움이 되는 관련사실 혹은 법률판단인지 여부와 이러한 도움이 분쟁당사자가 중재판정부에 제출한 적이 없는 것인지 여부, ④ 비분쟁 당사자의 의견 중재절차에 양호한 영향을 주어야하고 분쟁당사자에게 부담이나 차별적인 것이 아니어야 한다는 것을 고려하여 결정하여야 한다.[52]

캐나다는 법정조언자의 중재참여에 대하여 합리적인 한도를 확립한다면 법정조언자 제출자료는 중재판정부에 도움이 된다는 입장을 가지고 있다. 법정조언자가 제출한 자료가 중재판정부의 심리작업에 도움이 되는지에 대한 여부를 결정하는데 도움이 되기 위한 것이다. 비분쟁당사자가 NAFTA 제11장 B절에 근거하여 중재 중에 제출한 서면자료는 제11장의 중재의 운용에 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 해석은 자료제출을 신청하고, 자료는 20장 미만으로 공개를 전제로 한다. 캐나다 관련 7건의 ISD 심리단계에서 2건만 법정조언자가 자료를 제출하였다.[53]

Glamis Gold. Ltd. v. United States 사례는 자유무역위원회 법정조언자 성명을 적용한 바 있다. 중재판정부는 제1항 절차 명령을 수정하였고, 그 중에 법정조언자의 자료제출의 마감기일을 확립하였으며, 자유무역위원회의 해석에 근거한 비분쟁 당사자의 신청과 제출한 자료를 존중하고,[54] 그 후에 법정조언자가 제출한 자료는 반드시 자유무

52) Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation, (October 7, 2003), (http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Non-disputing-en.pdf.).

53) Specifically, amicus curiae made submissions in UPS v. Canada and in Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada.

54) Glamis Gold, Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Procedural Order No. 4. para. 9 (Aug. 26, 2005), (http://www.state.gov/documents/organization/54151.pdf.).

역위원회의 법정조언자에 대한 성명에 부합하여야 한다고 지적했다.[55] 중재판정부는 자유무역위원회의 성명에서 규정한 문장 길이의 제한이나 처리사항에 대한 제한과 같은 각 요구를 엄격하게 적용하여야 한다고 판단하였다.[56] 미국의 입장은 비분쟁당사자의 참여가 자유무역위원회의 성명에서 규정한 문장길이와 내용의 요구에 부합하고, 당사자에게 부당한 부담을 주지 않는다면 법정조언자의 참여를 충분히 지지하고 있다.[57] Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States 사례에서 각 당사자는 중재판정부의 제1차 공동 심의 시에 협의하여 결정하였고, 중재판정부는 법정조언자가 제출한 자료를 수령하고 심의해야 한다는 자유무역위원회의 법정조언자에 대한 성명을 준수하였다.[58]

제 3 절 UNCITRAL 투자자와 국가간 조약중재의 투명성규칙초안의 주요내용

NCITRAL 투자자와 국가간 조약중재의 투명성규칙초안의 주요내용은 다음과 같다.

---

55) Glamis Gold, Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Letter from President Young regarding the Request for Extension to File Application for Leave to File a Non-Disputing Party Submission and Associated Submission at 2 (Oct. 10, 2006), (http://www.state.gov/documents/organization/73890.pdf); Glamis Gold, Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Application and Submission by Quechan Indian Nation para. 10 (Sept. 16, 2005),(http://www.state.gov/documents/organization/53592.pdf).

56) Glamis Gold, Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Award, para. 286 (June 8, 2009) (http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf.)

57) Id. para. 285.

58) Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Minutes of the First Session of the Tribunal § II(1) (Mar. 31, 2005),(http://www.state.gov/documents/organization/45017.pdf.). Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Letter from Phil Fontaine, National Chief of the Assembly of First Nations, to the Tribunal (Jan. 19, 2009),(http://www.state.gov/documents/organization/117812.pdf.).

제 1 조 적용범위(Scope of application)

(1) 적용성

① 「투명성규칙」은 규칙발효 후 체결된 투자 또는 투자자 보호조약에 따라, 「중재규칙」 적용하에 제기된 ISD중재에 적용된다. 조약 체결국에 별도의 규정이 있는 경우는 제외한다.

② 규칙발효 전 체결된 조약으로부터 발생한 ISD중재, 혹은 기타 중재규칙으로 인해 제기되거나 임시 제기된 ISD중재는 (a) 분쟁 당사자가 규칙 적용을 동의한 경우 (b) 체약국 혹은 다자조약의 경우 투자자의 모국과 피신청국이 규칙발효 후 본 규칙을 적용할 것을 동의한 경우 등이다.

(2) 적용

조약 혹은 본 조약 체약국 협의에 근거하여 투명성규칙을 적용하는 중재 중에서 (a) 분쟁 당사자는 협의 또는 기타의 방식으로 본 규칙 내용을 감소해서는 아니된다. 다만 본 조약이 이를 허용할 경우는 제외한다. (b) 본 규칙의 일부 조항이 중재판정부에 부여한 재량권 외에, 중재판정부는 어떤 특정 조항을 조정하고, 이를 개별 사건에 맞추어 적용할 수 있다. 그러나 이러한 조정은 실무적인 방법을 통한 중재이어야 하며 본 규칙의 투명도 목표를 저해하는 것이어서는 아니된다.

(3) 중재판정부의 재량권 및 권한

투명성규칙초안이 중재기구가 재량권을 행사할 수 있다고 규정한 경우에 그 행사요건은 (a) ISD중재와 특정 중재절차의 투명도에 대한 공공이익 (b) 분쟁 각 당사자가 공평하고 효율적으로 각 분쟁을 해결하는 데에 이익이 있는 것이다. 본 규칙은 UNCITRAL 중재규칙에 의거하여 투명도 촉진 방식에 따른 중재판정부의 중재-예를 들어, 제3자의 제안서 접수-에 영향을 미치지 아니한다. 본 규칙의 투명성 목표를 완전히 약화시키는 행위, 조치 또는 기타 행동이 있을 경우에, 중재판정부는 이러한 목표의 실현을 보장하여야 한다.

(4) 충돌 상황에서 적용되는 문서

투명성규칙을 적용할 경우에, 적용되는 규칙에 있어 투명성규칙은 이를 보충하여야 한다. 투명성규칙과 적용되는 중재 규칙이 충돌하는

경우에는, 투명성규칙을 기준으로 한다. 투명성규칙과 조약이 충돌하는 경우에는, 본 규칙에 어떤 규정이 있는지 불문하고 조약의 규정을 기준으로 한다. 본 규칙의 조항이 중재에 적용되는 관련 법률규정과 상충하고, 또한 분쟁 각 당사자가 본 법률 규정의 내용을 감소할 수 없을 경우에는, 그 법률 규정을 기준으로 하여야 한다.

(5) 본 규칙은 UNCITRAL중재규칙에 의한 투명성 촉진 방식에 따른 중재판정부의 중재-예를 들어, 제3자의 의견서 접수-에 영향을 미치지 아니한다.

(6) 본 규칙의 투명성 목표를 완전히 약화시키는 행위, 조치 또는 기타 행동이 있을 경우에, 중재판정부는 이러한 목표의 실현을 보장하여야 한다.

(7) 투명성규칙을 적용할 경우에, 적용되는 규칙에 있어 투명성규칙은 이를 보충하여야 한다. 투명성규칙과 적용되는 중재규칙이 충돌하는 경우에는, 투명성규칙을 기준으로 한다. 투명성규칙과 조약이 충돌하는 경우에는, 본 규칙에 어떤 규정이 있는지 불문하고 조약의 규정을 기준으로 한다.

(8) 본 규칙의 조항이 중재에 적용되는 관련 법률규정과 상충하고, 또한 분쟁 당사자가 본 법률 규정의 내용을 감소할 수 없을 경우에는, 그 법률 규정을 기준으로 하여야 한다.

제 2 조 중재절차 개시정보의 공개(Publication of information at the commencement of arbitral proceedings)

피신청인이 중재통지를 받으면, 분쟁 각 당사자는 신속히 중재통지 사본을 제8조 소정의 보관 장소에 송달하여야 한다. 보관 장소는 피신청인으로부터 중재통지를 받으면, 또는 피신청인으로부터 중재통지 및 통지가 피신청인에게 발송되었다는 기록을 받으면, 신속히 대중에 분쟁 각 당사자의 이름, 관련된 경제부문 및 이러한 신청이 근거하고 있는 조약에 대한 정보를 공개하여야 한다.

제 3 조 문서의 공개(Publication of documents)

1) 제7조에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고, 중재판정부는 중재의 통지, 중재 통지에 대한 답변, 신청서, 답변서 및 분쟁 당사자가 제출한

각종 서면 진술 혹은 서면 서류; 이상 문서의 모든 증거물과 전문가의 보고, 증인 진술의 리스트(절차를 위해 미 작성한 경우 예외로 한다), 비분쟁 당사자인 체약국 및 제 제3자가 제출한 각종 서면서류, 심리 기록(있을 경우에만), 중재판정부의 명령, 결정과 판정 등을 공개하여야 한다. 증거물 자체는 그 대상이 되지 아니 한다.

2) 제7조에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고, 신청인의 청구가 있는 경우 중재판정부는 전문가 보고와 증인 진술을 제공하여야 한다. 그러나 전문가 보고와 증인진술의 증거물은 이에 포함되지 아니하며, 증거물의 공개는 제3항에 의거하여 단독으로 청구를 제기하여야 한다.

3) 제7조의 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고, 중재판정부는 자발적 혹은 청구에 의하여, 분쟁당사자와 협의를 거친 후, 증거물 및 중재판정부에 제공된 혹은 종재판정부에서 인쇄 발행된, 본조 1항 혹은 2항의 범위에 해당하지 아니하는 기타 각종 문서의 공개 여부와 공개 방법을 결정할 수 있다.

4) 중재판정부는 1항과 2항에 의하여 대중에 제공된 문서를 신속히 8항 소정의 보관 장소로 발송하여야 한다. 그러나 이 경우에도 제7항이 규정하는 기밀정보 보호 혹은 정보 보호를 위한 관련 지침과 기한을 준수하여야 한다. 중재판정부는 3항에 따라 공개된 문서를 취득하기 전에 이를 8항 소정의 정보 보관소에 발송할 수 있으며, 이러한 경우 제7조에 따라 엄격히 보안처리 하여 발송하여야 한다. 정보 보관소는 문서의 원본 형식과 문자 그대로 이를 제공하여야 한다.

5) 비분쟁 당사자 측이 2항 혹은 3항에 의하여 허가를 받아 문서를 열람하는 경우에는, 이러한 문서의 공개 비용과 관련된 행정관리비(문서 복사비, 해당인에 대한 문서 배송비 등)를 부담하여야 한다.

제 4 조 제3자의 서면 입장 제출[59](Submission by a third person)

59) 제4조는 제3자가 제출하는 서류에 관련되며, 제3자가 가지는 이익, 제3자의 구성과 절차와의 관련성(2항), 중재판정부가 제3자가 제출한 서면의 접수 여부를 결정할 때 고려하여야 할 사항(3, 5, 6항), 제출서류((4)항)등에 관한 것이다. A/CN.9/760, paras. 42-57.

1) 분쟁 당사자와 협의를 거친 경우, 중재판정부는 분쟁 각 당사자 또는 비분쟁 체약당사자로 하여금 분쟁 범위 안의 사항에 대하여 중재판정부에 서면 입장을 제출할 것을 허용할 수 있다.

2) 제3자가 서류를 제출하기를 희망하는 경우, 중재판정부에 신청을 하여야 하며, 중재판정부가 사용하는 언어로, 간결한 방식을 사용하여, 중재판정부가 규정하는 쪽수 제한 내에 (a) 제3자의 상황 설명 및 그 구성원의 신분과 법률지위(예를 들면 업종협회 혹은 비정부 조직), 목표, 활동의 성질 및 모든 상급 조직(제3자를 직·간접적으로 통제하는 모든 조직 포함) 등을 포함한 관련 내용, (b) 제3자와 분쟁 당사자 간 모든 직·간접적인 관계에 대한 설명, (c) 제3자에 아래의 원조를 제공한 모든 정부, 개인 혹은 조직에 대한 정보 : 1) 서면 입장 제출의 준비과정에서 자금 혹은 기타 지원; 2) 제3자가 본 조에 의하여 신청하기 전 2년 간 제3자를 향한 대량의 지원, 예를 들어 제3자의 1년 경영 총 비용을 위하여 20%에 달하는 자본 증자 (d) 제3자가 중재와 관련하여 가진 이익의 성질에 대한 설명 (e) 제3자가 해당 서면 제출 입장에서 서술하고 싶은 중재 중의 구체적 사실 혹은 법률문제 등의 내용을 포함하여 제출할 수 있다.

3) 중재판정부는 이러한 서류 제출의 허용 여부를 확정하기 전에, 중재판정부가 확정하는 기타 관련 요소 외에 (a) 제3자가 본 중재 절차와 관련하여 중대한 이익관계의 보유 여부(b) 제출한 서류가 분쟁 당사자와 다른 관점, 특별한 지식 혹은 견해를 제시함으로써 중재판정부가 중재 절차와 관련된 어떤 사실과 법률문제를 확정하는 것에 일정 정도 도움이 되는지 여부 등을 고려하여야 한다.

4) 제3자가 제출하는 서류는 (a) 제3자의 서류 제출을 대표하는 사람이 일시를 밝히고 서명할 것 (b) 문장이 간결하고, 분량은 이유를 막론하고 중재판정부가 허용하는 쪽수를 넘기지 않을 것(c) 제3자의 관련 문제에서의 입장을 정확하게 밝힐 것 (d) 분쟁 범위 안의 사항 만을 언급할 것 등의 내용을 준수하여야 한다.

5) 중재판정부는 제공된 자료가 중재 과정에 그 어떤 방해나 부적합한 부담 혹은 분쟁 각 당사자에게 불공정한 손해를 주지 않음을 확실히 하여야 한다.

6) 중재판정부는 분쟁 각 당사자가 제3자가 제공한 서류와 관련하여 의견을 진술할 합리적인 기회를 주어야만 한다.

제 5 조 비분쟁 당사국 입장의 서면제출[60](Submission by a non-disputing Party to the treaty)

1) 중재판정부는 4항을 준수하는 전제 하에, 비분쟁 체약국이 규칙의 해석 문제로 제출한 서류를 받아들이거나, 혹은 분쟁 당사국과의 협의를 거친 후, 비분쟁 체약국으로 하여금 규칙 해석 문제에 대하여 서면을 제출할 것을 요청할 수 있다.

2) 중재판정부는 분쟁당사국과의 협의를 거친 후, 비분쟁 체약국이 분쟁 범위 내의 사항에 관련하여 제출한 서면을 받아들일 수 있다. 중재판정부는 재량권을 행사하여 이러한 서류의 접수 여부를 결정할 때에, 중재판정부가 확정하는 기타 요소 외에, 제4(3)조에서 언급한 제반 요소를 고려하여야 한다.

3) 1항 혹은 2항에 의하여 서면 제출을 요구하였으나, 어떠한 서면 혹은 답변을 받지 못한 경우, 중재판정부는 이를 이유로 그 어떤 추론도 하여서는 아니된다.

4) 중재판정부는 제공된 자료가 중재 과정에 그 어떤 방해나 부적합한 부담 혹은 분쟁 각 당사자에게 불공정한 손해를 주지 않음을 확실히 하여야 한다.

5) 중재판정부는 분쟁 각 당사자가 비분쟁 체약국이 제공한 서류와 관련하여 의견을 진술할 합리적인 기회를 주어야만 한다.

제 6 조 중재 심리(Hearings)

1) 2항과 3항에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고, 증거 제출 혹은 구두변론을 위하여 진행된 심리는 공개적으로 진행되어야 한다.

60) 작업반 제58차 회의에서 중재판정부가 비분쟁 조약체결국이 조약 해석 문제와 관련하여 제출한 서면을 받아들여야 하며, 다만 제출한 서면이 중재 절차에 그 어떤 방해나 부적합한 부담, 혹은 당사국에 불공정한 피해를 주지 않는 것을 조건으로 하여야 한다고 논의하였다. A/CN.9/765, para. 51.

2) 제7조에 의하여 기밀 정보 혹은 중재절차의 완정성을 보호해야 할 필요가 있는 경우, 중재판정부는 이를 적절히 처리하여야 하며, 이러한 보호가 필요한 심리부분에 대하여는 공개적인 진행을 하여서는 아니 된다.

3) 중재판정부는 실제 계획을 통하여, 대중이 심리에 옵서버로 참석하는 것에 편의를 제공하여야 한다(이러한 재량으로는 동영상 링크 혹은 옵서버로 참석하는 것에 적합한 기타 수단을 포함한다).

제 7 조 투명성 예외 사유(Exceptions to transparency)

1) 제2항의 규정이 정의하고 제4항, 제5항이 언급하는 계획이 밝히는 기밀 정보 혹은 보호를 받아야 하는 정보는, 제2조부터 제6조에 근거하여 대중 혹은 비분쟁 체약국에 제공되어서는 아니된다.

2) 기밀 정보 혹은 보호 받아야 하는 정보는 (a) 상업 기밀 정보 (b) 조약에 의하여 보호되어 대중에 제공되어서는 아니 되는 정보 (c) 피신청국의 법률에 근거하여 보호되어 대중에 공개되어서는 아니 되는 피신청국의 정보, 및 중재판정부의 기타 정보 노출과 관련된 모든 법률 혹은 규칙에 의하여 보호되어 대중에 공개되어서는 아니되는 종류의 기타 정보(d) 정보의 공개가 법률 집행에 방해가 될 정보 등을 포함한다.

3) 중재판정부는 분쟁 당사국과 협의를 거쳐, 적당한 처리 하에, 대중 혹은 비분쟁 조약체결국을 향한 그 어떤 기밀 정보 또는 보호되어야 할 정보의 제공을 방지하여야 하며, 사정을 참작하여 (a) 분쟁 당사국, 비분쟁 조약 체결국 혹은 제3자가 문서 중 이러한 정보의 보호를 구하기 위하여 송달한 통지의 기한 (b) 이러한 문서 중 특정 기밀 정보 혹은 보호되어야 할 정보의 절차를 신속하게 지정하여 금지 (c) 제6조 제2항이 규정하는 한도 내에 비공개 심리 절차를 진행하는 것을 시행하여야 한다. 정보가 기밀 정보 혹은 보호되어야 할 정보에 속하는지 여부에 대한 심의 결정은, 중재판정부가 각 당사국과의 협의를 거친 후에 결정하여야 한다.

4) 중재판정부가 어떤 문서 중에서 정보공개를 금지하여서는 아니 되거나, 대중에 어떤 문서의 공개를 중지하여서는 아니 될 경우, 이러한

문서를 기록에 포함시킨 분쟁당사국, 비분쟁 체약국 또는 제3자로 하여금 자발적으로 중재 절차 기록에서 문서 전부 혹은 문서의 일부를 회수할 것을 허락할 수 있다.

5) 피 신청인이 정보 공개가 자신의 기본 안전 이익에 반한다고 판단한 경우, 본 규칙은 피신청국이 대중 혹은 비분쟁 체약국에 대하여 해당 정보를 공개할 것을 강요하지 아니한다.

6) 제2조 내지 제6조에 의하여 대중에 제공되는 정보가, 중재과정의 완정성에 제7조가 규정하는 피해를 야기하는 경우, 이러한 정보를 제공하여서는 아니 된다.

7) 공개되는 정보가 증거의 수집 및 제시를 방해하거나, 증인 또는 분쟁당사국의 대리 변호사 혹은 중재판정부 구성원에 대한 공갈, 협박을 야기하거나, 혹은 상당한 특수상황 아래 중재 과정의 완정성을 훼손하는 경우, 중재판정부는 임의적으로 혹은 분쟁 당사국 일방의 신청에 의하여, 실행 가능한 상황 아래 분쟁 당사국과의 협의를 거쳐, 적당한 조치를 취하여, 정보공개를 제한하거나 늦출 수 있다.

제8조 공개된 자료의 보관 장소[61](Repository of published information)

제 4 절 조약에 기한 ISD중재에 관한 UNCITRAL 투명성규칙초안을 현행 투자조약에 적용하는 협약 초안의 주요내용

'조약에 기한 ISD중재에 관한 UNCITRAL 투명성규칙초안을 현행투자조약에 적용하는 협약 초안'의 주요내용은 다음과 같다.[62]

61) 작업반은 제58차 회의에서 UNCITRAL이 실무적 역할을 하는 것이 가장 적절하다고 일치된 의견을 보였다A/CN.9/765, para. 85. 작업반은 UNCITRAL이 이러한 직무를 이행하지 못하는 경우 ICSID와 헤이그 상설 중재원이 투명성규칙초안을 담당하는 기구의 역할의사를 표명하였다는 것을 밝히고 있다. A/CN.9/765, para. 85.

62) 현행 투자조약 하에 발생하는 분쟁의 해결에 대한 무역법 위원회의 투명도 규칙의

전문(Preamble)

본 협약 체약당사자는 호혜평등에 기초하여 발전하는 국제무역은 각국 간 우호 관계중 하나의 중요 요소로 촉진한다는 것에 신뢰를 거듭 표명한다. 국제무역법의 통일화와 점차 조화되고, 국제무역법의 유통에 장애가 감소하거나 제거되고, 모든 국가가 평등과 공동의 이익의 기초에서 경제협력의 보편화가 촉진되어야만, 각국 국민의 행복해진다는 것을 믿는다. 국제관계 중 발생되는 분쟁의 해결방법이 구비하고 있는 가치에 대하여, 아울러 중재가 투자자와 국가 간의 분쟁에 광범위하게 사용된다는 것을 인식하였다. 또한 조약분쟁의 투명성규칙의 필요성은 조약 중재가 영향력을 미치는 공공이익을 고려한 것이라고 인식하였다. 연UNCITRAL은 기일에 통과한 투명성규칙은 공정성 수립에 대대적으로 도움이 되고 국제[투자]분쟁을 해결하는데 조화적 법률 프레임에 효과가 있다. 대량의 투자조약이 이미 발효되었음을 아는바, UNCITRAL투명성규칙을 이렇게 이미 맺은 투자조약 하에 진행한 중재의 중요성에 적용하는 것을 촉진한다.

제 1 조 적용범위 (Scope of application)

(1) 본 협약은 본 협약 체약당사자간 체결한 투자 혹은 투자자의 보호를 위한 조약에 근거한 투자자와 국가 간 중재에 적용한다.

2. '투자 혹은 투자자가 보호를 위한 조약'은 계약당사자간 모든 투자협정을 가르킨다. 자유무역협정, 경제통합협정, 무역과 투자프레임협조협정 및 양자와 다자 투자 조약을 포함한다. 그 중재는 투자 혹은 투자자 보호 및 조약 체약 당사자에 대해서 중재의 권리규정을 행사하는 투자자가 요구한다.

적용성 United Nations Commission on International Trade Law Forty-sixth session Vienna, 8-26 July 2013, Settlement of commercial disputes : Applicability of the UNCITRAL rules on transparency to the settlement of disputes arising under existing investment treaties Note by the Secretariat (A/CN.9/784); 조약에 기반한 투자자-국가 간 중재에 관한 UNCITRAL 투명성규칙을 현행투자조약에 적용하는 문제(United Nations Commission on International Trade Law Working Group II (Arbitration and Conciliation) Fifty-ninth session Vienna, 16-20 September 2013, Settlement of commercial disputes : Application of the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration to existing investment treaties－Draft convention Note by the Secretariat (A/CN.9/WG.II/WP.179).

제 2 조 해석 (Interpretation)

본 협약 해석 시에 국제성을 고려하여야 하고, 본 협약의 통일적 적용 촉진과 국제무역 중 신의성실(observance of good faith) 의 필요성을 고려한다.

제 3 조 투명성규칙의 이용 (Use of the UNCITRAL Rules on Transparency)

본 협약은 매 체약 당사자가 타방 당사자로서 투자 혹은 투자자 보호의 조약의 투자자와 국가 간의 중재에 적용하는 무역법위원회 투명성규칙에 대하여 동의한다. 본 협약의 어떠한 규정도 계약당사자가 투명성규칙의 요구보다 더 높은 투명도를 이용하는 것을 방해할 수 없다.

제 4 조 유보 (Reservations)

(1) 각 체약당사자는 어떠한 투자조약이 본 협약범위 내에 없을 때 성명할 수 있다. 본 협약은 기타 모든 보류를 불허한다.

(2) 서명하여 보류할 시, 반드시 비준하고, 수락 또는 비준 시에 확인을 가할 수 있다.

(3) 보류 및 그 확인은, 수탁자에게 마땅히 정식통지를 해야 한다.

(4) 본 협약에서 보류는 국가에 효력이 발생하는 동시에 효력이 발생하는 것과 관련이 있다. 수탁자가 본 협약의 효력 발생 후에 정식통지의 보류를 수령한다, 수탁자 보류 받은 날부터 6개월 만기 후에 다음 1개월 제 1일에 효력이 발생한다.

(5) 본 협약에 근거하여 보류되는 모든 체약 당사자는 어느 시간에나 서면형식으로 수탁자에게 수정 혹은 철회를 정식 통지하여 보류한다. 수정 혹은 철회는 수탁자가 통지를 수령하고 6개월 만기 후 다음 1월 제 1일에 효력이 발생한다.[63]

63) 일정한 상황에서 국가는 조약을 서명, 승인, 심사·비준하는 경우 성명서를 발표하여야 한다. 이러한 성명서는 유보, 성명, 양해, 해석선언 또는 해석설명(reservation, declaration, understanding, interpretative declaration or interpretative statement)의 명칭으로 발표될 수 있다. 협약 규정을 삭제하거나 수정하여 일방에게 효력을 미치게 하려는 목적을 가진 성명은 사실상 유보라고 볼 수 있다(비엔나협약 제2(1)(d)조 참

제 5 조 수탁자 (Depository)

연합국 사무국장은 이 협약의 수탁자를 지정한다.

제 6 조 서명, 비준, 승인, 심사비준, 가입 (Signature, ratification, acceptance, approval, accession)

(1) 본 협약은 투자 혹은 투자자가 제공하는 보호조약의 어떠한 체약 당사자의 서명을 위하여 개방하며, 그것은 마감 기일까지 미친다.

(2) 본 협약은 마땅히 서명자의 승인 또는 심사비준을 거쳐야한다.

(3) 본 협약은 서명 일부터 제7(1)조 중에서 언급하는 모든 실체의 가입에 자동으로 개방한다.

(4) 서명서, 승인서, 심사비준서와 가입서는 보존자에게 교부하여야 한다.

제 7 조 영역에 대한 효력[64] (Effect in territorial units)

(1) 하나의 체약국은 두 개 혹은 수 개의 영역를 보유하는 경우, 각 영역단위는 본 협약과 관련되는 사항에 대하여 다른 법률제도를 적용하거나, 서명, 승인, 심사비준 혹은 가입 시에 본 협약이 본국의 모든 영역에 적용되거나 혹은 그 중의 하나 혹은 일부 영역에 적용된다고 성명할 수 있다. 또한, 어떠한 시간에도 다른 성명 제출을 통해 그 성명을 수정할 수 있다.

조). 유보를 받아들이면 본래 다자협약에 참여불능이나 참여 제한 국가가 광범위하게 참여할 수 있게 하므로 협약 초안 제4조는 유보 규정을 포함하고 있다. 작업반은 협약 초안이 기존의 투자조약에 투명성규정을 적용하게 하여 협약 참여의 확실성을 가질 수 있도록 하였다. 협약에 대한 유보는 확실하여야 한다 A/CN.9/784 paras.12-13.

64) 제7조 초안은 체약국의 서명, 비준, 수령, 심사비준 또는 성명협약이 그 모든 영역 또는 그 중 하나 또는 일부 영역에 적용되는 것을 허용한다, 아울러, 언제나 또 다른 성명이 개정되어 그 성명이 될 수 있도록 제기 할 수 있다. 이 조항은 통상 연방조항(the federal clause)라고 지칭하는 것이다. 몇 몇 국가가 연방제를 실행하는 것과 관련하여, 중앙정부가 협약을 통해 주요사항이 통일법적 조약권력을 규정하지 않는다. 그러므로, 조항의 효과는 한편으로 연방 국가가 점차 그 각 영역에 협약을 적용하는 것에 대해서 허용하고, 다른 한편으로는 협약이 그 모든 영역에 유보하여 적용하는 것을 허용하는 것이다. A/CN.9/784 para.15.

(2) 이러한 성명을 수탁자에게 반드시 통지하고, 본 협약의 적용되는 영역을 명확히 지적한다.

(3) 일방 체약국은 그 국가의 영역의 하나 혹은 일부 영역에 적용된다는 것을 본조 협약에 근거한다, 적용되지 않는 본 협약의 영역에 위치하는 지점은, 본 협약의 목적을 위해서 체약국 내에 없는 것으로 간주한다.

(4) 하나의 체약국이 본조 제1항에 근거하지 않고 성명하면, 본 협약은 그 국가의 영역 전부에 적용한다.

제 8 조 지역경제통합체의 참여[65] (Participation by regional economic integration organizations)

(1) 주권국가로 구성된, 또한 본 협약 관할의 일부사항에 대한 관할권을 가지는 지역경제통합체는 본 협약을 서명, 비준, 승인, 심사비준과 가입할 수 있다. 이러한 상황하에 지역경제통합조직이 향유하는 권리와 의무는 체약국과 동일하다. 다만 그 조직은 본 협약의 관할사항이 보유하는 관할권 범위에 제한을 받는다. 본 협약 하에서 체약국 수와 관련될 때, 지역경제통합조직내의 회원국이 본 협약의 체약국이 되는 경우, 그 지역경제통합조직은 하나의 체약국으로 간주할 수 없다.

(2) 지역경제통합조직이 서명, 승인, 심사비준 혹은 가입 시에 수탁자에게 성명을 제출하고, 본 협약관할의 어느 사항의 관할권을 이미 그 회원국이 그 조직에게 이전하였는지에 대하여 밝힌다. 본 항이 제출한 성명에 근거한 후, 만약 관할권 분배에 어떠한 변화가 발생했다면, 관할권 새로운 이전을 포함하여, 지역경제통합조직은 신속히 수탁자에게 통지하여야 한다.

(3) 본 협약 중, 체약국 혹은 체약당사자 등의 모든 관련 언급은 필요시 지역경제통합조직과 동등하게 적용한다.

65) 협약은 지역경제통합조직의 참가를 허용하고 있다. 협약은 지역경제통합조직의 정의를 포함하지 않지만, 지역경제통합조직의 개념은 첫째, 어떤 구역이 공통목적을 실현하기위해 구성한 국가집단 둘째, 지역경제통합조직의 구성원이 이러한 공통목적에 관련 있는 관할권을 조직에게 이전하는 것이다. A/CN.9/784 para.16.

제 9 조 효력발생[66] (Entry into force)

(1) 본 협약이 제3분 비준서, 승인서, 심사비준서 혹은 가입서에 관해서 보관 된지 6개월 만기 후의 다음 1월 1일에 효력이 발생한다.

(2) 한 국가가 제3분 비준서, 승인서, 심사비준서 혹은 가입서가 보관 된 후 본 협약의 비준, 승인, 심사비준 혹은 가입하면, 본 협약은 그 국가에 그 비준서, 수령서, 심사비준서 혹은 가입서를 보관한지 육개월 만기 후의 다음 1월 제 1일에 그 국가에 대해 효력이 발생한다.

제10조 적용시점 (Time of application)

본 협약 및 모든 성명 혹은 보류는 본 협약 및 그 성명 혹은 각 체약당사국 효력발생에 대한 유보 혹은 효력일 후에 제기한 중재절차에 대한 유보에 적용한다.

제11조 개정과 수정 (Revision and amendment,)

(1) 3분의 1이의 본 협약 체약당사자의 요구하에, 연합국 사무국장은 체약당사자 회의를 개최하여 본 협약의 개정 혹은 수정해야 한다.

(2) 본 협약수정안의 효력발생 후 보관한 모든 비준서, 승인서, 심사비준서 혹은 가입서나 모든 보류는 수정한 협약에 적용되는 것으로 간주한다.

제12조 탈퇴 (Denunciation of this Convention)

(1) 체약당사자는 수탁자에게 서면통지 발송을 하면 본 협약에 탈퇴할 수 있다. 수탁자가 통지를 수령 받은 1년 만기 후의 1개월 제 1일에 효력이 발생하게 된다.

(2) 본 협약은 계속해서 탈퇴 효력 발생 전에 이미 시행한 중재절차에 대해서는 적용한다.

66) 협약발효는 현대 추세에 부합하여 최대한 빠른 시일 내에 할 수 있도록 하고 있다. 작업반은 UNCITRAL이 「UN국제전자계약협약(2005년)」 초안을 작성할 당시 이러한 문제에 대하여 상의한 것을 참고하여, 현존하는 UNTCITRAL 협약발효는 최소 3개국, 최대 10개국의 비준이 필요하다고 지적한다. A/CN.9/784 para. 17.

제 5 절 소 결

투명성규칙의 적용범위는 조약에 의한 ISD중재로서 반드시 UNCITRAL 중재규칙을 적용하여야 하고, 투명성규칙이 발효 후에 발생된 분쟁으로 한정하고 있다. 그러나 BIT혹은 FTA에서 ISD의 중재포럼으로 대부분이 1976년 비준된 UNCITRAL 중재규칙 혹은 2010년 개정된 UNCITRAL 중재규칙으로 규정되어 있다. 따라서 이 경우에는 투명성규칙이 배제되는 결과가 된다. 즉, 투명성규칙이 발효하게 되면 이를 적용하기 위하여서는 2013 UNCITRAL 중재규칙에 의하여 ISD가 발동되어져야 한다는 것이다.

다시 말하면, 투명성규칙과 UNCITRAL 중재규칙(UNCITRAL Arbitration Rules 2010 : 이하 '중재규칙')의 연계를 위하여 중재규칙 제1조의 개정이 필요하게 된다. 개정의 방식으로 2013년 UNCITRAL 중재규칙의 부속서로 할 것인지 자체적인 규칙개정을 할 것인지 여부에 대하여 논의가 있었다. 작업반은 제58차 회의에서 이 문제를 논의하여 그 결과를 도출하여 제시하고 있고 위원회 결정사항으로 미루어 놓고 있다.

UNCITRAL 중재규칙에 부칙으로 투명성규칙을 포함하면 조약에 의한 ISD의 적용에는 문제가 없을 것이다. 만약 투명성규칙을 독립적인 규칙으로 제정하면 UNCITRAL 중재규칙의 적용이외의 중재포럼에서도 광범위하게 적용할 수 있다. 투명성규칙초안 제1조에서 기타 중재규칙과 더불어 투명성규칙을 적용하는 것에 대하여 투명성규칙이 기타 중재규칙에 대한 보충적으로 적용되는 것을 명확히 하고 있기 때문이다. 투명성규칙과 기타 중재규칙이 충돌하는 경우 투명성규칙의 우선적 지위를 확실히 하고 있다.[67]

다만, 중재규칙 제1조(Section I. Introductory rules Scope of application) 제4항을 신설하여" 투자와 투자자 보호를 위하여 조약에 의하여 제기

67) A/CN.9/741, para. 29; see also document A/CN.9/WG.II/WP.173

된 ISD에 대하여 본 중재규칙은 [부록으로써] [지속적으로 개정되는] 투명성규칙을 포함한다. 다만 이는 투명성규칙 제1조 규정에 한 한다" 라는 규정의 삽입을 권고하고 있다.[68] 이러한 중재규칙의 개정은 2013년 UNCITRAL 중재규칙으로 하고 투명성규칙의 발효일로부터 효과가 발생한다고 결정하였다.[69]

UNCITRAL중재규칙 제1조의 개정(안)이 통과되면 UNCITRAL 중재규칙의 기타 규정은 별도의 개정할 내용은 없어 보인다. 중재규칙 제1(2)조는 최신 개정본을 적용하여야 하며, 다만 각 당사자가 별도의 청구가 있을 경우에는 그 청구에 따른다고 규정하고 있기 때문이다. 투명성규칙초안 제1(7)조는 투명성규칙과 기타 관련 중재규칙이 충돌할 경우에 필요한 적용 순서를 규정하고 있다. 예를 들어, 투명성규칙의 중재판정과 심리기록을 공개한다는 내용의 규정은 UNCITRAL 중재규칙의 관련규정을 개정하여야 한다.[70]

68) For investor-State arbitration initiated pursuant to a treaty providing for the protection of investments or investors, these Rules include the UNCITRAL Rules on Transparency [as an appendix][as amended from time to time], subject to article 1 of the UNCITRAL Rules on Transparency, A/CN.9/765, para. 79.

69) A/CN.9/765, paras. 33 and 79.

70) A/CN.9/WG.II/WP.169/Add.1, paras. 15-17.

제 5 장 결론 및 시사점

1. 2012년 미국 모델 BIT와 한·미 FTA

(1) 한·미 자유무역위원회

NAFTA 자유무역위원회는 NAFTA운영과정에서 수많은 법적 문제점에 대하여 해석과 성명 등을 통하여 해결하였다. 한·미 FTA 제 22.2조에서도 공동위원회의 규정을 두고 있다. 공동위원회의 중요한 기능을 보면 첫째, 협정 이행을 감독하는데, 협정에 따라 설치된 모든 위원회와 작업반 및 그 밖의 기구업무를 감독한다. 그리고 당사국간 무역관계를 증진시키기 위한 방안도 검토한다. 둘째, 협정의 해석 또는 적용에 관하여 발생할 수 있는 분쟁의 해결을 위하여 노력한다. 그리고 협정의 운영에 영향을 미칠 수 있는 그 밖의 사안을 검토한다. 셋째, 협정개정을 검토하거나 협정상의 약속을 수정할 수 있다. 넷째, 제11.22조(준거법) 및 제11.23조(부속서의 해석)에 규정된 것을 포함하여, 이 협정 규정에 대한 해석을 내릴 수 있다.

공동위원회는 협정해석, 협정이행의 관리감독과 향후 협정의 개정이나 운영방안에 대한 논의를 하는 등의 실질적인 주체라고 할 것이다. 따라서 향후 2012년 미국 모델 BIT의 발표로 인하여 한·미 FTA의 개정논의가 있을 것으로 판단된다.

(2) 한·미 FTA와 2012년 미국 모델 BIT

결론적으로 말하면 한·미 FTA 투자 장(章)은 2012년 미국 모델 BIT와 비교하여 차이가 없다. 2004년 미국 모델 BIT를 그대로 수용한 한·미 FTA 투자 장(章)은 2012년 모델BIT에서 개정된 내용을 사전에 모두 담고 있다.

첫째, 투명성과 관련하여서는 한·미 FTA 제 21 장 투명성 장(章)의 제 21.1조(공표)에서 2012년 미국 모델 BIT와 동일한 내용을 충분하게 규정하고 있다. 다만 정책결정에 외국투자자의 참여에 대하여서는 향후 논의가 있을 것으로 보인다.

둘째, 국유기업을 규제하는 경쟁중립성 정책과 관련하여서는 한·미 FTA 제16장 경쟁관련 사무(CHAPTER SIXTEEN, COMPETITION-RELATED MATTERS)에서 국가독점(ARTICLE 16.2：DESIGNATED MONOPOLIES)과 국유기업(ARTICLE 16.3：STATE ENTERPRISES)에 대하여 규정을 두고 있다. 비록 2012년 미국 모델 BIT에서 규정한 만큼의 충분한 규정을 두고 있지 않다.

셋째, 금융서비스와 관련하여서는 2012년 미국 모델 BIT의 핵심적인 내용이 '금융건전성 조치'에 대한 규정이다. 한·미 FTA 제 13.10조 (예외)의 각주에서 " 건전성 이유(rudential reasons)"란 개별 금융기관이나 국경간 금융서비스 공급자의 안전성·건전성·완전성 또는 금융책임의 유지를 포함하는 것으로 양해된다고 설명하고 있다.

넷째, 노동과 환경 관련 규정은 미국이 협정 당사국이 환경과 노동에 관한 규제나 법규를 완화하여 미국의 투자유치를 하는 것을 방지하기 위한 규정이다. 한·미 FTA 제19장 노동과 제20장 환경의 장(章)에서는 2012년 미국 모델 BIT보다도 더 완비된 규정을 가지고 있다. 특히 제 19 장 노동의 장(章)에서는 부속서 19-가 노동협력 메커니즘(Annex 19-A：Labor Cooperation Mechanism)과 부속서한(Confirmation letter)인 공중의견제출제도 (Public Communication)에 관한 내용도 서로 교환하였다. 제20장 환경의 장(章)에서도 대중참여(Public Participation)와 환경법에서의 동등성(Equivalence in Environmental Laws)에 관한 부속서한을 교환하였다. 노동과 환경 조항에서 주의할 만한 것은 이를 위반하여도 ISD의 대상이 되지 않는다는 것이다. 2012년 미국 모델 BIT의 제24조 (중재신청)에서는 환경과 노동 조항을 ISD대상에서 제외하고 있으며,

제37조(국가간 분쟁 해결)의 대상으로 분류하고 있다.

2. 중국에 대한 경쟁중립성 요구 문제

중국에 대한 경쟁중립성 문제는 시장에서 공정한 경쟁을 위한 제도적인 기반을 마련하는데 그 목적이 있다. 정부로부터 보조금이나 특혜를 부여받는 기업이 해외투자를 하여 그 본국 사영기업과 시장에서 공정한 경쟁을 유도하는 것이다.

중국의 국유기업은 자산의 100%를 정부가 소유하는 것을 국유독자기업(國有獨資公司)이라고 하고, 상대적으로 국유지분 비율이 높은 회사를 국유지주기업(國有控股公司)이라고 한다.[71] 국유기업은 유한회사나 주식회사의 조직 형태를 취할 수 있는데, 지분구성은 국유주(國有股)라는 국가주(國家股)와 국유기업 자체지분인 국유법인주(國有法人股)로 구성되는데, 이는 회사의 총자본에는 포함되지만 유통은 제한된다.[72]

국유기업은 정부의 관리권한에 의하여 중앙의 국유자산관리위원회 관리의 중앙기업과 지방 자산관리부분의 지방기업으로 구분된다. 중앙기업은 ①국무원 국유자산관리위원회의 관리 기업으로 자연적 독점기업, 석유 등 자원기업, 군용기업 ② 증권감독위원회, 은행감독위원회, 보험감독위원회 관리의 금융기업, ③ 국무원기타 부서에서 관리하는

71) 회사법의 유한회사편에 국유독자회사 관련 규정을 두고 있는데, 국가가 투자 권한을 부여한 기구 또는 국가가 권한을 부여한 부서가 단독으로 투자 설립한 회사를 말하며, 국무원이 지정한 특수제품을 생산하는 회사 또는 특수 업종에 해당하는 회사는 국유독자회사의 형식을 채택하도록 하고 있다. 「회사법」 제64조. 1990년대 초 국가경제체제위원회는 「주식제기업시범실시법」(股份制企業試點辦法)을 발표하여 국유기업의 일부를 시범적으로 주식회사제도로 조직 변경을 허용하였다. 조직 변경을 할 때 발행한 주식은 국유주, 법인주 그리고 보통주인 A주식이 있음. 주식회사가 발행하는 주식은 발행시장과 투자자를 기준으로 정해지고 있다. 중국 내 증권거래소에서 내국인을 상대로 발행·거래되는 보통주식인 'A주식'과 중국 내에서 발행하고 상장되지만 외국투자자도 거래가 가능한 'B주식'이 있다.

72) 국가주는 국가를 대표하여 투자할 권한이 있는 기관이나 부서가 주식회사나 유한책임회사에 출자함으로써 형성되고, 국유 법인주는 법인이 지배 가능한 자산을 주식회사에 투자하여 형성된 주주권을 말한다.

공항, 항만, 철도, 방송국 등으로 나누어 진다. 중앙기업은 국유자산관리위원회 소속기업을 지칭하는 것으로 현재 115개 기업이 있다.[73]

중국의 경제정책중에 우선순위에 해당하는 하나의 정책이 해외투자정책이다. 중국의 해외투자는 국가기관 및 국유기업 중심의 투자가 이루어지고 있다. 2011년 해외투자를 한 국유기업수는 전체 해외투자 기업수의 10.2%에 불과하나, 이들 기업이 총 투자액의 55.1%를 점하고 있다. 해외투자의 목적은 무역규제 회피와 산업구조 고도화 등을 위한 투자라는 특징이 있다.[74] 이렇게 정부로부터 과도한 특혜를 부여받는 중국국유기업이 우리나라에 투자하는 경우 혹은 중국에 투자한 우리나라 사영기업은 중국 국유기업에 비하여 상대적으로 취약한 경쟁구조를 가질 수 밖에 없다. 물론 현재는 대중투자가 절대적이고 중국의 우리나라에 대한 해외투자가 미미한 상황에서 이를 적극적으로 시행할 단계는 아니지만 이에 대한 최소한 법적 대비가 필요하다고 보인다.[75]

첫째, 현재의 통상현안으로 되어있는 TPP에 한국과 중국이 공동으로 참여하는 경우에는 협정의 경쟁정책에 공동으로 규제를 받기 때문에 국유기업의 경쟁중립성 문제는 해소될 것으로 보인다. 물론 중국은 이에 일정한 유보나 예외 조항을 규정할 가능성은 크다.

---

73) 중앙기업명단은 국유자산감독관리위원회에서 상세한 자료와 더불어 공개하고 있음(http://www.sasac.gov.cn/n1180/n1226/n2425/).

74) 商务部,「中国对外投资合作发展报告(2011-2012)」, 2012.

75) 중국의 우리나라의 투자현황(단위; 백만달러)

구분	2011년		2012년		'13.상반기	
	건수(도착)	금액	건수	금액	건수	금액
중국	405(244)	651(99)	512(255)	727(186)	179(104)	157(81)
홍콩	112 (76)	572(170)	97(61)	1,670(346)	46 (31)	325(18)
전체	2,708 (1,848)	13,673 (6,583)	2,865 (1,950)	16,286 (10,677)	1,327 (928)	7,998 (4,415)

자료출처; 산업통상자원부, 2013년 상반기 외국인 직접투자(FDI) 동향, 보도자료 (2013.7.16)

둘째, 중·미BIT가 체결되는 경우 우리나라는 중·미BIT의 경쟁중립성 조항을 MFN 조항을 근거로 원용할 수 있다. 이것은 중국 국유기업에 의하여 불공정 경쟁에 처한 한국의 중국투자기업이 ISD를 제기하는 경우에 가능한 것으로 법이론만으로 볼 때 가능한 방안이 된다.

셋째, 한·중BIT를 개정하여 국유기업 규제에 관한 조항을 두는 것도 하나의 방법이 될 수 있다. 한국과 중국은 수교 원년인 1992년 BIT를 체결하여 투자보호의 제도적 틀을 제공하여 왔다. 2003년 부터 1992년 BIT의 개정협상을 시작하여 2007년부터 새로운 BIT가 발효되게 되었다. 한·중 BIT 제14(3)조에는 "양 체약당사자는 체약당사자 간의 서면 협정으로 이 협정을 개정할 수 있다. 모든 개정은 이 협정의 발효에 필요한 절차와 동일한 절차에 의하여 발효된다" 는 규정을 두고 있어 법적인 측면에서는 가능하다. 하지만 현실적으로는 정치·외교적인 제약으로 실현성은 낮다고 보여진다.

넷째, 향후 중국의 우리나라에 대한 투자가 증대할 것으로 보여지는데, 이 경우 중국 국유기업의 투자에 대한 규제방안으로 국내법의 개정을 통한 규제도 가능하다. 국내법인 「외국인투자촉진법」과 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에서 국유기업과 사영기업의 경쟁중립성에 관한 규정을 둘 수도 있을 것이다. 그러나 이 방법은 급격한 외국인투자의 감소나 중국과의 통상마찰 등을 고려하여야 하는 문제도 있다. 기타 국가의 중국 국유기업에 대한 경쟁중립성 입법이나 정책을 고려하여 신중히 판단해야 한다.

3. UNCITRAL 투명성규칙의 문제

UNCITRAL은 ISD 중재절차에서 투명성을 확보하기 위한 작업을 진행해오고 있다. 상술하였듯이 투명성규칙과 투명성규칙 적용협약의 초안을 이미 발표하였다. 이와 관련하여 정책적인 측면에서 몇가지 쟁점들을 검토하여 본다.

첫째, 투명성규칙은 내용면에서 기존의 한·미 FTA나 새로운 2012년 미국 모델 BIT에서 규정하고 있는 것과 차이가 없다. 다만 비분쟁 당사자의 중재참여나 제3의 체약당사국의 참여 등의 규정에서 그 실효성을 담보하고 있다.

둘째, 내용측면에서만 보면 투명성규칙 적용협약의 가입여부에 대하여는 의문이 없다. 결론적으로 말하면 이미 내용면에서 차이가 없다는 것이 판명된 이상 굳이 참여를 거부할 이유는 없다고 보여진다. 2012년 말 외국인투자자 론스타가 한-벨기에·룩셈부르크 BIT위반을 이유로 ICSID에 중재를 제기하여 우리나라도 ISD대상국이 되었다.[76] 이에 대하여 정부에서는 사실관계를 공개하지 않아 국민들의 추측과 우려의 목소리도 크다. 투명성규칙 적용협약에 가입하는 것은 바로 정부의 외국인 투자유치에 대한 투명성을 확보한다는 측면에서도 바람직하다.

셋째, 투명성규칙 적용협약에 가입하는 것이 중재판정에서 유·불리라는 측면에서는 검토가 필요하다. 중재절차의 투명성은 투자자 입장에서 중재일정의 과도한 지연과 비용의 증가라는 단점이 있다. 비분쟁 당사자의 대부분이 될 것으로 보이는 시민단체 혹은 공익법인들의 참여는 ISD중재가 법률논쟁보다는 국가의 공익을 우선시하는 여론중재로 흐를 가능성이 크다. 따라서 투자자의 입장에서는 투명성규칙 적용협약에 가입하는 것은 오히려 불리할 수도 있다. 반면에 국가의 입장에서는 정보의 공개로 인하여 외국인 투자정책이나 경제정책에 대한 과도한 불신과 비난에 직면할 가능성이 존재하게 된다. 투자수용국인지 해외투자국인지에 대한 입장을 고려하여 면밀한 형량이 필요하다.

76) 사실관계가 공개되지 않아 구체적인 내용은 알 수 없으나, 그 간 당사자간 논쟁으로 추론한다면 외환은행 매각 과정의 절차지연(금융위원회의 인수합병 승인)과 부당하고 자의적인 과세로 인한 투자손실을 이유로 한 것으로 보인다. 이 경우 BIT/FTA의 공정·공평대우(Fair and Equitable Treatment, 'F&ET')위반과 간접수용이 청구원인이 될 것으로 판단된다.

넷째, 투명성규칙 적용협약이 ISD중재에서 최혜국대우 의무를 원용하여 미국이외의 국가와 분쟁에서 적용될 가능성은 없다. 투자자는 기본적으로 기업비밀이 노출되는 것을 원하지 않기 때문에 비공개로 진행과 가능한 비분쟁 당사자의 개입도 불허하는 입장에 설 가능성이 크다. 한편 보호받는 비밀 공개에 대하여 국내법인 「공공 기관의 정보 공개에 관한 법률」에 저촉을 받게 된다. 이에 대한 정비가 필요하고 또한 가입시 유보할 내용에 대하여 충분한 반영이 필요할 것으로 보인다.

참 고 문 헌

<논문 및 서적>

Alberto Salazar, “Defragmenting International Investment Law to Protect Citizen-Consumers : The Role of Amici Curiae and Public Interest Groups”, Osgoode CLPE Research Paper No. 6/2013

Andrew Szamosszegi and Cole Kyle, “An Analysis of State.owned Enterprises and State Capitalism in China”, U.S.-China Economic and Security Review Commission, October 26, 2011

Andrew Szamosszegi, “An Analysis of Chinese Investments in the U.S. Economy”, U.S.-China Economic and Security Review Commission, October 2012

Bergsten, C. Fred, “U.S.-China Relations : Maximizing the Effectiveness of the Strategic and Economic Dialogue,” the House Committee on Foreign Affairs, September 10, 2009

Cai Congyan, “China – US BIT Negotiations and the Future of Investment Treaty Regime : A Grand Bilateral Bargain with Multilateral Implications”, Journal of International Economic Law Vol 12,Issue 2, 2009

Dinah Shelton, “The Particiaption of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings,” American Journal of International Law, Vol.88, 1994

Ian Bremmer, “The End of the Free Market, Who Wins the War Between States and Corporations?”, Portfolio, 2010

Joachim Delaney and Daniel Barstow Magraw, “Procedural Transparency”, The Oxford Handbook of International Investment, Oxford, 2008.

Kenneth J. Vandevelde, 『U. S. International Investment Agreements』, Oxford, 2009

L. Wallach & T. Tucker, “Public Citizen’s Global Trade Watch, Public Interest Analysis of Leaked Trans-Pacific Partnership (TPP) Investment Text (2012)” (http://www.citizen.org/documents/Leaked-TPP-Investment-Analysis.pdf)

M. SORNARAJAH, 『THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT』, 3rd ed. 2010

OECD, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, Working Papers on International Investment, 2004/03

OECD, “OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises”, 2005

R. GILPIN, 『GLOBAL POLITICAL ECONOMY UNDERSTANDING THE INTERNATIONAL ECONOMIC ORDER』, 2001

Rennie M. And F. Lindsay, “Competitive Neutrality and State-owned Enterprise in Australia Review of Practices and their Rlevance for Other Countries”, OECD Corporate Governance Working Papers, No. 4, OECD Publishing, (http//dx.doi.org/10.1787/5kg54cxkmx36?en).

S. Schadendorf, “Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions : Analysis of ICSID and NAFTA Investor-State Arbitrations”,

Transnational Dispute Management, Vol. 10, issue 1(January 2013) (http://ssrn.com/abstract=2206812)

William a Stoever, Malaysia, “the Bumiputra Policy, and Foreign Investors; An Evaluation”, Studies Comparative International Development, Winter 1985-86, Vol 20, Issue 4

商务部,「中国对外投资合作发展报告(2011-2012)」, 2012

陈辉萍, Karl p. sauvant, 中美双边投资协定谈判：共识、分歧与展望 , 《国际经济法学刊》第19卷第4期, 2012

<입법자료 및 관련 기사>

44 Annex III, /CN.9/646 - Report of Working Group II (Arbitration and Conciliation)

A/CN.9/WG.II/WP.160/Add.1-Settlement of commercial disputes：Preparation of rules of uniform law on transparency in treaty- based investorState dispute settlement.

Executive Office of the President Office of the U.S. Trade Representative, Strategic Plan FY 2013–FY 2016, 2012.

FACT SHEET：Model Bilateral Investment Treaty,(http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2012/april/model-bilateral-investment-treaty).

Glamis Gold, Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Decision on Application and Submission by Quechan Indian Nation para. 10 (Sept. 16, 2005),(http://www.state.gov/documents/organization/53592.pdf).

Glamis Gold, Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Letter from President Young regarding the Request for Extension to File Application for Leave to File a Non-Disputing Party Submission and Associated Submission at 2 (Oct. 10, 2006), (http://www.state.gov/documents/organization/73890.pdf);

Glamis Gold, Ltd. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Procedural Order No. 11 para. 15 (July 9, 2007), (http://www.state.gov/documents/organization/88173.pdf.).

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. U.S.(http://www.state.gov/s/l/c11935.htm).

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States, NAFTA/ UNCITRAL, Letter from Phil Fontaine, National Chief of the Assembly of First Nations, to the Tribunal (Jan. 19, 2009), (http://www.state.gov/documents/organization/117812.pdf.).

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Minutes of the First Session of the Tribunal § I(10) (Mar. 31, 2005), (http://www.state.gov/documents/organization/ 45017.pdf.).

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States, NAFTA/UNCITRAL, Minutes of the First Session of the Tribunal § II(1) (Mar. 31, 2005),(http://www.state.gov/documents/organization/45017.pdf.).

Report of the Subcommittee on Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty：Annexes, (http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2009/131118.htm).

Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation, (October 7, 2003), (http://www.international.gc.ca/ trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-en.pdf.).

The US-China Business Council, US-China Board of Directors Statement of Priorities for the US-China Commercial Relationship,(February 10, 2012, USCBC).

The White House Office of the Press Secretary, U.S.-China Joint Statement, (2009.11.7), (http://www.whitehouse.gov/the-press-office/us-china- joint-statement).

U.S. Business Coalition for TPP, Letter to Mr. Gene Sperling, Director of the National Economic Council, February 3, 2011.

U.S. Business Coalition for TPP, Trans-Pacific Partnership（TPP） Agreement Principles, September 30, 2010.

U.S. DEPARTMENT OF STATE Office of the Spokesperson, “United States, European Union Reaffirm Commitment to Open, Transparent, and Non-Discriminatory Investment Policies”, April 10, 2012

U.S.-China Economic and Security Review Commission, “An Analysis of State-owned Enterprises and State Capitalism in China”, October 26, 2011. ＜http://www.uscc.gov/researchpapers/2011/10_26_11_Capital Trade SOE Study.pdf＞

U.S.-China Economic and Security Review Commission, “The U.S.-China Economic and Security Review Commission Releases Report：An Analysis of State-owned Enterprises and State Capitalism in

China", October 26, 2011. ＜http://www.uscc.gov/pressreleases/2011/11_10_26pr.pdf＞

UNCTAD, "Recent Developments in Investor- State Dispute Settlement (ISDS)," IIA Issue Note, May 2013 <http://unctad.org/en/Publications Library/webdiaepcb2013d3_en.pdf>

United States Concludes Review of Model Bilateral Investment Treaty (http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2012/april/united-states-concludes-review-model-bilateral-inves).

United States－Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, Appellate Body Report, WT/DS379/R, 25 March 2011

United States Department of State, "Bilateral Investment Treaties and Related Agreements" <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm>

UPS v. Canada, Merrill & Ring v. Canada, and Mobil Investments Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada. William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Canada, Confidentiality Order,(May 4, 2009), (http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accordscommerciaux/ assets/pdfs/ProceduralOrderNo2-May42009.pdf.).